

國立臺灣大學法律學研究所碩士論文

Department of Law  
College of Law  
National Taiwan University  
Master Thesis

醫療民事責任因果關係之研究

Causation in Medical Liability



李小芬  
Siao-Fen Li

指導教授：陳聰富 博士

Advisor: Tsung-Fu Chen, J.S.D.

中華民國 97 年 7 月

July, 2008

## 謝 辭

一本論文的提出，是由許多人的關心和支持所堆砌而成。藉由謝辭的小小篇幅，希望能對在寫作過程中給予我幫助、啟發的人，表達由衷的感激與祝福。

首先要謝謝我的指導教授陳聰富老師。在學業上，老師是帶領我一窺法律奧妙的啟蒙者，於老師民法總則的課堂中，我第一次接觸法律的精細邏輯與架構，奠定日後法律學習的基礎。在生活上，老師是我大一時的導師，經常要麻煩老師為我撰寫獎學金推薦函，也因老師對我的家庭狀況十分熟悉，總是給予我特別的關懷與照顧。記得在大學畢業後，我躊躇於就業與報考研究所的選擇之中，是老師鼓勵我繼續鑽研學問，才讓我下定決心準備考試，並順利進入法研所就讀。研究所一年級時，由於修習老師所開設的醫療法課程，開始對醫療方面的議題產生興趣；二年級開始論文寫作後，老師邀請醫學系王明鉅老師一同開課，並以國內醫療訴訟案件為分析題材，這門課對我的論文助益甚多，在此一併表達對兩位老師的謝意，也私心希望兩位老師能繼續這樣的課程，以造福更多學弟妹。

口試委員林誠二老師是一位慈祥的長者，不但親切地指出論文諸多缺失，也提供寶貴的修正意見，非常謝謝老師的建議。老師雖然事務纏身，卻仍盡心於文章的寫作上，是我學習的榜樣。另外要感謝口試委員詹森林老師，因為大三時修習老師開設的契約法課程，是我確立請求權基礎思考方式的關鍵。而論文的一部分曾經於民商法中心所舉辦的種子論壇上發表，老師當時給予我許多啟發，讓我能更清楚地形成自己的意見，衷心地謝謝老師。

還要感謝研究所期間一直很照顧我的曾宛如老師，雖然我是個粗心的助理，不太會找資料、影印格式常常弄錯，但是老師還是笑笑地原諒我，也常常關心我的寫作進度，希望老師能永遠保持開朗的心境。

謝謝瑋佑、奕逸、苑文和我一起舉辦種子論壇，彼此間互相幫忙，讓我的第一次公開發表不會手忙腳亂。感謝躍民擔任我的論文研討會主持人，還有家族學弟郁昇幫我製作精美的研討會記錄，於百忙中抽空出席的苑文、志強、瑋芝、昀哲、琦嫻、書佑、琬琚、麗蓉、佳瑩、欣怡、奕超、玫欣、奕逸、小貝、文君，也謝謝你們為我加油打氣。

大三時共組讀書會的好友志強、瑋芝、小貝、岳平、郁婷，希望你們都能實

現自己的理想。和我一起 在淡大唸書的戰友靜雯，謝謝你總是給我適時的鼓勵。很照顧我的學長姊芳儀、齡慧、琦嫻、昱仁，希望你們各自在自己的學業及工作上有所發揮。國小和國、高中時代的好友慧穎、琬婷、翔如、汝羽，謝謝你們陪我吃飯、逛街、發洩情緒，希望我們的友誼能一直延續下去。謝謝欣怡、麗蓉、若萍經常聆聽我的諸多抱怨並互相勉勵，很高興我們都能順利畢業。

最後要感謝躍民五年多來的陪伴，我們一起經歷了許多人生重要的關卡，因為你比我年長，所以總是扮演督促我、鼓勵我的角色，讓我可以放心的依賴你。在我第一次研究所考試失利和幾乎要放棄兩年畢業的想法時，是你將我狠狠罵醒，讓我有繼續努力的勇氣。也因為有你，我遇見了待我極好的郭爸和郭媽，以及愛跟我鬥嘴的郭哥，感覺像是重新擁有了一個家。謝謝你！希望我們能一直互相扶持，堅定地走下去！

小芬 2008.7.20 於家中



## 凡 例

1. 中日文資料之引註格式，原則上依照「臺大法學論叢引註格式範本」，惟為有利閱讀，略以修正如次：

(1) 期刊、論文之名稱以〈〉標明；

(2) 我國法院之裁判，如無特別說明，原則上均出自「司法院法學資料檢索系統」，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>；

(3) 日本法院裁判之引用，依日本學術著作之慣用格式。判時＝判例時報（東京都判例時報社出版）；判夕＝判例タイムズ（東京都判例タイムズ社出版）。

2. 英文資料之引註格式，依照 THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (The Columbia Law Review Ass'n et al. eds., 17<sup>th</sup> ed. 2000)。

3. 本文之其他略語如下：

(1) PETL＝Principles of European Tort Law，歐洲侵權行為法原則。

(2) 民集＝日本最高裁判所及大審院民事判例集。

(3) 交通民集＝日本交通事件民事裁判例集。

## 中文摘要

因果關係向來為侵權行為法上最令人困擾的問題之一，我國法院係以相當因果關係理論作為判斷之依據。惟於醫療過失案件中，由於醫療行為之特殊性，相當因果關係理論有時無法正確地發揮判斷因果關係存否之功能，此時是否有以其他方法取代或補充之必要，值得討論。

本文先以實務判決為例，說明醫療民事責任關於因果關係判斷之種種問題，並接續該問題點，分別介紹實體法上疫學因果關係理論、比例因果關係理論及機會喪失理論，探索其理論之實質為何？對於前揭問題是否能妥善解決？於我國法應如何解釋適用？

接著以訴訟法關於舉證責任之理論為核心，先析述舉證責任之基本原則，再說明醫療事件中原告對於因果關係存在有何舉證困難，故於符合某些要件時，應採取減輕或轉換舉證責任之方法，以謀求雙方當事人訴訟上之實質公平。

最後將簡單歸納重要之論點，希望能作為我國審判實務之參考。



## 英文摘要

Causation is one of the most troublesome questions in tort law. The theory of adequate causation is adopted by our courts to judge whether there is a connection between the act of defendant and the damage caused therefrom. But in medical malpractice cases, sometimes the theory of adequate causation can not function correctly due to the specific characteristics of medical practice. Therefore, it is worthwhile to make a further research in order to help us to determine whether or not the causation between defendant's act and damage does exist by applying other theories in causation.

The author firstly illustrates the problems while determining the existence of causation in medical liability by referring to some precedent cases of Taiwan courts. And then the author will make a research on the "causation in epidemiology"、"proportional causation" as well as "loss of chance theory". The main concerns of such research includes to elaborate the nature of these theories, to clarify which problems are these theories proposed to solve, and to realize how our courts explain and apply these theories.

After that, theories about burden of proof will be discussed. Because it is apparent that plaintiffs always have difficulty in proving the existence of causation in medical malpractice cases, the courts tend to ease off or switch their burden of proof. The author will discuss the problems regarding the balance between the plaintiff and the defendant by the application of some evidentiary rules.

At last, the author will try to propose her views and suggestions for legal practitioners' reference.

## 關鍵詞

醫療民事責任；因果關係；疫學；比例因果關係；機會喪失；舉證責任  
medical liability； causation； Epidemiology； proportional causation； loss of chance； burden of proof

# 目 錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法.....	3
第三節 論文架構.....	4
第二章 因果關係之一般理論與醫療事故因果關係判斷之難題.....	5
第一節 因果關係之意義.....	5
第二節 我國之學說與實務見解.....	7
第一項 國內學說見解.....	7
第二項 國內實務見解.....	8
第三節 事實上因果關係之判斷標準.....	13
第一項 條件理論.....	13
第一款 條件理論之意義與判斷.....	13
第二款 條件理論之例外.....	18
第二項 實質因素說.....	21
第三項 充分條件之必要因素說.....	22
第四節 法律上因果關係之判斷標準.....	25
第一項 合理可預見說.....	25
第二項 相當因果關係說.....	30
第三項 法規目的說.....	33
第五節 醫療行為之意義及其特殊性.....	36
第一項 醫療行為之意義.....	36
第二項 醫療行為之特殊性.....	37
第六節 因果關係判斷之問題點.....	40
第一項 醫學知識有限性與條件因果關係經驗法則之建立.....	40
第二項 多重因素下之因果關係難以判斷.....	42

第三項 醫師之不作為或誤診和病患損害間之因果關係不明確 .....	43
第四項 舉證責任分配與減輕之問題 .....	51
第七節 小結 .....	52
第三章 醫療事故因果關係理論在實體法之發展 .....	53
第一節 疫學因果關係理論 .....	53
第一項 疫學的內涵 .....	53
第二項 以疫學方法認定因果關係 .....	55
第三項 疫學因果關係在法學之適用 .....	58
第一款 美國法 .....	59
第二款 日本法 .....	62
第三款 我國法 .....	64
第四項 醫療過失案件引用疫學因果關係理論的可行性 .....	67
第五項 本節小結 .....	71
第二節 比例因果關係理論 .....	73
第一項 全有全無原則 .....	73
第一款 原則之意義 .....	73
第二款 原則之批評 .....	73
第三款 本項小結 .....	75
第二項 比例因果關係之理論基礎及應用 .....	75
第一款 以可能性為比例認定 .....	75
第二款 以貢獻度為比例認定 .....	80
第三款 以法官的心證為比例認定 .....	84
第三項 分析與檢討 .....	85
第一款 三種比例認定方法之比較 .....	85
第二款 案例應用 .....	89
第一目 多重原因促成損害結果發生 .....	89
第二目 病患之特殊體質 .....	90
第三目 二重事故 .....	92
第四項 本節小結 .....	96
第三節 機會喪失理論 .....	98
第一項 機會喪失理論之起源 .....	98
第二項 機會喪失理論之理論基礎與適用 .....	99
第一款 理論基礎 .....	99



第一目 機會具有價值 .....	99
第二目 在舉證困難案件中促進公平 .....	101
第三目 有助於達成侵權行為法之目的 .....	102
第二款 適用範圍 .....	103
第三款 適用限制 .....	107
第一目 原告依優勢證據原則對最終損害的因果關係已能成功 舉證之案例 .....	107
第二目 最終損害尚未發生之案例 .....	109
第三目 單純醫療過失之案例 .....	111
第四款 計算方式 .....	112
第三項 日本法之「相當程度可能性」理論 .....	113
第一款 「相當程度可能性」理論提出前之日本實務及學說概況 .....	113
第二款 日本最高法院建構「相當程度可能性」理論之四個重要判決 .....	115
第一目 最高裁第二小法廷平成 12 年 9 月 22 日判決 .....	115
第二目 最高裁第三小法廷平成 15 年 11 月 11 日判決 .....	119
第三目 最高裁第一小法廷平成 16 年 1 月 15 日判決 .....	121
第四目 最高裁第一小法廷平成 17 年 12 月 8 日判決 .....	124
第五目 本款小結 .....	129
第四項 我國法上之「存活機會喪失」理論 .....	134
第一款 實務見解 .....	134
第一目 最高法院 77 年度台上字第 1876 號民事判決 .....	134
第二目 台灣高等法院 92 年度上字第 596 號民事判決 .....	135
第三目 最高法院 96 年度台上字第 258 號民事判決 .....	137
第二款 學說見解 .....	138
第五項 分析與檢討 .....	140
第一款 概念之比較：「相當程度可能性」與「機會」 .....	140
第二款 因果關係之證明對象與證明度 .....	142
第三款 損害賠償之範圍與計算 .....	143
第四款 存活（及不留下重大後遺症）機會之本質 .....	144
第六項 本節小結 .....	146
第四節 小結 .....	149
第四章 醫療事故因果關係證明在訴訟法之發展 .....	151
第一節 舉證責任與證明度 .....	151
第一項 舉證責任分配之一般原則 .....	151

第二項 證明度之內容 .....	152
第三項 醫療訴訟因果關係證明之難題 .....	154
第二節 舉證責任減輕與轉換之相關理論 .....	156
第一項 美國法 .....	156
第一款 「事實說明自己」原則 .....	156
第二項 德國法 .....	158
第一款 「表見證明」原則 .....	158
第二款 「重大醫療瑕疵」原則 .....	160
第三款 證明妨礙 .....	162
第三項 概念比較與我國民事訴訟法之解釋適用 .....	163
第一款 「事實說明自己」原則與「表見證明」原則之異同 ...	163
第二款 民事訴訟法第 277 條但書於醫療案件的解釋與適用 ...	164
第三款 民事訴訟法第 282 條之 1 於醫療案件的解釋與適用 ...	165
第三節 案例分析 .....	167
第一項 事實說明自己原則-台北地方法院 89 年重訴字第 472 號民事判決 .....	167
第二項 表見證明-台北地方法院 92 年訴字第 1202 號民事判決 .....	170
第三項 證明妨礙-台灣高等法院 89 年上字第 404 號民事判決 .....	171
第四項 機會喪失理論與重大醫療瑕疵原則之比較 .....	173
第四節 小結 .....	176
第五章 結論 .....	177

## 表 目 錄

【表 2-1】全國有關醫療糾紛訴訟案件法律爭點與醫療行為態樣分析表 .....	50
【表 3-1】日本學界中因果關係論之態樣 .....	82

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

日本學者曾經指出，在現代社會中，侵權行為法具有以下四個問題點<sup>1</sup>：

- 一、雖然侵權行為法以加害人之過失為要件，但是在危險責任等相關事例中，採取過失責任似有未恰，是否應考慮採取無過失責任之立法方式？
- 二、在肯認原告損害賠償請求之情形，若賠償義務者為無資力，原告仍然無法獲得救濟。為了確保賠償義務人之資力，是否應考慮建立強制保險等其他損害賠償機制？
- 三、在部份特殊的損害賠償事件中，因為其因果關係證明困難，而成為請求損害賠償之障礙，是否應考慮提出對於立證困難的補救措施？
- 四、在當事人無法以和解方式，而需透過裁判達成紛爭之解決時，由於訴訟本身需支出費用且耗費時間，是否應考慮採取簡易且迅速之程序？

而同時具備以上四個問題點之紛爭事件，筆者認為可以醫療案件為代表。首先，我國實務及學說曾對醫療民事責任應適用民法第 184 條、第 191-3 條或消費者保護法有過相當多之爭論，最後因為醫療法第 82 條之修正才塵埃落定<sup>2</sup>；再者，對於以保險或其他補償機制解決醫療糾紛之討論亦不在少數<sup>3</sup>；關於醫療糾紛中因果

<sup>1</sup> 加藤雅信，〈現代不法行為法の展開〉，頁 7，有斐閣，1991 年初版。

<sup>2</sup> 請參閱 王澤鑑，〈特殊侵權行為（十）-無過失侵權責任（下）：危險責任的理論、體系及發展〉，臺灣本土法學雜誌第 77 期，頁 72，2005 年 12 月；陳聰富，〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，國立臺灣大學法學論叢第 30 卷第 1 期，頁 73-112，2001 年 1 月；楊秀儀，〈醫療糾紛與醫療無過失制度-美國經驗四十年來之探討〉，政大法學評論第 68 期，頁 1-41，2001 年 12 月；曾品傑，〈論消費者保護法上之服務責任--最高法院相關判決評釋〉，財產法暨經濟法第 12 期，頁 53-113，2007 年 12 月；詹森林，〈公立醫院之醫療行為與消保法之服務無過失責任--公、私立醫院之差別待遇？最高法院九三年臺上字第一四八六號判決之商榷〉，臺灣本土法學雜誌第 70 期，頁 223-226，2005 年 5 月；黃立，〈消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析〉，政大法學評論第 75 期，頁 1-78，2003 年 9 月。

<sup>3</sup> 請參閱 楊秀儀，〈從無過失重回過失--紐西蘭有關醫療傷害補償制度之變遷及對臺灣之啓示〉，政大法學評論第 64 期，頁 97-119，2000 年 12 月；楊秀儀，〈瑞典「病人賠償保險」制度之研究--對

關係證明之問題，更是引起民法與民事訴訟法學者之共同注意<sup>4</sup>；而醫療案件之訴訟程序或其他解決方式之引進或改善，也為大家關注之焦點<sup>5</sup>。

惟醫療民事責任所涉及的問題點之多，實非一本論文即能清楚說明。故囿於筆者之能力，擬將論文之討論範圍限定於因果關係之部分。本文試圖藉由醫療案件之特殊性，檢視傳統因果關係理論中，有何不足之處？再分析現有的修正理論中，是一種理論即能解決所有問題？還是應依據案件性質的不同，分別適用相對應之理論？亦即，關於醫療民事責任因果關係之成立，透過實體法與訴訟法上之學說實務發展，能夠獲得何種程度之解決？為本文寫作之目的。



---

臺灣醫療傷害責任制之啓發》，國立臺灣大學法學論叢第 30 卷第 6 期，頁 165-194，2001 年 11 月；邱清華，〈「消保法與醫療糾紛」--呼籲建立醫療糾紛賠償機制〉，醫事法學第 9 卷第 1 期，頁 13-14，2001 年 3 月；許振東，〈論醫療糾紛補償制度〉，醫事法學第 10 卷第 2 期，頁 10-18，2002 年 6 月；林順益，〈解析醫護責任保險制度--並呼籲建立強制醫護責任保險制度〉，醫事法學第 11 卷第 3、4 期，頁 18-30，2003 年 12 月。

<sup>4</sup> 關於這部份的討論，將於本文第三章與第四章析述之。

<sup>5</sup> 請參閱 游宗憲、楊秀儀，〈醫療糾紛病人自力救濟之個案分析〉，臺灣醫學第 12 卷第 3 期，頁 292-298，2008 年 5 月；朱柔若、林東龍，〈醫療公道如何討？--臺灣醫療糾紛處理機制弊病之探索〉，醫事法學第 11 卷第 3、4 期，頁 31-61，2003 年 12 月；李念祖、陳仕振、曲以文，〈我國仲裁與訴訟制度解決醫療糾紛之比較〉，仲裁第 73 期，頁 17-40，2004 年 12 月；邱永仁，〈司法改革與醫療--如何協助司法更正確審理醫藥事故〉，臺灣醫界第 45 卷第 9 期，頁 40-41，2002 年 9 月；蕭世光，〈以仲裁方式解決醫療糾紛之可行性--從醫療糾紛解決之現況談起〉，仲裁第 77 期，頁 61-86，2006 年 3 月。

## 第二節 研究方法

本文採取之研究方法，主要如下：

### 一、文獻分析法：

本文蒐集相關文獻資料，進行分析、整理及歸納，並建構出本文之研究架構與內容。所收集之文獻，主要涵蓋因果關係之一般理論、醫療民事責任、因果關係之修正學說（包括疫學因果關係理論、比例因果關係理論及機會喪失理論）、舉證責任等。

### 二、比較法學研究：

基於現實之外語能力考量，本文使用之文獻以英文文獻和日文文獻為主，惟考量我國民法和民事訴訟法亦深受德國法之影響，故在相關部份則透過英文和中文文獻介紹德國之法制。期望藉由外國實務及學說之發展，對我國法制能有相當程度之啟發與收穫。

本文除上述兩種研究方法外，另視各部份之需要，轉以其他方法論進行論證。例如在我國法的解釋論上，仍依照傳統的法律解釋為主要依據。而於介紹比例因果關係理論及機會喪失理論時，針對全有全無原則之檢討，則有部份係以法律經濟分析之方法提出論證。惟大體而言，並不影響本文以文獻分析法及比較法研究之主軸。

### 第三節 論文架構

關於本文之論文架構，謹說明如下。

第一章為緒論，交代諸如研究動機與目的、研究方法等基本問題。

第二章前半段在介紹因果關係判斷之一般理論，並將相當因果關係說區分為事實上因果關係（條件關係）與法律上因果關係（相當性），分別論述其判斷標準。而於後半段則針對醫療行為之特殊性及醫療民事責任關於因果關係判斷之問題點，以實務判決為例說明之。

第三章承續第二章所提出之問題點，分別介紹實體法上之疫學因果關係理論、比例因果關係理論及機會喪失理論，探索其理論之實質為何？對於第二章所提出之問題是否能妥善解決？於我國法應如何解釋適用？

第四章則以訴訟法關於舉證責任之理論為核心，先析述舉證責任之基本原則，再說明醫療事件中原告對於因果關係存在有何舉證困難，故於符合某些要件時，應採取減輕或轉換舉證責任之方法，以謀求雙方當事人訴訟上之實質公平。

第五章為結論，將簡單歸納重要之論點。

## 第二章 因果關係之一般理論與醫療事故因果關係判斷之難題

### 第一節 因果關係之意義

民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」此為我國通常侵權行為的基本型態，其要件可分析如下：(一) 須有加害行為；(二) 行為須不法；(三) 須侵害權利；(四) 須發生損害；(五) 須加害行為與損害有因果關係；(六) 須有責任能力；(七) 須有故意或過失。前五者為客觀要件，後二者為主觀要件，若以體系區分，則可分為構成要件 (Tatbestand)、違法性 (Rechtswidrigkeit)、故意或過失 (Verschulden)<sup>6</sup>。於主張債務不履行之損害賠償請求權時，須符合之條件如下：(一) 須債務人違反給付意義，分為給付不能、給付遲延及不完全給付三種型態；(二) 須有可歸責於債務人的事由；(三) 須因之致債權人受有損害；(四) 義務的違反與損害之間須有因果關係<sup>7</sup>。由此可知，在醫療民事責任之構成上，不論病患之請求權基礎是侵權行為抑或是債務不履行，因果關係皆為其必備要件<sup>8</sup>。

日常經驗中之因果關係，如水之就下，火之燎原，皆為說明因果關係之普通經驗，而自然科學上之因果關係，有些是實驗中一因一果之逐步進行；有些則為數學公式，即「因」是實物連同理性之分析能力，「果」是實物連同理性之綜合能力，其中有些因果關係只可用直觀體會，無法用實驗來證明。由此可知，因果關係之概念，非法律固有之概念，在其他各種文化領域內亦常使用，且各有其固有、獨特之機能。因此，倘就其共通之定義言之，則所謂因果關係，乃為如無一

<sup>6</sup> 參閱 王澤鑑，「侵權行為法（一）：基本理論與一般侵權行為」，頁 97，作者自行出版，2003 年初版九刷；孫森焱，「民法債篇總論」，頁 205~240，作者自行出版，1999 年修訂新版。

<sup>7</sup> 王澤鑑，「法律思維與民法實例」，頁 103，作者自行出版，2003 年初版七刷。

<sup>8</sup> 惟一般在討論因果關係議題時，均以侵權行為法上之因果關係為主軸，對於債務不履行因果關係的判斷，多直接援用侵權行為法之判斷標準，故以下之討論均以侵權行為法上之因果關係為主。

定之先行事實，即無一定之後行事實之關係<sup>9</sup>。由於侵權行為法之主要功能在於損害之填補，而損害的發生必有其原因，構成損害發生的原因則非必單一，因此法律上因果關係即在此因果關係中，確定應負賠償責任的原因。換言之，因果關係的認定乃對於應負賠償責任的原因，自法律上加以相當的評價，以決定引發原因事實之行為人，是否應負賠償責任，於各種原因中，劃定其界線<sup>10</sup>。

我國學說將侵權行為法上的因果關係分為兩種，一為責任成立的因果關係，一為責任範圍的因果關係。前者係指可歸責的行為與權利受侵害（或保護他人法律的違反）之間具有因果關係，如乙之「死亡」是否「因」遭甲下毒；乙之「身體受侵害」是否「因」食用甲公司製造的汽水；乙之「墮胎流產」是否「因」目睹甲撞死其愛犬等。後者乃指權利受侵害與損害之間的因果關係，例如甲駕車撞傷乙，乙支出醫藥費，住院期間感染傳染病，家中財物被盜時，其須探究的是，乙支出醫藥費，住院期間感染傳染病，或家財物被盜等「損害」與「其身體健康被侵害」之間是否具有因果關係<sup>11</sup>。因此，因果關係於侵權行為法之功能有二，其分別為判斷侵權行為是否成立及判斷損害賠償之範圍<sup>12</sup>。

---

<sup>9</sup> 曾淑瑜，「醫療過失與因果關係-以中日兩國之實例為檢討對象」，國立台灣大學法律學研究所博士論文，頁 229，1997 年。

<sup>10</sup> 孫森焱，前揭註 6，頁 228。

<sup>11</sup> 王澤鑑，前揭註 6，頁 214-215。

<sup>12</sup> 邱聰智，「新訂民法債編通則（上）」，頁 116，作者自行出版，2000 年；林誠二，「民法債編總論（上）」，頁 246，瑞興圖書股份有限公司，2000 年 9 月。



## 第二節 我國之學說與實務見解

我國無論學者之通說或是最高法院之判決，對於侵權行為因果關係之評斷上，均係採相當因果關係說。然而，對於相當因果關係之定義，則有些許不同，茲簡述如下<sup>13</sup>：

### 第一項 國內學說見解

王伯琦氏謂：「無此行為，雖必不生此損害，有此行為，通常即足生此種損害者，是為有因果關係。無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係<sup>14</sup>。」其定義雖未明白區別條件說與相當性，但是所謂「無此行為，必不生此損害」即指條件的因果關係，而「無此行為，雖必不生此損害，有此行為，通常即足生此種損害者」即為相當性之問題。

王澤鑑氏特別指出：相當因果關係是由「條件關係」及「相當性」所構成的，故在適用時應區別二個階段：第一個階段是審究其條件上的因果關係；如為肯定，再於第二個階段認定其條件的相當性。我國判例學說亦認知此點，惟未加以區分，在醫療、公害或商品事故所涉及的，多屬條件關係，概括以相當因果關係稱之，淹沒了問題的爭點。英美侵權行為法亦採此種二階段思考方法，分別稱為事實上因果關係（factual causation, cause in fact）及法律上原因（legal cause），前者以「But-for」（若無，則不）作為判斷標準；後者以「direct」（直接），「proximate」（接近）或「foreseeable」（預見）作為判斷標準。日本學者亦將傳統的相當因果關係分為條件的因果關係（事實的因果關係）及相當的因果關係（保護範圍）可供參考。<sup>15</sup>

<sup>13</sup> 關於我國實務及學說見解之討論，可參閱 郭仙和，「侵權行為法上因果關係之研究-以我國實務案例為中心」，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007 年。

<sup>14</sup> 王伯琦，「民法債編總論」，頁 77，作者自行出版，1979 年。同說，孫森焱，前揭註 6，頁 232 以下。

<sup>15</sup> 王澤鑑，前揭註 6，頁 217-218。

黃立氏謂：「相當因果關係說，初期係以統計上的或然率及可預期性為基礎，來篩選依條件說確認的原因。」「相當因果關係說（die Adäquanztheorie）須先以條件說為基礎，判斷此一原因是否為結果發生之必要條件（conditio sine qua non）。然後再以下列程式限制：特定情況對於結果之發生，依其一般性質本無關係，卻由於非尋常之情況，而成為結果之條件時，原則上不認為有因果關係。」

上述學說均意識到相當因果關係其實係由兩個階段的判斷所構成，亦即先透過條件關係之檢驗，確認原因與結果間具備事實上因果關係之後，再透過法律政策上的檢討，確認行為人之賠償責任範圍。

## 第二項 國內實務見解

最高法院對相當因果關係之看法，大致上與學說相同。例如：最高法院 23 年上字第 107 號民事判例即謂「甲之行爲與乙之死亡間，縱有如無甲之行爲，乙即不致死亡之關係，而此種行爲，按諸一般情形，不適於發生該項結果者，即無相當因果關係，自不得謂乙係被甲侵害致死。」其中「如無甲之行爲，乙即不致死亡之關係」即指條件關係，而「按諸一般情形，不適於發生該項結果者」即是相當性之判斷。

又如最高法院 33 年上字第 769 號民事判例「上訴人於民國二十七年六月間，將其與某甲共同販賣之炸藥寄放於某乙開設之洗染店樓上，至民國二十九年八月十三日夜間，因該洗染店屋內設置之電線走電引燃該項炸藥，致將住宿於該店之被上訴人胞兄某丙炸死，雖為原審斟酌上訴人等公共危險案件之刑事確定判決，及被上訴人對於某甲等請求賠償殯葬費、扶養費事件之民事確定判決所確定之事實，然上訴人寄放之炸藥，係因走電引燃，以致爆炸，上訴人於走電引燃，原審既未認定其有何過失，對於某丙之被炸身死即無何等責任，縱令上訴人如無寄放炸藥之行爲，某丙不致被炸身死，然寄放之炸藥，非自行爆炸者，其單純之寄放行爲，按諸一般情形，實不適於發生炸死他人之結果，是上訴人之寄放炸藥，與

某丙之被炸身死，不得謂有相當之因果關係。被上訴人對於上訴人為賠償殯葬費、扶養費之請求，無從認為有理由。原判決乃以某丙非因炸藥爆炸，即不致發生死亡之結果，遂維持第一審命上訴人賠償殯葬費六十六元七角，扶養費一千元於被上訴人之判決，於法殊有未合。」亦同樣地先以條件關係判斷後（縱令上訴人如無寄放炸藥之行爲，某丙不致被炸身死），再輔以相當性之檢驗（其單純之寄放行爲，按諸一般情形，實不適於發生炸死他人之結果），認為無相當之因果關係。於此處，最高法院乃以「按諸一般情形，實不適於發生 XX 結果」作為缺乏相當性之說明，惟並未明示其如何得到該結論之理由構成，至為可惜。類似判決如：最高法院 71 年度台上字第 419 號民事判決<sup>16</sup>，最高法院 75 年度台上字第 462 號民事判決<sup>17</sup>，最高法院 75 年度台上字第 525 號民事判決<sup>18</sup>等。

最高法院 76 年台上字第 158 號民事判決「侵權行爲之債，固須損害之發生與侵權行爲間有相當因果關係始能成立，惟所謂相當因果關係，係以行爲人之行爲所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行爲人之行爲與損害之間，即有因果關係。原審既認定陳榮輝駕駛之七六一二一〇二號小客車，擦撞前車後，引起連環追撞，並因起火燃燒，相繼波及三二一二七八七號、一七一六二九號、

<sup>16</sup> 最高法院 71 年度台上字第 419 號民事判決：「按被害人之行爲須予損害之發生或擴大以助力，而與損害之發生與擴大有相當因果關係者，始有過失相抵之適用。本件被上訴人在內部作業監督上縱有疏忽，但究非予上訴人侵占票款以助力，且此疏忽，在通常狀態下，亦非當然發生職員侵占公款之結果。上訴人指摘原審不適用過失相抵之原則以減免其賠償責任為不當，非有理由。」（底線為作者自行加上，下同）

<sup>17</sup> 最高法院 75 年度台上字第 462 號民事判決：「因違反保護他人法律之行爲，而應負損害賠償之責任者，仍須其行爲與損害之間有因果關係存在為要件。關於行爲與損害間之因果關係，吾國係採相當因果關係說。此觀本院二十三年上字第一〇七號、三十三年上字第七六九號、四十八年台上字第四八一號判例至明。查被上訴人堆置之保利龍，因高女焚燒冥紙之火苗觸及而燃燒，為原審所確定之事實。堆置之保利龍，既非自行燃燒，而單純堆置保利龍之行爲，按諸一般情形，實不適於發生燃燒致人死傷之結果。是被上訴人之堆置保利龍，與上訴人之損害，不得謂有相當因果關係。」

<sup>18</sup> 最高法院 75 年度台上字第 525 號民事判決：「國家賠償責任之成立，以公務員不法之行爲，與損害之發生，有相當因果關係為要件。苟有此行爲，按諸一般情形，不適於發生此項損害，即無相當因果關係。行爲與行爲後所生之條件相競合而生結果，二者倘無必然結合之可能，行爲與結果，仍無相當因果關係之可言。被上訴人法院囑託塗銷查封登記，縱有不當。但此項行爲，與行爲後所生賴某等人違背查封效力，仍提供系爭不動產予上訴人設定抵押權之有原因力之條件，原無必然結合之可能。單純此項行爲，按諸一般情形，實不適於發生損害他人之結果，行爲與損害之發生，殊難認有相當因果關係。」

七一八六五五號 (中興號大客車) 三車，中興號大客車旅客下車後，又見火勢猛烈，惟恐車身爆炸，遂將橋縫誤為安全島紛紛跳下而造成傷亡。則依此項客觀存在之事實觀察，如車身爆炸而不及時走避，其造成之傷亡將更為慘重，且當時又係夜晚，更易引起慌亂，在此緊急情況之下，欲求旅客保持冷靜，安然離開現場，殆無可能，故依吾人一般智識經驗，上述旅客在慌亂中跳落橋下傷亡，是否陳榮輝駕車追撞而造成之上開車禍，無相當因果關係，非無研究餘地。」於此判決中，最高法院認為相當性有無之判斷應是「行為人之行為所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者」亦即，就行為人當時之客觀情狀，依一般人之智識加以判斷。類似判決如：最高法院 82 年台上字第 2161 號民事判決<sup>19</sup>，最高法院 84 年台上字第 1004 號民事判決<sup>20</sup>，最高法院 84 年台上字第 2439 號民事判決<sup>21</sup>。

最高法院 87 年台上字第 154 號民事判決「損害賠償之債，以有損害之發生及有責原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件，故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在，本院四十八年台上字第四八一號判例著有明文。又所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形上，

<sup>19</sup> 最高法院 82 年台上字第 2161 號民事判決：「所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害間，即有因果關係。」

<sup>20</sup> 最高法院 84 年台上字第 1004 號民事判決：「公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負損害賠償責任，國家賠償法第三條第一項固定有明文。所謂公共設施之設置有欠缺，係指公共設施建造之初，即存有瑕疵而言；管理有欠缺者，係指公共設施建造後未妥善保管，怠為修護致該物發生瑕疵而言。又人民依上開規定請求國家賠償時，尚須人民之生命、身體或財產所受之損害，與公有公共設施之設置或管理之欠缺，具有相當因果關係，始足當之。亦即在公有公共設施因設置或管理有欠缺之情況下，依客觀之觀察，通常會發生損害者，即為有因果關係，如必不生該等損害或通常亦不生該等損害者，則不具有因果關係。」

<sup>21</sup> 最高法院 84 年台上字第 2439 號民事判決：「所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成之客觀存在事實，為觀察之基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害之間，即有因果關係。本件被上訴人共謀製造假債權，使法院核發支付命令，並持以聲請強制執行查封上訴人所有之房屋，所涉詐欺罪等刑責業經法院判處有罪確定，為原審合法確定之事實。則上訴人為免其房屋遭受查封拍賣所生之損害，與被上訴人之侵權行為間自有相當因果關係存在，原審認無相當因果關係，已有未洽。而上訴人對其所有被查封之房屋，固得依強制執行法之規定，提起第三人異議之訴，是否不得依民法第二百十三條第一項之規定請求被上訴人許光回復上訴人損害發生前之原狀，即向法院撤回其強制執行之聲請，非無疑問。」

有此環境，有此行為之同一條件，均發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形上，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。」於此判決，最高法院強調相當性之判斷是客觀的事後審查。類似觀點例如：最高法院 89 年台上字第 2483 號民事判決<sup>22</sup>，最高法院 90 年台上字第 772 號民事判決<sup>23</sup>。

最高法院 83 年台上字第 2261 號民事判決「又損害賠償之債，固以有損害之發生及有責任原因之事實，並兩者之間，有相當因果關係為成立要件。惟所謂相當因果關係，係指無此行為，雖必不生此結果，但有此行為，按諸一般情形即足生此結果者而言。須無此行為，必不生此結果，有此行為，按諸一般情形亦不生此結果，始得謂為無相當因果關係。」本判決則同於學者王伯琦之見解。相類似之概念，參見最高法院 84 年台上字第 2170 號民事判決<sup>24</sup>，最高法院 86 年台上字第 224 號民事判決<sup>25</sup>，最高法院 90 年台上字第 401 號民事判決<sup>26</sup>。

<sup>22</sup> 最高法院 89 年台上字第 2483 號民事判決：「按所謂相當因果關係，乃指行為與結果間所存在之客觀相當因果關係而言。即依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境，有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，而得謂行為與結果有因果關係，反之若在一般情形下，有此同一之條件存在，而依客觀之觀察，認為不必皆發生此結果者，即無因果關係可言。原審已論斷，系爭載貨證券，並未經花旗銀行巴黎分行背書，已屬背書不連續，P C W 縱收到系爭載貨證券，仍無法據以提領貨物，竟因宇宙公司未盡審核載貨證券背書連續之義務，而將貨物無受領權人之 P C W 領受。致生損害於大眾公司，中國商銀縱有誤寄載貨證券之行為，客觀上亦不足以發生大眾公司前揭損害之結果，難認有相當因果關係云云，經核於法並無違誤。」

<sup>23</sup> 最高法院 90 年台上字第 772 號民事判決：「按侵權行為損害賠償之債，須損害之發生與加害人之故意或過失加害行為間有相當因果關係，始能成立。所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成之客觀存在事實，依經驗法則，可認通常均可能發生同樣損害之結果而言；如有此同一條件存在，通常不必皆發生此損害之結果，則該條件與結果並不相當，即無相當因果關係；不能僅以行為人就其行為有故意過失，即認該行為與損害間有相當因果關係。系爭汽車及其鑰匙遭竊，係出於第三人故意不法行為，鄭希平未盡其保管系爭汽車鑰匙之注意義務，通常情形，是否可認其均將發生被竊之結果，尚非無疑。」

<sup>24</sup> 最高法院 84 年台上字第 2170 號民事判決：「相當因果關係，係指無此行為，雖必不生此種損害；有此行為，通常即足生此種損害者，是為有因果關係。無此行為，必不生此種損害；有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係。本件上訴人因車禍受有外傷，通常並不足以生有精神分裂之結果，是本件車禍與上訴人目前之病態並無相當因果關係。」

<sup>25</sup> 最高法院 86 年台上字第 224 號民事判決：「損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實及此二者之間，有相當因果關係為成立要件，如不合於此項成立要件，即難謂有損害賠償請求權存在。所謂相當因果關係，係指：『無此行為，雖必不發生此損害；有此行為，通常即足發生此種損害，是為有因果關係。有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係』。」

最高法院對於相當因果關係之認定，如上所述，並非完全一致，且流於形式，未提出更加實質之說理。有學者即指摘最高法院經常係以自己的自然感情，或社會正義感，或法律政策目的之實踐，決定加害人是否應對損害負責後，再認定相當因果關係是否存在。實則，因果律之認定，應屬事實問題，不應假手於自然感情、社會正義感或法律政策目的<sup>27</sup>。反之，就加害人是否應對損害負責，係屬責任問題，經常伴隨著法官之自然感情、社會正義感，或法律政策目的之實踐，應屬無可厚非<sup>28</sup>。因而本文擬就事實上因果關係及法律上因果關係之判斷分述之<sup>29</sup>。



<sup>26</sup> 最高法院 90 年台上字第 401 號民事判決：「所謂相當因果關係，謂無此行為，雖必不生此種損害，有此行為，通常即足生此種損害者，為有相當因果關係；如無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即為無相當因果關係。查本件被害人黃勉因本件事故身受有百分之八十五之燒傷，存活率低於百分之十，甚或不可能治癒，但在長康醫院就醫期間，該醫院失火，未及逃避致遭燒死，為原審確定之事實，則本件事故致黃勉身受燒傷縱存活率低百分之十，甚或不可能治癒，但按之通常情形，仍有存活可能，本件事故並不當然導致發生黃勉死亡之結果。是於此情形，被害人黃勉之死亡與榮星公司等三人之過失行為，二者之間，並無相當因果關係。」

<sup>27</sup> 美國法學家 Wex S. Malone 認為：因果關係是一種理論上的概念，具有政策決定的特性，法官經常運用因果關係，以達成其欲促成的重要社會政策。因此政策因素對於事實上因果關係的決定，經常扮演重要角色。而對於事實上因果關係可以客觀地自事實發生過程加以判斷，採取懷疑態度。參閱 陳聰富，〈侵權行為法上之因果關係〉，收錄於氏著「因果關係與損害賠償」，頁 49，元照出版有限公司，2004 年 9 月初版。日本法上亦同樣有類似之討論，如：水野 謙，「因果關係概念の意義と限界」，有斐閣，2002 年初版 2 刷；米村滋人，〈法的評価としての因果關係と不法行為法の目的(1)-現代型不法行為訴訟における責任範圍拡大を契機とする因果關係概念の理論的検討〉，法學協會雜誌 122 卷第 4 期，頁 118-239，2005 年 4 月；同氏著，〈法的評価としての因果關係と不法行為法の目的(2)-現代型不法行為訴訟における責任範圍拡大を契機とする因果關係概念の理論的検討〉，法學協會雜誌 122 卷第 5 期，頁 165-238，2005 年 5 月。惟本文從通說，認為事實上因果關係乃客觀地自事實發生過程加以判斷，而與政策目的等考量無關。

<sup>28</sup> 陳聰富，同前註，頁 23。

<sup>29</sup> 關於將因果關係二分為事實上及法律上因果關係，雖已為我國學說及實務所接受，但於外國文獻中，則有許多對此二分法抱持懷疑態度的看法。英文文獻如：H.L.A. Hart & A.M. Honore, *Causation in the law*, Clarendon Press (1959). 其中文介紹可參考 陳聰富，同前註，頁 32-48。本文認為放棄因果關係二分論，而採用統一的解決標準，反而會產生因果關係與責任負擔混淆不清之結果，因而於下兩節中，分別就事實上因果關係與法律上因果關係加以探討。

### 第三節 事實上因果關係之判斷標準

#### 第一項 條件理論

##### 第一款 條件理論之意義與判斷

條件理論係指加害人之行為與被害人之權利受損間具有條件關係（*conditio sine qua non*），其檢驗方式是採「若無，則不」，英美法稱為「*but for*」，日本法則以「*あれなければこれなし*（可譯為若非 P，則非 Q）」表示。詳言之，可將其定義為「一個行為（作為、不作為或狀態等）是損害發生之原因，而且，若無該行為，損害將不會發生，亦即，該行為必須是損害發生之必要條件。<sup>30</sup>」

條件理論認為，若無被告之行為，原告之損害仍將發生，則因果關係不成立。有疑問者係如何判斷被告之行為係屬損害發生所不可欠缺之條件？學說上有二說：一說稱為「刪除說」（*the elimination theory*）：在因果關係判斷時，想像上將被告完全排除於事件發生當場，而其他條件不變時，若事件仍然發生，則被告之行為非原告損害之不可欠缺的條件。反之，若被告於事件當場不存在，事件即不發生，或以完全不同的方式發生，則該事件即為被告行為之結果<sup>31</sup>。以東京地裁平成 5 年 12 月 21 日判決為例，其事實略為：原告於被告所開設之牙醫診所治療蛀牙，因為齒槽膿漏而拔除一顆牙齒，為了恢復其咀嚼機能，原告決定接受植牙手術。第一次選擇以骨內移植的方式進行植牙，但是由於其上顎骨產生骨吸收現象，植體有不穩固的情形，故被告建議原告再進行第二次植牙手術。第二次是採取骨膜內移植的手術方式，結果不僅植牙失敗，還產生了上顎骨發炎的現象，導致原告咀嚼機能部份喪失。法院認為，若無醫師第二次手術方式選擇及施作上的過失

<sup>30</sup> Richard W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 Cal. L. Rev. 1737, 1775 (1985).

<sup>31</sup> Glaser, *Abhandlungen aus dem osterreichischen Strafrechte*, I, 298 (1858).轉引自 陳聰富，前揭註 27，頁 57。王澤鑑，前揭註 6，頁 219，亦指出：德國學說稱之為假設的消除程序，其功能在於排除與造成某種結果無關的事項。

行爲，原告之損害即不會發生，故事實上因果關係存在<sup>32</sup>。

另一說稱爲「代替說」(the substitution theory)：在因果關係判斷時，非假設被告完全不在現場，而係假設被告在事件現場，但從事合法行爲，再檢驗被告之合法行爲代替不法行爲後，事件發生是否因而改變<sup>33</sup>。以 Cay v. DOTD 爲例，其事實略爲：原告之子爲 27 歲之男性，某一晚在酒吧喝完酒之後步行回家，途中必須經過一座橋，原告之子於五天後屍體在橋下之河床被發現，證據顯示其應是從橋上墜落而死亡，並無自殺或他殺之嫌疑。原告主張：因爲被告所建造之橋樑兩側的欄杆高度低於標準，而導致原告之子墜橋死亡。依據代替說，上訴法院認爲：如果欄杆的高度再高一些，原告之子即可避免發生此一意外事故。因而認爲被告未依標準設置欄杆之高度，與原告之子的死亡有事實上因果關係<sup>34</sup>。

關於上述兩說，通說認爲，在被告之行爲係作爲時，應採刪除說；在被告之行爲係不作爲時，應採代替說<sup>35</sup>。以下分別各舉一例說明之：

在 Lyons v. Midnight Sun Transportation Services, Inc. 案中，被告之受雇人駕駛被告公司所擁有之卡車在公路的右邊向南開，原告之妻在被告前方從停車場將車開出來，被告之受雇人一邊煞車一邊將卡車往左邊移動，但原告之妻的車仍繼續往車道行進，兩台車因而發生碰撞，原告之妻死亡。原告主張：被告之受雇人超速且其駕駛有過失。法院認爲：本件肇事原因是原告之妻迅速將車子開出停車場所致，被告之受雇人即使未超速，事故仍然會發生，因此被告受雇人之超速（作爲）與原告之妻的死亡無因果關係<sup>36</sup>。

又譬如，法律規定騎機車必須要有駕照，無照駕駛將受處罰。D 無照駕駛，

<sup>32</sup> 判時 1514 号 92 頁，判夕 847 号 238 頁。

<sup>33</sup> 陳聰富，前揭註 27，頁 57。

<sup>34</sup> Cay v. State of Louisiana, Department of Transportation and Development 631 So.2d 393 (La. 1994). See Arthur Best & David W. Barnes, *Basic Tort Law Cases, Statutes, and Problems*, 2<sup>nd</sup> ed, 174, Aspen Publishers (2007).

<sup>35</sup> 陳聰富，前揭註 27，頁 58。

<sup>36</sup> 928 P.2d 1202 (Alaska 1996). See Arthur Best & David W. Barnes, *supra* note 34, at 178.



雖然 D 無過失卻還是發生車禍並撞傷了 P，即便 D 取得駕照（以合法行為代替非法行為），車禍仍會發生，則 D 是否有駕照對因果關係不生影響<sup>37</sup>。

適用條件理論時，有時會涉及一連串事件因果關係存否之判斷，在 Tribunal Fédéral Suisse, 31 October 2003 乙案中，原告在 1990 年發生車禍，導致左腳嚴重受傷，喪失了 75% 的功能，在 1992 年與肇事駕駛的保險公司達成和解，在 1998 年 1 月 15 日，原告的左腳膝蓋接受人工關節置換手術，該手術與車禍直接相關，在 1998 年 1 月 27 日，原告之右眼產生血管傷害，醫生表示，右眼的血管傷害是血栓所造成，與左膝手術間有因果關係，原告起訴請求肇事駕駛的保險公司給付右眼傷害的損害賠償。一審法院認為 1990 年之車禍與 1998 年的眼睛傷害有因果關係，二審法院否定之，其認為雖然眼睛傷害可能是車禍所造成，但是真正的原因是左膝手術，為超越因果關係<sup>38</sup>，即左膝手術這個在後介入的獨立條件，與具體結果（眼睛傷害）形成具有超越性的因果關係，而使前條件（車禍）與最終結果之間欠缺因果關係。瑞士聯邦法院認為：如果 A 事實是 B 結果的原因，而 B 事實是 C 結果的原因時，A 事實亦為 C 結果之原因。因此，本案中車禍為左膝手術之原因，左膝手術是眼睛傷害的原因，則車禍亦為眼睛傷害之原因。在一連串事件中，事件之起源不僅是立即結果之原因，亦是後續結果之原因<sup>39</sup>。

另一種常見的問題是，被告經常會抗辯：即使其已盡注意義務，損害仍舊會發生，故損害發生與被告行為無因果關係。例如 *McWilliams v. Sir William Arrol & Co.Ltd. and Linlithgows Ltd.* 乙案中，原告之夫被雇用於建造鐵塔，在施工過程中，其從塔上掉落死亡。原告主張其夫之雇主及鐵塔所有人未提供工人安全帶，違反注意義務。證據顯示，若有使用安全帶，原告之夫將不會掉落而死亡，但是，即使有提供安全帶，原告之夫也不會去使用。法院認為：本案之因果關係建立需滿

<sup>37</sup> Hart & Honore, *supra* note 29, at 111.

<sup>38</sup> 參閱 第二章第三節第一項第二款之 5。

<sup>39</sup> ATF 5C.125/2003/frs. 瑞士聯邦法院在本案亦區別事實上因果關係與相當因果關係之不同，事實上因果關係純為條件理論之問題，相當性則是以通常事件過程與日常生活經驗加以判斷。See *Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), Digest of European Tort Law, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation*, 19-20, SpringerWienNewYork (2007).

足下列四個步驟：1.提供安全帶的義務 2.違反該義務 3.如果有提供安全帶，被害人會使用它 4.如果有提供安全帶，被害人將不會死亡。由於原告無法證明步驟 3，因此被告之義務違反與原告之夫的死亡無因果關係<sup>40</sup>。

本案若以歐洲侵權行為法原則（Principles of European Tort Law）加以檢視，由於 PETL3:101.規定：若無某一活動或行為（以下簡稱為行為），損害就不會發生，則此行為被認為是造成被害人損失的原因<sup>41</sup>。在本案中，若無被告之違反義務行為（未提供安全帶），損害仍會發生（被害人仍會因未使用安全帶而摔落致死），故結果會同於蘇格蘭法院之認定。因此有學者認為，應從注意義務之內容著手，亦即，該義務所要求者並非只是提供工人安全帶，而是還要確保工人會實際使用該安全帶，則同樣依據條件理論判斷，結果將產生變化：若雇主提供安全帶並確保工人使用安全帶，損害將不會發生，因此該義務違反與被害人死亡間有因果關係<sup>42</sup>。

在醫療訴訟中，與前述例子概念上相近的是，當醫師違反其說明、告知義務，導致病人未能在擁有充分資訊下進行其選擇或考量，而產生不利益之結果時，醫師經常行使的抗辯為：即使充分說明及告知，病人仍會做出同樣地選擇或考量，所以醫師未盡說明、告知義務與病人發生的損害之間無因果關係。以下即用日本法上之案例說明之：1.東京高判平成 17 年 1 月 27 日判決，事實概要：有一對夫妻，其長男罹患慢性兒童型腦硬化症（Pelizaeus-Merzbacher，簡稱 PM 病，是一種遺傳疾病，若父母擁有該種缺陷基因，生出來的小孩中，男生罹病的機率為二分之一，女生帶有該缺陷基因但不發病的機率亦為二分之一），於預備再生一個小孩的時候（平成 6 年 11 月），前往詢問長期為其長男看診的醫師，下一個小孩會不會有罹患 PM 病的可能？醫師表示，在其執業經驗上，罹患該疾病之病童其兄弟也罹患同一症狀的案例未曾有過，所以有相當高的機率是沒問題的。後來這對夫妻在平

<sup>40</sup> 1962 SC(HL) 70, 1962 SLT 121.

<sup>41</sup> Art. 3:101. *Conditio sine qua non* :An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred.

<sup>42</sup> See Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), *supra* note 39, at 96.

成 11 年 10 月 20 日生下罹患 PM 病的三男，並以醫師違反說明義務具有過失為理由請求三男的看護等費用之損害賠償。

本案第一審法院認為，關於過失部份，被告醫師在回答原告夫妻問題時，擁有關於 PM 病的知識，也知道曾有兄弟同患此病之例，原告夫妻已育有一名患病之長男，承受重大的精神上、經濟上負擔，對於下一個孩子是否為健康新生兒相當關心，雖然不是在直接診療（被告醫師對原告夫妻進行門診）時發問，但這是和長男的診療行為間密切相關的事項，被告醫師基於誠信原則，根據當時的醫學知識，負有關於胎兒罹患 PM 病的危險性的適切說明義務。被告醫師當時表示再次生下罹患 PM 病的小孩機率很低，已經超越醫師的裁量範圍，對於原告夫妻的自己決定給予錯誤的影響，應認為已經違反醫師的說明義務。但是，關於說明義務違反的過失和損害間是否有因果關係一事，由於是否再生一個小孩與父母親的人生觀等有很密切的關係，不會只因被告醫師的說明就受到動搖，被告醫師的說明，不論程度如何，傳達了再生出患有 PM 病小孩的可能性，且父母親要透過其他方式瞭解該可能性是相當容易的，因此即使從被告醫師處得到適切的說明，也不能否定原告夫妻仍然會決定再生一個孩子的可能性，故否定說明義務的違反與三男的出生有因果關係。因此，駁回三男看護等費用之請求，僅准許對於原告夫妻自己決定權之不當影響部份，每人可獲得 800 萬日圓的慰撫金<sup>43</sup>。

二審法院則是在肯認醫師違反說明義務之後，在因果關係部份，認為如果原告夫妻接受了關於 PM 病罹病機率之正確說明的話，可以努力尋找避免生下患病小孩的方法，或是決定不生小孩，因此三男的出生及因之對原告夫妻所生之損害，肯認醫師過失與損害間因果關係的存在，准許三男看護費用之請求。但是，從原告夫妻詢問醫師至產下三男為止，已經過五年時間，關於生下 PM 病小孩的可能性，原告夫妻應已知悉或可得（容易）知悉，就其能輕易透過其他方式瞭解一事，認為原告夫妻與有過失，減輕被告醫師 25% 的賠償責任。

---

<sup>43</sup> 東京地判平成 15 年 4 月 25 日判決，判夕 1131 号 285 頁。

關於因果關係認定的變更，第一審是從一般論、抽象的價值觀及父母親能輕易透過其他方式瞭解該可能性等立場，否定因果關係之存在；第二審則是從已經生下患病長男的原告夫妻的具體狀況來看，重視該說明對其意思決定的重要性，肯認因果關係存在。而父母親能輕易透過其他方式瞭解該可能性這一點，在第一審是判斷因果關係有無之因素，在第二審則成爲過失相抵之對象。

有論者指出：因爲該案於第二審審理過程中，詳細就三男的照護狀況爲舉證，使法官能夠認識到照顧一個 PM 病的孩子在精神上和肉體上都是極大的負擔，若正確地認識到已經生下患病長男，還願意再生下一個同樣狀況小孩的可能性，必定會認爲原告夫妻將極力避免該情況之發生，故肯認因果關係存在<sup>44</sup>。

## 第二款 條件理論之例外

條件理論於多數案件固能獲得令人贊同之結論，但於某些特殊案例中，則無法充分說明，甚至可能導致不合理之結果，因此實務及學說均試圖發展各種理論加以補充，以下僅就條件理論無法完整解釋之情形加以簡要介紹。

### 1. 選擇性因果關係 (alternative Kausalität) (或譯爲「擇一因果關係」)

選擇性因果關係係指雖由於數個原因導致損害發生，然而只要其中一個原因單獨即足以使損害發生，且結果並不知係由數原因中哪一個所致。可以 Summers v. Tice 爲例說明之：原告與兩名被告一起去獵鵪鶉，在打獵過程中，恰巧有一隻鵪

<sup>44</sup>參閱 佐藤光子，〈医療過誤訴訟の第1審、控訴審判決研究-因果關係の判断の变更による逆転判決、賠償額変更判決を中心に-〉，Lexis 判例速報第15期，頁130-131，2007年1月。

事實上，本案例也可說明，由於醫師未盡說明義務，是否會影響病患決定一事，涉及每一個病患個人的內心決定，而難以有客觀化的標準，學說上亦有「主觀因果說」(subjective causation test) 和「客觀因果說」(objective causation test) 之爭論，故法院的態度和原告之舉證在因果關係之判斷上扮演相當重要的角色。關於說明義務及告知同意，可參閱 楊秀儀，〈誰來同意？誰作決定？--從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察〉，台灣法學會學報第20期，頁367-410，1999年11月；楊秀儀，〈病人，家屬，社會：論基因年代病患自主權可能之發展〉，國立臺灣大學法學論叢第31卷第5期，頁1-31，2002年9月；楊秀儀，〈告知後同意法則之司法實務發展--最高法院九四年臺上字第二六七六號判決評釋〉，台灣本土法學雜誌第73期，頁212-214，2005年8月；許純琪，「醫病關係中的告知後同意」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年7月。台灣台北地方法院94年度醫字第4號民事判決；最高法院86年度台上字第1731號民事判決。

鵝停留在原告與兩名被告之間，兩名被告同時對獵物開槍，但是未擊中獵物，反而造成原告眼睛及嘴唇受傷，原告起訴請求兩名被告就其損害負責，但是無法證明傷害究竟是由何名被告之行爲所導致。在依據條件理論判斷時，由於兩名被告均可抗辯若無自己的開槍行爲，原告仍可能因爲另一名被告之開槍而受傷，故自己的開槍行爲並非原告受傷之原因，但若因而認爲被告均不須爲原告之損害負責，似又不合情理，故本案法院係以舉證責任倒置之方式，要求被告必須證明其行爲與損害無關，無法證明時即應負責<sup>45</sup>。此案例在我國則可依民法第 185 條第 1 項後段解決之。但亦有學者認爲選擇性因果關係非屬因果關係，而係因果關係證明的問題<sup>46</sup>。

## 2. 累積性因果關係 (kumulative Kausalität)

於互相交錯之多數原因中，若結果之發生須此原因之共同結合方會產生時，則每一個原因均視爲等價，則此每一個原因均爲構成因果關係之原因，亦稱爲共同因果關係<sup>47</sup>。例如甲與乙分別以化學物質倒入丙之水池，此二種化學物質個別使用時，尚不致造成任何損害，但二者混合後，則會產生毒素而有害魚類生存，此時，甲與乙之行爲，與丙所飼養魚類的死亡間，則具備因果關係<sup>48</sup>。於我國，則甲乙應依民法第 185 條負責<sup>49</sup>。

## 3. 雙重因果關係<sup>50</sup> (或譯爲「累積因果關係」<sup>51</sup>)

兩個同時存在的原因導致損害結果發生，但其中任何一個原因均足以導致相同結果發生之情形。例如：A 和 B 兩人無意思之聯絡，同時向 C 開槍，A 和 B 所

<sup>45</sup> 199 P.2d 1 (Cal. 1948), See Arthur Best & David W. Barnes, *supra* note 34, at 193.

