

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

醫療民事糾紛訴訟中之證據蒐集－
以健康資訊權作為擴充手段



Evidence Gathering in Medical Malpractice Civil Litigation –
the Right to Health Information as an Expanded Approach

研究生：陳建中

指導教授：陳誌雄 博士

中華民國九十七年九月

醫療民事糾紛訴訟中之證據蒐集-

以健康資訊權作為擴充手段

Evidence Gathering in Medical Malpractice Civil Litigation-
the Right to Health Information as an Expanded Approach

研究生：陳建中

Student：Chien-Chung Chen

指導教授：陳誌雄

Advisor：Dr. Chih-Hsiung Chen

國立交通大學

科技法律研究所



Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

In

Technology Law

September 2008

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十七年九月

醫療民事糾紛訴訟中之證據蒐集-以健康資訊權作為擴充手段

學生：陳建中

指導教授：陳鈺雄 博士

國立交通大學科技法律研究所碩士班

摘 要

醫療糾紛之證據偏在、當事人資訊不對等與專業知識能力的差距，病患及家屬不了解醫療行為的內容，證據蒐集不易，使得醫療糾紛層出不窮。醫療行為高危險性與不可預測性、人體組織之特異性，更使得責任歸屬難以判斷。

我國醫療糾紛多以刑事訴訟附帶民事請求，就證據蒐集的過程，乃由檢察官行使強制處分權取得重要的病歷書證與證人證言。惟醫療糾紛的類型不僅限於業務過失傷害或致死等刑事責任類型，以民事責任角度觀之，契約法上的債權請求權，即不完全給付之債務不履行與告知後同意等附隨義務的違反，亦為當事人據以請求的重要依據。

在民事糾紛中，法院居於中立審判者的地位，在程序的進行採取當事人處分權主義，當事人必須就其主張提出相關的事證。在醫療民事糾紛中，病人缺少強制處分權的蒐證手段，法院不主動蒐集相關事證，但病人在蒐集病歷與其他證據常常受阻，此時證據的保全與當事人就證據的近用權與訴訟實力的不平等，乃成為問題。

民國 94 年修正後之民事證據保全制度與保全程序制度，擴大了證據保全的範圍，就定暫時狀態假處分制度有所改革；在民事訴訟法大刀闊斧地修正下，是否更能夠實現武器平等原則，與保障當事人的程序權，在訴訟實力不均等的醫療糾紛訴訟中更值得關注；並且就實體法之蒐證手段，即資訊開示請求權的規定，如何影響當事人取得證據，亦為本研究著重的方向。

本文主張建立完整健康資訊權的內容，來擴充當事人近用自身健康資訊的權利，即賦予當事人就其健康資訊有近用、複製與修改的權利，配合假處分制度的運用，讓當事人得以取得解決糾紛所須證據，以實現訴訟法上武器平等原則，讓當事人更完足知悉紛爭內容與相關事證之後，自行衡酌採行訴訟外解決紛爭之方式，亦或在提起訴訟後，節省調查事證所須之勞費，以更公平圓滿地消弭糾紛。

關鍵字：醫療過誤訴訟、醫事證據、病歷、機關鑑定、證據保全、假處分、事證開示、專家證人、健康資訊權

Evidence Gathering in Medical Malpractice Civil Litigation- the Right to Health Information as an Expanded Approach

Student : Chien-Chung Chen

Advisors : Dr. Chih-Hsiung Chen

Institute of Technology Law
National Chiao Tung University

ABSTRACT

The practice of medicine is dangerous and unpredictable and the result vary from one individual to another. Thus, when patients can not accept the result, they tend to file a suit to claim their own rights. Evidence in medical malpractice litigation is mostly under the control of physicians and hospitals. Patients injured do not know what exactly happened and do not understand what cause the harm. They can not get the relevant evidence easily. Patients do not have the full capacity of gathering relevant evidence and they do not professional questions at issue.

In Taiwan, patients usually take criminal action to fight for their claim. The prosecutors play an important role in gathering evidence. Prosecutors have enormous power gathering relevant evidence. But sometimes, there is no right for patients to take criminal action, they can only take civil action to ask for their loss. Therefore, we should empower patients the full right to gather and discover relevant evidence in medical malpractice law suit.

The amended provisional measures in Taiwan in 2005 have expanded the scope of secure of evidence. This thesis focuses on introducing the provisional measures in Taiwan and the Discovery of U.S. civil procedure. Comparing the regulations and laws of Taiwan and US, moreover, discussing how to help patients gather enough evidence to win the lawsuit.

This thesis suggests to establish the right to health information in order to let patients have the right to access , the right to copy and examine their own health information. Patients should have a variety of approach to gather the evidence and know the treatment and relevant health information. In this way, there will with no doubt be a balance of power between patients and physicians and medical malpractice litigation will certainly be a fair play.

Keywords : Medical Malpractice, Evidence , Provisional Measures, Discovery, Health Information, HIPPA,FRCP, Privacy Act, Empirical Study

誌 謝

開始寫論文的時候，同學之間互相詢問進度，都會開玩笑地說，我論文已經完成謝辭了。不過這本碩士論文的謝辭是最後完成的，因為從來不知道一本碩士論文的產生，要感謝的人是那麼地多。就讓我在交大最有書卷氣息的浩然圖書館，寫下我對你們的感謝與感激。

首先必須感謝指導教授陳鈺雄老師，願意指導我這有點怪奇的碩士論文，老師給了許多寶貴的建議，常常讓學生茅塞頓開，老師嚴謹的治學態度與認真研究的精神，亦為學生所感佩，更要恭賀老師喜獲麟兒，讓所上充滿的幸福洋溢的氣氛。更要感謝兩位口試委員於口試時的指導，敏銓老師細心仔細地就學生論文翻譯錯誤的地方不吝指正，格式用語統一的叮嚀，都是一輩子受用的絕學。惠如法官在百忙之中仍願意擔學生口試委員，並且認真仔細地檢索相關實證資料，盡心地為學生準備補充資料，學生亦感激萬分。在辛樂克颱風的侵略下，感謝三位口試委員仍不畏風雨地給予學生論文最用心的指導。

科法所整整三年的日子裡，各位老師的教導都是學生未來會一直銘記在心。王文杰老師生動活潑地上課內容、劉尚志老師深入淺出的演說、倪貴榮老師的治學風範、林志潔老師的耳提面命，都讓我在科法所除了法律知識的學習之外，更得到許多寶貴的人生經驗。所辦助理玉佩和欣玲，不遺餘力幫助我們各項大小事務，辛苦了！尤其更像鄰家大姐姐，熱情地迎接每個踏入科法所大門的人。

感謝越來越熟的學弟妹們，各方面的幫忙，畢業典禮的用心策劃。好了，現在該感謝同學了，謝謝大家，尤其是李姿瑩、梅嘉玲和楊筑安在口試當天的幫忙，以及一直以來的互助合作。映潔毫不考慮地答應我請求幫忙口試地，還有從開始撰寫論文以來，一直被我疲勞轟炸與詢問，卻從不厭煩地分享寫作的經驗以及口試前的加油打氣，謝啦~~ 還有還有，秉芳、鮪魚、Bigi、冠軍、組長、慕嘉、KOKA、饒律，跟你們打打鬧鬧，吃喝玩樂都是最棒的時刻。感謝你們三年來的陪伴，讓我覺得在研究所階段又結交了許多朋友。

玩樂組的大家，就一起一直吃喝玩樂下去吧!!愛你們。

最後，必須感謝洪健峰醫師，促成了這篇論文的完成，經由許多討論和意見的分享，讓論文的觀點和盲點有更深入的思考，謝謝您。最後的最後，除了哥哥和弟弟必須感謝一下之外，感謝我的爸爸媽媽，總是讓我無憂無慮地做自己想做的事情，支持我每一個決定，何其有幸可以被你們生下來，當你們的兒子，你們真的是最盡責、最疼愛小孩的父母了，謝謝您們。我愛你們。

陳建中 交大浩然 97.9.16

目錄

	頁次
中文摘要	i
英文摘要	ii
誌謝	iii
目錄	iv
表目錄	ix
圖目錄	x
第一章 緒論	1
第一節 研究背景	1
第二節 研究動機	1
第三節 研究目的	3
第四節 研究方法	3
第一項 文獻分析法	3
第二項 案例歸納分析法	4
第三項 質性研究深度訪談	4
第五節 研究範圍	4
第六節 研究限制	5
第七節 論文架構	5
第二章 醫療糾紛訴訟概論與醫事證據	7
第一節 醫療糾紛與醫療訴訟	7
第一項 醫療糾紛與醫療傷害	7
第二項 醫療訴訟之特殊性	8
第二節 醫事證據之類型	10
第一項 醫療文書	10
第二項 證人證詞	11
第三項 存留物	12
第三節 病歷	12
第一項 病歷的發展與演進	12
第二項 病歷記載之義務	13
第三項 病歷之內容	14
第四項 病歷相關問題探討	15
第四節 鑑定意見	16
第一項 鑑定方式與鑑定機關	16
第二項 鑑定流程與結果	17
第三項 現行醫療糾紛鑑定之問題	18
第一款 鑑定過程不透明	18

第二款 參酌事證有限	19
第三款 法院詢問事項失當	19
第四項 未來修正方向	20
第五節 小結	21
第三章 程序法上的證據蒐集	22
第一節 證據保全程序	22
第一項 證據保全制度之目的與功能	22
第一款 保全證據	22
第二款 事證開示	23
第三款 訴訟經濟	23
第四款 解決紛爭	24
第二項 證據保全之要件	25
第一款 證據有滅失或礙難使用之虞	25
第二款 經他造同意	26
第三款 就確定事物之現狀有法律上利益並有必要者	27
第四款 法院依職權為證據保全	28
第三項 證據保全之證據方法與程序	29
第一款 證據保全證據方法與範圍	29
第二款 起訴前的證據保全	30
第三款 起訴後的證據保全	30
第四項 證據保全與摸索證明	31
第五項 小結	32
第二節 民事保全程序	33
第一項 保全程序的內涵	33
第二項 假處分	34
第三項 定暫時狀態假處分	35
第三節 證據保全程序與假處分制度交錯適用	38
第一項 證據保全與假處分之區別	38
第二項 證據保全與假處分之競合與併用	40
第四節 美國事證開示制度	41
第一項 我國證據保全程序之不足	41
第二項 美國法之事證開示制度介紹	42
第三項 事證開示程序之目的	44
第四項 事證開示制度之範圍	44
第一款 事證開示之限制--Work Product 工作成果原則	45
第二款 工作成果原則之例外—先前陳述(Previous Statement)	47
第三款 工作成果原則之例外—必要性與合理性	48
第四款 事證開示之限制—非為證人之專家信息	48

第五款 事證開示之限制—其他限制	51
第五項 揭露程序	52
第六項 事證開示的流程	56
第一款 一般程序	56
第一目 協商會議與簽名	56
第二目 事證開示之要求	56
第三目 事證開示之回應	57
第四目 保護命令(Protective order)	57
第五目 強制命令(Compelling order)	59
第六目 事證開示費用負擔	60
第二款 特殊程序	61
第一目 口述證言(Oral Deposition)	61
第二目 書面證言(Written Depositions)	63
第三目 書面質詢(Interrogatories)	63
第四目 文件的提出(Production of Documents and Such)	65
第五目 身心檢查(Physical and Mental Examination)	66
第六目 自認的請求(Requests for Admission)	67
第七項 小結	68
第四章 醫療民事糾紛中之證據蒐集	71
第一節 實體法之證據蒐集—我國	71
第一項 民法	71
第二項 醫師法	72
第三項 醫療法	73
第四項 電腦處理個人資料保護法	74
第五項 行政命令	76
第一款 醫療機構電子病歷製作及管理辦法	76
第二款 醫療機構實施電子病歷作業要點	77
第三款 衛署字 0930217501 號函(93.9.30)行政釋示	77
第六項 小結	78
第二節 實體法之證據蒐集—美國	80
第一項 健康資訊的內容	81
第一款 健康資訊的定義	81
第二項 聯邦法	82
第一款 隱私權法案 The Privacy Act of 1974	82
第二款 健康保險可攜性與責任法	85
Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)	
第三項 州法	88
第四項 小結	90

第三節 程序法上之證據蒐集—美國	91
第一項 醫療糾紛中的事證開示	91
第二項 醫師病人特權(Physician-patient Privilege)	92
第三項 醫病特權相關問題探討	93
第一款 醫病特權的放棄	93
第二款 醫病特權與公共利益	94
第三款 醫病特權之例外	94
第四項 業務記錄的例外	95
(Business Records Exceptions to the Bar on Hearsay)	
第五項 非當事人之醫療記錄	96
第六項 專家證人的資格與採用	97
第一款 地域原則 Locality Rule	97
第二款 專科原則 Specialty Rule	98
第七項 同儕審查報告 Peer Review Record	99
第一款 同儕審查報告制度的背景	99
第二款 法院立場之不同	100
第三款 同儕審查記錄開示之判準	101
第八項 小結	102
第五章 醫療民事糾紛訴訟之實證研究	104
第一節 醫療民事訴訟證據保全裁定	104
第一項 實證分析範圍與目的	104
第二項 地方法院證據保全民事裁定	105
第三項 小結	111
第二節 醫療專庭民事判決	112
第一項 研究設計	112
第二項 醫療民事判決形式分析	113
第一款 醫療民事判決的案件分部與裁判時間	113
第二款 病人敗訴之比例	113
第三項 醫療民事判決內容分析	114
第一款 判決所採用的證據類型	114
第二款 鑑定意見與判決勝敗之關係	115
第四項 小結	117
第三節 質性研究深度訪談	117
第一項 研究設計	117
第二項 醫療糾紛的類型與證據資料的取得	118
第一款 醫療糾紛類型與成因	118
第二款 對於病歷修改的看法	119
第三項 醫療糾紛鑑定機關	121

第四項 健康資訊權	122
第五項 小結	123
第六章 結論與建議	124
第一節 研究發現	124
第一項 醫療糾紛訴訟確實存有證據偏在之情形	124
第二項 證據保全制度在醫療糾紛之運用	124
第三項 醫療糾紛鑑定制度之缺失	125
第四項 法院重度依賴鑑定報告	125
第五項 健康資訊權法源位階過低	125
第六項 實證研究成果	125
第二節 研究建議	126
第一項 證據偏在之疑慮須透過法律規範消彌	126
第二項 善用鑑定證人補充機關鑑定之不足	126
第三項 鑑定機關僅就事實提供專業意見	127
第四項 健康資訊權之重要性	127
參考文獻	129
附錄一 醫療專庭民事判決整理	133
附錄二 訪談大綱	143
附錄三 逐字稿	145



表目錄

表 3-1 美國事證開示制度之特殊程序	69
表 3-2 醫療糾紛實體法上證據蒐集與問題	78
表 5-1 士林地方法院證據保全裁定	106
表 5-2 板橋地方法院證據保全裁定	106
表 5-3 桃園地方法院證據保全裁定	107
表 5-4 台中地方法院證據保全裁定	108
表 5-5 台南地方法院證據保全裁定	109
表 5-6 高雄地方法院證據保全裁定	109
表 5-7 金門地方法院證據保全裁定	110
表 5-8 台灣高等法院證據保全裁定	111
表 5-9 解除證據保全裁定	111
表 5-10 醫療專庭民事判決案件量	113
表 5-11 醫療民事判決法院所採取證據方法之比例	114
表 5-12 受訪者名單、職業背景與受訪時間	118



圖目錄

圖 5-1 地方法院證據保全民事裁定准駁比例	105
圖 5-2 病患方敗訴案件數量統計	114
圖 5-3 鑑定意見結果與訴訟勝敗之關係	116



第一章 緒論

第一節 研究背景

醫療作為人類健康與生命延續的手段，卻因人體組織的特異性，使得醫療行為所產生的結果，不可預測且因人而異。在醫療行為所產生的結果為病患或其家屬所不能接受時，則產生了醫療糾紛。醫療糾紛產生時，病患就醫療行為的內容與醫療場所設備設置皆不若醫師或其他醫事人員對其執業場所與醫療專業知識具有熟稔與充分的了解。在醫療糾紛中的資訊不對等與證據偏在等情形，造成了醫療糾紛中當事人間權力與訴訟實力之不平等。

證據之蒐集與取得，在告訴人提起刑事告訴時，檢察官強制處分權的介入，並未成為問題。惟若當事人之主張為契約責任或民法上侵權行為時，循民事程序當事人得如何取得證據與了解爭點所在，值得深究。我國討論醫療糾紛中證據取得與使用之研究甚少¹。本文試圖從美國醫療糾紛訴訟中證據蒐集制度，討論在我國醫療糾紛發生時，當事人得採取證據蒐集的手段與方法，並且如何運用在我國現行制度之中。



第二節 研究動機

醫療民事糾紛訴訟，由當事人依處分權主義，表明訴訟上請求，自主地提出相關的事實與證據。就審判對象之特定及審判所需資料之提出，原則上堅持當事人主義²，法院居於中立的角度，僅在一定的情況下法院得在民事訴訟法規定依職權介入調查證據。

醫療糾紛訴訟原告主張其權利受損，就醫療事故的發生經過有主張及舉證上的雙重困難，主要原因如下³(1)事實上不知，原告就醫療行為發生經過，或處於意識欠缺而不知如何進行；(2)專業上不知，原告雖在意識清楚下親身經歷治療行為，但對於治療失敗的結果、傷害的發生、治療過程中何種行為具有瑕疵、錯誤，

¹ 黃清濱，證據調查與舉證責任之研究-以醫療糾紛訴訟為中心，東海大學法律學研究所碩士論文(2004)；劉玉中，證據保全之功能及定位之探討-從醫療過誤及該訴訟之觀點出發，中興大學法律學研究所碩士論文(1997)。

² 駱永家，民事訴訟法I，頁133(1999)。

³ 沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第127期，頁29(2005)。

原告欠缺專業醫學知識難以具體陳述。(3)證據之偏在，醫療事故回溯之重要證據，例如病歷與其他醫護人員，多由被告一造所掌握支配。原告通常不具有專業醫療知識，致使其在訴訟上之攻擊防禦能力顯弱於被告，因此如何平衡兩造當事人之訴訟實力，成為主要的課題。

首先，病歷作為醫療糾紛中最重要的證據，涵蓋了醫師因業務所製作的病歷、各項檢查檢驗報告與其他醫事人員所製作的文書⁴，病歷作為書證得回溯還原醫療處置發生時的情形，以醫療文書所記載之內容作為證據方法，得證明病人接受醫療處置的具體情況⁵；並且為醫療糾紛鑑定機關依據病歷所載內容，法院在醫療訴訟形成心證參酌最主要的證據。

惟病患取得病歷的權利未受到醫界的尊重，台灣醫療改革基金會的調查指出，有將近七成的民眾在聲請取得病歷的過程受到阻礙⁶。此際，醫療機構與醫師即便違反醫療法明文所定病患得申請取得病歷之權利，僅有行政罰鍰的制裁⁷，且主管機關並未善盡其監督義務，疏於徹查違法情事。因此，病患提出聲請複製病歷之要求後，除了遭到拒絕提出之外，在取得之前須經過一段長時間的等待，造成病患對於病歷所載內容之真實存有疑問。

再者，醫療糾紛鑑定機關在進行鑑定，所參酌的證據資料僅限於當事人所提出之書證⁸，不主動調查證據⁹，且不受理訴訟事件當事人之任一方到場陳述意見¹⁰，病歷作為鑑定機關最重要且關鍵的證據，卻偏在於醫療機構與醫師所得支配範圍之下，病患聲請病歷受阻，更令人質疑鑑定報告的可信度。

法院委託鑑定機關進行鑑定時，詢問事項失當，要求鑑定機關決定爭議醫療行為是否該當於法律上故意過失等構成要件，亦無異將審判權讓渡予鑑定機關行使¹¹。又法院就醫學專業領域缺少相關知識，是否造成法院重度依賴鑑定機關所為之鑑定意見，形成其心證，甚少參酌其他證據資料，亦屬醫療糾紛訴訟中令人深思的情形。

⁴ 醫療法第 67 條

⁵ 黃丁全，醫事法，頁 324(2000)。

⁶ 臺灣醫療改革基金會研究報告，臺灣醫療改革基金會，[網路位址：
http://www.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=361](http://www.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=361)(最後點閱日:2008/3/28)

⁷ 醫療法第 71 條、第 102 條參照。

⁸ 行政院醫療糾紛鑑定作業處理要點第 3 條。

⁹ 行政院醫療糾紛鑑定作業處理要點第 9 條。

¹⁰ 行政院醫療糾紛鑑定作業處理要點第 11 條。

¹¹ 楊秀儀，醫療糾紛鑑定之實證研究—醫審會十年之鑑定意見彙整分析，行政院國家科學委員會補助專題研究成果報告，頁 3(2002)。

最後，病患對於其健康資訊之權利並未有完整明確的規定，病患就醫療資訊具有近用權與複製權的規定不夠完備，到底病患就其自身的健康資訊得主張怎樣的權利亦為重要課題。綜合上述醫療糾紛鑑定機關所存在的問題，以及法院在醫療民事糾紛訴訟中判決心證過程的探討，在這些問題中，本文試圖找尋現行法律制度下可資解決的方法，並藉由外國法介紹填補我國制度上之不足，觸發本研究進行之動機。本研究除了一般訴訟程序之外的蒐證手段外，更著重在本案訴訟程序以外之證據蒐集手段，亦即在起訴之前，法院尚未介入的時候，當事人或律師有怎樣蒐集證據的法源依據及方法，以自主地取得相關事證，檢視修正後證據保全制度之運用是否能符合其立法目的之解決紛爭之機能。

第三節 研究目的

在美國醫療糾紛藉由其事證開示制度多面向且廣泛地蒐集證據，完整充足健康資訊權的規範樹立了病患與醫療機構就健康資訊近用與複製的準則，讓美國醫療糾紛之當事人之訴訟實力處於較為平等的地位。藉由比較法的制度與運作模式之介紹，希冀能夠提供作為我國在醫療糾紛解決之參考方向。

本文嘗試透過實證研究的方法，對我國醫療專庭民事判決進行整理檢視，統整並歸納出醫療糾紛民事訴訟中就證據蒐集與證據資料運用所存在的問題，是否確有資訊不對等之情形，以及如何達成訴訟上武器平等原則的理念。

我國民事訴訟程序下當事人對於證據資料之取得與提出，依處分權主義，須自主蒐集並且提出於法院，不若刑事程序有檢察機關介入協助蒐證。在醫療糾紛以契約責任或民事法上侵權行為損害賠償責任作為訴訟上請求時，在欠缺強制處分權取得相關證據資料的時候，經由本研究所研究之法律制度與運用情形，希冀幫助當事人能夠知悉自主蒐集與保存相關事證之手段與方法，並且提供司法審判者就系爭案件證據的保全之准駁以及證據之採用一套較為清楚的審理標準。

第四節 研究方法

第一項 文獻分析法

從介紹我國證據保全制度以及保全程序開始，探討這些制度在醫療民事糾紛適用之情況與問題。接著介紹美國法醫療糾紛的事證開示制度的內容、範圍和態

樣，以及聯邦法律與州法中有關於個人健康資訊權的規範，從程序法與實體法的角度出發，了解在美國法上醫療糾紛中取得證據之方法與手段，以及在美國法律實務運用的情形。

第二項 案例歸納分析法

第一部份為 94 年以來我國證據保全制度修正後，醫療糾紛相關證據保全裁定之統計整理，透過裁定的整理與分析來討論民事證據保全制度運用的情形。第二部份為歸納我國從民國 94 年以來至 97 年 4 月之間，設有醫療專庭之地方法院所作成之民事判決，探討相關判決中所涉之爭議行為、證據採用、訴訟勝敗等情形，探求法院心證形成所據以為由之證據以及支撐判決結果之理由為何。

第三項 質性研究深度訪談

就醫療民事糾紛證據蒐集既存的問題、我國醫療鑑定機關的優點與缺失，以及健康資訊權概念的內容以及運用，就醫師、法官等專家進行深度訪談，試圖明瞭在實務運作上專家對於病歷取得之問題、醫療鑑定的意見與運用以及健康資訊權的意見。



第五節 研究範圍

美國醫療糾紛多以民事賠償手段解決，因此本研究以美國作為比較法的研究對象。又在我國目前有將醫療行為過失行為去刑化的聲浪之下，介紹美國醫療法律糾紛蒐證制度內容作為當事人僅提起民事請求時，未提起刑事訴訟缺乏檢察官強制處分權時，蒐證的方向與手段之參考。

在實證研究部分，就第一部份民事證據保全裁定而言，以 89 年 2 月證據保全制度修正後迄 97 年 4 月間，醫療糾紛所涉之證據保全裁定為研究對象。在第二部份醫療專庭民事判決之歸納整理，以 94 年 1 月至 97 年 4 月間設有醫療專庭之地方法院與高等法院，即台北、士林、板橋、台中、高雄等五個設有醫療專庭之地方法院，共計 84 件判決。

第六節 研究限制

與本研究有關之法律理論與制度介紹，限於研究時間與能力，著重於美國法之介紹。惟美國乃普通法系，又其訴訟制度乃當事人對審制，與我國民事訴訟程序有所不同，須特別留意。另外，就醫療訴訟判決分析而言，目前在我國醫療糾紛訴訟多以刑事程序提起業務過失傷害或致死等訴訟，這也是我國與美國極大不同之點，此亦為本研究在我國判決實證研究採樣過程中所面臨之限制。最後，就本文所進行質性研究深度訪談研究，由於限於時間與人力，以及訪談對象尋找的困難，就病人的部份沒有取得相關的訪談記錄，因而限於著重於醫學與法學專業人士進行深度訪談，此為本研究之限制所在。

第七節 論文架構

本文先就醫療訴訟的成因、糾紛內容談起，並介紹醫療糾紛中重要的證據類型及內容，討論醫療糾紛中當事人證據蒐集能力資訊不平等情形，接著從我國證據保全制度談起，輔以介紹保全制度的內容，討論我國民事糾紛證據蒐集的程序與手段，並且介紹美國法上事證開示制度，以比較制度的內容與功能的差異。另外，更進一步討論我國醫療糾紛中當事人依循實體法上權利取得證據的相關缺失，以及美國在實體法與程序法對於醫療糾紛蒐集證據的具體規定與法律原則，希望能夠作為我國的借鏡，為了達成以上本研究的目的，本文架構如下：

第一章為緒論，包含了研究動機、方法與目的。第二章為醫療民事糾紛訴訟概論與醫事證據，簡介醫療糾紛之成因，所涉之證據種類與相關法律問題，由於醫療行為的高風險性與人體組織之不可預測性，造成了醫療糾紛的產生。又我國學者多有認為在醫療糾紛中，有證據偏在於被告的情形，雙方當事人武器有所不平等，資訊不對等的狀況，到底哪些證據在醫療糾紛中具有關鍵性的地位，本文將之分為三大類，即醫療文書證據、存留之有體物與專家證人證言，並討論這些證據的內容與所能發揮的證明功能。

第三章為程序法上之證據蒐集，以比較法的觀點探討我國證據保全制度和民事保全程序制度的內容，以及如何併用證據保全制度與假處分制度進行證據之蒐集；又進而介紹美國法上事證開示的緣起、內容與態樣，詳細地介紹美國如何運用事證開示制度，以及事證開示制度的限制。

第四章為醫療民事糾紛中之證據蒐集，從我國醫療糾紛中有關於實體法證據

蒐集談起，討論相關法規範所不足之處，接續討論美國法上健康資訊權的內容與態樣，如何協助當事人藉由實體法的規範進行證據蒐集。本章另著眼在美國法在醫療糾紛中事證開示制度的運用、醫療糾紛中事證開示的範圍限制、專家證人採用的限制等，各項證據蒐集開示之法律原則的發展，作為我國的借鏡。

第五章為實證研究，第一節乃我國醫療民事訴訟之證據保全裁定，第二節就醫療專庭之判決進行分析，探討我國現行醫療糾紛中透過法院取得證據的情況，如何協助消弭證據偏在的問題，並且探究法院在判決中形成心證的理由，以及所採用的證據態樣；第三節為質性研究深度訪談，透過訪談醫師與法官，來了解實務上對於證據偏在、鑑定制度與健康資訊權的意見以及實際上證據保全制度運作的情形。第六章為研究成果與結論。



第二章 醫療民事糾紛訴訟概論與醫事證據

第一節 醫療糾紛與醫療訴訟

第一項 醫療糾紛與醫療傷害

醫療糾紛乃指醫病之間因為醫療傷害所生之責任歸屬的爭執，病患認為其受有醫療傷害，誰要為這個傷害負責而言¹²。因過失所引起的醫療傷害有因醫師之過失、護理人員之過失、其他醫事人員之過失與醫院設施管理之過失等。醫療傷害又可以分為可預見的醫療傷害與不可預見的醫療傷害，前者如併發症、副作用等，乃可以預見非因過失但仍造成醫療傷害。後者則為純粹醫療意外，像是因為體質異常而對維他命過敏致死，乃不可預見的¹³。醫療行為的特性在於，醫師無法保證每次醫療行為的結果皆為成功，因為人體器官與細胞組織的差異性、特異性，相同的處置可能因為個人不同的身體反應而導致不可預測的結果。

且因醫療事故具有的特徵，即人體反應的不確定性與醫學的有限性、人非機器，人的行為無法完全控制而屬於易犯錯之行為、不確定之因果關係以及雙向積極獲利行為等四大特徵¹⁴，因此在醫事人員所應擔負的責任範圍上，亦應考量上述醫療行為的特定，以避免責任過重而造成防禦性醫療的情況。就我國醫療傷害訴訟而言，醫療傷害而提起訴訟的請求權基礎依據為民法上之侵權行為、醫療契約之債務不履行責任、加害給付以及刑法上業務過失致死、傷害等規定，在馬偕肩難產一案，適用無過失責任也引起許多討論。近幾年多數意見仍採一般侵權行為法則以及契約責任，又醫界一直有主張將醫療過失行為除罪化的聲浪，主張將刑事責任追訴限於故意及重大過失行為。此一議題的討論，方興未艾，本文贊成多數見解的意見，不過在特定情形下，在醫療糾紛訴訟中亦應個案的考量來適用消保法之無過失責任與民法上之中間責任。又本文囿於篇幅，討論著重於如何以民事程序法以及實體法上的規定來協助當事人蒐集相關事證資料，以及釐清責任的歸屬。

醫療傷害事件甚多，惟提起醫療訴訟的比例甚少。在美國 1986 年的哈佛研究中指出醫療傷害發生率為 3.7%；傷害案件中有過失之比率為 28%；每八件可能成立的醫療傷害中，只有一件提起醫療訴訟。由於現代醫學本質上的高風險與

¹² 楊秀儀，「論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則」，台灣本土法學，第 39 期，頁 123(2002)。

¹³ 楊秀儀，同前註，頁 124。

¹⁴ 侯英冷，「我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望」，台灣本土法學，第 39 期，頁 114-116(2002)

不確定性，使得醫療傷害幾乎難以避免¹⁵。哈佛研究在統計樣本的選取，以醫院病歷作為研究對象，且由專業人員根據病歷判斷醫療行為是否有所過失發生，這點是須要注意的。

在台灣，由於全民健保制度的開辦，使得醫療資源取得容易，與美國昂貴醫療資源有所極大差異。全民健保總額支付制度使得醫師與醫療機構的收入減少，由於醫療給付偏低，醫師縮短每位病人所花的時間，以便能夠看更多病人，而病人不相信醫師輕忽的態度轉而向更多醫師求助，這樣惡性的循環使得醫病關係、醫療品質下降。又為符合總額支付之制度的要求，醫療行為最優先考量的是避免被健保局刪減費用，致使醫師診療時只求儘速診斷，不求了解症狀背後之生理病理變化，且病歷的記錄越趨簡化¹⁶。就上述台灣現況而言，全民健保開辦是否讓醫療糾紛與醫療過誤的發生更為層出不窮，還有待統計資料的佐證。

另外，醫療糾紛產生的原因，也有因為醫療人員態度不良、醫療行為造成損害，像是病人死亡或其他預後不良、醫病關係齟齬等，病人及其家屬為了保護自己的權利則提出訴訟以資救濟，因此如何調和醫病關係，讓醫師和病人及家屬之間良好溝通，理性面對醫療上不可預測的結果，如何讓醫事人員正視病人的健康資訊權利，共同研討病情與處置，使醫病關係和諧，乃本研究所欲達成的目的。

第二項 醫療訴訟之特殊性

醫療訴訟係指證醫師在病人身體異常為前提之診療過程中之過失，就診療所造成無法預期之結果，請求損害賠償之訴訟¹⁷。也有學者將醫療訴訟定義為醫師或其他醫師人員、執行醫療業務時，因故意或過失，致病患權益受損，而依民法規定，應負損害賠償責任，或依刑法規定應負刑事責任時，循民事訴訟程序確定應負責之範圍，以及循刑事訴訟程序已確定國家刑罰權之有無及其範圍為目的之行為¹⁸。在上述定義之外，本文認為醫療訴訟為醫師及醫療機構所為之醫療行為及其他附屬行為¹⁹，違反注意義務之要求，造成病人之損害，由病人或其家屬為原告所提起之損害賠償訴訟。

醫療訴訟的提起，為了支持原告之主張，原告所肩負的舉證責任有下列四

¹⁵ 楊秀儀，前揭註 12，頁 129。

¹⁶ 謝博生，現代醫學在台灣-台灣醫學會百年見證，頁 126-127(2004)。

¹⁷ 稻桓喬，「醫療訴訟之方法與實態(上)」，月旦法學雜誌，第 17 期，頁 150(1996)。

¹⁸ 黃丁全，前揭註 5，頁 739。

¹⁹ 像是醫師法第 12 條製作病歷、第 12-1 條告知義務及第 23 條保密義務等。

點：第一、樹立醫師或醫療機構所應具備的注意義務的程度；第二、醫師或醫療機構違反注意義務；第三、醫師或醫療機構的行為造成了原告的損害；第四、違反注意義務的要求與損害之間的因果關係²⁰。醫師或醫療機構作為被告所應負注意義務與責任，乃原告提起訴訟的請求權基礎，原告須提出書證或證人來支撐其所陳述的事實為真，證明被告行為違反了注意義務使原告受有損害，才能影響法官的心證得到有利於己之判決。

醫療訴訟的原告主張其權利受損，就醫療事故的發生經過有主張及舉證上的雙重困難，主要原因如下²¹：首先，事實上不知，原告就醫療行為發生經過，或處於意識欠缺而不知如何進行，像是昏迷不醒的病人；或病人已死亡，原告為病人家屬，就求診及治療過程並不清楚；再者，專業上不知，原告雖在意識清楚下親身經歷治療行為，但對於治療失敗的結果、傷害的發生、治療過程中何種行為具有瑕疵、錯誤，原告欠缺專業醫學知識難以具體陳述；最後，證據之偏在，醫療事故回溯之重要證據，例如病例與其他醫護人員，多由被告一造所掌握支配。

由於舉證之困難，也造成台灣高比例利用刑事程序解決醫療糾紛，其主要原因在於第一，民事訴訟程序在解決醫療糾紛方面沒有辦法對病患提供所需要的幫助，對病人非常不利益，此不利益包含找不到適任的律師、得不到醫療專業評估，像是醫審會不接受私人來函詢問、蒐集不到必要的證據²²；第二，進入刑事訴訟的要件寬鬆，除檢察官起訴外，可以提起自訴，私人可以發動刑法的追訴²³。由此可知，因為在醫療糾紛訴訟中原告被告之間訴訟實力顯不相當，除了原告通常不具有專業醫療知識，又相關證據皆處於被告管領支配之中，使得在訴訟上之攻擊防禦能力顯弱於被告，也導致醫事人員動輒得咎，有防禦性醫療的疑慮。因此如何平衡兩造當事人之訴訟實力，讓原告不依賴刑事追訴，即依循民事救濟途徑來達到獲得損害賠償的目的，成為值得研究的課題。本文將從程序法及實體法之蒐證權源，以及鑑定制度之改善方式，來探討如何實現訴訟法上武器平等原則，讓雙方當事人有相對抗的能力。

²⁰ MARCIA M. BOUMIL & DAVID J. SHARPE, LIABILITY IN MEDICINE AND PUBLIC HEALTH 198.

²¹ 沈冠伶，前揭註3，頁29。

²² 陳自強等，「我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會(一)」，台灣本土法學，第39期，頁101(2002)。

²³ 同前註。就司法實務而言，自訴之要件並未如學者認為之寬鬆，並且自訴人負擔舉證責任。感謝口試委員蔡惠如法官就此提供審判實務上的意見。

第二節 醫事證據之類型

在醫療訴訟中，證據類型主要分為以下三種，首先是醫療過誤行為中，醫師所為的處置的過程，多為醫療紀錄。再者為樹立照護義務標準的外部資料，像是醫療法等相關法規。最後為訴訟提起時，原告於事實審所提出的資料²⁴。本文綜合學說上的討論，將醫療糾紛訴訟所涉證據資料的類型區分為醫療文書、證人證詞與殘留物，以下分述之。

第一項 醫療文書

醫療文書乃從事醫療業務之人，於執行醫療業務時，所製作有關於醫療事項之文書，該文書本於執行業務所做成，亦屬業務文書。可分為醫療記錄、其他醫療文書等。醫療文書屬於書證，以醫療文書所記載之內容作為證據方法，證明病人接受醫療處置的具體情況，作為證據²⁵。

狹義的醫療記錄指記載病人姓名、年齡、性別、職業、主訴既往症狀、原因、主要症狀、醫師之診察、病名、治療方法(處方、用藥、麻醉、手術、放射線攝影)，以及病程發展的整體記錄文件，包括門診、住院、初診、複診、急診、會診及轉診、出院記錄²⁶。狹義的醫療記錄也就是醫療法所稱之病歷。廣義的醫療記錄除了病歷之外，包括護理記錄、檢驗紀錄、復健記錄和身體檢查記錄等。醫療診療記錄是統合并病患情報和醫師情報的綜合體²⁷，病患提供了個人資料與主訴等主觀情報，醫師的診療及處置為客觀情報和價值判斷情報，由醫病雙方在信賴關係的基礎上完成²⁸。病歷乃呈現醫療行為具有過失與否最主要的證據，我國醫療糾紛鑑定機關以病歷作為唯一依據，其重要性自不在話下，本文將仔細探究之。

其他醫療文書，包括手術同意書、麻醉同意書(醫療法第 63 條)、診斷書、死亡證明書、死產證明書(醫療法第 73 條)。實務上還有麻醉藥品使用記錄、住院許可書、病危通知書、出院許可證、自動出院或轉院書(醫療法第 75 條)。醫事證明具有相當之公信力乃係醫師具有國家考試及格之專業資格，又一切醫事證

²⁴ MARCIA M. BOUMIL & DAVID J. SHARPE, *supra* note 20 at 188.

²⁵ 黃丁全，前揭註 5，頁 324。

²⁶ 黃丁全，前揭註 5，頁 321-322。

²⁷ 植木哲著，冷羅生等譯，醫療法律學，頁 143(2006)。

²⁸ 同前註。

明須由醫師親自診察、檢驗或檢查之後，使得出具²⁹，此類證明文書與保險給付有極大關聯，也在醫療事故中作為證據釐清責任歸屬，值得進一步研究。

第二項 證人證詞

以人作為證據方法之證據調查稱為人證，證據方法係指成為法官用五官進行證據調查之對象之有形物³⁰，人證包含了證人、當事人本人以及鑑定人。醫療糾紛訴訟中證人、鑑定人、鑑定證人之概念經常被混淆³¹，證人為陳述自己親身經驗、見聞之事，因具有不可代替性，故得拘提；鑑定證人乃陳述過去自專業經驗中所得知之事實，仍屬於證人；至於鑑定人乃是陳述關於依特別之學識經驗而獲知之經驗或法規，或是適用此法規或經驗法則於具體或假定的事實而得判斷自己意見之人，具有可代替性，故不得拘提之³²。

除了一般的證人之外，由於醫療糾紛訴訟涉及專業，法院對系爭事實問題未具醫學知識，因此就醫療行為是否符合常規、未盡注意義務的判斷，在我國多以糾紛鑑定機關的方式提供專業意見。雖然在我國訴訟程序中，專家亦能以鑑定證人的方式出庭作證，在醫師作為專家證人時，由於專業之身分，故所為證言，某程度上帶有鑑定色彩。但經過本研究分析我國醫療專庭判決之內容³³，甚少案件採用鑑定證人作為判斷責任歸屬之依據，因而，可謂協助法院了解醫療專業意見之工作由醫療糾紛鑑定機關所獨攬，惟糾紛鑑定機關有所缺失，例如需透過法院方能夠行文鑑定機關請求鑑定，也讓原告無從在訴前獲得專業意見的諮詢了解案情，只好起訴後由法院運用公權力協助，造成醫療訴訟案件層出不窮。

在美國，照護義務標準的建立以及專業知識的協助，多以非被告之醫師以證人之身分提供證言，作為專家證人，在訴訟前，訴訟中陳述專業意見，協助法院事實的判斷，較類似於我國鑑定人之地位。並且醫師就其因業務所悉有關於他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言³⁴，此即醫病特權，醫師負有保護病人健康資訊內容秘密之義務，在一定情況下方得揭露。

另外，其他醫事人員，像是護理人員協助醫師進行診察業務或護理病人，具

²⁹ 梁正來，從醫療糾紛訴訟個案探討舉證責任分配，陽明大學醫務管理所碩士論文，頁 25(2002)

³⁰ 邱聯恭，口述民事訴訟法講義(三)，頁 144(2003)。

³¹ 黃清濱，證據調查與舉證責任之研究-以醫療糾紛訴訟為中心，東海大學法律學研究所碩士論文，頁 62(2004)。

³² 同前註。

³³ 請參考本論文第五章實證研究之部分。

³⁴ 民事訴訟法第 307 條第 4 項「證人有下列各款情形之一者，得拒絕證言：四、證人就其職務上或業務上有秘密義務之事項受訊問者。」

有護理專業知識，對醫師之診療過程具有相當之了解，護理人員所為證言之證據力甚強。其他醫療人員之證言也成為法院判斷責任歸屬之重要參考³⁵。

第三項 存留物

存留物包括剩餘藥物、殘留物和屍體等。剩餘藥物可以認定病人身體不適與醫師之治療錯誤或護理人員給藥錯誤之因果關係。殘留物乃指醫療事故現場所殘留之物或病人體內尚殘留之物質³⁶，像是手術後將異物留置於病人體內。如果病人因醫療行為導致死亡，其屍體經由法醫解剖，亦可以協助還原事實的真相，作為證據資料。另外，若是醫療機構設備設置有所欠缺，導致病人受有損害，像是病床老舊，欄杆卡榫脫落，致病人由病床摔落地面，受有頭部外傷、腦震盪後遺症，此時該老舊病床成為判斷責任歸屬主要依據，亦應能夠進行保全，由法院進行勘驗，本案原告以照片作為證據，證明被告設備有所缺失，獲得勝訴判決³⁷。

在我國，關於存留物的作為證據的討論甚少，在本研究範圍內所蒐集的醫療專庭判決，亦鮮有存留物作為證據，或因案件類型之故。不過，在醫療糾紛訴訟中，存留物亦為重要的證據，當事人得聲請證據保全，在起訴前先行保存相關證物，若有腐敗之虞者，則先送檢驗，其他存留物則可以在訴訟上由法院進行勘驗，充實證據方法，使法院獲得更完整的心證。

第三節 病歷

第一項 病歷的發展與演進

目前可考據的現今仍保存的最早的病歷是距今兩萬年前舊石器時代西班牙岩洞壁上記載有關於手指截除術的醫療記錄。早期病歷多記載或雕刻於岩洞或墓碑，或見於埃及古墓或廟堂，到希臘羅馬時期已寫成於羊皮紙上。早期病歷沒有定格式，內容也較原始。而現今公認最有價值的醫藥記錄為埃及史上第一個真正的醫師 Imhotep，在西元前 1600 年所留下的手術記錄，其記錄方式有標題、檢查、診斷、治療等大項目，在十九世紀由 Edwin Smith 所發掘，稱為 Edwin Smith

³⁵ 梁正來，前揭註 29，頁 29。

³⁶ 梁正來，前揭註 29，頁 29

³⁷ 台北地院 94 年度醫字第 16 號判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/>

Papyrus³⁸。

病歷為簡單明白而正確的病人生活及疾病的歷史由醫學的觀點所陳述的記錄。完整的病歷需有足夠資料，並依據發生始末順序記載，以能判斷其診斷、確定治療及其結果，此外，病歷須能夠(1)提供病人最佳之照顧(2)提供資料作為教學與訓練、統計(行政與醫療目的)、研究、鑑定治療作業之根據與法律之需要³⁹。病歷對於醫療訴訟的進行具有關鍵性的因素，能夠作為證據來證明醫療行為與損害之間的關係。我國醫療法與醫師法對於醫療從業人員製作病歷與保存病歷有所要求，除了保障病人之權益之外，還有提升醫療水準與公共衛生研究之考量。

第二項 病歷記載之義務

在美國，製作病歷在二十世紀初有百分之八十五由醫師擔當製作，但因醫療活動集體化、組織化、分業化，目前僅三分之一的醫療記錄須由醫師直接製作⁴⁰。在我國，醫師法第 12 條規定醫師應製作病歷並簽名或蓋章加註日期。醫療法第 67 條亦規定醫療機構應建立清晰、詳實、完整之病歷，在同條第二項則定義病歷的範圍，包含醫師依醫師法執行業務所製作之病歷、各項檢查、檢驗報告資料、其他各類醫事人員執行業務所製作之紀錄。第三項則課予醫療機構對於病歷應製作索引與統計分析，以利達成藉由病歷研究考察之目的。

病歷記載義務的目的，在德國法上的討論有下列看法⁴¹：第一、確保病人在繼續治療時之安全性，並協助後續之醫療處置；第二、確保病人能藉由病歷資料以審查醫師之報酬是否適當；第三、有助於病患知悉關於治療處置之資訊，以行使自我決定權、第四、確保病患之證據提出，此乃存於實務與文獻上之討論，德國法院認為醫師製作病歷之義務除為治療之外，合理分配舉證責任，具有證據保全之目的，亦因此理由禁止事後才製作或為內容上之改變。其聯邦最高法院曾表示，「醫師與病患在證據法上之平等，惟有藉由高度要求醫師應盡病歷記載義務，始能達成。」⁴²此一見解反映了醫病在證據法上能力之不平等，反觀我國並未禁止病歷事後的增刪修改，也讓醫療糾紛發生時，病人不信任病歷之記載。

學者認為病歷製作除為實體法上義務外，亦因病歷在醫療訴訟上係不可或缺

³⁸ 葉碧玉、吳月宏合著，病歷管理，頁 26-27(1987)。

³⁹ 葉碧玉，同前註，頁 25。

⁴⁰ 黃丁全，前揭註 5，頁 326。

⁴¹ 沈冠伶，證明妨礙—以醫療訴訟為中心研究成果報告(精簡版)，行政院國家科學委員會專題研究成果報告》，頁 14(2007)。

⁴² 德國聯邦最高法院 BGH, NJW 1980,1333，轉引自沈冠伶，前揭註 41，頁 15。

之證據，而宜承認病歷製作具有證據法上義務之性質，又病歷得為勘驗證據之標的物或文書證據，且通常僅能藉助鑑定，始能理解掌握其內容⁴³。醫療事故紛爭，常須藉助病歷記載而為判讀，因而醫師於醫療事故訴訟事件，是否盡善良管理人注意義務為病患治療，常須藉助病歷記載而為判讀，也因此醫師有提出記載完整病義務⁴⁴。

在我國醫界實務中，並未要求醫師須當場製作完整之病歷，例如署立新竹醫院則要求住院病歷在病人出院隔天即須繳回，台北榮總住院病歷在病人出院後一週內繳回病歷室即可，⁴⁵。一般而言，在大型教學醫院中，住院病歷通常由住院醫師製作，其他醫院則由通常醫師助理 (physician assistant) 製作，再由主治醫師副署(co-sign)。醫療法第 68 條第 2 項規定病歷或紀錄如有增刪，應於增刪處簽名或蓋章及註明日期，刪改部分應以劃線去除，不得塗燬。門診的病歷原則上須當日完成，若逾期修改須加註，現在醫院大多採取電子化病歷系統，若逾期修改需要以電子簽章以示負責，修改也都會有記錄留存⁴⁶。就此，本文試想，在這段時間內，醫療處置是否失當、是否有仔細聆聽病人主訴病情，則記錄下來的資訊其實是經由醫師所篩選過後的資訊，醫師就病歷之製作到底能不能為真實完全之陳述，可以值得思考⁴⁷，雖然此亦為其他專業領域業務文書所可能發生的情況，但是醫療記錄對於病人健康生命影響甚鉅，因此醫事人員應該更自我要求建立清楚詳實之醫療記錄。



第三項 病歷之內容

醫療法第 67 條第 1 項規定病歷應清晰、詳實、完整，就此應宜以醫學上標準視之。在醫療上非屬必要之事項，則不應苛責要求醫師必須記載，以避免妨礙或扭曲醫師診斷及治療的工作。病歷記載僅需達到清楚地使用醫學專業人員得認識其內容之程度即可，也可使用縮寫與符號⁴⁸。也就是該病歷交由其他醫療專業

⁴³ 沈冠伶，同前註 41，頁 17。

⁴⁴ 沈冠伶，同前註 41，頁 17-18。

⁴⁵ 署立新竹醫院內部作業流程乃依訪談得知。台北榮民總醫院之現況可以參考該院內科部畢業後一般醫學訓練概況，網路位址：<http://homepage.vghtpe.gov.tw/~im/PGY1950331.htm>（最後點閱日期：2008 年 1 月 18 日）。

⁴⁶ 電子病歷為現今醫療院所所面對重要課題，尤其關於隱私權之爭議。可參見台灣病歷管理協會，網路位址：<http://www.tmra.org.tw/>（最後點閱日：2008 年 1 月 18 日）

⁴⁷ 課予醫師將每位病人看病經過鉅細靡遺完全記錄下來，也有事實上之不能。惟刑法有偽造、變造文書，以及業務上登載不實之處罰，醫師法第 29 條則規定違反製作病歷義務時處以罰鍰之規定來確保病歷之真實性。

⁴⁸ 沈冠伶，同前註 41，頁 18。

人士須能達到足以判讀的情形，方符合醫療法之規定，又因為病歷多以外文記載，病患幾乎無法辨識病歷所記載之資訊為何，因此亦有提倡病歷中文化的目標⁴⁹，期待能夠讓病人明瞭病歷所記載的內容，醫病關係之友善，以及正視我國醫師悉以華文為母語之事實，更能正確記載相關醫療資訊。

醫師法所規定病歷之法定應記載事項須包含就診日期、主訴、檢查項目及結果、診斷或病名、治療、處置或用藥等情形以及其他應記載事項等⁵⁰。就醫療實務而言，記載內容包含四大類：第一為個人資料，姓名、年齡、性別等；第二為財務狀況資訊，像是保險單號碼、收入及職業；第三為社會資料，即婚姻狀況、種族、職業別；第四為醫療資料，此為主要內容，通常有病人主訴症狀、病人本人與家族之病史、物理檢查結果、計畫之療程、診斷與醫囑、告知後同意之證明文件、臨床上之觀察、病況進展之記錄、心理諮詢或諮商報告、護理記錄、檢驗及測試報告、手術報告、放射檢驗及核子檢驗之結果、麻醉記錄以及其他報告和出院意見等⁵¹。因此在 93 年醫療法修正後，病歷的範疇已較為清楚明確，並且課予醫師與醫療機構義務來建立維護病歷之完整。

病歷記載的缺失則有僅羅列診斷病名、傷病名含糊不準確、誤用醫學用語、重複記載、資訊不足等。病歷作為書證，記載內容詳實與否與訴訟勝敗有重大關係⁵²。病歷內容記載豐富，對於事實還原有極大幫助，惟病歷與事實是否一致無誤，還有待其他證據例如醫事證明與專家證人之證詞一併視之，方為妥適，因此除了病歷之外，原被告亦應充實其他證據方法，取得有利於己之佐證。

第四項 病歷相關問題探討

病歷作為書證，具有證據能力，在訴訟的進行之中，當事人雙方就病歷資料的取得是否具有權力上之落差，原告是否能夠順利取得病歷成為問題。

美國法關於病歷是否能作為證明被告具有過失，有許多探討。在 Iowa 州最高法院 2001 年的 *Phillips v. Covenant Clinic*⁵³ 一案，涉及醫療記錄遺失的問題，本案被告主張進行即決判決(summary judgment)，原告主張因被告不能提出本來

⁴⁹ 參見「病歷為什麼要中文化？」網站內容，網路位址：<http://medrecordsinchinese.org/index.htm> (最後點閱日期：2008 年 8 月 13 日)

⁵⁰ 醫師法第 12 條第 3 項。

⁵¹ 楊秀儀，「論健全病歷制度之建立及健康資訊隱私權之保障」，全國律師，第 10 卷第 8 期，頁 41(2006)

⁵² 黃丁全，前揭註 5，頁 330。

⁵³ Supreme Court of Iowa, 2001(625 N.W.2D 714).

