

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

博士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Doctor Thesis

醫療民事責任體系再建構

—以契約責任法理為中心—

Reconstruction of Civil Liability System for Medical Malpractice

-A Focus on Contract Liability-

莊錦秀

Ching-Hsiu Chuang

指導教授：陳自強 博士

Advisor: Tzu-Chiang Chen, Ph.D.

中華民國 100 年 7 月

July, 2011

謝 辭

「我思故我在，在順流與逆流之間。」

走過臨床護理工作六年餘，只因當時年紀小，喜歡我行我素，想到外面的世界量天秤地。長大後，依舊我行我素，為所謂客觀公正的「學術價值」理念打拼。現今的我，還是我行我素，在順流與逆流之間。因為我深信，法律的生命不在邏輯，而是經驗。而所謂經驗，即是「價值觀」。法律思維運作，若與社會生活脈動普世價值觀脫離，它只不過是法典或著作內靜靜躺著的瑰麗文字而已。

本論文中，有些想法承襲現今主流傳統，順流。但更多概念，則是違逆主流概念，逆流。在順流與逆流間的擇選標準，則依然還是我行我素，因為我思，故我在。所以，一切本文看法均是來自於主觀價值判斷後結論，雖說是主觀判斷，然思考基礎仍建在所謂的社會客觀事物及目前學說實務（司法及醫療臨床）現況上，只不過未順著主流走而已。其實，一切事物或法規範，並無絕對客觀事物存在，只有大多數人的主觀概念及一己的主觀概念而已。然而，一己的主觀概念，也絕非甫生之子呱呱落地那刻的渾然天成的天生本質，是經過教育（家庭與學校）、社會的操作制約學習後所形成的自我、超我及本我，經過三個我在內心天人交戰後所表現於外的我，日本學者仲正昌樹亦如是說。

像同一種臨床疾病，治療方式有數種，當臨床上醫師面臨一位患者所呈現在外的病徵及儀器所檢驗出來的檢驗報告，所下的醫囑內容如何形成呢？依舊是我行我素的主觀判斷下的結論。它會受到一些醫師的專業養成因素的影響(當然也包括醫療常規)，在無法達到十分精確的臨床專業養成 ISOP 流程中。臨床行醫運用著非高度科學精確度的醫學專業及醫療高科技所引起「不確定高風險」，處在配合「醫療行政機關未與臨床實踐面貼近的醫療政策」及「醫療機構績效管理政策」環境下，面對體質個別性就診患者，做出醫療處置決定，一切極可能就在三至五分鐘的就診期間裡。不出事，一切恐怕是天祐。所以，法學家們基於前述情形考量，做出主觀選擇，再透過學說理論客觀式包裝技巧，我行我素的選邊站。而影響這些學者主觀判斷標準可能是基於「同情弱勢患者」或是「尊重醫師天職」或是「涉己既得利益」等考量再加上學者自己本身的「養成教

育」的基礎，所為的我行我素的論點。難道，選項僅是如此嗎？患者可能很莫名，醫師或許有些無奈。畢竟，有些情形可能是「巧婦難為無米之炊或是孤臣無力可回天」的病情。然而，有一群國王級的「醫療行政機關、醫療機構及醫療器材藥材商」，在一些學者及裁判者採「視而不見」姿態，透過「患者的損害純屬不幸」、「醫療機構非侵權行為人，無庸負責」、「醫療契約主體不包括醫療行政機構」、「所提供器材符合科技發展當時安全性」、「患者自主決定」等理由，矇混地將本可避免的臨床醫療風險絕大多數轉嫁由患者負擔，或是諉由為醫療機構作牛作馬的臨床醫療人員承受，由一群蒙著雙眼的正義女神化身的法官，在左支右絀東訪專家西會密友，午夜夢迴中拼湊著事實透過一羅筐的說理中做出醫療本案判決。是誰，讓這群案牘形骸法官背著黑鍋，成為陷醫患雙方於萬劫不復今世深淵的推手，使得醫患浮沈法院數十年。這一切在在挑戰著：「十丈紅塵裡，是否仍保有--人的高尚靈魂」命題的核心價值。

所以，本文從向來不為人重視的醫療契約責任法理出發，嘗試重新建構醫療民事責任體系，藉以調整醫療民事訴訟結果失衡現況，並試圖讓醫療機構正視醫療過錯問題所在，這樣寫作切入點仍是我行我素的主觀選擇。想作什麼呢？想利用本文引起普世大小菩薩們以嚴肅態度面對，牢禁在這塊醫療玫瑰園內，長期受人生磨難的醫療人員、患者及家屬，為他們及我們自己找出生命的出口。果爾，我的人生就能如泰戈爾詩句「生如夏花之絢爛，死如秋葉之靜美」一般地。生之所以如夏花，因我思故我在，死之所以如秋葉般無聲，只因無憾。

本文所採的看法，如有不妥之處，均是作者自己窺天之見，與授業老師陳自強教授無涉；若有精彩可取之處，當然絕多數來自於老師嚴父德式教養之功，藉本文方隅之處，對五年來博士生養成教育過程，數度衝撞恩師不敬之處，深表歉意；對其數度包容學生，不棄之情深致謝意。敦請老師擔任指導教授，緣起自報考台大博士班推薦函，當時報考台大決定匆促報名時間急迫，經洽詢老師協助寫推薦函意願，在其熱心幫忙下順利完成報名程序形式要求。一份推薦函，師徒名分已定，或許是冥冥中註定，我是他第一個博士生，也是最不受教頭痛的徒弟。期間內老師也曾試探過學生要不要改寫純粹契約法領域學位論文，由於他尊重學生的堅持，因而讓老師遭受到涉足醫療法領域的誹議，對此學生深感抱憾，也是師徒始料未及的結局。老師指導學生十分用心，每當學生遇到不解之處，不論晨昏，敲門直搗研究室天南地北亂問一通，奇怪地是，老師聽完問題後總是不徐不疾，東找找西翻翻地在其研究室書櫃裡找出適當的書籍或文獻，要學生自行研讀。

雖然，老師並不善表達對學生關心呵護之意，但僅僅是老師每日治學自我要求嚴謹態度，早上八點前必入研究室做研究，傍晚五點過後才離開，有時，為了研讀文獻，更是三更夢書當枕，夜夜不滅讀書燈，夜宿研究室也是常有的事。這種「學者，您的影響力來自書房」身教，非但令喜歡我行我素的老學生，乖乖地肅規曹隨，自我要求只能念的比老師晚，養成了每日早上八點前到研究室直到晚上十點左右才敢離開的基本學習態度。老師採「圈養式放牛吃草的指導風格」，在一個學位論文題目下，讓學生有自由揮灑空間，或許他認為這樣才能培養出學生真正獨立研究能力。回想五年來，前三年每遇學習上問題向老師請教，老師總是未針對問題為回應，而是每問一次問題，就提供三到四本的日文及英文相關書籍交代書中找答案，到了第四、五年時，老師對學生所提出問題或看法，會實質討論或批判，並提供了德文書籍或文獻給學生參考，還記得二年前第一次老師交給我德文資料時，當場傻住跟老師說：「我不懂德文。」，老師不置可否，只笑著說參考參考，接續幾次提問後老師繼續給德文資料後，基於好奇心，開始翻德文字典查老師給的資料，終於明白了我的疑問在德文資料裡才能獲得解決，從而，後二年開始自行大量閱讀德文資料。假若當時讀到博三時，老師同意我提畢業申請，我或許與德國文獻就此無緣；但也因為老師一口否決我提出三年畢業要求，我的第一本博論初稿「醫療民事責任因果關係論」，也成為老師自始無緣見過的第一本尚未完成博論初稿。最後，藉此衷心期盼與祝福，老師心想事成，闔家順利平安。「月半阿姨」也祈願嵩侑、嵩林及嵩昀有積極快樂的學習人生觀，並能如願邁向自我志趣。

謝謝論文指導委員會委員台大王文宇老師及政大楊芳賢老師，王老師在如何判斷「營利機構」，提供了「有無實質盈餘分配」判斷建議見解，使得本文論述增加可讀之處，而楊老師則在做人處世上給予適當提點，適時化解了我困惑多時的疑問，藉此向他們致上謝意及敬意。

本論文送審初稿為博四、博五，二年內研究重點所堆砌歸納整理而成，因適逢諸多家務糾葛很遺憾地沒有足夠時間靜下心嚴謹地完成它，因而接受陳忠五、侯英泠初審委員直接大幅度刪除有關英德國醫療過失比較法專章論述及日本債權法改正基本方針關聯論述審查建議，在此向二位初審委員辛苦閱讀及誠摯建議致上謝意與敬意。口試時，面對陳忠五、侯英泠、楊秀儀、吳俊穎口試委員批評提問，基於想留多一些時間聆聽委員們精闢看法，對大多質疑問題並未為極力辯駁，因為口試成績的高低相較於委員們精闢意見提供，我寧願選擇後者，難得口試委員們願意認真嚴格審視本論文，也謝謝口試委員們毫無保留的建議，有您們的真誠批評建議，讓學生更明瞭自己

的不足，經重新審視本論文論點後，有些批評意見如屬論文內原已處理過或原無誤者即未再為增刪減補；若為論文原曾論及但未明白清楚闡述，則增加闡述篇幅；若為本文原未論及，而本文認為有增列必要，則採納口試委員建議增列入內；若屬於本文原採見解，而口試委員有不同批評建議，本文則增加論述鋪陳回應意見。總之，針對口試委員們的精闢建議，學生持感恩及戒慎恐懼的態度聆聽仔細作評估後，所為本文增刪減補，完全是出自學生自行的抉擇，本文若因而有增色之處，係因指導教授及口試委員們建議之功，若有不妥之處，日後仍應由學生自行承受。

感恩碩士班指導教授林秀雄老師暨師母，本著「師徒之間有情有義，不計較之心」，非但透過口信轉達鼓勵及提醒人在日本東大期間的學生，也為學生轉介兼職景文教職機會，在這段博士生學習過程，時有遇到林師，仍然不忘對學生時時鼓勵關懷，刻刻仍是要學生不忘老實念佛勤勞唸書，不要偏激面對人生難題，要平靜走過，雖然，學生總是沈默以對，因為真得很難，但每每怒意心中起時，想到林師教誨之語，對學生宛如佛祖金箍咒，發生箝制效應，讓我這個老學生能多點內斂沈穩修為之氣。雖然，昔日基於自行迴避與同門學長同年報考輔大及政大博班之緣故，而轉考到台大就讀博班以來，仍時時謹奉林師舊日門訓「有情有義，老實念佛，勤勞讀書」教誨，研究桌上擺一本老子道德經，學生對此書莫大體悟之處，「玄天之道」在走出自己想走的路，活出自己生命的精彩內涵。在此藉助隻字片語，祝福林師全家，平安喜樂。也感謝輔大陳榮隆院長，在平日言談之間，總是讓學生有鄰家大哥的親切感，可惜畢業時機錯過了再度相聚輔大機會，在此為陳院長平日提醒做人處事及昔日輔大就讀期間教誨照顧之情，致上深深謝意。

特別需要致上感謝之意，是政大陳洸岳教授及台大王能君教授，有二位老師的玉成及引薦，才能聯繫到東京大學森田修教授，之後能在森田修老師協助下順利進入東大法政研圖使用館藏蒐集資料，使得學生能有機會坐擁日本東大龐大書庫，日日書中會知己。森田老師雖然庶務繁忙，但在東大三個月期間（2007.3-6）每有問題寫 mail 請教老師，均是在一二日內即為回覆處理，如遇其無法協助之事，仍然來函表示鼓勵贊同之意，本文藉此致上謝忱之意，雖然彼此無緣成為門內師徒，感恩昔日其以師長之風誠摯相待。也謝謝日本東大醫學院附設醫院內的醫管團隊，謝謝您們的協助及幫忙來自台灣冒昧之徒，三次造訪所提供參訪及完整說明，讓我對 2007 年日本醫療診療費報酬制度改革後所衍生臨床後續嚴重問題有進一步體會，這對我審視台灣 2010 年醫改制度問題有莫大幫忙。並謝謝東大樋口範雄教授讓我能有機會參與他所主辦「法國醫療賠償制度」

研討會的聆聽與討論，並於會後熱心提供一些日本的醫療問題建議意見，在此聊表謝意。

大學時期的導師，王寶輝教授、林信和教授、吳啓賓教授，讓筆者這二十餘年來感受到慈父般地關懷，雖然學生是一個不循規蹈矩的「壞學生」，而您們總是一再寬容與關懷，或許您們內心會怨嘆「歹子，嘛是子」吧。長久以來一直關懷著學生的發展，讓學生感受到一日為師終生為父的長者風範，藉此向您們致上多年來未曾說出口的謝意及敬意。若日後有機會執教鞭不論在何處，也會將今日所領受師恩，繼續傳承下去。

就讀台大博班期間，與王兆鵬副院長、黃宗樂老師、朱柏松老師、羅昌發老師、葉俊榮老師、黃榮堅老師、陳志龍老師、謝銘洋老師、顏厥安老師、王泰升老師、王文宇老師、黃昭元老師、蔡茂寅老師、葛克昌老師、黃銘傑老師、姜皇池老師、張文貞老師、曾宛如老師、陳妙芬老師、陳昭如老師、林仁光老師、林明昕老師、王能君老師等，常在校園相遇時，對學生總是不吝表達關心及提醒，在此表達致謝之意。謝謝蔡明誠院長基於舊識之誼，惠賜「凡事轉念」語句，適時讓學生「釋然，嘎止。」，在此特致上謝意。謝謝許仕宦老師總是在校園相遇之際，鼓勵學生多多寫作投稿，勇於提出不同見解挑戰傳統學說。謝謝林明鏘老師撥冗與學生討論健保局、醫院及患者三方法律關係相關問題，讓學生有些解惑。謝謝吳從周老師常常適時給予鼓勵及提供學生對法學德文文獻疑義的協助，在此特予致謝。詹森林老師總是在課堂上給予學生適度壓力，督促學生學習，也常對學生私下惠予鼓勵及協助，謝謝其以大家之風相待，並惠賜「多讀書不會錯，以後一定會用到」期勉字句，學生會銘記在心。感謝李建良老師在醫療基本人權憲法專題上開示，讓學生對何謂人性尊嚴憲法命題，有更深刻的體會。謝謝簡資修老師提供一些真誠建議，讓學生在人生議題上知所進退，及在論文的實證研究上問題的提點。特別謝謝沈冠伶老師，能讓學生參與其主持國科會「醫療訟之證明法則與實務運作－以民事損害賠償事件為中心」研究計畫擔任博士生助理三年，使得學生能有機會藉此訪談計畫深入體會了解醫、患、審、辯及鑑定機關五方面臨醫療民事訴訟案件的問題，也因有這筆研究助理經費能讓學生在全職就讀博班的歲月裡專心研讀，減輕一些經濟壓力，並不吝提供學生許多中德日民訴法資料、德國醫療法書籍文獻及寫作技巧，毫不在意學生非其入門弟子，在此感恩照顧並致謝。與陳聰富副院長相識二十餘年，或許彼此緣淺，甚少有交集機會，或偶有交集亦多屬擦身而過。有趣的是上陳副院長及王明鉅院長合開醫療法專題，雖然，課堂上只能擠在教室門口一隅（因為修課人很多）、沒有發言機會（因為旁

聽)、只能靜靜聆聽(不過偶被差遣去奉茶倒水);聽法律初犢之鳴、醫法邊緣人浮游之見、醫學及法學教授們精闢看法、和我內心共鳴之音,共譜出貝多芬命運交響曲,在每一節課堂裡。藉此感謝陳副院長及王院長提供此旁聽機會,讓學生能在靜思中,細細品嚐這個嚴肅課題。

或許是上天巧妙安排,在今年五月上旬某日傍晚,當我萌生倦勤正陷入是否休學的愁緒裡,在台大校園裡漫無目標地騎著腳踏車,轉入水杉道,看見不遠處王澤鑑老師向我招手,停下車來與王老師寒暄片刻話語中,王老師說:「品秀,你很有功喔,常常在校園看到你,能全職念博士班是一件好事並不容易須要決心。……聽系上老師說你五年要畢業,不錯不錯,要加油喔。……」。或許王老師並不知道,當時這幾句話使我再也不敢動念休學了,乖乖地回研究室趕修論文送印繼續進行下一程序:學位口試程序。在此向並不知情的王老師自首,並致上深深謝意,謝謝他老人家不吝對晚輩釋出善意關懷及勉勵,在關鍵時刻,水杉道上。

值得一提,2008年8-10月赴大陸研究期間,受到北京大學尹田教授協助訪談北大附屬醫院、中秋節前夕與其全家餐敘,讓異鄉人能解鄉愁,其情至今甚為緬懷及感謝。在其研究室討論大陸醫療體制問題,見識到其思緒邏輯清晰敏捷,一切問題均能在其煙霧裊裊三根菸中獲得解惑,並於言談中深刻體會到歷經文革時代洗禮過知識青年的人本特質。也謝謝師母引薦,得以與北大醫學院附屬醫院醫管人員探討相關問題。謝謝元婧師姐的協助,透過北大圖書館人員引薦了北大孫東東教授,讓我能更進一步了解大陸醫療鑑定制度草創始末與現在運作問題。特別感謝清華大學申衛星教授的協助下,參加2008年第17屆北京國際醫事法學學術研討會,五天研討會全程的參與,明顯感受到海峽東西兩岸消長的國際學術局勢,更令我有所省思:當西瓜效應在學術界蔓延時,「台灣學術界窮得只剩下甚麼」窘局,或許發展出「貼近國際脈動屬於台灣的本土法學特色」往下紮根向上展枝,才是日後台灣法學學術競爭力的契機活泉吧。謝謝申老師總是藉著清大衛生法中心研討會聚會,讓我兼享育樂。期間內,適逢申老師教授開物權法專題,從其口中闡述物權法理,觀其言談間,亦令我對中國大陸物權法別有一番體會。謝謝申老師引薦最高法院法官及清大醫學院附設醫院醫管人員,讓學生更能深入了解大陸醫療民事案件實踐面的問題。也要謝謝此期間北大博士生秋梅、曉霞、百靈及元婧師姐們,提供我一些資訊及日常生活上協助,還偶爾一起吃飯、聊天討論法律議題,在2008年北京秋涼夜裡。謝謝袁安律師在北京期間的照顧,與袁大哥異地萍水相逢初識在醫法國際研討會上,其特異詭辯聰詰卻不吝照顧提攜異鄉人的豪爽個性,

讓我有機會見識到一群大陸出色律師與中國人民解放軍總醫院法律處主任張寶珠先生並與他們探討醫法相關有趣問題，謝謝您們讓我對大陸醫療法制、實際臨床及法律運作問題有進一步了解，在此致上謝意。更謝謝大陸學者葛云松、張新寶、楊立新等教授，願意在百忙中抽空與學生討論大陸醫療法律問題，讓學生有機會聆聽多元見解。最後，謝謝曉霞師姐陪伴出席，在北京中一級法院法官醫療實證座談會，在個人報告與討論之中，讓我體會到大陸法官素質正在提升，及勤勉努力學習的旺盛企圖心。

人生路上，知音難覓，我卻是很有福報，擁有一些。感謝忠五老師及師母這五年來，總是亦師亦友關心學生一家三口情況，並每隔一段日子，催促我的論文進度，讓處於多重壓力下的我不敢怠惰寫作研究，並時時提醒我論文寫作要能符合國際潮流兼顧本土現況問題處理，不過，因個人資質平庸，有未盡其所期待之處，心中不免有虧欠之意，也謝謝忠五老師讓我擔任其助理四年，有機會在自然情境下就便向其請益諸多法學問題並惠賜給我諸多參考資料，藉此感謝他們默默付出。「培鈞媽媽」在此也祈願雙雙及南方，能將其雙親「勤儉、謙卑、愛人如己」台灣人人本特質繼續傳承下去，在台灣這塊土地上。謝謝玉秀老師在公務家務兩頭忙，還不時捎個信，吃個飯，以表達其特有風格關懷之意。對相識之初，曾一起在保成當打工學生族的悌愷賢隸，二十餘年來雖然彼此際遇不同，但仍是維繫著彼此關懷之情，不同之處只不過話題從年少抱負到兒女教養，感謝這段時間他默默對我及家人的支持關懷打氣，也謝謝弟妹的熱情擁抱及讚頌，藉此對悌愷賢隸夫婦聊表謝意。達智、智仁、子平、國華暨靜妙夫婦，在我全職讀書歲月裡，常常會到學校圖書館或研究室順道看看我，真是難為這群好友，藉此要向他們致上謝意，也衷心祝福他們各自前程有成。謝謝輔大碩士班的同學賴彌鼎律師，雖然彼此同窗共讀時間不長，五年來如果沒有您情義相挺的協助處理一些事務，我可能會走的更辛苦，而這本論文也不可能問世，藉此向您表達感恩之意，也祝福大嫂平安法喜，並期待您司法弊端改革大業能早日成功，為眾生廣布福田消除一些本應可避免的台灣司法共業。謝謝大學同學余明哲及張雍，二十幾年來吃喝玩樂噓寒問暖歲月中的相伴及鼓勵，從來不算計及多言，並在這段時間裡探望打氣，讓我感受到如兄長般的呵護。

五年的歲月，研究室成員從徐州路 110 室到辛亥路 2407 室，物換星移人事已非，謝謝五年來均同研究室博班宗旻學姐，總是善解人意，偶而視而不見讓我無權使用 1.3 坪研究桌位置、聽我抱怨、提醒生性迷糊的我相關系所瑣碎繁雜多更佚行政學務事項流程，希望藉此寄予您，凡事

心想事成。謝謝博班同期同學阿部、道宏、大植、士帆、孟彥，總是在池畔柳道旁關懷問候與切磋，也祝他們早日完成學業。謝謝 2407 室博班學弟妹婉珊及至鴻的時時鼓勵鞭策，及碩班學妹孫婷、陳榕等打氣及加油。同門的學弟妹彥志、佳瑩、安安、好馬、喬茹、韻婷、仲慶、昱仁等，雖然在同門期末聚會上，我們總是談些五四三，泡茶聊是非。但在畢業前夕，願以「性格，決定人生際遇」與你們共勉。謝謝佳瑩這幾年來總不忘常打氣探望，並為好馬、佳瑩、姿吟、婉珊曾友情協助，讓我能兼顧教養獨子培鈞及安心寫作研究，在此特致上謝意。

原本一直希望自己能圓負笈國外完成博士學業的夢想，卻在命運的擺佈下，讓我在艱困情境中取得本土法學博士學位，人生有所缺憾。無論如何，謝謝長久以來家人的支持，夫家手足們、嫂孀姑丈及一群姪兒女們一直是默默打氣支持，不論輕重其情可感；也謝謝娘家眾兄弟姊妹們及姪兒女們，日常生活協助寒暄問暖關懷之情。對處於風燭殘年健康極為不佳的屆九十高齡公婆，日日懸念數著逆媳畢業日子，深感過意不去，甚至在 2011 年 2-5 月間，婆婆病情極度不穩定，數度緊急住院，我因趕寫論文初稿送審交付及口試在即，未能病榻隨侍，只能隨時在研究室透過電話與南部醫師及家人討論病情及協助決定，虧欠之意至今仍無法釋懷，惟一慶幸的，是在您們有生之年的此刻能完成博士學業，讓您們能了卻一樁懸念五年的心願。同時也謝謝夫家眾手足親族們（還有印傭阿弟、雅妮）的辛苦照料兩位老人家並見諒我的偶有缺席；甚至，在五月下旬論文口試版送印前修改期間，我因發生車禍傷及右足背動脈被救護車送至仁愛醫院急診手術檯上縫合止血，江仁大伯、淑媛大嫂、江廷小叔、菊榮二姑、菊娣小姑等聞訊仍致電打氣，弟媳慧中並在外子出差考評金門機場期間接送行動不便的我，到研究室繼續修改論文，對他們的溫馨付出真得很感動，並在此致上謝意。

家庭銀行合夥人明宏及培鈞，陪著我，一起歡喜一起憂，我們之間，已無須多語，一切有您們，使我更有勇氣面對不確定的未來繼續堅定走下去，有您們真好，讓我們彼此能從合夥家庭銀行裡，永無上限提領及存入「信賴」、「關懷」、「寬容」、「支持」、「親情」、「浪漫」、「歡樂」、「金錢」、「甜蜜的負擔」及「賴帳」等。祈願著在未來有限日子裡，彼此相伴走過，而培鈞也能如願向自我志趣自信樂觀邁進，一生恪遵「勤儉、謙卑、愛人如己」家訓，無論將來所從何業，所處何地，際遇如何。

錦秀於台大萬才館 2407 室研究桌 (A)，2011.7.26。

摘要

本文從向來不為人重視的醫療契約責任法理出發，嘗試重新建構醫療民事責任體系，藉以調整醫療民事訴訟結果失衡現況。有鑑於本論文定位在以台灣本土醫療民事法律問題提出解決方法，從而，以醫療訴訟民事責任法實證分析為開端，整理歸納出目前醫療訴訟民事責任法實務運作上問題，再從目前民事責任法規範面探討「契約責任體系」與「侵權責任體系」二者，對醫療民事案件何者較利於患者權益保護，在這裡同時援引英德國比較法及目前台灣實務見解觀察，導出採契約責任體系較有利於患者權益保護。

接續著本文嘗試著重構醫療契約責任體系，從三方面著手，首先透過契約解釋原則將向來契約責任要件「故意或過失、可歸責」二元論調整為「契約義務違反為契約責任歸責事由的一元論」，降低「責任成立要件越多舉證風險愈高」；其次，將向來契約責任成立要件「因果關係去要件化」；再引入日本「契約拘束力」及法國「手段債務與結果債務類型區分理論」，拉出「私法自治契約自由原則=契約當事人意思原則=當事人契約拘束力=歸責事由內涵=當歸責事由具備時=契約義務違反=契約責任成立」思想軸心的適用空間，然而，這樣的適用空間，本文認為能適用在非強制醫療場域裡。

最後，本文所建構醫療契約責任體系異於傳統民事契約責任的特色有下列幾點：一，向來我國在民事責任成立要件，無論契約責任或侵權責任均採二元論，本文則認為至少在現行法規範下契約責任成立要件上，似乎是有解釋一元論空間。二，在引入法國手段債務與結果債務理論來處理醫療民事訴訟事件時，歸類為結果債務類型醫療契約義務群，在責任成立要件上是對原告較有利的。三，歸類某種系爭醫療契約義務性質究屬手段或結果債務類型，需回歸私法自治契約自由原則，探究當事人契約拘束力所及範圍，當契約當事人意思有對結果實現為承諾時，歸責事由嚴格化程度高，則解釋上會認定為結果債務類型，從而，手段債務與結

果債務是相對性概念。四，在契約責任運用上，透過當事人契約拘束力，將契約利益（給付利益）放大，將損害賠償範圍放大。不過，如此思維，實踐面在結果債務類型似乎較為可行。

關鍵詞：

醫療民事責任、契約拘束力、契約責任、手段債務、結果債務、因果關係、舉證責任



Abstract

This study is based on medical contract liability that has long been ignored in an attempt to build a new civil liability system and correct civil litigation results in medical malpractice. In light of the fact that this study sets its tone to provide Taiwan with a solution to its local civil actions for medical malpractice, it begins with empirical analysis of civil liability in medical malpractice lawsuits and identifies problems with the present system in the handling of medical malpractice cases. Then, this study explores whether the contract liability or the tort liability can help better protect the rights of patients in civil cases of medical malpractice from the perspective of today's civil liability. Meanwhile, English and German comparative law is quoted in this study, along with practical insights and observation of contemporary practices in Taiwan. The conclusion is that contract liability works better in the protection of patient rights.

Continuing the attempt to reconstruct the medical contract liability, this study focuses on three aspects. First, it adjusts the dualism of “intended acts or negligence are attributable” which has always been an important element in contract liability to the monism that “breach of contract obligations comprises contract liability” through interpretation of the contract, and this reduces the risk in burden of proof associated with a large number of elements required for contract liability to sustain. Another long-standing prerequisite for contract liability to sustain is the element of causation which this study has removed. Finally, it introduces Japan's contract binding force and the theory differentiating obligation of means and obligation of result from France, producing the scope of application with the central train of thought being “self-government contract freedom in private law = *the doctrine of party autonomy* = contract binding force on the parties = imputation of causes = imputation of causes

established = breach of contract obligations = contract liability sustained.” However, this study holds that such scope of application can only be applied in non-mandatory medical settings.

Last but not least, the contract liability for medical malpractice constructed in the present study differs from the conventional civil contract liability in that: 1. In Taiwan, the prerequisites for civil liability to sustain have always been based on dualism for both contract liability and tort liability; however, this study finds that there may be room for monism under the existing regulations. 2. In the handling of civil litigations in the case of medical malpractice, obligation of result-oriented medical contract obligations are in favor of plaintiffs for prerequisites of liability to sustain compared to the obligation of means-oriented ones. 3. It requires reviewing the self-government contract freedom principle of the private law and the scope of contract binding force on the parties before determining whether a medical contract falls in the category of obligation of means or obligation of result. If the parties has committed to fulfillment of the results, imputation of causes is strict and hence the interpretation favors obligation of result. Therefore, obligation of means and obligation of result are relative concepts. 4. Contract binding force on the parties expands contract interests (payable ones) and the scope of compensation. Nevertheless, obligation of result seems more feasible in actual practice.

Keywords: medical civil liability, contract binding force, contract liability, obligation of means, obligation of result, causation, burden of proof

論文目錄

第一章序論.....	1
第一節研究動機與問題提出.....	1
第二節研究範圍.....	6
第三節 研究方法.....	9
第二章醫療訴訟民事責任實證分析.....	11
第一節 問題提出.....	11
第二節 醫療行為定性及特性.....	19
第一項醫療行為定性.....	19
第二項醫療行為特性.....	21
第三節醫療行為類型化概念.....	22
第四節 民事責任法實證分析.....	24
第一項高敗訴率低賠償額.....	24
第二項請求權基礎從傳統倚賴侵權主張漸向契約與侵權併予請求挪移... 25	25
第三項爭點整理制度未善盡，不利責任成立要件及因果關係判斷..... 28	28
第四項過度依賴鑑定，某程度取代法官認定過失及因果關係要件的功能. 31	31
第五項舉證責任分配不明.....	35
第一目基於債務不履行請求權基礎.....	39
第一款以不完全給付類型為例.....	39
第二款以委任契約請求權基礎為例.....	43
第二目基於侵權責任請求權基礎.....	43
第一款醫療行為有無民法第 191 條之 3 適用？.....	43

第二款醫療行為有無消保法第 7 條服務責任適用？.....	46
第三目請求權競合請求時，舉證責任分配問題.....	48
第四目外國法證據調整法則援引.....	49
第六項損害賠償範圍認定.....	49
第七項民刑程序關係.....	51
第五節 小結.....	52
第三章 契約責任 V. 侵權責任	55
第一節問題提出.....	55
第二節概述契約責任與侵權責任一般法規.....	59
第一項契約責任法理.....	59
第二項侵權責任法理.....	60
第三節契約與侵權責任的民事歸責原則.....	61
第一項我國契約與侵權責任歸責原則概論.....	61
第二項比較法與我國醫療民事事件實證觀察.....	65
第三項、小結.....	72
第四節責任主體及保護主體的區別.....	73
第一項我國契約責任與侵權責任有關主體面概論.....	73
第二項比較法與我國民事醫療實證觀察回顧.....	74
第三項小結.....	76
第五節「保護客體」的區別.....	78
第一項我國契約責任與侵權責任有關「保護客體」面概論.....	78
第二項比較法與我國民事醫療實證觀察.....	80
第三項小結.....	85
第六節「賠償範圍」的區別.....	86
第一項我國契約責任與侵權責任有關「賠償範圍」面概論.....	86

第二項比較法與我國民事醫療實證觀察.....	88
第一目選擇就醫機會喪失.....	88
第二目慰撫金部分.....	89
第三目損害賠償內容.....	89
第四目與有過失問題.....	89
第三項小結.....	92
第七節「因果關係」的區別.....	94
第一項我國契約責任與侵權責任有關「因果關係」概論.....	94
第二項比較法與我國民事醫療實證觀察.....	95
第三項小結.....	104
第八節「舉證責任」的區別.....	105
第一項我國契約責任與侵權責任有關「舉證責任」面概論.....	105
第二項比較法與我國民事醫療實證觀察回顧.....	107
第一目有關「在過失要件的舉證分配」.....	107
第二目有關「因果關係之舉證責任分配」.....	111
第三目有關適用德國「表見證明原則」或英國「事實說明自己原則」.....	112
第三項小結.....	115
第九節「適用區間」及「時效長短」區別.....	116
第一項有關「適用區間」及「時效長短」面概論.....	116
第二項比較法與我國民事醫療實證觀察回顧.....	116
第十節以我國醫療民事訴訟事件歷經三審案件終局結果患者獲勝的十七件為 驗證.....	118
第一項同一醫療事件是否皆履踐民刑事程序？二者判決結果認定上有無差 異？.....	121
第二項就有無經鑑定觀察.....	122
第三項就鑑定意見對法院判決的影響觀察.....	123

第四項從民事責任要件判斷上觀察.....	125
第五項其它.....	127
第十一節處理醫療民事事件，二者何者為優？.....	129
第一項就目前醫療型態及兼顧醫療安全品質提升考量.....	130
第一目臨床醫療活動：環狀及垂直工作鏈錯綜複雜，侵權行為人難覓。	130
第二目醫療機構儼然成為實質營利法人化，增加醫療安全品質疑慮。	133
第三目醫療行政機關醫療政策，造成醫療給付內容的控制效力.....	137
第二項賠償主體的賠償能力.....	138
第三項過失認定上問題.....	138
第四項就保護客體與賠償範圍而論.....	139
第五項舉證責任分配實證觀察.....	140
第一目從民事訴訟法第 277 條爭議問題觀察.....	140
第二目從實證醫學的困境，看注意義務與因果關係舉證問題。.....	141
第六項時效長短利益問題.....	142
第十二節小結.....	142
第四章醫師說明義務的性質.....	145
第一節英德比較法觀察.....	146
第一項治療資訊揭露與同意.....	148
第一目英國：區分資訊之性質為不同處理.....	148
第二目德國：不區分資訊性質均依民法第 823 條第 1 項處理.....	151
第二項揭露標準.....	154
第一目英國：從公認的常規到告知後同意.....	154
第二目德國：傾向告知後同意.....	158
第三項因果關係判斷.....	164

第一目英國.....	164
第一款事實上因果關係.....	165
第二款法律上因果關係.....	166
第二目德國.....	167
第一款法律上因果關係.....	168
第二款假設同意的抗辯.....	170
第四項說明義務舉證責任.....	171
第一目英國：類似治療過失舉證責任分配.....	172
第二目德國：醫師負嚴格舉證責任(ZPO 第 286 條).....	173
第五項小結.....	176
第二節國際趨勢及 DCFR 的相關規範內容.....	178
第一項國際目前修正方向.....	178
第二項歐盟區域法草案 DCFR IV·Part C- Ch. 8.....	180
第一目契約內容：.....	181
第二目告知義務：.....	182
第三目在非必要或試驗治療情形告知義務：.....	182
第四目告知義務的例外：.....	183
第五目因未同意而未治療責任：.....	183
第六目記錄：.....	184
第七目治療提供機構的責任：.....	185
第三節我國醫療民事責任實證運作問題.....	186
第四節在本文所建立醫療契約責任體系的適當地位.....	194
第五章醫療契約責任體系之建構.....	197
第一節問題提出.....	197
第二節適用範圍釐清.....	203

第一項本文不採「傳統醫療行為類型」與「後現代醫療行為類型」區分	204
第二項本文採行「強制醫療類型」與「非強制醫療類型」區分.....	204
第三節契約拘束力的來源及內涵.....	205
第一項契約拘束力的來源.....	206
第二項契約拘束力問題.....	212
第四節契約責任歸責事由—以「從手段債務與結果債務區分」觀察.....	216
第一項概論.....	216
第二項二者的法概念.....	218
第一目二者要否區別的質疑.....	218
第二目二者要否區別的爭議.....	219
第三項二者理論基礎.....	222
第一目二者的位階.....	222
第一款緒論.....	222
第二款結果債務、手段債務學說.....	223
第三款「契約上過錯」的歸責構造.....	225
第二目二者區別實益.....	227
第一款序說.....	227
第二款對通說之批判說提出探討.....	227
第四項對結果債務與手段債務評價.....	229
第一目二者區別相對性問題.....	229
第一款概說.....	229
第二款結果債務與手段債務非典型性並不統一.....	230
第三款結果債務與手段債務的交錯、融合.....	231
第二目對二者區分的評價.....	234
第五項有關債務不履行的「歸責要件」再檢討.....	235
第一目手段債務與結果債務的概念.....	235

第二目日本有關手段債務與結果債務理論意涵.....	236
第一款債務不履行責任相關歸責構造.....	236
第二款傳統通說再檢討.....	238
第三款總結.....	241
第三目台灣有關手段債務與結果債務理論探討.....	243
第五節台灣醫療契約責任再建構.....	244
第一項現行契約責任法存在問題.....	244
第一目台灣契約過失責任原則的依據來源及解釋.....	245
第二目台灣契約責任「歸責事由」內涵.....	248
第二項法國的「手段債務與結果債務理論」如何接軌台灣現行契約責任法規 範?.....	249
第三項本文所建構醫療契約責任體系架構.....	251
第一目當契約責任與侵權責任競合時處理模式.....	251
第二目現行民法契約責任要件應採一元論.....	253
第三目傳統學說「因果關係責任要件」，從應然面與實然面檢視應予去除	253
第一款因果關係責任要件非明文責任成立要件.....	253
第二款醫療民事契約責任實證面無法發揮因果關係制度功能.....	254
第三款去「因果關係」要件化後，如何處理責任成立及責任範圍問題	254
第四目有關保護義務違反，依義務性質不同適用手段債務與結果債務	255
第五目損害賠償方法及範圍，應於以「當事人意思理論原則」為核心..	255
第四項小結：以醫療契約責任法理為中心的民事契約責任體系.....	256
第六章醫療契約責任法理之適用.....	259
第一節前言.....	259

第二節國際契約法趨勢.....	260
第一項回顧國際契約法制趨勢.....	260
第二項回顧台灣法實證及現行法規範：.....	261
第三項採取法國「手段債務與結果債務區分」.....	261
第三節醫療契約法律關係總論.....	262
第一項前言.....	262
第二項醫療契約之債務本旨.....	264
第一目「債務本旨」.....	264
第二目醫療契約「債務本旨」之具體內容.....	265
第一款醫患雙方締約之目的.....	266
第二款醫療契約之性質與法律之規定.....	267
第三款誠信原則.....	267
第三項醫療契約之給付義務.....	268
第一目主給付義務.....	269
第一款定義.....	269
第二款醫療契約之主給付義務.....	269
第三款違反醫療契約主給付義務效果.....	270
第二目從給付義務.....	273
第一款定義.....	273
第二款醫療契約之從給付義務.....	273
第三款違反醫療契約從給付義務之效果.....	280
第三目附隨義務.....	283
第一款定義.....	283
第二款醫療契約之附隨義務.....	284
第三款違反醫療契約附隨義務之效果.....	286
第四目各義務群區分之必要.....	287

第四項小結.....	289
第四節結果債務醫療契約類型.....	295
第一項美容整型醫療契約.....	296
第二目醫療美容整型之法律關係.....	298
第一款一般醫療法律關係.....	298
第二款醫療美容整型法律關係.....	298
第三目從侵權責任體系訴求觀點.....	306
第四目結論.....	308
第二項牙科膺復醫療契約.....	309
第一目前言.....	309
第二目牙科膺復醫療契約法律關係定性.....	310
第一款與傳統醫療契約界限模糊.....	310
第二款、牙科膺復醫療契約法律關係.....	310
第三目以假牙裝置不良脫落案為例.....	314
第一款事實及訴訟經過.....	314
第二款本案爭點.....	316
第三款法律適用問題.....	316
第四目傳統民事契約責任與本文建構醫療契約法理比較.....	318
第五節手段債務醫療契約類型.....	318
第一項健康檢查契約.....	318
第一目健康檢查契約類型.....	319
第一款定期健康診斷.....	319
第二款健康保險契約的診查.....	320
第三款住院全身健康檢查.....	320
第四款基於考試目的之健康檢查.....	321
第二目新生入學健康檢查契約為例.....	322

第一款案件事實經過.....	322
第二款新生入學健康檢查契約之存否.....	326
第三款新生入學健康檢查契約的內容.....	329
第四款損害賠償客觀要件的認定：損害客體以及因果關係.....	331
第五款損害賠償數額的計算.....	337
第六款結論.....	338
第二項產檢醫療契約.....	339
第一目前言.....	339
第二目產檢通常規則（guideline）（10~15次）.....	340
第一款第一次產檢（建議在懷孕12週以前）.....	341
第二款第二至四次產檢（懷孕16-24週）.....	342
第三款第五-八次產檢（懷孕32-38週）.....	344
第四款第九次產檢至生產前.....	345
第三目產檢契約特性.....	346
第四目產檢契約均為手段債務類型嗎？.....	347
第五目以新光醫院唐氏症案為例.....	347
第一款案件事實及法律依據.....	347
第二款本案爭點.....	349
第三款法律適用上.....	349
第四款傳統民事契約責任與本文建構理論適用上差異.....	357
第三項住院醫療契約-以精神科為例.....	357
第一目徘徊在真實與夢幻間.....	357
第二目精神疾病跟其他疾病有三大不同之處：.....	358
第三目精神科住院醫療契約.....	361
第一款如何解釋民法第153條「意思表示合致」.....	361

第二款精神科住院醫療契約內容.....	364
第四目以「台大醫院精神患者浴室自殺案」.....	364
第一款事實及訴訟經過.....	364
第二款本案爭點.....	365
第三款法律適用問題.....	365
第六節小結.....	372
第七章結論.....	373
第一節國際醫療民事責任趨勢觀察.....	373
第一項英德國就醫療民事責任傳統見解.....	373
第二項英德國醫療民事責任晚近修正方向.....	374
第二節我國醫療民事責任實證部分及法規範探討.....	375
第三節有關醫師說明義務的性質問題.....	377
第四節建構本文所謂「醫療契約責任體系」.....	378
第五節醫療契約責任法理之適用.....	379
參考文獻.....	381
附件一：DCFR PartIV.C.-Ch8：Treatment.....	397
附件二：日本債權法基本方針—第八章服務提供契約條文簡介.....	404
附件三：十七件歷經三審確定案件（患者獲賠）整理表.....	413

第一章序論

第一節研究動機與問題提出

羅馬法學說彙纂第 16 卷第 3 章 6 節內所載「契約法律關係，基於當事人合意成立之。契約基礎來自違法約因，該契約違反善良風俗，無效。」。這樣源自古羅馬時代契約法原則，經過幾千年歲月沙河，不但影響著歐陸的契約法規範¹，也對英美法契約解釋原則留下歷史刻痕²。身為繼受法國家-台灣，歷經荷蘭、滿清政府統治時期、繼由日本政府佔據的日治時代、最後由中國國民政府東遷至今的法治洗禮過程，我國民法百年來³，針對相類的規定也是相應相隨⁴。

法律規範某程度反應出該世代法社會現象，古羅馬時代醫療者與病患間關係不適用契約關係，這在羅馬法規範及學說彙纂資料中，能得到驗證。然而，羅馬法這樣的主張被繼受到英美法社會裡，呈現出英美法傳統以來以侵權行為法來處理醫療過失民事責任⁵。反觀，歐陸民事法體系，某程度雖承繼羅馬契約法規範，但因各國演進歷史背景存有殊異。在德國，醫療民事責任適用民事責任一般原則，即被害人請求賠償損害，或以契約責任為基礎，或以侵權責任為依據⁶。法國則依其現行法，處理醫療損害賠償責任，採「國家賠償責任」及「民事賠償責任」雙軌制，適用前者責任體系，須限於當事人一方為公立醫療機構或其所屬醫療人

¹ 諸如德國民法第 145、157、242 條、法國民法第 1101、1109、1118 條、瑞士債務法第 1、25 條、義大利民法第 1175、1326、1337 條

² 如美國契約法原則「good faith」。

³ 有關台灣民法百年如何演算及法治化過程，請詳參陳自強，〈臺灣百年民法〉，月旦法學雜誌第 186 期，頁 99-129，2009 年。

⁴ 如民法第 72 條、第 153 條第 1 項等。

⁵ P. Cane, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law ,25,33-67, Cambridge University Press, (2010).; 陳聰富，〈消保法有關於服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，「侵權歸責原則與損害賠償」，頁 227 以下，元照，2004 年。

⁶ 詹森林，〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，「醫療過失舉證責任之比較」，頁 36，元照，2008 年。

員；而適用後者「民事賠償責任」情形時，在法國民事責任係採「契約責任」與「侵權責任」不競合原則下，基於醫療關係多屬於契約關係，故法國在處理醫療民事賠償責任，應優先適用契約責任，排除侵權責任相關規定之適用，僅在不成立契約責任情形下，才例外採侵權責任為請求依據⁷。然日本在其明治維新運動，亦大量引進德法國等西方法規，做為其制定法律參酌依據，在二次大戰後，開始大量參考英美法制，作為其立法或修法基礎⁸。在日本，也未針對醫療民事責任作特別規定，係適用民事責任一般原則，即被害人請求賠償損害，或以契約違反主張債務不履行，或以侵權責任為依據，二者請求權競合⁹。

中國大陸部分，學者認為醫病雙方存有契約關係，當醫師的過失行為致生患者人身傷害，可能同時構成醫師契約責任及侵權責任，依大陸合同法第 122 條規定：「因當事人一方違約行為，侵害對方人身、財產權益的，受損害方有權選擇依照本法要求其承擔違約責任或者依照其他法律要求其承擔侵權責任」。依前述中國大陸合同法第 122 條規範意旨，大陸有關醫療民事責任是採契約與侵權責任競合的立法例¹⁰。然而，須進一步注意，2009 年 12 月 26 日中國大第十一屆全國人民代表大會常務委員會第十二次會議通過「中華人民共和國侵權責任法（共 12 章 92 條文）」，從 2010 年 7 月侵權行為法正式施行後，就該法體系形式上觀察，設有第七章醫療損害責任，解釋上則將循該法內相關醫療侵權行為規範請求，即便如此，本部醫療侵權行為法適用於中國大陸社會裡，應然面與實然面是否能相應相生，仍有待日後觀察。

台灣民法法制化過程，繼受多國法律，諸如法國、瑞士債務法、日本法、德國法及英美法，我國處理醫療民事責任適用民事責任一般原則，即被害人請求賠

⁷ 陳忠五，〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，「醫療過失舉證責任之比較」，頁 120-122，元照，2008 年。

⁸ 王泰升，〈二十世紀台灣法律的發展：邁向一個自由民主的國家〉，「台灣法的世紀變革」，頁 3-14，元照，2005 年。

⁹ 稻垣喬，「醫師責任訴訟の構造」，頁 6-7，有斐閣，2002 年；朱柏松，〈論日本醫療過失之舉證責任〉，「醫療過失舉證責任之比較」，頁 8，元照，2008 年。

¹⁰ 張新寶，〈大陸醫療損害賠償案件過失認定〉，「醫療過失舉證責任之比較」，頁 77，元照，2008 年；楊立新，「醫療侵權法律與適用」，頁 39-41，法律出版社，2008 年。

償損害，或以契約責任為基礎，或以侵權責任為依據。而我國民事責任，係採「契約責任」與「侵權責任」競合原則，此與德日相仿。

台灣醫療民事責任在「契約責任」與「侵權責任」競合原則運作下，從醫療民事訴訟實證現象觀察¹¹，當事人所主張之權利義務法律關係，係以主張侵權責任為居多。若進一步觀察，同時主張契約責任與侵權責任判決，訴訟繫屬法院時點逾九成是在 2000 年 5 月以後，此可能與我國民法第 227 之 1 增訂施行有關¹²。該實證資料同時呈現醫療民事案件，僅主張醫療契約責任或與侵權責任併為主張訴訟標的案件，有逐年遞增趨勢；而法院就醫療民事責任是否成立，不論在侵權或契約責任請求權基礎上，多數實務所採見解是一致性標準「侵權責任二元論，即有責性與違法性」，從而，向來「契約法規範—可歸責」¹³被等同視為「侵權責任有責性（主觀故意或過失）」，而契約法規範的「給付不能」被等同視為「侵權責任違法性（義務違反）」，如此法界認為是「Common sense」，是本文長久以來的疑惑，這樣法界理所當然常識，源自何處呢？是現行民法法體系下當然解釋？還是僅為學者們對法體系架構論理解釋？本文認為似乎當然解釋並非那麼理所當然，其間存有專屬契約法理論的解釋空間。細繹之，在目前台灣民法契約法體系下，並無醫療契約有名契約規定，當事人間所締結契約性質、契約內容、範圍等，應如何圈劃範圍，此涉及當事人締約目的、契約義務群等認定，也同時涉及契約定性問題，若從契約義務群為思考主軸時，以醫療契約為例，整個醫療契約定性為何種契約類型，相較之下並不重要，因為通常一個醫療契約內有數種主給付義務，而這些主給付義務群中，常是結果債務類型與手段債務類型並存的，故重要之處，乃在契約給付義務的事務本質為何，為該義務去尋找相類似的契約類型給付義務，以援據以處理後續的當事人間法律關係，從而，涉及此核心概念「契約解釋」在契約法領域內居靈魂地位。

¹¹ 沈冠伶、莊錦秀，〈醫療民事訴訟之實證研究—以民事證據法為中心〉，審稿中。

¹² 民法第 227 條之 1 規定意旨，得依契約責任請求慰撫金。

¹³ 例如民法第 226 條第 1 項：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求損害賠償」。

向來傳統醫療行為類型¹⁴，基於以「治療必要為目的」，因而，呈現出來典型的醫療事故態樣是「固有利益」受損害情形，而此部分多受到一些國家衛生法令所拘束，即是屬於國家介入私法自治契約自由領域作某程度「契約規制」行為，例如緊急醫療強制締約情形，此部分「私法自治契約自由原則」操作適用空間被壓縮，甚至可以說此部分是侵權責任法適用的擅長場域。然而，時序至今隨著醫療科技日愈演進，醫療服務內容提供多元化醫療服務，此部分「治療必要性」程度降低，「國家干預力」會隨之降低，例如在後現代化醫療行為領域，醫療美容、再生醫療等，此部分在醫患雙方締約磋商過程、履約過程及契約履行完畢，當事人透過私法自治契約自由原則，當事人意思合致締約履約，甚至，契約當事人能透過一定結果實現的承諾，契約歸責事由嚴格化程度高，當契約目的未達時，這裡存有以契約法原則「私法自治＝契約自由＝契約拘束力＝當具備歸責事由（契約義務違反）＝契約責任成立」為思想軸心，操作出另一個合理解釋空間，這裡側重以契約拘束力及手段債務與結果債務區分理論，在後續第四章作進一步做論述。果爾，那麼如何或能否清楚劃分傳統醫療與後現代化醫療行為態樣是重要，此部分在後續第二章第三節及第五章第二節再進一步作交代。

另從後續第二章醫療民事責任實證分析結果，法院在判斷「有無違約」重心在契約義務違反，而債務人有無過失與有無可歸責判斷對象同為「義務違反」，如此一來恰為驗證在契約法世界裡，契約當事人主觀歸責要件並不重要，承如此思維下，優點有：1，撥離兩套日趨重疊民事責任制度（侵權及契約責任制度），使其各司所職。並能將民事責任體系在兩套制度各自運行將保護網張力發揮到極點以收最高效益。2，在我國傳統民事契約責任法規範下，注入一元論新解釋，使期更能貼近目前契約實踐面靈活運用，並符合國際契約法「朝向一元論整合趨勢」，這在國際商務契約運作與解釋是尤具重要性。

¹⁴ 本段文字係依口試委員楊秀儀教授建議增列，在此特致上誠摯謝意。不過，楊委員認為應區分為傳統醫療與後現代醫療來分別處理，二者區分以「治療必要性」為區分標準，惟本文見解係依「強制醫療」及「非強制醫療」來區分，後者有本文所主張契約法原則「私法自治＝契約自由＝契約拘束力＝當具備歸責事由（契約義務違反）＝契約責任成立」為思想軸心，操作出另一個合理解釋空間。

具體言之，審視侵權責任與契約責任要件及損害賠償範圍上，契約責任功能性似乎略勝侵權責任一籌，且就一般社會生活形態而論，民眾就醫掛號，醫患間存有契約法律關係相較一般民事事件應是更普遍現象，然而，實務實踐面出現弔詭現象，傳統以來台灣醫療民事責任，對於契約責任請求權基礎運用是較少，除了與修法前契約請求賠償範圍內不包括慰撫金請求可能有關外，是否還存有其他可能因素？此「重侵權、輕契約」是否也某程度造就了目前醫療民事訴訟高敗訴率地主因？而更可能原因是否會存有長久以來，學者實務通說認為醫療契約是手段債務，為一定行為義務履行為其內容，而不是在給付一定結果為契約目的，故而，難以用主張醫療契約目的不達來援引請求損害賠償有關？就此，本文有必要就「手段債務與結果債務區分理論」作深入探究，藉此探討出區分二者實益所在，在涉及重要的概念「契約拘束力」，本文將引入外國法觀點作探討。

另就國際醫療政策三部曲進展趨勢觀察，無論英或德國目前醫療臨床作業紛亂情形，是源自於各國過去國際經濟緊縮、財政預算吃緊、醫療費用需求急趨上揚等問題，各國政府基於現實「醫療經濟學」考量，推動了國際間醫療政策改革第二部曲：「醫療費抑制時代（1979s）」，歷經第三部曲：「評估與說明責任時代（1988s）」，目前仍在餘波盪漾中所存在的棘手問題¹⁵。而這些國際醫療改革政策，透過各方專家引入台灣，在 2004 年醫療法修正（尤其是，醫療法人的問題、及得盈餘分配醫療第 53 條問題等）、台灣 2010 年 1 月實施健保 DRGs 支付制度¹⁶等，均呈現英德拼裝制度身影¹⁷，可預測現今英德醫療臨床作業紛亂情形，將是明日台灣的預告。

本文有鑑於此，在歷經外國法比較觀察、台灣現今醫療民事實證及我國現行

¹⁵ 有關國際醫療改革三部曲問題，參本文第二章第七節。

¹⁶ 全民健康保險醫療費用支付標準，依據全民健康保險法第五十一條訂定之，參酌全民健康保險醫療費用支付標準第一部總則第一點，http://www.nhi.gov.tw/webdata/webdata.asp?menu=1&menu_id=9&webdata_id=2091&WD_ID=49_visit at 2010.10.27

¹⁷ 本文係基於「疾病分類別」、「長期照護制度」及「出院決定制度」等觀察角度判斷，及另從各國採用 DGR/PPS 的時間先後順序分別為英國 1979 年、日本 1981 年、美國從 1983 年採用 DGR/PPS(Diagnosis Related Groups/Prospective Payment System)觀察，認為我國健保制度 DRGs 支付制度，帶有英德制度的拼裝身影；至於，是否誠如口試委員楊秀儀教授所言，因該制度規劃學者係留美學背景，因而我國採用 DGR/PPS 係根源自美國而來，就此本文並未對美國制度做進一步實際考究，故不便多加置喙。

民事責任體系功能等考量後，基於「醫療相關法律問題之所從生，來自於臨床醫療現場」思維，從向來不為民事法學者研究喜好「醫療契約責任法理」為出發，企圖為現今醫療民事責任體系所生僵局，挹注入不同想法，或許有助於定爭解紛吧。

第二節 研究範圍

以下本文限於篇幅及能力考量，僅以本國醫療民事責任類型為研究範圍核心，並於適切處引入比較法觀點作佐論，而此處比較法參酌英、德、法及日本相關資料。

先以我國醫療民事訴訟實務現象，呈現出在現行法體系下，我國實務操作實況，從這裡歸納整理分析出，有關目前民事實體及程序法規範在具體醫療民事訴訟事件運用情況，並進而彙整出目前實務的問題癥結所在（第二章）。

再從我國契約責任與侵權責任規範功能作探討（本文第三章部分），並輔以比較法觀點（英國及德國及歐洲醫療契約法¹⁸），及十七件歷經三審原告勝訴確定獲賠案件作說明與檢討，呈現出向來「重侵權、輕契約」的問題、因果關係理論功能在實務上助益不大、過失與義務違反判斷上未區分開，判斷內容是同一等問題。

另考量到晚近十年來，不論國內外有關醫療民事訴訟事件重要爭點「醫師說

¹⁸ 這裡所謂歐洲醫療契約法，係以「PEL SC Ch.7 治療契約（Principles of European Law.Study Group on a European Civil Code.Service Contracts , ch.7，以下簡稱 PEL SC Ch.7）與 DCFR IV·Part C- Ch.8 規範內容為主（（Principles,Definitions and Model Rules of European Private Law;以下簡稱 DCFR）），有關實際內容與英德現行法間之整合過程，請參莊錦秀，〈整合中的歐洲醫療契約法〉，預刊「台北大學法學論叢」，2011 年 12 月。DCFR 與 PEL SC 係處於互相補充及援引資料關係，且彼此間就規定內容及參考資料有些不同，Cited in Prepared by Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law (Acquis Group) : Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law,Draft Common Frame of Reference (DCFR) ,17-18,Christian von Bar & Eric Clive (Ed), 2009. ;有關歐洲契約法整合及立法趨勢，進一步資料請參考：陳自強，〈整合中之歐盟契約法〉，月旦法學雜誌第 181 期，頁 113-132，2010 年；陳自強，〈歐洲契約法發展最新動向〉，月旦法學雜誌第 182 期，頁 117-143，2010 年。

明義務」日愈重要，故而，於第四章部分探討醫師說明義務的性質，在此章先就國際間相關看法作比較法介紹（英德及 DCFR），再進而審視我國醫療民事訴訟實證有關醫師說明義務處理，最後提出在本文所建構下的醫療契約責任體系下如何處理醫師說明義務問題，在這裡本文就醫療資訊類型作區分，分別適用手段債務及結果債務處理。

承上繼而開展出醫療契約責任法理建構（本文第五章部分），從附件一 DCFR IV·Part C- Ch.8 規範內容，醫療契約責任判定採「契約義務違反」，進而，向來德國法契約責任成立要件二元論（主觀歸責要件及契約義務違反），在整合中歐洲醫療契約法規範圍內是被揚棄的。而這樣歐陸區域法趨勢也風行草偃吹入東方國家日本，影響日本債權法修正基本方針方向，從傳統契約責任要件二元論易弦改轍為一元論走向。而台灣在民法現行法架構下是否須透過修法來符合國際契約法趨勢？進而，改善醫療契約當事人間舉證失衡的困境？本章除了探討比較法在訴訟上採證據法則修正所受到的侷限，進而認為台灣目前僅消極個案性引入該等證據修正原則，雖對個案正義或得落實，但對整體醫療民事責任問題上助益有限，因而，本文認為應回歸民事實體法上做處理，或能對整體醫療民事責任問題作調整。若回歸民事實體法，則須從契約法原則處理，切入契約法核心「契約拘束力及歸責事由」領域尋求解套。因有礙於國內對「契約歸責事由」探討文獻鮮見，故以比較法觀點，將引介日本有關「傳統契約拘束力」概念及根據，而有關醫療契約法律關係有適用可能的基本方針的第 8 章勞務提供則列表於附件二作參考。再而轉介法國法有關「手段債務與結果債務理論」區別實益學說探討，這裡因礙於本文研究語言限制，故採用是日本學者所撰寫的相關法國文獻整理文章為理解，為便於讀者日後檢閱相關法國文獻出處，故於註釋處載明。最後，本文先點出台灣現行醫療法規範，醫療機構醫療法人得盈餘分配¹⁹實已與營利法人相類，作為後續本文在探討契約風險分配的考量因素之一，並未就此深入探討。再將本文對於現行債務不履行體系比較德日台法規範做進一步闡釋，導出台灣現行民法規範並

¹⁹ 醫療法第 53 條。

不一定要修法即能符合國際契約法趨勢「契約義務違反」。

進而，就台灣醫療契約法律關係作分析（本文第六章部分），在醫療契約法律關係總論部分，先從傳統債之關係義務群三分化（主給付義務、從給付義務及附隨義務）做醫療契約法律關係義務群歸類，呈現出有些義務，究應歸於主給付義務或從給付義務是無法清楚區分，另外在從給付義務及附隨義務區隔上，也是沒有清楚歸類界線。從而，本文採學者陳自強看法，將醫療契約債之關係義務群二分化（給付義務與保護義務）。本文嘗試以醫療契約當事人契約拘束力為前提，先依當事人締約內容將醫療契約劃分兩大類，一為結果債務類型，一為手段債務，僅就「債務不履行類型中不完全給付類型」，區分二個債務類型「不完全給付」判斷標準，前者「結果未實現」，後者「契約義務違反＝歸責事由具備」做思維邏輯架構。進而，適用在後續的「結果債務類型－美容整型醫療契約、牙科膺復醫療契約」與「手段債務類型－健康檢查契約、產檢契約及住院契約」，法律關係分析上，並引用前述第二章實證案例作具體說明。不過，本文在此以目前通說認為承攬契約為結果債務而委任契約為手段債務處理方式，這裡存有是否全數承攬契約內義務均屬於結果債務而全數委任契約內義務是否均為手段債務的疑義？這部分本文不擬於此本論文內作深入探究，而是留待日後有機會再進一步作開展性研究，此部分將涉及契約「典型非典型」的重大爭議及去法典化的更深層意義。簡略言之，面對現代型契約類型多元複雜化，已不若羅馬法時代現物交易那般單純，社會裡契約型態多半均為非典型（尤其是同一醫療契約內，含數種義務群並存有手段及結果債務的情形），如此一來，探討契約類型化，還不若探討契約義務類型化來得有意義些，這也是本論文引進手段債務及結果債務的區分理論的初步動機。

總結而言（本文第七章部分），本文以醫療民事契約責任法理思維，對傳統向來醫療民事責任體系再建構，強化以契約法原則「私法自治＝契約自由＝契約拘束力＝當歸責事由違反（契約義務違反）＝契約責任成立」為中心，於現行民法體系操作可行性，企圖彰顯出契約責任較侵權責任優勢之一「給付利益」保護，

這在「美的評價」及「機會喪失案例類型」或許有助益。但對整體醫療民事事件紛爭解決上雖是全面但效能有限，須在訴訟程序中再搭配現行民事訴訟法有關證據法則及舉證分配原則，才能加值升級其解決醫療民事事件紛爭功能。而醫療民事侵權責任問題及消費者保護法問題，有鑑於研究者眾且相關文獻豐碩，雖本文有不同看法但就此並未較深著力，只有在說明必要性略為觸及。本文對於醫療民事事件紛爭解決最佳途徑研究與提出，就留待日後有機會再深論。

第三節 研究方法

本文主要採取「比較法考察」之研究方法，參考比較法資料，試圖從分析比較法理過程中，研究醫療民事責任發展趨勢、掌握國際契約法發展脈動及契約法理，討論重心包括醫療過失民事責任發展趨勢、契約法理、契約拘束力、手段債務與結果債務、歸責事由等討論。另就我國醫療民事訴訟「實證資料」整理與歸納，以瞭解我國法規運用在實務面的實況。

本文主要參考英國、德國、法國、日本等外國文獻，試圖從比較法資料中更加聚焦醫療契約法理建構。除側重歐盟整合法域 DCFR IV·Part C- Ch.8 及日本債權法改正基本方針第八章新規範內容觀察外，並引介日本契約拘束力及歸責事由、法國法手段債務及結果債務理論。至於，荷蘭民法典內醫療契約法部分，因考量本文撰寫重心非在我國民法典內建置醫療契約法專章規定，且該國亦屬歐盟會員國，觀察 DCFR IV·Part C-Ch.8 內所引用荷蘭文獻亦不少，故基於便利性及實效性考量，荷蘭民法典內醫療契約法部分討論割捨未論。

我國關於醫療契約並無明文法制，因此欲觀察我國司法實務上對醫療契約之理解，實務判決亦是本文研究重心。關於我國法院實務見解將於本文適當章節中列出，理解我國法對於醫療契約法律關係之掌握與爭議解決態度。



第二章醫療訴訟民事責任實證分析

第一節 問題提出

從比較法觀點，有關患者在醫療診治過程中，醫療損害發生時，在各國所提供的法社會規範如何因應。通常處理方式有四，一，原則上主張契約責任的德國²⁰；二，主張依侵權行為法為其請求權基礎的英美等國²¹；三，主張契約責任優先適用(非公立醫院情形)的法國²²；四，侵權與契約競合理論的大陸²³、日本²⁴及台灣²⁵等。

就醫療民事訴訟案件成長量觀察，近年來國際間呈現穩定趨增。英國 2006 年相關研究報告指出推估每年大約 6,000 件患者(或其家屬)請求賠償²⁶，2010 年英國醫療臨床過失案件量是 30 年前的 12 倍²⁷。德國部分，在 1970 年代末之前已經每年有大約 6,000 件，2002 年醫療訴訟案件估計在 20,000 和 35,000

²⁰ S Heidelk, *Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden: Ärztliche Verantwortung im Kontext des § 280 Abs. 1 BGB*, S.62ff, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

²¹ P. Cane, *Atiyah's Accidents*, supra note 5.

²² 陳忠五，前揭註 7。

²³ 張新寶，前揭註 10；楊立新，前揭註 10。

²⁴ 秋吉仁美編著，「醫療訴訟」，頁 201，青林書院，2009 年。

²⁵ 王伯琦，〈契約責任與侵權責任〉，「王伯琦法學論文集」，頁 251，三民，1999 年；王澤鑑，〈契約責任與侵權責任之競合〉，「民法學說與判例研究（一）」，頁 395 以下，自刊，1998 年；史尚寬，「債法總論」，頁 219 以下，自版，1983 年；劉春堂，〈侵權責任與契約責任〉，「民商法論集（一）」，頁 9 以下，三民，1985 年；郭麗珍，「瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害－契約法與侵權行為法鄰接範圍之釐清與責任基礎之探討」，頁 129-169，翰蘆，1999 年；林誠二，「債法總論新解－體系化解說，下冊」，頁 109、170 以下，瑞興，2010 年；姚志明，「債務不履行之研究（一）－給付不能、給付遲延與拒絕給付」，頁 42-45，元照，2003 年；孫森焱，「民法債編總論，下冊」，頁 590-600，自版，2010 年；曾興隆，〈侵權責任與契約責任〉，「詳解損害賠償法」，頁 19-33，三民，2008 年；林大洋，〈契約責任與侵權責任競合之適用關係－實務上相關見解在體系上之再建構〉，法令月刊第 59 卷 9 期，頁 4 以下，2008 年。

²⁶ R Lewis, A Morris and K Oliphant, 'Tort Personal Injury Statistics: Is there a Compensation Culture in the United Kingdom?' ,*Journal of Personal Injury Law*,87-92 (2006)

²⁷ V Harpwood, *Medicine, Malpractice and Misapprehensions* 2 (2007), Cited in Emily Jackson , *Medical Law*, Text, 101(2010).

件之間²⁸，2008 年德國聯邦地方法院第一審終結之案件有 7375 件係醫師責任訴訟²⁹。從而，在 1960 年代以後，醫療過失案件，不論在英國或德國似乎陷於難於控制局面。

美國部分，從 1960 年代之後，醫療訴訟案件漸增；而今，美國患者提出訴訟是相對地普遍。一份針對外科骨科專科調查報告，至少有大於 70% 受訪者回答在其生涯中曾有過醫療訴訟³⁰；另美國學者 Robert B Leflar 於 2010 年所提出報告資料，美國 2001-2004 年法院有關醫療過失結案量約 7 萬件（包括正式向法院提出及非正式提出）³¹。

東方國家的日本³²、中國大陸³³及台灣³⁴，醫療過失案件每年增加的趨勢，和

28 Christian Katzenmeier, *Arzthaftung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, S.41.

29 Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege Zivilgericht*, 2009, S. 42, 46.

30 Upadhyay A, York S, Macaulay W, McGrory B, Robbenolt J, Bal BS. Medical malpractice in hip and knee arthroplasty. *J Arthroplasty*. 2007.

31 Robert B Leflar, *Health Care Reform in the United States: Medical Malpractice Proposals*, National Taiwan University College of Law, ppt10(2010).

32 日本從 1995 年全國一審判決總量 487 件，2003 年增至 987 件，參閱古川俊治，「メディカル クオリティ・アシュアランス - 判例にみる医療水準」，頁 1 及圖一，医学書院，2005 年；植木哲，「医療の法律学」，頁 32-39，有斐閣，2003 年。日本 2004 年醫療民事訴訟案件（依分案量計算）達到歷年最高量 1110 件之後每年遞減，2009 年為 733 件，此數值援引日本最高裁判所網頁資料：

http://sg1003.webmail.hinet.net/mailService/mail/M_mail_1.do?mail_type=&msg=156D25B3C20D2101543EC9BA11F3C66&start=4&query_form=16&query_string=&folder_id=170&sort_method=1&sort_subject=2&function_name=show&next_page=menu_page，visit at 2010/6/28

33 中國大陸情形，依據大陸中華醫學會統計資料，全國每年醫療糾紛案件數量很多，每年以 11% 的速度成長，在這些案件中，真正構成醫療事故僅佔案件量的 30%，而其中主張醫師說明義務違反，侵犯病患知情同意權的案件超過 60%，參閱孫東東主編，「醫療告知手冊」，前言頁 1，中國法制出版社，2007 年。孫東東教授是中國大陸骨科醫師從事醫療臨床工作數年後，即投入法學教育及研究數十載，目前任教於北京大學法學院、北京衛生法學研究中心主任、北京大學司法鑑定室主任，參與大陸多項鑑定制度設置等工作。雖其書中未明白指出是何年開始統計，但因本文作者 2008 年 9 月間赴大陸研究與其訪談大陸醫療鑑定的困境與問題時，曾問及此問題，依其表示係從其從事人大委員期間的資料做統計，而 30% 及 60% 則是指 2006 年的統計數字，在此特併予說明。

34 台灣醫療糾紛案件，從送入醫審會鑑定案件數，從 1987 年至 2006 年為 4947 個鑑定案件，參閱吳俊穎，〈台灣醫療糾紛的實證研究〉，台灣大學法律學院頂尖計畫「實證醫學與法律」醫療法研討會書面資

西方國家並無不同。就台灣而言，根據實證統計資料顯示，從 2006 年 9 月的 386 件³⁵，至 2010 年 2 月止 1065 件³⁶。

須加以說明的是，本文以下實證分析資料，僅對循民事訴訟程序救濟管道的醫療民事訴訟事件作質量分析，不包括訴訟外醫病雙方透過其他管道，如醫院內部的醫療糾紛處理達成和解事件、訴外和解、調解等醫療糾紛事件及刑事訴訟事件³⁷。細繹之，有研究文獻指出，台灣的醫療糾紛進入法庭的比例，已由 1991 年的 15.7% 增加到 2005 年的 23%³⁸，故呈現出循民事訴訟程序救濟途徑，漸成解決醫療糾紛的主要選項之一³⁹，而本文即是針對民事訴訟程序的醫療案件所進行的實證研究⁴⁰。

料，2009 年 12 月 26 日。而就醫療民事訴訟判決量觀察（以結案量計算），一審民事判決總量從 2000 年 25 件、2004 年 55 件、2007 年 128 件，參閱沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，【圖表四】。

³⁵ 參莊錦秀，〈台灣醫療民事實證分析〉，中國大陸北京中二級法院研討會報告書面資料 2008 年 9 月，此份資料統計數據來源：95 學年度第 1 學期台大法律學院陳忠五教授「醫療民事責任」專題，本人所帶領第二組課堂報告統計資料（報告時間 2006 年 11 月）。搜尋關鍵詞「損害賠償&醫療—交通事故」；期間：自司法院法學檢索資料庫各級法院建庫起至 2006 年 9 月 31 日止所公布民事裁判，篩檢出與醫療行為相關爭議的民事訴訟案件裁判數。

³⁶ 參台灣大學法律學院沈冠伶老師所主持國科會三年期研究計畫「醫療訟之證明法則與實務運作—以民事損害賠償事件為中心（計畫編號：96-2628-H-002-075-MY3「結案報告」）」，圖表三。

³⁷ 另國內針對台灣醫療糾紛狀況介紹，請自行參閱吳俊穎、賴蕙蕙、陳榮基，〈台灣的醫療糾紛狀況〉，台灣醫學 13 卷 1 期，頁 1-7，2009 年。

³⁸ Wu CY,Lai HJ,Chen RC:Medical malpractice experience of Taiwan:2005 vs. 1991,Inter Med J 2009;39:237-242.