<sup>46</sup> 參閱 王澤鑑，前揭註 6，頁 222。另可參見民法研究會第十二次研討會，李木貴等，共同危險行爲之要件，研討會記錄，收錄於「民法研究，第三集」頁 247 以下，學林出版社，1999 年。

<sup>47</sup> 陳聰富，前揭註 27，頁 60。

<sup>48</sup> 姚志明，〈侵權行爲因果關係理論之解析〉，收錄於氏著「侵權行爲法研究（一）」，頁 171，2002 年初版。

<sup>49</sup> 王澤鑑，前揭註 6，頁 221。

<sup>50</sup> 此名稱係參考 林山田，「刑法通論（上）」，頁 188，三民書局，2003 年八版二刷；黃榮堅，「基礎刑法學（上）」，頁 216，元照出版有限公司，2003 年 5 月初版。

<sup>51</sup> 陳聰富，前揭註 27，頁 69。

發射之子彈同時命中 C 之心臟，C 因而死亡。基於非 P 則非 Q 之檢驗，即使 A 未開槍，C 之死亡仍會發生；而 B 不開槍，C 也會因 A 之子彈打中其心臟而死亡，結論變成：A 和 B 的開槍行為皆與 C 之死亡無事實上因果關係。這種情形學說上認為應視之為例外來處理，亦即，認為兩者皆具有事實上因果關係<sup>52</sup>。

#### 4. 假設性因果關係 (hypothetische Kausalität) (或譯為「超越因果關係」<sup>53</sup>)

當對於某事故之發生，某甲之行為已成立侵權行為責任且導致損害之發生後，假設如無甲之行為時，此同樣之損害或類似之損害，亦會因第二個原因（後備原因 Reserverursache）而產生<sup>54</sup>。例如甲毀壞乙所有房屋的落地窗，半小時後發生地震，該屋全毀；或者甲為一棟房屋的所有人，違法加蓋儲水槽，即將遭都市計畫當局拆除，甲的鄰居乙在相關單位拆除儲水槽前，自行將其拆除<sup>55</sup>。此類情形涉及二個因果關係，一為對損害的發生有事實上原因力的加害行為；一為對損害發生並無事實上原因力，惟若前一原因不存在時，損害必將因後一原因事實而發生。前者屬真正原因，後者可稱假設因果關係。假設因果關係對損害的發生既無事實上的原因力，故其問題不在於因果關係，而在於損害的認定或計算<sup>56</sup>。

#### 5. 超越因果關係 (或譯為「因果關係中斷」<sup>57</sup>)

條件必須自始繼續作用至結果發生之時，始為結果的原因，假如條件雖已開

<sup>52</sup> 松浦以津子，〈因果關係〉，收錄於 山田卓生編，「新・現代損害賠償法講座，第一卷總論」，頁 136，日本評論社，1999 年一版。有學者補充其理由，認為承認事實上因果關係存在是因為此時係採實質因素說 (Substantial Factor Theory)，而使 A 與 B 均對 C 之損害負責。陳聰富，前揭註 27，頁 70。

<sup>53</sup> 陳聰富，前揭註 21，頁 64。

<sup>54</sup> 姚志明，前揭註 48，頁 173。

<sup>55</sup> Piraeus Court of Appeal 664/2002 EIIDni 44, 200 ff. 此為一希臘法之案例，法院認為依條件理論，乙之行為並非儲水槽被拆除之必要條件，因為若無乙之行為，被拆除一事仍會於其後發生，但是基於乙之行為不但對損害發生有事實上原因力，且若無特殊情事，損害將因乙之行為而發生，故認定因果關係存在。

<sup>56</sup> 王澤鑑，前揭註 6，頁 222-223。關於假設因果關係的各種案例類型及解決方法，參閱 陳哲宏，「假設因果關係與損害賠償」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1984 年。另有學者將之稱為「修補因果關係」，並對其損害賠償問題有詳盡之介紹，參閱 曾世雄，「損害賠償法原理」，頁 132-157，作者自行出版，1989 年三版。

<sup>57</sup> 陳聰富，前揭註 27，頁 71。

始作用，但因另有其他條件的介入，而能迅速單獨造成具體結果者，則這個在後介入的獨立條件，即與具體結果形成具有超越性的因果關係，而使前條件與最終結果之間欠缺因果關係。這個後條件與最終結果之間的因果關係即為超越的因果<sup>58</sup>。例如 A 和 B 分別有意殺害 C，A 先對 C 下確定足以致死的毒藥，然而在毒藥尚未發作之前，B 即射殺 C。由於 C 是因遭射殺而死並非因毒發而死，故依據條件理論之檢驗，A 之下毒與 C 之死亡無因果關係，惟有學者從損害抑止的觀點出發，認為應例外承認其事實上因果關係存在<sup>59</sup>。

## 第二項 實質因素說 (Substantial Factor Theory)

於前述雙重因果關係（累積因果關係）曾提及，在案例中產生損害結果之原因有兩個，且任一原因皆可造成該損害結果時，適用條件理論將產生任一原因與結果皆不具因果關係之不合理結果，為使原告能獲得賠償，應視其為條件理論之例外，而採實質因素說。實質因素說之內容為：若行為人之行為係產生結果之實質因素時，則行為與結果間有因果關係。於判斷是否為實質因素時，若一般通情達理人（reasonable man）皆可產生相同的答案，則可由法官直接判斷；但是一般通情達理人有可能產生不同答案時，則應由陪審團做判斷。嚴格而言，實質因素說並非一獨立判斷是否有因果關係之標準，僅是在若干案件中補充條件理論而已<sup>60</sup>。美國侵權行為法第二整編第 433 條第 2 項亦規定：「若兩項力量積極發生作用，其中一者由於行為人之過失，一者非因行為人之不法行為，但任何一項力量均足以導致他人損害時，則行為人之過失可認為係損害發生之實質因素<sup>61</sup>。」

<sup>58</sup> 林山田，前揭註 50，頁 189。

<sup>59</sup> 森島昭夫，〈不法行為法における因果關係——複數原因の競合に関連して〉，法學教室第 147 號，頁 21，1992 年 12 月。

<sup>60</sup> 潘維大，〈美國侵權行為法對因果關係之認定〉，東吳大學法律學報第 7 卷第 2 期，頁 4，1992 年。

<sup>61</sup> The Restatement (Second) of Torts §433(2): If two forces are actively operating, one because of the actor's negligence, the other not because of any misconduct on his part, and each of itself is sufficient to bring about harm to another, the actor's negligence may be found to be a substantial factor in bringing it about.

實質因素說是因 William Prosser 教授之提倡而流行，其認為實質因素說主要適用於雙重因果關係（累積因果關係）之案例<sup>62</sup>。美國法上第一次適用實質因素說是在 Anderson v. Minneapolis, St. P. & S.S.M.Ry 案中，原告因被告火車引擎產生之火苗延燒而有財物受損，被告舉證證明還有其他不知名因素造成的火苗也是造成原告損害的原因。法院認為：其他原因造成的火苗與被告火車引擎造成的火苗相結合而引發火災，決定被告火車引起之火苗是否為造成原告損害的重要或實質因素雖然有其困難之處，但如果結論為肯定，則被告應負責<sup>63</sup>。

而此說之問題點在於何謂「實質」因素？其要求法官或陪審團不只須判斷被告之行爲是否為損害之原因力，還包括其原因力之量是否「足夠」命被告負責，但是，依照被告對於損害原因力之程度限制其責任而非因為無原因力，顯然是法律上因果關係之政策考量而非事實上因果關係所要處理的問題<sup>64</sup>。舉例言之，A 開車輾過放有爆炸物的小盒，引起爆炸，致 B 受傷，主張實質因素說者認為 A 不知該盒內含有爆炸物，其開車輾過行爲非爆炸物爆炸之重要因素，故因果關係不存在<sup>65</sup>。但從條件理論來看，若無 A 之開車輾過行爲，爆炸物將不會爆炸，故 A 之開車輾過行爲與 B 之受傷有因果關係。實則，因為 A 不知盒內有爆炸物而認為不應由 A 負責係屬於法律上因果關係之判斷，以 A 之開車輾過行爲非實質因素而否定其因果關係，混淆了事實上因果關係與法律上因果關係之界線。

Prosser 其後亦承認，實質因素說與條件理論之判斷結果並無不同，除了雙重因果關係（累積因果關係）之案例以外<sup>66</sup>。因此，本說之實際效用甚為有限。

### 第三項 充分條件之必要因素說 (Necessary Element of

<sup>62</sup> W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, *Prosser and Keeton on the law of torts*, 268, West Publishing (1984).

<sup>63</sup> Anderson v. Minneapolis, St. Paul & Sault Ste. Marie Railway, 146 Minn. 430, 179 N.W. 45 (1920). See Dan B. Dobbs & Paul T. Hayden, *Torts and Compensation- Personal Accountability and Social Responsibility for Injury 5<sup>th</sup> ed*, 216, Thomson/West (2005).

<sup>64</sup> Richard W. Wright, *supra* note 30, at 1782.

<sup>65</sup> Leon Green, *Rational of Proximate Cause*, 1153-158 (1927), See *Id.* at 1783.

<sup>66</sup> W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, *supra* note 62, at 268.



## Sufficient Set Test)

學者將本說定義為：某一條件為某一結果之原因，必須是該條件為先行條件之必要因素，且該先行條件為事件結果發生之充分條件<sup>67</sup>。其與條件理論之不同在於前者承認多組充分條件之存在。亦即，某項條件依據條件理論，非屬結果之原因，但構成任何一組充分條件之充分性所必要之條件時，依據充分條件之必要因素說，仍然構成結果之原因<sup>68</sup>。以 *Landers v. East Texas Salt Water Disposal Co.*<sup>69</sup> 為例，說明兩說之不同：

(一) 原告擁有一座小湖用來養魚，某日被告之管線破了，流入約 10~15 噸的鹽水至原告湖中，導致魚群死亡，而另一被告 Sun Oil Company 也在同日排放油污，亦為魚群死亡之原因。由於鹽水跟油污均會導致魚群死亡，故皆為原告損害之充分條件。由於兩者同時污染原告之湖，因而發生兩組重疊之充分條件：一組包含鹽水，不包含油污，使鹽水成為該組損害發生條件具有充分性的必要因素；另一組包含油污，不包含鹽水，其餘同前。依據條件理論，兩者均非魚群死亡之不可欠缺的條件<sup>70</sup>，但依據充分條件之必要因素說，兩者成為魚群死亡之重疊充分條件的必要因素。

(二) 鹽水流入湖中，油污根本未曾排放至湖泊，魚群即因湖泊受鹽水污染而死亡。此時實際上僅有一組充分條件存在，該組充分條件僅包含鹽水為其必要條件，而不包含油污。因而不論依據條件理論或充分條件之必要因素說，鹽水均為魚群死亡之原因，而油污均非其原因。換言之，在只有一組充分條件時，條件理論和充分條件之必要因素說並無不同<sup>71</sup>。

<sup>67</sup> Richard W. Wright, *supra* note 30, at 1790.所謂充分條件從邏輯學之觀點來看，係指事實 p 確實足以導致結果 q 之發生（充分性），可記為  $p \rightarrow q$ 。參閱 吳志正，〈民事因果關係邏輯性序說〉，臺大法學論叢第 36 卷第 3 期，頁 389，2007 年 3 月。

<sup>68</sup> Richard W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble by Clarifying the Concepts*, 73 Iowa L. Rev. 1021 (1988).

<sup>69</sup> 151 Tex. 251, 248 S. W. 2d 731 (1952). See Dan B. Dobbs & Paul T. Hayden, *supra* note 63, at 215.

<sup>70</sup> 參閱前揭關於雙重因果關係（或譯為「累積因果關係」）之說明。

<sup>71</sup> Richard W. Wright, *supra* note 30, at 1802-3.

學者並以破壞纜線之案例說明充分條件之必要因素說在法律上之應用：有一纜線其最大負重量為 1 噸，C 破壞該纜線使其喪失承載能力，D 放置兩噸重的貨物，即使纜線未被 C 破壞，亦會因超越負重量而斷裂，結果纜線真的於 C 所破壞處斷裂，使貨物掉落傷及原告。依據條件理論判斷，若 C 未破壞纜線，其亦將因 D 之放置超重貨物而斷裂；若 D 未放置超重貨物，纜線亦將因 C 破壞纜線而斷裂，故兩者均非原告受傷之不可欠缺條件。若依充分條件之必要因素說，C 的破壞纜線行為是造成纜線斷裂的一組先行充分條件的必要因素，而該組先行條件之成立包含 D 僅放置 1 噸貨物，即使 D 放置的貨物超過 1 噸，因為纜線係斷在 C 破壞之處，故不影響 C 之行為與損害之因果關係；同樣地，D 放置超重貨物是造成纜線斷裂的一組先行充分條件的必要因素，至於該纜線之承載力因 C 之破壞而不足 1 噸，對 D 之行為與損害間的因果關係不生影響。從而，C 之破壞纜線行為與 D 之放置超重貨物行為是纜線斷裂及原告之受傷的重疊原因<sup>72</sup>。若斷裂處不是在 C 所破壞的部份而是其他點，則 C 之破壞行為被其他因素所超越，無法與 D 之放置超重貨物結合成為原告受傷之先行充分條件，因而 C 之破壞行為不是原告受傷之必要因素<sup>73</sup>。學者亦補充區別案例是屬於雙重因果關係（或譯為「累積因果關係」）或假設性因果關係（或譯為「超越因果關係」）之方法為：若每一因素均為結果發生之不同充分條件之必要因素，多數因素重覆為充分條件時，即有複數原因而為前者；某一因素若完全排除其他因素發生結果之可能性，而使單一因素成為結果發生之充分條件則為後者<sup>74</sup>。

當只有一組充分條件時，只需條件理論即可解決因果關係之判斷問題，但是因果關係之概念遠較條件理論細緻且複雜，因此，當條件理論無法解決問題時，則需善加利用充分條件之必要因素說於實際案例之中<sup>75</sup>。

---

<sup>72</sup> *Id.* at 1794.

<sup>73</sup> *Id.* at 1795.

<sup>74</sup> *Id.* at 1796.

<sup>75</sup> *Id.* at 1802-3.

## 第四節 法律上因果關係之判斷標準

於法律上因果關係所要探討的是，當被告確有過失且事實上造成原告之損害時，被告是否需對原告之損害負法律上的責任？例如，醫師甲為病患乙做了輸精管結紮手術，因為手術疏失而未完全結紮，導致乙後來育有一子丙，在丙六歲時放火將丁之車庫燒毀，丁起訴請求甲、乙、丙負責。丁可以證明係因甲醫師的過失導致手術失敗，且其過失與丙之出生之間有事實上因果關係，此外，如果丙未出生丁之車庫也不會燒毀，故甲醫師的過失與丁之損害間有事實上因果關係<sup>76</sup>。或許大多數的法官跟律師們都會直觀地認為甲不需就該車庫被燒毀負責，然而在說理上，是基於正義、政策、道德、個人感情或被告之預見範圍？則是下述所要討論者。

### 第一項 合理可預見說 (Reasonable Foreseeability)

在 *Tieder v. Little* 乙案，原告之妻步出邁阿密大學某宿舍大樓門口時，有兩個學生在試著發動汽車，一個在車後推車，一個在車上操控方向盤，後來汽車突然失去控制，穿過人行道撞擊原告之妻，直到撞上一片磚牆才停下來，因為該片磚牆的設計有問題且其施作未依一般建築法規，因此整片磚牆倒下並壓死原告之妻，專家證人亦指出，死亡之原因並非車輛撞擊而是因磚牆倒塌被壓死。原告起訴請求該磚牆之設計師及邁阿密大學賠償。法院認為：必須以一般人之觀點公平地探究被害人之損害是否在被告行為所製造的危險範圍內，或者，該損害是被告行為合理可預見之結果。然而，被告能否預見事故發生之確實過程並非必要，重要的是該事故的類型是在被告行為所製造的危險範圍內，或者，該事故類型是被告行為合理可預見之結果。例如在 *Concord Florida, Inc. v. Lewin* 乙案中，被告未依消防法規設置火災逃生通道，使得原告在被告所經營的餐館內因他人縱火而受傷，原告之損害在被告未設置逃生通道行為之危險範圍內，且為其合理預見之結

<sup>76</sup> Dan B. Dobbs & Paul T. Hayden, *supra* note 63, at 234.

果，即使事件之發生過程為縱火犯之行爲，而此點是不可預見的，被告仍需負損害賠償責任<sup>77</sup>。本案中，磚牆的倒塌是未依建築法規建造出支撐力不足之磚牆的行爲所可合理預見之結果，雖然誘發該事故的原因「汽車失去控制穿越人行道致撞上磚牆」是無法預見的，被告仍須負責<sup>78</sup>。由此判決可以理解，關於可預見結果之判斷，是以損害發生是否在被告行爲所造成之危險範圍內，以及該損害是否爲被告行爲合理可預見之結果爲基礎。根據合理可預見說，被告僅就可預見之損害結果，且就該損害結果可預期發生之原告，負賠償責任<sup>79</sup>。

### 1.不可預見的損害

關於不可預見的損害，最重要者爲原告特異體質之案例。在 *Benn v. Thomas* 乙案中，被害人有冠狀動脈疾病，因被告車禍肇事使得其胸部撞傷、腳踝骨折，並於六日後死於心臟病。法院認爲，被害人之肇事爲心臟病發之事實上原因，即使被害人本身罹患冠狀動脈疾病使其比一般人更容易引發心臟病，依據「蛋殼頭蓋骨」理論<sup>80</sup>，被告仍須對被害人之損害負責。因爲「蛋殼頭蓋骨」理論排除法院在決定最近原因時，通常應用預見可能性理論之限制<sup>81</sup>。此外，美國侵權行爲法第二整編第 461 條亦規定：「過失行爲人須對其造成他人之損害負責，即使被害人之特殊體質使得損害遠大於理性之行爲人所能預見其行爲之可能結果<sup>82</sup>。」

關於醫療訴訟中特異體質案件之處理，日本法則是分成四個層次來談，分別是：不可抗力、過失、因果關係以及損害。認爲特異體質係屬於不可抗力者，不外乎是主張醫師對特異體質無預見可能性，以及一旦發生藥物休克時已無法挽救

<sup>77</sup> 341 So.2d 242 (Fla. App. 1976).

<sup>78</sup> 502 So. 2d 923 (Fla. Dist. Ct. App. 1987). See Arthur Best & David W. Barnes, *supra* note 34, at 247-250.

<sup>79</sup> 陳聰富，前揭註 27，頁 100。

<sup>80</sup> The egg-shell skull rule. 侵權行爲人須以加害時被害人之情況負責，英美法上一般稱爲：The tortfeasor takes victims as he finds him。

<sup>81</sup> *Benn v. Thomas* Supreme Court of Iowa, 1994. 512 N.W.2d 537. See Marc A. Franklin, Robert L. Rabin & Michael D. Green, *Tort Law and Alternatives Cases and Materials*, 401, Thomson/West (2006).

<sup>82</sup> The Restatement (Second) of Torts §461 (1965): The negligent actor is subject to liability for harm to another although a physical condition of the other ... makes the injury greater than that which the actor as a reasonable man should have foreseen as a probable result of his conduct.

等，認為應否定醫師之過失及因果關係存在。但是，特異體質在醫學學理上及實際上，也是有預見可能性存在及救命可能性存在之案例，因而將特異體質一律歸類為不可抗力並不恰當<sup>83</sup>。在過失層次則是認為，醫師對病患負有事前的安全確認義務、術中的安全管理義務及術後的急救處置義務，應一一檢討有無違反該義務。另外，針對預見可能性之問題，則環繞在 1. 因為施用該藥物或治療法引起不良反應之時，當時的醫療水準為何？一般醫師是否可能認識該副作用之發生？2. 對於該當患者發生副作用之情形能否預見？此需綜合當時一切情形為判斷，如果可以預見的話，則產生了結果迴避義務之問題<sup>84</sup>。在因果關係層次上，則有基於損害公平分擔之理念，提倡因果關係比例認定，即被害人之特異體質與加害人之加害行為各依其對事故發生的貢獻度比例負責<sup>85</sup>。至於在損害部份，同樣是基於損害公平分擔之考量，認為應減輕加害人之賠償數額，而其減輕之依據則有 1 貢獻度減額說，2. 一般條項援用說，3. 過失相抵類推適用說<sup>86</sup>。在我國關於特異體質最著名的案例是維他命 B1 過敏休克致死案<sup>87</sup>，其主要是在過失層次討論醫師之責任。

## 2. 不可預見的被害人

在著名的 *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* 案，一名旅客在火車剛啟動時欲跳上車，跳車後尚未站穩，有掉下車之虞，被告火車公司之受雇人趕緊自月台將該旅客往車上推，在推拉之際，旅客之行李掉落車下。該件行李以報紙包住，體積甚小，惟內裝火藥，於掉落時發生爆炸，造成原告受傷<sup>88</sup>。本件之爭執點在於：被告之行為有過失且可預見會因該行為產生損害結果，但無法預見實際受損之原

<sup>83</sup> 參閱 稻垣 喬，〈醫療過誤と特異体質〉，判タ 312 号，頁 20，1974 年 12 月。

<sup>84</sup> 參閱 草野真人，〈異常体質と医療過誤〉，收錄於太田幸夫編，「医療過誤訴訟法」，頁 267-268，青林書院，2000 年。

<sup>85</sup> 參閱 小賀野晶一，〈いわゆる首長事件最高裁判決の法的課題〉，判タ 947 号，頁 71 以下，1997 年 10 月。並將於第三章第二節進行詳細討論。

<sup>86</sup> 參閱 淡路剛久，〈医療過誤と因果関係〉，法律のひろば 23 卷 5 号，頁 11，1970 年 5 月；北河隆之，〈素因減責論の新展開〉，判タ 943 号，頁 67，1997 年 9 月。

<sup>87</sup> 參閱最高法院 95 年台上字 1226 號民事判決、94 年台上字第 936 號民事判決、92 年台上字第 1456 號民事判決。

<sup>88</sup> 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928). See Marc A. Franklin, Robert L. Rabin & Michael D. Green, *supra* note 81, at 425 .

告（即原告為一不可預見的被害人）時，被告是否應對原告負責？本案之多數意見由 Cardozo 法官執筆，其認為因為被告之過失行為並未加諸至原告身上，因此亦不需探究法律上因果關係之問題。其強調過失責任（duty）有其範圍，僅對可預見發生損害之被害人存在。本件被告受雇人之過失行為僅對爆炸行李之旅客存在，對於站在遠方之原告，並非過失。再者，無人可預見以報紙包住之行李竟為爆炸物，足以傷害所有月台上之旅客。本案揭示之原則為：被告之過失責任，僅對其危險範圍內合理可預見之被害人始得成立。

即使是 Cardozo 法官本人，亦針對某些事實而使 *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* 乙案之多數意見產生例外。在 *Wagner v. International R.Y. Co.* 乙案，原告與其姪兒一同搭乘被告之火車，因被告受雇人之過失使其姪兒掉落橋下，原告為救助其姪兒而受傷。Cardozo 法官在本案寫下其名言：「危險招來救助，痛苦呼喚解困<sup>89</sup>。」被告行為對第三人所產生的危險，自然誘發救援者之救援行為，救援行為既因被告行為而生，縱使被告可能無法預見救援者出現，但仍應如同可預見一般，負擔賠償責任<sup>90</sup>。

### 3.因果關係中斷

當涉及被告以外其他第三人行為或其他事件介入時，英美法院通常以被告行為時，是否可預見「該介入原因之發生」，作為判斷因果關係是否中斷之標準。在 *McClenahan v. Cooley* 乙案，被告將車子停在路邊，自己至銀行內辦事，但是忘了取下車鑰匙，結果一名竊賊趁機將車子開走，該名竊賊不但超速駕駛、亂闖紅燈，而且撞死原告之妻及撞傷原告之子，本案爭議點為：被告過失為取車鑰匙之行為與被害人之死傷間之因果關係是否因竊賊的偷竊行為而中斷？本案法院首先引述了新墨西哥州最高法院對於此類案件爭論之整理，亦即，肯定見解認為：遺留鑰匙於車內之汽車所有人對於一般大眾，並無防止竊賊過失行為產生之危險的義

<sup>89</sup> “Danger invites rescue. The cry of distress is the summons of relief.” 王澤鑑，前揭註 6，頁 239。

<sup>90</sup> 133 N.E. 437 (N.Y.1921). See Marc A. Franklin, Robert L. Rabin & Michael D. Green, *supra* note 81, at 434.

務；且竊賊之過失行為並非該汽車所有人合理可預見之自然且可能的結果；即使認為汽車所有人具有過失，其行為亦非損害發生之最近原因，因為竊賊的行為構成獨立之介入原因，中斷其因果關係。否定見解則指出：犯罪行為不必然中斷因果關係，一個理性之人可以預見遺留鑰匙在車上可能遭竊及對大眾增加之風險，在特殊情形，基於汽車所有人之行為增加汽車被盜之可能性且因而助長對第三人之危險性，被告應負損害賠償之責。繼而提出在以下三種情況，介入原因並不中斷因果關係：(1)該介入原因對被告之過失行為而言，是合理可預見的回應，且被告之過失行為是造成損害的實質因素，(2)該介入原因已被合理預見，(3)該介入行為已被預見，而甘冒此風險是不合理的<sup>91</sup>。由於美國實務長久以來均肯認造成損害之原因可為複數之存在，因此介入原因必須非被告已預見或合理可預見才能中斷被告行為與原告損害之因果關係<sup>92</sup>。

#### 4. 法律政策考量為真正之決定因素

誠如 Andrews 法官在 *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* 乙案之反對意見書所言：「所謂『最近』(proximate)之意義是，由於便利(convenience)、公共政策(public policy)、及粗略的正義感(rough sense of justice)，法律獨斷地拒絕追究一系列事件至某一定點之外，這種決定並非邏輯，而係實際政策之考量。」「(最近原因)係屬權宜問題，並無固定規則在指導我們的判斷，...探討『事件過程』是否發生新而無法預期的歷程，事實上是 common sense 在引導我們，此非法律而係修辭問題<sup>93</sup>。」法律上因果關係，在於判斷行為人之責任範圍，在英美法上，此為陪審團之工作，而陪審團代表的即是一般人之世俗觀念及社會上的普遍感情，其無一定規則可循，可見一斑<sup>94</sup>。而由前述所舉之判決及 Andrews 法官的意見中，亦可體會到法律政策實為決定法律上因果關係有無之真正因素。

<sup>91</sup> 806 S.W.2d 767 (Tenn. 1991). See Arthur Best & David W. Barnes, *supra* note 34, at 279-281.

<sup>92</sup> *Duphily v. Delaware Elec. Co-op., Inc.*, 662 A.2d 821, 828 (Del. 1995). See Arthur Best & David W. Barnes, *supra* note 34, at 283.

<sup>93</sup> 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928). See Marc A. Franklin, Robert L. Rabin & Michael D. Green, *supra* note 81, at 426.

<sup>94</sup> 陳聰富，前揭註 27，頁 140；潘維大，前揭註 60，頁 29。

## 第二項 相當因果關係說

最早提到相當因果關係說者，是德國學者 von Bar，但真正對相當因果關係說給予清楚定義者則為 von Kries。Von Kries 教授並非法學家，而是一位德國 Freiburg 大學之生理教授，其於 1888 年提出有關相當因果關係之觀點，氏認為：事實之發生比率上，存有一「客觀」上有效的比率，即為「客觀的蓋然性」，不受主觀行為人是否預見所影響。其並另外使用二個概念加以說明，一為「規律性」，另一為「相當性」。於社會現象中，我們常觀察某些類似之事件不斷重覆發生，這種頻繁重覆發生即是「規律性」。法學上探討這種規律性時，所要追究的便是依據生活通則，亦即，僅是具體引起結果，尚非足以構成法律歸責之理由，必須行為與結果間存有客觀上相當程度之規律性，此時其因果關係之範圍方屬具有法律上之「相當性」，進而認定具有法律上的因果關係<sup>95</sup>。

於法學界被視為相當因果關係說之建立者為 Rumelin 及 Trager 教授。而德國實務上，則有不同的方式形容相當因果關係。例如在二次大戰後之德國聯邦法院於 BGHZ 3,266 及 57,255 之判決指出，此事件必須是普遍相當大的提高所發生類型之結果的可能性。而在 BGHZ 7,204 判決則指出，事件必須在一般的而非僅在特別的、特殊的、不太可能的及根據事情之通常過程在不予考慮狀況下，會導致一個產生之結果<sup>96</sup>。

相當因果關係是由「條件關係」及「相當性」所構成，而條件理論之相關問題，已如前述，茲不贅述。於此所欲探討者，是「相當性」應如何判斷？此處所謂「相當」者，乃係指「通常足生此種結果」而言<sup>97</sup>，更確切地說，此處所謂「通常」者，乃係基於一定之考察範圍與考察標準，而就某一符合條件理論意義下之

<sup>95</sup> 黃家鑫，「侵權行為因果關係之研究—以現代型紛爭中之醫療行為為例」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，頁 32，1999 年。

<sup>96</sup> 轉引自 姚志明，前揭註 48，頁 145。

<sup>97</sup> 王澤鑑，前揭註 6，頁 232；參閱 最高法院 76 年台上字第 158 號判決；最高法院 82 年台上字第 2161 號判決。



條件對特定損害結果發生之預見可能性加以衡量與價值判斷而言<sup>98</sup>，其係基於「最適判斷者」或「有經驗的判斷者」之角度，對具體事實面之因果關係而為「客觀的事後判斷」(objektive nachträgliche Prognose)，以決定哪些條件通常足以導致該一損害結果之發生，進而將客觀上偶發(非通常)之條件排除於歸責的可能性之外<sup>99</sup>。

關於相當因果關係說在實務上之應用，可舉德國法上著名的判決為例說明之：原告為兩艘駁船之所有人，委託被告在 1909 年 10 月 28 日將駁船從庫克斯港拖至諾登哈姆。當天天氣良好，被告開始拖帶船舶後，因故返回港口而未完成工作，天氣預報表示 29 日天氣更好，但是在實際拖帶過程中卻遭遇暴風雨且產生嚴重損失。上訴法院認為，被告的遲延與原告損害間有相當因果關係，因為損害本身不需可得預見，只要結果發生的客觀可能性因被告違約行為而增加即為已足。本件 28 日的天氣事實上比 29 日更適合拖帶，因此被告違約行為的確增加損害發生之可能性。此外，法院亦從常識及事件自然發生過程(natural course of events)的角度觀察指出：事件發生不一定要遵循一定之法則，但是必須非因偶發事件介入而與事件自然發生過程相違之結果，本件駁船與汽船在 29 日發生碰撞，不可能發生在 28 日(因汽船仍在遙遠之處)，而暴風雨在每年十月底經常發生，並非異常偶發事件，故存有相當因果關係<sup>100</sup>。本件法院係以「被告違約行為的確增加損害發生之客觀可能性」及「事件發生並非因偶發事件介入而與事件自然發生過程相違」作為判斷相當因果關係之依據。

當行為人之行為與損害發生間存有其他介入原因時，則產生因果關係是否中斷之問題。介入原因有為不可抗力者，亦有來自於被害人或第三人之行為，以下舉例說明之：

<sup>98</sup> Deutsch, Allgemeines HaftungsR, S.93.轉引自 王千維，〈民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係〉，中原財經法學第 8 期，頁 17，2002 年。

<sup>99</sup> Fikentscher, SchuldR, S. 311.轉引自 王千維，同前註，頁 18。

<sup>100</sup> R. G. Z. 81(1913), 359,363. See H.L.A. Hart & A.M. Honore, *supra* note 29, at 423.

被告依約需照管原告之貨物並保持乾燥，但是被告卻將貨物放在一樓的架子上，後因水壩破裂，貨物全部浸水。原告主張貨物若放在二樓則不會浸水，法院認為，將貨物放置在一樓為過失行爲，因爲貨物有受潮之危險，但是損害並非由於該過失行爲所導致，而係水壩破裂造成淹水此種不可抗力事件之結果，被告過失行爲與原告損害間之因果關係因不可抗力之介入原因而中斷。<sup>101</sup>

在日本法上，關於車禍事件之被害人於事件發生後自殺，被害人之繼承人對於車禍事件之加害人能否請求死亡部份損害賠償之案件，實務上判決眾多，例如：東京地判平成 4 年 3 月 10 日判決認為，被害人於車禍發生後罹患憂鬱症而自殺，不只是加害人，此爲一般人亦能預見之通常事態，車禍和憂鬱症及因憂鬱症而自殺間有相當因果關係，然而，考量被害人自身之心理因素，類推適用過失相抵之規定降低賠償之數額<sup>102</sup>。又如神戶地判昭和 63 年 10 月 28 日判決，被害人僅受輕傷（頸部扭傷）卻自殺之情形，雖然肯認車禍和自殺間存有事實上的因果關係，但難以認定自殺是車禍所通常會產生之結果，加害人無法對自殺有預見或可得預見，因此否定相當因果關係之存在<sup>103</sup>。兩則判決皆是以預見可能性及損害發生的通常性（客觀可能性）作爲判斷相當因果關係之基準，而產生不同的結果應是由於第二個判決中之被害人受傷極爲輕微，而影響法院之判斷<sup>104</sup>。

如同德國聯邦最高法院所指出，相當因果關係理論是用於公平限制民事責任的一種政策性工具。學者亦認爲法官之偏好、個性、特質及政治上判斷會影響其對相當性之判斷，故相當因果關係實非事實上因果律之問題，而具有法律政策判斷之色彩<sup>105</sup>。

<sup>101</sup> R. G. Z. 42(1898), 291. See H.L.A. Hart & A.M. Honore, *supra* note 29, at 435.

<sup>102</sup> 判時 1423 号 101 頁。

<sup>103</sup> 判時 1322 号 128 頁。

<sup>104</sup> 參閱 磯村 保，〈「相当因果關係」をめぐる理論と現実(1)〉，NBL 第 510 期，頁 26，1992 年。

<sup>105</sup> H.L.A. Hart & A.M. Honore, *supra* note 29, at 422.

### 第三項 法規目的說

法規目的說由 Ernst Rabel 所創，其主張：因侵權行為所生之賠償責任，應就侵權行為法規之意義與目的探究之，尤其探討其意旨究在保護何種利益。Rabel 之門生 von Caemmerer 教授對此見解，予以闡述發揚，德國聯邦法院亦將之適用於解決實際案件<sup>106</sup>。詳言之，本說認為侵權行為案件，所違反之義務為對於一般人之義務，其義務根源即法規，關於損害賠償之範圍，應探討被違反法規之意義與目的而定。因此本說所著重者，係依法律規定之目的，將不尋常之必要條件加以剔除，而非以數學上或然率之計算，剔除不尋常之必要條件<sup>107</sup>。例如：關於被害人所受損害之擴大此一類型之案件，為確定損害賠償之範圍，其主要任務即在於探討被違反之法規其保護範圍如何。在車禍被害人自殺之情形，法規目的說認為原則上駕駛對於自殺部份無庸負責，蓋法律旨在保護人身不受他人違法傷害，並不在於保護殘害己身。但如車禍受傷情形嚴重而有使被害人自殺之自然趨勢者，則自殺部份之全部或一部成為傷害部份之必然結果，駕駛人就自殺之損害仍應負全部或一部之責任。此一解決方法與相當因果關係說之不同點在於：1.依後說，原則上須責以駕駛人負自殺部份之損害賠償責任，依前說，原則上駕駛人無庸負自殺部份之損害賠償責任。2.依後說，必肯定或否定自殺部份之「全部」責任，此亦邏輯推理之必然結果，而肯定全部責任，時嫌過苛，否定全部責任，又常覺不當。依前說，駕駛人對於自殺部份之損害，其賠償以其為傷害之必然結果時為限。自殺部份之損害全部為傷害部份之損害之必然結果，則駕駛人應負自殺部份損害之全部責任，反之，如僅一部為其必然結果，則其責任僅為一部份而已，可解決上述相當因果關係說之弊病<sup>108</sup>。

<sup>106</sup> 曾世雄，〈論相當因果關係說之衰微〉，法學叢刊第 40 期，頁 84，1965 年。

<sup>107</sup> 黃立，〈重新檢討民法的因果關係理論-台北地院八十八年度重訴字第一一二號判決評釋〉，台灣本土法學雜誌第 28 期，頁 61，2001 年。

<sup>108</sup> 曾世雄，前揭註 56，頁 81-82。惟參照前揭（註 104 本文部份）日本實務對於車禍被害人自殺之處理方式可發現，相當因果關係說之應用仍應參酌個案之情況，難以認定其「原則上」須責以駕駛人負自殺部份之損害賠償責任；再者，可利用類推適用過失相抵之規定降低賠償之數額，駕駛人之責任可為「部份」，而非必然為全有或全無。

關於法規目的之探討。茲以下列案例說明之：在 *Martin v. Herzog* 乙案，原告於夜晚在高速公路上駕駛小客車，遭對向車道的被告開車撞擊，原告主張被告駕車超出道路中線而跨越至對向車道具有過失，被告則抗辯撞擊地點為一彎道，且原告之小客車未開車燈，違反高速公路法(Highway Law, sec.329a)之規定而與有過失。法院認為該法規（於高速公路行駛需開車燈）之目的在於警告及保護其他在高速公路上之用路人，而被告為該法規所欲保護之對象，故肯認被告之抗辯<sup>109</sup>。類似之德國法案例為機車騎士甲乙二人騎車先後而行，雖然天色昏暗卻均未點燈，此時有對方汽車因為看不清楚機車騎士而撞傷在前面的甲。事實上，如果在後面的乙點了燈，汽車駕駛人也可以藉著乙的燈光而避免撞傷甲，而交通法規規定開車點燈的目的是防止自己因為視線不良而撞到別人或被別人撞到，而不是在照明使其他人不要發生車禍，故甲之受傷與乙無關<sup>110</sup>。

依據法規目的而否定原告請求者，尚有 *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Matlock* 乙案。被告某日購買兩包香煙，將其中一包交給其朋友十五歲之 A，兩人邊抽煙邊在沙灘嬉鬧，沙灘上有許多以木頭支撐的電話線杆，A 將煙蒂熄滅並丟在沙灘上，未料煙蒂並未完全熄滅，發生火災並造成電話線杆公司財物上損失。A 因為有投保，故由保險公司（本案原告）支付賠償金，本案係由原告代位 A 請求被告賠償。法院認為，被告提供香菸給未成年之 A 違反了 *Penal Code* §308，但是該法規之目的是保護未成年人之身心健康，避免青少年對香菸上癮，與火災之預防毫無關連，因此判決原告敗訴<sup>111</sup>。

我國實務雖未正式繼受法規目的說，但考諸我國民法上相關損害賠償責任規範，仍然存在著此等理念，最顯著者，為民法第 184 條第 2 項本文：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任」，亦即，必需被害人為該法規目的所欲保護之當事人，且損害種類與損害發生方式須為法規目的所欲保護之損害種類

<sup>109</sup> 126 N.E. 814 (N.Y. 1920). See Arthur Best & David W. Barnes, *supra* note 34, at 136.

<sup>110</sup> RGSt. 63, 392. 轉引自 黃榮堅，前揭註 50，頁 271。

<sup>111</sup> *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Matlock* 60 Cal. App. 4<sup>th</sup> 583 (1997). See Arthur Best & David W. Barnes, *supra* note 34, at 143.

與損害發生方式，否則加害人無須負損害賠償責任<sup>112</sup>。關於法規目的說與相當因果關係說之適用關係，有認為前者應取代後者，多數學者則認為二者可以併存，即損害應否賠償，首先需認定其有無相當因果關係，其次再探究其是否符合規定目的，易言之，即損害之發生雖具相當因果關係，但在法規目的之外者，仍不得求損害賠償，德國聯邦法院亦採此見解<sup>113</sup>，可供審判實務做為參考。



---

<sup>112</sup> 王千維，前揭註 98，頁 22；陳聰富，前揭註 27，頁 143。

<sup>113</sup> BGHZ 27, 137. 參閱 王澤鑑，前揭註 6，頁 252。

## 第五節 醫療行為之意義及其特殊性

### 第一項 醫療行為之意義

醫療行為，指有關疾病之診斷治療，疾病之預防、畸形之矯正、助產、墮胎及各種基於治療目的及增進醫學技術之實驗行為<sup>114</sup>。就目前醫院或診所的慣行，上述醫療行為的具體內涵，包括屬於診斷方面的問診、聽診以及檢查，屬於治療方面之注射、給藥、敷塗（外傷藥物）、手術、復健，屬於治療情況判定之追蹤、檢證等。儘管上述醫療行為之具體內涵，包括諸種具體的行為，但就目前醫療慣行而言，應以包括各該諸段落的行為，而為一個醫療行為，並以此為論斷醫師責任的依據<sup>115</sup>。亦有學者認為此定義過於狹義，而應採廣義見解，將所有臨床性醫療行為、實驗性醫療行為、非診療目的性醫療行為包括在內，亦不問是密醫行為或合法醫師的醫療行為<sup>116</sup>。不過此定義乃是針對追究醫療行為的公法及刑事責任，與民事責任較無關係<sup>117</sup>。

<sup>114</sup> 黃丁全，「醫事法」，頁 119，元照出版公司，2000 年初版；大谷 實，「医療行為と法」，頁 5，弘文堂，1999 年新版補正第 2 版。

<sup>115</sup> 朱柏松，〈適用消保法論斷醫師之責任〉，收錄於氏著「消費者保護法論」，頁 240，1999 年增訂版。

<sup>116</sup> 蔡振修，「醫療過失的刑事責任析論」，頁 106，作者自行出版，1992 年初版。關於人體試驗是否屬於醫療行為，可參閱 林虹翔，「人體試驗之賠償與補償」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2007 年。

<sup>117</sup> 關於醫療行為之區分與討論，國內學者多關注在有無消費者保護法適用之問題上，例如區分為「單純醫療行為」與涉及藥物使用之「混合藥物消費、醫療專業服務之醫療行為」，前者不適用消保法，後者可再區分為藥商對藥品責任與醫師專業的醫療行為，而僅藥商需負危險責任，吳建樑，〈醫療關係與消費者保護法〉，醫事法學第 7 卷第 3 期，頁 10 以下，1999 年；或是從損害發生原因區分「單純治療失敗」（simple echec des soins, des traitements ou des opérations）與「醫療意外事故」（accident médical），前者係指醫療服務之提供本身未能達到一定之效果，不具有該醫療服務通常或病患預期所能發揮之治療效用或治療品質，或醫療服務之提供對病患身體造成通常不可避免或一般所能預期或容忍之副作用（身體不適或不良反應等），對病患因而所肇致之損害，屬於醫療行為內含之風險，應適用民法之規定，後者則涉及人類社會醫療關係生活中不可避免之意外傷害或損失，應依危險責任原理作為決定損害分配或風險承擔之標準，而可適用消保法，陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件--臺灣臺北地方法院八十五年度訴字第五一二五號與臺灣高等法院八十七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決再評釋 -上-)，台灣本土法學雜誌第 17 期，頁 102-104，2000 年；或是區分為「純粹醫療行為」、「技術性醫療行為」及「醫院提供相關醫療服務的企業式服務行為」，侯英泠，〈談醫療意外的風險分擔問題〉，收錄於「民法研究七」，頁 16 以下，學林文化事業有限公司，2004 年。惟目前我國實務依醫療法第 82 條之規定，明確表示醫療行為不適用消費者保護法，參見：最高法院 96 年台上字第 2738 號民事判決、高等法院 94 年醫上字第 1 號判決等，故此類區分僅供參考。

## 第二項 醫療行為之特殊性

醫療行為的對象是人體。每一人體的外型結構，應無所不同，但如果仔細予以檢索、分析，則每個人似乎皆有屬於其各自之生理特質與表現，而且各自生理特質與表現都相當複雜而難有一定的同質性。醫療行為既然是以具有此種不規則性之作用者為其客體，則醫療行為本身亦具備許多特殊之性質，依學者之分析，此等特殊性質約有：

### 1.人體反應的不確定性與醫學的有限性

一般意外之發生，除了物體本身的瑕疵所造成以外，大多係因人為的疏失所造成，但是醫療事故的發生，除了人為疏失之外，還有很多重要因素，不在醫師的控制範圍，此即人體反應的不確定性。人體是活的，其反應常無法一概而論，而人體反應的不確定性的另一面即是醫學的有限性。醫學是以經驗為基礎之自然科學，由於人類對於人體知識的有限性，所以醫學有其極限，醫師僅能就目前醫學累積的經驗，推出或然率，而不是絕對率，因為醫學的有限性，使得人體反應更具不確定性，導致醫療人員不能完全控制醫療事故不發生。換言之，醫療事故發生之條件，並不一定是透過醫療人員之行為所造成。所以，在歸責醫師對於醫療事故負賠償責任時，必須注意到醫療事故的發生與一般意外不同，不一定是因為人為疏失，而是有其他原因<sup>118</sup>。

### 2.醫療行為之侵襲性和救命性

不論是打針、開刀、超音波或 X 光檢查、甚至是聽取病人陳述私密之個人問題等，該行為之本身對於人的生理和心理都具有一定程度之「侵襲性」，但是，若依據醫療常規正確地實施該行為時，往往有使病人自惡化的身體情況回復至健康狀態之可能性，或是有預防疾病之效果，因此，該侵襲性之反面，廣義來說，便

---

<sup>118</sup> 侯英冷，〈「我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望」研討會（一）之會後書面補充資料〉，台灣本土法學雜誌第 39 期，頁 114-115，2002 年。類似意見：黃丁全，前揭註 114，頁 774。

為「救命性」。也可以說，病人是在迫切的身心狀況下，因為期待醫療行為發揮救命性之特性，而願意接受其侵襲<sup>119</sup>。

### 3.醫療行為多具實驗性

由於每個人皆有其特殊的個人生理機能，故病患之疾病雖以診療當時所被承認的「醫療水準」加以診療，但其間之效果仍難免會發生差距，故從醫療效果的發生而言，醫療行為甚多具實驗的性格。不但如此，有些疾病在診療當時，依其時之「醫療水準」加以治療時，如無法奏效，斯時自應考慮適用當時尚未為一般所承認的診療方法予以診療，惟不論是否依一般所承認的「醫療水準」予以治療，由於人體各自之差異性，都仍應不脫離一定實驗性。此一實驗性對於病患而言，自然是一種不可預測的危險。不過，基於治癒的考量，此種危險當然即為「被加以容許的危險」，而應為構成醫師免責的一種條件。

### 4.醫療事故之不確定範圍性

一般而言，醫療行為係對於疾病的根源加以施行，例如對於肝炎進行診療，亦僅就肝臟部份施以治療，就胃癌予以診療，亦僅就胃癌部份予以切除或施藥。但由於人體生理機能係彼此相互關連且相互發生作用，因此，即使是依醫療水準治療，其所致之損害，及於診療部份以外之其他器官，或甚至於整體身體健康有所危及者亦絕非少數。在對於癌症患者施以化學治療，足以導致病患食慾不振，抵抗力、免疫力降低、白血球減少，以及其他例如嘔吐、脫髮等生理抗拒之情形，即是具體的例子。不過，即使是如此，在對醫療行為為價值上之判斷時，仍不能僅以該事故發生範圍之不確定性，而否定整個合水準治療之價值<sup>120</sup>。

### 5.醫療行為具有相當之專業性

由於病患常常未具備充分之醫療知識，實不易理解醫療之內容，當發生醫療

<sup>119</sup> 筋 立明、中井美雄編，「醫療過誤法」，頁 36，青林書院，1994 年。

<sup>120</sup> 朱柏松，前揭註 115，頁 242-244。



訴訟時，由於病歷記錄、醫療器材及針劑等攸關醫師過失責任之證據，都在醫師實力支配之中，病患根本無從獲取，很難於事故發生後立即保全證據作為訴訟參考。反之，醫師方面卻有充裕之時間補強證據以茲因應，甚至將不利之證據設法湮滅，因此病患經常面臨無法舉證之苦而難逃敗訴之命運。因而如何提升病患在醫療過失訴訟中之攻擊防禦能力，尤其在訴訟過程中如何將兩造之舉證責任作公平合理之分配，乃成為現代醫療訴訟法學之重要課題<sup>121</sup>。



---

<sup>121</sup> 黃丁全，前揭註 114，頁 775。

## 第六節 因果關係判斷之問題點

由於醫療行為具有前一節所述之特殊性，也導致在判斷醫師之醫療行為與病患之損害間是否有因果關係時，產生許多問題點有待解決，以下即分述之<sup>122</sup>：

### 第一項 醫學知識有限性與條件因果關係經驗法則之建立

醫療行為之目的在於治療已罹患疾病之病患，與交通事故等其他人身事故的不同之處在於，當病患產生死傷結果時，究竟是因為醫師之過失行為所導致或是因為無法避免之疾病進程所導致？此點有詳加區別之必要<sup>123</sup>。然而如前所述，醫學是以經驗為基礎之自然科學，由於人類對於人體知識的有限性，所以醫學有其極限，在依條件理論進行事實上因果關係有無之判斷時，首先要確立的是「非 P，則非 Q」之關係，其實際上之操作過程乃係判斷者綜合其對現實界因果聯繫一般的認識，而與具體個案中所發生的事實加以比對，因此所得到對事實面因果牽連的確信，最後再以條件理論之公式對此等確信加以邏輯的驗證。在此所謂對現實界因果聯繫一般的認識，即係指經驗法則而言，此等經驗法則，乃係人類在自然科學、社會科學以及行為科學等方面研究成果的總和<sup>124</sup>。當醫學的有限性導致醫師僅能就目前醫學累積的經驗，推出或然率，而不是絕對率時，條件理論之適用即產生困難。

例如台北地方法院 93 年醫字第 21 號民事判決，事實略為：

原告於 91 年 3 月 25 日在婦幼醫院出生，同年 4 月 17 日早上因身體不適，由母親丙○○及母親雇主莊風欽陪同送往婦幼醫院就醫，由被告甲○○醫師診

<sup>122</sup> 除了本文所敘述之四點外，亦有學者認為關於事實上因果關係之認定，醫療領域所具有的特殊性為：1.因果關係之演變是在身體內部進行，不可視而無法直接把握。2.患者對於醫療行為的身體及精神反應千差萬別。3.病患產生死傷結果時，究竟是因為醫師之過失行為所導致或是因為無法避免之疾病進程所導致難以區別。4. 醫療行為本身之特性（專業性、實驗性等）。5.無法進行人體試驗。6.醫學上的未解明。參見 中村哲，〈医療事故訴訟における因果関係について〉，判夕 858 期，頁 24-25，1994 年。

<sup>123</sup> 橋本英史，〈医療過誤訴訟における因果関係の問題〉，收錄於太田幸夫編，「医療過誤訴訟法」，頁 182-183，青林書院，2000 年。

<sup>124</sup> 王千維，前揭註 98，頁 5-6。

治。被告甲○○醫師診斷原告後，認有疑似敗血症狀情形，而安排原告住入新生兒加護病房治療。被告甲○○於當日 9 時 47 分即開立處方須對原告作血液培養、細菌藥物敏感性試驗、腦脊髓液分析等，至 11 時 52 分開立臨時處方廣效性抗生素（Ampicillin+Claforan），而腦脊髓液檢驗至當日下午 2 時 10 分始有報告，確定原告罹患細菌性腦膜炎。

原告主張：被告醫師延誤通知原告之母前來簽署免疫球蛋白自費同意書，延誤急救時機。法院認為：當日下午 3 時 25 分開立臨時處方免疫球蛋白（Gamimune），並立即由藥師彭育美核對後至加護病房原告之 9I-8 病床使用，有被告提出之病歷資料與臨時處方領藥單可證。是以依領藥單所示，應認原告已先由被告甲○○醫師開立處方而先行使用。

原告另主張：原告住院期間發生缺氧情形，因而生產殘廢之後遺症。法院引用醫審會鑑定意見：「病童於 4 月 18 日 00：35 發生呼吸停止、心跳慢情形，依病歷記載，醫護人員立即開始急救，並於 01：20 插上氣管插管開始使用呼吸器。無缺氧之紀錄。」「依婦幼醫院之病歷記載及護理紀錄，在呼停止至上氣管之間，醫師一直有明確施予甦醒球人工呼吸之急救，並給予氧氣，故真正停止呼持續多久，無法判斷。」「病童發生重度肢障之原因，最主要是 B 型鏈球菌腦膜炎造成之腦傷，此結果與甲○○醫師之診治過程尚未見有關聯。」而認定被告無須負責。

實則，本案件之因果關係判斷上存在些許疑問：原告因罹患細菌性腦膜炎而住院治療，結果變成重度肢障。造成重度肢障的原因可能為：1. B 型鏈球菌腦膜炎造成之腦傷（縱經詳細治療亦無法避免）。2. 遲延提供免疫球蛋白注射之治療所導致之後遺症（延誤治療所導致）。3. 缺氧之後遺症（尤其發生呼吸停止至插管使用呼吸器間過了約 45 分鐘）。本案法院係依醫審會鑑定意見認定被告之診療行為與原告之損害間無因果關係，本文無意探討鑑定意見之可靠度或信賴度問題，然而，這三項因素可能單獨一項即足以造成原告重度肢障之結果，亦可能是其中幾項因素的交互作用才產生原告之損害，由於有這些因素存在，對於每種因素間如何交

互作用、因素與結果間之機轉（mechanism）如何進行，往往無法探知，因而有學者提出可將疫學因果關係導入至法學概念中，以幫助因果關係之判斷，本文擬於第三章第一節進行這部份的討論。

