

第 34/2013 號案件

民事訴訟程序上訴

上訴人：丁

被上訴人：甲、乙和丙

主題：非合同民事責任·合同民事責任·醫療民事責任之訴中的舉證責任·
為進行內外科手術或治療而向病人提供資訊及病人的同意·已向病人提供
資訊以及病人已作出同意的舉證責任·合議庭的結論性回答·《民事訴訟
法典》第 549 條第 4 款

裁判日期：2013 年 11 月 13 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、宋敏莉和岑浩輝

摘要：

一、因私人機構在向病人提供與其自由約定的衛生護理服務過程中的
作為或不作為而產生的民事責任既有合同性質，又有非合同性質。

二、受害人可以選擇以合同民事責任或非合同民事責任對私家醫生或

醫院提起訴訟，但要為自己的選擇承擔風險。

三、《民法典》第 335 條至第 338 條所規定的舉證責任的一般規則適用於追究醫療民事責任之訴。

四、為著對病人作內外科手術或治療之效力，病人對於診斷方面，及對於手術或治療之性質、所及範圍、大小與可能產生之後果方面，經獲適當澄清後，其作出的同意方產生效力；但作出澄清將導致傳達關於某些情況之訊息，而當病人知悉該等情況後會有生命危險，或可能造成身體或精神之健康受嚴重傷害者，不在此限。至於那些想像的以及罕見的後果，或者雖並不罕見但卻不值一提的後果則不必說明。

五、同意必須由醫生取得，因此，必須認為已取得病人同意的這一情節作為消滅受害人所主張的權利的事實應由醫生來負責證明。

六、同樣，醫生還有責任證明其已經告知病人診斷或治療的風險。

七、調查基礎表的某個疑問點在就過敏反應測試是否是使用含碘量僅為 10% 的藥品進行而提出問題時所使用的副詞“僅”是不正確的，因為它屬於結論性用語。

八、考慮到《民事訴訟法典》第 549 條第 4 款的規定，在合議庭針對上述疑問點所作的予以認定的回答中使用的“僅”字應被視為不存在。

裁判書制作法官

利 馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、概述

甲、乙及丙針對丁提起通常訴訟程序宣告之訴，請求判處被告支付因第一原告的丈夫，亦即另外兩名原告的父親戊死亡而有權獲得的財產及非財產損害賠償共計 1,695,620.00 澳門元，連同由判決轉為確定之日起開始計算的法定利息。

判決駁回了幾名原告針對被告的訴訟請求。

三名原告不服，上訴至中級法院。中級法院透過 2013 年 1 月 17 日的合議庭裁判廢止了部分判決，判處被告向三名原告支付一筆總計 1,300,000.00 澳門元的賠償金連同法定利息，這其中包括：

— 800,000.00 澳門元，給予三名原告的作為對死者生命權的賠償；

— 200,000.00 澳門元，給予死者的三名繼承人(三名原告)的作為對死者所遭受的非財產損害的賠償；

— 100,000.00 澳門元，給予死者的遺孀，作為所遭受的非財產損害的賠償；

— 200,000.00 澳門元，給予死者的兩個兒子(其中兩名原告)，作為他們遭受的非財產損害的賠償，每人一半。

被告丁向本終審法院提起上訴，提出了以下有用結論：

— 從事實事宜的裁判中可以看到，被告的醫療技術人員的行為是合法的，而且嚴格地遵守了適用於本案的醫生職業準則。

— 在多個可供選擇的方法中，選擇了他們認為對於所要實現的目的而言最為合適的診斷方法，即血管造影術。

— 並且核實了病人並沒有不宜作這種診斷的病史，因為病人向其聲稱不對任何物質過敏，而且之前曾做過這種檢查，並沒有出現任何的過敏反應。

— 並詳細地向病人說明了血管造影術的副作用，包括可能會有

過敏性休克以及死亡的風險，血管造影術的替代性診斷方法，以及病人如對任何藥物或造影劑過敏時有義務告知被告的衛生醫護人員。

— 得到了死者接受血管造影檢查的明確書面同意。

— 並採取了適當措施以避免乃至消除病人對造影劑產生過敏反應的微小可能性，即事先進行了過敏測試。

— 該過敏測試是使用一種含碘量為 10% 的藥品進行的，符合醫生的職業準則，而測試結果為陰性。

— 由於測試結果為陰性，再加上病人自己又聲稱之前曾經接受過血管造影檢查，對造影劑從沒有任何過敏反應，因此醫護人員才按照醫生的職業準則對其做了血管造影檢查。

— 相反的是，不出被告所料，幾名原告並未能證明疑問點 11、12、13、14 及 15 中所描述的、能夠導致被告的衛生技術人員的行為被定性為不法行為的事實。

— 鑒於醫學存在一定的失敗率，因此，在醫療責任方面，醫護人員僅有義務以謹慎及認真的方式去實施醫療行為以取得某一特定

效果—在本案中是為死者的靜脈曲張所作的檢查—，以及在該過程中運用所有當時已知的科學知識，並按照醫生的職業準則行事。但並沒有義務保證取得某種結果(治愈)，又或者保證在治療的過程中不存在風險。

