

會通過「全國醫療糾紛鑑定委員會組織簡則」，將前述「台灣省醫療糾紛鑑定委員會」改制為「中華民國醫療糾紛鑑定委員會」，繼續接受司法機關之委託進行鑑定工作，其中衛生署本要求該委員會增列法律、社會、治安等專家學者為委員，但委員會以該會僅以學術立場提出鑑定意見供司法機關參考，並非從事判決行為而拒絕之³³⁴。

第三項 近期（1987年迄今）－醫事審議委員會鑑定為主

然而，衛生署有鑑於醫事鑑定工作之重要，且為抒解民眾對於由醫師所組成的鑑定委員會之不滿，於1986年制定醫療法後，基於保障醫病雙方之權利及促使醫病雙方和諧的精神下，依據該法第73條第1項第4款之規定成立「醫事審議委員會」，並自1987年起受理司法、檢察機關委託鑑定至今³³⁵。

第三節 醫療過失鑑定現況

第一項 我國目前以「機關鑑定」為主

由於醫療過失案件事涉專業，法院於判斷該案醫師（或其他醫護人員）刑事責任是否成立時，常因欠缺相關專門知識，而需仰仗鑑定人之協助，依刑事訴訟法第197條至第210條關於「鑑定」之證據方法相關規定可知，在我國立法考量上仍係以「個人鑑定」為主要規定原則，「機關鑑定」實屬例外之情形。然而，僅以1998年1月至2000年4月之刑事案件第一、二審統計資料為例，總計共108件，其中送行政院醫事審議委員會鑑定者有84件（佔78%），送醫院鑑定者有2件（佔1.9%），送其他機關鑑定者有6件（佔5.6%），而送自然人鑑

³³⁴ 薛瑞元，「刑事訴訟程序中機關鑑定之研究－以醫事鑑定為範圍」，台灣大學法律學研究所碩士論文，1999年1月，第89-90頁。

³³⁵ 楊漢淙，醫療糾紛鑑定實況，律師雜誌第217期，1997年10月，第44頁。

定者卻只有 3 件（佔 2.8%）³³⁶。可見在實際的情形上，我國醫療糾紛鑑定作業反以「機關鑑定」為主，「個人鑑定」實為少數，考其原因恐係害怕個人鑑定無法擺脫人情壓力或有遭受外界不當干擾所致³³⁷。所以，本文以下將以介紹行政院醫事審議委員會（以下簡稱醫審會）鑑定的運作現況為主，並具體指出如此運作所滋生的種種問題，進而提出建議檢討之意見。

第二項 醫審會之鑑定運作現況

一、法源依據

現行醫審會受理司法、檢察機關委託，辦理醫療糾紛鑑定工作的法律依據，係 2005 年 2 月 4 日修正通過之「醫療法」第 98 條之規定³³⁸，而衛生署依據同法同條第 2 項之授權，另行於 2005 年 11 月 23 日訂定「行政院衛生署醫事審議委員會設置要點」（以下簡稱醫審會設置要點），並自公布日起施行，該要點對於醫審會之組織、會議等訂有詳細之規定。此外，衛生署早於 1997 年 11 月 4 日，依職權發布「醫療糾紛鑑定作業要點」（以下簡稱鑑定作業要點），作為醫審會辦理鑑定作業程序上之依據³³⁹。以上三項法規，即係醫審會辦理醫療糾

³³⁶ 薛瑞元，「刑事訴訟程序中機關鑑定之研究—以醫事鑑定為範圍」，台灣大學法律學研究所碩士論文，1999 年 1 月，第 1 頁。

³³⁷ 許義明，我國醫療鑑定之現況與檢討，萬國法律雜誌第 151 期，2007 年 2 月，第 59 頁。然而，對於醫療訴訟上鑑定報告之公正客觀性，其受質疑之程度非我國所特有，於德國亦然，德國聯邦最高法院曾表示，在醫療訴訟上為鑑定之醫事人員，常犯有「錯誤之休戚與共」，而不能維持其中立性，因此要求法院對於醫療訴訟鑑定報告，必須採取嚴苛之態度，特別注意其內容且持續地審查鑑定人之客觀性，參照沈冠伶，武器平等原則於醫療訴訟之適用，「醫學倫理與法律」科技整合學術研討會論文集，2005 年 6 月 16 日，第 20 頁。

³³⁸ 醫療法第 98 條第 1 項：「中央主管機關應設置醫事審議委員會，依其任務分別設置各種小組，其任務如下：。四、司法或檢察機關之委託鑑定。」；同條第 2 項：「前項醫事審議委員會之組織、會議等相關規定，由中央主管機關定之。」。

³³⁹ 然而，該「鑑定作業要點」自發布後迄今並未配合新醫療法之公布，作出相對應之修正工作，衍生之問題詳見後述。

紛鑑定作業的主要法源依據³⁴⁰。

二、組織成員

首先，依「醫審會設置要點」第3點之規定，於行政院衛生署下設「醫審會」，該會置主任委員1人，委員14至24人，由署長就不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家、學者及社會人士遴聘之，其中法學專家及社會人士之比例，不得少於三分之一³⁴¹，聘期均為2年。其次，依同要點第4點之規定，於「醫審會」下設「醫事鑑定小組」，此小組即負責主要醫事鑑定工作之所在，該小組置委員21至27人，並以其中1人為召集人，該召集人除由署長指定兼任外，並就不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家、學者及社會人士遴聘之，其中法學專家及社會人士之比例，不得少於三分之一，小組委員聘期亦為2年。此外，依同要點第9點之規定，該委員均為無給職。

三、醫事鑑定小組運作概況

以上所述僅就該會組織構成作一概括介紹，該會醫事鑑定小組主要運作方式係依據「鑑定作業要點」為之，依該要點第5點之規定，該小組之首先檢視委託鑑定機關所送卷證資料。次交由初審醫師審查，研提初步鑑定意見。繼而提交醫事鑑定小組會議審議鑑定，作成鑑定書。最後以衛生署名義將鑑定書送達委託鑑定機關，並檢還原送卷證資料。以下僅依據該要點之規定簡述其作業原則：

1. 被動接受鑑定原則：

³⁴⁰其實早在醫療法於1987年施行時，衛生署即依原醫療法第76條授權之規定，發布了「行政院衛生署醫事審議委員會組織規程」，其中即已針對醫審會之組織、會議進行規則設有規定，並且衍生了不少問題，雖然該組織規程已於2006年2月7日廢止，但其遺留的問題仍可見於上述「醫審會設置要點」中，以下將於討論相關衍生問題時，一併處理之。

³⁴¹關於醫審會委員之組成，「醫審會設置要點」第3點完全係根據醫療法第100條所訂定。

依第 2 點之規定，該小組接受鑑定以司法或檢察機關之委託為限，不接受當事人或非司法、檢察機關之委託，亦不接受對於器官、組織或檢體之病理檢查。

2. 不主動調查證據原則：

依第 3 點之規定，委託鑑定機關委託鑑定，應敘明鑑定範圍或項目，並提供相關卷證資料，包括完整之病歷資料、護理紀錄、X 光片、訴狀、調查或偵查相關卷證、法醫解剖或鑑定報告及其他必要之卷證資料。故該小組原則上進行鑑定所依憑之證據資料，悉依照委託機關所提供者為限，第 9 點明訂該小組並不負責證據之調查或蒐集工作。

3. 初審醫師先行原則：

依第 4 點第 2 項之規定，該小組得將鑑定案件先行交由相關科別專長之醫師（即所謂初審醫師）審查，研提初步鑑定意見。詳言之，該小組係將委託鑑定機關所送之鑑定案件作初步篩檢後，找出被告醫師之學經歷資料，再將有關資料送與被告醫師之學經歷無關之醫學中心，請主治醫師以上等級之專家提供初步意見，再召開醫事鑑定小組會議，並請初審醫師參與討論（即第 12 點之規定）³⁴²。此外，依前述「醫審會設置要點」第 7 點之規定，該小組審議醫事鑑定事項時，得指定委員或委託有關機關及學術機構先行調查研究，並於必要時得邀請有關機關或專家學者列席諮商，亦為該小組得於鑑定初期委外先行提供鑑定意見之依據³⁴³。

4. 公正客觀評議原則：

³⁴²楊漢淙，醫療糾紛鑑定實況，律師雜誌第 217 期，1997 年 10 月，第 45 頁。惟同要點第六點另行規定：「案情單純之鑑定案件，得逕提醫事鑑定小組會議審議鑑定」，但何種醫療糾紛案件屬於案情單純？何種醫療糾紛案件屬於案情複雜？該會並無作出相關見解足供研究者參考。

³⁴³此部分之規定仍承襲著依已於 2006 年 2 月 7 日廢止之「行政院衛生署醫事審議委員會組織規程」第 7 條之規定。

首先，依前述「醫審會設置要點」第 6 點第 2 項後段之規定，該小組另得依案件性質，再行分組召開會議之。其次，依「鑑定作業要點」第 13 點之規定，該小組委員及初審醫師對於現職服務醫院之鑑定案件、與本身具有利害關係之鑑定案件或與訴訟事件當事人之任何一方具有利害關係之鑑定案件，均應予迴避，以保證進行鑑定人身份之公正性。最後，依同要點第 16 點之規定，該小組評議時應就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌當地醫療資源與醫療水準，提供公正、客觀之意見，不得為虛偽之陳述或鑑定，即要求該小組依「醫療水準」之原則進行鑑定。此外，同要點第 14 點並規定，小組會議必要時得邀請有關機關或專家學者列席諮商。

5. 秘密評議原則：

依第 10 點之規定，訴訟事件當事人之任何一方對於鑑定案件，如另有意見、新證據或文獻資料，應訴請委託鑑定機關提供該小組參考，第 11 點規定，小組會議不受理訴訟事件當事人之任何一方到場陳述意見，否定了當事人（含檢察官），甚至是辯護人的在場權、陳述意見權。

6. 評議結果共識決原則：

依第 15 點之規定，小組會議對於鑑定案件之審議鑑定，以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另作發言紀錄。惟依前述「醫審會設置要點」第 6 點第 4 項之規定，小組會議作成決議事項，僅須有小組委員過半數出席，出席委員過半數同意即可（可否同數時，由主席裁決之）³⁴⁴，顯然與「鑑定作業要點」之作法有所不同。

³⁴⁴此部分之規定仍承襲著依已於 2006 年 2 月 7 日廢止之「行政院衛生署醫事審議委員會組織規程」第 6 條第 3 項之規定。

7. 書面回覆原則：

依第 7 至 8 點之規定，鑑定書應載明委託鑑定機關、委託鑑定範圍或項目、案情概要、鑑定意見、原送鑑定之相關卷證資料、鑑定之年月日；並逕送委託鑑定機關，不提供訴訟事件當事人，且除法令另有規定外，亦不對外提供。