## 第二項 多重因素下之因果關係難以判斷

承前所述，醫學的有限性導致醫師僅能就目前醫學累積的經驗，推出或然率，而不是絕對率，則法院是否能依據該或然率對因果關係之存否進行比例認定？例如：高等法院 94 年醫上字第 5 號民事判決，事實略為：原告之母於聖母醫院為產前檢查，該院之婦產科醫師藍中基於產前檢查時依超音波檢測判斷原告體重約為 2124 公克，又原告之母為第四胎生產，故該醫師未告知可選擇剖腹產。原告於民國 89 年 4 月 28 日，在被上訴人聖母醫院由該醫院婦產科醫師即被上訴人戊○○採取自然產之方式接生，原告出生時體重為 4070 公克，並有左臂神經叢病變。原告主張其傷害是生產牽引拉傷（肩難產）所發生，被告則抗辯文獻報告中有將近二分之一臂神經叢麻痺的病例與肩難產無關，在臨床上是無法事先預告而避免。這類傷害在生產前，即在母親子宮中便已發生造成臂神經叢麻痺。而產婦懷孕期間母親用藥、子宮內胎兒感染、薦骨隆突壓迫、異常子宮內壓力、子宮前下段肌瘤、雙角或間隔子宮、或合併胎兒特殊體質對壓力及牽引之易感性等，皆有可能造成所稱之拉傷。此次生產產程進展順利，亦無肩難產現象，無法推斷此傷害與產程有關。

本例事實上屬於選擇性因果關係之問題，亦即係指雖由於數個原因導致損害發生，然而只要其中一個原因單獨即足以使損害發生，且結果並不知係由數原因中哪一個所致。而其特別之處在於，臂神經叢麻痺之原因，一為肩難產（可用剖腹產的方式避免之），一為在母親體內即已發生（原告本身的因素，與被告醫師無關）。如前所述（註 46 參照），有學者認為此為因果關係證明問題。的確，若能夠以證據證明，即不會產生因果關係判斷上之困擾，惟若事實上有證明之困難時，

可否認為既然臂神經叢麻痺之原因，有百分之五十以上是因為肩難產，其他因素如母親用藥、子宮內胎兒感染、薦骨隆突壓迫、異常子宮內壓力、子宮前下段肌瘤、雙角或間隔子宮、或合併胎兒特殊體質對壓力及牽引之易感性等因素合計之可能性不到百分之五十，其個別發生的機率更低，因此即直接依百分之五十比例認定醫師行為與胎兒臂神經叢麻痺之因果關係為百分之五十？

### 第三項 醫師之不作為或誤診和病患損害間之因果關係不明確

醫療訴訟中，因為醫師的不作為而構成注意義務違反的情況很多，在此種不作為的情況，一般認為其判斷方式為：在其不作為之時點，如果醫師盡其作為義務進行適當的診療行為，是否即能避免病患之損害<sup>125</sup>？亦即必須立於假設情境判斷若行為人做了法律要求的行為，結果是否會發生？由於其判斷並非過去歷史事實存否的本身，因而學者認為其不確定性較高而充滿價值判斷之色彩<sup>126</sup>。或者當醫師的義務違反非常明顯的情況下（例如有誤診的情形），但是無法確定該義務違反與發生的結果之間的因果關係時（因為病患於接受治療前，其自身之健康狀況已有問題），雖然因果關係的認定原則上應該是全有或全無，若考慮有明顯的義務違反，是否可能有其他折衷的處理方式？

#### 一、不作為之案例：

例如彰化地方法院 92 年度重訴字 165 號民事判決，事實略為：

<sup>125</sup> 關於不作為的因果關係之問題，可參閱 石川寬俊〈延命利益、期待權侵害、治療機會の喪失〉，收錄於太田幸夫編，「医療過誤訴訟法」，頁 288-397，青林書院，2000 年。國內亦有文獻指出，應從兩個層次加以著手，幫助因果關係之確定：1. 醫療行為介入之時，病患已存在的疾病種類與該疾病的發展狀況以及使病患演變成死亡結果的可能性程度是如何，2. 正確醫療行為介入的時間點對疾病的影響如何，亦即改變疾病發展以及阻止其使病患演變成死亡的可能性程度有多少。這裡當然要以醫學實證上的經驗累積所形成的規律為依據。參閱 盧映潔、葛建成、施宏明、劉士煒，〈醫療行為之因果關係探討〉，國立中正大學法學集刊第 21 期，頁 20，2006 年。

<sup>126</sup> 關於醫療過失訴訟不作為因果關係之認定，並非歷史的、事實的問題，而是觀念的、假定的，欲以和追求現實發生的歷史的事實經過相同正確的心證來認定是不可能的。參閱 中野貞一郎，「過失の推認」，頁 131-132，弘文堂，1978 年。

本件原告起訴主張被告戊○○為被告彰基醫院之受僱醫師，原告之被繼承人洪夏因罹患十二指腸壺腹癌病症，於九十年五月十二日發高燒前往被告彰基醫院急診，同年月十四日由急診室轉入普通病房，嗣經膽道逆食性檢查，發現膽管有腫瘤，遂轉入外科，並確定須手術切除，被告戊○○告知須切除胰頭、膽及部分十二指腸，手術成功率約百分之九十，切片結果診斷為惡性腫瘤，但稱早期發現，預期癒後不錯，故由被告戊○○於同年月二十一日開刀，過程順利，並於同年月二十五日拔管，被告戊○○復告知若狀況不錯，可轉入普通病房。詎於同日下午八時許，原告發現洪夏再度被插管，手腳被綁在病床上，鼻孔流血，頸部及胸口呈紫紅色，心跳一百七十餘次，異常痛苦，嗣經值班護士告知插管為必要之急救，而住院醫師無法確定病因，但被告戊○○於同年月二十六日告知此乃「加護病房症候群」，幾日後可痊癒等語而搪塞原告，同年月二十七日下午五時許，原告再經護士告知有「肺水腫」現象，洪夏病情急速惡化，終至同年六月七日死亡。原告認為被告戊○○在治療洪夏過程有明顯疏失致病人死亡，使原告等受有損害，爰依消費者保護法第七條第一項、第五十一條、民法第一百八十四條第一項、第一百八十八條第一項、第一百九十二條第一、二項及第一百九十四條等規定請求被告戊○○、彰基醫院連帶負侵權行為損害賠償責任。

第一審法院認為「被告戊○○於九十年五月二十七日已發現洪夏傷口開始混濁及有惡臭滲漏液之現象，為確知病患病程演進及提高病患之存活機會，及早施行第二次手術，自屬必要，被告戊○○竟遲至九十年六月一日始進行剖腹探查，其對洪夏施行第二次手術之時機即有延誤甚明。本件前經臺灣彰化地方法院檢察署檢察官先後二次送請行政院衛生署醫事審議委員會鑑定，亦同此認定。況被告戊○○於九十年五月二十七日既已發現洪夏傷口開始混濁及有惡臭滲漏液之現象，當時若及時剖腹探查而發現腹腔內膿瘍，並及時引流膿瘍，當可提高洪夏之存活機會，避免併發敗血症而致多重器官衰竭死亡，故被告戊○○此部分之抗辯

即無可取。從而本院認為被告戊○○為病患洪夏施行第二次手術之時機應有延誤，其因延遲手術所致之疏失與病患洪夏之死亡間，認為具有相當因果關係。」

本案上訴後，台灣高等法院台中分院以 93 年醫上易字第 2 號民事判決認定無相當因果關係，其理由為：「退步言之，縱認上開醫審會之二份鑑定意見均認戊○○為第二次手術之時間有延誤之看法為可採，然參以醫審會第一次鑑定意見：『鑑定意見：．．．四、綜觀整個病程，．．．此種手術的死亡率約為 2-10%，併發症約為 30-40%，．．．』等語，第二次鑑定意見：『鑑定意見．．．二、．．．其他文獻雖然說明大多數有經驗的醫學中心，此項手術併發症時的再次手術比率低，但不能因此認為，所有發生併發症之病患都只採用保守治療，是否必須再手術，應取決於個別病患之臨床病徵。三、本案例所發生之併發症死亡率高，再手術與否，和患者的死亡不一定有直接關係，．．．』等語，亦堪信因洪夏所為第一次手術之併發症死亡率本即極高，依上開鑑定意見，亦認縱戊○○及早為第二次手術，僅能提高洪夏之存活機會，並非必然可以避免死亡結果之發生，是本件縱認被上訴人主張戊○○於第二次手術之時間有延誤不虛，然洪夏之死亡與其延誤間亦無相當因果關係，即與被上訴人之損害間並無相當因果關係，堪以認定。」

整理本案之判決意見可發現，第一審法院認為：「被告戊○○於九十年五月二十七日既已發現洪夏傷口開始混濁及有惡臭滲漏液之現象，當時若及時剖腹探查而發現腹腔內膿瘍，並及時引流膿瘍，當可提高洪夏之存活機會，避免併發敗血症而致多重器官衰竭死亡，故被告戊○○此部分之抗辯即無可取。從而本院認為被告戊○○為病患洪夏施行第二次手術之時機應有延誤，其因延遲手術所致之疏失與病患洪夏之死亡間，認為具有相當因果關係。」而第二審法院認為：「依上開鑑定意見，亦認縱戊○○及早為第二次手術，僅能提高洪夏之存活機會，並非必然可以避免死亡結果之發生，是本件縱認被上訴人主張戊○○於第二次手術之時間有延誤不虛，然洪夏之死亡與其延誤間亦無相當因果關係，即與被上訴人之損害間並無相當因果關係，堪以認定。」

上述兩個判決皆承認被告醫師行為有過失（為病患施行第二次手術之時機有延誤），且皆肯認若及早為第二次手術，可以提高病患之存活機會，但是第一審法院認為醫師之延誤與病患死亡間有因果關係，第二審法院卻認為沒有因果關係。從條件理論來看，要確認的是，「醫師盡其作為義務進行適當的診療行為（及早為第二次手術），是否即能避免病患之死亡？」由於及早為第二次手術僅能提高病患之存活機會，並非必然可以避免死亡結果之發生，故似乎以第二審法院之認定較為正確，但是，若考量醫師確有過失，且因其過失使病患之存活機會降低或喪失時，對於重病者來說，這樣的判決是否公平？就醫師之立場而言，第一審法院認定因果關係存在，令醫師負起全責，似乎亦過於嚴苛，因為造成病患死亡之原因力可能不單純僅是醫師之過失，也包含其本身病症及手術後之併發症等因素。因此，是否有其他理論可以兼顧雙方之利益，達成一個較公平之結果，值得深思。

## 二、誤診之案例

在輔仁大學新生健檢事件中，法院嘗試提出新的法律見解來解決問題。本件之事實略為：

原告於八十八年四月間參加私立輔仁大學法律研究所考試，並於同年六月榜示及格，因輔仁大學研究所要求有研究所新生接受被告博仁醫院負責之新生入學健康檢查，原告即依照輔仁大學規定繳交體檢費用四百元予輔仁大學受檢，其中並包含胸部X光檢驗等胸部健康狀況檢查。嗣原告接獲被告之健康檢查報告書，該報告中就原告八十八年九月所進行之胸腔X光檢查，被告以書面表示胸部健康狀況為「正常」，理學檢查亦「無明顯異常」。嗣原告通過律師考試，依考試院規定赴三重縣立醫院接受健康檢查後，竟獲知依原告胸部X光片顯示，原告左肺下方有一明顯之大區域之圓形白色陰影，左肺上方則有一團明顯黑色陰影，肺部狀況有明顯異常。原告赴台大醫院接受進一步之胸腔穿刺檢查，即確認原告已罹



患胸腔惡性腫瘤且當時已至肺腺癌第三B期，原告向博仁醫院調出數月前拍攝之X光片，發覺當時原告之肺部X光片上早已有肉眼清晰可見之腫瘤異常，被告博仁醫院竟嚴重疏失地向原告以書面表示該檢查並無異常，致原告錯失治療之機會，癌症之存活率由百分之六十七，降為百分之五。被告乙○○為判讀原告胸部X片之醫師，應與被告博仁醫院負連帶賠償責任，詎經原告請求被告出面解決，被告竟表示已履行契約之義務，並無任何過失，為此提起本件訴訟，依債務不履行、侵權行為之法律關係，及消費者保護法之規定，請求被告連帶給付原告一千四百五十二萬元及遲延利息。被告博仁醫院則以其係受輔仁大學之委託從事八十八學年度之健康檢查，兩造間並無契約關係，且輔仁大學委託健康檢查之項目不包括癌症，其並無過失；況原告所罹之肺腺癌，其發生或擴散與被告博仁醫院之健康檢查行為無相當因果關係等語置辯。

第一審法院（台北地方法院 91 年訴字第 2340 號民事判決）認為：「原告於八十八年九月間之肺腺癌尚為第一期，其五年存活之機率為百分之三十六至百分之七十一，因被告博仁醫院未查覺當時肺部X光片之異狀，未告知原告促其就醫，使原告未能把握治療之時機，遲至八十九年三月原告因發現肺部異狀，始確定為肺腺癌第三B期，五年存活機率已降為百分之五。按人格權中之生命權，係指享受生命安全之人格利益之權利，生命因受侵害而消滅時，為生命權受侵害。而存活機會為病人對未繼續生命之期待，存活機會受侵害，最終導至死亡時，即為剝奪生存之機會，亦應認為生命權受侵害，故存活機會應認為人格權之概念所涵蓋。被告博仁醫院之受僱醫師怠於發現原告肺部明顯之異常狀況，且怠於告知原告，致原告未及時就醫，使其存活機率驟降，侵害原告之人格權，且此人格權之侵害與被告博仁醫院受僱醫師怠於執行職務之行為間有因果關係甚明。」

在損害賠償部份，關於財產上損害賠償之計算則認為「原告罹患癌症，於治療過程中無可避免將產生勞動能力之降低；然就原告癌症之發生，被告博仁醫院並無可歸責性，僅對喪失緩和病情之機會，應負賠償責任，故原告請求之減少勞

動能力之賠償數額，應以全部減少勞動能力之數額，乘以存活機率降低之比例，即被告博仁醫院僅就原告自肺癌第一期最低之存活率百分之三十六降為百分之五之存活率之差額，百分之三十一負賠償責任。則原告請求被告博仁醫院賠償減少勞動能力之損害二百零九萬八千七百五十九元，為可採信。」

非財產上損害賠償部份，「原告主張其正值人生黃金歲月之青壯年時期，因被告未克盡職責造成原告延誤病情，導致原告之腫瘤不斷增生且造成惡性積水而無法以有效之治療方式治療，原告於獲知此近乎絕症之肺癌時，正是律師高考試放榜時，頓時由人生最高峰跌到谷底，其心理所受衝擊難以形容，隨後又經化學治療藥物摧殘，飽受掉髮、嘔吐、指甲脫落流膿之苦，造成原告對未來之強烈不安全感，且被告博仁醫院事後一再強調其健康檢查部門無任何過失，不需負任何責任，其態度令原告十分不滿，該等行為實令原告更增生精神上之痛楚，並提出其律師考試及格證書影本為證。查惡性腫瘤列為我國十大死因之一，罹患癌症如未經及時之治療，不啻為絕症，故一般人獲知罹患癌症，其恐懼、不安無異於宣告生命將結束，尤其原告罹癌時年僅二十八歲，正值人生黃金歲月，因被告博仁醫院受僱人怠於發現原告肺部明顯之異常狀況，至原告存活率降低百分之三十一，其心理之衝擊實難以形容，精神上更遭受重大痛苦。本院斟酌上開情狀，認原告請求非財產上之損害元以三百萬元為適當。」

第二審法院（台灣高等法院 92 年度上字第 596 號民事判決）基本上是維持原判，事實認定及理由幾乎同於第一審，只是在財產上損害賠償之比例有所調整，第一審判決百分之三十一的比例，第二審則為百分之二十九，非財產上損害賠償之數額則維持不變，其重要判決理由如下：「本院參照美國俄亥俄州最高法院案例，即採納存活機會喪失理論，謂患者自醫療專業人員尋求醫療輔助，有權期待獲得適當照顧，且因醫療人員之過失而減低其生存機會時，應獲得賠償，至於所得請求賠償數額為過失行為時，最後傷害或死亡的全部損害數額，乘以機會喪失的比例（見原審卷一四五頁）。準此，本件被上訴人請求之減少勞動能力之賠償

數額，即以全部減少勞動能力之數額，乘以存活機率降低之比例，查肺癌第一期（B）最低存活率百分之三十六，而目前被上訴人之存活率為百分之七，有台大醫院九十二年八月十五日（九十二）校附醫秘字第 0000000000 號函附卷足憑（見本院卷五一頁），即上訴人僅就被上訴人自肺癌第一期最低之存活率百分之三十六，降為百分之七之存活率之差額，百分之二十九負賠償責任。…則本院認被上訴人請求上訴人賠償其減少勞動能力之損害以一百九十六萬三千三百五十五元為允當。…並審酌上訴人為一知名之私立醫療機構，財力狀況顯較被上訴人為佳等一切情況，認被上訴人請求非財產上之損害以三百萬元為適當。」

本件訴訟起因於被告醫院僱用之醫師對 X 光片之判讀錯誤，將有問題之胸部 X 光攝影判定為正常，致原告錯失治療之機會。第一審及第二審法院皆明白表示其判決理論基礎是機會喪失理論，究竟該理論之內涵如何？是否在醫師不作為或誤診與病患損害間之因果關係難以判斷時，可作為一項合理的解決方案？從【表 2-1】可以了解在醫療事故涉及因果關係爭議時，於 61 件訴訟中，即有 25 件是與醫師錯誤判斷有關（16 件涉及健檢問題，9 件為檢查結果誤判）及至少 7 件與醫師不作為有關（檢查項目不全部份，至於治療法選擇亦有可能有醫師不作為之問題，但涉及每一案件之事實情況不同，在此不予計入），若機會喪失理論確實可以解決這部份的問題，將對醫病雙方產生相當大的影響，本文將於第三章第三節起進行該理論之研究與分析。

【表 2-1】全國有關醫療糾紛訴訟案件法律爭點與醫療行為態樣分析表

(1996.1~2006.9.30)

製表人：莊錦秀 製表日期：2006/10/30

醫療行為		健診	急診	診 斷					處 置			藥 物				
				問診	檢 查		病徵觀察	判斷	告知	治療法選擇	手術、部位、遺置	醫療器材	用藥適時否	副作用	休克	
法律爭點				檢查項目不全	結果誤判	檢查時致生損害										
契約					24			11	4							
過	注意義務水準	醫療水準		3		16				31	23	6		8	4	8
		專門性											5			
		裁量				4						17		8		
	複數醫療者	數醫師					20		10		6					
		醫師及其他醫療者		11									4	11		
	注意義務內容	預見義務										6	2	10		
		結果迴避			5							13				
		中止義務					3									
		說明指示義務									27			14		
	過失	組織的過失														
醫學有限性			34		5											
患者個別性				9												
行政機關過失				8												
過失認定理論			32	51		17	14			11			4	4	8	
因果關係			16			7	9				19		2		8	
權利侵害	自主決定									8						
	期待權、延長生存利益			37												
損害論	過失相抵															
	賠償額									24						
共同侵權					14						15					
損失補償			19													
證明	鑑定					6			30	56	8					
	書證															

(資料來源：醫療民事責任實證分析之研究<sup>127</sup>)

<sup>127</sup> 本報告為台灣大學法律學院陳忠五教授所開設之「民事責任專題」課程，由台灣大學法律研究所之學生完成之分組報告，組員為：王彥斌、李小芬、李佳芳、李麗珍、高文心、張瑋珍、莊錦秀、陳苑文、陳秋君、陳宗憶、黃君華（依姓氏筆畫排列）。

#### 第四項 舉證責任分配與減輕之問題

一般之民事案件，舉證責任應由原告負擔，但是承繼前揭醫療行為之專業性，原告有其舉證上之困難，因此如何平衡雙方舉證責任成為問題。

在台北地方法院 95 年醫字第 5 號民事判決中，法院以：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第 277 條前段定有明文；因此債權人主張因債務人不完全給付而受有損害者，應舉證證明債務人之義務違反與損害之間，有相當因果關係。惟民事訴訟法第 277 條但書亦規定，依其情形顯失公平者，不在此限。而就比較法觀察，在醫療事故因果關係之認定，德國聯邦最高法院係採取表現證明原則，以減輕病人之舉證責任，亦即依據經驗法則，有特定之事實，即發生特定典型結果者，則於出現該特定結果時，法院於不排除其他可能性之情形下，得推論有該特定事實存在；且德國實務運用表現證明原則之重要案例，為傳染與麻醉之情形。又依照美國多數法院見解，原告若能證明以下要件，即得適用「事實說明自己」原則，而推論被告過失行為存在，及被告行為與原告之損害間具有因果關係：(1)若無過失存在，原告之損害通常不會發生。(2)被告對於損害發生之方法，具有排他性之控制力。(3)原告對於損害之發生，並無故意行為或具有任何原因力。（參見詹森林教授著，德國醫療過失舉證責任之研究；陳聰富教授著，美國醫療過失舉證責任之研究；均發表於「醫療過失舉證責任之比較法研究」學術研討會，94 年 12 月 24 日，國立台灣大學法律學院國際會議廳。）從而本院認為，本件原告就其損害與被告之違反從給付義務之間，究竟有無相當因果關係，仍應負舉證責任；但因被告具有豐富之醫學專業知識，而原告則完全欠缺該等知識，故兩造於訴訟上之攻擊防禦地位明顯不平等，且被告診所中所使用之設備及人員配置，均為被告所能掌握，而為原告所不能控制，因此本院認為應適用民事訴訟法第 277 條但書規定，減輕原告之舉證責任，而適用上

述表現證明原則。此外被告本於其專業知識，應得以輕易舉出相反事證以動搖本院之心證，因此原告舉證責任之減輕，對被告而言，應無不公平可言。」

在醫療事故因果關係之證明上，基於原告缺乏醫學之專業知識，有從舉證責任倒置加以解決之說法，亦有基於降低原告舉證責任之立場而採取表現證明之主張，究以何者較能解決實際問題？將於第四章詳細探討之。

## 第七節 小結

本章前半段首先對民法上因果關係之概念提出說明，並介紹我國目前學說及實務見解所採取之相當因果關係說。接著將相當因果關係說區分為事實上因果關係（條件關係）與法律上因果關係（相當性），分別論述其判斷標準。而於後半段則針對醫療行為之特殊性及醫療民事責任關於因果關係判斷之問題點，以實務判決為例說明之。

在第六節所提出之四項問題中，第一項問題是醫學知識有限性與條件因果關係經驗法則之建立，將於第三章第一節中，討論疫學因果關係理論能否適切解決該問題。第二項問題為多重因素下之因果關係難以判斷，則於第三章第二節分析比例因果關係理論對多重因素事例之影響。第三項問題乃醫師之不作為或誤診和病患損害間之因果關係不明確，此時若適用從損害估算尋求比例分配之機會喪失理論，是否較為妥當？亦將在第三章第三節論述之。由於前三項問題本文將之歸類為屬於民事實體法之問題，故一併置於第三章進行討論。而第四項關於舉證責任分配與減輕之問題，則獨立於第四章，以訴訟法上之學說檢討之。

## 第三章 醫療事故因果關係理論在實體法之發展

### 第一節 疫學因果關係理論

如同第二章第六節第一項所談到的，因為醫學知識的有限性，對於據以判斷因果關係存否之醫學上經驗法則無法完全掌握，此時，如能藉助自然科學的研究方法，找出各種現象間的關連性，則能建立新的經驗法則供判斷因果關係之用。而疫學恰好是以科學方法，分析疾病之發生原因與經過，於瞭解其機轉後，再找出預防之道的學問，因而逐漸在某些訴訟類型中，法學家嘗試以疫學之驗證方法，建立訴訟個案中原先並不明確的因果關係，以達成被害人救濟之目的。本節擬先對疫學之內涵與手法作一簡單之介紹，再討論其於法律上應如何適用，特別是對醫療訴訟中因果關係之確認能發揮何種之效用。

#### 第一項 疫學的内涵

疫學 (Epidemiology)，又稱為流行病學，是源自於希臘字，Epi 是「在」「上」的意思，demos 是「人民」的意思，而 logos 是指學科學問的意思。以公共衛生的信條，疫學的精神主要是應用在促進及保障人類的健康。疫學包括科學及公共衛生實務，所以認為 1. 疫學是公共衛生的基礎科學，它是根據機率、統計及合理的研究方法建立的定量基礎科學。2. 疫學是經由不斷否證建立因果關係的方法。3. 疫學是根據科學、因果關係、濟量效應等證據，以推動公共衛生、保障國民健康的工具<sup>128</sup>。醫學界也曾對疫學下過定義，謂疫學是指研究人類疾病頻率的分佈與其決定因素的學問，或謂疫學是研究人類疾病發生及其相關狀態、事件的學問。隨著危害人類生命或健康疾病譜的變化，及醫學模式由單純生物學轉向生物學、心理學或社會醫學相結合模式的轉變，疫學的研究物件、研究方法及研究內容也在不斷發展<sup>129</sup>。目前為止，其較被廣泛接受之定義為：對人群健康狀態分佈情形

<sup>128</sup> 陳國東，「應用流行病學」頁 1，合計圖書出版社，2003 年 10 月初版。

<sup>129</sup> 王榮德，〈流行病學方法論〉，當代醫學第 14 卷第 4 期，頁 47，1987 年 4 月。

與決定因素的研究<sup>130</sup>。由於其研究物件已由僅研究傳染病擴大到非傳染病，又從疾病擴大引伸到健康和與健康有關的事件，因此疫學既是一門方法學，又是一門應用性很強的學科，其研究範圍已包括與人類疾病或健康有關的一切問題<sup>131</sup>。

在日本著名的痛痛病判決中，法院將疫學解為不僅是以人類全體的疾病、異常狀態、健康等為對象，並以患者形成的集團現象為問題，考究疾病之發生原因及經過的學問；也是關於疾病本身，除了分析個別患者的臨床狀況和病理現象外，地區的侷限性、年次的消長、季節的變化、性別、年齡分布、家族遺傳性等，存在關於患者群體的特徵，把握該特徵研究疾病發生機轉，樹立合理預防對策的學問<sup>132</sup>。要言之，疫學也可以被稱為集團病理學、地理病理學、醫學的生態學、公眾衛生的診斷學，是為了解明病患與疾病的社會集團間的相互關係，確立疾病的預防方法的學問。為此，藉由詳細調查疾病流行的態樣而了解其成因的作業流程是必要的。此外，雖然疾病的流行現象是傳染性疾病的典型現象，但是並非僅局限於傳染性疾病，所有的疾病都會有流行現象，即便是非傳染性疾病亦同樣重視疫學的研究方法，因而疫學的一般理論不只用於傳染性疾病，於非傳染性疾病亦可適用<sup>133</sup>。

關於疫學之目的則可總結為以下四個方向<sup>134</sup>：

（一）描述（Describe）族群健康狀態：例如統計疾病的發生數目、型態變化以及流行趨勢，其最終目的在於對疾病的預防。藉此可以了解族群的健康狀態為

<sup>130</sup> Mervyn Susser, *Casual Thinking in the Health Sciences: Concepts and Strategies in Epidemiology*. 江東亮、陳建仁譯，「流行病學的概念與策略-因果關係的邏輯-」，頁 5，台灣省公共衛生教學實驗院發行，1981 年 6 月初版。

<sup>131</sup> 莊慎翔，「疫學因果關係理論的研究」，頁 23，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2007 年 1 月。

<sup>132</sup> イタイイタイ病判決，富山地判昭和 46 年 6 月 30 日，判時 674 号 25 頁。

<sup>133</sup> 植木哲，〈新生兒感染事件〉，收錄於唄孝一、宇都木伸、平林勝政編，「医療過誤判例百選〔第 2 版〕」，別冊ジュリスト 140，頁 210，1996 年 12 月。

<sup>134</sup> 以更白話的方式加以理解，流行病學家的目的是要發掘發生什麼疾病（What），在什麼時間發生（When），在哪裡發生（Where），發生在那些人身上（Who），和為什麼發生（Why）。流行病學家常使用以下專業術語包括病歷定義（case definition）、時間（time）、地理（place）、人（person）、和病因（cause）來陳述調查發現。陳國東，前揭註，頁 7；陳品玲，「流行病學概論」，頁 5-6，匯華圖書出版有限公司，2002 年一版。



何，以作為健康照護計畫、人力及醫療設施設置的參考依據。

（二）解釋（**Explain**）疾病的致病機轉：包括致病因素的探討以及疾病傳遞機轉的說明。瞭解疾病如何在族群中由人、動物或非生命的事物傳遞給另一個人，藉由致病機轉的瞭解，可以作為預防、控制疾病發展的基礎。

（三）預測（**Predict**）疾病的發生：含預測可能的病歷數目及族群中的分布型態。可以提供民眾考慮改變行為的依據，也可以作為規劃未來整體社區衛生計畫及人才培育的考量。

（四）控制（**Control**）疾病的分布：諸如預防新病例的產生、治療現存病例及如何延長病患的生命並改善其生活品質，都屬於疾病的控制，同時也可以評價健康照護計畫是否能有效控制疾病的分布。

## 第二項 以疫學方法認定因果關係

為了達成上述疫學的目的，必須建立一套方法以解釋疾病之致病機轉，亦即，建立原因（病因）與結果（疾病發生）之關係。在一般情況下，雖然 A 事件與 B 事件之間具有一定的關連性，但是我們無法直接地論斷 A 事件和 B 事件具有一定之原因結果關係。這是因為，其關連性可能受到其他的有因果關係的因子所影響，但在外觀上不易察覺；或者，在有關連性的兩件事情當中，無法判斷何者為因，何者為果。目前在疫學上用以認定因果關係的方法主要有：1.記載疫學：收集事實並建立關於疾病發生原因的假說，2.分析疫學：對前述之假說進行檢討，得到關於可能因子與疾病間因果關係之推論，3.實驗疫學：以實驗方法對假說進行檢證<sup>135</sup>。由於實驗疫學的實施困難，通常以分析疫學之方法為主，其中，最有名的是所謂的疫學四原則<sup>136</sup>：

<sup>135</sup> 參閱 三井誠，〈疫学の証明〉，頁 117，法学教室第 219 期，1998 年 12 月。

<sup>136</sup> 參閱 植木哲，「医療の法律学」，頁 193-194，有斐閣，1998 年 4 月初版；曾淑瑜，〈醫療過失與疫學因果關係〉，收錄於蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集「現代刑事法與刑事責任」，頁 421-439，國際刑法學會中華民國分會，1997 年初版。

條件一：結果出現前，可疑的因子必須已先存在一定的期間。

條件二：該可疑因子的作用程度愈顯著，結果的發生率就愈高。

條件三：若將該可疑因子去除後，結果的發生率就會降低；並且在不存在該因子的團體中，該結果的發生率極其低微。

條件四：若認為結果是該因子所造成，從既存的生物學角度來看，沒有不合理之處。

條件一稱為先行因子性，具有類似條件理論公式的過濾功能，因為該因子須在得病者出現症狀前先存在一段時間。這個條件含有兩個內涵：a.得病者（Q）一定要先暴露在該因子（P）的影響下，而且 b.一定要暴露一段時間。內涵 a 可用邏輯公式寫成「若 Q 則 P」，意義和條件理論的公式「非 P 則非 Q」相同。和條件理論不同的地方在於需要利用疫學方法來解決因果關係認定的案例類型中，「條件關係鏈」間的機轉往往不明，不像一般案例的條件關係鏈的機轉，通常根據我們的生活經驗就足以了解<sup>137</sup>。

條件二和條件三是所謂的「量與作用的關聯性」（dose and effect relationship）。就是藉由統計分析的方法，來尋找與結果發生率的消長，具有統計學上意義的因子。這種利用發生率的分布、消長與可疑因子在統計學上的相關性，來說明因果關係存在的論理方法，正是流行病學方法的精髓所在<sup>138</sup>。

條件四是對於「發生機轉」要求的妥協。要證明可疑因子和結果間的因果關係，若能從自然科學的角度說明其「發生機轉」，絕對是最有說服力的方法。但是人類的知識有限，並非所有現象的機轉都能明白，有些發生機轉現階段還沒有辦法理解的現象，就必須要有另一套合理解釋方法，來暫時滿足人類的求知慾。因此，為了平衡人類與生俱來的求知慾和對正義的追求，在疫學方法中，只好採取

<sup>137</sup> 林志六，〈醫療事故之因果關係-以高等法院 85 年度上字第 316 號民事判決為例〉，頁 52，醫事法學第 7 卷第 4 期，2000 年 3 月。

<sup>138</sup> 參閱 植木哲，前揭註 136，頁 194。

妥協的態度，不堅持明確的知悉，而只要求不會和既存知識矛盾即可<sup>139</sup>。

由於上述的疫學四原則初始是用於與微生物有關的傳染病，在非傳染病的慢性病判斷上，未必是有效的基準，因此，也另外發展出其他輔助標準，協助判斷疫學因果關係之存否，其分別為：1.關連性的一致性（consistency of association）及普遍性（universality of consistency）<sup>140</sup>，2.關連性的強度（strength of association）<sup>141</sup>，3.關連性的時序關係（temporal relationship of association）<sup>142</sup>，4.關連性的符合性（coherence of association）<sup>143</sup>，5.關連性的特異性（specificity of association）<sup>144</sup>。

<sup>139</sup> 林志六，前揭註 137，頁 52。

<sup>140</sup> 係指因素的分佈與疾病在人群、時間、空間的分佈具有一致性時，提示兩者可能具有因果關係。例如醫院將含有傳染病病原體且未經處理的污水排入河流，後來使用該河水的下游沿岸居民大量感染該傳染病，傳染病爆發的區域與醫院污水污染的區域一致，且居民感染的危險度比其他社區明顯高出許多，則可以認定醫院污染與疾病流行間具有因果的一致性；反之，若醫院雖排放污水，但是傳染病的爆發分佈並不在污染的流域，則兩者沒有因果關係的一致性。換言之，使用不同的研究方法及實驗，在不同的情境下，最後仍然得到相同的結果時，則疾病發生與危險因素就可能會存有因果關係。一般來說，因果的關連在關連的強度指標相對危險度（Relative Risk，指接觸某特定物質的群體中疾病的發生率除以未接觸某特定物質的群體中疾病的發生率，所得出的比值。）的大小和方向往往較為一致，但缺乏一致性卻不能作為排除存在因果關連的依據，因為許多同一課題的研究結果不同，可能是由於方法學不同，也可能是在不同的現場觀察人群裡，病因因素暴露的頻率不同所致。Mervyn Susser 著，江東亮、陳建仁譯，前揭註 130，頁 136、137；莊慎翔，前揭註 131，頁 33。

<sup>141</sup> 係指描述疾病與暴露間關連程度的大小，常用相對危險度來表示，其相對危險度越大，則說明該因素與該病因存在因果關連的可能性越大。於疫學論證上，相對危險度大於 2 時，即可認為具有強的關連。對此，法院之所以要求相對危險度需大於 2，係因為將相對危險度大於 2 轉換為歸因比率（將接觸某特定物質的群體中疾病的發生率減去未接觸某特定物質的群體中疾病的發生率後，以此數值除以接觸某特定物質群體中之疾病發生率，它可以表現出接觸該物質對於該群體整體疾病發生率的影響程度。）時，會超過 50%，符合舉證責任原則中事實為真實情狀的可能性需大於 50% 之要求。換言之，可表示個案的原告所患的疾病或傷害有 50% 以上的可能性是由被告行為所導致。而此處法院是在判斷該證據是否應該被承認，而非該單向證據是否足以證明原告主張的真偽。莊慎翔，同前註，頁 32；張柏淵，「醫療訴訟中『因果關係』至『機會喪失』之演變-由機率之觀點出發」，頁 32，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2006 年。

<sup>142</sup> 係指病因的作用必須發生在被害人發病前，若可疑的病因作用於被害人發病後，則可否定該因素與被害人發病間具有因果關係。換言之，研究對象在發病前一定會先有暴露於危險因素中的經驗。強調因與果出現的時間順序，因為因果關係中，「因」必然發生於「果」之前。然而，作為原因一定發生在結果之前，但作為結果前暴露的因素卻未必一定就是原因。例如麻疹疫苗使用前，一個村鎮在麻疹流行年過後第二年發病率顯著的下降，並非第一年末和第二年初所採取的各種特異免疫措施的結果。Mervyn Susser 著，江東亮、陳建仁譯，前揭註 130，頁 131-134；莊慎翔，同前註，頁 34。

<sup>143</sup> 指因和果的關連，可以用多種方法顯示出來，例如疫學方法與動物實驗的方法或基礎研究所獲得之結論互相一致。一般來說，因和果之間顯示出明顯的符合性時，其因果假設成立的可能性較大，但若缺乏符合性，也不應作為否定因果假設的依據。Mervyn Susser 著，江東亮、陳建仁譯，同前註，頁 141-142；莊慎翔，同前註，頁 36。

<sup>144</sup> 係指該項關連性應該被限制於特定人群、特定地點與特定疾病型態之上，並且與其他的致死原因或發病原因無關。特異性也可以說是「由一個變數的發生預測另一個變數發生之準確性」的指標。最理想的情形是一對一關係（one-to-one relationship），亦即該原因既是必要也是充分條件，關係越

滿足以上五項標準，固然可以肯定疫學因果關係存在，然而僅符合其中幾項標準時，疫學因果關係之存在與否則無法一概而論<sup>145</sup>。

此外，疫學方法於性質上有其限制，第一個限制為，在訴訟上所提出的疫學資料，多數是由分析疫學所得到的結果，如前所述，要以實驗疫學加以驗證有其困難，因為必須進行人體試驗，因此，所得到結果只能說是一種推論。第二個限制為誤差( error )的問題。誤差可分為偶然誤差( random error )與系統誤差( systematic error )，偶然誤差容易發生在樣本數不足及病例數不夠的情況，系統誤差則是確定偏差( biases )之義，即在對象選擇或關於對象的資訊產生偏差，或是研究對象另暴露在除了特定環境因素外的其他會影響疾病結果因素中，使得解釋因果關係變得相當困難<sup>146</sup>。

最後，疫學方法所適用之案例，必須符合以下兩項要件：1.必須是大量的、集團的發生：因為疫學方法所運用的原理是統計學，是利用統計的方法篩選、搜尋可能的因子，因此必須有大量的基礎資料才能進行統計。2.必須是自然科學上的機轉不明且欠缺相類似的前經驗：自然科學的研究任務在於探求各種現象發生的機轉，而疫學方法即是運用統計學告訴我們，雖然機轉不明，但某因子應該極可能是原因，其功能即在補救機轉不明的缺點，因此，如果發生機轉已經明瞭，就沒有運用疫學方法的必要<sup>147</sup>。

### 第三項 疫學因果關係在法學之適用

以疫學方法得到兩事物間存有疫學的因果關係之後，接下來的問題是，這樣的關係在法律上代表何種意義？因為其是以特定團體為對象，以病患和特定因素間的關連性為基礎，使用自然科學方法分析所獲得的集團數值，來認定特定因素

---

接近這種狀況，特異性也就越高，因果推論的可信度也就更強。張柏淵，前揭註 141，頁 38。

<sup>145</sup> 參閱 新美育文，〈疫学的手法による因果關係の証明（上）〉，ジュリスト 866，頁 76，1986 年 8 月。

<sup>146</sup> 參閱 大坂恵里，〈事實的因果關係の疫学的証明について〉，頁 106，駿河台法学第 20 卷第 1 号，2006 年。

<sup>147</sup> 林志六，前揭註 137，頁 52。

與疾病發生有因果關係，但是可否據以推論在集團內的每一位個人都符合該因果律，其疾病發生必定是該特定因素所造成，而與其他原因無關？在訴訟上，可否以疫學因果關係之存在導出民法上因果關係存在？以下擬先介紹美國法及日本法如何在訴訟上使用疫學因果關係之資料，並分析檢討我國實務目前之作法。

## 第一款 美國法

美國法之在民事訴訟程序中，對於證明度之要求為超過百分之五十，亦即證據優勢原則。其證據優勢以疫學上的相對危險度而言，是指危險度超過 2 的情形<sup>148</sup>。因此，許多法院認為若原告可以提出相對危險度超過 2 的疫學證據，即已完成其證據提出責任，而由陪審團依該數據判斷個別的因果關係是否存在。然而現實上，要提出相對危險度超過 2 的疫學證據對原告來說非常困難，且被告常會提出與原告之證據相矛盾之科學證據，造成事實認定者的困惑。為使原告能順利獲得救濟，美國法院認為，關於包含疫學證據在內的各種科學證據，若其個別來看，皆無法認為達到證據優勢原則之要求，但是綜合來看可以認為達到時，亦認為其滿足了證據優勢原則之要求<sup>149</sup>。關於證據綜合評價之方法，則是採取 Meta Analysis 的方法<sup>150</sup>。以下即簡介美國法上承認科學證據之基本原則<sup>151</sup>。

在毒物侵權行為 (toxic torts) 訴訟中，當事人一方面提出對自己有利的科學證據，另一方面則攻擊對方的科學證據為 Junk Science<sup>152</sup>，造成不具專業知識的陪審團的混亂，並導致訴訟費用升高、訴訟遭受遲延之不良後果。關於科學證據之承認與否，向來是以 Frye 案之普遍接受原則 (general acceptance) 為準<sup>153</sup>，在 1975

<sup>148</sup> 相對危險度之概念，請參閱註 140。

<sup>149</sup> E.g., *In re Joint E. & S. Dist. Asbestos Litig.*, 52 F. 3d 1124 (2d Cir.1995).

<sup>150</sup> Meta Analysis 係指有系統地收集、統合、評價多樣的研究結果，是一種統計分析方法。

<sup>151</sup> 除下文所介紹之三個重要判決外，其他細節亦可參照 王昱之，「公害民事損害賠償責任之研究：美國毒物侵權行為訴訟為中心」，頁 22-28，司法院，1993 年。

<sup>152</sup> 要明確定義其內涵並不容易，有興趣者可參照 Peter W. Huber, *Galileo's Revenge: Junk Science In the Courtroom*, Perseus Book Group (1991).

<sup>153</sup> *Frye v. United States*. 293 F. 1013(D.C. Cir. 1923). 本案為一刑事案件，被告被指控謀殺，在訴訟中提出類似測謊機的機器測量結果，企圖證明自己的清白，法院拒絕以該測量結果作為基礎的證據，認為除非該項測量方法、技術已經被充分地確立，並且獲得其所屬領域的普遍接受，否則該種證據不應該被承認。

年制定了聯邦證據法（Federal Rules of Evidence）之後，實務搖擺於兩者之間，並未統一其判斷基準，直到 1990 年代，聯邦最高法院做出與承認科學證據與否相關之三個判決，試圖樹立統一之規範，以下即依序介紹此三個判決。

### **(1) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.**

本案事實略為：原告之母服用被告製造之治療孕婦嘔吐、害喜藥物 Bendectin，原告認為該藥物造成其先天性殘障，請求損害賠償。初審法院認為原告提出之證據不夠充分，原告因而敗訴，上訴後，第九巡迴法院肯認初審法院之見解，認為原告之專家證言是不應該被承認的證據，因為該專家證言所根據的方法論基本上已經偏離該領域中被普遍接受之程序和技術<sup>154</sup>。

最高法院認為，聯邦證據法 702 條已經取代普遍接受原則，雖然其要求不若普遍接受原則來得嚴格，但是其仍要求科學證據需具備關連性和信賴性（Reliability），而由初審法院進行判斷之工作。其並指出，判斷之方法包含：

1. 該理論或技術是否可被或已被測試？
2. 該理論或技術是否已經過同僚審核或公開發表？
3. 其已知或潛在的錯誤機率為何？是否有規範其技術運用之標準？
4. 該理論或技術在相關科學領域中是否被普遍接受？

本案之意義在於，釐清專家證據使用之規範及確認初審法院有排除不適當專家證據之義務<sup>155</sup>。

### **(2) General Electric Co. v. Joiner**

本案事實略為：原告罹患肺癌，其主張係因其在工作場所接觸 PCBs（Polychlorinated biphenyls）及其衍生物所造成，故控告製造及使用該物質之廠商，但是，原告本身為長期吸煙者，且家族有肺癌病史，其致病之原因為何難以

<sup>154</sup> Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579(1993).

<sup>155</sup> 關於本案之詳細討論，可參閱 Jean Macchiaroli Eggen, *Clinical Medical Evidence of Causation in Toxic Tort Cases: Into the Crucible of Daubert*, 38 Hous.L. Rev. 369 (2001).

判斷<sup>156</sup>。

最高法院認為，在初審法院承襲 Daubert 案之標準進行專家證據之承認或排除時，上訴審對於初審法院之決定所應採取的審查標準為「裁量權濫用 (abuse of discretion)」。而專家證言所依據之研究方法、結果是否足以支持其結論，皆在初審法院之裁量範圍內。

### (3) Kumho Tire Co. v. Carmichael

本案事實略為：被害人開車時其右後輪爆胎，造成嚴重傷亡，原告以輪胎之製造商及批發商 Kumho 為被告，並提出專家證據證明該輪胎會爆破是因為其生產或設計有瑕疵，據此請求損害賠償<sup>157</sup>。

最高法院認為，Daubert 案之標準不僅適用於科學證據，也適用於所有形式的專業知識與技術性證據。並且，Daubert 案之四項標準應依據個案情形予以彈性適用，並非一定要全部適用。

在前述三個判決的影響之下，2000 年時聯邦證據法 702 條修正如下：「如果科學、技術或專業知識將幫助陪審團理解證據，或者有助於認定爭議事實，一位由於知識、技能、經驗、訓練或教育而被認為具備專家資格之證人，在下列情況，可以用意見或其他形式作證：1.此證言是以充分的事實或數據資料為基礎；2.該證言是值得信賴的原則及方法的產物；3.該證人可靠、確實地將這些原則及方法適用到該案的事實上。」除了影響法律修正，Daubert 案之標準亦普及至全美約半數的州法院<sup>158</sup>，而對裁判實務產生重大之變革<sup>159</sup>。

總結來說，美國法將疫學資料認為是一種科學證據，並在其滿足關連性和信賴性時，承認其可用於裁判上，作為輔助陪審團認定個案事實上因果關係存否之

<sup>156</sup> General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997).

<sup>157</sup> Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

<sup>158</sup> 例如：阿拉斯加 (State v. Coon, 974 P. 2d 386 (Alaska 1999))，阿肯色 (Farm Bureau Mut. Ins. Co. v. Foote, 341 Ark. 105, 14 S.W. 3d 512(2000))，加州 (State v. Porter, 241 Conn. 57, 698 A. 2d 739 (1997))，德拉瓦 (Nelson v. State, 628 A. 2d 69 (Del. 1993))，喬治亞 (Jordan v. Ga. Power Co., 4466 S.E. 2d 601 (Ga. Ct. App. 1995)) ...等，至 2006 年 7 月止，共計 27 州。大坂惠里，前揭註 146，頁 97。

<sup>159</sup> James A. Henderson, Richard N. Pearson & John A. Siliciano, *The Torts Process 6th*, 109-112, Aspen Publishers, (2003).

工具。

## 第二款 日本法

日本在 1950 至 1960 年代發生莎利竇邁（Thalidomide）及亞急性脊椎視神經症（SMON）等藥害事故及其他公害事件後<sup>160</sup>，學說及實務開始倡導於事實上因果關係的舉證中，使用疫學因果關係之概念。對其學說與實務見解加以分析檢討後，可略分為以下三種看法：

### （一）同一視說

雖然疫學因果關係與民法所要求之因果關係性質不同，前者係以團體為對象進行觀察，以統計學之方法認定某因素與某疾病之間有因果關連；而後者則是以具體受害者為對象，以高度蓋然性認定其損害與某原因具有因果關係。但是本說將疫學因果關係等同於民法上的因果關係概念，亦即，在個案中如能滿足疫學四原則及其他輔助判斷原則之要件時，則認定因果關係存在。例如在攝取受鎘污染之食物而產生痛痛病的相關判決中，即有法院認為，在能證明鎘與痛痛病這種特異疾病之間的疫學因果關係時，則可確立攝取鎘的個別病患，其罹患痛痛病及因之所生的損害與排放鎘的行為間有因果關係<sup>161</sup>。另外，在日本化工格勞動災害事件判決中，法院亦認為在能證明鎘與肺癌之間的疫學因果關係時，則可確立暴露於鎘的個別病患，其罹患肺癌及因之所生的損害與工廠的鎘污染間有因果關係<sup>162</sup>。

學者則認為，應區分特異與非特異疾病來進行討論。在特異疾病的情況，例如前述的痛痛病，因為其罹病的原因只有一個，所以集團發病的原因與個人發病

---

<sup>160</sup> 莎利竇邁事件不僅發生在日本，在德、美等國亦造成嚴重問題，關於本件藥害事故之詳細介紹，可參閱 朱懷祖，「藥物責任」，頁 41-43，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997 年。SMON 事件係指：日本全國於 1955 年左右開始，陸續出現原因不明的怪異病例，病患呈現腹瀉、腹痛、下肢麻痺、視力障礙等症狀，該病被命名為 Subacute Myelo-Optical-Neuropathy，簡稱 SMON，日本厚生省調查後認為，可能是因為一種叫做 Chinoform 的整腸劑或是某種不知名病毒所造成。當時唯一能證明 SMON 病與 Chinoform 有因果關係之證據為疾病發生率之消長與藥物上市銷售時間的時間關連性，日本全國前後罹患人數約一萬多人，分別組成數個集團在各地對製藥公司及國家提起民事賠償訴訟。

<sup>161</sup> 名古屋高金沢支判昭和 47 年 8 月 9 日，判時 674 号 25 頁。

<sup>162</sup> 東京地判昭和 56 年 9 月 28 日，判夕 458 号 118 頁。



的原因相同，在確定是被告製造鎘污染導致集團發病時，以之推論被告行為與原告個人之損害有因果關係尚稱合理。但是在非特異疾病的情形，例如前述之肺癌，由於導致肺癌產生的原因眾多，而疫學因果關係只能告訴我們：暴露在某因子下，某疾病的罹患率升高，故該因子為該疾病之致病原因之一，至於其他因子的影響則無法得知。假使個案中之原告除暴露於鎘污染外，也有長期抽煙的習慣，則僅以疫學因果關係存在即認定被告製造鎘污染與原告之損害間有因果關係，並非恰當之處理方式<sup>163</sup>。

## （二）推定說

本說認為，在個案中如能滿足疫學四原則及其他輔助判斷原則之要件時，若無其他特殊情事，則可推定因果關係存在，藉此達到緩和證明度之目的。此說為日本通說，其代表性判決為四日市公害事件判決<sup>164</sup>。在此判決後，關於暴露於污染物中的公害訴訟，不論因果關係認定之結果為何，疫學資料於認定事實上因果關係存否占有重要的位置<sup>165</sup>。一般認為本說在實質上與大致推定、表見證明乃至於事實上推定是相通的<sup>166</sup>。然而，亦有學者認為，於符合 1.定型的事態，即 A 事件存在時，有一定程度蓋然性會發生 B 事件之效果，2.他方當事人取得證據較容易，這兩項要件時，才能進行事實上推定。由於疫學調查有其限制與偏差，是否能認為有定型的事態存在<sup>167</sup>？另外，製造污染者不一定較能說明疾病與污染物或他物質間的因果關係，故此處是否符合這兩項要件，仍有疑問<sup>168</sup>。事實上，在推定說之概念下，於特異疾病之情況，由於發病原因單一，被告不可能舉證推翻法院推定；於非特異疾病之情況，被告有推翻法院推定之可能，故某程度來說，本

<sup>163</sup> 參閱 新美育文，〈疫学的手法による因果關係の証明（下）〉，ジュリスト 871，頁 89，1986 年 11 月。

<sup>164</sup> 津地裁四日市支部判昭和 47 年 7 月 24 日，判時 672 号 30 頁。本案是關於四日市磯津地區罹患閉塞性肺疾患增加與大氣污染間有無關係的判決。

<sup>165</sup> 參閱 大坂惠里，前掲註 146，頁 105。

<sup>166</sup> 參閱 吉川義春，〈因果關係の立証〉，收錄於 根本 久編，「裁判実務体系一七：医療過誤訴訟法」，頁 455，青林書院，1991 年。

<sup>167</sup> 參閱 稻垣 喬，〈疫学的手法による因果關係の認定〉，ジュリスト 981，頁 110-111，1991 年 6 月。

<sup>168</sup> 參閱 新美育文，前掲註 163，頁 90。

說是對同一視說在非特異疾病適用之不合理性所提出的修正理論。

### （三）比例認定說

本說認為，可以參考疫學因果關係所使用的歸因比率<sup>169</sup>，對因果關係進行比例認定<sup>170</sup>。目前尚無判決採取此說，且採取此說之學者其後亦改變見解<sup>171</sup>。惟本文仍將之列出，以供參考<sup>172</sup>。

日本法鑑於公害與藥害訴訟的舉證困難，特別是在某些案例中，連發生機轉都無法說明時（如前述之 SMON 案），如果因而否定因果關係存在，即顯得過於嚴苛。因此，日本法比美國法更進一步地，在這些特殊案例中，將疫學因果關係等同或推定為民法上的因果關係，其學說與實務發展，也影響了我國審判實務，以下及就我國法院之相關判決說明之。

### 第三款 我國法

我國法院亦曾在判決中使用疫學因果關係理論之概念，台北地方法院 83 年度國字第 18 號判決，針對輻射屋住戶發生惡性腫瘤、流產、死胎等病症，是否與輻射線有因果關係的爭議，曾認為：「在輻射受害事件中，欲以此自然科學方法闡明事實性因果關係甚為困難，殆屬不可能，日本學說與實務為因應公害案件之舉證困難，乃發展優勢證據說，事實推定說等蓋然性因果關係理論。其見解大都認為

<sup>169</sup> 參閱前揭註 141。

<sup>170</sup> 參閱 新美育文，前揭註 163，頁 90。

<sup>171</sup> 參閱 新美育文，〈西淀川公害（第二次ないし第四次）訴訟第一審判決にみる因果關係論〉，ジュリスト 1081，頁 36，1995 年 12 月。

<sup>172</sup> 雖無判決以歸因比率作為因果關係比例認定之標準，但是在公害訴訟中，則有判決以污染排放量作為因果關係比例認定之依據，雖與疫學因果關係無涉，而屬於比例因果關係之討論範疇，但本文認為應將之列出，以供參考。例如西淀川大氣污染訴訟（第二次～第四次）第一審判決，其事實略為：該地區位處高速公路及工廠附近，空氣污染嚴重，因此原告以國家及高速公路之設置管理者為被告提起本件訴訟。本案法院先以工廠及車輛排放污染物質之排放量比例認定污染物質到達原告之因果關係，並以個別原告證明其自身損害與污染間之因果關係困難為理由，而以污染製造者對污染集團的參與比例作為認定原告損害與污染間因果關係存在之比例（不過法院另以原告年齡、肺部疾病種類、抽煙與否等因素調整該比例），並獲學說部份支持。參閱 野村好弘，〈因果關係の割合の認定-西淀川大氣污染訴訟（第二次～第四次）第一審判決の考察〉，ジュリスト 1081，頁 42，1995 年 12 月。其支持的原因為本判決之思考方式和其所倡導的以貢獻度認定比例因果關係相同，都是企圖以比例解決之方式來分配損害，但是其並不贊同判決對於排放量比例之認定方式。關於比例因果關係，請參閱第三章第二節之說明。

在公害事件上，因果關係存否之舉證，無須科學嚴密的檢驗，只要達到蓋然性即為已足，其後並有疫學因果關係之發展。其判斷模式即為：某種因素與疾病發生之原因，就疫學上可考慮之若該因素，利用統計學的方法，以『合理之蓋然性』為基礎，即使無法經由科學嚴密之實驗，亦不能影響該因素之判斷。而美國毒物侵權行為訴訟更是採用『增加罹病風險』之標準以資證明損害，換言之，僅需證明被告之行為所增加之危險，已達『醫學上合理之確定』（reasonable medical certainty）即可，無須進一步證明被告行為造成原告目前損害。揆諸上述諸項理論之發展，無非係以傳統侵權行為舉證責任理論在面臨現代各種新型公害事件時，其舉證分配結果將造成不符公平正義之現象，而此亦與侵權行為制度追求衡平原則之理念相悖。是採取前開台灣醫界聯盟基金會認定之流行病學因果關係，以認定原告之健康已受損及其與長期輻射暴露間有因果關係，誠屬必要。」

