

國立台灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

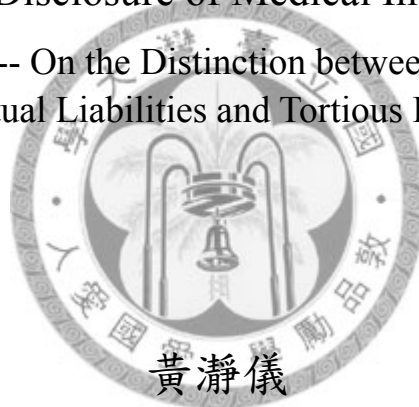
Graduate Institute of Law
College of Law
National Taiwan University
Master Thesis

論醫療說明義務

——以契約責任與侵權責任之區別實益為中心——

Duty of Disclosure of Medical Information

-- On the Distinction between
Contractual Liabilities and Tortious Liabilities



Huang, Ching-Yi

指導教授：陳忠五 博士

Advisor: Chen, Chung-Wu, Ph.D.

中華民國 98 年 7 月

July, 2009

謝辭

打下「謝辭」二字，有一種終於還是走到了這一天的感覺……，一年了，我終於完成了大部分研究生必經的一項任務，而在此同時，也走過了學生生涯的最後一段旅程。許多出現在生命中的人事物，讓這最後一段年少，縱然曾經辛苦，回憶起來似乎都帶著美好，以下這段流水敘述，除了紀錄我慘澹的論文歲月外，更重要的，是向帶給我溫暖的各位，致謝。

首先要感謝的當然是指導教授陳忠五老師，研一選修老師開設的課程時，就覺得老師是個治學嚴謹、能夠指導也願意指導學生的好老師，後來有幸拜入老師門下，果然也印證了我當初的想法：儘管工作行程滿檔，老師總是盡可能撥出時間給予我寫作的建議，此外，也屢屢關心學生的健康、感情等疑難雜症，甚至在閒暇之時亦邀請學生至住處泡茶聊天，其關心學生的心意、溢乎言表，不容置疑，總之，論文能夠完成，老師的支持與幫助，居功厥偉。另外一個要感謝的是陳聰富老師：老師開設的醫療法課程，提供了我畢業論文的研究方向；老師是國內研究醫療法的主力學者之一，而我因為兼任教學助理，有機會藉校稿之名，對老師的文章行先睹為快之實，對論文的寫作實是大有助益，在此為這個偷來的恩賜表達我的謝意，希望老師不要見怪（笑）。還要謝謝楊秀儀老師，先前由於口試時間地點頻頻變更，造成老師不便，實在抱歉，惟老師並不以為意，不只當真撥冗到場擔任我的口試委員，還犀利地提出許多建議，點出醫療實務與學說之不同與盲點，除了使我的論文有更加完滿的機會外，也指示了未來的研究方向，真是謝謝您。另外還要特別感謝王能君老師，自大四某次的期末哭訴後，就一直蒙您照顧，老師甚至主動幫我找了許多日文的期刊與資料，令我受寵若驚，後來雖然使用的有限，但老師的這份心意，是讓人難以忘懷的。

寫論文與準備國考一般，在心智疲憊而且脆弱的時候，最需要戰友的同理心與鼓勵，遇到困難時可以互相討論，碰到瓶頸時可以互相打氣，甚至是想要耍廢的時候，看到戰友們孜孜不倦努力著的身影，也會令人感到汗顏而生警惕之心。感謝同在 108 研究室的戰友郁華、瑋珍，謝謝你們帶給研究室無盡的粉紅色甜蜜泡泡與，食物；謝謝後來才進駐的林威融，你跟阿強之間的一搭一唱，是我苦悶的寫作生涯很重要的心靈調劑之一。也謝謝隔壁 103 研究室的牧珏、奕超和佑紘師兄，101 的宗穎師姐和楊升學長，甚至是 104 的昀哲、雨耕學姐和冠潔學姐等，除了寫作時的砥礪與切磋、傳道與解惑外，你們精心策劃（並強迫參加）的各式瘋狂派對，不知怎麼的，似乎將整個研究大樓一樓的左半邊串成了一個命運共同體，在差不多的時間嬉笑尖叫，在差不多的時間焦頭爛額，而如今，我們也終於能一起畢業：)

研究室以外，是我的室友與朋友。女四宿舍的整修讓我的宿舍故事隨著學生生涯的結束而崩壞，我知道，我再沒有機會站在熟悉的門口、走廊回憶我曾視之為家的點點滴滴，但你們的存在，卻是一閉上眼就栩栩如生的：謝謝同居最久，一同挺過國考和論文及生活中其他風風雨雨，如同向日葵一般卻同時又是全寢室（或全宇宙）神經最大條的靖珣，永遠安寧平靜的雅琳姊姊，當然還有早已畢業的香吟阿姐和敏鈞姊姊，謝謝你們長期的忍受我異於常人的行為、喜怒無常的脾氣、沒有打掃會死的強迫症，也謝謝你們能夠包容我的淚水、我的不安，能跟你們作室友，是我的幸運。

而僅修得同棟住卻未修得同室眠的雅雅姐姐，還有可愛又賢慧的乃瑩以及怎麼會這麼幸運的阿又哥，謝謝你們，謝謝你們從大學以來待我的真誠與包容，也謝謝你們在我的學業與生活上的幫助與體諒，我們，見面的時間也許會變得很少

很少，閒扯的機會也許會變得很小很小，但希望我們永遠都會是彼此「沒什麼好客氣」的朋友，然後，各自過的幸福快樂。也要謝謝相見恨晚的幸怡，謝謝你用你的聰明、可愛以及脫線，為苦悶的 108 研究室帶來歡樂。當然也要謝謝小費，謝謝你義氣地答應當我研討會的主持人，並且相當盡責的準備許多問題電我：p，而你超高的出席率，使我的（任性）健康清新運動美少女羽球團在論文來襲風雨飄搖之際能夠持續下去，在此亦向你表達我的感恩與敬意。喔對了還有柯維尼，能在大學時期遇到這麼兩光的學姐也真是辛苦你了，希望你之後也能順利，早日摸索出屬於自己的那一條路。

遠在南國的家人，是我永遠的心靈之鄉，謝謝你們，無私的提供了令人安定的力量，每次回高雄要上台北之前，爸爸清晨額上的輕吻與萬年如一的：「加油，但是身體健康最重要」以及媽媽總是準備地豐盛異常的最後一餐，總令我一次又一次在臨別前感到鼻酸，眼淚或許會在高鐵上掉下來，但卻不是因為難過、悲傷或遺憾，是因為感激的情感太滿，而我終於承受不住之故，但願你們身體永遠康健，心靈永遠平靜安詳；然後，我親愛的阿貓，謝謝你跟小丘、兔子遙寄給我的關心與開心，你可能不會知道自己小小的語言或舉動會帶給一隻豬多大的感動與能量，謝謝你，希望你能夠化險為夷，再來的一切都能安好如意。

當然還有，我的彥強。我不知道應該如何感謝你，感謝你之於我的，一種全方位的的存在：從課業到情感，從腦子到溫暖，從論文的雛形到完稿，我向前跨出的每一步，都能看見你在身旁印下的足跡。謝謝你願意拉起在研究室地上失控滾動的崩潰小黃、挖出蜷曲在桌子底的小黃並幫她解決問題、背負無行動能力的掰咖小黃、牽著體力極差又愛臭臉的小黃一階一階地走古道、爬東峰、登 401 高地，而平和靜好的雙連埤與五月的臉太乾保養之旅則堪稱論文生活裡最美麗的點綴。儘管無法用言語描述，還是要謝謝你的陪伴與包容，希望我們能共同努力，一起

好好地走下去。

錢鍾書先生曾在《圍城》一書的序言中如此寫道：「近來覺得獻書也像致身於國、還政於民等等佳話，只是語言幻成空花泡影，名說交付出去，其實只彷彿藝術家玩的飛刀，放手而沒有脫手，隨你怎樣把作品奉獻給人，作品總是作者自己的，大不了的一本書，還不值得這樣精巧不老實，因此罷了。」小女子雖不才，卻也不願背負那「精巧不老實」之名（笑），況且論文改進空間仍大，實在也無獻書的道理。惟雖無獻書之詞，心意仍然不變，感謝所有出現在生命中、推我走到這一步的各位，或許因為族繁不及備載而有疏漏，但真的衷心的謝謝你們，希望所有我愛的與愛我的你們一切都能好好的，好好的。



2009.8.9 小黃 於台北

中文摘要

觀察我國醫療相關的實務判決，可發現兩個值得注意的趨勢：其一為醫療說明義務的重要性逐漸增加，姑且不論其是否對訴訟結果造成決定性的影響，至少原告方在陳述時，或多或少都會提到「醫師未為完善的說明」作為其主張權利的論點之一；其二則是，儘管大部分醫療案件在我國民事法體系下存在契約責任與侵權責任競合的關係，多數當事人卻是捨棄契約責任，選擇侵權責任作為其權利主張的依據，為什麼會有這樣的現象出現呢？是因為二者的權利義務內容、範圍有所差距嗎？抑或是因為法律效果，如保護客體、損害賠償範圍之計算、舉證責任負擔或消滅時效期間等有差距呢？

結合這兩個趨勢後，其所呈現出來的問題點在【輔大新生健康檢查案】與【奇美醫院未告知手術外病況案】中表現得尤為明顯：在這兩個案件中，原告皆因醫師未告知於檢查時已知的病徵致錯失治療良機，而發生侵害原告生命、身體、健康利益的情形；巧合的是，在這兩個案件中，醫師方皆提出「告知異常症狀並非醫療契約的給付內容」作為抗辯理由，然而，非得是白紙黑字明示的義務，醫師才有履行的必要嗎？醫師是否可能基於契約法理，在雙方未為約定的情況下，仍然負有告知病患資訊的義務呢？又，倘若雙方間不存在契約，那是否仍然存在醫師說明義務呢？可以從侵權責任觀點推導出來嗎？

本文的推論過程是從契約責任與侵權責任義務之起源談起，進而自侵權責任與契約責任之義務本質—醫病之間的信賴關係及歷史源流來探討其個別發展出的「說明義務」在內容與範圍上是否有所差異，以解決「醫師發現未屬於醫療契約之給付義務中的重要事項（如所選之〈輔大新生健康檢查案〉與〈奇美醫院未告知手術外病況案〉中的肺癌），是否有告知病患的說明義務」此一問題。此外，相

較於醫師之手術行為責任，醫療說明義務乃為一較新、定義較模糊且適用上也相對爭議的責任型態，故本文也欲藉此機會，試圖為說明義務的範圍劃定一個較清楚的界線，以期對醫病雙方間的責任進行更合理的分配。其三，乃從說明義務之法律效果入手，探討其法律性質，及契約責任與侵權責任下的法律性質在訴訟上可能造成的差異。

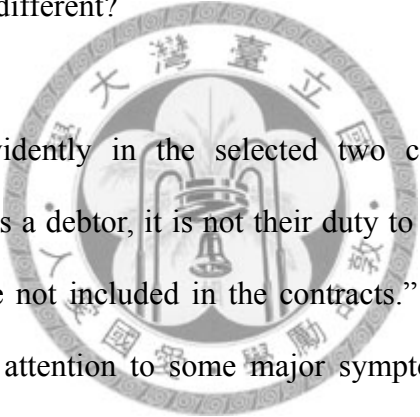
總之，本文欲藉由如此的討論順序為醫療說明義務劃定明確的適用範圍及法律效果，除了探討醫療說明義務在契約責任與侵權責任間之區別實益外，也希望透過理論與實務的對話，更合理地分配醫病雙方間的責任分擔。此外，也希望透過醫療說明義務之法律性質的釐清，幫助法院在遭遇相關案件時更容易釐清爭點，減少訴訟資源的浪費。



關鍵字：醫療說明義務、告知後同意、信賴關係、醫病關係中的契約義務、醫病關係中的侵權義務、病患自主權

Abstract

In most medical cases, two trends have been observed: on one hand, “duty of disclosure of medical information” plays a more significant role; on the other hand, most people turn to tort liability rather than contract liability when claiming their rights despite the fact that in Taiwan contract liability and tort liability are collateral in most medical cases. What makes such a difference? Is it because the content and scope of the liabilities are different from each other? Or is it because the legal effects, such as the rights protected, the measurement of injury compensation, burden of the proof, and extinctive prescription, are different?

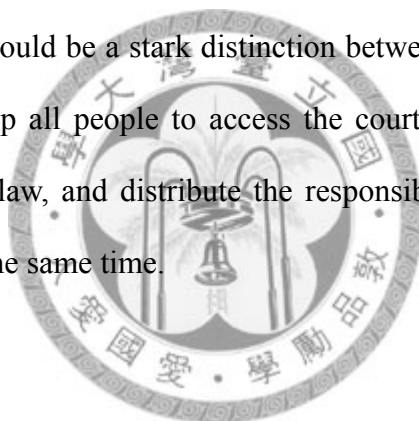


The issues show evidently in the selected two cases. In both cases, the defendants stressed that “as a debtor, it is not their duty to inform patients about some major symptoms which are not included in the contracts.” However, is it really fair that doctors could pay no attention to some major symptoms only because it is not written in the contract? Is the duty of disclosure of medical information an implied obligation in medical contracts? If no medical contract exists, is there still room for us to recognize the duty of disclosure of medical information, maybe induced from tort liability?

This thesis starts with the origin of contract liability and tort liability, and by discussing the nature of this two kind of civil liability, which is “reliance relationship”, as far as I am concerned, to further explore and define the content and scope of the duty of disclosure in medical information in doctor-patient relationship. In this way, I will have a better chance to deal with questions mentioned above. In addition, since the

duty of disclosure of medical information is a relatively new obligation, it is also a good opportunity for me to try to draw a fine line between patients' right and doctors' responsibility. Finally, I will also keep an eye on the procedural effects, such as the rights protected, the measurement of injury compensation, burden of proof and extinctive prescription, to figure out if there is any significant distinction between contract liability and tort liability as far as the duty of disclosure of medical information is concerned.

In a word, through this thesis, I would like to make a more relatively accurate definition and a clearer scope for the duty of disclosure of medical information, and to figure out whether there should be a stark distinction between contract liability and tort liability. Hope it will help all people to access the courts more easily, and help the courts to better apply the law, and distribute the responsibilities between doctors and patients more properly in the same time.



Key Words: the duty of disclosure of medical information, informed consent, reliance relationship, contractual liabilities in doctor-patient relationship, tort liabilities in doctor-patient relationship, patient's autonomy

簡目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 研究背景	1
第二項 問題提出	4
第二節 研究方法與範圍	9
第一項 研究方法	9
第二項 研究範圍	10
第三節 本文結構	19
第二章 醫療說明義務的發生	21
第一節 契約責任觀點	21
第一項 從契約自由到公平正義的追求	21
第二項 契約責任下的交換正義	24
第三項 小結：可由誠信原則導出醫療說明義務	35
第二節 侵權責任觀點	37
第一項 侵權責任法解釋原則的發展	37
第二項 課以作為義務的正當性	42
第三項 小結：醫療說明義務的課予具有正當性基礎	47
第三節 本文見解：系出同源	50
第三章 醫療說明義務的內容	60
第一節 侵權責任觀點	61
第一項 說明義務的內容（範圍）應採取的標準	62
第二項 說明義務的內容	66
第二節 契約責任觀點	70
第一項 說明義務的內容（範圍）應採取的標準	70
第二項 說明義務的內容	72
第三節 本文見解	76
第一項 醫療說明義務的內容	76
第二項 醫療說明義務的範圍（限制）：醫病關係責任分配	89
第四章 醫療說明義務違反之法律效果	102
第一節 契約責任觀點	102
第一項 說明義務的法律性質	104
第二項 違反說明義務之法律效果	110

第二節 侵權責任觀點	115
第一項 說明義務的法律性質	116
第二項 違反說明義務之法律效果	155
第三節 本文見解	162
第五章 結論	180
參考文獻	186



詳目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 研究背景	1
1. 醫療說明義務在醫病關係中扮演的角色日益重要	1
第二項 問題提出	4
2. 問題提出	4
3. 實際案例：輔大新生健康檢查案、奇美醫院未告知手術外病況案	5
4. 本文討論重點	8
第二節 研究方法與範圍	9
第一項 研究方法	9
5. 比較法的選擇	9
第二項 研究範圍	10
第一款 「醫療說明義務」之名詞選擇	10
6. 名詞用語的選擇	10
第二款 醫療說明義務之義務主體界定	12
7. 初步以醫師作為說明義務的義務主體	12
8. 醫療機構亦應納入醫療說明義務的義務主體之列	13
第三款 「醫療行為」的界定	18
9. 何謂醫療行為？	18
第三節 本文結構	19
10. 本文結構分析	19
第二章 醫療說明義務的發生	21
第一節 契約責任觀點	21
第一項 從契約自由到公平正義的追求	21
11. 契約自由無法導出說明義務的概念	21
12. 契約法規範重心的移轉	23
第二項 契約責任下的交換正義	24
13. 比較法觀察：以誠信原則/默示條款內化正義的概念	25
14. 誠信原則/默示條款的內容	27
15. 誠信原則/默示條款的實質內涵	33
第三項 小結：可由誠信原則導出醫療說明義務	35
16. 誠信原則與默示條款的具有相同的實質意涵	35

17. 可由誠信原則推導出醫療說明義務	36
第二節 侵權責任觀點	37
第一項 侵權責任法解釋原則的發展	37
18. 侵權責任法解釋原則的轉向	37
19. 奠基於實質正義的法官造法為現代侵權法解釋的趨勢	39
第二項 課以作為義務的正當性	42
20. 醫療說明義務是一種作為義務	42
21. 課予作為義務的正當性基礎何在？	43
22. 比較法觀察	44
第三項 小結：醫療說明義務的課予具有正當性基礎	47
23. 特殊的職業關係初步成為課予作為義務的正當化基礎	47
24. 醫療行為的承擔強化義務課予之正當性	48
第三節 本文見解：系出同源	50
25. 契約責任與侵權責任的關係漸趨難分難解	50
26. 當事人間的信賴關係為義務的來源	51
27. 實際案例研析	54
28. 小結	58
第三章 醫療說明義務的內容	60
第一節 侵權責任觀點	61
第一項 說明義務的內容（範圍）應採取的標準	62
29. 理性醫師標準(the reasonable physician standard).....	62
30. 理性病患標準(the reasonable patient standard)	63
31. 應採理性病患標準	64
第二項 說明義務的內容	66
32. 參考日本三分說所發展之醫療說明義務實質內容	66
第二節 契約責任觀點	70
第一項 說明義務的內容（範圍）應採取的標準	70
33. 契約責任應採理性病患或更高的標準	70
第二項 說明義務的內容	72
34. 自附隨義務所發展之醫療說明義務實質內容	72
第三節 本文見解	76
第一項 醫療說明義務的內容	76
35. 契約義務及侵權義務所採取的標準相同：理性病患標準	76
36. 契約義務與侵權義務的內容相同	77

37. 實際案例研析	85
38. 小結	88
第二項 醫療說明義務的範圍（限制）：醫病關係責任分配	89
39. 契約義務及侵權義務的功能相同：合理分配醫病間的責任關係	89
40. 「可合理期待之安全性」與「醫療說明義務」層次之不同	90
41. 衡量醫療說明義務範圍的標準	92
42. 試舉具體情形衡量之：絕對事由 v. 相對事由	94
第四章 醫療說明義務違反之法律效果	102
第一節 契約責任觀點	102
第一項 說明義務的法律性質	104
43. 契約責任觀點之法律性質的相關學說整理	104
44. 本文見解：不同的義務種類歸屬於不同的法律性質	107
第二項 違反說明義務之法律效果	110
45. 各種義務型態之違反的法律效果說明	110
46. 從給付義務與附隨義務在法律效果上區別實益不大	111
47. 義務主體須就其不可歸責事由負舉證責任	114
第二節 侵權責任觀點	115
第一項 說明義務的法律性質	116
第一款 美國法	116
第一目 從 battery 到 negligence（法律性質定位的演進）	117
48. 早期以 Battery 此一訴之型態來處理與醫療說明義務相關的問題	117
49. 主流見解漸轉為以 Negligence 處理相關問題	118
第二目 定位為 battery 與 negligence 的區分實益	120
第二款 我國法	125
第一目 我國相關學說見解	125
第二目 我國實務認定的情況	130
50. 除少數判決外，我國法院大多未意識到該問題	133
第三款 本文見解：混合型	137
51. 特別法無法作為醫療說明義務的請求權基礎	137
52. 民法 184 條第 2 項不適當作為醫療說明義務的一般請求權依據	144
53. 應以民法 184 條第 1 項前段作為醫療說明義務之一般性的請求權依據	145
54. 醫療說明義務兼具雙重法律性質	146

第二項 違反說明義務之法律效果	155
55. 「人身權」與「病患自主權」皆可能成為保護客體	156
56. 原則上由原告負主張及舉證責任	161
第三節 本文見解	162
57. 契約責任與侵權責任的保護客體相同	162
58. 損害賠償範圍同一	163
59. 各國皆有減輕病患在醫療訴訟上之舉證負擔的趨勢	164
60. 消滅時效期間趨於一致	174
61. 小結	177
第五章 結論	180
參考文獻	186



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究背景

1. 醫療說明義務在醫病關係中扮演的角色日益重要

生老病死乃生命常態，而人力有時盡，萬事無法盡如己意也並非不可理解，然為何醫療紛爭仍容易產生？究其原因，或許在於醫病雙方處於不同的認知基礎之故。由於不具平等的溝通平台，醫師與病人間存在的是一種非理解性的和諧，說白話點或許可稱為「隨時準備翻臉的尊敬」¹；且因為對病況發展沒有共通的認識，在結果「出乎病患（或其家屬）意料」之時，往往就會引發爭端。

依醫療說明義務受重視及發展的程度，我們可以將醫病關係切割成以下三個階段：

【初期階段(Early Medicine)】²

歷史資料顯示，「揭露」與「同意」在早期的醫病關係中並非慣例，古希臘、希波克拉底誓詞(Hippocratic Oath)或後來的醫師倫理守則皆不見病患自主權此一概念。醫師與病患間的溝通大多限於醫師試圖說服病患接受某種醫療行為，而在此說服的過程中通常都是醫師已經依其個人判斷，決定好其自認為將對病患帶最

¹ 張笠雲（2003），《醫療與社會：醫療社會學的探索》，3版，頁229-235，台北：巨流圖書有限公司。

² See R. Jason Richards, *How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado- Past, Present, and Future*, Bruce Ackerman, 26 N. Ill. U. L. Rev. 72-74 (2005).

大利益的醫療行為，而病患只有接受的份，沒有質疑醫師決定的空間，更遑論有獲知治療相關情形或程序的可能。

這種完全不揭露資訊的傳統醫療互動模式所帶來的結果就是：病患就如同小白鼠一般，常常在不知情的情況下經歷各式各樣的「醫療實驗」，有些甚至是無效或危險的。

【避險階段(the harm-avoidance model)】(1905-1930)³

時間來到二十世紀，由於醫藥科技的快速發展，採用高風險醫療手段的機率增加許多，醫界與法界漸漸達成共識，認為在進行醫療處置之前，獲得病患的同意是必須的，⁴Justice Cardozo 在 *Schloendorff v. Society of New York Hospital* 一案中所言：「一個心智健全的成年人，有權選擇其身體要接受何種對待。醫師未經同意逕自為病患進行手術，其行為構成 assault，須賠償其所造成的損害。⁵」被奉為醫師行為的圭臬。

然而此意義下的告知後同意與現行所接受的概念仍有差距；根據其定義，病人僅得基於本身對於風險的最小認知(on the basis at least of his/her minimal

³ See R. Jason Richards, *How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado- Past, Present, and Future*, Bruce Ackerman, 26 N. Ill. U. L. Rev. 75-77 (2005). Also, Irene S. Switankowsky, *A NEW PARADIGM FOR INFORMED CONSENT* 2-3, University Press of America (1998). 及許純琪 (2002)，〈醫病關係中的告知後同意〉，頁 10，台大法律學系碩士論文。

⁴ 如 *Mohr v. Willams* 一案便為適例(104 N.W. 12 (Minn. 1905))。其案例事實為：醫師得到病患的同意對其右耳進行手術，但在麻醉病患並重新作更詳細的檢查後，醫師決定對其左耳進行手術。雖然該手術成功，病患仍決定對該未得授權的行為提起 assault 與 battery 的訴訟。醫師抗辯：既然沒有證據顯示其乃惡意為該行為(hostile intent)，則 assault 與 battery 就不是適當的訴訟原因(cause of action)。法官駁斥的被告的說法，並表示：「倘若未得病患同意即逕行手術，且無其他事由正當化該行為，則該行為為不法；而不法即表示該行為並不合法(If the operation was performed without plaintiff's consent, and the circumstances were not such as to justify its performance, it is wrongful; and, if it was wrongful, it was unlawful.)」。換句話說，並非是醫師的惡意，而是同意的欠缺成就了不法行為。See R. Jason Richards, *How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado- Past, Present, and Future*, Bruce Ackerman, 26 N. Ill. U. L. Rev. 75 (2005)

⁵ Justice Cardozo, writing for the court, set forth the definitive statement on a patient's right to self-determination: "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what can be done with his own body, and a surgeon who continues to operate without the patient's consent commits an assault for which he is liable for damages."

understanding of these risks)，行使其同意權，就大部分複雜的醫療事實，或是發生機率可能但較小的風險，均會被認為是病人不需要瞭解的資訊。醫師憑藉著對於醫療技術與資訊的獨佔與壟斷，仍然位於醫病關係的優勢地位，基本上，仍是屬於醫療決定的最後決定者。

【自主權階段(the autonomy-enhancing model)】(1957-present)⁶

1957 年的 *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*⁷ 一案，揭開了自主權階段的序幕。在本案中，法官首次表示：醫師有向病患揭露所有必要事實，使其作成聰明合理之健康照護決定的義務，倘若違反的話，其行為為有過失 (negligent)；由此可知，法界對醫界之期待已從單純的同意 (consent) 邁向「告知後同意 (informed consent)」的階段。

相對於避險階段，自主權階段不僅要求須取得病患對於醫療行為的同意權，其更強調醫師需向病患揭露所有的醫療處置的細節並和其討論；除此之外，醫師也必須向病患揭露替代醫療方式的利弊得失等。此制度的目的不再限於使醫護人員脫免責任，其最終目的乃在於確保病患能在自主、理智、全盤瞭解其將進行的醫療處置與替代方案的情況下，作出一個對自己最好的決定。簡言之，此制度的最終目的在於確保病患在各種醫療情況下都能保有其自主權。

由上可見，隨著社會民智開啟，民眾對於自我權利的保護心態從消極防禦轉

⁶ See R. Jason Richards, *How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado- Past, Present, and Future*, Bruce Ackerman, 26 N. Ill. U. L. Rev. 80-83 (2005). Also, Irene S. Switankowsky, **A NEW PARADIGM FOR INFORMED CONSENT** 2-3, University Press of America (1998). 及許純琪 (2002)，〈醫病關係中的告知後同意〉，頁 11，台大法律學系碩士論文。

⁷ 本案之案例事實為：原告在為胸部主動脈 X 光攝影術之後成為永久性癱瘓；即便癱瘓對該醫療處置而言是一種很罕見的併發症，原告仍然起訴主張被告醫師未警告其關於此手術之固有風險，為有過失。原告獲得勝訴判決。See 317 P.2d 170 (Cal. Ct. App. 1957)

向積極尋求保護，病人對於醫師專業性的崇拜心態亦逐年轉變⁸，再加上資訊落差等理由，「醫師應向病患為適當程度的說明」逐漸受到重視，尚且不論其於實際產生損害的案例中是否扮演舉足輕重的地位，至少在醫病關係的進行與互動，甚至在醫療品質的提升上，該行為的重要性是無庸置疑的。此外，權利與責任兩者互相依存，病人的自主決定權獲得擴張之時，醫療人員的責任也應該適時減輕，說明義務尚具有「對醫病關係間責任進行合理的分配」的作用存在；顯然，資訊優勢的情形不可能完全消除，如何在承認說明義務之重要性此一前提下，更進一步藉由法解釋的方式或相關的程序配套措施，促成醫病間權利天秤的平衡，將成為本研究之終極目標。

第二項 問題提出

2. 問題提出

依統計資料顯示，我國近年來之訴訟案件類型中，與醫療相關的案件較從前大為增加，而細觀案情內容可以發現，提及醫師說明義務或「告知後同意者」並不在少數，暫且不論醫療說明義務是否在訴訟成敗上扮演舉足輕重的角色，至少原告方在主張權利時多少都會提到醫師說明不足的情況，此現象正好反映前述的趨勢。在目前所知的醫療案件中，刑事案件雖仍佔 80%以上，然民刑雙訴的案件已提高至 50%，顯示我國人民已漸重視民事責任可帶來的賠償功能，不再僅執著於刑事責任包含的懲罰特徵。在我國民事法體系下，大多數醫病間的法律關係，其實是處於侵權責任與契約責任競合的狀態，但有趣的是，在實務的運作上，原告多選擇侵權責任作為其解決醫療紛爭之途徑，以契約上權利為主張者則相對少

⁸ 許純琪（2002），〈醫病關係中的告知後同意〉，頁 1，台大法律學系碩士論文。

見。⁹究竟是什麼原因導致如許差異？是因為契約責任或侵權責任所發展出來的義務及其範圍有差別嗎？抑或僅是當事人選擇程序上較有利之請求權基礎的結果？果其然，在法院為追求醫病雙方的武器平等，大量引用民事訴訟法 277 條倒置舉證責任的情況下，契約責任與侵權責任是否仍具有區別實益呢？

3. 實際案例：輔大新生健康檢查案、奇美醫院未告知手術外病況案

以下先請看兩個我國法院判決之實際案例：

【輔大新生健康檢查案】¹⁰

原告於民國八十八年四月間參加私立輔仁大學法律研究所考試，並於同年六月榜示及格，因輔仁大學研究所要求研究所新生接受被告博仁綜合醫院（下稱博仁醫院）負責之新生入學健康檢查，原告即依照輔仁大學規定繳交體檢費用四百元予輔仁大學受檢，其中並包含胸部 X 光檢驗等胸部健康狀況檢查。嗣原告接獲被告之健康檢查報告書，該報告中就原告八十八年九月所進行之胸腔 X 光檢查，被告以書面表示胸部健康狀況為「正常」，理學檢查亦「無明顯異常」。數月後，原告通過律師考試，依考試院規定赴三重縣立醫院辦理律師錄取後之全身健康檢查，於八十九年三月二十二日接獲三重縣立醫院健康檢查報告，竟獲知依原告胸部 X 光片顯示，原告左肺下方有一明顯之大區域之圓形白色陰影，左肺上方則有一團明顯黑色陰影，肺部狀況有明顯異常。三重縣立醫院立即向原告警示該異常恐為惡性腫瘤，建議原告立即至其他醫院進行確認。原告赴台灣大學附設醫院（下

⁹ 我國訴訟實務上，病患多主張侵權責任而向醫院或醫師請求賠償，僅有少數並依契約責任而主張請求權競合者。有論者以為，此乃係因民俗觀念不分民事責任與刑事責任所致，且因侵權責任具有與刑事責任相類似之目的，皆具有懲罰及制裁之性質，因此病患面對醫療糾紛之因應方式，以提起刑事訴訟為首要，再附帶提起民事訴訟而主張侵權責任，同時藉由檢察官強大的偵察力量，而得以減輕病患之舉證責任。參閱邱琦（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》，164 期，頁 38。

¹⁰ 台北地院 91 年訴字 2340 號民事判決、台灣高等法院 92 年上字 596 號判決、最高法院 94 年台上第 1859 號判決、台灣高等法院 94 年上更（一）字 124 號判決、最高法院 97 年台上字 2735 號判決。

稱台大醫院) 接受進一步之胸腔穿刺檢查, 確認原告罹患胸腔惡性腫瘤並已至肺腺癌第三 B 期, 為此, 原告向博仁醫院調出將數月前拍攝之 X 片, 發覺當時原告之肺部 X 片上早已有大於一公分、可經由胸部 X 光片發覺之腫瘤異常, 被告博仁醫院卻向原告以書面表示該檢查並無異常, 致原告錯失治療之機會, 癌症之存活率由百分之六十七, 降為百分之五。

【奇美醫院未告知手術外病況案】¹¹

原告於民國 91 年 5 月間因身體不適而前往被告財團法人奇美醫院(下稱奇美醫院) 就醫, 經泌尿科主任即被告乙○○醫師診斷後, 判定原告之疾病為攝護腺肥大應開刀治療, 乙○○醫師並於進行攝護腺手術之前, 先於 91 年 5 月 16 日會同胸腔內科進行心臟檢查及胸部 X 光檢查。而 91 年 5 月 17 日作成之胸部 X 光檢查報告結果中, 發現原告有疑似右上肺小的軟組織結節、左上肺纖維化及發炎性結節, 惟乙○○醫師未告知原告, 即進行攝護腺手術。嗣因手術後並原告攝護腺肥大之症狀尚未治癒, 原告遂於同年 12 月間再前往奇美醫院找乙○○醫師重新檢查, 乙○○醫師建議原告需再進行第二次的手術, 手術前, 原告再於 91 年 12 月 31 日做胸部 X 光檢查, 而第二次之檢查報告結果更進一步載明原告右側肺門凸出及密度增加, 輕度左上肺纖維鈣化病變, 建議進一步檢查, 然而乙○○醫師仍舊未將此一檢查結果告知原告, 從而原告亦並未進行進一步的檢查。嗣於 93 年 12 月間, 原告因久咳不癒前往被告奇美醫院檢查, 始發現已惡化為第四期肺癌, 存活率已從第一 A 期治癒後可有 70%至 85%之機率遽降到 1%以下。

在選取的兩個案例中, 原告皆因醫師未告知其明明在檢查時已知的病情或症狀而錯失黃金時期的治療機會, 導致治癒率大幅降低, 發生嚴重侵害原告之身體、生命利益的結果。巧合的是, 在兩個案件中, 被告醫師方皆提出「告知異常症狀

¹¹ 台北地院 95 年醫字第 19 號民事判決、台灣高等法院 96 年醫上字第 19 號判決。

並非醫療契約的給付內容」作為抗辯，然而，即便白紙黑字上並未載明，醫師在履行醫療契約義務之際，發現重大損害病人利益之事實能夠置之不理嗎？即便認為非屬契約內容，醫師在為病人作健康檢查時發現了意料外的重大事件，在契約責任下是否有告知病患該資訊的義務？又，原告在請求損害賠償之時，除了依醫療契約請求債務不履行之損害賠償外，尚提出侵權行為的損害賠償請求，究竟侵權責任能否導出醫師的說明義務？在契約存在或不存在的情況下是否又會不同呢？

再看法院在這兩個案子中表示的見解：在〈輔大新生健康檢查案〉一案中，法院於其判決理由中雖言明：「以下茲先就侵權行為責任部分，予以審酌。」，其推論過程中卻時常出現醫療契約及契約責任專用的字彙（如「其對原告之醫療給付顯不完全」等語）；此外，在侵權責任的判斷中，尚出現「此名受僱醫師為被告博仁醫院判讀原告胸部X光片時，依原告與被告博仁醫院間之醫療契約，對原告有診察之義務，對顯然異常狀況有查覺，並告知原告之義務。詎該名被告博仁醫院之受僱醫師，竟怠於發現原告肺部明顯之異常狀況，且怠於告知原告，其顯然怠於執行其醫療職務。」等字句，究竟法院僅是一時不察而產生用語上混亂不清的情形，亦或其真有「醫療契約所生的義務即為侵權責任成立的要件」之類的想法？而〈奇美醫院未告知手術外病況案〉一案，法院自契約責任及契約責任導出了相同的義務內容，則法院是否有「自契約責任或侵權責任所發展出來的義務，在某些情況下是沒有太大區別的」的意思存在？

關於醫療說明義務的討論，我國學界並不乏相關的論著，惟其論述之切入點單一，或從契約責任角度出發¹²，或從侵權責任角度剖析¹³，亦偶見從雙面進攻者¹⁴，

¹² 如侯英鈴（2004），《論院內感染之民事契約責任——以爆發 SARS 院內感染為例》，初版，台北：

但畢竟屬於少數。從單一角度切入論述，有釐清法律細節的優勢，惟此種研究方法無法充分解釋契約責任與侵權責任二者之間的關連性，尤其是在採用契約責任與侵權責任併行制的我國，其與實務趨勢亦不相吻合：在實務運作遭遇問題時，究竟該採契約責任還是侵權責任觀點？抑或我們不應該容許由於理論的選擇導致的差異呢？這是現有文獻缺乏的，但卻迫切需要處理的問題。

4. 本文討論重點

簡言之，本文希望從「義務的內容及範圍」來檢討契約責任與侵權責任的區別實益，而非單僅就違反義務之「來源」、「性質」或「責任主體範圍」作討論，此舉或較能逸脫純學理的討論，而能與當事人雙方及訴訟之成敗產生關連。放到所選的案例下來看的話，即是從契約責任與侵權責任義務之起源談起，進而自侵權責任與契約責任之義務本質及歷史源流來探討其個別發展出的「說明義務」在內容與範圍上是否有所差異，以解決「醫師發現未屬於醫療契約之給付義務中的重要事項（如所選之〈輔大新生健康檢查案〉與〈奇美醫院未告知手術外病況案〉中的肺癌），是否有告知病患的說明義務」此一問題。此外，相較於醫師之手術行為責任，醫療說明義務乃為一較新、定義較模糊且適用上也相對爭議的責任型態，故本文也欲藉此機會，試圖為說明義務的範圍劃定一個較清楚的界線，以期對醫病雙方間的責任進行更合理的分配，最後，再從說明義務之法律效果入手，探討其法律性質，及契約責任與侵權責任下的法律性質在訴訟上可能造成的差異。藉由以上諸點的釐清，盼對醫界及法界在說明義務之適用與判斷上，能略盡

正典出版文化有限公司。及氏著（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務—台灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，《台灣本土法學》，第三七期。

¹³ 如楊秀儀（1999），〈誰來同意？誰來決定？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〉，《台灣法學會學報》，第二十期。及氏著（2005），〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學》，第一二一期。

¹⁴ 如陳聰富（2008），〈醫療契約之法律關係（上）（下）〉，《月旦法學》，第七二期、第七三期。

綿薄之力。

第二節 研究方法與範圍

第一項 研究方法

5. 比較法的選擇

承第一節所選擇之兩案例，本文在研究方法上將以該兩判決的理由構成之評論出發，嘗試為法院的判決理由提供較完整的理論背景，進而將所推導出的一般論再度放回該案案例事實中適用，重新檢討契約責任與侵權責任的區別實益，希望透過理論與實務的相互溝通對話，為此實務上經常遭遇的問題建立一套相對清楚的適用標準。

在論理上，本文仍以傳統的研究方式進行，亦即以比較法的形式為主要論證的依據，另視各部分的需要，輔以其他方法論補充之。

美國法多以侵權行為法處理說明義務，一方面係因過失侵權行為責任之成立僅有三要件：注意義務、義務之違反及損害，適用範圍最廣，德國法由於民法 823 條第 1 項規定之故，導致其在侵權責任的適用上遭遇相當大的限制，故相較於德國法，美國法相對來說容易操作許多；然而另一方面，由於美國契約法之契約相對性原則與約因制度緊密結合，其著眼點不在於「合意」之單純事實，而在於允

諾之履行，並以約因之有無，區別具有拘束力之允諾並強制其履行，但德國契約法則將債之關係視為一個有機體，以契約解釋的方法區辨當事人是否有受允諾拘束的意思，並發展出廣大的附隨義務論，換句話說，德國的契約法較美國的契約法富有彈性，故在德國法上，亦多有用契約法解決與說明義務相關之責任的見解。

¹⁵由於本文嘗試自契約責任與侵權責任的角度探尋說明義務的起源，進而建構說明義務的內容與範圍，故在比較法的選擇上，有必要就以侵權責任系統處理說明義務問題的英美法領域及以契約責任系統處理說明義務問題的歐陸法領域皆進行相當程度的瞭解：在英美法方面，與說明義務相關的參考資料主要以美國法（觀點）的研析為主，除著眼其影響力外，由於國內討論說明義務的相關文獻亦多引述美國侵權行為法作為研究醫院或醫師之告知義務的基礎資料，故選擇美國法在資料蒐集上亦相對容易許多；歐陸法方面則將重點放在德國法（觀點）上，理由除如上述以外，主要仍是因為我國法主要繼受自德國法，採用德國法體系與我國之法體系，在不亦出現理解或解釋上的扞格。

惟礙於外文能力，在歐陸法部分仍以英文資料為主要閱讀素材，並未直接接觸原文，僅務求閱讀中、英文之權威或可信著作，防免失真，於此先予敘明。

第二項 研究範圍

第一款 「醫療說明義務」之名詞選擇

6. 名詞用語的選擇

就醫師應對病患揭露相關醫療資訊的義務，主要有「告知後同意(informed

¹⁵ 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》，164期，頁38。

consent)」、「醫師告知義務」、「醫療（行為）說明義務」、「資訊義務(obligation d' information)」等說法來指稱之。本文之所以採用「醫療說明義務」此說法，主要理由如下：¹⁶

首先，「告知後同意」此一詞彙，係由英文 informed consent 翻譯而來，其主要的意義在說明病人與醫療服務提供者間一連串的互動行為，藉由醫療服務提供者揭露的醫療資訊，包括醫療方式的進行、種類等，幫助病人做出醫療決定；在英美法討論此主題的相關文獻中，「告知後同意」是最常用的詞彙。然而，「告知後同意」容易使人直接聯想到侵權行為責任之「得被害人之同意」此一「阻卻違法事由」要件，惟筆者以為，醫師對病患揭露相關醫療資訊的義務除具有「阻卻違法事由」此一法律性質外，尚可能含有「獨立行為義務(若違反將構成過失)」的色彩，倘採「告知後同意」此說法，將有限縮討論範圍之虞，為免誤會，不擬採之。此外，「告知後同意」所著重者，與其說是醫師的告知義務，毋寧更將重點放在病患的同意能力上，如此立意是否導致醫師責任與病患權利間天秤的失衡，已存在質疑空間，且本文於行文之際亦將重點偏在醫師義務的討論，此為不採「告知後同意」之說法的第二原因。而「醫師告知義務」乃自「告知後同意」延伸而來，該詞彙雖多少能避掉前述之問題，但因有更清楚的說法，故捨棄之。

「醫療說明義務」與「資訊義務」都能清楚表示醫師應對病患揭露相關醫療資訊的概念，且與「告知後同意」相較，並無上述所稱之問題，然而在這兩個詞彙之間，本文最終還是定案「醫療說明義務」，其主要的原因在於，我國最高法院就醫師應為之資訊揭露義務有以「說明義務」稱之者¹⁷，亦有以「告知義務」稱之者¹⁸，惟不見「資訊義務」的出現，可見「說明義務」與「資訊義務」相較，較容

¹⁶ 許純琪（2002），〈醫病關係中的告知後同意〉，頁4，台大法律學系碩士論文。

¹⁷ 如最高法院96年台上字第2476號民事判決、最高法院96年台上字第697號民事判決等。

¹⁸ 如最高法院96年台上字第2738號民事判決、最高法院96年台上字第2032號民事判決等。

易為實務所接受，此外，在學術界方面，許多學位論文亦以「說明義務」指稱該資訊揭露義務者¹⁹撰寫相關文獻，可知「說明義務」為國人較為習慣的用法。

綜上理由「醫療說明義務」此詞彙於表意上既可充分表達概念，且與國人用語習慣不生扞格，故擇之。

第二款 醫療說明義務之義務主體界定

7. 初步以醫師作為說明義務的義務主體

醫療服務之提供者，或更廣義些，醫療及相關醫事業務之執行者等進行醫療行為之主體，一為醫師，一為其他輔助人員，包括護士、護理師、檢驗人員等，由於大部分的醫療說明義務內容牽涉相當的醫學知識背景，有些甚至需要經過專業的評估與判斷，如手術風險發生率、替代方案的建議等與病患同意相關的醫療說明義務即屬於此類，故原則上應該僅有醫師才具備提供充分醫療說明的適格，惟並非所有的醫療說明義務都與醫療行為直接相關，許多亦屬於行政事務相關範疇，如住院須知、轉院手續等，且縱然是與醫療本身直接相關之說明，有些例行性的告知，如用藥須知等等，在醫師繁忙之際，此等較技術性的說明義務，應有容忍其他醫療從業人員為之或至少輔助的空間；亦即，**本文擬將醫療說明義務的義務主體限於醫師，但不排除以他人作為履行輔助人或使用人的可能性。**

依據醫師法第1條規定：「中華民國人民經醫師考試及格並依本法領有醫師證書者，得充醫師。」然因醫師法僅為國家對醫師從業的行政管理規章，不適當直接引用作為判斷民事責任主體之基準，故本文在所謂「醫師」的界定上，不依循

¹⁹ 如孫于璇(2007)，〈醫療行為損害賠償責任—以醫師醫療說明義務違反為例〉，國立中正大學法律學研究所碩士學位論文。與白奇憲(2007)，〈醫療行為說明義務之探討—以民事責任為中心〉，私立東海大學法律學研究所碩士論文。等

醫師法規之要求，僅以領有醫師證書者為限，而是凡「與病人之間具有提供醫療服務之契約關係者(包括準契約關係)」皆屬之，不論其是否為專科醫師(specialist)，也不重視其是否領有醫師執照。西醫師與中醫師皆涵括在內，而俗稱之「醫生」與此之「醫師」應為同義。然而其他類似的醫療服務提供者，例如藉宗教儀式與自然力為醫療方式之民間醫療師，其科學性即可驗性仍待釐清，故不納入本文討論範圍²⁰。

8. 醫療機構亦應納入醫療說明義務的義務主體之列

此外，本文亦欲將醫療機構納入說明義務的義務主體範圍，主要有以下兩個理由：

一、避免責任主體認定之困擾。

侵權行為首先以自然人為責任主體，故以實際為醫療行為之醫護人員作為義務主體並不遭遇太大問題，然醫療院所是否能作為義務主體則可能會有疑問。按，法人（或非法人團體義務）是否能作為侵權責任主體迭有爭議，早期最高法院似乎採否定見解，惟僅言「依其性質不能自為侵權行為²¹」，並未就其理由多作論述。對此問題論述最詳盡當屬 93 年台上字 1154 號民事判決，其除了點明我國採「法人實在說」之意旨外，另引民法 28 條規定做為佐證，認為「法人之代表人執行職務之行爲，即為法人之行爲，其代表人以代表法人地位為侵權行為，即為法人之侵權行為」，且民法 28 條不具備如民法 188 條之內部求償規定，更可導出法人得

²⁰ 本文就此部分說明義務主體的界定，與許純琪學姐採取相同的見解。詳見許純琪(2002)，〈醫病關係中的告知後同意〉，頁 2，國立台灣大學法律學研究所碩士學位論文。

²¹ 參照最高法院 89 年度台上字 2281 號民事判決及最高法院 91 年度台上字 859 號民事判決。

作為獨立損害賠償之債的債務人之結論。²²其後的最高法院判決並未就此問題多作著墨，但從後來的幾則判決中觀察，「法人為侵權責任主體」從未成為廢棄發回的理由²³，至少可推知最高法院並未對此問題明確採取否定見解。就此問題，本文擬採肯定見解，理由之一在於認同最高法院的推論，另外一個原因則是鑑於醫療組織及層級的日益複雜化，病患與醫師之間不再如從前採一對一的互動模式，在診療程序中，採一對多之關係者毋寧才是多數，病患如同大地遊戲的參加者一般，以跑關的方式與一位又一位的醫師或醫療人員接觸，倘若最終結果不如預期，病患只會知道醫療機構中的某人出了差錯導致此結果，很難甚至無法辨識出孰為侵權行為之主體²⁴，倘若執著以自然人作為責任主體此一規範模式，將可能產生病患無法以侵權責任請求賠償的窘況²⁵，故本文擬採肯定說，以期能夠避免當事人認定之困難，降低病患求償無門的可能性。

再從契約責任的角度來看，契約因當事人互相意思表示一致而成立，此種基於意思合致所生之債乃基於私法自治而來，故契約究竟締結在誰與誰之間，當事人的主觀意思乃重要的參考因素，將場景移到醫療關係來，在病患本人接受醫療行為時，依照一般社會常情，應認為當其步入醫院申請掛號時起，即已為醫療行為之要約，而醫院允其掛號，即為承諾，因此被害人即與醫院之間締結醫療契約。

²² 參照最高法院 93 年度台上字 1154 號判決及台灣高等法院 91 年度重上更襟字第 70 號判決。

²³ 參照最高法院 92 年度台上字 2406 號民事判決及最高法院 93 年度台上字 585 號民事判決。

²⁴ 試舉美國 *Prooth v. Wallsh*(105 Misc.2d 603, 432 N.Y.S.2d 663.)一案之事實，說明醫療關係錯綜複雜的現象。該案之案例事實主要為：原告之個人醫師（內科醫師）建議原告進行心臟外科手術，且手術將由外科主任醫師進行。該外科醫師要求其助手參與手術之進行，並要求心臟科醫師參與會診，此外，在手術進行前，外科主任醫師亦以定型化之同意書取得原告同意由該外科醫師及其助手與進行手術之簽名。然而，助理醫師從未與原告接觸，自未得到病患的實質同意，而私下會診的心臟科醫師亦未將其檢查之結果及建議的手術方式告知原告，僅向外科醫師匯報而已，原告遂對醫院、個人醫師（內科醫師）、外科主任醫師、助理醫師及會診之心臟科醫師提起未經告知後同意之手術所造成之損害賠償。本案之承審法官認為，即使在理想的情況下，每一位醫療行為的參與者皆應向病患說明可能的風險並取得其有效同意後才能進行手術，惟在現實的情況中並非每位參與者都有得病患同意與告知病患相關醫療風險的可能，故在本案中，法院認為僅外科醫師及個人醫師（內科醫師）為說明義務之義務主體。至於醫院方面，法院以為防免醫院禁止醫師或其員工為手術治療或較新型等醫療手法等防禦性後果，不以醫院作為責任主體。

²⁵ 或有論者以為，若承認我國民法 184 條得以非自然人作為責任主體，將有架空 188 條規範意旨之虞。然而，188 條之成立原則上仍以受僱人（自然人）本身構成侵權行為為前提，倘依此，再找不出孰為侵權行為人的情況下，仍沒有 188 條的適用空間。

²⁶例如，A 醫療器材股份有限公司出資經營及管理 B 診所，委由 C 醫師擔任名義上負責人，B 診所復與 D 醫院簽訂合作契約，由 D 醫院指派 E 醫師支援 B 診所，而就醫師之選任及監督，A 公司均會尊重 C 醫師之意見。依醫療法第 18 條第 1 項、第 20 條規定，醫療機構應置負責醫師一人，對其機構醫療業務，負督導責任；復按醫療機構應將其開業執照、診療時間及其他有關診療事項揭示於明顯處所，則 B 診所之開業執照所示負責醫師既為 C 醫師，且該開業執照亦經該診所懸掛於掛號處或候診間，一般人如前往掛號看診，均得以目睹該張執照，就診時，依社會現狀與一般情形，僅能信任該開業執照上所表明之資訊外觀，認知該診所係由該負責醫師所申請設立，並由其總籌與督導醫療業務，與居於幕後之真正出資者為何人無關。故在認定契約當事人時，應考量當事人可預期之主觀意思，認為病患係與 B 診所締定醫療契約，至於實際執行醫療行為之人，如住院醫師、主治醫師、總醫師、護士、檢驗師或其他人員，則均僅為醫療契約之履行輔助人，非契約當事人，如此解釋方符合我國國情，且免除認定契約當事人之困擾。²⁷

此外在醫療實務上，某些病患於求診之時乃是慕醫師之名而來，至於該醫師當時身處何醫療院所並非其所問，在這種情況中，或許會給人病患之本意乃是與「醫師」、而非與「醫療院所」締定契約的感覺。惟本文以為，即便在這種情況中，為了契約當事人認定之方便與索賠之可能性考量，仍應將醫療院所認定為契約當事人較佳，至於在解釋上，則可將病患選擇醫師之本意視為病患締約之動機，而其實際締約者，仍是醫師所在之醫療院所；雖然醫療服務之給付強調屬人性，惟此仍可透過解釋醫療契約債務之給付內容乃是「特定的履行輔助人所為之醫療服務」來加以解決，故應不會遭遇法理解釋上的困難。

²⁶ 參見邱琦(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》，第 164 期，頁 39。

²⁷ 參照台北地院 95 年度醫字第 27 號判決，並邱琦(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》，第 164 期，頁 39。

依此，不論從侵權責任或契約責任出發，可發現皆有將醫療院所拉進來作為醫療說明義務之責任主體的必要，主因乃在於防免當事人認定之困擾，更提升訴訟雙方武器平等的機會。

其二，醫療院所相較於醫師個人，具有較大的風險控制與分散能力。在風險控制方面，欲充分完成醫療說明義務，除了依賴醫師個人的專業知識與良心外，尚需組織內部各部門間的協調與配合，尤其在醫療體制分工日益精細的今日，醫療院所內部的資訊管理系統與溝通更形重要，許多個別醫師無法獨力完成的溝通作業、管理監督系統，我們期待亦仰賴「組織」來完成。在風險分散方面，在現行之全民健康保險制度下，醫療院所或許不具有價格調整的能力，無法期待醫療院所本身以轉嫁的方式將風險分散給所有醫療體系的使用者；然而，倘若不著眼於此，而是將目光放在商業保險—責任保險上，則相較於醫師個人，醫療院所或許更有能力投保更高額度的保險金額，以提供受害病患更完備的保障，由於該種保險的目的帶有公益的成分，可能在醫師無過錯的情況下，醫療院所仍有負責任的可能，之所以課予醫療院所責任的正當化基礎，除了從醫療院所的自己責任出發外，或許還能從「醫療院所將其雇用之醫師或醫療從業人員安置在一個能夠導致傷害的環境中且因作為而獲利」的狀態來探尋。此外，從歐盟成員的研究報告可發現，在與「為他人負責」的相關法制中，雇主(employer)責任不再處於「次要、派生」的地位，反而將其視為「個人(personal)、直接」的責任乃是主流的趨勢²⁸，許多國家的法制甚至發展出所謂「組織責任(liability for faulty organization)」的概念，²⁹認為在組織結構或人事監管不足以致於對他人造成傷害之時，組織應對該他

²⁸ See Suzanne Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, in J. Spier (eds.), *UNIFICATION OF TORT LAW: LIABILITY CAUSED BY OTHERS* 304, The Hague; New York: Kluwer Law International; Frederick, MD, USA: Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers (2003).