在其控制下的相關醫療記錄，所以原告有權請求推定遺失的醫療記錄包含了對被告不利的證據，這樣的推定也使得因果關係的證明成為爭點。原告主張被告湮滅證據，應為有利原告的事實判斷，認定被告有過失。法院認為就湮滅證據的法律原則而言，須為被告有故意毀損湮滅證據的行為，且該證據為乃為被告所控制，而該證據對其利益有所影響。本案原告應該證明故意毀損醫療記錄的意圖以及被告控制了醫療記錄。就本案而言，原告除了提出專家證言，認為僅存的病歷有所增刪之外，未能輔以其他的事實來證明被告有湮滅證據的意圖。就被告而言，系爭病歷也從其診所傳送到醫院，而且未歸還。法院認為毀棄變造文書(spoliation)的規定應該謹慎公平的適用，避免附加不當的舉證責任。認為原告就湮滅證據的主張不成立⁵⁴。

本案闡明了關於湮滅證據、變造文書的判斷標準，但原告為病人之家屬，對於病人生前所接受醫療處置的過程不清楚，對於病歷資料取得有所困難。本案尚未解決的問題在於病歷在運送過程中遺失應由何者負責，該由第一線治療的診所或由轉診之醫院？學者認為由於醫院和醫師對病歷有保管義務，若在訴訟中醫師無法提出完整的病歷資料，則可推定其系爭醫療行為有過失⁵⁵。本文認為，在上訴案例中，原告可以主張診所與醫院，未盡病歷保存之義務，請求法院推定不利於被告之判斷。雖然湮滅證據罪須有被告故意之主觀要件，但醫療機構與人員對於病歷應保持其完整性乃法律所課予之義務，本案被告未能善盡其責任，此時應該舉證責任轉換，轉由被告主張其醫療行為無過失，減輕原告之舉證責任。

第四節 鑑定意見

第一項 鑑定方式與鑑定機關

鑑定制度的目的在於協助法官審理盼建、補足法院專業知識上不足之處。醫療糾紛鑑定的內容大致上有三種⁵⁶，第一、解剖鑑定：由法醫藉屍體的病理檢查，明瞭病人的病因和死因。基本上由法醫解剖，記錄肉眼所見的病理，採取並保存有疑慮之病源臟器、組織，送交檢驗室做顯微鏡組織學的病理檢查、藥理學檢查、

⁵⁴ MARCIA M. BOUMIL & DAVID J. SHARPE, *supra* note 20 at 199. 可以參考我國案例最高法院台中分院 93 年度醫上易字第 3 號判決。沈冠伶，前揭註 41，頁 28。

⁵⁵ 楊秀儀，前揭註 51，頁 42。

⁵⁶ 台灣醫療改革基金會，醫療爭議參考手冊，頁 11，醫療改革基金會網站：

http://www.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=340 (最後點閱日：2008 年 8 月 10 日)

生化檢查；根據這些檢查結果，作成初步的鑑定；第二、臨床鑑定：司法機關就醫師治療的經過，以病狀變化作過失之判斷。由法官或檢察官委託鑑定機構的專家，根據醫師所記載的診療紀錄，與法醫初步的鑑定結果，查證醫師在診斷、治療、手術、用藥上有無疏失；第三、藥理生化鑑定：將屍體解剖所得之組織，在實驗室中作藥理、生化檢查，以判斷臨床狀況與死亡結果間純醫學上因果關係。這個鑑定結果及記錄保存於法院中，院外人士難以得知。

鑑定工作的進行，在我國法院多採用機關鑑定，包括行政院醫事審議委員會、各大醫學中心、法務部法醫研究所等，對於自然人鑑定的使用則幾乎沒有，這部份可以參考本研究第五章實證研究部分所列出的在醫療糾紛案件中法院所採用證據類型可以得知，人證採用的比例甚低。根據學者研究指出醫學專家並不排斥醫療鑑定工作，所排斥的是出庭作證及具結，其原因如下：首先，出庭所耗費的時間過多，無法兼顧診療、教學研究工作；再者，出庭的報酬與其所投入的時間不成比例；最後，有極少部分擔心被捲入當事人的爭訟當中⁵⁷。因而在醫療糾紛中，協助法院判斷事實主要仍為機關鑑定。

學者認為採用機關鑑定之優點在於由多元的成員組成團隊，在效率、時效性上並且具有較充足的鑑定人力較自然人更能因應司法需求⁵⁸。行政院醫事審議委員會醫療糾紛鑑定小組乃現行最主要的鑑定機關，其組織乃依行政院衛生所在民國 87 年所發佈「行政院衛生署醫事審議委員會組織規程」所成立，而後提高其組織法律位階，明訂於醫療法第 98 條至第 100 條。醫審會僅接受司法及檢查機關之委託鑑定，而鑑定作業流程則遵循民國 86 年衛生署所發布之「醫療糾紛鑑定作業要點」為之。

第二項 鑑定流程與結果

醫審會鑑定流程如下⁵⁹：第一，檢視委託鑑定機關所送卷證資料，醫審會於初步篩檢時將查明被告醫師學經歷及職業情形；第二，初鑑階段，將案件送交與被告醫師學經歷無關之醫學中心辦理，由初審醫師審查，研提初步鑑定意見⁶⁰；第三，複鑑階段，提交醫事鑑定小組會議審議鑑定⁶¹，請提供初步鑑定意見之醫師參與討論，醫師代表成員之委員本其專業知識與臨床經驗，衡量事實狀況就醫

⁵⁷ 蔡佩玲，醫療糾紛中民事過失之認定-論「醫療水準」與「醫療常規」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 68(2007)。

⁵⁸ 蔡佩玲，同前註，頁 73。

⁵⁹ 蔡佩玲，同前註 57，頁 72。

⁶⁰ 醫療糾紛鑑定作業要點第 4 條

⁶¹ 醫療糾紛鑑定作業要點第 5 條

療行為全部過程作成鑑定意見，再由法律專業及社會公正人士以病人權益或法律公正立場提出質疑，最後決議時需全體委員均無異議，採共識決⁶²，方作成鑑定書；第四，以衛生署名義將鑑定書送達委託鑑定機關，並檢還原送卷證資料。

在經過十幾年以來地運作，醫事鑑定小組貢獻甚鉅，在 1987 年至 1999 年期間總共作成了 2135 件鑑定案，而在 2000 年以後每年約有 300 件左右⁶³。就鑑定結果而言，學者認為並未如一般認為有醫醫相護、黑箱作業的情形，因為就鑑定意見而言，雖有 61% 為無過失，但仍有 19.3% 為有疏失及可能有疏失，鑑定結果無疏失與有疏失的比例為 3:1，並非皆傾向利於醫師⁶⁴。由上述實證數字可以得知，醫審會案件量龐大，導致鑑定過程耗費時日，也從數據指出，並非所有鑑定案件皆有利於醫師。但現行鑑定制度仍有不足且令人存疑之處。

第三項 現行醫療糾紛鑑定之問題

第一款 鑑定過程不透明

現行醫審會醫事鑑定小組採行合議制、共識決，需全體委員皆同意鑑定結果方出具鑑定報告予委託機關。依照民事訴訟法規定，法院得請鑑定人到庭陳述意見，但是在醫療糾紛鑑定案件，法院欲請鑑定委員到庭作陳述或接受交互詰問則有其困難，因為委員背景之不同，或為不同專科之醫師，或為法律背景或社會公正人士，不論何人到庭都不能完整地呈現出其研議過程之全貌，即便是初審醫師，亦可能在複審時修正意見⁶⁵，因而機關鑑定有其到庭陳述意見之實際上不可能，也造成了一般對於醫療鑑定黑箱作業的印象。

醫療糾紛鑑定機關匿名性，乃指在進行鑑定的過程不對外公開，並且在審議期間並未就各該委員之發言或意見作成記錄⁶⁶，因此當事人無從知悉鑑定委員之專業背景以及所持意見。匿名的優點在於確保鑑定結果之客觀性，避免關說⁶⁷，但委員名單既不公開，實際上是否有迴避無從得知，公正性難保不被質疑⁶⁸。

⁶² 醫療糾紛鑑定作業要點第 15 條：醫事鑑定小組會議對於鑑定案件之審議鑑定，以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另作發言紀錄。

⁶³ 黃鈺嫻，我國婦產科醫療糾紛裁判之實証研究-理論與實務之檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 17(2004)。

⁶⁴ 黃鈺嫻，同前註，頁 22。

⁶⁵ 蔡佩玲，同前註 57，頁 73。

⁶⁶ 醫療糾紛鑑定作業要點第 15 條

⁶⁷ 監察院，行政院衛生署接受醫療糾紛之鑑定涉有弊端之調查報告，全國律師，第 2 卷第 2 期，頁 93(1998)。

又醫審會不接受當事人到場陳述意見⁶⁹，也不接受私人委託鑑定⁷⁰，受到鑑定意見影響甚鉅的當事人無從表示自己的看法，更無從得知鑑定意見產出的過程，遑論進行詰問言詞攻防等，造成現行鑑定意見不被信賴之情形。正如同高添富醫師對於現行鑑定制度所提出的質疑⁷¹，「只是醫事審議委員明顯的筆誤或溝通問題，因事關一位醫師一生的清譽及自由刑，當事人沒有權利澄清或申請再審議嗎？當事人有否救濟途徑？又能如何救濟？」

第二款 參酌事證有限

醫審會在判斷系爭醫療行為是否符合常規，所參酌的證據有限，僅以委託鑑定機關提供之相關卷證資料為之，不負責證據之調查或蒐集⁷²。若當事人有意見或新證據提出，則需透過委託鑑定機構即法院或檢察官方能提出於醫審會⁷³。醫事鑑定小組僅以書證，作成鑑定意見，而這樣鑑定意見卻是左右當事人訴訟勝敗的關鍵性證據方法，當事人無從質疑初審醫師判斷過程，更無從了解鑑定小組究竟以何種注意義務的標準與醫療常規來作成鑑定意見。因此在現行鑑定機關僅憑書證進行鑑定的情況下，本研究從健康資訊權的觀點，討論當事人在訴訟前後所得主張取得近用自身醫療健康資訊記錄，取得更全面完整的事證資料，以期有利於鑑定機關的判斷更接近於真實。

第三款 法院詢問事項失當

醫審會送交法院的鑑定意見，未將初審、複審意見以及討論過程記錄一併附上，法院所作為判決基礎的僅是短短幾行字，無從審視鑑定過程所產生的意見，更不可能推翻醫審會之鑑定意見⁷⁴。在不公開不透明的狀況下作成鑑定結果，不論是法院或當事人對於鑑定過程皆無從挑戰質疑，不若美國法上專家證人能夠經由交互詰問來得知探求在系爭案件中所參酌的注意義務標準，以及鑑定心證形成過程，讓我國現行制度多所疑慮。

法院運用鑑定意見方式，亦為學者所批評，認為法院詢問事項失當，即司法機關所要託付鑑定的問題並不明確，送請鑑定的資料並不完整，加上鑑定機關居

⁶⁸ 蔡佩玲，同前註 57，頁 74。

⁶⁹ 醫療糾紛鑑定作業要點第 11 條。

⁷⁰ 醫療糾紛鑑定作業要點第 2 條。

⁷¹ 高添富，醫療鑑定與醫療審議重點，鴨嘴大夫行醫記網站，網路位址：

http://www.drkao.com/3rd_site/dcmain.htm(最後點閱日期：2008 年 4 月 26 日)

⁷² 醫療糾紛鑑定作業要點第 2 條。

⁷³ 醫療糾紛鑑定作業要點第 10 條。

⁷⁴ 蔡佩玲，同前註 57，頁 74。

於被動腳色，鑑定結果之準確度，自屬存疑⁷⁵。法院詢問鑑定機關的事項多為「煩請鑑定被告與原告之醫療過程有無疏失？該過失與死亡有無因果關係？」學者楊秀儀教授即認為這種問法，從法律的角度來看，委託鑑定機關乃是將裁判權交由鑑定機關，而不是在詢問專業事項，詢問醫師疏失之有無，或因果關係之有無根本就是將責任成立與否的裁判權讓渡給鑑定單位，顯然侵害了人民在憲法上所保障的訴訟權⁷⁶。

第四項 未來修正方向

我國醫療糾紛鑑定制度有著上述值得改進的缺失，有學者建議我國可以採用美國醫師證人制度，請醫師會或醫審會委員出庭作證，就病歷內容、文獻摘要、解剖報告或審議內容做專業上的證詞，並就爭議性的醫學疑點接受法官、律師的交互詰問，如此不必為了一個醫學名詞不懂或小爭點，再送鑑定，再開庭期，更不必因為怕擔心醫醫相護而由不同機關鑑定⁷⁷，如此法官就爭點馬上有全盤概念，並且減少訴訟勞費⁷⁸。本文贊同在訴訟中雙方當事人與法官皆有詰問鑑定人的權利，因為民事訴訟法第335條規定，法院得命鑑定人到場說明，乃是希望鑑定人能夠到庭陳述，如此更能清楚的解釋鑑定意見產生的過程，解答法院困惑之處，惟醫療鑑定作業要點之規定是否能夠逾越民事訴訟法，拒絕適用有關於鑑定之相關規定，而產生違反法律保留原則、侵害人民訴訟權之疑慮。我國訴訟法學者亦強調當事人對鑑定人之發問權，行使發問權使有利於己之證據資料更趨明確完整，對不利於己之鑑定意見，攻擊其矛盾、不明瞭、論理上飛躍、誤解前提事實、專業知識不足或誤用等缺失，以增強或降低鑑定意見之證據價值⁷⁹。可以作為醫療糾紛鑑定制度修正之參考。

另外，現行醫療法規定，醫審會須有不少於三分之一之法學專家與社會人士，其美意在於提供非醫學之觀點，兼顧社會正義公平，惟事實上，到底法學專家與社會人士能夠發揮怎樣的影響力，是否有判讀鑑定意見的能力成為疑問，混淆了事實單純認定與公益價值判斷。許玉秀教授認為⁸⁰，「鑑定原本即是對事實作專業的認定，只有具備專業知識的人才有能力作出專業上的判斷，實無庸其他專業領域的人參與。若質疑專業人士的公正性，或專業人士互相掩護，這種情況

⁷⁵ 蔡佩玲，同前註 57，頁 75。

⁷⁶ 楊秀儀，同前註 11，頁 4。

⁷⁷ 高添富，前揭註 71。

⁷⁸ 高添富，前揭註 71。

⁷⁹ 許士宦，民事訴訟法暨強制執行法-民事程序法學之深化及廣化，月旦法學雜誌，第138期，頁 88(2006)。

⁸⁰ 高添富，醫師如何面對醫療糾紛，頁 458(2002)。

在任何一種專業領域當然都可能存在，但這種專業性判斷並非終極的判斷，它們只是一種證據，而對這種證據的真實性、有用性，法庭還必須依據事實專業知識，一般的經驗法則加以檢驗。」因此可以思考的是，我們是否要修改現行醫療鑑定制度，讓鑑定委員組成透明化，並且回歸鑑定人提供專業知識協助事實認定的出發點。惟就在目前制度下，當事人不應坐以待斃，疏於蒐集事證，造成訴訟遲延，法院負擔過重，當事人有協力義務，應該更努力蒐集相關事證，諮詢專業意見，以期在訴訟中能夠釐清事實真相。

第五節 小結

本章討論了醫療糾紛以及醫療訴訟的特殊性，與其他一般訴訟不同的是，醫療行為的結果常常因為人體組織的特異性及個人體質而有差異，也造成了醫療糾紛之中究竟應該課予醫事人員怎樣程度的責任，方能避免防衛性醫療並且合理的讓被告應該負擔其責任。並且在現代高度分化的醫學領域中，在組織醫療的情形，讓責任歸屬成了重要的議題。

本研究透過各類型醫事證據的介紹與其在醫療糾紛訴訟上所扮演的腳色，將醫事證據分為醫療文書、證人以及存留物三大類型，這些證據方法皆為還原事實真相的重要證據。我國醫療糾紛訴訟中在病歷資料並無疑問，皆為糾紛中最重要證據方法，本文亦介紹了病歷的內容、重要性與相關衍生的議題。惟對於證人證言及存留物卻少有討論及重視，就此部分亦期待在未來醫療糾紛裁判者、當事人能夠運用相關法律制度，蒐集更充足的事證資料來協助法院判斷責任歸屬。

最後，本章討論了現行醫療糾紛鑑定制度的內容、作業流程與問題。現行制度僅限於委託鑑定機關使用，私人無法得到專業意見的協助，雖然有人力資源上的考量，卻也讓當事人必須提起訴訟方能知道專業意見的內容、系爭案件所涉的醫療行為有所過失。起訴前醫病雙方利用訴訟外紛爭解決制度解決醫療糾紛，病人大多不相信醫方對於醫療事務之說明，此時，若有中立第三人早期珍對醫療事故表示醫學專業意見，將有助於解明事案、整理爭點、與解決紛爭⁸¹。本研究接續討論在起訴前證據保全之手段，以及美國法事證開示制度如何協助當事人早期整理爭點、了解案情內容，達到紛爭迅速解決、避免無實益訴訟之提起。

⁸¹ 樊家妍，醫療過失爭訟事件爭點整理之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁150(2005)。

第三章 程序法上的證據蒐集

第一節 證據保全制度

第一項 證據保全制度之目的與功能

憲法第 16 條保障訴訟權係以聽審請求權之保障作為要素，包括了基於證據證明來證明事實之證明權⁸²。證明權乃包含證據提出權及證據蒐集權⁸³，證據保全制度可以避免將來訴訟舉證之困難，具有事證開示之機能，分別落實了上述證據提出權與蒐集權等憲法位階之保障。在醫療訴訟中，病人作為原告乃接受醫療行為而受到生命、身體或財產上損害，欲對被告主張債務不履行或侵權行為之損害賠償請求權。病人欲主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責，惟醫療訴訟的特性在於證據偏在於醫療機構與醫事從業人員之中，病人對於病歷、檢查報告和證人等並無與被告相等之接近權與利用權。此一制度乃協助原告於起訴前可以進行證據保全，以求能夠在本案訴訟中體現武器平等原則。以下分就證據保全制度所具備的功能與目的討論之。

第一款 保全證據

證據保全制度之目的在於防止證據滅失或礙難使用，避免將來舉證困難，使用被保全之證據於本案訴訟，確保證據提出之可能，以求得到有利於己之事實認定。在醫療訴訟中，病歷、檢查報告與各項記錄處於被告的支配之下，為避免被告竄改、偽造、變造各項文書證據，證據保全程序能夠防止上述情事發生，使得兩造當事人得以平等接近證據資料，實現訴訟法上武器平等原則等。又當事人或是證人，可能因為後遺症或患重症而命在旦夕，此一制度亦能透過證人、當事人訊問等證據方法來解決病人在起訴後無法到庭陳述，避免無法在訴訟中作為證據方法。

本制度其中一類型為「確定事、物之現狀」，此即利用證據保全程序得以對於事物現狀進行鑑定、勘驗或保全書證，運用到醫療訴訟則為對聲請對病歷內容為鑑定以判斷被告是否有過失，或對於所施打藥劑、設備是否具有缺失進行勘驗等，使被保全證據作為證明損害所生之因果關係、所應負責之程度等，充分對於案情事實的釐清和法律效果的判斷有所裨益。

⁸² 沈冠伶，「證據保全制度-從擴大制度機能之觀點談起」，月旦法學雜誌，第76期，頁53(2001)。頁53。

⁸³ 同前註。

第二款 事證開示

事證開示亦為證據保全程序所具備之重要功能，藉由證據保全制度讓當事人得以閱覽文書、認識文書內容，知悉相關事證之全貌。尤其在增訂第 368 條第 1 項後段之後，應肯認得於保全程序中閱覽查看被保全之事證、物件與資料⁸⁴。准予當事人閱覽被保全之書證，保障當事人間實質平等、武器平等，並增加當事人成立和解之可能，又保障當事人接近證據之證明權，使當事人得於起訴前獲得相當資訊，認明自己所處法律狀態，考量實體利益及程序利益之輕重，選擇解決紛爭之方式⁸⁵。就此事證開示機能之獨立證據調查程序，乃必要被活用於特需借重法律外知識以解決紛爭之醫療事故案件⁸⁶。例如在病患依證據保全程序請求醫師開示診斷書、死亡證明書或死產證明書以外之診斷記錄而予以閱覽之情形，若病患無從以其他方法知悉診療記錄之內容，而醫師未有期待不能提出之正當理由存在時，應命醫師提出該文書而准予閱覽⁸⁷。

承認證據保全之事證開示機能，原告與律師在閱覽相關訴訟資料後，得就相關內容諮詢專業意見、整理事實上與法律上之爭點，有助於將來本案訴訟之提起，利用保全證據程序使當事人在事證開示、閱覽後得以爭點整理、成立證據保全協議、落實集中審理化之要求。

第三款 訴訟經濟

證據保全程序所生之程序費用依民訴法第 376 條規定做為訴訟費用之一部定其負擔。進行證據保全程序後，當事人透過被保全之證據了解案情後，未必提起本案訴訟。因此第 376 條之 2 規定在保全程序終結後 30 日內，本案尚未繫屬者，法院得依利害關係人之聲請，命由受有利益之聲請人負擔程序費用。

並且依民訴法第 375 條之 1 規定當事人得在本案訴訟言詞辯論中聲請再訊問，以維護當事人之發言權。但法院認為不必要者，亦得不予訊問，例如保全證據係由本案受訴法院訊問證人，且兩造已於該程序中表示意見，此時法院不予訊問乃為了節省當事人與法院之時間勞力與金錢，追求程序利益。且當事人如不聲請再訊問，並使用被保全之證據調查結果，則即使在該期日未受傳喚，也未參與程序，但是此證據保全的結果，與訴訟上調查證據之結果有同一效力⁸⁸。如此除

⁸⁴ 惟在我國司法實務上，最高法院在 89 年台抗字 377 號裁定否定當事人得聲請閱覽所保全之文書資料，認為此係本案訴訟法院所應為者。沈冠伶，前揭註 82，頁 55

⁸⁵ 沈冠伶，前揭註 82，頁 56。

⁸⁶ 邱聯恭，程序制度機能論，頁 190 (2002)。

⁸⁷ 沈冠伶，前揭註 82，頁 57。

⁸⁸ 沈冠伶，前揭註 82，頁 65。

了防止證據滅失或礙難使用之外，僅須利用一道程序達成訴訟經濟，避免在本案訴訟上就相同事證再行證據調查。

如果當事人皆未在本案訴訟上援用保全證據程序調查證據之結果，在言詞辯論時基於其證據調查筆錄陳述其結果時，在本案訴訟與保全程序之法官同為一人時，可以第 278 條第 1 項「為其職務上所已知」之規定，使該證據調查之結果於本案訴訟上發揮作用⁸⁹。就此能夠節省當事人於本案訴訟中再行提出證據所需要花費之金錢與時間，落實訴訟經濟之要求。

第四款 解決紛爭

原告在起訴前利用證據保全程序蒐集事證資料，能夠知悉事物之現狀與相關之訴訟資料之後，研判紛爭之實際情況，並且成立證據保全協議，作為判斷是否確實提起訴訟之依據，達到預防訴訟的功能⁹⁰。亦因某程度事實的釐清，有助於促成當事人以裁判外的方式解決紛爭⁹¹，成立和解，避免訴訟所需支出的勞費。

透過證據保全程序當事人能於訴訟外或起訴前查明案情，獲得相當資訊，認明自己所處法律狀態，及時防止紛爭擴大，衡量實體利益與程序利益之大小，如此可以促成和解、防止濫訴，避免不必要之訴訟，證據保全程序之擴充，發揮爭點開示之機能，有助於當事人平衡追求實體與程序兩種利益，尋求存於此兩者之平衡點上真實即為值得當事人信賴的真實⁹²。就醫療訴訟而言，此制度可以使得原告在了解案情與證據之後，不以起訴作為唯一紛爭解決管道，節省原告被告因為訴訟提起而產生的不便與支出之成本，在醫療訴訟證據偏在與重度依賴鑑定報告的特性之下，當事人對訴訟所付出的成本將更為龐大。

綜合上述證據保全制度之目的與功能，桃園地方法院 92 年度聲字第 705 號民事裁定亦同此見解，「次按證據保全制度，有事先防止證據滅失或礙難使用，避免將來於訴訟中舉證困難之功能，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。」我國司法實務承認並實踐證據保全制度所具備之機能，充實當事人的證據蒐集權，達成程序上之實質平等。

⁸⁹ 同前註。

⁹⁰ 張智潔，民事訴訟上證據保全之研究，天主教輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 8 (2005)。

⁹¹ 沈冠伶，前揭註 82，頁 54。

⁹² 邱聯恭，前揭註 86，頁 189。

第二項 證據保全之要件

我國證據保全程序規定於民事訴訟法第 368 條至第 376 條之 2，共計 12 條證據保全的意義為，乃若俟通常之調查證據時期，則該證據方法恐將滅失或礙難使用，例如證人病危、車禍現場、勘驗標之物之房屋燒毀後之現場，乃與本案之訴訟程序分離，預先調查該證據，而保全其結果之程序⁹³。此制度，在修法後有四種類型，即為證據有滅失或礙難使用之虞者、經對造同意者、就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要者以及法院依職權所為之證據保全⁹⁴。以上四種類型要件不同，但一般而言，在證據保全程序中，不須具備當事人主張之待證事實具重要性、訴訟具勝訴之望或證據保全具可實施性等要件。證據保全與一般調查證據不同在於，僅以保全證據為目的，法院無庸斟酌其證據是有無調查之必要，惟須審酌有無保全之必要。證據保全制度在時間上可以為起訴前，起訴後之準備程序或證據調查前階段均屬之⁹⁵。以下介紹此四種類型之要件，以及在醫療訴訟中如何適用與使用此制度來協助訴訟進行與權利救濟。

第一款 證據有滅失或礙難使用之虞

民訴法第 368 條第一項前段規定「證據有滅失或按難使用之虞」得向法院聲請保全。證據有滅失之虞係指供為證據之材料本體，有消失之危險，或證據被故意為隱匿、毀壞或致使不堪使用等情形⁹⁶。像是證人罹患重症，如果不及時證據保全則證人即撒手歸西。或是醫師或醫療機構在醫療過誤行為發生之後，將病歷與檢查報告資料等故意銷毀。因此為了使訴訟資料可以完整呈現，並且使在醫療訴訟中處於弱勢的原告可以順利主張自己的權利，因此原告在表明應保全之證據、應證之事實與理由之後，可向法院聲請證據保全。

證據有礙難使用之虞乃指，證據雖未滅失，而因其他客觀情事，致有不及調查之危險。不僅包括有物理上之困難者，且若於本案訴訟上方為調查，則經費會顯著增加之情形，例如證人移民或者被訴醫院因經營不善倒閉等。參考臺中地院 91 年聲字第 1639 號裁定准許聲請人證據保全之理由「經查，本件聲請人前開所陳，業據其提出診斷證明書、死亡證明書各一紙為證（均為影本）。聲請人之父王某，自九十一年五月廿一日起至九十一年六月一日止在相對人處就診之醫療紀錄（含急診、開刀房、加護病房、普通病房住院病歷、護理紀錄、大腸鏡檢查報告、檢驗報告及其他醫護紀錄，病歷號 000000000 J）確為相對人所持有，而此項證據資料復涉及聲請人將來對相對人提起損害賠償訴訟中，關乎相對人之受僱

⁹³ 駱永家，民事訴訟法 I，頁 255 (1999)。

⁹⁴ 張智潔，前揭註 90，頁 11。

⁹⁵ 張智潔，同前註，頁 12。

⁹⁶ 張智潔，前揭註 90，頁 15。

人有無醫療過失之應證事項。是聲請人聲請就如主文所示醫療紀錄為證據保全，核與民事訴訟法第三百六十八條關於聲請保全證據之規定相符，應予准許。」惟法院就本裁定未明確表示究竟以證據有滅失或者是礙難使用之虞，何一要件作為准駁之理由，仍有不足之處。

在我國法院實務運作證據保全制度的情況，常未明確表示以何要件准駁證據保全之聲請，惟證據保全類型之不同，其證據方法亦有所差異，本文認為法院應明確表明以何要件裁定准予證據保全，以避免在調查證據期日，雙方當事人就證據方法之採用以及證據能力、證據力產生爭議，辜負證據保全制度之機能。

第二款 經他造同意

民訴法第 368 條第 1 項規定，經他造同意者得聲請保全證據。於他造同意之情形，不論證據有無滅失或礙難使用之虞，亦不論就確定事、物之現狀是否有法律上利益且必要，均得於起訴前調查證據，藉此取得證據資料，確定事實關係，促進訴訟外紛爭之解決⁹⁷。就此，於醫療訴訟之中之適用有所困難，因當事人因醫療過誤行為所造成之損害而欲提起訴訟，在提起訴訟之前，當事人若能接近、取得訴訟所需之證據資料，則即不會聲請證據保全，常常是因為醫療院所或醫師拒絕提出時，才聲請保全，例如高雄地方法院 91 年聲字第 1621 號裁定駁回證據保全之聲請，認為「相對人為一大型公立醫院，當有完善病歷保存制度及嚴格之行政管理程序，相對人之病歷當無滅失或礙難使用之虞，聲請人雖主張相對人恐有篡改病歷之虞，觀諸聲請人所提出之診斷證明書均由相對人出具且均有記載聲請人所主張之前揭病症，而聲請人並未舉證以釋明病歷恐遭篡改之虞；況且聲請人如有需要，亦得依相關法規請求相對人給予病歷或病歷摘要，或於訴訟程序進行中聲請調查證據即可，亦未具時間上之迫切性，」高雄地方法院認為以相關法規賦予聲請人請求相關證據已足，容有疑問。實則在實際作業程序上病人依醫療法或醫師法請求複製病歷常受到阻礙⁹⁸，台灣醫療改革基金會 2006 年下半年所作的調查顯示，有近七成的醫院包含醫學中心在內，拒絕受理申請或需經醫師同意方能取得個人病歷資料⁹⁹，並且額外收取掛號費、複製病歷費用顯不相當等情形¹⁰⁰。在本案中，要求當事人就遭竄改之虞舉證，乃課予聲請人過重的釋明責任，亦未肯認病人就其健康資訊有知的權利，更使得證據保全制度之目的落空。

⁹⁷ 張智潔，前揭註 90，頁 26。

⁹⁸ 例如申請複製病歷需要經過繁瑣的行政程序，或者複製病歷的費用顯不相當，一頁病歷收取一百元之情形。

⁹⁹ 台灣醫療改革基金會 2006 年第 2 次病歷取得調查報告，網路位址：

http://www.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=361 (最後點閱日:2008 年 3 月 28 日)

¹⁰⁰ 台灣醫療改革基金會 2006 年第 2 次病歷取得調查報告，網路位址：

http://www.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=361 (最後點閱日:2008 年 3 月 28 日)

從另外一方面思考，在醫療訴訟中原告根據醫療法與醫師法有資訊閱覽請求權，就此，若相關證據無滅失或礙難使用的情形下，原告得否根據實體法上的資訊閱覽請求權，作為具有法定作為義務之被告之擬制同意，即在醫療機構與醫師有資訊開示義務的情況下，若在病人依實體法請求病歷資料的閱覽或複製而被拒或以其他手段藉故拖延時，則肯認法院能夠依據實體法上的請求權，賦予原告得依此規定聲請證據保全，減輕聲請人之釋明責任。又本類型證據保全之證據方法亦無限制，包括人證、鑑定、書證、勘驗與當事人訊問等，可以彌補下述證據保全類型證據方法有所限制之不足。

第三款 就確定事物之現狀有法律上利益並有必要者

民訴法第 368 條第 1 項後段規定「就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證」此為 2000 年所增訂之類型，為證據保全程序之修正之重要部分。就此類型而言，其要件有三者，包括為確定事、物之現狀，有法律上利益及有必要性等。

首先確定事物之現狀乃指確定事實或物體之現狀。有學者認為此規定過於籠統，但透過聲請證據保全之要件，例如表明應證事實、理由等規定，可以作為限縮依此規定所產生範圍過廣之疑慮。又有學者認為除了確定事實之外，包括發生損害之或瑕疵之發生原因、責任歸屬、排除瑕疵之必要方法或所需費用等事實，均得作為確定之對象¹⁰¹。

再者，須有法律上利益，有學者認為所謂有法律上利益並有必要，不但要有滅失或礙難使用，還須將來顯有發生爭議之虞者始得請求。亦有認為法律上利益於該確定得以避免訴訟發生者即可適用¹⁰²，另有學者認為判定有無法律上利益應考量下列因素：第一，當事人事證蒐集權保障之必要；第二他造當事人參與程序之負擔、麻煩；第三，司法資源之合理分配¹⁰³。本文認為就法律上利益之要件，參考上述判斷標準之外，聲請人釋明相關保全之理由，或者在實體法上聲請人有取得相關事證之權源¹⁰⁴，法院即應裁定准許保全，免本規定適用範圍過窄¹⁰⁵。

¹⁰¹ 沈冠伶，前揭註 82，頁 66。

¹⁰² 張智潔，前揭註 90，頁 30。

¹⁰³ 許士宦，「起訴前之證據保全」，台大法學論叢，第 32 卷第 6 期，頁 32(2003)。

¹⁰⁴ 例如公司法第 210 條規定第 2 項規定「前項章程及簿冊，股東及公司之債權人得檢具利害關係證明文件，指定範圍，隨時請求查閱或抄錄」，此規定賦予股東及債權人實體法上蒐集檢視偏在於公司內部之證據，保障了近用與檢視與自身利益有關事證之權利。

¹⁰⁵ 法院在審查此要件時，僅須聲請人主張受有侵害，有法律上利益，不問是權利或利益，或者是預期之利益，皆可符合本要件，畢竟聲請人理論上負擔證據保全之費用，且在民事訴訟法第

最後為有必要性，此一要件乃根據憲法上之比例原則，就確定事物現狀之證據保全應符合妥當性原則、必要性原則及比例原則。法院應衡量聲請人之利益與相對人之財產權、秘密權、隱私權和人身權等憲法上之權利，應注意必要之最低侵害方法不得與欲達成目的之利益顯失均衡¹⁰⁶。就上述要件而言，看似寬鬆的要件，實則賦予法院對於不確定法律概念進行裁量，由法院實務引導此一要件的具體化以及適用情形。以下就醫療訴訟中相關的案件進行分析。

臺南地方法院民事裁定 91 年度聲字第 1408 號，法院核准證據保全聲請的理由為「相對人持有之聲請人母親方沈盡前開病歷資料，因涉及相對人是否應負侵權行為損害賠償責任等應證事實之證據，聲請人對該等病歷之現狀自有**法律上之利益，為確定事實，避免遭篡改，即有保全之必要**，是聲請人聲請於證據保全程序，對於相對人所持有之上開證據為保全，核與民事訴訟法第三百六十八條第一項關於保全證據之規定相符，應予准許。」就此法院明白指出准許證據保全之法律依據，對於建立案件類型的標準有所助益，值得贊同。

板橋地方法院民事裁定 92 年度聲字第 364 號亦清楚表示「經查，本件聲請人主張相對人所持有聲請人之一切相關病歷資料，乃將來訴訟法院審認相對人有無醫療過失責任之重要關鍵佐證，**為確定病歷之現狀，避免遭篡改，而有聲請保全書證之法律上利益及必要**，已經其提出診斷證明書影本等件為證，足認已為相當之釋明，核與民事訴訟法第三百六十八條關於聲請保全證據之規定相符，應予准許。」在這種證據保全類型，對於在醫療訴訟處於弱勢且資訊不對稱的原告而言，具有相當之幫助，能夠協助原告得在起訴前即透過證據保全來針對訴訟中關鍵之證據進行保全，而與實體法上資訊閱覽請求權相輔相成，透過實體法上課與醫療機構與醫師的義務，以及程序法上證據保全制度之利用，讓醫療訴訟之原告得以接近訴訟資料，提升其攻擊防禦能力，能夠符合訴訟法上武器平等原則，進而更有實力影響法官作成有利於己之判決。

第四款 法院依職權為證據保全

民訴法第 372 條規定「**法院認為必要時，得於訴訟繫屬中，依職權為保全證據之裁定。**」在訴訟繫屬中，法院得依職權為證據保全，避免當事人因聲請遲延或不知為此聲請，致證據滅失或礙難使用。須注意的是，在訴訟繫屬前，法院未能依職權為證據保全，乃因民事訴訟法採取辯論主義、處分權主義，而非採取職權探知、調查主義，須由當事人提起訴訟，提出事證資料。並且由於起訴前紛爭

376 條之 2 第 1 項逾期起訴之效果規定保全證據程序終結後三十日內本案尚未繫屬，利害關係人得聲請法院裁定解決因保全證據所為文書、物件之留置或其他適當之處置。

¹⁰⁶ 張智潔，前揭註 90，頁 31。

尚未明確，法院亦無從介入，也有避免法院負擔過重之考量¹⁰⁷。

在法院於訴訟中介入證據保全時，由於與民事訴訟法上辯論主義具有衝突關係，因此適用時須謹慎。原則上訴訟中法院應得利用闡明程序探詢當事人是否為提起證據保全之聲請，只有在當事人不受闡明程序保障的情況下，法院才有依職權證據保全之必要，但若屬於具有公益性與集體利益的訴訟，在解釋上可以放寬¹⁰⁸。當事人不受闡明程序保障情形諸如言詞辯論期日缺席，一造辯論判決等。在醫療訴訟進行中，原告就訴訟資料的取得仍有不足時，法院可以依本條之規定，進行證據保全程序，以防止證據滅失或礙難使用，並得確定事物之現狀，在闡明權行使的情況下，由法院協助居於弱勢的原告進行證據之取得，實現訴訟法上武器平等原則。

第三項 證據保全之證據方法與程序

第一款 證據保全之證據方法與範圍

證據保全之範圍與證據方法，因證據保全之類型之不同而有異，依第 368 條第 1 項前段規定，證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意的情形，就此類型而言，現行法上所承認之五種證據方法皆成為保全之對象，包括人證、書證、勘驗、鑑定或當事人訊問等。另一類型為確定事物現狀有法律上利益且有必要者，則限於聲請鑑定、勘驗或保全書證，乃避免證據保全制度之範圍過大，造成當事人或證人在起訴前可能遭受漫無限制之訊問，反生弊端¹⁰⁹。就程序而言，證據保全應適用民事訴訟法上調查證據方法之規定。

須特別論及的是在證人的調查上，由於第 305 條第 2、3 項新增有關證人陳述書狀之規定¹¹⁰，因而在必要情形亦得於保全證據程序上以證人陳述書狀之提出代替證人之訊問。在當事人訊問得作為證據方法之修正乃強調當事人本人可發揮提供案情、協助法官發現真實及促進訴訟。例如，對造以年長罹病、或打算移民外國等情形，以致將來訴訟進行可能發生無從訊問或難以調查之情形，也有證據保全之必要¹¹¹。我國證據保全程序制度修正後擴大了證據保全的範圍，讓證人陳述書狀與當事人訊問可以作為保全之對象，可以讓證據資料更為完備，使得應證事實的確定能夠具有更充分的基礎。

¹⁰⁷ 張智潔，前揭註 90 頁 33。

¹⁰⁸ 張智潔，同前註，頁 34。

¹⁰⁹ 沈冠伶，前揭註 82，頁 63。

¹¹⁰ 民事訴訟法第 305 條第 2 項

¹¹¹ 沈冠伶，前揭註 1，頁 62-63

第二款 起訴前的證據保全

民事訴訟法第 369 條規定，在起訴前，向受訊問人住居地或證物所在地之地方法院為聲請保全證據。聲請證據保全則須表明他造當事人、應保全之證據、依該證據應證之事實和應保全證據之理由，且就其理由應釋明之¹¹²。因此聲請人僅須達到釋明之程度，法院即應准予證據保全裁定。須注意的是，證據保全裁定由於未具有終於解決紛爭之效果，因此不若保全程序之假處分假扣押等，有供擔保以代釋明之制度，制度目的有所不同。因此證據保全裁定，除了依第 376 條之 1 成立證據保全協議以外，不能作為強制執行之對象。

在起訴前聲請證據保全，強調證據開示的功能，作為證據收集之手段更具有實益。在現代型訴訟，尤其是醫療糾紛所生之訴訟而言，可見功效。讓原告得以透過證據保全，接近處於對造管領支配下之證據。台中地方法院 96 年度醫字第 15 號民事裁定即謂「聲請人於相對人處之病歷資料，為相對人日後應否負賠償責任之證據，而上開資料現為相對人持有中，為免資料遭竄改甚且滅失，造成日後舉證困難，而無法正確釐清責任，確有聲請保全書證之法律上利益及必要。」法院在醫療訴訟提起前准予證據保全，讓原告在保全證據之後，得斟酌是否提起訴訟，閱覽事證後得諮詢醫學專業意見以研究是否有勝訴之望，更進一步的話，若雙方當事人在保全證據程序期日皆到場，就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議時，依協議的內容，當事人應為一定之給付者，得為執行名義¹¹³。就此更能夠發揮證據保全程序所具備的訴訟經濟與解決紛爭等制度機能。

第三款 起訴後的證據保全

起訴後的證據保全規定於民訴法第 369 條第 1 項前段，由聲請人向受訴法院為證據保全之聲請。又同條第 2 項也規定遇有急迫情況時，於起訴後，亦得向受訴法院聲請保全證據。又法院依職權於訴訟繫屬中為證據保全之裁定，亦屬於起訴後的證據保全。

在我國司法實務中，起訴後的證據保全裁定附隨於本案判決，法院或不公開裁定，因此研究者無法取得相關起訴後法院所為之證據保全裁定。是否因為起訴後證據保全與本案訴訟中證據調查程序有重疊之處，導致原告沒有在本案訴訟中聲請保全證據之誘因，或因法院在訴訟繫屬中認為有必要時得依職權自行調查證據，而致未利用起訴後證據保全程序，因此起訴後的證據保全能否發揮其功用，成為疑問。但就此而言，仍應給予肯定，在起訴後進行證據保全，除了可以發揮

¹¹² 民事訴訟法第 370 條

¹¹³ 民事訴訟法第 376 條之 1

上述證據保全之機能外，並可防止被告在知悉被訴後，將相關事證資料隱匿或湮滅，而導致事實證明之困難。

第四項 證據保全與摸索證明

在醫療訴訟中，病歷、檢驗報告與護理記錄等資料多處於被告之管領之下，在事證偏於一造當事人的情形，原告負主張責任及舉證責任不僅在證據提出上有所困難，亦常無法就紛爭發生經過之事實具體陳述，以致於為證據聲明時，難以具體表明應證事實為何，甚至須待對造提出、開示證據後，才能從證據調查之過程中，進一步了解或掌握裁判所必要之事實或其他證據。是否允許一邊調查證據、一邊蒐集事實這樣摸索式的證明活動¹¹⁴，產生了爭議。

摸索證明係指，當事人就其主張或抗辯所必要之事實、證據未能充分掌握，知悉時，藉由證據調查或保全證據之聲請，企圖從證據調查中獲得新事實或新證據，並以該事實或證據作為支持其請求或聲明為有理由之根據¹¹⁵。也就是說，摸索證明讓當事人對於案情更為了解，在事證探求的過程之中，當事人得以整理知悉應證事實為何、相關的證據為何，或者他造握有哪些證據等，在醫療訴訟中承認摸索證明讓原告得以克服證據偏在被告的情況，在摸索證明中逐漸整理與其訴訟上請求有關之事證，掌握充分的資訊，充實其攻擊防禦之內容。

在我國法院實務上有認為證據聲明未表明特定應證事實或證據方法為不合法者，例如台中地院 92 年聲字第 410 號裁定對於證據保全之聲請，認為應證事實如屬推測，且未表明特定之證據方法，即係利用法院程序而行蒐集證據，為不合法。摸索證明被認為不合法的理由如下，首先為違背辯論主義，他造當事人不負有開示對己不利事實、證據之義務；再者當事人違背證據聲明應為特定之要求；最後為舉證人違背真實義務¹¹⁶。

惟在我國實體法的規定上，尚未廣泛承認法律關係中的當事人有權利請求他造提供資訊、開示文書資料，法院亦未基於誠信原則而於個案中承認當事人一造對他造有之資訊開示請求權¹¹⁷，在當事人無法獲得充分之資訊的情況下，摸索證明仍有其重要性。美國法上 Discovery 制度，原則上不禁止摸索證明(fishing expedition)，除涉及特定事項外，當事人兩造均負有主動揭露與訴訟有關資訊之義務並得藉由證言錄取、書面發問或提出文書、物件等方法，向他造探知新事證，

¹¹⁴ 沈冠伶，「摸索證明與事證蒐集開示之協力」，月旦法學雜誌，第125期，頁79(2005)。

¹¹⁵ 同前註，頁81。

¹¹⁶ 沈冠伶，前揭註114，頁82-83。

¹¹⁷ 沈冠伶，前揭註114，頁80。

只要是有助於發掘其他可能合法之證據時，即為合法，且對於證據聲明之特定性要求較低，但有費用過高、程序漫長等批評¹¹⁸。學者認為可以承認摸索證明合法的理由有，負舉證責任之當事人能夠以最節省勞力時間費用之方式接近、蒐集事證之利益以及系爭實體權利實現之利益；並且他造當事人或持有證據之第三人之秘密保護不致被不當窺探；最後，藉由摸索證明訴訟程序能適正、迅速進行¹¹⁹。

原告聲請證據保全時，通常係於起訴之前為之，此時，審判對象尚未能特定，未能就此進行事實上、證據上之爭點整理。又證據保全程序之機能在於使當事人可以經由證據之開示、取得能夠認識掌握事實為何，已決定提起訴訟與否或與他造和解，因此不宜要求應證事實及證據之具體化程度至與本案訴訟相同之程度，否則無法發揮證據保全制度之機能¹²⁰。至於基於保障相對人之利益，法院作成裁定前，得使其陳述意見，在裁定後，相對人如認有侵害其隱私或營業秘密之虞，也得於證據調查期日到場，在開始調查證據前向法院陳述意見¹²¹。

在醫療訴訟中，原告因為資訊不對稱而受有舉證上之不利益，又醫療行為涉及專業知識與龐雜之醫療程序，亦為原告未能清楚知悉。因此承認摸索證明之合法，使原告可藉由摸索證明之過程，能知道醫療糾紛發生之全貌，了解醫療過誤之行為與其他導致損害發生之因素¹²²，原告在訴訟中能夠更為具體的表明訴訟標的、訴之聲明、請求之對象等，正確掌握收集訴訟資料之方向，更能在言詞辯論期日對於相關導致損害發生之因素加以攻擊防禦等，協助原告在訴訟中能更有實力與被告在程序中抗衡。

第五項 小結

在我國將醫療事故除罪化的浪潮聲中，當事人若非因醫師之故意或重大過失所致之醫療傷害，將無法提起刑事救濟途徑¹²³，無法利用刑事訴訟程序取得相關事證資料。由於醫療行為的高度風險與不確定性，我們不應也不須課予醫事從業人員過重的無過失責任。因此如何利用民事救濟途徑來填補、賠償當事人所受到

¹¹⁸ 沈冠伶，前揭註 114，頁 80。

¹¹⁹ 沈冠伶，前揭註 114，頁 83。

¹²⁰ 沈冠伶，同前註，頁 97。

¹²¹ 民事訴訟法第 373 條第 2 項。

¹²² 例如損害之發生乃因醫療機構設備管理欠缺之過失所致，或乃護理人員投錯藥打錯針所致，此時原告得變更追加當事人或擴張或縮減應受判決之聲明等。

¹²³ 第 12 屆總統候選人謝長廷之醫療政策，台灣醫界雜誌第 51 卷第 3 期，網路位址：

<http://www.tma.tw/ltk/97510303.pdf> (最後點閱日：2008/3/12)

的損害，除了醫療無過失辦法、基金的設立¹²⁴。本文肯認我國現行證據保全制度在醫療民事糾紛訴訟中所能發揮保全證據、事證開示、訴訟經濟和解決紛爭之機能，但仍有不足之處。

在我國法院實務中，仍須更明確適用證據保全之要件，以求證據方法範圍之具體，並且在審查要件上，應寬鬆審查當事人所應釋明之程度，並且在醫療訴訟中，由於醫療機構與醫師所具有特定之資訊提供義務，此法定義務之要求，乃病患及其家屬聲請證據保全之正當化根據。在證據保全程序中之摸索證明乃使當事人得以知悉更多相關事實、證據，了解案情全貌，使當事人得以自主判斷是否提起訴訟或者成立和解，並且協助整理訴訟上之爭點，使將來本案訴訟之提起能夠集中化審理。

制度設計者乃基於平等原則之理念，希冀能夠在現代型的醫療糾紛訴訟中，協助較無資力或能力之原告，進行訴訟證據資料之蒐集與保全，期待能夠在訴訟程序上，探求最真實的情況，用最充分的證據來認定事實，判斷損害成因與責任歸屬。如此更讓雙方當事人信賴法院之判決，讓受損害之人獲得救濟，違反義務之人負擔責任。



第二節 民事保全程序

第一項 保全程序的內涵

民事保全為大陸法系之概念，保全程序乃保全強制執行，兼及避免權利被侵害或防止急迫強暴行為，暫維持法律關係現狀為目的的特別訴訟程序，在此保全程序與證據保全程序有別，前者為保護債權人的請求得以實現或者保全強制執行(securing judgment)，後者乃指不使證據毀滅(perpetuation of evidence)¹²⁵。狹義而言，我國保全程序主要係指假扣押、假處分與定暫時狀態假處分，廣義的保全程序，依 TRIPS 協定所稱之 Provisional Measures，包括民事訴訟法第 368 條第 1 項之規定¹²⁶以下之證據保全，蓋證據保全乃起訴前或訴訟中當事人得迅速取得的

¹²⁴ 第 12 屆總統候選人馬英九之健康醫療政策，網路位址：

<http://www.ma19.net/policy4you/medicine> (最後點閱日：2008 年 3 月 12 日)

¹²⁵ 李士春，「民事保全程序基本問題研究」，中外法學，第 17 卷第 1 期，頁 47(2005)。

¹²⁶ 民事訴訟法第 368 條第 1 項，「證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意者，得向法院聲請保全；就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證。」

暫時性處置¹²⁷。本文接續討論民事訴訟法第七編保全程序之規定在醫療訴訟中能夠發揮之功能。

從比較法觀之，英美法系司法實務上所使用的臨時性救濟措施(pre-judgment remedies)、禁制令(injunctions)與保全程序有相似之處。禁制令係指法院作出的要求當事人為或者不為特性行為的命令。保全判決(securing the judgment)的方法屬於臨時性救濟。屬於保全判決方法的臨時性救濟措施有扣押、預備禁制令、暫時禁制令、財產託管、民事拘捕(civil arrest)、產權未決通知等。須注意的是英美法系的臨時性救濟措施包含證據保全，而大陸法系傳統理論和立法中，民事保全並不包括證據保全¹²⁸。

民事保全制度的目的在於：第一，以保全將來判決強制執行為目的的保全程序；第二是為停止侵害以避免無法彌補之損失。假扣押是對於以金錢支付為目的的債權，如不進行扣押就不能強制執行或有對於強制執行產生顯著困難之虞所發出之命令。假處分為因變更系爭物現狀而有使債權人不能實現其權利或實現權利產生顯著困難之虞所發出之命令。定暫時狀態假處分乃為了避免所爭執的權利關係給債權人造成顯著的損失或緊迫的危險而必要時發出的命令¹²⁹。本文將就假處分制度與定暫時狀態假處分進行說明，討論對於醫療訴訟證據資料之取得是否有所裨益。



第二項 假處分

民事訴訟法第 532 條規定「債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之。」假處分的目的在於容許債權人得自力扣押債務人之財產或身體，一方面係懲罰債務人，另一方面為滿足債權¹³⁰。通常性的假處分又可以根據請求標的不同，分為請求標的物為物的假處分，即乃避免債務人變更該物現狀，就該物或作事實上處分、法律上處分¹³¹；請求標的物為權利的假處分，權利可以為特定之物權、債權或無體財產權，債權人能夠聲請假處分防止債務人對該權利進行處分¹³²；請求標的物為行為之假處分，又可分為假處分與不作為假處分，前者以債務人的積極行為作為標的，債務人之行為在一定時間和

¹²⁷ 郭雨嵐、范曉玲著，專利侵權之證據保全與保全程序，頁 7(2007)。

¹²⁸ 李士春，前揭註 125，頁 45。

¹²⁹ 李士春，前揭註 125，頁 49。

¹³⁰ 沈冠伶，「我國假處分制度之過去與未來」，月旦法學雜誌，第 109 期，頁 53(2004)。

¹³¹ 李仕春，民事保全程序研究，頁 73(2005)。

¹³² 同前註，頁 74。

空間內，具有不可替代性，不作為假處分乃指以債務人的消極行為為標的，還可細分為單純不作為和容忍的不作為¹³³。

假處分制度準用假扣押制度¹³⁴，因此債權人僅須釋明假處分之請求及原因，或者是供擔保以代釋明，且未有撤銷假處分之原因，法院應為假處分之裁定。假處分之原因，應由聲請假處分之人，提出相當證據以釋明之¹³⁵。提供假處分所必要之方法由法院酌定之，由法院判斷如何達到假處分所欲達到之目的。

醫療訴訟中，若有證據偏在之情形，原告不能取得訴訟資料時，原告可以依據假處分之規定，請求法院對於病歷、相關的檢查記錄、被告之財產等，請求法院為假處分之裁定，也就是上述請求標的為物之假處分；此時，原告應釋明請求之標的有現狀改變、日後不能強制執行、或甚難執行等原因，亦即釋明病歷有被竄改之虞、被告逃匿外國等情形。又就作為之假處分而言，病人得聲請假處分要求相對人繼續提供醫療照護服務，避免病人缺乏足夠之醫療服務。惟

第三項 定暫時狀態假處分

我國於 2003 年修正增訂定暫時狀態假處分之規定，著眼於避免現在重大之損害或因其他情事，有就爭執之法律關係定暫時狀態之必要者，即可為之，除制止禁止性之方法外，必要時得採取履行給付性之滿足方法，維持法律秩序之和平、保護當事人全體法利益及公益，避免當事人受有不可彌補之損害¹³⁶。可以分類為規制性假處分與滿足性假處分，前者之目的在於就當事人間有關占有之爭執，由法院依職權介入並予以規制，以防止急迫之危險或重大之損失發生；後者之目的在於就有爭執之法律關係，能迅速獲得相當於本案判決勝訴之救濟，尤其對於社會之弱勢，相關之繼續性金錢給付，承認得藉由假處分為一定之滿足，以避免不可回復之損害發生或擴大¹³⁷。例如在勞工薪資糾紛事件，定暫時狀態處分可以先為雇主給付勞工薪資之滿足性處分，以維持勞工基本生活。定暫時狀態假處分不問其所欲保護權利或利益為何，故其本案訴訟類型不限於給付訴訟，包括確認訴訟、形成訴訟以及消極確認之訴，均包括在內¹³⁸。

¹³³ 李仕春，前揭註 131，頁 75。

¹³⁴ 民事訴訟法第 533 條。

¹³⁵ 吳光陸，保全程序(一)(上)，月旦法學雜誌，第 41 期，頁 11(1998)。

¹³⁶ 黃書苑，定暫時狀態假處分之研究-關於勞工事件及公司事件方面，頁 6(2005)。

¹³⁷ 沈冠伶，前揭註 130，頁 53。

¹³⁸ 黃書苑，前揭註 136，頁 7。

民事訴訟法第 538 條規定「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」定暫時狀態假處分要件分析如下：第一，為被保全之權利，所請求者乃與本案訴訟標的不同，而係源自本案請求權，就本案訴訟標的向法院請求為一暫時處分之權利¹³⁹，爭執係指爭執中之法律關係，始有現狀變更之虞，如屬將來可能之爭執，則無從對之為假處分¹⁴⁰，就此要件聲請人負釋明責任，至少應提出證據釋明，即英美法上所謂表面證據，法院會審酌聲請人所欲保全之權利最後獲得勝訴機率若干¹⁴¹。第二，為保全必要性，即定暫時狀態假處分之原因，在法律關係有所爭執的情況下，防止發生重大之損害或避免急迫之危險，是否會發生重大損害則須透過利益衡量來判斷之¹⁴²，即重大或急迫，乃屬不確定法律概念，需透過利益平衡法則加以判定¹⁴³，例如，若使債權人繼續忍受到本案判決確定，其所受不利益或痛苦顯然過酷之情形而言¹⁴⁴，可謂防止現在發生重大損害。

在聲請定暫時狀態假處分另外一個具有爭論的要件為繼續性法律關係。本要件乃最高法院 61 年度台抗字 506 號判例所要求，認為金錢請求以外凡適於為民事訴訟之標的，有繼續性者皆屬定暫時狀態假處分得聲請之範圍。惟本判例經由最高法院 91 年第 7 次民庭會議決議廢止，理由為無論財產上或身分上之法律關係均有定暫時狀態假處分之適格。但最高法院決議並未提及定暫時狀態假處分之爭執法律關係是否仍應以繼續性法律關係為要件¹⁴⁵。就此我國學者有不同的意見，目前有學者仍認為該爭執之法律關係必須具有繼續性，惟亦有學者主張該法律關係不以具有繼續性者為必要，更有認為最高法院決議廢止判例的理由及餵了平息定暫時狀態假處分限於繼續性法律關係之爭執¹⁴⁶。由晚近見解可以得知，不以繼續性法律關係為定暫時狀態假處分之要件，更能夠擴大本制度之適用範圍。法院採救急處置作成迅速的裁判，審理時視個案情節，較量債權人因該裁定所應獲得確保之利益與債務人因該裁定所蒙受之不利益，其原因在於讓本制度可以發揮調整、均衡債權人與債務人之間利害，以維持法律秩序平和所採救濟措施，含有公益性非純為保全個人權利¹⁴⁷。

¹³⁹ 沈冠伶，前揭註 130，頁 57。

¹⁴⁰ 黃書苑，前揭註 136，頁 10。

¹⁴¹ 同前註，頁 12。

¹⁴² 沈冠伶，前揭註 130，頁 57。

¹⁴³ 馮震宇，「論假處分與營業秘密的保護」，萬國法律，第 136 期，頁 23(2004)。

¹⁴⁴ 黃書苑，前揭註 136，頁 13。

¹⁴⁵ 黃書苑，前揭註 136，頁 18。

¹⁴⁶ 李永裕，「定暫時狀態之假處分-臺灣高等法院92年度抗字第3159號裁定評析」，律師雜誌，第301期，頁100(2004)。

¹⁴⁷ 邱聯恭，程序利益保護論，頁 159(2005)。

法院在審理是否准許定暫時狀態假處分裁定時，須依以下程序審理之：首先，主張一慣性之審查，就原因與事實進行審查，判斷聲請人所主張之請求原因及理由能否導出爭執法律關係存在之情形。再者，審查保全必要性是否存在，若假處分聲請人取得假處分具有急迫性時，對於被保全權利之釋明，應予減緩。最後應使當事人有陳述意見之機會¹⁴⁸，此為實現當事人程序主體權與滿足性假處分之承認所應賦予當事人之程序保障。

以醫療糾紛訴訟而言，本案請求為被告賠償原告所受身體上、精神上之損害，以金錢請求之形式為之，由原告聲請定暫時狀態假處分，其中被保全之權利則為病歷資料之真實性與完整性。病歷資料其正確性與完整性對於爭執法律關係乃具有重要性，為了防止病歷資料被竄改，利用定暫時狀態假處分來避免損害之擴大，像是禁止被告使用電子病歷系統修改，關閉其修改權限等。因此原告亦能透過本制度蒐集確保相關事證及正確性。

定暫時狀態假處分制度亦有規定法院得命先為一定之給付¹⁴⁹，此一規定對於醫療訴訟中之原告具有實質上之意義，原告就醫療行為所造成之損害，或支出更多醫療費用、或增加其生活上所必須之花費，原告若為無資力者，法院得參酌原告釋明之原因，裁定被告給付一定之費用，協助原告不因訴訟之進行致其生活困難。滿足性的假處分的作成，其優點在於，若原告得到勝訴判決確定後，不須另行提起強制執执行程序，得以節省程序費用，保障當事人之程序利益。

最後，民事訴訟法第 538 條之 1 設有緊急處置制度，如果法院在為定暫時狀態假處分裁定前，認為有必要時，得聲請以裁定先為一定之緊急處置。此一制度類似於美國法上暫時禁制令，法院不通知相對人或賦予其聽審之機會，而僅基於一造審理。此制度之適用須有明顯之事實顯示，在對於相對人或其律師賦予聽審之機會前，聲請人可能發生不可回復之侵害、損失或危險，以致無法通知相對人。另外聲請人之律師須以書面向法院提出證明，其曾嘗試通知相對人，或有相當之理由證明無庸通知相對人¹⁵⁰。在我國實務上此一制度是否達到制度目的，有待於進一步研究司法實務上運作的情形。

¹⁴⁸ 沈冠伶，前揭註 130，頁 58-60。

¹⁴⁹ 民事訴訟法第 538 條第 3 項。

¹⁵⁰ 沈冠伶，前揭註 130，頁 61-62。

第三節 證據保全程序與假處分制度之交錯適用

本節試圖討論證據保全制度與保全程序假處分制度之不同，以及如何競合、併用，就此我國學者多以智慧財產權保護事件作為討論對象，尤其是專利權，在我國實務上專利權人經常提起刑事告訴並聲請搜索扣押之方式取證，專利法除罪化之後，以非可行之道¹⁵¹。在醫療糾紛亦有將重大過失除罪化的聲浪，本研究希冀能夠討論在智慧財產權事件蒐集證據的相關規範，作為提供醫療糾紛訴訟中取得事證資料之方向與手段，充實當事人得自主蒐集證據的權能。

第一項 證據保全與假處分之區別

證據保全制度與假處分制度在英美法系國家均屬於暫時性救濟措施¹⁵²，兩者皆有避免重大損害發生，急迫情形之下，於本案訴訟前向法院聲請採取一定的處置，以防權利不能實現之風險。惟在大陸法系的我國乃分屬具有不同目的、功能、對象、手段的制度，雖然兩者有其相似之處，不過在我國證據保全程序與假處分制度仍有著以下不同之處：

第一、對象不同，證據保全程序所直接所受保全者乃訴訟上提出證據之證明權，為程序法上之權利；假處分之保全對象，係本案請求，亦即將來強制執行時得受滿足之實體上法之請求權¹⁵³。前者乃就證據方法進行保全，避免有滅失或礙難使用，後者乃聲請為假處分裁定，以確保請求權之實現。

第二、要件及審理密度不同，民訴法第 370 條就保全證據之聲請，應表明他造當事人、應保全之證據、依該證據應證之事實及應保全證據之理由，並應釋明之。我國並未要求釋明「請求」¹⁵⁴，即本案請求權所依據之法律規範，惟若為了實現情報請求權，原則上仍應要求聲請人釋明該請求權存在，不過在此情形聲請人不須釋明證據有滅失或礙難使用之虞¹⁵⁵。此外，證據保全亦未若假處分制度具有提供擔保以代釋明、限期起訴以及損害賠償之規定，係因制度目的有所不同。假處分或定暫時狀態假處分之要件而言，保全對象是實體法上的請求權，就

¹⁵¹ 范曉玲，「專利權人權利行使與公平競爭之平衡-以台美專利訴訟的幾個近期重要案例為核心」，月旦法學雜誌，第139期，頁224(2006)。

¹⁵² 郭雨嵐等，前揭註 127。

¹⁵³ 沈冠伶，「智慧財產權保護事件之證據保全與秘密保護」，台大法學論叢，第36卷第1期，頁 239(2007)

¹⁵⁴ 同前註。

¹⁵⁵ 許士宦，前揭註103，頁41。

法律關係為暫時性的規制，在保全方法上，常因請求權的性質使然，有立即實現滿足請求權之作用，即滿足性假處分。因此，為求兩造利益平衡，在聲請要件上，必須釋明本案請求，以慎重程序進行審理聲請要件是否具備，多採取一併考量實體法上有無理由之審理模式¹⁵⁶，並且在法院審理過程之中，更注重相對人的程序權的保障，加入了利益衡量的判斷¹⁵⁷。