8. 無定期召開會議原則：

依該要點之內容並無規定該小組須於何等期間內必須召開小組會議，惟依前述「醫審會設置要點」第 6 點第 1 項僅規定，該會會議每年至少召開 1 次，必要時得舉行臨時會³⁴⁵，至於實際上該小組何時必須召開會議進行鑑定，雖未有明文規定，惟依實際參與鑑定工作者之經驗，目前醫審會之召開頻率，大概為一週一至兩次。

第四節 我國現行醫療過失鑑定之問題

承上所述，行政院衛生署所屬之醫審會「醫事鑑定小組」，其辦理醫療過失鑑定作業大致遵循，被動接受鑑定、不主動調查證據、初審醫師先行、公正客觀評議、秘密評議、評議結果共識決、書面回覆、無定期召開會議等原則，雖然該小組之鑑定結果甚為實務所倚重，但其運作之方式是否符合刑事訴訟程序上之要求，實有疑義，下文將依序指出該鑑定方式所衍生之問題：

1. 衛生署角色衝突之問題：

衛生署負有監督、指導、評鑑全國各醫療院所之職責，然而官方

³⁴⁵惟依已於 2006 年 2 月 7 日廢止之「行政院衛生署醫事審議委員會組織規程」第 6 條第 1 項前段之規定：「本會會議每三個月召開一次，必要時得舉行臨時會議。」觀之，其規定該會必須召開會議之時程，顯然較「醫審會設置要點」所規定者為短。

醫審會鑑定小組卻又對醫療院所發生之醫療過失案件進行鑑定，不免令人有角色衝突、混淆之疑慮³⁴⁶。此外，原台灣省立醫院已改制歸衛生署所管轄，轄下已有署立桃園、台北、基隆醫院等 28 家醫療院所，衛生署身為鑑定主管機關，如署立醫院涉及醫療糾紛訴訟時，其醫療鑑定又由衛生署所屬之醫審會執行，更有利益衝突之問題³⁴⁷。

2. 成員專業度不足之問題：

如上所述，該「醫事鑑定小組」雖置委員 21 至 27 人，成員除了不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事專家學者外，為免醫醫相護、綜合考量社會輿情等理由，另外又就不具醫學專業之法學專家、學者及社會人士予以遴聘入內，甚至規定其中法學專家及社會人士之比例，不得少於 3 分之 1³⁴⁸。然而刑事訴訟法第 198 條已明文要求，鑑定人必須就所鑑定之事項具備特別知識經驗者始得任之，該小組成員醫學專業人士之人數，是否能達到委託機關之要求實令人質疑。

析言之，因現代醫學高度專科化發展之結果，任何一位醫師至多僅能在其所專精之領域內被稱為專家，至於其專科以外之領域，即難謂有專家鑑定之能力，況醫師分科制度已行之有年，僅以目前衛生署所制訂之「專科醫師分科及甄審辦法」第 3 條之規定為例，官方所承認之醫療分科已多達 18 種，再以內科說明之，內科中之心臟、胸腔、胃腸、腎臟、血液等科都是高度專業之分科，各次專科內之專業知識與醫療常規均非其他次專科之醫師所能知曉與理解。該小組成員扣除掉至少 3 分之 1 不具醫學背景之委員後，至多僅有 14 至 21 位委員具有醫學背景，醫療鑑定所涉之專門知識類別，早已超過具有專業知識

³⁴⁶ 邱清華、劉緒倫、饒明先，醫療糾紛鑑定之現況、檢討及建議，醫事法學雜誌第 8 卷第 2、3 期合訂本，2000 年 9 月，第 10 頁。

³⁴⁷ 許義明，我國醫療鑑定之現況與檢討，萬國法律雜誌第 151 期，2007 年 2 月，第 65 頁。

³⁴⁸ 誠如實際參與鑑定工作者之分享，此等法學專家之參與，著實對於溝通醫學家與法學家間，就醫學上與法學上概念的落差，提供相當大的幫助，有益於院檢與醫審會間概念之釐清，實為不可或缺。不過，本文所提及之醫學專家人數不足的問題亦為事實，本文將嘗試提出解決之方法（詳後述）。

委員之人數，即使各委員各屬不同之醫療專科，也不可能涵蓋所有科別之專家³⁴⁹。由此觀之，醫審會是否符合鑑定人之資格，不無疑問。

3. 鑑定依據資料不足之問題：

該小組鑑定所依據之資料悉由委託機關提供之，且以其所提供者為限，該小組不負責證據之調查或蒐集工作。然而，此等作法可能已與刑事訴訟法之規定有違，依刑事訴訟法第 208 條第 1 項準用同法第 205 條之規定，鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，檢閱卷宗及證物，並得請求蒐集或調取之，甚至有必要時，得請求訊問被告、自訴人或證人，且鑑定人享有在場權及直接發問權等等。該小組實際運作情形要不是單純依據委託機關所提供之證據資料直接作出鑑定，再不然就是直接以相關證據資料尚有欠缺，不足以作出進一步鑑定結果，直接發文退回委託機關，造成期日之延宕。也就是說，該小組此等作法實容易發生鑑定結果錯誤或是必須經過多次之鑑定，實為人所詬病。此外，該小組不接受對於器官、組織或檢體之病理檢查，似僅以醫療過程之鑑定為限。

然而，醫療過失之鑑定可大別分為三個階段（以病人身故為例），包括屍體解剖鑑定、醫療過程鑑定及藥理生化鑑定，三者之重要性不分軒輊，其中之一的鑑定工作不能落實，則必然影響其他鑑定之判斷結果³⁵⁰。倘若屍體解剖鑑定或藥理生化鑑定結果有誤，勢必影響醫療過程鑑定之結果，雖然該小組可能係基於其任務設定或資源不足之緣故，無法辦理屍體解剖鑑定及藥理生化鑑定等工作，然而，其不主動調查證據之作法，確實有可能使該種錯誤情形更為嚴重。

4. 初審制度違法之問題：

³⁴⁹許義明，我國醫療鑑定之現況與檢討，萬國法律雜誌第 151 期，2007 年 2 月，第 63 頁。

³⁵⁰李聖隆，從刑事法觀點看醫療糾紛訴訟與醫療鑑定，刑事法律專題研究（十六）－司法院第 39、40 期司法業務研究會研究專輯，1999 年 5 月，第 407-408 頁。

如上所述，因醫療鑑定所涉之專門知識類別，早已超過該小組所具有專業知識委員之人數，即使各委員各屬不同之醫療專科，也不可能涵蓋所有科別之專家。該小組為彌補鑑定能力不足，故將鑑定案件先行交由相關科別專長之醫師（即所謂初審醫師）審查，研提初步鑑定意見，再召開小組會議，請初審醫師參與討論。然而，此等作法已然遭受批評，蓋鑑定人之積極資格的取得，自以鑑定人具有就所鑑定之事項具備特別知識經驗者為限，不論自然人或機關皆然，前述小組成員專業度不足之問題，造成必須先行委外另行初步鑑定，已然有違法之嫌。

蓋刑事訴訟法雖然沒有禁止再轉託鑑定之規定，然最高法院曾揭禁：「...囑託鑑定必須受囑託之機關或團體自身對於鑑定事項具有鑑定能力者，始足當之。若受囑託之機關或團體並無鑑定能力或雖有鑑定能力而任意指定第三人鑑定，均不生囑託鑑定之效力。」³⁵¹，故該小組是否具有鑑定能力、符合鑑定人之積極資格，實備受質疑。鑑定報告雖係經由小組會議討論所作出，然而是否該鑑定結論是否深受初審醫師所影響，甚至完全吸收初審鑑定意見亦不無可能³⁵²。官方醫審會之存在恐有疊床架屋之虞，委託機關是否直接送交相關機構進行鑑定取得鑑定結果可能更為妥適。

5. 迴避及鑑定人拒卻之問題：

雖然該小組強調其委員及初審醫師對於現職服務醫院之鑑定案件、與本身具有利害關係之鑑定案件或與訴訟事件當事人之任一方具有利害關係之鑑定案件，均應予迴避，以保證進行鑑定人身份之公正

³⁵¹ 此雖係最高法院 76 年台上字第 1721 號民事判決內容，然衡諸刑事訴訟嚴格證明程序之要求（即刑事訴訟法第 155 條第 2 項之規定，無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。），在醫療過失刑事程序上，對於鑑定人不具備鑑定能力，所作出之鑑定報告是否具有證據能力值得探討。

³⁵² 李聖隆，我國醫療糾紛鑑定實務的檢討，刑事法律專題研究（十六）—司法院第 39、40 期司法業務研究會研究專輯，1999 年 5 月，第 361-363 頁。

性。然而，「鑑定作業要點」究係衛生署內部行政規則而已，能否落實仍有待外部監督之檢驗。而依刑事訴訟法第 200 至 201 條之規定，當事人得依聲請法官迴避之原因（即同法第 17 至 18 條之規定，例如特定身分關係等原因）拒卻鑑定人，但同法第 208 條適用機關鑑定時，卻未明文準用之，致生當事人得否聲請機關鑑定人迴避或拒卻機關鑑定人之疑問³⁵³；縱使認為當事人對機關鑑定人享有拒卻聲請之權利，但是醫審會從未公開鑑定委員及初審醫師之名單，無論是當事人甚至是委託機關，均無從得知鑑定委員及初審醫師為何人³⁵⁴，當事人要如何對之行使拒卻之權利，該小組鑑定委員之公正性如何確保致生疑義。

6. 鑑定判斷標準之問題：

依前述「鑑定作業要點」第 16 點之規定，該小組評議時，係就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌當地醫療資源與醫療水準，提供公正、客觀之意見。然而，此一規定卻引發了該小組進行鑑定時所依據之「醫療水準」到底為何的問題³⁵⁵。首先，所謂「基於醫學知識與醫療常規」一語，似乎是指鑑定標

³⁵³對照民事訴訟法第 340 條在處理機關鑑定時之方式，依法準用該法第 331 至 332 條拒卻鑑定人之規定，刑事訴訟程序上對於機關鑑定人之拒卻卻付之闕如。然亦有論者提及，雖然機關本身不可能有與當事人發生因身分關係等需要迴避之問題，但對實際從事鑑定工作之自然人，甚至可能成為民事案件之被告的醫療院所，均有可能對之聲請拒卻，參照薛瑞元，「刑事訴訟程序中機關鑑定之研究—以醫事鑑定為範圍」，台灣大學法律學研究所碩士論文，1999 年 1 月，第 95-97 頁。

