

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Department of Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



民事醫療責任之判定 — 法院判斷 vs. 專業意見

Determination of Civil Liability for Medical Malpractice

— Court Judgment vs. Expert Opinion

周吉麒

Ji-Ci Jhou

指導教授：詹森林 博士

Advisor: Sheng-Lin Jan, Ph.D.

中華民國 107 年 7 月

July, 2018



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

民事醫療責任之判定 — 法院判斷 vs. 專業意見

Determination of Civil Liability for Medical Malpractice
— Court Judgement vs. Expert Opinion

本論文係周吉麒君（學號 R03A41005）在國立臺灣大學科際
整合法律學研究所完成之碩士學位論文，於民國 107 年 7 月 16 日
承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 詹嘉北

口試委員： 吳俊雄

陳聰富

詹舜林

謝辭



回顧在臺大法律學院學習的這段時間，若是沒有得到許多人的支持與幫忙，絕對無法走到這最後階段，表達感謝是我最後的功課。

首先也是最感謝的是學生的指導教授-詹森林老師。詹森林老師是學生在法學上的導師，如果沒有老師在法學上的帶領指引，學生絕不可能完成所有關卡走到這一刻，謝謝詹森林老師。謝謝您。

感謝陳聰富老師與吳俊穎老師在百忙中願意擔任學生的口試委員，兩位老師是醫療法上重量級權威學者，能夠獲得兩位大師給予論文研究上的建議，學生非常幸運。謝謝陳聰富老師與吳俊穎老師。謝謝您們。

感謝臺大郭育良老師，郭老師是學生在醫學上的導師，謝謝老師總是不厭其煩地給予學生關於學術研究與人生選擇上的建議。謝謝您。

感謝長庚陳怡原老師，每年跟老師吃飯聊天話家常，已是學生在課業工作繁忙中最期待的一件事。謝謝您。

感謝臺北榮總何祥齡主任，每年跟學姐見面聊天話家常，也是學弟在課業工作繁忙中最期待的一件事。謝謝您。

感謝柯宗志學長，學長是學弟心中最罩的臺大科法所學長，真心不騙！

感謝林琬純同學，課業上我真的麻煩你許多，跪拜感謝你。

感謝 R03 朋友同學對我的照顧幫忙，我就不一一點名了，點名傷感情。謝謝你們，你們最棒！

感謝吳俐萱學妹、馮彥霖學弟，你們是我在學習醫療法上的絕佳夥伴。

感謝我的家人，如果沒有你們的鼎力支持，我將無法突破重重難關抵達最後，愛你們。

感謝所有幫助過我的人，謝謝你們。

中文摘要



我國對於醫療責任成立係採取過失責任主義，司法實務多以「醫療常規」作為認定過失存否之標準，但去年最高法院接連針對醫療過失之判定，認為應採「醫療水準」作為注意標準，過失之認定應考量所有因素來作判斷，「醫療常規」僅係諸多審酌因素之一。

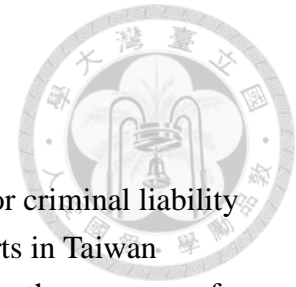
因「醫療水準」注意標準係不易預見之規範性概念。本文欲藉由實證研究方式來探知實務所稱之「醫療水準」標準的概念內涵與解釋範圍，希冀透過實證研究獲得之經驗事實，可適度具體該注意標準以提昇其損害預防功能，並與「醫療常規」標準相較，「醫療水準」標準是否係能更公平合理分配醫療風險、調和醫病雙方利益之注意標準。

經實證研究發現，採擇「醫療水準」注意標準之法院，除審酌醫療人員行為是否符合醫療常規外，亦會考量醫方是否善盡說明義務、醫療機構制度是否有瑕疵以及醫師臨床裁量是否有瑕疵。在個人方面，法院會審視醫療人員是否善盡說明義務以及醫療行為是否符合醫療常規，而在特殊情況病人時，法院會審酌醫師臨床裁量是否有瑕疵；在組織方面，法院會檢視醫療機構制度是否存有瑕疵。是以，採取「醫療水準」注意標準較「醫療常規」注意標準，更能充分保障病人就醫之安全；惟在醫師臨床裁量瑕疵部分，法院未考慮損害結果發生是否係臨床上客觀所能預見而有過度苛責醫師之虞。

我國醫療法第 82 條於去年進行內容修正，從實證研究獲得之經驗事實去端詳新法民事責任內容，可發現新法係將實務多數見解成文法，民事過失責任的標準仍跟以前相同，並未因修法而有減輕。希冀經由實證研究獲得之經驗事實，除可補充「醫療水準」標準的概念內涵外，亦能提供新視角來一窺我國「醫療水準」標準之堂奧。

關鍵詞：醫療過失、醫療水準、醫療常規、注意標準、法學實證研究

英文摘要



Medical negligence is the core concept to determine either civil or criminal liability for medical malpractice in Taiwan. In medical litigation, many courts in Taiwan usually adopt the “medical custom” as the standard of care to judge the presence of negligence. Recently, a landmark judgement of the Supreme Court in Taiwan reaffirmed that medical negligence should be determined according to the “medical level” rather than the “medical custom”, “medical custom” was only one of the factors to judge the presence of negligence.

However, the standard of “medical level” is an unpredictable concept. What actually constitutes “medical level”? In this article, we would explore the content of “medical level” by empirical legal studies in order to know if it is more fair than “medical custom” and improve its prophylactic function of Civil Code.

The result shows that the civil courts under the standard of “medical level” consider not only medical custom but also other factors such as medical inform, organizational defect and clinical discretion. In medical personnel aspect, the civil courts determine medical negligence by medical custom, medical inform and clinical discretion; In hospital aspect, it determines medical negligence by organizational defect. It shows that the standard of “medical level” more guarantees patient safety than the standard of “medical custom”. However, the standard of care is too high in the doctor of clinical discretion.

The Article 82 of the Medical Care Act was revised last year. Through the result of empirical legal studies, we find the newly revised regulation acknowledges judicial practice and proclaims precedents in writing, it still keeps the same standard in civil liability. Hopefully, this study can shows clearer concept of “medical level”.

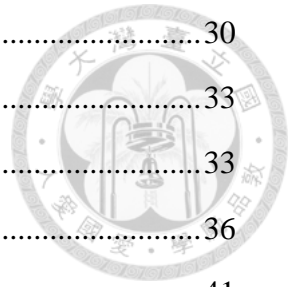
Keywords : medical negligence 、 medical Level 、 medical custom 、 standard of care 、 empirical legal studies

目錄



論文口試委員審定書	i
謝辭	ii
中文摘要	iii
英文摘要	iv
第一章 緒論	1
第二章 醫療關係	3
第一節 醫療行為	3
第二節 告知後同意	6
第三節 醫療過失	10
第一項 醫療法之增訂	10
第二項 醫療法之修正	13
第三章 醫療過失之判斷	16
第一節 外國學說與實務發展	16
第一項 英美法院	16
第二項 日本法院	18
第二節 我國學說與實務發展	23
第一項 醫療常規	23
第二項 醫療水準	26
第三項 理性醫師	27
第四章 實證研究之方法及資料基礎	30
第一節 研究設計	30

第二節 研究步驟.....	30
第三節 研究結果.....	33
第一項 判決分類.....	33
第一款 醫方未善盡說明義務.....	36
第二款 醫方制度瑕疵.....	41
第三款 醫方臨床裁量瑕疵.....	42
第二項 相關案件之歷審裁判分析.....	45
第一款 醫方未善盡說明義務.....	45
第二款 醫方制度瑕疵.....	60
第三款 醫方臨床裁量瑕疵.....	66
第五章 結論.....	78
參考文獻.....	93
附錄.....	101
附錄一 醫方敗訴之法院判決一覽表.....	101
附錄二 相關案件之歷審裁判整理.....	104



圖目錄



圖一 醫療法第八十二條之內容修正	14
圖二 日本醫療過失判定之發展	23
圖三 法院不採鑑定報告之研究途徑	32
圖四 分析步驟.....	33
圖五 歸責事由之分類	36
圖六 說明義務之分類	40
圖七 臨床裁量類型判決之分類	45
圖八 醫療水準之注意標準	45
圖九 責任主體角度檢視醫療水準之注意標準	81
圖十 過失判定之方式	88



第一章 緒論

我國對於醫療責任之成立係採取過失責任主義，但在過失認定標準上產生分歧。雖然我國實務對於醫療過失之認定多以「醫療常規」為據，但去年最高法院接連針對過失之認定，發表不同見解¹。法院在判斷醫療人員之行為是否符合醫療常規時，多以鑑定報告意見為據，但當鑑定報告意見認為醫療人員之行為符合醫療常規而無疏失時，仍不時見到法院作出醫方敗訴判決之結果。

損害填補係民事法之重要機能，目的在使被害人之損害能獲得完整填補²；但由於醫療事故所致之損害多發生於生命身體健康等難以恢復之權利上，即便日後再予以金錢賠償亦無法恢復至最初之法益狀態，因此民事法另一個機能：損害預防，就更顯重要，畢竟事前的防範更勝於事後的補償。

對於過失認定應採取何種注意標準，雖然係屬於法律解釋上問題；但解釋法律其實就是在形塑或改變法律的內容，每一個法律解釋的結果，都會產生一條實證法所未明文規定之規範³；因此實務上若採取具體明確之認定標準，亦可達到類似損害預防之功能。

¹ 最高法院 106 年度台上字第 1048 號民事判決：「醫護人員於實施醫療行為時是否已盡善良管理人或依醫療法規規定或醫療契約約定或基於該醫療事件之特性所應具備之注意義務，應就醫療個案、病人病情、就診時之身體狀況、醫院層級、設備、能力、醫護人員有無定期按規定施以必要之在職訓練及當日配置人力、病患多寡，醫護人員有無充裕時間問診照護與其他情形，綜合而為研判，尚不能僅以制式之醫療常規（醫療慣行或慣例）作為認定醫護人員有無違反注意義務之唯一標準。」、最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決：「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。」最高法院 106 年度台上字第 1048 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決，明確表示對於過失認定應採取「醫療水準」之注意標準。

² 王澤鑑（2017），《損害賠償法》，頁 24-32，台北：自刊。

³ 王鵬翔、張永健（2015），〈經驗面向的規範意義—論實證研究在法學中的角色〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 220。德國法學者 Robert Alexy 曾說：「每一個解釋都改變了法律，因此是廣義的法律續造。」

醫療常規，係具體明確且已存在之可預見標準，它客觀存在於醫療場域中；醫療水準，係抽象難預見之規範性標準，參見去年兩件最高法院判決內容即可得知⁴。醫療過失之認定採取「醫療水準」注意標準，雖能較採取「醫療常規」注意標準，充分發揮損害填補功能、充足保障病家權益，但因係規範性抽象概念、不易預見，因此難達損害預防之功能。若能具體化「醫療水準」注意標準之概念內涵與法律解釋範圍，應可適度提升其損害預防之功能，亦可從實證研究角度來檢視採取「醫療水準」之認定標準，是否誠如學者所主張較能合理分配醫療風險、調和醫病雙方利益⁵。若能將經由實證研究所獲得之經驗事實引入法律論證，將可補充「醫療水準」之概念內涵，使法律論證更能說服人們接受其背後所蘊含之利益衡量與價值判斷⁶。

本文將藉由實證研究方式來分析，當鑑定報告意見認為醫方處置無疏失時，法院仍會歸責醫方之理由為何，並檢視該理由是否合理充足，能公平分配醫療風險、調和醫病雙方之利益，並希冀能藉此具體化「醫療水準」之概念內涵。

⁴ 最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決：「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，始得調符合醫療水準而無過失。」、最高法院 106 年度台上字第 1048 號民事判決：「醫護人員於實施醫療行為時是否已盡善良管理人或依醫療法規規定或醫療契約約定或基於該醫療事件之特性所應具備之注意義務，應就醫療個案、病人病情、就診時之身體狀況、醫院層級、設備、能力、醫護人員有無定期按規定施以必要之在職訓練及當日配置人力、病患多寡，醫護人員有無充裕時間問診照護與其他情形，綜合而為研判，尚不能僅以制式之醫療常規（醫療慣行或慣例）作為認定醫護人員有無違反注意義務之唯一標準。」

⁵ 法實證研究方法，不僅能驗證或推翻對既有現象的誤認與迷失，尚能進一步發現未知事實，並探索其成因。王鵬翔、張永健，前揭註 3，頁 228-239；黃國昌（2012），《程序法學的實證研究》，頁 1-9，台北：元照；劉尚志、林三元、宋皇志（2006），〈走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展〉，《科技法學評論》，3 卷 2 期，頁 5-8；蘇凱平（2016），〈再訪法實證研究概念與價值：以簡單量化方法研究我國減刑政策為例〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷 3 期，頁 991-995、1013。

⁶ 王泰升教授認為，若能在法律論證中導入實證研究所獲得之資料或所呈現之法經驗事實，將可補充或強化其理性內涵，使法律論證更能說服人們接受法律規範所蘊含之利益衡量跟價值判斷。王泰升（2010），《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，頁 30-34，台北：元照。

第二章 醫療關係



第一節 醫療行為

對醫師而言，希臘哲學家希波克拉底的誓言（The Hippocratic Oath），至今仍是醫學倫理的最高指導原則。希波克拉底誓言中要求宣誓者，必須盡其能力與判斷，為病人的利益而為適當之措施，避免病人遭受損害與不正⁷。希波克拉底誓言所強調的，無非是「不可傷人乃醫師之天職」這樣之理念；換言之，醫師的醫療行為，基本上必須是為了維護病人健康、排除疾病或緩和病人傷痛而存在⁸。

醫療行為被認為是具有風險性、不確定性、專業性、裁量性與攔截性特質之事實行為，與一般事實行為不同⁹。關於醫療行為之定義，目前我國醫療法與醫師法並無直接立法定義，而是由醫療業務的行政主管機關以行政函釋方式來詮釋。根據一九七六年四月六日衛生署醫字第 10788 號函釋對於醫療行為概念所為之解釋：「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘廢或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療，或基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處方或用藥等行為之全部或一部，調為醫療行為。」衛生福利部（以前稱衛生署）此號解釋，基本上是從行為的直接目的是否朝向以治療、殘廢或保健為出發點，來界定醫療行為與非醫療行為。一九九二年八月十一日，衛生福利部針對醫療行為再提出新一號函釋（衛署醫字第 8156514 號函釋）：「按醫療行為，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷之結果，以治療目的所為之處方、用藥、施術或處

⁷ I will apply dietetic measures for the benefit of the sick according to my ability and judgment; I will keep them from harm and injustice.

⁸ 王皇玉（2005），〈整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則評台北地院九十一年訴字第 七三號判決〉，《月旦法學雜誌》，127 期，頁 52-53。

⁹ 林聿騰（2015），〈醫療行為之特性—以法律責任為中心〉，《治未指錄：健康政策與法律論叢》，3 期，頁 22-30。

置等行為之全部或一部之總稱。」相較於衛署醫字 10788 號函釋，此函釋將「保健」一詞刪除，將「直接目的」修改為「目的」，並增列「施術、處置等行為」，對於醫療行為之定義較前函釋範圍廣。衛生福利部將醫療行為分成兩部分來解釋：一部分係為了進行醫療決策所為之行為（以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療），另一部分係基於醫療決策而為之各種行為（基於診察、診斷之結果，以治療目的所為之處方、用藥、施術或處置等行為）。

前揭衛生福利部之函釋，僅著眼於疾病之診斷、治療及預防為目的，但在醫學科技發展下伴隨而生之醫療需求，非以診療預防為目的之行為日益增加，例如美容醫學、變性手術、生育結紮、人工生殖等皆屬之，為符合社會現實之需要，應認為醫療行為概念不應再侷限於以疾病診斷、治療及預防為目的之行為，醫療行為應包括診療目的性及非診療目的性兩種類型¹⁰。診療目的性之醫療行為，亦即以目前疾病治療及將來疾病預防為目的所實施醫學上公認、合乎醫療水準之醫療行為，例如為診療目的而實施之診斷、檢查、注射、麻醉、手術、給藥等皆是；而非診療目的性之醫療行為，亦可分為實驗性之醫療行為及其他非以疾病治療或預防為目的之醫療行為，前者包括純粹實驗性之醫療行為及非純粹實驗性而兼有治療目的性之醫療行為，例如器官移植手術；後者則以美容醫學、變性手術為其典型¹¹，兩者之區別在於診療目的性醫療行為具有生活中不可避免之特性，亦即於人類社會中必然也必須存在¹²。

在德國，傳統學說對於醫療行為之定義，亦同我國衛生福利部函釋一樣，以行為是否係出於診療預防之目的，作為判斷醫療行為與非醫療行為之標準。因此，醫療行為必須是對人體所進行以預防、診斷、醫治疾病、疼痛、身體受傷、殘缺或精神障礙所為之侵害或處置，始屬之。然在此定義下，美容醫學、

¹⁰ 曾淑瑜（2010），《醫療倫理與法律 15 講》，頁 1-2，台北：元照。

¹¹ 曾淑瑜（2007），《醫療過失與因果關係》，再版，頁 19-20，台北：翰蘆。

¹² 林誠二（2009），〈醫療行為與消保法之適用〉，《台灣法學雜誌》，140 期，頁 82。

變性手術、人工生殖等非以診療預防為目的之行為將非屬醫療行為，因此近年來德國學說對於醫療行為之定義，已有放寬解釋之趨勢；以欠缺醫療適應性與必要性之美容醫學為例，這樣的行為即使不以診療預防為目的，亦屬於醫療行為。我國學說與司法實務亦同德國近年來學說，認為具侵入性之美容醫療行為，基於醫療法立法目的旨在提高醫療品質、保障病人權益、以增進國民健康，因此即使是非以診療預防為目的之美容醫療行為，仍應視為醫療行為，並受醫療相關法規所規範¹³。

醫療行為之進行，因為需要運用醫學專業知識以及醫療臨床技術，並且有侵害他人生命身體健康之虞，因此原則上必須要有受過醫師訓練且取得醫師資格之人，始可進行這類醫療行為，否則將會構成醫師法第二八條之密醫行為，並且醫療法與醫師法中所規定之醫師親自診察、告知後同意、病歷製作與保存、資訊保密等法定義務，亦適用之。

¹³ 王皇玉，前揭註 8，頁 52-54；朱柏松（2005），〈整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範〉，《月旦法學教室》，31 期，頁 98。



第二節 告知後同意

基於病人自主權之尊重，告知後同意法則（informed consent）成為現代醫學的金科玉言。任何侵入性醫療行為，醫師均需告知病患相關醫療資訊，並在病患理解相關資訊後，取得其同意，使得為之；否則若因醫師之侵入性醫療行為而致病患發生損害，無論醫師之醫療行為是否已盡其注意義務，均應對病患之損害負責¹⁴。此法則旨在規範醫病關係中醫師的告知說明義務，以保障病患自主決定的權利、確保病人於醫病關係中的主體性。

過去醫病關係是建立在醫師的父權式權威之上，醫師直接以其醫療專業幫病人做判斷、以醫療人員的價值立場來替病人做決定，事後若不幸發生併發症或副作用，病人也僅能視為命運；但隨著病人自主決定的意識覺醒，這種以命運觀點對待醫療不幸事件之態度，已經不再係理所當然。雖然醫療診斷屬於醫師的專業裁量範圍，但疾病治療終究係施行於病人身體，若有任何併發症或副作用的產生係會發生在病人身上，亦即不管病人的意願與否，病人都須面對與承受該併發症或副作用。既然任何併發症或副作用終局承受者係病人，理應讓病人事先認識該風險，並由其自主決定是否願意承擔該風險，始為合理，因此讓病人對於疾病治療風險之認識與否係今日醫療法學的重點¹⁵。

告知說明義務不僅係由醫病間緊密之信賴關係所生，亦係從醫療契約關係所生，因此告知說明義務不僅是醫師的義務，亦是醫療機構之義務¹⁶。醫療機構要有一套完善說明系統，來協助醫療人員確實對病家踐行說明告知¹⁷。醫療體

¹⁴ 陳聰富（2009），〈拒絕醫療與告知後同意〉，《月旦民商法雜誌》，23期，頁73。

¹⁵ 侯英冷（2004），〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁9-10。

¹⁶ 關於告知說明義務係源自於醫病關係（醫師與病人之間），或係源自契約關係（醫院/醫師與病人之間），抑或係源自醫病關係與契約關係，均有學者主張。管見以為醫病關係與契約關係並無排他關係之存在，並且兩種關係在臨床上時常並存，告知說明義務應可認為係源自於醫病關係與契約關係，而義務主體係醫院、醫師與病人之間，故醫方對病人未善盡告知說明時，醫院與醫師均有其責。侯英冷，前揭註15，頁9-23；楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《國立臺灣大學法學論叢》，36卷2期，頁229-268；陳聰富（2014），《醫療責任的形成與展開》，頁186-205，台北：臺大出版中心。

¹⁷ 侯英冷（2008），〈醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務—最高法院九六年台上字第

系本係一個分工合作體系，告知說明之履行亦可透過分工合作方式實行，醫療機構提供完善的說明系統與分工互補之醫療制度、醫師負責核心內容之說明、護理人員來補充醫師之說明，以分工合作方式來確實執行對病人之說明¹⁸。

告知說明義務最困難的部分就在於界定告知說明的內容與範圍，到底醫師之說明義務標準何在？哪些資訊應該告知病患？一方面，我們希望病患能夠得到充分的醫療資訊以作出合乎其個人價值與人生目標之最佳決定；但另一方面，我們亦不希望因提供過度瑣細的醫療資訊以致於病患無法下決定而擔憂過度遙遠之風險。雖然醫療法與醫師法針對說明義務之範圍有作規定¹⁹，但我國實務多認為說明義務的範圍不限於條文規定，如曾說明，病人即有可能拒絕醫療者，亦屬說明義務的範圍²⁰；而所謂取得病患無瑕疵之同意，係指病患按醫師已說明之資訊，所作成同意接受該醫療給付行為之決定，將不會因其獲悉醫師漏未說明之資訊而有所改變；並且說明義務之踐行以實質說明為必要，僅令病人在同意書上簽名，難認已盡說明義務。雖然在實務判決中仍可發現，有法院認為同意書上若得病人之簽名，足認已盡說明義務，但持這類見解之法院係屬少數²¹。

針對醫師告知說明內容與範圍之標準，發展出三種見解：(1)「理性醫師標準」係將說明義務之內容、範圍交由醫療專業來判斷，也就是以「一個理性的醫師，在系爭個案的情況下，都會告知病人的資訊」為判斷標準。(2)「理性病

二四七六號判決簡評》，《台灣法學雜誌》，107期，頁293-294。

¹⁸ 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基（2010），《法官，我說明夠了嗎？醫師告知義務的法院判決評析》，頁337-339，台北：橘井。

¹⁹ 醫療法第六十三條、第六十四條、第六十五條、第七十三條、第八十一條以及醫師法第十二條之一。

²⁰ 姚念慈法官與王聖惠法官認為，除過於專業或細部之治療方法外，在一般情形下，如說明後，病人有拒絕醫療之可能時，醫師即有說明之義務。吳志正、楊秀儀、王志嘉、姚念慈（2015），《醫事鑑定與法院之實質審判權》，頁139-140，台北：元照；王聖惠（2018），〈告知說明義務系列：告知說明之範圍〉，《月旦醫事法報告》，20期，頁124-129。
何謂過於專業或細部療法可不予說明，王皇玉教授認為係指涉及醫療專業技術且一般而言不影響病人決定是否接受醫療的不具重要性資訊。王皇玉（2006），〈論醫師的說明義務與親自診察義務-評九十四年度台上字第二六七六號判決〉，《月旦法學雜誌》，137期，頁272。

²¹ 醫師對於病人說明的方式，基本上不限形式，只要能讓病人理解與自身醫療行為有關的資訊即可，不論係以口頭或是書面方式均可，書面同意書僅係可作為日後訴訟之用。

人標準」係「一個理性的病人，在系爭個案的情況下，都會想要知道的資訊」為判斷標準。(3)「具體病人標準」則是「依據個別病人認知或期待提供之資訊」為判斷標準²²。此處關於告知說明內容與範圍之標準，目的在於認定應以何種說明義務之標準，來判定醫師是否違反告知說明義務，而具有可歸責之事由。

主張應採取「理性醫師標準」者之理由在於：(1) 維護醫療專業之自主性，應由醫療專業認定說明義務之範圍。(2) 採取病人標準，將使醫師花費不必要的時間說明一切風險，有礙於醫師替病人決定最佳治療的時機。(3) 醫師始為最佳精確評估醫療方法之人，醫療資訊過多反而對病人產生不必要的心理衝擊與不當影響²³；而主張應採取「理性病人標準」或「具體病人標準」者之理由在於：基於對病人自主決定權之尊重，醫師告知說明內容與範圍之標準，應取決於病人的標準，而非醫師們自行設定之標準。蓋只有病人擁有得以作成明智決定的足夠資訊，病人之自主決定權始獲充分保障²⁴。在我國實務上，「理性醫師標準」與「理性病人標準」均有法院採用²⁵，而在歷審裁判分析中，可發現

²² 陳聰富，前揭註 16，頁 224-230；楊秀儀，前揭註 16，頁 235-236；吳俊穎、陳榮基、楊增暉、賴惠蓁、吳佳勳（2012），〈清官難斷醫務事？醫療過失責任與醫療糾紛鑑定〉，頁 110-112，台北：元照；陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246 期，頁 14-16。

²³ 楊秀儀（1999），〈誰來同意？誰作決定？從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察〉，《臺灣法學會學報》，20 期，頁 385-386。

²⁴ 陳聰富，前揭註 16，頁 225-227

²⁵ 採理性醫師標準之判決，如：臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 13 號民事判決：「醫療機構及醫師於從事侵入性醫療行為之說明義務，除依上開醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則為之外，醫療機構及醫師究應以何種方式向病人或家屬說明，法律未為明確規範，依上開之立法意旨言，應認醫療機構及醫師之說明及告知義務，以醫療實務上所採認之「理性醫師標準」。所謂「理性醫師標準」係指將說明義務的範圍、內容交由醫療專業來判斷，而哪些事項應告知病人端視個別醫療專業之醫療慣行（customary practices）而定。換言之，係以「一個理性的醫師，在系爭個案的情況下，都會告知病人的資訊」為判斷標準。」；採理性病人標準之判決，如：臺灣高等法院 99 年度醫上字第 17 號民事判決：「按醫療行為具有高度專業性，不可能單純藉由醫師說明，即足以使病人正確評估風險並選擇最佳治療方式。因此病人的自主決定權，應以醫師的專業判斷為基礎，而決定是否願意承擔治療疾病的風險。……林口長庚醫院說明的範圍，則應以客觀上理性病人為準，只要對於理性病人認為重要的風險已經說明，即已盡客觀上必要說明義務。」

我國實務多明確表示係採「理性病人標準」。不過學者認為，不論採取「理性病人標準」或「理性醫師標準」，在實際運用上可能並無重大之差異²⁶。

關於「理性醫師標準」與「理性病人標準」、「具體病人標準」之立論基礎，前者以醫療專業自主性為基礎，後者以病人自主決定權為根基；採取「理性醫師標準」者，對於醫病關係在意識形態上似乎較偏向醫療父權思想，而採取「理性病人標準」、「具體病人標準」者，則似乎較偏向病人自主決定權之保護。但不論採取何種標準，病人之同意均建立在醫師的專業判斷係符合醫療常規或醫療水準上，若醫師之判斷不正確或不合於醫療常規、醫療水準，不會因得到病人的同意而使醫師之錯誤判斷變成正確而免除責任，亦即病人的自主決定係在合於醫療常規或醫療水準之醫師專業判斷下，決定是否願意承擔該疾病治療之風險，如此，病人的同意才是有效之同意²⁷；雖然屬醫師專業裁量之細節性內容非屬說明義務的範圍²⁸，但醫師之裁量判斷亦係奠基於已取得病患有效同意之前提下，始得就治療方法之細節性、技術性選擇為專業決定。

需特別注意的係，在醫師未告知病患相關病情，使病患實際上無從進行同意與否，而醫師未進行醫療行為，因而導致損害發生者，此時醫師並非違反告知後同意之告知說明義務，而係違反因契約或侵權行為法所生之安全說明義務。像係醫師於病患手術後，將檢體送驗，事後卻未將檢驗報告結果告知病患，以致於病患延誤治療而發生損害。此時，醫師係違反契約上之結果報告義務，以及侵權行為法上醫師需防免病患發生損害之注意義務²⁹。

²⁶ 陳聰富教授認為，在「理性病人標準」下，雖以假設的理性病人所認為重要之資訊為告知內容，但仍須依據醫師的預見可能性，基於醫師知悉或可得知悉之病人需求，作為告知範圍之標準，並非全然取決於病人主觀之需求；而在「理性醫師標準」，係依據醫療之專業習慣，醫師需給予病人個人作成明智選擇之足夠資訊，而並非全然不考慮病人之需求。陳聰富，前揭註 16，頁 229。

²⁷ 侯英冷（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務臺灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37 期，頁 67-70。

²⁸ 王皇玉（2012），〈醫師的說明義務與說明義務之免除〉，《萬國法律》，186 期，頁 32-33。

²⁹ 陳聰富，前揭註 16，頁 73。



第三節 醫療過失

關於醫療責任之歸責原則，涉及醫療事故發生損害時，應於何種條件下，由被害人承擔轉移為醫療機構或醫事人員承擔。倘課予醫事人員過多的責任，將使醫事人員在診療病人過程中裹足不前；反之，若對於醫療機構及醫事人員課予不足之責任，不僅病人無法獲得適當的損害填補，且無法民事法上損害預防之功能。如何在病患之損害填補與醫事人員之專業活動自由間，求取平衡，即為醫療責任法上重要之議題。

第一項 醫療法之增訂

隨著醫療法第八二條之增訂³⁰以及最高法院明白表示醫療行為排除消費者保護法適用後³¹，醫療行為應適用過失責任主義，實務上已成定論³²；因此在醫療民事責任成立上，對於過失有無之認定最為關鍵³³，過失若認定不成立，即無庸再審究有無因果關係之存在³⁴。

³⁰ 醫療法第八二條最初增訂時之內容：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意（第一項）。醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任（第二項）。」；於 2017 年 12 月，醫療法第八二條修正成：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意（第一項）。醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任（第二項）。醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任（第三項）。前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷（第四項）。醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任（第五項）。」

³¹ 最高法院 95 年度台上字第 2178 號民事判決、最高法院 96 年度台上字第 450 號民事判決、最高法院 96 年度台上字第 2738 號民事判決、最高法院 97 年度台上字第 741 號民事判決。

³² 早期曾有醫療行為有無消費者保護法（無過失責任）適用之爭議，參閱陳聰富，前揭註 17，頁 266-285；詹森林（2014），〈臺灣社會變遷與契約法發展〉，《月旦法學雜誌》，230 期，頁 11-12。

³³ 陳忠五，前揭註 22，頁 6-7；王澤鑑（2015），《侵權行為法》，增訂新版，頁 339，台北：自刊。

³⁴ 實務上判斷亦如此，如：臺灣高雄地方法院 99 年度醫字第 9 號民事判決：「被告江○○手術前診斷原告罹患膀胱癌之行為既無故意或過失，而不構成侵權行為，本院即無審究原告是否確有尿失禁及性功能障礙之後遺症、該後遺症與被告江○○有無因誤診而為系爭手術間，有無因果關係，及被告高雄長庚醫院之僱用人侵權行為責任成立與否，併予敘明。」

