

阿度伯講古系列之二： 肺結核 X 光篩檢沒看到肺癌，要賠償嗎？（下）

■ 姜義新／第一胸腔病防治所 醫師

I. 前情摘要

話說有一位魯醫師，開了一間家醫科診所，他聘了一位秦醫師，是位胸腔專科醫師。魯醫師用診所的名義標下了衛生局委託民間診所到衛生所執行成人預防健康檢查及胸部 X 光肺結核篩檢的案子，X 光交由秦醫師判讀。一位向女士的 X 光心臟影像的後面有 2.5 公分的腫瘤病灶，被秦醫師判讀為「無明顯異常」。

一年後，向女士發現左下肺葉長了一顆約 7 公分的肺腺癌第四期，於是就向法院提出民事訴訟。官司進行中，向女士過世，訴訟由她的丈夫及子、女承受，並追加喪葬費用及精神慰撫金要求兩位醫師負連帶損害賠償合計新台幣 4,443,316 元。全案經地方法院法官判決兩位醫師應連帶給付三名原告合計新台幣 3,037,916 元，此案最後上訴至高等法院、以調解結案。

再度聲明：阿度伯的故事係改編自真實案例。不過為了故事情節的需要，案件中的人名、事實、時序、地點都可能經過更動，請讀者不要拿來與原始案例連結，以免造成傷害與困擾。

一審法官根據衛生福利部醫事審議委員會（下稱醫事審議委員會）的鑑定意見，認定被告違背一般醫學的常規，違反了醫療法第 82 條「善盡醫療上必

要之注意」的規定，故事接下來法官開始要從侵權行為下手，判定被告的過失和病人的損害之間，是否具有因果關係。

II. 因果關係存在嗎？

本文故事中的訴訟案件有兩個因果關係需要釐清：首先，在決定向女士醫療費用、看護費用、及精神慰撫金的賠償金額時，我們需要判斷秦醫師的誤診，和向女士癌症的治療（主要是指接受化學治療）的因果關係。其次是在決定對於三位家屬喪葬費用及精神慰撫金的賠償金額時，我們需要判斷秦醫師的誤診，和向女士的死亡的因果關係。這兩層因果關係，其實都可以援用相同的判斷原則，所以阿度伯就把它們併在一起來聊。

A. 優勢證據法則

本文故事裡醫療糾紛的因果判斷，最難處理的地方在於醫療疏失並非唯一造成需要化療、或縮短病人生命的變因：就算醫師不誤診，那顆 2.5 公分的肺腺癌可能就已經是第三期以上要做化療了；就算醫師不誤診，肺腺癌本身也可能讓病人死亡。有了肺腺癌這個干擾因子，醫師的疏失和病人的化療、死亡之間的因果關係要如何區分清楚呢？

這裡我們聊到的第一種作法，它的想法其實很簡單，就從機率下手：既然

兩個因素干擾，那就只看肺腺癌，先不考慮誤診。請問一個 2.5 公分的肺腺癌需要化療的機率、和造成死亡的機率分別各是多少？我們四捨五入，如果機率低於 50%，就當作在誤診的當下，病人不需要化療、不會因癌症而死亡，所以誤診與現在的化療、死亡有因果關係，醫師需負損害賠償的責任。這就是所謂的優勢證據法則，而會定在 50% 是美國的標準，例如日本學說就認為要有 70-80% 的事實存在可能性，才會被認定為具有證據優勢的證明，至於明白說服力的證明，事實存在可能性更要高達 80-90%，這樣就會有很大比例的醫療疏失都會被認定與損害有因果關係了。

