

論法律上之推定及其舉證責任

(On the legal presumption and its burden of proof)

蔡志方*

論次

- 壹、推定事項與據以推定事項，應由誰舉證？—問題之提出
- 貳、推定之種類
 - 一、事實存否之推定與法律效果之推定
 - 二、事實上之推定與法律上之推定
 - 三、可反證推翻之推定與不得反證推翻之推定
- 參、法律上推定之效力與是否屬於推定之判斷
 - 一、法律上推定之效力
 - 二、是否屬於法律上推定之判斷基準
- 肆、據以推定事項，應由誰舉證？
- 伍、否定推定事項，應由誰舉證？
- 陸、結論

壹、推定事項與據以推定事項，應由誰舉證？—問題之提出

我國法律中，除刑事法外，常見將特定事實之存否及真相不明狀態，採取「推定」方式，將其推定為存在或明確，並賦予一定之法律效果¹，民事訴訟法第281條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」本條規定，並為行政訴訟法所準用。有疑問者，乃何種推定，屬於法律上之推定，“無反證者，無庸舉證”之效果？所謂反證，究僅針對推定之結果，或包括據以推定之事實？我

國與德國法之規定，有無差異，此本文撰述之基本動機也。

貳、推定之種類

各國之推定，種類繁多，涵義不盡一致，有加以釐清之必要：

我國民事訴訟法第281條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」第282條規定：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」前後二條，均使用推定之字眼，但後者實為邏輯上之推論(Inference)，與前者在法律上，迥然有別。另民法第1124條規定：「家長由親屬團體中推定之；無推定時，以家中之最尊輩者為之；尊輩同者，以年長者為之；最尊或最長者不能或不願管理家務時，由其指定家屬一人代理之。」其中之推定，乃推舉決定，與證據法則上的推定，更迥不相侔。

在法學上，推定係指某一事實之存在，並非通過證據調查確定，而係根據法律規定之推定而存在²。如推定係屬無可辯駁或相反之事實尚未獲證明，則法官即須以推定之事實為基礎，作出判決³。根據Ashford與Risinger的說法⁴，大多數人都同意推定，屬於一種法律機制，除非引入足夠證據使推

* 國立成功大學法律學系教授

1. 至於我國刑事訴訟法第154條第1項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」俗稱無辜或無罪之推定，雖亦使用「推定」之字眼，但係用以課予國家之追訴與審判機關等，慎重其事，以資保障被告之「訴訟權」與「人身基本權」等，與其它「推定」規定作為「證據法則」之目的與作用，並不相同。詳請參見李學燈，證據法比較研究，初版1刷，頁668-669，五南(1992.4)。
2. 故亦有將推定稱為「假設事實」者，請參見周叔厚，證據法論，增訂版，頁271以下，楊美珍發行(1992)。
3. Vgl. § 292 ZPO, BRD.
4. 氏根據Otis Harrison Fisk於1928年發表之“The Law of Proof in

Judicial Proceedings”一文之見解，主張在英美證據法學上，“推定”(Presumption)與“假定”(Assumption)之概念有所不同。推定，是一種法律手段，它將就特定問題提出證據之責任，強加給對該問題負有說服責任一方之對手。反之，其定義之“假定”，則係假設在存在推定之所有情況下都有效。假設係分配說服負擔之手段。推定將針對給定問題提供證據之責任，強加給對該問題負有說服責任之當事人對手。因此，只要存在X之推定，一方當事人有責任就X提出證據，同時亦存在非X之假設。一旦推定被推翻，推定所支持之一方，必須通過證明X符合法律規定之任何標準，以推翻該推定。See, Harold A. Ashford/D. Michael Risinger, Presumptions, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview, Yale Law Journal, Vol. 79, Nr. 2, December 1969, pp. 172-174 (165-208).

定無效。否則，當另據以推定之事實其真實性已確定時，即會認為被推定事實，亦屬真實⁵。

邏輯上之推論或假定或稱事實上之推定、假設，與法律上之推定不同，其係藉邏輯上之三段論證，由存在之基礎事實，以推論被推定事實之存在⁶，如上述我國民事訴訟法第 282 條前段規定中之推定。因此，自然的假設係基於經驗的假設⁷，是證據評價之一部分，而非舉證責任倒置，與法律上之推定不同。反對自然的假設者，無提供反證之必要，而僅須對結論之正確性提出質疑，使舉證責任完全由推定結果獲益者承擔。此外，尚有法官之推定、人為的推定⁸、普通推定、強力推定、混和推定、既判力所生之推定等等，不一而足⁹。雖法學上真正之推定，僅有法律上之推定或者得反證推翻之推定一種¹⁰。但學者論述間，仍存有事實上之推定、不真正之推定或事實的假定、事實方面之推定或源自於事實之法律的推定、允許反證推翻之推定或不允許反證推翻之推定¹¹。甚至有學者謂：「舉證責任與推定之概念，為法律的核心，但它們亦被認為係法律推理中使用之任何法律術語家族中最狡猾者」¹²。至於不發生舉證責任轉換之推定，雖有

推定之名，但與證據法則上之推定無關。因此，Dr. Michal Bobek 乃認為，從最嚴格之意義上，將它們視為推定乃屬錯誤，它們從不將舉證責任轉移給證據所針對之任何人，被稱為推定乃錯誤¹³。

一、事實存否之推定與法律效果之推定

推定之內容，有係針對特定事實之存在或不存在，有則係針對是否具備一定法律效果。前者，例如死亡之推定¹⁴、死亡時間之推定¹⁵。後者，如文書真正之推定¹⁶、婚生子女之推定¹⁷與同時死亡之推定¹⁸。

二、事實上之推定與法律上之推定

事實上之推定¹⁹，又稱不真正之推定或事實的假定，並不屬於法律規定之推定，在德國係由判例形成²⁰，通常歸因於初步證據或根據自由司法證據評估規則進行處理²¹。兩者之共同點，在於均基於一定之經驗法則。當法院根據自己或專家之經驗，可經由已證實之事實，歸納未經證實之事實，而得出結論，就存在事實假設²²。例如：從某時溫度遠高於攝氏零度，根據對水之一般經驗，可以得出某人不可能在當時因路上結冰而滑倒之結論。此情況下，一個事實上之推定，乃爭論之地點並無結冰。因此，侵權行為係通過互聯網連接實施，如其他人亦得在

5. See, Harold A. Ashford/D. Michael Risinger, Op. cit. supra, Yale Law Journal, Vol. 79, Nr. 2, December 1969, p. 165 (165-208).

6. 參見李學燈，前揭（註1）書，頁 252-253。

7. Vgl. Raoul A. Meier, Die Behauptungs-, Bestreitungs-, und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 29, Rn. 47, 48, Fn. 281, S. 49-50, Diss., Universität Basel 2015.

8. Vgl. Raoul A. Meier, aaO. (Fn. 7), S. 29 Fn. 281.

9. 參見陳璋直，民事證據法研究，增訂第2版，頁 27-40，自刊（1970.10）。

10. 同說，請參見李學燈，前揭（註1）書，頁 249；周叔厚，前揭（註2）書，頁 24-25；John H. Wigmore, Evidence, § 2491, Chadbourne, rev. 1981; Chapter 89 Supplement 1990, 引自李學燈，同書，頁 309 註 5；I. Younger, Trial Evidence Series, Part Eleven - Burdens of Proof and Presumption NCJ Number 84346.

11. 參見陳璋直，前揭（註9）書，頁 27-32。

12. See, Douglas Walton, Presumption, burden of proof and lack of evidence, pp. 1-22, ResearchGate July, 2009. Journal of Law, Policy and Globalization (www.iiste.org) ISSN 2224-3240 (Paper); ISSN 2224-3259 (Online) Vol. 49, 2016, p. 1(1-22).

13. Siehe, Michal Bobek, Schlussanträge des Generalanwalts, Sammlung der Rechtsprechung, ECLI:EU:C:2017:176., S. 8(1-19).

14. 參見我國民法第 8 條。

15. 參見我國民法第 9 條。

16. 參見我國民事訴訟法第 355 條、第 356 條、第 358 條。

17. 參見我國民法第 1063 條。

18. 參見我國民法第 11 條。

19. Dazu, vgl. Dawin, VwGO § 108 (Urteilsgrundlage; freie Beweiswürdigung; rechtliches Gehör), in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 42. EL, Februar 2022, Rn. 72, 73.

20. BGH 17. November 2010 - VIII ZR 112/10, NJW 2011, 598; BGH 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, NJW 2010, 3292, 3294; BGH 22. März 2010 - II ZR 203/08; BVerwG 27. Oktober 1998 - C 38/97, BVerwGE 107, 304, 310f. = ZIP 1999, 202, 204; BAG 19. Juni 1973 - 1 AZR 521/72, BAGE 25, 226, 233 = AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; OLG Saarbrücken 4. Juni 1993 - U 109/92, NJW 1993, 3077, 3078.

21. § 286 ZPO: "(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden."

22. Vgl. Otto August Dänzer, Die tatsächliche Vermutung: ein Beitrag zur Lehre vom Beweis im Zivilprozess, 1914. Ausf. zur tatsächl. Vermutung Musielak, JA 2010, 561.

侵權時使用此連接，則不能以事實推定連接之所有者，均為肇事者²³。事實假設之存在經確認，將導致舉證責任倒置²⁴，被告可以提供進一步證據，以動搖法院之心證。因此，事實上之推定（推論），僅具有心證之作用²⁵。就證據法言，事實推定具有表面證據或間接證據效力，但並不免除受益人舉證責任²⁶。例如，對文件的完整性和正確性的推定²⁷。德國民事訴訟法第 292 條第 1 句，並不適用於此類推定。

事實上的推定，係從與構成要件事實無關的情況，推斷法律要件事實存在的法律命題。例如，德國《民法典》第 1253 條第 1 項規定，質權人將質物返還質押人或所有人，則留置權失效。同法第 1253 條第 2 項第 1 句規定，質物由質押人或所有人佔有，則推定質押物已由質押債權人返還。因此，佔有事實不屬於構成要件事實，而是從返還之事實推論出來。根據該國民法文獻普遍觀點，法律推定不是證據規則，而是舉證責任標準²⁸。

德國聯邦財務法院 (BFH) 大法庭，在 1990 年 7 月 4 日一項決定中²⁹，認為從生活經驗中獲得的事實上推定，只能用於評估無法在已確立的輔助事實基礎上，澄清具有

法律意義之事實。因此，事實上推定不能免除稅務機關或稅務法院確定個案情況的權利³⁰。大法庭在決定中參考同院第八法庭於 1988 年 12 月 20 日的判決³¹。其中，第八法庭判決談到 Wolfram Birkenfeld 認為，一般生活經驗中可反駁的經驗原則，不能免除稅務法院根據當事人陳述，以確定合約目的之權利³²。

事實上推定與法律上之事實推定，有所不同。兩者雖均攸關事實，但後者推定之事實，與法律規定連結後，即發生一定法律效果，而前者則否。舉例言之，德國電子簽章法 (SigG) 第 1 條第 1 項規定之安全性推定³³，並非該國民事訴訟法第 292 條規定之法律上事實推定³⁴。事實的法律推定，通常被簡稱為推定，並導致舉證責任發生反置，而無需提供該事實之證明³⁵。德國《民法典》第 474 條規定在風險轉移後六個月內購買之消費品出現明顯缺陷³⁶，則推定該缺陷在風險轉移時已存在³⁷。該推定基於風險轉移屬於賣方範圍之前，該物品並無缺陷之想法，且由於它與標的物的密切關係，可以識別任何錯誤³⁸。

法律狀態之推定 (Rechtszustandsvermutungen) 和事實推定有所區別³⁹。其區別在於事實推

23. Ähnliche Meinung, vgl. etwas, Filesharing-Entscheidung BGH: Keine tatsächliche Vermutung für Täterschaft, wenn Zugriff durch Dritte möglich. 3. Juni 2014 zu BGH, Urteil vom 8. Januar 2014 - I ZR 169/12.
 24. 論及舉證責任之倒置，在於不要求主張者，必須證明其主張之先決條件，而係必須證明其缺乏的先決條件者。舉證責任之倒置，通常係基於法律之推定。舉證責任倒置之方法，在於使事實上處於弱勢者，於發生基於諸如種族或族裔、性別、宗教或信仰、殘疾、年齡或性認同等歧視時，更容易舉證。如發生爭議時，事實上處於弱勢者提供證據表明出於上述原因之一，而受到歧視時，則事實上處於強勢者即有責任證明並無違反防止歧視之規定，其舉證才有可能被接受。
 25. Vgl. Hans-Peter Vierhaus, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, S. 196, Verlag C. H. Beck München 2011.
 26. BGH, NJW 2010, 363 (364); Huber in Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, § 292 Rn. 1. Allg. zur Darlegungs- bzw. Behauptungslast im Zivilprozess Bischoff, JA 2010, 532.
 27. S. etwa BGH, NJW 2002, 3164.
 28. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. 1993, 672; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, 48 FN 3 mit umfassenden Nachweisen: Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 43 (44).
 29. GrS 2-3/88.
 30. BStBl. II 1990, 817, 826, unter C II 4b aa.

31. VIII R 121/8337.
 32. BStBl. II 1989, 585, 589, unter II 5a bb.
 33. § 1 Zweck und Anwendungsbereich: "(1) Zweck des Gesetzes ist es, Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen zu schaffen."
 34. § 292 ZPO: "Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch den Antrag auf Parteivernehmung nach § 445 geführt werden."
 35. S. z. B. Leipold, Beweislast und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 78f.; Medicus, in: Festschr. f. Baur, 1981, S. 63, Baumgärtel, in: Festschr. f. Schwab, 1990, S. 44; Völlmecke, DStR 1996, 1071. Dazu vgl. auch Roßnagel: Die Sicherheitsvermutung des Signaturgesetzes NJW 1998, 3312.
 36. § 474 Abs. I S. 1 BGB: "Verbrauchsgüterkäufe sind Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware (§ 241a Absatz 1) kauft."
 37. Das Vorliegen eines Mangels ist die Vermutungsgrundlage, kraft derer das Tatbestandsmerkmal Sachmangel bei Gefahrübergang (vgl. § 434 BGB) vermutet wird, vgl. MüKoBGB/Lorenz, 8. Aufl. 2019, § 477 Rn. 26f.
 38. Brox/Walker, SchuldR BT, 44. Aufl. 2020, § 7 Rn. 11.

定的推定結果，係事實特徵的存在⁴⁰，而法律推定則係假定法律狀態的存在。然而，對於案件處理而言，兩者間明確歸併既不可能⁴¹，亦無必要，因缺乏不同後果。例如，當涉及處置權時，德國《民法典》第1006條第1項第1句規定，通常與同法第929條第1句相關⁴²。德國最著名的法律推定，即為《民法典》第1006條第1項第1句規定⁴³。根據該規定，基於一個人當前直接或間接的所有權（推定依據）⁴⁴，推論該人所有權狀況（推定後果）⁴⁵。除增加動產物品的適銷性外⁴⁶，該推定在於減輕所有者證明其所有權之負擔，因通常其很難提供。

法律上之推定，可以指事實方面之推定或源自於事實之法律的推定。因此，法律上之推定即等同於基於法律結論的推定。然而，法律所推定之事實，固然無庸舉證，但享受推定利益之人，仍應就據以推定之基礎事實，即據以推定之前提事實舉證⁴⁷。在德國民法文獻中，法律之推定通常係根據其是否涉及事實（法律的事實推定）或法律地位（法律的權利推定）⁴⁸。因此，法律推定，係針對目前存在或不存在的權利或法律關係。例如，德國《民法典》第891條第1項規定，某人在土地登記冊上登記一項權利，則其就有權享有該權利。相反地，根據同法第891條第2項，土地登記冊中登記之權利被刪除，則推定該權利不存在⁴⁹。法律推定對象，直

接為權利存在或不存在。因此，推定之受益方無需就創造、取得或毀壞之事實，提出任何指控或提供證據⁵⁰。

法律上推定及其作為舉證責任的地位，雖然已經臻於明確，但對於事實上的推定，卻存在各種令人困惑觀點。唯一可以確定者，乃事實上的推定可以在證據法和表面證據領域中找到。然而，目前尚不清楚表面證據與事實上的推定間，是否一致。德國法官與學者曾力圖闡明此點：

首先，Birkenfeld法官在1973年已詳述稅法中事實上推定的法律特點⁵¹，根據聯邦社會法院(BSG)⁵²，將事實上推定視為基於生活經驗的結論或證據，由法官自由評估，使得證據變得更多餘，或者如證據價值較低，則必須與其他情況一起評估。判例和文獻並未明確定義事實上推定，因此，它既指表面證據，又指指示性證據。然而，其主要表明經驗陳述與證據相結合，將提供可反駁的證據⁵³。表面證據和指示性證據，都是間接證據，只對案件事實以外情況（輔助事實）進行評估⁵⁴。在表面證據情況下，評估人員根據典型事件過程，直接從構成要件的輔助事實中得出結論，而不需要仔細研究個案情況，評估員將被個人支持性事實和經驗原則所說服⁵⁵。在證據方面，鑑定人透過對案件具體情況進行詳細分析，從現有輔助事實中

39. Lütke, ZPR I, 11. Aufl. 2020, § 22 Rn11; Hk-ZPO/Saenger, 8. Aufl. 2019, § 292 Rn. 2f. ;s. auch Huber in Musielak/Voit, aaO. (Fn. 26), § 292 Rn2f. m. zahlr. Bsp.
40. 例如，假設已經發生移交，這是犯罪的先決條件。
41. Exemplar. f. die Unschärfe s. Huber in Musielak/Voit, aaO. (Fn. 26) § 292 Rn. 3, der die Regelung des § 1117 III BGB als Tatsachenvermutung ein, während MüKoBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 1117 Rn. 29, v. einer Rechtsvermutung spricht.
42. § 1006 Abs. 1, S. 1 BGB: "Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei." § 929 S. 1 BGB: "Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind,"
43. Lütke, aaO. (Fn. 39), § 22 Rn. 11.
44. MüKoBGB/Raff, 8. Aufl. 2020, § 1006 Rn. 37.
45. Wellenhofer, SachenR, 34. Aufl. 2019, § 7 Rn. 17.
46. Vgl. dazu auch die § 932ff. BGB, die ebenfalls an den Besitz als

Rechtsscheinträger für einen redlichen Erwerb vom Nichtberechtigten anknüpfen.
47. 參見陳璋直，前揭（註9）書，頁26。
48. Vgl. z. B. Zöllner/Greger, ZPO, 19. Aufl. § 292 Anm. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 28), 655.
49. § 891 BGB: "(1) Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe. (2) Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dass das Recht nicht bestehe."
50. Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 28), 656.
51. Birkenfeld, Beweis und Beweismwürdigung im Steuerrecht, 1973, 104 ff.
52. Urt. v. 29. 3. 1963, 2 RU 75/61, BSGE 19, 52 (54).
53. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 104.
54. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 110.
55. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 110.