關於過失之定義，我國民法並無明文規定，學者有認為應依刑法第 14 條規定，而將侵權行為上之過失解釋為：行為人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者，或對於構成侵權行為之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，以過失論；換言之，過失者乃怠於注意之一種心理狀態。惟民法之規範目的與刑法不同，民事責任在於填補損害，刑事責任在於懲罰犯罪，因此多數學者認為民法之過失功能與認定標準，應有別於刑法。對過失之非難，無論是「應注意並能注意而不注意」或「預見其能發生，而確信其不發生者」，均指行為人得預見其行為之侵害結果而未為避免而言，準此而言，對侵害結果的預見性及可避免性，構成了注意之必要條件³⁵。原則上，行為人在法律上並無對任何人負擔防範損害發生之一般性注意義務，必須行為人對被害人負有注意義務外，且違反其注意義務致生損害於被害人時，始成立過失責任。學者認為，過失內涵應於判斷客觀上行為人具有注意義務且違反注意義務後，繼而判斷行為人對此情形有無預見或避免可能性，亦即過失之內涵，應建立於行為人對於「注意義務有無以及違反義務」之預見可能性或避免可能性³⁶。

關於行為人之注意程度，我國實務採取善良管理人之注意程度，作為判斷行為人是否違反注意之標準³⁷。所謂善良管理人之注意程度，係以一般具有相當專業知識經驗且勤勉負責之人，在相同之情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準³⁸；其認定過程係將行為人具體的「現實行為」，衡諸善良管理人在同一情況的「當為行為」，若認定其有差距，即行為人的行為低於注意標準，為有過失。善良管理人之注意程度，係一種客觀化、類型化的過失標準，

³⁵ 王澤鑑，前揭註 33，頁 333-334。

³⁶ 陳聰富（2017），《侵權行為法原理》，頁 201-202，台北：元照。

³⁷ 最高法院 19 年上字第 2746 號判例：「因過失不法侵害他人之權利者，固應負損害賠償責任。但過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷者，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失。」

³⁸ 陳忠五（1999），〈校園學生事故中應負損害賠償責任之人〉，《台灣本土法學雜誌》，創刊號，頁 81-82。

即行為人應具其所職業(如醫師、律師、商品製造者)或某種社會活動的成員(如汽車駕駛人)或某年齡層(如老年人或未成年人)通常所具的智識能力³⁹。

學者認為，行為人是否具有過失，應探討係行為人之行為，而非行為人之心理狀態。行為人是否違反注意義務，應自客觀上具有良知與理性之人，所可能具有之注意能力，加以判斷⁴⁰。醫療過失概念客觀化，即是將個別醫療人員於損害發生時事實上之注意能力予以抽離，而轉化為一般理性專業的醫療人員處在相同情況下應有之注意能力；此注意能力係一種客觀行為準則，亦即醫療專業上之行為規範或技術規則⁴¹。醫療過失作為一種歸責事由，目的在正當化醫療機構、醫事人員之醫療責任，說明其所以負責之理由；醫療過失作為一種責任要件，目的在合理分配醫療風險，避免醫療機構、醫事人員動輒得咎，過度承擔責任。醫療過失藉由醫療專業觀點，適度限制醫療風險承擔、以實現道德非難、預防損害、確保專業裁量自由與維護職業尊嚴等功能⁴²。

過失責任之課予，意涵著行為人必須改變其行為模式或採取避免損害發生的方法，無論何者，均隱含著行為人與社會成本的付出⁴³。鑑於醫療職業之特性（醫學知識之有限性、醫療效果之不確定性⁴⁴）、醫師有依法不得拒絕病人之救治義務⁴⁵，以及醫師的醫療行為並非創造風險，而是攔截風險⁴⁶等原因，是否應使醫療機構、醫事人員之注意標準，與善良管理人應有之注意程度有所不同，學說及實務產生分歧。不但我國有此情形，國外亦如此。

³⁹ 王澤鑑，前揭註 33，頁 334-335。

⁴⁰ 陳聰富，前揭註 36，頁 229。

⁴¹ 陳忠五，前揭註 33，頁 9。

⁴² 陳忠五，前揭註 33，頁 14。

⁴³ 陳聰富，前揭註 36，頁 605。

⁴⁴ 西方現代醫學之父 Sir William Osler 曾說：「Medicine is a science of uncertainty and an art of probability.」

⁴⁵ 醫師法第二十條、醫療法第六十條。

⁴⁶ 楊秀儀（2018），〈論醫療過失：兼評醫療法第 82 條修法〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 76。

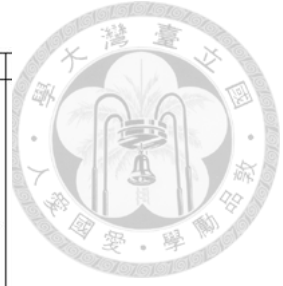


第二項 醫療法之修正

我國醫療法第八十二條在去年年底進行了內容修正⁴⁷，為使刑法過失之判定明確化及合理化、以及考量到醫療環境之安全性及完善性，會明顯影響醫事人員執行業務之結果，且醫事人員多屬受聘性質，所負之責任應小於醫療機構，因此立法者將醫療機構與醫事人員之民事過失責任，從原本相同之注意標準修正成不同標準（條文從原本同屬第二項之規定，分開成第二項為醫事人員之民事責任規定與第五項為醫療機構之民事責任規定），並新增修醫事人員之刑事過失責任規定（條文第三項），以及將過失之定義明文化（將過失定義為違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量），並且參酌衛生福利部醫療糾紛鑑定作業要點來增訂醫事人員注意義務之判別標準（條文第四項）（圖一）⁴⁸。

⁴⁷ 我國醫療法第 82 條新修正之內容於 2017 年 12 月 29 日在立法院三讀通過。立法院網站，<http://misq.ly.gov.tw/MISQ/IQuery/misq5000QueryBillDetail.action>（最後瀏覽日：03/01/2018）

⁴⁸ 醫療法第八十二條新修正之內容：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意（第一項）。醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任（第二項）。醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任（第三項）。前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷（第四項）。醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任（第五項）。」立法院公報處（2018），《立法院公報》，107 卷 9 期，頁 128-130。



修正條文 ⁴⁹	現行條文 ⁴⁹
<p>第八十二條 醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。⁴⁹</p> <p>醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或<u>違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限</u>，負損害賠償責任。⁴⁹</p> <p>醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。⁴⁹</p> <p>前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。⁴⁹</p> <p>醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或<u>過失</u>為限，負損害賠償責任。⁴⁹</p>	<p>第八十二條 醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。⁴⁹</p> <p>醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或<u>過失</u>為限，負損害賠償責任。⁴⁹</p>

圖一 醫療法第八十二條之內容修正

立法理由開宗明義就表示：「近年醫療爭議事件動輒以刑事方式提起爭訟，不僅無助於民眾釐清真相獲得損害之填補，反而導致醫師採取防禦性醫療措施，甚至導致醫學生不願投入高風險科別。」但將醫療法第八十二條條文修正成上開內容，真能達到立法者所希冀減少民眾提起醫療刑事訴訟之目的？其實從院會紀錄可知，立法者瞭解要達到減少醫療爭議事件進入法院訴訟之關鍵，在於訴訟外紛爭解決機制之法制的建立⁴⁹，因為實體法之修正，並無法減少民眾發動刑事程序之慾望，無論將實體法的構成要件限制得多麼嚴苛，只要病家願意，依舊可以向檢察官提起告訴或委任律師提起自訴⁵⁰，縱然醫方最後可以因構成要件嚴格適用之緣故而獲得無罪判決結果，但偵查或訴訟過程的煎熬仍無法避免，本次修法仍無法免除醫師刑事訟累之苦。我國在 2004 年增訂醫療法第 82 條第二項規定，使醫療行為無消費者保護法之服務責任適用時，曾有學者認

⁴⁹ 立法院公報處，同前註，頁 114-141。

⁵⁰ 王皇玉（2013），〈論醫療刑責合理化〉，《月旦法學雜誌》，213 期，頁 91。

為，該內容之增訂，除可確定醫療責任為過失責任外，亦具有抑制醫療訴訟成長之功能；但從實證研究發現，似乎不然，實體法修正並無法減少醫療訴訟案件之產生⁵¹。

若從病方角度來思考醫療訴訟之發動，在我國以糾紛發動者角度所進行之實證研究中，發現多數病患與家屬在面對醫療爭議時會選擇採取行動，而最常見之行動方式係「直接和醫方主張」；而病患選擇以刑事程序來處理醫療糾紛之目的，多數係想要知道事實真相，而在提出民事訴訟方面，亦是以知道事實真相為目的者為多⁵²。但目前我國衛生福利部醫事審議委員會之醫事鑑定小組僅接受來自司法機關跟檢察機關的委託鑑定，換言之，醫事鑑定小組並不接受民間私人委託鑑定⁵³，因此病方若不藉由訴訟途徑方式，將無法得到醫審會的鑑定報告來釐清事實之真相。建立起完善之訴訟外紛爭解決機制，提供病人與家屬接近事實真相之管道，在醫院第一現場進行溝通調解，或許才能真正解決醫師訟累之苦，進而達到醫、病、社會三贏之局面⁵⁴。

⁵¹ 沈冠伶（2017），《民事醫療訴訟與紛爭處理》，頁 257，台北：元照。

⁵² 黃鈺嫻、楊秀儀（2015），〈病人為何要告醫師？以糾紛發動者為中心之法實證研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44 卷 4 期，頁 1857-1871。亦有其他學者進行相同研究而得到相似結果，參閱陳怡成、謝哲勝、劉梅君、陳學德、陳運財（2016），《醫療糾紛處理面面觀》，頁 9-10、138-142，台北：元照。

⁵³ 醫療糾紛鑑定作業要點第二點：「本部辦理醫療糾紛鑑定案件，依醫療法第 98 條規定，以司法或檢察機關之委託為限。下列情形，不予受理：（一）當事人或非司法、檢察機關之委託。（二）對於器官、組織或檢體之病理檢查。」

⁵⁴ 許多實證研究均發現，在民事方面，病方在醫療訴訟的勝訴機率低，訴訟期間長，賠償金額亦未較高；在刑事方面，檢察官對醫師的起訴率低，起訴後的定罪率低，定罪後的服刑率低，足見司法訴訟程序並非病人解決醫療糾紛之良方。沈冠伶，前揭註 51，頁 25-38；吳俊穎、陳榮基、楊增暉、賴惠蕓、翁慧卿（2014），《實證法學：醫療糾紛的全國性實證研究》，頁 91-100、167-171、225-246，台北：元照；黃鈺嫻（2014），《美國道歉制度沿革及啟示—告別對立走向對話》，頁 7-13，台北：元照；陳學德、陳聰富、楊秀儀、林鈺雄、蔡秀男、吳志正、姚念慈、沈冠伶、莊錦秀（2014），《醫療糾紛處理之新思維（一）：以臺中地院醫療試辦制度為中心》，頁 62-66，台北：元照；陳學德（2014），《臺中地院醫療調解、諮詢、鑑定制度經驗分享》，頁 25-26，台北：元照；劉邦揚（2011），〈我國地方法院刑事醫療糾紛判決的實證分析：2000 年至 2010 年〉，《科技法學評論》，8 卷 2 期，頁 284-291；楊秀儀（2014），〈臺灣醫療糾紛之迷思與真相—十五年回顧與展望〉，《月旦民商法雜誌》，45 期，頁 68-72；劉邦揚（2016），〈刑事醫療糾紛判決於上訴審的實證考察〉，《中研院法學期刊》，18 期，頁 284-307；吳俊穎、楊增暉、陳榮基（2017），〈醫療訴訟之實證研究—民事案件之上訴率及其維持率〉，《國立中正大學法學集刊》，55 期，頁 150-157；吳志正（2017），〈醫療過失刑罰化之現況與變革〉，《月旦醫事法報告》，13 期，頁 23-31。

但醫方若採取誠實策略，當病人因為醫療過失而受到傷害時，醫方主動向病人說明事實與道歉，並提供合理之賠償，此舉不但會贏得病人的信任，亦會減少醫方訴訟案件之數量並降低

第三章 醫療過失之判斷



第一節 外國學說與實務發展

我國醫療發展深受美國與英國影響，像係現在所重視之精準醫療（precision medicine）、個人化醫療（personalized medicine）、實證醫學（evidence-based medicine）、轉譯醫學（translational medicine）等重要醫學概念均是受英美所影響。因此，關於醫療法制發展與學說解釋，英美實務學說之經驗，或許亦可提供我們作為參考；而目前我國實務上關於醫療過失判斷所採之「醫療水準」注意標準係源自日本，因此瞭解日本實務學說發展，亦深具重要性。

第一項 英美法院

英美法上係以「過失侵權責任」（negligence）論斷醫療人員之民事責任；而過失侵權責任之成立，必須具備三個要件：1.注意義務（duty of care）之存在；2.注意義務之違反（breach of duty）；損害（damage）發生與注意義務之違反具備因果關係（causation）。要言之，必須加害人對被害人具有注意義務，且加害人之行為違背此注意義務導致損害之發生，始成立過失侵權行為。因此，英美法院於個案中首先判斷加害人對被害人具有注意義務後，再進一步判斷加害人之行為是否低於必要之「注意標準（standard of care）」，若行為人未達應符合之注意標準時，即有注意義務之違反，而具有侵權責任之過失⁵⁵。

醫院為訴訟支出之成本與賠償之金額。蔡甫昌（譯）（2009），《臨床生命倫理學》，2版，頁176-186，台北：財團法人醫評暨醫療品質策進會；蔡秀男（2015），《醫療糾紛之爭點整理與調解》，頁104-111，台北：元照；黃鈺嫻、楊秀儀（2014），〈訴訟外醫療糾紛處理機制—認錯、道歉有用嗎？美國道歉法制度沿革與啟示〉，《月旦法學雜誌》，230期，頁148-149。

⁵⁵ Edwin Peel & James Goudkamp, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 8-04 (2014).

英美法就注意標準一般係採「理性人 (reasonable person)」之注意標準，亦即判斷加害人是否盡到一位通常理性之人於相同或類似情況下所應盡到之注意義務。若加害人之過失侵權行為係涉及專業行為 (professional conduct) 之執業疏失 (malpractice)，例如醫療疏失，則判斷加害人執行專業提供服務時，其所使用之技術知識，是否係為相同團體行業成員通常擁有之技術知識水準⁵⁶。

對於醫師注意義務違反之認定，曾有一段時期英美學說與法院認為醫療人員應自行建立其注意標準，醫師關於醫療過失之注意義務，應依據其醫療慣例 (professional custom) 判斷，而非由法院基於理性人之標準判斷。所謂醫療慣例、醫療慣行或醫療常規 (professional custom)⁵⁷，係指在臨床現場，一般平均醫師之間廣泛從事之醫療方法，亦即醫師之間依其職業上通常之實務運作，所形成之醫療慣行。醫師遵循其職業上通常之實務運作，即無需對損害之發生負責。從而，在醫療過失案件，原告應證明醫師行為不符合醫療常規；反之，被告若證明其行為符合醫療常規，即無須負擔過失責任⁵⁸。

醫療過失之認定，採取醫療常規之注意標準，約有以下理由：1. 職業常規係已存在之可預見標準，可以作為一個較為客觀的過失判定基準。在個案中，職業常規可以避免法院對原告過於憐憫，而產生不公正之裁判結果。2. 職業常規可以提供符合實務需求的判斷標準，而非抽象無法達成之準則，可以避免法院因不瞭解醫學專業，而設定超越實務所能達成之標準。3. 依據職業常規，專門職業人員將依據一個中等以上之標準而行為，足以促進醫療人員隨時注意其他成員的職業進展⁵⁹。

惟近年，英美法院又逐漸回歸至一般過失侵權行為所採之理性人標準；原因是法院開始思考醫師所採之醫療慣例是否真的符合病人利益？蓋醫師亦是一般

⁵⁶ Page Keeton, *Negligence-The Standard of Care*, 10 TEX. TECH L. REV. 356-57 (1979).

⁵⁷ Professional custom 或 customary practice，字義上雖為「醫療慣例」，但我國實務上一般均使用「醫療常規」一詞，與日文文獻所稱之「醫療慣行」，均屬同一概念。

⁵⁸ Theodore Silver, *One Hundred Years of Harmful Error: The Historical Jurisprudence of Medical Malpractice*, 1992 Wis. L. Rev. 1193, 1211-13(1992).

⁵⁹ Clarence Morris, *Custom and Negligence*, 42 Colum. L. Rev. 1147, 1163-67(1942).

人，難免具有自利、自我防衛的心態，醫病之間亦有可能發生利益衝突（受雇醫院的績效制度、藥廠的饋贈）；醫療機構基於營運成本考量，所設立之醫療慣例，是否符合病人之最大利益，亦非無疑。在醫療商業化的時代，醫療人員所為之醫療行為，是否形成有利於病人之常規，足以支撐傳統上對於醫療人員之信賴，實有疑慮。

亦有論者表示，在醫療過失案件中，採用醫療常規作為判斷醫師是否具有過失之標準，是「讓醫療專業人員享有他人無法享有之特權，由醫療人員採用自己的實務運作，自己設定法律上之行為標準⁶⁰。」；在醫療常規之注意義務標準下，法院所認定者，並非醫師應如何從事醫療行為，而是醫師是否符合醫療人員通常所為之行為。法院具有的價值判斷，由醫療人員所取代；法院的工作，僅止於決定被告是否符合醫療專業規範。換言之，醫療過失判斷遵循醫療常規標準，將使醫療專業凌駕於法律之上⁶¹。

英美法院已經揚棄單純以醫療常規作為醫師行為過失與否認定之標準，醫療常規僅係認定醫師行為是否具有過失之參考因素之一；醫師行為是否具有過失，仍應回歸一般過失認定之標準，亦即以理性謹慎之醫師的注意程度，依據個案判斷之⁶²。

第二項 日本法院

日本法院關於醫療過失認定之標準，在「醫療水準」理論提出之前，係採以「通常醫師標準」為依據，亦即以「醫療常規」作為判斷標準，探討醫師實施之醫療行為，是否符合醫療專業團體中之醫師平均水準。但以「醫療常規」作

⁶⁰ See Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on Torts*, 89 (Minnesota: West Publishing Co.).

⁶¹ Philip Peters, *The Role of the Jury in Modern Malpractice Law*, 87 Iowa L. Rev. 909, 913, 917 (2002).

⁶² *Id.* at 913-916; John Powell et al. (eds.), *Jackson & Powell on Professional Liability*, 916-26 (London: Sweet & Maxwell, 2007).

為醫師過失認定之傳統見解，在 1961 年的東京大學附屬醫院輸血致感染梅毒案件，被最高裁判所廢止⁶³。

案例事實係被害者因子宮肌瘤住院，因有輸血必要，被告醫師即找了一位職業供血者的血液，而對於持有血液介紹所之會員證以及血清反應陰性檢查證明書之供血者，在醫師採血之醫療常規中，即省略問診確認供血者有無感染梅毒之可能性，只要詢問身體是否健康即可抽血；但本案供血者其實於兩周前有與應召女郎發生性行為，因而患有梅毒，因此在被害者接受供血者血液後，亦被感染梅毒。

訴訟中，被告醫師即以醫療常規中醫師無須再行問診作為抗辯，法院認為：「醫師係從事管理人的生命健康之工作，應依其業務之性質，為防止危險而盡到實驗上必要之**最善的注意義務**。注意義務之存否，係屬法律判斷決定之事項，**醫界之慣行，僅係法官判斷過失輕重與其程度時參酌之事項而已**，並無法直接否定醫師問診確認之注意義務。」因此被告醫師對於梅毒感染之危險，具有具體詳細之問診義務，其怠於詢問，未盡到最善之注意義務，具有過失⁶⁴。

嗣後，在 1982 年的高山日赤醫院之早產兒視網膜病變案件，法院確立作為醫師注意義務標準之「醫療水準」標準。醫療水準理論的討論，源於 1974 年（昭和 49 年）高山日赤醫院的早產兒視網膜病變案件⁶⁵。

早產兒因出生時器官還未發育完整，故出生後通常須放置於保溫箱給予特別照護，有呼吸困難者，尚需給予人工氧氣。惟因早產兒之網膜血管尚未成熟，在高濃度氧氣供給中，血管會強烈收縮因而導致血流停止，使網膜發生欠血之情形。網膜為了補足氧氣之不足，將增生其血管數量，新生之網膜血管因易被

⁶³ 陳聰富，前揭註 16，頁 333；朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富（2008），《醫療過失舉證責任之比較》，頁 20-22，台北：元照。

⁶⁴ 曾淑瑜，前揭註 11，頁 251-252；陳聰富，前揭註 16，頁 333-334；廖建瑜（2017），〈醫療水準與醫療慣行之注意義務〉，《月旦醫事法報告》，10 期，頁 91；朱柏松（1998），〈適用消保法論斷醫師之責任〉，《國立臺灣大學法學論叢》，27 卷 4 期，頁 54-55。

⁶⁵ 陳聰富，前揭註 16，頁 337；黃鈺嫻（2005），〈從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定〉，《律師雜誌》，308 期，頁 42。

穿透，即有可能引起視網膜剝離而導致失明發生。日本天理病院永田誠醫師於 1967 年發現光凝固法有助於治療早產兒網膜病變，並將之發表於專門期刊；1972 年時，光凝固法已累積不少成功案例，並獲得專家一致肯認；日本厚生省為了統一此疾病之診斷與治療，故於 1974 年成立專案團隊，針對此疾病做鑽研議論，並於 1975 年發表「早產兒網膜病變之診斷及治療基準研究報告」於眼科學會會誌；從此，關於早產兒視網膜病變即有一明確的治療基準。

當時在 1974 年高山日赤醫院的早產兒視網膜病變案件，本案早產兒在保溫箱中發生視網膜病變，醫師係施以傳統治療方法而非施以光凝固法治療；待病情惡化時，醫師始將幼童轉院至具有實施光凝固法之其他醫院，但因轉院遲延以致幼童雙眼失明。本案法院認為，被告醫師對於當時已存在之有效治療方法（光凝固法）及其他醫院具有該治療方法等資訊，對病人具有說明義務，因此被告醫師違反說明義務以及遲延轉院之行為，具有過失。

本件判決引起日本醫界強烈反彈，因光凝固法在當時尚未確立為視網膜病變之有效治療方式，法院之判決無疑係以當時醫學發展之「醫學水準」作為過失認定之基礎。

為了回應上述法院見解，日本松倉豐治教授提出「醫療水準」之概念，以與「醫學水準」相區別。松倉教授認為，「**醫學水準**」係指醫學學術研究上的水準；而「**醫療水準**」係指在醫學水準下，臨床醫療上已經達到一般醫師普遍實施之治療方法。「醫療水準」之診療方法，係廣泛為一般專科醫師所認識，在臨床醫學界經過廣泛介紹而獲得共識，且具有臨床實踐可能性之醫療方式⁶⁶。

在「醫療水準」概念提出後，在 1982 年高山日赤醫院早產兒視網膜病變判決中，法院認為在光凝固法之安全性及療效未確立前，醫師並無告知病人轉院之義務，**醫療過失之判斷，應以診療當時臨床醫學實踐上之醫療水準為標準**。本案重要意義，在於確立醫師或醫療機構注意義務標準為「診療當時臨床醫學實

⁶⁶ 曾淑瑜，前揭註 11，頁 249；陳聰富，前揭註 16，頁 337-338。

踐上之醫療水準」；嗣後日本法院即據此認為，未符合診療當時醫療水準之診斷治療方法，即為未盡適當注意義務。「醫療水準」概念，最初雖然僅是松倉教授對於早產兒視網膜病變案件所提出之學說見解，但由於該案件相關訴訟在日本甚多，學說在不斷被引用情況下，「醫療水準」概念似乎已成多數見解⁶⁷。

然則「醫療水準」之具體內涵究竟為何？亦即，何種程度之醫療行為始符合該醫療行為之醫療水準？經由日本學者與實務不斷地闡述思索，咸認為一個特定醫療行為要成為醫療水準，必須經過下列三個過程始可一及：第一個過程是經驗階段（醫師針對某一疾病之診斷治療方法，不斷地思索確認驗證。此時僅是醫師個人之經驗，並未成為一客觀評價）；第二個過程是客觀化階段（原屬個人經驗之診療方法，經由不斷地在學會、期刊發表，引起同持關心之醫師、學者加入，致使該特定診療方法具有客觀化、科學化之結論）；第三個過程是普及化階段（該特定診療方法經歷學會專題討論或政府官方報告、或已於醫學相關書籍記載）。至此階段之診療方法，已獲得客觀之肯定、相當程度之普遍化，應可期待一般執業醫師皆有所知悉，始能以此為該醫療行為之醫療水準，並當作論斷醫療過失成立之依據⁶⁸。

當一特定醫療行為成為醫療水準的過程，該醫療行為知識之普及化，通常是由具有先進研究能力之大學附屬醫院或專門醫院開始，再逐漸傳遞至各地方重要性綜合醫院、小規模醫院，最後再滲透至一般開業診所。因此，從醫療水準之形成過程，醫療水準之確立應因醫療機關不同而異其時間點，依照不同之醫療機關來個別認定，對於設備先進之醫療院所應課予較高的注意義務⁶⁹。大體上言，醫學中心之醫療水準高於區域醫院，區域醫院之醫療水準高於地區醫院，而醫院醫療水準高低之判斷，非僅取決於醫院規模大小與病床數量之多寡，須綜合考量醫療人員臨床技術及醫院醫療設備等各方面因素⁷⁰。

⁶⁷ 朱柏松，前揭註 64，頁 57。

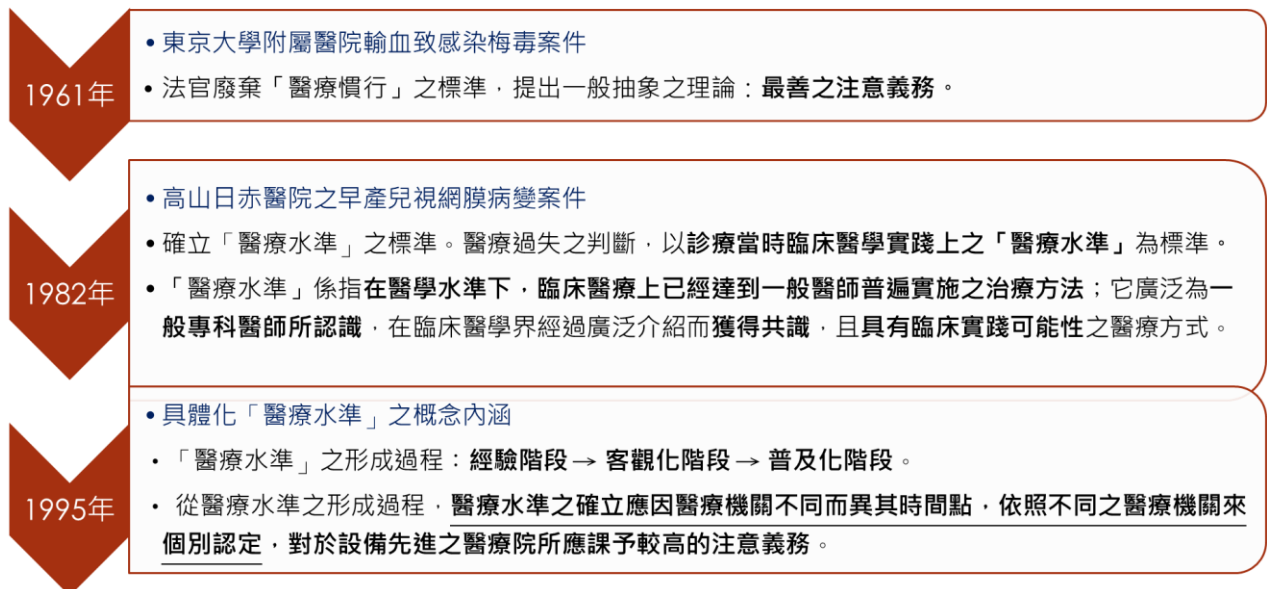
⁶⁸ 朱柏松，前揭註 64，頁 57-59；黃鈺嫻，前揭註 65，頁 43-44。

⁶⁹ 廖建瑜，前揭註 64，頁 88-89；黃鈺嫻，前揭註 65，頁 45-46。

⁷⁰ 曾淑瑜，前揭註 11，頁 256-258。

故醫療水準所強調者，不只是注意義務之標準係以診療當時臨床醫學實踐上之醫療知識為準，亦重視注意義務會隨著醫師所處之醫療機構及醫療知識之普及產生不同的要求基準。因此，醫療水準應作為動態理解，而非作為全國一致相同之過失判斷標準。學說上雖認為其有礙於法安定性，但適足以表現過失認定之特質。醫療常規作為醫師平均行為之標準，具有合理性；在現實臨床實踐上，亦具有合理實現可能性。但醫療常規並非醫療水準，它僅係認定醫療水準時，重要之間接事實而已⁷¹。

日本實務一系列判決，從東京大學附屬醫院輸血致感染梅毒案判決所採取一般抽象之「為防止危險而盡到實驗上必要之最善的注意義務」，至高山日赤醫院之早產兒視網膜病變案判決所揭示醫師之注意義務標準，係以「診療當時臨床醫學實踐上之醫療水準」為標準。日本實務致力於將法律意義上抽象之醫療水準，能夠適用於具體個案上，於是醫療水準注意義務之判斷標準，便逐漸具體、漸趨清楚（圖二）。



圖二 日本醫療過失判定之發展

⁷¹ 曾淑瑜，前揭註 11，頁 252。



第二節 我國學說與實務發展

關於過失認定之標準，我國實務係採醫療常規或醫療水準作為判斷標準；學者則有主張應採醫療常規、醫療水準或理性醫師作為判斷標準。

第一項 醫療常規

我國所稱之醫療常規即係前述英美法上之醫療慣例（professional custom），指在臨床現場，一般平均醫師之間廣泛從事之醫療方法⁷²；實務上稱：「醫療成員之平均、通常具備之技術⁷³。」醫事糾紛鑑定初鑑醫師指引手冊（第三版）則有更詳盡之說明：「醫療常規是指臨床醫療上，由醫療習慣、條理或經驗等所形成之常見成規。須具備以下要件：(1) 適應性：為保持或增進病人健康，必要且相當之醫療行為。(2) 適正性：符合當時當地之醫療水準，以一般醫學上所承認之方法進行醫療行為。(3) 實踐性：在臨床醫療上，已獲同級醫院、同專科醫師階層內普遍認同。(4) 倫理性：醫療倫理規範由各醫院自行訂定，但是目前醫界所共同遵守的倫理守則，則為由生命倫理學所形成的四原則，即尊重自主、不傷害、行善及正義⁷⁴。」

醫療常規之注意義務標準在我國實務深具重要性，我國實務判定醫師是否應負醫療過失責任，經常以其醫療行為是否符合醫療常規為準。最高法院 103 年度台上字第 2070 號民事判決：「按醫療行為具有其特殊性及專業性，醫療行為者對於病患之診斷及治療方法，應符合醫療常規（醫療準則，即臨床上一般醫

⁷² 陳聰富，前揭註 16，頁 316。

⁷³ 臺灣高等法院臺中分院 103 年度醫上字第 1 號民事判決：「醫師法第 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」，則醫師執行醫療業務是否未盡注意義務，應依其專業能力，以「醫療成員之平均、通常具備之技術」為判斷標準。苟醫師以依其專業能力符合醫療常規之方式對病人為診療行為，即難謂其醫療行為有何未盡注意義務之情形，自不能認其具有過失。」

⁷⁴ 黃富源主編（2012），《醫事糾紛鑑定初鑑醫師指引手冊》，3 版，頁 11-12，台北：財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會。

學水準者共同遵循之醫療方式)。而所謂醫療常規之建立係賴醫界之專業共識而形成，如醫界之醫療常規已經量酌整體醫療資源分配之成本與效益，就患者顯現病徵採行妥適之治療處置，而無不當忽略病患權益之情形，自非不可採為判斷醫療行為者有無醫療疏失之標準。」、最高法院 104 年度台上字第 700 號民事判決謂：「醫療過失判斷重點，在於實施醫療之過程，而非結果。亦即法律並非要求醫師絕對須以達成預定醫療效果為必要，而係著眼於醫師在實施醫療行為過程中恪遵醫療規則，且善盡注意義務。醫師實施醫療行為，如符合醫療常規，而被害人未能舉證證明醫師實施醫療行為過程中有何疏失，即難認醫師有不法侵權行為。」、最高法院 106 年度台上字第 2191 號民事裁定：「被上訴人馬○○、蔡○○、沈○○任職於被上訴人國立臺灣大學醫學院附設醫院，渠等對孫○○之診療、處置及所給予藥物，均符合醫療常規，已盡醫師之注意義務為最適當之治療，並無任何疏失等情，……。依首揭說明，應認其上訴為不合法。」

