

6

月旦民商法研究丛书



月旦民商法研究

民事诉讼法之变革

民 诉

清华大学出版社

6

月旦民商法研究丛书

月旦民商法研究

民事诉讼法之变革

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

民事诉讼制度之发展,例如在中国大陆即将展开修法以及在台湾地区密集的“修法”,近年来一直受到高度之关注。本辑“主题研讨”特别以“民事诉讼法之变革”为主题,邀请中国大陆陈刚、李喜莲与谭秋桂三位学者,台湾地区姜世明、魏大琨两位教授,从不同的面向,充实民事诉讼法上理论与实务。

元照出版有限公司授权出版发行

Authorized by ANGLE PUBLISHING L. L. C., copyright©2004.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage retrieval system, without permission from ANGLE PUBLISHING L. L. C.

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2005-2868

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法之变革/王文杰主编. —北京:清华大学出版社,2005.5

(月旦民商法研究:6)

ISBN 7-302-10782-3

I. 民… II. 王… III. 民事诉讼法—对比研究—中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 030842 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦
http://www.tup.com.cn 邮 编: 100084
社 总 机: 010-62770175 客 户 服 务: 010-62776969

责任编辑: 聂 鑫

印 装 者: 北京国马印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 155×230 印 张: 17.5 字 数: 276 千字

版 次: 2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-10782-3/D·171

印 数: 1~4000

定 价: 26.00 元

前言

民事诉讼制度之发展，比如在中国台湾地区密集的“修法”以及在中国大陆即将展开的修法，近年来一直受到高度之关注。本辑“主题研讨”特别以“民事诉讼法之变革”为主题，邀请台湾地区姜世明、魏大曉两位教授；中国大陆陈刚、李喜莲与谭秋桂三位学者，从不同的面向，充实民事诉讼法上理论与实务兼具的论述。

“法学论述”中，吉林大学蔡立东教授论述公司人力资本对公司之重要性与其在公司治理中应扮演的角色，在目前以股东权益为论述中心的公司治理议题中，为我们提供了另一个思考的方向。台湾地区交通大学王敏铨教授则分析了一个商标法上重要但常被忽略的问题——异议与撤销之事由与程序，以期透过对美国法之检讨，对于两岸相关问题的解决提供一个可资参考的方向。西安交通大学马治国与张俊两位学者讨论了软件产业十分关注的源代码（source code）所涉及的商标问题，亦十分精彩。

中国大陆改革开放后，不仅在经济生活、财产权之界定等议题上有了相当大的变化，在婚姻家庭生活中，也产生了不同以往的问题，现行的中国大陆相关法规面对新的发展，是否能适当地调整当事人间之权利义务关系，成为两岸身份法学者共同关注的焦点，本期即有多篇论文围绕此一主题展开。“专题研究”中，特别邀请政治大学林秀雄教授评论中国大陆婚姻法中关于夫妻财产制之相关规定，并提出具体修法建议；同时，西南政法大学陈苇与冉启玉两位学者，亦从比较法之角度，评述中国大陆离婚扶养制度，作为立法参考。此外，“两岸案例评析”中，北京大学马忆南老师特别就一发生在哈尔滨的实际案例，评析中国大陆现行法规有关离婚、子女扶养、夫妻财产分配等重要问题，同时台湾地区王如玄律师亦以其长期对于台湾妇女家庭问题的关注，以及丰富的实务经验，分析“台湾法”上相关问题的处理，并明确指出在此一议题上，仍有待法学界解决的难题。

近年来，中国大陆法学界与国际间之接触与交流十分频繁，也有许多具体的成果，对于推动中国大陆法制现代化，有着功不可没的贡献。“会议综述”特别刊载 2004 年在中国大陆举行的两场重要商法国际会议之会议综述，以飨未能出席的两岸读者。