對於醫療疏失與損害間的因果關係，目前醫事審議委員會鑑定書常見的表達方式，是儘量客觀陳述醫學對於兩種變因相互影響的複雜經驗：

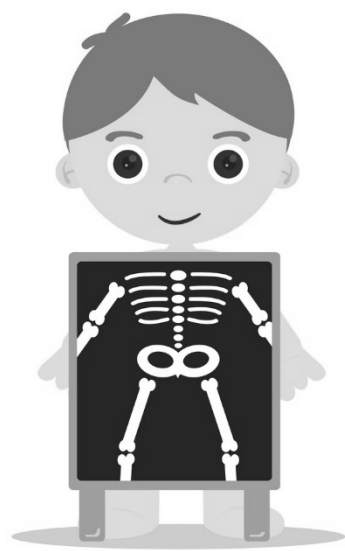
依腫瘤學知識，同種腫瘤間臨床上存在異質性（heterogeneity）。即使同樣為肺腺癌，其轉移與否會因其個人腫瘤之本質不同（即基因變異部位不同而有所差別），在臨床上差別亦很大。醫學上，若腫瘤為惡性，則越早手術越有根除惡性腫瘤及達成痊癒之可能性。

設若病人依衛生所健康檢查所拍攝胸部 X 光檢查結果，立即接受手術治療，並假設其病理診斷結果為肺腺癌，其可能發生之肺癌分期情形，即從 IA 期至第 4 期皆有可能。故尚需仰賴當時作胸部電腦斷層掃描或正子攝影與骨骼掃描、及腦部磁共振造影或縱膈腔鏡等檢查，以得到精確之 N（淋巴結）及 M（轉

移）分析，以完成肺癌分期。臨床上，第一、二期肺癌病人手術切除乾淨之可能性較高，復發可能性較低。術後肺癌復發率與其術前分期成正相關性，即期數越後面其術後復發率越高。

機率上，4 公分之肺癌手術會比 2.5 公分之肺癌術後，癌症病理分期會較高及有較高之復發率。

因此雖然在機率上 7 公分的肺腺癌屬第三期及死亡預後比 2.5 公分高，但因為腫瘤的異質性，向女士在衛生所接受檢查時 2.5 公分的肺腺癌從第一 A 期到第四期都有可能，除非當時她接受了完整的評估，得到精確的有關淋巴結、轉移方面的檢測，完成肺癌的分期才能確定。等到現在才要問「判讀結果與原告罹患肺腺癌第四期」間的因果關係，持審慎保留態度的鑑定書似乎沒有明確提出「有」的結論，因此被告一造便主張鑑定意見「認定判讀結果與向女士罹患肺腺癌第四期間無因果關係」。



這裡阿度伯不太了解的是，故事中雙方都把爭點放在肺腺癌第四期上。其實若爭執的是與化學治療相關的醫療費用、看護費用、及精神慰撫金，似乎應該聚焦在第三期才對。

倘若採用優勢證據法則，把臨床的可能化為統計數字，至少醫事審議委員會就不必為臨床各種形形色色的異質性綁手綁腳，為了面面俱到無法寫出明確的鑑定報告，結果反造成大家各取所需，擷取出不同的結論來。這話說得輕鬆，其實並不容易；因為，我們未必拿得出精細的統計數字來。以本文故事為例，要找到非小細胞肺癌各期接受化療、以及兩年存活率的數字或許並不為難，但要拿出 2.5 公分 (T1) 的這些數據，或許還得去美國癌症學會調出原始資料庫重新統計一番，畢竟影響第三、四期的分類，淋巴結的範圍 (N)、及是否轉移 (M) 的角色甚至比腫瘤大小 (T) 還要吃重。

不過阿度伯這裡還是呼籲醫事審議委員會的先進們，儘量用符合優勢證據法則的框架提出鑑定報告，其實法官也不苛求一定要有實證的依據，畢竟就算我們真找上美國癌症學會，拿到的也不是本土的資料，還是一樣可以挑剔。更何況也有反對使用統計數據的人，認為它「經常遭受不可信賴、誤導、容易操控及陪審團易於陷入困惑」。反倒是經專家討論共識後所得出的大家可以接受、符合認知上的數字，或許更能避免這些質疑。而且這種「談」出來的數字，比起取樣統計或許也更能視案件的

個別情況量身打造 (individualized)。比如漏看了一顆很小的腫瘤，原本第四期的機率應該是蠻低的，但如果耽誤的時間只有兩星期，醫事審議委員會就可以很有底氣地說：「就這個案子而言」，他原本第四期的機率應該就很高了 (大於 50%)，足以認定疏失與損害沒有因果關係。