³⁹ 吳俊穎、楊增暉、賴蕙蕙、陳榮基，〈醫療過失的民事舉證責任：法、中及台灣現況簡介〉，台灣醫學 14 卷 1 期，頁 72-80，2010。

⁴⁰ 國內目前尚無正式之官方統計資料，司法院所為之司法統計年報，就第一審訴訟事件，關於請求原因僅就「侵權行為」為統計，而無再進一步於侵權行為之發生原因，例如：醫療、交通事故等為分類統計。至於個人所為之研究有二：1. 吳俊穎，臺灣醫療糾紛之實證研究，該文內容涉及層面較廣，包括醫療糾紛案件、刑事訴訟案件及民事訴訟案件分析，惟就民事訴訟案件實證研究對象而言，「係從 2002 年-2007 年間地院結案案件為其研究基礎」、檢索日期及關鍵詞均與本文不盡相同，故實證分析結果與本文存有差異，乃研究目的、區間及性質設定不同所致；2. 劉邦揚、楊秀儀、黃心苑(2009)，〈我國地方法院刑事醫療糾紛判決之實證研究〉，該文係以醫療刑事判決為對象，與本文基於民事訴訟案件為研究對象，亦存有不同。以上資料參酌國立交通大學科技法律研究所主辦之「2009 年第四屆全國法學實證研究研討會」書面資料。

探討東方的日本⁴¹、台灣⁴²，醫療訴訟案件高成長重要因素包含醫學技術快速發展外，另外是傳統醫病關係改變，由父權主義轉為平等式醫病關係，其中最為明顯適例，即是病患自主決定權及告知說明義務概念，風起雲湧席捲東方國家，扮演著近十年來的東方國家醫療訴訟趨增的推手⁴³。中國大陸造法運動近十年來，對慣行於外國一些原則，如單就有關「Informed Consent」原則來觀察，是否能成為中國大陸學者實務通說，本文認為尚待時間觀察。但從三所北京市三級甲等醫院醫療臨床上的運作文書類⁴⁴及本文作者針對醫院訪談資料來看⁴⁵，「Informed Consent」原則在大陸醫療臨床是被認為常規性的普遍被運用，這點與日本及台灣

41 植木哲，前揭註 32，頁 8-9；加藤良夫，「実務医事法講義」，頁 7-8，民事法研究会，2005 年；浦川道太郎·金井康雄·安原幸彦·宮澤潤，「医療訴訟」，頁 4，民事法研究会，2010 年。

42 陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(下)——最高法院九〇年度臺上字第七〇九號(馬偕紀念醫院肩難產案)判決評釋〉，台灣本土法學雜誌第 37 期，頁 31-62，2002 年；楊秀儀，〈病人，家屬，社會：論基因年代病患自主權可能之發展〉，國立臺灣大學法學論叢 31 卷 5 期，頁 1-31，2002 年；陳聰富，〈告知後同意與醫師說明義務(下)〉，月旦法學教室第 82 期，頁 66-80，2009 年；陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上)，月旦法學雜誌第 178 期，頁 227-245，2010 年。

43 就日本醫療訴訟觀察，2004 年東京·大阪醫療訴訟研究會公布醫療訴訟案件 136 件中，涉及主張醫師說明義務違反即有 57 件，約佔 25%，參閱東京·大阪醫療訴訟研究会編著，「医療訴訟ケースファイル」，判例タイムズ社，2004 年。就台灣醫療訴訟中，當事人雙方爭點聚焦在「醫師說明義務有無履行」，從已結案統計資料觀察，在第一審判決中，有主張說明義務違反的判決數(共有 148 件)，占全部第一審判決(657 件)之 22.5%；在第二審判決中，有主張說明義務違反的判決數(共有 93 件)，占全部第二審判決(284 件)之 31.1%。本文進一步觀察，發現此類案件在 2000 年以後醫療訴訟中漸成風氣，至 2005 年則大量產生，參閱沈冠伶·莊錦秀，前揭註 11，【圖表二八】；進一步探討說明義務文獻，參閱吳志正，〈誰來說明？對誰說明？誰來同意？-兼評醫療相關法規〉，月旦法學雜誌第 162 期，頁 63-85，2008 年；陳聰富，前揭註 42；邱琦，〈醫師沒告訴我的話-論告知義務與不完全給付〉，月旦法學雜誌第 164 期，頁 37-50，2009 年；侯英洽，〈醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務〉，台灣本土法學雜誌第 107 期，頁 294-295，2008 年；吳俊穎·賴惠蕓·陳榮基，「法官，我說明夠了嗎？-醫師告知義務的法院判決評析」，頁 1-28，橘井文化，2010 年。

44 孫東東，前揭註 33。

45 本文作者於 2008/8/30~2008/10/29 赴大陸二個月短期研究，在大陸北京市所進行針對三等甲級醫院的醫務處主管及各該醫院心臟外科主任級醫師進行個別性訪談所得之結論，然因有礙於受訪單位及受訪者要求將來訪談內容之公佈須限於學術研究用及採匿名方式，故在此不予具體指出醫院名稱及受訪者姓名，此併予說明。

醫療臨床運作上，就形式上觀察是一致的，這可能是基於國際間「醫學具有共通性」、「病患權利意識抬頭」及「醫病關係緊張趨近最大張力」的趨勢相同所致⁴⁶，加上「中國大陸處於繼受法階段」歷史因素所呈現現象。然而，須進一步注意，2009年12月26日中國第十一屆全國人民代表大會常務委員會第十二次會議通過「中華人民共和國侵權責任法（共12章92條文）」，從2010年7月侵權行為法正式施行後，解釋上則將循該法內相關醫療侵權行為規範請求（該法第七章），即便如此，本部醫療侵權行為法適用於中國大陸社會裡，應然面與實然面是否能相應相生，仍有待日後觀察。

前述係基於國際間醫療民事訴訟事件緩增趨勢作依描述，本章後續各節將聚焦在台灣現行法醫療民事責任體系架構，所呈現出實證問題，並援引這些實證現象分析歸納出問題所在，具體言之，以下就民事責任成立要件及賠償範圍分析、訴訟程序面問題及其它問題，以描繪出在台灣現行民事法制運作（實體法與程序法等）下的醫療民事訴訟事件的實況如何，藉此，更深一層的表述現況及問題癥結所在，並企圖在後續各章節裡，耙梳協尋出民事實體法規範上合理調整空間，以因應台灣社會醫療民事事件類型的需求。

另就向來「重侵權、輕契約」的醫療民事實務慣習下，在沒有維護契約關係「特殊性」的必要前提下，在同一損害賠償權利人及義務人間，契約及侵權責任要件均具備時，承認「責任競合」發生，我國學說有關契約責任與侵權責任競合時，應如何適用法律的相關研究文獻很多⁴⁷，而實務實踐上更是常見，當二個責

46 依據大陸中華醫學會統計資料，全國每年醫療糾紛案件數量很多，每年以11%的速度成長，在這些案件中，真正構成醫療事故僅佔案件量的30%，而其中主張醫師說明義務違反，侵犯病患知情同意權的案件超過60%，參閱孫東東，前揭註33。本文認為在現今醫療環境常態採團隊醫療的現況及醫療機構採企業管理經營模式下，醫師說明義務是否還是均須由主治醫師親為？或甚至允許其它醫療人員為之？遇有說明義務爭議時，是否均由醫師負最後責任？本文是採保留態度，甚至本文認為在團隊醫療環境下，醫療機構應是最後要負責的人，此是屬於企業者責任問題，蓋醫療契約存在醫療機構與患者間。進一步言，在前述前提下，會隨著醫療行為劃定廣狹範圍不同，說明義務履行人會有所不同，詳細論述，參本文第四章論述。

47 參前揭註25。

任競合時，是契約責任當然排斥侵權責任適用？還是容許請求權人任意選擇其一適用？容有互見⁴⁸。基此，向有「法條競合說」⁴⁹、「請求權自由競合說」⁵⁰、「請求權相互影響說」⁵¹、「請求權規範競合說」⁵²，通說實務趨近「請求權競合說」⁵³，至於是採自由競合或相互影響並未有定論⁵⁴。本文認為應視「具體個案的醫療契約關係之特殊性有無必要被維護」而適用不同學說，具體言之，即在當事人間所締約目的，是基於一定結果的完成的特殊目的時，其歸責事由嚴格化程度高時，此時「具體個案的醫療契約關係之特殊性目的即有必要被維護」，則須讓當事人間契約法律關係優先適用，才足以捍衛當事人間契約意思原則；如此主張尤其在傳統通說對侵權責任保護客體限縮在權利，而契約責任保護客體則是權利與利益的觀點上更具實益。否則如向來實務學說通說採「請求權自由競合說」，所呈現在實務分析資料，傾向以「侵權」責任處理醫療民事事件，如此一來，不免出現了「請求權自由競合說」缺點，即是「契約責任被侵權責任規範架空」的結局。面對如此結局，本文不免產生疑慮，難道契約當事人間締結契約關係「特殊」目的必要性不值得被保護？就此，另在本文第三章「契約責任 vs 侵權責任」再深入分析，此處不另深論。

另衡諸「憲法上平等權保障之要求」下，導出了民事訴訟程序法理，必須保

⁴⁸ **判例部分**：最高法院 22 年上字第 1311 號、43 年台上字第 639 號、43 年台上字第 752 號、52 年台上字第 188 號；**判決部分**：最高法院 61 年台上第 200 號、63 年台上字第 1988 號、69 年台上字第 1402 號、71 年台上字第 2412 號、73 年台上字第 209 號、77 年台上字第 1876 號、78 年台上字第 2478 號、80 年台上字第 2379 號；**民事庭會議決議**：最高法院 77 年第 19 次民事庭會議決議（二）。

⁴⁹法條競合說：此說係基於契約責任與侵權責任「一元論」基礎上，認為侵權責任為一般規定，而契約責任為特別規定，為維護契約的特殊性，契約責任優先適用。進一步相關文獻，請參前前註。

⁵⁰請求權自由競合說：此說係基於契約責任與侵權責任「二元論」基礎上，放寬被害人救濟的管道，不會造成差別待遇，但契約責任會被侵權責任架空。進一步參考文獻，請參前揭註 25。

⁵¹請求權相互影響說：此說乃是基於「契約責任與侵權責任的修正二元論」觀點，在平衡兼顧「維護契約的特別性」、「充分保護被害人」及「避免不合理的差別待遇」。進一步參考文獻，請參前揭註 25。

⁵²請求權規範競合說：此說乃基於「契約責任與侵權責任修正一元論」觀點，係為配合訴訟法上「新訴訟標的理論」所生理論，與「請求權相互影響說」一樣，在平衡兼顧「維護契約的特別性」、「充分保護被害人」及「避免不合理的差別待遇」。進一步參考文獻，請參，請參前揭註 25

⁵³孫森焱，前揭註 25，頁 596。

⁵⁴孫森焱，前揭註 25，頁 598-600。

障兩造享有地位平等、機會平等、以及風險平等，這些內涵即稱為「武器平等原則」⁵⁵。為落實憲法平等權保障基本原則下，於 2000 年修正之新民事訴訟法在證據法部分新增諸多規定。就醫療民事訴訟而言，訴訟法規範及操作往往與勝敗結果憂戚相關，醫療損害之發生經過原告須主張及舉證，對原告是沉重負擔；而對被告而言，有時亦無法對治療失敗的原因完全明瞭清楚交代，如何在原被告間作證據法則抉擇及分配，方能衡平二者之實體利益與程序利益，在我國民事法學上已多有所討論⁵⁶。尤其，新修正民事訴訟法第 277 條但書內容，針對向來舉證分配原則提供修正可能性，適用在醫療民事訴訟實務中，攸關「侵權」及「契約」責任請求權體系相當重要的舉證責任分配運作，這裡不論是「醫、患、審、辯、鑑定機關」五方人馬，原應盡全力激烈攻防領域，然而，從下列實證分析結果觀察，不免令人有些唏噓失落。某程度而言，我們期待 2000 年民事訴訟修法後，能帶來醫患間舉證失衡現況緩解效果這點，至少，從以下實證結果是看不太出來顯著效果的。

以下，各節就醫療民事實證觀察分析，所引用統計數據來源，原則上取自台灣大學法律學院沈冠伶老師所主持國科會三年期研究計畫「醫療訴訟之證明法則與實務運作－以民事損害賠償事件為中心」（計畫編號：

⁵⁵基於醫療訴訟特殊性，有依武器平等原則調整證明法則之必要，參沈冠伶，〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，「民事證據法與武器平等原則」，頁 91-125，元照，2007 年。

⁵⁶縱使，舉證責任對契約責任請求權下的被告需負不可歸責負舉證，然而，在實務運作上似乎也不若通說所言，主張契約責任原告因而較有利，進一步深入討論，請參沈冠伶，〈證明妨礙法理在醫療民事任訴之適用〉，國立臺灣大學法學論叢 38 卷 1 期，頁 163-216；張麗卿，〈醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死為例〉，月旦法學雜誌第 157 期，頁 71-101，2008 年；沈冠伶，前揭註 55；黃國昌，〈階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範〉，東海大學法學研究第 22 期，頁 217-306，2005 年；姜世明，〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，月旦民商法雜誌第 6 期，頁 5-29，2004 年。從民事實體法角度談舉證責任學者有陳聰富，〈醫療訴訟之舉證責任—98 年度台上字第 276 號民事判決評釋〉，法令月刊 61 卷 4 期，頁 28-55，2010 年；朱柏松，前揭註 9；詹森林，前揭註 6；陳聰富，〈美國醫療過失舉證責任之研究〉，朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富合著，「醫療過失舉證責任之比較」，頁 161-199，元照，2008 年。

96-2628-H-002-075-MY3「結案報告」)」統計數據及裁判檢索系統資料庫公開資料⁵⁷。另視必要時，再自行從司法院法學資料庫作篩檢⁵⁸。



⁵⁷ 藉本文一隅，謝謝沈冠伶教授同意本文引藉其研究計畫（國科會研究計畫編號：96-2628-H-002-075-MY3「結案報告」統計數據及裁判檢索系統資料庫），並感謝在 2007 年 9 月至 2010 年 7 月間本人擔任該計畫博士生助理期間的照顧之情。另就該研究計畫所採實證研究基礎背景作說明：1,本計畫篩檢自司法院法學資料庫各級法院建庫以來，截至 2010 年 2 月 28 日止所公佈的民事裁判；2,檢索關鍵詞：「民事損害賠償+醫療-交通事故」；最後檢索日期 2010 年 3 月 15-18 日；3,篩檢標準：與醫療行為攸關的民事裁判；4,醫療民事裁判實證統計筆數：1065 筆（第三審 109 筆、第二審 299 筆、第一審 657 筆）。

⁵⁸ 為讓本章有關台灣醫療民事實證分析資料基礎背景統一，以呈現比較基礎歸於一致性，本文另行檢索統計部分，依循前註實證方法為之。

第二節 醫療行為定性及特性

第一項 醫療行為定性

雖然，醫療臨床活動隨著醫療新興科技研發蓬勃而日趨多元，目前尚無法律對「醫療行為」作定義性立法規範，我國衛生署主管機關基於醫務行政角度對醫療行為認定，依衛署醫字第 10788 號函示（65 年 4 月 6 日）：「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健目的，所為之診察及治療，或基於診療、診斷結果而以治療為目的所為之處分，或用藥等行為或一部之總稱，謂為醫療行為」⁵⁹。另衛署醫字第 82075656 號函（82 年 11 月 19 日）：認為不屬於醫療行為之範疇者，包括：1、未涉及接骨或交付內服藥品，而以傳統推拿手法或使用民間之外敷膏藥、外敷生草藥與藥洗，對運動跌損傷所為之處置行為；2、未使用儀器，未交付或使用藥品，或未有侵入性，而以傳統習用方式，對人體疾病所為之處置行為，如藉按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功等方式，對人體疾病所為之處置行為。從而，衛生主管機關基本上係採廣泛承認醫療行為態樣，但基於醫政管理政策考量，排除屬於傳統民俗療法。

學者間對醫療行為定性容有差異性，有採「包括疾病、傷害之診斷、治療，治後情況之判定，以及療養指導等具有綜合性的行為內涵之法律事實」⁶⁰。有採「有關疾病之診斷治療、預防、畸型之矯正、助產、墮胎及各種基於治療目的及增進醫學技術之實驗行為。」⁶¹。從而，學者對醫療行為定性係採廣義，然而，面對醫療行為是否應有消費者保護法服務責任適用或醫療法第 82 條第 2 項適用的醫療行為態樣時⁶²，則傾向以限縮於「以治療為目的的醫療行為」態度⁶³，卻未

⁵⁹ 黃丁全，「醫事法」，頁 119，元照，2007 年。

⁶⁰ 朱柏松，「消費者保護法論」，頁 242，翰蘆，1998 年。

⁶¹ 黃丁全，前揭註 59。

⁶² 有關醫療行為是否適用消保法的探討文章很多，林誠二，〈醫療行為與消保法之適用〉，台灣法學雜

有文獻對如何清楚區分廣狹醫療行為及區分正當化基礎做進一步交代；然而，如此學者主張實務上似乎並未意識到，此參臺北地方法院民事判決 96 年度醫字第 12 號，本案法院認定系爭契約關係是整形美容醫療契約，卻排除原告消保法主張適用。

本文認為何謂「治療為目的」定義，恐怕是很難做一清楚界定，例如，基於治療患者因其外貌不佳所導致自卑所進而從事的美容醫療，是治療目的？還是非治療目的？又舉一例，健康檢查，是治療目的或非治療目的？恐怕會解釋上是容有爭議空間。既然解釋上不明確，學者主張用此標準作為系爭醫療服務行為是否適用消保法服務責任衡量標準，恐助益不大。另從臨床醫療提供服務態樣觀察，類似像旋轉壽司吧的運輸帶，患者一有主訴或徵兆，醫療團隊即對應提供相關醫療行為，患者之後的反應，醫療人員再作為相應處理，其實絕大多數情形均能為「廣義的治療目的」所包含，從而，以此標準作限縮解釋處理方式，本文是採保留看法。

本文鑑於醫療行為具多元特質，所引發醫療糾紛形態亦各式各樣。然而，所謂「醫療糾紛」，則依醫療糾紛處理法草案第 2 條規定係指「在醫療過程中，病

誌第 140 期，頁 81-88，2009 年；吳俊穎，〈醫師告知義務急速擴張的時代—法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝〉，法學新論第 14 期，頁 87-111，2009 年；簡資修，〈醫師的賠償責任與說明義

務—經濟分析與其法院實踐〉，月旦民商法雜誌第 22 期，頁 38-52，2008 年；月旦法學教室編輯部，〈醫療行為是否有消費者保護法之適用〉，月旦法學教室第 64 期，頁 102-106 頁；陳聰富，「侵權歸責原則與損害賠償」，頁 205-253，元照，2008 年；詹森林，〈公立醫院之醫療行為與消保法之服務無過失責任——公、私立醫院之差別待遇？——最高法院九三年台上字第一四八六號判決之商榷〉，台灣本土法學雜誌第 70 期，頁 223-226，2005 年；陳忠五，〈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〉，國立臺灣大學法學論叢 34 卷 6 期，頁 107-260，2005 年；林欣柔、楊秀儀(2004)，〈告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八十二條第二項評析〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 24-34；黃立，〈我國消費者保護法的商品與服務責任（二）〉，月旦法學教室第 10 期，頁 75-88，2003 年；侯英冷，〈論消保法上醫師之安全說明義務—臺灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，台灣本土法學雜誌第 37 期，頁 63-77，2002 年；陳忠五，〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋〉，台灣本土法學雜誌第 7 期，頁 36-61，2000 年。

⁶³ 陳聰富，〈醫療行為與犯罪行為（上）—告知後同意的刑法上效果〉，月旦法學教室第 69 期，頁 61-74，2008 年；吳志正，「解讀醫病關係 I」，頁 60，元照，2006 年。

人與醫事人員或醫療機構間，因傷害、殘廢或死亡之醫療事故所生之糾紛。」。在醫療過程中之醫療行為，又可分為廣義醫療行為及狹義的醫療行為，廣義醫療行為係與醫學知識和技能有關，會產生衛生上危害的行為；狹義的醫療行為，則是指與醫生執行醫療業務有關之行為⁶⁴。從而，本文基於保障患者權益考量，使有損害時盡可能提供其救濟可能，採廣義醫療行為。就目前醫療民事實務案件觀察，也是採廣義醫療行為⁶⁵。

若從比較法觀點，英德國對「治療」認定上包括診斷的過程的較寬認定，也包括手術後一般醫學和護理照護。因此，不僅是侵入性，也包括非侵入性的方面，像醫師製作病歷並且提供治療的建議，例如治療計畫、對患者建議轉診其它專家的建議意見等⁶⁶。日本部分，亦是採廣義醫療行為，包括了疾病、傷害的診斷、治療及癒後判定、療養指導、實驗行為、矯治、預防、墮胎、美容等⁶⁷。

至於涉訟醫療行為所歸屬醫療科別案件量觀察，台灣實證資料呈現內科、外科及婦產科分別高居前三位⁶⁸；相較日本情形，依據日本最高裁判所公布資料，涉訟醫療科別列居前三位與台灣相同，依序分別亦是內科、外科及婦產科⁶⁹。

第二項醫療行為特性

醫療行為之特性可略歸類分為八⁷⁰，一、多樣性：其行為類型、範圍及內容多樣性；二、侵權性：可分為醫療行為內含侵襲性危險性本質、醫療侵權行為、醫療加害給付的侵權損害、醫療完全給付的侵權損害；三、協力性：行為上及體

⁶⁴ 菅野耕毅，「医事法学概論」，頁 125，医歯薬出版株式会社，2004 年。

⁶⁵ 沈冠伶，前揭註 36。

⁶⁶ M Jones, *Medical Negligence*, 3rd ed, London, paras 4-003 ff, Sweet & Maxwell, (2003) .;

D Giesen, *Arzthaftung*, 4Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, Rn. 110.。

⁶⁷ 菅野耕毅，「医療過誤責任の理論」，頁 103，信山社，2001 年。

⁶⁸ 沈冠伶，前揭註 36，圖表十一。

⁶⁹ 日本最高裁判所 2007 年公布「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書」，第一審における専門訴訟事件の統計について，49 頁。

⁷⁰ 詳細論述請參吳志正，「醫療契約論」，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，頁 8-98，2006 年；黃丁全，前揭註 59，頁 136 以下；劉文瑤，「醫事法要義」，頁 179，合記，1999 年。

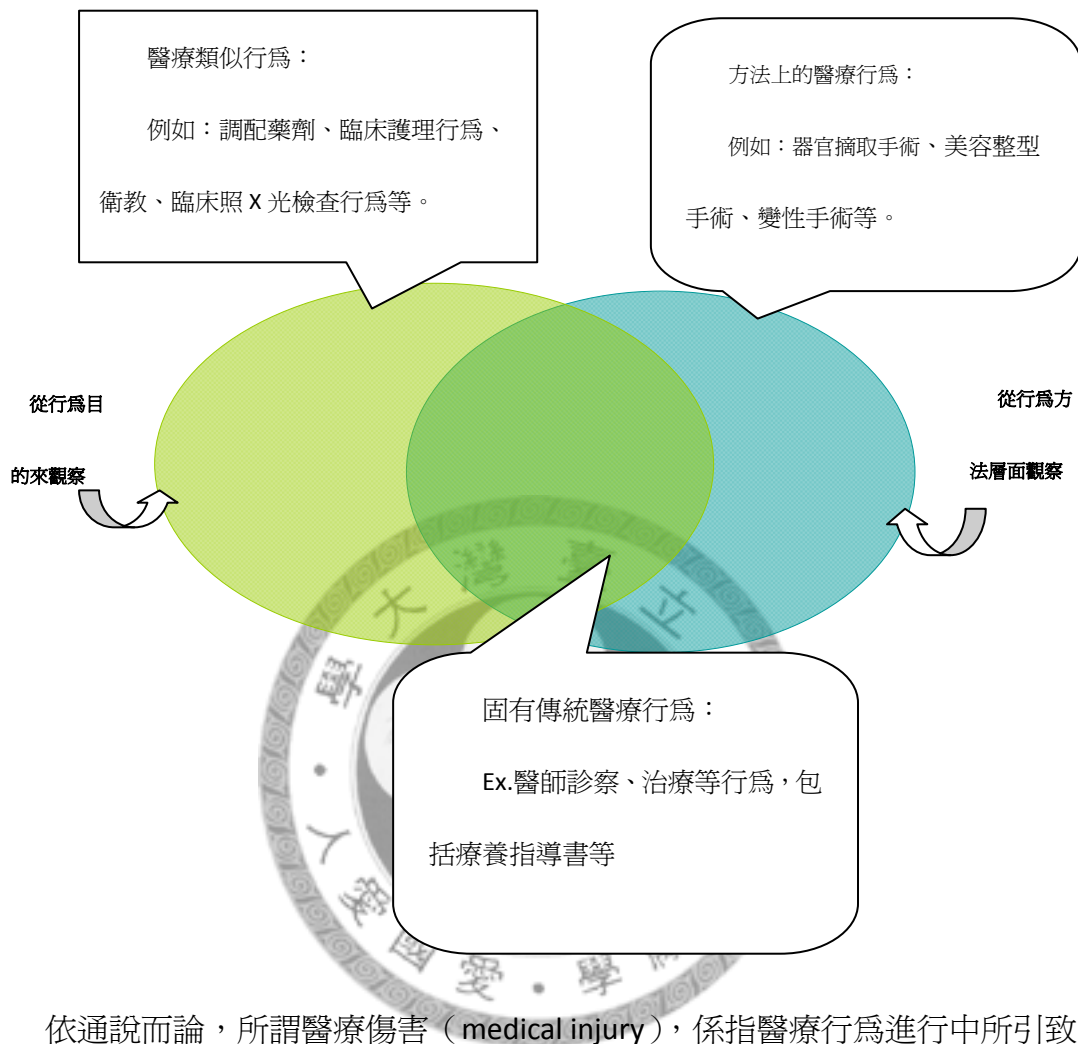
質上協力性；四、專屬、從屬性；五、裁量性；六、專業性；七、有限性；八、不確定性：給付內容及結果不確定性。

基於上述醫療行為特性考量，在法律層次上及實證醫學上因果關係制度的「特定」功能會被削弱及空轉。具體言之，法律層次上因果關係，在建置二個具有必要條件關係下，依「一般社會通念」，有前事實出現時，即有後事實出現，二者具有相當性。在醫療事件所涉及專業性，是沒有辦法依「一般社會通念」來進行判定，將須倚賴「實證醫學」。而實證醫學資料，僅對特定疾病或用藥等分析統計，故實證醫學是邏輯與方法學，從醫學研究文獻審查、透過機率概念所衍生出的統計數據判讀等，本身即具有侷限性，僅能解決的是特定臨床問題（透過系統回顧、隨機對照臨床試驗、世代研究、或其他研究方法等，耗時耗費須有大量資金挹入）、新興或罕見疾病欠缺實證、意涵有推論命題風險、統計錯誤的機率、與經驗主義本質相同。故而，本文認為期待用實證醫學去檢視醫療的「注意義務」與「因果關係」要件存否，其實是用一個「不確定性的工具」去特定「待確定的法律事實」，這裡將會存有高度或然率失準問題，這也是本文認為在醫療契約法律關係中，「因果關係」要件認定上具有高度不確定主因之一。從而，對在醫療民事契約責任要件有關因果關係要件是否存在有些質疑，甚至認為似乎在醫療民事契約責任要件上宜移除本項要件，因礙於若要詳細論證「因果關係去要件化」，須分從「哲學」、「醫學」、「民事實定法規範立法論評析」及「實證資料分析」四個面向深入探討，將會擴大篇幅很多並且使本論文失焦，故而，本文雖認為在醫療契約責任領域內，因果關係要件存否必要性高度質疑，但在本論文仍先依通說保留因果關係要件，留待日後有機會再作進一步做深入探討研究及發表。

第三節 醫療行為類型化概念

本文認為從臨床多元醫療行為態樣，須作進一步類型化的實益，應是在是否

能藉由此類型化作明確判別有無「義務群違反問題」，醫療行為類型的多元，以圖示（圖表一）呈現如下⁷¹：



依通說而論，所謂醫療傷害（*medical injury*），係指醫療行為進行中所引致損害結果發生，不包括疾病病程自然演進不利結果⁷²；亦可稱為不良醫療結果（*adverse medical outcome*）⁷³，而醫療傷害又細分為可避免（如醫療機構或人員如謹慎為之，損害結果即可避免）及不可避免（非因醫療人員錯誤所引起，本質上屬於醫療行為所伴隨的風險，透過告知後同意法則，即風險轉由患者負擔⁷⁴）。

⁷¹ 菅野耕毅，前揭註 64，125 頁。本文作局部調整修正。此圖本文作者曾於 2008 年國際醫事法學研討會(北京舉辦)提出報告過。

⁷² Brennan, Troyen A. & Leape, Lucia L. et al., Incident of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients, 324 New Eng. J.Med. at 370(1991).

⁷³ 盧瑞芬、謝啓瑞，「醫療經濟學」，頁 211，學富文化，2000 年。

⁷⁴ 楊秀儀，〈論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則〉，台灣本土法學雜誌第 39 期，頁 123，2002 年；陳聰富，〈告知後同意與醫師說明義務（中）〉，月旦法學教室第 81 期，頁 77-87，2009 年。

而所謂的醫療錯誤（(medical error)，係指醫療機構或人員有所疏失的情形，若未防患則將會發生本可避免的醫療傷害。醫療過失（Medical malpractice; Medical negligence）⁷⁵，係謂因可歸責於醫療機構或人員所生醫療傷害。本文認為，醫療傷害是最大範圍的概念，泛指一個因醫療行為所引起的損害狀態，行為人要否為此負契約責任損害賠償，則須進一步看該行為人有無可歸責性，而此可歸責性判斷內涵為二，一是有無契約義務違反，一是對損害發生能否預見。

然而，衡諸前述圖表一的醫療行為類型化，舉一例來說，變性手術屬於「非治療必要性目的」後現代化醫療行為態樣，亦歸納入上述圖表一所示「方法上的醫療行為類型」，如果將「結果債務類型」解為「一定行為完成」，或許「變性手術行為」可直接解為「結果債務類型」。惟依本文見解「結果債務類型」係基於契約當事人間「契約意思是對治療一定結果實現的承諾」而論，與是否是屬「非治療必要性」並無直接必然關係⁷⁶。相關深入論證及分析，後續第四、五章再論及。

第四節 民事責任法實證分析⁷⁷

第一項高敗訴率低賠償額

從實證資料顯示，台灣第一審醫療民事判決勝訴率（至 2010 年 2 月，含一部勝訴）為 20.6%，第二審勝訴率（至 2010 年 2 月，含一部勝訴）為 27.1.9%⁷⁸。相較於日本而言（第一審判決），昭和 45-50 年（1970-1975 年）為 39.3%，平成 20 年（2008 年）則為 26.7%⁷⁹。

⁷⁵ 本文此處醫療過失並非僅指主觀歸責要件狹義「過失」概念，而是包括傳統民事責任成立要件過失、注意義務為反、因果關係要件具備的廣義過失概念。

⁷⁶ 此亦為本論文口試版未以「傳統醫療」與「後現代化醫療」作為「手段債務與結果債務理論」適用上的區分標準的理由。感謝口試委員楊秀儀教授提出質疑，本文爰為補充釋明未為此分類標準的理由。

⁷⁷ 此實證統計資料基礎及篩選標準，詳參前揭註 58。

⁷⁸ 沈冠伶，前揭註 36，圖表十六、十七。

⁷⁹ 浦川道太郎·金井康雄·安原幸彥·宮澤潤，前揭註 41，頁 7。

就賠償數額問題，台灣第一審獲判金額多集中在 200 萬以下，第二審則多集中在 300 萬以下；就歷經三審程序患者確定獲賠案件（截至 2010 年 2 月 28 日）共十七件⁸⁰，獲賠數額最高為婦幼醫院摘除子宮麻醉失當致生植物人案為 2300 萬（附件三：Case.O & G5），而獲賠最低為吳婦產科診所雙胞胎誤診死胎施作人工流產致生子宮角破損切除案只有 56 萬（附件三 Case.O & G11）。

十七件醫療民事確定案件中，就慰撫金部分（被害人本人），最高則為 400 萬（附件三：Case.O & G5），在死亡案例，對其父母配偶子女所酌定為 20-100 萬元不等⁸¹。相較日本而言，日本醫療事故慰撫金，如被害人為一家支柱經濟來源時，計算方法為 2800 萬日幣，如父母配偶則為 2400 萬日幣，其他情形則為 2000-2200 萬日幣⁸²。從而，無論台灣或日本醫療訴訟均是高敗訴率低賠償額，但若台日相較之下，台灣患者似乎較日本患者權益保護上處於較劣位；另就慰撫金核算標準，日本較台灣有一標準，較能使人有預期數額可能性。

第二項請求權基礎從傳統倚賴侵權主張漸向契約與侵權併予請求挪移

從實證資料顯示⁸³，曾歷經第三審的 92 件醫療民事案件中，僅單純主張契約請求權者：Case.IM4（損害發生時點 88 年 11 月，起訴時點在 90 年）、Case.IM5（損害發生時點 89 年 10 月，起訴時點在 91 年），共二件，均為原告敗訴確定。有四五件是同時主張契約及侵權責任請求，而這些案件全數均在 88 年以後起訴案件。另從實證統計資料觀察⁸⁴，同時主張契約責任與侵權責任判決，起訴時點逾九成是在 2000 年 5 月以後；另從垂直式觀察，同時主張侵權責任及契約責任，在第二審較第一審高出 12.2%。從而，本文基於前述實證資料，認為實證現象可

⁸⁰ 十七件案件本文自行整理為附件二。

⁸¹ 附件二案件中，Case.CM1：台灣高等法院 90 年度上字第 491 號判決內容，死亡者為父親，子女 20 萬元慰撫金；Case.SU8：台灣高等法院 97 年度醫上更（三）字第 3 號判決內容，子女 100 萬元，父母配偶則 60 萬慰撫金。

⁸² 古川俊治，前揭註 32，頁 21。

⁸³ 沈冠伶，前揭註 36。

⁸⁴ 沈冠伶，前揭註 36 及該文圖表二十、二一。

能與我國民法第 227 之 1 增訂施行有關。

學者陳聰富認為我國關於醫療事故之處理，原告通常是主張侵權行為損害賠償請求權，以獲得財產上與非財產上之損害賠償。但因我國法就債務不履行侵害人格權時，亦得準用侵權行為法之規定，請求慰撫金損害賠償（民法第 227 條之 1），因而就賠償範圍而言，在醫療事故中主張契約責任或侵權責任，並無重大差異。其主張契約責任時，依據一般舉證責任原則，病人對於醫院或醫師的過失，無庸負舉證責任，對於病患具有重大實益。因而，目前在訴訟實務上，愈來愈多原告於要求侵權行為損害賠償時，亦同時主張醫院或醫師的契約責任，以免除自己的舉證責任⁸⁵。

若從最高法院涉及醫療契約責任爭議案件判決觀察，最高法院對於醫療契約關係存在下，主張契約責任的原告是否僅是證明債之關係及損害存在即可，則由被告就不可歸責負舉證？恐怕是肯否互見，例如，最高法院 97 年度台上字第 1000 號判決認為債權人只要證明債之關係及損害存在為已足，債務人須就不可歸責事由負舉證方能免責。果此，那麼醫療民事案件主張契約責任似乎較利於患者⁸⁶，進而，似乎能將無法證明風險轉由被告承擔，從而，將對傳統無法證明風險向由患者挪移到醫療提供者一方承擔，或對提高患者勝訴率有幫助，另一方面對專業能力不對等的兩造當事人亦能達到調整功效。此案件是為左手舊傷引起肌肉受傷進行復健過程中發生骨折的系爭案例⁸⁷，本文認為為給付醫療行為債務類型，義務違反的舉證責任，在目前傳統醫療民事訴訟上是由原告負擔，無論主張侵權或契約責任似無不同。

從司法院法學資料庫建庫起至 2011 年 3 月 31 日止，最高法院醫療民事裁判

⁸⁵ 陳聰富，〈醫療契約之法律關係(上)〉，月旦法學教室第 72 期，頁 87-98，2008 年。

⁸⁶ 其實，即便是由債務人負不可歸責舉證責任，而債權人僅需證明提出債之關係及損害二者存在，判決結果並部當然對患者就有利，此參附件三：Case.IM5：台中高分院 94 年醫上更(一)第 1 號判決內容自明。

⁸⁷ 長庚醫院上下肢重整案。

中，最高法院廢棄發回裁判數 51 則⁸⁸，像最高法院 97 年度台上字第 1000 號判決有關債權人僅就醫療契約債之關係存在及損害發生負舉證（這裡未提及契約義務違反是由患者證明）的見解似乎未復見。另就併予主張數項請求權基礎時，第一二審法院態度傾向於消極處理，只要尋求一個請求權基礎有理由後，對其他請求權主張則大略以其他主張與判決結果無影響而未進而為審酌。從最高法院 **95 年台上字第 1226 號民事判決**略謂：「查乙○○等四人係依侵權行為及債務不履行之法律關係為本件之請求，原審既認甲○○及其他醫護人員延誤急救時間致李旻馥不治死亡，則乙○○等四人是否不得依侵權行為之法律關係請求甲○○及台安醫院負連帶賠償損害之責任，即不無研求之餘地。原審僅謂乙○○等四人得依債務不履行之法律關係請求台安醫院賠償扶養費及殯葬費之損害，而就渠等四人得

⁸⁸ 最高法院民事判決 99 年台上字第 247 號、最高法院民事裁定 98 年台上字第 1968 號、最高法院民事判決 98 年台上字第 1835 號、最高法院民事判決 98 年台上字第 1620 號、最高法院民事判決 98 年台上字第 472 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 2428 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 2260 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 2102 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 1356 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 1355 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 1289 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 1055 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 1044 號、最高法院民事判決 99 年台上字第 575 號、最高法院民事判決 98 年台上字第 276 號、最高法院民事判決 97 年台上字第 280 號、最高法院民事判決 97 年台上字第 612 號、最高法院民事判決 97 年台上字第 1000 號、最高法院民事判決 97 年台上字第 1368 號、最高法院民事判決 97 年台上字第 1391 號、最高法院民事判決 97 年台上字第 2735 號、最高法院民事判決 96 年台上字第 258 號、最高法院民事判決 96 年台上字第 1627 號、最高法院民事判決 96 年台上字第 2032 號、最高法院民事判決 96 年台上字第 2476 號、最高法院民事判決 96 年台上字第 2885 號、最高法院民事判決 95 年台上字第 1226 號、最高法院民事判決 95 年台上字第 2950 號、最高法院民事判決 94 年台上字第 146 號、最高法院民事判決 94 年台上字第 936 號、最高法院民事判決 94 年台上字第 1499 號、最高法院民事判決 94 年台上字第 1605 號、最高法院民事判決 94 年台上字第 1859 號、最高法院民事判決 94 年台上字第 2128 號、最高法院民事判決 93 年台上字第 69 號、最高法院民事判決 93 年台上字第 852 號、最高法院民事判決 92 年台上字第 1453 號、最高法院民事判決 91 年台上字第 222 號、最高法院民事判決 91 年台上字第 1941 號、最高法院民事判決 90 年台上字第 14 號、最高法院民事判決 90 年台上字第 468 號、最高法院民事判決 90 年台上字第 709 號、最高法院民事判決 89 年台上字第 276 號、最高法院民事判決 89 年台上字第 722 號、最高法院民事判決 88 年台上字第 131 號、最高法院民事判決 87 年台上字第 154 號、最高法院民事判決 87 年台上字第 936 號、最高法院民事判決 86 年台上字第 1731 號、最高法院民事判決 85 年台上字第 1131 號、最高法院民事判決 85 年台上字第 2845 號。

否依侵權行為之法律關係為請求部分，則未予論斷，已有判決不備理由之違法」，得窺知一二⁸⁹。

第三項爭點整理制度未善盡，不利責任成立要件及因果關係判斷

為促進訴訟考量，爭點整理及集中審理為新民事訴訟法修正之一大重點，在醫療訴訟雖較無複雜之法律關係，但事實上及證據上爭點通常亦繁多，尤其涉及專業上事實之爭點，如能早期予以掌握，亦能有助於訴訟之進行。⁹⁰具體言之，醫療訴訟爭點整理意義會呈現在二方面，一是，進行集中調查證據，另一，則是促進訴訟上和解。如在訴訟前階段能善用爭點整理程序，從兩造所提出證據，對比當事人主張，細繹處理訴訟後階段爭點攻防，不但能促進醫療訴訟和解進而減緩訟爭，進而緩和醫患對立，減縮訴訟所耗程序時間。例如，在新光醫院唐氏症兒案，如果依當事人爭訟點集中在契約責任時，其實法院及系爭當事人並不需要用過多攻防程序，一直在尋覓行為人是誰的問題上⁹¹。

從比較法觀點，日本東京地院 2003 年醫療專業法庭⁹²，進行集中證據及證人詢問事項等爭點整理程序⁹³。日本在 2004 年 4 月 1 日至同年 12 月 31 日止之實證調查顯示，醫療損害賠償事件之爭點整理實施率達 80% 以上，相較於台灣醫療民事訴訟案件，第一審有進行爭點整理者（有 388 件），占全部第一審判決（657

⁸⁹ 相類似見解 **最高法院民事判決 92 年台上字第 1453 號**：「成人每日維他命 B 1 之需要量為 3 mg，但五西西多力維他中含維他命 B 1 五 0 mg，明顯係使用過高劑量導致李旻群發生過敏反應，被上訴人自應負連帶賠償責任云云，核與被上訴人使用多力維他是否得當，應否負過失責任攸關，為重要之攻擊方法，原審未於判決理由項下說明其取捨意見，即為不利於上訴人之認定，不免速斷。次查原審認定戊○○基於醫師之專業以詢問過敏病史之方式作為篩檢病患過敏問題，並無用藥過失情形。惟未說明其所憑以認定曾實施上開篩檢方式之證據何在，亦有疏略。未查上訴人除主張依侵權行為及債務不履行之法律關係為請求外，併主張被上訴人應依消費者保護法第七條規定負賠償責任。原審對於後者漏未審認，即為上訴人敗訴之判決，尤屬可議。」

⁹⁰ 樊家妍，「醫療過失爭訟事件爭點整理之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 17 以下，2005 年。

⁹¹ 此案件詳細論證，參後續第六章案件討論。

⁹² 東京地方裁判所医療訴訟対策委員会，〈東京地裁医療集中部における医療訴訟の審理の実情について〉，判夕 1105 号，頁 41，2003 年。

⁹³ 桑原博道，〈第 3 章 2 争点整理の実情と課題〉，小山稔＝西口元編集代表/塩谷國昭＝鈴木利廣＝山下洋一郎編，「專門訴訟大系(1)医療訴訟」，頁 134，青林書院，2007 年。

件)之 59.1%⁹⁴。日本統計數字呈現醫療民事訴訟案件平均爭點整理期日達 6.6 次，爭點整理所需期間平均為 22.1 個月，均是所有事件類型中最高者。⁹⁵相較日本 2000 年及 2004 年之實證資料，平均爭點整理期間從 25.1 個月降低為 22.6 個月；平均爭點整理期日間隔從 3.2 個月縮短為 2.7 個月；平均人證調查期間則從 16.5 個月大幅縮短為 6.2 個月；所需期日亦從 4.6 次縮短為 2.3 次；平均審理期間則從 35.6 個月縮短為 27.3，顯見有效率之爭點整理將對於訴訟之促進具有正面之影響，或日本經驗有值得我們借鏡之處。

在台灣醫療民事訴訟如何進行爭點整理，本文受限於訴訟卷宗資料之取得困難，僅以「有無進行爭點整理」之判斷標準，僅能以判決書上明白列出『當事人爭點整理如下』，或『當事人有爭執事項』之文字為判斷。因此，與實際實施之狀況，仍恐有落差。即便如此從前述數字，判決書中亦可發現，在事實審進行爭點整理之狀況並不理想。**若將一二審作比較，則不難發現第二審進行爭點整理較低於第一審⁹⁶。**

如從下列二則最高法院判決內容觀察，不難呈現出當事人爭點整理是相當重要，而這也是一二審實務運作上最容易輕忽，因而，造成責任成立要件、因果關係判斷上倍加困難。從而，最高法院發回判決理由常常也是對此作三令五申的說明，不過，是否能因而匡正法官審判習慣，恐怕是見仁見智。

最高法院民事判決 99 年台上字第 2428 號略謂：「按對人體施行手術所為侵入性之醫療行為，本具一定程度之危險性，修正前醫療法第四十六條（現行法為第六十三條）第一項前段並規定：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。尋繹上揭有關「告知後同意法則」之規範，旨在經由危

⁹⁴ 沈冠伶，前揭註 36，「結案報告」及圖表二四。

⁹⁵ 日本最高裁判所，前揭註 69，頁 28—29。

⁹⁶ 沈冠伶，前揭註 94。第二審有進行爭點整理的判決數（共有 136 件），占全部第二審判決（299 件）之 45.5%，較第一審為低。

險之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並展現病人身體及健康之自主權。是以醫院由其使用人即醫師對病人之說明告知，乃醫院依醫療契約提供醫療服務，為準備、確定、支持及完全履行醫院本身之主給付義務，而對病人所負之「從給付義務」（又稱獨立之附隨義務，或提昇為給付義務之一種）。於此情形，該病人可獨立訴請醫院履行，以完全滿足給付之利益，倘醫院對病人未盡其告知說明義務，病人固得依民法第二百二十七條不完全給付之規定，請求醫院賠償其損害。惟受訴法院於審理是類事件時，為充實言詞辯論內容，保障當事人程序權，盡其踐行注意令當事人就訴訟關係之事實及法律得為適當完全辯論義務，防止發生突襲性裁判，應依民事訴訟法第一百九十九條第二項及第二百九十六條之一第一項規定，向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；且於調查證據前，應將已整理或協議簡化之「事實上爭點」、「法律上爭點」、「證據上爭點」暨其他「攻擊或防禦方法上爭點」，分別曉諭當事人，其中關於「證據上爭點」之曉諭，如當事人就舉證責任之分配或有無舉證責任轉換有所爭執者，尤當將其對紛爭事實具體之舉證責任分配之認識、判斷，為「適時或適度」之公開，使兩造知悉待證事實舉證責任之分配，並行使闡明權，促使負舉證責任之當事人聲明證據，以進行證據之調查，進而將調查證據之結果，依同法第二百九十七條第一項規定，曉諭當事人為適當完全之辯論，其踐行之訴訟程序始得謂為無瑕疵。查本件三軍總醫院對上訴人實施手術前，有無令其使用人即醫師對上訴人依上開醫療法規定為告知並得其同意之事實？依舉證責任分配原則，雖應由三軍總醫院負舉證之責，然上訴人已於記載有「經告知需實施手術原因及手術成功率或可能發生之併發症及危險」之手術同意書簽名，是否生舉證責任轉換即轉由上訴人負舉證證明「醫師實際上並未告知」之責任？依上說明，受訴法院自應為闡明公開其認識及判斷，並曉諭負舉證責任之當事人聲明證據。況上訴人於原審一再指稱：本件手術前，除「手術原因」一項，門診時有告知外，其餘「成功率或可能發生之併發症及危險」等事項，完全事先未做任何說明，且故意安排病患手

術前匆促時段交簽同意書，此種略誘之同意，應視為無效並有違醫療法之立法意旨等語（……）；復於原審準備程序表示：「有沒有說明各種可能醫療方法的可能風險，是由對造負舉證責任。他沒有說明這個風險不能反推我們不會做其他的選擇」云云（…）。乃原法院未依上揭意旨，行使闡明權，使上訴人就吳○盛醫師有無告知手術成功率或可能發生之併發症及危險之事實聲明證據，逕為此部分不利於上訴人之論斷，即嫌速斷，所踐行之訴訟程序亦非無瑕疵。究竟三軍總醫院有無令其使用人之醫師踐行前揭告知說明義務，攸關該醫院有無違反「從給付義務」及應否負不完全給付責任？該事實既未臻明瞭，本院自無從為法律上之判斷。上訴論旨，執以指摘原判決關此部分為不當，求予廢棄，非無理由。」

最高法院民事判決 99 年台上字第 1356 號略謂：「惟查上訴人主張病人乙○○○送進醫院急診後，經值班住院醫師初步診斷，有吸入性肺炎，嗣後 X 光檢查予以證實，亦為鑑定機關所認同，故病人係因吸入性肺炎引起呼吸困難進而造成低血氧等語，參諸證人蕭○青證稱：我針對病人家屬陳述痰比較多、呼吸困難，檢查後發現確實痰比較多，兩側哮喘，因為是長期臥床病人，所以當時第一個判斷是吸入性肺炎為主等語，且第 0000000 號鑑定書亦載明「…其初步診斷為吸入性肺炎合併呼吸衰竭…胸腔 X 光片顯示疑右下肺肺炎…」等語，果爾，乙○○○如曾罹有吸入性肺炎，該疾病與嗣後病人發生缺氧性腦病變，而呈植物人狀態間有何關係？亟待釐清。**原審亦就上訴人主張關於乙○○○到達三總醫院時，有無吸入性肺炎？列入爭點整理，惟對上訴人此項重要防禦方法，竟仍恣置不論，遽為上訴人敗訴之判決，難謂無判決不備理由之違法。…」。**

第四項過度依賴鑑定，某程度取代法官認定過失及因果關係要件的功能

從實證資料可知，醫療裁判之結果與鑑定結果具有高度關連性，不論關於何種事項之鑑定，均有高達九成以上之裁判係採鑑定結果為依歸。尤其是第一審，

認採之比例高達 95%以上，但在第二審，認採鑑定之比例則有所降低。尤其是因果關係，降低之比例更達 10%左右，顯見第二審對於鑑定結果採取更為審慎之態度。然而，是否也增加裁判結果之不可預見性，亦值注意⁹⁷。

以全部判決為觀察，送鑑定事項涉及「過失」之鑑定次數計 695 次，其中，法院裁判採認鑑定結果者占全部本鑑定事項 94%；法院裁判全不採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 5%；法院裁判部分採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 1%。送鑑定事項涉及「因果關係」之鑑定次數有 347 次，其中，法院裁判有採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 94.2%；法院裁判全不採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 5.2%；法院裁判部分採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 0.6%。送鑑定事項涉及「安全性欠缺」之鑑定次數有 35 次，其中，法院裁判有採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 97.1%；法院裁判全不採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 2.9%；法院裁判實務針此項鑑定事項結果，並無部分採認情形。送鑑定事項涉及「損害」之鑑定次數共有 38 次，其中，法院裁判有採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 94.7%；法院裁判全不採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 5.3%；法院裁判並無部分採認本鑑定結果者。送鑑定事項為「其它（鑑定事項不明）」之鑑定次數共有 40 次，其中，法院裁判有採認鑑定結果者占全部本鑑定事項 95%；法院裁判全不採認鑑定結果者占全部本鑑定事項之 5%；法院裁判並無部分採認鑑定結果者之情形。

在第一審中，送鑑定事項涉及「過失」者有 530 次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 95.3%，法院裁判不採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 4.2%，法院裁判部分採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 0.6%；送鑑定事項涉及「因果關係」者共有 242 次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 97.1%，法院裁判不採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定 2.1%，法院裁判部分採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 0.8%。送鑑定事項

⁹⁷ 沈冠伶，前揭註 36，「結案報告」及圖表三二、三三。

涉及「安全性欠缺」及「損害」者次數均各 20 次，法院裁判對該二項鑑定事項結果，均全部採認。送鑑定事項為「其它（鑑定事項不明）」者有 18 次，法院裁判均採認本項鑑定結果。

在第二審中，送鑑定事項涉及「過失」者有 165 次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 91.5%，法院裁判不採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 7.3%，法院裁判部分採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 1.2%；送鑑定事項涉及「因果關係」者共有 105 次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 87.6%，法院裁判不採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定 12.4%，法院裁判並無部分採認本項鑑定結果者之情形。送鑑定事項涉及「安全性欠缺」者共有 15 次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定 93.3%，法院裁判不採認本項鑑定結果者（共有 1 件）占全部本項鑑定之 0.7%，法院裁判並無部分採認本項鑑定結果者之情形。送鑑定事項涉及「損害」者共有 18 次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定（18 件）之 88.9%，法院裁判不採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 11.1%，法院裁判並無部分採認本項鑑定結果者之情形。送鑑定事項為「其它（鑑定事項不明）」者共有 22 次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 90.9%，法院裁判不採認本項鑑定結果者占全部本項鑑定之 9.1%，法院裁判並無部分採認本項鑑定結果者之情形。

基上所述，第一二審法院過度依賴鑑定意見，某程度取代了法官對責任成立要件即因果關係判定功能。不過，最高法院最近見解明確表示法官仍應有就責任要件及因果關係存否就具體個案認定之。此參以下最高法院判決自明：

最高法院民事判決 99 年台上字第 1289 號略謂：「惟按法院對於系爭事項固得委由具特別知識之人或機關鑑定，以為裁判之參考，惟鑑定僅為一種調查證據之方法，就鑑定人之鑑定意見可採與否，仍應踐行調查證據之程序而後定其取舍。查醫審會編號第 000000 號及第 000000 號鑑定書僅推測被上訴人之膀胱破

裂可能發生於十月十六日，合併導致腹腔內膿瘍，至就被上訴人之膀胱是否確因手術而破裂乙節，並未積極確認，而上訴人迭次抗辯：依被上訴人之九十年十月二十六日電腦斷層檢查報告記載「distended urina bladder（擴張的膀胱）」；同年十一月十四日電腦斷層檢查報告亦載：「well-distended urina bladder（擴張良好的膀胱）」。倘膀胱破裂，其形狀將如破裂之氣球萎縮，絕非擴張良好。又依生命徵象及病況流程表及護理紀錄顯示，被上訴人於九十年十月十六日手術以後，膀胱液體流量均屬正常，且完成手術當日即可進食、喝水而無不適，再電腦斷層檢查顯示膿瘍位置在「雙側腎旁空間之後腹腔」，均可證明被上訴人之膀胱並未破裂等語。核上開鑑定書就上開各節並未有所說明，鑑定內容自未完足，原審未踐行調查，委請鑑定人進一步說明，並敘明其取捨之意見，遽依上開鑑定結果，為上訴人不利之認定，自有未合。其次，乙○辯稱：依被上訴人之病歷所載，感染科醫師會診紀錄建議之事項包括胸、腹部、血液、尿液、痰等，並非單純建議「電腦斷層」。伊評估後以超音波單價較低，且可在較早時間排入檢查，故採用超音波檢查，無延誤醫療之情形等語。乙○就被上訴人因腹部膿瘍，選擇以超音波檢查是否妥當？其後續之醫療方法，在專業上是否合理？醫審會鑑定書未說明其意見。原審徒以乙○未採用電腦斷層檢查，即認其未及早發現膿瘍，而導致敗血症，有延誤醫療之過失，亦嫌速斷。再醫審會編號第 0000000 號鑑定書第(十六)點意見記載：「此病人（即被上訴人）使用此方法（即雙側腸骨內動脈栓塞手術）的理由是，第一、放射性膀胱炎出血還未治療好，隨時仍會有反覆性出血之可能」等語，而上訴人辯稱：被上訴人係放射性膀胱炎而持續出血，且上開膿瘍問題解決後，仍持續出血，進而產生血尿現象，當時為保全被上訴人之生命，施行雙側腸骨內動脈栓塞，係不得不採取之手術，經與被上訴人及家屬溝通，說明手術後膀胱將永久性無功能，且兩側腎引流管為永久性置放等情，當事人對手術後果已明知，出具手術同意書後，始施行手術，此與與前述膿瘍及敗血症無關等語，倘被上訴人係因放射性膀胱炎持續出血，乙○為避免被上訴人生命受侵害，依當時狀況是否確有採行雙側腸骨內動脈栓塞手術之必要？且被上訴人對手

術後果業已明知，並出具手術同意書，乙○就此醫療行為有否疏失？又實施雙側腸骨內動脈栓塞手術之原因係膀胱破裂及敗血症，抑放射性膀胱炎持續出血不止？其間關連性如何？與被上訴人膀胱排尿功能永久喪失、完全跛行間是否有因果關係？原審未向醫審會徵詢其專業上之意見，徒憑證人張延驊之證言，即認乙○為被上訴人施行雙側腸骨內動脈栓塞手術有過失，並有可議。未查本於侵權行為而生之損害賠償請求權，與本於債務不履行而生之損害賠償請求權，在實體法上為兩種不同之請求權，在訴訟上為兩種不同之訴訟標的，被上訴人未依債務不履行法律關係請求，原判決併依債務不履行法律關係，准許被上訴人之請求，尤有就當事人未聲明之事項為判決之違誤。本件事實既欠明瞭，本院自無從為法律上之判斷。上訴論旨，指摘原判決關於其敗訴部分不當，聲明廢棄，非無理由。」。

第五項舉證責任分配不明

來自民事實體與程序法規範所源生的舉證責任分配問題觀察⁹⁸，應分別從民事訴訟法理及民事實體法規範分析。基於民事訴訟法理而論，原則上，提起訴訟對他人主張權利存在之人，係立於攻擊之地位，基於法律安定性與現實占有狀態之保護，必須某種程度界定主張權利發生規範者之舉證責任。基此，客觀舉證責任之分配所涉及一般性的風險分配，本即不宜由法官於具體案例中為衡量，應係為原則性一般規範，且此原則性之規範亦不因對於具體案例之公平性考量，而予以全面性摒棄⁹⁹，然而，考量憲法基本價值秩序，法安定性要求不得背離的法治國原則內涵¹⁰⁰，於一般抽象性之規範理論，應符合法律安定性之憲法要求，具有

⁹⁸ 德國日本相關民法及民事訴訟法規定並未對舉證責任做明文之一般規定，不若我國民事訴訟法第 277 條本文「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」，係針對舉證責任做明文之一般規定。而就舉證責任之概念，區分為主觀舉證責任與客觀舉證責任二者，前者主觀舉證責任（證據提出責任）係指當事人為免受敗訴，所負有以自己之舉證活動證明待證事實之責任，性質上為「行為責任」；而後者客觀舉證責任（確定責任）則指因待證事實在經歷舉證活動後尚真偽不明，當事人應受不利益（敗訴）之責任，性質上屬「結果責任」。

⁹⁹ 楊淑文，〈從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準(上)〉，台灣本土法學雜誌第 60 期，頁 49-63，2004 年。

¹⁰⁰ 姜世明，「民事程序法發展與憲法原則」，頁 12 以下，元照，2003 年。

可預見性特質，故應得作為一般舉證責任分配之基本原則¹⁰¹。亦即，我國民事訴訟法第 277 條本文規定「有利於己之事實」，解釋上仍應依規範說(或特別要件說)為分配舉證責任之一般原則¹⁰²，僅在具體個案中為兼顧當事人於訴訟上就證據提出可能性、難易度、程序上平等原則、誠信原則等因素，得運用同條但書「依其情形顯失公平」之解釋，適當調整舉證責任之分配¹⁰³。

從而，醫療民事訴訟程序中，依原告訴之聲明（訴訟標的），所為的兩造當事人所進行舉證責任分配，本文認為須考量在現代型紛爭案件，例如公害、藥害、醫療等高度專業性及證據偏在等場域，不應僅固守實體規範，應適時善用民事證據法則，對實體法規範的不足（或不適）之處作調整修正，因基於醫療民事訴訟案件類型的「疾病、人體、醫療科技高度不確定性」特質考量，舉證責任分配上在現行實體及程序法規範下，實務操作上應更加精緻明確些，細繹言之，從我國民事責任法體系大若概分為侵權及契約責任體系，然而，從以下兩則最高法院的立場，似乎對民事訴訟法第 277 條但書適用是趨近保守，舉證責任分配上是不明確的。

實務問題出現在，從民事訴訟法第 277 條自 89 年 2 月 9 日總統令公布修正此條文，該條修法理由中，明白記載：「關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難，故最高法院於判例中即曾依誠實信用原則定舉證責任之分配。尤以關於公害糾紛，交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，爰於原條文之下增訂但書，規定『但法律別有規定者，不在此限。』，以資因應。」。實務上面對增修的民事訴訟法第 277 條但書規定，究是舉證責任轉換？

¹⁰¹ 姜世明，「新民事證據法論」，頁 193，新學林，2009 年。

¹⁰² 楊淑文，〈從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準（下）〉，台灣本土法學雜誌第 61 期，頁 34-35，2004 年。

¹⁰³ 沈冠伶，〈舉證責任與證據契約之基本問題—以作業系統裝置契約之給付不完全為例〉，台灣本土法學雜誌第 36 期，頁 195，2002 年。

減輕或免除舉證責任？尙未有明朗態度。此參最高法院民事判決 99 年台上字第 575 號略謂：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第二百七十七條前段定有明文，此即舉證責任之分配原則。但除法律別有規定外，如遇有特殊情形，仍貫徹此一原則，對於該當事人顯失公平時，即不受此原則規定之限制，此為該條但書「法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」之立法意旨。是以，倘有該條但書所定，依其情形顯失公平之情事，僅不受上述舉證責任分配原則之限制而已。亦即於斯時該當事人之舉證責任，究應減輕或予以免除？或轉換由他方當事人為之？法院應本於誠實信用原則，斟酌各種具體客觀情事後，以為認定。非謂因此得將舉證責任一概轉換予否認其事實之他方當事人負擔，始符公平正義之本旨。本件上訴人之加護病房醫療團隊於急救被上訴人之子蔣○彥時，依台北榮總之鑑定意見，雖未提及有吸入嘔吐物之情事。然蔣○彥術前(九十一年十一月十五日上午九時)之護理記錄單，既記載「禁食」。而系爭手術於九十一年十一月十五日下午四時三十分開始進行，翌(十六)日清晨三時十五分，方告結束，又為原審所認定之事實。果爾，蔣○彥於手術前未進食期間，似已長達二十小時之久。則原審未遑就蔣○彥於術後之清晨五時五十分始發生嘔吐現象而論，斯時客觀上，其是否仍有足以引發吸入性肺炎之嘔吐物留存於體內？縱有台北榮總之鑑定意見所稱上訴人之加護病房醫療團隊於急救時，未提及有吸入嘔吐物之情事，惟法院於未就既已存在之證據資料，諸如訊問實際參與急救之醫護人員等，而為相當之調查審認前，揆諸首開說明，是否得逕以上訴人因具有豐富醫學專業知識，又能控制設備使用及人員配置為由，責令上訴人應依民事訴訟法第二百七十七條但書規定，舉證證明蔣○彥於嘔吐時，無嘔吐物被吸入；或其加護病房醫療團隊已採取積極照護措施，盡一切能事監測蔣○彥生命徵象，以及時發現異常狀況加以處理。暨有何不可歸責於上訴人之事由？非無再事斟酌之餘地。乃原審遽以上訴人未為舉證，認定其僱用之加護病房醫療團隊，就蔣○彥之死亡有其過失，而為上訴人敗訴之判決，未免率斷，自屬難昭折服。上訴論旨，指摘原判決對其不利部分為不當，聲明廢棄。非無理由。」。

最高法院民事判決 98 年台上字第 276 號略謂：「惟按民事訴訟法第一百九十九條規定：審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。同法第一百九十九條之一第一項亦明定：依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。故審判長於訴訟程序中應適時行使闡明權，倘違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，基此所為之判決，自屬違背法令。查上訴人於起訴時主張：林○香於七十九年四月間，因中耳炎至被上訴人中港院區耳鼻喉科就診，經醫師蘇○昌診斷施行手術加以治療，然於手術過程中，因麻醉不當造成腦部缺氧過久，變成植物人。另謂醫師蘇○昌及麻醉醫師麻醉疏忽造成林○香變成植物人，進而導致死亡，且林○香之死亡結果與醫師蘇○昌及麻醉醫師之行爲有因果關係，請求被上訴人依侵權行爲及債務不履行負損害賠償責任等語；復謂七十九年四月本件醫療事故發生後，被上訴人即將林○香安置於院區住院照護，持續至九十五年三月二十四日林○香死亡時止。由被上訴人免費照護之行爲，足證被上訴人所提供之醫療行爲具有過失等語。則上訴人主張被上訴人或其受僱人蘇○昌及麻醉醫師究於何時有過失？上訴人係僅請求林○香變成植物人之損害賠償，抑包括林○香死亡之損害賠償？均有未明，原審審判長未令上訴人爲必要的敘明或補充，遽而判決，訴訟程序已有瑕疵。又按八十九年二月九日修正公布施行前之民事訴訟法第二百七十七條僅規定：當事人主張有利於己之事實者，就其事實負舉證責任。就一般訴訟事件言，固可依此項舉證責任分配之原則性概括規定為其適用標準。惟關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，尤以關於公害事件、交通事件、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守原來概括規定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，故該次修正乃於同條增訂但書，規定：但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。以適應實際之需要。查本件林○香係於七十九年四

月十七日因中耳炎至被上訴人中港院區耳鼻喉科就診，由醫師蘇○昌施行手術治療，於該日即成為植物人，此為被上訴人所不爭執，而被上訴人於九十五年六月八日所出具之林○香診斷證明書僅記載：患者因患右側慢性中耳炎併膽脂瘤，於七十九年四月十七日在本院接受右側中耳顯微鏡手術（於全身麻醉之下），術後送麻醉恢復室觀察，在術後麻醉醫師觀察中，病人突然發生呼吸困難，麻醉醫師立即施予急救，急救後，病人成為植物人等語（見第一審九十五年度醫字第一九號卷 第一二頁），並無關於醫師蘇○昌如何為林○香施行中耳炎顯微鏡手術、麻醉醫師又如何為林○香實施全身麻醉之紀錄。如有此紀錄亦應由被上訴人保管。

查林○香在被麻醉及手術過程中，全程均在被上訴人醫護人員之照護中，竟成植物人狀態，倘無此醫療過程之紀錄，或被上訴人難以取得此項紀錄，而必欲令其負舉證責任是否有違公平原則，非無斟酌之餘地。上訴論旨，指摘原判決不當，求為廢棄，非無理由。」。

綜觀上述二則最高法院對民事訴訟法第 277 條本文及但書適用見解上存有歧異，似乎應更積極對民事訴訟法第 277 條適用疑義作統一法律見解。本文認為似乎應可區分系爭個案實體法請求權基礎不同，所配套的舉證責任分配會有不同，以下作進一步說明。

第一目基於債務不履行請求權基礎

第一款以不完全給付類型為例

當原告訴之聲明係基於民法第 227 條第 2 項損害賠償請求權為訴訟標的時¹⁰⁴，依目前法條文意，原告必須就下列要件負舉證責任：即醫師(或醫院)須違反契約義務(即未依債之本旨為給付)、醫師(或醫院)須有加害給付行為(作為或不作為)、醫師(或醫院)須侵害患者權益致生損害發生、須義務違反與權益侵害間，權益受侵害與損害間具有相當因果關係、須加害給付行為具有可歸責性。

就「醫師(或醫院)具可歸責之事由」之舉證責任問題，基於醫療契約所具備

¹⁰⁴ 民法第 227 條第 2 項：因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。

的特性下，似應作不同於一般契約類型解釋，然如承前述本文採規範理論為舉證責任分配原則，依民法第 227 條之文意，可歸責於債務人之事由存在，似乎應由請求損害賠償之債權人負舉證責任¹⁰⁵。惟就該條第 2 項修正理由意旨¹⁰⁶得推知立法者立法當時在加害給付之情形，使受害者依「不完全給付理論」請求損害賠償，主要思考點在舉證責任的保護上，相較於回歸侵權行為法規範求償對被害人較有利。從而，在不完全給付規定架構下，立法者似有意將歸責事由之舉證責任倒置由債務人負擔。誠如學者王澤鑑對新增訂民法 227 條所為闡釋，基於「有無可歸責事由，屬於債務人得控制之領域，債權人難以查知其事由，由債務人負舉證責任較為公平」，應將民法第 230 條規定之舉證責任分配原則一般化亦適用於給付不能及不完全給付之情況¹⁰⁷。另學者姜世明曾明確指出，至於不完全給付之情形，新修訂民法第 227 條之規定，即得以適用民法第 230 條有關給付遲延規定，或類推適用給付不能之規定的方式解決，推出舉證責任轉換之結論¹⁰⁸。

惟前述學者們對契約的「可歸責要件舉證責任」，在契約不完全給付類型應由債權人或債務人負擔？均有人採。反映在我國醫療民事訴訟實證上亦呈現出各有援引的判決¹⁰⁹。惟本文參酌德國民法第 280 條第 1 項規範與我國民法第 227 條

¹⁰⁵ 黃茂榮，〈積極侵害債權〉，「債法總論，第 3 冊」，頁 49-72，自刊，2010 年。

¹⁰⁶ 民法第 227 條修正理由第二點：「不完全給付如為加害給付，除發生原來債務不履行之損害外，更發生超過履行利益之損害，例如出賣人超過履行利益之損害，例如出賣人交付病雞致買受人之雞群亦感染而死亡，或出賣人未告知機器之特殊使用方法，致買受人因使用方法不當引起機器爆破，傷害買受人之人身或其他財產等是。遇此情形，固可依侵權行為之規定請求損害賠償，但被害人應就加害人之過失行為負舉證責任，保護尚嫌不周，且學者間亦有持不同之見解者，為使被害人之權益受更周全之保障，並杜疑義，爰於本條增訂第二項，明定被害人就履行利益以外之損害，得依不完全給付之理論請求損害賠償」。

¹⁰⁷ 王澤鑑，「民法概要」，頁 256 以下，自版，2007 年；姜世明，〈醫師民事舉證責任程序中關於可歸責任要件之舉證責任〉，法學講座第 28 期，頁 97-98，2004 年。

¹⁰⁸ 姜世明，前揭註 101，頁 355 以下，2009 年。

¹⁰⁹ 採應由患者負不完全給付舉證之責：例如，見臺灣高等法院 95 年醫上字第 10 號判決（子宮次全切除案）。採應由被告就不完全給付舉證之責：例如，台灣高等法院 95 年醫上易字第 1 號、台北地院 89 年重訴字第 472 號、台北地院 90 年訴字第 2140 號、台北地院 91 年重訴字第 2151 號、桃園地院 93 年醫字第 7 號判決、台中地院 93 年醫字第 4 號等判決。採折衷見解，即患者至少應就醫師在醫療過程中有何過失之具體事實負主張責任（編按：即主觀舉證責任），若僅主張醫療結果並未成功或造成損害，患者主張責任尚未盡，例如：台灣高等法院 90 年重上字

第 1 項相若，援引德國就醫療錯誤（瑕疵）與過錯分離處理標準方式，區分外在注意與內在注意，外在注意係對應於外在合理行為之要求，違反時相當於客觀注意義務違反。而內在注意則係指對於「法律規範本身、規範之構成要件要素、規範所涵攝之事實情況」的認識可能性。¹⁰。故無論德國民法第 280 條第 1 項或我國民法第 227 條第 1 項之舉證責任分配上，客觀注意之違反（客觀義務之違反）由債權人（患者）負舉證責任，內在注意之無法遵循事由則是由債務人（醫師）負主張及證明責任。在醫療錯誤（瑕疵）的認定上，特別是診斷錯誤（瑕疵）的認定，則應考慮「賦予醫師足夠的裁量判斷及決定空間」，醫療措施的採取不應以教科書上的封閉內容為決定根據而應取決於各該具體醫療個案的具體臨床症狀，不應從醫師外在注意義務違反，逕即推定其未盡內在注意義務。職故，以「規範所涵攝之事實情況」的認識可能性，作為內在注意要求之內容，並成為過失推定之對象，並不適當。因當醫師經過謹慎審查後所形成之確信，與醫療常規所規定相違誤時，醫師有權且應有義務，背離該醫療常規而依其確信進行醫療處置¹¹⁰。接下來的是，須對該名患者當時就醫的病情及臨床檢驗報告等，檢驗該醫師所得的「確信臆診」是否適當，及基於該「確信臆診」醫師當為的處置及該醫師實際處置是否適當的問題。

如此一來，患者起訴時須先就其主張因醫方所為的醫療錯誤（瑕疵）負舉證責任，此時患者就此事項證明程度應到何種程度，法院始認定患者已盡主觀舉證責任？本文認為在符合典型醫療錯誤案件類型時，則援引德國表見證明原則（英國相類似概念是事實說明自己原則），相對應於我國民事訴訟法第 282 條規定意旨，即患者須陳明其身體或健康損害之結果，法院據此推定「醫療錯誤（瑕疵）」

第 463 號、臺南高分院 97 年上字第 27 號判決、台北地院 87 年訴字第 3226 號判決、士林地院 87 年重訴字第 277 號判決等。

¹¹⁰ Adolf Laufs/Christian Katzenmeier/Volker Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. C.H.Beck München, 2009, Rn.2, S.314ff.; 進一步有關德英醫療過失實體法要件探討，請參莊錦秀，前揭註 18。另外，這裡將會涉及到目前台灣國家衛生政策研究院大力推行「醫療臨床指引」一案，政策理由之一，會讓醫療臨床行為規格化「醫療常規」，或許某程度能緩和醫療糾紛。

存在，應令醫師就該客觀醫療瑕疵存在，依民法第 227 條「不可歸責於己事由」負舉證責任。

就病歷殘缺不全問題¹¹¹，援引德國有關紀錄欠缺作不利推定見解¹¹²，即推定醫療錯誤(瑕疵)存在，法院得援引我國民事訴訟法第 345 條第 1 項規定意旨¹¹³，將原應由患者負舉證責任轉換由醫師負舉證責任。

就屬於「醫療一方得完全控制危險」醫療案件類型，例如，配合台灣「DRGs」醫療給付新制度¹¹⁴，醫療院所所為不當轉院(出院)決定、專業人員人力配置及資格不當等，攸關醫療過程的醫療機構安排與協調範圍類型、醫療器材儀器等使用致生損害類型，援引前述德國完全控制危險原則，患者受有損害事實，即推定醫療錯誤(瑕疵)存在，對應到我國民法第 226 條第 1 項、227 條及 230 條第 1 項體系解釋，或民事訴訟法第 277 條但書規定，亦可推出宛如德國完全控制危險原一樣的結論，即「醫療錯誤(瑕疵)」存在。法院接續須處理的是對該項「醫療錯誤(瑕疵)」是否重大，來處理具體個案的「責任成立因果關係」要件存否的問題，此處概念回到德國法「重大醫療瑕疵原則」，判斷標準「離譜，難以理解」，即會將患者身體健康遭受侵害與該項醫療錯誤(瑕疵)間推定責任成立因果關係存在(相類似英國法及我國法事實上因果關係)，之後透過民事訴訟法第 222 條第 2 項規定意旨，減輕患者舉證責任至優越蓋然性證明程度。如醫療錯誤(瑕疵)

¹¹¹ 例如紀錄不完整、檢驗資料未附等

¹¹² 例如推定該項必要的醫療行為醫師未作、未檢查，具有醫療錯誤(瑕疵)。德國涉及醫師未為記錄或者保存臆診檢查的結果，類似於事實上治療但未記載於病歷內，將認為病歷保全義務違反，推定該醫師未為該項行為，參 BGH, NJW 1996, 779.; BGH, NJW 1995, 1611; C Katzenmeier, a.a.O.S.470 ff.;相較之下英國在此病歷資醫師的紀錄不完全及對當時特殊情況的細節記憶模糊時，並不是為不利推定，法院會針對醫師抗辯當時特殊的情形伊已盡到注意義務，證人提出該醫師通常的醫療常規的照護證據，以佐證醫師所言為真，參 Ratcliffe v Plymouth and Torbay Health Authority [1998] PIQR P170 (CA); Mayriard v West Midlands Regional Health Authority [1984] 1 WLE.634-(HL).