目 录

主题研讨 民事诉讼法之变革

- 医师民事责任程序中之举证责任减轻 姜世明/1
第三审废弃发回判决之效力 魏大晓/35
反思与探索：我国法院调解制度之完善 陈 刚、李喜莲/56
我国民事再审程序的功能定位与制度重构
——以救济型再审制度的确立为中心 谭秋桂/81

法学论述

- 论公司治理的人文主义转向 蔡立东/96
美国商标法上异议与撤销事由之研究 王敏铨/119
开放源代码软件 GPL 涉及的商标问题研究 ... 马治国、张 俊/140

专题研究

- 论中国大陆婚姻法关于夫妻财产制之修正 林秀雄/163
离婚扶养制度研究
——我国与俄罗斯之比较 陈 苇、冉启玉/197

两岸案例评析

- 胡海英诉李钟鸣离婚案评论
——以我国法为准绳 马忆南/216
夫妻财产之清算与分割
——兼论如何落实夫妻财产之分配 王如玄/235

会议综述

- 转型中的公司法的现代化
——“二十一世纪商法论坛”2004 年国际研讨会综述
..... 朱慈蕴、王洪伟/251
中国法学会商法学研究会 2004 年年会综述 孙 毅/264



Contents

Special Feature Civil Procedure for A New Era

Moderating the Burden of Proof in Civil Procedure

Regarding Medical Lawsuits Shyh-Ming Chiang/1

A Study on the Effect of Remanding by the Supreme

Court Tai-Liang Wei/35

A Study on Court's Mediation System and A Way to

Perfection Gang Chen & Xi-Lian Li/56

On the Reconstruction of the Function and System for the

Civil Retrial Procedure: Focus on the Establishment

of the Model of Relief for Civil Retrial Qiu-Gui Tan/81

Articles

Grounds for Opposition and Cancellation in U. S.

Trademark Law Eric Min-Chiuan Wang/96

The Humanism-Oriented Transformation of Corporate

Governance Li-Dong Cai/119

Research on Trademark Law Concerning with GPL of

Open Source Software Zhi-Guo Ma & Zhang Jun/140

Family Law in Mainland

Revising the Matrimonial Property System in

Mainland's Family Law Hsiu-Hsiung Lin/163

Study on the Spousal Support in Divorce: The Comparison

of Laws between the Mainland China and

Russia Wei Chen & Qi-Yu Ran/197

Case Comments

Case Comments Concerning the Distribution of Property in
the Divorce Proceeding

..... Yi-Nan Ma & Jennifer J. H. Wang/216

Contents

Conference Review

- Modernizing Company Law in Transformation: Summary of
2004 International Conference of 21 Century Commercial
Law Forum Ci-Yun Zhu & Hong-Wei Wang /251
- Conference Summary on 2004 Annual Meeting of
Commercial Law Section of China Law Society Yi Sun/264

医师民事责任程序中之举证 责任减轻

姜世明 成功大学法律学系助理教授

目次

- 壹、前言
- 貳、医师民事责任程序之特殊性
- 叁、加重医师民事责任之手段选择
- 肆、医师民事责任程序中之举证责任减轻
- 伍、结论

壹、前 言

医师民事责任之问题在台湾地区近十余年来受到法界、医界之高度重视，论争不断。且其非仅在学者间存有不同见解，在实务运作上，亦呈现高度之争议。因其涉及医师职业风险及病人为宪法所保障之身体权、健康权、生命权、财产权、自由权及诉讼权等基本权利之平衡，难免有不同之价值衡量角度及结果。

过去十余年来，对于医师民事责任程序之讨论，主要系对于“医师民事责任是否适用消费者保护法”（下称“消保法”）之争议问题之讨论，学说盈庭，各有所本；而实务上对此一争议，亦有不同之看法。惟对此争议，立法者乃尝试自医疗法之修正以寻获其解决之道；而医疗法且于2004年4月28日经“总统”公布施行，其中对于医师民事责任应适用过失责任主义已明确表明其肯定立场。