或許有些先進會不以為然，為什麼我們要這樣委屈自己硬擠出一個數字？明明就是一個說不得準的東西，結論寫清楚「無法認定」或「認定無」因果關係不就好了？其實我們會這樣建議也是不得已的，現在鑑定報告在內容上兩面併敘，的確最接近科學上的事實。但外界總會質疑：一顆腫瘤從 2.5 公分延誤到 7 公分，你們醫師都說因果關係複雜，「難謂有因果關係」；那為什麼不說「難謂無因果關係」？這種質疑的聲音勢必也會影響法官的心證，再加上本文故事上集提過，鑑定報告的結論對法官本不具約束力，他們可能擡起袖子就從兩面併敘的文字中尋找自己要的答案。以本文故事為例，法官抓著最後一段「機率上……會較高及有較高之復發率」認定被告的疏失與化學治療有因果關係，面對這樣的情形，我們難道就不該想想解決之道嗎？

B. 機會喪失的賠償

就在前面我們為了要不要為了遷就優勢證據法則硬擠出一個數字吵成一團的時候，法界、被害人這邊也未必滿意優勢證據法則全有全無的設計。他們提出的質疑也不無道理：為什麼本初

損害機率大於 50%的就要推定沒有因果關係？那所有比較危險、死亡機率高於 50%的疾病，豈不是醫師都不必承擔過失的責任了？這個質疑或許我們可以經由提高優勢證據的比例來調和，就像日本一樣，但怎麼調總是會有不平之鳴出來。

面對這種為難，台大陳聰富教授在一篇名為〈機會喪失之損害賠償〉的論文，提出「機會喪失」的概念。他建議：如果可以把機會的喪失——以本文故事為例，就是向女士不必化療及不會兩年後就過世的機率因醫師誤診而喪失的差距，視為侵權行為法保護的客體，那麼前述問題就可以用量化有無誤診的機率差距的方式來處理。

適用這種將機會喪失當成侵權損害的案件，陳教授歸納出下列特徵：

(1) 被害人在醫師誤診前，已罹患致命疾病；(2) 因原本疾病，被害人的存活機會低於 50%；(3) 醫師誤診非被害人死亡之直接原因，患者係因原本疾病（癌症）而死亡，醫師誤診僅為病情惡化或加速被害人死亡之原因。

其中第二點要求不無討論空間，陳教授的原意是認為機會喪失法則是用來補強優勢證據法則的修正作法，當被害人原本的存活機會高於 50%時，依優勢證據法則足以判定疏失有因果關係，這時就不必尋求機會喪失法則的適用。但站在醫師的立場，我們認為機會喪失法則本身就是一個精確化的完備體系，若要將其割裂，只有在優勢證據法則不足以證明因果關係時才適用該

法則，無異於片面擴大原告求償的可能、單方面不利於醫師。

用本文的故事來說明，或許醫事審議委員會覺得光靠 2.5 公分這個資訊不容易判斷這顆肺腺癌第三期的機會有多少，現在則轉換思考方向：兩個肺腺癌，分別是 2.5 公分及 7 公分，它們同是第三期的機會差距有多少？使用優勢證據法則的壓力比較大，因為 49%就有因果關係、51%就沒有，表面看起來是量化的數據，其實無異於要委員投票表決疏失的醫師要不要全賠。至於機會喪失原則，則因為兩種情境不可能沒有機率差距，有那種「既然不是沒有錯，多少賠一些吧」的味道，決定的壓力不會那麼大，大家反而比較可以持平就醫師疏失的情節輕重決定一個比較持平的賠償比率；這就是跳脫贏者全拿情境的好處。

