

## 中醫師醫療業務責任保險 之相關法律問題<sup>\*</sup>

陳 俞 沛<sup>\*\*</sup>、林 建 智<sup>\*\*\*</sup>

### 目 次

壹、緒 論	肆、中醫醫責（綜）險之爭議探討
貳、中醫醫療糾紛之實證分析	一、承保範圍之爭議
一、實證結果	二、其他保單條款之爭議
二、焦點座談會重點整理	伍、中醫醫責（綜）險保險人應負之義務
參、中醫醫療糾紛之特性分析	一、儘速確認是否為承保事故
一、中醫之特性	二、協助被保險人抗辯
二、鑑定之難度高	三、協助被保險人和解
三、輔助人員之定位不明	陸、結論與建議
四、以小型糾紛為主	

投稿日：101年5月29日

接受刊登日：101年8月3日

<sup>\*</sup> 本文依據行政院衛生署中醫藥委員會2009年度委託之研究計畫報告「中醫醫療糾紛與醫師責任保險之評估研究」（CCMP98-RD-022）改寫而成，報告內容與本文不代表該委員會立場。

<sup>\*\*</sup> 行政院衛生署臺南醫院中醫科主任、成功大學醫學系兼任講師，政治大學風險管理與保險學系博士候選人。

<sup>\*\*\*</sup> 國立政治大學風險管理與保險學系副教授。

## 中文摘要

近年來，中醫界醫療糾紛發生頻率有逐漸提高的趨勢，成為影響醫病關係和諧與維持良好醫療品質的重大隱憂，中醫師可藉責任保險制度，管理執行業務風險並獲取專業及法律的協助。對於醫療責任保險，雖然中醫師界多持肯定態度，但卻多未投保。究其原因，在於中醫師對該險種不瞭解而望之卻步外，其他因中醫較難客觀量化、醫療鑑定難度高。主管機關對中醫藥管理法規多變與模糊使輔助人員定位不明，影響中醫醫責（綜）險承保範圍之認定，使保費釐定與賠款估算較為困難，且易造成保險糾紛。此外，中醫師非常重視保險人防禦義務之履行與完整的服務，故保險人應加強責任保險填補經濟損失外之權利保護功能，協助被保險人抗辯及和解，以保障被保險人之心境安寧。再者，現行保單條款以西醫為主要考量對象，尚無專為中醫師設計之保單，建議可先審究中醫藥特性與現況，為中醫師量身訂作專用保單，甚至與中醫師公會合作推出團保性質之保單，以滿足中醫師之需求，增加中醫師對責任保險制度之信賴，提高其投保意願，使中醫責任保險成為管理醫療糾紛風險之有效工具。

**關鍵詞：**中醫師、醫療糾紛、醫療業務責任保險、防禦義務

## 壹、緒論

由於社會變遷與民眾法律教育的普及，加上全民健康保險制度的實施擴充了醫療需求的幅度，新興醫療儀器、藥品或治療技術更是蓬勃發展，大幅提升病患對醫療行為治療效果的期待<sup>1</sup>，然因醫療行為本質有高度的危險性、複雜性與不確定性，通常存在已知或未知的風險或危險，加上人權意識及消費者權益的高漲，社會監督體系的複雜化及多元化<sup>2</sup>，當醫療結果與病患期待間出現落差，就容易產生醫療糾紛<sup>3</sup>，使醫師在執業過程中承受巨大壓力，甚至影響醫療決定，醫療糾紛增加的趨勢為不容小覷的社會現象<sup>4</sup>，各界皆開始積極地尋求解決之道，發展至今，如何成功管理風險已成為醫療體系中的核心觀念<sup>5</sup>。在眾多風險分散措施中，保險制度已成為最受關注的機制之一，據資料顯示，「醫師業務責任保險」（以下簡稱「醫責險」）自1966年開辦以來經營情況並不理想，1989年後經營始有進展，醫責險與醫療機構綜合責任保險<sup>6</sup>（以下簡稱「醫綜險」）之

<sup>1</sup> 陳忠五，醫療糾紛的現象與問題，台灣本土法學雜誌，第55期，頁1-4，2004年2月。

<sup>2</sup> 李伯璋、曾平杉，醫療紛爭在臨床醫學與法律實務的探討，新學林，頁26，2010年1月。

<sup>3</sup> See SIANG YONG TAN, MEDICAL MALPRACTICE: UNDERSTANDING THE LAW, MANAGING THE RISK 1, 7-9 (2006).

<sup>4</sup> 依2009年行政院衛生署提供資料顯示，1987-1991年醫療糾紛委託鑑定案件共計713件，1992-1996年間共計924件，1997-2001年共計1,628件，2002-2006年則有2,162件，至2007-2009年10月底止增至1,360件，案件數已明顯增加。

<sup>5</sup> See BETH WALSTON-DUNHAM, MEDICAL MALPRACTICE: LAW AND LITIGATION 132 (2006).

<sup>6</sup> 醫責險所承保之範圍為被保險人（醫師）個人依法所應負之責任，而醫綜險則屬於團體責任保險，承保範圍包含該醫療機構之責任及其機構內醫事

投保件數，分別自1999年的1,261件、925件，成長至2008年的4,881件、2,335件<sup>7</sup>，惟相較於2008年全國醫師總數54,655人<sup>8</sup>，投保比例仍然偏低且投保金額明顯不足，多數保單每一事故的保額僅新臺幣200萬元以下，以2004年為例，當年度醫責（綜）險總收入僅1.6億元<sup>9</sup>，然醫師每年花在醫療糾紛的賠償金額卻高達76億元<sup>10</sup>，因此在日漸龐大的賠償金額效應與保險機制功能不彰的情況下，醫師懼怕面對醫療糾紛，故多採取保守性及防禦性醫療措施<sup>11</sup>，不敢放手去醫治病患，造成醫療品質下降及嚴重的醫療浪費。

在醫療糾紛頻傳與多元醫療責任風險恐已成為常態的今日，傳統醫病關係和諧的中醫界，醫療糾紛的發生率與賠償額亦逐漸升

---

人員的業務責任與公共意外責任。See GEORGE E. REJDA, *PRINCIPLES OF RISK MANAGEMENT AND INSURANCE* 609-10 (10th ed., 2004).

<sup>7</sup> 保險事業發展中心，「醫責險與醫療機構綜合責任保險歷年統計」。http://www.tii.org.tw/index.asp（最後瀏覽日2009/08/25）。

<sup>8</sup> 醫師總人數分別為中醫師5,308人、西醫師38,193以及牙醫師11,154人。資料感謝中華民國中醫師全國聯合會提供，其他資料取自中華民國醫師全國聯合會，「統計查詢」。http://www.tma.tw/stats/stats12.asp（最後瀏覽日2010/02/27）以及蘇鴻輝，PGY牙醫師獨立執業前二年訓練計劃簡介，台灣牙醫界，第28卷第6期，頁30-35，2009年6月。

<sup>9</sup> 當年度醫責險收入共52,216,751元，醫綜險收入共107,808,091元。資料取自保險事業發展中心，「醫責險與醫療機構綜合責任保險歷年統計」。http://www.tii.org.tw/index.asp（最後瀏覽日2009/08/25）。實際上，本文以為尚須扣除醫綜險中少數公共意外責任險保費。

<sup>10</sup> 高添富，解決醫療糾紛民事責任之保險與法律制度，頁255，國立政治大學風險管理與保險研究所博士論文，2009年5月。

<sup>11</sup> See JAMES S. TRIESCHMANN & SANDRA G. GUSTAVSON, *RISK MANAGEMENT AND INSURANCE* 5 (9th ed., 1995). See also MARK A. HALL, MARY ANNE BOBINSKI & DAVID ORENTLICHER, *MEDICAL LIABILITY AND TREATMENT RELATIONSHIPS* 368 (2nd ed., 2008).

高，甚至出現中醫師須負擔900餘萬元高額民事賠償的判決案例<sup>12</sup>，動搖過去認為「中醫不易發生醫療糾紛」的傳統思維。然而，醫責（綜）險對中醫師而言過於陌生，投保的中醫師人數與保額亦不高，一旦發生醫療糾紛，可能因缺乏保險保障而私下認賠，若外在資源無法適時介入，中醫師將孤立無援地獨自面對病家索賠，身心承受極大壓力，無法專心看診，影響醫療品質甚鉅。

現代醫責（綜）險，除了具有傳統的損失填補功能外，基於保險人防禦義務之行使，更具有權利保護的功能，可保障被保險人心境安寧，中醫師能放心的治療病患，維持專業、優質的醫療服務，緩解緊繃的醫病關係。為使保險制度發揮應有的功能，成為分散執業風險之利器，應先掌握中醫醫療糾紛現況並瞭解中醫醫責（綜）險之問題，使醫責（綜）險能符合中醫師的實際需求。然因目前中醫醫療糾紛並無大規模的調查，現況究竟如何無從得知，目前醫責（綜）險保單亦尚未針對中醫師獨立設計，內容是否適合中醫師使用亦不得而知。另一方面，中醫輔助人員因主管機關政策搖擺而定位不明，一旦發生糾紛，保險雙方對該類人員是否屬於理賠範圍之認知落差甚大，不但造成實務爭議亦影響保險人信譽。此外，中醫師在處理醫療糾紛時所需要的協助及保險人所應扮演的角色等相關議題亦需釐清。本文將對中醫醫療糾紛與醫療業務責任保險之實證分析及相關法律問題進行探討，並提出解決之道。

## 貳、中醫醫療糾紛之實證分析

為探討中醫醫療糾紛、醫責（綜）險現況以及中醫師對相關議

---

<sup>12</sup> 臺北地方法院94年度醫字第1號民事判決。該案乃中醫傷科推拿不當導致病人癱瘓所引起之醫療糾紛。

題的看法，行政院衛生署中醫藥委員會曾於2009年度委託進行「中醫醫療糾紛與醫師責任保險之評估研究」，針對全臺總共5,308位執業中醫師進行問卷調查<sup>13</sup>，並舉辦北中南三區焦點座談會蒐集資料，期能掌握中醫醫療糾紛現況，深入探討中醫師醫責（綜）險相關問題，最後提出因應之道。茲就該研究之實證結果分析如下：

## 一、實證結果

### （一）中醫醫療糾紛現況分析

該實證研究發現，最近一年內有4.3%的中醫師有過醫療糾紛，於最近五年內發生者占9.5%，整個職業生涯則有10.2%中醫師有醫療糾紛經驗。若與過去中、西醫研究相較，該實證分析結果發現中醫醫療糾紛發生率不但遠低於西醫1991年的44%<sup>14</sup>及2005年的36%<sup>15</sup>，亦較中醫傷科2002年之15.4%<sup>16</sup>為低。

而中醫醫療糾紛發生原因，依次為治療相關之副作用與後遺症62.5%（針灸21.1%、推拿21.7%以及其他治療方式19.7%）、病患對醫療結果不滿意（15.8%）及其他人員的疏忽（12.5%）等，此雖與2002年結論類似，但「因其它人員疏忽」造成之醫療糾紛是過去研究所未提及，該研究也發現為病患施行針灸或推拿比例越高者，有較高的機會發生醫療糾紛，因此，針灸或傷科治療所致的醫療糾紛是目前中醫界最關心的議題。

---

<sup>13</sup> 有效問卷總數共1,491份，回收率為28.08%。

<sup>14</sup> 陳榮基、謝啟瑞，醫療糾紛對醫療成本之影響：臺灣西醫師的實證研究（DOH80-HI-13），行政院衛生署，頁1-200，1991年。

<sup>15</sup> 吳俊穎、賴惠蕙、陳榮基，台灣的醫療糾紛狀況，台灣醫學，第13卷第1期，頁1-7，2009年1月。

<sup>16</sup> 楊哲彥，中醫傷科常見的醫療糾紛與預防措施，中國骨傷科醫學雜誌，第1期，頁1-10，2002年12月。

中醫醫療糾紛的解決方式係以私下和解（54.2%）為主，形態多屬6個月內處理完畢之小型傷害糾紛，賠償金額以新臺幣20萬元以下為多數，但其中亦不乏有高達數百萬，甚至千萬元者。雖然44%中醫師自認處理糾紛並無困難，但病家無理取鬧或騷擾（38.7%）、處理過程心力交瘁（24%），或不知協助處理管道（20.7%）仍為三大處理難題。另外，有中醫師會選擇以消極方式來消弭爭端，如儘量不宣揚（20.3%）或自認倒楣賠錢了事（21.6%），此可能與部分病患利用媒體為偏頗報導或以非理性抗爭，迫使醫師為維護名譽或因不堪其擾而認賠有關。在這些中醫糾紛案件中，當時有保險公司介入處理者僅11.3%，但有68%的中醫師認為當時保險公司對糾紛之處理（非常）有用，亦期待保險業者能夠於第一時間介入、協助與病家進行和解或協商。因此，選擇醫責（綜）險來分散醫療糾紛風險以及保險業者協助防禦的功能受到中醫師極大期待。