³⁵⁴首先參照衛生署於 1997 年 8 月 28 日提出於監察院之「醫事鑑定作業書面報告」內容所述：「該小組鑑定委員名單不公開，以確保鑑定結果之客觀性。。請與會人員以密件處理審議資料，切勿對外洩漏參與審議人員名單，以避免造成審議困擾。」，轉引自監察院，行政院衛生署接受醫療糾紛之鑑定涉有弊端之調查報告，全國律師雜誌，1998 年 2 月，第 94 頁。次按前述「鑑定作業要點」第 7 至 8 點之規定，鑑定書雖記載委託鑑定機關、委託鑑定範圍或項目、案情概要、鑑定意見、原送鑑定之相關卷證資料、鑑定之年月日，卻未具名記載鑑定委員及初審醫師為何人。未按，實務上曾發生法院要求該小組提供某個鑑定案件中參與鑑定委員的名單，以資認定其鑑定意見證明力強弱及對鑑定意見有所取捨，遭衛生署斷然回覆：「鑑定意見係以委員會名義函覆委託鑑定機關，並非以鑑定委員個人名義出具鑑定書。惟為避免鑑定委員受到不必要之干擾，本署向均不對外提供委員名單，來函所囑交付鑑定委員名單乙節，建請再卓酌。（行政院衛生署 1994 年 9 月 1 日衛署醫字第 83051355 號函）」，轉引自李聖隆，我國醫療糾紛鑑定實務的檢討，刑事法律專題研究（十六）—司法院第 39、40 期司法業務研究會研究專輯，1999 年 5 月，第 363-365 頁。凡此種種，均足以證明當事人得知鑑定委員身分之困難度。

³⁵⁵國內有論者點出該問題，惟其認為鑑定標準應分為地方標準說（以當地之醫療資源與醫療水準判斷）、國家標準說（以醫界所公認之醫療常規定之）及世界標準說（以符合當時科技或專業水準定之），鑑定醫師多參考最新之醫學文獻以世界一流醫學中心之世界標準來審查我國之案件，

準必須參考最新的醫學文獻以及醫界所公認之醫療常規決定之，然而此說馬上引起下述爭議，亦即醫學知識與醫療常規究應以國內標準決定即可，還是必須參考國際的標準？

此外，醫學知識與醫療常規似乎分別代表了醫學上學說的定義與醫療實務運作上的標準，兩者之間是否存有一定的落差？此外，所謂「衡酌當地醫療資源與醫療水準」一語，似乎是指該案醫療現場之醫療資源與醫療水準可能與一般醫學知識與醫療常規有所不同，兩者如何折衷？凡此種種均涉及認定醫療過失之「醫療水準」如何形成之問題。而鑑定結論雖然對於委託機關並無拘束力，委託機關還是可以依據自由心證原則認定之，但由於委託機關實際上多不具有專業醫療知識，所作出之處分及判決恐怕仍得依賴鑑定的結果，縱由實證觀察亦復如此，故而該小組之鑑定結論對於委託機關實具有實質拘束力³⁵⁶，所以該小組對於過失的認定標準，則必然的會成為檢討的對象。

7. 評議過程程序保障不足之問題：

依前所述，該小組評議時除委員及初審醫師參與討論外，必要時另得邀請有關機關或專家學者列席諮商，但不受理訴訟事件當事人之任一方到場陳述意見；最後以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另製作發言紀錄。然而，首先該小組委員及初審醫師之身分不公開，其公正性遭受質疑已如前述；其次，在小組評議進行時，鑑定資料實係於開會時當場再發，並被要求與會人員離席時，將鑑定資料留在座位上，不得攜出會場³⁵⁷。試想以醫療糾紛所涉之專業複雜程度，鑑定委

並認為該「鑑定作業要點」係採地方標準說與國家標準說之折衷說云云，參考林萍章，「醫醫相害」談醫療糾紛鑑定：以醫師刑事判決敗訴為例，「刑事醫療糾紛」學術研討會論文集，2008年1月19日，第22-23頁。

³⁵⁶張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例—，「刑事醫療糾紛」學術研討會論文集，2008年1月19日，第61-62頁。

³⁵⁷衛生署於1997年8月28日提出於監察院之「醫事鑑定作業書面報告」內容所述，轉引自監察院，行政院衛生署接受醫療糾紛之鑑定涉有弊端之調查報告，全國律師雜誌，1998年2月，第94頁。

員竟無法於鑑定前事先取得相關資料進行準備，如何能夠期待委員於會議進行中充分討論？倘嗣後發現鑑定所涉之問題另有值得再行討論或進行會後研究之必要，該小組要求與會人員不得將資料攜出會場，委員恐怕無法針對相關問題作進一步研究，如此倉促之下所作出之結論，其可靠性及完整性如何期待？

此外，依刑事訴訟法第 206 條之 1 第 1 項：「行鑑定時，如有必要，法院或檢察官得通知當事人、代理人或辯護人到場。」之規定觀之，倘委託機關認為鑑定結果可能會對事實的認定產生重大影響時，為使鑑定程序透明化，減少不必要之疑慮，或釐清相關的爭點，宜使當事人、代理人或辯護人到場作意見的表達³⁵⁸。然而該小組評議時並不受理訴訟事件當事人之任一方到場陳述意見，此一規定明文否定了當事人（含檢察官），甚至是辯護人的在場權、陳述意見權，恐有不當，更容易在日後滋生爭議³⁵⁹。

最後，該小組主張其以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另製作發言紀錄云云。然而，依前述「醫審會設置要點」第 6 點第 4 項之規定，小組會議作成決議事項，僅須有小組委員過半數出席，出席委員過半數同意即可（可否同數時，由主席裁決之），顯然與「鑑定作業要點」之作法有所不同；並且對於此等涉及醫療專業的問題，學術或實務間專業見解有所不同實屬常態，縱為少數意見亦有其道理，不見得沒有保留之必要；再者，倘有不同意見的情形，全體委員是經過何等討論始達成一致見解，贊成或反對鑑定結論者有幾人？反對理由何在？凡此種種均為檢驗鑑定結論可信性之依據，該小組卻未予詳

³⁵⁸ 此即刑事訴訟法第 206 條之一的立法理由。

³⁵⁹ 依刑事訴訟法第 206 條之一的規定及立法理由，國內有論者明白肯定倘當事人等敘明理由向委託機關提出在場見證之聲請，委託機關應側重保障鑑定活動的透明、公正與客觀性，就個案權衡是否准許之，賦予該條文比較正面積極之意義，黃梅月，鑑定人『行鑑定時』辯護人的在場權」與談記錄，台灣本土法學雜誌第 100 期，2007 年 11 月，第 164-166 頁。惟亦有論者認為鑑定人行鑑定時，該階段與委託機關作成最後結論尚無直接聯繫，賦予當事人等在場權實益不大，而持較保守之看法者，吳俊毅，鑑定人「行鑑定時」辯護人的在場權一評最高法院九五年台上字第四五八二號判決一，台灣本土法學雜誌第 100 期，2007 年 11 月，第 158 頁。

載，也無怪乎招致近似黑箱作業之批評³⁶⁰。

8. 鑑定報告記載內容之問題：

依「鑑定作業要點」規定，鑑定書應載明委託鑑定機關、委託鑑定範圍或項目、案情概要、鑑定意見、原送鑑定之相關卷證資料、鑑定之年月日。首先，該鑑定書之內容顯然欠缺了最重要的「鑑定經過」（包括鑑定方法、鑑定依據、引用文獻、不同意見、討論過程等），然依刑事訴訟法第 208 條準用同法第 206 條第 1 項之規定，鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告，倘鑑定人以書面報告提出者，若未記載鑑定經過，經委託機關要求補正而未予補正者，則該欠缺法定記載要件之鑑定報告自無證據能力³⁶¹，因此欠缺記載「鑑定經過」之醫療過失鑑定報告，其證據能力勢必遭受挑戰³⁶²。其次，鑑定意見說明部分之缺失亦常為人所詬病，諸如鑑定意見未記載文獻依據或出處³⁶³、醫學上是否有其他處置方式³⁶⁴、鑑定意見前後矛盾³⁶⁵

³⁶⁰ 李聖隆，我國醫療糾紛鑑定實務的檢討，刑事法律專題研究（十六）—司法院第 39、40 期司法業務研究會研究專輯，1999 年 5 月，第 363-365 頁。

³⁶¹ 相關實務見解可參考，最高法院 92 年台上字第 2282 號刑事判決：「(測謊)鑑定報告書之內容應包括鑑定經過。。。受囑託之鑑定機關不應僅將鑑定結果函覆，並應將鑑定結果一併載明於鑑定報告書中，若鑑定報告書僅簡略記載結果而未記載經過，既與法定記載要件不符，法院自應命受囑託機關補正，必要時得通知實施鑑定之人以言詞報告或說明，否則此種欠缺法定要件之鑑定報告不具被證據資格，自無證據能力可言。」，同院 93 年台上字第 1865 號刑事判決及 94 年台上字第 6881 號刑事判決，亦有類似旨趣。

³⁶² 目前法院對於欠缺記載「鑑定經過」之醫療鑑定書，是否認定其無證據能力，態度仍有些保守，參考李聖隆，醫療鑑定有無絕對必要及鑑定報告證據能力的商榷，台北律師公會系列在職進修課程（二三三）講義，2005 年 4 月 23 日，第 11 頁。

³⁶³ 例如行政院衛生署鑑定委員會第 86185 號鑑定書所載，鑑定意見針對法院所詢該案病人因患有子宮二至三度脫垂、膀胱直腸脫出症及尿失禁，實施全部子宮切除及膀胱懸吊術是否為標準作法等問題，僅以病人已達停經年齡，可以考慮順便摘除雙側卵巢及輸卵管，以避免已無功能的器官生病。。。除非病人有嚴重疾病不適合麻醉手術，採取保守支持療法外，都建議手術治療云云。完全未說明依據或出處為何，致使委託機關無法驗證其鑑定結論之正確性，轉引自林鳳秋，「醫療糾紛案件中鑑定書定型化之探討」，中興大學法律學系碩士論文，1998 年 7 月，第 81-83 頁。

³⁶⁴ 例如行政院衛生署鑑定委員會第 85120 及 85124 號鑑定書所載，鑑定意見針對法院所詢該案病人因患有哮喘至醫院求診，卻於三天後死亡，醫師於治療上是否有所疏失等問題，未提及當病人進一步發生支氣管炎之症狀時，在醫學上是否有應注意予以處置之部分。導致法院在認定醫師是否有不作為之疏失導致病人死亡之部分，無法作精確認定，轉引自林鳳秋，「醫療糾紛案件中鑑定書定型化之探討」，中興大學法律學系碩士論文，1998 年 7 月，第 142-143 頁。