²⁹ 如德國法、瑞士法等。See Suzanne Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage*

人負損害賠償責任，³⁰且此種責任的適用並不將高級雇員(highly qualified employees)，如醫師，排除在外³¹，可見擴大醫療院所的責任也為此種立法趨勢的一部份，得將之做為參考的範例。

就契約責任而言，以醫療院所作為醫療說明義務的義務主體，是比較符合實情的，因為在現代社會中，醫師大多受僱於大型醫院或合夥成立診所，與病患簽訂契約者乃醫院或診所，而非醫師本身，故在論斷醫療契約義務之時，乃是以契約當事人即醫療院所作為對象，醫師或醫療從業人員乃為契約之履行輔助人。惟此是否表示，醫師此等契約以外之第三人並不對契約當事人負有醫療說明義務？本文以為不然，然而其責任基礎並非來自契約義務，而是源自侵權責任的義務，只是契約義務與侵權義務二者內容範圍相同，故醫師所負義務與具備契約關係的醫療院所相當而已。



總的來說，若從契約義務與侵權義務來觀察醫療說明義務的義務主體的話，則在契約責任方面，除非醫師與病患直接訂立醫療契約，原則上都是以醫療院所作為醫療說明義務的義務主體，醫師與相關從業人員處於契約履行輔助人的地位；至於侵權義務方面，初步乃從實際為醫療行為之醫師著手，以其為醫療說明

Caused by Others, in J.Spier (eds.), **UNIFICATION OF TORT LAW: LIABILITY CAUSED BY OTHERS** 299, 302, The Hague ; New York : Kluwer Law International ; Frederick, MD, USA : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers (2003).

³⁰ See Suzanne Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, in J.Spier (eds.), **UNIFICATION OF TORT LAW: LIABILITY CAUSED BY OTHERS** 113, The Hague ; New York : Kluwer Law International ; Frederick, MD, USA : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers (2003).

³¹ See Suzanne Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, in J.Spier (eds.), **UNIFICATION OF TORT LAW: LIABILITY CAUSED BY OTHERS** 302, The Hague ; New York : Kluwer Law International ; Frederick, MD, USA : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers (2003) and English Report, no.[20]; French Report, no.[26]; German Report, no. [22]; Belgian Report and Spanish Report, no.[48], in J.Spier (eds.), **UNIFICATION OF TORT LAW: LIABILITY CAUSED BY OTHERS**, The Hague ; New York : Kluwer Law International ; Frederick, MD, USA : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers (2003).

義務的義務主體，醫療院所可能因雇用人責任而需連帶負責，此外，參考組織責任與相關立法趨勢，醫療院所也有因自己行為而負侵權責任的可能。契約責任與侵權責任的義務內容可能是相同的³²，而在採契約責任侵權責任併行制的我國，即便同時主張二者也沒有相悖之疑慮。

第三款 「醫療行為」的界定

9. 何謂醫療行為？

「醫療行為」究竟何所指爭論甚多，至今尚無定見³³。行政院衛生署曾頒佈函釋³⁴定義醫療行為：「按醫師法二十八條所稱醫療業務行為，係指以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為之處方、用藥、施術或處置等行為之全部或一部，均屬之。」由上開定義可知，醫療行為的概念，包括就醫後之問診、臆診等診斷過程，與屬於治療過程之手術、用藥、注射、復健等行為，且不以具治療目的者為限，與早期預防及一般保健相關之行為亦皆屬之。

比較有疑問者乃將醫療科技擴大至治療或預防以外之其他領域的行為，如單純為了美容目的所為之整型手術、美膚塑身課程或是醫藥生技的發展所為的實驗性醫療行為等是否亦屬此處之醫療行為，併列於討論之列？本文以為，以治療或預防為目的之醫療行為，某程度上具有急迫性或必要性，尚且重視病患之自主權，醫師須為適當的說明，取得病患有效的同意方能進行，則整型手術或實驗性醫療行為等非與病患之生命身體健康直接相關之行為，舉重以明輕，更有完全交由客

³² 請參考本文第二、三章之討論。

³³ 朱柏松（1999），《消保法論》，增訂版，頁 240-244，台北市：朱柏松出版：翰蘆總經銷。

³⁴ 參見行政院衛生署 84 年 12 月 01 日衛署醫字第 84068278 號函，民國 91 年 9 月 23 日衛署醫字第 0910062996 號函。

戶方（病患方）主導的正當性。是故，就「醫療行為」而言應採取較衛生署函釋更寬的見解，即除指與治療、預防或矯正人體疾病、傷害、殘缺為目的之行為外，尚包括其他以一般醫學上承認之醫療技術、方法對於人類進行醫療處置之行為。

第三節 本文結構

10. 本文結構分析

本文共區分為五章，分別為緒論、醫療說明義務的發生、醫療說明義務的內容（範圍）、醫療說明義務違反之法律效果及結論。

緒論部分為問題的提出，即在契約責任與侵權責任通常呈現競合關係的醫療事件中，以醫療說明義務為中心，探討在此種情況下，契約責任與侵權責任是否將發展出相同的義務型態，及契約責任與侵權責任間是否具有區別實益。此外，本章也就「醫療說明義務」此一名詞選擇的決定作相關說明，並將研究之主體及客體的範圍為較明確的界定。

由於本文欲自醫療說明義務的範圍與效果等與訴訟成敗高度相關的層面切入來看契約責任與侵權責任的區別實益，而討論責任「範圍」的前提在於責任的「有無」，故第二章先自醫療說明義務的發生（責任的起源）談起，在契約責任方面，將重心放在誠信原則之實質內涵的探討，侵權責任方面則是集中在課予醫師作為義務的正當性，分從契約責任及侵權責任觀點討論醫療說明義務的共同發生源由一信賴關係，並輔以法院判決作為論證的基礎。

本章乃承第二章「義務的起源」而下，以「標準」和「功能」為判斷準據，分從契約責任與侵權責任觀點討論說明義務之內容與範圍，以期為醫界或法界在將來的適用上，建立相對明確的標準；在第三節裡更進一步探討由此二者導出的內容是否有所不同，進而推論契約責任與侵權責任於此是否具有區別實益。

第四章乃立基於前兩章之推論，即從契約義務與侵權義務所推導出的醫療說明義務應具有相同的內容範圍，所為之更進一步的推展—醫療說明義務違反之法律效果。本章先自說明義務的法律性質談起，對其作相對清楚的界定後，再自此導出相對應的法律效果，本文亦將在本章中討論主張契約責任與侵權責任在訴訟程序中各有何利弊，以釐清在契約責任與侵權責任之內容相當（至少在醫療說明義務方面是如此）的情況下，為何當事人會在進行訴訟程序主張權利時做出偏好侵權責任而非契約責任的選擇，此外，在現行民事訴訟法的實務運作下，該區別是否仍具有實益。

總之，本文希望藉由如此的討論順序為醫療說明義務劃定明確的適用範圍及法律效果，透過理論與實務的對話，更合理地分配醫病雙方間的責任負擔。此外，也希望透過醫療說明義務之法律性質的釐清，幫助法院在遭遇相關案件時更容易釐清爭點，減少訴訟資源的浪費。

第二章 醫療說明義務的發生

本章將從契約責任與侵權責任的觀點探討說明義務的起源，希望藉由義務本源之釐清以更明確化說明義務的性質，並進而作為劃定說明義務之內容範圍的基礎。每一節的開頭將始自泛論性質的論述，而後才回到醫療說明義務作進一步的說明；第三節為本文見解：即便契約義務與侵權義務間也許具有本質上的差異，但至少醫療說明義務這一塊，皆得回溯自同一源頭——信賴關係，追根究底，二者乃系出同源。



第一節 契約責任觀點

第一項 從契約自由到公平正義的追求

11. 契約自由無法導出說明義務的概念

十六世紀以來，由於自由主義與個人主義的確立，「自我拘束(self-imposed obligation)」的概念漸漸成為規範人民生活的主要法源之一³⁵。十八、十九世紀為自然法主義及自由放任思想(laissez-faire)的鼎盛時期：信奉自然法學的法學家認為，自己締定契約約束自己乃不可剝奪的權利；崇尚自由放任主義的思想家認為法律應盡可能的不要干涉人民。契約的概念就在此種時代氛圍下成長茁壯，也因

³⁵ 在較原始的社會中，契約在生活規範的法源中扮演的角色幾近微不足道，原因在於一般認為規範的法源應來自習俗或法規，而如契約這種自由選擇、自我約束的法源，在一開始並不容易被接受。See P.S. Atiyah, *AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT* 2, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981).

此，契約的起源儘管可上溯至中世紀，甚至是更早的古羅馬法時期，大部分我們所熟悉的契約原則卻是在十八、十九世紀發展起來並精緻化的。

在這個時期，法律的適用者大多認為法律在私法領域中應該僅處於被動的地位，其主要的目的應該是幫助人民「實現其意志」，亦即讓他們自己處理自己的事務，在沒有政府的干預下過好自己的日子。法律不應該用來限制人民締約的權利，也不應該以維護公平為理由介入人民生活，僅僅在當事人一方違約或不履行債務時法律才有進場的空間；換句話說，法官僅是在出差錯時「應該怎麼辦」的裁判者。將這個原則放到契約法的概念中，可說是揭示了「幾乎無限制的契約自由」此意旨，而「契約自由(freedom of contract)」與「契約神聖性(sanctity of contract)³⁶」更成了整個契約法制的支柱。十九世紀一位偉大的法官，Sir George Jessel 甚至說：「公共政策中最重要的一項要求就是：一個有能力的成年人應該有最大的締約自由，而基於該自由且自願締結的契約應該被神聖的遵守，法院亦有使該契約被履行的義務。³⁷」³⁸

契約是一種自我約束的生活規範方式，之所以如此，其目的或許是因為希望藉由利益交換的方式，可能是金錢、財貨，也可能是勞力、時間等來為自己追求更大的效能(utility)。若從此觀點來看，欲從單純的契約關係中導出說明義務似乎不大可能：首先，人畢竟是自利(self-interest)的動物，以追求自己的利益為優先考量，向交易相對人提供相關資訊除了有時間成本外，尚需將己方的缺點或不足公

³⁶ 「契約神聖性」乃指：一旦當事人自由且自願的進入契約關係中，它就應該被神聖地維持，倘若有違約的情形產生的話，法院將執行它。(the sanctity of contractual obligations is merely an expression of the principle that once a contract is freely and voluntarily entered onto, it should be held sacred, and should be enforced by the Court if it is broken.) See P.S. Atiyah, *AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT* 12, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981).

³⁷ 原文為：if there is one thing more than another which public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts, when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and shall be enforced by Court of Justice. See P.S. Atiyah, *AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT* 5, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981).

³⁸ See P.S. Atiyah, *AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT* 4-5, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981).

開於眾以供檢視，此舉可能導致交易籌碼降低，甚至可能產生對方不願進入交易，掉頭離去的危險。其次，從強調契約自由原則，避免不當干預的法思想來看，「[商業交易過程]，具有某程度的狡猾、奸詐、甚至欺騙。雖然可能侵犯道德上的嚴格規範，但法律不保護契約當事人，而留待當事人保護自己。³⁹」原始契約規範的目的，僅在於保障交易之順利進行，不以公平為考量，不以當事人之固有利益為首要之慮，完全信任當事人雙方為己謀福的能力，故其著重者應在於當事人切實履行約定之債務的行為，如依約定之清償時、地、方式清償等，而說明義務乍看之下不會增進效能，故從單純的契約責任裡應無法導出資訊揭露義務，更特定點，從單純的契約責任裡並無法導出本文所要談的說明義務。

12. 契約法規範重心的移轉

然而，雖然「承諾」與「同意」為契約之中心概念，仍然有其他的概念亦不容忽視⁴⁰，尤其自十九世紀以降，隨著時代進展與產業變遷，締約雙方地位是否均等逐漸受到重視；基於保護社會上特別弱勢之團體，或為避免因獨佔企業而扭曲市場，契約法面臨了重大的轉變，其中之一就是「自由選擇的衰退(the declining role of free choice)」，即契約規範重心自主觀要件（當事人的真意）轉移到客觀要件（如契約的要式等），而法院面對與契約相關的紛爭時，也不再採取完全的自由放任作

³⁹ *Gillespie v. Russel and Son* (1856) 18 D 677, at 686; Joseph M. Thomson, *Good Faith in Contracting: A Skeptical View*, in Angelo DM Forte(ed.), **GOOD FAITH IN CONTRACT AND PROPERTY** 64, Oxford: Portland Oregon (1999). 轉引自陳聰富(2008)，〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第104期，頁27。

⁴⁰ 舉例來說，如倘若一個人使他人信賴他並因而改變其本來的地位，則該他人就不應該使他人失望，又如，因為某人的行為而提供了他人服務或為他人帶來利益，則該某人就應該得到相對應的回報（原文為：One is the idea that a person who induces another to rely upon him and change his position, ought not to let that person down; and the other is the idea that a person who does a service to another or renders him some benefit, ought generally to be recompensed for his trouble.）後者 See P.S. Atiyah, **AN INTRODUCTION TO THE LAW OF THE CONTRACT** 30, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981). 後者涉及訴因制度(consideration)，非本文重點，於此暫不討論；至於前者究竟是否真的屬於契約義務，則迭有爭論，有論者以為此屬於侵權責任的範疇。

風，取而代之的是介入程度較高的角色；舉例來說，在契約的解釋上，法官所探求的「當事人真意」其實並非是當事人雙方「真正」的真意，而是站在當事人雙方為理性人的假設前提下，契約應該被如何的約定⁴¹。則接下來要問的問題則是，什麼應該是一個理性人在此種情況下應為的行為呢？事實上是由法官在做判斷的；那法官又是憑藉什麼做判斷呢？其實也就是依循法規範、法秩序及所謂的一般社會通念，也就是所謂的「法規範之客觀價值」；此概念極端抽象，與其說是個可操作的法律概念，不如說是一種信念，除了考慮契約當事人間的公平外，尚強調「正義」的體現，即在平衡當事人雙方契約上的利益的同時，亦努力尋求雙方當事人整體利益的衡平，故在給付義務以外，尚發展出保護義務、附隨義務等義務型態；換言之，契約法的規範重心出現變化，從原先私法自治的強調，逐漸移轉到當事人間，在客觀評價下，整體正義的追求。

惟法學的現代化繫於對於法學方法的認識、接受與應用，否則，小則免不了各說各話，不能客觀嚴謹的論斷是非，大則強詞奪理，根據主觀利益顛倒是非。而科學方法到目前的成就，雖然不是處處皆已能肯定指出正義何在，但基本上已能使法律的運作脫離人治的擅斷，上文所言之「法規範之客觀價值」，雖然本質上是一種信念，但還是需要透過法學方法將其實質內容盡可能類型化至可操作、可預期的程度。以下將對所謂契約規範的「正義」--誠信原則的實質內涵作進一步的探討，並希望由此導出契約責任之下的醫療說明義務。

第二項 契約責任下的交換正義

由於現今產品或服務的分工日趨複雜精細，加上專業的隔閡，若無適當的說

⁴¹ See P.S. Atiyah, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF THE CONTRACT 19, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981).

明可能導致使用人不當使用商品而發生不必要的危險，因此，如何正確使用物品之說明也逐漸成為契約履行之重要義務之一，債務人對於內含於標的物的危險、已存在或可預見的風險、必須向使用者提出警告，讓使用者能安心使用。鑑於醫學具有高度專業性，醫療服務其實就屬於高專業的債務履行行為，病人通常無法輕易獲得醫療資訊，也無能力收集，但醫師卻是資訊擁有者或至少是有能力的資訊取得者，且其所為之任何醫療行為，都可能影響病人之身體健康，所以醫師對於病人有清楚說明的義務，因此，即便僅從契約的固有規範領域出發，從契約利益完整追求的觀點來看，其實已能夠初步導出部分的醫療說明義務，如行政層面的掛號住院注意事項，或是與醫療行為直接相關的診斷結果的告知、用藥注意事項的說明、術前注意事項的告知等等，醫師皆負有對病患清楚說明的義務，使病患能配合醫師之治療，以避免不必要的危險。

除了以上的醫療說明外，尚有其他種類的醫療說明義務，該種類的說明義務不一定與醫療給付行為的履行或完成直接相關，而是提供專業資訊，以便病患判斷契約內容是否符合個人利益，進而決定是否接受該醫療行為的醫療說明義務。此種醫療說明義務和醫療給付本身較不相關，若欲將其歸入主給付義務將遭遇困難，國內相關討論多將其歸入「附隨義務（保護義務）」⁴²，是否果真如此，應從附隨保護義務的來源——「契約責任下之交換正義」的實質內涵開始開展。

13. 比較法觀察：以誠信原則/默示條款內化正義的概念

如前段所述，除了與醫療給付之履行相關的醫療說明義務外，還有與契約之

⁴² 如侯英鈴（2004），《論院內感染之民事契約責任——以爆發 SARS 院內感染為例》，初版，頁 140，台北：正典出版文化有限公司；侯英鈴（2004），〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉，《月旦法學》，第 112 期，頁 13-14；許純琪（2002），《醫病關係中的告知後同意》，頁 88-95，台灣大學法律學研究所碩士論文。

主給付義務的履行並無直接相關的醫療說明義務，而其主要是從「保護」的觀點衍伸出來——即除了契約當事人間所約定的公平以外，尚考慮到交易當事人之間固有利益的保護等整體交換正義的考量的一種價值。

德國法之契約理論將此種與契約履行無直接關連之義務，亦即債務人依債之本旨，已經於清償期完整履行債之主給付義務且無瑕疵，卻尚需保護債權人之其他與契約履行無關之利益的義務稱為「附隨的保護義務」。⁴³⁴⁴「附隨的保護義務」乃由誠實信用原則所導出，依契約雙方間之法律關係，不管是債務人或債權人在契約進行與履行過程中，都必須注意不侵害到對方之權利或利益，若一方因過失違反此種義務時，需對因而造成的損害負賠償責任；至於附隨的保護義務主要有說明解釋義務、指示或諮詢義務、不作為或保密義務及照顧或交易安全義務等四種態樣，⁴⁵與本文討論之醫療說明義務相關者，則為說明解釋義務、指示或諮詢義務及照顧或安全交易義務。

在法國法方面，早先，法院的一貫見解乃認為，契約義務之構成須透過特別的、故意的約定，而契約當事人負有自行獲得交易資訊的責任，因此，當事人一方的資訊欠缺（通常是弱勢的一方）並不會構成違約的要件。然而，時至今日，法院有將契約義務作較廣義之解釋的傾向，他們認為，除了明白表示出來的主要義務外，尚其他的義務群被涵括入契約責任的範圍中，這些義務有別於主要義務，乃奠基於民法 1135 條的規定發展而來，而「資訊揭露義務」即為判例法解釋

⁴³ 侯英洽（2004），《論院內感染之民事契約責任——以爆發 SARS 院內感染為例》，初版，頁 140，台北：正典出版文化有限公司。

⁴⁴ 此次德國債法修正，將附隨保護義務清楚規範在債務不履行（給付障礙）之類型中，而且是整個體系性的修改，不僅在德國民法第 280 條規範積極侵害債權之請求權基礎，並將「債之關係」定義為不僅是主給付義務之履行，更包含留意保護他方當事人之權利及法益之義務（德國民法第 241 條第 2 項）。參考侯英洽（2004），《論院內感染之民事契約責任——以爆發 SARS 院內感染為例》，初版，頁 142，台北：正典出版文化有限公司。

⁴⁵ 侯英洽（2004），〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉，《月旦法學教室》，112 期，頁 19-20。與侯英洽（2004），《論院內感染之民事契約責任——以爆發 SARS 院內感染為例》，初版，頁 144，台北：正典出版文化有限公司。

民法 1135 條得出的其中之一的義務類型，倘若違反此種義務，亦為債務不履行的責任態樣之一。⁴⁶

在英國法上，一般認為醫師對於病人負有注意義務，此義務主要是要求醫師在為醫療行為時須具備合理程度的技巧與知識，並盡一定程度的照顧義務，說明義務之課予，其目標即在於提供病患更妥適的醫療水準，故亦為注意義務的一環。惟注意義務獨立於契約責任，以侵權法之過失責任的型態出現，只是儘管如此，英國人並不排除以默示條款的方式將該注意義務引入契約責任中，作為契約義務的一種型態。⁴⁷

14. 誠信原則/默示條款的內容

從以上諸立法例可發現，各國對於「契約之下交換正義的維護」的價值多採肯定見解，惟其在契約責任中的法律基礎則來自不同的根源：整體來看，此種藉由司法手段，由法官經由契約之解釋而將公平正義的概念引入契約中的方式，在歐陸法體系主要由「誠信原則」擔綱此角色，而在英國法中則是以「默示條款」的模式處理，兩者究竟僅是體系位置的不同，抑或具有本質上的差異？此問題的答案與醫療說明義務之根源與發展相關，乃本文論述開展的基礎，有先行討論的必要。以下將從各國法制的介紹著手，再整理其學說見解以具體化此種「契約下之整體正義」的具體內涵：

【誠信原則(*Good Faith, Bona Fides, Treu und Glauben, Bonne Foi*)】

⁴⁶ See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW* 444, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

⁴⁷ See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW* 448, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

德國法⁴⁸

依據德國民法第 242 條規定：「債務人應斟酌交易習慣，依誠實信用方法而為給付。⁴⁹」德國法上的誠信原則，具有三項功能：作為填補漏洞司法造法的法律依據；作為私法訴訟中，當事人在法律上的抗辯基礎；及作為私人契約關係中，重新分配危險的法律依據⁵⁰；具體而言，在締約過程中之先契約義務，係以誠信原則為基礎，隨著債之關係之進展，進而發生協力、通知、照顧、保護及忠實等義務⁵¹。

法國法⁵²

在法國法方面，依法國民法 1134 條後段規定：「前項契約應依誠信原則履行之。⁵³」與 1135 條：「拘束契約當事人雙方者，除了明示的合意外，尚包括衡平原則、習俗與自然法則⁵⁴。」法國學者認為，此二法條為誠信原則的一般性規定，而該規定提供了法院一般性的權利，即在當事人依據契約履行義務，發生不公平或

⁴⁸ See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 18-32, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS(2000)及陳聰富(2008)，〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第 104 期，頁 8-12。

⁴⁹ §242 of the German Civil Code of 1900: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. (英文譯文為：The debtor is bound to perform according to the requirements of good faith, ordinary usage being taken into consideration. See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW**, fn 59, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

⁵⁰ Werner F. Ebke & Bettina M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in J. Beatson and D. Friedmann(eds.), **GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW** 171, Oxford: Clarendon Press, (1995).

⁵¹ 王澤鑑(1983)，〈締約上過失〉，《民法學說與判例研究第一冊》，頁 85。

⁵² See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 32-39, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000)及陳聰富(2008)，〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第 104 期，頁 15-17。

⁵³ Art. 1134 al. 3 de Code Civil: Elles [les conventions legalement formee] doivent etre executees de bonne foi. (英文譯文為：[Contracts] must be performed in good faith. See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 33, fn. 154, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

⁵⁴ Art. 1135 de Code Civil: Les conventions obligent non seulement a ce qui est exprime, mais encore a toutes les suite que l'equite' l'usage ou la loi donnent a l'obligation d'apres sa nature. (英文譯文為：Agreements oblige a party not only to what is there expressed, but also to all the consequences which equity, custom and the law give to the obligation according to its nature. See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 33, fn. 155, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

不誠實的行為時，得介入當事人之契約關係的權限⁵⁵。然而，儘管民法提供了如上之一般性條款，法院卻很少援引此原則來調整當事人間的法律關係；至少在十九世紀，法官仍嚴守「意思自治原則(*autonomie de la volonte*)」，而此舉使誠信原則在契約法制中幾乎沒有適用空間⁵⁶。從而，法國法基本上仍遵循「契約嚴守原則」，法院僅得依據實際情況的改變，而修正當事人的合意，以尋求更公平與衡平的新條款。

美國法⁵⁷

在美國法方面，其雖繼受英國法，屬於不成文法體系。然而在誠信原則的發展上，卻深受德國法規定的影響，在普通法及法典上均承認誠信原則。如美國統一商法典第 1-203 段規定：「本法規定之任何契約或義務，對於其履行或執行，均課予誠實信用之義務。⁵⁸」同法第 1-201(11)段規定，所謂誠實信用係指「行為上或交易上之實際上誠實。⁵⁹」對於貨物買賣，同法第 2-103(1)(b)段則採取更廣義的定義：「在商人交易，誠實信用係指實際上誠實，以及遵守該貿易應有之公平交易的合理商業標準。⁶⁰」惟此條款僅適用在該法案規定適用的契約型態，如貨物買賣契約、與信用狀相關的交易等，其他的契約型態如建築契約、土地買賣契約、不動產貸款契約等都不在適用之列，故其尚稱不上具一般條款的地位。

⁵⁵陳聰富(2008)，〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第 104 期，頁 27。

⁵⁶ 德國法因第一次世界大戰引發經濟恐慌，導致法院實務上應用誠信原則，重新調整契約內容。但法國並無此劇烈社會變動，因而法國法院無須以一般性的誠信原則調整契約內容。在這樣的時空背景下，1134 條及 1135 條則多半被使用來檢視「同意是否具有瑕疵」或「因錯誤而失去契約基礎」等問題上。參照陳聰富(2008)。〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第 104 期，頁 15 與 Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 33, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

⁵⁷See Robert S. Summers, *The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: a General Account*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 118-125, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000)及陳聰富(2008)，〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第一〇四期，頁 34-36。

⁵⁸ 法條原文為：「Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.」

⁵⁹ 法條原文為：「[good faith at least to mean] honesty in fact in the conduct or transactions concerned.」

⁶⁰ 法條原文為：「In this article, unless the honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.」

美國契約法第二次整編第 205 條規定：「誠信義務與公平交易：任何契約，關於其履行及執行，對於任何一方當事人課予誠實信用及公平交易之義務。⁶¹」其對誠實信用的定義，採取與統一商法典相同的規定(即統一商法典第 1-201(11)段與第 2-103(1)(b)段之規定)。而在契約法整編的註釋中，認為「誠實信用原則，強調對於雙方合意之共同目的的忠實，並與他方當事人之合理期待相一致。誠信原則排除一切含有『不誠信(bad faith)』的行為，因為違反社會上正直、公平或合理的標準。」此規定適用於任何型態的契約，可視為誠信原則之一般條款的規定。但須注意的是，美國契約法整編明白規定，誠信原則在前契約階段並不適用，就締約前的不公平情事應交由其他法制如侵權行為法或不當得利法來處理。

【默示條款(implied terms)】⁶²

英國法原則上並不承認法律上具有誠實信用之重大原則，在某些判決中，法官甚至認為誠信原則與契約的本質相違，如 Lord Ackner 曾說：「在締約之時，誠信原則本身就是個被他方當事人討厭的概念。只要避免為不實陳述，締約雙方有權追求自己的利益。⁶³」在契約的履行方面，Potter L.J.也曾說：「英國契約法中並沒有誠信原則的一般條款，原告只要不違背契約條款，他要怎麼作都行。⁶⁴」英國

⁶¹ 法條原文為：「Duty of Good Faith and Fair Dealing. Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.」

⁶² See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 39-48, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

⁶³ *Walford v. Miles*[1992] 2 AC 128, 138(the rest of the House agreed)原文為：「the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her)own interest, so long as he avoids making misrepresentation.」See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 40, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

⁶⁴ *James Spencer & Co. Ltd v. Tame Valley Padding Co. Ltd* (Court of Appeal, 8 April 1998, unreported) 原文為：「there is no general doctrine of good faith in the English law of contract. The plaintiffs are free to act as they wish provided that they do not act in breach of a term of the contract.」See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 40, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

之契約法制之所以會採取如上述的論調，或許與其將中心放在大規模的商業貿易、契約乃由腳踏實地的貿易商締結及保持一定距離的交易有關；然而，儘管英國法採取如是法態度，儘管法律似乎承認契約之締結、履行與違反得以殘忍且下流的方式為之，仍然有些合理與公平性的原則是需要遵守的，我們可以從商人法及不誠信的概念來觀察：

商人法(lex mercatoria, law merchant)

英國法長期以來受到通行西歐之商人法中「誠信(good faith)」與「商業期待(commercial expectation)」等概念的影響⁶⁵，雖然至十七世紀末時，商人法漸漸式微，不再成為法官判決時重要的參考依據，但許多商人法中的概念都被衡平法吸收，甚至發展成普通法院審判案件時適用的規則。如 Lord Mansfield 在 *Carter v. Bohem* 中的銘言：「此原則適用於所有契約及交易中。誠信[原則]禁止參與交易之任一方隱匿其私有的資料，導致對方在對事實無知或對事實有相反認知的情形下締約⁶⁶」即為我們所說之「資訊揭露原則」的體現。

詐欺原則(fraud)

早在十九世紀初期，當事人一方的「不誠信(bad faith)」就可能成為使契約無效的理由，即便其並無不誠實的陳述亦然，而在一次關於「何種履行方式可能導致契約之終止或廢除」的討論中，*Joseph Chitty*⁶⁷就發現到：不論是普通法院或衡

⁶⁵ 商人法的內容主要由商業慣習(commercial practice)所組成，除此之外還有民法及宗教概念「faith to be kept」的影子存在。See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW 42**, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

⁶⁶ 原文為：「the governing principles is applicable to all contracts and dealings. Good faith forbids either party by concealing what heprivately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary.」(1766) 3 Burr 1905, at 1910. See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW 42**, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

⁶⁷ 關於 Joseph Chitty 的生平請見 Oxford Dictionary of Biography: Chitty, Sir. Joseph William http://www.oxforddnb.com/view/article/5337?_fromAuth=1 (最後瀏覽日：2008 年 12 月 21 日)

平法院都容易將涉及詐欺的案子視為不誠信的型態，並以此免除他造的義務。至於哪些情事將涵攝入此處的「詐欺」概念中呢？Chitty 認為除了不實陳述的情況外，尚包括隱匿重要資訊及交易價格低到不構成訴因⁶⁸的情形，其甚至包括資訊弱勢、不當干涉等概念⁶⁹，

誠如首段所言，英國法至今並未承認法律上具有誠實信用此一法律原則存在，取而代之的，英國法官發展出許多個別的法律原則或法學理論來處理法律上不公平或不正義的情形，許多原則或理論的基礎乃由衡平法發展而來，而從前面的論述可發現，許多概念的出生或法院在解釋契約時所採取的某些立場、態度並不僅是邏輯上的結論，亦為歷史演進的必然。在法律適用的手段上，由於英國法一貫的契約傳統，法院傾向採解釋當事人真意的方式，創設所謂「默示條款(implied terms)」的概念，將法院認為合乎公平正義的方式引入該法律關係中；換句話說，此處解釋的「真意」並非當事人「真正的意思」，其僅僅提供了一個窗口，使法官得以透過解釋默示條款的方式，在形式上不破壞契約合意本質的前提下，引入由衡平法發展出的法律原則或理論作為實質上之判決基礎。

⁶⁸ 所謂的「訴因」，乃是指英國法中所謂的 consideration，其內容究竟為何，各派學者有不同的意見；傳統上主要可分成兩個大概念：其一，一個承諾要有拘束力，必須其對締約雙方或任一方帶來利益才行(the first of these is the idea that a promise is legally binding if it is given in return for some benefit which is rendered, or to be rendered to the promisor.)；其二，一個承諾要具有拘束力，必須承諾之接受者對該承諾有有害的依賴，亦即，該接受者因為該信賴已改變他的地位，倘若為承諾者違約，將陷接受者於較原處境更不利的情況之中(the second of these is the idea that a promise is legally binding if the promise is detrimentally relies on it, that is, if he changes his position in reliance on the promise in such a way that he would be worse off if the promise is broken than he would have been if the promise had never been made at all.) See P.S. Atiyah, *AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT* 91-92, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981).

⁶⁹ A Treatise on the Laws of Commerce and Manufactures and the Contracts relating thereto, vol. III, A Treatise on Commercial Law(1824).轉引自 Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), *GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW* 43, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

15. 誠信原則/默示條款的實質內涵

以上為「誠信」此概念在各國法制中呈現的方式：歐陸法及美國法採一般條款(general clause)，即承認誠信原則的方式，引入此概念，至於英國法則是採默示條款(implied terms)的方式為之。然而，不論是誠信原則或是默示條款都僅是一個包山包海的不確定法律概念，其實質內涵究竟為何，容有相當大的解釋空間；有趣的是，不論是採誠信原則或默示條款法制的國家，都不約而同的以實務累積的見解，或者說個案適用的結果累積來形成誠信原則與默示條款的實質意涵，以下先分述之：

【誠信原則】

在歐陸法方面⁷⁰，德國學者 Zimmermann 教授認為「誠信」這個概念不僅在各國法制間有不同的意涵，甚至在單一國家內也因適用個案的不同而有不同的解釋，Zimmermann 甚至認為，與其定義「誠信」的要求為何，不如推導「不誠信」該如何處罰還容易的多；然即便如此，Zimmermann 教授仍自歐洲各國契約法關於誠信原則的適用結果，歸結出誠信原則的五種意涵：一、不誠實者，違反誠信原則；二、當事人需遵守諾言；三、締約當事人之一方不得以不合理的方式或在不具合法利益的情形下，使他方處於較原先不利的地位；四、當事人不受契約所生之荒謬結果的拘束；五、當事人故意違約，即屬誠信原則的違反⁷¹。

⁷⁰ See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Coming to Terms with Good Faith*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 690-694, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000)及陳聰富(2008)，〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第 104 期，頁 37。

⁷¹ 然此說法主要適用於法國或西班牙法制下，德國法並不適用之；因為在德國法制下，故意違約與非故意的違約並無不同，亦即，就契約之違反而言，善意(good faith)或惡意(bad faith)是不列入考慮的。See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Coming to Terms with Good Faith*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 693, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).

至於美國法部分⁷²，美國學者 Robert Summers 提出「排除法(excluder)」，希望具體化並類型化誠信原則此一概念。他認為，由於誠信原則非清楚完整的概念，故在探討誠信原則的實質意涵時，與其考察該原則本身的意義為何，不如探求法官何時以誠信原則排除當事人特定之行為；換句話說，誠信原則本身並無一般化的意義，而係作為排除「不誠信」等異質案例的產物。Summers 並自法院判決中列出不誠信的行為態樣，再對比形成所謂「誠信原則」的意義：

不誠信的行為態樣	誠信原則的意義
1.出賣人隱匿所售商品的瑕疵	完全揭露重要事實
2.建築業者雖實質上完成建築物，但故意不為完全履行	實質履行，且不得故意違反特別規定
3.締約人公開濫用締約能力以強迫提高價額	抑制締約能力的濫用
4.雇用一名經紀人，但又故意阻礙其完成交易	應為合作行為
5.未盡力減輕他方當事人的損失	應盡力為之
6.恣意行使契約終止權	需有理由方能為之
7.解釋契約時採取過寬的解釋方式解釋契約文字	必須公正地解釋契約文字
8.反覆要求對方擔保契約之履行而使對方困擾	接受適當的擔保

Summers 認為，上述誠信原則無法以「不誠實」予以涵蓋，因其屬於一般性概念，但試圖瞭解法官利用誠信原則所希望排除之事物，殆可以掌握誠信原則的意涵。

【默示條款】

⁷² See Robert S. Summers, *Good Faith in American Contract Law*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), *GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW* 125-129, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000)及陳聰富(2008)，〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第 104 期，頁 38-41。

英國法方面⁷³，由其歷史源流來看，可發現其雖無「誠信原則」此一一般性條款，但其實一直以來都有「誠信」此一概念存在，除此之外，前文所提到的「詐欺」概念，其概念範圍之廣已踰單純不實陳述之範疇，而跨越至處理締約不平等的領域「詐欺」，也因此，在衡平法吸納這些概念並經由許多個案累積而發展出來的法律規則其涵蓋處理的範圍也相當的廣，舉凡如保險契約係最大善意契約、有限度的資訊揭露義務、禁反言原則及誠信義務(fiduciary)等，皆屬之。

第三項 小結：可由誠信原則導出醫療說明義務

16. 誠信原則與默示條款的具有相同的實質意涵

倘若反其向而行，將默示條款下的各項原則歸納觀察的話，可以發現其所適用之「公平性」、「合理性」或「衡平」等觀念，其實與誠信原則所欲達成的目標相似，或幾乎可說是一致，因此，我們或許能大膽的推論：誠信原則與默示條款的實質意涵其實是相同的，僅是在法律適用的手段上，因文化國情的不同，或採一般條款，或採引入默示條款來作契約解釋，如此而已。

至於誠信原則與默示條款的實質內涵究竟為何，綜合言之，或可歸納出下列說法：在前契約時期，交易雙方當事人不得以不誠實或違反公平交易的方式進行契約之締結；在契約成功締結後，需遵從「契約嚴守原則(pacta sunt servanda)」；對於特定契約型態的履行，需以其應有的常態為之，換句話說，需以該商業情境

⁷³ See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*, in Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds), **GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW** 43-44, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000)及陳聰富(2008)，〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第104期，頁28。

應有的「內在邏輯」為契約之履行；除此之外，誠信原則與默示條款亦同時要求在履約階段不得出現不誠實或不公平的行為，否則可能產生免除對方義務的效果；最後，誠信原則與默示條款亦處理契約的終止等問題。

17. 可由誠信原則推導出醫療說明義務

綜上，首先可以得出的推論的是，不論是誠信原則或是默示條款，都是執法者在追求「契約下的交換正義」時所採取的媒介，而我國民法乃承繼德國法而來，故與之相同，主要採誠信原則，並依之發展出附隨義務，來內化執法者所欲體現的價值。其二，由以上的論述可發現，誠信原則其實是一個遊移於整個契約發展過程中的概念，它可能適用於締約時、可能適用於履約時，甚至可能適用於契約消滅後回復原狀時，此外，誠信原則也沒有專屬處理問題的限制，幾乎所有契約內容未約定的問題，都可能以誠信原則作為根本原理來加以處理，可能與契約當事人雙方間的對價衡平相關，也可能與契約當事人固有利益的保護相關，而本文所處理的醫療說明義務，除了與醫療給付之履行相關之種類，不排除自從給付義務發展而來的可能以外，最可能的就是由於醫療契約的締訂此一法律行為的進行而使契約當事人較一般人產生更為親近的關係，因親近生信賴，而在當事人間所產生的一種，基於公平與誠實、從誠信原則發展而來、以保護病患固有利益為目的的附隨保護義務，尤其近來被討論最多的「告知後同意」之醫療說明義務，更是屬於此類。

第二節 侵權責任觀點

第一項 侵權責任法解釋原則的發展

18. 侵權責任法解釋原則的轉向

十九世紀以來，侵權責任主要以過錯主義作為(fault)作為歸責的基礎，德國民法 823 條與 826 條與侵權責任相關的規定⁷⁴就是奠基在這樣的歸責理論上，仍然採用古典的侵權責任結構：(1)客觀要件(objective elements)，(2)結果不法(the injury-oriented concept of unlawfulness)，(3)由故意或過失所組成之統一的過錯概念(the uniform notion of fault comprising intent and negligence)來作為其規範基礎。⁷⁵

然時值工業革命發展的時代，撇開大時代觀念以經濟發展為首要目的暫且不談，許多人漸漸發現：將損害的成本藉由責任保險或價格調整的方式分散給大眾承擔，似乎更具經濟合理性與社會公平性。奧地利的經濟學者 V Mataja 曾在 1888 年說：「世界上沒有任何法規範能抹去已發生的傷害。法律在已完成的行為前是無能為力的。立法機關對於傷害的風險實際上能追求的只有兩個目標：它能(1)刺激、發動預防措施；(2)透過公平正義的追求與經濟效益等考量，將已發生的傷害負擔移交給最適合的人承擔。⁷⁶」從這段論述中，我們可以發現除了補償(compensation)、

⁷⁴ 德國民法第 823 條規定：「因故意或過失，不法侵害他人之生命、身體、健康、自由、所有權或其他權利者，對於該他人負賠償因此所生損害之義務。(第一項)違反以保護他人為目的之法律者，亦負同一之義務。(第二項)」第 826 條規定：「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者，對於該他人，負損害賠償之義務。」

⁷⁵ Gert Bruggemeier, *Introduction: Tort Law at the Beginning of the Twenty-First Century: A Comparative Account*, in **COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW: A PRE-STATEMENT OF LAW** 19-20, BIICL, British Institute of International and Comparative Law (2004).

⁷⁶ Mataja, *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie*(1888), 19(emphasis added). 轉引自 Gert Bruggemeier, *Introduction: Tort Law at the Beginning of the Twenty-First Century: A Comparative Account*, in **COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW: A PRE-STATEMENT OF LAW** 3, BIICL, British Institute of International and Comparative Law (2004).

應報(retribution)及嚇阻(deterrence)外⁷⁷,「預防(prevention)」也成為侵權責任法考量的重要功能之一。自此社會保險制度開始發展,而在此配套措施的推動下,侵權責任的歸責原則亦從過錯主義漸次轉向嚴格責任主義(strict liability)。美國法的發展雖然較歐陸劇烈的多,但大抵說來至十九世紀末以前也是朝此趨勢前進⁷⁸。

時間到了二十世紀,侵權責任法制的發展又漸漸從個人損害法(personal injury law)(由保險來保障)及企業責任(liability for business)(嚴格責任)轉向,進入透過法官造法來創造並保護個人權利的時代。⁷⁹古典侵權責任法在利益保護方面有點類似刑法,其所保護者乃人之中心利益,如生命、身體完整性、自由及財產等;然而到了二十世紀後,這些利益從不可動搖的中心價值轉變成立法或司法政策上衡量利弊得失的標的「之一」,舉例來說:法官在面對侵權責任的問題時,將在個人自由的範圍與企業自由的範圍間作權衡;決定相衝突的憲法價值間孰先孰後,比如說媒體的言論表現自由是否優於經濟活動的自由等;此外,他們還保護民眾的隱私權,使其免於不當之公開調查;他們甚至也譴責各種態樣的歧視等。這些司法政策隱含了對傳統法律權利範圍的重新檢視,法官也藉此機會重新定義了「自主性」,因此使得「自我決定(self determination)」成為可能,並建立了所謂

⁷⁷ Bruce Chapman, *Ethical Issues in The Law of Tort*, in Michael Bayles (ed.), **JUSTICE, RIGHTS, AND TORT LAW** 13-16, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company (1983).

⁷⁸ 十九世紀中後期的美國,自由經濟主義的思想盛行,在這樣的時代背景下,不難想像美國法院在處理與工業化相關的新風險時會傾向採過錯主義的立場,其結果就是,美國法院對於在工作場所發生的事件處理,基本上是瀰漫著一種「挺企業、貶弱者」的氛圍的。直至十九二十世紀的交界,美國學者慢慢發現問題的嚴重性:許多工廠意外或交通意外的受害者需要獲得補償,但賠償基礎無法自過錯體系中尋得。因此,美國人藉由制訂特別法的方式來處理這個問題,在聯邦方面有 1908 年與工作意外相關的聯邦雇主責任法(Federal Employers' Liability Act, or FELA)及 1915 年與海運相關的瓊斯法案(The Jones Act)。更重要的是,在州方面,其更在 1910 至 1920 年間制訂了所謂工人賠償法案(workers' compensation statutes),在該法案中就引進了「雇主之嚴格責任」與「強制責任保險」等概念。因此從此可看出美國法的發展原則上也是朝此趨勢前進的。See Gert Bruggemeier, *Introduction: Tort Law at the Beginning of the Twenty-First Century: A Comparative Account*, in **COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW: A PRE-STATEMENT OF LAW** 14-16, BIICL, British Institute of International and Comparative Law (2004).

⁷⁸ Bruce Chapman, *Ethical Issues in The Law of Tort*, in Michael Bayles (ed.), **JUSTICE, RIGHTS, AND TORT LAW** 13-16, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company (1983).

⁷⁹ See Gert Bruggemeier, *Introduction: Tort Law at the Beginning of the Twenty-First Century: A Comparative Account*, in **COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW** 10-11, BIICL, British Institute of International and Comparative Law (2004).

「自己的領域(territories of the self)」的概念。

19. 奠基於實質正義的法官造法為現代侵權法解釋的趨勢

總體來說，侵權責任法在十九到二十世紀間最大的發展即為對「傷害」此一概念之定義的轉換：即從「對社會造成嚴重後果之行為的類道德性譴責、一種外顯性的損害」到「在嚴格責任或客觀化的過錯主義與舉證責任的減輕及保險制度的配套下之內化性的損害」的過程⁸⁰。手段方面，則是另一個巨大的變革，從堅守法條，認為造法乃立法者的工作、司法者的工作僅是解釋適用法律的觀點，漸次轉向積極的造法角色，亦即，法官被賦予了自社會科學的觀點來處理資訊的任務。每一個個案的判決可以追隨前人的腳步，也可以創新並擴展法律的領域；而後者，也就是我們所說的「重大判決(landmark decisions)」，其代表了侵權法的動態元素，法官藉由此種判決對新出現的傷害的風險作出評估與分配，並重新定義行為的自由與保護利益的範圍。⁸¹其結果是，除了累積案例先例(precedent)外，法官其實也更具體的適用，或甚至修正了法條制訂的理由、原則，許多法律適用時可能遭遇的例外也被類型化了。

在這樣的趨勢底下，首先會遭遇到的是法官所做出之判決是否具有法源地位

⁸⁰ 原文為：「the development in tort law from the nineteenth to the twenty-first centuries has been characterized internationally by a reversal of the basic societal attitude toward injuries: from *the dominance of the externalization of damage*, under a regime of quasi-moral blameworthiness with some harsh social consequences, to *the primary of the internalization of damage* through strict or objectified fault liability, in combination with relaxation of the burden of proof and diversified insurance solutions.」 See Gert Bruggemeier, *Introduction: Tort Law at the Beginning of the Twenty-First Century: A Comparative Account*, in **COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW** 17, BIICL, British Institute of International and Comparative Law (2004).

⁸¹ See Gert Bruggemeier, *Introduction: Tort Law at the Beginning of the Twenty-First Century: A Comparative Account*, in **COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW** 25, BIICL, British Institute of International and Comparative Law (2004).

的問題：與英美法不同，大陸法體系下的國家，其判決先例雖不具有「形式上的拘束力」，然而，形式法律之規範內容的實現有賴於法院之解釋將其具體化，而生活化，因此，法院的裁判不論是僅為法律解釋或進一步涉及法律補充，其實都是在賦予法律與時俱進的生命力；從而，法院裁判工作的重點，從單純根據法律、適用法律，越來越移至法的發現，其實是一種必然。在此意義下，法院的裁判或許不具「形式上」，但具有「事實上」法源地位卻是無庸置疑的。⁸²

惟此時所面臨的則是第二個問題：以判決，甚至是法官造法作為法源的正當性何在？制定法屬於形式意義的法源，其效力原則上是被承認的，僅在內容違反實質要求時，始被質疑，這就是「惡法亦法抑或惡法非法」所處理的問題，然而，至少在大陸法體系下，判決或法官法不具備此種先天優勢，那要如何使人民遵循或服從該價值？Larenz 在 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 一書中曾言：「法的拘束力不只是以一個命令層次之形式的立法行為作依據，而係以實質為其內容之理想的存在為其基礎，後來使經其價值結構及實證將之轉為法源。……在此意義下，帶有法律效力之有意的、造法的社會行為是為實際上的法源；至於[法律原則]自己則非法源，必須直到有一個取向於法律原則的行為，取得具體之法律效力時，始成為法源。要之，使新法規取得效力之社會行為為實在的法源。……不過，社會行為並不需要是單一的行為（例如立法機關之立法行為），它也可以是繼續之同樣的慣行（例如習慣法），或制度上之權威的表現（例如法官造法）。……法官造法所必須的權威，在今日以為各方所肯認，有拘束力之造法規範的存在，使正義原則中未經各該領域定於實證法者，在具體化後其事後審查成為可能。該等正義原則之角色，不繫於實證法中某一可能的觀點，或自然法的驅策，其角色全然依司法之補充、完善及更新法律之固有任務定之。在此範圍內，裁判是制度上的法源。」⁸³從此段論述可發現，法院的裁判需具備「以實質作為其內容之理想的存在」

⁸² 黃茂榮（2002），《法學方法與現代民法》，增訂四版，頁 6-7，作者自刊。

⁸³ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., 1983, S.415. 轉引自黃茂榮（2002），《法學

為基礎，才有成為法源之實質正當性，亦即，倘若欲使人民遵守該法源，仍有賴於該判決與存在於人民心中之「正義」相符才有可能。

在此種法律操作模式下，學說的功能就分外突出。學說在實務上的意義為，學說常常是幫助法院或實務認識社會之規範存在，及其應該之規範內容的主要媒介或依據，⁸⁴換句話說，法學者擔當起溝通司法判決與存在於社會中之規範的橋樑。回歸到與本文相關之主題作更具體的闡明：侵權法的基本原則乃是由法學者建立或是精緻化的。侵權法的法學者以兩種方式將憲法或普通法的規定與法官法（司法造法）作整合⁸⁵：

(1)將由法官所形成的案例法之論述理由加以系統化。

(2)建立一些侵權法的原則或基本規則以作為法規適用或為個案論理時所依據的基礎。這些原則為侵權法及損害建立了一個框架；他們本身並不是法律，乃是一種介於法規與法官裁判之間的語言。「它們帶領我們遠離法條的實質確定性，理由只是為了讓我們能更具體[且恰當地]適用法律。⁸⁶」這些原則是居於領導地位的法學思想，其直接或間接的，為案例法鋪下論理基礎的道路。

總言之，二十世紀以來不論是採實定法或案例法的國家，司法造法都漸漸成為趨勢之一。在採案例法制的國家，這本來就是其法體系運行的模式，至於在採實定法的國家，司法造法或許不直接成為正當的法源依據，然藉由其與實定法間

方法與現代民法》，增訂四版，頁12，註19，作者自刊。

⁸⁴ 黃茂榮（2002），《法學方法與現代民法》，增訂四版，頁16-17，作者自刊。

⁸⁵ See Gert Bruggemeier, *Introduction: Tort Law at the Beginning of the Twenty-First Century: A Comparative Account*, in **COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW** 24, BIICL, British Institute of International and Comparative Law (2004).