第三、強制效果不同，假處分得依強制執行法第4條作為執行名義，且依同法第140條進行執程序。相對而言，關於文書或勘驗物之提出，如為對造當事人持有而拒絕提出時，於證據保全程序，法院不能施以強制力，或課以罰鍰，僅能於本案訴訟，在事實認定之自由心證範疇內，對拒絕提出之當事人為不利之認定¹⁵⁸。在民事證據保全程序欠缺強制力的情形下，當事人就相關事證的取得不易，也導致在醫療糾紛中，動輒提起刑事訴訟，依賴檢察官強制處分權的介入，造成台灣醫療糾紛刑事訴訟案件量遠多於民事案件的特殊情況。

第四、假處分設有命起訴制度，聲請人須於裁定送達五日內起訴，逾期未起訴時法院得撤銷該裁定，乃著眼於假處分裁定具有執行力，且在滿足性假處分之情形，更可實現聲請人實體法上請求權，對當事人權益影響甚大，因此限期命起訴乃期待假處分裁定就系爭法律關係進行保全後，法院迅速介入審判，以解決紛爭。證據保全未設有如同假處分之限期命起訴制度，其理由為首先如命聲請人須於一定期間內起訴，則在當事人尚且無法根據所保全之證據研判是否有起訴之必要，如何起訴、應以訴訟標的起訴，無異係強迫當事人行使訴訟權，又貿然起訴或使當事人提起無益之訴，反正使得法院負擔加重¹⁵⁹，不過為了兼顧證據持有人之權益，民訴法第376之2條，法院得依利害關係人之聲請，以裁定解除因保全證據所為文書、物件之留置或為其他適當之處置，避免因證據保全程序致使該事證所有權人使用之權利。

就上述證據保全制度未有強制力之批評，可以參考智慧財產案件審理法有特別承認強制力之規定，即相對人無正當理由拒絕保證據保全之實施時，法院得以

¹⁵⁶ 沈冠伶，前揭註153，頁239。

¹⁵⁷ 民事訴訟法第536條：假處分所保全之請求，得以金錢之給付達其目的，或債務人將因假處分而受難以補償之重大損害，或有其他特別情事者，法院始得於假處分裁定內，記載債務人供所定金額之擔保後免為或撤銷假處分。假處分裁定未依前項規定為記載者，債務人亦得聲請法院許其供擔保後撤銷假處分。法院為前二項裁定前，應使債權人有陳述意見之機會。

¹⁵⁸ 民事訴訟法第345條：當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之機會。

¹⁵⁹ 沈冠伶，前揭註82，頁64。

強制力排除之，但不得逾必要之程度。必要時並得聲請警察機關協助¹⁶⁰。本規定可以作為醫療民事糾紛訴訟在證據保全之參考，即若在醫療法或民事訴訟法增訂類似於智慧財產案件審理法所賦予法院在進行證據保全時得行使強制力之規定，有助於證據保全程序進行之順利，並且確實的保全相關事證，也可以減少病患為了取得偏在於醫方之事證而提起刑事訴訟之比例，就醫療糾紛的解決能夠更為直接有效率。

第二項 證據保全與假處分之競合與併用

證據保全制度與假處分制度雖有上述不同之處，但兩者仍有競合、併用之情況，活用此二程序法上制度，賦予當事人有更完善的方法和手段來進行證據的蒐集。例如，在文書係與為訴訟有關之事項所作，且持有該文書之人同時亦在實體法上對於文書負有提出或報告其內容之義務，即資訊開示義務，不持有文書之他方當事人對於文書持有人有資訊開示請求權¹⁶¹，權利人本於其實體法上之資訊開示請求權，亦聲請假處分，命義務人為一定行為。且該文書若作為證據被使用，亦得聲請證據保全，於此情形，權利人可於證據保全或假處分制度二者間擇一採用，聲請法院命相對人提出該文書¹⁶²。就像是在醫療糾紛中，病患欲取得偏在於被告之病歷、作業流程、醫療單據等資料，可利用證據保全程序來蒐集相關事證，而就病歷而言，病患得依醫療法第 71 條作為實體法上請求權，向法院聲請定暫時狀態處分之裁定，以防止病歷有被竄改或滅失。

在德國實務上常併用證據保全與假處分制度，且以一個裁定合併為之，以達事證開示目的，補充證據保全制度之不足。此種併用證據保全與假處分之方式可有效地強制相對人提出文書或忍受檢視，在我國現行法上證據保全裁定欠缺強制力，可供參考¹⁶³。又因為證據保全程序欠缺對於起訴前違反證據保全命令者實施制裁之手段，比起定暫時狀態處分之裁定為執行名義得據以強制執行者，較難確保上開權利之實現，故在此種資訊請求權人，具有保全必要性時，聲請定暫時狀態處分，較能有效以滿足處分而實現其權利，獲得迅速而經濟的裁判之程序重，活用此制度可能獲得更多資訊，而減少利用或避免提起本案訴訟為攻防、審理以防止程序上不利益¹⁶⁴，因此充實實體法上請求權，即資訊開示請求權，配合假處分制度的運用，可以增加當事人取得事證資料之管道，拓展能夠取得事證之範圍。

¹⁶⁰ 智慧財產案件審理法第 18 條：相對人無正當理由拒絕證據保全之實施時，法院得以強制力排除之，但不得逾必要之程度。必要時並得請警察機關協助。

¹⁶¹ 沈冠伶，前揭註 153，頁 241。

¹⁶² 同前註。

¹⁶³ 沈冠伶，同前註 153，頁 242。

¹⁶⁴ 許士宦，「定暫時狀態處分之基本構造」，台灣本土法學，第 58 期，頁 68(2004)。

我國現行醫療糾紛中，證據資料的蒐集不完整的疑慮致使病人透過刑事追訴手段，委由檢察官取得證據，造成許多不必要刑事訴訟的提起，造成司法資源浪費以及醫事人員執業志氣低迷。要解決這樣的情況，不妨可以在制度上改進。在程序法上，可以參考智慧財產案件審理法規定，在醫療法或民事訴訟法上，增加法院得運用強制力進行證據保全程序之規定，必要時請警察機關協助之，不用等到本案訴訟上才對於拒絕提出事證之人施以對之為不利之認定之制裁。在實體法方面，現行醫療法對於病歷的範疇已較過去廣泛，但是未居於病人擁有自身健康資訊權的角度出發，仍從醫方的立場，在有故有理由的時候，可以拒絕提出或拖延提出¹⁶⁵，這樣的規範方式仍有改善的空間。又尚有許多書證、物證為重要的證據，例如作業流程或者是醫院內部風險控管報告等，亦能規定在醫療糾紛發生時，病人得請求醫方開示上述內部資料，以期更完整事實的還原。

本文並不認為應該課予醫師過重的責任，但是必須兼顧病人在損害發生時其依循訴訟程序取得救濟的憲法上訴訟權保障。因此，若現行制度能夠朝上述方向改善，相信對於病人或醫師都能夠取得一個更好的著力點，病人不必大費周章透過刑事訴訟取得相關事證，醫師不被擔心有牢獄之災而採取防衛性醫療行為，讓整體醫病關係能更為和諧，讓醫療糾紛的解決能夠更為公平且有效率。



第四節 美國事證開示制度

第一項 我國證據保全程序之不足

我國民事訴訟法採取當事人進行主義，由當事人根據處分權主義就訴訟之開始，審判之對象、範圍及訴訟之終結，賦予當事人以主導權¹⁶⁶，就訴訟標的之特定及審判資料之提出，原則上堅持當事人主義¹⁶⁷。惟在證據調查程序與證據保全程序等程序進行時，仍由法官居於主導地位。在職權進行主義下，訴訟程序之進行整理，專依法院之領導權而行，當事人就訴訟程序之進行與整理無領導權，僅

¹⁶⁵ 醫療法第 71 條：「醫療機構應依其診治之病人要求，提供病歷複製本，必要時提供中文病歷摘要，不得無故拖延或拒絕；其所需費用，由病人負擔。」若就法律條文文義反面解釋時，病人聲請證據保全就可能遭到駁回。

¹⁶⁶ 駱永家，前揭註 2，頁 126。

¹⁶⁷ 駱永家，前揭註 2，頁 133。

能在發現有違法情事，得陳述異議¹⁶⁸。

證據保全程序在 2000 年增訂確定事物現狀有必要且有法律上利益之類型，雖就擴大保全證據適用之範圍，且具備事證開示之機能。惟立法者乃有意限縮證據保全之證據方法即以鑑定、勘驗及保全書證為限，乃為了防止當事人濫用此一制度，損害他造之權益，明定此類保全證據之聲請，限於有法律上利益並有必要時，始得為之¹⁶⁹。

法院對於聲請證據保全之准駁，具有絕對之主導權。在當事人未能依聲請取得其所欲保全之證據，或者是法院准予保全範圍不能滿足當事人之需求，此時當事人是否有法律上的權利得以保全自己所欲保全之證據，非僅限於法院認定允許者，及收集更充足的證據以達成日後提起本案訴訟影響裁判，乃成為疑問¹⁷⁰。

在醫療訴訟中病歷係主要之證據方法，惟其他書證像是護理記錄、出勤及通聯記錄，勘驗標的物像是殘留藥劑和醫院設備設施等，亦為判斷損害發生與責任歸屬之重要證據，惟在板橋地院 92 年聲字第 364 號裁定卻認為「至聲請人請求扣押相對人九十二年一月十七、十八日值班醫師、護理人員名單、出勤記錄、所負責病人及病床分配資料，暨就所負責病人所為之醫療護理記錄部分，則未經聲請人釋明其他病人之醫療護理記錄何以與其有關聯；另上述記錄、名單有何聲請保全之法律上利益及迫切必要性，是均難認有保全之必要，應予駁回。」就本裁定論之，若聲請人之釋明或提出之理由，不能達到法院心證所須達到釋明之程度時，聲請人乃不能取得保全證據之裁定，無從保全其所須之證據，惟應考量當事人欠缺專業醫學知識、訴訟攻防能力之差異和事證開示等面向，賦予當事人得自主選擇、過濾且知悉其所欲了解之證據，讓當事人在具備足夠充分之證據資料後，諮詢專業意見，審慎考量是否起訴或進行和解，如此方能達到證據保全所具備解決紛爭、訴訟經濟等功能。

第二項 美國法之事證開示制度介紹

英美法系的民事訴訟法賦予當事人直接蒐集證據的權限，當事人不僅對其訴訟相對人、甚至對訴外第三人，均有要求其提出與訟爭事實相關聯之情報及證據資料之證據蒐集權¹⁷¹。美國民事訴訟程序大致上可以分為以下部分：首先是審前

¹⁶⁸ 同前註。

¹⁶⁹ 民事訴訟法第 368 條修正理由，司法院民事訴訟法部分條文修正草案對照表，網路位址：

<http://www.judicial.gov.tw/CivNV/crimi-4.htm>(最後點閱日：2008 年 3 月 30 日)

¹⁷⁰ 僅駁回保全證據聲請之裁定得為抗告，准許保全證據之裁定不得聲明不符

¹⁷¹ 黃國昌，民事訴訟理論之新開展，頁 7(2005)

(pretrial)，包含了書狀程序(pleading)、揭露(discovery)、開示(discovery)、審前會議(pretrial conference)和其他等階段；在審前結束之後則是和解(settlement)；再來為事實審(trial)，最後是判決的作成¹⁷²。就現代審前書狀通知程序而言，以往請求的功能大部分由揭露、開示、審前會議和中間判決和事實審等程序所取代，透過這些程序能更有效率、更公平地發現事實和整理爭點，能作成更妥適的判斷等優點¹⁷³。

美國法採取當事人對審制度(adversary system)，在高度結構化的外在程序，由對立的當事人負責並控制其紛爭之範圍、蒐集證據來支持其各自的主張並提出抗辯及支持抗辯的證據，再由中立的法官與陪審團進行裁判以解決紛爭¹⁷⁴。當原告在美國想要提起訴訟以救濟其權利時，原告在審前階段獲得廣泛而充足的事證資料，原告可以在考量所握有的證據之後，自主判斷是否和解或是進行事實審之審理。就此，事證開示制度在美國民事訴訟程序上扮演了收集證據，了解紛爭內容等重要腳色。

美國事證開示制度(discovery)的產生，乃為了回應下列問題，即當重要的證據僅為當事人一造所知悉，而該證據之顯出會使其遭受敗訴之結果時，當事人不會主動提出該證據，對造即無從提出該證據或知悉其存在¹⁷⁵。在1938年所制定之美國聯邦民事訴訟規則(the Federal Rules of Civil Procedure, FRCP)創設了現代的事證開示制度¹⁷⁶。事證開示制度的存在使得請求程序較不被強調，而且不可避免地減少了事實審的重要性¹⁷⁷。在過去美國民事訴訟法程序的三階段為廣泛的書狀通知、私下有限作成的調查和顯著且出人意料不可預測之事實審。現在則為書狀通知、在法院授權下廣泛的事證開示和偶爾可以預測和有條理地的事實審¹⁷⁸。

現代的事證開示制度幾乎為所有州法院與聯邦院所採，准許廣泛、細緻的事證開示程序¹⁷⁹。律師於審判前開示大量的資訊，使所有或許多相關資訊為他造所有時，主張與抗辯得已提出；不同於美國，其他國家之制度則不允許收集得知他造所有事證，英美法系與大陸法係對事證開示的態度呈現相當高度之衝突對立

¹⁷² KEVIN M. CLERMONT, PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE, 35 (2005).

¹⁷³ *Id.* at 39.

¹⁷⁴ 黃國昌，前揭註 171，頁 10。

¹⁷⁵ 同前註，頁 13。

¹⁷⁶ 黃國昌，前揭註 171，頁 14。

¹⁷⁷ CLERMONT, *supra* note 172 at 57.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ JACK H. FRIEDENTHAL, MARY KAY KANE & ARTHUR R. MILLER 著，夏登峻等譯，民事訴訟法，頁 367 (2003)。

180。本文將介紹事證開示制度之目的、範圍、機能和相關問題，來探究此制度和我國證據保全制度之異同，與如何應用在醫療訴訟之中，解決我國現行證據保全制度所產生的問題。

第三項 事證開示程序之目的

事證開示的目的在於使訴訟當事人能發現與案件相關的必要證據及資訊，以提出更多有關的事實於法院¹⁸¹。當事人藉由事證開示程序向對造要求提供資訊，有效地除去當事人間就實質涉及訴訟勝負地資訊及證據所存在的不平等，使當事人立於實質對等的地位¹⁸²。就此而言當事人可以了解與限縮爭點並且在事實審前調查事證¹⁸³。美國採用事證開示制度的目的在於避免因為兩造對於私自調查證據能力之不同以及避免盲目的事實審(blind trial)所產生不正確或不公平之決定¹⁸⁴。除此之外，效率的考量，即促成和解，或者在事實審進行的更有效率，也使得事實審階段變成可以預測和有條理¹⁸⁵。

第四項 事證開示制度之範圍

聯邦民事訴訟規則第 26 條(b)項¹⁸⁶規定了非常廣泛的事證開示的範圍。在這個範圍之下，可以應用所有不同的事證開示制度。又依第 26 條(b)(1)規定，當事人可以開示發現任何關聯性的(relevant)且非秘匿特權(not privileged)的任何事證¹⁸⁷。就 26(b)(1)所規定的相關性而言，當事人可以自由地探求任何對造所提出之

¹⁸⁰ 張智潔，前揭註 90，頁 107。

¹⁸¹ 黃國昌，前揭註 171，頁 14。

¹⁸² 同前註。

¹⁸³ CLERMONT, *supra* note 172 at 57.

¹⁸⁴ *Id*

¹⁸⁵ CLERMONT, *supra* note 172 at 57.

¹⁸⁶ FRCP Rule 26(b)(1) “**Scope in General.** Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense--including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(C)”

¹⁸⁷ CLERMONT, *supra* note 172 at 57.

請求或抗辯所涉之事項¹⁸⁸。並且法院如果認為有良好的原因(good cause)，則可以核發命令來開示與訴訟標的有關之事項，因此所開示的對象或僅與不確定之事項有關，而非有可能成立之請求或抗辯¹⁸⁹。就此，僅要求有相關性即可。不是特權的任何事項，可能涉及訴訟爭議事項，只要是理性有目的的引導進行事證開示獲得可被採信證據的，不問是否能在審判中被採納，皆可以進行開示獲得事證¹⁹⁰。

美國事證開示制度一般性的規定，範圍之廣泛幾乎可以涵蓋所有當事人所欲知悉的事實和證據，為了避免當事人濫用事證開示制度，資訊必須是當與事人主張或防禦之事項有關聯者才能開示，關聯性須有證據法上之意義，且為一般常識¹⁹¹。聯邦規則亦規定了下列條款來限縮事證開示的範圍，以避免當事人營業秘密或其他私人資訊被不當地要求進行開示。

第一款 事證開示之限制--Work Product 工作成果原則¹⁹²

此原則由 1947 年聯邦最高法院 Hickman v. Taylor 一案發展出來，從兩方面限制事證開示之範圍：一方面為，若是由一造或其代表人為了預期訴訟或審判所準備的文件(“ordinary work product”)，諸如證人證言，僅能在顯現出有實質需要和在沒有過度困難下無法獲得實質上的平等¹⁹³，此時方能夠要求開示；另一方面則為一造當事人之律師或代表人所表示有關於訴訟之心理印象、結論、意見或法律理論，更被嚴格保護，而且可能從來不會進行開示¹⁹⁴。律師在準備訴訟過程所獲得之信息，可以拒絕向對方披露。設立此原則的理論基礎在於，每一位律師都有自主調查案件各方面事實的權利，無論事實對其委託人有利還是不利，都不必擔心只有對造對獲得不利的事實並予以利用，鼓勵律師積極調查，不要消極等待對造律師從事一切調查¹⁹⁵。

聯邦規則 Rule 26(b)(3)明文化了 Hickman 一案所建立的工作成果原則¹⁹⁶，就

¹⁸⁸ *Id.* at 58.

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 370。

¹⁹¹ 張智潔，前揭註 90，頁 108。

¹⁹² 我國學者許士宦教授則將之譯為訴訟準備成果物之保護，惟參酌美國法之規定不限於有體物之保護，乃包含心理印象、意見等律師或其他代表人所為有關訴訟成果之準備，因此本文採取中國學者之翻譯，將之譯作工作成果原則。

¹⁹³ CLERMONT, *supra* note 172 at 59.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 376。

¹⁹⁶ FRCP Rule 26(b)(3)(A) “*Documents and Tangible Things*. Ordinarily, a party may not discover documents and tangible things that are prepared in anticipation of litigation or for trial by or for

法律文字而言，僅指文件和有體物受到保護，沒有提及律師所收集的、不以書面形式比現的信息，有些令人費解¹⁹⁷，與最高法院在 Hickman 案所指律師就其與案件有關之心理印象、觀念和思想宣示應保護不予開示的原則有所出入¹⁹⁸。未以書面形式表達之事項也需要工作成果原則之保護，因為如果不予保護，律師們就會盡可能不記下任何東西，避免證人留下任何書面之陳述¹⁹⁹。但是增訂後的規定即 Rule 26(b)(3)(A)²⁰⁰明確規定法院發開示命令時，必須保護由律師或代表人所陳述有關於訴訟之心理印象、結論、意見和法律理論等。

為了限縮過於廣泛的事證開示範圍，發展出工作成果原則來保護律師或其他代表人得以充分準備訴訟，不須擔憂為了訴訟所進行的成果因事證開示制度而被對造窺探與知悉。我國學者認為此原則可以作為我國新法所定拒絕提出正當理由²⁰¹之具體化原則²⁰²。此工作成果原則係為調和訴訟法上真實發現與訴訟促進、武器平等原則或當事人間公平諸基本要求²⁰³。至於訴訟前所存在的文書，仍不應目為訴訟準備的成果，但是當事人分析該等文書，以之為基礎，依其本人或律師等意見所作成之文書，則屬於訴訟準備成果。若此等文書不能拒絕提出，則持有人將喪失準備該文書之動機²⁰⁴。

在我國證據保全程序的架構下，雖未若美國法需要藉由工作成果原則來限縮事證開示的範圍，惟此原則亦能作為在人證得以拒絕證言的具體化依據，即不限於民事訴訟法第 307 條之情形方得拒絕證言。又作為當事人拒絕提出文書之正當理由，就此而言，於醫療訴訟中之適用值得討論，即依照學者見解，訴訟前之文書不受此原則之保護，原告依據實體法上健康資訊請求權之外，亦得聲請保全相

another party or its representative (including the other party's attorney, consultant, surety, indemnitor, insurer, or agent).

¹⁹⁷ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 377。

¹⁹⁸ 就此在上訴巡迴法院中有不同的見解，在 1974 年的 Duplan Corp. v Moulinage 一案，第四上訴巡迴法院重申最高法院的見解，而在 1992 年 Holmgren v. State Farm Mut. Auto Ins 第九上訴巡迴法院則認為如果心理印象在案件中成為爭點，且有急迫性時，則可以進行開示。CLERMONT, *supra* note 172 at 59.

¹⁹⁹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 377。

²⁰⁰ FRCP Rule 26(b)(3)(B) “Protection Against Disclosure. If the court orders discovery of those materials, it must protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of a party's attorney or other representative concerning the litigation.”

²⁰¹ 民事訴訟法第 345 條第 1 項「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。」

²⁰² 許士宦，「文書之開示與秘匿」，台大法學論叢，第 32 卷第 4 期，頁 42 (2003)。

²⁰³ 同前註。

²⁰⁴ 許士宦，前揭註 202，頁 42。

關病歷、護理紀錄和檢查報告等書證，在訴訟前被告不能援用工作成果原則拒絕開示，在訴訟後原告可以引用此原則之例外，即顯現出有實質需要和無法獲得實質上的平等來請求被告開示相關文書，被告不得拒絕，以維護當事人間訴訟攻擊防禦能力之平等。

第二款 工作成果原則之例外—先前陳述(previous statement)

Rule 26(b)(3)(C)規定²⁰⁵，一造或其他人可以獲得其先前對系爭案件所為之陳述，不問其要求是否顯有需要。若該要求被拒時，可以向法院聲請命令。就此先前陳述乃指先前所簽署或採取或贊同的書面陳述，或者是同時間與該人口述實質逐字相同的速記、機器化、電子化、錄製或打字謄本。之所以允許任何一方當事人可以獲得其自己的陳述副本，即使該陳述本來是免於披露的，乃是因為無論作出陳述的當事人是否傳喚作證，庭審時，其陳述總會被對造用作直接證據。此類陳述對陪審員會產生很大影響，在庭審前阻止當事人審查自己作出的陳述是不公平的²⁰⁶。因此當事人得以獲得其先前之陳述，為事實審程序作準備。

須注意的是，不限於當事人本人方能要求開示先前陳述，使得非當事人的證人也有權利可以要求其先前所作之陳述，避免其在事實審前之陳述與其後之陳述產生內容矛盾。惟有學者認為，證人的陳述與當事人之陳述不同，僅在證人出庭作證時證言相矛盾時才會受到質疑²⁰⁷。允許證人可以要求開示其先前陳述時，則與證人親近的律師可以透過證人去獲得證人先前於對造所陳述之副本，再行轉交，從而規避了工作成果原則²⁰⁸。這樣一來，對造先前所為訴訟所進行的準備工作，可以透過證人來取得相關資訊，也就與工作成果原則鼓勵充分準備訴訟、防止搭便車的行為有所出入，這也是運用工作成果原則值得注意的地方。

²⁰⁵ FRCP Rule 26(b)(3)(C) " *Previous Statement*. Any party or other person may, on request and without the required showing, obtain the person's own previous statement about the action or its subject matter. If the request is refused, the person may move for a court order, and [Rule 37\(a\)\(5\)](#) applies to the award of expenses. A previous statement is either:

- (i) a written statement that the person has signed or otherwise adopted or approved; or
- (ii) a contemporaneous stenographic, mechanical, electrical, or other recording--or a transcription of it--that recites substantially verbatim the person's oral statement.

²⁰⁶ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 378。

²⁰⁷ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 379。

²⁰⁸ 同前註。

第三款 工作成果原則之例外—必要性與合理性

Rule 26(b)(3)(A)但書規定²⁰⁹，根據 26(b)(4)之規定，對於專家證人所為之工作成果，符合 26(b)(1) 自動揭露之規定時，當事人可以開示發現任何關聯性的 (relevant) 且非秘匿特權(not privileged)的任何事證，即就專家證人所為之工作成果內容得予以開示。

另外，一造表明有實質上必要性時，而不能經由通常努力以其他方式達到實質平等時，亦為工作成果原則之例外，即僅管為工作成果之內容，亦得請求進行開示。如果一造要求開示且就必要性提出合理理由時，所有屬於工作成果原則之範圍規定內其他信息都得開示²¹⁰。必要性與合理理由之判斷取決於每一案件之具體事實²¹¹。不過以合理理由來作為工作成果原則之例外，在美國各州之間有不同之見解，聯邦規則僅規定法院應當防止信息之開示，未有明確之表示²¹²。

由律師或其他人為訴訟所進行之工作成果的內涵相當普遍且數量很多，法院就事證開示性的界限亦難以清楚的分辨。因此以工作成果原則來免除事證開示的義務，乃訴訟中最常被爭執的事項²¹³。然而，工作成果原則與事證開示制度廣泛開示的立法政策有所扞格，因此必要的妥協則展現在工作成果原則並未擴展到恰巧落入不可開示之工作成果範圍之事實(raw fact)的開示²¹⁴，即雖屬於工作成果原則所保護可以免於開示，但如果僅為事實的話，仍可進行開示。

第四款 事證開示之限制—非為證人之專家信息

專家證人在美國現代訴訟之中扮演非常重要的腳色，在聯邦民事訴訟規則 Rule 26(b)(4)²¹⁵有關於專家證人事證開示的特殊規定，限縮了 26(b)(3)工作成果的

²⁰⁹ FRCP Rule 26(b)(3)(A) "But, subject to Rule 26(b)(4), those materials may be discovered if:

(i) they are otherwise discoverable under Rule 26(b)(1); and

(ii) the party shows that it has substantial need for the materials to prepare its case and cannot, without undue hardship, obtain their substantial equivalent by other means.

²¹⁰ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 379。

²¹¹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 380。

²¹² 同前註。

²¹³ CLERMONT, *supra* note 172, at 61.

²¹⁴ *Id.* at 62.

²¹⁵ FRCP Rule 26(b)(4) "Trial Preparation: Experts.

(A) Expert Who May Testify. A party may depose any person who has been identified as an expert whose opinions may be presented at trial. If Rule 26(a)(2)(B) requires a report from the expert, the deposition may be conducted only after the report is provided.

規定²¹⁶。對於專家信息有特別的規定，乃在於專家的理論和意見建立在其所受訓練和一定的專業假定基礎之上，對造必須能夠弄清楚這些意見以便在事實審時予以反駁²¹⁷，由於事涉專業，須使雙方得以在事實審前知道專家證人所表示的意見，以便有充裕的時間準備反應。

當專家是案件的基本事實目擊證人，或訴訟之一造時，非在訴訟前所聘請，不存在工作成果必須保護的問題²¹⁸，亦即此時專家必須對其所知道的訊息予以揭露，此時非為了訴訟所準備之成果。例如醫師對於車禍中受害人提供急救時，其會受到有關病人狀況、治療的性質等類似問題的質詢²¹⁹。

Rule 26(b)(4)完全地允許當專家被一造作為事實審之專家證人時的事證開示，包含專家所提供或準備的文件²²⁰，先於庭外取證或取得專家證言所根據之報告及文書，能協助有效地進行交互詰問²²¹。但在一造所聘用或為了訴訟或事實審準備而僱用的其他在事實審非為證人之專家所表示之意見或已知的事實，此規定對此類事證開示之範圍有諸多限制²²²，不予開示。

一方面而言，需要開示的專家信息的種類為專家信息乃未被獲得或者是為了預期訴訟或為事實審所準備的專家訊息，包含在訴訟中專家所參與或觀察有關於系爭事項的訊息²²³。另外一方面而言，不需要開示的專家信息為，非作為證人之專家為了預期訴訟所表示之意見或為事實審之準備或已知事實，如果該專家並非由對造為系爭訴訟所特別聘僱，僅為非正式的請教²²⁴，此時亦不得利用事證開示制度此類訊息揭露。

(B) Expert Employed Only for Trial Preparation. Ordinarily, a party may not, by interrogatories or deposition, discover facts known or opinions held by an expert who has been retained or specially employed by another party in anticipation of litigation or to prepare for trial and who is not expected to be called as a witness at trial. But a party may do so only:

(i) as provided in Rule 35(b); or

(ii) on showing exceptional circumstances under which it is impracticable for the party to obtain facts or opinions on the same subject by other means.

²¹⁶ CLERMONT, *supra* note 172, at 62.

²¹⁷ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 381。

²¹⁸ 同前註。

²¹⁹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 382。

²²⁰ CLERMONT, *supra* note 172,, at 63.

²²¹ 張智潔，前揭註 90，頁 119。

²²² CLERMONT, *supra* note 172, at 63.

²²³ *Id.*

²²⁴ *Id.*

綜上所述，聯邦規則要求披露那些受聘出庭的專家對事實所作的陳述與意見，不出庭作證的專家則根據一般工作成果原則而得到免於揭露的保護²²⁵。須注意到例外情形，當非證人之專家所為之信息，僅在一方不能、或無法操作得到自己的專家意見時，則須進行開示。例如對造聘僱了唯一可得的專家、或一造的專家審查了一個證據之後，證據被滅失，令對造之專家證人無從了解該證據²²⁶。又當獲得重複意見的成本為司法上所禁止的時候，此種披露的要求被認為是適當的²²⁷，乃著眼於訴訟經濟的考量。

我國未採英美法下對審之專家證人制度，是以鑑定使專家等訴訟程序外之專業第三人受法院之命令在該訴訟向法院報告法院所不知之法規或經驗法則或者是將經驗法則用於具體之事實而得之事實判斷來進行證據調查²²⁸。我國證據保全之類型，涵蓋了鑑定作為證據方法。我國鑑定人由受訴法院選任、法院於選定鑑定人前得命當事人陳述意見，當事人合意指定鑑定人時，法院應從其合意選認知，但法院認其人選顯不適當時，可以不依當事人之合意選任鑑定人。亦即，法院對於鑑定人選任，握有絕對領導權。惟在當事人不信任法院所選任之鑑定人時，對於鑑定人有所爭執時，如何使當事人信賴鑑定報告，則成為問題。

在我國醫療訴訟實務中，學者調查，就 1999 年 2004 年間共 15 件刑事案件，法院對醫審會和法醫研究所之鑑定報告皆百分之百採信²²⁹，其中多有重複鑑定，且皆無專家證人蒞庭，且耗時至少 6 到 9 個月的時間²³⁰。又醫審會醫事鑑定小組作成鑑定報告之過程，採取委員制，未有兩造當事人到場、無法進行交互詰問等情形等，皆使鑑定報告之結果常常不被病人與家屬所信服，因而提起上訴比例亦高²³¹。

學者楊秀儀教授對醫療糾紛鑑定之實證研究亦指出，「法院在委託鑑定之詢問事項失當，是當前專業鑑定之最大弊端來源」²³²其認為鑑定意見參差不齊的主要原因是因為委託鑑定機關即法院和檢察署之詢問事項失當，醫療糾紛實屬專業，法官在判斷過程中需仰賴鑑定報告。但委託機關詢問之事項多為「煩請鑑定

²²⁵ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 382。

²²⁶ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 384。

²²⁷ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 385。

²²⁸ 駱永家，前揭註 2，頁 232。

²²⁹ 蘇嘉瑞，「醫療糾紛刑事訴訟之實況與趨勢」，全國科技法律研討會論文集，頁 149 (2007)。

²³⁰ 同前註，頁 145。

²³¹ 在蘇嘉瑞律師的調查指出，在判決醫師有罪的 15 個刑事案件之中，其中 11 個案件提起上訴，在法院皆採信鑑定報告的情況下，可見醫師對於醫審會之鑑定亦多不信服。

²³² 楊秀儀，前揭註 11，頁 4 (2002)。

被告與原告之醫療過程有無疏失？該過失與死亡有無因果關係？」²³³以法律的角度視之，委託鑑定機關乃將審判權交由鑑定機關，而非詢問專業事項，而是將裁判權讓渡給鑑定機關，侵害了人民憲法所保障之訴訟權²³⁴。

綜上所述，我國法院對於鑑定人之選任居於絕對之領導地位，但是透過學者的研究成果，可以發現，司法實務上，法院並不能妥善運用鑑定制度，並且侵害人民之訴訟權。再者，鑑定制度曠日費時，鑑定過程不透明化等，都造成了雙方當事人皆不信任鑑定報告的結果。為了讓當事人信服，且居於公平公正的地位，在醫療訴訟中，法院應該允許當事人在訴訟前，得就專家證人之證詞進行證據保全²³⁵，而在訴訟之後參考美國的制度，讓兩造得對在審判時對作為證人之專家，進行事證開示，對於其他專家非居於證人之地位為當事人提供意見時，以工作成果原則保護免于開示，則可以除去使訴訟外之第三人為訴訟所累之疑慮。如此將使得在醫療訴訟中法院更能夠在鑑定報告之外，獲得專家證言，來協助作成正確而慎重之判斷。

第五款 事證開示之限制—其他限制

從工作成果原則和專家信息之例外可以知道，美國法上事證開示制度並非漫無目的地進行事證開示，在訴訟效率和發現真實之間，事證開示制度有著例外規定調和開示範圍和內容。

當法院依據聯邦規則根據 Rule 26(c)保護性命令和 37(a)強迫開示命令介入事證開示制度時，限制或調節了事證開示的範圍²³⁶。在個案中，法院介入事證開示，印證了事證制度背後所隱含的政策，也就是工作成果原則未被明文化的部份、從憲法第一修正案所發展出來的政策、更有避免訟累、困窘、壓迫或不正當費用的負擔²³⁷。個案審查的方法，方為事證開示真正的界線與範圍。因而並非謂一造可以開示任何與案件有關聯性且非秘匿特權的事證²³⁸。事證開示真正的範圍在於有關且非特殊權利、Rule 26(b)、和其他法院依 Rule 26(c)、37(c)審查下所未禁止的事項²³⁹。

由此可知，美國法事證開示由雙方當事人居主導的地位，根據關聯性、非秘

²³³ 同前註。

²³⁴ 楊秀儀，同前註 232。

²³⁵ 惟我國在確定事物之現狀之證據保全類型，並未承認人證能作為保全之證據方法。

²³⁶ CLERMONT, *supra* note 172, at 63.

²³⁷ *Id.* at 64.

²³⁸ CLERMONT, *supra* note 172, at 64.

²³⁹ *Id.*

匿特權等原則要求對造開示相關證據，而僅在法律規定之工作成果原則、非為專家之證人以及法院依保護、強迫命令規則所審查的情形，禁止事證開示。當事人得蒐集其所欲提出的證據，依照法律規定與判決先例，能夠預見法院事證開示範圍的界限與範圍，對照我國證據之保全與蒐集，法院居於絕對主導權之地位，當事人未必能蒐集其所欲保全之事證且無法預見法院准予保全之範圍。在醫療訴訟中，法院重度依賴鑑定報告與相關缺失，更令人質疑在醫療訴訟中，法院對於證據保全與蒐集居於主導地位是否為妥適的方法，抑或應賦予當事人有自主充分的證據保全與蒐集的權能，讓雙方提出更多訴訟資料，使法院的心證的形成不再僅僅依鑑定報告，讓法院更能居於中立公正的腳色，而非依附在鑑定報告之下作成判決。

第五項 揭露程序

過去美國事證開示制度常有時程過長、耗費過多資源的批評。為了解決這個問題，美國民事訴訟規則在事證開示程序之前建立了揭露程序。1993年在眾多爭議下制定了這套制度²⁴⁰，不須透過事證開示的要求，規定要早期自動揭露。並在2000年進行修正簡化²⁴¹，限制了揭露的範圍，廢除在揭露程序和地方性規定、現行命令(standing orders)之間進行選擇的規定²⁴²，欲建立一套全國性的制度，在修正後須適用聯邦民事訴訟規則的相關規定。當事人僅須揭露與其主張有關資訊，也允許不同意揭露的一造向法院表示拒絕揭露²⁴³，但法院仍有針對個案判斷是否適用此程序之權限。此程序最主要的目的在於節省時間與金錢，也緩和了訴訟當事人在事實審前對審的行為。²⁴⁴透過揭露程序，當事人使得相關的事證得以自動開示，如此一來，當事人不需要等待書面質詢的事證開示請求，即可揭露相

²⁴⁰ 1993年增訂的理由如下” this paragraph requires early disclosure, without need for any request, of four types of information that have been customarily secured early in litigation through formal discovery”

²⁴¹ CLERMONT, *supra* note 172, at 53.

²⁴² Miller 著，夏登峻等譯，前揭註179，頁387。

²⁴³ 2000年修正的立法理由如下”**Purposes of amendments.**The Rule 26(a)(1) initial disclosure provisions are amended to establish a nationally uniform practice. The scope of the disclosure obligation is narrowed to cover only information that the disclosing party may use to support its position. In addition, the rule exempts specified categories of proceedings from initial disclosure, and permits a party who contends that disclosure is not appropriate in the circumstances of the case to present its objections to the court, which must then determine whether disclosure should be made. Related changes are made in Rules 26(d) and (f).”

²⁴⁴ CLERMONT, *supra* note 172, at 54.

關資訊²⁴⁵。

揭露程序規定在美國民事訴訟規則 Rule 26(a)，揭露的範圍大致上有三類，首先是初期揭露(Initial disclosure)，在法院命令和規定的時間之外，在雙方會面後 14 天內必須進行揭露，毋須對方提出揭露要求，就必須向所有的其他當事人出示下列基本信息²⁴⁶。除了例行性證據調查和保險事項之外，仍須揭露(1)證人為何，即有可能握有相關資訊來支持揭露一造的主張之證人 (2)對造所持有、掌控、支配的文件或物品(3)損害賠償的數額(4)保險的協議可以用來支付部分或全部防止訴訟終局裁判所產生之費用²⁴⁷。

再者，專家信息的揭露，依 Rule 26(a)(2)²⁴⁸規定，一造必須在特定時間²⁴⁹內揭露在事實審上所提出的專家身分。也必須提出詳盡的報告，內容是關於所有欲表達的意見和理由，專家資格和先前為專家證人的經驗²⁵⁰，在 Rule 26(a)(2)(B)有就報告應涵蓋的範圍與內容，予以詳細地規定²⁵¹。

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 386

²⁴⁷ CLERMONT, *supra* note 172, at 54.

²⁴⁸ FRCP 26(a)(2) “**Disclosure of Expert Testimony.** (A) *In General.* In addition to the disclosures required by Rule 26(a)(1), a party must disclose to the other parties the identity of any witness it may use at trial to present evidence under [Federal Rule of Evidence 702](#), [703](#), or [705](#). (B) *Written Report.* Unless otherwise stipulated or ordered by the court, this disclosure must be accompanied by a written report--prepared and signed by the witness--if the witness is one retained or specially employed to provide expert testimony in the case or one whose duties as the party's employee regularly involve giving expert testimony.

²⁴⁹ 在事實審前 90 天前揭露或者是在對造揭露後 30 天內揭露，詳見 FCPR 26(a)(2)(C) “*Time to Disclose Expert Testimony.* A party must make these disclosures at the times and in the sequence that the court orders. Absent a stipulation or a court order, the disclosures must be made:

(i) at least 90 days before the date set for trial or for the case to be ready for trial; or
(ii) if the evidence is intended solely to contradict or rebut evidence on the same subject matter identified by another party under Rule 26(a)(2)(B), within 30 days after the other party's disclosure.”

²⁵⁰ CLERMONT, *supra* note 172, at 54.

²⁵¹ FRCP 26(a)(2)(B) “The report must contain:

- (i) a complete statement of all opinions the witness will express and the basis and reasons for them;
- (ii) the data or other information considered by the witness in forming them;
- (iii) any exhibits that will be used to summarize or support them;
- (iv) the witness's qualifications, including a list of all publications authored in the previous 10 years;
- (v) a list of all other cases in which, during the previous four years, the witness testified as an expert at trial or by deposition; and

最後，審前的揭露，Rule 26(a)(3)²⁵²規定在事實審前須簡短地揭露證人名單和其他未被彈劾的證據(nonimpeachment)，當事人也必須揭露在事實審要提出的證據，來顯現出證據上的爭點²⁵³，純粹為了彈劾其他證據以外的證據皆可揭露。在審前的揭露程序必須在作成後 14 天內向法院提出，或者在事實審前 30 天前提出，而其他專家信息或初期揭露則於程序進行間提出即可²⁵⁴。

補充性揭露規定在 Rule 26(e)(1)²⁵⁵，規定當一造得知在揭露資訊的一些資料不完整或不正確，除了對造知悉這樣的情況下，有補充揭露的義務²⁵⁶。像是關於專家證人的所提出的報告或錄取證言有所附加或者是改變的時候，此時擴大課予該當事人補充揭露的責任，須於事實審前 30 日前或對造揭露後 14 天內，表明先前揭露改變的情況²⁵⁷。補充性規定目的在於避免受開示人負擔過重，同時也保護聲請人避免其被誤導²⁵⁸。

(vi) a statement of the compensation to be paid for the study and testimony in the case.

²⁵² FRCP 26(a)(3)(A) "In General. In addition to the disclosures required by Rule 26(a)(1) and (2), a party must provide to the other parties and promptly file the following information about the evidence that it may present at trial other than solely for impeachment: (i) the name and, if not previously provided, the address and telephone number of each witness--separately identifying those the party expects to present and those it may call if the need arises;(ii) the designation of those witnesses whose testimony the party expects to present by deposition and, if not taken stenographically, a transcript of the pertinent parts of the deposition; and(iii) an identification of each document or other exhibit, including summaries of other evidence--separately identifying those items the party expects to offer and those it may offer if the need arises."

²⁵³ CLERMONT, *supra* note 172 , at 54.

²⁵⁴ *Id.* at 55.

²⁵⁵ FRCP Rule 26(e) "Supplementing Disclosures and Responses.

(1) **In General.** A party who has made a disclosure under Rule 26(a)--or who has responded to an interrogatory, request for production, or request for admission--must supplement or correct its disclosure or response:

(A) in a timely manner if the party learns that in some material respect the disclosure or response is incomplete or incorrect, and if the additional or corrective information has not otherwise been made known to the other parties during the discovery process or in writing; or

(B) as ordered by the court.

²⁵⁶ CLERMONT, *supra* note 172 , at 55.

²⁵⁷ FRCP Rule 26(e)(2) "**Expert Witness.** For an expert whose report must be disclosed under Rule 26(a)(2)(B), the party's duty to supplement extends both to information included in the report and to information given during the expert's deposition. Any additions or changes to this information must be disclosed by the time the party's pretrial disclosures under Rule 26(a)(3) are due."

²⁵⁸ CLERMONT, *supra* note 172 , at 67.

揭露程序是在事證開示程序前的一個程序，兩者皆須在律師或未有代理人之當事人的出席之下進行協商會議(conference)，衡酌案件和揭露的事項，並且提出事證開示計畫(discovery plan)，然後提出書面報告予法院²⁵⁹。當事人在協商的過程必須考量請求權的態樣和依據、抗辯，以及迅速和解或消除案件的機率，並且開始安排進行揭露程序²⁶⁰。

揭露程序並未得到許多喝采²⁶¹，有認為聯邦規則現行審前程序加入揭露程序會增加訴訟成本，造成更多衛星訴訟(satellite litigation)²⁶²，揭露程序減損了通知書狀(notice pleading)的功能，與審前制度有所衝突，雖然學者對於揭露程序所耗費成本有所誇大，不過實證研究指出，初期揭露程序僅有極少效用來減少審前程序所產生訴訟成本²⁶³。

揭露程序乃為了減少事證開示之耗費成本所設立制度，需要靠雙方當事人的協力合作、自動揭露相關訴訟資料。我國民事訴訟法僅於書證規定當事人就相關文書有提出之義務²⁶⁴，法院職權審理主義仍主導程序之進行。惟在醫療專業訴訟，法院能否扮演稱職主導訴訟進行的腳色，存有疑問。目前我國證據保全程序，設有證據保全協議之規定，惟就此協議並非強行規定，鑒於醫療訴訟之專業性，在醫療訴訟之中，我們可以參酌揭露程序配合現行證據保全協議規定，在醫療法上規定雙方當事人應該自動揭露相關之事實證據，揭露證人、握有資訊之證人、各自持有、掌控、支配的文件或物品、損害賠償的數額以及部分或全部防止訴訟終局裁判之協議，即在醫療法上設置強制證據保全協議之規定，並加入初期揭露、專家信息所應揭露的內容，使得在醫療訴訟中雙方當事人得處在平等的地位了解爭執所在以及所握事證，除了達到證據保全的目的之外，也有訴訟經濟和解決紛爭等功能。

²⁵⁹ *Id.* at 55.

²⁶⁰ FRCP Rule 26(f)(2)”. In conferring, the parties must consider the nature and basis of their claims and defenses and the possibilities for promptly settling or resolving the case; make or arrange for the disclosures required by Rule 26(a)(1)”

²⁶¹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 386。

²⁶² CLERMONT, *supra* note 172, at 55.

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ 民事訴訟法第 344 條「下列各款文書，當事人有提出之義務：一、該當事人於訴訟程序中曾經引用者。二、他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。三、為他造之利益而作者。四、商業帳簿。五、就與本件訴訟有關之事項所作者。前項第五款之文書內容，涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密，如予公開，有致該當事人或第三人受重大損害之虞者，當事人得拒絕提出。但法院為判斷其有無拒絕提出之正當理由，必要時，得命其提出，並以不公開之方式行之。」

第六項 事證開示的流程

美國法上事證開示程序，幾乎全由當事人的行動所主導，法院不加以干涉²⁶⁵。雙方代理律師自行在事務所，非公開進行，法院的法官或書記官不須參與²⁶⁶。但是，儘管事證開示乃當事人自治(party-governed)的程序，在有需要的情況下仍得尋求法院協助，來解決濫用程序或拒絕開示的情況²⁶⁷。就此，聯邦民事訴訟規則 Rule 29 相關規定，或許會轉換大部分的開示程序²⁶⁸，這也是其民事訴訟法改革後加重及強調法官經營訴訟、監督訴訟的權限和責任²⁶⁹。這與我國以法官為主的職權主義，在改革後朝向改良式的當事人進行主義，兩個國家從職權主義與當事人對審主義的兩端，朝光譜的中間靠攏。接著將介紹美國法上事證開示制度應該如何運用與相關規定。

第一款 一般程序

第一目 協商會議與簽名

在事證開示程序進行之中，Rule 26(g)要求律師或當事人本人簽署每一件事證開示之要求或回應。簽名的目的在為了要求或請求的合理性來背書，如果有違反的話要受到制裁²⁷⁰。並且當事人必須就案件和事證開示程序進行協商，草擬事證開示計畫，再將計畫送交法院，事證開示程序必須在協商會議開始後才能進行，並且聯邦規則課予當事人以誠信參與程序的強制性義務²⁷¹。

第二目 事證開示之要求

一造當事人可以開示任何事證，毋庸告知法院，除非想要開示比 Rule 26(b)(1)更廣泛具關聯性的事證、欲在審前會議前進行開示、為了永久保存證據之目的而在程序開示前或上訴前進行開示、或者是要求身體物理上或心理上的檢查²⁷²，此時即須向法院表明所欲開示的事證。

²⁶⁵ CLERMONT, *supra* note 172, at 64.

²⁶⁶ 陳石獅等，「事證開示制度與發現真實-民訴法研究會第五十次研討記錄」，法學叢刊，第39卷第3期，頁134(1994)。

²⁶⁷ CLERMONT, *supra* note 172, at 65.

²⁶⁸ *Id.*

²⁶⁹ 黃國昌，前揭註171，頁6。

²⁷⁰ CLERMONT, *supra* note 172, at 64.

²⁷¹ *Id.* at 65.

²⁷² *Id.*

第三目 事證開示之回應

對造回應事證開示的請求，會以下列三種方式：第一，尋求法院保護；第二，拒絕配合；第三，配合事證開示的要求²⁷³。要求事證開示的一造不滿意開示的結果時，得尋求法院予以制裁。雙方當事人皆得選擇是否由法院介入事證開示程序。不論由誰尋求法院協助，抗拒開示事證的當事人負有說服的責任(burden of persuasion)²⁷⁴。雙方會對於事證開示的程序有所爭執，像是保護命令或制裁的決定、錄取證言的地點、對非訴訟當事人之第三人強制開示、還有傳票須由法院核發等²⁷⁵。在上述爭執發生的時候，雙方當事人便讓法院介入事證開示程序的進行。

第四目 保護命令(protective orders)

為了避免濫用事證開示程序騷擾或壓制對造，且避免不當窺探營業祕密的情形，事證開示的當事人可以利用聯邦民事訴訟規則 Rule 26(c)²⁷⁶ 保護命令的規定尋求法院介入。當事人聲請保護性命令須證明其出於誠信的動機或者是企圖與其

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ *Id.*

²⁷⁶ FRCP 26(C) "Protective Orders."



(1) In General. A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending--or as an alternative on matters relating to a deposition, in the court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action. The court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following:

- (A) forbidding the disclosure or discovery;
- (B) specifying terms, including time and place, for the disclosure or discovery;
- (C) prescribing a discovery method other than the one selected by the party seeking discovery;
- (D) forbidding inquiry into certain matters, or limiting the scope of disclosure or discovery to certain matters;
- (E) designating the persons who may be present while the discovery is conducted;
- (F) requiring that a deposition be sealed and opened only on court order;
- (G) requiring that a trade secret or other confidential research, development, or commercial information not be revealed or be revealed only in a specified way; and
- (H) requiring that the parties simultaneously file specified documents or information in sealed envelopes, to be opened as the court directs.

他相關當事人協商，欲以訴訟外之方法解決紛爭²⁷⁷。之後法院可以根據事證開示的動機限制或規定事證開示程序來保護當事人免受騷擾、難堪、壓制或不合理的費用負擔²⁷⁸。當一造提出開示的要求，即使為關聯性不明顯的信息，另一方若要予以限制，就必須提出充分的理由，法官則必須在所需要信息的價值和承受的不合理負擔之間作出比較之後，作出限制開示的決定²⁷⁹。

法院核發保護命令的內容²⁸⁰如下：(1)禁止揭露或事證開示程序；(2)特定揭露與開示的項目，像是時間或者地點；(3)決定開示的方式(4)禁止詢問特定事項，或者是限制該事項之範圍(5)指派人員到事證開示之現場(6)證言彌封，僅有法院命令方得打開(7)規定營業秘密或其他機密研究、研發或商業資訊，不予開示，或用特殊方式開示。

在許多情況下，當事人會預料到法院的態度，並就交換信息的內容達成協議。因此法院限制開示的保護命令和當事人間私人協議都推動了開示程序，避免了開示爭議²⁸¹。法院就核發保護性命令有廣泛的權力，就系爭案件裁量並彈性地核發命令來解決問題。法院也可以依據 26(b)(2)²⁸²來發動保護性命令，大抵而言，法院可以拒絕開示的要求或者核發強制性開示命令²⁸³，此時法院介入事證開示程序，居於中介的角色，行使其裁量權，協助事證開示程序的順利運行。

保護命令賦予法院得主動介入事證開示程序，且讓當事人有必要時得以尋求法院協助。就此，我國並未有類似保護命令之一般性規定。僅於就書證規定法院得命他造或第三人提出文書²⁸⁴，在就證據保全而言，須由當事人聲明應保全之證

²⁷⁷ 參考 FRCP 26(c)之規定

²⁷⁸ CLERMONT, *supra* note 172, at 66.

²⁷⁹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 407。

²⁸⁰ 參考 FRCP 26(c)(1)之規定

²⁸¹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 408。

²⁸² FRCP 26(b)(c)(2)“(C) *When Required*. On motion or on its own, the court must limit the frequency or extent of discovery otherwise allowed by these rules or by local rule if it determines that:

- (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive;
- (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity to obtain the information by discovery in the action; or
- (iii) the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit, considering the needs of the case, the amount in controversy, the parties' resources, the importance of the issues at stake in the action, and the importance of the discovery in resolving the issues.

²⁸³ CLERMONT, *supra* note 172, at 66,

²⁸⁴ 民事訴訟法第 343 條、第 347 條。

據，法院就當事人提出之釋明後，裁定准駁與否。因此，證據資料的取得仍繫於法院的認定。因而當事人所欲對造開示或請求保全之證據，若非為法院所採納接受時，當事人僅能對駁回保全證據之裁定抗告²⁸⁵。

醫療訴訟事涉專業，法院就事證是否保全或調查若僅憑法院一己之認定，未向相關領域專家詢問，是否能夠完善的決定證據保全與調查之範圍與態樣，存有疑問。因此，在醫療訴訟中，賦予原告更多面向的證據蒐集權，輔以保護命令的規定讓被告免受騷擾、訟累，亦為使得訴訟雙方當事人於訴訟程序上處於平等之地位的方法。

第五目 強制命令(compelling order)

當一造拒絕開示部份或全部事證的時候，有可能會受到制裁。當聲請人要求開示遭拒的時候，例如未能揭露、未能回覆問題、公司或機構未指派代表人、未回覆書面質詢、未能檢視調查等情形²⁸⁶。依據 Rule 37(a)²⁸⁷，在揭露程序法院得強制揭露或予以制裁，在開示程序可以強制回覆、指派、提出文書和調查。首先須與受開示之人進行協商，如果協商失敗，聲請人得向法院聲請強制命令要求該人開示²⁸⁸。法院藉由強制命令決定事證是否開示，或以怎樣的形式或狀況下進行開示²⁸⁹。最後，聲請人可以到法院取得對拒絕開示者之制裁，包含了認定系爭事實為真實、駁回訴訟、一造判決、或藐視法庭或者是獲得合理費用的補償²⁹⁰。

²⁸⁵ 民事訴訟法第 371 條第 3 項。

²⁸⁶ FRCP 37(a)(3)” (A) *To Compel Disclosure*. If a party fails to make a disclosure required by [Rule 26\(a\)](#), any other party may move to compel disclosure and for appropriate sanctions.

(B) *To Compel a Discovery Response*. A party seeking discovery may move for an order compelling an answer, designation, production, or inspection. This motion may be made if:

(i) a deponent fails to answer a question asked under [Rule 30](#) or [31](#);

(ii) a corporation or other entity fails to make a designation under [Rule 30\(b\)\(6\)](#) or [31\(a\)\(4\)](#);

(iii) a party fails to answer an interrogatory submitted under [Rule 33](#); or

(iv) a party fails to respond that inspection will be permitted--or fails to permit inspection--as requested under [Rule 34](#).

²⁸⁷ FRCP 37(a)(1)” *In General*. On notice to other parties and all affected persons, a party may move for an order compelling disclosure or discovery. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with the person or party failing to make disclosure or discovery in an effort to obtain it without court action.”

²⁸⁸ CLERMONT, *supra* note 172, at 66.

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *Id.*

美國法院對於強制命令的運用，從過去有限地在事證開示程序行使輕微地制裁，到目前法院加強制裁來作為威嚇濫用事證開示制度的力量²⁹¹。法院會考量具體情況來決定是否核發強制命令。如果當事人有實質上的正當理由，不能履行開示義務或有其他理由相信強制開示乃不合理時²⁹²，例如當事人因為國外法律禁止開示事證時，法院不會核發或進行制裁，因此時乃非因可歸責於己之事由而不能開示²⁹³；又例如，若當事人故意毀壞滅失事證避免開示的時候，法院會核發強制命令並予以制裁，如同毀棄變造文書原則(spoilation doctrine)一般，讓法院認為被毀棄的證據所證明的事實為真實²⁹⁴。美國聯邦法院的法官脫離傳統消極裁判者的腳色，轉化成民事訴訟案件的經營者，積極地介入事證開示程序，監督當事人案件的準備，並催化和解的成立²⁹⁵。

第六目 事證開示費用負擔

事證開示的費用分為兩方面，一方面是律師的報酬與訴訟費用的分擔，另一方面是當事人為了避免事證開示所為之努力、拖延訴訟終結²⁹⁶所生的費用。美國的訴訟費用包含律師報酬，律師報酬金額高昂，使得當事人濫用事證開示程序，另外當事人用時間與心術避免提出資料²⁹⁷，或者是花費極大成本回應事證開示之要求²⁹⁸，都造成了事證開示產生了鉅大的費用。修正過後的制度，使當事人負擔事證開示的費用、或讓律師出具不會浪費事證開示制度保證書，否則要律師負擔相關費用²⁹⁹，然而，法院得最終決定由勝訴一方負擔相關事證開示費用。

就現行聯邦規則的制度而言，有充足的規定來轉換合理的事證開示費用(包含律師報酬)，來作為允許事證開示的條件³⁰⁰，像是 Rule 26(c)(3)³⁰¹，乃法院得決定費用負擔的規定；Rule 37(a)(4)³⁰²規定，由法院協助事證開示程序後，由拒絕

²⁹¹ *Id.*

²⁹² Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 410。

²⁹³ CLERMONT, *supra* note 172, at 66.

²⁹⁴ *Id.* at 67.

²⁹⁵ 黃國昌，前揭註 171，頁 18。

²⁹⁶ 陳石獅等，前揭註 266，頁 136。

²⁹⁷ 同前註。

²⁹⁸ CLERMONT, *supra* note 172, at 67.

²⁹⁹ 陳石獅等，前揭註 266，頁 137。

³⁰⁰ CLERMONT, *supra* note 172, at 68.

³⁰¹ FRCP 26(c)(3)“ *Awarding Expenses. Rule 37(a)(5) applies to the award of expenses.*”

³⁰² FRCP 37(a)(4)“ **(4) Evasive or Incomplete Disclosure, Answer, or Response.** For purposes of this subdivision (a), an evasive or incomplete disclosure, answer, or response must be treated as a failure to disclose, answer, or respond.

開示之當事人補償合理的事證開示費用。Rule 37(d)則規定了以負擔合理的開示費用作為制裁的方法³⁰³。

第二款 特殊程序

美國聯邦民事訴訟規則提供了主要有六種特殊的事證開示程序(discovery devices)，我國學者將稱為發掘證據的方法，在審判期日之前，由當事人兩造利用法定方法先行發掘及調查有關訴訟事項與證據，為審判作充分的準備，使審判程序可以順利進行，迅速終結³⁰⁴。事證開示的運作須與律師、時間表、強制實行事證開示之機制配合³⁰⁵，方能順利發揮其功能。在沒有法院命令介入下，當事人可以重複使用一種或更多的方法來進行證據開示程序³⁰⁶，根據 Rule 26(d)³⁰⁷的規定，在考量當事人和證人的便利性與司法的正義，當事人任意決定使用開示程序的順序，並且不受對造的拖延。事證開示的程序主要有錄取證言(包含口頭或書面)、書面查詢、提出真實證據、身心檢查和要求自認等六種開示方法，以下分別介紹之。

第一目 口述證言(Oral Deposition)

在事證開示程序的起始，當事人在法院外可以私下利用口頭查問來得到任何人的證言，可以用口頭直接查問、交互詰問等方式；並且當事人可以自己口述證言、或錄取他造或其他人的證言，賦予私人極大的權力來進行蒐集事證³⁰⁸。此項

³⁰³ FRCP 37(d)(3)“*Types of Sanctions*. Sanctions may include any of the orders listed in Rule 37(b)(2)(A)(i)-(vi). Instead of or in addition to these sanctions, the court must require the party failing to act, the attorney advising that party, or both to pay the reasonable expenses, including attorney's fees, caused by the failure, unless the failure was substantially justified or other circumstances make an award of expenses unjust.”

