

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

證明妨礙—以醫療訴訟為中心 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 95-2414-H-002-023-
執行期間：95年08月01日至96年10月31日
執行單位：國立臺灣大學法律學系暨研究所

計畫主持人：沈冠伶

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理：簡大倫、楊岳平
臨時工：顏銀秋

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 96 年 12 月 06 日

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫

成果報告

期中進度報告

證明妨礙—以醫療訴訟為中心

計畫類別： 個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：95-2414-H-002-023-

執行期間：95年8月1日至96年10月31日

計畫主持人：沈冠伶

共同主持人：

計畫參與人員：

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)： 精簡報告 完整報告

本成果報告包括以下應繳交之附件：

赴國外出差或研習心得報告一份

赴大陸地區出差或研習心得報告一份

出席國際學術會議心得報告及發表之論文各一份

國際合作研究計畫國外研究報告書一份

處理方式：除產學合作研究計畫、提升產業技術及人才培育研究計畫、列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權， 一年 二年後可公開查詢

執行單位：台灣大學法律學系

中華民國 96 年 12 月 20 日

摘要

基於「誠信原則」以及「當事人間公平」之法理基礎，我國 2000 年修正之民事訴訟法，增訂第二八二條之一、民訴法第三四五條第一項、民訴法第三六七條、民訴法第三六七條之一第三項、第四項等規定。其對於醫療訴訟之適用，尤應側重程序法上之武器平等原則，及公正程序之要求，調整雙方當事人之間的舉證責任。

醫療訴訟中，最重要之證據方法係病歷之記載。若就過失或因果關係均轉換舉證責任由醫師負擔，表面上雖可能有利於病患，但卻容易造成防禦性醫療之結果，未必為病患之福。故在證明妨礙之情形，一造係有故意或過失違背程序法上義務之行爲，造成舉證人陷入不能或難以舉證之困境，始得減輕舉證人之證明責任，為事實之推定或轉換舉證責任。

在醫師違背病歷記載義務、檢查義務或檢查結果確保義務，造成病歷不完整、闕漏或不存之情形，由於病歷在醫療訴訟上屬於重要之證據，宜承認病歷記載亦具有證明目的，而賦予程序法上義務之性質。此時，若有證明上困難，醫師具有可歸責性，宜適用證明妨礙法理，減輕病患之舉證責任。惟法律效果則視情況區分輕重之別。

關鍵字：舉證責任、證據滅失、證據保全義務、病歷記載義務、證據權、武器平等原則、事案解明協力義務、表見證明、舉證責任轉換、事實上推定、證明妨礙、醫療民事責任。

Abstract

According to the principle of good faith and the principle of equity, Taiwan civil procedural law has been amended in 2000, adding Art. 282-1, 345, 367. To the application of medical litigation, it is important to adjust the burden of proof between both parties with regard to the principle of procedural equity.

In medical litigation, the most important evidence is the anamnesis. If it is doctors that should bear the burden of proof, patients benefit on the surface, but it may result in the outcome of defense medicine. So given that one party violates the procedural obligation by intention or negligently, making the party who bears the burden of proof hard to give evidence, it is appropriate to lighten the burden of him by regarding facts per se or reversing the burden of proof.

Given that doctors violate the obligation of recording, inspection, and checking, which makes the anamnesis incomplete or mislaid, it is appropriate to grant the qualification of evidence due to the importance. While there is difficulty in proof, and doctors are negligent, the principle of obstruction in proof is applied to lighten the burden of proof of patients. However, the legal effect shall differ according to the situation.

Key words : burden of proof, obligation of maintain evidence, obligation of according anamnesis, the right to give evidence, principle of equity, obligation to assist, reverse of burden of proof, facts per se, obstruction in proof, medical litigation,

證明妨礙—以醫療訴訟為中心

壹、前言.....	5
貳、證明妨礙之立法理由及法理基礎.....	6
參、證明妨礙之構成要件.....	7
一、使證據滅失、隱匿或致礙難使用之行為.....	7
二、義務之違反.....	7
(一) 一般之訴訟前證據保持義務.....	8
(二) 個別之訴訟前證據保存義務.....	9
三、因果關係.....	10
四、行為人.....	10
五、可歸責性.....	12
(一) 故意之證明妨礙.....	12
(二) 過失證明妨礙.....	13
(三) 故意與過失之結合形態.....	13
肆、醫療訴訟中證明妨礙之特別問題：病歷記載義務之違背.....	14
(一) 病歷記載義務之目的.....	14
(二) 病歷記載內容之要求.....	18
(三) 違背病歷記載義務之法律效果.....	19
1. 德國實務見解.....	19
2. 我國案例之評析.....	20
(1) 高等法院 89 年度上字第 404 號判決(案例一)：醫療記錄 不完整.....	20
(2) 基隆地方法院 87 年度重訴字第 25 號判決(案例二)：病歷 記載不夠詳實.....	23
(3) 高等法院 91 年度重上字第 95 號判決(案例三)：曾為檢查， 但未提出檢查結果記錄.....	25
(4) 高等法院臺中分院 93 年度醫上易字第 3 號判決(案例四)： 病歷未妥善保存遺失.....	28
伍、結論.....	32

壹、前言

我國於 2000 年修正通過施行之民事訴訟法（以下簡稱為「新法」），在證據之通則部分，增訂第二八二條之一規定，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應證之事實為真實。且就各別之證據方法，另有證明妨礙之特別規定：關於文書，當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實（民訴法第三四五條第一項）；關於勘驗，準用文書之相關規定（民訴法第三六七條）；關於當事人訊問，其無正當理由拒絕陳述者，法院得審酌情形，判斷應證事實之真偽，當事人經法院命其本人到場，其無正當理由而不到場者，視為拒絕陳述（民訴法第三六七條之一第三項、第四項）。

在各別證據方法之證明妨礙規定，不論是關於文書、勘驗或當事人訊問，均係當事人在訴訟程序進行中（訴訟繫屬），違反法院之證據裁定。因此，向來認為，此等規定係對當事人之故意妨礙行為而設，如因過失所為者，則難予以適用。¹但於 2000 年民訴法修正以後，另有認為，負文書提出義務之當事人，於受法院命令提出所執文書之情形，如其因過失而致該文書毀滅之情形，亦不得謂其有正當理由不從文書提出命令。²但仍有疑義者係，於法院命令提出所執文書以前，當事人一造即因過失未保存已經存在之文書證據，或未製作產生文書證據時，是否仍得以無正當理由而不提出文書而課其不利益（民訴法第三四五條）？尤其是在訴訟繫屬以前，得否認為亦屬證明妨礙，而課以不利之制裁效果？此成為在民訴法第二八二條之一修正通過以後，較具有爭議性之問題。此問題在醫療訴訟中，更具有關鍵性意義。蓋在醫療訴訟，最重要之證據方法係醫療記錄（病歷），以回溯醫療事故發生經過，但由於醫療記錄之未作成或不完整，通常係發生在訴訟繫屬以前，且多為過失所生，如因病歷記載不完整或闕漏而造成舉證人證明上困難時，得否減輕舉證人之證明責任？又應採取何種方式如何減輕？

不同於我國，德國民事訴訟法上雖僅就文書、當事人訊問此二證據方法設有證明妨礙之明文規定，但實務裁判上卻不受限於此，對於勘驗、證人及鑑定之證據方法，則以類推適用之方法予以處理，而累積形成有關於證明妨礙之一般概念、要件與法律效果。德國聯邦最高法院認為，所謂證明妨礙係指，在訴訟以前或訴訟繫屬中，透過故意或過失之行為，將已經存在之證據方法毀棄或礙難使用。據此定義，證明妨礙有下列之不同形態：1. 訴訟前以故意之積極行為使證

¹ 王甲乙／楊建華／鄭建才，民事訴訟法新論，1986 年，頁 401；陳計男，民事訴訟法（上），1994 年，頁 457。

² 許士宦，證明妨礙，載：同，證據蒐集與紛爭解決，2005 年，頁 217。

據毀損滅失、2. 訴訟前以故意之不作為方式任由證據毀損滅失、3. 訴訟前因過失之積極行為使證據毀損滅失、4. 訴訟前因過失之不作為使證據毀損滅失、5. 訴訟繫屬後以故意之積極行為使證據毀損滅失、6. 訴訟繫屬後故意以不作為方式任由證據毀損滅失、7. 訴訟繫屬後因過失之積極行為使證據毀損滅失、8. 訴訟繫屬後因過失之不作為使證據毀損滅失。當事人一造雖應當已認識到負解明義務之他造當事人就已經發生損害經過之解明有提出證據之必要，卻疏忽而未作成證據，亦可構成證明妨礙，即過失、不作為之情形，³ 此並成為在醫療訴訟上減輕原告舉證責任的重要方法之一。本文乃以德國法為借鏡，探討在我國新法規定下，上述 8 種形態是否均可能構成證明妨礙？並進而探討證明妨礙之規定或法理在醫療訴訟上之適用可能。

貳、證明妨礙之立法理由及法理基礎

民訴法第二八二條之一新增證明妨礙規定之立法理由如下：「當事人以不正當手段妨礙他造之舉證活動者，例如故意將證據滅失、隱匿或有其他致礙難使用之情事，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，爰增設本條」。由此可見，此條規定主要係以「誠信原則」以及「當事人間之公平」作為其法理基礎。

所謂「當事人間之公平」，係為貫徹憲法上所保障之武器平等原則。證明妨礙制度之承認，係源自於憲法上訴訟權保障之要求。訴訟權包括權利有效保護請求權、適時審判請求權、聽審請求權、公正程序請求權及程序上平等。⁴換言之，法院應致力於使當事人在訴訟上有平等提出攻擊防禦方法之機會，並在適當時期內就訴訟標的在事實上及法律上問題為充分完全之審查而作成裁判。據此，當事人在民事訴訟程序上享有證據權 (Recht auf Beweis)，其在證明上之障礙，應予以排除。

在起訴前，當事人之保全證據義務，可基於契約或法律明定而生。在契約或法律未明定之情形，則係基於公正程序或誠信原則之要求，使當事人負有相應之程序義務。只要證明妨礙之行為人係有意地違反誠信原則之要求，而使他造舉證上必要之證據受到妨礙時，亦應予以制裁。⁵

³ BGH, NJW1998, 81.

⁴ 參見大法官釋字第 428 號理由書；沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟，收錄於：氏著，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，2006 年，頁 1 以下。

⁵ Musielak, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, in: Cadanis/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier, 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 223.