## （二）中醫師對醫療糾紛之看法

有糾紛經驗之中醫師認為未來可能的醫療糾紛來源，除了治療副作用或後遺症外（針灸55.8%、推拿53.2%、其他41.3%），亦可能因團隊中其他人員的疏忽所致，且有投保者認為醫療糾紛肇因於其他人員疏忽之比例（44.5%）亦較無投保者（32.4%）高，而請保險公司幫忙、公會協助處理，以及私下調解被認為是較理想的糾紛解決方式，其中，有經驗者選擇請保險公司幫忙的比例明顯偏高，認為由公會協助處理較理想者明顯下降，此現象或許可解釋為醫療糾紛處理時，醫責險功能受到有經驗中醫師的肯定，而公會可能已不完全符合期待，有趣的是，有經驗組選擇自認倒楣賠錢了事（12.8%）為無經驗組（6.5%）之2倍。此結果除反映出糾紛經驗對後續行為的影響外，對醫療糾紛後續處理與訴訟之不可預測性，亦是中醫師對訴訟心生畏懼，而寧可私下花錢消災了事的可能原因。

### (三)中醫師對醫責(綜)險之態度

該研究發現中醫師投保醫責(綜)險比例約29.3%<sup>17</sup>，其中為病患施行推拿及針灸療法比例越高者，醫療糾紛風險較高，亦有較高的投保意願，但中醫師同時也提出對醫責險之期待與陌生之處，對該險種不甚瞭解之未投保者為投保者之2倍(69.4%)，投保者則指出保險業者之附帶服務太少(48.0%)與專業度不足(30.2%)，無法滿足被保險人需求為現今主要的問題。在風險來源方面，認為糾紛可能來自其他人員疏忽之比例投保者(44.5%)較無投保者(32.4%)高出許多，但醫責險承保範圍僅及於中醫師個人，不含其他輔助人員，而醫綜險對輔助人員之承保範圍亦不符合中醫師需求，與被保險人之期待有極大的落差，加上保險業務員多未於投保前盡充分告知義務(如：承保範圍、理賠標準及程序等)，常於事故發生後才發現該事故非承保範圍，或理賠程序過於冗長繁雜，影響被保險人對保險人之信賴，承保範圍及保險人對糾紛之處理程序與態度，是多數中醫師關心的重要課題。

## 二、焦點座談會重點整理

### (一)中醫師處理醫療糾紛之經驗及困擾

#### 1. 中醫師公會

各縣市公會皆認同中醫需有風險管理概念，中醫醫責險是必需的。目前中醫醫療糾紛各縣市差異很大，有糾紛發生率低者，亦有公會在幾個月內就會發生好幾起醫療糾紛，其中以傷科及推拿為

<sup>17</sup> 此部份有效樣本為1,425份，現場回收問卷之投保比例為17%，郵寄問卷之投保比例則約32.7%，可能因回寄問卷的中醫師本身對醫責險的意願或興趣較高，導致該研究之投保比例有假性偏高的可能性。



最，而處理糾紛困難處之一則為民眾的不理性行爲，如抬棺抗議等，保險業者如能於第一時間成立合解顧問團代為協調與面對病家不理性抗爭，對中醫師處理醫療糾紛將有莫大助益。

目前中醫醫療糾紛解決流程係由公會介入斡旋，接著到鄉鎮區公所調解，最後才上法院，但實務上醫療糾紛以私下和解居多。此外，法院判決中醫是否有過失的關鍵通常仰賴西醫鑑定，然由於醫事鑑定小組中沒有中醫委員，鑑定結果對中醫不利者時有所聞。

## 2. 學者

由於中醫師「口袋深」可承受病患一定限度內之要求，故常以訴訟外方式解決。在鑑定方面，行政院衛生署醫事審議委員會往往淪於自己人審自己人，不易中立客觀，若採中、西醫合併治療，責任釐清更加不易。

## 3. 保險業

中醫承保之件數比較少，業界常遇到的糾紛如燙傷等。賠償的前提是醫師有責任，保險才會啓動。但實務上醫師常基於醫譽考量，殊少輕易承認醫療疏失，因此需要法律專家來作調解。此外，保險公司不是保全公司，沒有辦法對抗脫序的行爲。

### (二)中醫業務責任保險問題

#### 1. 中醫師公會

醫責險內容未盡符合中醫師所需，中醫師對保險業的信任度不高，且對保障內涵、承保範圍及保費計算並不瞭解，因此雙方對理賠範圍、保單的成立要件、理賠標準等各方面認知出現很大的落差，故投保率不高。再者，當醫療糾紛發生，保險公司多未能在第一時間處理或沒有專業的和解團隊來協助理賠，因此很多案件都是自行私下和解，造成中醫師投保率低。希望保險業重視中醫師的需

求，規劃中醫專屬保單，由每個人決定自己的承保範圍需求，並能朝中西醫合併設計保險商品，組成專業協處的團隊，讓中醫執業時無後顧之憂。最後，中醫師團體希望以團保的方式投保，保險公司費率計算應合理，各公會間也能建立各種傷病理賠紀錄並相互流通。

## 2. 學者

(1)中醫師要思考如何規劃風險，進行風險衡量，如發生頻率高、發生損失大的，就要思考如何進行風險對策，如同業共保、自留或購買保險。

(2)法律見解不一致，將影響法律的安定性，醫師法未明確規定中醫的注意義務，導致保險的承保範圍的不確定，中醫界應儘速釐定中醫醫療行為標準作業參考指引，藉以降低不確定性。

(3)傷科推拿助手行為的責任歸屬問題，各保險公司對理賠標準不一，對法令的解讀亦有誤解，尤其是醫療輔助行為被除外：導致眾多應納入之醫療責任被刪除，削弱中醫師投保實益，例如，配藥人員、護士及實習醫師行為。

(4)現行保單條款均以西醫為標準並不符合中醫需求，除外內容多與中醫師無關，且承保範圍過窄，定義亦不明確，保單第四條第二款剔除中醫師因過失行為須依消保法負擔之「懲罰性賠償金」，將導致保險範圍過度限縮。

(5)被保險人在進入訴訟前，保險人應多考量醫生「名譽」的問題，協助解決糾紛，提供「防禦」，是非常重要的，但實務上保險人落實防禦義務和被保險人的認知不同。

(6)建議以團保方式投保。除設計新保單外，也可用附加險來補充不足。

### 3. 保險業

(1)多數保險公司並未將助手行為納入醫師責任險承保範圍中，但少數保險公司也開始研議傷科推拿納入承保。然因投保率不高與保費收入不足，很難全面性的建立和解顧問團的制度。

(2)部分保險業者殺價競爭且銷售所使用的話術容易讓被保險人產生過度期待，銷售時擴大承保範圍和服務，但實際發生事故時卻處處限制，影響保險業信譽。

## 參、中醫醫療糾紛之特性分析

依據保險原理，理想的可保風險特性為<sup>18</sup>：一、有大量的同質性危險單位；二、損失必須是意外或偶發；三、個別危險單位發生損失與否或損失金額彼此獨立；四、損失必須易於衡量；五、保險費須符合經濟上的可行性；六、巨災損失之機會相當低。保險制度運作之成功與否完全仰賴損失預測之正確性<sup>19</sup>，而責任保險為消極保險，訂約時無法確定被保險人將來應負的責任有多大，因此，並無一確定標的價值存在（無保險價額），保險人計算費率時，針對將來的無形責任，只能大致推估<sup>20</sup>。而保費反應了過去事件經驗、未來的經濟改變，以及法律環境穩定性等多重因素<sup>21</sup>，若類似個案之責任範圍，難以用過去經驗值推估，損失發生前保險公司無足夠

---

<sup>18</sup> 許文彥，保險學：風險管理與保險，新陸，頁60-63，2009年3月2版；陳彩稚，保險學，三民，頁38-41，2004年8月2版。

<sup>19</sup> 陳彩稚，同前註，頁39。

<sup>20</sup> 汪信君、廖世昌，保險法理論與實務，元照，頁239、243，2010年9月2版；葉啟洲，保險法實例研習，元照，頁295，2011年7月2版。

<sup>21</sup> See EUGENE R. ANDERSON, ET AL., INSURANCE COVERAGE LITIGATION 5 (2nd ed., 1999 & Supp. 2009).

資訊計算保費，則非理想之可保風險<sup>22</sup>。本文以下，將分析中醫醫療糾紛之特性。

## 一、中醫之特性

醫療本身即具有高度不確定性<sup>23</sup>，然相較於西醫而言，中醫之不確定性更高，乃因中醫基礎理論本於陰陽五行、五臟六腑、經絡學說等，該理論與古書典籍係由古人經長期觀察歸納之結果，形成與現代醫學迥異之理論體系。此外，由於古代中醫解剖學較不發達，對於臟腑的定義，除了部分解剖上之描述外，主要以「功能」分類作為定義方式，與現代醫學以解剖為基礎來定義器官（organ）的方式不同，二套體系之差距造成許多誤解，例如，平常所說之「專心」，所指之「心」乃中醫「心主神志」的功能，負責思考，類似現代醫學大腦部分功能，與西醫之「心」（Heart）無關；再如中醫之「脾」所指為消化系統之功能，與現代醫學的脾（Spleen）為造血、破壞老舊紅血球以及類似淋巴結的功能不同；其他如中醫的「腎」，主生殖機能，與西醫的腎（Kidney）有異等例，皆顯示中西醫學發展觀念與名詞定義有極大落差，只因中西交流時翻譯不當，將不同定義之臟腑器官譯成相等，造成百年來中西醫學間之誤解與隔閡。

在診斷方面，中醫的診法乃望、聞、問、切四診，其所得之資訊除病患主訴外，即醫師之理學檢查，尤其切診中之脈診係藉由動脈跳動判斷其所代表之身體疾病，需長年之經驗累積與師徒傳承，所描述者乃醫者之主觀體會，缺乏客觀統一標準，難以用現代科學

---

<sup>22</sup> 許文彥，同註18，頁62。

<sup>23</sup> See LARA KHOURY, UNCERTAIN CAUSATION IN MEDICAL LIABILITY 5 (2006).  
See also HALL, BOBINSKI & ORENTLICHER, *supra* note 11, at 35-37.