³⁰⁴ 陳石獅等，前揭註 266，頁 141。

³⁰⁵ 張智潔，前揭註 90，頁 111。

³⁰⁶ CLERMONT, *supra* note 172, at 68.

³⁰⁷ FRCP Rule 26(d)“*Timing and Sequence of Discovery*.

(1) *Timing*. A party may not seek discovery from any source before the parties have conferred as required by Rule 26(f), except in a proceeding exempted from initial disclosure under Rule 26(a)(1)(B), or when authorized by these rules, by stipulation, or by court order.

(2) *Sequence*. Unless, on motion, the court orders otherwise for the parties' and witnesses' convenience and in the interests of justice:

(A) methods of discovery may be used in any sequence; and

(B) discovery by one party does not require any other party to delay its discovery.

³⁰⁸ CLERMONT, *supra* note 172, at 68.

程序無論在起訴前或起訴後均可為之，起訴前錄取可以保全證據，起訴後可以凍結證言，使證人不致受他人影響而改變證言³⁰⁹。

口述錄取證言通常不須法院的許可，僅在當事人給予合理的書面通知，載明錄取證言的時間和證人就可以進行。當事人本人作為證人，則不需要傳票，因為質詢的通知其出席充足的理由，並且在錄取證言時，可以對作為證人之當事人要求其提出文件或其他證據³¹⁰。當事人作為證人則不受地理區域限制，皆可以對其發出通知，但是其可以根據 Rule 26(c)，拒絕不方便的錄取證言，請求法院核發保護命令³¹¹。

至於非為當事人的第三人，法院正式的傳喚其錄取證言，使其提出相關文件和其他證據，在傳票所載的地理限制下，非為當事人的證人可能會被強制錄取證言³¹²。若證人居住於其他州，則由要求錄取證言之一方到該證人所在的州，依當地法律提交文件與錄取證言³¹³。為了保障訴外人的利益，避免過度的騷擾，僅在一定地域內方能要求訴外人宣誓作證錄取證言。

律師可以自行安排錄取證言，只要通知對造律師時間和地點即可，除非是在被告提出答辯狀之前，不然不需要法院的命令，目的在於使被告可以有充足時間向律師諮詢³¹⁴。錄取口述證言在律師事務所舉行，成員為已經宣示作證的證人、記錄人和幾位律師，沒有法官在場，僅有一位沒有司法權限的官員擔任主席。除了證人可能會拒絕回答未於事證開示範圍之內，且侵害特殊權利或者會造成損害、冒犯的問題，基本上證人必須回答所有的問題³¹⁵。

錄取口述證言的優點在於可以使律師預先了解系爭案件所牽涉的證人與證人的態度與立場，了解證人證明內容的細節³¹⁶，若證人言詞閃爍或開啟其他問題時，律師可以更深入詢問³¹⁷，有利於之後事實審的攻防。其缺點則在於因律師的參加而使得程序進行變得非常昂貴，並且沒有其他的代替方案來使對方屈服，或者是從口述證言能夠得到的成果不能用其他方式取代³¹⁸。

³⁰⁹ 陳石獅等，前揭註 266，頁 142。

³¹⁰ CLERMONT, *supra* note 172, at 69.

³¹¹ *Id.*

³¹² CLERMONT, *supra* note 172, at 68.

³¹³ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 392。

³¹⁴ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 390。

³¹⁵ CLERMONT, *supra* note 172, at 69.

³¹⁶ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 388。

³¹⁷ 張智潔，前揭註 90，頁 112。

³¹⁸ CLERMONT, *supra* note 172, at 69.

第二目 書面證言(Written Depositions)

書面證言與口述證言相似，惟其乃預先寫好所要詢問的問題，錄取證言時由會議主席朗讀這些問題，由證人回答³¹⁹。這樣不彈性的程序，很少被使用，因為較口述證言沒有效率，卻比書面質詢更花錢。但是比口述證言較為經濟，因為律師不須在場³²⁰。只有在在書面質詢已經充分足夠的時候，書面證言才會被使用³²¹，因為依據書面錄取證言所得的資訊通常少於現場錄取的口述證言³²²。

在法庭外錄取口述或書面證言是唯一適用於第三人之開示程序，證人受合法通知未到場時，法院得認為聲請人的主張為真實僅止該證人為特定事項的證言，認定該證人藐視法庭或該證人須給付律師報酬及費用³²³。

第三目 書面質詢(Interrogatories)

書面質詢是一系列簡單的書面問題，被質詢人必須宣誓後回答對方所提出的每一個問題，不能僅因質詢人只是詢問意見或適用法律之事實而拒絕回答³²⁴，除非由律師以書面回應拒絕回答方能拒答³²⁵。受質詢人須在特定的期間內完成，提出質詢非常簡單，不須法院的命令³²⁶。由於書面質詢對於被質詢者負擔過重並且是種侵犯，因此，Rule 33(d)³²⁷提供了關於書面質詢的保護，例如受質詢人對於

³¹⁹ *Id.*

³²⁰ CLERMONT, *supra* note 172, at 69.

³²¹ *Id.*

³²² 張智潔，前揭註 90，頁 112。

³²³ 同前註。

³²⁴ FRCP Rule 33(a)(2)” (2) **Scope.** An interrogatory may relate to any matter that may be inquired into under [Rule 26\(b\)](#). An interrogatory is not objectionable merely because it asks for an opinion or contention that relates to fact or the application of law to fact, but the court may order that the interrogatory need not be answered until designated discovery is complete, or until a pretrial conference or some other time.”

³²⁵ CLERMONT, *supra* note 172, at 69.

³²⁶ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 393。

³²⁷ FRCP Rule 33(d)” **Option to Produce Business Records.** If the answer to an interrogatory may be determined by examining, auditing, compiling, abstracting, or summarizing a party's business records (including electronically stored information), and if the burden of deriving or ascertaining the answer will be substantially the same for either party, the responding party may answer by:

(1) specifying the records that must be reviewed, in sufficient detail to enable the interrogating party to locate and identify them as readily as the responding party could; and

(2) giving the interrogating party a reasonable opportunity to examine and audit the records and to

大量商業記錄，可以請要求開示者自行檢視該文件，法院必須注意其他濫用書面質詢的情形³²⁸。

書面質詢限於本案訴訟當事人，且限於詢問 25 個問題³²⁹(包含子問題在內)，若要詢問更多的問題則須經由法院允許方能為之。又為了因應現今許多商業記錄皆以電子化方式儲存資訊，Rule 33(d)在 2006 年進行修正，為了讓質詢人得到回答，被質詢人須讓質詢人可以找出並了解系爭信息，並且須合理地讓質詢人有機會可以檢視、稽核和調查系爭信息³³⁰。

書面質詢的優點在於，能以相對較低的成本獲得重要信息，且得之對方所知悉之信息，因為被質詢人在答覆前須調查和弄清楚系爭案件，可以得到的信息數量更多、範圍更廣³³¹。並且書面質詢提供了簡單又經濟的方法來顯現爭點或者是獲得證據和引導證據的發現³³²。

書面質詢的缺點為容易被鑽漏洞，被規避，且沒有拘束性³³³，被質詢者會盡量以模稜兩可的辦法回答問題，因而容易使對方負擔過重³³⁴。因而限制質詢問題數目，且透過自動揭露(disclosure)程序讓以前要通過質詢才能得到的信息³³⁵，當事人必須主動向對方揭露與訴訟相關的信息，來平衡此制度所造成的不利益。

我國類似書面質詢的制度乃民事訴訟法第 305 條第 2 項，證人不能到場作證時得命兩造會同證人於公證人前作陳述書狀，就此而言，不同於美國法上書面質詢制度能對當事人本人私人進行質詢之彈性與方便。在我國未採專家證人制度的情況下，或許可以引入書面質詢制度，使當事人得私下進行書面質詢，互相了解訴訟所需資料，又可向法院聲請向專家進行書面質詢，不僅憑鑑定報告，而是獲

make copies, compilations, abstracts, or summaries.”

³²⁸ CLERMONT, *supra* note 172, at 69.

³²⁹ FRCP Rule 33(a)(1)“ Unless otherwise stipulated or ordered by the court, a party may serve on any other party no more than 25 written interrogatories, including all discrete subparts. Leave to serve additional interrogatories may be granted to the extent consistent with [Rule 26\(b\)\(2\)](#).”

³³⁰ 2006 年本規則修正理由如下” [Rule 33\(d\)](#) states that a party electing to respond to an interrogatory by providing electronically stored information must ensure that the interrogating party can locate and identify it “as readily as can the party served,” and that the responding party must give the interrogating party a “reasonable opportunity to examine, audit, or inspect” the information.”

³³¹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 395。

³³² CLERMONT, *supra* note 172, at 70.

³³³ *Id.*

³³⁴ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 395。

³³⁵ 同前註。

得更多與本案訴訟有關之意見與資料來協助法官下正確判斷。

第四目 文件的提出(Production of Documents and Such)

聯邦民事訴訟規則 Rule 34(a)³³⁶乃文件提出的一般性規定，文件的提出係指，以書面請求對方提出其所擁有、支配或控制下的任何指定的文件、其他有體物、進入處所或檢視其他財產，提供當事人一個途徑來檢視、複製、測試或採樣³³⁷。只要是有可能被採納的證據，當事人就有權檢查和複製文件，或檢視相關動產或不動產，要求檢查另一方財產，只需通知，無須法院命令，但是須給受開示人一定的時間回應，且須記載將要檢查、複製和測試的特定標的物³³⁸。

受開示人收到通知後必須以書面回應，不論是同意配合或其拒絕的理由，如果認為與本案無關，或者時間地點不能配合或不適當時，則須向法院提出反對³³⁹。非當事人的證人也會因為傳票必須強制提出文件³⁴⁰。

立法者擴充文件提出的範圍以因應科技的變遷，涵蓋電子資料彙編，因此受開示者必須將之轉換成可以使用的形式³⁴¹。通常會輔以將電腦中的資料列印出來。法院有權彈性地讓當事人得到足夠的資訊，同時讓受開示人避免過度費用的負擔³⁴²。

我國民事訴訟法證據調查程序，並未有程序法之權源允許私人得向對造請求

³³⁶ FRCP 34(a) **In General.** A party may serve on any other party a request within the scope of [Rule 26\(b\)](#):

(1) to produce and permit the requesting party or its representative to inspect, copy, test, or sample the following items in the responding party's possession, custody, or control:

(A) any designated documents or electronically stored information--including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images, and other data or data compilations--stored in any medium from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonably usable form; or

(B) any designated tangible things; or

(2) to permit entry onto designated land or other property possessed or controlled by the responding party, so that the requesting party may inspect, measure, survey, photograph, test, or sample the property or any designated object or operation on it.

³³⁷ CLERMONT, *supra* note 172, at 70.

³³⁸ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 399。

³³⁹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 400。

³⁴⁰ CLERMONT, *supra* note 172, at 70.

³⁴¹ *Id.*

³⁴² *Id.*

交付文件或檢視有體物等規定。當事人須聲明書證，若係他造所執則須向法院聲請命他造提出³⁴³。當事人雖有提出文書的義務³⁴⁴，但無正當理由不從提出文書之命令者，其制裁僅止於法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或應證事實為真³⁴⁵。此制裁方法是否能夠有效令當事人履行文書提出義務成為疑問，尤其在醫療訴訟中原告依據實體法³⁴⁶主張對造提出的文書僅限於病歷，未能以私人之力量迅速、全面地對與訴訟相關有體物、醫療場所進行檢視。因而，美國法上賦予當事人在法院之外能要求他造提供相關文件、有體物和場所進行檢視的規定，能更充實當事人之證據蒐集權，可作為借鏡。

第五目 身心檢查(Physical and Mental Examination)

在系爭案件若一個人的身心狀況成為爭議焦點的時候，考量到現存醫療記錄與過去的醫療史一般而言是保密的事項³⁴⁷，因此聯邦規則 Rule 35³⁴⁸規定當事人可以取得法院命令後，得利用身心檢查的程序可觀察該人身心狀況，而為將來本案訴訟作為準備³⁴⁹。傳統上，當事人只能要求對造當事人接受生理或心理的檢查，但現今擴大適用於法定監護下或在當事人控制下之人³⁵⁰，更有甚者，若受僱人或司機等醫方當事人的代表人身體狀況是爭執事項，亦允許對其進行身心檢查³⁵¹。

基本上可以對當事人進行身心檢查，對於非當事人並沒有強制接受檢查的規定，若該人拒絕配合，並無任何制裁規定³⁵²。如果身心檢查的對象有所爭執時，若有動機且具備良好原因(good cause)，法院可命令身心檢查任何一造或任何一個人，不過要在監護或符合法律規定下進行³⁵³，法院對於檢查的時間、地點、檢

³⁴³ 民事訴訟法第 342 條第 1 項

³⁴⁴ 民事訴訟法第 344 條

³⁴⁵ 民事訴訟法第 345 條

³⁴⁶ 醫療法第 67 條、71 條，

³⁴⁷ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 402。

³⁴⁸ FRCP 35(a)(1)” *In General*. The **court** where the action is pending may order a party whose mental or physical condition--including blood group--is in controversy to submit to a physical or mental examination by a suitably licensed or certified examiner. The **court** has the same authority to order a party to produce for examination a person who is in its custody or under its legal control.

³⁴⁹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 402。

³⁵⁰ 例如受監護之子女在事故中受傷，其監護人提起損害賠償請求時，對造可以獲得法院命令讓該子女進行身心檢查。

³⁵¹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 402。

³⁵² Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 403。

³⁵³ CLERMONT, *supra* note 172, at 70,

查人、檢查範圍以及其他細節都要全面控制³⁵⁴。

身心檢查報告的重要性與特殊性，在檢查之後即使不是根據法院命令，而係根據當事人約定所進行的檢查，被檢查人也有權要求並且得到檢查報告，獲悉所有發現、測試結果、診斷和其他結論³⁵⁵。為了避免被檢查者得到不正當的好處，亦規定被檢查者必須提交其先前針對同一生理或心理狀況所為檢查之所有報告，必須放棄病患與醫師之間的特殊保護權利³⁵⁶。身心檢查引發隱私權的考量與濫用的危險，法院在依據此制度核發命令時，應該特別留意其裁量權的運用³⁵⁷，避免該制度被濫用而造成被檢查人隱私權與身心的侵害³⁵⁸。

第六目 自認的請求(Requests for Admission)

聯邦規則 Rule 36³⁵⁹就程序有所爭議時，當事人得以書面請求對造自認請求內的事實為真實(包含系爭文件的真正)，這使得該造所為的自認具有決定性³⁶⁰，從而避免事實審程序中正式證明的必要性³⁶¹，節省正式證明昂貴的成本。自認主要用於排除非爭議事項，而不是為了真實發現或為事實審準備證言，自認對自認者有拘束力，發揮訴訟上抗辯的作用³⁶²，除非在自認之後法院允許撤回或修改自認內容。受到請求之人或其律師應以書面回應，是否承認或否認，並且載明理由解釋為何不能自認或否認的原因³⁶³。在提出自認的要求後，對造須於 30 天內答覆³⁶⁴，若逾答覆期間未予回答者，聯邦規則規定被請求自認的事實應視為自認

³⁵⁴ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 404。

³⁵⁵ 同前註。

³⁵⁶ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 405。

³⁵⁷ CLERMONT, *supra* note 172, at 70.

³⁵⁸ *Id.*

³⁵⁹ FRCP Rule 36” **Scope.** A party may serve on any other party a written request to admit, for purposes of the pending action only, the truth of any matters within the scope of [Rule 26\(b\)\(1\)](#) relating to:

(A) facts, the application of law to fact, or opinions about either; and

(B) the genuineness of any described documents.

³⁶⁰ CLERMONT, *supra* note 172, at 71.

³⁶¹ Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 396。

³⁶² Miller 著，夏登峻等譯，前揭註 179，頁 397。

³⁶³ CLERMONT, *supra* note 172, at 71.

³⁶⁴ FRCP 36(a)(3)” **Time to Respond; Effect of Not Responding.** A matter is admitted unless, within 30 days after being served, the party to whom the request is directed serves on the requesting party a written answer or objection addressed to the matter and signed by the party or its attorney. A shorter or longer time for responding may be stipulated to under [Rule 29](#) or be ordered by the court.”

³⁶⁵。自認通常於起訴後為之，如要在事證開示會議之前提出自認的要求，則須法院同意或有特別的法律規定³⁶⁶。

我國民事訴訟法第 279 條規定當事人主張之事實，他造於準備書狀內或言詞辯論時在法官前自認者無庸舉證，限於事實的自認。至於文書的自認而言，我國於第 357 條私文書在他造於其真正無爭執時，私文書之舉證人不須證明其真正，因而我國提出私文書之當事人，原則上需證明文書的真正，於對造無爭執時，方得免除舉證之責，與美國法就文件之真正得要求對造自認有所不同，美國法得主動要求對造就文書自認，更使自認能發揮訴訟經濟的效能。

第七項 小結

事證開示的一般原則以外，上述六種特殊程序構成了美國法上事證開示程序多樣化及充足的蒐證手段。當事人運用這些程序後，能夠開示的範圍相當廣泛，只要與訴訟標的有關聯性的事項，沒有祕匿特權，皆可要求開示³⁶⁷。所以當事人可以從對造或第三人蒐集到的事證相當廣，也就是事證開示程序具有證據保全的功能、證據強制顯示的功能、主張準備的功能、證據摸索的功能以及舉證開示計畫的功能³⁶⁸。在比較事證開示各種程序利弊之後，討論此制度如何幫助醫療訴訟之原告擴充其所能蒐集到證據資料的範圍，以消弭訴訟上武器不平等的現象。

美國法上事證開示制度之錄取證言、書面質詢和身心檢查等規定，為我國民事訴訟法所欠缺。口述和書面錄取證言能夠在起訴前即由兩造律師發動程序，因而更能得到保全證據與證言的效果，輔以藐視法庭、偽證罪等制裁，讓此制度得以順利運作，至於程序費用高昂的批評，可限制錄取證言對象的人數³⁶⁹，或無法院或他造許不得二次取證³⁷⁰等規定加以平衡。

美國學者 Kevin M. Clermont 教授以簡單明瞭的圖表³⁷¹，解釋美國事證開示制度中特殊程序的法律依據、運用時機、受到開示對象、期日和優缺點。此圖表

³⁶⁵ 張智潔，前揭註 90，頁 115。

³⁶⁶ CLERMONT, *supra* note 172, at 71.

³⁶⁷ 陳石獅等，前揭註 266，頁 146。

³⁶⁸ 陳石獅等，前揭註 266，頁 147。

³⁶⁹ 陳石獅等，前揭註 266，頁 143。

³⁷⁰ 張智潔，前揭註 90，頁 112。

³⁷¹ CLERMONT, *supra* note 172, at 71-72.

如下：

表 3-1 美國事證開示制度之特殊程序

	口述證言	書面證言	書面質詢	文件提出	身心檢查	要求自認
法律依據 (FRCP Rule)	30	31	33	34	35	36
可得性 (Availability)	任何時候 除了 27 要求先行取得法院命令和 30(a)(2)(d)(2) 要求法院同意或法律有所規定的情形	任何時候 除了 27 要求先行取得法院命令和 30(a)(2) 要求法院同意或法律有關定的情形	任何時候 在起訴後皆可，除了在開示會議之前需要得到法院或法律規定的情形，或超過 25 個問題。	任何時候，除了在開示會議之前需要得到法院或法律規定的情形。	任何時候，但是僅限於法院命令	在起訴後任何時候皆可，但是在開示會議前須得法院同意或法律有所規定
受事證開示者 (Respondents)	任何人，非當事人則須以傳票為之	任何人，非當事人則須以傳票為之	兩造當事人，為非當事人則須以傳票為之	任何人，非當事人則須以傳票為之	雙方當事人和在監護下及法律規範下的人	雙方當事人
時程 (Time Periods)	對他造合理的書面通知。送達後須有可以檢視的時間	通知上以書面載明所要詢問的問題； 14+7+7 天來準備交叉、再直接和重複交叉的詢問，送達後須有審視的時間	書面質詢送達後 30 天內為回答或拒答	提出的要求送達後 30 天內同意或拒絕提出	對於受檢查者通知後	在要求送達後 30 天內回答或拒絕
特殊優點 (Special Advantages)	迅速發動；對造律師不能主動左右證人；要求開示者的律師可以彈性地對證人的回答予以反應、有其他口述證言的優點	N/A	準備上較為經濟與簡單；有益於突顯爭點和獲得引導證據	達成特定目的	達成特定目的	準備上相當節省費用且簡單、有益於限縮有效力的爭點而且擴展請求
特殊缺點 (Special Disadvantages)	費用高昂	費用高；雖然律師不須在場；累贅；其他書面質詢的缺點	僅能用與訴訟當事人；共同被告可選任一官員或機構回答；	可能會導致一堆文件或資料	費用高	沒有彈性的形式和目的限制

就身心檢查程序而言，乃對受檢查人身體自主權與人身自由加以限制，以法院核發命令為限，在起訴前後皆可向法院聲請。我國鑑定與勘驗程序並未特別規定表明對於身體及心理之檢查對象及程序，可以參考美國法之規定，尤其是就檢查報告而言，受檢查人亦得要求與有權了解所受檢查之報告內容，若檢查人未對受檢查者進行報告之送達，法院得拒絕該檢查人於事實審之證言³⁷²。因而賦予受檢查者一定的權利對檢查的結果得以掌握，體現其程序主體權。

美國事證開示制度是由雙方當事人發動，由律師居中運作，律師得主動蒐集與訴訟有關的事實、證言和證據。我國證據保全程序雖能在起訴前保全事證，惟當事人應釋明後須由法院裁定准予保全，仍依賴法院調查事證。我國學者亦有認為應該賦予律師適當的調查權、可以詢問證人、履勘現場、或向有關機關聲請某些證據，賦予一部分蒐集事證的主導權³⁷³。

在醫療訴訟中，證據偏在被告支配的領域，原告想要取得被告有故意或過失、因果關係；有責性的證據是相當困難的，事證開示制度能夠在此貫徹當事人武器平等原則³⁷⁴。本文將繼續探討，在醫療訴訟中如何運用事證開示程序，就此美國法上發展出許多原理原則，以及案例可以提供我們參考運用。如何妥善運用對審制下的事證開示制度到我國以職權進行主義下證據保全程序，乃值得努力研究的課題。



³⁷² FRCP 35(b)(5) "Failure to Deliver a Report. The court on motion may order--on just terms--that a party deliver the report of an examination. If the report is not provided, the court may exclude the examiner's testimony at trial."

³⁷³ 陳石獅等，前揭註 266，頁 144。

³⁷⁴ 陳石獅等，前揭註 266，頁 146。

第四章 醫療民事糾紛中之證據蒐集

第一節 實體法之證據蒐集—我國

立法者對於個案情形為個別考量，認為有必要允許當事人請求相對人提供有關當事人間法律關係之相關資訊，而設立實體法上之個別規範，藉由此等規範，使一方當事人得蒐集他方當事人所持有之資訊³⁷⁵。此即資訊請求權，亦可稱為情報請求權。實體法上的情報請求權，得作為訴訟準備及證據之收集³⁷⁶，為訴訟前的舉證責任減輕之方式與舉證責任倒置制度併用³⁷⁷，在訴訟前發揮收集相關事實證據的功能。以下將探討醫療民事糾紛中，當事人在起訴前或訴訟中所得運用的資訊請求權及可以獲得的資訊與情報，檢視實體法上得作證據蒐集之手段內容與態樣。

第一項 民法

病患前往醫院或醫師處求診，醫院或醫師提供特殊之醫療知識與技能，為病患診治疾病，成立醫療契約³⁷⁸，我國民法有名契約之類型並未包含醫療契約，但外國立法例上如荷蘭法將醫療契約納入民法之規定以民事基本法的形式規定醫療契約關係的各項內容³⁷⁹。由於契約的性質涉及到當事人權利的行使與義務的遵守，因此醫療契約其性質為何有所爭論，我國學者有認為應委諸個案當事人締約真意，以其約定之主給付義務的具體內容，作為判斷契約類型之依據³⁸⁰，惟就多數見解認為醫療契約之性質為委任契約³⁸¹，

根據我國民法第 540 條規定受任人即醫療機構或醫師應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末；又第 541 條規定受任人因處理委任事務，有物之交付及權利移轉義務。此時委任人有情報請求權，提

³⁷⁵ 劉玉中，民事訴訟上證據收集之研究，台北大學法律學研究所博士論文，頁 306(2004)

³⁷⁶ 劉玉中，證據保全之功能及定位之探討—從醫療過誤及該訴訟之觀點出發，中興大學法律學研究所碩士論文，頁 94(1997)

³⁷⁷ 姜世明，「情報請求權」，月旦法學教室，第 13 期，頁 14 (2003)

³⁷⁸ 蔡惠如，「台灣醫療糾紛之法律課題」，月旦民商法雜誌，第 4 期，頁 128(2004)

³⁷⁹ 寧紅麗，「大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸的借鑑意義」，月旦民商法雜誌，第 4 期，頁 111(2004)

³⁸⁰ 吳志正，解讀醫病關係 I—醫療契約篇，頁 287(2006)。

³⁸¹ 蔡惠如，前揭註 378，頁 128。

起階段訴訟乃客觀訴之合併，其訴之聲明可以如下 1.被告應將自民國某年月日起至某年月日止之全部處理事務資料以書面報告交付原告³⁸²；2.被告應賠償因契約不完全給付所生之損害³⁸³。更可以實體法上情報請求權作為訴訟標的，提起情報之訴之方式實現其取得系爭資訊的權利³⁸⁴。

據此，民法之一般規定得作為病患要求醫療機構提出病歷、檢驗報告或費用收據等權源。惟病歷乃醫療業務上之文書，由醫療機構製作與保管，病歷之物理所有權歸屬於醫療機構所有³⁸⁵，在適用上尚有不明確之處，因而是否有必要將醫療契約納入民法有名契約之中，亦或在醫療法中，將相關權利義務清楚的規定，賦予當事人資訊開示請求權，充實證據蒐集的手段，有待進一步討論。

第二項 醫師法

醫師法第 12 條規定，醫師執行業務時，應製作病歷，並且記載就診日期、主訴、檢查項目及結果、診斷或病名、治療、處置或用藥等情形。病歷雖為醫師執行醫療業務所製作之文書，病歷物理上所有權乃歸醫療機構或醫師所有，但病人本人對於病歷上所記載之資訊有知的利益(interest to know)³⁸⁶，儘管醫療機構或醫師對於病歷具有物理上之財產權，但卻不能如同其他財產一定具有絕對支配的權利，對於該醫療記錄，病人本人、其公司和法院有權聲請檢視和複製該資訊³⁸⁷。又依醫師法第 17 條：醫師如無法令規定之理由，不得拒絕診斷書、出生證明書、死亡證明書或死產證明書之交付。亦即醫師有提出診斷書與證明書之義務，病人具有該資訊之開示請求權。透過醫師法上特別規定之情報請求權，病人取得近用自身健康資訊之權利，並且可以糾紛發生時，起訴前依相關規定進行蒐證程序。

惟當醫師並未醫師法之規定製作病歷，尤其是在小型診所之中，醫師是否詳實製作記載病歷值得存疑；若醫師拒絕提出診斷書或相關證明書，病患亦沒有任何方式能取得相關文書，惟違反病歷製作義務及提出業務文書的制裁，僅限於行

³⁸² 姜世明，前揭註377，頁15。

³⁸³ 即以情報請求權進行蒐證，合併提起損害賠償之請求。

³⁸⁴ 姜世明，前揭註 377，頁 14。

³⁸⁵ 楊秀儀，前揭註51，頁43。

³⁸⁶ 同前註。

³⁸⁷ MYRTLE FLIGHT, LAW, LIABILITY, AND ETHICS FOR MEDICAL OFFICE PROFESSIONALS 175 (4th ed 2003).

政罰鍰³⁸⁸，加上主管機關是否能夠盡其監督查核之責，亦有所疑問。

第三項 醫療法

醫療法乃規範醫療機構與醫療業務最重要的法律，自民國 75 年公佈以來，歷經了幾次修正，於民國 93 年就全文修正共 123 條。在過去醫療法關於病歷的規定零星且不完整，產生了許多關於病歷之爭執³⁸⁹，究竟病歷到底是狹義的僅指醫師執行業務製作之病歷，亦或包含其他檢驗報告、各項記錄等，有所爭論。不過，在修正後的醫療法則就病歷的範疇及病人相關權益有所規範，但是對病人隱私權的維護卻是原地踏步³⁹⁰，亦未明確規範並且肯認病人就其自身健康資訊有自主運用的權利。

醫療糾紛中最重要證據莫過於是病歷了，病歷除了可以在訴訟中作為法院判斷醫療行為是否有故意過失的佐證，此外，在醫療糾紛鑑定程序中，病歷幾乎為鑑定人作成鑑定意見所參酌的唯一證據³⁹¹。在醫療法未修正前僅規定病歷之保存年限、轉診應給病人病歷摘要、院際間病歷請求、病人得請求病歷摘要及出具證明書義務，如此枝節的規定方式，導致病人對於其健康資訊及記錄之請求和醫療機構間產生了糾紛，也造成醫病關係的緊張與不良，當病人聲請病歷的時候，醫師擔心被訴而延誤提出，病人則因為醫師遲延提出病歷，而對病歷內容之真實有所存疑。

現行醫療法第 67 條包含了醫師依醫師法執行業務所製作之病歷、各項檢查檢驗報告及其他醫事人員執行業務所製作的資料。因此現行醫療法大幅地擴大病歷的範疇，更明確地規定病人對於相關醫療紀錄有請求醫療機構提出的權利，使病人對自身醫療記錄有自主與自決的權利。尤其目前醫療糾紛責任歸屬之判斷，除了根據病歷記載的內容之外，護理記錄³⁹²亦為判斷責任歸屬的重要證據，法院得藉由護理記錄與病歷交互參照，釐清系爭醫療行為是否有所延誤或過失。

醫療法第 71 條規定：醫療機構應依其診治之病人要求，提供病歷複製本，必要時提供中文病歷摘要，不得無故拖延或拒絕。本條規定可以作為病人就病歷、

³⁸⁸ 醫師法第 29 條規定如下：違反第十一條至第十四條、第十六條、第十七條或第十九條至第二十四條規定者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。

³⁸⁹ 楊秀儀，前揭註 51，頁 39。

³⁹⁰ 楊秀儀，前揭註 51，頁 40。

³⁹¹ 醫療糾紛鑑定作業要點第 3 條、第 9 條參照。

³⁹² 護理人員法第 25 條：第 1 項 護理人員執行業務時，應製作紀錄。第 2 項 前項紀錄應由該護理人員執業之機構保存十年。

檢查報告與各項記錄具有資訊請求權之依據。惟以文義解釋之，若醫療機構有故便得拖延或拒絕，但在怎麼樣的情況下是有故得拒絕呢？成為疑問，例如當醫療機構因為申報健保費用之故，而修改病歷，可以作為正當化遲延提出之理由嗎？或者是因醫院內部教學之故，遲誤提出病歷，更有甚者，未盡保存病歷之義務而使得病歷減失時，醫療機構是否可以主張有故因而拒絕提出系爭病歷，此時病人對於自身健康資訊自主與近用的權利受到極大侵害。

因此，醫療法雖規定病人得要求醫療機構提出病歷複本，但仍未居於病人對於其健康資訊具有自主使用權利的角度，尚未肯認病人就其健康資訊具有全面且完整的權利。就採取全民健保制度的我國，病歷所包含之資訊除了提供其固有的醫療功能之外，上有法律上舉證的功能以及健保財務上支付管制及品質保證的功能³⁹³。為了維護醫病之間的信賴關係，醫療提供者對於病人之健康資訊有保密義務，更應該建立一套清楚明確的揭示法則，俾使醫療提供者在維護病人隱私和保護社會公益的兩難之間，有法可循³⁹⁴。因此在醫療機構揭露病人健康資訊、保密義務與病人對自身健康資訊自主權利之間，究竟要如何調和，本文認為應該以法律明文規定之，以確保病人能主張法律上之請求權，近用自身健康資訊，更能夠讓醫療機構與醫事人員不會動輒有洩漏病人病情或不當使用病人健康資訊之情事。



第四項 電腦處理個人資料保護法

除了民法、醫師法與醫療法之規定外，就現行法律制度下，病人得依電腦處理個人資料保護法第4條³⁹⁵之規定查詢或請求閱覽、請求製給複製本及補充相關的醫療記錄，惟本法僅限於電子化病歷方有所適用，且未如外國立法例規定病人可以了解有誰近用過他們病歷的歷史記錄，在病歷用於研究用途時亦缺乏監督與管制³⁹⁶。本法雖對於電子化個人資料之查詢、取得、複製與修改，有一般性的規定，惟就病歷與其他醫療記錄而言，是否能夠涵蓋在本法的範疇內，容有疑問。

³⁹³ 楊秀儀，前揭註51，頁40。

³⁹⁴ 同前註。

³⁹⁵ 電腦處理個人資料保護法第4條：當事人就其個人資料依本法規定行使其左列權利，不得預先拋棄或以特約限制之：

一、查詢及請求閱覽。二、請求製給複製本。三、請求補充或更正。四、請求停止電腦處理及利用。五、請求刪除。

³⁹⁶ 陳興男，電子病歷隱私權的防護，東吳大學法律研究所碩士論文，頁84-87(2002)。

另外，本法設有許多例外規定，限制了當事人請求閱覽個人資料的權利，像是第 11 條³⁹⁷規定乃在於保障當事人資訊自決權以防止個人資料被第三人探知，但 12 條³⁹⁸乃當事人本身請求閱覽個人資料，不存在前之疑慮，立法者直接將第 11 條套用到第 12 條的禁止事項，似屬誤會³⁹⁹。這樣規定的結果限縮了當事人所得請求閱覽複製有關於個人資料的範圍。再者，第 12 條所規定之要件過於抽象乃不確定之法律概念，對於具有基本權資訊自決權核心性質之查詢權、請求閱覽權的限制，基於法治國明確性原則，立法者應有對於「有妨礙公務執行之虞」、「有妨害第三人之重大利益之虞」為例示；解釋及限縮之義務⁴⁰⁰。否則在資料處理機關的裁量下，可預見此依規定幾已完全解除當事人之「受告知請求權」⁴⁰¹。

我國電腦處理個人資料保護法一般性、不確定法律概念與例外規定，若要作為病人對於其健康資訊的請求權基礎似有所不足，除了病人健康資訊自主權受限外，亦未能符合健康資訊作為實現病人醫療人權和促進醫病關係的積極功能。因此，肯認健康資訊權乃醫療人權下之重要基本權利之前提，此種對於醫療行為實施過程以及專門性與技術性有關的專業能力資訊請求權⁴⁰²，應該以專法⁴⁰³明確規範之，以因應醫療複雜性與專業性之需求，進而保障病人之醫療人權。



³⁹⁷ 電腦處理個人資料保護法第 11 條：左列各款之個人資料檔案，得不適用前條規定：一、關於國家安全、外交及軍事機密、整體經濟利益或其他國家重大利益者。二、關於司法院大法官審理案件、公務員懲戒委員會審議懲戒案件及法院調查、審理、裁判、執行或處理非訟事件業務事項者。三、關於犯罪預防、刑事偵查、執行、矯正或保護處分或更生保護事務者。四、關於行政罰及其強制執行事務者。五、關於入出境管理、安全檢查或難民查證事務者。六、關於稅捐稽徵事務者。七、關於公務機關之人事、勤務、薪給、衛生、福利或其相關事項者。八、專供試驗性電腦處理者。九、將於公報公告前刪除者。一〇、為公務上之連繫，僅記錄當事人之姓名、住所、金錢與物品往來等必要事項者。一一、公務機關之人員專為執行個人職務，於機關內部使用而單獨作成者。一二、其他法律特別規定者。

³⁹⁸ 電腦處理個人資料保護法第 12 條：公務機關應依當事人之請求，就其保有之個人資料檔案，答覆查詢、提供閱覽或製給複製本。但有左列情形之一者，不在此限：一、依前條不予公告者。二、有妨害公務執行之虞者。三、有妨害第三人之重大利益之虞者。

³⁹⁹ 陳志忠，個人資料保護之研究—以個人資訊自決權為中心，頁 181 (2001)。

⁴⁰⁰ 同前註。

⁴⁰¹ 同前註。

⁴⁰² 吳全峰、黃文鴻，從醫療人權之角度論全民健康保險強制納保制度之爭議，月旦法學雜誌，第 77 期，頁 113 (2001)。

⁴⁰³ 如同美國 HIPPA 就醫療記錄之使用與隱私權之保護，為了因應電子化病歷而設有特別規定

第五項 行政命令

第一款 醫療機構電子病歷製作及管理辦法

電腦科技普及的影響下，醫療業務的處理也走向電腦化，醫師運用電腦記錄病人主訴、診治與開立處方等，而各種檢查資料例如 X 光片和血液檢查報告等，也透過電子化的傳輸，一方面節省成本，另一方面較為便利快速，讓醫師了解檢查內容，迅速診治判斷相關病症。根據行政院衛生署之調查報告指出，約有七成之各級醫院均宣稱已完成門診病歷 80%~100% 的電子化，急診病歷則約六成，檢驗紀錄各及醫院均有五成以上完成 80%~100% 之電子化⁴⁰⁴。在電子化病歷廣泛地實施後，病人的健康資訊近用與隱私權的保護，還有醫療機構業務效率、成本的考量，應有相關更明確的法律規範之。

電子病歷的製作方式、儲存與其他應遵行之事項，醫療法第 69 條授權中央主管機關制定相關辦法。行政院衛生署於民國 94 年發布「醫療機構電子病歷製作及管理辦法」，全文共 7 條。本辦法規定了醫療機構在建置電子病歷系統時應該遵循方式⁴⁰⁵、制定作業程序、使用權限及管控機制之規範、運用電子病歷之記錄、備份與系統故障回復及緊急應變機制等。綜觀而言，本辦法乃居於主管機關之角度，課與醫療機構建置電子病歷系統所應遵循之義務，但是，欠缺從病人的角度，賦予電子病歷之取得與使用之權限，並未明文肯定病人得請求醫療機構提出電子病歷，能對於其健康資訊權自由檢視與利用。並且僅要求醫療機構建立相關作業流程及標準，卻未樹由立中央主管機關所制定之準則，亦有規範過於籠統之虞。

⁴⁰⁴ 行政院衛生署 94 年度醫療院所病歷電子化現況調查報告，頁 81，行政院衛生署研究報告成果查詢，網路位址：<http://www.doh.gov.tw/ufile/doc/行政院衛生署九十四年度醫療院所病歷電子化現況調查案.pdf>（最後點閱日期：97 年 6 月 16 日）

⁴⁰⁵ 醫療機構電子病歷製作及管理辦法第 3 條：醫療機構電子病歷，其病歷資訊系統之建置，應符合下列規定：

- 一、人員操作、維護、系統變更、稽核管制，有完善之作業程序。
- 二、電子病歷存取、增刪、查閱、複製或維護之使用權限及管控機制，有明確規範。
- 三、電子病歷存取、增刪、查閱、複製、維護或稽核，其執行人員、時間及內容，應有紀錄併同電子病歷保存。
- 四、電子病歷置有備份。
- 五、有效之系統故障回復及緊急應變機制。
- 六、足資確保病歷資訊系統之安全防護軟體及硬體。

第二款 醫療機構實施電子病歷作業要點

行政院衛生署為了推動病歷電子化業務，並維護電子病歷之安全與病人之隱私，於民國 93 年制定了醫療機構實施電子病歷作業要點，本要點共計 10 條，規範了電子病歷的範圍，以及醫療機構在實施電子病歷時所應作業程序、稽核管制措施和電子病歷系統安全之維護。本要點第 5 條規定：醫療機構應依病人要求，提供足以辨識該機構之章戳或電子簽章之紙本或電子儲存媒體之病歷複製本，此病歷的範圍與醫療法第 67 條所規定之範圍相同，值得贊許。本要點補充了醫療法關於病歷監督管理之不足，更具體地指導與規範醫療機構在實施電子病歷所應該遵循的流程、準則，因應全面電子化病歷時代的來臨。

本要點由衛生署所發布，未得法律授權，究其性質應為行政程序法第 160 條第 2 項之解釋性行政規則，對行政機關產生拘束力，既經行政機關反覆適用後，人民亦往往加以遵守，因此其對當事人雙方具有事實上拘束力⁴⁰⁶，依我國最高法院大法官會議於第 137、216、505、511 號解釋可以推知，此類型政規則依據有得作為裁判規範之法源效力，具有對外法效性⁴⁰⁷。因此本要點得作為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實及行使裁量權之基準。病人得依本作業要點向醫療機構聲請複製病歷。

綜合本作業要點與上述管理辦法觀之，本作業要點就電子化病歷之規定較為完善，但在法源的位階上僅為解釋性行政規則，行政規則乃上級機關對下級機關依其權限或職權，為規範機關內部秩序或運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般抽象之規定⁴⁰⁸，尚未若醫療機構電子病歷製作及管理辦法一般具有法律之授權。惟攸關病人自主權與醫療人權之權利，即對於其電子化病歷有請求複製查詢之權利，僅見於法源位階過低之作業要點，本文認為這樣的規範層級過低，致使醫療機構與醫事人員未能肯認病人對其健康資訊與醫療記錄具有自主近用、利用、查詢與複製之權利，讓醫療機構就延誤、拒絕提出病歷未有任何警覺。

第三款 衛署字 0930217501 號函(93.9.30)

行政院衛生署於 93 年所發布的衛署字 0930217501 號函規定了醫療機構提供病歷複製本之時程：檢查檢驗報告複製本、英文病歷摘要，以一個工作天內交付病人為原則，最遲不得超過三個工作天，檢查檢驗報告之結果，乃單純資料的複製，得直接為之，醫療記錄悉以英文記載，因而要求在一個工作天內交付甚屬合

⁴⁰⁶ 蔡茂寅等，行政程序法實用，頁 27(2001)

⁴⁰⁷ 同前註，頁 28。

⁴⁰⁸ 行政程序法第 159 條第 1 項。

理；全本病歷複製本，以三個工作天內交付病人為原則，最遲不得超過十四個工作天；中文病歷摘要，以十四個工作天內交付病人為原則。複製全本病歷與中文病摘需要各單位之間的配合，尤其現今醫療法規規定病歷的範疇尚且包含各項檢查記錄與其他醫事人員所製作之記錄，本函釋所為提出時限之規定，本文贊同之，認為可以課予醫療機構相當義務即時提出病歷，讓病人得以檢視與近用。

又基於醫療法第 20 條，本函進一步明文指出，各縣市衛生局應遵照衛生署「醫療機構提供病歷複製本之收費原則」之收費內，核定各醫院病歷申請之細部費用。即收費上限為病歷複製基本費 200 元、每張紙 5 元，傳統膠片之影像病歷(包括：x 光片、CT、MRI、內視鏡及超音波檢查資料)每張 200 元。前項所稱基本費，已包括醫療機構提供該病歷複製本所產生之病歷調閱、歸位等人力及影印機等相關成本，醫療機構應不得再行額外收取掛號費。基於使用者付費與成本的考量，醫療法明文規定由病人負擔相關費用，自無疑問。惟費用是否過高而需要進一步檢討，因為如果以高昂的病歷複製費用，來阻卻病人對自身醫療記錄聲請利用，亦有未能保護病人之程序利益，而使得醫療法肯認病人得聲請醫療機構提出病歷的規範目的落空。

第六項 小結

醫療民事糾紛在實體法上證據蒐集手段，透過實體法上所賦予當事人之資訊開示請求權，讓在醫療糾紛中處於弱勢之原告可以自主地早期蒐集相關證據。此類資訊請求權係預備性、手段性權利，資訊請求權人得利用訴訟法上證據保全程序，迅速、經濟地實現其權利⁴⁰⁹。本文試圖透過下表來整理現行制度下實體法證據蒐集的規範依據與問題：

表 3-2 醫療糾紛實體法上證據蒐集與問題

	名稱	法條	問題
法律	民法	§540(報告顛末義務) §541(物之交付及權利移轉義務)	一般性規定,未能符合醫療糾紛特殊需求。
	醫療法	§71(醫療機構提出病歷義務) §74(原診治機構提出病歷)	未規定履行期間,無強制提出規定,僅有行政罰鍰,主管機關監督不易。
	醫師法	§17(醫師醫療文書提出義務)	僅有行政罰鍰之處罰,主管機關監督不易。

⁴⁰⁹ 許士宦，前揭註103，頁39。

	電腦處理個人資料保護法	§4(當事人閱覽複製補充刪除權)	適用範圍僅限於電子化病歷，且未能符合醫療特殊化的要求。
行政命令	醫療機構電子病歷製作及管理辦法	§3(電子病歷資訊系統建置規定)	規定不夠具體，未能建立保護標準。
	醫療機構實施電子病歷作業要點	§3(病人電子病歷複製請求權)	解釋性行政規則，法源位階過低，並未肯認病人健康資訊權。
行政釋示	衛署字 0930217501 號函 (93.9.30)	檢驗報告,英文病摘(1~3 天) 全本病歷(3~14 天)	法源位階過低，下級機關是否遵守產生疑慮，監督稽核困難。

在我國醫療糾紛中，民法委任為一般性資訊請求權之規定，但就醫療糾紛的適用而言，過於簡略，未能符合醫療糾紛特殊之情形。醫師法與醫療法在修法後，大幅地擴展病人所能請求相關健康資訊與醫療記錄的範圍，但是未從病人的角度進行規範，使得實際上資訊請求權的功效大打折扣，並且違反相關規定的時候僅有行政罰鍰而主管機關卻又未盡監督之責。在相關電子病歷之作業要點與管理辦法，僅為行政規則，法律位階過低，行政規則性質上並非對外具有拘束力之法規範，並不能創設人民的權利及義務⁴¹⁰，病人不能依此作業要點與管理辦法主張其具有實體法上資訊請求權，無疑漠視病人醫療人權下所具有對專業情報請求權和健康資訊自主權等。衛生署衛署字 0930217501 號函具體的指出醫療機構提出病歷之時程，以及複製病歷之收費標準，乃主管機關克盡監督職責的優良表現，但僅以釋示規定，法律位階過低，欠缺強制力，行政罰鍰過低，未能解決醫院藉故延誤提出病歷之現況。

病人得就其健康資訊自主近用，乃是醫療人權的內涵之一。本於醫療人權所生之知的權利，也就是對醫護人員專業能力、醫療過程之相關病情診治等資訊及費用資料均有請求並取得之權利⁴¹¹。充實了病人以實體法的資訊請求權的手段，病人得請求醫療機構或醫事人員交付醫療記錄與健康資訊，在起訴前便有實體法上權源得蒐集其所需的資料，不論是為了保險給付或訴訟之目的，都應該肯認病人有法律上的權利可以主張。

⁴¹⁰ 陳清秀，「行政法的法源」，行政法，翁岳生編，頁 108(2000)。

⁴¹¹ 吳全峰等，前揭註 402，頁 113。

就我國現行制度而言，雖然在醫療法修正後，病人已經能夠取得相關病歷資料，惟在現實上，病人要求病歷常常受阻，究其原因，醫療法乃站在醫療機構的角度規範，並未從病人的角度肯認病人的健康資訊請求權。現行規定未如外國法上以法律位階明文規定⁴¹²提出之期限，僅在行政釋示中規定，造成保護之不足。本文認為在短期內應該在醫療法第 71 條加入時限的規定，明文以法律規定醫療機構應在一定時期內提出病歷，以解決目前病人聲請病歷受阻的情況。進一步建立完整健康資訊權的規範體系，全面且具體地保護病人對自身健康資訊之近用與複製利用的權利，使病人不論是在一般情況下，或糾紛發生時，皆能了解自己接受醫療的情況，充分地與醫事人員溝通協調，不僅止充實了病人利用實體法上資訊請求權蒐證的手段，並且在資訊公開充足的情況下，理性地溝通，探討糾紛發生的原因，雙方在平等的資訊下一起謀求解決紛爭的方法，能更迅速且經濟地消彌糾紛，創造醫病雙方之最佳利益。

第二節 實體法之證據蒐集—美國

健康資訊權的近用與醫療記錄的檢視與複製，在美國引發了許多討論，像是何者有權近用健康資訊權，未成年人、酒精或精神疾病記錄應該如何保護等。醫療記錄上面記載了個人私密的的健康資訊，但是卻未若其他個人資訊有充足的法律保護機制⁴¹³。因此美國對於醫療記錄健康資訊的隱私和取得，發展出嚴格的規範要件，使得醫療機構必須遵從相關規定，設計出一套符合法律規範的程序，確保病人的醫療記錄和隱私權獲得保護與保障⁴¹⁴。

在台灣，醫療記錄的近用與保護並未受到重視，法律規範有限，尤其在全民健保申報支付制度下，醫療記錄與健康資訊使用與保護有受到侵犯之虞。本文將介紹美國法有關於健康資訊重要的法律規範，探討病人如何自主地取得及利用健康資訊與醫療記錄，作為我國在處理近用健康資訊記錄與隱私權保障下的借鏡，並進而肯定建立病人健康資訊自主權作為擴充醫療糾紛實體法上證據蒐集的手段。

⁴¹² 例如美國聯邦法 HIPPA 之 Privacy Rule 規定需要在 30 天內提出；紐約州法規定必須在 10 天內提出。

⁴¹³ BARRY R. FURROW ET AL., HEALTH LAW 143 (2d ed 2000).

⁴¹⁴ WILLIAM H. ROACH, MEDICAL RECORDS AND THE LAW, 104 (4th ed 2006).

第一項 健康資訊的內容

健康資訊到底所指為何？在我國就健康資訊並未有清楚明確的定義，而在法律規範上也寥寥無幾⁴¹⁵，這使得病人是否對於其健康資訊具有法律上權利產生了疑問，造成醫療機構對於健康資訊範疇與內容模糊不清。在我國學者對醫療人權進行分類下，分為防禦權、受益權及其他權利，健康資訊在防禦權下的隱私權和知的權利的保護下⁴¹⁶，極需釐清與界定，以讓病人得以主張，醫療機構得以遵守。

在美國健康資訊的保護受到極大的重視，尤其在電子化病歷發展之後，更引起了一連串的討論與法律的制定，規律醫療機構如何合法、正當地使用病人的健康資訊，以及病人如何主張近用、複製修改自身的健康資訊，這類討論在我國甚少，本文試圖從病人得主張近用自身健康資訊的觀點出發，討論美國法律規定中，能作為我國建立病人資訊情報請求權參考依據。

第一款 健康資訊的定義

美國於 1996 年所制定的聯邦法律 Health insurance Portability and Accountability Act(HIPAA)，對於健康資訊有詳細的定義⁴¹⁷，大抵而言，健康資訊乃指以口頭或任何媒體形式所記錄下來，任何個人過去、現在或未來之身體或心理之健康或狀況之資訊；以及任何關於個人過去或未來之健康照護支付資訊。HIPAA 明文化健康資訊的定義，涵蓋範圍極廣，不僅是病歷，其他病人在醫療機構所產生的健康資訊皆受到保護。又所謂被保護的健康資訊(protected health information, PHI)乃指個人可辨識的健康資訊，藉由電子媒體、電子形式或其他媒介所傳送⁴¹⁸。如此包山包海地規定幾乎涵蓋了所有健康資訊，不過，醫療機構利用健康資訊有時候具有公益性目的，例如說是教學或者是研究等，因此本法亦提供了安全港條款，只要是除去個人可辨識資料，醫療機構沒有任何合理的基礎

⁴¹⁵ 我國法律位階規範中，僅有醫療法第 72 條和醫師法第 23 條，法條文字出現「健康資訊」。且未有對於健康資訊有定義性的規定。

⁴¹⁶ 吳全峰等，前揭註 402，頁 113。

⁴¹⁷ HIPAA§1171(4): HEALTH INFORMATION.--The term 'health information' means any information, whether oral or recorded in any form or medium, that--
"(A) is created or received by a health care provider, health plan, public health authority, employer, life insurer, school or university, or health care clearinghouse; and
"(B) relates to the past, present, or future physical or mental health or condition of an individual, the provision of health care to an individual, or the past, present, or future payment for the provision of health care to an individual.

⁴¹⁸ 45 C.F.R. §164.501.

可以辨別出個人，此類 De-Identification of health information(除去可辨識資料之健康資訊)，HIPAA 允許使用與揭露⁴¹⁹，用法律限制個人基本權利，來維護公共利益。

在我國，健康資訊並未有統一的定義，更遑論區分哪類健康資訊得在一定條件下允許醫療機構使用，因此美國法上就健康資訊的定義、態樣，以及不受保護的除去可辨識資料之健康資訊的規定，可以作為我國未來修法的參考，明確地規定健康資訊的範圍與內容，以保護病人的醫療人權的實現。

第二項 聯邦法

第一款 隱私權法 The Privacy Act of 1974

The Privacy Act(隱私權法)乃 1974 年所通過，旨在使個人得控制政府所收集的個人資訊記錄，限縮聯邦政府所能收集個人記錄的態樣，並且限制該資訊的使用。在隱私權法案下，政府僅在特定情況下可以蒐集與其施政目的相關且必須的資訊⁴²⁰。

本法所指的記錄乃指政府所收集有關於個人教育、財務、交易、醫療歷史、犯罪記錄或受雇記錄，此記錄包含了個人的姓名、身份字號、或其他可辨別的個人資訊像是聲音、指紋或者是照片等⁴²¹。就此，醫療記錄的保護可以藉由隱私權法案的規定達成。

依據本法，個人可以對政府主張近用相關個人資訊⁴²²，在提出要求後，有關

⁴¹⁹ ROACH, *supra* note 414, at 106.

⁴²⁰ 5 U.S.C. §552a.(b)

⁴²¹ 5 U.S.C. §552a.(a)(4) : "record" means any item, collection, or grouping of information about an individual that is maintained by an agency, including, but not limited to, his education, financial transactions, medical history, and criminal or employment history and that contains his name, or the identifying number, symbol, or other identifying particular assigned to the individual, such as a finger or voice print or a photograph"

⁴²² 5 U.S.C. §552a.(d) : Access to records

Each agency that maintains a system of records shall--

(1) upon request by any individual to gain access to his record or to any information pertaining to him which is contained in the system, permit him and upon his request, a person of his own choosing to accompany him, to review the record and have a copy made of all or any portion thereof in a form comprehensible to him, except that the agency may require the individual to furnish a written statement

當局應該使當事人近用其記錄或有關於其的任何資訊，並令其能以可理解的表現形式，檢視、複製所有或部分的資訊。當事人更可以請求修改相關的資訊，。有關當局必須收到請求後 10 天內回應當事人的請求，迅速地更正當事人認為不正確、不相關、不及時和不完全的部份，如果有關當局拒絕當事人的請求時，必須附拒絕理由回覆之⁴²³。在有關當局拒絕時，當事人得要求有關當局重新審視拒絕的理由，並且必須在 30 天內作成決定，如果當事人仍有不服的時候，可以尋求司法救濟⁴²⁴。

在有關當局未能遵從 5 U.S.C. §552a.(d)的規定，即未能讓當事人近用、簡式

authorizing discussion of that individual's record in the accompanying person's presence;

(2) “permit the individual to request amendment of a record pertaining to him and-- (A) not later than 10 days (excluding Saturdays, Sundays, and legal public holidays) after the date of receipt of such request, acknowledge in writing such receipt; and

(B) promptly, either--

(i) make any correction of any portion thereof which the individual believes is not accurate, relevant, timely, or complete; or

(ii) inform the individual of its refusal to amend the record in accordance with his request, the reason for the refusal, the procedures established by the agency for the individual to request a review of that refusal by the head of the agency or an officer designated by the head of the agency, and the name and business address of that official;

(3) permit the individual who disagrees with the refusal of the agency to amend his record to request a review of such refusal, and not later than 30 days (excluding Saturdays, Sundays, and legal public holidays) from the date on which the individual requests such review, complete such review and make a final determination unless, for good cause shown, the head of the agency extends such 30-day period; and if, after his review, the reviewing official also refuses to amend the record in accordance with the request, permit the individual to file with the agency a concise statement setting forth the reasons for his disagreement with the refusal of the agency, and notify the individual of the provisions for judicial review of the reviewing official's determination under subsection (g)(1)(A) of this section;

(4) in any disclosure, containing information about which the individual has filed a statement of disagreement, occurring after the filing of the statement under paragraph (3) of this subsection, clearly note any portion of the record which is disputed and provide copies of the statement and, if the agency deems it appropriate, copies of a concise statement of the reasons of the agency for not making the amendments requested, to persons or other agencies to whom the disputed record has been disclosed; and

(5) nothing in this section shall allow an individual access to any information compiled in reasonable anticipation of a civil action or proceeding.

⁴²³ *Id.*

⁴²⁴ *Id.*

複製其個人資訊記錄，以及修改其記錄時，當事人得依據 5 U.S.C. §552a.(g)(1) 提起民事救濟，請求法院判令有關當局修改相關記錄，並且由被告負擔相關律師費用及其他訴訟成本⁴²⁵。而在有關當局未能符合當事人近用個人記錄的規定時，由政府負擔舉證責任，法院決定是否更新決定⁴²⁶。並且在官員或僱員故意違反本法規定的情形，尚有刑事處以輕罪(misdemeanor)和罰金的制裁⁴²⁷。

隱私權法案肯認個人對於其健康資訊具有法律上權利，並且具有制裁之規定。惟本法規制的對象限於聯邦政府機關(federal agencies)和政府承包商(government contractors)、由政府經營的醫院和健康照護機構⁴²⁸所收集的健康資訊，因而未能適用到其他私人的醫療機構和診所，在美國相當多的健康資訊乃由非政府組織所收集與維持，並且落入在隱私權法案管轄範圍之外⁴²⁹，因此對於病人健康資訊的保護有其不足之處。並有認為本法未能提供政府一個檢視的機制，而是將監督隱私權和不滿賠償的責任加諸在個人身上⁴³⁰。本法乃個人隱私資訊的一般性規定，未能就病人健康資訊記錄、醫療記錄做更仔細的規範，就後者而言，醫療記錄的有體物所有權、記載的內容與人員，皆為醫療機構所掌握，與其他個人資訊有所不同，亦須留意。

⁴²⁵ 5 U.S.C. §552a.(g)(2) : (A) In any suit brought under the provisions of subsection (g)(1)(A) of this section, the court may order the agency to amend the individual's record in accordance with his request or in such other way as the court may direct. In such a case the court shall determine the matter de novo.