³⁶⁵ 例如在臺灣高等法院 89 年上訴字第 120 號刑事判決中，病人因運動時呼吸困難、心悸，爾後住院接受治療，經檢查認定是主動脈瓣及二尖瓣閉鎖不全而接受開心手術，懷疑係因住院時患有亞急性心膜炎，被告醫師疏未診斷及檢查，最後導致病人因敗血症及多重器官衰竭死亡。該小組前三次之鑑定結果均認為病人住院時患有亞急性心膜炎，被告醫師疏未診斷及檢查，但第四次鑑

等問題，也使得該小組鑑定報告之權威性一再遭到質疑。

9. 到場報告、具結、詰問之問題：

由於該小組之鑑定結論多直接以書面回覆委託單位，而依刑事訴訟法第 208 條第 1 項前段準用同法第 206 條第 3 項之規定，對於鑑定機關以書面報告者，於必要時才令其以言詞說明之；加上目前該等鑑定報告對於初審醫師及鑑定委員之身分均未透露，委託機關縱認為有使鑑定人以言詞說明之必要（同法第 208 條第 1 項後段），實際上該傳喚何人出庭亦有疑問；此外，部分法官因案件太多無暇等待傳喚鑑定人出庭說明³⁶⁶，均造成委託機關委託該小組鑑定之案件，未見該小組派員報告之情形。從而同法第 208 條第 2 項準用第 202 條要求鑑定人履行具結義務，及接受詰問之義務³⁶⁷，均成為空談。綜上所述，此等未經言詞審理，以供確保鑑定結論正確性之報告，是否具有證據能力即引起相當之爭議³⁶⁸。

第五節 解決方式及建議

由此可見，現行醫審會辦理醫療過失鑑定工作的確存在相當之問題，諸如衛生署角色衝突、成員專業度不足、鑑定依據資料不足、初

定時始引用心臟學教科書上所載之確定診斷及排除診斷的說法，推翻了前面三次鑑定結論，相關評釋可參考林萍章，「醫醫相害」談醫療糾紛鑑定：以醫師刑事判決敗訴為例，「刑事醫療糾紛」學術研討會論文集，2008 年 1 月 19 日，第 36-42 頁。

³⁶⁶參考邱琦於「醫療糾紛專家參審」學術研討會之發言記錄，邱琦、邱清華、吳建樑等，「醫療糾紛專家參審」學術研討會會議記錄，醫事法學雜誌第 11 卷第 2 期，2003 年 6 月，第 84 頁。

³⁶⁷對質詰問權是被告的重要權利，大法官解釋釋字第 582 號解釋強調，除「客觀上不能受詰問」外，被告以外之人，含證人及鑑定人，於審判中仍應依法踐行詰問程序；此外亦可參考刑事訴訟法第 166 條以下之規定。

³⁶⁸實務上多認為刑事訴訟法第 206 條係同法第 159 條第 1 項「法律另有規定」之情形，甚至應當依據同法第 159 條之 4 第 1 款之規定認為該鑑定報告係特性信文書，而有證據能力。然而多數學說見解均認為站在保障被告對質詰問權之目的而言，實務之見解實有不妥，參考李佳玟，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力—評最高法院九十五年台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，第 249-258 頁；惟學說上亦有少數贊同實務見解者，如黃清濱，證據能力與證明力之研究—以醫療糾紛訴訟醫事鑑定報告與診斷證明書為例，醫事法學雜誌第 14 卷第 1、2 期合訂本，2006 年 6 月，第 14 頁。

審制度違法、迴避及鑑定人拒卻、鑑定判斷標準、評議過程程序保障不足、鑑定報告記載內容、到場報告、具結及詰問、鑑定時程延宕等問題，由於該小組之鑑定結果甚為實務所倚重，貿然將醫審會排除於鑑定途徑之外恐非良策，如何兼顧目前實務運作需求，並尋找解決上述問題之方法並不容易，故本文建議分別以醫審會內部及醫審會外部之改善方法逐步落實，以下依序說明之：

第一項 醫審會內部之改善方法

1. 針對鑑定委員專業度不足、初審制度違法之部分：

由於為免醫醫相護、綜合考量社會輿情等理由，於醫療法第 100 條及「醫審會設置要點」第 3、4 點規定，須另就不具醫學專業之法學專家、學者及社會人士予以遴聘入內，甚至規定其中法學專家及社會人士之比例，不得少於 3 分之 1。然而，因醫療鑑定所涉之專門知識類別，早已超過具有專業知識委員之人數，即使各委員各屬不同之醫療專科，也不可能涵蓋所有科別之專家已如前述；此外鑑定應純係在特別知識經驗上輔助委託機關而存在。

故本文建議於上述法規中（限於醫事鑑定部分），對於委員遴選之方式，由於醫療鑑定所涉之專門知識類別繁多，希望能盡量涵蓋可能的醫療專科，建議由衛生署內部成立「鑑定委員遴選委員會」，由其徵詢相關公會、政府機關、學術機關之意見並取得本人同意後，建立鑑定委員參考名單，於辦理醫事鑑定作業時，依各委員所屬不同專長、資歷等，再行組成醫事鑑定小組，如此一來既考量到鑑定委員組成之公正性，更能緩解鑑定專業不足之疑慮。

至於目前初審醫師制度存在之問題，本文建議在醫審會角色進一步釐清之前（詳如下述），應考慮將符合該案鑑定知識要求之相關醫

師，遴選為鑑定委員之一，在醫事鑑定小組會議討論時當然列席報告，並由該委員及其助手負責解釋及回答相關問題之疑慮，於作成結論時亦當然享有表決之權利，以收集思廣益之效，同時該委員所作成之初步報告及相關資料，應一併送交委託機關，如此亦可澄清初審醫師制度違法之質疑。

2. 針對鑑定依據資料不足之部分：

由於「鑑定作業要點」第 3、9 點規定該小組鑑定所依據之資料悉由委託機關提供之，且以其所提供者為限，該小組不負責證據之調查或蒐集工作。然而，為落實刑事訴訟法第 208 條第 1 項準用同法第 205 條鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，檢閱卷宗及證物，並得請求蒐集或調取之規定，並為避免該小組直接發文退回委託機關，造成期日之延宕。

本文建議針對修改「鑑定作業要點」第 3、9 點不合理之規定，回歸刑事訴訟法的原則，並於該小組接受鑑定委託且由辦理初步鑑定委員審閱該案件後，規定於一定期日內須向委託機關請求蒐集、調取卷宗及證物，以避免時程之延誤；此外，衛生署身為全國各醫療院所之上級監督機關，自應本於職權，主動協助委託機關向該醫療院所調取諸如完整之病歷資料、護理紀錄、X 光片、作業手冊等資料，凡此種種宜於該「鑑定作業要點」修正時一併規定清楚，否則實無法期待鑑定資料依據不足問題之改善。惟若醫審會仍拒絕改進目前之作法，則委託機關自應依職權或當事人之聲請，儘速另覓鑑定人選，以免遲滯程序之進行。

3. 針對迴避及鑑定人拒卻之問題：

由於醫審會從未公開鑑定委員及初審醫師之名單，無論是當事人甚至是委託機關，均無從得知鑑定委員及初審醫師為何人，從而根本

無法判斷醫審會是否具有得為聲請拒卻之原因。

故為改善此等鑑定之弊，首先應明文要求衛生署於鑑定報告中³⁶⁹公開進行初步鑑定之鑑定人及鑑定委員之姓名，蓋我國並無秘密鑑定之制度³⁷⁰。至於鑑定人憂慮於鑑定報告上具名，可能遭案件關係人請託或關說，甚至被案件關係人騷擾等情事（關於鑑定人到場報告、詰問之部分，另於下文中說明之），依照現行法規仍有一定之解決方法，按該小組之鑑定報告逕送委託鑑定機關，不提供訴訟事件當事人，且除法令另有規定外，亦不對外提供，故被告欲知悉鑑定人是否具有拒卻之事由，依刑事訴訟法第 33 條第 1 項之規定，於審判中（即偵查中一律不許閱卷之聲請）被告必須選任律師擔任辯護人（非律師者須經審判長許可），始得聲請閱卷³⁷¹，故未選任辯護人之被告，除非鑑定人出庭應訊，根本無從得知鑑定人之身分，遑論有對鑑定人關說或騷擾之可能；縱使其已選任辯護人，法院得透過律師法、律師倫理規範等規定，要求辯護人不得洩漏不必要之資訊予案件關係人³⁷²，仍可對於鑑定人作出一定之保護³⁷³。

³⁶⁹監察院，行政院衛生署接受醫療糾紛之鑑定涉有弊端之調查報告，全國律師雜誌，1998 年 2 月，第 100 頁，有論者甚至認為應於鑑定前即先行公開鑑定人之身分，高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律雜誌第 130 期，2003 年 8 月，第 92 頁；**本文認為**於鑑定前即先行公開鑑定人之身分固然在取得當事人信服一點上立意良善，然而考量到改革初期可採漸進之方式為之，倘能要求醫審會確實於鑑定報告揭露鑑定人身分，已是一大進步，待日後進行下一波改革時，自可將此意見列入參考。

³⁷⁰我國於檢肅流氓條例第 12 條及組織犯罪條例第 12 條針對該等犯罪情形另設有「秘密證人」制度以資保護，惟針對醫療過失案件是否有必要予以仿效，對於鑑定人增設「秘密鑑定人」之制度予以保護，恐有疑問。

³⁷¹此外，依刑事訴訟法第 33 條第 2 項之規定，無辯護人之被告得於審判中請求法院付與卷內筆錄之影本，但同條項但書規定，筆錄之內容涉及第三人之隱私者，法院仍得限制之。

³⁷²惟實際上恐難想像當辯護人或告訴代理人經由閱卷得知鑑定人之身分資料後，若委任人要求告知而辯護人或告訴代理人拒絕之情形，恐怕只能寄望辯護人或告訴代理人於承辦業務時，對於委任人不合理之要求（諸如要求對鑑定人行賄，以作出有理於委任人之結果）予以規勸或拒絕（律師法第 26 條第 2 項、律師倫理規範第 31 條參照），甚至委任人有不法情事（例如恐嚇威脅鑑定人）時，應主動告知相關機關（律師倫理規範第 33 條），否則將有使其遭受懲戒等處分之虞（律師法第 39 條參照），藉此控管鑑定人身分揭示所引起之風險。此外，刑事程序中之當事人依刑事訴訟法第 3 條之規定，僅指檢察官、被告及自訴人，依同法第 319 條第 2 項之規定，自訴之提起須由律師代理為之，故此部分對於鑑定人之保障亦可透過對律師之監督為之。至於告訴人，由於其並非刑事程序之當事人，除非告訴人依同法第 271 條之 1 第 2 項之規定委任律師為告訴代理人，否則亦不得聲請閱卷，故對於鑑定人之保障也可透過對律師之監督為之。