¹¹³ 進一步言，基本情形若是醫師不法故意所為隱匿、偽造所造成，得援引民事訴訟法第 282 條之 1。

¹¹⁴ 有關此制度相關介紹，請參中央健保局網站：http://www.nhi.gov.tw/webdata/webdata.asp?menu=5&menu_id=463&webdata_id=937&WD_ID=463_visit at 2010,12,08

非重大，法院須檢視該個案是否具備典型事例要件（即檢視是否有表見證明原則適用），如符合時則依民事訴訟法第 282 條規定意旨，推定為責任成立因果關係存在。

第二款以委任契約請求權基礎為例

當原告訴之聲明係基於民法第 544 條損害賠償請求權為訴訟標的時，患者就醫師「已逾越權限範圍（契約義務違反）」要件已盡舉證責任時，後續醫師即須對具有不可歸責事項負舉證責任¹¹⁵。

第二目基於侵權責任請求權基礎

當原告訴之聲明係基於民法第 184 條第 1 項損害賠償請求權為訴訟標的時，原則上應由原告負舉證責任要件：醫師所為的「加害行為」為何、該加害行為侵害到患者權益、患者受有損害、加害行為與損害間具因果關係、醫師有故意或過失、醫師具備責任能力。如原告訴之聲明，係基於民法第 184 條第 2 項損害賠償請求權為訴訟標的時，原告並不須針對醫師有過失要件負舉證責任，但須對該醫師行為是「違反保護他人法律的行為」要件、該行為侵害到患者權益、患者受有損害、行為與損害間具因果關係、醫師具備責任能力¹¹⁶。

第一款醫療行為有無民法第 191 條之 3 適用？

學說肯否互見¹¹⁷，實務見解多數採否定¹¹⁸，惟本文認為，按民法第 191 條之 3

¹¹⁵ 王澤鑑，前揭註 107，頁 414。另有關於受任人權限，依學者陳自強見解認為，第 532 條所謂「受任人之權限」，正確的說法，應該是受任人處理事務義務的內容或委任的範圍。受任人處理事務，若逾越委任的範圍，為委任契約義務的違反，對委任人因此造成損害者，應依民法第 544 條負損害賠償責任。此與代理人逾越代理權限的範圍而為代理行為，為無權代理，原則上，非經本人承諾對本人不生效力，法律效果顯然有所不同。參陳自強，「民法講義 II－契約之內容與消滅」，頁 249-250，學林，2004 年。

¹¹⁶ 孫森焱，「民法債編總論，上冊」，頁 247 以下，自版，2010 年。；蔡惠如，〈台灣醫療糾紛之法律課題〉，月旦民商法雜誌第 4 期，頁 129，2004 年。

¹¹⁷ **採否定見解**：王澤鑑，「侵權行為法」，頁 658，自版，2010 年；陳自強，〈由民法侵權行為體系之再構成－民法第一九一條之三之體系地位〉（(下)〉，台灣本土法學雜誌第 17 期，頁 42

規定「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。」。而所謂「從事其他工作或活動之人」，其事業或工作或活動之種類並無限制，若該工作或活動之性質、或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，即有本條規定之適用。蓋本條規定的重點在於從事工作或活動者，其從事之活動或工作，無論

以下，2000年；陳聰富，〈民法第191條之3規定之適用範圍〉，最高法院九八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會書面資料，頁147-148，2009年。

採肯定見解：黃茂榮，〈醫療損害之危險責任〉，「債法總論」，第2冊，頁163-228，自刊，2010年。黃立，〈消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析〉，政大法學評論第75期，頁64，2003年。

¹¹⁸ 1、**採醫療行為不適用民法第191條之3的判決：**例如：最高法院97年台上1391年、95年台上字第2178號、96年台上字第450號判決；臺灣高等法院97年度醫上字第1號判決、臺灣高等法院96年度再字第76號、臺灣高等法院96年度醫上字第10號、臺灣高等法院96年度醫上字第11號、臺灣高等法院96年度醫上易字第1號、臺灣高等法院95年度醫上字第15號、臺灣高等法院95年度醫上字第25號、臺灣高等法院94年度醫上字第3號、臺灣高等法院94年度醫上字第5號、臺灣高等法院94年度醫上字第8號、臺灣高等法院93年度上字第818號、臺北地院96年度醫字第7號、臺北地院96年度醫字第9號、台北地院95年度醫字第13號、臺北地院95年度醫字第14號、台北地院95年度醫字第21號、台北地院95年度醫字第24號、臺北地院95年度醫簡上字第2號、臺北地院94年度醫字第7號、臺北地院94年度醫字第13號、臺北地院94年度醫字第17號、臺北地院94年度醫字第22號、臺北地院94年度醫字第32號、臺北地院93年度醫字第5號、臺北地院93年度醫字第7號、臺北地院93年度醫字第10號、士林地院93年度醫字第4號、士林地院91年度重訴字第603號、板橋地院96年度醫字第11號、板橋地院95年度醫字第2號、宜蘭地院95年度訴字第156號、新竹地院97年度醫字第3號、高雄地院94年度醫字第13號、高雄地院93年度醫字第6號。所據理由略謂「醫療行為並從事製造危險來源之危事業或活動者，亦非以從事危險事業或活動而獲取利益為主要目的，與民法第191條之3之立法理由所例示之工廠排放廢水或廢氣、桶裝瓦斯廠裝填瓦斯、爆竹廠製造爆竹、舉行賽車活動，使用炸藥開礦，開山或燃放焰火等性質有間。」

2、**採醫療行為適用民法第191條之3的判決：**臺灣高等法院95年度醫上字第17號判決、桃園地院93年度醫字第10號、士林地院91年重訴字580號、士林地院91年訴字1101號、台中高分院94年醫上字第7號、台中地院92年醫字第12號、臺中高分院94年度醫上字第3號（雖有適用但本案為原告敗訴不利判決）、臺中高分院94年度醫上易字第1號（雖有適用但本案為患者敗訴不利判決）、臺中地院92年醫字第13號、臺中高分院93年度醫上易字第3號（雖有適用但本案為患者敗訴不利判決）。理由略謂「按民事訴訟法第277條規定：『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。』是被上訴人主張上訴人應負債務不履行損害賠償責任或侵權行為損害賠償責任，依上開規定前段所示一般舉證責任法則，被上訴人雖應就其所主張權利之發生要件（例如侵害客體、行為、違法性、可歸責性、因果關係、損害等）負舉證責任，惟法院審酌個案，認為適用一般舉證責任法則之結果，於被上訴人為不可期待或顯失公平時，應考慮減輕被上訴人之舉證責任...。」

3、**須視具體醫療行為類型判斷：**臺灣高等法院93年度重上字第256號判決：「.....查『經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。』民法第191條之3著有明文。...所謂『從事其他工作或活動之人』，其事業或工作或活動之種類並無限制，苟其工作或活動之性質、或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，即有本條規定之適用。.....」

4、**法院未針對醫療行為有無適用民法第191條之3表示意見：**臺南高分院96年度醫上字第2號、高雄高分院96年度醫上字第5號、士林地院95年度醫字第13號、新竹地院98年度訴字第743號、臺中地院95年度醫字第10號、臺南地院93年度醫字第4號。

是工作或活動本身，抑或其使用之工具或方法，有生損害於他人之「危險」，即應對他人所受損害，負賠償責任，是為危險責任。又從該條立法理由略為：「為使被害人獲得周密之保護，請求賠償時，被害人只須證明加害人之工作或活動之性質或其使用之工具或方法，生損害於他人之危險性，而在其工作上或活動中受損害即可，不須證明其間有因果關係。但加害人能證明損害非由其於工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，則免負賠償責任，以期公允，爰增訂本條。」，揆諸立法目的乃在加重對製造危險且得對危險控制，並因此而獲利者之責任，而醫療行為係對患者施以救治，以解除目前或未來可預見或不可預見之危險，於其過程中使用的工具或方法雖有生損害於他人之危險，但此種醫療行為所引致危險之複雜性，非全然得為施以救治者所控制，是民法第 191 條之 3 之侵權行為之規定，對於醫療行為仍應依個案逐一判定，並不適合全盤肯定或一概否認為妥¹¹⁹，例如，醫療臨床上有很高利潤高風險，但可能的療效，從理論觀之是可行，材質通過安全品質認證，但待臨床跑統計數值以核實的新規術，其在臨床嘗試使用，對患者是高風險，對醫師或醫院是臨床數據及高利潤取得，至於療效依理論是可行（可治癒或病情改善的機率），這樣的醫療行為規術與醫療材質施作，對患者是危險行為，醫師可以選擇要施做或不做，是一種能控制危險，若醫師選擇作，不幸結果發生，兩側下肢癱瘓，揆諸前情似應由醫師就「該癱瘓結果與置換固定器手術行為無因果關係」、「醫師（或醫院）就此已盡善良管理人的注意義務」負舉證責任為妥¹²⁰。職故，原告訴之聲明，係基於民法第 191 條之 3 損害賠償請求權為訴訟標的時，原告僅就下列事項負舉證責任：行為人(醫師或醫院)為經營一定事業或從事其他工作或活動之人、該工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險性、患者在該醫療工作或活動中遭受損害。

¹¹⁹ 有關詳細論證改日再表。

¹²⁰ 例如，台灣有一陣子推行對脊椎疾病（如椎間盤脫出），使用骨科手術置換固定器的新規術，三軍總醫院「後位減壓、內固定植入手術」（最高法院 97 年度台上字第 280 號、臺灣高等法院 95 年度醫上字第 2 號、士林地院 94 年度醫字第 11 號）。

第二款醫療行為有無消保法第 7 條服務責任適用？

傳統以來並無定見，然而，在過失責任下的「過失推定」部分，在「醫療行為是否適用消保法服務責任」爭議上¹²¹，台灣從 1994 年從消保法立法後即爭論不休。就此議題，經醫患雙方支持團隊角力多年後，醫方似乎勝出，於 2004 年順利於醫療法第 82 條第 2 項增定「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」。學者¹²²及大多數實務¹²³通說認為，自醫療法第 82 條第 2 項增訂後，已將醫療行為排除在消保法服務責任適用範圍外，就此，本文則採保留看法，理由略述：一，當初行政院衛生署所提出之醫療法修正草案第 82 條第 3 項規定：「前項情形，不適用消費者保護法之規定。」在立法院中並沒有獲得通過¹²⁴，本條項之未獲立法明訂，其公報並未載明原因¹²⁵。二，醫療法第 82 條第 2 項的規範功能，僅是重申民事歸責原則以故意或過失的過失原則。三，基於公平原則考量，如醫療行為不適用消保法服務責任時，再搭配現行民訴法的第 277 條但書適用範圍，依目前實務見解偏向只適用因果關係要件舉證上，過失及損害有無則尚需由原告舉證，對於醫療意外完全無法預知（例如胎兒臂神經受損），風險將歸由原告負擔。而適用主張醫療行為適用消保法服

¹²¹ 前揭註 62。

¹²² 林欣柔、楊秀儀，前揭註 62，頁 24-34；姜世明，前揭註 107，頁 97；姜世明，前揭註 56，頁 11；陳聰富，前揭註 62。

¹²³ 臺北地院 93 年醫字第 8 號、臺北地院 94 年醫字第 17 號、士林地院 94 年醫字第 13 號、臺中地院 93 年醫字第 15 號、臺灣高等法院 95 年度醫上字第 3 號、臺灣高等法院 93 年度醫上字第 2 號、臺灣高等法院 94 年度醫上字第 1 號、臺南高分院 94 年醫上字第 1 號等。絕大多數實務判決論理過程均是『符合消保法第一條立法目的』、『防禦性醫療的避免』及『以醫療法第 82 條第 2 項法理』。

¹²⁴ 立法院第五屆第一次會期第九次會議議案關係文書委四三三頁行政院版七十九條即現行條文第八十二條，明定致生損害於病人者應負損害賠償，但能證明其無故意或過失者不在此限。第三項前項情形不適用消保法。該立法說明「[建議醫療業務過失損害賠償責任以故意或過失為限]」，[http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@4:1804289383:f:NO%3DB02533*%20AND%20NO%3DA2%24%246\\$\\$\\$PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@4:1804289383:f:NO%3DB02533*%20AND%20NO%3DA2%24%246$$$PD)，visit at 2010/07/11。

¹²⁵ 大概可以推知有兩種層面的意義：一是存在著相反之見解，即立法者並不願意將醫療行為明文排除於消費者保護法之外，而希望仍然維持現行實務之運作模式，交由法院依據個案來認定。二是立法者有意遺漏，認為醫療法第 82 第二項之規定就已足以解釋將醫療行為排除在消費者保護法之適用範圍，因此第三項本就無庸贅文規定。

務責任時，醫方只要證明符合「醫療科技水準」，仍不用負賠償責任。二者間責任權衡輕重，基公平原則似乎應認醫療行為適用消保法服務責任較為妥適。四，基於台灣即將邁入高齡社會（aged society）¹²⁶，老人高齡族群增多趨勢及醫療長期照護機構興起，將醫療行為排除消保法服務責任適用範圍外，將產生同批醫療人員在外觀是同一醫療機構，執行同一醫療行為，只因在不同樓層（在醫療機構或其附屬護理之家），有無消保法服務責任適用卻是不同認定的突兀，這突兀及失衡情形，將隨著台灣全民健康保險 2010 年 1 月開始實施 155 項住院論病例計酬 DRGs 支付制度所帶來「不當出院決定」的問題上會日愈嚴重。不過，醫療行為有無消保法服務責任適用問題，從 2005 年以後實務見解觀察，肯否見解對立局勢消退許多，實務看法漸趨一致，傾向醫療行為無消保法服務責任適用，少數法院避而不論消保法適用問題，僅有幾例是明白表示仍有消保法適用¹²⁷。

最後，若從英國自 2006 年採行部分醫療傷害補償法案，而德國雖未變動其民事責任體系，但利用醫療鑑定仲裁制度，適度調整患者舉證負擔，國際有關醫療民事過失發展趨勢¹²⁸，似乎不若台灣學者實務通說固守傳統民事責任過失原則。再從我國醫療鑑定制度，以採機關鑑定及不蒞庭接受詢問為原則，不若德國以個人專家鑑定，以蒞庭為原則而論，德國尚須提倡醫療仲裁制度來為調整醫患間失衡狀態，台灣有何堅強理由聞風不動呢？且向來高度尊重專家的英國，仍須有醫療傷害補償法案來調整醫患關係風險分配失衡情形¹²⁹，而台灣的患者又能憑藉什麼以慰撫其傷痛的心靈¹³⁰。

¹²⁶ 台灣經建會「中華民國台灣 97(2008)年至 145 (2056) 年人口推計」指出，高齡人口占總人口比率將由 2008 年 10.4%，於 2017 年臺灣老人人口將增加為 14%，達到國際慣例及聯合國等國際機構所稱的高齡社會（aged society），於 2025 年老年人口比率再增加為 20.1%，將邁入所謂超高齡社會（super-aged society）。

¹²⁷ 相關資料請參酌沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，參、五、訴訟標的法律關係。

¹²⁸ 詳細內容請參莊錦秀，前揭註 18。

¹²⁹ 就此衛生署曾於 2010 年 1 月舉辦台灣版醫療傷害補償法草案公聽會，目前此法案內容爭議高，能否通過及發揮功效恐須待日後進一步觀察。

¹³⁰ 依實證研究資料顯示，醫療民事訴訟案件患者勝訴率低且低報酬率，例如，歷經三審確定判決案件有 65 件，其中僅有 17 件是患者獲得賠償案件，而賠償額部分，獲判賠償金額最高為 2300 萬元（婦幼醫院子宮摘除術麻醉過程致病患缺氧為植物人案），最低獲判賠償金額 56 萬（吳婦產科診所雙胞胎誤診死胎為人工流產致子宮角破損切除案）。此 17 件歷經三審獲賠案件賠償金額多集中在 50 萬至 100 萬區間，共 6 件；其次在 100 萬至 200 萬，共計 2 件；其餘則是 200-300

第三目請求權競合請求時，舉證責任分配問題

基上所陳，若依目前學者實務通說見解「醫療行為無民法第 191 條之 3」及「醫療行為無消保法第 7 條第 3 項」適用時，當契約責任與侵權責任請求權競合，而於訴訟上併為請求時，如法院經爭點整理後，就請求權所援據的要件存否成為「爭點」時，將導致請求權要件的事實（待證事實），在舉證責任分配上所生的相衝突現象，是應擇原告較有利適用呢？還是像目前大多數實務作法，秉持「法官不語」，一直到辯論終結後將「不利結果」逕歸由一方負擔呢？本文認為法官似可善用請求權競合情形，作有利原告適用，來適時調整以減輕患者舉證責任負擔，細繹之，例如，在長庚醫院新生兒猝死症案，該判決即採此見解¹³¹，本文贊同，進一步言，這是基於我國民事實體法與訴訟法承認請求權競合必然面對如何調合契約責任、侵權責任與危險責任之間規範衝突問題，從而，如事項（損害原因）與給付義務有關，涉及契約關係之個別性，其責任要件、消滅時效期間、舉證責任等原則上應適用契約責任的規定；反之，如事項（損害原因）與保護義務違反有關，則應以適用侵權行為責任的規定為妥。

若依本文見解認為「醫療服務行為仍有消保法第 7 條第 3 項適用空間」、「醫療服務行為仍有民法第 191 條之 3 規範適用的可能情形時」，如遇有上開請求權競合情形，依「作有利原告適用原則」，援引民法第 191 條之 3 規範，將「過失」與「因果關係」舉證責任移轉（倒置）由醫院負擔，或援引消保法第 7 條第 3 項，

萬共 1 件、300-400 萬共 2 件、400-500 萬 1 件、500-600 萬共 2 件、600-700 萬 1 件、700-800 萬 1 件、2300 萬 1 件，參酌沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，參、三、部分說明。

¹³¹ 台北地院 91 年度重訴字第 2151 號判決略述：「……。上開二責任體系對原告要求之舉證責任相異，即侵權行為責任由被害人證明行為人之過失，但在契約責任中之債務不履行，債權人無須證明債務人之故意或過失，而以證明契約之存在及損害為已足。本件首先即生舉證責任分擔問題。惟原告對被告之賠償責任主張係合併請求，學說對此二法律關係，採請求權規範競合說，即並非二個獨立請求權併存而實質上僅生一個請求權，有二個法律基礎，一為契約關係，一為侵權關係。經結合此二請求權基礎後，債權人得主張有利部分，是就債務不履行中之舉證責任，於侵權行為部分亦得主張之，即主張侵權行為責任僅須證明受有損害，餘由行為人證明無疏於注意義務情形。……」

由醫療機構就所提供醫療服務符合「醫療專業安全程度」負舉證責任，以調整目前台灣醫療民事訴訟實證就舉證責任負擔上「醫患關係」嚴重失衡的現象。

第四目外國法證據調整法則援引

全部 1065 則判決書中，英國「事實說明自己原則（Res ipsa loquitur）」、德國「表見證明原則（Anscheinsbeweis）、¹³²重大醫療瑕疵原則（grober Behandlungsfehler）¹³³」，開始出現在零星判決中。而這些來自外國的證據修正原則，是否能真得能有效處理我國長久以來醫療民事責任舉證分配問題，本文持保留態度。

第六項損害賠償範圍認定

按 89 年 2 月 9 日修正之民事訴訟法第 222 條第 2 項增訂，當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，該增訂含有證明責任規範存在價值，損害額證明極度困難時，法院基於全辯論意旨及調查證據結果，仍不能獲得損害賠償額確信時，俾使權利容易實現，減輕損害額證明之舉證責任¹³⁴。無論第一、二審判決，在 2003 年以前，此條項規定在實務上未明顯發生作用，均無援引民事訴訟法第 222 條第 2 項規定而為賠償數額之認定者。但 2003 年以後陸續漸被援引適用，而對原告為一部勝訴判決，酌計其損害賠償範圍額度，截至 2011 年 3 月 31 日止，本條項被援引在醫療民事判例如：2003 年 10 月 16 臺中地院 90 年重訴字第 334 號（胃癌未發現延誤治療案）¹³⁵、2009 年 5 月 14 日士林地院 96 年醫字第 9 號¹³⁶、2010 年 1

¹³² 台北地院 89 年度重訴字第 472 號判決、台北地院 95 年醫字第 5 號、臺灣高等法院 96 年再字第 76 號。前二則裁判係對原告為有利之判斷，但高等法院 96 年再字第 76 號判決則僅表示，在醫療訴訟中有表見證明法理適用之可能性，惟在該案中，並未予以適用而為事實之認定，並駁回原告之請求。至於高雄地院 93 年醫字第 6 號判決，患者律師雖有主張「違反表面證據(事實說明自己或事情本身說一切)之證據法則，可知鑑定意見不可」，但法院未予採認。

¹³³ 台北地方法院 95 年度醫字第 14 號判決，援引德國實務及學說上發展之重大醫療瑕疵原則以轉換舉證責任。

¹³⁴ 最高法院 93 年度台上字第 2213 號裁判意旨

¹³⁵ 本件王 OO 係因被告周 OO 於體檢時未正確診斷出胃癌致遲了四個月始發現等情，業如前述，則王 OO 生在體檢當時應已罹患胃癌，已是帶病之身，與一般正常之人有所不同，通常而言，

月 26 日臺灣高等法院 97 年醫上字第 5 號。¹³⁷ 2010 年 3 月 16 日板橋地院 93 年度醫字第 5 號¹³⁸、2010 年 12 月 28 日臺灣高等法院 97 年度醫上字第 17 號¹³⁹、2010 年 12 月 14 日臺灣高等法院 96 年度醫上字第 29 號¹⁴⁰。細觀此六則判決，五則係針對財產上損害數額無法證明時，法院援引民訴法第 222 條第 2 項酌定數額；僅

其壽命均較一般正常之人為短，此為眾所周知之事實，故在推算王○生之可能生存期間，自不宜逕以內政部所編之台灣地區簡易生命表計算之，但目前並無任何文獻提供可推測罹患胃癌之病人可能生存期間之計算公式以供採認，則卻要求原告林秀琴證明此部分之損害額，即顯有重大困難，故本院依民事訴訟法第二百二十二條第二項之規定，參酌前開國內外文獻關於胃癌預後情形之統計，雖有計算二年、三年或五年存活率之別，但多數是以計算五年存活率為統計或研究之基本年數，……。

¹³⁶ 按不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。為民法第 193 條第 1 項所定明。又按「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」，復為民事訴訟法第 222 條所規定。經查上述慈濟醫院之診斷證明書上記載：「需做乳房重建手術費用約 10 至 12 萬元」，而鑑定意見就再為重建手術認為：「學縮放鬆並生理食鹽水袋置換術約新台幣 6 萬到 8 萬元」，兩者所估之費用不同，本院依民事訴訟法第 222 條規定，審酌上情，認原告此部分請求於 10 萬元範圍內，較為合理，應予准許，逾此部分者，不應准許。

¹³⁷ 經本院審酌一切情況，認林○○雖未能就自 91 年 6 月 14 日起至 92 年 3 月 31 日止約 10 個月所支出 1 萬 1,076 元之其他居家護理費用舉證以實其說，惟其既已證明因陳○之過失醫療行為而受有支出其他居家護理費用之損失，然因其確切受損數額之數額尚難以證明，自得依民事訴訟法第 222 條第 2 項之規定，認定林○○於自 91 年 6 月 14 日起至 92 年 3 月 31 日止約 10 個月所支出之其他居家護理費用為 1 萬 1076 元（計算式為：1,107.6 元×10 月=1 萬 1,076 元）。

¹³⁸ 本件原告甲○○所述費用支出憑證已失落，致其不能舉證證明費用數額，衡情應屬可能。本院參照上開規定（編按：最高法院 93 年台上字第 2213 號肯定民訴法第 222 條第 2 項適用於無法證明損害數額情形），斟酌被害人阮○利之身分、地位、死因等一切情況，認為其喪葬費用允以 10 萬元為適當，逾此範圍原告甲○○之請求，應屬無據。

¹³⁹ 本件法院認為劉○鴻係因肺癌而死亡，被上訴人台北市立聯合醫院之醫師蔡○明及不詳姓名醫師雖有醫療疏失，其僅減低劉○鴻之存活率而已，其醫師如能早日檢查出劉○鴻患有肺癌一期，其存活率 60%，迨至末期始發現，存活率已降至 2%，已如前述，則依存活率下降 58% 及過失比例（見上證 4 肺癌醫療暨衛教網頁影本及民事訴訟法第 222 條第 2 項參照），核算出上訴人得請求之金額如附表所示。上訴人勝訴部分，其依侵權行為請求部分，不另論述，上訴人敗訴部分，其依侵權行為之請求，駁回之理由同前。（編按：本案依契約責任判決）

¹⁴⁰ 本件上訴人就被害人喪葬費用：按殯葬費為收殮及埋葬費用，其賠償範圍仍應以實際支出之費用，並斟酌被害人當地之習俗、被害人身分、地位及生前經濟狀況決定之。惟當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額（民事訴訟法第 222 條第 2 項參照）。

有一則臺灣高等法院 97 年度醫上字第 17 號判決，法院係針對存活機率降低的損害賠償數額，援引民訴法第 222 條第 2 項酌定數額，此判決見解應為存活機率受損類型援引本法條項首宗。基上，我們不難發現法院對醫療民事案件援引本條項是相當小心翼翼，相較於近兩年來在其他契約類型債之關係中所大量援引本條項的情形大為不同，尤其在承攬契約中的「給付利益」損害的部分上。

另就損害賠償方式問題，**最高法院民事判決 94 年台上字第 2128 號**（原審竟依其請求，命婦幼醫院免費提供附表三所示之醫療服務，以為損害賠償，於法自有未合。）該判決認為向來損害賠償方式，依民法第 213-215 條規定意旨，以回復原狀及金錢賠償二種方式，然原告律師主張「命婦幼醫院免費提供附表三所示之醫療服務，以為損害賠償」，為原審法院所准，此為法律所不允，故遭廢棄發回。本文針此有不同意見，姑且不論侵權責任，單從契約責任為思考，損害賠償方式是否須如此僵化？如細觀本案原告為台大教授，卻前往婦幼醫院就醫，其與診療醫師或該醫院信賴基礎可推知具有一定程度，基於契約履行過程發生麻醉醫療人員疏失所致損害發生，在當事人契約未明定損害賠償方式時，是否一定須奉行法律規範？還是此部分能援引契約解釋原則適用，填補損害方式若當事人主張醫療服務提供，似乎更符合當事人契約意思原則。退一步言，當本案允許由債務人提供醫療服務提供照護被害人至死亡為止，對債務人為醫療機構而言，似乎並無更不利且所耗成本上會較能樽節（無論醫療耗材、人員成本等），且能更藉由照顧該患者發生對該醫院警惕效果；而對被害人及其家屬而言，由醫療機構接手處理後續照護工作，該醫療機構更了解該患者病情始末，照護上將更完善，基上，本文認為原審法院准予原告請求被告提供醫療服務主張，似並無不妥。

第七項民刑程序關係

按刑事判決所認定之事實，雖無當然拘束獨立民事訴訟判決之效力，然刑事判決認定犯罪所由生之理由，如經當事人引用，則民事法院即不得翹置不論。依**最高法院民事判決 91 年台上字第 222 號**意旨，認為上訴人引用刑事判決認定

被上訴人犯罪所由生之理由，揆諸首揭說明，原審不得恣置不論。乃原審未說明有何理由足以認為原法院八十六年度上易字第七七〇號刑事確定判決採證有何瑕疵，亦未說明有何證據足以認為該確定判決認定事實有何不當，徒以行政院衛生署醫事審議委員會鑑定之結果，即置該刑事確定判決所認定之事實於不顧，而為有利被上訴人之論斷，自屬於法有違。從而，本文認為雖說民刑事程序各自獨立互不拘束，但由於基於同一基礎事實，且在醫療事件長久以來過於倚賴鑑定意見，故而民刑事判決結果則客觀上很容易是一致。

第五節 小結

基前各節所述，醫療民事案件國際間朝穩定趨增，台灣亦同。在醫療行為定性上各國朝廣義方向，從台灣醫療案件實證上亦趨同。然而，基於醫療行為諸多特性下，各國如何因應日愈趨增民事訴訟案件？英德趨向放寬向來恪守的民事過失原則，英國就特殊情況下採取補償制度，而德國則是朝向醫療仲裁制度前進。回顧台灣於 2004 年醫療法第 82 條第 2 項增訂後，向來醫療行為是否適用於消保法無過失責任爭議，實證上似乎趨近醫療行為不適用消保法服務責任的穩定見解，即堅守傳統過失責任原則，果爾，台灣與前述國際趨勢似乎漸行漸遠。

就台灣醫療民事訴訟案件實證呈現了幾個問題：

- 一、患者高敗訴率低賠償額；
- 二、請求權主張自 2000 年後傾向於契約與侵權並予請求，即便是如此，實證上採取請求權競合理論，側重以侵權責任處理，一旦依侵權責任請求有理由時，則不再論及契約責任，無疑以侵權架空契約責任制度運作；
- 三、爭點整理制度未善盡，不利責任成立要件及因果關係判斷，造成無效攻防程序過於冗長、訴訟上和解制度適用可能空間遭壓縮；
- 四、第一二審法院過度依賴鑑定意見，以致於某程度取代了法官對責任成立要件即因果關係判定功能；

五、舉證責任分配不明情形，即便是實務上面對增修的民事訴訟法第 277 條但書規定，究竟是舉證責任轉換？減輕或免除舉證責任？亦尚未形成實務的明朗態度；六、損害賠償範圍，即便是在 89 年新增修民事訴訟法第 222 條第 2 項以後迄今，僅有六則醫療民事判決援引酌定賠償數額之酌定，全數屬於固有利益損害範圍地問題，其中，五則均是屬於財產上損害，另一則是存活機率喪失損害。在給付利益上損失主張未發現，此情形相較於其他契約類型，例如承攬工程契約，實證上近兩年開始大量援引本條項處理給付利益損害賠償酌定的情形，呈現出實務面對醫療民事案件，損害賠償範圍酌定是趨近保守的；另就損害賠償方法部分，實證上仍是恪守「回復原狀」或「金錢賠償」，若從契約責任債之關係角度出發，以當事人間契約解釋原則為核心，雖當事人未於醫療契約內容約定賠償方法時，是否則一定要恪遵法定規定賠償方法？還是在其中能透過當事人契約解釋導出其他賠償方法，在婦幼醫院切除子宮過程致生植物人案，本文持肯定看法，即認為原審法院允許當事人請求被告醫院提供醫療服務為損賠方式似應較合乎當事人的締約的契約解釋，為此見解與該案最高法院見解相異；

七、同一醫療事件涉及民刑事程序，因事實基礎同一且實證資料呈現過度醫療鑑定意見，從而，民刑事程序履踐後判決結果通常會相同。

由於上述各項相關民事責任法實證現象，本文認為純就民事責任規範面而論，制度設計上似乎契約責任較有利於債權人，為何在醫療民事實證面卻不受實務家或當事人所倚重援引請求？甚至，是否「高敗訴率低賠償額是因長久以來未重視契約責任所導致的當然結果」？後續第三章，本文將從契約責任與侵權責任在法規範面作進一步探討，併於適當處引入我國實證資料與外國法制作比較說明，是否契約責任規範相較於侵權而言，是否真得較有利於解決醫患間的醫療傷害問題。



第三章 契約責任 v. 侵權責任

第一節、問題提出

前述第二章係就醫療訴訟民事責任法實證現象，作一全盤性問題觀察歸納。而本章思考問題是基於實證所呈現現象，是否因請求權及實務操作上過於「重侵權、輕契約」的結果？是否是因侵權責任制度上相關缺失導致患者容易敗訴？抑或是向來契約責任制度不受重視，甚至，自我限制以致於無法發揮契約責任制度上優勢，因而，使得患者權益無法受到應有的保障？

以下，本章嘗試從現有台灣民事責任體系架構，以釜底抽薪方式，探討傳統契約與侵權責任規範功能，比較異同之處，此處作一般性問題比較；再以附件三：曾上訴第三審確定判決患者獲賠的十七件案件為基礎，細繹整理比較這十七件勝訴確定案件，在侵權及契約責任適用的情形，並進一步整理、分析及歸納，面對醫療民事訴訟案件時，兩種法律工具功能適用的場域，藉以進一步釐清，醫療民事訴訟事件適用現存我國民事責任體系是否足夠？還是需要在研發出其他的法律工具才能足以解決目前醫療民事訴訟事件的困境。

誠如 1976 年 Tony Weir 學者表述一段話，透過侵權行為法，維持社會法秩序，以達生活、健康、財產和財富……得以安全的目的，並透過契約法促進侵權行為法的發展。而契約法是富有成效性，侵權行為法則是保護性。換句話說，侵權行為人是典型地使得事情更差而應負責任的人，而締約人則是為不使他們更好須負責的人¹⁴¹。然而，科技日日履新的現代，契約責任與侵權責任交錯、拉鋸三十年間，透過日本學者內田貴所言「侵權將死，契約再生」一語，或許道盡契約責任與侵權責任在過往三十年民事責任發展路途中，二個民事責任體系企圖提供更完

¹⁴¹T Weir, Chapter 12: 'Complex Liabilities' in A Tune (ed), International Encyclopaedia of Comparative Law, vol XI, Torts, 6. (1976).

臻保障功能，逐漸擴張各自傳統保護範圍領域，呈現於外的是，彼此間制度功能交疊程度趨近一致。在醫療民事案件中，從 SARS 院內感染事例，即可窺知一二¹⁴²。之所以造成民事契約責任的「契約義務群的強化」及「保護客體的擴大」，或許某程度緣起自傳統侵權責任「保護客體範圍過於限縮」、「功能不彰」所帶來的保護上不周。

然而，隨著契約責任適用範圍不斷擴大，契約責任與侵權責任間的區別界線，也因而越來越模糊。契約責任與侵權責任有無本質上的不同、二者之間是否應該區別、如何區別、區別實益何在等問題，不但是處理契約責任與侵權責任競合問題時的前提性問題，其答案如何，也將是解決契約責任與侵權責任競合問題時的指導原理¹⁴³。

學者陳忠五從這兩套民事責任體系的保護客體，細繹分析論證，傳統以來民事責任區分「權利」與「利益」正當性是值得質疑的¹⁴⁴。本文基本上贊同陳氏見解，蓋「權利」與「利益」二者間本質均是同屬利益，且二者區分乃基於立法政

¹⁴² 台灣 2003 年發生 SARS 事件，因應 SARS 疫情而於民國九十二年五月一日制定「嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例」，全條例共十九條，同法第十九條並宣示其施行時間自九十二年三月一日至九十三年十二月三十一日止。侯英冷教授認為：「從公法事前安全管控之角度，尤其針對特殊嚴重傳染性疾病事前管控之疏漏、欠缺，而透過特別立法加強主管單位和醫療體系對緊急狀況之應變能力等相關規定尚可接受；但就亦同時於新單行法中加上民事賠償責任之規範則提出質疑。其理由主張僅就一新興事件之性質在現行既有法體系中，屬於一個全新類型且相關之問題複雜，而有以特別法加以規範之必要性時，才需透過立法方式填補漏洞，縱欲制定新法，亦須累積足夠經驗、歸納出一些基本原理原則後為之尚妥。」。侯教授的上述意見在其認為本類案件得適用締約上過失處理思維基礎，參侯英冷，「論院內感染之民事契約責任：以爆發 SARS 院內感染為例」，頁 33-42，正典，2004 年。其餘有關締約上過失相關文獻，請參王澤鑑，「債法原理」，頁 48-50，自版，2009 年；黃茂榮，〈締約上過失〉，「債法總論第 3 冊」，頁 1-48，自刊，2010 年；陳自強，〈締約上過失〉，前揭註 115，頁 28、66。另從侵權責任保護客體擴及利益部分，認為院內感染也是同時屬於侵權責任中保護義務違反的問題。其實，無論是締約上過失制度或是附保護第三人作用的契約、契約上的附隨義務、前契約和後契約義務等理論，也都是為讓契約效力擴大及於契約締結前或履約後的締約當事人而非契約的當事人的目的而產生。不斷擴張契約責任的結果，迫使得侵權行為法的適用受到相當大的壓縮，此處適時反應出來。

¹⁴³ 陳忠五，「契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省」，頁 18，新學林，2008 年。

¹⁴⁴ 陳忠五，前揭註 143，頁 291-308。

策的抉擇結果，國家法律政策下思維，或是基於國家保護義務使然，提供了權益層級化保護政策，讓某些性質屬於憲法核心領域的權益，化身為憲法基本權利；或是基於整體「分配正義的角度」，將某些權益劃歸為利益，不受較嚴密保護¹⁴⁵。此亦可從本文國際醫療政策改革第二步曲「抑制醫療費，採行 DGR/PPS 制度」¹⁴⁶，如何類歸某類疾病，是值得分配到健保給付的多少數額，同屬區別正當化爭議之處。我國在 2010 年 1 月正式運作「DGR/PPS 制度」，以疾病類別作為健保給付層級化標準，有無正當性問題，日後將有異曲同工爭議的問題¹⁴⁷。

然若基於契約責任及侵權責任的「權利主體」、「舉證責任分配」、「因果關係」及「賠償範圍」觀察，本文則認為二個民事責任制度似乎存有各司所職的雙軌並行之餘地，甚至，應認為兩套不同原理原則來運作契約與侵權責任體系，方能提供更為嚴密的法律保護網，實無互相取代的空間。蓋因基於契約關係特殊性的目的前提下的「契約關係相對性之絕對貫徹性」、「契約保護利益（權益、給付利益、完整利益）的特殊限制性」、「第三人對契約義務或內容可預見性」，前者受契約相對性理論支配，而後二者則是建置在信賴關係的基盤上受信賴原則所支配。具體言之，如果某些醫療民事事件法律關係中，如醫療契約關係的特殊性締約目的

¹⁴⁵ 從比較法觀點，德英兩國，對於保護法益範圍，也是分傳統的生命身體健康權保護，以及其他權益保護，國家所提供保護密度是有程度上不同。

¹⁴⁶ 英美日等國醫療政策改革三部曲，第一曲：「醫療費擴大時代（1948s）」、第二曲：「醫療費抑制時代（1979s）」、第三曲：「評估與說明責任時代（1988s）」。第一曲的醫療改革，歷經數十年後，醫療費造成各國財政重大負擔，英國 1979 年、日本 1981 年、美國從 1983 年採用 DGR/PPS (Diagnosis Related Groups/Prospective Payment System)，以診斷群組別作為醫療費給付標準別，來進一步達到抑制醫療費日愈膨脹。主導權從醫療專技者挪移到醫療費。美國由保險業者、英國由政府、日本則由厚生省協力促成醫療改革第二曲，參酌近藤克則，「医療費抑制の時代を超えて—イギリスの医療・福祉改革」，頁 39，医学書院，2007 年。而德國 21 世紀德國醫病關係，基於未來醫療服務機構，透過立法將照護醫療部份委託由市場競爭機制處理的有利政策條件下，政策的目的基於加強基層醫療服務，約百分之六十至七十的門診醫師扮演家庭醫生角色，以提供基本醫療服務。根據 2000 年世界衛生組織所提出 21 世紀醫療政策，2005 年由歐盟會員國德國聯邦政府採為該國醫療政策方針，投入一些醫師人力在家庭醫師的工作裡。進一步，在 2007 年作立法修正，使得護理人員得從事社區護理工作，作為連結醫療機構內部醫師與家庭醫師的溝通橋樑，為遠距醫療的患者，從事一些例行性檢查、訪視及預防季節性老年人疾病復發等工作。總之，德國聯邦政府也是朝向壓制醫療費用的方向，進一步詳細論述，參酌 Jörg-Dietrich Hoppe, *Die Patient-Arzt-Beziehung im 21. Jahrhundert*, in: *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, Springeronline, 2009, S.1-8.; 其他有關國際醫療改革相關文獻，請參莊錦秀，前揭註 18。

¹⁴⁷ 本文認為針此將與日後醫療臨床的醫療契約法律關係產生複雜的責任歸屬問題，這涉及「G to B to C」及「B to B to C」留待日後有機會再做深入研究，在此先不予敘述。

是當事人想維護時，此時則應有維持雙軌制的責任體系的必要，以捍衛契約關係的「特殊性」。然而，在沒有維護契約關係「特殊性」的必要前提下，在同一損害賠償權利人及義務人間，契約及侵權責任要件均具備時，則應承認「責任競合」發生。就此我國學說有關契約責任與侵權責任競合時，應如何適用？如前第二章所述，在醫療民事責任上傾向請求權競合說。

本文基本看法是應視具體個案，來斟酌選擇採何種學說，即醫療民事事件類型中，一方契約當事人違反的「狹義、典型意義下的契約義務（給付義務）」，所侵害的客體是「狹義、典型意義下的契約利益是給付利益時」，則應採取「法條競合說」，以貫徹契約責任特殊性的規範計畫或規範功能（即契約責任優先適用），從而，能達到醫療契約當事人所欲保護契約特殊性的給付利益。反之，在某些醫療民事事件中，一方契約當事人違反的「契約義務（保護義務即通說狹義的附隨義務）」，且同時屬於不得侵害他人的「一般義務（作為或不作為義務）」，所侵害的客體是「契約利益是固有或保護利益時」，且同時屬於一般社會「生活利益（完整利益）」時，則應容許患者選擇對其比較有利的法律基礎請求，宜採「請求權自由競合說」，蓋此時並沒有維護契約責任特別性的規範計畫或功能的必要性。

有鑑台灣醫療民事事件實證結果¹⁴⁸，「契約與侵權請求基礎同時主張判決數在第一審有占全部第一審判決（657件）之46.3%；在第二審判決中，同時主張侵權及契約責任判決則有175件，占全部第二審判決（299件）之58.5%。」的實務趨勢。本章以下擬不深論傳統民事契約責任與侵權責任競合時的相關理論及支配原則，從契約責任與侵權責任的「區別實益」出發，經由比較契約責任與侵權責任二種不同責任體系在「保護客體」、「權利主體」、「損害」、「因果關係」、「過失」認定上究竟有無不同，以便從當代民事責任法理論與實務發展趨勢，重新反省契約責任與侵權責任二者間應如何區別，並據以檢討契約責任與侵權責任的區別，在我國現行醫療民事責任上應如何加以正確定位。甚至說，是讓其往分道揚

¹⁴⁸ 沈冠伶，前揭註36。

鑿各自上路，至於所採行方法是，透過法律闡釋？或是立法為之？針此，本文在後續第四、五章會深論。故本章以下論述，將從我國民法典法條體系，描繪出現行民法典的「契約與侵權責任法理（一般規範）」，再略論「民事歸責原則」後，接續談「契約與侵權責任構成要件」、「法律效果」等。

按民事責任法功能之一，在於保護社會生活中各種正當的、值得保護的「權利或利益」。經由民事責任成立的判定，一方面確認被害人權利或利益存在而且被侵害的事實，他方面宣告被害人權利或利益被侵害後所生的損害應予賠償。此所以民事責任成立要件之一，必須被害人受有某種「損害」。就責任是否成立而言，所謂「損害」，是指「權利或利益」被侵害本身所生的不利益，亦即權利或利益歸屬主體，因責任原因事實的存在而抽象地無法圓滿享有或行使其權利或利益的內容¹⁴⁹。「權利或利益」既然是民事責任法所欲保護的客體，則權利或利益的保護，是否因民事責任性質上是一種「契約責任」或「侵權責任」而有所不同，是本文所欲討論的核心問題。進而，同屬民事責任成立要件中的「過失」與「因果關係」部分也會在後續討論中逐一檢測。而最後本文將針對契約責任與侵權責任二者適用於醫療民事事件的利弊優缺，導出採契約責任制度處理醫療民事事件將優於採侵權責任制度模式。

第二節、概述契約責任與侵權責任一般法規

範

第一項、契約責任法理

我國民法典上契約責任，不若如侵權責任設有專章或節作一般規範。如從民法典體系「債務不履行」部分的第 220 條以下規定，特別是第 226、227、231、

¹⁴⁹ 損害，是一種「不利益」，此種不利益，依其在具體實現損害賠償權利過程中所扮演角色的不同，可分別從「責任成立」與「責任範圍」二個不同層次加以觀察，而有「責任成立上的損害」與「責任範圍上的損害」之分。相關問題，參閱陳忠五，前揭註 62，頁 107 以下，段碼 23、24。

232、233 條等規定是針對契約責任為規定，再搭配上民法第 213-218 之 1 條關於損害賠償之債的一般規定，則構成契約責任的一般規定。而規範在民法及民事特別法中關於契約責任個別規定，例如民法第 360、434、487-1、495、544、634 等條規定，依其性質納入前述契約責任一般規定，自得架構成「契約責任法理」。

第二項侵權責任法理

我國侵權責任一般性規定，規範在民法第 184 條至 198 條，再搭配上民法第 213-218 之 1 條關於損害賠償之債的一般規定，則構成侵權責任的一般規定。而規範在民法或其他民事特別法，如消費者保護法等個別侵權責任規定納入前述侵權責任一般規定法體系內，也能自行形成「侵權責任法理」。

雖然，論及民事事件責任問題，大致會被民事責任體系最重要兩大責任體系契約與侵權責任所囊括。向來即有論者認為有無存有第三種責任（即法定特別責任）探討¹⁵⁰。爭議存在一個核心問題，當法律有規範漏洞時，要擅用原來既存法規範，透過法學方法論去彌補法律漏洞？還是另做增定法規範來處理紛爭？二者無優劣問題，僅是法律政策的選擇而已。從民法第 245 條之 1 增訂理由觀察，「該條締約過失責任，其性質既非侵權責任，亦非債務不履行之範疇」，顯然立法者於立法當初即選擇另對一些民事事件責任，本質上非屬侵權亦非為契約責任，承認第三種責任類型即法定特別責任方式。惟該責任類型，不若如侵權或契約責任在規範上完臻，在法未有明文規定之事項時，則得適時援引前述所論「契約責任法理」或「侵權責任法理」來尋求解決之道，以發揮契約與侵權責任法理填補漏洞的功能，這可從我國民法第 110 條無權代理人責任及民法第 245-1 條損害賠償，因該兩條均未針對「為他人行為負責」作規定，故究應援引民法第 224 條或是第 188 條規範意旨處理呢？則涉及到民法第 110 及 245-1 條規定之損害賠償責任，

¹⁵⁰ 現行民法有關法定特別責任，常為提及有民法第 110、245-1 條。典型探討問題，會集中在民法第 110 條「無權代理人損害賠償責任性質探討」，進一步相關文獻有：史尚寬，前揭註 25，頁 501；劉春堂，〈狹義無權代理之研究〉，「民商法論集（一）」，頁 42-46，三民，1985 年；王澤鑑，〈無權代理人之責任〉，「民法學說與判例研究，第六冊」，頁 5，自版，1989 年；陳自強，「契約之成立與生效」，頁 334-336，學林，2002 年；孫森焱，前揭註 116，頁 101-105；黃立，「民法總則」，頁 408，元照，2005 年；陳忠五，前揭註 143，頁 10-14，新學林，2008 年。

理論依據上應如何定位問題¹⁵¹，將得到進一步的驗證。

第三節契約與侵權責任的民事歸責原則

第一項我國契約與侵權責任歸責原則概論

我國民法上就侵權行為係以故意或過失為要件，然而，我國民法對故意及過失要件並未設有明文定義之，故民法的故意，是援引刑法第 13 條規定意旨，解釋上，例如：侵權行為人對於侵權行為之事實，明知並有意使其發生，屬於直接故意；或預見其發生，其發生並不違其本意，屬於間接故意或未必故意¹⁵²。然民法故意要件的成立，通說則採故意說，須有違法性（違反義務性）認識，欠缺此認識則僅論過失。例如，醫師誤信其對手術患者無說明義務故未對患者履踐說明，謂有過失非屬故意¹⁵³。關於民法的過失，是援引刑法第 14 條規定意旨，解釋上，例如：侵權行為人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者，或對構成侵權行為之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生，易言之，過失是一種怠於注意的心態¹⁵⁴。然基於過失要件的制度功能及認定標準，民刑法似乎應有不同，蓋刑法基於矯正正義原則，具有國家公權力對於不法行為人為制裁目的，故過失認定上採主觀說（或折衷說）¹⁵⁵。惟民法基於私法自治、契約自由及損害合理分配原則考量，則過失認定上應以客觀說為妥¹⁵⁶。進而，刑法上可能因無過失（主

¹⁵¹ 向來法定特別責任，是有趣的問題。本文基本上是對此類型責任存在實益性持保留態度。思考一類類型存在與承認，重點應是這樣的承認，將有助於後續問題的解決，然而，承認此責任類型存在，解決問題尚須回歸契約與侵權責任規範援引來處理，在解決紛爭上是迂迴欠實效性的，且在抉擇間易生爭議，對紛爭解決尚無助益。反觀，若不承認此法定特定責任類型存在，似乎也能透過現行契約責任法理與侵權責任法理來定爭解紛，並無不同。有關進一步論述，他日有機會再另文交代。

¹⁵² 鄭玉波著、陳榮隆修訂，「民法債編總論」，頁 182，三民，2008 年；孫森焱，前揭註 116，頁 239；王澤鑑，前揭註 117，頁 305。

¹⁵³ 王澤鑑，前揭註 117，頁 306。

¹⁵⁴ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，前揭註 152，頁 182；孫森焱，前揭註 116，頁 239；王澤鑑，前揭註 117，頁 307。

¹⁵⁵ 刑法有關過失認定標準，向有主觀說（行為人本人的注意程度及注意能力）、客觀說（一般人的注意程度及注意能力）、折衷說（注意程度以一般人為標準，而注意能力則採行為人本人而定）。學者採主觀說有蔡墩銘，「刑法總論」，頁 176；實務採折衷說者，韓忠謨，「刑法原理」，頁 228。

¹⁵⁶ 王澤鑑，前揭註 117，頁 307。

觀說)，而為無罪認定，在民法上得因過失（客觀說）而構成民事過失責任¹⁵⁷。雖學者王澤鑑指出，目前從台灣實務見解尚未見判決明確對於刑法上過失與侵權行為法上過失作不同認定¹⁵⁸。

從本文從附件三：十七歷經三審判決患者勝訴確定案件整理表中，有七件曾提起刑事程序，其中，刑事判決為有罪確定判決為：Case PS1、Case.PS2、Case PS4、Case CM1、Case.CM2，共五件；和解為 CaseIM8、Case OR1，共二件。對前面五件確定刑事判決而言，似乎呈現出如王氏所言，實務對民刑法上的「過失概念」認定是一致，但從後二件刑事和解案件則並無法進一步確定過失概念，在此二件案件有無不同。惟本文認為在醫療事件裡，與其說因民刑法上對「過失概念」未為區分，故判決結果趨近一致，倒不如說，是因為無論醫療民刑訴訟案件，均以鑑定意見認定為其依據所致的判決一致的主因之一，細釋理由如下：一、前述五件民刑案件確定醫師有過失，其依據均是有鑑定意見認為行為人有過失；二，在本文附件三：Case.CM1，存有數個鑑定意見過失與否互見的意見，刑事案件確定有罪，而民事庭第一審判決採法醫中心無過失鑑定意見，判原告敗訴¹⁵⁹，第二審則採認行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見，認為醫師有過失¹⁶⁰，第三審判決駁回被告上訴確定¹⁶¹。醫患間有關民事訴訟事件孰為勝敗，幸與不幸全然決定於法院所採擷那個鑑定意見，尤其在本案件事實不明時，更為突顯出來。

另值得注意的是，就晚近醫療民事訴訟案件判決書內亦有採迂迴方式，認為民刑關於過失判斷應有不同，例如，台北地院 95 年醫上字第 27 號判決（刑事部份無罪，本案判決認有過失）：「... 被告雖辯稱：被告丙○○業經本院 92 年度易字第 2462 號、高院 93 年度上易字第 2118 號刑事判決無罪確定，認為丙○○並無過失云云。惟本案刑事高院判決係認為：「又醫師診斷過程，依其必要，常須踐行相關之檢查，如抽血、胃鏡、大腸鏡、超音波等，俾能發現病徵，以對症治

¹⁵⁷ 前揭註 156。

¹⁵⁸ 王澤鑑，前揭註 117，頁 307，註 4。

¹⁵⁹ 台北地院 88 年度訴字第 4500 號(900418)

¹⁶⁰ 台灣高等法院 90 年度上字第 491 號判決（910515）

¹⁶¹ 最高法院 91 年度台上字第 1545 號裁定(910808)

療，除對於生命、身體健康有重大危害之侵入性檢查，醫師應詳為說明各項風險外，如無此種情形，通常僅以告知診斷方式為已足，如不分各種診斷行為之風險高、低，率認醫師均須窮盡說明，致醫師、病人同受其擾，亦不合法定醫師告知義務之本旨……被告既於告訴人表示疼痛並看見血絲，及告訴人決定停止時，隨即中止，使告訴人之損害不致擴大，則其實施內診之過程中，業已保持必要之注意，亦難認為有何過失可言。縱認被告使用擴陰器之力道拿捏不佳，致告訴人受有傷害，惟據前述，告訴人之處女膜既有短淺之撕裂傷，並易於癒合，而被告關於擴陰器之使用，又非一次撐到最大，其使用方式尚屬溫和，自難謂被告之診斷方式，對告訴人之生命、身體健康有何重大威脅，則參諸前述之說明，被告進行內診前，對告訴人應盡之告知義務，其詳細程度即相對較低。被告既對告訴人稱要內診進一步確定病因，並獲告訴人同意，審諸被告前述檢查方式，應認已盡告知義務。而醫療結果常具有無法預測性，醫療行為亦常潛藏風險，對女病患進行內診，雖未必發生傷害結果，惟亦不能排除有發生之風險，本件被告既已盡告知義務，並符其業務上之要求，自屬業務上之正當行為，而得阻卻違法，且該判決(台北地院 95 年醫上字第 27 號民事判決)同時亦認為：「在醫療刑事案件上，經認定醫師已盡告知義務，所為係業務上正當行為而不罰，並非謂絕不負侵權行為、不完全給付等民事責任，亦即刑事責任與民事責任仍應分別以觀」(見該判決第 5、9 頁)。亦即被告丙○○是否涉及刑事業務過失傷害罪嫌，應視丙○○於使用擴陰器時，是否未保持必要之注意而構成過失，以及是否已盡告知義務而阻卻違法。但本件被告蘇○和是否構成不完全給付，其認定標準則應為系爭醫療契約之給付目的，兩者顯然並不相同。從而本件被告蘇○和既對原告負有附隨義務，應告知原告關於擴陰器之使用方式、目的及可能造成處女膜撕裂之結果，卻並未告知，有如上述，則依系爭醫療契約目的觀察，應認為被告蘇○和違反系爭契約之附隨義務……」。

醫療事件民刑事訴訟程序間，就「過失」的差異主要對於「預見可能性」，刑法採具體行為人有無預見來判斷，而民法則是基於一般理性人基於行為人當時

情狀，能否預見的問題。然而，這樣的標準是否在實務上運作是否已達到穩定一致，至少，在本文第二章的實證判決所呈現出來的結果，並非全然一致。

而所謂過失判斷標準，侵權責任係以抽象輕過失(即善良管理人的注意程度)標準。然而，契約上注意義務違反則是認為有過失¹⁶²，至於注意程度得由當事人約定，若當事人未約定時，原則上以故意或過失為要件(民法第 220 條第 1 項)，但過失責任依民法第 220 條第 2 項規定意旨，得依事件特性而有輕重。故現行民法針對一些契約類型的「注意程度」作不同程度規範，大致有「善良管理人的注意程度」¹⁶³、「應與處理自己事務盡同一的注意程度」¹⁶⁴、「僅就故意或重大過失負責」¹⁶⁵。就同屬勞務給付契約類型中僱傭及承攬契約，就注意程度法律並未做特別規定，解釋上應適用一般原則，即民法第 220 條第 1 項的故意或過失，而委任契約部分，民法第 535 條針對受任人注意程度作特別規定，為「善良管理人的注意程度」¹⁶⁶。

就對「第三人行為負責」問題，契約責任依民法第 224 條規定，債務人就代理人或使用人關於債務履行有故意或過失時，應與自己之故意或過失負同一責任。例如，患者甲慕名開業醫師乙接生技術好，與其締結生產醫療契約，接生過程中，由實習醫師丙與產房護士丁擔任助手，不料因丙未適時確認胎盤是否完整娩出，使部分胎盤組織殘留於子宮壁導致子宮收縮不良，引發甲產婦產後大出血，乙醫師仍須依民法第 224 條對丙實習醫師的過失，應與自己的故意或過失，負同一責任¹⁶⁷。如從侵權責任而論，僱傭人本得證明選任或監督受僱人已盡相當之注意，或縱加相當注意而仍不免發生損害，而不負賠償責任(民法第 188 條第 2 項)¹⁶⁸。

¹⁶² 從這點觀之，契約的「可歸責性」與「義務違反」二要件是重疊，在契約法中債務不履行的情況下，契約當事人可否歸責(主觀要件)似乎不重要，重點是在契約義務有無違反問題，故會導引出一個問題意識，契約的「可歸責」要件有無存在必要性問題，此問題留待後續第五章再細繹論之。

¹⁶³ 例如，民法租賃契約第 432 條規定。

¹⁶⁴ 例如，民法無償寄託契約第 590 條規定。

¹⁶⁵ 例如，民法贈與契約第 410 條規定。

¹⁶⁶ 陳自強，前揭註 115，頁 258。

¹⁶⁷ 此例改編自陳自強，前揭註 115，頁 253、387 的例子。

¹⁶⁸ 王澤鑑，前揭註 117，頁 95。

就上述歸責原則而言，就「自己責任」部分，契約責任與侵權責任規範上無明顯優劣之分，蓋過失認定上，侵權責任是依抽象輕過失為原則，而契約責任原則上是依契約當事人間信賴關係強弱而有別，有償契約債務人原則負有較重的注意義務，即抽象輕過失責任（例如買賣、僱傭及承攬），無償契約債務人原則上負較輕的注意義務，即具體輕過失責任（例如無償委任民法 535 條前段）。但若從契約責任本得由契約當事人約定來調整，似乎主張契約責任較富彈性空間。就「他人行為負責」部分，主張契約責任對債權人而言，似乎較有周全保障，因為為履行輔助人行為負責，不若僱傭人得援引侵權責任第 188 條第 2 項抗辯事由而免責。

第二項比較法與我國醫療民事事件實證觀察

總括而言，「醫療民事責任採過失原則」，無論是英德¹⁶⁹、DCFR 歐洲醫療契約法IV·C-8¹⁷⁰及台灣均是相同，然就英國及德國現行有未依傳統醫療民事過失責任的例外情形，台灣針此卻是朝向嚴守傳統民事過失責任方向¹⁷¹。

¹⁶⁹ C Katzenmeier, a.a.O.S.150 ff.; P Cane, Atiyah's Accidents, supra note 5, at 330.

¹⁷⁰ 參附件一

¹⁷¹ 參本文第二章論述。常為學者或實務判決所引用的最高法院民事判決 96 年台上字第 450 號判決：「又因醫療行為之醫療過程充滿危險性，治療結果又充滿不確定性，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，設若對醫療行為課以無過失責任，基於自保之正常心理，為免於訟累，一般醫師寧可採取任何消極的、安全的醫療措施，以爭取「百分之百」之安全，而選擇性的對某些病患以各種手段不予治療。醫師為降低危險行為量，過度採取防禦性醫療措施，實不能達成消保法第一條第一項之立法目的，自應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消保法適用之範圍之列。況醫療法第八十二條第二項既明定醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任，就醫事行為之損害賠償責任，非採無過失責任，與消保法規範之無過失責任體系相悖，足證醫療行為應排除在消保法之適用。從而，上訴人依前開規定，請求被上訴人負損害賠償責任，即屬無據，應予駁回等詞，為其心證之所由得，並說明上訴人其他主張及聲明證據為不足取，暨無再鑑定必要之理由，因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。按事實之真偽，應由事實審法院斟酌辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷之，苟其判斷並不違背法令，即不許當事人空言指摘。本件原審除依被上訴人通報衛生署之加護病床空床數通報明細表予以審酌外，並依被上訴人急診室護理紀錄內容，而認定被上訴人所提出九十二年一月七日上午七時至九時確無加護病床（ICU），則其判斷並不違背法令。次按，損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在（本院四十八年台上字第四八一號判例參照）。本件被上訴人醫護人員發現上訴人呼吸聲音改變，於查詢調用加護病床前，既先為上訴人施作電腦斷層檢查及持續進行手術前之準備工作，而無延誤，上訴人復未能舉證證明其成為植物人之結果，係因被上訴人醫院加護病房管理之缺失或有何醫療疏失所導致。況醫療行為並非從事製造危險來源之危險事業或活動者，亦非以從事危險事業或活動而獲取利益為主要目的，

有關「過失認定」部分，英國（NHS 系統下）依「該醫師顯而易見的過失」，適用於侵權行為法；民營的（非 NHS 系統下）醫師，承諾履行該治療時給付該技能與注意，亦可適用契約法¹⁷²。

而「醫師的注意標準」的問題內涵，是指醫師須達到那種抽象行為標準程度，才不致被認為有過失？綜觀前述所論，英國和德國法律呈現高度相似程度，英國採「理性的專業人員標準」¹⁷³，而德國則採依德國民法第 276 條第 2 項「交易當時必要注意標準(*die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*)」¹⁷⁴，兩國認定內涵均為「理性的注意標準」。但在行為人主觀要件是否要納入考慮？德國較英國更嚴格，細繹之，行為人醫師如具有較高程度注意能力時，則以較高標準認定其注意義務是否已盡；英國早期基於醫療衛生保健資源考量認為不應認該醫師因此有過失，晚近傾向與德國見解一致，認定有過失。近來德國聯邦最高法院見解對於資淺無經驗被告責任，認為其監督的醫師教導下施行技能，科予組織機構責任。在台灣，實務學者通說採善良管理人的注意標準（即抽象的輕過失）¹⁷⁵，而善良管理人的注意，乃是通常合理（理性）人的注意義務，係屬一種客觀化或類型化的過失標準，此種一般理性人，在英美法的概念是「reasonable man」，亦採客觀標準說，從而，我國通說採一般理性的人注意標準，與英德國並無不同。惟對行為人主觀注意能力高於或低於一般人時，應如何處理？關此在台灣醫療民事損害賠償實務上見解尚無一定論，惟大多傾向仍以一般理性人的注意義務為標準。不過在台北

亦與民法第一百九十一條之三之立法理由所例示之工廠排放廢水或廢氣、桶裝瓦斯廠裝填瓦斯、爆竹廠製造爆竹、舉行賽車活動、使用炸藥開礦、開山或燃放焰火等性質有間，並無民法第一百九十一條之三之適用。原審因以上述理由，為不利於上訴人之論斷，經核於法洵無違誤。上訴論旨，猶執陳詞，並以原審取捨證據、認定事實及適用法律之職權行使，暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決不當，求予廢棄，不能認為有理由。據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。」。本文認為，最高法院在本則判決針證明確表態的意見是醫療行為不適用民法第 191-3 條。至於，學者及實務通說常引此判決認為醫療行為自醫療法第 82 條增列第 2 項規定後不適用消保法服務責任(判決內容標楷字劃線處)，其實僅是最高法院引用原審判決意見，似乎不宜逕而採為最高法院明確意見。

¹⁷² 這裡一般會與普通法的契約債務類型相對比，如買賣契約或貨物供給契約，See G. Treitel, *The Law of Contract*, 839ff Thomson/Sweet & Maxwell (2007) .

¹⁷³ M. Jones, *supra* note 66, at paras 3-084 ff.

¹⁷⁴ BGH, NJW 1953, 257.

¹⁷⁵ 台灣醫療民事契約責任通說採有償委任契約性質，注意程度為善良管理人注意程度，從而無論基於侵權或契約責任均以善良管理人注意程度。

縣立板橋醫院輸血延誤案¹⁷⁶，該案係因值班醫師為實習醫師，法院認為其專業能力尚未達一般注意標準，法院見解似與與德國採機構責任相合致。

至於，判斷欠缺注意的標準，是以該醫療行為給付不符合「醫療常規」？還是「醫療水準」來判斷？傳統以來英國和德國法之間存有認知上的分歧，英國依「Bolam Test」標準¹⁷⁷，而德國則採依更嚴格的標準¹⁷⁸，德國民法第 276 條第 2 項過失規範下，「沒有遵守常規標準，不當然等同過失」¹⁷⁹。

基此，台灣醫療民事訴訟實證，以最高法院見解觀察，最高法院明白表示意見（不包括僅形式羅列原審意見），較多採以「醫療常規」為判斷該醫療行為有無過失，此與英國相似¹⁸⁰，惟採「醫療水準」為有無盡善良管理人注意義務標準

¹⁷⁶本案經最高法院駁回上訴確定，歷審判決有板橋地院 88 年訴字第 2136 號判決、台灣高等法院 92 年上字第 591 號判決、最高法院 94 年台上字第 981 號裁定駁回。

¹⁷⁷ Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582 (QBD) 586; See also Emily Jackson, Medical Law, Text, Cases, and Materials, 101f, 2nd ed, Oxford University Press (2010). 該案患者為精神疾症併有不定時抽搐問題，此患者進行腦部治療時（四肢固定在治療椅上），要否先施打肌肉鬆弛劑，存有醫療學派分歧見解，該醫師採取未施打肌肉鬆弛劑，不幸於腦部治療時，因患者突發性抽搐致使發生骨盆處骨折，法院認為如該項鬆弛劑施打與否均為醫療常規所採，被告醫師未施打並無過失。這樣見解等同是承認了「法律所賦予的是注意義務，但注意標準卻是屬於醫學問題」。Bolam Test 這樣見解施行英國多年後，漸漸遭受到質疑，在標竿案例 Bolitho v. City and Hackney Health Authority 案件裡，患者診斷為哮喘性細支氣管炎病童，治療方式有二，放置留置型人工氣管（避免突發性哮喘發作堵塞呼吸道），另一是不放置（避免讓發炎情形不易治療），患者於治療期間哮喘發作呼吸道阻塞，心跳停止。醫師抗辯不留置人工氣管為醫療常規之一，且於病發急救期間已放置人工氣管，仍無法避免該患童腦部缺氧受損。審理期間雖有專家證人主張審視該患童就醫情形，其會採取與被告醫師一樣處置選擇不留置人工氣管。惟原告五名專家證人均認為依該患童就醫情形，放入留置人工氣管是唯一能避免，患童於哮喘發作呼吸道受阻缺氧所致腦部損害發生方式。原審法院奉行 Bolam Test，判認原告敗訴；而上議院法院認為專家證言須符合邏輯，須衡量利益及風險，只有在具合理性時才能為法院所採納，從而，上議院在該案不遵奉 Bolam Test，認為原告主張有理由。相關 Bolitho v. City and Hackney Health Authority 案件資料參[1997] 4All ER 771.; [1998] A.C. 232, 243.; also see Emily Jackson, supra note 177, at 117-118.

¹⁷⁸ BGH, NJW 1987, 2291-2292.

¹⁷⁹ BGH, VersR 1979, 826; D Giesen, a.a.O., Rn.95.

¹⁸⁰ **最高法院民事裁定 99 年度台聲字第 236 號**：「聲請人未指出醫療常規非屬善良管理人應注意之法則，徒托空言原確定裁定違背本院十九年上字第 2746 號及四十二年台上字第 865 號判例意旨，自無足取。」（編按：原審法院以醫療行為已符合醫療常規並無過失，聲請人認為善良管理人注意義務違反否不能以醫療常規為斷，故而提起再審。依上開最高法院駁回再審聲請似採認以醫療常規判斷標準）、**最高法院民事裁定 98 年度台上字第 553 號**：「本件上訴人對於原判

者亦有人在¹⁸¹。然而，何謂醫療常規？從醫療臨床觀察，無論國際間或台灣似乎

決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據及認定事實之職權行使所論斷：上訴人於民國九十二年四月二十九日入被上訴人醫院急診，同年五月一日住進 SARS 隔離病房，同年五月五日因呼吸衰竭行插管治療。被上訴人醫護人員於九十二年五月五日、同年五月十七日、二十一日發生上訴人自行拔管（自行拔除呼吸器）前後，對上訴人所提供之醫療照護並無疏失，且被上訴人於上訴人住院期間所提供之醫療、照護及病況處置均合乎醫療常規，尚未發現疏失之處，被上訴人就本件醫療行為並無過失。」、**最高法院民事裁定 98 年度台上字第 645 號**：「本件上訴人對於原判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，徒就原審取捨證據、認定事實之職權行使，所為：被上訴人光田綜合醫院（下稱光田醫院）之受僱醫師即被上訴人丙○○、丁○○、戊○○（下稱丙○○等人），對於上訴人之被繼承人何童實桂所進行之醫療及急救行為，均符合醫療常規，並無用藥或醫療不當之情事。」、**最高法院民事裁定 97 年度台上字第 562 號**：「本件上訴人對於原判決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，徒就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使所論斷：被上訴人乙○○為上訴人施行手術等治療行為，已盡說明與告知之義務，其醫療行為合乎醫療常規，並無故意或過失之責任」、**最高法院民事裁定 97 年度台上字第 1449 號**：「本件上訴人對於原判決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，徒就原審依兩造協議簡化之爭點，以其取捨證據、認定事實之職權行使所為：被上訴人對上訴人罹患鼻咽癌之分期判定並無違誤，其對上訴人所施之化學及放射性治療（包含放射劑量），亦均符合醫療常規，且與上訴人嗣後所罹患之放射性頸脊髓炎無何關連。」、**最高法院民事裁定 93 年度台上字第 1628 號**：「本件上訴人對原判決提起第三審上訴，雖以該判決不備理由而違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使所論斷：經將上訴人所有之病歷資料送請行政院醫事審議委員會基於醫學知識及現行醫療常規鑑定結果，被上訴人甲○○診療上訴人之過程及使用活性維他命 D 3 靜脈注射，其藥劑量及頻率均未超過治療副甲狀腺亢進所建議之用量，每月亦定期監測其血中鈣、磷值，並追蹤血鈣值及調整用藥，包括停用鈣片、使用低鈣透析，或暫時性停用維生素 D，已盡用藥之定期監測及適時調整藥物劑量之能事，無法認定甲○○對上訴人之治療行為，有何故意侵權或不當之醫療疏失。」。

¹⁸¹ **最高法院民事判決 97 年度台上字第 1000 號**：「未查醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係，依民法第五百三十五條後段規定，醫院既應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員（即醫療團隊）於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具上開醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患受有傷害時，醫療機構即應與之同負債務不履行之損害賠償責任。本件被上訴人為中山醫院之負責人或該院聘請之醫療人員，負責上訴人之診療及復健，自應盡善良管理人之注意義務。是以丁○○等三人是否均為陳福民即中山醫院對上訴人為醫療行為之履行輔助人及渠等為上訴人醫療復健時，是否已盡其善良管理人之注意義務暨渠等未查明上訴人有無骨質疏鬆情形即施作復健，是否有所疏失？在在與上訴人得否請求被上訴人連帶賠償損害有關，原審就此未詳加調查審認明晰，本院尚無從為法律上之判斷。」、**最高法院民事判決 97 年度台上字第 2735 號**：「次按健康檢查之契約為醫療契約，屬勞務性契約，其受有報酬者，性質上即類似有償之委任關係，依民法第五百二十九條及第五百三十五條後段規定，醫療機構應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對健檢人或病患履行診察、診斷或治療之義務。本件被上訴人於八十八年九月十八日對上訴人健檢所拍攝系爭 X 光片發覺當時該 X 光片上已有肉眼清晰可見之肺部腫瘤異常，經原審記載為兩造不爭執事項在卷；上訴人並屢稱：被上訴人為伊進行之新生健檢目的在於早期發現學生之疾病，俾行追驗矯治；且通常腫瘤大於一公分即可由 X 光片上發現，被上訴人於輔大同年六月八日八十八學年度健康檢查招標說明會時，亦表示學生健檢之重大異常個案可安排其就診之後續服務；被上訴人之受僱醫師對伊為系爭健檢時發現 X 光片有異常，即應負告知伊之義務；又以八十八年間醫療水準，系爭 X 光片判讀醫師對該 X 光片內容是否在醫療上得進行肺部「無明顯異常」之診斷結果，聲請原審致函台大醫院腫瘤部詢問等情，凡此均與系爭 X 光片檢查是否明顯可見大於一公分之陰影？其可疑為腫瘤時是否屬重大異常個案？及被上訴人是否應以善良管理人之注意盡其告知義務所關頗切。原審未詳查究明，遽為上訴人不利之認定，亦嫌速斷。」、**最高法院民事判決 96 年度台上字第 258 號**：「次查原審所據醫審會鑑定書及台大醫院覆函雖有：「治癒率不高」、「以八十三年當時的醫療水準，即使在發病住院初期有診斷出來，也不見得就能完全治癒」、「八十三年間對於胸椎動靜脈畸形施

是見仁見智的問題，很難形成共識¹⁸²。衡諸法院實務上採取「醫療常規」為判斷標準，無非基於醫療臨床效率性及專業人員的信賴基礎考量基石上，當現代型醫療機構企業管理下¹⁸³，前述二項前提似乎已不復存，因而，本文對此判斷標準是存疑的。

另就「醫療水準」部分，其內涵為何？從比較法觀點，日本自「東大梅毒輸血案」，該案日本最高法院明確認為「醫師或醫療機構注意義務違反否，不得以是否依醫療慣行(編按：醫療常規)為判斷基礎」¹⁸⁴，輾轉數十年至平成八年(1997)以前有數則日本著名採「醫療水準說」判斷標準判例後¹⁸⁵，日本最高法院在「腰

行栓塞治療之效果，一般而言皆不夠理想，但治療效果與病灶之大小及血管之複雜性有很大之關係，所以不同的病人間會有很大的差異性」等語，但非全然否定得加以治療之可能性，然原判決卻依上述鑑定及覆函即逕認「上訴人應無從避免兩下肢癱瘓之結果」，自有認定事實與卷證資料不符之違誤。」、**最高法院民事判決 94 年度台上字第 1605 號**：「按醫療機構因醫療契約之訂立，負有以盡善良管理人之注意，依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患死亡或受傷者，醫療機構自應負債務不履行損害賠償責任。查陳泰和於八十九年九月間業經被上訴人所屬醫師診斷其罹患陳舊性心肌梗塞，其於同年十月四日至被上訴人處急診，經醫師認係腸胃問題，將之轉至胃腸科門診做胃鏡檢查，為原審認定之事實。而依行政院衛生署醫事審議委員會九十一年一月二十四日鑑定意見書記載：「鑑定意見：……三、病患（即陳泰和）於八十九年十月四日因上腹痛及噁心現場，再至被上訴人急診室就醫，由急診室值班醫師給予肌肉注射非類固醇抗炎鎮痛藥後，約一小時後症狀改善，建議轉至胃腸科門診續治療，而離開急診室。但病患有心肌梗塞病史，急診室值班醫師此時宜給予心電圖檢查，或抽血檢查後，以排除心肌梗塞的可能性，再轉介門診續治療。直接建議病患至胃腸科門診做胃鏡檢查，是有不妥之處」等語。且上訴人於事實審主張：陳泰和於八十九年十月四日上午至被上訴人處急診，主訴噁心及上腹痛……，心肌梗塞症狀中常伴有虛弱感、出汗、噁心……。沒有胃腸病史的患者如果突然上腹痛，應把心肌梗塞列入鑑別判斷等語，並提出剪報影本一件為證。果爾，陳泰和於被上訴人處已有心肌梗塞之病史，倘陳泰和於急診時所主訴噁心及上腹痛等症狀，依當時醫療水準應可判斷係屬心肌梗塞症狀，被上訴人所屬醫師因疏未查看病歷，或經驗不足誤認係腸胃問題，將之轉至胃腸科門診做胃鏡，因而未能及時就陳泰和所患心肌梗塞病症為適當之治療，致陳泰和心臟衰竭死亡，能否謂被上訴人履行醫療契約已提出合乎債之本旨之給付，尚非無疑。原審未查明陳泰和究係何原因導致心臟衰竭死亡，徒以被上訴人所屬醫師已為陳泰和診治，且無法證明陳泰和之死係因施做胃鏡之併發症所致，即認被上訴人給付之醫療並無疏失或可歸責之處，不無可議。」。

¹⁸² 此問題癥結點除了在醫療行為本質特色外，還包括了患者生物體的多樣複雜化、經濟能力高低不均、對危險性醫療行為選擇偏好不同、患者自我決定的法律與醫療倫理原則等因素影響。相關國外文獻 James Henderson & John Siliciano, *Universal Health Care And Continued Reliance on Custom in Determining Medical Malpractice*, 79 *Cornell L. Rev.* 1382, 1390-94 (1994).