(B) The court may assess against the United States reasonable attorney fees and other litigation costs reasonably incurred in any case under this paragraph in which the complainant has substantially prevailed.

⁴²⁶ 5 U.S.C. §552a.(g)(3)(A) : In any suit brought under the provisions of subsection (g)(1)(B) of this section, the court may enjoin the agency from withholding the records and order the production to the complainant of any agency records improperly withheld from him. In such a case the court shall determine the matter de novo, and may examine the contents of any agency records in camera to determine whether the records or any portion thereof may be withheld under any of the exemptions set forth in subsection (k) of this section, and the burden is on the agency to sustain its action.

(B) The court may assess against the United States reasonable attorney fees and other litigation costs reasonably incurred in any case under this paragraph in which the complainant has substantially prevailed.

⁴²⁷ 5 U.S.C. §552a.(i)(1)

⁴²⁸ ROACH, *supra* note 414, at 121.

⁴²⁹ COMPUTER SCIENCE AND TELECOMMUNICATIONS BD., FOR THE RECORD: PROTECTING ELECTRONIC HEALTH INFORMATION 42 (1997)

⁴³⁰ *Id.*

相對於我國而言，我國並未有關於隱私權的法律規範⁴³¹，對於健康資訊的法律規範更是付之闕如。病人對於其健康資訊有近用、複製與修改的權利，乃實現病人醫療人權的基本權利，我國目前尚未就個人醫療健康資訊的隱私權、使用權、近用權與修正權，以法律明文規定其內容、態樣與保護程序等，或可參酌美國隱私權法案就相關個人資訊給予法律上的保護，明文規定個人資訊權的內容，程序要件以及處罰規定等，讓法律層面的保護能夠更為周全。

第二款 健康保險可攜性與責任法 Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)

在病歷電子化時代與網際網路的興起，接觸病人健康資訊的人數快速增加。為了關注病人的隱私權，尤其在電子化傳送時代來臨，美國國會在 1996 年制定了健康保險可攜性與責任法，在本法的授權下，健康與人類事務部(Department of Health and Human Services, HHS)在 2003 年發佈隱私權規則(Privacy Rule)，界定個人健康資訊可得使用與揭露的情形，取得個人隱私利益。HIPAA 規範了病人健康資訊的隱私，目的在於減少健康照護的成本和促進分散和複雜的醫療照護機構的效率，乃徹底改革的法律，影響了美國健康照護系統的每一個成員，包含了病人、醫療機構、保險業和中介機構，像是藥局和醫療設備商⁴³²，廣泛地規範了醫療體系中的各個面向。HIPAA 乃有史以來被創造出涵蓋層面最廣的個人健康資訊保護的法律標準，在過去以不當揭露資訊提起醫療過誤訴訟，所依據的法律是混亂的聯邦法、州法和判例法⁴³³，現在雖然尚未有資料顯示這部法律會怎樣的影響醫療過誤訴訟，但是可以推知的是，藉由清楚規定的法律標準，可以減少不當揭露的情形，使得醫療機構和個人受惠⁴³⁴。

美國國會在 HIPAA 行政簡化條款揭櫫了本法制定之目的，首先，藉由提供消費者近用其健康資訊以及控制不適切使用的權利，保護和提升消費者的權利；再者，在消費者、醫療照護提供者和其他提供照護的成員之間，藉由培養醫療體系間的信任，來提升照護的品質；最後藉由創造全國性健康隱私權保護的架構來

⁴³¹ 司法院大法官會議解釋第 603 號解釋文：其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。

⁴³² BONNIE F. FREMGEN, *MEDICAL LAW AND ETHICS* 207 (2d ed 2006).

⁴³³ BETH WALSTON-DUNHAM, *MEDICAL MALPRACTICE LAW AND LITIGATION* 67 (2006).

⁴³⁴ *Id.*

促進醫療照護之效率和有效性⁴³⁵。

HIPAA 下的隱私權規則(Privacy Rule)建立了保護病人健康資訊隱私的標準，可分五大原則⁴³⁶：第一，消費者控制原則，病患有權利了解與控制其醫療資訊如何被利用；第二，使用與釋出限制原則，提供最低需求量資料，但以醫療為目的地移轉資料則不受此限，要提供最好的醫療品質須有完整病歷資料；第三，安全原則，訓練員工了解隱私保護的作業程序與指派專人負責監督此程序是否確實遵守，並提供機構內病人申訴的管道；第四，責任原則，包含民事賠償與刑事追訴；第五，公共責任原則，平衡隱私權及其他社會價值後，HHS 建立同意原則之外可揭露例外情形，保護個人病歷隱私外兼顧公共利益，並使醫療照護系統運作更為平順⁴³⁷。

需留意的是 HIPAA 乃針對美國健康保險之支付體系改革而設的制度，在強化資料電子化與可攜性的同時，也盡量兼顧個人健康資訊的隱私保護，但其終究有促進健康保險體制運作目的之達成作為前提，因此對相關健康資訊並非採取絕對嚴格之保護原則⁴³⁸。不過本法揭示了個人資訊隱私保護以及病人近用自身健康資訊的原則，可作為我國在建立病人健康資訊權的參考。

受到 HIPAA 規範的主體(covered entities)主要有醫療照護提供者、健康照護資訊情報交換所(health care clearinghouse)⁴³⁹和健康保險計畫(health plan)⁴⁴⁰的執行者，如果不屬於 HIPAA 受規範主體定義，則不受到本法的規範。因此像是雇

⁴³⁵ ROACH, *supra* note 414, at 116.

⁴³⁶ 陳興南，前揭註 396，頁 71-72。

⁴³⁷ See also, HHS ,PROTECTING THE PRIVACY OF PATIENTS' HEALTH INFORMATION SUMMARY OF THE FINAL REGULATION, <http://www.hhs.gov/news/press/2000pres/00fsprivacy.html> (last visit:2008/6/24).

⁴³⁸ 李崇僖，「基因資訊隱私保護法理與規範」，台灣本土法學雜誌，第 91 期，頁 80(2007)

⁴³⁹ 45 C.F.R. §160.103(Health care clearinghouse means a public or private entity, including a billing service, repricing company, community health management information system or community health information system, and "value-added" networks and switches, that does either of the following functions:

(1) Processes or facilitates the processing of health information received from another entity in a nonstandard format or containing nonstandard data content into standard data elements or a standard transaction.

(2) Receives a standard transaction from another entity and processes or facilitates the processing of health information into nonstandard format or nonstandard data content for the receiving entity.

⁴⁴⁰ 45 C.F.R. §160.103(Health plan means an individual or group plan that provides, or pays the cost of, medical care).

主、壽險公司、或掌管社會安全或社會福利的公家機關，則不受規範，但是仍有其他的聯邦法和州法規範之⁴⁴¹。舉例而言，必須遵守 HIPAA 的有開業醫師、醫院、護理之家、復健之家、居家照護、救護車公司、實驗室、藥商和醫療設備商等⁴⁴²，皆受 HIPAA 的規範，此外，律師、會計師、顧問和其他替受規範主體工作的成員，也間接地受到本法的規範⁴⁴³。由此可知，大部分醫療體系的成員皆受到 HIPAA 的規範，如此具體明確的界定方式的好處在於，讓受到法律效力所及之人，能夠預見其所需遵守的規定，避免動輒得咎。也讓受到侵害之人，得清楚知道依據本法所得主張權利的對象為何。

使用和揭露醫療記錄健康資訊茲事體大，在 HIPAA 的隱私權規則明文規定個人有權利近用自身由受到保護的健康資訊。其規定⁴⁴⁴為：近用的權利，個人有近用的權利，來檢視和獲得複製在選定的記錄內的被保護的健康資訊。選定的記錄乃指受規範主體所持有的醫療記錄、帳冊，乃指所有包含被保護健康資訊且由受規範主體所持有、收集、使用貨散布的項目(item)、資訊的收集的記錄⁴⁴⁵。因此隱私權規則所界定病人得近用的記錄相當廣泛，從病人的角度肯認病人具有近用自身醫療記錄的權利。

HIPAA 亦清楚規範哪些記錄是病人不能主張近用的，像是精神治療的記錄、為了訴訟的目的所收集的記錄以及在法律特別規定下病人不得近用的記錄⁴⁴⁶。另外本法亦規定了不得檢視的記錄的類型，像是矯正機構可以拒絕受行人聲請檢視或複製其在機構內的醫療記錄，以防止危害其他受刑人的健康、安全、治療和監督管理，並且維護矯正機構內官員及其他受僱人的安全⁴⁴⁷。因醫學研究之目的，病人已經受到告知在研究期間內不得主張近用其健康資訊⁴⁴⁸，亦為法律上限制病人近用健康資訊之規定。其他的像是，受到隱私權法(Privacy Act of 1974)保護的資訊亦非可以近用的標的⁴⁴⁹；醫療機構間有保密條款的話，亦得拒絕病人近用健

⁴⁴¹ ROACH, *supra* note 414, at 141.

⁴⁴² FREMGEN, *supra* note 432, at 208.

⁴⁴³ *Id.*, at 213.

⁴⁴⁴ 45 C.F.R. §164.524(a) (Standard: Access to protected health information.

(1) Right of access. Except as otherwise provided in paragraph (a)(2) or (a)(3) of this section, an individual has a right of access to inspect and obtain a copy of protected health information about the individual in a designated record set, for as long as the protected health information is maintained in the designated record set

⁴⁴⁵ 45 C.F.R. §160.103.

⁴⁴⁶ 45.C.F.R. §164.524(a)(1).

⁴⁴⁷ 45.C.F.R. §164.524(a)(2)(ii)

⁴⁴⁸ 45.C.F.R. §164.524(a)(2)(iii)

⁴⁴⁹ 45.C.F.R. §164.524(a)(2)(iv)

康資訊的聲請⁴⁵⁰。

程序規定而言，隱私權規則規定受規範主體可以要求個人以書面聲請，而在收到聲請後30天內必須允許個人檢視或複製其受保護的健康資訊，又若非其持有或近用的資訊，必須在60天內回覆之。法律規定在一定的期間內，受規範主體不論是允許或者是拒絕個人的聲請，都必須回應之。在同意聲請時，必須提供所要求檢視的資訊，並且安排方便的時間與場所進行檢視或複製該健康資訊或者是郵寄所要求的資訊⁴⁵¹。進而，受規範主體必須提供摘要或者是解釋說明該被保護的健康資訊⁴⁵²，由當事人負擔一定的費用。

HIPAA 對於健康資訊定義、受規範的對象皆有明確的界定，尤其賦予病人近用自身健康資訊的權利(right to access)，明文肯認病人對於自身的健康資訊在一定的情況下可以要求檢視複製，以及在何種以公益為目的考量的情形下病人不得聲請近用自身醫療健康資訊。更重要的是，聯邦法律的位階規定受規範之醫療機構必須在 30 天內回覆當事人的聲請，更有甚者，病人得要求提供摘要或解釋說明。HIPAA 乃以病人作為健康資訊的主體，非僅從醫療機構的角度出發，肯認對於自身健康資訊，病人有支配、了解與使用的權利；這樣的規範方式，使得病人居於自主的地位，具有法律上權源而得要求受規範對象提出健康資訊，而法律設立一套規範，要求受規範對象遵守，更能夠實現病人近用健康資訊的權利。



第三項 州法

由於科技的進展，更多人容易接觸到健康資訊，也造成了嚴重的資訊安全的風險，未能補足安全措施的法律上危險日增，因而聯邦和州法規定皆重視更結構化的安全性需求⁴⁵³。美國各州的州法若未抵觸 HIPAA 的規定，仍得作為健康資訊隱私的規範。州法關於健康資訊權的法律規定常常分散在各種州法之中，也僅保護了一些資訊，雖然 HIPAA 有所規定，但是健康照護機構仍然必須符合州法對於個人健康資訊更嚴格的規範，不過各州法律有所差異是持續必須面對的難

⁴⁵⁰ 45.C.F.R. §164.524(a)(2)(v)

⁴⁵¹ 45.C.F.R. §164.524(c)(3)

⁴⁵² 45.C.F.R. §164.524(c)(3) : The covered entity may provide the individual with a summary of the protected health information requested, in lieu of providing access to the protected health information or may provide an explanation of the protected health information to which access has been provided, if:(A) The individual agrees in advance to such a summary or explanation; and (B) The individual agrees in advance to the fees imposed, if any, by the covered entity for such summary or explanation.

⁴⁵³ Cynthia M. Hemsoth, *Security Policies: The foundation for information protection*, in HEALTHCARE INFORMATION SYSTEMS 123 (Phillip L. Davidson, PH.D. ed., 2000).

題⁴⁵⁴。

大部分的州法⁴⁵⁵明白地允許病人或得到授權的代表人檢視和複製病人的醫療記錄⁴⁵⁶。舉例而言，加州的醫療機構必須在五個工作天內，提供病人檢視記錄，並且在 15 天內提出複本⁴⁵⁷，像是 X 光片等醫療影像學上的資料則須在收到聲請後 15 天內提出⁴⁵⁸。又例如喬治亞州要求醫院在收到書面聲請後，提供醫療記錄予病人，而要求病人負擔相關的複製和郵寄費用⁴⁵⁹。而部份州法則對於病人對健康資訊的近用權給予較多的限制，像是康乃狄克州規定需要等病人結束治療後方提供醫療記錄⁴⁶⁰，而密西西比州則要求病人必須表明良好理由方得近用記錄⁴⁶¹。

許多州也允許病人在接受治療期間可以檢視其醫療記錄，而如果醫院不能有合理的理由拒絕病人的檢視，此時會製造不必要的麻煩，因為這樣病人會對醫療機構存有敵意，並且難以治療，更或可能在治療結果不佳時對醫院提起訴訟⁴⁶²。除非有合理的基礎認為揭露醫療記錄會使病人受到傷害，否則醫師應該與病人醫起檢視相關記錄，這樣可以增進病人知道醫師處置的情形，進而促進醫病關係的提升，減少醫院被訴的可能性⁴⁶³。

有些州法規定了醫療記錄提供者必須在一定期間內回應，像是紐約州要求醫院收到要求後 10 天內必須回應該請求⁴⁶⁴。加州則要求在五個工作天回應檢視記錄的請求，在 15 天內提出複製本給病人。明尼蘇達州則要求在收到要求後迅速的回應⁴⁶⁵。上述提出期間的規定較 HIPAA 的規範更為嚴格，因此在該州的醫院

⁴⁵⁴ ROACH, *supra* note 414, at 130.

⁴⁵⁵ See, e.g., Md. Code Ann., Ins., § 4-403; Wis. Stat. Ann. § 146.82.

⁴⁵⁶ ROACH, *supra* note 414, at 158.

⁴⁵⁷ Cal. Health & Safety Code §123110. (a) Notwithstanding Section 5328 of the Welfare and Institutions Code, and except as provided in Sections 123115 and 123120, any adult patient of a health care provider, any minor patient authorized by law to consent to medical treatment, and any patient representative shall be entitled to inspect patient records upon presenting to the health care provider a written request for those records and upon payment of reasonable clerical costs incurred in locating and making the records available.

⁴⁵⁸ Cal. Health & Safety Code §123110. (c).

⁴⁵⁹ Ga. Code Ann. §§ 31-33-2 and 31-33-3.

⁴⁶⁰ Conn. Gen. Stat. Ann § 4-104.

⁴⁶¹ Miss. Code § 41-9-65.

⁴⁶² ROACH, *supra* note 414, at 159.

⁴⁶³ *Id.*

⁴⁶⁴ N.Y. Pub Health Law § 18(2)(a).

⁴⁶⁵ Minn. Stat. § 144.335(2)(b).

必須確認是否遵守了所在地該州的法律規範。

在判例法上也補足了實定法不足的情況，法院以財產權的理論或是忠實義務的理論來肯認病人對於其醫療資訊具有近用的權利⁴⁶⁶。例如在伊利諾州法上訴法院 *Cannell v. Medical & Surgical Clinic*⁴⁶⁷ 一案之中，法院以醫師與病人間的忠實義務折，來要求醫院揭露相關的醫療資料給病人或其代理人，而且病人不需要為了取得該資料，進行更進一步的法律程序來獲得更高的法律地位⁴⁶⁸。另外在 *Hutchins v. Texas Rehabilitation Commission*⁴⁶⁹，上訴人乃該被告機構先前的病人，以德州的公開記錄法案(the Open Records Act)要求其於該機構內醫療記錄被拒，德州上訴法院認為雖然上訴人不能以公開記錄法案主張取得其自身之醫療記錄，但是仍然具有普通法上的權利可以檢視其自身的記錄。因此各州也在判例法上發展出來病人對於其醫療記錄有近用的權利，並且以判例法補充實體法之不足。

以州法而言，就病人的健康資訊的保護仍有其不足之處。首先，未能規範到健康資訊流通到非為醫療機構之第二使用者手中；再者大部分的州法的規定不能因應以下挑戰，電子健康記錄大量使用後以及醫療機構蒐集病人資訊快速成長——可辨識的病人資訊以及將相關資訊出售給私人企業的情形⁴⁷⁰。

但是值得肯定的是，大部分的州以法律或判例規定病人對於其健康資訊醫療記錄具有法律上近用的權利，並且要求醫療機構於一定的期限內回應病人的聲請，如此可以將可以作為病人了解醫療處置情況，以及在糾紛發生時，取得相關事實證據的依據，以填補病人在醫療糾紛中資訊不足的缺失。

第四項 小結

美國建立了完整的病人健康資訊權，不論是隱私權的保護或者是病人近用自身健康資訊的權利，並且從聯邦法、州法與判例法，交互適用下，希冀賦予病人更全面且明確清楚的保障。藉由賦予病人近用自身健康資訊的權利，病人可以取得自身之健康資訊的記錄，促進了解和服從醫師的醫療處置，增進醫病關係的和諧和後續的醫療照護，且若病人未能知道其記錄的內容，便無法授權揭露給其他人，近用的權利是非常重要的⁴⁷¹。讓病人近用其健康資訊，現今多認為是幫助而

⁴⁶⁶ FURROW ET AL., *supra* note 413, at 146.

⁴⁶⁷ *Cannell v. Medical & Surgical Clinic* 315 N.E. 2d 278 (Ill. Ct. App. 1974).

⁴⁶⁸ ROACH, *supra* note 414, at 163.

⁴⁶⁹ *Hutchins v. Texas Rehabilitation Commission*, 544 S.W. 2d 802 (Tex. App. 1976)

⁴⁷⁰ COMPUTER SCIENCE AND TELECOMMUNICATIONS BD., *supra* note 429, at 45.

⁴⁷¹ FURROW ET AL., *supra* note 413, at 146.

非損害，且合作的醫病關係以及病人在處置中的認知，皆強化了讓病人近用其記錄的目的⁴⁷²。

相較於我國而言，我國規範健康資訊隱私與近用的法律規定甚少，對於健康資訊的內容和受規範的對象，模糊不清；且未以法律位階規定醫療機構提出病歷的時間限制，且對於能否近用與揭露的健康資訊內容未有任何規範，乃未來醫學研究蓬勃發展所必須面臨的問題。本文肯認美國法具體規定病人具有相關權利，並且課予醫療機構一定的要求，不論是提出期限的限制或者是醫療記錄解釋說明的提供，都可以讓雙方當事人就系爭醫療處置進行溝通，賦予病人自主近用、檢視與複製的權利，在紛爭產生時，蒐集相關資訊與事證。

肯認病人近用檢視複製健康資訊的權利，即實體法上資訊請求權的擴充，病人可以依據相關法律進行證據的蒐集，不待法院介入可私人為之。病人得到更多的情報、資訊，能夠審慎思索循何種解決方式來迅速經濟地處理已經產生的糾紛。健康資訊近用權的建立乃病人實現其醫療人權的手段之一，能夠避免醫病之間資訊不對稱、更可以藉此達到程序法上武器平等原則的目標。



第三節 程序法上的證據蒐集--美國

第一項 醫療糾紛中的事證開示

在醫療糾紛訴訟中，醫療的各項記錄扮演了相當重要的腳色，像是病人的醫療記錄、品質評鑒的記錄、委員會紀錄、意外事件報告和其他的與病人有關的文件⁴⁷³，都是可以回溯醫療事故發生時的狀況，檢視醫療人員的處置是否恰當的文書證據。原告須搜集可以支援其訴訟上請求的證據，並且展開調查、收集相關的證言、檔案和有體物以作為證據⁴⁷⁴。本文將接著討論在醫療民事糾紛缺乏法官介入的情況下，當事人得如何自行搜集相關的證據資料。

在美國民事訴訟程序關於事實證據的取得和使用，可以區分為，起訴前後之事證開示性(discoverability)與事實審判中的採納性(admissibility)，對於訴訟有極

⁴⁷² *Id.*

⁴⁷³ ROACH, *supra* note 414, at 263.

⁴⁷⁴ DUNHAM, *supra* note 433, at 263. .

大的影響⁴⁷⁵。事證開示性乃指在程式進行中能夠接近檔案或證人情況。當一造有義務回應他造之請求提出檔或資訊時，此時則具有事證開示性。採納性乃指檔案、物件或證言能夠在事實審中被允許作為證據的情況。法官、陪審員或其他決策者可以決定是否採納證據。事證開示的範圍會比被採納的證據來的大⁴⁷⁶。在美國法上事證開示原告多可以自主地發動，僅在一定情況下法院介入，因此在醫療糾紛發生時，原告便能以事證開示制度取得證據並且瞭解相關案情。

在醫療糾紛訴訟中，事證開示的特色在於，醫療資訊的機密性，在沒有迫切的理由來正當化其揭露時，隱私的健康資訊須要被保護，法院有時候會逐一檢視，非任憑當事人開示與複製⁴⁷⁷。此時由法院介入來決定開示的範圍與內容。HIPAA 規定了健康資訊的近用與揭露，因此受到規範的物件必須遵守隱私權規則，而個人或機構未落入 HIPAA 規範範圍之中則必須符合其所在地該州州法的規範，如此方得確保病人健康資訊隱私權與近用權能夠取得一個平衡點。本文接著介紹在美國事證開示制度下，在醫療糾紛的情形，特殊的開示事證的原則和規定。

第二項 醫師病人特權(physician-patient privilege)

長久以來都認為病人和醫療照護提供者之間的關係乃是忠實義務，這是因為信任所與生俱來的要件，這樣的信任最重要的就是隱私的保護了⁴⁷⁸。幾乎美國各州都有規定在特定情況下，病人和醫師的溝通，在司法或準司法的程序中可以避免被開示。即使未以法律明文規定，從判例法亦發展出醫病特權。這特權的目的是在鼓勵病人可以向醫師揭露所有治療所須之信息，不問是否為私人或敏感的問題⁴⁷⁹。在醫病特權下，病人或醫療照護提供者可以主張此特權來避免醫療資訊的開示。又美國民事訴訟規則 Rule26(b)(1)規定，此類秘匿特權的事項是可以免於被開示的對象。

即使是法院命令此類訊息得以開示，但是有可能在事實審中該證據仍會被排除。在運用醫病特權的免除開示時，亦須注意到以下幾個概念⁴⁸⁰：第一，除非法律有明文規定，不然醫病特權通常不存在；第二，法律通常只適用一般的開業醫

⁴⁷⁵ ROACH, *supra* note 414 at 374.

⁴⁷⁶ *Id.*

⁴⁷⁷ *Id.* at 375.

⁴⁷⁸ DUNHAM, *supra* note 433, at 138.

⁴⁷⁹ Wanda Ellen Wakefield, Annotation, *Physician-Patient Privilege as Extending to Patient's Medical or Hospital Records*, 10 A.L.R. 4TH 552.

⁴⁸⁰ ROACH, *supra* note 414, at 182.

師以及其他以被稱做醫師為業的人；第三，此特權不會涵蓋到醫病特權之外的事項。醫療機構是否能夠主張這個特權，避免開示相關的資訊，可以用下列四個面向檢視之：第一，醫療照護提供者的類別乃被法規所涵蓋；第二，醫療照護提供者所要避免揭露病人特權的範圍和程度；第三，醫療照護提供者要運用病人資訊程度；第四，在怎樣的程序之中要主張醫病特權⁴⁸¹。

以下介紹在各州法之中，有關於醫病特權的規定。伊利諾州法律⁴⁸²規定，內科、外科、心理醫師、護士和治療師或其他治療的人士在其專業診治病人時，不能揭露已獲得的資訊，如果該資訊對病人來說是重要的。除非因為涉及自殺的案件、醫療過誤訴訟的提起、在訴訟中病人的身心狀況成為爭議，包含病人請求傷害、死亡、痛苦或其他心理創傷的損害賠償。

維吉尼亞州法律⁴⁸³的保護為，醫療行為實施者在以專業能力治療而取得個人訊息是被保護免於開示的。但是在病人的身心狀況成為爭議、病人非法地企圖使用麻醉藥、為了照料病人所須、為了保護醫師的權利的時候，符合 HMO 或聯邦法與州法的規定時，可以開示。但是須注意的是，在醫療訴訟中，醫師不能主張這樣的權利，或反對命令提出記錄的傳票。不過，當病人要求開示訴訟外第三人的醫療記錄的時候，醫師可以代表該第三人主張醫病特權。

第三項 醫病特權相關問題探討

第一款 醫病特權的放棄

醫病特權賦予病人之特殊權利，病人可以透過明示或暗示的方式來放棄此特權。像是訴訟的提起可以被認為是有效的放棄此特權。許多法院認為當病人將其身心狀況作為爭點時，乃暗示地放棄醫病特權⁴⁸⁴。例如，當病人提起身體傷害或精神上痛苦之損害賠償訴訟時，一般而言須允許他造檢視其相關的醫療記錄以便評估或治療的狀況。但是有些法院則認為病人須明確表示放棄，該特權才會失效⁴⁸⁵。但是即使病人的身體狀況在訴訟中成為爭點，其開示的範圍仍有所限制⁴⁸⁶，不能揭露所有病人的健康資訊內容，僅能開示與訴訟有關的內容。法院認為當病

⁴⁸¹ ROACH, *supra* note 414, at 376.

⁴⁸² 735 Ill. Comp. Stat. Ann. § 5/8-802.

⁴⁸³ Va. Code Ann. § 8.01-399.

⁴⁸⁴ ROACH, *supra* note 414, at 378.

⁴⁸⁵ *Schaffer v. Spicer*, 215 N.W. 2d 134(S.D. 1974)

⁴⁸⁶ 例如因為妊娠事件提起訴訟時，不能開示與該事件無關的醫療資訊。又醫療資訊的開示僅存在病人和被告醫師之間，不能及於續任的醫師。

人在前訴放棄醫病特權，則在其對醫師的後訴，就相同健康資訊的內容，不能主張醫病特權⁴⁸⁷。

第二款 醫病特權與公共利益

法院認為醫病特權也具有公共利益的重要目的。例如，在兒童監護權或照護義務的訴訟中，法院可以審酌其父母的利益來決定是否使其醫療記錄不予公開⁴⁸⁸。Illinois 法律規定⁴⁸⁹，Abused and Neglected Child Reporting Act 規定，若以此法案進行訴訟卻未有父母的醫療報告，此時不能使用醫病特權。法院可以部份地保護醫病特權，允許法院和他造來私人檢視醫療記錄，而非將之作為訴訟中的證據。又例如，當政府機構調查醫師的行為是否符合道德與專業標準，是具有重大公共利益的目的，因而若因為病人的隱私而不能開示醫療記錄，則會阻礙委員會保護公眾利益的能力⁴⁹⁰。以上即以法律限縮的醫病特權的範圍，認為在符合特定公益目的下，病人的健康資訊隱私權應該受到限制，法院認為在這樣的情況下限縮病人就健康資訊隱私而生的醫病關係，乃是符合憲法上比例原則規定。

第三款 醫病特權之例外

由於醫病特權規定醫師不得揭露病人的健康資訊和醫療記錄，但是在特定情形下醫師對於第三人有警告的義務。也就是在某些情況下，醫師可以免除醫病特權的限制，對第三人揭露病人的醫療記錄。法院不願意將警告義務過度擴張，像是並未要求醫師建議其病人不能開車，如果他開車會對第三人產生危險情況，像是他視力不好等情況⁴⁹¹。雖然法律有規定醫師必須就特殊疾病有通報健康主管機關的義務，但是這樣的警告義務並未及於不能預見的第三人⁴⁹²。

醫病特權的例外有：精神疾病危險性、傳染性疾病和基因資訊等。在精神疾病危險性，*Tarasoff v. regents of the University of California*⁴⁹³一案擴展了醫師對於有可能受到病人暴力或者可預見受到危險的特定的、可辨別的個人警告義務⁴⁹⁴，

⁴⁸⁷ *Landelius v. Board of Regents*, 556 N.W. 2d 472 (Mich. 1996)

⁴⁸⁸ ROACH, *supra* note 414, at 379.

⁴⁸⁹ 735 Ill. Comp. Stat. Ann. § 5/8-802(7).

⁴⁹⁰ ROACH, *supra* note 414, at 381.

⁴⁹¹ FURROW ET AL., *supra* note 413, at 156.

⁴⁹² *Id.*

⁴⁹³ *Tarasoff v. regents of the University of California*, 131 Cal.Rptr. 14, 551 P.2d 334(Cal. 1976).

⁴⁹⁴ FURROW ET AL., *supra* note 413, at 156.

而對於不能辨別的第三人則不存在這樣的義務，不過依據特殊關係所發展的警告義務，近年來特殊關係的範圍有擴大的趨勢⁴⁹⁵。就傳染性疾病而言，法院認為應該要警告與病人肢體上親近的人⁴⁹⁶。基因資訊，由於基因上的缺陷會傳遞到下一代身上，因此也擴張了醫師和醫療機構的警告義務，必須警告病人和他的小孩有基因上有可能遺傳的疾病，法院認為病人的女兒乃落入到可能得到遺傳性疾病的具有可預見性危險的範疇之內，醫師有警告義務⁴⁹⁷。除了法律規定外，在司法實務上美國亦對於醫病特權例外即醫師對第三人有警告義務有許多討論，就此為了避免警告義務範圍過大，以預見可能性和病情的種類作為義務標準，課予醫師更多的責任來協助公共利益的達成。

第四項 業務記錄的例外(Business Records Exceptions to the Bar on Hearsay)

醫療記錄能夠作為證據，所有的證據必須是相關性的、實質性和有證據能力的才能夠被允許提出在事實審之中。就一般證據法則而言，證據必須是證明或反證系爭點事實具有關聯性的；證據乃案件中爭點的重要內容；證據如果是恰當且適合用來證明的則有證據能力⁴⁹⁸。必須通過上述原則才能夠將證據提出在審判之中，作為認定事實的證明。

一般而言傳聞證據是不能提出作為審判中的證據，當事人不能對作陳述之人進行交互詰問。但是業務記錄的例外使得傳聞證據能夠提出，使得醫療記錄即使不能對作成該記錄之人進行交互詰問，仍得提出於審判之中⁴⁹⁹。醫療記錄作為業務記錄的一種，可以被提出於法院審判之中，因其乃符合常規或是在合理時點所做記錄，可以反應事件真實的情形⁵⁰⁰。其他由醫療機構所握有之檔案，包含帳單、出院病摘和各項記錄摘要可以被視為商業記錄而作為證據提出於審判之中⁵⁰¹。

與診斷與治療有關聯性的資訊，能在審判中提出；反之，與病人診斷或治療無關的資訊則不能提出。聯邦證據法(Federal Rule of Evidence, FRE)允許在接近損害發生時間點被專業人士所作成的記錄能被提出⁵⁰²，如果該記錄是通常流程下所作成，而且是該行業之常規來作成該記錄，即該準備方法或情況必須是被信任

⁴⁹⁵ LAWRENCE O. GOSTIN ET AL., LAW, SCIENCE AND MEDICINE 776 (3rd ed).

⁴⁹⁶ FURROW ET AL., *supra* note 413, at 157.

⁴⁹⁷ FURROW ET AL., *supra* note 413, at 161.

⁴⁹⁸ ROACH, *supra* note 414, at 383.

⁴⁹⁹ ROACH, *supra* note 414, at 384.

⁵⁰⁰ *Id.*

⁵⁰¹ *Sanderen v. State*, 397 So.2d 65 (Fla. 1981)

⁵⁰² LARRY L. TEPLY & RALPH U. WHITTEN, CIVIL PROCEDURE 910 (3rd ed 2004)

的，如果被不當地記錄，則缺乏信賴可能性，此類記錄也為傳聞證據例外地可以在審判中使用⁵⁰³。其他的醫療機構內外的業務記錄⁵⁰⁴，如果符合傳聞證據的例外的規定例如：相反利益的陳述、自主自動的陳述、為了醫療診斷和治療所為的陳述、死前宣言和經由他造同意⁵⁰⁵，則可以在審判中作為證據證明事實真偽的依據。大抵上，除了州法有關定，以上皆能夠開示。至於可提出性而言，須考慮是否在傳聞證據的例外之中。

第五項 非當事人之醫療記錄

原告可以主張要求揭露與自身情況相似的醫療損害的資訊⁵⁰⁶，也就是原告可以請求開示同一位醫師所治療其他病人的醫療資訊作為其判斷醫師的行為是否有過失與因果關係的依據。無論如何，非當事人的病人有隱私的利益，不讓其自身可辨識的資訊顯露給在醫療訴訟中要求記錄的原告⁵⁰⁷，亦即必須除去個人資訊，像是姓名、年齡、性別和地址之後，方得提出給原告該記錄。更進一步來說，法院會要求彌封該記錄，僅有原告律師或其專家證人可以檢視相關記錄，如此可以更保護非當事人病人之隱私權利⁵⁰⁸。

⁵⁰³ FRE §803(6): **Records of Regularly Conducted Activity.**--A memorandum, report, record, or data compilation, in any form, of acts, events, conditions, opinions, or diagnoses, made at or near the time by, or from information transmitted by, a person with knowledge, if kept in the course of a regularly conducted business activity, and if it was the regular practice of that business activity to make the memorandum, report, record or data compilation, all as shown by the testimony of the custodian or other qualified witness, or by certification that complies with [Rule 902\(11\)](#), [Rule 902\(12\)](#), or a statute permitting certification, unless the source of information or the method or circumstances of preparation indicate lack of trustworthiness. The term “business” as used in this paragraph includes business, institution, association, profession, occupation, and calling of every kind, whether or not conducted for profit.

⁵⁰⁴ 其他醫療文件諸如：1 委員會的會議記錄、憑證、記錄和報告 2. JCAHO 或其他監督機構的調查和建議 3. 州政府的調查報告和意見 4. 委員會的死亡記錄和報告

5. 意外報告 6. 手術評估書和記錄 7. 委員會的感染控管記錄和會議 10. 醫療機構的評估報告 11. 同儕審查報告 12. 醫療機構的計畫書 13. 照護計畫書 14. 醫師訓練記錄

15. 錄音設備和檔案 16. 風險管理資料 17. 病人代表和監督主管機關的報告

18. 歸檔資料 19. 品質進步的資料 20. 審查報告的利用等

⁵⁰⁵ ROACH, *supra* note 414, at 385.

⁵⁰⁶ Catherine Palo, *Discovery and Evaluation of Medical Records*, 78 AM. JUR. TRIALS 559(2007).

⁵⁰⁷ *Id.*

⁵⁰⁸ *Id.*

開示非訴訟當事人之醫療記錄，乃由法院判決所發展而來。在 *Ziegler v. Superior Court In and For Pima County*⁵⁰⁹一案中，原告認為被告外科醫師過失地進行顱骨切開術，法院命令被告醫院提出該外科醫師在該醫院在過去所執行 140 件手術的記錄，這些記錄上面的姓名、地址和職業的資訊被移除掉，並且法院彌封該記錄，必須有法院的命令方能啟封，如此並未違反醫病特權的保密義務。在美國法院判決中，對於非當事人病人之醫療能否在訴訟上開示，有所爭論。大抵若未去除個人資訊的記錄一律不得開示，以保護該人之隱私權。而在除去個人可辨識資訊之後，有些法院認為是不能開示，有些法院則認為在彌封並限制有權檢視之人之後是可以開示的，以發掘更多證據來間接證明醫師在系爭行為中是否有所過失⁵¹⁰。這樣可以幫助真實的發現，釐清責任的歸屬，而由法院擔任隱私權把關的重責大任。

第六項 專家證人的資格與採用

第一款 地域原則 Locality Rule

在美國醫療訴訟中法院用來判斷被告行為具有過失與因果關係的依據，乃專家證人在審判中所樹立系爭案件照護義務的標準。因為陪審團對於醫療訴訟中所涉及的事實爭議未有專門知識，因此需要透過雙方當事人提出醫師或護士等專家證言來讓陪審團了解系爭案件中照護義務的標準與造成病人損害可能的原因，選取和呈現專家證言乃雙方律師最重要的任務⁵¹¹。因此在專家證人證言的錄取和其意見報告的提出乃成為美國醫療訴訟被廣泛討論的課題，本文將接續介紹在證據取得與開示上有關於專家證人地域原則的內容。

地域原則最早在 1886 年從 *Gates v. Fleischer* 案發展出來，本案法院認為被告醫師所負醫療照護義務之責任，以其執業的地區所在地之其他醫師所認定的標準為依據，此乃為了讓被告醫師擔負較合理的責任⁵¹²，除此之外，考量該地區人口、醫療資源、現代化檢查儀器的可得性、當代醫學文獻和訓練的可近性以及其他在同樣社群中其他醫師知識和訓練的程度⁵¹³，來判定被告醫師是否應該負擔法律責任。地域原則有其時代上的背景，在幅員廣大的美國，各地醫療資源不均，

⁵⁰⁹ *Ziegler v. Superior Court In and For Pima County*, 194 Colo. 98, 570 p.2d 243 (1977)

⁵¹⁰ Audrey W. Collins, Annotation, *Discovery, in medical malpractice action, of names and medical records of other patients to whom defendant has given treatment similar to that allegedly injuring plaintiff* 66 A.L.R.5TH 591 (1999).

⁵¹¹ FRANK M. MCCCELLAN, *MEDICAL MALPRACTICE: LAW, TACTICS, AND ETHICS* 165 (1994)

⁵¹² DUNHAM, *supra* note 433, at 52 .

⁵¹³ *Id.*

知識傳遞緩慢，為了避免醫師負擔過重之法律責任，發展此一原則以期能夠在個案中實現正義，由同一社群的醫師判斷被告醫師之行為是否具有過失與因果關係，更能調和醫師所應該負擔的責任與醫療行為不可預測風險的衝突情形。

第二款 專科原則 (Specialty Rule)

但是，在地域原則適用一個世紀之後，這個原則漸漸不被法院所採用，在科技進展下，新興醫療資訊的流通和知識的傳遞所花費的時間與金錢變得較為低廉以及便利。美國法院在 1970 年代早期醫療訴訟案件中發展出專科原則(specialty rule)，來作為豎立醫師注意義務標準的依據。專科原則乃指受過專科訓練的醫師被期待持續地充實最新的專業知識，因此專科醫師不再能夠主張地域原則來減輕其注意義務，而是被要求符合國家的注意義務標準，必須達到與其它專科醫師有相同知識與訓練的程度⁵¹⁴。時至今日，幾乎所有的州都採取專科原則，這樣的演變也讓專家證人的需求大增，專家證人不可能在法庭上完全陳述其專業知識，因此專家證人的證言主要是要描述實際上該專家與其同儕所會做的處置⁵¹⁵。

在醫療訴訟提出專家證人的提出，在現今專科原則的適用下，必須有充足的知識來滿足下列三個要件：第一，熟悉該專科的注意義務標準；第二，執業地區，亦即受訴法院對於執業地域所限制的程度；第三，特定執業的期間⁵¹⁶。醫學專家必須符合上述要件方能夠提出於審判之中作為證人。就專科類別而言採取較為限縮的看法，專家證人熟稔被告專業科別的相關專業注意標準時，雖然可以推定其具有提供系爭醫療情況和處置程序意見的資格，但是多數法院不願意讓與被告不同專科的醫師作為證人⁵¹⁷。不過就執業地區與時間的要件而言則採取較為寬鬆的態度，只要該證人在訴訟提起的時候，熟悉該地區的相關義務標準，不問是否確實在該地區執業一定的期間，即有資格作為專家證人⁵¹⁸。由此可以知道美國法上專家證人所建立的照護義務的標準從早期的地域原則，發展到現在的專科原則，乃為了在課予被告適切的注意義務與責任，避免責任過於嚴格、考量醫療行為的結果不可預測與醫學技術進步的本質。明白規範了專家證人的資格限制，以協助陪審團與法院能夠更發現更貼近事實真相的原貌，來判斷責任的依據

反觀我國並未對醫師所應盡醫療上的照護義務標準所有規定，法院僅以鑑定

⁵¹⁴ DUNHAM, *supra* note 433, at 53.

⁵¹⁵ Philip G. Peters, Jr., *Empirical Evidence and Malpractice Litigation*, 37 WFLR 757, 759(2002).

⁵¹⁶ Joseph H. King, Jr., *The Standard of Care for Veterinarians in Medical Malpractice Claims*, 58 TNLR 1, 42 (1990).

⁵¹⁷ *Id.*

⁵¹⁸ *Id.* at 43.

報告的結果作為判斷醫師有無故意過失與因果關係的依據，但我國醫療糾紛鑑定機關以匿名方式進行鑑定，且僅以當事人所提出的書面資料作為判斷依據。因此不論是病人或者是被告醫事人員，皆不知道鑑定機關所採取判斷故意過失因果關係的標準為何，也無從挑戰這樣的標準是否適用在系爭案件之中，更沒有辦法質疑鑑定人是否具有專業資格從事系爭鑑定工作。另外，目前法院採用機關鑑定所涵蓋的範圍並未納入各專科醫學會，如此僅由匿名的鑑定人先行草擬鑑定報告之後再交由其他鑑定委員副署。未能接受交互詰問、更不能夠知道鑑定人所具備的專業背景資格，這樣的鑑定方式是否能夠符合公平公正公開的原則，令人存疑。因此本文建議在我國醫療糾紛鑑定機關的應該公開鑑定委員所具備的專業資格，其專業教育背景與執業所在地區與年資，以其更能讓雙方當事人信服鑑定報告結果，了解鑑定意見產生的過程，避免重複鑑定的一再提起，節省司法資源，更縮短案件審理的時間，讓法院能夠更經濟迅速地解決當事人間的糾紛。

第七項 同儕審查報告 Peer Review Record

第一款 同儕審查報告制度的背景

在美國，聯邦政府利用醫療監督機構諸如醫療品質管控機構(Quality Control Organization, QRO)或同儕審查機構(Peer Review Organization, PRO)來作為確保醫療照護的提供是必要的、符合專業認可的照護標準，並且以適當的設備提供服務，以達到保護病人健康安全以及控制醫療機構成本的目的⁵¹⁹。這些審查機構可向主管機關像是調查局(the Office of the Inspector General, OIG)或健康與人類服務部(the Department of Health and Human Services ,HHS)檢舉，對犯錯的醫院或醫師課予罰鍰或者是不支付相關的費用。就實際層面而言，如果被聯邦醫療保險除名之後，可能會使得醫師無法執業，因此 PRO 握有的權力幾乎與衛生主管機關相當⁵²⁰。這些審查機構的存在，確保了醫療服務具有相當水準，藉由同儕之間的互相監督，發揮了監督的作用，在我國未有這樣的機構存在，或許是由於醫療人員的養成重視倫理輩分、醫醫相護的情況有關。惟本文將介紹同儕審查報告如何在訴訟中作為協助還原事實真相之證據，以及在美國這些記錄如何開示並且運用在訴訟之中。

由於美國政府、法律規範或主管機關要求醫療照護提供者建立並遵守作業流程來監視和促進醫療照護品質的提升。因此同儕審查記錄的範疇有著相當廣泛的

⁵¹⁹ FURROW ET AL., *supra* note 413, at 91.

⁵²⁰ Timothy Stoltzfus Jost, *Administrative Law Issues Involving the Medicare Utilization Quality Control Peer Review Organization(PRO) Program: Analysis and Recommendations*, 50 OHSLJ 1,2 (1989).

規定，包含幾乎所有關於促進醫療品質的記錄，只要是由委員會進行來負責審查醫師所提供的醫療照護的品質的文件，都被視作同儕審查紀錄⁵²¹。委員會就每位醫師的表現或對病患的治療處置收集資料並且建立記錄。同儕審查的制度使得醫師可以在完全保密的情況下自由地對同儕進行評價，這對醫療專業人員和公眾具有重要的利益。委員會可以有效率地運作，同時也不會有寒蟬效應的問題⁵²²。

第二款 法院立場之不同

同儕審查記錄真實地呈現一位醫師對於另外一位醫師所為醫療處置是否得當的評價，在審判前是否得開示讓對造知悉該記錄內容，在審判時是否得作為陪審團判斷事實真偽的依據。由於州法賦予同儕審查免於開示之秘匿特權，以保護記錄作成者身分與所為評價不受左右，因此同儕審查紀錄能否開示即成為爭議，秘匿特權的保護，與事證開示的利益則在美國法院的判決個案之中形塑著不同的看法與意見。

贊成同儕審查記錄得作為事證開示的對象，例如 Louisiana 州法院在 *Robertson v. Neuromedical Center*⁵²³ 案中，認為在醫師起訴主張醫院違反美國殘疾人法案(the Americans with Disabilities Act, ADA)對其有所歧視的訴訟中，認為醫師相關的審查記錄可以被開示。本案事實為 Robertson 醫師主張被告醫院對其有所歧視、違反契約以及造成其損害，聲請被告醫院提出相關同儕審查記錄。被告醫院則以州法同儕審查的特權拒絕開示相關記錄。本案法院認為原告以 ADA 起訴，具有聯邦法位階，乃優於州法所賦予同儕審查的秘匿特權；並且被告醫院不能舉證本案有適用匿密特權免於開示的必要，因此駁回被告醫院拒絕開示的聲請，原告得檢視相關同儕審查記錄。

紐約州法院亦於 *Franzon v. Massena Memorial Hospital*⁵²⁴ 一案中認為可以開示同儕審查記錄，本案原告醫師起訴主張，醫院及主管在原告提倡增加護士助產之議案後，對其進行報復性騷擾，像是拒絕其重新核發其醫院相關的特權。因此原告主張開示同儕審查記錄，被告醫院拒絕並且要求進行言詞辯論。法院認為品質確保、同儕審查記錄在本案中乃得開示之標的。法院認為雖然被要求的資料是龐雜的，但是他們可能會包含證明不同治療處置所需的資訊，這類資訊開示的要求比所要保護機密的利益更大；並且駁回被告對於言詞辯論的聲請。

另外，像是 North Dakota 州法院認為僅有受到法律拘束的委員會才要適用該秘匿

⁵²¹ ROACH, *supra* note 414, at 387.

⁵²² *Id.*

⁵²³ *Robertson v. Neuromedical Center*, 169 F.R.D. 80(1996)

⁵²⁴ *Franzon v. Massena Memorial Hospital*, 189 F.R.D. 220(1999)

特權，得拒絕開示同儕審查記錄，法院不認為所有委員會所為有關品質確保的行為都是特權，僅限於法律所特別列舉的範圍之內，所以在此法律規定範圍之外乃得開示的標的⁵²⁵。

反對開示同儕審查記錄的意見，像是在 *Bay Medical Center v. Sapp*.⁵²⁶ 案，原告主張被告醫院有所過失，即允許酗酒的醫師繼續執業，因此主張開示醫院內部的同儕審查記錄以及相關報告。在地方法院法官允許核發了強制事證開示命令，要求醫院提出相關文件和回答書面質詢。不過，上訴法院卻認為同儕審查記錄未落入到事證開示範圍之中，並且原告沒有舉證說明取得相關記錄文件的必要性。因此最終法院認為原告所主張開示的同儕審查報告乃被州法所賦予秘匿特權所涵蓋，被告得免於開示相關記錄，原告必須要證明有特殊需要或者異常情況下方得取得開示相關記錄。

第三款 同儕審查記錄開示之判準

美國法院對於同儕審查記錄能否開示有著不同的見解。因而要決定是否開示醫師過去醫療過誤行為的記錄，以及能夠開示的細節程度，必須視同儕審查法律的規定決之⁵²⁷。大抵而言，若法規有特別規定此類記錄乃免於開示的標的，但是並未限制原告經由其他方式取得其他專家證人的意見，例如證言以及專業文件的取得⁵²⁸。由此可知，美國法院對於同儕審查意見得否開示有不同的立場，接著歸納出下列標準作為在訴訟中同儕審查記錄是否能被開示或提出作為證據，法院得依據下列判準來決定同儕審查記錄法律規定中秘匿特權的適用範圍來決定是否開示此類記錄⁵²⁹：

1. 秘匿特權的創設僅為了委員會的成員還是包含其他醫師？
2. 哪些審查委員會行為是被保護的？委員或成員依照專案標準以外所做的行為並不受到保護。
3. 爭執的問題內容為何？州法規定出於保護病人照護之立場，所進行的委員會活動乃被保護。
4. 哪些人可以獲得該項記錄？有些法律像是反托辣斯法和毀謗罪等規定，允許醫師更改他們的審查意見來獲得委員會的記錄。
5. 哪些議題和資訊是受到保護的？有些法律規定官方委員會的程序和報告乃是機密的，但是允許獨立的開示資訊給委員會。委員會的成員和證人

⁵²⁵ ROACH, *supra* note 414, at 389.

⁵²⁶ *Bay Medical Center v. Sapp*.535 So.2d 308(1988)

⁵²⁷ MCCCELLAN, *supra* note 511, at 26.

⁵²⁸ *Id.*

⁵²⁹ ROACH, *supra* note 414, at 388 .

的身份亦屬開示範圍。州法或會准許對委員會主動開示記錄，但是不允許在委員會要求下開示所擁有的秘密資訊。

6. 是否尚有其他秘匿特權之法律規定？聯合法創造了特權，即對於提供給品質審查機構的資訊乃免於開示的對象。
7. 法律賦予該同儕審查記錄哪些效力？有些州法保護同儕審查記錄免於傳票、開示、揭露或其他法律的規定，使該記錄乃機密且特權的。

透過上面的標準，法院可以參酌各項因素來決定是否同儕審查記錄能否開示，並且作為訴訟上的證據。但是值得注意的是，同儕審查記錄不若其他醫院內部記錄一般乃被要求執行的流程，又因為同儕審查和醫療品質監督的記錄並非在醫療過誤事件發生時，合理立即的時間點所為的記錄，乃醫療人員日常執行業務所由他人所進行的評價，能否作為證據則有待個案判斷。但是，就訴訟技巧而言，原告能夠在取得該記錄後，由專家證人在事實審前檢視該記錄，並且於訴訟中選擇將記錄提出。在聯邦證據法規定下，專家證人可以對系爭記錄進行作證，藉由在聽證程序前所得知以及了解的資訊，表達專業意見⁵³⁰，即便法院不允許該記錄作為證據，但仍有強化原告主張之功能。

我國就醫療院所與醫師所提供之服務內容與品質，除了衛生署主管機關之外，未若美國有著各種不同途徑的審查與監督機制。本文介紹美國法上關於同儕審查記錄是否能夠進行開示並且作為證據，目的在希望能夠有助於提供我國醫療糾紛中雙方當事人蒐集證據資料的方向，非僅僅依憑醫事鑑定機關的意見作為判斷系爭行為是否有所疏失的唯一證據，而是多方面的去蒐集相關事證，尋求專業意見的判讀，有效率地解決紛爭。

第八項 小結

本節從醫病特權的內容以及在事證開示程序上的適用情形談起，了解了美國事證開示制度亦有其限制，在特定的情況下有著不同的情形。就業務記錄而言，大抵上業務記錄因為乃在於日常作業流程下所記載，且於合理時間點內完成，因此亦為事證開示的範圍，可以協助當事人更了解事件發生的來龍去脈。非當事人的醫療記錄，若是除去可辨識個人資訊的話，為事證開示的對象，並能作為訴訟上證據。專家證人從地域原則發展到專科原則，建立了專家證人的資格與限制，藉由專家證人來幫助審判者更能夠判斷責任歸屬。同儕審查記錄更為美國所獨有，藉由醫事人員之間的互相評鑑，讓醫療服務的品質能夠更臻於完善。

就我國現行制度而言，證據保全制度已具有美國事證開示制度的特色，雖然

⁵³⁰ *Id.* at 390.

經過增定，但是到底哪些證據可以進行保全，仍皆委由法院決定。雖然經由法院的審查可以更確保證據保全制度不被濫用，但卻也加重了法院審理案件的負擔。又法院就證據保全聲請之審理，或是訴訟中當事人要求對造提出相關記錄，法院准駁的標準為何，除了熟悉醫療訴訟之醫療專庭法官以外，亦應有一套標準來協助其他法官了解醫療訴訟特殊性而更縝密地就相關證據進行保全。因此，本文介紹美國法醫療糾紛中事證開示制度，希冀能夠提供審判者作為判斷參考，並且協助糾紛當事人主張了解證據保全的範圍與內容，以期待在我國民事訴訟改採當事人協同主義的同時，能夠發揮當事人自主蒐集證據的權能，減輕法院負擔，更讓訴訟上爭點可以及早浮現，迅速解決爭端。



第五章 實證研究

本論文之實證研究分成兩個部份，第一部份以我國醫療民事訴訟裁定與判決為對象，進行歸納與整理，試圖分析法院判決所採用證據方法，以及形成心證之理由。第二部份，採取質性研究方法，對相關專業人士進行深度訪談，藉由深度訪談了解法律制度與實務工作者對於法律制度的認知與運用情形，可以幫助檢討未來法制改進的方向。

就本章第一部份判決研究之部分，本研究試圖以內容分析方法(content analysis)作為研究方法，內容分析係指任何以有系統、客觀的方法確認文件訊息的特性，做為推論基礎的技術，有系統的內容分析，乃是依據一致的準則來認可或剔除內容，只有支持研究者假設的素材才被加以分析，而將無關緊要的素材予以剔除⁵³¹。在美國，內容分析研究方法的運用已經有很紮實且成熟的歷程，並且在醫療過誤訴訟方面，早在 1957 年就有學者運用內容分析的方法來對於過去一百六十年以來的相關法律意見的基本資訊加以編碼、列表顯示⁵³²。就我國而言，採取判決內容來分析討論醫療糾紛訴訟中所具有的法律意見與資訊甚少⁵³³，更遑論探究法院判決心證形成之過程。因此本研究嘗試利用內容分析的方法對於我國法院醫療糾紛證據保全裁定以及醫療專庭所作成的判決為研究對象，進行分析。



第一節 醫療民事訴訟證據保全裁定

第一項 實證分析範圍與目的

我國證據保全制度於民國 89 年修正通過後，擴大了證據保全的範圍和內容。學者認為本制度修正後可以進一步保障當事人間實質平等、武器平等⁵³⁴。在

⁵³¹ Chava Frankfort-Nachmias & David Nachmias 著，潘明宏、陳志瑋譯，最新社會科學研究方法，頁 399-400 (2003)。

⁵³² Mark A. Hall & Ronald F. Wright, *Systematic Content Analysis of Judicial Opinions*, 96 CAL. L. REV. 63, 70 (2008).

