



东南法学文存

总主编 刘艳红



医疗纠纷预防与处理的 理论与实务研究

主编：陈玉玲 副主编：高翔



东南大学出版社

医疗纠纷预防与处理的 理论与实务研究

主 编：陈玉玲

副主编：高 翔

东南大学出版社

· 南京 ·

图书在版编目(CIP)数据

医疗纠纷预防与处理的理论与实务研究/陈玉玲

主编. —南京: 东南大学出版社, 2017. 5

ISBN 978-7-5641-7067-7

I. ①医… II. ①陈… III. ①医疗纠纷—预防—研究—中国②医疗纠纷—处理—研究—中国
IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 046965 号

医疗纠纷预防与处理的理论与实务研究

出版发行: 东南大学出版社

社 址: 南京四牌楼 2 号 邮编: 210096

出 版 人: 江建中

网 址: <http://www.seupress.com>

经 销: 全国各地新华书店

印 刷: 兴化印刷有限责任公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 22.25

字 数: 556 千字

版 次: 2017 年 5 月第 1 版

印 次: 2017 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5641-7067-7

定 价: 78.00 元

本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话:025-83791830

《东南法学文存》

总 序

东南大学法学院承三江、中央之学脉,恢复法科教育已逾廿载。本年,正值复建学院十岁,气象初成。立院之本,在育人海海,不厌其倦;求道之志,在为学旦旦,不厌其精。院龄尚短,但朝气蓬勃;资历虽浅,贵求是创新。

办学之路艰,偏隅之处更甚。幸东南法学的学人多年来孜孜以求,不懈励进,东南大学法学院已发展为法学学术研究重镇。学院立基宪法与行政法、刑事法学等传统法学学科领域上深厚理论、实践优势,笃志交叉学科办学、科研之积淀,于工程法、交通法以及医事法等特色领域辟径拓新,为我国法科教育和法学研究事业贡献良多。大学之所谓,实汇大师矣。学院一贯注重优秀学人的吸纳培养,以“双江双杰”为代表的高端人才优势尤为突出。多人次入选国家百千万人才工程、教育部新世纪优秀人才支持计划、江苏省“333 高层次人才培养工程”、江苏省教育厅“青蓝人才工程”、东南大学“校优青计划”等。有名士,更聚英才。东南大学法学院教学科研队伍的年轻化、国际化建设成效显著,先后引进多位专业领域内知名学者,同时吸引了一大批海内外知名高校优秀博士毕业生。中青年教师已逐渐成为学院教学、科研工作的中坚力量,人才梯队的层次构筑更加合理化,这为学术人才长期储备、学术研究可持续奠定了坚实基础。

秉人才适其才、尽其用的科研组织管理理念,响应国家关于推动高校智库建设的指导方针,东南大学法学院致力于科研活动的平台化建设。在传统法学学科教研室组织构架的基础上,发挥自身交叉学科研究的优良传统,不囿传统学科分野,聚焦问题,有的放矢。先后创建“反腐败法治研究中心”“交通法治与发展研究中心”“中国法治发展评估研究中心”等国内具有较大影响力的专业化学术研究平台。通过各个学术研究平台,更加科学高效地整合配置院内科研力量,引导多元化的科研团队建设,初步形成各学科教研室与各专门研究平台的多维度、立体化管理,实现科研人才在既有传统学科类别的基本框架下,充分挖掘个人研究的兴趣专长,在更加多样的科研团队间相互自由流动,更加有力地促进了学院内研究者之间的交流与沟通。为各个研究者开拓研究视野,创新研究思路,实现学术研究资源、信息的共享,不同观点、思想的碰撞,提供了更多的机会与便利,营造出法学院浓厚的学术氛围以及良性竞争的学术环境。

立足自身法学学术研究的深厚基础,以交叉学科、特色领域研究为着眼点,法学院一直致力于积极推动相关领域的学术交流、研讨活动。广邀海内外博学有志之士,共议善治良法

之题。先后举办“海峡两岸工程法治”“城市停车治理论坛”“法治发展量化评估研讨会”“刑事法治指数的指标构建与修订研讨会”“员额制与司法改革实证研讨会”“医疗纠纷预防与处理法律机制研究”等一系列法学学术或实践议题研讨活动,为国内外相关领域研究打造优质的学术交流平台,获得积极的社会反响和良好的学术声誉。