³⁷³惟依照禮遇刑事案件鑑定人實施要點(2004 年 3 月 2 日發布)第 7 點之規定：「法院得依職權或

至於鑑定人之身分一旦揭露後，刑事訴訟程序中當事人得否聲請機關鑑定人迴避或拒卻機關鑑定人之問題，雖然依刑事訴訟法第 200 至 201 條之規定，當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人，而同法第 208 條於機關鑑定時未予以準用；然而對照民事訴訟法第 340 條之規定，於機關鑑定時依法準用該法第 331 至 332 條拒卻鑑定人之規定。

本文認為考量到刑事訴訟程序應有更為嚴格之程序保障，基於舉輕以明重之法理，除了衛生署本身角色衝突（如署立醫院涉及醫療糾紛訴訟時）不宜擔任鑑定人，得對之聲請拒卻外，對於實際從事鑑定工作之自然人，當有得聲請其迴避之原因發生時，雖然鑑定結論係以醫審會之名義對外作成，但該自然人對於鑑定結論之影響實不言而喻，解釋上透過鑑定人身分之公開，當事人³⁷⁴自得對之聲請拒卻，要求醫審會另行指派其他鑑定委員進行鑑定或重新鑑定，甚至要求委託機關另行送交其他鑑定人進行鑑定，否則對於機關鑑定行使聲請拒卻權，勢必成為具文。

4. 針對鑑定判斷標準之部分：

依前所述，該小組評議時，係就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌當地醫療資源與醫療水準，提供公正、客觀之意見。此一規定卻引發了該小組進行鑑定時所依據之「醫療水準」到底為何的問題。如前論及醫療過失構成要件中，關於注意義務部分所述，所謂「醫療水準」係指判斷具體個案醫療行為之施行，是否符合法律所期待之判斷標準，對於判斷該醫療行為施行是

依鑑定人之請求，將鑑定人之年籍、住居所、身分證、統一編號等資料，不直接記載於開庭筆錄，而另行記載於其他書面，並將該書面與卷內其他記載有上列資料之文件一併封存，不予揭露，以適度保障鑑定人隱私。」，該要點制訂要旨固然有保護鑑定人，提高其出庭意願之美意，但對於鑑定人身分保護之程度似已接近「秘密鑑定人」制度，是否適法甚至合憲恐有疑問。

³⁷⁴同前所述，由於告訴人並非刑事程序之當事人，但倘鑑定人具有得聲請其迴避之原因發生時，解釋上告訴人雖非當事人，其仍得透過公訴檢察官向法院聲請拒卻鑑定人。

否具有過失至關重要，若認為不符合醫療水準之要求，則經法院自由心證判斷後之結果，很有可能會被認定違反注意義務，以下簡述「醫療水準」之概念。

「醫療水準」之形成必須經過「經驗階段」（即某一治療法假說經臨床實驗確認該新法之有效性與安全性後；又透過發表在專業文獻、學會誌或專門雜誌，尋得共識的階段。）、「客觀化階段」（該治療法復經過不斷地學會發表、研究會等之討論後，取得在學術上具有具體客觀化和科學化結論的階段。）及「普及化階段」（已可期待一般開業醫師皆有所知悉，成為實際臨床運作方法的階段。），經過三個階段驗證之醫療行為，即形成某一醫療行為是否符合一定水準之判斷標準。此一標準可以說是臨床醫學所認定，目前一般開業醫師於施行某一醫療行為所應具有的平均水準，然而此一標準卻不是一個固定水準，在個案判斷上仍須考慮下列因素，諸如「醫療習慣」（由於具體標準形成過程不可能透過立法詳細規範，必須實際操作才能逐步建立實質內容，故醫療習慣成為重要的判斷參考。

但為了避免參差不齊的習慣影響判斷，尚應注意該習慣在臨床醫學上是否具有合理性、實踐性、於該案同級醫院或專科醫師之階層內之普遍性、不得低於當時地之醫療水準等。）、「當時當地的水準」、「醫療院所之分級」（不同院所之間的醫療水準各有不同，在個案的判斷上亦應予以考量，但在某一醫療水準確立的時間點前，該院所對於該水準已有所掌握，仍應科予較高之注意義務。）、「醫師分科制度」、「醫師之裁量權」等。綜上所述，「醫療水準」即係經過經驗階段、客觀化階段及普及化階段所得出之臨床醫學上所認可之平均水準，於個案中尚須另行考量醫療習慣、當時當地的水準、醫療院所之分級、醫師分科制度、醫師之裁量權等因素，以形成應有的標準；故此可知「醫療水準」實為可變動之判斷標準。

至於「鑑定作業要點」所引發之爭議，亦即醫學知識與醫療常規究應以國內標準決定即可，還是必須參考國際的標準？醫學知識與醫療常規代表了醫學上學說的定義與醫療實務運作上的標準，兩者之間是否存有一定的落差？所謂「衡酌當地醫療資源與醫療水準」一語，倘該案醫療現場之醫療資源與醫療水準與一般醫學知識與醫療常規有所不同，兩者如何折衷等等？參照上述對於「醫療水準」之定義可知，首先，原則上判斷標準當然係以國內標準決定即可，縱然醫學上與國際之交流勢不可免，然而法律上之要求還是以行為發生地作為標準即可，國際間標準僅係醫療水準形成過程中的參考依據而已，仍有待國內臨床醫學有所落實，始得作為判斷標準。其次，醫療水準係指臨床實踐上之操作標準，而不是單純醫學上學說之定義，所謂醫學上學說之定義即「醫學水準」，應指學界之研究水準，其較高於臨床實際操作之標準，與「醫療水準」有所不同，兩者不可混淆。最後，如何衡酌當地醫療資源與醫療水準，蓋「醫療水準」實係一可變動之判斷標準，惟因「鑑定作業要點」並未能將其他可能影響「醫療水準」之因素一併例示，以供鑑定委員作為依據。

本文認為雖然該「鑑定作業要點」對於「醫療水準」之標準闡釋大致正確，惟將來修正要點時，可一併考慮將判斷標準按照「醫療水準」之定義予以詳細闡明，以供鑑定委員參考；更重要的是，在鑑定報告中必須記載鑑定經過，其中應仔細論述該小組是如何形成該個案的判斷標準，包括所認定之臨床醫學上認可的平均水準依據為何（是否有具體文獻資料或會議結論可資佐證），於個案中所考量之醫療習慣、當時當地的水準等要素，是否有一定統計資料或該案同級院所、同專科（包括次專科）醫師之階層內獲得普遍認同之依據等等，否則所得出之鑑定結果難脫武斷、臆測之批評。

5. 針對評議過程程序保障不足之部分：

首先，針對在小組評議進行時，鑑定委員未能事先取得鑑定資料予以研究，俾於評議進行時充分討論之問題，雖然衛生署近年來並未針對此部分公布該會現行作法是否有所改變，然機關鑑定相較於自然人鑑定，最可貴之處便在於其得收集思廣益之效，為了讓鑑定委員能從不同角度提供更好的專業意見，**本文認為**該會應修改現場始發放鑑定資料之方式，於評議進行前相當時間，即將相關資料密封寄送予鑑定委員並要求其妥善保管，資料於評議後（但委員表示欲會後另行提出補充意見者除外）再行收回，一來可確保資料不致有滅失之虞，二來更可使委員事前得充分準備，甚至會後提出補充意見時亦有所本，才能真正發揮機關鑑定之特長。

其次，針對該小組評議時並不受理訴訟事件當事人之任一方到場陳述意見，明文否定了當事人、辯護人的在場權、陳述意見權一事，依刑事訴訟法第 206 條之 1 第 1 項：「行鑑定時，如有必要，法院或檢察官得通知當事人、代理人或辯護人到場。」之規定觀之，解釋上應認為，倘委託機關認為鑑定結果可能會對事實的認定產生重大影響時，為使鑑定程序透明化，減少不必要之疑慮，或釐清相關的爭點，宜使當事人、代理人或辯護人到場作意見的表達³⁷⁵，惟倘鑑定機關認為當事人、代理人或辯護人到場可能會對鑑定流程造成妨礙，甚至擔心鑑定委員因此受到不當干擾等情事，**本文認為**技術面上之問題仍有解決之方式，例如委託機關事前即得針對當事人聲請於鑑定時在場一事衡量是否有准予之必要，縱經准許，委託機關亦得於行前要求當事人等遵守一定規範，甚至鑑定機關本身亦得制訂相關會議規則確保評議之秩序，不宜逕以此等理由違法剝奪當事人之權利³⁷⁶。

³⁷⁵此即刑事訴訟法第 206 條之一的立法理由。

³⁷⁶誠如實際參與鑑定工作者之分享，使當事人得以到場說明，的確可能增加許多不要的麻煩，例如病患家屬到現場陳情哭訴、當事人因不了解相關法律或醫學上概念而無法溝通，甚至事後騷擾鑑定委員等等。然而，**本文認為**除上述建議的配套措施外，由於當事人很可能包括檢察官，是否應一併剝奪當事人之在場權利已不無疑問，此外，對於一般身分之當事人，亦可考慮以律師強制代理等配套措施緩解所可能發生的麻煩，實不宜貿然剝奪當事人法律上之權益。

最後，對於該小組主張其以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另製作發言紀錄之部分，**本文認為**醫審會須先處理前述「醫審會設置要點」第6點第4項（小組會議作成決議事項，僅須有小組委員過半數出席，出席委員過半數同意即可）與「鑑定作業要點」作法之矛盾，茲建議修改「鑑定作業要點」所規定之決議方式，與「醫審會設置要點」第6點第4項所規定之方式相同即可；而為了收集思廣益之效，對於不同意見之表達，應製作發言記錄（包括贊成或反對鑑定結論者有幾人？反對理由為何？）予以忠實呈現，俾供委託機關及當事人作為檢驗鑑定結論可信性之參考，如此始能避免黑箱作業之批評³⁷⁷。

6. 針對鑑定報告記載內容之部分：

依前所述，該小組之鑑定報告內容顯然欠缺了最重要的「鑑定經過」，欠缺記載「鑑定經過」之醫療過失鑑定報告，其證據能力勢必遭受挑戰。此外，鑑定意見說明部分之缺失亦常為人所詬病，諸如鑑定意見未記載文獻依據或出處、醫學上是否有其他處置方式、鑑定意見前後矛盾等問題，也使得該鑑定報告之權威性一再遭到質疑。因此**本文認為**該鑑定報告首先應針對「鑑定經過」之部分予以詳載，包括鑑定方法、鑑定依據（特別針對該案狀況，依一般之醫療水準應如何處置始為妥當）、引用文獻、不同意見、討論過程等必要部分，倘記載有所欠缺，委託機關得要求補正，未予補正者，應將該欠缺法定記載要件之鑑定報告視為無證據能力不予採用。