此外，在醫療事故案件，我國實務送請專業機構鑑定時，經常強調鑑定機構應依據醫療常規作成鑑定結果。最高法院 93 年度台上字第 1628 號民事裁定：「經將上訴人所有之病歷資料送請行政院醫事審議委員會基於醫學知識及現行醫療常規鑑定結果，被上訴人甲○○診療上訴人之過程及使用活性維他命 D 3 靜脈注射，其藥劑量及頻率均未超過治療副甲狀腺亢進所建議之用量，每月亦定期監測其血中鈣、磷值，並追蹤血鈣值及調整用藥，包括停用鈣片、使用低鈣透析，或暫時性停用維生素 D，已盡用藥之定期監測及適時調整藥物劑量之能事，無法認定甲○○對上訴人之治療行為，有何故意侵權或不當之醫療疏失。」

需特別注意的，注意義務之判斷係以「行為時」之醫療常規為斷。在最高法院 86 年度台上字第 1731 號民事判決乙案，原告於民國 73 年在台大醫院被診斷出右眼視神經萎縮及左眼白內障，因此由被告醫師施行兩階段之白內障囊內摘

除術與前房人工水晶體植入手術來治療眼疾；術後，原告左眼產生角膜代謝失償症，視力最終僅餘光覺。高等法院認為，施行白內障囊外摘除術與後房人工水晶體植入手術可減少術後合併症發生，是較安全之手術，而被告醫師未採用，因此須對原告負民事賠償責任。但最高法院認為，施行白內障囊外摘除術與後房人工水晶體植入手術雖是較安全之手術，惟當時並不盛行，一般醫院仍採囊內摘除術，因此以被告醫師因施行囊內摘除術併植入前房人工水晶體治療原告眼疾而應負過失侵權行為責任，稍嫌速斷。

雖然醫療常規在實務上深具重要性，但有論者質疑：（1）醫療常規是否確實存在？因為每個醫療案件，其病患之疾病情況以及個人偏好需求均不同，醫療行為如何予以標準化；並且每位醫師對於相同疾病之治療方式未必相同，對於共識之形成，甚為不易。而在現代醫療診治過程，逐漸重視病人自主權，強調患者在醫療決策形成過程之參與，而每位病人對於接受醫療所生風險之程度與個別經濟能力均不同，對於形成醫療常規之共識更為困難⁷⁵。（2）醫療常規是否符合病人利益？現在醫療事業幾乎為醫療機構所控制。醫療機構基於營運成本考量，所設立之醫療常規，是否符合病人之最大利益，尚有疑問⁷⁶。

學者認為，所謂專門職業常規，係依據社會上不同產品與服務，基於損害與利益之衡量，職業人員對於損害發生之防免而採取一定的措施處置，進而形成特定職業人員的行為模式，即為該行業的職業常規。職業常規固然經常與理性之職業人員的注意程度相符，但若衡酌事件發生情狀，某職業行為相較於職業常規，具有更高的安全可能性時，符合職業常規之行為未必符合理性之職業人員的注意標準，因此醫療常規或許可作為推定醫師的醫療行為符合注意義務之參考，但非作為直接認定醫療行為過失存否之標準⁷⁷。

⁷⁵ 陳聰富，前揭註 16，頁 323-325。

⁷⁶ 陳聰富，前揭註 16，頁 325-328。

⁷⁷ 陳聰富（2014），《醫療侵權行為之構成要件分析》，頁 40-41，台北：元照。



第二項 醫療水準

我國學說經常提及的「醫療水準」注意標準，係源自於日本⁷⁸。我國實務在不少醫療案件中曾明確採用醫療水準作為醫療人員注意義務之標準，像在臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上字第 3 號民事判決：「所謂醫療過失，係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務而言。惟因醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，應以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務。原則上醫學中心之醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，一般診所最後；專科醫師高於非專科醫師。尚不得一律以醫學中心之醫療水準資為判斷標準。」其中所謂「以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準」以及「原則上醫學中心之醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，一般診所最後」即為日本法上之「醫療水準」注意標準。

在臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事判決：「臺大醫院既於胡○○急診時，安排腹部超音波檢查與電腦斷層掃描檢查，足證依照 97 年間台灣地區醫療水準，應實施該等檢查以確認或排除胡○○持續腹痛之可能原因。而顏○○為接受轉診之醫師，理應有更高程度之注意義務，更應運用一切可能之疾病檢查工具以確認病症。此外醫療行為係以實現病人最佳利益為最高原則，因此所謂醫療常規若與當時醫療水準不符，則醫師即應實施符合當時醫療水準與病人最佳利益之醫療行為。故顏○○未於 97 年 11 月 3 日安排胡○○接受腹部超音波檢查與電腦斷層掃描檢查，並不符合當時醫療水準而有過失。」本案法院認為，醫師的處置雖有符合醫療常規但未達醫療水準之程度，故認定醫師處置有過失。

醫療水準係屬規範性概念，為當事人雙方利益調整、價值判斷之基準。它並非固定不變之標準，而係依據個案衡量醫病雙方之利益作判斷，因此學者認為

⁷⁸ 曾淑瑜，前揭註 11，頁 249-263；廖建瑜，前揭註 64，頁 87-90；朱柏松，前揭註 64，頁 52-63。

醫療水準之標準與理性醫師之標準並無不同⁷⁹。而在去年一件重要矚目之醫療案件⁸⁰，最高法院再次宣示注意義務應採「醫療水準」注意標準⁸¹，可知「醫療水準」注意標準在我國司法實務亦相當重要。



第三項 理性醫師

關於醫療過失責任之成立，學說或司法實務上出現別於一般過失成立之判斷，而提出「醫療常規」與「醫療水準」之注意標準，毋寧係基於醫療職業之特性，認為有提出異於一般過失責任判斷標準之必要。

行為人是否具有過失，學說與司法實務認為應採取「理性人之標準」，即以一個具有良知與理性而小心謹慎之人，在行為人的環境下，是否能夠避免相同損害發生，作為判斷標準。若理性之人在行為人相同環境條件下，仍無法避免相同損害之發生，行為人則無須為該損害擔負過失責任；若理性之人，依其通常注意程度，將可避免相同損害之發生，行為人則須為該損害擔負過失責任。在社會上提供專門服務之人，無論何種職業，均需具備高於一般人在其職業範圍內所具有的技術與知識，因此職業人員之行為是否盡到應有之注意義務，應依據從事相同職業之人，所共同具有之技術與知識予以判斷。是以，所謂職業人員之過失，係指與行為人從事相同職業行為之人，依據共同具有之技術與知識，應為一定之行為而未為，致生損害者而言。「知識與技術」經常影響其察知危險之存在，以及避免防止損害發生的能力，專門職業人員應利用該知識技

⁷⁹ 理性醫師之標準係陳聰富教授所提倡之注意義務標準。陳教授認為，注意義務之標準應回歸一般過失標準之認定（善良管理人之注意義務），法院應綜合考量所有因素來作判斷而非僅審酌醫療常規因素。陳聰富，前揭註 16，頁 364。

⁸⁰ 今日新聞，<https://www.nownews.com/news/20170605/2550304>（最後瀏覽日：03/01/2018）。

⁸¹ 最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決：「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。」

術，以盡到應有的危險認知與損害防止義務，因此對於醫師醫療行為的過失認定，應以有經驗專科醫師之專業能力來認定是否具有過失，即係「理性醫師」之注意標準⁸²。

關於過失之認定，實務上認為應以「理性醫師」為注意標準者，如最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決：「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」、臺灣高等法院 105 年度醫上字第 25 號民事判決：「就醫療事故而言，所謂醫療過失行為，係指行為人違反依其所屬職業（如醫師），通常所應預見及預防侵害他人權利之行為義務。從而行為人只要依循一般公認之臨床醫療行為準則，以及正確地保持相當方式與程度之注意，即屬於已為應有之所有注意；但行為人若違反該等醫療行為準則，亦未保持相當方式與程度之注意，則應認為具有過失。」、臺灣高等法院 103 年度醫上易字第 14 號民事判決：「所謂醫療過失行為，係指行為人違反依其所屬職業，通常所應預見及預防侵害他人權利之行為義務，惟醫師之醫療行為，只要依循一般公認之臨床醫療行為準則，以及正確地保持相當方式與程度之注意，以從事醫療行為，即屬於已為應有之所有注意而無過失。」

我國法院向來常以醫師之醫療行為是否違反「醫療常規」，作為認定過失存否之標準；惟學者認為，醫療常規係指一般醫師所依循的醫療行為模式，未必符合理性醫師應為之醫療行為，採取醫療常規作為注意標準，無疑係降低醫師應有之注意標準，且無異將法律上之過失判斷，交由醫療專業團體來決定。法院應依據醫療常規、鑑定意見、臨床指引等規範，考察個別病人之特殊情狀，斟酌系爭案件之病情，某項診斷治療行為之風險、對於病人未為診斷治療所生之損害大小、損害發生之機率、醫師為病人進行某項診斷治療之益處及可能花費

⁸² 陳聰富，前揭註 16，頁 352-363。

的成本，以及病人本身之經濟負擔，予以綜合判斷以作為認定過失存否之依據，對個案所為理性醫師注意義務的綜合評價⁸³



⁸³ 陳聰富，前揭註 16，頁 364-367；吳振吉（2017），〈醫療行為之過失認定－簡評最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決之「醫療常規」與「醫療水準」〉，《月旦醫事法報告》，10 期，頁 83-85。

第四章 實證研究之方法及資料基礎



第一節 研究設計

本文旨在整理醫療糾紛事件之實務判決，從中探詢採取「醫療水準」作為注意義務標準之判決，除了參酌醫療行為是否符合「醫療常規」外，實際上亦會考量哪些情形作為判斷依據。本文亦會觀察實務上採取「醫療常規」或「醫療水準」作為注意義務標準之判決的多寡，以瞭解目前實務上以何種注意標準為多。

本文統計之基礎，係以司法院法學資料庫檢索系統所公布之裁判為範圍：最高法院自一九九六年起、高等法院自一九九八年起、地方法院自一九九七年
起，至二〇一七年一月三十一日止，該資料庫內所收錄之醫療民事判決。全文檢索語詞為「醫療水準」以及「醫療常規」；再就此範圍內之判決逐筆檢視實際判決內容，扣除與廣義醫療行為⁸⁴無關而非屬醫療判決者，例如交通事故案件、保險理賠案件、贈與契約案件、僱傭關係案件、國家賠償等案件，僅留下醫療糾紛案件⁸⁵。

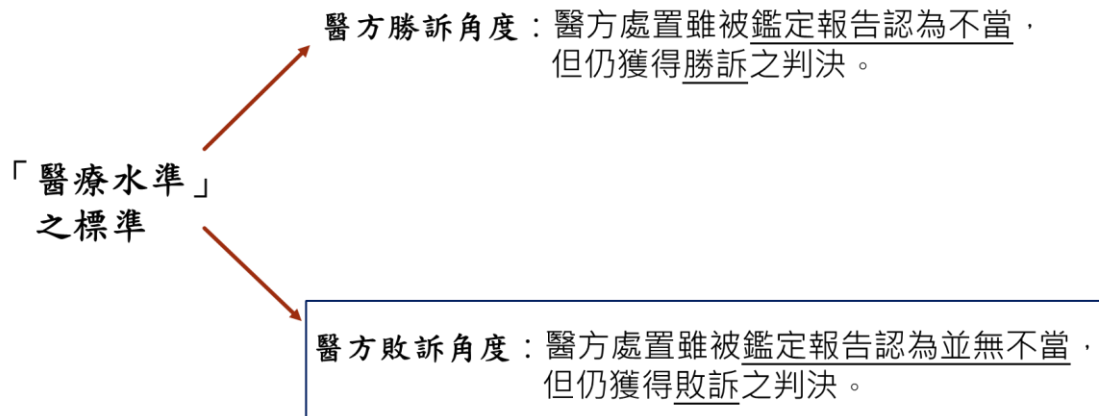
第二節 研究步驟

為了瞭解實務上除了考量「醫療常規」外，實際上亦會審酌哪些情形，可從兩個途徑探知：1. 從醫方勝訴面，挑選出醫方處置雖被鑑定報告認為有不當之

⁸⁴ 在醫療過程中之醫療行為，又分為廣義醫療行為及狹義之醫療行為。廣義醫療行為係與醫學知識和技能有關，會產生衛生上危害的行為（像是調配藥劑、臨床護理行為）；狹義醫療行為，則是指與醫師執行醫療業務有關之行為（像是醫師診斷、治療行為）。沈冠伶，前揭註 51，頁 5-7。

⁸⁵ 在 2012 年 12 月 18 日行政院送交立法院審議之「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」草案第 3 條第一款定義「醫療糾紛」：「指病人認醫療行為有不良結果，而應由醫事人員或醫療機構負責所生爭議」；而同條第二款所謂之「醫療事故」，指「醫療行為與病人發生死亡或重大傷害之結果，有因果關係或因果關係難以排除之情事」。

處，但最後仍獲得勝訴結果之判決，從中分析法院歸責之理由。2. 從醫方敗訴面，挑選出醫方處置被鑑定報告認為無不當之處，但最後仍獲得敗訴之結果，從中分析法院歸責之理由（圖三）。本文從醫方敗訴之途徑著手分析，目的係為找出「醫療常規」以外之法院其他考量以達到損害預防效果（醫方若知悉這些考量，即可提早注意預防，便能避免同樣之損害再次發生）；另一目的係探討這些歸責醫方之理由是否合理公平，是否較「醫療常規」標準更能妥適分配醫療風險於醫病雙方之間。

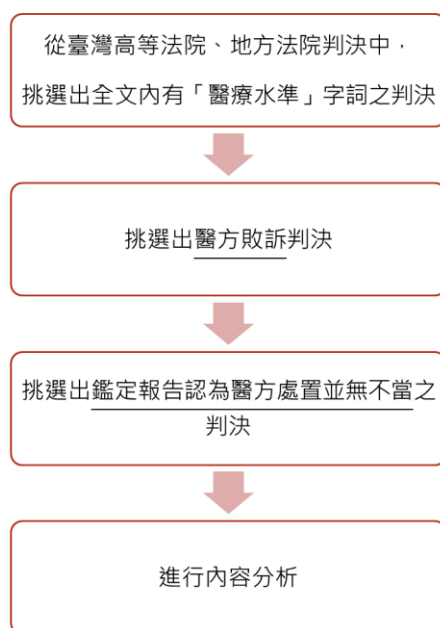


圖三 法院不採鑑定報告之研究途徑

本文從司法院法學資料檢索系統中之醫療糾紛涉訟案件進行分析，步驟如下：(1) 從高等法院、地方法院（事實審法院）⁸⁶之判決中，挑選出全文內有

⁸⁶ 高等法院係指臺灣高等法院、臺灣高等法院臺中分院、臺灣高等法院臺南分院、臺灣高等法院高雄分院、臺灣高等法院花蓮分院、福建高等法院金門分院，共六個高等法院；地方法院係指臺灣臺北地方法院、臺灣士林地方法院、臺灣新北地方法院、臺灣宜蘭地方法院、臺灣基隆地方法院、臺灣桃園地方法院、臺灣新竹地方法院、臺灣苗栗地方法院、臺灣臺中地方法院、臺灣彰化地方法院、臺灣南投地方法院、臺灣雲林地方法院、臺灣嘉義地方法院、臺灣臺南地方法院、臺灣高雄地方法院、臺灣橋頭地方法院、臺灣花蓮地方法院、臺灣臺東地方法院、臺灣屏東地方法院、臺灣澎湖地方法院、福建金門地方法院、福建連江地方法院，共二十二個地方法院。

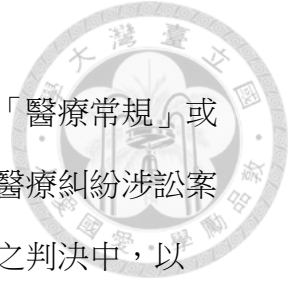
「醫療水準」字詞之判決，(2) 再從中挑選出醫方敗訴判決；(3) 接著從醫方敗訴判決中，挑選出鑑定報告認為醫方處置「符合醫療常規」或「難謂有疏失」或「無不當之處」等利於醫方之內容，而法院仍認為醫方應對病家負民事損害賠償之判決。由於同一案件中可能存有多份鑑定報告，只要一份鑑定報告中有認為醫方處置有不當、疏失之內容⁸⁷或全部鑑定報告均係中性描述而無利於醫方之內容⁸⁸，均非本文研究對象。因為中性描述內容，法院有其解釋空間，法院可往利於醫方之方向解釋，亦可向不利於醫方之方向解釋，而本文研究目的係，探知當鑑定報告均利於醫方但法院仍歸責之理由。(4) 從以上步驟挑選出之判決進行內容分析（圖四）。



圖四 分析步驟

⁸⁷ 如臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 6 號民事判決。本案有三份鑑定報告，第一份鑑定報告認為醫方處置符合醫療常規，且病方損害與醫方處置無因果關係（利於醫方之內容）；第二份鑑定報告認為醫方處置有未盡注意之部分（不利於醫方之內容），但難以確認未盡注意部分是否與病人損害有關；第三份鑑定報告認為病方損害與醫方處置有因果關係，法院據此而作出醫方敗訴之判決。

⁸⁸ 如臺灣高等法院臺中分院 100 年度醫上更(二)字第 2 號民事判決。本案有三份鑑定報告，第一份鑑定報告表示，因為資料有限，無法判斷醫方處置是否有疏失；第二三份鑑定報告內容則係描述病人受傷與死亡之醫學原因，並未表示醫方處置是否有疏失（中性描述），但因醫方未能舉證證明自己已盡善良管理人注意義務，法院因此作出醫方敗訴之判決。



為了得知實務上對於過失認定所採取之注意義務標準，係以「醫療常規」或「醫療水準」何者為多？本文從司法院法學資料檢索系統中之醫療糾紛涉訟案件進行分析步驟如下：(1) 從最高法院、高等法院、地方法院之判決中，以「醫療常規」與「醫療水準」字詞作為全文檢索，來初步推測目前實務上採用之狀況。

第三節 研究結果

第一項 判決分類

若以「醫療常規」作為全文檢索語詞，可得到最高法院民事判決 150 筆、高等法院民事判決 674 筆以及地方法院民事判決 1488 筆；若以「醫療水準」作為全文檢索語詞，可得到最高法院民事判決 32 筆、高等法院民事判決 222 筆以及地方法院民事判決 512 筆。從以上結果，可初步推測目前實務上係採「醫療常規」為注意義務標準為多。

從全文內容中有「醫療水準」語詞之高等法院與地方法院判決（222 筆高等法院民事判決、512 筆地方法院民事判決），挑選出醫方敗訴結果之判決，可得到32 筆高等法院判決與 41 筆地方法院判決；再從中挑選出鑑定報告認為醫方處置並無不當之判決，最後可得到22 筆符合之判決（9 筆高等法院判決與 13 筆地方法院判決）。在高等法院之判決有：臺灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號民事判決、臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事判決、臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事判決、臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度

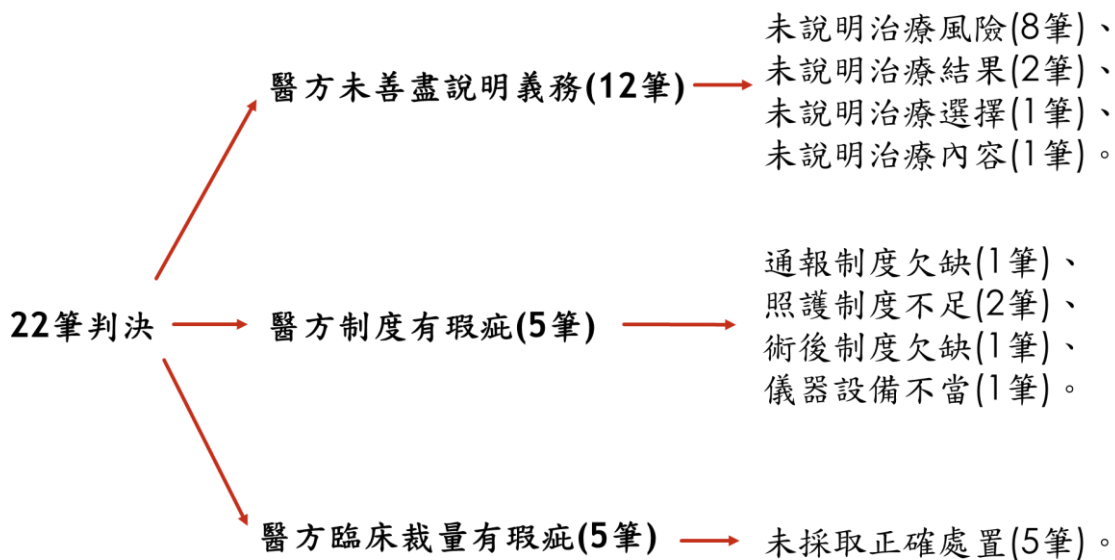
醫上字第 27 號民事判決、臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決（7 筆臺灣高等法院、2 筆高雄分院）。

在地方法院之判決有：臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事判決、臺灣臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事判決、臺灣士林地方法院 94 年度醫字第 8 號民事判決、臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決、臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決、臺灣新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事判決、臺灣基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事判決、臺灣桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決、臺灣臺中地方法院 98 年度醫字第 15 號民事判決、臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 3 號民事判決、臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事判決、臺灣南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事判決、臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事判決（3 筆士林地方法院、3 筆臺中地方法院、2 筆臺北地方法院、1 筆新北地方法院、1 筆基隆地方法院、1 筆桃園地方法院、1 筆南投地方法院、1 筆高雄地方法院）。

其中臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決（一審法院）與臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決（二審法院）為同一案件，但法院判定醫方敗訴的理由不同，因此本文視為兩個案件。在 734 筆事實審法院判決中，僅有 22 筆判決符合分析條件，原因有二：在醫療糾紛判決中，醫方獲得敗訴結果之判決鮮少（在本文，醫方敗訴之法院判決件數占全部法院判決件數約一成）；而在醫方敗訴結果判決中，鑑定報告多數有不利於醫方之內容，法院多會採擇鑑定報告意見而判定醫方有過失⁸⁹，因此要符合鑑定報告認為醫方無疏失而醫方獲得敗訴結果之判決，更是稀少（在本文，醫方敗訴而鑑定報告有利於醫方之判決件數約二成）。

⁸⁹ 實證研究發現，鑑定意見內容會顯著影響法院判決之結果。沈冠伶，前揭註 51，頁 69-71；劉邦揚，前揭註 54，頁 289-290；陳聰富，前揭註 77，頁 63-76；吳俊穎、楊增曄、陳榮基（2015），〈醫療糾紛鑑定意見對法官心證之影響〉，《科技法學評論》，12 卷 1 期，頁 128-133。

分析這 22 筆判決內容，法院認為醫方應負損害賠償責任的理由（歸責事由）可分為三種類型：**1. 醫方未善盡說明義務**⁹⁰ **2. 醫方制度有瑕疵** **3. 醫方臨床裁量有瑕疵**（圖五）。



圖五 歸責事由之分類

⁹⁰ 關於未善盡告知說明義務係屬於「過失」層次，抑或係屬於「違法性」層次，學說跟實務均有所主張；因部分實務認為它係屬於「過失」層次（義務之違反），故本文將它納入討論。認為未善盡說明義務係屬於「過失」層次之判決如：臺灣高等法院臺中分院 103 年度醫上字第 3 號民事判決：「醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務。……本件徐○○於 98 年 4 月 22 日在被上訴人豐原醫院接受電腦斷層磁共振造影檢查，被上訴人豐原醫院未將全部檢查發現、可能診斷、後續檢查、治療方式及預後予以告知徐○○，依據前開說明，被上訴人豐原醫院未盡告知說明義務，已屬違反醫療法第 81 條以及相關實務見解，確有過失。」；認為係「違法性」層次之判決如：臺灣高等法院 99 年度醫上字第 5 號民事判決：「按醫師從事醫療行為，在法律上均構成對他人權利（身體權）之侵害，惟因得病患允諾而阻卻違法，此乃因經過醫師之說明，患者或家屬對於治療內容、因治療所產生之併發症、復健等情況均充分理解下，對於醫療行為可能產生侵害身體或招致併發症等不利結果願意承受，而同意接受醫師之醫療行為，此際醫師之醫療行為縱使侵害病患之身體，亦屬可容許之危險而得阻卻違法，不構成侵權行為。」；學說可參閱陳聰富，前揭註 16，頁 186-205；陳忠五，前揭註 22，頁 11-12；王澤鑑，前揭註 33，頁 318-328。



第一款 醫方未善盡說明義務

關於醫方未善盡說明義務之判決有：臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決、臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事判決、臺灣臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事判決、臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決、臺灣基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事判決、臺灣桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決、臺灣臺中地方法院 98 年度醫字第 15 號民事判決、臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事判決、臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事判決，共有十二筆判決。

其中臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事判決⁹¹、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決⁹²、臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決⁹³、臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事判決⁹⁴、臺灣臺北地

⁹¹ 臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事判決：「本件馬階醫院所屬醫師劉○○、周○○於手術前經由普○○口腔之檢查及 X 光檢查，均得以知悉普○○右側下顎智齒鄰近神經分佈，系爭手術有損及鄰近神經（三叉神經）之可能，竟疏未告知普○○系爭手術可能導致之上開風險以及可選擇之替代醫療處置，堪認馬階醫院並未履行告知義務，且就手術醫療給付之內容有不完善，故普○○主張馬階醫院構成民法第 227 條規定之不完全給付債務不履行責任，自屬有據。」

⁹² 臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決：「惟劉○○等 2 人就林○○所患病症，依當時醫療水準，除上開藥物外，固已無其他適合而有效之藥物可供處置，惟尚無從在未告知林○○及其家屬有關病及系爭藥劑相關副作用及可能之不良反應等資訊，以尊重其是否繼續接受施用系爭藥劑之決定情形下，逕自為林○○為繼續施用系爭藥劑醫療方法之決定，致林○○受有因毒性表皮性壞死鬆解症合併敗血症及多重器官衰竭死亡之痛苦，則被上訴人主張劉○○等 2 人未盡告知說明義務等語，自非無據。」

⁹³ 臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決：「楊○○術前疏未向上訴人完整說明及告知系爭手術風險及後遺症，致上訴人在未獲完整資訊之情況下決定接受系爭手術，上訴人之意思自主決定權即受侵害，業經本院審認如前，堪認楊○○所為係有過失，且其過失行為與上訴人所受損害間有相當因果關係，且上訴人意思自主決定權受侵害之結果，致其須承受系爭後遺症所帶來日常生活之不便利及精神上痛苦，情節不可謂不重大……。」

⁹⁴ 臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事判決：「然而該等光碟片並未提及 PRK 手術並不能完全絕對矯正近視及散光度數，會因病患個人因素受影響等情，因此縱使原告已同意接受本件手術，但在實際施行手術前，被告本於誠信原則，仍然負有主動澄清之告知義務。但被告並未舉證證明其已適當告知此項科技水準之限制，致原告無法正確認識本件手術之風險，亦無從正確決定是否願意承擔該風險，因此原告雖同意接受手術，其同意不能認為有效，被告之侵權行為仍具有違法性。」

方法院 99 年度醫字第 27 號民事判決⁹⁵、臺灣基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事判決⁹⁶、臺灣臺中地方法院 98 年度醫字第 15 號民事判決⁹⁷、臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事判決⁹⁸，涉及醫方未說明治療風險；臺灣桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決⁹⁹、臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決¹⁰⁰，涉及醫方未說明治療結果；臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫

⁹⁵ 臺灣臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事判決：「原告既僅因欲改善「兩眼眼球突出」之外觀美觀之問題而進行「眼窩減壓手術」，且該「手術之安排並非急迫性」，則被告自應詳為「說明」、「告知」系爭「眼窩減壓手術」之副作用及併發症，最嚴重將導致「雙眼失明」，並提供原告選擇 施行系爭「眼窩減壓手術」與否？ 是否兩眼同時施行系爭「眼窩減壓手術」？或先以一眼施行系爭「眼窩減壓手術」，以觀察原告因施行系爭「眼窩減壓手術」可能導致之副作用及併發症？之機會，……。」

⁹⁶ 臺灣基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事判決：「賴○○有高血壓、糖尿病、陳舊中風及長期吸煙史，於完成心導管檢查後，亦經心臟血管內科判斷患有不穩定型心絞痛等情……，上開賴○○之病況均為影響其施行冠狀動脈繞道手術死亡率之危險因子，惟既未經相關醫護人員詢問病患並填寫以計算死亡率，被告丁○○自無從精確評估各種治療方式之風險及死亡率，亦無從告知而使賴○○及其家屬知悉對其最有利之治療方式，自難認被告丁○○已善盡其醫療法所定之告知及說明義務。」

⁹⁷ 臺灣臺中地方法院 98 年度醫字第 15 號民事判決：「被告乙○○明知系爭手術發生骨折既屬常見之併發症，自負有向原告告知此項風險之義務，復無其他可以不為告知之正當理由（如緊急狀況、病患昏迷又無家屬可告知等）下，竟未充分說明，其有過失甚明，此舉已侵害原告之自主決定權（自由權），且顯然違反上開醫療法等保護他人之法律，堪予認定。」

⁹⁸ 臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事判決：「已在原告簽署同意書之後，復未有何系爭手術可能發生長短腳併發症之明文記載（卷一第 100 頁），依上說明，難認被告醫師就系爭手術可能發生長短腳現象已向原告說明，而長短腳於走路時姿勢不美觀，就女性而言，應為其關心事項，基於前揭實質說明原則，應認被告醫師有說明義務，被告未能舉證證明，難認被告醫師就長短腳併發症可能發生已盡說明義務。」

⁹⁹ 臺灣桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決：「當時原告家屬尚未辦理離院手續，被告丁○○即有義務向家屬告知原告當時病情，倘被告丁○○當時將原告異常現象告知家屬，家屬即可考慮是否將原告轉院治療或為其他決定，且無論原告病情是否危急，原告父母豈會拋下原告遠赴南部做月子等語即明（見本院卷三第 88 頁）。足認原告家屬於瞭解病情後，應可能選擇繼續留在被告婦茂診所與否，而採行避免病害結果之措施。」

¹⁰⁰ 臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決：「足認原告及病患於瞭解病情後，應可能選擇繼續接受治療與否，而採行避免病害結果之措施。病患最終卻未轉院或採行其他措施，在被告治療下因敗血症病情過於嚴重而死亡，有前開診斷證明書可證，依前揭意旨，原告主張其或病患未接獲被告之說明，而喪失選擇之機會，與死亡之結果間具有因果關係，堪以認定。」

上字第 8 號民事判決¹⁰¹，涉及醫方未說明治療選擇；臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事判決¹⁰²，涉及醫方未說明治療內容。

依醫方未善盡說明義務之內容，可再分成兩種類型來討論：(1)「告知後同意」¹⁰³之告知說明義務(2)契約或侵權行為法所生之安全說明義務(圖六)。醫方未說明治療風險、治療內容或其他治療選擇而進行醫療行為，以作為方式侵害病人之權利，係違反「告知後同意」之告知說明義務；而醫方未說明治療結果，以不作為方式侵害病人之權利，係違反契約或侵權行為法所生之安全說明義務¹⁰⁴，臺灣桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決、臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決，這兩則判決均屬於此類型。當醫方未善盡說明義務係涉及「告知後同意」之告知說明義務時，法院會認為醫方係侵害病人之自主決定權或身體自主權；當醫方未善盡說明義務係涉及契約或侵權行為法所生之安全說明義務時，法院會認為醫方係侵害病人之自由權(自行選擇防免措施之自由權¹⁰⁵)。