對於機會喪失的損害賠償作法也不是沒有反對的聲浪，他們認為「放棄傳統關係的因果理論，將阻礙法院發現真實的功能」：

侵權行為法的運作，不應依據與樂透及保險政策相同的原則。若被告行為確實未引起原告損害，即無合理的理由可以讓被告負擔原告損害的成本。

一席話說得固然痛快！可是陳義過高。今天就是無人能夠發現真實，只好用統計取代抓瞎，至少靠的還是理性的判斷而非情緒的好惡。

優勢證據法則和現在民事訴訟的架構是完全吻合的，醫事審議委員會只

要在鑑定意見以具體數字呈現事件發生的機率，法官如果接受該意見便可直接援以論斷被告疏失與損害賠償的因果關係。但機會喪失的損害賠償，則尚屬於學者歸納英美醫療糾紛案例的見解，如果要落實成為台灣醫療訴訟的常規之一，最好還是醫界與法界一齊討論細節取得共識，推動起來會比較平順。

以我們在本文故事上集聊到的研究新生體檢漏看肺腺癌的案件為例，地院、高院的法官就都是採機會喪失的損害賠償原則。但令人不解的是，法官以「所拍攝之胸部X光片已有異狀情形」，自己推斷病人「於斯時應為肺腺癌第一期」，然後和後來病人診斷為「肺腺癌第三B期」論斷機會喪失比率並計算損害賠償金額。其中沒有經過電腦斷層檢查或是醫事審議委員會的鑑定，就決定了肺癌的分期和機會喪失比率。這些不是很理想的情勢演變都告訴我們：醫界與法界是該坐下來好好討論溝通了。所以建議醫界的先進們最好能積極行事，因為底下還有更不利的「舉證責任轉換」在等著我們。

III. 舉證責任轉換

面對醫療糾紛因果關係困難判定的問題，除了前段舉的兩個試圖用量化釐清的原則之外，另有一種作法是：乾脆跳脫泥沼、不理因果關係這一團毛線了，他們改從舉證責任下手，試圖為重大醫療疏失案件闢出一條路。民事訴訟法第277條：「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。」借本文的故事來說明：向女士主張秦醫師的疏失和她的化學治療有因果關係，因果關係本該由她來負責舉證。假如該案因果關係的錯綜複雜沒有一致結論，法官就只能判定她的主張為無理由，這便是有名的「舉證之所在，敗訴之所在」的由來。但277條還有但書：「依其情形顯失公平者」，如果秦醫師的疏失造成了過失與損害間因果關係難以回溯釐清，此時就應改由造成舉證困難的被告醫師負舉證責任，才算公平，這就是所謂的「舉證責任轉換」。根據台大沈冠伶教授在一篇名為〈醫療訴訟之舉證責任分配——最高法院相關裁判之評析〉的論文指出：舉證責任轉換的設計是中性的，它並不是要懲罰醫師，也「與醫師個人主觀上之可非難程度」無關，而是客觀地就醫療疏失是否造成「因果關係的難以釐清」來維持訴訟程序的正義。故事中若非秦醫師的疏失，向女士在衛生所健檢之時就可以經由轉診，接受一系列關於肺腺癌的診斷以及腫瘤分期的檢查，也就不會有訴訟時因果關係難以釐清的問題，這個不利益由向女士來承擔的確有失公平。因此法院可以依據民事訴訟法第277條但書，轉由秦醫師來負責證明疏失與損害不具因果關係，如果秦醫師舉證失敗，則推斷兩者有因果關係。

既然舉證責任轉換的設計是中性的，是為尋求兩造訴訟程序上的公平正義，為什麼我們前面要說它對醫界更不利呢？這要從另一個實際的案例說起，這是咱台灣首度以「重大醫療瑕疵」作為因果關係舉證責任轉換的最高法院

判決，在當時還因為如下主張，在媒體引發軒然大波：

醫師為具專門職業技能之人，其執行醫療之際，應盡善良管理人之注意義務，就醫療個案，本於診療當時之醫學知識，審酌病人之病情、醫療行為之價值與風險及避免損害發生之成本暨醫院層級等因素，綜合判斷而為適當之醫療，始得謂符合醫療水準而無過失；至於醫療常規，為醫療處置之一般最低標準，醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務。