關於本判決有下列幾點應予說明：

1.法院認為傳統侵權行為舉證責任理論在面臨現代各種新型公害事件時，其舉證分配將造成不符合公平正義之現象，因此其採取減輕原告舉證責任之作法，此與外國實務及學說之發展相同，值得肯定。

2.法院減輕原告舉證責任之依據為疫學因果關係理論，於本案是否適宜使用該理論，則需進一步分析。疫學因果關係是在一群出現同樣病症的病患集團中，找尋可能致病因子的方法。有哪些因子可能致病，可疑因子是否真會致病，其間之機轉不明，故需藉助統計學方法及疫學四原則和其輔助標準幫助判斷並建立可信度。於本案例中，並不存在這樣的集團現象，似乎不應當使用疫學因果關係作為法院減輕原告舉證責任之依據。本案之證明流程應為：原告需先提出長期暴露於輻射下會導致某些傷害結果（例如；惡性腫瘤、流產、死亡）之經驗法則（事實上，這樣的經驗法則在醫學上應該已經獲得證實），之後，再說明原告之情況符合該經驗法則（原告居住於輻射屋受過量輻射，導致其出現某些傷害結果）。法院則應衡量原告所提出之經驗法則及所有事證以獲得心證，判斷個案中的因果關係是否存

在，而與疫學因果關係理論無涉。

3. 假設本案是應該適用疫學因果關係之案例，法院未清楚說明其適用方法與流程，僅以「合理之蓋然性」含糊帶過，有所不當。事實上，在日本法以疫學因果關係存在等同或推定個案中事實上因果關係存在時，其是以個案中之事實符合疫學四原則或其輔助標準之要件，才能做出事實上因果關係存在之判斷，因此，我國法院若欲在判決中採納疫學因果關係，應對其判斷標準及推理過程作更清楚之交代。

4. 從判決文字可看出，法院是以「採取前開台灣醫界聯盟基金會認定之流行病學因果關係，以認定原告之健康已受損及其與長期輻射暴露間有因果關係」，似接近於日本法上的同一視說或推定說。

據上，我國法院已意識到公害訴訟之舉證困難，故參酌日本法採行疫學因果關係理論於個案中，但是我國法院對於該理論之適用範圍、方法、效果等似乎未能充分掌握，應在往後出現類似案例時做更清楚一致的說明。

我國學說上有認為使用疫學的手法認定因果關係，是蓋然性證據法則的一種下位概念，而所謂蓋然性證據法則，是法學界為了解決公害事件因果關係舉證困難之問題，嘗試提出的解決方案，其下位概念包括事實推定說及疫學因果關係說<sup>173</sup>；或認為在法學中導入疫學的研究方法，可使表見證據原則擺脫純以直覺的經驗法則論斷因果關係之流弊，而以疫學方法強化定型事項經過之正當性與真確性，因此，疫學之因果關係應可說是表見證據原則理論之旁支或輔助理論，而異於傳統之鑑定<sup>174</sup>；乃從訴訟法角度觀察疫學因果關係理論。惟亦有從實體法觀點出發，認為如果待判斷的因果關係存否問題，不但超出一般人的常識，而且在專業領域上是個從未被完整研究過、或是尚未有定論的議題，於疫學因果的判斷流程及使用方法是承認為合於科學的標準、得到的結論已經具有統計學上的意義，而且已經被認知或可以被合理懷疑的「干擾因子」都已被排除，疫學的因果判斷方可

<sup>173</sup> 邱聰智，〈論公害之因果關係〉，憲政時代第1卷第2期，頁62，1975年10月。

<sup>174</sup> 黃家鑫，前揭註95，頁115。

被認為等於刑法上的因果關係存在<sup>175</sup>。綜合其見，實近似於日本法上之推定說，即在個案中如能滿足疫學四原則及其他輔助判斷原則之要件時，若無其他特殊情事，即推定事實上因果關係存在。

本文認為，使用疫學方法認定個案中之事實上因果關係存否，其效果應以推定說較為可採。因為如同日本法的發展歷程，同一視說在非特異疾病的情形，僅以疫學因果關係存在即認定事實上因果關係存在，論證上有其缺陷。故本文贊同推定說，使被告在非特異疾病的情況，有推翻法院推定之可能；並且，賦予其推定效果與我國現行民事法律制度，並無扞格。

#### 第四項 醫療過失案件引用疫學因果關係理論的可行性

本文認為，將過去已經存在之疫學資料（例如：某已知的病因，其發病率或致死率等）作為訴訟上證明事實上因果關係存在的證據，並無任何問題，在相關民事案件均可適用。除原被告可自行尋求專業機構提供鑑定意見外，法院亦可依民事訴訟法關於鑑定之規定，請求專家為鑑定人。並且，可參酌美國法要求之關連性與信賴性，由法官依其自由心證衡量該證據之證據能力與證據價值。但是，若要適用其推論手法認定或推定具體醫療過失案件中之事實上因果關係存否，則需進一步討論。

有學者認為疫學因果關係應適用於大量的、集團的發生及自然科學上的機轉不明且欠缺相類似的前經驗的事件，公害案件為其著例，而一般醫療過失案件，基於下列二點理由，原則上應不適用疫學因果關係理論：

1. 個別性。醫療事故通常並非大量發生的集團現象，案件具有個別性。每一個案件都必須個別的探究發生的原因，和統計方法是在分析大量數據資料有所不同。

2. 前經驗。醫療事故中，多有相類似的前經驗存在。所謂類似的前經驗是指既存的統計資料，這些統計資料是供作類推判斷之基礎。屬於如何證明系爭事實是否和前經驗相似的問題，資料本身固然是利用統計方法得出，屬於疫學的調查，

<sup>175</sup> 薛瑞元，〈論因果關係（下）〉，月旦法學第 77 期，頁 94-95，2001 年 10 月。

使用的是疫學的研究方法，但是疫學方法只和這個前經驗有關，系爭醫療事故中因果關係的判斷，並不因為這個統計數字前經驗的存在而當然可以認定，仍必須透過一般之證明理論加以證明<sup>176</sup>。

但是，亦有學者指出，在醫療過失案件中，關於醫師刑事責任之認定，在由一個醫師單獨實施的醫療行為，而導致病患發生死傷或病重的結果，其因果歷程即屬單純的一因一果者，自不發生疫學因果關係理論判斷的問題，然而，若滿足下列二個前提要件，則有適用的必要（雖然其係針對刑事責任所做之說明，但本文認為於民事責任之認定亦有參考之價值。）<sup>177</sup>：

1. 需有集團現象的疾病發生、分佈、消長等：如前所述，疫學因果關係是以統計學方法，調查各因素與疾病發生間關係，而選出關連性、蓋然率較大的因素，進行綜合性的研究及判斷，若無集體現象的疾病發生，自無適用疫學因果關係理論的餘地。

2. 為複雜的因果歷程（有複數的因果關係存在）：例如醫院感染事件，存在複數可能原因，究竟是何人或何種感染源或途徑，難以確定。若能以疫學因果關係確認量與效果的關係，即能以其分析結果進行事實上因果關係之推定或認定。

總結來說，本文認為就疫學方法的本質來看，必須為集團現象方能進行疫學因果關係之判斷，故上述意見對於這一點之看法並無不同，即若醫療事故個案中之事實不具集團性，應不適用疫學因果關係理論。再者，當滿足集團現象後，接著要問的是，個案之因果歷程是否在科學上已能清楚說明？如果已有合理之經驗法則足供判斷，原則上無適用疫學因果關係之必要，除非其為複雜的因果歷程導致現存經驗法則難以適用。如果沒有可供判斷的經驗法則存在，即應適用疫學因果關係，判斷出個案中最有可能為原因之因子為何。在此需附言者為，本文之集團現象並非指集團訴訟，而係指有許多人發生和個案原告相同之情形，於訴訟提起之形式上，為單獨起訴或共同起訴，均無不可。

<sup>176</sup> 林志六，前揭註 137，頁 52。

<sup>177</sup> 曾淑瑜，「醫療過失與因果關係（下）」，頁 645-646，翰蘆圖書出版有限公司，1998 年 7 月。

在實際操作上，本文以疫學四原則為例，試述如下：第一，該醫療過失行爲係於病患傷亡結果發生前的一定時間前予以作用；第二，該醫療過失行爲的程度顯著，使該病患具有因而導致傷亡的高發生率；第三，若除去該醫療過失行爲，則病患發生傷亡結果的案例或機率因而降低減少；第四，該醫療過失行爲的原因作用在醫學上說明並無矛盾。以日本千葉傷寒事件為例，該事件發生於日本千葉大學附屬醫院，因不明原因造成六十多人罹患傷寒及赤痢，經過疫學調查，始於各種可能原因之中鎖定爲 A 醫師之行爲，而在對 A 醫師進行訪問調查後，便不再發生類似病例，因此 A 醫師遭檢察官以傷害罪名起訴。由於唯一之證據爲醫師之自白，故第一審法院以「罪疑唯輕」原則判決無罪<sup>178</sup>；而二審法院則認爲：「經疫學證明的因果關係，即使在要求嚴格的刑事裁判，應將其作爲有力的情況證據加以活用。在依種種客觀事實、證據認爲經疫學證明的因果關係應爲合理時，當認爲已滿足刑事裁判對證明之要求，成立刑法上之因果關係<sup>179</sup>。」該判決並經最高法院予以支持<sup>180</sup>。本判決符合前揭集團現象之特徵，又傷寒及赤痢之發生機轉雖然在醫學上已非常明確（係細菌感染所造成），惟其感染源爲何難以判定，而需使用疫學手法找出最可能的感染源。本案雖爲刑事裁判，但是本文認爲於醫療民事責任之認定上，亦可供參考。

與千葉傷寒事件類似之我國案例爲台灣高等法院 91 年上更（二）字第 513 號刑事判決，其事實略爲：榮總醫院引進新的電腦斷層攝影機，其注射顯影劑係採機器自動注射之方式，其注射機之導管與注射筒的使用規範規定，每使用一次即應更換丟棄。但該醫院並未遵守該使用規範，而是每半天才更換一次。於 84 年間，有一病患自非洲返國，有忽冷忽熱及黃疸病情（事後證實其感染瘧疾），在爲其注射顯影劑及完成電腦斷層檢查後，醫師並未更換導管與注射筒，繼續爲後面六名病患注射顯影劑，該六名病患均感染瘧疾，其中四人死亡。本案法院著重於討論

<sup>178</sup> 千葉地判昭和 48 年 4 月 20 日。

<sup>179</sup> 東京高判昭和 51 年 4 月 30 日。

<sup>180</sup> 最決昭和 57 年 5 月 25 日，判時 1046 号 15 頁。

檢查醫師、該部門之主治醫師及主任是否有過失之議題，就因果關係部份，則認為：「被害人張文強、周增森、周銘生、徐在、黃李琇、吳志勳等六人，因在臺北榮民總醫院，接續於在非洲奈及利亞感染瘧疾返國之病患李春風之後，使用同一套注射器材注射顯影劑，接受電腦斷層掃描檢查，致感染瘧疾，其中周增森、周銘生、徐在、吳志勳等四人因而不治死亡，張文強、黃李琇因之影響身體健康一節，有被害人病歷表、死亡證明書在卷可憑；又查因我國內近三十餘年來為瘧疾絕跡地區，從未發現本土病例，臺北榮民總醫院卻先後傳出周增森、周銘生、徐在、吳志勳、張文強、黃李琇等人未出國但感染瘧疾之個案，案發後臺北榮民總醫院為找出造成事故發生之原因，於八十四年十月三十日邀集國內專家學者深入研商檢討，其討論會會議紀錄之結論記載：『雖然無直接證據，但是根據流行病學資料顯示，可能是無法辨識血液回流污染顯影劑導致感染…』由上開報告顯示，上開被害人之死亡係因使用自動注射系統不當，注射系統及顯影劑遭受污染，致隨後受檢病患得到瘧疾而導致死亡，堪可認定。」本案是在發生了一集團現象（數人感染瘧疾並死亡）後，開始追查其原因。專家學者在使用疫學手法調查後，認為係因無法辨識血液回流污染顯影劑導致感染。而法院即依照該調查結果直接認定未遵守一人一套原則，使注射系統顯影劑遭受污染，與隨後受檢病患得到瘧疾而死亡間有因果關係。本文認為本案符合前揭集團現象之特徵，又瘧疾之發生機轉雖然在醫學上已非常明確（係瘧疾原蟲所造成），惟其感染源為何難以判定，而需使用疫學手法找出最可能的感染源。本文贊同法院以疫學方法認定因果關係存在，由其說明可知應是採取日本法上的同一視說或推定說（因為沒有提及被告對於因果關係是否有抗辯，故法院可能係因採同一視說即認定有因果關係，也可能係因推定有因果關係而被告無抗辯，即認定因果關係存在）。惟法院應在判斷標準及法律效果上作更清楚之說理。

最後呼應本文第二章第六節第一項所提及之台北地方法院 93 年醫字第 21 號民事判決，該案原告致病之確實原因雖然不明，符合前揭複雜因果歷程之特徵，



但是其並非屬於集團現象，而是一單獨個案，故無法適用疫學因果關係之手法認定或推定醫師診療行為與原告之損害間有因果關係。

## 第五項 本節小結

疫學是指研究人類疾病頻率的分佈與其決定因素的學問。其本身有一系列方法用以解釋疾病之致病機轉，亦即，建立原因（病因）與結果（疾病發生）之關係。其中，最有名的是所謂的疫學四原則。而疫學方法研究的對象，原則上須符合 1.大量的、集團的發生，2.自然科學上的機轉不明且欠缺相類似的前經驗。

法律學家試圖將疫學方法導入法學中，以便於經驗法則不存在或不清楚的案件，補充條件理論之不足，幫助個案中事實上因果關係存否之判斷。於法制發展上，美國法將過去疫學研究所得之資料當作是一種科學證據，並在其滿足關連性和信賴性時，承認其可用於裁判上，作為輔助陪審團認定個案事實上因果關係存否之工具。日本法則是在個案中，使用疫學四原則及其輔助原則，發現加害行為與損害間可認定為有疫學上因果關係時，在法律效果上，有同一視說、推定說及比例認定說之爭論，而以推定說為通說。我國實務之態度近似於同一視說或推定說，學說則以推定說為主，本文贊同之。

在醫療過失案件是否適合引用疫學因果關係理論？本文認為應區分兩個層次的問題來討論。如果是將過去已經存在之疫學資料（例如：某已知的病因，其發病率或致死率等）作為訴訟上證明事實上因果關係存在的證據，並無任何問題，在相關民事案件均可適用。除原被告可自行尋求專業機構提供鑑定意見外，法院亦可依民事訴訟法關於鑑定之規定，請求專家為鑑定人。並且，可參酌美國法要求之關連性與信賴性，由法官依其自由心證衡量該證據之證據能力與證據價值。

但是，若要適用其推論手法認定或推定具體醫療過失案件中之事實上因果關係存否，首先必須符合集團現象之要求，接著要問的是，個案之因果歷程是否在

科學上已能清楚說明？如果已有合理之經驗法則足供判斷，原則上無適用疫學因果關係之必要，除非其為複雜的因果歷程導致現存經驗法則難以適用。如果沒有可供判斷的經驗法則存在，即應適用疫學因果關係，判斷出個案中最有可能為原因之因子為何。在此需附言者為，本文之集團現象並非指集團訴訟，而係指有許多人發生和個案原告相同之情形，於訴訟提起之形式上，為單獨起訴或共同起訴，均無不可。

在實際操作上，本文以疫學四原則為例，試述如下：第一，該醫療過失行為係於病患傷亡結果發生前的一定時間前予以作用；第二，該醫療過失行為的程度顯著，使該病患具有因而導致傷亡的高發生率；第三，若除去該醫療過失行為，則病患發生傷亡結果的案例或機率因而降低減少；第四，該醫療過失行為的原因作用在醫學上說明並無矛盾。千葉傷寒事件與台灣高等法院 91 年上更（二）字第 513 號刑事判決均為引用疫學因果關係理論於具體醫療過失案件中之適例。



## 第二節 比例因果關係理論

### 第一項 全有全無原則

#### 第一款 原則之意義

在醫療訴訟中，原告想要獲得賠償必須證明被告醫師具有過失，且證明原告之損害是由醫師之過失行為所導致，例如原告要求醫師為其體內之發炎感染負責，他必須證明醫師在手術後忘了移除紗布，且遺留在體內之紗布造成發炎感染之現象。關於證明的程度，依據美國舉證責任之優勢證據原則（Proof by a preponderance of the evidence），必須達到可合理推知原告所主張事實存在的程度，美國法稱之為「more likely than not」，而該程度若以百分比表示，則指至少高於百分之五十的可能性，即當原告能證明因果關係存在之可能性大於不存在之可能性時，才能獲得賠償<sup>181</sup>。從而，當原告能夠成功舉證因果關係存在時，被告應就原告之損害負全部賠償責任，若舉證失敗，則原告必須承擔所有損害結果，亦即，對於因果關係之認定，是採取全有或全無（All or Nothing Rule）之判斷。此不單純是英美法侵權行為法上之原則，即使是在大陸法系的德國、日本或我國，在適用條件理論進行事實上因果關係存否之判斷時，所得到之結論也只能是「P 為 Q 之原因」或「P 非 Q 之原因」，而不會有「P 可能是 Q 之原因」的結果產生。這是因為在第一章所提到的，不論是醫療民事責任或一般民事責任，其歸責之基礎均包括因果關係之存在，如果被告之行為是原告損害之原因，才可能課與其損害賠償責任；如果被告之行為不是原告損害之原因，當然沒有賠償責任之問題，以因果關係為責任成立的要件之一來探討原告能否求償時，自然不是全有，就是全無。

#### 第二款 原則之批評

侵權行為法之機能主要為：（一）損害填補（Compensation），（二）矯正正義

<sup>181</sup> Joseph. H. King, *The Law of Medical Malpractice in a Nutshell*, 192-194, West Publishing (1977).

(Corrective justice)，(三) 嚇阻預防 (Deterrence)。在我國，損害填補以回復原狀為原則，賠償內容包括財產上及非財產上損害，並以金錢賠償為主<sup>182</sup>；而損害移轉及分散降低了被害人單獨承擔風險的痛苦與成本，現代社會常以各種保險輔助達成該功能<sup>183</sup>；嚇阻預防則是透過賠償責任的課予，達到避免行為人侵害他人權利之目的<sup>184</sup>。而對全有全無原則之批評，主要是從其無法完全滿足侵權行為法之目的而出發。

首先，在損害填補機能上，當因果關係處於不明確狀態時，若原告舉證有百分之五十一以上的可能性其損害是由被告造成，而因果關係實際上並不存在時，原告可能受到過度補償 (over-compensated)；或者，當原告無法成功舉證，但事實上傷害的確是被告所造成時，原告將受不足賠償 (under-compensated)<sup>185</sup>。

再者，從法律經濟分析的角度出發，當行為人知道其必須為其所造成之損害負責，而防範損害發生的成本甚低時，行為人會選擇從事對其最有利益及效率的行為，亦即，採取預防損害發生之措施或是不從事該行為，此時即達成侵權行為法上之嚇阻預防機能<sup>186</sup>。然而在因果關係之判斷採取全有全無原則時，當原告所提出之證據無法達到優勢證據原則之標準，被告即無須對原告之損害負責，此時，就算被告知道其行為有可能對他人造成損害，也無法產生被告預防之動機，因此有學者認為全有全無原則無法達到侵權行為法嚇阻預防之機能；然而，若原告證

<sup>182</sup> 參閱 王澤鑑，〈損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉，月旦法學雜誌第 123 期，頁 207-219，2005 年 8 月。

<sup>183</sup> Kenneth S. Abraham & Lance Liebman, *Private Insurance, Social Insurance, and Tort Reform: Toward A New Vision of Compensation for Illness and Injury*, 93 Colum. L. Rev. 75, at 85-92, (January, 1993).

<sup>184</sup> 關於嚇阻預防功能，討論較多者為懲罰性賠償金之問題，可參閱 陳聰富，〈美國懲罰性賠償金制度〉，收錄於氏著「侵權歸責原則與損害賠償」，頁 259-324，元照出版有限公司，2004 年；陳聰富、陳忠五、沈冠伶、許士宦，「美國懲罰性賠償金判決之承認及執行」，學林文化事業有限公司，2000 年。

<sup>185</sup> John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N. C. L. Rev. 1063, 1073 (1989).

<sup>186</sup> 根據漢德公式，B 代表行為之利益，P 代表損害發生之機率，L 代表損害總額，行為人必須選擇  $B > P \times L$  才符合行為人及社會全體利益，若其從事  $B < P \times L$  之行為，則會被認為具有過失且需為其發生之損害負責。關於法律經濟分析的詳細介紹，可參閱 Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and economics 4th ed*, Pearson/Addison Wesley, (2004).

明因果關係存在之可能性大於不存在之可能性時，被告需負全部責任，假如事實上被告行為並非原告損害之發生原因，全有全無原則產生了過分嚇阻的效果，而導致無效率的結果產生<sup>187</sup>。

### 第三款 本項小結

基於以上對全有全無原則適用於因果關係判斷的缺失，學說上開始出現不同之聲音，有主張以比例認定因果關係者；亦有另闢蹊徑，不從因果關係之問題著手，而從損害估算上尋求比例分配之可能，以下將先介紹美國、歐陸法及日本對比例因果之討論，而於下一節說明重新思考損害定義的機會喪失理論。

## 第二項 比例因果關係之理論基礎及應用

### 第一款 以可能性為比例認定

Makdisi 教授認為，比例因果關係比傳統的全有全無原則更能發揮嚇阻預防的機能<sup>188</sup>，此外，就矯正正義的目的而言，行為人僅就其行為引發的損害負責，始

<sup>187</sup> 舉例來說，一名核能電廠老闆使用 Y 產程每天比 Z 產程便宜 100 元，但也使員工罹患癌症風險從每天 0.004% 增加到 0.006%（增加了 0.002%），假設每名員工罹患癌症之損害為 \$ 100000，共有 100 名員工，而 Y 產程所造成的癌症可以跟其他癌症作區別，Z 產程不會造成癌症。則  $100(B) < 0.002\% (P) \times 100000 \times 100 (L) \rightarrow \$100 < 200$ ，則老闆不會選擇 Y 產程。

假設一、Y 產程所導致的癌症與其他原因造成的癌症無法區別，並且知悉不論員工罹患何種類型的癌症，有三分之一是 Y 產程所造成，因而罹癌員工僅能證明有三分之一的可能性是 Y 產程導致其罹癌，依據全有全無原則，老闆不需負任何責任。如此一來，老闆將會被鼓勵選擇使用 Y 產程，因為他不需要對 Y 產程可能造成員工罹癌的損害負責。

假設二、Y 產程每天比 Z 產程便宜 600 元，但也增加每天 0.005% 的員工罹患癌症風險，員工人數與罹癌損害同上，則使用 Y 產程並無過失，因為  $600 (B) > 0.005\% (P) \times 100000 \times 100 (L) \rightarrow \$600 > 500$ ，同樣地，Y 產程所導致的癌症與其他原因造成的癌症無法區別，而有員工罹癌有九分之五的可能是 Y 產程造成，因為該比例大於 50%，依據全有全無原則會認為 Y 產程與員工罹癌間的因果關係存在，而應由老闆負起責任。在此種情形下，假設採取無過失責任時，老闆會選擇 Z 產程，因為 Z 產程雖然比 Y 產程貴 600 元，但是 Y 產程會產生 900 元的損害（ $0.009\% \times 100000 \times 100$ ），此時，不但對行為人產生過分苛責的效果（要求行為人對不是其行為產生的損害負責），也對社會產生一個淨損害。John Makdisi, *supra* note 185, at 1069-1071.

<sup>188</sup> 承續註 187 假設一之例，若採比例因果關係加以認定，老闆依三分之一的比例對每一位罹癌員工之損害負責，數額為 \$ 100000 的三分之一（\$ 33333），因為發生機率為 0.006%，共有 100 名員工，故每天成本為 \$ 200。如此一來，老闆將會選擇產程 Z，因為它雖然比產程 Y 貴 100 元，但是它不會產生使員工罹癌的損害賠償責任。承續假設二之例，以比例因果關係加以計算，老闆依九分之五的比例對每一位罹癌員工之損害負責，數額為 \$ 100000 的九分之五（\$ 55556），因為發生機率為 0.009%，共有 100 名員工，故每天成本為 \$ 500。X 老闆將被鼓勵選擇 Y 產程，因為其成本低於 Z 產程的 600 元，使用比例因果關係，可以讓行為人作出對自己及社會最佳的決策。*Id.* at 1071.

符合此項目的。例如，因被告行為引起一百件損害，雖然該行為是否確實引起上述一百件損害的任何一件，無法確定，但每一件損害係因該行為導致的可能性為百分之五十，換言之，對於其中五十件損害，被告行為的確具有原因力，但對於其他五十件損害，被告行為與之無關。依據全有全無原則，即使被告確實引起其中五十件損害，但其對全部損害均無須負責，此時會發生原告無法獲得賠償之不公平情形。相反地，若依據比例因果關係理論，任何原告均可獲得百分之五十的損害賠償，全部賠償數額與被告應負責任完全相同，雖然仍會有某些原告受不足賠償或是損害非被告引起而受過度賠償之情形，但是至少就被告立場來說，其對自己行為所引發之損害已經全部負責<sup>189</sup>。

Makdisi 教授進一步強調，全有全無原則係以證據證明因果關係事實上存在，而不是因果關係的可能性，然而該原則忽略了對法官來說，即使必須於判決中對因果關係存否一事作明確的宣示，在其心中可能仍殘存某程度之懷疑。因此，比例因果關係僅就因果關係存在的「可能性比例」加以證明，而無須證明因果關係確屬存在，從而法院依據證據所需判斷者，並非因果關係是否存在，而是因果關係存在的「可能性」為何。舉例來說，假設有五人向馬路投擲石塊，其中一塊擊中路人使其受傷，但無法知悉是誰投擲的石塊擊中路人，依據全有全無原則，無人應對路人的損害負責，但是依據現行侵權行為法規定，所有五人視為一體，對路人之損害負責，各自負擔比例為百分之二十<sup>190</sup>；假設若僅有一人投擲石塊，同時有四塊石頭自懸崖上滑落，導致路人受傷，依據全有全無原則及現行法，被告無需為其過失行為負責，因為原告無法證明因果關係存在。但是比較兩例可發現，兩例被告之行為是相同的，因此被告對其不法行為引起的百分之二十的損害可能性，應依其比例負賠償責任<sup>191</sup>。應用其學說為判決理由之代表性案例為英國 *Hoston* 案之第一審法院見解<sup>192</sup>。

<sup>189</sup> *Id.* at 1073-1074.

<sup>190</sup> 此案例在我國則可依民法第一八五條第一項後段解決之。

<sup>191</sup> John Makdisi, *supra* note 185, at 1080-1081.

<sup>192</sup> 參閱本章第三節第二項第二款之說明。

然而，有學者從「可能性之矛盾（Probability paradox）」觀點批評以可能性對因果關係進行比例認定的說法，針對嚇阻預防之機能，其舉出下列說明：在兩名獵人同時向被害人開槍，導致其失明的例子中，由於不知道是誰的子彈擊傷原告，任一獵人是真正侵權行為人的可能性為百分之五十；如果是有十名獵人的情況，可能性為百分之十；如果是一百名獵人，可能性變為百分之一，依據比例因果關係，則被告之責任分別為百分之五十、百分之十及百分之一。但是，被告責任之變動是因為可能性乃一相對之概念，而非因為其行為在一小型狩獵團體中比在一大型團體來得更加危險，被告子彈會擊傷原告之危險可能受到被告槍法、槍枝及子彈種類、被告與原告之距離等因素之影響，而我們無法知悉危險是因為缺乏與上述因素相關的資訊，只好以獵人（潛在加害人）的數量作為責任分配之依據，因為可能性是相對的概念，其造成的不良結果為：促使被告小心謹慎的誘因將隨著情況變得更加危險（潛在加害人數量增加）而逐漸降低（因果關係之比例下降，賠償額亦下降），雖然被告之行為並未變得較不危險<sup>193</sup>。

但是本文認為，姑且不論此例在我國可依連帶責任加以解決，而僅就全有全無原則及比例因果關係兩種解決方式加以比較，如同上述，比例因果關係可能會導致在被告本身製造之風險不變，而造成損害發生原因為複數之情形，被告之責任反而降低，不符合嚇阻預防之原則。但是，同樣的例子以全有全無原則加以檢視會發現，被告無須負任何責任，因為未滿足可能性需達於百分之五十一以上之要求，相較之下，雖然依可能性認定因果關係之比例有其缺陷存在，但仍無法否定其比全有全無原則更發揮嚇阻預防之機能。

除了從侵權行為法之機能進行論述外，亦有以選擇性因果關係涉及多數侵權行為人的問題為基礎，延伸討論涉及被害人自身因素案例中比例因果關係的適用。以往該問題之解決可能採取舉證責任倒置（例如：*Summer v. Tice*）或連帶責

---

<sup>193</sup> David A. Fischer, *Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox*, 46 Vand. L. Rev. 1201, at 1209-1210 (1993).

任之立法（如我國），奧地利同於我國，亦是採取連帶責任之立法方式。奧地利學者 F.Bydlinski 認為§1302ABGB 原本所規範的是有兩個或兩個以上之侵權行為人，皆從事危險行為，但不能知悉誰為真正加害人之情況，要求其負連帶責任，換句話說，所有人都是因為潛在的（potential）、可能的因果關係而被要求負責，因為只有其中一個人是真正的加害人。同樣地，當在加害人與被害人雙方之間，有可能但不確定加害人是否造成被害人之損害時，如果另一個可能因素存在於被害人自身領域內，則損害應由雙方共同承擔。而承擔之範圍則是類推適用與有過失的概念，以該原因促成結果發生的可能性大小作為責任之比例，因為用降低或轉換舉證責任的方法使加害人承擔所有風險並不公平，相反地，在有相當顯著的可能性（significant probability）損害是由加害人造成時，使被害人自行承受損害亦不應該。因此，如果一位病患在治療過程中受到傷害，而並不清楚是病患自身原有的病症或醫師的過失所造成的，雙方應共同承擔該不確定之風險<sup>194</sup>。

奧地利最高法院先是於 Oberster Gerichtshof, 4 June 1993, 乙案，適用 F.Bydlinski 之理論，該案事實略為：原告在酒館攻擊被告及其一名朋友，當被告及其朋友前往另一家酒館時，原告跟隨他們並再次攻擊他們。被告為了幫助他的朋友，擋在其朋友前面，並遭原告毆打，後來被告開始反擊，原告因而昏迷，但是被告並未停止，仍繼續毆打原告，原告傷勢嚴重，但是無法證明其傷勢是因為被告哪一階段的攻擊所導致。最高法院認為：被告第一次的反擊可被認為是正當防衛，被告無需因其正當防衛之行為負任何責任，但是在原告昏迷後對原告的毆打即為侵權行為，被告需就此部份之損害負責（不過互毆行為是原告所挑起，故原告需負與有過失之責）。法院面對的是一個特殊的選擇性因果關係問題，以往都是有多數加害人，但不知誰為真正加害者；此例為單一加害人，不過部份加害行為應歸咎於被害人自身。最後法院認為，因為每一個可能導致損害的因素比例不明確，如果原告未引起該互毆，原告和被告應該各自承擔一半的損害，但是既然其已引起，

<sup>194</sup> Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), *supra* note 39, at 396-397, 437.



則需負百分之五十的與有過失責任，因此被告對原告之損害應負四分之一的責任

<sup>195</sup>。

其後奧地利法院在 Oberster Gerichtshof, 7 November 1995, 乙案，將 F.Bydlinski 之理論用於醫療訴訟中，本案事實略為：原告因出生時腦部缺氧，留有心智發展遲緩及眼盲之後遺症，造成缺氧之可能原因有二：1. 母親胎盤不健全及 2. 雙重臍帶纏繞。若原因為前者，可因原告之母在生產前持續於醫院住院照護而避免，而原告之母於生產前 12 天住院，生產前 2 天醫師在有胎盤不健全之徵狀下准許其出院。奧地利最高法院認為：醫師在原告之母有胎盤不健全之徵狀下准許其出院，顯有過失，就因果關係部份，原告無法舉證證明其損害為醫師之過失行為所導致，在這種被告行為是一可能原因，而另一可能原因屬於原告本身之因素（臍帶纏繞）的情形，由於無法決定何者為真正原因，應由雙方各承擔一半之責任<sup>196</sup>。

至此可以了解，奧地利法院在涉及多數原因均可能造成損害結果，其中部份原因來自被害人自身，且無法判定何者為真正原因時，會以該原因促成結果發生的可能性大小作為責任之比例，若可能性大小無法判定，則是以平均之方式決定。與前述 Makdisi 教授理論不同之處在於，Makdisi 教授主張全面廢棄全有全無理論，在所有案件中均採比例因果關係認定，而奧地利法院則較為謹慎地限縮比例因果關係的適用範圍，並且被告的比例因果關係不能夠建立在可能性相當小的情形，如同前述，必須是被告行為有相當高之可能性造成原告之損害，才有比例因果及部份責任之適用。

此外，PETL3:103.(1)規定：在多方行為的情況下，若任一方獨自的行為都可能足以造成損害，但事實上並不明確哪一方的行為造成此損失，則每一方的行為依據其可能造成被害人損失的可能性來判定其作為造成被害人損失的原因的程度<sup>197</sup>。PETL3:106.規定：若損害可能由被害人範圍內的活動、行為或其他情況造成，

<sup>195</sup> 8 Ob 608/92.

<sup>196</sup> 4Ob 554/95.

<sup>197</sup> Art. 3:103. Alternative causes :(1) In case of multiple activities, where each of them alone would have

被害人應承擔該活動、行為或其他情況造成損害的可能性相對應的損失<sup>198</sup>。雖然在目前歐陸各國的審判實務上，採取比例因果關係的國家是少之又少<sup>199</sup>，但是從PETL可以看出，在歐洲侵權行為法整合過程中，各國學者也慢慢趨向於在某些情形下，因果關係應採比例認定之看法，相信這樣的思潮在不久地將來會逐漸去影響各國的裁判實務及法學觀念。

## 第二款 以貢獻度為比例認定

日本法上，亦不乏主張比例因果關係之學說，其發展之契機是源自於對原因競合事例（包括 1. 被害者自身因素與加害行為結合，造成損害發生或擴大，2. 加害行為與自然力競合而使損害發生，3. 複數加害行為。）的解決，其中之代表為野村好弘教授，其提出以貢獻度決定比例之學說，並認為：向來均以條件理論判斷事實上因果關係之存否，但也有許多無法適用條件理論判斷的例子，此時，以行為人之行為是否係產生結果之重要因素的實質因素說即發揮補充條件理論之機能。比較兩說後會發現，實質因素說才是合理的判斷標準，亦即，事實因果關係之存否應以「該當原因對結果發生有何種程度之貢獻」，而從量的程度來加以把握<sup>200</sup>。

---

been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.

<sup>198</sup> Art. 3:106. Uncertain causes within the victim's sphere :The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.關於條文之解釋，可參閱注釋書 European Group on Tort Law, *Principles of European tort law : text and commentary*, SpringerWienNewYork, (2005).

<sup>199</sup> 除了本文所已提及的奧地利裁判外，僅有荷蘭曾出現類似判決，例如：Kantongerecht Middelburg, 1 February 1999 NJkort 1999, 35，事實略為：A 在港口工作，暴露於充滿石棉的環境中約 35 fibre years(一種表示暴露量的單位)，A 自己本身從 17 歲開始每天抽 20 根煙，最後死於肺癌。本案之爭點在於：損害是由何一原因所引起？法院認為：暴露於石棉與抽煙這兩件事都會造成肺癌，且在本案結合在一起增加 A 罹癌的風險，根據專家證言，暴露於充滿石棉的環境中約 35 fibre years 造成 A 罹癌的機率是 26%，故本案中，暴露於石棉與抽煙皆與原告罹癌死亡間有因果關係，而暴露於石棉的所佔比例依其量化後的數據為 26%，抽煙所佔的比例則未量化，由於沒有其他可能原因被提出，法院認定 A 之僱用人應負之責任為 26%。本案之思考邏輯為，雖然因果關係無法明確建立，但是被告行為造成被害人損失的可能性可以確定，而原告自身行為造成其損失的可能性無法知悉，則被告即依該可能性負責。但是荷蘭法院在其他案件均堅守全有全無原則，這樣令人費解的區分，也遭受相當多的批評。Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), *supra* note 39, at 437-438.

<sup>200</sup> 參閱 野村好弘，〈自動車事故における因果關係の認定〉，交通民集一卷索引・解説号，頁 223，1969 年。

此處的貢獻度，是參考科學上的知識並以法的價值判斷或政策考量為核心<sup>201</sup>。而日本傳統的因果關係理論則是，在事實的因果關係以「若無則不」法則加以考慮，採取全有或全無之判定，接著，再加入法律因果關係之議論，檢討保護範圍和金錢評價之問題<sup>202</sup>。因此，比例的因果關係將事實面及法律面的因果關係一同考量，而與分別評價的傳統因果關係理論不同。另外，在舉證責任上，傳統因果關係理論要求以高度蓋然性證明事實因果關係之存否，但是比例的因果關係理論是要求以高度蓋然性證明貢獻度之存否<sup>203</sup>。亦有論者是從對相當因果關係理論之再評價出發，提出理由如下：相當因果關係理論可分為兩個層次，即事實上因果關係及相當性的判斷，在相當性的判斷上，有時也會考慮被害人的自身因素、損害的性質、種類、程度等；並且，相當性的判斷本身與比例的認定並非互斥，毋寧是有部份的共通性；再者，以相當性為基準進行因果關係判斷和損害賠償額算定之雙方面的判斷，此點亦近似於比例因果關係論。因此，相當因果關係中的相當性基準，可以用對於結果的貢獻度，即 **Substantial factor** 來加以考慮，於此可以求得貢獻度論的起源<sup>204</sup>。



<sup>201</sup> 參閱 野村好弘，〈イタイイタイ病〉，別冊ジュリスト 126 号，頁 57，1994 年。

<sup>202</sup> 參閱 平井宜雄，「損害賠償法の理論」，頁 135 以下，東京大学出版会，1971 年初版。

<sup>203</sup> 日本最高裁昭和 50 年（1975 年）10 月 24 日第二小法庭判決（ルンバール判決）指出：「訴訟上，因果關係之立證並非一點疑義也不允許的自然科學的證明，而是依照經驗法則綜合檢討全部證據，證明肯認特定事實導致特定結果發生之關係的高度蓋然性，其判定，以通常人不致懷疑地抱持真實性的確信為必要，而且，以此為已足。」此判決成為日本日後對證明度要求之代表見解，一般認為，自然科學的證明度約 95%-100%，高度蓋然性約 70%-80%。參閱 野村好弘，〈確率的（割合的）因果關係論〉，判タ 782 号，頁 53，1992 年 6 月。

<sup>204</sup> 參閱 小賀野晶一，〈割合的因果關係論-議論の沿革と判例における割合的判断の定着〉，判タ 847 号，頁 61，1994 年 8 月。

【表 3-1】日本學界中因果關係論之態樣<sup>205</sup>

法理論	目的：公正賠償的實現	
因果關係論的座標系	傳統的因果關係理論	比例的因果關係理論
實體(事實的因果關係)	有(100%)或無(0%)	貢獻度(比例)
程序(證明的程度)	關於 100%需高度之蓋然性	關於貢獻度需高度之蓋然性

茲以【表 3-1】說明日本法上傳統的因果關係理論與以貢獻度為比例認定的因果關係理論之不同。首先，在因果關係認定上，傳統理論是採取全有全無之判斷，而比例因果關係則是以貢獻度大小對因果關係進行比例認定。而關於證明的對象，前者係證明「因果關係 100%存在」，後者則是證明「貢獻度」，至於證明度的部份，兩說均表示必須達到高度蓋然性，法官才能認定原告已經舉證成功。

日本實務則於下述案例中適用以貢獻度為比例認定的因果關係理論。

#### 一、交通事故與被害人自身原因之競合<sup>206</sup>

1. 東京高裁平成 3 年 2 月 27 日判決：考慮被害人罹患特異疾病等體質的因素，關於頸髓症的發作，交通事故的貢獻度為百分之四十<sup>207</sup>。

#### 二、公害案件

1. 川崎訴訟橫濱地裁川崎支部平成 6 年 1 月 25 日判決：雖然肯認被告 12 家企業的共同侵權責任，考量其對於空氣污染及因而導致被害人疾病的貢獻度，被告與其他污染源之間應負分割責任<sup>208</sup>。
2. 倉敷訴訟岡山地裁平成 6 年 3 月 23 日判決：雖然肯認被告 8 家企業的共同侵權責任，然而被告應僅就其污染範圍負侵權行為責任，本案應認被告之責

<sup>205</sup> 同前註，頁 59。

<sup>206</sup> 在此類型的案例中，日本實務亦有採「蛋頭殼蓋骨」理論而令加害人負擔全部賠償責任之判決，例如：東京地裁平成元年 9 月 7 日判決，判夕 729 号 191 頁，判時 1342 号 83 頁；奈良地裁葛成支部平成 4 年 3 月 19 日判決，判夕 796 号 197 頁。

<sup>207</sup> 判時 1386 号 98 頁。

<sup>208</sup> 判時 1481 号 19 頁。

任範圍為百分之八十。

### 三、職業病或勞動災害

1.三菱重工神戶造船所訴訟最高裁平成3年4月11日判決：被害人於被告經營之造船廠內，因暴露於噪音環境中，產生聽力減損。法院以將各個被害人聽力減損之值減去一般日本人因年齡增加聽力減損之平均值，以相減後之數值來判斷暴露於噪音環境中對於聽力減損的貢獻度，並以該貢獻度決定因果關係之比例及損害賠償之數額<sup>209</sup>。

本說在提出後，也面臨許多的批評：一、限於事實的因果關係存在，始有負賠償責任之可能為一般的原則，貢獻度應是在損害的金錢評價（損害賠償）層次所考慮的問題，本說將貢獻度放在事實的因果關係層次加以討論，賦予損害賠償數額減少之機能是混淆了因果關係的概念。毋寧，將之視為金錢評價之問題可以避免因果關係認定浮濫、迴避被告藉由主張比例認定，而花費過多時間在求得比例上導致訴訟遲延之問題，並且，可藉由在金錢評價層面類推適用過失相抵之規定發揮法官的裁量空間<sup>210</sup>。對此批評，野村教授認為傳統的因果關係和比例因果關係是立基於不同的前提，因此該批評並不恰當<sup>211</sup>。但是究竟有何不同？卻未見更詳細之論述，而留有疑問。二、在發生原因競合的事例時，認定每一歸責原因的貢獻度有其困難<sup>212</sup>。這的確是任何一個採比例認定的學說都共同會遭遇到的問題。然而，最重要的是，從結果來看，依貢獻度認定因果關係之比例，已不再是事實層次的問題，而是法律評價的問題，應當在法律評價、政策決定層次求其解決<sup>213</sup>。

<sup>209</sup> 判タ 759 号 95 頁，判時 1391 号 5 頁。

<sup>210</sup> 參閱 平井宜雄，〈因果關係論〉，收錄於 有泉亨監修，「現代損害賠償法講座 1」頁 110，日本評論社，1972 年。

<sup>211</sup> 參閱 野村好弘，〈因果關係の本質-寄与度に基づく割合的因果關係論〉，收錄於「交通事故損害賠償の法理と実務」頁 76-77 以下，株式会社ぎょうせい，1984 年。

<sup>212</sup> 能見善久，〈共同不法行為責任の基礎的考察（三）〉，法学協會雜誌 95 卷 3 号，頁 507 以下，1978 年。

<sup>213</sup> 窪田充見，「過失相殺の法理」，頁 111 以下，有斐閣，1994。

### 第三款 以法官的心證為比例認定

此說在日本稱之為「確率的心證論」，國內有學者將之譯為「依心證度比例決定損害額」<sup>214</sup>，亦有稱為「依法官具體心證而為比例認定說」<sup>215</sup>。該學說是由日本學者倉田卓次所倡導，並具體落實於其擔任審判長之東京地判昭和 45 年 6 月 29 日判決中<sup>216</sup>，判決事實略為：原告受被告開車撞擊，導致頸椎受傷，必須接受醫院復健治療，留有下肢無法運動、終生無法步行等後遺症；被告則抗辯原告之後遺症係因原告本身患有歇斯底里宿疾所引起，否認後遺症與交通事故間有因果關係存在。系爭判決指出「……雖然肯定與否定之證據並列存在，然綜合檢討全部證據後仍僅能認定因果關係存在之可能性為百分之七十，此種情況，關於相當因果關係是否具備，法官應就其存否為抉擇時，原則上本應以百分之七十之肯定心證而於「全部肯定」或「全部否定」因果關係中選擇其一。但有鑑於本案損害賠償請求之特殊性質，本院採納第三種方法，亦即將損害額乘以百分之七十之比例後，以此計算所得之數額，使被告負擔損害賠償責任。當證據上可以容認之範圍有百分之七十時，將此擬制為百分之百肯定，將會使受害人多受不當利益，無異鼓吹「斷臂即中彩」，助長道德風險。與此相反，全部否定亦會不當使加害者受有利益，因而無寧說，僅承認損害額之百分之七十存在，方為正確作法。對應於證據上可肯定之相當因果關係比例為判斷，並有助於實現侵權行為損害賠償理念下公平分擔損害，本判決實係為實現個案正義所為之考量。」

本說之目的在於謀求合理算定損害賠償數額<sup>217</sup>，贊成此說者認為：一、真偽不明與證明責任之發生，二者間並無論理上的必然關係。二、關於損害賠償額之認定本身與非訟事件的處理有其相似性，心證度亦為法官裁量的一種型態，藉此

<sup>214</sup> 呂太郎，〈因果關係之比例與損害額〉，台灣本土法學雜誌第 33 期，頁 143，2002 年。

<sup>215</sup> 呂綺珍，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 119，2005 年。

<sup>216</sup> 判時 615 号，頁 38。

<sup>217</sup> 參閱 倉田卓次，〈逸失利益算定法への一疑問-新しい係數表の提案と確率的心證〉，ジュリスト 431 号特集「交通事故」，頁 220，1969 年；同作者，「民事実務と證明論」，頁 288-298，日本評論社，1987 年。

對因果關係為比例認定係可被容許的。

反對見解則認為：一、因果關係存否係屬過去事實之認定，在真偽不明之情形應由證明責任之分配來決定，這是民事訴訟法的基本原則，確率的心證論以法官心證之比例對原告請求為一部容認，違反民事訴訟法之基本原則。二、確率的心證是依存於個別事件中具體的證明狀態進行主觀的認定，欠缺判斷的安定性。三、確率的心證論不當地輕視審判的事實認定機能，並廣開法院輕易妥協於事實認定標準的大門<sup>218</sup>。

然而，本說的確提供了因果關係認定上，除了肯定、否定、真偽不明以外的第四種選擇，其擴大法官事實認定與判斷的裁量效用，是一值得關注之焦點，此外，本說之意義不僅限於在損害賠償訴訟可達到損害負擔調整之目的，與之相關連的證明責任論、證明論、事實認定論等都將受到影響與變動，值得加以發展及研究。

### 第三項 分析與檢討

#### 第一款 三種比例認定方法之比較

上述理論從結果面來看，都是對於因果關係進行比例認定，似無太大不同。然而，若從其獲得具體比例所採取的標準及其在說明理論時所舉的例子來看，則會發現其所希望解決的問題並不相同，而有其本質上的差異。

首先檢討以「可能性」進行比例認定的學說。Makdisi 教授主張，原告證明的對象為因果關係存在的「可能性比例」，而非因果關係確屬存在。其假設有一人投擲石塊，同時有四塊石頭自懸崖上滑落，導致路人受傷，若依據全有全無原則及現行法，被告無需為其過失行為負責，因為原告無法證明因果關係存在；但若依據其理論，此時被告對其不法行為引起的百分之二十的損害可能性，應依其比例

<sup>218</sup> 正反見解均可參閱 加藤新太郎，〈因果關係の割合的認定〉，判タ 633 号，頁 51，1987 年。

負賠償責任。上述舉例乃涉及選擇性因果關係之事例，其所謂因果關係存在的可能性比例，指的是「事實上因果關係」存在的可能性比例，。

接著看奧地利實務學說及歐洲侵權行為法原則的規定，其所設想解決的其實就是選擇性因果關係的問題。其將可能導致損害發生的原因區分為：1.純為被害人自身以外的原因與 2.被害人自身原因與外在原因並存。第一種情形係指多數侵權行為人，其個別行為均足以導致損害發生，但不知確切加害人是誰。目前奧地利法與我國法相同，以連帶責任解決事實上因果關係無法證明的問題。第二種情形則除非原告能證明損害發生係因外在原因所造成，否則在我國目前仍無法救濟，奧地利則發展出以各種原因造成損害之可能性認定其賠償之比例。而 PETL3:103.(1) 規定：在多方行為的情況下，若任一方獨自的行為都可能足以造成損害，但事實上並不明確哪一方的行為造成此損失，則每一方的行為依據其可能造成被害人損失的可能性來判定其作為造成被害人損失的原因的程度。PETL3:106.規定：若損害可能由被害人範圍內的活動、行為或其他情況造成，被害人應承擔該活動、行為或其他情況造成損害的可能性相對應的損失。其適用前提亦為此多方原因或被害人自身原因必須單獨足以導致損害發生，而由何一原因產生損害無法知悉。故可以了解其所要解決的是選擇性因果關係的問題，與 Makdisi 教授的主張相同，是以「事實上因果關係」存在的可能性比例決定被告之責任範圍。

所謂以「貢獻度」決定因果關係之比例，其理論之內容，是以行為人之行為是否係產生結果之重要因素的實質因素說為判斷標準，亦即，事實上因果關係之存否應以「該當原因對結果發生有何種程度之貢獻」，從量的程度來加以把握，而貢獻度之決定，則是參考科學上的知識並加上法的價值判斷或政策考量。再從其認為相當因果關係中的相當性基準，可以用對於結果的貢獻度來加以考慮，更足證本說混淆了事實上因果關係與法律上因果關係的功能。

另從本說適用之案例類型觀察之，在交通事故案件涉及原因競合（車禍與被



害人自身因素)之情形,以條件理論加以檢驗,事故本身與損害間有事實上因果關係,以貢獻度所決定的比例,其實是在法律上因果關係的層次作考量。而在公害案件使用貢獻度來認定比例因果關係的判決,其特色為排放污染物質的加害人數眾多,而僅部份加害人成為被告。法院一方面肯認被告間成立共同侵權行為,另一方面則認為被告與未成為被告之其他加害人間應負分割責任。從事實上因果關係來看,此類案件可能為雙重因果關係(兩個或兩個以上同時存在的原因導致損害結果發生,但其中任何一個原因均足以導致相同結果發生)或累積性因果關係(加害行為單獨不足以導致損害發生,但是結合後會導致損害發生)之情形,如為前者,學說認為應將之視為條件關係之例外,承認事實上因果關係存在,而其理由正是因為此時係採實質因素說,透過法律政策要求其負責<sup>219</sup>;如為後者,則每一加害人與損害間均有事實上因果關係,貢獻度的決定其實是法律上價值衡量的展現。最後,關於職業病的案件,與交通事故案件涉及原因競合相同,是在法律上因果關係的層次作考量。

從而,本說之矛盾在於,將法律上因果關係之問題皆置於事實上因果關係之層次進行討論,不但無法達成釐清問題之效果,反而給予法官在說理上可以含糊其詞的空間。因此,本文認為此說並不可採。然而,其認為相當因果關係中的相當性基準,可以用對於結果的貢獻度來加以考慮一事,則值得加以注意,亦即,若將本說加以修正,將「貢獻度」純粹用以解決法律上因果關係之問題,即判斷流程變成:先確認是否有事實上因果關係,於答案為肯定時,接著討論系爭個案中加害行為之貢獻度,而於法律上因果關係層次進行比例認定,似為較可採行之方法。

至於以法官心證度決定因果關係之比例,自然是從訴訟法上證明度之角度出

---

<sup>219</sup> 歐洲侵權行為法原則亦以條文規定此時有事實上因果關係。PETL3:102.: 如果存在多個活動,它們中每一個單獨地都可以同時引起損害,則每個活動都可被認定為受害人損害的原因。

Art. 3:102. Concurrent causes: In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage.