—在合同責任中，考慮到《民法典》第 788 條所設立的過錯推定規則，原告有責任去證明出現了不履行或瑕疵履行義務的狀況，而被告則有責任去證明該不履行或瑕疵履行並非由其過錯所導致。

—然而，在醫療行為所導致的責任中，由於醫生的義務屬於行為義務而非結果義務，要像在非合同民事責任中那樣，由受害人來證明存在過錯，這也是理論學說和司法見解歷來的看法，就像我們在前面的幾個例子中所看到的那樣。

—在本案中，過錯的推定規則是完全不重要也是完全不能適用的，因為幾名原告並未能證明被告的技術人員瑕疵地履行了其必須履行的方法義務，相反，從已確定事實中倒是能夠得出被告的衛生技術人員所作的行為(客觀上)完全符合事發當時在澳門生效的醫生職業準則的結論。

—被上訴的合議庭裁判所判定的被告需要向原告支付的對死者

生命權以及其所遭受的精神損害的賠償金額已經達到了幾名原告所請求的賠償金額的上限，應按照衡平原則予以降低。

— 幾名原告之所以提出這樣的最高賠償金額，其前提是死者在死前遭受了兩個小時的痛苦，然而事實上獲得認定的卻是這個痛苦只持續了 10 分鐘。

— 幾名原告並沒有履行自身的舉證責任，提出證據證明任何他們所遭受的精神損害，因此本案中賠償義務的前提並不成立，不應給予原告任何這方面的賠償，他們針對被告所提出的這些請求應全部被駁回。

— 最後，出於辯護的謹慎起見，被告還提出以下補充理由，那就是被告並沒有獲得就其衛生技術人員的行為不存在過錯進行全面舉證的機會，從而也就沒有獲得推翻《民法典》第 788 條所設立的過錯推定規則的機會，因為雖然被告及時地對清理批示提出了聲明異議，但其所提出的事實並沒有被列入到調查基礎表當中，而如果就該等事實發問，被告將有機會對它們予以完全證明，因此從這個意義上講，其辯護權受到了限制。

— 對聲明異議作出決定的批示認為，幾名原告有責任就他們認

為被告應負的民事責任進行舉證，因此異議所針對的事宜對相關決定來講並不重要。

— 由於被上訴的合議庭裁判對本問題所作的法律定性不同(該裁判將其定性為合同民事責任)，而相關的舉證責任也有所不同，因此應在事實事宜中增加被告所主張的、能夠為法律方面的裁判提供理由的事實。

— 因此，應擴大事實事宜的範圍，將被告在答辯狀的第 27 點、第 28 點、第 31 點、第 32 點、第 36 點、第 37 點、第 39 點、第 41 點、第 44 點、第 45 點、第 50 點、第 51 點、第 54 點、第 60 點、第 66 點、第 67 點、第 68 點、第 70 點、第 72 點、第 73 點、第 75 點、第 76 點、第 77 點、第 78 點、第 81 點及第 82 點中所主張的事實加入其中，立即訂定適用於本案的責任制度，並命令中級法院在《民事訴訟法典》第 650 條所允許的範圍內重新對以上所增加的事宜作出審理。

二、事實

第一審和中級法院認定的事實如下：

被告是一間在澳門身份證明局登記的行政公益私法人，登記編號為 XXX(已確定事實 A 項)。

經澳門衛生局發出第 XX 號牌照及第 XX 號執照，被告在地處[地址(1)]的名為“某醫院”的場所中從事醫療活動(已確定事實 B 項)。

透過該場所在澳門向有需要的病人提供醫療和住院服務，並按照該院現行的收費標準收取服務報酬(已確定事實 C 項)。

在從事其活動的過程中，被告聘請了醫生和其他一些必要的醫護人員，聽從其調遣及領導，當中包括參與了在所選出的已確定事實和調查基礎表中提到的事件的放射科醫生和護士(已確定事實 D 項)。

持編號為 XXXXXXXX(X)的澳門居民身份證的第一原告與持編號為 X/XXXXXX/X 的澳門居民身份證的本案受害人戊於 1981 年 8 月 29 日結婚(已確定事實 E 項)。

婚後二人育有且僅育有兩子，也就是本案的第二及第三原告：編號分別為 XXXXXXXX(X)和 XXXXXXXX(X)的澳門居民身份證的正本和複本的持有人乙和丙(已確定事實 F 項)。

戊於 2004 年 7 月 17 日死亡(已確定事實 G 項)。

戊死亡之時以及死前的很長一段時間患有下肢慢性靜脈曲張、活動性慢性胃炎以及腰椎退變(已確定事實 H 項)。

為觀察及治療上述疾病，戊在被告丁的醫院就診(已確定事實 I 項)。

2004 年 7 月 16 日，死者戊前往某醫院外科接受下肢靜脈曲張的檢查和治療(已確定事實 J 項)。

根據該醫院的病歷記錄，死者患有多項疾病，尤其是前面所提到的下肢慢性靜脈曲張、活動性慢性胃炎以及腰椎退變(已確定事實 K 項)。

衛生局對死者的屍體進行了解剖，見第 041/2004 號法醫鑒定程序，參考編號 2094/2004(檢察院第 6093/2004 號偵查卷宗)，相關屍解報告的複本在此視為全部轉錄(已確定事實 L 項)。