醫界尤其對於那句「醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務」感到驚愕。

案情是一位年約五十至六十歲女性病人，大年初二晚上八點左右在健身房蒸氣室跌倒造成頭部外傷，送到某大醫院急診室，經初步處理頭部右眉毛處撕裂傷、安排頭骨 X 光攝影檢查發現未顯示頭骨骨折後留院觀察，病人於摔傷時、九點縫合傷口時、及晚上十點半時各嘔吐一次，且自留院觀察時起至十一時五十九分止，病歷未有昏迷指數及生命徵象的相關記載。半夜十一點五十九分，病人於起床上廁所時，意識狀態突然發生改變，醫師診視發現瞳孔放大（5mm/5mm），對光無反應，昏迷指數 E2V1M4，緊急腦部電腦斷層掃描檢查發現顱骨骨折及右側大片硬腦膜外出血。凌晨一點十分，神經外科醫師施行硬腦膜外血腫清除手術，術中發現約 100 毫升硬腦膜外血塊，並壓迫腦組織。

術後病人持續呈現重度昏迷狀態，於同年 12 月過世。

該案在一審時法官雖然根據醫事審議委員會鑑定報告及該院急診作業手冊規定認定：急診室醫師未在留觀期間仍有劇烈頭痛及再次嘔吐時安排腦部電腦斷層檢查，「此部分醫療處置有違醫療常規，應有疏失」，但也因為頭部外傷顱內出血的開刀與否，因果關係甚為複雜，腦部電腦斷層檢查早做未必看得到出血，看到出血也未必需要立即手術，同意鑑定報告結論：該醫療疏失與病人「重度昏迷及死亡結果間無因果關係」。所以全案僅因急診室主治醫師未實際診療照顧病人，並積極督導住院醫師，「未盡其於醫療契約所應負之照顧義務」，而侵犯病人健康的人格權，判決被告醫院本於與病人間之醫療契約，因未善盡照顧義務，對於原告等四人負精神慰撫金賠償責任各 15 萬元。

二審時高院法官在事實的認定和地院法官一致，即該院急診室醫師在安排電腦斷層檢查時雖有疏失，但與病人重度昏迷及死亡無因果關係。唯一差別在於法律的適用上高院認為既然醫師的疏失和病人的損害沒有因果關係，則醫院和病人之間的醫療契約沒有不完全給付的問題，也就不發生債務不履行的損害賠償責任，因此被告醫院毋需負損害賠償的責任。

再來就是最高法院了，最高法院在發表上面那段嚇了大家一跳的言論之後，首次提出了舉證責任轉換的主張：

過失之醫療行為與病人之死亡間

因果關係之存否，原則上雖應由被害人負舉證責任，惟苟醫師進行之醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，應歸由醫師負擔，依民事訴訟法第二百七十七條但書之規定，即生舉證責任轉換（由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係）之效果。

這段舉證責任轉換的宣示，可當得力掃千軍。沈教授固然認為他：

將重大醫療瑕疵所致生因果關係難能證明之不利益，歸諸於醫師或醫院負擔，蓋此等證明之困難係因重大醫療瑕疵所生，不應由病患負擔不能證明之不利益，否則即有失公平，值得贊同。但也指出：

於本案是否構成「重大」醫療瑕疵，則有討論餘地。亦即，究竟係在病患到院時意識清楚下，未立即安排腦部電腦斷層掃描之處置，又或係在留院觀察期間之生命徵象未為注意評估一事，構成「重大」之醫療瑕疵，及其判定標準為何，最高法院並未進一步具體言明。

之所以轉換舉證責任，並非在於主觀之可歸責性，而是因重大醫療瑕疵之介入，導致因果關係回溯發生困難，就此所生之證明上不利益重新分配。

由於法官非醫療專家，就此等醫療專業事實之認定必須藉助於鑑定之證據調查。受訴法院不宜在未經鑑定下即

逕為判斷。

最高法院於廢棄發回原審判決前，關於舉證責任分配，是否曾使當事人有辯論之機會，以保障其聽審請求權？既然以「重大醫療瑕疵」為舉證責任轉換之理由，則就醫療瑕疵之重大性，應使當事人進行辯論。否則，逕為舉證責任之轉換，恐有法律適用上之突襲。