推導出主要事實，進而得出關於構成要件事實的結論。在此證明中，幾乎完整的輔助事實鏈與簡單的經驗陳述互相結合，導致形成評估者的信念⁵⁶。指示性證據與表面證據案件採用的方法，其本質區別在於指示性證據案件中，只有在個案的特殊性得到體現後，實際推定的證據價值才能產生評估⁵⁷。

其次，Prütting 教授於 1983 年闡述事實上推定的含義⁵⁸，並分析德國聯邦最高法院、聯邦財政法院、聯邦行政法院與聯邦社會法院判例，得出事實上推定是判例中經常使用的工具，它以多種方式用於改變舉證責任的分配和獲得司法確信之結論。由於使用的不一致，事實上推定特別容易受到誤解和任意使用。作為證據評估的一部分，將考慮來自特別強烈的生活經驗假設，可能適合建立表面證據，也可考慮根據一般適應進行分類。法官認為必須特別針對生活經歷進行爭論時，則應該明確說明是否認為成立表面證據，或者在形成信念背景下，使用具體的經歷作為證據，以及其重要性在特定情況下如何有所附加⁵⁹。又 Prütting 將司法實務從輔助事實，推論出主要事實（構成要件事實）的經驗原則分為四類⁶⁰，包括：生活法則（即自然法則、思想法則與經驗法則）、經驗原則、單純的經驗命題與純粹的先見。所謂的生活法則，屬於強制性，不能被視為表面證據。經驗原則，是對行動方針的觀察，非無例外地適用。只要能根據生活經驗，用一定的證據來確定其證實程度，就已足夠。其典型應用領域是過咎證明⁶¹。單純經驗命題，

在任何情況下都不足以證明完全的司法認定⁶²。與任何證據一樣，司法認定係由多種因素同時發生而形成，在此等情況下，人們不能只談論表面證據，因證據並非僅基於經驗命題，且所使用之簡單經驗命題本身，尚不足以形成確信。

再其次，Baumgärtel 教授探討 Prütting 之觀點⁶³與他人一致⁶⁴，對民事法院判決的分析使他認識到事實上推定的概念，有時與表面證據結合使用，有時則應用經驗命題以證明某一事件發生的機率較低。此種經驗陳述，雖然不足以作為表面證據，但具有間接證據的意義⁶⁵。為避免推定一詞的不同使用引起混淆，Baumgärtel 建議法官應在具體案件中，說明所顯示的含義，同時清楚表明如何反駁相應的事實上推定。使用事實上推定的合法性，源自於自由評估證據（自由心證）原則，在該原則框架內，此一法律概念，具有其獨特適用性。

最後，Osterloh 法官認為，作為稅法適用典型化範圍的部分，她處理事實上推定和表面證據，她指出事實上推定的概念缺乏清晰度⁶⁶。唯一確定者，在於其為證據法問題，或者認定、查明案件事實的法律問題。然而，事實上推定的精確證據資格和合法性，值得懷疑。她對 Prütting 關於法理學應完全避免該術語的建議⁶⁷，是否有助於從業者表示擔憂。對於其調查主題一稅法適用的典型化範圍一其結論是，由於內容不明確，事實上推定的概念，不應該作為一個關鍵的教條術語

56. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 110.

57. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 107.

58. Prütting, aaO. (Fn. 28), 48 FN 3 mit umfassenden Nachweisen: Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 43(44).

59. Prütting, aaO. (Fn. 28), 57 f.

60. Prütting, aaO. (Fn. 28), 106.

61. Prütting, aaO. (Fn. 28), 106.

62. Prütting, aaO. (Fn. 28), 108.

63. Prütting, aaO. (Fn. 28), 48 FN 3 mit umfassenden Nachweisen: Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 43(44).

64. Vgl. Nachweise bei Prütting, aaO. (Fn. 28), 48 FN 3 mit umfassenden Nachweisen: Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 58 FN 35.

65. Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 51.

66. Osterloh, Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze, 1992, 86.

67. Vgl. Prütting, aaO. (Fn. 28), 58.

使用，對法律典型適用等進行法律分析與評價，將令人眼花撩亂⁶⁸。關於表面證據，她認為它經常被用作降低證明標準，以更容易提供證據。在無明確的法律規定情況下，降低證明標準，需要額外的合法性依據，但此必須根據適用的實體法規範來制定，其有效和統一執行，尤其取決於「公平、合理地處理證據法」^{69,70}。就如表面證據，與普遍看法相反，法官制定的事實上推定，通常不會被證明是舉證責任，而是證明的定性標準⁷¹。

三、可反證推翻之推定與不得反證推翻之推定

立法機關可以利用擬制定義法律概念，擬制是一種古老的法律思想形式，通常將實際或法律情況視為給定或未給定，而不管其實際情況如何⁷²。例如：根據德國《民法典》第105條第1句，法律上無行為能力之成年人簽訂合約，在提供履行和對價後，立即被視為有效⁷³。因此，法律擬制形成法律上「彷彿如此」的語言形式⁷⁴。

德國《民法典》第891條第1項規定可反駁推定(Die widerlegbare Vermutung)，保護合法交易和房地產適銷性。該規定基於經驗規則與例外關係：由於土地登記程序的正式性，正式法律情況很少偏離實質性法律情況⁷⁵。在土地登記為所有者，要求返還土地財產，將被推定為其財產。此簡化並加快權利授予。由於此一假設的統計真實性，簡化只會以犧牲少數例外個別情況之公平性為代價。

德國《民法典》第1566條第1項規

定無可辯駁的推定(Die unwiderlegbare Vermutung)，有助於簡化離婚程序。推定依據是他們已經分居一年，且就離婚達成協議⁷⁶。如此等情況成立，則相當於婚姻破裂的充分證明，且不包括相反的證明。該命令的目的是保護配偶的隱私⁷⁷：雙方同意結束婚姻，且此一願望也透過分居來客觀表達，則無理由讓雙方因婚姻失敗，而承擔負擔解釋和證明。

德國《民法典》第1362條第1項第1句和《民事訴訟法》(ZPO)第739條規定，顯示可反駁推定和不可反駁推定的相互作用。根據德國《民法典》第1362條第1項第1句，推定配偶一方或雙方擁有的所有動產，均屬於債務人，有利於配偶的債權人。債權人想要強制執行配偶之一的資產，就必須解釋，甚至證明配偶之間的所有權情況，對其而言，完全不透明，將使有效的法律起訴幾乎不可能⁷⁸。此種所有權的實質推定，執行法得到《民事訴訟法》第739條規定監護推定的支持。雖然德國《民法典》第1362條第1項第1句的推定，至少在理論上屬於可反駁⁷⁹，但《民事訴訟法》第739條規定建立了無可反駁的推定⁸⁰。不可反駁性，在高度正式的執行情序中，提供法律確定性和有效性。特別是負責扣押財產的執行員，不應因有可能反駁推定，而被迫進行實質法律的審查⁸¹。

推定，可以是得以提出反證推翻或不得

68. Osterloh, aaO. (Fn. 66), 86.

69. BVerfG, v. 25. 7. 1979, 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131, 147.

70. Osterloh, aaO. (Fn. 66), 219.

71. Osterloh, aaO. (Fn. 66), 329, Fußnote 219, letzter Satz.

72. Barczak: Rechtsbegriffe JuS 2020, 907.

73. Esser, Wert u. Bedeutung d. Rechtsfiktionen, 2. Aufl. 1969; Schneider, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 368 ff.

74. Kelsen, Annalen d. Philosophie 1, 1919, 630 (638). Zur Abgrenzung v. Beweislastregeln u. gesetzl. Vermutungen *Kalbfleisch*, JuS 2020, 722 (724).

75. MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 891 Rn. 1.

76. Vgl. MüKoBGB/Weber, 8. Aufl. 2019, § 1566 Rn. 31.

77. MüKoBGB/Weber, aaO. (Fn. 76), § 1566 Rn. 32.

78. MüKoBGB/Weber-Monecke, aaO. (Fn. 76), § 1362 Rn. 3: Vorschrift dient der „Abwendung der unzumutbaren Beweisnot des Gläubigers“ und ist zur „Gewährleistung eines effektiven Vollstreckungsbetriebs erforderlich“.

79. Zu prakt. Schwierigkeiten der Widerlegung d. Vermutung MüKoBGB/Weber-Monecke, aaO. (Fn. 76), § 1362 Rn. 3.

80. Petersen, Jura 2017, 1400 (1401). Die Vermutung des § 739 ZPO gilt sogar dann, wenn die Vermutung des § 1362 I 1 BGB widerlegt wurde (str.).

81. Vgl. MüKoZPO/Heßler, 5. Aufl. 2016, § 739 Rn. 1.

反證推翻之推定⁸²。通常，絕大部分法律上推定，屬於可以舉反證推翻，除非法律另有特別規定⁸³。得以反證推翻之法律上推定，倒置舉證責任，被推定事實之相對主體，就該推定事實之存在無庸舉證；而反對推定之事實存在者，即負有舉反證推翻該推定事實之義務（負擔）⁸⁴。否則，相關事實之存在，即以該法律上之推定為準。換言之，因得反證推翻之推定，將導致舉證責任倒置，且不僅是舉證責任倒置，反駁其存在者，需要提出反證。因此，反證者必須提供證據，使法庭完全相信情況恰恰相反。準此，凡訴訟程序不要求主張之人，必須證明其主張的先決條件存在，而必須證明缺乏先決條件存在時，此即舉證責任倒置；舉證責任倒置，通常係基於法律推定而發生⁸⁵。

反之，推定不得反證推翻者，則縱使有相反之證據，仍不得為之，其目的在於避免收集證據與相關取證困難。不能反證推翻之推定，又稱為擬制⁸⁶，形同其推定結果，並非反證所得攔其鋒。不能反證推翻之推定或擬制的存在，亦屬於一個解釋問題；擬制基礎之舉證責任，在於虛構之載體。與可反證推翻之法律推定相反，舉證責任並沒有因而倒置。事實上，可能存有與擬制基礎相反之證據，例如：於法定之決定期限後，遲到之駁回申請的行政處分⁸⁷。因此，我國民法第422條雖規定：「不動產之租賃契約，其期

限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃。」表面上採取擬制，其實應該是屬於不容許反證推翻的推定。但如當事人確實已口頭約定租約二年，彼此亦不否認或心照不宣，則又何需如此為擬制耶！

非得反證推翻之推定，在立法例上，德國民法典第1566條第2項規定：「配偶已分居三年者，即無可辯駁地推定婚姻已經失敗」⁸⁸。故，儘管配偶彼此生活很長一段時間，但無論在具體情況是否婚姻可能並無失敗。相反地，法院不必做出如此之假設，正是法律如此規定之目的。

擬制與推定不同，並不能舉反證加以推翻。其結果，擬制乃類似於無法反證推翻之推定。但兩者不同之處，在於一個無法反證推翻之推定事實，可能確實存在，但擬制則要求將實際上不存在之事實，視為真實，並賦予一定法效果。詳言之，法律上之擬制，使不同之事實或情狀，發生相同之效果、其法律效果一經發生，除能推翻基礎事實外，無就其效果提出反證予以推翻之可能，故擬制有將原本不同者，強加以為同之作用⁸⁹。

我國學者不乏將法律上擬制與推定概念，混淆用之者。例如陳瑋直氏先則謂：「法律上之推定係法律上所推想、假定或擬制之事實，而在其事實未被反證推翻前，使之發生一定之法律效果也」。然而，繼又謂：「但

82. 後者，另詳下述說明。

83. Vgl. § 292 S. 1, ZPO, BRD.

84. 學者有主張得以推翻法律上之推定者，並非僅以提出反證，使之陷於真偽不明為已足，而必須積極證明推定之事實並非真實始可。詳參見駱永家，民事舉證責任論，第2版，頁126，臺灣商務印書館（1976.10）。

85. 德國學者Dawin教授認為：「此等規定，在實體法律規範事實之特定特徵，並不適用的情況下，如有其他事實位於該基本規範事實之外（推定基礎），則推定滿足該特徵之事實。基礎規範之構成要件無法澄清，並不導致對舉證責任之判定，而係導致證明主體變化：如構成推定基礎之事實成立，為法院所確信，則基礎規範即可被適用。由於可反駁之法律推定，需要真相不明，並允許其存在，因此不會導致由證據規則“強制”法院確信（而係以不同方式克服真相不明），此與證明負擔規定有關。此與舉證責任規範，另有擬制之規定時，得以提供推定事實不存在之證據不同」。siehe, ders., VwGO § 108 (Urteilsgrundlage; freie Beweiswürdigung; rechtliches Gehör),

in: Schoch/Schneider, aaO. (Fn. 19), Rn. 108.

86. 請參見前述貳、三的探討。

87. 關於遲到之行政處分的概念與問題，詳請參見拙文，論遲到之行政處分，收入拙著，行政救濟與行政法學（二），第1版，頁259-280，三民（1993.3）；遲到之行政處分與訴願決定在行政救濟制度上之地位，植根雜誌，第9卷第5期，頁1-10，收入拙著，行政救濟與行政法學，修訂1版，頁303-317，正典（2004.6）；「遲到之行政處分面面觀」，收於政大兩岸行政法學研討會集刊，收入拙著，行政救濟與行政法學，修訂1版，頁319-373，正典（2004.6）。

88. 我國民法並無類此之規定，但於第1030-1條第3項則規定：「法院為前項裁判時，應綜合酌酌夫妻婚姻存續期間之家事勞動、子女照顧養育、對家庭付出之整體協力狀況、共同生活及分居時間之久暫、婚後財產取得時間、雙方之經濟能力等因素。」將夫妻分居時間之久暫，列為「夫妻之一方對於婚姻生活無貢獻或協力，或有其他情事，致平均分配有失公平者，法院得調整或免除其分配額。」

89. 參見陳瑋直，前揭（註9）書，頁24-25。

就法理而論，推定係擬制事實使原負舉證責任之人卸除其舉證責任，係證據法則重要內容之一；而視為係擬制法律效果，僅與證據法有不直接之關聯。」⁹⁰

法律上擬制⁹¹，仍應與法律上推定區分。擬制創設現實中不存在的事態，以無為有，而推導出原本不應存在之法律後果，例如：我國集會遊行法第12條第3項規定：「主管機關未在前二項規定期限內通知負責人者，視為許可。」將本無准駁之申請，當作已經核准。在我國法制上，擬制事項，常常使用諸如：「…視為…」；「…視同…」；「…以…論」等等。

擬制，不會對事實缺乏可證明性做出反應，而是無可辯駁地假設事實屬於真實，並確信它們不存在，因為它們不可能真實⁹²。德國最著名的例子，是《民法典》第1923條第2項規定，在繼承時已經受孕，但尚未出生的胎兒被視為出生。這個“擬制”的目的，是使胎兒能夠繼承，因根據《民法典》第1923條第1項規定，只有在繼承時活著的人才能繼承。

在解釋規則方面，在有疑問情況下適用一亦即在無法證明的情況下，並導致聲明被分配一定的內容。其與法律上推定主要區別，在於如根據德國《民法典》第133條和第157條進行解釋，不會導致解釋規則不改變舉證和證明責任，而是改變解釋明確結果的標準⁹³。此外，在法學方法上，吳經熊博

士於其名著「法理學」一書，亦舉我國左丘明於春秋一書中「鄭伯克段於鄆」之典故，以彰顯形同「擬制」之”As if”（將…當作…）的運用⁹⁴，可資參考。

參、法律上推定之效力與是否屬於推定之判斷

一、法律上推定之效力

如推定的基礎得到證明，法律後果就是德國《數位簽章法》第1條第1項規定的推定。在取證時，簽名的“安全性”和“真實性”，係透過與構成要件無關之特殊先決條件的存在（合法數位簽章的存在）間接推斷出來。德國《數位簽章法》第1條第1項中的“安全推定”，彌補已證實的事實與安全性和真實性確信之間的證據差距。“安全推定”不會導致舉證責任的轉換⁹⁵，而是導致臨時的證明，即可以假定程序的安全性和簽名的真實性，直到推定的基礎被動搖為止。實際上大大減輕提供證據者進一步解釋和證據的負擔。在行政訴訟中，如不存在固有的主張責任，則安全性推定會導致法院暫時免除調查義務⁹⁶。在所有類型的訴訟中，證據提出人最初可以提供數位簽名並進行檢查。然而，“安全性推定”只能證明簽名過程的安全性和簽名的真實性。如對決定性意向聲明的其他方面存在爭議，則必須在無需證明情況下，證明此等內容⁹⁷。“安全性推定”的效果僅針對上述推定內容進行規定。對於

90. 參見陳璋直，前揭（註9）書，頁24。

91. 關於根據擬制而作成之行政處分，詳參見拙文，擬制行政處分制度之研究，東吳法律學報，第6卷第2期，頁145-192，收入拙著，行政救濟與行政法學（二），第1版，頁179-244，三民（1993.3）；論擬制行政處分與訴之利益，植根雜誌，第7卷第6期，頁1-10，收入拙著，行政救濟與行政法學（二），第1版，頁245-258，三民（1993.3）；意為決定之訴願與擬制行政處分制度之存廢，法學叢刊，第38卷第4期，頁67-77，收入拙著，行政救濟與行政法學（三），修訂1版，頁353-373，正典（2004.6）。

92. MüKoZPO/Prütting, 6. Aufl. 2020, § 292 Rn. 8.

93. Auslegungsregeln finden sich etwa in § § 331 I, 427 I, 449 I, 454 I 2 u. 2084 BGB.

94. See, John C. H. Wu, Jurisprudence – a Treatise Treatise, Richly Illustrated with Cases and Readings, American Case Book Series, Second Edition, pp. 604-609 esp. the Chinese story in p. 609, Hua Kang Bookstore, Taipei 1976.