虽关于“医师民事责任是否适用消保法”之争议，或可借医疗法之修正而获得暂时之平息，但在医师民事责任回归过失责任主义后，对于病人之权益维护，尤其系其在诉讼上所面临之举证困难，乃成为法学研究者所不能逃避之课题。而此一问题，在德国，乃不仅置于民法、民事诉讼法（下称“民诉法”）层次上讨论，且将其置于宪法层次上研究。在台湾地区，近年来关于“民诉法”修正乃多以“宪法”原则作为其指导原则，可知台湾地区程序法发展已与“宪法”作相当之连结，则在医师民事责任程序中关于病人之举证责任减轻问题，亦应置于此一脉络中加以理解，乃能得其真义。

本文基于上开认识，对于医师民事责任程序中举证责任分配问题乃强调对于医病关系特殊性之探讨，并自“宪法”平等原则所衍生之“武器平等原则”建构加重医师民事责任之部分法理基础，且认为举证责任分配法则乃得用以充当调整民事责任之方法。而为使学界及实务界对此问题能有进一步发展之基础，且尝试对于医师民事责任程序中所可能出现之请求权基础，其个别责任要件之举证责任分配及举证责任减轻之可能，逐一论述，以供参考。

贰、医师民事责任程序之特殊性

一、医师民事责任程序中被害人之举证困难

医师之民事责任程序中，系以病人之举证困难为其核心之问题。造成医师民事责任程序中被害人举证困难之因素则包括：（1）专业知识掌握度之明显落差。（2）被害人取证之困难。（3）医疗诉讼中鉴定人之公正性及可信度不被充分肯认。（4）病人因缺乏专业知识，既难期待其于医师医疗行为之可归责性及其损害与医疗过误间之因果关系能为正确判断；而此一知识落差之不平等，且不能因聘请律师而得获解决。（5）当病人在手术及治疗期间，乃置于医师（或医院）所能掌握之领域，相关人员、设备之安排与使用，皆为医师所能且应负责者；即关于医疗过程中病历之记载及诊断结果确保乃亦均由医师主宰，而非病人所能参与及影响。（6）法官关于医学之专业能力不足，而因其欠缺医疗专业知识，对于医师所为陈述或鉴定人之意见乃无审查与监控之能力，对于病人可能因专业知识落差而造成之诉讼上不平等，即可能因此而无法借由法官

阐明而获得部分救济。(7) 基于举证责任分配一般原则（即规范理论）之缺陷，因其缺乏弹性，对于部分类型事件，可能因适用规范理论之结果，而对于被害人有过苛之要求。(8) 医师对于法律知识之缺乏，或基于医师职业惯习，而未对诊断结果调查与确保及文件义务等多加用心，以致造成事后证明困难，此一不利益，若归于病人负担，即属不公平。(9) 在医师民事责任程序中，因对生命体之不可掌控性所产生医疗行为反应之不确定性及不可掌握性，益使病人之举证发生困难。

二、加重医师民事责任之必要性考量

(一) 武器平等之基本法理

程序法之武器平等原则系根基于宪法所保障之平等权与法治国及社会国原则，一般而言，所谓程序中当事人之武器平等原则，系指当事人无论其诉讼中为原告或被告，或诉讼外系高低阶层之关系，于诉讼中之地位一律平等^[1]；法官因此负有经由客观公正程序进行，无成见地使用与评价当事人双方之主张，无偏私地运用法律及履行其他程序上义务，以确保当事人地位之平等^[2]；而惟经由武器平等原则，乃得强化正确判决获得之可能性。

武器平等原则在德国固已为颇多学者所承认，其乃与得要求法定法官之基本权及合法听审权构成三类典型程序基本权。而在台湾地区，此一原则实亦已受高度重视，例如于 2000 年 2 月 11 日新施行之台湾地区现行“民事诉讼法”第 277 条规定乃增列但书规定“但法律别有规定，或依其情形显失公平者，不在此限”。其立法理由中，对于关于公害事件、交通事故、商品制作人责任、医疗纠纷等事件之处理，认为若依一般举证责任法则，则难免发生不公平，应即蕴涵对于武器平等原则法理之肯认。

(二) 信赖关系之职业本质

自由业者在社会上一般享有甚高声望及物质获得，而其执业内容则

[1] Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, 1983, S. 23, Fn. 83; Mes, Der Rechtsschutzanspruch, 1970, S. 74; Blomeyer, Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren, 1985, S. 98 f.