¹⁸³ 此問題亦涉及到醫療法第 53 條增修醫療機構能盈餘分配後的實質營利機構色彩加重問題，有關此問題日後再表。

¹⁸⁴ 最判昭 36.2.16，民集 15 卷 2 号，244 頁，1961 年；金光秀明，〈第 2 章 義務違反 過失《總論》1 醫療水準と医療慣行〉，秋吉仁美編，「医療訴訟」，頁 221，青林書院，2009 年。

¹⁸⁵ 最判昭 57. 3. 30，判時 1039 号 66 頁 (未熟兒網膜症)、最判昭 57. 7. 20，判時 1053 号 96 頁 (未熟兒網膜症)、最判昭 61. 5. 30，判時 1196 号 107 頁 (未熟兒網膜症)、最判昭 61. 10. 16，判時 1217 号 60 頁 (大腿四頭筋拘縮症)、最判昭 63. 1. 19，判時 1265 号 75 頁 (未熟兒網

椎麻醉休克案」判決明確對「醫療水準」作具體一般性說明「醫療臨床上所履踐醫療水準雖非具有全國一致性標準，考量診療當時該醫師專業領域、所屬醫療機構性質、所處地域醫療品質等因素所決定出來的醫療水準，此醫療水準成為醫師注意義務判斷標準。這樣的醫療水準行為並不一定與平均的醫師所適用的醫療常規行為完全一致，故而，醫師依醫療常規所為行為並無法直接認為該醫療行為已符合醫療水準的行為」¹⁸⁶。不過，日本學者岡林申幸已曾於1996年在文章指出¹⁸⁷，醫療行為是否符合醫療水準判斷，應參酌具體個案背景事實，依患者就醫情形合理決定醫師所應負的診療義務水準，即醫療水準是相對性概念；在具體個案事實情況，基於醫療機構或醫師的專業性、醫療條件或區域醫療品質水準等因素考量下，對該醫師或醫療機構所課予的治療方法或檢查義務，是屬於客觀上合理期待時，若違反該義務則違反醫療水準的標準。

台灣醫療民事實證中，並未針對醫療水準作一般性具體說明。以最高法院四則採取以醫療水準判斷標準為例¹⁸⁸，判決內僅是就案件事實作認定，但未就何謂醫療水準作說明。惟最高法院刑事判決 95 年台上字第 3884 號：「醫療過失，係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務而言。惟因醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，應以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務。原則上醫學中心之醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，一般診所最後；專科醫師高於非專科醫師。尚不得一律以醫學中心之醫療水準資為判斷標準。此參諸行政院衛生署所訂醫療糾紛鑑定作業要點第十六條：醫事鑑定小組委員及初審醫師，對於鑑定案件，應就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫

膜症)、最判昭 63. 3.31, (判時 1296 号 46 頁 (未熟兒網膜症)、最判平 4. 6. 8, 判時 1450 号 70 頁 (未熟兒網膜症))、最判平 7.5. 30, (判時 1553 号 78 頁 (新生兒核黃疸)、最判平 7.6.9, 民集 49 卷 6 号 1499 頁 (未熟兒網膜症)、最判平 8. 1.23, 民集 50 卷 1 号 1 頁 (腰椎麻醉致休克案)。

¹⁸⁶ 最判平 8. 1. 23 民集 50 卷 1 号 1 頁[腰椎麻醉事故]; 金光秀明, 前揭註 184, 頁 221-222。

¹⁸⁷ 岡林申幸, <医療水準論に關する一考察(二)一先端技術と医療過誤(一)>, 名城法學 44 卷第 2 号, 頁 88, 1994 年。

¹⁸⁸ 截至 2010 年 2 月 28 日止, 最高法院僅有四則是明確使用醫療水準字句 (不包括僅羅列原審判決意見在內): 最高法院民事判決 97 年度台上字第 1000 號、最高法院民事判決 97 年度台上字第 2735 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 258 號、最高法院民事判決 94 年度台上字第 1605 號。

學知識與醫療常規，並衡酌當地醫療資源與醫療水準，提供公正、客觀之意見，不得為虛偽之陳述或鑑定之規定，亦明。」¹⁸⁹。基上，台灣有關「醫療水準」的意涵與日本相去不遠。

於實務對於未符合常規的醫療行為，原則上認為應由被告對此提出證明其正當依據為何，類似像德國見解，不當然等同有過失。至於行為人行為是否在患者當時情況是應為行為，則過於倚賴鑑定意見¹⁸⁹，這點較傾向於採英國做法，而僅有少數幾例對於鑑定意見採批判性見解，就此又類似於德國法院傳統上對專家意見的批判立場。有關歐洲醫療契約法IV·C-8：104 條第 1 項規定則採「理性的醫師」判斷標準（參附件一）。

在醫療資源分配不均下所蘊藏的「醫療資源短缺」對相關注意標準的影響，在德、英及台灣均採相同立場，維持最低標準門檻，根據醫師的專門技能水準及醫院規模類型，存有地區性差異程度。有關歐洲醫療契約法IV·C-8：104 有關技能及注意義務規定意涵，均與英德及我國向來實務及學者通說一致。

在「緊急情況」裡所適用的注意標準的問題，英德國分二方面討論，一是醫院整體上沒有足夠的人力物資因應，二，特定的醫師行為可否非難問題。關於前者情形，例如在該院當值人員不足提供給同時發生需要照護的兩位患者提供醫療照護，英國法院堅持「行為可能性」及「合理可預見性」標準。因此，同時發生兩位患者突然需要醫院的照護情況，醫院不被要求再增加多些醫療專業人員，以防萬一不幸的巧合¹⁹⁰。但德國法院則會將因欠缺配置足夠醫療人力物資的風險將歸責於醫院，屬於醫院機構管理過失¹⁹¹。關於後者情形，因令特定醫師在逾越

¹⁸⁹ 參本文第二章論述。而鑑定機關判定時則是以行政院衛生署所訂醫療糾紛鑑定作業要點第十六條：醫事鑑定小組委員及初審醫師，對於鑑定案件，應就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌當地醫療資源與醫療水準，提供公正、客觀之意見，不得為虛偽之陳述或鑑定之規定，從而，嚴格來說鑑定意見應以醫療水準來判定為妥，但遺憾的是，如觀察第二章所檢索的鑑定意見中，似乎文字絕大多數以「醫療常規」為標準。

¹⁹⁰ *Smithers v Taunton and Somerset NHS Trust* [2004] EWHC 1179. 在此案件中，法院判定醫院不用對嬰兒遲延照護所致大腦損傷負責，該遲延係因當時恰逢醫療團隊人員正在處理另一宗緊急救護事件。

¹⁹¹ *BGH*, NJW 1991, 1543.

其能力負擔所生錯誤情形，英德此時會將該醫師當時所面臨那些困境列考量¹⁹²。基此，台灣醫療民事實務上，在急診人力不足時，如遇突發緊急事件，有無告知患者轉醫及能否預見為其過失有無判定¹⁹³。後者特定醫師在逾越其能力負擔所生錯誤情形，通常也是以類似「預見可能」及「結果迴避可能性」來處理，故而台灣就此亦與英德相同¹⁹⁴。有關歐洲醫療契約法：IV·C-8：104 條第 2 項轉醫告知、IV·C-8：107 條第 2 項告知義務於緊急醫療例外排除、IV·C-8：108 條第 3 項緊急醫療必要處置例外得未經同意為之等相關規定意旨，與英德及我國實務通說相類。

第三項、小結

綜上述討論，台灣醫療民事訴訟實務見解，就過失要件認定上，是較傾向保護被告的，基此，整體而言，傾向英國見解，不若像德國較基於保護患者權益制度設計，雖然，就法體系形式觀之，台灣不論是在民法體系或司法審判架構均相仿於同為大陸法系的德國。然這從契約與侵權責任法規範面（應然面）設計上所論述結果有些出入，理由安在？若從附件三：十七件歷經三審判決患者勝訴確定

¹⁹² K Geiß/H-P Greiner, *Arzthdftpflichtrecht*, 5Aufl. Munich, Beck, 2006, Rn.27.

¹⁹³ 臺灣高等法院民事判決 89 年度上更(一)字第 130 號：「次按醫院、診所因限於設備及專長，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診，違反者應處二千元以上一萬元以下罰鍰，並得責令限期改善，醫療法第五十條第一項前段、第七十六條第一項分別定有明文，核此為保護他人法律之規定。本件被上訴人醫院固有外科之設置及手術台三台之設備並有外科醫師四位人員在職（見調閱之被上訴人醫院相關開業資料），惟並無腦神經外科專業醫師駐院，須向外以特約方式約聘來院主治，此為被上訴人所自承，足見被上訴人對於因發生車禍致腦部受創之急診患者並無法提供完整迅速之治療醫師於先甚明。....」

¹⁹⁴ 臺北地方法院民事判決 96 年度訴字第 6626 號略為：「本件事故當時，值班醫師李慶緯並未在急診室，經護士通知，仍未趕來，任令被告(編按：實習醫師)獨自一人執行本件醫療業務，已經前訴判決確定，被告固在無醫師指導情況下進行醫療行為，但于廖玉霞當時病況危急，被告於當日 1 時 05 分許，已指示須備血 8 袋，以便輸血，伊所為之治療方法並無不當之處，既經前訴肯認，自難謂被告怠於善良管理人之注意。又蔡安益比對血液過程，于廖玉霞病況急轉直下，當日 2 時 30 分無呼吸，被告即刻施以心肺復甦術，進行 45 分鐘之急救，復經前訴敘明，衡情應可評價為臨時之急救，依醫師法第 28 條第 4 款之規定，亦應認無違反保護他人法律之情事。...次依前訴認定之事實，輸用 O 型紅血球濃縮液乃最直接、有效之治療，固為不爭之情，惟原告已自陳實習醫師無法以自己名義開立緊急備血單，仍須請有證照醫師為之等語，以當日值班醫師李慶緯並未到院而言，被告根本無法採行此項治療方法，自難以此項不作為，即謂被告違反注意義務。次依前訴認定之事實，輸用 O 型紅血球濃縮液乃最直接、有效之治療，固為不爭之情，惟原告已自陳實習醫師無法以自己名義開立緊急備血單，仍須請有證照醫師為之等語，以當日值班醫師李慶緯並未到院而言，被告根本無法採行此項治療方法，自難以此項不作為，即謂被告違反注意義務。」

案件整理表觀察，僅有一件未經鑑定外，其於十六件案均經鑑定，而鑑定有無過失，大都以有無符合當時臨床科技水準及醫療常規，未採行常規者則有過失。如同一案件中，曾有審級同時主張契約與侵權責任共有七件，其中，即有五件案件曾有審級未對契約請求為審酌¹⁹⁵。如從實證資料能推出的理由，似乎是出在「契約責任請求權」較少被運用、「太倚重鑑定意見」問題上。

第四節、責任主體及保護主體的區別

第一項、我國契約責任與侵權責任有關主體面概論

就「責任主體及保護主體」而言，契約責任與侵權責任有何不同呢？就契約責任而言，落實契約相對性原則下，無論是責任主體或保護主體上，均會侷限於契約關係的當事人間，即責任主體則為契約的債務人，保護主體則為契約的債權人。相較之下，侵權責任則不若契約責任一樣，受限於契約關係的範圍內的當事人為度，即是舉凡是因該致使損害發生之行為人，即為責任主體的加害人，而受有損害之人，即為保護主體的被害人。

就主體範圍觀察，契約責任制度功能似乎較侵權責任為弱些，尤其是在醫療過失發生在非患者及第三人的損害時，想援引契約責任來解決紛爭時，困難度會高些。在一般商品民事責任上，有時甚會受制於一些特殊關係，例如消費關係，惟學者詹森林曾指出，解釋上只要因商品致傷的受害人，即應讓其有向加害人(商品製造商或銷售商)請求損害賠償的權利，不能只因其有消費關係，即受制於「消

¹⁹⁵ 十七件案件中，曾有審級原告同時主張「侵權注意違反」及「契約不完全給付(加害給付)」僅有七件，而審理中法院未曾就「契約不完全給付(加害給付)」部分請求審酌的案件有五件：Case.IM11【板橋地院 88 年度訴字第 2136 號判決(920519)】；Case.SU8【台北地院 87 年度訴字第 2704 號判決(890804)、臺灣高等法院 92 年度上更(一)字第 157 號判決(931026)】；Case.O&G14【臺灣高等法院 89 年度上字第 1132 號判決(911210)】；Case.OR1【臺灣高等法院 92 年度上字第 879 號判決(940803)】；Case.OP7【臺北地院.90 年度訴字第 5736 號(931007)有關時效問題】。

費者」的文字限制為妥¹⁹⁶。

第二項、比較法與我國民事醫療實證觀察回顧

本文前述第二章所論及，原則上英國慣用侵權責任處理醫療過失案件，而德國法則是慣用契約責任處理醫療過失案件，就非醫療契約主體，如因醫療過失受有損害時，是否得主張損害賠償呢？針此，國外有專書¹⁹⁷針此醫療過失發生在非契約當事人間的問題作深入探討。其實，我國學者也有提出類似概念，針對非契約關係當事人所生醫療民事糾紛問題，可透過先契約（即締約上過失）與後契約（或附保護第三人作用之契約）¹⁹⁸義務理論，解釋上某程度也能提供非契約主體間所生的醫療過失，以契約責任尋求救濟途徑的一些助益。觀察附件一歐洲醫療契約法IV·C-8：101 就契約當事人作一規定，從第1項條文意旨¹⁹⁹，對契約當事人是否仍擴及包括醫療機構及醫師？解釋上留下爭議空間。而就該法同條第3項意旨觀之²⁰⁰，能提供目前國際醫療民事過失實務上爭議，有關失能人者、胎兒等，是否能取得契約當事人地位的爭議適度獲得解決，但接下來的問題是，與相關代理法理（例如英國意思決定法、信託法理等）接軌問題尚須再併予考慮。

從附錄三：十七件歷經三審判決患者勝訴確定案件整理表中，對權利(或責任)主體認定有爭議案件有一件：Case.O&G14²⁰¹。若從第二章實證範圍做檢索時，會發現有關權利或責任主體爭議的類型有：患者訴訟中或是為植物人時，其繼承人是否為權利主體的問題²⁰²，有關醫療行為人是否為契約責任主體的問題²⁰³有採

¹⁹⁶ 詹森林，〈消保法商品責任上「消費」之意義—最高法院九十三年台上字第二〇二一號高週波PVC塑膠熔接機判決之研究〉，月旦法學雜誌第122期，頁240-249，2005年。

¹⁹⁷ Rachael Mulheron, *Medical Negligence: Non-Patient and Third Party Claims*, Ashgate (2010).

¹⁹⁸ 同一概念，法國法稱為「默示之第三人契約」。此概念內涵指契約之作用保護及於第三人或契約默示其履行關係的第三人。而附保護第三人作用之契約與我國民法第269-270條的第三人利益契約，二者區別在契約當事人對第三人有無「給付義務」不同，前者無，後者有。故附保護第三人作用的契約其特徵乃在契約的保護效力及於第三人，當事人為給付時，應對該第三人盡「注意義務」，相關文獻參酌曾世雄、詹森林，「損害賠償法原理」，頁34-37、272-276，新學林，2005年；陳忠五，前揭註143，頁5。

¹⁹⁹ 該條項規定：「本章適用於締約當事人，治療提供者，提供醫學治療給他方當事人患者。」。

²⁰⁰ 該條項規定：「患者非締約當事人時，基於契約所涉及權利，患者如同第三人契約，要求治療提供者的履行義務。」

²⁰² 臺南高分院96年度重上字第59號：「... 按身體、健康、名譽、自由等人格法益被侵害

擴大契約權利主體及於胎兒的見解²⁰⁴、就醫療契約成立在何當事人間有爭執²⁰⁵、

而發生之非財產上損害賠償請求權不得讓與或繼承，民法第 195 條第 2 項固有規定，但此僅屬例示規定。同法第 194 條規定不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶之非財產上損害賠償請求權，亦應作同一解釋。惟同法第 195 條第 2 項但書規定：「以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」基於同一理由，此項但書規定，於同法第 194 條之情形，亦有其適用。又按當事人死亡者，訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前當然停止，民事訴訟法第 168 條定有明文。本件上訴人龔○會於民國（下同）97 年 3 月 1 日本院審理中死亡，故法院認為其繼承人得承受權利主體的位置。」；**高雄高分院 93 年度上易字第 59 號**：「...按當事人適格，係指當事人就具體特定之訴訟，得以自己之名義為原告或被告，而受為訴訟標的法律關係之本案判決之資格而言。故在給付之訴，若原告主張其為訴訟標的法律關係之權利主體，他造為訴訟標的法律關係之義務主體，其當事人即為適格。查上訴人既主張其係劉清輝之子女，劉○輝生前因汪○宜之醫療過失，呈植物人狀態，其受有非財產上損害，而被上訴人係汪○宜之僱用人，則上訴人對被上訴人請求給付精神慰撫金，當事人適格即無欠缺。至上訴人實體上是否有請求權存在，則為訴訟標的之法律關係存否之問題，不得與當事人適格混為一談，是被上訴人抗辯本件其當事人不適格云云，要不足採。」等判決。

²⁰³**臺灣高等法院 97 年度醫上更（一）字第 5 號**：「..... 上訴人丁○非醫療契約當事人，上訴人依醫療契約不完全給付，請求被上訴人丁○○連帶負擔損害賠償之責，亦無理由，均應予駁回。綜上所述，上訴人主張其因丁○○對其為牽張運動時，用力不適當之復健動作，造成其左手前臂尺骨骨折，依侵權行為及僱用人責任法律關係，請求被上訴人丁○○、中山醫院連帶賠償上訴人 507,940 元，及自起訴狀繕本送達之翌日即 92 年 5 月 13 日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息，為有理由，.....（有關復健師有過失）」；**台中高分院 96 年醫上易字第 6 號**：「.... 又病患前往醫療機構就診，若該醫療機構非醫師個人所開設，則成立醫療契約之當事人應為病患與醫療機構，醫療機構之醫師若為病患診治，醫師係屬醫療機構關於醫療契約之履行輔助人，於醫師對病患關於債之履行有故意或過失時，依民法第 224 條之規定，醫療機構應就其醫師之故意或過失負同一責任。查本件病患游○霞至上訴人中山醫院就診，係與中山醫學大學附設醫院成立醫療契約，上訴人甲○非契約當事人，亦與病患游○霞無任何債之關係存在，僅係上訴人中山醫院履行契約之使用人、履行輔助人（最高法院 90 年度台上第 468 號判決參照），是被上訴人依民法第 227 條及第 544 條主張上訴人甲○○應負債務不履行損害賠償責任，洵屬無據，要難准許。」；**台南高分院 95 年上字第 189 號**：「... 因兩造間為醫療契約關係，而醫療契約乃醫師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。依通說及實務上之見解，認為醫療契約係委任契約。次按醫療機構（醫院）作為醫療契約之當事人，自亦應對病患負依債之本旨給付之義務。惟醫療契約之內容在醫療行為之給付，但因醫療機構為法人組織，無法親自為病患實施診療行為，需賴聘僱專門之醫護人員始能履行其對病患所負契約上之給付義務。此際受聘僱之醫師並不承擔醫院與病患間之醫療契約，亦不因其實施醫療行為而成為契約當事人，僅係債務履行輔助人，因此醫師如於醫療行為時有故意或過失，醫療機構應依民法第 224 條規定，為其債務履行輔助人之行為，負債務不履行之責任」；**臺中地院 98 年度醫字第 9 號**等。

²⁰⁴**臺灣高等法院 92 年上易字第 1045 號**：「..... 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○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。（B 型肝炎帶原者孕母所生胎兒未施打 B 型肝炎免疫球蛋白，胎兒是否為契約當事人，醫師有違注意義務然欠缺因果關係。原審：板橋地院 92 年訴字第 398 號判決採否定）。惟當事人有爭執，法院未審酌：一則有關產檢契約，胎兒是否為契約當事人爭議，法院並未審酌認定（臺北地院 91 年訴字第 768 號）。一則是新生兒加護病房契約（臺北地院 89 年訴字第 3308 號）

²⁰⁵**臺北地方法院 95 年度醫字第 27 號**：「.... 故探究契約當事人之真意，應認為原告係與被告蘇仁和締結醫療契約。是被告蘇○和辯稱：伊為耳鼻喉科醫師，受僱於訴外人實健公司，而擔任「南京實和聯合診所」之名義負責人，診所之經營及管理均由實健公司決定，被告並無決定權云云，僅為被告蘇○和與實健公司間之內部關係，與原告無涉，故被告所辯，並不足採。（侵權時效已消滅）」。

原被告有主張與抗辯但遺憾的是法院並未審酌²⁰⁶。

第三項、小結

按傳統以來，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 153 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 530 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，因此等職業或行業具公益社會性，非屬一般事務之處理，故其若對該事務之委託，不即為拒絕之通知者，為保護委任人之便利，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²⁰⁷。又有學者認為有關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 7 條、第 76 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²⁰⁸。又綜觀前述我國醫療民事實務現況，對於權利(責任)主體，似不若實體法規範涇渭分明，尚有擴大的情形產生，此與歐洲醫療契約法趨勢是相近。

有關醫療機構責任認定的實證問題，出現專職於甲醫院的醫師丙，甲醫院並未實施醫師專勤制度，丙醫師自行利用工作之餘的時間至乙診所看診²⁰⁹，所生醫

²⁰⁶臺北地方法院 91 年訴字第 768 號：「...原告乙主張被告對其產檢有債務不履行使其誕生先天肢障多重殘障的原告丙，...被告抗辯產檢契約丙非當事人...。惟法院未審酌此部份。另一則是新生兒加護病房契約（臺北地院 89 年訴字第 3308 號民事判決）。

²⁰⁷ 林誠二，「民法債編各論（中）」，頁 226，瑞興，2002 年。

²⁰⁸ 黃茂榮，「民法債編各論，第一冊」，頁 374，自版，2006 年。

²⁰⁹ 如丙醫師係配合甲醫院調動支援勤務至乙醫院執行醫療行為時，如產生醫療爭訟時，何醫院須與醫師負起連帶責任？例如目前台大醫院會派其轄下醫師前往署立聯合系統院區(如婦幼、

療爭訟其契約與侵權的責任主體判斷爭議問題，針此實務²¹⁰傾向於以形式觀之契約關係成立的當事人，即以就診事實，依社會現狀與一般情形判斷，即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即被告乙所申請設立，並由其總籌與督導醫療業務，與居於幕後真正之出資者為何人無關。故探究契約當事人之真意，應認為原告係與被告乙締結醫療契約。是被告乙辯稱：伊為耳鼻喉科醫師，受僱於訴外人丁公司，而擔任「南京實和聯合診所」之名義負責人，診所之經營及管理均由丁公司決定，被告並無決定權云云，僅為被告乙與訴外人丁之內部關係，與原告丙無涉。若從學說角度²¹¹，債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任，民法第 224 條前段定有明文，其立法理由係基於本人既藉由第三人以擴張其活動範圍而取得利益，自應承擔該第三人活動時對他人造成損害之賠償責任。而所謂使用人係指為債務人服勞務之人，凡事實上輔助債務人履行債務之人均屬之，不以負有法律上之義務為必要，故不限於僱用人與受僱人間之關係，亦不以在經濟上或社會上有從屬地位為限，只要債務人於必要時，即得對該第三人之行為，加以監督或指揮者即足。從而，雖然臨床醫療活動醫患互動，而醫療人員僅為民法上輔助人地位（民法第 224 條），並非醫療契約當事人。

另從附件一歐洲醫療契約法規範觀察，DCFR IV·C-8：111 治療提供機構的責任規定：(1)如在治療契約履行過程中，該行為之履行在醫院或在另一提供治療的組織的場所，而該醫院或者其他治療提供組織非醫療契約當事人，必須對患者明確說明其非締約當事人。(2)當治療提供者無法被確認，醫院或者提供治療的組織將被當作治療提供者，除非醫院或者提供治療的組織有通知患者，在合理時間內，確認治療提供者的身分。或許能提供給我國目前實務學者通說更精緻化的參考。

和平、松德院區)或第一、二公保大樓門診看診，這些無論支援或被支援醫療機構是否應連帶為醫療行為者的過失行為負侵權責任？甚至是有些醫療支援勤務網是受衛生署的國家醫療政策的直接或間接支配，關此，衛生署是否該有些什麼責任呢？這類型爭議將會 2010 年 1 月所施行 DGRs 制度後，將會日趨重要。

²¹⁰ 例如：臺北地院 95 年度醫字第 27 號民事判決。

²¹¹ 孫森焱，前揭註 25，頁 489。

總括而言，綜前所述，無論是契約權利主體或契約責任主體，均較傳統以來範圍大些，與侵權責任體系下的主體（權利或責任）範圍的落差已拉近了許多。這樣契約責任主體擴大解釋結果，將有助於強化契約責任規範功能，並會與時效規範功能形成雙颱效益，提昇契約制度保護效能²¹²。

第五節 「保護客體」的區別

第一項我國契約責任與侵權責任有關「保護客體」面概論

契約責任源生自契約當事人間債之關係的標的，而債之關係探討重心環繞著「契約之內容（即為約定債之關係之標的）」²¹³。約定債之關係（契約關係）的義務群包括給付義務（主給付義務、從給付義務、給付利益）、保護義務及其他構成要件（例如不真正義務、形成權、抗辯關係等）²¹⁴。主給付與從給付義務的目的均為實現債權人的給付利益；而保護義務則是使當事人免於給付利益以外的其他法益的損害，即是在維護當事人的完整利益（固有利益，不以給付義務存在為前提）²¹⁵。而此處完整利益，並不限於生命身體健康與所有權，也可能及於其他權利，甚至所謂單純財產上損害（又稱純粹經濟上損失）²¹⁶。學者陳自強認為保護義務所保護的對象，雖然相當具有延展性，然不意味債之關係當事人所有的法益，皆無條件受到保護義務的保護。債之關係義務群理論雖然確立保護義務在民事責任法的地位，並認為保護義務的法律依據為誠實信用原則，保護義務的範

²¹² 這可以從臺北地院 95 年度醫字第 27 號民事判決內容，該案侵權責任請求權時效消滅，如未將契約責任主體擴大時，空有契約較長時效利益將無法被發揮出來。

²¹³ 相關資料參酌陳自強，前揭註 115，頁 40-50、88 以下。

²¹⁴ 本文分類係採自陳自強，前揭註 115，頁 89-105。如依我國通說對債之關係義務群分類，先分為主給付義務及廣義的附隨義務兩類，在將廣義附隨義務分為從給付義務與狹義附隨義務，而狹義附隨義務內涵，等同保護義務的功能，從給付義務則是對主給付義務有輔助功能。有關通說見解的相關文獻參酌姚志明，「誠信原則與附隨義務之研究」，頁 65，元照，2004 年；王澤鑑，前揭註 142，頁 37-54。本文基於「附隨義務」概念較不易明確，不如直接採其內涵的實質義務來區分在說理上會較清晰直接些。有關「附隨義務」概念相關文獻請參酌王澤鑑，前揭註 142，頁 42-48；陳自強，前揭註 115，頁 95 以下。

²¹⁵ 陳自強，前揭註 115，頁 97。

²¹⁶ 王澤鑑，前揭註 117，頁 96。

圍與強度，隨時間影響債之關係的程度、債之關係當事人協力的必要程度而有不同，法律上特別結合關係所具有信賴的要素愈濃厚，保護義務愈有可能存在。然而，該理論卻無法也不可能事先建立一套可供邏輯演繹的規則，羅列保護義務的構成要件，不問債之關係的類型與目的、當事人具體的利害關係如何、保護的必要性如何，機械地得到保護義務存否的答案。保護義務的認定工作，無法脫離其所由生的債之關係，而僅能針對某個別債之關係，回答是否有保護義務的存在、其具體內涵如何。此類具體個案保護義務的認定，對法院而言，困難且棘手，特別有賴學說判例的同心協力。承陳氏所言，在理論上，保護義務可能發生在所有的債之關係中，然因真正具有高度發展性格的債之關係，仍然以契約關係為主，保護義務的認定，實際案例，無不起因於契約當事人的一方，主張其法益因他方當事人違反契約所生的義務，而受到侵害，因而，保護義務的認定問題，不但屬於契約債務不履行的問題，同時涉及民事責任法體系構成的問題²¹⁷。

承上所述，就保護客體而言，依通說看法，主張侵權行為者則依民法第 184 條第 1 項前段規定，權利受侵害時，於加害人具有故意或過失時，被害人即得據以請求損害賠償；惟所受害為權利以外的利益（尤其是純粹經濟上損失），則須加害人係出於故意違背善良風俗致加損害於他人（民法第 184 條第 1 項後段規定），或是違反保護他人的法律時（民法第 184 條第 2 項規定），使得請求損害賠償。而有關契約責任債務不履行，除了前述侵權責任保護客體外，尚包括了純粹經濟上損失。簡言之，依傳統通說見解認為，侵權責任保護客體，原則上僅是限於權利，而契約責任則包括權利及利益二者²¹⁸。就此學者陳忠五則提出，契約與侵權責任保護客體範圍及程度並無不同，詳細論證核心在「權利與利益」本為同質區分無益、如將認侵權責任原則保護客體侷限在「權利」，在現行民法規範體制運作下將會產生「利益」保護不足問題²¹⁹。本文基本上贊成陳氏見解，讓侵權保護

²¹⁷ 陳自強，前揭註 115，頁 98。

²¹⁸ 王澤鑑，前揭註 117，頁 96。

²¹⁹ 詳細論述參陳忠五，前揭註 143，頁 2-3、291-308。

客體及於「權利及利益」，但即便是如此，「侵權責任」與「契約責任」的保護客體範圍及程度，似乎還是會有些許落差，因契約當事人得透過契約拘束力，將「利益範圍」放大，進而，契約給付利益受損時，成為賠償範圍（例如，當事人約定），一切是「具體特定」，契約當事人間具有「預見可能性」。反觀，此放大的「利益」部分，對侵權責任的當事人間，比較不可能是具有「具體特定」、「預見可能性」。

第二項、比較法與我國民事醫療實證觀察

回顧前述第二章探討內容，有關患者權益保護方面，從兩方面來看，一，在傳統對患者身體完整性及健康的保護，屬於傳統核心權益類型部分，晚近也承認將個人自我決定權納入保護權益內，此在普通法系的英國或大陸法系德國並無不同，只是英國原則上以侵權行為法處理，分不同侵權類型而配套不同訴訟上舉證要求；而在私立醫療機構（例如診所）治療情形，如果患者在治療的過程中受有傷害，可同時請求違約責任及侵權責任損害賠償。在德國則透過契約法處理，當治療患者發生不良結果時，原則上有違約請求權。二，關於患者其他權益，因原不屬核心權益，無論英國或德國，針此均容有法律見解歧異的問題。而有關休克性損害，無論在德國或英國均以侵權行為法作為請求依據，不過此類賠償德國有時候主張聽聞可怕的事，將足以適用之²²⁰，而英國此類賠償請求限制較多，晚近傾向於限於直接與間接被害人間除須具親密關係且須是目睹直接自然驚悚非漸進式事件所生損害²²¹。另有關錯誤生育（wrongful conception）、錯誤的出生

（wrongful birth）的情形，英國原則上基於醫患間契約目的，適用上可以較寬廣，即與侵權行為法上過失相較下，權益保護範圍較廣泛。例如基於醫療契約適當的解釋，契約目的是包括保障患者的財產。在此概念下，透過契約請求具有可能性，

²²⁰ K Geiß and H-P Greiner, a.a.O., Rn A94.; Basil S. Markesinis and Hannes Unberath, *The German law of torts : a comparative treatise*, 122, 4th ed, Oxford University Press (2002).

²²¹ *Sion v Hampstead Health Authority* (1994) 5 Med LR 170 (CA). 而通常此類休克性損害賠償請求態樣，通常是與患者治療有疏失所致相關其他人精神受創的問題，而非患者本身，詳參 eg *North Glamorgan NHS Trust v Walters* [2002] EWCA 1792. 有關醫師對第三人注意義務討論，Sec A Grubb (ed), *Principles of Medical Law*, 2nd ed, Oxford University Press (2004).

適用在錯誤生育（wrongful conception）類型的扶養費費用²²²。而德國關於避孕係基一般的計畫生育目的，該父母基於經濟考量的動機，德國聯邦最高法院採同意賠償的見解²²³，其餘在錯誤生育或錯誤出生的區域內，與英國一樣並不認同父母經濟利益的損失。所以，對在錯誤出生情形（包括所生小孩是先天生理殘障者），德國的患者是較不利²²⁴。綜前可知，外國法制實踐面上於醫療民事事件上侵權與契約責任保護客體範圍，除了核心領域的生命身體健康權外，在其它權益範圍也提供某程度保護的彈性空間，但並未區分主張侵權或契約責任而有所差別處理，就此與我國向來傳統通說見解不同，但與學者陳忠五見解趨勢似不謀而合。

回顧第二章台灣實證研究資料，有關「機會喪失」爭議，實務有：最高法院 96 年台上 2032 號判決²²⁵、台灣高等法院 97 年醫上第 1 號判決²²⁶、台灣高等法院

²²² *McFarlane v Tayside Health Board* [2002] 2 AC 59 (HL) 76. 依 Lord Slynn 在 *McFarlane* 案件中所表示見解，意指患者對於其所將支出「扶養費來說」，係基於醫療契約目的是透過節育計畫保障財產支出損害。不過，*Rees v Darlington Memorial Hospital* 案件中，Lord Scott 見解認為父母不論基於錯誤生育(wrongful conception)或錯誤出生(wrongful birth)，依契約法或侵權行為法所提訴求並無差異，因為涉及孩子生命及成本問題，不計算損害損失，方符合法律合理解釋，See A Grubb, 'Infertility Treatment: Multiple Birth and Damages for the Birth of a Healthy Baby-Thompson Sheffield Fertility Clinic, 9 Medical Law Review 172.(2001).

²²³ BGH, NJW 1980, 1450; BGH, NJW 1984, 2625.;國內有關計畫外生育文獻，侯英洽，〈「計畫外生育」與非財產上損害賠償—評最高法院 90 年度台上字第 468 號民事判決〉，台灣本土法學第 47 期，頁 63-76，2003 年。

²²⁴ BGH, NJW 2005, 891.

²²⁵ 最高法院 96 年台上 2032 號民事判決：「…… 原審（高雄高分院 95 年醫上第 1 號判決）以上開病理檢查報告函詢高雄榮民總醫院結果，據覆稱：因手術未作期別判定，故其存活率很難確定，很難作期別判定、至少應屬 AJCC 之第二期、一般子宮頸腺癌之存活率是指病人經初次治療後存活五年之機率。第二期子宮頸癌經手術（子宮根除術，骨盆淋巴摘除）其五年之存活率是百分之五十九至百分之七十五等語（見第一審第一宗卷第三九九頁至第四〇〇頁），似認開刀時如及早治療，張○靜玲仍有相當之存活率。又醫審會鑑定書記載病患之子宮頸腺癌雖然屬分化較差的細胞一語，固與病理檢查報告所稱該癌細胞係屬分化良好之細胞不符，但其併載稱：依初次手術之記錄得知：手術中未見到其他腹腔轉移之證據，且術後之病理報告所描述的原病灶大小約四公分，因而研判病患所罹患之子宮頸腺癌為可能屬於第 I B2 期之早期腺癌。依此記載，張○靜玲開刀時如能及早發現並予治療，其存活率似更高。國立成功大學醫學院附設醫院就前開病理檢查報告表示意見，亦未認張○靜玲開刀時之子宮頸腺癌已屬末期，僅謂至少屬 AJCC 之第二期（見原審第一宗卷第一九八頁），仍非無存活率。按癌症細胞之分化情形及期別，與病患之存活率所關至鉅，從而欲判定張○靜玲之存活率為何，自應先釐清翁○仁應告知而未告知時，即九十一年一月二十六日病理檢查報告送回聯合醫院之相當時間與張○靜玲事後發現該病理檢查報告至亡故時，即同年四月二十九日迄同年八月八日間，癌症細胞之分化情形與期別暨其癌細胞之分化如屬良性，早期與後期分化、擴散之速度有無不同，始能斷定張○靜玲是否因翁○仁疏未儘早告知上開病理檢查結果，致使其存活率降低而提早亡故。乃原審就此未違詳加調查審認明晰，遽以前揭情詞，認張○靜玲之死亡與翁○仁未盡其告知病理檢查報告之義務間，無相當因果關係存在，自不無判決理由不備之違法。上訴論旨，指摘原判決於其不利部分為不當，求予廢棄，非無理由。」

92 年上字 596 號（原審台北地院 91 年訴字第 2340 號）²²⁷、台中高分院 92 年醫上易第 2 號（原審彰化地院 92 年度重訴字第 165 號）²²⁸、高雄高分院 95 年醫上

第一審高雄地院 93 年度醫字第 4 號：「...本件原告固主張被告翁宏仁係受僱於被告聯合醫院，且其於訴外人張○靜玲在該院住院期間亦係該院之履行輔助人，而認被告聯合醫院應就被告翁○仁之過失行為負侵權行為及債務不履行之損害賠償責任云云，惟被告翁宏仁於本件醫療行為依前述既無過失可言，則不論被告聯合醫院與被告翁宏仁間是否為僱傭或履行輔助人之關係，被告聯合醫院就此即均無庸為被告翁○仁之醫療行為負何侵權行為或債務不履行之損害賠償責任至為灼然，而被告聯合醫院就訴外人張○靜玲之病理報告固未主動以電話或信件通知其罹癌之結果，惟依現行醫療慣例及實務，一般人若於醫院接受無法立即得知結果之檢驗項目如血液檢驗等，門診醫師通常係直接為受檢者預約回診時間或告知其應自行回診以查看檢驗結果，而鮮少主動於檢驗結果回覆時直接以電話或信件通知受檢者，而原告亦未舉證證明依醫療常規醫院須主動以電話或信件通知病患病理報告之結果，且被告聯合醫院在訴外人張○靜玲住院期間既已由負責診療之醫師即被告翁宏仁告知其應回院門診觀看病理報告，自應認被告聯合醫院亦已善盡使其知悉其病情管道之義務而未違反告知義務，原告主張尚亦無據。....」。（編按：法院認無消保適用，被告無過失。）

²²⁶ 雖承認治療機會，惟該具體個案欠缺因果關係：台灣高等法院 97 年醫上第 1 號判決「.....綜上所述，被上訴人丁雖有上述之醫療疏失，但因薛○里已是乳癌末期之病患，其乳癌已轉移至肝臟，其死因係乳癌併肝轉移所致，薛○里係癌症而死亡之病人，上開疏失與其死亡間並無因果關係....」。 雖認治療機會，惟具體個案並無延誤：板橋地院 92 年度醫字第 2 號：「.... 以上有行政院衛生署 92 年 10 月 21 日衛署醫字第 0920215435 號函暨其所附之醫事審議委員會第 090174 號鑑定書各 1 份在卷足徵。從而，實難謂被告丁、甲有何因延誤治療時機而有醫療過失之行為。.....」。

²²⁷ 台灣高等法院 92 年上字 596 號：「.....則按人格權中之生命權，係指享受生命安全之人格利益之權利，生命因受侵害而消滅時，為生命權受侵害。而存活機會為病人對未繼續生命之期待，存活機會受侵害，最終導至死亡時，即為剝奪生存之機會，亦應認為生命權受侵害，故存活機會應認為人格權之概念所涵蓋。...則上訴人於八十八年九月十八日為被上訴人實施健康檢查時，其判讀被上訴人胸部 X 光片之受僱醫師，就當時有明顯異狀之肺部狀況未為查覺，且未告知被上訴人此異常狀況，致其未能把握治療之時機，至八十九年三月二十七日發現罹患肺腺癌時已降為百分之七，可見被上訴人肺癌之範圍擴大，與上訴人受僱醫師未察覺判讀出其胸部 X 光片顯示胸部異常間，顯具有相當因果關係。上訴人自當依消保法第七條第三項規定，對被上訴人負損害賠償責任。故上訴人上開抗辯，自無可取。.....，因消保法對於時效並無明文規定，是應類推適用侵權行為請求權二年時效，...則被上訴人於九十一年三月十九日提起本訴，此有卷附起訴狀足憑（見原法院九十一年度北調字第六一號卷四頁），並未罹於二年請求權時效至明。是上訴人抗辯：本件業已罹於二年請求權時效云云，自無可取。.... 揆諸右揭說明，本件上訴人與被上訴人成立健康檢查之契約，該契約是屬於提供消費服務之行為，業如前述，上訴人所聘僱之醫師既為被上訴人從事健康檢查，且從其所拍攝胸部 X 光片，即可判讀出被上訴人胸部有異常現象，卻未予以判讀出來並告知被上訴人，顯有違反醫療服務行為而致被上訴人受有損害甚明。則上訴人依據消保法第七條規定，自應對被上訴人負損害賠償責任。再參照消保法第一條第二項規定：「有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。」，準此，有關損害賠償責任項目，自應適用民法關於侵權行為法則規定。」（編按：輔大健診案，依侵權及契約及消保請求，法院以消保準用侵權處理賠償範圍）。原審台北地院 91 年訴字第 2340 號：「.... 原告罹患癌症與被告實施健康檢查之行為間雖無因果關係；然被告博仁醫院於八十八年九月間為原告實施健康檢查時，其判讀原告肺部 X 光片之受僱醫師，就當時有明顯異狀之肺部狀況未為查覺，且未告知原告此異常狀況，致原告未能把握治療之時機；且因被告博仁醫院受僱醫師怠於為其醫療職務之執行，致原告於八十八年九月間肺癌百分之三十六至百分之七十一之五年存活率，至八十九年三月發現肺癌時已降為百分之五，則被告博仁醫院之受僱醫師怠於發現原告肺部明顯之異常狀況，且怠於告知原告，致原告未及時就醫，使其存活機率驟降，侵害原告之人格權，且此人格權之侵害與被告博仁醫院受僱醫師怠於執行職務之行為間有因果關係甚明。.....」。

²²⁸ 雖承認存活機會，惟該具體個案欠缺因果關係：臺中高分院 93 年度醫上易字第 2 號：「...依上開鑑定意見，亦認縱戊○○及早為第二次手術，僅能提高○夏之存活機會，並非必然可以避免免

死亡結果之發生，是本件縱認被上訴人主張戊○○於第二次手術之時間有延誤不虛，然洪夏之死亡與其延誤間亦無相當因果關係，即與被上訴人之損害間並無相當因果關係，堪以認定。……」。原審彰化地院 92 年度重訴字第 165 號：「…至被告戊○○固提出中華醫誌之蘇正熙醫師著作等資料認為依病患當時情形宜採保守療法，否則病患有可能在手術過程或手術後即死亡云云，惟參考相關醫學文獻之治療方法雖屬重要，但病患之病程演進情形卻不一而定，所謂保守療法對某些類似病患或有助益，然對病患洪夏當時情形不能一概而論，須取決於個別病患之臨床病徵，始為適當。況被告戊○○於九十年五月二十七日既已發現洪夏傷口開始混濁及有惡臭滲漏液之現象，當時若及時剖腹探查而發現腹腔內膿瘍，並及時引流膿瘍，當可提高洪夏之存活機會，避免併發敗血症而致多重器官衰竭死亡，故被告戊○○此部分之抗辯即無可取。從而本院認為被告戊○○為病患洪夏施行第二次手術之時機應有延誤，其因延遲手術所致之疏失與病患洪○○之死亡間，認為具有相當因果關係，被告戊○○對於病患洪○○之死亡結果應成立民法侵權行為，故被告戊○○就原告四人因洪○○死亡所受之損害應負損害賠償責任。……」。(編按：法院認無消保適用但應負侵權損害責任)

²²⁹ **雖承認存活機會，惟該具體個案欠缺因果關係**：高雄高分院 95 年醫上字第 5 號：「…… 按病患罹患疾病就醫，無非是希望身體及健康得以恢復而延長生命，此存活機會乃係對未來繼續生命的期待，如病患因醫師之醫療疏失致喪失或減少存活機會之可能，所侵害者應係病患之生命權、身體權及健康權，病患自可本於侵權行為損害賠償請求權請求賠償。…… 依日本臨床腫瘤學雜誌 2006 年報告（2006：36：643），大腸癌併發肺轉移病人的 5 年存活率為 29%，平均存活期為 27 個月，而德國的報告（Ann Surg Oncology 2006;13：1538）則指出大腸癌併發肺轉移的 5 年存活率為 37%等情，有行政院衛生署醫事審議委員會 96 年 11 月 26 日第 0000 號及 0000 號鑑定書在卷可參（見本院卷第 103 至 113 頁）。又蔡○禎自 88 年 5 月間發現有右肺結節，未立即接受手術開始，至 91 年 6 月 2 日不幸因疾病無法控制而死亡止，共存活了 3 年 1 個月左右，雖比一般同樣情形之病人若立即接受開胸手術進行結節切除，其術後估算的平均存活期約僅有 27 個月為長，但非因此即謂蔡○禎縱於發現肺部結節之初即接受手術，亦無延長其存活時間超過 3 年 1 個月之可能機會，何況及早發現、及早治療，總比晚發現及治療較有機會延長生命，是被上訴人乙○○未履行告知義務，致蔡○禎錯失治療及延長存活期間之可能機會，其已侵害蔡○禎之身體權及健康權，難謂無過失。是被上訴人主張發現蔡○禎肺部有結節時，如經治療其存活年限至多為 2 年，而病患亦生存超過 2 年，是縱被上訴人乙○○未告知其肺部有結節，亦不因此使蔡○禎之生存年限減少，故被上訴人乙○○並無過失云云，不足採信。…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○禎錯失治療及延長存活期間之可能機會，其已侵害蔡○禎之身體權及健康權，應有過失，已如前述。然非謂被上訴人乙○○若及時履行告知義務，絕對可救活蔡○禎，使其免於死亡，且上訴人亦自承無證據可證明若被上訴人乙○○有履行告知義務，蔡○禎即可存活，足見蔡○禎之死亡與被上訴人乙○○因過失未履行告知義務間並無相當因果關係，從而上訴人本於民法第 192 條及民法第 194 條之規定，請求被上訴人乙○○賠償殯葬費 160,950 元及精神慰藉金暨其利息，難謂有據，不予准許。又查，因被上訴人乙○○違反告知義務，致蔡○禎錯失治療及延長存活期間之可能機會，已侵害蔡○禎之身體權及健康權，蔡○禎及其母即上訴人心理難免因延誤醫治、增加治療上之困難度、存活率降低而恐慌，致其等精神上受有痛苦，且情節重大，故上訴人主張蔡○禎因此而受有精神上之痛苦，依民法第 195 條第 1 項之規定，請求被上訴人乙○○賠償精神慰藉金，應屬有據。……」。(編按：原告癌症，請求契約及侵權責任，法院依侵權判)。原審高雄地院 90 年度重訴字第 1188 號：「… 醫療契約雖為無名契約，法律屬性上較近似委任契約，然按，當事人之任何一方得隨時終止委任契約，民法第 549 條第 1 項定有明文。蔡○禎於 89 年 5 月 30 日因肛門直腸出血症狀，經被告診療手術出院後，依序預約於同年 6 月 20 日、6 月 27 日、7 月 25 日、8 月 11 日進行門診追蹤，惟蔡○禎並未於同年 8 月 11 日按醫囑進行門診。蔡○禎嗣於 90 年 2 月 20 日因急性腹痛治療出院後，並未按被告囑咐於同年 3 月 20 日回門診追蹤治療，其未依約定日期接受門診之客觀事實，可見蔡○禎已有終止醫療契約之單方意思表示，至為顯然。蔡○禎既已終止與被告醫院間之醫療契約，在醫療契約尚未終止前，被告並無債務不履行之情形，復如前述，從而原告備位聲明及訴訟標的之法律關係基於醫療契約債務不履行之法律關係，請求被告醫院負損害賠償責任，即有未合，不應准許。蔡○禎死亡之結果，係隨其病症之發展所致，非因接受被告診療時未為告知所致。其次被告已履行醫療契約之告知義務及持續診療義務，在醫療契約已終止後，被告醫院自毋須負

第 27 號²³⁰、臺北地院 95 年度醫字第 32 號²³¹、臺中地院 93 年度醫字第 10 號²³²、
雲林地院 96 年度醫字第 1 號²³³、高雄地院 92 年度訴字第 1 號²³⁴、高雄地院 94

擔終止後之上開義務。被告在執行醫療行為之整體過程，並無過失可指，從而蔡○禎存活機會的喪失，即難歸責於被告及被告醫院自明。……」。(編按：法院認醫師無過失)。

²³⁰ 臺北地院 96 年度醫字第 27 號：「……病患罹患疾病就醫，無非是希望身體及健康得以恢復而延長生命，此存活機會乃係對未來繼續生命的期待，如病患因醫師之醫療疏失致喪失或減少存活機會之可能，所侵害者應係病患之生命權、身體權及健康權，病患自可本於侵權行為損害賠償請求權請求賠償。……」。(侵權請求，原告原為胃潰瘍出血病情恢復期發生重積症癲癇)。

²³¹ 雖承認存活機會，惟該具體個案欠缺因果關係：台北地院 95 年度醫字第 32 號：「……丙○○、甲○○未盡告知義務，違反前揭醫師法第 12 條及 12 條之 1 所規定之告知義務，致劉○鴻錯失治療及延長存活期間之可能機會，其已侵害劉○鴻之身體權及健康權，應有過失，已如前述。然本件原告係依劉○鴻之存活率降低，損害其生命權為請求，主張乙○○因劉○鴻死亡受有支出殯葬費 04,000 元及扶養費 653,764 元之損害，乙○○、辛○○、庚○○依第 192 條及第 194 條之規定，請求精神慰撫金等語，故無論係依債務不履行或侵權行為之法律關係，原告請求被告連帶賠償前揭財產及非財產上損害，其前提均為丙○○、甲○○或仁愛醫院之債務不履行、侵權行為與原告之損害間有相當因果關係。惟劉○鴻於 95 年 4 月 19 日在臺大醫院檢查為全身骨頭之核子醫學檢查，即已知肺癌轉移至骨骼，屬為第四期之肺癌，有前揭臺大醫院病歷可參，此種遠端轉移之肺癌在現今臨床上之治療，僅能以改善癌症症狀，提高生活品質及減慢癌症惡化之方式處理，非謂丙○○、甲○○若於 2 個月前及時履行告知義務，絕對可救活劉○鴻，使其免於死亡，且原告亦自無證據可資證明，若丙○○、甲○○有履行告知義務，劉○鴻即可存活，況依前揭醫院病歷資料，劉○鴻在臺大醫院因經濟之故而未進一步接受化療，足見劉○鴻之死亡與丙○○、甲○○因過失未履行告知義務間並無相當因果關係。從而，原告依前揭債務不履行或侵權行為之法律關係，請被告連帶賠償損害，自無理由。……」。

²³² 雖承認存活機會，惟該具體個案欠缺因果關係：臺中地院 93 年度醫字第 10 號：「……按原告因血尿問題至被告診所就診，其就診之目的即係為探求其病因及治療之方法，被告於原告就診將近一年之期間內，無法依其診察之結果發現原告確切之病因，而原告血尿之症狀仍未見改善，時予復發，於此種情形下，被告依其原有之診察方式，既未能發現病因及施行有效果之治療行為，自應本其專業判斷，建議原告應接受進一步檢查或轉診至大型醫院，此亦屬兩造間醫療契約之給付範圍，被告違反醫療法之規定未盡此義務，原告主張被告有不完全給付及違反保護他人法律之行為，應屬可採。……就侵權行為言，被害人應就行為人因故意或過失，不法侵害其權利之事實負舉證責任（最高法院 70 年度台上字第 2550 號判決參照）。又債務人負有依債務本旨為給付之義務，違背債務之本旨為給付，即屬不完全給付，為瑕疵之給付，是以債務人如主張其已為完全給付，當由其負證明之責。另按損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件，故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在（最高法院 48 年度台上字第 481 號判例、92 年度台上字第 2197 號判決可供參照）。亦即侵權行為或不完全給付等債務不履行損害賠償之債，須損害之發生與加害人或當事人之故意或過失行為間有相當因果關係，始能成立，而所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成之客觀存在事實，依經驗法則，可認通常均可能發生同樣損害之結果而言；如有此同一條件存在，通常不必皆發生此損害之結果，則該條件與結果並不相當，即無相當因果關係。……是以，依前揭行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果及證人賴裕民醫師之證詞皆認為，原告辛○○所罹患之膀胱腺癌之病因為原發性，與被告之醫療行為並無相關，且因目前醫療實務上並無確定之檢驗方式可以早期篩檢發現此類腫瘤，即使定期進行膀胱鏡檢查也不一定能早期發現其病因，即並無證據足認被告未盡建議轉診之義務與原告辛○○罹患膀胱腺癌併發肺部轉移之結果間，依其客觀存在之事實，依經驗法則，可認為通常均可能發生同樣損害結果之情形，是尚難認為被告之行為與原告所主張之損害間，具有相當因果關係，則原告主張被告應依侵權行為及不完全給付之法律關係負損害賠償責任，洵屬無由。……」。

²³³ 雲林地院 96 年度醫字第 1 號：「……依鑑定證人辛○○所述舌部鱗狀表皮細胞癌每期之進程約為數個月，則張榮榮於 95 年 6 月 23 日迄同年 8 月 10 日至被告己○○、甲○○門診就診時，其所罹患之舌部鱗狀表皮細胞癌極可能已達第 4 期，5 年存活率已小於 20% 以下，則被告己○○、甲○○縱因過失未發現張榮榮癌細胞之存在，然其過失行為與張榮榮之死亡結果有無因果關係，

年度醫字第 8 號²³⁵判決等，綜前我國實務現況及學者通說²³⁶採認「機會喪失」是值得保護的法益，至於，內涵是屬「人格權」？或是「生命權」？或是「身體健康權」？均有所採，請求權基礎依據，則有依侵權行為請求權主張民法第 184 條第 1 項前段、第 184 條第 2 項的損害賠償，亦有依契約請求權主張民法第 227、227-1 條的債務不履行損害賠償，認為契約義務有違反，損及契約給付利益(或固有利益)。

第三項、小結

向來契約責任與侵權責任制度規範功能，契約責任透過契約當事人締約，保護債權人「履行利益」得因債務人履行契約特定義務，實踐契約的締約目的；而侵權責任即是透過法律規範對一般人的義務，故保護客體限於被害人「固有利益」，即屬被害人的「人身」或「所有權」，本質內涵屬「權利」。然而，民事責任法體系歷經百年時光流沙，壁壘分明舊景不復既存，取而代之的是，兩套責任體系保護客體範圍逐漸產生向彼端延展。從而，契約責任保護客體「從利益擴及權利」，

因果關係是否相當，原告雖不必提供必然之舉證程度，惟仍應提供本院可動搖為相信原告舉證之程度。張榮榮於被告醫院之診療行為後再至慈濟大林醫院進行醫療行為，期間未逾 1 個月，原告尚未能證明此段期間對於張榮榮存活機會喪失之影響，即難認被告己○○、甲○○未發現張榮榮癌細胞存在，與張榮榮死亡之結果間，有相當因果關係。……」。

²³⁴ 高雄地院 92 年度訴字第 1 號：「……按癌症係身體細胞發生病變後，病變細胞隨時間擴散、蔓延至身體其他部分之疾病，其愈早發現及時治療則病患存活率愈高乙節，乃眾所皆知之事。次按存活機會受侵害，最終導致死亡時，即為剝奪生存機會，應認為生命權受侵害。本件丙○○、丁○○於附表所示時間診治原告時，疏未發現原告罹患鼻咽癌，迄原告於 91 年 9 月間轉往榮民總醫院求診時，始發現已罹患鼻咽癌相當時日，足徵丙○○、丁○○書未發現原告罹患鼻咽癌之過失行為，已延誤原告及時治療時間，自使原告存活率（指病人對未繼續生命之期待）降低，而屬侵害原告生命權。又因丙○○、丁○○之上開過失，亦足使原告鼻咽癌細胞隨時間經過而擴散、蔓延及於身體其他部位，核亦屬侵害原告身體、健康權。是被告辯稱：原告未受有損害云云，即屬無據。復按原告生命權、身體健康所受侵害既由於丙○○、丁○○前開過失行為所致，顯見二者間具有相當因果關係，亦堪認定。……」

²³⁵ 雖承認治癒機會，惟該具體個案並無延誤治癒情形，高雄地院 94 年度醫字第 8 號：「……原告主張被告延誤治癒機會……法院認依上開阮綜合醫院來及國立成功大學醫學院附設醫院鑑定意見，均認為被告 92 年 5 月 10 日為原告看診時，原告尚無偏癱之中風徵兆，依照阮綜合醫院之資料，中風應於 92 年 5 月 11 日凌晨 1 時左右發病；足認被告之當時處方用藥，並無不當，未建議轉診亦無任何疏失，是難認被告於診療時有何醫療疏失或違反醫療法應及時建議轉診之疏失存在。……」。

²³⁶ 國內相關文獻參陳忠五，前揭註 143，頁 78-79。陳聰富，〈存活機會喪失之損害賠償〉，「因果關係與損害賠償」，頁 193-251，元照，2007 年；陳忠五，前揭註 62。

而侵權責任保護客體「從權利擴及利益」²³⁷。回顧前述，不論是從我國醫療民事實證或外國英德法制的發展，向來的「保護客體」範圍逐漸透過司法案例有擴大趨勢，而傳統以來認為侵權法保護客體限於「權利」而契約法保護客體「利益」，解釋上似乎不必然是涇渭分明，有逐漸趨近的局勢。而就「機會喪失」案件類型，相較德英兩國，我國實證發展趨勢或為寬認些，這表現在台灣新光醫院唐氏症兒案獲賠案（參附件三：十七件歷經三審判決患者勝訴確定案件整理表內 Case.O&G6 案件），同樣是具先天生理殘疾的錯誤出生情形，英德則傾向於以不幸事件處理，原則上並不認為醫師有賠償責任。不過，在前述本章本節第二項、部份的台灣「機會喪失」案件中，雖然法院大都承認會有權益受損害，但在「因果關係」認定上將會因本類型案件具有「醫療因果關係不確定」特質，最後認定為欠缺因果關係而不獲賠，此部份留待後續「因果關係」要件探討時再進一步深入之。

第六節 「賠償範圍」的區別

第一項我國契約責任與侵權責任有關「賠償範圍」面概論

損害賠償範圍，契約責任與侵權責任存有差異。侵權責任的賠償範圍，以填補受害人所受損害及所失利益為限（民法第 216 條第 1 項）²³⁸，即限於具體損害，有民法第 192-195 條的特別規定適用。另從損害賠償方法觀察，則損害賠償目的在填補所生損害，故應回復「應有狀態」，而非「原有狀態」²³⁹。而契約責任的

²³⁷ 相關國內論述請參酌陳忠五，前揭註 143，頁 27 以下。從法學觀察層次，另一個問題是在對「權利」與「利益」提供的保護層次上，要否平等視之的問題，基此，在契約責任部份，由於契約利益是可透過契約內容具體特定，而契約關係人是可能預見的，故我國通說向來認為對契約責任的保護客體「權利與利益」是採等同視之。然而，對侵權責任而言，對「權利」與「利益」則是採差別保護或平等保護，則各有互見，日本 2004 年新修正民法第 709 條及法國民法第 1382 條採平等保護，而德國民法第 823 條第 1 項及我國民法的 184 條第 1 項前段採差別保護，相關參考文獻中田裕康，〈民法の現代語化〉，ジュリスト No1283，2005 年；潮見佳男，「基本講義：債權各論Ⅱ－不法行為法」，頁 15-23，新世社，2005 年；陳忠五，前揭註 143，頁 298-299 以下；王澤鑑，前揭註 117，頁 83-84。

²³⁸ 曾興隆，前揭註 25，頁 21。

²³⁹ 曾世雄、詹森林，前揭註 198，頁 18；最高法院 64 年第 6 次民庭總會決議。

損害賠償範圍，契約責任包括履行利益（例如不完全的履行利益，民法第 227 條第 1 項）及固有利益，除了與侵權責任一樣的所受具體損害範圍為其賠償範圍外，尚可依契約自由原則，當事人事前約定違約金；且債編修正後依民法第 227 條之 1 規定準用侵權責任有關民法第 192-195 條規定。如契約當事人並未約定賠償額時，得依一般原則民法第 213 條以下的規定²⁴⁰。

如從契約責任的債務人違反契約義務型態的不同，可分為「給付不能」、「給付遲延」、與「不完全給付」三種類型²⁴¹。其中，「給付遲延」或「給付不能」所侵害者，主要是債權人依契約所得享有的「履行利益」或「給付利益」，故此即為賠償範圍。至於「不完全給付」，依違反義務形態的不同，又可分為「瑕疵給付」與「加害給付」二種形態。「瑕疵給付」所侵害者，固然是債權人依契約所得享有的「履行利益」或「給付利益」，惟「加害給付」所侵害者，則大多屬履行利益或給付利益以外之其他利益（或稱為「固有利益」或「完整利益」），針此部分即為不完全給付的賠償範圍。另學者陳自強則是認為民法的給付不能與給付遲延，主要係針對主給付義務所設的制度，而不完全給付，則是特別針對積極侵害債權所設置的，蓋不完全給付在概念上可類分兩類，一類是「不良履行（包括瑕疵給付及加害給付）」，另一類則是「其他義務違反（除主給付義務以外的義務

²⁴⁰ 王澤鑑，前揭註 117，頁 97。這裡指的即是與侵權責任賠償範圍是相一致部分。

²⁴¹ 契約責任（或債務不履行責任）的類型，除「給付不能」、「給付遲延」與「不完全給付」三種之外，是否尚包括債務人於履行期限屆至前預示拒絕給付之「給付拒絕」此種類型？我國學者通說係肯定見解。參閱鄭玉波，論不為給付與不為完全之給付，收錄於「民商法問題研究」（二），頁 22-24，三民，1980 年；史尚寬，前揭註 25，頁 392-397；姚志明，論拒絕給付，法學叢刊第 43 卷第 3 期（171 期），頁 52 以下，1998 年；姚志明，〈回顧不完全給付制度於民法七十年來之發展〉，蘇永欽等「民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）總論、債編」，頁 378-379 頁，2000 年；林誠二，前揭註 25，頁 52、147；劉春堂，「民法債編通則（一）契約法總論」，頁 325-327，2001 年；鄭玉波著，陳榮隆修訂，前揭註 152，頁 333 以下；詹森林，〈不完全給付—最高法院決議與判決之發展〉，「民事法理與判決研究（二）」，頁 150-154，元照，2003 年；陳猷龍，「民法債編總論」，頁 164、168-172，五南，2003 年；黃茂榮，「債法總論，第二冊」，頁 240-241，自版，2004 年；姚志明，前揭註 25，頁 227；王澤鑑，〈不完全給付之基本理論〉，「民法學說與判例研究，第 3 冊」，頁 83，自版，2004 年；曾品傑，〈債務不履行之新風貌〉，台灣本土法學第 77 期，頁 182-183，2005 年；陳忠五，前揭註 143，頁 28-29。惟學者邱聰智認為預示拒絕給付是一種「契約不履行」型態，不是一種「債務不履行」型態，共通的債務不履行，只有給付不能、給付遲延及不完全給付三種型態，參邱聰智，「新訂民法債編通則（下）」，頁 77-78，元照，2001 年。針對此一問題，最高法院未明確表示意見，但從若干判決字裡行間，似乎係採否定見解。針此有關實務見解論證，參酌陳忠五，前揭註 143，註 9。

群，解釋上會包括通說的從給付義務、狹義的附隨義務即保護義務)」，惟台灣的不完全給付，目前通說僅承認「不良履行」這類²⁴²。如從學者陳自強有關不完全給付的分類，則相對應的賠償範圍，解釋上是包括債權人依契約所得享有的「履行利益」或「給付利益」，及「固有利益」或「完整利益」，故本文認為就賠償範圍觀察，通說不完全給付與陳自強教授所言的概念上不完全給付的賠償範圍似無不同。但若從不完全給付的契約關係所生的其他義務群架構論理完整性觀察，陳自強教授見解涵蓋面較為完整，同時亦呈現出此部分，恰為侵權責任與契約責任就保護義務範圍競合的部分。

第二項比較法與我國民事醫療實證觀察

所受損害如屬法律所保護的權利，成為損害賠償範圍並無問題，此不論從侵權或契約責任方面均相同。然就「利益」部份的損害判斷上，從契約責任角度，基於契約關係上的「利益」，原則上得透過契約當事人基於私法自治、意思自主、契約秩序，自由創設某利益，決定其歸屬主體，界定其內容及範圍²⁴³。前述契約利益反映入契約即構成契約給付義務（契約關係中的行為規範或行為準則）。一但違反該給付義務即構成契約責任。此部分探討賠償範圍將與保護客體具有關聯性，從而，認定為權利保護客體範圍，當責任要件均具備時，則屬賠償範圍，此國際與台灣並無不同。

第一目選擇就醫機會喪失

機會喪失是否是損害類型？如是，它損及什麼？由誰負舉證責任？向來為我國實務上爭議之處。實務態度，有無過失原告應具體指明並需為該過失損及何種損害須舉證²⁴⁴。詳細論證請參前述伍、「權利保護客體」內容。

²⁴² 陳自強，前揭註 115，頁 94。

²⁴³ 陳忠五，前揭註 143，頁 307。

²⁴⁴ Case.SU1 士林地方法院 91 年度重訴字第 580 號判決：「……但截肢一事依現有醫療常規應於何時告知？被告戊告知截肢事之時間有何不當？原告則未有任何証據證明，尚難認被告戊有何違反醫療法規定告知之義務。又原告所謂醫療自主權係指其決定是否轉院至其他設備及技術更佳的醫院請求救治，或得以積極敦促被告儘早採取防免之權利，但原告是否轉院究以何種標準為據？所謂技術更佳之醫院有何證明？又此「權利」被侵害，與原告乙截肢間有何關聯？原告並未

第二目慰撫金部分

植物人因其人格法益受損固得依民法 195 條第 1 項請求慰撫金；而植物人之配偶可否請求慰撫金？實務肯否見解均有²⁴⁵。

第三目損害賠償內容

除法律另有規定或契約另有訂定外，不僅須填補債權人所失利益（即消極損害），並須填補債權人所受損害（即積極損害），民法第 216 條規定甚明。所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於積極的損害。所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。例如新光醫院唐氏兒症案（Case.O&G6），原告請求被告賠償醫藥費用、人力照顧費用、特殊教育費用，係因被告債務不履行及侵權行為致損害上訴人自由選擇之權利，產下非其所預期而患有唐氏症等多重重度障礙之男嬰張○華，現在及將來必須支出之費用損害，是其請求賠償者，顯屬一種積極損害，而非消極損害²⁴⁶。

第四目與有過失問題

按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之，民法第 217 條第 1 項定有明文。此項規定之目的，在謀求加害人與被害人間之公平，故在裁判上法院得以職權減輕或免除之；且於債務人應負無過失責任者，亦有其適用，此最高法院 85 年台上字第 1756 號、79 年台上字第 2734 號判例意旨可資參照。有趣的情形會產生在「結果債務類型」的醫療契約裡，結果未實現債權人與有過失時，應如何處理問題。本文認為要將與有過失適用於醫療民事事件上，似乎應該謹慎些，至少，法院應就為何患者須就該損害分擔方符公平說理清楚，而非僅因患者未告知病史²⁴⁷或延遲就診²⁴⁸即當然認為患者應就嗣後所生損害負擔部分責任。

能提出任何事証證明，均難採信。...」；進一步相關文獻，參陳聰富，前揭註 236，頁 193-251。

²⁴⁵ 採肯定見解：台灣高等法院 92 年重上字第 111 號判決，認為民法第 195 條第 1 項所指人格權及人格法益不同（參照最高法院九十二年度台上字第一五〇七號判決），故被害人配偶得依第 195 條第 3 項準用第 1 項向加害人請求慰撫金；最高法院 94 年度台上字第 2128 號。

²⁴⁶ 參台灣高等法院 90 年度重上更(一)字第 48 號判決(910319)。

²⁴⁷ 台北地院 93 年醫字第 1 號民事判決

²⁴⁸ 台灣高等法院 93 年上易字第 1032 號民事判決

細釋言之，與有過失明文規定於我國民法第 217 條規定中，其中，有關警告通知義務規定在該條第 2 項：「重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不得預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。」。本條項源自德國民法第 254 條第 2 項規定，該條項規定：「如被害人之過失，限為其疏於警告債務人其不知且不可得知的特別高之損害危險，或疏於避免或減輕損害，亦有與有過失之適用。本條規定準用第 278 條規定」²⁴⁹。姑且不論德國民法第 254 條第 2 項規定是否限於適用在有契約債權債務關係，還是包括侵權責任在內的爭議。分析德國民法與有過失通知義務要件有：①損害發生前，雙方當事人之間已存有債權債務關係；②須針對特別高之損害危險；③被害人得預見該危險；④加害人不知且無從知悉該危險²⁵⁰。

相較於我國，解釋上並未像德國民法的與有過失警告通知義務須限於「債務人」及「特別高度」地規定條件，僅須具備「損害原因為加害人所不及知」及「被害人得預見危險」要件。故而解釋上，應該是患者應將自己範圍內對損害危險資訊提供給醫師，使有能力控制危險但未具充分資訊的醫師，得預先採取防免或迴避具體損害發生，患者所負擔作為義務是將風險資訊提供給醫師。問題是在醫患專業知識背景相差懸殊情形，如何期待患者認知能力高於醫師，觀察患者就診時通常是看到醫師就說一大堆(可能是重要可能不重要)，醫師總是在時間考量下，打斷患者平鋪直述主訴過程，採取一問一答診療方式，從而，患者未告知情形有二，一，患者不知該資訊是重要的，二，醫師沒有問。例如：長庚截肢重整案最高法院 96 年台上字第 2476 號判決略謂：醫師基於患者主訴範圍內負義務，該患者未告知其所為工作環境長期接觸飛機維修所使用機油內的化合物……。從而醫師無法得知……。雖本案重點並非在與有過失，而是醫師未注意患者體內該化合物殘餘量結合手術使用的麻醉劑致使患者術後未甦醒的傷害，該醫師有無注意義務違反範圍。但從本案最高法院似乎認為醫師僅就患者所主訴範圍負責，如此