95. So BGHZ 100, 31 (34) = NJW 1987, 2876, für den Anscheinsbeweis; s. auch Mayer - Mayer, ZZP v. 1992, 292; Völlmecke, DStR 1996, 1075.

96. Diese wird jedoch bei Widerlegung der Sicherheitsvermutung wieder virulent s. z. B. Völlmecke, DStR 1996, 1075.

97. Dies gilt z. B. für die Autorisierung der Willenserklärung – s. hierzu z. B. Bizer - Hammer - Pordes, in: Pohl - Weck (Hrsg.), Beiträge zur Informationssicherheit, 1995, S. 105.

所有其他情況，仍然需要“直接證明”。

舉證責任是相關規定的實質法律組成部分，對於解決法律糾紛具有重要意義⁹⁸。因此，舉證責任問題是相關標準背後的民法利益評估的一部分。當一方當事人被認為擁有某種實質權利，但通常很難或不可能提出或舉證所需的事實時，舉證責任分配原則的利益公平性就達到極限。為能夠在此類案件中取得反映利益的結果，民法透過倒置舉證責任或推定規則運作。因此，可反駁的推定也導致舉證責任轉換。與純粹舉證責任規制不同之處，在於法律上的推定需要有推定的基礎 (Vermutungsgrundlage)，而舉證責任倒置只要求事實不能被證明⁹⁹。因此，法律上推定可以理解為有條件的舉證責任倒置 (qualifizierte Beweislastumkehr)¹⁰⁰。

舉證責任的倒置或轉換，其相關規則，有屬於成文規定，但亦有屬於不成文規定。前者，例如在妨礙履行行為的法律中，關於舉證責任的規定與培訓特別相關¹⁰¹，這些規定透過其否定性措辭，顛倒經常被提到「推定」過失 (vermutete Verschuld) 義務¹⁰² 的舉證責任¹⁰³，儘管該規定由於缺乏推定的基礎，並非技術意義上的推定。此等規定係基於任何透過合約自願承諾提供服務之人，如有疑問，不提供無障礙之服務，則有過失之考慮。侵權行為法也包含在德國《民法典》第 831 條以下舉證責任轉換的規定¹⁰⁴。此處

亦經常談論推定過失責任¹⁰⁵。任何使用第三方作為替代代理人者¹⁰⁶，有義務監督該人¹⁰⁷或飼養或監督動物¹⁰⁸，在對第三方造成損害情況下，必須承擔責任。根據德國《民法典》第 831 條，委託人承擔責任，因為他在涉及第三方的分工中行事，並從中獲取利益。因此，有人受到此等結構傷害，則承擔責任符合該人利益。由其自證清白，比債權人自證過錯更為合理。然而，如企業主表現出必要的謹慎，就可以為自己開脫¹⁰⁹。農場動物所有者或動物管理者責任，背後的想法也相似。雖然非農場動物的所有者，無論有無過錯都應承擔責任¹¹⁰，但農場動物所有者責任¹¹¹和動物管理員責任¹¹²，被賦予基於過錯責任以及舉證責任轉換之責任。在此，所有者或主管能夠證明其已經採取必要的結構性謹慎措施，以防止第三方受到動物傷害，則即可免責¹¹³。此等規定同樣基於某人屬於造成危險之來源，並能夠控制危險源者，更有能力證明自己在發生實際損害時沒有過錯，而受害者幾乎無法提供積極的過錯證明之考慮。

不成文之舉證責任轉換，最重要者，適用於製造人之責任領域，自所謂的“雞瘟案件”(Hühnerpestfall) 以來，已得到普遍認可¹¹⁴。德國聯邦法院特別證明此種舉證責任倒置的合理性¹¹⁵：侵權法中對過錯的規定，原則上，債權人必須依據德國《民法典》第

98. Lüke, aaO. (Fn. 39), § 23 Rn. 5.

99. Grdl. dazu *Leipold*, Beweislastregeln u. ges. Vermutungen, 1966, 90 ff.

100. Vgl. mit diesem Begr. iRd § 477 BGB auch *MuKoBGB/Lorenz*, aaO. (Fn. 37), § 477 Rn. 1.

101. § § 280 I 2, 286 IV BGB.

102. *Brox/Walker*, SchuldR AT, 44. Aufl. 2020, § 24 Rn. 23; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 330.

103. Durch die negative Formulierung ist das Vertretenmüssen kein positives Tatbestandsmerkmal, sondern ein für den Schuldner günstiger Haftungsausschluss, so dass er darlegungs- u. beweispflichtig ist, s. etwa *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 102), Rn. 349.

104. § § 831 I 2, 832 I 2, 833 S. 2, 834 S. 2 BGB.

105. S. etwa *Spickhoff*, JuS 2016, 865 (866).

106. § 831 BGB.

107. § 832 BGB.

108. § § 833 f. BGB.

109. Ausf. dazu *Staudinger/Bernau*, BGB, 2018, § 831 Rn. 2 ff.

110. § 833 S. 1 BGB.

111. § 833 S. 2 BGB.

112. § 834 BGB.

113. Zu Einzelheiten s. *MuKoBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 833 Rn. 76.

114. BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

115. Vor der Neufassung d. BehandlungsvertragsR nahm man auch in diesem, strukturell ähnl. Bereich eine ungeschriebene Beweislastumkehr an. Mittlerweile wurden diesen Überlegungen in § 630h BGB in Gesetzform gegossen, vgl. *Makowsky*, JuS 2019, 332 (336).

823 條第 1 項規定提供證據，必要時證明債務人有過失。然而，「證明主觀先決條件的可能性，很大程度上取決於受害方能夠在多大程度上解釋事件的客觀過程之所有細節。但當涉及公司在產品生產過程中發生的過程時，會帶來特殊困難。」因此，無法解釋的原因，在於生產者的領域。因此，由他承擔負擔，並提供無過失證明亦屬合理。因此種證明比債權人提供的過錯證明要好得多¹¹⁶。債務人可以透過證明其在產品的設計和製造中、客戶之指示已採取應有的謹慎態度，以減輕自己負擔¹¹⁷。

法律上之推定，最值得注意者，乃其效力與效力之種類及作用範疇，是否僅及於爭訟程序上之舉證責任反置，亦即受到推定而不利之一造，負有提出反證推翻之主觀的舉證責任，亦即主張證據的負擔？抑或擴大、延伸至諸如非爭訟之行政程序或行政實體法律關係。余觀學者之普遍論述，似乎咸認僅在於爭訟時，發生受到推定而不利之一造，負有提出反證推翻之舉證責任，亦即主張證據之負擔與證明負擔¹¹⁸，但就後者有不同見解¹¹⁹，而尚未見有提及法律上之推定，其效力擴大、延伸至非爭訟之行政程序或行政實體法律關係者。

關於法律上推定之效力，證據法權威學者主張，推定之事項，無反證者，毋庸舉證，亦即推定之效力，在於建立表面可信或初步

可信之證據 (prima facie evidence)。準此，**①**推定之效力為減輕或免除主張者之舉證責任，直至無相反之證據事實為止。如對造提出可受容許之反證，則推定停止生效，而由審理事實之人依雙方之證據力量判斷之。**②**推定之發生效力，由於基礎事實之確立。審理事實之人必須首先置信於基礎事實之確立，而後始可無待證據，即為推定事實之認定。**③**推定之效力，僅在以基礎事實之確立，對於主張推定事實不存在之當事人，課予不舉證之危險 (戴堯法則 (Thayerian Rule))。**④**在推定事實不存在之實質的證據提出以前，必須假定原推定事實存在。**⑤**在能使審理事實之人認為推定事實不存在之證據提出以前，必須假定原推定事實存在。**⑥**在審理事實之人認定事實不存在，較其存在更為可能以前，必須假定原推定之事實存在 (賓夕法尼亞法則 (Pennsylvania Rule))。**⑦**推定之作用，有如推定事實之證據，無論有無推定事實不存在之證據，均有效力，除非法官為推定不存在之評決¹²⁰。

值得特別注意者，乃據以推定之基礎事實，根據原先舉證責任分配，負有客觀的證明負擔者¹²¹，並不因推定而改由受到推定而不利之一造承擔¹²²。甚至被推定之事實 (結果事實)，其實質證明負擔，亦即說服法院取信該「假定之事實」，仍不因此而被翻轉¹²³。蓋法律上之推定結果，雖然裁判者 (法院) 依法必須承認¹²⁴，但根據經驗法則

116. BGH, NJW 1969, 269 (274 f.).

117. Fuchs/Baumgärtner JuS 2011, 1057 (1060 f.).

118. 參見李學燈，前揭 (註 1) 書，頁 257、259。

119. 參見李學燈，前揭 (註 1) 書，頁 259。

120. 參見李學燈，前揭 (註 1) 書，頁 255-261。

121. Vgl. Kyriakos N. Kotsoglou, Zur Theorie gesetzlicher Vermutungen Beweislast oder Defeasibility? Rechtstheorie, S. 247 (243-276). 更深入之論述，詳請參見 Cora Steininger, Beweisrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes bei allgemeinen oder für den Einzelfall vorformulierten Vertragsbedingungen im italienischen und deutschen Recht, SS. 35-53, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der juristischen Fakultät der Universität Regensburg 2002, SS. 55-57. 本文作者就法律上之推定對舉證責任之影響，於結論特別提出：「最後欲釐清者，乃此等推定，不能與所謂的「無條件推定」相混淆。在此與含有「假設」一詞之法律規定有關。然而，欠缺要件事實之外的推定基礎。因此，此等於法

律規定與對舉證責任之特殊規定有關，而與推定無關。

122. 德國學者 Dawin 教授因而謂：「當事人中之何方對推定所依據之事實承擔舉證責任，又取決於任何可能適用之特殊規則或法律關於舉證責任之基本規則」(Wer von den Parteien die Beweislast für den die Vermutungsbasis ausfüllenden Sachverhalt trägt, richtet sich wiederum nach etwaigen hierauf anwendbaren Sonderregeln oder nach der beweislrechtlichen Grundregel). Siehe, ders., VwGO § 108 (Urteilsgrundlage; freie Beweiswürdigung; rechtliches Gehör), siehe, ders., in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 42. EL, Februar 2022, Rn. 109.

123. 不同見解，參見李學燈，前揭 (註 1) 書，頁 257、259；司法院院台廳行一字第 0950020772 號函 辦理行政訴訟事件應行注意事項：十九、(三)、2. 法律上推定之事實無反證者，毋庸舉證 (行政訴訟法一七六準用民事訴訟法二八一)，其為相異之主張者，應負客觀的舉證責任。至於我國各級法院之判決，對此雖無特別的論述，但似乎亦採取與司法院上述函令相同之見解。

(Faustregeln) 亦僅係促使法院程序較輕鬆與加速進行的初步可信證據¹²⁵，讓法院信其大概如此之表徵性印象而已¹²⁶，而非絕對可信之確信性證據¹²⁷。對此，美國聯邦證據法第3條規則第301條，即明文規定：「民事案件中之一般推定，在民事案件中，除非聯辦法規或本規則另有規定，推定所針對之當事人有責任舉證反駁該推定。但本條規則並無轉移說服之責任，說服之責任仍落在最初擁有該責任者之一方身上。」(Presumptions in Civil Cases Generally In a civil case, unless a federal statute or these rules provide otherwise, the party against whom a presumption is directed has the burden of producing evidence to rebut the presumption. But this rule does not shift the burden of persuasion, which remains on the party who had it originally.)¹²⁸。

由上述說明，似乎法律上之推定，其作用僅侷限於爭訟程序，而不及於非爭訟之行政程序。不過，是否如此，仍有疑問。於此必須先提出者，乃黨產條例第5條規定之“推定”，與其他聯結性規定聯結之後，即產生巨大之影響，而足資政黨與其「附隨組織」之炯戒¹²⁹。

二、是否屬於法律上推定之判斷基準

法律使用“推定”之字眼，通常固然大部分屬於“法律上之推定”，但亦有與此毫

不相干或僅屬於“推論”或“事實上之推定”者¹³⁰，甚至只是「推舉決定」之意（例如我國民法第1124條關於家長之推定）。除此之外，法條使用“得認為…”¹³¹、“得認定為…”¹³²、“得假定…”¹³³之字眼者，依據其實質，仍非不得認定屬於容許舉反證推翻之“法律上推定”。至於我國法律或法規雖亦不乏有“禁止推定”或“禁止推論”者，但其反面，則仍構成“另類之推定”。例如：刑事訴訟法第154條第1項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪」，採取正面之“無罪推定”，而第2項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」，雖採取負面之“禁止推定犯罪”，其結果，應僅屬“正反面之表述”方法而已。與此類似者，例如我國民法第707條第2項規定：「應歸隱名合夥人之利益而未支取者，除另有約定外，不得認為出資之增加。」其中“不得認為”，亦含有“禁止推定”之效果。

肆、據以推定事項，應由誰舉證？

推定的規則，可以分為推定的基礎 (Vermutungsgrundlage)¹³⁴ 和推定的結果 (Vermutungsfolge)。對推定有利的人，有責任提出並證明該推定的依據存在。如法院確信推定基礎存在，則假定該推定真實¹³⁵。推定的證據後果，在德國，源自於民事訴訟法 (ZPO) 第292條第1句：法律推定，凡

124. Siehe, Michal Bobek, aaO. (Fn. 13), S. 9(1-19).

125. 此種表徵性證據，由法院依職權探求之。Dazu, vgl. Hüttenbrink, E. Klageverfahren in 1. Instanz, in: Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage 2002, Rn. 237a.

126. Siehe, Michal Bobek, aaO. (Fn. 13), S. 8 (1-19).

127. 參見李學燈，前揭（註1）書，頁255-256。

128. 1980年舊版之中文翻譯與解說，可參見段重民翻譯/Stephen A. Saltzburg著，美國聯邦證據法，頁15，司法周刊雜誌社（1985.6）。類似之見解，另參見Edmund M. Morgan著/李學燈翻譯，證據法之基本問題，再版，頁61，教育部（1970.11）。

129. 此等規定，包括：第6條、第8條、第9條、第10條。

130. 例如：我國民事訴訟法第282條規定：「法院得依已明瞭之事實，

推定應證事實之真偽。」其中之「推定」，實為邏輯上之「推論」(Inference)。

131. 例如：我國“船舶艙區劃分規則”第51條第2項、船舶防火構造規則第17條、第55條、第86條、第105條、現職公務人員調職辦法第5條第8條。

132. 例如：我國國籍法施行細則第3條第2項、有害事業廢棄物認定標準第5條第2項、第3項。

133. 例如：我國船舶散裝固體或物裝在規則第23條第3款。

134. Die Vermutungsgrundlage ist eine außerhalb d. Tatbestands d. zur prüfenden Norm liegende Tatsache, vgl. Hk-ZPO/Saenger, aaO. (Fn. 39) § 292 Rn. 2f. Tw. wird auch v. der Vermutungs-basis gesprochen.

135. BGH, NJW 2010, 363(364); Musielak/Voit, aaO. (Fn. 26), Rn. 862f.

法律規定不排除其可能性者，(僅)得透過反證推翻之。因此，可反駁的推定和不可反駁的推定間存在區別¹³⁶。可反駁的推定只能證明相反的證據(Beweis des Gegenteils)，而不能提供反證(Gegenbeweis)¹³⁷。因此，可反駁的推定，倒置推定主題的舉證責任¹³⁸。此一事實表明，對某一情況的法律推定，相當於充分的證明¹³⁹。與反證的出示不同，反證只需動搖法院對事實真實性的信念，相反的證據則要求法院確信相反的事實(推定)¹⁴⁰。

前美國哈佛大學教授 Ashford 與 Risinger 認為，大多數人都同意當另一個前提或據以推定事實之真實性已經確定，即認為“推定”之結論或被推定之事實，亦屬真實¹⁴¹。準此，推定之結果欲有效成立，則據以推定之事項必須確實存在。因此，主張因推定結果而受益者，自應證明據以推定之事項確實存在。

據以推定之事項，亦即據以推定之前提事實(Vermutungstatbestand)，以德國數位簽名為例，舉證者必須證明數位簽名未被更改，且來自合法的簽名過程。他可以透過在取證過程中使用根據數位簽章命令(SigV)第 17 條規定檢查的確認測試程序，作為視覺證據的一部分進行檢查，檢查數位簽章的真實性，而證明數位簽章的真實性。透過數位簽章，包含來自核准的憑證授權單位憑證，提供簽章來自合法合規簽章流程的證明，且可以使用根憑證授權單位的憑證進行

驗證。

就次要的舉證責任(Sekundäre Darlegungslast)，其位格導致舉證責任的特殊倒置¹⁴²。一般不需要提供證據的當事人，必須陳述事實，而一般需要提供證據的當事人，僅限於反駁¹⁴³。其原因背景在於一般不需要提供證據的一方當事人“更接近事實”，因此，提供解釋合理，而申訴人則不可能提供解釋¹⁴⁴。因此，為取得符合當事人利益結果，有必要扭轉解釋責任。常見的適用領域是負面事實的證明¹⁴⁵：例如，在不當得利的索賠中，次要舉證責任意味著債務人必須解釋轉移資產的任何法律理由，以及原則上有義務提供證據的債權人，只能否認此類陳述。

舉證責任和推定規則，僅在程序存在不確定性情況下適用¹⁴⁶。如案件事實提供明確信息，則此一適用先決條件即無訴諸推定或舉證責任規則的餘地。常見的錯誤，是過早依賴德國《民法典》第 280 條第 I 項第 2 句規定的舉證責任倒置。在依賴第 280 條第 I 項第 2 句規定的推定之前，必須審查案件事實，以獲取需要的證據。只有在確實真相未明(*non liquet*)情況下，才能訴諸推定。在此種情況下，最好簡要地確定非合法性的存在，以表明證明責任的適用要求已被理解。常見的解決方案是確認需要代表當前或推定的情況，只有在案件事實不能明確回答是否存在過錯的情況下才可行。

就據以推定事項之反駁而言，在數位簽章之安全推定，只會導致可反駁的推定。據

136. Hk-ZPO/Saenger, aaO. (Fn. 39), § 292 Rn. 5.

137. Vgl. Stein, JuS 2016, 896 (899).

138. Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 11f.