參、證明妨礙之構成要件

一、使證據滅失、隱匿或致礙難使用之行為

證明妨礙之要件之一係當事人一造之行為（作為或不作為），「將證據滅失、隱匿或致礙難使用」。將證據毀棄不存在、違背義務不為證據之製作，或使舉證人必須花費更多之勞力、時間、費用始能取得證據以證明應證事實，例如：對於舉證人很難查知之證人姓名拒絕予以提供，而使舉證人為查知該證人姓名，受有程序上不利益，均屬之。

妨礙行為，得以作為或不作為方式為之。作為之方式係以積極之行為影響已經存在或潛在之證據，以致於證據之提出因該積極之作為而受到妨礙。例如：將遺囑銷毀，而使得其上所記載關於繼承權或遺贈之事項難以證明；⁶於意外發生後，不負舉證責任之一造當事人未經許可將車輛移至一百五十公尺以外，以致難以為證據保全。⁷在德國實務上，以不作為方式所為之證明妨礙案例相當多，例如：不開示證人之住址，⁸或對於動物屍體不為解剖而致無法確認死亡原因。⁹尤其是在醫療訴訟上，醫師如未盡醫療記錄作成及保存義務或其他職業上義務，以致於使舉證人難以證明時，亦多認為該當於證明妨礙（詳見下述肆、）。¹⁰得適用證明妨礙之證據方法，包括所有種類之證據方法。例如：將手術置留之紗布丟棄，為勘驗物之證明妨礙；拒絕將X光記錄供為鑑定，則構成勘驗及鑑定之證明妨礙。

二、義務之違反

當事人之所以因證明妨礙之行為應受證據法上不利益之制裁，係因其具有責任性，亦即，其行為係違反義務。於此，則須進一步探討，其違反何項義務。

在訴訟繫屬以後，當事人間基於訴訟關係，負有解明事案之協力義務。我國法在2000年修正以後，文書或勘驗物提出義務之範圍以擴大，只要是「就與本件訴訟有關之事項所作之文書」，持有文書之當事人即負有提出之義務（民訴法

⁶ Karpoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, 1996, S. 28.

⁷ LG Hechingen, VersR 1987, 319.

⁸ BGH, NJW 1960, 821.

⁹ OLG Kollenz, NJW-RR 1991, 25 f.

¹⁰ BGH, NJW 1963, 389; BGHZ 72, 132; BGH, VersR 1994, 562.

第三四四條)。且法院於認有必要時，亦得訊問當事人，以其陳述作為證據（民訴法第三六七條之一）。基於此規定，最高法院於 91 年度台上字第 2373 號判決中明白表示，**當事人就證據調查有協助義務**：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第二百七十七條前段定有明文。又**當事人對於證據之調查亦有協助之義務**，因此同法第三百四十四條第一項第四、五款明定：商業帳簿、就與本件訴訟有關之事項所作之文書，當事人有提出之義務。」除此之外，如不負舉證責任之一造當事人，不對於作為證人之醫師或護士免除其祕密義務，¹¹亦可認為未盡證據調查協助義務，而構成證明妨礙。

當事人就已經作成之文書，基於此規定，固然負有保存以提出之義務，如其不提出，應屬妨礙他造舉證，固無疑問。但在訴訟繫屬以前，**當事人就將來訴訟可能成為證據不予以製作或不予以保存（消極不作為），是否亦屬違背義務之行為**，就此，可分就一般之訴訟前證據保持義務，及個別之證據保持義務予以討論。

（一）一般之訴訟前證據保持義務

在紛爭未發生以前，即要求握有事案解明方法之當事人必須考慮到將來未必會發生之訟爭，而保存所有之證據方法，似屬過苛且不可期待。因此，**僅在已具體呈現有訴訟進行之可能性，可期待該當事人就此得予以預見，且該證據方法具有重要性時**，始能要求持有證據之當事人負有保持證據之注意義務。此係基於可預見之訴訟關係而生之程序法上義務，因此，**不必要求另具有實體法上義務**。當事人如違反此項義務，且具下述之有責性時，則構成證明妨礙。

不過，如可預見將有具體之訴訟進行，醫師應當認識到特定標的物作為證據之意義時，則可該當於過失之證明妨礙，而受證據法上之不利益。在德國，於醫療訴訟之證明妨礙被認為最具有指標性裁判意義之裁判，莫過於「紗布案」。此案例之事實如下：醫師於第一次手術時忘記將止血紗布取出，為清除紗布又開第二次刀。醫師將紗布取出後即予以丟棄。在病患所提起之損害賠償訴訟上，由於所遺留紗布之大小、形狀對於醫師之過失認定具有決定性意義，但卻因紗布已遭醫師丟棄，而使得原告無法說明、證明該紗布之大小、形狀。德國聯邦最高法院認為，此構成證明妨礙。¹² 蓋醫師在第二次手術取出紗布時，應可期待其能預見將有醫療訴訟，由於系爭紗布就醫師是否具有過失一事乃屬重要之證據，醫師應注意保存該紗布。如未予以保存，則就醫師是否具有過失一事不能解明之不利益，應由醫師負擔。又如：在病歷中如未充分記載在手術中出現之併發症，由於已

¹¹ OLG Frankfurt, NJW 1980, 2758.

¹² VersR 1955, 344

產生併發症或發現醫師可能有醫療瑕疵時，醫師製作病歷之義務即應予以強化，其必須於病歷中記載所採取之醫療處置，或保存相關之醫療記錄以及可能之證據。蓋醫師應可認識到，相較於其他情形，在發生併發症時，較可能產生訟爭，且病患可能有難以舉證之情形。德國聯邦最高法院在 1980 年一案例中亦明言，在療養院中發生肝炎之群聚感染以後，注射及輸液器材之消毒設備如無正當理由而被丟棄時，應由療養院負責人在證據法上負擔不利益。¹³此外，在手術失敗後將具有作為證物意義之醫療器材丟棄、將被懷疑之消毒儀器破壞、丟掉有問題之藥品等，均可構成證明妨礙。

(二) 個別之訴訟前證據保存義務

除上開之一般義務外，訴訟前之證據保存義務，亦可能基於法律或契約之特別規定而生。此則不論是否可預見有訴訟發生之可能性，違反該義務，即受證據法上之不利益。例如：基於民法上規定，受任人對於委任人負有報告義務（民法第五四〇條）、代辦商就其代辦之事務有報告義務（民法第五五九條）、居間人關於訂約事項之報告義務（民法第五六七條）等。且基於上開規定之精神及誠信原則，亦可推論出，為他人處理一定事務之人，負有為他人計算且向其報告之義務，而應就事務之處理經過予以記錄，蒐集在訴訟上得作為證據使用之相關文件並提出之。因此，基於法律上明文規定，醫師負有病歷記載義務，如該義務之保護目的亦為證據保存（詳見下述），則違反該義務時，亦可能構成證明妨礙，而負證據法上之不利益。¹⁴

再者，在法律或契約上雖未規定應負特別義務，但於個案中亦可能基於習慣或誠信原則而課當事人負有作成、保存證據或不為損害證據之義務。當事人兩造雖然具有對立性，但本於誠信原則，亦不允許一造當事人對於證據為不正當之操控而企圖影響裁判結果。¹⁵例如：醫師與病患之間即使未存在有效之醫療契約關係，但依醫療慣習，應可期待醫師作成書面病歷或保存檢查記錄（例如：X 光片），其卻未為製作或保存時，亦應負證據上之不利益。

¹³ Baumgärtel, GS für Bruns, S. 100.

¹⁴ BGH, NJW 1987, 1482：醫師違背其義務，於診治過程中，不為應為之檢查並作成記錄，而使得醫療行為與健康損害間之因果關係，因該不作為而難以證明。

¹⁵ 參見：許士宦，前揭書，頁 219。

三、因果關係

協力義務之違反與應證事實之不能解明，必須具有因果關係。如不具備因果關係，縱然違反上開之協力義務，亦不能課以證明妨礙之制裁。例如：病歷上應記載之事項非為爭點，或對於裁判結果不具重要性時，則縱然疏忽未予以記載，亦不應予以制裁；X光片未予以妥善保存而滅失，則僅有當X光片就原告之主張為重要證據而應具有證明力時，始能課醫師予不利益制裁。如有其他證據，可以取代不完整或有欠缺之病歷，而就訟爭發生經過予以解明時，則亦無適用證明妨礙之必要。¹⁶德國聯邦最高法院即認為，當醫療記錄有欠缺，且因此造成受損害之當事人一造就事案之解明有不可期待之困難時，固然應減輕該當事人之舉證責任。但在系爭案件，雖然在手術記錄以及麻醉記錄中均未記載在手術中原告所置手術台之狀況，但此對於原告之舉證，並未造成不利之影響，而無減輕當事人舉證責任之必要。¹⁷

四、行為人

妨礙證明之行為人，通常係不負舉證責任之當事人。至於負舉證責任之當事人，是否亦可能妨礙證明，而受有證據法上之不利益，則尚有爭議。就此，有認為，就民訴法第二八二條之一法文觀之，就證明妨礙之主體僅謂「當事人」，未將妨礙者限定於「未負舉證責任之當事人」，因此，不論係由立法理由所為之目的解釋，或由法條規範所為之文義解釋，均應承認負有舉證責任之當事人亦有對他造當事人之反證成立證明妨礙之必要。¹⁸但另有認為，負舉證責任一造當事人對於他造反證之妨礙行為，並無適用證明妨礙之必要，而應以真實義務違背予以規範。¹⁹

負舉證責任之當事人，必須就應證事實之證明（本證），達於法院確信之程度。如其使自己應提出之本證毀損、滅失或礙難使用，致不能提出於法院，而使法院不能形成對其有利之心證時，則他造並無提出反證之必要。法院即可對負舉證責任之當事人，依舉證責任之分配，對其為不利之判決，尚無適用證明妨礙之必要。此可見於最高法院19年上字第1039號判例：「確認不動產所有權歸屬之訴，應由原告提出確實證據，證明所有權歸屬於

¹⁶ Taupitz, S. 303.

¹⁷ BGH, NJW 1984, 1403

¹⁸ 黃國昌，證明妨礙法理之再檢討，載：同，民事訴訟理論之新開展，頁，265 以下，2005 年。

¹⁹ 姜世明，對於所謂「應負舉證責任之一造當事人有證明妨礙」見解之質疑，載：同，民事證據法實例研習（二）暨判決評釋，2006 年，頁 149 以下。

己，若原告不能為切當之證明，而依法院調查復不能得相當之憑信者，則無論被告能否舉出反證，及所舉反證是否可信均可不問。」以及最高法院 43 年台上字第 377 號判例：「請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應先由原告就其主張此項事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，被告於其抗辯事實，始應負證明之責任，此為舉證責任分擔之原則」。在臺北地方法院民事判決 90 年度訴字第 1818 號判決中，既然已經認為，「定作人主張工作物有瑕疵者，即應由定作人負責舉證」，且「系爭軟體系統是否有不能運作之重大瑕疵，既尚有待兩造進一步就原設備加以鑑定之必要」，顯見法院就瑕疵之存在，於鑑定以前，尚未形成肯定之心證。但定作人（原告）卻於法院命提出系爭電腦設備以供鑑定以前，將該設備出售予他人，致無從加以鑑定。於此情形，法院如尚未能就瑕疵之存在，形成肯定之心證，即可依舉證責任之分配，認原告未盡舉證之能事，而駁回原告之請求。殊無再如判決中所持見解，適用證明妨礙規定之必要，而認被告所抗辯系爭軟體系統無瑕疵之事實為真正。

但相對於此，負舉證責任之當事人如就本證之證明已使法院達於相當確信之心證時，則他造即有提出反證以動搖法院心證之必要。如負舉證責任之當事人對於他造應提出之反證予以妨礙時，亦可能構成證明妨礙。問題是，應使舉證人在證據法上受有何不利益，始為重點之所在。例如：原告對被告主張侵權行為損害賠償請求權，應證事實（構成要件事實、主要事實）係被告之過失。在原告已成功舉證，使法院就被告未盡注意義務而有過失之事實形成肯定心證時，被告應提出反證，以動搖法院就過失事實形成之心證。否則，即受不利判決。如被告之反證成功，使法院不能就過失事實存在形成確信時，法院則應將原告之訴駁回。但原告如就被告之反證提出予以妨礙，致使被告不能舉證以動搖法官之心證時，如仍可使原告獲得有利之判決，則亦不符合證明妨礙規定所據之誠信原則及武器平等原則。於此情形，原告所應受之證據法上之不利益，非轉換舉證責任，蓋此本係由原告負擔，亦不應擬制應證事實（過失事實）為真實，蓋此係對妨礙證明之當事人（原告）為有利，而應將原告之妨礙證明行為在自由心證範疇內予以斟酌，就此通常可認為，被告關於該反證之主張為真實或依該反證所欲證明之事實為真實，因此產生使法院就過失已形成之心證予以動搖之效果。認為負舉證責任之當事人所為之證明妨礙行為僅不利於其自己，而無必要適用證明妨礙規定之見解，僅能適用在受妨礙之證據本應由該當事人負提出責任（本證）之情形，而不能充分說明在對反證為妨礙之情形，應如何處理。²⁰

²⁰ Musielak, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, in: Cadanis/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier, 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 220.