²⁴⁹ 林宗穎，「被害人與有過失之研究」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 159，2009 年。

²⁵⁰ 林宗穎，前揭註 249，頁 160-161。

一來，對患者來說似乎是較不利，因為相較於醫師而言，患者其實更無從預知體內血液有殘餘有機化合物，且該物質會與麻醉藥物發生結合的風險。故而，本案患者無從預知危險存在，從而，就此於本案情形，本文認為並無與有過失適用。

惟在醫療民事案件，涉及患者「與有過失」爭議，最高法院判決有 9 則判決²⁵¹，其中，最高法院 98 年台上字第 472 號判決認為：「……惟查文獻上一般認為葡萄膜炎治療三個月後，係重新評估急性問題是否改善之合理時機，證人即馬偕紀念醫院醫師陳○仁亦證稱：給予類固醇治療後，應於何時重新評估有無效果，並無定論，但伊會以四至六週為一個單位等語，而乙○○於九十一年三月十四日甲○○住院後，對其施予類固醇治療，至同年四月十九日甲○○回診時，既未逾上開文獻及證人所謂之三個月或六週，甚至原審認定乙○○當日與甲○○約定四日後即同年月二十三日回診，則乙○○於九十一年四月十九日未重新評估類固醇治療方式，是否有過失，自有再推求之餘地。**次按法院因被害人與有過失而酌減賠償金額時，應斟酌雙方原因力之強弱及過失之輕重。**陳○仁醫師及九十一年四月十九日陪同甲○○就診之陳○佩分別證稱：以類固醇治療無法達到預期效果時，伊會先取樣檢驗，住院與否並非重點；當日乙○○告知甲○○須長時間吃藥及點眼藥水，非短時間能痊癒，眼睛失明沒那麼容易各等語（見同上卷一六八頁正面及第一審第三卷第二八頁），且甲○○於九十一年五月三日回診時拒絕乙○○住院建議後，仍依約於同年月日回診抽血檢查，嗣並積極前往台灣大學醫學院附設醫院、馬偕紀念醫院就醫，**因此甲○○未依約於九十一年四月二十三日回診及於同年五月三日回診時拒絕乙○○之住院建議，縱有過失，其比例是否高達十分之七，亦非無疑。**乃原審就上開各項未予細究，遽以前揭理由，而為兩造各一部敗訴之判決，自屬可議。兩造上訴論旨，分別指摘原判決於其不利部分為不當，求予廢棄，均有理由。」。從而，本案最高法院認為該案患者因回診遲誤導致損害範圍擴大應有與有過失適用，只是分擔比例原審法院須再查明，故而，依最高法院見解醫療民事事件亦有與有過失之適用²⁵²。

²⁵¹ 最高法院判決：98 年台上字第 472 號（回診遲誤）、96 年台上第 258 號（拒絕檢查）、96 年台上字第 2032 號（未準時回診看病理報告）、94 年台上字第 925 號（回診遲誤）、94 年台上字第 1499 號（未依醫囑進行檢查）、94 年台上字第 1859 號（身體異狀告知義務）、92 年台上字第 2695 號（轉醫同意遲延）、89 年台上字第 1834 號（藥物過敏未告知）、88 年台上字第 131 號（藥物過敏未告知）。

²⁵² 另外從附件二，十七案件中涉及患者與有過失案件有 3 則，分別為 Case.OR1：板橋地院

另觀台灣高等法院 97 年醫上字第 17 號判決略謂：「查病患劉○鴻一再違逆醫囑，延宕 2 個月，在二次開立檢驗單與囑咐下，均無法及時提供檢體到醫院以供進一步之檢查，上訴人就此並未爭執。此亦為醫師無法早日排除或鑑別病情診斷之原因，因此劉○鴻就本件之損害為「與有過失」，其與被上訴人台北市立聯合醫院之醫師間，之過失比例為 1:1，亦即劉○鴻應自負 1/2 之責任，另被上訴人台北市立聯合醫院負 1/2 之責任。」。是而，**本案高院認為未按醫囑配合檢查拖延醫師鑑別病情因而所生損害其與有過失。**

第三項、小結

在損害賠償範圍酌定，新民事訴訟法第 222 條第 2 項增訂，提供法官在具體個案中酌定彈性空間。回顧本文第二章實證統計資料所示，2003 年後期出現的判決，則漸被援引適用，而對原告為一部勝訴判決，酌計其損害賠償範圍額度，例如：台中地院 90 年重訴字第 334 號²⁵³、士林地院 96 年醫字第 9 號²⁵⁴、臺灣高等法院 97 年醫上字第 5 號²⁵⁵等。

91 年度重訴字第 285 號判決(拒絕就肺部腫瘤作進一步檢查)。及 Case.OP7：台灣高等法院 93 年上字第 1032 號判決(回診遲延)、Case.CM2：苗栗地院 91 年度訴字第 3 號(防免損害擴大)。

²⁵³ 本件王○○係因被告周○○於體檢時未正確診斷出胃癌致遲了四個月始發現等情，業如前述，則王○生在體檢當時應已罹患胃癌，已是帶病之身，與一般正常之人有所不同，通常而言，其壽命均較一般正常之人為短，此為眾所周知之事實，故在推算王○生之可能生存期間，自不宜逕以內政部所編之台灣地區簡易生命表計算之，但目前並無任何文獻提供可推測罹患胃癌之病人可能生存期間之計算公式以供採認，則卻要求原告林○琴證明此部分之損害額，即顯有重大困難，故本院依民事訴訟法第二百二十二條第二項之規定，參酌前開國內外文獻關於胃癌預後情形之統計，雖有計算二年、三年或五年存活率之別，但多數是以計算五年存活率為統計或研究之基本年數，……。

²⁵⁴ 按不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。為民法第 193 條第 1 項所定明。又按「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」，復為民事訴訟法第 222 條所規定。經查上述慈濟醫院之診斷證明書上記載：「需做乳房重建手術費用約 10 至 12 萬元」，而鑑定意見就再為重建手術認為：「學縮放鬆並生理食鹽水袋置換術約新台幣 6 萬到 8 萬元」，兩者所估之費用不同，本院依民事訴訟法第 222 條規定，審酌上情，認原告此部分請求於 10 萬元範圍內，較為合理，應予准許，逾此部分者，不應准許。

²⁵⁵ 經本院審酌一切情況，認林○○雖未能就自 91 年 6 月 14 日起至 92 年 3 月 31 日止約 10 個月所支出 1 萬 1,076 元之其他居家護理費用舉證以實其說，惟其既已證明因陳○之過失醫療行為而受有支出其他居家護理費用之損失，然因其確切受損數額之數額尚難以證明，自得依民

如從填補賠償制度之目的，雖說有損害方有填補，然針對現代型民事紛爭，例如：公害、醫療、環境等案件，損害範圍究應如何界定，當事人能否一一證明其金額，如必證明具體金額，是否將致訴訟之拖延或難以證明之困境，亦有可能的情形是，於言詞辯論終結時，損害仍繼續潛在擴大中（例如婦幼子宮切除致生植物人案），因此，在醫療訴訟中，法官亦得審酌個案具體情形，援引民訴法第 222 條第 2 項為判定賠償範圍依據，此首見於 2003 年 10 月 2003 年台中地院 90 年重訴字第 334 號(本案被告為原告進行體檢作胃鏡檢查已發現胃癌徵兆臆診醫師未為告知及處理)醫療民事判決關於被扶養人扶養費之損害計算；高院首宗援引本條項判決則是在 2010 年 1 月 26 日臺灣高等法院 97 年度醫上字第 5 號(本案原告因左側輸尿管結石入院，進行碎石術療法，)關於居家護理照護費用之損害計算。

至於，實證上對於契約履行利益未與「固有利益」重疊，例如，醫師說明義務違反，其所受損害是什麼？是瑕疵給付損及「給付利益」所生「瑕疵損害」時即可構成損害賠償範圍？還是須有因而產生「固有利益」損害的發生為必要²⁵⁶？無論是比較法或是台灣存有爭議，總括言之，比較法傾向須有固有利益損害為損害賠償的前提。台灣醫療實務上採認須有固有利益損害，且醫師說明義務違反與該損害發生須具因果關係²⁵⁷，此觀點亦有文獻贊同²⁵⁸。惟本文認為姑且不論侵權責任部分，單從醫療契約責任而論，例如，特定項目健康檢查醫療契約，履行利益包括健康檢查項目履行、報告分析及建議評估等，就進一步建議檢查未告知，此部分有契約不完全給付，若未造成進一步人身傷害或對該人身傷害因果關係存否不被確認，因而認患者不能請求損害，似乎值得商榷，蓋健康檢查醫療契約，從契約目的、內容及範圍，當事人契約拘束力應及於醫師對於檢查後的報告分析

事訴訟法第 222 條第 2 項之規定，認定林 OO 於自 91 年 6 月 14 日起至 92 年 3 月 31 日止約 10 個月所支出之其他居家護理費用為 1 萬 1076 元（計算式為：1,107.6 元×10 月=1 萬 1,076 元）。

²⁵⁶ 詳細論證，請參第四章。

²⁵⁷ 例如，台北地院 94 年醫字第 33 號民事判決。

²⁵⁸ 吳俊穎、賴蕙蕓、陳榮基，前揭註 43，頁 24。

及解說，如未為給付，應屬未完全揭露相關資訊義務，本身即為「給付利益」損害類型。就醫療契約「給付利益」受損，似應有瑕疵損害。就此部分探討，後續第五章醫療契約法理之適用會作一步細繹分析。

最後，就患者與有過失判定上，本文認為須仔細分辨損害發生，患者是否真得有「與有原因力」，而且對該原因力是為患者所預知，如此，令患者分攤損害範圍比例，才能真正落實「與有過失」制度目的「公平原則」的思考精神。另從比較法觀點，日本對於損害發生或擴大，患者方有原因力時²⁵⁹，亦基於損害公平分擔觀點，類推日本民法第 722 條第 2 項過失相抵相關規定，來進一步斟酌加害人與被害人間損害分擔比例²⁶⁰。

第七節 「因果關係」的區別

第一項我國契約責任與侵權責任有關「因果關係」概論

有關契約責任的因果關係，我國傳統以來無論是學者或實務向來很少深入研究，僅泛泛論及債務人債務不履行與債權人損害間，須具因果關係則成立契約責任。有學者曾世雄指出，侵權責任因果關係要件較契約責任受重視，其理由安在呢？如從因果關係功能面分析其理由有二，一是責任構成要件，另一是損害賠償範圍的決定標準，第一個功能對侵權行為具舉足輕重，對違約行為無關重要，而第二個功能對侵權行為與違約行為均具一定重要性，但違約行為針此有其他標準可資適用，如可否預見、依契約內容、合乎所受損害及所失利益之標準來據以確認賠償範圍。相形之下，因果關係難免遭到忽視²⁶¹。

本文基本看法認為，因果關係為契約責任的要件之一，是不必然存在的，理

²⁵⁹ 此又可分為患者身體因素或心理因素，詳細論證參東京高判平 17.1.27 判時 1953 号 132 頁；大嶺 崇，〈第 4 章 損害 1 損害依般〉，秋吉仁美編，「醫療訴訟」，頁 464-467，青林書院，2009 年。

²⁶⁰ 有關身體因素，例如：最判平 4.6.25 民集 46 卷 4 号 400 頁（1992 年）、最判平 8.10.29 民集 50 卷 9 号 2474 頁（1992 年）；有關心理因素：最判昭 63.4.21 民集 42 卷 4 号 243 頁、最判平 12.3.24 民集 54 卷 3 号 1155 頁。

²⁶¹ 曾世雄、詹森林，前揭註 198，頁 69。

由有二，其一，基於契約相對論及契約當事人自主原則的思考，契約雙方當事人締約時基於事前協商，即便是在手段債務類型醫療契約，醫院契約當事人透過履行輔助人醫師，在急診或門診診療臆診階段，醫師透過理學檢查(可能是量血壓、測脈搏、看指尖血糖值、扣診、聽診……等行爲)，告訴醫療契約相對人患者，可能是 A、B、C 病，要做 α 、 β 、 γ 檢查項目再確診及服用 X、Y、Z 藥物穩定或減緩症狀等，契約內容隨著診療過程進展是可得確定的繼續性契約，至於醫師何種義務未盡，違反了什麼契約義務，損及患者是其契約給付利益，存在當事人間是哪些契約義務及可得哪些契約給付利益，不靠因果關係來確定，是應回歸契約目的及契約解釋，因為存在契約當事人間的義務群，是不宜透過「客觀一般人的觀點的因果關係」來判斷。二，從有關契約責任中，債務人本就不可歸責事由舉證責任制度目的功能，是學者通說向來認為對契約債權人較有利於侵權行爲債權人的規範，果此，如令契約債權人於契約責任成立要件須先證明過失與損害間具因果關係存在為前提時，那麼契約債務人須就不可歸責負舉證責任，並非是為契約債權人較有利的規定，而是為契約債務人的利益存在，如此解釋似乎與學者向來通說違逆，余意認為實為不妥。

第二項比較法與我國民事醫療實證觀察

因果關係各國法規多未明文規定，係由法院由實務實踐面創下不同概念或理論，以界定行爲人就其行爲所生損害，應予負責的範圍，體現不同的法律文化及思考方法。最為寬廣的是法國法上直接說，最為傳統是英國法的可預見說，最為精緻是德國法的因果關係說及法規目的論²⁶²。即便是普通法系的加拿大及澳洲，通常認定醫師患者關係、醫院患者關係是屬契約關係²⁶³，醫師的責任及醫院責任通常涉及過失侵權時因果關係是須具備的²⁶⁴。相同情形，在英國私營健康照護體

²⁶² 王澤鑑，前揭註 117，頁 229。

²⁶³ M Wallace, Health Care and the Law, para 10.1., 3rd ed, Pyrmont, NSW, Lawbook, (2001).

²⁶⁴ Lara Khoury, Uncertain Causation in Medical Liability 16, Oxford and Portland, Oregon (2006).

系（非 NHS 系統下）就醫，也是以契約關係處理醫患關係²⁶⁵。在法國及魁北克大陸法系國家，患者原告欲主張其契約上或特別契約上有利益受損害，須有三要件，被告有過失、原告受有損害、二者具有因果關係。在魁北克，醫患關係通常是契約關係，而法國僅在私營醫療機構下的醫患關係才是契約關係，在此兩司法體系下，醫師基於債務人地位，不負有治癒他的病人的義務，但須提供符合科技水準程度的謹慎照護注意。²⁶⁶

在法國民法及魁北克民法典清楚規定因果關係條件²⁶⁷，但至於因果關係如何判定並未進一步說明，也沒有嚴格區分事實上及法律上因果關係，僅有損害須來自相當確定的直接後果的過失的規則，此通常判定該損害必須調查的必備條件，即沒這些條件存在，損害即不會發生²⁶⁸。

英德國在處理醫療民事訴訟案件因果關係論述裡，患者確定醫師行為有過失尚無法獲得賠償。還需證明過失與損害間具因果關係。即原告需舉證的「因果關係(Kausalzusammenhang)的要件」。普通法系認為因果關係是過失要件內涵，而大陸法系則視它與過失一樣同屬民事責任要件。即便是英德兩國將因果關係放置於不同的民事責任要件階層，一般認為因果關係要件分成兩個部分，即責任成立上因果(haftungsbegründende Kausalität)及責任範圍上因果(haftungsausfüllende Kausalität)，實際運作結果而言，兩國並無不同。

在事實因果關係上，英國原則上依循著「若非則否的必要條件(But For)」辯證法則，²⁶⁹而德國則依據「不可欠缺條件因果關係定律(The Condicio Sine Qua Non Formula)」²⁷⁰。兩國依據不同原則運作下，雖英國以該行為位居損害必要共同充分條件的大的「原因力」為判斷標準，而德國責任成立上因果關係

²⁶⁵ AGrubb and J Laing, Principles of Medical Law, para8.42, 2nd edn, Oxford, OUP(2006).

²⁶⁶ Lara Khoury, supra note 264, at 26.

²⁶⁷ 契約責任，法國民法第 1146-1151 條及魁北克民法第 1458 條；特別的契約責任，法國民法第 1382-1383 條及魁北克民法第 1457 條。這些特定的規定相對地規範在其他的民法典內，如德國民法 823 條內列舉的受保護權利項目，轉引自 Lara Khoury, supra note 264, at 26, note 79.

²⁶⁸ Lara Khoury, supra note 264, at 27.

²⁶⁹ Cork v Kirby Maclean Ltd [1952] 2 All ER 402; (CA) 407.

²⁷⁰ BS Markesinis and H Unberath, supra note 220, at 104.

(haftungsbegründende Kausalität) 判斷標準，是以被告的行為及其他條件合乎科學地「相當性」的地位，然兩國均因礙於事實本質具有複雜性，實際運作判定有無事實上因果關係，均以簡單地「有」或「無」為結論，就此觀之，結論上兩國並無多大歧異之處。而兩國為解決複雜型醫療行為所帶來「必要性」(即「因果的逾越確定 (causal over-determination) 」情況) 或「相當性」(當情況涉及多數因果關係的超越(聚合) 因果關係(*überholende Kausalität ; Reserveursachen*)) 難以判定困境，當二個侵權行為是獨立均足以生損害結果爭議，儘管它欠缺相當因果的必然性，法律視為每一個即一原因，令各自行為人仍應對其過失負責，就此英德兩國結論也是相同。

當英德兩國在證明事實因果關係存在時，接續尚須考量應否將該損害應該合法的歸責於被告的問題，這是法律因果關係要處理的範圍。於此，普通法系英國採取「合理可預見性標準」²⁷¹，「合理可預見性」是實務上相當彈性的標準，法院在判定被告是否有責，保留重要性空間；當個案風險是被告應預見時，通常採用的兩個判斷依據：一是，只要對損害有大致上可預知即可，不必達十分準確預知它的結果程度²⁷²，另一是基於人身傷害請求，被告對原告的傷害可能預見時，被告將須負責，包括了原告個別體質特殊所引起不可預見損害在內，稱為「蛋殼頭蓋骨原則(eggshell skull principle) ²⁷³。而德國採用「通常適當性(*generell geeignet*) 標準」²⁷⁴，相較普通法英國採合理可預見性理論，德國採此標準將導致責任範圍較大，故在「同時發生 (coincidence) 」(這裡損害的可能性不受被告的過失的行為影響) 的情形，需透過法規目的說(*Schutzzweck der Norm*) 來排除被告過重的責任範圍²⁷⁵。相較於英國而言，當它們本身「可預知」或被告的行為具「充分的」的

²⁷¹ the Privy Council in *The Wagon Mound (No 1)* [1961] AC 388; *Carslogie Steamship Co Ltd v Royal Norwegian Government* [1952] AC 292 (HL).

²⁷² *Hughes v Lord Advocate* [1963] AC 837 (HL).

²⁷³ *Smith v Leech Brain and Co Ltd* [1962] 2 QB 405 (QBD).; 國內其他相關資料參酌王澤鑑，前揭註 117，頁 239；其他有關英美法侵權因果關係問題請參酌陳聰富，前揭註 236，頁 59-72，元照，2007 年。

²⁷⁴ BGH, 4 July 1994, NJW 1995, 126 (127).

²⁷⁵ BS Markesinis and H Unberath, *supra* note 220, at 108; H Kötz and G Wagner, *Deliktsrecht*, 10Aufl., Neuwied, Luchterhand, 2006, Rn. 229 ff.

重要性，且非該規範課予注意義務範圍時，該損害免除責任。

台灣學者就醫療民事因果關係要件位置，相類於德國是與過失同屬於民事責任要件，通說也是區分事實上（責任成立）與法律上（責任範圍）因果關係二種，而判斷標準卻是有採英德兩國判斷標準混搭現象。也無怪乎學者陳聰富進一步指出司法實務上卻是常將事實及法律因果關係混用²⁷⁶。甚至，有無因果關係明確在判決內敘明情形，相較於過失要件認定、舉證責任分配上是較少的，這可從實證數字得到進一步論證²⁷⁷。所以，像前述英德兩國分層邏輯性依序探討因果關係標準認定，在台灣早期實務更是幾乎罕見。例如，最高法院 69 年台上第 3119 號判例意旨將事實上因果關係，採用「相當因果關係」表達；最高法院 87 年台上 154 號判決，則是未意識到區分條件關係與相當性不同，含混適用²⁷⁸。有論者認為應避免放棄因果關係二分論，經常導致因果關係與責任負擔二者混淆不清的結果發生及判斷因果關係標準不明確等因素，認為台灣因果律，仍以採傳統通說二分論為宜，即區分事實上因果關係與法律上因果關係²⁷⁹。

惟本文針此容有不同看法，理由有五：一，無論是基於台灣現行民法有關侵權行為的相關規定、損害賠償法制係採全部賠償制度²⁸⁰；二，基於因果律核心本質是指事實（判斷基礎在一般人經驗法則或專家們的專業（或自然科學）經驗法則），法律政策只是在存有因果律（即具有事實上因果關係）的損害範圍，作行為人及被害人之間的責任分配而已，具體而言，台灣民法有關侵權行為第 184 條第 1 項「不法」係指「行為不法」²⁸¹，且過失行為與損害結果二者間具備有事實上因

²⁷⁶ 陳聰富，前揭註 236，頁 18-22。

²⁷⁷ 沈冠伶，前揭註 36，「結案報告」及圖表二五、二六。

²⁷⁸ 進一步詳細資料，參陳聰富，前揭註 236，頁 18-22。

²⁷⁹ 陳聰富，前揭註 236，頁 49。

²⁸⁰ 所謂完全賠償制度，係指不論債務人有無預見可能，亦不論故意或過失，損害是直接或間接，只要有因果關係之損害，均應賠償，故損害方法以回復原狀為主，而非金錢賠償，且法官就損害賠償範圍並無裁量空間，因此需先確定損害。台灣民法第 216 條第 1 項及 213 條規定內容採全部賠償制度，相較於日本民法第 416 條第 2 項規定意旨是特別情事所生損害以當事人能預見且得預見為損害範圍及第 417 條損害賠償除另有意思表示外，以金錢定其數額。係採限制賠償制度並不相同。詳細論述參呂太郎，因果關係之比例與損害額，台灣本土法學第 33 期，146 頁。

²⁸¹ 即當行為人為符合構成要件該當行為時，未必得推定其不法性，尚需要該行為違反法律上防免義務時，方判定該行為具違法性，此涉及社會交易安全義務相關理論，詳細請參陳自強，民法侵權行為體系之再構成（上），台灣本土法學第 16 期，頁 62-66；陳自強，前揭註 117。

果關係時，損害賠償量定則是以「保護的範圍」來量定；三，依據台灣醫療民事訴訟實證現象，法院明白表示由原告負因果關係的舉證責任的案件數（共有 116 件），占全部案件數（702 件）之 17%；法院明白表示由被告負因果關係的舉證責任的案件數（共有 21 件），占全部案件數（702 件）之 3%，相較過失要件認定、舉證責任要少很多，強區分事實上及法律上因果關係，是否誠如同德國法體系下有其必然性及實效性，似尚有斟酌餘地。四，縱然依循有力傳統見解，將因果關係區分事實及法律因果關係，堅強理由可能是在例外情形，區分二者或可減輕患者舉證責任(德國法如是說)，但我們從醫療民事訴訟實證資料顯示，目前實務運作呈現，絕大多數是以專家鑑定意見為判定醫療民事責任為依歸，這也是國際潮流之一，更具體說是「鑑定」某程度取代舉證責任制度功能，基此前提，區分二者強而有力理由，時空背景似乎也己物換星移。另再加上台灣比德國民事訴訟法規定，在適用舉證責任分配上是較彈性，可透過台灣民事訴訟法第 277 條但書制度功能，適時的將舉證責任轉換，以減輕患者舉證責任。五，就向來台灣民事責任成立三要件，分過失、損害及因果關係，而所謂法律因果關係內涵，即是我們在判定過失行為與損害間具有事實因果關係前提下，接著我們應否將該損害歸由被告負責的問題。在損害要件判定上，是該損害範圍是否應由被告負賠償責任問題。基此，法律因果關係內涵與損害要件內涵，二者重疊，有並存必要嗎？與其浪費訴訟資源在釐清事實與法律上因果關係模糊界線，還不如將法律因果關係揚棄，基前所述種種理由，似乎也並無不可行之處，尙能達促進訴訟進行、降低訴訟成本效益目的。有關因果關係要件是否廢除問題，參第五章相關論述。

如再回顧本文附件三：十七件歷經三審判決患者勝訴確定案件整理表中，歷審中曾明確將因果關係列為爭點為攻防的案件有七件，分別為 **Case.IM11**²⁸²、

²⁸² 台灣高等法院 92 年度上字第 591 號判決(940216)：爭點 1：廖○霞之死亡與延誤輸血、己○○之血型判讀之間是否具有相當因果關係？最後法院採認醫事審議委員會之三次鑑定書之鑑定意見，並參酌第四次之鑑定意見，明認廖○霞之病情，輸血治療為第一要務，惟迄至廖玉霞死亡之前，均未給予輸血，則其死亡與未能即時輸血自屬有相當之因果關係，應堪認定。

²⁸³ 台灣高等法院 89 年度上更(一)字第 130 號判決(900307)：爭點 3：延誤轉醫與損害間有無因果關係？法院採認醫審會鑑定意見「...如果病患能在永和振興醫院接受手術摘除血腫或可避免血腫變大...」益明，是本件被上訴人及其受僱人楊○勝、孫○傑醫師之醫療行為自有過失，且與上訴人變成植物人之損害間有因果關係。

²⁸⁴ 高雄高分院 92 年度重上字第 105 號 (941228)：爭點 3：如有過失，被告過失與原告所受損害有無因果關係？是上訴人既因過失而為被上訴人施行如前述之不必要手術行為，致被上訴人於手術後，發生併發症，並有上述肢體及精神上之障害，足認上訴人之過失與被上訴人所受傷害間，有相當因果關係。又被上訴人於接受移除系爭引流管手術後，發生左肢無力症狀，既屬手術後之併發症，則上訴人移除手術自與被上訴人受有左肢無力之損害間有因果關係，上訴人以其為被上訴人施行手術之部位係在左顱，辯稱被上訴人左側肢體有障害與伊施行手術無關云云，要無可採。上訴人之侵權行為責任，堪以認定。被上訴人依侵權行為損害賠償請求權，請求上訴人負損害賠償責任，自屬有據。(編按：本則依判決內容論述，法院前述判斷似援引鑑定意見認為被告對原告先天性腦部缺陷施作不必要的手術)

²⁸⁵板橋地院 91 年度重訴字第 285 號判決(920718)：爭點 3：系爭醫療行為與被害人死亡結果間有無因果關係。法院認為被害人死亡之直接原因為心肺衰竭，間接原因為肝癌合併多處轉移(包括肺部、骨骼等)，復有前開鑑定書在卷可參，顯見被害人死亡之主因為肝癌合併多處轉移，並非術後感染，亦堪以認定。鑑定書覆稱：「本案病患罹患肝癌併多處骨轉移，係屬於癌症末期，此期病患之體質與免疫力較差，所以加速病情惡化，本案病患接受人工關節置換術後兩週，病人的身體狀況愈來愈差，傷口癒合不良，並於術後四十二天死亡，雖人工關節手術未造成病人直接死亡，但可能加重癌症末期之病情」，有該鑑定書乙份附卷可稽。按被害人由病發至死亡乃為一不可逆之過程，且其中所涉及之因素甚多，自不可能回復手術前之狀況控制各種變數重覆實驗，故由事後所為之鑑定研判，性質上本有一定之推估成分，然如其所推估之依據合乎論理法則、科學法則，自仍得加以憑採；另推估本身即係一種可能性之認定，上開二份鑑定意見既均認系爭手術之施行「加速病情惡化」，已足證可能性甚高，被告徒以鑑定書之用語爭執，當非可採。且民事訴訟係採取證據優勢主義，僅需所提證據足使法院達到蓋然之心證時，即可信該證據所欲證明之待證事實為真。而上開鑑定意見稱系爭手術之施行，導致「加速病情惡化」之結果，顯合乎科學及論理法則，並已使法院得蓋然之心證，當屬可採。據此，系爭人工關節置換手術之施行既加速被害人之死亡，即係對被害人之死亡施以助力，其與被害人之死亡結果間自有因果關係，至為灼然。

²⁸⁶ 臺北地院 90 年度訴字第 5736 號 (931007)：爭點 2：原告右眼失明與被告之手術行為間有無因果關係？法院認為鑑定意見本案病程治療上稍見遲延。雖被告辯稱原告所以產生失明之結果，係因原告自身葡萄膜炎造成云云，然所謂葡萄膜炎之產生，有可能係因白內障手術本身短暫眼壓升高，或水晶體內物滲漏，堵塞前房隅角出口造成，另病程治療過程中，被告乙因見原告之眼壓升高，且有出血狀況，乃使用睫狀體冷凍術，此一手術有可能造成眼球萎縮，其機率達百分之十二，被告選擇此一補救方式，是否適當，亦有待商榷。惟不論如何，被告乙未能及時處置原告眼壓升高之問題，此一疏失，固然未必能免除原告右眼失明之結果，惟確係可能增加手術失敗之或然率，被告就其疏失增加手術失敗之或然率一節自應就此疏失負債務不履行及侵權責任。

²⁸⁷ 台灣高等法院 90 年度上字第 491 號判決 (910515)：爭點 1：被上訴人丙、丁之行為與李○亨之死亡間，有無因果關係。法院認為按訴訟上因果關係之證明，並非如自然科學之證明一般，不得有絲毫之疑義，而是參照經驗法則，綜合全證據，證明特定事實有高度蓋然性足以招

Case.CM2²⁸⁸。而這七件有因果關係爭議案件，法院均未明示應由主張權利存在

致特定結果之關係之謂。判斷是否已為證明，必須達到一般人已無懷疑且確信為真實之程度為必要，亦以此程度為已足。查李元亨於八十六年七月四日起因右側周邊性面神經麻痺已兩週左右至被上訴人丁所開設之中醫師診所就醫，並於七月四日、九日、十四日、十六日、十八日、二十一日、二十三日分別接受針灸治療：取穴在臉上和雙小腿足三里、上巨、虛、側三里及側下三里穴等，每次留針達九十分鐘。七月二十五日李○亨再次接受診針刺小腿後，感到刺痛、灼熱和腫脹，並發現小腿肚立刻腫起來，僵硬不能走路，因而請病假一周，於七月二十八日、三十日及八月一日回診，同年八月二日近中午時，李○亨於友人造訪時，呈現坐立不安，暈厥和呼吸困難情形，經友人緊急送至三軍總醫院急診，仍不治死亡之事實，有被上訴人丁、丙所製作之病歷表附於前開偵查卷可稽，並經證人等於刑事案件偵查中結證屬實，應可認定。按針灸過深或過久，會傷及深部靜脈，造成深部靜脈血栓之結果，乃一般經驗上所能理解，並為被上訴人丁所不否認。而深部靜脈血栓，則會使患者出現坐立不安，暈厥和呼吸困難情形，亦有行政院衛生署醫事審議委員會八十九年一月十三日鑑定報告、被上訴人丁於偵查所提出之方廷鈺教授翻譯臨床識別肺栓塞一文及被上訴人丁提出另案新聞報導可據。本件李○亨於八十六年七月二十五日經被上訴人針灸後，即發生小腿肚立刻腫起來，僵硬不能走路，因而請病假一周，可見被上訴人之針灸確有不當。再者，李○亨於六年前即有做過下肢血栓摘除手術，其於三軍總醫院加護病房之臨床徵候，亦被懷疑為肺栓塞 (pulmonary embolism)，有三軍總醫院出院病歷摘要一般病歷可據可據。於解剖時，其下肢亦有血液淤滯情形，有解剖照片附於偵查卷足參。解剖後發見其肺部有重度充血及水腫，而此充血及水腫，亦為肺栓塞可能之變化。依李○亨生前即患有血栓之病史、經被上訴人丙、丁針灸後所發生小腿腫脹、其後即出現肺栓塞之典型徵兆、解剖時亦有下肢血栓現象、解剖後發現肺部重度充血及水腫等病發之前後事實，參照行政院衛生署醫事審議委員會八十七年四月八日鑑定報告，亦認為李○亨之死亡與被上訴人之針灸不當有因果關係之鑑定意見，本於經驗法則為合理判斷，應認李○亨之死亡與被上訴人丙、丁之針灸不當間，有因果關係。有關原審法醫中心與醫審會鑑定意見不一，被告認為應以法醫中心之意見為準置辯。然國立台灣大學醫學院附設醫院上開函文之真意，僅在表明於死後解剖屍體之正確性，較生前診斷為高而已，並非死後解剖均能完全確定是否肺栓塞，即認定李元亨非肺栓塞而死亡。何況依該醫院意見，李○亨解剖時所發現之肺部重度充血及水腫亦為肺栓塞之可能現象之一，亦足認行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見，尚無違於醫學上之專業判斷，且合於吾人經驗法則，本院自可採為認定事實依據。

²⁸⁸ 苗栗地院 91 年度訴字第 3 號(940526)：法院認為原告固罹患僵直性脊椎炎多年，然依本院 92 年度醫易字第 1 號刑事案件函查原告所服務之行政院國家科學委員會精密儀器發展研究中心 90 年 4 月間之出勤紀錄，足徵原告於 90 年 4 月 23 日至被告「新力中心」推拿前，均有正常上、下班，尤以原告當日尚係自行驅車前往被告推拿處所，亦經被告供認在卷，堪證原告於前往被告處進行推拿前之一般健康情況，尚屬行動自如，從而原告之於次日凌晨 3 時許突然四肢癱瘓，顯係於一夕間突然發生之意外狀況已臻明確。而原告當日除至被告處，就其所受外傷部位，如頸椎、胸椎等處，接受被告之推拿外，其餘並無任何驟遭其他外力或外傷之痕跡，亦無積極證據證明其他有何意外事件發生，此參酌署立新竹醫院 90 年 4 月 24 日之急診病歷亦明。是原告之受傷與被告之推拿行為間，於時間、空間上均有極為密切之關連性，應堪認定。雖被告於刑事

的原告應就此因果關係存在負舉證責任，且法院均是採認鑑定意見為據，判定因果關係存在，令被告負賠償責任，至於，法院如何操作因果律，似乎不若學者王澤鑑基於純學理觀點所言「我們已習慣於相當因果關係的運用」²⁸⁹那般當然爾的

庭及本院辯論時一再辯稱其行為與原告之受傷並無因果關係，然原告之受傷與被告之推拿行為間之因果關係於時間、空間上均有極為密切之關連性，已如前述，其上開辯解，顯不足採。又依醫學文獻之記載，僵直性脊椎炎係屬慢性長期疾病。罹患此症患者，是脊椎、骹關節及其他如髖關節、膝關節等大關節之漸進性發炎，最後導致脊椎及關節的黏連、僵硬與變形。病人早期會有下背部或臀部酸痛僵硬之情形，因休息太久不動或運動太劇烈都會使症狀惡化，長久會造成骨質疏鬆、韌帶鈣化，脊椎骨駝背變形甚至僵硬，有卷附僵直性脊椎炎之文字解說可稽。惟僵直性脊椎炎患者，除上開之疼痛與脊椎、關節的黏連、僵硬與變形外，與全身癱瘓並無必然之關連性，除非因外力相加造成頸椎之全部脫位，並不會因罹患僵直性脊椎炎即發生癱瘓之結果，亦經證人徐賢達（行政院衛生署桃園醫院神經外科醫師）證述綦詳（參見本院本案刑事卷宗資料筆錄）。且本件經臺灣高等法院臺中分院 94 年度醫上易字第 35 號檢送相關病歷及核磁共振造影照片及 X 光，囑託臺中榮民總醫院鑑定結果，該院神經外科查復稱：若瞬間嚴重之頸椎神經損傷，即可能造成立即癱瘓。若僅頸椎受傷造成不穩定，而未給與適時之固定保護，也可能造成延遲性之二度嚴重神經損傷，造成癱瘓。該院復健科查復稱：僅從手術前之核磁共振造影照片及 X 光片，無法判定頸椎脫位併脊髓損傷，是在哪一個時間點發生。若是推拿當時造成核磁共振造影照片所顯示情況，應立即疼痛且四肢麻木無力；若因推拿時頸椎受傷造成不穩定，頸部及上背部應會非常疼痛等語，有該院 94 年 3 月 21 日中榮醫企字第 0940001271 號函在卷可按。此適與原告於本院 92 年度醫易字第 1 號刑事案件證稱：治療完當時非常疼痛，開車回去因為非常疼痛，無法開車入庫，故按喇叭請其妻開車入庫，終因未適時固定頸椎，而遭延遲性二度損傷，造成癱瘓等情相符。被告質疑原告若真因被告之推拿行為，造成頸椎發出「爆裂聲」，則其脊椎應已斷掉或嚴重脫位，原告應會立即癱瘓，無法駕車返家。此顯然忽略原告遭受延遲性二度嚴重神經損傷之可能，且誤解原告所稱「頸椎發出爆裂聲」之真意，僅在描述頸椎受傷之事實，並未傳達脫位或損傷之程度。故被告質疑被告之推拿整脊行為與原告之癱瘓間無相當因果關係，並無足採。被告既以主治「僵直性脊椎炎」為業，對原告之脊椎極易受傷應有認識，則於當日進行「整脊」治療後，被告對原告既擅自使用龍馬棒之堅硬器械於原告之背脊，又施加較平日更重之力道，且較平日不同而施術於頸部等脆弱位置，即應就原告之脊椎、胸椎可能部分脫位或稍微脫位之危險有所認識；而脊椎或胸椎脫位後若未妥善固定，極易產生延遲性二度傷害之危險，而發生癱瘓之結果，亦應有預見之可能，竟疏未注意，又未為相當之預防，終肇致原告癱瘓之重傷害結果。是此種癱瘓結果之發生，依經驗法則，為客觀之事後審查，在此種環境、條件下，幾可確定必然發生該癱瘓之結果，從而被告當日對原告所施以粗暴之「整脊」行為，顯為發生結果之相當條件與最重要之原因，其行為與結果間顯有相當之因果關係，已至為明確。則揆諸前揭說明，原告請求被告就其所受之損害負損害賠償責任，於法自無不合，被告辯解其無過失、原告癱瘓與被告之整脊行為並無因果關係云云顯不可採。

²⁸⁹ 王澤鑑，前揭註 117，頁 273-274。

運作在台灣醫療民事訴訟實踐面，舉例而言，因果關係有無即使在同一個法官在相類似醫療案件類型內「存活機會喪失」與損害發生有無因果關係判定標準本身是浮動，是受到疾病本身原屬不治之疾所治影響嗎？這樣影響差異是否具合理正當性？足值我們深思。在臺北地院 96 年度醫字第 27 號：A 法官判決看法「……病患罹患疾病就醫，無非是希望身體及健康得以恢復而延長生命，此存活機會乃係對未來繼續生命的期待，如病患因醫師之醫療疏失致喪失或減少存活機會之可能，所侵害者應係病患之生命權、身體權及健康權，病患自可本於侵權行為損害賠償請求權請求賠償。…」。（侵權請求，原告原為胃潰瘍出血病情恢復期發生重積症癲癇）；另一案件同一 A 法官見解認為雖承認存活機會本身是種權益，惟該具體個案欠缺因果關係：台北地院 95 年度醫字第 32 號：「… 丙○○、甲○○未盡告知義務，違反前揭醫師法第 12 條及 12 條之 1 所規定之告知義務，致劉○鴻錯失治療及延長存活期間之可能機會，其已侵害劉○鴻之身體權及健康權，應有過失，已如前述。然本件原告係依劉○鴻之存活率降低，損害其生命權為請求，主張乙○○因劉○鴻死亡受有支出殯葬費 104,000 元及扶養費 653,764 元之損害，乙○○、辛○○、庚○○依第 192 條及第 194 條之規定，請求精神慰撫金等語，故無論係依債務不履行或侵權行為之法律關係，原告請求被告連帶賠償前揭財產及非財產上損害，其前提均為丙○○、甲○○或仁愛醫院之債務不履行、侵權行為與原告之損害間有相當因果關係。惟劉○鴻於 95 年 4 月 19 日在臺大醫院檢查為全身骨頭之核子醫學檢查，即已知肺癌移轉至骨骼，屬為第四期之肺癌，有前揭臺大醫院病歷可參，此種遠端轉移之肺癌在現今臨床上之治療，僅能以改善癌症症狀，提高生活品質及減慢癌症惡化之方式處理，非謂丙○○、甲○○若於 2 個月前及時履行告知義務，絕對可救活劉○鴻，使其免於死亡，且原告亦自無證據可資證明，若丙○○、甲○○有履行告知義務，劉○鴻即可存活，況依前揭醫院病歷資料，劉○鴻在臺大醫院因經濟之故而未進一步接受化療，足見劉○鴻之死亡與丙○○、甲○○因過失未履行告知義務間並無相當因果關係。從而，原告依前揭債務不履行或侵權行為之法律關係，請被告連帶賠償損害，自

無理由。……」。

反觀「相當因果關係」的原生國德國，有關因果關係及舉證責任相關探討，德國處理醫療民事案件因果關係上也是一再修正相當因果關係理論²⁹⁰。大略在三個方向調整：**A、於醫療案件間接損害類型**，於責任範圍因果關係調降原告舉證責任證明度採一般蓋然性（ZPO 第 287 條）²⁹¹；**B、在誤診案件中**，醫師未為應為的治療，原告因果關係舉證困難，因果關係的舉證轉換處理，此時醫師須證明當時即便為適當的處置亦不可能有益於患者病情好轉或防止不利結果發生²⁹²；**C、在重大醫療瑕疵情形**：錯誤等同義務違反，這類型案件醫師主觀要件是否具備不論，只要醫師醫療處置很顯然違反醫療常規或醫學通識，發生重大醫療瑕疵結果，令人從客觀形式觀察屬於不應犯的離譜不解的結果²⁹³。

第三項、小結

本文認為「因果關係」的要件，假使學者通說認為是既已架設於我國民法損害賠償制度下的一個責任構成要件，扮演法釋義者的實務家及學者即應對該法未明文的構成要件，應如何操作擬出一個定則，否則任由實務運作，難有令人干服持平的結果。

綜前所論，或許一二百年前法學家面對法治國世紀剛來臨時，一切從無「法典」時代要法典化，草創維艱對尚有不臻明瞭之處留待日後實務運作解釋空間。然而，時序今日百年後的當代民法學者，是否還能秉持先儒草創時代的理由，恐怕是有點說不過去的。姑且不論外國如何，也不談其它領域，僅從台灣醫療民事訴訟實證觀察（請參本文第二章內容），法官面對因果關係判斷及舉證分配是傾向消極的，超過一半以上判決是憑鑑定意見為行為人究應否為該行為引致的損害結果負責，然而，負責鑑定機關表示：「醫學是一門不精確的應用科學，很難有一致標準，所以，同一個案送數次鑑定，數次鑑定結果不一現象，是舉世皆若的

²⁹⁰ 國內相關文獻：參酌詹森林，前揭註 6，頁 60-68；吳俊達，「醫療訴訟之舉證責任」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2007 年；李貞瑩，「醫療民事責任因果關係成立與舉證之研究」，國立臺灣政治大學法律學研究所碩士論文，2009 年。

²⁹¹ BGH, VersR 1963,67

²⁹² BGH, NJW 1998,1780; BGH,NJW 2004,2011.

²⁹³ BGH, NJW 1983,2080 -2081.

當然結果。」²⁹⁴。好不容易，半數以下的醫療民事判決，法官想好好處理一下因果關係與舉證問題，又掉入民事訴訟法第 277 條本文與但書的適用爭議內。面對如此亂象，醫界自醒，想透過「醫療傷害事件補償及處理辦法草案（衛生署版）」尋求醫療紛爭解決的另一出口。

基此，個人對因果關係的問題看法，如果說法規範及司法造法是用來適用於在地原住民，那麼法規範及司法造法的升級再造工程，國際趨勢僅是從業者自我須填充基礎智能資料庫，可參酌但不須朝拜，更非必嚴守之圭臬。

如果學者實務通說堅持「因果關係」是我國醫療民事責任要件之一的前題下，要解決問題有二，第一問題是對其作定義性規定，不要只將目前實務學者通說「條件及相當性」明文化，如此效益是不彰的，這從本文第二章實證結果即可窺知一二；第二問題是須解決三階論與二階論的爭議問題，其中，最重要的是「因果關係」被重覆論證問題，針此，有鑑於傳統向來見解，因果關係屬於醫療民事責任要件之一，且採三階論為前題下，如讓「因果關係存否」在「過失（有責性）」、「義務違反（違法性）」，重複論證結果，增加患者舉證困難，也提高了敗訴機會。至少，在醫療契約責任體系內，本文認為醫療「契約義務違反」才是契約「歸責事由」看法（詳細論證參第四、五章論述），債務人有無過失，是不必要存在要件²⁹⁵。從而，縮減僅就「契約義務違反與損害間」是否具因果關係判斷。至於，責任範圍的因果關係判斷，則可以用預見可能性取代。

第八節 「舉證責任」的區別

第一項我國契約責任與侵權責任有關「舉證責任」面概論

契約責任與侵權責任關於舉證責任分配原則上似存有差異。如依我國實務及學者通說對傳統民事契約及侵權責任舉證責任分配上，若搭配「故意或過失」、「因果關係」及「損害範圍」三個構成要件，侵權責任受害人對該三項構成要件存在，

²⁹⁴ 相關資料，參沈冠伶，前揭註 36，有關醫審會訪談紀錄。

²⁹⁵ 此部分看法是否會與我國向來採「民事過失原則」相違逆？本文並不認為，此部分論述後續第四、五章會再論述。簡言之，契約法原則是源自私法自治契約自由原則，循此看法現行民法第 220 條第 1 項規範適用，適用在契約當事人未約定時。當醫療契約當事人締約時，基於契約拘束力，就其內容及範圍約定，是當事人自主為契約自由原則所保護的內涵應為尊重。當契約當事人之一方違反契約內容，構成「歸責事由」，違反契約義務，負擔契約責任，當事人契約責任成立與過失有無（有責性）無關。

攸關其主張侵權責任請求權利存在事項，故應由受害人對此三要項負舉證責任。反觀，契約責任的債權人對前述該三項要件是否仍須先負舉證其存在呢？如是肯定時，那麼嗣後債務人須針對不可歸責於己事由負舉證責任的規定，似乎與其說債務人不可歸責於己的規定是契約責任較侵權責任有利於債權人的規定，還不如說該不可歸責於債務人事由舉證規定，是較傾向保護債務人的規定來的適切些。本文認為，在醫療契約法領域，似乎應更寬認「過失」要件的認定，或是從「因果關係」束縛解除，如此才能更符合契約法原理原則的目的。

不過，如回歸傳統通說見解「因果關係」要件應存在時，解釋上當債權人證明系爭債之關係存在，因債務人的債務不履行致生損害時，即應認此時債權人權利存在舉證責任應認為已盡²⁹⁶，接續應由債務人針對損害發生係不可歸責於己負舉證責任，如此解釋，契約責任原則上係從採過失推定的論點所得結論²⁹⁷。而本文疑問是，通說所認為過失推定是包括兩種債務類型（結果債務及手段債務）均包括？另一個問題是推定過失範圍，僅推定「可歸責（有責性）」？還是也包括了「義務違反（違法性）」在內呢？²⁹⁸學者姜世明則從「消極事實之舉證責任分配」視角切入，認為我國民法有關債務不履行情況，因有民法第 230 條規定，認為此為法定舉證責任轉換規定，而認有關遲延給付的不可歸責性由債務人負舉證責任，而有關給付不能，基於與給付遲延同屬消極事實，有與其調整為相同的必要。而就不完全給付則因民法第 227 條規定，有關不完全給付之可歸責的舉證責任，即應適用或類推適用民法第 230 條規定，由債務人就其不可歸責是由負舉證之責²⁹⁹。

²⁹⁶ 王澤鑑，前揭註 117，頁 95-96。

²⁹⁷ 在特殊侵權責任上，採有採推定過失規定，例如民法第 191 之 3 條，詳細相關論述參酌陳自強，前揭註 117、281。

²⁹⁸ 本文認為從羅馬法社會背景契約類型與現今契約類型不同，傳統契約類型多數為現品買賣、互易，債務不履行債權人只需證明契約關係存在及損害發生，債務人過失即被推定是有道理。但就現今契約型態類型複雜化，以手段債務契約類型為大宗，是否一概依此標準認定，解釋上會有疑義。

²⁹⁹ 姜世明，「舉證責任與證明度」，頁 39-41，新學林，2008 年。

第二項比較法與我國民事醫療實證觀察回顧

有關我國醫療民事訴訟實證資料分析³⁰⁰，關於醫療訴訟事件之舉證責任分配及民訴法第 277 條但書之適用問題，分析如下：

第一目有關「在過失要件的舉證分配」

基此，最高法院之態度並不一致，其中，有認為得適用民訴法第 277 條但書者，亦有持反對見解者。相關案例有三：最高法院 96 年台上字第 2738 號判決：最高法院維持原審裁判駁回原告之上訴，而不認為得適用民訴法第 277 條但書。最高法院 98 年台上字第 276 號判決：此則認為有民訴法第 277 條但書適用之餘地，廢棄原審判決發回高院審理。最高法院 99 年台聲字第 236 號裁定：最高法院在本件訴訟不認為應轉換由被告負無過失之舉證責任。

如觀察下級審裁判，就過失或可歸責性之要件事實，在第一審判決中明白表示應適用民訴法第 277 條但書規定轉換由被告負舉證責任或減輕原告之舉證責任者共有 33 件³⁰¹，僅占全部第一審判決（657 件）之 5%。法院明白表示應由原

³⁰⁰ 本文此段所根據實證資料，係援引自沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11。該文實證資料，截至 2010 年 2 月 28 日止，司法院法學資料庫內所收錄之醫療民事判決共 1065 筆裁判。

³⁰¹ 此又可分為下列情形：**1. 過失及因果關係均轉換者**：台北地院 97 年醫字第 3 號（法院僅就侵權責任請求審酌，債務不履行未審酌）、台北地院 96 年醫字第 12 號（法院僅就侵權責任請求審酌，債務不履行未審酌）、台北地院 96 年醫字第 22 號（法院僅就侵權責任請求審酌，債務不履行有審酌但在此部分未論及民訴 277 問題）、台北地院 95 年醫字第 5 號（法院僅就契約責任請求審酌，侵權責任未具體審酌）、台北地院 90 年訴字第 3406 號（僅主張侵權責任）、士林地院 94 年醫字第 8 號（法院認為債務不履行本由債務人就不可歸責負舉證責任，侵權責任部分則透過民訴 277 但書轉換舉證責任）、士林地院 95 年醫字第 8 號（法院認為按侵權行為責任與契約責任乃民事法上主要之二種民事責任，其構成要件與法律效果多有不同，就舉證責任而言，依一般舉證原則，侵權行為之被害人應證明行為人之故意或過失、損害之發生及因果關係；然於契約債務不履行，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於自己者，即應由債務人證明有不可歸責於己之事由，始得免責，兩者在舉證責任上，有所不同。故而，法院認為債務不履行不可歸責由被告舉證；而侵權責任部分有無過失即因因果關係依民訴法第 277 條但書轉換由被告負擔）、士林地院 94 年醫字第 10 號（法院僅審酌侵權責任，未審酌債務不履行）、基隆地院 92 年醫簡上字第 1 號（侵權責任）、桃園地院 92 年醫字第 6 號（法院僅審酌侵權責任，未審酌債務不履行）、桃園地院 93 年醫字第 1 號（法院認為是原告主張被告應負債務不履行損害賠償責

告負過失的舉證責任的判決數（共有 139 件）³⁰²，占全部第一審判決（657 件）

任或侵權行為損害賠償責任，依上開民事訴訟法規定前段所示一般舉證責任法則，原告雖應就其所主張權利之發生要件（例如侵害客體、行為、違法性、可歸責性、因果關係、損害等）負舉證責任，惟法院審酌個案，認為適用一般舉證責任法則之結果，於原告為不可期待或顯失公平時，應考慮減輕原告之舉證責任。）、桃園地院 93 年醫字第 10 號（法院認為無論契約或侵權責任一班舉證原則應由原告負擔惟本案適用民事訴訟法第 277 條但書由被告負擔舉證）、台中地院 92 年醫字第 1 號（法院認為無論契約或侵權責任一班舉證原則應由原告負擔惟本案適用民事訴訟法第 277 條但書由被告負擔舉證）、花蓮地院 94 年醫字第 1 號（法院認為無論契約或侵權責任一班舉證原則應由原告負擔惟本案適用民事訴訟法第 277 條但書由被告負擔舉證）、台東地院 95 年訴字第 157 號（侵權責任）；以上判決，僅有基隆地院 92 年醫簡上字第 1 號（侵權責任）、桃園地院 92 年醫字第 6 號、桃園地院 93 年醫字第 1 號、台中地院 92 年醫字第 1 號、花蓮地院 94 年醫字第 1 號為原告敗訴判決。

2.轉換過失之舉證責任而判決原告勝訴者：台北地院 87 年訴字第 1521 號（（法院認為無論契約或侵權責任一般舉證原則應由原告負擔惟本案適用民事訴訟法第 277 條但書由被告負擔舉證））、臺北地院 91 年重訴字第 761 號（地院認為被告應負不可歸責舉證責任（侵權及契約）、第二審判決被告勝訴，第三審原告上訴駁回，敗訴確定）、士林地院 88 年訴字第 1373 號（侵權行為）、桃園地院 90 年重訴字第 146 號（侵權責任由被告舉證）、桃園地院 95 年度醫字第 14 號（契約責任原由被負不可歸責，侵權部分透過民訴 277 但書由被告負舉證責任）、新竹地院 97 年重訴字第 12 號（無法檢索）、新竹地院 88 年重訴字第 464 號（侵權及契約）台中地院 90 年重訴字第 334 號（侵權責任）、臺南地院 93 年醫字第 4 號（侵權及契約）；

3.轉換過失之舉證責任，但法院仍認定被告無過失而判決原告敗訴者：士林地院 89 年訴字第 519 號（侵權責任）、士林地院 91 年訴字第 1144 號（侵權責任）、士林地院 93 年度醫字第 4 號（侵權責任）、板橋地院 93 年醫字第 2 號（契約責任、侵權責任）；

4. 認有民訴法第 277 條但書適用，減輕原告之舉證責任，但未言明是否為舉證責任轉換者：臺北地院 97 年醫字第 3 號（法院認為醫療糾紛之訴訟固得適用民事訴訟法第 277 條但書規定，由法院審酌兩造所各自提出之人證、物證等資料及事件之性質，減輕或轉換對於過失及因果關係之舉證責任，但非謂主張對造應付侵權行為或債務不履行責任者，毋庸就對造之故意、過失或債務不履行等事由負舉證責任。）、臺北地院 89 年重訴字第 472 號（依英美法侵權行為法或醫療事件中所謂「Res ipsa loquitur」（「事實說明自己」）之法則，減輕或緩和原告之侵權責任舉證責任；而就債務不履行部分，法院則認為原應由被告負不可歸責的舉證責任。）、宜蘭地院 89 年重訴字第 44 號（侵權責任）、高雄地院 94 年醫字第 9 號（侵權責任）、彰化地院 94 年醫字第 4 號（就侵權責任部分主張依 277 條但書減輕）（（但第二審判決被告勝訴）。

³⁰² **判決理由中表明原告應先就民訴法第 277 條本文負舉證責任者，例如：**士林地院 96 年訴字第 19 號（侵權責任）、士林地院 96 年醫字第 10 號（侵權責任）、士林地院 93 年醫字第 3 號（侵權責任）、士林地院 91 年訴字第 232 號（侵權責任）、板橋地院 92 年訴字第 221 號（侵權責任）、基隆地院 97 年醫字第 1 號（侵權責任）、桃園地院 95 年醫字第 7 號（侵權責任）、桃園地院 95 年醫字第 8 號（侵權責任）、桃園地院 93 年醫字第 13 號（侵權責任）、新竹地院民事小

之 21.2%³⁰³。至於未明示者則佔 73.8%。由於未明示舉證責任之分配，意味著絕大多數仍採一般舉證責任分配原則（當然，也不排除極少數案件是法官心證保留的問題），因此，關於過失之舉證責任，在大多數之案件，仍由原告負舉證責任，且並未明確區分請求權是侵權責任或契約責任而不同。就此實證統計結果，本文認為對患者而言，實體法規範主張契約責任的優勢功能，在醫療民事訴訟程序上並未被理想的落實。

在第二審判決亦有類似之情形，法院明白表示應調整由被告負過失的舉證責任的判決數（共有 11 件）³⁰⁴，占全部第二審判決（299 件）約 3.7%，而明白表示仍應由原告負過失的舉證責任的判決數（共有 52 件）³⁰⁵，占全部第二審判決

額判決 97 年竹小字第 93 號（侵權責任）、新竹地院 91 年重訴字第 176 號（侵權責任）、臺中地院 98 年醫字第 16 號（侵權責任）、臺中地院 96 年醫字第 16 號（侵權責任）、臺中地院 95 年醫字第 12 號（契約責任）、臺中地院 92 年訴字第 424 號（侵權責任）、臺中地院 92 年醫字第 14 號（契約及侵權責任）、彰化地院 97 年醫字第 4 號（契約責任）、彰化地院 95 年醫字第 3 號（侵權責任）、高雄地院 95 年醫字第 23 號（契約及侵權責任）、高雄地院 95 年醫字第 25 號（侵權責任）；判決理由中明白表示認為本案無民法 277 條但書適用者，例如：士林地院 91 年重訴字第 580 號（契約及侵權責任主張者應先就權利存在負舉證之責方能有但書適用）、新竹地院 94 年訴字第 668 號（侵權責任主張者應就權利存在負舉證後方有但書適用）等。

³⁰³ 沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表二五。

³⁰⁴ 1. 認應就過失或可歸責性及因果關係均轉換者：台灣高等法院 96 年醫上更(一)字第 1 號、台灣高等法院 95 年醫上字第 17 號；2. 僅轉換過失之舉證責任而判決原告勝訴者：臺南高分院 96 年醫上字第 2 號、台灣高等法院 96 年醫上字第 5 號（債務不履行請求部分，應由債務人不具可歸責性負舉證責任，其未能舉證，故判醫院敗訴；但侵權行為責任仍要求由原告舉證其要件，而判醫師勝訴；經兩造上訴第三審，原判決廢棄）；3. 轉換過失之舉證責任，但法院仍認定被告無過失而判決原告敗訴者：台灣高等法院 95 年醫上字第 13 號、台中高分院 93 年度醫上易字第 3 號；4. 認有民法第 277 條但書之適用，減輕原告之舉證責任，但未言明是否為舉證責任轉換者：台灣高等法院 98 年醫上字第 3 號（認定有過失，但無因果關係，駁回原告請求）、台灣高等法院 97 年醫上字第 11 號（維持原判決駁回原告請求）、台灣高等法院 97 年醫上易字第 4 號（維持原判決駁回原告請求）、台灣高等法院 97 年醫上易字第 6 號（維持原判決駁回原告請求）、台灣高等法院 95 年醫上字第 5 號（維持原判決駁回原告請求）。

³⁰⁵ 例如：89 年度重上字第 114 號：惟按民事訴訟法第二百七十七條規定，「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。」，依該條文之規定，原則上應由主張有利於己之事實者，先就其事實有舉證之責任，但在例外情形下如法律別有規或依其情形顯失公平，始轉換由對造負舉證之責。查本件法規並無明文規定由醫院或醫師就其醫療行為，先負無「侵權行為」之舉證之責，若由病患負舉證之責時，亦無有何「顯失公平」之情形，然貿然先由醫院或醫師就其醫療行為，有無侵權行為，先負舉證之責，即就「消

(299 件) 之 17.4%；未明示者占 78.9%³⁰⁶。

在最高法院對於不可歸責舉證分配問題態度是飄忽不定，採由被告負不可歸責舉證責任者，例如：於最高法院民事判決九十七年度台上字第一〇〇〇號明確表示³⁰⁷，債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存

極事實」負舉證之責，非但過苛，且在社會及醫療保險制度未健全前，即逕採醫院或醫師先負舉證之責，必將破壞整個醫療體制，此豈病患之福？是上訴人主張本件侵權行為，依民事訴訟法第二百七十七條但書之規定，由被上訴人等先舉證明其醫療行為並無任何過失行為云云，既經被上訴人等抗辯應依同條前段規定，由上訴人先舉證明被上訴人醫療行為有何過失，上訴人此部此分之主張，自不足取。(三)況查，民事訴訟法第二百七十七條但書，亦僅限於有「顯失公平」之情形時，才有舉證責任減輕(或轉換)之適用，亦即，於非屬「顯失公平」之情況下，舉證責任仍應由主張有利於己事實之上訴人(即病患)負擔。而本件上訴人業已取得病歷及就診資料影本，並無不能知悉之情，自亦無舉證上之困難，顯不符舉證責任減輕(或轉換)之要件，故本件應由上訴人負舉證責任，始符法制；高等法院九十一年度重上字第九五號：各該待證事實概以上訴人病歷為認定依據，被上訴人未掌握其他上訴人無法查知之資訊，且可期待上訴人提出醫學文獻，及聲請法院囑託有醫療專業知識之人或機關檢視上訴人之病歷加以鑑定得知，故本院認為無適用民事訴訟法第二百七十七條但書規定，減輕上訴人舉證責任之理。

³⁰⁶ 沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表二五。

³⁰⁷ 按判決不備理由或理由矛盾者，其判決當然為違背法令，民事訴訟法第四百六十九條第六款定有明文。查上訴人係因曾發生車禍，左上肢骨折，經治療後有癒合不正之情形，致左手肘伸展及彎曲功能不全、肌肉攣縮等現象，而至中山醫院就醫，由丁○○施以肘關節成形術之手術後，再由同院復健科施作物理治療，為原審確定之事實。丁○○於另件刑事案件審理時陳稱：物理治療師僅對年長者、婦女或骨折後之患者懷疑有骨質疏鬆情形，而為骨質疏鬆之檢測等語，並經原判決引載於理由欄(見原判決第二六頁第三行，第四行)。原審未查明上訴人既係骨折後之患者，因何被上訴人未懷疑其有骨質疏鬆情形而為是項檢測即施作物理治療之復健，徒以上訴人年僅三十歲，非骨骼疏鬆症之高危險群，及其 X 光片無法判讀出有骨質疏鬆情形，遽認丁○○等三人未判斷上訴人為骨質疏鬆症之高危險群，並為骨密度檢測之建議，難謂有何過失，自不免速斷。次按法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則，亦為民事訴訟法第二百二十二條第三項所明定。所謂經驗法則，係指由社會生活累積之經驗歸納而得之法則，凡日常生活所得之通常經驗及基於專門知識所得之特別經驗均屬之。本件原審既認被上訴人自九十年三月五日起對上訴人施作物理治療之復健，迄同年五月十日發生系爭傷害時止，其間共施作四十餘次，均未發現異狀。果爾，則事故發生時，被上訴人若係施以相同之方式、姿勢或力道之物理治療，依吾人經驗，應不致發生系爭傷害。乃原審未探究上訴人發生系爭傷害之原因為何，竟認乙○○辯稱伊於系爭傷害發生時，係以正常力量、姿勢為上訴人實施復健一節，與常情相符，堪予採信。依上開說明，亦不無違反經驗法則。又債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。本件上訴人除本於侵權行為之法律關係外，併依不完全給付之債務不履行法律關係，訴請被上訴人連帶賠償損害，則依前開說明，關於債務不履行部分即應由被上訴人就其所為不可歸責之抗辯舉證證明，原審認應由上訴人證明被上訴人施作物理治療過程不當，尤欠允洽。未查醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係，依民法第五百三十五條後段規定，醫院既應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員(即醫療團隊)於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具上開醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患受有傷害時，醫療機構即應與之同負債務不履行之損害賠償責任。本件被上訴人為中山醫院之負責人或該院聘請之醫療人員，負責上訴人之診療及復健，自應盡善良管理人之注意義務。是以丁○○等三人是否均為陳福民即中山醫院對上訴人為醫療行為之履行輔助人及渠等為上訴人醫療復健時，是否已盡其善良管理人之注意義務暨渠等未查明上訴人有無骨質疏鬆情形即施作復健，是否有所疏失？在在與上訴人得否請求被上訴人連帶賠償損害攸關，

在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。本件上訴人除本於侵權行為之法律關係外，併依不完全給付之債務不履行法律關係，訴請被上訴人連帶賠償損害，則依前開說明，關於債務不履行部分即應由被上訴人就其所為不可歸責之抗辯舉證證明，原審認應由上訴人證明被上訴人施作物理治療過程不當，尤欠允洽。

採認應由原告負被告可歸責舉證責任者，例如：最高法院民事裁定九十七年度台上字第一三一七號裁定：本件上訴人對於原判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，所為論斷：上訴人未能證明被上訴人乙○○、丙○○二人之醫療行為有何故意、過失或可歸責之事由，致上訴人中風偏癱，是伊依據醫療契約關係及侵權行為等法律規定請求被上訴人連帶負損害賠償責任，即非有據，不應准許等情，指摘其為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言謂為違法，而未表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，亦未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由³⁰⁸。

第二目有關「因果關係之舉證責任分配」

在第一審判決中，明白表示調整由被告負因果關係的舉證責任者共有 19 件

原審就此未詳加調查審認明晰，本院尚無從為法律上之判斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

³⁰⁸ 其他最高法院認為應由原告就可歸責性負舉證裁判，例如：最高法院 97 年度台上字第 1449 號裁定：「本件上訴人對於原判決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，徒就原審依兩造協議簡化之爭點，以其取捨證據、認定事實之職權行使所為：被上訴人對上訴人罹患鼻咽癌之分期判定並無違誤，其對上訴人所施之化學及放射性治療（包含放射劑量），亦均符合醫療常規，且與上訴人嗣後所罹患之放射性頸脊髓炎無何關連。上訴人未能舉證證明其罹患放射性頸脊髓炎，有何可歸責於被上訴人之事由，其依契約之不完全給付法律關係，請求被上訴人賠償新台幣七百三十六萬七千零五十六元之本息，即屬無理等論斷，指摘為不當，……」

³⁰⁹，占全部第一審判決（657 件）之 2.9%；法院明白表示仍由原告負因果關係的舉證責任的判決數（共有 116 件），占全部第一審判決（657 件）之 17.7%³¹⁰。在第二審判決中，明白表示由被告負因果關係之舉證責任者共有 4 件³¹¹，占全部第二審判決（299 件）之 1.3%；判決中明白表示由原告負因果關係的舉證責任者共有 40 件，占全部第二審判決（299 件）之 13.4%³¹²。

第三目有關適用德國「表見證明原則」或英國「事實說明自己原則」

在醫療訴訟上，為減輕原告之舉證責任，德國實務上發展出「表見證明原則」，英美法上亦有「事實說明自己原則」，但在我國醫療民事訴訟之實務上，少見有採納上開法則之裁判。在第一審判決中有 2 件、第二審判決中有 1 件，採用表見證明或事實說明自己法則，均占各該審級判決數的 0.3%³¹³。這三則判決，分別為台北地院 89 年度重訴字第 472 號判決、台北地院 95 年醫字第 5 號、臺灣高等法院 96 年再字第 76 號。前二則裁判係對原告為有利之判斷，但高等法院 96 年再字第 76 號判決則僅表示，在醫療訴訟中有表見證明法理適用之可能性，惟在該案中，並未予以適用而為事實之認定，並駁回原告之請求³¹⁴。至於高雄地院 93

³⁰⁹ 除因果關係及過失均轉換者外，又可分為下列情形：

1.僅就因果關係減輕或轉換舉證責任（過失部分事實足堪認定）：台北地院 96 年醫字第 27 號、台北地院 95 年醫字第 11 號；

2.就因果關係轉換舉證責任，但法院依職權命為鑑定後仍判決原告敗訴者：士林地院 93 年度醫字第 4 號；

3.雖就因果關係援引德國重大醫療瑕疵原則，但過失仍由原告舉證（敗訴）：台北地院 95 年醫字第 14 號。

³¹⁰ 沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，審稿中。

³¹¹ 台灣高等法院 96 年醫上更（一）字第 1 號、台灣高等法院 95 年醫上字第 17 號、台灣高等法院 96 年醫上字第 5 號、台南高分院 96 年醫上字第 2 號

³¹² 沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表二六。

³¹³ 沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表二九。

³¹⁴ 其理由謂：就醫療侵權行為構成要件之故意或過失是否存在，不論依醫療法第 82 條、民事訴訟法第 277 條本文或一般公認之法理，均認應由主張損害賠償請求權存在者，負舉證責任。即使就醫療糾紛採取構成契約義務不完全履行之責任者，亦因醫療行為之目的係屬提供一定之行為，而非擔保一定結果之完成，因此，判斷醫療給付之提供有無瑕疵，與其有無可歸責事由之認定，實已重合。亦即就醫療行為之不完全給付，仍應由病患方面就醫療給付之提供，具有未達醫

年醫字第 6 號判決，患者律師雖有主張「違反表面證據(事實說明自己或事情本身說一切)之證據法則，可知鑑定意見不可採」，但法院未予採認。

基上，我國法院第一、二審法院對有無過失及因果關係之舉證責任分配，均以未明白表示居多，且第二審未明示舉證責任分配者又高於第一審。其中，就因果關係之舉證責任應由當事人何造負擔之不明確性，又高於過失之舉證責任³¹⁵。就過失而言，第一審判決有 68.6%、第二審判決有 55.2%，法院係透過送鑑定之方式予以認定³¹⁶，而第一、二審法院就「過失」之鑑定意見採用度高達 95% 以上，如以案件數統計觀察，則高達 97%³¹⁷。如前所述，在民事醫療訴訟中，法院少有以真偽不明為理由而基於舉證責任分配為裁判，多以確定之事實作為裁判依據，此則高度仰賴鑑定之結果。

至於就舉證責任而言，法官意識到透過民訴法第 277 條但書之規定調整舉證責任之可能性，本條制訂後被逐漸使用，認為應調整由被告就過失或因果關係負舉證責任之第一審裁判，分別佔全部第一審判決之 5% 及 2.9%，其中，較多數係就二者均轉換舉證責任，但亦有僅就其中之一轉換者。由於本條但書規範制度目的，係基於「顯失公平時」，用來調整當事人間舉證上不衡平之處，因此，應分別判斷過失或因果關係之舉證責任分配由何人負擔為適當，有可能均有調整轉換之必要，亦有可能僅就其中之一為轉換調整。

然而，由於「顯失公平」為一不確定之法律概念，從而，就醫療訴訟事件之舉證責任調整亦應予以類型化，惟迄今實務裁判仍多援引立法理由而一語帶過，尚未能有較明確之類型區分，是頗為遺憾之處。僅有最高法院 98 年台上字第 276 號判決較為明確地指明，因病歷記錄欠缺所生之舉證困難，係該當於「顯失公平」之情形。也正因為實務裁判之分歧仍大，仍尚未予以類型化而建立較為明確之標

療水準之缺失，負舉證責任。至於醫療糾紛中醫病雙方，具有專業知識上之不對等性，於涉訟時病方常處於舉證上之弱勢，固屬事實。惟於訴訟上仍得經由表見證明及其他證明程度減輕法理之運用，以資衡平，並非因此即得主張舉證責任倒置。

³¹⁵沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表二五、二六。

³¹⁶沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表三二、三三。

³¹⁷沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表三三。

準，判決理由中亦乏進一步之說理論述，因此，不論是律師界或醫界亦呈現出主觀之分歧定見，從而，產生對法院裁判品質的質疑，或多或少會造成訟爭時間延長的可能性。

如法院審理中，認有舉證責任轉換之必要時，應盡早於程序之前階段或於爭點整理時明確地加以闡明，而非於判決時就事實之認定陷入真偽不明之結果時，逕將不利益之結果課以某一造當事人。換言之，如法官能在訴訟之早期階段即能就此予以闡明，而非至裁判時始為舉證責任之不利分配，將對整個訴訟之進行、雙方當事人之攻防、突襲性裁判之避免乃至於對裁判之信服及上訴率之降低，均可能有較大助益。但實務上關於舉證責任分配之闡明，判決內文呈現或未充分意識及履踐闡明，似僅將其視為係結果不利益之分配³¹⁸。在醫療民事訴訟上調整舉證責任之方式亦具有多樣性，除上述之轉換舉證責任外，亦可見有少數裁判援用表見證明法則、證明妨礙法理、在證明度上採用優勢證明（調低證明度），或由依法院職權調查證據³¹⁹以發現真實。關於上開舉證責任調整方式，除舉證責任之轉換及證明妨礙之規定，多由當事人提出予以爭執外，其他方式多係由法官依職權為之。

此外，亦有裁判並不明白表示係以何方式處理舉證責任之問題，而以「減輕或調整原告之舉證責任」方式，一語帶過。然而，此語之內涵為何？是否是減輕原告在事實提出之主張責任，或適用表見證明法則，抑或是降低證明度，並不明確，判決理由中多僅以「顯失公平」作為依據。然而，此舉卻有造成突襲性裁判之虞。因此，在舉證責任之問題處理上，法官更有必要在訴訟程序上為適時之闡明³²⁰，使當事人得有所預見，而決定是否有提出何攻擊防禦方法之必要，以充分

³¹⁸ 士林地方法院 94 年醫字第 10 號、基隆地方法院 92 年醫簡上字第 1 號等。

³¹⁹ 在德國，由於欠缺我國民訴法第 288 條依職權調查證據之規定，遂有要求就醫療訴訟明訂在一定範圍內法院得依職權調查證據，以求當事人間平等之呼聲，參見：Jorig, Der Amtsermittlungsgrundsatz im Arzthaftungsprozess, 2002, S. 49 ff.