⁸⁶ Feuerbach, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*(1804), 76, cited according to Gert Bruggemeier, *Introduction: Tort Law at the Beginning of the Twenty-First Century: A Comparative Account*, in **COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW** 24, BIICL, British Institute of International and Comparative Law (2004).

的交互作用、互相辯論的結果，終將對實定法的立法基礎造成影響，甚至改變立法的走向。而探其實際，司法造法所依循的原理原則即是由法學者創設或精緻化而來，是故，倘若我們要探求侵權責任的規範基礎及其實質意涵究竟為何，學說見解將會是重要的素材。

第二項 課以作為義務的正當性

20. 醫療說明義務是一種作為義務

醫療說明義務強調醫師在醫療過程中必須積極向病患說明可能的風險及相關注意事項，本質上為一種作為義務的要求，然而，作為義務相較於不作為義務，不論在時間或精力上都課予債務人較重的負擔。英國判決有言：「在政治層面上，相較於課予某人援救或保護他人的義務，要求某人在為行為時需考量他人的安全對於其個人自由的干擾是比較小的。在道德的層面上則有：『為什麼是我？』的這個爭論點。有更多剛好可以作些什麼的人能夠被課以此種幫助或對危難中的人伸出援手的義務的可能，為什麼就只有某人必須負責？在經濟的層面上，若想要有效分配資源，通常會要求為某行為需同時負擔其成本。因此，要求過失行為的人賠償能產生勸阻的效果因為能增加其為該行為的成本並減少外部性產生的可能。但是若要求一個什麼都沒作的人需要花錢或花心力在別人身上，那正當性就不存在了。⁸⁷」從上述這段話，我們不難理解為何幾乎所有國家的法官都在課予作為義務這件事情上顯得掙扎，然而，撇開這段話的邏輯推論是否具有瑕疵暫且不論⁸⁸，各國的法律適用者或法學者仍然創設出許多例外情形，在某些條件下課予行為人

⁸⁷ [1996] 3 All ER 801 at 819. Cited from Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 9, Oxford University Press (2005)

⁸⁸ 相關批評請參考 Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 9-28, Oxford University Press, (2005)

一定的作為義務。以下先就課予作為義務之正當性作泛論性的介紹，進而推論出課予醫師醫療說明義務此一作為義務的正當性。

21. 課予作為義務的正當性基礎何在？

聖經路加福音十章二五節有一關於好撒瑪利亞(Good Samaritan)的記載：

有一個律法師起來試探耶穌，說：「夫子！我該作什麼才可以承受永生？」耶穌對他說：「律法上寫的是什麼？你念的是什麼呢？」他回答說：「你要盡心、盡性、盡力、盡意愛主—你的神；又要愛鄰居如同自己。」耶穌說：「你回答的是：你這樣行，就必得永生。」那人要顯明自己有理，就對耶穌說：「誰是我的鄰居？」耶穌回答說：「有一個人從耶路撒冷下耶利哥去，落在強盜手中。他們剝去他的衣裳，把他打個半死，就丟下他走了。偶然有一個祭司從這條路下來，看見他就從那邊過去了。又有一個利未人來到這個地方，看見他，也照樣從那邊過去了。惟有一個撒瑪利亞人行路來到那裡，看見他就動了慈心，上前用油和酒倒在他的傷處，包裹好了，扶他騎上自己的牲口，帶到店裡去照應他。第二天拿出兩錢銀子來，交給店主，說：『你且照應他；此為所費用的，我回來必還你。』你想，這三個人哪一個是落在強盜手中的人的鄰居呢？他說：「是憐憫他的。」耶穌說：「你照樣去行吧。」好撒瑪利亞人顯現出對悲慘垂死遭難者之憐憫，親切和溫暖的照顧，將崇高的道德標準表現到極點。⁸⁹

從這個故事衍伸出兩個與侵權責任法相關的問題：（一）我們是否有幫助其他人的義務？（二）如果我們沒有盡到這個義務需要因此負責嗎？

以下我們先從各國立法例或法學理論發展來觀察：

⁸⁹ 王澤鑑(1998)，《侵權行為法 第一冊：基本理論、一般侵權行為》，2005年1月初版10刷，頁103-104，作者自版。

22. 比較法觀察

法國法方面

法國民法典 1382 條規定：任何因過錯行為對他人造成損害時，需負賠償責任。⁹⁰1383 條則規定：每個人除了對其行為所造成的損害負責外，亦需對其過失或不謹慎負責。⁹¹

在定義「過錯」這個概念時，法國法學者認為包含了「作為的過錯(faute de commission)」與「不作為的過錯(faute d'abstention)」兩種狀態，而後者又可分成「大行為中的不作為(abstentions dans l'action)」與「單純不作為(abstentions pures et simples)」兩種情形。在「大行為中的不作為」的情況下，法國法官在課予責任時並不感到遲疑，主要原因是因為其認為行為人創造了一個風險在先，故其需盡理性人的注意義務來避免危險產生，標竿案例 *Branley case*⁹²就是很典型的例子；然而在後者的情況中是否能課予責任，態度則較曖昧。⁹³

直至 20 世紀後期，見解有了重大的突破。The Cour de Cassation 的法官將 *Branley Case* 作了大尺度的放寬，即將「任何人僅在對於他人有作為義務的情形

⁹⁰ 法條原文：Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrive a le reparer. (原文英譯：Any conduct whatever of man which causes damage to another obliges him by whose fault it occurred to make reparation. See Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 33, Oxford University Press (2005)

⁹¹ 法條原文：Chacun est responsable du dommage qu'il a cause non seulement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence. (原文英譯：Each one is liable for the damages which he causes not only by his own conduct but also by his negligence. See Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 34, Oxford University Press (2005)

⁹² 本案的案例事實為：Turpain 教授寫了一本名為「無線電信的歷史」的書，內容卻完全未提到 Edouard Branly 的名字；Branly 感到忿忿不平，遂提起訴訟。本案上訴至 The French Cour de Cassation，承審法官認為：「法院必須調查，Turpain 教授撰寫電信史並故意忽略 Branly 的名字及作品之行為是否符合一般理性作家或歷史學者的行為，及其是否認知並意識到其應有的客觀義務。」See Civ. 27 February 1951, D. 1951, 329. Cited from Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 33, Oxford University Press (2005)

⁹³ See Jeroen Kortmann, *Altruism in Private Law*, 34-35(Oxford University Press, 2005)

下，才需對其不作為負責⁹⁴」中的不作為義務擴大解釋，認為「只要法院認為妥當、適合，其就應該課予他人義務，不論該行為乃積極的作為或消極的不作為」，此意見許多法學者亦從之。⁹⁵自此，人民可能在有作為義務的情況下因為不作為而對他人負責的想法大抵確定，而作為義務的有無，則是由法官依社會通念及法學邏輯決定之。

德國法方面⁹⁶

德國民法 823 條規定：「因故意或過失不法侵害他人生命、身體、健康、自由、財產或其他權利時，對他人因此所生的損害應負賠償責任。（第一項）違反保護他人之法律時，亦同。（第二項）」可見德國立法者並未在作為與不作為之間作區分，然而，法官在適用法律時卻採取不同的手段認定作為及不作為行為之責任：對於積極行為乃推定不法，行為人需舉證正當化其行為才能推翻；對於消極行為則無這個推定的適用。

至二十世紀中葉，此說法受到批評，學者認為不應當僅以結果論英雄，反之，應該以是否違反義務定其責任，不論作為或不作為皆然。至於在不作為的情況下，什麼時候會出現「作為義務」呢？德國學者主要歸納出下列五種情形：

- A. 被告自願與原告發展較一般人更親近的關係，如契約關係時；
- B. 被告因其職業的特殊性而對他人負有責任，如保母、醫師、警察、老師等；或被告與原告具有親密關係，如家人或情人等情形時；
- C. 被告與危險（源）有某程度的連結，特別是在被告有「危險前行為」的情況時；
- D. 因法條規定而負有義務時；

⁹⁴ 原文英譯：(...) if everyone is liable for his negligence, an omission can only bring about liability if the person who is held liable had an obligation to do that which was omitted. See Jeroen Kortmann, **ALTRUISM IN PRIVATE LAW** 35, Oxford University Press (2005)

⁹⁵ See Jeroen Kortmann, **ALTRUISM IN PRIVATE LAW** 35-37, Oxford University Press (2005)

⁹⁶ See Jeroen Kortmann, **ALTRUISM IN PRIVATE LAW** 38-50, Oxford University Press (2005)

E.倘被告拒絕行為將違反誠信原則時。

英國法方面

英國法中原則上並不承認作為義務，因此原則上不會要求我們幫助需要幫助的鄰人。在英國法中，其甚至勸阻「給予幫助」的行為，因為一旦某人開始給予他人幫助，他就有義務為其錯誤負責。Gregory 在 1966 年所給予的建議—除非你必須作，否則甚至不要出手⁹⁷，到現在在英國法中都還適用。⁹⁸1996 年 Stone v. Wise 一案，the House of Lords 再次確立不課予「不作為」義務的原則，但其提出幾種即便不作為也可產生作為義務的例外情形：

A.被告先製造了風險

被告製造了風險（有無故意過失不論），後來卻未成功控制風險，此時法院認為其應為其不作為所造成的損害負責。

B.被告承擔了該行為

被告承擔該行為並開始實行，特別是伴隨原告信任的情況下，則例外的產生作為義務，被告須對其不作為所產生的損害負責。

C.被告的特殊地位

被告因其特殊職業或因其與原告之間的特殊關係，致其對原告產生特殊的保護義務，如警察對人民的保護義務、老師對學生的保護義務或父母對子女的照料義務等。

D.被告處於能控制危險源的特殊地位

舉例來說，父母通常都有保護小孩免於危險的義務，因為其最能控制小孩的行為，最有防免其接近危險的能力；另外，土地所有人則因其最有防免危險擴張的能力，故課予其防免他人免於因土地所生的危險或因土地相關的危險而生損害的不作為義務。

⁹⁷ 原文：Don't ever 'fease' unless you have to.

⁹⁸ Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 4, Oxford University Press (2005)

總體來看，歐陸法及英國法都明確強調「特殊的職業或身份關係」及「危險前行為」為課予作為義務的正當化基礎，此外，德國法所稱之「親近關係(proximity)」與英國法中的「被告承擔該行為」某程度上具有相似性，至於德國法的法定義務與誠信原則的違反則未見於英國法制中。

第三項 小結：醫療說明義務的課予具有正當性基礎

醫療說明義務強調醫師在醫療過程中必須積極向病患說明可能的風險及相關注意事項，本質上為一種作為義務的要求。從前文第二節的整理觀察，「特殊的職業關係」、「親近關係」及「被告承擔該行為」可能是正當化課予醫師作為義務的理論基礎，以下便以此三點可能理由來作分析：

23. 特殊的職業關係初步成為課予作為義務的正當化基礎

首先是「特殊的職業關係」此點，自古以來，醫師就與旅館經營者(inner keeper)或公共運送人(common carrier)相同，為從事公共職業(common calling)⁹⁹之人，即便未與病患締定正式契約，其仍對病患負有類契約的、為適當照顧與技術之義務，或許正是因為醫師所提供的服務具有專業上的壟斷性，而其「處理」的客體——生命無價，致使「醫師」這個行業與詞彙本身在社會上累積了崇高聲譽、評價及撫

⁹⁹ 所謂公共行業(common calling)是指為大眾提供服務的商業行業，其法律義務是對所有要求此服務的人都提供服務。See P.S. Atiyah, *AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT* 8, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981).

慰效果，其因而帶來的信賴感，成為「信賴關係」建立的基礎，在侵權責任的體系下，法律便課予醫師在為醫療行為時需對病患負有一定之注意義務。此外，法律通常在沒有任何回饋的情況下，不論是金錢回饋或其他方式的回饋，不願意課予他人義務；惟於醫師的情況中，由於其可能因執行業務而獲得相對可觀的所得，進而社會名望等，故基於此信賴關係及利益回饋之理由，課予醫師一定之作為義務可能有相當之正當性。

24. 醫療行為的承擔強化義務課予之正當性

然而，倘若僅以具有「醫師」這個職業身份作為課以其醫療說明義務的理由或許仍不充分，因此有必要再從「被告承擔該行為」或「親近關係」二方面來看：在 *R. v Bateman* 一案中，Lord Hewart C.J. 說：「如果一個人自居於擁有某種技能或知識的地位，而病人因該地位而向其諮詢的話，那其對病患便負有謹慎進行治療的義務。如果其承擔該義務並為治療，而病人亦遵照其指示配合治療的進行的話，那其便對病人負有運用注意、關心、相當知識、技能及謹慎來進行治療的義務。此義務不以契約關係為基礎，是否受有報酬亦非所問。¹⁰⁰」，在 *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* 一案裡，Lord Reid 亦言：「一個擁有特殊技能之人，且以該技能去幫助一個需倚賴該技能之他人時，儘管彼此間沒有契約關係，該擁有特殊技能之人仍須對他人負有注意義務。更有甚之者，倘若地球上的某人擁有使他人合理信賴其判斷或技能而向其詢問意見時，倘該某人知或可得而知該他人將信賴其所給予的意見且其也真的給予之時，那注意義務即產生。¹⁰¹」由上列兩

¹⁰⁰ 原文為：if a person holds himself out as possessing special skill and knowledge and he is consulted, as possessing such skill and knowledge, by or on behalf of a patient, he owes a duty to the patient to use due caution in undertaking the treatment. If he accepts the responsibility and undertakes the treatment and the patient submits to his discretion and treatment accordingly, he owes a duty to the patient to use diligence, care, knowledge, skill and caution in administering the treatment. No contractual relation is necessary, nor is it necessary that the service be rendered for reward. See (1925) 94 L.J.K.B. 791 at 794.

¹⁰¹ See [1964] A.C. 465. 而 Lord Reid 之所以如此說的理由乃是：A reasonable man, knowing that he

段論述可以發現，Lord *Hewart C.J.*及 Lord *Reid* 皆認為自醫師「承擔醫療治療義務並進行醫療行為」起，其便開始負有一定的注意義務，而此之注意義務乃指合理謹慎之人應有的行為準則，除了規範不應為哪些行為等不作為義務外，當然也包括應為的作為義務。之所以能夠如此課予醫師醫療說明義務此一作為義務的正當化理由或許在於：其一，在道德的層面即「為什麼是我」這一點上，由於醫師之承擔義務的行為，使得其相較於其他人更易於被辨認出來(easily identifiable)；其二，相較於其他情形，由於醫師已有了承擔義務的行為，其不作為的行為與損害之間的因果關係容易被建立，特別是在病患已對該名醫師產生信賴關係，亦即其非常有可能放棄其他人伸出援手提供救助的機會，換言之，該名醫師的承擔行為排除了病患獲得其他醫療資源的可能機會，倘若此時醫師不為應為的行為，其不作為之行為與損害結果間的因果關係將更加明顯；其三，雖然課予作為義務可能會被當作是對個人自由的妨礙，然而在醫師已承擔義務的情況下，其明明有選擇不要承擔該義務以拒絕此種自由干涉的可能卻仍承擔之，「入境隨俗」，某程度上有了課予其作為義務的正當理由。



was being trusted or that his skill and judgment were being relied on, would, I think, have three courses open to him. He could keep silent or decline to give the information or advice sought; or he could give an answer with clear qualification that he accepted no responsibility for it or that it was given without that reflection or inquiry which a careful answer would require; or he could simply answer without any such qualification. If he chooses to adopt the last course he must, I think, be held to have accepted some responsibility for his answer being given carefully, or to have accepted a relationship with the inquirer which requires him to exercise such care as the circumstances requires.

第三節 本文見解：系出同源

25. 契約責任與侵權責任的關係漸趨難分難解

契約法固有的任務，係劃定私法自治容許的範圍，並在此範圍下賦予當事人訴求力，協助當事人獲得給付利益，達成契約目的，透過法律的強制力，使當事人取得原定給付，或等同於原定給付的利益；相對的，侵權責任法卻是以保護所有社會成員之固有利益免於不法侵害為職志，各國對於保護的法益種類雖有差別，保護的條件、程度亦不一，然對於生命身體健康等重要法益的保護，無不列為最基本且最核心的規範任務。¹⁰²在如此之制度目的的設計下，契約責任與侵權責任本應為井水不犯河水，二者間互不相干，然隨著附隨義務的發展，契約法的目的除維持交易秩序，確保交易安全外，尚跨足至固有利益保護之範疇，契約責任與侵權責任的關係漸趨難分難解，界線日益模糊。

更有甚之者，觀察我國的學說通說與實務見解皆可發現，在不作為侵權責任的成立上，不乏認為作為義務可能由契約責任產生者。¹⁰³因此，固然當契約當事人違反契約義務致他方當事人受有損害時，應負契約責任，然而承認契約義務亦得成為作為義務的結果，加害人違反契約義務之同時亦可能應負不作為之侵權責任，造成侵權責任與契約責任之規範功能更加重疊。

¹⁰² 陳自強（2004）。《契約之內容與消滅》，初版，頁 97。台北：學林文化事業有限公司。

¹⁰³ 學說見解中明白表示契約義務亦得作為不作為侵權責任之作為義務者，如史尚寬（1990）。《債法總論》，頁 119-120；邱聰智（2003）。《新訂民法債編通則 上冊》，頁 209；王澤鑑（2005）。《侵權行為法 第一冊 --- 基本理論一般侵權行為》，頁 105-106。實務見解請參照最高法院 58 年台上字第 1064 號判決。

26. 當事人間的信賴關係為義務的來源¹⁰⁴

一般而言，契約責任是指違反基於「契約關係」不得侵害「他方當事人或債權人」權益此一「契約義務」，因而所生之責任。侵權責任則是指違反基於「社會生活關係」不得侵害「不特定人或一般人」權益此一一般義務，因而所生的責任，¹⁰⁵二者間看似壁壘分明，各有各的固有規範領域，然而，在契約責任與侵權責任愈趨接近的今日，契約責任是否真的有其排他、專屬的固有規範領域，就越來越受到質疑。有論者以為，契約責任並不具有排他而專屬的規範領域，亦即，可以由契約規範的義務，在侵權責任中同樣也有被規範的可能¹⁰⁶，本文於此，尚不欲作出如此前衛的推論，全盤否定契約責任有其固有規範範圍的可能，惟倘若僅以本文所論述的醫療說明義務作為討論的主體，未嘗沒有得出與其上相同見解的可能。

醫病關係常常處於一種契約義務與侵權義務競合的狀態，故縱然認為單純侵權責任與契約責任不能混為一談，還是不能否認「在契約責任及侵權責任競合情形下的行為義務」終究與單純侵權責任有所不同，而本文以為，二者主要的區別就是在於「因為義務的承擔而建立之信賴關係¹⁰⁷」的存在：

¹⁰⁴ 關於信賴內容的論述，請再參考本文「36. 契約義務與侵權義務的內容相同」部分之論述。

¹⁰⁵ 陳忠五（2008）。《契約責任與侵權責任的保護客體》，初版，頁8。台北：新學林出版股份有限公司。

¹⁰⁶ 顏佑紘（2009），《民法第一百八十四條第二項侵權責任之研究》，頁148-157，台灣大學法研所碩士論文。

¹⁰⁷ 依照 Black's Law Dictionary 的定義，信賴關係乃指「一造有義務，在處理其關係範圍內之事項時，須為他造謀求利益之關係。（“a relationship in which one person is under a duty to act for the benefit of another on matters within the scope of the relationship”）」信賴關係主要發生於下列四種情況中：一、當事人一方信任他方之誠信正直，使他方因此對其獲得優勢與影響力時（“when one person places trust in the faithful integrity of another, who as result gains superiority or influence over the first”）；二、當事人一方對於他方擁有控制力並負有責任時（“when one person assumes control and responsibility over another”）；三、當事人一方在處理其關係範圍之事務時，對於他方有代理或給予意見之義務時（“when one person has a duty to act for or give advice to another on matters falling within the scope of the relationship”）；四、當事人之間具有向來就被認為負有忠實義務的關係時，如律師與其當事人及股票經紀人與其客戶間的關係（“when there is a specific relationship that has traditionally been recognized as involving fiduciary duties, as with a lawyer and a client or a stockbroker”）。

首先從信賴關係成立的時點來看，契約責任與侵權責任其實並不如想像般壁壘分明，尤其在我國更是如此：與美國不同，我國法制下的醫療契約並非要式契約，倘若我們客觀化「合意」要件之構成，則「醫師開始承擔醫療行為」未嘗不能作為雙方已達成合意的依據之一。以路倒病人為例，倘若醫師僅是視而不見、傍而行之，則雙方間自是尚未形成任何法律關係，但倘若醫師停下來並著手開始進行相關醫療處置，如施行人工呼吸、心臟按摩等，此時雖然病患實質上不具有締約能力，但依常理推斷其不會拒絕締約，且醫師亦實際上施行了契約內容時，則在我國法體制下，難謂無契約存在之可能，而契約的存在成了雙方間的互信基礎，進而有信賴關係的建立。反面再從侵權責任觀之，在沒有契約關係的情形下，倘若雙方在彼此間建立了較社會上一般人更親近的關係，因親近所生的信賴亦將為其帶來「額外」的作為義務，而侵權責任（保護他人的作為義務）於何時開始產生呢？依本文第二節第三項所述，為「醫師開始承擔醫療行為時」，因於此時，醫師的行為實質上排除了病患獲得他人援助的機會，為有害信賴關係的建立時點。依此，可發現，傳統論斷契約責任與侵權責任之時，其認定責任開始的時點其實就是所謂信賴關係開始的時點，也就是醫師開始承擔醫療行為的時點，二者間的相關性很高。

在日常生活的情况中，人與人之間普遍存在著一般行為的要求（一般行為義務），此等要求係維繫法律社會生活所不可或缺，可說是最低限度的基本要求，其行為準則為公共秩序善良風俗。惟一旦進入契約磋商階段，此行為義務的主體將更具體化到特定之人相互之間，從締約之談判磋商開始，當事人實際上已進入以一定信賴為基礎的特別結合關係，信賴的色彩越濃厚，當事人越可能因為信賴的

and a customer”)。See Bryan A. Garner ed., **BLACK LAW DICTIONARY** 1315, 8th ed., St. Paul, MN : Thomson/West (2004).

落空而受到傷害。**保護義務**的發生，即係客觀的法律秩序基於信賴責任的思想，對信賴關係當事人的行為要求，然而，此種義務與契約當事人契約自我拘束並無直接關係，¹⁰⁸與其說此為「契約內容」的構成部分，毋寧說其與侵權責任之一般行為義務似乎更為相近。

惟此是否表示保護義務的內容與侵權責任之一般行為義務之間可劃上等號呢？答案似乎又不然。以醫療說明義務為例來說明：「醫療說明義務」並非源自契約之核心價值—當事人自治及契約自由等概念，除了部分和契約履行相關者外，許多醫療說明義務是從附隨的保護義務衍伸而來，之所以會有此種義務的產生，乃是因為雙方由於醫療契約之締定此一法律行為的進行而較一般人更為親近，親近生信賴，故有因信賴關係而生之附隨保護義務產生。至於侵權責任方面，原則上在一般人與一般人之間不會產生積極作為的作為義務，故醫師對於路倒病人原則上沒有救治的義務便是基於此理；然而倘若醫師已承擔該醫療行為並進行治療，則由於（有害）信賴關係的建立(detrimental reliance)，醫師就例外的負有保護病患之利益免於損害的作為義務。依此，我們可以發現醫療說明義務之所以發生乃是由於信賴關係的存在所致，它可以從契約責任或是侵權責任來推導，只要信賴關係存在（本文認為是醫師承擔醫療行為之時），二者都有推導出說明義務的可能；只是相較於原始的責任概念，此處的契約責任是較擴張的契約責任，而此處的侵權責任則是較限縮的侵權責任而已。

或有論者認為，若回歸規範目的來看，契約之本質在於追求個人之最大利益，與侵權責任之保護他人免於受到損害，換言之，不要使他人處於較現狀更壞的境地的規範目的不同，縱然二者之作為義務皆起源於信賴關係，或許在保護程度上仍將存在差別。誠然，侵權責任所保護者主要仍是一般人與一般人之間的日常義

¹⁰⁸ 陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，初版，頁 99-101，台北：學林文化事業有限公司。

務，與契約乃由具緊密關係的雙方約定而成之保護效力相較，終究沒有那麼強的效力，然而，醫療關係之特殊性在於，其所牽涉者大多皆是與生命、身體、健康等固有利益相關之利益，縱然是自主權的保護，亦難謂已逸脫固有利益的保護範疇，所以在這個問題上，即便認為契約責任與侵權責任之規範目的不同，保護強度有所差別，在說明義務乃由附隨保護義務衍伸而來，乃以保護固有利益為主旨的前提下，二者於此是沒有差別的。換言之，不論是自契約責任或侵權責任所延伸出來的醫療說明義務，由於二者都是以保護病患之固有利益為其目的，故在醫療說明義務上，契約責任與侵權責任並不具區別實益。

27. 實際案例研析

在此，我們可以先回到〈輔大新生健康檢查案〉，以實務上曾經發生的案例作更進一步的觀察。在本案中，法院在判斷被告博仁醫院應負的責任之時，出現契約責任與侵權責任的法律詞彙混用的情形，究竟僅是一時錯亂使然，抑或寓含深意，是我們要加以推敲的部分，惟在討論契約責任與侵權責任之區別實益以前，首先要處理的前提問題是：本案中原告與被告博仁醫院間是否存在契約關係？

被告博仁醫院於八十八年六月間參加輔仁大學八十八學年度健康檢查招標工程，經公開招標程序而後由博仁醫院得標，此係輔仁大學就健康檢查及健檢資料相關業務，委託博仁醫院辦理，則被告博仁醫院與輔仁大學間就健康檢查業務成立一委任契約，應無疑問，有疑問者乃是應輔仁大學要求之研究所新生及博仁醫院間是否具有契約關係？法院在此一問題上所表示的見解如下：「被告博仁醫院承辦輔仁大學八十八年度健康檢查業務，固經公開招標後得標，然此係輔仁大學就

健康檢查及健檢資料相關業務，委託被告博仁醫院辦理，則被告博仁醫院與輔仁大學間就健康檢查業務成立一委任契約，而實施健康檢查時，個別受檢者與被告博仁醫院間，就健康檢查再成立一醫療契約，此由健檢費用由被告博仁醫院向受檢者收取可知，故被告博仁醫院辯稱與原告間無任何契約關係等語，自不足採。」

高等法院亦採相同看法。法院以健康檢查的費用乃由博仁醫院直接向受檢者收取作為認定博仁醫院與原告間有契約存在的理由，似乎尚嫌速斷，然筆者以為，法院的推論雖然粗糙，結論卻仍可採，理由在於：原告，即輔大研究所的新生，有權利要求博仁醫院對其為與健康檢查相關給付的權利，而博仁醫院亦有對原告為相關給付的義務，按債之關係，一方對他方有直接請求給付之權利者，應當只有兩種型態，一者為雙方互為契約當事人，一者則為民法 269 條第三人利益契約中的第三人的型態，在本案的狀況中，由於原告尚對博仁醫院負有給付報酬的義務存在，與典型的第三人利益契約有別，若要將之勉強解釋成第三人利益契約雖非完全不可行，但須多經折騰，不如直接解釋成雙方間具有契約關係乾脆許多；況且，將原告解釋成契約當事人或是第三人利益契約中的第三人，在效果上並不會造成太大的差別，其理由為，在第三人利益契約的情況中，該第三人雖非契約之當事人，但由於其對債務人有直接請求給付的權利，故學者認為，倘若該第三人因給付而遭受損害時，其對債務人亦有請求賠償的權利¹⁰⁹，亦即，在因契約所生的損害賠償的情況中，第三人利益契約之第三人所處的地位與契約當事人所處的地位相當，而在本案中，原告所欲主張者，即為因契約關係所生之損害賠償，故不論定位為何者，原告都具有主張契約責任之權利的地位是無庸置疑的。

確定了原告與被告間同時兼具契約責任與侵權責任的地位後，我們接下來可以進入本文探討的重點：契約責任與侵權責任所衍伸出來的責任型態是否相同。依本文見解，契約責任與侵權責任之義務皆源自於信賴關係，故其因而衍伸出來

¹⁰⁹ 王澤鑑（1999），〈法律思維與民法實例 請求權基礎理論體系〉，初版，頁 130，作者自版。另參閱陳彥希（1983），〈利他契約中之不完全給付〉，台灣大學法律學研究所碩士論文。

的義務型態，雖可能因保護強度的不同而有不同，但在皆以保護他方當事人之固有利益為主旨的說明義務中，並沒有顯著的差別，亦即，依本文的邏輯，博仁醫院對原告所負的說明義務不因原告以契約責任主張權利抑或以侵權責任主張權利而有差別。至於法院對此問題的態度又是如何？雖然並不明顯，但若仔細閱讀，似乎能從其判決理由中同時窺見其分論契約責任及侵權責任的痕跡：在侵權責任方面，法院首先在判決理由的開頭就提出「以下茲先就侵權行為責任部分，予以審酌」，可見法院有意識的要對相關之侵權責任進行討論；而後又在判決理由的第六點中提出「原告雖無法舉出確實判讀X光片之醫師，然原告之胸部X光片應係由被告所僱用惟現不知名之醫師負責判讀，而此名受僱醫師為被告博仁醫院判讀原告胸部X光片時，依原告與被告博仁醫院間之醫療契約，對原告有診察之義務，對顯異常狀況有查覺，並告知原告之義務。詎該名被告博仁醫院之受僱醫師，竟怠於發現原告肺部明顯之異常狀況，且怠於告知原告，其顯然怠於執行其醫療職務。」等語，按醫療契約成立於原告與博仁醫院之間，醫師充其量應僅為履行輔助人的角色，惟法院卻於討論博仁醫院之侵權責任之際，直接論及醫師怠於告知原告，顯然怠於執行其醫療職務等事由，除了推測法院將以此作為依民法 188 條課予博仁醫院侵權責任的前提外，似乎難以解釋其用意；此外，上級審法院亦提出消費者保護法及醫師法作為課予博仁醫院損害賠償責任的基礎，而一般認為，消費者保護法及醫師法乃民法之侵權行為法的特別法，上級法院既引此二法作為判決基礎，理應含有課予被告方侵權責任的意涵在內。

至於契約責任方面，法院首先在判決理由的六、(二)中明言原告與博仁醫院間存在醫療契約，而後又於六(三)中有言：「基於各個受檢者與被告博仁醫院另行成立之醫療契約，被告博仁醫院對受檢者之診察，非僅限於檢查項目之疾病，如於診治過程中發現檢查項目以外之疾病，仍有告知受檢者之義務。」依被告之抗辯，輔仁大學八十八學年度健康檢查有關要點及條件所示，亦即原告與博仁醫

院之間的契約所示，該校所訂定的新生健檢項目之胸部 X 光檢查，僅限於肺結核、脊柱側彎及心臟三項，亦即，肺癌病徵之告知並非明文訂定的主給付義務，但法院卻仍認為在診治過程中倘若發現檢查項目以外的疾病，仍有告知受檢者的契約義務，比較恰當的解釋應是將其解為契約上以保護他方利益為要旨，而自誠信原則發展而來的附隨保護義務，方為合理；且上級審法院亦在其判決理由中言明：「參照大專院校學生健康檢查實施項目最低標準建議表所列，可知健康檢查之目的在及早發見疾病現象，俾得及早治療。」¹¹準此可知，依卷附兩造均不爭執之輔仁大學八十八學年度健康檢查有關要點及條件，其第二條『校訂之健檢項目』第六項為『胸部 X 光檢查（10CM×10CM 小片）：①肺結核②脊柱側彎③心臟』，固未明定含癌症之篩檢在內，然揆諸上開說明，上訴人所屬醫師於閱讀該胸部 X 光片時，本即在發現受檢者是否有胸部異常現象，以便再照大片胸部 X 光片檢查，然上訴人於判讀該小片胸部 X 光片時，以肉眼即可閱讀出被上訴人胸部有異狀現象，卻未予判讀出該異狀，顯已違反該健康檢查醫療契約之義務。」更可明顯看出在主給付義務之外，債務人仍負有保護他方當事人身體、生命等固有利益的意旨¹²在內。

依此可看出，法院分別從契約責任及侵權責任推導出醫師負有告知病患與其身體、生命相關之重大事項的說明義務，不論是否為契約中明定的主給付義務皆然，提示契約責任及侵權責任擁有相同說明義務之意旨相當明確，惟其對於形成該結論的實質原因並未多為闡述，而依本文見解，或許可認為法院本質上即是以醫師承擔醫療行為（為原告為胸部 X 光的檢查），因而與病患間的產生之信賴關係為基礎，課以醫師一定之說明義務。

除了本國案例以外，英國法中亦有一 *White v. Jones*¹¹⁰ 的案例，其雖非與醫療說明義務相關，但或可作為因承擔行為而產生信賴關係，進而有保護他人之作為義務的例子。本案之案例事實為：被告律師受原告之父親委託代其為遺囑之撰寫，卻因過失未為遺囑之更改致其繼承人，即原告，錯失得到父親所應允之一筆可觀財產的機會，原告因而提告。在本案中，承審法官 *Lord Goff* 雖然認為「在一般原則下，很難認為該名律師對受益人負有義務¹¹¹」，然而「我認為在這種情況中，法院應該創造一種補償方式來填補法律缺漏，以解決原告所面臨的損失。…我認為在這種情況下應該使原告獲得補償，原因在於被告對其客戶之義務承擔行為，使其對受益人在法律上也負有義務。…¹¹²」*Lord Goff* 認為本案情形為法律適用之例外，而其特殊之處就在於被告律師因其「自願承擔行為」，也就是接受原告父親之指示為其處理與遺囑相關之事務，而與被告間建立了「特殊關係」，故其對於被告負有一定之作為義務。另一位法官 *Lord Browne-Wilkinson* 甚至認為此種因義務承擔而課予義務的模式並非例外，而是原則。¹¹³



28. 小結

綜上所論，契約義務與侵權義務之所以發生，皆是由於信賴關係的建立，而義務發生的時點則同樣始於信賴關係發生時，也就是醫師承擔醫療行為時，此外，

¹¹⁰ (HoL) [1995] 2AC 207.

¹¹¹ 原文為：「(...) there is great difficulty in holding, on ordinary principles, that the solicitor has assumed any responsibility towards an intended beneficiary under a will which he has undertaken to prepare on behalf of his client(...) See (HoL) [1995] 2AC 207, at 262.」 Cited from Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 59, Oxford University Press (2005)

¹¹² 原文為：「(...) it seems to me that it is open to your Lordships' House (...) to fashion a remedy to fill a lacuna in the law to solve the problem of transferred loss in the case before them. (...) In my opinion, therefore, your Lordships' House should in case such as these extended to the intended beneficiary a remedy under the *Hedley Byrne* principle by holding that the assumption of responsibility by the solicitor towards his client should be held in law to extend to the intended beneficiary(...). See (HoL) [1995] 2AC 207, at 268.」 Cited from Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 60, Oxford University Press (2005)

¹¹³ See Jeroen Kortmann, *ALTRUISM IN PRIVATE LAW* 60, Oxford University Press (2005)

由於醫療契約的特殊性，使其契約規範目的——保護相對人之固有利益亦與一般侵權責任的規範目的相當。由此推知，契約責任與侵權責任在「醫療說明義務之發生」上並不適當作為區別的依據，換句話說，契約責任與侵權責任於此是不具有區別實益的。



第三章 醫療說明義務的內容

說明義務的範圍究竟為何，眾說紛紜，沒有確定的標準；實務上相對明確者應屬最高法院 94 年度台上字第 2676 號刑事判決（或更審後再上訴之最高法院 95 年度台上字第 3476 號判決），判決中云：「依行為時醫療法第四十六條第一項所定：『醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險，在其同意下，始得為之。但如情況緊急，不在此限。』其立法本旨係以醫療乃為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，因此醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權；上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：（一）診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。（二）建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。（三）治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。（四）治療之成功率（死亡率）。（五）醫院之設備及醫師之專業能力等事項；亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務；於此，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；又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，貿然簽名，尚難認已盡說明之義務。」

最高法院 94 年度台上字第 2676 號刑事判決已就說明義務的標準提供了相對明確的例示內容，惟其終究並非列舉所有情形，倘若在實務操作上遭遇判決所未

提及的情境時，醫師應當如何處理？其說明之內容及範圍又應當為何？

由於醫療實務乃是動態的世界，可能出現的案例類型形形色色，想對所有個別案例皆提出相對應的說明義務內容，不僅難行亦不可行，充其量，只能提出適當的衡量標準作為遭遇問題時的參考標竿，而此衡量標準為何，則為本文嘗試解決的問題。以下將自侵權責任及契約責任兩大體系分別觀察，以瞭解自該兩種責任型態發展出來的醫療說明義務在範圍上是否會有不同，及在醫療說明義務此面向上，契約責任與侵權責任是否具有區別的實益；最後將回歸本文所選取的案例，深入探究法院之判決意旨，並試圖為其提供更合理的說理方式。

此外，要特別寫在前頭的是：有別於其他章節的結構安排，本章是從侵權責任觀點談起，而後才進入契約責任的部分，之所以如此，並非標新立異，乃因本文以為契約義務之認定標準應該以侵權責任作為底線，只能提高不許降低；是故，在討論上將從侵權義務之標準討論起，以之為基礎，才有繼續探究契約義務之標準的可能。故特別將結構作了調整，於此先予敘明。

第一節 侵權責任觀點

關於說明義務的討論，在英美法上有長足的進展，尤其在美國法方面，由於認為契約具有「保證」的性質在內，可能對醫護人員造成過重的負擔，故在討論醫護人員的責任時，除非因特殊情形，如醫師已將某種結果的達成明示為契約的一部，否則法學界在討論醫護人員責任之時，多從侵權責任的角度切入。

本節擬從侵權責任的角度來探討說明義務之範圍及應採取的標準，由於在說明義務的課予上，美國法為侵權責任的典型代表，故在本節第一項討論應當採取的標準時，主要乃參考美國法的資料；惟在第二項說明義務的內容方面，由於美國法多採個案判定，統整性的分類資料不多，故本文於此將採用日本法對說明義務內容的分類方式，於此先予敘明。

第一項 說明義務的內容（範圍）應採取的標準

29. 理性醫師標準(the reasonable physician standard)

所謂的理性醫師標準，乃指在相同條件下，一個理性的醫師將揭露的程度；之所以採用此標準的理由在於（一）保護良好的醫療業務：一個醫師最重要的義務在於促進病患的最大利益，不應使醫師過度考量欠缺說明所可能帶來的風險，而破壞了醫師決定最適醫療的彈性；（二）無論以一般理性病患或個別病患為標準，均會使醫師投入大量時間向病患說明或解釋，將造成時間的耗費；（三）只有醫師可以正確地判斷醫療或其他情況是否將對病患帶來風險。¹¹⁴

在美國的司法運作上，若採用理性醫師此一判別標準，除非其過失之重大已達一般人一望即知的程度，原則上此種「醫療決定(medical decision)」需要引入專家證言方具足夠的證明力。此外，就專家證言的選擇亦有所謂的地方性(locality rule)與全國性(national standard)之爭，前者乃指醫師使用的技術與知識僅需符合地方社區同種醫師的標準即可，故在作證之專家的選擇上亦限制在相同地區、具相同專業的醫師方有作證的資格，後者則要求醫師的技術或知識應以全國性同種醫師的專業水準為下限，故相同或類似社區具相同專業的醫師皆具有為專家證言的資

¹¹⁴ 許純琪(2002)，《醫病關係中的告知後同意》，頁 134，台灣大學法律學系碩士論文。

格。¹¹⁵自 1960 年 Natanson v. Kline¹¹⁶提出理性醫師的標準以來，學說及實務長時間採用此標準作為其判決的依據。

30. 理性病患標準(the reasonable patient standard)

超過一半的法院採用理性醫師標準作為其判斷責任的依據，然在此同時，亦有相當數量的法院（雖然處於相對少數，但也佔了將近一半的比例）漸漸發展出所謂的「實質標準」或「理性病人標準」。第一個採取所謂理性病人標準的案子為 Canterbury v. Spence¹¹⁷一案，在本案判決中，承審法官明白揭示：之所以會產生說明義務，主要是因為以下三個考量：（一）每個人都有權利決定其醫療處置之進程，（二）為了使病患的同意有效，每個病患都應該被給予充分評估所有可能的選項與相關風險的機會，（三）一般病患對於醫藥的認識皆極其有限，故只能求助於醫師的專業素養與引導而已，因此法律應該以病患自主權為主要考量以訂定揭露的標準，換句話說，「一個處於醫師所知或可得而知地位的理性病患，在決定是否進行該手術時會將之考慮在內的重大危險¹¹⁸」，皆有揭露給病患知悉的必要。這個標準相較於前述理性醫師的標準，將要求醫師揭露更多的資訊給病患知道，但又不至於到達需要鉅細靡遺告訴病患所有風險、利益、替代方案及手術本質的程度。

在司法程序上，由於採用一般理性人的標準，所以並不需要醫療判斷或專家證人的引入，而正由於此，一般認為在此標準下，病患在與不當治療的案件中較

¹¹⁵ R. Jason Richards, *How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado- Past, Present, and Future*, 26 Northern Illinois University Law Review (NILULR) 69 (2005). 與許純琪 (2002)，〈醫病關係中的告知後同意〉，頁 134，台灣大學法律學系碩士論文。

¹¹⁶ 350 P. 2d 1093(Kan, 1960)

¹¹⁷ 464 F. 2d 772 (D.C. Cir. 1972)

¹¹⁸ 原文為：A risk is material “when a reasonable person, in what the physician knows or should know to be the patient’s position, would be likely to attach significance to the risk or cluster of risks in deciding whether or not to forgo the proposed therapy.”

容易有勝訴的機會。¹¹⁹

31. 應採理性病患標準

究竟應採理性醫師標準抑或理性病患標準，乃學說上爭擾不休的問題，在美國的法院實務上，目前是理性醫師標準略佔優勢¹²⁰，在我國方面，法院直接提及說明義務所應適用的標準者，僅見於兩則高等法院的判決¹²¹，在這兩則判決中，法院皆認為「理性醫師標準」方為醫師在向病患進行說明時應採用的方式。惟其僅以「上開立法意旨」一句話作為其選擇該項標準的依據，幾乎可說是「選擇不備理由」。本文以為，立法意旨於法律解釋適用上，固有一定的重要性，但在實際運用於個案之時，法官未嘗沒有依個案公平正義與當代潮流另為闡釋的空間，更何況，醫師法與醫療法中關於說明義務的相關規定，其立法意旨其實並不明確，我們甚至可以說，法官之所以會做出這樣的判斷，或許僅是在有限的文字內所勉

¹¹⁹ R. Jason Richards, *How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado- Past, Present, and Future*, 26 Northern Illinois University Law Review (NILULR) 85-87 (2005).

¹²⁰ Peter H. Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 Yale L.J. 916 (1993-1994). and Michael Justin Myers, *Informed Consent in Medical Malpractice*, 55 Cal. L. Rev. 1402 (1967).

¹²¹ 參考台中高分院 95 年度醫上易字第 2 號判決與台中高分院 95 年度醫上第 3 號判決：「關於病患接受醫療資訊說明與告知之權利：依修正前（七十五年十一月二十四日公布）醫療法第五十八條規定「醫療機構診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針及癒後情形。」，修正後（九十三年四月二十八日）醫療法第八十一條規定：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、癒後情形及可能之不良反應」，及九十一年一月十六日修正公布之醫師法第十二條之一規定：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、癒後情形及可能之不良反應」，均有相同之規定，而醫療機構自包括從業醫師及其他醫護人員，故有關醫療人員對於病患接受醫療資訊自應盡說明及告知之義務。惟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，惟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 practice)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。」

強推敲琢磨出來的而已。

本文以為，相較於「理性醫師標準」，採「理性病患標準」或許更為恰當，理由主要有以下幾點理由：

(一)在美國，所謂「理性醫師」之標準的取得，乃是由專家證人(expert witness)

所提供，對於法院而言，透過專家證言來建立社群的慣例(community custom)以作為裁判的依據，是相對輕鬆的作法，然其前提為，該「社群慣例」確實存在。然而，即便採取所謂的理性醫師標準，由於一位理性的醫師在作醫療判斷之時除了應該瞭解病患之身體狀況外，也應該同時參酌病患之情緒及心理狀態，而每位病患之身心靈狀態都是獨特的，是故，幾乎沒有建立單一揭露標準或揭露慣例的可能，縱算有，也可能因為該標準過於籠統而沒有參考價值；亦即，在實際適用上，仍是回歸就病患本身情況作判斷的情況。¹²²

(二)在美國，專家證人的證言並不需要受到既有慣例的拘束，他所陳述的乃是在該情況下會作怎樣的處置，或是他認為一個理性的醫師在該情況下會作怎樣的處置，換句話說，該名專家證人醫師所試圖建立的乃是一個個人標準(person standard)，並非真的陳述一個專業社群的醫療慣例。¹²³當然，原被告可以推出自己的專家證人各自表述，然這似乎就是表示：交由陪審團來設定應然的標準之意。放到我國體制下來看：似乎就是交由法官自己來決定的意思，而法官基本上並非醫療專業人士，其當然可以參考醫師或其他專業證人的意見，但最後在判斷之時，還是自己來設定判斷的標準，在盡量使其客觀的情況下，所形成的其實也比較接近所謂的「理性病患標準」。

(三)再把焦點轉到訴訟攻防上來看，倘若採用「理性醫師標準」，則在證據

¹²² Michael Justin Myers, *Informed Consent in Medical Malpractice*, 55 Cal. L. Rev. 1404 (1967).

¹²³ Michael Justin Myers, *Informed Consent in Medical Malpractice*, 55 Cal. L. Rev. 1404 (1967).