再者，在負舉證責任之原告本可援用表見證明法則而擬制應證事實存在之情形，如其有證明妨礙之行為，則應排除表見證明法則之適用。德國聯邦最高法院認為，在已發生損害結果之情形，如就損害之發生及範圍，負責予以解明之人應當可認識到將來有舉證之必要，但卻怠於為證據之取得時，亦屬於證明妨礙。在所託運之木箱掉落時，運送人雖通知托運人，是否在繼續運送到中國以前，由海損委員先檢查受損情形，以保全證據，避免產生損害存在及其範圍之爭議，但托運人（原告）卻認為有運送上急迫性而拒絕之。於此情形，木箱之掉落，依表見證明法則，雖可推認木箱中所裝載之物品應受有損害，但由於托運人（原告）不同意為證據保全，以致於被告不可能就表見證明予以動搖或推翻。在適用表見證明法則之情形，對造仍應有動搖或推翻表見證明之可能性，因此，如因當事人一造之可歸責行為致使對造完全喪失推翻表見證明之機會時，則不能援引表見證明法則而受證據法上有利之判斷。²¹由此案例可知，負舉證責任之當事人，亦可能為證明妨礙之行為，而受證據法上之不利益。

此外，證明妨礙行為之主體雖為訴訟當事人以外之第三人，但如當事人應為第三人之行為負責時，在契約關係，可類推適用民法關於履行輔助人之規定，債務人之代理人或使用人關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任（民法第二二四條）；在侵權行為關係，可類推適用僱傭人責任之規定（民法第一八八條）。繼承人亦應為其被繼承人之證明妨礙行為，負證據法上之不利益。²²

五、可歸責性

違背義務之行為，必須具有可歸責性，始能予以制裁。以下分就故意與過失之情形予以討論：

（一）故意之證明妨礙

民訴法第二八二條之一明文就故意之證明妨礙予以規定。當事人係故意違背其舉證之協力義務，且此故意具有雙重性，一方面係即知悉且意欲對

²¹ BGH, NJW 1998, 79.

²² BGH, NJW1978, 2154; RGZ 101, 197.

於某一證據方法予以滅失、隱匿或礙難使用；另一方面係明知因該行為使得對造不能舉證或難以使用該證據，而排除該證據之證明功能。²³

（二）過失證明妨礙

民訴法第二八二條之一僅明文規定就「故意」之證明妨礙予以規定，至於過失之證明妨礙，則未明定。惟如前所述，當事人在訴訟法上既然基於誠信原則及武器平等原則而負有協力解明事案義務，此自包括證據調查上之協力義務，如違背上開義務而具有可歸責性(包括故意及過失)，亦應在訴訟上負擔不利益結果，而宜類推適用第二八二之一條規定。²⁴退萬步言，縱立法者係刻意排除過失之證明妨礙，而不能認有法律漏洞而類推適用該條規定，但亦可援用民訴法第二七七條但書規定，以減輕證明度，甚至轉換舉證責任，其結果並無不同。²⁵

（三）故意與過失之結合形態

由於在證明妨礙之可歸責應具有雙重性，因此，不僅有故意之雙重，或過失之雙重形態，亦可能存在有故意與過失結合之形態。例如：區公所為確保交通安全，而將街道路面改善，雖然其應當知道，在責任訴訟中，關於交通意外之發生，該街道狀況係發生意外原因之證據。於此，關於證據之毀棄，應具有故意；但關於證明之功能則屬應注意而不注意，具有過失。²⁶反之，證明妨礙之當事人亦可能明知某物對於繫屬中或將來進行之訴訟具有證明功能，但卻因過失而毀棄證據。

至於證明妨礙在證據法上之不利效果，則視其行為態樣而定。換言之，在當事人一造明知證人之住址卻拒絕提供，或拒絕由鑑定人為一定之醫學上檢查時，與在訴訟以前，雖可能認識到將有訴訟進行，卻未疏忽未保存某一標的物之情形，未必應有相同之制裁效果。

²³ BGH, VersR 1975, 952.許士宦，頁 215;姜世明，頁 293.

²⁴ 許士宦，證明妨礙，月旦法學雜誌第七六期，2001 年 9 月，四五頁；姜世明，證明妨礙制度之研究，萬國法律第一一五期，2001 年，頁 54。

²⁵ 參見：沈冠伶，舉證責任與證據契約之基本問題，台灣本土法學雜誌第三六期，2002 年，頁 196-197。

²⁶ OLG Köln, VersR1992, 355 ff.

肆、醫療訴訟中證明妨礙之特別問題：病歷記載義務之違背

在醫療訴訟中，不僅醫師可能有證明妨礙之情形，病患亦可能為證明妨礙。在醫師為證明妨礙，使病患難以舉證或不能舉證，而因此可能獲得有利判決之情形之情形，例如：在治療失敗以後，將所用之醫療器械予以丟棄、破壞未消毒乾淨之設備。在病患為證明妨礙之情形，例如：濫用保密義務，對於醫師所聲請之證人（其他醫師或護士），不免除其保密義務。

不過，在有關證明妨礙適用之問題上，爭議較大之問題，莫過於在訴訟繫屬前醫師或醫院未製作完整詳細之病歷並予以保存時，以致於造成病患陷入難以舉證之困境時，得否該當於證明妨礙，而課以證據法上之不利效果。於此涉及下列問題：醫師或醫院之所以負有病歷記載義務，其目的何在？病歷應記載到何程度，始不違反病歷記載義務？以及違反病歷記載義務之法律效果為何？

（一）病歷記載義務之目的

在德國，關於病歷記載義務之目的，主要下列幾種看法：1. **確保病人在繼續治療時之安全性，並協助後續之醫療處置。**亦即，病歷之記載可確保病患獲得適當之後續治療，蓋即使是由同一位醫師持續治療，但由於醫師每日要看多位病人，如無病歷之記載，單憑醫師之記憶，恐難正確地記得每一次之診斷及處置。更何況，在當今之醫療體系中，常由其他醫師為後續治療，或由護理人員協助，此時，詳實、正確之病歷記載，更屬不可或缺。病歷記載如不完整，將可能影響後續之治療或處置判斷。2. **確保病人能藉由病歷資料以審查醫師之報酬是否適當。**3. **有助於病患知悉關於治療處置之資訊，以行使自我決定權。**基於憲法上所保障之人格權，病患有權利知悉關於醫療處置之經過及其健康狀況，並得藉由病歷上記載，向其他醫師徵詢第二意見，以作成適當之決定。²⁷不過，病歷製作如僅具有上開目的，則違背病歷記載義務，僅屬違背實體法上義務，其法律上效果充其量僅為實體法上損害賠償，尚不能直接推論出在證據法上之效果（因違背程序法上義務而生）。病歷是否亦具有**確保病患能證據提出之目的**，而在病歷未作成，或未為詳實完整之記載時，得使負有作成病歷義務之醫師受有證據法上之不利益，則存有爭議。

除此以外，在德國實務及文獻上有認為，病歷記載義務之保護目的亦包括確

²⁷ Wendt, Die ärztliche Dokumentation: Eine beweisrechtliche Untersuchung zu ihrer Bedeutung für die Entscheidung der Sorgfaltsfrage bei der deliktischen Arzthafung, 2001, S. 211-220.

保病患之證據提出。在「肩難產 (Schulterdystokie)」一案²⁸中，被告醫師雖提出抗辯，關於肩難產處理方式之記載對於後續治療非屬必要，不過，Saarbrücken 邦高等法院則認為：「病歷記載義務之證據法上意義乃與適當後續治療之意義無關」。在 1994 年 Koblenz 邦高等法院認為，醫師負有義務，在醫療過程中對於曾從事之檢查發現，為完全且及時記載。醫師製作病歷之義務除為治療外，亦具有證據保全之目的，也正因為證據保全上之目的，而禁止事後才製作或為內容上之改變。²⁹ Frankfurt 邦高等法院亦認為：當醫師或醫院負責人藉由不製作合於規範之病歷，而有責地妨礙病患舉證時，得就醫療瑕疵或醫療瑕疵與健康損害間之因果關係，減輕病患之舉證責任，甚至轉換舉證責任。³⁰

相對於上開下級法院之見解，德國聯邦最高法院之態度則較為保留。德國聯邦最高法院在尚未承認醫師負有病歷記載義務以前，早期曾認為，對於病歷製作之不完整或欠缺，僅在可要求醫師認識到病歷對於具體可能進行之訴訟具有重要性時，始能課以證據法上之不利益。在 1962 年之案例中，德國聯邦最高法院曾強調，不能僅因病歷之欠缺或不完整，即可免除病患就醫師具有重大手術瑕疵之舉證責任。蓋「病歷係為提醒醫師，其曾採取過之治療方法，並得在任何時候快速地回顧病情發展，而得以進行醫療處置，特別是減少治療上之負擔。……當醫師藉由毀棄病歷而妨礙證明時，病患固然為證明目的得依德國民訴法第四二一條要求提出病歷，且依德國民訴法第四四四條規定，就其關於病歷內容之主張視為真正。但此並不適用於病歷製作之際（起訴以前），僅將病歷視為係協助醫師進行醫療行為而無其他目的之情形。」³¹

其後，德國聯邦最高法院在 1971 年時雖曾表示，未合於規範而製作並保存病歷，構成文書證據之證明妨礙。³² 在 1978 年更明白承認，醫師之所以對於病患負有病歷記載義務，係為舉證之用。在此案之第一、二審均駁回原告之訴，其理由略為：病歷之記載僅具有協助醫師記憶之用，因此其對病患並不負有謹慎且完整之病歷記載義務。但聯邦最高法院則認為：雖然聯邦最高法院在過去亦持如同第一、二審法院之上開見解，但此見解已屬陳舊而不應再採用。現今在醫師之職業規範中均已一般性地承認，醫師對於病患負有適當之病歷記載義務，此義務不僅具有治療上之必要性，亦具有舉證責任分配之作用。只要醫師負有病歷記載義務，則醫師在證據法上即不能主張，其就必要之記載具有不可期待性。在 1980 年亦曾表示，「醫師與病患在證據法上之平等，惟有藉由高度要求醫師應盡病歷記載義務，始能達成」。³³

²⁸ VersR 1988, 916.