發，以原被告之舉證程度使法官形成心證度，而以該心證程度作為因果關係存在之比例。學者認為本說與以「貢獻度」決定因果關係比例之理論不同之處在於：本說乃法官心證未臻完全確信時所採之方法，性質上偏向以訴訟法之觀點處理；而後說則以法官認定原因對結果之貢獻度來決定損害額，為法官已有明確心證時所採之方法，偏向以實體法觀點處理，故性質上有所不同<sup>220</sup>。但是，由於法官形成心證之對象包含事實上及法律上因果關係，「法官確信事實上因果關係存在的可能性為百分之五十」與「法官有百分之五十的心證度認為事實上因果關係存在」，或是「法官確信法律上因果關係之貢獻度為百分之五十」與「法官有百分之五十的心證度認為法律上因果關係存在」，不過是同一現象以不同角度所做的描述，即使出發點不同，其適用結果卻是相同的。故本文認為所謂以法官心證度決定因果關係比例之說法，在概念上與其他兩說有所重疊，而無獨立為一種理論之必要。故於下述討論中，本文將著重於以「可能性」和「貢獻度」決定因果關係比例之理論。

綜上所述，基於全有全無原則適用於因果關係判斷時，在某些案例確會產生不合理之處，故有採取比例因果關係理論之必要。然而，在適用的範圍上，則必須為原因競合之事例，才能適用以「可能性」或「貢獻度」決定比例之因果關係理論。其原因在於：需有多數原因，才有因果關係無法判斷，而需在事實上因果關係，採行以「可能性」認定因果關係比例；或在法律上因果關係，以「貢獻度」認定因果關係比例之必要。

雖然我國實務及學說目前並不採納比例因果關係之說法，然而，本文認為比例因果關係確有其參考價值。特別是在醫療案件中，經常合併有原因競合及舉證困難之特色，更須以彈性之處理方式，才能達成當事人間之公平。下一款即嘗試以醫療訴訟中因果關係判斷困難之案例為題材，適用各種比例因果關係理論，藉以尋求較合理之解決方式。

---

<sup>220</sup> 呂太郎，前揭註 214，頁 145。

## 第二款 案例應用

### 第一目 多重原因促成損害結果發生

此處之多重原因指的是選擇性因果關係。多重原因案件為醫療訴訟常態之一，多半發生在原告自身之因素與醫師過失行為單獨皆可能引發損害，而不知究為何者所致，使得法院於事實上因果關係存否之判斷上發生困難。

我國案例如前述之高等法院 94 年醫上字第 5 號民事判決，其事實略為：原告出生時體重為 4070 公克，並有左臂神經叢病變。原告主張其傷害是生產牽引拉傷（肩難產）所發生，被告則抗辯：文獻報告中有將近二分之一臂神經叢麻痺的病例與肩難產無關，在臨床上是無法事先預告而避免。這類傷害在生產前，即在母親子宮中便已發生造成臂神經叢麻痺。本案爭點在於：臂神經叢麻痺之原因，一為肩難產（可用剖腹產的方式避免之），一為在母親體內即已發生（原告本身的因素，與被告醫師無關），而本件之原因為何，無法判斷。雖然原告提出長庚醫院之診斷證明書，主張係因肩難產導致左臂神經叢病變，但是法院認為該診斷證明書過於武斷，並不足採，且原告可能係在母體內即已發生左臂神經叢病變，故認定原告所受傷害與肩難產之因果關係不存在。

相較於我國法院之判斷，奧地利法院在類似判決中，則採用比例因果關係理論為判斷。在 Oberster Gerichtshof, 7 November 1995, 乙案，其事實略為：原告因出生時腦部缺氧，留有心智發展遲緩及眼盲之後遺症，造成缺氧之可能原因有二：1. 母親胎盤不健全及 2. 雙重臍帶纏繞。奧地利最高法院認為：醫師在原告之母有胎盤不健全之徵狀下准許其出院，顯有過失，就因果關係部份，原告無法舉證證明其損害為醫師之過失行為所導致，在這種被告行為是一可能原因，而另一可能原因屬於原告本身之因素（臍帶纏繞）的情形，在無法決定何者為真正原因時，應由雙方各承擔一半之責任。

本文認為，我國法院因為堅守全有全無原則，故原告必須能證明左臂神經叢病變一定係因肩難產所造成，才可能獲得勝訴。然而，本案原告之所以無法舉證成功，實係肇因於醫學知識與科技之有限性，任何人遭遇此問題，都同樣不可能順利舉證。倘若於本案轉換舉證責任，被告醫師同樣無法證明左臂神經叢病變必然係在母體內即已發生，而遭敗訴判決。因此，基於損害公平分配及嚇阻預防之理念，法院於本案應採取和奧地利法院相同之方法，以「可能性」判斷事實上因果關係存在之比例，作為決定被告責任之依據。

## 第二目 病患之特殊體質

關於病患特殊體質，我國實務曾認為對於因病患特殊體質而施用藥物所導致之傷亡，醫師施用藥物之行為與病患傷亡無因果關係。例如最高法院 82 年台上字第 3157 號刑事判決，其事實略為：病患因背部疼痛前往醫院就診，被告醫師認係因肌肉酸痛引起之背痛，而決定以 VOREN 注射液為之注射，以減輕其疼痛症狀。注射完畢約十分鐘許，病患因藥物過敏反應，心臟休克，急救無效後死亡。最高法院指出：「查曾乾元因係淋巴胸腺體質，在注射止痛劑時，特異體質反應死亡（意外），……其因特異體質反應發生猝死，屬無從預測之意外性不可抗力，非上訴人所能注意……行政院衛生署醫事審議委員會鑑定書鑑定意見二，亦記載醫師使用 VOREN 類藥物前，經詢問病患是否有藥物過敏病史之特異體質外，並無實際之測試方法以防引起過敏性反應。」

亦即，最高法院認為，使用 voren 藥物，除詢問病患是否有藥物過敏病史之特異體質外，別無其他檢測方法，如醫師無由得知病患身體狀況，縱病患因施打此類藥劑死亡，應認係無從預測之意外性不可抗力，不能認為醫師施打此類藥劑與病患死亡間有因果關係存在。然而本文認為此見解甚有疑問。先以條件理論對本案進行第一步判斷：若無醫師注射藥劑之行為，病患將不會產生藥物過敏反應甚至死亡，故事實上因果關係存在。接著，於法律上因果關係之決定，不論是基於英美法的合理可預見說，或是我國所採取的相當因果關係理論，原則上必須該損

害是被告行為合理可預見之結果，或是一般經驗法則認為通常是生此種結果，才會認為被告應負責任。由於通常情況下，難以期待被告可預見被害人有特殊體質，似應認為法律上因果關係不存在。惟比較法上之共同見解則認為此時應採取「蛋殼頭蓋骨」理論，即被害人之特殊體質對因果關係的成立不生影響。

實則，關於特殊體質之問題，主要係在法律上因果關係之層次進行考量，亦即，純為法律政策之問題。假使認為受害人應對自己特殊體質所增加之危險採取額外之注意，則會傾向認為法律上因果關係不存在，加害人無須負責；倘若認為特殊體質之人應如同一般健康正常人受到法律相同之保障，則會傾向認為法律上因果關係存在，加害人必須負責。惟即便是採取特殊體質不影響因果關係之原則，各國法院仍會以不同理由加以限制。例如，法國法院以被害人之特殊體質為不可抗力，而減輕加害人之賠償責任。瑞士法院則認為，被害人之特殊體質，為損害發生之與有原因，依據與有過失之規定，應減輕加害人之賠償責任<sup>221</sup>。我國學者亦有認為，當特殊體質之人，對於此種危險，未為必要的防範時，應認為其對損害的發生與有過失，而有民法第 217 條的適用<sup>222</sup>。

日本法上對於特殊體質與因果關係認定的問題，曾經以「貢獻度」決定因果關係比例之理論為解決之道<sup>223</sup>，後來亦有採取蛋殼頭蓋骨理論，令加害人負擔全部賠償責任之判決，惟目前審判實務上，在被害者特殊體質與加害行為結合，造成損害發生或擴大之情形，傾向採用類推適用過失相抵以減輕賠償額之處理方式<sup>224225</sup>。

比較以「貢獻度」認定因果關係比例或是類推適用過失相抵，其相同之處為

<sup>221</sup> 陳聰富，前揭註 27，頁 66。

<sup>222</sup> 王澤鑑，前揭註 6，頁 237。

<sup>223</sup> 參閱前揭註 85 及註 206-207 本文。

<sup>224</sup> 例如：最高裁昭和 63 年 4 月 21 日第 1 小法廷判決，判夕 667 号 99 頁、東京地裁平成元年 9 月 7 日，判時 1342 号 83 頁、最高判平成 8 年 10 月 29 日第 3 小法廷判決，民集 50 卷 9 号 2474 頁等。

<sup>225</sup> 中文資料可參閱 陳聰富，〈過失相抵之法理基礎及其適用範圍〉，台灣本土法學雜誌第 98 期，頁 96-101，2007 年 9 月。

加害人固然需為其侵權行為負損害賠償責任，但是若損害之發生或擴大與被害人之特殊體質有關，對加害人課予全部損害賠償責任，顯失公平。然就法律政策之觀點而言，以「貢獻度」認定因果關係比例，實乃部份宣示法院認為受害人應對自己特殊體質所增加之危險採取額外之注意，不符合侵權行為法之原則。且基於實用之觀點，亦需考量是否有必要另外創設以「貢獻度」認定因果關係比例之概念？就法律之解釋適用而言，應儘可能在現有規範內尋求合理的解決方式，於現有規範均無法解決問題時，才另行考慮創設例外之救濟方法。

故本文認為，關於特殊體質的問題，在決定損害賠償數額時，類推適用過失相抵能夠維持對特殊體質之人賦予如同一般健康正常人相同保障之理念，因其重點不在於被害人是否可歸責，而在於加害人行為之非難可能性或違法性降低，進而減輕其賠償責任，應為較值贊同之方法。最高法院 82 年台上字第 3157 號刑事判決中，被告醫師為病患施打藥物與病患死亡間有相當因果關係，至於被告醫師應否負責，乃是其是否有過失之問題，如無過失，當無責任可言；如有過失，在刑事上應負過失致死之責，於民事之賠償責任上，則應考量是否可類推適用過失相抵，減輕其賠償責任。

### **第三目 二重事故**

所謂二重事故，指的是被害人先發生 A 事故後，為補救 A 事故所造成之損害，而在補救過程中另發生 B 事故，於此需探討者為：前後事故之加害人應負如何之責任？

我國之相關判決為台北地方法院 89 年重訴字第 472 號民事判決。該案原告主張其於 87 年 4 月間前往被告台大醫院就診，由該院婦產科黃姓醫師為其進行子宮肌瘤切除手術，黃醫師於進行子宮肌瘤切除手術之過程中，其左側輸尿管遭黃醫師器械損傷，嗣由訴外人陳醫師為原告進行輸尿管手術，以資補救。然陳醫師關閉原告排尿管開關為原告進行顯影照相之後，竟殊未注意開啓排尿管開關，使原告尿液無法排出，顯影劑回流至左腎內而發生尿路敗血症，其等違反診療時應有

之注意義務，均有過失，造成原告左腎功能幾乎完全衰退而遭切除，因而請求被告台大醫院及黃醫師負損害賠償責任。惟針對訴外人陳醫師之行爲，原告未以陳醫師爲被告，而僅追究台大醫院之僱用人責任。

亦即，本案病人之最終損害（左腎切除）來自兩項原因：一爲黃醫師開刀損傷輸尿管（會造成輸尿管堵塞、排尿困難、腎水腫），二爲陳醫師進行補救措施時發生尿路敗血症。然法院對於陳醫師部份，以原告舉證不足予以駁回，故本案判決僅針對黃醫師之部分進行討論，尙無法得知我國法院對於醫療案件涉及二重事故之看法。

在日本法上，醫療案件涉及二重事故之討論則集中於交通事故和醫療過失之競合。其代表性的見解，約可分爲下列三種：

#### 一、全部賠償說

本說認爲交通事故和醫療過失加害者雙方成立共同侵權行爲，對被害人負連帶賠償責任。例如：最高裁平成 13 年 3 月 13 日第三小法廷判決<sup>226</sup>，其事實略爲：被害人 A 爲六歲兒童，於某日下午 3 時 40 分左右騎乘腳踏車經過十字路口時，未暫停觀察來車狀況，而遭計程車撞擊，後被送至被告 Y 醫院。被告 Y 醫院之院長 D 醫師爲被害人診治後，認爲只是頭部輕度外傷，X 光亦顯示上頭蓋骨沒有骨折，故僅交代 A 到學校不能上體育課，明天要再來看一次門診，即於同日下午 4 時 30 分讓 A 出院。A 於回家後出現嘔吐現象，並於同日晚間 11 時開始發燒、痙攣，緊急以救護車送至其他醫院，到院後於翌日凌晨 0 時 45 分死亡。解剖後發現 A 之死因爲頭蓋骨面線狀骨折造成硬膜動脈損傷產生之硬膜外血腫。而硬膜外血腫若能早期發現並除去的話，是預後良好的一種病症。故 A 的父母以 Y 醫院爲被告，請求損害賠償。

法院認爲：本件交通事故，雖然對 A 造成了可能致死的傷害，但是 A 被送至

<sup>226</sup> 民集 55 卷 2 号 328 頁，判時 1747 号 87 頁，判夕 1059 号 59 頁。

醫院後，若能接受適切的治療，應可救活。故本件交通事故和醫療過失共同導致 A 死亡此一不可分的結果，該當於日本民法第 719 條之共同侵權行為，而應負連帶賠償責任。

## 二、一部連帶責任說

其認為交通事故和醫療過失雖然可將之視為客觀共同關連行為，並且因為兩者所造成的損害難以區分，而將之解為不可分的一個損害，成立共同侵權行為，但是可以依據各別的過失行為對於全部損害的貢獻度而減輕其賠償責任或分割其責任。例如橫濱地判昭和 57 年 11 月 2 日判決<sup>227</sup>，法院即先認定駕駛人與醫師成立共同侵權行為，再從損害公平分擔之角度，認定駕駛人及醫師行為對損害之貢獻度，認定駕駛人應單獨負擔 20%，醫師單獨負擔 50%，剩下的 30% 由雙方負連帶責任。惟判決未清楚說明其所謂貢獻度係指過失程度、因果關係或其他因素，且一方面認為成立共同侵權行為，一方面卻又使其負部份責任，與向來的學說、判例顯不相容，故學者認為此說並不可採<sup>228</sup>。

## 三、分割責任說

本說認為二重事故不成立共同侵權行為，乃獨立之侵權行為發生競合，應對因果關係進行比例認定，並依該比例負責。例如浦和地裁川越之判昭和 60 年 1 月 17 日判決<sup>229</sup>，原告因車禍導致右腳受傷，入院治療後，醫師僅以繃帶包紮，未為其他處置或指示，造成原告右腳短縮、關節部背屈等後遺症。法院認為原告之後遺症是由交通事故和醫師過失所造成，綜合考量個案事實，應認醫師於因果關係之貢獻度為 20%。

上述三說以全部賠償說為通說，並為多數判決所採，原因在於該說最能達成

<sup>227</sup> 判時 1077 号 111 頁。

<sup>228</sup> 參閱 塩崎 勤，〈因果關係〉，收錄於 根本 久編，「裁判実務体系一七：医療過誤訴訟法」，頁 455，青林書院，1991 年。

<sup>229</sup> 判時 1147 号 125 頁。



被害人保護之目的。惟本文認為關於前後侵權行為發生競合之問題，應可依據事實不同做更細緻之區分。

首先，就共同侵權行為之成立而言，數人無意思聯絡，侵害他人權益，造成不同損害時，應認其個別依民法第 184 條負責，而不構成共同侵權行為；惟若數人無意思聯絡，侵害他人權益，造成相同損害時，依司法院例變字第一號所採之行為為共同說<sup>230</sup>，應構成共同侵權行為<sup>231</sup>。故應以損害可否區分作為切入點。

若交通事故產生之損害 D1 與醫療過失產生之損害 D2 可以區分，在 D1 部份，駕駛人應自行負責，與被告醫師無關。在 D2 部份，應視駕駛人過失行為與 D2 間因果關係有無加以決定，就事實上因果關係而言，若無交通事故，則不需送醫，更不會因而發生 D2 之損害，故條件關係存在；從法律上因果關係來看，則需判斷駕駛人對 D2 是否可得預見，是否構成因果關係中斷，如果中斷，駕駛人對 D2 無須負責，如果不中斷，駕駛人與醫師共同對 D2 負連帶責任。如果交通事故產生之損害 D1 與醫療過失產生之損害 D2 無法或難以區分，應認其為同一損害，駕駛人與醫師構成共同侵權行為（民法第 185 條第一項前段或後段均有可能）對被害人負連帶責任<sup>232</sup>。而於內部關係依民法第 280 條前段之規定，於其過失程度可得確定時，其賠償義務之分擔，依過失程度決定之，於過失程度無法確定時，則平均分擔其責任<sup>233</sup>。

由上述討論可知，關於二重事故，現行侵權行為法中之因果關係中斷及共同

<sup>230</sup> 司法院例變字第一號：「民事上之共同侵權行為，（狹義的共同侵權行為，即共同加害行為，下同）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為。最高法院五十五年台上字第一七九八號判例應予變更。至前大理院五年上字第一〇一二號及最高法院二十年上字第一九六〇號判例，則指各行為人既無意思聯絡，而其行為亦無關連共同者而言，自當別論。」

<sup>231</sup> 王澤鑑，〈司法院例變字第一號之檢討〉，收錄於氏著「民法學說與判例研究（第三冊）」，頁 4，作者自行出版，1996 年 10 月。

<sup>232</sup> 日本法之相關學說介紹，可參閱 大塚 直，〈原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察〉，收錄於平井宜雄、加藤雅信等編，「日本民法学の形成と課題（下）」，頁 862-864，有斐閣，1996 年。

<sup>233</sup> 王澤鑑，〈連帶侵權責任與內部求償關係〉，收錄於氏著「民法學說與判例研究（第三冊）」，頁 288，作者自行出版，1996 年 10 月。

侵權行為等概念，已能解決其因果關係及責任問題，似無必要另外使用以「貢獻度」認定因果關係比例的方法，達成分配賠償責任之目的。

#### 第四項 本節小結

於因果關係存否之認定上，不論是英美法系或屬大陸法系的我國，均係採取全有全無原則。然而，學者意識到在某些案例中，採取全有全無原則並無法達成侵權行為法之損害填補及嚇阻預防機能，因此開始提倡比例因果關係，試圖突破全有全無原則所造成的困境。本文整理歐美及日本學者對於比例因果關係之討論，並將之區分為以下三種類型：

第一種類型是以「可能性」認定因果關係比例。其所欲解決者乃是選擇性因果關係之事例。並可再細分為 1.純為被害人自身以外的原因與 2.被害人自身原因與外在原因並存。前者在我國法或許可用民法第 185 條第 1 項後段解決事實上因果關係無法證明的問題，但後者則除非原告能證明損害發生係因外在原因所造成，否則在我國目前仍無法救濟。此時，如能以各種原因造成損害之可能性認定其事實上因果關係存在之比例，則能修正條件理論之缺失。而 PETL 則是規定上述兩種情形皆應以「可能性」認定因果關係比例。

第二種類型是以「貢獻度」認定因果關係比例。由於其認為事實上因果關係之存否應以「該當原因對結果發生有何種程度之貢獻」，從量的程度來加以把握，且相當因果關係中的相當性基準，可以用對於結果的貢獻度來加以考慮，足證本說混淆了事實上因果關係與法律上因果關係的功能，而有所不當。但若從其適用之案件類型分析可以發現，貢獻度的決定完全是在法律上因果關係層次做考量，而不涉及條件理論之修正或補充。故應將之修正為以「貢獻度」認定法律上因果關係存在之比例。

第三種類型是以「法官的心證度」認定因果關係比例。由於法官形成心證之

對象包含事實上及法律上因果關係，在概念上與其他兩說有所重疊，故本文認為無獨立為一種理論之必要。

將前兩種類型應用於醫療案件中可以發現，以「可能性」認定事實上因果關係比例能夠解決多重原因促成損害結果發生之事例，有助於達成損害之公平分配，實值我國法院加以參考並援用於具體個案之中。而特殊體質及二重事故之案例，在日本法雖均曾出現以「貢獻度」認定法律上因果關係比例之判決，但現在於前者傾向採用類推適用過失相抵以減輕賠償額之處理方式，於後者則以共同侵權行為論斷。本文亦認為在現有法律概念已能解決問題之前提下，無再另於法律上因果關係採取比例認定之必要。

因此，在醫療訴訟案件中，真正有必要援引適用者，乃是以「可能性」認定因果關係比例之理論，並於多重原因之案例中，修正條件理論之不足，謀求紛爭之適正解決。



### 第三節 機會喪失理論

#### 第一項 機會喪失理論之起源

在羅馬法時代，第一個討論到機會喪失概念之例子為 Ulpian, D. 9,2,29,3，事實略為：原告與被告皆為漁夫，因為被告的過失導致被告的漁船困在原告的漁網之中，並將原告的漁網弄壞了。本案爭點在於：被告的責任範圍僅止於漁網的價值還是也包括原告可能捕獲魚群之價值？答案是：僅止於漁網的價值，因為原告能否抓到魚一事充滿不確定<sup>234</sup>。

另一個有趣的希臘法案例是，原告有七匹馬，被違法拒絕參加一場有二十一匹馬競爭的賽馬活動，他起訴請求違法拒絕對其人格權之侵害及慰撫金，僅前者獲判勝訴，其因而又提起第二次訴訟，請求其若參加比賽可贏得的獎金，因為他認為他的馬若參加比賽，一定可以獲得勝利。希臘最高法院認為，勝利是無法預估的，原告請求之損害並非所失利益，而是無法加以估算的幸運<sup>235</sup>。

在上述二例中，事實上原告受侵害者為「機會」（捕魚之機會、參加賽馬活動的機會），但是機會之價值難以衡量，故無法獲得賠償。

此外，傳統的機會喪失案例是以全有全無原則作為處理標準，亦即，原告必須證明若無被告之不法行為，原告有百分之五十一以上的機會獲得其起訴請求之利益，如果原告舉證成功，其可獲得因該機會實現時所能得到的全部利益。相反地，若證據顯示該不法行為所減低的獲致更好結果之可能性低於百分之五十一，原告將無法獲得任何關於該機會喪失之補償。

隨著時間流逝，開始有法院以新的思考模式處理機會喪失之問題，最知名者

<sup>234</sup> See Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), *supra* note 39, at 545.

<sup>235</sup> Areios Pagos 447/1957-Areios Pagos 742/1958. *Id.* at 552.

為 1911 年英國法關於契約責任之案例：Chaplin v. Hicks<sup>236</sup>，其事實略為：被告是倫敦某一知名劇院的經理，由於想要應徵劇院女演員的人太多，於是被告決定舉辦一場比賽，獲勝者可以獲得一紙三年演出合約，原告經過初步淘汰後，被選入最後五十人名單中，並將從中選出十二人給予獎項，被告違約未給予原告適當且適時的表演機會，使原告喪失獲獎之機會。法院認為原告喪失的獲獎機會具有金錢價值，一名法官甚至表示應該考慮原告獲獎機會約為百分之二十五，而應依該比例衡量其損害。本件重新定義機會之概念，過去曾被認為過於抽象，但現在被當作具體權利且值得以法律保護，且其損害估算不再是全有或全無<sup>237</sup>。

## 第二項 機會喪失理論之理論基礎與適用

### 第一款 理論基礎<sup>238</sup>

自 Chaplin v. Hicks 案後，開始有人體認到：機會可以被當作一個具體權利並加以保護。然而，有什麼理論基礎可支持這樣的作法？其優點及缺點為何？以下即分述之。



#### 第一目 機會具有價值

支持機會喪失理論的理由中，機會具有價值是最廣為人知並被接受的說理，有學者曾以下列說明機會具有價值之概念：即使是低於百分之五十的存活機會、勝訴機會或土地地目變更，其本身亦具有價值，人們願意支付金錢購買這樣的機會。有些時候，機會之價值可被反映於實際市場價值中，例如勝訴機會的價值可反映於勝訴後可獲得的利益中，而某塊土地擁有從農地變成建築用地之機會時，其價值將比沒有此種機會的農地來的更高，然而，即使機會之價值無法用市場價

<sup>236</sup> [1911] 2 K.B. 786 (Eng. C.A.).

<sup>237</sup> Joseph H. King, "Reduction of Likelihood" Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine, 28 U. Mem. L. Rev. 491, 499-500 (1998).

<sup>238</sup> 以下三項主要理由之劃分是參考 David A. Fischer, *Tort Recovery for Loss of A Chance*, 36 Wake Forest L. Rev. 605, 617-635 (2001).

值估算，仍不能否定其價值之存在<sup>239</sup>。

而在確認機會具有價值之後，自然可以導出以「機會喪失」本身作為損害<sup>240</sup>。首先倡導此一概念者為美國法學家 Joseph H. King，其認為，在衡量被害人受損害之利益時，必須將在事故發生前已經存在的疾病、條件或動力等納入考量，例如 *Dillon v. Twin State Gas & Electric Co.* 乙案，被害人失去平衡而從橋上摔落之際，碰到被告公司的高壓電線而觸電彈回橋上死亡。原告主張電力公司未隔離該電線具有過失。法院認為：雖然電流的確導致被害人死亡，但是在估計被告責任範圍時必須將被害人失去平衡及開始摔落橋下的事情納入考慮，這兩件事情即為事故發生前已經存在之條件<sup>241</sup>。

同樣地，在醫師因過失未診斷出病人已罹患之疾病，任由疾病惡化導致病人損害時，疾病顯然是損害發生之原因，而醫師之過失使得疾病更加嚴重亦為導致損害的原因之一，在衡量病患受損害之利益時，該疾病應被視為先前已存在之條件而納入考慮。此時，由於疾病此一既存條件降低了病患受侵害之利益的價值，故被告醫師的責任範圍不會是病患全部的損失，而是其行為放任既存條件的進展或增加、加速既存條件所產生之損害<sup>242</sup>。

而衡量受侵害利益之價值應考慮既存條件一事，與「蛋殼頭蓋骨」理論並不相違。後者所處理的問題是雖然被害人之損害超越加害人合理可預見之範圍，因果關係並不因此而受影響，其本身並未表示在衡量損害時，被害人之既存條件是不相關的。就像生病的被害人本來會在星期二死亡，但是因為加害人之行為使其於星期一死亡時，加害人之行為與被害人之死亡間有因果關係這一點是無庸置疑

---

<sup>239</sup> *Id.* at 618.

<sup>240</sup> 惟亦有學者認為病患因醫師之誤診所受之損害，並非指機會喪失本身，而係指因病患喪失治癒機會後導致身體傷害或損失、精神上重大挫折以及醫藥費用等衍生性損害項目。Todd S. Aagaard, *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, 96 Mich. L. Rev. 1335, 1341-1345 (1998).

<sup>241</sup> 85 N.H. 449, 163 A.111 (1932). See Joseph H. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale L. J. 1353, 1357 (1981).

<sup>242</sup> *Id.* at 1358-1360.

的，只是在損害的估計上會受到被害人本身既存條件之影響<sup>243</sup>。

例如：一名醫師因為過失未及時診斷出病人罹患癌症，導致最終無法治癒而死亡，假如醫師能及時診斷的話，病人僅有百分之三十的機會可以痊癒，此時有兩種可能的處理方式：1.依據傳統的全有全無理論，因為其治癒機會未高於百分之五十，病人將無法獲得賠償<sup>244</sup>。2.允許因喪失治癒的機會請求損害賠償，即使該機會未超過百分之五十，其存活的可能性將被反映在因機會喪失所造成的損害數額上。因此，病人在此雖不能以優勢證據證明其因醫師過失而死亡，但能夠以優勢證據證明其被剝奪了百分之三十的治癒機會<sup>245</sup>。

## 第二目 在舉證困難案件中促進公平

許多學者都主張「公平」是合理化機會喪失理論的主要論點，其理由不外乎：被害人因無法達到優勢證據的舉證標準而完全無法獲得任何賠償是不公平的<sup>246</sup>；原告因為缺乏醫學相關專業知識，而無法證明其最終損害（死亡或殘廢等不良結果）係由被告醫師之過失行為所造成，以致於無法獲得賠償亦為一種不公平<sup>247</sup>；特別是當被告之不法行為，是使原告無法以優勢證據證明損害的主因，亦即，若無被告之不法行為，原告不需緊緊抓著難以量化或具體化之機會，命運會自然地發展下去，被告之行為不僅是摧毀了一張彩券，而是摧毀了任何可以知道該彩券結果如何的機會<sup>248</sup>。

如果採取機會喪失理論，原告仍必須以優勢證據證明被告行為剝奪或降低其

<sup>243</sup> *Id.* at 1361.

<sup>244</sup> 例如在 *Cooper v. Sisters of Charity* 27 Ohio St. 2d 242, 272 N.E.2d 97 (1971) 乙案中，原告主張被害人因一場意外而頭骨破裂，而醫師之診斷治療有過失，導致被害人死亡。一位原告之專家證人指出：沒有任何可能的方法能確實評估在正確醫療行為的介入下，被害人可存活或死亡。另一位原告的專家證人則認為：若曾進行適當的手術治療，被害人有百分之五十的機會可存活。俄亥俄州最高法院認為：原告未能證明被告過失行為與被害人死亡間之因果關係，在醫療過失訴訟中，原告必須證明被告之過失，在「可能性上」(in probability)，造成被害人死亡。而法院定義該「可能性」，即指超過百分之五十的可能性。

<sup>245</sup> Joseph H. King, *supra* note 241, at 1364-1365.

<sup>246</sup> Walter Scott, *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases*, 55 Mod. L. Rev. 521, 524-25 (1992).

<sup>247</sup> David P.T. Price, *Causation--The Lords' Lost Chance?*, 38 Int'l & Comp. L. Q. 735, 758-760 (1989).

<sup>248</sup> Joseph H. King, *supra* note 241, at 1378.

機會，亦即，全有全無原則雖不適用於機會價值的衡量，但是在因果關係方面仍有其適用。舉例來說，一名病患因癌症而接受手術，過程中因為手術設備在製造上之瑕疵而無法使用，導致病患死亡。該病患之治癒機會為百分之三十，該治癒機會喪失係屬應賠償之損害，但是如果無法以優勢證據證明被告係手術設備之製造人，則原告無法獲得賠償<sup>249</sup>。這樣的證明，通常比依據優勢證據原則證明被告造成原告之死亡、身體健康受損要容易得多<sup>250</sup>。

此外，於侵權行為案件中，關於因果關係及損害估算之問題，雖然原則上係由原告負舉證責任，但是 King 認為在既存條件與被告行為兩者同時或在相當短的時間內發生時，既存條件是否減低被害人之利益，應由被告負舉證責任。在被告欲主張部份損害非其行為所引起而應減輕責任時，必須舉證證明原告之損害係屬可分，及被告僅負某部份之責任。在 *Fosgate v. Corona*<sup>251</sup> 乙案中，被告醫師未診斷出病患長期罹患肺結核，紐澤西最高法院即認為，由於原告之損害有多少係因肺結核或被告過失行為所造成難以分辨，因此被告負有區分其應負責之損害及因既存條件所產生的損害之義務。若是既存條件與被告行為導致損害發生間已過了一段相當長的時間，則該損害係由被告所引起一事應由原告舉證，除非原告能證明其無合理機會去評估被告所引起之損害<sup>252</sup>。

### 第三目 有助於達成侵權行為法之目的<sup>253</sup>

有學者認為，全有全無原則會破壞侵權行為法的嚇阻預防的機能，因為其拒絕對於統計上可估算之損失進行補償，此外，該原則將機會之喪失除外於侵權行為法，亦減損分散風險之機能<sup>254</sup>。更有甚者，全有全無原則使法院去操縱或扭曲其他影響因果關係及損害賠償範圍的法則，例如：操縱證明度，使原告之舉證責

<sup>249</sup> Joseph H. King, *supra* note 241, at 1394-95.

<sup>250</sup> David A. Fischer, *supra* note 238, at 618.

<sup>251</sup> *Fosgate v. Corona*, 66 N.J.268, 330 A.2d 355 (1974).

<sup>252</sup> Joseph H. King, *supra* note 241, at 1393-94.

<sup>253</sup> 可參閱第三章第二節第一項第二款之討論。

<sup>254</sup> Joseph H. King, *supra* note 241, at 1377.



任從優勢證據法則要求的百分之五十一以上減輕為實質可能性法則（Substantial Possibility Rule）即為適例<sup>255</sup>。這樣的發展不只可能破壞其他長久以來建立的原理原則，也未真正解決全有全無原則本身之問題<sup>256</sup>。因而，採用機會喪失理論，不但較有助於達成侵權行為法之目的，也是在維持現行侵權行為法及訴訟法架構下之較佳選擇。

## 第二款 適用範圍

機會喪失理論之適用應符合以下要件：一、被告未盡其對被害人所負之注意義務，該義務之內容為保護被害人對更好結果的期望（prospects for some more favorable outcome），對被害人所負之注意義務可以是基於特殊關係、自願承擔或其他基礎，醫療訴訟案件為其著例。或者，二、當被告之不法行為確實造成被害人之損害，而唯一的問題是如何在估算被告所造成之損害時，反映既存條件之存在對責任範圍之影響。三、被告之不法行為減少了被害人獲致更好結果的可能性。四、被告之不法行為，是使「若無被告之不法行為，更好的結果是否會實現」一事難以判斷的主因<sup>257</sup>。

<sup>255</sup> 該項法則使原告在僅能證明，若無原告之侵權行為，有「實質可能性」可避免損害之發生時，亦能獲得全部的損害賠償。適用該理論為判決之著名案例為：*Hicks v. United States*, 368 F.2d 626 (4<sup>th</sup> Cir.1966)，原告之夫因腸阻塞而去世，原告主張一名海軍軍醫在為其夫診治時具有過失，地區法院認為原告無法證明醫師之過失為原告之夫死亡的原因。上訴法院廢棄原判決並指出：當一名被告之過失行為或不作為有效地終止了一個人存活之機會時，並不是依賴被告之嘴來推測機會的大小，如果有任何存活的實質可能性且被告將之破壞，被告應該負責。由於幾乎是不可能具體確實描述若無過失行為結果將會如何，故法律並不要求原告必須以確信（certainty）證明若有適切的診療病患將不會死亡。本案法院並未說明何謂「實質可能性」，有些法院仍是以 more likely 或者 more probably 來判斷，此時與優勢證據原則並無不同，E.g., *Fitzgerald v. Manning*, 679 F.2d 341, 356(4<sup>th</sup> Cir.1982).；而在 *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.* 45 A.D.2d 177, 357 N.Y.S.2d 508 (1974), aff'd, 37 N.Y.2d 719, 337 N.E.2d 128, 374 N.Y.S.2d 615 (1975).，則是將實質可能性法則用於病患對因果關係存在可能性之證明未超過百分之五十的案例。學說上有認為本說最大的問題是未依病患舉證成功之比例進行補償，而是給予全部的損害賠償，破壞侵權行為法的損害填補和嚇阻預防機能。John Makdisi, *supra* note 185, at 1083.

<sup>256</sup> Joseph H. King, *supra* note 241, at 1371-1378.

<sup>257</sup> Joseph H. King, *supra* note 237, at 495 (1998). King 並以下列設例說明其理論：

假設一：一個玻璃瓶中裝了七十個金色豆子和三十個藍色豆子，原告有一張票券，該票卷使原告有機會蒙眼從瓶中抓取一個豆子，若拿到金色豆子，原告可獲得十萬美金，若拿到藍色豆子，原告無法獲得任何獎賞，原告將該張票券交由其律師保管，但律師不甚遺失該票卷，請問該遺失票卷之價值如何？

假設二：同上，假設瓶中裝有三十個金色豆子和七十個藍色豆子，該票卷之價值如何？

另外，King 也對下述英國法上否定機會喪失理論適用的著名案例提出自己的批評，*Hoston v. East Berkshire Area Health Authority*.<sup>258</sup> 乙案之事實略為：一位十三歲的孩子從十二呎高的繩子上摔下來，造成左臀股碎裂，雖然被及時送往醫院，但醫院並未做 X 光檢查，因此未檢查出左股碎裂，後因持續疼痛，病患再度就醫，才發現左股碎裂之事實，原告主張由於被告之過失，延遲發現其左股碎裂及治療，才造成股端因為血液供應不足而壞死，使病患產生永久殘疾。本案原告損害之發生原因有二：1.由於摔落當時即造成大部分的血管破裂，故骨端因血液供應不足而壞死。2.摔落時僅造成部份血管破裂，但是因為未及時診斷出左股碎裂並治療之，使破裂的血管不斷滲血進入關節，因而壓迫並堵塞住原本完好未破裂的血管，導致完好的血管亦無法供應血液給骨端。

初審法官 Simon Brown 認為：在原告證明被告行為具有過失，且該過失行為具有發生不良醫療結果之實質危險性，該危險程度可得確定時，原告就其喪失機會的範圍內，得以獲得部份比例之賠償。本案即使被告醫師及時診斷並治療，病患避免骨端壞死的可能性為百分之二十五，故應將被害人之損失乘以百分之二十

假設三：若該活動是由一家賣豆子的商店所舉辦，瓶中的金色和藍色豆子是隨機從商店地板撿起掉落的豆子放入，原告有機會抓取豆子是因為他是該商店第一百萬名顧客，但是比賽主辦人不慎將該玻璃瓶遺失，沒有人知道瓶中的一百個豆子金色與藍色各佔多少。第一位專家知道該商店當年度所販賣的每一種豆子的磅數，其認為瓶中有三十個金色和七十個藍色豆子。第二位專家觀察瓶子遺失前的狀態，認為瓶中有四十個金色和六十個藍色豆子。第三位專家觀察被撿取豆子原先掉落在店鋪的位置，推估有六十五個金色和三十五個藍色豆子。若陪審團判斷瓶中大概有四十個金色和六十個藍色豆子，原告是否可請求損害賠償？若有，那其喪失之機會價值為何？

假設四：若該活動係在廣場上的舞台舉行，一名維持秩序的工作人員不小心撞到蒙著眼正在抓取豆子的原告，導致原告手上的豆子和玻璃瓶都掉到地上散亂成一團，則此時原告已抓取跟尚未抓取豆子結果有何不同？

假設五：同上，假設有一名目擊者表示其看到原告抓取的豆子是藍色的，但也有可能是因為當時正在下雨，光線並不清楚導致原本是金色的豆子看起來像是藍色，陪審團則依據當時現場情況及豆子掉落軌跡等判斷原告抓取之豆子為金色的機率是百分之三十，並且，瓶中原本裝有四十個金色和六十個藍色豆子。

King 認為，在全有全無原則之下，除非原告能證明其抓取到金色豆子的機會大於百分之五十，否則無法獲得賠償，因此，在假設二、三、四的情形，如果法院認為瓶中僅有四十個金色豆子，原告將無法獲得賠償。在假設五，若證據無法支持原告確實選取到金色豆子，結果也是一樣。

若適用機會喪失理論，有些法院在面臨是因果關係還是賠償範圍的判斷會產生困難。在上述五個假設中，法院可能會決定在假設一至假設三適用機會喪失理論，而拒絕於假設四及假設五適用，但是既然被告（工作人員）確實降低原告獲致更好結果的機會，原告即應受補償，只是在損害額之計算上必須切實反映出該不法行為降低原告機會之程度。故機會喪失理論應於假設一至假設五均有適用。*Id.* at 516-518.

<sup>258</sup> [1987] 2 W.L.R. 287 (C.A. 1986).

五之比例計算其可請求之賠償數額。

最高法院則認為，造成骨端壞死的原因是沒有血液供應，而沒有血液供應的原因可能是下列兩者之一：1.由於摔落當時即造成大部分的血管破裂，故骨端因血液供應不足而壞死，此時及時治療亦無用處。2.摔落時僅造成部份血管破裂，但是因為未及時診斷出左股碎裂並治療之，使破裂的血管不斷滲血進入關節，因而壓迫並堵塞住原本完好未破裂的血管，導致完好的血管亦無法供應血液給骨端，若能及時治療應可避免殘疾發生。而這兩種情況不可能並存，不是前者即為後者，因此沒有機會喪失理論適用之餘地，從證據來看，應是屬於前者，故原告無法獲得賠償。

King 分析最高法院判決中 Lord Ackner 之理由，認為其是區分過去的、已完成之事件以及未來的事件，前者乃已經發生、已經決定，其與被告行為間有無因果關係之判斷，應適用傳統的因果關係理論，後者因為尚未發生、尚未決定，故有可能適用具損害評價性質的機會喪失理論。以前述之 Chaplin 案和本案作比較可以發現，由於 Chaplin 案之原告失去其表演機會，故其並未真正參與比賽，可將之視為是結果尚未決定的未來事件；而本案在原告摔落之時傷害即已確定，故不能適用機會喪失理論<sup>259</sup>。

King 反對此種區分方式，並提出其反對之理由：

1. Lord Ackner 忽略了 Chaplin 案中原告獲獎之機會可能早已在被告違約之時被決定，如果這是一個決定論的世界，則宇宙是由一定數量的分子所構成，這些分子依循一定的方式作用，那麼世上所有事情都是已經決定而可以預測的，那麼參賽者及評審的個性及其他可能影響比賽結果之因素早已在肉眼看不見的地方交互作用著，只是以我們有限的知識無法察覺罷了<sup>260</sup>。

<sup>259</sup> Joseph H. King, *supra* note 237, at 525-526.

<sup>260</sup> *Id.* at 527.

2.在所謂過去的事件及未來的事件中，其共通的問題都是如何評價被告之不法行為對原告法律上被保護之利益所產生之影響。重點應放在被告之不法行為是否為使我們對其不法行為在結果發生所扮演角色一無所知之原因。以前述註 257 裝滿豆子的玻璃瓶為例，假設二和假設三是原告尚未抓取豆子時即已喪失抓取的機會，在假設四和假設五，是原告已經抓取豆子，卻因為被告之過失而不可能知悉其抓取之結果。依 Lord Ackner 之見，假設二和假設三的情況可以適用機會喪失理論，而假設四和五不行。但是不論原告是否已經抓取豆子，被告之行為帶來相同之影響-使任何人都無法知悉原告之命運<sup>261</sup>。

因此對本案之正確理解應為：原告之治癒可能，即使在受傷當時即已確定，但是我們無法知悉其正確數值，只能將其評價為百分之二十五。初審法院認定的結果不應該被解釋為原告的確存在一個百分之二十五的機會恢復健康，而應理解成有百分之二十五的可能性若及時醫治可以避免損害發生。應將原告之損害當作是失去一個機會去知道若接受及時診治是否可以復原，而衡量該機會價值的方法是將該機會等同於失去獲致更好結果的可能性<sup>262</sup>。

King 因而認為機會喪失理論應更名為「可能性降低理論」，以免大家因為機會喪失理論之名，而執著於判斷被害人是否確實擁有一個「機會」。反而模糊了重點是在於應對被害人的可能性賦予多少價值。此外，原告所需證明者為該獲致更好結果的可能性遭到被告不法行為某程度的減損，如果可能性為零或是原告無法舉證時，即無法適用機會喪失理論。假設被告因過失未及時將被害人送至醫院，被害人於接受治療前即已死亡，死亡的原因可能是因為病情太過嚴重，即使及時送醫，也無任何救治希望，此時，由於可能性為零，不能適用機會喪失理論<sup>263</sup>。

在學說上熱烈的討論與提倡之後，機會喪失理論漸漸被法院援引至判決中。

<sup>261</sup> *Id.* at 529-531.

<sup>262</sup> *Id.* at 529-532.

<sup>263</sup> 此一設例與後述之日本最高裁第一小法廷平成 17 年 12 月 8 日判決有相當之類似性，可供參照。

在美國，其主要是適用在醫療過失的訴訟案件<sup>264</sup>，在其他侵權行為之案例則尚未予以適用，學者認為這是因為醫療領域已經累積了相當完整的數據資料，可以提供各種不同種類醫療措施的治癒可能性數據，因此在醫療訴訟案件中適用機會喪失理論不會導致投機和猜測，法院依該治癒可能性估算比例賠償之數額時，不會流於恣意，而能做出正確的決定<sup>265</sup>。在英國，其實務及學說對機會喪失理論適用至醫療訴訟案件原則上採否定見解<sup>266</sup>，認為所謂存活機會數值只是統計上的可能性而已，是針對過去已發生相類似案件的統計資料，並非描述當下具體個案之真實情況，且此數值之減損對於具體個案是否受有損害而言，純係假設性之存在，不足以證明具體個案是否真正受有該損害<sup>267</sup>。而法國法院則是全面肯定機會喪失理論於醫療訴訟案件之適用；澳洲與加拿大法院原本對其適用採否定立場，惟晚近澳洲下級法院有零星持肯定見解之判決<sup>268</sup>。各國之發展趨勢，值得吾人密切注意。



### 第三款 適用限制

以下則就美國實務上對機會喪失理論在醫療訴訟案件之適用限制簡單說明之：

#### 第一目 原告依優勢證據原則對最終損害的因果關係已能成功舉證之案例

先前已提及，在過去涉及機會喪失概念的案例中，是以全有全無原則作為處理標準，亦即，原告必須證明若無被告之不法行為，原告有百分之五十一以上的

<sup>264</sup> 下列案件為適用機會喪失理論之醫療訴訟判決的例示：Murrey v. United States, 73 F.2d 1448, 1454(7<sup>th</sup> Cir.1996)；Wendland v. Sparks, 574 N.W.2d 327, 331(Iowa 1998)；Falcon v. Memorial Hosp., 462 N.W.2d 44, 57(Mich.1990)；Wollen v. DePaul Health Ctr., 828 S.W.2d 681, 684(Mo.1992)；Thompson v. Sun City Community Hosp Inc.,141 Ariz. 597, 688 P.2d 605(Ariz.1984)；Delaney v. Cade, 255 Kan.199, 873 P.2d 175 (Kan. 1994)；Olah v. Slobodian, 119 N.J. 119, 574 A.2d 411(N.J.1990).

<sup>265</sup> J. Brian Manion, *Damages for Increased Risk of Future Injury: Can Illinois Courts See Into the Future? Dillon v. Evanston Hospital*, 771 N.E.2d 357(Ill.2002), 28 S. Ill. U. L. J. 201, at 215, (Fall, 2003).

<sup>266</sup> 但是大英國協之國家，如英國、澳洲、愛爾蘭等則認為在純粹經濟上損失之案例，可以適用機會喪失理論。David A. Fischer, *supra* note 238, at 642-645.

<sup>267</sup> 關於英國法之發展，可參閱 Ian Kennedy & Andrew Grubb, *Medical Law*, 486-495, 3rd ed., Butterworths (2000).

<sup>268</sup> Lara Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, 104-114, Hart Publishing (2006).

機會獲得其起訴請求之利益，如果原告舉證成功，其可獲得因該機會實現時所能得到的全部利益。相反地，若證據顯示該不法行為所減低的獲致更好結果之可能性低於百分之五十一，原告將無法獲得任何關於該機會喪失之補償。

而在機會喪失理論出現後，情況已有所改變。然而，必須先釐清者為，「喪失的機會」指的是，病患最初之生存機會減掉因為醫師之過失行為延誤病情後，所剩下的生存機會，二者間之差額<sup>269</sup>。因為我們關心的是，病患因為醫師的過失行為，降低了多少的存活機會，舉例來說，如果一個病患最初的存活機會有百分之六十，因為醫師錯誤診斷延誤病情後，生存機會下降至百分之十五，最後死亡，其喪失之機會為百分之四十五<sup>270</sup>。此案例依據傳統的全有全無原則，因不符合優勢證據之要求，原告將無法獲得任何損害賠償；反之，依據機會喪失理論，則可依其喪失的機會比例請求賠償。因而我們可以導出以下的結論：在存活機會超過百分之五十的案例中，因原告依優勢證據原則對被告不法行為與其最終損害（死亡或傷害之結果）間之因果關係已能成功舉證，故被告需負全部損害賠償責任；而在存活機會低於百分之五十的案件中，由於原告無法依優勢證據證明因果關係存在，故需藉助機會喪失理論以獲得比例之賠償。此時產生的疑問是，在機會超過百分之五十時，應當回歸傳統理論還是仍然適用機會喪失理論呢？

認為應回歸傳統理論之論者指出：機會喪失理論在於補救傳統理論之不足，非在於代替傳統理論。在原告能依優勢證據原則證明被告不法行為與被害人損害間具有事實上因果關係時，被告原本預期在這種情況要負擔全部的損害賠償責任，如果適用機會喪失理論，只需負擔部份之責，無法達成侵權行為法之嚇阻預防效果；並且，如全面性適用機會喪失理論，幾乎沒有任何原告能就其主張舉證至百分之百的程度，結果將使得所有原告皆無法因其損害獲得全額賠償，亦不符

---

<sup>269</sup> Lars Noah, *An Inventory of Mathematical Blunders in Applying the Loss-of-a-Chance Doctrine*, 24 *Rev. Litig.* 369, at 393 (Spring, 2005).

<sup>270</sup> *Id.* at 394.

合侵權行為法之損害填補原則<sup>271</sup>。

主張全面適用機會喪失理論之理由則為：機會喪失理論是為了在舉證困難的案件中促進公平，如果僅將其適用在喪失百分之五十以下機會的案件，反而會造成對被告的不公平，因為優勢證據原則是以前百分之五十作為界線，將事實認定錯誤的風險平均地分配給原告及被告<sup>272</sup>，依據機會喪失理論，在機會低於百分之五十時，被告要負比例責任，在機會高於百分之五十時，被告卻不能主張負比例責任，而需負全部責任，為其不合理之處，而且可能造成過度賠償與過度嚇阻之效果。若要達成真正的公平與損害填補、嚇阻預防的目的，應全面適用機會喪失理論<sup>273</sup>。

本文以為，此一問題應從機會喪失理論被提倡之原因去尋找答案。在醫療訴訟中，因果關係之舉證是一項難以克服的問題，為了緩和原告舉證之困難，故採用機會喪失理論。由此可知，當原告無舉證上的困難時，即無適用機會喪失理論之必要，亦即，當原告能依優勢證據原則證明有超過百分之五十以上的機會存在時，被告應負擔全部賠償責任；而在原告無法達到優勢證據原則之要求時，其面臨舉證上之難題，此難題可能源自於原告醫學知識不足，亦可能肇因於該醫療事件之證明所需的知識超出現有醫學知識的範疇，為合理分配因醫療知識有限性及醫療行為不確定性所帶來之不利益，此時即有適用機會喪失理論之必要。

## 第二目 最終損害尚未發生之案例

在承認機會喪失本身得作為應予賠償之損害時，產生的問題是，在最終損害（例如：死亡、殘廢）尚未發生時，得否請求損害賠償？King 認為在最終損害並未現實發生，但有可能在未來發生時，必須要等到現實損害發生時才能依據機會喪失理論提起訴訟<sup>274</sup>。但亦有判決認為，即使病患尚未發生現實損害，只要由於

<sup>271</sup> Lori R. Ellis, *Lost of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent*, 27 Texas L. Rev. 369, 399-401(1993).

<sup>272</sup> J. Brian Manion, *supra* note 265, at 217.

<sup>273</sup> Joseph H. King, *supra* note 241, at 1387.

<sup>274</sup> Joseph H. King, *supra* note 237, at 560.

醫師之過失行為而喪失存活機會或增加死亡風險，法院仍應因其風險升高（Increased Risk），給予比例賠償<sup>275</sup>。以下擬先說明風險升高之概念，以釐清是否需發生最終損害才能請求損害賠償之爭議。

首先，風險升高與機會喪失之概念相當接近，甚至可說是對同一件事情的正反面描述方式。對病患來說，升高其死亡的風險即等於降低其存活的機會，討論機會本身是否具有價值的同時也會碰觸到風險升高是否構成侵權行為法上應受填補之損害。以下為支持風險升高作為一種損害的理由：

一、風險升高造成被害人對未來的恐懼（Fear）：在環境污染案件中，原告暴露於被污染的狀態下，雖然目前身體沒有不適，但卻會擔心其未來可能產生癌症或其他病症；同樣地，在醫療訴訟案件中，病人目前雖然尚未產生最終損害，但會因其將來可能比其他健康的人容易死亡而憂慮，故應使病患可因心理傷害請求損害賠償<sup>276</sup>。

二、風險升高影響被害人對未來生活的安排：風險升高之被害人，比起一般人士「較容易受到傷害的」，因此，他可能無法從事某些可能增加其風險的職業或活動，進而影響其對未來生活之規劃及安排<sup>277</sup>。

三、風險升高造成保險費等其他費用的支出：既然風險升高之被害人較易受到傷害，他必須藉由購買保險來保障自己及家人的生活，而且，因其風險比一般人高，其保費亦高於一般標準<sup>278</sup>。有學者認為，當最終損害尚未發生時，依據升高之風險給予被害人比例賠償之優點為，被害人可將賠償金用於購買保險，當風險實際發生，其可由保險公司處獲得保障，當風險未於將來實現，其亦不會取得過度賠償<sup>279</sup>。

<sup>275</sup> *Claudet v. Weyrich*, 662 So.2d 131 (La.Ct. App.1995). *Contra Andersen v. Brigham Young Univ.*, 879 F. Supp. 1124, 1128, 1130 (D. Utah 1995). See David A. Fischer, *supra* note 238, at 633, note 151.

<sup>276</sup> Ariel Porat & Alex Stein, *Tort Liability under Uncertainty*, 113, Oxford University Press(2001).

<sup>277</sup> *Id.* at 121.

<sup>278</sup> *Id.* at 115.

<sup>279</sup> David A. Fischer, *supra* note 238, at 633.



然而，美國多數法院採取機會喪失理論時，均限於最終結果已經發生，始得主張損害賠償。其主要理由在於，若被害人尚未發生最終損害，則被害人的存活機會實際上並未喪失。縱使在統計之數據上顯示，被害人業已喪失存活機會，但是被害人個人的存活機會並未喪失，原告尚未遭受損害，從而不得請求賠償<sup>280</sup>。再者，若允許此種請求，將產生過多臆測性的損害賠償訴訟案件，造成法院無法負荷過多案件之問題。

關於是否需發生最終損害才能請求損害賠償之爭議，目前美國法尚無一致的結論，但是若肯認機會本身具有價值，即使未發生最終損害，似應認為使被害人單純因其機會喪失或減損一事獲得賠償，方為合理。

### 第三目 單純醫療過失之案例

在被害人死亡是肇因於醫師之過失行為，而與其本身之既存條件無涉時，被告醫師得否主張依據被害人的存活機會比例，負部份賠償責任？在 *McMullen v. Ohio State University Hospital* 乙案，被害人接受被告醫院施做骨髓移植手術，在兩個月後，因為感染及發燒住進被告醫院，並戴上氧氣罩以維持其正常呼吸。某日，護士發現被害人有異狀，決定改以百分之百氧氣急救袋急救，由於仍未見效，住院醫師決定改用緊急用呼吸急救設備，並重新為被害人插管，經六次插管失敗，過了二十分鐘才插管成功，被害人之心臟、肺部及腦部因缺氧過久遭受傷害，於七日後死亡<sup>281</sup>。本案之爭點為，是否有機會喪失理論之適用？

本案最高法院少數意見認為，無論最終損害如何發生，機會喪失理論於被害人之存活機會低於百分之五十時，均應適用。亦即，1.只要被告對於被害人基於一定關係具有某種責任，被告未履行該責任，且降低較佳結果發生的可能性，即應適用機會喪失理論。再者，2.被告所負責任，僅為侵權行為導致既存條件惡化，或

<sup>280</sup> David P.T. Price, *supra* note 247, at 748.

<sup>281</sup> 725 N.E.2d 1117 (Ohio 2000).

加速傷害結果，或引起超越既存條件之損害，始需負責<sup>282</sup>。因此，只要患者的存活機會低於百分之五十，機會喪失理論即應適用於醫療過失案例。

然而，本案最高法院多數見解認為，機會喪失理論，僅於醫療過失結合既存條件發生最終損害時，始有適用。亦即在被害人業已罹患疾病，因被告之過失行為導致既存疾病惡化時，始適用機會喪失理論。蓋依據一般判例，機會喪失理論係於病患因既存條件受害，其後因醫療過失，例如誤診病情或未給予適當治療，使原本病情因而惡化或加速最終結果產生時，始有適用。本案之係因插管失敗導致氧氣不足，被害人因而死亡，係單純醫療過失案件，並無與病人先前之既存條件相結合之問題，故不適用機會喪失理論。

本文認為，在單純醫療過失案件中，醫師之過失行為是病患死亡之直接原因，既與病患之既存條件無關，原告在因果關係之證明上應較無困難，即無適用機會喪失理論之必要。並且，該理論之目的在於保障被害人之權益，若適用後反而有害於被害人主張權利時，應為限縮解釋，排除其適用，較為合理。

#### 第四款 計算方式

關於機會本身之價值估算，King 認為應以可能性比例表示被告行為所減少的存活機會。舉例來說，一名病患因心臟病去世，被告醫師誤判病患之病情而有過失，但是即使有適時診斷及適切照顧，其存活機率为百分之四十，不管是否可以認為被告造成病患死亡，被告的確造成機會的喪失，原告可獲得的賠償是病患若生存時之生命價值的百分之四十，該生命價值之估算需考慮被害人之工作能力、年齡、健康、及已經罹患心臟病之事實等。又例如，一位癌症病患因為醫師過失施用過量藥劑而死亡，原本其有百分之四十的治癒機會且估計可再活三十五年，即使癌症無法治癒，估計其約可再活六個月，此時可請求之賠償是六個月生存期間的全部價值（因為即使癌症是無法治癒的，病患之生命仍因而縮短），以及三十

<sup>282</sup> 此少數意見之兩點理由同於本項第二款適用範圍中，King 所主張之條件。

四年六個月（三十五年減掉六個月）之生命價值的百分之四十<sup>283</sup>。

由於存活機率本身之估算牽涉許多因素，King 認為應借助數學上機率的計算方法，例如：擲一顆骰子出現一點的機率是六分之一（約 16.6%），同時擲兩顆骰子且都出現一點的機率是三十六分之一（約 2.7%）。假設一名醫師為其五十七歲病患安排健康檢查時，忽略實行某些對該病患來說是必要的項目，該病患於十八個月後才發現患有癌症並因而死亡，醫學專家指出在十八個月前的健康檢查時該癌症已屬可檢測，若在當時即發現罹患癌症，治癒機會是百分之五十五，但考量病人當時身體狀況，該檢測有百分之十五的失敗率，因此，病人存活可能性不會是百分之五十五，而是百分之四十六點七五（ $0.55 \times 0.85 = 46.75\%$ ）<sup>284</sup>。

### 第三項 日本法之「相當程度可能性」理論

按日本法上「相當程度可能性」理論之發展，首見於日本最高裁判所第二小法廷平成 12 年 9 月 22 日判決（以下簡稱平成 12 年判決）<sup>285</sup>，以之解決醫療訴訟因果關係難以證明之問題，其後，隨著案例數量的增加，該理論之內容與深度亦日趨完整。然在進入該理論之介紹前，仍有必要先就日本實務及學說之歷程加以回顧，始能深入理解「相當程度可能性」理論係如何及為何而生。

#### 第一款 「相當程度可能性」理論提出前之日本實務及學說概況

在認為原告應受法律保護，但卻無法證明醫師之診療行為與原告之損害間有因果關係之案件中，日本曾出現下述三種主要見解，以建構原告仍得請求損害賠償之論據。

##### 一、期待權論

<sup>283</sup> Joseph H. King, *supra* note 241, at 1382-83.