当然,孤芳自赏必固步自封。兴办论坛研讨,绝非单纯搭台唱戏。热闹止于一时,深思方存长久。东南大学法学院希冀借此文存,将共同参与学术探究诸君的所思所言,付梓文牍。一来,为不吝赐言的海内外专家学者记录下观点交锋、思想碰撞之盛况,力图重现那一场场精彩绝伦的学术盛宴。二来,记录亦为传播。结集成书,将精彩涂墨于文卷,便于重复研读,反复思虑,为没能即时参与的研究者提供可资借鉴的材料,为今后更加深入细致的探讨研究提供有益的帮助,为进一步开展交流讨论提供论题论理的文献基础。最后,也是满足东南大学法学院的一点小小私心,记录下学院学术研究走过的道路,厘清本院法学学术上论理学养发展变迁的脉络。不为流芳,但求自我审视,自我检讨,自我激励。

一言可蔽之:治学明德,止于至善。

是为序。

东南大学法学院

2016年5月

序

每个人可以一辈子不走进法庭对簿公堂,却有可能多次与医院医护人员发生关联,生病治疗、出生、死亡都发生在医院,不断上涨的医药费触动人们的神经,医疗纠纷成为社会关注热点由来已久。这不仅是因为我国分级诊疗制度未能有效推行、医疗资源分布不均、无法满足日益增长的医疗需求,更是因为医患信任缺失、普遍存在的防御性医疗消极地影响医疗生态的健康发展。为此,2014年5月25日东南大学法学院与东南司法鉴定所联合举办“海峡两岸医事法学研讨会暨转型时期医事法理论与实务专题国际研讨会”,分为医患权利保护与纠纷法律解决机制研究、医疗损害民事责任问题研究、医疗行为刑事责任问题研究、医疗鉴定法律问题研究四个专题,收到投稿论文31篇。2016年4月23日东南大学法学院、医事法学研究中心举办“医疗纠纷预防与处理法律机制研讨会”,围绕2015年10月30日国务院发布、国家卫计委起草的《医疗纠纷预防与处理条例(送审稿)》进行研究,分为医疗纠纷预防与处理法律机制的现状、创新与存在问题、医疗纠纷民事处理理论与实践问题、医疗纠纷刑事处理理论与实践问题专题,收到投稿论文35篇。参会代表有来自日本以及我国台湾的知名医事法学专家学者,有来自域内的法学专家教授、法官、律师、警官以及卫计委多年从事医疗卫生法律研究与管理的学者型官员,很多参会代表都是具有医学与法学交叉背景的复合型人才,研讨会上代表们进行医事法学理论的深入论证,为医疗法律制度完善建言献策。

我们分类整理研讨会论文,选取其中的33篇编辑为《医疗纠纷预防与处理的理论与实务研究》一书,涉及内容广泛。关于医事法基本理论议题,研究从解剖诊疗行为的基本概念到探讨互联网环境下诊疗行为的规制立法;分析医疗纠纷发生的法律原因与社会原因,研究医疗改革背景下解决医疗纠纷的对策和趋势;从探讨患者权利保护延展到论证政府在防治医疗纠纷中的责任。关于医疗纠纷民事处理理论与实践议题,研究从循证医学证据作为判断医疗过错标准的适用、病历真实性的司法认定、举证责任分配的公平性重构、医疗过失认定中法官自由心证等多角度深入论证医疗纠纷处理中的难点和重点问题。大量医疗纠纷判决书的实证研究数据表明,法官审理案件时,对医学专业鉴定意见的高度依赖是不争的现实,多篇论文对医疗损害纠纷案件中的鉴定体制、鉴定制度的司法完善提出建议,对诉讼外医患纠纷解决机制中鉴定的必要性予以论证。有关诉讼外解决医疗纠纷机制议题,多篇论文从调解中的心理学策略与技巧运用、法官中立地位在医疗纠纷调解中的合力、博弈与愈疗中的作用、医疗纠纷中的道歉与关怀小组作用等视角深入研究诉讼外医疗纠纷调解机制的实现路径。关于医疗损害社会化分担机制议题,多篇论文研究强制医疗责任保险的理论基础、公益信托制度引入医疗损害社会化分担机制的初步建构制度,以及处理医疗社会保险与其他分担医疗损害的平行来源关系的原则和方法等。医疗纠纷的解决不仅需要侵权法的介