139. Mit einem Vollbeweis soll das Gericht v. der Wahrheit von behaupteten Tatsache überzeugt werden, s. Muthorst, JuS 2014, 686 (688f.).

140. S. Muthorst, JuS 2014, 686 (689); Lüke, aaO. (Fn. 39), § 22 Rn. 6.

141. See, Harold A. Ashford/D. Michael Risinger, Op. cit. supra (Fn. 4),

p. 165 (165-208).

142. Pohlmann, ZPR, 4. Aufl. 2018, Rn. 342.

143. Bischoff, JA 2010, 532; Muthorst, JuS 2014, 686 (687).

144. Vergleichbar ist insofern auch die Möglichkeit d. Bestreitens mit Nichtwissen gem. § 138 IV ZPO; s. dazu etwa Nicolli, JuS 2000, 584.

145. Vgl. Bischoff, JA 2010, 532.

146. Musielak/Voit, aaO. (Fn. 26), Rn. 862.

以推定的基礎，乃如滿足合法簽名程序的所有要求，則安全簽名的可能性很高，且可以檢測偽造和篡改。安全推定的基礎是「安全建築基石」所具有的高度整體安全性，基於數位簽章法的五個「安全組成部分」：(1) 根據數位簽章法 (SigG) 第 4 條進行測試的認證機構；(2) 根據數位簽章法 (SigG) 第 2 條以下和與第 4 條第 5 項規定整合到一個簡單明瞭的認證結構中，以及 (3) 提供所有符合數位簽章法 (SigG) 第 5 條至第 10 條規定的必要安全服務；(4) 僅使用根據數位簽章法 (SigG) 第 14 條規定測試的技術組件，並且 (5) 由控制基礎設施根據數位簽章法 (SigG) 第 13 條和第 15 條規定進行監控¹⁴⁷。在實際上可得反駁之程度或可能上，如推定的基礎能夠動搖，則該推定將被推翻。如可以證明違反《數位簽章法》或《數位簽名命令》的安全義務，或違反《數位簽章法》第 6 條和《數位簽名命令》第 4 條規定的簽署金鑰持有者義務，則屬於此種情況。安全推定可以被反駁，特別是透過證明技術組件或演算法及相關參數的不適當適用性、使用未經測試或未經確認的技術組件、認證機構未充分或不正確地履行強制性服務、金鑰或違反簽署金鑰持有者的義務。反駁該推定基礎的舉證責任，在於質疑安全推定的人。法律沒有規定必須提供何種程度的確定性，才能反駁該推定。根據德國《民事訴訟法》第 292 條規定，要求提供相反證據來反駁“法律的事實推定”，既沒有風險，也不合適¹⁴⁸。反駁可以透過反對者否認證明假設合理的事實，並

合理地證明在具體案例中，可能出現不同的事件進程來進行¹⁴⁹。所需要者，不是證明假設基礎的反面，而是需要事實證明假設基礎的重要組成部分缺失的嚴重可能性。然而，證據的反對者必須充分證明可能出現不同事件進程的事實¹⁵⁰。因此，他必須證明事實，據此可以得出結論，沒有按照法律實施安全預防措施，或者簽署金鑰持有者的行為違反了根據《數位簽章法》第 6 條和《數位簽章命令》第 4 條，向他告知的行為建議。

與其他證據法則比較，德國《民事訴訟法》第 415 條至第 418 條等證據規則，並不涉及舉證責任的分配，而是規範證據的證明價值。相較之下，關於舉證責任的規則，例如德國《民事訴訟法》第 292 條規定的推定，規定了在無法提供證據時的決定¹⁵¹，限制法院對證據的自由評估。因此，在以該原則為特徵的程序法中，被視為異物¹⁵²。他們最終證明有爭議的事實，反證據並不能反駁它¹⁵³，但必須與文件的證據價值來權衡¹⁵⁴。因此，它們不僅限制對證據的自由評估，也干擾對方受憲法保護的立場。

伍、否定推定事項，應由誰舉證？

我國民事訴訟法第 281 條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」德國《民事訴訟法》第 292 條第 1 句亦規定：「法律確立事實存在之推定，除法律另有規定，得採納反證。該證據亦得透過根據第 445 條申請當事人訊問而提供之。」¹⁵⁵。兩國訴訟法規定，雖用字不盡相同，但

147. S. z. B. Roßnagel, NVwZ 1998, 5f.

148. S. BGH, MDR 1959, 114; Baumgärtel, aaO. (Fn. 35), S. 47; Thomas-Putzo, ZPO, 20. Aufl. (1997), § 292 Rdnr. 4.

149. S. z. B. BGHZ 100, 31 (34) = NJW 1987, 2876; BGH, VersR 1995, 723; Baumgärtel (o. Fußn. 35), S. 47; Thomas-Putzo, aaO. (Fn. 156), § 286 Rdnr. 12; Völlmecke, DStR 1996, 1075; Mayer-Mayer, ZFP 1992, 292f.; Britz, Urkundenbeweis und Elektroniktechnologie,

1996, S. 256.

150. S. z. B. BGHZ 8, 239 = NJW 1953, 584; Völlmecke, DStR 1996, 1075.

151. Leibold, aaO. (Fn. 35), S. 80 ff.

152. S. hierzu auch Britz, aaO. (Fn. 149), S. 95f.

153. S. z. B. Mayer-Mayer, ZFP 1992, 288.

154. S. z. B. Leibold, aaO. (Fn. 35), S. 86.

其旨趣並無不同。亦即當事人就“法律推定之事實”，無庸舉證證明該“法律推定之事實”存在，而只有欲推翻該法律推定之事實存在者，始需要提出反證證明該法律推定之事實並不存在。唯值得注意者，乃法律條文係使用“法律推定之事實”，亦即“推定結果”(Vermutungsfolge)，而非“法律據以推定之事實”，亦即“推定之基礎”(Vermutungsgrundlage)。因此，因法律之推定結果受益者，固然不必就“推定結果”存在負舉證責任，但就“法律據以推定之事實”，亦即“推定之基礎”(Vermutungsgrundlage)或前提存在，除法律另有規定外，仍應負舉證證明其存在之責任。

陸、結論

推定，雖有各種分類，但主要集中於法律上之推定與事實上之推定、得反證推翻之推定與不得反證推翻之推定。得反證推翻之法律上推定，因推定之結果受益者，就推定之結果毋庸舉證證明其存在。反之，因推定之結果受害者，就推定之結果不存在，則必須舉反證始能推翻之。換言之，在訴訟法上，雖產生舉證責任倒置或轉換之結果。但是，因推定之結果受益者，就據以推定之基礎存在，原則上應負擔舉證、證明其存在之責任。此外，事實上之推定，雖然並非法律規定之制度，但是對於司法實務，則會產生表面證據之效果，基於司法實務見解之統一，常常

會導致法官形成類似之心證或證據評價，而屬於不成文之專業經驗命題。

最後，法律上之推定，並不限於成文法使用推定之術語者，且成文法使用推定之用語者，有時與法律上之推定亦無關聯(例如我國民法第 1124 條關於家長之推定，乃推舉決定之意)。基於法律上推定制度之合目的性與容許性，甚至是合憲性，法律上之推定不宜流於浮濫，應謹慎、節制地使用，尤其是攸關人民權利之事項，不應純粹為便利公權力，而將人民壓制於幾乎窒息的事實上不能反證推翻之推定下！



155. § 445 ZPO:” (1) Eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht hat, kann den Beweis dadurch antreten, dass sie beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen. (2) Der Antrag ist nicht zu berücksichtigen, wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet.”

刑事彈劾證據之證據能力與實務運用

梁志偉*

壹、彈劾證據之意義與證據能力

一、彈劾證據之概念基礎

刑事訴訟之運作，司法實務歷來形塑「彈劾證據」之概念¹，為控（檢察官或自訴人）辯（被告及辯護人）雙方於法庭攻防論述之說理根據，且係法院裁判常援引說明之論述基礎。由於刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」，在學理上，以嚴格（謹）證據法則稱之，係為保護被告正當法律程序權益而設，嚴格限制作為判斷、認定基礎之依據，必須係適格之證據資料，並經由完足之證據提示、辨認、調查與辯論，始能為不利於被告之有罪判決，至於對其有利之無罪判決，自不在此限。學理上乃有「彈劾證據」與之相對照，作用在於削弱甚或否定檢察官（或自訴人）所舉不利被告證據之證明力²。因此，所謂「彈劾證據」為英美法之概念，係指爭執證人陳述憑信性或證明力之證據，其作用僅在於減弱「實質證據」（即證明待證事實存否之證據）之證明力，以供法院審判心證之參考，不得作為認定犯罪事實之基礎³。

實務指出，「傳聞排除法則」中所謂被告以外之人於審判外之陳述無證據能力，係

針對證據目的在於證明犯罪事實爭點（issue on fact）之證據資格而言，若證據之目的僅係作為「彈劾證據憑信性或證明力」之用（issue on credibility），旨在減損待證事實之成立或質疑被告或證人陳述之憑信性者，其目的並非直接作為證明犯罪事實成立存否之證據，則無傳聞排除法則之適用，此即英美法概念所稱「彈劾證據」（impeachment evidence），日本刑事訴訟法第 328 條亦已就此項「彈劾證據」予以明文規定⁴，基於刑事訴訟發現真實及公平正義之功能，於我國刑事訴訟上亦應有其適用⁵。準此，參酌刑事訴訟法第 166 條之 1 第 2 項規定：「為辯明證人、鑑定人陳述之證明力，得就必要之事項為主詰問。」、第 3 項第 6 款規定：「行主詰問時，不得為誘導詰問。但下列情形，不在此限：……證人、鑑定人為與先前不符之陳述時，其先前之陳述。」、第 166 條之 2 第 1 項規定：「反詰問應就主詰問所顯現之事項及其相關事項或為辯明證人、鑑定人之陳述證明力所必要之事項行之。」及第 2 項規定：「行反詰問於必要時，得為誘導詰問。」等規定，與行反詰問時容許以陳述人先前不一致之陳述供為彈劾之法理，以及刑事訴訟法第 288 條之 2 規定所稱之「辯論證據證明力」，除法院認

* 本文作者為陽銘法律事務所主持律師、社團法人高雄律師公會第 16 屆第 1 任審判實務研究委員會召集人。

1. 本文以下提及司法實務係指最高法院歷來裁判之各類觀點。至於近期學理上比較法觀點之探討，請見張永宏，論刑事彈劾證據之證據能力與調查—日本法的借鏡與反思（四之一），司法周刊第 2151 期，112 年 4 月 7 日，第 2 頁至第 3 頁；同著者，論刑事彈劾證據之證據能力與調查—日本法的借鏡與反思（四之二），司法周刊第 2152 期，112 年 4 月 14 日，第 2 頁至第 3 頁；同著者，論刑事彈劾證據之證據能力與調查—日本法的借鏡與反思（四之三），司法周刊第 2153 期，112 年 4 月 21 日，第 2 頁至第 3 頁；同著者，論刑事彈劾證據之證據能力與調查—日本法的借鏡與反思（四之四），司法周刊第 2154 期，112 年 4 月 28 日，第

2 頁至第 3 頁。

2. 參最高法院 100 年度台上字第 4761 號刑事判決意旨。

3. 參最高法院 100 年度台上字第 1731 號、101 年度台上字第 4645 號等刑事判決意旨。

4. 日本刑事訴訟法第 328 條關於彈劾證據擬制為有證據能力之規定係：「依第 321 條至第 324 條規定不得作為證據之文書或供述，為爭執被告、證人或其他人於審判準備或審判期日所為供述之證明力，得作為證據」，參最高法院 106 年度台上字第 3183 號、110 年度台上字第 309 號等刑事判決理由所載。

5. 參最高法院 98 年度台上字第 949 號、98 年度台上字第 4029 號、99 年度台上字第 4103 號等刑事判決意旨。

為足為判斷依據之有證據能力之證據，為求更臻明瞭起見，給予當事人等就其證明力辯論之機會外，當然亦包括當事人等得提出被告以外之人先前在審判外所為「自我矛盾之陳述」，以彈劾該被告以外之人在審判中所為陳述之證明力，使法院為適正之取捨，形成正確之心證⁶。

二、彈劾證據之證據能力

(一) 彈劾證據具有證據能力之觀點

實務早期有認為，證據法上之傳聞排除法則，係指待證犯罪事實 (issue on fact) 之審判外陳述而言，倘以審判外之陳述 (與審判上陳述不一致) 待證審判上陳述之憑信性 (issue on credit)，則無此排除法則之適用，換言之，先前審判外不一致之陳述 (與審判上陳述不一致) 則容許作為彈劾審判上陳述之憑信性，而具有證據能力。蓋基於「苟後之審判上陳述為真，何以先前有不一致之審判外陳述」之法理，先前不一致之審判外陳述容許作為彈劾審判上陳述憑信性之證據。惟此證據僅限於彈劾審判上陳述憑信性而已，與待證犯罪事實之情形不同，不可混淆⁷。依此，審判外不一致之陳述於審判上作為彈劾證據使用，即具有證據能力。

(二) 彈劾證據不以具有證據能力為必要

除前述認為彈劾證據本身具有證據能力之觀點外，實務較普遍認為：我國刑事訴訟法基於證據裁判主義及證據能力之規定，得以作為認定犯罪事實之依據，以有證據能力之證據為限，惟於審判期日證人所為陳述與

審判外之陳述相異時，可提出該證人先前所為自我矛盾之陳述，用來減低其在審判時證言之證明力，此種作為彈劾證據使用之傳聞證據，因非用於認定犯罪事實之基礎，不受傳聞法則之拘束。因此，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不得以之直接作為證明犯罪事實存否之證據，但非不得以之作為彈劾證據，用來爭執或減損被告、證人或鑑定人陳述之證明力⁸。

是以，證據能力，係本於嚴格證明法則，對於認定犯罪事實所憑之證據，所為應具有證據適格性之要求。反之，倘非作為認定犯罪事實之證據，而是用來彈劾被告、證人陳述證明力，即不以使用具有證據能力之證據為限，若與經驗、論理法則無違，即使不具證據能力之傳聞證據，亦可資為彈劾證據使用⁹。不合傳聞例外之先前陳述，雖不得作為犯罪成立與否之實體證據，然尚非不得以其先前所為「自我矛盾之陳述」，用來彈劾該證人在審判中供述證據之證明力。此種僅止於用來爭執證明力之彈劾證據，即無嚴格證明法則之適用¹⁰。從而，彈劾證據消極地作為爭執同一證人所為自相矛盾陳述憑信性或證明力之證據，並非用以積極地證明犯罪事實存在之實質證據，故不以具有證據能力為必要¹¹。

貳、彈劾證據之區辨與實務運用

一、彈劾證據與相關證據之區辨

刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定：被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證

6. 參最高法院 96 年度台上字第 4363 號、98 年度台上字第 7195 號、99 年度台上字第 3240 號、99 年度台上字第 6590 號、99 年度台上字第 7620 號、100 年度台上字第 847 號、100 年度台上字第 2446 號、106 年度台上字第 4083 號、101 年度台上字第 1172 號、101 年度台上字第 1324 號、108 年度台上字第 2878 號等刑事判決意旨。
7. 參最高法院 99 年度台上字第 2805 號刑事判決意旨。
8. 參最高法院 97 年台上字第 1981 號、98 年台上字第 2896 號、98 年度台

上字第 7652 號、98 年度台上字第 6648 號、98 年度台上字第 7685 號、99 年度台上字第 6303 號、101 年度台上字第 3870 號、102 年度台上字第 596 號、104 年度台上字第 1627 號、104 年度台上字第 2323 號、109 年度台上字第 1535 號、111 年度台上字第 4635 號等刑事判決意旨。
9. 參最高法院 106 年度台上字第 4057 號刑事判決意旨。
10. 參最高法院 96 年台上字第 7337 號刑事判決意旨。
11. 參最高法院 112 年度台上字第 2025 號刑事判決意旨。