⁵³³ 吳澤誠，從病患觀點探討引起醫療糾紛產生的原因與類型—以台灣法院判決資料為基礎，台灣大學醫療機構管理研究所碩士論文(2006)；黃鈺嫻，我國婦產科醫療糾紛裁判之實証研究-理論與實務之檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文(2004)。

⁵³⁴ 沈冠伶，前揭註82，頁55。

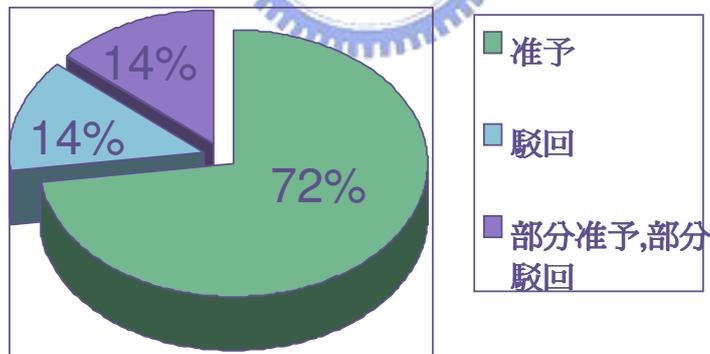
醫療糾紛中證據偏在的情形，原告更需要藉助證據保全制度來取得相關事證，並且防止證據之滅失或礙難使用。本研究以司法院裁判書檢索系統資料庫內的民事裁定作為研究對象，輸入關鍵字「醫療&證據保全」作為檢索字詞，必須要皆含此二詞彙才選取。搜尋期間為民國 89 年 2 月 2 日迄 97 年 4 月 30 日為止，乃新法修正通過到今年本研究開始進行的時點為止。除去與醫療糾紛不相關的裁定之後，得到高等法院 1 件和地方法院 24 件民事裁定，其中一件為聲請解除證據保全裁定。

此部份研究希望能夠透過對於裁定的整理與歸納，來討論醫療糾紛民事訴訟上利用證據保全制度取得證據的情形，以及所適用的法律規範依據為何，並且法院准予保全證據的內容與範圍到底為何。來檢視法律制度的修正如何影響原告蒐集證據的方式，以及證據保全制度在醫療糾紛實務上是否有其實效與功用。

第二項 地方法院證據保全民事裁定

本研究統整地方法院 24 件與醫療糾紛有關之民事證據保全裁定之後，得到的結果如下，准予保全證據的裁定的比例為 72%、駁回的比例為 14%，部分准予部分駁回的比例為 14%，以下分別就各個地方法院，以及其裁定內容進行分析。

圖 5-1 地方法院證據保全民事裁定准駁比例



從上圖可以得知，大部分法院會准予證據保全裁定，少部份則因為聲請人未盡釋明責任而遭到法院駁回，這個結果顯示出，證據保全程序未能夠作為當事人蒐集事證之保證，仍繫於法院決定，方得保全相關事證。在當事人不能獲得事證作為判斷案情之根據時，起訴乃唯一救濟途徑，這也使得證據保全制度事證開示、紛爭解決的機能落空。以下在分別就各地方法院之裁定，進行內容之歸納，探討法院准駁之理由、保全證據之範圍以及所根據之法律。

表 5-1 士林地方法院證據保全裁定

字號	抗告人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
91 聲 607	病人	醫院	部分 准予	在相對人之管領下，該證據即難謂無滅失或礙難使用之虞，為避免起訴後難以引用，致無法發現真實	全部病歷資料	368I
			部分 駁回	惟該資料與聲請人之實際醫療狀況或相對人是否涉及醫療過失之情，並無因果關係，自無保全之必要	行政公文簽註批示與董事會會議紀錄，以及與醫療管理、行政相關單位往返公文諮覆相關文件，批示記錄相關文件	

本裁定乃部份准予部份駁回，須注意的是，駁回部份乃醫療機構內行政文書、會議紀錄與公文等文件，法院認為該部分證據與判斷醫療是否有所過失沒有因果關係，無保全必要，因此駁回此部份之裁定。但，此類文件能夠作為間接證明醫療機構之管理或設備、人員訓練是否有所失當之證據，因而若原告已經盡其釋明責任時，法院應該准予此部分的證據保全，以期能取得更充足的證據發現真實，了解案情，迅速解決紛爭。

表 5-2 板橋地方法院證據保全裁定

字號	聲請人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
92, 聲, 364	病人	醫院	部分 准予	為確定病歷之現狀，避免遭篡改，而有聲請保全書證之法律上利益及必要	聲請人一切相關病歷資料	
			部分 駁回	未經聲請人釋明 其他病人之醫療護理記錄何以與其有關聯；另上述記錄、名單有何聲請保全之 法律上利益及迫切必要性 ，是均難認有保全之必要	扣押相對人九十二年一月十七、十八日值班醫師、護理人員名單、出勤記錄、所負責病人及病床分配資料，暨就所負責病人所為之醫療護理記錄部分	
92, 聲, 272	家屬	醫院	准	聲請人聲請保全劉吳鳳珠之病歷相關資料，乃將來訴訟法院審認相對人有無醫療過失責任之重要關鍵佐證，就確定該物之現狀有法律上利益	聲請人之母親全部病歷資料及檢查報告資料原本或相關電子資料	368
96, 醫, 1	病人			原告請求本院調上開附於偵查卷中之鑑定報告，所欲證明之待證事實為何，應依法具體詳為陳明，本院始能判定是否有調閱之必要。		

92 聲 364 裁定由於原告未能釋明關聯性、法律上利益以及迫切必要性，因此法院駁回值班記錄和護理記錄等證據保全的申請，就護理記錄而言，在 93 年醫療法修正後屬於病人得複製全本病歷之內容的一部份，自得聲請保全，不待原告之釋明。其他內部業務資料是否能夠保全，則有待釐清，本文認為有助於還原

事實經過之證據，法院應准予保全，又從健康資訊權的觀點，病人在醫療機構內接受診治過程中所有記錄，病人具有近用與使用之權利，因此應准予保全。96醫1裁定，認為原告未能具體詳為陳明調閱鑑定報告之必要性，法院駁回調閱鑑定報告之聲請，按證據保全程序制度目的在於保全並且開示與糾紛有關之事證，鑑定報告為醫療糾紛中最重要之證據，幾乎為法院判斷專業上事項之唯一依據，又證據保全制度並未要求具體陳明之舉證責任，法院自不得課予聲請人過重之責任，法院下裁判之理由本文令人不能夠信服，值得商榷。

表 5-3 桃園地方法院證據保全裁定

字號	聲請人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
92 聲 705	病人	醫院	准	次按證據保全制度，有事先防止證據滅失或礙難使用，避免將來於訴訟中舉證困難之功能，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。故為發揮證據保全制度之功能，乃擴大容許聲請保全證據之範圍，就確定事、物之現狀，有法律上之利益並有必要時，亦得聲請保全證據	在敏盛綜合醫院就診之全部病歷資料及檢測報告	368
91 聲 1218	病人	醫院	准	確定事實，避免竄改，應有聲請保全書證之必要，而本件聲請人苟對相對人等提起損害賠償訴訟，依通常情形應需有如上文欄所載之病歷資料等書證，方能為正確之判斷，是該病歷資料等書證自屬重要之證據方法，該病歷資料等書證既為相對人醫院持有管領中，則聲請人陳稱該病歷資料等書證有遭竄改之虞，即非全然無據，是本件聲請應予准許	聲請人與林品鈞於敏盛醫院內之病歷資料之全部	368I
91 聲 1038	病人	醫院	准	病歷資料等書證屬重要之證據方法，且該病歷資料等書證既為相對人侵權行為責任之重要認定依據，又為相對人持有管領中，則聲請人敘稱該病歷資料等書證或有滅失或礙難使用之虞，即非全然無據	聲請人於相對人就診病歷資料之全部	368
91 聲 420	家屬	醫院	准	病歷資料等書證屬重要之證據方法，且該病歷資料等書證既為相對人侵權行為責任之重要認定依據，又為相對人持有管領中，則聲請人敘稱該病歷資料等書證或有滅失或礙難使用之虞，即非全然無據	呂理仁於天主教聖保祿修女會醫院及林口長庚醫院就診之全部病歷資料	368

90 聲 1056	病人	醫院	准	證明相對人有無醫療過失之主要證據即病歷資料在相對人實力支配下，恐病歷資料滅失或遭篡改	聲請人之就診病歷資料	368
--------------	----	----	---	--	------------	-----

桃園地院有關於醫療糾紛之證據，皆准予保全。如此可認為證據保全制度修正後，確實增加了原告取得證據的方式，可以進一步消除相關事證偏在於被告而產生竄改的疑慮，證據保全制度讓人民程序權獲得保障。

表 5-4 台中地方法院證據保全裁定

字號	聲請人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
94 中 簡聲 59	病人	齒模製 作人	駁	未能釋明，證據無滅失之虞	無	
93 中 簡聲 134	病人	開業醫 師	准	證據偏在，避免竄改	全部病歷資料（含病歷、檢驗報告、手術記錄單）	368I 後段
			部分 駁回	尚未致銷燬期限，通常並無滅失或礙難使用之虞	醫護紀錄節本影本，相驗屍體證明書，支付命令，庭期通知書影本	部分 駁回
92 聲 更 2	病人	醫院	准予	經聲請人多次向相對人要求提供聲請人之就診病歷資料、各項檢驗報告（含各種 X 光片），均遭拒絕。而此相關資料，均在相對人實力支配之下，聲請人恐上開資料滅失或竄改，	全部病歷資料及所有檢驗報告（含各種 X 光片）	368I 前段
91 聲 1639	病人	醫院	准予	為相對人所持有，而此項證據資料復涉及聲請人將來對相對人提起損害賠償訴訟中，關乎相對人之受僱人有無醫療過失之應證事項。	醫療紀錄（含急診、開刀房、加護病房、普通病房住院病歷、護理紀錄、大腸鏡檢查報告、檢驗報告及其他醫護紀錄	368
91 聲 212	家屬	醫院	准予	病歷均在相對人保管中，且由其醫師所製作，聲請人對該醫療專業學問亦無所知，為免第三人之病歷資料滅失或遭竄改，造成調查證據之困難，無法正確釐清責任歸屬	全部病歷資料、各項檢驗報告、住院記錄	368I
96 醫 15	病人	診所	准予	為免資料遭竄改甚且滅失，造成日後舉證困難，而無法正確釐清責任，確有聲請保全書證之法律上利益及必要。	全部病歷資料	368I
92 聲 更 2	病人	醫院	准予	經聲請人多次向相對人要求提供聲請人之就診病歷資料、各項檢驗報告（含各種 X 光片），均遭拒絕。而此相關資料，均在相對人實力支配之下，聲請人恐上開資料滅失或竄改，	全部病歷資料及所有檢驗報告（含各種 X 光片）	368I 前段

94 中簡聲 59 和 93 中簡聲 134 駁回聲請之部分，值得討論。即在醫療法修正後，病人要求醫療機構提出病歷全本，此乃病人根據其健康資訊情報請求權所具有實體法上之權利，但法院是否能夠以原告未盡其釋明義務駁回聲請，存有疑問。在原告具有實體法上資訊請求權的情況下，應該減輕原告證據保全之釋明責任，以期能快速保全相關事證，並充分取得相關證據。我國學者亦有認為在聲請人具有資訊請求權之情況下，聲請人僅須釋明該資訊請求權，而對於是否有滅失或礙難使用之虞，不須釋明⁵³⁵，可以作為日後法院在審理此類案件的參考。

表 5-5 台南地方法院證據保全裁定

字號	聲請人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
94 南簡聲 81	病人	醫院	准	聲請人對該等病歷之現狀自有法律上之利益，為確定事實，避免遭篡改，即有保全之必要	相對人持有聲請人之全部病歷	368I
91 聲 1408	家屬	醫院	准	相對人持有之聲請人母親方沈盡前開病歷資料，因涉及相對人是否應負侵權行為損害賠償責任等應證事實之證據，聲請人對該等病歷之現狀自有法律上之利益，為確定事實，避免遭篡改，即有保全之必要，是聲請人聲請於證據保全程序，對於相對人所持有之上開證據為保全，核與民事訴訟法第三百六十八條第一項關於保全證據之規定相符，應予准許	相對人持有聲請人之母親的全部病歷	368I

台南地院兩件裁定皆准予證據保全，在原告盡舉證證明具有法律上利益、保全必要性等要件，盡其釋明責任之後，保全相關事證，避免證據遭到竄改，可以平衡證據偏在於被告的情形，以利本案訴訟中證據的提出，以及本案訴訟前案情的研判。

表 5-6 高雄地方法院證據保全裁定

字號	聲請人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
94, 醫, 1	病人	高雄長庚	准	病歷資料有欠完整有命被告長庚醫院再提出完備病歷資料之必要		

⁵³⁵ 許士宦，前揭註 103，頁 193。

91 聲 1621	病人	醫院	駁	依醫療法第四十八條規定聲請人於九十一年七月二十三日起至相對人處住院診療之就診病歷須保存十年，況且相對人為一大型公立醫院，當有完善病歷保存制度及嚴格之行政管理程序， 相對人之病歷當無減失或礙難使用之虞 ，聲請人雖主張相對人恐有篡改病歷之虞，觀諸聲請人所提出之診斷證明書均由相對人出具且均有記載聲請人所主張之前揭病症，而 聲請人並未舉證以釋明病歷恐遭篡改之虞 ；況且聲請人如有需要，亦得依相關法規請求相對人給予病歷或病歷摘要，或於訴訟程序進行中聲請調查證據即可，亦未具時間上之迫切性。		
91 聲 1671	家屬	醫院	准	相對人所持有李許冷之病歷資料，於李許冷將來對相對人所欲提起之損害賠償訴訟中，就相對人是否存有過失，或已善盡醫療告知義務之認定均有重大關係，因此如不予以保全，確有因相對人之行為，而造成減失或礙難使用之虞	相對人所持有李許冷之就診病歷資料	368I

91 聲 1621 裁定基於醫療機構對於病歷的法定保存義務，而認為沒有減失或礙難使用之虞，駁回證據保全之聲請。法院認為沒有保全證據之急迫性。就此，乃未肯定病人對其醫療記錄具有資訊請求權，因而課予原告須清楚釋明的責任。不過以此理由駁回當事人之聲請在醫療法擴大病人得請求病歷之範疇後，已屬罕見。

表 5-7 金門地方法院證據保裁定

字號	聲請人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
91 聲 9	病人	醫院	准	證據有減失或礙難使用之虞	病歷表、麻醉藥品庫存紀錄表、麻醉藥品專用處方簽，及麻醉藥品使用紀錄表等文書及紀錄	

法院准予保全的證據乃病歷、麻醉記錄和處方籤等，列舉證據保全的範圍，乃因為在醫療法修正前，並未明確規定病歷的範圍，以致於相關記錄是否為病歷所涵蓋產生了爭議，本院所准許保全之範圍，包含了病歷以及其他庫存記錄等，此類證據的保全，有助於釐清事實以及判定醫事人員之責任。

表 5-8 台灣高等法院證據保全裁定

字號	抗告人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
95, 抗, 1022	家屬	醫院、醫師	准	質疑相對人對於劉馬鴻之診療過程具有疏失，並為確定此項事實，聲請保全劉馬鴻接受檢查及治療之相關書證，應認其有法律上之利益且有必要	所有病歷資料、檢查報告、病房助理紀錄、處方單、用藥紀錄、醫囑單及其他關於劉馬鴻診療之書面資料	368

本件台灣高等法院的裁定准予保全相關醫療證據。地方法院裁定拒絕相關事實證據保全的聲請，不過就地方法院駁回的原因由於無法取得相關裁定，不得而知地院駁回理由，但是由此可以知道，地方法院並未肯認病人有資訊請求權，高等法院准許保全廣義的病歷資料，更涵蓋其他與診療病人相關之書面資料，值得贊同，法院肯定病人對於診治過程中所為一切與自身相關之記錄與資料有保全之權利，因此可以得知建立健康資訊請求權的觀念亦有助於證據保全制度的運用。

表 5-9 解除證據保全裁定

字號	聲請人	相對人	准駁	理由	保全證據範圍	法律依據
高雄地院 96 聲 872	醫院	病人	准	依民訴§376-21，保全證據程序終結後逾 30 日，本案尚未繫屬	住院期間之全部病歷資料、護理資料、申請健保費用之資料、醫生及護理人員之值班記錄	376-2 I

本件乃醫院聲請解除證據保全裁定，病歷等資料就物理上而言，屬於醫院之財產並無疑問，病人在取得相關證據之後逾期未能提起訴訟，為了保障醫院就相關卷證的權利，民事訴訟法規定文書持有人得聲請解除保全，以維護其權益。本案准予解除證據保全裁定值得肯定。又病人未起訴是否因為遲誤期間或者是在檢視了相關事實證據後，了解爭議內容、研判案情之後，考量其他紛爭解決方法，本件可以作為據保全制度發揮其解決紛爭的機能的最佳佐證。

第三項 小結

本論文對於醫療民事證據保全裁定的研究發現：首先在醫療法未修正前，病歷的範圍模糊不清，也使得法院在原告未釋明保全原因時，駁回相關的聲請；不過在醫療法修正後由於明文規定病歷所涵蓋的範圍以及病人能夠要求醫療機構提出病歷，因此駁回的情況甚少，病人得依證據保全制度取得所須之事實證據。再者，證據保全制度在醫療民事糾紛上，除了達到證據保全之目的，更有事證開示、解決紛爭的機能，讓當事人在取得證據後，研判相關爭議內容，而減少訴訟的提起。最後，在醫療法修正後，法院仍有駁回證據保全裁定之聲請，並未肯認

病人就其自身之健康資訊具有知的權利，並由於我國現行法未能居於病人的角度制定健康資訊請求權、近用權、複製權與修改權等權利，未有明確而完整的法律體系規範，也讓病人在取得相關資訊的時候，即使聲請證據保全仍有被駁回的情形。因而，建立一套完整健康資訊權利的概念，是未來可以努力的目標，配合證據保全制度，擴充當事人蒐集事證的手段。

第二節 醫療專庭民事判決

第一項 研究設計

研究者對於法院判決之內容進行分析由三個部份組成，第一為案件的選取，第二是案件內容的編碼，第三為編碼內容的分析⁵³⁶。本研究就醫療民事訴訟判決內容分析，期許能依據這樣的方式進行。首先為案件的選取，本研究由於限於人力與時間，以民國 94 年成立的醫療專庭所為的民事判決作為研究對象，一並檢視醫療專庭是否達成其成立之目的，就專業醫療訴訟具有更充足的能力進行判斷。本研究對象包含了台北、士林、板橋、台中和高雄地方法院，選取案件的時期由 94 年 1 月 1 日迄 97 年 4 月 30 日為止，共得 84 件民事醫字號判決，其中 94 年共有 45 件(94 年 1 月 1 日到 97 年 4 月 30 日)，95 年 28 件(95 年 1 月 1 日到 97 年 4 月 30 日)以及 96 年 11 件(96 年 1 月 1 日~97 年 4 月 30 日)。

再者，為案件內容的編碼，在處理判決內容的過程，本研究將判決內容分類為當事人、判決結果、爭議行為、鑑定機關、鑑定報告結果、病歷、其他書證、人證、判決理由⁵³⁷等，希望透過檢視法院判決內所出現的證據和判決結果之間的關係，來討論訴訟中出現哪些證據，是否因為當事人蒐集事實證據的方式而有不同，了解各項證據在法院判決心證形成的過程具有怎樣的影響力，尤其是鑑定報告是否左右了判決的勝負等，對我國現行醫療民事判決進行整理歸納與分析。最後是對編碼內容的分析，本研究在整理判決內容之後，希望透過簡單的初步的統計資料，來討論判決中編碼內容所呈現出來的意義與啟示。

⁵³⁶ See Wright, supra note 532, at 79.

⁵³⁷ 完整判決整理內容請參照本論文附錄 1。

第二項 醫療民事判決形式分析

第一款 醫療民事判決的案件分佈與裁判時間

本研究就近三年五個地方法院所作成的 84 件醫療專庭民事判決進行歸納之後得知，台北地方法院之案件量為最多，在大台北地區的案件量亦較台中高雄地方法院案件量為多，這樣的現象與醫療資源分布情況有關，在大台北地區有數量最多的醫療院所，案件量與醫療院所多寡成正相關。而一般認為台北都會區之病人因為教育水準以及經濟條件較佳，是否會比其他都會區之病人更有自主意識，更容易對醫療行為發生不滿意結果之後提起訴訟，本研究無法推論。其統計結果如下表所示：

表 5-10 醫療專庭民事判決案件量

	台北	士林	板橋	台中	高雄	案件數量
94	16	9	3	6	11	45
95	7	4	1	7	9	28
96	3	3	1	4	N/A	11
	26	16	5	17	20	84

另外，可以觀察到，醫療糾紛訴訟案件量，94 年的案件有 45 件、95 年 28 件和 96 年 11 件，逐年遞減，顯示了醫療糾紛訴訟通常需要經過一段時間的審理才能夠作成判決，與醫療糾紛專業性與案情複雜有關，又醫療糾紛鑑定機關進行鑑定的時程緩慢，法院須待鑑定結果方能審理，皆為醫療糾紛訴訟曠日費時之因素。

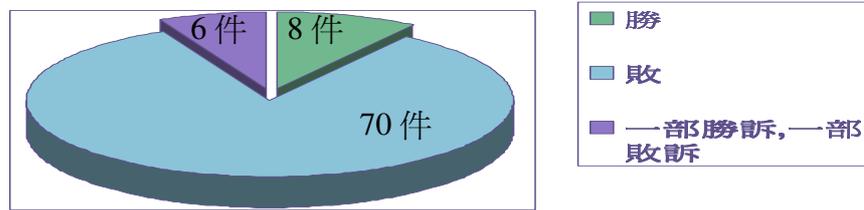
第二款 病人勝訴的比例

在 84 件判決之中，有病人勝訴僅有 8 件，一部勝訴一部敗訴則為 6 件，病人敗訴則有 74 件，其比例如圖 5-2 所示。

這樣懸殊的勝訴比例，除了醫療行為特殊性，非因醫師的故意或過失致使損害之發生，病人或家屬常因治療結果未符預期而起訴，或者是因為感情的因素，無論是否具有勝訴可能性皆一律起訴，使得病人敗訴比率明顯的高出許多。另外，在醫療糾紛發生後，醫療機構內部會先行討論案情，釐清醫療糾紛發生之原因以及因應對策，也使得醫方勝訴比率高出許多。至於病人獲得勝訴判決的情形，例如醫師之醫療行為雖有明顯過失，亦不否認其過失，但是因為關於和解賠償金額無法達成合意，在此情況下，病人雖得到勝訴判決，惟賠償金額仍由法院

酌定之。

圖 5-2 病患方敗訴案件數量統計



本研究結果發現，目前醫療民事糾紛之趨勢為病人主張契約之附隨義務即告知說明義務等，得到勝訴判決，像是台北地方法院 95 醫字 19 號、95 醫字 27 號判決，乃醫師違反告知說明義務，法院就契約責任判醫師賠償病人所生之損害，病人主張契約責任作為民事賠償之依據較其他情況更易獲得勝訴判決。

第三項 醫療民事判決內容分析

第一款 判決所採用的證據類型

本研究將 84 件民事判決中所採用的證據，分為以下種類：在機關鑑定的部份共有 63 件採用，其中若干案件中有重覆鑑定的情形，本研究簡化研究，僅以一件計算；病歷則有 69 件判決在理由中採用；其他書證包含了護理記錄和醫學文獻等，則有 60 件採用；人證則有 17 件判決採用作為法院心證形成的依據。參考下表內容：

表 5-11 醫療民事判決法院所採取證據方法之比例

證據種類	機關鑑定	病歷	其他書證	證人
案件數量	63/84	69/84	60/84	17/84
比例	75%	82%	71%	20%

機關鑑定幫助法院對於專業上事項不知，進行了解與判斷。在 84 件判決之中，有 75%的判決採用機關鑑定作為建立注意義務標準的方式。現行主要的鑑定機關有行政院醫審會、法務部法醫研究所、還有各大醫學中心等。我國未有專家證人制度，其中所涉問題與爭議可參考本論文第二章內容。惟研究者向法官進行深度訪談得知，法院允許醫療糾紛中雙方當事人合意選定鑑定機關。

病歷作為醫療糾紛最重要的證據，在法院心證形成的過程中，作成判決理由

理當採用病歷作為判斷依據，惟採用病歷的比例為 82%，這或與法院在醫療糾紛中重度依賴鑑定報告有關，由於鑑定報告的作成僅依據病歷等書證，法院有時候會僅僅引用鑑定報告結果作為其判決之依據，而未再行考量病歷的內容，法院未參酌其他證據僅以鑑定報告作為判決心證形成之唯一根據，人民對於法院應斟酌全辯論意旨及調查其他證據來判斷醫療糾紛所涉事實的期待有違，因此對於囑託鑑定的證據能力及證據證明力方面，亦宜依法從嚴斟酌取捨，不宜照單全收⁵³⁸。

其他書證亦為醫療糾紛中重要證據，護理記錄與其他醫事人員的記錄可以作為判斷是否具有故意過失因果關係的重要證據，醫學文獻可以建立在系爭案件中注意義務的標準為何，提供法院知悉系爭案件用以判斷責任歸屬之醫學常規。在判決中出現醫學文獻作為論理依據的案件非常之少，顯示出我國法院在考量醫師的照護義務之標準，大多還是以鑑定報告為依歸，亦有可能是因為當事人之律師沒有能力或疏於蒐集整理相關醫學文獻。惟原告及律師在建立醫療照護標準時，醫學文獻和醫學常規的提出，亦能夠發揮很大的影響力，因為常規的建立對於醫師是否應該負責具有決定性的關鍵。

醫療民事判決採用人證作為判決理由的情況很少，僅有 20% 的案件法院有考量證人證言的內容。這或與醫療糾紛內容有關係，例如在醫師開錯藥的情形，可能無法找到一個證人來作證說醫師開錯藥。不過人證作為我國民事訴訟法上五種證據方法之一，在多數的情形，例如手術、告知說明義務等，除了被告醫師之外，其他在場證人能夠作為還原事實真相之證據方法。因此原告及其律師可以致力尋求證人作為其證據方法證明損害的發生，或者利用鑑定證人作為訴訟上提供法院專業醫學意見之證據方法，亦能夠有效地影響法院心證之形成。

本研究就 84 件民事判決進行分析歸納整理，除了探討法院心證形成過程所採用之證據方法之外，摘錄了判決的當事人、爭議事實、判決結果、鑑定意見、鑑定機關、病歷、其他書證、人證、判決理由以及是否上訴。其中將病歷獨立於書證之外乃因為病歷為醫療糾紛訴訟中最重要之證據，由於篇幅龐大，將本研究整理結果請參考本論文附錄部份。

第二款 鑑定意見與判決勝敗之關係

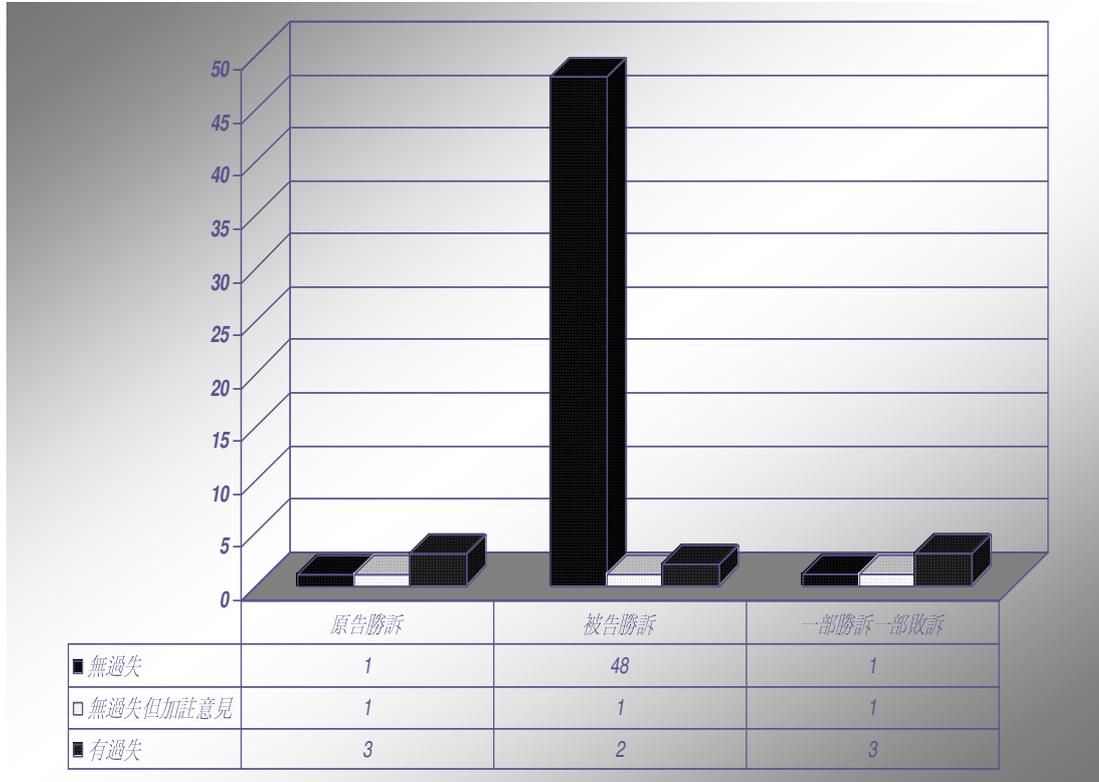
我國學者多有認為在醫療訴訟中法院高度按照醫學鑑定意見判定醫療過失之有無，讓人覺得法院在醫療案件中都躲起來了⁵³⁹，亦有認為法院不應該照單全收鑑定機關之意見，究竟法院是否重度依賴鑑定報告來形成心證作成判決，本研究從判決結果勝敗和鑑定結果的關係觀察之，把訴訟勝敗分為勝訴、敗訴以及一

⁵³⁸ 李聖隆，談醫療訴訟的司法改革，律師雜誌，第 308 期，頁 2 (2005)。

⁵³⁹ 陳聰富，「醫療法制論文研討會」，月旦民商法雜誌，第 20 期，頁 172 (2008)

部勝訴一部敗訴，將鑑定意見分類為無過失、無過失但加註意見以及有過失，將所選取 84 件判決分類之後，其結果如下圖所示：

圖 5-3 鑑定意見結果與訴訟勝敗之關係



鑑定結果無過失，原告勝訴。本件為高雄地院 94 醫 9 號判決，在本判決之中雖然鑑定結果醫師乃無過失，惟法官依民事訴訟法第 277 條但書將舉證責任倒置，平衡兩造當事人之能力，認為由原告舉證則有顯失公平，被告醫師無法舉出反證證明其系爭醫療行為未具有過失，因而判決原告勝訴，

鑑定結果無過失，被告勝訴。在此情形，法院多採信鑑定結果，判決原告敗訴，鑑定結果無過失與被告勝訴之間的關係呈現高度正相關，就此，可謂在現代專業型糾紛中，由於法院無法窮盡所有的知識，因此大多尊重且採用鑑定的結果作為其論理之依據。鑑定結果有過失，原告勝訴的情形，亦可以作為推論法院高度重視鑑定報告結果的依據。上述結果顯示，鑑定報告乃醫療糾紛訴訟中最具決定性地位之證據方法，惟現行機關鑑定制度有不透明以及侵害當事人訴訟權之虞，亦有討論改進之空間。

鑑定結果有過失，被告勝訴。這兩件判決分別為高雄地方法院 95 醫 6 號和 95 醫 9 號判決，之所以判決被告勝訴的原因，是由於被告與原告在庭外已有和解的協議，因此認為原告所受的損害已被填補，僅為和解金額不能達成合意，法

院因此判決原告敗訴。

第四項 小結

本節實證研究對於 84 件醫療專庭民事判決法院得到心證的理由進行分析，對於在判決中所採用的證據分類，透過如此的整理與分析，可以得到鑑定報告結果對於法院心證的影響甚大，病歷、各項記錄和醫學文獻等書證，亦為判斷過失與因果關係之重要證據，惟就醫學文獻而言，原告甚少提出，這也造成了訴訟勝敗結果懸殊的情況。就人證而言，亦為判斷爭點事實的重要證據，我國醫療糾紛中甚少採用人證作為判斷責任之證據，這或與醫療糾紛案件類型與爭議內容有所關聯，但仍建議醫療糾紛訴訟當事人向法院提出人證作為證據方法，尤其是鑑定證人的運用，如此可以避免醫學專業知識成為法院審理判斷醫療糾紛之阻礙。

本研究試圖從程序法的角度切入法院心證形成的過程，了解醫療糾紛中所涉證據的種類以及其影響力。雖然常常會因為資料選取、研究設計以及統計分析方法的運用而限制了實證研究的結果所能推論出之看法與結論，即便有這樣先天與結構性上的限制，運用實證研究方法仍然增強且補足了傳統法學研究之不足⁵⁴⁰。本研究亦朝上述目標努力，在分析醫療民事判決後，認為在越多的證據，越有可能貼近事件真實的原貌的假設之下，我們應該賦予病人更多蒐集證據的手段以及在判決中考量各種證據，以期在醫療民事糾紛訴訟中，可以達成武器平等實現當事人的程序平等權。

第三節 質性研究深度訪談

第一項 研究設計

本論文實證研究的另外一個部份採取質性研究方法，採取半結構式的深度訪談，利用較寬廣的研究問題作為訪談依據，並且設訪談指引作為訪談時的架構，優點為受訪者認知感受較真實的面貌呈現⁵⁴¹。目的在於透過訪談法界與醫界的專

⁵⁴⁰ Michael Heise, *The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819 849 (2002).

⁵⁴¹ 林金定、嚴嘉楓、陳美花，「質性研究方法：訪談模式與實施步驟分析」，身心障礙研究，第 3 卷第 2 期(2005)。

業人士，透過他們專業知識與實務經驗，了解關於醫療糾紛發生原因、醫界對於病歷與鑑定制度的看法，司法審判實務運作的情形，以檢視本研究提出之假設、解決方法之實效，以及受訪者對於本研究之建議與批評。

本研究首先提出訪談大綱⁵⁴²，由研究者基於本論文所提爭點設計三個大方請受訪者回答。第一個方面為醫療糾紛產生的原因、醫療糾紛中的證據和證據蒐集等問題，還有醫界人士對於一般人就病歷有遭竄改之虞的看法。第二部份為醫療糾紛鑑定機關的腳色、現行運作狀況以及其缺失、可以改進的地方。第三個部份是有關於健康資訊權的建立，是否對於醫病關係的和諧有所助益。本研究受訪對象的背景資料如下表所示：

表 5-12 受訪者名單、職業背景與受訪時間

受訪者	職業背景	訪談時間
D1	內科住院總醫師(未具法學背景)	2008年4月29日 20:00~21:30
D2	外科主治醫師(具有法學背景)	2008年5月10日 14:00~15:30
J	高等法院法官(曾任醫療專庭法官)	2008年6月6日 9:30~10:30

深度訪談進行的方式為由研究者根據訪談大綱提問，再由受訪者根據問題回答，訪談過程中受訪者針對問題自由表示意見與看法，研究者對受訪者所提意見，再深入提出問題討論。在訪談開始前，徵求受訪者同意，全程錄音進行，三位受訪者皆願意接受錄音。在訪談結束後，研究者根據錄音內容，建立逐字稿⁵⁴³，將所有訪談的口語資料、情緒反應及其相關訪談情境付諸於文字表達，建立完整詳細的逐字稿⁵⁴⁴，逐字稿完成後，著手進行資料的分析。在瀏覽整篇逐字稿後，歸納整理出與本研究相關之部分，希冀能夠借助受訪者實際經驗的分享與專業意見的提供，讓本論文所欲研究的目的，能有更清楚、更全面的觀點。

第二項 醫療糾紛的類型與證據資料的取得

第一款 醫療糾紛類型與成因

⁵⁴² 訪談大綱請參閱本論文附錄 2。

⁵⁴³ 完整逐字稿請參見本論文附錄 3。

⁵⁴⁴ 林金定等，前揭註 541，頁 131。

醫療糾紛類型與成因，因醫師專業科別之差異而有不同的態樣，在外科醫師常面臨的糾紛為手術失敗或者是預後不佳，內科醫師則為開錯藥、劑量不當，藥物不良反應等情形。另外民事案件中，可以將醫療糾紛區分為技術性的問題和告知義務的違反等情形，分別以侵權行為責任與契約責任請求之。在各類糾紛中，所涉及的證據也有不同，隨著案件類型的不同，各種證據方法的重要性也不相同，在進行蒐集證據時需要注意的地方。

“怎樣的行為會造成過失... 大部分都是因為我們住院醫師很忙碌，有時有可能產生一些過失的話，是說有可能醫囑有可能會下錯，因為一次要處理的病人數量太多，有可能有時候病歷原來是要開給甲然後可能就給到乙了”⁵⁴⁵

受訪者 D1 點出目前醫界業務量過重的現況，隨著健保的推動，醫療資源不再稀缺，卻也讓醫療機構為了節省成本，使得醫事人員必須常常輪值大夜班，業務量繁重讓疏失行為更容易發生。

“醫療糾紛大概可以分為兩類，一種是關於技術性的問題，例如說醫院或醫生沒有遵守什麼 SOP，就是所謂醫療常規、標準作業程序，該做什麼而沒做，所以就有過失，那造成病患的損害，這是一類，那這種案子法院審理必須去調查他們的標準作業程序是什麼，醫療常規是什麼，這樣才有辦法了解有什麼注意義務而未履行；另外一類案子我認為是屬於告知義務的違反，告知義務的違反，我認為並不會涉及到醫療常規的違反，而是涉及到，我自己認為是說，根據醫療契約債之本旨，醫院做為契約當事人，他應該要有什麼告知義務，我認為這就是法律上面的價值判斷。”⁵⁴⁶

受訪者從法律的角度出發，將醫療糾紛分為兩大類，首先是關於系爭案件醫療行為是否有違反醫療常規和注意義務，另外一類則是告知義務，屬於契約法上責任歸屬之問題。

第二款 對於病歷修改的看法

在醫療糾紛中常被關注與討論的問題就是有關於病歷修改的問題，也就是醫師到底能不能修改病歷，病人擔心醫師竄改病歷的疑慮是否真的存在？並且對於病歷的修改我們應該採取怎樣的態度來消除武器不平等的情況。

“有時候有些東西 病歷其實是可長可短的，有時候我們比較忙的時候，會比較記住

⁵⁴⁵ 受訪者 D1 訪談內容。

⁵⁴⁶ 受訪者 J 訪談內容。

到我們有觀察到比較異常的變化，這樣子，然後事實上，很多正常的現象，我們不見得每個都會去註記，因為這樣註記的話，你要從頭描述到腳都是正常的話，會篇幅會很大，所以有可能我會去註記，我使用這個藥物之前，正確描述，我確實是有評估過，他並沒有不能使用這個藥的禁忌 我會去註記這方面的”⁵⁴⁷

受訪者 D1 認為要求醫師從頭到尾記載問診過程與病人主訴等是沒有辦法期待的，加上醫師工作業務量繁重，不太可能期待醫師不去修改病歷。

“為什麼我們說這醫療常規這是我們要求去修改病歷 它的原因應該是這個樣子 所以分做兩個點，第一點就是說 下面的醫師他可能沒有真正抓到重點 所以他的記載可能有錯誤 第二個時候 就是說我們會有這樣的時候 教給下級醫師的一些指導 讓他從 case 中來學習 這個東西是這樣 也就是說 這個修改病歷本身在醫界是一個非常非常常見的 這個動作本身 並沒有特別的對錯 而是說 你到底有沒有把 沒有做的事情 寫成有做 或者是做的事情 寫成沒有做，是這個問題。剛才我有特別提到過 我說 修正你一些業務上的文書 這個 應該不限於醫界”⁵⁴⁸

D2 則認為，病歷的修改有教學研究與評鑑的目的，這對於訓練下級醫師是相當重要的教學過程，受訪者 D2 指出，醫師修改病歷有持續照護的目的、教學研究的目的、醫學評鑑的目的等，並且認為只要是符合事實的修改，並無任何不妥。況且就業務上文書的修正修改，是各行各業都有的情況，不僅止醫界有這樣的問題。

“那麼就病歷的部分，我倒是認為，處理上病歷的部分倒是沒有這麼關鍵，為什麼？因為如果說，在技術性的部分，醫院該做的而沒做的部分，他就算是病歷有偽造對他也沒有幫助，你該開刀而未開刀，這種事情是不可能去偽造病歷的，不可能偽造我在哪一天有開刀，這是不可能的。那麼你說手術之後你已經檢查過取出所有的紗布，你病歷這樣子做，但是檢查的結果明明肚子就是有一塊紗布，你病歷記了也沒有用。在這種情況下，我認為病歷的重要性並沒有那麼關鍵；那麼在違反告知義務的部分，就算病歷上面說醫生已經盡告知義務，但是這只是一種文書，文書的真正如果原告否認的話，被告要盡舉證責任，那被告要怎樣舉證證明文書的真正，那他就要提出證人。所以我認為說病歷就算是虛偽的、不實在的，並沒有那麼關鍵，因為還是有辦法可以破解，就病患來說還是有其他方式，法院還是可以調查。”⁵⁴⁹

受訪者 J 亦指出，病歷的竄改對於法院判斷事實的真偽並無太大的影響，因為法官可以透過訴訟制度對於當事人交互詰問，而得到真實的情況。這顛覆了一

⁵⁴⁷ 受訪者 D1 訪談內容。

⁵⁴⁸ 受訪者 D2 訪談內容。

⁵⁴⁹ 受訪者 J 訪談內容。

般認為修改病歷是不公正不正義的觀點，也了解到病歷的修改有其他相關法律的規範可以做為制裁。本文亦在贊同這樣的觀點，不過在我國民事訴訟法採行當事人提出主義、辯論主義的前提下，有多少法官願意花時間精力詳為闡明、指導當事人蒐證的方向，仍有疑問。但是，筆者深信，必有相當多數令人尊敬的法官願意和當事人一起探尋法與事實之所在，在此情況下，病歷的竄改自未能影響訴訟結果之正確。

第三項 醫療糾紛鑑定機關

現行醫事糾紛鑑定機關除了積案嚴重、審理緩慢之外，由於不公開審理的制度、不接受交互詰問、不主動蒐集事證以及僅憑囑託機關所提事證為判斷，為人所詬病。另外法院詢問鑑定機關的事項失當，導致鑑定機關無法清楚明白知道法官所欲詢問的事項，也有將法律上構成要件判斷交由鑑定機關認定的批評。

“法院他都是把他要判決的構成要件 列在問題裡面 但是醫師在寫鑑定報告的時候 他並不了解 他到底想要問什麼 所以我們醫師有時候寫的那個回函 都會寫的很模糊 那我覺得法院也不一定套的進去 阿 因為我記得以前她都會問我說 ㄟ請問一下 這樣的一個那個傷害被刀砍 車禍阿 然後那他到底能不能 這個 恢復正常功能阿 會不會有什麼東西 但其實我們不太曉得說 他到底 他原來是在問說這個東西是造成傷害還是重傷害 那就是我們後來才知道他在問這個問題嘛 到底能不能說這個難以回復拉或者是什麼東西 可是對醫生來講 醫生也不太知道說這個東西是不是難以回復或者是所以我覺得這個醫師的回答 跟法官要的東西 是有一點點落差 然後 第二個就是說醫師對他不太了解法院意圖的東西 他有個傾向 就是會寫的非常地模糊 所以我覺得是不是法官看到這樣的一個詢問或者是詢問回答或者是報告 不曉得他們能不能用這樣子⁵⁵⁰”

受訪者 D2 指出，法院囑託鑑定所詢問之事項，不被鑑定醫師所了解，也因此鑑定醫師會以模糊的文字來因應其所不了解法院的意圖，而當法院收到鑑定結果的時候，卻又因為模糊的意見而不知道是否能夠採用本次鑑定結果。

“法院要如何運用鑑定機關取得法院進行判斷所需的專業意見，就是我剛剛所說的，以我的立場來說，我囑託鑑定我要的就是這兩個，第一個我要知道醫療常規是什麼，第二個我要知道以他們的專業判斷，醫生這樣做到底有沒有履行他應該要盡的義務，所以這裡提到說學者批評法院將構成要件該當性交由鑑定機關鑑定而認為不對，基本上這個看法我是贊成的，構成要件該當性這應該由法院判斷的，所以鑑定機關只要告訴法院說，醫療常規是什麼，依照他們專業的認定認為這個醫生有沒有履行他的

⁵⁵⁰ 受訪者 D2 訪談內容。

義務，這樣就夠了，他告訴我他們醫生認為如何，但是這樣的結論是不是符合法律上價值判斷，這個部份是憲法給我的權力，所以我也可以推翻醫療鑑定結果，當然，因為這是我的權力，我從法律上的價值判斷，那麼至於說鑑定意見跟判決勝敗結果會成高度正相關的情形，這是一定的，因為這是我們需要依賴專業的判斷，因為各有各的專業，學法律的人，尤其是法官，我不可能同時又懂建築又懂醫療，我還要會算倒會的錢，我不可能，所以這個鑑定意見對我來說有重要的價值，但是我們現在說鑑定機構有限導致訴訟延宕，改進的方式，其實我都認為應該加重當事人的舉證責任，恩，舉證責任不能加重，這是依照法律的規定，就是說，加重當事人促進訴訟的義務，當事人不可以一進法院就兩手一攤說剩下就是你法院的事，然後法院因為鑑定結果很慢就說都是你法院的不對，你當事人有協力的義務，如果當事人可以，尤其是原告，如果他的律師可以去取得相關有力的證據的話，其實也未必需要鑑定，要看情形，看具體的情形，那我認為是這樣子⁵⁵¹”。

受訪者 J 亦認為鑑定機關應該負責專業意見的提供，醫療常規的鑑定，致於法律上構成要件的判斷則為憲法賦予法官之權利，法院亦能夠推翻鑑定意見。又指出，現行醫療糾紛之當事人未能盡其促進訴訟之義務，證據的提出悉由法院為之，亦即原告之律師沒有能力質疑鑑訂報告之缺失，也疏於提出其他醫學文獻等資料，作為法院判斷之證據。我國律師素質若未能分科專業化，這樣的情況或許一直無法解決，律師能力的提升亦為協助當事人蒐集證據、促進訴訟之重要的一個環節。



第四項 健康資訊權

在健康資訊權的部份，受訪者 D1 和 D2 皆肯認健康資訊權的建立，肯認病人可以對自身健康資訊具有近用權、檢視複製的權利，是有助於醫病關係的改善，減少醫療糾紛發生。不過受訪者 J 則認為這樣的修正不會有助於醫療糾紛的減少，因為病人之所以會要求取得病歷等健康資訊乃是基於起訴的目的，對於醫療傷害的產生，家屬需要有合理的交代，不會因為了解醫療診治的過程就減少訴訟的提起。

“就目前所知絕大部分的一些醫療訴訟都是因為溝通不夠充足 病人對他自己實施這項治療處置有可能產生的一些後果了解的度不一 有可能是因為教育程度的問題 有可能是當時危急 這樣子 他意識狀況不清楚 或之後結果不恰當 那邊 他只聽進去他想要聽的 沒有聽進去副作用這方面的事情 所以 如果可以讓雙方可以更加了解自己本身狀況 他願意承擔這方面的後果 當然是會有助於減少醫療糾紛的產生 基本上最實在的例子就是像 手術同意書 以往有一些手術糾紛 就是因為 基本上 大部分的

⁵⁵¹ 受訪者 J 訪談內容。

醫療官司都是因為發生了非預期的事件 如果能有書面的一個證據 顯示說 像手術同意書所告訴病人有可能會對麻醉藥產生一些過敏的狀況 當然是會有助於醫療官司的減少。⁵⁵²，

“醫療糾紛就是發生很令人難以接受的情形，本來人是好好的走進去，結果是躺著出來，沒有人可以接受，如果醫院與醫生的姿態又很高，那就會有糾紛，所以這個時候你說病歷讓家屬去取得、複製，當然是 OK 啦，你說修改會減少糾紛嗎？我認為不會，因為其實病歷對他來說他也看不懂，我們都看不懂，你要那病歷的目的就是要打官司，所以那只是一個證據方法，我認為在我覺得這是人性，這是可以體諒的。家屬沒有得到一個合理的交代、說法的時候，他是不會就這樣子就算了。⁵⁵³，

就上述受訪者意見而言，筆者亦不否認許多醫療訴訟提起乃基於情感上因素，不過，對於自身健康資訊的了解、近用與利用，對於蒐集證據而言有相當大的幫助，在取得事證後，當事人得研判提起訴訟之實益，也尋求其他專業諮詢，對於解決紛爭亦有相當大的裨益。而從受訪者 D1、D2 的意見可以得知，醫界人士亦贊同病人對於自身健康資訊有知悉與利用的權利，顯示出醫界並不排斥將其所為之業務記錄文書提供給病人讓其了解文書上所載訊息，與病人共同討論病情、處置，對於自身健康資訊有更充分的瞭解能夠促進醫病關係的和諧。

第五項 小結

本研究所進行的深度訪談，訪談所得到的資料已經建立了詳實清楚的逐字稿，限於篇幅，本研究僅就與論文研究有關之部分進行整理、分析和論述。透過訪談真實的呈現得知司法與醫學人士對於醫療糾紛、鑑定機關與健康資訊權的看法，讓本論文研究問題的假設有著更深入的體會與思索。

⁵⁵² 受訪者 D1 訪談內容。

⁵⁵³ 受訪者 J 訪談內容。

第六章 結論與建議

第一節 研究發現

本研究從序論開始，討論研究的問題、動機、範圍、方法和目的。在我國訴訟法學者經常將醫療糾紛訴訟舉例作為證據偏在、當事人間訴訟實力不平等、武器不平等的最佳教科書舉例說明。但甚少研究在醫療民事糾紛中當事人如何運用程序法與實體法上的制度，自主地蒐集證據、了解紛爭的內容。是否醫療糾紛確有資訊不對等的情況存在，而對此問題在我國制度下如何因應並且解決之。乃啟發了本研究進行之動機，以此作為假設探討在醫療糾紛證據蒐集的情況下，當事人所遭遇到之制度上以及實務上之難題，本研究發現如下所述。

第一項 醫療糾紛訴訟確實存有證據偏在之情形

醫療糾紛訴訟中所涉及之病歷以及各項記錄，乃作為醫事人員業務上記載，有形之記錄文件偏在於醫方手中，又透過深度訪談得知醫師修改病歷亦屬常見情形，除了因業務繁忙、急迫情形須在稍後方能記載之外，亦有主治醫師教學、配合主管機關評鑑等教育上、行政上之目的所為之修改。

第二項 證據保全制度在醫療糾紛之運用

本論文實證研究的結果發現，我國證據保全制度修正，有助於當事人進行證據的蒐集。醫療糾紛最重要的證據方法為病歷、其他記錄與檢驗報告等，在醫療法對於病歷取得相關未修正前，我國法院以未能釋明保全原因以及保全必要性駁回當事人之聲請，惟在醫療法對於病歷所涵蓋的範圍有較為明確的規定，並且賦予病人得要求醫療機構提出病歷之後，大多數聲請醫事證據保全的案件皆獲准許。這也證明了，法律的修正深深地影響了人民依法律途徑解決紛爭的方式。就此亦能夠作為程序法與實體法交錯適用，擴充了當事人蒐集證據之手段的最佳例證。惟證據保全裁定欠缺強制力，僅於本案訴訟上對拒絕提出事證之當事人為不利之心證，當事人擔心依循民事救濟途徑，無法取得完整事證，只好採取刑事追訴手段希冀檢察官強制處分權的介入，這樣也讓證據保全制度證據開示、了解案情、解決紛爭的制度機能無法發揮。

第三項 醫療糾紛鑑定制度之缺失

行政院所頒布之醫療糾紛鑑定作業要點規定醫療糾紛鑑定機關不公開審理、不接受交互詰問，不主動蒐證等疑慮，亦造成當事人對於醫療鑑定結果不信賴，重複鑑定造成司法資源浪費。又鑑定機關所採用的醫療常規為何，悉以初審醫師之意見為主，有過於主觀之嫌，因為在複審階段，其他鑑定委員或因專業科別不同、或因審理時限之故，是否能夠充分表達意見，抑或僅為形式上副署，亦無任何記錄以供評判。

第四項 法院重度依賴鑑定報告

法院重度依賴鑑定報告，對於機關鑑定之意見幾乎照單全收，雖然在專業領域中專家意見的諮詢乃屬必須且必要，但在醫療糾紛中有法院僅以鑑定報告結果作為支持判決理由之唯一依據，例如士林地院 96 年醫字第 4 號判決，法院心證形成理由悉以鑑定報告內容作為論理依據，更駁回原告傳喚證人之聲請，如此審理過程，令人質疑法院是否善盡其憲法上職責。另外，法院詢問鑑定機關之問題過於模糊，導致醫學專業人士無法具體回答，亦以模糊的鑑定意見，造成重複鑑定的情形，更有甚者，法院詢問鑑定機關被告是否有過失、是否造成重傷害等問題，更有將審判權讓渡予鑑定機關之批評。

第五項 健康資訊權法源位階過低

我國現行醫療法雖有規定病人得要求醫療機構提出病歷，但是在有故時醫療機構可以拒絕或拖延提出，並未居於病人具有知悉自身健康資訊之權利的角度制定。又我國醫療法並未規定醫療機構應於一定時間內提出病歷予病人，造成了病人取得病歷之阻礙。主管機關雖有頒布作業要點及函釋要求醫療機構於一定時間內提出病歷予病人，並且規範合理費用之收取，上述行政命令的頒布值得贊同，惟法源位階過低，並未肯認當事人具有健康資訊請求權，亦無從於訴訟程序上主張請求之，又主管機關是否盡到監督管理之責，亦令人存疑。在醫療人權的權力體系下，應將健康資訊權位階提升至法律之地位。

第六項 實證研究成果

在證據保全裁定的部份，本文觀察到實體法規定如何影響民事訴訟制度的運作，在醫療法修正後，聲請醫療糾紛證據保全的裁定減少，這也表示實體法近用

自身健康資訊規定的修正，將對於病人蒐集證據、保全證據有一定程度的效果。在醫療專庭民事判決的部份，分析了判決心證形成所參酌的證據種類，鑑定意見如何影響了訴訟的勝敗，法院甚少採用人證、勘驗作為證據方法。在深度訪談方面，了解了醫療紛爭的類型、病歷修改對於訴訟勝敗未居於關鍵的地位，以及法院在審判過程中，非僅以鑑定意見為依歸，當事人負有訴訟促進義務，準備並提供相關醫學文獻、醫療常規標準，影響法院的心證。又律師專業能力欠缺與怠惰，未盡其協助當事人調查蒐集事證、盡其舉證之責，而將調查證據責任丟給法院，亦為原告勝訴率超低的原因。

第二節 研究建議

第一項 證據偏在之疑慮須透過法律規範消彌

證據偏在、資訊不對等的情況，不僅止於醫療糾紛中發生，各項業務記錄偏在他造乃事理之必然，。關於醫療糾紛中病歷的修改與取得的疑慮，能夠透過法律制度的修改讓當事人之間處於較為平等的地位。透過醫療倫理法律、刑法偽造文書的制裁，違背於事實的虛偽記載應受到追訴懲罰，並且賦予當事人實體法上健康資訊請求權，取得近用、檢視與複製的權利，配合證據保全以及假處分制度，病人得據以作為請求標的聲請保全相關事證，此時法院不須檢視保全必要性、保全原因等要件，病人僅須釋明其實體法上請求權存在，即應准予保全相關醫事證據。

就得保全事證之範圍，可以參考美國法醫療糾紛中事證開示的相關規定，像是醫病特權的運用、在事件發生接近時點業務記錄的開示性、非當事人醫療記錄在除去可辨識之個人資訊後得以開示，甚至於是同儕審查報告的內容的開示，上述法律原則亦可以作為法院判斷是否准予證據保全裁定之審酌標準。

第二項 善用鑑定證人補充機關鑑定之不足

由立法者經由立法政策的討論，綜合各項社會經濟因素對於現行醫療糾紛鑑定制度進行通盤的檢討，例如作成鑑定意見之鑑定委員到庭陳述接受交互詰問，當事人得取得鑑定過程討論記錄等，減少鑑定機關黑箱作業之擔憂。並且可以參

考美國法醫療糾紛中事證開示制度，採取專家證人，由專家證人在個案中建立系爭醫療處置所應具備的照護義務標準，接受交互詰問，專業背景的認可等，讓當事人可以清楚知道醫學專業爭點究竟為何。

就本論文實證研究可以發現，醫療民事判決中採用證人比例過低，若能善用鑑定證人在訴訟中提供專業意見的功能，不僅能夠讓當事人得直接進行交互詰問，亦能夠紓解現行鑑定機關龐大案件數量的壓力，更讓醫療糾紛可以迅速經濟的解決，讓當事人願意以司法救濟途徑解決，而非採取抬棺抗議等不理性之解決途徑。

第三項 鑑定機關僅就事實提供專業意見

法院在囑託鑑定時，應將詢問之問題限於事實的判定，而非將法律上構成要件委由鑑定機關判斷，問題應該清楚明確，以醫學上之觀點詢問之，例如不應該詢問病人是否構成重傷罪，而應該詢問病人是否沒有辦法走路或者開車等較為具體之問題，鑑定機關回覆後，法院以憲法賦予之職權認事用法，進行法律上判斷。

現行醫療糾紛鑑定機關成員是否應該有三分之一法律專業及社會公正人士，亦值得進一步討論修正，本文認為，應該讓鑑定機關回歸到事實的判斷，專業意見的提供，至於法律上公平正義的追求與社會價值的衡平，應留待訴訟上自由獨立、超然、中立之法院進行評價。

第四項 健康資訊權之重要性

我國對於病人健康資訊醫療記錄未有完整全面的規範，相關行政規範法源位階過低，也造成了病人自主蒐集相關記錄之不易。美國法上不論是 HIPAA 或是各州州法對於病人近用自身健康資訊皆有清楚且完整的規範，法律明文規定健康資訊醫療紀錄所涵蓋的內容與態樣、醫療機構必須在一定時期內提出相關記錄給病人，否則可能會受到民事或刑事的制裁，這些規定都是我國所欠缺的。

又我國僅以行政規則或作業要點的法律位階來規範病人能夠近用、複製權限，以及相關費用的負擔。法源位階過低，造成醫界人士不肯正視病人之健康資訊請求權。因此本文建議應該法律位階制定相關規範，短程可以明定於醫療法之中，長程能夠將健康資訊請求權納入醫療糾紛處理法之中，使健康資訊權乃病人得以主張之法律上權利。

綜上所述，從本論文實證研究發現，賦予原告更多手段來蒐集相關事實證據，有助於獲得勝訴的結果，現行制度尚有改善的空間。原告律師應該更盡其職責以協助原告取得勝訴判決。最後完整健康資訊權制度的建立，可以改善醫病關係，並且作為原告取得健康資訊醫療記錄的方法。正如同美國學者所言，因為醫療機構對於受到醫療傷害的病人，提供給他想要知道的資訊太少了，這也就是為什麼病人要提起訴訟想要了解傷害發生如何發生⁵⁵⁴。讓病人了解其健康資訊以及所接受的治療，除了可以減少糾紛的產生，更有助於實現病人自主權以及人性尊嚴的崇高價值。



⁵⁵⁴ TOM BAKER, THE MEDICAL MALPRACTICE MYTH 159 (2005).