人,还需要行业规制和伦理准则加以调整,有论文提出新西兰健康及残障事务专员法律制度可作为解决医患纠纷之借鉴,更有论文阐述日本医事法学的最新成果,他山之石可以攻玉。

时维仲夏,江雨霏霏之时,六朝松旁榴园内言辞飞扬,九龙湖畔思想火花碰撞,记录与会专家学者代表的思想与观点,付诸出版,意在与读者分享会议成果,供高等院校、医疗机构、法院、司法鉴定机构、卫生行政主管部门的医事法学研究和实践者共商,助推医事法学发展和医疗法律制度完善。

成功举办两次会议离不开法学院领导的支持、医事法学研究中心的全体老师的共同努力,以及法学院孟红书记、张宁办公室主任、其他老师和同学的鼎力帮助,于此致谢。

陈玉玲

2016年5月29日

目 录

医事法学基础理论

1. 医疗行为之特性 林聿腾 郑逸哲/003
2. 正解医患关系之随笔 王 岳/010
3. 医疗纠纷
——趋势、起因与对策 刘长秋/015
4. 对辅助生殖医疗的医事法式接近 岩志和一郎 张忆红[译]/024
5. 医疗事故与损害救济 石川宽俊 高 翔[译]/034
6. 医患纠纷解决之道
——新西兰的健康及残障事务专员法律制度 赵西巨/041
7. 关于国务院法制办《医疗纠纷预防与处理条例》(送审稿)征求意见的几点建议
..... 胡晓翔/064
8. 法律视角下医疗纠纷的成因与对策 刘长秋 刘 锋/068
9. 互联网医疗与我国医事立法的断裂与弥合 刘炫麟/075
10. 医疗行业适用竞争法规范之探讨 颜廷栋/084
11. 论我国医疗纠纷防治中的政府责任 王海容 程文玉/095

医疗侵权损害赔偿

12. 医疗损害责任纠纷审理要素 李子木/103
13. 医疗纠纷中病历真实性司法认定问题探析 张 广/112
14. 循证医学证据在处理诊疗过失案件中的适用 陈玉玲/122
15. 再访我国《侵权责任法》第59条:情景化、类型化与限缩性适用 赵西巨/134
16. 医疗损害纠纷中医疗过失认定问题研究
——以我国医疗水准论的完善为视角 张志历 陈远景/164

17. 医疗损害后果发生途径与医疗过错之考量 邱云亮/175
18. 试论药害中产品责任与侵权责任的连接与竞合
——以日本易瑞沙药害案为视角 刘明全/183

医疗诉讼法与专业鉴定

19. 鉴定于诉讼外医患纠纷解决机制之必要性探讨 杨哲铭/197
20. 《侵权责任法》实施后医疗损害鉴定乱象及制度设计研究 王金宝/208
21. 论医疗鉴定制度的司法完善 赵波 郑雪倩 刘剑平/221
22. 医疗损害鉴定制度重构的若干问题 顾加栋 姜柏生/225
23. 医疗纠纷诉讼中举证责任分配制度的公平性重构
——兼谈法官自由心证在证明标准中适用的限度 张天明/230
24. 试论医疗损害责任认定中的心证 贡永红 安媛媛 洪霞/238
25. 医疗损害赔偿案件的法律适用 王松/242

医疗纠纷预防处理机制与医疗损害风险分担

26. 台湾医疗纠纷之医事审议制度与改革建议 葛谨/255
27. 医患纠纷的裁决
——专业化合议庭的构建 李菊萍 吴续辉/266
28. 医疗纠纷处理之法制与实务
——台中经验 林义龙/276
29. 医疗纠纷预防与解决的日本法经验 高翔/286
30. 我国医疗责任保险模式论 陈玉玲/297
31. 医疗责任公益信托制度构建
——兼论《医疗纠纷预防与处理条例》创新之医疗风险分担机制 杜珍媛/317
32. 合力、博弈与愈疗：医患纠纷的非讼解决
——以厦门医调委人民监督员身份所进行的中立观察 黄鸣鹤/323
33. 域外道歉制度对我国医疗纠纷解决的启示及立法构建 晏英/331