由於第一原告提出投訴(個案編號 XXX/CAQ/04)，衛生局醫療活動申訴評估中心就其丈夫死亡一事展開了調查，調查結果載於寄給第一原告的第 XXX/OUT/CAQ/04 覆函，相關內容在此視為全部轉錄

(已確定事實 M 項)。

檢察院開立第 6093/2004 號偵查卷宗對死者的死因展開了調查，該卷宗透過 2005 年 9 月 20 日的決定被歸檔，相關內容載於已被附入卷宗第 126 頁的證明書之中，在此視為全部轉錄(已確定事實 N 項)。

死者簽署了已被附入卷宗第 98 頁的同意書，相關內容在此視為全部轉錄(已確定事實 O 項)。

為檢查死者靜脈曲張的狀況，被告醫院的外科醫生已指示對其作下肢靜脈造影(對調查基礎表疑問點 1 的回答)。

要對靜脈曲張做成像檢查可以使用超聲波的辦法，也就是所謂的 B 超技術，這樣可以直接成像或顯影(對調查基礎表疑問點 2 的回答)。

這種辦法不會對患者的生命及健康造成危險(對調查基礎表疑問點 3 的回答)。

或者使用碘方法，即通過注射造影劑和拍攝 X 光照片來觀察靜脈和動脈的情況(對調查基礎表疑問點 4 的回答)。

在碘方法中需要使用一種叫做 OMNIPAQUE 的化學藥品(對調查基礎表疑問點 5 的回答)。

使用這種藥品製成的造影劑可能會導致過敏反應(對調查基礎表疑問點 6 的回答)。

導致患者死亡的發生率為 6/100,000(對調查基礎表疑問點 7 的回答)。

必須事先測試患者對這種藥品的反應，以判斷能否對其使用該造影劑以及方法(對調查基礎表疑問點 8 的回答)。

為此，在注射顯影所必需劑量的 OMNIPAQUE 之前，必須首先進行碘過敏測試(對調查基礎表疑問點 9 的回答)。

如果測試結果為陰性，才可以注射顯影所必需的劑量(對調查基礎表疑問點 10 的回答)。

醫院及其醫生和放射科專家選擇了需要使用 OMNIPAQUE 這一藥品的碘方法(對調查基礎表疑問點 11 的回答)。

在注射了該方法顯影所必需的、規格為 300mg/ml × 50ml 的

OMNIPAQUE 之後，患者產生了過敏反應(對調查基礎表疑問點 16 的回答)。

並最終死亡(對調查基礎表疑問點 17 的回答)。

之前的碘過敏反應測試是通過口服的方式進行的(對調查基礎表疑問點 18 的回答)。

所使用的藥品的含碘量僅為 10%(對調查基礎表疑問點 18A 的回答)。

測試由護士庚進行(對調查基礎表疑問點 19 的回答)。

未能有效測出過敏反應(對調查基礎表疑問點 20 的回答)。

死者死亡前遭受了約 10 分鐘的痛苦(對調查基礎表疑問點 22 的回答)。

16 時 30 分，死者感到口腔和四肢發麻，大汗淋漓(對調查基礎表疑問點 23 的回答)。

病人被戴上氧氣面罩、輸液、靜脈注射腎上腺素，並在戴有面罩情況下被轉送至急診部(對調查基礎表疑問點 24 的回答)。

16 時 35 分，病人進入昏迷狀態，自主呼吸停止，瞳孔放大至 5mm，光反應消失，心電圖顯示心跳微弱(對調查基礎表疑問點 25 的回答)。

向病人靜脈注射了 1mg 的腎上腺素並實施了 3 次電擊除顫，但病人未能恢復心搏(對調查基礎表疑問點 26 的回答)。

16 時 48 分，醫院主任趕到現場，並對病人實施了其他搶救措施(對調查基礎表疑問點 29 的回答)。

2004 年 7 月 17 日 18 時 46 分，患者停止了呼吸，無心臟搏動，瞳孔放大至 7mm，光反應消失，臨床證實已死亡(對調查基礎表疑問點 30 的回答)。

在整個病情惡化的前 10 分鐘內，死者尚有知覺(對調查基礎表疑問點 31 的回答)。

在其丈夫死亡之時，第一原告的年齡為 53 歲(對調查基礎表疑問點 35 的回答)。

在安排進行靜脈造影之前，外科醫生已曾問過死者是否對造影劑或其他物質過敏(對調查基礎表疑問點 36 的回答)。

而從死者那裡得到的答案是，不對任何物質過敏(對調查基礎表疑問點 37 的回答)。

在使用碘方法注射規格為 300mg/ml × 50ml 的 OMNIPAQUE 試劑之前，死者向放射科的技術人員表示此前曾在香港作過同類性質的檢查(對調查基礎表疑問點 40 的回答)。