方法檢驗，即使多年來有學者嘗試以「脈診儀」等測量儀器，將動脈波動以量化方式呈現分析，但各家設計之儀器不同且波形仍須仰賴中醫師判讀，亦存在部分主觀成分，至今仍非普遍為多數中醫師所接受使用。此外，以四診所得之資料，經中醫師歸納整理後，必須下一診斷，而中醫所使用之診斷名詞，與現代醫學完全不同，如肝腎陰虛、表熱裡寒等，難以用現代科學詮釋所代表之內涵，且若嘗試將中醫診法所得之資料用現代醫學的診斷病名表示，亦難以與現代疾病名稱定義相連結，因此中醫師不論以中醫或西醫名詞下診斷，其模糊地帶皆較西醫為大。

在中醫治法方面，由於中藥與西藥單一或確定成分不同，多為天然動、植物或礦物，成分複雜，處方又多為由數種單味藥組成之複方，若再考慮藥物之炮製過程與各種藥物間之交互作用，實難以研究，即使科學發達的今日，仍未能完全分析清楚，更難量化與標準化；其他如針灸等療法，現代科學尚無法瞭解「經絡」與「穴道」於現代醫學及人體解剖之意義，更遑論其治病原理。因此，中醫部分治法用藥乃經驗之累積與流傳，難以用現代主流醫學研究方法加以印證，更增添其不確定性。由於以上特性，使中醫藥具神秘色彩，民間以訛傳訛，誇大渲染時有所聞，造成民眾錯誤認知與過度期待，增添醫療糾紛之風險<sup>24</sup>。

## 二、鑑定之難度高

由於法官不具醫療專業知識，不論刑事或民事之醫療糾紛訴訟多須透過專業鑑定協助判斷，因此，醫療法規定衛生署設置醫事審

---

<sup>24</sup> 於中醫師公會法律顧問所曾處理之案例中，曾有病患責怪中醫師未能以把脈知悉懷孕，懷疑所用中藥將影響胎兒而向中醫師求償，然自中醫專業角度，該處方即使孕婦服用，亦不會影響胎兒，病患卻已先行人工流產，再以不理性方式向中醫師求償，使中醫師不勝其擾。

議委員會，該會下設醫事鑑定小組，負責接受司法機關之委託鑑定，然因現代醫學高度專業化與醫師分科制度已相當成熟，衛生署所承認之西醫專科醫師已達20多科，其中任一專科之高度專業知識皆非其他科別醫師所能完全知悉，在目前衛生署頒布之醫事審議委員會設置要點中，醫事鑑定小組委員人數21人至27人，扣除三分之一之法學專家與社會人士後，委員人數無法涵蓋所有科別之專科醫師，更無聘請中醫師擔任鑑定小組委員，當案件跨越數個專科或中醫藥時，醫審會即無法提供正確且專業之鑑定意見。

如前所述，因中醫診法中有許多主觀成分，每位中醫師對所蒐集資料的體會與解釋亦可能不同，而異其診斷，容易流於各說各話，一旦發生醫療糾紛，鑑定之難度較西醫更高，亦更難達到客觀公正。蓋鑑定資料，只能事後由病歷記載加以判斷，無法接觸當時病患實際情形，此雖為中西醫鑑定時共通之盲點，然西醫因具備客觀分析資料，如影像（X-ray, CT, MRI, Echo）與實驗室數據等，多數可客觀反應病患當時狀況，即使醫師記錄於病歷之理學檢查，亦有較標準之記載方式，及診斷特定疾病應有之徵象（symptom & sign）；而中醫之病歷記載，如脈浮、脈滑、脈澀或舌紅、舌絳、舌紫等，多為該中醫師主觀判斷，與鑑定醫師之認知可能有異，因此在鑑定時，中醫較西醫更難還原診療當時之真實情形，其所造成之誤差，不難想像。更何況在現代醫學為主流的今日，許多西醫並不瞭解中醫語言與專有名詞之定義，而病患就診時，卻常中西醫與中西藥併用，在彼此不熟悉的情況下，一旦病患受到傷害，其責任歸屬將難以釐清<sup>25</sup>，而醫事鑑定小組並無中醫委員，醫療專業判斷僅於必要時邀請中醫專家列席提供意見，仍需由西醫委員做最後決

<sup>25</sup> 美國也有類似替代療法（如針灸治療）與西醫併用之相關判決。See, e.g., Julianne Charell, et al., v. Nicholas J. Gonzalez, 251A.D.2d 72, 673 N.Y.S.2d 685 (1998). See WALSTON-DUNHAM, *supra* note 5, at 121-122.

定，因此，病況之判斷於不同中醫師間即可能存在落差，中西專業語言與認知角度又完全不同而鑑定程序為黑箱作業，不接受當事人到場陳述意見<sup>26</sup>的情況下，奢求作出正確且令人信服之鑑定意見，簡直緣木求魚，對中醫亦將造成不利的情況<sup>27</sup>。

此外，由於我國醫療鑑定以機關鑑定（刑事訴訟法第二〇八條）方式為主，鑑定機關僅需將鑑定報告以書面回覆法院，實際鑑定人不必出庭接受詰問（一般亦不知鑑定人為何人），且鑑定亦無客觀可預測之標準，因此，不利之一方必定不服，而可能發生多次鑑定，每次鑑定報告或所述不清，甚至相互矛盾的現象<sup>28</sup>，嚴重浪費司法及醫療資源，使訴訟程序更加冗長，醫病雙方深受程序之不利利益，司法威信亦大受打擊。

### 三、輔助人員之定位不明

該實證研究發現，許多中醫師認為醫療糾紛之風險來源，有一部分非來自於中醫師本人，而是源於其他人員的疏忽，而中醫師卻需為輔助人員之疏忽負責，且即使投保醫責險，此種責任又非屬承保範圍之內，造成許多爭議，本文以為，此乃因中醫輔助人員長期資格與定位不明確之結果，分敘討論如下：

#### (一)中藥調劑業務

由於中醫並未實施醫藥分業，依藥事法第三十七條第四項規定「中藥之調劑，除法律另有規定外，應由中醫師監督為之。」然長年以來皆未規定其監督對象及方式，僅於「醫療機構設置標準」中

<sup>26</sup> 李伯璋、曾平杉，同註2，頁127。

<sup>27</sup> 臺中地方法院92年度自字第439號刑事判決。

<sup>28</sup> 因醫療之不確定性，當醫師意見有爭議時，法院見解常獨立於醫師之外且需具有彈性。See KHOURY, *supra* note 23, at 76.

規定「中藥調劑人員包括中醫師、修習中藥課程達適當標準之藥師及確具中藥基本知識及鑑別能力人員三類」，其中何謂「確具中藥基本知識及鑑別能力人員」則無明確定義。由於傳統中藥以飲片（煎劑）為主，其販售與調劑，須由具鑑別中藥材性味、真偽、品質、炮製、保存等知識與能力之人員為之，而該等人員多於民間以師徒相傳加以延續，並無相關學校教育或國家考試認證之管道，且中藥材本有「藥食同源」之特性，一般家庭或飲食店皆以中藥材入菜，而與一般食物同視，因此管理上確具困難度。此外，由於政府長久以來未曾依藥事法第一〇三條第四項舉辦中藥調劑人員之考試與管理，即使在傳統中藥飲片與濃縮中藥併用的今日，中醫院所仍沿續過去由中醫師監督院所自行訓練之人員調劑中藥的方式，主管機關亦默視容許該現象存在，其合法性從未被質疑。

然而，近年來主管機關突將所謂「確具中藥基本知識及鑑別能力人員」解釋為依藥事法第一〇三條第一項「本法公布後，於六十三年五月三十一日前依規定換領中藥販賣業之藥商許可執照有案者，得繼續經營第十五條之中藥販賣業務」所稱之「人員」<sup>29</sup>，且應依同法第三十七條第四項於中醫師監督下執行中藥調劑業務，其餘人員皆不可在中醫師監督下執行中藥調劑業務<sup>30</sup>，讓原本長久存在於中醫院所之運作模式，立即被認定為非法，此行政法規之改變使中醫界受嚴重衝擊，該函釋之合法性亦受質疑。

## （二）中醫傷科推拿業務

中醫醫療糾紛發生率與爭議最大者，即是傷科推拿。實務上許多中醫院所聘請所謂之推拿師（亦稱傷科師傅、整復師、整脊師等多種名稱）執行推拿業務，該人員卻非醫療法第十條第一項所稱之

<sup>29</sup> 該等人員目前皆年事已高，且可能為數不多。

<sup>30</sup> 行政院衛生署(98)授藥字第0980000890號函。



「醫事人員」，因此，對其業務範圍、法律定位及責任歸屬等皆不明確，且長久以來所謂之「民俗調理」普遍存在於臺灣社會，主管機關為兼顧社會現實，於1993年11月19日衛署醫字第82075656號函公告不列入醫療管理之行爲：「一、未涉及接骨或交付內服藥品，而以傳統之推拿手法，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥與藥洗，對運動跌損傷所爲之處置行爲。二、未使用儀器，未交付或使用藥品，或未有侵入性，而以傳統習用方式，對人體疾病所爲之處置行爲。如按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功與內功之功術等方式，對人體疾病所爲之處置行爲。」<sup>31</sup>只要不逾越公告範圍之業務，即無資格之限制，因此，推拿師長期普遍存在於中醫院所中，形成「醫療行爲」與「民俗調理」共存的模糊地帶。

醫療院所爲病人從事推拿按摩，主管機關的態度在一年內多次改變，從「應由中醫師親自爲之」<sup>32</sup>，放寬爲「應由中醫師或由合法醫事人員於中醫師指示下爲之」<sup>33</sup>，再放寬爲「未具中醫師資格人員於中醫醫療院所內執行推拿業務，如未逾越本署八十二年十一月十九日衛署醫字第八二〇七五六五六號公告不列入醫療管理之範圍，得不受醫師法第二十八條限制，但非由中醫師親自執行之推拿業務，健保不予給付」<sup>34</sup>，其後甚至認爲，不論中、西醫醫療院所皆可附設「民俗調理」，非醫事人員於醫療院所內執行「民俗調理」業務，只要不申請健保給付，並符合一定規範（如：動線區隔

---

<sup>31</sup> 衛生署已於2010年3月15日以衛署醫字第0990200635號公告停止適用該號函釋，另以內容相似之99年4月15日衛署醫字第0990207052號令「民俗調理之管理規定事項」取代。

<sup>32</sup> 行政院衛生署(86)醫字第86017498號函。

<sup>33</sup> 行政院衛生署(86)醫字第86045460號函。

<sup>34</sup> 行政院衛生署(86)醫字第86058443號函。

等），即屬合法<sup>35</sup>，可謂放至最寬；不料一年後，突然嚴格限縮，規定醫療機構一律不得附設民俗調理<sup>36</sup>，引起部分中醫院所及推拿人員強烈反彈，主管機關於各方壓力下，再度鬆口給予兩年緩衝期，醫療機構附設民俗調理可維持至2012年4月30日<sup>37</sup>，緩衝期間屆至前又再度延長至2012年底<sup>38</sup>，主管機關多年來對此問題立場反覆可見一斑，醫療院所亦如洗三溫暖與坐雲霄飛車般，忽冷忽熱，忽上忽下，完全不知所措。

前述行政法規之多變與模糊，雖只牽涉到行政機關對中醫院所之行政管理措施，卻將影響醫責（綜）險承保範圍之認定（詳後述），且有心人士從媒體或其他管道得知相關資訊，常以中醫院所違反行政法規而主張醫療疏失，甚至明知該行政法規之違反本與醫療行為之過失與否無涉，但卻以檢舉違規為要脅，要求對原本無過失之醫療行為作出賠償，司法實務上，亦可能因違反行政法規，而被以民法第一八四條第二項「違反保護他人法律」負推定過失責任，因此行政法規之高度不穩定性，亦會增加中醫醫療糾紛之發生率及處理之困難度。

#### 四、以小型醫療糾紛為主

該實證研究發現，中醫醫療糾紛以小型醫療傷害糾紛為主，賠償金額約半數在新臺幣20萬以下，且多能於6個月內處理完畢，因此處理難度較低，其原因可能是中醫的治療方法較西醫溫和，即使風險較高之針灸與傷科推拿，與西醫之手術相較，其所造成之醫療傷害確實輕微許多，且極少造成死亡之結果，此外，中醫所治療之對

---

<sup>35</sup> 行政院衛生署(98)醫字第0980000127號函。

<sup>36</sup> 行政院衛生署(99)醫字第0990200648號函。

<sup>37</sup> 行政院衛生署(99)醫字第0990067697號函。

<sup>38</sup> 行政院衛生署(101)醫字第1010208540號函。

象，以輕症或慢性病等病情較為穩定之患者為主，極少急重症照護，其風險自然降低許多，若有考量前述中醫之特性與鑑定難度，醫病雙方發生糾紛時，對輕微傷害多不願花費過多心力，且即使訴訟，雙方亦皆難以預測訴訟之結果，因此易以雙方皆能接受之金額達成和解，但即使如此，病家無理取鬧或騷擾，以及處理過程心力交瘁，仍是許多中醫師認為處理醫療糾紛之難題。然而，也因中醫醫療糾紛發生率遠低於西醫，且以小型糾紛為主，即使有前述「難以預測之風險」及部分高達數百萬以上之高額賠償，在研究座談會中，一般保險業者仍認為中醫醫責險為一可保風險。

## 肆、中醫醫責（綜）險之爭議探討

中醫醫責（綜）險雖被保險業者列為低風險低費率之險種，但由於保險業者於承保時未將承保範圍清楚說明，導致被保險人對保險業者之期待過高，常導致日後理賠爭議<sup>39</sup>，此外，由於目前醫責（綜）險保單統一適用於中、西、牙醫，且以西醫為主要考量，並非為中醫師設計，然如前所述，中、西醫間存在許多特性上之差異，以西醫的保單套入中醫，無法滿足中醫師要求，因此該險種仍有改進空間<sup>40</sup>，以下將探討中醫醫責（綜）險所產生之爭議問題<sup>41</sup>。

<sup>39</sup> 陳俞沛，中醫醫療糾紛與醫師責任保險之評估研究，行政院衛生署中醫藥委員會98年度研究計畫成果報告(CCMP98-RD-022)，頁15之座談會紀錄之保險業者（旺旺友聯）發言紀錄，2009年。