医事法学基础理论

医疗行为之特性

林丰腾 郑逸哲*

第一节 医疗行为之定义

医疗行为固于其本身的诸多特性,在医疗施行过程中,具体的活动内容及行为各异,同时医学本身随时间推移而进步迅速,是以要明确掌握确实的医疗内涵确有其困难,但在探讨医疗法律责任之前,确立医疗行为的定义与分类,实有其重要意义及必要性。

医疗行为在法律上的定义,无法由医疗相关法律中明确寻得,惟台湾卫生主管部门于1976年4月6日以“卫署”医字第10788号函就医疗行为定义为“凡以治疗、矫正或预防人体疾病、伤害、残缺或保健目的,所为之诊察及治疗,或基于诊疗、诊断结果而以治疗为目的所为之处分,或用药等行为或一部之总称,谓为医疗行为”〔1〕。此“行政”函示系以医政管理角度规范医疗行为,其医疗行为之定义相当于“医师法”第28条之“医疗业务”且基于医政管理现实考量而将部分民俗疗法排除在外。〔2〕另于1992年8月11日台湾卫生主管部门又以“卫署”医字第8156514号函谓:“医疗行为系为指凡以治疗、矫正或预防人体疾病、伤害、残缺为目的,所为之诊察、诊断及治疗;或基于诊察、诊断结果,以治疗为目的,所为之处方、用药、施术或处置等行为的全部或一部之总称。”依此,医疗目的包含了治疗、矫正、预防;医治行为包含诊察、诊断、治疗等行为;而用药行为有处方、用药等行为。

至于学界,对医疗行为之定义,有从医疗活动实施之阶段将之定义为“包括疾病、伤害之诊断、治疗,治后情况之判定,以及疗养指导等具有综合性的行为内涵之法律事实”〔3〕,其内涵为包括诊断、治疗及愈后疗养等三阶段之综合行为。另有学者引述日本学者见解,将医疗行为从广义解为:“有关疾病之诊断治疗、预防、畸型之矫正、助产、堕胎及各种基于治疗目的及增进医学技术之实验行为。〔4〕”事实上,整形美容、结扎、人工生殖、保健养生及医学实验行为等非属于传统诊断治疗之医疗行为者,亦涵盖于医疗行为之中,是应从广义医疗行为而定义,即除以传统上病痛、伤害之诊疗为目的之医疗行为外,尚应包括其他因社会多元化所伴随而生之医疗需求行为在内,以符合社会现实之需要。换言之,除传统上基于病痛、伤害之诊疗目的而实施之行为外,凡是该行为对于身体权或健康权存在损害的可能性、需医学专