法院將「說明義務」與「醫療水準」連結之方式，亦會因醫方係違反「告知後同意」之告知說明義務或係違反契約或侵權行為法所生之安全說明義務，而

¹⁰¹ 臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決：「被上訴人術前並未對上訴人善盡告知義務，衡諸常情，將臟器全部摘除所生之不可回復情狀，較難為一般人所接受，倘上訴人知悉所罹疾患除施行系爭手術，摘除全膀胱外，尚得採取刮除腫瘤或切除部分膀胱後，持續密切追蹤觀察或化學治療等方式治療，非無可能改變其同意接受系爭手術之決定，而被上訴人為具備醫療專業之人，當無不能提供完整醫療資訊情事，詎疏未為之，即難謂無過失。」

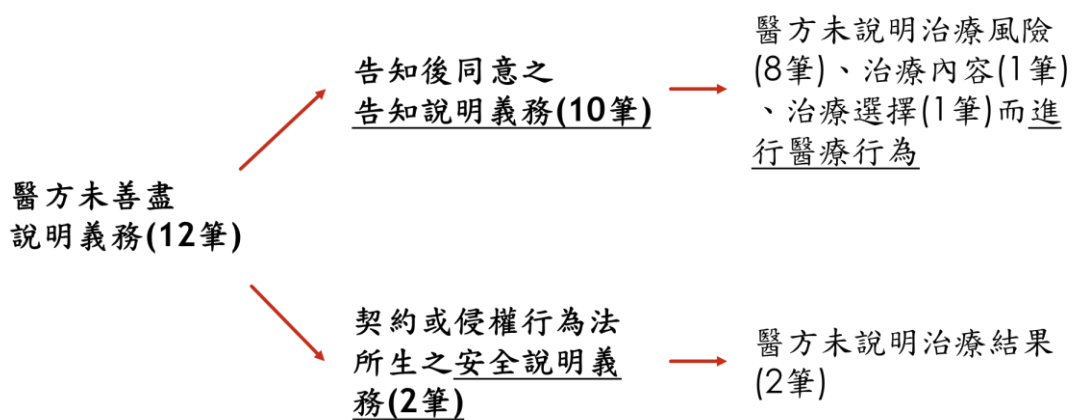
¹⁰² 臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事判決：「病患仍堅持不處理第 4 腳趾骨頭，只求腳底切開引流即可」等語，有小港醫院病歷為憑(見本院卷(一)第 248 頁、第 249 頁)，堪認系爭腳趾趾骨截除與否，乃原告決定是否接受手術之主觀上重要事項，被告既為掌管原告病歷之人，當知上情，揆諸首揭說明，被告於實施系爭手術前，自應就術中會否截除系爭腳趾趾骨，對原告詳為說明，使其得自主決定是否承受截肢風險，否則要難謂無過失。」

¹⁰³ 告知後同意(informed consent)，亦稱知情同意，係指醫師於執行醫療行為前，應將該醫療行為之可能風險(如併發症或副作用)主動以病人得以瞭解之語言告知病人，取得病人之同意後，方得執行該醫療行為。楊秀儀(2008)，〈告知後同意之倫理法律再思考：縮小理論與實務的落差〉，《月旦法學雜誌》，162 期，頁 5-6。

¹⁰⁴ 陳聰富教授認為，醫師未告知而為醫療行為係違反告知後同意之告知義務，法律效果係不阻卻違法；醫師未告知而不為醫療行為係違反一般說明義務或診斷失誤，法律效果係具有故意或過失。陳聰富，前揭註 14，頁 73-76。

¹⁰⁵ 陳聰富教授認為，當醫方未善盡說明義務係涉及契約或侵權行為法所生之安全說明義務時，醫方係侵害病人之「知情權」而非自由權，並且自由權與病人自主權兩者又有何不同？

有所不同。在醫方係違反「告知後同意」之告知說明義務時，法院會以醫方應向病人說明，當代醫療水準與病人所期待之醫療給付間之落差，使病人有正確之認識，來作為歸責醫方之理由¹⁰⁶；而在醫方係違反契約或侵權行為法所生之安全說明義務時，法院會以醫方應在醫療水準之預見可能性範圍內，向病人說明某些損害之發生，由病人選擇是否採行措施來迴避該損害，來作為歸責醫方之理由¹⁰⁷。



圖六 說明義務之分類

¹⁰⁶ 如：臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事判決：「就被告說明義務之內容而言，由於醫學非萬能而有其限制，因此被告就此有告知義務，應表明醫療水準，使原告能有正確認識，而不致於發生不合理之期待。」、臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決：「由醫病雙向互動過程觀察，即醫師於病患表明其主觀價值前，應依一般合理病患客觀上所重視之事項為說明；病患於醫師依上開基準說明後，如主觀上仍感不足，則應於病患向醫師表明其主觀上認為重要之事項後，要求醫師以該具體事項為基準，輔以當代科技下醫療給付方法、醫療提供者於設備或能力上與當代醫療水準間之落差，及與醫療提供者自身相關之其他資訊為內容，以為說明，俾兼顧醫病雙方之責任衡平。」

¹⁰⁷ 如：臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決：「倘醫師在其醫療水準下，以其預見可能性的範圍內，對於某些損害之發生，確有向病患說明，由病患選擇是否採行措施，以迴避損害之發生的必要時，應說明之情形下未予說明，致病患未能採行避免措施而受有嚴重損害者，即使醫師認為事前說明與否會發生危險之蓋然性不高，也應被判定有過失，而對於因此所生財產上或非財產上的損害，負賠償責任。」

在請求權方面，當醫方係違反「告知後同意」之告知說明義務時，在判決上出現的請求權型態較多元，法院會以醫方違反契約上之從給付義務（基於保障病人之身體及健康自主權所生）¹⁰⁸或附隨義務（基於誠信原則所生）¹⁰⁹，而要求醫方負不完全給付之債務不履行責任（民法第 227 條）；或是以醫方違反醫療法或醫師法等保護他人之法律，推定醫方行為有過失（民法第 184 條第 2 項）¹¹⁰；或直接論以醫方之行為侵害病人的權利（自主決定權、身體自主權），要求醫方負過失侵權行為之損害賠償責任（民法第 184 條第 1 項前段）¹¹¹。在醫方違反契約或侵權行為法所生之安全說明義務時，在判決上僅會出現法院論以醫方侵害病人自由權而應負過失侵權責任之型態（民法第 184 條第 1 項前段）。

在法律評價上，目前實務上對於醫方違反「告知後同意」之告知說明義務時，究竟係過失要件或阻卻違法事由，法律定位仍有分歧，但對於醫方違反契約或侵權行為法所生之安全說明義務時，均認定係義務之違反而成立過失。

¹⁰⁸ 如：臺灣臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事判決：「尋繹上揭有關「告知後同意法則」之規範，旨在經由危險之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並展現病人身體及健康之自主權。是以醫院由其使用人即醫師對病人之說明告知，乃醫院依醫療契約提供醫療服務，為準備、確定、支持及完全履行醫院本身之主給付義務，而對病人所負之『從給付義務』（又稱獨立之附隨義務，或提昇為給付義務之一種）。」

¹⁰⁹ 如：臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事判決：「又按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，應負民法第 227 條第 1 項不完全給付債務不履行之責任」

¹¹⁰ 如：臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事判決：「本件被告醫師未於系爭手術前告知長短腳為系爭手術常見之併發症，致原告未能就長短腳之併發症此一風險行使其身體自主權，而醫療法第 63 條第 1 項、第 64 條、第 81 條及醫師法第 12 條之 1 規定既屬於保護他人之法律，應推定被告醫師有過失。」

¹¹¹ 如：臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決：「楊○○術前疏未向上訴人完整說明及告知系爭手術風險及後遺症，致上訴人在未獲完整資訊之情況下決定接受系爭手術，上訴人之意思自主決定權即受侵害，業經本院審認如前，堪認楊志盛所為係有過失，且其過失行為與上訴人所受損害。」



第二款 醫方制度瑕疵

關於醫方制度有瑕疵之判決有：臺灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號民事判決、臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 27 號民事判決、臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事判決、臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 3 號民事判決，共有五筆判決。

其中臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事判決¹¹²，涉及通報制度欠缺；臺灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號民事判決¹¹³、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 27 號民事判決¹¹⁴，涉及照護制度不足；臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 3 號民事判決¹¹⁵，涉及術後制度欠缺；臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事判決¹¹⁶，涉及儀器設備不當。綜上可知，實務審酌過之醫療機構制度瑕疵有通報制度、照護制度、術後制度、儀器設備之瑕疵。

¹¹² 臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事判決：「桃園醫院於洪○出院後近 2 小時之時，既已由所屬放射科醫師就洪○於該院所為電腦斷層攝影檢查結果，判讀診斷洪○患有急性闌尾炎，依上開說明可據此得知洪○因所罹急性闌尾炎於短時間內有致生命危險之高度可能性，則雖洪○已離院，仍應將檢查判讀結果通報臨床醫師（即急診醫師）或洪○使得為及時醫療，或通知洪○回診等必要之處置。然桃園醫院於完成上開檢查報告後未為任何處置，自有未依債務本旨給付之債務不履行，而可歸責於桃園醫院。」

¹¹³ 臺灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號民事判決：「乙○○右眼斜視手術所採用之眼球後麻醉藥注射，傷及其視力，屬眼科急症之一，於事件發生後二小時內給予治療極為重要，……台大醫院就乙○○斜視手術相關之麻醉針劑之施打，就術後 2 小時或至遲 24 小時內，未見有主動積極防制麻醉副作用或併發症可能發生之檢驗措施，而僅循例病人未主訴即未予注意，術後十餘小時即准其出院。就醫療管理制度上顯未盡其善良管理人應盡之注意義務。」

¹¹⁴ 臺灣高等法院 103 年度醫上字第 27 號民事判決：「惟謝○○仍陷入昏迷，堪認上訴人僅由住院醫師溫○○負責處理，且麻醉醫師未即時待命支援，其所提供之醫療專業服務，確未周全充足。被上訴人主張上訴人就謝○○之術後照護及緊急處置，未由專業主治醫師參與，僅由值班之住院醫師溫○○負責，且於謝○○拔管後所為之觀察及於其發生呼吸困難時所為之應變及人員支應均有延誤，未具其醫院應有之醫療水準，欠缺善良管理人注意義務，而有不完全給付情事，且可歸責於上訴人等語，尚堪採信。」

¹¹⁵ 臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 3 號民事判決：「依據誠實信用原則，被告中山醫院既具有醫療之專業，其透過其履行輔助人對於原告體內植入非人體組織之排石導管，原告即具有確實告知被告應回診及確認原告術後是否確實有取出非人體組織之排石導管之附隨義務。而本件中，被告中山醫院於原告術後，依契約之約定應追蹤其術後恢復狀況，並確實確認被告體內之排石導管是否取出。然被告中山醫院未履行系爭醫療契約之附隨義務，並造成原告後來產生「黃瘤、肉芽性腎盂炎、腎萎縮、膀胱結石」等病變，並導致腎臟切除之損害，被告中山醫院顯然違反附隨義務。」

¹¹⁶ 臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事判決：「林口長庚醫院在安排病人林○○進行高壓氧治療前，自應考量當時其現有之相關醫療設備，是否確能提供符合當時具合理期待安全性之手術環境。林口長庚醫院當時雖有高壓氧治療艙之設備，卻未配置高壓氧專用呼吸器，而



第三款 醫方臨床裁量瑕疵

關於醫方臨床裁量有瑕疵之判決有：臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事判決、臺灣士林地方法院 94 年度醫字第 8 號民事判決、臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決、臺灣新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事判決、臺灣南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事判決，共有五筆判決（圖七）。

臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事判決，法院認為醫師接受轉診之病人，而轉診單上有記載診療結果，但醫師卻僅施以理學檢查而未為進一步檢測，導致未能及時發現疾病，顯有過失（醫師對於轉診病人應有更高之注意義務）¹¹⁷；臺灣士林地方法院 94 年度醫字第 8 號民事判決，法院認為醫師在拔除心臟病幼童之氣管內管前，應進行胸部 X 來確認有無氣胸，而非僅以聽診器判斷無氣胸即進行拔管，並且在急救過程中亦使幼童產生氣胸，醫師處置難認無過失（醫師對於心臟病幼童應有更高之注意義務）¹¹⁸；臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決，法院認為醫師在對病人用藥預防癲癇發作時，發現病人對該藥物產生過敏卻未改用其他藥物替代，導致病人因對藥物產生嚴重過敏反應而過世，醫師用藥判斷難謂無失誤（醫師對於藥物過敏之病人應有更高之注意義務）¹¹⁹；臺灣新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事判決，法院認為醫師

係以非常規高壓氧艙 BIBS 之使用方式，以一般「甦醒球」（人工呼吸器）代替「高壓氧專用呼吸器」。且當時尚有其他醫學中心，設有高壓氧治療艙，且配置高壓氧專用呼吸器，則林口長庚醫院理應為確保病人手術之安全性，而將病人轉診較可確保具合理期待安全性醫療設備之醫院來進行系爭手術。」

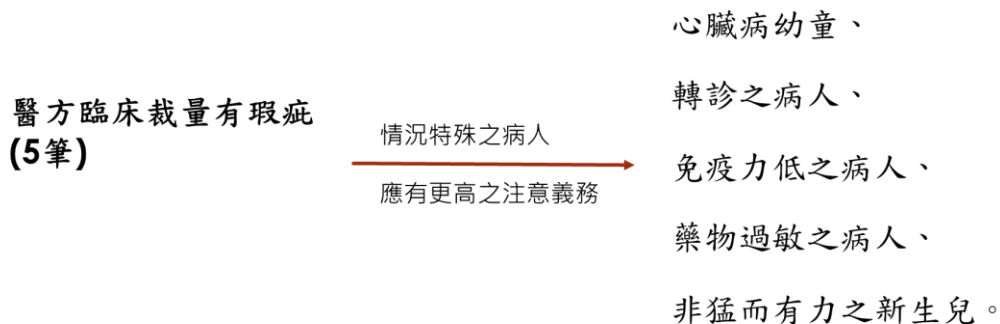
¹¹⁷ 臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事判決：「顏○○為接受轉診之醫師，理應有更高程度之注意義務，更應運用一切可能之疾病檢查工具以確認病症。此外醫療行為係以實現病人最佳利益為最高原則，因此所謂醫療常規若與當時醫療水準不符，則醫師即應實施符合當時醫療水準與病人最佳利益之醫療行為。故顏○○未於 97 年 11 月 3 日安排胡○○接受腹部超音波檢查與電腦斷層掃描檢查，並不符合當時醫療水準而有過失。」

¹¹⁸ 臺灣士林地方法院 94 年度醫字第 8 號民事判決：「拔管之醫生即被告丁○○僅依醫學上之數據，認為符合一般拔管條件，而未依具體個案，特別注意本件病童之體質、年齡、生理及心理狀況等情形，遽予拔管，急救過程中復未注意甦醒球按壓影響氧氣注入呼吸道之情形，呼吸道放鬆之際猶以同樣力道、速率按壓甦醒球等各情，而使得肺循環血壓高於體循環血壓，導致張力性氣胸，被告丁○○有疏失。」

¹¹⁹ 臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決：「被告劉○○、洪○○竟未考慮施用系爭藥劑亦為林○○續發局部癲癇、抽搐之可能原因，復未考量是否得以選擇其他抗癲癇用藥以避免系爭藥劑可能副作用惡化，竟於 90 年 11 月間再持續對林○○施用超出對於高齡老人藥

對非猛而有力之新生兒應採取氣管插管方式來抽吸胎便，而非採取一般抽吸管方式抽吸，並且現場亦設有氣管插管之裝置，但醫師卻未採用，醫師處置顯未達臨床醫療上所實踐之醫療水準而有過失（醫師對於非猛而有力的新生兒應有更高之注意義務）¹²⁰；臺灣南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事判決，法院認為醫師未親自診療而以電話囑咐醫護人員方式來治療免疫力低之病人，且對該病人未為排除敗血症發生可能之任何處置，其行為顯有失當（醫師對於免疫力低之病人應有更高之注意義務）¹²¹。

綜上可知，當遇有情況特殊之病人時，法院認為醫師應有更高之注意義務來進行診療行為，若僅依醫療常規而未進一步採取其他醫療作為，醫師難認已盡醫療上必要之注意義務。



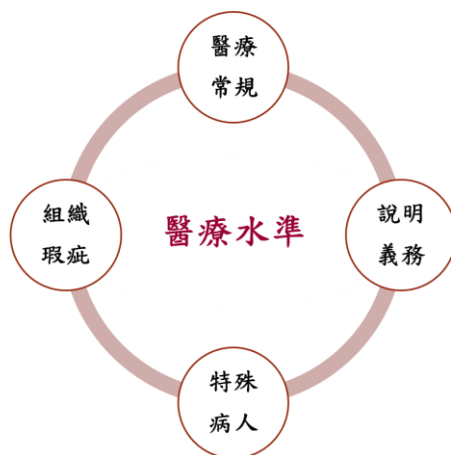
圖七 臨床裁量類型判決之分類

量之系爭藥劑，甚至於一般病歷記載確診為皮膚壞死症狀之 90 年 11 月 26 日……，益證被告劉○○、吳○○上開用藥顯然忽略林黃 已產生嚴重之用藥過量反應及尚有其他用藥選擇之可能性，渠等上開臨床用藥判斷難謂並無失誤。」

¹²⁰ 臺灣新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事判決：「被告乙○○醫師僅以抽吸管抽吸方式，並未採用氣管插管方式治療新生兒，且於 93 年 1 月 11 日 2 時 45 分時已發現以抽吸管抽吸方式無法有效治療，及診所內有氣管插管裝置之情形下，仍未即時採用氣管插管治療，而僅撥打電話予馬偕醫院，顯然未達治療吸入濃厚胎便且非屬猛而有力新生兒之「臨床醫療上所實踐之醫療水準」，應屬有過失。」

¹²¹ 臺灣南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事判決：「被告黃○○就黃○○上開數值所顯示之病徵，並未透過臨床實際之接觸、觀察、詢問、檢查，而加以排除敗血症，以得以確認敗血症未發生；故縱使黃○○之上開病徵尚不足以確診為已發生敗血症，但被告黃○○於臆診階段既未親自診療，亦未有任何診療處置以排除敗血症發生之可能，要難以該鑑定意見即遽認被告黃○○並無疏失。」

依研究結果可知，目前實務上採取「醫療水準」作為注意義務之標準，除了參酌醫方處置是否符合醫療常規外，亦會考量醫方是否善盡說明義務、醫師臨床裁量是否適當（在特殊情形病人）以及醫療機構制度是否存有瑕疵（圖八）。當鑑定報告認為醫方處置符合醫療常規而無疏失時，醫方若未善盡說明義務、醫師臨床裁量若有失當（在特殊情形病人）或醫療機構制度存有瑕疵，法院仍會歸責醫方應對病家負損害賠償之責；而當法院不採納鑑定報告意見而欲歸責醫方時，會依經驗法則論理法則、病方提供之醫學文獻資料或係擷取鑑定報告中各部分之內容等方式，歸納出醫方應負賠償責任之理由¹²²。



圖八 醫療水準之注意標準

¹²² 典型案件可參閱臺灣高等法院 103 年度醫上字第 5 號民事判決。

第二項 相關案件之歷審裁判分析¹²³



第一款 醫方未善盡說明義務

關於醫方未善盡說明義務之判決，在醫方違反「告知後同意」之告知說明義務類型，在臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事案件中¹²⁴，本案涉及醫方未說明治療選擇，病人因罹患非侵犯型膀胱癌而至醫院治療，醫院將病人膀胱全部切除，致病人術後有尿失禁之後遺症產生，因此病人向法院主張醫方應負侵權行為之損害賠償責任。本案在地方法院審理時，病人並未主張醫師有未善盡告知說明義務之情形，因此法院以醫師處置符合醫療常規並無過失，而判定醫方勝訴；上訴至高等法院時，病人復主張醫師未告知治療非侵犯型膀胱癌，尚可選擇藥物治療或刮除患部組織之其他治療選擇，以致膀胱在未受癌細胞侵襲下，遭全部摘除，並引致尿失禁之後遺症發生，使精神遭受相當之痛苦。因醫院病歷上未記錄醫師有在術前進行治療選擇之說明，且醫師亦未能提出其他證據來證明自己有說明，故法院認為醫師未履行完整揭露治療方法之告知義務，並且實施該手術之患者有 3%~17% 會產生尿液滲漏之併發症，足認手術與後遺症有相當因果關係存在，因此法院認定醫方有侵害病人身體健康權，應負侵權行為之損害賠償責任。高等法院進一步表示，醫師之專業裁量係奠基於已取得病患無瑕疵同意之前提下，始得就治療方法之細節性、技術性選擇為專業決定¹²⁵。對於違反告知後同意之法律評價，本案高等法院定位在違法

¹²³ 每則判決均有其重要且不同之爭點，但因本文討論重點在於過失之判定，故在歷審判決分析部分，將簡化判決內容，僅針對醫方未善盡說明義務、醫方制度有瑕疵、醫方臨床裁量有瑕疵相關之判決內容作深入討論。

¹²⁴ 臺灣高雄地方法院 99 年度醫字第 9 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決。

¹²⁵ 臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決：「醫師就病患所為之醫療處置行為，固基於其專業知識而有相當之裁量權，惟仍應受病患同意權之節制，其僅在取得病患無瑕疵同意之前提下，得就治療方法之細節性、技術性問題為專業之考量及決定，如其所為超越病患同意權範圍，除有急迫性且為維持病患生命所必要者外，即非屬醫師得行使裁量權之範疇，亦不得執為合理醫療行為而予免除賠償責任之論據。」

性層次；對於告知說明內容與範圍之標準，高等法院明確表示係採理性病人之標準。因本案之賠償金額未逾一百五十萬元，無法上訴至最高法院，因此本案最終結果是醫方獲得敗訴判決。

在臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事案件中¹²⁶，本案涉及醫方未說明治療內容，病人因腳趾罹患蜂窩性組織炎併皮肉壞死而至醫院治療，手術結束後病人發現自己腳趾之趾骨被切除，復向法院主張自己僅同意醫院進行腳趾壞死皮肉除去之清創手術，而未同意醫院將趾骨截除，醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。因醫院病歷上有明確記載病患不願截肢之內容，且醫院護理人員亦表示，手術與麻醉同意書上之截肢手術等字句是術後所補加，因此本案地方法院與高等法院均認為醫方明顯侵害病人身體健康之完整性與自主決定權，應負侵權行為之損害賠償責任。地方法院認為，所謂取得病患無瑕疵之同意，係指病患按醫師已說明之資訊，所作成同意接受該醫療給付行為之決定，將不會因其獲悉醫師漏未說明之資訊而有所改變；而醫病之間應有之互動係，醫師先以理性病人標準來說明疾病相關之資訊，病人在接受醫師所提供之資訊後，若仍感到不足，醫師再以病人感到不足之處作更深入說明¹²⁷。對於違反告知後同意之法律評價，本案地方法院與高等法院均定位在違法性層次；對於告知說明內容與範圍之標準，地方法院明確表示係採理性病人之標準，高等法院則無表示見解。因本案之賠償金額未逾一百五十萬元，無法上訴至最高法院，因此本案之最終結果是醫方獲得敗訴判決。

¹²⁶ 臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事判決、臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事裁定、臺灣高等法院高雄分院 102 年度醫上易字第 3 號民事判決。

¹²⁷ 臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事判決：「病患同意權受醫師說明內容之限制，而所謂取得病患無瑕疵之同意，係指病患按醫師已說明之資訊，所作成同意接受該醫療給付行為之決定，將不會因其獲悉醫師漏未說明之資訊而有所改變，由醫病雙向互動過程觀察，即指醫師於病患表明其主觀價值前，應依一般合理病患客觀上所重視之事項為說明；病患於醫師依上開基準說明後，如主觀上仍感不足，則應於病患向醫師表明其主觀上認為重要之事項後，要求醫師以該具體事項為基準，輔以當代科技下醫療給付方法、醫療提供者於設備或能力上與當代醫療水準間之落差，及與醫療提供者自身相關之其他資訊為內容，以為說明，俾兼顧醫病雙方之責任衡平。」

在臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事案件中，本案涉及醫方未說明治療風險，病人因感於近視之不便而至眼科診所諮詢，並進行近視矯正之雷射手術，術後發現雙眼由近視轉成遠視、散光，因此向法院主張醫方應負侵權行為之損害賠償責任。基於診所提供予病人之衛教光碟內未提及手術風險，以及手術及麻醉同意書上亦未有手術風險相關內容之記載，故地方法院認定醫方未善盡告知義務以侵害病人之健康權，應負侵權行為之損害賠償責任。對於違反告知後同意之法律評價，本案地方法院定位在違法性層次¹²⁸；對於告知說明內容與範圍之標準，地方法院明確表示係採理性病人之標準¹²⁹。因醫方未上訴至高等法院，因此無歷審判決可供分析。

在臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事案件中¹³⁰，本案涉及醫方未說明治療風險，病人因重度近視而至眼科診所諮詢，並進行醫師所建議之近視矯正之雷射手術，術後發現雙眼由近視轉為遠視，並出現刺痛、畏光之症狀，因此向法院主張醫師未親自說明手術風險以致健康權受侵害，應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。本案地方法院認為告知義務已否履行，應以能否使病患理解與自身醫療行為有關之資訊為斷，手術醫師是否親自說明、甚或以口頭或書面說明，均在所不論，而且醫療法亦無醫師須親自說明之規定，故病人的主張，尚乏所據。基於診所人員有提供予病人手術簡介手冊，並為說明，而該手冊與手術同意書內均有明載「因個人體質及年齡

¹²⁸ 臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事判決：「基於對病患自主決定權之保障與尊重，原告理應事先認識本件手術之風險，並由其自主決定是否願意承擔該風險之同意，而原告之同意則以被告之充分說明為必要。被告未盡說明義務時，原告之同意不生效力，不能阻卻被告侵權行為之違法性；因此縱使被告之治療行為並無過失，被告仍應就手術全部或一部失敗所生損害，負賠償責任。」

¹²⁹ 臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事判決：「至於被告是否為完全之說明，首先應視被告是否基於一般有理性的病患所重視的醫療資料加以說明，其次如原告表明其主觀上認為將影響其是否接受該診療意願之重要事項，則被告亦負有說明義務。亦即依原告就醫目的判斷，該說明之項目或內容為一般合理病患所客觀重視，或本件原告表明為主觀重視者，即為被告說明義務之內容。」

¹³⁰ 臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 28 號民事判決、臺灣高雄地方法院 101 年度醫字第 28 號民事裁定、臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決。

差異，術後可能一定比例矯正不足或矯正過度」之內容，足認醫方已盡告知說明之義務，無須負侵權行為與不完全給付之債務不履行責任。

本案高等法院則認為，醫療契約締結之基礎，乃繫於醫病間特有之專屬信賴關係，除非徵得病患之同意，否則應由實際診療、手術之醫師親自履行說明義務。病人並未接受由不具醫學專業知識之診所人員代為說明，診所病歷上亦未有醫師為手術風險說明之記載，並且手術同意書與簡介手冊上關於治療風險之內容，病人仍感不足，故認定醫方未盡告知說明義務以侵害病人身體健康之完整，應負侵權行為之損害賠償責任¹³¹。對於違反告知後同意之法律評價，高等法院定位在違法性層次；對於告知說明內容與範圍之標準，高等法院明確表示係採理性病人之標準。因賠償金額未逾一百五十萬元，無法上訴至最高法院，因此本案之最終結果是醫方獲得敗訴判決。

在臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事案件中¹³²，本案涉及醫方未說明治療風險，病人因車禍受傷而至醫院急診室救治，病人進行醫師所建議之人工髖關節手術，手術結束後病人產生長短腳以及髖滑膜炎、髖夾擊症之症狀，因此向法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。關於醫師之告知說明義務，本案地方法院認為如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，醫師即有說明之義務，醫師若未盡說明義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務。長短腳於走路時姿勢不美觀，應為病人關心之事項，並且長短腳是該手術之常見併發症，醫師即有說明之義務；而髖滑膜炎、髖夾擊症則屬該手術之罕見併發症，醫師則無說明之義務；病人亦有向法院主張，醫師未在手術前說明所選用的金屬頭尺寸大小，但法院認為關於金屬頭尺寸大小之選用，屬醫師的技術領域範圍、醫師之醫療裁量權，醫師不須事前向病人說明。地方法院認為醫師之說明義務係採實質說明原則，雖然病人已在手術同意

¹³¹ 臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決。

¹³² 臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事判決、臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事裁定、臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上易字第 7 號民事裁定、臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上易字第 7 號民事判決。

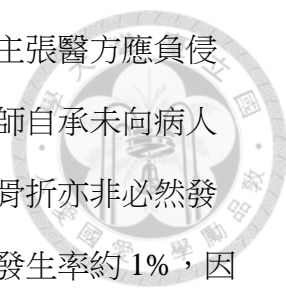
書上簽名，但手術同意書上未有關於長短腳併發症之記載，並且說明義務係醫師之義務，如由護理人員交由病人閱覽後簽名，而非醫師本人之說明，不生說明之效力，故認定醫方未盡告知說明義務，違反醫療法與醫師法之規定，行為推定有過失，而長短腳之發生與手術具有相當因果關係，因此醫方應對病人之身體權，負侵權行為之損害賠償責任。

本案高等法院對於醫師之說明義務亦係採實質說明原則，對於罕見之併發症，醫師無說明之義務、對於金屬頭尺寸大小之選用，係屬醫師之醫療裁量權，醫師不須事前向病人說明，均認同。但是告知說明義務之未踐行，高等法院認為並不能直接論斷醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價為具有故意或過失之可能¹³³，故本案醫師的醫療行為均符合醫療常規，不因未告知病人手術之常見併發症，而被認定行為具有過失；並且縱病人於術前知悉可能會有長短腳之併發症，應仍會同意接受手術，因此醫方不成立侵權行為及不完全給付之債務不履行責任。對於告知說明內容與範圍之標準，本案地方法院與高等法院均明確表示係採理性病人之標準。因賠償金額未逾一百五十萬元，無法上訴至最高法院，因此本案之最終結果是醫方獲得勝訴判決。

在臺灣臺中地方法院 98 年度醫字第 15 號民事案件中¹³⁴，本案涉及醫方未說明治療風險，病人因車禍受傷而至醫院救治，病人進行醫師所建議之關節徒手

¹³³ 臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上易字第 7 號民事判決：「關於病患接受醫療資訊說明與告知之權利，醫療法雖設有醫療機構及醫師之說明義務，惟醫療機構或醫師未善盡告知說明義務，屬注意義務之疏失，是建立在「受告知後同意 (Informed Consent)」之法律概念上，揭發醫師應為其未盡說明義務負責。然就民事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷。蓋醫療既係以人體治療、矯正、預防或保健為直接目的之行為，乃取向於患者利益之過程，自不能以醫師完全未為說明或說明不完全其處置暨後效未達預期，即遽認其所行之醫療行為具有可歸責性（即故意或過失）。換言之，說明告知義務之未踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價具有故意或過失之可能。」

¹³⁴ 臺灣臺中地方法院 98 年度醫字第 15 號民事判決、臺灣臺中地方法院 98 年度醫字第 15 號民事裁定、臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 15 號民事判決、最高法院 102 年度台上字第 1169 號民事裁定。