的提供等舉證活動上，幾乎可預測將是由醫療專業人士獨霸的場面，在醫師方已具資訊優勢的情況下，此舉無疑將使病患的處境雪上加霜。為維護武器平等之意旨，盡可能使當事人雙方在訴訟攻防上的實力不要差距太大，在判斷標準的選擇上，採理性病患標準較之理性醫師標準，是較有助益的。

綜合上述，本文以為，在醫師行為是否合宜或是否違反注意義務的判斷上，採取「理性病患標準」較之「理性醫師標準」而言，更為妥當。在比較法上，日本法方面亦有從理性醫師標準傾向理性病患標準的趨勢，可資參考。¹²⁴¹²⁵



第二項 說明義務的內容

32. 參考日本三分說所發展之醫療說明義務實質內容

針對說明義務的內容，學理上各國各學說派別各有不同的分類：在德國，有二分說、三分說甚至五分說的見解，一般多採三分說，亦即區分為「醫療侵襲方法之說明（經過或對象之說明）」、「醫療行為所附帶之副作用或併發症發生之危險性

¹²⁴ 林萍章（2008），〈知情同意法則之「見山不是山」--法院近來裁判評釋〉，《月旦法學》，第162期，頁20-21。

¹²⁵ 學者陳聰富提出「理性醫師標準」與「理性病患標準」間其實並沒有那麼大的差異，是頗值得參考的見解：「關於理性醫師標準說與理性病人標準說之立論基礎固有不同，前者以醫療專業之自主性為基礎，後者以病患自主決定權為根基。然而，在理性病患標準說，雖以假設的理性病患所認為重要之資訊為告知內容，但仍須依據醫師之預見可能性，基於醫師知悉或可得知悉之病患需求，作為告知範圍之標準，並非全然取決於病患之主觀需求；而在理性醫師標準說方面，依據醫療之專業習慣，醫師需給予病患個人做成明智選擇之足夠資訊，並非全然不考慮病患之需求¹²⁵。從而，二說在實際運用上是否具有重大不同，非無爭論之餘地。誠如建立理性病患標準說之 Canterbury 判決中，法官所言：『在區分重要與不重要[資訊]之間，並無明確之界線。在任何案件中，其答案必須遵循理性規則。』所可斷言者為，採理性醫師標準說者，對於醫病關係偏向於醫療父權思想；反之，採理性病患標準說者，在意識型態上則對於醫病關係偏向於病患自主權之保護。」參見陳聰富（2009），〈告知後同意與醫師說明義務 下〉，《月旦法學教室》，第82期，頁68-69。

之說明（危險性說明）」及「診斷之說明」三種¹²⁶。日本方面則有所謂二分說、三分說及四分說，其中以此二分說或三分說者為多；所謂二分說乃係將說明義務的內容分為（一）「為獲得患者有效同意之說明義務」、（二）「療養方法等指示、指導之說明義務（治療上的保護說明義務）」兩類¹²⁷，三分說除了前兩者之外再加上（三）「勸告轉醫之說明義務」¹²⁸，四分說則是再加上（四）「始末報告之說明或發生意想不到之結果後勸說患者信服之說明」¹²⁹。本文欲採用日本三分說的分類做為論述的基礎，此選擇並非邏輯上的必然，僅是因以侵權責任來處理醫療相關問題的代表國——美國，對醫療說明義務的內容採個案處理方式，在系統性的歸納整理方面，資料較為不全，故必須另謀來源，而筆者以為此分類法與其他分類法相較，相對易懂，且與後文擬討論之醫療說明義務的法律性質較能對稱，故採用之。

（一）為獲得患者有效同意（承諾）之說明義務

傳統上多將說明義務歸類為侵權責任體系下，為有效阻卻侵入性治療行為的違法性而課予醫師之義務，故此項目下的說明義務多與「病患接受該（侵入性）治療行為與否」有直接的關係，主要包括「經過說明」與「危險說明」兩種型態。所謂的「經過說明」，是指倘若患者接受該手術其將會產生怎樣的狀態，與倘若手術成功的話，病患的健康狀態將產生如何的變化等與此相關的說明，及其他與該侵入行為相關的說明。從而，病名、病症之種類、程度，該醫療行為之性質與其侵襲之方法、程度、範圍，該醫療行為之治癒可能性、具體的治療方式（也就是

¹²⁶ 參照山下登（1993），〈インフォームド・コンセント再論---ドイツ〉，《年報 醫事法學》，第8號，頁46以下。轉引自陳子平（1999）。〈醫療上「充分說明義務與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第12卷第1期。頁11。

¹²⁷ 河原 格(1998)，〈醫師の説明と患者の同意〉，初版，頁4，成文堂。

¹²⁸ 齊藤隆雄(監修)、神山有史(編集)(1998)，〈生命倫理學講義〉，頁56-57。轉引自陳子平(1999)，〈醫療上「充分說明義務與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第十二卷第一期。頁11。

¹²⁹ 大谷實（1997），〈医療行為と法〉，新版補正第二版，頁104-105。轉引自陳子平（1999），〈醫療上「充分說明義務與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第12卷第1期，頁11。

投藥、手術、放射線治療等)、侵害的範圍、確實且通常會發生的可預見的術後狀態(如手足的喪失、明顯的疤痕、機能喪失、將來生活的負擔、今後手術的必要性等)皆為經過說明的範疇。總的來說就是,所有病患在作具體決定之際可能重視的有利或不利結果皆含括之。至於所謂的「危險說明」,是指與該醫療侵襲相關的危險情報,也就是即便在沒有醫療過失的情形下,仍無法迴避或是其他一時或永久的副作用的情報,¹³⁰如該醫療行為所附帶之危險性、除該醫療行為外是否有其他可替代之醫療行為、該替代之醫療行為可能產生的後果(利弊得失)、不進行該醫療行為或該替代醫療行為所能預測之後果等皆包括之¹³¹。

(二) 療養方法等指示、指導之說明義務(治療上的保護說明義務)

此項說明係於事實上進行之醫療過程中,為醫療之目的所為之注意、指示與指導之說明,乃治療行為之一部,即醫療上醫師與患者為實現治療之目的而共同協力推進醫療程序之過程。此項說明義務尤其發生於手術後之治療過程中之患者,成人病等慢性疾病療養中之患者,或精神病之患者的身上。舉例言之,有些藥物混和施用或與特定食物共同食用時,彼此間會因交互作用而對患者產生不良的影響,有時是使藥效降低,有時則使藥的作用增加,這些潛藏的危機皆為醫師給予病患治療時,應該告知的醫療資訊;另外,如病患在接受手術後應行注意的事項,如:胃癌開刀後,除需注意傷口的照護與定期的追蹤外,飲食上尚須注意避免一次攝取大量的碳水化合物,以免成為「傾倒症候群」,而有腹痛、噁心、嘔吐、心悸、頭暈症狀等。¹³²

(三) 有關勸告轉醫之說明義務

¹³⁰ 河原 格(1998),《醫師の説明と患者の同意》,初版,頁139,成文堂。

¹³¹ 日本醫師會生命倫理懇談會報告中之說明。廣瀬美佳(1991),〈患者の承諾と醫師説明義務〉,《早稻田大學大学院法研論集》,59號,頁150。大谷實(1997),《医療行為と法》,新版補正第二版,頁104-105。轉引自陳子平(1999),〈醫療上「充分說明義務與同意(informed consent)」之法理〉,《東吳大學法律學報》,第十二卷第一期,頁12。

¹³² 張百欣(2008),〈論醫療上告知後同意法則及刑事實務上相關判決之研究〉,頁41。台北大學法律學系碩士論文。

此項說明，係醫師於無法達到醫療水準之診療情況下，勸說患者前往其他合適之醫療機關就診之說明，我國醫療法第 73 條所規定之「醫院、診所因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定，先予適當之急救，始可轉診。前項轉診，應填具轉診病例摘要交予病人，不得無故拖延或拒絕。」，即是指此項義務。

此項說明一般需具備下列要件：一、對於患者之疾病，醫師本身並非專家，或者根據醫師自己之臨床經驗或醫療設備，欲改善患者之疾病有所困難；二、患者整體情況上能承受搬運；三、根據地理、環境因素，在運送可能之區域內，具有與患者病情相關且配置適當設備、專門醫師之醫療機構存在；四、能預測因轉診而有改善該疾病的可能性。¹³³而其說明的內容一般認為包括：病患現在的病情狀況、轉診可能的醫療機構設備或醫師陣容等醫療水準、轉診後之診斷效果預測、不轉診可能產生之後果等。¹³⁴



觀察以上醫療說明義務的分類，或可隱約察覺其並不一定必須完全從侵權責任推導出來，有些責任類型甚至與契約責任類似，如「療養方法等之指示、指導義務之說明義務」就有類似契約中之從給付義務的色彩。其實，日本學界在討論醫療說明義務之起源時，筆者以為，並無強烈區分契約責任與侵權責任的意圖，當然，在討論之初，各家學者或許有對醫療說明責任加以定性（但其實也不明顯），有採不法行為說者¹³⁵，亦有以採債務不履行說者¹³⁶，但發展出來的醫療說明義務類別卻是大同小異。這種現象，到底是否表示不論從契約責任或侵權責任來發展醫療說明義務，都會得到相同的結果呢？本文將在第二節的部分對契約責任下的

¹³³ 陳子平（1999），〈醫療上「充分說明義務與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第 12 卷第 1 期，頁 13。

¹³⁴ 張百欣（2008），〈論醫療上告知後同意法則及刑事實務上相關判決之研究〉，頁 43，台北大學法律學系碩士論文。

¹³⁵ 如大谷實（1997），《医療行為と法》，新版補正第二版，頁 103-106，弘文堂法學叢書。

¹³⁶ 如河原 格(1998)，《醫師の説明と患者の同意》，初版，頁 50-52，成文堂。

醫療說明義務作更進一步的闡釋，如此，或許更能得出確定的答案。

第二節 契約責任觀點

第一項 說明義務的內容（範圍）應採取的標準

33. 契約責任應採理性病患或更高的標準

契約的原始定義著重在締約雙方間的合意，故從契約的本質觀察，或許會得出其義務的範圍沒有所謂客觀的標準存在，只要當事人雙方間意思表示沒有瑕疵並合致，其就必須受到契約之權利義務的保護及拘束，儘管太重、太輕、太不公平或太不合理皆然。

有論者表示，醫療說明義務的標準與一般產品責任之說明義務不同，其標準應該因人而異，因為在醫療此等涉及人身重大法益的情況中，人們是可能為了得到更充分的說明而付出更多成本的，倘若採用一致的、制式的說明標準，則等同於剝奪了人民作選擇的權利¹³⁷；此外，要求締約當事人雙方於締約或履約時皆應採公平或誠實的手段之誠信原則，雖與侵權責任一般，皆源自所謂的「信賴關係」，然存在於一般人之間的信賴關係程度不具有存在契約當事人間之信賴關係如此強的連結，義務內容自也不應等價以觀。是故，認為契約義務的課予應與侵權責任採取不同的標準。

¹³⁷ Peter H. Schuck, Rethinking Informed Consent, 103 Yale L.J. 957-958 (1993-1994)

然而，本文以為，「理性病患標準」儘管在契約責任下還是有存在的空間。其一，侵權義務的課予之所以採用一致的客觀標準，乃是因為認知及執行該標準的成本較低，而且也有保護病患免於因談判實力(bargaining power)的差距而造成的不公平的功能，而此價值在契約責任下，其實也是適用的：醫療說明義務並非醫療契約之主給付義務，多是以從給付義務或是附隨義務的方式所呈現，契約當事人固然得就任何型態的契約義務為個別的特殊約定，惟在大部分的情況中，未對主給付義務以外之義務為特別約定的情況還是居多，倘若因而發生糾紛，法官還是必須就責任歸屬作出判斷，所根據者，乃是所謂的「當事人真意」，而在契約的解釋上，法官所探求的「當事人真意」其實並非是當事人雙方「真正」的真意，而是站在當事人雙方為理性人的假設前提下，契約應該被如何的約定，此時，「適用理性病患標準」之必要性就會被彰顯出來。

其二，前揭論者之論述雖言之成理，但其論述充其量此亦僅能說明，契約當事人間較之契約當事人彼此間較之社會交往之一般人間更有作出特別約定的可能與誘因，即契約當事人較之社會交往之一般人間有建立更穩固的信賴關係、可能負有較社會交往之一般人間更強的保護義務，因而在義務的課予上，可能需視具體情況適用不同的標準而已其並未否認客觀標準適用的可能，換言之，即便在契約責任中可能對於權利義務有特別的約定，但在當事人雙方未為約定的義務上，甚至是已約定但因為不符合公平誠信原則而需要法律介入的情況中，我們都還是可能以侵權義務，即一般人所應負之義務標準為契約責任之義務標準的下限，亦即，契約相對人間只會負更高的義務標準，沒有更低的可能。

而如本章第一節所陳述，侵權行為的義務標準已從早期的理性醫師標準轉化至現在的理性病患標準，較之從前，義務的標準已有提高的趨勢；與此相對，既然以侵權責任的義務作為其下限，契約責任的義務至少也需提高至理性病患標準

的必要。

簡言之，由於說明義務主要乃自誠信原則發展而來，與侵權責任系出同源，故在沒有特別約定的情況下，與侵權行為一般，應以理性病患的標準作為其義務的標準；又基於契約當事人間之保護義務終究強過一般人間的保護義務，故在有特別約定的情況下，則依當事人約定為之，惟仍應以侵權責任之標準—即理性病患的標準為下限，倘若有更低之義務標準的約定，應認為不具有拘束雙方當事人的效力。¹³⁸

第二項 說明義務的內容

34. 自附隨義務所發展之醫療說明義務實質內容

以誠實信用原則為基礎所發展的契約上之保護義務，在德國法上主要為由 v.Jhring 為始所發展的締約過失責任，以及以 Staub 為首所發展之積極侵害債權之類型：締約過失責任係依雙方彼此間之特殊結合關係而建立，認為倘雙方間存有

¹³⁸ 之所以在此出現否定契約約束效力的看法，或可借用民法 247 條之 1 定型化契約限制之規範意旨來加以闡明：

按，定型化契約乃因應工商環境中大量而重複的交易所發展出來的一種契約型態，故即便其條款的擬定並非由當事人磋商而得，我們仍擬制該合意存在而承認契約的效力，亦即，立法者認為，定型化契約是一種「契約」，就其相關權利義務之討論，基本上採用契約法理來處理之。然而，從民法 247 條之 1 的規定中「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效」云云，我們發現立法者對於「契約」還是伸出了控制之手，其並非容許當事人雙方恣意的、無限制的就契約權利義務作約定，而是保留了法院依公平與誠信來調整契約內容的空間，由此可知，即便採用契約法理，立法者對於契約自由還是有某程度的限制，在民法 247 條之 1 是以公平與誠信來控管，而本文之醫療契約則擬以侵權責任之標準作為底線。相同的法理其實也可以從消費者保護法定型化契約相關規範中探知，惟醫療行為是否適用消費者保護法頗具爭議，故本文不擬以之作為論證依據。

更有甚之者，即便是非屬大量複製使用之個別磋商的醫療契約，因而沒有定型化契約相關法理之適用者，我們還是可以從民法 72 條公序良俗與民法 147 條誠實信用原則之一般規定，推導出相當的結論，亦即，我國民法並未承認絕對的契約自由，契約當事人利益之衡量折衝終究有一定的界線存在，倘若低於法律可容忍之底線，該契約條款應該是不具有拘束當事人雙方之效力的。

特別的接觸關係，彼此間的特殊信賴關係雙方將成立一種特別的結合關係，從此關係會產生彼此間之特殊保護義務；締約過失責任主要的類型有：締約安全保護義務、免於訂立不良契約之保護義務及避免阻礙契約有效成立之義務。這些義務雖然稱為保護義務，但其實際內容仍以說明義務為主要內容¹³⁹。積極侵害債權之附隨保護義務亦根基於所謂誠實信用原則，依契約雙方間之法律關係，不管是債務人或債權人在契約進行與履行過程中，都必須注意不侵害到對方之權利或利益，若一方違反此注意義務而有過失時，對於造成他方之損害，負損害賠償責任。

¹⁴⁰依契約內容與彼此間的關係，該義務內容主要有：說明解釋義務、指示或諮詢義務、不作為或保密義務、照顧或交易安全義務等。¹⁴¹

由上述可知，這兩種契約責任類型都以說明義務為主要內容，因此德國法也從此保護義務導出一個完整的醫病間的說明義務體系，且義務主體不僅限於醫師，病人對於醫師也同樣負有說明義務。以下即區分締約上說明義務與契約進行中的說明義務，針對醫療契約中的實際說明義務型態為討論：

締約上說明義務¹⁴²

鑑於醫學具有高度專業性，病人通常無法輕易獲得醫療資訊，也無能力收集，但醫師卻是擁有資訊且有能力獲得資訊的一方，而且其所為之任何治療，都與病人之生命、健康息息相關，所以醫師基於誠信原則，有對於病人為清楚說明之義務，以便病人自主決定該契約內容（主要是醫療行為之施行）是否符合個人利益。舉例來說，如與手術相關之資訊等。這些資訊雖然有時乃於診斷時方形成，但通

¹³⁹ 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13。

¹⁴⁰ Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., München 2003, §22, III.1.轉引自侯英泠（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14。

¹⁴¹ Emmerich, a.a.O.(Fn. 20), Esser/ Schmidt, Schuldrecht, Bd. I. Allgemeiner Teil, 28. Aufl., 2000, §6IV.(s. 109).轉引自侯英泠（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14。

¹⁴² 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15-17。

常也是因為病人有作繼續性治療或進一步的手術行為之故，因此在與病人訂定下一個醫療契約時¹⁴³，醫師對於下一次治療行為或手術行為之風險、副作用、可能併發症、術後情形與失敗率等，有義務加以誠實說明，以提供病患作為是否接受該治療或手術的參考；倘若醫師為清楚解釋、提供正確的相關資訊，便是違反前契約之締約說明義務，使病人簽訂不利於己之契約。

契約進行中之說明義務¹⁴⁴

一、與契約履行有關之說明義務：安全說明義務

安全說明義務係指與契約履行有關之說明義務，因為此說明內容屬於履行內容之一，將影響契約目的之達成與否，因此，若無適宜之安全說明，便成為瑕疵給付。

醫療行為為高度專業的債務履行行為，為盡可能的有效達成契約目的，除醫師方施予治療外，常常也需要病患方的配合，惟基於雙方間資訊的落差，「該怎麼作才會好」，就成為醫師必須向病患說明的事項。舉例來說：如正確用藥方式、飲食控制、正確預防措施、或者病人放棄治療或提前出院可能發生的危險等。

二、與契約履行無直接關係之說明義務

此類型下之說明義務內容與契約所欲達成的目的並無直接的關係，而是基於誠信原則所產生之保護義務而生的義務。其義務型態除不作為或保密義務探討者為醫師基於職業得知病患之隱私後的保密義務，與本文所探討者較無直接關連以外，其他如說明、指示和諮詢義務皆屬於醫師對於病人之說明義務的範圍，至於交易安全義務則會導出醫師在為醫療行為時，必須注意及尊重病人的固有權益，

¹⁴³ 陳聰富（2008），〈醫療契約之法律關係〉，《月旦法學教室》，72期，頁87-98。

¹⁴⁴ 侯英鈴（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19-22。

換言之，醫師為醫療行為時不能侵害病人之自主決定權，所以病人自主決定權的保護也會成為積極侵害債權所保護的法益。

以上的醫療說明義務類型乃是從契約責任中的附隨義務發展而來，然而，附隨義務所處理的相關問題是否在本質即應定性為契約義務的一部份，其實是有討論空間的。學者陳自強即於其論著中表示：「以信賴思想為基礎而發生的保護義務，不以契約有效存在為前提，可說是信賴關係中的行為義務……。信賴關係的發生，若與契約成立與否無關，而是始於締約談判磋商，縱然談判無結果，契約未成立，或契約雖然成立，但無效、被撤銷或有其他不生效力之情形，甚至在契約給付義務消滅後，保護義務依然有存在餘地，則保護義務是否仍然為『契約關係』內容的一個構成部分，或已經成為以信賴責任為基礎的法定債之關係的內容，有待深入研究。¹⁴⁵」行文間似乎對現今附隨義務之作為契約義務的法律性質定位頗生質疑；游明慧學姐亦對同樣衍申自保護義務之先契約責任，做出「侵權責任下的一種次類型」之歸類¹⁴⁶，各國法制亦不乏與此問題相關的討論，可見附隨義務的責任定位究竟為何，一直是個難題。

本文於此，不欲在此種義務型態之法律性質應歸於契約義務抑或侵權義務上多作著墨，之所以引出上段陳述，只是想要指出：即便是從契約責任衍伸出來的義務型態，其仍可能與侵權責任相類似，或甚至有相同的可能。

¹⁴⁵ 陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，初版，頁 100，台北：學林文化事業有限公司。

¹⁴⁶ 游明慧（2008），〈論先契約之責任——以建構我國法制為中心〉，頁 156-160，台灣大學法律學院法律學系碩士論文。

第三節 本文見解

本文以為，之所以為義務作法律性質的定性，主要還是在於為其產生的法律效果找到適當的法律基礎，而在本文行文之脈絡下，該著重的重點應是在於義務本質究竟為何，根基於此，再進一步決定該義務所產生之法律效果應適用何種法律規範，現行法制，不論是契約或是侵權是否有應作適當的修正等等。是故，本節以下即欲探討醫療說明義務之義務本質究竟為何，在討論方法上雖仍是從契約義務及侵權義務分別切入，但並無受其框架拘束之意，於此先予敘明。

第一項 醫療說明義務的內容

醫療說明義務的內容究竟為何，由於個案情況的不同，須隨具體個案調整與判斷，不論是醫學上或法律上都難有訂下絕對內容的可能，本文於此，自也無挑戰此項不可能的任務之意圖。在本節中，本文所希望做到的，乃是試圖為醫療說明義務劃定法律上的範圍，亦即為醫療說明義務的義務範圍劃下底線，或是課予法律責任的上限；為人醫者，自然可能基於本身之道德與醫學倫理的認知，對病患為更詳盡而充分的說明，醫療說明義務的內容基本上操之於醫師之專業判斷，而法律，僅在醫師的恣意終於超出可容忍的範圍時才會出手，至於「可容忍的範圍」究竟何所指，在契約責任或是侵權責任上會不會有所不同，則是底下將要討論的部分。

35. 契約義務及侵權義務所採取的標準相同：理性病患標準

從我國法的成文法，如醫療法第 63、64 條、醫師法第 12 條之 1 等等來觀察，

立法傾向似乎是偏向理性醫師標準，但衛生署根據醫療法第 6 條第 3 項所公布的「手術同意書」檔案，似乎又偏向理性病患標準。¹⁴⁷

從義務的來源來觀察，關於醫療說明義務之標準的選擇，可能由於責任本質的不同，而選擇不同的義務標準，一般說來，契約當事人間由於有磋商的可能，信賴關係強過社會互動之一般交往，而有採取較高標準的可能，然而，依本章第二節（段碼 38）之推論，可知即便是自契約責任發展出來的說明義務，仍然有適用理性病患標準的可能，至少是以侵權責任的義務標準作為底線；也就是說，不論是從侵權責任發展出來的說明義務，或是從契約責任發展出來的說明義務，在當事人間未另為約定的情況下，或基於公平正義等理由而另課他方當事人義務的情況下，至少皆須以理性的病患標準作為其義務的標準，在這一點上，契約責任與侵權責任所採取的標準是同一的。



36. 契約義務與侵權義務的內容相同

從第二章之推論，本文認為契約義務與侵權義務乃系出同源，皆可從信賴關係中尋得義務之根據，然而，信賴關係的具體內容究竟為何，用白話一點的方式說就是，當事人究竟是信賴了什麼東西，此問題的答案其實就是所謂信賴的內容，而依此可引導出契約義務或侵權義務下的義務內容，甚至更進一步探討醫療說明義務的內容究竟何所指，故有討論的必要。

先從我國實定法之立法理由作觀察：在醫療法的部分，醫療法第 63 條的立法理由為：「強化醫療機構服務品質、尊重病人知的權利」，醫療法第 64 條之立法理

¹⁴⁷ 林萍章（2008），〈知情同意法則之「見山不是山」--法院近來裁判評釋〉，《月旦法學》，第 162 期，頁 35。

由亦僅提出：「促進醫病關係，避免衍生爭議，並保障病患權益」等語，乃是從病人權益之維護出發，較無法得出或推測出信賴關係的意涵在內。再觀察我國實務判決，在筆者閱讀最高法院與高等法院與醫療關係相關之判決¹⁴⁸後，發現大部分的判決資料並未對義務來源—信賴關係的內容多作著墨，然而，在少數與本文討論之信賴關係較有關連性的判決中，可以發現到一個有趣的現象，即該相關判決都有契約關係作為基礎法律關係，只是法院在闡釋義務之有無或範圍時，會有擴大解釋契約目的或契約當事人的現象產生：高等法院高雄分院 95 年度醫上字第 1 號判決（未告知子宮肌瘤案）¹⁴⁹所涉及之說明應屬主給付義務，雖無增加契約義

¹⁴⁸ 資料來源為法源法律網，查詢關鍵字：「(醫療&信賴)-交通-工程」，最後查詢日期：98 年 6 月 15 日。

¹⁴⁹ 高雄高分院 95 年醫上字第 1 號判決（未告知子宮肌瘤案）：

[案例事實] 訴外人張吳靜玲於民國 91 年 1 月間前往被上訴人翁宏仁所開設之「翁宏仁婦產科診所」就診，經以超音波檢查結果，認其疑患有子宮肌瘤後，乃要求張吳靜玲於同年月 21 日前往其任特約醫師之聯合醫院（原高雄市立大同醫院）住院，並於翌（22）日由翁宏仁為其施以全子宮及兩側卵巢切除手術，且於 91 年 1 月 27 日出院時所開立之診斷證明書上載明為「子宮肌瘤」。張吳靜玲於出院後曾至其診所接受術後治療，其間並有因腹部疼痛不適而在該診所就診之情事。嗣於同年 4 月 29 日因腹痛前往聯合醫院急診時，經張瑞宜醫師調閱病歷資料後，始發現於開刀後之病理檢查結果為子宮頸腺癌。後前往高雄榮民總醫院治療，惟當時癌細胞已擴散至整個腹腔內，而於同年 8 月 8 日死亡。

[法院判決摘錄] 按「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、癒後情形及可能之不良反應。」、「醫院對手術切取之器官，應送請病理檢查，並應就臨床及病理診斷之結果，作成分析、檢討及評估。」醫師法第 12 條之 1 及 93 年 4 月 28 日修正前之醫療法第 47 條分別定有明文。又修正後之現行醫療法第 65 條規定：醫療機構對採取之組織檢體或手術切取之器官，應送請病理檢查，並將結果告知病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人。醫療機構對於前項之組織檢體或手術切取之器官，應就臨床及病理診斷之結果，作成分析、檢討及評估。則依修正前後之相關條文規範觀之，醫師有告知病患其病情之義務，並應就檢查所採取之組織檢體或手術切取之器官送病理檢查，且應將臨床及病理診斷結果作成分析，將結果告知病患，以便病人瞭解其所患疾病之態樣及可能之治療方式。此不僅為醫病關係中醫師之主要義務，並為病人自主決定權之重要內涵。若醫師就此涉及病人自主權之重要資訊未能及時告知，致使病人喪失其因及時知悉而得另為諮詢、重為檢驗、適時思考及謹慎決定之權利，縱其病症在治療時程上之延誤仍無從避免其應有之病情變化，但仍不得據為醫師因未能告知此病理檢查結果之疏失。而此項告知義務之行使態樣，固以醫師已適當、完全告知病人病情或檢查結果，或告知病人得知悉其病情或檢查結果之管道即為已足，而無強迫病人應知悉之權利，且應由病人自行決定是否接受治療及承擔治療之各項風險，但仍以有盡其適當告知義務為前提要件。」「……此從本件張吳靜玲於手術前即係由翁宏仁為

務的問題，但仍與契約中未明文規定的義務相關連；高等法院 95 年度醫上字第 25 號判決（未告知副作用與轉診建議案）¹⁵⁰及台北地院 95 年度醫字第 19 號判決（奇美醫院未告知手術外病況案）兩個案例中，則是不約而同以相同的字句指出醫院方依誠信原則，對病患負有附隨義務，以保護其給付以外的法益¹⁵¹，表現出擴張契約義務的趨勢；至於高等法院 92 年度上易字第 1045 號判決（新生兒未施打 B 型肝炎免疫球蛋白案）¹⁵²，則是藉由契約解釋的方式，將原本不屬於契約當事人

檢查，並前往翁宏仁任特約醫師之聯合醫院住院由翁宏仁開刀，且於術後即回翁宏仁之診所進行術後治療，可知其對翁宏仁信賴之深，並可知翁宏仁確可取得張吳靜玲之同意而洽由聯合醫院提供本件之病理檢查報告。則翁宏仁於開刀後未查閱病理檢查報告前即同意張吳靜玲出院（依翁宏仁之陳述，係因手術回復情狀良好，故於 1 月 26 日星期六之上午即預開同意出院之書面並於 1 月 27 日出院），而於張吳靜玲出院後至其診所回診時，復未積極商洽以告知病理查結果，則其有疏未告知之情事，甚為明確。」

¹⁵⁰ 高等法院 95 年度醫上字第 25 號：

[案例事實] 卓秀雪係肺結核患者，曾在新光醫院治癒，復發後於 91 年 2 月至 4 月間、先到新光醫院門診治療，至 91 年 5 月 15 日始轉至被上訴醫院由乙○○醫師治療。91 年 5 月 15 日當天，上訴人乃依卓秀雪之 TB 就診手冊中之紀錄，沿用與新光醫院治療相同之抗結核藥物 INH、PZA 與 RIF 計 30 天份，並由護士陳美惠對其進行相關衛教。卓秀雪於服用藥物後仍感不適，於 91 年 6 月 10 日前來門診，被上訴人乙○○繼續給予相同之處方用藥。嗣於 7 月 17 日，卓秀雪再次求診，乙○○開了保肝劑，據原告表示其並未說明告知處方用藥副作用與危險，亦未建議轉診。此外，原告認為抗結核病藥物之用藥方式，要求在前 2 個月採用 INH、RIF、EMB、PZA 四種藥物，並在服用 2 個月後，即應停用 PZA 藥物，被上訴人卻續對卓秀雪施以處方 PZA，亦有不當。7 月 22 日，卓秀雪之肝部病情加劇，送往新光醫院急診，翌日轉診國立台灣大學醫學院附屬醫院（下稱台大醫院）而不幸因敗血性休克而不治，死因為肝衰竭。

¹⁵¹ 此段文字為：「此外基於誠實信用原則，隨著債之關係的發展，為維護債權人即病患之利益，依具體情況令債務人即醫院負擔照顧、通知、保護等附隨義務，以保護病患關於給付以外之法益，不會因醫院之履行債務而受損害。從而在病患可合理期待與信賴之基礎上，且與診療之目的相關之固有利益範圍內，醫院即負有保護病患免於因醫療行為之實施而受有損害之義務。」

¹⁵² 高等法院 92 年度上易字第 1045 號：

[案例事實] 上訴人之母王淑華於七十九年懷孕期間即在被上訴人之診所進行一切產前檢查，至懷孕七個月時抽血檢查，被上訴人告知王淑華為 B 型肝炎帶原者，依行政院衛生署（下稱衛生署）之規定，被上訴人必須於上訴人出生二十四小時之內加打 B 型肝炎免疫球蛋白（下稱免疫球蛋白），以避免上訴人垂直感染 B 型肝炎；然被上訴人於上訴人出生後竟疏忽未為上訴人加打免疫球蛋白，上訴人因而受到母體垂直感染 B 型肝炎。

之新生兒，納入契約當事人的範圍內，而受有契約義務的保護¹⁵³，甚且，即便原當事人（孕婦）與醫師締結的僅為協助生產之接生契約，法院亦認為醫師負有為新生兒施打 B 行肝炎免疫球蛋白之未明文於契約中表示的義務。從以上的實務判決來觀察我們可以發現，即便信賴關係有從一般社會交往中建立的可能，我國法院仍然偏向抓住一個更穩固的法律關係—契約關係作為基礎，信賴關係的建立與契約關係的存在並未分離，至少是以契約作為其義務內容之設定的參考基準，然而，其又不完全受契約之框架限制，在其發現有需要保護的對象但未為契約所明文涵括者時，就會擴大解釋契約義務或契約當事人，以遂其法律適用之目的。

本文以為，法院對於信賴關係的態度，其實同時也反映了醫療相關問題的特色，即其往往會與契約有難捨難分的關係，惟此並非表示信賴關係不可能源自於一般社會交往關係，而是表示，在信賴關係建立後，原先的一般社會交往關係會

¹⁵³ 高等法院 92 年度上易字第 1045 號判決節錄：「兩造間是否成立醫療契約？」

按醫療契約係醫師或醫院提供特殊之醫療技能、知識、技術與病患，為之診治疾病，所訂立之契約，其契約之性質，屬委任契約或近似委任契約之非典型契約。依民法第一百五十三條第一項規定當事人互相意思表示一致，無論其為明示或默示，契約即為成立，是要約與承諾由當事人意思自由為之，如不承諾，亦不須通知，此為一般情形，惟「有承受委託處理一定事務之公然表示者，如對於該事務之委託，不即為拒絕之通知時，視為允受委託。」民法第五百三十條定有明文。所謂「有承受處理一定事務之公然表示者」，包括所有公開以受託處理事務為業務之專門職業人士，例如：律師、醫師等之掛牌，因此等職業或行業咸具公益性及社會性，非一般事務之處理所能相比，故其若對該事務之委託，不即為拒絕之通知者，為保護委託人之便利，謀求交易之靈活，依上述規定，視為允受委任，是此等有公然表示之人，如不欲承諾時，則非為拒絕之通知不可（林誠二先生著，民法債編各論中第二二六頁參照）。再胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。無行為能力人，由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示，**民法第七條、第七十六條亦有明文，是無行為能力人醫療契約之締結，應經由其法定代理人為其締結，於此情形該無行為能力人仍不失為該醫療契約之當事人**（黃茂榮先生著，民法債編各論第一冊第三七四頁參照）。

查上訴人係於七十九年八月二十八日於被上訴人之診所出生，被上訴人之前接受王淑華之委託為其接生，俟上訴人出生後，基於保護胎兒及新生兒之權益，應認王淑華有代理上訴人與被上訴人締結醫療契約之意思表示，而被上訴人既未有拒絕為上訴人接生之通知，且甚有積極之接生及後續之醫療行為，應視為允受委任，依上說明，其與上訴人間之醫療契約即為成立，即上訴人一經產出，並接受被上訴人之醫療服務時，其與被上訴人間之醫療契約關係即已成立生效。」

產生質變，較原先的一般社會交往關係更親近、更密切，甚至達到可以透過解釋而將之認定為契約的程度。是故，在有書面的醫療契約的情況下，法院會以該契約為底本，作為義務設定的參考基準，未於契約中明文約定但又有保護必要的利益，則透過誠信原則發展出附隨義務加以補充之；至於不具書面醫療契約的情況，法院還是習慣找出一個契約關係作為法律基礎，如委任契約，先以該契約固有的義務型態作為根本，此外亦有以附隨義務加以補充的空間，而附隨義務以保護當事人之固有利益為規範意旨，有時候幾乎可說是已經逸脫契約的目的之外，而是以所謂之「公平、正義」在作判斷。

本文以為，「公平、正義」不應該因為契約義務或侵權義務而作不同的判斷，尤其是在牽涉與人身相關的法益時，更應該等量觀之；而我國法院在處理與醫療責任相關的問題時，大部分的判決其實也不一定有嚴格區分契約責任或侵權責任的意圖，只是在論理上，習慣從契約責任切入，再藉由法律解釋的方式，隨著時代的趨勢，靈活劃定義務的應然範圍，當然，當事人得以特約調整彼此之間的權利義務關係，這是契約的基本價值，只要不違背公平正義原則，是應該被保障且不應藉由法律解釋隨意變更的，然而，除此之外，只要未為契約明示排除的義務，基本上都可能透過誠信原則的衡量，經由解釋將之納入契約的義務範圍中，如此一來，從侵權關係出發或從契約關係出發而得的義務，在結果上就相差無幾了。

以上的推論，倘若從本章第一節與第二節各從侵權責任與契約責任所介紹之醫療說明義務型態，就其實質內容作更進一步的探討，將會有更深刻的體會：

侵權責任觀點

在侵權責任的體系下，通說主要將說明義務分成（一）為獲得患者有效同意之說明義務（二）治療上的保護說明義務（三）有關勸告轉醫的說明義務三種義務型態，若將既定的藩籬暫時移除，直接透視各分類下的具體義務內容，或許我們能夠大致的將說明義務切割成 A：「為獲得病患有效同意之說明義務」，及 B：「不屬於 A 群組之說明義務」兩大塊。

A 群組底下的具體義務內容有具體治療方法、侵害範圍、手術之固有危險性及副作用等等，主要乃因手術或某些醫療處置屬於侵入性行為，在侵權責任的體系下，倘若未經被害人有效同意而對他人進行侵入性行為，將可能有構成侵權責任之虞，故要求醫師在進行手術前須得到病患的有效同意，某程度上屬於一種避險的措施。惟之所以要求得到病患的同意，其制度的設計目的主要不應僅僅在於讓醫師能夠避開負損害賠償責任的危險，毋寧更應該是站在弱勢者的觀點，即以保護病患固有利益的觀點設計其規範目的；亦即，醫師說明之目的並不在於獲得「同意」，而是在幫助病患做出合乎其生活形態與價值觀的選擇。賦予病患得知充分資訊以為有效同意的機會，除了保護病患之自主決定權外，尚藉由自主決定權的作用發揮，間接的保護了病患的身體、健康甚至是生命等利益，縱然手術結果可能因不可抗力而未達預期達到的最好效果，但因病患事前已明知種種可能後果仍決定為之，其身體健康或生命的完整性，並沒有受到侵害。

至於 B 群組的具體義務有醫療資訊，如用藥須知、手術前後應行注意事項等治療上的保護說明義務及有關勸告轉醫的說明義務等內容，在侵權責任下之所以會發展出這樣的義務內容，主要原因應仍站在保護他方之固有利益的立場：初步來看，醫師之所以應盡 B 群組的說明義務與避免損害賠償的風險並無直接相關，其所以必須告知病患用藥的相關注意事項或手術前後應遵行的標準流程，主要仍應是站在保護病患身體健康及生命利益的觀點上，舉例來說，倘若將不應混用的

藥物混合服用，輕者可能導致藥效不彰、重者可能導致沒有藥效或藥物中毒結果，不論何者，都對病患之健康造成影響；再舉勸告轉醫的保護說明義務當例子，醫師之所以必須勸說病患轉往其他適合的醫療院所就診，乃是因為原醫療院所無法提供病患相對應的服務，而醫療處置常有所謂黃金時期，分秒必爭，倘若錯過常會對身體生命造成無法回復的後果，如存活機率大為降低或致死率大為提高等；醫護人員既然尚未為任何行為，自然沒有所謂對於侵入性行為可能帶來的損害賠償的風險，而法律之所以仍然課予醫師如此的說明義務，乃純粹站在保護病患之固有利益的觀點，應無疑義。

由上述可知，自侵權責任發展出來的說明義務，總的說來，乃是為了達到保護病患之固有利益的目的，那自契約責任發展出來的說明義務又是如何呢？是否與侵權責任衍生出來的義務有異曲同工之妙呢？

契約責任觀點

依本章第二節所述，自契約發展出來的說明義務可大致分成分成與 A：「與契約之履行相關的醫療說明義務」及 B：「與契約履行無直接關係的說明義務」。二種說明義務皆是從誠信原則衍生而來，惟前者之安全說明義務，又稱誠實義務，其目的在於促進實現主給付義務，使債權人之給付利益獲得最大可能之滿足，主要內容為主觀上對相對人之締約意思決定具有重要性的事項，以及客觀上與目的行為具有內部關連事項之調查、說明、告知、協力、照顧等義務；後者又稱保護義務，以確保或維護當事人之生命、身體、財產之法益免受侵害之保護、維護、注意為其主要目的，與說明義務較為相關的有所謂的說明、指示、諮詢義務及交易安全義務與交易安全義務。¹⁵⁴

¹⁵⁴ 參見邱琦（2009），〈醫師沒有告訴我的話——論告知義務與不完全給付〉，《月旦法學》，第 164

B 群組的義務本來就是指當事人在契約履行過程中必須盡的、避免對方受到傷害的注意義務，以保護相對人之固有利益為義務主旨，與侵權責任的義務主旨相當，故在推論上較無問題，比較需要探討的是前者，即與契約履行相關的醫療說明義務的部分：按前所述，安全說明義務的具體義務內容有正確用藥方式、飲食控制、正確的預防措施、病人放棄治療或提早出院可能發生的危險等等，光從義務的名稱觀察，就可發現其與侵權責任下的「治療上的保護說明義務」和「有關勸告轉醫的義務」有異曲同工之妙，至少從名目看來，二者間的義務內容差異不大。或有論者以為，A 群組的醫療說明義務與主給付義務相關，有需要維護之契約目的，與單純保護他人固有利益的侵權責任不應等價以觀，然本文以為，契約責任跟侵權責任在規範目的上或許有所不同，但是因為醫院與病患間因醫療契約的締結，具有特定內在關連性，醫病雙方並非完全不認識的陌生人，因此判斷醫院告知義務之發生與效果，不可避免的會以醫療契約本身之目的與內容為作為參考的座標，從而縱使病患主張侵權責任，醫療契約之內容勢必對侵權責任發生重大影響；況且就醫療契約本身內容與目的之分析，更能明確認定醫院告知義務之成立與範圍，對醫病雙方顯然具有合理性與可預知性。

更有甚之者，醫療契約相較於一般契約具有特殊性，即其所欲達成的契約目的，除了某些特殊的情況如整型美容外，大部分的契約正好就是以診斷、治療病患之疾病，預防、維護病人健康等保護他方當事人的身體、生命等固有利益為其目的，例如台北地院 95 年度醫字第 27 號民事判決（國泰醫院處女膜破裂案）¹⁵⁵、

期，頁 41。

¹⁵⁵ 台灣台北地院 95 年度醫字第 27 號判決。其案例事實為：無性經驗之女性病患因陰道不正常分泌物及搔癢而就診，診所認為有必要以擴陰器（俗稱鴨嘴器）實施內診；惟因擴陰器的使用可能造成處女膜撕裂的結果，因此診所有義務在決定對病患使用擴陰器檢查前，先行瞭解病患過往有無性經驗，是否已婚等情形，並向病患解釋使用擴陰器的方式、目的及可能造成處女膜撕裂之結果，於徵得病患表示同意使用擴陰器接受檢查後，始能進一步使用擴陰器實施檢查。但本案之診所並未告知「內診」的意義、所需使用之器具與使用該等器具對病患身體所可能造成的影響，直接即以擴陰器撐開陰道檢查，致病患之處女膜破裂流血，顯然係可歸責予診所之事由而違反附隨義務，應構成

台北地院 94 年度醫字第 32 號判決（中心診所醫院顯影劑過敏案）¹⁵⁶、台北地院 95 年度醫字第 5 號判決（拔牙麻醉植物人案）¹⁵⁷等皆為適例。

是以，不論是與契約履行直接相關的安全說明義務或是與契約履行無直接相關的保護義務其實都是以保護病患之固有利益為其主要目的，與侵權責任之義務所欲達成的目的不謀而合，因此我們可以這樣說：學說上雖然從侵權責任及契約責任各自發展出一套看似截然不同的義務型態，但實際探究內容，其實都是以保護他人之固有利益為目的，實質上並無不同。

37. 實際案例研析

本文所選取的〈奇美醫院未告知手術外病況案〉，乃實務上發生且法院明顯採本文見解的實際案例，我們可以藉由這個案子，觀察實務對於此問題所採取的看法：本案之原告因攝護腺肥大的問題前往奇美醫院，至醫院泌尿外科掛號就診，則視當事人之主觀意思，應可認為雙方當事人已就泌尿外科方面疾病之治療達成

不完全給付。

¹⁵⁶ 台灣台北地院 94 年度醫字第 32 號、台灣高等法院 96 年度上字第 12 號民事判決。其案例事實為：病患因左後腰部絞痛而急診，泌尿科醫師囑其於翌日接受靜脈注射腎盂攝影術，由於該項攝影檢查前須先注射顯影劑，而健保給付之顯影劑與病患自費之顯影劑不同，有些人會對前者產生過敏現象，因此醫院即負有告知該等事項之義務，並應詢問病患是否有過敏、心臟病、糖尿病史等。但翌日病患接受含碘顯影劑注射後，竟發生過敏性休克症狀，經急救無效而死亡，死亡原因為經靜脈注射腎盂顯影劑 CONRAY 所致之過敏性休克併中樞衰竭。惟因醫院業已舉證證明其泌尿科醫師、放射科醫事放射師、放射科書記及護士業已履行上述告知義務，因此醫院就病患之死亡結果並不具有可歸責之事由，自不構成不完全給付。

¹⁵⁷ 台灣台北地院 95 年度醫字第 5 號判決。其案例事實為：三十歲健康女性於產後兩個月因下排智齒疼痛而前往熟悉的醫院就診，醫院在明知病患甫生產完畢兩個月之情形下，並未於手術前對病患說明各種治療的可能性，亦未說明若拔牙則須施打麻醉注射劑，且為解釋該麻醉注射劑內含腎上腺素，一旦注入血管後，會引起血管升壓，而妊娠前後之婦女有時亦會有較強烈的反應。病患遂在不知情的情況下決定接受拔牙手術。結果醫院為病患注射麻醉針劑後數分鐘內，病患即喪失意識，甚至因「椎動脈剝離併腦幹中風暨蜘蛛膜下腔出血」而成為植物人。

合意，當病患主訴：「排泄及小便困難，已注意一星期」等語，而經醫師診斷為攝護腺肥大後，決定實施切除擴大攝護腺，此外，為確保手術安全性於術前安排胸腔攝影檢查，且術後尚需要住院三日；在病患就診治療攝護腺肥大的醫療過程中，雖涉及多種醫療給付（診斷、攝影檢查、手術、處方藥物等），惟因該等醫療給付之目的與性質均屬於同一之攝護腺治療，應認為雙方係合意由醫院負擔治療攝護腺肥大之主給付義務，病患則是負有給付醫療費用之主給付義務，而系爭醫療契約僅有一個，即攝護腺肥大治療契約。¹⁵⁸是故，原告與奇美醫院間締有一個治療契約殆無疑問，被告為履行「完成攝護腺肥大之治療程序」的主給付義務，遂對原告實施胸部 X 光攝影，以判斷原告之身體狀況是否適合於施行手術及決定用藥種類，此舉乃為輔助主給付義務之履行，使其更完整妥善發揮應有效果的從給付義務，除此之外，法院認為被告奇美醫院依系爭醫療契約亦對原告負有附隨義務，「就本件被告奇美醫院履行系爭醫療契約而言，其附隨義務為在原告可合理期待與信賴之基礎上，與診療之目的相關之固有利益範圍內，負有保護原告免於因醫療行為之實施而受有損害之義務。」「因為被告奇美醫院為確保手術及用藥之安全性，於術前安排原告實施胸部 X 光攝影檢查，則原告與被告奇美醫院間即因債之關係的發展，使彼此間關係更加密切，而非一般陌生人可相比擬，原告因此而產生對被告奇美醫院之特殊信賴，被告奇美醫院亦因此而對原告負有一定之誠實信賴保護義務，從而被告奇美醫院即應將胸部攝影檢查報告結果與建議，忠實告知原告，而不問該等結果與建議是否與攝護腺肥大之治療有關。」在本案中，被告醫院在為原告作胸部 X 光檢查時發現疑似肺癌的症狀，由以上兩段判決理由，可發現法院認為原告與被告間因契約之締結，彼此間因而建立了信賴關係，並依該特別結合關係的存在推導出奇美醫院應將胸部 X 光攝影檢查報告的結果告知病患的義務，不論其是否明定於契約之中，亦不論其是否與主給付義務直接相關。依此，我們可知，法院課予被告醫院之醫療說明義務應屬於附隨義務，且因其與債

¹⁵⁸ 參見邱琦（2009），〈醫師沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付〉，《月旦法學》，第 164 期，頁 41。

務之履行無關，故單純的屬於確保及維護當事人之生命、身體、健康等固有利益免於侵害之保護義務的範疇。

此外，法院尚就奇美醫院之侵權責任另作論斷：「醫師法第 12-1 條、醫療法第 82 條第 1 項分別規定：『醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、癒後情形及可能之不良反應』、『醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意』，則等規定之目的，應認為在於保護特定範圍之人即病人之權益，屬於民法第 184 條第 2 項規定之『保護他人之法律』。」¹「被告乙○○醫師為確保手術及用藥之安全性，於手術前既然安排原告實施胸部 X 光攝影檢查，則依照一般公認之醫療行為準則及上開規定，被告乙○○醫師雖無義務就該等胸部 X 光攝影檢查報告加以判讀，以究明原告有無罹患肺癌之病灶；惟被告乙○○醫師仍應有義務完整且忠實地將檢查結果與建議告知原告。然被告乙○○醫師既未將上述胸部 X 光攝影檢查報告最後一項：『建議側面照片進一步檢查』等情告知原告，即應認為違反一般醫療行為準則，並未保持相當方式與程度之注意，衡情應屬於違反醫師法第 12-1 條、醫療法第 82 條第 1 項之規定。」²本案與〈輔大新生健康檢查案〉不同，並非僅是籠統的提出醫療法或醫師法的相關規定，其更進一步的指出此為民法 184 條第 2 項所稱之「保護他人的法律」，以違反醫師法及醫療法等保護他人之法律為基礎，課予奇美醫院民法上的侵權責任，除了表明醫療院所基於侵權責任有說明義務外，更明確指出義務的內容範圍：「被告乙○○醫師雖無義務就該等胸部 X 光攝影檢查報告加以判讀，以究明原告有無罹患肺癌之病灶；惟被告乙○○醫師仍應有義務完整且忠實地將檢查結果與建議告知原告。」³對於醫界與法界而言，應該都算確立了相對明確的行為標準。

按侵權責任的課予乃在保障個人不要因他人之行為而處於較現在更糟的境

地，換言之即是以保障個人之固有利益為主要目的，至於附隨義務方面，法院雖言明：「附隨義務之其目的在於保護債權人關於給付以外之法益，不會因債務人之履行債務而受損害，因此與契約履行無直接關連性，而與主給付義務與從給付義務不同。就本件被告奇美醫院履行系爭醫療契約而言，其附隨義務為在原告可合理期待與信賴之基礎上，與診療之目的相關之固有利益範圍內，負有保護原告免於因醫療行為之實施而受有損害之義務。」等語，以「與診療之目的相關之固有利益」為其範圍，然從前述學說看法即可發現，附隨義務除了與主債務履行相關之誠實義務外，尚包括與債務履行不一定直接相關的保護義務在內，且從本案例事實作觀察，亦可發現法院似乎並未嚴格遵行該限制：攝護腺手術與肺癌症狀基本上處於風馬牛不相及的狀態，惟儘管在所謂「與診療之目的相關之固有利益」的大框框下，法院依舊課予了奇美醫院對於該症狀的說明義務，因此，本文以為，與其說法院以其在判決理由中劃定的限制作為義務的範圍，毋寧是，「所有在醫療過程中知悉之與固有利益相關的重大事項」其實皆包括在醫療說明義務的範圍之內，而如此一來，其實就與侵權責任的保護義務範圍相差無幾了。

總體言之，法院在本案中，並未因契約責任或侵權責任的不同而對說明義務的範圍作不同的區分，其雖未對背後理由作更詳盡的闡述，但結論上或可以說與本文採取相同的見解。

38. 小結

學說提出的說明義務內容的型態應僅是例示，並非列舉，但經本文切割重為分類後應可大抵含括所有種類，而依前文所述，自契約責任及侵權責任所發展出來的義務皆源自信賴關係，其目的則同為「保護病患之固有利益」，二者之來源相

當，所欲追求的目的也相同，因此我們或許可以大膽斷言：自契約責任或侵權責任衍生出來的義務型態，至少在醫療說明義務這一塊上，二者應該是相同的，換句話說，說明義務的有無及範圍，不因病患所主張者乃契約責任或侵權責任而有不同。契約責任與侵權責任在醫療說明義務之內容（範圍）上，亦不具有區別實益。

第二項 醫療說明義務的範圍（限制）：醫病關係責任分配

39. 契約義務及侵權義務的功能相同：合理分配醫病間的責任關係

在侵權責任中，若認同美國法所普遍承認的觀點，即說明義務此一義務的基礎在於個人對於其身體的「自我決定權」，則說明義務的作用便在於增進或維護病人之自我決定權；然而另一方面，倘若立於較批判性的觀點來看的話，或許能在前述高舉之個人主義大纛下，發現一個更實際的目的，即認為說明義務的主要作用是在於：使醫病關係中的醫療提供者避免責任負擔，換言之，說明義務的作用其實也在於保護醫護人員的相關權利。

確實，在實際運作時，會因為操作上的扭曲（不論是刻意或非刻意），而使病人的自我決定權與醫療人員的責任負擔發生齟齬，但我們可以發現，這兩種看似相互衝突的想法，本質上其實是一件事情的兩種面貌；換言之，權利與責任兩者互相依存，病人的自主決定權獲得擴張之時，醫療人員的責任也應該適時減輕；即說明義務的作用其實便是在於希望「對醫病關係間責任進行合理的分配」。

此說法放到契約責任下，似乎也與契約責任的發展趨勢不謀而合。「契約」此

一概念本身，其實就是當事人雙方角力的結果，故要將其中所包含的權利義務內容解釋為當事人間的责任分配亦無不妥。而同前所述，契約解釋有客觀化的現象，當法官運用職權解釋當事人真意，事實上乃提出理性人之行為標準時，契約責任的功能與侵權行為義務的作用，「指示當為之行為標準」及「合理的責任分配」，其實亦是重疊難分。

從本節前項可看出，不論從契約責任或侵權責任，皆能導出內容相當的醫療說明義務，這個問題基本上算是解決。然醫療說明義務最棘手之處，可說是在其範圍的界定上，或許我們可以用醫療說明義務的「限制」來稱之，可能會更清楚些；醫師的說明於何種程度、範圍具有法的義務，而於何種程度、範圍又屬於醫師的自由裁量，即「醫療說明義務與患者的自我決定權」及「醫師的裁量權」間的拉鋸應如何取得平衡，將是本項所欲討論的重點。



40. 「可合理期待之安全性」與「醫療說明義務」層次之不同

首先要釐清者為消費者保護法中「可合理期待之安全性」與「醫療說明義務」兩概念層次之不同。醫療行為是否適用消費者保護法向來有爭議，多數實務見解採否定看法，¹⁵⁹ 本文於此不擬對該問題進行深入討論，之所以提出「合理可期待之安全」此概念，僅是欲以此作為醫師職業義務的底線。按，病患生病就醫，即是希望醫師能以其專業為其診斷治療疾病，而非僅得到醫師的說明，換言之，醫師的專業判斷不僅是權利，更是其職業義務；病人就醫，醫師應依其專業診斷病情，分析該疾病本身內含之風險和目前醫學水準下可行的治療方式及其風險，接著按

¹⁵⁹ 如台灣高等法院 95 年度醫上字第 11 號民事判決、台灣高等法院 94 年度醫上字第 5 號民事判決、台北地院 94 年度醫字第 17 號民事判決、台北地院 93 年度醫字第 28 號民事判決、台北地院 93 年度醫字第 21 號民事判決等等惟最高法院似乎尚未就此問題表示明確的見解。