* 林丰腾:恩主公医院胸腔外科医师/东吴大学法学硕士;郑逸哲:台北大学法律学系教授。

〔1〕 黄丁全:《医事法》,元照出版有限公司,2000年,第119页。

〔2〕 台湾卫生主管部门1993年11月19日“卫署”医字第82075656号函。

〔3〕 朱柏松:《消费者保护法论》,翰芦图书出版有限公司,1998年,第240页。

〔4〕 黄丁全:《医事法》,元照出版有限公司,2000年,第119页。

业技能且无违公序良俗之一切医学行为均应属之。

第二节 医疗行为之特性

法律上的“医疗行为”包括疾病、伤害之诊断、治疗、治疗后情况之判定,以及疗养指导等具有综合性的行为内涵的事实,涵括了藏有潜在危险,通常具有尝试本质及范围之不确定性,和无法与一般事实行为同视等特性。^{〔1〕}就民法而言,医疗给付行为与一般契约下的给付行为有许多相异之处,医疗行为因个案的差异性,在人体器官组织的各种处置充满了不可预测性,进而影响医疗行为结果的不确定性,因此在医疗行为上产生的并发症或药物副作用,并非一定有医疗行为上不当处置之存在,是以较相近似于委任契约,是以医疗行为为给付内容。在实务上,于台湾台中地方法院 90 年度“重诉字第 1045 号判决”亦指出,委任契约系以债务人之给付行为为给付内容,而非给付效果,此为目前实务及学说一致之看法。然亦有学说认为亦有承揽契约之成立^{〔2〕},是医疗行为仅于当事人间有特别之约定时,始得认定原属委任性质之行为,为承揽契约。换言之,医生为病患医疗,若已尽医疗之能力,病患虽仍未复原,仍可取得报酬,除非医生与病患间有“包医”之约定时,始可认为系承揽契约,此时则若非病患复原,否则不能取得报酬,是在特定条件下,亦可成立承揽契约。另在刑法上,医疗行为罕见不就病患身体现状加以改变,而至少具有伤害构成要件该当性,而其正当性与适法性的基础,刑法学说常以现行“刑法”第 22 条“业务上之正当行为,不罚”作为阻却违法事由论述依据,或透过医疗处置前的“同意”取得“得被害人承诺”此一超法规阻却违法事由而阻却违法^{〔3〕},惟若再回溯医疗行为的本质时,其出发点与传统的事实行为又有相异之处。因此就医疗行为之特性从法律上加以讨论:

一、风险性

医疗行为对人体具有一定程度之危险,施以医疗行为,目的在于以风险程度较低之医疗行为,去治愈危害人体之疾病、伤害或达成其他有益之目的。^{〔4〕}质言之,系以形式具有伤害构成要件该当性的行为而改变身体之状态,以求疾病之改善,去达成对人体生命、健康或其他有益目的之更高利益、价值之目标。在改变身体状态之伤害行为时,正是伤害身体之法益,若透过此法益之牺牲,相对得到更大利益时,病人自然享受其利益,惟若牺牲之法益大于所得之利益时,医疗纠纷自然跟随而来。

正因为对身体法益牺牲之转换的过程中,其对病人产生之风险高低各不同,虽医师得以医疗专业知识及经验法则预先做可能产生之风险的预防,惟此医疗行为本质上仍为本于发生几率而为臆测,并非绝对之结果,随着病情的进展,病患可能面临的风险亦随时变动,此等

〔1〕 朱柏松:《适用消保论断医师责任》,《台大法学论丛》1998 年第 27 卷第 4 期,第 16-17 页。

〔2〕 朱柏松:《消费者保护法论》,第 247-250 页。

〔3〕 王皇玉:《论医疗行为与业务上之正当行为》,《台大法学论丛》2007 年第 36 卷第 2 期,第 41-91 页。

〔4〕 刘文榕:《医事法要义》,合记图书出版社,1999 年,第 179 页。

风险变动的结果,实亦为医疗本质上的风险性。

从医学上来看此风险性,出现在患者身上的风险并非医师单方面即足以造成其相对之伤害,实际上,此风险性之升高伴随了患者本身主要疾病造成的各种身体机能改变,以及身体并发的其他各种疾病,例如高血压、糖尿病、末期肾病变等各式问题。是以在讨论法律上的伤害时,除将医疗行为本身所造成的风险作为讨论主轴之时,患者本身身体条件造成的相关影响,自也应纳入相当的考虑范围。然而,此等相互影响,无法直接界定其影响范围之大小,是以若要在个案中将其依个案本身条件精确量化,几乎没有可能。因此只能透过实证医学的临床数据,以多数的可能性,转换为共通的经验法则,进而取最接近条件之数据而适用于个案。简言之,在考量医疗风险性之时,除从医疗行为方面纳入考量之外,亦须同时纳入病患本身之风险,综合考量,才能客观地判断医疗行为风险性带来的影响。

二、不确定性

医学上相较于其他自然科学而言,仍属于非常原始的科学,其所知相较于未知仍相对稀少,加上身体各项机能的变化无穷,事实上医学只是一种经验的科学,对于每一位病患而言,经验中仍含有不同变化之可能性。因此,医疗行为之实施结果,本质上含有相当程度之不确定性,每次的治疗皆有“尝试”之性质在内。

我国大陆的《医疗事故处理条例》第33条的立法理由有云:“现代医学科学虽然有了很大的发展,但由于目前对人体的特异性和复杂性,以及许多疾病的发生原理尚未完全认识,对某些治疗措施的结果也并不能完全预测,因而有时尽管医护人员在诊疗护理过程中竭尽全力,但由于种种原因仍然不能使病员痊愈。”正说明了医疗本身造成的不确定性,非医疗人员所能完全掌控,易造成病患方期待上的落差,因而产生纠纷。