授動手術，手術過程中發生病人骨折之情形，因此病人向法院主張醫方應負侵權行為與不完全給付之損害賠償責任。在地方法院審理時，醫師自承未向病人說明骨折併發症之風險，因未見病人有骨質疏鬆之情形，並且骨折亦非必然發生。但因鑑定報告表示，骨折是該手術發生率最高之併發症，發生率約 1%，因此法院認為骨折是該手術常見之併發症，醫師有說明之義務。雖然病人有簽手術同意書與麻醉同意書，但醫師之說明義務以實質說明為必要。醫師未說明骨折併發症之風險，顯然違反醫療法等保護他人之法律，行為推定有過失，醫師未說明之行為與病人無從選擇不進行手術有相當因果關係，醫方對病人自主決定權之侵害，應負侵權行為之損害賠償責任。病人亦有主張醫師進行手術而致骨折發生，應負故意或過失之侵權責任，但地方法院認為，告知說明義務之未踐行，並不能直接論斷醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價為具有故意或過失之可能。醫師之醫療行為符合醫療常規，不因未善盡告知說明義務，其醫療行為而被評價為非價，而骨折係手術併發症之一，故醫方無須對病人之骨折，負侵權行為之損害賠償責任。

本案高等法院進一步認為不能漫無邊際、毫無限制地要求醫師負一切危險說明之義務，醫師告知義務之範圍與界限，應考量病患醫療目的而有所不同，並以「可預見性」與「可避免性」來檢視醫師之告知義務。基於骨折是該手術發生率最高之併發症，發生率約 1%，因此對於骨折併發症之風險，醫師有告知說明之必要。即使病人有簽手術同意書與麻醉同意書，但醫師自承未說明骨折併發症之風險，亦難認定醫師已盡告知說明義務。醫師未善盡告知義務，係屬注意義務之疏失，其評價非難之重點係基於病患之自主決定權之人格權，醫師未說明係對病人自主決定權之侵害，應負侵權行為之損害賠償責任。但骨折之發生，法院認為與未善盡告知義務無相當因果關係，故醫方無須為此負損害賠償之責。高等法院對於告知說明義務所保護之權利係病患自主決定權，及其因果

關係之判斷，有進一步作出詳盡之說明¹³⁵。對於告知說明內容與範圍之標準，本案地方法院與高等法院均明確表示係採理性病人之標準。病人對於敗訴部分有提起上訴，但最高法院認為病人之上訴非以原判決違背法令為理由，故認其上訴不合法，而駁回上訴¹³⁶。

在臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事案件中¹³⁷，本案涉及醫方未說明治療風險，病人因牙疼而至醫院治療，醫師以全身麻醉方式一次拔除左上顎、右上顎、右下顎智齒，手術結束後病人發生右側牙床、牙齒以及顏面麻痺疼痛之症狀，因此向法院主張醫方應負不完全給付之債務不履行責任。基於鑑定報告表示：「下顎智齒的鄰近組織有下齒槽神經及舌神經之感覺神經存在，拔除下顎智齒時若傷及該神經，將導致同側下唇或舌頭暫時性或永久性的麻木。」執行手術之醫師亦表示：「因右下側智齒靠近齒槽神經，如果術後的血腫壓迫到神經會造成暫時麻木的狀況，如果切斷的話就會造成永久麻木。」等語，故本案地方法院認為醫師應於手術前告知病人，有傷及齒槽附近神經造成同側下唇或舌頭暫時或永久性麻木之可能。因手術同意書、拔牙及植牙手術說明書是手術結束後由病人所補簽，而麻醉同意書則是無病人簽名而由家屬代簽，在病歷資料上亦未有醫師就手術風險向病人詳盡說明之記載，法院認為醫

¹³⁵ 臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 15 號民事判決：「按關於病患接受醫療資訊說明與告知之權利，醫療法固設有醫療機構及醫師之說明義務，惟醫療機構或醫師未善盡告知說明義務，屬注意義務之疏失，是建立在「受告知後同意 (Informed Consent)」之法律概念上。就民事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用產生，而係基於病患之自主決定權之人格權。故違反說明義務對患者權利侵害者，並非繫於身體或生命權受侵害，因醫療行為對於患者屬於正面結果或負面結果，並非判斷醫師違反說明義務是否成立侵權行為之依據。苟醫師違反說明義務，致使患者喪失其他醫療方式選擇或減少其存活機會等，其違反說明義務與損害間，方有相當因果關係，因正當醫療行為所生之併發症與告知義務違反間並無相當因果關係，因說明義務之未踐行，並不當然直接反應或導致醫療本身之可非難性。蓋說明義務與是否接受醫療行為有關而已。即若醫師已盡說明義務則患者不會接受治療，或患者可能考慮其他替代性治療。即患者嗣後醫療行為之併發症與醫師說明義務不存在相當因果關係。是說明義務保護之客體為患者自主決定權之人格權。」

¹³⁶ 最高法院 102 年度台上字第 1169 號民事裁定。

¹³⁷ 臺灣臺北地方法院 96 年度醫字第 22 號民事裁定、臺灣臺北地方法院 96 年度醫字第 22 號民事判決、臺灣臺北地方法院 96 年度醫字第 22 號民事裁定、臺灣高等法院 98 年度醫上字第 9 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 2102 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 2103 號民事裁定、臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事裁定、臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事判決、臺灣高等法院 102 年度再易字第 66 號民事判決、臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事裁定。

師之說明義務以實質說明為必要，難認醫師於術前已盡告知說明義務，因此認定醫師於術前並未將手術所可能引起永久性唇部麻痺之併發症等重要資訊詳細告知病人，而病人下唇麻木併發症之發生與醫師未盡告知說明義務有相當因果關係，因此醫方應負不完全給付之債務不履行責任。對於違反告知後同意之法律評價，本案地方法院定位在違法性層次。

本案高等法院則認為，護理紀錄上有記載手術同意書已於術前交給病人簽名，而手術同意書有病人之簽名，表示病人知悉手術風險並同意實施手術，自難僅因醫師未將說明情況記入病歷資料內，即否定醫師已為說明之事實。因為醫師實施手術過程中並無任何疏失，並且鑑定報告表示：「依牙醫學通念，施行智齒複雜性切除術，不會引起顏面神經麻痺，且亦無實證醫學上的證明。」表示手術與顏面神經麻痺之發生無因果關係，故病人所主張顏面麻痺、面貌嚴重扭曲變型，應與手術無相當因果關係，故醫方無須擔負不完全給付之債務不履行責任¹³⁸。

案件上訴至最高法院，本案最高法院認為病人在原審是主張，該手術致其受有「非典型三叉神經痛」而生顏面麻痺之症狀，因此就該手術是否造成病人右側三叉神經事項而聲請鑑定。但鑑定意見卻是以該手術是否造成病人之顏面神經受損而為鑑定，並未就三叉神經受損與該手術有無關連為鑑定，但原審遽以鑑定意見認定顏面麻痺之症狀與手術間並無關連，而未就該手術是否造成病人三叉神經受損而生顏面麻痺之症狀為論斷，因此認為原審有判決不備理由之失，廢棄發回¹³⁹。

本案更審法院認為病人術前並無任何臉部之異狀，而手術後至出院時右臉都持續有疼痛症狀，醫院始終無法提出病人在首次看診時已有這些症狀，因此認定病人臉部之症狀是在醫院治療處置過程中發生。病人臉部症狀與非典型三叉神經痛之症狀相近，依據鑑定意見表示：「病患下顎右側智齒的牙根與下齒槽身

¹³⁸ 臺灣高等法院 98 年度醫上字第 9 號民事判決。

¹³⁹ 最高法院 99 年度台上字第 2102 號民事判決。

經非常接近，於手術切除該牙時，不能排除傷及該神經的可能性」，故勘認病患主張醫師進行拔牙手術過程中損及三叉神經而產生非典型三叉神經痛之症狀為可取。因手術同意書是手術結束後才由病人所補簽，故病人對於同意書上告知內容在手術前自無從得知，醫師未盡告知說明義務是違反契約之附隨義務¹⁴⁰，故醫院應負不完全給付之債務不履行責任。

醫院認為更審法院就鑑定報告、病歷及病人在諸多醫院之病歷，均無病人有三叉神經受損之診斷，拔牙手術並無損及病人三叉神經，病人之顏面症狀與拔牙手術無關，漏未審酌；以及病人之訴訟代理人在一審言詞辯論期日時曾稱：「手術同意書上病患之簽名是術前所簽」，而病人在場對此並無否認、護理紀錄記載病人於手術後之當日意識清楚，嗣後亦無昏迷之情形，足證病人聲稱手術同意書是昏迷七日清醒後所簽為不可採，未予審酌，對此而提起再審之訴。但本案再審法院認為醫院所提主張之證物，原審法院均已予斟酌，並敘明理由，並無未予斟酌之情事，故駁回醫院再審之訴¹⁴¹。

在臺灣基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事案件中¹⁴²，本案涉及醫方未說明治療風險，病人因胸痛而至醫院急診室就醫，經急診醫師初判係罹患「缺血性心臟病」，遂安排住院診斷治療，經心導管檢查檢查後發現病人三條主要冠狀動脈皆呈現嚴重狹窄之情形，因此醫師建議以心臟不停跳方式進行冠狀動脈繞道手術，手術過程中病人併發急性心肌梗塞、心室顫脈及心因性休克而死亡。因此病人家屬向法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。本案地方法院認為，醫師之告知說明義務，須以實質說明為必要，手術同意書雖有病人之簽名，但同意書內容並無任何關於病人個人具體疾

¹⁴⁰ 臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事判決：「按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，應負民法第 227 條第 1 項不完全給付債務不履行之責任。」

¹⁴¹ 臺灣高等法院 102 年度再易字第 66 號民事判決。

¹⁴² 臺灣基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事判決、臺灣基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事裁定、臺灣高等法院 102 年度醫上字第 2 號民事判決。

病內容及手術風險實質事項之記載，病歷會診單與病程紀錄亦僅空泛記載。護理師雖證稱醫師有詳細告知病人手術方式及其風險，惟病人簽名之冠狀動脈繞道手術同意書背面，所條列用以計算病患接受手術所可能發生之死亡率等資料，均未據填寫，記載死亡率之欄位亦為空白。既未經醫護人員計算填寫其死亡率，病人自無從精確評估各種治療方式之風險，病人及其家屬亦無從知悉對其最有利之治療方式，自難認醫師已善盡告知說明義務。惟根據文獻，心肌梗塞在手術中之發生率為 0.9%~3%，即並非進行該手術之病患均會發生心肌梗塞，故醫師雖未就手術風險告知病人，充其量僅能認有侵害病人之身體自主權，然尚難認醫師未盡告知義務與病人死亡結果有相當因果關係。按醫師對病人之告知說明，乃醫院依醫療契約提供醫療服務，為完全履行醫院之主給付義務，而對病人所負之從給付義務。倘醫院對病人未盡告知說明義務，病人即得依不完全給付之規定，請求醫院賠償其損害¹⁴³。醫師疏未告知手術風險，致病人及其家屬未獲得充分資訊以決定是否進行該手術，使病人之人格權受有侵害，故醫院應負不完全給付之債務不履行責任。

本案高等法院則認為護理師與病人之家屬均證稱，病人在手術前已拿到手術同意書與麻醉同意書並在上簽名，而手術同意書上係有記載手術之風險與死亡率相關等內容。病歷會診單上亦有醫師對手術方式與風險說明之內容，病程紀錄上亦記載醫師已告知說明手術風險予病人及其家屬，家人與家屬均同意手術進行，足認醫師已盡手術風險之告知說明。因為病人已獲知手術方式與治療風險之內容，依其自由意志決定在手術同意書上簽名同意實行手術，並且手術同意書與麻醉同意書之見證人欄亦均有人簽名，可見醫師已盡告知義務並得病人

¹⁴³ 臺灣基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事判決：「尋繹上揭有關「告知後同意法則」之規範，旨在經由危險之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並展現病人身體及健康之自主權。是以醫院由其使用人即醫師對病人之說明告知，乃醫院依醫療契約提供醫療服務，為準備、確定、支持及完全履行醫院本身之主給付義務，而對病人所負之「從給付義務」（又稱獨立之附隨義務，或提昇為給付義務之一種）。於此情形，該病人可獨立訴請醫院履行，以完全滿足給付之利益，倘醫院對病人未盡其告知說明義務，病人即得依民法第 227 條不完全給付之規定，請求醫院賠償其損害。」

同意進行該手術，因醫師處置均符合醫療常規而無疏失，故醫院無須負不完全給付之債務不履行責任¹⁴⁴。對於告知說明內容與範圍之標準，本案地方法院與高等法院均明確表示係採理性病人之標準。雖然本案之金額有逾一百五十萬，但病家未再上訴至最高法院，因此本案之最終結果是醫方獲得勝訴判決。

在臺灣臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事案件中¹⁴⁵，本案涉及醫方未說明治療風險，病人因眼睛有突起症狀而至醫院就診，經檢查後發現是因病人甲狀腺機能亢進而致甲狀腺突眼症產生。病人進行醫師所建議之雙眼進行眼窩減壓手術，手術結束後病人發生雙眼無光感及瞳孔放大，嗣後完全喪失視力，因此向法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。關於醫師之告知說明義務，本案地方法院認為如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，醫師即有說明之義務，因為該手術有 0.12% 機率發生失明之併發症，係病人決定是否施以手術治療之重大因素，醫師有明確告知及詳細說明之義務。雖然在眼科手術同意書上有病人之簽名，但醫師之說明義務以實質說明為必要，細繹眼科手術同意書之內容，並無隻字片語提及「失明」等情，且該手術之安排並無急迫性，醫師自應詳為告知說明手術之併發症與副作用，最嚴重將導致雙眼失明，並提供病人選擇是否施行該手術與否，醫師未盡告知說明義務，違反醫療法保護他人之法律，推定有過失。惟失明機率約 0.12%，即並非進行該手術之病患均會發生雙眼失明之併發症，故醫師雖未就實施該手術之風險及其他重要資訊告知病人，充其量僅能認有違反保護他人之法律而侵害病人之身體自主權，即決定是否接受該眼科手術之權利，尚難認醫師未盡告知說明義務之侵權行為與病人雙眼失明結果間有相當因果關係。但醫師未盡告知說明義務是違反醫療契約之從給付義務，醫院之醫療給付，顯有未依債之本旨而為給付，乃不完全給付，且有可歸責醫院之事由，故醫院應負不完全給付之債

¹⁴⁴ 臺灣高等法院 102 年度醫上字第 2 號民事判決。

¹⁴⁵ 臺灣臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事裁定、臺灣臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 5 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 362 號民事判決。

務不履行責任。對於告知說明內容與範圍之標準，本案地方法院明確表示係採理性病人之標準。

本案高等法院認為，根據病人提供的甲狀腺眼疾醫學文獻，文獻記載甲狀腺眼疾可大分為活性期與穩定期兩類，活性期眼疾主要為抗發炎之治療，不適合進行手術治療，而病人之檢查數據不在正常範圍內，可知病人眼疾於實施該手術時係仍處於活性期，醫師竟貿然對病人雙眼實施手術，致病人接受不適當之手術後兩眼失明，醫師在進行手術前顯然未盡醫學專業之評估判斷，其術前評估顯有疏失。病人在接受眼科手術前並無相關眼部疾病與病史，卻在接受手術後出現視網膜動脈阻塞，依通常經驗法則，病人之視網膜動脈阻塞與醫師實施該手術實有相當因果關係，並且鑑定報告表示：「因術後隔日眼睛失明眼窩出血，是可能因眼窩出血導致眼窩壓升高，進而造成視神經供血不足及失明，病人失明併發症與手術有關連的視神經缺血之可能性較大。」醫師亦自承病人失明原因是術後眼窩發炎、視神經病變。可知醫師實施該手術，造成病人眼窩出血發炎，進而導致血塊壓迫兩眼視神經，終致雙眼失明，醫師實施手術過程中實有疏失。並且在手術後若發生視力無光感，及早治療為宜，病人在術後當晚有表示眼睛非常疼痛而無法入睡，為兩造所不爭執，足見病人主張有向醫院反映雙眼疼痛為真，醫師於手術實施後之照護行為亦有疏失。醫師實施醫療行為之術前評估、術中行為及術後照護，均有違反醫療常規之疏失並致病人雙眼失明，醫方自應負侵權行為之損害賠償責任。因醫師實施醫療行為顯有疏失，病人請求醫方負侵權行為之損害賠償責任，既有理由，高等法院就不再論究醫方有無違反告知說明義務¹⁴⁶。

案件上訴至最高法院，由於鑑定報告均表示：「根據病人之病歷紀錄，病人眼疾屬於穩定期，醫師建議進行該手術，並無違反醫療常規。」最高法院認為原審疏未審究上開鑑定意見，遽認醫師於手術前之評估有疏失，已嫌速斷。並且

¹⁴⁶ 臺灣高等法院 103 年度醫上字第 5 號民事判決。

本案並無視網膜動脈阻塞之證據，係因字句漏植而引起之誤解，鑑定報告亦認為：「醫師從病人眼窩下方進行本次手術，符合此種手術之醫療處置。」最高法院認為，原審恣置不論，率謂因有視網膜動脈阻塞之證據，進而認醫師於手術過程中有疏失，亦有疏漏。最後，鑑定報告亦表示：「依醫療常規，手術後當日或隔天訪視病人均可，端視手術醫師就其手術過程所為之判斷。醫師對於病人之術後照護，尚符合醫療常規。」最高法院認為原審未說明該鑑定意見何以不足採，徒憑病人術後當晚反應雙眼疼痛，即認醫師於術後照護有疏失，尤嫌速斷。基於以上理由，最高法院將高等法院判決廢棄發回¹⁴⁷。本案目前在台灣高等法院審理中¹⁴⁸。

綜上可知，在醫方違反「告知後同意」之告知說明義務類型，法院對於醫師就危險說明義務之內容及範圍，多數明確表示係採「理性病人」標準；若曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，醫師即有說明之義務。但漫無邊際、毫無限制地要求醫師負一切危險說明之義務亦非合理，因此有法院明確表示醫師告知說明義務之範圍與界限，應考量病患醫療目的而有所不同，並以醫師所能預見者決之，而屬於醫師裁量範圍之事項，亦不須事前向病人告知。又上開告知說明之義務，多數法院均明確表示以「實質說明」為原則，僅令病人或家屬在印有說明是向之同意書上簽名，尚難認已盡說明義務，法院會實質審查同意書上之內容與病歷等資料；不過仍有法院認為，若手術同意書上已有病人或家屬之簽名，足認醫師已盡告知說明義務。

關於告知說明義務之履行，少數法院認為基於醫療契約締結之基礎係繫於醫病間特有之專屬信賴關係，因此原則上必須由醫師親自為之；不過告知說明義務之目的，係重在尊重及保障病患之身體自主決定權，告知說明義務以否履行，應以能否使病患理解與自身醫療行為有關之資訊為斷，故多數法院並無此限制。

¹⁴⁷ 最高法院 106 年度台上字第 362 號民事判決。

¹⁴⁸ 臺灣高等法院 106 年度醫上更(一)字第 3 號民事案件。

當醫方未善盡告知說明義務時之法律評價，在契約方面，基於醫師對病人之告知說明，係為完全履行醫院本身之主給付義務，而對病人所負之從給付義務，法院認為醫師未盡告知說明義務係違反契約之「從給付義務」；亦有法院認為醫師未盡告知說明義務係違反契約之「附隨義務」，因為告知說明義務係基於誠信原則而生之義務，乃為履行給付義務或保護債權人身上利益。在侵權行為方面，多數法院定為在違法性層次，因手術為侵入性醫療行為，該當民法第184條第一項前段規定侵害身體權之侵權行為，應屬違法，惟如醫師於施行手術前得到病人之同意，即得阻卻其違法性。但亦有法院認為，醫師未盡告知說明義務係屬注意義務之違反，成立侵害病人自主決定權之過失¹⁴⁹。

在醫方違反契約或侵權行為法所生之安全說明義務類型，在臺灣桃園地方法院99年度醫字第1號民事案件中，本案涉及醫方未說明治療結果，原告之母親因懷孕而至診所待產，產下原告後由診所負責照護；在照護過程中，原告發生持續吐出黃色液體、解出血絲便之情況，醫師均未告知原告之家屬，待診所建議家屬將原告轉診至其他醫院治療時，原告已呈現休克之狀態，轉診至其他醫院接受治療後，仍因病情過於嚴重而產生諸多身體重傷害之情形，因此原告向醫方請求負侵權行為之損害賠償責任。鑑定報告認為醫師治療過程之行為均合於醫療常規，未發現有疏失之處；但本案地方法院認為，醫師在可預見範圍內，對於損害之發生，有向病患說明之義務，由病患選擇是否採行措施以迴避損害之發生，倘醫師應說明而未說明以致病患未能採行避免措施而受有嚴重病
害者，應視為過失¹⁵⁰。為保障病患身體生命的自由，應承認病患有基於自己意思自由接受診療之權利，若醫師未盡說明義務，致病患錯失自由決定之機會，

¹⁴⁹ 如臺灣高等法院臺中分院99年度醫上字第15號民事判決。

¹⁵⁰ 臺灣桃園地方法院99年度醫字第1號民事判決：「倘醫師在其醫療水準下，以其預見可能性的範圍內，對於某些損害之發生，確有向病患說明，由病患選擇是否採行措施，以迴避損害之發生的必要時，應說明之情形下未予說明，致病患未能採行避免措施而受有嚴重病
害者，即使醫師認為事前說明與否會發生危險之蓋然性不高，也應被判定有過失，而對於因此所生財產上或非財產上的損害，負賠償責任。」

即侵害其自由權¹⁵¹。原告在診所照護下發生病情加重之情形，而醫師均知原告治療之狀況，即使在與其他專科醫師會診原告以擬定後續治療方針時，醫師亦未將會診結果告知原告家屬，倘醫師將治療結果告知家屬，家屬即可考慮是否將原告轉院治療或為其他之決定。醫師卻延誤將原告轉院，終因原告病情過於嚴重而致休克等重傷害結果之發生，與醫師未告知家屬治療結果間有相當因果關係。醫師過失未盡說明義務，使原告家屬自行選擇防免錯失之自由權受到侵害，致使原告產生重傷害結果間具有相當因果關係，醫方自應負侵權行為之損害賠償責任。嗣後兩造在高等法院審理中成立調解，因此本案只有一則地方法院判決，無歷審判決可供分析。值得注意的係，本案地方法院將醫方未盡說明義務（會診結果未告知病家），認為係違反醫療常規¹⁵²。

在臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事案件中，本案涉及醫方未說明治療結果，病人因罹患食道癌而在醫院接受放射線與化學藥物治療，病人因接受癌症治療而致白血球數量下降並產生持續高燒之狀況，當醫師告知病人家屬治療結果時，病人已罹患敗血症，並因病情過於嚴重而致死亡，因此病人家屬向法院主張醫方未告知治療結果以致病人未能採行避免病害之措施，致生死亡之結果，應負侵權行為之損害賠償責任。鑑定報告認為醫師治療過程之行為均符合醫療常規而無疏失，而病人家屬對此不爭執；但地方法院認為，病人在接受癌症治療過程中，醫師均知道病人治療之狀況，當病人治療狀況逐漸惡化時，即使最終未必會發生重大病害之結果，醫師仍有必要將病患的病理數據、後續發展狀況以及決定處置方針告知病人及其家屬，但醫師未為告知以致病人

¹⁵¹ 臺灣桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決：「因一定之醫療行為原本即無法對全部的患者具有必然的療效，且即使目前採行的診療方法也可能視病情的變化而予變更，故醫療方法的採行均具有一定程度的實驗性質，並使病患暴露於該具有實驗性質的風險中，為保障病患身體生命的自由，必須有承認病患基於自己之意思接受診療的必要，此即為病患所具有自由決定之權利，醫師若未盡說明義務，致病患錯失自由決定之機會，即侵害該自由權。」

¹⁵² 臺灣桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決：「次查，對於 96 年 12 月 28 日下午 4 點會診原告之結果，被告並未告知原告之父母親之事實，為兩造所不爭，依據長庚醫院負責醫治原告之醫師即證人陳○○及江○○均證稱：會診結果一定會告訴病患或家屬，家屬不在現場，也會電話告知等語（見本院卷三第 19 頁、第 22 頁反面），足見，被告未將會診結果告知原告之父母親，顯有違醫院之常規。」

因病情過於嚴重而死亡，足認醫師未告知治療結果致病人喪失選擇之機會與死亡結果間有相當因果關係，故醫方過失未盡說明義務，使病患自行選擇防免措施之自由權受到侵害，且致敗血症死亡結果之發生，醫方應負侵權行為之損害賠償責任。因醫方撤回上訴，因此本案只有一則地方法院判決，無歷審判決可供分析。

質言之，在醫方違反契約或侵權行為法所生之安全說明義務類型，法院均認為醫師若未盡安全說明義務而致病人未能採行避免措施而受有嚴重病害時，其行為視為過失；醫師若未盡說明義務以致病患錯失自由決定診療之機會，即係侵害病患自行選擇防免措施之自由權¹⁵³。

第二款 醫方制度瑕疵

關於醫方制度有瑕疵之判決，在臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事案件中¹⁵⁴，本案涉及通報制度欠缺，病人因胸痛不適而至醫院急診室就醫，醫師安排胸、腹部電腦斷層掃描，因醫師認為病人未有主動脈剝離等心臟方面疾病，無住院之必要，故建議病人服藥及門診追蹤。胸、腹部電腦斷層掃描之正式報告於病人離院時完成，報告中記載：「可能罹患急性闌尾炎。」但因病人已出院，故醫師未再確認檢驗結果。隔日，病人因盲腸炎破裂而致腹膜炎產生，致敗血性休克發生而死亡，因此病人家屬向地方法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。由於鑑定報告認為醫療人員之處

¹⁵³ 臺灣桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決：「被告過失未盡說明義務，使原告家屬自行選擇防免措施之自由權受到侵害，且最終發生胃穿孔、腹膜炎、大腸桿菌敗血症、休克伴隨有瀰漫性血管內凝血、壞死性小腸炎、腸旋轉不良、短腸症之結果，被告未盡說明義務與原告罹患上開症狀間具有因果關係，依上開說明，被告自應負侵權行為責任，堪得認定。」、臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決：「被告在其具有預見病患可能受重大病情發展的惡害，過失未盡說明義務，使病患自行選擇防免措施之自由權受到侵害，且最終發生敗血症死亡之結果，被告未盡說明義務與病患的死亡間就具有因果關係，依上開說明，被告自應負侵權行為責任，堪得認定。」

¹⁵⁴ 臺灣桃園地方法院 101 年度醫字第 20 號民事裁定、臺灣桃園地方法院 101 年度醫字第 20 號民事判決、臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事判決。

置均符合醫療常規，並無疏失；而病人已經出院，目前臨床實務並無急診醫師須調閱檢驗結果並告知出院病人之規定，並且病人所罹患之疾病亦未在危急通報之列，故本案地方法院認為醫方處置並無過失，無須負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。

本案高等法院亦同地方法院見解，採納鑑定報告意見而認為醫療人員處置均無過失，但高等法院進一步認為病人罹患係短時間內可能有生命危險之疾病，雖然病人已經出院，但檢驗結果既然已得知，醫院仍應將結果通報醫師（內部通報）或通知病人回診治療（外部通報），不因其他醫院或法律規範就該疾病有無通報規定而有所異，因此判定醫院應負不完全給付之債務不履行責任¹⁵⁵。本案原告亦有對醫療人員請求應負侵權行為之損害賠償責任，但高等法院認為醫療人員的處置並無失當之處，因此不須負侵權行為之損害賠償責任。雖然本案之金額有逾一百五十萬，但醫院未再上訴。

在臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事案件中¹⁵⁶，本案涉及儀器設備不當，病人因車禍而致右腿發生開放性骨折等傷害，因此至醫院接受治療。醫師建議以手術治療病人傷勢，但因家屬堅持拒絕輸血，因此醫師建議改以高氧壓治療。病人戴上人工呼吸器在準備接受高氧壓治療前，發生呼吸道內瞬間高壓並引起瀰漫性肺泡破裂而死亡，因此病人家屬向法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。因為鑑定報告認為醫療人員依照醫療常規操作而無疏失，醫院配置非專用呼吸器之治療方式亦獲得廠商認可，管路接合步驟亦符合原廠規定，因此本案地方法院認為醫院並無過失，無須負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。

本案高等法院亦同地方法院見解，採納鑑定報告意見而認為醫療人員操作無過失，但高等法院進一步認為，醫院擁有高氧壓治療艙之設備，卻未配置高氧

¹⁵⁵ 臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事判決。

¹⁵⁶ 臺灣桃園地方法院 97 年度醫字第 13 號民事裁定、臺灣桃園地方法院 97 年度醫字第 13 號民事判決、臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事裁定、臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事判決。

壓專用之呼吸器，而係以一般之人工呼吸器代替，專用呼吸器有一般呼吸器所沒有之減壓功能，能避免供應氣體時對病患造成氣壓損傷；且當時尚有其他醫院提供以專用呼吸器之治療方式存在，醫院應為確保病人之安全而將病人轉診至這些醫院來進行治療，醫院未能提供符合具合理期待安全性之手術環境，因而造成病人瞬間支氣管肺泡破裂而死亡，因此判定醫院應負不完全給付之債務不履行責任。本案原告亦有對醫療人員請求應負侵權行為之損害賠償責任，但高等法院認為醫療人員的儀器操作均符合規範，因此不須負侵權行為之損害賠償責任¹⁵⁷。雖然本案之金額有逾一百五十萬，但醫院未再上訴。

在臺灣高等法院 103 年度醫上字第 27 號民事案件中¹⁵⁸，本案涉及照護制度不足，病人因右臉頰的潰瘍傷口久未癒合，因此至醫院門診接受檢查。經檢查後發現病人罹患口腔癌，故醫師建議進行口腔癌腫瘤切除手術及皮瓣重建手術，手術結束後病人於燒燙傷病房接受照護，在照護過程中，病人突然發生呼吸困難之情形，雖經住院醫師急救，但病人終因腦部長期缺氧而呈植物人，因此病人家屬向地方法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。

本案地方法院與高等法院均認為醫師的急救處置無違背醫療常規，因此不須負侵權行為之損害賠償責任，但法院認為整個急救過程僅由值班之住院醫師一人負責，而未見麻醉醫師或主治醫師參與，顯見醫院未能提供符合加護病房所應設置之人員標準，而導致無法給予病人立即有效之急救措施，致使病人身亡，醫院應負不完全給付之債務不履行責任；但最高法院認為原審一方面肯認醫師之急救處置無違背醫療常規，無不完全給付之情，但另一方面，卻又認為醫院未提供符合加護病房所應給付之醫療水準，似又謂有不完全給付之情，前後所述有判決理由之矛盾；並且鑑定意見認為醫師處置均無違背醫療常規之

¹⁵⁷ 臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事判決。

¹⁵⁸ 臺灣臺北地方法院 100 年度醫字第 31 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 27 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 1609 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 1946 號民事裁定、最高法院 106 年度台抗字第 466 號民事裁定。

處，但原審卻認為醫院提供之照護不符合加護病房應給付之醫療水準，而為醫院不利之判決，這中間之說理論述不夠充足¹⁵⁹，因此廢棄高等法院之判決。病方在最高法院審理中，亦有請求訴之追加，但因第三審法院係以第二審判決確定之事實為判決基礎，在第三審不得為訴之追加，故最高法院駁回病方之請求¹⁶⁰。本案目前在台灣高等法院審理中¹⁶¹。

在臺灣高等法院 96 年度醫上字第 5 民事案件中¹⁶²，本案涉及照護制度不足，病人至醫院進行右眼斜視矯正手術，醫師以眼球後麻醉藥注射方式進行麻醉，並進行右眼內直肌截短、右眼外直肌回縮之手術；隔日，病人換藥出院。病人於複診時，表示右眼視力模糊，經檢查後發現右眼視神經受損；雖經治療仍無法改善病人右眼視力喪失之結果，因此病人向地方法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。

本案地方法院與高等法院均認為醫方應負損害賠償責任，但對於醫方應負損害賠償之理由並不相同，地方法院認為醫師之說明義務以實質說明為原則，即使醫師已取得病人手術與麻醉同意書上之簽名，難認已盡說明義務。醫師未將麻醉手術之併發症、副作用等重要資訊告知病人，使病人疏未注意於發生副作用或併發症時以即時告知醫護人員來防止傷害結果之發生，因此醫師與醫院應負侵權行為之損害賠償責任；高等法院則認為病人進行該手術已非初次，應對麻醉手術可能引致之風險有所了解，因此難遽認醫師有違反告知說明義務，並且醫師之處置均符合醫療常規，故難謂有何過失可言，但該手術完成後二小時