²⁹ NJW 1995, 1624.

³⁰ 轉引自 Wendt, S. 276.

³¹ BGH, VersR 1963, 168.

³² BGH, NJW1972, 1520.

³³ BGH, NJW 1980, 1333. 此案例事實經過如下：原告甲 1 係已死亡病患甲之夫、原告甲 2、甲 3 係甲之女兒，被告乙係外科專科醫師 H 之繼承人。甲在星期日感到劇烈腹絞痛，經家庭醫師診斷後，未能發現病因，遂前往 H 所在之醫院。H 係當時唯一在場之醫師，立即為甲進行盲腸手術。

不過，相對於上述幾則案例，聯邦最高法院在其他多數裁判中仍持續地採取否定之態度而認為，「就將來之損害賠償訴訟，病歷記載義務不直接具有證據保全之目的」，³⁴最高法院法官 Müller 亦認為，「病歷製作不具有自我目的，尤其是非為事後之醫師責任訴訟作為舉證目的」。³⁵然而，值得注意的是，德國聯邦最高法院一方面雖不承認病歷記載義務具有證據保存之目的，但另一方面透過承認基於治療目的而負有之「檢查義務」(Befunderhebung)及「檢查結果確保義務」(Befundsicherungspflicht)，亦即，如醫師曾為某一檢查，則因果關係歷程即可能被予以解明釐清，因此，如醫師未為必要之檢查，且屬重大醫療瑕疵時，造成因果關係不能釐清之狀態，應由醫師負擔證明上不利益，而將因果關係之舉證責任轉換由醫師負擔，以減輕病患在因果關係上之舉證責任。³⁶

最近有一案例如下³⁷：原告甲起訴請求損害賠償，其理由略為，甲於 1990 年 11 月 26 日發生交通意外事故後被送至被告乙之醫院，於該日在左腿除其餘受傷外，確定有遠側小腿粉碎性骨折，以及大腿骨折，並由被告丙開刀治療。在 1990 年 11 月 28 日，原告從加護病房移至一般外科病房，該外科主任為被告丁。其後在 1990 年 12 月 10 日發現右側小腿腓骨有骨折碎片並為處理，在 1991 年 1 月 2 日又發現在第二頸椎處發現裂縫，並在 1991 年 1 月 20 日發現胸膜出血。在 1991 年 2 月 5 日原告出院轉而進行門診治療。其後發現左小腿處有明顯之骨頭發炎，此直到 1994 年夏天才完全治癒。原告主張，骨頭發炎係因意外後在醫院治療時受到感染而生，可能是因為醫院病菌，或受到同病房患有骨炎病患之感染，但不論何者，被告均應負責。且骨炎太慢被發現並予以治療，導致多重併發症，而使得原告歷經多次手術。直到 1994 年夏天治癒以前，原告均忍受嚴重疼痛，而有三年半的時間需坐輪椅。且在骨炎治癒以後，殘留有骨頭變短之後遺症。此外，因太慢發現頸椎裂縫，亦使原告受有數週之劇烈疼痛。且延遲發現之胸膜出血，亦使得原告肺功能受損，此如及早發現即應可避免。

第一審、第二審原告均敗訴，但聯邦最高法院則廢棄原審判決，其理由如下：

在H事後所記載之病歷中，手術前並未進行血液及尿液檢查。尿液檢查係直到手術後第二天才進行，並有如下檢查結果：「沈澱物：三倍磷酸鹽、大量細菌、許多組織上皮、白血球、紅血球」。依上開病歷記載，在腹腔打開後，混濁淤血已清除；盲腸整段嚴重發炎。開刀後三日，腸蠕動停止而導致嘔吐；此狀況在打點滴之後已有改善。但在六日以後，發生不可控制之循環系統障礙，而導致病患甲之死亡。H在病歷中記載死亡之原因係「急性心臟及循環衰竭」，及「急性盲腸炎、腎發炎以及疑似肺血管栓塞」。由H開具之死亡證明上記載直接死因係「急性心臟及循環衰竭」，而在死亡時之症狀記載為「腎發炎」以及「疑似肺血管栓塞」。但在寄給家庭醫師之醫師信函中，則未提及腎臟疾病，尿液檢查結果係「無病變(o.B.)」。原告認為，醫師H對於死者甲未為充分適當之告知，因此係未在有效之同意下進行手術，且對於甲之死亡有重大之醫療錯誤，而具有過失，遂提起給付之訴及確認之訴請求損害賠償。

³⁴ BGHZ 99, 391.

³⁵ Müller, DriZ 2000, 259.

³⁶ BGHZ 99, 391

³⁷ BGH, NJW 1999, 3408.

原告雖主張，在左小腿之軟組織損害狀況在手術報告中未充分記載，造成其難以解明手術狀況，但此乃誤解病歷記載義務之目的。蓋病歷記載係為治療目的以確保重要之醫療資訊與事實，而非為損害賠償訴訟而保全證據。因此，如基於醫學之觀點，某事項之記載非屬必要者，則在法律上亦無理由要求必須記載。不完全或有欠缺之病歷記載，其本身並不構成請求權基礎，且就因果關係之證明，原則上亦不直接發生舉證責任轉換。僅有在病歷記載之闕漏適足以表現出有重大醫療瑕疵時，始構成舉證責任減輕之基礎。當醫師應為一定之檢查卻未為，但如曾為該項檢查則當可發現一定之症狀結果，並記載於病歷上時，此項疏忽可認屬重大（或基本）之醫療瑕疵，而使原告之舉證責任應予減輕。於本件之情形，由於醫師違反檢查及確保檢查結果義務，就因果關係，應減輕原告之舉證責任。

不過，本文認為，與其迂迴地透過「重大醫療瑕疵」原則，不如直接承認，病歷製作，除係實體法上義務外，亦因病歷在醫療訴訟上係不可或缺之證據，而宜承認病歷製作具有證據法（程序法）上義務之性質。所謂之病歷，包括各種醫療記錄文件，例如：病史、檢查結果、病卡、手術或移植報告、麻醉記錄、解剖記錄、心電圖、腦電圖、聽力圖、X光片、血液樣本、從病人身上所取出之異物、組織切片標本、病患照片、錄音、錄影記錄等。病歷得為勘驗證據之標的物或文書證據，且通常僅能藉助鑑定，始能理解掌握其內容。³⁸但如果欠缺完整之病歷，即使透過鑑定人之協助，法院通常亦難以釐清被告在進行醫療處置時，是否犯有錯誤或瑕疵，甚至常有因資料不足而無法鑑定之情形，此可從台北地方法院 87 年訴字第 1373 號判決一案中，經法院囑託醫審會再行鑑定，其鑑定意見書³⁹係「無法論斷」之結論，可見一斑。病歷資料成為回溯醫療過程及發生經過之重要證據，依醫療法規定，病歷包括醫師依醫師法執行業務所製作之病歷、各項檢查、檢驗報告資料以及其他各類醫事人員執行業務所製作之紀錄，且病歷應清晰、詳實、完整（醫療法第六十七條）。醫師所製作之病歷，應至少應載明下列事項：就診日期、主訴、檢查項目及結果、診斷或病名、治療、處置或用藥等情形及其他應記載事項，並簽名或蓋章及加註執行年、月、日。（醫師法第十二條第一、二項）。病歷或紀錄如有增刪，應於增刪處簽名或蓋章及註明年、月、日；刪改部分，應以畫線去除，不得塗燬。（醫療法第六十八條）。對於病歷之修改，之所以有此嚴格之規定，主要即在於其具有證明功能之故。衛生署 80.8.6 醫字第 958040 號函亦稱：「查病歷除係提供醫師診治病人之重要醫療資訊資料外，且

³⁸ Taupitz, Prozessuale Folgen der vorzeitigen Vernichtung von Krankunterlagen, ZJP 100 (1987), 291.

³⁹ 「(1)四時十五分原告娩出，至五時救護車到達，期間四十五分鐘，天祐醫院對原告之處置為何，均無資料可查證。(2)依據所送資料分析，原告所發生之重度貧血，是由於大量失血之結果，其失血的原因，推測可能發生在待產催生中胎盤早期剝離或產後臍帶處理不當。倘若待產催生中發生胎盤早期剝離，臨床上會出現胎心跳過低，產婦自覺子宮持續固定點疼痛，甚至陰道大量出血；反之如果產後臍帶處理不當，如臍帶夾鬆脫，都有可能造成原告發生如此之大量失血，導致腦部缺血病變。由於天祐醫院病歷中，並無記載催生中胎心跳、宮縮記錄及第二產程(子宮頸口開全至胎兒娩出的過程)與新生兒記錄(胎兒娩出後狀況)，故對上述兩種失血之原因，無法論斷……」

為醫療責任之重要憑據」，顯見病歷製作之目的，不僅在於提供醫師後續治療之用，亦具有證明作用。

臺灣高等法院民事判決八十九年度上字第四〇四號亦持此見解認為：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）」。

（二）病歷記載內容之要求

不過，雖承認病歷具有證明目的，但由於醫師在病歷製作之際，通常尚未有紛爭發生，在醫療過程中，病歷記載之目的先是為其後繼續治療之醫師得為適正之處置，僅有在事後發生爭執時，證明功能才發揮作用，因此，病歷應記載到何程度，病歷內容必須「清晰、詳實、完整」（醫療法第六七條第一項）之要求，宜以醫學上之標準視之。在醫療上非屬必要之事項，則不應苛責要求醫師必須記載，以避免妨礙或扭曲醫師診斷及治療的工作。此涉及病歷製作之範圍及界限，換言之，僅在醫學之觀點上，對於診斷和治療上重要之醫學要素，必須完整地予以記載。就此，宜先聽取陳述或鑑定意見，以釐清何等事項係必須存在。由於病歷之解讀與判斷，在訴訟上得透過專業鑑定方式協助法官了解醫療過程，因此，就證據法上意義而言，病歷記載僅需達到清楚地使醫學專業人員（而非外行人）得認識其內容之程度即可，亦得使用縮寫和符號。

(三) 違背病歷記載義務之法律效果

1. 德國實務見解

在法律效果上，醫師違背病歷記載義務之法律效果為何，德國聯邦最高法院之見解非自始一致，而有所改變。在 1978 年第一件有關於違背病歷記載義務之德國最高法院判決(BGHZ 72, 132)，其認為，關於因果關係，法院得「減輕原告之舉證責任，乃至於轉換舉證責任」，而在結論上，免除原告（死者家屬）就病患之死亡與醫師違背注意義務間因果關係之舉證責任。不過，此亦必須以醫師違背注意義務與病人法益之侵害，在因果關係上具有可能性為前提。其後，「減輕原告之舉證責任，乃至於轉換舉證責任」之效果，亦適用於「注意義務之違反」。不過，此模式雖具有彈性之優點，但卻受到欠缺明確性之批評。亦即，如何「減輕原告之舉證責任」？是否在證明度上予以降低？在何情形，始得轉換舉證責任？