<sup>284</sup> Joseph H. King, *supra* note 237, at 544-545.

<sup>285</sup> 民集 54 卷 7 号 2574 頁，判時 1728 号 31 頁，判夕 1044 号 75 頁。

「期待權論」首見於福岡地裁昭和 52 年 3 月 29 日判決<sup>286</sup>，其明白表示：「患者對於在充分的管理下能夠接受診察、治療的期待（或稱之為期待權），可說是在診療契約中應該被正當地保護之法律權利」。而如進一步整合其後採用此理論之相關判決見解，可整理發現其皆有以下之共同特徵：（1）被害人遭逢死亡、失明等重大之損害結果，（2）判決只肯認六百萬日圓以下之精神慰撫金，（3）醫師之診斷、治療行為確有過失，但該過失與損害結果之因果關係無法證明<sup>287</sup>。

然而持「期待權論」之判決肯認被害人得請求慰撫金之上述見解，卻引發學界對此之熱烈討論。詳言之，有學者認為以對患者生命品質之尊重及醫師職務義務之特殊性與違反患者之信賴等作為根據，應支持「期待權」作為法律應保護之利益<sup>288</sup>。相對於此，有學者卻認為期待權論將導致「無因果關係責任論」之展開，且期待權不過係患者之主觀意思，尚難肯定其係值得保護之權利，並可能因此帶來防衛性醫療之不利後果等，而對「期待權論」採取否定之看法<sup>289</sup>。

## 二、延命利益論

相對於期待權論所考量者為「對診療之期待地位」的人格利益，延命利益論則是對於「生命相關法益」加以擴張及細分。詳言之，其理論構成是「由於被害人之死期某程度地被提早了」因而造成的損害應予賠償；亦即，醫師因未施行合乎醫療水準之醫療行為，而導致患者之死亡提前到來<sup>290</sup>。另在「延命利益論」下，法院所判准之賠償多為慰撫金。然而，在無法證明一定之延命期間存在時，即應認為無損害存在，也因此形成該理論適用上之困難點<sup>291</sup>。

<sup>286</sup> 判時 876 号 90 頁。

<sup>287</sup> 參閱 古瀬駿介〈損害の発生(1)〉，收錄於 根本 久編「裁判実務体系一七：医療過誤訴訟法」，頁 295，青林書院，1991 年。

<sup>288</sup> 參閱 新美育文〈医療事故における『期待権』の侵害について〉，自由と正義第 47 卷第 5 期，頁 58，1996 年；石川寛俊〈期待権の展開と証明責任のあり方〉，判タ 686 号，頁 25，1989 年。

<sup>289</sup> 參閱 林 誠司〈判例研究（最高裁平成 12・9・22 判決）〉，北大法学論集第 55 卷第 3 期，頁 1208，2004 年；稻垣喬，「医事訴訟と医師の責任」，頁 321，有斐閣，1981 年；渡邊了造，〈過失あるも因果関係がない場合の慰謝料〉，判タ 686 号，頁 69，1989 年。

<sup>290</sup> 率先採用本理論之判決為東京地判昭和 51 年 2 月 9 日判決，參閱 判時 824 号 83 頁。

<sup>291</sup> 參閱 稻垣 喬，〈延命利益の評価と検討：東京高裁昭和五八年六月一五日判決〉，判タ 513 号，

### 三、治療機會喪失論

在延命利益論被提倡之同時，日本下級法院裁判逐漸將評價對象移至「醫師之行爲態樣」、「治療機會之喪失」等客觀事實，因而所謂「治療機會喪失論」也慢慢被提倡。詳言之，「治療機會喪失論」認爲，醫師有選擇治癒疾病最佳之方法、手段，並且施行合於水準之醫療行爲的義務。因專門職業人員之過失導致病患喪失回復健康之機會時，已非單純是患者主觀願望的問題，而應以客觀上之違反信賴，進而賦予被害人法律之保護，且被害人亦可請求慰撫金<sup>292</sup>。在此一理論下，受保護之法益已不再是被害人主觀上單純期待之利益，而係可由客觀面上加以把握之法益<sup>293</sup>。

#### 第二款 日本最高法院建構「相當程度可能性」理論之四個重要判決

##### 第一目 最高裁第二小法廷平成 12 年 9 月 22 日判決

###### 1.事實概要：

(1) A 在平成元年 7 月 8 日上午 4 時 30 分左右，因突然的背部疼痛而醒來，於上午 5 時 35 分左右，至 Y 醫院（被告）的夜間急診處由 B 醫師進行診察，並向 B 醫師告知有上背部及心臟的疼痛。B 醫師懷疑是 A 罹患急性胰臟炎及狹心症，乃對 A 施打含有治療急性胰臟炎之藥物點滴。A 在接受點滴注射中，產生了痙攣、呼吸有鼾聲等狀態之急遽變化，後雖經 C 醫師等緊急對 A 施行體外心臟按摩及心肺復甦術，A 仍於同日上午 7 時 45 分死亡。

查 A 在自家住宅時發生狹心症，其後並變爲心肌梗塞，且在 B 醫師診察當時，心肌梗塞已有相當惡化之情形，並在點滴注射過程中產生致命之心律不整。其後病情急遽變化，最後因不安定狹心症導致壓迫性急性心肌梗塞，招致心不全症而

頁 86，1984 年；林 誠司，前揭註 289，頁 1208。

<sup>292</sup> 參閱 石川寬俊，前揭註 288，頁 28-30；林 誠司，前揭註 289，頁 1209。

<sup>293</sup> 參閱 畑中綾子，〈相当程度の可能性〉について-平成 17 年 12 月 8 日最高裁判決を素材に〉，ジュリスト 1344，頁 62，2007 年 11 月。

死亡。然 B 醫師在對 A 進行診察時，只進行觸診及聽診，並聽取 A 陳述其過往胸部疾病病史，並未實行血壓、脈搏、體溫等的測定及心電圖檢查。且其雖懷疑是狹心症發作卻未給予硝化甘油（nitroglycerine）之舌下投藥，未盡其對可能罹患胸部疾病之患者履踐其初期治療應盡之基本義務。倘若 B 醫師當時有對 A 實行適切診療的話，雖然無法肯定即有挽救 A 之生命之高度蓋然性，但仍能肯定有救命之可能。

因此，A 之妻子及繼承人 X 等，乃對 Y 以日本民法第 715 條僱用人責任及債務不履行責任為基礎，請求損害賠償。

(2) 第一審法院認為 B 醫師之作為或不作為與 A 之死亡間無法認為存有因果關係，因而駁回 X 等之請求<sup>294</sup>。然而，二審法院則引用上述「治療機會喪失論」，認為 B 醫師未盡照顧病患之善良管理人注意義務，不當剝奪病患接受「適切醫療」之機會，判令 Y 賠償慰撫金 200 萬日圓，律師費用 20 萬日圓<sup>295</sup>。Y 對此提出上訴。

## 2. 本判決要旨：

最高法院在本件中駁回 Y 之上訴，蓋其認為：

(1) 在醫師之醫療行為因過失而不合乎當時醫療水準之情況下，上述 B 之醫療行為與患者 A 之死亡間，其因果關係雖無法證明，但假使 B 施行合乎醫療水準之醫療時，患者 A 在其死亡之時點上仍有生存之「相當程度可能性」可被證明時，醫師對於患者應負起侵權行為之損害賠償責任。

(2) 維持生命對人類來說是最基本的利益，上述之可能性是法律上應保護之利益，醫師由於過失未施行符合醫療水準之醫療行為，即是侵害了患者之該項法益。

## 3. 本判決之意義：

<sup>294</sup> 東京地判平成 7 年 4 月 28 日判決，民集 54 卷 7 号 2598 頁參照。

<sup>295</sup> 東京高判平成 8 年 9 月 26 日判決，前掲民集 2611 頁參照。

(1) 本判決未採用期待權論或治療機會喪失論等，而提出了「假使施行合乎醫療水準之醫療行為，患者在其死亡的時點仍會有生存之相當程度可能性」，作為被侵害法益的具體內容。由於生命本身即是極為重要的法益，維持自己生命的客觀可能性當然也是重要的保護法益，因此違法侵害該可能性會構成侵權行為。準此，這裡所謂的侵害，並不是對於履行債務的期待，而是患者於其實際死亡之時點仍具有生存之「相當程度可能性」<sup>296</sup>。因此，許多學者認為日本最高法院正面地創設了新的法益，即「生存可能性」<sup>297</sup>。

關於「相當程度可能性」，上述最高法院之判決在理由中並未明示何謂具體的生存可能性，但從第一、二審之卷證資料中，仍擷取出下述與該可能性程度有關之記載：

①鑑定人在其意見中表示：「可推知救命是困難的……但是，如果在初診時進行心電圖檢查，確定是心肌梗塞後，直接地進行 CCU 或 ICU 的適切緊急治療的話，雖然機率只有 20% 以下，但的確存有救命可能性。」

②依醫學文獻之記載，「隨著 CCU 治療的進步，急性心肌梗塞的院內死亡率約為 10%。」

而由於二審法院認為，因本件患者的發病情況相當緊急，且被告醫院之設備並未達到文獻所指之水準，故無法採用醫學文獻記載之死亡率 10% 數值（而推導出生存可能性為 90%）。從而，應認為日本最高法院是以上述鑑定意見中之「20%

<sup>296</sup> 參閱 杉原則彥，〈最高裁判所判例解説-最高裁平成 12 年 9 月 22 日第二小法廷判決〉，法曹時報 54 卷 4 号，頁 1217，2002 年 4 月。

<sup>297</sup> 參閱 平沼高明，〈医師の過失と患者の死亡との間に因果関係が存在しない場合と医師の不法行為の成否〉，收錄於塩崎 勤編，「医療過誤判例の研究」，頁 22，民事法情報センター，2005 年；溜箭将之，〈最高裁判所民事判例研究（平成 12・9・22 第二小法廷判決）〉，法学協会雜誌 118 卷 12 号，頁 1953，2001 年；大塚 直，〈不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果關係論-二つの最高裁判決を機縁として〉，ジュリスト 1199，頁 14，2001 年 4 月。另外，在侵權行為法關於權利侵害判例歷史的變遷中，如同本件以值得法律保護之利益來處理的判例尚有日照的利益，（最三小判昭 47 年 6 月 27 日判決，民集 106 卷 349 頁日照權判決），都是隨著社會情勢的變更，為了謀求被害者的保護而提出新的學說，再受到下級審判決的支持而進一步透過判例的確認。

以下」的生存可能性，作為患者於其死亡時點仍會生存之「相當程度可能性」<sup>298</sup>。於此所引發的問題是：如果只有 5%，算不算是有「相當程度可能性」呢？換言之，可能性範圍有多廣，是尚待解決之問題<sup>299</sup>。

(2) 關於因果關係之判斷，本判決並未否定向來判例所採之見解，仍以「高度蓋然性」為基礎<sup>300</sup>，認定「B 醫師假使對 A 進行適切的醫療，亦無法認定 A 有存活之高度蓋然性」，從而，醫療行為與患者之「死亡」間，其因果關係無法證明。而本判決乍看之下，卻不免讓人產生這樣的錯覺：日本最高法院於「高度蓋然性」無法證明的情形，只要能證明有「相當程度可能性」，即肯定醫師之責任，換言之，本判決減輕了因果關係的證明程度。然而，如同本判決理由所言明者，「相當程度可能性」是法律所保護之利益，應將之理解為是因果關係終點的被侵害利益。而以此為前提，應證明之因果關係為「醫師的過失」和「相當程度可能性喪失」間之因果關係。對此，本判決於此雖未明言其證明之程度為何，惟仍可推論可能的方有下述兩種<sup>301</sup>：1. 根據向來之原則，以「高度蓋然性」為必要；2. 只須證明至「相當程度蓋然性」即可<sup>302</sup>。對此，多數學者認為，對因果關係證明之要求仍是遵從向來的「高度蓋然性」之程度，只是證明對象不再是延命（或救命）之高度蓋然性，而是繼續生存的「相當程度可能性」，減輕了原告在因果關係上之舉證責任，減緩因果關係難以證明之問題<sup>303</sup>。

(3) 由於本件是 Y 針對命其給付慰撫金 200 萬日圓及律師費用 20 萬日圓部份提出上訴之事案，法院僅可於上訴聲明範圍內裁判，因此，對於可否給予較高慰撫

---

<sup>298</sup> 參閱 西田祥平，〈最高裁判例に見る「相当程度の可能性」の認定〉，ジュリスト 1344，頁 43，2007 年 11 月。

<sup>299</sup> 參閱大塚 直，前掲註 297，頁 15。

<sup>300</sup> 日本最高裁昭和 50 年（1975 年）10 月 24 日第二小法庭判決（ルンバール判決），參閱註 203。

<sup>301</sup> 參閱 加藤新太郎，〈医師の過失による患者の相当程度の生存可能性の侵害〉，判タ 1065 号，頁 115，2001 年。

<sup>302</sup> 參閱 稻垣 喬，〈判例批評 水準不適合の医療と死亡時の生存可能性による不法行為〉，民商法雜誌 123 卷 6 号，頁 920，2001 年 3 月。

<sup>303</sup> 參閱 溜箭将之，前掲註 297，頁 1948；林 誠司，前掲註 289，頁 1212；飯塚和之，〈内視鏡再検査の不実施と相当程度の生存の可能性の有無〉，判タ 1157 号，頁 120，2004 年 11 月。



金或是承認慰撫金之外的其他損害賠償，本判決皆未著墨。

有學者從日本最高法院不採用向來下級審法院所持之期待權論或治療機會喪失理論之見解，而自行創設新法益之作法，推論認為：傳統之期待權論或治療機會喪失理論，是針對患者精神上之痛苦而只限於慰撫金之給付，患者所能獲得之賠償金額並不高，因此本判決之所以創設新的法益，可能是要抑止向來下級審裁判賠償低額化之傾向，準此，自不該因為本判決只提及慰撫金，即認為其有排除財產上損害賠償之意<sup>304</sup>。

對此，有學者更進一步主張，鑑於判決所言「維持生命對人類來說是最基本的利益，上述之可能性是法律上應保護之利益」，損害賠償之範圍不應僅限於慰撫金，生存可能性本身即是一種利益，具有財產價值，當其受侵害時，亦可請求財產上之所失利益<sup>305</sup>。

## 第二目 最高裁第三小法廷平成 15 年 11 月 11 日判決<sup>306</sup>

### 1.事實概要：

(1) 因為急性腦部病症而造成重度腦部損傷後遺症的 X，對最初幫 X 看診的開業醫師 Y，提起侵權行為損害賠償之請求。其理由為：Y 醫師未盡其適時地將 X 轉送至綜合醫療機構之義務（轉送義務），導致 X 產生重度腦部損傷後遺症；另如認為 Y 醫師違反轉送義務與 X 的後遺症間並無因果關係，則主張 Y 侵害其「不殘留重度腦部損傷後遺症之相當程度可能性」。

(2) 第二審法院認為，X 在昭和 63 年 10 月 3 日接受點滴時，曾出現分不清楚點滴瓶數量的情形，但後來 X 想上廁所時，卻婉拒想幫助他的醫院職員，並自己拿

<sup>304</sup> 參閱 林 誠司，前揭註 289，頁 1225。

<sup>305</sup> 贊同此說者，大塚 直，前揭註 297，頁 15；林 誠司，前揭註 289，頁 1225。且有學者整理平成 12 年之後的下級審判決指出：在平成 12 年判決出現後，所有的下級審均只肯認慰撫金之請求，應是受到平成 12 年判決的影響。而其數額，介於 200 萬日圓至 1000 日圓之間。學說部份，原則上以承認可請求所失利益為多數，僅限於慰撫金者為少數。參閱 飯塚和之，前揭註 303，頁 120。

<sup>306</sup> 民集 57 卷 10 号 1466 頁，以下簡稱「平成 15 年判決」。

著點滴瓶走向廁所，方便後還向醫院職員道謝，依其行為舉止，是否能斷定為 X 已有意識障礙或意識不清的症狀，仍有疑問。再者，結束診療時嘔吐狀況曾一度好轉，因此難以認定 Y 醫師有將 X 轉送至綜合醫療機構之轉送義務。何況，縱使認為 Y 醫師負有轉送義務，從鑑定結果來看，Y 的轉送義務違反與 X 的後遺症之間並無因果關係，而且，也不能認為早期轉送即有防止 X 的後遺症之「相當程度可能性」。

## 2.判決要旨：

(1) 在過失部份，Y 醫師從初診開始，即診斷為支氣管炎、頸部淋巴腺炎，並一直依此病症開藥，但症狀並無改善。至 X 於 10 月 3 日接受點滴注射時，X 還出現了疑似意識障礙的情況，此時 Y 醫師應能認知 X 有罹患某種重大且緊急疾病之高度可能，而負有義務將 X 轉送至能夠檢查並治療之醫療機關。準此，Y 怠於履行此項義務，應認為有過失。

(2) Y 既有過失，則在因果關係之部分，日本最高法院認為，為病患治療之醫師，因其過失而未盡將患者轉送至適切的醫療機構，即使無法證明其違反轉送義務的行為與患者殘留上述重大後遺症間有因果關係；惟如果適時地將其轉送至適當的醫療機構接受適當檢查、治療，而可證明患者仍有「相當程度可能性」不致產生該重大後遺症時，醫師應就侵害患者上述之可能性負損害賠償責任。

(3) 至於不會產生該重大後遺症之「相當程度可能性」是否存在，日本最高法院引用二審判決之統計數據，認為依昭和 51 年之統計，罹患急性腦部病症經適時的轉送或適當的治療後，生存者中有 63% 留有中樞神經後遺症，其餘 37% 則未殘留後遺症，若加上死亡者，則所有罹患急性腦部病症的病患中，有 23% 的人不會留下後遺症；於昭和 62 年之統計中，完全回復者占全體 22.2%，其餘 77.8% 之中，也有許多並未出現如 X 般之重大後遺症，而僅留下輕微的後遺症。準此，依上述統計數據以觀，X 不留下該重大後遺症之「相當程度可能性」，毋寧是存在的。

也因此，日本最高法院撤銷原二審判決，並將本案發回更審。

### 3.本判決之意義：

相較於平成 12 年判決強調生命維持是基本利益的觀點，而似將「相當程度可能性」理論的適用範圍，限於被害人死亡的情形，本判決則是明白指出重大後遺症之殘留應適用平成 12 年判決所提出之架構。換言之，被害人縱未死亡，只要醫師之診療行為有過失，且病人因此無法回復健康之狀態時，被害人即可藉由「相當程度可能性」之證明而請求損害賠償。

按雖有學者對於本判決擴大平成 12 年判決之理論適用範圍而對此表達擔憂之立場<sup>307</sup>，然而，如觀察本判決所謂之「重大後遺症」，係造成身體上之一級殘廢，被害人須接受看護之狀態及喪失語言能力等，同時本判決並以如被害人僅遭受輕微後遺症即不被歸屬為被害人喪失未殘留重大後遺症之「相當程度可能性」的範圍內，可見本判決之適用範圍並非毫無保留地及於所有殘留後遺症之情形<sup>308</sup>。

另在本判決之數據引用方面，其指出完全康復者為 22.2%（昭和 62 年）乃至於 23%（昭和 51 年），再加上僅殘留輕度後遺症者，可以發現其認定具有「相當程度可能性」之數據，明顯較平成 12 年判決中之「20%以下」高出許多。抑且，本判決也是日本最高法院首度以具體數字作為「相當程度可能性」的判決，具有相當之意義<sup>309</sup>。

## 第三目 最高裁第一小法廷平成 16 年 1 月 15 日判決<sup>310</sup>

### 1. 事實概要：

A 因罹患胃癌死亡，其繼承人以 A 之主治醫師 B 為被告，以醫療契約之債務

<sup>307</sup> 參閱 稻垣 喬，前揭註 302，頁 908 以下。

<sup>308</sup> 參閱 寺沢知子，〈時の判例-最高裁平成 15 年 11 月 11 日第三小法廷判決〉，法學教室 285 号，頁 81，2004 年 6 月。

<sup>309</sup> 參閱 西田祥平，前揭註 298，頁 43。

<sup>310</sup> 判時 1853 号 85 頁，以下簡稱「平成 16 年判決」。

不履行，主張因 B 醫師未進行適切之檢查而未能及時發現 A 罹患胃癌，最後導致 A 之死亡。由於 B 侵害 A 於死亡時本仍可繼續生存之「相當程度可能性」，因而提出本件之損害賠償請求。

## 2. 判決要旨：

(1) 首先，本判決指出平成 12 年判決所建構之法理，不僅在侵權行為，即使於醫療契約之債務不履行情形，亦可適用。亦即，醫師怠於實施適時、適切之檢查，而在履行醫療契約之義務上有過失，致患者無法及早接受適切之醫療行為時，縱上述檢查義務不履行之過失和患者之死亡間無法證明有因果關係，惟若可證明適時、適切之檢查得以及早發現疾病，對該疾病施以適切之治療可使患者於該死亡時點仍有繼續生存之「相當程度可能性」者，醫師應就侵害患者上述之可能性而負醫療契約上之債務不履行責任。

(2) 依本件事實，B 醫師如於平成 11 年 7 月時再進行一次適切的檢查，即非常可能發現 A 已罹患胃癌，若能發現並就 A 當時之病情施行符合當時醫療水準之化學治療，A 仍有因化學治療奏效而享有延命之可能性。然而在本件，B 醫師未再次進行檢查，以致無法於上述時點發現 A 之病狀，直到同年 10 月才發現胃癌並開始治療。一般而言，對於疾病的治療越早開始，其效果越好；若 A 能於實際接受胃癌治療之三個月前，即開始接受符合當時病狀及醫療水準之化學療法，在無特殊情事之下，認為 A 可獲得比其實際進行之治療更好的治療效果應屬合理。從而，應可認定 A 於死亡時仍有生存之「相當程度可能性」，否定此點之原審判斷有法令解釋適用錯誤之違法，本件應發回更審。

## 3. 本判決之意義：

本判決是自上述之平成 15 年判決後，最高法院第二個適用平成 12 年判決所創造之「相當程度可能性」理論的判決；再者，相較於平成 12 年判決是由第二小法廷、平成 15 年判決是由第三小法廷作出，本判決則為第一小法廷之判決，

依此可見全部最高法院之小法廷均已接受、採納「相當程度可能性」之理論。此外，該理論在平成 12 年判決中原係適用於侵權行為責任，並未明確表示是否亦及於契約責任，惟本判決則明確肯定該理論在契約責任之適用，別有法律構成上之意義<sup>311</sup>。申言之，在醫療訴訟中，患者一般不外乎透過契約與侵權行為來追究醫師之責任，則該理論如明確地同時適用於此兩種責任之基礎時，確有實益。

關於「相當程度可能性」存否之認定，依本判決之意旨可知，如比起實際上已進行之治療另存有在醫療水準上更適切之治療方式時，則不問其具體之效果、程度，可以此認定有「相當程度可能性」之存在。以本件為例，假設能提早三個月發現 A 罹患胃癌並因此提早三個月進行與其後實際上施行相同之化學療法，或是其他更適切的治療方式（例如投予其他較適合之抗癌劑等），應可期待治療效果的改善。因此，如果存在更適合的治療方式，且醫師亦遵從其注意義務施行適切之醫療時（除了治療本身，也包含檢查和轉送等），即使其效果改善之具體數值不明，原則上仍有生命維持（救命或延命）或身體維持（重大後遺症之避免）之可能性。不過，即使有更適合之治療方式，然於具體個案中卻可確定不具有治療效果之可能時，則當然應否定「相當程度可能性」之存在<sup>312</sup>。

只是，究竟達到如何程度的延命（重大後遺症避免）可能性（數值）可認定為是可能性侵害？雖然在延命（重大後遺症避免）可能性極低的極端情形，似應否定其可能性受侵害，但是其界線究竟為何？以及，在更適切的治療其實施可能性不明時，例如在檢查義務違反或轉送義務違反之案件，接受特定治療的機會喪失問題，是否適合該治療方法不明時，可否認為其可能性受侵害？都是仍待解決之問題<sup>313</sup>。

---

<sup>311</sup> 參閱 飯塚和之，前揭註 303，頁 116。

<sup>312</sup> 參閱 西田祥平，前揭註 298，頁 45。

<sup>313</sup> 參閱 西田祥平，前揭註 298，頁 46。

#### 第四目 最高裁第一小法廷平成 17 年 12 月 8 日判決<sup>314</sup>

##### 1. 事實概要：

(1) X 因犯侵入住宅罪而被起訴並羈押於東京看守所，於平成 13 年 4 月 1 日上午 7 時 30 分爲看守所職員發現其有異狀。X 於上午 8 時接受醫務室中 A 醫師之診察，A 醫師懷疑其爲腦梗塞而將其留在特定集中治療室（ICU）。

到了同日上午 8 時 30 分後，由 B 醫師（神經科醫師）爲 X 進行診察，發現 X 有無法回答問題、受疼痛刺激手腳有反應、右半身麻痺、無法言語、瞳孔呈現圓形、兩眼對光反應迅速等症狀。B 醫師依此判斷 X 可能爲腦內出血或腦梗塞，並於 9 時 03 分進行第一次電腦斷層（CT）攝影。由於 X 在攝影時動了一下，雖造成畫質上之不清晰，但還是顯示出 X 腦部中低吸收區域的影像。B 醫師藉此影像判斷 X 是腦梗塞，指示投予治療腦浮腫之藥物（Glyceol Injection）。

到了同日上午 11 時 15 分，再由 C 放射線技師爲 X 進行第二次 CT 攝影，確認 B 醫師當時的判斷正確。

同年 4 月 3 日上午 7 時 50 分，D 醫師爲 X 進行診察及第三次 CT 攝影，依攝影結果確認是腦浮腫，且正在惡化。D 醫師認爲繼續在東京看守所接受治療並不適當，乃開始聯絡轉院事宜。於警察醫院及 E 醫院皆表示無法接受 A 轉院後，終獲得 F 醫院之同意，X 於該日下午 3 時 41 分到達 F 醫院。

根據 X 在 4 時 30 分所作的頭部 CT 攝影，發現左中大腦動脈區域出現廣泛的腦浮腫現象，應是從 4 月 2 日開始惡化，經 X 的律師同意後乃緊急爲 X 進行腦部減壓手術。X 術後留有失語、半盲、意思溝通困難、無閱讀書寫能力、理解力和判斷力降低、右半身完全運動麻痺等後遺症。X 因此依國家賠償法第一條第一項主張因東京看守所之職員（醫師）違反轉送義務，使 X 失去接受適切治療的機會，

<sup>314</sup> 判時 1923 号 26 頁，以下簡稱「平成 17 年判決」。

向國家請求精神慰撫金之賠償。

(2) 第一審法院認為，東京看守所的職員未儘速採取轉院措施，其違反轉送義務，導致 X 喪失接受其他治療方法—即「血栓溶解療法」的可能性。而本件 X 因此留下後遺症，喪失其免於遭受如生命侵害般重大後遺症之機會，為對 X 之生命、身體人格利益之侵害，使 X 受有精神上之損害，進而肯認 X 的精神損害賠償請求<sup>315</sup>。

(3) 對此，第二審法院則認為，由於 X 有「接受外部醫療機關的血栓溶解療法後即不留下重大之後遺症之相當程度可能性」一事，難以肯認，因此否定 X 的國家賠償請求<sup>316</sup>。

## 2. 判決要旨：

最高法院於本判決中，肯認二審法院之判斷為正當，並據以駁回 X 之上訴。對本件判決之結果，島田仁郎法官及才口千晴法官提出補充意見書，橫尾和子及泉德治兩位法官則提出不同意見書，以下分述之。

(1) 判決結果：最高法院在本判決中，首先引用平成 12 年判決及平成 15 年判決，提出以下之一般論述，即診治被羈押患者之醫師（看守所職員），如因過失怠於適時將患者轉送至適當醫療機構，倘患者能證明「假使經適時轉送至適當醫療機構，並在該機構接受適切之醫療行為的話，即有不殘留重大後遺症之相當程度可能性」時，國家對患者上述可能性被侵害所生之損害，應負賠償之責任。

然於本件中，1. 首先，X 於接受第一次 CT 攝影時，已不適合採取血栓溶解療法。2. 第一次 CT 攝影之前 X 固有適合使用血栓溶解療法的時點，然在該適合使用血栓溶解療法的時點卻難以認為 X 有轉送至外部醫療機構並接受該療法之可能。3. 東京看守所已針對 X 所出現之症狀給予相對應之治療。準此，依上述事實

<sup>315</sup> 東京地判平成 16 年 1 月 22 日判決，判夕 1155 号 131 頁。

<sup>316</sup> 東京高判平成 17 年 1 月 18 日判決，判時 1896 号 98 頁。

不能證明 X 有不殘留重大後遺症之「相當程度可能性」，故應駁回 X 之請求。

另針對 X 主張東京看守所對其提供之治療係「威脅生命尊嚴的粗雜診療」，國家因此應負國家賠償責任云云，法院亦認為欠缺依據而不予採用。

#### (2) 島田仁郎法官之補充意見

在平成 12 年及 15 年之判決中，侵權行為法上所保護的對象應是患者的生命及身體。按醫師侵權行為責任之構成，原雖以醫師之過失與患者生命身體之損害間有因果關係存在為必要，惟取而代之者，其間若有「相當程度可能性存在」即已足夠，藉此緩和在醫療訴訟中患者舉證的困難。然而應同時了解的是，藉由將「相當程度可能性存在」作為要件，即使醫師過失與損害結果間的因果關係無法證明仍肯認其賠償責任，其適用範圍應做合理的劃定。

#### (3) 才口千晴法官之補充意見

其意見除肯定島田之補充意見外，針對不同意見亦提出批判性見解。「不同意見認為可因『適時將患者轉送至適當醫療機構，並在該機構接受適切檢查、治療等的醫療行為之利益』被侵害為理由，使醫師負損害賠償責任。但是，該法益是實體法上未規定之抽象權利，且不只限於醫療行為，凡具有專業及獨佔性的職業，例如：老師、律師等等，亦可能以接受適切教育或辯護之利益受侵害為理由而肯認其損害賠償責任，則侵權行為損害賠償責任成立與範圍，將有不受限制恣意擴張之虞。」

但是其於意見書最後亦提到，「於醫師的檢查、治療根本不值得稱之為是醫療行為的例外情形，不能說沒有以『接受適切的檢查、治療等醫療行為之利益受侵害』為理由，肯認其損害賠償責任之餘地。」然而，本件不屬於此種例外情形。

#### (4) 橫尾和子，泉德治法官之不同意見

兩位法官在不同意見中認為，「適時將患者轉送至適當醫療機構，並在該機



構接受適切検査、治療等醫療行為之利益」，是應該被創設的新的保護法益。且該新法益與最高法院判例既已承認在侵權行為法中值得受法律保護之其他利益相比，於應保護之程度上，並未較優或較劣，應是該當於侵權行為法上之保護利益。

按作為保護法益之「相當程度可能性」與證明度之「高度蓋然性」間其關係究竟為何，從平成 12 年判決出現之後，一直受到批評<sup>317</sup>。如前所述，一般認為應以「高度蓋然性」來證明「相當程度可能性」的存在，但是由於「可能性」和「蓋然性」的重疊顯得相當不自然，事實的因果關係的證明度減輕和損害論之間的關係，將持續著不透明的狀態<sup>318</sup>。對此，本判決島田法官在其補充意見明言：「『相當程度可能性的存在』是取代因果關係存在的要件」，而從緩和證明困難的實質面出發，島田法官如是的說法亦獲得才口法官在補充意見中之全面支持。準此，平成 12 年及 15 年判決可理解為，藉由存在「相當程度可能性」此一要件，雖然醫師之過失行為與結果發生間之因果關係無法證明，惟仍可肯認醫師之賠償責任，蓋此屬於合理的適用範圍。於此，有學者認為這是不拘泥於侵權行為法之要件，從謀求醫療訴訟中對患者的合理救濟出發，而採取實用之態度<sup>319</sup>。

至於何種程度的可能性存在才肯認損害賠償之請求，雖仍是未解決之問題，但以本判決與平成 16 年判決相比，平成 16 年判決係以「一般來說，對於疾病的治療是越早開始效果越好，在無特殊情事之下，患者可獲得比其實際進行之治療更好的治療效果應屬合理」肯定醫師責任，但是從本判決之理由觀之，本件第二審及最高法院否定醫師責任之理由並不是原告所主張之「可能性」未達相當之程度，而是被告證明了「無轉送及接受血栓溶解療法之可能性」。兩個判決皆因醫

<sup>317</sup> 例如：混淆了證明上的確率與保護法益。參閱 稻垣 喬，前揭註 302，頁 922；加藤新太郎，前揭註 301，頁 115。

<sup>318</sup> 參閱 前田順司，〈醫師の注意義務違反と因果關係-相当程度の可能性〉，收錄於宇都木 伸等編著，「医事法判例百選」頁 165，有斐閣，2006 年。

<sup>319</sup> 參閱 溜箭將之，〈「相当程度の可能性」のゆくえ-平成 17 年 12 月 8 日最高裁第一小法廷判決を題材に〉，ジュリスト 1344，頁 53，2007 年 11 月。

師之過失而對「相當程度可能性」做事實上推定，而由被告負舉出反證之責，以這樣的解釋為前提，則變成被告能否證明「可能性」不存在一事決定原告的救濟成功與否。若被告反證的證明度比高度蓋然性來的更低的話，結果將變成由原告負責舉證證明「相當程度可能性的存在」，因此，被告應以高度蓋然性來證明可能性的不存在。因而可認為，「相當程度可能性」法理某程度亦發揮證明責任事實上轉換之功能<sup>320</sup>。

從判決本文、補充意見及不同意見中，可發現以下兩個問題：1.在無法證明「相當程度可能性」存在時，是否還有肯認救濟之餘地？2.「相當程度可能性」的法理可否類推適用至醫療訴訟以外的其他訴訟類型？

關於第一個問題，不同意見認為應以創設新法益的方式解決，亦即，「適時地將患者轉送至適當醫療機構，並在該機構接受適切的檢查、治療等的醫療行為之利益」是值得以法律保護的新法益，即使未能證明「相當程度可能性」，仍應肯認原告的損害賠償請求<sup>321</sup>。法院意見認為在「威脅生命尊嚴的粗雜診療」的情形，島田補充意見認為在「顯著地不適切不充分的情形」，才口補充意見認為在「於醫師的檢查、治療根本不值得稱之為是醫療行為的例外情形」，承認有救濟之餘地。

至於第二個問題，法理的類推適用與否，補充意見採取相當謹慎的看法。蓋如將該法理類推適用時，其基礎在於：被告所具有之專業性、獨占性與原告對被告之依存性，而若從對專業人士信賴的觀點來看，毋寧會認為應將適用在醫師責任之法理廣泛地類推至其他專業領域。但是在現代社會中，獨占的職業種類或契

<sup>320</sup> 參閱 溜箭將之，同前註，頁 54-55；杉原則彥，前揭註 296，頁 1217-1218。

<sup>321</sup> 不同意見於此舉了 4 個最高法院的判例作為佐證，分別為：1.耶和華見證會之教友拒絕輸血案（最一小判平成 12 年 2 月 29 日判決，民集 54 卷 2 号 582 頁），2.乳房溫存療法（最一小判平成 13 年 11 月 27 日判決，民集 55 卷 6 号 1154 頁），3.對於家屬的癌症告知（最一小判平成 14 年 9 月 24 日判決，判時 1803 号 28 頁），4.關於分娩療法的說明義務（最一小判平成 17 年 9 月 8 日判決，判時 1912 号 16 頁）。這些判例是與自己決定權相關之事例，但是本件和患者的意思無關而是與醫師應盡之醫療行為有關之事件，才口補充意見亦指摘所引用之判例與本件有本質上之差異，不可混為一談。

約的一方當事人對他方有依存關係的情形不在少數，一方因期待他方的專門知識而產生的信賴關係更以各種型態存在於日常生活中。申言之，我們每個人的生命身體安全、食衣住行、和生計相關的各種事項，都是和無數的自然人及法人以契約或其他關係所結合而成，甚至對於政府機關亦有基本利益保護的依存關係。也因此，補充意見認為應在個別事件中嚴格地判斷是否可以類推適用<sup>322</sup>。

## 第五目 本款小結

### 1. 「相當程度可能性」之定位—是因果關係？還是法益？

平成 12 年判決表示：「維持生命對人類來說是最基本的利益，上述之可能性是法律上應保護之利益，醫師由於過失未施行符合醫療水準之醫療行為，即是侵害了患者之該項法益」，而平成 15 年判決引用平成 12 年判決，亦謂：「……如果適時轉送至適當的醫療機構，在該醫療機構接受適當的檢查、治療等醫療行為，可以證明患者有『相當程度可能性』不會產生該重大的後遺症時，醫師應因侵害患者上述之可能性而負損害賠償責任」。另平成 16 年判決表示：「……若因為適時適切的檢查而及早發現疾病，並對該疾病施以適切治療等的醫療行為，患者於該死亡時點仍可生存之『相當程度可能性』可被證明時，醫師應因侵害患者上述之可能性而負醫療契約上之債務不履行責任」，平成 17 年判決也言及：「……在患者能證明，『假使適時地將患者轉送至適當醫療機構，並在該機構接受適切的醫療行為，不殘留重大後遺症之相當程度可能性存在時』，國家對於因患者上述可能性被侵害所生之損害，應負國家賠償責任」。準此，可見日本最高法院是將「相當程度可能性」當成保護法益，而多數之判例評釋亦是採取相同看法<sup>323</sup>。

按日本法院實務藉由承認「相當程度可能性」作為法益之方式，達到減輕原告舉證責任之效果，使日本最高法院可一方面維持著自ルンバール判決以來應以

<sup>322</sup> 關於應否將「相當程度可能性」法理一般化地適用至其他事件，可參閱溜箭將之，前揭註 319，頁 58-59。

<sup>323</sup> 參閱 溜箭將之，前揭註 297，頁 1948；前田順司，前揭註 318，頁 165；杉原則彥，前揭註 296，頁 1217；大塚直，前揭註 297，頁 14；加藤新太郎，前揭註 301，頁 115。

「高度蓋然性」證明因果關係存在之框架，同時又可達到減輕被害人舉證責任之救濟目的。

而引起注目的是，平成 17 年判決的法院意見雖維持與以往相同之看法，然而兩位法官在補充意見中，卻變更了向來的理論。申言之，其等認為侵權行為法的保護對象，應是患者的生命及身體，至於「相當程度可能性的存在」，則為取代因果關係存在的要件。此一見解相較於上述實務決藉由創造新法益來實質減緩因果關係證明度之方式，可謂更為直接。而或許是因為才口法官在其補充意見中批評指出：「不同意見認為可因『適時地將患者轉送至適當醫療機構，並在該機構接受適切的檢查、治療等的醫療行為之利益』被侵害為理由使醫師負損害賠償責任。但是，該法益是實體法上未規定之抽象權利。」，且此一說法在將「相當程度可能性」作為被保護法益時亦同樣有所適用。亦即，過去曾有學者提出下述之法益三階段構造<sup>324</sup>：在醫療訴訟中，因應生命身體損害之迴避蓋然性程度，在可證明有高度蓋然性之情形，所保護的法益是生命及身體；僅可證明有「相當程度可能性」時，保護法益為「相當程度可能性」；在「相當程度可能性」也不存在時，保護的法益是接受適切的醫療行為的利益。後兩者皆是實體法上所未規定的法益，對於前者的侵害當然地承認其損害賠償，關於後者卻僅在例外的情形給予保護，理論本身是否合理仍有疑問。毋寧，將「相當程度可能性」作為因果關係，而以受絕對保護的生命或身體作為法益的損害賠償構造為主，例外地才保護接受適切醫療行為之利益，這種兩階段的構造在說理上較為清楚明瞭。

然而，有學者基於下述之理由，認為平成 12 年判決開始，鑑於生命、身體的重要性，將存活及不殘留重大後遺症之「相當程度可能性」作為被侵害之利益，應是妥當的理論構成，而平成 17 年判決本身並未改變向來之看法。且將「相當程度可能性」當作因果關係時，會與其他侵權行為類型（醫師以外的專業人員責任、公害訴訟、交通事故、名譽毀損等）有難以整合之虞。亦即，若是在所有侵

<sup>324</sup> 參閱 大塚 直，前揭註 297，頁 16。

權行為類型其因果關係均以「相當程度可能性」之立證為足，將使賠償責任之範圍過份寬廣，然而若是將之限定在醫療訴訟及相類似之訴訟類型中藉以緩和因果關係之證明，似又欠缺強而有力之理由。準此，將「相當程度可能性」作為侵權行為法上值得保護之利益，則能達到限定損害賠償責任範圍之效果<sup>325</sup>。

## 2. 「相當程度可能性」是如何程度之可能性？

按平成 12 年判決係以鑑定意見中提及「雖然機率只有 20% 以下，但的確存有救命可能性」，藉此肯定「相當程度可能性」的存在。在平成 15 年判決，則以完全回復者占全體 22.2% 等數據肯定。而平成 16 年判決以「一般來說，對於疾病的治療是越早開始效果越好，若 A 於實際進行胃癌治療三個月前之上述時點，即能開始接受符合當時病狀及醫療水準之化學療法，在無特殊情事之下，認為 A 可獲得比其實際進行之治療更好的治療效果，應屬合理。從而，可認定 A 有於其死亡時點仍可生存之相當程度可能性」的經驗法則，直接認定「相當程度可能性」的存在。

從醫療訴訟實務以觀，因果關係或是「相當程度可能性」等，往往仰賴鑑定報告或醫學文獻等資料作為基礎藉以認定。然而，關於存活率或不殘留重大後遺症之比例，文獻中很少會有明確地記載，且就算有記載，其比率也可能因為醫療機構的性質、設備的充實度等，導致實際情況與文獻記載有所落差。因此，實際上在判決中要做出存活可能性為百分之幾的判斷，是相當困難的。在無法具體表示救命可能性的程度時，平成 16 年判決所採用的認定方法，即相當值得參考。另事實上，在平成 12 年判決作成後之相關下級審判決中，不具體認定可能性的比率而承認「相當程度可能性」存在的情況也很常見。也因此，有學者見解甚至認為，在實務上討論其比例之具體數值也許並無相當之實益<sup>326</sup>。

<sup>325</sup> 參閱 志村由貴，〈「相当程度の可能性」をめぐる実務的論点〉，ジュリスト 1344，頁 72，2007 年 11 月。

<sup>326</sup> 同前註，頁 73。

### 3.因「相當程度可能性」受侵害之損害賠償範圍

以「相當程度可能性」受侵害為理由容認損害賠償之請求時，關於請求賠償之範圍，學說上有以下不同之見解存在 1.僅限於針對精神痛苦所給予之慰撫金，2.另承認就所失利益等給予財產上之損害賠償<sup>327</sup>。

而從日本實務見解來看，平成 12 年判決僅肯認慰撫金之請求，平成 15 年、16 年及 17 年判決則未直接觸及此點。但在平成 15 年判決發回更審後，更審法院（大阪高判平成 17 年 6 月 15 日）並未容認財產上之損害，僅准許慰撫金 270 萬日圓及律師費用 30 萬日圓，嗣雙方當事人皆對此判決提出上訴，但遭日本最高法院駁回；亦即，對於更審判決未容認財產上損害此點，最高法院認為上訴無理由。準此，應可歸納日本實務見解認為，因「相當程度可能性」受侵害者，僅得請求慰撫金。

### 4.「相當程度可能性」理論之射程範圍

按「相當程度可能性」理論應作為例外之救濟法理，或是普遍性一般法理，會影響其射程範圍的大小。如將其當作是一值得保護之法益時，其係屬實體法上未規定之抽象權利；如將其作為取代因果關係之要件時，平成 17 年判決之補充意見中亦指出其適用範圍應做合理劃定。準此，應將其當作例外的救濟法理謹慎使用為宜。

而先就判決所建立之適用範圍觀察，平成 12 年判決重視生命之重要性，保護的是「生存可能性」，平成 15 年判決認為「避免產生重大後遺症之可能性」亦是人類最基本之利益，所以應予以保護。亦即，此理論在發展之初，是適用在醫療訴訟且涉及生命或身體之重大侵害時。

至於可否適用至其他訴訟類型，一方面採取謹慎看法卻又認為該理論擴大適

<sup>327</sup> 僅限於慰撫金之見解，參閱 前田順司，前揭註 318，頁 165；稻垣 喬 302，前揭註，頁 915。認為可請求財產上損害之見解，參閱大塚 直 297，前揭註，頁 15；林 誠司，前揭註 289，頁 1225；飯塚和之，前揭註 303，頁 120。

用空間之見解，則不在少數<sup>328</sup>。按之所以認為可擴大適用的第一個理由是，平成 12 年判例是以生命的重要性作為「相當程度可能性」之保護理由，則如果屬於生命侵害（或平成 15 年判決所肯認之對身體的重大侵害）之事例，即使是醫療行為以外之情形也難以否定其適用。例如，關於警察等因勤務懈怠所產生之生命侵害，已有下級審裁判以「若進行適切的搜索行動、救護行動，有避免被害人死亡之相當程度可能性」為理由，肯認損害賠償之請求<sup>329</sup>。再者，基於專業性、信賴關係等理由，對於律師、會計師等專業人士或亦有適用餘地，不過，如從是否涉及生命等重大侵害來看，則應採取否定見解為宜。最後，從緩和舉證困難來看，既然採取「相當程度可能性」理論的實質理由，係為救濟因果關係的舉證困難，則將該理論類推至其他亦有舉證困難之訴訟類型（例如：公害訴訟），應屬可採<sup>330</sup>。

#### 5.在無法證明「相當程度可能性」存在時，是否還有肯認救濟之餘地？

於平成 17 年判決中，不同意見認為應以創設新法益的方式解決，法院意見認為在「威脅生命尊嚴的粗雜診療」的情形，島田補充意見認為在「顯著地不適切不充分的情形」，才口補充意見認為在「於醫師的檢查、治療根本不值得稱之為是醫療行為的例外情形」，承認有救濟之餘地。的確，在醫病關係中，如果醫師因為不值得稱之為是醫療行為的行為，而使病患承受無法忍耐之精神痛苦時，以該行為本身為侵權行為，命其對患者之損害予以賠償是可能的。在這種極端例外的情形，與其說是侵害了「接受適切醫療行為之利益」，不如說是侵害了一般的人格利益<sup>331</sup>。

<sup>328</sup> 如平成 17 年判決之補充意見；參閱 溜箭將之，前揭註 297，頁 1948；大塚 直，前揭註 297，頁 15；前田順司，前揭註 318，頁 165。

<sup>329</sup> 神戶地判平成 16 年 2 月 24 日；横浜地判平成 18 年 4 月 25 日，判時 1935 号 113 頁；東京高判平成 19 年 3 月 28 日，判時 1963 号 44 頁。

<sup>330</sup> 參閱 志村由貴，前揭註 325，頁 75。

<sup>331</sup> 同前註，頁 77。另外，最二小判平成 3 年 4 月 26 日判決（民集 45 卷 4 号 653 頁）指出「人於社會生活中，因為他人行為而造成內心平靜的感情受侵害，致使承受精神上痛苦，雖然於一定限度內應自行承擔，但若超過社會通念上所能接受的程度時，應作為人格利益之一部而以法律加以保護，若有對此人格利益之侵害，視其侵害之態樣、程度，而有成立侵權行為之餘地。」

## 第四項 我國法上之「存活機會喪失」理論

### 第一款 實務見解

依筆者蒐尋公開資源之結果，目前我國法院援用「機會喪失理論」作為判決基礎且具有代表性者，至少有以下三件。申言之，在第一件判決中最高法院以「已死亡」之被害人喪失存活之可能機會為由，判命醫師賠償財產上之損害及慰撫金。在第二件判決中高等法院對「尚生存」之被害人因醫師過失行為使其存活率降低而將導致死亡為由，判命給予包括勞動力減少之財產上損害賠償及慰撫金。而在第三件判決中，醫師之過失行為僅導致被害人留下嚴重之後遺症，但並未造成其死亡或面臨死亡之結果，然最高法院仍適用「機會喪失理論」認定其喪失「治癒」之機會，以下試分述之。

#### 第一目 最高法院 77 年度台上字第 1876 號民事判決

本件事實略為：上訴人鄧○○開設○○綜合醫院，雇用上訴人杜○○為住院醫師。民國七十四年三月二十一日上午六時四十五分許，沈○因胸部疼痛前往求診，杜○○適為值日醫師，在二樓休息，經該院藥劑師陳○○通知其沈○之病情後，杜○○明知沈○患有心臟病，竟疏於注意，不立即下樓診治，僅率命陳○○施打止痛針及葡萄糖。迨打針後十數分鐘，病情惡化，陳○○上樓告知，杜○○始行急救，沈○終因心肌梗塞，導致心肺衰竭死亡。

對此，最高法院在本判決中針對上訴人（醫師）之診治行為與被害人死亡間之因果關係問題上，明確表示：「……鑑定書固謂：『急性心肌梗塞死亡率頗高，雖經適當治療，亦不一定有存活希望』，然非謂急性心肌梗塞症患者，縱經適當治療，概無存活之希望，故如及時適當治療，仍應有存活之可能。茲杜○○延誤時間，未為適當治療，致沈○喪失存活之可能機會，杜○○之過失行為與沈○之死亡間，自有相當之因果關係存在，上訴人所辯伊之行為，與沈○之死亡，無相



當因果關係云云，尚非可採。是杜○○就沈○之死亡，依民法第一百八十四條第一項前段規定，應負損害賠償之責。」；並據此進一步判決上訴人應負損害賠償之範圍為：「被上訴人主張……支出殯葬費十五萬四千元……依民法第一百九十二條第一項規定，應予准許，被上訴人各請求賠償慰藉金十萬元部分，斟酌兩造之身分，地位、經濟能力與被上訴人已成年，獨立生活，及其精神上痛苦之程度等情狀，核亦屬相當，依民法第一百九十四條規定，應併准許。」

按本案例中最高院所稱「故如及時適當治療，仍應有存活之可能」，「未為適當治療，致沈○喪失存活之可能機會」云云，學者有認為最高法院係援用「機會喪失之理論，以被害人之「存活機會之喪失」作為侵權行為所侵害之權利客體。換言之，在機會喪失理論下，加害人之行為只要涉及侵害被害人之存活機會，即需對此負損害賠償之責任，而非必須致被害人之生命權受侵害時，加害人始須負責<sup>332</sup>。

## 第二目 台灣高等法院 92 年度上字第 596 號民事判決

本件事實略為：原告接受被告博仁醫院負責之新生入學健康檢查，其中包含胸部 X 光檢驗等胸部健康狀況檢查。被告以書面表示原告八十八年九月所進行之胸腔 X 光檢查胸部健康狀況為「正常」，理學檢查亦「無明顯異常」。嗣原告通過律師考試，依考試院規定赴三重縣立醫院接受健康檢查後，竟獲知依原告胸部 X 光片顯示，原告左肺下方有一明顯之大區域之圓形白色陰影，左肺上方則有一團明顯黑色陰影，肺部狀況有明顯異常。原告赴台大醫院接受進一步之胸腔穿刺檢查，即確認原告已罹患胸腔惡性腫瘤且當時已至肺腺癌第三 B 期，原告向博仁醫院調出數月前拍攝之 X 光片，發覺當時原告之肺部 X 光片上早已有肉眼清晰可見之腫瘤異常，被告博仁醫院竟嚴重疏失地向原告以書面表示該檢查並無異常，

<sup>332</sup> 陳聰富，〈「存活機會喪失」之損害賠償〉，收錄於氏著「因果關係與損害賠償」頁 249，元照出版有限公司，2004 年 9 月。

致原告錯失治療之機會，癌症之存活率由百分之六十七，降為百分之五。被告乙○○為判讀原告胸部X片之醫師，應與被告博仁醫院負連帶賠償責任。

高等法院在被害人死亡與醫師診療行為間之因果關係部分表示：「推估被上訴人（病患）於斯時應為肺腺癌第一期，其五年存活之機率為百分之三十六至百分之七十一，因上訴人未查覺當時肺部X光片之異狀，未告知促其就醫，使其未能把握治療之時機，遲至八十九年三月因三重醫院檢康檢查發現肺部異狀時，再至台大醫院檢查至同年三月二十七日始確定罹患肺腺癌第三B期，五年存活機率已降為百分之七……則按人格權中之生命權，係指享受生命安全之人格利益之權利，生命因受侵害而消滅時，為生命權受侵害。而存活機會為病人對未繼續生命之期待，存活機會受侵害，最終導致死亡時，即為剝奪生存之機會，亦應認為生命權受侵害，故存活機會應認為人格權之概念所涵蓋。……可見被上訴人肺癌之範圍擴大，與上訴人受僱醫師未察覺判讀出其胸部X光片顯示胸部異常間，顯具有相當因果關係。」；此外，就被害人因「減少勞動能力」所受損害之部分，則謂：「而被上訴人罹患癌症，於治療過程中無可避免將產生勞動能力之降低，因我國對於減少勞動能力數額計算，法無明文規定，故本院參照美國俄亥俄州最高法院案例，即採納存活機會喪失理論，謂患者自醫療專業人員尋求醫療輔助，有權期待獲得適當照顧，且因醫療人員之過失而減低其生存機會時，應獲得賠償，至於所得請求賠償數額為過失行為時，最後傷害或死亡的全部損害數額，乘以機會喪失的比例（見原審卷一四五頁）。」；末以，就非財產上損害賠償之請求，則表示：「本院斟酌惡性腫瘤列為我國十大死因之一，罹患癌症如未經及時之治療，不啻為絕症，故一般人獲知罹患癌症，其恐懼、不安無異於宣告生命將結束，尤其被上訴人罹癌時年僅二十八歲，正值人生黃金歲月，且經律師高考及格，人生正要起步之際，卻因上訴人於為被上訴人作健康檢查時，怠於發現被上訴人肺部明顯之異常狀況，延誤其治療之黃金時期，致其存活率僅為百分之七，且因上訴人未及時自胸部X光片發現並判讀出被上訴人肺部異常現象而延誤病情，導致

其腫瘤不斷增生及造成惡性積水而無法以有效之治療方式治療，經化學治療藥物摧殘，飽受掉髮、嘔吐、指甲脫落流膿之苦，其身體上所受之折磨實非筆墨得以形容，精神上更遭受重大痛苦。另再參酌上訴人為一醫療機構，為受檢者從事健康檢查之目的，即在早期發現病症得以早期治療，竟疏失至以肉眼即可自胸部X光片發現被上訴人胸部有異常情形，卻未為發現，顯未盡其注意義務，並審酌上訴人為一知名之私立醫療機構，財力狀況顯較被上訴人為佳等一切情況，認被上訴人請求非財產上之損害以三百萬元為適當。」

依此可知，高等法院在本案例中認為，被害人「存活機會」受侵害，即等於其生命權受侵害；且相較於前一最高法院之判決，更允許尚未發生死亡結果之被害人，亦得因其「存活機會喪失」--即生命權受侵害為由，請求財產上與非財產上之損害賠償。復在財產上損害賠償之計算方式上，則以全部財產上損害數額乘上所喪失之機會比例。