¹⁵⁹ 最高法院 106 年度台上字第 1609 號民事判決：「況原審未審酌中華民國重症醫學會 105 年 7 月 15 日函文所示：氣管內管拔除需視病人及臨床狀況綜合判定，並無一定之時間或固定流程；依病例所載，謝其宗移除氣管內管時機，並無不合理之處，亦合乎一般醫療常規，而對於謝其宗拔管後之各項處置，並無違背醫療常規之處，而氣切手術亦非限定僅能由特定專科執行等節（見原審卷(二)46 頁），逕認國泰綜合醫院對謝其宗術後照護所提供之醫療服務水準，並不符合該病房所應給付之醫療水準，進而為國泰綜合醫院不利之判決，亦嫌粗疏。」

¹⁶⁰ 最高法院 106 年度台上字第 1946 號民事裁定。

¹⁶¹ 臺灣高等法院 106 年度醫上更(一)字第 5 號民事案件。

¹⁶² 臺灣臺北地方法院 91 年度重訴字第 2805 號民事裁定、臺灣臺北地方法院 91 年度重訴字第 2805 號民事判決、臺灣臺北地方法院 91 年度重訴字第 2805 號民事裁定、臺灣高等法院 96 年度醫上字第 5 民事裁定、臺灣高等法院 96 年度醫上字第 5 民事判決、最高法院 98 年度台上字第 2175 號民事判決。

內是當副作用發生時之治療關鍵時間，而醫院未積極採取防免麻醉副作用或併發症可能發生之措施，僅循例病人未主訴即未予注意，就醫療照護制度上顯未盡善良管理人應盡之注意義務，故醫院應負不完全給付之債務不履行責任；但最高法院認為原審否定醫師與醫院應負侵權行為之損害賠償責任，係以醫師之處置均符合醫療常規，行為無違失；並且醫師未立即為急救措施與病人傷害之產生，無相當因果關係，為其論據。然論醫院應負不完全給付之債務不履行責任時，卻謂醫院未主動積極採取防免措施，就照護制度上有未盡善良管理人應盡之注意義務外，且因醫護人員未採取防免措施而造成病人損害之發生，似併指其間有相當因果關係，原審前後所為之論斷，難謂無判決理由之矛盾，故廢棄高等法院之判決¹⁶³。嗣後兩造在高等法院審理中成立和解。

在臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 3 號民事案件中¹⁶⁴，本案涉及術後制度欠缺，病人因腎結石問題而至醫院治療，接受醫師實施之經皮穿腎碎石手術，因手術未能完全清除病人體內之腎結石，故醫師於病人體內放置暫時性排石導管以排除體內剩餘之腎結石。手術結束後，醫師告知需回診繼續治療，嗣後病人有回診數次。八年後，病人因身體不適而至醫院就醫，在進行泌尿道攝影檢查時，發現體內存有排石導管，因此向醫方主張應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。

本案地方法院認為醫院在病人體內放置暫時性導管以治療疾病，基於誠信原則所生之附隨義務，醫院具有告知病人回診及確認病人術後是否有取出體內導管之附隨義務，而醫院未履行此義務，使非人體組織之導管長時間於病人體內以致損害發生，故醫院應負不完全給付之債務不履行責任，而醫師在病人出院前，業已告知病人需回診取出體內之導管，因此難認有過失，故不成立侵權行為之損害賠償責任；但高等法院認為醫療法未規定醫療機構有確認病患術後已

¹⁶³ 最高法院 98 年度台上字第 2175 號民事判決。

¹⁶⁴ 臺灣臺中地方法院 100 年度醫字第 3 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上字第 3 號民事判決、最高法院 103 年度台上字第 370 號民事裁定、臺灣高等法院臺中分院 104 年度重再字第 10 號民事裁定、臺灣高等法院臺中分院 104 年度重再字第 10 號民事判決。

取出非人體組織之義務，且依一般社會通念及習慣，病人術後亦非絕對再回同一醫療院所接受後續之治療，若認醫療機構應確認病患有確實取出非人體組織之義務，無異要求醫療機構與病患須另訂一取出非人體組織之醫療契約，此與民法之契約自由原則有違，因此醫療機構若有告知病人應回診取出體內非人體組織之導管，應認已盡到其應盡之義務，故無須負不完全給付之債務不履行責任¹⁶⁵；上訴至最高法院，最高法院認為原判決未違背法令，因此駁回上訴¹⁶⁶；病人將未經審酌之「出院準備護理評估與指導計畫單」提起再審，再審之高等法院經斟酌後，未因此動搖心證，仍維持醫方勝訴之判決¹⁶⁷。

值得一提，本案高等法院係採「醫療水準」之注意義務標準¹⁶⁸，但醫方並未因此就獲得敗訴判決而須負損害賠償責任，由此可知，採擇「醫療水準」之注意義務標準，非表示醫方必定獲得敗訴判決之結果，它係意謂法院對於審酌醫方是否違反注意義務時，不以判斷醫方行為是否符合醫療常規為限。

綜上可知，在醫療契約之義務內涵中，實務認為醫療機構有其獨立之組織義務。當醫療機構制度出現瑕疵而致病人發生損害時，因醫院違反其組織義務，法院僅會歸責醫院應負不完全給付之債務不履行責任，不論醫療人員應負侵權行為之損害賠償責任。法院對於民事責任之歸責，不再侷限於個人責任思考上（當醫療人員之行為符合醫療常規而不構成過失侵權時，法院不藉由民法第二二四條規定而直接論以醫院應負契約責任）。此外，事實審法院若在判決內文中，歸責醫院之理由不夠充足或甚至有矛盾之處，其判決均會面臨最高法院廢棄發回之情形。

¹⁶⁵ 臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上字第 3 號民事判決。

¹⁶⁶ 最高法院 103 年度台上字第 370 號民事裁定。

¹⁶⁷ 臺灣高等法院臺中分院 104 年度重再字第 10 號民事判決。

¹⁶⁸ 臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上字第 3 號民事判決：「所謂醫療過失，係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務而言。惟因醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，應以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務。原則上醫學中心之醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，一般診所最後；專科醫師高於非專科醫師。尚不得一律以醫學中心之醫療水準資為判斷標準。」

在醫療契約的義務內涵中，為能及時對病人進行必要之醫療處置，實務認為醫院有建立檢驗結果通報制度之義務；為能給予病人立即而有效之急救處置，實務認為醫院有提供符合加護病房設置標準之人員配置的義務；為能確保手術環境之安全性，實務認為醫院有確保儀器設備安全之義務；由於麻醉藥注射後若發生併發症或副作用，在事件發生後兩小時內是治療的關鍵時期，因此實務認為醫院有麻醉手術後兩小時內，主動積極防免病人發生併發症或副作用之照護義務。但對於醫院在病人體內安置非人體組織之暫時性導管後，是否有告知病人回診及確認病人術後有取出體內導管之義務，實務承認醫院與醫師有告知病人回診之義務，但是否有確認病人術後有取出體內導管之義務，則未普遍承認之。

第三款 醫方臨床裁量瑕疵

關於醫方臨床裁量有瑕疵之判決，在臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事案件中（醫師對轉診病人應有更高之注意義務）¹⁶⁹，本案病人因腹痛而至區域醫院就診，並帶著之前在診所開立之轉診單予醫師，轉診單上記載病人有約 3 公分之腹部腫塊。經醫師聽診與觸診之理學檢查後，並未發現病人腹部有腫塊之情形，故診斷病人係罹患腸胃型感冒，因此開藥囑咐回家休養。病人因服藥後未見好轉，便再次回診，經醫師觸診與腹部 X 光檢查後，未發現病人腹部有異狀，仍認定病人係罹患腸胃型感冒，亦開藥囑咐病人回家休養。一天中午，病人因發生激烈腹痛，便前往醫學中心醫院之急診室就醫。最初經過腹部 X 光與腹部超音波檢查未發現病因，但因血液檢驗結果呈現異常，故醫師安排腹部斷層掃描作進一步檢查，始發現病人罹患罕見之神經母細胞腫瘤，因此病

¹⁶⁹ 臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 9 號民事判決、臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事判決。


人向地方法院主張區域醫院與其醫師未有發現病人罹患腫瘤而有過失，應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。

因鑑定報告認為醫師之診斷與處置並無違背醫療常規之處，故本案地方法院認為醫方無須擔負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任；但最高法院認為，區域醫院之醫師既已看到轉診單上記載病人腹部有腫塊之內容，即應以更高之注意義務實施檢查（如腹部超音波或電腦斷層掃描檢查），以明確排除或確認腹部腫塊之存在。醫師若有實施進一步檢查，卻仍然無法發現腹部腫塊之存在，始認為醫師已善盡作為接受轉診醫師之義務，惟醫師未作進一步檢查，僅給予以理學檢視，故醫師處置有過失；並且病人於醫學中心醫院接受治療時，醫院安排腹部超音波與電腦斷層掃描檢查，足證依台灣地區之醫療水準，應實施該等檢查以確認或排除病人持續腹痛之可能原因。雖然鑑定報告認為醫師處置未有違背醫療常規之處，但鑑定僅為一種調查證據方法，若法院已得有為裁判之心證，自不受鑑定意見之拘束¹⁷⁰。接受轉診之醫師，應有更高程度之注意義務，運用一切可能之疾病檢查工具以確認病症，區域醫院醫師未安排腹部超音波與電腦斷層掃描檢查，不符合當時醫療水準而有過失，應負侵權行為之損害賠償責任。本案因賠償金額未逾一百五十萬元，無法上訴至最高法院，因此本案最終結果是醫方獲得敗訴判決。

在臺灣士林地方法院 94 年度醫字第 8 號民事案件中（醫師對於心臟病幼童應有更高之注意義務）¹⁷¹，本案病人係患有法洛式四重症心臟病之幼童，至醫院進行全口重建手術治療。手術結束後，病人在未拔除氣管內管之狀態下而送入小兒加護病房照護治療；於隔日早上時，因病人生命跡象穩定、意識清楚，醫師在以理學檢查確認病人無氣胸後，醫師即拔除病人之氣管內管。嗣後病人發

¹⁷⁰ 臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事判決：「次按法院對於待證事項固得委由具特別知識之人或機關鑑定，以為裁判之參考。惟鑑定僅為一種調查證據之方法，如法院依其調查證據之結果，已得有為裁判之心證時，自不受鑑定意見之拘束。」

¹⁷¹ 臺灣士林地方法院 94 年度醫字第 8 號民事判決、臺灣高等法院 98 年度醫上字第 18 號民事判決、最高法院 101 年度台上字第 1623 號民事裁定、臺灣高等法院 101 年度再字第 48 號民事判決、最高法院 102 年度台上字第 1496 號民事裁定。



生呼吸困難，雖經醫師急救，但病人最終仍意識消失而呈昏迷狀態，後來病人因出現食道出血合併出血性休克及缺氧性腦病變等原因而死亡，因此病人家屬向地方法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。鑑定報告認為：「在拔除病人氣管內管前，若病人生命跡象穩定，X光檢查並非絕對必要。」但本案地方法院認為本案病人因患有法洛式四重症心臟病，身體狀況特殊，醫師在拔除氣管內管前應特別注意病人安全，在拔管前照胸部X光並無任何困難，而醫師竟未施作，僅以理學檢查認為病人無氣胸之情形，即貿然拔管，其就此有疏失。而且醫師明知病人係屬有法洛式四重症心臟病之幼童，在早晨時較易有缺氧性發作，卻在冬日時節選擇於早晨拔管，而且病童無家長陪同給予安撫與支持之情形下，對突如其來之拔管，其驚恐及無助，導致拔管後馬上發生呼吸困難與張力性氣胸產生，顯見醫師在拔管之時機選擇上，並未注意病人本身心臟病所可能導致之不良反應。醫師在急救時亦應注意病人身體狀況之特殊，但卻未注意而過度使用甦醒球加壓而致病人產生張力性氣胸，故醫師對拔管之研判、實施及急救過程，難認無過失，因此應負侵權行為之損害賠償責任。

基於鑑定報告認為：「胸部X光檢查，並非是拔管前必備的檢查，應是視情況需要而安排。」、「在拔除病人氣管內管前，若病人生命跡象穩定，X光檢查並非絕對必要。」「病人發生氣胸之原因與拔管應沒直接關係，而可能是急救後之併發症。」以及證人表示：「病人氣胸不是拔管造成，也不是拔管前造成，我判斷最可能是急救過程中所造成」等語，因此本案高等法院認為醫師並無於拔管前施以胸部X光以確定病人有無氣胸之必要。而且鑑定報告認為：「術後早期拔除氣管內管並脫離呼吸器是有助於避免肺部感染、氣管病變，甚至發生呼吸衰竭等風險。」、「目前並沒有任何文獻與證據支持法洛式四重症心臟病患者在早晨比較容易發生缺氧性發紺的現象。」、「小兒加護病房是中央空調及人工照明控制，因此無論是任何季節，病房內的環境條件應不受外界影響。」、「對

有先天性心臟疾病之病童，除非病人於開刀麻醉時有任何特殊狀況，否則拔管的評估應等同於一般正常人的標準。」以及證人表示：「據我所知法洛式四重症之病患於拔管前應經之檢查程序與一般沒有不同。」因此高等法院認為醫師於進行理學檢查及呼吸測試等評估程序，認病人符合可以拔管之標準，方於當日早上為病人拔除氣管內管，符合醫療常規，難認有何違反注意義務，疏未注意拔管有不安全之條件存在而予以拔管。最後，因鑑定報告認為：「呼吸道痙攣為呼吸道本身之立即反應，無法預測或預防。」、「除非病患有明確的過往病史，近期內有明顯上呼吸道感染或是氣喘發作等徵狀，呼吸道痙攣在大多數的情況下是很難預期的。」以及鑑定報告認為醫師之急救處置並無延誤或不當，符合急救之標準流程，因此法院認為以現今醫療水準，醫師對病人發生呼吸道痙攣並無預見可能性，而且醫師之急救措施亦無延誤或不當，故對於病人發生缺氧性腦病變並無違反其注意義務可言。準此，醫師所實施之醫療行為，符合現行醫療常規，已盡注意義務，仍不可避免發生病人死亡之結果，自無可歸責事由及過失之侵權行為可言，故無須負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。高等法院進一步表示，因醫學係經驗科學，並且如同其他科學般存有各項討論之空間，因此在判斷臨床處置是否得當，應以病患當時所有狀況為整體討論，不應脫離臨床症狀而僅執著於單一症狀或少數個案報告，來論斷醫療處置是否符合當時醫療水準或有無失當¹⁷²。

病家雖有上訴至最高法院，但最高法院認為其上訴理由狀所載之內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使所為，並無指摘原判決有何違背法令，因

¹⁷² 臺灣高等法院 98 年度醫上字第 18 號民事判決：「按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，醫師法第 21 條雖定有明文。惟醫療手段之採取係為救治病人之生命及健康，就特定之疾病，醫師原係以專業知識，就病患之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療。醫學理論如同其他科學般存有各項討論空間，且人體非機械，醫學乃經驗科學，醫界係經由臨床醫療經驗之累積，為求診病患進行符合當時醫療科技水準之治療，因此，判斷臨床醫療處置是否得當，應以病患就醫當時所有狀況為整體之討論，不應脫離臨床症狀而僅執著於單一症狀或藥物，或以單一或少數個案報告，論斷醫療處置行為是否符合醫療當時之水準，或有無失當。」

此認定其上訴不合法而駁回¹⁷³。之後病家以高等法院有法規適用顯有錯誤之情形而提起再審之訴，但再審之高等法院認為原確定判決並無病家所指摘適用法規顯有錯誤之違誤，因此以判決駁回其再審之訴¹⁷⁴。病家對該再審判決，再提其上訴，但最高法院認為病家上訴之理由係就原審取捨證據及認定事實之職權行使所為，並無指摘原判決有何違背法令，因此認定其上訴不合法而駁回¹⁷⁵。

在臺灣新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事案件中（醫師對於非猛而有力的新生兒應有更高之注意義務）¹⁷⁶，本案原告因懷孕而至產科診所待產，在破水後因原告有嚴重胎便之情形，使得產出之胎兒嚴重吸入胎便而致呼吸困難，因此醫師立即採取「一般抽吸管」方式來吸取胎兒所吸入之胎便，但因急救效果不佳，醫師便通知合作之醫學中心醫院前來急救，並繼續以「一般抽吸管」方式來吸取胎兒吸入之胎便。待醫學中心醫院之醫師到達，醫師立即採取「氣管插管」方式來吸取胎兒吸入之胎便，並將胎兒帶回醫學中心醫院救治。胎兒雖送至醫學中心醫院急救，但仍因吸入胎便而受有腦性麻痺傷害，最後因缺氧性腦病變導致敗血症發生而致死亡，因此原告向地方法院主張醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。

根據兒科教科書記載：「若吸入胎便之新生兒非猛而有力時，應以「氣管插管」之方式進行抽吸吸入性胎便」，以及醫學中心醫院之醫師抵達診所時，立即採取「氣管插管」方式進行抽吸，因此本案地方法院認為，以「氣管插管」方式抽吸吸入濃稠胎便於非猛而有力之胎兒上，不僅係醫學院教科書所記載之方法，亦係我國醫院實際採用之醫療技術；並且診所內亦具備氣管插管之相關器材，可知診所是具備以「氣管插管」方式治療吸入胎便且非猛而有力之新生兒的專業知識與醫療器具，惟診所醫師僅以「一般抽吸管」方式治療，顯未達臨

¹⁷³ 最高法院 101 年度台上字第 1623 號民事裁定。

¹⁷⁴ 臺灣高等法院 101 年度再字第 48 號民事判決。

¹⁷⁵ 最高法院 102 年度台上字第 1496 號民事裁定。

¹⁷⁶ 臺灣新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事裁定、臺灣新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事判決、臺灣高等法院 99 年度醫上易字第 4 號民事判決。

床醫療上所實踐之醫療水準，應認違反善良管理人之注意義務，為有過失。醫方又未舉證證明如採取適當之處置，胎兒仍會因缺氧性腦病變導致敗血症發生而致死亡，自應認診所醫師未採取氣管插管方式治療與新生兒之死亡間有相當因果關係，因此醫方應負侵權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任。

本案高等法院則認為，胎兒在出生後固屬非猛而有力之新生兒，但在經過診所醫師施以「一般抽吸管」方式抽吸胎便後，活動力逐漸恢復正常。診所醫師持續以「一般抽吸管」方式進行胎便之抽吸，並給予氧氣，同時尋求合作之醫學中心醫院支援，非依循教科書內容，而本於醫療專業知識所為裁量行為部分；並且依鑑定報告：「目前婦產科診所，臨床上係以抽吸管抽吸鼻腔及口腔，如仍未改善，則須轉診至醫院或求助於小兒科醫師。」、「胎兒在子宮內如已吸入胎便，則娩出後，無論用抽吸或氣管插管抽吸，均無法將胎便抽吸乾淨。由於本案新生兒在子宮內已吸入胎便，無法抽吸乾淨，本案診所醫師已注意及此，從而亦已聯繫醫學中心醫師支援，因此可認診所醫師已盡相當注意義務」、「國內婦產科診所就抽吸處置之常規，仍以抽吸管抽吸鼻腔及口腔，該醫療常規為國內診所之現況，並非以新生兒是否猛而有力為條件等情。」是診所醫師以「一般抽吸管」方式抽吸新生兒口鼻部胎便後，見其情況好轉，同時尋求醫學中心醫院支援之步驟，難認有何違反醫療常規之情事存在。並且依文獻以及法務部法醫研究所鑑定書所載之內容，可知本案新生兒在子宮內即吸入胎便，故無論採取「一般抽吸管」或「插管方式」，均無法將胎便抽吸乾淨。臨床實務本難精準掌握胎兒於何時吸入胎便，而診所醫師在接生過程，對吸入胎便之新生兒所採行醫療處置行為，並無違反國內婦產科診所應有之醫療常規，則其醫療行為與新生兒因胎便吸入而致死亡並無相當因果關係存在，故醫方無須負侵

權行為損害賠償責任與不完全給付之債務不履行責任¹⁷⁷。因賠償金額未逾一百五十萬元，無法上訴至最高法院，因此本案最終結果是醫方獲得勝訴判決。

在臺灣南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事案件中（醫師對於免疫力低之病人應有更高之注意義務）¹⁷⁸，本案病人因咳嗽、氣喘、支氣管炎等症狀而至醫院急診室就醫，醫師診斷為氣喘合併急性積重症，經急診室收治而辦理住院。住院期間，因病人出現喉嚨疼痛且持續咳嗽有痰之情形，主治醫師安排耳鼻喉科醫師來會診治療，並採取痰液作細菌培養（細菌培養結果在病人轉院後出來，感染細菌係肺炎克雷伯氏菌）。一天凌晨，病人出現嚴重鼻塞、發燒等症狀，雖經住院醫師用藥治療，病人身體不適之狀況持續未解除。待隔日早上，病人狀況轉趨嚴重，開始出現血壓下降以及突發性胸痛之症狀，家屬通知護理人員，但因主治醫師在市區門診部看診，無法立刻趕回診治，因此以電話方式來瞭解病人病情並囑咐護理人員給予病人氧氣罩、打點滴、舌下含片，並囑託安排施行心電圖、抽血檢驗、裝上心電圖監測器，待檢查結果出來可排除心肌梗塞之情形後，醫師即表示待門診結束後回來接續治療。病人家屬因不滿醫方如此處置，故決定轉院至其他醫院治療，病人轉院至其他醫院後，因肺炎併敗血性休克發生而致死亡，因此病人家屬向地方法院主張醫方應負侵權行為之損害賠償責任。

本案地方法院認為病人發生突發性胸痛時，主治醫師正在市區門診部看診，而以電話囑咐護理人員給予病人治療，醫師之行為違反醫師法第 11 條前段規定之親自診療義務，屬違反保護他人之法律；並且醫師未囑咐護理人員進行任何排除敗血症發生可能之診療處置（如檢驗病人白血球數量或進行胸部 X 光檢查），要難以鑑定意見即遽認醫師並無疏失。縱使其因與醫院間之僱傭關係，另有於市區門診部看診之義務，惟醫院設有職務代理人制度，有其他醫師得以代

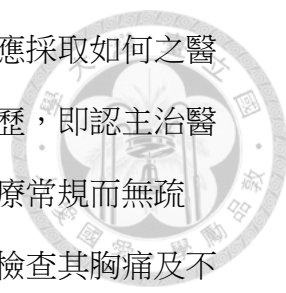
¹⁷⁷ 臺灣高等法院 99 年度醫上易字第 4 號民事判決。

¹⁷⁸ 臺灣南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上字第 8 號民事判決、最高法院 105 年度台上字第 255 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度醫上更(一)字第 3 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 2327 號民事判決。

理，醫師縱有義務衝突，亦有代理人得以代理履行對住院病人為親自診療之法定義務。病人長年有糖尿病病史且免疫力較低，雖然主治醫師使用之抗生素對肺炎克雷伯氏菌有效，惟對於一般免疫力較佳之人有效的抗生素，施用於免疫力較低之病人時，是否仍屬有效，主治醫師應盡其注意義務予以考量。病人因感染而有敗血症，敗血症之發展當遠較常人為快，而有休克致死之危險；主治醫師就病人生命徵象所顯示可能發生休克之危險，並未親自診療以採取適當必要之處置，終致病人因感染克雷伯氏菌而引發敗血症休克，導致多重器官衰竭而死亡。是醫師違反醫師法第 11 條第一項前段規定之醫療行為，與病人死亡間具有相當因果關係。雖然鑑定報告均認為主治醫師之處置均無疏失，但依衛生署函示所稱：「由非具醫師資格人員擔任輔助紀錄人詳實代筆記載病歷。」係以醫師親自診療醫療業務為前提，但本案主治醫師無親自執行醫療業務，故該病歷之作成不得由護理人員代為記載，並且病人之基礎生命徵象數值均係由護理人員抄自他處之虛構資料，並非當時實際測量所得，更不能相信該日之病歷上記載係屬真實，是以，該份病歷形式上之作成不合法，其實質內容亦非真實。而鑑定意見的判斷基礎係護理人員於病歷上記載之病患病情，然護理人員於病歷上記載係屬虛偽不實之資料，故鑑定意見不可採；並且鑑定意見並未考量病人為免疫不佳之患者，就主治醫師之診療給藥及所為排除心肌梗塞之鑑別診斷，其結論亦難採信。綜上，主治醫師未履行對於住院病人之親自診療義務而致病人死亡，故醫方應負侵權行為之損害賠償責任¹⁷⁹。

本案高等法院亦同地方法院，認為主治醫師未親自診療病人，亦未委請職務代理醫師診治，違反醫師法第十一條第一項本文之規定，屬違反保護他人之法律，推定為有過失。但高等法院認為，依證人之證言，可知病人反應胸痛後，護理人員於探視後以電話通知主治醫師，主治醫師即為診斷，同時開立藥劑供病人施用，足證護理人員向主治醫師描述之病情，係病人當時之實際病況，否

¹⁷⁹ 臺灣南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事判決。



則主治醫師當無法就病人之胸痛及血壓過低之情形，即時指示應採取如何之醫療處置並用藥，不能以護理人員未將病人之實際情況登記於病歷，即認主治醫師有延誤醫療之過失。並且鑑定報告認為醫師之處置均符合醫療常規而無疏失，可知主治醫師對於病人突發之病情變化已有掌握，並逐步檢查其胸痛及不適原因，未因在外門診即延誤其治療，難謂有何醫療疏失。主治醫師所施用之抗生素，經藥物敏感試驗證實，係對病人所感染之肺炎克雷伯氏菌有效，病人最後因肺炎而死亡，應屬病程進展快速高死亡率之原發性肺炎，此結果主治醫師難以預見，固難以認定主治醫師有專業判斷上之疏失，同時亦難認定與病人因肺炎死亡，具有相當因果關係，故醫方無須負侵權行為之損害賠償責任¹⁸⁰。

本案最高法院認為，醫師僅憑護理人員之口述為診斷，何以得認已盡醫師之注意義務？能否僅因其依該口述內容所為之處置符合醫療常規，即謂其已證明無過失？鑑定報告認為護理人員描述病人病情與實際情形相符，且無轉述錯誤情事，鑑定報告依憑為何？得否認與主治醫師親自到場診斷相同，且與病人死亡無因果關係？另病人於凌晨，曾多次主訴身體不適，並經住院醫師為治療處置，主治醫師以電話方式為診斷時，有無檢視參考該病歷或相關資訊？以上，原審未遑詳查，遽為不利於病家之認定，並嫌速斷，故廢棄發回高等法院重新審理¹⁸¹。

本案更審法院採納鑑定報告意見，認為醫師處置均符合醫療常規而無疏失，但更審法院認為醫師未親自診察病人，亦未啟動代理制度，而擅自請護理人員下達安排抽血檢驗、心電圖等檢查，並給予氧氣及舌下片等診療措施，自有違反醫師法保護他人之法律，推定有過失。但因病人未出現典型之肺炎症狀，並且細菌培養結果當時仍未得知，即使主治醫師親自診察或由代理醫師親自看診，依當時之情形，主治醫師或代理醫師欲診斷出當下病人已感染肺炎而有敗血症，仍有其困難，是以主治醫師或代理醫師若能及時到場看診，既無法診斷

¹⁸⁰ 臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上字第 8 號民事判決。

¹⁸¹ 最高法院 105 年度台上字第 255 號民事判決。

出病人確實罹患肺炎引發敗血症之結果，故病人發生死亡之結果，與主治醫師違反醫師法第十一條第一項應親自看診之規定間，難認為有相當因果關係，故醫方無須負侵權行為之損害賠償責任¹⁸²。病家對更審判決亦提起上訴，但最高法院認為病家上訴之理由係就原審取捨證據、認定事實之職權行使及其他與判決結果不生影響之理由來指摘原判決不當，因此認定其上訴無理由而駁回¹⁸³。

在臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事案件中（醫師對於藥物過敏之病人應有更高之注意義務）¹⁸⁴，本案病人因左腳無力且記憶力衰退而至醫院就診，經診斷後確定係罹患腦膜瘤，故醫師建議開刀治療以切除腫瘤。因為約有四成腦膜瘤患者會發生癲癇之症狀，手術結束後仍會有約兩成患者會持續發生癲癇之症狀，而癲癇發作會造成病人腦出血、腦缺氧甚至死亡之嚴重傷害，故醫師在術前與術後均有給予病人抗癲癇藥物以作控制與預防。因病人在手術結束後，持續有癲癇症狀發作，因此醫師未停止用藥以控制癲癇之發作。在用藥過程中，醫師發現病人對藥物開始產生皮膚壞死之過敏症狀，故停止用藥；但因病人又再次產生嚴重癲癇之症狀，故醫師又開始用藥，後來因病人對抗癲癇藥物產生嚴重之過敏反應，引起毒性表皮壞死症後群併敗血症及多重器官衰竭而死亡，因此病人家屬對醫方主張應負侵權行為之損害賠償責任。

本案地方法院認為，當醫師發現病人開始對藥物產生皮膚壞死之過敏症狀時，應考慮選擇其他抗癲癇藥物以避免副作用惡化，但醫師竟仍持續使用相同藥物，其行為實有可議，難謂醫師之臨床用藥判斷並無失誤。雖然鑑定報告認為醫師用藥處置無疏失，但報告內容中並無提供客觀具體論證及數據，因此難執為有利於醫方之證據，因此醫方應負侵權行為之損害賠償責任¹⁸⁵。

¹⁸² 臺灣高等法院臺中分院 105 年度醫上更(一)字第 3 號民事判決。

¹⁸³ 最高法院 106 年度台上字第 2327 號民事判決。

¹⁸⁴ 臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事裁定、臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 505 號民事判決。

¹⁸⁵ 臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決。

本案高等法院則採擇鑑定意見：「醫師之用藥判斷並無疏失，並且當時並無其他可供選擇之藥物使用。」故認為醫師用藥判斷未違反醫療常規而無疏失，但法院認為醫師應告知病人及其家屬施用該藥物之預後情形、可能之不良反應及不接受治療之後果等資訊，尊重病人及其家屬自主決定權，以為決定選擇符合自己最佳利益之醫療方針或拒絕醫部或全部之醫療行為，但醫師未告知病人藥物風險而逕自決定用藥，致病人因發生毒性表皮壞死症後群而死亡，侵害其自主決定權並與病人罹患毒性表皮壞死症後群而死亡之結果間，具有相當因果關係，因此應負侵權行為之損害賠償責任¹⁸⁶；但本案最高法院認為「告知後同意法則」之適用並非毫無例外，倘病人病情危急、生命身體健康有立即嚴重威脅時，應免除醫師告知說明義務，俾醫師於緊急情況，得運用其專業判斷以維護病人生命身體之利益；並且本案醫師已多次用藥而病人從未明示反對，故本案是否有成立病人默示同意醫師用藥之情形，有待釐清，因此廢棄高等法院判定醫方敗訴之判決¹⁸⁷。嗣後兩造在高等法院審理中成立調解。對於違反告知後同意之法律評價，高等法院定位在過失層次¹⁸⁸，最高法院則定位在違法性層次。本案高等法院雖然判定醫方敗訴，但肯認醫師臨床處置符合醫療常規，其裁量未逾越合理範圍。

總結言之，關於醫方臨床裁量有瑕疵之判決，除臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事案件外（因本案無法上訴，若醫方繼續上訴可能最後亦是醫方獲得勝訴之結果），其他四筆案件之最新判決均是醫方獲得勝訴之結果¹⁸⁹，可以得