參考文獻

一、中文書籍

- 1.Chava Frankfort-Nachmias & David Nachmias 著，潘明宏、陳志瑋譯，《最新社會科學研究方法》，韋伯出版社(2003)。
- 2.JACK H. FRIEDENTHAL, MARY KAY KANE & ARTHUR R. MILLER 著，夏登峻等譯，《民事訴訟法》，中國政法大學出版社(2003)。
- 3.吳志正，《解讀醫病關係 I—醫療契約篇》，元照出版(2006)。
- 3.李仕春，《民事保全程序研究》，中國法制出版社(2005)。
- 4.邱聯恭，《口述民事訴訟法講義(三)》，自刊(2003)。
- 5.邱聯恭，《程序利益保護論》，自刊(2005)。
- 6.邱聯恭，《程序制度機能論》，自刊(2002)>
- 7.高添富，《醫師如何面對醫療糾紛》，婦產科學會(2002)>
- 8.郭兩嵐、范曉玲著，《專利侵權之證據保全與保全程序》，經濟部智慧局(2007)。
- 9.陳志忠，《個人資料保護之研究—以個人資訊自決權為中心》，司法院(2001)。
- 11.植木哲著，冷羅生等譯，《醫療法律學》，法律出版社(2006)。
- 12.黃丁全，《醫事法》，元照(2000)。
- 13.黃書苑，《定暫時狀態假處分之研究-關於勞工事件及公司事件方面》，司法院(2005)。
- 14.黃國昌，《民事訴訟理論之新開展》，元照(2005)。
- 15.葉碧玉、吳月宏合著，《病歷管理》，合記(1987)。
- 16.蔡茂寅等，《行政程序法實用》，學林(2001)
- 17.駱永家，《民事訴訟法 I》，自刊(1999)。

二、中文期刊

- 1.吳光陸，保全程序(一)(上)，月旦法學雜誌，第 41 期(1998)。
- 2.吳全峰、黃文鴻，從醫療人權之角度論全民健康保險強制納保制度之爭議，月旦法學雜誌，第 77 期 (2001)
- 3.李士春，「民事保全程序基本問題研究」，中外法學，第 17 卷第 1 期 (2005)。
- 4.李永裕，「定暫時狀態之假處分-臺灣高等法院 92 年度抗字第 3159 號裁定評析」，律師雜誌，第 301 期(2004)。
- 5.李崇僊，「基因資訊隱私保護法理與規範」，台灣本土法學雜誌，第 91 期(2007)。
- 6.沈冠伶，「我國假處分制度之過去與未來」，月旦法學雜誌，第 109 期 (2004)。
- 7.沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期 (2005)。
- 8.沈冠伶，「智慧財產權保護事件之證據保全與秘密保護」，台大法學論叢，第 36 卷第 1 期 (2007)。

- 9.沈冠伶，「摸索證明與事證蒐集開示之協力」，月旦法學雜誌，第125期(2005)。
- 10.沈冠伶，「證據保全制度-從擴大制度機能之觀點談起」，月旦法學雜誌，第76期(2001)。
- 11.林金定、嚴嘉楓、陳美花，「質性研究方法:訪談模式與實施步驟分析」，身心障礙研究，第3卷第2期(2005)。
- 12.侯英冷，「我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望」，台灣本土法學，第39期(2002)。
- 13.姜世明，「情報請求權」，月旦法學教室，第13期(2003)。
- 14.范曉玲，「專利權人權利行使與公平競爭之平衡-以台美專利訴訟的幾個近期重要案例為核心」，月旦法學雜誌，第139期(2006)。
- 15.許士官，「文書之開示與秘匿」，台大法學論叢，第32卷第4期。
- 16.許士官，「定暫時狀態處分之基本構造」，台灣本土法學，第58期(2004)。
- 17.許士官，「起訴前之證據保全」，台大法學論叢，第32卷第6期(2003)。
- 18.陳石獅等，「事證開示制度與發現真實-民訴法研究會第五十次研討記錄」，法學叢刊，第39卷第3期(1994)。
- 19.陳自強等，「我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望研討會(一)」，台灣本土法學，第39期(2002)。
- 20.馮震宇，「論假處分與營業秘密的保護」，萬國法律，第136期(2004)。
- 21.楊秀儀，「論健全病歷制度之建立及健康資訊隱私權之保障」，全國律師，第10卷第8期(2006)。
- 22.楊秀儀，「論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則」，台灣本土法學，第39期(2002)。
- 23.寧紅麗，「大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸的借鑑意義」，月旦民商法雜誌，第4期(2004)。
- 24.蔡惠如，「台灣醫療糾紛之法律課題」，月旦民商法雜誌，第4期(2004)。

三、中文論文

- 1.吳澤誠，從病患觀點探討引起醫療糾紛產生的原因與類型-以台灣法院判決資料為基礎，國立台灣大學醫療機構管理研究所碩士論文(2006)。
- 2.張智潔，民事訴訟上證據保全之研究，天主教輔仁大學法律學研究所碩士論文(2005)。
- 3.梁正來，從醫療糾紛訴訟個案探討舉證責任分配，陽明大學醫務管理所碩士論文(2002)。
- 4.陳興南，電子病歷隱私權的防護，東吳大學法律學研究所碩士論文(2002)。
- 5.黃清濱，證據調查與舉證責任之研究-以醫療糾紛訴訟為中心，東海大學法律學研究所碩士論文(2004)。
- 6.黃鈺嫻，我國婦產科醫療糾紛裁判之實証研究-理論與實務之檢討，國立台灣大學法律學研究所碩士論文(2004)。
- 7.劉玉中，民事訴訟上證據收集之研究，台北大學法律學研究所博士論文(2004)。
- 8.劉玉中，證據保全之功能及定位之探討-從醫療過誤及該訴訟之觀點出發，中興大學法

律學研究所碩士論文(1997)

- 9.樊家妍，醫療過失爭訟事件爭點整理之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論(2005)。
- 10.蔡佩玲，醫療糾紛中民事過失之認定-論「醫療水準」與「醫療常規」，國立政治大學法學研究所碩士論文(2004)。

四、其他中文參考文獻

- 1.沈冠伶，證明妨礙—以醫療訴訟為中心研究成果報告(精簡版)，行政院國家科學委員會專題研究成果報告，頁 14(2007)。
- 2.陳清秀，「行政法的法源」，行政法》，翁岳生編，翰蘆(2000)。
- 3.楊秀儀，醫療糾紛鑑定之實證研究—醫審會十年之鑑定意見彙整分析，行政院國家科學委員會補助專題研究成果報告，頁 3 (2002)。
- 4.蘇嘉瑞，「醫療糾紛刑事訴訟之實況與趨勢」，全國科技法律研討會論文集，頁 149 (2007)。

五、英文書籍

- 1.BARRY R. FURROW ET AL., HEALTH LAW (West, 2d ed 2000).
- 2.BETH WALSTON-DUNHAM, MEDICAL MALPRACTICE LAW AND LITIGATION (West, 2006)
- 3.BONNIE F. FREMGEN, MEDICAL LAW AND ETHICS (Pearson, 2d ed 2006).
- 4.COMPUTER SCIENCE AND TELECOMMUNICATIONS BD., FOR THE RECORD: PROTECTING ELECTRONIC HEALTH INFORMATION (National Academic Press, 1997).
- 5.FRANK M. MCCELLAN, MEDICAL MALPRACTICE: LAW, TACTICS, AND ETHICS (Temple University , 1994).
- 6.KEVIN M. CLERMONT, PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE(West, 2005).
- 7.LARRY L. TEPLY & RALPH U. WHITTEN, CIVIL PROCEDURE (Foundation Press, 3rd ed 2004).
- 8.LAWRENCE O. GOSTIN ET AL., LAW, SCIENCE AND MEDICINE (Foundation Press, 3rd ed).
- 9.MARCIA M. BOUMIL & DAVID J. SHARPE, LIABILITY IN MEDICINE AND PUBLIC HEALTH (West, 2004).
- 10.Myrtle Flight, Law, Liability, and Ethics for Medical office professionals (West, 4th ed 2003).
- 11.TOM BAKER, THE MEDICAL MALPRACTICE MYTH (University of Chicago Press, 2005).
- 12.WILLIAM H. ROACH, MEDICAL RECORDS AND THE LAW, (Jones and Bartlett Publishers 4th ed 2006).

六、英文期刊

1. Audrey W. Collins, Annotation, *Discovery, in medical malpractice action, of names and medical records of other patients to whom defendant has given treatment similar to that allegedly injuring plaintiff*, 66 A.L.R.5TH 591 (1999).
2. Catherine Palo, *Discovery and Evaluation of Medical Records*, 78 AM. JUR. TRIALS 559(2007).
3. Joseph H. King, Jr., *The Standard of Care for Veterinarians in Medical Malpractice Claims*, 58 TNLR 1, 42 (1990).
4. Mark A. Hall & Ronald F. Wright, *Systematic Content Analysis of Judicial Opinions*, 96 CAL. L. REV. 63, 70 (2008).
5. Michael Heise, *The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819 849 (2002).
6. Philip G. Peters, Jr., *Empirical Evidence and Malpractice Litigation*, 37 WFLR 757, 759(2002).
7. Timothy Stoltzfus Jost, *Administrative Law Issues Involving the Medicare Utilization Quality Control Peer Review Organization(PRO) Program: Analysis and Recommendations*, , 50 OHSLJ 1,2 (1989).
8. Wanda Ellen Wakefield, Annotation, *Physician-Patient Privilege as Extending to Patient's Medical or Hospital Records*, 10 A.L.R. 4TH 552.



附錄一 醫療專庭民事判決整理

台北地方法院醫療專庭民事判決整理

字號	原告	被告	爭議事實	判決結果	鑑定結果	鑑定機關	病歷	其他書證	人證	判決理由	上訴
94, 醫, 1	病人	台大醫院	骨折	敗訴	無過失	醫審會	Y	Y	N	均符合一般醫療常規, 並無過失	N
94, 醫, 3	病人	中心診所	人工陰莖手術後遺症	敗訴	N	N	Y	Y	Y	未能證明手術與撕裂傷之因果關係; 未能證明被告未提出病歷	N
94, 醫, 4	病人	佳醫診所	眼科手術	一部勝訴一部敗訴	但是手術的結果, 會受到病人角膜及傷口癒合等個別因素影響, 使術後的度數和期望值有差異	醫審會	Y	Y	N	未盡告知說明義務; 原告健康權受侵害	N
94, 醫, 6	家屬	國泰醫院	急診處置	敗訴	醫療處置及急救措施並無不當之處	法醫研究所; 醫審會	Y	Y	Y	被告之醫療行為, 既已符合一般公認之急診醫療行為準則, 並無診斷錯誤及違反行為義務之情事, 即不能認為有過失。	N
94, 醫, 7	病人	台大醫院	腸子手術	敗訴	不受理鑑定	醫審會; 三總; 北榮	Y	Y	N	被告醫師之醫療行為, 既已符合一般公認之醫療行為準則, 並無診斷錯誤或治療錯誤, 且被告醫師, 亦均已詳盡告知義務	N
94, 醫, 12	家屬	中心診所	急救不當	駁回	N	N	N	N	N	當事人不適格	N
94, 醫, 16	家屬	耕莘醫院	設備缺失	勝訴	N	N	Y	Y	N	不完全給付; 就設備之管理有所過失侵權行為成立	95 醫上易 1(駁回)
94, 醫, 17	家屬	馬偕醫院	手術後死亡	敗訴	N	N	Y	Y	N	一般正常醫療常規, 實無需要送入加護病房或設置監控儀器, 其於隔日因心性猝死, 實難預料。	N

94, 醫, 20	病人	長庚	截肢手術	敗訴	醫師在此案醫療過程並無疏失。	醫審會(檢方)	Y	Y	N	治療過程並無過失;	95 醫上字 12(駁回)
94, 醫, 22	病人	國泰醫院	切除手術	敗訴	醫療行為完全正確	台大醫院	Y	Y	Y	已盡醫療上必要注意, 並無過失	N
94, 醫, 24	病人	長庚	甲狀腺切除手術	敗訴	乃屬必要之醫療行為, 進行該手術可達治療目的	台北榮總	Y	Y	N	醫療行為符合醫學常規, 施行系爭手術已盡相當之注意義務, 應堪認定, 原告主張被告為有過失, 要乏依據, 並不足採。	
94, 醫, 25	病人	馬偕醫院	外科手術	敗訴	醫師之處置並未違反醫療常規	台北榮總	Y	Y	駁回聲請	前開榮總鑑定函已確認乙○○醫師為原告施行之顯微血管減壓術, 為治療顏面神經痙攣之唯一有效治療方式, 原告因此病症求診, 乙○○醫師乃為其施行手術, 要屬合理之醫療行為。	96 醫上字 3(駁回)
94, 醫, 28	病人	萬芳醫院附設護理之家	照護責任	敗訴	N	N	Y	Y	N	況被告等人並非專業醫師, 本不具備此種醫學上之專業知識, 尚不得據此主張被告有違反其職務上注意義務。	N
94, 醫, 29	家屬	台大醫院	心臟手術	敗訴	N	N	Y	Y	N	原告未能舉證被告未盡說明義務; 且病人為護士, 可知依法取得病歷, 無顯失公平的情形	N
94, 醫, 32	家屬	中心診所	過敏性休克	敗訴	N	N	Y	Y	Y	無違反一般醫學常規, 並無過失可言	N
94, 醫, 34	病人	診所	手術後遺症	敗訴	N	N	Y	Y	N	原告未能證明被告所為醫療行為造成損害, 被告已盡說明義務	當庭勘驗
95, 醫, 2	病人	國泰醫院	醫療照護	原告之訴駁回	N	N	Y	Y	N	原告不能舉證證明條件因果關係之存在	96 醫上字 10(駁回)

95, 醫, 3	病人	北醫附院	急診處置	原告之訴駁回	應無醫療過失	台北榮總	Y	Y	N	鑑定報告, 不起訴處分	N
95, 醫, 5	家屬	診所	麻醉後植物人	勝訴	無過失, 但有異常情形	醫審會	Y	Y	N	被告不能證明無過失	N
95, 醫, 6	病人	台大醫院	術後照護	原告之訴駁回	符合醫學常規, 並無疏失之處甚明	醫審會	N	N	N	原告無法舉證證明過失	N
95, 醫, 12	病人	康復之家	醫療照護	原告之訴駁回	不認為有重大延誤就醫	法務部 法醫研究所	N	Y	N	不起訴處分; 原告主張無理由	N
95, 醫, 19	病人	奇美醫院	未告知檢查結果	勝訴	N	N	Y	Y	N	被告違反契約附隨義務;	N
95, 醫, 27	病人	國泰醫院	診療傷害	一部勝訴; 一部敗訴	內診行為並無過失	醫審會	Y	Y	Y	被告違反告知義務; 原告請求權罹於時效;	N
96, 醫, 7	病人	醫院	治療不當	敗訴	N	N	Y	Y	N	醫療行為不適用消保法, 無故意或過失	N
96, 醫, 10	病人	泰安牙醫診所	假牙掉落	敗訴	應無醫療疏失存在	長庚醫院	Y	Y	Y	無法證明被告為原告裝置假牙有何疏失, 致原告之假牙脫落	N
96, 醫, 16	病人	泰安醫院	診斷錯誤	敗訴	N	N	Y	N	N	調處成立; 原告未能舉證	N

士林地方法院醫療專庭民事判決整理

字號	原告	被告	爭議事實	判決結果	鑑定結果	鑑定機關	病歷	其他書證	人證	判決理由	上訴
94, 醫, 1	病人	醫師 北榮	膽囊切除手術, 手術不當造成疝氣	駁回	無過失	醫審會	Y	N	N	對丙之部分: 罹於時效; 對己部份: 無過失; 醫院無庸依民法第 188 條、民法第 224 條負連帶損賠責任	N
94, 醫, 2	家屬	醫師 三總	未及早採取適當治療致病人死亡	駁回	無過失	醫審會	Y	N	Y	欠缺故意過失, 不構成侵權行為	N

94, 醫,7	病人	祐民醫院	治療不當致脊椎受傷	駁回	N	N	Y	Y	N		95 醫上 字7
94, 醫,1 0	病人	甲、 乙 醫師、 振興 醫院	乳癌診斷有誤致延 誤治療	一部勝 訴一部 敗訴	甲：無過失； 乙：行為與損害 間有因果關係	和信 醫院	Y	N	N	甲無故意過失，無從構成侵權行為；乙違反保護他人法律，並具相當因果關係， 構成民法第184條第2項	N
94, 醫,1 1	病人	三總	違反告知義務，且施 作之骨科手術及使用 器材均非完善之 醫療器材及通用療 法，導致傷害	駁回	N	N	N	N	N	罹於時效	95 醫上 2
94, 醫,1 2	家屬	國軍 高雄 總醫 院	顯微手術後大量 失血卻未採取即時 急救措施，因而致死	一部勝 訴，一 部敗訴	有過失	醫審會	Y	N	N	被告甲疏失行為，與病患之死亡有因果 關係存在。國軍高雄總醫院依民法第 188條連帶賠償其所受之損害	N
94, 醫,1 3	病人	北榮	未善盡醫療業務必 要之注意約束病 人，使病人自行拔管 致缺氧而成植物人	駁回	無過失	醫審會	Y	Y	N	無過失，不構成侵權行為	N
94, 醫,1 8	病人	台北 市立 聯合 醫院 (陽 明院 區)	眼科LASIK手 術，術前未盡告知義 務，且角膜切割過薄	駁回	無因果關係	長庚 醫院	Y	N	N	雖未盡告知義務，但欠缺因果關係	N
94, 醫,2 0	家屬	醫 師、 北榮	洗腎機故障導致死 亡	駁回	N	N	N	Y	N	罹於時效	N
95, 醫,4	家屬	三 總、 醫師	骨髓瘤切除及行內 固定手術，術前未盡 告知義務，術後未採 取適當醫療處置，致 病人死亡	原告之 訴駁回	無過失	法醫研 究所、 醫審會	N	N	Y	無過失因而不構成侵權行為	N

95, 醫,5	病人	醫師	住院期間未對伊施以救治或採取必要之措施，導致腦幹中風形同植物人	原告之訴駁回	無過失	醫審會	Y	Y	N	無過失因而不構成侵權行為	N
95, 醫,8	病人	醫師、三總	因插管失敗而致大腦生重傷害	原告一部勝訴一部敗訴	有過失	醫審會	Y	N	N	侵權行為	N
95, 醫,10	家屬	台北市立聯合醫院（陽明院區）	院內感染、使用抗生素不當	原告之訴駁回	法院認為本鑑定報告就諸多問題避重就輕，故不得遽採。	醫審會	Y	Y	N	欠缺因果關係	N
96, 醫,3	家屬	醫師、台北市立聯合醫院	因醫師未注意生理現象之變化而未及時採取醫療處置導致死亡	原告之訴駁回	無過失	醫審會	Y	N	N	不符民法第 184 條規定與消保法第 7 條之規定	N
96, 醫,4	家屬	醫師	心臟科醫師對於幼兒病患未會診小兒科醫師，是否不當；所為之醫療處置是否失當	原告之訴駁回	無過失	醫審會	Y	N	N	不符民法第 184 條規定	N
96, 醫,6	病人	醫師、新光醫院	大腸瘻肉切除手術疏失，導致導致大腸壁穿孔	原告之訴駁回	無過失	醫審會	Y	光碟	N	不符民法第 184 條規定	N

板橋地院醫療專庭民事判決整理

字號	原告	被告	爭議事實	判決結果	鑑定結果	鑑定機關	病歷	其他書證	人證	判決理由	上訴
94, 醫,1	家屬	台北縣立醫院	羊水栓塞症死亡	駁回	無過失	法務部法醫研究所	Y	Y	N	原告未能舉證	95 醫上 4;96 台上 2335 裁定
94, 醫,3	病人	台北醫院、醫師	骨折手術疏失導致左股骨陳舊性骨折，術後骨折不癒合	駁回	無過失	醫審會	Y	N	N	原告未能舉證	N
94, 醫,4	家屬	恩主公醫院、醫師	胃繞道手術，術後醫療處置不當致死	駁回	無過失	醫審會、法醫研究所	Y	N	Y	被告無過失，毋庸負侵權行為損賠責任	N
95, 醫,6	家屬	台北醫院	設備照護不足	駁回	無過失	醫審會	Y	Y	Y	醫療常規，並無疏失	96 醫上 易 1
96, 醫,4	家屬	醫師、護士	不當醫療處置致產後死亡	原告一部勝訴，一部敗訴	有過失	醫審會	Y	Y	N	原告對醫師部分，請求有理由；對護士部份，未能舉證有過失	X

台中地院醫療專庭民事判決整理

字號	原告	被告	爭議事實	判決結果	鑑定結果	鑑定機關	病歷	其他書證	人證	判決理由	上訴
----	----	----	------	------	------	------	----	------	----	------	----

94, 醫, 5	中榮	腫瘤割除	駁回	醫師手術無疏失	醫審會	Y	Y	Y	1.參酌鑑定書醫師並無過失而原告所提出證明其下肢無力的診斷書由於其作成時間已離手術年餘無因果關係 2.參中榮之病歷記載醫師以盡其手術告知義務	95年醫上易字2號
94, 醫, 8	中山附醫	術後看護	駁回	醫師手術無疏失	醫審會	Y	Y	N	1 按護理紀錄已告知需家屬一人陪伴故無過失 2.病人跌倒後醫院手術無過失 3.醫療契約依最高法院見解不適用消保法	N
94, 醫, 14	家屬	醫師	駁回	無	無	N	N	Y	經護士証言可知到院已死亡且原告所欲傳證人經查無此人而無須傳喚	N
94, 醫, 15	陳啟仲	中山附醫	駁回	無疏失	醫審會	Y	N	N	鑑定報告中証該關節並未切除	N
94, 醫, 16	丁00	中山附醫	駁回	醫師無疏失	醫審會	N	N	N	依鑑定書無過失	95年醫上字10號
94, 醫, 21	牙醫師	牙科	駁回	原告之症狀非牙醫師之行為造成	醫審會	N	N	N	症狀非牙醫師之行為造成	N
95, 醫, 2	中山附醫	骨科手術	駁回	手術後縱有骨折癒合不良或尚未完全癒合之情事,亦難謂是因手術不良所導致。	衛生署醫事鑑定委員會	N	N	N	依鑑定書醫師無過失	95醫上易1(上訴駁回)
95, 醫, 4	國軍醫院	骨科手術	駁回	被告甲○○針對原告之病情,選擇以上開手術進行治療,及其為原告實施該項手術之過程,均屬適當而無疏失	衛生署醫事鑑定委員會	N		手術紀錄	依鑑定報告醫師無過失	

95, 醫,5	家屬	中山附醫	骨科手術	勝訴	被告實施系爭手術前,未盡上開說明之義務	醫審會 X3	Y	Y	Y	被告不能證明已盡說明義務	96 醫上易 4
95, 醫,9	家屬	醫師	術後看護	駁回	醫師於檢測出有糖尿病之虞為先給予降血糖藥有過失	衛生署醫事鑑定委員會	Y	Y	Y	由於原告事前已和解而無損害	N
95, 醫,11	家屬	童綜合醫院	施打顯影劑	駁回	醫師於檢查泌尿系統而打顯影劑並過失	衛生署醫事鑑定委員會	Y	Y	N	依鑑定無因果關係	N
95, 醫,18	家屬	醫師	施打藥劑	駁回	死者體內含多重藥劑	法醫研究所	Y	Y	N	無可預見性	96 醫上字 3(上訴駁回)
96, 醫上易,4	中山附醫	家屬	骨科手術	原判決廢棄	被告實施系爭手術前,盡上開說明之義務	醫審會	N			1.未構成侵權行為(因已盡告知義務與刑事判決認定同一 2.被上訴人請求權已離於時效	N
96, 醫,1		中榮	牙科手術	駁回	醫師於前項第一次植牙出現植體周圍發炎後所為之處置,合乎現行醫療常規,其後續醫療行為尚未發現有疏失之處。	衛生署醫事鑑定委員會	Y	N	N	醫師於前項第一次植牙出現植體周圍發炎後所為之處置,合乎現行醫療常規,其後續醫療行為尚未發現有疏失之處。	N
96, 醫,3	家屬	杏豐醫院; 救護車司機	急救失當	勝訴	N	N	N	Y	N	N	96 醫上 4(駁回)

96, 醫,4	產 婦	醫師	產檢失誤	駁回	產檢檢出率約 75%未檢出非未 有過失	衛生署 醫事鑑 定委員 會	Y	Y	N	產檢檢出率約75%未檢出非未有過失	當庭 勘驗
------------	--------	----	------	----	---------------------------	------------------------	---	---	---	-------------------	----------

高雄地院醫療專庭民事判決整理

字號	原 告	被 告	爭 議 事 實	判 決 結 果	鑑 定 結 果	鑑 定 機 關	病 歷	其 他 書 證	人 證	判 決 理 由	上 訴
94, 醫,4		牙醫 診所	牙科手術	敗訴	N	N	N	Y	N	請求權釐於時效原告未舉證被告有過失	N
94, 醫,7	家 屬	長庚 醫院	開立藥物	敗訴	開藥合於常規 且急救合於規 定	醫審會	Y	Y	N	無過失	N
94, 醫,8		診所	診斷	敗訴	被告無疏失	成大醫 院	Y	Y	N	被告之當時處方用藥，並無不當，未建議轉診亦無任何疏失，是難認被告於診療時有何醫療 疏失或違反醫療法應及時建議轉診之 疏失存在。	高分 院 96 醫上 易1
94, 醫,9		高雄 長庚	腫瘤剷除	勝訴	認為無直接證 據證明與手術 疏失有關	醫審會	Y	N	N	由於無法證明醫師是否疏失基於現代型 紛爭舉證轉換由被告負舉證責任	N
94, 醫, 10	家 屬	診所	產檢	勝訴	N	N	Y	Y	Y	被告未受脅迫而和解;和解書	高分 院 95 醫上 易3
94, 醫,1 1	病 人	診所	無	敗訴	N	N	Y	Y	Y	被告之言詞與原告惡化為重鬱症無因果 關係	高分 院 95 醫上 3

94, 醫,1 2	病人	奇美醫院	開立藥物	敗訴	醫師所為處置,符合精神科醫師之治療規範,並無疏失	醫審會	Y	N	N	無過失	N
N94, 醫,1 3	病人	義大醫院	手術	敗訴	丁醫師對此病人的整個治療過程,尚未發現有疏失之處。	醫審會	Y	Y	N	依醫審會無過失	N
94, 醫,1 4	家屬	高醫中和醫院	腫瘤手術	敗訴	醫師無過失	醫審會	Y	N	N	無過失	N
94, 醫,1 7	病人	高雄長庚	手術	敗訴	醫師符合醫事常規	成大醫院	Y	N	N	無過失無因果關係	N
94, 醫,1 9	病人	民族醫院	手術	敗訴	並非醫師過失 僅為該病症之併發症	醫審會	Y	N	N	無過失	N
95, 醫,3	病人	診所	開立藥物	駁回	避孕藥與中風無因果關係	醫審會	Y	N	N	無因果關係	N
95, 醫,4	病人	高醫附院	開立藥物	駁回	無因果關係	醫審會	Y	N	N	無因果關係	N
95, 醫,5	病人	醫師	小針美容	駁回	N	N	N	Y	N	無脅迫之事由	N
95, 醫,6	家屬	國軍左營醫院	癌症開刀	駁回	有疏失	醫審會	Y	N	N	和解成立	N
95, 醫,7	家屬	高醫附院	腫瘤切除	勝訴	衡量整個病程與解剖紀錄報告的發現,大量腹腔出血與此醫療事件可能有密切相關	醫審會 (3)	Y	Y	Y	有過失且具相當因果關係	N
95, 醫,9	家屬	國軍高雄醫院	急救失當	駁回	醫師無延宕醫療	醫審會	Y	Y	N	醫師無過失	N
95, 醫, 10	病人	醫師	手術失當	駁回	無因果關係	台北榮總	Y	Y	N	無因果關係	N

附錄二 訪談大綱

訪談大綱-醫師

一、醫療糾紛中證據資料的取得

(1) 醫療糾紛

1. 曾經發生醫療糾紛或者是有可能面臨醫療糾紛?
2. 在自己專業領域中, 清楚知道自己的過失行為可能會導致病人的受到醫療過誤傷害?
3. 在面對醫療糾紛的時候, 所採取的做法 ?
4. 您是否認為在醫療糾紛發生時, 若尋司法救濟途徑, 你比病人更能夠判斷損害發生的原因、蒐集相關的證據?

(2) 證據類型

1. 醫療事故產生的時候, 病歷可以完全反映當時的情形 ?
2. 病歷作為醫療人員所製作的文書, 乃可以任意增刪塗改, 只要符合相關簽名與加註時間點的規範?能夠修改的內容 ?
3. 您是否認為應該明文規定限制病歷可以增刪塗改的期間? 例如在病人就診後, 或治療結束後, 或出院後, 僅能在一定時間內補正病歷, 逾期不能修改, 這樣的規定, 將可以減少病患提起偽造文書之刑事追訴, 您贊同嗎?
4. 您是否可以回想起來一年前門診病人的容貌和主述 ?
5. 病人要求複製整本病歷, 該病歷應該讓所有診治過的醫師審視, 方能提出 ?
6. 鑑定機關(醫事專家佔 2/3)僅憑病歷及相關檢查報告, 不經交互詰問, 您認為可以釐清真正的責任的歸屬, 並且信賴?
7. 除了病歷與檢查報告, 您認為相關證人、殘留物(藥物或身體組織)、醫療機構設備與設置的勘驗或鑑定、是否有助於責任的釐清 ?
8. 在起訴後, 病人可以要求提出醫院內部規範、作業流程等文件?
9. 除了病歷和鑑定報告外, 您認為有什麼證據資料是可以證明損害的發生乃不可預測性與人體組織不同所造成, 而非醫療行為有所疏失?

二、健康資訊權的建立

1. 您認為應該賦予病人健康資訊⁵⁵⁵的權利嗎?
2. 對於病人在醫療機構中有關個人的資訊, 賦予隱私權, 除非得到病人同意或者是法定原因方能夠揭露, 您贊同嗎 ?
3. 賦予病人可以複製、檢視與其相關的醫療資訊, 並可修改, 同意如此規定嗎 ?
4. 您認為若對於違反法律規定的醫療機構或醫事人員, 進行相關制裁, 例如處以罰鍰或進行懲戒, 是否能夠幫助病人更能接近健康資訊的內容?
5. 若在醫療法中規定, 病歷等相關個人健康資訊記錄須於 10 日內提出, 若逾期未提出, 則病人得向法院聲請強制執行並課予罰鍰, 你贊同嗎

⁵⁵⁵泛指所有有關個人過去現在及未來的各種生理與心理狀態, 經由口頭、書面以及任何形式之媒體記錄

訪談大綱-法官

一、醫療糾紛證據的取得

1. 醫療民事糾紛案件與其他一般民事糾紛之差異，以及在證據蒐集之特殊性？
2. 當事人若無法取得或提出相關證據，法院如何蒐集相關事證？
3. 當事人拒絕提出相關證據的時候，法院的制裁手段？
4. 法院參酌哪些證據作為判決的依據？
5. 在醫療糾紛訴訟中，哪一種證據是最具影響力？
6. 目前病患對於取得病歷受到阻礙，且對病歷記載內容的真實性存疑，請問您的看法？
7. 要求醫療機構或醫師在一定期限內提出病歷，對於增加病歷可信度或減少刑事偽造文書追溯的提起是否有所幫助？

二、醫療糾紛鑑定機關

1. 現行機關鑑定缺少交互詰問、當事人到場陳述等，且匿名不公開審查的程序，您覺得是否有其他的缺失？改善的方式？
2. 法院如何運用鑑定機關取得法院進行判斷所需的專業意見？有學者批評法院將法律上構成要件(e. g. 過失 or 重傷害)是否該當交由鑑定機關決定，認為法院詢問事項失當，您的看法？
3. 鑑定意見與判決勝敗結果關係呈現高度正相關的情形，惟國內鑑定機構有限，常導致訴訟時程延宕，有任何可以採取改進的方法？

三、健康資訊權

1. 以法律位階明定，在醫療機構中所產生健康資訊(口頭及書面有關於生理與心理狀態的任何媒體形式的記錄)，病患擁有知的權利，並且得就相關記錄要求複製、修改，您的看法？
2. 若實體法上資訊開示請求權已經建立，配合假處分、定暫時狀態假處分制度的運用，於證據偏在的情況下，賦予當事人得聲請滿足性假處分裁定，充實其蒐證程序，對此您的看法？

附錄三 深度訪談逐字稿

逐字稿 D1

A: 醫師您好 就是今天我們的訪問大概有兩個大部分 然後 第一個部份是醫療糾紛中證據資料的取得 然後 第二個部份是健康資訊權 然後首先是有關於醫療糾紛的部份，請問您有曾經發生醫療糾紛或有可能面臨醫療糾紛的情況嗎？

D1: 本人是目前沒有發生過醫療糾紛，但是曾有面臨過幾次有可能產生糾紛的狀況。

A: 請問大致上是怎麼樣的狀況？

D1: 大致上的話，大部分都是因為 因為一些藥物 藥物的作用 因為事先沒有跟病人說明清楚或是說藥物產生一些副作用大過,..比較超過一點 對

A: 所以是比較有關藥物的問題，請問那是因為你是內科系醫師的關係嗎?偏內科系

D1: 對的。

A: 再來是說，在你自己的專業領域中，你有知道說 自己可能有過失的行為會造成怎樣的傷害嗎？

D1: 可能有過失的行為...

A: 就是你清楚的知道說你做的這個行為是有過失，你也知道說這個會造成病人的傷害

D1: 基本上過失就是你原來不知道才叫做過失

A: 我的意思是說就你自己的專業，你知道怎樣的行為會造成過失

D1: 怎樣的行為會造成過失... 大部分都是因為我們住院醫師很忙碌，有時候有可能產生一些過失的話，是說有可能醫囑有可能會下錯，因為一次要處理的病人數量太多，有可能有時候病歷原來是要開給甲然後可能就給到乙去了

A: 那就是在你面對醫療糾紛的時候，分成下列兩種情況，請問你會怎樣做，你會有怎樣的動作和反應，第一個是說當你你知道說你自己真的有過失行為而且導致病人有損害的時候，請問這個情況下，當下你會有什麼想法？

D1: 當下我的想法，我會盡...如果他是一個很明顯的錯誤的話，當下我覺得我會去跟病人澄清這個錯誤，例如說剛才講的情形，可能原來本來是要開給甲的，然後來給到乙去了，這方面的話，這樣子會這樣子會錯了就錯了這樣子這方面就是需要去澄清，如果是有一些是屬於非預期性的，像一些常常新聞上所報導那邊原來像避孕貼片阿 她的一些過度的藥物的過度反應，這方面的話，就是因為我們平常開藥的話不見得會把每個副作用都給他說的很清楚，因為有可能產生的副作用很多，然後他其實說真的她發生的機率也不是很高，對，所以如果發生的時候，可能事先會強強...解釋清楚說這可能就是一個比較嚴重副作用的反應

A: 好，那就是在這個時候妳們在醫院內部記錄上會有怎樣的紀錄嗎?比如說是確有過失的行為的話

D1: 醫療記錄基本上是會比較類似它條列式的呈現，例如說 幾分給了什麼藥，發生了什麼事情

A: 那請問就是如果是您的話你會不會試圖去為病歷加註一些本來沒有的情況?

D1: 為病歷加註一些本來沒有...

A: 本來還沒有記載的情況

D1: 會，因為有時候有些東西 病歷其實是可長可短的，有時候我們比較忙的時候，會比較記住到我們有觀察到比較異常的變化，這樣子，然後事實上，很多正常的現象，我們不見得每個都會去註記，因為這樣註記的話，你要從頭描述到腳都是正常的話，會篇幅會很大，所以有可能我會去註記，我使用這個藥物之前，正確描述，我確實是有評估過，他並沒有不能使用這個藥的禁忌 我會去註記這方面的

A: 那請問一下就是比如說你要對病歷加註的話，那請問你在確定自己有過失跟沒有過失的情形，您會就是，那個情形下你會更想就病歷增加一些內容?(06:09)

D: 基本上因為現在醫療官司很興盛,然後其實醫療人員要保護自己只要有發生非預期的反應的時候大家其實就會當場就會註記，使用這各藥物的一些規範

A: 所以你指的是說不論是自己預期中的過失或不可預期的損害你都會就是

D: 就是會去把它補的比較完整因為這平常就要預防說之後有可能產生的一些醫療官司的訴訟，所以如果覺得這各可能會有點問題，我們會去將這份病歷，平常可能就比較簡略，這時我們就會將這份病歷寫的比較完整。

A: 好 謝謝您嘍，那再問您接下來這各問題，你認為在醫療糾紛發生的時候，如果循正常的途徑解決，不是那種抬棺抗議，就比如說是一開始是醫院院內的調解之後是衛生主管機關的調解之後是司法就是打官司，你覺得你比病人更有辦法判斷損害發生的原因，還有蒐集相關證據的能力

D: 當然，因為畢竟這是我們本身的專業領域，就如同我們對於其他領域我們也是不了解的，這就是我們存在的價值

A: 那接下來是要討論有關於醫療糾紛有可能涉及的證據類型，當醫療事故發生的時候，請問您覺得說，病歷可以完全反映當時的狀況，可以反應醫療行為當時狀況，就只看病歷的話，這裡病歷的話是指護理紀錄，各項紀錄檢查報告。

D 不見得可以完全反映，因為根據每家醫療院所的要求，他 loading 的量，以及每各醫療人員素質的不同，所以其實上並不是很容易可以確實的還原事情的經過，因為通常就剛才講，大部分就是會比較條列式的列舉出說現在發生怎樣的症狀。

A 那謝謝你，就是醫療法有規定說病歷是醫療人員所製作的文書，然後它也規定說如果你要增刪

塗改的話，必須要劃線然後加註時間，請問您覺得就是只要符合這各規定就可以任意的修改病歷或加註相關的內容？

D 我覺得這是符合醫療法上的規定，所以基本上只要是像例如像劃線，還是可以看的出，原來病

歷寫什麼這樣的狀況，並且我們現在修改病歷的話都會在旁邊有蓋章並且加註時間，這樣子，代表說，更明確了解說這是誰修改，修改之前是怎樣的文字敘述，是符合法律規定的。

A 好 那謝謝 再來是說 您贊不贊同明文規定來限制病歷可以修改或可以加註的時間點，比如說在病人診治完畢之後七天內或是一各月內超過一各月之後醫師或其他人員就不能對之前的醫療記錄做任何的修改或增加？

D 原則上，我會認為如果修改病歷是可以使這各病歷更完整，讓能夠看這本病歷的人可以很迅速

了解病人的病情對病人有益處的話，你之後收集到的資訊是可以繼續被附加上去的 A 之後所收集到的資訊是指什麼？

D 例如說我們接觸一個病人可能這個病人他語言表達能力並不佳，這樣子，然後我們剛開始接觸

他的時候我們所製作的病歷可能會有一些缺補，之後他可能有親人陸陸續續的來，他就會陸陸

續續的提供一些資訊給我們 所以我們會希望說我們就把它把在剛開始第一天製作的病歷上面，因為這些資訊這樣子擺在一起比較容易看的出來一個完整性

A 是，所以醫師剛才所陳述的是病人都還在您的診治之中，那我現在的問題是說如果在診治結束

之後或病人出院之後，如果增加時間的規範您贊同嗎

D 病人...

A 就比如說他這次來門診，如果他接下來有來，當然您可以一直加註相關的狀況，因為您得到新

的資訊，如果是他這次來，之後他就沒來看過您的門診了，那要不要限制一個期間內，讓您不能修改這個病歷，你覺得這樣合理嗎？

D 要不要限定一各期間內不能修改這個病歷.....

A 比如說在所有診治診療過程結束後

D 本質上我們對病歷的看法是說病歷是幫助醫療人員記錄病人病程的記錄，所以它如果可以越完

整越能夠幫助我們取得資訊的話，當然我們會希望它越完整，例如說有一個病人他可能看過三四間診所之後，突然回家暴斃，這時候可能會希望說調閱說之前近幾個月以來看過的醫療記錄，有可能當時你在看的時候，覺得，因為這是為了幫助事實的重建，所以如果是我收到這方面的通知資訊告知我說，我可能必須要為了幫忙澄清這病情變化，所以為了尊重法庭我當然會希望提供給法庭，我所有我所知道的證據，這樣子。所以我會把它加註在我的病歷上面，但是這個話我會加註一些時間點，或者說如果法院他覺得說這方面是比較不恰當，有混淆視聽的狀況，那我們當然也可以重新做一份，對這樣子。

A: 病歷可以重新製作嗎？

D: 我所謂的重新製作是指說附在原本的下面

A: 所以您不贊成說要限定一段期間，這段期間過後，醫療人員就不能接觸到這個病歷你不認為這個規定是有用的，那如果這個規定是可以幫助你們免於就是刑事訴訟的制裁或追訴，例如說偽造文書，因為現在通常醫療訴訟中，很多案件病人對於醫師的病歷記錄不信任，所以他們會一併提起偽造文書的刑事追訴，這個時候是由檢察官發動公權力，強制處分權介入你們之間醫療糾紛之中，如果這個規定，比如說限定三個月或一個月之後醫事人員不能再接觸病歷的話，病人也沒有理由對你們提起偽造文書的訴訟，那你們就不用受到檢察官的質詢，所以這樣子你還會堅持不應該有一段期間？

D 因為如果站在你剛才講的這個論點上面的話，我們當然會贊同。本質上如果沒有特別的原因的

話，我們當然也不會再去把這些病歷拿出來重新做一些修改。大部分如果我們如果會去把這些病歷拿出來做一些修正的動作的話，絕大部分有可能是因為我們為了要核報一些健保的規範，所以必須要把一些藥物的使用的症狀說明的比較清楚一點，依照現行健保申報的制度的話，其實她整個的追溯期的話至少都還有一年的空間，整個健保的檔案才會關掉，基本上在現行健保法裡面的話，一年以內的話，常常為了因應健保的需求，會去將病歷描述的完整，而不是修改。

A 請問您說您可以回想一年前妳其中一個門診病人的名字或者是他長的怎樣他看什麼病，他講過什麼話嗎？

D 當然可以阿

A 你確定每一個都可以嗎

D 當然不是每一個阿，但是有一些比較特殊有印象的就會記得阿

A 如果剛好發生問題的是那些沒有印象的呢？

D 沒有印象就是沒有印象阿

A 那你還會就是對病歷補一些東西嗎？

D 當然如果有需要調閱病歷或者是說有發生什麼事情的話，我當然會希望說藉由這個病歷勾起對他的記憶，畢竟這就是病歷它存在的價值。

A 那可以在保全這個病歷之後，就是法院保全這個病歷之後，你們也不能接近，當事人，你們都只能看不能動它。那你覺得這樣子合理嗎？

D 我覺得這樣子是合理的

A 所以你認為法院介入之後，如果不讓你有修改或加註的權利，加註的一些時間，您能接受嗎？

D 我覺得為了配合法院的一些程序的話，我覺得，不能在原始病歷上做一些增註的動作的話，

是可以接受的，但是我們會希望說我們可以提供一份比較完整比較可以還原當時狀況的，畢竟就有點像是一些刑事案件，他事後會請一些證人努力地去回想，一些刑事案件他當時的一些情境的內容，當然是人的記憶努力地思考的話，還是可以有一些記憶慢慢可以呈現出來的。

A 那接下來的問題是，如果病人要求複製整本病歷，這病歷應該要讓所有診治過他的醫師都檢視

過才會提供給他嗎?就你們現在醫院的作業流程

D 我們現在醫院的作業流程的話，如果病人需要拷貝整本病歷我們為了病人的權益因為病人拿到

病歷是想知道有關他的資訊，所以我們會將病歷的話，去讓他有看過的科別，去看一下說，之前有沒有註記錯誤的一些狀況 因為有時候人難免會有些筆誤的狀況

A 所以你覺得這個是合理的

D 我覺得只要是一個符合事實並且是對病人有益的動作都是合理的(20:43)

A 那提供你一些法律的時效的規定比如說侵權行為，就是你醫療有過失病患對你提起這個訴訟他

的時效是兩年，你覺得有辦法回想起過去兩年內所接觸過的病人或是他的病，你開過什麼藥

D 你當然說 所有當然是不太可能 但是一些 基本上會有醫療官司的這些的話，大部分的醫生們都會對他印象比較深刻(21:27)

A 那就是現在跟你問的是有關於司法鑑定上的問題，目前醫療法有規定說行政院的醫事審議委員

會應該有 要協助司法或檢察機關進行鑑定的工作，然後它的醫事專家佔所有委員的三分之二，也就是說其他三分之一是法律專家或社工人員社會賢達，然後鑑定機關只憑就是你們所提出的病歷或相關的檢查報告，他們不需要把你們帶到他們鑑定的地方去，跟他們對質，病人也不會跟他們對質，他們在鑑定的時候完全是封閉的狀況下，你認為這樣鑑定的方式可以釐清真正責任的歸屬嗎?

D 我覺得當然這樣子的處置方式，沒有辦法釐清所有的一些法律糾紛，但是我相信其實有絕大部

分的醫療官司是因為病人之後的一些預後沒有達到他們預期的一些效果，所以為了說不管是理智或非理智的行為他們才提出告訴，絕大部分這些經由一些病歷其實就可以很明顯的呈現說，是否說例如說 給藥是不是有不適當的行為發生，對，其實絕大部分的經由看病歷的話就可以解決了。

A 如果今天這個鑑定機關做出來的這個鑑定報告是不利醫師的，那你覺得身為一個醫師你會信賴

這個報告嗎？

D 如果是這樣子，相對下，不管是原告或被告，都有權再去申請另外一個他們覺得另外一個機構

或公正的機關作再次的鑑定，我覺得這是法律賦予人民的一些上訴的權利。

A 就您剛才講的情況而言，因為現在由於案件太多了 所以 比如說像是醫審會或者是法務部法醫

研究所跟各大醫學中心其實他們願意受理再次鑑定的情況，其實，他們會就是，拒絕鑑定相關的東西，就比如說你是一個鑑定書，同樣的內容重複鑑定的話，他們很多時候會採取不再鑑定的態度

D 對，我覺得這方面的話，就要跟法官認為這份證據的準確度是有相關的，例如說一份可能食物

中毒的案例，如果這份食物是送給一個十分具公信力的檢驗所，那檢驗出來的報告，如果說是沒有毒。因為檢驗所長久以來是受到大家公開的效力的話都很不錯，當然就不會再去浪費社會的資源做這些事情，這樣子。如果真的還是我覺得如果還是覺得有質疑的話，是可以就有點像是一般法院我們判決如果敗訴的話我們可以聲請再上訴，然後是不是能夠在上訴的話，看二審的法官他覺得這件這個事情是不是有再上訴的一些必要性，因為畢竟社會資源是有限的

(26:20)

A 那就是你說鑑定機關的報告，所以你覺得你肯認現行鑑定機關她可以做出公正的判決，如果他

只是憑書面的資料，比如說病歷或檢查報告。

D 我覺得這必須要看什麼樣的案件有關，例如很多人他是質疑說醫生是不是有打錯藥或者是醫生

沒有按正常程序去做這些急救的動作，基本上其實如果是我剛才講的這兩種案例的話，基本上病歷可以很清楚明白的呈現出來。

A 那如果是說你不是您剛才講的情況，就您說認知的，怎樣的情況是不能只憑鑑定報告跟檢查或

病歷跟檢查報告就能看出責任的歸屬的，就比如說您從當醫生那麼久以來

D 不能看出責任歸屬...

A 不能只憑病歷或檢查報告

D 不能只憑病歷或檢查報告... 例如有些醫生他會使用一些目前還沒有被廣泛使用的一些藥物, 或者說這個藥物的效果其實很多藥物他是一個兩面刀, 有好處相對也有他的壞處, 其實醫學他是一個持續在發展的一個科學, 所以其實目前越來越多的醫療官司其實都是偏向於這方面的因為像有些藥物的使用或者是有些手術的方式, 目前其實都還是正在逐步的發展中還需要更多的確認, 這樣子

A 那除了病歷跟檢查報告, 您認為相關的證人或者殘留物, 殘留物這裡是指剩餘的藥物或者是切下來的身體組織 如果有辦法保存的話, 還有就是醫院的設備或者是一些醫院設置的情況, 如果對這些剛才講的這些東西, 進行勘驗, 用法院去勘驗 或者是說其他的鑑定機關加以鑑定的話 你覺得是否有助於責任的釐清?

D 當然有更多的證據 就可以更加還原事實的真相 當然是有助於事實的釐清

A 所以你覺得 那您覺得以一個醫生來說 比如說要保存相關的證人或殘留的東西或者是醫院設

置上的缺失的情況, 你覺得這是有辦法做到的嗎?

D 我覺得這就要看這間醫院的設備規模以及他所處理的一些狀況, 你不可能要求說一個小診所他必須要把它每天看過的一些藥袋, 或者說打藥的一些空瓶, 全部都無限期的持續保留, 例如說病歷他也不可能要求說要無限期的一直保留下去一樣的道理

A 是 然後您剛才講過更多證據的話是有助於事實的釐清, 如果在起訴之後病人如果要向醫院要求醫院的內部規範或者是作業流程等文件你覺得這是病人應該有的權利, 是否應該賦予病人這樣的權利

D 我覺得是可以賦予病人這樣的權利, 讓病人了解說醫生他是照醫院的規範在行走 而不是就妳眼前所看到的一些現象, 妳眼前所看到的一些現象可能並不符合事實的真相, 既然他是一個醫院的規範的話, 當然是可以公開的一些資訊

A 那你覺得如果在醫療法上明定說 這些文件在起訴後是可以病人在起訴可以利用這些文件或向

法院聲請這些文件, 向法院聲請保存這些文件或要求醫院提出這樣文件 你覺得這樣子是合理了嗎?

D 我覺得 因為我們的一些作業規範 基本上都是從教科書中條列出來以符合各家醫院的資源及

行政效率所做出來的工作準則 那這些工作準則的話 我覺得如果病人覺得有需要的話,是可以跟醫療院所聲請這方面的工作準則

A 好 那就是要請教您說 除了病歷跟鑑定報告 因為現行法院作成判決 他們法官得心證的理由 通常都是只依病歷跟鑑定報告 很少有叫證人來或勘驗或者是的情況 除了這兩個東西之外 你還認為有什麼證據資料是可以證明損害的發生 是因為比如說不可預測性 人體組織的不可預期性 人體組織不同所造成 而非醫療有所疏失 換言之,就是有什麼證據醫師是沒有過失的?

D 我覺得 醫師的過失 如果你指的過失是指說給藥的一些經過 給錯藥的一些狀況的話 這個病歷方面的話 就可以很清楚明白的表現出來 或者是說有說因為基本上現在是一個影像學及血液學檢驗的時代 我們依照這些輔助性的工具來去判斷病情的需要給予他的治療 基本上絕大部分都可以經由檢驗或檢驗報告他可以反映出來 當然還有一些比較極端 例如像非預期性的事情發生,這些檢查還來不及做的情況 可能病人當場就有一個過敏性的休克產生 這方面的話 就比較不太能說從一些病歷報告呈現出來。

A 那這時候應該要 送解剖嗎

D 基本上最好而且最公正的方式就是送病理解剖

A 那如果病人還沒掛呢?就是過敏性休克 旦是有急救回來

D 如果過敏性休克有急救回來 我們當然就會去看他 之前 一些 用藥的病史的狀況 是不是之

前他曾經有告知醫師他有使用這個藥過敏的狀況 醫師沒有注意到 繼續開立 如果之前並沒有這些告知的一些事項的話 基本上就是一個非預期性的休克反應(35:51)

A 那接下來是我們想要跟你請教的是一個大部分是有關於健康資訊權的建立這裡健康資訊權是泛指說所有有關於個人過去現在跟未來各種生理或心理狀況經由口頭書面或任何形式的媒體記錄,特別說包括電子記錄或影像記錄。...然後受這個 應該要對...不好意思,第一個問題是您認為應該賦予病人健康資訊的權利嗎?個人健康資訊的權利

D 我覺得病人有權取得他受做的檢查的報告結果

A 對於病人在醫療機構中 有關於個人的資訊 如果賦予他隱私權 除非得到病人的同意或有法定

的原因 才能夠揭露 您贊同嗎?

D 我贊同 因為 基本上 依照醫師法的事項 醫師不能沒有經過病人的同意 不能將他的病情洩

漏

給第三者 所以如果沒有病人的同意的話 病人的病歷應該是隱私的

A 是 然候就是現行的醫療法是規定說 不能無故透露 就是不能無故 沒有原因 就透露 你認為說 無故這樣子夠精確嗎?還是說要限定在...還是法律要明文規定說...

D 我不太懂說 你透露是指說透露給誰?

A 是只透露給第三人 或者是沒有經過病人授權 我的問題是說 無故的話 你覺得無故應該明文規定嗎 就是列舉相關事由 比如說 精神病史 不能讓病人 不能任意揭露或是說...

D 基本上只要是病情的 沒有經過病人同意 都不能任意揭露阿

A 那你覺得在什麼情況下 是可以未經過病人同意而揭露呢?

D 如果是符合社會公平正義原則的狀況 是可以揭露的 例如說 為了一些刑事案件的一些揭露 例如說 有些他疑似有一些傳染病 這樣子 然候 他說他有愛滋病 然後到處亂咬人 這樣子 這些是為了解社會公平正義是可以強制做一些檢查並且揭露的。

A 好 謝謝您 那接下來問題是說 個人健康資訊權賦予病人可以複製檢視所有跟他自己相關的醫療資訊 而且可以盡情修改?你們同意這樣的規定嗎?

D 什麼叫做他可以盡情修改?

A 就比如說 他可以就他自己的健康記錄加註說他過去的病史, 比如說他之前在他的病歷之中沒有提起 他可以主動要求你加記加註

D 如果是為了病人的權益 為了使病歷更加完整的話 病人他主動要求要加註是合理的

A 然後接下來是 您認為若對於違反法律規定的醫療機構或醫事人員進行制裁 就比如說他違反說讓病人複製或檢視他自己健康資訊的內容或者是...那違反這個的話除了現行規定多半是 多半是 就是以罰鍰, 如果醫院沒有提出病歷的話就是處以罰鍰, 這樣子, 請問你覺得說這時候除了罰鍰之外, 對相關的醫事人員或醫療機構, 這樣可不可以幫助病人更接近他自己健康資訊的內容?

D 我覺得 恩 醫療機關不能夠惡意地隱瞞病人他的要求他病歷的需求, 但是有時候會因為一些不可抗拒的因素 例如病歷它畢竟是一個紙本 它放久會損壞或者說在搬運過程中難免會有有有可能會有一些遺失的狀況, 在一些不可抗拒因素之外的話, 醫療院所應該要提供病人他複製他病歷

資訊的權益。(42:03)

A 可是您剛才說 可是醫療機構他有一個法定的義務，就是要保存這個病歷資料七年，那如果現行規定，就是如果 這樣子 因為這樣子 如果像妳剛才這樣講的，病歷因為醫療機構保管上的缺失然後不見以致於不能提出的話 你覺得有怎樣解決的途徑？

D 我覺得 解決的途徑 因為它就是一些不可避免的因素 應該 我也想不出什麼好的解決途徑... 所以現在可能為了因應科技化的時代來臨也同時為了保存病歷這方面的觀點 所以現在已經逐漸有在發展電子病歷的新制 所以之後的話 病歷除了傳統的紙本病歷之外 還會有電腦上的病歷 電腦上的病歷可以很精確的指出有曾經有做過哪些醫療處置因為這些是跟健保局申請經費的標準

A 是 再詢問你一個問題 現行的醫療法並沒有規定說當病人跟醫療機構要求提出病歷的時候 醫療機構必須要在幾日內提出 那如果 那你覺得應該要設一個日期嗎？設一個期限醫療機構必須在這個期限內提出

D 我覺得依照每家醫療院所然後他的業務繁忙的程度的話，當然如同政府機關 每個政府機關做事情的效率也是不同的 可是 我同意如果可以設一個期限然後讓病人可以在期限內取得他本身的醫療資訊將是會一個更好的狀況

A 所以你覺得這樣會是更好的狀況

D 是的

A 那如果比如說我們設一個時間點好了 比如說十天內 病人要求後十天內 醫療機構還是沒有提出病歷 那你覺得說 病人除了向主管機關申訴 由主管機關就是對這個醫療機構進行罰鍰的處罰之外，病人他向法院申請就這個病歷扣押強制執行，那您覺得你贊同這個規定嗎?(45:31)

D 我了解你的意思了 剛才在想這個問題是什麼 如果有一個明確的法令可以有訂定出說...必須要在多少時間內提出的話，這樣子，未在規定時間內提出，必須要給申請的民眾一個合理的理由，如果沒有一些合理的理由和解釋的話 病人可以有權去...如果他不是為了診斷證明 只是要整本病歷的話病人是可以要求這方面相關的權利

A 就是向法院聲請 然後進行扣押

D 如果說醫院他沒有給予一個合理的理由而是無故不給的話，這樣子 我覺得這方面對於病人是合理的

A 那您同意說讓病人知道他的健康資訊而且讓他可以複製或檢視相關的健康資訊，這樣會對於就是賦予病人健康資訊的權利的話，可以讓病人知道他自己所受醫療的狀況 並且了解整個醫療行為的進行還有結果的發生，那你覺得這樣有助於醫病關係的提升嗎?(47:36)

D 這方面當然是百分之百肯定的答覆，因為其實就目前所知絕大部分的一些醫療訴訟都是因為溝通不夠充足 病人對他自己實施這項治療處置有可能產生的一些後果了解的度不一 有可能是因為教育程度的問題 有可能是當時危急 這樣子 他意識狀況不清楚 或之後結果不恰當 那邊他只聽進去他想要聽的 沒有聽進去副作用這方面的事情 所以 如果可以讓雙方可以更加了解自己本身狀況 他願意承擔這方面的後果 當然是會有助於減少醫療糾紛的產生 基本上最實在的例子就是像 手術同意書 以往有一些手術糾紛 就是因為 基本上 大部分的醫療官司都是因為發生了非預期的事件 如果能有一個書面的一個證據 顯示說 像手術同意書所告訴病人有可能會對麻醉藥產生一些過敏的狀況 當然是會有助於醫療官司的減少。(49:30)

A 醫師 那我想在重複跟你問一個問題，就是說 你覺得說 病歷不應該規定它可以增刪修改的時間?

D 我覺得病歷他最原始的目的就是為了幫 為了 它是一個紀錄 為了幫助醫師可以記錄瞭解必病人病情的狀況 所以如果是為了病人的權益 然後讓病歷能夠呈現一個更完整的狀況的話 而且同時也可以幫助醫師了解病人病情的狀況的話 那作一些修正的動作是合理的

A 所以你不認為說要規定一個期限 比如說 要修改的期限 隨時都可以

D 我覺得這是 隨時都可以 因為有的時候你得到的資訊不一定是正確的 有可能例如說 精神科的病人他有可能給你一些錯誤的觀念或者是有些病人他故意隱藏一些病情 然後你事後知道的時候 當然是可以去將你之前得到錯誤的訊息予以改正 或者說 你之後有得到他去一些其他醫療院所做的一些相關報告 我們有些時間點 或者是有時候病人因為他對醫療資訊的不清楚 他自己口誤 有可能他是一個大腸癌 他自己講成大腸發炎的一個狀況 對 如果我們之後有取得更完整的資訊的話 當然讓病歷呈現對病人更完整的資訊是我們的職責。

A 是 可是 就您剛才講的 如果病人沒有繼續在你們那邊診治的話 你怎麼會知道說他在別的醫療院所的相關的報告或病歷資訊?(52:13)

D 不一定阿 因為像基本上很多醫院進來的話都會有一些建教合作的關係 對 然後我們有時候會為了關心這個病人 我們會去運用關係 會去調閱他之前的 在其他醫療院所做的一些檢查或者是病歷 來幫助我們更...

A 請問您們有得到病人的同意嗎?

D 有沒有得到病人的同意...(mur mur)

A: 沒有。或者是授權? 請問你覺得這可以當作正當化你們...

D1: 我覺得醫療院所之間如果是診治同一個病人 為了讓醫療更完整所做的資訊交流是合理的 當然你不能够無故去調閱某個病人的資料

A: 就您剛才講的醫療院所間比如說為了病人利益所做的交流, 請問你有實際碰過這種狀況嗎?

D1: 實際碰過這種狀況...(murmur) 會阿 像我如果有一個病人然後他之前 他來看我 他來告知我 說他之前是有在哪邊看過病 有在哪邊接受過化療 還是怎麼樣的治療 當然他沒有辦法很完整地將那些藥名或他曾經做過的治療處置完整的透露出來 病人他也不方便 再去原來的醫療單位 申請這個資料的話 健保局他現在有規定說 為了避免醫療資源的浪費 讓每個地方都重複地做一些相同的檢查他有鼓勵 各個醫療機關對於病人的檢驗報告是可以共享的

A: 請問你說的這個是在健保法規定...

D1: 他是在健保法的規定中 例如像一個病人他最近才在台大做過電腦斷層 他可能後來後來到台中去就醫 這樣子 對 因為健保卡上面就有註記說 他可能上個月才做過電腦斷層 這樣子我們就可以依照健保法的一些程序 跟原有做這個檢查的醫院調閱相關的檢查

A: 請問您剛才講的這種情況是

D1:這是健保局現在正在推行的政策

A: 那請問病人知道這個情況嗎?你們有得病人的授權或者是同意嗎?