晚近，德國聯邦最高法院則改採「病歷未記載之表見效果」（indizielle Wirkung der fehlenden Krankenblatteintragungen）之用語，亦即，在病歷文件有所欠缺時，則僅可以推定，病歷上未呈現之醫療處置，即係醫師未採取者。醫師可藉由陳述並證明其確有作成病歷上未記載之處置，而推翻上開推定。如醫師不能推翻未採取一定醫療處置之推定，則法院即將「未採取一定醫療處置」視為確定之事實。至於關於因果關係之證明，病歷欠缺之事實只能具有間接減輕舉證責任之意義。亦即，僅在病歷未記載事項所表徵出之醫療處置瑕疵可被評價為重大，或視為違背特別之檢查義務時，得另依「重大醫療瑕疵原則」或「檢查義務違背原則」以減輕病患關於因果關係之舉證責任。⁴⁰換言之，於此進行兩階段之審查，第一階段應先審查，醫療記錄是否果真不完整或有欠缺。於此階段，首先必須判斷，醫師是否應該採取某一項在醫學上被要求之特定醫療處置。其次，該醫療處置之採取得否從醫療記錄上看得出來。如果欠缺記載，或無其他憑徵可以認為，醫師曾採取該醫療處置，則推定，其未進行該醫療處置。而後再進一步評價判斷，該必要處置之不作為在責任法上應否負責。⁴¹第二階段則審查，是否未採取該醫療處置構成重大之醫療瑕疵，或違背特別之檢查義務。如為肯定之答案，則就因果關係之證明，減輕病人之舉證責任。

⁴⁰ BGH, NJW 1989, 2331, 2331.

⁴¹ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl., Rdnr. 202.

2. 我國案例之評析

就我國法而言，違背病歷記載義務因涉及違背證據法上證據保存（作成）義務，於有故意或過失之情形，即該當於證明妨礙之要件。在法律效果上，依民訴法第二八二條之一規定，「法院得審酌情形，認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實」。立法理由謂：「……即法院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該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，以示制裁」換言之，在有證明妨礙之情形，非必認被妨礙者所主張之事實為真實，而係由法院依自由心證認定之。法院仍應依一般原則為證據調查，且斟酌證據調查結果及全辯論意旨，如已確信舉證人之主張係不真實者，則仍不能擬制或認定舉證人應證之事實為真實。其次，應課以何不利益之效果，亦可依當事人之可歸責性而分別處理。⁴²在醫療訴訟，可視病歷之欠缺原因係出於醫師之故意或過失，以及是否在訴訟繫屬以後、繫屬以前或是否已得預見紛爭可能發生而為類型化處理，以下茲評析我國實務上之相關案例。

(1) 高等法院 89 年度上字第 404 號判決（案例一）⁴³：醫療記錄不完整

在臺灣高等法院民事判決八十九年度上字第四〇四號判決，對於不完整病歷提出之法律效果認為：「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）。……查羅〇〇醫師並未於門診記錄單記載病人主訴、檢查病患情形，僅記載診斷結果及使用藥物，如前述，且依長庚醫院提出朱國健病歷，朱國健自八十五年十一月二十日起至十二月四日因帶狀疱疹造成神經性疼痛至疼痛科、神經科及皮膚科就診，其後至八十六年七月二日前並無就診資料，朱國健於八十六年七月三日及七月四日至長庚醫院胃腸科及神經內科就診，距前次就診時間已達七個月，在此期間，病患身體可能有所變化，自應詳細記載病患主訴情形並為檢查，以判斷是否與七個月以前病史相關，羅〇〇醫師未為記載，顯然違反應於病歷詳實載明病人主訴及就病人主訴檢查結果義務，羅榮昇醫師未於門診記錄單記載病患主訴及檢查結果，僅簡單記載診斷結果，不足以證明朱國健求診時僅主訴肩部不舒服及醫師檢查結果確無發燒、呼吸困難、發紺及心律不整現象。……羅〇〇醫師不但未於門診記錄單明確記載朱〇健主訴情形，甚且對朱〇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羅〇〇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。」再者，關於因果關係，被告醫師抗辯，縱然及時醫治，亦未必能阻止

⁴² 許士宦，證明妨礙，載：同，證據蒐集與紛爭解決，頁 222-223。

⁴³ 就本件判決被告醫師上訴第三審，已經最高法院駁回確定。

死亡結果發生，其醫療行為與病患之死亡無因果關係云云。雖醫審會檢定報告結論亦謂：「患者最後死亡原因在醫師醫療過程中，確實難以預見，與醫師醫療應無因果關係，故病人之死亡，為不可預見及不可避免之自然事故。」然而，高等法院卻不採醫審會之鑑定報告意見而認為：「羅〇〇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，而本院所認定羅榮昇醫療疏失情形，係羅榮昇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，並非追究羅榮昇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羅〇〇醫師醫療行為無過失或羅〇〇醫療行為與朱國健死亡無因果關係之依據。」

就上開判決，在結論上雖值贊同。但在論理上，仍有值得斟酌之處。雖然承認病歷記載義務具證據確保之目的，而具有證據法上義務之性質，但病歷製作如有欠缺或不完整，是否即可如上開判決認為，係違背文書提出命令而逕課以證據法上不利效果？

首先，文書提出命令之要件係「應證事實重要」，且「舉證人之聲請為正當」。因此，負舉證責任之原告（病患）必須先已陳述，被告未為某一應為之醫療處置，且該醫療處置之欠缺是非常可能造成損害發生之原因。有鑑於病患非醫學專業人士，因此，關於醫療處置欠缺或瑕疵與損害發生原因之具體化陳述，法院不宜多所要求，而宜適用協同主義，使醫師為進一步之具體陳述。如根據病人之陳述，某一醫療處置瑕疵確實可能係損害發生之原因時，則法院必須進而審查，是否在病歷中未記載本應記載之事項，且是否因此造成系爭事實釐清之困難。病歷欠缺中所之事項，必須是足以影響裁判之爭點。如未記載之事項，僅涉及到不重要之爭點，則不能逕課以被告在證明上之不利益或為推定。

其次，舉證人之聲請是否正當，則視他造當事人是否係執有文書之人。依書證之相關規定，聲明書證，係使用他造「所執」之文書者，應聲請法院命他造提出（民訴法第三四四條第一項）。當事人有提出義務之文書，包括下列五種：(1)該當事人於訴訟程序中曾經引用者、(2)依法律規定，得請求交付或閱覽者、(3)為他造之利益而作者、(4)商業帳簿、(5)就與本件訴訟有關之事項所作者（民訴法第三四四條第一項）。其中，第(5)種文書係2000年民訴法修正時所新增，此係因在現代型訴訟中，常有證據偏在於一造之情形，例如：在醫療訴訟，為舉證醫療過失，必須知悉醫療機構所執有之患者診療病歷等，故有擴大文書提出義務範圍之必要（參見本條立法理由）。民訴法第三四三條立法理由則謂：「……如相對人主張書狀不在手內，除立證人不舉反證事實外，不能遽命提出書狀。查外國立法例，多有規定使相對人自行宣誓者，然於中國之情形不合，本案擬不採

用，故設此條以明其旨」。因此，法院於發文書提出命令時應先審查，該當事人是否執有文書。如該當事人就此不爭執或自認文書為其所執，則命其提出。但如爭執其未執有該文書時，法院應就此使兩造當事人表示意見，以判斷由舉證人所聲請提出之文書是否曾被作成。如確定文書曾作成，則應進一步判斷是否現仍存在而由他造所持有，或是否已由他造予以毀棄，有無證明妨礙之情形。法院經訊問當事人後如認為，他造並非文書之執有人時，則應駁回舉證人之聲請。如文書已被毀棄，雖無發文書提出命令之必要，仍應依證明妨礙規定（民訴法第二八二條之一）予以處理。但法院如認為該文書由他造所執有時，則應發文書提出命令（民訴法第三四三條）。如他造已依法院所命提出該文書，但文書上之記載卻不完整，則尚難認有違反文書提出命令。民訴法第三四五條之制裁，係特別針對當事人不履行法院所命應提出文書之義務而設。至於在訴訟以前，文書之記載不完全，以致於在進行訴訟以後，即使提出該文書，舉證人亦難能證明應證事實時，能否課以證明妨礙之制裁，則應視他造當事人在起訴前**有無違背上述之證據保持（作成）義務**，而適用民訴法第二八二條之一證明妨礙之通則規定。

於本件情形，被告醫師係在訴訟繫屬以前因過失而違背病歷記載義務及檢查義務，應無疑問。其未於病歷上記載病患主訴，亦未記載檢查結果，依前所述，則可推定，未記載之檢查項目，係醫師未為者，亦即醫師未就病人主訴情形為一定之檢查。蓋病歷之製作係完全處於醫師支配、操控之領域，應在病歷上記載何事項，如何記載，病患並無置喙餘地。因此，病歷製作如有疏漏，以致於無法回溯事件發生經過，應由負有製作義務之一方負擔不利益，而非病患。醫師如欲推翻上開推定，則應陳述並舉證病患之主訴為何，以及依其主訴內容已為適當之檢查。如其未能推翻上開推定，法院即得基於「醫師未就病人主訴情形為一定檢查之事實」，為責任法上之評價判斷，醫師未盡善良管理人之注意義務。在本件判決，高等法院認為「本院無從由記錄醫療行為之病歷判斷羅 00 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。上訴人此部分主張，應可採信」。於此所謂「舉證責任不利益，自應由醫師負擔」，究竟係採取採取舉證責任轉換，或本文上述之事實上推定，則未言明。

再者，醫師違背注意義務未為心電圖等一定檢查與病人死亡是否具有因果關係？高等法院認為：「心電圖檢查，應該是極重要檢查，若心電圖變化，應立即轉診到急診或心臟內科門診，做進一步會診安排……」判決中雖未明白表示係由何造當事人就因果關係負舉證責任，但其認為「本院所認定羅 00 醫療疏失情形，係羅 00 醫師忽略朱○○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○○因而未被發現心肌炎……」似乎認為，被告醫師因違背一定檢查義務，與病患未被發現心肌炎終至死亡之結果，具有相當因果關係，而應由醫師就其無因果關係一事負舉證責任。由於醫師所舉出之醫審會鑑定意見報告為法院所不採，因此應由醫師負擔舉證上不利益，而受敗訴不利判決。此在結果上，與德

國實務見解相當接近，亦即，在未為心電圖檢查或轉診可認為係「重大」之醫療瑕疵或疏失時，即應減輕病患關於因果關係之舉證責任，降低證明度之要求，甚至轉換舉證責任，由被告醫師就無因果關係一事，負舉證責任。