<sup>40</sup> 陳俞沛，同前註，頁148、150、154之焦點座談會中林建智教授、張冠群教授、卓俊雄教授、饒瑞正教授等發言紀錄。

<sup>41</sup> 本文所稱之醫責（綜）險保單條款皆以2009年修訂之產險公會版條款為討論對象。

## 一、承保對象之爭議

中醫醫療過程中除診察、處方與施針等須由中醫師親自為之，責任歸屬明確，爭議亦少者外，尚有許多輔助人員協助中醫師完成整體醫療業務，包含藥師、護理人員及前述輔助調劑及推拿人員，若因該等人員疏失導致之醫療糾紛，是否為醫責（綜）險保單承保範圍，將產生爭議。

### （一）醫事人員

醫責（綜）險之承保範圍為「被保險人……因『執行醫師（療）業務』，『直接』引致病人體傷或死亡，依法應由被保險人負賠償責任……，本公司依本保險契約之約定，對被保險人負賠償之責。」<sup>42</sup>許多保險公司將此條款解釋為所承保者，為被保險醫事人員「親自執行」之業務所產生之責任，而被保險人「指示」或「監督」他人之行為所生之責任則不包含在內，醫療機構內之藥師、護理人員等「醫事人員」執行業務之過失<sup>43</sup>固屬醫綜險承保範圍，但醫責險承保範圍則不含在醫師指示下護理人員所執行之醫療輔助行為，以及中醫師監督下之中藥調劑行為<sup>44</sup>，此種條款之限縮解釋與被保險人之期待有極大的落差，亦被學者指為極不合理<sup>45</sup>。

本文以為，本條款之「直接」，應是與「醫師業務」作連結，而非與「醫師」做連結，該條款正確之解釋，應是指被保險醫師於

<sup>42</sup> 醫責險條款第2條、醫綜險條款第3條。

<sup>43</sup> 常見臨床案例，如：藥師包（給）錯藥、護理人員漏拔針或灸法燙傷病患等。

<sup>44</sup> 由於中醫並未實施醫藥分業，若中醫師親自調劑中藥，本為醫責險承保範圍，然藥師調劑中藥，不受中醫師監督，應自行負責，則非醫責險承保範圍。

<sup>45</sup> 陳俞沛，同註39，頁154之焦點座談會之卓俊雄教授發言紀錄。

執行醫師業務時，因業務上必要所需負擔之責任，即使非醫師親自執行，而是依法「指示」或「監督」他人執行，只要醫師依法必須對該他人之行爲負責者，該被保險醫師所應負之責任範圍皆屬承保範圍，該「直接」二字應是指「因醫師業務所直接產生之責任」，而不含醫師執行業務中，因意見不合打傷他人之侵權責任或醫責險條款第四條不保事項九所指「被保險人因具有醫院、療養院、診所、實驗所或其他事業機構之所有人、合夥人、監督人或經理人之身分，而非直接醫療行爲所致者」，基於民法第一八八條第一項所負之連帶賠償責任，如此解釋始符合此保險之本質及醫療實務之認知。

## (二)非醫事人員

依醫責（綜）險保單條款第四（五）條十四（十六）款，被保險人執行未經主管機關許可之業務所發生之賠償責任為不保事項，因此業務屬性及其執行者資格是否為主管機關所許可，將影響承保範圍之認定。過去主管機關對藥事法第三十七條第四項所規定受中醫師合法監督調劑之人員，長久以來皆未明確規範與管理，主管機關驟以函釋將中醫師監督調劑限於藥事法第一〇三條第一項之人員，其餘則為「非法調劑」，嚴重影響醫責（綜）險之承保範圍認定。蓋中醫院所受中醫師「合法監督」之調劑人員，應視為中醫師之履行輔助人，依民法第二二四條由中醫師負故意過失債務不履行責任，自屬醫責（綜）險承保範圍，但若為「非法調劑」，則非屬醫責（綜）險承保範圍。因此，主管機關之解釋將左右該人員執行業務是否落入保險之承保範圍，主管機關應審究中醫藥特性及現實狀況，作出合乎法理之明確解釋或修法加以解決。

此外，由於主管機關對中醫傷科推拿業務及「推拿師」定位之立場反覆與模糊，過去推拿師雖非醫事人員，卻長久存在於中醫院

所，被視為中醫師之「推拿助手」，然因風險較高，常被保險公司拒絕承保，造成此種保單無法得到多數中醫師的支持，業務推展不易，許多保險公司為兼顧現實，願將「推拿師」列入承保範圍，但承保態樣則是五花八門，有認為其非醫師親自執行，不在醫責險之承保範圍，但在醫綜險承保範圍者，亦有認為二種保單皆可承保者；在保費及保險金額計算方面，有保險公司將推拿師列為「加費承保」，且有「獨立保額」，甚至將「推拿師」視同「中醫師」，依人數計算保費，理賠時推拿師有獨立於中醫師之保險金額者；或將推拿師列為「加費承保」，但無「獨立保額」，必須依附在中醫師之下，共用中醫師之保險金額者；亦有不將推拿師人數列為保費計算標準，而以該中醫院所有無聘請推拿師或該中醫師有無執行推拿業務之風險不同為計算保費之依據者，形成極為混亂的局面。

若依現行衛生署函釋，推拿師執行「民俗調理」業務造成傷害所產生之糾紛，是否為醫責（綜）險承保之範圍？本文以為，目前醫責（綜）險將承保範圍界定於「醫師（醫事人員）」執行「醫師（療）業務」，直接引致病人體傷或死亡所應負之賠償責任，是否及於「非醫事人員」執行「非醫療業務」之民俗調理？以目前保單條款及衛生署函釋之精神觀之，幾乎沒有將「非醫事人員」於醫療機構內執行「民俗調理」解釋為既符合主管機關法令，且在承保範圍的空間。蓋若要合法，則必須將推拿人員執行之業務解釋為非醫療行為之民俗調理，如此一來，則非「醫療業務」責任保險之承保範圍；若要配合保單條款，將推拿人員解釋為「醫師之助手」，其所執行之業務為「醫療行為之延伸」，則又與衛生署的法令扞格。因此，不具醫事人員資格之推拿師執行之民俗調理業務，非屬醫療行為，於投保時，保險公司應明確告知被保險人醫責（綜）險之承保範圍「不含」民俗調理，民俗調理業務若需責任險保障，應修改現行條款或發展其他保單加以承保，以減少日後保險糾紛。但日後

若主管機關認定醫療機構內執行「民俗調理」業務為不合法，將更無與醫療業務合併承保之空間。

## 二、其他保單條款之爭議

由於目前醫責（綜）險保單統一適用於所有西醫、中醫以及牙醫，並無專為中醫師設計之保單，且該保單條款部分「不保事項」與中醫業務無關，如產科手術、基因、牙醫業務、血庫經營等事項本為中醫所無，但其既為不保事項，應不會造成任何影響，以下將探討醫責（綜）險保單條款可能產生之爭議。

### （一）不保事項應限縮

關於不保事項，與中醫業務有關者為「使用減肥藥物」、「與嚴重急性呼吸道症候群（SARS）、後天免疫力缺乏症（AIDS）、禽流感（Avian Influenza or Bird flu），或其病原體有關者」、「違反保密義務」及「懲罰性賠償金」等，上述相關業務在醫責（綜）險中皆列為不保事項，從中醫師角度觀之，將有商榷餘地，分敘如下：

#### 1. 「被保險人為達到第三人減肥之目的而建議或使用減肥藥物」

減肥的原因有基於醫療或非醫療目的，所使用的方法除藥物外，尚有手術、針灸、埋線、飲食控制與運動等方式，此處所稱之「減肥藥物」，是否包含西醫之「減肥手術」及中醫之針灸、埋線，若從文義觀之，似僅指醫師以「藥物」幫第三人減肥所引致之賠償責任，而不包含其他減肥方式，造成侵犯性高之手術減肥與針灸、埋線減肥為承保範圍，減肥藥物卻不在承保範圍的怪象，且若

是病態性肥胖<sup>46</sup>，基於病患健康之考量，此時使用合法減肥藥物幫助病患減肥，應屬正常醫療行為之範疇，與非病態性肥胖者為美觀之目的而使用減肥藥物有間，應為可承保之醫療業務，且就中醫而言，一般最常使用之減肥處方「防風通聖散」，並非僅限於減肥患者使用，該方之主要功能為表裏三焦俱實、大便秘結、小便短赤、瘡瘍腫毒，臨床可應用範圍甚廣包含高血壓、動脈硬化，腦血管意外，頭痛而大便秘結者等皆可使用<sup>47</sup>；其他如中藥材「麻黃」，一般被歸類於發散風寒藥，其最重要之用途應為發汗解熱、鎮咳去痰、宣肺平喘、利尿消腫等辛溫發汗作用<sup>48</sup>，亦常用於減肥之目的。可見中藥處方之使用目的存乎一心，若只因肥胖之病患因使用此些藥物即被排除於承保範圍之外，將造成認定上之困難與不必要之爭執。因此本文以為，無論使用藥物、手術或針灸埋線等方式，只要基於醫療目的為第三人減肥，皆應屬承保範圍，非基於醫療之目的則否，因此該款應可被醫責（綜）險保單條款第三（五）條第三（十七）款「被保險人非基於診斷上或治療上之理由提供醫療服務」之不保事項所涵蓋，而可刪除。

<sup>46</sup> 以病患BMI (Body Mass Index, 身體質量指數) 認定即可，BMI是用身高（公尺）的平方除體重（公斤）所得的商，男女皆適用，理想的BMI應該介於落在18至24之間，過多與過少都不好。例如身高170公分體重65公斤，BMI值即  $65 \div 1.72$  約為22.5。行政院衛生署，衛教週報。[http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DM/SEARCH\\_RESULT.aspx](http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DM/SEARCH_RESULT.aspx)（最後瀏覽日2012/01/03）。

<sup>47</sup> 行政院衛生署中醫藥委員會，「中醫藥資訊網」。[http://www.ccmp.gov.tw/information/Formula\\_detail.asp?no=109&selno=0&relno=549](http://www.ccmp.gov.tw/information/Formula_detail.asp?no=109&selno=0&relno=549)（最後瀏覽日2012/01/14）。

<sup>48</sup> 戴新民，中藥用法十講，啟業，頁9，1987年8月3版。



2. 「與嚴重急性呼吸道症候群（SARS）、後天免疫力缺乏症（AIDS）、禽流感（Avian Influenza or Bird flu），或其病原體有關者」

如前所述，中醫所用之診法及疾病名詞原與西醫分屬不同系統，此些新興疾病與病原體之診斷，常非傳統中醫語言所能涵蓋，且其診斷皆須依賴特殊之西醫檢驗方法，即使西醫診療病患時，在未完全確診前，醫事人員亦常不知病患所患何病，更遑論中醫師所能使用之診斷工具本即受極大限制，因此被保險人從業務務當時難以知悉是否非承保範圍，若所治療之病患為SARS、AIDS、禽流感之患者，無論事前或事後確診，治療該病之併發症與後遺症或由其他西醫或主管機關之診斷後，皆有可能落入不保事項，對中醫師而言，此種以病原體<sup>49</sup>種類認定為不保事項之保單條款，非但不恰當，更將使中醫師無法安心工作，保險之保障功能亦已大打折扣。

3. 「被保險人違反保密義務而引起之賠償責任」

醫事人員違反對病患之保密義務，可能需要承擔民事、刑事與行政責任，保險制度雖能為被保險人擔保民事責任，但由於醫事人員「故意」違反保密義務需負刑法第三一六條洩漏業務上秘密罪之刑責，基於「故意犯罪行為不可成為投保客體」及「保險契約違背公序良俗者無效」之原理<sup>50</sup>，本文認為，醫事人員「故意」洩漏因業務知悉或持有之他人祕密所引起之賠償責任，本為絕對不保事項，但因刑法第三一六條不罰過失，若被保險人「過失」違反保密

<sup>49</sup> 該病為傳染病防治法與人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例，規定應通報之傳染病。

<sup>50</sup> 林勳發、柯澤東、劉興善、梁宇賢，商事法精論，今日，頁602-603，2007年11月5版；林群弼，保險法論，三民，頁68-70，2011年1月3版。

義務應僅需承擔行政責任<sup>51</sup>而無刑事責任，因此其所引起之民事賠償責任，應非保險制度不可保之事項，故可考慮將被保險人「過失」違反保密義務列為加費承保事項。