這樣是不是就病人健康資訊權的一種侵犯

D1: 有時候不見得會特別跟病人提及 對

A: 所以健保局也沒有一個規定是說要得到病人同意之後

D1: 健保局的 ...沒有 沒有相關的一些規範

A:那您覺得這樣子是否應該要得到病人同意後才能將這個檢查報告付錢

D1:我覺得 這方面的話 可以做這方面的努力拉 基本上我們目前醫療資訊會做一些交流的 這些常見的原因的話 就例如上述我講的 他在一個地方曾經看過 然後他到另外一個地方 可能

他到一個地方性的診所 他並沒有那麼多檢驗的儀器 對 所以他 當然會希望說 可以擁有他過去更多的一些資訊的話 可以幫助他作更完整的判斷

A: 請問您說的這些資訊阿 他是不是 比如說 檢驗報告之後 他會存到中央健保局的資料庫

D1: 不會 就存在他來做檢查的醫院本身的資料庫 因為目前的格式還沒有如此統一而且中央健保局的資料庫也沒有那麼大 可以儲存那麼多東西

A: 那您說 現在是 比如說 一個醫療院所可以不經病人的同意或者是授權 如果只是為了診治的必要 就向另外一個已經做好檢查的醫療機構要求他提出相關的檢查報告

D1: 應該說我們會...去跟他徵求說相關的一些報告 這樣子 當然 這些徵求他 對方的醫療院所 如果覺得我們不是為了病人的一些利益方面 或者是說有一些有問題的狀況的話 對方是可以拒絕我們的 對 然後這時候 就可以請病人那邊去本身可能自行去申請

A: 好 謝謝您 所以 那今天訪問大概就到這 那請問醫師對這個論文想要討論的東西有任何建議或想法嗎?

D1: 我覺得目前的一些醫療糾紛 就如同您說的 絕大部分是因為資訊的不對等 而且絕大部分資訊不對等 是因為病人對於他這項治療處置那邊有可能產生的後果並不是非常確定 基本上 醫療他本身就是一個非常不確定的行業 然後每個人體也都是很獨特的 所以有可能發生的狀況的話 當然無法說一一列舉 對 所以之後應該更加推行說 增進醫病之間的溝通 讓病人可以了解說 我們實行這項醫療有可能產生的後果 如果病人可以同意的話 這樣子 當然就可以減輕未來不必要的醫療糾紛。

A: 好 謝謝您今天進行的訪問 謝謝你唷

(結束)

逐字稿 D2

A 然後就是在醫療機構它內部有一些行政規範或作業流程或是一些準則
那您覺得這是不是也可以作為判斷責任歸屬的依據？

D2 一定是可以的

A 那如果是在 你贊同就是說這些證據可以就是賦予當事人一個權利就是比如說在起訴後他可以

D2 法院可以去調

A 就現行的法院就可以去調

D2 對對對...這個比喻是這樣子 好 簡單來講 比如說會診好了 例如說 他來的時候例如說他是外科 他現在覺得胸悶胸痛 他去找這個心臟科來看 那到底請問一下 他要幾個小時內來看 這絕對不會在醫療法阿 什麼東西裡面規定 或這時候變成他們醫院裡面一定會有一個規範說 喔 那例如說 我們 普通會診 可能說一天之內要來看 急會診 可能是一個小時或兩個小時 這個東西的時候 可能就會變你所說 常規的東西 例如說 如果他超過幾個小時之後 他才會有延誤的問題 如果是以醫師的角度來講 醫院裡面都會有這樣的規範。

A 謝謝學長 接下來我們要請問學長有關於現行鑑定機關的問題 然後現在現行鑑定機關 就是除了沒有交互詰問 或者是匿名審查 跟缺少當事人到場陳述之外 您覺得現行的鑑定機關 還有什麼缺失 比較不足的地方？

D2 還太慢了 速度太慢了 大概都要半年以上

A 那除了他們審理速度問題 還有...

D2 一般是還好啦 我覺得內容應該大體上還算公正

A 那就是您說內容 以醫學專業角度來說也就是他們做出來的鑑定報告都是正確的

D2 就是說 應該大體上還算公正

A 那您有就是接觸過比較不公正的鑑定報告嗎

D2 有阿 當然還是有 因為我覺得醫界還是一個小圈圈 所以我覺得 醫醫相護的問題 現在目前應該是不多 但是我覺得 還是有 而且應該也有看過 所以你剛才不是問那個問題 你有沒有看過或是那個 我覺得有阿

A 那就是...

D2 我在講 那就是大體上目前那個情況 比大概五到十年前是來的好 就是說 以前是偏的很厲害 目前的時候 我覺得算是蠻公正的

A 那就是 法院詢問鑑定機關就是 的事項是不是很妥適也影響了法院運用這個鑑定報告形成心證 就是來形成心證 那 你認為就是說 就一個醫師的話 那你想 你覺得法院應該要如何詢問鑑定機關才會讓這個結果更讓人更信服

D 因為法院他都是把他要判決的構成要件 列在問題裡面 但是醫師在寫鑑定報告的時候 他並不了解 他到底想要問什麼 所以我們醫師有時候寫的那個回函 都會寫的很模糊 那我覺得法院也不一定套的進去 阿 因為我記得以前她都會問我說 ㄟ請問一下 這樣的一個那個傷害被刀砍車禍阿 然後那他到底能不能 這個 恢復正常功能阿 會不會有什麼東西 但其實我們不太曉得說他到底 他原來是在問說這個東西是造成傷害還是重傷害 那就是我們後來才知道他在問這個問題嘛 到底能不能說這個難以回復拉或者是什麼東西 可是對醫生來講 醫生也不太知道說這個東西是不是難以回復或者是 所以我覺得這個醫師的回答 跟法官要的東西 是有一點點落差 然後第二個就是說 醫師對他不太了解法院意圖的東西 他有個傾向 就是會寫的非常地模糊 所以我覺得 是不是法官看到這樣的一個詢問或者是詢問回答或者是報告 不曉得他們能不能用 這樣子
(06:01)

:

A 就學長覺得那像法官他有辦法問的比較詳細或者是...

D2 對 所以說 如果法官他的問題能夠越具體的話 我們才能回答的越具體 如果只是能不能有沒有什麼顯著 不可回復 這種大概就很困難 例如說如果他的問題能問到說 ㄟ 大概能做什麼工作 或者是說 大概能恢復到幾成 這種比較明確具體的問題 可能會對以這個報告來幫忙他判案會比較有幫助 或者是他能做哪一種工作 或者是 這種可能對一個醫學的人可能他比較容易 問些文書工作什麼東西 但是 你要醫生來寫的東西 立刻符合法律上的構成要件 其實他並不知道

A 那學長覺得說 現在鑑定機關可以朝怎樣的的方向改進 就是比如說我之前看到一個論文他寫說當事人可以合意選定鑑定機關 他是一個規定在醫療糾紛處理法 就是建議 只是一篇碩士論文的建議 那你覺得說 覺得有什麼方式可以改進現行鑑定機關?

D2 因為我剛剛的回答就是說 因為他時間太久 積案太多 我目前沒有想到什麼特別好的辦法 然後因為如果他要很審慎的那個 於是那就勢必要花一些時間 那案件量那麼多 所以我反而覺得 這是另外一個角度拉 正本清源是不是說 能夠減少這麼多的案件 來進入這個鑑定 例如說

能夠增加我們比較強 就像你剛才說的什麼醫療糾紛處理法 這種 這個在之前調解和解的機制 這樣大多數的東西都直接以鑑定前的程序來解決 可能是另外一個想法 那這是第一點。第二點的時候你就講到說 這個 合意選任 我想這個應該不會有什麼問題吧 因為我知道目前都可以合意選任法官了 那合意選任 這個這個 鑑定應該更沒有問題。那另外你可能這方面你可以問一下 這個 就是法律專業人士 因為一般來講 據我所知阿 在實際上實務的時候 他也會問雙方 問他們要送哪裡 所以實際上的運作應該是這樣子啦 他都是會問雙方 會你想送哪裡 你送哪裡 那這樣子我們送這家好不好 那雙方都同意的話 他就會送 (09:32)

A 好 那學長接下來 就是有關於就是比如說健康資訊權的建立就是您贊成說就是說明文規定病患對於其健康資訊知的權利 而且可以要求相關的紀錄的複製或者是修改

D 贊成阿

A 這樣子會對醫界有什麼問題嗎

D 不會阿 我覺得這是應該的

A 那您覺得就是說除了複製病歷或者是健康資訊權的保護 比如說健康資訊隱私的保護的話 那還有怎樣的權利是可以讓雙方在蒐證過程中可以居於較平等地位的一種權利

D 一時想不出來

因為現行的時候 就是他們可以依據醫療法來聲請病歷嘛 然後這個病歷的範圍並不包含 並不以那個紙本為限 他所有的一些檢查資料拉 X光片阿 都可以 所以我是覺得目前有什麼改進 我是覺得說 大概管道上都有了 那如果例如說 檢察官拉 強制處分 就更不用說了 但是這樣能夠去改變 就是說 醫方比較接近病歷的這個證據的現況 我覺得這也是沒辦法 因為 到底它還是他業務上製作的文書那原本就是在他那邊 也不會跑到這個病人這邊 目前我沒有想到特別改進的方法(11:32)

A2 那學長我想請問一些 剛回到證據保全的部份 就是學長有提到根據這個醫療常規的話修正 或是修改病歷其實是醫生一個通常都會.....

D2 對.. 恩

A2 請問一下通常為什麼要修正病歷他的動機是什麼 是為了譬如說 可能當時手術阿 比較匆忙的狀況下 比較潦草的紀錄 xxx(12:06) 重新整理過的是怎樣的一些動機 而會讓醫師去修改病歷?

D2 我想修改病歷分成兩件事情 第一件事情的時候就是說 例如當時是比較緊急 例如特別是急救的情形 那時候大概你的病歷大概一定是很快地寫一寫 因為可能急救完之後 好不容易弄起來

阿 馬上你要送加護病房 或者是馬上要送開刀房 要做進一步的東西 所以你可能 即使你現在急救的過程作完之後 你可能還不一定還可以坐下來寫 可能你還要趕快 後續的東西 就像剛剛說 大部分的時候 急送開刀房阿 急送加護病房 然後可能就要通知家屬阿 或者是什麼那當然事情比較多 那這是一點。那第二點的時候 就是說 就剛剛說為什麼要修正的時候因為我們在醫學裡面他是一個他是有 有點師徒制 所以在真正的醫療常規裡面 負全責的主治醫師都不會寫病歷 這個是實況 這個是沒有問題的。然後我們一般來講 就是說比較高層的醫師他大概就會發號施令 但是 意思說 文書作業那個東西都是由比較下層的醫師來 就好像 我想任何一個機關的話 總經理 會不會真的去寫那個會議紀錄 我以這個例子來講 但是你會會議紀錄寫完之後 要不要拿給老闆看 老闆可能會在上面改 因為可能你做紀錄的那個秘書並不能了解你的真意 意思就是說 比較下層的醫師或許他對於主治醫師當時他要做的目的或者是他的一些什麼東西 其實他並沒有抓到重點 那麼這時候的時候就需要由負全責的醫師的那個人或者是上級的醫師把它修正 這樣子才會怎樣 才會接近真實阿 我以一個開會紀錄來講就是這樣 例如說部長會不會去寫公文 不會嘛 也一定是承辦人員寫 寫完之後 然後部長 或上面的主秘 再來把它修正之後最後給上面的人簽 那在醫學裡面也是一樣 醫界裡面都是由這個比較下階層的人來做這些文書處理的工作 然後所以說 他上面的人必須要去再去修正 那這是必要的。第二點來說 上面的人修正之後也是一種教學的模式 這樣的時候比較基層的醫師他才會知道 喔 原來阿 他剛剛做的作法 是怎麼樣 我哪裡沒有注意到 那一般我們醫學的養成過程 就是由這樣子一步一步起來 這其實 所以我剛剛就講說 特別是像例如說我們對醫院的評鑑 有沒有主治醫師去修正你的病歷 這個是一個很重要給分的依據 所以剛才你有提到說 為什麼我們說這醫療常規這是我們要求去修改病歷 它的原因應該是這個樣子 所以分做兩個點，第一點就是說 下面的醫師他可能沒有真正抓到重點 所以他的記載可能有錯誤 第二個時候 就是說我們會有這樣的時候 教給下級醫師的一些指導 讓他從 case 中來學習 這個東西是這樣 也就是說 這個修改病歷本身在醫界是一個非常非常常見的 這個動作本身 並沒有特別的對錯 而是說 你到底有沒有把 沒有做的事情 寫成有做 或者是做的事情 寫成沒有做，是這個問題。剛才我有特別提到過 我說 修正你一些業務上的文書 這個 應該不限於醫界 我想這個 我覺得已經有法律來規定這些東西了(16:21)

A2 謝謝學長 那回到剛剛那個修正病歷的問題 那就是說 既然就是說 上級醫師會修改下級醫師基於教學指導可能要追求當時真正情況的前提下 那請問一下就是說 通常會有 有多少人會去修改這個病歷 譬如說下級直接送到上級一個人的話 會不會有一個再上級 再審視說這個病歷

D2 一般不會 一般在醫界的時候的話 上面 每一個病人的負責就是他的主治醫師 那大多數其實他是以這個什麼阿主任阿院長阿 他不太會去修正到這個主治醫師的病歷 所以說 剛剛講的說 那你說這個層級來講 我們一般來講 我們這邊可以講兩件事情 第一件事情 層級分作兩種 一種是行政上的層級 一種是醫療上的層級 在病人的醫療的治療的時候他的最上級 原則上我們認定是主治醫師他是替病人負全責 那當然在醫院行政 可能主治醫師上面有某一科的科主任 可能有這個院長副院長 那個屬於行政上的層級 原則上行政上的層級雖然不能說完全沒有 但是一般來講 是不會去修改主治醫師的病歷 所以原則上應該是就是如果是上級的話就是主治醫師 大概是這樣子 那一般就是說什麼醫院評鑑的要求也是主治醫師要修改 他不太... 就是說 極少數的例

外啦 才會要求什麼院長阿 科主任去修改 我認為那個算是例外

A2 所以說在修改病歷上面會有主治醫師的名字在上面...

D2 會 也要 也要有

A2 也要

D2 這個稍微講一下 一般來講就是說 我住院醫師就是寫病歷寫我的地方 我然後上面的時候 要請這個主治醫師來副署，就是上面再簽一個他的名 然後上面例如他說他覺得哪裏寫的不對的時候 他會在這裡修正 這是標準的作法 其實我覺得這跟一般公文也是一樣 就是說 你承辦人員寫好嘛 寫好之後你拿給上面的人看 上面的人也會幫你改 改完之後他可能再簽一個 然後之後在送 一般的作法 其實我覺得病歷的作法的方式你把她想成跟那個的話 就很容易理解了

A2 那就是 如果針對修正病歷這一塊醫院有沒有什麼內規 規定說 譬如說修改的幅度 可以...

D2 應該會有啦 應該有

A2 第二個問題是有關於鑑定機關的問題那不知道學長針對鑑定機關你覺得現行的譬如說行政院衛生署的檢驗機關學長覺得她有什麼優點?

D2 它公正性比較高拉 我認為他公正性比較高 因為它至少是一個法定鑑定機關 她有規定在醫療法上面 所以 這個 另外的時候 她有確實按照三分之一的這個非醫界的公正人士 所以我覺得大體上 他是比較能夠讓醫界或一般民眾較為信服的機關 那另外的時候 可以在講到幾個地方 例如說其他的醫學中心 那這個東西的話 它可能一般人也會認為 你這個醫學中心 那你們都是認識的嘛 這樣的時候 醫醫相互的機會就更高了。那麼再來是送專科醫學會 例如說這是一個婦產科的問題 你送婦產科醫學會 這個人家也會認為說 這個因為你們都同樣都是會員 所以這個除了專業性夠之外 你的公正性可能會受到質疑 所以說如果你說這幾個鑑定機關來講的話 行政院衛生署的鑑定機關應該是比較讓在這個三角關係裡面讓法官或當事人較為信服的機關 那如果是檢察官的話 她一般來講他就會送法務部這個這個法醫研究所 那我想這個也算是一個公家機關 那個大體上也不會有太大的爭議。(21:13)

A2 那剛剛學長還有提到有看過不公正的鑑定報告 那個鑑定報告的內容是對於醫師比較偏護 還是對於原告 病人比較偏袒 那大概是怎樣的 什麼樣叫做不公正的鑑定報告?

D2 不公正鑑定報告... 就是避重就輕 就是常常因為真正鑑定報告的時候因為鑑定委員他也不可能這個這個顛倒是非 但是她一般有時候就是避重就輕 或是根本沒有回答她問題 我是覺得這個是比較常見的 這個 就是去 幫忙醫生的作法 就是說 它真正核心的問題 它是避重就輕

它是散掉了 他沒有真正回答問題 你說你問 A 我回答 B 阿 這個是有的 再來的時候 就是對嘛 就是這樣子

應該說什麼 顧左右而言他 再來是避重就輕 就是說 它可能比較有的話 它可能會寫說這樣的情節比較輕微 大概都是這種方式。 因為鑑定他還是 很多東西 它還是有些法律責任 所以我比較沒看過說 這個 黑白顛倒的鑑定報告 一般來講 也不會啦 大概這兩種方式 依照這兩種方式。

A2 那就學長是以醫生的身分可以看的出來 這個鑑定報告是個不公正的報告 但是就法官的立場 他沒有辦法辨認 那有沒有什麼給法庭上的建議說如何去辨識說鑑定報告, 那要不要有個依準 或者是說他必須要有一個固定格式的規範

D2 可以阿 看不出來 這個沒有辦法

A2 那這樣子就是法官其實他鑑定機關來的時候 他就因為無法判定 可能 無論這個鑑定報告是不是公正或是不公證 就是會被採納這樣子

D2 是 絕大多數都會被採納 不過我的角度是這樣啦 因為在 因為法官主要是站在聽審的角度 所以說如果你 你如果 就是說 你的病患邊 你覺得這個鑑定報告有問題 你還是可以在提出 請他補送鑑定 把你覺得有問題 例如說對方避重就輕 拿顧左右而言他的問題 你把他指明出來 請他針對這個問題回答 所以法院一般也會同意再送鑑定 所以這個管道並不是沒有 而是每個人他的專業能力夠不夠的問題 ... 是這樣阿 (靜默...) 所以我是覺得制度上 制度上原則上應該算是一個公平的制度拉 制度上應該是沒有什麼可以去質疑的地方 而是專業的程度 在這個三角關係裡面法官跟病患 是比較困難 用專業跟醫療機構來抗衡 在任何一个專業都是一樣 只要是牽扯到專業的時候那就必須這樣。但是我覺得我們的法律利用很多方式 利用舉證責任的導引 然後把這個東西來扭轉 轉 我是覺得本身制度上沒有什麼太大的問題 制度上看起來應該是公平的 也有很多補救的方法 只是問題是你看得看不出來而已 黑 應該是這樣 那以前一些比較不公正或許都有拉 但是我覺得目前的修正 應該我覺得已經是不錯了 那或許是說 再來是說 改進 你剛才才問怎麼改進嘛 例如說審判實務是不是說 法界的人 就是說 如果是這個司法審判者 或者是說其他非醫療背景的律師 他們能夠加強對於一個事實的了解 我相信對於他們的判案 或者是他們的辯護是有幫助的嘛 同樣的事阿 如果一個律師或法官他要審建築倒塌的問題他還是要去了解一下這個基本建築的東西 如果他要審這個證交法 它可能要了解一下基本的會計 否則如果只是會法條 都會有一樣的問題 所以我反而覺得這是一個 在這個法律業來處理專業法律問題的時候 他在認定事實上他的能力可能需要還有其他的管道需要再加強 至於他們適用法律上 我認為是沒有問題啦 就這樣 你知道嘛 認定事實 認定事實有時候它需要專業 例如說 專利也是一樣阿 所以說我們有時候 在目前的時候 我們就可以提到 有很多專業法庭的成立 例如說有智慧財產權專庭 有醫療專庭 他就希望要來彌補這樣的差距 其實我是覺得在整個制度上他在已經有多設想跟這個東西了 所以說在這方面的話 你看法院已經有專庭了 無論智慧財產權或這個專庭, 再來律師制度要有分科制度, 就是說不能夠一個人看這個內外婦兒全部看 也不是說一個律師可以這個民刑事智慧財產權 醫療 證交法全部弄 我想這個應該是大家很容易瞭解的

你會給一個醫生內外婦兒都一起看嗎？應該是不太會啦。當然這個東西需要時間的演進啦。我們也可以說五十年前確實就是一個醫生全家人一起看。但是我想在五十年之後這種在台灣已經很罕見了。那我覺得在五十年之後的法律界一定也會有分科制度。

這樣的時候應該就可以把這個把我們剛剛所說的還是有一些這個瑕疵的地方應該可以把他補起來。所以我覺得應該是以這個東西因為我還是沒有辦法讓一個人了解世界上所有的專科技術，那或許就是要以分科分工合作來克服這個問題那可能需要一點時間啦。

A2 在就是剛才學長說的鑑定機關就是在鑑定的時候會請譬如說當事人陳述意見 (D2 不會) 就是以病歷(D2:對對對) 所以說如果在這個地方如果所以賦予鑑定機關比如說可以請主治醫師或當時在開刀房的一些護士去到場陳述一下當時的情況的話 會不會對鑑定 因為現在主要的是說現在如果要落實分科律師的這度的話 還不是很完整的情況之下 賦予鑑定機關在鑑定的時候 可以了解更多的真實的話 可能會對於法院在認定的上面 可以比較有保障 就是說可能就是在鑑定機關的話可以把當時當場所有的人就是請去詢問之類的 可以對.....

D2 目前當然是沒有啦 所以這個東西的時候 到底你要以書面審查 還是要以言詞辯論 我覺得這是政策上的問題 這個我覺得 理論上確實有幫助 不可否認的

你說這個當然到場陳述對發現真實一定是有幫助 但是很多是訴訟成本的問題所以其實像我們很多東西也是以書面審查為主阿 所以也不是說只有鑑定機關為主，那第二點來說以目前這個衛生署積案那麼多的情況之下 你要請求他 還要再來當事人訊問 我覺得應該現實上應該是有困難的 理論上不否認應該是有幫助，那實際上這個以目前來講以他積案來講 應該是不太可能 那到底哪個好 我認為那是立法政策的問題 這個在我們很多法條上也是這樣 也是這個問題 例如說為什麼說 訴願是以書面審理為原則 那你說訴願難道不能言詞辯論嗎？有 也可以啦 那我是覺得這個還是要考量啦 這個我沒有什麼特別的意見。(31:40)

A2 那在廣泛地問一個比較 OOO(31:45)的問題 學長有說你有面對過醫療糾紛那通常原告就是病人的部份來的話 身為醫師對原告的觀感到底是什麼？

D2 醫師喔

A2 可能到底是 他們 譬如說 他來的時候就很兇的 我要病歷之類

D2 會阿

A2 或者是說他只是很理性地去說 我是想要了解到底整個手術的過程或者是情況

D2 一般如果他真的有覺得有問題 他就直接來要病歷 對阿 就直接來要病歷了 反正我覺得大概所有的醫生都有面臨到這個吧 然後 有些人她只是來抱怨一下 嚇一下阿 找人來講這麼講一講阿 什麼調解這樣子 不同層次啦 但是 很少人說 我們說如果你碰過醫療糾紛表示你醫生當的

不夠久 就這樣

A2 所以說 像一般就以醫生的角度來看的話 通常 因為通常醫事糾紛的案件 通常病人都是控告醫院嘛 通常這個情況 那醫院的態度是傾向和解 ...

D2 這個得都有耶

A2 整個數量比較多嘛? 還是你就跟他告嘛 我們就沒有過失 之類的

D2 我覺得都有耶 我覺得都有耶 這個 這個 目前喔 目前醫院都比較硬

A2 恩 就針對這個的話...

D2 以前 我覺得以前喔 醫院比較朝向息事寧人的態度 所以以前我覺得大多數都覺得算了算了 如果幾萬塊 或者是什麼什麼幾十萬 就賠 但是目前的時候 據我所知 醫院都是採取比較公事公辦的態度 所以目前我覺得不太說會這個花錢打發 目前的趨勢 我認為是大家就是直接依照法律程序來處理 趨勢越來越多 是這樣 我覺得這個也是一個 好處阿 以前的話就是醫院方覺得息事寧人我就給你一點錢 那麼 病人方 他也不要 他就給你抬棺灑冥紙 大家都是以這個訴訟外的行為來解決 或許我是覺得可能我們法律制度建立的比較好 然後說大家也比較願意說 我們交由第三人 而不要以一些其他的方式來解決這個醫療糾紛 我覺得這也是一種進步阿 是這樣 其實以前的時候也是就動不動抬棺找黑道阿 那很多 目前的時候 這個情況也慢慢越來越少 現在醫院也是一樣 醫院也是說 我有錯就那個 那沒錯我也不會給你錢 所以目前我覺得 雙方都是朝向比較願意遵循這個法制程序來走 我覺得這個不是什麼壞事 趨勢是這樣 那至於你說比例我就不是很曉得 但是趨勢是這樣應該是沒有錯

A2 恩 針對那個問題 我有一個新問題 在醫院還沒有將病歷送鑑定的時候之前 他如何衡酌去打這個官司 OOOO.....

D2 我們都會開一個小組 我們如果發生醫療糾紛的時候 就是潛在的醫療糾紛的時候 我們就會召集當事人跟比較高層依起來討論一下 這個案件到底有沒有疏失 那我們會先做一個評估 如果我們覺得這個東西的時候會有問題的時候 我們就會傾向和解 賠錢把它解決掉,如果我們覺得這個理論上是 OK 的, 只是病人對這個情況不了解 那目前的時候的情況 這樣子 就是按照程序來 所以一定會有一個這個醫院內部的會議 那大多數醫院也會成立一個叫做醫糾小組 一發現有一個潛在 譬如說病人不滿阿 或者是一個突發性不可預期的事件 即使病人沒有要來告要來鬧的時候 內部都就已經在先開了 都已經在評估這個東西 或者甚至說他病歷寫的好不好 醫院這個東西是做的非常好的 絕對比病人做的快。

A1 那就是照學長剛才講的 那為什麼就是 那理論上就是醫院應該是蠻有把握才會去打官司嘛?

D2 大多數

A1 那為什麼譬如說現在還是偶爾會有一些些案件是會醫師敗訴的情況？

D2 那個 那有時候是病人要太多了 病人會告的時候 其實他還是有兩個問題 第一個問題就是說 那個東西 不是拿錢就可以解決了 有時候她是說對於家屬之間感情 這個東西其實你問到另外一個層次 可能跟這次你們的研究沒有什麼關係 請問一下為什麼要病人提出告訴的心理因素 即使他可能拿到這個金錢賠償 它們一般來講 他們可以說他們有幾個理由 第一個是說他們覺得對醫院的一些...覺得要討回公道 這個一種...以牙還牙 這個最原始的情事 另外有一些人希望說給醫院的一個警惕或者是教育 這個也是一個原因 所以意思就是說 即使你想賠 人家也不一定願意 這個 那個 願意說就是不告

第二點的時候 有時候你想賠 可是怎麼樣？對方要太多 對方開口就說是要好幾千萬那你覺得那那那 就是說和解沒有辦法談成 既然如此的話 那就看法院判多少嘛 那第三個問題就是 還有一些是公訴罪的問題 公訴罪就是說 因為如果是業務過失致人於死 那麼法院 因為是非告訴乃論 所以到後來的時候 可能

還是會有這個判決有罪 但是如果達成和解的時候 原則上還是會有緩刑的問題

所以可能會有這三點 這個還是一定會有這個 這個 判決敗訴的問題。

那你說第四點 醫院他的評估錯誤 當然你覺得 原本以會你會贏 結果判的時候你會輸 這個也不一定 所以本來就不可能說 這個醫師都沒有敗訴或都沒有判刑 就這樣。

A2 那就是說 因為現在就是我觀察到一些判決 判決中他顯示說想要證明說醫師在手術上的疏失並不是這麼容易 所以他們主要可能打說 你事前有沒有告知 說這個手術的風險 或者是事後術後的癒後 那就是醫院這方面 譬如說在事前通知的情況下 000 有沒有同意書或告知書之類的東西？

D2 現在同意書是一定要有簽嘛 因為它是醫療法上的規定 一定要有簽 但是你會不會給他其他的資料 這個因人而異啦 這個因人而異 是不是 像要跟美國一樣 開個盲腸 就給你一個 20 頁東西請你自己回去看 那麼開個什麼就給你一份東西 我想這個是因人而異拉 那 再來就是說 這個有沒有告知跟有沒有成立這個 有沒有告知跟民事可能比較有關係啦 跟刑事的時候 可能就目前沒有什麼特別的定論 因為到底有沒有告知 跟最後你那個死亡結果有沒有因果關係 這個是相當性 我沒有跟你講 你是不是就一定相當於就會造成這個結果 會有很大很大的問題 所以我覺得有沒有告知這個我覺得這個是很難講的 因為如果說你應注意能注意而未注意你違反醫療常規這個是比較確認 應該是比較沒有什麼問題 但是只是說以告知這種附隨義務來認定這個...需要來賠償，這個當然民事上應該是 ok 拉，有沒有附隨義務。但有沒有告知要成立刑事犯罪 這個東西到目前是都有爭議啦 我想這個目前沒有什麼特別的定論 那醫院沒有什麼強制咧...醫院沒有什麼強制 醫院只是說 你 醫院就是說 原則上所有目前都是那個同意書是一定要有啦 至於你怎麼去解釋 還有說 大多數我覺得應該都有解釋 只是說那個解釋有沒有再留下書面 那個就很少 了解釋一定會有的拉 我想大家如果去開刀的時候 醫生也會跟你解釋阿 你要做胃鏡 醫生也會

跟你解釋現在要做胃鏡啦

但是會不會又寫的一張密密麻麻的東西再叫你填呢 可能就沒有。

A2 所以像這種就是說我只要照胃鏡的同意就不會在病歷中顯示 所以病歷才會說是...病人...

D2 同意書阿，沒有沒有 你還是會簽同意書阿 對阿 這個同意書 當然他會印阿 可能會有哪
些併發症 就是這樣 同意書上也會印 像目前的話 它有印特別種同意書 做胃鏡就有做胃鏡的
同意書 然後 這個 做這個 做什麼心導管就有心導管的同意書 它會把每一種 就是每一種手術
有時候拉比較仔細的醫院 一種手術就是有一種手術的同意書 這樣的話 大概就是做的比較好啦
因為不是說每一種手術他的...他的併發症可能或者是危險性可能差不多 但是一定會有一些特別
專屬於這種手術的東西 所以現在衛生主管的她那個是一個就是適用於一般性的。但是也有一些
醫院它有專門做一種手術或處置 就一種同意書 那這個也有。那這個只有在比較大型的教學醫院
大概是教學醫院或是醫學中心，那大概一般比較小的醫院或診所可能還是用通用的同意書。因為
你一種手術要做一個還是需要成本阿 對不對 阿你的量有沒有那麼大 如果加上這種手術就是一
個月開三個納 你可能就不太需要去印一本。那如果妳是一個醫學中心，你這種手術每天都在開
因為你可能是一個好幾 上百床 上千床的醫院 這種手術，同類手術就很集中 那你就才有誘因讓
她去印專門一種手術的同意書，所以這個可能法律經濟分析也有關係吧。(43.:40)

A1 好 那個學長我有一個問題想要請教你，就是像比如說我看一些美國的 case 他們有就是由專
家證人比如說提出照護的標準 那看台灣的判決的話 也有比如說 未符合一般醫學常規 或者是
符合一般醫學常規 那就你們醫界中 有沒有真的是就是大家 比如說就您是骨科醫師的話，有沒
有什麼手術是有一般的醫學常規 就是...

D2 沒有形諸明文 那就是直接由這個鑑定委員來決定 他這樣到底符不符合他這一科的常規。

A1 那所以就是...

D2 就是鑑定阿...

A1 那就是鑑定委員講的就是常規

D2 對 就是這樣子 沒有什麼常規

A1 那如果他們做出來是比較不利於醫師 那你們不會去挑戰這個常規的內容或者是...

D2 但是很困難啦 很困難啦 所以其實我覺得這個都是雙面的 例如說你剛才講的說 沒有辦法
找醫生過來 那可能你病歷寫的不完整 醫生就被誤會 結果他就認為他有過失 那問題是 那你患
者也可以講說你為什麼沒有找我過來 說不定他病歷都是這邊寫一些不正確的東西 所以其實那

個都是兩方面對應的 所以你也不能夠講說他就一定是偏袒這個東西 可能是因為他證據資料抓的不對 所以他也有可能這個 該有罪該有過失的 寫成沒過失 阿沒過失的阿說不定他寫成有過失 也都是有阿 只是說因為沒有辦法百分之百的公正拉 這個在任何一个事情都是這樣 能夠在程序上讓他達到公平正義 以趨近實質的公平正義 是這個樣子而已。

A1 那我們問題大概就到這邊 謝謝您接受我們的訪問 謝謝

D2 好。



逐字稿 J

A：今天很高興跟法官進行訪談，今天的訪談主要分為三大部分。首先是醫療糾紛證據的取得，再來是有關鑑定機關，最後是有關健康資訊權。可否請法官就相關問題提出您的看法？

J：就你這個問題，第一類有關醫療糾紛證據的取得，你這裡列了7個問題，我想我簡單地來回答你的問題。第一個是有關醫療民事糾紛案件與其他一般民事糾紛案件的差異，以及在證據蒐集的特殊性。我認為說最大的差異是在於說醫療糾紛的相關證據幾乎都是在醫院或醫師的掌握中，所以在證據蒐集上面有個很特殊的地方在於如何使醫院或醫生把證據提出來，這個是很明顯的。那麼如果說醫院或醫生不提出來以致於病患作為原告、被害人無法提出來，法院怎麼蒐集證據？當然我們可以依民事訴訟法的規定命醫院或醫生提出來，這是一個方式；另外一個方式，當法院無法得到證據的時候，法院也可以依職權調查，但是就有一定的限制，依照民事訴訟法的規定。那麼如果說當事人拒絕提出來的時候，依照民事訴訟法的規定，有一些規定是說拒絕提出來的時候，有一些情形可以視為說原告的主張就是真正的，這是一種方式；還有一種方式，法院可以裁定命他提出來，如果他不提出來，法院可以科以罰鍰，但是這種情況法院會用的比較少。因為沒有辦法真正解決問題，因為如果說醫院或醫生就是不拿出來，這其實不能解決問題。這個時候法院怎麼辦，那就依職權調查。依職權調查目前來說怎麼辦，就是說，法院就是一種方式是送鑑定，一種方式是說，網路現在很發達，法官可以自己上網去搜尋，這是一種方式，尤其是說網路現在這麼發達的情況之下，中文資料還不是很多，英文網站資料非常豐富，甚至於我們台灣現在也有病人求醫自己上網去看，所以現在網路的發達對於法官來說是一個辦案的利器。如果說可以在網路上查到資料，尤其是英文資料，提出來醫院或醫生大多沒有什麼話好講，尤其是現在wikipedia非常好。那麼所以說法院會參酌哪一些證據呢？

我認為目前醫療糾紛大概可以分為兩類，一種是關於技術性的問題，例如說醫院或醫生沒有遵守什麼SOP，就是所謂醫療常規、標準作業程序，該做什麼而沒做，所以就有過失，那造成病患的損害，這是一類，那這種案子法院審理必須去調查他們的標準作業程序是什麼，醫療常規是什麼，這樣才有辦法了解有什麼注意義務而未履行；另外一類案子我認為是屬於告知義務的違反，告知義務的違反，我認為並不會涉及到醫療常規的違反，而是涉及到，我自己認為是說，根據醫療契約債之本旨，醫院做為契約當事人，他應該要有什麼告知義務，我認為這就是法律上面的價值判斷。我認為說是這兩類。

所以說哪一些證據在所謂我上述分類，一類是技術性，就是說該開刀沒開刀，或是說留一塊紗布在病人肚子裡，這種我把他歸類成技術類的案子，我認為這個所謂的證據就是說，我必須要能夠取得關於認定醫療常規的資料，以及醫院沒有履行的證據。醫療常規的資料通常是醫療文獻、醫學文獻，這是一個很重要的證據；那麼醫院沒有履行，這就必須要靠鑑定報告。那這是一種；至於關於告知義務的部分，有沒有告知義務，這就是價值判斷的問題了，那麼依照債之本旨，我認為這是國家給法官的權力，由法官來認定。那麼醫院有沒有履行告知義務，那就是他要舉證證明說他有告知，那證據是什麼，就是說有沒有人證或是物證，那物證通常可能是病歷。那人證的部分就是傳來法院交互詰問，來看看他說的實不實在。

那麼就病歷的部分，我倒是認為，處理上病歷的部分倒是沒有這麼關鍵，為什麼？因為如果說，在技術性的部分，醫院該做的而沒做的部分，他就算是病歷有偽造對他也沒有幫助，你該開刀而未開刀，這種事情是不可能去偽造病歷的，不可能偽造我在哪一天有開刀，這是不可能的。那麼你說手術之後你已經檢查過取出所有的紗布，你病歷這樣子做，但是檢查的結果明明肚子就是有一塊紗布，你病歷記了也沒有用。在這種情況下，我認為病歷的重要性並沒有那麼關鍵；那麼在違反告知義務的部分，就算病歷上面說醫生已經盡告知義務，但是這只是一種文書，文書的真正如果原告否認的話，被告要盡舉證責任，那被告要怎樣舉證證明文書的真正，那他就要提出證人。所以我認為說病歷就算是虛偽的、不實在的，並沒有那麼關鍵，因為還是有辦法可以破解，就病患來說還是有其他方式，法院還是可以調查。

那為什麼我國的病患還是一直認為說病歷的真正很重要，還要強調病歷偽造、保全證據啊什麼的等等，我覺得病患會這麼緊張的原因是因為其實我們都不了解醫療常規，就是他們的標準作業程序，因為我們完全是門外漢，白色巨塔外面的人，我們不得其門而入，完全不知道他們裡面在玩什麼，那我們唯一能掌握的就只有文字，因為其他的事情我問醫生，醫生不講啊，醫生不告訴我該不該開刀，醫生也不告訴我裡面留幾塊紗布，那他不講，對於一個門外漢來說、對一個家屬來說，他只能掌握病歷，所以說就好像一個溺水的人要抓住一條繩子一樣，這是他面對一個複雜的糾紛，他沒有辦法處理的時候，他唯一能夠掌握的一個證據，但是在法律的評鑑上面我認為並沒有這麼關鍵，所以對於你這最後一個問題，要求醫療機構或醫師在一定期限之內要提出病歷，對於增加病歷可信度或減少刑事偽造文書追訴的提起是否有幫助，我認為其實並沒有什麼必要，理由就是我剛剛講的。那這是第二個部分，關於醫療糾紛的鑑定（被建中打斷）（7:49）

A：老師我可以順勢地問幾個問題？您剛才講說首先是醫療文獻是很重要的，但是除了您的判決，我看其他醫療專庭法官的判決，很少會去，如果說雙方當事人沒有提出這個東西，尤其是醫生，或是能夠提出醫療文獻的可能就是醫師，由醫師提出以免責，那這時候您會怎樣去取得這種醫療文獻？

J：其實我認為我國對於醫療糾紛有一個很大的盲點，就是把所有的希望放在法院身上，我認為這是我們華人崇拜包青天的DNA作祟，我們都忽略掉還有一個人很重要就是律師，為什麼律師可以晾在那邊什麼都不做？現在病患、家屬原告通常都有請律師，如果是沒有請律師或是請不起律師，那另當別論，就是有人不請、堅持不請律師，那就另當別論，法院當然有義務多多照顧他。有請律師的這些人，這些律師為什麼可以不盡舉證責任？他可以去尋求他的專家證人，律師可以找相關的醫生提供這些文獻，為什麼律師不這樣子做？我認為這是怠惰。（9:22）

A：所以律師要去找專家證人，法院是允許他提出這樣的證據？

J：當然。

A：但在現行您接觸過的案件中，有律師這樣做嗎？

J：沒有。我認為說律師大部分當然都是盡力，但是我想可能律師的在職訓練也要加強。他們認為說我就只是告，其他醫學我不懂，所以法院你要調查，不夠，這個絕對不夠，尤其是民事訴訟是採當事人進行主義，原告的律師應該要竭盡他的所能去取得證據。我們在看美國，那不得了了，當然是美國律師比我們台灣律師報酬當然高啦，錢收的少就比較不認真做事，但是不可以這樣子，原告是否就只有挨打的份？家屬是否就只能哭？不是。律師有沒有盡責，這很重要。那我的作法就是說，律師他不主動提出來，我會闡明，我會叫他提出來。那我最覺得挫折的是說，闡明之後他還跟我說他提不出來，他不知道去哪裡找，這種情形我就認為他是把訴訟成本轉嫁給法官，等於是法官要用我自己的時間、花我的力氣去當他的助理，幫他查詢醫學文獻，例如說 wikipedia，這是後來沒辦法只好自己想辦法生出來的，上網去查，有些案子還真的對我有些幫助。(10:54)

A：在我就判決的觀察，對於人證的採用上很少，因為我們就法院心證形成過程或是判決書出現的證據種類加以分類，人證出現很少，勘驗更少。證據種類共有五種，主要是書證與鑑定人，可否請法官分享一下為什麼人證與勘驗使用較少的原因？

J：我覺得要看案件類型。如果是說醫院或醫生沒有按照醫療常規處理的情況之下，人證是沒什麼用的，醫生該開刀而沒有開刀，你傳護士或檢驗人來有用嗎？沒有用，你傳醫生來當證人，醫生當然是說他認為沒有必要開刀。所以要看案件的類型。那我認為人證會有用的地方在告知義務。有沒有盡告知義務，在場有哪些人在，有沒有聽到，醫生若說他有講，那他就舉證有誰聽到。所以我認為是說要看案件類型。那人證會用的比較少是因為大部分的案子是我所謂的技術性案子，那這種所謂技術性案子，人證是沒有所謂價值的。那你說勘驗，勘驗的話，在醫療糾紛情形勘驗的是病患本人或是已經往生的病患，就往生的病患來說，與其勘驗不如解剖，那解剖必須得到家屬同意，就台灣人來說一般人又不願意解剖，如果願意解剖，那我們許多醫療糾紛就解決了，一旦解剖就知道問題出在哪裡，但我們很多時候都不願意解剖，所以醫療糾紛案子特性就在勘驗沒有什麼價值，沒有辦法解決問題(12:58)

A：謝謝法官的回答。那現在請法官就第二部份發表一下您的意見。

J：關於醫療糾紛的鑑定機關，我認為鑑定機關對法院來說提供的是，第一個是他要讓法院知道所謂的醫療常規是什麼。他要告訴我說，例如說一個病患要開白內障，之前的評估什麼樣的人適合開白內障什麼樣的人不適合開，開了會有什麼風險，會有什麼後遺症，有什麼併發症，萬一發生後醫生應該怎麼處理、怎麼善後，鑑定機關應該是要先告訴法院這些所謂的醫療常規，然後第二步再告訴法院這個案件，醫院或醫生有沒有按照這個醫療常規來做，如果沒有做，是哪裡做錯了，我認為鑑定機關應該是要告訴我這些事情。那這些事情有沒有當事人到場陳述我認為沒有必要，有沒有需要交互詰問，我認為也沒有必要，這些事情是應該要法院來做的。至於匿名不公開審查，我認為很好啊，因為要他具名的話，沒有人敢說實話，這是人性，因為要這些醫生具名的話，沒有人敢說實話，這個不能說醫生不對，這是人性，任何人來做都是一樣。

那法院要如何運用鑑定機關取得法院進行判斷所需的專業意見，就是我剛剛所說的，以我的立場來說，我囑託鑑定我要的就是這兩個，第一個我要知道醫療常規是什麼，第二個我要知道以

他們的專業判斷，醫生這樣做到底有沒有履行他應該要盡的義務，所以這裡提到說學者批評法院將構成要件該當性交由鑑定機關鑑定而認為不對，基本上這個看法我是贊成的，構成要件該當性這應該由法院判斷的，所以鑑定機關只要告訴法院說，醫療常規是什麼，依照他們專業的認定認為這個醫生有沒有履行他的義務，這樣就夠了，他告訴我他們醫生認為如何，但是這樣的結論是不是符合法律上價值判斷，這個部份是憲法給我的權力，所以我也可以推翻醫療鑑定結果，當然，因為這是我的權力，我從法律上的價值判斷，那麼至於說鑑定意見跟判決勝敗結果會成高度正相關的情形，這是一定的，因為這是我們需要依賴專業的判斷，因為各有各的專業，學法律的人，尤其是法官，我不可能同時又懂建築又懂醫療，我還要會算倒會的錢，我不可能，所以這個鑑定意見對我來說有重要的價值，但是我們現在說鑑定機構有限導致訴訟延宕，改進的方式，其實我都認為應該加重當事人的舉證責任，恩，舉證責任不能加重，這是依照法律的規定，就是說，加重當事人促進訴訟的義務，當事人不可以一進法院就兩手一攤說剩下就是你法院的事，然後法院因為鑑定結果很慢就說都是你法院的不對，你當事人有協力的義務，如果當事人可以，尤其是原告，如果他的律師可以去取得相關有力的證據的話，其實也未必需要鑑定，要看情形，看具體的情形，那我認為是這樣子。(16:30)

A: 謝謝法官清晰的陳述。剛剛法官有說鑑定是要讓法官知道醫療常規是什麼

J: 對。

A: 那現在有個問題，我自己想的問題，就像醫療常規，比如說，就是不知道誰是鑑定人，鑑定可能是行文給醫審會或醫學中心進行鑑定，但是可能這兩個方面做出來的鑑定常規並不是一樣的。

J: 對。

A: 譬如說他行兩個鑑定，醫療常規都不同，這時候您認為到法院再來爭執，再來交互詰問？

J: 對，我認為再過來就是法律上要辯論的問題，如果說是鑑定結果不一樣的話，我的作法就叫兩造表示意見，尤其是有律師的情況之下，表示意見，一定是一造說可採，一個說不可採，一般來說很難遇見兩個會意見都一致，那麼如果是兩造意見不一致，各持己說，那我就要求他們再提出說明為什麼你認為這份可採，你的依據在哪裡，那同樣是說，你既然是說醫院主張這份鑑定，醫審會的鑑定是可採的，我就會要他說明為什麼，那麼為什麼另外一份不可採，他就要說，所以原告的話，原告如果認為醫審會的鑑定不可採，而另外一份可採，那我也會要他說你告訴我為什麼醫審會不可採，通常他主張有利於己的證據的時候他一定說這很好沒有問題，所以這時候我會要他說明另外一份不可採的原因，請你提出攻擊方法，要說嘛，不能坐在那邊等於是說不用作，等著法官幫他判斷，這是不可以的，這是怠惰，我認為用這個方式就可以解決了。這就是辯論的問題。(18:30)

A：就法官自己的經驗，您在審判的時候，您的心證與鑑定出來的結果是不同的，那您還要採取哪些證據來協助您判決的形成？

J：第一個我一定是看兩造有無提出醫療文獻，我認為醫療文獻很重要，因為這個是專業的判斷，我們沒有辦法去涉及那個專業的部分，那另外一個方式就是說用法律上面的價值判斷，我們法律人所擅長的就是邏輯的推演，這是一個，那麼法院的價值判斷，舉證責任的分配，用這種方式來處理。而且甚至於我認為是說有時候鑑定報告表面上看起來是有利於醫生或原告，其實不是，其實不是，這就要看原告會不會主張。

A：所以也就是律師有沒有怠惰的問題？

J：對。那我覺得我很遺憾的是說我看到大部分原告的律師是一看到鑑定報告是有利於醫師就全面投降，他所剩下做的就是歇斯底里去攻擊那個醫審會的不公不義什麼什麼的，但是其實不是，因為同樣的報告我看起來就是裡面是有藏玄機的，醫生不是都沒血沒淚的，但是就是說圈子很小，台灣這麼小，我想主要是台灣太小了，我想主要是台灣太小了，裡面是有玄機的，看你會不會主張。(20:05)

A：法官剛剛講到您有遇到鑑定意見並沒有特別說明有無過失，但是您還是判原告勝訴。

J：是。我認為那個鑑定報告是有玄機的，我認為是有玄機的。

A：我比較好奇的法官在95年醫字第5號判決中

J：是哪一件案件，我不記得了

A：就是有一個麻醉後變植物人的，拔牙齒的那一個。

J：喔，對。

A：我覺得法官很優秀，那時候您就參考國內寫的文獻，然後提出一個舉證責任倒置，我看那麼多判決以來，還沒有看過有法官真正將舉證責任倒置到被告的。請問法官為什麼在這個案子中採取這樣子的方法？

J：我認為說，比較法的觀察，我認為說，比較法的觀察一方面是促進法學的進步很有用的方法，但是外國的東西絕對不能全盤照收，我們一定要消化吸收。那在那個案子裡面，我認為是說會讓我動心的是說，因為我看到德國聯邦最高法院他們是，人家是已經很多案子了，所以人家可以分類，某些案子是用這舉證責任，某些案子是用那舉證責任，我們還沒有到那種程度，但我們可以參考，所以我不是去抄德國法，而是我是去看他們法院是怎麼處理這樣的案子，那那個案子讓我覺得很印象深刻的是說，德國聯邦最高法院認為在麻醉的案子裡面他們是用這種方式，換句話

說，因為在麻醉的案子是很特別的，因為病人麻醉後就躺在那邊什麼都不知道，什麼都不知道，真正知道發生什麼事情的只有醫生本人，只有醫生，只要那個醫生不講，其他沒有人知道到底發生什麼事情。事後鑑定也很難鑑定出來，就像那個案子裡面，那個鑑定結果是沒辦法鑑定的，因為很多相關資料不夠，那其實病歷也沒有記，那這點我倒是認為不能苛責醫院沒有記載病歷，因為人在醫療的時候、在急救的時候，你還要苛責醫生去記載幾分幾秒的時候打了什麼東西幾 c. c、多少毫克，救人要緊，誰會去弄這些東西，所以醫生這個抗辯我認為是可採，沒有人會去注意說要去記載病歷，所以病歷資料不完整，我認為是可以原諒的，但是病歷資料的不完整會導致於鑑定結果沒辦法發現真實，所以這時候我認為德國聯邦最高法院的看法是很好的，因為我沒辦法發現真實，以致於我沒辦法形成確實的心證，這就是舉證責任的精神，當我沒有辦法發現真實，沒有辦法達到法的確信的時候，我就用舉證責任來判，醫生你說你都有做你該做的，那好啊，你就舉證出來讓我相信，那你又不敢講，那我就會認為說那就是有問題。這就是德國法院的作法，那我會認為說美國法院的論理我認為也可參考，所以那個案子裡我是兩個都用，我會認為說美國法院的那個見解我們很難直接抄，因為畢竟我們體系不一樣，但是他們可以提供我們一個很好的思考方式。(23:40)

A: 謝謝法官的解說。接下來麻煩法官就第三個部分健康資訊權

J: 這個地方我就沒有研究，我就不了解，那我只會認為是說這看起來很好啊，病患要擁有知的權利是對的啊。但是就要求複製跟修改，我就不是很了解。

A: 在美國法，不論是聯邦法或是州法都有相關的病人可以對自己的健康資訊修改的法源依據。

J: 為什麼？為什麼要讓他修改？

A: 可能是他們比較有自主權的概念。

J: 修改什麼？我會很難想像為什麼有修改的必要。

A: 修改什麼我也不清楚，但是法條就做這樣的規定。規定可以 copy 或是 amend(被法官打斷)

J: copy 是應該的，但是修改我很難想像為什麼，我什麼時候去量血壓，那我有心血管阻塞的毛病，心臟放了幾個支架，這是事實啊，為什麼我要有權修改？

除非說他有政治目的，比如說我們台灣發生的案子，那我們可不可以要求修改我的心臟是很健康的、沒有問題的？我也沒有中風，也沒有腦高血壓，以便於我參加下次的競選，我不希望病歷外流對於我的政治前途造成影響，所以我要求修改，這樣可以嗎？

A: 應該是只能就事實為修改吧。

J: 事實的修改, 對啊。我沒有研究, 我不了解。我會覺得修改 (有疑問的語助詞聲), 病患要求 copy, 要有知的權利要複製, 這個絕對贊成, 沒有問題。修改, 因為我沒有研究, 所以我沒有辦法表示意見。(25:33)

A: 好。

J: 再過來就是說這個實體法資訊開示請求權, 這個沒有問題, 他可以請求病歷、複製病歷。那麼在假處分與定暫時狀態假處分充實其蒐證程序的部分, 這就是我剛剛講的, 我認為病歷沒有那麼關鍵, 我認為在醫療糾紛裡面病歷並不具備那樣重要的關鍵性。所以說, 我也遇過很多聲請假處分、保全病歷的, 但是我認為是說那是病患因為無知而恐懼所以想要去保全病歷, 但是我認為醫生該做的他絕對逃不掉, 那個病歷的有無, 我覺得不是那麼關鍵。當然會有影響的是事後的鑑定, 如果當時病歷記載不周全, 會影響事後的鑑定, 這個是會有影響, 但是我認為是說法律就是公平正義的實現, 你真的沒有辦法鑑定出來的時候, 難道病患應該得到的正義就沒有辦法實現嗎? 我認為不是, 這個就是法院的價值判斷, 這就是舉證責任的問題。

A: 順著老師剛才講那個問題, 因為現在的鑑定機關是指採書面審而已, 不會有當事人到場陳述, 既然病歷記載有問題或是他不一定是假的, 他只是加了很多東西, 鑑定人就只是看到他看到的書面。

J: 其實不會, 我覺得第一個我認為病患要對抗醫院有個很重要的, 就是要請一個很強的律師, 這是第一個。第二個, 就算病歷有竄改, 我舉一個例子, 例如說, 我隨便舉一個例子、虛構一個例子, 比方說醫院應該要在五月一日開始要替病患量血壓血糖, 那發現升高或是不對的時候, 他就應該要替他, 扁, 我隨便編一個例子, 例如說他已經有升高或發燒的情形, 例如說某一個手術之後應該要留院下來觀察, 發現他升高後就應該做某一另程度的手術, 結果他沒有觀察, 沒有做這個檢驗, 當然也就沒有做這個手術, 以致於術後併發症惡化, 結果就往生了。這時候病患會擔那我就要問人為什麼會死, 心的是這段時間病歷是否會遭到竄改, 以致於說沒做的事情就變成有做, 鑑定結果就會對你有利, 但是其實不會, 因為就算醫院去偽造病歷說我從手術之後每天都有去注意、給你觀察, 量血糖血壓是多少多少, 那我是法官、法院, 我就會問量了以後數字是多少? 你做了什麼樣的動作, 他如果敢跟我說那些數字都是正常的, 不用作手術的話, 所以醫院、醫生應該不敢這樣講, 不敢跟我說數值是正常的, 他就只能跟我說數值是不正常的, 所以後來才會死嘛。好, 那如果他跟我說這個數值是不正常, 他有量但是數值不正常, 那我也要問數值既然是不正常, 你為什麼什麼都沒做? 所以他怎麼說都不對, 因為他說謊, 所以這就是看律師有沒有夠精明能幹, 他會不會去攻擊, 他如果只是傻傻的坐在那邊, 病歷怎麼寫他就只會坐在那邊說:「阿那沒有辦法病歷就只有寫這樣」, 這個就真的是傻, 我看到這樣我都會覺得很難過, 這個就是傻, 你應該要去攻擊, 尤其是像這種東西, 醫院不可能去竄改病歷讓他沒事變成有事, 我很難想像, 我認為說竄改病歷讓沒事變成有事, (又更正為) 扁, 有事變成沒事, 只有一個就是告知義務的部分就很困難了, 如果他在病歷上面記載我已經告知了, 比方說我某一天已經告訴他說你這個藥有副作用, 你如果吃了有副作用記得要回診, 他如果病歷, 而且連續記了好幾天, 然後護士又都

串好了，每次回診我都有告訴他藥有副作用，你有副作用要立刻回診，但是他後來沒有回診以致於發生什麼樣的結果，你確實是有副作用，我們都有告知，如果像這樣就會很困難，所以我認為真正會有問題的會是在這裡。但是現在一般來說會去要求保全證據的都不是這種案子，因為違反告知義務的情形其實案子還不算很多，因為我們這邊醫療糾紛最多的都是有死亡結果的，通常都是屬於技術性的問題。(30:55)

A:我看判決，法官您在告知義務的地方有很多著墨，很好，這裡是我很佩服法官的地方，因為書上念的東西，馬上判決很新的就進來了。

J:所以說我在法學院上課，我都跟學生說，法律人有個很重要的觀念，就是涵攝，我們在法學院唸書大家都很辛苦，要準備國家考試都很辛苦，念了這麼多書之後我們學了一堆功夫出來之後，遇到實際的案子有沒有涵攝進去？目前來看我覺得很多律師都沒有做到，很可惜，學了那麼多功夫，有沒有用出來？要涵攝，不是只有背一背說國外法律如何，我國最高法院看法是如何，這樣是不夠的。(31:55)

A:那最後一個問題是請教法官，如果病患對自己的健康資訊有近用之權利(聽不懂, 31:55)，就是最後一個部分，他可以知道更多的資訊，可以複製、修改相關病歷，對訴訟的減少有幫助嗎？

J:我覺得沒有，因為法院裡面都是會有難纏的當事人，有些病患是不可理喻的也有，但是畢竟是少數，我覺得大部分的病患或是家屬要的都是一個交代，我就是要一個說法，為什麼沒有說法，我覺得就是醫病溝通有問題，問題出現在哪裡，我就發現說醫生、醫院的姿態太高，他就是高高在上地說：「我說就是沒有問題，你不要在那邊囉唆，你要相信我，因為我是專家，我懂得比你多」。有時候就是態度的問題，那態度不好，尤其是醫療糾紛就是發生很令人難以接受的情形，本來人是好好的走進去，結果是躺著出來，沒有人可以接受，如果醫院與醫生的姿態又很高，那就會有糾紛，所以這個時候你說病歷讓家屬去取得、複製，當然是OK啦，你說修改會減少糾紛嗎？我認為不會，因為其實病歷對他來說他也看不懂，我們都看不懂，你要那病歷的目的就是要打官司，所以那只是一個證據方法，我認為在我覺得這是人性，這是可以體諒的。家屬沒有得到一個合理的交代、說法的時候，他是不會就這樣子就算了。(33:47)

A:謝謝法官今天接受我的訪談，今天的訪談就到這裡。