(2)基隆地方法院 87 年度重訴字第 25 號判決(案例二):病歷記載不夠詳實

本件原告主張：原告陳先進於民國八十五年五月二十六日因故遭高壓電殛灼傷雙手，隨即送財團法人長庚紀念醫院（以下稱長庚醫院）基隆分院（以下稱基隆長庚醫院）診治，經急救住院治療後，病情已趨穩定並無大礙，於同年六月六日出院，仍繼續從事工作，惟主治醫師即被告董東瓚囑須另擇期作「植皮手術」，是原告乃依所囑日期於同年六月十三日回院門診，次日（即同年六月十四日）即由麻醉師即被告許汝寧醫師與被告董東瓚醫師施行麻醉及植皮手術。詎因被告等之醫療疏失，手術後原告即不醒人事，經急救無效，迄今仍呈現植物人之狀態，現仍於基隆長庚醫院看護中。查原告時正值壯年，又無特殊疾病，且在植皮手術前，已在醫院住院數日，於該數日間，依長庚醫院專業醫療，已作慎密之檢查，對原告身體之狀況知之甚詳，詎原告係身體健康且有意識的進入醫院，在一流醫療服務下，短短二小時內手術時間後，竟變為無意識之植物人，據此，該施行手術之被告等顯有重大醫療上之過失。被告則以：被告並無醫療上之過失，原告之損害與被告之醫療行為無因果關係，醫療行為不適用消費者保護法，且原告請求之金額亦屬不當等前述情詞置辯。

地方法院認為：本件爭點所在厥為本件醫療糾紛醫師在執行職務時是否有過失？……原告成為植為人與本件醫療行為之實施有無因果關係？經查：

A. 本件醫療糾紛經送請行政院衛生署醫事評議委員會鑑定，其鑑定意見為：

1. 「由病歷記錄中得知，11：53病人發生狀況到急救後，血壓恢復超過100mmHg，心跳90次\分以上，雖只有十幾分鐘，但仍產生如此嚴重之後遺症，頗難依常理判斷，由於最後之診斷為「缺氧性腦病變」，是什麼原因造成大腦缺氧，導致併發症？就此個案來說，麻醉中曾使用Atracurium, Fentanyl為一成癮性止痛藥，常常使用在全身麻醉中，有抑制呼吸之作用，此病人共給了200ug，依體重67公斤算起來，劑量並不大；Atracurium為肌肉鬆弛劑，此藥也會影響呼吸，以此個案3小時15分鐘的麻醉時間，Atracurium用了25mg，劑量也不算大。惟重要的是當麻醉結束時，將氣管內管拔除時，病人的呼吸量及次數是否足夠，若未達標準，則有可能因呼吸量不夠而導致缺氧。由於病歷上未記載拔除氣管內管時，病人的呼吸狀況，因此，在此並無法判斷。又依據病歷記載，11：53發現病患心跳及血壓下降，經放入氣管內管後，即心跳40—50次\分，給予心臟按摩，惟當時之血壓為80\40mmHg，理應還不致於需要體外按摩，是否病患當時病況更差，或有其他因素，因病歷未詳載，故而難判斷。

2. 依病歷記載，手術後，醫師也曾嘗試尋找原因，由於病人於受電傷之當天，心臟曾有一陣子呈現不正常的心房纖維顫動，懷疑是否因此成血栓，不幸於當時脫落，流入腦中產生栓塞，但後來經過心臟及頭動脈超音波檢查，並無發現異狀，腦部電腦斷層檢查也未發現腦梗塞的現象。

3. 由所附之病歷記，病患術後發生狀況時，雖立即經過緊急處理，但仍難挽回病人的意識，到底導致此結果的原因為何？從病歷中實難作判斷。（本院卷第九十八頁至九十九頁）。

B. 鑑定意見係就病歷之記載內容為判斷之依據，其就病歷中之資料，對原告缺氧性腦病變之原因，難作判斷。但鑑定書中就病歷記載之醫療過程之描述，原告經基隆長庚醫院周詳之檢查，並無因電殛形成血栓，流入腦中產生栓塞或腦梗塞之現象，而原告之病歷及前述鑑定書中，亦無其他證據足資顯示原告有何足以導致腦病變之特殊體質，或電殛之後遺症留存導致原告缺氧，故被告抗辯原告之腦病變可能係電殛後之後遺症等語，不足採信。

C. 於前述鑑定意見對原告病歷記錄之解讀，在整體之醫療過程中，植皮手術係對原告之雙手電殛之傷害予以植皮，為對原告外傷之治療，不致影響原告之呼吸。原告在此手術中，共使用了二種麻醉藥劑，此二種麻醉藥劑對原告之呼吸有抑制之作用或影響，因此有在病人氣管導入內管以幫助其呼吸之必要，依此情形，病人自行呼吸之功能既受抑制，而呼吸又是人類維持生存最重要之因素，數分鐘之呼吸中斷或不足，即能使人死亡或導致缺氧之病變，則當麻醉結束時，病人在恢復之過程中，其何時能自行呼吸而得以拔除氣管內管，實為本件手術過程中，最為重要之事項。簡言之，若原告之植皮手術縱使失敗，則僅係外傷未能全部痊癒，若原告受抑制之呼吸未能恢復正常，則可能導至死亡或成為植物人之嚴重後果，麻醉之可能副作用或後遺症在本件手術中之影響，可謂大於植皮手術本身。然而關於此重要之點，病歷表中對於「麻醉結束時，將氣管內管拔除時，病人的呼吸量及次數是否足夠？」，病歷並未記載拔除氣管內管時病人的呼吸量及次數，而醫師執行業務時，應製作病歷，記載病人姓名、出生年、月、日、性別、住址、職業、病名、診斷及治療情形。為醫師法第十二條所明定。另病歷內容應清晰、詳實、完整。醫院之病歷並應製作各項索引及統計分析，以利研究及查考。亦為醫療法第四十八條所明定。故病歷之詳實記載，為醫師及醫療院所於從事醫療行為時所應盡之法定義務，被告醫院及麻醉醫師於從事該項醫療行為時，違反此法定之作為義務，而該項作為義務之違反復無不能記載之情事。致未就原告麻醉結束後，拔除氣管內管時之呼吸狀況，於病歷表上予以記載，則原告當時是否已達可以拔除氣管內管之呼吸狀況？其拔除後是否發生醫護人員未能預期之情況？均無法自病歷記錄中得知，致無法事後考查原告缺氧之原因。

D. 被告雖舉基隆長庚醫院麻醉科拔管之標準及文獻為證(本院卷第一百一十一頁)，抗辯原告於拔除氣管內管時，符合拔管之標準等語，然查，醫療科學與其他科學作業雖均有標準之作業程序，但於實際作業上，此等作業程序僅屬通常應注意之標準，對醫療過程中可能之個人或非正常狀況仍應予以注意，當病人受到麻醉時，其已喪失自救之能力，唯一得以依賴者，係醫護人員妥善之照護，以應付隨時可能發生之變化，豈能以已符合標準作業程序，而排除其應付突發狀況之注意義務，故被告此部分抗辯，無足採信。

E. 於排除原告在醫療過程中不可能導致缺氧之因素後(如原告無特殊體質、無稟電癩而發生血栓之梗塞)，則整體醫療過程中，會對原告之呼吸產生抑制或影響者，僅有手術中之麻醉行為，從而，本院依據前述之醫療過程之鑑定及經驗法則，已足以判斷原告手術後發生缺氧性腦病變，係因原告之呼吸受到手術中麻醉藥物之抑制，於原告手術後恢復之過程中，未受到妥善之觀察與照護，以至於原告於拔除幫助其呼吸之氣管內管後，發生呼吸量或呼吸不足而缺氧，因缺氧而生缺氧性腦病變，成為植物人之事實。依此等事實之判斷，基隆長庚醫院與麻醉醫師許汝寧，對原告於麻醉恢復之過程中，未盡應有之注意義務，至原告發生缺氧性腦病變之損害，故原告主張，本件麻醉部分之醫療行為，非但未達於通常可合理期待之安全性，且有過失之情節，堪予採信。

在案例二之判決，雖未提及證明妨礙之相關規定，惟如同上述案例一之評析，基於病歷記載義務之違背，亦即，欠缺氣管內管拔除時病患之呼吸狀況記載、以及麻醉記錄欠缺氧飽和度測定值及變化之連續記錄，可推定病患於麻醉或恢復過程中，醫師並未注意病患之呼吸狀況、氧飽和度及變化，而未受到適當照顧，被告應有未盡注意義務之情事。本件判決之見解，可值贊同。

(3) 高等法院 91 年度重上字第 95 號判決(案例三)⁴⁴：曾為檢查，但未提出檢查結果記錄

在上述案例一、二，仍殘留有下列問題有待釐清，亦即，是否只要醫師未為一定之檢查而違背檢查義務，即可在因果關係之舉證責任上課以不利益？有無就檢查義務之違背情形，再區分為重大之醫療瑕疵與非重大醫療瑕疵之類型而有不同法律效果？

在本件案例，上訴人(病患)主張：……被上訴人未依醫師法第十二條規定，將每次檢查伊眼底之結果記錄於病歷，被上訴人魏斯良亦違反醫療法第四十三條第一項、醫師法第二十一條等規定，推定有過失云云。高等法院認為：……(五)九十一年一月十六日修正前醫師法第十二條規定：「醫師執行業務時，應製作病

⁴⁴ 本件病患提起第三審上訴，經最高法院駁回確定。

歷，記載病人姓名、出生年、月、日、性別、住址、職業、病名、診斷及治療情形。但在特殊情形下施行急救，無法製作病歷者，不在此限。」本件被上訴人仁愛醫院提出之病歷記載上訴人每次就診時之診斷及治療情形，上訴人主張醫師未製作病歷，顯乏依據。

上訴人又主張：被上訴人誤診，造成其罹患青光眼及延誤其治療青光眼之時機，致其視力嚴重減損，被上訴人應負損害賠償責任，且本於公平原則，伊無庸就醫療行為與損害間之因果關係，及被上訴人有故意、過失負證明之責，應轉換由被上訴人證明責任不存在等語。被上訴人則否認應負損害賠償責任，並抗辯上訴人應負舉證之責。高等法院認為：……(二)按民事訴訟法第二百七十七條規定：「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。」是原告主張被告應負債務不履行損害賠償責任或侵權行為損害賠償責任，依上開規定前段所示一般舉證責任法則，原告應就其所主張權利之發生要件（例如侵害客體、行為、違法性、可歸責性、因果關係、損害等）負舉證責任。惟法院審酌個案，認為適用一般舉證責任法則之結果，於原告為不可期待或顯失公平時，應考慮減輕原告之舉證責任。至民法第一百九十一條之三關於舉證責任轉換之規定，乃八十九年五月五日修正施行，無從溯及適用於本案。本件依一般舉證責任法則，上訴人應證明被上訴人診斷其罹患「漿液性中心視網膜炎」違反當時醫療常規，且給予之處方與其罹患青光眼間有因果關係，或證明其早已罹患青光眼，依醫療常理，被上訴人可檢查發現，並應施行相關檢查，卻過失未檢查及診斷出該疾病，且此期間之延誤與其因青光眼而減損視力間有因果關係。再查，各該待證事實概以上訴人病歷為認定依據，被上訴人未掌握其他上訴人無法查知之資訊，且可期待上訴人提出醫學文獻，及聲請法院囑託有醫療專業知識之人或機關檢視上訴人之病歷加以鑑定得知，故本院認為無適用民事訴訟法第二百七十七條但書規定，減輕上訴人舉證責任之理。