其專業判斷，依客觀上最有利病患原則選擇治療方式，然後才向病患進行說明，讓病患知道自己所面對的是何種疾病風險與治療風險，而能清楚分析是否承擔該治療風險，而此時，才是病患自主權進入的時刻，亦即，病患自主決定權是在於決定承擔或不承擔該醫療風險¹⁶⁰，而病患同意風險的承擔是建立在「醫師的專業自由判斷符合醫學標準」此一前提上的。若醫師的專業判斷自始即有錯誤，則即便病人已被詳細說明且同意醫師的醫療行為，該錯誤的醫療行為仍不因此就被認為具有可合理期待之安全性。醫師的職責在於幫助病人為正確的客觀決定，即所謂符合醫療水準的客觀醫療專業診斷，而病人的自主權是在醫師的專業判斷內，主觀決定是否願意承擔治療疾病的風險，或是寧可接受疾病不治的風險，而在有真正醫學上可替代治療方式(therapeutic alternative)存在的情況下，醫師則須將各個不同的治療風險說明清楚，然後才交於病患自主決定。¹⁶¹

依此，我們可以將醫療說明義務區分成兩個層面，其一為「符合可合理期待之安全性的說明義務」者，屬於治療行為整體的一部份；其二為「保障病人自主決定權的說明義務」，此種說明義務之功能不在於避免醫療意外風險，因為不論選擇治療與否或在可替代的治療方式間選擇其中一種治療方式，都不能改變疾病治療本身的風險¹⁶²，其功能乃在於保障病患有選擇承擔風險與否的機會。而前者完全屬於醫師的專業裁量範圍，惟其除了是醫師的權力外，同時也是醫師職業義務；後者才是「患者的自我決定權」與「醫師的裁量權」間的角力場域所在，學說上

¹⁶⁰ 侯英鈴（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務—台灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，《台灣本土法學》，第37期，頁68-69。

¹⁶¹ 侯英鈴（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務—台灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，《台灣本土法學》，第37期，頁68。

¹⁶² 例如：雖然目前醫學的發展，對於肩難產現象的發生或其可能造成的風險以然察覺認知，但察覺認知本身並不能改變肩難產是自然產的風險之一的事實；醫師對於該風險發生與否的控制其實與病患處於相當的地位，醫師能作的僅是依其專業，估計治療疾病內含風險發生的可能性，以及是否有其他可以替代的方案及其風險，再像病患說明清楚，而病患則根據醫師的說明，決定其是否願意承擔治療風險或何種治療風險，但是不論採自然產或剖腹產，分娩本身都具有風險，亦即，不論病患選擇何種分娩方式，都有不確定的風險，而醫師的說明及病患的同意皆不在於降低此種風險，其功能乃在於保障病患選擇的機會。參見侯英鈴（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務—台灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，《台灣本土法學》，第37期，頁74-75。

提出的許多醫療說明義務限制的衡量標準，應該也僅在後者方有適用餘地。

41. 衡量醫療說明義務範圍的標準

釐清上述之前提問題後，我們可以進入醫療說明義務範圍之衡量標準的討論。

醫療說明義務的範圍究竟為何，主要仍須視個別案例之情況而定，但其衡量基準大抵是遵循以下的方向：首先，先以理性病人之客觀上說明義務的標準為出發點，其次，再依下文提出之基準，根據具體情形作更進一步的衡量。因此可知，此處之醫療說明義務的範圍除了參考理性客觀之一般人的標準外，醫師對於已知或可得而知、病患決定接受醫療行為與否之際，可能會重視的特別的情報亦有詳實傳達的必要；亦即，在討論醫療說明義務時，理性病患的概念，除了平均的基準外，尚須結合個個病患的特別要素共同考慮之；可說是在採用一般基準的之時，亦同時參考了個別的基準。¹⁶³以下為可能之衡量依據：

風險（副作用、併發症）的典型性¹⁶⁴

所謂典型的危險，乃是指該治療程序通常會發生，而依醫師之經驗或專業水準必須考慮進來的醫療風險；與此相對之「非典型的危險」則是指在現代之治療、手術的技術水準下，沒有迴避可能性的重大風險。

是否具備典型性，最初是由併發症發生的頻率來判斷，亦即以統計上的蓋然性決定之，然而發展至後來，「特定風險在統計上發生的頻率漸漸變得不那麼重要；所謂的典型風險，毋寧更考慮到其對於患者為同意與否之判斷的重要性，而

¹⁶³ 河原格（1998），《医師の説明と患者の同意》，初版，頁 154-155，發行所：成文堂。

¹⁶⁴ 河原格（1998），《医師の説明と患者の同意》，初版，頁 155-156，發行所：成文堂。

倘若風險發生將影響到患者生活時，則特別具有重要性。¹⁶⁵」可知，在評估風險是否具備典型性之際，統計上之平均值雖然是考慮的要素之一，然使具體案例本身之危險增高的情事（如患者個人、醫師個人或其他治療體系內的要素）皆必須納入考量範圍。

風險（副作用、併發症）之重大性¹⁶⁶

如前所述，併發症發生的頻率是指其在統計上之量的關係，而此之風險的重大性，則是處理風險的質的問題。即便其發生的機率很低，但在理性病人作判斷之際，倘若可能發生之損害重大到足以影響其判斷之時（如死亡、臟器喪失等危險），醫師仍有告知的必要；另外，倘若風險發生的話，病患可能會處於較現時更糟糕的狀態者，則就此種風險，醫師亦有說明義務。向病患清楚說明該危險，待其瞭解後，方能為治療之同意或放棄的判斷。在這種場合中由於以個人的狀況作為對象，因此醫師必須適度瞭解個人及其社會關係等效果（如職業履行的障礙、活動的障礙、性的障礙、不孕等）。總言之，只要會對病患之身體造成相當大之痛苦者，即便發生的機率極微，醫師仍具有說明的義務。

治療情事的危急性¹⁶⁷

在決定醫療說明義務之際，重要治療的緊急性也會成為參考的座標；通常，治療的情事愈緊急，說明的範圍就愈狹窄。在直接威脅到病患生命的情況中，醫療說明義務的範圍限定在最本質的部分；與副作用相比，能使病患免於該威脅的醫療行為之效用重大許多，則在通常情形下理性病患的判斷判斷的結果原則上都

¹⁶⁵ OLG Stuttgart VersR 1987, 515. 轉引自河原格（1998），《医師の説明と患者の同意》，初版，頁156，發行所：成文堂。

¹⁶⁶ 河原格（1998），《医師の説明と患者の同意》，初版，頁156-157，發行所：成文堂。

¹⁶⁷ 河原格（1998），《医師の説明と患者の同意》，初版，頁157，發行所：成文堂。

是同意，此時醫師就沒有就副作用特別作說明的必要，反之，倘若該威脅並無如此重大，則對說明義務的要求就會提高。

病患之行為、理解力、經驗¹⁶⁸

原則上醫師必須就典型的危險為充分的說明，至於一般的危險只要為概括的說明即為已足；然而，醫療說明義務很重要的一個目的是在於保護病患之自主決定權，使病患有參與決定之機會，換言之，病患之個人主觀考量也應該受到重視。因此，醫療說明義務應由兩部分所組成，除了醫師以理性病患之標準、向病患為客觀之說明義務（醫療說明義務的客觀範圍）外，尚必須兼顧到病人的主觀考量，對病人所提出之主觀疑慮為解釋說明（醫療說明義務的主觀範圍）；而由於醫師不是病患本人，不太可能知道何種風險是病人主觀上認為很重要而將納入同意治療與否之決定依據的要素，因此，就醫療說明義務的主觀範圍而言，病人應該主動參與，亦即病人應主動提出個人考量的因素與問題，而醫師對於病人所提出的疑慮應為澄清與說明，如此方算是盡了醫療說明義務。

42. 試舉具體情形衡量之：絕對事由 v. 相對事由

上舉之衡量標準乃遇到實務案例時得參考的依據，以下將試舉幾種具體可能遭遇的情形，實際將衡量標準套入檢查之。¹⁶⁹

法律有特別規定的情形

¹⁶⁸河原格（1998），《医師の説明と患者の同意》，初版，頁 160，發行所：成文堂。與侯英泠（2002），〈論消保法上醫師之安全說明義務—台灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，《台灣本土法學》，第 37 期，頁 72。

¹⁶⁹參照陳子平（1999），〈醫療上「充分說明義務與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第 12 卷第 1 期，頁 17-21。

我國傳染病防治法第 44 條針對強制¹⁷⁰，後天免疫缺乏症候群防治條例第 10 條針對強制就診、檢查、隔離及精神衛生法第 20、41 條針對強制治療、強制鑑定¹⁷¹等等有特別的規定，基於公共衛生上等理由而接受強制性醫療行為時，接受該措施之患者的自我決定權是被否定的，原則上不發生醫療說明義務與取得病患同意之義務。

患者本身放棄醫療說明要求的情況

患者本身既然有知的權利及自主作決定的權利，自然亦可做出放棄（不想知道）的選擇，故病患明確作出放棄接受醫療說明之意思時，乃屬自我決定權的一種型態而應受法律之保護。此處應注意者為，在病患無積極要求說明的情況時，不應直接認為是放棄之意思表示的默示，理由在於，在病患仍某程度處於被動角色的現代醫療關係中，要求病患主動提出要求有實作上的困難，而屬於專家之醫師所負擔的醫療說明義務，並非僅是消極性等待病患詢問的說明義務，而係醫師本身主動為之的積極性說明義務，是故，倘若以病患無詢問當作減免醫師說明義務的依據，並不合理。

此外，儘管病患基於信賴關係放棄接受醫療說明的權利，而此時醫師在為醫療行為前即便未為相關說明，其法律效果仍與經病患同意之效果同視之，然而有論者以為，即便病患在一開始就已對診療之一部或全部為拒絕之意思表示，但

¹⁷⁰ 傳染病防治法第 44 條：「主管機關對於傳染病病人之處置措施如下：一、第一類傳染病病人，應於指定隔離治療機構施行隔離治療。二、第二類、第三類傳染病病人，必要時，得於指定隔離治療機構施行隔離治療。三、第四類、第五類傳染病病人，依中央主管機關公告之防治措施處置。」

¹⁷¹ 精神衛生法第 20 條：「嚴重病人情況危急，非立即給予保護或送醫，其生命或身體有立即之危險或有危險之虞者，由保護人予以緊急處置。」第 41 條：「嚴重病人傷害他人或自己或有傷害之虞，經專科醫師診斷有全日住院治療之必要者，其保護人應協助嚴重病人，前往精神醫療機構辦理住院。前項嚴重病人拒絕接受全日住院治療者，直轄市、縣（市）主管機關得指定精神醫療機構予以緊急安置，並交由二位以上直轄市、縣（市）主管機關指定之專科醫師進行強制鑑定。但於離島地區，強制鑑定得僅由一位專科醫師實施。」

作為診療之前提者如輸血的拒絕，醫師仍負有在適當的場合向病患說明不輸血可能產生的危險性之義務存在。¹⁷²按，病患有時會因為宗教的因素（如耶和華見證人）堅持不為某些醫療行為（如輸血）¹⁷³，惟其堅持有時可能危及生命，本文以為為求慎重，醫師應於需要輸血的時刻再向病患為一定程度之說明，如不輸血可能帶來的危險或嚴重性等等經說明後，倘若病患仍堅持己見，則由於此乃病患處於資訊完全的狀態所做的決定，醫師與輸血相關之說明義務即告解除，之後造成的不良結果乃病患自主權之行使而然，其效果應與已得病患之同意者同視。

上列兩種情況，原則上並未產生「病患自主權」與「醫師裁量權」拉鋸的狀態，在第一個狀況中由醫師權利取得壓倒性勝利，第二個狀況則是完全尊重病患的自主權，屬於衡量醫療說明義務範圍的絕對事由，亦即，倘若有此等情事出現，則不再產生醫療說明義務。



緊急事態的情況

此乃指情況緊急時，患者喪失意識而無同意能力，且又無時間獲得近親或法定代理人同意之情況而言。一般而言，可將緊急事態分成「侵入性醫療行為開始前的緊急事態」與「侵入性醫療行為開始後的緊急事態」兩種情況：就前者而言，

¹⁷² 稻垣喬（2002），《說明義務の範囲と基準》，二版，頁 51，發行所：有斐閣。

¹⁷³ 如日本的案例：「平成 13 年 5 月 3 日，57 歲的女性 A 聲稱其於換衣服時感到心悸、眼前昏黑一片，至訴外之救命醫療中心就診，因心電圖異常被介紹進入被告醫院。電流生理學檢查的結果，被診斷出是病竇症候群¹⁷³且需植入心律調整器，由於作導管檢查時也誘發了心房撲動，故也建議採用導管・電燒的治療方式（放入心導管後將異常的電流傳導組織以電凝固的方式燒掉、以下以「本件治療」代稱）。A 雖同意[該醫療行為]，但因其本身是耶和華見證人，故以其在治療中即使有輸血的必要也拒絕輸血為由，向被告負責治療的醫師提出了輸血謝絕兼免責證書。

同年 6 月 6 日進行本件治療，在導管插入後，在以電流生理學確定異常部位的檢查中，發生了右心房前壁穿孔之急性心包膜積液¹⁷³，[醫師]在無輸血的情形下進行緊急開胸手術作穿孔部的縫合，終致 A 因出血過量而死亡。」參見塚本太司（2007），〈エホバの証人にあける輸血謝絶兼免責証書の有効性〉，《年報医事法学》，第 22 號，頁 124-129。

因牽涉病患之生命健康等重大法益，且在常態情況下可推知病患倘若清醒為同意之意思表示的機率很大，故在為衡量之時，偏向以醫師的裁量權為主，病患的自我決定權會受到限制。至於後者，通常是指在獲得病患之承諾而進行一定之侵入性醫療行為（如手術）時，發現有擴大或變更該醫療行為的必要，卻又無法立刻獲得病患同意的情況¹⁷⁴；就此問題早先德國實務提出必須具備三要件始具有適法性：一、在手術途中判斷出患者存有若不盡快治療將有招致迅速死亡之極高可能性者，二、因中斷手術將可能發生新的危險的併發症者，三、較難想像患者就擴大手術會為反對之意思表示者，惟至 1988 年德國聯邦最高法院之判決卻變更立場指出，只要認為擴大手術符合病患之推定承諾時，則具有適法性。¹⁷⁵ 本文以為，此種情況應區分危險之緊急程度分別討論之，倘若該危險已符合德國實務所提出的第一項要點，即若不立時治療可能危及生命時，則除非患者已明白表達拒絕為全部或一部之醫療行為之意，在衡量之時應偏向以醫師的裁量權為主要參考依據，亦即，醫療說明義務可能獲得緩解，而在法理解釋上除了所謂推定的承諾外，或許還可以緊急避難作為阻卻違法的事由；倘若該危險並非如此刻不容緩，則在衡量之時應以病患之自主權為重，亦即，醫師仍應先為一定之醫療說明義務，待病患理解並同意後方為之，或許更恰當些。

¹⁷⁴ 如台北地院 94 年度醫字第 13 號民事判決，案例事實為：病患因耳下出現腫瘤而就醫，經醫院診斷為良性腮腺瘤並建議手術切除，為於手術中使發現並非良性腮腺腫瘤而係顏面神經腫瘤，因而未予切除而逕予縫合傷口。本案爭點之一在於，醫院於手術中發現病患係罹患神經腫瘤時，是否有義務立即切除？法院認為：由於病患與醫院間僅合意約定將「腮腺腫瘤」切除，因此無從認為病患不問該腫瘤之種類為何，一律同意醫院將該部分之任何種類之腫瘤切除。此外，良性腮腺腫瘤與腮腺內顏面神經腫瘤之手術切除方式不同，腮腺內顏面神經腫瘤與顏面神經緊密黏著，即使在顯微鏡下，也無法完全剝離，必要時可能需要切除顏面神經，並會造成部分臉部表性功能異常。至於醫院是否應該摘除神經腫瘤，經鑑定機關鑑定結果，需考慮許多因素，由於之前細針吸抽結果為良性，故維護顏面神經功能乃為首要考量，手術時應以保留顏面神經功能為首要考量，手術時應以保留神經為主，以不傷害神經為前提進行手術。從而，病患於術前就耳下腮腺腫瘤切除術的同意效力，應不及於性質上完全不同之另一術式即腮腺內顏面神經腫瘤切除，況且縱使依醫學適應症與原理，醫院宜將手術之範圍擴張、變更或追加術式時，卻不為變更或擴張，僅將手術中止，復未施行原定手術，亦屬合理的處置。從而應認為醫院並無切除腮腺內顏面神經腫瘤之義務。參見邱琦（2009），〈醫師沒有告訴我的話——論告知義務與不完全給付〉，《月旦法學》，第 164 期，頁 44-45。

¹⁷⁵ 陳子平（1999），〈醫療上「充分說明與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第 12 卷第 1 期，頁 18。

醫療行為非以疾病之治療為目的

此情形乃指病患所接受的醫療行為並非以治療為目的的情況，舉例來說如試管嬰兒、避孕、美容整型、為出國旅行而為的預防接種、因鑑定所為之檢查、純粹醫學上的檢查等等。¹⁷⁶由於在此種非以治療為目的且不具緊急情事的狀態中，病患並沒有接受此等危險的必然原因存在，故認為在醫療說明義務之範圍的判斷上，應以病患的自主決定權為重，醫師應盡可能為最正確最詳細的說明；只要醫師可預見或可得預見，即便是極罕見、極端的併發症或副作用都應該使病患知悉，與其他的情況相較，此處的醫療說明義務範圍最為廣泛。惟相對的，倘若醫療行為是以治療為目的，則因疾病的治癒具有必要性及迫切性，則即便此類醫療行為具有罕見、極端之併發症或副作用，只要在一般情況下尚不至於影響到病患對於同意權的行使，原則上不包括在醫療說明義務的範圍之內。其理由在於，醫療行為為具有高度風險及不確定性，倘若對於醫療行為中可預知或不可預知的併發症一律納入醫療說明義務的範圍中，則非但造成醫療資源的浪費，亦將使作決定的病患無所適從，造成自主權保護的空洞化，反而與規範初衷背道而馳。¹⁷⁷¹⁷⁸

危險程度非常輕微的狀況

¹⁷⁶ 河原格（1998），《醫師の説明と患者の同意》，初版，頁 157。

¹⁷⁷ 邱琦（2009），〈醫師沒有告訴我的話——論告知義務與不完全給付〉，《月旦法學》，第 164 期，頁 44。

¹⁷⁸ 就後者的情況，我國有一實務案例可供參考：（台北地院 93 年度醫上字第 5 號民事判決、台灣高等法院 96 年度醫上字第 11 號民事判決）。其案例事實為：病患因右眼罹患老年性白內障，就醫實施白內障摘除及人工水晶體植入手術，惟手術過程中發生上脈絡膜猛爆性出血，術後發現右眼模糊，病患主張係未告知系爭手術風險與併發症之機率而請求損害賠償。經鑑定機關鑑定認為，上脈絡膜猛爆性出血乃因術中或術後睫狀動脈破裂造成大量出血或大量滲出液聚集在上脈絡膜腔而造成脈絡膜剝離，若造成水晶體及其他內容物脫出則稱為猛爆性。其危險因子包括年紀大、有青光眼病史、高眼壓及較長眼軸長度等，而上脈絡膜猛爆性出血具有 0.05%-0.8% 的發生率。本案之病患當時右眼矯正視力為 0.3，左眼矯正視力為 0.5，兩眼不等視，視差超過五百度，符合系爭手術的要件，且病患亦簽署手術同意書，同意醫院實施系爭手術以治癒白內障病症，足證病患係以治癒白內障為目的接受系爭手術。而原告除了年紀大以外，並無青光眼或高眼壓病史，而且目前超音波晶體乳化術已大大減少上脈絡膜猛爆性出血的發生率。法院認為，醫院之告知義務的範圍僅限於一般常見能發生之手術併發症或副作用，並不及於罕見、極端的併發症或副作用；而上脈絡膜猛爆性出血現象既屬罕見之手術併發症，已如前述，則應認為醫院就此罕見併發症之發生，並無對病患告知的義務。參見邱琦（2009）。〈醫師沒有告訴我的話——論告知義務與不完全給付〉，《月旦法學》，第 164 期，頁 44。

關於手術等侵入性醫療行為之危險性或副作用，醫師應加以說明，本無疑義，惟在危險性或副作用發生之程度極微小的狀況下，是否得以此為由而減免說明義務？本文以為，此處主要仍應屬於醫師裁量權的範圍，即是否將該內容含括於醫療說明義務的範圍內，乃由醫師依其專業決定之，故依醫師的判斷，在一般情況下，此內容並不會影響病患接受治療與否之判斷時，則醫師對該內容就不具說明的義務；然而，醫師在為判斷之際，仍應盡量推測病患之所思所想，即該內容是否將構成病患同意治療與否之決定基礎，且是以該具體病患之情況為考量依據，方為恰當。

對患者有不良影響的情況

此情況乃指醫師若對患者說明診斷結果、治療的預測、危險性等，將可能會帶給患者之生命或健康重大危害，或者可能使患者不安、精神動搖而影響治療時，醫師基於醫學上之判斷而不對有判斷能力之患者說明治療之情形；此於美國或德國又稱為醫師的「治療特權(therapeutic privilege)」，屬於醫師的裁量權範圍。¹⁷⁹惟本文以為，以「治療特權」一言即免除醫療說明義務，實嫌速斷，且此情況與上列之「危險程度非常輕微」的狀況不同，後者尚涉及醫療資源有效分配等等的考量，交由醫師依其專業裁量之，某程度較具有正當性，惟在前者的情形中，其與經濟要素無涉，完全是醫師對於病患心理的主觀臆測，如此一來，與其由他人猜測當事者的主觀想法，不如交由當事人自主決定之；病患也許不如想像中堅強，但也未必如想像中柔弱，即便是壞消息，誠實告知，給病患充分時間為適當的事務調整、心理調整，長遠看來，未必不是一件好事；況且，醫療行為某程度也算是發現真實的工作，病患是否能勇敢面對真實並不屬於醫師的責任範圍。因此，本文以為在這種情況下，在衡量醫療說明義務之範圍時，應偏向以患者的自主決定權為準，即除非醫師有明確證據確信倘若告知將會造成患者重大且不可回復之

¹⁷⁹ 陳子平(1999)，〈醫療上「充分說明與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第12卷第1期，頁19。

健康傷害時（本文以為「可能使患者不安」或「可能拒絕治療或影響治療」等理由不應含括在內），否則皆應納入醫療說明義務的範圍，不應以將對病患造成不良影響為由而減免之。

患者對說明內容已有相當知識的情況

此情況乃指病患就醫師應說明之危險性等內容已經具有一定之知識，因此該患者即使無醫師之說明也已經能夠自我決定，故醫師無說明之必要。¹⁸⁰課予醫師醫療說明義務的主要目的乃在於保護病患之權益，倘若病患已處於資訊充足的情況下，自然毋須再為說明。要注意的是，「已有相當知識的情況」不應包括病患「應知的情況」，亦即不應以病患具有認識可能性作為減免醫師醫療說明義務的依據，理由在於說明義務的目的之一係為各個病患行使自主決定權而設，故應以具體患者已對資訊有實際認識為必要，倘若以認識可能性作為檢驗標準，與此意旨有違，並不適當。



在以上所列的情事中，出現了「病患自主權」與「醫師裁量權」拉鋸的狀態，非由一方處於優勢的地位，而須視具體情形的不同，在雙方間取得巧妙的平衡，為衡量醫療說明義務範圍的相對事由。醫療活動是不斷變化的動態活動，加入人的要素後更形複雜，事件與事件間也許相似，但必然不會完全相同，因此，在沒有絕對標準的情況下，我們只能從個案來累積通則，而此，本文之力所難逮，將有賴法院判決之累積來完成之。

¹⁸⁰ 陳子平（1999），〈醫療上「充分說明與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第12卷第1期，頁20。



第四章 醫療說明義務違反之法律效果

立基於前兩章之推論，我們發現不論從契約義務或侵權義務推導，其因此得出的醫療說明義務應具有相同的內容範圍，以此為基礎，我們將更進一步探討違反醫療說明義務之法律效果。本章將先自說明義務的法律性質談起，對其作相對清楚的界定後，再自此導出相對應的法律效果，此外，本文亦將在本章中討論主張契約責任與侵權責任在訴訟程序中各有何利弊，以釐清在契約責任與侵權責任之內容相同（至少在醫療說明義務方面是如此）的情況下，為何當事人會在進行訴訟程序主張權利時做出偏好侵權責任而非契約責任的選擇，以及在現行民事訴訟法的實務運作下，該區別是否仍具有實益。

第一節 契約責任觀點

台北地院 89 年度重訴字第 472 號判決曾言：「按醫師或醫院提供特殊之醫療技能、知識、技術與病患訂立契約，為之診治疾病，係屬醫療契約，其契約性質為何，固不無疑問。」誠如斯言，醫病關係自古以來即存在，惟該契約類型之爭議，卻始終莫衷一是。

我國學者通說認為，醫療契約係約定以醫療服務提供者（債務人）之給付行為、方式為給付內容，而非以預定的效果作為給付內容，故原則上，醫療契約屬於委任契約，或近似於委任性質之非典型契約，僅於當事人間有特別約定之例外，使得認定為承攬或僱傭契約。¹⁸¹實務界亦多採此見解。¹⁸²惟亦有學者認為，依照

¹⁸¹ 如林誠二（2002），《民法債編各論 中》，頁 71-72，瑞興出版。邱聰智（2000）。《民法研究》，

我國民法第 529 條規定，醫療契約既不屬於法律所定其他種類之契約型態，則應適用委任的規定而為準委任契約，不應另外認為是無名契約¹⁸³；或有認為手術之醫療行為係以有一定而明確事項為目的，病人在該行為完成後給付報酬者，其性質應屬民法 490 條之承攬契約，此外也有認為「包醫」、「助產」、「看護」等屬無形結果之承攬契約者¹⁸⁴；又有認為醫師與病人間訂定之契約，若著重傷病之治癒則為承攬，若著重於勞務提供則為僱傭者¹⁸⁵；更有依醫療行為之類型為判斷者，認為「一般醫療契約」為委任契約、「健康檢查契約」為承攬契約、而「實驗性醫療契約」係贈與與委任的混合契約、其他非診療目的之人工受精、變性手術、美容整行等，則是醫病雙方是否約定應完成一定醫療效果來判斷屬委任或承攬契約¹⁸⁶。總體而言，眾說紛紜，對於醫療契約的法律性質，始終沒有定見。¹⁸⁷

為醫療契約的法律屬性作定位，在契約當事人未為特別約定時，可以法律作補充，某程度有使雙方當事人間之權利義務關係明確化的功能，難謂不具有重要性；然而，本章所關注之重點乃在於義務違反時之法律效果：保護客體、損害賠償範圍、消滅時效等及其在訴訟上的攻防實力分配：舉證責任，為所有契約類型都可能遭遇的一般性問題，契約的定性在這個問題點上似乎並不是那麼重要，礙於時間物力，於此就先按下不表，直接進入以下的討論：

二版，頁 413-415，台北：五南。孫森焱（2005），《民法債編總論 上》，修訂版，頁 47 頁。

¹⁸² 採委任契約說者：最高法院 82 年度台上字第 267 號、92 年度台上字第 1057 號、高等法院台中分院 92 年度上字第 121 號、高等法院台中分院 90 年度重訴字第 1045 號。採非典型契約說者：高等法院台南分院 93 年度醫上字第 1 號、高等法院 90 年度重上更（一）字第 1202 號。兼採者：高等法院 90 年度重上字第 463 號、台北地院 89 年度重訴字第 472 號等。

¹⁸³ 王祖龍（1970），〈醫師之民事過失責任〉，《法令月刊》，21 卷 1 期，頁 6。

¹⁸⁴ 邱聰智（2002），《新訂債法各論 中》，頁 203，台北：元照。與朱柏松（1998），《消費者保護法論》，頁 247-250，台北：翰蘆。

¹⁸⁵ 史尚寬（1986），《債法各論 上》，頁 275。

¹⁸⁶ 張世展（2004），〈論醫療行為有關民法上損害賠償諸問題〉，《司法研究年報》，24 輯 1 篇，頁 57。

¹⁸⁷ 吳志正（2006），〈醫療契約之定性〉，《月旦法學》，139 期，頁 202-203。

第一項 說明義務的法律性質

43. 契約責任觀點之法律性質的相關學說整理

契約關係，顯然不是由一個個別的債權債務所構成，債之關係有廣義及狹義之別，而隨著債法體系之變遷與發展，現代債法更是強調所謂「債之關係義務群」的建立。就權利義務於契約中的定位主要有主給付義務、從給付義務及附隨義務三種型態，當然此三分法是否適當仍有討論空間，然本文於此並無推翻此種分類型態的意圖，故為行文方便，以下將直接以三分法為架構，整理現有文獻關於醫療說明義務之法律性質的討論，再於此基礎上提供本文的意見。

一、主給付義務說

所謂主給付義務，係指構成某種契約類型所必須具有的固有義務¹⁸⁸；在雙務契約中，其構成交換關係之給付及對待給付的義務，如於物之買賣，出賣人交付標的物與移轉所有權的義務（民法 348 條第 1 項）與買受人支付價金的義務（民法 367 條）處於交換關係，均為主給付義務的一種型態。¹⁸⁹

主張醫療說明義務屬於主給付義務者又可分為兩說。其一為「醫療義務之一部說」，主此說者謂「醫療義務為醫師民法上之主要義務，而醫師之說明雖非治療之直接要素，但無論如何，於法律上應將醫師之說明視為與主義務等值之構成要件，此乃何以對患者實施治療時應得患者之協力且須對患者說明之故也。」，故「嚴格言之，醫師之說明義務可謂係應為適當醫療義務之一部份。」¹⁹⁰另一說則是，「與醫療義務相並存之獨立義務」，此說基於患者之承諾並非醫療契約之內容，且於保

¹⁸⁸ 王澤鑑（2004），〈同時履行抗辯：民法第二六四條規定之適用、準用及類推適用〉，《民法學說與判例研究第六冊》，頁 149，作者自版。

¹⁸⁹ 陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，頁 89，台北：學林。

¹⁹⁰ 唄孝一，治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例学説契約法大系 VII 補卷，昭和四十五年八月初版第五刷，頁 76。轉引自楊慧鈴（1990），《醫師說明義務之研究》，頁 48，政治大學法律學研究所碩士論文。

障患者自我決定權之前提下，自應加強醫師說明義務之地位等理由，因而主張「為取得有效承諾之說明義務」當非包含於醫療義務之內，而提升其地位至與醫療義務並列，為一獨立存在之主給付義務。¹⁹¹

二、從給付義務說

從給付義務雖然不是債之關係構成的要素，但卻能確保或輔助債權人給付利益的實現。日常生活常見的例證為買賣的包裝義務：出賣人交付買賣標的物，若已經包裝為必要，或不可期待買受人受領未經包裝的物品，如禮品之買賣，則出賣人負有包裝義務。¹⁹²從給付義務係基於誠實信用而發生，其目的在於保障及促進債權人之給付利益，債權人可以訴請債務人履行。¹⁹³

論者有認為醫療說明義務屬於從給付義務者，其主要理由在於：第一、醫療行為的施行方為醫療契約的基本給付內容，而為取得病人同意所為的告知或說明，並不能決定契約的類型，只不過是使醫療行為合法化所必須採取的步驟而已。第二、倘若就醫療說明義務在醫療契約中的功能進行觀察，可發現該義務具有保障醫療契約締結當時患者所期待之給付利益得以正確且有意義的實現，避免因醫師沈默之蒙蔽或不正確的說明而使主給付內容失其意義的效果，此與從給付義務的功能相當，故應可認為其為從給付義務的一種。¹⁹⁴

¹⁹¹ 喂孝一，治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例学説契約法大系VII補卷，昭和四十五年八月初版第五刷，頁76。轉引自楊慧鈴（1990），《醫師說明義務之研究》，頁48，政治大學法律學研究所碩士論文。

¹⁹² 陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，頁90，台北：學林。

¹⁹³ 王澤鑑（2004），〈同時履行抗辯：民法第二六四條規定之適用、準用及類推適用〉，《民法學說與判例研究第六冊》，頁149，作者自版。

¹⁹⁴ 楊慧鈴（1990），《醫師說明義務之研究》，頁51-52，政治大學法律學研究所碩士論文。

三、附隨義務說

單純就此義務之理論發展而言，無論在用語上、體系的構成上、正當化的基礎上，甚至法律性質上，無不具有高度爭議性：王澤鑑教授稱此義務為「附隨義務」¹⁹⁵，德國學說則將之稱為「注意義務」、「保護義務」、「其他行為義務」、甚至是「其他義務」以概括其餘者。再就體系構成而言，給付義務以外的其他義務，得否進一步區分其種類而予以類型化、體系化，學說也有爭論：如王澤鑑教授依其功能的不同，將之區分為兩類¹⁹⁶，其一為促進實現主給付義務，使債權人的給付利益獲得最大可能的滿足（輔助功能）。例如花瓶的出賣人應妥為包裝，使買受人得安全攜回。」第二類為「維護他方當事人人身或財產上利益（保護功能）。例如雇主應注意其所提供工具的安全性，避免受僱人因此受損害。」第一種型態的附隨義務，其功能為輔助實現債權人的給付利益，就功能而言，與從給付義務相同，則其區分的正當性何在？是否具有區分的實益？王澤鑑教授認為，二者的區別應以是否得訴請履行作為判斷的標準，惟陳自強教授以為，原則上所有的義務皆可訴請履行，只是在訴之聲明的表達上或許需要較花心思，而第一種類型的附隨義務，其目的既然在於輔助實現債權人的給付利益，則將與從給付義務難以區別，並且也無區別之必要。¹⁹⁷本文亦同此見解，因此，債之義務關係群主要可分成兩類，一類為與債之履行相關之義務類型，包括主給付義務及從給付義務，另一類則為王澤鑑教授所謂之「維護他方當事人人身或財產上利益」之第二類型的附隨義務，多數說稱為保護義務，其目的在於使當事人免於給付利益以外其他法益之損害，即維護債之關係當事人的完整利益。¹⁹⁸

依多數見解，醫療說明義務乃由附隨義務衍生而來，已如前述（請參考段碼「16.比較法觀察：以誠信原則/默示條款呈現」及「40.自附隨義務所發展之醫療說

¹⁹⁵ 王澤鑑（1999），《債法原理—基本理論債之發生》，頁43，台北：作者自版。

¹⁹⁶ 王澤鑑（1999），《債法原理—基本理論債之發生》，頁44，台北：作者自版。

¹⁹⁷ 陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，頁96，台北：學林。

¹⁹⁸ 陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，頁96，台北：學林。

明義務實質內容」的論述)。唯其對附隨義務的定義與本文所採取的似有不同，究竟何者為當，將於後文詳論之。

44. 本文見解：不同的義務種類歸屬於不同的法律性質

我國契約法上對於債務人的給付內容，有為主給付義務、從給付義務及附隨義務等分類，而就具體契約中的權利義務關係究竟應歸入哪一個分類項下，也有學者提出具體的標準，幫助我們篩選歸納不同的義務型態，以賦予其不同的法律效果。當然，此種分類標準是立基於「給付義務三分類」的基礎上，為避免焦點混淆，本文擬將此作為先驗的分類準則，暫不著墨於其正當性，以下仍以傳統分類作為論述基準，試圖為醫療說明義務的法律性質找到較適當的定位。

首先，先就醫療說明義務是否可能為主給付義務作檢視。主給付義務者，乃指契約上固有、必要，並用以決定契約類型的基本義務。醫療契約的目的在於醫療服務的交換，醫師藉由診斷、治療等步驟提供醫療服務，以其回復病患之健康，病患則是以支付相當金錢對價的方式，作為受領醫療服務之對待給付；依此，可知醫療契約乃以提供醫療服務為其主要目的，對病患為相關之說明固然重要，但並不屬於決定契約類型的重要因素，故從功能面來看，醫療說明義務並不足以作為主給付義務。此外，契約之成立原則上取決於締約當事人雙方之同意，惟醫療說明義務中有很重要的一種類別為「為取得病患承諾之說明義務」，此義務的主要目的即在於詳細告知病患其於即將經歷的醫療過程中可能遭遇的處遇及相關風險，提供病患充分的資訊以作為其進入契約的考量要素，換言之，在契約成立以前，醫師可能就有為醫療說明的義務；倘若締約雙方意見相左，醫療契約是否已達合致，是否算是成立，均是將醫療說明義務納入主給付義務之範圍時，可能遭

遇的難題。一言蔽之，可發現將醫療說明義務劃歸為主給付義務的一部將產生說理上的窒礙，且就功能觀之，醫療說明義務也不具備主給付義務的義務特質，因此，本文不擬將醫療說明義務之法律性質論為主給付義務。

其次，將對醫療說明義務是否適當歸類為從給付義務來進行檢視。從給付義務者，其功能在於補助主給付義務，其存在係在實現部分的給付結果，以完全滿足債權人給付上的利益，而就前揭文中對於契約責任下醫療說明義務的分類來看，「與契約之履行相關之醫療說明義務」，如正確用藥方式的說明、飲食控制方法的說明、正確預防措施的指導、病人放棄治療或提早出院可能發生的危險的告知等等，若將醫療契約的主要目的設定為幫助病患回復或維持身體健康的話，則上揭說明內容皆具有提升醫療行為成功率的功能，與從給付義務所欲達到的功能相當，就此點而言，似乎有將醫療說明義務定性為從給付義務的空間。

而「與契約履行無直接關係之醫療說明義務」部分，主要是指為獲得病患有效同意的說明義務，乍看之下似與從給付義務之功能不相符合，然而，若將醫療契約所欲達成的目的作擴大解釋，認為其不應僅僅侷限在幫助病患回復或維持身體健康，尚包含幫助病人透過一定醫療而取得更好的生活狀態的話，則「為獲得病患有效同意之說明義務」之目的在於幫助病患更準確的評估衡量利害關係，某程度具備使病患運用其自主權，決定最適合自身的醫療處遇的意涵存在，若從此角度觀之，則並非無將此類醫療說明義務也納入從給付義務的可能。

綜上，可發現不論何種醫療說明義務在解釋上皆具有解為從給付義務的可能，惟從給付義務原則上不能脫離主給付義務單獨存在，則在先契約告知的情況中，亦將遭遇前述主給付義務說之窘境，故是否適當將醫療說明義務直接定性為從給付義務，尚有斟酌的必要。

最後，再就醫療說明義務是否適當定性為附隨義務來作檢視。附隨義務者，乃指與契約之目的不一定具直接相關，而是以保護交易相對人之整體利益，特別是固有利益的義務型態；在分類上，有論者以為主要可區分成：「促進實現主給付義務，使債權人的給付利益獲得最大可能的滿足（輔助功能）」及「為維護他方當事人人身或財產上利益（保護功能）」兩類，然第一類之附隨義務與從給付義務難為區分且無區分之必要，已如前述，故本文僅將第二類之義務，即所謂「附隨保護義務」歸入附隨義務的範疇，與向來附隨義務的範圍略有出入，先予敘明。

回到醫療說明義務的型態來看，「與契約履行相關之醫療說明義務」主要的功能在於提升醫療行為之成功率，與契約履行高度相關，且有輔助主給付義務的功能，在性質上較容易解釋為從給付義務（或王澤鑑教授所為之分類的的第一類附隨義務）；然而反觀「與契約履行無直接相關之醫療說明義務」，其雖並非完全無解釋為從給付義務的可能，惟自其主要目的乃在於保障病患自主權之行使，維護病患生命身體健康完整性之觀點來觀察，與其說此乃從給付義務，其毋寧更接近附隨義務的義務型態。況且，附隨保護義務係使當事人免於給付利益以外其他法益之侵害，與契約目的之實現，並無直接必然的關係，換言之，該義務之存在，並不以契約有效存在為前提¹⁹⁹，故在「為取得病患有效同意之說明義務」的部分，即便該義務可能先於醫療契約存在，亦不致產生說理上的窒礙。

綜上所言，本文傾向認為：依醫療說明義務種類之不同，其亦分別定性為不同的法律性質。「與契約履行相關之醫療說明義務」的法律性質為從給付義務，「以契約履行無直接相關的醫療說明義務」的法律性質為附隨（保護）義務，之所以

¹⁹⁹ 陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，頁99，台北：學林。

如此，主要仍是以義務的功能作為論述基礎，即前者之功能在於輔助醫療服務之主給付義務更加圓滿的達成，後者則以保護當事人之固有利益為其目的，故分別歸屬之。此外，「與契約履行無直接相關的醫療說明義務」中的重要類別，「為取得病患有效同意之醫療說明義務」可能涉及契約內容是否已經當事人雙方合意問題，為避免契約成立與否在說理上可能造成的窒礙，在解釋上也將其歸於可獨立於主給付義務存在之附隨義務較為適當。

第二項 違反說明義務之法律效果

45. 各種義務型態之違反的法律效果說明

主給付義務的法律效果，在於同時抗辯，以及給付不能時的特殊法律效果，例如解除契約。若將說明義務認為是主給付義務的話，不論其是否為獨立存在的義務，病人在醫療行為進行前，均可主張同時履行抗辯，並且得訴請履行；若醫師未履行，則病患可以主張可歸責之給付不能等相關法律效果。²⁰⁰從給付義務係基於誠實信用而發生，其目的在於保障及促進滿足債權人之給付利益，債權人亦可訴請債務人履行；從給付義務應否納入雙務契約履行上之牽連關係（即是否得主張同時履行抗辯），雖有爭論，但原則上仍採肯定說，尤其是與契約目的之實現具有密切關係之從給付義務，更應就具體案件依雙務契約之類型及當事人的利益狀態，依誠信原則定之。²⁰¹至於附隨義務的法律效果方面，其欠缺「獨立訴請履行」及「同時履行抗辯」的權利，違反附隨義務之時，因已為給付，原則上沒有給付不能或遲延給付的問題，然可能構成不完全給付之債務不履行責任，而附隨義務之違反所侵害者乃債權人之固有利益，故主要是屬於不完全給付中的「加害

²⁰⁰ 許純琪（2002），〈醫病關係中的告知後同意〉，頁 91，國立台灣大學法律學系碩士論文。

²⁰¹ 王澤鑑（2004），〈同時履行抗辯：民法二六四條規定之適用、準用及類推適用〉，《民法學說與判例研究第六冊》，初版，頁 149-150，作者自版。

給付」的責任態樣。

在保護客體方面，自民國 88 年增訂民法第 227 條第 2 項與第 227 條之 1 後，債權人因債務不履行所受之損害，不論是財產權或是人格權之侵害，皆得依法向債務人請求賠償，且不論是違反何種型態的義務都能主張該項權利；放到醫療關係的體系中即表示，病患就醫療傷害依債務不履行法律關係主張權利者，除財產權以外，亦有主張人格權保護的可能，在此前提下，病患自主權就有納入法益保護範圍的解釋空間，而此點不論是將醫療說明義務歸入何種義務型態都不會改變的。



46. 從給付義務與附隨義務在法律效果上區別實益不大

本文將醫療說明義務依類型不同劃分為「從給付義務」及「附隨義務」兩種法律性質，故依上所述，二者之法律效果的最大差異在於「獨立訴請履行」及「同時履行抗辯」之法律權利的有無。然而，本文一方面雖然將醫療說明義務依其類型分別歸屬於不同的義務型態，但另一方面，本文卻又認為，從給付義務與附隨義務間並不具有相當大的區別實益，理由在於：

首先，於契約關係，特別是雙務契約關係中，由於當事人的約定內容，常僅限於必要之點，即構成交換關係的主給付義務，主給付義務以外，是否發生其他義務，當事人若不暇觸及，欠缺約定，就此等問題發生爭議，就會涉及契約漏洞及其填補的問題。²⁰²契約漏洞的填補，不外乎任意規定及契約補充解釋，而從給

²⁰² 陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，頁 91，台北：學林。

付義務除了基於任意規定而發生外，倘若在法無明文的情況下，基於契約補充解釋而發生的話，與從誠信原則發展而來的附隨義務，某程度上即可能有疊合之處。

此外，在效果方面，即便從給付義務形式上較附隨義務多出了「同時履行抗辯」及「獨立訴請履行」等權利，但實質運作上會發現這些效果實際上很有限：先就「同時履行抗辯權」而言，假設醫師要為病患進行一項手術，但並未向病患說明相關的資訊，由於同時履行抗辯權是一種積極保護個人權益之事前機制，如果病患會想要行使該權利，必然是已經意識到自己不一定願意經歷該手術，即病患可能會有「醫師不為說明，我就不同意該手術的進行」等反應，而該反應本身其實就已經足夠處理醫病關係間的窘境：在一般情況下，醫師不會強制病患接受手術，特別是已經表達明確意圖的病人。因此，同時履行抗辯權所欲達到的目的在無形中已被完成，失去另外行使的必要性。

至於「獨立訴請履行」的權利，其實質上效果又是如何？首先，說明義務是否能夠強制履行，其實已有疑問，況且說明義務的重心在於醫師懇切與病患與談的態度，是否適當強制執行，亦尚待考慮。此外，賦予病患這個事前預防的機制，是否真的有助於醫病關係間資訊的衝突？從醫師的角度來看，假若醫師不願藉由說明取得病人的同意，除非有其他阻卻違法的事由存在，很難期待一個理性的醫師會想要進行此項醫療行為，我們幾乎可以說，醫師通常是根本不願意為該醫療處遇；再從病患的角度來看，除非該名醫師所提供的服務無法被取代，病患與其花費時間費用成本，繞一大圈向法院要求資訊，不如直接求之於其他願意「賣資訊」的醫師，也就是說，病患訴請法院執行的成本花費與其所能得到的效用不符，一個理性自利的病人，原則上不會為之。是故，不論從醫師方或病患方來看，都只會得到「不要進行該醫療行為」的效果，可見該機制對於醫病關係間資訊的衝突沒有助益，即便賦予之，效果也並不顯著。

綜上所言，本文以為，應將醫療說明義務之法律性質定性為從給付義務或附隨義務，在法律效果上，似乎並沒有太大的區別意義；一般而論，從給付義務與附隨義務二者在法律效果上有所不同，但倘若放到醫療說明義務的框架下檢視，其所設計的制度目的難達，自然使區別的實益降低許多。我國法院實務對於醫療說明義務在契約上的法律性質似乎並未多作著墨，而少數點到該主題的判決（如本文所選之【奇美醫院未告知手術外病況案】），又未區分說明義務之類型，一律將之歸類於附隨義務，若依本文之推論邏輯，實務見解在分類上似乎不夠細緻，尚有精進空間，然或許也有可能將之解釋為：法院認為二者間區別實益不大，故選擇了醫療說明義務中較大宗的類型：為取得病患有效同意之說明義務作為樣本，以之定性醫療說明義務的法律性質也未可知。

或有論者認為，醫療說明義務較偏向主給付義務，而非從給付義務或附隨義務，尤其是在本文所選擇輔大新生健康檢查案例中更是如此，對於此點，本文仍是固執己見：健康檢查雖以檢查結果之報告為其主給付義務之一，惟大部分的健康檢查契約因成本計算之考量，通常多有特定檢查項目的約定，本文以為，僅有此類特定檢查項目之檢查結果的告知，可充其量稱為主給付義務，至於其他於履行契約債務之時所發現的非屬特定檢查項目之重大事項，債務人仍應負有說明的義務，只是此種事項的說明已超出契約相對人的約定範圍，再無法稱為主給付義務，而是基於信賴關係與誠信原則所生之附隨義務，至於本文所選擇的另一案例：奇美醫院未告知手術外病況案，其契約目的如案情所述乃在於攝護腺之治療，故主給付義務為治療行為（手術行為）之服務的給付，而於為麻醉之安全所為之例行性肺部檢查之際所發現之黑點的告知，已逸脫主給付義務範疇，屬於附隨義務，更是無疑。是故，針對前文所提出的兩個案例，本文還是認為其所牽涉之醫療說

明義務應歸屬在附隨義務的範疇，而大部分我們討論的醫療說明義務，即便是在健康檢查的情況中，也通常是特約事項以外者才容易成為爭議的客體，故本文以為，將醫療說明義務納入附隨義務或從給付義務，較歸類於主給付義務更有討論的空間（因為案例類型較多）。況且，即便是採論者之說法，將醫療說明義務歸入主給付義務，其法律效果如前所述，與歸類於從給付義務或附隨義務相比，並無太大的差別，可見醫療說明義務究竟放在契約義務型態的哪一個位置，並沒有想像中如此重要，反而，可以確定的應是：不論放在哪一個位置，醫療說明義務都是醫療契約義務之中不可或缺的一種義務型態。

47. 義務主體須就其不可歸責事由負舉證責任

至於舉證責任方面，按民法 230 條規定：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」本規定所採用的句法，在學說上稱為「消極措辭」，而在構成要件的安排上，此種句法有使其規定之事項在規範上成為一種例外的要件事實，從而移轉其該當適時之舉證責任的作用。²⁰³又依民法第 227 條第 1 項規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使權利。」因此關於不完全給付之可歸責性，應類推適用民法第 230 條規定，由債務人就其不可歸責事由負舉證責任。其論理依據為：契約成立後，債務人負有依債之本旨為給付之義務，債權人得合理期待債務人依約履行，故當債權人之給付期待落空時，要求債務人舉證就該債務不履行之原因，係不可歸責於債務人所致，應屬合理；且因債務人不履行債務之原因係存在於己身，因此令其負擔舉證責任，應無困難可言。從而債權人請求履行契約時，僅需證明契約之存在即可，惟若債務不依債之本旨履行契約，而為不完全給付時，則

²⁰³ 黃茂榮（2002），《債法總論 第二冊》，頁 197，註 77，台北：植根法學叢書編輯室。

其原有之給付義務並非因此而免除，僅性質上轉變為損害賠償義務，故債權人請求損害賠償時，亦僅需證明債務人不履行契約為以足；因此債務人如欲免除其給付義務或損害賠償義務，自應舉證證明係因不可歸責於債務人之事由而致債務不履行。²⁰⁴

如前所述，醫療說明義務在醫療契約中可能被定性為從給付義務或附隨義務，然不論為何種法律定位，皆應由債務人，放到醫療說明義務的脈絡下，即為醫師方，就其已盡充分詳實的告知負舉證的責任。

第二節 侵權責任觀點

本節將從侵權責任的觀點來定位醫療說明義務的法律性質，由於告知後同意法則乃首見於美國法，而美國法在處理醫療相關問題時又多採侵權責任作為其紛爭解決的法律依據，尤其在醫療說明義務方面，美國法從來沒有用契約法理論處理過相關問題²⁰⁵，主要乃是從侵權行為法(tort law)來建立告知後同意的請求權基礎，²⁰⁶故本文擬以美國法作為比較法的基礎，先介紹美國法之制度內容，以之作為引子，再整理我國與此議題相關之學說見解及實務現況，最後，以外國法為借

²⁰⁴ 參見姜世明（2006），《舉證責任與真實義務》，頁 89，台北：新學林。與氏著（2004）之《新民事證據法論》，頁 347-348，台北市：學林文化。

²⁰⁵ 楊秀儀（2005），〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學》，第 121 期，頁 141。

²⁰⁶ 可能的原因為：告知後同意法則主要是規範「醫病關係」，而醫病關係間不僅是契約關係(contractual relation)，更因為權力之不對等而形成一個專業「信賴關係」(fiduciary duty)，在此一關係下，醫師負有一「忠誠義務」(fiduciary duty)，應向病人進行病情告知，並對病人的病情保密。「信賴關係」與「忠誠義務」並非源自於雙方當事人之契約，也不得由契約加以修正限制，故違反「忠誠義務」乃由侵權行為法來規範，而非由契約法來規範。除此之外，醫療契約因為晚進醫療給付型態的複雜化，尤其是第三付費人(third-party payer)，使得契約主體發生變化，若以醫療契約來建構醫師之說明義務可能徒增困擾。參考楊秀儀（2005），〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學》，第 121 期，頁 139-140。

鏡，對我國現行制度進行檢討，以期能為說明義務的法律性質找出更適當的法律定位。

第一項 說明義務的法律性質

第一款 美國法

在英國，侵權行為法稱為 Tort，按其字義係指不法侵害(wrong)。英國侵權行為法係以令狀(writ)為基礎而發展，威廉國王於 1068 年征服英國後，建構皇家法院，形成普通法(common law)體系。皇家法院依特定令狀，經由訴訟而創造某種得為主張的救濟方法，因此而產生的訴之格式(forms of actions)各有其獨自的程序及實體的規則，旨在保護特定利益不受特定方式的侵害；訴訟方式選擇錯誤時應受敗訴的判決。其後，訴訟方式的重要性逐漸式微，1875 年的司法改革雖將之廢棄，但仍如歷史法學家 Maitland 所云：「訴之格式雖被埋葬，但仍從墳墓支配著我們。²⁰⁷」英國法院及律師仍習慣於將事實納入傳統的法律概念用語，古典侵權行為教科書的編制體系仍受傳統思考方式的影響。²⁰⁸

美國於 1776 年獨立前是英國的殖民地，獨立後仍繼受英國法，包括侵權行為法在內。其後雖因地理及歷史文化因素發展出迥異於英國法的風格，但在基礎上仍受英國法的重大影響，以傳統的訴之格式作為思考的出發點便是其中一個例子。依此，本文將以訴之格式為討論基礎，探討醫療說明義務之法律性質在美國法制度下的發展。

²⁰⁷ Frederic William Maitland, Alfred Henry Chaytor, W. J. Whittaker, **THE FORMS OF ACTION IN COMMON LAW** 1-11, Cambridge University Press (1936).