而這些檢查並沒有引發任何的過敏反應(對調查基礎表疑問點 41 的回答)。

向死者注射造影劑(OMNIPAQUE)的這一行為發生於 2004 年 7 月 17 日 16 時 20 分(對調查基礎表疑問點 42 的回答)。

三、法律

1. 要解決的問題

首先要釐清的問題是，本案所涉及的是屬於追究非合同民事責任之訴還是合同民事責任之訴，以便由此去判斷，誰有責任去證明致害人，即本案中對後來死亡的患者進行治療的被告員工的行為是

否存在過錯。

接下來還要查明的是，是否證明了能夠揭示醫生及其他專業人士的行為存在不法性和過錯的事實，不論是在對病人所採取的診斷方法和治療方面，還是在就所採用的診斷方法可能導致的後果及風險作出告知的從屬義務方面。

假設證明了被告透過其醫護人員作出了不法及過錯行為，那麼還要查明病人和有權獲得損害賠償的人士遭受的損害。

最後，如果有需要，還要審理是否有必要擴大大事實事宜範圍的問題。

2. 非合同民事責任或合同民事責任

如前文所述，要查明的是本案所涉及的是屬於追究非合同民事責任之訴還是合同民事責任之訴。

本案死者是在一家私立醫院接受檢查。

在刊登於 2006 年 4 月 18 日的《政府公報》第一組上的本院 2006

年 1 月 18 日於第 23/2005 號案件中作出的合議庭裁判中，我們曾經訂定了如下的統一司法見解：

“因在公共機構內提供衛生護理服務過程中的作為或不作為而產生的民事責任具非合同性質。”

在這份合議庭裁判中我們指出：

“問題是想知道，對公立醫院的使用者造成損害的行為的民事責任，是由合同責任制度還是非合同民事責任制度予以調整。

理論上，很容易區分這兩種形式的民事責任。

非合同責任的依據為對不作為的一般義務的違反，該等義務是針對絕對權利而言的，如生命權或人身完整權。

合同責任則來自於沒有履行本身在債務關係方面所承擔的義務。

1

眾所周知，有時候同一行為可以同時帶來合同責任和非合同責任，如私家醫生在外科手術中過錯地造成病人死亡的情況，因違反

¹ ANTUNES VARELA 著：《*Das Obrigações em Geral*》，Almedina 出版社，2003，第一卷，第十版，第 521 頁和第 522 頁。

一屬債權的義務而構成合同責任，同時因侵犯了他人絕對的生命權而構成非合同民事責任。

對這些以及其他類似情況，應適用哪種制度值得探討。這裏不是對此問題進行深入探討的地方，因為這點對本案沒有直接意義，但存在下列觀點(一)受害人可以選擇一混合制度，選取兩種制度中最為有利的方面；另一方面，也有學者認為，(二)只適用其中一種制度：最後如 ANTUNES VARELA²等學者認為，(三)受害人，作為賠償之訴的原告，應有權做出取捨，選擇其中一種制度，並對其所作選擇承擔風險。”

對這個問題有必要在此予以展開，因為本案所涉及的正是病人在私立醫院死亡的情況。

死者與醫院之間簽訂了為可能進行腿部靜脈曲張手術而提供診療服務的合同。從理論上來講，死者的死亡可能構成不履行合同的情況，從而引發合同民事責任。另一方面，它也構成了對生命權的

² ANTUNES VARELA, 上述著作、版和卷, 第 637 頁。關於此一問題, 也可參閱: M. J. ALMEIDA COSTA 著:《*O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual*》, 在 “Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora”, 2003, 第 555 頁和後續各頁, M. TEIXEIRA DE SOUSA 著:《*O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*》, Almedina 出版社, 科英布拉, 1988, 第 136 頁至第 159 頁及《*Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*》, 在 *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL 出版社, 里斯本, 1996, 第 127 頁和第 128 頁和 A. PINTO MONTEIRO 著:《*Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade civil*》, Almedina 出版社, 科英布拉, 2003(再版), 第 425 頁至第 437 頁。

侵害，可能導致產生非合同民事責任。

雖然兩種責任制度大部分的規定是一樣的，尤其是在前提方面，但兩者還是有不同之處。這些不同主要體現在以下幾個方面³：

1) 在合同責任制度中，推定存在過錯(《民法典》第 788 條；所有未指明出處的條文均指現行《民法典》)，而非合同責任制度則不然(第 477 條第 1 款)；

2) 非合同責任的時效期間(第 491 條)比適用一般制度的合同責任的時效期間(第 302 條)短；

3) 因第三人行為而導致的責任制度不同(第 789 條及第 493 條)；

4) 如果存在多個責任人，那麼在合同民事責任制度中，只有當所違反的義務本身具有連帶性時，民事責任才是連帶的，而在非合同責任制度中，民事責任的連帶性則是一般規則(第 490 條)；