而針對鑑定意見說明部分之缺失，論者建議以定型化鑑定書（如附件四）作為現行鑑定報告格式之修改參考，以避免掛一漏萬，該建議記載內容應以下述方式為之，依時間順序分列各項目、病情之變化以病人主訴為主、醫師於病人主訴後所作出之客觀檢查、檢查之結

³⁷⁷誠如實際參與鑑定工作者之分享，在實際之操作上將所有討論過程一一呈現，往往得須耗費大量人力及時間成本。然而，會議紀錄的呈現不僅在於結論為何，更重要的是討論的過程，**本文認為**並不需要逐字逐句予以記錄，但仍可以摘要記載討論過程，以便使得辯論過程得以呈現，俾使院檢及當事人可以知悉鑑定過程所可能涉及的重要爭點。

果、醫師之初步診斷、醫師之處置行為、病人之反應結果、造成該結果之原因（包括直接原因與間接原因）、醫學上是否有應注意而為注意之事項（以避免過失不作為犯之疏忽）、是否有結果迴避可能性、文獻依據、鑑定資料若有不足可向委託機關調取等³⁷⁸，具有相當參考價值。

7. 針對到場報告、具結及詰問之部分：

雖然該小組之鑑定結論多直接以書面回覆委託單位，而委託機關亦未曾令其到場以言詞說明；然而縱使委託機關有意令其派員至現場報告，由於目前該等鑑定報告對於初審醫師及鑑定委員之身分均未透露，委託機關實際上該傳喚何人出庭亦有疑問。

本文認為首要工作當係要求衛生署於鑑定報告中公開發行初步鑑定之鑑定人及鑑定委員之姓名，倘委託機關或當事人對於報告內容有所爭執或疑問時，委託機關即應視為有必要命醫審會派員說明之情形，委託機關或當事人得要求主要進行鑑定工作之自然人（即前文所稱之初審醫師），或者是鑑定報告發言記錄中曾表示重要意見（包括支持、反對或少數意見）之鑑定委員，到場以言詞說明並接受詰問。

至於鑑定人擔心到場報告可能引發諸多不便等情事，依現行法規已有一定之處理方法，首先法院得依法院組織法第 87 條第 1 項及刑事訴訟法第 44 條第 1 項第 4 款之規定宣示審判不公開，以避免鑑定人遭受外界不必要之爭執與騷擾；其次，依 2004 年 3 月 2 日發布之「禮遇刑事案件鑑定人實施要點」所揭示之內容，其要求法院落實「事前安排原則³⁷⁹」、「便宜訊問原則³⁸⁰」、「人身保護及尊重原則³⁸¹」、

³⁷⁸林鳳秋，「醫療糾紛案件中鑑定書定型化之探討」，中興大學法律學系碩士論文，1998 年 7 月，第 132-136 頁。

³⁷⁹例如該要點第 2 點：「法官指定庭期前，宜指示書記官事先徵詢鑑定人方便到庭之時間，並酌留鑑定人請假、安排私人事務及準備出庭資料之時間；指定庭期，應注意案件庭訊時間之間隔，並準時開庭，避免鑑定人久候。」、第 3 點：「法院寄發鑑定人傳票時，應附具「鑑定人到庭注意事項」，列載鑑定人之權利、義務、待鑑定、報告或說明之事項、預估之開庭所需時間及應攜帶

「隱私保護原則³⁸²」、「一次傳喚原則³⁸³」、「主動付費原則³⁸⁴」，以提高刑事案件鑑定人到庭意願，便利交互詰問之實施，均可看出實務為落實鑑定人到院接受交互詰問之用心。

惟美中不足的是，由於醫療糾紛案件出席之鑑定人，本身多為業務繁忙之醫師或學者，對於因出庭所花費的時間及損失之收入，實務上應一併訂定較高之日費、旅費標準，以提高鑑定人之出庭意願。

8. 針對加速鑑定時程之部分：

依該要點之內容並無規定該小組須於何等期間內必須召開小組會議，惟依前述「醫審會設置要點」第6點第1項僅規定，該會會議每年至少召開1次，必要時得舉行臨時會³⁸⁵，至於實際上該小組何時

之資料，並註明鑑定人若因到庭鑑定、報告或說明而需法院於開庭前備妥相關資料時，請事先通知法院準備。」及第4點：「法院傳喚鑑定人時，應於傳票註記法院及書記官連絡電話、法院地圖及可利用之大眾運輸工具，以利鑑定人到庭。法院鄰近之道路及其他重要路口，應設置明顯路標，俾便鑑定人循線到院。法院於客觀條件許可下，宜對鑑定人提供接待及停車位服務，並於傳票附記。」之規定。

³⁸⁰該要點第5點：「鑑定人不能到場或有其他必要情形，法院宜儘量依刑事訴訟法第一百七十七條、第一百九十七條規定，於聽取當事人及辯護人之意見後，就鑑定人所在或於其所在地法院訊問之，或利用鑑定人所在與法院間之聲音及影像相互傳送之科技設備，依刑事訴訟遠距訊問作業辦法規定，對鑑定人實施遠距訊問。」之規定。

³⁸¹例如該要點第6點：「法院應於法院適當場所規劃鑑定人專用休息室，俾與當事人、證人區隔，以免鑑定人於庭訊前受到干擾。於法庭內，並應以適當方式區隔鑑定人與當事人，以免鑑定人於庭訊時受到干擾。」、第八點：「鑑定人到庭陳述，應予以適當尊重，並避免其受到不當之騷擾。法官於進行交互詰問前，應先曉諭行詰問之人尊重鑑定人之意旨，並於詰問進行中，依職權限制或制止明顯有礙鑑定人尊嚴之詰問。」、第9點：「法院得依職權或依鑑定人之請求，採用雙向電視系統將鑑定人與法官、當事人、辯護人隔離而為訊問或詰問，或依刑事訴訟法第一百六十九條規定，於鑑定人陳述時，命被告退庭。」及第11點：「對於鑑定人無再訊問或詰問之必要者，得許其先行退庭。如同時退庭時，應注意導引鑑定人於離開法院時，與當事人區隔，避免受到騷擾。鑑定人如有安全顧慮或受騷擾之虞，必要時，得派法警護送離開法庭，並提示如受侵犯或騷擾時，請求保護之方法，以提高鑑定人之安全感。」之規定。

³⁸²第7點：「法院得依職權或依鑑定人之請求，將鑑定人之年籍、住居所、身分證、統一編號等資料，不直接記載於開庭筆錄，而另行記載於其他書面，並將該書面與卷內其他記載有上列資料之文件一併封存，不予揭露，以適度保障鑑定人隱私。」，惟該要點制訂要旨固然有保護鑑定人，提高其出庭意願之美意，但對於鑑定人身分保護之程度似已接近「秘密鑑定人」制度，是否適法甚至合憲恐有疑問，已如前述。

³⁸³第10點：「對鑑定人為訊問或詰問，應就訊問事項一次訊問明確，避免一再傳喚，遭致抱怨，影響鑑定人到庭意願。」之規定。

³⁸⁴第12點：「法院應切實當庭主動支給鑑定人日、旅費，並填妥相關領據，交由鑑定人簽名。」之規定。

³⁸⁵惟依已於2006年2月7日廢止之「行政院衛生署醫事審議委員會組織規程」第6條第1項前段之規定：「本會會議每三個月召開一次，必要時得舉行臨時會議。」觀之，其規定該會必須召

必須召開會議進行鑑定，雖未有明文規定，惟依實際參與鑑定工作者之經驗，目前醫審會之召開頻率，大概為一週一至兩次。

然而，為避免作業速度可能導致待審期間之延長，**本文認為**於「鑑定作業要點」明文訂定鑑定作業時程並不實際，蓋實際個案情形需耗費多少時日以完成鑑定並非一定，解決之道當係放寬「醫審會設置要點」第3、4點對於醫事鑑定小組委員遴聘額度之限制，其原因有二，其一因醫療鑑定所涉之專門知識類別繁多，若希望能盡量涵蓋可能的醫療專科，茲建議由衛生署內部成立「鑑定委員遴選委員會」，由其徵詢相關公會、政府機關、學術機關之意見並取得本人同意後，建立鑑定委員參考名單，於辦理醫事鑑定作業時，依各委員所屬不同專長、資歷等，再行組成醫事鑑定小組，已如前述。其二透過目前「醫審會設置要點」第6點之規定，醫事鑑定小組得依鑑定案件性質，再分別召開分組會議。

簡言之，首先透過「鑑定委員遴選委員會」之成立，多方遴選符合資格之醫學專家成為鑑定委員，其次按照案件性質另行以醫事鑑定小組以再行分組之方式，分工直接作成鑑定報告，不必再報經醫事鑑定小組開會討論。如此一來既可兼顧機關鑑定集思廣益之特點，又可因多數鑑定委員之加入，而可加速作業之進行，避免鑑定時程的可能延宕。

9. 醫審會鑑定之轉型：

雖然因目前實務需求醫審會鑑定仍然殷切，暫時無法完全以其他管道取代，然而由於目前醫審會之鑑定，並未如車禍肇事案件鑑定等制度另有覆議制度之設計，對於當事人之程序保障實有未周；加上前述衛生署角色衝突等問題。

開會議之時程，顯然較「醫審會設置要點」所規定者為短。

本文認為以長遠的眼光來看，短期間醫審會倘能依照上述內部改善建議方式進行改善，續行醫療過失鑑定工作以避免鑑定人來源不足外，由於衛生署畢竟負責監督、指導、評鑑全國各醫療院所，為免角色衝突之質疑，長期的作法宜使醫審會漸漸轉型成刑事訴訟法第 208 條第 1 項所稱「審查他人鑑定」之鑑定審查者，亦即對於實務發生有兩個以上持相反意見之鑑定報告，或是單純針對鑑定意見有爭議時，得使委託機關另行送請衛生署醫審會提供審查他人鑑定之意見，以供委託機關作成決定之參考。如此既可避免衛生署角色之混淆，又可兼收機關鑑定集思廣益之效，更可提供當事人類似覆審制度之程序保障，實為一可考慮之轉型方向。