²⁰⁸ 王澤鑑，《侵權行為法》（新版），頁 58。

第一目 從 battery 到 negligence（法律性質定位的演進）

48. 早期以 Battery 此一訴之型態來處理與醫療說明義務相關的問題

「告知後同意」這個概念之所以在美國醫療照護體系中發展起來，其主要的驅動理由乃是自主權及自我決定權的覺醒，而這個深植的價值或許就解釋了為何美國法院於一開始處理與病患同意相關的問題時，會將其歸入「Battery」這個訴之格式之下。

Battery，係指行為人故意傷害或是攻擊受害者的接觸行為，其構成要件主要有：（一）行為：行為人自願的舉動，且與受害者的身體有所接觸；（二）故意：行為人主觀上要有導致這樣結果的意願，或是確知其行為將導致結果發生，符合其中之一即滿足故意的要件，至於動機如何，在所不問；（三）結果的出現：指行為人的行為引起受害人身體上的損害、損失或疾病，亦或是造成受害者尊嚴上的損折，是否構成尊嚴上的損折，以客觀的標準（即理性人標準）為斷；（四）侵害客體：以人的身體為侵害客體，或雖未直接接觸到身體，但接觸到與身體相近而足以被認為是身體的一部者，例如受害人身上所穿的衣服，亦屬之，至於受害人是否對於侵權行為有所認識，並不重要；（五）行為與損害間要有因果關係。從以上的要件可看出，Battery 所要保護的法益，在於確保人人有免於他人造成身體上的傷害或攻擊的權利，²⁰⁹此外，也有使個人自尊免於他人身體上的騷擾的功能。²¹⁰

將 Battery 放到與病患同意相關之框架下來檢視的話，我們可以將 Battery 的定義稍作調整，即「未經他人同意之碰觸(an unpermitted touching)」可構成 Battery 此一侵權責任的型態；換句話說，經他人同意的碰觸即不會構成侵權行為。「同意」

²⁰⁹ William P. Statsky, **TORTS: PERSONAL INJURY LITIGATION (4TH ED., 2001)** 106-114。轉引自許純琪（2002），〈醫病關係中的告知後同意〉，頁 45，國立台灣大學法律學系碩士論文。

²¹⁰ Michael A. Jones, **MEDICAL NEGLIGENCE** 449, London Sweet & Maxwell (2003)

可能會因為某些情況不能發揮其應有的效果，而不實陳述(misrepresentation)就是其中一種情況；並非所有的不實陳述都會使同意無效，只有與行為之本質(nature)或特質(character)相關者，才會產生如此致命的效果。²¹¹

1914 年美國發生了 *Schloendorff v. Society of New York Hospital*²¹² 一案，在該案中病患同意接受麻醉作檢查，但明白的表示：「絕對不能有手術行為」，而這名自作主張的醫師被提起告訴，審理該案的 Benjamin Cardozo 法官表示：「每個有健全心智的成年人都對其身體擁有自主決定的權利，而一位未經病患同意即為病患動手術的醫師，應就其行為負侵權責任。」因此，早期法院對於說明義務相關的案例，多用故意侵權行為(Battery and Assault²¹³)來處理，要求病患證明醫師未經其同意即故意為其所不想要的碰觸(contact)。

49. 主流見解漸轉為以 Negligence 處理相關問題

在上述時期，法院所關注的是在手術前需取得病患之同意書，重點放在「同意」，而非「說明」；然而，隨著手術的日益普遍，醫師（執行手術者）的工作愈來愈被信任，人們對於未授權手術行為的恐懼也漸漸降低，也就是在此時，司法判決的關注重心從獲得同意的必要性漸漸的移轉到為同意前資訊的充分揭露上。

²¹¹ Marcus L. Plante, *An Analysis of "Informed Consent"*, 36 Fordham L. Rev. 648 (1967-1968)

²¹² 105 N.E. 92 (N.Y. 1914)。其案例事實為：原告，Mary Schloendorff，至 New York Hospital 就診，並同意接受乙醚麻醉以檢查其子宮肌瘤究竟為良性或惡性，但是他並未同意手術切除肌瘤。醫師在檢查該腫瘤後發現其為惡性，無視於原告之意願即切除該肌瘤。嗣後又發生手術後併發症，導致切除手指數根。故原告以 medical battery 提其訴訟。

²¹³ Assault, 又稱刑事法上的 Battery (Criminal Battery, Criminal Assault, 或又稱 Battery and Assault)。其與 Battery 的構成要件大致相同，除了以下三點：（一）行為的不同：assault 並未與被害者的身體產生接觸；（二）結果的不同：assault 僅需受害人對於行為人的加害有所理解(understanding, awareness, anticipation)即可，且不以受害人感到害怕為必要；（三）加害行為對於受害者之傷害性及攻擊性的判斷，乃採客觀標準，非主觀判斷，而傷害性與攻擊性必須具有立即性，若是對於未來或是條件性的威脅(conditional threat)則不該當之。Assault 所要保護的法益在於，確保人人有免於他人造成心靈上的傷害或攻擊的權利。整理自許純琪（2002），〈醫病關係中的告知後同意〉，頁 45，國立台灣大學法律學系碩士論文。

舉 1957 年 *Salgo v. Leland Stanford Junior University Board of Trustees*²¹⁴ 一案為例：本案如同早期與說明義務相關的判決一般，法院仍然以 Battery 來建構其侵權責任型態，然而，這也是第一個明確表示為取得病患之有效同意應為何種程度的揭露的案子；「如果醫師保留任何病人同意某醫療行為與否可能考量的事實時，該醫師就違反了其對病患應負的義務且須負責。²¹⁵」承審法院如是說。²¹⁶此外，Battery 這個侵權行為型態所處理者多為具道德非難性的行為，醫療行為原則上以維護病患之生命身體健康為前提，是否具有如此高的反社會性、反道德性，也開始受到質疑。

在此風潮下，「醫師應為何種程度的說明」此一議題漸漸導致與醫師專業義務相關之侵權行為法的重塑(the re-characterization of the tort as a breach of a professional duty)，亦即，醫師未於手術前獲得病患之「告知後同意」將被認為是「專業過失(professional negligence)」的一種型態，這個觀點被堪薩斯州的最高法院維持，在 1960 年的 *Natanson v. Kline*²¹⁷ 一案中，法院採用了 *Salgo* 的論理方式，但是是在「不當治療(malpractice)」的框架，而非 Battery 的架構下討論它。時至今日，「告知後同意」原則被放在「專業過失」的分類項下處理已成為主流的見解，至於 Battery 此一侵權責任型態則轉而處理「完全未經同意(no consent at all)」或「有

²¹⁴ 154 Cal. App. 2d 560, 317 P. 2d 170(1957). 本案涉及的問題很多，與本文討論相關者為：原告病患在經過腰椎主動脈 X 光攝影後，造成雙腿中風，這是一種罕見但非未曾發生的併發症，但醫師卻未告知，原告因而提告。

²¹⁵ 原文為：「A physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability if he withholds any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to the proposed treatment.」

²¹⁶ Ben Sones, *A Tale of Two Countries : Parallel Visions for Informed Consent in the United States and the United Kingdom*, 39 Vand. J. Transnat'l L. 257-258. (2006)

²¹⁷ 350 P.2d 1093 (Kan. 1960). 本案之案例事實為：一位接受乳房切除手術的女性患者，為降低癌症再發的危險，而由放射線科醫師對該病患進行鈷之照射，然鈷之照射卻造成該患者胸部嚴重損傷，於是該患者以兩項理由對該放射線科醫師提起訴訟：1.於治療上有過失；2.並未就所提示之治療性質及危險作說明。

下級法院判決認為醫師並無告知患者治療危險之義務，堪薩斯州最高法院則廢棄前判決，認為醫師就疾病之性質、成功之可能性、其他治療方法之可能性、可能發生不欲見到之危險等具有說明之義務，至於在說明義務之判斷標準上，採所謂的合理醫師標準說，並承認醫師於治療上之特權。

邪惡意圖(with evil consent)」的案例類型。²¹⁸

Negligence 此一侵權責任型態主要由以下幾個要件構成：(一) 義務(duty)：被告需對原告負有盡相當注意、使原告免於不合理的危險的義務；(二) 義務的違反(breach of duty)：被告的行為，不論是作為或不作為，未達該注意義務的標準；(三) 損害：原告須受有損害；(四) 因果關係：被告的行為與原告的損害間須具備因果關係。倘若放到醫療說明義務的框架下來檢視的話，我們可以將責任構成要件調整為：(一) 醫師有向病患揭露某些類型的資訊的義務；(二) 醫師違反了該項義務，通常是以漏未揭露某些資訊(omission)的型態呈現；(三) 病患受有某程度的損害；(四) 醫師義務之違反與病患的損害間具有因果關係。「義務存在與否」與「義務的違反」常常被共同檢視，而醫師對病患負有醫療說明義務已於前文中詳細討論（詳見本文第二章第二節之論述），至於應揭露資訊到何種程度、應採取的標準、甚至是應揭露資訊的例示，本文亦於第三章相關部分處理之，於此就不再贅述。就結果而論，應採何種標準作為注意義務的標準才適當，在美國成為爭論的重點，就法院實務來看，近來似乎以理性病患之標準略佔上風，惟反覆紛擾，唯一可確定者乃是，Negligence 此一責任型態成為處理與醫療說明義務相關問題的主流型態，應是沒有疑問的。

第二目 定位為 battery 與 negligence 的區分實益

首先先看兩個在美國實際發生的案子：

Bang v. Charles T. Miller Hospital²¹⁹

在本案中，原告經歷了一個前列腺手術，而手術中的一個必要程序即是切斷

²¹⁸ Ben Sones, *A Tale of Two Countries : Parallel Visions for Informed Consent in the United States and the United Kingdom*, 39 Vand. J. Transnat'l L. 258. (2006)

²¹⁹ 251 Minn. 427, 88 N.W.2d 186 (1958).

精索並為結紮，因而造成原告失去生殖能力；原告聲稱其於事前完全不知道此後果，被告醫師則表示其不記得是否有向原告說明過這件事。本案以「未授權之侵害(assault or unauthorized operation)」為格式提起訴訟，下級法院駁回此項訴訟。然而，明尼蘇達州最高法院卻推翻此項見解並允許此案進入審判，認為本案存在「原告是否同意為精索之結紮」此一事實問題，需要由陪審團來決定。

Mitchell v. Robinson²²⁰

本案原告於胰島素休克治療中因脊椎骨折而控告其主治醫師，其中一個提告的原因便是：醫師並未向其說明此種型態的治療可能產生的危險，惟被告卻表示其已盡相關的說明義務。密蘇里州最高法院承認醫師方有向病患說明與該建議治療相關危險的義務，而醫師究竟為適當的說明與否，則留待陪審團決定，「因此，在這個案子中，原告明白的否認被告醫師曾向原告說明休克治療會有的危險，惟被告卻鄭重肯定之；這很明白是個事實問題，並不需要引入專家證言解決之。」

這兩個案例是用來區辨 Battery 與 Negligence 兩種責任型態很好的例子，換句話說，其點出了 Battery 與 Negligence 兩種責任型態的核心差異之處。在 *Bang* 一案中，原告認為他將被以 A 型態「碰觸(touched)」(前列腺手術，有可能會動到膀胱)，但其所經歷者卻是本質上完全不同的手術(B 型態的手術)(切斷精索)。在 *Mitchell* 一案中，原告認為自己將被以 A 型態被碰觸(注射胰島素)，而他確實是以 A 型態被碰觸，只是其並未被告知相關風險中某種有害的結果而已。與行為本質或性質相關說明的欠缺將導致該行為具備 Battery 的構成要件，至於與本質或性質無關之其他相關重要事項說明的欠缺，則構成 Negligence。²²¹

²²⁰ 334 S.W. 2d 11 (Mo. 1960), aff'd, 360 S.W. 2d 673 (Mo. 1962)

²²¹ 除上舉兩例外，能夠歸類於 Battery 的案例尚有 *Gray v. Grunnagle* [423 Pa. 144, 223 A.2d 663 (1966)], *Paulsen v. Gundersen* [218 Wis. 578, 260 N.W. 448 (1935)], *Wall v. Brim* [138 F.2d 478 (5th Cir. 1943)]等等，能夠歸類於 Negligence 的案例則有 *Browsers v. Talmage* [159 So. 2d 888 (Fla. 1963)], *Fischer v. Wilmington General Hospital* [51 Del. 554, 149 A.2d 749 (Sup. Ct. 1959)]等等，皆可做為參考。

「重要的並不是我們給它們起什麼名字，重要的是我們能夠確實區辨這兩種責任型態，[區辨]這兩種不論是在法院的態度上，或醫師所採用的自保程序上，都截然不同的責任型態。²²²」由這段話可以看出，美國法對於區別此二種責任型態的重視程度，惟究竟認定為 Battery 或認定為 Negligence 究竟會造成什麼差異，本文嘗試從實體面與程序面來觀察，嘗試建構出美國法體系下兩種責任型態間所具有的重大差異，以正當化此處所做之區別的合理性：

一、行為的主觀構成要件²²³

如前所述，Battery 強調行為人主觀上具有反社會性與道德非難性，反之，Negligence 並不強調此項特質，而大部分醫療說明義務的違反，不過是醫師未依受託人義務揭露資訊而已，原則上仍以病患利益為其行為之出發點，故除非是涉及故意詐欺或惡意隱瞞等情形，仍以 Negligence 較能反映專業疏失(professional negligence)的責任型態。

二、行為的客觀構成要件

(一) 作為與不作為²²⁴

如前所述，Battery 乃在保護一般人免於他人未經授權之「碰觸」，亦即，Battery 所討論者乃是一個「接觸性」的「作為」行為。在美國法體系下，傾向將整體醫療處置視為一個行為，前階段的「說明義務」及「病患同意」扮演類似阻卻違法

²²² 原文：「The fundamental point is not what name we give to the two categories of cases as long as what we call them depicts two basically different wrongs which call for quite different treatment by the courts and quite different self-protective steps to be taken by the physician.」See Marcus L. Plante, *An Analysis of "informed consent"*, 36 Fordham L. Rev. 650 (1967-1968).

²²³ 許純琪(2002)，《醫病關係中的告知同意》，頁 57，台灣大學法律學研究所碩士論文。

²²⁴ 許純琪(2002)，《醫病關係中的告知同意》，頁 57，台灣大學法律學研究所碩士論文。

事由的功能，阻卻後階段的手術行為成立 Battery 的侵權責任，換言之，即由後階段的手術扮演「行為」的角色，故不產生「不作為」的問題；然而，並不是所有的醫療處遇都有後階段的手術行為，如轉院說明、用藥說明等，在這種情形下，似乎仍是 Negligence 較能為合理的解釋；此外，如美國 1999 年 *Mathies v. Mastromonaco* 一案²²⁵，更是所謂後階段可能發生「不作為」之情形的具體實例，在本案中，新紐澤西州最高法院明白表示應採 Negligence 作為責任認定的型態，亦可資參考。

（二）因果關係²²⁶

Battery 此一侵權責任型態，其法律上的非難性在於「碰觸」本身，因為該不合法的碰觸即構成 Battery 之責任；因此，原告只需證明被告所同意的行為與原告同意者不同即可，原告並不需要證明倘若被告曾經說明其將為不同的決定，亦即，原告不需要證明因果關係。然而，在醫療過失(medical negligence)的案件中，因果關係的議題就顯得相當重要，原告必須證明：倘若被完全的告知相關風險，其將為不會接受該醫療處遇（或為不同的決定），即原告對於該風險的無知與其進行手術的意願間需有事實上的因果關係。

（三）賠償範圍

在賠償範圍上，Battery 與 Negligence 亦有重大的不同。美國法之金錢賠償範圍主要有三：A. 象徵性的損害賠償(nominal damages)、B. 賠償性的損害賠償(compensatory damages)、C. 懲罰性的損害賠償(punitive damages)。在故意侵權的情

²²⁵ 733 A.2d 456 (N.J. 1999) 本案之案例事實為：病患因大腿骨折而就醫，醫師認為病患年事已高，不適合進行手術，故建議病患臥床休息；然此方法有導致病患無法再行走的風險醫師卻疏未告知，後來風險果然發生，病患因而提告。

下級法院認為該處遇是否為最適方法雖有爭議，但醫師顯然未與病患身體發生接觸，無從構成 Battery 而拒絕病患之請求。然最高法院反駁此見解，認為本案情形應適用 Negligence 理論，因為醫師偏離其「應有的注意」致病患無法做出理性的決定，與未授權而進行手術的情形實有差異，故有別於 Battery 之故意侵權行為，應適用 Negligence 的責任型態。

²²⁶ Marcus L. Plante, *An Analysis of "Informed Consent"*, 36 Fordham L. Rev. 667-668. (1967-1968).

況中，由於道德非難性高，故不以病患實際上受到損害為限，即便沒有現實的損害(actual harm)，受害人也可以請求象徵性的損害賠償，甚至是懲罰性的損害賠償；但以過失為基礎時，原則上僅得請求賠償性損害，僅於重大過失時方得請求懲罰性賠償。²²⁷²²⁸

此外，由於 Battery 乃指強加於他人之不法攻擊(the infliction of unlawful force on another person)，這件事本身就可作為控告的緣由，因此，「損害」並非侵權責任的構成要件，但倘若病患想請求名義上損失以外的賠償，仍須舉證證明其損害範圍。

229

三、舉證責任²³⁰

在 Battery 的侵權型態中，其所牽涉的事實問題往往相當簡單：醫師是否有向病患為任何說明？醫師是否因其使用的語言或費解的解釋導致病患對於即將經歷的醫療處遇有本質或性質上的錯誤理解？這不是一個專業問題，並不需要專家的知識；是故，在故意侵權的情形下，並不需要提出專業性的證明，僅需對於醫師未為說明，與其未受同意的接觸性醫療行為等要件提出證明即可。

然而，在病患指控醫師未為完整、正確說明的 Negligence 的型態中，由於醫師與病患間相對應的權利義務關係隨著個案情形的不同而有變動，較有彈性，也較不確定；換句話說，醫師擁有較大的權衡空間，評斷其行為適當與否所需考量的因素也增加許多，故在美國，許多法院會要求引入專家證言。當然，在資訊的揭露上，因為採取的揭露標準而可能有不同程度或不同要件的證明要求，惟病患仍須針對需要揭露的資訊、未揭露的資訊與同意間具有實質重要的因果關係等提出證

²²⁷ 楊秀儀(2005)，〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學》，第121期，頁147。

²²⁸ 許純琪(2002)，〈醫病關係中的告知同意〉，頁59，台灣大學法律學研究所碩士論文。與 Wayne D. Landsverk, *Medical Liability*, 1970 Wis. L. Rev. 884 (1972).

²²⁹ Michael A. Jones, *MEDICAL NEGLIGENCE* 449, London Sweet & Maxwell (2003).

²³⁰ 參考許純琪(2002)。〈醫病關係中的告知同意〉，頁59。台灣大學法律學研究所碩士論文。Marcus L. Plante, *An Analysis of "Informed Consent"*, 36 Fordham L. Rev. 653-656. (1967-1968).

明，大抵上，舉證責任的負擔仍較 Battery 為重。

四、醫師責任保險²³¹

雖然以 Battery 為訴之格式，病患可能獲判懲罰性賠償，短期看來對於病患較為有利，然而若與醫師責任保險配合觀察，Battery 某程度上如同一個犯罪行為，醫師在賠償病患後並無法從保險公司處獲得理賠，亦即，其必須自負該賠償責任，無法轉嫁；醫師對於說明義務之責任風險無從預先排除或是降低，因此可能誘使醫師進行更多防禦性的醫療行為，降低看診的數量，長期來看，對於醫療服務品質的提升未必有益。



由以上論述可知，Battery 與 Negligence 兩種責任型態不論於實體面或程序面都有重大的差異，故於美國法下，二者具有區分實益。

第二款 我國法

第一目 我國相關學說見解

我國在說明義務之法律性質的探討上，主要仍是以承繼外國學說為主，也就是說，全面參考外國法的定義，或是在引入外國法的概念後，再試圖以我國法體系之類似名詞套用詮釋之。以下先就主要學說見解作介紹：

一、過失要件說

採此說者主要以楊秀儀教授為代表。其認為告知後同意法則(the Doctrine of

²³¹ 許純琪(2002)，《醫病關係中的告知同意》，頁 59，台灣大學法律學研究所碩士論文。

Informed Consent)乃是課予醫師一法律上的說明義務(disclosure)，要求醫師以病患得以瞭解的語言，主動告知病人病情、可能之治療方案、各方案可能之風險及利益，以及不治療之後果，以利病患做出合乎其生活形態之醫療選擇，在得到病人同意後，方得進行醫療行為；倘若醫師未盡此一說明義務，應告知而未告知，以致於影響到病人作決定的話，醫師應就該醫療行為的一切後果負責，醫師縱無過失，亦然。²³²從而，告知後同意本質上屬於一個無過失責任，若醫師違反說明義務，則就其後所進行的醫療措施所發生之一切醫療損害，醫師縱無過失，也要負責。²³³

但是，美國法院卻是將告知後同意置於過失責任(Negligence)的領域，即將「未告知」本身視為「過失」，只要該「未告知」會影響到一般合理之病人在當時的情況下所做出的醫療決定時，醫師就必須對一切醫療後果負賠償責任（含併發症及副作用）²³⁴。



二、違法性阻卻事由說

依據德國聯邦法院之見解，醫療行為係屬「符合構成要件的身體侵害行為」，亦即不論醫療行為的施行是否符合當時的醫療水準，醫師的醫療行為都是侵襲行為，唯有透過病患之同意，才能阻卻該加害行為之違法性而免除醫師責任；倘若醫師未盡足夠的說明義務，其醫療行為將因為未獲得病患有效之同意而成為違法行為，該違法醫療行為所生之一切損害，無論系爭醫療行為是否具有疏失，醫師均應負侵權行為之損害賠償責任。此說為所謂之「身體傷害行為說」。

²³² 楊秀儀（2005），〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學》，第121期，頁139、143。

²³³ 楊秀儀（1999），〈誰來同意？誰來決定？--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〉，《台灣法學會學報》，第20期，頁382。與陳聰富（2009），〈告知後同意與醫師說明義務上〉，《月旦法學教室》，第80期，頁85。

²³⁴ 楊秀儀（1999），〈誰來同意？誰來決定？--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〉，《台灣法學會學報》，第20期，頁383。

在此見解下，醫師只能舉證其已善盡說明義務，故無義務的違反，或其未盡說明義務與病患之傷害並無因果關係，亦即，醫師必須舉證：「若他對病人盡一切說明義務，病人仍會接受系爭必要之醫療行為。」，而後始得免責²³⁵。

依據美國法院之見解，在醫療行為完全沒有得到病患同意，或違反病患明示之意思時，構成「故意侵權行為」(battery)；在醫療行為雖得到病患同意，但該同意並無充分告知時，構成「過失侵權行為」(negligence)。故意侵權行為保護之客體為「身體之完整性」，僅適用於侵入性醫療行為（如手術及一些侵入性的檢驗），一般非侵入性的醫療行為不需要告知，保護的範圍較小；過失侵權行為保護之客體為病患之「自主決定權」，任何醫療行為均受到過失侵權行為之保障，保護範圍大於前者²³⁶。

另外，美國學者 Manson 和 O'Neill 主張，告知後同意本質上是一個「阻卻違法」的要件，其並非第一義務，而是為避免違反第一義務所生的第二義務。所謂「第一義務」係指不傷害他人身體或不侵害他人隱私之義務；醫師執行醫療行為時，尤其是侵入性的醫療行為，必須得到病患的告知後同意（第二義務），始得避免侵害病患的身體（第一義務）²³⁷。

學者陳聰富整理上述身體傷害說等見解，認為「告知後同意」在法律上意義，相當於作為身體傷害行為之阻卻違法事由：「就故意侵權行為而言，其所保護之客體既為身體完整性，則醫師在取得告知後同意後所為之侵入性醫療行為，其故意加害行為即因醫師取得病患同意而阻卻違法，不負侵權責任。是以，告知後同意

²³⁵ 侯英鈴（2004），〈從德國法論醫師之契約上說明義務說明義務〉，《月旦法學》，第 112 期，頁 11。

²³⁶ 楊秀儀（2005），〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學雜誌》，第 121 期，頁 146-148。

²³⁷ 參見楊秀儀（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》，第 162 期，頁 11-12。

在故意侵權行為之案例所生之功能即為阻卻違法事由，此在過失侵權行為，亦無不同。亦即，在未充分告知而構成過失侵權行為時，其所侵害者雖為病患之自主決定權，但醫師若取得告知後同意，則將因阻卻違法，而不負侵權責任。據此，無論故意侵權行為或過失侵權行為，告知後同意均作為阻卻違法之事由而具有被告免責之功能，至於醫師侵害之客體為病患之身體權或自主決定權，則非所問。」

238

學者林萍章也指出：「醫師為治癒病人所為的侵害行為，有傷害罪的構成要件該當性。但若有病人的承諾則成立阻卻違法，這是一種特殊的、超法規的違法阻卻事由，即額外要求病人的承諾。……因而，醫師的說明義務才是重點，若醫師未盡說明義務，則不發生具有承諾的效果，故其診療行為具有違法性。換言之，醫師縱已盡其醫療行為之注意義務，如未獲病人同意、擅予實施醫療行為，亦與醫療倫理相違，仍不能阻卻違法。由此觀之，醫師的說明義務係阻卻違法，而非注意義務之一部分。²³⁹」亦採此見解。

三、人格權侵害說

相對於德國法院的看法，德國學說認為，若醫師之醫療行為係屬必要且符合當時醫療水準的行為，則該醫療行為就非屬德國民法 823 條第 1 項所謂的侵襲性之身體傷害行為，因該醫療行為係以治療為目的，而非出於傷害之意思。此說認為醫療錯誤的過失責任與病人自主權說明義務的違反的責任應該區分。若醫師之醫療技術違反當時之醫療科技水準，屬醫療錯誤，醫師須依德國民法 823 條第 1 項負損害賠償責任；若是醫師未對其欲施行的醫療行為為完全的說明的話，則是侵犯病人對自己身體完整權之自主決定權的行使，若因此造成病患損害，亦須依

²³⁸ 陳聰富（2009），〈告知後同意與醫師說明義務 上〉，《月旦法學教室》，第 80 期，頁 89。

²³⁹ 林萍章（2008），〈知情同意法則之「見山不是山」--法院近來裁判評釋〉，《月旦法學》，第 162 期，頁 26。

德國民法第 823 條第 1 項負損害賠償責任。換言之，醫師說明義務所保護之法益，為一個獨立的權利法益，亦即病患對自己身體完整性的自主決定權，此即「人格權侵害說」²⁴⁰。

依據人格權侵害說，醫師對其所施行之醫療行為，未盡說明義務，係侵犯病患自主決定權之行使，若因此造成損害，須對病患負損害賠償責任；但此項損害，係屬精神上損害，而非經濟上損害。

學者楊秀儀在「完全未取得病患同意」之醫療行為上雖認為屬「身體權」受到侵害，但在「醫療行為雖有取得同意，但屬未經告知的同意」之醫療行為方面卻是採「自主權」侵害的說法：醫師未取得病患之告知後同意而逕為進行醫療行為，病患事後雖未受到任何醫療傷害，但若病患得以舉證若當初醫師「告知」，病患就不會同意醫療，則病患之「自主權」受到侵害，醫師應依民法第 184 條第 1 項前段負損害賠償責任；換言之，其極力主張「病患自主決定權」為「人格權」的一種，乃侵權行為法保護之客體，並強調「自主權」應獨立於「身體權」及「隱私權」而存在²⁴¹，倘若病患之自主權受到侵害，則除了可請求財產上的損害以外，尚得請求非財產上之損害。²⁴²

學者陳聰富整理上述見解，認為此乃「人格權侵害說」。²⁴³

²⁴⁰ 侯英泠（2004），〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉，《月旦法學》，第 112 期，頁 12。

²⁴¹ 理由有二：一、身體權和自主權所保護的法益並不相同，身體權所保護的是「身體的完整性」，自主權保護的是「自主決定」，乃不相同的保護客體；二、身體權與自主權的效能亦不相同，身體權為消極的權利，其禁止「作為」（未經同意的碰觸），要求「不作為」（不碰觸），而相反的，告知後同意的「自主權」是一個積極的權利，其要求義務人「作為」（說明告知），以便行使「自主權」。參考楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 259。

²⁴² 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〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 251-261。

²⁴³ 陳聰富（2009），〈告知後同意與醫師說明義務上〉，《月旦法學教室》，第 80 期，頁 90。

第二目 我國實務認定的情況

搜尋我國相關判決，可發現說明義務在醫療案件中漸獲重視的程度，其是否對於判決結果有決定性的影響暫且不論，至少原告方在主張權利之際，或多或少皆會提到說明義務欠缺以作為其主張的依據之一；然而，大部分法院雖有針對說明義務違反的有無作處理，但對於「說明義務之法律性質的認定」卻未多加著墨，以下先整理近年來相關實務案例，製成下列表格²⁴⁴，再為進一步的評析：

阻卻違法事由		高等法院台中分院 96 年度醫上易字第 4 號民事判決 高等法院台中分院 96 年度醫上字第 5 號民事判決
獨立行為義務 (過失)		台灣高等法院 96 年度醫上字第 26 號民事判決 台灣高等法院 95 年度醫上字第 17 號民事判決 台灣高等法院 89 年度重上字第 435 號民事判決 台灣高等法院 89 年度上字第 641 號民事判決 高等法院高雄分院 95 年度醫上字第 5 號民事判決
其他	誤診	台灣高等法院 92 年度上字第 879 號民事判決 台灣高等法院 94 年度醫上字第 5 號民事判決 台灣高等法院 92 年度上字第 832 號民事判決 台灣高等法院 90 年度上字第 241 號民事判決

²⁴⁴ 礙於能力、時間，本表格僅就最高法院與高等法院之判決作整理，判決時間也限於「司法院法學檢索資料庫」及「法源法律網」所涵蓋的時間，主要為 88 年至 97 年之間的判決。鍵入檢索之關鍵字為：「醫療&(告知義務+說明義務)-保險」，搜尋結果為：最高法院 13 筆判決、台灣高等法院 38 筆判決、高等法院台中分院 12 筆判決、高等法院台南分院 8 筆判決、高等法院高雄分院 8 筆判決、高等法院花蓮分院 0 筆判決、高等法院金門分院 0 筆判決，經閱讀整理後呈現如下之表格。

	<p>高等法院台中分院 97 年度醫上字第 2 號民事判決</p> <p>高等法院高雄分院 95 年度醫上字第 1 號民事判決</p>
以「主要醫療行為無過失」為由免除告知義務之責	<p>高等法院台中分院 95 年度醫上易字第 2 號民事判決</p> <p>高等法院台中分院 95 年度醫上字第 3 號民事判決</p> <p>高等法院台中分院 95 年度醫上字第 5 號民事判決</p>
未認定，但有為因果關係的判斷	<p>最高法院 96 年度台上字第 2738 號民事判決</p> <p>最高法院 96 年度台上字第 2476 號民事判決</p> <p>最高法院 96 年度台上字第 2032 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 97 年度醫上字第 9 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 96 年度醫上字第 19 號民事判決</p> <p>高等法院台中分院 93 年度醫上易字第 3 號民事判決</p> <p>高等法院台南分院 93 年度上字第 124 號民事判決</p>
完全未為判斷	<p>最高法院 97 年度台上字第 2735 號民事判決</p>

		<p>台灣高等法院 95 年度醫上字第 22 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 96 年度醫上字第 12 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 96 年度醫上字第 9 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 96 年度醫上字第 25 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 94 年度醫上字第 9 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 93 年度重上字第 256 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 92 年度上字第 893 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 92 年度上字第 396 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 91 年度上字第 215 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 92 年度上易字第 17 號民事判決</p> <p>台灣高等法院 91 年度上易字第 699 號民事判決</p> <p>高等法院台中分院 96 年度醫上易字第 1 號民事判決</p> <p>高等法院台南分院 97 年度上字第 27 號民事判決</p> <p>高等法院台南分院 95 年度醫上字第 1 號民事判決</p> <p>高等法院台南分院 92 年度上字第 103 號民事判決</p> <p>高等法院台南分院 96 年度醫上易字第 3 號民事判決</p> <p>高等法院高雄分院 97 年度醫上易字第 1 號民事判決</p> <p>高等法院高雄分院 89 年度上字第 142 號民事判決</p> <p>高等法院高雄分院 92 年度上字第 11 號民事判決</p>
--	--	---

50. 除少數判決外，我國法院大多未意識到該問題

從上列表格來看，可發現大部分的法院見解並未意識到此問題，並未就說明義務的法律性質多作判斷：表格中歸類為「其他」類項的判決，以「完全未為判斷」佔大多數：在此類案件中，法院大多提出了醫師法 12 條之 1、醫療法 63 條（修正前 46 條）、醫療法 81 條（修正前 58 條）等作為責任依據，並集中火力討論系爭醫療行為是否符合構成要件，有無例外情況（如緊急事由）的適用空間等等，最後的結果多以「並無違反告知義務」作結，故也未就其法律性質、法律效果作更進一步的探討。

數量佔第二大宗的為「其他」類項下之「未認定，但有為因果關係的判斷」的判決²⁴⁵：倘若以「阻卻違法事由」及「獨立行為義務（過失）」作為兩大區別標準的話，「違法性」將因果關係內化為構成要件，「過失」概念則於注意義務的概念之外，另與因果關係發生牽扯²⁴⁶，因而，例如台南高分院 93 年度上字第 124 號判決中所出現的字句：「告知後同意之法律性質，通說認為必須證明醫師違反說明義務和患者承諾醫療行為之進行，兩者間有因果關係。」，似乎不論是解釋為「獨立行為義務說（過失要件說）」或「阻卻違法事由說」都有一定的解釋空間；然而，此類判決仍然是將重點放在醫師法或醫療法關於說明義務之相關規定的構成要件上，只是於檢討時多檢討了相當因果關係此一要件，究其實際，仍非屬有意識的認定說明義務的法律性質，故本文為將其歸入「過失」項下，仍將其歸入「其他」類項中。

²⁴⁵ 如台南高分院 93 年度上字第 124 號民事判決（節錄）：「告知後同意之法律性質，通說認為必須證明醫師違反說明義務和患者承諾醫療行為之進行，兩者間有因果關係。事實上一個理性的病患，應不會拒絕此項終止妊娠手術，以免冒生命危險，是以醫師是否有告知病患，與病患能否不同意手術間即無因果關係；當時情況已甚急迫，亦應有告知例外之適用。」

²⁴⁶ 相關說明請參照本文：「54. 醫療說明兼具雙重法律性質」部分之論述說明。

此外，「其他」此一分類項下，尚有兩個有趣的分類，一者為「誤診」²⁴⁷，另一者則是「以主要醫療行為無過失為由免除告知義務之責」²⁴⁸：前者為說明義務理論下一個美麗的錯誤，此類案件之所以會造成損害的結果，往往是因為醫師未及時正確診斷出病因以致於無法為適宜的治療所導致，案件的關鍵應在於「醫師的誤診是否有過失」這件事上，然雙方卻將爭點誤植於說明義務上，法院雖秉持「有告則理」的原則予以判斷，但此類案例終將與說明義務之案例有別，不適合混為一談。後者則是將說明義務與醫療行為混為一談的典型，亦即，其認為僅「醫

²⁴⁷ 如台灣高等法院 92 年度上字第 879 號判決（節錄）：「王文諒之右髖部之所以疼痛，實係來自惡性腫瘤之轉移，施行人工關節置換術對於疼痛之減除亦屬無益而有害，劉耀勛未詳細檢查出王文諒之確實病因，使王文諒誤以為僅需施行人工關節置換術即可減輕疼痛，則其向王文諒所為之說明，顯屬錯誤之說明，自難認其已盡說明義務，從而王文諒基於錯誤說明所為之手術要求或同意，當不生「得被害人承諾」此一阻卻違法事由之效果，要屬當然。此外，當時復無不能進一步檢查該腫瘤是否為惡性之情形，亦無施行該手術之急迫性，詎劉耀勛仍逕行施行系爭手術，顯係應注意、能注意而不注意，其具有過失甚明，鑑定意見亦認其醫療過程顯有疏失。」

²⁴⁸ 如台中高分院 95 年度醫上易字第 2 號民事判決（節錄）：「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，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。是醫師依其專業判斷，於符合醫療常規之情況下，認為其所施行究為放射線治療、化學治療，抑或施行手術切除，均應認屬適當必要之醫療行為，且就病患本身而言，目的在於使其接受更適當之醫療照護。、被上訴人乙○○於本件系爭手術過程中，無論是施行系爭手術，抑或說明與告知之義務上，均應認為符合醫療常規，已如前述，因此，上訴人認被上訴人乙○○未採行放射線治療與化學治療等方式，尚不足改變被上訴人乙○○所為之醫療行為符合醫療常規之適法性判斷。」

²⁴⁸ 如台中高分院 95 醫上字第 5 號民事判決（節錄）：「被上訴人醫師有無盡到告知義務，所影響是上訴人同意開刀之決定，惟上訴人同意開刀之決定是正確之決定，上訴人並未因其同意開刀而受到不利之影響，上訴人之眼內炎所致眼球萎縮並非被上訴人醫師不當之醫療行為所造成，則被上訴人醫師即使如上訴人所主張未盡到告知之義務，亦與上訴人之眼球萎縮無相當因果關係存在。、被上訴人醫師之醫療行為既無疏失，自不得僅以上訴人所稱被上訴人醫師未盡到告知之義務而認定被上訴人醫師應負醫療行為不當之過失責任。」

另外，如台中高分院 95 醫上字第 5 號民事判決（節錄）：「被上訴人醫師有無盡到告知義務，所影響是上訴人同意開刀之決定，惟上訴人同意開刀之決定是正確之決定，上訴人並未因其同意開刀而受到不利之影響，上訴人之眼內炎所致眼球萎縮並非被上訴人醫師不當之醫療行為所造成，則被上訴人醫師即使如上訴人所主張未盡到告知之義務，亦與上訴人之眼球萎縮無相當因果關係存在。、被上訴人醫師之醫療行為既無疏失，自不得僅以上訴人所稱被上訴人醫師未盡到告知之義務而認定被上訴人醫師應負醫療行為不當之過失責任。」

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」，更有甚之者，認為無瑕疵的醫療行為能「修補」未為醫療說明或未為完整的醫療說明所帶來的瑕疵；此類案例不重視說明義務之獨立性，自也未對說明義務之法律性質多加判斷。

儘管如此，雖然處於相對少數，仍有法院對說明義務之法律性質表達了較明確的見解。在阻卻違法事由方面，有台中高分院兩則判決作為代表²⁴⁹，認為告知後同意得阻卻侵害身體健康權之違法性，且與「過失」乃分開的兩個要件，即便醫療行為本身沒有過失，仍可能因為未阻卻違法而需負侵權責任；惟需要注意的是，即便是在過失侵權行為（在說明義務的案例型態中，乃指未為完整說明的情形）中，法院亦認為說明義務乃是在阻卻侵害身體、生命、健康權之違法性，與前述學說所言之「說明義務在故意侵權行為所阻卻者乃侵害身體、生命、健康權完整性之違法性，在過失侵權行為中所阻卻者乃侵害病患自主決定權之違法性」，有一定程度的差距。

²⁴⁹ 即高等法院台中分院 96 年度醫上易字第 4 號民事判決（節錄）：「即便上訴人確未對游碧霞及其家屬詳為告知系爭手術之風險及可能後遺症，然此僅屬上訴人之醫療行為因未取得病患之同意而不得阻卻違法，惟此並無解於被上訴人需對於上訴人之行為與游碧霞之損害具有相當因果關係為舉證。原審判決完全未就游碧霞所發生之「呼吸微弱及四肢肌力降低」之症狀，與上訴人所施行之手術如何具有相當之因果關係為認定，即以被告甲○○於施行侵入性手術前未善盡告知義務，其施行手術之侵害行為不得阻卻違法性，而未就系爭手術與游碧霞所受之損害是否具有因果關係為說明，遽認上訴人對被告施行手術構成侵權行為，自有判決不備理由之違法。、、又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，貿然簽名，尚難認已盡說明之義務。準此，上訴人二者在實施系爭手術前，未盡上開說明之義務，病患游碧霞或被上訴人之同意則不生效力，不能阻卻上訴人甲○○所為侵入性醫療行為之違法性；因此縱使該上訴人之治療行為並無過失，其仍應就系爭手術全部或一部對該病患之身體健康所生損害，負賠償責任。」與高等法院台中分院 96 年度醫上字第 5 號判決（節錄）：「按因醫療行為充滿危險性，治療結果充滿不確定性，醫師係以專業知識，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，[亦]不宜認醫師僅得以危險性之多寡與輕重，作為其選擇醫療方式之惟一或最重要之因素；即不得僅因醫師選擇治療方式之危險性較高或較積極性，而認其有過失可言。蓋為治癒病患起見，醫師仍得選擇施行非保守療法或較積極的手術治療方式。僅係手術前應盡醫療法上規定之告知義務，使病患選擇治療方式之機會，醫生之說明義務與病人之同意，使侵害病人身體的醫療行為得因同意而阻卻違法性。」

至於認定為獨立行為義務(過失)方面,高等法院 95 年醫上字第 17 號判決²⁵⁰、89 年上字第 641 號判決²⁵¹及高雄高分院 95 年醫上字第 5 號判決²⁵²為典型的案例,高等法院 89 年度重上字第 435 號判決²⁵³理由較為特殊,所謂「醫療機構診治病人時,應向病人或其家屬告知其病情,治療方針及癒後情形。醫療法第四十六條第一項及第五十八條定有明文。故醫師與醫院,並不因為提示此等說明書以及因為病患同意進行手術,即得概括免除注意義務。反之,醫師亦不因為提示說明書,即得推定醫師對於所有概括的併發症及可能潛在的危險,均已有預見並且因而有注意義務。」一語,究竟有無將說明義務包括進去當作「注意義務」的一部份,尚有解釋空間,初步偏向將說明義務解為醫療行為所應負之注意義務的一部份,以行為人得預見且與損害間具有因果關係為責任成立的基礎。此外,從判決觀察,似乎可發現其乃將「未告知」本身當作加害行為,與「過失要件說」之學說見解中仍然以「手術行為」作為加害行為有所不同;最後,其所牽涉的都是生命、身體、健康權遭受侵害的情形,幾乎沒有處理到病患自主權受到侵害的損害賠償問題,也是可以注意的地方。

²⁵⁰ 台灣高等法院 95 年度醫上字第 17 號判決(節錄):「足認上訴人丙○○違反上開保護他人法律之醫療法第 46 條第 1 項規定,應有過失,且其過失行為與蔣俊彥死亡之結果間,顯有相當因果關係,自係過失不法侵害蔣俊彥之生命權,而應負侵權行為責任。」

²⁵¹ 台灣高等法院 89 年度上字第 641 號民事判決(節錄):「惟觀諸原審所調被上訴人乙○○在榮總之病歷影本所載,並無被上訴人乙○○之母就八十五年七月九日手術所簽具之手術同意書,上訴人對於有盡上述說明義務之情事,復未能舉證以實其說,自難認上訴人上述辯解為可採,從而被上訴人主張上訴人違反醫療法第四十六條第一項有關保護他人的法律,依民法第一百八十四條第二項規定應推定上訴人有過失乙節,合於法律規定,則上訴人在未依醫療法上述規定親自向病人或其法定代理人告知手術原因、成功率、併發症及危險,復未告知必須切斷骨頭的手術方法等情形下,貿然進行原非緊急且非必要的手術,致病人手術後『右小腿前室肌肉壞死及總腓神經部分麻痺』,其未善盡告知義務而貿然手術之過失行為,與被上訴人乙○○之傷害結果間當然有相當因果關係,亦堪認定。」

²⁵² 高雄高分院 95 年度醫上字第 5 號民事判決(節錄):「查,被上訴人乙○○違反 93 年 4 月 28 日修正前之醫療法第 58 條所規定之告知義務,致蔡雯禎錯失治療及延長存活期間之可能機會,其已侵害蔡雯禎之身體權及健康權,應有過失,已如前述」

²⁵³ 台灣高等法院 89 年度重上字第 435 號民事判決(節錄):「按過失者,係指行為人對於應注意之事項,在無其他不能注意之情事存在狀況下,疏未注意者而言。醫療機構診治病人時,應向病人或其家屬告知其病情,治療方針及癒後情形。醫療法第四十六條第一項及第五十八條定有明文。故醫師與醫院,並不因為提示此等說明書以及因為病患同意進行手術,即得概括免除注意義務。反之,醫師亦不因為提示說明書,即得推定醫師對於所有概括的併發症及可能潛在的危險,均已有預見並且因而有注意義務。」

第三款 本文見解：混合型

從本節第二款之陳述可發現，關於說明義務的法律性質，在學者間乃各有所執，而實務或者未意識該問題，縱然察覺該問題的存在，對之亦無定見；總體而言，說明義務的法律性質究竟為何，至今仍處於一個眾說紛紜的混沌階段。

由於普通法（此處指民法）並未對醫病關係有特別的規定，故本文擬自特別法中的相關條文先著手，倘若能自其中建構說明義務的請求權基礎並確定說明義務的法律性質，毋須外求，自為上策；倘若無法，亦更確定須回到民法侵權行為的相關規定探尋之正當性。

51. 特別法無法作為醫療說明義務的請求權基礎

與說明義務相關之特別法規，主要為醫師法及醫療法，衛生署於 2004 年 10 月 22 日依據醫療法第 63 條第 3 項公布的衛署字第 0930218149 號「醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則」之第 2 條²⁵⁴雖然與說明義務高度相關，但由於其乃行政規則，法律位階較低，暫不以此為討論對象。至於醫療法第 65 條（舊法第 47 條）²⁵⁵及醫療法第 79 條（舊法第 57 條）²⁵⁶為病理檢查報告和人體試

²⁵⁴ 「醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則」第 2 條第 2 項規定：「告知之對象：1.以告知病人本人為原則。2.病人未明示反對時，亦得告知其配偶或親屬。3.病人為未成年人時，亦須告知其法定代理人。4.若病人意識不清或無決定能力，應告知其法定代理人、配偶、親屬或關係人。5.病人得以書面敘明僅向特定之人告知或對特定對象不予告知。」；第 3 項規定：「如告知對象為病人之法定代理人、配偶、親屬或關係人時，不以當面告知之方式為限。」；第 5 項規定：「醫療團隊其他人員亦應本於各該職業範疇及專長，善盡說明義務，盡可能幫助病人瞭解手術、麻醉過程中可能面臨的情況及應注意之事項等，對於病人或家屬所詢問之問題，如超越其專業範疇，應轉請手術負責醫師予以回答。」

²⁵⁵ 醫療法第 65 條：「醫療機構對採取之組織檢體或手術切取之器官，應送請病理檢查，並將結果告知病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人。醫療機構對於前項之組織檢體或手術切取之器

驗的相關告知規定，雖然都是重要的規定，人體試驗甚至是告知義務發軔之端，但此二者終究屬於較特別的醫療處遇，故於此亦不將其列入考慮之中。討論的範圍主要圍繞在醫師法第 12 條之 1、醫療法第 63、64 條及醫療法第 81 條：

醫師法第 12 條之 1：

醫師法是我國關於醫師執業資格及執業內容的管制法規，在國民政府遷台後，於民國 56 年修正公布全文 43 條，歷經 68 年、70 年、75 年、81 年四度修正，共六章 55 條，完全沒有規定醫師應向病人說明病情或取得同意的文字，自然違論「告知後同意」。民國 87 年底，衛生主管機關行政院衛生署鑑於醫療環境日趨複雜，開始全面修訂醫師法、醫療法，歷經醫界、法界所參與的 21 次內部修法會議後，新修正之醫師法於 91 年度公佈施行，其中就增訂了醫師法第 12 條之 1：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、癒後情形及可能之不良反應」。²⁵⁷

由於醫師法的規範對象包括所有種類的醫師，如西醫師、中醫師、牙醫師等等，且其規範之醫療處遇不限於侵入性行為，只要醫師診治病人，即有告知相關資訊的義務，就說明義務之主體與適用客體而言，可說是相當全面的規定。然而，有學者認為，醫師法 12 條之 1 並不適合作為說明義務的請求權基礎，原因在於該法條僅要求「告知」，未提到「同意」，可見其所保護的法益並非「自我決定權」，

官，應就臨床及病理診斷之結果，作成分析、檢討及評估。」；舊醫療法第 47 條：「醫院對手術切取之器官，應送請病理檢查，並應就臨床及病理診斷之結果，作成分析、檢討及評估。」

²⁵⁶醫療法第 79 條：「醫療機構施行人體試驗時，應善盡醫療上必要之注意，並應先取得接受試驗者之書面同意；受試驗者為無行為能力或限制行為能力人，應得其法定代理人之同意。前項書面，醫療機構應記載下列事項，並於接受試驗者同意前先行告知：一、試驗目的及方法。二、可能產生之副作用及危險。三、預期試驗效果。四、其他可能之治療方式及說明。五、接受試驗者得隨時撤回同意。」；舊醫療法 57 條：「教學醫院施行人體試驗時，應善盡醫療上必要之注意，並應先取得接受試驗者之同意；受試驗者為無行為能力人或限制行為能力，應得其法定代理人之同意。」

²⁵⁷ 楊秀儀（2007）。〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 240。

而是病患「知」的權利；此外，醫師告知的對象為「病人或家屬」，權利人及所欲保護的法益皆不明，不知立法者所欲保護的究竟為「病人自主權」抑或家屬固有的利益；最後，許多重要、應告知病患的事項，如「接受該處置或用藥可能導致的風險(risk)，或有無其他替代可行的方案(alternative)等並未涵括其中，係屬缺失，故無法將之評價為我國說明義務的成文法源。²⁵⁸