在考量所谓医疗的不确定性时,必须先考量其本身即作为一种几率的科学,亦即问题不只有一种答案。换句话说,其为多种选项,在面对医疗问题之时,可能的选项从数种到数十种都有可能,此时医疗人员自当依照其知识背景及经验,选出可能性最高的选项以为当下之判断,然此选择只代表当下所得之答案,并非最后正确答案,亦即当下的诊断并不等于最后确定的诊断。基于不确定性,医疗的诊断时常处于变动,例如,医疗人员在初次接触病患时,会就当下所得之主观及客观资讯,做出臆断(Impression)或初步诊断(Initial diagnosis),随后再经由更进一步的检查,搜集更多的证据,再逐步修正至最后诊断(Final diagnosis),在这个建立诊断的过程中,医疗人员的工作是在不确定中剔除相对不可能性,寻找可能性最高之选择。准此,可推得在每一次新诊断建立之时,皆以当下所掌握之资料判断之,而其诊断亦有其时效性,即当有新事证建立时致原诊断成立之可能性相对下降,则新诊断从而建立以取代原诊断,如此周而复始至已无更新证据支持不同诊断时,方可认为最后诊断之确立。从这里可以推得,在得到最后诊断前的各次臆断,相较于最后诊断可能得到所谓的“误诊”之称谓,也就是不符合最后所谓的“正确”诊断,当然这个“误诊”实际上是为事后诸葛亮,只要符合下诊断当时所有的证据,就不应有任何的苛责,因为当下做出此臆断时,正符合其最高几率之判定。

在治疗上,虽然就各种疾病有建立其治疗指引,同时亦有教科书或各式科学论文提出各

式治疗原则,然不确定性在此处依然存在其困难。在疾病被诊断后,伴随而来的是治疗,虽然有如此多的治疗指引等给予医疗人员作为临床上治疗的参考,然而要厘清的部分是,这些的治疗指引及原则,为透过实证医学所得之数据综合判断后,甚至加入各地不同条件而形成的,将此原则套用至个体时,基于各病患身体条件无一相同的情形下,就可能发生例外之状况,也就是不确定性的情形,也因此才会产生所谓预期以外的结果,若结果不如人意,自有纠纷之产生。

回到法律面,当医疗结果不如预期时,由于其本质上不确定性之影响,除事实部分需专业审查人士提供意见,其后续法律上之因果关系更加不易判断,这部分着实为造成在事实审查上之一大阻碍。然若转换角度,从义务层面来看,医师对医疗行为并不负担医疗行为达预期成果实现之责,而是要求医师在医疗行为实施过程中,应恪守专业人员应尽之注意义务;再从医疗契约之角度观察,医疗行为给付义务本质上为“手段债务”,并非“结果债务”,因此若医疗人员已恪尽注意义务,提供符合债务本旨之医疗,囿于不确定性之本质,则即使结果不如预期,也不应认为医疗行为本身有过失之成立。

三、专业性

医疗行为本身即具有内在的风险性及个案之专属性,是以医疗的实施攸关病患身体、健康及生命之安危,非具有专门医疗知识与资格者不得为之,是以制定各项别法,如“医师法”“护理师法”等相关法规,对医疗人员的专业资格及业务范围加以适当的限制与规范。例如未取得合法医师资格者,擅自执行医疗业务,由“医师法”第28条规定可见^{〔1〕},法律限制非医师人员行使医疗行为,违反者科以处罚之规定,乃法律强行排除非专业人员实施医疗行为的符合规定性,此即着眼于医疗行为的专业性。

此外,医学本身即为一高度专门之科学,其除个人经验累积,整体系统分析外,近年随医疗给付工精细化及医学教育之改革,医学专科依分工亦有愈趋繁细之趋势,使各专科在各医院中逐渐独立,成为目前医疗系统之常态。台湾卫生行政部门于1988年6月29日颁布专科医师分科及甄审办法,使专科医师制度正式成为法定制度。然就专业性而言,专科医师制度并未完全排除非专科医师执行专科相关医疗业务的权利,相反的,除法律或“函释命令”另有规定外^{〔2〕},专科医师之业务范围对于非该专科之其他医师并无排他性。例如台湾的健康保险局健保医字第84019682号函谓家庭医学科专科医师如执行涉及眼科业务,得施行“全