#### 4. 「任何罰金、罰鍰、違約金或懲罰性賠償金」

消費者保護法第五十一條為我國現行關於「懲罰性賠償金」的唯一規定，是否適用於醫療侵權行為？仍有爭議。最高法院雖以目的性限縮方式將醫療糾紛排除其適用範圍，但其反對理由並不充分，且未被選為判例，其他法院仍可能持不同見解<sup>52</sup>，現已出現少數下級法院對醫院判處懲罰性賠償金之案例<sup>53</sup>，而在此爭論尚未定讞前，醫責（綜）險保單條款第四（五）條第二（十一）款，卻已將懲罰性賠償金列為不保事項，然懲罰性賠償金是否應如保單條款般與「罰金、罰鍰」等一般國家公權力制裁同視，為求「公共利益」<sup>54</sup>而應將之列為絕對不保事項，長久以來即是美國各州爭議的問題，但從美國各州之立法趨勢可知，除了內布拉斯加州（Nebraska）、新罕布夏州（New Hampshire）、猶他州（Utah）及華盛頓州（Washington）等4州全面禁止懲罰性賠償金的可保性外（其中內布拉斯加州、新罕布夏州及華盛頓州原本就不承認懲罰性賠償金制度），其它的46州，多少都在某些範圍表示允許懲罰性賠償金具有可保性（有20州全面允許），在美國法發展趨勢上，雖然

<sup>51</sup> 醫療法第72條與第107條，以及醫師法第23條與第29條等。

<sup>52</sup> 最高法院93年度臺上字第2302號民事判決、最高法院94年度臺上字第1156號民事判決、最高法院95年度臺上字第2178號民事判決。

<sup>53</sup> 嘉義地方法院92年度醫字第1號民事判決、高雄地方法院92年度醫字第6號民事判決、臺南高分院94年度醫上易字第1號民事判決。

<sup>54</sup> See ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW, A GUIDE TO FUNDAMENTAL PRINCIPLES, LEGAL DOCTRINES, AND COMMERCIAL PRACTICES 495 (1988).

對懲罰性賠償金承保範圍有不同意見，但允許懲罰性賠償金投保者似屬大多數的見解<sup>55</sup>。本文以為，醫療傷害案件多因過失行爲，而非故意或違法行爲所導致，將之列入承保範圍，應無違反公共政策之疑慮，且我國其他責任保險之保單，如產品責任險或公共意外責任險，亦有將懲罰性賠償金排除在承保範圍，但允許被保險人加費承保之例，因此過失醫療行爲引致之懲罰性賠償金，應可列爲加費承保項目。

## (二)抗辯費用負擔

現行醫綜險條款第十五條約定「抗辯費用與賠償金額合計超過保險金額者，保險人僅按保險金額負賠償之責」將抗辯費用內含於保險金額中。反觀醫責險保單條款，其第十四條第一款雖約定民事抗辯費用由保險人負擔，其但書另約定：「但應賠償金額超過保險金額，……，本公司僅按保險金額與應賠償金額之比例分攤之」，同條第三、四、五款但書卻約定：「抗辯費用超過保險金額者，本公司僅按本保險契約所約定之保險金額負賠償之責。」與醫綜險之用語不同，造成醫責險之抗辯費用究如醫綜險般內含於保險金額內？抑爲獨立於保險金額外之另一額度，只是有比例分攤及以保險金額爲上限之約定？語意不清，易生爭議，將來應予修正<sup>56</sup>。

## (三)發現期間之不合理限制

我國保險法第九十條規定：「責任保險人於被保險人對於第三

---

<sup>55</sup> 李志峰，懲罰性賠償金與保險法律關係之研究，頁82-83，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2000年7月。美國法院也有類似見解。E.g., *Home Insurance Company v. Neilsen*, 165 Ind.App.445, 332N.E.2d 240 at 244 (3d Dist.1975). See KEETON & WIDISS, *id.* at 495.

<sup>56</sup> 部分保險業者，已將醫責險條款抗辯費用，改為依保險金額與應賠償金額之比例分攤，如明台產物保險股份有限公司。

人，依法應負賠償責任，而受賠償之請求時，負賠償之責。」被保險人若在保險有效期間，造成應向第三人負責任之事由，則在受第三人之請求時，責任保險即應啓動<sup>57</sup>，不論該受害之第三人對被保險人的賠償請求是在保單有效期間或保單到期後提出，均在所不問<sup>58</sup>。然責任保險中，許多被保險人受賠償請求的傷害事故是潛伏性的，常需經過長時期才能顯現出來<sup>59</sup>，保單到期和保險責任發生有長時間的間隔，故被稱為長尾責任<sup>60</sup>，醫責（綜）險即具有此特性，因此實務上醫責（綜）險為避免長尾責任，皆探索賠基礎保單（Claims made policy）<sup>61</sup>，要求賠償請求在保單有效期間提出，以控制被保險人在保單到期後的責任<sup>62</sup>，保險人僅對保險期間內通知保險人之賠案，負賠償責任<sup>63</sup>。此種保單，若保險契約終止或屆滿

<sup>57</sup> 劉宗榮，新保險法：保險契約法的理論與實務，自版，頁392-393，2011年9月2版。

<sup>58</sup> See KENNETH H. YORK & JOHN WHELAN, INSURANCE LAW-GENERAL PRACTICE-CASE, MATERIALS AND PROBLEMS 521-22 (1988). See also Chandra Lantz, *Triggering Coverage of Progressive Property Loss: Preserving the Distinctions between First-and Third-Party Insurance Policies*, 35 WILLIAM & MARY L. REV. 1801, 1814 (1994).

<sup>59</sup> 黃正斌主編，保險英漢辭典（普及版），保險事業發展中心，頁774，2007年7月。

<sup>60</sup> 李志峰，長尾責任——論美國責任保險保單形式的演變、爭議及我國責任保險保單之特色，保險專刊，第25卷第1期，頁99，2009年6月。

<sup>61</sup> See ANDERSON, ET AL., *supra* note 21, at 6.

<sup>62</sup> 李志峰，同註60，頁115。

<sup>63</sup> 黃正斌主編，同註59，頁237。See KENNETH S. ABRAHAM, INSURANCE LAW AND REGULATION: CASE AND MATERIALS 563 (4th ed., 2005). See also KEETON & WIDISS, *supra* note 54, at 598. 此外，國外該類保單亦可簽定一額外保險（Nose Coverage），則保險人同意在保單生效日前所發生之危險事故，若於保險期間內提出索賠可納入承保範圍。See ANDERSON, ET AL., *supra* note 21, at 6.

後被保險人未向原保險公司續保者，則可能產生一保險空窗期，為保障被保險人，應給予一定之發現期間，或讓被保險人評估其風險後決定是否加費購買延長發現期間<sup>64</sup>，使被保險人於保險期間內發生保險事故，而於發現期間內受賠償請求者，得受原保險契約之保障。但依現行條款，被保險人享有基本發現期間及申請延長發現期間之前提為「未向其他保險公司投保本保險契約者」始能享有發現期間，則有問題。本文以為，保險契約終止或屆滿後，無論被保險人不續保或轉向其他保險公司投保，皆會產生保險空窗期，對保險人而言二者並無差別，亦不可能於投保時成為精算保費所考慮之因素，保單條款竟限制被保險人若向其他保險公司投保本保險契約，則不得享有發現期間之保障，此限制有其不合理之處，應予刪除。

## 伍、中醫醫責（綜）險保險人應負之義務

責任保險制度之設計，係為保護被保險人免於因依法負有損害賠償責任，致其經濟上地位遭受變動的危險。然自19世紀以來，責任保險乃漸由「以保護被保險人為目的」轉變為「以保護受害人為目的」，藉由責任保險制度提高加害人之清償能力，以落實民事責任之賠償，達到保護受害第三人之目的<sup>65</sup>，如「強制責任保險」的立法及「第三人直接請求權」的發展，即為著例。近年來責任保險之保護對象，又回歸至被保險人，但已從早期著重損失填補擴及至權利保護，將保障被保險人心境安寧視為責任保險之主給付義務<sup>66</sup>。在醫責險方面，目前雖有醫師與醫療機構強制投保之建議與

<sup>64</sup> See WALSTON-DUNHAM, *supra* note 5, at 179.

<sup>65</sup> 林群弼，同註50，頁477、501。

<sup>66</sup> 林建智、李志峰，論責任保險人之抗辯義務——以美國發展為重心，東吳法律學報，第23卷第2期，頁119-120，2011年10月。

提案<sup>67</sup>，但仍在討論階段，尙未完成立法，因此目前醫責（綜）險爲任意保險，被保險人可依其意願與保險人簽訂保險契約，但只要是責任保險，均具有保護被保險人的功能，與該責任保險契約究係基於自由意願（任意保險）或基於法律規定（強制保險）而訂立無關<sup>68</sup>。

在保險實務上，常爲醫師所詬病者，爲醫療糾紛發生並通知保險人後，在理賠和解的過程，保險人常有二種作法，第一，要求醫師先簽具承認醫療行爲有過失之文件，保險公司才願理賠<sup>69</sup>；第二，保險人在面對第三人要求之和解金額態度強硬或不予理睬，要求進行訴訟、鑑定，待被保險人之責任確定後，始依判決結果於保險金額內進行理賠<sup>70</sup>。此二種作法，常爲醫師所不能接受，首先，在無專業鑑定的前提下，要求醫師承認醫療行爲有過失，常使醫師認爲其醫療專業受辱並影響聲譽，亦擔心該文件是否對日後訴訟不利或有刑責；其次，保險人若在和解過程中，未對被保險人伸出援手，只願於責任確定後再行理賠，將使被保險人於和解、訴訟過程中孤立無援，飽受煎熬，對保險人失去信任。

中醫醫療糾紛之賠償金額雖已朝向數百萬元或千萬的趨勢，但由實證研究結果得知，賠償金額20萬元以下者約占半數，中醫師處理糾紛時之主要困擾爲病家非理性抗爭、不熟悉糾紛處理管道，以

---

<sup>67</sup> 立法院全球資訊網，第7屆5期6次會期「醫療法部分條文修正草案」。  
[http://www.ly.gov.tw/03\\_leg/0301\\_main/leg\\_bill/billView.action?id=4723&lgn=00088&stage=7&atcid=4723](http://www.ly.gov.tw/03_leg/0301_main/leg_bill/billView.action?id=4723&lgn=00088&stage=7&atcid=4723)（最後瀏覽日2011/12/31），該案由趙麗雲、劉盛良、郭素春等委員提案；中央通訊社，「衛署：醫療強制險過失難認定」。  
<http://news.cts.com.tw/cna/life/201107/201107310790230.html>（最後瀏覽日2011/12/31）。

<sup>68</sup> 葉啟洲，同註20，頁290-297。

<sup>69</sup> 高添富，同註10，頁95。

<sup>70</sup> 高添富，同註10，頁102。

及處理過程心力交瘁等問題，因此多數中醫師投保醫責險，最重要的目的除為填補經濟損失外，更著重保險人防禦義務之履行，希望醫療糾紛發生後，不論被保險人之責任是否確定，保險人皆能協助處理第三人賠償請求之過程，其所產生之抗辯費用均可認為是在保險承保範圍中。由於近代責任保險之功能，已從純粹之損失填補發展到了權利保護之功能，亦即保險應為保障被保險人心境安寧之服務，只要會妨礙到被保險人之心境安寧，保險人均有義務為被保險人排除之<sup>71</sup>。於危險事故發生後、責任確定前，被保險人即因受到第三人之請求，不論在財產上或心靈上都陷於不利狀況，保險人有義務使被保險人能豁免於被求償之不利地位，恢復未發生此不利前之狀態，此即被保險人之「脫離不利請求權」（befreiungsanspruch）<sup>72</sup>，德國保險契約法甚且於2008年之修正中，明文責任保險具有令被保險人從責任豁免之功能<sup>73</sup>。因此，除了最終責任關係確定，填補被保險人因賠償責任關係之金錢支出的補償義務外，在此之前，責任保險人亦應於被保險人與第三人提出賠償請求之責任關係中，協助被保險人抗辯及和解。然保險人提供抗辯與和解協助之前提，則需先行確定危險事故為承保事故。以下就危險事故發生後，多數中醫師最在意之保險人應有之作爲，就現代責任保險之觀點，加以介紹。