據，仍應調查「其他必要之證據」，以察其是否與事實相符。其立法旨意在防範被告或共犯之自白與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。上揭所稱「其他必要之證據」即所謂「補強證據」，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據與自白之相互印證，足使犯罪事實獲得相當確信者，始足當之。故簡言之，「補強證據」即係補強自白之證據，以補強證據之存在限制合法自白在證據上之價值俾發現實質之真實。原則上應符合下述三要件，即：1. 應具有證據能力。「證據」既具有作為嚴格證明資料之能力或資格，所謂「補強證據」自應具「證據能力」或稱「證據資格」，此亦經司法院釋字第 582 號解釋所闡明。相對地，與「彈劾證據」，主要用來彈劾證人的信用能力，目的在動搖證言的憑信性，減低證人在審判時證言之證明力，因非用於認定犯罪事實之基礎，可不受傳聞法則之拘束，自有不同。2. 補強證據與自白間應不具同一性或重複性。否則僅屬與自白相同之證明力薄弱的「累積證據」，不具補強證據之適格。3. 補強之範圍限定為與犯罪構成要件事實有關聯性，且對於待證事實認定具有實質價值。至是否具有上開關聯性或其實質價值如何，則須委由法院經過合法調查並評價後，始能認定該補強證據是否具有證明力以及其強弱¹²。依此，補強證據係證明犯罪事實之佐證，彈劾證據則非用以認定犯罪事實，兩者有所差異。

惟情況事實倘足以合理推論待證事實之存在或不存在者，乃所謂「情況證據」，其證據機能，非但得以間接推論待證事實之存在或不存在，且得作為彈劾證據，用以彈劾或補強直接證據之真實性，是斟酌直接證據之憑信性（證明力）時，對於待證事實存在或不存在當時之情況事實，不能置而不論，否則，採證認事即有偏離真實之虞，難謂適法¹³。就此，實務有認為，是否傳聞證據應視「待證事實」而定，如待證事實並非實體犯罪構成要件，而係用以加強被害人所述犯罪情節憑信性的彈劾證據，其性質即「非傳聞」，基於直接審理原則，此等經由被害人轉述犯罪過程的情緒反應，既係證人親自見聞之事，如與被害人所指證之被害事實具有關聯性，仍得作為補強被害人證言（直接證據）實在可信之補強證據¹⁴。另有認為，行為人不會因為被害人難以證明、甚或無端的指控而入罪，始符罪刑法定與無罪推定原則。而待證事實如非實體犯罪構成要件，係用以加強直接證人所言憑信性的彈劾證據，基於直接審理原則，亦非不得作為證明直接證人證言實在之補強證據，惟仍須指述前後並無瑕疵，且無合理懷疑，始得作為有罪判決之依據¹⁵。依此，實務上彈劾證據與補強證據之區辨界限似有漸趨模糊之趨勢，值得持續留意關注。

二、彈劾證據於審判實務之運用

（一）控辯雙方之應用

刑事訴訟法第 288 條之 2 規定：「法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。」，控辯雙

12. 參最高法院 108 年度台上字第 4053 號刑事判決意旨。

13. 參最高法院 98 年度台上字第 3941 號、109 年度台上字第 3963 號、110 年度台上字第 3796 號等刑事判決意旨。

14. 參最高法院 110 年度台上字第 5203 號、110 年度台上字第 6090 號、

111 年度台上字第 4783 號、112 年度台上字第 1127 號、112 年度台上字第 3541 號、112 年度台上字第 4107 號等刑事判決意旨。

15. 參最高法院 111 年度台上字第 3017 號、112 年度台上字第 1348 號等刑事判決意旨。

方於法院審判程序中，得提出彈劾證據以指摘被告、證人或鑑定人陳述之證明力。對於辯方而言，傳聞證據之所以應被排除，係因證人所陳述者，非屬親身經歷之事實，而只是傳播第二手以上之資訊，無從透過反對詰問程序檢驗其真實性，法院亦無法直接從中獲取正確之心證，但此乃指不利於被告之傳聞而言，如屬有利被告之傳聞，則不妨作為彈劾證據¹⁶。所謂「彈劾」之概念用語，依實務歷來論述開展，包含「爭執¹⁷」、「打擊¹⁸」、「減低¹⁹」、「減損²⁰」、「減弱²¹」、「削弱²²」、「推翻²³」、「否定²⁴」或「印證²⁵」陳述憑信性或證明力等態樣。

又對於虛偽危險性較大之被告以外之人²⁶所為之陳述，為避免其嫁禍他人，藉以發見實體之真實，除仍應認有補強證據以增強其陳述之憑信性，始足為認定被告犯罪事實外，被告就彈劾該陳述憑信性之證據，亦得聲請調查，以兼顧其訴訟上防禦權之保障。倘被告已釋明該彈劾證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，如予採納或經調查後，可能推翻證人之指證，而據為不同之認定者，法院如未予調查，亦有證據調查職責未盡之違誤²⁷。然當事人等所提出作為彈劾證據使用之被告以外之人在審判外不符合傳聞例外之陳述，必須已足以推翻或否定其審判中陳述之憑信性，後者之陳述始不具證據價值，否則應屬審判中陳述證據之評價問題，如無違經驗與論理法則，即不得資為合法之

第三審上訴理由²⁸。

此外，實務近期有認為，相對於美國法只要被告放棄其緘默權利，立於證人地位，其程序皆與人證程序相同，自適用彈劾證人陳述可信度之程序。然我國被告對於自身案件並無證人適格，因此對於被告本身之陳述是依據自白法則、任意性法則來認定，並無人證程序之適用，即被告之陳述是否可採，應由法官本諸確信自由判斷，並無彈劾證據之適用。雖依刑事訴訟法第 97 條、第 163 條、第 169 條或第 184 條等規定賦予證人與被告、被告與被告間詢問或相互對質之機會，此等詢問及質問之本質亦係利用彈劾方式呈現各個證據間之可信度，但究不能以被告本身先後不一致之陳述資為彈劾證據用以削弱或減低其自白之可信性，否則只要被告陳述一有翻異或齟齬，即謂其先前或全部所述均不可信，自有違證據法則²⁹。針對被告自身之陳述無從作為彈劾證據使用之觀點，攸關控辯方法庭辯護策略之主張，得予注意。

（二）法院審理之應用

刑事訴訟法第 166 條第 4 項、第 166 條之 6 第 2 項規定，證人、鑑定人經當事人、代理人或辯護人詰問完畢後，審判長得為訊問及續行訊問，以補詰問之不足；又同法第 170 條規定，參與合議審判之陪席法官，得於告知審判長後，準用前開規定訊問證人、鑑定人。良以人證為證據方法之一種，係以

16. 參最高法院 99 年度台上字第 4331 號刑事判決意旨。

17. 同前註 3、8、10、11。

18. 同前註 6。

19. 同前註 6；另參最高法院 103 年度台上字第 3990 號刑事判決意旨。

20. 同前註 8。

21. 同前註 3。

22. 同前註 3。

23. 參最高法院 101 年度台上字第 31 號刑事判決意旨。

24. 同前註 3、10。

25. 參最高法院 99 年度台上字第 4383 號刑事判決意旨。

26. 所謂虛偽危險性較大之被告以外之人，可參最高法院 101 年度台上字

第 6199 號刑事判決：「被害人、告訴人係以使被告受刑事追迫為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認（見本院五十二年台上字第一三〇〇號判例）；實係因該等證人或因有利害關係，本質上存有較大之虛偽危險性，為擔保其真實性，即應調查其他必要之證據。基於雙方對向行為之犯罪（對向犯），如購買毒品者指證販毒者；投票受賄者指證賄選者；貪污治罪條例之行賄者指證收賄者；犯槍砲彈藥刀械管制條例之罪，於偵查或審判中自白，並供述全部槍砲之來源及去向者；因均得獲減輕或免除其刑，甚或得由檢察官為職權不起訴或緩起訴處分，不免作出損人利己之陳述，其證言本質上亦存在較大之虛偽危險性。」之具體說明。

27. 參最高法院 109 年度台上字第 5160 號刑事判決意旨。

28. 同前註 23。

29. 參最高法院 108 年度台上字第 801 號刑事判決意旨。

人之陳述為證據，而證人之陳述，不免因人之觀察、知覺、記憶、敘述、表達等能力及誠實信用，而有偏差，為發現實體之真實，自許審判長、陪席法官為補充訊問，以形成正確之心證，另參酌同法第 166 條之 1 第 2 項、第 3 項第 6 款，第 166 條之 2 等規定，於行詰問時容許以陳述人先前不一致之陳述作為彈劾之法理，審判長、陪席法官於補充訊問時，自非不得以之作為彈劾證據，用以彈劾該證人於審判中陳述之證明力³⁰。

彈劾證據對於法院之應用，實務有認為不具證據能力之傳聞證據雖可作為彈劾證據，然彈劾證據之作用僅在於否定或減弱實質證據之證明力，尚不得作為認定犯罪事實之基礎。否則，如無證據能力之傳聞證據得作為「增強」實質證據證明力之依據，而資為不利被告之認定時，將使法律所規定傳聞證據之限制，形同具文³¹。就此觀點乃限制彈劾證據僅得削弱證據證明力，而不得作為增強證據證明力之用，合乎所謂彈劾之本意。然近期實務則有認為，被告以外之人於審判外之陳述，雖屬傳聞證據，原則上並無證據能力，但法院為發現真實，尚非不得以該項傳聞證據作為「增強」或減低被告所辯或證人陳述憑信性之彈劾證據³²。依此觀點，如許傳聞證據作為增強證人陳述憑信性之用，形同將傳聞證據當作認定被告有罪之依據，容與彈劾之意義有間，殊值商榷。

對法院而言，辯方所提彈劾證據，是否真能削弱、推翻或否定控方所舉證據，仍應依客觀存在的經驗法則、論理法則而為判斷，絕非僅憑辯方主觀、片面主張，就加採

納、判決被告無罪。易言之，彈劾證據可否採納，屬法院對於證據取舍的職權判斷事項，倘彈劾證據無法削弱、推翻或否定控方所舉的積極、確切、有力證據，法院自可不加採納³³。由於彈劾證據僅在爭執（彈劾）證人（鑑定人）陳述之憑信性，至若犯罪事實存否之證明，則不在此之列³⁴。因此，依法非屬適格證據之審判外陳述，事實審法院如未將之採為認定犯罪之依據，亦毋庸贅行說明其有無證據能力之判斷，不生判決理由欠備之問題³⁵。然而，彈劾證據既足以減弱實質證據之證明力，其是否屬實，自係證據取舍事項，且攸關犯罪事實有無之判斷，自應詳予說明其論斷之理由，否則即有判決理由不備之違法³⁶。

參、結語建議

本文綜合司法實務歷來關於彈劾證據之闡述觀點，研析彈劾證據之證據能力及實務運用議題，彙整出如下總結及建議供審檢辯各方從事刑事訴訟實務參考：

- 一、所謂彈劾證據，係用以爭執、打擊、減損、削弱、推翻、否定或印證被告、證人或鑑定人陳述憑信性或證明力之證據。其概念源自英美法且於日本法有所明文，自我國刑事訴訟法第 166 條之 1 第 2 項、第 3 項第 6 款、同法第 166 條之 2 第 1 項、同法第 288 條之 2 等規定，配合行反詰問時容許以陳述人先前不一致之陳述供為彈劾之法理，得以論證其法律基礎。
- 二、關於彈劾證據之證據能力，實務認有證

30. 參最高法院 106 年度台上字第 2029 號刑事判決意旨。

31. 參最高法院 102 年度台上字第 2169 號刑事判決意旨。

32. 參最高法院 107 年度台上字第 723 號、107 年度台上字第 1306 號等刑事判決意旨。

33. 參最高法院 106 年度台上字第 280 號刑事判決意旨。

34. 參最高法院 100 年度台上字第 2777 號刑事判決意旨。

35. 參最高法院 100 年度台上字第 1715 號刑事判決意旨。

36. 參最高法院 106 年度台上字第 450 號刑事判決意旨。

據能力之觀點固非無見，惟基於證據裁判主義及傳聞法則之精神，所謂審判外陳述無證據能力，係針對證明犯罪事實成立之證據資格，而彈劾證據旨在質疑待證事實之成立，本即不受傳聞法則之拘束，既非用以積極證明犯罪事實存在之實質證據，即不以具有證據能力為必要。

三、就控方而言，補強證據係證明犯罪事實之佐證，彈劾證據則非用以認定犯罪事實，兩者有所差異。然實務有認為待證事實如非實體犯罪構成要件，係用以加強直接證人所言憑信性的彈劾證據，基於直接審理原則，亦得作為證明直接證人證言實在之補強證據，惟仍須指述前後並無瑕疵且無合理懷疑，始可能作為有罪判決之依據。

四、就辯方而言，彈劾證據之提出係為被告

行使訴訟防禦權之重要辯明方法，實務有指出如為彈劾虛偽危險性較大之被告以外之人陳述憑信性，得釋明待證關聯性爭取聲請法院調查之機會，如法院未予調查即有可能形成調查證據未盡周延之瑕疵，惟須注意法院對彈劾證據之評價如無違經驗與論理法則，則尚非上訴第三審之適法理由。

五、就法院而言，審判中控辯雙方於反詰問程序提出陳述人先前不一致之陳述彈劾陳述之證明力，為交互詰問程序之精彩交鋒所在，審判長、陪席法官於補充訊問時，亦得以該等彈劾證據爭執審判中陳述之證明力。控辯雙方提出之彈劾證據，法院得以不加採納，此屬法院對於證據取舍的職權判斷事項，惟仍應詳予說明其論斷之理由。



再論重大醫療瑕疵理論

臺灣高等法院 110 年度醫上更一字第 2 號民事判決評釋— 以婦產科醫師是否未發現胎心音異常而造成胎兒腦缺氧之舉證責任議題為中心

陳章樵*

壹、前言

就醫療過失之事實認定、法律適用與舉證責任問題，經常困擾醫療訴訟之兩造，筆者曾於高雄律師會訊第 111-3、4 月期刊撰文《臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決評釋—以最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之重大醫療瑕疵理論為中心》討論過民國（下同）106 年 3 月 29 日作成最高法院 106 年度台上字第 227 號判決，就所謂「重大醫療瑕疵理論」之認定與後續下級法院就該見解如何適用。

惟於最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決發回更審後，最高法院於該案呈現之見解，於 106 年 3 月 29 日作成後，曾遭醫界強烈批評¹，爾後再經臺灣高等法院 106 年度醫上更一字第 1 號民事判決維持發回前原告敗訴判決，該案最後經最高法院於 112 年 6 月 15 日作成最高法院 110 年度台上字第 3175 號判決駁回原告上訴而判決定讞。值得注意的是，最高法院嗣後並未再就 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之「重大醫療瑕疵理論」繼續討論，僅就證據面論述

原告上訴如何不可採，故究竟「重大醫療瑕疵理論」係如何被後續之最高法院、下級法院繼續採用或改採其他見解，即有再討論之餘地。

又立法院於 111 年 6 月 22 日制定公布之《醫療事故預防及爭議處理法》，係立法者為解決醫療糾紛常造成病患訴訟費用之沉重負擔，也常造成醫師訟累且容易造成醫師怯於選擇執行具有風險之手術，故如《醫療事故預防及爭議處理法》第 1 條之立法目的所示，為保障醫病雙方權益、促進醫病和諧關係、改善醫療執業環境、確保病人安全、提升醫療品質，並建立妥速醫療爭議處理機制，並於 113 年 1 月 1 日開始施行，並有以下重要規定²：

- 一、《醫療事故預防及爭議處理法》第 3 條第 1 款規定：「本法用詞，定義如下：一、醫療事故：指病人接受醫事機構之醫事服務，發生重大傷害或死亡之結果。但不包括因疾病本身或醫療處置不能避免之結果。」
- 二、同法第 4 條第 4 項規定：「第一項財團法人提供之醫事專業諮詢及醫療爭議評

* 本文作者為陳章樵律師事務所主持律師、空軍航空技術學院兼任教師、高雄醫學大學醫療法律專業碩士學分班 109 年度第 2 期結業。

1. 參中華民國醫師公會全國聯合會 2017 年 6 月 5 日嚴重聲明：「對最高法院民事庭忽視醫事人員專業及台灣醫療困境逕認定醫療糾紛應由被告醫師負舉證責任本會深表遺憾痛心！呼籲司法正視醫師人權！」，https://www.tma.tw/meeting/meeting_info.asp?/7232.html，最後瀏覽日：2024 年 1 月 9 日；「重大醫療瑕疵醫師須舉證，醫界痛心病友支持」，自由時報電子報，2017 年 6 月 6 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1108193>，最後瀏覽日：2024 年 1 月 9 日。關於最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決亦經學界多所討論，詳可參沈冠伶，重大醫療瑕疵與因果關係之舉證責任—最高法院 106 年度台上字第 227 號判決簡評，月旦醫事法報告第 10 期，2017 年 8 月，頁 96 以下；廖建瑜，醫療水準與醫療慣行之注意義務，月旦醫事法報告第 10 期，2017 年 8 月，頁 86 以下；吳振吉，醫療行為之過失認定—簡評最高法

院 106 年度台上字第 227 號之「醫療常規」與「醫療水準」，月旦醫事法報告第 10 期，2017 年 8 月，頁 69 以下；吳從周，醫療訴訟舉證責任之實務發展及評估—觀察民事訴訟法第 277 條但書適用情形之醫病鬥「法」，第二回合續篇，收錄於姜世明主編，民事程序法焦點論壇第六卷：醫事民事責任之實體與程序法上問題之研究，新學林出版，2019 年 7 月，頁 45 以下。

2. 關於《醫療事故預防及爭議處理法》之立法評析可參楊智守，醫療調解的法律層面特殊性探討，月旦醫事法報告第 91 期，2024 年 5 月，頁 19-34；醫預法調解運作模式之探討—從臺中地院醫療調解經驗出發，月旦醫事法報告第 91 期，2024 年 5 月，頁 35-49；吳俊穎、楊增璋，醫療事故預防及爭議處理法—立法重點解析，月旦醫事法報告第 89 期，2024 年 3 月，頁 92-118；廖建瑜，簡評醫療事故預防及爭議處理法，月旦醫事法報告第 70 期，2022 年 8 月，頁 115 至 134；吳建昌、劉靜婷，道歉是否能夠了事？結合論理與實證觀點論臺灣醫療事故道歉法制之建置，臺北大學法學論叢第 126 期，2023 年 6 月，頁 1 至 75。