〔1〕“医师法”第28条:未取得合法医师资格,擅自执行医疗业务者,处六个月以上五年以下有期徒刑,得并科新台币三十万元以上一百五十万元以下罚金,其所使用之药械没收之。但合于下列情形之一者,不罚:一、在主管机关认可之医疗机构,于医师指导下实习之医学院、校学生或毕业生。二、在医疗机构于医师指示下之护理人员、助产人员或其他医事人员。三、合于第十一条第一项但书规定。四、临时施行急救。

〔2〕如台湾2012年12月17日修正之“脑死判定准则”第10条:“进行脑死判定之医师,应符合下列各款之一之条件:一、病人为足月出生(满三十七周孕期)未满三岁者:具脑死判定资格之儿科专科医师。二、前款以外之病人:(一)神经科或神经外科专科医师。(二)具脑死判定资格之麻醉科、内科、外科、急诊医学科或儿科专科医师。前项所称脑死判定资格,系指完成脑死判定训练课程,并取得证书者。本准则修正前,已领有台湾小儿神经医学会所发仍于有效期限内之小儿神经学专科医师证书者,具脑死判定之资格。”

民健康保险医疗费用支付标准”所定非限由眼科专科医师施行之诊疗项目,即家庭医学科专科医师得执行眼科业务,惟其诊疗项目仅限于施行全民健康保险医疗费用支付标准所定非限由眼科专科医师施行之范围,始得申请支付健保医疗费用。可见通过医师考试及格者,即得从事眼科治疗业务,不以眼科专科医师为限。

对病患而言,在接受医疗行为之前尚无医疗人员为其详细之说明或协助,对于医疗行为的内容及性质常有认知上之困难,由于此不对等的资讯掌控落差,就非专业人士之病患而言,其在缔约磋商过程的谈判能力显然极度欠缺,故除非医疗人员能善尽告知义务或说明义务,使其医疗给付内容病患可理解或辨识的程度,否则由于医疗之专业性必然会产生认知障碍。

医疗行为既以高度专业的医学知识为基础,其行为之内涵对于医病双方自存在巨大落差,如遇到医疗行为结果不符合预期,在事后的监督审查亦会造成相当之障碍。由于医疗行为之实施过程,唯一可得客观的纪录仅有病历而已,而病历为记录医疗行为之专业文书,当然具有法律效力。然而,病患虽就医疗法有取得病历之权利^{〔1〕},然要就取得的病历内容进行检视医疗行为之过失,仍然有巨大之鸿沟,此即形成审查之障碍,若非借由专业人士之辅助,无论病方或相关第三人皆不易透过此病历来搜集医师过失之证据。因此在医疗法中有医事审议委员会一章,于其下设立鉴定小组,希望能接办医疗纠纷鉴定之工作,然医病双方对此鉴定结果,仍未能完全信服。此说明医疗行为的高度专业性,实非医疗人员以外之非专业人士所以了解的。

四、裁量性

医疗人员在医疗行为的执行上,就某些程度或范围而言,应享有临床判断的余地,此即医疗事务的裁量性,然此合理范围为何,却难有统一或明确的界定,可谓是医病关系的灰色地带。^{〔2〕}除可能导致医法各界在论断医病关系时之困难外,医师的临床裁量权之模糊界线,会导致医疗效能之不彰,如裁量范围漫无限制,则病人身体,健康或生命,易受任意处置;反之,对裁量权限制过严,则医师医疗处置权限局促而受限,亦引起医学之萎缩^{〔3〕}。由此可见对医师临床裁量权本质的正确认识与合理判定,将是论断医病关系的重要环节。

目前未见有直接对医师临床裁量权作定义性之叙述,然通说认为,基于医疗之高度专业性及不确定性,和对疾病治疗的多样性选择之下,为谋求病患医疗上最大之利益,应当赋予医师对医疗行为于一定范围内享有必要的临床判断选择权利,此谓之裁量权。^{〔4〕}亦即医师在此裁量范围内,就医疗相关事务之所必要,应具有选择或决定的自主判断空间,且此自主空间属医师直接权利内容,于此范围内,即难谓有过失之可能。