³²⁰ 詳細論述，請參許士宦，〈民事程序法〉，國立臺灣大學法學論叢 39 卷 2 期，頁 83-100，2010 年。

保障當事人之聽審請求權³²¹。

第三項小結

參酌本文前述有關舉證責任論述，雖於實體法層面或有規範，在醫療民事實務實踐面卻是不明確，尤其在「因果關係」舉證上。實務上僅有少數幾則判決援引英德國相關證據修正原則，但判決結果也並不當然有利患者。鑑此，本文針對目前醫療民事實證現象，有關「舉證責任」問題，除了本文第三章第六節第二項第三目「舉證責任」調整適用論述外，另就有關鑑定問題，提出以下或為可行選項。

鑑於英德國相關醫療民事舉證責任分配上是較我國精緻許多，且有關鑑定意見部份，從本文前述第二章比較法觀察，英國透過當事人進行主義，使得兩造委託的醫學專家證人得就彼此專家證言在法庭內進行詰問，以提高專家證言公平正確性，而德國則是法院委由鑑定的專家證人提出書面鑑定意見，並請專家蒞庭接受兩造當事人訊問，以降低專家鑑定意見有偏頗或偏離事實風險。相較之下，我國醫療民事訴訟實證情形，似乎有很大進步空間。細繹言之，有關鑑定問題，從本文前述所陳，我國法院高度依賴鑑定意見，然而，卻未見類似英國或德國對專家鑑定意見公允中立品質管控設置相關配套制度或措施，在如此前題下，法院高度採認鑑定意見且多未具明採認理由的結果下，一切醫療民事訴訟勝敗，宛如「一場遊戲，一場夢」地充滿高度射倖不確定性，當否？其實是不難令人明瞭，從而，醫療鑑定制度再完善建置是目前醫療訴訟改革可能選項之一，雖然，本文主觀上評估此選項改善可能性在我國是相對較低的。或許在目前醫療臨床「烏鴉不啄同類之眼」的醫療大環境氛圍下，如何輔以「專家參審」、「鑑定仲裁」、「鑑定義務及鑑定意見品質，列入醫院評鑑及政府預算撥給評比指標」³²²、「鑑定機關派員

³²¹ 在德國，另有出於可預見性之考量而主張在醫療訴訟中全面性地降低證明度，參見：Fuchs, *Das Beweismass im Arzthaftungsprozess*, 2005, S.87 ff.

³²² 至於，要否如學者於一般民事案件，主張鑑定人之民事賠償責任問題，適用於醫療民事案件的鑑定人？醫療民事實務上曾出現過，請參沈冠伶，前揭註 36。另相關文獻，請參許士宦，〈鑑定人之民事賠償責任〉，月旦法學教室第 29 期，頁 18-19，2005 年。

蒞庭義務強化」、「醫療專庭審判人員醫療培訓、考核及固定不輪調制、不適任汰換評鑑制度」等配套措施，及法院採認否鑑定意見應詳附理由，若欠缺該項說明理由列入判決不具理由，為當然廢棄判決等作法更精緻的運作，不但是攸關醫療判決品質提升、減少一事多訴的案件量，更是落實憲法保障「訴訟權」基本人權，進而，達到周全保障「人性尊嚴」。

第九節 「適用區間」及「時效長短」區別

第一項有關「適用區間」及「時效長短」面概論

傳統民事責任制度設計觀察，契約責任就時間適用上只有在契約成立生效時點至履約完成時點，有契約責任適用，而侵權責任則是無時間區間上限制，只要其所保護客體遭受侵害時，即得有侵權責任的適用，若同時加害人與受害人間存有契約關係時，則產生侵權與契約責任競合問題。故如依前述所言，侵權責任在適用區間上似較契約責任為優。

就請求權時效而言，契約責任原則是 15 年（民法第 125 條）³²³，而侵權責任時效起算點，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，2 年不行使而消滅；自有侵權行為時起算逾 10 年者不行使即消滅。（參考民法第 197 條第 1 項規定）。故按二者有關時效一般規定，侵權責任較劣於契約責任的規範功能。然而，就時效制度是否應依不同請求權而作不同規範的區別正當性問題，在日本及法國有不少文獻曾提出，日後有機會再進一步探究。

第二項比較法與我國民事醫療實證觀察回顧

實證上，對時效利益判斷上，容有不同。無論是基於對受僱人及僱用人間，或是同一程序同時主張侵權與契約責任時，請求權時效是分別論斷？還是一體適用呢？恐怕也是容有差異見解。就前者而言，在一個剖腹生產後遺留紗布於腹中

³²³ 民法設有契約請求權短期時效例外規定，如民法第 126、127 條等。

案例中，該案最高法院 85 年台上字第 1131 號民事判決³²⁴，似乎認為民法第 188 條第 3 項規定僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人有求償權，則僱用人與受僱人間並無應分擔部分可言，與連帶債務民法第 276 條第 2 項不同，倘被害人對為侵權行為之受僱人之損害賠償請求權消滅時效已完成，如僱用人不得援用受僱人之時效利益，就全部債務同免責任，則於其為全部清償後，尚得向受僱人為全部求償，無異剝奪受僱人之時效利益，顯非事理之平，基此該案最高法院僱用人得援用侵權受僱人的時效利益。另有主張依侵權行為及不完全給付，請求損害賠償，其請求權時效是否均應適用相同期間見解，實務見解常存互有衝突現象，甚至是在同一案件的上下審級判決之間見解迥然不同，這尤其表現在台灣 1999 年新修定民法第 227 條之 1，明定債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用同法第 192 條至第 195 條及第 197 條之規定，準用範圍問題上。舉一醫療實例，在三軍總醫院「後位減壓、內固定植入手術」致雙下肢癱瘓案，該案台灣高等法院 95 年度醫上字第 2 號民事判決認為，依民法第 227 條之 1 的立法理由明示同一事件所發生之損害分別適用不同之規定，理論上尚有未妥，則其意旨係欲使關於同一事件所生人格權之侵害，不因其請求根據之不同，而有相異之效果，極為明顯。採準用民法第 197 條關於侵權行為損害賠償請求權時效之規定的立場。然而，三軍總醫院「後位減壓、內固定植入手術」致雙下肢癱瘓案，最高法院 97 年台上字第 280 號民事判決³²⁵略謂「惟按債權人依民法第 227 條不完全

³²⁴ 最高法院 85 年台上字第 1131 號民事判決：「...按連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，依民法第 276 條第 2 項規定，固僅該債務人應分攤之部分，他債務人亦同免其責任，惟民法第 188 條第 3 項規定僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人有求償權，則僱用人與受僱人間並無應分擔部分可言，倘被害人對為侵權行為之受僱人之損害賠償請求權消滅時效已完成，如僱用人不得援用受僱人之時效利益，就全部債務同免責任，則於其為全部清償後，尚得向受僱人為全部求償，無異剝奪受僱人之時效利益，顯非事理之平。查第一審共同被告郭○麟為上訴人之受僱人，被上訴人對於郭○麟之侵權行為損害賠償請求權尚已罹於時效，上訴人是否不得援用郭○麟之時效利益，而得拒絕全部給付，即待推敲。原審就此未遑深究，僅以被上訴人對於上訴人之侵權行為損害賠償請求權尚未罹於時效，即為上訴人敗訴之判決，未免速斷。上訴論旨，指摘於其不利部分之原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

³²⁵ 臺灣高等法院 95 年度醫上字第 2 號民事判決：「按因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自有侵權行為時起，逾十年者亦同。民法第 197 條定有明文。而民法於 88 年 4 月 21 日修正新增第 227 條之 1，明定債務人因債務不履行，致債權人之格權受侵害者，準用同法第 192 條至第 195 條及第 197 條之規定，負損害賠償責任。且其立法理由亦明示同一事件所發生之損害分別適用不同之規定，理論上尚有未妥，則其意旨係欲使關於同一事件所生人格權之侵害，不因其請求根據之不同，而有相異之效果，極為明顯。而本件上訴人係主張其因病就診，因醫療過程之疏失，致成其身體（人格權）之嚴重傷

給付之規定請求債務人賠償損害，與依同法第 227 條之 1 之規定請求債務人賠償人格權受侵害之損害，係不同之法律關係，其請求權各自獨立，且其消滅時效各有規定，後者之請求權，依民法第 227 條之 1 規定，固應準用民法第 197 條二年或十年時效之規定，前者之請求權，則應適用民法第 125 條一般請求權十五年時效之規定。原審謂上訴人之不完全給付損害賠償請求權，應準用民法第 197 條二年時效之規定，其請求權已罹於消滅時效，進而為上訴人敗訴之判決，尙有未合。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。³²⁶」

第十節以我國醫療民事訴訟事件歷經三審案件

害，從而，上訴人即使合併依不完全給付請求權主張損害賠償，依上開說明，仍應準用民法第 197 條關於侵權行為損害賠償請求權時效之規定，上訴人主張本件不完全給付之損害賠償請求權，應適用民法第 125 條之 15 年通常時效期間，尙非可採」

³²⁶ 最高法院 97 年台上字第 280 號民事判決：「上訴人於原審追加依民法第二百二十七條第一項、第二項不完全給付之法律關係為請求，於法並無不合，應予准許。次查上訴人主張伊於民國九十年十月三十日至被上訴人國防大學國防醫學院三軍總醫院（下稱三軍總醫院）治療腰痛疾病，由該院醫師即被上訴人乙○○為伊施行「後位減壓、內固定植入手術」，裝置脊椎內固定器，術後發現非手術部位之腰線下左右兩側疼痛不止而無法站立，邁步則痛楚加劇，雖經復健治療，及注射類固醇、電療、針灸等，仍效果不彰，成為「二肢能障礙」之殘障人士等情，固據提出診斷證明書、殘障手冊等件為證。但按因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自有侵權行為時起，逾十年者亦同，民法第一百九十七條第一項定有明文。而民法於八十八年四月二十一日修正增訂第二百二十七條之一，明定債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用同法第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定，負損害賠償責任。其立法理由明示同一事件所發生之損害分別適用不同之規定，理論上尙有未妥。明顯欲使同一事件所生人格權之侵害，不因其請求根據之不同，而有相異之結果。上訴人係主張伊因病就診，因乙○○醫療疏失造成伊身體（人格權）之嚴重傷害，合併依不完全給付之損害賠償請求權請求乙○○及三軍總醫院連帶賠償損害，自應準用民法第一百九十七條關於侵權行為損害賠償請求權時效之規定。上訴人曾於九十二年八月十九日以乙○○等人為被告提起刑事附帶民事訴訟，其起訴狀記載：伊於九十二年二月七日經鑑定確認為肢體殘障等語；其於原審亦陳稱：伊出院後多方求治，至九十二年二月七日經鑑定認定為「二肢體障礙」等語，其於斯時即已確定其傷害之程度，自係知有損害及賠償義務人為被上訴人等二人，應自斯時起算請求權消滅時效，其遲至九十四年五月十九日始提起本件訴訟，已罹於二年消滅時效。被上訴人為時效抗辯，自屬有據。故上訴人依民法第一百八十八條第一項、第一百九十一條之三、第一百九十三條第一項、第一百九十五條規定，及不完全給付之法律關係，請求被上訴人連帶給付三百六十四萬二千七百六十元及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息，為無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。惟按債權人依民法第二百二十七條不完全給付之規定請求債務人賠償損害，與依同法第二百二十七條之一之規定請求債務人賠償人格權受侵害之損害，係不同之法律關係，其請求權各自獨立，且其消滅時效各有規定，後者之請求權，依民法第二百二十七條之一規定，固應準用民法第一百九十七條二年或十年時效之規定，前者之請求權，則應適用民法第一百二十五條一般請求權十五年時效之規定。原審謂上訴人之不完全給付損害賠償請求權，應準用民法第一百九十七條二年時效之規定，其請求權已罹於消滅時效，進而為上訴人敗訴之判決，尙有未合。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」；與此最高法院見解相類似看法判決，例如台灣高等法院 93 年度上易字第 1032 號判決。

終局結果患者獲勝的十七件為驗證

綜前所論，契約責任與侵權責任相較前述各點論述，在「保護義務面向」而言，侵權責任除了在損害賠償主體（責任主體及保護主體）及適用區間上的規範功能較優於契約責任外，其餘無論是從「保護客體」、「賠償範圍」、「舉證責任」、「時效」、「為他人負責有無免責適用可能」來看，契約責任規範功能似乎對請求權人較有利。

然而，民法實體法規範如此明確，運用在醫療民事案件，似乎並非誠如實體規範清晰，從前述本文討論中可得到驗證。這顯示出最高法院的職務功能有待努力的空間，在統一法律見解上似乎能更勇於任事些，這將對實質提昇患者訴訟權保障是有若干幫助。

又從向來我國醫療民事實證「重侵權、輕契約」、「將侵權的『過失或故意』等同於契約的『可歸責』」認定，且同屬於民事訴訟法第 277 條本文範圍，應由原告先盡舉證責任、及請求權採自由競合理論³²⁷種種因素下，即便民法實體規範上授與契約責任請求權時效較長於侵權責任，然而，在台灣醫療民事訴訟實證表現上並不明顯，甚至說，是契約責任請求權時效的優勢是被視而不見的，這可以從附件一：Case.OP7（白內障手術致盲案）案件裡的臺北地院 90 年度訴字第 5736 號³²⁷、台灣高等法院 93 年度上易字第 1032 號判決³²⁸可得到驗證。在該案地院判決裡，原告主張侵權及契約責任對兩名診所眼科醫師（先後對其施作醫療行為）請求，其中一名同時為診所負責人，法院對其判定侵權行為時效已消滅，但卻未進而論及原告所主張契約責任。而在高院判決，除了認定侵權未時效消滅的受僱醫師不得援引僱傭醫師侵權時效消滅利益外，對於僱傭醫師要否進一步須負契約責任問題，仍是採漠視不論，即便是患者有主張的前提下。

³²⁷ 本案一審當事人請求侵權、契約及消保，縱然侵權對丁而言消滅，但因丁為聯合診所，醫療契約法律關係存續下，在當事人並為侵權及契約請求時，難道法院不能以契約請求令丁負賠償責任？

³²⁸ 高院還是未依契約法解決侵權時效消滅

基上，從我國傳統民事責任體系架構觀之，總而括之，醫療民事事件債權人運用契約責任體系為請求權基礎，似乎較主張侵權責任來得有利可圖許多。但這樣單純從實體法規面所推得初步結論，顯然與本文第三章實證結果不符，依實證研究結果是醫療民事訴訟案件當事人主張侵權責任居多數，細繹之，除了前述曾提及實務面「重侵權、輕契約」現象，與實務通說向來採「請求權自由競合說」，故侵權責任某程度的架空契約責任的制度功能因素，及 2000 年 5 月以後，才增加民法第 227 之 1 增訂施行，擴大契約責任請求慰撫金部份有關外，是否還有其它可能因素存在？而從訴訟勝敗結果觀察，是否會因主張侵權或契約責任而存有關聯性，具體而言，從訴訟勝敗結果能否推導出「契約責任制度功能優於侵權責任」的結論？

由於這十七件患者勝訴判決案件，是包括在前述第三章的文本資料基礎，就垂直式觀察，將其從曾歷經三審的 92 則案件中抽離獨立出來探討，故案件編號順序是承接自第三章的 92 個案件的原始編號；92 個案件中，內科（簡稱 IM）24 件，外科（簡稱 SU）24 件，婦產科（簡稱 O&G）16 件，眼科（簡稱 OP）9 件，整型美容科（簡稱 PS）5 件，兒科（簡稱 PE）3 件，骨科（簡稱 OR）3 件，精神科（簡稱 PSY）2 件，其它（簡稱 OT）6 件³²⁹。分醫療科別，同屬同科別編表代號相同，例如內科案件有 24 件，編號為 IM1~IM24，其他以此類推之。

由於考慮到篇幅及案件判決確定後提出討論，較不易造成因個人管見影響判決結果可能性等因素，以下本文僅就前述患者終局確定勝訴案件十七件作為研究觀察素材，進而提出整體趨勢歸納與分析，至於，這十七件案件各審級個別性爭點，則製表羅列於本論文最後【附錄三：十七件歷經三審判決患者勝訴確定案件整理表】，以利後續檢索論證用，在此處作契約與侵權責任要件檢驗援引說明時，僅以案件編號為代表，以杜免行文失焦。就截至 2010 年 2 月 28 日為止，以台灣司法院法學資料庫所公布的民事醫療裁判中，挑選出歷經三審後判決確定而患者是勝訴的案件共有十七件。從這十七件案件逐一整理列表後，可歸納分析出下列

³²⁹ 耳鼻喉科 2 件、健診 1 件、中醫 2 件、照護 1 件。

各項結論：

第一項同一醫療事件是否皆履踐民刑事程序？二者判決結果認定上有無差異？

十七件患者勝訴確定民事醫療案件中，於其民事判決內未呈現出曾提出刑事救濟程序的案件³³⁰為 Case.IM11、Case.IM13、Case.SU8、CaseSU11、Case.SU15、Case.O&G5、Case.O&G6、Case.O&G11、Case.O&G14、Case.OP7 共計十件。而曾進入刑事程序案件為七件，其中，刑事判決為有罪確定判決為：Case PS1、Case.PS2、Case PS4、Case CM1、Case.CM2，共五件；和解為 CaseIM8、Case OR1，共二件。

如從醫療科別觀察，歷經三審案件 92 件中，有 65 件是終局確定案件³³¹，其中有十七件是患者終局勝訴確定案件。十七件勝訴確定案件，婦產科為四件，佔該醫療科別民事確定案件數的 21%。內科、外科及整型美容各三件，分別各佔該醫療科別民事確定案件數的 16%、17%及 60%。中醫二件，佔該醫療科別民事確定案件數的 100%。眼科及骨科各一件，分別各佔該醫療科別民事確定案件數的 25%及 100%。

如從前述十七件患者勝訴確定民事醫療案件中，曾提起刑事程序且為有罪確定判決的案件為：Case PS1、Case.PS2、Case PS4、Case CM1、Case.CM2，從而整型美容及中醫案件其訴訟確定結果觀察，民刑訴訟的結果完全一致，這五件案件裡共同特色是醫療鑑定意見明白確定有過失，吊詭的是，中醫二件案件，從判決內所引述鑑定內容，似乎是以『西醫觀點』來評述該『中醫案件醫療處置』有無過失的判讀，這兩個案件是恰好均有非具有合格醫療資格執行醫療相類行為的問題，如果假設沒有這個違法執行醫療業務問題前提下，將要面臨這樣的鑑定

³³⁰ 須進一步說明的是，只要在同一民事案件各審級民事判決內未明白指出曾經提起刑事訴訟（不論有無定罪、撤回或和解）均歸納為未呈現曾提出刑事救濟程序的案件計算。

³³¹ 65 件確定案件醫療科別件數：內科 19 件、外科 18 件、婦產科 10 件、整型美容 5 件、眼科 4 件、兒科 3 件、中醫 2 件，而骨、耳鼻喉、精神、照護科則各 1 件。除了兒、耳鼻喉、精神、照護科確定案件均是患者敗訴外，其餘各科均有患者勝訴確定案件。

是否適當合法的問題的檢驗，細繹之，西醫體系與中醫體系原本並存於我國目前運行合法的醫療體系，無論從醫學基礎論點、醫療方法及治療方式均各有所本，西醫從西方各科門基礎醫學以西方醫療檢驗科技數值為論據，所進行的由外提供積極的醫療手術、診療行為。而中醫則是以全身經脈及氣血運行為本³³²，再輔陰陽五行及患者脈相氣色論症，所進行以誘發患者自身五臟六腑的經脈氣血順暢的下藥、灸（針灸或藥灸）、整脊推拿等診療行為。從前述中西醫本從不同角度為出發所為診療，若發生不幸結果似乎無法獨重西醫判斷為憑，在中醫醫療訴訟案件裡，判斷其有無過失，會隨著目前中西醫整合型醫療國際趨勢型態漸趨顯學現象，將似乎愈趨重要。基此，中醫理論的建構及類似西醫的醫療常規的建立，將是未來之趨。

而傳統以來，醫療案件量居前三位的內、外及婦產科醫療案件，同一醫療事件，民刑訴訟結果卻呈現不同調現象，更值得玩味的是，目前無論從本文前述第二章國際醫療政策法案驅勢及我國目前衛生署草案方向，均欲針對因生產過程所致的產兒神經性傷害為賠償法案的重點醫療科別婦產科，在本文該科別四個醫療民事勝訴確定案件判決中，均未呈現曾利用刑事程序現象。理由安在呢？值得日後進一步研究。

第二項就有無經鑑定觀察

從前述十七件患者勝訴確定民事醫療案件中，明確有經鑑定的案件即佔有十六件(約 94%)，相較前述第三章以判決為單位，第一審判決 657 件中，即有 79.6% 是送鑑定過；而第二審判決中，有送鑑定的判決數共有 103 件，占全部第二審判決 (299 件) 之 34.4%。若以全部案件數來觀察，有送過鑑定的案件數 (共有 562 件)，占全部案件數 (702 件) 之 80.1%。

其中，鑑定意見確定有過失有 11 件：Case.IM8、Case.IM11、Case.SU15、Case.O&G5、Case.O&G14、Case OR1、Case PS1、Case.PS2、Case PS4、Case.OP7、

³³² 傷寒論症及黃帝內經為中醫的二大基礎學科，此恰與西醫的內科學、外科學等同相當，同屬醫學基礎科門。

Case.CM2。確定無過失 1 件：Case.IM13。數鑑定意見有無過失互見有 2 件：Case.SU8、Case CM1。有無過失不明確有 2 件：Case.SU11³³³、Case.O&G11³³⁴。未經鑑定³³⁵：Case.O&G6。

第三項就鑑定意見對法院判決的影響觀察

從前述第二項部份而論，十七件醫療案件中即有十六件曾送鑑定過，而這十六件案件裡，明確認定醫療行為有過失即佔十一件，如再將鑑定意見有無過失互見有 2 件納入計算範圍內，至少，我們可以推出一個初步結論：「當有鑑定意見曾明白認為該案件有醫療上處置過失時，則該案件將有近八成的機率，民事法院判決結果也會是有過失應負責的結果」。而這樣結論，也可以從本文前述第三章實證數字所呈現結果相互呼應。

相較之下，從前述第一項部份所論，當同一醫療案件，患者想獲得賠償而同時啟動民刑事訴訟途徑方式，只有約四成機率能獲得民事賠償。故向來律師基於為患者在醫療案件為尋求有利結果，想「以刑逼民」的訴訟技巧，似乎對民事法院是否最後會為患者有利判決的結果觀察，功效不若送鑑定方式來得簡潔有效率些³³⁶。

然而，這樣結論：「即鑑定意見是影響醫療民事判決結果的極為重要因子」，

³³³ Case.SU11：台灣高等法院 89 年度上更(一)字第 130 號判決(900307)，醫審會鑑定意見「...如果病患能在永和振興醫院接受手術摘除血腫或可避免血腫變大...」。

³³⁴ Case.O&G11：本案因一二審判決均闕如，但從該案第三審判決內容（最高法院 86 年度台上字第 56 號判決（860110））援引原審認定被告有過失的理由中原審理由（臺灣高等法院 84 年度訴字第 33 號判決 850206）是榮民總醫院（以下稱榮民總醫院）鑑定：「...認被告所以手術失敗，係因原告嚴重子宮後屈及子宮角懷孕所致...」。

³³⁵ 這裡包括較早期案件，有數審級判決資料無法從司法院法學資料庫或法院對外公開發行的裁判彙編內找到，由於判決資料不全所產生的「本案似未進行鑑定」的情形。

³³⁶ 這句話並未將以刑事提附帶民事時能免繳裁判費的利益納入考量。如果刑事法院如想降低此類以刑逼民的訴訟案件量的目的，在刑事提附帶民事案件徵收民事案件裁判費或許能達到不錯效果。也能杜絕一些純粹醫鬧、不合理的醫療索賠案件量。就沈冠伶，前揭註 36，「結案報告」內 J 表九之五所呈受訪法官三十名中，僅有九名明確表示會援引刑事判決結果，約若三成左右民刑判決會同調情形，也能適度反應出以刑逼民的訴訟技巧功效有限。

是否真得有利於給醫患間公允的交代？還是得視「鑑定單位鑑定意見是否公允、明確（即鑑定意見的品質）及法院在為採認意見與否是否有盡法律闡述及認定事實義務」而定？遺憾的事實是：「在法院採認鑑定結果情形中，法院採認該鑑定結果有附理由者相較未附理由情形為少，比例上來看，就送鑑定事項次數比例是 37.5%（有附理由者）與 62.5%（未附理由者）。就送鑑定判決總數作觀察，法院採認該鑑定結果有附理由者與未附理由者，分別為 33.4%及 66.6%³³⁷」。細繹之，其中，第二審較第一審在鑑定意見要否採之，附理由說明較為普遍。就送鑑定案件作觀察，法院採認該鑑定結果有附理由者與未附理由者，分別為 31.4%及 68.6%，所以，整體法院採認鑑定意見似乎在「法律闡述及認定事實義務上」尚有相當的努力空間³³⁸。

另從鑑定機關角度而論，從第三章對醫審會訪談資料呈現出，醫審會認為，發生鑑定困難之處主要在認定該醫師所為之行為有無符合醫療常規水準一事，鑑定委員們常存有爭議互見，且基於醫界向來「烏鴉不啄同類之眼」醫師職業倫理思維，要鑑定意見很明確指出同行醫療處置有過失，是具相當困難程度³³⁹。

總之，鑑定意見極大比例左右法院判決結果，法院採認鑑定意見，從當事人角度（無論是患者律師或醫師）認為論理不足信服度不高，而鑑定機關卻明白表示鑑定系爭醫療行為是否符合醫療常規是很困難且常無定見。果此，目前我國醫療民事訴訟案件過度依賴鑑定意見，某程度來看也是高度危險不確定的行為。

從而，向來法學實務家及學者認為，依目前醫療案件觀察，鑑定意見居勝敗的關鍵，某程度取代舉證責任的分配，既然鑑定是不可或缺，如何讓鑑定制度變得更好，是大家期待努力的方向論調，本文持保留看法。醫審會曾認為：「不認

³³⁷ 參本文第二章實證資料。

³³⁸ 參酌沈冠伶，前揭註 36，「結案報告」內 L 表八所呈現出受訪二十六名律師對於「鑑定意見之採酌」訪談問題，大多數受訪律師認為，法官對於鑑定意見採認之結果能否對於當事人有所信服，須視個案而定，而大多數受訪律師認為，法官採認鑑定意見多依法官個人所累積下來之經驗。得到再度的檢驗呼應。另從受訪醫師及醫院五名受訪者訪談資料觀察，其認為「就法院是否認採鑑定結果之信服度」，五位受訪者均表示，有難以信服當事人之問題，法官所認採之憑藉標準是出於其個人審判實務累積下來的經驗、參酌鑑定結果及與其原本形成的心證結論。

³³⁹ 其實這種鑑定意見無法非常公允明確的困境，綜觀本文第二章曾論及，是舉世皆然的困境。

為鑑定制度可以變得更好，因為鑑定是由人做而非神做的事情」。我們又有何本，認為鑑定制度可再健全，且是解決醫療糾紛案件的良方呢？雖然，德國、日本或歐美等國，相關醫療鑑定或仲裁等制度目前正吹起流行風，但外國流行的風尚，並不一定均適合凡事講求人情的台灣人吧！本文認為還是應回歸民事責任體系的基礎來尋求解決之道，雖然，有關醫療契約在我國民法典上是無名契約，套一句德國學者 Canaris 所言，正因為法律體系的開放，所以，不存在任何完整無瑕的法律體系，否則，法律體系乃至於法秩序斷然無滋長的可能³⁴⁰。基此部份，將會於本文第五章醫療契約法理之建構，再作深入分析。簡言之，因為，法律體系的開放與不完整是相伴隨的對應性觀念，雖然，醫療契約在我國民法典上是無名契約，某程度是一種法律體系的開放與不完整，為了填補此不完整狀態，可透過法律闡釋論的法律解釋與補充、類型思維的類型化操作、個案探討法的個案規範形塑³⁴¹、Dworkin 的「法規與原則」的區辨、Alexy 的對話論證（Diskurs）等方法論來尋求解決途徑。

第四項從民事責任要件判斷上觀察

此部分在本章前述各要件探討中已論及，在此不再贅引。總的來說，債權人須對其主張權利事實存在負舉證之責，從而，在醫療民事事實證中，原則是令原告（患者）負民事責任成立要件事實存在的舉證責任，針此無論是主張契約責任或侵權責任並無不同，接續而來的問題，契約責任成立要件中「可歸責與不可歸責要件」所指的事實基礎是否同一及是否同歸一方負舉證責任，誠如前述是容有不同看法，這將攸關契約責任制度設計是否對患者較有利及訴訟結果勝敗的第一個觀察點，本文基於契約責任債務人本負不可歸責的舉證責任及就醫療民事案件類型觀察，通常違反契約注意義務，同時即是違反善良管理人注意，即等同於債務人即具可歸責性要件而言，認為契約責任成立要件宜採一元論，此與我國實務學者通說及現行法規範相違，有關詳細論述，參後續第五章內容。本文所持另一理

³⁴⁰ Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1982, S. 22f.

³⁴¹ M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1976, 2ed.

由是，從醫療實證觀察，法院在絕大多數判決中，並未因患者在醫療專業知識較醫方顯不足夠，而適度調降原告就醫療案件的契約責任可歸責的證明度，再加上實務對民事訴訟法第 277 條本文及但書適用明顯偏向原告須盡本文舉證責任後，方有但書規定適用的制式見解所造成患者主張契約責任仍是無法獲得適度保障下，故減少功能重疊性規範(在醫療民事案件如能證明義務違反通常等同有過失)，以減少患者承擔舉證風險。

另從「因果關係」功能來觀察，有兩個主要功能，一個特定責任相對人，另一在限定賠償範圍，其在侵權責任上，須藉由因果關係功能來特定「責任相對人」與「損賠範圍」。但反觀契約責任而言，「責任相對人」及「損賠範圍」，本是確定的或是可得確定；且退一步言，按因果關係理論而言，分事實因果關係及法律因果關係，前者在醫療案件上，須藉由專家意見提供作為事實因果認定基礎，而法律上因果關係上認定是以「可預見性」標準，前者恐怕醫學專家都會因學派不同而有所相異看法，似乎不應由患者負其存在的舉證責任，因為由患者舉證負有高度不可期待性；後者「可預見性」判斷，通常是依「醫療常規」及「當時醫療水準」為判斷依據，依事務本質而言，如苛令欠缺醫療知識的患者負舉證，似乎有欠允當；且基於此類證據通常存有證據偏在於被告處，就當事人訴訟協力義務而言，應是由被告提出會較令原告提出較為公允及較符合訴訟經濟考量。

最後基於「因果關係」法未明文，是藉由具體個案透過司法造法所產生，故解釋上基於事務本質不同，本即存有解釋空間，假設一個前提，醫療案件主張契約不完全給付，原告拿出醫療契約或就診病歷紀錄檢查結果，契約目的、內容及相對人至少是可得確定，發生目的不達或不完全給付時，善管人契約義務違反，接下來是醫師就此違反義務係因不可歸責於已提出舉證，如已符醫療常規、符合醫療科技水準、並無過失等提出抗辯，法院參酌鑑定意見、具體案件事實、被告抗辯事由等，綜觀全辯論意旨，或判被告未違反契約義務，即不用損賠；如認被告違反契約義務所生損害，賠償範圍仍是可得確定，即所支出費用（醫藥費、照護費、喪葬費等，須提附單據核定）、所失勞動力對價、慰撫金等計算，從附件

三，十七案件觀察，法院判定賠償數額似乎並無問題，而如另善用民事訴訟法第 222 條第 2 項，在賠償範圍在主張契約責任上至少可得確定。

就時效利益要件上，從實證資料顯示出，契約時效利益隨著向來「重侵權、輕契約」，其較有利於原告的優勢亦未能彰顯。

第五項其它

十七件患者勝訴確定案件，屬於死亡案件共有六件，分別是 **Case.IM8**（獲賠償額 150 萬；訴訟時間 5 年 5 個月；患者就診至轉院途中死亡約三至四小時；經鑑定有過失；刑事程序和解）、**Case.IM11**（獲賠償額 291 萬；訴訟時間 5 年 9 個月；患者到院至死亡約四小時餘、經鑑定有過失）、**Case.IM13**（獲賠償額 158 萬；訴訟期間 8 年 8 個月；患者就診至死亡為三日、經鑑定無過失）、**Case.SU8**（獲賠償額：475 萬；訴訟時間 12 年 10 個月；損害發生至死亡一個月、經鑑定無過失）、**Case OR1**（獲賠償額 70 萬；訴訟時間 6 年 10 個月；就醫至死亡約二個月餘；鑑定意見有過失、刑事和解）、**Case CM1**（獲賠償額 219 萬；訴訟時間 5 年 7 個月；就醫至死亡約一個月；鑑定意見有無過失互見³⁴²；刑事判決有罪確定）。

從上述資料顯示，其中，有三件曾啟動刑事程序，惟僅有一件是刑事案件確定有罪，二件為和解。再從就醫到損害發生的時間觀察，二件是約四小時，一件是三日，二件是一個月，而最長的是二個月，損害的發生對醫患間而是短促。而從訴爭時間來看，四件集中在 5 至 6 年間，一件是 8 年餘，而另一件是 12 年餘，有趣地現象是後二件訟爭時間較長的案件，鑑定意見均呈現無過失，從這樣的現象再度彰顯出，鑑定意見也左右了訴訟時間的長短。最後，如從賠償數額觀察，一件低於一百萬，二件是一百至二百萬，二件是二至三百萬，一件是四百五十萬至五百萬，生命似乎是廉價了些。

³⁴² 醫患間有關民事訴訟事件孰為勝敗，幸與不幸全然決定於法院所採擷鑑定意見，尤其在事實不明且數次鑑定意見差異很大時，更為突顯出來。

重殘案件³⁴³則有八件：**Case.SU11**(獲賠償額 320 萬；訴訟時間 8 年 8 個月；就醫至成植物人損害約六小時、鑑定意見似有過失)、**Case.SU15**(獲賠償額 672 萬；訴訟時間 7 年 9 個月；就醫至左側癱瘓發生一年四個月、鑑定意見有過失)、**Case.O&G5** (獲賠償額 2300 萬；訴訟時間 10 年 8 個月；從手術開始至生植物人損害發生約一小時、鑑定意見有過失)、**Case.O&G6** (獲賠償額 701 萬；訴訟期間 9 年 10 個月；就醫至生多重重度障礙之男嬰發生約八個月；本案似未進行鑑定)、**Case.O&G11** (獲賠償額 56 萬；訴訟時間 3 年 2 個月；從就醫至子宮角及小腸等切除約一個月；鑑定意見認為子宮重度後傾造成子宮穿孔主因，有無過失不明確。)、**Case.O&G14** (獲賠償額 506 萬；訴訟期間 7 年 8 個月；就醫至生新生兒重度之腦性麻痺損害發生約七小時；鑑定意見有過失)、**Case.OP7** (獲賠償額 75 萬；訴訟時間 4 年 9 個月；就醫至生眼盲損害時間約三個月；鑑定意見有過失)、**Case.CM2** (賠償額 893 萬；訴訟時間：5 年 5 個月；就醫至脊椎損傷、四肢癱瘓等損害發生約四個月；鑑定有過失及刑事有罪確定判決)。

從上述重殘案件資料顯示，其中，僅有一件曾啟動刑事程序且確定刑事有罪。再從就醫到損害發生的時間觀察，三件是約七小時以內，三件是一至四個月內，一件是八個月，而最長的是一年四個月。整體而言，相較之前死亡案件，損害的發生對醫患間是較緩和而非急促。而從訴爭時間來看，三年以上五年以下有二件，分布在 5 至 10 年間較多為五件，最長一件是 10 年餘，有趣地現象是訟爭時間最長的案件，鑑定意見卻是有過失情形，相較前述死亡案件訟爭時間較長的兩個案件其鑑定均呈現無過失，恰為相反，從這樣的現象是否推翻鑑定意見左右了訴訟時間的長短的看法，基此，本文持保留看法，細繹之，這裡訟爭最長案件其獲賠金額高達 2300 萬，或許是高額的賠償金導致訟爭時間拖長，這也是可能因素。最後，如從賠償數額觀察，五十至一百萬一件，三百至三百五十萬一件，五百至五百五十萬一件，六百至六百五十萬一件，七百至七百五十萬一件，八百五十萬至九百萬一件，二千三百萬一件，相較於死亡案件，重殘案件似乎是較受保障了

³⁴³ 這裡是以刑法第十條第四項重傷定義為判斷標準。

些。

傷害案件則有三件：**Case PS1**（獲賠償額 99 萬；訴訟時間 8 年 5 個月；就醫至傷害發生時間不明；法醫鑑定有過失；刑事有罪確定判決）、**Case.PS2**（獲賠償額 150 萬；訴訟時間 10 年 4 個月；施行臉部凹洞美容行為至知有損害約 3 年 6 個月；鑑定意見有過失；刑事有罪判決確定；侵權請求罹於時效問題）、**Case PS4**（獲賠償額 58 萬；訴訟時間 5 年；從施行脸部肝斑紅寶石雷射治療美容行為至損害發生約四個月；鑑定有過失；刑事有罪確定判決）。從上述資料顯示，三件均曾啓動刑事程序且確定刑事有罪。再從就醫到損害發生的時間觀察，一件無法判斷，一件是四個月內，而最長的是三年六個月。整體而言，相較之前死亡及重殘案件，損害的發生對醫患間是更緩和。而從訴爭時間來看，五年一件，八年五個月有一件，最長一件是 10 年餘，訟爭時間最長的案件，鑑定意見有過失，相較前述死亡案件訟爭時間較長的兩個案件其鑑定均呈現無過失，恰為相反，如從同屬傷害案件三個案件，本件也屬此類案件類型獲賠金額最高者，這也呼應前述重殘案件高額的賠償金導致訟爭時間拖長的推論因素。最後，如從賠償數額觀察，五十至一百萬二件，一百至一百五十萬一件，相較於死亡及重殘案件，傷害案件似乎對患者來說是較優厚些，不過這樣說法似乎有待商榷，因為向來損害賠償計算會包括曾支出費用，有關這裡傷害案件均屬於整型美容醫療類型，是否會因整型美容醫療臨床索費不低，因而影響賠償額度？由於此三件傷害案件訴訟判決各審級資料不足，無法進一步評估各項項目比例，故本文暫持保留看法。

第十一節處理醫療民事事件，二者何者為

優？

從我國醫療民事實務學說見解，承認契約責任與侵權責任競合，通說採用是「請求權自由競合說」，故呈現在實務運作結果，充分呈現出採說的缺點「契約責任被侵權責任規範架空」，一般在實務判決中，遇到當事人同時請求契約與侵

權責任的損害賠償時，法官會直接以侵權責任請求權有無審酌，對契約責任有無理由部分，絕大多數均以「……至兩造其餘之攻擊防禦方法，及未經援用之證據，……，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無逐一詳予論駁之必要，併此敘明。」一語帶過³⁴⁴。

然而，就前述二者不同責任要件內涵觀察，並參酌國際及台灣醫療民事責任實證，本文認為整體而言，採用醫療契約責任制度處理台灣醫療責任問題，相較於採用侵權責任模式為適合，分析歸納如下：

第一項就目前醫療型態及兼顧醫療安全品質提升考量

第一目臨床醫療活動：環狀及垂直工作鏈錯綜複雜，侵權行為人難覓。

基上，如同本章前言所論及，醫院（醫師）與患者間，通常情形存有醫療契約關係是常態，對於患者就醫行為，其實是抱著某些目的來醫院，基本上可以分為 Life extension（延長生命目的）、quality improvement（減輕痛苦目的）以及 value up（增加生活價值目的）三種醫療目的。例如，準分子雷射手術（士林地院 94 年醫字第 18 號民事判決）是屬於是 Value up 這個範疇，而肺腺癌喪失存活機會案（台北地院 95 年醫字第 32 號民事判決）則是屬於 Life extension（延長生命目的）這個範疇，臺大醫院脊椎側彎矯治案（臺北地院 91 年度重訴字第 761 號）是屬於 quality improvement（減輕痛苦目的）。在通常醫療民事案件中，大多發生在 Life extension（延長生命目的）及 quality improvement（減輕痛苦目的）這兩類型範疇，而 Value up（增加生活價值目的）³⁴⁵這個範疇則較少，此類請求案件晚近有趨增現象³⁴⁶。或是基於「延長生命」、或是「減輕痛苦」、或是「生活加值」等，故其醫療契約的目的是清楚，而醫師為醫院履

³⁴⁴ 例如：Case.O&G14：台灣高等法院 89 年度上字第 1132 號判決(911210)

³⁴⁵ 其它屬於此範疇醫療態樣如隆鼻、隆乳等。

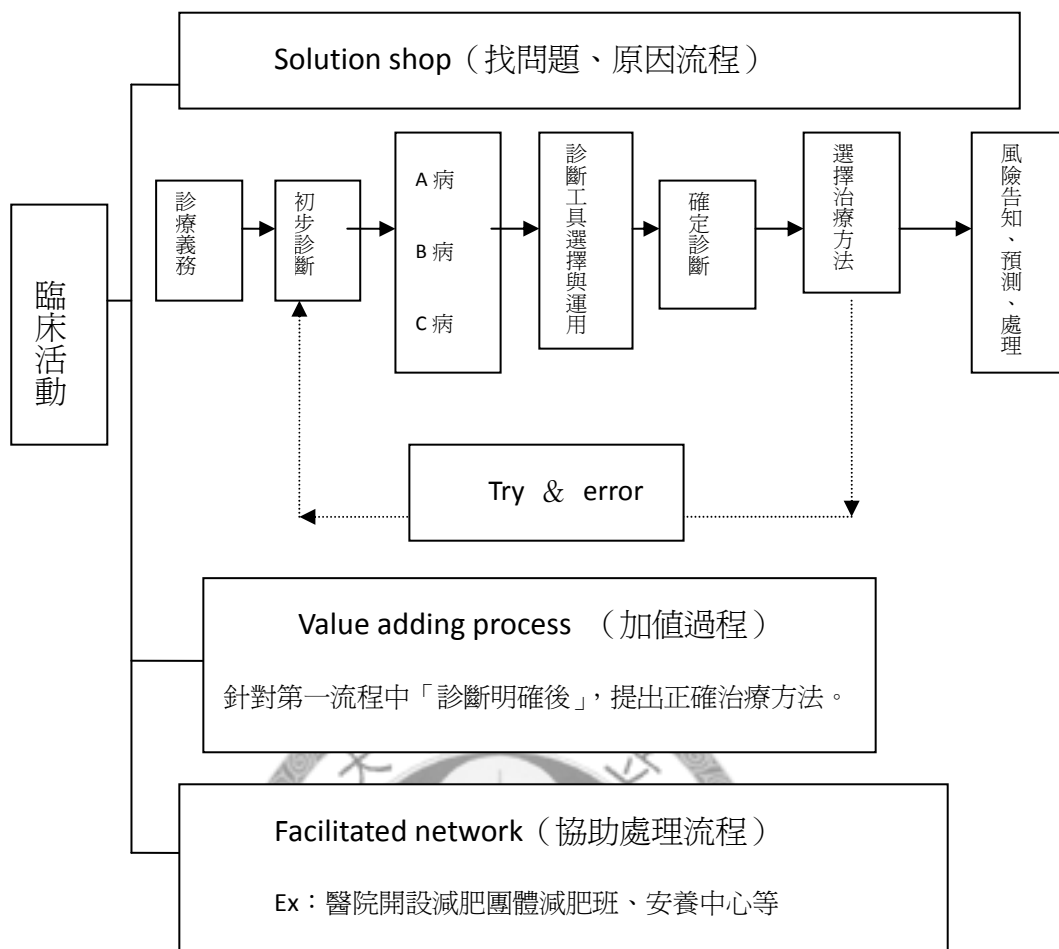
³⁴⁶ 尤其目前台灣醫療界吹起觀光醫療美容團、觀光醫療健診等，本文大膽預測，這將是下一波醫療訴訟類型的對象。

行輔助人（或是契約當事人³⁴⁷）透過門診或急診等途徑與就醫患者接觸，經過臆診過程後，醫師對於患者就醫目的能否提出符合其目的的醫療服務，此時會出現醫師對患者病情初步可能的評估（臨床常稱它為醫療計畫，它會被記載於病歷內），而對此臆診過程所得初步結論，醫師會相對應為某些醫療處置，而這些處置並非一成不變，將會隨者患者臨床病程進展，不斷被修改及履行，然而，不管如何其間就醫過程如何變動，整個就醫療程的目的不變，就是醫患相遇之初的就醫目的被完滿履行。當然，其間也有可能發生許多類似像傳統民事契約責任所提及的法律行為基礎之喪失、變更等情形，例如情事變更（例如，可能醫療指定醫材缺貨或已不再生產等）。整個醫療契約，完全依照患者就醫目的，被完全符合其目的履行完畢而也產生患者所期待結果，這種情形稱為「可遇不可求，難得一見」。

基於「延長生命」目的就醫，契約目的是「延命」，履約完成的結果，可能是「好好的活下來（病情穩定、康復結果、）」、「歹活（變成植物人）」、「死亡（病程當然結果、意外死亡、醫療過失致死）」，何者情形才是我們應科予醫師違約責任呢？相較之下，基於「減輕痛苦」目的就醫，契約的目的「減輕不適的痛苦」，履約完成的結果有「生理或心裡不適問題獲得解決或減緩（病情穩定、康復結果等）」、「更痛苦（變成植物人、不適度更高）」、「死亡（病程當然結果、意外死亡、醫療過失致死）」，何者情形才是我們應科予醫師違約責任呢？

基於「增加生活價值」目的就醫，契約的目的「生活加值」觀察，履約完成的結果有「患者對其生理不滿意問題獲得解決或減緩（例如割雙眼皮後對美容整型結果滿意、雖不滿意能接受等）」、「更不滿意（變成一邊高一邊低的雙眼皮）」、「死亡（意外死亡、醫療過失致死）」，何者情形才是我們應科予醫師違約責任呢？如我們觀察醫療臨床活動類型圖示如下：

³⁴⁷ 例如小型綜合醫院、診所，診療醫師可能同時是醫院的負責人或合夥人時，此時醫師與患者間可能直接是醫療契約關係的當事人。



上述圖示若配套醫療行為內涵，可以更具體說明如(一)診療義務之建立：告知、臆診（確診前之問題指引）(二)初步診斷（找出病因）：醫師親為之檢查（望、聞、聽、切）、病史、理學檢查（反應槌敲擊膝蓋關節看其神經反射是否正常、用手電筒照射眼睛瞳孔區，以判定患者昏迷指數等）、其它診斷工具（不屬檢驗科別性質的工具）。(三)其它診斷工具選擇與利用：1、影像學檢查：CT、MRI、超音波、x光等。2、實驗室檢查（痰液菌種培養、血液培養等）。3功能檢查（肺功能檢查等）。4、是否要用最佳工具（這裡涉及醫療費用成本效益相關問題）。(四)醫療處置：解決病人問題的行為（如打針、吃藥、插管、導尿等）(五)治療醫術方式：內科、外科、保守療法、積極療法等。(六)治療內容：藥物治療、開刀治療、手術治療（或侵襲性檢查如心導管、血管攝影等）。

上述的醫療臨床流程，除了醫師以外，尚須搭配同一醫療機構內或不同醫療機構外（如檢查事項外包單位）的其他醫療團隊人員，才能共同完成醫療契約給

付義務或保護義務的契約義務內容。有時，真正造成醫療事故的侵權行為人是很難快速找到，因而，增加訟爭的時間，浪費時間費用，且易因尋找侵權行為人困難度高而增加患者敗訴的風險。如主張契約責任，則無論致使權益受損的行為人是誰並非攻防重點，契約關係繫屬的當事人是清楚或至少可得確定，雙方攻防重點僅聚焦在債務人有無契約義務違反的問題，對患者而言訴訟前階段負擔會較輕些，且主張上會較容易些或許因而可能增加一些獲勝的機率。

第二目 醫療機構儼然成為實質營利法人化，增加醫療安全品質疑慮。

醫療法 1986 年公佈以前，在台灣法社會背景下，醫療衛生體系及各式各樣醫療機構已然存在。舊制「醫療法」（1986 年公佈）其立法目的為規範當時台灣醫療環境與衛生體系，分配醫療資源及有關醫療從業人員之一部基本法。惟概然三分醫療機構為公立、私立、財團法人醫療機構，僅為涵蓋 1986 年代當時既存台灣醫療機構法社會基礎事實，從而，如此區分卻是無法提供醫療機構類型化屬性清楚定性功能，故爭議叢生。其間雖歷經政府組織調整與行政程序法施行，對有關公立醫療機構略作修正，惟隨 1994 年全民健康保險法實行及台灣社會環境蛻變，造成當時醫療體系重大衝擊，因而，於 2004 年 4 月 28 日醫療法經大幅修正通過施行，其中，涉及重要修正重點很多，諸如醫療機構法人化（本法第 16 條、第三章醫療法人專章）、醫師說明義務（本法第 63-67、73 條等）、醫療過失責任（本法第 82 條）等。

就醫療機構法人化問題，雖涉及醫療契約主體，然並非本論文擬深究問題，故在此略作其所涉及重要問題提出。總的來說，「法人」概念，就廣義民事法領域中，有民法的財團法人（民法第 59-65 條）與社團法人（民法第 45-58 條）、公司法的營利社團法人（公司法第 1 條），而醫療機構法人的本質為何？尤其是一個醫療機構就功能面可概分兩部分，一部分是「提供醫療服務單位」，另一部分為「行政管理及監控單位」，通常「行政管理及監控單位」涉及醫療品質管理的

人力配置（含各科室）、物力及資金掌控，針此，如法規範未加適度於作制約，將會從此缺口大量搬走全民健保的資源、不當壓縮本應屬「提供醫療服務單位」營運成本³⁴⁸，導致醫療風險提高，臨床醫療品質下降等問題發生率上升。尤其，源此而生的醫療事故，如再以醫療行為高風險、醫療機構非營利機構為由調整民事責任，是否還能符合正當性，引人起疑，至少是無法令個人干服。

而目前醫療法第十六條規定³⁴⁹，宛如是一台昔日用於雪山隧道地下鉤式探鑽機，正處於無感漸進式地將前述的缺口挖大。其間，最重要的問題出在「醫療機構負責人的忠實義務」上³⁵⁰。修正後的醫療法將醫療機構按照不同的標準區分：一、按照業務之範圍區分醫療機構：醫院、診所及其他醫療機構或其他醫事機構。前兩種的定義不難理解，而其他醫療機構和其他醫事機構是指從事其他非以直接診治病人為目的，而由醫師辦理醫療保健業務之機構，包括：1、其他醫療機構：捐血中心、病理中心等。2、其他醫事機構：醫事檢驗所、醫事放射所、物理治療所、職能復健所、鑲牙所、齒模製造技術中心、國術損傷接骨技術館等。二、按照隸屬關係區分：修正後的醫療法將醫療機構分為公立醫療機構（醫療法第3條）³⁵¹、私立醫療機構（醫療法第4條）³⁵²、醫療法人所設立醫療機構（醫療法第5條）³⁵³和法人附設醫療機構（醫療法第6條）³⁵⁴。其中，私立醫療機構即為醫師所設

³⁴⁸ 例如：醫療人員配置、在職訓練、輪值等、醫療器材藥品的品質、價錢及安全量管控等。

³⁴⁹ 醫療法第16條規定：「私立醫療機構達中央主管機關公告一定規模以上者，應改以醫療法人型態設立。」。

³⁵⁰ 雖「忠實義務（duty of loyalty）」與「注意義務（duty of care）」二者構成受任人義務「（fiduciary duty），就此中文譯意學者有採受任人義務（劉連煜教授）、信賴義務（王文宇教授）、忠誠義務（林國彬教授）、忠實義務（曾宛如教授）」內涵，然二者究有無不同，司法實務有採同質說（台北地院93年重訴字第144號判決），惟學者多數仍採異質說，應對二者嚴格區分，總的來說，「注意義務」專用於於特定行為中，具體判斷一個人如何盡心盡力，然「忠實義務」則指在公司管理者或監督者之利益與公司之利益對立時，此類人員應有其決定之基準。此部分詳細論述日後有機會再撰文發表。相關文獻參劉連煜，「現代公司法」，頁80，新學林，2006年；王文宇，「公司法論」，頁26，元照，2006年；林國彬，〈董事忠誠義務與司法審查標準之研究—以美國德拉瓦州公司法為主要範圍〉，政大法學評論第100期，頁1-42，2007年；曾宛如，〈董事忠實義務之內涵及適用疑義〉，「公司管理與資本市場法制專論（一）」，頁1-41，學林，2002年；何振明，「醫療機構及其負責人忠實義務法律問題」，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，頁80-88，2008年。

³⁵¹ 例如，台北市立聯合醫院（仁愛院區）、臺灣大學醫學院附屬醫院、成功大學醫學院附屬醫院。

³⁵² 例如，博仁醫院

³⁵³ 例如，醫療財團法人：財團法人長庚醫院；醫療社團法人：中山醫療社團法人中山醫院

立者(即醫師執行醫療業務);醫療法人所設立醫療機構又分為醫療財團法人所設立醫療機構和醫療社團法人所設立醫療機構。修正後醫療法雖未放寬舊法不得以營利為目的³⁵⁵,但卻明文規定社團醫療法人可分配百分之七十的盈餘³⁵⁶;法人附設醫療機構又包括私立醫學院校附設醫院和事業單位、學校所設醫務室。而對於農會、漁會附設的醫療機構,修正後的醫療法中歸類仍不明確,容有爭議。

鑑此,從舊醫療法時代,雖衛生主管機關明禁醫療機構不得為營利,然而,從當時醫療機構營運實務面觀察,在私立醫療機構方面:模式有「類似民法隱名合夥經營」³⁵⁷、以「控股公司類型醫療機構」³⁵⁸、以「直銷類型醫療機構」³⁵⁹及「外包類型醫療機構」³⁶⁰,實已背離傳統對醫療機構非營利性、負責醫師獨資等特質,巧妙運用民事法相關合夥、租賃、承攬及買賣契約法律關係,將醫療機構之盈餘轉分配給相關人士。從此而論,似乎很難令人接受,實際上醫療機構不是屬於營利機構的說法。而這樣的實質營利性醫療機構的情況,是否會因 2004 年醫療法修正而獲得改善呢?筆者認為非但無法抑制,反倒是點燃野火蔓延。

在新修正的醫療法第 16、31 及 53 條規定意旨解釋下,不論公私立醫療機構均能明正言順的當「形式非營利、實質上是營利」的醫療機構。從而,本文不禁想問,在如此台灣法社會實情下,將醫療行為排除在消保法服務責任適用外,實質正當性理由何存?這裡,存有很多原應歸於醫療機構安全及品質管理經營風險不當所引致的醫療事故,不正是消保法賦與機構經營者應負的責任的領域?雖說

³⁵⁴ 分為 1、私立醫學院附屬醫院(例如中國醫藥大學附屬醫院、台北醫學大學附屬醫院);2、事業單位、學校附設醫務室;3、法人附設醫院(財團法人臺灣基督長老教會馬偕紀念社會事業基金會馬偕紀念醫院)。

³⁵⁵ 立法院公報,93 卷 19 期,頁 130。

³⁵⁶ 依醫療法第 53 條:「醫療社團法人結餘之分配,應提撥百分之十以上,辦理研究發展、人才培訓、健康教育、醫療救濟、社區醫療服務及其他社會服務事項基金;並應提撥百分之二十以上作為營運基金」。本規定意旨,解釋上將有百分之七十能營餘分配。相較日本醫療法第 54 條:「医療法人は、剰余金の配当をしてはならない。」以明文做營餘分配禁止,似乎迥然不同。

³⁵⁷ 醫療法第 4 條規定,私立醫療機構係由醫師所設立的醫療機構。另參醫療法第 18 條規定意旨,醫療機構須置一名負責醫師,私立醫療機構則是以申請人為負責醫師。基此,在小規模私立醫療機構,登記負責醫師一人(外觀呈現獨資經營),其實是由數名醫師集資合開,各醫師內部關係會以民法隱名合夥處理。

³⁵⁸ 醫療機構實際經營者,分別設立公司與私立醫療機構,再由醫療機構負責醫師向公司承租醫療器材、業務外包等。

³⁵⁹ 以商業直銷方式,成立直銷公司與診所,先由直銷公司招募會員制吸納資金,再以公司與診所簽訂健診契約,由診所對該會員提供健診醫療服務。

³⁶⁰ 醫療機構經營者將其機構內某一組室外包出去,經營該組室並不須要具有醫師資格,並可對外招攬及打知名度,逃脫衛生主管機關禁令束縛。

如此，本文並不否認「醫療行為」的高度不確定性風險的本質。正因如此，醫療機構經營者任重道遠，其選擇從事高風險類型事業群，須對目前醫療界運作企業「企業體的內部管理」與「外部避險」兩方著手。其實，遠從 1980 年代後期，台灣長庚醫院是國內第一所醫院管理引入企業管理學模式，初期從醫療臨床作業標準流程設計、醫療耗材總量控制、人員工時及獲利計算、醫療作業人力總量控制、醫療從業人員低薪資績效額、醫療科室成本總額管控、工作績效考核及績效獎金考核制度等。從一個企業者經營角度觀察，長庚醫院獲利居首，吹起全台醫療界效法風潮，不分公、私醫療機構，造成現今企業管理模式是目前醫療院所的常態。「企業管理經營模式」有很多優點，是普世認同，譬如「效率提升」³⁶¹、「耗材管控」及「經營成本管控」上，這些筆者並不否認。但是當這些管理模式套用事務本質不確定性的「醫療行為診療上」，是否一切均能被概算精準，例如，看診 1 人/約幾分鐘/幾根壓舌板/幾顆棉花/幾塊紗布/幾個人力/……。有走過臨床的人，答案應該會是「不一定」，因為涉及的變因很多，譬如，科別不同、患者就醫情況不同等將會造成不同結果，那如何一概而論？如果要一概適用，只會造成一個結論「成本可管控，但會造成個別就診患者因其病情不穩定造成未提供完全的醫療服務給付，及因而可能會引起的醫療過失風險發生」。而這樣的結果，是醫療機構經營者（具醫師身分，參醫療法第 18 條）選擇此項經營模式時應可預見的，既然，「成本可管控，但會造成個別就診患者因其病情不穩定造成未提供完全的醫療服務給付，及因而可能會引起的醫療過失風險發生」是可被預見的，基於「醫療機構負責人的忠實義務」，是否應更積極的從「外部避險」著手，即規畫部分的營運成本挹注在醫療事故保險，以達到經營風險分散³⁶²。然而，目前絕大多數醫療機構均未如作，再加上台灣醫療民事訴訟「重侵權、輕契約」³⁶³、「患者低勝訴率、低獲賠額」³⁶⁴，醫療機構經營者將其經營及管理模式所伴隨風險，轉嫁給全民及其機構內提供醫療服務的專業人員承擔，如此，是否合理正當，不言而喻了。

³⁶¹ 陳忠五，〈醫療糾紛的現象與問題〉，台灣本土法學雜誌第 55 期，頁 2，2004 年。

³⁶² 目前醫院內部有定額的作業基金針對醫療事故發生，提撥年度一定額度總量管控。再搭配上院內醫療人員每月從薪資提撥約千元加入互助金內，如遇醫療事故發生，有加入互助金的醫療人員須賠償時，從互助金提撥一定比例墊付。然而，僅就此兩項資金提撥，合計總額不得逾一定數額。除目前台灣醫學中心層級均已採前述雙軌並行外，其餘層級醫院大都僅有互助金方式，有得甚至是兩項均無設置。

³⁶³ 參本文前述第二章內容。

³⁶⁴ 參本文前述第二章內容。

基上所云種種因素，在現今醫療機構經營型態，醫療事故民事責任在處理方式應有加以修正必要。蓋基於醫療服務提供核心專業人員與患者，相對於醫療機構而言，是同時處於弱勢被壓迫地位，長久以來背負著醫療機構經營風險的轉嫁，而醫療機構經營所獲得利益（包括全民醫療健保資源的不當浪費），在舊醫療法時代，透過前述四種經營模式將錢洗出入特定少數人口袋內。在新醫療法時代，將透過醫療法人模式，光明正大分配營餘百分之七十，這將再度促使台灣醫療健保基金缺口惡化及提昇醫療事故發生率。故讓醫療機構負起責任，應是處理醫療事故民事責任的核心，處理方向有四：一，將醫療行為重新定位在消保法服務責任適用範圍內，藉以箝制住醫療機構使其負企業經營者責任；二，依循新醫療法的醫療法人相關規定，發展出醫療法人經營者的忠實義務理論。並調降結餘分配或甚至刪除醫療法第 53 條分配規定（相較之下，日本醫療法第 54 條明文醫療法人盈餘分配禁止³⁶⁵）；三、參考歐美有關醫療機構責任制度³⁶⁶，重新檢視台灣侵權行為僱用人代負責任制的合理性，不過，如讓醫療行為回歸消保法第 7 條適用時，醫療機構責任制度引入倒是沒有實益性；四，重新建構醫療契約法理，將傳統偏重侵權、輕契約的走向，導回側重醫療契約法為處理醫療事故核心，如此才能將風險與利益分配上達到衡平。從而，以醫療契約責任處理醫療民事責任問題，使醫療機構成為醫療民事訴訟案件的當事人，使其負起自己責任，才能讓其正視機構內營運方式、成本管控、風險評估、人員配置、醫療器材及耗材選購等問題，才能達到提高醫療高全品質，落實患者就醫安全保護問題。

反之，如採侵權責任制度時，挨告者是醫療從業人員，涉訟時第一時間被採隔離政策，寫不完的報告書、開不完的醫療爭議調查會，接下來是對同儕的排擠、質疑、患者及家屬的辱罵、媒體大眾的審判及綿延無盡期的開庭審理程序。醫院扮演的角色，是監督及審查員，負責在最佳時點幫醫院停損或棄車保帥的懲罰涉訟醫療人員，即便是該事故發生可能是醫療院所管理問題或健保醫療給付問題所導致。

第三目 醫療行政機關醫療政策，造成醫療給付內容的控制效力

³⁶⁵ 第五四条 医療法人は、剰余金の配当をしてはならない。

³⁶⁶ 相關文獻，例如，黃朝琮，「侵權行為法上組織義務之研究」，國立台北大學法學系碩士論文，2007 年；林幸怡，「醫療機構之民事責任」，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010 年。

有時，還會涉及到政府機構的行政作為決策及給付行為限制醫療給付行為問題（例如，健保給付醫療費內容項目決定及核定問題），現代型醫療契約類型複雜度隨著醫療政策及醫院機構管理制度的變化趨增，有鑑於此現象，將會涉及「G to B to C」、「B to B to C」及「非典型醫療契約」的交錯互相連動的契約關係，醫療契約關係連鎖鏈上的各個當事人間的契約給付義務及保護義務等問題日後將會在訴訟上表現出來，如採契約責任制度處理醫療民事責任問題，對於數個契約關係的連動及歸責原則較易連結，對患者權益保護上較為周全。

反之，如以侵權責任制度處理醫療民事責任問題時，首先，第一個困難點是在找到侵權行為人；第二個困難點，在多因多果的情形下因果關係存在往往是無法通過我國向來的相當性因果關係理論的檢驗；第三個困難點，如造成損害點在行為接續性上，將無法以數個侵權行為間相互連動方式巧妙處理歸責問題。

第二項賠償主體的賠償能力

基於第二章實證資料，多主張侵權責任，如醫院抗辯具有民法第 188 條第 1 項但書選任監督已盡相當注意時，且法院也認為抗辯有理由時，則真正賠償主體則是醫療從業人員自己。果爾，賠償主體的賠償能力則將大打折扣，有時還會因賠償人主張有民法第 218 條「其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時」法院得酌減賠償金額³⁶⁷，致使患者獲得填補損害權益受損。相反，如主張契約責任制度處理時，賠償義務人是醫院，即便醫院主張其監督無過失時，依目前民法第 224 條規定，醫院並不能因而無庸負責，基於患者權益保護上是較佳選擇。

第三項過失認定上問題

依向來我國傳統通說認為侵權責任成立要件上，採「有責性」及「違法性」判斷，雖說通說見解主張「有責性」判斷趨向「客觀化」以義務違反為其判斷核心範圍，但畢竟二個要件係屬事實。

而契約責任成立要件上，是否須蕭規曹隨跟著向來侵權責任成立要件採二元

³⁶⁷ 例如，婦幼醫院植物人案，麻醉醫師主張部分。

論呢？至少，從醫療實證資料顯示，是模糊的。在實證上判斷債務人是否有債務不履行事由，審判重點則聚焦在「契約義務群」有無被履行。故而，從醫療實證觀察債務人的「有責性」似乎無存在必要。另從我國現行法第 220 條文義解釋並未明文排除當事人就契約內歸責事由為約定，另就民法第 226、227 及 230 條條文用詞是「可及不可歸責……未履行」，故而，去掉「有責性」要件，只留「契約歸責事由（契約義務違反）」，在現行法下亦能解釋。

故而，在債務人有無歸責性判斷，主張契約責任制度是較利於患者的，至少，在訴訟之初主張上患者只要證明債之關係存在及損害發生，呈現出債務人有義務違反的表徵即可。

第四項就保護客體與賠償範圍而論

雖說兩套民事責任制度規範功能，其實各有所司；而在醫療民事事件上，固然通常損害是屬於固有利益受損害，是否就意味著契約的保護客體及損害範圍僅限於固有利益呢？本文是持否定看法，蓋在面對新興醫療科技進步、醫療契約態樣多元，醫療服務內容也是五花八門，而這正是契約責任制度最擅長的場域。透過契約明示約定、默示意思表示、補充的契約解釋，能對保護客體合理正當化擴大，進而，達到損害賠償範圍擴大，這是契約責任制度較侵權責任制度吸引筆者的地方。具體言之，在一個健康檢查契約內，因為疏忽未發現癌症原已存在的檢驗資料內。患者的保護客體是甚麼？喪失存活機會？可能治癒機率？這些觀察前述實證資料中是被承認的，只是承認理由構成不同罷了。但是能不能包括「如果當初告訴我癌症病情，我會選擇安排如何過剩餘的生活的利益」；或是「安排好自身的後事，例如，我的家產分配、子女教育等利益」；或是「我可能獲知罹癌，因積極提早治療或變更生活方式(選擇慢活)，因而提高存活機率、或獲得家庭生活品質提升的利益」。前述這些利益恐怕在傳統通說侵權責任制度下請求有其高度困難度，但若從契約責任體系下，巧妙透過「契約拘束力」、「歸責事由嚴格化程度」、「補充的契約解釋」、「手段債務與結果債務區分理論」及「當事人意

思理論」等醫療契約法理獲得解決，進而，在損害賠償範圍上亦得搭配「民事訴訟法第 222 條第 2 項」、「象徵性賠償金」、「違約金制度」等來填補患者損害範圍，接下來是所剩問題是如何處理醫療機構因而風險提高的轉嫁問題，這可透過「保險制度」、「盈餘提撥賠償基金」方式處理。從此而論，主張契約責任制度處理醫療民事事故，又是略勝侵權責任一籌。

第五項舉證責任分配實證觀察

第一目從民事訴訟法第 277 條爭議問題觀察

按民事訴訟法第二百七十七條規定：「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。」。此條適用爭議問題有幾點，一，但書規定是舉證責任轉換還是減輕？二，主張但書適用，是否須先履踐本文規定？就此二個爭議問題，觀察實證資料（及本章第八節註釋內容），其實在實務上是呈現紛亂的。細繹之，從實證觀察主張侵權責任者，多數實務見解會認為有民事訴訟法第 277 條但書適用空間，至於，主張適用前提下，是否須先另原告就 277 條本文先履踐舉證責任這點，則呈現肯否互見的看法。相較之下，就主張契約責任者，有少數實務見解認為民事責任體系「契約與侵權責任均須先履踐民訴法第 277 條本文一般性舉證責任」，另有一些看法是「契約責任與侵權責任本為不同制度，故而，契約責任本應由債務人負不可歸責事由舉證責任，而侵權責任部分則在醫療事件特殊情形下，得適用民事訴訟法第 277 條但書規定」。從而，就目前實證現象運作舉證責任情形，似乎主張契約責任制度，對患者而言似乎是較為利多的。另從日本比較法觀點，無論醫療契約性質為準委任或承攬契約，應由醫師負已盡善良管理人注意義務的舉證責任³⁶⁸，日本唄孝一教授認為醫療民事訴訟應優先適用債務不履行請求，會較主張侵權責

³⁶⁸ 加藤一郎，〈醫師の責任〉，「我妻還曆 損害賠償責任の研究（上）」，頁 505、507-509，有斐閣，1957 年；清水兼男，〈診療過誤と醫師の民事責任〉，民商 52 卷 6 号，頁 803、805-807，1965 年；吉田邦彦，「契約法・医事法の關係的展開」，頁 52，有斐閣，2003 年。

任請求，對患者是相較有利³⁶⁹。

第二目從實證醫學的困境，看注意義務與因果關係舉證問題。

基於「醫學教學模式」目的所建立「實證醫學 Evidence-Based Medicine」³⁷⁰，係基於統計學或流行病學及邏輯演繹方法所做成，嗣後被定位為「臨床診療新模式」³⁷¹。台灣醫學界受實證醫學影響深遠，一般而言，泛指依循科學證據進行醫療照護一切實踐活動科學³⁷²。這些數據資料不只提供了醫療照護之決策參考，更成為司法實務相當重要的證據資料，特別是在醫療糾紛案件之審理上³⁷³。

從而，實證醫學是以邏輯與統計方法學，從醫學研究文獻審查、透過機率概念所衍生出的統計數據判讀等。以實證醫學方法蒐集到的數據資料為基礎所發展出的「臨床指引」或是「醫療常規」，某程度上係勾勒出醫方於某特定情境下應為合理的醫療照護準則或作為其醫療決策判斷的依據³⁷⁴。然而，這樣數據意義為何？與向來鑑定機關所據以判斷系爭醫療行為是否符合「醫療常規」與「醫療水準」之間的關係為何？似乎有待進一步釐清³⁷⁵。

惟本文認為，雖實證醫學某程度扮演著檢驗著注意義務與因果關係功能，尤其是用來輔佐核實本章第二節所論及「醫療水準是相對性概念裡，在具體個案事實情況，基於醫療機構或醫師的專業性、醫療條件或區域醫療品質水準等因素考量下，對該醫師或醫療機構所課予的治療方法或檢查義務，是屬於客觀上合理期

³⁶⁹ 唄孝一，〈現代医療におし医療における事故と過誤訴訟〉，「現代損害賠償法講座(4)」，頁 9、11-12，日本評論社，1974 年。

³⁷⁰ Evidence-Based Medicine Working Group, Evidence-Based Medicine: A New Approach to Teaching the Practice of Medicine, 268 JAMA2420 (1992).

³⁷¹ David L. Sachett et al., Evidence Based Medicine: What It Is And What It Isn't, 312 BRIT. MED. J. 71, 71-72 (1996).