## 一、儘速確認是否為承保事故

保險人受危險事故發生通知後，為履行其保險契約之賠償義

---

<sup>71</sup> 李志峰，責任保險人當事人於危險事故發生後之義務——以英美相關法制為核心，頁11，國立政治大學風險管理與保險研究所博士論文，2011年3月。

<sup>72</sup> 江朝國，保險法基礎理論，瑞興，頁447，2009年4月5版；或譯為「免責請求權」，請參閱葉啟洲，同註20，頁303。

<sup>73</sup> § 100 VVG 2008。

務，有調查及確定理賠範圍，同時採取其他必要行為以保全其應有權利之必要<sup>74</sup>，因此調查行為之實施乃保險人是否負保險給付責任之前提，也是實踐保險契約保障被保險人心境安寧與財務安全的關鍵之一。

我國保險法及醫責（綜）險條款中雖未明文規定保險人此項義務，然保險人基於誠信原則，於接到事故通知後，僅須該事故有落入承保範圍之可能，縱使部分證據顯示其未落入承保範圍，或尚有其他事實、證據未明瞭時，保險人均應踐行危險事故之調查、責任關係之釐清、承保範圍之認定，以及於合理期限內告知理賠與否<sup>75</sup>，讓被保險人能妥善處置與第三人間之糾紛。倘責任關係確定後，保險人始告知被保險人該危險事故不屬承保範圍，或主張被保險人違反契約義務而拒賠，讓被保險人無助地面對求償，將無法達成被保險人所期待之保險目的<sup>76</sup>，因此，保險人須履行及時<sup>77</sup>、完整及澈底之調查<sup>78</sup>，除第三人提出之賠償請求所主張之事實外，對保險雙方有利之相關事實與被保險人所陳述有利或不利之事實<sup>79</sup>，須皆善盡調查義務，以發現精確保險給付之事實真相<sup>80</sup>。當調查完成後，保險人應通知被保險人該危險事故或賠償請求理賠與否，若該事故不

---

<sup>74</sup> 江朝國，同註72，頁451。

<sup>75</sup> See Robert N. Kelly & Mark A. Goodin, *Notice, Investigation, and Reservation of Right*, 23 BRIEF 20, 22 (1994).

<sup>76</sup> See Clyde M. Hettrick, *How An Insured Can Block A Carrier's Coverage Litigation Blitz*, 26 ENT. & SPORTS LAW 9, 10 (2008).

<sup>77</sup> RLI Ins. Co. v. Conseco, Inc., 477 F. Supp. 2d 741, 750 (E.D. Va. 2007).

<sup>78</sup> Egan v. Mutual of Omaha Ins. Co., 24 Cal. 3d 809, 169 Cal. Rptr. 691, 620 P.2d 141 (1979).

<sup>79</sup> See David Polin, *Insurer's Failure to Investigate Claim in Good Faith*, 46 AM. JUR. PROOF OF FACTS 3D 289 § 3 (1998).

<sup>80</sup> Hettrick, *supra* note 76, at 10.



在承保範圍之內，保險人除了為拒絕理賠表示外，亦應闡明該事故為何種不承保事項<sup>81</sup>，或雖為承保事項，但保險人有其他抗辯可資行使，則保險人除表達拒絕理賠之外並應說明可資行使的抗辯為何<sup>82</sup>。

危險事故（醫療糾紛）發生後，有投保之中醫師必定希望保險人能伸出援手，但由於中醫醫責（綜）險之承保範圍爭議及模糊地帶較西醫嚴重，在被保險人缺乏保險專業，保單條款又列有許多中醫師難以瞭解之不保事項的情況下，常與保險人之認知有所落差，因此，保險人收到危險事故的通知後，應儘快釐清事實，如第三人造成傷害之原因為診斷、藥物、針灸或推拿所引起，當時執行者之資格是否符合法令之規定，是否基於診療疾病之目的所為之醫療行為，所使用之藥物與及醫材是否為可接受之用途與正確之劑量等，以確定該危險事故是否落入承保範圍，若調查結果為中醫師對非病態性肥胖之病患，為達美觀之目的而使用高於一般正常劑量之麻黃製劑所造成之傷害，或中醫師雇用非醫事人員擔任推拿師執行民俗調理之推拿業務所造成之病患損傷，保險人認定該危險事故非承保範圍，應將調查結果及理由通知被保險人，使被保險人能及早因應，若調查結果非明顯不落入承保範圍，則保險人應協助被保險人進行抗辯之行為。

## 二、協助被保險人抗辯

基於責任保險對被保險人之權利保護機能，保險人除了提供損失填補外，並應對第三人提出之賠償請求協助抗辯與負擔抗辯之相

---

<sup>81</sup> U.S. v. CNA Financial Corp., 381 F. Supp. 2d 1088, 1099 (D. Alaska 2005).

<sup>82</sup> E.g., U.S. Fire Ins. Co. v. Vanderbilt University, 82 F. Supp. 2d 788, 794, 142 Ed. Law Rep. 83 (M.D. Tenn. 2000)

關費用<sup>83</sup>，以排除被保險人受到第三人請求之不利地位，此即保險人之「抗辯義務」。然我國保險法第九十一條規定：「被保險人因受第三人之請求而為抗辯，所支出之訴訟上或訴訟外之必要費用，除契約另有訂定外，由保險人負擔之。被保險人得請求保險人墊給前項費用。」學者認為本條僅係關於抗辯費用負擔之規定，非保險人即負有抗辯義務<sup>84</sup>，且本條並未強制規定保險人負擔抗辯費用，保險人仍得以保險條款為不同的約定<sup>85</sup>。在醫責（綜）險，有關協助抗辯約定於保單條款第十四（十五）條，由第一款「本公司受被保險人之請求，應即就民事部分協助被保險人進行抗辯或和解，所生抗辯費用由本公司負擔……」可知，保險人在受被保險人請求，對於民事部分即有協助被保險人進行抗辯之義務，並負擔所生之抗辯費用，但同條第三款卻又規定「被保險人因處理民事賠償請求所生之抗辯費用，經本公司同意者，由本公司償還之……」，若依學者將抗辯行為解釋為被保險人之義務，而保險人應負擔此抗辯行為所需之費用<sup>86</sup>，及第一款約定保險人有協助抗辯及負擔抗辯費用之義務觀之，若被保險人之抗辯行為具即時性，其所支出之抗辯費用亦在合理範圍，保險人皆應同意。因此，我國醫責（綜）險保險人之協助抗辯義務，非保險法之規定，而係源自於保單條款之約定。

<sup>83</sup> See ANDERSON, ET AL., *supra* note 21, at 3-3. 保險公司在醫療糾紛訴訟支出之費用，除了依約定應給付之保險金額外，尚應包含抗辯費用以及其他相關之必要費用支出。See also RICHARD E. ANDERSON, *MEDICAL MALPRACTICE: A PHYSICIAN'S SOURCEBOOK* 4 (2005). See WALSTON-DUNHAM, *supra* note 5, at 178.

<sup>84</sup> 汪信君、廖世昌，同註20，頁242。

<sup>85</sup> 葉啟洲，同註20，頁304。學者認為本條規定太偏重於保險人利益之保護，將來修法時應課以保險人抗辯之義務，請參閱林群弼，同註50，頁503。

<sup>86</sup> 汪信君、廖世昌，同註20，頁242。

在美國，一般認為責任保險契約中，不論第三人所提出之賠償請求有無理由，只要主張之事實及請求內容有落入保險契約承保範圍之可能，保險人即負有抗辯義務<sup>87</sup>，若該賠償請求明顯不落入保險契約之承保範圍，則抗辯義務並不存在<sup>88</sup>。此外，保險人除了負擔抗辯義務並支付抗辯之必要費用外，亦有支付律師費用之義務，依前述第三款約定被保險人處理民事抗辯費用需保險人同意，即可看出保險人具有控制抗辯之權利<sup>89</sup>，意謂被保險人選擇之律師需得到保險人同意，保險人亦可自由聘任律師。然保險實務上，抗辯費用可能非常高昂，甚至超過保險金額，我國醫療糾紛補（賠）償病家損失之支出與處理成本約為40%比60%，處理成本遠高於賠償額<sup>90</sup>，若要求保險人無限制全額負擔抗辯費，可能間接使保費大幅提高，而妨害全體要保人利用責任保險分散風險的機會<sup>91</sup>，因此學者認為抗辯費用以保險金額為限較為妥當<sup>92</sup>。

保險人為使抗辯義務風險能有效管理，美國於1986年即推出了抗辯費用內含於保險金額之保險契約，將支出之抗辯費用從保險金額扣除以控制風險。此種保單之爭議在於，保險人可否將保險金額一次全部給付被保險人而終止其抗辯義務？若從被保險人可受領全部保險金額，並自由選聘律師，無須徵得保險人同意之觀點，似極合理。然被保險人購買責任保險之目的，除了能夠得到損失補償外，亦欲享有保險人專業之經驗及利益，如保險人與律師有長期合

---

<sup>87</sup> See ROBERT H. JERRY & DOUGLAS R. RICHMOND, UNDERSTANDING INSURANCE LAW 825 (4th ed., 2007).

<sup>88</sup> 李志峰，同註71，頁104。

<sup>89</sup> See JEFFERY W. STEMPEL, STEMPEL ON INSURANCE CONTRACTS 9-85 (3rd ed., 2006 & Supp. 2010).

<sup>90</sup> 高添富，醫療糾紛與醫師風險管理，元氣齋，頁281，2006年5月。

<sup>91</sup> 葉啟洲，同註20，頁304。

<sup>92</sup> 汪信君、廖世昌，同註20，頁243。

作關係，得以合理收費標準雇用有經驗律師，並精確掌握何時可與請求權人和解及何時需繼續訴訟<sup>93</sup>，有效處理賠償請求。因此，保險人一次提出全部保險金以免除抗辯義務，仍有可能不符被保險人之期待與利益，理想之作法為，此種保險契約，保險人應向被保險人說明並得到同意，始得提出全部保險金額來終止其抗辯義務<sup>94</sup>。但若保險人支出之抗辯費用超過保險金額，亦應承認保險人之抗辯費用償還請求權<sup>95</sup>，當保險人支出抗辯費用即將到達保險金額時，應通知被保險人選擇是否繼續由保險人為其抗辯，若為肯定，則保險人日後可向被保險人請求超過之抗辯費用，使保險人承擔其所收受保費之真實對價，以維持保險之對價平衡原則。

我國醫綜險保單亦採抗辯費用內含於保險金額之模式，本應由保險人負擔抗辯義務，保險人與合作律師具備醫療專業亦為被保險人之合理期待，但由於我國全民健保制度中醫療費用由健保局決定，醫療機構在無法轉嫁保費成本的情況下<sup>96</sup>，除部分高風險科別外，多不願支出高額保費，因此，醫責（綜）險市場並不如美國成熟與普遍，一般醫責（綜）險保險金額並不高，而保險人則因每年收取之保費不多且風險難以預測，多採取保守經營的態度，保險人極少投資大量資源於該險種，造成保險人之醫療專業知識普遍不足，與保險人合作之律師亦極少是專門處理醫療糾紛者（此種專業律師亦不多），尤其中醫為非主流醫學，對保險人與律師而言，更是陌生，因此，一般中醫師雖然希望保險人協助抗辯義務，以避免

---

<sup>93</sup> See STEMPEL, *supra* note 89, at 9-128.

<sup>94</sup> 林建智、李志峰，同註66，頁137。

<sup>95</sup> See JERRY & RICHMOND, *supra* note 87, at 44.