析，除醫療爭議當事人均同意外，不得於本案訴訟採為證據或裁判基礎，亦不得採為相關行政處分之基礎。」創設類似醫療鑑定之醫療爭議評析制度。又依據同法第 4 條第 3 項授權訂定之《醫療評析作業辦法》第 8 條規定：「前條第一項第三款評析意見書，應包括下列事項：一、案例編號。二、調解會。三、醫療爭議之爭點。四、醫療爭議評析意見。（第一項）前項第四款醫療爭議評析意見，應依病歷資料就醫療爭議之爭點，作成醫學專業性意見。（第二項）受託法人應將評析意見書逕送調解會，不另提供案件當事人，亦不對外提供。（第三項）」醫療評析意見書並不提供給當事人亦不對外提供。

三、同法第 6 條第 1 項更要求：「醫療機構應組成醫療事故關懷小組，於醫療事故發生之翌日起五個工作日內，向病人、家屬或其代理人說明、溝通，並提供協助及關懷服務。但九十九床以下醫院及診所，得指定專業人員或委由專業機構、團體為之。」

四、本法更首度將國內民事法律「強制調解制度」³ 移植於刑事偵查或刑事審判之刑事強制調解制度，同法第 16 條規定：「檢察官偵查或法院審理之醫療爭議刑事案件，應移付管轄之調解會先行調解。調解期間停止偵查、審判。（第一項）前項移付調解，應通知被告、告訴

人、病人與其家屬、自訴人及檢察官。必要時，檢察官或法院得將相關卷證資料函送調解會。（第二項）當事人申請調解而調解不成立，於調解不成立證明書送達之翌日起六個月內就醫療爭議刑事案件提起告訴者，視為自申請調解時，已經提出告訴。（第三項）」

五、同法第 33 條第 1 項更要求各醫院：「醫院應建立病人安全管理制度、訂定推動計畫，加強內部人員通報病人安全事件，並就醫療事故風險進行分析、預防及管控，提升醫療品質及保障病人安全。」

六、同法第 34 條復針對重大醫療事故規定：「醫療機構應就重大醫療事故，分析其根本原因、提出改善方案，並通報主管機關。（第一項）前項應通報之重大醫療事故、通報程序、內容及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。（第二項）第一項重大醫療事故通報、根本原因分析及改善方案，不得於醫療爭議本案訴訟採為證據或裁判基礎，亦不得採為相關行政處分之基礎。（第三項）」

是關於醫療事故於法院上，究竟如何適用或不適用「重大醫療瑕疵理論」，以及醫療事故或醫療爭議之舉證責任如何被認定，亦可能成為後續醫療事故或醫療爭議如何透過《醫療事故預防及爭議處理法》而被妥善關懷或調解之參考依據，故本文乃再以一則類似於最高法院 106 年度台上字第 227 號

3. 例如家事事件法第 23 條第 1 項規定：「家事事件除第三條所定丁類事件外，於請求法院裁判前，應經法院調解。」勞動事件法第 16 條第 1 項規定：「勞動事件，除有下列情形之一者外，於起訴前，應經法院行勞動調解程序：一、有民事訴訟法第四百零六條第一項第二款、第四款、第五款所定情形之一。二、因性別平等工作法第十二條所生爭議。」、商業事件審理法第 20 條第 1 項規定：「商業訴訟事件於起訴前，應經商業法院行調解程序。但提起反訴或送達於他造之通知書應為公示送達者，不在此限。」又國家為推廣調解制度，司法院民事廳曾於 2021 年 11 月 16 日擬定《調解基本法》草案，詳可參姜世明，調解法，元照出版，

2022 年 11 月，頁 359 以下。

4. 於最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決案例，係一審法院判決原告勝訴，二審判決逆轉原告敗訴，經最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決質疑二審法院部分見解而發回更審後，更一審仍維持原告敗訴，最後經最高法院最高法院 110 年度台上字第 3175 號判決駁回原告上訴而判決定讞。然於系爭判決，恰巧相反，係一審法院判決原告敗訴，二審法院逆轉判決原告勝訴，經最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事判決質疑二審法院部分見解而發回更審後，更一審即系爭判決，仍維持原告勝訴之判決，案件經上訴最高法院，仍在最高法院案件審理中。

民事判決之相關醫療爭議案例，亦即一審法院、二審法院與最高法院之見解均有不一致判決結果之案例⁴，以臺灣高等法院 110 年度醫上更一字第 2 號判決（下稱系爭判決）評釋之見解而觀察並予以評釋。

貳、系爭判決之案例事實概要

上訴人甲、乙為上訴人丙子之生父、生母，上訴人乙婦主張其於 102 年 8 月間懷孕，懷孕期間相關產檢結果均無異常，103 年 4 月 26 日 19 時許，乙懷孕 38 週 4 天，因下腹痛至北榮醫院婦產科急診（下稱第一次就診），由被上訴人僱用之住院醫師陳姓醫師診治，經護理師予以監測胎心率，於 19 時 55 分許測得胎心率 179 次 / 分，已高於正常基準，惟陳姓醫師未判讀胎心音監測紀錄，亦無鑑別診斷胎兒心搏過速原因及作出適當處置，逕表示不需住院，乙婦於同日 20 時 20 分許測得胎心率仍有 178 次 / 分，但遵醫囑返家待產。然而乙婦於同日 23 時 45 分許因下腹持續疼痛、身體極度不適，再次前往北榮醫院婦產科急診（下稱第二次就診）。詎陳姓醫師仍未判讀胎心音監測紀錄，嗣訴外人葉姓醫師發現胎心音過速異常，以胎兒窘迫為由建議緊急剖腹產，上訴人甲夫於 103 年 4 月 27 日凌晨 0 時 20 分簽署手術同意書，惟北榮醫院婦產科團隊仍延誤剖腹時間，遲至凌晨 1 時 30 分始將上訴人乙婦推入手術室，該日凌晨 2 時 10 分始剖腹取出胎兒即上訴人丙子。造成丙子因疑似腦缺氧而於 103 年 4 月 27 日進入新生兒加護病房，於同年 5 月 5 日轉出加護病房至嬰兒室，於同年 5 月 10 日辦理出院。依小兒科病歷記載，丙子出生後當次的入院與出院診斷第一項均記載為「Birth asphyxia」（新生兒腦

缺氧）。又依據衛生福利部醫事審議委員會 106 年 11 月 23 日第 1060074 號鑑定書（下稱醫審會鑑定書）所記載之案情概要，丙子於出生當日即進入新生兒加護病房，醫師臆斷為出生窒息，有躁動及顫動之情形，依病程護理紀錄，103 年 4 月 27 日 05:07 之記載顯示嬰兒之動脈血液氣體分析結果為代謝性酸中毒；103 年 5 月 9 日進行腦部超音波檢查，結果顯示左側腦室擴大；103 年 7 月 8 日至北榮醫院復健科門診就診，依病歷紀錄，顯示有四肢僵直型腦性麻痺，有輔具需求（後仰式直立站立架、踝足部支架及擺位椅 C 型）；103 年 7 月 21 日經腦部超音波檢查結果呈現雙側腦室擴大，寬約 1.2 公分，並懷疑胼胝體發育不良；103 年 7 月 22 日接受腦部磁振造影檢查，其報告顯示瀰漫性腦實質萎縮及腦部胼胝體萎縮；104 年 2 月 26 日追蹤腦部磁振造影檢查，結果顯示多處腦軟化，包括雙側額頂葉、雙側後島葉、雙側中顳葉導致腦室擴大及腦溝明顯。上訴人甲、乙、丙主張丙子因陳姓醫師及北榮醫院婦產科團隊上開醫療疏失（下稱系爭醫療事故），罹有腦部永久性之缺氧性腦病變，屬四肢痙攣型重度腦性麻痺，上訴人甲、乙、丙乃共同對於被上訴人陳姓醫師及北榮醫院依據民法第 184 條第 1 項前段、第 2 項、第 185 條、第 188 條、第 193 條、第 195 條第 1 項、第 3 項、第 224 條、第 227 條及第 227 條之 1 規定為選擇合併之訴，請求連帶損害賠償丙子之勞動能力終身減損賠償費用、醫療費用、看護費用及精神慰撫金。

被上訴人陳姓醫師則答辯主張，其所為檢查處置均遵循相關醫療規範，無任何疏失。乙婦第一次就診時，胎心音監測狀況認

無異常，內診查知乙婦之子宮頸尚未擴張，故予衛教產兆後囑其返家。第二次就診時，胎心音監測顯示持續心搏過速，胎兒有不確定狀況，始建議剖腹，實難以第二次就診結果為剖腹生產，而推論第一次就診時胎兒已有異常。關於第一次就診胎心音監測紀錄，因無留存紙本紀錄，又因電腦故障硬碟毀損，致無法提供電子紀錄，此均不可歸責於被上訴人，不能憑產前記錄單記載之瞬間胎心音而認定第一次就診期間胎心音不正常。又第二次就診時胎心音監測結果非屬典型正弦波，無須進行最緊急剖腹產，醫療團隊並無延誤施行剖腹產手術，醫療處置並無疏失。新生兒腦性麻痺成因眾多，無從認為與被上訴人醫療處置有相當因果關係，被上訴人自無損害賠償責任。

參、與系爭判決相關之醫療知識簡介

胎心音（FHR，Fetal Heart Rate），顧名思義即胎兒的心跳次數，懷孕 7 週可由超音波看到心跳，懷孕 10-12 週以上可由腹部聽到胎心音，若聽不到胎心音時，應做超音波檢查。正常情況下寶寶心跳速率應該是每分鐘 120 到 160 次⁵。

一般而言，懷孕期間的胎心音次數依據以下三個時期各有不同頻率⁶：

1. 懷孕前三個月：胎兒心跳為每分鐘為 160~180 次，懷孕前期胎心較快，是因為此時胎兒心臟較無力，必須更頻繁的跳動才能將血液輸送到循環系統之外的其餘部分。
2. 懷孕中期三個月：胎兒心跳為每分鐘 140~160 次。
3. 懷孕後期三個月：由於胎兒的神經系統

逐漸發育成熟，所以每分鐘的心跳降為 120~160 次，直到出生為止。

至於胎心音的異常狀態，可歸類為以下三種⁷：

1. 胎心音變快：其定義為當胎心大於 160 次 / 分，而可能原因，如：胎兒缺氧、心臟發育異常；孕媽咪發燒、甲狀腺機能亢進等。
2. 胎心音變慢：當胎心小於 120 次 / 分，則稱為胎心變慢，可能是胎兒缺氧、具有先天性心臟病引起，當妊娠超過 40 周，仍有胎心變慢的現象，則可能是胎兒的神經系統發育有問題，此外，孕婦服用某些藥物也會導致胎心變慢。
3. 胎心音停止：胎心停止大多與生殖道感染、內分泌異常、胚胎染色體異常、不良環境、藥物影響等都有關係。

完全正常之胎心音，須符合 5 項要求，始能達成「category I FHR tracing」之條件，以下 5 項條件須完全具備：1. 胎心音基準值 110 ~ 160 次 / 分（至少持續觀察 10 分鐘以上）、2. 變異性幅度 6 ~ 25 次 / 分、3. 心跳減速可有可無、4. 無遲發性或變異性心跳減速、5. 早發性心跳加速可有可無。

電子胎心音監測可分為 Category I、Category II、Category III 三類（以下分別稱為第一類、第二類、第三類）。

第三類心律定義為「無變異性」加上「反覆型遲發性心跳減速」或「反覆型變異性心跳減速」或「心搏過緩」，此時須給予

5. 參親子天下，胎心音是什麼？監測正常值為多少？了解胎心音檢查，<https://www.parenting.com.tw/article/5094785>，最後瀏覽日：113 年 5 月 13 日。
6. 引用自 Mama Way，懷孕幾週有心跳？公開胎兒心跳變化與預防心臟異常 3 原則，<https://www.mamaway.com.tw/pregnancy-nursing-breastfeeding/415/pregnancy/>，最後瀏覽日：113 年 5 月 13 日。
7. 同前註。

子宮內復甦術（包含給予輸液及氧氣補充、側躺），並準備進行剖腹生產，若給予子宮內復甦術後，心律仍無改善，則需要考慮立即生產。

若胎兒心律非為正常之第一類，亦非異常之第三類，則歸於第二類。

而對於第二類心律，仍須給予子宮內復甦術，評估可矯正狀況，並給予治療，然後再重新評估。

換句話說，倘胎兒之心跳基準落在110～160次/分，具備一定之變異性且沒有心跳減速等情形，屬第一類即正常胎心音。倘心跳喪失變異性合併反覆出現胎心音減速或心搏過緩，屬第三類即不正常胎心音。至於不屬第一類、亦不屬第三類者，則歸類於第二類。

胎心音監測若歸屬其中第二、三類，均應給予子宮內復甦術等處置，故即使歸屬於第二類，仍係屬不正常之胎心音，仍須給予子宮內復甦術，評估可矯正狀況，並給予治療；如此可知，歸屬第二、三類之不正常胎心音，均必須留院給予適當處置，不應以醫囑使產婦返家。

為預防胎兒有異常之胎心音，孕婦可以注意以下三個原則⁸：

1. 孕婦應遠離香菸與飲酒，抽菸會造成許多健康風險，像是出生體重不足、早產、胎兒心跳加速等，也可能導致先天性心臟病。

2. 孕婦應攝取足夠葉酸，建議每日攝取600微克的葉酸，可以預防新生兒神經管缺陷外，也能有效預防先天性心臟病。而富含葉酸的食物，如：深綠色蔬菜、肝臟等。

3. 孕婦應記得定期產檢，因單從抽血的檢查，是無法發現胎兒先天性心臟疾病，只能透過高層次(Level II)超音波檢查，才能確切觀察胎兒心臟的結構、胎心音有無異狀。

肆、系爭判決內容摘要

本件上訴人主張被上訴人陳姓醫師於乙婦第一次就診時，並未發現19時55分許測得胎心率179次/分，已高於正常基準即每分鐘120~160次（或每分鐘110次至160次），惟被上訴人僱用之陳姓醫師卻對於是否注意到第一次胎心音為179次/分，已高於正常基準，卻推以電腦硬碟毀損為由稱不知當時狀況，並以「因當時決定讓丙○○回去」為由認為「應該是當時看過沒有問題」，另陳述並未看到護理師紀錄20:20胎心率178，以「如果護理師覺得178次/分是有問題的，護理師應該要再通知我」卸責。

上訴人甲夫則以當事人訊問身分，於更一審程序到庭說明⁹：「第一次住院的等待期間，被上訴人陳姓醫師來做內診並跟護理師說還沒有產兆，護理師就來拆胎心音監測器。因陳姓醫師說我們可以離開了，我們當下沒有質疑醫師的判斷，遵照醫囑回家。上

8. 同前註。

9. 最高法院發回前之二審判決即臺灣高等法院107年度醫上字第9號民事判決係以「於103年4月26日19時55分（孕期38週又4天），（上訴人乙婦）其因下腹痛至臺北榮民總醫院就診，經護理師予以監測胎心音及子宮收縮，當時胎心音179次/分，生命徵象正常，子宮收縮間隔約10分鐘，護理師告知醫師（病歷紀錄未註明醫師姓名）胎心音及宮縮情形，醫師（病歷紀錄未註明醫師姓名）告知先觀察；同日20時20分醫師（病歷紀錄未註明醫師姓名）探視產婦並進行內診檢查，子宮頸開口為指尖寬，厚度差，胎頭仍漂浮中，子宮收縮間隔2～3分鐘，胎心音為178次/分，醫師（病歷紀錄未註明醫師姓名）評估並給予產婦

衛教後，予以離院。」、「查產前記錄單所示（見原審調字卷第29頁，上訴人乙婦第一次就診時，103年4月26日19:55監測胎心音179次/分、20:20監測胎心音為178次/分，可見上開2次胎心音監測數值有過速情形。被上訴人陳姓醫師雖於20:20探視產婦並進行內診檢查，而予以離院，然胎心音過速之原因甚多，不可排除缺氧亦為原因之一，但被上訴人陳姓住院醫師除有內診外，未見採取其他相應措施，理應讓上訴人乙婦留院觀察，給予氧氣、點滴輸液等，繼續密切觀察胎心音變化，也應該通知主治醫師一同診治，然皆未執行。倘當時立刻剖腹產，胎兒最晚出生時間約在晚間10時許，不會延誤至隔天2時10分。」而逕行認定被上訴人有醫療過失，而依據判決內文未見到有其他當事人訊問或證人證述。

訴人乙婦返家後一直躺在床上休息，但她一直很不舒服，我們一直在等產兆（例如破水等），但上訴人乙婦實在太不舒服，她有發簡訊跟訴外人陳姓醫師說她還要再去醫院，我們就再去北榮醫院，陳姓醫師說既然是本院同仁就安排住院。我送上訴人乙婦進同一間待產室後，我想這次應該快要生了，就先去（同棟7樓）維康藥局買臉盆等必要物品，晚上12點左右在藥局時，上訴人乙婦打電話來，提及訴外人葉姓醫師醫師說這要趕快剖腹產，我就趕回去，我趕回時，訴外人陳姓醫師剛好進來（待產室），我當著被上訴人陳姓醫師、訴外人葉姓醫師、訴外人陳姓醫師等3位醫師的面前說，我們第一次胎心音就是現在這個樣子，為何叫我們回去，因為那間待產室的床旁有懸掛螢幕，可以從螢幕上看到胎心音波形，我看了這兩次是一樣的狀態。我當時這樣說，訴外人葉姓醫師臉色比較嚴肅鐵青，他們3人就去護理站，我沒有跟過去，沒多久，被上訴人陳姓醫師進來跟我說這是表示胎心音異常的正弦波，要剖腹產，因為我接到上訴人乙婦電話趕回時，訴外人葉姓醫師就有跟我說這是正弦波要剖腹產，陳姓醫師後來進來跟我說的話與訴外人葉姓醫師之前跟我說的是一樣的，所以對我而言，我當時在他們3人面前提出第一次狀態跟第二次狀態一樣，我認為他們3人去護理站看的是第一次胎心音狀態，然後陳姓醫師進來就跟我說這是正弦波所以要緊急剖腹產，我當下除了生氣無奈，就是聽他們安排。」