第二項 其他程序參與者之配合改善方法

1. 律師、檢察官及法官醫療鑑定相關知識的進修：

在醫療糾紛之案件中，除了被告醫師以外，無論是被害人（或家屬）、律師、檢察官甚至是法官，常常不具有專業醫療知識，衍生的問題從被害人開始，被害人可能固執的認為該案必是醫療人員的錯誤，堅持採取訴訟上或訴訟外之救濟手段；縱使其有意尋求訴訟上之方法，也可能因為所尋求之律師不了解該如何妥適處理此種案件，無法在第一時間提供被害人良好的建議，致使當事人堅持告訴，開啟漫長的訴訟程序³⁸⁶；而檢察官也可能因為不知該如何整理該案爭點或該如何送請鑑定（包括該送何人或單位進行鑑定、該如何向鑑定人詢問問題等），一旦鑑定結論不利於被告可能便逕行起訴；至於法官作成判決倚賴鑑定之結果，卻未落實鑑定人到庭報告接受詰問，也造成了審判空洞化的疑慮。

³⁸⁶對於協助被告醫師之辯護人而言亦同，如能在被告面對醫療糾紛的第一時間具體為其提供相關利弊得失之分析，建議被告接受認罪協商或者是不惜出庭以捍衛清白，相信對於醫療糾紛案件之處理也有一定之幫助。

改善此等問題的具體方法，不是先將矛頭對準鑑定人，而是必須先行要求相關司法從業人員提升醫療鑑定之相關知識，首先以律師而言，欲承辦醫療過失案件工作，應對目前實務處理該類案件之運作方式進行研究（包括了解目前有哪些處理醫療糾紛之訴訟上及訴訟外的方法，有哪些相關連之機構可以取得所需要的資訊，當然最重要的是針對目前實務見解進行分析統計之工作）、參與律師在職進修課程或相關醫療資訊講座課程以隨時補充最新資訊³⁸⁷，甚至與同道相互交流承辦案件經驗，俾被害人或家屬尋求相關協助時，能在第一時間釐清相關案情，作出尋求訴訟上³⁸⁸或訴訟外救濟方式之建議，以避免當事人有不當的認知或期待，也為進入相關程序作好心理準備。

其次，對於檢察官與法官而言，如何加強醫療鑑定之相關背景知識，論者建議必須注意下列問題，諸如了解目前鑑定系統為何（醫療糾紛之鑑定可分為屍體解剖、醫療過程、藥理生化鑑定，三者角色或功能各有不同，不可混淆）、裁量該案是否送請鑑定、應送何人鑑定（送請自然人鑑定為妥還是送請機關鑑定、應送何單位始為妥適）、若以囑託鑑定為之應送何種團體為當、如何提出問題、鑑定內容之解讀等問題³⁸⁹。其中「如何提出問題」，除了參考被告、辯護人、告訴代理人或檢察官之提問意見外，最好不要單純假設某種情況以免鑑定意見造成偏差，更有甚者切勿逕以被告醫師於醫療過程中有無疏失一語要求鑑定機關作出鑑定，蓋委託鑑定事項之提問內容必然影響日後鑑定意見之內容³⁹⁰。

³⁸⁷ 目前除了台北律師公會、中華民國醫事法律學會不定期舉辦相關講座介紹現行醫療糾紛所面臨之問題外，各大醫療院所也積極辦理相關學術研討會以提供醫師甚至是一般民眾相關資訊。

³⁸⁸ 對於律師而言，在刑事程序中有可能以告訴代理人或辯護人身分出現，告訴代理人最重要的是協助被害人或其家屬蒐集證據、資料，以便向檢察官或法官提出（例如協助當事人整理就診資料、文獻、聲請保全證據以及具狀請求委託機關具體就醫療過程中哪一部分，要求鑑定人作出鑑定），至於辯護人除了須負擔類似告訴代理人之工作外，還必須就相關醫學知識進行研究，以便利鑑定人出庭時交互詰問工作之進行。

³⁸⁹ 李聖隆，從刑事法觀點看醫療糾紛訴訟與醫療鑑定，刑事法律專題研究（十六）－司法院第39、40期司法業務研究會研究專輯，1999年5月，第407-416頁。

³⁹⁰ 呂清雄，醫療鑑定意見之探討，醫事法學雜誌第10卷第3期、第11卷第1期合訂本，2003年3月，第51頁。

至於「鑑定內容之解讀」，應注意該鑑定意見之判斷基礎是否易為人為因素所誤導，例如對於屍體、檢體檢驗或實驗、影像診斷資訊（如X光、電腦斷層掃描）等，因鑑定人之意見較有客觀之基礎，檢察官或法官面對此類鑑定意見時，除非顯然違反論理法則或經驗法則，原則上應予以尊重，但面對鑑定意見判斷基礎為當事人一方（醫療機構）人為所製作之資訊，因鑑定人有可能被醫事人員不實的記載（如故意隱瞞、竄改或不慎疏漏等）所誤導，所以檢察官或法官應特別注意病歷之完整性與真實性³⁹¹；此外，由於鑑定意見常出現諸多模擬兩可之用語（如疑似有所疏失、不可謂沒有關聯、因果關連性甚高、可能性偏高），甚至有越俎代庖直接記載被告涉犯業務過失傷害之情形³⁹²，檢察官或法官應注意醫學上所稱之原因、發生機率、因果關係，甚至是專有名詞定義為何，不可逕自解讀為法律上當然之用語，從而作出處分與判決。

所幸，目前司法實務已然注意到司法人員對於處理該等案件所需背景知識的需求，除了定期於司法人員研習所安排相關講座以供在職進修之用，更將相關課程錄音、錄影及講義內容置於司法院內部網路系統中，供向隅之人員得隨時上線充電，實值得肯定。

2. 法醫制度之改革：

檢察官及法官通常不具有專業醫療知識背景已如前述，縱然對之要求進行關於醫療鑑定相關知識之在職進修，但實際面臨醫療糾紛偵查及審判工作之進行，若無具有相當背景知識人員從旁協助，恐怕仍是事倍功半，例如針對案情複雜之案件，如有專業人員從旁協助整理爭點、解釋專有名詞概念、提出相關調查與審判上之參考依據，相信

³⁹¹ 呂清雄，醫療鑑定意見之探討，醫事法學雜誌第 10 卷第 3 期、第 11 卷第 1 期合訂本，2003 年 3 月，第 52-53 頁。

³⁹² 此係本人透過被害人所取得之台灣板橋地方法院 95 偵字第 14509 號檢察官起訴書所引，醫審會編號 0940309 號鑑定書所載。

更有助於提升刑事訴訟程序之效率。而法醫師是司法系統本身所擁有之唯一醫療資源，若能確實在人力、資源及水準上有所提升，不僅可望成為院檢辦案時的得力幫手，更可有效確保醫療糾紛案件鑑定之品質。故有論者認為透過法醫師病理解剖之專長對於鑑定工作之協助，如能使其邀請其他臨床各科醫學專家進行會診，擔任醫療糾紛鑑定組織者的角色，組成各類型之小組以符合各類按案件之需要，當更能有效發揮法醫師之功能³⁹³。

然而在「法醫師法」立法通過施行之前，由於法醫業務長期受到忽視，導致我國法醫人才嚴重不足及水準低落，嚴重影響司法鑑定的正確性與人權保障³⁹⁴。故有論者針對我國法醫制度之缺失，從制度設計、養成教育、比較他國制度、執業項目、待遇升遷等方面逐一提出批評與研究，從而倡議「法醫師法」的立法³⁹⁵。終於在 2005 年 12 月 6 日經立法院通過，訂於 2006 年 12 月 28 日實施，其中除了針對法醫師之來源與養成制度作出重大改革之外³⁹⁶，與醫療糾紛鑑定最相關之部分，當屬「專科法醫師分科及甄審」與「法醫師執行鑑定業務」兩大部分。

³⁹³ 邱清華、劉緒倫、饒明先，醫療糾紛鑑定之現況、檢討及建議，醫事法學雜誌第 8 卷第 2、3 期合訂本，2000 年 9 月，第 11-12 頁。

³⁹⁴ 古清華、程淑文，訪邱清華博士一談法醫師、法醫制度、與法醫學研究所，醫事法學雜誌第 10 卷第 3 期、第 11 卷第 1 期合訂本，2003 年 3 月，第 65 頁。五十多年來我國並無完整的法醫師制度，對於檢驗、解剖屍體工作，雖由醫師與檢驗員各司其職，但事實上除解體剖體依刑事訴訟法第 216 條第 3 項之規定限由醫師行之外，檢驗員因法醫學素養與技術自不若法醫師，理應屬輔佐、協助之性質，然而由於法醫師人員實在不足，由檢驗員代行法醫師之職務已行之有年，其鑑定品質令人堪憂且常有誤失之情形發生；截至 2004 年 6 月底為止，全國各地方法院檢察署之法醫師僅 5 名（預算名額為 20 名）、檢驗員 35 名（預算員額為 36 名），因此 90% 以上之屍體檢驗實際上係由檢驗員執行，解剖屍體方由法醫師及外聘之法醫顧問或榮譽法醫師為之，死因鑑定則由法務部法醫研究所委請顧問醫師負責；此外，更令人憂心的是台灣的屍體解剖率奇低（僅約 9%），遠落後於其他先進國家，對於死因真相之了解亦足堪慮，嚴重影響鑑定結果，參照郭宗禮、邱清華、陳耀昌，「法醫師法」終於完成立法，醫事法學雜誌第 13 卷第 3、4 期合訂本，2005 年 12 月，第 5 頁。

³⁹⁵ 邱清華，建立台灣法醫新制度，醫事法學雜誌第 10 卷第 3 期、第 11 卷第 1 期合訂本，2003 年 3 月，第 6-7 頁及郭宗禮、邱清華、陳耀昌，台灣法醫師的培育和法醫實務制度的探討，醫事法學雜誌第 10 卷第 3 期、第 11 卷第 1 期合訂本，2003 年 3 月，第 8-21 頁。

³⁹⁶ 例如法醫師與一般醫師之分流制度、法醫師之應考資格採雙軌制、法醫師之養成提升至研究所階段等，參照郭宗禮、邱清華、陳耀昌，我國「法醫師法」的特色，醫事法學雜誌第 13 卷第 3、4 期合訂本，2005 年 12 月，第 12-14 頁及邱清華，「法醫師法」的疑慮與解答，醫事法學雜誌第 13 卷第 3、4 期合訂本，2005 年 12 月，第 15-18 頁。

法醫師法第 6 條第 1 項及第 7 條第 2 項要求，法醫師須完成專科法醫師訓練，並經主管機關甄審合格者，始得請領專科法醫師證書，使用專科法醫師之名稱執業，而按「專科法醫師分科及甄審辦法」（2006 年 12 月 26 日發布）第 2 條之規定，計有病理、精神、臨床、牙科、毒物、生物等專科，可望藉由分科甄審考核之制度再進一步將法醫師之水準予以提升。至於法醫師執行鑑定業務部分，同法第 12 條第 1 項及第 13 條規定法醫師必須於司（軍）法、行政機關擔任法醫師職務連續滿 2 年且成績優良者，始得申請執行法醫師鑑定業務³⁹⁷，一般法醫師得執行人身及創傷法醫鑑定，專科法醫師得執行性侵害、兒童虐待、懷孕、流產、牙科、精神、親子血緣法醫鑑定，希望透過此等分類方式，使分工更加精緻化。