³⁷² Muir Gray、唐金陵，郭耿南等編譯，「實證醫學:醫療照護決策」，頁 2-3，合記，2007 年；張麗卿，〈實證醫學在醫療過失審判實務上的意義:從胃腺癌存活率談起〉，東吳法律學報 21 卷 2 期，頁 4-7，2009 年。楊培銘等，〈實證醫學特輯〉，臺灣醫學 7 卷 4 期，頁 530-578，2003 年。

³⁷³ 吳俊穎，〈法庭上的實證醫學：台灣與美國的經驗〉，實證醫學與法律研討會書面，財團法人國家衛生研究院、台灣實證醫學會，2008 年。

³⁷⁴ 吳志正，〈實證醫學數據於醫療事故損害賠償上意義〉，國立台灣大學法學論叢第 40 卷第 1 期，頁 141-142，2011 年。

³⁷⁵ 有關實證醫學與醫療常規及臨床指令間如何用來處理因果關係相關國內文獻，請參吳志正，前揭註 374，頁 142 以下論述。

待時，若違反該義務則違反醫療水準的標準。」中的「客觀上合理期待的判斷上。」有其實益。

但本文考量到實證醫學形成，所存在一個無法控制的大前提：「如何判斷其所篩選的實證數據的權威性及正確性」，及實證醫學侷限性：能解決僅是少數臨床問題（系統回顧、隨機對照臨床試驗、世代研究、或其他研究方法等，耗時耗費須有大財團挹入，很容易成為藥商及儀器商）、新興或罕見疾病欠缺實證、意涵有推論命題風險、統計錯誤的機率等問題，其與經驗主義本質是相同。

從而，如果單以實證醫學為判斷個案系爭注意義務與因果關係存否，將會失真。基上，如患者採以契約責任制度來處理醫療民事事故，契約義務違反與否透過當事人契約意思原則、契約拘束力(契約內容範圍)來判斷，在手段債務類型(例如，委任)，醫療給付行為違反當事人契約義務時(歸責事由具備)，契約責任要件成立，如債務人沒有不可歸責事由時，負損害賠償責任。至於，損害賠償範圍核定，依所失利益及所受損害而定。相較之下，若主張以侵權責任制度為解決醫療事故，在面對實證醫學的問題，即便是可以援引民法第 184 條第 2 項作論斷義務違反問題，但在損害賠償範圍核定上會有些困難度。

第六項時效長短利益問題

時效問題上，無論從法規範範上或醫療民事責任實證上，契約責任請求權時效遠較侵權責任請求權長³⁷⁶。故而，從此而論，採取契約責任制度遠較侵權責任制度，對患者權益較有保障。

第十二節小結

我國傳統民事責任體系概略分為二，一為契約責任，一為侵權責任，均受過失原則所支配。在醫療民事事件裡，於 2000 年後民法第 227 條之 1 增修施行後，

³⁷⁶ 例如：Case.OP7：臺北地院 90 年度訴字第 5736 號（931007）判決中，法院認為因原告對聯合診診起訴時間較晚，侵權請求罹於時效，逕認該診所負責人不必負賠償責任，惟細觀本案該審原告另有依契約請求，法院針此並未審酌，實值商榷。

實務呈現出漸採同時併予主張契約與侵權責任請求權競合，然而，審判實務上仍是偏向以侵權責任體系為審理程序主軸，契約責任扮演著配角地位，從第一二審實證上經常是為審判者所輕忽。故而，契約責任制度優點自始未被挖掘出來，甚至在責任成立要件判斷上，是將兩個責任體系等同處理。針此，本文歷經前述各節的爬梳與論證，認為在契約責任制度在「現代醫療類型及醫療安全考量」、「賠償主體賠償能力」、「過失認定一元化」、「保護客體及賠償範圍」、「舉證責任分配上」、「時效長短」等面向能提供患者更為周全的保障，從而，本文以下各章將繼續以契約責任制度挖深探討，分別從醫療契約責任體系建構及醫療契約法理適用，來進一步研究。





第四章醫師說明義務的性質³⁷⁷

從醫療社會活動面觀察，醫病關係的建立，可能是來自雙方意思表示合致締結契約下，所生醫療契約關係，也可能是來自法定義務下所建構的醫病關係（例如緊急醫療）。然不論前者抑或後者，均存有醫師說明義務問題，二者差異在說明義務違反時，前者固得透過契約義務違反主張契約責任，亦得透過法定注意義務違反主張侵權責任；而後者則依通說見解僅得主張法定注意義務違反，透過侵權責任請求之。而醫師說明義務與告知後同意二者關連性為何？則應視具體事例判斷，不一而足。從醫療民事訴訟面觀察，「醫師說明義務」違反，究應由何人負舉證責任？是爭議性頗大問題，總的來說，主張有權利者，應由主張對被告有請求權存在的原告在法庭訴訟活動中負舉證責任，然而，這對未具醫學專業知識的病患而言，是生命中不可承受的重，無論是從過失、損害及因果關係三個要件來觀察，均是極為困難，更何況未盡醫師說明義務本質上屬消極事實，對不存在事實證明原較積極事實證明困難。有趣的是，若從台灣醫療民事訴訟實證觀察³⁷⁸，第一審判決當事人主張醫師說明義務違反共有 148 件，未明示舉證責任分配佔有 134 件，法院明白令被告負醫師說明義務舉證責任有 12 件，而明白令原告負該項舉證責任則為 2 件。本文以下引他山之石，藉由英德兩國比較法觀察，進一步探知普通法系英國及大陸法系德國，如何處理有關醫師說明義務問題，再從國際

³⁷⁷ 本文基於醫師說明義務與患者同意的前提在「患者認知能力」須具備才有意義，而目前國內及國際上在判定患者有無認知能力，有以認識能力、行為能力、同意能力等形式上做處理，國際上或臨床精神科患者精神鑑定部分可能較進步一些，會搭配以「認知心理學」評估表格分別以語文及操作模式來對患者是否具認知能力做評估。惟本文認為前述評量方式，準確性很低，科學依據不足，應從認知神經學來做較精密測試，尤其是當我們要透過「告知後同意原則」，將醫療不確定風險轉嫁給患者承當時，更應謹慎看待「認知能力」的判斷，否則「告知後同意原則」說穿了只是「醫療及法學專家以專業知識霸凌患者」的工具。在前述思維下，本文限於個人能力不足，現階段無法提出「以認知神經學角度，檢視認知能力如何轉譯成同意能力」相關論述，故在口試版博論內容並未設專章討論醫師說明義務。口試完畢後，本文為避免日後不必要的誹議，故而採納口試委員吳俊穎教授建議須增列「醫師說明義務」的部分，在此特致謝忱之意。至於論述內容當否，仍由筆者文責自負。然而，本文仍須再次強調，本章增列僅係為杜攸攸眾口，本文立場仍是認為如果說要真正落實「告知後同意原則」，還是須回歸到「以認知神經學角度，檢視認知能力如何轉譯成同意能力」為正本清源根本，有關此部分日後有機會另文再表。

³⁷⁸ 有關台灣醫療民事訴訟實證研究資料，詳盡分析請參酌，沈冠伶，前揭註 36。

目前修正及歐盟整合區域法 DCFR 有關醫師說明義務規範觀察，並與我國相關案件作進一步論證對比，以提供就醫師說明義務作不同思考素材，最後，再提出本文所建構醫療契約責任體系架構下，應如何處理醫師說明義務，惟考慮到篇幅問題，有關深入探討醫療過失舉證責任部份，他日另文再表。

第一節 英德比較法觀察

觀察英德外國法有關醫療資訊揭露問題，在醫療過失損賠訴訟中，患者無論在英國或者德國，通常必須先證明過失是因醫師或醫院履行治療過程中所致(或者在治療前的那些臆診)前提下，因發生揭露過失問題所產生可能賠償問題，通常是醫師醫療行為所引起損害，在治療期間因固有的風險具體發生，基此，患者會主張醫師未將所涉及風險問題提醒警告伊，因而，審認醫師的過失焦點將轉為在該治療之前，未獲得患者告知後同意，這稱為揭露錯誤「disclosure-error」(德國稱為說明過失 *Aufklärungsfehler*)。

近代英德兩個國家，關於醫師資訊揭露過失在醫療訴訟案件中提升相當多的比例，約估德國此類訴訟約佔 1/3 至 2/3，英國也呈現出這樣索賠類型變得越來越重要³⁷⁹，在英國上議院 *Chester v Afshar* 案件中，上議院認為該個案醫師未清楚說明資訊內容須負賠償責任³⁸⁰。通常醫師資訊揭露問題，經常發生在一連串治療行為的選擇過程中，雙方對於損害發生，患者通常認為是醫師醫療行為未符合醫療給付注意標準所引致，而醫師會認為該損害發生係原屬於該醫療行為所伴隨的無法避免的自然本質上固有風險，就此患者通常抗辯是果真如此，那麼它本應被事先告知。

在一般醫療過失損害賠償類型，若醫師未盡相當注意義務防免損害發生，對損害發生則有過失應賠償。相較之下，在醫師未揭露資訊的訴訟類型，判定醫師

³⁷⁹ Uwe Thumann, Reform der Arzthaftung in den Vereinigten Staaten von Amerika, 2000, S.204.; J Shaw (1986) 35 ICLQ 865.

³⁸⁰ *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41.

有無過失，當損害發生風險是在醫師控制範圍外時，會以醫師有無剝奪患者選擇是否要拒絕的權利來判斷，從而，係基於患者自主權原則所導出。

某程度以患者自主權決定取代，向來傳統父權制醫療倫理（*ethic of paternalism*）³⁸¹原則下，由醫師基於患者最佳利益考量，所為患者選擇何種治療及要否告知患者實際病情。這樣轉變的因素可能來自西方社會較為傾向個人主義文化使然。另一因素與晚近醫學科技多樣快速化的發展有關（基於多樣治療方式及條件，患者有居中選擇何種治療權利）³⁸²。從法律視角而言，自主權原則來自患者認知能力而來，透過此原則要求臨床治療須經患者同意，這為醫師未揭露治療風險所形成有關訴訟的癥點。然而，什麼是「自主」的內涵，從法律或醫學倫理角度，恐怕存有差異³⁸³。

至於，資訊揭露義務性質為何？究屬契約責任抑或屬侵權責任？與告知後同意的關係又是如何？若在傳統民事責任體系前提下，本文認為基本上應視該資訊揭露義務是基於何種醫療階段、何種醫療行為類型所源生，會有所不同，無法足一而論，細繹之，取得對患者身體侵入性檢查或手術療法的同意所為的治療或檢查方式、目的、療效（檢查功能）及風險的資訊告知（資訊揭露義務），此義務本質，是既為屬於契約給付義務內容（至於，屬於契約主給付義務或附隨義務，則須再細分別就具體個案為判斷），也是保護他人法律的保護義務，前者是屬契約責任範疇，而後者則是侵權責任的領域；然而，從告知後同意的患者自主權為核心觀之，前述情形資訊揭露義務，又何嘗不是屬於取得患者有效同意的基礎（違反，是屬於侵權責任領域），也是一種前契約義務場域（則是契約責任領域），所以說，資訊揭露義務是屬於正看成峯，側為嶺，是一種多元面向的義務，宛如多

381 有關醫學倫理的患者自主及父權制探討，請參酌：G Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, 2-4, Cambridge University Press (1988)；吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，前揭註 43，頁 1。

382 相關爭論會在什麼是公認現代型醫療麻醉的重要的同意問題，這將涉及醫療專斷的範圍問題，see D Voll, *Die Einwilligung im Arztrecht*, Frankfurt/Main, Peter Lang, 1996, S. 9.

383 有關自主內涵及核心價值，相關進一步文獻，See, Alasdair Maclean, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law*, 9-47, Cambridge University Press (2009)。

面夏娃般。但若以後續第五章本文建構的醫療民事契約責任體系為前提下，將以手段債務或結果債務為分類，則仍回到資訊本身性質來判斷，依性質不同分別認定為手段或結果債務，有關二債務類型介紹則參見第五章第四節論述。

第一項治療資訊揭露與同意

就英德兩國而言，欠缺患者同意所為治療行為是不合法的，屬於基本法律原則，無論該治療行為是否可能帶給患者客觀上有利益的結果³⁸⁴。兩國更進一步認為，取得該同意過程中，醫師必須提供患者該治療相關訊息，倘若，屬於盲目服從未理解為何須要接受何種治療行為，仍屬未具同意³⁸⁵。即便如此，兩個法系關於要求提供資訊的性質、未揭露時的效果均存有歧異。

第一目英國：區分資訊之性質為不同處理

揭露資訊與同意原則，是指由患者決定「要」或「不要」接受「何種」治療，20世紀初即為英美法系所公認原則。1914年美國 *Schloendorff v New York Hospital* 案件中，Cardozo J 著名判決認為：「每個心智健全成年的人，對其身體擁有自主決定權利，一位未經患者同意，即對其進行手術的醫師，應承擔一個非過失（Battery）侵權行為責任。³⁸⁶」這判決意見嗣後廣為英國法院判決所引用，然而，有趣的是在同時期的美國境內卻較少被援引³⁸⁷。

晚近，更多英國法官在其判決中引用此著名自主權判決，適用在處理患者基

384 這裡適用前提是法律上有同意能力的成年患者；在英德兩國有特別規則適用在如兒童及精神患者，所以這裡的患者同意是排除有特別規則適用範圍。

385 英國有關患者同意詳細內容請參酌：see A Grubb (ed), *supra* note 221, at ch 3; See also Emily Jackson, *supra* note 177, at ch 4; 德國有關同意治療規則(Einwilligung in die medizinische Behandlung), 請參酌：Gerda Müller, *Ärztliche Kompetenz und Patientenautonomie*, im Christian Katzenmeier / Kraus Bergdolt (Hrsg.), *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, Springer, 2009, S. 79-80.

386 *Schloendorff v New York Hospital* (1914) 211 NY 125, 126.

387 相關部分請參酌：Cull v Royal Surrey County Hospital (1932) 1 BMJ 1195.

於自主決定拒絕治療，即使是該治療之拒絕對患者病情基於醫學觀點是不利的選擇情形³⁸⁸。1993年 *Airedale NHS Trust v Bland* 案件中，Lord Goff 認為心智健全的成年患者做出非常不明智拒絕決定，雖然同意該治療或者照護，對患者生命或許能延長，然而，醫師對其照護必須遵照患者的決定，即使那些自主決定內容不符合患者的最大利益³⁸⁹。醫師未經同意而為治療，依據 the Offences Against the Person Act 1861，原則上會構成刑法的責任。主要因素不是在未同意的治療相當於人身損害，而是因為沒有獲得同意使得該治療符合「無正當性」要件。如同 Lord Mustill 在 *Airedale NHS Trust v Bland* 案件中認為，對身體的侵入行為在適當的醫學治療的過程中，排除刑法適用。患者的同意為何如此重要，不是它本身提供抗辯理由，而是醫學治療的正當性依據。因此，如果欠缺患者同意，且無法定特殊免除事由，醫師的行為是無法免除責任³⁹⁰。即便如此，在英國刑事實務上對此類侵襲性案件（非過失侵權類型即 Battery）起訴，對基於真誠的醫師所為有益於患者的行為，因該行為符合公眾期待，是不受爭議的³⁹¹。但此類個案得依循民事訴訟途徑解決，患者將依非過失(侵襲性)侵權行為訴訟請求。該侵襲性行為雖基於保護目的，但未經同意的侵入，排除「在日常生活的一般可接受的情形」外。Lord Goff 在 *Re F* 案件，對精神患者為結紮案件判決認為，本案是「一般情形」的例外，該案被告醫師未經精神患者同意為其進行結紮手術，因為涉及到公共領域的情事，故無責任³⁹²。

英國實務上，非過失的(侵襲性)侵權責任大多類似情形，醫師未曾嘗試告知患者該治療目的，因而使患者完全未參與治療的決定。英國上訴法院在 *Devi v*

388 See, *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1992] 3 WLR 782 (HL) 786 (Lord Donaldson MR); *Re MB (Adult: Refusal of Treatment)* [1997] 2 FLR 426 (CA) 432 (Burger-Lloss LJ).

389 *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] AC 789 (HL) 864.

390 *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] AC 789 (HL) 891.

391 這是決定要素透過王權啟動刑事犯罪訴訟；相較之下，在未具醫療人員相當資格的人對患者進行任何人均相信其符合正當性醫療侵襲行為的個案情形，請參酌： see *R v Tabassum* [2000] Lloyd's Rep Med 404 (CA).

392 *Re F (a mental patient: sterilisation)* [1990] 2 AC 1 (HL) 73.

West Midlands Regional Health Authority 案件中，認為該患者同意對子宮裡的裂縫作修補手術，手術中醫師發現患者子宮比預期情況更差，直接施行子宮全切除術³⁹³，判定醫療機構須負賠償責任。在 *Appleton v Garrett* 案件中，牙醫師基於詐欺意圖誤導患者同意進行不必要的牙齒治療，以獲取財產上利益的賠償責任³⁹⁴。

然而，英國法官對醫師主張非過失的侵權責任訴訟，本能地避開作這樣判定。一個基本的原因，是非過失的侵權行為伴隨與犯罪侵害相關聯色彩，會帶給醫師的羞辱感。基此，在 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* 案件中，Lord Scarman 贊成先前本案高等法院判決，並附帶說明理由認為將人身非過失（侵襲性）的侵權行為適用在醫學案件類型裡，將是悲慘的³⁹⁵。

英國法院基於上述思維下，對任何可能的情況，盡可能去認定患者是否對醫師的侵入性治療有為充分的同意，並肯認患者得依過失的侵權行為主張³⁹⁶。法院此基本立場反映在患者的同意所需要治療相關資訊是低門檻標準。法院將醫師未提供相關醫療資訊，區分為屬於固有基本的「性質和目的」的資訊，及「治療的附隨相關風險和可供選擇的方式（療法或檢查方式）」相關資訊二種。關於後者，患者僅能以過失侵權行為要求賠償。Bristow J 在 *Chatterton v Gerson* 案件中表示若患者曾被用廣泛專業術語告知可能的治療固有風險時，所為同意應是有效的，未告知該治療附隨風險，訴訟請求基礎是過失的侵權，不是非過失（侵襲性）的侵權³⁹⁷。這種區分過失（Negligence）或非過失（侵襲性 Battery）的侵權類型的標準，在之後的 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* 案件上議院判決所援用³⁹⁸。

393 *Devi v West Midlands RHA* (1981) (CA Transcript 491).

394 *Appleton v Garrett* (1997) 8 Med LR 75 (QBD).

395 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] AC 871 (HL) 883.

396 有時甚至整個過程並未發現患者類似同意情形，也是被依過失侵權行為處理，此參酌：see *Williamson v East London and City Health Authority* [1998] Lloyd's Rep Med 6 (ChD).

397 *Chatterton v Gerson* [1981] QB 432 (QBD) 443.

398 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] AC 871 (HL).

區分上述固有其本質的和附隨風險資訊二者間，存有若干的模糊空間³⁹⁹。雖然固有其本質風險實際上不可避免，一定機率會發生，然醫師若在當時不為如此處理，患者將會發生病理上問題，但仍須要釐清那些治療所有固有其本質特性風險⁴⁰⁰。在這方面，英國法立場與其他普通法系國家立場一致，例如，美國 *Natanson v Kline* 案件見解⁴⁰¹。基此思維下，將醫師揭露治療相關危險的義務，類比醫師的其他一般注意義務，如診斷及治療等。在加拿大的 *Reibl v Hughes* 案件最高法院判決意見認為，未『揭露風險』相關資訊提供選擇或者未建議適當的治療，如同違反一項先前注意義務，可類比法定的注意義務，即便是雖該患者同意接受特別的治療，而此同意非基有效的同意情形⁴⁰²。雖然，上述 *Reibl* 案的論證，對於患者自主權益問題未做出全面妥當處理。不過，它提供將揭露資訊義務類比其他法定注意義務，以類推適用治療過失處理，此論證是有說服力的。

第二目德國：不區分資訊性質均依民法第 823 條第 1 項處理

德國帝國法院(Reichsgericht)判決 (RGSt, 1894, 25, 375)，該案醫師為癌童患者進行腳切除之前，未獲得其父母的同意⁴⁰³。法院認為該治療等於是非法的人身傷害的情形，須由該醫師舉證該同意是真實的，這樣的見解維持多年。繼第二次世界大戰之後，依德國基本法人性尊嚴基本權利、自我發展自由和身體完整性(分別在德國基本法第 1 條第 1 項、第 2 條第 1 項及第 2 項)⁴⁰⁴，患者同意的重要性

399 A Grubb (ed), *supra* note 221, at paras 3.96-3.97; M Jones, *supra* note 66, at para 6-037.; Emily Jackson, *supra* note 177, at 209-211.

⁴⁰⁰ 例如對於急性不明原因氣喘及躁動患者，在其血中氧濃度急速下降情況下，採行氣管切開術放入留置性氣切管供給氧氣是直接有效的解決方式，不如此處理，患者可能因低氧量而導致昏迷，嚴重時會導致植物人。

⁴⁰¹ *Natanson v Kline* (1960) 350P 2d 1093. 以前在其他美國案件認為未告知醫療危險適用侵襲(battery)行爲的訴訟，請參酌: see *Salgo v Leiland Stanford Junior University Board of Trustees* (1957) 154 Cal App 2d 560; J Robertson, 'Informed Consent to Medical Treatment' (1981) 97 LQR 102 at 104-105.

⁴⁰² *Reibl v Hughes* (1981) 114DLR(3d) 1, 11. See, M Jones, *supra* note 66, at para 2-018.

⁴⁰³ RG, 1894, RSt 25, 375.

⁴⁰⁴ D Voll, *Die Einwilligung im Arztrecht*, (Frankfurt/Main, Peter Lang, 1996, S.10-11.

增加。德國聯邦最高法院在 1957 年著名 Myom 案件判決 (BGH, NJW 1958,267) 宣示這些原則，法院認為德國基本法第二條第二項保障身體完整性的權利，必須公平尊重人在面對生命威脅的疾病情形擁有拒絕治療自由。沒有人有資格即便是醫師，能藉判決外衣，決定在什麼樣情形下，患者應該是合理願意犧牲其身體的完整性，來恢復其健康。此原則在緊急性醫療及醫師的法定職責範圍診療疾病情形，亦有其適用，即須受患者身體完整自主權限制⁴⁰⁵。

德國未獲得同意所履行醫療行為，醫師會有民刑事法律責任問題。至於刑法，未得同意治療等同於不合法的人身傷害 (Körperverletzung) 違反德國刑法 (Strafgesetzbuch (StGB)) 第 223 條；事實上基於對患者病情有利的履行基礎上，將醫學治療行為歸類如同違法的損害行為這一點上是受學者批評⁴⁰⁶；然而，法院仍維持原來看法。過去德國原告（或檢察官）及判決，相較於英國控訴（及判定有罪），對於縱使該醫師基於良善動機違反患者自主同意權進行治療科以罪責，德國是較少限縮的。在德國 Myom 案件，該案醫師解釋患者的病情，避重就輕未告知切除卵巢囊腫將須擴及子宮全切除術，如果進行子宮全切除術則須負刑法責任。然而，在刑法的趨勢觀察，基此情形通常是限制責任，蓋此情況達到特別緊急原因的程度，必須針對該未揭露相關資訊侵害患者接受醫師治療的決定為證明⁴⁰⁷。

有關德國患者的民事救濟，未同意的治療等同於不合法損害患者的身體或健康，根據德國民法第 823 條第 1 項，提起侵權行為訴訟⁴⁰⁸。同時醫師違反與患者的契約上契約義務⁴⁰⁹，就這一點，依據相關的法規，如同關於適用治療過失請求

405 BGH, NJW 1958,267-268.

406 C Katzenmeier, a.a.O., S.112 .

407 BGH, 1995, NStZ 96,132; K Ulsenheimer, 'Die Entwicklung des Arztstrafrechts in der Praxis der letzten 20 Jahre' in A Laufs (ed). Die Entwicklung der Arzthaftung, Berlin, Springer, 1997, S. 27, 33.

⁴⁰⁸ Katzenmeier, VersR 2002, 1066; Spickhoff NJW 2003, 1701, 1705; Weidinger, VersR 2004, 35.

409 K Geiß /H-P Greiner, a.a.O., Rn.C2; E Deutsch/ A Spickhoff, Medizinrecht, 6Aufl. ,Berlin, Springer, Online, 2008, Rn.195.

賠償。不過，在是否獲得患者同意的事項有爭議時，因為醫師的侵入行為等同損害，符合德國民法第 823 條第 2 項過失人身傷害要件，即由醫師證明有充分根據患者同意的事實。換句話說，此情形舉證責任由被告醫師負擔。按德國現行契約法規定亦得請求精神慰撫金，因而，有文獻提出，有關醫療事故是否應放棄循侵權責任請求的爭辯⁴¹⁰，法院並未受其影響。因為侵權責任與刑法規範認定上應是不同的，是嚴格被區分的。前述學者論述可能是受到正在整合中的歐盟規則影響，鑑於歐洲整合的進展，或許有其價值，但由於各國醫療水準的不同，似乎不能低估歐洲規則的於此所面臨的困難⁴¹¹。

基此，如同在英國，醫師對患者全部治療未取得同意的情況是罕見的。一些情況，是對一定療程最初已獲得同意，嗣後醫師根據臨床指令在治療過程中，逾越原先取得同意的範圍。Myom 案就是屬這種情況；一個更新近的案件是德國聯邦法院 1999 年的判決，判定兩位醫師有責任，在為患者進行剖腹生產時，順道為患者作輸卵管結紮手術，即便是術前患者曾拒絕選擇此結紮療法，但該醫師是基於日後該患者如再次懷孕時，將帶給患者生命的危險考量⁴¹²。

通常更多情形是獲得患者同意的過程中，未告知患者關於治療危險和其他療法的選擇事項。不過，德國和普通法相較之下，在「治療本質目的」與「附隨危險與可能其他療法」兩類型情況，在概念上並不為相異處理。只要任何對患者決定接受治療過程的資訊資料未揭露，包括治療附隨危險的存在等，均被認為是同意無效，因此把該治療轉為不合法的人身傷害⁴¹³，均適用德國民法第 823 條第 1 項處理。因此，德國法院與普通法法院不同，不須要對醫師所提供資訊內容作類型化判斷。然而，許多德國學者認為未揭露資訊，對患者人格權利有害，法律概

⁴¹⁰ Schmidt, MedR 2007, 693; 2008, 408 ff.; Gödicke, MedR 2008, 405.

⁴¹¹ Gerda Müller, *Ärztliche Kompetenz und Patientenautonomie*, im Christian Katzenmeier · Kraus Bergdolt (Hrsg.), *Das Bild des Arztes in 21. Jahrhundert*, Springer, 2009, S.76.

⁴¹² BGH, NJW 2000, 885.

⁴¹³ C Katzenmeier, a.a.O., S.324.; K Geiß /H-P Greiner, a.a.O., Rn.C1-C5; E Steffen and B Pauge, *Arzthaftungsrecht—neue Entwicklungslifien der BGH-Rechtsprechung*, 10.Aufl., Cologne, RWS Kommunikationsforum, 2006, Rn.321、329.

念上應依德國民法第 823 條第 1 項透過其他保護利益(*sonstiges Recht*)處理⁴¹⁴，這將排除目前對客觀的注意及有利的治療在人身傷害的適用基礎，並在關舉證部分恢復正常的證據原則；即由患者證明未為適當的揭露。

第二項揭露標準

如前所述，英國及德國法關於患者同意事實上，無論是在有關醫師未揭露治療風險資訊的效果或是對危險揭露的標準或者程度，兩法系各自是存有差異。

第一目英國：從公認的常規到告知後同意

承前所述，英國醫師的揭露治療風險被認為屬於過失的侵權行為的責任。一般而言，醫師未揭露風險是判斷義務有無違反問題，與醫師採用醫療常規所做診斷及治療的注意義務相同。簡言之，是採 *the Bolam test* 原則⁴¹⁵。如同 Lord Diplock 在 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* 案件情形，認為醫患關係是透過機構管理，單一總括性的責任，進一步分析影響構成注意義務要件的原因，來自不同的階段，例如診斷、治療及囑咐(無論建議的治療進行多順利，包括警告出錯的任何危險)。⁴¹⁶

近代醫療，醫師間通常依照醫療常規治療患者，此基於醫患間父子關係的思維基礎。醫師評估這些治療在客觀上是利益大於很小的危險弊端的時候，醫師隱瞞治療風險。一個相關例證，Denning LJ 在 1954 年 *Hatcher v Black* 案件中，所為判決指出患者主張醫師隱藏其喉嚨手術對聲帶會產生麻痺風險，該判決認為『醫師』說謊，但是該醫師是綜觀患者那些情形後，認為該療法是適當的…… 當被告醫師選擇多數理性好的醫師通常會選擇治療方式時，法律實在不應非難被告

414 C Katzenmeier, a.a.O.,S118; A Laufs, NJW 1974, 2025.

415 Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582 (QBD) 587.; 蘇格蘭法亦採客觀標準，參酌 Hunter v. Hanley 1955 SC 200, Cited in Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law,1899 ,Final Outline Edition,2009.

416 Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital [1985] AC 871 (HL) 893.

醫師。⁴¹⁷

從 1980s 以後，英國更加尊重傳統以來的醫師裁量自由。從著名 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* 案件上議院判決即得窺知一二⁴¹⁸。該案原告起訴，其遵循醫囑施行減少頸部痛苦復健療法因而致癱瘓部分。該患者主張醫師未警告其該復健動作操作將會有引起損傷脊髓致癱的百分之一至二的風險，該風險已經具體發生。該判決結果駁回原告請求，認為該案應基於適當風險揭露的標準來區分。然而，Lord Scarman 在本案將重要資訊告知後同意原則引入英國法，其意見認為考慮資訊是否將其列入醫師的揭露義務的範圍，需憑藉患者自主決定是否要或不要進行該項治療的權利，患者所應被告知重要的風險資訊的權利，醫師應對此負相對義務是容易理解，醫師承擔告知患者固有(事物)本質的危險，為治療所固有的義務，醫師需要正確適當地揭露⁴¹⁹。Lord Diplock 則認為，對一位醫師雖遵照醫療常規施作，但未揭露伴隨的風險情況，該醫師有過失⁴²⁰。而 Lord Bridge 則認為，如該項告知的風險，將產生嚴重不利結果，且為該患者做抉擇具有顯而易見必要性，謹慎的醫師即應告知，例如百分之十的發生率⁴²¹。然而，不論是 Lord Scarman、Lord Diplock 及 Lord Bridge 上述看法皆屬於當時少數意見並未被採納，*Sidaway* 案件上議院多數見解仍採 the Bolam 方式作該案判決原告敗訴理由依據。不過，針對醫師回覆患者具體詢問的揭露義務情況，上議院贊成全部風險資訊應該提供給患者⁴²²。

Sidaway 案件上議院判決多年來引起學者文章批評，從患者立場來說，認為適用此判決欠缺整體清晰概念及對患者自主權保護不周⁴²³。上議院判決說明理由

417 *Hatcher v Black* (QBD), *The Times* (2 July 1954), cited in A Grubb (ed), *supra* note 221, at para 3.139.

418 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*, [1985] AC 871 (HL).

419 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*, [1985] AC 888 (HL).

420 *Sidaway* [1985] AC 871 (HL) 888.

421 *Sidaway* [1985] AC 871 (HL) 900.

422 *Sidaway* [1985] AC 871 (HL) 895 (Lord Diplock); 898 (Lord Bridge).

423 IM Kennedy, *Treat me right. Essays in Medical Law and Ethics*, 193, Oxford, Clarendon

上不足，造成消極鼓勵下級法院在日後一些案例法採用資訊揭露範圍傾向更狹窄影響。例如，在 *Biyth v Bloomsbury HA* 案件中，上訴法院推翻下級法院判決意見，和不顧 *Sidaway* 案件判決附帶意見，當被告醫師回答問題的義務也應適用 the *Bolam Test*⁴²⁴。 *Biyth* 案高等法院判決，基於父權式行為價值的考量，反映出英國司法部門的保守主義和對患者資訊需要的更多封殺⁴²⁵，該法院的觀點無非是認為對採用常規情形為非難如同治療過失處理是很牽強的，其背後思考是基於將醫療等同於公益，並且不鼓勵對國家醫療衛生服務增加訴訟案件量。

然而，在 1990 年代後期英國法院態度轉變，接受患者知的權利。一個重要判決 *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust* 案件，Lord Woolf MR 在上訴法院判決意見認為，如果對理性的患者做決定，該項風險是重要的，在醫療進程中，告知患者該顯著的危險，是一位醫師的責任⁴²⁶。 *Pearce* 案判決意見在 *Chester v Afshar* 案件⁴²⁷，為上議院 Lord Steyn 所援用。同時，傳統採用醫療常規判斷標準也朝向資訊揭露方向挪移。因此，英國醫學委員會，在 1998 年該會指導原則中宣示關於取得患者同意，醫師治療遵守範圍是：「當提供資訊時，必須盡力查明患者的個人需要及其優先次序性。例如，患者的信仰、文化、職業或者其他因素可能與他們為了作出決定所需的相關資訊。不應該對患者的意見作推測，但要與其討論，並詢問關於治療或相關危險患者是否尚有疑慮。應該為患者提供適當的資訊，須包括可能伴隨任何風險的解釋⁴²⁸。」

至此，在資訊揭露原則領域中，所謂義務之違反的過失判斷，是以醫師揭露風險應以理性的患者希望了解的意願來認定。簡言之，「告知後同意」取代採用

Press(1988).

424 *Biyth v Bloomsbury Health Authority* (1993) 4 Med LR 151 (CA).

425 Lord Diplock's comments in the *Sidaway* case [1985] AC 871 (HL) 894-895，當他基於相對患者位置判斷選擇治療，一般患者自然的希望（接受）全部有關的資訊。

426 *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust* [1999] PIQR P53 (CA) P59.

427 *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41, para 15.

428 *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41, para 26.

the Bolam test。

與醫師的揭露責任範圍相關問題有時候會涉及「治療特權(專權)」的考慮。過去，當英國法採取 the Bolam test 確定資訊揭露的標準時，以一個醫師自己直接基於一般審慎醫師專業判斷不是採揭露的方式。然而現今，從醫師觀點為相關資訊揭露，基於協助患者自主權選擇，患者可能會因知悉該項資訊引起顯著的損害或者痛苦(例如患者知道該項資訊後，反而無法決定、極度沮喪、退縮、激動、甚至自殘或自殺等)。基於前述患者可能反常情形，似乎應允許有醫療特(專)權存在空間。這種醫療特權情形，在 1972 年美國 *Canterbury v Spence* 案件被承認⁴²⁹。英國相似的態度出現在 *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust* 案件中，Lord Woolf MR 認為，該醫師決定什麼是要告訴患者，必須兼顧到患者全部相關情況的考慮，包括患者的能力，在特殊情形下，必須能理解認知到醫療人員對患者的狀況解說內容的意義，從醫學及認知的兩面向，這通常是從告知後同意原則所發展出的例外情形⁴³⁰。

然而，有關「治療特權」精確界限目前並無定論。例如，針對此部分的舉證責任是醫師還是患者負擔，目前尚未有定論。在 *Sidaway* 案件(僵直性頸椎復建致癱案)裡，Lord Scarman 主張該項舉證責任應由主張特權的醫師負擔⁴³¹。但是，此見解難符合英國實務通說見解，蓋在英國主張醫師有違反義務的過失，這原應由患者負舉證責任。另尚待釐清的部分是損害範圍有多大的問題，因醫師治療特權致使患者因而受有損害，即須揭露而未揭露所生損害的範圍的界定也是有爭議⁴³²。

至於告知範圍問題，醫師有責任揭露關於醫師個人的臨床經歷及醫治成功率等資訊，相關的其他醫師及他所服務的醫院的成功率。此部分涉及各等級醫院所

429 *Canterbury v Spence* (1972) 464 F2d 772, 789.

430 *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust*[1999] PIQRP53 (CA) P59. See also *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41, para 16 (Lord Steyn).

431 *Sidaway* [1985] AC 871 (HL) 888-9.

432 IM Kennedy /A Grubb, *Medical Law: Text, Cases and Materials*, 701, 3rd ed, London, Butterworths, (2000)。

擁有及分配到醫療資源不同及各區域特殊性基礎下，在統計上及邏輯上均有困難，這與患者就醫過於集中某些特定小族群醫師和醫院的問題有關。不過，在 the Kennedy Report (成立於 the Bristol Royal Infirmary scandal 之後)，相關資訊得以提供⁴³³，和 the Healthcare Commission (獨立監控醫療衛生服務的體制)從 2005 年開始，透過實行醫院作業「聯盟平台」⁴³⁴，迄今認為，揭露此類資訊義務違反，與治療過失相同處理。細繹言之，在治療成效因醫師或者醫院的個別的過失，低於標準的程度以下，患者將依治療過失提起訴訟救濟。

第二目德國：傾向告知後同意

誠如前述，1894 年 the *Reichsgericht* (RGSt, 1894, 25, 375) 案，首先清楚地要求對患者為醫療診治，須得患者同意。雖然如此，最初僅是指醫師完全的未得患者同意如同過失處理。該案並未更進一步要求，當獲得同意時，是須先將可能的危險告知患者為前提⁴³⁵。在 1912 年 the *Reichsgericht* 案件 (RG, 1912, RZ 78, 432.)，雖然該案被告醫師在獲得患者同意時，未將採用有利患者情況的良善醫學常規療法所伴隨可能會讓患者拒絕該治療的風險告知，法院認為該醫師不用負責⁴³⁶。1930 年代的德國法院開始要求至少應將治療的危險和副作用的揭露。因此，在 1940 年 the *Reichsgericht* 判決 (RG, 1940, RZ 163, 129.) 判准個案請求賠償，該案被告醫師未告知患者囊腫的切除需要一併切除其全側乳房。在訴訟過程中，法院拒絕被告醫師以避免患者術前擔憂為抗辯⁴³⁷。法院維持獲得患者同意時未告知風險及副作用情形，視為該同意無效⁴³⁸。

433 Kennedy Report, Report of the Bristol Royal Infirmary Inquiry, Learning from Bristol: the report of the public inquiry into children's heart surgery at the Bristol Royal Infirmary 1984-1995 (Cm 5207), (2001) recommendations 102 and 155.

434

http://collections.europarchive.org/tna/*/http://healthcarecommission.org.uk/newsandevents/mediacentre/pressreleases.cfm?cit_id=932&FAAreal=customWidgets.content_view_1&usecache=false.visit at 2010/7/6

435 D Voll, a.a.O.,S. 9; H Helbron,a.a.O.,S.80.

436 RG,1912, RZ 78, 432.

437 RG, 1940, RZ 163, 129.

438 C Katzenmeier, a.a.O.,S. 324.; K Geiß/ H-P Greiner,a.a.O.,Rn.C1-C5; E Steffen/ B Pauge, *Arzthaftungsrecht—neue Entwicklungslifiiien der BGH-Rechtsprechung*,10Aufl., Cologne, RWS Kommunikationsforum, 2006, Rn.321,329.

第二次世界大戰之後，在德國的案例法裡，從 1950 年代法院迅速大量增加有關要求醫師資訊揭露的標準案件，類似於美國「告知後同意」的方式出現於德國聯邦法院判決⁴³⁹。德國法院是以理性的患者(*verständiger Patient*)的標準，認定那些罕見的危險要否須被揭露。告知後同意，德國從最初認為贊成無限制的資訊揭露，但在德國聯邦最高法院判決 (BGH, NJW 1963, 393 (394).) 針對此提出限縮見解，認為當該風險是如此罕見，應不必告知患者，因罕見風險具體發生可能性極低時，對於理性患者評估是否同意該項治療的觀點上，並不具有任何重大影響⁴⁴⁰。該法院認為，因未揭露所引起嚴重性的損害情況相較於患者的情況未受治療所致的損害，應是相對較少的。相較之下，在德國聯邦最高法院案件 (BGH, NJW 1972, 335.) 則明白指出，假如該治療使理性患者，諸如像不清楚治療上適應症、或者是可選擇療法(例如整容手術)，即使，重大損害的危險機率是非常小，例如千分之一或二，仍須揭露⁴⁴¹。

上述所採方式，使用理性的人標準，是事後要去確認。此標準受到批評，認為不能給具體患者足夠的自主權尊重⁴⁴²。在聯邦憲法法院(*Bundesverfassungsgericht*)所做成醫療過失判決 (BVerfG, NJW 1979,1925,1931.) 指出，這將引起「病情嚴重的患者，知道更多危險的權利被削減⁴⁴³。」的風險。因此，在德國法學發展 20 餘年來，德國聯邦最高法院傾向採用主觀標準，以具體患者的資訊的需要來做判斷。必須提供患者符合其自己的情形資訊，以便患者作有意義的選擇⁴⁴⁴。在該德國憲法法院判決 (BVerfG, NJW 1979,1925 (1931).) 維持原審判決見解，認為患者自主決定權是最高位階權利，包括從醫學觀點所出現不合理的決定。如果在判斷醫師應該意識到患者希望知道的風險過程中，太多比重以醫師觀點去基於理性的

439 H Helbron, a.a.O., S. 81.

440 BGH, NJW 1963, 393-394.

441 BGH, NJW 1972, 335.

442 H Helbron, a.a.O., S.90.

443 BVerfG, NJW 1979,1925-1931.

444 C Katzenmeier, a.a.O., S.327-328.

患者為同意時會考慮的事物，將實際上允許醫師用他自己的意見代替患者的決定，這個原則將被破壞⁴⁴⁵。

繼此之後，在理論上會影響到患者決定的資訊，醫師應該揭露全部具體危險與提供治療方式選擇。這包括即使是非常小的危險，如果具體發生時將引起患者獨特嚴重的不利結果。在德國聯邦最高法院判決（BGH, NJW 1984,1395.）認為當非緊急醫療情形，一萬至二萬分之一的危險，通常也是需要被揭露⁴⁴⁶。在同年另一個判決（BGH, NJW 1984, 1397.），認為有關脊隨放射線療法伴隨 0.15% 的麻痺的風險應該揭露給癌症患者知悉，即使這項治療是該患者目前病情唯一能提供治癒的機會且該患者所罹患疾病固有風險即含有麻痺的危險⁴⁴⁷。從此實務上法院確認過失相關的要件趨勢，包括即使統計上的罕見風險的情形⁴⁴⁸。在德國聯邦法院判決（BGH, NJW 2000,1784 (1785).）仍維持此見解認為決定因素，等同認為醫師的揭露的義務，不是以風險發生統計數據來判斷。更關鍵性問題，是該治療伴隨特殊危險如具體發生時，是否將造成患者的生活上的嚴重的影響，有時，極其罕見的危險可能必須被揭露⁴⁴⁹。

在相關風險告知情形，即使是在五百萬分之一情形，例如，小兒麻痺疫苗可能導致患者得到小兒麻痺的風險，仍需要揭露。雖然，德國聯邦法院嚴守揭露法律原則，但有兩個例外修正情況。第一，是一般性的治療風險，屬於患者可以意識到的，則不必被揭露。因此沒有義務通知患者危險，例如術後傷口可能被感染⁴⁵⁰。第二，「概括(*im Großen und Ganzen*)」性告知患者即足以作成決定，其他伴隨該治療上相關每個分離細節性風險，醫師不必揭露特殊技術性細節⁴⁵¹。具體而言，

445 BVerfG, NJW 1979,1925 -1931.

446 BGH, NJW 1984,1395.

447 BGH, NJW 1984, 1397.

448 K Geiß /H-P Greiner, a.a.O.,Rn. C43; C Katzenmeier, a.a.O.,S.329.

449 BGH, NJW 2000,1784 -1785.

450 BGH,NJW 1989,1533.；相對地，注射之後可能的相關感染則有告知義務。

451 BGH, NJW 1990,2929; BGH, NJW 2000, 1784; M Gehrlein, a.a.O.,Rn.C41.

說明解釋伴隨發生的重要風險。在上述癌症患者放射療法案件，當醫師未告訴患者相關附隨脊髓放射線療法的癱瘓危險，德國聯邦法院認為患者應該被告知這侵入性放射療法的一般嚴重性的概念，這風險將是在治療過程中，例如，被告如已告訴患者這種放射線療法將對其脊髓造成不可迴避的刺激，可能導致多數患者發生暫時性麻痺的症狀，這樣揭露是足夠的。該原告將概括知道那些治療與危險有關的事項，如果患者認有必要，可要求被告告知更多相關的細節⁴⁵²。基此，學者 Geiß/ Greiner 從治療的急迫性、可能效力和風險之間思考，提出保守有待觀察的批評看法。因而，在治療是急迫的，但具成功有利機率，較少被要求詳細告知。相較之下，建議使用尚在實驗階段性治療方法，則需要更詳細的細節告知。不過，誠如 Geiß/Greiner 所承認的，這些僅是經驗法則應用在判定情況，依然是不確定性⁴⁵³。

基於選擇以醫師的揭露義務為訴訟主張案件越來越多現況下，德國法院面臨必須面臨政策考量抉擇，當面對治療結束發生醫療損害時，欠缺專業知識的患者能否與專家抗衡的可能性⁴⁵⁴。法院認為在諸多醫療治療方法之間，醫師有治療上自由選擇的基本原則，如果二種療法之間所提供一樣相等的療效，醫師不必提供患者各該治療的危險和副作用的資訊⁴⁵⁵。德國聯邦法院判決（BGH, NJW 1988, 763 (764).）認為一般而言，理論上醫師不需要與患者討論每個未受請求的治療方法細節性問題，及相關個別的利弊，如果醫師選擇符合當今的醫學標準的一種療法，醫師是按照醫學慣例處理，患者並不會期待詳細談論專門知識事項利害關係⁴⁵⁶。

這方面與基於實際治療風險未揭露爭議相較下，法院採取更限縮的作法⁴⁵⁷。

452 BGH, NJW 1984,1397-1398.

453 K Geiß /H-P Greiner, a.a.O.,Rn.C8-C10.

454 在英國少數法院或學說會考慮這問題，但就臨床觀點一位醫師認為患者不適合參與討論治療相關事項時，是允許不給患者參與討論：see *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust* [1999] PIQR53.

455 C Katzenmeier, a.a.O.,S. 331.

456 BGH, NJW 1988, 763-764.

457 D Giesen, a.a.O.,S .218..

或許與嚴格落實的揭露所產生相關資源問題有關，當一些新的及更安全的治療技術只在一些專科醫院可提供的情形。就此 1984 年德國聯邦法院判決認為該患者同意是有效，即便是在患者同意接受侵入性神經病理學檢查後，發生罕見的併發症致死，被告醫師未告知在少數其他醫院門診部可提供的新的非侵入性檢查方法⁴⁵⁸。不過，當數種療法是普遍被使用有選擇可能性時，那麼，每一個療法所伴隨風險是清楚明確時，這時醫師應該與患者討論，例如在採積極療法手術方式和更多的保守的療法之間有選擇可能情形⁴⁵⁹。此外，即便是採取符合當時醫學主流療法也應將患者應知的風險告知。當選擇該項療法在治療當時，是被質疑的治療方式，縱使嗣後溯及既往醫學證明是正確療法，法院仍會判定該療法是不適當的。基此，發生在實際案例上，前者是被告醫師建議懷疑有卵巢癌的患者，本應為立即子宮切除而不是在局部麻醉下進行更進一步的檢驗。醫師判斷在手術中被證明為真實，但是不幸地患者多遭受一次全身麻醉劑。德國聯邦法院判決(BGH, NJW 2003, 1862.) 判定醫師的揭露義務違反，醫師不能主張更進一步的檢查的保守的選擇，本是大多數醫師的選擇⁴⁶⁰。後者則是，一項奇異的治療方法，或是在醫學界有權威者已表示對此療法的疑慮，醫師將有揭露義務⁴⁶¹。

有關醫療資訊揭露方式及時間，相關案例也發展出來。基此，德國法院判決(BGH, NJW 2000, 1784.) 認為揭露在個別的討論的過程中發生，僅僅是給患者，要讀的諮詢書類表是不足的，即便是該書面表內有附加的條款，指示患者如有疑問可向某醫師提問⁴⁶²。關於時間安排，一般的規則是須於患者治療前給予足夠資訊考慮時間，以免患者在時間壓力下作決定。對為了手術住院患者而言，相

458 BGH, NJW 1984, 1810.

459 BGH, NJW 2000, 1788; BGH, NJW 2005, 1718; E Steffen /B Pauge, a.a.O., Rn.381.

460 BGH, NJW 2003, 1862. 德國聯邦法院將因果關係爭議發回上訴法院，有關本判決評論部分請參酌：C Wendehorst, Lindenmaier-Möhring, Kommentierte BGH-Rechtsprechung 2003-6/2005 at 143.

461 BGH, NJW 2006, 2477.

462 BGH, NJW 2000, 1784.

關資訊至少在手術前一天應該告知；在病情緊急嚴重情形下，有明確平均危險可能性，盡可能早告知較適當⁴⁶³。通常，越低的風險，可允許的揭露時間越晚⁴⁶⁴。

承前所述，普通法系的法院在「治療的特權」的前提下，認為屬於通常揭露制度的例外情形。實際上一個相似的原則為德國承認，稱為「人道主義的原則 (humanitäres Prinzip)」，即如果告知患者將引起患者顯著的痛苦或者損害，醫師未揭露則為正當有理的。這專有名詞引用，事實觀察角度不是從醫師的偏好，而是需要從保護患者的利益來思考⁴⁶⁵。

鑑於，藥物的處方內附上有副作用和危險的標示，在德國藥物條例

(*Arzneimittelgesetz*) 第 41 條規定下，如果個案治療是成功的，將該藥物可能產生風險資訊置於處方籤內，患者針對告知可能嚴重的情況後同意的必要性免除，患者沒有請求基礎⁴⁶⁶。不過，德國聯邦法院 (BGH, NJW 1984, 1397.) 在一般治療風險選擇更嚴格方式，曾在判決附帶意見強調，為避免侵犯患者自主權，個案援引該原則必須留意那些例外情形審慎引用⁴⁶⁷。即在德國涉及藥物使用，如藥物的使用是由醫師直接提供患者，則醫師負有告知藥物風險之義務。如藥物是經由處方籤領藥，則告知義務應由醫師及藥品製造商分擔，對於藥物直接的作用、嚴重副作用、經常性副作用，甚至是病毒性損害（例如病毒性疫苗）等，醫師都必須親自告知⁴⁶⁸。若原告主張未揭露資訊所造成損害僅僅引起患者情感上痛苦將是不足夠的，依德國聯邦法院判決意見 (BGH, NJW 1959, 814.)，必須因該資訊未揭露而產生患者的生理上損害方能請求⁴⁶⁹。資訊揭露的問題在德國法院的通

463 BGH, 1998, NJW 1998, 2734.

464 C Katzenmeier, a.a.O., S. 343-344.

465 C Katzenmeier, a.a.O., S. 335.

466 *Arzneimittelgesetz* §41, nr7.

467 BGH, NJW 1984, 1397.

⁴⁶⁸ Deutsch/Spickhoff, a.a.O., Rn.208. 相較之下，台灣的台中高分院 95 年醫上字第 3 號判決則是與德國通說看法相反，不過，台灣高等法院 97 年醫上更（三）字第 3 號判決見解則採與德國見解相同看法。有趣的現象，台灣醫審會鑑定意見對前述二案件，均認醫師無過失，只是因個案具體情況不同，所持鑑定理由不同。

469 BGH, NJW 1959, 814.

說見解與來自醫療方抗爭已行之多年，醫界認為是侵犯其臨床的裁量自由為不適當的，醫師對法院見解，認為是醫學門外漢強行加諸的義務，完全不考慮患者的最佳利益(治療可能被太多資訊干擾)⁴⁷⁰。學者注意到以非常主觀方式來處理患者的資訊要求，更引起法律不確定的問題。即事前醫師需資訊揭露的標準是如此不明確，然而，嗣後他們將被溯及既往要對不清楚的範圍負責，如此一來將近乎採嚴格責任，學者們更進一步提出質疑，法院有時決定揭露過失這個問題，憑藉其認為患者是否實際上是治療損害的受害者。換句話說，以「退卻選擇(Auffangtatbestand)」在醫療過失請求損害賠償情況下，不是依德國法的高標準證據原則來認定⁴⁷¹。

德國法嚴格的堅持患者自主權，呈現在患者自主同意部分，卻與英國法相似。尤其，通常不要求醫師揭露他自己的(或者他的醫院)關於該治療的成效不大的部分。或許思考觀點是基於，當損害結果是因不良履行的治療行為所致的部分，患者依據醫療過失訴訟足以被保護⁴⁷²。相類似觀點，諸如醫師不必通知患者另一所醫院有更先進的技術設備。如果是屬非常低的風險的情形，能透過醫師或醫院的違反契約內容上承擔，或是違反侵權責任處理⁴⁷³。

第三項因果關係判斷

提起揭露過失損害賠償之訴，患者希望為在治療期間遭受的醫療行為所引起損害能受填補，然而，在一些醫師過失未揭露治療風險的事實，未必損及患者權利，這裡探討的問題是，未揭露資訊過失行為與損害間必須具有因果關係。基此，關於未揭露風險影響患者同意性質關聯的要求，英國和德國法存有分歧意見。

第一目英國

患者基於醫師過失未揭露風險提起請求賠償，依據侵權行為相關規定處理。

470 C Katzenmeier, a.a.O.,S .350;H Helbron, a.a.O.,S .84-85.

471 C Katzenmeier, a.a.O.,S .350.

472 C Katzenmeier, a.a.O.,S .332.

473 BGH, NJW 1988, 763; C Katzenmeier, a.a.O.,S.333.

在醫療資訊未揭露與損害間因果關係認定，以下分事實上與法律上因果關係來探討。

第一款事實上因果關係

事實的因果關係必須被告的過失的行為，是原告的損害發生的必要條件。在未揭露資訊的情況中，從兩個方面認定事實因果關係是否具備。首先，必要條件是「身體」有因治療所致損害，即損害不是來自患者的自然病程發展的風險所致。第二必要條件「心理決定機轉」，即醫師未揭露的這風險和患者決定那些治療之間有關連性，必須要讓法院形成心證認定，如該患者知道該風險則將不會同意進行該治療的要件⁴⁷⁴。

上述第一要件認定上較無問題。通常身體上損害事實，醫師會承認，但醫師會抗辯損害來自疾病的自然演進的風險，從而，當患者拒絕該治療，也會發生相同損害，該治療行為僅僅加速損害結果提早發生，基此情況患者的損害，將侷限於該期間應該維持其損害處於自然進展⁴⁷⁵。相較之下，「心理決定機轉」要件認定，在事實因果關係認定上是關鍵問題所在。尤其，法院關於患者的假設的行為做判斷結論：「如果當時醫師將該資訊適當揭露時，患者會如何決定？」，在評價上，英國法院採用接近「主觀」判斷標準，訊問這具體個案患者將會為如何決定。在 *Smith v Barking, Havering and Brentwood HA* 案件中，Hutchison J 判決意見認為，判定本事件採用主觀決定的基礎，判斷關鍵在『如果該原告被告知這樣資訊，應該就會如此決定，原告決定的形成歷程是否如此？』⁴⁷⁶。這判斷標準也被澳洲法院採用⁴⁷⁷；若當患者受正確告知該風險資訊時，會延遲治療但不是永久拒絕該項治療情形，例如，澳洲的 *Chappel v Hart* 案件，該原告主張喉嚨治療行為傷及聲帶和音質要求損害賠償。原告無法證明，當其知道這樣損害風險時，她會完全婉拒該項治療，而是僅延遲治療另徵尋其它外科醫師的意見。最後，澳洲高等法院以 3 比 2 多數決判予該患者有損害賠償請求權利⁴⁷⁸。之後，英國法院

474 相較之下，如是發生因侵襲性侵權行為類型的醫療行為所致損害，患者是否基於揭露後同意治療將是無關。

475 *Smith v Barking, Havering and Brentwood Health Authority* (1994) 5 MedLR285 (QBD); *Chester v Afshar* [2002] 3 All ER 533 (CA) para 42.

476 *Smith v Barking, Havering and Brentwood Health Authority* (1994) 5MedLR285 (QBD) 288.

477 *Rogers v Mitter* (1992) 109ALR625; *Rosenberg v Percival* (2001) 75ALJR734.

478 *Chappel v Hart* (1998) 72 ALJR 1344.

Chester v Afshar 案件持與 *Chappel* 案件高等法院相同觀點⁴⁷⁹，英國 *Chester* 案涉及過失問題是被告為神經外科醫師建議患者開刀以減緩逐漸惡化的背部問題，患者隨即同意手術，術後併發僅 1-2% 發生機率的馬尾神經叢症候群後遺症，患者遭受嚴重的損害。如同在 *Chappel* 案件的原告一樣，若當患者知道該後遺症風險，將會延遲手術另徵詢其他專家意見，當患者具體就此提出事實證明，英國高等法院認為原告主張有理由，判准獲賠⁴⁸⁰。

第二款法律上因果關係

法律因果關係或者遙遠間隔性損害，是在事實的因果關係經確認成立之後，開始從法律因果關係考慮過失行為是否令被告負賠償問題。在這裡，排除「太遙遠的因果律」，雖然必要條件與義務違反間具有關連性，無法將損害歸予被告負責。尤其，法律通常會將不可預見或者巧合的情形排除在責任範圍之外，即被告行為雖有過失，與實際上具體發生的風險也有關聯性，但因該風險發生不可預見或純屬巧合，基於請求被告的不履行損害賠償，應建立在損害的危險是合理可預知基礎上⁴⁸¹。不過，這種方式會在未揭露資訊的情況中發生困難，當直接導致損害的風險是在被告的風險控制外，為治療所固有的危險時。倘若告訴患者該治療有危險，患者就會拒絕治療，就不會發生問題；不過，其他情形是當患者繼醫師適當的揭露資訊之後，僅僅有延遲治療另覓其他醫療專家意見的情形。

有關此問題在澳洲和英國法院，在 *Chappel v Hart* 和 *Chester v Afshar* 案件，兩個醫師最後各自被判定對損害負責。但 Lord Hope 在 *Chester v Afshar* 案件持相反見解，認為當患者不能證明他可能會繼續拒絕更進一步的治療時，即不應令被告負賠償責任⁴⁸²。

實際上，法律因果關係通常的原則，當固有風險是非常主觀的揭露義務時，對患者自主權的侵犯行為情形有緩和。不過，還有其他未揭露的情況，例如在患者損害的風險完全與治療無關的情況，責任部分可能因欠缺法律因果關係而否認。因此在 *Chappel v Hart* 案件，該醫師未將患者會拒絕治療的風險揭露之後，手術進行中手術室遭雷擊致患者發生損害，醫師對該患者損害沒有賠償責任⁴⁸³。更多

479 *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41.

480 *Chester v Afshar*. Judge Robert Taylor (QBD, unreported, 21 December 2000), 81.

481 *Chappel v Hart* (1998) 72 ALJR 1344, 27-29 (McHugh J, citing *Carslogie Steamship Co Ltd v Royal Norwegian Government* [1952] AC 292 (HL)).

482 *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41, 87.

483 *Chappel v Hart* (1998) 72 ALJR 1344, para 118 (Hayne J).

爭論是在危險來自於治療的情況，但是從一不明確風險未揭露過失。在這部分處理，德國法較英國法作更明確清楚一致論述。普通法系在這問題上處理方式並不妥適，並且常有不一致現象。在蘇格蘭 *Moyes v Lothian Health Board* 案件判決，法官附帶說明，該具體個案情形，醫師有責任⁴⁸⁴。但是，在 *Thompson v Bradford* 案件的上訴法院的判決將不採這樣判定⁴⁸⁵。最後，很多很可能在法官的直觀下處理系爭的風險，法院在維持整體過失法律因果關係完全拒絕細緻區分，結局是有責任。這特別像是在醫師的未揭露，是顯然地來自對醫師傲慢的壓制。支持這觀點在 *Hepworth v Kerr* 案件高院判決中表示，當醫師超過一年期對患者施用新穎麻醉實驗過程中，在患者尚未接受該試驗時，從來沒有提出適當有關試驗的資訊。在該案麻醉試驗過程中，醫師明知重要的風險是可能引起腦部受創，卻未揭露。嗣後，該名患者發生中風，雖然這種特定危險不可預測性，但是法院仍判該醫師有責任。

第二目德國

在德國，資訊揭露過失情形的因果關係爭議，醫師診療時即未獲得患者有效同意，屬於不法侵害患者的身體完整性。基此，在不法治療與損害之間建立必要原因要件。如果該損害是歸因於患者的疾病的自然的進展相關的危險，醫師將沒有責任，因為未具因果關聯性⁴⁸⁶。但是，在「心理決定機轉」關聯（即患者知道該風險，將怎樣決定？）傳統上不那麼重要，因為損害的直接的原因是不合法的治療，而引起治療的那些情形一般是會被忽視。主要會聚焦在法律因果關係上爭辯，以保護目的規範(*Schutzzweck der Norm*) 的方法，限縮醫師的責任。

然而，在近年來面臨揭露過失索賠高漲，心理決定機轉的事實上因果關係關

484 *Moyes v Lothian Health Board* (1990) 1 Med LR 463 (Ct of Session (OH)) 467 (Lord Caplan). 有關蘇格蘭法就民事因果關係舉證責任原則是由債權人負舉證責任，但在醫療案件時，遇到患者對請求賠償會准許，即使是在不能提出資料證明時。相關見解，參考 Hogg, (2005) 9Edinburgh LRev,156; Mason and Brodie, (2005) 9Edinburgh LRev,298; Stair, The Laws of Scotland, Reissue Medical Law, paras 260-262, Cited in Prepared by Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law (Acquis Group), DCFR., supra note 18, at 1931.

485 *Thompson v Bradford* [2005] EWCA Civ 1439.

486 BGH, NJW 1985, 676.

聯性產生顯著類型，從醫師抗辯角度的「假設同意(hypothetische Einwilligung)」⁴⁸⁷。雖然如此，這樣抗辯僅出現在法律因果關係爭議，並無法為醫師開脫罪嫌，此點會在後續探討。

第一款法律上因果關係

如前所述，醫師未在履行治療之前把資訊揭露給患者，導致之後不合法的醫療處置（未獲有效同意）。在普通法下這種情形近乎是侵襲（非過失侵權）性侵權行為。如前述，當該風險具體發生，醫師的過失在未能事前告知患者該風險相關資訊，醫師將有責任，這包括該治療無論有無履行，均會發生相同的情形。醫師以未履行告知風險資訊並未增加損害的風險為抗辯，因為該患者嗣後無論如何都將處於相同的風險，並未被法院採納。細繹之，醫師需要證明風險(從假設治療之後)實際上已經具體發生，並且發生相同的損害，這通常是不可能的任務⁴⁸⁸。不過，有時在患者何種程度的損害應該適當地歸咎給醫師，並不那麼清楚。有問題的是，當個案中該醫師過失未揭露 A 風險，而患者損害來自 B 風險所引起。B 風險具體發生，B 風險揭露是不必要的（或者事實上曾揭露）。一些學者主張以「保護目的(Schutzzweck)」原則作為責任範圍。這原則未包含要求揭露，因此未被適用於給患者透過拒絕治療避免發生的損害的風險⁴⁸⁹。這觀點最初支配一些審判者所為判決，從而，德國聯邦法院案件（BGH, NJW 1984, 1395.），否決該醫師責任，因該醫師雖過失未告知患者腸鏡檢查過程的目的、痛苦風險等資訊，但卻是於檢查過程患者發生腸穿孔損害，而法院認為是此屬於遠隔性風險不需要被揭露⁴⁹⁰。該法院認為兩個風險是不能比較的，一個是暫時性不安（因腸鏡檢查所帶來不適

⁴⁸⁷ 又稱推測同意「mutmaßliche Einwilligung」，係指患者因處於休克昏迷等無意識狀態或其他原因，無法先取得其同意在為醫療處置的特殊情形，醫師得主張患者有假設同意。另從醫學倫理四原則裡也有類似概念，諸如為昏迷或植物人患者最佳利益及自主決定的判斷上，所涉及的相關文獻也會論及推測（假設）同意的問題。

⁴⁸⁸ BGH, NJW 1989,1541; C Katzenmeier,a.a.O.,S.350.

⁴⁸⁹ A Laufs / W Uhlenbmck (eds), Handbuch des Arztrechts, 3Aufl. Munich, Beck, 2002, § 67, Rn.5 .

⁴⁹⁰ BGH, NJW 1984, 1395.

痛苦)，另一個是身體的健康（腸穿孔風險），明白的採保留迴旋空間相似「保護目的(Schutzzweck)」限制運用在兩風險有關患者的健康爭議上⁴⁹¹。而德國聯邦法院判決（BGH, NJW 1989, 1533(1535).）認為醫師的責任範圍，是從最初至治療全部流程所致損害。因而，當揭露過程有一不足，不管具體發生的風險是否有無揭露，整體上治療是不合法，醫師過失未揭露相關範圍，其對所有治療的損害結果，原則上應有責任⁴⁹²。

法院認為保護患者的自主權和身體的完整性的重要性具有正當性。但是，法院同時承認「保護目的(Schutzzweck)」，尤其當涉及醫師未揭露全部在法律上的揭露資訊義務，但至少有一次「基本的揭露(Grundaufklärung)」，例如患者被告知可能發生的最嚴重風險時，未揭露更遙遠罕見的危險，醫師將沒有責任⁴⁹³。相較之下，沒有「基本的揭露(Grundaufklärung)」醫師則將會有責任。因此，在1996年德國聯邦法院判決（BGH, VersR 1996, 195.），令醫師負責，當該患者未被告知「脊髓穿刺術（myelography）」治療，伴隨罕見個案會導致麻痺危險，這項風險揭露法院認為屬於「基本的揭露(Grundaufklärung)」被告醫師未告知，雖然，嗣後該患者發生的永久性神經損害是來自一個不同風險(未揭露)所導致⁴⁹⁴。

德國是從與治療方法有密切關係的個別的風險區別；不從關於治療「性質和目的」區分相關危險資訊，這與普通法區分治療「性質和目的」及「附隨風險」二種來分別適用「非過失（侵襲）」或「過失」侵權行為是不同。此外，普通法上述區分基礎在形成整個揭露過失的概念，而「基本的揭露(Grundaufklärung)」的角色是更外層次的：僅僅醫師用來抗辯的一個前提，限制這損害超出醫師的揭露責任的範圍。

491 BGH, NJW 1984, 1396. H Helbron, a.a.O.,S.95.

492 BGH, NJW 1989, 1533-1535.

493 BGH, NJW 1991, 2346; K Geiß /H-P Greiner, a.a.O.,Rn.CI56-C157; C Katzenmeier, a.a.O.,S. 345 .

494 BGH, VersR 1996, 195.,M Faure and H Koziol (eds), Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective ,Vienna, Springer, 2001.

近年來，更進一步限制醫師責任，基於抗衡保護目的規範考量，當個案呈現損害結果的風險實際上已被適當的揭露。基此，德國聯邦法院（BGH, NJW 2000, 1784.）認為，該案中母親代理她的孩子同意接種疫苗療程中，被告知風險具體發生損害，但不是該母親本應確信其他的風險，從而，原告請求無理由⁴⁹⁵。在這樣的情況下，假如患者得到基本的揭露，它不會是問題，但是例外情形會發生在，被揭露的風險以外的未被揭露風險所致患者損害問題上。因此，在德國聯邦法院案件（BGH, NJW 2001, 2798.），患者繼脊椎手術後發生兩條神經損壞導致跛腳以及無力。醫師對第二風險「無力」，過失未告知患者，對其所發生的後果與醫師是否已經把第一個風險「導致跛腳」告訴患者是不相關⁴⁹⁶。

第二款假設同意的抗辯

傳統醫療民事訴訟上，向來很少用假設的同意(hypothetische Einwilligung)來抗辯。但是，在揭露過失責任的問題情形，隨著繁重的揭露責任和相對的欠缺保護目的規範限制的兩個因素下，法院在近二十五年來越來越倚重假設性同意，處理揭露過失責任的問題⁴⁹⁷。

基於假設的同意概念，在訴訟程序進行中，即是德國法其他合法行為的抗辯。基此，將會潛在授與不合法的治療行為(例如不論是否導致損害)，縱使損害發生，也可能被涵攝入該其他法律要件損害範圍，透過阻卻違法事由運作，達到免責效果⁴⁹⁸。在患者身體上損害來自醫師的不合法的治療行為所致情事明顯的情況，醫

495 BGH, NJW 2000, 1784.

496 BGH, NJW 2001, 2798.

497 BGH, NJW 1986, 1541; OLG Stuttgart, VersR 1998, 1111.

498 K Geiß /H-P Greiner, a.a.O., Rn.C137. 這類型辯論為普通法系所熟悉的法定義務違反相關議題。具體舉例言之，台灣衛生署 2010 年 10 月 4 日公布台灣首例遭受俗稱超級細菌的 NDM-1 肺炎克雷白氏菌感染的病例，帶菌者是在印度拍外景的攝影師遭槍傷，返台後發現疑似遭 NDM-1 肺炎克雷白氏菌感染，被留置醫院作相關檢查。像此案件留置住院檢查，醫師醫療行為未必能取得患者同意，須透過假設的同意，將醫師侵入行為合法化；另外針對符合強制住院治療的精神患者為檢查的問題(姑且不論精神患者有無認知能力問題，即其究有無同意能力的爭議，這涉及醫學與法學對認知能力概念落差問題。)，也是此處適例。然而，接續問題會出現在：「難

師之後的抗辯將會是，即使當時履踐揭露風險義務，基於患者有效同意下進行該治療，相同的損害也會發生。

在文獻裡，關於允許醫師作假設的同意抗辯的範圍程度有多大是存有爭議⁴⁹⁹，承認假設的同意的前提，並不當然削弱患者自主權保護揭露原則。學者 Giesen 認為法院在訴訟抗辯過程中，再次推測患者假設選擇，成為與醫師共同剝奪患者自主權⁵⁰⁰。然而，其他學者指出，當醫師不能做適當的揭露時，選擇的權利實際上是失去。而且，如不允許推測同意抗辯適用，所可能造成風險將遠超過已被告知風險的情形⁵⁰¹。總體來說，現今學者通說贊成德國聯邦法院見解，把假設的同意抗辯，視為承認在患者自主權的同意與避免過於浮濫的假設的同意以保護意外的賠償之間，合理的調和二者所面臨不同利害關係風險⁵⁰²。

基此，德國患者權益保護是差強人意，假設的同意抗辯是醫師必須主張。法院是不能依職權調查事項⁵⁰³。醫師為假設的同意抗辯，醫師將證明這具體特定患者獲得資訊仍然會同意該項治療⁵⁰⁴。患者針此反駁時，只需做到證明該資訊可能會令其要否接受該項治療處於「退卻選擇」兩難，不是一定將拒絕⁵⁰⁵。

第四項說明義務舉證責任

舉證責任在英德兩國實體法規定存有差異，進而所搭配補充的修正規則也存

道當患者人權遇到國家法定支配領域時，是否能毫無界限當然爾要患者人權退讓」，此問題留待日後再深入探討。

499 C Katzenmeier, a.a.O.,S. 367.

500 D Giesen, a.a.O.,Rn.234; H Koziol, 'Rechtmäßiges Alternatiwerhalten—Auflockerung starrer Lösungsansätze' in J Ahrens (ed), Festschrift für Deutsch ,Cologne, Heymann, 1999,S. 179. 學者 Giesen 認為應該是回歸到對未揭露資訊整體評價，來判斷醫師是否侵犯患者自主權。

501 C Katzenmeier, a.a.O.,S. 368.

502 C Katzenmeier, a.a.O.,S. 368.

503 BGH, NJW 1994, 2414; K Geiß and H-P Greiner, a.a.O.,Rn. C139.

504 BGH, NJW 1980, 1333; E Steffen, 'Haftung des Arztes für Fehler bei der Risikoaufklärung—Zurechnungsbeschränkungen oder versari in re iffida?' in V Beuthien (ed), Festschrift für Medicus,Cologne, Heymann, 1999,S.643.

505 K Geiß /H-P Greiner, a.a.O.,Rn.C138.

有區別。在英國很少假藉自主意涵，如果患者的情形涉及未揭露的訴訟，類似治療過失的索賠處理。相較之下，德國特別架構這類訴訟，伴隨著相當多對患者優勢的證據法則（相較於一般治療瑕疵訴訟）⁵⁰⁶。

第一目英國：類似治療過失舉證責任分配

在英國資訊揭露過失，與一般的過失侵權行為，適用相同的證據規則。即患者對事件發生的一般蓋然性負擔醫師違反義務及事實的因果關係的舉證責任⁵⁰⁷。關於第一個要件，患者必須證明醫師實際上未告知相關的風險。醫師如抗辯患者當時在同意書面上簽字足認其已被告知風險，此抗辯並無法生確信效果。基此，Bristow J 在 *Chatterton v Gerson* 案件認為讓該患者在這樣的一個書面上簽字：應該是對說明同意的必要性要件上一個有證據價值的提示物，但據以為抗辯並不能夠成立⁵⁰⁸。基此見解，法院可以裁示需要提供其他證據，即患者在書類表格上「盲目」簽字，並不同是有揭露資訊證據。在此審理過程中，將考慮患者人格及利害關係，如從過去磋商過程記錄中，例如曾反映具有哪些風險，是否能據以推知患者心理上有決定接受那些治療⁵⁰⁹。

相對地，醫師未提出資料證明其已向患者揭露並不會自動導出不利的推論。如同治療過失訴訟的情況，近來法院承認以醫師的通常醫療的常規指標的證據作為揭露風險判斷。基此，例如，在 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* 案件，該案被告醫師在應訊之前已經死亡⁵¹⁰，對該患者究竟有無為資訊揭露，法院依醫師通常醫療常規臨床指令為判斷。

另就事實的因果關係的問題，如前所述，判斷要件包括「物理上」和「心理上」在未揭露資訊和損害之間的關連性。基於前述模式，法院必須在身體上損害與治療間達到一般蓋然性發生要件，在先前討論曾提及醫師通常承認損害與醫療

⁵⁰⁶ 有關英德一般醫療瑕疵訴訟舉證責任問題，日後再專文另論。

⁵⁰⁷ M Jones, supra note 66, at para 6-015.

⁵⁰⁸ *Chatterton v Gerson* [1981] QB 432 -443.

⁵⁰⁹ *Chester v Afshar* [2002] 3 All ER 533.

⁵¹⁰ *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] AC 871 (HL).

治療間具有事實上因果關係。不過，醫師有時可以在損害範圍部分尋找減縮，抗辯治療（或者患者拒絕未治療）僅加速損害發生，基於該患者病程自然進展不久即會發生該損害。就此抗辯將是由醫師來證明。其次，關於「心理決定機轉」要件關連性，焦點將是在具體特定的患者的相關人格上。如前所討論，患者得到該資訊後將作何回應：該資訊取得會影響患者對治療的決定？根據這事件本質，唯一的直接的證據將來自患者，將歸由患者證明。Kirby J 在 *Chappel v Hart* 案件的澳洲高等法院判決認為這些可能產生的『例如，患者可以欺騙法院』情形，不應該被誇大，因為仍能根據裁判的基礎事實本身輔助判斷患者所陳述內容是否為真⁵¹¹。

基此，Hutchison J 在英國高等法院 *Smith v Barking, Havering and Brentwood Health Authority* 案件判決中認為，透過一位假設的理性的患者的可能行為，援用來作為證明。如果原告聲明其行為是背離常態，法院就此要求患者提出證明。這些背離常態情形，包括宗教或者一些其他堅定的信念、特殊的民族風俗考量等⁵¹²。

第二目德國：醫師負嚴格舉證責任(ZPO 第 286 條)

如前所述，理論上，患者對治療方法的未經其同意提出抗辯，認為是屬於不合法人身傷害。因此，關於患者有同意部分，是由醫師負舉證責任。而且，在德國法下，有關治療的方式的風險和選擇(不只是在普通法下有關治療的性質及目的部分)，相關事項的充分表達資訊為患者得到全部資訊的先決條件，醫師就此需負舉證責任⁵¹³。在證據法則上，醫師依據德國民事訴訟法(Zivilprozessordnung, ZPO)第 286 條規定負嚴格（即須達確信真實程度）舉證責任。

基此，患者在同意書形式上簽字的事實，將不足以僅憑此簽字即採認各種各

511 *Chappel v Hart* (1998) 72 ALJR.,91 (Kirby J).