[2] BVerfG 52, 131 (156 f.); Gilles (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, 1983, S. 20.

又甚为专业，非一般人所能理解及监控，且其执业所涉对象乃及于当事人之生命、身体、自由及财产等权利，攸关利益至剧，因而如何对于自由业者之民事责任为适当规制，应系一至为重要之问题。

在考虑医师之民事责任应为如何规制时，其所应考虑因素之一乃其职业之本质，亦即，医师一职，其性质乃属于专门职业，其在德国乃与律师、会计师及建筑师等行业并列为自由业者。自由业者在德国乃被认为应加强之民事责任，其理由之一即系基于对自由业者本质之观察。

基本上，自由业者包括如下之职业特性：（1）个人性之给付履行；（2）公共利益取向与利他性；（3）专业教育训练之要求或创造性之执业能力；（4）自由性，亦即自由业者应不受指示拘束（Weisungsunabhängigkeit）与自己负责（Selbstverantwortung）；（5）自由业者与其委托人间乃具有一特殊之信赖关系。其中，无论公益性或自由性等故均得充当加重自由业者民事责任之法理基础，其中甚为重要者乃关于当事人与自由业者间之特殊信赖关系，因此依特殊信赖关系实乃存在自由业者与当事人间契约之重要基础。一般认为，仅于存在此一信赖关系，病人或委托人乃愿意将其所有相关私密告知。若不存在此一信赖关系，而自由业者之委托人有所隐瞒，殊难想像该等自由业者，能合目的性完成其任务。基于此一信赖关系，就某种程度而言，自由业者对其委托人，即具有相当程度之利害支配力，其因此而受有较高于其他职业之风险负担，应属合理。委托人因对专业无知，其与自由业者间之信赖关系，乃存在于对自由业者之资格、能力、专业知识与经验之信赖，并用以克服委托人因无知而对自由业者义务履行行为之不能控制性所生之疑虑。自由业者之缄默义务并据此而产生，若有违反，乃以刑法处罚之。

（三）危险领域

危险领域（Gefahrenbereich）亦被称为领域（Sphäre）、责任领域（Verantwortungsbereich）或组织领域（Organisationskreis），此一理论乃系德国学者试图用作取代规范理论所建立之举证责任法则之一。学者 Prolss 就联邦最高法院判决予以研究，而将危险领域说予以体系化及一般化^{〔3〕}。依其见解，若损害原因系存在于加害人之危险领域，则加

〔3〕 Prolss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966, S. 65 ff.; Prolss, Die Beweislast nach Gefahrenbereichen, VersR 1964, S. 901 ff.

害者应负举证责任。其且将危险领域定义为“为被告所掌控之空间性、物体性之领域，即其所直接占有之动产与不动产之全部。”〔4〕

此理论之适用范围主要系于可归责性、客观义务违反之证明被运用。惟其于公害事件之责任成立因果关系证明之适用性，实务则持保留态度。应注意者系，学说一般认为，此理论不能成为一般性规则，因其缺乏方法归类与法律安定性，但在部分举证责任减轻类型则可适用此一理论以作为其背离举证责任分配一般原则之正当化基础。尤其在医师民事责任程序中，关于医院中所使用设备及人员配置乃均系医院或医师所能掌握者，是否能依危险理论以建立部分举证责任减轻类型，应为一值得考虑及重视之课题。