<sup>96</sup> 陳聰富，醫療法：第五講 醫療侵權之歸責原則（上），月旦法學教室，第75期，頁86，2009年1月；陳聰富，醫療法：第五講 醫療侵權之歸責原則（下），月旦法學教室，第76期，頁99，2009年2月。

自己面對病家求償的壓力，但卻對其中醫醫療專業缺乏信心。本文以為，中醫師雖因其專長與慣用之治法為內服藥、針灸或傷科推拿之不同而有不同之專業責任風險，但彼此間之風險差異與西醫不同科別間相對小很多，且實務上中醫師之執業形態以自行開業小型院所為主，中醫相關學會亦不發達，不若西醫師能擁有大型醫療院所之庇護或各專科學會之資源，中醫師往往較依賴公會之會員服務，因此保險人應可考慮與中醫師公會合作，由中醫師公會以類似強制汽車責任保險之作法，用團體保險之方式為所屬會員投保基本保障，再由各中醫師依其本身之不同需求，以類似任意車險方式，增加保額與投保項目，不但可增加中醫醫責險之投保率，若不幸發生醫療糾紛，亦可藉由公會提供之醫療專業意見來彌補保險人抗辯能力之不足，以解決此困境。

### 三、協助被保險人和解

一般所稱保險人的防禦義務，除了抗辯義務外，尚包含和解義務。所謂和解義務，乃是危險事故發生或第三人對被保險人提出賠償請求後，為使被保險人脫免於金錢損失之不利地位，保險人應為被保險人與請求權人和解，並於保險金額內給付和解金<sup>97</sup>。然我國保險法對此並未為任何規定，保險法第九十三條乃責任保險人和解參與權之規定，其立法意旨在於避免被保險人因投保責任險而任意為高額之賠償或疏忽了事，損害保險人及危險共同團體的利益，而非保險人具有和解義務之規定<sup>98</sup>，因此我國保險法並無責任保險人

<sup>97</sup> See ALLAN D. WINDT, INSURANCE CLAIMS AND DISPUTES § 5:1 (5th ed., 2007 & Supp. 2010).

<sup>98</sup> 汪信君、廖世昌，同註20，頁244-248；葉啟洲，同註20，頁304-305；林群弼，同註50，頁459。此為目前多數說之見解，然少數實務意見如2009年作出之臺南高分院97年度保險上易字第5號民事判決，即認為責任保險

須協助被保險人和解之義務存在。然醫責（綜）險條款第十四（十五）條第一款約定：「本公司受被保險人之請求，應即就民事部分協助被保險人進行抗辯或和解，所生抗辯費用由本公司負擔。」因此保險人之協助和解義務，亦源自於保單條款之約定，而非保險法之規定。

一般認為，和解義務包含協助和解行為及給付和解金，危險事故發生後或第三人提出賠償請求或訴訟時，和解較抗辯行為更有效率地能達成讓被保險人豁免於第三人責任之目的，否則責任關係進入審判後，若有超過保險金額之判決產生，則非一般被保險人所樂見<sup>99</sup>。保險人協助和解之行為包含：與請求權人和解協商<sup>100</sup>、接受保險金額以下之合理和解<sup>101</sup>、若請求權人提出之和解金額超過保險金額，應提出保險金額內之反要約<sup>102</sup>，及賠償額可能超過保險金額時，應主動向請求權人提出和解要求<sup>103</sup>；我國學者及實務見解亦認為，責任保險人基於誠信原則以及責任保險之權利保護機能，負有適當和解義務，接受第三人提出合理之和解條件，但並非僅以和解條件未逾保險金額，即認為保險人有同意該和解條件的義務，在「有得拒絕和解條件之正當理由時」，保險人得拒絕同意被保險人

---

人有協助被保險人和解之義務。

<sup>99</sup> See STEVEN PLITT, JOSHUA ROGERS, DANIEL MALDONADO, LEE R. RUSS & THOMAS F. SEGALLA, COUCH ON INSURANCE § 203:1 (3rd ed., 1997 & Supp. 2008).

<sup>100</sup> See, e.g., *Badillo v. Mid Century Ins. Co.*, 2005 OK 48, 121 P.3d 1080, 1094-95 (Okla. 2005).

<sup>101</sup> *Gibbs v. State Farm Mut. Ins. Co.*, 544 F.2d 423, 426 (9th Cir. 1976).

<sup>102</sup> *Pray By and Through Pray v. Foremost Ins. Co.*, 767 F.2d 1329, 1330 (9th Cir. 1985).

<sup>103</sup> *Snowden ex rel. Estate of Snowden v. Lumbermens Mut. Cas. Co.*, 358 F. Supp. 2d 1125, 1128 (N.D. Fla. 2003).

與第三人之和解，但對於判斷「合理」條件之風險則應由保險人承擔<sup>104</sup>；達成和解後，保險人基於補償義務必須給付和解金，乃屬當然。

然以專業為客戶信賴基礎之醫師而言，第三人對其等提出基於執業行為疏失之賠償請求後，一經公開報導或宣傳，可能對醫師之名譽造成嚴重傷害<sup>105</sup>。對於第三人提出之賠償請求為和解，雖可免除面臨訴訟之壓力，卻難以跳脫社會大眾對醫師之行為有過失之聯想及評論，對其專業形象極具負面影響。然若法院為有利的判決，對其名譽修補，則有相當助益。因此，在名譽因素較一般人為看重之醫師，縱使第三人提出之賠償請求或和解金額落在保險金額中，被保險人也可能堅持拒絕接受而進入訴訟，以獲取無責任之判決為首要目的，使其名譽得以修補<sup>106</sup>。為了因應如此之需求，美國在1950年代起，醫生團體即透過與保險人協商，為該等團體設計之專業責任保險之標準保險契約中，包含「同意和解條款」（consent-to-settle clauses）<sup>107</sup>。於此條款下，保險人要代表被保險人與責任關係請求權人和解前，需要得到被保險人同意，不得逕行和解。我國醫責（綜）險條款第十四（十五）條第二款：「本公司經被保險人之委託進行抗辯或和解，就訴訟上之捨棄、承諾、撤回或和解，非經被保險人書面同意不得為之。」是否為「同意和解條款」？本文持否定見解，因該條款僅約定「訴訟上」之和解須被保險人書面同

---

<sup>104</sup> 葉啟洲，責任保險人之適當和解義務，台灣法學雜誌，第192期，頁90-94，2012年1月。

<sup>105</sup> See Robert Quinn, *Medical Malpractice Insurance: The Reputation Effect and Defensive Medicine*, 65 J. RISK & INS. 467, 467-68 (1998).

<sup>106</sup> See Kent D. Syverud, *The Duty to Settle*, 76 VA. L. REV. 1113, 1173-74 (1990).

<sup>107</sup> See Thomas R. Newman, *Restrictions on the Insured's Right to Settle*, 61 FDCC QUARTERLY 390, 404 (2011).

意，乃民事訴訟法第七十條第一項對訴訟代理人權限之限制，該款只為法條之重申，與「訴訟外」之和解亦須被保險人同意之「同意和解條款」有間，因此我國醫責（綜）險並無此條款之約定。

我國醫責（綜）險條款雖有協助和解義務之約定，然如前所述，中醫醫療糾紛有許多是病家無理取鬧，病家在缺乏客觀專業證據的情況下，以自己「主觀」認定中醫師治療效果不理想，甚至更嚴重，即向中醫師求償<sup>108</sup>，且在醫療鑑定及訴訟具極高之不可預測性及以小型糾紛為主的情況下，若要求保險人之和解行為作到上述理想狀況，可能更增加有心人士無理求償之誘因，保險人願意承保高額保險的意願將大幅降低，即使願意承保，以保險對價平衡的角度觀之，保費勢必大幅提高，亦將影響中醫師投保之意願，其結果實令人難以樂觀看待。此外，我國實務上，許多被保險人常不願被病家知悉其購買醫責（綜）險之事實，而要求保險人非經被保險人允許，在協助和解時不得洩露其保險人之身分，只能以受中醫師（醫療機構）委託之代理人身分，與病家進行和解協商<sup>109</sup>，以避免病家藉機敲索，或主張保險人理賠之金額非被保險人所支出，被保險人之「誠意」顯然不夠為由，另行騷擾或以刑事起訴要脅中醫師多拿出「誠意」（即是金錢）來解決，還給病家一個「公道」（亦是金錢），使責任保險之意義與功能蕩然無存<sup>110</sup>。因此，保險人取得被保險人授權，以中醫師之代理人而非以自己身分與第三人為和

<sup>108</sup> 實務上有以針灸、推拿後未改善或症狀更嚴重而向中醫師求償的案例，及前述註24之不合理案例。

<sup>109</sup> 例如2009年臺南市中醫師公會為會員與保險公司簽訂之合約，即有此「保密條款」之約定。

<sup>110</sup> 一般民眾可能尚缺乏正確之保險觀念，不認為保險人之理賠給付乃被保險人給付保險金的對價，而應視為被保險人之賠償，亦有部分病家乃惡意要求雙重賠償，此為筆者擔任中醫師公會法律顧問處理醫療糾紛及醫責（綜）險之困擾。



解協商，並非普遍之常態，同意和解條款在我國之重要性相對降低。

本文以為，在中醫尚無法完全客觀標準化，而我國對醫療糾紛之處理模式亦不夠成熟的情況下，醫責（綜）險保單條款第十四（十五）條第一款，應解為保險人之「協助和解」義務，對於第三人於保險金額內之和解請求，本應以「合理」之請求，保險人始有接受和解之義務。然由於前述中醫醫療糾紛之特性，何謂「合理」之和解請求，難有客觀標準，常憑個案認定；即使訴訟，法官自由心證及裁量空間極大，要預測法院判決結果極為困難，將此不確定之風險，若完全由保險人承擔，保費可能將大幅提高至中醫師難以接受的地步，影響整體中醫師利用責任保險分散風險的機會。因此，保險人的義務應著重於協助被保險人抗辯與和解之過程，對於和解金額，除應引入「同意和解條款」，取得被保險人之同意外，亦應以自負額方式，由保險人與被保險人共同分擔該不確定風險，並引入美國之「調停條款」（hammer clause）。當第三人提出責任關係之和解提議，保險人與被保險人對於是否接受和解有不同意見時，則由保險關係當事人雙方選定一個具有專業背景之公正第三人，並由此專家依其專業作出接受和解與否之建議，保險人與被保險人雙方均需受此建議之拘束<sup>111</sup>，以求雙方權利義務之對等，並避免保費過度膨脹。近來有部分保險公司於市場競爭下，推出免自負額之中醫醫責險保單。將來保險事故發生後，對於第三人「合理」和解請求之認定標準，是否會產生理賠糾紛，值得觀察。

---

<sup>111</sup> 李志峰，同註71，頁137。

## 陸、結論與建議

中醫師之執業風險，相對於西醫雖然較低，但隨時代變遷，近年來有升高的趨勢，中醫師亦倍感壓力，而有逐漸提高風險意識之趨勢。多數中醫師雖然肯定醫責（綜）險為最佳的風險分散方法之一，但卻多未投保。究其原因，除對該險種不瞭解而裹足不前外，因中醫本質較為主觀抽象而難以客觀量化與實證，導致鑑定難度較高；其次，醫審會醫事鑑定小組中並無中醫委員，難以作出令人信服的鑑定意見；再者，賠償金額亦缺乏客觀統一之標準，造成醫療糾紛訴訟之不可預測性及處理成本高漲，保險公司亦以較保守的心態經營此險種。雖然中醫師雖被保險業者列為低風險科別，不似西醫部分高風險科別面臨買不到保險的窘境，但其市場上保險商品之價格及服務品質差異卻頗大，極為混亂。

現行醫責（綜）險保單之適用對象，乃中醫、西醫、牙醫共同使用，其設計以西醫為主，且中醫醫療團隊之輔助人員定位不明，造成醫責（綜）險保單之承保範圍爭議不斷。本文以為，醫責險所承保者為醫師個人因執行醫師業務所致之損害賠償責任，包含合法「指示」、「監督」他人所致依法應負之責任；而不受醫師指示、監督之行爲（如藥師調劑）或雇主責任，自不應列入承保範圍之中。另一方面，醫綜險所承保者為醫療機構內「醫事人員」執行「醫療業務」所致之損害賠償責任，非醫事人員所執行之「民俗調理」及其他未經主管機關許可之業務，亦非承保範圍。然因主管機關對中醫調劑、推拿等相關行政法規向來多變且存有許多模糊地帶，影響承保範圍之認定。為求明確，建議主管機關應先審究中醫藥特性與現況，作成合乎法理之解釋或修法解決，以杜爭議。

此外，應針對中醫之特性設計中醫師適用之保單，除應載明非醫事人員所執行之民俗調理行爲，並非醫責（綜）險所承保之事故

外，就承保範圍而言，首先應將有關手術、麻醉、牙科、基因等與中醫業務無關之項目刪除，並檢討不保事項中之使用減肥藥物、SARS、AIDS、禽流感有關之賠償責任，尤其對於減肥藥物之使用，因中藥非單一成分與作用，認定上易產生爭議，建議應以是否基於診斷或治療目的而提供醫療服務來認定其承保範圍。其次，現行保單內容過於保守，如不保事項中之過失洩露病患資料之賠償責任及懲罰性賠償金等，似可列入承保範圍或加費承保事項。再者，醫責險對抗辯費用分擔之約定，宛如醫綜險般內含於保險金額中，或獨立於保險金額外，語意不清，易生爭議。另外，保單條款約定被保險人享有發現期間以「未向其他保險公司投保本保險」為前提，亦不合理，均應加以修正。實務上，中醫師對公會的依賴性較高，亦常希望透過公會投保，保險業者可利用中醫師此種特性，設計中醫師團體保險性質之保單，與各中醫師公會接洽合作，為所屬會員統一投保，亦不失為可行之作法。