### 第三目 最高法院 96 年度台上字第 258 號民事判決

本件事實略為：上訴人因下肢無力而自民國八十三年六月三十日起多次至被上訴人私立高雄醫學大學附設中和紀念醫院（下稱高醫）求診，由被上訴人乙○○及丙○○（下稱乙○○等）負責治療。惟因乙○○等之過失致未能診出確切之病灶，迨八十七年十二月間伊再因癱瘓住院及進行血管攝影後，始發現病灶係胸椎第六節動靜脈畸形。上訴人遂轉赴高雄長庚紀念醫院（下稱長庚醫院）接受栓塞治療，惟已錯失黃金治療期間，致癱瘓情況迄今無法改善。此顯係因乙○○等之誤診所致，伊自得請求喪失勞動能力之損失，以基本工資及原尚可工作之期間計算十七年之損失為二百三十八萬二千九百十七元，另請求精神慰藉金三百萬元。被上訴人等則以乙○○於上訴人經腰椎磁振掃描檢查後，認可能罹患動靜脈畸形類之血管性病灶，乃建議再作磁振掃描及腰椎探查手術，惟均遭上訴人拒絕，乙○○等已盡其醫療義務，自無任何疏失。況該動靜脈畸形為相當罕見且治療困

難之病症，即使早期發現，亦不一定能控制或治癒。故上訴人認乙○○等有誤診且使其錯失黃金治療時期，即屬無據，亦無因果關係。

對此，最高法院認為「查原審所據醫審會鑑定書及台大醫院覆函雖有：「治癒率不高」、「以八十三年當時的醫療水準，即使在發病住院初期有診斷出來，也不見得就能完全治癒」、「八十三年間對於胸椎動靜脈畸型施行栓塞治療之效果，一般而言皆不夠理想，但治療效果與病灶之大小及血管之複雜性有很大之關係，所以不同的病人間會有很大的差異性」等語，但非全然否定得加以治療之可能性……則上訴人若能及時治療，其效果是否仍成下肢癱瘓，尚難斷定，至少及時發現病灶而加以治療，仍有延長或免除癱瘓之機會。且被上訴人之過失行為與上訴人兩下肢癱瘓間，是否全無相當因果關係，亦非無研求之餘地。」

此判決之重要意義在於，相較上述兩判決之被害人係已死亡或即將死亡，本件被害人並非因過失之行為而將發生死亡之結果，不過為留下確定無可治癒之後遺症。對此，本件判決仍適用機會喪失理論，將之擴展至亦可用於被害人喪失「治癒」機會，而非存活機會之情形。

## 第二款 學說見解

針對「存活機會喪失」理論，除前揭法院實務外，我國學者亦有相當程度之深入討論，以下謹簡要說明之。

### 1.損害之認定：

首先，在損害本質之認定上，有學者認為病人之存活機會係對於未來繼續生命的期待，亦即生命繼續存在的機率，應為人格完整性、人的存在價值及人身不可侵犯性等概念所涵蓋，從而病人之存活機會，應屬一種人格法益，獨立視為一種個別人格權，或以之為生命權或身體健康權之內涵，均無不可，其應屬侵權行為法保護之客體，則無疑義。被害人之存活機會被侵害時，無論所生之損害為財

產上損害或非財產上損害，依法均得請求財產上及非財產上之損害賠償<sup>333</sup>。然亦有論者主張，倘病患之存活機會喪失至零時，固可認為其生命權受到侵害，惟倘存活機會雖有減損但卻未完全喪失者，則應認為病患之生命權並未受到侵害，而應係其身體權或健康權受損；此外，倘在生命權、身體權或健康權外，再將「存活機會」本身權利化為一獨立之個別人格權，則或屬重複<sup>334</sup>。

## 2. 因果關係之判斷

在因果關係之判斷上，依我國通說向來所採取之「相當因果關係」理論，應以「條件關係」與「相當性」兩階段進行審查。然而，在喪失存活機會之案例中，受害人主張權利時應如何對因果關係進行舉證，我國學說之見解則相當分歧。申言之，有學者首先指出，存活機會僅是病患身體、健康狀態評估計算之一種方式，因此應判斷者仍為醫師過失行為與病人之「死亡」或「身體健康受侵害」間有無相當因果關係<sup>335</sup>。對此，另有學者進一步加以補充，主張於判斷加害人之行為與被害人「死亡」間，是否具有因果關係時，或可採取實質可能性說或比例因果關係說，以從寬認定存活機會喪失之因果關係<sup>336</sup>。相對於上述之說法，美國實務及學說上一般認為，依存活機會喪失理論，主張權利之人所應舉證者，並非醫師之過失行為與被害人之「死亡」間具有因果關係，毋寧則是醫師之過失行為與被害人之「存活機會喪失間」具有因果關係。

## 3. 適用之案例

關於在何種情形得適用存活機會喪失之理論，我國學者普遍認為僅在醫療過

---

<sup>333</sup> 同前註，頁 204-207。

<sup>334</sup> 吳志正，〈存活機會喪失-醫療損害之迷思〉，月旦法學雜誌第 150 期，頁 100-101，2007 年 11 月。

<sup>335</sup> 同前註，頁 108-109。

<sup>336</sup> 主張實質可能性說者認為，只需被告之行為確有發生被害人損害的實質可能性，縱使該可能性低於百分之五十，被告仍應對全部損害負賠償責任。換言之，原告對於因果關係的舉證程度，因此而降低。主張比例因果關係說者認為，最終損害係屬存活機會喪失發生的損害，被告不法行為與最終損害之間需有因果關係，但其因果關係，並非依據優勢證據所得之全有或全無因果關係，而是因果關係具有可能性時，即得依據該可能性比例，計算損害賠償之數額。陳聰富，前揭註 332，頁 247-248。另請參照本章第二節第二項第一款及註 244。

失行為同時結合既存條件導致被害人遭受損害的案件中，始能適用。換言之，如醫師之過失行為直接導致被害人之損害時，則醫師之過失行為本身即為患者死亡之直接原因，與一般侵權行為案件尚無不同，並無適用存活機會喪失理論之餘地<sup>337</sup>。

#### 4. 損害賠償數額之計算

至於如何計算損害賠償之數額，有學說認為若原告已就其損害具體證明時，此際即無須再斟酌存活機會減少之程度，惟如原告無從證明其損害之程度者，則存活機會喪失之比例不失為計算賠償數額之依據，另慰撫金之賠償數額方面，復須比較被害人受害前後之狀態予以酌定<sup>338</sup>。惟另有學者主張，以機會喪失之比例，作為計算損害賠償之數額或以比例因果關係理論，依據因果關係可能性之比例，據以計算損害賠償之數額，均屬可為參酌之見解<sup>339</sup>。

此外，學說上亦有認為自被害人喪失存活機會起至最終損害發生前，若被害人得以證明機會喪失引發身體損害、心理痛苦及衍生性損害時，亦應許被害人得請求損害賠償，較為合理<sup>340</sup>。

### 第五項 分析與檢討

#### 第一款 概念之比較：「相當程度可能性」與「機會」

首先，依本文之觀察，日本實務所謂「相當程度可能性」，其語意應與美國和我國存活機會喪失理論中提及之「機會」相當，其概念皆指避免被害人發生、遭受最終損害之可能性而言。申言之，在平成 12 年判決中，日本最高法院依據鑑定意見所指出之「……雖然機率只有 20% 以下，但的確存有救命可能性」一事，進而肯認「相當程度可能性」的存在，對此如依我國法之概念加以理解，則可解為被害人原有 20% 以下的「存活機會」，卻因醫師之過失行為而喪失。而在這種被害

<sup>337</sup> 同前註，頁 241-243。

<sup>338</sup> 吳志正，前揭註 334，頁 114。

<sup>339</sup> 陳聰富，前揭註 332，頁 248。

<sup>340</sup> 同前註，頁 244。

人最終因其既存條件與醫師過失行為結合導致「發生死亡結果」的案件中，美國、我國與日本均肯認病患可請求損害賠償。

至於在被害人「未發生死亡結果」但「留下重大後遺症」的情形，日本最高法院於平成 15 年判決中，將法律上所保護之「相當程度可能性」擴及於「避免留下重大後遺症」的機會；相較於此，我國最高法院 96 年度台上字第 258 號民事判決，亦作成類似之見解。如鑑於留下重大後遺症對被害人個人身心發展、生活品質之侵害程度，實質上並不亞於死亡，同時參酌美國法上之機會喪失理論所指之最終損害亦包含死亡及殘廢、截肢等重大身體健康上之損害等理由，本文認為，我國存活機會喪失理論所稱之「機會」，本不應為過份狹隘之理解，應將之擴及適用在避免被害人留下重大後遺症之機會。至於後遺症是否重大的判定，似可適度參酌日本法所提出之「身體殘廢等級」、「是否陷入須看護狀態」、「語言能力是否喪失」等客觀標準，由法院在個案中具體認定之。而如上所述，由於本文認為存活機會喪失理論所謂「機會」，其適用範圍並不僅止於被害人繼續「存活」之情形，毋寧應及於「不留下重大後遺症」之解釋；準此，如繼續使用「存活機會喪失」之名稱，或將使人誤認為該理論僅能適用於被害人最終發生死亡損害之情形，而有以辭害義之遺憾。因此，或可考慮是否改稱為「機會喪失」，並依據個案情形，判斷被害人所喪失之機會究為「繼續存活」或「不留下重大後遺症」，較為妥適。

在理論之適用案例方面，日本透過平成 16 年判決，將「相當程度可能性」理論同時適用於「債務不履行」與「侵權行為」之請求權基礎；如加以參照，則由於我國法亦認為醫師與病患間存有醫療契約，其性質為類似委任之無名契約<sup>341</sup>，則未來如被害人以其「存活」或「不留下重大後遺症」之機會喪失，在侵權行為外，是否亦得基於契約關係請求損害賠償，相當值得吾人深思。按我國民法第 227 條之 1 規定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定，負損害賠償責任。」，則倘存活

<sup>341</sup> 但亦有意見認為其性質較近似於承攬，參閱 吳志正，「醫療契約論」，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，2005 年。

或不留下重大後遺症之機會，得以肯認為我國民法上所承認之「人格權」時（姑不論係一獨立之人格權或係涵蓋於生命權、身體健康權之範圍內），則病患將可依債務不履行之規定，向醫師請求機會喪失之損害賠償，其範圍並包括慰撫金，而有相當之實益。

再者，平成 17 年判決提出一重要之概念，即如在病患第一次接受診察時，已確定無治癒或存活可能性，應以醫師之無期待可能性，否定其作為之可能性及義務。準此，醫師於第一次診察時既無任何違反義務之行為，其自無侵權責任之問題。此點對我國法院往後在處理類似案件時，亦頗有一定之參考價值。

## 第二款 因果關係之證明對象與證明度

美國法認為原告仍必須以優勢證據證明被告行為剝奪或降低其機會，這樣的證明，通常比依據優勢證據原則證明被告造成原告之死亡、身體健康受損要容易得多。

日本之多數學說認為，日本最高法院係於認定「醫師假使對病患進行適切之醫療，亦無法認為病患有不發生死亡結果之高度蓋然性」後，在醫療行為和患者之死亡間其因果關係無法被證明的情況下，提出「相當程度可能性」作為法律所保護之利益。因此，應將「相當程度可能性」理解為是因果關係終點，即被害人被侵害之利益。以此作為前提，則被害人應證明之因果關係為「醫師的過失」與其「喪失相當程度可能性」間，存有因果關係。另日本最高法院雖未明言此一因果關係之證明應達如何之證明程度始為已足，然日本多數學說認為對該因果關係之證明，仍應遵循向來「高度蓋然性」之程度要求；換言之，在「相當程度可能性」理論下，被害人所要證明之對象，不再是延命（或救命）之高度蓋然性，而是醫師之過失行為與其喪失存活之「相當程度可能性」間之高度蓋然性，藉以減輕原告在因果關係舉證上之負擔<sup>342</sup>。

<sup>342</sup> 參閱 溜箭將之，前揭註 297，頁 1948；林 誠司，前揭註 289，頁 1212；飯塚和之，前揭註 303，頁 120。



對此，我國最高法院 77 年度台上字第 1876 號民事判決謂：「茲杜○○延誤時間，未為適當治療，致沈○喪失存活之可能機會，杜○○之過失行為與沈○之死亡間，自有相當之因果關係存在。」，台灣高等法院 92 年度上字第 596 號民事判決謂：「可見被上訴人肺癌之範圍擴大，與上訴人受僱醫師未察覺判讀出其胸部 X 光片顯示胸部異常間，顯具有相當因果關係。」，依此可知，我國實務似乎認為被害人只要證明「醫師過失行為」與其「喪失存活機會」間具有因果關係，即可認為醫師之過失行為導致被害人生命權或身體健康權之侵害。亦即，被害人證明的雖然是醫師過失行為與其喪失機會間之因果關係，即等於證明醫師之過失行為與其生命權、身體健康權受損害間有因果關係。簡言之，我國似將被害人喪失之「存活」或「不留下重大後遺症」機會，在概念上解釋為其生命權或身體健康權之概念中。

### 第三款 損害賠償之範圍與計算

美國法認為應以可能性比例表示被告行為所減少的治癒機會，並以該比例乘上最後全部損失作為被害人可獲賠償之金額。

日本最高法院認為在「相當程度可能性」受侵害之案例中，被害人因該權利受侵害僅得請求精神痛苦之慰撫金，而否定財產上之損害賠償。但此一見解，卻屢遭該國學者之批評。在被害人死亡之情形時，由於日本法認為慰撫金請求權可以繼承，故可由其繼承人起訴請求；至於被害人留下重大後遺症但未死亡之情形，則以被害人自身為原告，自無問題。

如以此比較我國法院實務所判准之損害賠償項目，在最高法院 77 年度台上字第 1876 號民事判決中，由於起訴時病患已死亡，故法院以民法第 192 條准許原告殯葬費之請求，並以民法第 194 條給予病患家屬慰撫金。對此，雖有學者認為最高法院在本件中係以被害人之喪失「存活機會」作為侵權行為之客體，亦即加害人只需侵害被害人之「存活機會」，即需負擔損害賠償責任。然而，如果認為「存

活機會」本身即為一獨立之人格權，與生命權有間，則法院於本案件中似難援用我國民法第 192 條及第 194 條，作為判准殯葬費及慰撫金之依據。

而在台灣高等法院 92 年度上字第 596 號民事判決中，由於病患於起訴時仍存活，故判准之賠償項目為民法第 193 條所規定之喪失或減少勞動力及第 195 條之慰撫金。對此，本文認為，雖然本件法院似認為原告受侵害的「存活機會」屬於「生命權」之概念內涵，但其判准之賠償項目卻是與「身體、健康權」有關，何況在本件事實中，訴訟當時原告尚未死亡，難認生命權受到侵害，被告醫師之誤診行為導致其肺癌範圍擴大，在訴訟當時毋寧僅該當於身體或健康權受侵害而已。準此，本件法院判准之賠償項目固屬合理，惟理由卻似產生矛盾之處。

至於在賠償數額之具體計算上，本件法院援用美國法對機會喪失理論之見解，以最後傷害或死亡的全部損害數額，乘以機會喪失之比例。然而，適用上述作法之基礎在於，病患喪失的存活機會具有價值而值得保護，其存活的可能性將被反映在因機會喪失所造成之損害數額上，進而以上開公式計算其價值。對此，我國法院一方面認為「存活機會」是「生命權」之一部，卻又給予身體健康權的損害賠償；一方面不承認存活機會是獨立受保護之權利，卻又以比例計算之公式算定賠償數額，其間之矛盾與說理混亂，確有再行檢討之必要。

#### **第四款 存活（及不留下重大後遺症）機會之本質**

美國法認為機會本身具有價值，故直接以機會作為被保護的客體。而日本法由於其民法第 709 規定：「因故意或過失侵害他人的權利或法律上保護之利益者，負賠償因之所產生損害的責任<sup>343</sup>」，因此，日本法乃將「相當程度可能性」認定為本條所欲保護之法律上利益，作為一個新的法益內容，不僅滿足其侵權行為法上對保護客體之要求，也無需從實定法規定之權利中，嘗試演繹其可能含有保護存活或治癒機會的意涵，避免導致體系之混亂。相對於此，依我國民法第 184 條第 1

<sup>343</sup> 原文為：故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

項規定，因故意或過失侵權所侵害者必須是「權利」才受保護，也因而衍生出「存活機會」是一個別人格權或為「生命權」、「身體權」、「健康權」等既有人格權概念所涵蓋之爭議。

我國學者於首次提出存活機會概念時曾指出：「存活機會應屬一種人格法益，獨立視為一種個别人格權，或以之為生命權或身體健康權之內涵，均無不可，其應屬侵權行為法保護之客體，則無疑義<sup>344</sup>」，其意義在於先確立存活機會作為侵權行為法所保護之客體，至於究為何種性質之權利，仍待學說之發展及判決累積而可逐漸釐清，並未對存活機會究屬個别人格權，或不過生命權、身體健康權之內涵一事，設有定解。對此，我國晚近之學說則有主張，倘病患之存活機會喪失至零者，固屬生命權受侵害，惟倘存活機會有減損但未完全喪失者，病患之生命權未受有侵害，受侵害之客體係病患之身體權或健康權<sup>345</sup>。

針對機會喪失之權利如何定性的問題，本文以為，若將之視為一獨立的人格權，最大的變革是將如同美國法之機會喪失理論與日本法之「相當程度可能性」理論一般，將因果關係之證明對象改變成為「醫師之過失行為」和「存活或不留下重大後遺症機會之喪失」間的因果關係，而可藉此達成減輕原告在因果關係上之舉證責任，促進醫療訴訟中雙方之公平。然如此作法之缺點是，在我國法現行架構下，在病患存活機會有所減損但尚未死亡之際，將無法依民法第 193 條請求喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要（並非身體或健康受侵害），而僅能依照民法第 195 條請求慰撫金（不法侵害其他人格法益而情節重大）；於其死亡之時，由於慰撫金之請求權不得讓與或繼承，其家屬甚至連慰撫金亦無法請求，成為本說最大的問題。

若將存活（及不留下重大後遺症）機會視為生命權、身體權、健康權之一部，依照我國實務之見解，被害人仍然只是要證明醫師之過失行為與其喪失機會間有因果關係，即等於證明醫師之過失行為與被害人之生命權、身體權、健康權受損

---

<sup>344</sup> 參閱前揭註 333 之本文。

<sup>345</sup> 參閱前揭註 334 之本文。

害間有因果關係。但這樣做會有論理上的缺點，首先，將生命權、身體權、健康權之概念放寬等同於機會之喪失，則在機會喪失的因果關係較易證明的情況下，未來會否導致在醫療訴訟案件中，生命權、身體權、健康權與機會喪失兩者間之等同與混淆？此外，既認定機會喪失即等於生命權、身體權、健康權遭侵害，則何以在計算損害賠償上，卻不可給予全額之賠償，反而要乘上喪失機會的比例？

因此本文認為，應該將存活（及不留下重大後遺症）機會本身視為一獨立法益，並仿照日本實務區分法益階段之作法，在原告能夠舉證醫師過失行為與被害人之死亡或身體健康受損有因果關係時，即依一般原則予以救濟。在無法舉證上述事實時，若可成功舉證醫師過失行為與被害人之存活機會減損有因果關係，在被害人已死亡之情形，則類推適用民法第 192 及 194 條；若被害人尚未死亡，被害人得以證明機會喪失引發身體損害、心理痛苦及衍生性損害時，應許被害人得請求損害賠償，較為合理<sup>346</sup>，其法律上依據則可類推適用民法第 193 條及適用民法第 195 條（不法侵害其他人格法益而情節重大者）。若侵害的是被害人不留下重大後遺症之機會，一樣是類推適用民法第 193 及適用民法第 195 條予以損害賠償。而適用之案例類型，應參酌美國及日本法之發展，限於醫療訴訟中醫師過失行為與病患既存條件相結合之案例，而不及於單純醫療過失之案件。至於賠償額之計算，由於民事訴訟法第 222 條第 2 項規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」故此時可參酌機會喪失理論，以最後傷害或死亡的全部損害數額，乘以機會喪失的比例。

## 第六項 本節小結

基於對全有全無原則適用於因果關係判斷的缺失，開始出現不從因果關係之問題著手，而從損害估算上尋求比例分配可能之機會喪失理論。

<sup>346</sup> 陳聰富，前揭註 332，頁 244。

美國法認為機會喪失理論之基礎在於機會具有價值、可在舉證困難案件中促進公平並有助於達成侵權行為法之目的。其適用之範圍主要為醫療過失結合病人既存條件發生最終損害之案件，以醫師不作為或誤診之醫療過失為主要典型。並且，實務上認為該理論不適用於原告依優勢證據原則對最終損害的因果關係已成功舉證、最終損害尚未發生及單純醫療過失之案例。至於機會本身之價值估算，則是以最終損害數額乘上所喪失之機會比例。

日本最高法院則是以四個重要判決建構「相當程度可能性」理論。其認為生存及不留下重大後遺症之「相當程度可能性」為法律所保護之利益，不論以侵權行為或以契約請求均無不可，在醫療過失案件中，原告如能證明醫師之過失行為侵害該可能性，即可請求慰撫金。

我國實務則於判決中表示，「已死亡」之被害人喪失存活之可能機會，醫師應賠償財產上之損害及慰撫金；「尚生存」之被害人因醫師過失行為使其存活率降低而將導致死亡，可請求包括勞動力減少之財產上損害賠償及慰撫金；醫師之過失行為導致被害人留下嚴重之後遺症，但並未造成其死亡或面臨死亡之結果，則屬喪失「治癒」機會。

本文認為，日本實務所謂「相當程度可能性」，其語意應與美國和我國存活機會喪失理論中提及之「機會」相當，其概念皆指避免被害人發生、遭受最終損害之可能性而言。其適用範圍並不僅止於被害人繼續「存活」之情形，毋寧應及於「不留下重大後遺症」之解釋。在名稱上，或可考慮是否改稱為「機會喪失」，並在個案情形中，判斷被害人所喪失之機會究為「繼續存活」或「不留下重大後遺症」，較為妥適。

針對機會喪失此一權利如何定性的問題，本文認為，應該將存活（及不留下重大後遺症）機會本身視為一獨立法益，並仿照日本實務區分法益階段之作法，在原告能夠舉證醫師過失行為與被害人之死亡或身體健康受損有因果關係時，即

依一般原則予以救濟。在無法舉證上述事實時，若可成功舉證醫師過失行為與被害人之機會喪失或減損有因果關係，在被害人已死亡之情形，則類推適用民法第 192 及 194 條；若被害人尚未死亡，被害人得以證明機會喪失引發身體損害、心理痛苦及衍生性損害時，應許被害人得請求損害賠償，較為合理，其法律上依據則可類推適用民法第 193 條及適用民法第 195 條（其他人格法益而情節重大者）。若侵害的是被害人不留下重大後遺症之機會，一樣是類推適用民法第 193 及適用民法第 195 條予以損害賠償。而適用之案例類型，應參酌美國及日本法之發展，限於醫療訴訟中醫師過失行為與病患既存條件相結合之案例，而不及於單純醫療過失之案件。

此時，因果關係之證明對象改變成為「醫師之過失行為」和「存活或不留下重大後遺症機會之喪失」間的因果關係，而可藉此達成減輕原告在因果關係上之舉證責任，促進醫療訴訟中雙方之公平。

至於賠償額之計算，由於民事訴訟法第 222 條第 2 項規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」故可參酌機會喪失理論，以最後傷害或死亡的全部損害數額，乘以機會喪失的比例。

## 第四節 小結

本章以三種針對傳統因果關係概念提出修正之理論為主題，分析其在醫療事故中，對於因果關係認定能提供哪些助益及應該適用之案例類型。

首先是疫學因果關係理論，本文認為如果是將過去已經存在之疫學資料（例如：某已知的病因，其發病率或致死率等）作為訴訟上證明事實上因果關係存在的證據，並無任何問題，在相關民事案件均可適用，其法源依據為民事訴訟法關於鑑定之規定。但是，若要適用其推論手法認定或推定具體醫療過失案件中之事實上因果關係存否，首先必須符合集團現象之要求，接著要問的是，個案之因果歷程是否在科學上已能清楚說明？如果已有合理之經驗法則足供判斷，原則上無適用疫學因果關係之必要，除非其為複雜的因果歷程導致現存經驗法則難以適用。如果沒有可供判斷的經驗法則存在，即應適用疫學因果關係，判斷出個案中最有可能為原因之因子為何。

再者為比例因果關係理論，其乃肇因於對全有全無原則無法達成侵權行為法上損害填補及嚇阻預防之目的，所提出的修正理論。本文認為，在以「可能性」、「貢獻度」、「法官的心證」三種認定因果關係比例的說法中，以「可能性」認定的理論較為可採。其餘兩說，或基於與前說之重覆，或是其功能可由現有之法律概念加以取代，而無再另行創設新的法律概念之必要。以「可能性」認定事實上因果關係比例能夠解決醫療訴訟中多重原因（此處指選擇性因果關係之情形）促成損害結果發生之事例，有助於達成損害之公平分配，並修正條件理論之不足，謀求紛爭之適正解決。

最後是機會喪失理論，同樣是針對全有全無原則之缺失，但不從因果關係而從損害估算出發，提出修正見解。本文認為，日本實務所謂「相當程度可能性」，其語意應與美國和我國存活機會喪失理論中提及之「機會」相當，其概念皆指避免被害人發生、遭受最終損害之可能性而言。其適用範圍並不僅止於被害人繼續

「存活」之情形，毋寧應及於「不留下重大後遺症」之解釋。其適用之範圍為醫療過失結合病人既存條件發生最終損害之案件，以醫師不作為或誤診之醫療過失為主要典型。針對機會喪失此一權利如何定性的問題，本文認為，應該將存活（及不留下重大後遺症）機會本身視為一獨立法益，並仿照日本實務區分法益階段之作法，在原告能夠舉證醫師過失行為與被害人之死亡或身體健康受損有因果關係時，即依一般原則予以救濟。在無法舉證上述事實時，若可成功舉證醫師過失行為與被害人之機會喪失或減損有因果關係，在被害人已死亡之情形，則類推適用民法第 192 及 194 條；若被害人尚未死亡，被害人得以證明機會喪失引發身體損害、心理痛苦及衍生性損害時，應許被害人得請求損害賠償，較為合理，其法律上依據則可類推適用民法第 193 條及適用民法第 195 條（不法侵害其他人格法益而情節重大者）。若侵害的是被害人不留下重大後遺症之機會，一樣是類推適用民法第 193 及適用民法第 195 條予以損害賠償。至於賠償額之計算，則可根據民事訴訟法第 222 條第 2 項規定，參酌美國法之機會喪失理論，以最後傷害或死亡的全部損害數額，乘以機會喪失的比例。

綜上所述，本文認為並非全部醫療案件均可使用同一理論解決，三種理論實居於互為補充之地位，亦即，應視案例類型之不同選擇適合的解決方法。然而，關於因果關係之問題，除從實體法角度提出修正或補充外，訴訟法學者亦嘗試從舉證責任之觀點切入，試圖利用舉證責任之減輕或轉換解決因果關係難以證明的問題。下一章將簡單介紹訴訟法上之發展，並以具體案件分析實體法和訴訟法理論之互補及重疊功能。



## 第四章 醫療事故因果關係證明在訴訟法之發展

### 第一節 舉證責任與證明度

#### 第一項 舉證責任分配之一般原則

民事訴訟的目的，在於由法院就當事人爭訟的事實，適用法律以判斷正義的歸屬。其流程為法院就當事人具體主張的事實與提出之證據，以經驗法則加以評價，而得出一法律事實，最後再對該法律事實予以抽象的法的價值判斷。既然法院是依證據為裁判，故當事人為求勝訴，必須進行舉證行為。

舉證責任可分為主觀舉證責任與客觀舉證責任。前者又稱為「證據提出責任」，指當事人為避免敗訴，負有以自己舉證活動證明某待證事實之責任；後者指當某事實主張陷於真偽不明、無法獲得確認時，應由原告或被告承擔此一不利益<sup>347</sup>。因此，學說上發展出各種舉證責任分配理論，試圖解決在何種情形下，應由誰負擔舉證責任之問題。

我國目前學說對於舉證責任之分配存在各種不同見解，通說從實體法規定出發，贊成德國學者 Rosenberg 在 1900 年所提出的規範理論，即將實體法規範區分為權利發生規範、權利妨礙規範、權利消滅規範及權利排除規範，主張權利存在者，應就權利發生的要件事實負舉證責任，否認權利存在者，應就權利妨礙、權利消滅及權利排除之要件事實負舉證責任<sup>348</sup>。亦有認為舉證責任除就實體法規定的形式予以分析外，亦應再參照實體法之立法理由及依據，同時對證據的遠近、舉證之難易、保護之對象等事由予以斟酌<sup>349</sup>。另有認為應先基於規範理論之分類，就舉證責任為初步認定，再基於個案正義之彈性予以調整<sup>350</sup>。也有認為並不以實

<sup>347</sup> 駱永家，「民事舉證責任論」，頁 44，商務印書館，1999 年 12 月。

<sup>348</sup> 駱永家，同前註，頁 81。

<sup>349</sup> 雷萬來，「民事證據法論」，頁 265，瑞興圖書公司，1997 年初版。

<sup>350</sup> 姜世明，「新民事證據法論」，頁 193，學林文化事業有限公司，2002 年 9 月一版。

體法規範為基礎而分配舉證責任，法院應衡量該事實與裁判之結果，對於紛爭之解決是否公平，考慮蓋然性大小、證據與事實之距離、舉證難易等因素，決定由何造當事人負舉證任<sup>351</sup>。但亦有認為舉證責任分配法則，應解為係對當事人分配其證據提出責任，而予以定性為一種兼具訴訟法屬性之行爲責任，非屬德、日等國未設同樣明文於其民事訴訟法之法律狀態下所稱之客觀舉證責任。在我國特以訴訟法明設舉證責任規範，而規定當事人就其所主張利己事實負舉證責任之原則下，其已宣示主張利己事實者應提出證據為舉證活動之意旨，藉此是認舉證責任係當事人就一定事實之證明所應盡之行爲責任，乃兼具訴訟法屬性者，並非針對「真偽不明」之情形，示明其處理原則，自無須如德、日多數論者般專尋求舉證責任規範於自成獨立體系之實體法規中<sup>352</sup>。

實務上則多以民事訴訟法第 277 條本文規定為法律依據，理由構成上則以規範理論為舉證責任分配之基礎。司法院院字第 2269 號解釋謂：「事實為法律關係發生之特別要件者，在消極確認之訴，應由被告就其存在負舉證之責任，在其他之訴，應由原告就其存在負舉證之責任，非債清償之不當得利返還請求權，以對於不存在之債務而為清償之事實，為其發生之特別要件，自應由主張此項請求權存在之原告就該事實之存在負舉證之責任，而該事實存在，係以所清償之債務不存在為前提，故該原告就其所清償之債務不存在之事實有舉證責任。」即為適例。

## 第二項 證明度之內容

證明度一詞乃證據法學上之用語，因非屬法律明訂之用語，故欠缺立法上之定義。一般而言，在法官認定事實之過程中，應負舉證責任之一造當事人應使法官對於待證事實形成確信，始可謂舉證成功，惟如何之心證程度可支撐法官對於待證事實形成確信，即為證明度之問題。因而學者咸認為，證明度係指「應證明

<sup>351</sup> 陳計男，「民事訴訟法論（上）」，頁 265，三民書局，1999 年修訂二版。

<sup>352</sup> 邱聯恭講述、許士宦整理，「口述民事訴訟法講義（三）」，頁 219，作者自行出版，2003 年。

之程度，乃事實認定所必要之心證之最下限」<sup>353</sup>。亦即，證明度係指法院對於待證事實，經審酌訴訟資料後所形成認為該待證事實為真實之心證度，是否已達到可認為該待證事實為真之確信標準，此一標準乃某最低限度之心證度要求，唯有達到該最低要求，法院乃能形成確信<sup>354</sup>。

關於證明度之標準，德國實務係以「法官於真實之確信」及「一非常高之蓋然性」加以描述，學說上則認為若以數字表示，應約為 90-95%<sup>355</sup>；日本法則係以「高度蓋然性」為標準，其意為「社會通常人於日常生活中不會有所懷疑並信賴該判斷而依此安排日常活動」<sup>356</sup>，若以數字表示，應約為 70-80%<sup>357</sup>；美國法則是採取「優勢證據原則」，又稱為「優越之蓋然性」，該程度若以數字表示，則指至少高於 50%的可能性，即當原告能證明因果關係存在之可能性大於不存在之可能性時，才能獲得賠償<sup>358</sup>。

我國實務上則多基於事實「足堪信為真實」或「事證已臻明確」始為裁判，由此可見，在證明度上係要求達到主觀上完全確信或至少具高度蓋然性，一般人皆不會懷疑事實存在之程度<sup>359</sup>；然亦有少數採優勢證據理論者<sup>360</sup>。學說上則多有爭論而尚無共識<sup>361</sup>。不過，是否應就事件類型或事實類型區別不同程度之證明度，仍有值得探究之餘地。特別是在回應下述醫療訴訟因果關係證明之難題時，應思考的是：是否該適度減輕對證明度之要求，以達成使原告獲得救濟之目的？

<sup>353</sup> 邱聯恭，「程序選擇權論」，頁 176，作者自行出版，2000 年初版。

<sup>354</sup> 姜世明，〈證明度之研究〉，政大法學評論第 98 期，頁 311，2007 年 8 月。

<sup>355</sup> 同前註，頁 356-357。

<sup>356</sup> 日本最高裁昭和 50 年 10 月 24 日第二小法庭判決。

<sup>357</sup> 參閱 野村好弘，前揭註 201，頁 53。

<sup>358</sup> 參閱前揭註 181。

<sup>359</sup> 例如：台北地方法院 93 年訴字第 2588 號民事判決、台灣高等法院 95 年上易字第 278 號民事判決、台北地方法院 91 年訴字第 3370 號民事判決等。

<sup>360</sup> 例如：台北地方法院 94 年重訴字第 595 號民事判決、台北地方法院 89 年訴字第 472 號民事判決、台北地方法院 88 年簡字第 21 號民事判決等。

<sup>361</sup> 關於學說爭議之詳細介紹與討論，可參閱 姜世明，前揭註 354，頁 373-378。

### 第三項 醫療訴訟因果關係證明之難題

在醫療事故案件中，原告之請求權基礎主要有二：一為侵權行為，一為不完全給付。惟不論基於何者為請求，依據上開舉證責任分配之一般原則，關於因果關係之證明，原則上係由原告負舉證責任<sup>362</sup>。然而學者認為，原告就醫療事故之發生經過有主張及舉證上之雙重困難。其主要原因如下：其一係事實上不知，即原告就事件發生經過，或處於意識欠缺（例如：手術麻醉、昏迷）而不知如何進行，或因患者本身已死亡，原告係病人家屬，而就求診及治療過程均不清楚；其二係專業上不知，即縱然原告在意識清楚下親身經歷治療行為，但對於治療失敗之結果，醫療行為究竟在何部份可謂具有瑕疵、錯誤，原告在欠缺專業醫學知識下，通常亦難以具體陳述。其三係證據之偏在，亦即，就醫療事故回溯之重要證據，或為病歷，或為參與醫療過程之其他醫護人員，多由被告一造所掌握支配。因此，如仍依通常之主張責任及舉證責任分配，要求原告應就權利發生之事實獨立主張並證明之，則原告幾無勝訴可能<sup>363</sup>。

從實證研究來看，整理 1999 年至 2003 年台灣台北地方法院及台灣高等法院

<sup>362</sup> 例如在以侵權行為為請求權基礎之台北地方法院 92 年醫字第 1 號民事判決即指出：「『損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在。』，業經最高法院著有十七年上字第九一七號、三十年上字第一八號、四十八年台上字第四八一號判例可資參照，本件原告主張被告對其為侵權行為一事，為被告丁○○、丙○○、甲○○所否認，自應由原告就被告丁○○、丙○○、甲○○有故意或過失不法侵害其權利之有利於己之事實負舉證之責，如原告先不能舉證以證實自己主張之事實為真實，則被告丁○○、丙○○、甲○○就其抗辯事實即令不能舉證，或所舉證據尚有疵累，揆諸首揭說明，亦應駁回原告之請求。」以契約責任為請求權基礎之台北地方法院 94 年醫字第 16 號民事判決指出：「按因債務人不完全給付，致債權人受有前項以外之損害，債權人得請求賠償，此為民法第 227 條第 2 項定有明文，亦即債務人履行契約行為，不但具有瑕疵，且因其瑕疵致債權人遭受其他損害，負賠償責任，亦稱加害給付。債權人依此請求賠償，僅須證明契約之存在及損害發生與責任原因事實具有相當因果關係，無須舉證被告之故意或過失。查原告主張病床螺絲脫落致攔杆卡榫掉落，導致原告摔落地面，並提出病床照片（即原證 1）為證，經本院勘驗上開照片，相較於攔杆卡榫正常之病床照片，編號 E1018-2 號病床最上端卡榫確係脫落；復參以被告於本院審理時自認編號 E1018-2 號病床螺絲早已脫落，係以電鉗連接等語（見本院 94 年 6 月 27 日言詞辯論筆錄），則編號 E1018-2 號病床攔杆卡榫之螺絲脫落，應堪認定。兩造間成立住院醫療契約，為被告所不爭執，原告因攔杆卡榫未以螺絲固定致不足承重而摔落地面，則被告提供病床不足以防止原告自病床跌落之危險，原告所受損害與病床攔杆卡榫未以螺絲固定一事具有相當因果關係，原告自得依民法第 227 條第 2 項規定，就摔落地面所受損害，請求被告賠償。」

<sup>363</sup> 沈冠伶，〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，收錄於氏著「民事證據法與武器平等原則」，頁 93，2007 年 10 月初版。

之醫療民事判決，可以發現病患或其家屬絕大部分係以侵權行為損害賠償請求權為請求權基礎，而其敗訴原因均在於無法證明病患之傷害或死亡結果與醫療行為間有相當因果關係，或不足以證明醫師有何過失<sup>364</sup>。又關於舉證責任對於原告及被告訴訟結果的影響，依據學者實證調查，在 2000 年以後之案件，在各地方法院醫療訴訟判決 173 件中，原告勝訴者有 39 件（22.54%），被告勝訴者有 134 件（77.45%）。在各高等法院醫療訴訟判決 65 件中，原告勝訴者有 17 件（26%），被告勝訴者有 48 件（74%）。如就舉證責任轉換之案例中，當事人之勝敗結果以觀，由被告就無過失負舉證責任之 17 件判決中，原告勝訴有 7 件（41%），而如仍由原告就過失負舉證責任（含判決中未明示）之 156 件中，原告勝訴者有 30 件（19%），在因果關係之舉證，於統計數字上，亦呈現類似結果。亦即原告與被告在舉證責任倒置時，雙方勝敗的比例較為接近，而符合雙方在訴訟法上之武器平等原則<sup>365</sup>。

由此可知，因果關係之證明確為醫療訴訟中原告難以克服的問題之一，除了上述實證研究指出裁判上可以使用舉證責任倒置作為平衡原被告雙方地位之手段外，外國學說及實務也發展出許多理論，可作為我國醫療訴訟因果關係證明問題之解決參考，以下擬先介紹國外之理論發展概況，再檢討於我國民事訴訟法之規定下，可為如何之解釋與運用。

<sup>364</sup> 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 133，2004 年。

<sup>365</sup> 沈冠伶，前揭註 363，頁 94-95。

## 第二節 舉證責任減輕與轉換之相關理論

### 第一項 美國法

#### 第一款 「事實說明自己」(Res Ipsa Loquitur) 原則<sup>366</sup>

事實說明自己原則係英國法院於 1863 年在 *Byrne v. Boadle* 一案所建立<sup>367</sup>，兩年後在 *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.* 乙案<sup>368</sup>，確立其判斷模式。該原則之適用要件有三：1. 如無被告之過失行爲，系爭損害通常不會發生；2. 由人或器械所產生之損害係完全在被告之控制下所導致；3. 原告對於損害之發生既無自陷於危險之行爲，亦無任何之參與助力。除此之外，有些判決還要求，對於損害發生之原因，被告比原告更有說明之可能性<sup>369</sup>。

在符合上述三項法律要件下而適用事實說明自己原則時，不僅推定過失存在，並推定因果關係存在，法官因而必須將案件交由陪審團認定事實。在適用事實說明自己原則時，法律上之效果爲何，美國各州法院之見解不同，約有以下三說：(一)「可推翻的過失推定說」(rebuttable presumption)，被告必須舉證以推翻過失之推定，否則陪審團即需認定被告具有過失，而判決原告勝訴。(二)說服責任(burden of persuasion)轉換說，亦即原告引用事實說明自己原則後，只需舉證 50% 的可能性，即認定被告具有過失，而不再適用優勢證據原則。(三)「允許的推論說」(permissible inference)，即陪審團具有裁量空間，得認爲被告之不法行爲係屬原告損害之原因，亦得爲相反之認定。依據此說見解，陪審團雖然得認爲，原告之主張無法推論被告具有過失，但通常均依據事實說明自己原則，而推論被告過失存在。第三說爲目前多數美國法院所採之見解。依據此說，原告病患對於其因醫療過程中造成之傷害，雖然無法以直接證據證明係因被告醫師之過失所造成，或無法證明該傷害與被告醫師之醫療行爲是否具有因果關係。但只需原告依

<sup>366</sup> Res ipsa loquitur 係拉丁文，意思爲「the thing speaks for itself.」本文譯爲「事實說明自己」原則。

<sup>367</sup> 159 Eng. Rep. 299(Ex. 1863).

<sup>368</sup> 3H. & C. 596, 159 Eng. Rep. 665 (EX. 1865).

<sup>369</sup> Ariel Porat & Alex Stein, *supra* note 276, at 84.

據事實情況證據，輔以專家證言，得以認定被告醫師之行爲，爲原告損害發生之可能原因時，原告之主張即得經由陪審團推論，被告醫師對於原告之損害具有過失及因果關係存在。此時，除非被告對於原告之損害，提出充分之證據，證明原告受害之原因，非因其過失行爲所致，否則即應負擔損害賠償責任<sup>370</sup>。

該原則於美國醫療訴訟之適用上，原僅限於依據情況證據，基於一般人的知識經驗判斷，即可判定被告行爲具有過失者，主要爲以下兩種類型：1.將醫療器材遺留在患者體內之類型：例如在 *Johnson v. Ely* 乙案<sup>371</sup>，病人因盲腸手術後發生不適，經檢查發現係因有一支手術用縫針遺留在病人體內引起。法院即以病人於手術時係在醫師的排他控制下，而縫針於術後竟留在病人體內未取出，任何外行人（layman）都可理解如非醫師有過失，則不會發生此種情況，認爲本案有事實說明自己原則之適用。2.在遠離手術部位造成傷害之類型：例如在 *Timbrell v. Suburban Hop*.乙案<sup>372</sup>，病人於接受完腹腔手術後被推回病房，約有一小時處於無意識狀態中，醒來後卻發現胃部表面有一個二級燙傷，法院認爲於此情形有該原則之適用。

但是隨著實務發展，開始由被告具有明顯過失之案件擴及至複雜的醫療事故，並且允許以專家證言取代一般人的知識經驗，以建立事實說明自己原則。例如 *States v. Lourdes Hosp.*乙案<sup>373</sup>，病患在進行卵巢囊腫切除手術後，發現右肩、右手臂、右手掌及身體右側發生疼痛。被告抗辯原告並無證據證明手術中有任何不當行爲。原告之專家證人則證稱，手術中原告手臂不當放置，爲傷害發生之原因。二審法院雖然認爲，本件醫療過失必須由專家證明，因而不適用事實說明自己原則。但第三審法院認爲，專家證言得與事實說明自己原則並存，且「專家證言得在陪審團的普通常識及醫生的普通常識之間，構築橋樑，而彌補其差異。」

此外，關於適用該原則之第二要件「被告有排他性控制力」，實務上亦採取較

<sup>370</sup> 陳聰富，〈美國醫療過失舉證責任之研究〉，政大法學評論第 98 期，頁 189-190，2007 年 8 月。

<sup>371</sup> 205 S. W. 2d753(Tenn. Ct. App.1947).

<sup>372</sup> 4 Cal. 2D 68, 47 p.2D 737 (1935).

<sup>373</sup> 2003 N.Y. LEXIS 954 (May 6, 2003).

寬鬆之標準。在 *Ybarra v. Spangard* 乙案<sup>374</sup>，原告實行盲腸切除手術，但是於清醒後發現，其右肩受傷並產生不可回復之癱瘓。由於原告在手術時處於麻醉狀態，不可能知悉右肩如何受傷，原告因而將準備手術之醫師、開刀醫師、醫院、護士及麻醉師列為被告，主張應適用事實說明自己原則，使所有被告負擔損害賠償責任。被告則抗辯，縱使原告主張為真實，亦無法證明特定之被告，及特定之工具或方法，為造成原告傷害之原因。事實審法院認為，原告無法證明，特定被告對於損害發生之工具或方法具有排他性控制力，因而不得適用事實說明自己原則。但加州最高法院認為，不應侷限在被告對於損害發生有事實上絕對控制之情形，只要被告對於損害具有控制權且有機會控制，亦即有控制可能性時，即可適用事實說明自己原則。在本案，原告接受醫師與護士的照顧，於昏迷中遭受永久性傷害，若無事實說明自己原則之適用，則除非醫師或護士自願揭露不法行為之被告及損害發生之事實，否則原告完全無法獲得賠償。再者，由於原告處於昏迷狀態，不可能因原告之故意行為而導致損害。且本件意外事故，若無行為人之過失，通常不會發生。蓋原告受傷之部分並非醫療部位，而係其他身體部位，並不在開刀部位之區域。基於上述情況，應推論被告具有過失，且其過失行為與原告損害間有因果關係，而由被告解釋系爭異常結果之原因。

## 第二項 德國法

### 第一款 「表見證明」原則

表見證明（*Anscheinsbeweis/prima-facie-Beweis*）係指依據經驗法則，有特定之事實，即發生特定典型結果者，則於出現該特定結果時，法官在不排除其他可能之情形下，推論有該特定事實存在<sup>375</sup>。德國實務早在帝國法院時期，即將該原則適用在醫療訴訟上，用於推定過失或因果關係存在，以減輕原告之舉證困難。由於表見證明並非舉證責任之轉換，而為一種特殊之事實上推定，故被告仍得舉

<sup>374</sup> 35 Cal. 2d 486, 154 P.2d 687 (1944).

<sup>375</sup> 詹森林，〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，台北大學法學論叢第 63 期，頁 67，2007 年 9 月。



反證以動搖之。關於因果關係之證明，在已確定原告受有身體健康上損害，而該損害依一般經驗法則或醫學法則乃「典型地」係某一失敗醫療行為之結果，則推定損害及醫療行為間之因果關係。因此，原告無須再就因果關係予以證明<sup>376</sup>。

德國實務運用表見證明原則推定因果關係存在之重要案例如下：與傳染有關之案例，其適用要件為：原告因被告之行為，致長期或密集與帶菌者接觸後，發生與該帶菌者相同之病症。如被告之行為導致有多數病人出現相同症狀時，更可正當化表見證明原則之適用。故原告經被告醫院安排而與患有猩紅熱<sup>377</sup>、面部丹毒<sup>378</sup>或結核病<sup>379</sup>之人共用病房後，出現相同症狀者，即得適用表見證明原則推論原告係因與該傳染病患共用病房而被傳染。此外，醫師因治療病人之腿部骨折而包紮石膏繃帶後，病人出現血液循環不良症狀，醫師卻仍未拆除該石膏繃帶。其後，病人因腿部組織壞死而須截肢，則可推論截肢與醫師未及時拆除繃帶之間，有因果關係<sup>380</sup>。

由於表見證明之法效果並非舉證責任轉換，其在醫療訴訟中運用之困難乃在於如何對於「存在一醫學上之經驗法則」加以確定，因若未有該等經驗法則存在，則表見證明制度亦無從運用<sup>381</sup>。並且，有鑑於人體組織之不同狀況、醫療處置之條件有所不同，在個案中亦常被認為欠缺一定之「典型性」，而不適用表見證明原則。在德國有統計資料顯示，否定表見證明適用之裁判多於肯定者三倍以上。縱使得使用表見證明原則而為暫時之推定，但在醫療訴訟，由於醫師較容易提出存在有一反於典型因果歷程之證據，而較容易推翻過失或因果關係之推定，因此病人藉助表見證明原則而在醫療訴訟上勝訴之案例，其實有限<sup>382</sup>。

<sup>376</sup> 沈冠伶，前揭註 363，頁 105。

<sup>377</sup> RGZ 165, 336.

<sup>378</sup> Deutsch, VersR 1987, 535.

<sup>379</sup> BGH VersR 1960, 416.

<sup>380</sup> BGH VersR 1961, 613. 上述四個案例均轉引自 詹森林，前揭註 375，頁 67-68。

<sup>381</sup> 姜世明，〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，月旦民商法第 6 期，頁 27，2004 年 12 月。

<sup>382</sup> 沈冠伶，前揭註 363，頁 106。

## 第二款 「重大醫療瑕疵」原則

所謂重大醫療瑕疵原則 (grober Behandlungsfehler)，係指若醫師因重大注意違反而產生醫療瑕疵，而該瑕疵依客觀醫師之觀點難以理解者，則就責任成立因果關係，予以舉證責任轉換。其適用之要件一般認為包括重大醫療瑕疵之存在、醫療瑕疵對健康損害造成之合適性及醫師於此重大醫療瑕疵之可歸責性<sup>383</sup>。

所謂重大之醫療瑕疵，應以明顯地違反醫學界所公認之規範為前提，即必須是系爭醫療行為在客觀上違背基礎醫療規則或醫學知識，而與醫師個人主觀上之可非難程度無關，並應依實施診療行為當時之醫療水準加以判斷<sup>384</sup>。此外，醫療瑕疵必須具有足以引起實際上所生傷害之性質，即所謂醫療瑕疵之「原因適格性」。此項要件僅要求該醫療瑕疵具有成為患者所受傷害原因之可能性即為已足，並不以兩者間具有必然性為必要<sup>385</sup>。學者認為，之所以就因果關係轉換舉證責任，並非對於醫師之制裁，而毋寧是因為該重大醫療瑕疵造成醫療處置行為與健康損害間之因果關係難以釐清，而使得原本負舉證責任之原告陷入舉證困難，因此，應由造成原告在因果關係上舉證困難之醫師負舉證責任，始符公平。於此，原告雖仍須就醫師之主觀上可歸責性（故意或過失）負舉證責任，但由於醫師如已為必要之注意，通常即可避免重大醫療瑕疵，因此，原告如能證明存在有重大醫療瑕疵時，通常就醫師可歸責性之證明，亦無困難<sup>386</sup>。

德國實務亦一再強調，重大醫療瑕疵原則，並非以懲罰醫師之重大醫療過失為目的，而係由於該醫療瑕疵程度之重大，導致相關之醫療過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，已經難以澄清，並因此造成病人舉證上之困難，依據誠信原則，不得要求病人於此情形仍應負舉證責任，始符公允<sup>387</sup>。

<sup>383</sup> 姜世明，前揭註 350，頁 435-436。

<sup>384</sup> 丁中原，「醫療過失訴訟之研究-以舉證責任之合理分配為中心」，頁 196，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1991 年。

<sup>385</sup> 同前註，頁 197。

<sup>386</sup> 沈冠伶，前揭註 363，頁 113。

<sup>387</sup> 詹森林，前揭註 375，頁 71。

近來在重大醫療瑕疵原則之適用上，於醫師不作為（未為適當檢查）或誤診的情形，德國實務傾向於有利於原告之解釋，而擴大該原則之適用。試各舉一例如下：

不作為的案例：原告因車禍而身上有多處骨折，送醫後醫生未發現骨盆環亦有骨折。原告聽從醫囑，於臥床四星期後，開始下床行動，且未使用拐杖支撐，然而卻於行走時感覺疼痛，其立即告訴護士及主治醫師。醫師雖然重新檢查，但未照射 X 光，故仍然未發現骨盆環骨折。原告於出院後因持續疼痛，遂向其他醫師求診，始被診斷出骨盆環骨折。原告主張：由於骨盆環於骨折後未及時正確地予以治療，以致於在骨頭癒合時發生輕微移位，並增生假性關節，造成腹股溝、臀、股等部位產生持續性疼痛。

於第一審程序中，由於鑑定人陳述意見表示，即使醫師即時地發現骨盆環骨折，也有 90% 的蓋然性不會改變治療過程及結果，故邦地方法院認為原告無法證明因果關係，駁回其訴。

但德國聯邦最高法院認為，關於治療遲延及不當造成假性關節及持續疼痛一事，應依重大醫療瑕疵原則，將舉證責任轉換由被告負擔。雖然主治醫師於檢查病人傷勢時之不作為（未照 X 光），僅能認屬小錯誤（而非嚴重錯誤），但此錯誤，卻使得對於骨盆環骨折應為之適當處置受到妨礙，且使得可能對於原告較有利之假設病情發展，在解明上產生困難。因此，應將舉證責任轉由被告負擔<sup>388</sup>。

誤診的案例：在 Bundesgerichtshof, 11 June 1968, VI ZR 116/67 乙案中，被告醫師為原告之夫進行盲腸炎手術，該手術之實施符合醫療水準。然而在術後，病患死於內出血。根據專家證言，於病患死亡前，即已出現內出血之典型徵兆，但是被告醫師卻未為正確診斷。如果被告醫師正確診斷病患為內出血並給予治療，病患應有存活之可能性。本案之爭點為：被告醫師若為正確診治，原告之夫是否就不會死亡？

<sup>388</sup> BGH, NJW 2004 2011. 本例轉引自 沈冠伶，前揭註 363，頁 114。

法院認為：被告醫師未依原告之病狀做出正確判斷構成醫療過失。關於因果關係，原則上原告必須舉證若無被告之誤診，其夫將不會死亡。但是，由於被告醫師之行爲嚴重違反醫療常規，故本案應適用重大醫療瑕疵原則改由被告醫師負擔因果關係不存在之舉證責任<sup>389390</sup>。

### 第三款 證明妨礙

所謂證明妨礙係指非負擔舉證責任之當事人，因故意或過失有違反義務的行爲，使原本負擔舉證責任之當事人無法或不易提出證據時，致本有可能釐清的待證事實不明，於此情形下，在某種範圍內，對被妨礙當事人的主張爲有利於該當事人的認定<sup>391</sup>。關於證明妨礙之效果爲何，德國實務及學說向有爭論，採取舉證責任轉換說者，認有證明妨礙情事時，即將舉證責任轉由妨礙者負擔，藉此防止證明妨礙情事發生；採取證據評價說者，認有證明妨礙情事時，法院仍得依一般原則爲證據調查後，依自由心證認定待證事實的真實性；折衷說則認爲，有證明妨礙情事發生時，原則上減輕舉證人證明責任，但於妨礙者故意致舉證人無法證明時，則舉證責任應爲轉換<sup>392</sup>。

於醫療訴訟中，最可能發生之證明妨礙行爲，乃病歷之未作成或未適當保管，造成原告對於醫療過失或因果關係之舉證困難。德國聯邦最高法院於著名之「棉球案」(Tupferfall)中曾表示，醫師如未作成或保管病歷，即應以證明妨礙之法理來調整舉證責任。該案之事實略爲：於一後續手術中，被告醫師將其於前手術疏忽所遺留於傷口之棉球塊，自原告身體取走，並予以丟棄。於訴訟中，就醫師之可歸責問題，適巧取決於先前手術所遺留之棉球塊。聯邦最高法院認爲第二次手

<sup>389</sup> NJW 1968, 2291. See Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), *supra* note 39, at 548.