5) 在非合同責任制度中，如果行為人僅存在過失(第 487 條)，

³ M. J. ALMEIDA COSTA 著：《*O concurso da responsabilidade...*》，第 556 頁至第 559 頁。ANTÓNIO PINTO MONTEIRO 著：《*Cláusulas Limitativas...*》，第 428 頁，包括註釋 980；以及 LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO 著：《*Direito das Obrigações*》，Almedina 出版社，科英布拉，第一卷，第三版，2003 年，第 286 頁及第 287 頁。

又或者所涉及的是風險責任(第 492 條)，可以按衡平原則調整賠償金額，而在合同責任制度中，法律並沒有對此作出規範；

6) 二者的衝突規則不同(第 40 條、第 41 條及第 44 條)。

那麼現在讓我們來看對私人醫療活動適用哪種民事責任制度。

在前文所提到的所有能解決該問題的觀點中，沒有任何人認為對於本案的情況應適用非合同民事責任制度，不論作為責任之訴的原告的受害人的意願為何。

至於目前主張應該且僅應該適用合同民事責任制度這一觀點的則是 ALMEIDA COSTA⁴。該教授認為，此時所發生的是合同民事責任和非合同民事責任表面競合的情況，兩種責任形式之間存在特別關係，因此，合同民事責任制度吸收非合同民事責任制度。

然而這一解決方案應予以否定。正如 VAZ SERRA⁵所說，雖然有合同的存在，但這並不能排除不得侵犯他人受侵權責任規則所保護的權益的一般義務。

⁴ M. J. ALMEIDA COSTA 著：《*O concurso da responsabilidade...*》，第 559 頁及後續頁，以及《*Direito das Obrigações*》，Almedina 出版社，科英布拉，第十二版，2009 年，第 546 頁及後續頁。

⁵ VAZ SERRA 著：《*Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual*》，載於《*Boletim do Ministério de Justiça*》第 85 期，第 230 頁。

VAZ SERRA 在 1966 年《民法典》的預備工作中提出的建議是設立一個混合制度，讓受害人可以選取兩種制度中最為有利的規定，但同時也作了一些保留，這一建議在比較法上也不乏追隨者⁶。然而，《民法典》並沒有採納這一建議。

反對意見指法律並沒有規定任何混合制度，因此不能由一方單方面地創立這樣一個制度。

然而，目前倍受大部分學者所青睞的觀點是，讓受害人自己去選擇責任制度，並對其所作選擇承擔風險⁷。

事實上，像 1966 年《民法典》的立法者一樣，澳門《民法典》的立法者並沒有針對這一學術爭論表明立場。

既然事實同時符合兩種責任形式，鑒於處分原則，就應由原告來負責指出訴訟的訴因（《民事訴訟法典》第 5 條），並提出構成訴因的事實。

⁶ VAZ SERRA 著：《Responsabilidade...》，第 208 頁至第 239 頁。

⁷ 包括 ANTUNES VARELA 著：《Das obrigações...》，第一卷，第 637 頁；CARLOS DA MOTA PINTO 著：《Cessão da Posição Contratual》，Almedina 出版社，科英布拉，再版，2003 年，第 411 及 412 頁；ANTÓNIO PINTO MONTEIRO 著：《Cláusulas Limitativas...》，第 430 頁；J. FIGUEIREDO DIAS 與 SINDE MONTEIRO 著：《Responsabilidade Médica em Portugal》，載於《Boletim do Ministério de Justiça》，第 332 期，第 40 頁；以及 ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR 著：《A responsabilidade civil do médico》，載於《Colectânea de Jurisprudência》，第三年度，1978 年，第一卷，第 345 頁。

正如 LEBRE DE FREITAS⁸所說，指出構成訴因的主要事實的決定權完全在原告手上。

因此，應由原告指出訴訟所基於的法律根據，並自行承擔其所作選擇的風險，這也是意思自治原則所衍生的。

幾名原告所選擇的是非合同民事責任制度。之所以得出這個結論是因為他們在起訴狀中引用了《民法典》第 487 條和後續幾條涉及這種民事責任形式的規定。原告並沒有引用任何與合同民事責任制度有關的條文。此外從幾名原告在向中級法院所遞交的上訴理由陳述中提到的、他們認為第一審判決所違反的規定(即《民法典》的第 479 條、第 477 條、第 480 條和第 493 條)中也可以得出這一結論。

因此，適用於本訴訟的制度是非合同民事責任制度。

3. 行為義務和結果義務

在醫療服務方面，傳統的做法是對行為義務和結果義務加以區分。按照這種區分方法，醫療活動屬於行為義務而非結果義務，因

⁸ LEBRE DE FREITAS 著：《Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à luz do Código Revisto》，科英布拉出版社，1996 年，第 130 頁。