（四）预防政策

有疑问者系，是否应将对于医师责任之加重，视为安全性确保与危险防止之预防政策之一环？〔5〕对此，若与产品责任相较，医师民事责任事件之特性与产品责任之本质（可能危害对象之众多而不特定性、事前关于设计、制造有监控可能性、企业主之危险分担可能性、企业主因其产品之直接获利性）并不完全相同，尤其医师一职乃自由业者，具高度之公益性，而其所面对之病人具有有限性，似无须以预防政策充当加重医师民事责任之法理基础。

叁、加重医师民事责任之手段选择

一、概说

对于医师民事责任之加重，其方法可能系在立法阶段即对于若干责任要件予以抽离，此一釜底抽薪之方法乃最强力之手段，其所抽离之要件可能包括可归责要件及违法性要件，其抽离可归责性要件者，乃被称为无过失责任；至于将可归责性及违法性要件均加以抽离者，则属更进一步之加重责任。〔6〕而在民事实体法或程序法上亦可能借由立法方式，

〔4〕 Prolss, a. a. O., S. 83.

〔5〕 关于危险责任规定中举证责任及过度防制之问题，简资修，危险责任之生成与界限：举证责任与过度防制，台北大学法学论丛，48期，2001年6月，45页以下。

〔6〕 有被定义为所为危险责任者，但关于无过失责任、危险责任、严格责任等名词使用，仍有不同见解存在之可能。

明定若干举证责任减轻制度。另外，亦有可能借由实务利用民法相关规定及相关法理，发展若干适于医师民事责任程序之举证责任减轻制度。此等举证责任减轻方式，一方面减轻被害人对于责任成立要件之举证责任困难，另一方面亦等同加重医师之民事责任。

台湾地区自“消保法”于1994年间公布施行后，无论学界或实务界均将对于医师民事责任程序中之举证责任问题焦点置于“医疗纠纷是否有‘消保法’之适用”一节，亦即乃主要关注于是否应适用无过失责任之问题。但医疗纠纷是否宜采行无过失责任，固然为一值得重视之争议问题，但关于医疗纠纷中病人之举证责任困难乃不仅存在于可归责性要件之举证，即于其他要件（如损害或因果关系等）之举证，实亦存在相当之困难，就此，若不予一并探究，自有所不足。

二、举证责任减轻之基本法理

举证责任分配法则可区分为举证责任分配之一般原则及举证责任减轻，举证责任分配一般原则乃真正之举证责任分配规则，即系为解决在诉讼上若“事实真伪不明”时，法院应为如何裁判，应将该事实不明之不利归属于何人之法则。至于举证责任减轻则系为指经契约、法定或实务创设之背离举证责任分配一般原则之举证规则，其中并不仅涉及举证责任分配规则者（即将举证责任分配归属予以调整者）属之，部分亦有系属于证据评价范围（如表见证明）者；惟在此，其乃系以证据评价作为降低负举证责任一造当事人之举证困难，但对于原依举证责任分配一般法则所确立之举证责任归属，并未更动。

“民法”第277条前段规定当事人主张有利于己之事实者，就其事实有举证之责任。此虽可视为举证责任之一般宣示，但对于其实质内容之理解则有不同之见解。为使举证责任分配法则能具备一定程度之法律安定性，在德国，通说乃以规范理论（台湾地区学者称为特别要件说）作为举证责任分配之一般原则，亦即，各当事人应就其有利之规范要件为主张及举证^{〔7〕}。Rosenberg将实体法法律规范区分为权利发生规范、权利障碍规范、权利消灭规范或权利抑制规范。规范理论主要内容即“主张权利存在之人，应就权利发生之法律要件存在之事实为举证；

〔7〕 Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, S. 98 f.