醫療法第 63 條、64 條（舊醫療法第 46 條）

醫療法第 81 條（舊醫療法第 58 條）

由於醫療給付之日漸大型化與機構化，醫師法的相關規定逐漸不足因應管理上的需要，故於民國 75 年 11 月 24 日制訂公布醫療法 91 條，針對醫療機構（診所、醫院）為管制；其中第 46 條（手術之告知說明義務）²⁵⁹與第 58 條（一般病情之告知義務）²⁶⁰，乃是與說明義務相關的規定。由於醫療環境的急速變遷，民國 87 年底開始展開醫療法翻修的工程，新修正的 121 條醫療法於 93 年 2 月 23 日公佈施行，原本的第 46 條關於手術說明義務的規定由第 63 條²⁶¹所取代，第 58 條

²⁵⁸ 參見楊秀儀（2007）。〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 241-242。

²⁵⁹ 舊醫療法第 46 條：「醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬獲關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，在其同意下，始得為之。但如情況緊急，不在此限。」

²⁶⁰ 舊醫療法第 58 條：「醫療機構診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針及癒後情形。」

²⁶¹ 醫療法第 63 條：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。（第一項）前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。（第二項）第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。（第三項）」

一般說明義務的規定現由第 81 條²⁶²取代之，此外，尚增加第 64 條²⁶³與侵入性檢查或治療相關之說明義務的規定，以期使說明義務更加完備。²⁶⁴

在 93 年新修正的醫療法中，第 63 條與第 64 條可以說是「一套」與同意書相關的組合規定，與原規定（舊法第 46 條）相較，可發現規範的主體從「醫院」改為「醫療機構」，有擴大管制主體的趨勢；此外，相較於原規定，新法特別將「侵入性檢查或治療」獨立於手術行為之外另行規定，在規範的客體方面彌補了舊法的不足；至於新修訂之醫療法第 81 條規定，與舊法 58 條相較，可發現在醫師應對病患說明的事項上多增加了「處置」、「用藥」、「可能之不良反應」等項目，反映立法者對說明義務的必要性與內涵有更進一步的認識，是值得肯定的進步。然而，仍有學者認為醫療法的條文不適當作為說明義務的成文法依據，之所以如此，除了醫療法第 81 條未提及「同意」，且醫師應告知的主體乃為「病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人」，可能遭逢前述醫師法所遭遇的問題外，主要的癥結應在於：醫療法以醫療機構為規制的主體。

如楊秀儀教授就認為，「醫病關係」從英文原文(Doctor-Patient Relationship)來看，很清楚地即可意識到「醫病關係」為「醫師與病人」之間的關係，換句話說，說明義務應以醫師為義務主體，醫療機構並不具主體適格；醫療機構可能作為「提供者—消費者關係」的相對人，即醫療機構作為醫療照護提供者而對病患提供服務之關係的相對人，這個關係為單純的契約關係，與基於需要、信任、與

²⁶² 醫療法第 81 條：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、癒後情形及可能之不良反應。」

²⁶³ 醫療法第 64 條：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。（第一項）前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。（第二項）」

²⁶⁴ 參考楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 243。

託付等事實而成立之醫病關係不可相提並論；醫療契約與醫病關係的範疇並不一致，醫療契約未必一定會成立醫病關係，而醫病關係的成立也不必然就有醫療契約之締結。此外，楊教授甚至認為醫院沒有確保其受雇醫師忠實踐履說明義務的義務，其主要的理由為，「醫師與醫院的僱傭關係不等同於一般的僱傭關係，雖然醫師按月向醫院領取薪資，但在臨床的醫療過程中，醫師享有完全之專業自主權，並不受醫院之指揮監督，並不能率爾套用民法 188 條或 214 條的規定。」基於以上理由，其認為醫療法上的規定皆不適當作為說明義務的成文法依據。²⁶⁵

楊教授所提出的幾點理由固非無見，惟本文以為，上述幾點理由並非醫師法或醫療法規不能作為成文法之法源依據的根本原因：首先，就說明的事項而言，醫師法或醫療法所列出之醫師應告知病患的事項，與依「理性病患標準」之醫師應告知病患的事項相較，有明顯的落差，許多重要的事項如風險、可能的併發症等等並未含括其中，此或為立法時的疏失，但更有可能的解釋應該是：立法技術的限制；立法者於立法當時可能因為對問題認識未深，無法為周全的規制，也可能是刻意留白，待理論實務發展更完全時方予以補足，司法者在面對這種情況時，可以運用法律解釋的方式來處理可能遭遇的問題，而在此處情況中，其實只要將法條所條列的說明事項解釋為「例示事項」，而非「列舉事項」，就能緩和可能遭遇的窘境，並不需要在一開始就因此規範上的漏洞全盤否定其可能成為請求權基礎的可能性。

其次，楊教授尚提出醫師法 12 條之 1 與醫療法 81 條僅要求「告知」，未要求「同意」，可見該立法目的僅在於保障病患「知」的權利，而非「自我決定權」，故不足以作為「告知後同意」的法源基礎。然而，欲先作區別的是，本文所討論

²⁶⁵ 參考楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 245-246。

的「醫療說明義務」之於「告知後同意」說明義務，在範圍上是較廣的，即便無法作為較特定的「告知後同意」之說明義務的法源依據，是否即必然不該當於「一般說明義務」的法源依據，是有疑問的。此外，本文以為說明義務的規範重點應該放在醫師的「說明」層面，而非病患的「同意」層面：誠然，病患的同意是使醫師說明發揮作用的重要關鍵，也是制度設計的目的所在，然而，由於病患的同意能力屬於基礎且一般性的要求，與其他種類事件之同意能力相較也沒有特立之處，故應該回歸民法的規定或相關理論中尋求，倘若於醫師法或醫療法等特別法規中另行規定，或有疊床架屋之虞；而「知」的權利的提供乃是「病患自主權」獲得保障的前提要件，法條規定從醫師應說明的事項著手，應僅是立法者在技術選擇上的問題，是否表示其並無保護「病患自主權」的意圖，可以討論，況且即便無法從立法資料中推知，一樣可以透過司法解釋的方式解決此問題，故以未具「同意」兩字即否定其不具備請求權基礎的可能似乎亦嫌速斷。

最後是醫療機構是否適當作為說明義務之主體的問題，楊教授主要從美國法的觀點否定此種可能性的存在，認為醫療機構充其量僅能當作契約相對人，無法作為說明義務的義務主體；然而，說明義務或許是參考外國法例而來的概念，但置於我國法體系下實際操作後，並不一定要與原創國採取同樣的看法，反而更應該順應國情，發展出一套適合本土法律制度與法思想的解釋方式，方為適當。而在此問題上，誠如本文「8.醫療機構亦應納入醫療說明義務的義務主體之列」中所言，觀察分析我國最高法院的判決，其並未反對以法人作為侵權行為主體的見解，這使得說明義務之義務主體在選擇上，就已經避免形式法律要件適用時可能遭遇之解釋上的困難，此外，若從保護被害人法律精神出發，以醫療機構作為義務主體也將防免當事人特定訴訟主體的困擾，而醫療機構雖然不必然有指揮監督其所雇用之醫護人員的權利，但從經濟的角度來看，其卻是最有能力推動「充分的醫療說明」之人，如透過機構內的管理、衛教單張的設計、資訊的提供來創造一個

更有利於「充分說明」的醫療環境，況且，即便在醫療機構定位為義務主體的情形下，本文亦並未揚棄醫師本身作為行為主體的看法，而醫療法並未排除民法 188 條的適用，以醫療機構作為義務主體，亦不表示當然排除醫療機構與醫師間內部求償的權利，是故，即便以醫療機構作為義務主體，仍對真正履行醫療說明義務之醫師有規制的效力，侵權責任所欲達到的預防或勸阻效果其實並未喪失。另外可以特別提到的是，即便反對將醫療法作為「告知後同意法則」的成文法的依據，楊教授亦提出「告知義務的主體是醫師，但解釋說明義務可以由護士或其他醫事人員代勞」²⁶⁶的說法，而本文所討論的醫師說明義務本較「告知後同意」說明義務的範圍寬，倘若將楊教授的見解作適當的解讀，某程度上似乎也支持了本文的見解。



綜上所述，本文以為學者所提出的見解並不適當作為否定醫師法或醫療法作為成文法基礎，然而，就結果而言，本文的結論與學說見解卻又是一致的：即醫師法或醫療法的規定無法作為請求權的依據。之所以如此，並非條文內容有根本上的缺陷所致，而是法條規定之結構的問題：一道有效的法律規定，除了構成要件以外，尚須涵括法律效果在內，才具備強制施行的可能性，否則就會成為訓示規定，僅具備道德喊話的效果而已。就醫師法與醫療法而言，雖然各於第 29 條²⁶⁷及醫療法第 103 條²⁶⁸（針對醫療機構）、第 107 條（針對行為人）²⁶⁹對義務違反

²⁶⁶ 楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 248。

²⁶⁷ 醫師法第 29 條規定：「違反第十一條至第十四條、第十六條、第十七條或第十九條至第二十四條規定者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。但醫師違反第十九條規定使用管制藥品者，依管制藥品管理條例之規定處罰。」

²⁶⁸ 醫療法第 103 條第 1 項第 1 款規定：「有下列情形之一者，處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰：一、違反第十五條第一項、第十七條第二項、第二十二條第二項、第二十三條第二項、第三項、第五十七條、第六十一條、第六十三條第一項、第六十四條、第七十二條、第八十五條、第八十六條規定或擅自變更核准之廣告內容。」

者處以罰鍰，然此為行政罰則的規定，與民事賠償的請求權終屬有別。是故，由於醫師法與醫療法之規定結構的問題，使其無法成為獨立的請求權基礎。

52. 民法 184 條第 2 項不適當作為醫療說明義務的一般請求權依據

或有論者以為，我國民法第 184 條第 2 項可以搭配醫師法及醫療法之相關規定而提供一條便捷的途徑，來建立我國說明義務請求權的基礎；亦即，醫師法或醫療法的規定可以作為民法第 184 條第 2 項之「保護他人的法律」，倘若行為人違反該條法律致生損害於他人時則成立侵權責任，可請求損害賠償。按，民法第 184 條所稱之「保護他人之法律」，學者認為無論法律或命令，均足當之，但須該法令對行為人課以「特定義務」，且係針對特定群體之個人利益，或為保護特定個人而訂定，而非專為保護國家社會利益或大眾之利益方可²⁷⁰；此外，在成立要件上，應注意者尚有三點：一、被告行為必須確實違反法律規定之注意標準，二、原告必須為該法規所欲保護之特定範圍的個人，三、原告遭受的損害必須為系爭法律目的所欲避免者，²⁷¹符合此三項要件，方有成立民法第 184 條第 2 項責任之可能。然而，不論是醫師法或是醫療法，其在告知對象的設定上乃採「病人或其家屬」、「病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人」的規範方式，在適用上可能產生誰是法律要保護之「他人」的疑問：可能為須保障「知情權」及「自主權」的病患，也可能為須保護「知情權」與「參與權」的家屬，有學者甚至提出：「從法律承認一個遙遠且不確定的「關係人」都可以代行同意來看，這些規定比較像

²⁶⁹ 醫療法第 107 條規定：「違反第六十一條第二項、第六十二條第二項、第六十三條第一項、第六十四條第一項、第六十八條、第七十二條、第七十八條、第七十九條或第九十三條第二項規定者，除依第一百零二條、第一百零三條或第一百零五條規定處罰外，對其行為人亦處以各該條之罰鍰；其觸犯刑事法律者，並移送司法機關辦理。」

²⁷⁰ 陳聰富（2002），〈論違反保護他人法律之侵權行為〉，《侵權歸責原則與損害賠償》，頁 84。

²⁷¹ 陳聰富（2002），〈論違反保護他人法律之侵權行為〉，《侵權歸責原則與損害賠償》，頁 87。

是保護醫師及醫療機構免於醫療糾紛更甚於保護病人之自主權決定²⁷²」的說法，可見其於個案適用上雖非完全不可行，但某程度上仍可能產生窒礙²⁷³。

總體而言，民法第 184 條第 2 項及醫師法/醫療法的組合並非完全沒有作為請求權基礎的可能，在法律解釋與法律適用上也沒有錯誤，但誠如楊秀儀教授所言：「從一個宏觀的角度來看，我認為以 184 條 2 項作為請求權基礎只能解決個案上的爭執，對台灣要建立一套完整而清晰的告知後同意法則來說，並不足夠。²⁷⁴」是故，本文以為，欲建立一套完整的說明義務之請求權基礎仍須回到侵權責任的基本規定，即民法 184 條第 1 項規定，來討論尋求才是。

53. 應以民法 184 條第 1 項前段作為醫療說明義務之一般性的請求權依據

本文以下將進入以民法第 184 條第 1 項作為說明義務之請求權基礎的討論。前文第二款第一目處所討論之我國相關學說見解，或可作為參考的準據，但在其上為某程度的修正與改進將是必要的。

觀察我國與說明義務之法律性質之相關學說，可發現主要有「阻卻違法事由說」、「過失要件說」及「人格權保護說」等說法，惟本文並未打算將「人格權保護說」列入考慮的範圍，一個原因是，「人格權保護說」的說法似乎有些偏廢：其認為在完全沒有經同意的情況下乃身體權受到損害，有疑問的是，為何在這種情況中即不討論自主權侵害？是沒有自主權侵害的問題嗎？抑或是自主權的侵害

²⁷² 楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 251。

²⁷³ 或有論者以為，將所有可能的候選人皆列入保護對象中，是不是就能解決問題呢？筆者以為這不是一個周全的方法。試想，在病患與家屬間的意見發生衝突之時，應以誰的意見為依歸呢？倘若不能解決究竟誰為該「保護他人之法律」所保護之對象，或許就無法給予前述問題一個合理圓滿的答案。

²⁷⁴ 楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 251。

將被身體權的侵害所吸收？另一方面，在有說明但說明不完全的情況中，學者則認為僅有自主權受到侵害，「侵害病人身體完整的是『疾病』，而非醫師的『不告知』」²⁷⁵，其甚至舉例說明此看法²⁷⁶，然而，這個說法仍有幾點疑點：首先，該例證中所舉的乃「未為」手術等侵入性行為的例子，倘若牽涉到手術等侵入性行為而未為清楚說明的話，是否仍與身體權的侵害無關，其實是可以討論的；其次，在無侵入性手術行為的情況下，是否就真的沒有身體權受侵害的可能呢？如在本文所選列的〈輔大新生健檢案〉中，即便沒有侵入性的醫療行為，還是可能因為醫師的未告知而導致存活機率降低的問題，這是否不能將之認為是身體權受到侵害的一種型態呢？

除此之外，由於民法 184 條第一項規定之侵權責任的構成要件中有「不法」與「過失」，但並無將「人格權保護」獨立出來作為特殊要件，且本文認為即便不採用人格權保護說之特殊理論，僅從阻卻違法事由（不法性）或獨立行為義務（過失）等原理論來解釋探討，仍有可能處理到人格權保護說試圖處理的問題，故於此並無特別引進「人格權保護說」之特別理論之必要。

至於「阻卻違法事由說」與「過失要件說」將成為本文建構說明義務請求權依據的基礎，但將因個人看法與實務運作的結果作適當的修正。

54. 醫療說明義務兼具雙重法律性質

²⁷⁵楊秀儀（2007），〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 251。

²⁷⁶如：醫師隱瞞病人之病情（將胃癌說成胃潰瘍），以致於病人延誤醫療（病人因此和女兒去夏威夷度假，沒有按時回診），因為沒有任何醫療行為，故也沒有所謂「身體權受到侵害」可言。但是，病患之所以「決定」先不就醫，乃是因為醫師所給的錯誤資訊或不充分的資訊所致，病人的「自主權」受到侵犯。參見楊秀儀（2007）。〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎討論〉，《台大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 251。

民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」「阻卻違法事由說」乃是將醫療說明義務定位在「不法」，也就是「違法性」此一構成要件上，「過失要件說」則顧名思義，將重點放在「過失」此一構成要件上；究竟孰是孰非？抑或說明義務有兼具兩種法律性質的可能？欲解決此問題，首先須從釐清「不法」與「過失」兩個法律概念開始著手。

違法性

所謂違法性，一言以蔽之，就是違反法規範的意思，而此處所指稱的法規範，係指法規範所定的行為義務而言。²⁷⁷

結果不法說乃傳統的違法性理論，此說以因果行為論為出發點，認為法規範既已透過實定法規律絕對權法益的歸屬，那麼任何人原則上即負有不得侵害他人絕對權等法益的行為義務，所以一旦發生絕對權等法益遭受侵害的消極結果，與此結果具有因果關係之行為即顯露了違反法規範之性格。²⁷⁸此說認為行為與結果有密不可分的關係，亦即結果可視為行為的一部份，從而其判斷是否具「違法性」之重點固然落在絕對權等法益遭受侵害之消極結果上，但最後還是歸結於導致該結果之行為，賦予其「違法性」的性格。²⁷⁹²⁸⁰

²⁷⁷ 王千維（2004）。〈侵權行為：第二講 違法性—違法性之內涵〉，《月旦法學教室》，第 25 期，頁 51。

²⁷⁸ 王千維（2004），〈侵權行為：第二講 違法性—違法性之內涵〉，《月旦法學教室》，第 25 期，頁 51。

²⁷⁹ 王千維（2001），〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探〉，《政大法學評論》，第 66 期，頁 10。

²⁸⁰ 一個損害賠償責任的成立，必須包含「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性」等三層結構；構成要件該當性係先於違法性而作判斷。「構成要件該當性」由三個要素所組成，亦即 1.加害行為 2.第一次現實損害結果 3.加害行為與第一次現實損害結果間的因果關係。若以德國民法第 823 條第 1 項所規範之侵權行為類型為出發點，那麼所謂對他人絕對權等法益造成侵害結果具有因果關係之加害行為，即為一個符合德國民法第 823 條第 1 項構成要件的行為，因此「結果不法說」可以進一步做出如下的推論，亦即「構成要件該當性」即徵引「違法性」。參考王千維（2001）。〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探〉，《政大法學評論》，第六十六期，頁 10-11。

但傳統的結果不法說有其理論上弱點的存在，尤其在某些案例情況中，倘若單純操作該理論，可能會導致不合理的結論，²⁸¹後有學者提出行為不法說以修正之：該派學者認為，不能僅因某行為有肇致他人絕對權等法益遭受侵害的消極結果，即逕予推定為具「違法性」，除了絕對權等法益遭受侵害的消極結果外，在違法性的判斷上，同時亦應顧及導致此等結果的行為本身，始克周延；亦即需更深入積極地探究該行為有無違反社會上一般注意義務以為斷。²⁸²

提出行為不法說的學者其論點互有差異，多數主張行為不法說的學者主要是以目的行為論²⁸³為中心，區分故意與非故意行為：對於故意侵害絕對權法益的行為，因為法規範原本即禁止故意侵害他人絕對權等法益之行徑，而賦予任何人原則上不得故意侵害他人絕對權之行為義務，所以在故意侵害他人絕對權法益的案例中，只要一發生絕對權等法益遭受侵害的消極結果，在無特別的阻卻違法事由時，原則上得逕予認定其「違法性」，但這不意味著故意侵害他人絕對權法益之行為，其「違法性」即不具違反行為義務（或違反社會活動上一般注意義務）之性格。至於非故意行為，由於不適當逕予推定或徵引其違法性，亦即，對於非故意行為之違法性判斷不能如「結果不法說」一般，僅單純的停留在尋找是否存在「阻卻違法事由」這件事上，應積極的探究此項侵害他人絕對權法益的行為是否違反社會活動之一般注意義務，倘若有之，始具「違法性」的性格。至於何謂「社會活動上一般注意義務」，則必須就不同的案例類型，經由衡量與價值判斷而查出來。²⁸⁴

²⁸¹ 如農藥製造商案。見王千維（2004）。〈侵權行為：第二講 違法性—違法性之內涵〉，《月旦法學教室》，第25期，頁52。

²⁸² 王千維（2001），〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探〉，《政大法學評論》，第66期，頁12。

²⁸³ 所謂「目的行為論」，乃認為凡行為皆有目的，亦即行為係出於內心的意志(will)，一種目的導向所產生的效果。基於此等對人類行為的認識，彼等學者乃進一步認為，法規範上的行為義務必係完全針對人類主觀上的意志而為規律，非人類主觀意志所能控制之因果關係，則非法規範之行為義務所能規律之範疇。參見王千維（2004），〈侵權行為：第二講 違法性—違法性之內涵〉，《月旦法學教室》，第25期，頁52-53。

²⁸⁴ 王千維（2001），〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探〉，《政大法學評論》，第66期，

過失

所謂過失，若參酌刑法第 14 條第 1 項之規定，係指應注意、能注意、而不注意者而言。此處之「應注意」云者，乃係指「注意義務」而言，惟此等注意義務並不能概括抽象的判斷，必須自各個具體構成要件觀察，亦即構成要件上即具體反映了法規對過失意義範圍內的注意義務所作的要求。至於所謂「能注意而不注意者」，係指注意義務之違反，關於行為人的注意能力，我國最高法院採善良管理人之注意程度，作為判斷行為人是否違反注意義務的標準；²⁸⁵亦即，行為人何時違反注意義務，應考察行為人是否適當運用其注意能力，以避免或防止可預見之損害結果發生，而通說是以善良管理人在同一環境情況下，是否從事相同行為為判斷基礎來判斷之。




由以上的陳述可知，損害賠償責任的構成要件，即明確列舉或隱含違法性意義範圍的行為義務，所以過失意義範圍內的注意義務與違法性意義範圍的行為義務，於具體的個案中，其內容可說是完全一致；只是過失的認定是以行為人對構成要件實現的可預見性及可避免性（可預防性）為其必要條件，因此相異於單純違反行為義務、成立違法性的情形。在過失的範疇內，除同一內容義務的違反外，尚須加上另一條件，而在侵權行為責任所採取的過失客觀化的標準之下，此一條件即為與行為人處在相同具體情況下之善良管理人對該同一內容之義務是否係客觀可認識且客觀上得被期待執行此內容之義務；換句話說，行為人在單純違反行為義務而成立違法性之後，在侵權行為責任領域內，若該等行為義務的內容，亦

頁 13-14。

²⁸⁵ 陳聰富（2008），〈論侵權行為法上之過失概念〉，《侵權歸責原則與損害賠償》，頁 56，台北：元照。

為與行為人處在相同具體情況下之善良管理人客觀可認識，並且客觀上得被期待執行此等內容之義務，則此時行為人即具有主觀可歸責之過失。²⁸⁶²⁸⁷

因此，主觀歸責事由的「過失」係對「違法性」所成立的客觀歸責作一定程度的限縮：亦即在行為人因客觀義務的違反而成立「違法性」之後，再按一定的標準——與行為人處在相同具體情況下之善良管理人（抽象輕過失），或按照行為人本身通常之注意程度（具體輕過失）——探究行為人對該義務之內容在此等標準下是否係客觀（或主觀）可認識且客觀上（或主觀上）得被期待執行此等內容之義務，從而成立「過失」，而負擔損害賠償責任。²⁸⁸



民事侵權雖未如刑事法有嚴格三階段論，但普遍仍認為應以行為具有違法性為其構成要件，而「被害人同意」即為阻卻違法的一環²⁸⁹。放到醫療行為的脈絡下來看的話，醫療行為，特別是手術行為，由於其侵入性而被認為具有加害行為的性質，倘若該手術事先得病人同意後才行使，則該醫療行為將因病人同意而阻卻其違法性。然於此，倘若採傳統之結果不法說的觀點，則醫療行為中「病人的同意」的法律地位與一般侵權行為並無顯著的不同，即皆為且「僅為」阻卻行為違法性的其中一種管道——即被害人之同意，由於如「病人另循管道得知醫療風險」、「醫師以醫療行為最終乃對病人有利」、「容許性風險」、或「業務正當行為」等理由，在損害已經形成的情況下都可能阻卻責任的發生，我們可以發現，若僅僅從阻卻違法事由此一法律性質來著手，並不足以建構醫師負有醫療說明義

²⁸⁶ 王千維（2005），〈侵權行為：第五講 有責性—過失〉，《月旦法學教室》，第33期，頁62-63。

²⁸⁷ 用白話一點的文字表示：在「注意義務的有無」這個層次上，過失與違法性兩者是一致的概念，但過失還需要考慮可預見性及可避免性所採取的標準的問題，這是「注意義務的違反」此一層面的問題，相較於違法性，為附加上去的條件。

²⁸⁸ 王千維（2001），〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下）〉，《政大法學評論》，第67期，頁189。

²⁸⁹ 許純琪（2004），〈談我國法上醫師告知義務之民事責任〉，《萬國法律》，第133期，頁5。

務的基礎。然而，若從行為不法的角度來看，由於不法性的有無乃由客觀行為義務違反與否來判斷，此時若將醫療說明義務認定為行為義務的一環，儘管仍有容許阻卻違法事由的空間，卻已有突顯醫療說明義務的功能存在。

再從另一方面來看，既然說明義務為診治過程中應盡的義務之一，則用侵權行為要件的語言來說，或許可以將之稱為「應盡之注意義務」，當應注意得注意而未注意時，我們便稱該行為有「過失」。更進一步推論，倘若我們認為說明義務之存在乃因我們承認病人的自主主體權、著眼於病人有對其所經歷的事情有知情的權利、保障其在完全瞭解狀況的情形下自主作選擇的權利的話，那這些源自人性尊嚴的權利理應先於法律而存在，而不是因法律之課予才產生的義務，縱因憲法乃規範國家之法不直接適用於私人之間，也應有透過基本權第三人效力而實現的可能；換言之，本文以為，醫療行為作為侵權行為的一種型態，說明義務乃其為行為時應盡之注意義務的一環，且是一種一般性的注意義務，若有應盡且得盡之注意義務而未盡，即屬有過失，可依民法第 184 條 1 項前段論斷其責任，並不須另由特別法明訂，再迂迴的透過第 184 條第 2 項推定有過失。

由上段論述可發現，不論從不法性或是注意義務的觀點出發，都有建立醫療說明義務的可能，惟究竟應該如何選擇，或是容有兼具兩種性質的空間，則是接下來要面臨的難題：

觀察歐洲及英、美等國的侵權法制度，可發現有些國家是不區分不法及過失兩個概念的（如法國、比利時、瑞典等等），即便有區分，二者間的界線也似乎愈來愈模糊。首先，有力學說認為：「只有在行為人為反對他人應盡的注意義務時，

則其侵害他人利益的行為方屬不法」²⁹⁰，某程度上似乎反映了不法概念下的行為義務即等於過失概念下的注意義務的看法，這種情形在作為義務的情況下尤為明顯（本文所討論的醫療說明義務即為一種作為義務），因為違反作為義務而成立之侵權責任在法律結構上就是以是否未盡注意義務（判斷有無過失）來決定是否有不法性²⁹¹，亦即，不法的概念已經結合在過失行為的認定之中，成為過失行為內涵的一部份，二者的關係更形難捨難分。

另一個主要的原因是：「過失標準的客觀化認定」。²⁹²在區分不法(wrongfulness)與過失(fault)概念的國家中，其傳統觀念普遍認為：「不法」是指法秩序的客觀違反，尤其是指對絕對權保護的侵害，而另一方面，「過失」則指行為人對其行為的態度，也就是把重點放在行為的主觀層面；「不法」乃表示行為本身違反法律，而「過錯」則是指行為人忽略(neglect)在該情況下可期待其應盡的注意義務標準(standard of care)，二者似有本質上的差距。²⁹³惟隨著法律適用的系統化，注意義務的標準漸漸被客觀化的認定，即在侵權行為責任領域內，若該等行為義務的內容，亦為與行為人處在相同具體情況下之善良管理人客觀可認識，並且客觀上得被期待執行此等內容之義務，則此時行為人即具有過失。在這種趨勢下深入探究不法與過失的概念，可發現：「違法性」在於決定行為人是否違反法規範之客觀價值，亦即行為之反價值，考量之因素包括權利或利益之價值、權利或利益定義的

²⁹⁰ 原文為：「An infringement of legal interests of another person is unlawful only if the wrongdoer neglected the duty of care that he owed to the victim; only the negligently caused damage is a wrongful damage at all.」 See P. Widmer (Ed.), **UNIFICATION OF TORT LAW: FAULT** 105, The Hague : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers (2005).

²⁹¹ 原文為：「In cases of omission, it is rather difficult to separate the spheres of wrongfulness and fault, since the legal formula to establish the negligence (neglect of due care) is already needed to establish the wrongfulness of an omitted conduct.」 See P. Widmer (Ed.), **UNIFICATION OF TORT LAW: FAULT** 106, The Hague : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers (2005).

²⁹² 此現象在不法與過失概念不分的法制中似乎是個常態，如法國法及比利時法，在不法與過失概念區分的法制中則是個趨勢，如德國法及西班牙法。參考 P. Widmer (Ed.), **UNIFICATION OF TORT LAW: FAULT** 339, The Hague : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers (2005).

²⁹³ P. Widmer (Ed.), **UNIFICATION OF TORT LAW: FAULT** 105, The Hague : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers (2005).

精確性及顯著性，被告責任之性質（故意或過失[此處純粹指行為人主觀認知的狀態]），尤其行動自由與權利行使的利益，與公共利益等等²⁹⁴；而「過失」的判斷，也就是行為人是否負擔注意義務的判斷，有認為應以行為人之預見可能性判斷，有認為應以當事人間的密切關連性為標準，在實際案例應用時，其實皆含有法政策判斷的色彩，涉及價值判斷與利益衡量，而以符合一般人共同接受之價值與評價作為最終的決定因素。²⁹⁵ 可見二者的衡量標準與功能皆相同，即為價值判斷的一種工具，是否真的具有區別的必要，值得深思。

學者王千維雖曾於文章中提出「所謂『過失客觀化』標準的採取，並非全然放棄『有責性（過失）』對行為人本身主觀評價的性格，只是將主觀評價的標準加以典型化而已，也就是說，以與行為人處在相同具體情況下之善良管理人作為此等主觀評價之典型，而在行為人本身具備歸責能力之後，原則上就不再顧及個別行為人本身主觀的心理狀態；所以，所謂『過失的客觀化』，嚴格而言，應係指『判斷過失標準的典型化』，其與『違法性』全然採抽象客觀的標準，完全不顧及『人』或甚至『善良管理人』的主觀狀態迥然不同。」的看法²⁹⁶²⁹⁷，頗有見地，但此理

²⁹⁴ 陳聰富（2008），〈論侵權行為法之違法性概念〉，《月旦法學雜誌》，155期，頁179-180。

²⁹⁵ 陳聰富（2008），〈論侵權行為法上之過失概念〉，《侵權歸責原則與損害賠償》，頁70-71，台北：元照。

²⁹⁶ 參見王千維（2001），〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下）〉，《政大法學評論》，第67期，頁207-208。

²⁹⁷ 類似概念：採「行為不法說」的學者當中，另有參照刑法「責任說」的理念，而將「過失」的內容加以分割，認為客觀化的「過失」非屬主觀歸責事由，而僅為非故意行為成立「違法性」的基礎，至於過失行為人的「有責性」，則必須自個別行為人的可非難性上求得，而其所謂個別行為人的可非難性似乎似指傳統過失概念中的可預見性與可避免性及責任能力而言。此等見解若從「違法性」意義範圍內的行為義務與「過失」意義範圍內的注意義務之內容完全一致，以及主觀歸責事由的「過失」係對「違法性」所成立的客觀歸責作一定程度的限縮等觀點出發，結論並無不同，然而其理論架構卻頗有可議：依民法220條第1項規定，故意與過失係被列為主觀歸責事由，而屬於「有責性」層次討論的對象，並非屬於構成要件的一部份或「違法性」成立的基礎。既然「過失」本身按民法規範意旨係獨立屬於一種主觀歸責事由，則不宜將其內容任意切割，放入不同的層次加以討論，而最後僅將可預見性與可避免性歸諸「有責性」的範疇內。況且，此等見解似乎誤會了「過失客觀化」的真正意涵，蓋所謂「過失客觀化」並非係指純粹客觀抽象行為義務的違反，而僅係對行為人可預見性及可避免性等判斷標準加以典型化，亦即「判斷過失標準的典型化」而已。參見王千維（2001），〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下）〉，《政大法學評論》，第67期，頁211-212。

論上的討論是否會在實際操作上造成衝擊與差別，則是值得思考的問題。

是以，「不法」與「過失」兩個概念是否有區別的必要，仍具有相當的討論空間，惟在我國法體制與法文化下，似以區別說較容易被接受，況且，「過失」此一概念，除了注意義務的違犯之外，還因各國法體制設計上的不同而有包含行為人「能力(capacities and abilities)」的可能²⁹⁸，而我國的過失概念除了指行為人欠缺「理性人之注意標準」，亦即具有注意義務，且違反注意義務外，尚包括行為人是否具有識別能力及防止損害發生之能力等等能力的探討；與不法概念之判斷雖有部分重疊，但仍有獨立的必要，是故，本文仍傾向採區別說。至於在實際判斷不法性或注意義務之際，雖然本文傾向將客觀行為義務違反與否回歸至不法性之概念下判斷，還「過失」概念在本質上乃是考量主觀要件的本來面目，但由於採區別說的緣故，不法性與過失之有無都會同時成為責任成立與否的判斷要素，只是除了「阻卻違法事由（不法性的反面構成要件）」與「行為人能力（識別能力、損害防止能力）」尚具有實質區別性外，在作不法性之判斷時，其正面要件之行為義務的違反，與過失之注意義務的違反，究其實際，其實是採用相同的判斷標準此舉或有疊床架屋之虞，卻也是在尚無勇氣採行過失不法一元化之時，不得不然。

²⁹⁸ 學者陳聰富將相關法制度整理成表格，清楚明白，特附於此，以供參考：

	違反法規範價值	欠缺注意義務	個人年齡與能力
法國	過錯	過錯	非免責事由
英國	注意義務之存在	注意義務之違反	非免責事由
德國	違法性	違法性	有責性（過失）
日本	違法性	違法性或過失	有責性（過失）
台灣	違法性	有責性（過失）	有責性（過失）

參見陳聰富（2008）。〈論侵權行為法之違法性概念〉，《月旦法學雜誌》，155期，頁180。另關於更多國家法制的大略介紹，請參考P. Widmer (Ed.), *UNIFICATION OF TORT LAW: FAULT* 339-340, The Hague : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers (2005).

依此，本文認為醫療說明義務兼具雙重的法律性質：

任何種類的醫療說明義務（包括：診療結果之說明報告義務：如病名及症狀等診斷結果、預定實施之醫療處置及其內容，為獲得患者有效同意之說明義務：如醫療處置之危險度（危險的有無及程度）、可替代的醫療處置及其利害得失、癒後情形、可能之後遺症等，療養方法等指示、指導之說明義務及勸告轉醫之說明義務）皆具有行為義務此一法律性質，同時，任何種類的醫療說明義務都是醫師在為醫療行為之時「應盡的注意義務」，倘若有應盡且得盡之醫療說明義務而未盡，除了違反行為義務而具有行為「不法」外，尚造成注意義務的違反，將使侵權責任中「過失」的要件成就，而有負侵權責任的可能。

只是，在與「為獲得患者有效同意之說明義務」（如具體治療方法、侵害範圍、手術之固有危險性及副作用等等）相關的情況中，患者有效的同意成為不法性的反面構成要件—阻卻違法事由，亦即，為獲得患者同意之說明義務除了是醫師在為醫療行為時應盡的行為義務或注意義務外，尚具備阻卻醫療行為違法的功能。

第二項 違反說明義務之法律效果

延續前文之論述，可知以民法第 184 條第 1 項前段規定作為醫療說明義務在請求權基礎是較為周全且適當的選擇，故在「成文法依據」此一問題上，某程度算是已得到相對清楚的答案。以下將奠基於此基礎更為衍伸，主要從「受保護的客體」與「舉證責任」兩方面來討論違反醫療說明義務在侵權責任上可能導致的法律效果。

55. 「人身權」與「病患自主權」皆可能成為保護客體

基本上，違反任一種類的醫療說明義務都可能侵害到病患之生命、身體及健康權：在包含侵入性手術行為的醫療處遇中，病患可能因為醫師給予的資訊不足而經歷其原本不會答應行使的醫療手術，因而造成生命或身體健康的損害；即便是在無侵入性手術行為的醫療處遇中，醫師的疏於告知也可能造成病患之生命、身體健康權的損害，如本文所選之〈輔大新生健康檢查案〉與〈奇美醫院未告知手術外病況案〉中，因治療延緩導致的存活機率降低，²⁹⁹或是因未適時勸告轉醫導致錯過黃金治療時機等等，皆為適例。

在責任的認定上，醫師未為充分而完整之醫療說明而未獲得病患有效之同意者將被認為是違反客觀之行為義務而成立「行為不法」，惟可能以「被害人同意」（其實或許以「被害人明確拒絕」更為恰當）、「緊急避難」等反面事由來阻卻違法。此外，醫師未為充分而完整之醫療說明，亦等同於未盡到醫師為醫療處遇時應盡的注意義務，應盡得盡之注意義務而未盡，即符合民法第 184 條第 1 項前段之侵權責任中的「過失」要件。惟於我國侵權法體系下，只要一個構成要件不存在，責任即不成立，故於判斷上可先從不法性下手，倘若不法性不具備，就沒有再繼續討論過失存在與否的必要。

在「病患自主權」之侵害的討論上，則僅有「為獲得病患有效同意之醫療說明義務」此種醫療說明義務的違反方有侵害「病患自主權」的可能，除此之外的醫療說明義務乃醫師為醫療給付之手段或使醫療給付更完全之輔助，與病患之決定無關，亦不需要獲得其同意，故應與病患自主權的侵害無涉。

²⁹⁹ 相關討論請參考陳聰富（2004），〈「存活機會喪失」之損害賠償〉，收錄於氏著《因果關係與損害賠償》，頁 197-251，台北：元照。

在責任的認定上，「為獲得病患有效同意之醫療說明義務」之違反亦同時有「不法性」與「過失」之討論必要，判斷模式亦與前同，只是此處需要特別注意的是：在不法性之正面要件已具備的情況下（有客觀行為義務的違反），倘若我們承認「病患自主權的保障應具有獨立之重要性」此一前提，此時就不應該再容許以緊急避難等其他阻卻違法事由來阻卻其不法性成立。

醫療說明義務在保護客體方面所可能產生的有趣問題主要是發生在「身體法益」與「病患自主權」的交互作用上：

首先可以探討的是，在「身體法益」與「病患自主權」同時受到侵害時，「病患自主權」是否仍有獨立作為保護客體的必要性？本文以為，由於在此種情況中，「身體法益」及「病患自主權」受到侵害而造成在財產上的所受損害與所失利益基本上相當，主要都是指額外支出的醫療、喪葬費用或因而減少的勞動所得，在我國「不重複填補」的損害賠償體制下，倘若仍強調病患自主權的獨立性，或有畫蛇添足之疑慮，至於在「病患自主權」受到侵害時可能會有的精神痛苦等非財產上損害部分，我國民法第 195 條亦有規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」，可見在人身法益受到侵害的情況下，立法者也特別設計了精神慰撫金等相關制度以因應之，在財產上損失與非財產上損失皆已獲得填補的情況下，本文以為，在身體法益與病患自主權同時受到侵害的情況下，人身權將吸收人格權，病患自主權沒有作為獨立保護客體的必要。

其次，在身體健康整體而言未受侵害，但病患自主權受到侵害的情形，而我們可進一步將此種侵害態樣分成兩種不同的行為型態，其一為，經充分告知後，病患堅決不同意的情形，即所謂「明示拒絕醫療的意思表示」的情形，其二則是，未經詳細告知致病患無法為有效同意，但總的而言，二者之身體機能及整體健康皆未受損的情形。以下將透過判決實例，進一步討論各個行為態樣下責任認定的情形：

在德國 1894 年德意志帝國的萊茵法院判決（「德國截肢案」），該案病患為一名 7 歲女孩，罹患結合性骨髓癌，醫生告知其父親必須進行截肢手術，始能保全性命。然而，小女孩的父親崇尚自然療法，堅決反對截肢手術。醫師不顧女孩父親的明示反對意見，為女孩進行截肢手術。其後手術成功，女孩復原良好，但醫師卻受到傷害罪起訴，並被法院認定有罪成立³⁰⁰。然而，陳聰富教授認為，本案若以民事責任觀之，醫師未得病患家屬同意而進行截肢手術，係侵害病患之自主決定權，構成人格權侵害之侵權責任。但因其後手術成功，病患復原良好，並無健康權受侵害可言。³⁰¹

本案即為第一種行為態樣之適例，即在病患以明確為拒絕醫療的表示下，醫師仍執意進行醫療行為的情形：在病患明示拒絕之意的情況中，其已透過意思表示決定自身身體健康的處置方式，此時醫師執意以己意為病患作決定，導致與病患之預期有差異的結果，倘若認為此舉可行，將無異於承認醫師擁有隨意處置病患之權利一般，故在利益衡量之結果下，應認為醫師之醫療說明行為並不合於客觀之行為義務，此外，似乎也無主張其他阻卻違法事由的空間，故此行為具備不法性。在過失的判斷上，注意義務之有無及違反，與不法性之行為義務的判斷相同，故於此，醫師亦因未盡到注意義務而有過失，在其餘要件符合的情況下，將

³⁰⁰ 關於本案之刑法上分析請參見陳聰富（2008）。〈醫療行為與犯罪行為〉，《月旦法學教室》，第 69 期，頁 65；第 70 期，頁 76。

³⁰¹ 陳聰富（2009），〈告知後同意與醫師說明義務 中〉，《月旦法學教室》，第 81 期，頁 84。

成立侵權責任。只是在損害賠償範圍的衡量上，由於沒有身體健康的實質損害，其所能請求者或許僅是額外支出的醫療費用（如裝義肢的費用）；至於因而受到的精神上損害，由於病患自主權在身體權同時受到侵害的情況下將被吸收，故不單獨成為請求權的依據，然病患仍得依民法 195 條規定為精神慰撫金的請求。

由於本文採吸收說，病患自主權的保護於身體權未受侵害時方得彰顯，以下所舉之另一個明示拒絕醫療的案例即為一個明顯的例子：在耶和華見證人會 (Jehovah's Witness)，基於聖經中「不可飲血」經典的解釋，認為任何形式的輸血，均會使人和永生的救贖隔絕，因而許多信徒隨身攜帶簽署卡，表示自己在任何情況下均拒絕輸血。美國紐約州「公共衛生法」規定，在告知耶和華見證人會的成年病患關於輸血之風險與利益後，病患有權利拒絕輸血，即使後果對其健康不利，甚至有害³⁰²。

假設病患為耶和華見證人會之信徒，因十二指腸潰瘍出血，解出黑便，血紅素值甚低，又因長期貧血之故，而有輸血之必要，但病患表示拒絕輸血，縱使有害健康亦在所不惜。若醫師未經其同意，在病患不知情之下予以輸血。其後，病患身體狀況回復良好，可否主張醫師應負賠償責任？

在這個案例中，醫師輸血之後病患身體狀況回復良好，似乎難以認為病患之身體權或健康權受到侵害，惟本文以為，由於病患明示拒絕醫療，未同意醫療行為的施行，醫師方逕行為醫療處遇的行為為行為不法，在其他要件符合的情況下，得依民法 184 條規定請求損害賠償，只是在損害賠償範圍的認定上，由於沒有財

³⁰² 顏似綾、蔡甫昌（2007），〈病患拒絕輸血〉，《臨床倫理病按討論》，頁 99-100。橘井文化公司。轉引自陳聰富（2009），〈告知後同意與醫師說明義務 中〉，《月旦法學教室》，第 81 期，頁 85。

產上的損害，病患僅得請求精神痛苦之損害賠償，沒有請求財產上之損害賠償³⁰³，至於病患自主權方面，則因身體、健康權侵害之成立而被吸收，沒有另外請求的空間，與前案的判斷是相同的。

日本東京地方法院所做出的「乳癌切除案」可作為第二種行為態樣的例子。本案之案例事實為：病患右乳房腫瘤經診斷為乳腺癌，醫師向病患說明應儘早切除，取得病患同意後進行手術。在手術中，醫師切除病患之全部右乳房後，發現左乳房亦有感染前兆，而在未經病患同意下，同時將左乳房切除。法院在判決中表示：在醫師對於病患治療之建議下病患因此所為之承諾，非同時包含相關重大手術之承諾，因而對病患實施身體上或外觀上會產生重大結果之手術時，除病患生命危險之緊迫情況，無法立即取得其承諾等特別情事外，醫師應確認患者就該手術是否承諾倘若未得病患承諾即實施手術，無法排除對病患身體違法侵害之非難性。對於女性內部組織全部切除之手術，係就生理機能或外觀上均發生重大結果之手術，醫師應對病患為充分之說明而得其承諾後，始可實施³⁰⁴。

在本案情況中，由於醫師之說明未達到使病患為有效同意的程度，尚不充分，不符合客觀之行為其說明義務，且病患未獲充分說明致未為有效同意，醫師對其身體之「侵害」不能因之阻卻違法，倘若醫師之醫療處遇又非出於緊急或急迫事由，則自無其他阻卻違法事由得主張之，不法性要件即告成立，至於在注意義務

³⁰³ 加拿大法院在 *Malette v. Shulman* 乙案((1990) 67 D.L.R. (4th) 321 (ont. C.A.))，認為醫師無視於耶和華見證人會信徒拒絕輸血卡之記載，而予以輸血者，應負傷害身體(battery)之損害賠償責任。法院認為：「基於自我決定原則與個人自主權原則，病患得拒絕輸血，縱使可能發生有害結果，且如此決定一般而言被認為有勇無謀。、、、違反耶和華見證人會信徒之意願而為輸血，不僅侵犯其對於自己身體之控制權，且未尊重其賴以維生之宗教價值。」英國法院亦採取相同之見解，但對於未成年人，耶和華見證人會信徒之父母則無為子女表示拒絕輸血之權。See *Michael Jones*, at 516-517. 應注意者為，在英美法，被告醫師之行為雖構成身體侵害之侵權責任(battery)，若無損害發生時，原告只得請求「名義上之損害賠償」(nominal damages)。

³⁰⁴ 東京地方法院昭和 46(1971)年 5 月 19 日判決。引自陳子平(1999)，〈醫療上「充分說明與同意(Informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第 12 卷第 1 期，頁 77。

方面，也會得到相同的判斷；倘若事出緊急，則在在此種非明示拒絕醫療的情況下，應容忍醫師有主張緊急避難等其他阻卻違法事由的空間，以阻卻責任的成立，惟在損害賠償範圍的計算上，仍有可能遭逢損害為零（沒有損害的問題）。

而只有在後者的情況中，才有繼續討論保護病患自主權的機會（因為在認為身體權受侵害的情況下，病患自主權就被吸收了）：在責任的判斷上，一樣是以「醫療說明行為」本身作為「加害行為」來討論，由於其說明未達病患得為有效決定的標準，在不法性之正面要件的判斷上，應認為其行為不符合客觀之行為義務，而在阻卻違法事由的引用上，倘若我們承認病患自主權應受到獨立的保護，就不應該容認其他阻卻違法事由來自打嘴巴，亦即，即便是緊急情況、生命攸關，仍然認為該行為具備不法性，至於注意義務由於與不法之判斷標準相同，故過失亦成立，然此種情況是否就表示病患自主權之損害賠償必定成立？本文以為並不如此，因即便沒有阻卻違法事由，尚有因果關係等要件在作把關，故不致造成賠償氾濫的情形。

56. 原則上由原告負主張及舉證責任

民事訴訟之基本原則為，原告應就其主張之請求權之構成要件，負舉證責任。此項原則適用於醫療訴訟上即是：病人起訴請求醫院或醫師賠償損害時，應就醫療的瑕疵、醫院或醫師或其履行輔助人之過失，醫療瑕疵與損害間的因果關係三項構成要件，負舉證責任。³⁰⁵

如前所述，醫療說明義務之違反兼具兩種法律性質：「不法性」與「過失」，

³⁰⁵ 詹森林（2007），〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，《台北大學法學論叢》，第63期，頁61。

而原告不論以哪一種法律性質主張，原則上皆應由原告就醫療說明義務之違反負舉證責任，僅在醫師欲以病患之同意作為阻卻違法事由主張時，方由醫師就已說明、告知之事實負主張及舉證責任。

第三節 本文見解

結合本章第一節與第二節之論述，本節將從「保護客體」、「損害賠償範圍」、「舉證責任」及「消滅時效」四個方面，綜合比較契約責任與侵權責任之法律效果，並討論二者間是否具備區別實益。

57. 契約責任與侵權責任的保護客體相同

延續前節第二項的討論，可發現在我國法侵權責任的體系下，生命、身體、健康等人身權與病患自主權都有成為醫療說明義務之保護客體的可能；至於契約責任方面，倘若將醫療契約的目的僅解釋為「維護、治療病患之身體健康」，或許會產生僅保護人身權，病患自主權無法納入契約保護範圍之列的阻礙，然而，醫療契約的目的不見得如此狹隘，除了維護、治療病患之人身健康外，現代醫療決定尚強調反映病人價值偏好的追求，醫療目的不應侷限在幫助病人恢復健康，更應幫助病患透過醫療而取得更好的生活狀態，故從此等契約目的觀之，是有可能將維護病患之整體利益，包括身、心靈上的自主性等納入給付義務中的，如此，醫療說明義務（一般醫療說明義務）身為輔助主給付義務之履行的從給付義務，除了人身權以外亦將病患自主權納入保護客體的範疇，也就不難想像。至於「為獲得病患有效同意之醫療說明義務」，依本文之論述，乃屬附隨義務的範疇，附隨

義務所保護者本為契約相對人之固有利益，而病患自主權亦屬病患本身之固有利益的一環。從此可見，不論從契約責任的觀點抑或侵權責任的觀點來討論醫療說明義務，二者在我國法下的保護客體是相當的，人身權與病患自主權等人格權均在其保護客體的範疇之內。

58. 損害賠償範圍同一

在醫病關係中，醫師未為充分之醫療說明致使病患無法為有效之決定，而造成病患身體、生命、健康權或病患自主權之損害者，應屬債務不履行中不完全給付的問題，關於此，民法第 227 條與第 227 條之 1 明文訂有請求權之依據；在侵權責任方面，財產法益以民法 184 條，人格法益則以民法第 184 條、第 192-195 條作為請求權依據³⁰⁶，二者的損害賠償請求權依據雖然不同，惟其計算方式皆是以民法 213 條以下之條文作為基礎：損害賠償方法以回復原狀為原則、金錢賠償為例外，損害賠償範圍則以所受損害或所失利益為限，實際計算之時或許因個案情狀不同而有不同的參酌標準，但此為計算損害賠償範圍之共通問題，於契約責任及侵權責任間應無甚差異。

此外，在民法修正以前，原告一般主張侵權行為之損害賠償請求權，目的在於依民法第 195 條主張慰撫金賠償，但民法第 227 條之 1 規定，債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害時，亦得請求慰撫金賠償。因而就損害賠償之範圍而言，原告主張侵權責任或契約責任，更無重大差異。

³⁰⁶ 王澤鑑（2000），《民法總則》，初版，頁 136-139, 141-142。

59. 各國皆有減輕病患在醫療訴訟上之舉證負擔的趨勢

在法律要件之解釋、保護客體之確定及損害賠償範圍之決定的之後，還有所謂舉證責任的問題；舉證責任的分配不僅是影響訴訟結果勝敗的關鍵，即便雙方當事人並未短兵相接、法庭相見，舉證的難易度也可能成為和解談判的重要籌碼。然所謂，「舉證之所在，敗訴之所在」，依照損害賠償法的一般原則，應由主張權利者就相關要件負舉證責任，而病患由於專業能力與資訊上的劣勢，往往會在證明之時遭遇困難，依我國學者所作的實證分析，倘若由原告負舉證責任的話，其勝訴的機率僅有 19%³⁰⁷，醫療事故雙方在攻防實力上的差距，可見一斑。