阿度伯這裡會大篇引沈教授的評論，實在是因為舉證責任轉換就像是一把屠龍刀，不宜輕易出鞘。我們不能因為覺得醫師犯了重大疏失，卻又無法在混沌複雜的因果關係上歸責於他，心生不忿想到法有這條拿來就用。以本案為例，顱內出血手術的時機原本就是很難拿捏的分寸，電腦斷層做得早了也未必幫得上忙，換言之就算急診室醫師在十點半時安排電腦斷層，也未必就能恰到好處地手術介入，避免病人重度昏迷的結果。我們當然同意地院高院法官認定的，十點半是可以安排去照電腦斷層了。但疏失是疏失，混亂因果是混亂因果，兩者不宜混為一談。本案疏失與傷害間混沌複雜的因果關係，是否就能簡單歸咎於留觀時未安排頭部電腦斷層檢查、或病歷未記載昏迷指數及生命徵象，最高法院在未徵詢專家意見、未經當事人辯論的前提下就率爾操刀，恐將引起疑慮。

阿度伯這裡岔開話題一下，這個案子如果一開始就採機會喪失的損害賠償來處理，就可以不理會這些因果關係的夾纏。因為，只要是疏失就一定會造成機會的喪失，不然也就不成其為疏失

了。一旦有機會的喪失便可具體討論損害賠償，「多少意思賠一些」，也就有機會不必動用到「舉證責任轉換」這把大刀了。

最高法院的這份判決為各級法院指點了一條登山攻頂的新捷徑，流風所及，本文故事也受到影響：法官在判斷秦醫師的疏失和向女士的死亡的因果關係時，也援引了這份判決作為依據：「該因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，應歸由醫師負擔」。

我們前面曾經試著分析，也同意本文故事中因果關係的糾結難明，的確是由秦醫師的疏失所導致，所以這裡法官用舉證責任轉換是合於民事訴訟法第 277 條但書的精神的。我們只是對於這位法官事先沒有問過醫事審議委員會關於疏失與因果難以釐清的因果關係的意見，以及她論述裡的「本於醫療專業不對等之原則」感到不安。

舉證責任轉置本意是謀求訴訟兩造在程序上的公平正義，不是醫療專業不對等就當然可以轉置責任。縱令醫師確有疏失，但只要他的疏失不是疏失與損害間因果關係難以釐清的原因，亦即原告在舉證上的不利益非由被告所造成，就不發生民事訴訟法「顯失公平」的適用，而無舉證責任轉換的正當性。否則，所有診治重症、複雜患者的醫師，只要一有疏失，很可能就會因為因果關係的糾結不明、再加上醫療專業上的不對等而敗訴。不能讓這種先天的不對等成為醫師被告的原罪，我們認為這種兩

造間極度傾斜的關係應該不是立法者的本意。

IV. 沈重的呼籲

阿度伯在前面建議醫事審議委員會的鑑定報告能夠儘量配合優勢證據法則的需求，呈現醫療專業的意見時，心裡明白這種要求其實是非常的強醫學專業之所難。後來建議醫界先進能夠主動和司法機關討論，在醫療疏失的民事訴訟中，引進機會喪失的損害賠償機制，也很清楚這更是猶如痴人說夢般的狂想。

但事實告訴我們，似乎法界對於明明有疏失卻因「因果關係糾結難明」而毋須負責的醫療糾紛感到不耐了。他們或者直接從鑑定報告尋文摘句，演繹自己的結論；或者乾脆從舉證責任轉換下手，連送醫事審議委員會鑑定疏失是否造成因果糾結都不用，而且似乎還將「醫療專業的不對等」等同於民事訴訟法第 277 條但書的「顯失公平」，這些演變如果形成常態，將對醫界極為不利。

有些勉強醫界或許得開始學著接受，有些難題醫界或許也要試著去突破。不然，我們要如何吸引年輕的醫師投入重症、急救這個已經是人才羅致不易的領域呢？