否认权利存在之人，应就权利妨害法律要件、权利消灭法律要件或权利受制法律要件负举证责任”〔8〕。

有疑虑者系，举证责任分配一般法则仍存在其盲点，有待克服，例如其难以区分权利发生要件及权利障碍要件，且亦难以适应若干事件类型，而可能造成个案正义之难以兼顾。为能兼顾个案正义之需求，“民法”第277条但书即规定：“但法律别有规定，或依其情形显失公平者，不在此限。”其应为举证责任减轻制度之明文宣示。

其中所谓“依其情形显失公平”乃一不确定法律概念，其意义应依关于举证责任一般原则背离之探寻方向进行理解，亦即，若法院就某类型事件（例如医师医疗行为具有重大过误类型）进行评价，依举证责任分配一般原则所得结果，在确认与斟酌其所具有于危险领域理论、武器平等原则、诚信原则或概然性理论等所考虑之因素，而得认为该依举证责任分配一般原则所确立举证责任归属，于某该当事人乃属于不可期待者，法院即有就此依举证责任分配一般原则所得结果加以调整之必要。在此，尤应注意立法理由中举出公害事件、交通事故、商品制造人责任、医疗纠纷等事件类型。因于法律解释上，应注意事件类型思考。法院所需考虑者，乃个案之类型隶属，是否具有危险领域理论、武器平等原则、诚信原则、盖然性理论等所强调之举证责任调整必要性之特征（尤指证据偏在问题），而不可恣意于相同事件类型（例如一般借贷类型），却于不同个案因基于直觉、感性（同情）等非理性因素或理由不足之论据，而任为举证责任之调整，以至造成实体法原已设定之价值体系及法律安定性遭破坏，并造成人民于举证责任法则之客观性与平等性，以及可预见性丧失期待。至于在此，法院所得运用之举证责任分配调整方法则包括举证责任转换、证明度降低、信息义务（情报请求权）、一定条件下非负举证责任一造之说明义务之加强或表见证明等，其运用方式应依其事件性质与证据偏在严重性而定之。

举证责任减轻之方法，基本上乃可区分为诉讼前、诉讼上之举证责任减轻方法；同时，亦得区分为实体法上之举证责任减轻与程序法上之举证责任减轻。所谓诉讼前之举证责任减轻，乃指在诉讼前经由私人间协议（证据契约）或由法律或实务承认之信息请求权（情报请求权），

〔8〕 Rosenberg, a. a. O., S. 105 f.

而对某造当事人之举证责任予以减轻。所谓诉讼上之举证责任减轻，乃指在诉讼中经由法律或实务承认以举证责任转换、表见证明、证明妨碍、损害赔偿额之确定、非负举证责任人说明义务之强化等方式，而于一造之举证责任减轻。至于所谓实体法或诉讼法上之举证责任减轻，前者主要系指由实体法承认之举证责任减轻方法，在此乃指法有明文举证责任减轻之规定及实体法信息义务（情报请求权）之承认等。至于诉讼法上之举证责任减轻，即指由诉讼法所创设（由程序法或实务承认）之举证责任减轻方式。

三、告别无过失责任主义

台湾地区“消保法”于1994年1月13日经“总统”公布施行，其在医师民事责任法理论乃引发颇多之争议，其主要关注焦点之一乃究竟医疗行为所产生责任是否有消保法之适用？概“消保法”第7条规定：“从事设计、生产、制造商品或提供服务之企业经营者，于提供商品流通进入市场，或提供服务时，应确保该商品或服务，符合当时科技或专业水准可合理期待之安全性（第1项）。商品或服务具有危害消费者生命、身体、健康、财产之可能者，应于明显处为警告标示及紧急处理危险之方法（第2项）。企业经营者违反前二项规定，致生损害于消费者或第三人时，应负连带赔偿责任。但企业经营者能证明其无过失者，得减轻其赔偿责任（第3项）。”关于此一规定之性质，一般认为系无过失损害赔偿责任，仅少部分学者认为其系属举证责任转换之规定。^{〔9〕}值得注意者一般而言，无过失责任与过失推定（即相当于举证责任转换）二者乃互不兼容之制度设计，因无过失责任乃将“可归责性要件”自权利发生要件中抽离，亦即法律效果之发生已不再倚赖于当事人行为是否具有可归责性，则如何尚有举证责任减轻之道理？因而识者乃巧妙指出此制度可能系台湾法所独创，可谓系“特殊的无过失责任”或“具有台湾特色的制造者无过失衡平责任”。^{〔10〕}