上訴人又主張，其曾於八十年四月十五日接受螢光眼底攝影檢查，螢光眼底攝影片屬病歷之一，被上訴人竟隱匿該證據，依民事訴訟法第三百四十五條第一項規定，應推定上訴人當時已罹患青光眼。被上訴人則抗辯，上訴人未按時接受螢光眼底攝影檢查，僅於同年一月十九日、三月五日向門診取藥（一般「漿液性中心視網膜炎」之療程約三至四個月），迄同年四月十五日始接受「眼底螢光攝影檢查」（因時隔已久，該攝影片已損毀）。被上訴人善盡醫療診治責任，未能診斷查知上訴人罹患青光眼，屬醫學上難以避免之結果，無過失存在。上訴人就診，醫師皆為其進行雙眼診察，施作裂隙燈檢查、視力測量，將其問題記錄於病歷，如一切正常，則省略，故上訴人主張醫師未作上開檢查，應不可採。高等法院認為：本件爭執在於被上訴人於八十年五月二十八日前未施作上開檢查項目，是否導致上訴人未能及早治療青光眼疾？。

關於被上訴人未提出螢光眼底攝影片，是否應依民事訴訟法第三百四十五條第一項規定，認上訴人主張依該文書應證被上訴人可查知其罹患青光眼之事實為真實部分，高等法院認為：：(一)按民事訴訟法第三百四十五條第一項規定：「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。」(二)按醫療法第四十八條第一項規定：「醫院、診所之病歷，應指定適當之場所及人員保管，並至少保存十年。」；醫療法施行細則第四十一條第一項第一款規定「醫事檢驗應作成報告，連同病歷保存」。上訴人提出吳憲明著作「病歷與診斷證明書之行政管理」節文，說明檢查造影片屬廣義病歷（原審卷二第二〇〇頁）；提出范碧玉著作「病歷管理理論與實務」節文及行政院衛生署七六年六月二日衛署醫字第六六六一〇七號函，說明檢查照片應依醫療法有關規定保存（原審卷二第三二一頁、卷三第一四三頁）。並提出台中市衛生局衛醫字第〇九一〇〇二三六〇〇號函，表示病歷包括螢光眼底攝影片（本院卷一第二一八頁）。提出行政院衛生署衛署醫字第〇九一〇〇四三四九三號、第〇九一〇〇三八四四一號書函，進一步闡示螢光眼底攝影片應由醫療機構依醫療法第四十八條第一項規定，至少保存十年（本院卷一第二一九頁、卷二第十九頁）。本件被上訴人於八十年四月十五日施作眼底螢光攝影，應至少保存攝影片至九十年四月十五日止，被上訴人未提出攝影片，應有未合。(三)醫審會第八九三八一號鑑定書記載本件螢光眼底攝影檢查，依據檢查報告記錄，無法診斷為青光眼（原審卷二第一七〇頁）。第九〇一八〇號鑑定書記載：螢光眼底攝影檢查結果為無滲漏，意指沒有在不該有螢光顯現的部分出現螢光顯現，此狀況可能發生在正常眼、青光眼，也可能發生在漿液性中心視網膜炎。螢光眼底攝影檢查不一定可檢驗出視神經萎縮或視神經盤病變（原審卷三第一三二頁）。(四)馬偕醫院馬院醫眼字第九二〇七一九號函表示：「螢光攝影檢查有助於漿液性中心視網膜炎之診斷，但對青光眼之診斷幫助甚小」（本院卷二第一八六頁）。再於馬院醫眼字第九二一九〇七號函表示：「螢光眼底攝影檢查適用於診斷漿液性中心視網膜炎，但不適於診斷青光眼。」（本院卷二第二三六頁）(五)綜上，被上訴人未提出螢光眼底攝影片，雖有未合。但該檢查方式適用於判斷是否屬於滲出型漿液性中心視網膜炎，不能用以判斷是否罹患青光眼，故無從依民事訴訟法第三百四十五條第一項規定，逕認上訴人主張依攝影片應證被上訴人可查知其罹患青光眼之事實為真正。

於本件情形，雙方對於曾為螢光眼底攝影之檢查一事，並不爭執，惟醫師（醫院）並未提出螢光眼底攝影片之病歷部分。高等法院雖認為被上訴人已違背文書提出命令，但卻未施以證明妨礙之制裁。在違背檢查義務或檢查結果確保義務，亦即，雖曾為檢查但卻因醫師（醫院）之可歸責原因而不能提出檢查結果之情形，就病患而言，其舉證困難在於，不能確認，到底檢查結果可能為何，因此，亦無法確認，是否醫師曾正確地解讀檢查結果，是否或有哪些醫療處置應當依照該檢查結果而被採用，以及該醫療處置之採用是否對於病患之健康狀態有積極之作用

影響。以致於病患既無法證明診斷及處置是否有錯誤，亦無法證明因此對於其健康損害之原因為何。此等證明上之困難，係由醫師所造成，不應由病患負擔不利益。不過，並非只要一違背檢查義務或檢查結果保存義務，即應課以證據法上制裁，而是必須醫師所未為之檢查或未保存之檢查結果，在醫學上是毫無疑問必要的，且因此對於病患解明醫療處置疏失與健康受損間可能的因果關係，造成妨礙。醫師未施以必要之檢查，在證據法上之效果，並不宜使病患因此而受到比起曾經為檢查之情形更為有利。因此，德國聯邦最高法院認為，違背檢查義務或檢查結果保存義務，在證據法上之效果，通常僅能推定，該檢查將會產生使醫師有義務採取醫療處置之一定結果。至於基於該結果，醫師如何反應，以及會產生治療上何等成效，原則上並不受推定。除非，於個案中所未為之檢查，可被評價為「重大醫療瑕疵」，始能進一步在因果關係之問題上，對於病患為有利之認定。⁴⁵

於案例三，上訴人未依法院之命，提出螢光眼底攝影片，雖已違反文書提出命令，但並不能如上訴人所主張，直接推定其罹患青光眼。蓋被上訴人醫師雖未提出螢光眼底攝影片，但在證據法上，上訴人亦不能獲得比被上訴人如提出上開病歷，更為有利之認定。充其量僅能推定，螢光眼底攝影片所應該呈現出之檢查結果。至於依該檢查結果，能否被診斷認為係青光眼，則不在得受推定之範圍內。依鑑定意見所示，螢光眼底攝影片之結果非僅能呈現是青光眼之病症，尚有可能是正常眼或漿液性中心視網膜炎，因此，縱然被上訴人提出上開病歷，上訴人亦不能基於該檢查結果而證明其應被診斷出罹患青光眼。高等法院之見解，在結論上應可贊同。

(4) 高等法院臺中分院 93 年度醫上易字第 3 號判決（案例四）⁴⁶：病歷未妥善保存遺失

上訴人醫院以原始病歷業已遺失為由，未依原審裁定提出患者完整病歷，是否當然發生上訴人就該項文書之主張為真正之法律效果？高等法院台中法院認為：按法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定命他造提出文書；就與本件訴訟有關之事項所作之文書，當事人有提出之義務；當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實，民事訴訟法第 343 條、第 345 條第 1 項分別定有明文，惟上開條文所謂得認他造對該文書之主張為真實，非謂法院得毫無憑據地認定他造就該文書所主張之事實即屬真正，蓋法院得認他造關於該文書之主張為正當，與該文書之證據價值，係屬二事，法院不得僅因負有文書提出義務之一造未提出該項文書，即謂聲請提出文書之一造依該文書應證之事項已經證明，仍須斟酌情形，綜合全辯論意旨，依自由心證判斷要證事實之存否（最高法院 88 年台上字第 446、90 年台上字第 437 號判決參照）。原審曾於 92 年 8 月 13 日，裁定命被上

⁴⁵ BGHZ 132, 47; BGHZ 138, 1.

⁴⁶ 第三審上訴已經最高法院駁回確定。

訴人醫院提出本件患者於該醫院就診之全部病歷，被上訴人醫院於同年9月14日，具狀表示本件患者於被上訴人醫院就診之**原始病歷業已遺失，並另提出該患者於被上訴人醫院就診時之電子病歷複印本一冊**。然原審依被上訴人聲請，將該電子病歷複印本送請行政院衛生署醫事審議鑑定委員會，鑑定被上訴人陳賢德於90年7月6日為患者進行骨科手術，於手術前就患者身體狀況是否適合進行該手術之評估，與施用手術及麻醉之方法有無疏失之處，經行政院衛生署函覆以：**該份病歷資料不完整，必須另行提供患者於被上訴人醫院就醫期間之完整病歷**（包括護理記錄、所有檢驗報告、手術記錄、X光片、CT片等），始得就本院囑託鑑定事項進行鑑定，有行政院衛生署93年6月10日衛署醫字第0930211761號函附卷可稽，足見被上訴人醫院提出之本件患者電子病歷複印本，並非該患者在被上訴人醫院就診之「全部」病歷，自難認該被上訴人已遵照原審上開裁定**意旨提出文書**。而依被上訴人所提出之被上訴人醫院個人借閱病歷資料一覽表之電腦紀錄，顯示本件患者陳潘桂香之病歷資料於91年3月12日由劉驥借閱（見原審卷一第190頁），而證人劉驥於原審上開言詞辯論期日否認其本人有借閱該病歷資料，並稱伊其習慣，辦公室裡的人包括朱必修及另一位小姐，如果要調閱病歷，伊會讓他們蓋章，只要告訴伊一聲就好（見原審卷一第167頁）；被上訴人因而質疑系爭病歷資料係遭上訴人之孫朱必修以劉驥名義借閱後，未予歸還。上訴人則以系爭病歷資料於91年3月12日借閱後，歷經數月未歸還，且連同病歷借閱通知單亦一併遺失，已違反被上訴人醫院病歷借閱規則，被上訴人復無未能提出其他相關借閱之電腦資料可供查詢，亦因而質疑被上訴人有隱匿病歷資料之嫌；然兩造就其質疑，均未能提出具體事證以為證明，尚難盡信。而依前揭條文規定與說明可知，被上訴人醫院以原始病歷業已遺失為由，未提出患者完整病歷，並不當然發生須認定上訴人就該項文書之主張為真正之法律效果，亦即，被上訴人對上訴人應否負侵權行為及不完全給付之損害賠償責任，仍須由法院依調查證據之結果加以認定，則上訴人主張：被上訴人醫院既怠忽其提出患者病歷之義務，本院應依其主張，認被上訴人為患者進行上開手術有怠於進行術前評估、未善盡告知患者與家屬之義務及手術與麻醉方法失當等醫療過失云云，自無可採。

其次，關於被上訴人陳賢德施行上開骨科手術及麻醉之方法有無疏失？法院認為：（1）按經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限；又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，民法第191條之3及民事訴訟法第277條分別定有明文。醫療工作極具專業性與技術性，其中，手術行為乃病患為求重獲身體健康，而同意醫者侵害其身體權，以實施治療行為，故對病患身體之完整性勢將造成相當之破壞，自係具有高度危險性之工作，