<sup>390</sup> 除上述案例外，尚包含診斷之瑕疵，如：未診斷病人小腿有栓塞、未對咳嗽後吐血病人進行鑑別診斷等；治療之瑕疵，如：對病人進行放射線治療，卻未設置劑量測量器等；傳染或感染之瑕疵，如：未先自行手部消毒即進行注射等；生產之瑕疵，如：遲延進行剖腹產、孕婦已經開始生產，醫師卻仍未確定胎兒位置等；組織之瑕疵，如：注射針筒僅以棉花球保存、由訓練不足之醫師處理生產過程等。但從其行爲來看，不作爲與誤診情形實佔多數。參閱 詹森林，前揭註 375，頁 72-74。

<sup>391</sup> 姜世明，前揭註 350，頁 444。

<sup>392</sup> 更詳細之討論，參閱 許士宦，〈證明妨礙〉，月旦法學第 76 期，頁 46-47，2001 年 9 月。

術之毀棄棉球行爲，係屬證明妨礙行爲，在訴訟上對於醫師是否有過失一事不能解明之不利益，不應由原告負擔<sup>393</sup>。

### 第三項 概念比較與我國民事訴訟法之解釋適用

#### 第一款 「事實說明自己」原則與「表見證明」原則之異同

在減輕舉證責任之要件上，事實說明自己原則與表見證明有其類似之處，前者要求原告需表明「如無被告之過失行爲，系爭損害通常不會發生」之經驗則，後者亦是依據經驗法則進行推定，故兩者均要求須具有一般經驗上之典型性。

在事實認定之主體上，由於兩國之審判制度不同，在美國係由陪審團認定事實，德國則是由法官認定事實，故事實說明自己原則主要在決定陪審團與法官之責任分工，亦即，是否有必要應交由陪審團認定事實<sup>394</sup>。

在法律效果上，由於兩國在要件事實所採之證明度不同，在事實之推定被予以推翻之難易程度上，亦有所不同。由於事實說明自己原則不僅推定過失存在，並推定因果關係存在，此時，除非被告對於原告之損害，提出充分之證據，證明原告受害之原因，非因其過失行爲所致，否則即應負擔損害賠償責任。亦即，在優勢證據原則之下，被告所提出之事證，除非能使陪審團認為過失及因果關係之蓋然性係低於百分之五十，否則仍不能推翻推定，此實際上無異於將舉證責任轉換於被告。而表見證明一般認為係屬於證據評價範圍，而非舉證責任範圍，或舉證責任轉換範圍，其並不影響原依舉證責任分配一般原則所推得之舉證責任分配結果。表見證明之證明度仍維持需達高度蓋然性的程度，被告若提出反證動搖法官原依表見證明而得心證，則該待證事實仍會陷入真偽不明之情形<sup>395</sup>。此時，負舉證責任之原告即需再提出證據，以補強法官關於過失或因果關係之心證，以達證明度。否則，仍將因過失或因果關係未予證明而獲敗訴結果。因此，可發現適

<sup>393</sup> Vgl. BGH VersR 1955, 344.本例轉引自 姜世明，前揭註 350，頁 447。

<sup>394</sup> 沈冠伶，前揭註 363，頁 109。

<sup>395</sup> 姜世明，前揭註 354，頁 386。

用事實說明自己原則比起適用表見證明原則，對於原告較為有利，而更加重被告舉證之負擔。

最後，於適用之法規依據上，表見證明原則得直接援引民事訴訟法第 282 條為依據，事實說明自己原則則可能透過解釋之方式，認為其乃民事訴訟法第 277 條但書適用之判斷標準之一，而落實於審判實務之中<sup>396</sup>。

## 第二款 民事訴訟法第 277 條但書於醫療案件的解釋與適用

民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」按民事訴訟法第 277 條但書之立法理由謂：「最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事件、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，有違正義原則。爰於原條文之下增訂但書，以資因應。」據此，立法理由明示對於醫療事故案件，應注意對於舉證責任分配一般原則，進行減輕及調整。然而，是否所有醫療事故案件，不分類型或具體狀況，均應依據上開條文但書規定，予以舉證責任轉換，由被告就其無過失及無因果關係負擔舉證責任，則不無疑義。

本文認為，「依其情形顯失公平」乃一不確定法律概念，難以具體劃分標準，而僅能從相關學說及立法理由歸納出參考標準，供法院於具體個案中判斷是否顯失公平。學說有認為應斟酌危險領域理論、武器平等原則、誠信原則或蓋然性理論所考慮之因素<sup>397</sup>，若認為依舉證責任分配一般原則所確立責任歸屬，對該當事人乃屬不可期待者，法院即有必要就其舉證責任加以調整<sup>398</sup>。亦有認為立法理由所舉四例，或涉及事證提出能力上之不平等，或涉及一造當事人有特別保護之必

<sup>396</sup> 陳聰富，前揭註 370，頁 244。

<sup>397</sup> 危險領域理論係指若損害原因係存在於加害人之危險領域，則加害人應負舉證責任。武器平等原則乃指當事人無論其為原告或被告之地位或訴訟外所可能存在之上下隸屬之關係，而於法庭內應一律受平等對待。蓋然性理論則係於法官決定舉證責任時，應就個案之時間、地點、人等因素，加以評估，轉化為與舉證責任相關之蓋然性比率關係，而以持較低蓋然性主張之當事人負舉證責任。

<sup>398</sup> 姜世明，前揭註 350，頁 209。

要，或與危險發生之領域乃一造當事人所獨占有關<sup>399</sup>。事實上，學者們所提出之參考標準共通性極高，目的皆在達成當事人間之公平。而在醫療訴訟中，關於因果關係之舉證責任，除考量上述因素外，本文認為亦可參酌美國法之事實說明自己原則與德國法之重大醫療瑕疵原則，以決定是否調整當事人之舉證責任。

再者，就其舉證責任調整之效果而言，可能為舉證責任轉換、表見證明、證明度降低、一定條件下加重非負舉證責任一造當事人之說明義務、應負舉證責任一造當事人之舉體化義務降低等<sup>400</sup>。因此，在具體個案中，法官即可審酌案件之事實，於其符合事實說明自己原則之要件時，原告雖無法以直接證據證明其損害係因被告醫師之過失而造成，或無法證明該傷害與被告醫師之醫療行為有因果關係。但只需原告依據事實情況證據，輔以專家證言，得以認定被告醫師之行為，為原告損害發生之可能原因時，推論被告醫師對於原告之損害具有過失及因果關係存在，達成降低原告舉證責任（無須提出直接證據證明過失及因果關係）與實質上轉換舉證責任之效果（被告必須提出充分之證據，證明原告受害之原因，非因其過失行為所致）。倘若個案事實符合重大醫療瑕疵原則，則表示醫師之行為不但違反客觀之醫療常規且具備可歸責性<sup>401</sup>，醫師不但有過失且由於其過失導致病人對因果關係之舉證困難。此時若再要求病人負擔因果關係之舉證責任，明顯為民事訴訟法第 277 條但書所指的顯失公平情形，則應直接賦予舉證責任轉換之最強效果，才能達成當事人武器平等原則之要求。

### 第三款 民事訴訟法第 282 條之 1 於醫療案件的解釋與適用

民事訴訟法第 282 條之 1 之規定：「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據

<sup>399</sup> 沈冠伶，〈民事訴訟法 2002 年判解回顧〉，收錄於氏著「民事證據法與武器平等原則」，頁 256，2007 年 10 月初版。

<sup>400</sup> 姜世明，前揭註 381，頁 24。

<sup>401</sup> 關於醫療常規與醫療過失關連性之討論，可參閱 陳聰富，〈醫療過失與醫療常規〉，發表於台灣大學法律學院科際整合法律研究所主辦「醫療法制論文研討會」，2007 年 6 月 13 日。

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。」本條與前揭民事訴訟法第 282 條相同，均屬同法第 277 條但書所謂「法律別有規定」之情形。本條之立法理由為：「當事人以不正手段妨礙他造之舉證活動者，例如故意將證據滅失、隱匿或有其他窒礙難使用之情事，顯然違反誠信原則；為防杜當事人利用此等不正當手段以取得有利之訴訟結果，並顧及當事人間之公平，自有規範必要。而其效果則因當事人有妨礙他造舉證之行爲，法院乃得審酌當事人妨礙他造舉證之態樣、所妨礙證據之重要性等情形，依自由心證認他造關於證據之主張或依該證據應證之事實為真實，以示制裁。」

在醫療訴訟中，為使醫療過程能予以回溯，不論就醫師或病人而言，記載詳實之病例或醫療記錄，乃最重要之證據方法之一，故病歷之作成，不僅具有實體法上義務之性質，亦應承認具有證據法上義務之性質。由於掌握病歷者為醫師或醫院，因此，如病歷有所欠缺或不完整，或根本未為製作，而使得醫療行為是否有過失或因果關係難以證明時，此程序上之不利益不應由原告負擔，而宜適用證明妨礙之規定，減輕原告之舉證責任<sup>402</sup>。

惟民事訴訟法第 282 條之 1 僅限於「故意」之情形，過失證明妨礙之類型則不在條文規範範圍之內。本文認為，排除過失證明妨礙類型後，是否能夠達成上開條文之立法目的（誠信原則、公平等），實值懷疑；且病歷製作及保存義務既然具有證據法上義務之性質，則在其違背時，自應給予制裁。因此，應類推適用民事訴訟法第 282 條之 1 之規定<sup>403</sup>。在法律效果上，由於本條規定為「認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實」，故其屬於證據評價之性質，而未轉換舉證責任，如法院認為顯失公平，自然仍得依民事訴訟法第 277 條但書轉換舉證責任。

<sup>402</sup> 沈冠伶，前揭註 363，頁 101。

<sup>403</sup> 相同見解，姜世明，前揭註 350，頁 308；沈冠伶，同前註，頁 101；許士宦，前揭註 392，頁 44-45。



### 第三節 案例分析

#### 第一項 事實說明自己原則-台北地方法院 89 年重訴字第 472

##### 號民事判決

我國法院明白適用事實說明自己原則之案件，為台北地方法院 89 年重訴字第 472 號民事判決。該案原告主張其於 87 年 4 月間前往被告台大醫院就診，由該院婦產科黃姓醫師為其進行子宮肌瘤切除手術，黃醫師於進行子宮肌瘤切除手術之過程中，止血不慎，未裝置引流管將多餘血液及體液排出體外，致原告腹腔遭受嚴重感染產生腹膜炎，其左側輸尿管亦遭黃醫師器械損傷，嗣由訴外人陳醫師為原告進行輸尿管手術，以資補救。然陳醫師關閉原告排尿管開關為原告進行顯影照相之後，竟殊未注意開啓排尿管開關，使原告尿液無法排出，顯影劑回流至左腎內而發生尿路敗血症，其等違反診療時應有之注意義務，均有過失，造成原告左腎功能幾乎完全衰退而遭切除，因而請求被告台大醫院及黃醫師損害賠償。

台北地方法院認為：「關於侵權行為之故意或過失，基於侵權行為法均採過失責任主義，原則上應由主張此一有利於己事實之被害人或原告，負舉證之責。惟本院認為本件醫療事故原告之舉證責任應予減輕，而依原告所提出之證據資料，應足以認為原告已經舉證證明被告黃醫師之過失，及其過失行為與損害結果間之因果關係存在。」其理由為：「

一、本件原告主張其受有損害，被告應負侵權行為損害賠償責任，自應由原告就其損害賠償請求權存在之事實，負舉證之責。惟隨著當今科技知識之進步、社會環境之變遷，若僅為維護侵權行為法之過失責任主義而一再堅持此項舉證責任，對於負舉證責任之原告，自有相當之不利，尤其於商品瑕疵損害、醫療事故或公害糾紛等現代社會侵權行為之類型，基於公平原則，自應於訴訟法上緩和侵權行為之舉證責任原則，在訴訟上因舉證不足而遭受敗訴判決之危險，亦不應完全歸

由原告承擔。

二、依據會診請求單、出院病歷摘要記載，原告左側輸尿管狹窄，係因先前子宮肌瘤切除手術所引起，且因輸尿管狹窄引發左側水腫，傷口有感染現象。再者，鑑定書並認為子宮肌瘤切除手術約百分之一會傷到輸尿管，足見子宮肌瘤手術通常情形並不會傷及輸尿管，詎被告黃○○於手術過程中疏未注意，造成原告輸尿管發生狹窄，進而引發左腎水腫，依上述各節，應認原告已經舉證證明被告黃○○有過失。再自結果以觀，原告係因子宮肌瘤而至被告醫院就醫並接受手術治療，一般而言，子宮肌瘤（或卵巢畸胎瘤）病症之必要手術，或應包括子宮切除及卵巢摘除，然通常情形，其手術結果或產生之影響應與泌尿系統之腎臟無關，其竟於手術後發生『輸尿管狹窄』之現象，並因而接受多次輸尿管手術，最後進而必須切除左腎，依英美法侵權行為法在醫療事件中所謂『Res ipsa loquitur』（『事實說明自己』或『事情本身說明一切』）之法則，亦應減輕或緩和原告之舉證責任。本件原告已經證明系爭事故之發生，除非係因醫事人員欠缺注意，否則通常情形不會發生，其事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而無其他因素介入，且原告係因子宮肌瘤病症入院治療，卻因輸尿管狹窄而造成腎臟嗣遭切除，自應認為其舉證責任已經足夠，故原告主張被告黃○○於子宮肌瘤手術過程中具有過失，應可採信。

三、被告台大醫院為國內首屈一指之國立教學醫院，被告黃○○則為該院之婦產科醫生，其等對於醫療知識及臨床醫療實務操作，自具有相當程度之了解與熟稔，較諸一般無醫學知識之病患，在醫療事件之舉證上本屬較為容易之事，基於證據距離、危險控制領域等理論，要求被告就其手術行為有何不可歸責事由，負舉證之責，應非難事；則依被告醫師及醫院之專門知識及經驗，要求渠等就諸如本件輸尿管狹窄或腎水腫等病症，是否與先前之子宮肌瘤手術有關、是否為手術後常見之併發症、是否為醫學上必然發生之現象、依現行醫療水準與對醫療人員之合理期待，有無注意或避免之可能、是否縱經注意仍不免發生損害、僱用人就受僱

人之選任及其職務執行之監督，是否已盡相當之注意等問題，加以舉證說明，應非難事，然被告對此均未曾有所說明，其自應負本件不完全給付債務不履行及侵權行為損害賠償責任。」

本件醫療事故，針對黃醫師之部份，台北地方法院認為，子宮肌瘤切除手術約百分之一會傷到輸尿管，足見子宮肌瘤手術通常情形並不會傷及輸尿管。且子宮肌瘤病症之必要手術，通常情形，其手術結果或產生之影響應與泌尿系統之腎臟無關，但最後原告卻必須切除左腎。而事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而無其他因素介入，因而適用事實說明自己原則，認定原告業已舉證完成，而應由被告醫院及醫師舉證其無過失，否則即應負擔損害賠償責任。蓋醫院及醫師較之病患，對於舉證所需之知識及事件發生情況，更為容易舉證。

對於本件判決，醫學界人士採取批評見解，認為本件醫療行為必須專家（專科醫師或醫學會）始能判斷，非一般理性之人的一般常識所能判斷。且依據衛生署鑑定書記載，本件子宮肌瘤切除術有百分之一會傷及輸尿管，從而原告之手術，天生具有特殊傷害或併發症之風險。又本件傷害之發生，可能係因病患先前之輸卵管結紮手術造成之粘連及尿路結石手術有關，非被告所能完全控制。因而本件不應適用事實說明自己原則，以推定被告具有過失<sup>404</sup>。

實則，美國法上適用事實說明自己原則，已不再拘泥於「普通常識原則」之案件，藉由專家證言作為一般人判斷之橋樑，已為多數法院所採，因而上述批評見解認為，本件醫療行為必須專家判斷，因而不適用事實說明自己原則，並非實在。再者，本件醫療行為天生具有百分之一特殊傷害或併發症之風險，是否即可認為傷害之發生未必為被告過失行為造成，因而不適用本法則，亦有疑問。蓋被害人進行之手術，若僅有百分之一發生傷害或併發症之危險，則在實際上發生損害時，即有百分之九十九的機會，非因「固有的」風險而引起。據此，單純以本件醫療行為具有百分之一的危險機會，即認為損害非由被告之過失行為造成，似

---

<sup>404</sup> 林萍章，〈舉證責任倒置於醫療過失之適用—89 年度重訴字第 472 號判決評釋〉，醫事法學第 10 卷第 2 期，頁 61，2002 年。

有疑問。再者，病患先前的輸卵管結紮手術造成之粘連及尿路結石手術，雖非被告所能完全控制，但其造成本件損害發生之原因力如何，是否與損害發生具有因果關係，衛生署之鑑定書並未明白表示意見。因而此項鑑定意見，並未為法院所採。

依據事實以觀，本件醫療行為之固有風險僅有百分之一，足見子宮肌瘤手術通常不會傷及輸尿管。被告手術中傷及原告之輸尿管，得認為若無被告之過失，原告之損害通常不會發生。被告為原告進行手術，病患通常處於昏迷狀態，被告醫師比被害人更能取得證明原因之證據，可認為被告對於手術之工具或方法具有排他性控制力。且本件損害之發生，病患並無任何原因力，因而本案法院適用美國法上之事實說明自己原則，決定醫療事故當事人間之舉證責任分擔，符合公平原則，應值肯定<sup>405</sup>。

## 第二項 表見證明-台北地方法院92年訴字第1202號民事判決

本案原告於做完大腸內視鏡檢查之翌日，發生乙狀結腸穿孔，經施以縫合手術始救回。原告認為係因檢查醫師之過失造成其乙狀結腸穿孔，而提起損害賠償之訴訟。法院認為：「

按醫療契約（全大腸內視鏡檢查涉及診斷，應屬醫療行為）具有特殊性、多樣性，非屬於法定典型契約，應視其性質分別適用不同法律規定，原告如主張因醫療行為致受損害，無論依據債務不履行（加害給付）或侵權行為法律關係，均須損害之發生與醫療行為間有因果關係始能成立。所謂因果關係，係以醫療行為與原告所受損害事實，依醫療行為施行部位（解剖學）、醫學文獻或臨床統計上相同醫療行為發生同種損害之可能性（蓋然性）、時間之因素（先後順序、損害發生距離醫療行為長短）、是否有其他可能之因素介入等觀察判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該醫療行為與原告所受損害之間，即有因果關係。而就因果

<sup>405</sup> 陳聰富，前揭註370，頁221-222。

關係無法確實認定時，如依前開證據認系爭醫療行為發生損害之蓋然性甚高時，應予有因果關係之推定（行為人仍可舉反證推翻，例如另有外力介入），如蓋然性甚低時，應為無因果關係之推定（原告可以舉證補強），方符合醫療事件之本質。」

本判決基本上係以「確實」作為其證明度之標準，但其所謂於甚高蓋然性時有推定事實之可能，似與表見證明之法理相通，亦具有舉證責任減輕之意義。

### 第三項 證明妨礙-台灣高等法院 89 年上字第 404 號民事判決

本案事實略為：血壓偏低係心肌炎之臨床表徵，朱國健於八十六年七月四日就診時之血壓為 97/57mmHg，較其感染發炎時之 100/60mmHg 為低，被上訴人丁○○若能注意到此一警訊，給予胸部聽診及心電圖等進一步檢查，必能診斷出朱國健患有心肌炎，而避免死亡結果之發生。鑑定意見亦認為朱國健就診時 97/57mmHg 之血壓偏低，應進一步作心電圖檢查。而依長庚醫院門診記錄單，醫生應於表示病人主訴之「S」、表示醫師檢查病患情形之「O」、表示醫師根據前述二者所得之臆斷之「A」及表示醫師根據第一、二項所得臆斷而認為應採取之進一步檢查及治療計劃之「P」四個欄位詳為記載，被上訴人丁○○未於S及O欄內記載，違背醫療法第四十八條規定病歷內容應清晰、詳實、完整之義務。原告認為丁○○未詳細問診、檢查，誤診朱國健罹患肌膜疼痛症候群，致錯失救治之機會，違反保護他人之法律，且與朱國健之死亡有因果關係。

法院認為：「按醫師執行業務時，應製作病歷，記載病人病名、診斷及治療情形；病歷內容應清晰、詳實、完整；醫院、診所診治病人時，得依需要，並經病人或其配偶、親屬之同意，商洽病人原診治之醫院、診所，提供病歷摘要及各種檢查報告；病歷摘要應載明主訴、檢查結果、診斷、治療經過、注意事項、出院後醫囑或建議事項，醫師法第十二條；醫療法第四十八條第二項前段、第五十一條；醫療法施行細則第四十八條分別定有明文。病歷內容應比病歷摘要詳實、完

整，則醫師製作之病歷尤應詳實載明病人主訴、檢查結果、醫師診斷及治療情形。而醫師對病患治療時，牽涉醫療專業及病患個人隱私，通常不容第三人在場聞見，因而於醫療事故紛爭，醫師是否已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，因而醫師於醫療事故訟爭事件，有提出記載完整病歷義務（民事訴訟法第三百四十四條第一項第五款規定及其立法理由說明參照），如醫師未能提出病歷或所提出病歷記載不完整，其情形與無正當理由不從提出文書之命相同，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（民事訴訟法第三百四十五條規定參照）。……丁○○醫師不但未於門診記錄單明確記載朱國健主訴情形，甚且對朱國健主訴情形無片語隻字記載，違反前述應於病歷詳實記載義務，本院無從由記錄醫療行為之病歷判斷丁○○醫師治療過程已否盡善良管理人注意義務，此項舉證責任不利益，自應由醫師負擔（編按：認為原告主張被告醫師有過失一事為真實）。……然丁○○醫師未於門診記錄單詳實記載朱國健主訴病狀及檢查結果，朱國健求診時有無呼吸困難情形，已無從考證，且縱使朱國健求診時並無呼吸困難、心悸等症狀，上述鑑定報告未斟酌朱國健因胸痛求診時，測量血壓值與病歷資料所載血壓值相較，明顯偏低之事實，而本院所認定丁○○醫療疏失情形，係丁○○醫師忽視朱國健胸痛主訴及血壓偏低，未進一步檢查或使轉診為進一步評估，朱國健因而未被發現罹患心肌炎，並非追究丁○○醫師未能預先診斷朱國健罹患心肌炎責任，醫審會鑑定報告不足為丁○○醫師醫療行為無過失或丁○○醫療行為與朱國健死亡無因果關係之依據。」

本案法院著眼於醫師之病歷記載義務及文書提出義務，除適用證明妨礙法理認定原告主張被告醫師有過失一事為真實以外，其不採納醫事審議委員會之鑑定報告，而自行認定醫師之醫療行為具有過失，且其過失與被害人之死亡有因果關係。雖然法院所引據適用的條文為民事訴訟法第 345 條，而非民事訴訟法第 282 條之 1，然後者為證明妨礙之一般性規定，前者為針對文書提出義務部份之證明妨礙規定，其法理相同。又本案雖係就過失而非因果關係認定一事適用證明妨礙之

法理，但在往後因醫師證明妨礙行為導致因果關係認定困難時，本判決仍具一定之參考價值。

#### 第四項 機會喪失理論與重大醫療瑕疵原則之比較

在醫療案件中，機會喪失理論適用於被害人業已罹患疾病，因醫師之過失行為導致既存疾病惡化之情形。其案件事實的共通性在於：醫師的過失行為以不作為或誤診的型態居多，並因該不作為或誤診導致治療時間之拖延，由於病患已罹患病症，故當其產生最終損害（死亡或留下重大後遺症）時，往往難以判斷是其罹患疾病之必然結果或是因為醫師之過失行為才導致損害之發生，故以機會喪失理論平衡病患之舉證困難及使病患能獲得部份補償。

德國法則不採機會喪失理論<sup>406</sup>，故若發生適用該理論之典型案例時，其實務是以重大醫療瑕疵原則應對之。其理由為該醫療瑕疵程度重大，導致相關之醫療過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，已經難以澄清，並因此造成病人舉證上之困難，依據誠信原則，不得要求病人於此情形仍應負舉證責任，始符公允。故改由醫師負擔舉證責任，在無法舉證成功時，負擔全部損害賠償責任。

以我國法之相關案分析之，在彰化地方法院 92 年度重訴字 165 號民事判決及其二審判決台灣高等法院台中分院以 93 年醫上易字第 2 號民事判決中，病患罹患十二指腸壺腹癌病症，由被告醫師開刀治療，過程順利，卻於術後十多天死亡，其原因是術後發生腹腔內膿瘍併發敗血症而致多重器官衰竭死亡。一、二審法院均認為在術後六天病患傷口即已發生混濁及有惡臭滲漏液之現象，若醫師於當時進行剖腹探查發現腹腔內膿瘍，並及時引流膿瘍，可提高病患之存活機會，但醫師卻於術後十一日才進行剖腹探查，顯有過失。惟就醫師之不作為與病患死亡間之因果關係，兩個法院的認定並不相同。

<sup>406</sup> Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), *supra* note 39, at 549.

本案若適用機會喪失理論，則需先探究病患傷口開始有異常現象時，其為正確處置，存活機會有多高，並比較醫師實際為處置時之存活機會，以兩者之差乘以病人死亡所產生之全部損害，作為損害賠償之數額，亦即原告可取得部份賠償。

若將重大醫療瑕疵原則適用於本案之中，由於醫師延誤處置，違反客觀之醫療常規，並導致該瑕疵與病人所受損害間之因果關係難以澄清（否則也不會出現一、二審法院對同一事實出現完全相反法律認定之情形），故應轉換舉證責任，由醫師證明因果關係不存在。但人體反應之不確定性與醫學知識的有限性，使得有些病人的病情轉變常常是醫學也無法解釋，而醫師要證明一定事實的不存在，可能比正面肯定的證明更加困難，故結果往往變成在轉換舉證責任的同時，即決定了醫師敗訴的命運。

從訴訟法的觀點出發，由於醫療案件之性質特殊，在某些情形下確有減輕或轉換原告舉證責任之必要，對於將事實說明自己原則或是重大醫療瑕疵原則內化為民事訴訟法第 277 條但書之解釋方針，本文亦持贊同態度。然而，當案件之性質同時可以符合機會喪失理論與舉證責任轉換之要件時，由於最終損害與被告加害行為間之因果關係並不明確，原告與被告面臨同樣的舉證困境，被告固然有過失行為在先，並不同於其要對全部損害負責。此時若優先適用機會喪失理論，由原告各自承擔部分損失，本文認為更能達成當事人間之公平而較為可採。

於前揭輔仁大學新生健檢事件中（台北地方法院 91 年訴字第 2340 號民事判決、台灣高等法院 92 年度上字第 596 號民事判決），由於健檢醫師對 X 光片之判讀錯誤，導致原告延誤發現其罹患癌症而耽誤治療時機，並於案件上訴三審時因病去世。其符合重大醫療瑕疵原則所要求的因醫療瑕疵程度重大，導致相關之醫療過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係難以澄清之要件，也屬於機會喪失理論之典性案例。我國法院最後係以機會喪失理論作為判決之理由，而未採取重大醫療瑕疵原則，依民事訴訟法第 277 條但書轉換舉證責任。吾人無法得知法院



對於理論取捨之真正原因為何，但是應可將之善解為：在因果關係存否不明確時，採取由原被告各自承擔部分損失之作法，較符合當事人間之公平，並為我國法律政策所接受。



## 第四節 小結

原告之請求成立與否，除了需實體上有理由之外，更重要的是能在訴訟中證明該等要件事實存在。因此，在醫療訴訟中，原告能否證明其損害與醫師之加害行間有因果關係，成爲其損害能否獲得填補之關鍵因素。

然而，考量醫療訴訟之原告因事實上不知、專業上不知及證據偏在等原因所造成的舉證困難，國內外之學說及實務開始採取減輕或轉換原告舉證責任之作法，以達成醫療訴訟雙方當事人間之實質公平。

在美國法，於符合下列三項要件時：1.如無被告之過失行爲，系爭損害通常不會發生；2.由人或器械所產生之損害係完全在被告之控制下所導致；3.原告對於損害之發生既無自陷於危險之行爲，亦無任何之參與助力，依事實說明自己原則，推定過失及因果關係存在。德國法則視案件之具體情形，適用表見證明原則對因果關係存在進行事實上推定，或依重大醫療瑕疵原則、證明妨礙規定轉換舉證責任。

本文認爲，上述理論各有值得參考之處，在我國法之實踐上，表見證明及證明妨礙均已具有具體條文可資適用（民事訴訟法第 282 條及第 282 條之 1），於實際應用上較無疑義；而事實說明自己原則及重大醫療瑕疵原則可內化爲民事訴訟法第 277 條但書之解釋方針，某程度具體化「依其情形顯失公平」此一不確定法律概念。

而在機會喪失理論與重大醫療瑕疵原則均有適用之案例中，由於最終損害與被告加害行爲間之因果關係並不明確，原告與被告面臨同樣的舉證困境。若優先適用機會喪失理論，由原被告各自承擔部分損失，本文認爲更能達成當事人間之公平而較爲可採。

## 第五章 結論

本文首先對民法上因果關係之概念提出說明，並介紹我國目前學說及實務見解所採取之相當因果關係說。接著將相當因果關係說區分為事實上因果關係（條件關係）與法律上因果關係（相當性），分別論述其判斷標準。其後則針對醫療行為之特殊性提出醫療民事責任關於因果關係判斷之相關問題點，並以實務判決為例說明之。

本文認為相當因果關係說仍為因果關係判斷之基本原則，惟於醫療案件中，因應案件類型之不同，有為適當調整之必要。以下為筆者粗淺之分類與看法：

一、具集團現象或條件因果關係經驗法則不存在者-疫學因果關係理論。本文認為如果是將過去已經存在之疫學資料（例如：某已知的病因，其發病率或致死率等）作為訴訟上證明事實上因果關係存在的證據，並無任何問題，在相關民事案件均可適用，其法源依據為民事訴訟法關於鑑定之規定。但是，若要適用其推論手法認定或推定具體醫療過失案件中之事實上因果關係存否，首先必須符合集團現象之要求，接著要問的是，個案之因果歷程是否在科學上已能清楚說明？如果已有合理之經驗法則足供判斷，原則上無適用疫學因果關係之必要，除非其為複雜的因果歷程導致現存經驗法則難以適用。如果沒有可供判斷的經驗法則存在，即應適用疫學因果關係，判斷出個案中最有可能為原因之因子為何。

二、選擇性因果關係案件-比例因果關係理論。由於選擇性因果關係案件涉及多重因素，而每一因素單獨均可能導致損害發生，此時為修正條件理論之不足，應採取比例因果關係理論。而在以「可能性」、「貢獻度」、「法官的心證」三種認定因果關係比例的說法中，應以「可能性」認定的理論較為可採。其餘兩說，或基於與前說之重覆，或是其功能可由現有之法律概念加以取代，而無再另行創設新的法律概念之必要。此外，以「可能性」認定事實上因果關係比例有助於達成損害之公平分配，更能發揮侵權行為法之機能。

三、醫師之不作爲或誤診和病患損害間之因果關係不明確-機會喪失理論。於比較美國法、日本法及我國相關學說及實務判決後，本文認爲，在我國應該將存活（及不留下重大後遺症）機會本身視爲一獨立法益，並仿照日本實務區分法益階段之作法，在原告能夠舉證醫師過失行爲與被害人之死亡或身體健康受損有因果關係時，即依一般原則予以救濟。在無法舉證上述事實時，若可成功舉證醫師過失行爲與被害人之機會喪失或減損有因果關係，在被害人已死亡之情形，則類推適用民法第 192 及 194 條；若被害人尚未死亡，被害人得以證明機會喪失引發身體損害、心理痛苦及衍生性損害時，應許被害人得請求損害賠償，較爲合理，其法律上依據則可類推適用民法第 193 條及適用民法第 195 條（不法侵害其他人格法益而情節重大）。若侵害的是被害人不留下重大後遺症之機會，一樣是類推適用民法第 193 及適用民法第 195 條予以損害賠償。而適用之案例類型，應參酌美國及日本法之發展，限於醫療訴訟中醫師過失行爲與病患既存條件相結合之案例，而不及於單純醫療過失之案件。至於賠償額之計算，則可根據民事訴訟法第 222 條第 2 項規定，參酌美國法之機會喪失理論，以最後傷害或死亡的全部損害數額，乘以機會喪失的比例。

四、舉證責任分配與減輕。考量醫療訴訟原告之舉證困難，美國法以事實說明自己原則，推定過失及因果關係存在；德國法則視案件之具體情形，適用表見證明原則對因果關係存在進行事實上推定，或依重大醫療瑕疵原則、證明妨礙規定轉換舉證責任。在我國法之實踐上，表見證明及證明妨礙均已有具體條文可資適用（民事訴訟法第 282 條及第 282 條之 1），於實際應用上較無疑義；而事實說明自己原則及重大醫療瑕疵原則可內化爲民事訴訟法第 277 條但書之解釋方針，某程度具體化「依其情形顯失公平」此一不確定法律概念，提供實務一可資遵循之標準。

綜上所述，本文認爲並非全部醫療案件均可使用同一理論解決，實體法與訴訟法所提出之理論實居於互爲補充之地位，亦即，應視案例類型之不同選擇適合

的解決方法。而在機會喪失理論與重大醫療瑕疵原則均有適用之案例中，由於最終損害與被告加害行為間之因果關係並不明確，原告與被告面臨同樣的舉證困境，為達成損害之公平分配，應優先適用機會喪失理論，而由原被告各自承擔部分損失。



## 參考文獻

### 中文文獻（按姓氏筆畫排列）

#### 書籍

王伯琦，「民法債編總論」，作者自行出版，1979年。

王昱之，「公害民事損害賠償責任之研究：美國毒物侵權行為訴訟為中心」，司法院，1993年。

王澤鑑，「法律思維與民法實例」，作者自行出版，2003年初版七刷。

王澤鑑，「侵權行為法（一）：基本理論與一般侵權行為」，作者自行出版，2003年初版九刷。

王澤鑑，「民法學說與判例研究（第三冊）」，作者自行出版，1996年10月。

朱柏松，「消費者保護法論」，作者自行出版，1999年增訂版。

江東亮、陳建仁譯，「流行病學的概念與策略-因果關係的邏輯-」，台灣省公共衛生教學實驗院發行，1981年6月初版。

沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，作者自行出版，2007年10月初版。

林山田，「刑法通論（上）」，三民書局，2003年八版二刷。

林誠二，「民法債編總論（上）」，瑞興圖書股份有限公司，2000年9月。

邱聰智，「新訂民法債編通則（上）」，作者自行出版，2000年。

邱聯恭，「程序選擇權論」，作者自行出版，2000年初版。

邱聯恭講述、許士宦整理，「口述民事訴訟法講義（三）」，作者自行出版，2003年。

姚志明，「侵權行為法研究（一）」，作者自行出版，2002年初版。

姜世明，「新民事證據法論」，學林文化事業有限公司，2002年9月一版。

孫森焱，「民法債篇總論」，作者自行出版，1999年修訂新版。

陳品玲，「流行病學概論」，匯華圖書出版有限公司，2002年一版。

陳計男，「民事訴訟法論（上）」，頁265，三民書局，1999年修訂二版。

陳國東，「應用流行病學」，合計圖書出版社，2003年10月初版。

陳聰富，「因果關係與損害賠償」，元照出版有限公司，2004年9月。

陳聰富，「侵權歸責原則與損害賠償」，元照出版有限公司，2004年9月。

陳聰富、陳忠五、沈冠伶、許士宦，「美國懲罰性賠償金判決之承認及執行」，學林文化事業有限公司，2000年。

曾世雄，「損害賠償法原理」，作者自行出版，1989年三版。

曾淑瑜，「醫療過失與因果關係（下）」，翰蘆圖書出版有限公司，1998年7月。

黃丁全，「醫事法」，元照出版公司，2000年初版。

黃榮堅，「基礎刑法學（上）」，元照出版有限公司，2003年5月初版。

雷萬來，「民事證據法論」，瑞興圖書公司，1997年初版。

蔡振修，「醫療過失的刑事責任析論」，作者自行出版，1992年初版。

駱永家，「民事舉證責任論」，商務印書館，1999年12月。

## 學位論文

丁中原，「醫療過失訴訟之研究-以舉證責任之合理分配為中心」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1991年。

朱懷祖，「藥物責任」，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997年。

吳志正，「醫療契約論」，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，2005年。

呂綺珍，「論民事證據法上之事實認定與證明責任」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005年。

林虹翔，「人體試驗之賠償與補償」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2007年。

張柏淵，「醫療訴訟中『因果關係』至『機會喪失』之演變-由機率之觀點出發」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2006年。

莊慎翔，「疫學因果關係理論的研究」，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2007年1月。

許純琪，「醫病關係中的告知後同意」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002年7月。

郭仙和，「侵權行為法上因果關係之研究-以我國實務案例為中心」，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007年。

陳哲宏，「假設因果關係與損害賠償」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1984年。

曾淑瑜，「醫療過失與因果關係-以中日兩國之實例為檢討對象」，國立台灣大學法律學研究所博士論文，頁229，1997年。

黃家鑫，「侵權行為因果關係之研究—以現代型紛爭中之醫療行為為例」，私立東吳大學法律研究所碩士論文，1999年。

## 期刊

王千維，〈民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係〉，中原財經法學第8期，2002年。

王榮德，〈流行病學方法論〉，當代醫學第14卷第4期，1987年4月。

王澤鑑，〈司法院例變字第一號之檢討〉，收錄於氏著「民法學說與判例研究（第三冊）」，作者自行出版，1996年10月。

王澤鑑，〈特殊侵權行為（十）-無過失侵權責任（下）：危險責任的理論、體系及發展〉，臺灣本土法學雜誌第77期，2005年12月。

王澤鑑，〈連帶侵權責任與內部求償關係〉，收錄於氏著「民法學說與判例研究（第三冊）」，頁288，作者自行出版，1996年10月。

王澤鑑，〈損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉，月旦法學雜誌第123期，2005年8月。

朱柔若、林東龍，〈醫療公道如何討？--臺灣醫療糾紛處理機制弊病之探索〉，醫事法學第11卷第3、4期，2003年12月。

朱柏松，〈適用消保法論斷醫師之責任〉，收錄於氏著「消費者保護法論」，1999年增訂版。

吳志正，〈民事因果關係邏輯性序說〉，臺大法學論叢第36卷第3期，2007年3月。

吳志正，〈存活機會喪失-醫療損害之迷思〉，月旦法學雜誌第150期，2007年11月。

吳建樑，〈醫療關係與消費者保護法〉，醫事法學第7卷第3期，1999年。

呂太郎，〈因果關係之比例與損害額〉，台灣本土法學雜誌第33期，2002年。



李念祖、陳仕振、曲以文，〈我國仲裁與訴訟制度解決醫療糾紛之比較〉，仲裁第73期，2004年12月。

沈冠伶，〈民事訴訟法2002年判解回顧〉，收錄於氏著「民事證據法與武器平等原則」，2007年10月初版。

沈冠伶，〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，收錄於氏著「民事證據法與武器平等原則」，2007年10月初版。

林志六，〈醫療事故之因果關係-以高等法院85年度上字第316號民事判決為例〉，醫事法學第7卷第4期，2000年3月。

林萍章，〈舉證責任倒置於醫療過失之適用——89年度重訴字第472號判決評釋〉，醫事法學第10卷第2期，2002年。

林順益，〈解析醫護責任保險制度--並呼籲建立強制醫護責任保險制度〉，醫事法學第11卷第3、4期，2003年12月。

邱永仁，〈司法改革與醫療--如何協助司法更正確審理醫藥事故〉，臺灣醫界第45卷第9期，2002年9月。

邱清華，〈「消保法與醫療糾紛」--呼籲建立醫療糾紛賠償機制〉，醫事法學第9卷第1期，2001年3月。

邱聰智，〈論公害之因果關係〉，憲政時代第1卷第2期，1975年10月。

侯英冷，〈「我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望」研討會（一）之會後書面補充資料〉，台灣本土法學雜誌第39期，2002年。

侯英冷，〈談醫療意外的風險分擔問題〉，收錄於「民法研究七」，學林文化事業有限公司，2004年。

姜世明，〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，月旦民商法第6期，2004年12月。

姜世明，〈證明度之研究〉，政大法學評論第98期，2007年8月。

姚志明，〈侵權行為因果關係理論之解析〉，收錄於氏著「侵權行為法研究（一）」，2002年初版。

許士宦，〈證明妨礙〉，月旦法學第76期，2001年9月。

許振東，〈論醫療糾紛補償制度〉，醫事法學第10卷第2期，2002年6月。

陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件--臺灣臺北地方法院八十五年訴字第五一二五號與臺灣高等法院八十七年度上字第一五一號(馬偕紀念醫

院肩難產案件)判決再評釋 -上-)，台灣本土法學雜誌第 17 期，2000 年。

陳聰富，〈「存活機會喪失」之損害賠償〉，收錄於氏著「因果關係與損害賠償」，元照出版有限公司，2004 年 9 月。

陳聰富，〈侵權行為法上之因果關係〉，收錄於氏著「因果關係與損害賠償」，元照出版有限公司，2004 年 9 月初版。

陳聰富，〈美國醫療過失舉證責任之研究〉，政大法學評論第 98 期，2007 年 8 月。

陳聰富，〈美國懲罰性賠償金制度〉，收錄於氏著「侵權歸責原則與損害賠償」，元照出版有限公司，2004 年 9 月。

陳聰富，〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，國立臺灣大學法學論叢第 30 卷第 1 期，2001 年 1 月。

陳聰富，〈過失相抵之法理基礎及其適用範圍〉，台灣本土法學雜誌第 98 期，2007 年 9 月。

陳聰富，〈醫療過失與醫療常規〉，發表於台灣大學法律學院科際整合法律研究所主辦「醫療法制論文研討會」，2007 年 6 月 13 日。

曾世雄，〈論相當因果關係說之衰微〉，法學叢刊第 40 期，1965 年。

曾品傑，〈論消費者保護法上之服務責任--最高法院相關判決評釋〉，財產法暨經濟法第 12 期，2007 年 12 月。

曾淑瑜，〈醫療過失與疫學因果關係〉，收錄於蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集「現代刑事法與刑事責任」，國際刑法學會中華民國分會，1997 年初版。

游宗憲、楊秀儀，〈醫療糾紛病人自力救濟之個案分析〉，臺灣醫學第 12 卷第 3 期，2008 年 5 月。

黃立，〈重新檢討民法的因果關係理論-台北地院八十八年度重訴字第一一二二號判決評釋〉，台灣本土法學雜誌第 28 期，2001 年。

黃立，〈消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析〉，政大法學評論第 75 期，2003 年 9 月。

楊秀儀，〈告知後同意法則之司法實務發展--最高法院九四年臺上字第二六七六號判決評釋〉，台灣本土法學雜誌第 73 期，2005 年 8 月。

楊秀儀，〈病人，家屬，社會：論基因年代病患自主權可能之發展〉，國立臺灣大學法學論叢第 31 卷第 5 期，2002 年 9 月。

楊秀儀，〈從無過失重回過失--紐西蘭有關醫療傷害補償制度之變遷及對臺灣之啟

示》，政大法學評論第 64 期，2000 年 12 月。

楊秀儀，〈瑞典「病人賠償保險」制度之研究--對臺灣醫療傷害責任制之啓發〉，國立臺灣大學法學論叢第 30 卷第 6 期，2001 年 11 月。

楊秀儀，〈誰來同意？誰作決定？--從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察〉，台灣法學會學報第 20 期，1999 年 11 月。

楊秀儀，〈醫療糾紛與醫療無過失制度-美國經驗四十年來之探討〉，政大法學評論第 68 期，2001 年 12 月。

詹森林，〈公立醫院之醫療行為與消保法之服務無過失責任--公、私立醫院之差別待遇？最高法院九三年臺上字第一四八六號判決之商榷〉，臺灣本土法學雜誌第 70 期，2005 年 5 月。

詹森林，〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，台北大學法學論叢第 63 期，2007 年 9 月。

潘維大，〈美國侵權行為法對因果關係之認定〉，東吳大學法律學報第七卷第二期，1992 年。

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 年。

盧映潔、葛建成、施宏明、劉士煒，〈醫療行為之因果關係探討〉，國立中正大學法學集刊第 21 期，2006 年。

蕭世光，〈以仲裁方式解決醫療糾紛之可行性--從醫療糾紛解決之現況談起〉，仲裁第 77 期，2006 年 3 月。

薛瑞元，〈論因果關係（下）〉，月旦法學第 77 期，2001 年 10 月。

## 研討會紀錄

民法研究會第十二次研討會，李木貴等，共同危險行為之要件，研討會記錄，收錄於「民法研究，第三集」，學林出版社，1999 年。

## 日文文獻（按作者姓氏依 JIS 排列）

### 書籍

稻垣喬，「医事訴訟と医師の責任」，有斐閣（日本東京），1981 年。

宇都木 伸等編著，「医事法判例百選」，有斐閣（日本東京），2006 年。

- 塩崎 勤編，「医療過誤判例の研究」，民事法情報センター，2005年。
- 加藤雅信，「現代不法行為法学の展開」，有斐閣（日本東京），1991年。
- 窪田充見，「過失相殺の法理」，有斐閣（日本東京），1994年。
- 根本 久編，「裁判実務体系一七：医療過誤訴訟法」，青林書院（日本東京），1991年。
- 山田卓生編，「新・現代損害賠償法講座，第一巻総論」，日本評論社（日本東京），1999年。
- 植木哲，「医療の法律学」，頁193-194，有斐閣（日本東京），1998年4月。
- 水野 謙，「因果関係概念の意義と限界」，有斐閣（日本東京），2002年初版2刷。
- 倉田卓次，「民事実務と証明論」，日本評論社（日本東京），1987年。
- 太田幸夫編，「医療過誤訴訟法」，青林書院（日本東京），2000年。
- 大谷 實，「医療行為と法」，弘文堂（日本東京），1999年新版補正第2版。
- 中野貞一郎，「過失の推認」，弘文堂（日本東京），1978年。
- 平井宜雄、加藤雅信等編，「日本民法学の形成と課題（下）」，有斐閣（日本東京），1996年。
- 平井宜雄，「損害賠償法の理論」，東京大学出版会（日本東京），1971年。
- 有泉亨監修，「現代損害賠償法講座1」，日本評論社（日本東京），1972年。
- 蒔 立明、中井美雄編，「医療過誤法」，青林書院（日本東京），1994年。

## 期刊

- 磯村 保，〈「相当因果関係」をめぐる理論と現実(1)〉，NBL 第510期，1992年。
- 稲垣 喬，〈医療過誤と特異体質〉，判タ 312号，1974年12月。
- 稲垣 喬，〈疫学的手法による因果関係の認定〉，ジュリスト 981，1991年6月。
- 稲垣 喬，〈延命利益の評価と検討：東京高裁昭和五八年六月一五日判決〉，判タ 513号，1984年。
- 稲垣 喬，〈判例批評 水準不適合の医療と死亡時の生存可能性による不法行為〉，民商法雑誌 123巻6号，2001年3月。
- 塩崎 勤，〈因果関係〉，収録於 根本 久編，「裁判実務体系一七：医療過誤訴訟

法」，青林書院，1991年。

加藤新太郎〈医師の過失による患者の相当程度の生存可能性の侵害〉，判タ 1065号，2001年。

加藤新太郎，〈因果関係の割合的認定〉，判タ 633号，1987年。

吉川義春，〈因果関係の立証〉，収録於 根本 久編，「裁判実務体系一七：医療過誤訴訟法」，青林書院，1991年。

橋本英史，〈医療過誤訴訟における因果関係の問題〉，収録於太田幸夫編，「医療過誤訴訟法」，青林書院，2000年。

古瀬駿介，〈損害の発生(1)〉，収録於 根本 久編，「裁判実務体系一七」，医療過誤訴訟法，青林書院，1991年。

佐藤光子，〈医療過誤訴訟の第1審、控訴審判決研究-因果関係の判断の変更による逆転判決、賠償額変更判決を中心に-〉，Lexis判例速報第15期，2007年1月。

三井誠，〈疫学の証明〉，法学教室第219期，1998年12月。

志村由貴，〈「相当程度の可能性」をめぐる実務的論点〉，ジュリスト 1344，2007年11月。

寺沢知子，〈時の判例-最高裁平成15年11月11日第三小法廷判決〉，法学教室 285号，2004年6月。

小賀野晶一，〈いわゆる首長事件最高裁判決の法的課題〉，判タ 947号，1997年10月。

小賀野晶一〈割合的因果関係論-議論の沿革と判例における割合的判断の定着〉，判タ 847号，1994年8月。

松浦以津子，〈因果関係〉，収録於 山田卓生編，「新・現代損害賠償法講座，第一卷総論」，日本評論社，1999年。

植木哲，〈新生児感染事件〉，収録於 唄孝一、宇都木伸、平林勝政編，「医療過誤判例百選〔第2版〕」別冊ジュリスト 140，1996年12月。

新美育文，〈医療事故における『期待権』の侵害について〉，自由と正義第47巻第5期，1996年。

新美育文，〈疫学的手法による因果関係の証明（下）〉，ジュリスト 871，1986年11月。

新美育文，〈疫学的手法による因果関係の証明（上）〉，ジュリスト 866，1986年

8月。

新美育文，〈西淀川公害（第二次ないし第四次）訴訟第一審判決にみる因果関係論〉，ジュリスト 1081，1995年12月。

森島昭夫，〈不法行為法における因果関係——複数原因の競合に関連して〉，法学教室第147号，1992年12月。

杉原則彦，〈最高裁判所判例解説-最高裁平成12年9月22日第二小法廷判決〉，法曹時報54巻4号，2002年4月。

西田祥平，〈最高裁判例に見る「相当程度の可能性」の認定〉，ジュリスト1344，2007年11月。

石川寛俊，〈延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失〉，収録於太田幸夫編，「医療過誤訴訟法」，青林書院，2000年。

石川寛俊，〈期待権の展開と証明責任のあり方〉，判タ686号，1989年。

倉田卓次，〈逸失利益算定法への一疑問-新しい係数表の提案と確率的心證〉，ジュリスト431号特集「交通事故」，1969年。

草野真人，〈異常体質と医療過誤〉，収録於太田幸夫編，「医療過誤訴訟法」，青林書院，2000年。

大坂恵里，〈事実的因果関係の疫学的証明について〉，駿河台法学第20巻第1号，2006年。

大塚直，〈原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察〉，収録於平井宜雄、加藤雅信等編，「日本民法学の形成と課題（下）」，有斐閣，1996年。

大塚直，〈不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果関係論-二つの最高裁判決を機縁として〉，ジュリスト1199，2001年4月。

淡路剛久，〈医療過誤と因果関係〉，法律のひろば23巻5号，1970年5月。

中村哲，〈医療事故訴訟における因果関係について〉，判タ858期，1994年。

田順司，〈医師の注意義務違反と因果関係-相当程度の可能性〉，収録於宇都木伸等編著，「医事法判例百選」，有斐閣，2006年。

渡邊了造，〈過失あるも因果関係がない場合の慰謝料〉，判タ686号，1989年。

能見善久，〈共同不法行為責任の基礎的考察（三）〉，法学協会雑誌95巻3号，1978年。

畑中綾子，〈相当程度の可能性〉について-平成17年12月8日最高裁判決を素

材に〉，ジュリスト 1344，2007 年 11 月。

飯塚和之〈内視鏡再検査の不実施と相当程度の生存の可能性の有無〉，判タ 1157 号，2004 年 11 月。

平井宜雄，〈因果関係論〉，収録於 有泉亨監修，「現代損害賠償法講座 1」日本評論社，1972 年。

平沼高明，〈医師の過失と患者の死亡との間に因果関係が存在しない場合と医師の不法行為の成否〉，収録於塩崎 勤編，「医療過誤判例の研究」，民事法情報センター，2005 年。

米村滋人，〈法的評価としての因果関係と不法行為法の目的(1)-現代型不法行為訴訟における責任範囲拡大を契機とする因果関係概念の理論的検討〉，法学協会雑誌 122 巻第 4 期，2005 年 4 月。

米村滋人，〈法的評価としての因果関係と不法行為法の目的(2)-現代型不法行為訴訟における責任範囲拡大を契機とする因果関係概念の理論的検討〉，法学協会雑誌 122 巻第 5 期，2005 年 5 月。

北河隆之，〈素因減責論の新展開〉，判タ 943 号，1997 年 9 月。

野村好弘，〈イタイイタイ病〉，別冊ジュリスト 126 号，1994 年。

野村好弘，〈因果関係の割合的認定-西淀川大気汚染訴訟（第二次～第四次）第一審判決の考察〉，ジュリスト 1081，1995 年 12 月。

野村好弘，〈因果関係の本質-寄与度に基づく割合的因果関係論〉，収録於「交通事故損害賠償の法理と実務」，株式会社ぎょうせい，1984 年。

野村好弘，〈確率的（割合的）因果関係論〉，判タ 782 号，1992 年 6 月。

野村好弘，〈自動車事故における因果関係の認定〉，交通民集一卷索引・解説号，1969 年。

溜箭将之，〈「相当程度の可能性」のゆくえ-平成 17 年 12 月 8 日最高裁第一小法廷判決を題材に〉，ジュリスト 1344，2007 年 11 月。

溜箭将之，〈最高裁判所民事判例研究（平成 12'9'22 第二小法廷判決）〉，法学協会雑誌 118 巻 12 号，2001 年。

林 誠司，〈判例研究（最高裁平成 12'9'22 判決）〉，北大法学論集第 55 巻第 3 期，2004 年。

## 英文文獻（按姓氏字母順序排列）

### 書籍

Best Arthur & Barnes David W., *Basic Tort Law Cases, Statutes, and Problems*, 2<sup>nd</sup> ed, Aspen Publishers (2007).

Cooter Robert & Ulen Thomas, *Law and economics* 4th ed, Pearson/Addison Wesley, (2004).

Dobbs Dan B. & Hayden Paul T., *Torts and Compensation- Personal Accountability and Social Responsibility for Injury* 5<sup>th</sup> ed, Thomson/West (2005).

European Group on Tort Law, *Principles of European tort law : text and commentary*, SpringerWienNewYork, (2005).

Franklin Marc A., Rabin Robert L. & Green Michael D., *Tort Law and Alternatives Cases and Materials*, Thomson/West (2006).

Hart H.L.A. & Honore A.M., *Causation in the law*, Clarendon Press (1959).

Henderson James A., Pearson Richard N. & Siliciano John A., *The Torts Process* 6th, Aspen Publishers, (2003).

Huber Peter W., *Galileo's Revenge: Junk Science In the Courtroom*, Perseus Book Group (1991).

Keeton W. Page, Dobbs Dan B., Keeton Robert E. & Owen David G., *Prosser and Keeton on the law of torts*, West Publishing (1984).

Kennedy Ian & Grubb Andrew, *Medical Law*, 3rd ed., Butterworths (2000).

Khoury Lara, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing (2006).

King Joseph. H., *The Law of Medical Malpractice in a Nutshell*, West Publishing (1977).

Porat Ariel & Stein Alex, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford University Press(2001).

Winiger Bénédict, Koziol Helmut, Koch Bernhard A., Zimmermann Reinhard (eds.), *Digest of European Tort Law, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation*, SpringerWienNewYork (2007).



## 期刊

Aagaard Todd S., Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases, 96 Mich. L. Rev. 1335, (1998).

Eggen Jean Macchiaroli, Clinical Medical Evidence of Causation in Toxic Tort Cases: Into the Crucible of Daubert, 38 Hous.L. Rev. 369 (2001).

Ellis Lori R., Lost of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent, 27 Texas L. Rev. 369, (1993).

Fischer David A., Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox, 46 Vand. L. Rev. 1201, (October, 1993).

Fischer David A., Tort Recovery for Loss of A Chance, 36 Wake Forest L. Rev. 605, (2001).

King Joseph H., "Reduction of Likelihood" Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine, 28 U. Mem. L. Rev. 491, (1998).

King Joseph H., Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 Yale L. J. 1353, (1981).

Makdisi John, Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability, 67 N. C. L. Rev. 1063, (1989).

Manion J. Brian, Damages for Increased Risk of Future Injury: Can Illinois Courts See Into the Future? Dillon v. Evanston Hospital, 771 N.E.2d 357(Ill.2002), 28 S. Ill. U. L. J. 201, (Fall, 2003).

Noah Lars, An Inventory of Mathematical Blunders in Applying the Loss-of-a-Chance Doctrine, 24 Rev. Litig. 369, (Spring, 2005).

Price David P.T., Causation--The Lords' Lost Chance?, 38 Int'l & Comp. L. Q. 735, (1989).

Scott Walter, Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases, 55 Mod. L. Rev. 521, (1992).

Wright Richard W., Causation in Tort Law, 73 Cal. L. Rev. 1737, (1985).

Wright Richard W., Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble by Clarifying the Concepts, 73 Iowa L. Rev. 1021 (1988).