¹⁸⁶ 臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決。

¹⁸⁷ 最高法院 106 年度台上字第 505 號民事判決。

¹⁸⁸ 臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決：「因醫師與病患間存有信賴關係，在醫師對病患施行醫療行為時，病患對於醫師之作為產生合理信賴，足以期待醫師應以合理之注意義務為其進行醫療行為。醫師之診治行為不僅在於醫治病患之疾病，且應避免在診治過程中，侵害病患之人身安全。基於醫師之責任承擔，醫師居於特別之責任地位，而負有保護、照顧或防範損害發生之注意義務（作為義務），因而，倘若因醫師未告知病患其病情及治療方式等訊息致生損害於病患時，應負侵權行為之損害賠償責任。」

¹⁸⁹ 臺灣士林地方法院 94 年度醫字第 8 號民事案件、臺灣新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事案件、臺灣南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事案件，這三筆案件均已獲得醫方勝訴之終審判決。臺灣士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事案件，此案件進行至最高法院，最高法院將醫方敗訴之高等法院判決廢棄發回。

知法院多會採納鑑定報告之意見，認為醫師臨床裁量符合醫療常規而無過失。上級法院不歸責醫師的原因，多認為該危險結果的發生於臨床上無客觀預見之可能，故醫師臨床裁量無瑕疵而不成立過失。因此下級法院若因病人之特殊狀況而認醫師應有更高之注意義務時，應考量醫師於臨床上能否客觀預見該危險外，並基於更多訴訟資料來論述歸責理由，方能說服上級法院維持採納，並使醫師瞭解其臨床裁量瑕疵何在，以發揮損害預防之效果。

第五章 結論



民事法之機能在歷史發展中迭經變遷，從贖罪、懲罰、威嚇、教育、填補損害及預防損害等，因時而異、因國而不同，反映著當時社會經濟狀態與倫理道德觀念，而現今我國民事法著重於損害填補與損害預防之功能。

損害填補係民事法的基本機能，目的在使被害人的損害能獲得實質完整之填補；但事前的防範勝於事後的補償，尤其在面對生命身體健康等難以恢復之權利時，因此民事法另一個機能：損害預防，亦相當重要。民事法規定何種不法侵害他人權益之行為，應予負責，藉著確定行為人應遵行之規範，及損害賠償之制裁而嚇阻侵害行為，具有一定程度的預防功能。

雖然對於過失認定應採取何種標準，係屬於法律解釋上之問題；但解釋法律其實就是在形塑或改變法律的內容，每一個法律解釋的結果，都會產生一條實證法所未明文規定之規範；因此實務上若採取何種認定標準具體明確，亦可達到類似損害預防之功能。

醫療常規，係具體明確且已存在之可預見標準，它客觀存在於醫療場域中；並且它係臨床實務所能達成之規範，而非超越臨床實務所能完成之準則，採取醫療常規作為注意義務之標準，可充分發揮損害預防之功能。但若以醫療常規作為注意義務之標準，將會使法院規範判斷之功能淪為僅有事實判斷之功能，恐無法充分實踐個案正義以填補被害人之損害。

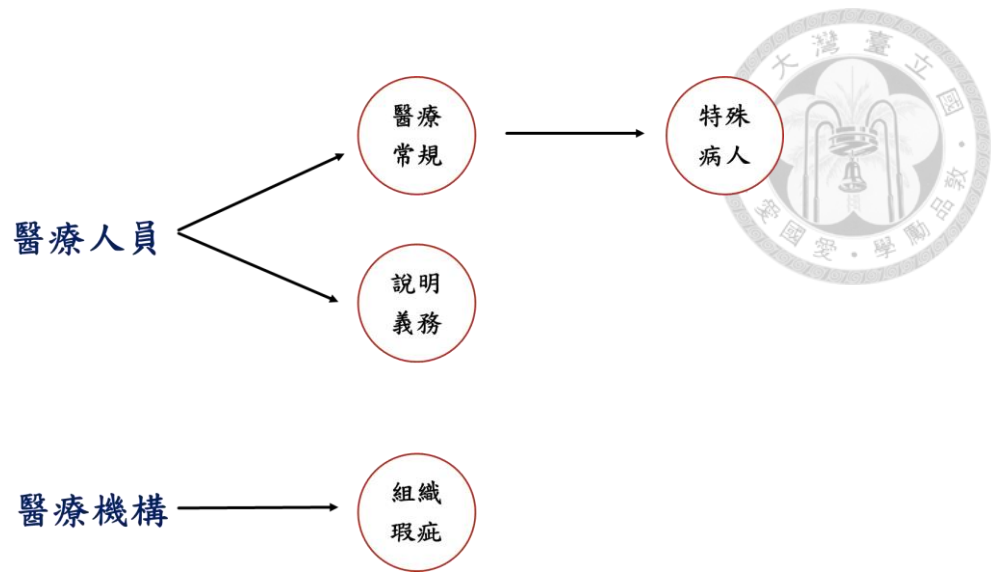
醫療水準，係抽象難預見之規範性標準，它須審酌所有因素來作綜合判斷。採取醫療水準作為注意義務之標準，恐無法充分發揮損害預防之功能，但卻能充分實踐個案正義來填補被害人之損害，亦可以成為雙方當事人利益調整之中間概念。對於民事法上兩項重要功能，法院應如何拿捏取捨？法院應如何合理公平地分配風險於醫病之間、調和雙方之利益，考驗著法院智慧。

對於過失認定應採取何種標準在實務上深具重要性，因此文章討論甚多，惟內容多由法釋義學、比較法及案例研究方式切入討論，目前仍未有文章實證研究，採取「醫療水準」注意標準之法院實際上曾考量過哪些情形，具體化醫療水準之概念內涵¹⁹⁰。若能將我國實務上所有採取「醫療水準」注意標準之實務判決進行分析、劃定其法律解釋範圍、具體化其概念內涵，除了可以達到損害填補之功能外，亦可適當提升損害預防之效果；並且若能將經由實證研究所獲得的經驗事實引入法律論證，亦可補充「醫療水準」概念內涵，使法律論證更能說服人們接受其背後所蘊含之利益衡量與價值判斷。

依據事實審法院判決內容之分析，可知實務除了審酌醫療人員行為是否符合醫療常規外，亦考量醫方是否善盡說明義務、醫師臨床裁量是否失當以及醫療機構制度是否有瑕疵。若依責任主體角度檢視，當法院論斷醫療人員個人是否成立過失時，會審酌其醫療行為是否符合醫療常規以及是否善盡說明義務，而當遇到情況特殊病人時，醫療人員之注意義務將會提高；當論斷醫療機構時，則會考量其組織制度是否存有瑕疵（圖九）。實證結果恰與最高法院 106 年度台上字第 1048 號民事判決之內容相呼應¹⁹¹，判決內容中所言「應就醫療個案、病人病情、就診時之身體狀況」係指「醫師臨床裁量瑕疵」類型判決，而「醫院層級、設備、能力、醫護人員有無定期按規定施以必要之在職訓練及當日配置人力、病患多寡，醫護人員有無充裕時間問診照護與其他情形」則係指「醫療機構制度瑕疵」類型判決。

¹⁹⁰ 傳統的判例研究或個案研究，是微觀層次的描述法律論證；實證研究分析大量判決或其他法律活動，則是巨觀層次的描述法律論證。王鵬翔、張永健，前揭註 3，頁 278。

¹⁹¹ 最高法院 106 年度台上字第 1048 號民事判決：「醫護人員於實施醫療行為時是否已盡善良管理人或依醫療法規規定或醫療契約約定或基於該醫療事件之特性所應具備之注意義務，應就醫療個案、病人病情、就診時之身體狀況、醫院層級、設備、能力、醫護人員有無定期按規定施以必要之在職訓練及當日配置人力、病患多寡，醫護人員有無充裕時間問診照護與其他情形，綜合而為研判，尚不能僅以制式之醫療常規（醫療慣行或慣例）作為認定醫護人員有無違反注意義務之唯一標準。」



圖九 責任主體角度檢視醫療水準之注意標準

我國學者曾對「醫事鑑定意見對法官心證影響」進行實證研究，發現當鑑定意見利於醫方時，醫方會有顯著較高的機會獲得勝訴判決，但仍有 6% 機會獲得敗訴結果¹⁹²。管見以為，其 6% 產生原因或許係鑑定意見僅針對醫方所為之醫療行為進行審查，而不會論及醫方是否善盡說明義務以及醫方制度是否有瑕疵，因此即便鑑定報告認為醫方處置並無不當之處，但因醫方未善盡說明義務或醫方制度有瑕疵而致病患權利受有損害，法院認為醫方對該損害仍應負責；或係當遇有情況特殊病人時，法院採擇更高之注意義務標準（醫療水準之注意標準），即使醫方處置被鑑定意見認為符合醫療常規而無疏失，法院仍認為醫方有過失而須為病患的損害負賠償之責。

F 從醫方未善盡說明義務之角度檢視，按告知說明之目的，旨在保護個別病患的「人身完整性」與「醫療自主決定權」，具有人格法益與個人專屬特質，係重要之權利。病人自主之維繫有賴於醫師之說明，當醫方未善盡說明義務時，

¹⁹² 本文對於「鑑定意見利於醫方」之定義，係指裁判過程所援引之鑑定意見，認為醫方並無任何行為疏失或構成危害。吳俊穎、楊增暉、陳榮基，前揭註 89，頁 128-131。

病患之「人身完整性」與「醫療自主決定權」將無法獲得充分的保障¹⁹³。雖然診治行為屬於醫師之專業裁量範圍，但疾病治療終究施行在病人身體，若有任何併發症或副作用產生時，仍會發生於病人身上，亦即不管病人的意願與否，病人都須面對與承受該併發症或副作用；既然併發症或副作用終局承受者是病人，理應讓病人事先認識該風險，並由其自主決定是否願意承擔該風險，方為合理¹⁹⁴。

由於一般患者通常不具備醫學專業知識，尤其在現在高度專業化的醫療發展下，任何醫療行為若無醫方事前的說明告知，病人絕無可能對該醫療行為有所理解，進而做出符合自身最佳利益之決定¹⁹⁵。醫方未盡說明義務而逕行醫療行為，無疑係從醫療人員角度來思考病人之最佳利益，但醫方所實踐之最佳利益真是病人所欲得之最佳利益？醫師在思考治療方針時，容易以「醫病」為優先而忘記「醫人」，但「醫病」其實亦係「醫人」，醫療決策模式若能從傳統醫療父權模式¹⁹⁶轉移成醫病共同決策之商議模式¹⁹⁷，才能真正實踐病人之最佳利益。

醫療契約目的之達成，有賴於醫病雙方充分的溝通，病人一方提出期待的結果，醫院一方提出達到結果的可能手段，在契約履行過程中，雙方逐漸修正期待的結果與擬定的計畫以達到預期的效果。是以，醫方善盡說明義務除為了尊

¹⁹³ 在倫理層面，「同意」的觀念乃基於「病人自主權」以及「尊重人格」的倫理原則；「自主權」是指病人有權自由決定自身所受健康照護方式，「尊重人格」則是要求醫療人員不得對病患進行其不想接受的醫療措施。Peter A. Singer（著），蔡甫昌（譯），前揭註 54，頁 3。

¹⁹⁴ 醫師應告知病人臨床上的不確定性以及他們所擁有的選擇，讓他們了解到醫學的複雜性，進而發問、做出知情且切於實際之抉擇，為自己所做的決定負責。Peter A. Singer（著），蔡甫昌（譯），前揭註 54，頁 65。

¹⁹⁵ 告知後同意強調資訊就是力量，並藉由倫理或法律上課與醫師說明義務來充權（empower）病人，平衡醫病之間因為資訊不對等而造成的權利不平等。這樣的思維背後有一種假設：「資訊」可以帶來「知識」，而「知識」可以帶來正確的「選擇」，而「選擇」不但是一個「權利」也象徵了一種「權力」。楊秀儀，前揭註 103，頁 9。

¹⁹⁶ 醫療父權模式（paternalistic model）係指，醫師依其倫理義務扮演著病人守護神，並依其專業訓練為病人做出認為對病人最好之醫療決定，而病人的任務僅是服從醫師的指令而已。楊秀儀（2005），〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學雜誌》，121 期，頁 141。

¹⁹⁷ 醫病商議模式（deliberative model）係指，醫師就如朋友，依其專業知識詳細地與病人解釋說明，並說服病人選擇合適之醫療行為，而病人擁有最終的醫療決定權。王志嘉（2014），《醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法基礎理論》，頁 57-59，台北：元照。

重病病人的自主權，亦係為了確認每一階段醫療契約的內容¹⁹⁸；並且因人體反應不確定性、醫學有限性之特質，每一個醫療行為總是涉及一定之固有風險（副作用或併發症之可能發生），當醫方未告知醫療行為之風險而風險實現造成病人損害時，因病人未同意承擔其風險，此風險實現所造成之損害應由醫方負責，方為公平¹⁹⁹。

近年來，醫療糾紛案件日漸增加，病人質疑醫療過程中存有疏失，部分原因係「醫療結果與病人期望有所落差」。病人對醫療期望落空，常見原因係醫病之間從一開始就沒有針對醫療效果或風險進行說明，以至於病人從一開始就抱持著錯誤的期待。如果醫師在實施治療前，有充分向病人說明、解釋各種處置的風險與預後狀況，即便醫療的本質具有不確定性與風險性，醫方只要將該不確定與風險充分向病方說明，可能就不會產生後續的醫療爭議問題²⁰⁰。

從歷審裁判分析可知，我國實務對於醫方是否善盡告知說明義務相當重視，如此的確能使病人自主決定權受到充分完善之保障，惟不能忘記告知說明義務之目的是確保病人得到更好的照護，而非確保病人得到自由²⁰¹。醫療行為本具有風險性與不確定性，若對於醫療行為中所可能產生之風險，一概要求醫師對病家須為詳盡無缺之說明，非但造成醫療資源之浪費，亦將使病家於決定是否接受醫療行為時無所適從，甚至可能造成病人同意權行使之空洞化，更與告知說明義務所欲保障病人自主決定權之目的背離。是以，當要求醫方須善盡告知說明義務時，應考量病患之醫療目的，並以臨床上醫師所能預見者決定其說明範圍，方能保障病人之自主決定權並兼顧醫療資源給付之有限性與經濟性²⁰²。

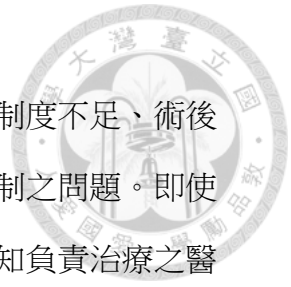
¹⁹⁸ 薛瑞元（2004），〈醫療契約與告知義務〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁40-42。

¹⁹⁹ 在德國法，病人告知後同意具有雙重意義：(1)同意身體完整性之侵襲 (2)同意承擔風險。侯英冷，前揭註15，頁17-19。

²⁰⁰ 王皇玉，前揭註28，頁33-34。

²⁰¹ 美國提倡病人自主權之著名醫學倫理學者 Jay Katz 教授曾說：「the common law doctrine of informed consent has secured for patients the right to better custody but not to liberty.」

²⁰² 邱琦（2009），〈醫生沒有告訴我的話－論告知義務與不完全給付〉，《月旦法學雜誌》，164期，頁43-46；王聖惠（2018），〈告知說明義務系列：手術同意書的簽署是萬靈丹嗎？〉，《月旦醫事法報告》，15期，頁133-134。



從醫方制度有瑕疵之角度檢視，不論是通報制度欠缺、照護制度不足、術後制度欠缺、儀器設備不當，究其本質皆是醫療機構營運成本控制之問題。即使診斷結果早已得知，卻因該疾病未納入危急通報範圍，故未通知負責治療之醫師，使得病人未受治療而身亡；因為醫師人力配置之不足，使得急救病人過程出現缺漏、或是因為醫護人員人力之不足，使得病人照護出現漏洞；將暫時性導管置入病人體內而未通知回診取出，使得導管長時間在病人體內而影響其健康；使用較為便宜之非儀器專用之耗材，使得病人傷亡。若醫療機構因節省成本過度而致病人傷亡，此損害結果應由醫療機構負責才較為合理；獲得利益，本當承擔其風險，怎會由病人與醫療人員承受其不利益。組織系統之瑕疵，係由醫療機構所產生，亦難藉由個別醫療人員修正改善，課予醫療機構自己責任，使較有控制能力之醫療機構承擔，始能真正避免上述醫療事故再次發生²⁰³。

醫療機構透過組織獲得企業利潤所造成之損害，應獨立負賠償責任，此責任與以受僱於醫療機構之醫療人員構成侵權行為為前提的僱用人責任（民法 188 條第一項本文）有別，而係醫療機構違反其組織義務之責任，蓋醫療機構對病人有周延人事組織、確保提供之醫療品質與安全符合醫療水準之組織義務²⁰⁴。若不特別獨立出醫療機構責任，而係以僱用人責任論以醫院損害賠償之責，醫院可以主張已盡選任監督義務而免負賠償責任（依民法 188 條第一項但書），或

²⁰³ 陳聰富，前揭註 16，頁 479-489；吳俊穎、陳榮基、楊增暉、賴惠蓁、翁慧卿，前揭註 54，頁 179-188。

²⁰⁴ 陳聰富教授、侯英冷教授與林宗穎法官認為，醫療機構有存在獨立組織義務之必要。當醫療機構違反組織義務時，獨立負損害賠償責任，此責任與僱用人責任有別，非必須所屬醫療人員有不法侵害行為，醫療機構始負僱傭人之侵權責任；侯教授認為醫療機構之組織義務內容有：安全管理義務、病人照護組織義務、周延人事（醫師與非醫師人事）組織義務、完整病歷記載義務以及保存與保密義務，林法官認為組織義務內容有：以適當形式設置組織、周延之人事安排、確保醫院環境設備及醫療產品之安全性、使病人受妥善安全照護及充分告知。陳聰富，前揭註 16，頁 468-489；侯英冷（2012），〈從「往來義務」建構醫療機構之組織義務〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷 1 期，頁 330-331、344-363；林宗穎（2017），〈醫療機構組織責任之理論建構與案例類型之具體化—以德國與臺灣案例為中心〉，《政大法學評論》，148 期，頁 205-238。

係醫院賠償完病家，再回頭向醫療人員求償（依民法 188 條第三項），最後責任承擔者仍是醫療人員而非醫院，醫療機構恐怕不會有改善醫療品質、防免相同事故再次發生之動力，如此將無法發揮損害預防之效果，病人安全將無法受到充分保障²⁰⁵。在歷審裁判分析中，可以發現多數法院亦察覺上述問題之存在，因此即使病人或其家屬對醫師與醫院同時主張侵權行為與債務不履行之損害賠償責任，法院最後僅論醫院應負不完全給付之債務不履行責任，而不歸責醫師應負侵權行為損害賠償責任。實則，無論係侵權行為法上醫院本身組織責任之建構，或充實契約法上醫院應盡義務之內涵，均有助於醫院積極增進其提供醫療服務之水準，對於提升整體醫療專業水平有正面助益²⁰⁶。醫療產業化、醫療機構企業化已是無法改變之趨勢，我們應正視醫療組織安全管控之問題，而非將組織龐大化之聯絡疏失或系統性過失，建立在醫療人員的職業風險上；組織疏失會透過醫療人員的行為呈現，因為醫院僅是組織體，其健康照護行為必須透過醫療人員來執行，過度強調醫師個人責任，而忽略醫院組織責任，只會加深醫病之間緊張關係而無助於解決真正問題。

醫療糾紛事件，表面上好像僅係醫療人員與病人雙方之間責任分配的問題，但其實事件背後所隱藏的醫療傷害（medical injury）及醫療錯誤（medical error）更可能是攸關全民健康的公共衛生議題²⁰⁷。國外研究發現，當健康照護系統趨向龐大複雜時，醫療人員在提供健康照護過程中，產生醫療錯誤之機率將會增加，而這些人為造成的疏失錯誤多是可以避免預防²⁰⁸。單純仰賴個人能

²⁰⁵ 李詩應、陳永綺、蔡秀男、林東龍、郭書琴、吳志正、吳俊穎、陳聰富、陳琬渝（2015），《醫療糾紛處理之法制與實證》，頁 240-250，台北：元照。陳聰富教授在本文提出直接論以醫療機構自己責任之優點，參閱陳聰富（2011），〈法人團體之侵權責任〉，《國立臺灣大學法學論叢》，40 卷 4 期，頁 2118-2121。

²⁰⁶ 侯英冷（2015），〈從臺南地院一〇二年度醫字第一號判決看醫事民事責任之改變〉，《月旦裁判時報》，40 期，頁 32-33；林宗穎（2018），〈哈姆立克法急救案：住院醫療期間發生意外事故之契約與侵權責任〉，《月旦醫事法報告》，20 期，頁 109-110。

²⁰⁷ 楊秀儀（2016），〈醫療傷害流行病學：到底問題有多嚴重？〉，《月旦醫事法報告》，1 期，頁 22-29。

²⁰⁸ 醫療錯誤又以藥物相關之錯誤最常見，如藥物處方或劑量之錯誤。Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, Molla S. Donaldson（著），鄭紹宇等（譯）（2010），《人會出錯：建立一套更安全的健康照護系統》，頁 26-48，台北：臺灣醫療品質協會。

力來避免錯誤往往有其極限，醫療機構若能事先建立起防錯機制，不但可以降低醫療人員疏失犯錯之機會，更能在醫療人員疏失犯錯發生時，阻擋該醫療錯誤實現於病人生命身體健康上，充分保障病人就醫之安全²⁰⁹；並且在系統內之人員較不易察覺制度瑕疵存在²¹⁰，若能由組織外之法院適度提醒，亦能使機構制度更臻完善與確保機構所提供之醫療品質與安全性，使病人與醫療人員均獲得保障，進而提升整體醫療專業水準與人民健康就醫之環境。


從醫方臨床裁量有瑕疵之角度檢視，因醫療臨床情況瞬息萬變，醫師必須根據臨床經驗、依據專業與學理，判斷病人之病情並適時提供合適之處置，此即為醫師裁量權之基礎²¹¹。即便病人自主意識興起的今日，在醫療上仍有許多醫療行為屬於醫師絕對裁量權之範圍，此類通常具有專業性極高的特性，而且屬於客觀之判斷，即使病人或家屬的參與亦無法改變，在醫療上有絕對的自主性²¹²。如果對於疾病或傷痛之治療，在臨床上存在著數種不同的治療方式，且數種治療方式都是醫學上所承認認可，或是在臨床上尚未出現統一或標準之治療程序的情況，原則上應容許醫師有選擇醫療方法的自由，換言之，醫師可以視具體情況而做出適當專業之裁量，只要醫師所採取的治療方式屬於醫學上所認可之方式，即使事後的治療不理想，亦不能因此而認定醫師處置有過失。

²⁰⁹ 人難免會出錯，但若善用科技的協助（如資訊科技或自動化科技），將可大幅降低醫療錯誤之發生，並進而提升照護品質與醫療效率。Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, Molla S. Donaldson（著），鄭紹宇等（譯）（2012），《跨越品質的鴻溝》，頁 164-180，台北：合記；Mark Graban（著），鄭紹宇等（譯）（2017），《精實醫院：提升醫療品質、病人安全與員工素質》，頁 179-197，台北：合記。

²¹⁰ 潛在性錯誤或系統錯誤是複雜體系安全上最大之威脅，因為它們會使員工出錯，但在系統中工作的員工難以察覺這些潛在性錯誤存在，因為它們隱藏在組織經營或結構的例行流程設計中。Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, Molla S. Donaldson（著），鄭紹宇等（譯），前揭註 208，頁 55-66。

²¹¹ 王志嘉（2014），《醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法實例剖析》，頁 2-14，台北：元照。吳志正醫師對醫師裁量權，如此定義：「於滿足債務本旨前提下，醫療提供者就醫療給付內容所為細節性、技術性、方便性等之片面決定。」陳聰富、陳彥元、楊哲銘、吳志正、王宗倫、邱玟惠（2012），《醫療法律》，頁 337-339，台北：元照。

²¹² 王志嘉醫師將「醫師裁量權與病人自主性之關係」依臨床特性分為三種類型：（1）醫師絕對裁量權（2）醫師裁量權為主、病人自主性為輔（3）病人絕對自主性，詳細內容可參閱王志嘉，同前註，頁 11-14。



醫療之主要目的雖在於治療疾病或改善病患身體狀況，惟同時必須體認受限於醫療行為有限性、疾病多樣性及人體機能可能出現不同病況變化等諸多變數交互影響，參以目前醫學尚有許多未知、無法預測掌握之範圍，要難僅因醫療結果不圓滿即全然歸咎醫師責任。醫療過失判斷之重點應在於實施醫療之過程而非結果，亦即法律並非要求醫師絕對須以達成理想之醫療效果為必要，而係著眼於醫師在實施醫療行為過程中是否業以恪遵醫療規則，且已善盡其應有之注意義務。醫師於實施醫療過程中之醫療行為，如符合醫療常規，且未能舉證證明醫師實施醫療行為過程中有何疏失，自難認醫師有何不法。

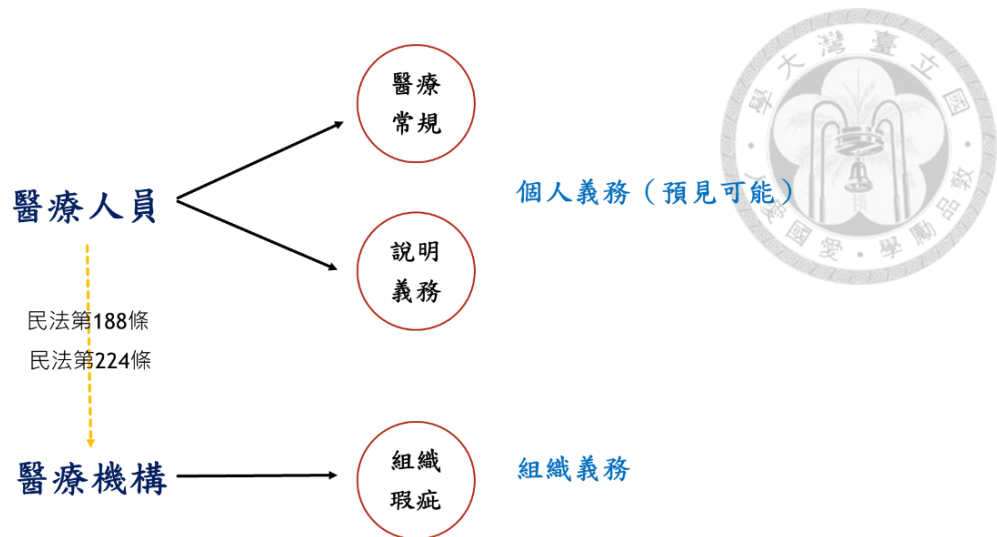
本文以為，醫療民事法功能在於合理規範醫師與病人間，關於醫療損害責任妥適分配之機制，一方面得以填補病人之損害，另一方面對醫師亦發揮損害預防之功能。可以理解法院為保障病家權益之良善目的，因此要求醫師在對於情況特殊之病人應有更高的注意義務，然臨床醫學所設定之醫療常規，非未考慮過這類病人之情形，法院若要歸責醫師臨床裁量有瑕疵，應審酌醫師於臨床上是否能客觀預見該危險發生，並佐以有力之說理論述，方能使醫師清楚瞭解瑕疵所在，以避免病患再次遭受相同損害，進而達到損害預防之效果。

過失責任的成立，應係行為人有預見危險發生之可能，卻因違反注意義務，以致於只要盡注意義務就能避免可預見之危險結果發生，卻未盡注意義務而使其發生，故應負過失責任。過失責任之成立，必定內涵了行為人對危險結果具有客觀預見性。法院若過度重視損害填補功能而輕忽損害預防功能，要求醫師擔負損害賠償之責，卻未考慮醫師於臨床上有無客觀預見可能以及未提出詳盡有力之說理，這樣的判決安排是否合理妥適？非無斟酌之餘地。

綜合上述，管見以為注意義務標準採取「醫療水準」之標準較能合理分配醫療風險、公平調和醫病雙方之利益。惟體認醫學知識有限性、人體基因多樣性及身體機能可能出現不同病況變化等諸多變數交互影響，參以目前醫療領域尚有許多未知、無法預測掌握之範圍，除非是該領域之醫學知識仍處於未知不明

狀態，否則臨床醫療常規的設計亦應考慮過特殊病人診療照護之情形。醫療行為過失之判斷，在考慮當事人注意義務是否違反時，應判斷該情形在臨床上有無客觀預見結果可能性，以及有無客觀迴避危險發生之可能性，而客觀迴避危險發生之可能性係以有客觀預見結果可能性為前提²¹³。當醫療事故係有客觀預見結果可能性，始有成立過失之可能；當醫療事故係有客觀預見結果可能性，而無客觀迴避危險可能性時，醫方須善盡說明義務，由病方選擇是否承擔該危險（併發症、副作用），方不成立過失；當醫療事故之發生係無客觀預見結果可能性與無客觀迴避危險可能性時，應無成立過失可言，當特殊病人發生損害之情形係屬無客觀預見結果可能時，亦應無成立過失之可能，故管見以為當論斷醫療人員個人是否成立過失時，審酌其醫療行為是否符合醫療常規以及是否善盡說明義務（醫療人員可預見之個人義務），而不須在遇到情況特殊病人時，特意提高醫療人員注意義務之標準；當論斷醫療機構是否成立過失時，則考量其組織制度是否存有瑕疵（醫療機構之組織義務）。而當醫療人員個人責任成立時，依民法第一八八條、二二四條規定，醫療機構亦應負同一責任（圖十）。

²¹³ 醫療過失的客觀預見可能性與客觀迴避可能性之「客觀」，係指「具有良知與理智而小心謹慎之醫師，或依醫業一般觀念認為有相當知識經驗及誠意之醫師」的客觀醫師為標準。吳志正（2014），〈從鑑定意見談醫療過失責任之認定〉，頁 179-207，台北：元照；邱琦（2013），〈醫療訴訟類型化研究—以孕婦闌尾炎為例〉，《月旦裁判時報》，22 期，頁 44；湯文章（2018），〈醫療常規與醫師的注意義務〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 140-142；施肇榮（2018），〈哈姆立克法急救案：醫療義務產生的事由〉，《月旦醫事法報告》，20 期，頁 82-84。



圖十 過失判定之方式

因此當醫方未善盡說明義務而造成病人權益受損時，由醫院與醫療人員擔負損害賠償之責，當醫方制度有瑕疵而造成病人權益受損時，原則上僅論醫院應負損害賠償之責，除非醫療人員有不合於醫療常規之行為。當醫方臨床裁量有瑕疵而造成病人權益受損時，若醫師之處置不符合醫療常規，醫院與醫師應負損害賠償責任；但醫師處置符合醫療常規，而法院認為其臨床裁量有瑕疵而欲論斷醫方負損害賠償責任時，應考慮該情況是否係醫師客觀所能預見，並基於詳實充足之訴訟資料來作說理論述，方能說服上級審法院採納，且讓醫方了解自己的臨床處置瑕疵何在，使能發揮損害預防效果以避免病人再次遭受相同之損害。

不問契約責任或侵權責任，醫療過失的概念核心在於「義務違反」²¹⁴。學說與實務對於義務違反之認定，逐漸從主觀上未盡醫療必要注意，轉向重視客觀上違反醫療專業行為準則。若能從實證研究結果中，得知採擇「醫療水準」標準之法院歸責醫方的理由，具體化「醫療水準」標準之概念內涵，俾醫療機構

²¹⁴ 陳忠五，前揭註 22，頁 23。

與醫療人員得以認識預見，使之成為醫療專業行為準則內容，進而改變其行為態度模式，將能發揮民事法中損害預防之功能，充分保障病人就醫之安全。

雖然採擇「醫療水準」之注意標準較「醫療常規」之注意標準更能保障病人就醫安全，惟「醫療水準」之注意標準係不確定法律概念，對醫病雙方都不易預見，法院若採擇「醫療水準」作為義務違反之標準，可能會增加訴訟程序及裁判之不可預測性²¹⁵，為保障雙方當事人之訴訟權及避免突襲性裁判之發生，法官之闡明將更加重要。法院若能在訴訟早期階段（爭點整理階段）予以闡明、適當地公開法律上見解、表明證據評價上之心證，將對整個訴訟之進行、雙方當事人之攻防、突襲性裁判之避免乃至於對裁判之信服及上訴率之降低，均有所助益。