有鑑於此，我國與各國之法學研究或實務發展，皆針對此問題提出一定的解決方案，以下將先介紹各國之制度，以觀察其發展的趨勢，再導入我國法學者的見解與實務發展現況作比較分析，以期能做出期許與展望。

法國法部分

在法國契約法上，依據契約標的或債務人承諾給付內容之不同，可以將契約上的給付義務分為「方法債務」及「結果債務」兩種。³⁰⁸契約當事人約定以完成特定契約目的或實現特定契約結果時，該義務即為「結果債務」，由於此時契約的標的為特定契約目的或特定契約結果的完成或實現，故單純未達到約定的結果即足以構成契約責任的事實，換言之，欲主張「結果債務」的契約責任，債權人僅需舉證證明債務人未完成特定契約目的或實現一定契約結果即可，反而是債務人需就其不可歸責負舉證責任，才有免于負責的可能；「方法債務」則是指契約當事人無意將完成特定契約目的或實現特定契約結果約定為給付的內容，僅要求盡力完成契約目的或結果者，倘若債務人所違反之契約義務型態屬於「方法債務」，則

³⁰⁷ 沈冠伶（2005），〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學》，第 127 期，頁 30。

³⁰⁸ 陳忠五（2006），〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 1 期，頁 38。

債權人除須舉證債務人為完成特定契約目的或實現特定契約結果外，尚須證明債務人係基於疏失、輕率或不注意，未充分利用各種手段或方法致力於完成該特定目的或實現該特定結果，始能認定債務人具有「過錯」而需負契約責任。初步說來，方法債務之證明負擔較結果債務之證明負擔沉重許多。³⁰⁹

法國學說見解將醫療過錯區分成「醫療科學上的過錯」與「醫療倫理上的過錯」兩種型態，而本文所討論的醫療說明義務應屬於後者³¹⁰。由於醫療行為本質上所具有的危險性、偶然性及不確定性，及病患本身的特殊體質等可能影響到治療的效果，故一般認為，醫療契約之下的給付義務通常屬於「方法債務」，醫療倫理下的過錯自然也不例外。是故，依法國損害賠償責任法上舉證責任分配的一般原則，醫療倫理上的過錯的舉證責任，應由病患承擔。

然而，在此原則之下，病患須對醫師未為充分詳細的說明等消極事實負舉證責任，這對病患而言將造成相當沉重的負擔；證諸實際，病患成功舉證醫護人員具有醫療倫理上過錯的案例，相當少見。原因是，醫病關係的發生或進行，大多是封閉且私密的，發生在有利於醫療機構或醫護人員的醫療院所內，又常常是以面對面言談溝通的方式完成；因而，除了待證事實多屬消極事實，且涉及醫療專業知識，病患礙於知識劣勢，在舉證上早已困難重重外，由於進行的地點與方式使然，通常既沒有留下書面資料，亦不容易找到現場耳聞的證人，使病患在蒐證

³⁰⁹ 陳忠五(2006)，〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁38-43。

³¹⁰ 醫療倫理上的過錯種類型態相當複雜多樣，主要可大分為兩個類別：其一為「醫療資訊上的過錯」，此指醫療機構或醫護人員違反其對病患所負的告知義務、說明義務、建議義務或保密義務等積極提供或消極不洩漏醫療資訊的義務；其二為「病患同意上的過錯」，此即醫療機構或醫護人員違反其應尊重病患自主決定意願的義務，未經病患同意就積極採取某種醫療措施或消極停止治療。

由以上分類可發現「醫療資訊上的過錯」與「病患同意上的過錯」基本上具有方法手段的關係，而其範圍也與本文「為獲得病患同意之醫療說明義務」及「一般說明義務」差堪相符；由於醫療資訊義務的違反，往往被推斷為病患為同意接受某種醫療措施，二者在舉證責任的分配上並無不同，故於此不再另為區分。參照陳忠五(2006)，〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁47-48。

上，更增難處。³¹¹

法國廢棄法院民事第一庭在其 1997 年 2 月 25 日的裁判中，改變向來所持的見解，指出：任何依法律規定或契約約定負有履行某種特別資訊義務者，應舉證證明其已履行此一義務。醫師對病患負有資訊義務，並應承擔證明其以妥善履行此一義務的責任。³¹²此一裁判，將資訊義務的舉證責任負擔徹底予以轉換，重新建構一項資訊義務舉證責任倒置的一般原則；該見解背後的意涵是：「法律正當性不在認為醫療機構或醫護人員通常均會善盡告知、說明、建議或徵得病患同意後才採取醫療措施，反之，未善盡告知、說明、建議或徵得病患同意的情形，成為具有原則性、常態性的事實而被推定。此種推定，通常意味著法律政策對醫療行業不再具有高度信賴，也多少說明近代法國社會醫病關係的緊張與不信任感；醫病關係的內涵，從此有了實質上的重大轉變。」³¹³

由於法國法採不競合原則(le principe de non-cumul)，民事損害賠償責任應優先適用契約責任的有關規定，僅在不成立契約的情況下才適用侵權責任的規定，而醫病關係大多具有契約關係，故多在廢棄法院判決的射程範圍內，且縱然非為契約關係，前揭廢棄法院的判決字句為：「任何依法律規定或契約約定負有履行某種特別資訊義務者」，故即使是純粹的侵權責任型態，亦有適用的餘地，可見該判決之射程範圍之廣，已影響到結果債務與方法債務的區別實益，甚至在資訊義務的範疇內，亦動搖到契約責任與侵權責任的區別正當性，至少在舉證責任方面二者漸趨一致，原本按民事損害賠償之原則由病患舉證過錯的存在，在該判決見解之後已確定將該證明負擔移轉到醫師的手上。

³¹¹ 陳忠五(2006)，〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 1 期，頁 49。

³¹² 從裁判要旨中「任何依法律規定或契約約定負有履行某種特別資訊義務者，應舉證證明其已履行此一義務」可以得知，其射程範圍相當大，幾乎可以適用於任何專門職業者如律師、公證人、保險經紀人等對其客戶應盡的資訊義務，當然也可以適用於醫師對其病患應盡的資訊義務。參照陳忠五(2006)，〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 1 期，頁 50。

³¹³ 陳忠五(2006)，〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 1 期，頁 50-51。

德國法部分

在德國法方面，民事訴訟之基本原則為，原告應就其主張之請求權之構成要件負舉證責任，此項原則適用於醫病關係間之侵權責任時，病患應就醫療的瑕疵、醫師或醫院或其履行輔助人的過失、醫療瑕疵與損害之因果關係等三項構成要件負舉證責任。至於病患依契約責任而為請求時，依德國民法 208 條規定，債務人就義務違反不可歸責者，不負賠償責任，而是否不可歸責，應由債務人負舉證責任，為因為人類身體對診療行為之反應不一，因個人體質而有差異，故醫療行為具有難以預測的特性，因此，不得僅因病患發生身體或健康上的損害，就當然推論醫療行為具有瑕疵。³¹⁴

初步來看，契約責任與侵權責任在舉證上似乎有一定程度的差距，惟儘管奠基在醫療損害原則上應由病患自行承擔的基礎上，德國實務仍普遍認為：病人之損害非來自於及個人體質對於醫療行為之反應，而係肇因於醫師或醫院所應控制的風險時，不論病人係依契約責任或侵權責任請求損害賠償，皆無再命病患負舉證責任之理，應將該舉證責任分配予醫師或醫院。³¹⁵另外，為減輕病患於訴訟中舉證的負擔，在德國實務上亦適用表見證明原則：在已確定原告受有身體健康上損害，而該損害依一般經驗法則或醫學法則乃「典型的」係某一失敗醫療行為之結果，則推定損害及醫療行為間之因果關係存在，而損害係「典型地」因失敗醫療行為之可歸責性（過失）而生時，則推定該醫療行為的過失，原告無須再就因果關係或過失證明之。³¹⁶³¹⁷德國實務於 1960 年代起，更以法官造法的方式，創造出

³¹⁴ 詹森林（2007），〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，《台北大學法學論叢》，第 63 期，頁 62。

³¹⁵ 詹森林（2007），〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，《台北大學法學論叢》，第 63 期，頁 63。

³¹⁶ 沈冠伶（2005），〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學》，第 125 期，頁 38。

³¹⁷ 需注意的是，表見證明並非舉證責任之轉換，而係一種特殊的事實上推定，被告仍得舉反證已動搖之；此時仍應由負舉證責任之原告再就因果關係或過失予以證明。

所謂重大醫療瑕疵原則：即原告如已主張並證明存在有「重大醫療瑕疵」，而該瑕疵足以造成損害時，則關於損害賠償責任之因果關係，應由被告證明其不存在，而轉換舉證責任。³¹⁸德國實務強調，重大瑕疵原則並不以懲罰醫師之重大醫療過失為目的，而係因為該醫療瑕疵程度之重大，導致醫療處置行為與健康損害間之因果關係難以釐清，而使得原本應負舉證責任之原告陷入舉證困難，因此，應轉而使原告陷入如此窘境的醫師負舉證責任，方為公允；也因此，在判斷醫師有無重大醫療瑕疵時，並不斟酌個案醫師之主觀可非難性程度，且重大瑕疵的認定，也不以醫師有重大過失為必要。³¹⁹

從德國實務的發展可發現，契約責任相較於侵權責任於證明義務上的優勢已漸式微，除此之外，不論是在舉證責任、時效利益³²⁰或是慰撫金的請求³²¹上，德國法都有漸趨一致的發展，契約責任及侵權責任可能因不同的制度目的而產生，但在競合的情況下，是否要在效果上作區分，從德國的實務發展來看，答案似乎已經呼之欲出。



美國法部分

在美國法方面，越來越多法院逐漸改變見解，認為醫療專業人員相對於病患，更有能力提出證據說明事件發生之原因，因而從早期拒絕適用，到限於被告顯然具有醫療過失的案件方可適用，到現今幾乎全面肯定「事實說明自己原則」(res ipsa

³¹⁸ 沈冠伶（2005），〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學》，第125期，頁43。

³¹⁹ 詹森林（2007），〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，《台北大學法學論叢》，第63期，頁70-71。及沈冠伶（2005），〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學》，第125期，頁43-44。

³²⁰ 詳見後文「60. 消滅時效期間趨於一致」之論述。

³²¹ 新法刪除原民法第847條規定，將其規範意旨移至新增之民法第253條第2項：「因身體、健康、自由或性自主被侵害而應受損害賠償時，雖非財產上損害，亦得請求賠償相當金額。」此變更最重要的立法目的在於：身體、健康、自由及性自主受侵害之人，不再僅限於應依侵權責任請求慰撫金，亦得依契約責任請求之。參照詹森林（2007），〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，《台北大學法學論叢》，第63期，頁58-59。

loquitur)³²²」在醫療事故中的適用，由此可看出，即便較少採契約責任做為解決醫療事故的制度型態³²³，但在侵權責任的發展脈絡底下，為了平衡醫病關係雙方當事人的利益，美國法仍在舉證責任的平均分攤上作了努力。

所謂的「事實說明自己原則」乃指：在原告無法提出直接證據，而以情況證據足以推論被告具有過失及因果關係存在時，改由被告舉證該過失及因果關係並非確實，否則即應負擔損害賠償責任。³²⁴欲適用此原則，原告必須證明：一、若無過失存在，原告之損害通常不會發生；二、被告對於損害發生之工具或方法，具有排他性的控制力；三、原告對於損害之發生，必須無故意行為或具有任何原因力，具備以上三個要件，始得適用該原則，推論被告具有過失。³²⁵

「事實說明自己原則」乃補助證據（情況證據）之一種，不僅能推定過失，亦可推定因果關係，法官因此必須將案件交由陪審團認定事實。在適用「事實說明自己原則」時，訴訟法上的效果為何，美國各州有不同的見解，主要可區分為：（一）可推翻的過失推定說（rebuttable presumption）：被告必須舉證推翻過失或因果關係的推定，否則陪審團就必須認定該要件存在，沒有裁量的餘地；（二）說服責任（burden of persuasion）轉換說：原告引用事實說明自己原則後，其舉證程度只需使陪審團有 50% 的機會信其為真即足夠，不需達到「比不可能還可能（more probable than not）」的程度；（三）允許的推論說（permissible inference）：此說賦予陪審團最後的裁量空間，其得認為被告違反義務之行為乃造成原告損害的原因，亦得為相反的認定，但依實務運作的結果，陪審團為相反認定的機率並不高。目前第三說為美國多數法院所採之見解，故依據此說，病患對於其於醫療過程中所

³²² Res ipsa loquitur 係拉丁文，意思為「the thing speaks for itself」，陳聰富教授將之譯為「事實說明自己原則」。

³²³ 在美國，某程度將醫療契約責任視為一種擔保責任的型態，故為防止醫師負太重的責任，除了某些為達成特殊目的或效果的契約，如整型美容契約、減肥契約等，並不偏向將其解釋成契約責任。

³²⁴ 陳聰富（2007），〈美國醫療過失舉證責任之研究〉，《政大法學評論》，第 98 期，頁 186。

³²⁵ 陳聰富（2007），〈美國醫療過失舉證責任之研究〉，《政大法學評論》，第 98 期，頁 204。

受的傷害，無法以直接證據證明醫師之過失或因果關係的存在時，則其僅需提出事實情況證據，輔以專家證言，則陪審團就能推定過失或因果關係存在，倘若醫師不另舉證推翻此推定，就可能成立侵權責任。³²⁶

與德國法上的表見證明相較，事實說明自己原則與其在要件上似乎頗為類似，二者皆要求一般經驗上的典型性；然而在法律效果上，兩者確具有差異。首先，二者的事實認定主體不同：德國法上是由法官認定事實，英法法則是由陪審團認定事實，因此事實說明自己原則某程度上具有決定陪審團和法官之間的責任分工的功能，這是表見證明原則所沒有的。此外，由於兩國法制在要件事實上所採取的證明度不同，故在推翻事實推定的難易度上也有所不同。在德國醫療訴訟所採的表見證明，由於實質上並未為舉證責任的轉換，且就證明度而言仍需維持在具有高度蓋然性的程度，因此，被告僅需使法官基於事實上推定所形成的心證予以動搖，而未達高度蓋然性，即可推翻該推定；但在美國，由於就證明度此優勢證明的結果，即事實存在的蓋然性只要超過 50%，就可認定要件事實存在，因此，被告所提出的事證，除非能使陪審團認為過失或因果關係存在之蓋然性低於 50%，否則就不能推翻推定。³²⁷二者相較，事實說明自己原則實質上無異於將舉證負擔移轉予被告，使原告在過失及因果關係的證明上較之表見證明原則更為輕鬆，換句話說，在平衡醫病關係的差距時，是更為有力的工具。

我國法方面

與前述法治國相同，我國也同樣注意到醫療訴訟中原被告雙方實力不均等的問題：由於「事實上的不知」（如病患在事件發生過程中意識欠缺或已經死亡）、「專業上的不知」與「證據偏在」等情況，倘若仍依通常之主張責任及舉證責任的分

³²⁶ 陳聰富（2007），〈美國醫療過失舉證責任之研究〉，《政大法學評論》，第 98 期，頁 189-190。

³²⁷ 沈冠伶（2005），〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學》，第 125 期，頁 40-41。

配，原告幾無勝訴的可能。然我國民事訴訟法於數年間經歷重大變革，2000 年修正的新民事訴訟法中，就在證據法方面增加了許多規定，此等規定如何具體適用於醫療訴訟中，以保障當事人雙方在訴訟程序上的地位平等、機會平等及風險平等，將是進一步需要研究的課題。學者沈冠伶分析現行法律，提出一套層次化的適用模型如下³²⁸：

基於武器平等的觀點與多變的案例型態，關於醫療訴訟上之事證提出及舉證責任應有層次之別，而非一律採用傳統原則或舉證責任移轉，方符合公平原則。首先，不論舉證責任置於何造當事人，基於程序法上的誠信原則，負舉證責任之一造當事人就事證之提出如具有不可期待性，如在醫療訴訟中，由於病患不具有醫學專業知識，要求其提出本於醫學專業知識始能陳述之事實，並不符合實質的武器平等原則，則關於醫學事實之陳述，應降低原告在特定訴訟標的時所為之陳述的具體性要求，而容許其先僅大略陳述，如何項醫療行為其認為有疏失、何項損害是基於該行為而產生等等，而被告若有解明事案之期待可能性，法院應依民訴法 268 條規定，促使他造當事人為必要的協力，惟需注意的是，陳述義務之緩和也僅限於有關於醫學事實之陳述，其他非涉及醫學事實之部分，如：於治療前病人身上有何症狀、治療後狀況如何等等，仍應由病患詳為陳述之。如有發現真實的必要，亦得依民訴法 288 條的規定，由法院就特定事實依職權調查證據。我國民訴法於 2000 年亦新增有關證明妨礙（民訴法第 282 條之 1）的規定，因此，若病歷有所欠缺或不完整，或根本未為製作，而使得醫療行為是否有過失或因果關係難為證明時，此程序上的不利益不應由病患負擔，宜適用證明妨礙的規定，減輕原告之舉證責任。

其次，前文所提及之「表見證明原則」或「事實說明自己原則」，可依民訴法

³²⁸ 沈冠伶（2005），〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學》，第 125 期，頁 31-48。

第 282 條規定而引進，在醫療事故符合前述要件時，將過失或因果關係作某程度的推定，以減輕病患舉證責任的負擔。

最後才是舉證責任的移轉。依我國民訴法第 277 條但書的規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」，可見舉證責任的移轉在我國法上是有成文法作為依據的，惟因此舉影響被告權益甚鉅，故原則上仍應侷限在「重大醫療瑕疵」與「醫院或其人員得完全予以控制，而與人體組織差異性無關之可完全控制的危險」上，方有舉證責任移轉的適用。

在實務方面，亦不乏有移轉舉證責任以平衡醫療事故中當事人雙方利益的事例，甚至有明白適用「事實說明自己原則」的判決先例，如台北地院八十九年重訴字第四七二號民事判決，法院即於判決理由中表示：「…依英美法侵權行為或醫療事件中所謂『Res ipsa loquitur』（『事實說明自己』或『事情本身說明一切』）之法則，亦應減輕或緩和原告之舉證責任。本件原告已經證明[1]系爭事故之發生，除非係因醫事人員欠缺注意，否則通常情形不會發生，[2]其事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而[3]無其他因素介入，且原告係因子宮肌瘤病症入院治療，卻因輸尿管狹窄而造成腎臟嗣遭切除，自應認為其舉證責任已經足夠，故原告主張被告甲○○於子宮肌瘤手術過程中具有過失，應可採信。」「查被告台大醫院為國內首屈一指之國立教學醫院，被告甲○○則為該院之婦產科醫生，其等對於醫療知識及臨床醫療實務操作，自具有相當程度之瞭解與熟稔，較諸一般無醫學知識之病患，在醫療事件之舉證上本屬較為容易之事，基於證據距離、危險控制領域等理論，要求被告就其手術行為有何不可歸責事由，負舉證之責，應非難事；況依民法債務不履行之原則，原告既已證明其損害之發生，亦應由被告就其不可歸責事由之存在，加以證明。」較近期的判決如台北地院 95 年醫字第 5

號判決亦為可參考的適例：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第 277 條前段定有明文；因此債權人主張因債務人不完全給付而受有損害者，應舉證證明債務人之義務違反與損害之間，有相當因果關係。惟民事訴訟法第 277 條但書亦規定，依其情形顯失公平者，不在此限。而就比較法觀察，在醫療事故因果關係之認定，德國聯邦最高法院係採取表現證明原則，以減輕病人之舉證責任，亦即依據經驗法則，有特定之事實，即發生特定典型結果者，則於出現該特定結果時，法院於不排除其他可能性之情形下，得推論有該特定事實存在；且德國實務運用表現證明原則之重要案例，為傳染與麻醉之情形。又依照美國多數法院見解，原告若能證明以下要件，即得適用「事實說明自己」原則，而推論被告過失行為存在，及被告行為與原告之損害間具有因果關係：(1) 若無過失存在，原告之損害通常不會發生。(2) 被告對於損害發生之方法，具有排他性之控制力。(3) 原告對於損害之發生，並無故意行為或具有任何原因力。」

觀察各級法院有關醫療訴訟的裁判³²⁹：各地方法院醫療訴訟的判決 173 件中，原告勝訴者有 39 件（22.54%）、被告勝訴者有 134 件（77.45%）。就過失之舉證責任，認為應由被告負擔者有 17 件（10%）、認為仍由原告負擔者有 52 件（30%）、未特別表示意見者有 104 件（60%），但其實未表示意見者即意味著仍適用通常之舉證責任，由原告負擔；就因果關係的舉證方面，認應轉換由被告負擔者僅有 3 件（2%）、認為仍由原告負擔者有 46 件（27%）、當事人為爭執或法院未表示意見者有 124 件（72%）。就高等法院醫療判決 65 件中，原告勝訴者有 17 件（26%）、被告勝訴者有 48 件（74%）；就過失的舉證責任，認為應轉換由被告負擔者有 5 件（8%）；就因果關係之舉證責任，認為應轉換由被告負擔者僅有 1 件（1.5%）。

³²⁹ 此實證分析以司法院網站所公布的裁判為對象，檢索日期從 2000 年 3 月 1 日至 2005 年 5 月 15 日，資料來源為沈冠伶（2005），〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學》，第 125 期，頁 30-31。

至於最高法院尚未就醫療訴訟上關於過失或因果關係證明或舉證責任的分配，有明確的表示。

進一步觀察訴訟的勝敗結果可發現，由被告就無過失負舉證責任的 17 個判決中，原告勝訴的有 7 件（41%），如仍由原告負舉證責任的 156 件中，原告勝訴者僅 30 件（19%），顯然較不容易勝訴；其中明白表示應由原告負舉證責任的 52 件中，僅有 2 件判決原告勝訴，百分比比例降到僅有 4%；因果關係的舉證責任，在統計數字上也呈現類似的效果。

一個理想的舉證責任分配，當事人雙方在訴訟勝敗的風險承擔應是均等的，或許應個案的不同會有小差距，但若如上所呈現，相差如此懸殊，應非正常運作的狀況；反觀移轉舉證責任後的案件，原告與被告的勝敗比率為 41:59，較之前者，是較能接受的數字，且對醫界而言，也沒有出現其所擔心的一面倒情形，故在適當的情形下減輕病患之舉證責任，應是訴訟法上應然且合理的機制。然而從上舉統計數字來看，能在醫療案件中適當減輕病患之舉證責任者畢竟仍為少數，儘管減輕病患之舉證負擔在理論上已成趨勢，在實務操作上仍有很大的努力空間。

60. 消滅時效期間趨於一致

依我國民法第 125 條規定，債務不履行之損害賠償請求權原則上於十五年內不行使而消滅，侵權責任方面，則依民法第 197 條規定，自請求權人知有損害及賠償義務人起，兩年內不行使而消滅，自有侵權行為時起，十年內不行使而消滅。從現行法條來看，契約責任與侵權責任在損害賠償請求權之消滅時效期間差距甚大；按，侵權責任之所以採短期消滅時效，乃因立法者期待此間之權利義務關係

盡快確定，以免夜長夢多、衍生枝節，此外也有防止物證滅失的效果，惟這些因素在契約責任中其實也有適用餘地，為何契約責任反而適用如此長的消滅時效期間，實非無可議之處。

然而，我國於民國 88 年（1999 年）增訂民法第 227 條之 1：債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第一百九十二條至一百九十五條及一百九十七條規定，負損害賠償責任。此外，德國於 2002 年 8 月施行損害賠償法修正條文中，新債法亦修正民法總則編裡與損害賠償請求權之消滅時效的相關規定，於新民法第 195 條、199 條中就消滅時效另作規範：

- （一）請求權業已成立，且債權人知悉構成請求權之事實及債務人，或因重大過失而不知時，自當年度結束後，經過三年而消滅。（第 195 條及第 199 條第 1 項）
- （二）因生命、身體、健康或自由受侵害之損害賠償請求權，不管其成立，亦不論債權人是否知悉或因重大過失而不知，均自侵害行為時、義務違反時，或其他造成損害之事實時起，經過三十年而消滅。（第 199 條第 2 項）
- （三）其他損害賠償請求權（即因所有權或財產之受損而發生的損害）：(i)不論債權人是否知悉或因重大過失而不知，自損害賠償請求權成立時起，經過十年而消滅。(ii)不論請求權是否成立及債權人是否知悉或因重大過失而不知，均自侵害行為時、義務違反時或其他造成損害之事實時起，經過三十年而消滅。以上兩者，以先到期者為準。（第 199 條第 3 項）

由上引法條可查知：在德國法方面，侵權責任損害賠償請求權的消滅時效，在舊民法時代，適用民法第 847 條第 1 項規定，即自病人知悉損害及賠償義務人時起兩年，或自侵害行為時起三十年，請求權因罹於時效而消滅。2002 年新民法施行後，病人之損害賠償請求權不論係基於侵權行為（民法第 823 條以下）或義務違反（民法第 280 條），均適用新民法第 195 條及第 199 條第一、二、三項之消

滅時效規定，在時效利益上趨於一致；³³⁰ 在我國法方面，民法 197 條乃是侵權責任之損害賠償請求權之相關規定，今於債務不履行之情形中加以準用，似乎亦表現出統合契約責任與侵權責任之消滅時效期間的趨勢。

將該法條置於醫病關係的脈絡下加以適用，可能遭遇者即為所謂「人格權」所指稱之權利範圍的問題，亦即，在醫療關係中可能受侵害之生命、身體、健康權及病患自主權，究竟是否含括於「人格權」所指稱的權利範圍內：

按，依我國民法第 18 條之規定，人格權受侵害者須有法律特別規定，方得請求損害賠償或慰撫金，而依學者見解，民法 195 條即為此處所指稱之「特別規定」之一；民法 195 條之法條條文有言：「不法侵害他人之**身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操**，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」推敲條文文字邏輯，可發現身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操等權利應屬於立法者所例示、認為較為重大之「人格法益」，此外，身體、健康等與人身法益相關之權利既然得名列於此，舉輕以明重，以身體、健康為基礎，加上心智、精神、情感等更為重大的生命法益自然也應該被認定為人格法益，因此，生命、身體、健康權屬於人格法益，而有民法 227 條之 1 之適用空間，應該是較無疑問的。

病患自主決定權所指稱者乃是病患得依自由意志，自由選擇其是否接受該醫療處遇的權利，於解釋上，並非沒有解為 195 法條中所例示之「自由權」，而有適用 227 條之 1 的可能，縱然認為其非屬於自由權之範疇，則推敲特別法之立法意旨，如優生保健法、醫師法第 12 條之 1 或醫療法第 63、64、65、79 條等，亦可發現立法者保護「病患自主權」之意圖，甚至於實務案例中也常見「病患自主

³³⁰ 詹森林(2007)，〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，《台北大學法學論叢》，第 63 期，頁 57-58。

權」此一名詞³³¹，可見病患自主權作為權益受到保護是普遍的共識，而如前所述，病患主決定權乃是保障病患依自由意志決定接受或不接受，更積極的說法是，要求或不要求施加某種醫療處遇於己身的權利，乃基於人性尊嚴³³²與個人主體性的維護，所發展出來的尊重個人意志的權利，其甚至可能與隱私權的維護息息相關，是故，稱其為重大之人格法益應不為過。

依此，於醫病關係中可能牽涉之生命、身體、健康權或病患自主決定權皆可含括入民法第 227 條之 1 中所言之「人格權」之中，而依該條規定，契約責任與侵權責任損害賠償請求權之消滅時效期間趨於一致，除彰顯合理性、並與外國立法例得以接軌外，也可發現契約責任與侵權責任在消滅時效期間上亦不再具有區別的實益。



61. 小結

總體而言，在醫療事故案件中，原告依侵權責任所得主張之權利包括人身權

³³¹ 如台北地院 96 年度醫字第 1 號、板橋地院 95 年度醫字第 2 號、基隆地院 93 年度醫字第 1 號，另外爭議頗大的新光醫院唐氏症事件（士林地院 84 年度重訴字第 147 號、高等法院 85 年重上字第 464 號、最高法院 90 年度台上字第 468 號、高等法院 90 年度重上更（一）字第 48 號、最高法院 92 年度第 1057 號）則是著重於「墮胎自主權」承認與否的議題，深入的討論請見陳忠五（2005），〈產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任—從「新光醫院唐氏症事件」論我國民事責任法的新課題〉，《國立台灣大學法學論叢》，34 卷 6 期，頁 107-260。

³³² 人性尊嚴是由「生命與身體完整性的確保」、「似人般地生活之可能性」及「自我決定的能力與機會」所組成，其中的「自我決定的能力與機會」係指：每一個人均有能力及機會按照自己的意思決定自己的未來，決定何種事物對自己而言是願意去追求的幸福。（參考李茂生（1992），〈精神病患的人權不容打折〉，民生報醫藥新聞版，民國 81 年 6 月 5 日。）根據德國哲學大家康德的說法，每一個人皆擁有與生俱來的自由權，此自由權乃是指一個人能獨立於其他人恣意干涉的一種權限，由於每一個人均是一個具有人格尊嚴的「目的本身」，因此其可斷然拒絕來自別人對自己的控制，除非是出於自身的同意；相對的，任何人欲強制他人作任何事，唯有得到該人之同意，始能使這樣的強制具有正當性。此外，自由權之內涵所包括者，不僅只是一項能夠免於他人恣意干涉之消極性的自由權，它更積極地要求自己能夠獨立、自主與平等的經營自己的生活，管理自己的事務。換言之，每一個人對於關涉其權利義務之決定過程，皆有參與與形成自我決定的可能，因為唯有如此，作為主體性的個人之人性尊嚴才能被確保。（參考王皇玉（1995），〈醫療行為於刑法上之評價—以患者之自我決定權為中心〉，頁 24-25，台灣大學法律研究所碩士論文。）

與病患自主權等人格權的保護，與依醫療契約所得主張之請求保護的客體相當。而在損害賠償範圍方面，在民法修正以前，原告一般主張侵權行為之損害賠償請求權，目的在於依民法第 195 條主張慰撫金賠償。但民法第 227 條之 1 規定，債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害時，亦得請求慰撫金賠償。因而就損害賠償之範圍而言，原告主張侵權責任或契約契約，並無重大差異。至於消滅時效期間，雖然民法於契約責任及侵權責任之消滅時效期間之規範上差異極大，惟因民法第 227 條之 1 的增訂，使原規範所造成之不合理程度得以緩和，從而在現行法制度下，契約責任與侵權責任的法律效果差異主要乃呈現在舉證責任方面。

就舉證責任而言，通說認為，原告主張侵權責任，對於被告之過失應負舉證責任；反之，原告主張契約責任，對於被告可歸責之事由，不負舉證責任。據此即認為，病人主張醫院或醫師負擔債務不履行責任，在舉證責任上具有重大實益。惟如前文所述，我國法院實務上在面對醫療事故時，可能會考慮到病患與醫師間攻防實力之不對等，而有一定的減輕病患舉證負擔的配套措施，以追求訴訟雙方間之武器平等與平等分配風險的公平原則；而其為如此指揮監督的正當權限，也在民事訴訟法修正後有了成文法的依據：在訴訟的準備階段，關於訴訟標的之特定與事證提出的義務方面，法院可依民訴法 268 條、342 條、282 條之 1 等，要求醫師方盡其協力的義務，在真正進入舉證與判斷的階段，法院也有民訴法 282 條、277 條但書等法條依據使其能放手在適當的情況中為事實的推定與舉證責任的轉換。如此，將衝擊到傳統契約責任在舉證責任方面的優勢，倘若實務運作合理得當，病人無論主張侵權責任或契約責任，在舉證責任上不應產生重大差異，而應由法院基於個案，考察醫師違反義務之內容，及其醫療瑕疵的嚴重程度，而決定當事人的舉證責任。換言之，契約責任與侵權責任在舉證責任此一法律效果上不再具有實質的差距。

綜上，從「保護客體」、「損害賠償」、「舉證責任」與「消滅時效期間」四方面來比較，契約責任與侵權責任的法律效果在規範上或是實務操作上並沒有太大的不同，且本文認為，契約責任與侵權責任除了在實際運作時法律效果沒有太大的差距外，在牽涉人身利益之保護的情況中，二者間倘若有因為責任選擇之差別的待遇而導致實質的不公平，也應該是不被允許的情況。

是故，本文以為，契約責任與侵權責任在法律效果上是沒有也不應該有區別的必要性。



第五章 結論

本文嘗試從契約責任及侵權責任的起源談起，進而自契約責任與侵權責任之義務本質及歷史源流來探討其個別發展出來的「醫療說明義務」在內容與範圍上是否有所差異：

從前文的討論可發現，契約義務與侵權義務之所以發生，皆是由於信賴關係的建立，而義務發生的時點則同樣始於信賴關係發生時，也就是醫師承擔醫療行為時，此外，由於醫療契約的特殊性，使其契約規範目的——保護相對人之固有利益亦與一般侵權責任的規範目的相當。由此推知，契約責任與侵權責任在「醫療說明義務之發生」上並不適當作為區別的依據。

尚且，由於二者之來源相當，所欲追求的目的也相同，我們或許可以在此大膽斷言：自契約責任或侵權責任衍生出來的義務型態，至少在醫療說明義務這一塊上，二者應該是相同的，換句話說，說明義務的有無及範圍，不因病患所主張者乃契約責任或侵權責任而有不同。

然醫療說明義務最棘手之處，可說是在其範圍的界定上，或許我們可以用醫療說明義務的「限制」來稱之，可能會更清楚些；醫師的說明於何種程度、範圍具有法的義務，而於何種程度、範圍又屬於醫師的自由裁量，即「醫療說明義務與患者的自我決定權」及「醫師的裁量權」間的拉鋸應如何取得平衡，本文亦於第三章第三節中嘗試處理。

經過以上的討論，可發現醫療說明義務在契約責任與侵權責任之實體權利內容、範圍相當，並無特別作區分的實益。立基於此基礎之上，我們進而討論主張契約責任或侵權責任是否可能產生不同的法律效果，致使人民在訴訟上會有不同的權利主張選擇：

首先先釐清醫療說明義務在契約義務與侵權義務下之法律性質：

在契約責任方面，本文傾向認為，依醫療說明義務種類之不同，其亦分別定性為不同的法律性質。「與契約履行相關之醫療說明義務」的法律性質為從給付義務，「以契約履行無直接相關的醫療說明義務」的法律性質為附隨（保護）義務，之所以如此，主要仍是以義務的功能作為論述基礎，即前者之功能在於輔助醫療服務之主給付義務更加圓滿的達成，後者則以保護當事人之固有利益為其目的，故分別歸屬之。此外，「與契約履行無直接相關的醫療說明義務」中的重要類別，「為取得病患有效同意之醫療說明義務」可能涉及契約內容是否已經當事人雙方合意問題，為避免契約成立與否在說理上可能造成的窒礙，在解釋上也將其歸於可獨立於主給付義務存在之附隨義務較為適當。

在侵權責任方面，本文認為醫療說明義務兼具雙重的法律性質。即任何種類的醫療說明義務（包括：診療結果之說明報告義務：如病名及症狀等診斷結果、預定實施之醫療處置及其內容，為獲得患者有效同意之說明義務：如醫療處置之危險度（危險的有無及程度）、可替代的醫療處置及其利害得失、癒後情形、可能之後遺症等，療養方法等指示、指導之說明義務及勸告轉醫之說明義務）皆具有行為義務此一法律性質，同時，任何種類的醫療說明義務都是醫師在為醫療行為之時「應盡的注意義務」，倘若有應盡且得盡之醫療說明義務而未盡，除了違反行為義務而具有行為「不法」外，尚造成注意義務的違反，將使侵權責任中「過失」的要件該當，而有負侵權責任的可能。只是，在與「為獲得患者有效同意之說明

義務」(如具體治療方法、侵害範圍、手術之固有危險性及副作用等等)相關的情況中,患者有效的同意成為不法性的反面構成要件—阻卻違法事由,亦即,為獲得患者同意之說明義務除了是醫師在為醫療行為時應盡的行為義務或注意義務外,尚具備阻卻醫療行為違法的功能。

確定醫療說明義務之法律性質後,進而從「保護客體」、「損害賠償範圍」、「舉證責任」與「消滅時效」四個方面來檢驗其相對應的法律效果:

從「保護客體」、「損害賠償」、「舉證責任」與「消滅時效期間」四方面來比較,契約責任與侵權責任的法律效果在規範上或是實務操作上並沒有太大的不同,且本文認為,契約責任與侵權責任除了在實際運作時法律效果沒有太大的差距外,在牽涉人身利益之保護的情況中,二者間倘若有因為責任選擇之差別的待遇而導致實質的不公平,也應該是不被允許的情況。

是故,本文以為,契約責任與侵權責任在法律效果上是沒有也不應該有區別的必要性。

更有附言者,倘若從契約義務與侵權義務來觀察醫療說明義務的義務主體的話,如前文所述,在契約責任方面,除非醫師與病患直接訂立醫療契約,原則上以醫療院所作為醫療說明義務的義務主體是較為適當的選擇,醫師與相關從業人員處於契約處於履行輔助人的地位,屬人性的問題則可能藉由「特定的履行輔助人」作為契約內容的解釋來解決;至於侵權義務方面,初步乃從實際為醫療行為之醫師著手,以其為醫療說明義務的義務主體,醫療院所可能因雇用人責任而需連帶負責,此外,參考組織責任與相關立法趨勢,醫療院所也有因自己行為而負

侵權責任的可能。

依此可知，醫療院所與醫療從業人員亦可能同時成為責任主體，只是其所負的責任型態不同而已，而如前文之討論所陳述³³³，契約責任與侵權責任的義務內容可能是相同的，此時，契約責任與侵權責任是否仍有區別實益，就大有可議空間。


以此為基礎，回頭來重新評價本文緒言中所引用的兩個案例：

在【輔大新生健康檢查案】一案裡，肺腺癌的篩檢雖非約定之檢測項目，由於在醫病關係此種特殊的互動狀態下，醫師與病患彼此間存在信賴關係，因而醫師對於重大事實的發現，在本案中為肺部存在黑色陰影的事實，對病患負有告知說明的義務，此種與人身等重大法益相牽連之義務型態不應隨著責任型態選擇之不同而有差別待遇，契約責任抑或侵權責任充其量只能作為義務主體之參考依據而已。在【奇美醫院未告知手術外病況案】一案中，肺部 X 光檢查僅為進行攝護腺手術之先行程序，非為契約之主給付義務，甚至認定為從給付義務都有一定難度，惟肺部陰影此等重大事實的告知說明，與契約給付目的不具有絕對的相關性，仍是從信賴關係出發所課予醫療行為給付者之義務，是故，不論主張契約責任抑或侵權責任，都應該有相同的義務內容。

亦即，本文認為，在上揭兩個案例中，醫療行為給付者對於病患都負有告知說明「肺部有陰影」此等重大事由的醫療說明義務，倘若因其疏忽未盡該項義務致病患受有損害，則應負損害賠償之責；博仁醫院或奇美醫院主張該醫療說明義務並非契約內容而無說明必要，甚至是高等法院 94 年度更（一）字第 124 號判決

³³³ 請參考本文第二、三章之討論。

中所言之：「被上訴人主張上訴人應於判讀其胸部X光片時，注意篩檢除肺結核、脊柱側彎、心臟肥大三類以外之其他可能病徵，並於發現疑問時，應對其作進一步檢查云云，顯然逾越兩造間契約所定上訴人之給付義務，委無可取。」實有進一步研求之必要；而最高法院 97 年度台上第 2735 號判決（【輔大新生健康檢查案】一案目前所能查詢到最後之實體判決）將醫病關係視為委任契約，以從善良管理人之標準來討論醫療行為給付者所應負之義務，最高法院雖未於此明確表示見解，但字裡行間，似乎對於此項重大事由之醫療說明義務的課予隱隱然採取肯定之態度，惟該說明終將非屬契約明文約定之條款之一，如何使義務之課予擁有正當化基礎，本文採用信賴關係來說明，至於實務見解如何解釋，將是我們引頸期待之事。



行文至此，仍有一個需要特別強調的重點：儘管強調病患自主權與固有利益保護之重要性，本文並無無限上綱「資訊權力」的意圖，相反的，本文念茲在茲的，乃是將醫療說明義務作為合理分配醫病關係間之責任的手段，在保護著病患權益的同時，亦同樣保護著醫護人員的相關權利。在一個牽涉醫師專業、病人健康、醫療體系下的專業倫理、病人家屬的期待與希望，甚至是社會之公序良俗的關係中，如何善用醫療說明義務為交相衝突的利益尋求平衡點，永遠會是個需要討論並且精緻化的課題。

學者楊秀儀曾說：「[告知後同意法則]或許是人類法律上最具野心的一個法則，因為它不是規範一個結果，不是規範一個行為，而是企圖規範一段『關係』，一段糾葛著生老病死，充斥著焦慮不安的醫病關係。」³³⁴誠如斯言。

³³⁴ 楊秀儀（1999），〈誰來同意？誰來決定？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〉，《台灣法學會學報》，第 20 期，頁 389。

本文提出「信賴關係」作為義務之起源，「合理的責任分配」及「保護病患固有利益」二者作為限制的依據，雖力求完整，但仍存在許多不足之處：首先，信賴關係、責任分配等皆屬抽象概念，本文在具體化概念內容的工夫上仍嫌不足，尤其是責任分配的部分，較難以抽象論述說明，或許尚待更多的實務案例論述，方能更明白的闡述與運作此概念。此外，醫界與法界終究有專業上的隔閡，法界對於準則性依據的推理再完善，醫界可能依舊有無所適從之感，是故，為使理論及實務結合的更緊密，適用結果亦更合理，對於具體案例之具體醫療說明義務標準的制訂仍是必要的，而此除了依賴學者們對法理之不斷闡明外，更重要的，尚端賴法院實務案例的不斷累積。

作為學生後輩，本文充其量扮演拋磚引玉的角色，期待在醫療說明義務的發展趨勢下，我們能看到更多理論與實務的對話，與相互激發下更精緻而成熟的火花。



參考文獻

中文文獻(依作者筆畫排序)

(一) 中文書籍

1. 王澤鑑(1983)。《民法學說與判例研究第一冊》，初版。作者自版。
2. 王澤鑑 (1998)。《侵權行為法 第一冊：基本理論、一般侵權行為》，2005年1月初版10刷。作者自版。
3. 王澤鑑 (1999)。《法律思維與民法實例 請求權基礎理論體系》，初版。作者自版。
4. 王澤鑑 (2000)。《民法總則》，初版。作者自版。
5. 王澤鑑 (2004)。《民法學說與判例研究第六冊》，初版。作者自版。
6. 朱柏松 (1999)。《消保法論》，增訂版。台北市：朱柏松出版：翰蘆總經銷。
7. 侯英泠 (2004)。《論院內感染之民事契約責任—以爆發 SARS 院內感染為例》，初版。台北：正典出版文化有限公司。
8. 張笠雲 (2003)。《醫療與社會：醫療社會學的探索》，3版。台北：巨流圖書有限公司。
9. 陳自強 (2004)。《契約之內容與消滅》，初版。台北：學林文化事業有限公司。
10. 陳忠五 (2008)。《契約責任與侵權責任的保護客體》，初版。台北：新學林股份有限公司。
11. 陳聰富 (2002)。《侵權歸責原則與損害賠償》，初版。台北：元照。
12. 陳聰富 (2004)。《因果關係與損害賠償》，初版。台北：元照。
13. 黃茂榮 (2002)。《債法總論 第二冊》。台北：植根法學叢書編輯室。

(二) 中文期刊

- 1.王千維(2001)。〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探(下)〉，《政大法學評論》，第六十七期。
- 2.王千維(2001)。〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探(上)〉，《政大法學評論》，第六十六期。
- 3.王千維(2004)。〈侵權行為：第二講 違法性—違法性之內涵〉，《月旦法學教室》，第二五期。
- 4.王千維(2005)。〈侵權行為：第三講 相對化的違法性〉，《月旦法學教室》，第二七期。
- 5.王千維(2005)。〈侵權行為：第五講 有責性—過失〉，《月旦法學教室》，第三三期。
- 6.王千維(2008)。〈侵權行為損害賠償責任法上之允諾〉，《政大法學評論》，第一〇二期。
- 7.朱柔若(2005)。〈哪種病患可能告醫師？--經濟決策、社會控制、醫病互動、與人際資源的觀點〉，《醫事法學》，第十三卷第三期、第四期。
- 8.吳志正(2006)。〈醫療契約的定性〉，《月旦法學》，第一三九期。
- 9.沈冠伶(2005)。〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，《月旦法學雜誌》，第一二七期。
- 10.林萍章(2008)。〈知情同意法則之「見山不是山」--法院近來裁判評釋〉，《月旦法學》，第一六二期。
- 11.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》，第一六四期。
- 12.侯英冷(2002)。〈論消保法上醫師之安全說明義務—台灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，《台灣本土法學》，第三七期。
- 13.侯英冷(2004)。〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉，《月旦法學》，第一一二期。

14. 陳子平 (1999)。〈醫療上「充分說明義務與同意(informed consent)」之法理〉，《東吳大學法律學報》，第十二卷第一期。
15. 陳忠五 (2005)。〈產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任—從「新光醫院唐氏症事件」論我國民事責任法的新課題〉，《台大法學論叢》，三十四卷六期。
16. 陳忠五 (2006)。〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，《東吳法律學報》，第十八卷第一期。
17. 陳聰富 (2007)。〈美國醫療過失舉證責任之研究〉，《政大法學評論》，第九十八期。
18. 陳聰富 (2008)。〈論侵權行為法之違法性概念〉，《月旦法學》，第一五五期。
19. 陳聰富 (2008)。〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，第一〇四期。
20. 陳聰富 (2008)。〈醫療契約之法律關係 (上) (下)〉，《月旦法學》，第七二期、第七三期。
21. 陳聰富 (2009)。〈拒絕同意與告知後同意〉，《月旦民商法雜誌》，第二三期。
22. 陳聰富 (2009)。〈告知後同意與醫師說明義務 (上) (中) (下)〉，《月旦法學教室》，第八十期、第八十一期、第八十二期。
23. 陳聰富教授清華大學座談會 (2005)。〈侵權行為法之過錯、違法性與因果關係〉，《月旦民商法雜誌》，第十期。
24. 楊秀儀 (1999)。〈誰來同意？誰來決定？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〉，《台灣法學會學報》，第二十期。
25. 楊秀儀 (2005)。〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學》，第一二一期。
26. 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》，《台大法學論叢》，第三六卷第二期。

27. 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》，第一六二期。
28. 詹森林 (2007)。〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，《台北大學法學論叢》，第六十三期。
29. 顧忠華 (2003)。〈風險社會中的風險治理—SARS 事件的啟示〉，《當代》，一九四期。

(三) 學位論文

1. 王皇玉 (1995)，〈醫療行為於刑法上之評價—以患者之自我決定權為中心〉，頁 24-25，台灣大學法律研究所碩士論文。
2. 白奇憲 (2007)。〈醫療行為說明義務之探討—以民事責任為中心〉。私立東海大學法律學研究所碩士論文。
3. 朱曉娟 (2005)。〈醫療事故之醫師責任風險分化機制之研究〉。東吳大學法學院法律學系專業碩士班碩士論文。
4. 何清池 (2007)。〈醫療服務與消費者保護—以醫療倫理與說明義務為中心〉。國立中正大學法律學研究所碩士論文。
5. 林朝暉 (2002)。〈傳統中醫治療告知後同意相關法律問題研究—以針灸治療為例〉。東吳大學法學院法律專業碩士班碩士論文。
6. 孫于璇 (2007)。〈醫療行為損害賠償責任—以醫師醫療說明義務違反為例〉。國立中正大學法律學研究所碩士學位論文。
7. 張百欣 (2008)。〈論醫療上告知後同意法則及刑事實務上相關判決之研究〉。國立台北大學法律學系碩士論文。
8. 許杏僑 (2004)。〈醫療事故責任與補償制度—兼從法律經濟學觀點探究〉。輔仁大學法律學系碩士論文。
9. 許純琪 (2002)。〈醫病關係中的告知後同意〉。台大法律學系碩士論文。
10. 游明慧 (2008)。〈論先契約之責任—以建構我國法制為中心〉。台灣大

學法律學院法律學系碩士論文。

11. 廖建瑜 (2005)。〈論醫師之說明義務〉。國立成功大學法律學系碩士班碩士論文。

外文文獻（依字母順序排序）

（一） 外文書籍

1. Bryan A. Garner (ed.), BLACK'S LAW DICTIONARY, 8th ed., St. Paul, MN : Thomson/West (2004).
2. Gert Brüggemeier, COMMON PRINCIPLES OF TORT LAW: A PRE-STATEMENT OF LAW, British Institute of International and Comparative Law (2004).
3. H. Koziol (ed.), UNIFICATION OF TORT LAW: WRONGFULNESS, The Hague ; Boston : Kluwer Law International (1998).
4. Irene S. Switankowsky, A NEW PARADIGM FOR INFORMED CONSENT, University Press of America (1998)
5. J. Beatson and D. Friedmann(eds.), GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW, Oxford: Clarendon Press (1995).
6. J. Spier (Ed.), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, The Hague ; New York : Kluwer Law International ; Frederick, MD, USA : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers (2003).
7. Jeroen Kortmann, ALTRUISM IN PRIVATE LAW, Oxford University Press (2005).
8. Michael A. Jones, MEDICAL NEGLIGENCE, London Sweet & Maxwell (2003).
9. P. Widmer (ed.), UNIFICATION OF TORT LAW: FAULT (The Hague : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers (2005).

10. P.S. Atiyah, AN INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press (1981).
11. Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker(eds.), GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2000).
12. 河原格 (1998)。《醫師の説明と患者の同意》，初版。發行所：成文堂。
13. 大谷實 (1997)。《医療行為と法》，新版補正第二版。
14. 稻垣喬 (2002)。《説明義務の範囲と基準》，二版。發行所：有斐閣。

(二) 外文期刊

1. Ben Sones, *A Tale of Two Countries : Parallel Visions for Informed Consent in the United States and the United Kingdom*, 39 Vand. J. Transnat'l L. 253(2006)
2. George P. Smith, II, *The Vagaries of Informed Consent*, 1 Ind. Health L. Rev. 109 (2004).
3. Karene M. Boos, Eric J. Boos, *At the Intersection of Law and Morality: A Descriptive Society of Effectiveness of Informed Consent Law*, 5 J. L. Society 457 (2004).
4. Ken Berger, *Informed Consent: Information or Knowledge?* 22 Med. & L. 743 (2003).
5. Marcus L. Plante, *An Analysis of "Informed Consent"*, 36 Fordham L. Rev. 639 (1967-1968)
6. MarshallB. Kapp, *Patient Autonomy in the Age of Consumer-Driven Health Care: Informed Consent and Informed Choice*, 28 J. Legal Med. 91 (2007).
7. Michael Justin Myers, *Informed Consent in Medical Malpractice*, 55 Cal. L. Rev.1396 (1967).

8. Peter H. Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 Yale L.J. 899 (1993-1994)
9. R. Jason Richards, *How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado- Past, Present, and Future*, Bruce Ackerman, 26 N. Ill. U. L. Rev. 69 (2005).
10. Wayne D. Landsverk, *Informed Consent as A Theory of Medical Liability*, 1970 Wis. L. Rev. 879 (1972)
11. 塚本太司 (2007)。「<エホバの証人にあける輸血謝絶兼免責証書の有効性>」,《年報医事法学》, 第二十二號。