為其內容在於採用盡可能好的措施，但不能保證治愈，即不能保證結果。

雖然我們不能不承認，在通常情況下，醫生並沒有承諾取得某種結果的義務，但目前已有學者指出，“在我們看來，最好還是將這一義務定性為風險義務或者結果不確定的義務，因為醫生並不僅僅是必須盡其所能作出診斷或進行適當治療，而且是必須運用其學識及職業技能作出診斷並定出建議的治療方案。雖然醫生不對未能達到某一結果而負責，但卻應就其在診斷或治療中所使用(或應該使用)的方法對病人負責”⁹。

此外，CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁰也強調，“這一區別最終反倒成了其本來想要避免的混淆和含糊情況的根源，因此，最好還是不再做這樣的區分，而是適當地框定出一個醫生或私人醫療機構所負有的主要和次要義務的範圍。‘行為義務’這一概念可能會讓人誤以為醫生責任屬於一種較為輕微的責任。然而，如果從正確的角度來看待這個問題的話，醫生的合同責任，作為違反治療義務的後果，對其要求不應低於任何因違反其他義務而導致的責任。

⁹ M. TEIXEIRA DE SOUSA 著：《Sobre o ónus da prova...》，第 126 頁。

¹⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA 著：《Os contratos civis de prestação de serviço médico》，載於《Direito da Saúde e da Bioética》，里斯本大學法學院學術委員會出版，里斯本，1996 年，第 111 頁及第 112 頁。

在那些醫生所作的承諾超出了治療義務範圍的情況(這種情況較為罕見，例如某些整容手術)中，合同的標的，也就是醫生之給付義務的客體是對人體事先約定的改變，相當於一項工程。然而，只有在通過對合同進行解釋能夠得出該合同中含有一個其含義有別於(通常的)治療義務的條款的結論時，該承諾才能被認為是有效的。”

上面的這些評論同樣適用於那些不涉及合同或者原告並沒有以合同作為訴因的情況，例如本案。

4. 非合同民事責任制度中醫療過失的舉證責任

《民法典》第 335 條至第 338 條所規定的舉證責任的一般規則適用於追究醫療民事責任之訴¹¹。這些規則的主要內容如下：

創設權利之事實，由主張權利之人負責證明(第 335 條第 1 款)。

就所主張之權利存有阻礙、變更或消滅權利之事實，由主張權利所針對之人負責證明(第 335 條第 2 款)。

¹¹ 支持這一觀點的有 M. TEIXEIRA DE SOUSA，見其著作《Sobre o ónus da prova...》，第 130 頁。

如有疑問，有關事實應視為創設權利之事實(第 335 條第 3 款)。

如存在法律上之推定、舉證責任之免除或解除，或存在具該等意義之有效約定，則以上各條規則中之責任倒置；在一般情況下，法律每有此倒置責任之規定時亦然(第 337 條第 1 款)。

在非合同民事責任制度中，所有的責任前提(事實、不法性、過錯、損害以及事實與損害之間的因果關係)均由受害人即責任之訴的原告負責證明，因為這些屬於創設其所主張的權利的事實。

在此要做一個簡短的補充，即有部分學者認為，鑒於醫生義務的性質，第 788 條所訂定的推定債務人存在過錯的規則不適用於醫生的合同民事責任¹²。在此對這一問題不予展開討論，因為我們已經談過，本案適用的是另一種責任制度。

簡而言之，在本案的情況中，應由幾名原告來證明不法性(即對謹慎之客觀義務的違反)以及過錯(對本應採取其他行為但卻採取了涉案行為的醫生及/或被告的其他員工所作的譴責性判斷)。

¹² M. TEIXEIRA DE SOUSA, 見其著作《Sobre o ónus da prova...》, 第 137 頁和 JOÃO ÁLVARO DIAS 著:《Procriação Assistida e Responsabilidade Médica》, 載於《Studia Iuridica》, 科英布拉大學, 1996 年, 第 225 頁。關於反對意見, 參閱 CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA 著:《Os contratos...》, 第 117 頁及第 118 頁; J. FIGUEIREDO DIAS 與 SINDE MONTEIRO 著:《Responsabilidade Médica...》, 第 45 頁及第 46 頁, 以及 PESSOA JORGE 著:《Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil》, 科英布拉, Almedina 出版社, 1968 年, 第 133 頁及第 134 頁。

5. 被上訴的合議庭裁判的觀點

被上訴的合議庭裁判認為，醫院專業人員的行為在兩方面存在過失：

— 被告醫院的醫生並沒有完整地履行其所負有的提供資訊的義務，即向患者告知還存在另外一種完全不會對其生命及健康造成危險的診療方法的義務。

— 所使用的劑量並不能有效地測試出碘過敏。

下面我們來分析醫院人員行為的這兩個方面。

6. 提供資訊的義務和同意

有關醫生所負有的向患者提供資訊的義務，要說的是，根據《刑法典》第 151 條的規定，為著對病人作內外科手術或治療的效力，病人對於診斷方面，及對於手術或治療之性質、所及範圍、大小與可能產生之後果方面，經獲適當澄清後，其作出的同意方產生效力；