至於證人即訴外人葉姓醫師就有無與訴外人陳姓醫師討論及內容為何均稱沒有印象想不起來，就斯時如何向上訴人乙婦說明

病情及剖腹需要均稱記不清楚，就有無3位醫師同時在場的狀況答稱沒有印象。惟證人即訴外人陳姓醫師當日先將訴外人產婦委託證人葉姓醫師代為接生，葉姓醫師為此至產房，意外查知上訴人乙婦胎心音狀況異常，特以電話聯繫促請訴外人陳姓醫師回院，豈有可能在訴外人陳姓醫師抵達時不當面說明緣由（何況訴外人陳姓醫師自承當天因飲酒小酌原無欲到院處理醫療業務），而被上訴人陳姓醫師供述及訴外人陳姓醫師證言中，均有提及葉姓醫師與訴外人陳姓醫師當面就上訴人乙婦胎心音狀況互為討論之事，對照後述，本件判決嚴厲指摘證人葉姓醫師屢稱無印象、不記得云云係隱瞞事實。

因此法院認為被上訴人陳姓醫師並未注意到第一次胎心音178次／分顯有異常，屬於未予留院觀察給予適當處置，卻醫囑返家，顯然不符醫療常規，而有醫療過失。

另外關於為何乙婦於同日23時45分許因下腹持續疼痛、身體極度不適，再次前往北榮醫院婦產科急診（下稱第二次就診），上訴人甲夫於103年4月27日已於凌晨0時20分簽署手術同意書，卻遲至該日1時30分始將上訴人乙婦推入手術室，凌晨2時10分始剖腹取出胎兒即上訴人丙子？證人即訴外人陳姓醫師僅陳稱係因按正常流程準備需要時間，未能提出具體且合理之解釋，證人即訴外人葉姓醫師則推稱不清楚，稱「一方面向產婦及家屬表達因胎兒窘迫需要緊急剖腹產要求簽署手術同意書、一方面按標準準備流程處理手術前準備」，導致於0時20分簽署手術同意書至2時10分（時間近2小時）方取出胎兒云云，被上訴人陳姓醫師及主刀醫師即訴外人陳姓醫師均未說明合理

原因，堪認上訴人質疑第二次就診時，被上訴人陳姓醫師顯具有過失。

伍、系爭判決不採用醫療鑑定意見之見解值得重視

醫審會出具之鑑定書雖採取認定被上訴人並無醫療過失之鑑定意見，於案情概要欄係記載「…隨後由被上訴人陳姓醫師發現產婦胎心音異常後，即給予氧氣使用、輸液治療，並進行內診及血液檢查，亦安排剖腹產手術…」、「依病歷紀錄，陳醫師發現產婦胎心音異常後，即給予氧氣使用及輸液治療，進行內診及血液檢查，並安排剖腹產，均符合醫療常規」，進而謂「綜上，陳醫師之醫療處置，符合醫療常規，與嬰兒之病症無關」，然而法院批評，實際上病歷紀錄並未顯示係由被上訴人陳姓醫師發現胎心音異常，且上訴人陳姓醫師僅係遵守葉姓主治醫師指示而為上開處置，醫審會查閱病歷後竟作成如此不符真實之鑑定意見，乃有所偏頗而不足採信。

至於成大醫院函覆法院之鑑定報告書，就法院各提問事項之回答，並未就病歷資料加以分析，而多係密集引用醫審會鑑定書所載內容為論據，或係仿照醫審會以此乃假設性問題為由而不予回復。

故本案前審雖曾經最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事判決發回，發回意旨特別針對鑑定意見若有相反或矛盾者，稱衛生福利部醫療糾紛鑑定作業要點第 16 條明定：「醫事鑑定小組委員及初審醫師，對於鑑定案件，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」。是醫

審會鑑定書係以醫學知識、符合當地醫療常規及上揭準則為鑑定依據，且其鑑定意見亦與成大鑑定書（見原審卷二第 11 至 16 頁）為相同之結論。原審未遑詳予審認兩鑑定意旨究有何不足採取之處，若有不明，亦未使該兩鑑定單位派員到場說明，徒以醫療常規，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云云，而否採該二鑑定書所稱被上訴人陳姓醫師之醫療處置，符合醫療常規之意見，尚嫌速斷。

系爭判決雖然未再就醫審會之鑑定意見再發函確認，也未能取得醫審會、成大醫院之鑑定單位派員到法院說明，但仍回應最高法院意旨稱：「最高法院發回意旨指摘：如鑑定意旨有不明，應使兩鑑定單位派員到場說明一節。本院曾函詢醫審會及成大醫院，是否願意指派曾參與鑑定之委員到庭接受以證人或鑑定人身份進行訊問程序，經衛生福利部於 111 年 12 月 13 日函復表示：因醫審會採合議制且以委員會名義出具鑑定意見，非特定委員之意見，故難同意所請等語（本院卷三第 141 至 142 頁），成大醫院亦於 112 年 1 月 10 日函復表示：鑑定過程係由各專業背景專家集體共同完成撰製，且醫療業務繁重不便離開工作崗位，出庭應訊恐令鑑定醫師倍感壓力並挫敗承擔鑑定工作之熱忱等語（本院卷三第 169 頁），顯然均拒絕派員到庭說明。本院審酌上情，參以醫審會於檢視病歷資料後作出與實情不符之判斷（即認定係被上訴人主動發現產婦胎心音異常等事項），成大醫院則逕引醫審會鑑定書內容為據而未獨立判斷等情，且有關於上訴人乙婦第一、二次就診過程，本院比對卷內

事證已可釐清多項事實，故認無再發函囑請醫審會及成大醫院為補充鑑定之必要。」

雖然系爭判決最後未依據最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事發回意旨而命鑑定單位派員再到法院具體說明鑑定意見為何與上訴人所舉之其他醫療意見有所不同，因而拒卻醫審會及成大醫院之鑑定意見，乃以鑑定流程與所依據之事實顯然不符合真實，亦非顯無理由，仍撤銷一審臺灣士林地方法院 104 年度醫字第 14 號民事判決依據醫審會鑑定結果而綜合判斷上訴人甲夫、乙婦及丙子之請求為無理由之判決¹⁰，故系爭判決結果，因為被上訴人仍舊不服，提起上訴而未判決確定，會否受到最高法院以原審未依最高法院發回意旨而為判決，乃有違民事訴訟法第 478 條第 3 項規定：「前項發回或發交判決，就應調查之事項，應詳予指示。」、同條第 4 項規定：「受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎。」而再度撤銷改判¹¹，相當值得關注。

另就系爭判決無法依據最高法院發回意旨而命鑑定人派員到場鑑定部分，實凸顯學說與實務長期批判之醫療鑑定議題¹²。醫審會以委員合議制，而非特定委員之意見，故難以派員到場說明，然民事訴訟法第 336 條規定：「鑑定人有數人者，得命其共同或各別陳述意見。」是醫審會以委員合議制，而

非特定委員之意見而婉拒推派鑑定人到場說明，顯有違民事訴訟法第 336 條之規定。又成大醫院竟回覆醫療業務繁重不便離開工作崗位，出庭應訊恐令鑑定醫師倍感壓力並挫敗承擔鑑定工作之熱忱云云，然民事訴訟法第 328 條已規定：「具有鑑定所需之特別學識經驗，或經機關委任有鑑定職務者，於他人之訴訟，有為鑑定人之義務。」、同法 335 條第 3 項規定：「鑑定書須說明者，得命鑑定人到場說明。」本案前審之最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事判決意旨即謂如鑑定意旨有不明，應使兩鑑定單位派員到場說明，倘鑑定人僅因本質業務繁重或備感壓力即可婉拒到院說明鑑定意見，則如何令法院之鑑定過程符合最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事判決意旨？又如何依民事訴訟法第 222 條第 1 項規定：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。」同法第 222 條第 3 項規定：「法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。」借重鑑定意見之專業且願意為鑑定意見負責之判斷依自由心證、論理及經驗法則判斷鑑定意見之真偽？

又 113 年 5 月 15 日施行之刑事訴訟法 206 條第 1 項、第 4 項雖然規定¹³：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。（第一項）以書面報告者，於審判中

10. 因為醫審會鑑定意見對於被上訴人相當有利，甚至成爲一審判決之依據，然而卻未爲二審判決及更一審判決所採納，二審判決未採納鑑定意見之論理部分，又曾經被最高法院發回，致使本件醫審會鑑定意見之證據力的法院認定，會否被最高法院採納，成爲相當爭議之法律問題。

11. 關於最高法院民事判決發回拘束力之深入探討，可參魏大曉，第三審廢棄發回判決之效力，收錄於魏大曉編，民事訴訟法理實踐，新學林，初版，2019 年 6 月，頁 451 以下。

12. 部分學者指出，臺灣現制醫事鑑定有七成以上委由醫審會作鑑定，然醫審會之鑑定過程未能使當事人參與、陳述意見，更無從知道衛生福利部依據醫療法第 98 條所訂定之「醫療鑑定作業要點」第 4 點所稱之初審醫師之名單、初審意見是否與鑑定意見有所不同、鑑定委員名單亦無從知悉，當事人更無從確認有無達到利益迴避之虞，醫審會亦如同本件更一審判決過程，經常不願派員到法院說明鑑定意見，致使當

事人之聽審請求權受到極大限制，詳細論述可參沈冠伶、莊錦秀，民事醫療訴訟之證明法則與實務運作，政大法學評論第 127 期，2013 年 6 月，頁 223；沈冠伶，醫療糾紛與專家之協力—兼論醫療鑑定之改革，收錄於沈冠伶編，民事醫療訴訟與紛爭處理，元照，初版，2017 年 9 月，頁 283 以下；陳學德，改善臺灣民事醫療訴訟制度務議，月旦民商法雜誌第 53 期，2016 年 9 月，頁 89 以下；張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，收錄於張麗卿編，醫療人權與刑法正義，元照，增訂 2 版，2019 年 3 月，頁 317-326；劉明生，醫療鑑定之研究，收錄於姜世明編，民事程序焦點論壇第 6 卷：醫師民事責任之實體與程序法上問題之研究，新學林，2019 年 7 月，頁 283 至 286；陳聰富，醫療責任的形成與展開，臺大出版中心，2019 年 12 月，修訂版，頁 467-472。

13. 參「113 年 5 月 15 日刑事訴訟鑑定新制施行 司法院：研擬新制問答集，以利實務運作」<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-1089493-7decb-1.html> 最後瀏覽日：113 年 5 月 25 日。

應使實施鑑定之人到庭以言詞說明。但經當事人明示同意書面報告得為證據者，不在此限。（第四項）」、同法第 208 條第 1 項現已規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體為鑑定，或審查他人之鑑定，除本條另有規定外，準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。」似乎法院未來得就刑事訴訟所需之醫療鑑定報告，命實施鑑定之人到庭以言詞說明，然民事訴訟尚未有相關制度。又醫審會、成大醫院等醫療鑑定單位會否於刑事訴訟出具鑑定意見書後，又如系爭判決之消極不出庭以言詞說明鑑定意見，值得再為觀察。

陸、系爭判決及有關判決對於「重大醫療瑕疵理論」之適用

系爭判決亦係延續且引用知名判決即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事裁判意旨所揭示之德國法上「重大醫療瑕疵理論」，按德國民法第 630 條之 8 第 5 項規定：「醫療提供者有重大醫療錯誤，且該重大醫療錯誤原則上會引起生命、身體或健康之損害者，且該損害發生時，推定該重大醫療錯誤為損害發生之原因。（第一項）醫療提供者未適時採用或記錄醫療上必要之檢查結果，而該檢查結果得以促使進一步醫療處置具

有充分確定性，但未進行該醫療處置將構成重大醫療錯誤者，前項規定適用之。（第二項）」¹⁴

於「重大醫療瑕疵」，尚未見最高法院或事實審法院有明確分類，學者姜世明指導之東吳大學法律學系碩士學位論文雖區分為六大類¹⁵，然學者劉明生指導之國立政治大學法律學系碩士學位論文僅區分為五大類¹⁶，學者劉明生則自行分類為四大類¹⁷，詹森林大法官也分類為另外之五大類¹⁸，可證德國學說與國內學說上尚未有一致之分類，另有長年研究醫療糾紛並撰有專書之學者陳聰富則可分為兩大類¹⁹：

1. 診斷瑕疵（例如病患已顯示心肌梗塞之明顯病徵，醫師卻未安排病患住院；對於咳嗽後吐血之病人，未進行診斷；未將病人轉診至大型醫院進行必要診察；病患出現大量失血，醫師卻未注意到病患可能子宮破裂；醫師漏未發現 X 光片可清楚診斷之骨折）
2. 治療瑕疵（例如醫師為確保無菌之醫療措施；在病人有流產之虞，卻開瀉藥；未瞭解手術部位即對該部位進行手術；麻醉病人呼吸困難，麻醉醫師卻不在場；醫師未作進一步之癌症檢查等等）。

按醫師法第 11 條第 1 項規定：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交

14. 相關討論可參陳聰富，前揭註 12 書，頁 395-397；姜世明，醫師民事責任之實體與程序法上爭議問題之提示，收錄於姜世明編，前揭註 12 書，頁 28-33；吳振吉，醫療民事訴訟之舉證責任分配—我國近年實務見解評析，收錄於姜世明，前揭註 12 書，頁 134-141；黃立，醫療糾紛處理的過程與發展—以德國民法為中心，高大法學論叢，第 11 卷第 2 期，2016 年 3 月，頁 63-64。

15. 此篇碩士論文將德國法上之「重大醫療瑕疵」區分為六大類，包括：1. 重大檢查瑕疵、2. 單純檢查瑕疵與假設性重大瑕疵相結合之類型、3. 重大診斷瑕疵、4. 重大治療瑕疵、5. 重大治療上說明之瑕疵、6. 重大組織上之瑕疵。詳細可參蔡孟樵著，姜世明教授指導，醫療民事訴訟之舉證責任分配與重大醫療瑕疵之認定，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，2023 年 8 月，頁 212-215。

16. 此篇碩士論文將德國法上之「重大醫療瑕疵」區分為五大類，包括：1. 重大診斷瑕疵、2. 重大檢查結果提出瑕疵、3. 重大具體治療瑕疵、4. 重大治療上資訊提供之瑕疵、5. 重大組織瑕疵。詳細可參陳冠論著，劉明生教授指導，醫療訴訟舉證責任分配與舉證減輕之研究—以醫療

瑕疵、醫療過失與舉證責任為中心，國立政治大學法律學系碩士學位論文，2023 年 1 月，頁 263-272。

17. 學者劉明生將德國法上之「重大醫療瑕疵」區分為四大類，包括：1. 醫生並未進行醫學上所要求之檢查、2. 就已進行之檢查結果為重大錯誤之解讀、3. 就明確之檢查結果並未以通常一般之方式透過採取必要治療之措施而加以回應、4. 並未注意降低治療風險之標準方法。參劉明生，民事訴訟法實例研習，元照，增訂 5 版，2019 年，頁 563。學者劉明生另整理諸多關於「醫療瑕疵」之文章，並整理為專書，參劉明生，醫療訴訟舉證責任分配與舉證減輕之新發展：類型與體系思維，新學林，2020 年。

18. 詹森林大法官將德國法上之「重大醫療瑕疵」區分為五大類，包括：1. 診斷之瑕疵、2 治療之瑕疵、3. 造成傳染或感染之瑕疵、4. 孕婦生產之瑕疵、5. 組織之瑕疵。參詹森林，德國醫療過失舉證責任之研究，收錄於朱柏松等著，醫療過失舉證責任之比較，元照，2008 年，頁 62 至 64。

19. 參陳聰富，前揭註 12 書，頁 395-397。

付診斷書。但於山地、離島、偏僻地區或有特殊、急迫情形，為應醫療需要，得由直轄市、縣（市）主管機關指定之醫師，以通訊方式詢問病情，為之診察，開給方劑，並囑由衛生醫療機構護理人員、助產人員執行治療。」同法第 12 條規定：「醫師執行業務時，應製作病歷，並簽名或蓋章及加註執行年、月、日。（第一項）前項病歷，除應於首頁載明病人姓名、出生年、月、日、性別及住址等基本資料外，其內容至少應載明下列事項：一、就診日期。二、主訴。三、檢查項目及結果。四、診斷或病名。五、治療、處置或用藥等情形。六、其他應記載事項。（第二項）病歷由醫師執業之醫療機構依醫療法規定保存。（第三項）」同法第 12 條之 1 規定：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」、同法第 21 條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」是醫療行為最主要即診斷與治療，故前揭六大類、五大類或四大類等區分方式，其實均可簡化為診斷瑕疵與治療瑕疵。例如「檢查結果提出瑕疵」或「治療上資訊提供之瑕疵」、「治療上說明之瑕疵」均可屬廣義之診斷瑕疵。至於重大組織瑕疵，涉及醫療分工部分，例如近期於 113 年 4 月 11 日高雄民生醫院發生之重大醫療瑕疵案件，即係因為護理人員疏失而導致對於無該症狀之病患進行手術²⁰，亦可歸類為同時包括診斷瑕疵與治療瑕疵，因為手術醫師並未再做診斷上的確認及身分確認，以明瞭該名病患是否為須手術之病患，導致對於不需

手術之病患進行手術之治療瑕疵。學者劉明生所提出之「就已進行之檢查結果為重大錯誤之解讀」為廣義之診斷瑕疵；至於「就明確之檢查結果並未以通常一般之方式透過採取必要治療之措施而加以回應」、「並未注意降低治療風險之標準方法。」則為廣義之治療瑕疵。另詹森林大法官提出之「造成傳染或感染之瑕疵」、「孕婦生產之瑕疵」實均可歸類為治療之瑕疵。