就“消保法”是否适用于医疗行为之问题，其在台湾之学说及实务

〔9〕 陈忠五，医疗行为与消费者保护法服务责任之适用领域，台湾本土法学杂志，7期，2000年2月，38页，暨注7所引文献。

〔10〕 陈忠五，医疗事故与消费者保护法服务责任之适用要件（上），台湾本土法学杂志，17期，2000年12月，76页注1。

上曾引发颇多争议^[11]。其中，学说上之讨论面向，或集中在对于医疗行为是否属于消保法所定义之“消费行为”之层面讨论之，或系就医疗行为是否适于以无过失责任主义规范之法政策层次上进行探讨，正反见解，各具论据基础，即采折中见解（即仅将医疗机构纳入消保法之适用范围，而医师人员责任则回归民法规范）者亦有所本。可谓百家争鸣，一时蔚为显学。其即在实务上，对此一问题，其见解亦相当分歧，并无定论。^[12]

应注意者，因“医疗法”于2004年4月28日已公布施行，该法第82条第2项乃规定“医疗机构及其医事人员因执行业务致生损害于病人，以故意或过失为限，负损害赔偿责任。”其乃与“行政院”修正版不同，依原“行政院”医疗法修正提案第79条第2项乃规定：“医疗机构及其医事人员因执行业务致生损害于病人者，应负损害赔偿责任。但能证明其无故意或过失者，不在此限。”其第3项并规定“前项情形，不适用‘消费者保护法’之规定”。但“立法院”通过之条文则明确将医疗机构及其医事人员因执行业务致生损害于病人者，所应负损害赔偿责任定性在过失责任，且无举证责任转换（举证无过失而免责）之规定。

据此，在新修正“医疗法”通过立法及施行后，对于医师民事责任是否适用“消保法”及是否应定位在无过失责任之争议，应可暂时告一段落^[13]。亦即，经由修法乃将医师民事责任定位为过失责任，且依“医疗法”第82条第2项乃规定“医疗机构及其医事人员因执行业务致生损害于病人，以故意或过失为限，负损害赔偿责任”。乃将医疗机构

[11] 陈忠五，注9文，40页，及所引文献。

[12] 实务上见解分歧状况，参阅黄立，“消保法”第7条与“民法”第191条之3对医疗行为适用之研析，政大法学评论，75期，2003年9月，22页以下。

[13] 基本上，法律之变更，并无涉正义或真理之发现或确认之问题，反而，通常乃显示出法律之自身历史条件束性，虽笔者借鉴德国法上因有鉴于医师责任之特殊性（医疗行为特殊性及其职业本质特殊性），及欧共体服务业者指令建议案因压力团体反对而作罢之历史经验，而对于采用无过失主义立法曾表示疑虑，并对于法律之形成乃系经由压力团体所型塑，其后且须经由学说及实务所检验修正之论点提出诠释（参拙著，律师民事责任制度之研究——民法研究会第二十四次学术研讨会纪录，法学丛刊，185期，2002年1月，103、119页）。于今，虽因“医疗法”修正，而使相关争议可能暂时获得可依循之解释方向，但仍须强调，“法律是活的”，因而对于历来关于是否医师民事责任应采行无过失责任之相关不同见解，仍存在其不容抹灭之价值，当历史条件改变（或不改变），例如医师不自重、不恪守伦理、精进专业智能，而鉴定人公正性不能提升，法院又急于传讯鉴定人讯问或因法官、律师缺乏能力而无法检验鉴定意见之正确性等问题，仍无法获得改善，则以如何方式加重医师民事责任，即在将来势必仍可能存在辩证之空间。