但作出澄清將導致傳達關於某些情況之訊息，而病人知悉該等情況後會有生命危險，或可能造成身體或精神之健康受嚴重傷害者，不在此限。

同意必須由醫生取得，因此，必須認為已取得病人同意的這一情節作為消滅受害人所主張的權利的事實應由醫生來負責證明¹³。

同樣，醫生還有責任證明其已經告知病人診斷和治療的風險¹⁴。

ORLANDO DE CARVALHO¹⁵在談到與澳門《刑法典》第 151 條相類似的葡萄牙《刑法典》的條文所涉及到的同意書的問題時說，“我們仍然認為，在病人簽署同意書之前，必須要對其就手術或治療的直接和間接後果，以及其所涉及的典型風險作出適當說明。至於想像的以及罕見的後果，或者雖並不罕見但卻不值一提的後果則不必說明”。

受害人在接受檢查之前以書面的形式作出了同意，具體內容如下：

¹³ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA 著：《*O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*》，生物醫學法中心，科英布拉大學法學院，2004 年，第 190 頁。

¹⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA 著：《*O Consentimento...*》，第 195 頁。

¹⁵ ORLANDO DE CARVALHO 著：《*Teoria Geral do Direito Civil*》，科英布拉出版社，第三版，2012 年，第 213 頁。

“1. 本人同意接受下列手術/診療程序:

手術與麻醉(名稱): 右下肢造影

2. 我確認醫生已給我詳盡解釋上述手術/診療程序的性質、目的、可能發生的風險和併發症，其他可供選擇的手術/診療程序的風險和併發症，以及不作手術/診療程序可能發生的後果。我與醫生進行了討論，醫生已詳盡解答了我的問題。同時，我已閱讀了以下診療項目解釋的資料，並確認醫生在討論項目親筆記錄的全部內容，對以上事項我已完全明白。

診療項目的解釋與討論：

診療項目的解釋：

特殊造影檢查

X線特殊造影配合應用造影劑，目的是使人體的不同組織容易被清楚分辨，能提高疾病診斷的準確性。本院目前使用的造影劑，是一種新型的非離子造影劑，其安全性優良，不良反應很少。但是，正如其他的造影劑一樣，仍然會發生一些副作用。為了減少不良反應的發生，如病人對任何藥物、造影劑過敏、女性已懷孕、有癲癇

發作史，請立即告知醫生。

1. 輕微副作用：注射時全身發熱感、噁心、嘔吐、皮疹等，發生率約 3.3%。

2. 造影劑可能誘發腎功能衰竭、心力衰竭、心律失常、肺動脈高壓等，但均十分少見，發生率從 0.1-0.7%。主要發生在原有心臟腎臟病變的病人進行檢查時。

3. 腦部腫瘤病人造影劑檢查可能發生抽搐、癲癇發作。

4. 極少數病人可能發生嚴重副作用。嚴重過敏反應表現為低血壓、休克、喉頭水腫、呼吸困難，發生率 0.03%。因造影劑嚴重不良反應導致死亡的發生率極低，約為 10 萬分之 6。

在檢查過程中，醫生密切觀察不良反應的發生，並會作出相應處理，一旦出現嚴重不良反應，亦會立即採取急救措施。因此，造影檢查仍然是一項極為安全而有用的影像技術，廣泛應用於臨床常規診療中。在檢查進行前，影像科或病理科人員將再次加以確認。

二. 討論：———”

被上訴的合議庭裁判認為，不能得出結論認為患者已經被告知還有另外一種不會對健康造成風險的替代方法。即便涉案的醫院不能提供這種方法，也不等於說澳門其他的醫療場所或世界其他地方的醫療場所不能提供這種方法。

我們不同意這種觀點。

首先，患者簽名的這份文件中載有以下內容：“醫生已給我詳盡解釋上述手術/診療程序的性質、目的、可能發生的風險和併發症，其他可供選擇的手術/診療程序的風險和併發症。”

即便病人沒有被告知還有其他的替代性診斷方法，我們也認為醫生沒有義務告訴病人在其他地方或世界其他地區可供選擇的方法。本案所涉及的是為進行腿部靜脈曲張手術而作的檢查，而靜脈曲張手術是在任何一個只要有最低配備的醫院就能進行的十分普通的手術。沒有人會為了一個靜脈曲張手術而去世界的其他地方。顯然，即便再簡單的手術也是有風險的。在本案的情況中，風險已經低到極限，其導致過敏性休克的機率只有 6/100,000。而我們都知道，即便是蜜蜂的叮咬也同樣有可能導致休克，甚至是死亡。

對於任何一種診療方法都要作三方面的考慮：風險—代價—益

處。

可以肯定的一點是，考慮到腿部靜脈曲張手術所可能引發的風險、代價及益處，沒有人會去世界的其他地方作這種手術。

而血管造影術的風險也是很低的，我們在下面將會看到，病人接受了過敏反應測試，結果為陰性，而且他也向醫生表示自己之前曾做過類似的檢查。

總而言之，醫生有義務告訴病人檢查有可能引發的風險。醫生做到了。我們認為醫生履行了提供資訊的義務，而病人也在瞭解相關風險的情況下作出了同意。

7. 碘化鉀過敏測試·過失

被上訴的合議庭裁判認為醫院的專業醫護人員的行為存在過失，因為所使用的劑量並不能有效地測試出碘過敏。

有關這個問題，被上訴的合議庭裁判在對事實事宜進行分析時犯了三類錯誤。

1) 首先，在已獲認定的事實中沒有事實支持這一結論(所使用的劑量並不能有效地測試出碘過敏)。

調查基礎表中疑問點 18 的內容如下：

“有否事先進行上述過敏反應的口服測試？”