我國醫療法第八十二條在去年年底進行了內容修正，參照立法理由可知，本次修正亦有另一個目的，為使醫事人員的醫療責任之判定明確化及合理化，因此立法者將醫事人員之過失作了明確定義，將醫事人員之過失定義為違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量；並且認為醫療機構應承擔較醫事人員更多之責任，而未改變醫療機構之過失條文，將醫療機構與醫事人員之民事過失責任作不同標準安排。立法者如此設計，對司法實務會產生什麼影響？目前實務對於民事過失判定之標準是採取「醫療常規」與「醫療水準」之注意義務標準，而以採擇「醫療常規」之注意義務標準者為多。首先，實務早已承認醫師在醫療行為上有其裁量權，醫師可視個案特殊性而為合乎醫理之處置²¹⁶，並且目前實務多以「醫療常規」之注意標準來評價醫事人員之行為是否有

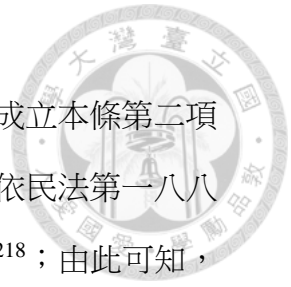
²¹⁵ 吳振吉，前揭註 83，頁 83-84；湯文章（2018），〈醫師的注意義務與防衛性醫療行為〉，《月旦醫事法報告》，18 期，頁 146-148。

²¹⁶ 最高法院 106 年度台上字第 1267 號民事判決：「另吳○○當時甫接受系爭手術，有腹部傷口且疼痛，衡以一般人之普通經驗，顯然不適合側臥或站立接受胸部或腹部側照 X 光檢查，況當時吳○○並無典型腹膜炎臨床表徵，姜○○本於其醫療裁量權，使吳○○平躺接受胸部 X 光檢查，未採行政院衛生福利部醫事審議委員會（下稱醫審會）第三次鑑定書所指之胸部立姿 X 光、腹部臥姿 X 光方式，仍應認為符合當時醫療水準。」

過失，當醫事人員之醫療行為符合醫療常規時，法院多認為醫療人員已盡醫療上必要之注意義務，因此立法者將醫事人員之過失定義為違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量，並未跟以往過失判斷標準有所不同。再者，實務亦已分別論以醫事人員與醫療機構不同之民事責任標準，對醫事人員採取「醫療常規」注意標準，而對醫療機構採擇「醫療水準」注意標準待之 217。

從歷審裁判分析亦可發現，在採擇「醫療水準」為注意標準之民事判決中，在醫方違反告知後同意之告知義務方面，因實務將違反告知說明義務的法律效果，多數定位在違法性層次，而本次係對過失責任判定之修法，因此對實務產生之影響有限；而在醫方制度瑕疵方面，多數實務僅會論醫療機構應負不完全給付之債務不履行責任，而處置符合醫療常規之醫事人員則無須負侵權行為之損害賠償責任，實務在醫方制度存有瑕疵時，已開始分別對醫療機構與醫事人員論以不同標準之民事過失責任，故本次修法產生之影響亦有限；而在醫方臨床裁量瑕疵方面，雖然醫師所實施之醫療行為符合醫療常規，但法院認為醫師應有更高之注意義務來施行其行為，而醫師所施行之醫療行為未達該標準（臨床醫療上所實踐之醫療水準），因此判定其臨床裁量有瑕疵，這部分可能將受修法所影響，但因多數實務係採「醫療常規」之注意標準，當醫師之醫療行為符合醫療常規時，多數法院會認為醫師之注意義務已達醫療上必要注意義務程度，因此本次修法產生之影響亦有限；而在醫方違反契約或侵權行為法所生之安全說明義務時，目前實務均認為法律效果係發生在過失層次，而說明義務之違反是否能解釋成違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量，有待日後實務案例之觀察。但不論醫事人員是否會因未盡安全說明義務而成立民事過失責任，醫療機構會因醫事人員未盡安全說明義務而成立不完全給付之債務

²¹⁷ 如臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事判決。高等法院認為，醫師處置符合「醫療常規」而不構成過失，但醫院給付未具當時「醫療水準」而有不完全給付之情，故醫院應負不完全給付之損害賠償責任。



不履行責任是無庸置疑的。

在醫療法第八十二條第五項之立法理由中，表示當醫事人員成立本條第二項時，除可依本條第五項向醫療機構主張損害賠償責任外，仍得依民法第一八八條第一項規定，請求醫療機構與醫事人員連帶負損害賠償責任²¹⁸；由此可知，本條屬於侵權行為性質之請求權，但本條第五項是否可以獨立當作向醫療機構主張之請求權基礎，亦待日後實務案例之觀察。

質言之，本次醫療法第八十二條之修正，在民事責任方面，可謂係將司法實務對於民事過失判定的多數見解成文化，民事過失責任之標準仍跟以前相同，並未因修法而有所減輕²¹⁹。立法者雖然將醫事人員過失責任成立的要件具體化，但法律解釋上並未因此而受到影響。

誠如院會紀錄所說：「醫療行為刑事責任限縮的討論，與整體病人權利保障之架構調整，密不可分。醫療行為刑事責任限縮與病人權利保障脫鉤，顯然忽略病人權利保障為連續且相互影響的過程（就醫、糾紛發生、損害補償）。故醫療行為刑事責任限縮之法制，應與病人權利保障之醫事爭議調解配套進行²²⁰。」醫事人員法律責任之合理化與明確化的確有其必要²²¹，但立法者應將病人權益

²¹⁸ 醫療法第八十二條第五項之立法理由：「至於醫事人員執行醫療業務致生損害於病人，依本條第 2 項應負損害賠償責任時，病人除得依本條第 5 項請求醫療機構負損害賠償責任，仍得依民法第 188 條第 1 項規定，請求醫療機構與醫事人員連帶負損害賠償責任，併此敘明。」

²¹⁹ 楊秀儀教授認為，本次醫療法第八十二條之修正，民事過失責任的標準仍跟以前相同，並未因修法而有所減；但在刑事過失責任方面，則有加重之虞。楊秀儀，前揭註 46，頁 76-82。

²²⁰ 立法院公報處，前揭註 48，頁 118。

²²¹ 醫療糾紛不僅影響個別病人與醫師之間的醫病關係，更影響到所有病人就醫之可近性及國家整體醫療照護之提供，形成攸關全民健康的重大公共衛生議題（高風險科別招募不到住院醫師）。根據臺灣大學公共衛生學院鄭守夏教授於 2012 年針對 1077 名醫學系學生進行之問卷調查，發現影響醫學生專科選擇的重要因素，前三名因素係：生活品質（35.84%）、臨床專業興趣（30.36%）以及醫療糾紛（19.31%）；同年，國家衛生研究院亦針對 631 名 PGY 醫師進行其選科意願之問卷調查，發現影響 PGY 醫師專科選擇的前五名因素分別是：臨床興趣（977 分）、生活品質（369 分）、救人成就感（350 分）、醫療糾紛（287 分）以及工作時數（272 分），足見醫療糾紛之因素對於醫學生與 PGY 醫師的專科選擇，有其重要之影響。鄭守夏（2012），《台灣大學公共政策與法律研究中心 101 年度研究計畫案期中報告》，頁 10，載於：<http://www.cppl.ntu.edu.tw/research/2012research/10102Interim.pdf>；陳亮甫（2015），《一萬元買個名字填上住院醫師班表？五大皆空的原因分析與解決方法》，載於：<http://www.thinkingtaiwan.com/content/4290>。

保障之相關配套亦一併納入修法來作整體性考量，方能創造醫、病、社會三贏局面的結果²²²。



²²² 吳全峰 (2018)，〈醫療法第 82 條修正對病患權益之影響：從醫療機構責任談起〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 97-99。

參考文獻



一、中文部分

(一) 專書

Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, Molla S. Donaldson (著), 鄭紹宇等 (譯)

(2010),《人會出錯：建立一套更安全的健康照護系統》，台北：臺灣醫療品質協會。

Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, Molla S. Donaldson (著), 鄭紹宇等 (譯)

(2012),《跨越品質的鴻溝》，台北：臺灣醫療品質協會。

Mark Graban (著), 鄭紹宇等 (譯) (2017),《精實醫院：提升醫療品質、病人安全與員工素質》，台北：臺灣醫療品質協會。

Peter A. Singer (著), 蔡甫昌 (譯) (2009),《臨床生命倫理學》，2版，台北：財團法人醫評暨醫療品質策進會。

王志嘉 (2014),《醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法基礎理論》，台北：元照。

王志嘉 (2014),《醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法實例剖析》，台北：元照。

王泰升 (2010),《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》，台北：元照。

王澤鑑 (2012),《債法原理：基本理論債之發生》，增訂3版，台北：自刊。

王澤鑑 (2012),《人格權法—法釋義學、比較法、案例研究》，台北：自刊。

王澤鑑 (2015),《侵權行為法》，增訂新版，台北：自刊。

王澤鑑 (2017),《損害賠償法》，台北：自刊。

朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富 (2008),《醫療過失舉證責任之比



- 較》，台北：元照。
- 李詩應、陳永綺、蔡秀男、林東龍、郭書琴、吳志正、吳俊穎、陳聰富、陳琬
渝（2015），《醫療糾紛處理之法制與實證》，台北：元照。
- 沈冠伶（2017），《民事醫療訴訟與紛爭處理》，台北：元照。
- 吳志正（2014），《從鑑定意見談醫療過失責任之認定》，台北：元照。
- 吳志正、楊秀儀、王志嘉、姚念慈（2015），《醫事鑑定與法院之實質審判權》，
台北：元照。
- 吳俊穎、賴惠綦、陳榮基（2010），《法官，我說明夠了嗎？醫師告知義務的法
院判決評析》，台北：橘井。
- 吳俊穎、陳榮基、楊增暉、賴惠綦、吳佳勳（2012），《清官難斷醫務事？醫療
過失責任與醫療糾紛鑑定》，台北：元照。
- 吳俊穎、陳榮基、楊增暉、賴惠綦、翁慧卿（2014），《實證法學：醫療糾紛的
全國性實證研究》，台北：元照。
- 陳怡成、謝哲勝、劉梅君、陳學德、陳運財（2016），《醫療糾紛處理面面觀》，
台北：元照。
- 陳學德（2014），《臺中地院醫療調解、諮詢、鑑定制度經驗分享》，台北：元
照。
- 陳學德、陳聰富、楊秀儀、林鈺雄、蔡秀男、吳志正、姚念慈、沈冠伶、莊錦
秀（2014），《醫療糾紛處理之新思維(一)：以臺中地院醫療試辦制度為中
心》，台北：元照。
- 陳聰富、陳彥元、楊哲銘、吳志正、王宗倫、邱玟惠（2012），《醫療法律》，台
北：元照。
- 陳聰富（2014），《醫療責任的形成與展開》，台北：臺大出版中心。
- 陳聰富（2014），《醫療侵權行為之構成要件分析》，台北：元照。
- 陳聰富（2017），《侵權行為法原理》，台北：元照。



- 曾淑瑜（2007），《醫療過失與因果關係》，再版，台北：翰蘆。
- 曾淑瑜（2010），《醫療倫理與法律 15 講》，台北：元照。
- 蔡秀男（2015），《醫療糾紛之爭點整理與調解》，台北：元照。
- 黃國昌（2012），《程序法學的實證研究》，台北：元照。
- 黃鈺嫻（2014），《美國道歉制度沿革及啟示－告別對立走向對話》，台北：元照。
- 黃富源主編（2012），《醫事糾紛鑑定初鑑醫師指引手冊》，3 版，台北：財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會。
- （二）期刊
- 王皇玉（2005），〈整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則評台北地院九十一年訴字第七三號判決〉，《月旦法學雜誌》，127 期，頁 52-53。
- 王皇玉（2006），〈論醫師的說明義務與親自診察義務-評九十四年度台上字第二六七六號判決〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 272。
- 王皇玉（2012），〈醫師的說明義務與說明義務之免除〉，《萬國法律》，186 期，頁 32-33。
- 王皇玉（2013），〈論醫療刑責合理化〉，《月旦法學雜誌》，213 期，頁 91。
- 王聖惠（2018），〈告知說明義務系列：手術同意書的簽署是萬靈丹嗎？〉，《月旦醫事法報告》，15 期，頁 133-134。
- 王聖惠（2018），〈告知說明義務系列：告知說明之範圍〉，《月旦醫事法報告》，20 期，頁 124-129。
- 王鵬翔、張永健（2015），〈經驗面向的規範意義－論實證研究在法學中的角色〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 220-278。
- 朱柏松（1998），〈適用消保法論斷醫師之責任〉，《國立臺灣大學法學論叢》，27

卷 4 期，頁 52-63。

朱柏松（2005），〈整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範〉，《月旦法學教室》，31 期，頁 98。

吳全峰（2018），〈醫療法第 82 條修正對病患權益之影響：從醫療機構責任談起〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 97-99。

吳志正（2017），〈醫療過失刑罰化之現況與變革〉，《月旦醫事法報告》，13 期，頁 23-31。

吳俊穎、楊增暉、陳榮基（2015），〈醫療糾紛鑑定意見對法官心證之影響〉，《科技法學評論》，12 卷 1 期，頁 97-133。

吳俊穎、楊增暉、陳榮基（2017），〈醫療訴訟之實證研究－民事案件之上訴率及其維持率〉，《國立中正大學法學集刊》，55 期，頁 150-157。

吳振吉、姜世明（2013），〈醫師及醫療機構就債務不履行責任之法律關係－兼評最高法院 99 年度台上字第 1055 號民事判決、臺灣高等法院 99 年度醫上更（一）字第 3 號民事判決〉，《臺北大學法學論叢》，86 期，頁 27-31。


吳振吉（2017），〈醫療行為之過失認定－簡評最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決之「醫療常規」與「醫療水準」〉，《月旦醫事法報告》，10 期，頁 83-84。


邱琦（2009），〈醫生沒有告訴我的話－論告知義務與不完全給付〉，《月旦法學雜誌》，164 期，頁 43-46。

邱琦（2013），〈醫療訴訟類型化研究－以孕婦闌尾炎為例〉，《月旦裁判時報》，22 期，頁 44。

林聿騰（2015），〈醫療行為之特性－以法律責任為中心〉，《治未指錄：健康政策與法律論叢》，3 期，頁 22-30。

林宗穎（2017），〈醫療機構組織責任之理論建構與案例類型之具體化－以德國與臺灣案例為中心〉，《政大法學評論》，148 期，頁 205-238。

- 
- 林宗穎（2018），〈哈姆立克法急救案：住院醫療期間發生意外事故之契約與侵權責任〉，《月旦醫事法報告》，20期，頁109-110。
- 林誠二（2009），〈醫療行為與消保法之適用〉，《台灣法學雜誌》，140期，頁82。
- 侯英泠（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務臺灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，37期，頁67-70。
- 侯英泠（2004），〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁9-23。
- 侯英泠（2008），〈醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務—最高法院九六年台上字第二四七六號判決簡評〉，《台灣法學雜誌》，107期，頁293-294。
- 侯英泠（2012），〈從「往來義務」建構醫療機構之組織義務〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41卷1期，頁330-331、344-363。
- 侯英泠（2015），〈從臺南地院一〇二年度醫字第一號判決看醫事民事責任之改變〉，《月旦裁判時報》，40期，頁32-33。
- 施肇榮（2018），〈哈姆立克法急救案：醫療義務產生的事由〉，《月旦醫事法報告》，20期，頁82-84。
- 陳忠五（1999），〈校園學生事故中應負損害賠償責任之人〉，《台灣本土法學雜誌》，創刊號，頁81-82。
- 陳忠五（2015），〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁6-23。
- 陳聰富（2009），〈拒絕醫療與告知後同意〉，《月旦民商法雜誌》，23期，頁73-76。
- 陳聰富（2011），〈法人團體之侵權責任〉，《國立臺灣大學法學論叢》，40卷4期，頁2118-2121。

- 
- 湯文章（2018），〈醫療常規與醫師的注意義務〉，《月旦醫事法報告》，16期，頁140-142。
- 湯文章（2018），〈醫師的注意義務與防衛性醫療行為〉，《月旦醫事法報告》，18期，頁146-148。
- 廖建瑜（2017），〈醫療水準與醫療慣行之注意義務〉，《月旦醫事法報告》，10期，頁87-91。
- 黃鈺嫻（2005），〈從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定〉，《律師雜誌》，308期，頁42-46。
- 黃鈺嫻、楊秀儀（2014），〈訴訟外醫療糾紛處理機制——認錯、道歉有用嗎？美國道歉法制度沿革與啟示〉，《月旦法學雜誌》，230期，頁141。
- 黃鈺嫻、楊秀儀（2015），〈病人為何要告醫師？以糾紛發動者為中心之法實證研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44卷4期，頁1857-1871。
- 楊秀儀（1999），〈誰來同意？誰作決定？從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察〉，《臺灣法學會學報》，20期，頁385-386。
- 楊秀儀（2005），〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學雜誌》，121期，頁141。
- 楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《國立臺灣大學法學論叢》，36卷2期，頁229-268。
- 楊秀儀（2008），〈告知後同意之倫理法律再思考：縮小理論與實務的落差〉，《月旦法學雜誌》，162期，頁5-9。
- 楊秀儀（2014），〈臺灣醫療糾紛之迷思與真相—十五年回顧與展望〉，《月旦民商法雜誌》，45期，頁68-72。
- 楊秀儀（2016），〈醫療傷害流行病學：到底問題有多嚴重？〉，《月旦醫事法報告》，1期，頁22-29。
- 楊秀儀（2018），〈論醫療過失：兼評醫療法第82條修法〉，《月旦醫事法報



告》，16期，頁76。

詹森林（2014），〈臺灣社會變遷與契約法發展〉，《月旦法學雜誌》，230期，頁11-12。

劉邦揚（2011），〈我國地方法院刑事醫療糾紛判決的實證分析：2000年至2010年〉，《科技法學評論》，8卷2期，頁284-291。

劉邦揚（2016），〈刑事醫療糾紛判決於上訴審的實證考察〉，《中研院法學期刊》，18期，頁284-307。

劉尚志、林三元、宋皇志（2006），〈走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展〉，《科技法學評論》，3卷2期，頁5-8。

薛瑞元（2004），〈醫療契約與告知義務〉，《月旦法學雜誌》，112期，頁40-42。

蘇凱平（2016），〈再訪法實證研究概念與價值：以簡單量化方法研究我國減刑政策為例〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45卷3期，頁991-1013。

立法院公報處（2018），《立法院公報》，107卷9期，頁114-141。

（三）網路文獻

陳亮甫（2015），《一萬元買個名字填上住院醫師班表？五大皆空的原因分析與解決方法》，載於：<http://www.thinkingtaiwan.com/content/4290>。

鄭守夏（2012），《臺灣大學公共政策與法律研究中心101年度研究計畫案期中報告》，頁10，載於：
<http://www.cpl.ntu.edu.tw/research/2012research/10102Final.pdf>。

二、英文部分



(一) 專書

Keeton, P. et al., (1984). *Prosser and Keeton on Torts*. Minnesota: West Publishing Co.

Peel, E. & Goudkamp, J. (2014). *Winfield and Jolowicz on Tort*. London: Sweet & Maxwell.

Powell, J. et al., (2007). *Jackson & Powell on Professional Liability*. London: Sweet & Maxwell.

(二) 期刊

Keeton, P. (1979). Medical Negligence-The Standard of Care. *Texas Tech Law Review*, 10, 356-357.

Morris, C. (1942). Custom and Negligence. *Columbia Law Review*, 42, 1163-1167.

Peters, P. G. (2002). The Role of the Jury in Modern Malpractice Law. *Iowa Law Review*, 87, 909-917.

Silver, T. (1992). One Hundred Years of Harmful Error: The Historical Jurisprudence of Medical Malpractice. *Wisconsin Law Review*, 1193, 1211-1213.

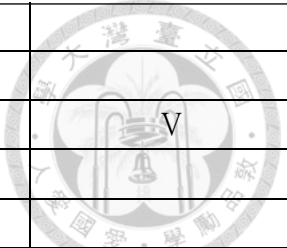
附錄



附錄一 醫方敗訴之法院判決一覽表

法院審級	判決字號	鑑定報告利於醫方
高等法院	臺灣高等法院 89 年度上字第 404 號民事判決	
	臺灣高等法院 90 年度重上更(一)字第 48 號民事判決	
	臺灣高等法院 92 年度重上字第 111 號民事判決	
	臺灣高等法院 93 年度上易字第 1032 號民事判決	
	臺灣高等法院 94 年度醫上更(二)字第 1 號民事判決	
	臺灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號民事判決	V
	臺灣高等法院 97 年度醫上更(一)字第 5 號民事判決	
	臺灣高等法院 98 年度醫上字第 12 號民事判決	
	臺灣高等法院 98 年度醫上字第 14 號民事判決	
	臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 3 號民事判決	
	臺灣高等法院 99 年度醫上更(一)字第 8 號民事判決	V
	臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號民事判決	V
	臺灣高等法院 100 年度醫上字第 27 號民事判決	
	臺灣高等法院 101 年度醫上字第 6 號民事判決	
	臺灣高等法院 101 年度醫上字第 34 號民事判決	V
	臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決	V*
	臺灣高等法院 103 年度醫上字第 27 號民事判決	V
	臺灣高等法院 103 年度醫上更(一)字第 1 號民事判決	
	臺灣高等法院 104 年度醫上字第 18 號民事判決	V
	臺灣高等法院 105 年度醫上更(一)字第 3 號民事判決	
	臺灣高等法院 105 年度醫上更(一)字第 5 號民事判決	
	臺中分院 98 年度醫上字第 3 號民事判決	
	臺中分院 99 年度醫上字第 6 號民事判決	
	臺中分院 100 年度醫上更(二)字第 2 號民事判決	
	臺中分院 101 年度醫上字第 8 號民事判決	
	臺中分院 101 年度醫上更(一)字第 1 號民事判決	
	臺中分院 104 年度醫上字第 10 號民事判決	
	臺南分院 96 年度醫上字第 2 號民事判決	
	高雄分院 93 年度上字第 35 號民事判決	
	高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決	V
	高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號民事判決	V

	花蓮分院 105 年度醫上字第 2 號民事判決	
地方法院	臺北地方法院 89 年度重訴字第 472 號民事判決	
	臺北地方法院 94 年度醫字第 4 號民事判決	V
	臺北地方法院 95 年度醫字第 17 號民事判決	
	臺北地方法院 96 年度醫字第 2 號民事判決	
	臺北地方法院 97 年度醫字第 3 號民事判決	
	臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事判決	V
	臺北地方法院 99 年度醫字第 31 號民事判決	
	臺北地方法院 99 年度醫字第 66 號民事判決	
	臺北地方法院 100 年度醫字第 20 號民事判決	
	臺北地方法院 101 年度醫字第 8 號民事判決	
	臺北地方法院 105 年度醫字第 5 號民事判決	
	士林地方法院 94 年度醫字第 8 號民事判決	V
	士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決	V*
	士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決	V
	新北地方法院 88 年度訴字第 2136 號民事判決	
	新北地方法院 95 年度醫字第 1 號民事判決	V
	基隆地方法院 101 年度醫字第 2 號民事判決	V
	桃園地方法院 95 年度醫字第 14 號民事判決	
	桃園地方法院 99 年度醫字第 1 號民事判決	V
	新竹地方法院 88 年度訴字第 464 號民事判決	
	臺中地方法院 97 年度醫字第 2 號民事判決	
	臺中地方法院 98 年度醫字第 15 號民事判決	V
	臺中地方法院 100 年度醫字第 3 號民事判決	V
	臺中地方法院 100 年度醫字第 27 號民事判決	
	臺中地方法院 100 年度醫字第 30 號民事判決	V
	臺中地方法院 102 年度醫字第 24 號民事判決	
	臺中地方法院 103 年度醫字第 27 號民事判決	
	彰化地方法院 97 年度醫字第 3 號民事判決	
	彰化地方法院 99 年度醫字第 9 號民事判決	
	南投地方法院 99 年度醫字第 4 號民事判決	V
	嘉義地方法院 92 年度醫字第 6 號民事判決	
	嘉義地方法院 97 年度醫字第 3 號民事判決	
嘉義地方法院 98 年度醫字第 8 號民事判決		
嘉義地方法院 103 年度醫字第 7 號民事判決		
臺南地方法院 90 年度重訴字第 738 號民事判決		
臺南地方法院 93 年度醫字第 4 號民事判決		

	臺南地方法院 96 年度醫字第 12 號民事判決	
	高雄地方法院 87 年度訴字第 2602 號民事判決	
	高雄地方法院 101 年度醫字第 23 號民事判決	
	高雄地方法院 104 年度醫字第 15 號民事判決	
	屏東地方法院 89 年度重訴字第 214 號民事判決	

*臺灣高等法院 103 年度醫上字第 21 號民事判決（二審法院）與士林地方法院 99 年度醫字第 10 號民事判決（一審法院）是同一案件，但因法院歸責醫方的理由不同，因此本文視為兩個不同的案件。

附錄二 相關案件之歷審裁判整理



表一 醫方未善盡說明義務類型

說明類型	判決字號 / 未說明內容	歷審裁判	判決結果	法律定位	說明標準	其他見解
告知說明義務	高雄分院 100 醫上 8 / 治療選擇	高雄地院 99 醫 9	醫勝			病人一審未主張醫方未盡說明義務。
		高雄分院 100 醫上 8	醫敗	違法性	理性病人標準	
	高雄地院 101 醫 23 / 治療內容	高雄地院 101 醫 23	醫敗	違法性	理性病人標準	
		高雄分院 102 醫上易 3	醫敗	違法性	未表示見解	
	臺北地院 94 醫 4 / 治療風險	臺北地院 94 醫 4	醫敗	違法性	理性病人標準	
	高雄分院 103 醫上易 1 / 治療風險	高雄地院 101 醫 28	醫勝	未表示見解	未表示見解	
		高雄分院 103 醫上易 1	醫敗	違法性	理性病人標準	醫師須親自履行說明義務。
	臺中地院 100 醫 30 / 治療風險	臺中地院 100 醫 30	醫敗	過失	理性病人標準	說明義務採實質說明原則 / 醫師須親自履行說明義務 / 如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能，醫師即有說明義務 / 罕見併發症，醫師無說明義務 / 說明義務採實質說明原則。
			臺中分院 102 醫上易 7	醫勝	未表示見解	理性病人標準

						過失之可能，說明義務之未踐行不能反應醫療行為之可非難性。
臺中地院 98 醫 15 / 治療風險	臺中地院 98 醫 15	醫敗	未表示見解	理性病人標準	說明義務採實質說明原則。	
	臺中分院 99 醫上 15	醫敗	過失	理性病人標準	醫師告知義務之範圍，應考量病患醫療目的而有所不同，並以「可預見性」與「可避免性」來檢視醫師之告知義務。	
	102 台上 1169	上訴駁回				
臺高院 99 醫上更(一)8 / 治療風險	臺北地院 96 醫 22	醫敗	違法性	未表示見解	說明義務採實質說明原則。	
	臺高院 98, 醫上, 9	醫勝	未表示見解	未表示見解	同意書上有簽名，表示醫師已盡說明義務。	
	99 台上 2102	廢棄發回			鑑定意見有誤。	
	臺高院 99 醫上更(一)8	醫敗	契約之附隨義務	未表示見解		
	臺高院 102 再易 66	再審之訴駁回				
基隆地院 101 醫 2 / 治療風險	基隆地院 101 醫 2	醫敗	契約之從給付義務	理性病人標準	說明義務採實質說明原則。	
	臺高院 102 醫上 2	醫勝	未表示見解	理性病人標準		
臺北地院 99 醫 27 / 治療風險	臺北地院 99 醫 27	醫敗	契約之從給付義務	理性病人標準	說明義務採實質說明原則 / 如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能，醫	

						師即有說明義務。
		臺高院 103 醫 上 5	醫敗			法院認為醫師醫療行為有疏失，故不再論究醫師有無違反說明義務。
		106 台上 362	廢棄發回			原審未說明鑑定意見何以不足採，徒憑病人證詞即認醫師有疏失，尤嫌速斷。
		臺高院 106 醫 上更(一)3	審理中			
安全說明 義務	桃園地院 99 醫 1 / 治療結果	桃園地院 99 醫 1	醫敗	過失		醫師未盡說明義務，使病患自行選擇防免措施之自由權受侵害。
		臺高院 102 醫 上 1	調解成立			
	士林地院 100 醫 23 / 治療結果	士林地院 100 醫 23	醫敗	過失		醫師未盡說明義務，使病患自行選擇防免措施之自由權受侵害。
		臺高院 101 醫 上易 15	醫師撤回 上訴			

表二 醫方制度瑕疵類型



判決字號 / 瑕疵類型	歷審裁判	判決結果	歸責事由
臺高院 104 醫上 18 / 通報制度欠缺	桃園地院 101 醫 20	醫勝	
	臺高院 104 醫上 18	醫敗	醫院未建立結果通報制度或危急通報制度。
臺高院 100 醫上 10 / 儀器設備不當	桃園地院 97 醫 13	醫勝	
	臺高院 100 醫上 10	醫敗	醫院未提供符合具合理期待安全性之手術環境。
臺高院 103 醫上 27 / 照護制度不足	臺北地院 100 醫 31	醫敗	醫院未能提供符合加護病房所應設置之人員標準。
	臺高院 103 醫上 27	醫敗	醫院未能提供符合加護病房所應設置之人員標準。
	106 台上 1609	廢棄發回	判決理由前後矛盾。
	臺高院 106 醫上更(一) 5	審理中	
臺高院 96 醫上 5 / 照護制度不足	臺北地院 91 重訴 2805	醫敗	醫方未說明麻醉手術之風險。
	臺高院 96 醫上 5	醫敗	醫院未建立防免麻醉風險產生之制度
	98 台上 2175	廢棄發回	判決理由前後矛盾。
	臺高院 98 醫上更(一) 4	和解	
臺中地院 100 醫 3 / 術後制度欠缺	臺中地院 100 醫 3	醫敗	醫院未建立追蹤確認病患術後是否取出體內暫時性導管之制度。
	臺中分院 102 醫上 3	醫勝	
	103 台上 370	上訴駁回	
	臺中分院 104 重再 10	再審之訴駁回	

表三 醫方臨床裁量瑕疵類型

判決字號 / 病人類型	歷審裁判	判決結果	歸責事由
臺高院 101 醫上 34 / 轉診病人	士林地院 100 醫 9	醫勝	
	臺高院 101 醫上 34	醫敗	醫師對轉診病人應有更高之注意義務。
士林地院 94 醫 8 / 心臟病幼童	士林地院 94 醫 8	醫敗	醫師對心臟病幼童應有更高之注意義務。
	臺高院 98 醫上 18	醫勝	
	101 台上 1623	上訴駁回	
	臺高院 101 再 48	再審之訴駁回	
	102 台上 1496	上訴駁回	
新北地院 95 醫 1 / 非猛而有力新生兒	新北地院 95 醫 1	醫敗	醫師對非猛而有力的新生兒應有更高之注意義務。
	臺高院 99 醫上易 4	醫勝	
南投地院 99 醫 4 / 免疫力低病人	南投地院 99 醫 4	醫敗	醫師對免疫力低之病人應有更高之注意義務。
	臺中分院 102 醫上 8	醫勝	
	105 台上 255	廢棄發回	重要事實未遑詳查。
	臺中分院 105 醫上更(一)3	醫勝	
	106 台上 2327	上訴駁回	
士林地院 99 醫 10 / 藥物過敏病人	士林地院 99 醫 10	醫敗	醫師對藥物過敏病人應有更高之注意義務。
	臺高院 103 醫上 21	醫敗	醫方未說明藥物風險。
	106 台上 505	廢棄發回	重要事實未遑詳查。
	臺高院 106 醫上更(一)2	調解成立	