中醫醫療糾紛賠償金額一般較西醫為低，因此中醫師投保醫責（綜）險之目的，除傳統損失填補功能外，更重視保險人防禦義務之履行。我國保險法雖未明文規定責任保險人之調查、協助抗辯及協助和解之義務，但調查行為乃保險人認定是否負保險責任之前提，協助被保險人抗辯及和解為醫責（綜）險條款所約定，保險人接到被保險人危險事故發生之通知後，應儘速確認是否有落入承保範圍之可能。若有可能，則應即時出面協助排解，避免紛爭擴大；即使不得已進入後續調解程序，甚至司法訴訟，保險人亦應盡其協助抗辯義務，為被保險人處理調解、訴訟等事宜，並協助被保險人和解，為被保險人排除受求償之不利地位，而保險人因中醫醫療專業能力不足影響其抗辯能力的部分，則可考慮與中醫師公會合作，加以彌補；對於合理之和解金額缺乏客觀標準，則可引用「同意和解條款」、「自負額」及「調停條款」加以解決，如此始能在分散

風險之餘兼顧保險人之服務品質與保費之合理性，並達到現代責任保險保障被保險人心境安寧之功能，使被保險人能專心執行醫療業務，造福更多病患。

中醫師對於以醫責（綜）險分散醫療糾紛風險，給予極高的肯定與期待。然而，為使中醫醫療糾紛風險更具可預測性，中醫界應致力於中醫藥之實證研究與客觀標準化，降低其不確定性；而政府則應提高中醫藥管理法規的穩定度，並增加鑑定與訴訟之可預測性，建立賠償額之客觀標準，使中醫師敢勇於面對醫療糾紛，不再畏懼冗長而難以預料的司法訴訟，醫療糾紛的處理才能回歸正常法律體制，減少病家無理騷擾之誘因與機會，使醫責（綜）險的保費釐定及理賠估算能更準確。保險人則應以合理的保費提供被保險人最適切的服务，以專業服務取代殺價競爭，提高中醫師以保險制度來分散執業風險之意願，使中醫醫責（綜）險更趨成熟，成為管理醫療糾紛風險之有效工具。

## 參考文獻

## 一、中文

## (一)專書

1. 江朝國，保險法基礎理論，瑞興，2009年4月5版。
2. 李伯璋、曾平杉，醫療紛爭在臨床醫學與法律實務的探討，新學林，2010年1月。
3. 汪信君、廖世昌，保險法理論與實務，元照，2010年9月2版。
4. 林群弼，保險法論，三民，2011年1月修訂3版。
5. 林勳發、柯澤東、劉興善、梁宇賢，商事法精論，今日，2007年11月5版。
6. 高添富，醫療糾紛與醫師風險管理，元氣齋，2006年5月。
7. 許文彥，保險學：風險管理與保險，新陸，2009年3月2版。
8. 陳彩稚，保險學，三民，2004年8月2版。
9. 黃正斌主編，保險英漢辭典（普及版），保險事業發展中心，2007年7月。
10. 葉啓洲，保險法實例研習，元照，2011年7月2版。
11. 劉宗榮，新保險法：保險契約法的理論與實務，自版，2011年9月2版。
12. 戴新民，中藥用法十講，啓業，1987年8月3版。

## (二)期刊論文

1. 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，台灣的醫療糾紛狀況，台灣醫學，第13卷第1期，頁1-7，2009年1月。
2. 李志峰，長尾責任——論美國責任保險保單形式的演變、爭議及我國責任保險保單之特色，保險專刊，第25卷第1

- 期，頁97-132，2009年6月。
3. 林建智、李志峰，論責任保險人之抗辯義務——以美國發展為重心，東吳法律學報，第23卷第2期，頁109-157，2011年10月。
  4. 陳忠五，醫療糾紛的現象與問題，台灣本土法學雜誌，第55期，頁1-4，2004年2月。
  5. 陳聰富，醫療法：第五講 醫療侵權之歸責原則（上），月旦法學教室，第75期，頁81-92，2009年1月。
  6. 陳聰富，醫療法：第五講 醫療侵權之歸責原則（下），月旦法學教室，第76期，頁98-108，2009年2月。
  7. 楊哲彥，中醫傷科常見的醫療糾紛與預防措施，中國骨傷科醫學雜誌，第1期，頁1-10，2002年12月。
  8. 葉啓洲，責任保險人之適當和解義務，台灣法學雜誌，第192期，頁90-94，2012年1月。
  9. 蘇鴻輝，PGY牙醫師獨立執業前二年訓練計劃簡介，臺灣牙醫界，第28卷6期，頁30-35，2009年6月。

### (三)博碩士論文

1. 李志峰，責任保險人當事人於危險事故發生後之義務——以英美相關法制為核心，國立政治大學風險管理與保險研究所博士論文，2011年3月。
2. 李志峰，懲罰性賠償金與保險法律關係之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2000年7月。
3. 高添富，解決醫療糾紛民事責任之保險與法律制度，國立政治大學風險管理與保險研究所博士論文，2009年5月。

### (四)其他資料

1. 立法院全球資訊網，第7屆5期6次會期「醫療法部分條文修

- 正草案」。[http://www.ly.gov.tw/03\\_leg/0301\\_main/leg\\_bill/illView.action?id=4723&lgno=00088&stage=7&atcid=4723](http://www.ly.gov.tw/03_leg/0301_main/leg_bill/illView.action?id=4723&lgno=00088&stage=7&atcid=4723)（最後瀏覽日2011/12/31）。
2. 保險事業發展中心網站，「醫責險與醫療機構綜合責任保險歷年統計」。<http://www.tii.org.tw/index.asp>（最後瀏覽日2009/08/25）。
  3. 中華民國醫師全國聯合會，「統計查詢」。<http://www.tma.tw/stats/stats12.asp>（最後瀏覽日2010/02/27）。
  4. 行政院衛生署中醫藥委員會，「中醫藥資訊網」。[http://www.ccmp.gov.tw/information/Formula\\_detail.asp?no=109&selno=0&reln=549](http://www.ccmp.gov.tw/information/Formula_detail.asp?no=109&selno=0&reln=549)（最後瀏覽日2012/01/14）。
  5. 行政院衛生署，「衛教週報」。[http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DM/SEARCH\\_RESULT.aspx](http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DM/SEARCH_RESULT.aspx)（最後瀏覽日2012/01/03）。
  6. 中央通訊社，「衛署：醫療強制險過失難認定」。<http://news.cts.com.tw/cna/life/201107/201107310790230.html>（最後瀏覽日2011/12/31）。
  7. 陳俞沛，中醫醫療糾紛與醫師責任保險之評估研究（CCMP98-RD-022），行政院衛生署中醫藥委員會98年度研究計畫成果報告，2009年。
  8. 陳榮基、謝啓瑞，醫療糾紛對醫療成本之影響：臺灣西醫師的實證研究（DOH80-HI-13），行政院衛生署，1991年。

## 二、外文部分

### (一)專書

1. Abraham, Kenneth S., Insurance Law and Regulation: Case and Materials, Foundation (4th ed., 2005).

2. Anderson, Eugene R. et al., *Insurance Coverage Litigation*, Aspen (2nd ed., 1999 & Supp. 2009).
3. Anderson, Richard E., *Medical Malpractice: A Physician's Sourcebook*, Humana (2005).
4. Hall, Mark A. Bobinski, Mary Anne & Orentlicher, David, *Medical Liability and Treatment Relationships*, Aspen (2nd ed., 2008).
5. Jerry, Robert H. & Richmond, Douglas R., *Understanding Insurance Law*, LexisNexis Matthew Bender (4th ed., 2007).
6. Keeton, Robert E. & Widiss, Alan I., *Insurance Law, A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines, and Commercial Practices*, West Group (1988).
7. Khoury, Lara, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Blais Yvon (2006).
8. Plitt, Steven, Rogers, Joshua, Maldonado, Daniel, Russ, Lee R. & Segalla, Thomas F., *Couch on Insurance*, Sweet & Maxwell Ltd (3rd ed., 1997 & Supp. 2008).
9. Rejda, George E., *Principles of Risk Management and Insurance*, Prentice Hall (10th ed., 2004).
10. Stempel, Jeffery W., *Stempel on Insurance Contracts*, Aspen (3rd ed., 2006 & Supp. 2010).
11. Tan, Siang Yong, *Medical Malpractice: Understanding the Law, Managing the Risk*, World Scientific Publishing Company (2006).
12. Trieschmann, James S. & Gustavson, Sandra G., *Risk Management & Insurance*, South-Western College (9th ed., 1995).



13. Walston-Dunham, Beth, *Medical Malpractice: Law and Litigation*, Delmar Cengage Learning (2006).
14. Windt, Allan D., *Insurance Claims and Disputes*, Shepard's/McGraw-Hill (5th ed., 2007 & Supp. 2010).
15. York, Kenneth H. & Whelan, John, *Insurance Law - General Practice - Case, Materials and Problems*, West Group (1988).

## (二)期刊論文

1. Lantz, Chandra, Triggering Coverage of Progressive Property Loss: Preserving the Distinctions between First-and Third-Party Insurance Policies, 35 *William & Mary L. Rev.* 1801-53 (1994).
2. Hettrick, Clyde M., How An Insured Can Block A Carrier's Coverage Litigation Blitz, 26 *Ent. & Sports Law* 9-32 (2008).
3. Kelly, Robert N. & Goodin, Mark A., Notice, Investigation, and Reservation of Right, 23 *Brief* 20 (1994).
4. Newman, Thomas R., Restrictions on the Insured's Right to Settle, 61 *FDCC Quarterly* 390-404 (2011).
5. Polin, David, Insurer's Failure to Investigate Claim in Good Faith, 46 *Am. Jur. Proof of Facts* 3d 289 (1998).
6. Quinn, Robert, Medical Malpractice Insurance: The Reputation Effect and Defensive Medicine, 65 *J. Risk & Ins.* 467-84 (1998).
7. Syverud, Kent D., The Duty to Settle, 76 *Va. L. Rev.* 1113-1209 (1990).

# Legal Issues of Medical Professional Liability Insurance on Chinese Medicine

Chen, Yu-Pei\* & Lin, Jan-Juy\*\*

## Abstract

In recent years, the increasing medical disputes in Chinese medicine deteriorated the harmonization in physician-patient relationship and the quality of medical services. Professional liability insurance can transfer the malpractice risk to and get legal assistance from an insurer. Although Chinese medical physicians identify with the functions of the insurance but very few of them acquired such coverage. Without the insurance protection, physicians are keen to adopt defensive measures to reduce the occurrences of disputes. Their unwillingness of acquiring the insurance arised from the high extent of unpredictability in Chinese medical malpractice litigation due to poor knowledge about such insurance services, lack of objective standards in Chinese medical, no Chinese

---

\* Ph. D. Student, Dept. of Risk Management and Insurance, National Chengchi University. Director of Chinese Medicine, Tainan Hospital, Department of Health, Executive Yuan, R.O.C. Adjunct Lecturer, Department of Medicine, National Cheng Kung University.

\*\* Associate Professor, Dept. of Risk Management and Insurance, National Chengchi University.

medical experts in review committee, no uniform opinion in judicial sector, and no objective standards in claim settlements. Regardless of whether negligent or not, most practitioners became afraid of lawsuit and selected to pay huge compensation to settle the disputes in private. It encouraged patients to take different irrational measures or abuse criminal prosecution as a threat to get civic compensation. Under such a circumstance, it is more difficult to precisely calculate the premium and adjust the claim.

In addition, the regulations relevant to the Chinese medicine are unpredictable and ambiguous. It makes the coverage of the professional liability insurance uncertain. It is suggested that the regulatory authority should examine the practice and characteristics to reach for a legitimate opinion or to revise the controversial regulations. It is also recommended that the insurer shall fulfill its defense obligations to create the peace of mind for the policyholders. With an increasing trust and confidence, medical professional liability can therefore be more acceptable for Chinese medical physicians as an efficient risk management tool.

**Keywords:** Chinese Medicine Physicians, Medical Disputes, Medical Professional Liability Insurance, Duty to Defend