合議庭的回答是：

“已認定事先通過口服的方式進行了碘過敏反應的測試。”

調查基礎表中疑問點 18-A 的內容如下：

“測試是使用含碘量僅為 10% 的藥品進行的嗎？”

合議庭的回答是：

“予以認定。”

好了。首先，調查基礎表的疑問點 18-A 使用了副詞“僅”，這是不正確的。不應使用該字，因為它屬於結論性用語。正確的提問方式應該是只問測試是否是使用含碘量為 10% 的藥品進行的。如果幾名原告認為所使用的劑量不夠，那麼他們應該指出究竟多大的劑

量才能正確有效地測試出過敏反應。使用“僅”字沒有任何作用。等同於未提出這一問題。

合議庭在回答這個問題時本應將副詞“僅”字去掉，因為它屬於結論性用語，而且案中並沒有提出旨在查明正確劑量的事實。因此，違反了《民事訴訟法典》第 549 條第 4 款的規定，根據該款，合議庭對有關法律問題之答覆，以及就僅可透過文件予以證明之事實，又或就透過文件、自認或不提出爭執而獲完全證明之事實所作之答覆，均視為不存在。

正如 J. LEBRE DE FREITAS、A. MONTALVÃO MACHADO 和 RUI PINTO¹⁶ 針對葡萄牙相關法典的類似條文所說的那樣，“以此類推，事實的結論，或者說本身並不屬法律範疇的價值判斷也要比照法律的結論來處理”。

因此，對疑問點 18-A 的回答中的“僅”字應被視為不存在。

然而，即便在獲認定的事實事宜中含有這個字，也不能由此得出結論認為所進行的測試不正確，因為卷宗中根本沒有認定進行過敏測試所需要的正確碘含量為多少。

¹⁶ J. LEBRE DE FREITAS、A. MONTALVÃO MACHADO 和 RUI PINTO 著：《Código de Processo Civil Anotado》，科英布拉出版社，第二卷，第二版，2008 年第 637 頁及第 663 頁。

2) 其次，在審理這個問題的時候，中級法院忽視了以下幾項獲得認定的重要事實：

在安排進行靜脈造影之前，外科醫生已曾問過死者是否對造影劑或其他物質過敏(對調查基礎表疑問點 36 的回答)。

而從死者那裡得到的答案是，不對任何物質過敏(對調查基礎表疑問點 37 的回答)。

在使用碘方法注射規格為 300mg/ml × 50ml 的 OMNIPAQUE 試劑之前，死者向放射科的技術人員表示此前曾在香港作過同類性質的檢查(對調查基礎表疑問點 40 的回答)。

而這些檢查並沒有引發任何的過敏反應(對調查基礎表疑問點 41 的回答)。

3) 第三，從另外一個角度來看，被上訴的合議庭裁判也沒有對原告所主張、但第一審合議庭未予認定的以下兩項事實作出考量：

口服測試是一種較為間接、並非十分有效和並不十分安全的測

試過敏的方法？

14

口服測試現在已基本上不再使用，除非醫生有可靠的理由認為沒有必要如此謹慎地選擇注射測試這種方法？

結合以上所有已獲得認定和不獲認定的事實—包括確認已進行過敏測試及結果為陰性的事實—，我們得出的結論是，本案中既未能證明不法性(即對謹慎之客觀義務的違反)，亦未能證明過錯(即對被告醫院的醫生及/或其他員工作出決定以及進行過敏測試的行為所作的譴責性判斷)。

當然，有些事實問題並未得到澄清，主要包括：

測試做得不好？或者測試是按照醫學和藥物學的規則進行的？

過敏是因無法預見及不可發現的因素導致的？

為什麼所進行的測試沒能檢查出病人對碘過敏？

以上這些問題之所以沒能得到澄清，其中部分是由於雙方並沒有主張相關的重要事實。

總而言之，在本案中，並沒有能夠證明醫院承擔民事責任的其中兩個前提條件，即醫生行為的不法性和員工的過錯。

因此，必須像第一審法院所裁定的那樣，駁回針對被告的訴訟請求。

無需審理所提出的其他問題。

四、決定

綜上所述，裁定上訴勝訴，撤銷被上訴的合議庭裁判，第一審法院決定訴訟敗訴並駁回原告們針對被告的訴訟請求的裁判繼續有效。

兩上訴審的訴訟費用由眾原告承擔。

訂定第一原告的辯護人在本上訴中的服務費為 7,000.00(柒仟)澳門元。

2013 年 11 月 13 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）— 宋敏莉 — 岑浩輝