〔1〕“医疗法”第71条:“医疗机构应依其诊治之病人要求,提供病历复制本,必要时提供中文病历摘要,不得无故拖延或拒绝;其所需费用,由病人负担。”

〔2〕黄丁全:《医事法》,第525页。

〔3〕孙森焱:《论医师为诊疗行为应负之义务》,收录于《郑玉波先生七秩华诞祝贺论文集——民商法理论之研究》,1988年,第182页。

〔4〕黄丁全:《医事法》,第524页。

至于医师裁量权之范围如何界定,多有不同看法,有以科学合理性为判断基础者^{〔1〕};有以不违反医疗常识,且经医界公认合理之方法者为是^{〔2〕};有以医疗伦理规范,同时辅以告知同意为调节者^{〔3〕};另有在以满足债务本旨的前提下,医疗人员就给付内容为细节性、技术性、方便性之片面决定为之者^{〔4〕}。

在实务上,可见台湾高等法院 92 年度重上字第 111 号民事判决,略以“惟查并非每一项手术之诱导麻醉,皆使用短效肌肉松弛剂,仍须视病人状况及手术种类决定,不能认为每一项手术麻醉诱导,选择短效肌肉松弛剂较为适宜,而乙某某于术前照会问诊时,并未发现甲某某有发声异常或呼吸不顺,无法判定使用长效之肌肉松弛剂是否适宜,且麻醉诱导期间决定使用长效肌肉松弛剂,系属麻醉医师乙某某之裁量权范围,非如甲某某及丙某某所主张麻醉诱导时本应选用短效肌肉松弛剂,而乙某某竟选用中长效之肌肉松弛剂,具有过失可言。”此处点出医师之裁量权,仍须就病患之情况及医疗行为之种类而做选择,非为一定之习惯性所得约束,是就此种裁量权而生之医疗行为自不具有过失可言。

现实医界及法界对医疗裁量权于医疗行为之重要性皆渐有认知,惟对裁量权之范围仍多感模糊未定,在医学上而言,临床裁量权必不得违背医疗的上位概念——不伤害原则(Do no harm),其次当得尝试以医疗水准,医疗常规或治疗准则等作为界定边界之参考。但是否妥当,仍有待进一步研究。

五、拦截性

从医疗行为介入的目的来看,其消极目的为阻止病患身体及健康机能之恶化外,积极目的甚至为改善身体之机能,恢复原有之健康。当医疗行为不能成功阻止疾病对病患身体造成之影响时,病患的健康自当随疾病进程而进行下去,幸运者,身体度过此一灾厄,恢复健康,不幸者,甚至进行向死亡之结果。无论结果为何,医疗行为的目的皆是为了停止疾病进程向不良结果一方持续进行,而进行介入性的行为,且不论其介入后得到的结果是否为正向,皆无损于其欲拦截疾病进程的目的性。

医疗行为的启动并非一开始的因果进程,而是因为病患身体的损害或生命濒临灭失,小至病毒感染,大至严重伤害濒临死亡,有了这个因果进程后,为了避免身体机能的损坏或生命的灭失,才以医疗行为介入,避免不良结局发生。亦即医疗行为这个因果进程的启动,非原生的因果进程,而是为了拦截原来对身体有害的因果进程,是以“医疗行为”的“拦截”是否成功,乃以其所欲防止出现的“结果”为准,而非以先前已先行启动的另一“因果进程”所致的“结果”为准,例如医师对住院病患突发性的呼吸衰竭做紧急心肺复苏,如果病患生命获救,但不幸因脑部缺氧造成植物人,但乙的急救行为所欲拦截者,乃防止“死亡结果”出现。医疗

〔1〕 黄丁全:《医事法》,第 524 页。

〔2〕 邱聪智:《医疗过失与侵权行为》,《民法研究》,五南图书出版有限公司,2000 年增订版,第 430 页。

〔3〕 孙森焱:《论医师为诊疗行为应负之义务》,收录于《郑玉波先生七秩华诞祝贺论文集——民商法理论之研究》,1988 年 1 月,第 182 页。

〔4〕 吴志正:《解读医病关系 I》,元照出版有限公司,2006 年,第 103 页。