如何避免在手術中對病患造成損害，端視從事該項醫療行為者是否本於其專業知識善盡注意義務，然病患對為其實施手術之人已否克盡職責，往往因欠缺相關知識而無從知悉，加以患者之病歷資料均由醫療機構保管，病患欲取得第一手資料，以證實其所受損害確係因不當之手術所造成，實有相當困難。為使因手術失當而受損害之被害人獲得周密之保障，於因手術行為衍生之醫療糾紛訴訟中，前開民法第 191 條之 3 及民事訴訟法第 277 條但書之規定應有適用，亦即，請求賠償之人僅須證明手術行為之危險性，且在手術過程進行中受損害，無須證明其間有因果關係，至為受損害之病患進行手術之人，則須就損害之發生，非因其行為所致，或其已為防止損害發生盡相當之注意等事項負舉證責任，以符公平。本件上訴人既主張被上訴人醫院及陳賢德係於為患者施行上開骨科手術時，因故意或過失不法侵害患者之身體權及生命權，且被上訴人醫院令其使用人即被上訴人陳賢德履行與患者間之醫療契約有加害給付之情事，據以請求被上訴人二人連帶負損害賠償責任，揆諸前揭說明，自應由上訴人就患者之身體及生命所受損害，係在被上訴人陳賢德進行上開手術之過程中發生；另由被上訴人二人就患者於手術後產生上述病症及死亡之結果，非因其醫療行為不當所致，或被上訴人等就該項結果之發生已盡相當之注意等事實，各負舉證責任，先予敘明。本件患者陳潘桂香於手術當時雖已屆 87 歲高齡，復有心臟血管疾病，惟於本件被上訴人陳賢德所施行之髖骨關節、股骨等部分之骨折手術僅是下半身之局部手術，除非在進行手術時有未評估陳潘桂香心肺功能，而未調整好其配置之心律調整器頻率，或是麻醉劑量評估錯誤、施打方法不當等疏失情節，否則應不致造成陳潘桂香當場死亡或手術後未久即死亡等不幸事件。本件被上訴人所提出患者陳潘桂香於 90 年 7 月 6 日進行本件手術時當時所記載之麻醉紀錄單影本，經本院送請行政院國軍退除役官兵輔導委員會台北榮民總醫院以 95 年 3 月 9 日鑑定結果函覆本院稱：「經查病患因病歷遺失，無法得知病患術前之身體狀況，骨科手術方面無法精確鑑定；另就僅有麻醉紀錄單評論，整個麻醉過程、麻醉方式及藥物，監測器之使用，合情合理，並無不當」等語，此有上開函文附卷可參。足證被上訴人醫院為患者進行本件手術中，並無上訴人所指麻醉不當之過失。

在案例四，比較特殊之處在於，法院就是否過失及因果關係，已轉換舉證責任。因此，聲請提出病歷之上訴人（病患家屬），並非本證之舉證人。但為動搖法院就本證之心證形成，則有提出反證之必要。病歷遺失，造成不能鑑定之結果，係妨礙反證之提出。行政院國軍退除役官兵輔導委員會台北榮民總醫院以 95 年 3 月 9 日鑑定結果函覆法院稱：「經查病患因病歷遺失，無法得知病患術前之身體狀況，骨科手術方面無法精確鑑定；另就僅有麻醉紀錄單評論，整個麻醉過程、麻醉方式及藥物，監測器之使用，合情合理，並無不當」。行政院衛生署醫事審議鑑定委員會亦函覆，關於施用手術及麻醉之方法有無疏失之處，因病歷資料不完整，必須另行提供患者於被上訴人醫院就醫期間之完整病歷（包括護理記錄、所有檢驗報告、手術記錄、X 光片、CT 片等）始得就法院囑託鑑定事件，亦即術

前之手術評估，以及施用手術即麻醉方法有無疏失之處，進行鑑定。因此，法院仍宜在證據法上對於證明妨礙之人課以不利效果（參見上述參、四、）。不過，在本件由於舉證責任係在醫師，因此，縱然認原告關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實，但此亦僅具有降低法院之心證度，而形成暫時心證之作用，舉證人仍得提出其他證據，以使法院就應證事實之心證度達到本證之證明度，進而就應證之事實形成肯定之心證。法院最後主要係根據證人（均為被告醫院之醫師）之證言，而形成心證認定，被告醫師已盡相當之注意，且手術後身體出現之病症及死亡結果，亦與被告施行之骨科手術無因果關係。

其次，在本件判決中所引之最高法院民事判決八十八年度台上字第四四六號判決謂：「民事訴訟法第三百四十五條規定，當事人無正當理由，不從提出文書之命者，法院得認他造關於該文書之主張為正當。係規定當事人無正當理由不從命提出文書時得生之效果。即法院得認他造關於該文書之性質、內容及其成立真正之主張為正當，然非謂他造所主張之事實即屬真正。蓋法院得認他造關於該文書之主張為正當，與該文書之證據價值，係屬兩事，不得因此即謂待證事項已經證明，仍須按一般原則斟酌情形，由法院依自由心證判斷之。原審以經裁定命上訴人提出相關帳冊、憑證後，上訴人未遵期限提出，惟並未斟酌及調查有關帳冊事證，遽謂上訴人所提出之帳簿記載之金額為不實，被上訴人所提出之帳冊為實在，據以計算其墊款，判令上訴人給付，尚嫌率斷。」但本件判決係作成於舊法時代000年以前），依舊法規定之法律效果，法院僅得認他造關於該文書之主張為正當，但依修正後之新民訴法規定，法院亦得視情形，認「依該文書應證之事實為真實」，因此，本件判決謂「法院不得僅因負有文書提出義務之一造未提出該項文書，即謂聲請提出文書之一造依該文書應證之事項已經證明」，似有誤解。

再者，最高法院民事判決九十年度台上字第四三七號判決之見解：「上訴人雖援引（修正前）民事訴訟法第三百四十四條規定主張被上訴人有提出損益計算表及分配表之義務，否則，依同法第三百四十五條規定，得認上訴人就該文書之主張實在。惟民事訴訟法第三百四十五條雖規定：「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得認他造關於該文書之主張為正當」，惟所謂「得認他造關於該文書之主張為正當」，仍應有其他佐證資料足以證明該文書之內容，非謂得毫無憑據地應認上訴人之主張為實在，因此，縱認被上訴人有提出上訴人所謂之損益計算表或盈餘分配表之義務，然其具體內容如何並無其他佐證資料足以憑認，自難遽認上訴人所稱該建築案之盈餘分配為投資金額六成之主張為真實。」此不宜適用於醫療訴訟之病歷文書。蓋在醫療訴訟，病歷上記載之內容，係由醫師一造處於完全可支配之範圍，病患通常難以知悉其內容，且通常除病歷以外，並無其他證據可資回溯醫療過程，因此，不應強求舉證人（病患）更提出其他佐證資料。反而，在文書內容表明上有困難時，依新法規定，法院得命他造為必要之協助（民訴法第三四二條）。如他造拒絕為必要之協助，亦得認屬證明妨礙。

伍、結論

在醫療訴訟，應如何減輕病患之舉證責任，始符合程序法上之武器平等原則，及公正程序之要求，乃向來爭論已久之問題。關於侵權行為責任之認定，一律就過失或因果關係轉換舉證責任由醫師負擔，固然在訴訟上對於病患最為有利，但卻容易在醫病關係上形成防禦性醫療之結果，在醫療上對於病患未必有利。因此，舉證責任之轉換，宜審慎為之。在有證明妨礙之情形，舉證人之他造係有一故意或過失違背程序法上義務之行為，造成舉證人陷入不能或難以舉證之困境，此時，基於誠信原則、公正程序以及武器平等原則之要求，減輕舉證人之證明責任，在證據法上課他造以不利益之制裁，為事實之推定或轉換舉證責任，具有正當化基礎。

在醫師違背病歷記載義務、檢查義務或檢查結果確保義務，造成病歷不完整、闕漏或不存在之情形，上開義務雖係本於醫療關係而生之實體法上義務，且發生在訴訟繫屬以前，但由於病歷在醫療訴訟上屬於重要之證據，宜承認病歷記載亦具有證明目的，而賦予程序法上義務之性質。因醫師違背上開義務，造成病患難以本於病歷以回溯醫療過程，而生證明上困難，不能證明過失或因果關係時，由於醫師對於病歷記載、保存係處在完全支配領域下，因此，如具有可歸責性，亦宜適用證明妨礙法理，減輕病患之舉證責任。至於在法律效果上，得視違背病歷記載義務之方式、態樣，為事實上推定、降低證明度或轉換舉證責任之方式為之，以減輕病患之舉證責任。

參考文獻：

一、中文文獻

(一) 專書

1. 王甲乙／楊建華／鄭建才，民事訴訟法新論，1986年。
2. 沈冠伶，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，2006年。
3. 姜世明，民事證據法實例研習（二）暨判決評釋，2006年。
4. 黃國昌，民事訴訟理論之新開展，2005年。
5. 陳計男，民事訴訟法（上），1994年。

(二) 學術論文

1. 沈冠伶，舉證責任與證據契約之基本問題，台灣本土法學雜誌第三六期，2002年。
2. 姜世明，證明妨礙制度之研究，萬國法律第一一五期，2001年。
3. 許士宦，證明妨礙，月旦法學雜誌第七六期，2001年9月。

二、外文文獻

1. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl., Rdnr. 202.
2. Karpoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, 1996, S. 28.
3. Musielak, Hilfen bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, in: Cadanis/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier, 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 223.
4. Tauptiz, Prozessuale Folgen der vorzeitigen Vernichtung von Krankunterlagen, ZZP 100 (1987), 291.
5. Wendt, Die ärztliche Dokumentation: Eine beweisrechtliche Untersuchung zu ihrer Bedeutung für die Entscheidung der Sorgfaltsfrage bei der deliktischen Arzthafung, 2001, S. 211-220.

計畫成果自評

於我國文獻上，就證明妨礙之研究，向來多屬一般性之討論，尚未有針對醫療訴訟之問題，為深入之分析者。再者，就醫療訴訟之問題，亦多僅著眼於過失或因果關係之舉證責任分配，但由於此具有「非此即彼」之二分性，特別容易引起病人及醫師之關注與緊張關係。然而，於民事訴訟制度上其實尚有其他可能性，基於武器平等原則，能適當地減輕舉證人之舉證責任，證明妨礙制度即為最佳之例。

本計畫主持人曾以「武器平等原則於醫療訴訟之適用」為題，發表於「醫學倫理與法律」研討會（2005.6.16），並刊載於月旦法學雜誌第一二七期，頁二八以下。文中已就證明妨礙於醫療訴訟上之問題，略有提及，惟因限於主題及字數，無法為深入完整之論述。本研究計畫，乃係為更進一步拓深此問題之研究。

本研究計畫成果，係以德國法制為參考比較對象，探討證明妨礙制度在醫療訴訟上應如何適用，以發揮其制度目的、功能，而能貫徹武器平等原則。此外，證明妨礙制度在我國自八十九年施行以來，迄今已五年餘，本計畫亦一併檢討分析我國實務上就醫療訴訟適用此制度之情形。

綜合而言，本計畫成果具有繼續拓深關於醫療訴訟之研究深度價值，亦建構公平合理之程序制度意義，以保障當事人之訴訟權，已達成計畫預期之目標，具備學術與實務參考價值，亦已投稿台大法學論叢，目前正在編輯審查中。