本文認為法醫師之立法完成通過對醫療糾紛鑑定改革而言，實為一重要里程碑，惟一如立法推動者所預測，仍必須在正式施行的 8 年內，法醫人員之供需始能達到平衡³⁹⁸，所培育出之法醫人才是否合乎當初預期亦待檢驗，最重要的是院檢該如何與法醫師相互配合以促進醫療糾紛鑑定品質的提升，恐怕仍有待相當時日才能提出進一步檢討及運作建議。

3. 醫療鑑定機構資料庫之建立：

目前實務運作上，雖然於司法院院內網站等資料庫中整理有「鑑定機關參考名冊」一紙，名列約 600 個鑑定機關供委託機關參考，惟該名冊實係綜合土地、建物鑑價、藥品、槍砲彈藥、古蹟、勞動能力、拍賣價額、商標專利、偽鈔等林林總總項目之鑑定機關，針對醫療過失方面之服務，全國性鑑定機關除了載明醫審會負責醫療糾紛鑑定案件，法務部法醫研究所負責病理分析、死因鑑定外，僅列明行政院國

³⁹⁷ 另行參照 2006 年 12 月 26 日所發布之「法醫師申請執行鑑定業務審查辦法」。

³⁹⁸ 邱清華，「法醫師法」的疑慮與解答，醫事法學雜誌第 13 卷第 3、4 期合訂本，2005 年 12 月，第 18 頁。

軍退除役官兵輔導委員會臺北榮民總醫院及國立臺灣大學醫學院附設醫院負責醫療糾紛鑑定，至於地方性鑑定機關更只有記載高雄市中醫醫院負責醫療糾紛鑑定，除此之外付之俱無，至多僅有泛泛記載某院所接受精神狀態鑑定等事項之內容。委託機關或當事人欲送請鑑定時，參考資料實有不足。

故有論者建議，政府機關或民間團體應蒐集具有鑑定人資格之醫療專業人員或醫療院所之資料，建立醫療鑑定資料庫對外公布，讓當事人及委託機關可以獲得更多醫療鑑定人的正確資訊³⁹⁹。

4. 私人鑑定之容許：

由於刑事訴訟法第 198 條明文規定，鑑定人係由審判長、受命法官或檢察官予以選任，故衍生我國刑事程序得否容許當事人自行選任鑑定人作成鑑定之問題。然而鑑定結論對當事人影響事關重大，在醫療過失案件中更可見一斑，倘若當事人對於鑑定人之選任、鑑定方式，甚至是鑑定結論無法信賴，結果必然造成當事人動輒要求逕送多次鑑定，甚至對於判決結果不服時也一再上訴，如此必然造成司法資源徒然浪費，更損害司法威信。

尤其是目前官方醫審會諸般弊病猶多，在確實逐一改革之前，委託機關不妨於選任鑑定人前多多徵詢當事人之意見，再行選任鑑定人。對照民事訴訟法第 326 條第 2 項之規定：「法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見；其經當事人合意指定鑑定人者，應從其合意選任之。但法院認其人選顯不適當時，不在此限。」，故有論者主張為尊重當事人意願並減少當事人對於鑑定人公正性之質疑，宜修法明訂鑑定人之選定依當事人合意，未能達成合意時由法院聽取當事人之意

³⁹⁹高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律雜誌第 130 期，2003 年 8 月，第 93 頁。

見後選定之⁴⁰⁰。此外，更有論者主張應適度容許由當事人直接聘請私人進行鑑定，蓋鑑定人既獲當事人予以聘任，必然較得當事人之信任，且所獲得之鑑定費用應可比法院或檢察官所選任者為豐，也較有意願花費時間、精力進行鑑定⁴⁰¹。

本文認為尊重當事人意見選定鑑定人、由當事人合意而選任鑑定人，甚至是允許一方當事人自行聘任鑑定人進行鑑定均值得贊同，惟須注意鑑定人之公正性及鑑定結論之可靠性猶待鑑定人出庭報告接受詰問始得確保，特別是僅經一方當事人聘任私人所作成之鑑定報告，在未經相當程序足以確保其適格性、公正性並保障另一方當事人之防禦權的情形下，該鑑定報告可能不具有證據能力，也不適宜當作單純之書證予以使用，至多僅能作為當事人一方單純意見之表達或攻擊防禦方法而已⁴⁰²。

5. 專家參審制之採用：

在醫療過失案件審判中，贊成採用專家審判者多認為，由於法官多為不具有醫療專業背景之人，在判斷鑑定意見是否得為採信時常感困難，不容易作出正確之判斷⁴⁰³，甚至法官的自由心證可能受到錯誤的鑑定意見所誤導，應建立避免法官受到誤導之保險鎖⁴⁰⁴，所以如果有一專家，就特殊複雜專業的案件在法庭上全程參與審判，可以清楚掌握案情，作合理的判斷與評價，應該可以使判決更具說服力，由專家參與審判的好處是對案件的事實認定有決定權，不但可以彌補法官

⁴⁰⁰高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律雜誌第130期，2003年8月，第92頁。

⁴⁰¹薛瑞元，「刑事訴訟程序中機關鑑定之研究—以醫事鑑定為範圍」，台灣大學法律學研究所碩士論文，1999年1月，第145-146頁。

⁴⁰²民事訴訟法上類似見解參照許士宦，私鑑定之證據能力及證據價值，月旦法學教室雜誌第16期，2004年2月，第10-11頁。

⁴⁰³高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律雜誌第130期，2003年8月，第93-94頁。

⁴⁰⁴林萍章，「醫醫相害」談醫療糾紛鑑定：以醫師刑事判決敗訴為例，「刑事醫療糾紛」學術研討會論文集，2008年1月19日，第45頁。

專業知識的不足，也可改進鑑定制度之缺失，法官不致於情緒性的排斥專家的意見⁴⁰⁵云云。

而經過 1999 年全國司法改革會議決議建制後，司法院於 2000 年 6 月 29 日成立了「專家參審試行條例研究制訂委員會」正式推動專家參審制，考察丹麥、德國等法院之現行運作方式，期間經過近六年之研議，於 2006 年 7 月 25 日院會通過了現行「專家參審試行條例」（司法院定稿版本，全文共 47 條）草案之內容⁴⁰⁶，期盼藉由專家參與審判之新制，在民事、刑事、行政訴訟之事實審審理程序中，由各該行業之專門知識技能之人與職業法官共同職司各該行業權利義務爭執之司法裁判，發揮迅速並妥適解決紛爭之功能，以維護當事人之權益，貫徹訴訟權保障⁴⁰⁷。茲摘要說明如下，草案內容規定由年滿 30 歲、現於台灣地區繼續居住 6 個月以上、具備相關領域之專門知識或技能並在該領域服務 3 年以上經遴選之本國籍專家擔任參審官（2 名）與法官（3 名）組成參審法庭（第 9、10、13 條），針對該案重要爭點涉及法律以外相關專業知識或技能之特定民事、刑事、行政訴訟事實審進行審判（第 5 至 8 條）；參審官對於法規或如何適用法規有疑義者，得適時請求審判長說明，其有關事實判斷或法律適用之意見為當事人所忽略或與鑑定人之意見有異者，應於言詞辯論終結前向參審法庭說明，並予當事人辯論之機會，則不得作為裁判之基礎，以避免突襲性裁判（第 26 及 27 條）；評議時應與法官為適當且完全之評議，對於法規之適用有疑義者得請求審判長說明（第 31 及 32 條）；值得注意的是，專家參審之民事及刑事第一審案件，原則上不能上訴第二審（行政訴訟案件目前為二級二審制，故不在此限），僅得以法院審理程序有瑕疵等事由逕行上訴第三審（第 37 及 38 條）等等。

⁴⁰⁵張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例—，「刑事醫療糾紛」學術研討會論文集，2008 年 1 月 19 日，第 63-64 頁。

⁴⁰⁶賴心瑩，助法官斷案專家將陪審，蘋果日報，2006 年 7 月 26 日，A12 版。

⁴⁰⁷參照司法院專家參審試行條例草案總說明。

事實上該草案之內容至少於 2003 年間即已初步成形，草案內容大致與現行版本相同⁴⁰⁸，但當時即有論者針對諸如，參審官對於醫學與法學觀念上落差能否區分、因我國地小人稠，參審官如何迴避、參審官因預先成見或自身學術派別所形成之偏見問題、參審官是否會過度自抑或過度干預心證的形成以及參審官遴選制度之缺失等問題提出質疑⁴⁰⁹。

除此之外，本文另行提出下列質疑，首先，參審官以現於台灣地區繼續居住 6 個月以上之本國籍專家為限，是否排斥了少數具有專業知識之旅外專家？其次，參審官之遴選來源是否客觀，會不會造成醫醫相護的觀感？對於參審官之養成是否施予行前教育、繼續教育，使其對於必要程序、實體法規有所熟悉，不致於審判時得完全仰賴職業法官？甚至其對於醫學與法學觀念上落差能否區分？有待於養成教育之配套；而參審官之專業成見是否會強烈主導判決心證的形成，恐怕更甚於鑑定人對於法官的影響，除了對於其突襲性意見之防止外，是否有其他監督制度予以制衡亦令人憂心，而在試行此一新制度之初，新制是否會衍生可能的弊病猶未可知，貿然限制當事人之上訴權是否妥當？最後，對於行專家參審之案件，由於其審理過程涉及高度專業，程序進行顯然較為複雜，為當事人程序保障之考量（尤其刑事第一審案件，原則上不能上訴第二審），是否採行強制辯護制度以保障其權益，亦值得列入考慮。

綜上所述，本文認為專家參審之制度對於協助職業法官解讀專業醫療鑑定結論應有幫助，惟以目前草案所述內容，仍有部分問題令人擔憂，當醫療專家成為了真正審判者的同時，如何避免醫醫相護，甚至變成太上審判者，當賴相關配套措施所應一併予以考量。

⁴⁰⁸ 邱琦報告之內容，邱琦、邱清華、吳建樑等，「醫療糾紛專家參審」學術研討會會議記錄，醫事法學雜誌第 11 卷第 2 期，2003 年 6 月，第 69-74 頁。

⁴⁰⁹ 吳建樑報告之內容，邱琦、邱清華、吳建樑等，「醫療糾紛專家參審」學術研討會會議記錄，醫事法學雜誌第 11 卷第 2 期，2003 年 6 月，第 77-79 頁。