故於國內學說與判決實務尚未有統一分類之見解，亦未能見到六大類、五大類分類之區分實益，本文較贊同長年研究醫療糾紛並撰有專書之學者陳聰富的簡化分類即兩大類：診斷瑕疵、治療瑕疵。另觀察國內判決部分，仍未對於德國法上之「重大醫療瑕疵」之類型建立更細緻之區分。

例如臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決雖提出：「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 277 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，就此即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事裁判所認。至所謂『瑕疵』，自應包括：1. 重大醫療瑕疵之存在；2. 該醫療瑕疵對健康損害造成之合適性；3. 醫師於此重大醫療瑕疵具有可歸責性。而瑕疵「重大」如何判斷？是從一般客觀醫師觀點出發，違反醫療法則或固

20. 參中央社新聞，高雄民生醫院醫師開錯刀 術後涉偽造病歷遭免職 送辦，2024 年 4 月 11 日，<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202404110338.aspx>，最後瀏覽日：113 年 5 月 14 日。

定醫學知識，是不可理解的，並且該瑕疵有足以發生損害可能性，無須達到表見證明之典型性之程度；是在評價時，並不考慮醫師個人主觀因素，也非對醫師之制裁，僅是因醫療瑕疵造成其與所受損害之因果關係難以釐清，而使得原本負舉證責任之病人陷入舉證困難，因此，應由造成病人在因果關係上舉證困難之醫師負舉證責任。」係國內法院就德國法上之「重大醫療瑕疵」首次說明何謂「瑕疵」以及何謂「重大瑕疵」，然則未就本件上訴人有無盡舉證責任，或被上訴人是否存在所謂「重大醫療瑕疵」而為論述，僅以被上訴人所為之緊急醫療處置行為符合醫療常規，且上訴人因個人多重病症狀而致身體狀況產生變異，已超乎被上訴人對此病程演化不可逆性之預期等語，而認定被上訴人自無從對於因肺炎併發敗血症及多重器官衰竭加以預見，當對於病患之死亡無過失可言。則系爭判決雖詳細論述所謂「重大醫療瑕疵」理論，最終卻對於該理論究竟如何適用於本案，究竟係上訴人舉證不足、或被上訴人已成功舉證本案無重大醫療瑕疵而勝訴，或被上訴人已成功舉證其無違背醫療常規而勝訴等重要醫療法學問題，未見詳細論述，此屬該案判決可惜之處²¹。

又臺灣高等法院臺中分院 109 年度醫上字第 2 號民事確定判決，雖二度引用前揭臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決、即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭釋之「重大醫療瑕疵」理論，然該判決以病患就手術流程雖然發生穿刺心臟之情形，惟該風險本屬醫療中之不確

定性，陳大隆於實施系爭手術階段，所為治療行為，符合醫療常規，已盡一般專業醫師應盡之注意義務，自難以術後檢查發現有穿刺心臟情形，即謂手術醫師可以完全避免發生此風險發生，而率認手術醫師有所醫療疏失等語，駁回病患之上訴，就該判決亦尚未能見到最終卻對於該理論究竟如何適用於本案，究竟係上訴人舉證不足、或被上訴人已成功舉證本案無重大醫療瑕疵而勝訴，或被上訴人已成功舉證其無違背醫療常規而勝訴等重要醫療法學問題。

再舉臺灣高等法院臺中分院 107 年度醫上易字第 2 號民事確定判決為例，該判決雖明示：「於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 277 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（同院 106 年度台上字第 227 號、107 年度台上字第 1428 號判決意旨參照）。」然於個案適用上逕以美容外科醫師已未經主管機關核准之醫療器材植入病患乳房，「難謂未對被上訴人身體、健康造成損害，衡情，一般人在獲知其情後，縱身體尚未罹病，然因體內被埋下有害健康因子之情況下，心理上因受有罹病之負擔而必然感到驚恐，深怕自身罹病，或因遺傳禍延後代，因而產生不健康之負面情緒，自與心、靈所尋求無有恐懼、畏怖之安定狀態有背，若因

21. 本件判決之最終審即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決亦未對於「重大醫療瑕疵」有隻字片語，殊為可惜。詳細之判決評釋可參，陳章樵，臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決評釋—以最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之重大醫療瑕疵理論為中心，高雄律師會訊，2022 年 3、4 月，頁 41-48。

長期處於負面思考之情境，更難排除未有因此負面信念而創造相對實像結果之可能，在在無以否定被上訴人之身體與健康因此受有損害之事實。」而認定醫師就該案有可歸責之醫療瑕疵，仍未具體說明原告之舉證責任究竟是否有減輕或轉換。「重大醫療瑕疵」理論究竟如何適用於本案，究竟係上訴人舉證不足、或被上訴人已成功舉證本案無重大醫療瑕疵而勝訴，或被上訴人已成功舉證其無違背醫療常規而勝訴等重要醫療法學問題，亦惜未見詳細論述。

至於最高法院 110 年度台上字第 2239 號民事判決雖再度具體提到「重大醫療瑕疵原則」：「病人依侵權行為法律關係請求醫師或醫院賠償損害時，原則上仍應就醫療之瑕疵、醫師或醫院或其履行輔助之過失、瑕疵與損害之因果關係負舉證責任。雖因醫病之不對等地位，於符合可完全控制風險原則、表見證明原則、重大醫療瑕疵原則、或醫師或醫院有證明妨礙等情形時，固得依前開但書規定，適度減輕及合理轉換病人之舉證責任。惟倘無上開特別情事，病人仍應就其主張負舉證責任，非謂醫療事件之舉證責任一律轉置於醫師（醫院），而改由醫師（醫院）舉證證明其無過失。」而駁回二審上訴人之上訴，惜未說明該「重大醫療瑕疵原則」之具體內涵為如何，又如何適用於該案。迄今亦未再見到最高法院如何闡釋重大醫療瑕疵原則，亦為可惜之處。

再者臺灣法院 110 年度醫上更一字第 1 號民事判決雖明確提及「重大醫療瑕疵原則」之具體內涵：「此外比較法上雖有關於『重大醫療瑕疵』理論，例如德國民法第 630 條 h 第 5 項規定：『醫療行為有重大瑕

疵，且該瑕疵通常足以造成與病人實際所受生命、身體或健康權侵害相同之結果時，推定該瑕疵醫療行為與病人之生命、身體或健康權之侵害間有因果關係。醫療提供者應為而未為必要檢查，若為檢查將有很大機率及時促使進一步之必要醫療措施，卻因醫療提供者之不作為具有重大瑕疵而未進行者，亦同。』。惟該項理論適用之前提為：醫療行為具有重大瑕疵，該瑕疵通常足以造成病人權利之侵害，始足當之」惟較為可惜的是，該判決提出並未如前揭臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決、109 年度醫上字第 2 號民事確定判決，而提出「所謂『瑕疵』，自應包括：1. 重大醫療瑕疵之存在；2. 該醫療瑕疵對健康損害造成之合適性；3. 醫師於此重大醫療瑕疵具有可歸責性。」然均未說明何謂「瑕疵」以及何謂「重大瑕疵」，即判決稱：「經查楊 OO 於術前對黃 OO 之系統性疾病及病史、血糖控制之掌握及檢查不足，與醫療常規不符，固然屬於有瑕疵之醫療不作為，惟該項瑕疵通常並不必然足以造成接受植牙手術之病人發生海綿竇感染性栓塞、進而引發感染性腦中風，則依上說明，即不能認為上開理論於本件有其適用。何況黃 OO 植牙部位並無出現植體感染情況，益證本件無從推定系爭手術與『黃 OO 發生海綿竇感染性栓塞、進而造成感染性腦中風致死』之間具有因果關係。是據此即不足以為有利於上訴人之認定，附此敘明。」仍未就何謂「瑕疵」以及何謂「重大瑕疵」，仍未具體說明上訴人之舉證責任究竟是否有減輕或轉換。「重大醫療瑕疵」理論究竟如何適用於本案，僅能得知該判決係認為所謂「有瑕疵之醫療不作為」與上訴人所主張之損害並無因果關係。

然以系爭判決為例，系爭判決有具體掌握舉證責任之分配，系爭判決稱：「醫療行為具有相當專業性，醫病雙方在專業知識及證據掌握上並不對等者，應適用前開但書規定，衡量如由病患舉證有顯失公平之情形，減輕其舉證責任，以資衡平。若病患就醫行為有診斷或治療錯誤之瑕疵存在，證明至使法院之心證度達到降低後之證明度，獲得該待證事實為真實之確信，即應認其盡到舉證責任（最高法院 103 年度台上字第 1311 號判決意旨參照）。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，又因醫師未能施行符合醫療水準之醫療行為（積極作為與消極不作為），而病患嗣後發生死亡者，若其能妥適施行符合醫療水準之醫療行為，使患者仍有生存之相當程度可能性者，即難認該過失之醫療行為與病人之死亡間無相當因果關係。再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 277 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

（最高法院 106 年度台上字第 227 號判決意旨參照）。」

系爭判決嗣後以舉證責任轉換之角度，主張「上訴人已提出上開諸多事證，就被上訴人陳姓醫師、訴外人陳姓醫師 2 位醫師在醫療過程中先後具有醫療疏失之事實盡舉證責任，並已就前揭過失導致上訴人丙子發生缺氧性腦病變而有腦性麻痺之結果，致上訴人丙子之身體健康權受損害，及前述醫療疏失與上訴人丙子所受損害間具有因果關係等事項，均已提出相當之舉證，應可生舉證責任轉換之效果。被上訴人抗辯無因果關係，應由被上訴人舉證，關於第一次胎心音狀況，被上訴人應舉證證明當時胎心音監測狀況正常、並無過速異常情事，始能排除上訴人丙子發生缺氧性腦病變與第一次就診依醫囑要求返家、未留院觀察之因果關係。參酌訴外人陳姓醫師證詞亦提及『如果 7 點多就看到這樣的波形，我想我當時就會決定提早剖腹產』（本院卷二第 222 頁），益徵被上訴人陳姓醫師於第一次就診時如有觀察判讀胎心音連續監測紀錄而發現持續心搏過速之異常狀況，給予上訴人丙子留院觀察適當處置，可使被上訴人陳姓醫師因提早剖腹產出及早獲得救治。上訴人丙子第二次就診時，訴外人陳姓醫師遲延完成剖腹產，使上訴人丙子經剖腹產出實際獲得救治之時點更為劣後，應認被上訴人陳姓醫師及訴外人陳姓醫師均有醫療過失，導致上訴人丙子因缺氧性腦病變罹有腦性麻痺之結果。…關於上訴人丙子患有腦性麻痺，與第一、二次就診時在母體內胎心音持續過速異常、有缺氧情況，卻未能及時剖腹產出進行急救，致有缺氧性腦病變，導致罹患腦性麻痺，其間具高度相

關性，應可上訴人提出專家證人即任職北榮醫院兒童醫學部主治醫師曹姓醫師出具之專業意見書。上訴人主張丙子之腦損傷應與在母體內有缺氧情形具高度相關性，堪認可採。」

相較於系爭判決發回前之二審判決逕以「查產前記錄單所示（見原審調字卷第 29 頁，上訴人乙婦第一次就診時，103 年 4 月 26 日 19:55 監測胎心音 179 次 / 分、20:20 監測胎心音為 178 次 / 分，可見上開 2 次胎心音監測數值有過速情形。被上訴人陳姓醫師雖於 20:20 探視產婦並進行內診檢查，而予以離院，然胎心音過速之原因甚多，不可排除缺氧亦為原因之一，但被上訴人陳姓住院醫師除有內診外，未見採取其他相應措施，理應讓上訴人乙婦留院觀察，給予氧氣、點滴輸液等，繼續密切觀察胎心音變化，也應該通知主治醫師一同診治，然皆未執行。倘當時立刻剖腹產，胎兒最晚出生時間約在晚間 10 時許，不會延誤至隔天 2 時 10 分。」、「查醫療常規，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，是以，衛生福利部醫事審議委員會鑑定書，及國立成功大學醫學院附設醫院病情鑑定報告書，謂被上訴人陳姓醫師之醫療處置，符合醫療常規云云，依上說明，尚難憑採。」系爭判決發回前之二審判決實則對於「上訴人丙子發生缺氧性腦病變而造成腦性麻痺之因果關係，與第一次就診依醫囑要求返家、未留院觀察、延遲剖腹生產手術之因果關係」均尚未清楚說明上訴人是否已盡舉證責任，實則仍有論理未完備之嫌。

反而系爭判決將舉證責任依據「重大醫

療瑕疵理論」而依據民事訴訟法第 277 條但書規定轉換舉證責任，將因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，歸由醫師負擔，並命被上訴人陳姓醫師舉反證說明「上訴人丙子發生缺氧性腦病變而造成腦性麻痺之因果關係，與第一次就診依醫囑要求返家、未留院觀察、延遲剖腹生產手術之因果關係」如何不存在，並於被上訴人陳姓醫師未能舉反證推翻以後，判決被上訴人陳姓醫師應與被上訴人北榮醫院連帶負損害賠償責任與契約不完全給付責任，係論理較為充分之判決，亦確實掌握最高法院 106 年度台上字第 227 號民事裁判意旨所揭示之德國法上「重大醫療瑕疵理論」。

柒、代結論：在《醫療事故預防及爭議處理法》正式施行以後，重大醫療瑕疵理論的細緻化更有待加強

著名民法學者，投入最高法院民事判決研究超過半世紀的王澤鑑大法官曾謂：「法院擔負法之適用的任務，法院判決最能使人認識社會生活層出不窮、超出想像的法律問題。法院判決體現社會事實與規範性、法律與正義、行為與責任、利益衝突與其調和的相互關連、錯綜複雜的關係。理解法院判決對於法之適用，至為重要。所謂理解，包括認識法院如何作成裁判，法官如何思考論證，必須對判決加以解釋，區別案例（distinguishing），探究判例的法源性及其對法律進度發展的作用。此為有待深入研究的重要課題²²。」

筆者曾於兩年前評釋臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決，並指

22. 參王澤鑑，法律思維與案例研習—請求權基礎理論體系，自版，增訂新版，2019 年 9 月，頁 178。

出該案判決雖對於「重大醫療瑕疵理論」、「可歸責的醫療瑕疵」有細緻化之相關論述，然而該案的定讞判決即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決，卻未就法律層面卻再如最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決雖揭示德國法上「重大醫療瑕疵理論」，殊為可惜。則究竟為何本件之定讞判決即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決，及最高法院 110 年度台上字第 2239 號民事判決，不願再揭示德國法上「重大醫療瑕疵理論」或「可歸責的醫療瑕疵」究竟如何適用於個案，實值得再為著墨²³。

然而筆者欣見系爭判決對於「重大醫療瑕疵理論」有較為具體之運用，系爭判決更明示：「上訴人已提出上開諸多事證，就被上訴人陳姓醫師、訴外人陳姓醫師 2 位醫師在醫療過程中先後具有醫療疏失之事實盡舉證責任，並已就前揭過失導致上訴人丙子發生缺氧性腦病變而有腦性麻痺之結果，致上訴人丙子之身體健康權受損害，及前述醫療疏失與上訴人丙子所受損害間具有因果關係等事項，均已提出相當之舉證，應可生舉證責任轉換之效果。被上訴人抗辯無因果關係，應由被上訴人舉證…。」，系爭判決之法之適用甚為精彩，因系爭判決雖經第三審上訴而尚未確定，故關於法之適用，亦為前述王澤鑑大法官所述若要深化認識法院如何作成裁判，可作加以案例區別、探究判例的法源性及其對法律進度發展的作用之依據，亦可供醫療訴訟之研究者多加注意。

又系爭判決之鑑定意見雖不符最高法院發回要旨所要求應命鑑定人派員到場說明，更以鑑定意見所依據之事實顯然不符合系爭判決認定之事實而拒卻見定意見，特別係針

對國內法院就醫療訴訟依據醫療法第 98 條、醫療糾紛鑑定作業要點所相當倚賴之醫審會不願派員到場說明鑑定意見，亦呈現多數學說所批評之醫審會亦如同本件更一審判決過程，經常不願派員到法院說明鑑定意見，致使當事人之聽審請求權受到極大限制等語，故系爭判決雖經第三審上訴而尚未確定，然對於鑑定意見之不採納會否仍被最高法院發回，相當值得關注。

最後，關於「重大醫療瑕疵理論」會否繼續被最高法院發展其內涵、甚至如何國內學說而細緻化區分為六大類、五大類、四大類或僅兩大類等，如本文較贊同長年研究醫療糾紛並撰有專書之學者陳聰富的簡化分類即兩大類：診斷瑕疵、治療瑕疵，最高法院又如何對「重大醫療瑕疵理論」具體化適用、又如何影響到下級審法院，因法院如何適用或不適用「重大醫療瑕疵理論」，以及醫療事故或醫療爭議之舉證責任如何被認定，因《醫療事故預防及爭議處理法》第 4 條第 3 項授權之《醫療評析作業辦法》第 8 條亦規定針對醫療糾紛、醫療事故應由特定受託法人製作不公開之醫療爭議評析意見書，供《醫療事故預防及爭議處理法》第 12 條規定組成之醫療爭議調解會參考以作為醫療爭議調解之依據，故「重大醫療瑕疵理論」，亦可能成為醫療事故之歸責認定或醫療爭議如何透過《醫療事故預防及爭議處理法》而被妥善關懷或調解之參考依據，隨著《醫療事故預防及爭議處理法》自 113 年 1 月 1 日施行迄今已超過半年，未來應有更多案例可供醫療糾紛、醫療調解、醫療訴訟之研究者注意。

23. 參陳韋樵，前揭註 21，頁 48。