512 *Smith v Barking, Havering and Brentwood Health Authority* (1994) 5 MedLR 285 (QBD) 289.例如耶和華證人因宗教理念拒絕輸血等。

513 K Geiß / H-P Greiner, a.a.O., Rn.C131.

樣的風險有揭露，必須證明相關風險與患者有實際討論過⁵¹⁴。同時，法院有感醫師就曾與患者就相關風險有討論的事實舉證上有潛在困難度，當患者否認有任何討論時，德國聯邦法院判決（BGH, NJW 1985, 1399 (1399).），認為至少須要有一些證據呈現出醫師診療過程曾將相關風險告知患者，例如，撰寫在病歷內紀錄資料內。然而，若病歷內欠缺這樣記載證據，醫師當時不應該單獨決定何項治療，不能免除醫師的責任⁵¹⁵。實際上，該法院觀察「患者簽名同意形式」要件判斷上，儘可能保持彈性。

在治療和損害之間的物理上事實因果關係關聯建立，舉證責任將由患者負責，例如，必須呈現損害是因治療風險具體發生。不過，相關證據的標準將是較低(依 ZPO 第 287 條，僅達合理懷疑程度)。如就因果關係從解剖學縱切面觀察可分為責任原因（haftungsbegründ）、責任成立（haftungsbegründende）、及責任範圍（haftungsausfüllende）因果關係三層次，德國民事訴訟法第 286 條適用範圍在責任原因（haftungsbegründ）、責任成立（haftungsbegründende）二部分，而德國民事訴訟法第 287 條適用範圍在責任範圍（haftungsausfüllende）⁵¹⁶。有關醫療瑕疵訴訟

⁵¹⁴ C Katzenmeier, a.a.O., S.498.

⁵¹⁵ BGH, NJW 1985, 1399-1399.

⁵¹⁶ 有關德國民事訴訟法第 286、287 條適用範圍，從帝國法院時期採未區別的立場，漸至聯邦最高法院時期採區別立場迄今已為學界實務通說所採，但就區分立場之後的後續現今狀況是通說認為責任原因、責任成立因果關係是適用第 286 條，責任範圍因果關係則是適用第 287 條；相關資料請參酌 RGZ 128,121,124;Vgl.auch RGZ6,356,357;BGHZ 4,192,196;

Zöller, Zivilprozeßordnung, 16. Aufl., 1990, §287, Rn.3; Baur/Grunsky, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., 1997, Rn.179; Musielak /Foerste, ZPO, kommentar, 1999, §287, Rn.4; K. Geiß/ H-P Greiner, a.a.O., Rn.C147. 惟仍有少數學者針對第 287 條適用範圍存有與通說不同見解，有從責任範圍因果關係不適用第 287 條角度：Prölss 以第 287 條僅是輔助性條文仍須以第 286 條來證明責任範圍因果關係存在為前提；有從放寬第 287 條適用範圍角度：Werner 是以責任原因、責任成立及責任範圍三階區分應廢除，所有行為結果均總括於結果（Erfolg），所以當行為違反規範已確定時，接下來該行為所致結果（即責任成立與責任範圍）均是適用第 287 條，與 Werner 相似見解的 Hanau 則以不論是該行為符合干預構成要件（Eingriffstabeständen）或是從行為規範構成要件（Verhaltensnormtatbeständen），前者通常行為與法條構成要件合致時，則足以構成具體責任原因，而後者則是並不存在責任成立因果關係，故當該行為完成時只要是與法條構成要件合致，則已構成不法性及有責性，並非特定結果發生時才該當不法及有責性，故責任原因是屬於義務違反行為

有關間接損害部分，從向來過失有無爭議挪移至未經同意的治療爭論⁵¹⁷，這樣未經同意治療訴求，有時，醫師想降低賠償範圍，抗辯該損害倘未經該治療，嗣後仍不免發生相同損害。在這樣的情況，因果關係(hypothetischer Kausalverlauf)的存在舉證責任應由醫師依 ZPO 第 286 的高標準舉證責任⁵¹⁸，這是在物理性上的因果關係關聯性部分。

在心理決定機轉上事實的因果關係關連，有關假設的同意的抗辯，也是應由治療醫師提出證明。不過，一旦經醫師提出具體事證後，主張即便如此仍不會同意的患者，對該項治療涉及其重大權益（如信仰等）相衝突事證，接續則須由患者負舉證責任⁵¹⁹。患者此時所負擔舉證責任只須證明患者將面對明顯兩難(ernsthafter Entscheidungskonflikt)處境即足夠的⁵²⁰。德國聯邦法院判決(BGH, NJW 1991,1543)認為不能要求患者精準回答實際上會如何選擇，這將把一項不可能的任務歸給患者，從而，應該要求患者證明，當其面對那些專業人員的所提供資訊，思考是否應該要接受治療還是拒絕同意，面臨選擇兩難情形即可⁵²¹。

德國法院對於患者是否須親自聽取醫師說明後，所為同意方是有效同意，針此意見不一，德國聯邦法院判決意見，該案患者主張其知道該治療具有肝炎的高

認定層次，因果關係只談責任成立及責任範圍兩部分，而第 287 條適用此處全部因果關係範圍；有從解決目前因果關係實務認定上困境角度：Gottwald 及 Maassen 認為解決因果關係認定困難解決方式降低證明度採優越蓋然性原則（die überwiegende Wahrscheinlichkeit），Gottwald 是基於損害認定與因果關係認定是不可分的理由，而 Maassen 則是基於第 287 條的文義解釋及立法理由；進一步相關文獻請參酌 Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1996, S.56-59.; M. Werner, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach §287 ZPO, 1970, S.33-39, 153.; Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S.121-122.; Vgl. P. Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S.79-82.; Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975, S.97ff.

517 BGH, NJW 1987, 1481; K Geiß /H-P Greiner, a.a.O., Rn.C147.

518 BGH, NJW 2005, 1718; BGH, NJW 2005, 2072.

519 BGH, VIZR 74-97, NJW 1998, 2737. BGH, VersR 1994, 1302.; Cited in Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 1929, Final Outline Edition (2009).

520 K Geiß /H-P Greiner, a.a.O., Rn.C138.

521 BGH, NJW 1991, 1543 -1544.

風險相關資訊時，將面對感染肝炎高風險性和他的手切除手術之間進退維谷局面。這再次可能讓醫師在 ZPO 第 286 條證據嚴格的標準下，任何合理的懷疑將使醫師的抗辯無效。不過，德國聯邦法院也會在一些個案中發現患者似乎沒有面對進退維谷兩難的基礎事實，判定該醫師的抗辯成立⁵²²。

第五項小結

有關資訊揭露過失舉證責任，於英國和德國法規範下，法庭調查的各階段訴訟程序活動的這些舉證證明本身，從揭露關於治療(和涉及同意)醫療行為的相關資訊的醫療義務開始，呈現顯著差異。如前所述，英國法採用與其他普通法體系相近的訴訟程序階段審理。關於治療的性質和目的「基本的資訊 (basic information)」，如果未揭露所得到患者同意是無效的，依侵襲性 (非過失) 侵權行為訴訟處理；有關「附隨的資訊 (collateral information)」(包括危險和選擇方式等)，此部分未揭露，不影響同意的效力，只是會有一些成立過失責任。德國法，相較之下，採用單一的方式，不論是未揭露的基本的資訊或附隨的資訊，均是以同意無效成為不合法治療。

在上述差異基礎，是來自兩個國家就侵權行為法架構的差異，英國法區分非過失(侵襲)及過失侵權行為的人身體權益侵害類型的傳統分類；相較之下，德國法在德國民法第 823 條單一法條內即同時規範侵權的兩種類型。在另一方面，實際爭訟時，普通法英國在其規範體系適用過失，依照對人身傷害的賠償有關的其他類型個案，患者被要求就治療過失請求損害賠償需與對造當事人越過相同的門檻。相較之下，在德國，患者並不須與醫師負同樣門檻舉證，關鍵是患者自主權損害來自於醫師本應揭露資訊義務給患者，這樣爭訟通常當然伴隨的人身傷害

⁵²³。

此外，在每個國家使用確認風險是何時應該被揭露是不同，英國法院在過去

522 BGH, NJW 1986, 1541; OLG Karlsruhe, VersR 1994, 860.

523 因此德國於因果關係上限制，在患者因自主權受損後本身的人身損害填補。

給予醫師相當多審慎保留危險資訊，這相當「採用常規」標準相符，這方面英國法顯然落後於其他普通法規範，尤其是「告知後同意」已為美國很多州、加拿大和澳洲所採認的法律原則。英國法院在堅守採用醫療常規標準過程中，法院首要尊重醫師的裁量選擇自由，在這情形上的患者的參與權利如同是有理性的服從治療。不過之所以發生爭議較少，是與醫學界的態度及常規方面的變化有關⁵²⁴。

然而，英國法相較德國法在揭露標準維持較好模式，這有時可以用來針對風險是細微部分未揭露來進行索賠。從患者自主權表面上判斷，德國案例法似乎為最大限度保護⁵²⁵。然而，患者自主權留給人一個誇大和不確定的標準，備受批評刻版印象。實際上德國法院的方法可能被認為如同一個嚴格責任；醫師根據治療損害結果負責任。如前所討論，有一個質疑即在「退卻選擇」情況，患者治療過失訴訟遇到的舉證困難問題。基此，相較之下，醫師或者醫院對其不可能於事前未揭露的部分，尚可揭示管理標準要求以資抗辯。德國法在相關揭露義務相較於英國法較不嚴格的。

就涉及因果關係在醫師未揭露與患者損害之間必須具備，英國和德國法於此再次顯現出不同之處。這會涉及面對甚麼風險認知不同有關係。如前所述，在兩個國家法體系裡，醫師關於損害的風險是來自行為本質性，是不負責任，而是針對未揭露它的存在時，未給患者避免它的機會要負責。在英國，法律焦點在導致的損害，患者證明會使用該機會，透過決定拒絕該治療⁵²⁶。惟這裡原則在過失行為是因代理人行為所引起時，將透過其他方式處理，當患者知道該資訊時是不可能接受該治療，並不被允許透過違反患者自主權訴求。

相較之下，德國採用醫師未揭露資訊使治療不合法，所致損害需足生身體上損害的結果，有效制衡來自患者自主權的壓力。同時，如前所述，德國法允許事

524 General Medical Council, *Seeking Consent: the Ethical Considerations*, London, GMC, (1998).

525 有關患者自主權，參閱 G Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge, Cambridge University Press, 1988)108ff.

526 *Chester v Ashfar* [2004] UKHL 41

實的因果關係越來越被以「假設的同意」的抗辯形式限制。雖然，抗辯醫師須負舉證責任程度是採達確信(較高的標準)標準，德國採認「假設的同意」抗辯，因此拉近與普通法之間的差距。實際上，在未揭露原則發展過程中，患者提起未揭露訴求，並不是想證明有多少自主權，而是想透過如此訴求，尋求該醫療行為所致損害獲得填補，這可以在德國聯邦法院判決(BGH, NJW 1984, 1397. 128)中呈現出來⁵²⁷。

其次，在認定法律因果關係範圍要多大的問題，危險具體發生係來自那個未揭露醫師過失的行為。總的來說，德國法院採用一種擴張性的方法，拒絕使用保護目的(Schutzzweck)限制賠償。根據普通法，一種相似的趨勢，當風險是可辨識，不允許醫師抗辯風險細微性來迴避責任。即便如此，患者的損害多數情況是從醫師本應揭露的危險直接所引致。

最後，兩個國家就一般證據舉證概念上存有差異，影響揭露過失訴求基本舉證責任。根據普通法英國的過失舉證責任負擔在患者，在德國，醫師必須證明當時他揭露足夠相關危險的資訊使得同意是有效。這非但對患者通常在舉證責任高於一般民事案件而言是重要的，也將有助於未揭露的訴訟普及化。雖然學者提出質疑，德國法院維持「治療如同是人身傷害」穩定見解。

第二節 國際趨勢及 DCFR 的相關規範內容

第一項 國際目前修正方向

有關「患者自主權部分」，或許因應「國際醫療改革驅勢」⁵²⁸及「世界人口結構老年化驅勢」下，英國有文獻指出，雖然同意的功能是作為醫學治療正當化理由，但它不是法律所承認的惟一理由⁵²⁹。基於合理公共利益醫療保健介入，防

527 BGH, NJW 1984, 1397. 128

528 有關國際醫療改革驅勢詳細資料請參莊錦秀，前揭註 18。總括而言，朝向抑制醫療費用過度膨脹及加強醫療安全與說明方向前進。

529 Alasdair Maclean, supra note 383, at 153-154.

止危害具體發生，該治療對防止他人造成危害的風險是必須。最明顯出現這種情況，與公共衛生有關聯的傳染病及具有危險性的精神疾病患者⁵³⁰。進一步補充說明，精神衛生法允許對於因心理健康因素有自殘的患者的非自願性治療⁵³¹。一個通常性例外情形是須得精神患者同意的，即被告醫師所觸及的部分，是屬於可接受的日常生活的指導⁵³²。決定性治療在患者欠缺有效同意能力時，有正當化原則適用⁵³³。而德國有文獻從生命的開始（墮胎自主決定）與終止（患者自我決定不倚賴醫療器材維生）議題作討論⁵³⁴，就原來是基於孕婦本身因懷孕引起身體健康嚴重影響的合法墮胎要件，最高法院已採認因天生重大殘疾兒童的預期可能會產生間接影響，即可預期這樣的重殘孩子誕生，將造成孕婦心理壓力很大以致於造成孕婦健康風險，以便得由孕母決定下終止妊娠。晚近德國最高法院判決認為⁵³⁵，法院要求對前述意見須進行預測。指定醫師定期對懷有天生重大殘障胎兒的孕婦作訪視評估，為繼續或終止妊娠預測作最終負責。由於這一預測取決於是否合法墮胎，是具有重要意義，但該決定應是歸孕婦。另就生命結束的部分，這個問題是「生命」是否應讓它承載在昂貴的治療上繼續延續，患者、家人及醫師針此意見有時產生衝突時，應如何作抉擇？特別是患者已表達不再想延續生命所導致衝突時，解釋上應以患者意願為準，然這決定尚應注意到，總體生活的意志。所存在的法律和醫療規範問題，由 DJT 於 2006 年提出，目前正在立法進程中討論。Prof.Dreier 則認為⁵³⁶，現今對患者自主權的尊重不夠。

德國最高法院民事判決（BGHZ NJW 2003, 1588 154, 205）認為⁵³⁷，以法院監護

⁵³⁰ Sections 35-8 Public Health (Control of Disease) Act 1984; ss. 3(2)(c), 58, 62, 63 Mental Health Act 1983, as amended by the Mental Health Act 2007.

⁵³¹ Sections 3(2)(c), 62 Mental Health Act 1983.

⁵³² ReF (Mental Patient: Sterilisation [1990] 2 AC 1, 73 per Lord Goff.

⁵³³ ReF (Mental Patient: Sterilisation [1990] 2 AC 1, 73-4 per Lord Goff. Section 5 of the Mental Capacity Act 2005 puts the best interests, justification on a statutory basis and under s. 9 medical treatments may also be justified by proxy consent.

⁵³⁴ Gerda Müller, a.o., S. 83-86.

⁵³⁵ BGH VersR 2003, 1541; zum Schutzbereich eines auf Schwangerschaftsabbruch gerichteten Vertrags BGH NJW 2007, 989.

⁵³⁶ FAZ v. 30. 8. 2008, S. 8; zum Gesetzgebungsverfahren *Stünker*, DRiZ 2008, 248.

⁵³⁷ BGHZ NJW 2003, 1588.

對生命終止的部分介入參與最後決定。這樣作法遭受批評⁵³⁸，經法院主管監護對醫師維持患者生命或延長其治療，並不符合患者自主決定原則。不可置疑地，對於是否有對潛在疾病不可逆轉死亡做充分描繪，這是面對生命衝突的主要問題。由法院監護及醫師基於患者最佳利益考量作合理分配，即便是在緊急醫療情形，法院審查通常也大都參酌醫療專家意見；至於，在長期照護治療能力制度下，醫療照護措施的風險，在照護過程中，患者提早死亡，很多情形可能是因自主決定遭受重大損害⁵³⁹。

第二項歐盟區域法草案 DCFR IV·Part C- Ch. 8

此部分內容，係參考「PEL SC」⁵⁴⁰及「DCFR」⁵⁴¹內容為基礎，僅論及與醫師說明義務有關部分⁵⁴²。就法體系論，不論是 DCFR 或 PEL SC 有關醫療契約法部分，僅就契約法作相關規定，並未涉及侵權民事責任部分作規定或排除侵權民事責任適用，故如此醫療契約法通過後，對目前歐盟會員國國內民事責任體系並不會造成法體系運作上嚴重衝擊，細繹言之，英國法原以侵權處理醫療事故為原則，DCFR 有關醫療契約法通過後，並不致於讓英國完全棄侵權體系循契約體系救濟，至於會否漸轉以側重契約法為救濟原則，就此本文暫持保留看法。

就形式規範內容架構觀察，歐洲民法規範草案，有關醫療契約法規定，先後有 PEL SC 及 DCFR 下表內二個版本，對照附表兩個版本規定內容，無論從適用範圍、內容、關於儀器、醫術、材料、設備及前述責任、技能及注意責任、告知義務、在非必要或試驗治療情形告知義務、告知義務的例外、沒有同意未治療責任、

⁵³⁸ Kritisch *Deutsch*, NJW 2003, 1567; *Kutzer*, ZRP 2003, 213; *Spickhoff*, JZ 2003, 739; *Uhlenbruck*, NJW 2003, 1710; zur strafrechtlichen Sicht der Sterbehilfe vgl. *Ulsenheimer*, in *Der Urologe* 2000, 449.

⁵³⁹ *Gerda Müller*, a.a.O., S.26-85.

⁵⁴⁰ *Maurits Barendrecht /Chris Jansen (Eds.)*, Study Group on a European Civil Code, Principles of European Law-Service Contracts (PEL SC), 781-898, Sellier. European Law Publishers(2007).

⁵⁴¹ Prepared by Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law (Acquis Group), DCFR, supra note 18, at 1932-2024.

⁵⁴² 其餘部分的歐洲醫療契約法規範，參附件一。

記錄、不履行損害賠償及治療提供機構的責任均共十一條，規範內容方向一致，僅是用字遣詞 DCFR 較 PEL SC 相關規定具體及詳盡些。

就這些規範實質內容，對傳統以來諸多醫療民事事件所面臨問題，並未提供實質定爭解紛之方法（尤其是在兩法系存有較多差異之處，例如鑑定及舉證問題等），但對一些存在普通法系及大陸法系一些已達某程度的共識部份（例如實務及學說通說相似部分），則在此醫療契約法草案內以明文規定。反而，一些前述已落實修正趨勢並未納入此次醫療契約法實體規範內，是有意不列入，還是遺漏，則有待日後相關文獻研究，不過，基於一部醫療契約法特別規範目的及功能來看，此闕如之處實屬可惜。

以下本文僅就 DCFR 有規醫療契約法（DCFR IV·Part C- Ch.8 醫療契約）規定中有關醫師說明義務部分，提出本文一些粗淺看法如下：

第一目契約內容：

IV·C-8：102 係針對醫療契約診斷作規定，從本條本文「治療提供者，在合理必要適當服務範圍內為履行：第 1 款：關於患者的健康情形、症狀、宿疾、過敏性反應，先前或其他當今的治療和患者的喜好和優先順序情形下進行治療；第 2 款：進行必要的檢查診斷患者的健康情況；第 3 款：任何其他涉及治療患者，治療提供者需與患者磋商。」規定內容，第 1 及 2 款規定是將臨床醫學臆診範圍明文列入契約履行義務內，並於第 1 款後段及第 3 款帶入濃厚患者自主權色彩，透過契約磋商方式。然而，是否一切均須在「合理必要適當服務範圍內」基礎上呢？解釋上尚不能說無疑，細繹之，患者選擇一項非「合理必要適當服務範圍內」的治療方式時，應如何處理？是直接依本條本文部分，認定該項非屬依合理必要適當服務範圍內，不予履行呢？還是透過第 3 款透過契約磋商磋商到合理為止？果此，是否又與尊重患者自主權醫學倫理原則及本條立法目的相違？此處日後將會產生適用上疑義。另一較負面思考方向，患者真得有能力選擇符合自身情況最佳療法嗎？還是只是假患者自主權尊重，行風險轉嫁之實呢？

第二目告知義務：

IV·C-8：105 有關告知義務規定，**本條第 1 項及各款**「治療提供者必須提供相關資訊以便患者選擇相關治療，特別是：(a)患者的健康狀態；(b)建議治療的性質；(c)建議治療的優勢；(d)建議治療的危險；(e)建議治療的優勢與其所伴隨危險相比較選擇；並且(f)拒絕任何治療的後果。」規定內容，係將兩法係長久以來運行的實務見解及學者通說，作明文規定，以杜絕說明義務範圍爭議；而就長久以來存有爭議的「什麼樣風險才需要告知？」，透過**本條第 2 項**「治療提供者凡涉及合理可預見危險會對患者決定產生影響患者治療同意與否的任何危險均必須告知。如該危險的具體化情形，將導致患者嚴重的損害，該危險即被認為能影響決定。除非有其他情形外，相關責任適用第 7 章(資訊)的規定。」規定內容，以循解決向來「罕見危險」、「退卻選擇」等爭議問題。

本條第 3 項「資訊提供應依患者可理解方式。」規定內容，將通說向來採客觀標準，改依具體患者標準，來履行告知方式，本文基於落實患者自主決定權的制度目的，原則持同意立場，惟如遇認知症患者（尤其是左太腦顳葉認知區病變者，認知能力欠缺），應如何行使告知，將面臨問題，本文認為宜類推解釋本法 IV·C-8：108 第 3 項規定意旨，以同意權人得認知方式履行告知。

第三目在非必要或試驗治療情形告知義務：

IV·C-8：106 有關非必要或試驗治療情形告知義務規定，**本條第 3 項**「當事人不能致使患者受有損害而排除此法條適用或減損或改變它的法律效果。」規定內容，基於契約規制目的所設置，本文基於保障患者權益持贊同意見。

本條第 1 項「如果治療關於患者的健康情況是非必要的，全部已知的危險必須揭露。」及**第 2 項**「如果治療是試驗階段，全部關於該試驗的相關資訊，治療的性質、它的優勢和危險的性質和及其選擇，即便它只是潛在可能，仍必須被揭露。」規定內容，本文基於此兩項事項較未具醫療急迫性及測試階段風險高度不確定性考量，加重醫療提供者的告知義務，贊成規定內容。惟何謂與患者健康必要或不

必要治療的界線應如何區分爭議？恐怕有待日後更進一步研究。

第四目告知義務的例外：

IV·C-8：107 有關告知義務的例外規定，本條第 1 項「資訊提供告知責任通常基於患者可能持有：(a)有客觀理由相信那將嚴重的影響那些患健康或者生命；或者(b)如果患者明白地說明其希望不被告知，倘若資訊不揭露不危害第三者的健康或者安全。」及第 2 項「在一個緊急狀況所為治療，告知義務不須履行。在這樣的情況下，治療提供者必須儘可能，嗣後提供資訊。」規定內容，係將向來兩法系實務實解及學者通說轉為明文化規定。

第五目因未同意而未治療責任：

IV·C-8：108 有關未同意而未治療責任規定，本條第 1 項「治療提供者不可以進行治療，除非治療提供者已從患者獲得早先的告知後同意。」規定內容，可以解決一次告知後同意行為，能否援用於嗣後同種類治療行為的同意效力的爭議。本條第 2 項「患者隨時可撤回同意。」規定內容，只是將傳統契約法有關承諾意思表示撤回要件放寬，以進一步徹底捍衛患者自主決定權，不過，對於治療提供者因患者早先承諾意思表示所為特定費用支出（例如製定醫療器材、假牙訂做、特殊化療藥品進口等費用），並未明文規定，解釋上宜回歸各國民事契約法規範處理。

本條第 3 項「由於患者無同意能力時，治療提供者不能執行治療，除非：(a)取得告知後同意是從他人或者機關合法地取得授權關於該治療代替患者決定；或者(b)依規定或程序法律所許可授與未經同意得治療；(c)在緊急情況的必要性治療。」規定內容，本條項第 1 及 2 款係針對向來無同意能力患者同意權代理作明文化規定，此部分尚須與各國相關特別法規範作接軌，例如英國意思決定法案及德國修正監護制度之 *Betreuungsgesetz*（成年監護法），才能徹底保障患者權益（例如當代理行使同意權人與患者處於利害關係對立時）。而本條項第 3 款規定內容，僅是將向來容許緊急醫療情況例外，不須待患者同意的通說見解明文化，然而，此

處「緊急情況」如何解釋，日後將會產生爭議，例如新流感爆發疫情，強制隔離治療解釋上能包括嗎（此基於控制疫情公益目的緊急情況）？還是僅限於基於患者本身緊急情況才有適用？容有解釋空間。

本條**第4項**「在第3項規定情形下，治療提供者不能執行治療時，考量在可能範圍內，基於變成無能力患者在未變成無能力之前所曾要求的治療及任何相同的意見表示。」規定內容，只是將臨床醫療向來施行有年的醫學倫理四原則中「病人自主原則」實質內涵明文化。

本條**第5項**「在第3項規定情形下，治療提供者僅能進行基於改善患者健康目的的治療。」規定內容，基於此類情形患者同意意思是從間接事實推知其大致同意的意涵，故不宜援引作太積極行為的依據。

本條**第6項**「在IV·C-8：106 非必要或試驗治療情形告知責任規定第2項規定中的同意必須是明確及具體的方式。」規定，基於不具必要及急迫性情況考量，從嚴認定患者同意意思表示須具體明確，以落實保障患者權益。

本條**第7項**「當事人不能致使患者受有損害而排除此法條適用或減損或改變它的法律效果。」規定內容，基於契約規制目的所設置，本文基於保障患者權益持贊同意見。

第六目記錄：

IV·C-8：109 有關記錄規定，**第1項**「治療提供者必須建立相關治療適當的記錄。這樣的記錄必須包括，特殊的、任何初步的晤談相關資訊、檢查或就診、關於患者的同意的資訊和關於執行治療資訊」規定內容，係針對兩法系向來共同實務學說見解「醫師製作病歷記錄附隨義務」明文化。

本條**第2項**「基於合理請求，治療提供者必須：(a) 提供患者，或患者變成無能力同意時，他人或機關合法地取得授權代替患者決定使用該記錄；及 (b) 基於合理範圍內，回答有關記錄上問題的解釋。」規定內容，係針對兩法系向來實務及學者有關「醫師提供紀錄資料及說明病情義務」爭議，透過明文將請求主體擴

及患者以外法定權利主體者，然而，此法定權利主體者其權限是與患者並存？或是擇一行使？依條文解釋似宜認擇一為妥，蓋基於患者隱私資訊保護目的考量。本條**第 3 項**「患者遭受損害及主張來自治療提供者技能及注意義務及治療未遵守第 2 項的規定履行時，技能及注意義務未履行與損害之間推定具有因果關係。」規定內容，係將向來有關未紀錄醫療行為與損害間因果關係不利益，透過法律推定分配給醫療提供者負擔。

本條**第 4 項**「為患者或者患者的繼承人和為將來的治療，治療提供者必須保存記錄，並且提供它們的相關解釋資訊，從治療結束後起算合理時期至少 10 年。即使是在十年後，如該記錄被合理預期是屬重要的，治療提供者仍須保存該記錄。如基於其它原因，治療提供者停止治療，經協商後記錄必須被寄存或者交付給患者」規定內容，透過明文將病歷保存期限原則以十年為限，另涉有兩個例外情形，得讓病歷資料透過協商交托他人或患者保存，或可合理預期該病歷資料是重要時，得延長醫療提供者保存期限，惟延長多久並未設限似予醫療提供者過重保存義務，立法尚嫌不周。

本條**第 5 項**「當事人不能致使患者受有損害而排除此本條第 1 至 4 項規定適用或減損或改變它的法律效果。」規定內容，基於契約規制目的所設置，本文基於保障患者權益持贊同意見。

本條**第 6 項**「治療提供者不能對第三人揭露，關於患者的治療或涉及患者治療的其他人的資訊，除非為了保護第三人或者公共利益目的有揭露必要性時。治療提供者能為統計或者科學研究目的，用匿名方式使用記錄。」規定內容，針對患者資訊保密義務設有原則性規定，而基於保護第三人、公益目的及醫學實證科學統計研究目的合理使用設有例外規範，以杜絕爭議。

第七目 治療提供機構的責任：

IV·C-8：111 有關治療提供機構的責任規定，本條**第 1 項**「如在醫療契約履行過程中，該行為之履行在醫院或在另一提供治療的組織的場所，而該醫院或者其他

治療提供組織非醫療契約當事人，必須對患者明確說明其非締約當事人。」規定內容，明文針對非常態醫療提供服務類型，科予債務人說明契約當事人義務，以免令患者陷於錯誤締結契約。

本條**第2項**「當治療提供者無法被確認，醫院或者提供治療的組織將被當作治療提供者，除非醫院或者提供治療的組織有通知患者，在合理時間內，確認治療提供者的身分。」規定內容，明文將醫療提供者不明之風險原則分配給醫療提供者，並設有通知免責例外規定，以衡平醫病間雙方利益。

本條**第3項**「當事人不能致使患者受有損害而排除此法條適用或減損或改變它的法律效果。」規定內容，基於契約規制目的所設置，本文基於保障患者權益持贊同意見。

第三節我國醫療民事責任實證運作問題

在台灣，主張醫師未盡說明義務之案例，關於醫師是否已盡說明義務而取得病患之同意一事，如將侵入行為本身視為具有違法性，而將病患同意視為在法體系上之例外，則此具有阻卻違法性抗辯之意義，依一般舉證責任之分配，應由醫師就其已盡說明義務而取得病患同意一事，負舉證責任。但關於醫療侵入行為與損害間之因果關係，仍應由病患負舉證責任⁵⁴³。

以我國司法院法學資料庫內於2010年2月28日止所公布醫療民事訴訟實證資料共1065筆為基礎，就原被告訴訟爭點上有無主張「醫師說明義務」及有無違反舉證問題，實務上則存有不同見解之裁判。於**第一審**，原告有主張醫師違背說明義務者（共148件），占全部醫療訴訟第一審判決（657件）之22.5%。其

⁵⁴³ 此亦為德國通說之見解，參見 Adolf Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., C.H.Beck München, 2010, § 107, Rn. 18-19, S. 19. 但我國法上有關醫師說明義務性質，究屬過失要件或是阻卻違法要件，在實體法上仍有爭論，如將醫師未告知一事視為過失之要件，則依一般舉證責任分配，原則上係由主張侵權行為損害賠償責任之原告就過失負舉證責任。如於個案中有顯失公平者，再依民訴法第277條但書轉換舉證責任。有關我國民事實體法上之論爭相關文獻，請參酌前揭註43。

中，就舉證責任而言，判決理由中表示應由原告（病方）就醫方未盡說明義務負舉證責任者共有 2 件，⁵⁴⁴占就說明義務有所爭執者（148 件）之 1.4%；而判決理由中白表示由被告負說明義務違反之舉證責任者則有 12 件，⁵⁴⁵占就說明義務有所爭執者（148 件）之 8.1%；法院未明白表示由原被告負說明義務違反之舉證責任的判決數（共有 134 件），占就說明義務有所爭執者（148 件）之 90.5%⁵⁴⁶。

⁵⁴⁴ 士林地方法院 97 年度醫字第 4 號（原告復未提出證據證明病患梅 OO 當時係處於心神喪失或精神耗弱中，則被告醫院依病患梅雪放之意願將其轉送至淡水院區會診精神科，難認有何違反說明義務之情事）、雲林地院 93 年度醫字第 2 號（原告主張被告未為不手術治療風險之說明，應就該有利於己之事實，負舉證責任）

⁵⁴⁵ 臺北地院 94 年醫字第 4 號（如被告於術前得到病患即原告之同意，則其侵權行為即得阻卻其違法性）、士林地院 94 年醫字第 18 號（被告就其已盡告知義務之舉證尚不充分，但無因果關係，故原告敗訴）、士林地院 93 年醫字第 3 號（被告復未能舉證證明其曾向病患及家屬進行說明，則被告此部分空言抗辯即屬無據，但無因果關係，故原告敗訴）、板橋地院 96 年醫字第 11 號（被告劉 OO 就其已盡說明義務之事實，自難認已盡舉證之責任）、板橋地院 93 年醫字第 6 號（被告張 OO 就其業盡告知說明義務，並未舉證以為證明，自難信為真實）、基隆地院 93 年醫字第 1 號（被告是否已履行其告知義務，就得以阻卻違法及是否已履行醫療契約義務之角度而言，此項告知義務之履行乃為對被告有利之事實，應由被告負舉證責任）、臺中地院 95 年醫字第 5 號（被告二者在為游○○進行系爭手術前，須盡充分告知義務，取得游○○或其家屬即原告無瑕疵之同意，始得阻卻該項侵入性醫療行為之違法性，則有關此項阻卻違法事由存在之事實，乃有利於被告，依民事訴訟法第 277 條前段自應由被告負舉證責任）、臺中地院 90 年重訴字第 334 號（侵權行為損害賠償事件，關於該當於侵權行為之要件事實之一即過失事實之有無，依據一般舉證責任之原則，係須由被害人負主張及舉證之責，惟在本件醫療糾紛之事件，病患王 OO 與被告周 OO 間，就醫療專業之認識，處於極不平等之地位，且核以當前之醫療實務，病患之病歷與其他有關之就診資料，均為醫師及醫院所保有，病患難以知悉，且本件原告係主張被告周 OO 未盡說明義務，屬消極之事實，苟要求原告應就上開過失事實之存在，負舉證責任，自顯失公平，故而關於上開事實之有無之舉證責任，本院認為有民事訴訟法第二百七十七條但書規定之適用，即被告應就被告周偉強業已盡說明義務而係因病患王 OO 拒絕始未進一步作病理切片之確定診斷）、嘉義地院 92 年醫字第 5 號（按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉証之責，民事訴訟法第 277 條定有明文。又主張積極事實者，就其事實應負舉證責任，主張消極事實者，則不負舉證責任。本件原告既否認被告有依手術時醫療法第 46 條盡說明告知的義務，依上開說明，即應由被告負舉證責任）、臺南地院 94 年醫字第 1 號（而其亦未舉證證明其有告知蔡 OO 懷孕生產可能發生之風險）、高雄地院 97 年醫字第 5 號（醫師應負說明義務之舉證責任，而患者應對如醫師告知如此即不會為此決定的因果關係舉證）、高雄地院 96 年醫字第 2 號（醫師依該手術同意書之內容所實施之手術始得以阻卻違法）。

⁵⁴⁶ 參沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表二八。

在第二審，原告有主張醫師違背說明義務違反者較第一審比率高，共有 93 件，占全部第二審判決（299 件）之 31.1%；其中，法院明白表示由原告負說明義務違反的舉證責任的判決數（共有 3 件），⁵⁴⁷占爭執說明義務者（93 件）之 3.2%；法院明白表示由被告負說明義務違反的舉證責任的判決數（共有 6 件），占 6.5%；⁵⁴⁸法院未明白表示由原、被告負說明義務違反的舉證責任的判決數（共有 84 件），於爭執說明義務之判決（93 件）中佔 90.3%。如以案件數為計算單位標準，有主張說明義務違反的案件數（共有 220 件），占全部案件數（702 件）之 31.3%；其中，法院明白表示由原告負說明義務違反的舉證責任的案件數（共有 5 件），占全部案件（702 件）之 0.7%；法院明白表示由被告負說明義務違反的舉證責任的案件數（共有 18 件），占全部案件（702 件）之 2.6%；法院未明白表示由原

⁵⁴⁷臺灣高等法院 89 年重上字第 114 號（關於被上訴人張 O 無善盡告知說明義務，屬有利於上訴人之事實，依法應由上訴人負舉證責任）、臺中高分院 90 年上字第 55 號（依前開說明及舉證責任分配原則，自應由上訴人就被上訴人上開醫療行為有過失乙節，負舉證之責）、臺南高分院 95 年醫上字第 1 號（上訴人等雖主張被上訴人未為不手術治療風險之說明云云，惟其並無法提出其他確切之證據足資證明，或供本院調查以實其說，且本諸前述規定，其自應該有利於己之事實，負舉證責任；而本件雖屬醫療事件訴訟，但被上訴人究竟有無將不進行開刀手術治療所可能發生之不利結果向被害人丁顯親或其家屬說明，究之並不涉及專業之醫學知識，賦予上訴人等舉證責任，並無違反武器平等或誠信原則，自無民事訴訟法第二百七十七條但書所稱顯失公平之情事，附此敘明）

⁵⁴⁸臺灣高等法院 95 年醫上字第 10 號（本件朱 OO 依據醫療契約，負有向朱 O 琪報告之告知義務，其既無法證明有不可歸責之事由而未能履行其告知義務，致朱 O 琪之子宮遭次全切除而僅剩子宮頸，自屬對朱 O 琪身體之侵害）、臺灣高等法院 95 年醫上字第 14 號（張 OO 辯稱：伊曾指示急診室人員，告知上訴人得轉院以爭取治療時效云云，尚未舉證以實其說，自難憑其空言，即予採信。是故，被上訴人此部分之告知說明義務，尚有未盡，應堪認定）、臺灣高等法院 89 年上字第 641 號（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）、臺中高分院 96 年醫上字第 5 號（依舉証責任分配之原則，自應由被上訴人即被告負舉証責任，已提出同意書舉證盡告知）、臺中高分院 96 年醫上易字第 4 號（如果病患或家屬簽署同意書，自然表示對同意書所列載事項瞭解並同意，才會簽署。本件上訴人既已書立同意書，同意書上亦記載經醫師詳細說明已充分瞭解，自應認被上訴人已盡醫療上揭義務）。高雄高分院 95 年醫上字第 5 號（被上訴人 陳 OO 未能舉證證明有於蔡 OO89 年 6 月 20 日、同年 6 月 27 日回診時，告知其肺部有結節，及等傷口穩定要做後續追蹤病因）。

被告負說明義務違反的舉證責任的案件數（共有 197 件），占全部案件（702 件）之 28.1%⁵⁴⁹。

關於醫師說明義務之舉證責任分配及證明程序，法院實務見解亦存在分歧。於病歷中附有患者手術（檢查）同意書及說明相關紀錄（例如護理紀錄有載明）時，較多數之判決認為醫師已盡說明義務；如原告仍就此為爭執時，法院則令原告負舉證責任，此亦未因原告主張是侵權或契約責任而有所不同，但仍多透過鑑定意見據為判斷。於醫師雖違反說明義務，但未導致病患有醫療上損害發生時，實務上多半會認為醫師不用負責，而未若有些外國法上有認為，違反醫師說明義務侵犯病患自主決定權時，雖未釀成醫療傷害，仍須對侵犯病患自主決定權負賠償責任。實務上針對醫師說明義務範圍、程度等，尚無一定論，雖常引用最高法院 94 年 2676 號刑事判決內容及相關醫療法規，但適用在具體個案時，仍有南轅北轍的見解。

基於前述實證資料，關於醫師說明義務涉及判斷系爭醫療行為有無違反保護義務（侵權責任的故意過失要件、契約責任的加害給付、瑕疵給付行為）；但就如何認定「醫師有無履踐說明義務判斷標準」，則呈現多樣性，其中，有依「治療、檢查、手術同意書」、「病歷內容」、「訊問當事人」、「視具體案件不同」等方式，甚至是多種方式並行。相對於此，兩造律師關於說明義務及其舉證責任之部分，基於個案具體事實做不同主張及抗辯。基上足稽，說明義務在我國屬於法律學之新興領域，實務家仍有對於基本概念掌握不夠充分之現象。法官在面臨判斷說明義務有無違反之困難，已非純然從實體法上告知後同意法則（Informed Consent）與侵權規範論得以充分解決⁵⁵⁰。

回溯本章第二節國際趨勢論述，無論是英國或德國均對「患者自主權」保護內涵，配合各國醫療政策方向，作更細緻的分類，企圖在該國「醫療臨床作業」、

⁵⁴⁹ 參沈冠伶、莊錦秀，前揭註 11，圖表二八。

⁵⁵⁰ 參王澤鑑，前揭註 117，頁 294-301。

「患者自主權保護」作調和，當然，如此調合是否適當，則容有不同看法，誠如學者 Dreier 認為⁵⁵¹，恐怕是對患者自主權的不夠尊重。而台灣全民健康保險 2010 年 1 月開始實施 155 項住院論病例計酬 DRGs 支付制度推行⁵⁵²，大致上是步入國際醫療改革第二部曲「抑制醫療費用」，基於外國歷史殷鑑不遠，醫療改革第二部曲「抑制醫療費用」所引發的問題，以美國為例，美國在 1983 年所採行的醫療政策改革「DGR/PPS」，該項醫療政策所伴隨而至的弊端「醫療品質下降」、「醫療資源供應不足」、「醫療現場混亂」。台灣當局衛生主管機關應如何因應，提供國民「安全、效率及品質的醫療」，應是目前當務之急，尤其是「不當出院決定」爭議，恐怕是日後涉及「醫師說明義務」的重要戲碼，這個領域深耕研究，須要醫界及法界共同努力，才能共營「保護患者人權」、「醫界免於因而訟累」、「醫療政策得於運行無礙、醫療資源合理分配及風險適度管控」的未來。

另就歐洲醫療契約法草案觀察，全文共十條涉及醫師說明義務即占有七條，其中，針對英德實務見解作明文化規定，是屬於普通法系與大陸法系所能共同接受的最大公約數，對於目前台灣無論是醫療臨床科技或法律社會科學面均採普通法系與大陸法系國際混合採購標而言，或許能引以為參考依據，對於國內學者實務見解統一，或能有些許助益吧。

回顧本章第一節論述，在英德國家醫療訴訟案件中，援用程序法或證據法則修正等訴訟法理，藉以提供其國內現行法制規範下所呈現醫療訴訟案件的困境解紓。細繹之，英國和德國法規範下在資訊揭露過失，呈現顯著差異。英國法區分兩類，一為關於治療的性質和目的「基本的資訊 (basic information)」，如果未揭露所得到患者同意是無效的，依侵襲性(非過失)侵權行為訴訟處理；另一是「附隨的資訊 (collateral information)」(包括危險和選擇方式等)，此部分未揭露，不影響同意的效力，只是會有一些成立過失責任。德國法，採用單一的方式，不論是未揭露的基本的資訊或附隨的資訊，均是以同意無效成為不合法治療。而台灣

⁵⁵¹ FAZ v. 30. 8. 2008, S. 8; zum Gesetzgebungsverfahren *Stünker*, DRiZ 2008, 248.

⁵⁵² 有關 DRGs 支付制度，請參 <http://www.nhi.gov.tw/visit> at 2010.12.20

目前主張醫師說明義務違反的內容豐富多元，而在民事責任體系處理，似乎是融合了英德兩國見解，由律師在實務運作面混搭主張，而法院裁判見解則是以當事人主張為裁判基礎，因而也隨之分歧。另從前述 DCFR 有關醫師告知義務相關規定，對於資訊內容並未如英德上述方式，與台灣目前實證現象及醫療法規定相近。

基上，英國法區分非過失(侵襲)及過失侵權行為的人身體權益侵害類型的傳統分類；德國法在單個法條規定，德國民法第 823 條內即同時規範侵權的兩種類型。在普通法英國，在其規範體系適用過失，依照對人身傷害的賠償有關的其他個案，患者被要求治療過失請求損害賠償舉證門檻與對造是相同。在德國，患者自主權損害來自於醫師本應揭露資訊義務給患者，通常一個責任成立，然而僅有違反自主決定是不夠的⁵⁵³，須要該治療造成患者健康受損結果⁵⁵⁴。從醫療事故侵權的概念下，患者有效同意是一個重要先決條件。相較之下，台灣有依契約責任主張⁵⁵⁵，亦有從侵權責任訴求⁵⁵⁶，然而，無論是從契約或侵權主張，違反告知義務與損害發生須具因果關係⁵⁵⁷，基此則是與英德無異。

有關揭露範圍標準部份，相較於英國法，德國法在揭露標準是較好，有時因細微風險未揭露來進行索賠。從表面上判斷患者自主權，德國案例法似乎為最大限度保護⁵⁵⁸。實際上德國法院的方法可能被認為如同一個嚴格責任；醫師根據不利的治療結果負責任。有疑問的是在「退卻選擇 (fall-back)」情況，患者治療過失訴訟遇到的舉證困難問題。基此，相較之下，醫師(或者他的醫院)對其不可能於事前未揭露的部分，尚可揭示臨床管理標準以資抗辯。德國法在相關揭露義務相較於英國法較不嚴格的。而台灣有關醫師說明義務範圍，傳統以來民事法院醫療判決援引最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決，就醫師說明義務範圍

⁵⁵³ Anders OLG Jena VersR 1998, 586; vgl. auch Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 366.

⁵⁵⁴ BGH NJW 2008, 2344.

⁵⁵⁵ 例如，台北地院 95 年醫字第 19 號判決

⁵⁵⁶ 例如，台北地院 94 年醫字第 33 號、台中高分院 95 年醫上易字第 2 號判決

⁵⁵⁷ 吳俊穎、賴惠蕓、陳榮基，前揭註 43，頁 24；台灣高等法院 95 年醫上字第 14 號。

⁵⁵⁸ 有關患者自主權，參閱 G Dworldn, supra note 525, at 108.

的界定，鑑此在現行醫療法第 63 條第 1 項、第 64 條第 1 項、第 81 條及醫師法第 12 條之 1 規定之適用下，原則上醫師說明義務範圍為：告知醫療行為的風險，醫療行為方式、意義及效果；擬進行之醫療處置的方式及範圍、醫療處置可能發生及一定伴隨的效果及風險、不接受醫療處置後果評估、醫療處置對患者身體完整性及可能造成生活負擔影響、醫療處置伴隨之風險及其替代選擇之醫療處置等。然而，晚近，最高法院 96 年台上字第 2476 號民事判決內，明確指出「病患主訴決定醫師危險說明義務範圍」之法律意見，似乎有意將醫師說明義務範圍縮小，本文基於醫師對就診患者須為臆診過程中，其中，包括了「問診」，問患者的過去與現在，問診紀錄單內包括很廣範，舉凡職業工作、家族病史、過敏史（食物、藥物等）、個人疾病史（含特殊體質等）、本次就診主訴等，基於醫師紀錄義務，本應就前述各項詳加說明並為記載始足妥當，至於，目前臨床看診時間三分鐘實難科求醫師做如此詳細問診問題，實屬另一問題，應導入醫院機構責任來做適度平衡調整。故仍宜以上述傳統實務見解所採，對於患者自主權保護較為周全。就此，另回顧本章第二節部分，針對醫師告知義務最核心規定 DCFRIV·C-8：105 有關告知義務規定，本條第 1 項及各款「治療提供者必須提供相關資訊以便患者選擇相關治療，特別是：(a) 患者的健康狀態；(b) 建議治療的性質；(c) 建議治療的優勢；(d) 建議治療的危險；(e) 建議治療的優勢與其所伴隨危險相比較選擇；並且(f) 拒絕任何治療的後果。」規定內容，係將兩法係長久以來運行的實務見解及學者通說，作明文規定，以杜絕說明義務範圍爭議；而就長久以來存有爭議的「什麼樣風險才需要告知？」，透過本條第 2 項「治療提供者凡涉及合理可預見危險會對患者決定產生影響患者治療同意與否的任何危險均必須告知。如該危險的具體化情形，將導致患者嚴重的損害，該危險即被認為能影響決定。除非有其他情形外，相關責任適用第 7 章(資訊)的規定。」規定內容，以循解決向來「罕見危險」、「退卻選擇」等爭議問題觀察，也是與台灣向來實務通說驅勢一致⁵⁵⁹。

⁵⁵⁹ 有關罕見風險要否告知問題，應依「該風險實現後結果是否嚴重」來決定要否告知，參林欣柔、楊秀儀，前揭註 62，頁 29。

就涉及醫師不法未揭露與患者損害之間必須具備因果關係，在兩個國家法體系裡，醫師關於損害的危險是來自行為本質性，是不負責任，而是針對未揭露它的存在時(如同未給患者避免它的機會)要負責。在英國，法律焦點在導致的損害，患者證明會使用該機會，透過決定拒絕該治療⁵⁶⁰。相較之下，德國採用醫師未揭露資訊使治療不合法，所致損害需足生身體上損害的結果。同時，德國法醫師尚得以「假設的同意」抗辯。其次，在認定法律因果關係範圍要多大的問題，危險具體發生係來自那個未揭露醫師過失的行為。總的來說，無論是德國或英國法院見解趨向採擴張認定賠償。在台灣，有關法院採取「假設的同意」有台灣高等法院 84 年上字第 1288 號判決，認為個案原手術部分可從左側卵巢腫瘤切除，擴及於右側卵巢腫瘤一併切除，是否當否實值探究⁵⁶¹，本文贊同。

有關揭露義務未載明紀錄內的效果，依 DCFRIV·C-8：109 有關記錄規定，**透過本條第 3 項**「患者遭受損害及主張來自治療提供者技能及注意義務及治療未遵守第 2 項的規定履行時，技能及注意義務未履行與損害之間推定具有因果關係。」規定內容，係將向來有關未紀錄醫療行為與損害間因果關係不利益，透過法律推定分配給醫療提供者負擔。這與台灣實證認為紀錄欠缺推定醫師未履行，由醫師對已履行負舉證的穩定見解相合致。

最後，一般證據（舉證）概念的差異在兩國家的規則，影響揭露過失訴求基本舉證責任。根據普通法英國的過失舉證責任負擔在患者，在德國，醫師必須證明當時他揭露足夠相關危險的資訊使得同意是有效。這非但對患者通常在舉證責任高於一般民事案件而言是重要的，也將有助於未揭露的訴訟普及化。雖然學者提出質疑，德國法院維持「治療如同是人身傷害」穩定見解。相較台灣而言，原則上由醫師就已盡說明義務負舉證責任，在極為少數民事判決明白責令原告負舉

560 Chester v Ashfar [2004] UKHL 41

⁵⁶¹ 相關質疑論點，請參吳志正，「解讀醫病關係 II」，頁 337 以下，元照，2006 年。相類判決但當事人主張手術部位逾越其同意或未取得同意，而法院大都依鑑定意見判定該項手術為具體個案病情所須之醫療處置，認為醫師不用負責，臺南高分院 95 年度上字第 189 號（下級審臺南地院 92 年度訴字第 1810 號意見一致）。另有學者認為在長庚醫院截肢重建整型案，該案醫師得援引假設的同意抗辯，參侯英泠，前揭註 43。

證⁵⁶²。

第四節在本文所建立醫療契約責任體系的

適當地位

在本章第三節論述，本文係基於目前醫療民事責任實證的基礎上，作一些台灣目前通說概念及英德及 DCFR 內相關醫師說明義務的性質等規範的探討及說明。本節論述則是架構在本文擬建立的醫療契約責任體系上，醫師說明義務的性質應如何處理的問題。

本文向來認為在探討醫師說明義務及患者自主同意之前，應先處理患者同意能力問題。甚至，認為在某些臨床醫療行為類型（變性、器官移植、安寧緩和、終止生命、精神科患者不可逆的治療等），患者同意能力似乎不應像目前僅從認知心理學評量、形式成年年齡、未被宣告成年監護等來逕行判斷患者有無同意能力，應從更保護患者的基本權為出發，從更具客觀性「從認知神經學角度，檢視認知能力有無及如何轉譯成同意能力的軸線」來鑑定患者的同意能力是否具備，從而，在患者自主同意能力確為存在前提下，才能進一步透過醫師說明風險，經患者同意後，將無法迴避的風險歸由患者負擔，如此一來才能真正落實符合憲法保障的人性尊嚴的基本人權（或稱患者人權、醫療人權）。

但鑑於本文限於能力及時間因素，以下的論述是先假設上述客觀前提具備（即已從認知神經學角度確認過患者同意能力確已具備⁵⁶³）。基本上本文認為資訊揭露義務，在一般民事契約關係中，會因契約相對人是否「屬於專屬特定」契約關係，會有所不同，細繹之，團體性的諮詢者與個人化的諮詢者，資訊揭露義務範圍及程度，長久以來即容有相關差異爭議。例如，一般對團體性理財講座資訊揭露與個別客戶專屬理財資訊揭露程度與範圍即存不同。

⁵⁶² 例如，士林地方法院 97 年度醫字第 4 號、雲林地院 93 年度醫字第 2 號

⁵⁶³ 此部分臨床研究須從細胞學、生化學及神經認知學三大角度切入，再搭配腦神經相關檢定儀器、認知能力評估表等的臨床實作等，此部分日後有機會再另文發表。

然就醫療民事契約關係而言，常態上屬個別專屬性資訊揭露類型，就此類型資訊揭露義務範圍略可分為「Information」、「recommendation」及「advice」三者，「Information」係指事實上資訊，例如，某甲經確診罹患某種疾病，該疾病存活機率多少的資訊揭露義務即屬此類。而「recommendation」則是屬價值判斷上資訊，即依某甲具體病情，醫師提供可供選擇治療方法及評估等資訊。「advice」係指促使作決定選擇的資訊。故而，本文認為醫師資訊提供範圍，應以具體患者的需求為基礎。進一步言，「Information」(事實上資訊告知義務)屬於結果債務，蓋此部分資訊只要能透過檢證資料(庫)即可得資訊，醫師對此類資訊本應基於契約義務提供給患者，而「recommendation」及「advice」二者則原則上屬於手段債務，除非經由醫師建議提供將實現該結果，履約後卻無法提供被承諾實現的結果，此時即會例外被認定為結果債務。因通常情形下，「recommendation」及「advice」範圍資訊，會涉及患者本身生物體、疾病特殊及醫療行為特性的不可確定性程度高，故而判定上則是屬手段債務，除非醫療契約締約內容結果實現為醫方所承諾則將會被判定屬於結果債務。

而前述的手段債務類型及結果債務類型的醫師說明義務性質分析，適用在非強制醫療領域，固為本文的醫療民事契約責任體系主要論點，至於，能否適用在強制、緊急醫療領域，有待日後再進一步另文探討。



第五章醫療契約責任體系之建構

第一節、問題提出

歷經前述第二章我國醫療民事責任實證及第三章契約責任與侵權責任規範功能探討後，總結出向來醫療民事賠償制度運作下所產生重要問題是「重侵權、輕契約」、「過度依賴專家鑑定意見」、「舉證責任修正原則有其極限」、「醫療因果關係高度不確定性的既定宿命」等，有關前二者，本文前述章節論述及統計實證足以勘證，不再贅述。

在「舉證責任修正原則有其極限」部分，回顧我國醫療民事責任實證，偶而引用來自英美及德國相關證據修正原則「事實說明自己原則 (Res ipsa loquitur)」⁵⁶⁴、「表見證明原則 (Anscheinsbeweis)」⁵⁶⁵、「可完全控制的風險原則 (voll beherrschbare Risiken)」⁵⁶⁶等證據修正原則。從英國在著名案例 *Roe v Minister of Health* 觀察，該案上訴法院，Denning LJ 在該判決指出，『當我在你的手裡時，你對我作了某些事情後，我的生活已毀了，請解釋這是如何發生的。』⁵⁶⁷，或許曾經振奮了不少普羅眾生的心靈。然而，在疾病不能被治癒或者用適當的治療改善固有情況的可能性情況下，事實說明自己原則 (Res ipsa loquitur) 適用上有其極限恐怕是無法處理。再觀察德國法院在許多醫療錯誤(瑕疵)案件中，所適用的「表見證明原則 (Anscheinsbeweis)」，如同事實說明自己原則 (Res ipsa loquitur) 一樣，主要適用範圍在於意想不到醫療行為所引致損害的情形，例如，該物體在

⁵⁶⁴ 例如：臺北地院 89 年度重訴字第 472 號判決、臺北地院 95 年醫字第 5 號。至於高雄地院 93 年醫字第 6 號判決，患者律師雖有主張「違反表面證據(事實說明自己或事情本身說一切)之證據法則，可知鑑定意見不可」，但法院未予採認。

⁵⁶⁵ 例如：臺灣高等法院 96 年再字第 76 號。該判決僅表示，在醫療訴訟中有表見證明法理適用之可能性，惟在該案中，並未予以適用而為事實之認定，並駁回原告之請求。

⁵⁶⁶ 臺北地方法院 95 年度醫字第 14 號判決，援引德國實務及學說上發展之重大醫療瑕疵原則以轉換舉證責任。

⁵⁶⁷ *Roe v Minister of Health* [1954] 2 QB 66 (CA) 81.；這裡涉及英國醫師注意標準內容，醫院或醫師可能會以屬於「不可預見性」來抗辯。

診所或者異常傷害期間，已經遺留在患者體內、注射之後旋即發生損害情形等⁵⁶⁸。嗣後，德國法院因考量該國法律對舉證責任須達「確信」程度，對患者誠屬過重，發展出「可完全控制的風險原則（voll beherrschbare Risiken）」，允許在一定事實情況認定被告過失⁵⁶⁹。然而，「可完全控制的風險原則」將陷入什麼是「典型事件類型」原因，及涵攝範圍邊際的爭議⁵⁷⁰；利用「可完全控制的風險原則（voll beherrschbare Risiken）」的重要優勢，在為患者作舉證責任轉換上。有時，「可完全控制的風險原則（voll beherrschbare Risiken）」較能處理情況範圍所向外延展所致損害的獨立危險的事項，被限制適用在二種類型上，一種是屬於「衛生上可控制」⁵⁷¹，而當時被告有履行此義務，針此舉證責任轉換由被告證明當時確已運用所有相關的預防措置。第二種情形是患者主張損害來自手術台上所生錯誤。基此，治療者承擔證明確實符合醫學標準要求的義務，雖然在這裡的證明需求不特別高，例如通常不會要求詳細的病歷檔案證據⁵⁷²。當醫院未履行病歷紀錄責任，德國聯邦法院使治療者負擔因果關係不存在舉證責任，例如，即使用正確的方式也會發生相同的損害⁵⁷³。但是，這並不適用於那些患者因罕見的身體的特殊性所增加其易感性發生損害的問題，法院認為舉證的轉換所考慮立場是該損害基於危險原因的考慮因素，包括從患者的身體的本身導致的損害，可以透過醫師醫療計畫排除；因此，給患者一個為什麼這類型損害然而發生的解釋，但是，就該個案患者的不可預見的罕見的異常而論，危險不再為醫師能完全可控制，這樣情況並無舉證轉換的適用餘地⁵⁷⁴。從而，上述源自英德國家的這些舉證責任修正原則，僅適用在特定醫療案件類型，並無法解決全面或大多數醫療民事賠償問題。

568 BGH, VersR 1952, 180; A Laufs and W Uhlenbruck (eds), Handbuch des Arztrechts, 3Aufl.Munich, Beck, 2002,§ 108,Rn5.

569 C Katzenmeier,a.a.O.,S. 437.

570 BGH, VersR 1965, 792.

571 BGH,NJW 1991, 1541.

572 BGH, NJW 1984, 1403.

573 BGH, NJW 1995, 1618.

574 BGH, NJW 1995, 1618.

另就「醫療因果關係高度不確定性的既定宿命」而言，因果關係不確定情況下，患者是否能得到任何賠償，我們可以發現無論國內外法院的基本態度傾向限制的。在這方面，英國和德國基本趨勢是一致，然而，在要求證據方法上有所差異，基此，相較於英國，德國法揭示更明顯更多的「對患者較友善」立場。在英國仍是恪遵「患者負擔原則」⁵⁷⁵及拒絕「喪失機會」的損害賠償立場⁵⁷⁶。而德國則以「間接損害案例舉證責任緩和」及「在錯誤診斷案例時舉證責任緩和」來微調整患者不利地位；關於前者，德國聯邦法院（BGH VersR 1963,67）認為該案患者因被告所開給皮膚藥膏產生過敏反應有過失，病程演進最終因急性敗血症致死，法院認定在過敏反應與急性敗血症的責任範圍之間具有因果關係，依據較低的證據標準（ZPO,第 287 條）⁵⁷⁷。另在德國聯邦法院(BGH NJW 1978, 1683)案例，該患者因接受帝王式剖腹手術過程，手術部位皮膚消毒所使用藥劑受污染導致局部皮膚過敏，嗣後發生中毒性休克症候群及腎衰竭，必須使用高藥效的抗生素治療，並因而造成嚴重的損害。就此，該被告醫院抗辯中毒性休克的原因，是來自個體自發免疫性原因，法院則認為消毒行為致生皮膚過敏是責任成立問題，嗣後其間複雜生理機轉變化（即責任範圍）的因果關係，只須依 ZPO 第 287 條證據標準⁵⁷⁸。有關後者，則以「重大醫療（瑕疵）原則」提供了「機會的喪失」採比例賠償的可能性⁵⁷⁹。即便如此，德國法院緩和法律有關舉證責任要求，卻造成德國民事證

⁵⁷⁵ Wilsher v Essex Area Health Authority [1988] AC 1074 (HL).在此案件中，原告早產兒甫出生時在被告醫院治療後返家，發現罹患早產兒視網膜症(retrolental fibroplasia, RLF),資料顯示醫療人員於原告住院期間提供過氧高濃度，可能致使原告發生早產兒視網膜症。惟醫學實證認為會引起早產兒視網膜症有五種原因可能導致，上議院仍要求由原告舉證證明其發生失明係因被告提供過高濃度氧氣所導致。

⁵⁷⁶ Gregg v Scott [2005] UKHL 2,190. 被告醫師未建議原告進一步檢查，使其喪失使用一種治療癌症藥物降低原告的存活機會請求賠償案。原告在就診時向被告醫師主訴，其腋下有一腫塊，被告醫師當時未建議其至醫院作進一步檢查，一年後被確診為淋巴癌。被告疏失所造成的影響，依據「延遲治療致使癌症已經移轉」實證統計資料，原告的「治癒」（醫學界定，如同十年無疾病的生存的）機會，已經從 42%降到 25%。十年後原告雖仍活著，但期間經過痛苦治療與折磨。上議院仍拒絕原告所主張喪失機會的賠償。

⁵⁷⁷ BGH, VersR 1963,67.

⁵⁷⁸ BGH, NJW 1978, 1683.

⁵⁷⁹ M Kasche, Verlust van Heilungschancen—eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999.

據的整體制度爭議，及緩和方式與其範圍界定爭議問題⁵⁸⁰；另存有一個何謂「重大的」不確定概念的爭議，很難有一致性認定的尺度。

從而，我們可以從上述外國法相關闡述，對於醫療事民事責任處理趨勢，為何英德國朝向二個大方向，一是「調整傳統醫療民事過失原則」方向，或是採「部分補償制度」或是採「醫療仲裁制度」。另一個方向是歐洲醫療契約法內「組織責任」問題，會有更深的體會（參附件一）。

反觀，台灣目前醫療民事實證趨勢，除了法院漸有引進英德前述事實說明自己原則（*Res ipsa loquitur*）、「表見證明原則（*Anscheinsbeweis*）」、「可完全控制的風險原則（*voll beherrschbare Risiken*）」、「重大醫療（瑕疵）原則」，提供少數個案救濟蹊徑外，尚有堅守「醫療民事責任過失原則」，過度解讀醫療法第 82 條第 2 項修正意旨，堵死消費者保護法服務責任適用醫療服務行為的可能性，讓最應負責的醫療機構藉引遁逃「組織責任」拘束問題。與其說台灣現階段須要引入外國的「醫療機構組織責任相關理論」提供患者及醫療人員的生命出口，還不如求諸於己，「承認醫療法第 82 條第 2 項修正，僅是宣示向來傳統民事過失原則」，讓消費者保護法服務責任適用於醫療服務行為，對於解決問題上較為全面、單純及直接效益。這個效益將會發生間接有效抑制「醫療法人」⁵⁸¹消耗「健保醫療資源」及「患者的荷包」的現況，卻有可能一點責任都不用負的怪現象。針對前述台灣醫療民事責任領域的現況，本文礙於個人因素考量並不擬從此處提出解決方案，留待日後另文再論。以下，本文論述從醫療契約責任體系建構及法理適用方向，拓展出向來鮮為人論及與重視的玫瑰園地，雖然，它極有可能將會永遠被埋藏在荒煙蔓草裡。

580 C Katzenmeier, a.a.O.,S.519. 持懷疑態度：H Stoll 'Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht' in E Deutsch (ed), Festschrift fill- Steffen ,Berlin, de Gruyter, 1995,S. 465. 持反對立場：M Kasche, a.a.O.,S.261; 持有利觀點：N Jansen, 'The Idea of a Lost Chance',271, Oxford, Journal of Legal Studies (1999).

581 有關醫療法人得營餘分配（醫療法第 53 條），醫療機構已從向來實質的營利機構，轉為無論是實質或形式均是營利機構，相關論述留待本章後續「契約責任」部分深論。

具體而言，在台灣民事責任體系下，向來通說認為無論是契約責任或侵權責任均採二元論，即以「有責性」及「違法性」具備為契約責任或侵權責任的責任成立要件，基本文前述章節所述理由，本文認為在契約責任體系及現行契約法規範上有採「契約義務違反」一元論來取代向來通說「二元論」見解，能合法乎現行民法法規範解釋空間⁵⁸²。果爾，優點將有三：一，還契約本色，來自於契約當事人契約拘束力所及的「契約義務規範及風險分配」的核心價值，至於，債務人有無故意過失，在契約法的領域裡，並非屬於契約責任成立要件。二，從本文第二章實證研究，呈現出判斷債務人有無過失及有無違反契約義務均是以「義務違反」為判斷對象，既判斷同一，將其合併為一較為簡潔有力。三，減輕債權人反復舉證、認定差異矛盾。基此，何謂「契約拘束力」？是否即為契約責任「歸責事由」內涵？即文本章論述重點之一，此部分將引進日本學者山本敬三「契約拘束力」理論。本章另一論述重點在，由當事人間契約內容「歸責事由嚴格化程度高低不同」情況，所出現在醫療契約類型中，其「債務本旨」在判斷上會隨著「歸責事由嚴格化程度高低不同」，針此，本文援引法國「手段債務及結果債務」理論來處理「債務本旨」判斷及責任成立要件判斷問題，即當事人對於契約結果實現為承諾時，契約歸責事由嚴格化程度高，則納歸為結果債務類型；反之，當事人債務本旨是為承諾一定履行但未承諾一定結果實現，契約歸責事由嚴格化程度低，則納歸為手段債務類型。

鑑於，我國民法典內並無醫療契約典型契約規範，故以下探討將從日本比較法觀點談傳統契約法規範，之所以選擇日本法，並非日本現行民法有醫療契約法（日本現行民法及債權法基本方針仍未針對醫療契約納入法典化），係因無論從歷史、政治、法社會背景或從民法實質規定意涵觀察，日本民法與台灣民法有著「蕭規曹隨」之光影，誠如學者陳自強於文獻中指出，從民法典之外觀而言，我國民法與德國民法最為接近，均採五編之構造，債編介乎總則編與物權編之間，後殿以親屬編與繼承編，編排順序相同，與日本民法物權編先於債權編有所不同。但

⁵⁸² 參本文前述第三章第十一節論述。

若仔細與我國民法債編相對比，具體而微之差異。依陳氏認知，德國民法向來被認為為我國民法主要之繼受對象，此種說法，至少就債編而論，並不精確。事實上，我國債編繼受德國債編與瑞士債務法之程度，應不分軒輊。我國債編許多規定非參考瑞士債務法無法明其底蘊⁵⁸³。另陳氏論及我國與德國債編之間隙⁵⁸⁴，因德國2002年債法現代化法Schuldrechtsmodernisierung（Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, vom 29. 11. 2001, BGBl. I 3138）之施行，益形擴大。認為我國債編雖於1998年有大幅度之修正，但主要仍為德國、日本學說判例之繼受，及最高法院實務見解之明文化，且其所繼受之德國學說，乃德國債法現代化法施行前即已存在者，而所繼受之日本學說，依陳氏觀察，更多為日本70年代以前繼受並內化德國學說判例之部分。我國債編修正固然亦有回應本土法律問題解決重要實務見解之明文化，但總體而言，陳氏認為並不足以撼動債編之體系架構或使債編之價值判斷產生重大改變，並未擺脫民法制定以來傳統學說之框架⁵⁸⁵。反之，德國債編修正幅度深度廣度均不小，益發使我國債法之發展與德國漸行漸遠，望塵莫及。

從而，本章第二節先釐清本體系適用範圍，第三節則探討契約拘束力的來源及內涵，接續第四節部分將從契約責任歸責要件分就「從手段債務與結果債務區分」探討歸責要件問題，第五節台灣醫療契約責任體系建構。

⁵⁸³ 陳自強，〈德國民法債編總論導讀〉，「整合中契約法」，頁2，元照，2011年。

⁵⁸⁴ 陳自強，前揭註583，頁3。

⁵⁸⁵ 關於我國民法債編修正，參陳自強，〈法律行為、法律性質與民法債編修正〉，「台灣民法與日本債權法之現代化」，頁1-68，元照，2011年；陳自強，〈從台灣債編修正看日本債權法改正〉，「台灣民法與日本債權法之現代化」，頁306-330，元照，2011年。

第二節適用範圍釐清⁵⁸⁶

法律規範因社會活動而呈現生命力，若要排除某些法律規範適用在某些類型的社會活動類型時，理由須充分。本論文基於醫患間社會活動型態觀察，在新興科技研發活動推波助瀾下，醫療科技進展神速，也開展出傳統醫療不治之疾（癌症的新興治療可能）、天生五官不佳的調整可能性、人工生殖等的「治療」可能性空間，而這些醫療活動，常態下是未具緊急治療必要性，醫療契約當事人對要否締結此類契約是具有某程度「私法自治契約自由空間」，或有論者會認為就醫療契約內容範圍受一些國家管制規範拘束，似乎無「私法自治契約自由空間」？然本文認為就一般民事契約而論，例如，當事人就信用卡循環利息約定，國家管制行為介入，我們在此類契約並不會因而認為無契約自治契約自由契約責任適用，相同的道理，醫療契約關係中，就某些契約行為或內容受到國家管制行為介入，解釋上似乎不應成為醫療情形無適用「私法自治契約自由空間」的理由。具體言之，本文認為在非強制醫療、緊急醫療領域內，有適用本論文主張「私法自治契約自由原則=當事人契約意思原則=契約拘束力=契約責任歸責事由具備=契約責任成立」的空間。退一步言，如我們一味對醫療行為本質「具有高度風險不確定性」有所顧忌，而一概認為醫療行為均無「私法自治契約自由空間」，只是會讓一些醫療業者循此有恃無恐，將一些醫療風險發生原本得藉由提高醫療成本即得避免（例如涉及醫療安全問題的人力、設備、材料等，可能涉及給付遲延或給付不完全問題），或是一些原本醫療目的在締約時屬於履行不能（在現今醫技水準根本無法達到締約目的，例如癌症末期包醫等）、可能存有給付不完全（例如，包滿意的整型美容、牙科膺復等），醫療業者因而獲取高利益，卻能到最後將醫

⁵⁸⁶ 本節增列，係為回應口試委員陳忠五教授所提出「醫療服務提供，受諸多國家強行規定所限制，主張私法自治契約自由原則的契約責任，似乎無適用空間」強烈質疑，及口試委員楊秀儀教授所提出「本論文論點僅有在後現代醫療行為類型方有適用空間」問題。本文在口試本內（第五章部分）曾敘明一段文字「強制醫療、緊急醫療等情況不在本論文探討範圍內」，或許是寫的不夠詳盡及清晰，感謝二位委員基於專家學者及讀者立場所提出批判見解，故而，本文特在此獨立出一節交代本文論點適用範圍釐清。

療目的未達結果，遁逃入「現今醫療水準」標準的保護傘下，無庸負任何責任，在締約時患者被醫療專業者誑騙「適度誇大行為」與「不實廣告行為」模糊地帶情形。

第一項本文不採「傳統醫療行為類型」與「後現代醫療行為類型」區分

本論文主張「私法自治契約自由原則=當事人契約意思原則=契約拘束力=契約責任歸責事由具備=契約責任成立」的空間，為何不採「傳統醫療行為類型」與「後現代醫療行為類型」區分理由，除了前述第二章第三節曾論及醫療行為類型化概念的論述理由外，略補充分析如下：

- 一、何謂「傳統醫療」？何謂「後現代化醫療」區分界限不明。
- 二、若以「治療必要性目的」作為區分「傳統醫療」與「後現代化醫療」標準，將陷入何謂「治療必要」的界定臨床上不易的問題。舉一簡單例子，學童有睫毛倒插情形，有無治療必要呢？不同眼科醫師將會提供不同建議，採消極療法醫師，會傾向建議學童尚在成長中，除非引起非常不適情形，會搓揉眼睛有傷及眼角膜損及視力之虞，方有治療必要。從而，有無治療必要，是一存有差異的判斷概念；從而，後現代化醫療定義為何，恐怕也是見仁見智。

第二項本文採行「強制醫療類型」與「非強制醫療類型」區分

基於國家保護義務、公益目的等考量，所制訂一些管制規範，例如，醫療法第 60 條緊急救治義務規定、精神衛生法第 37、41、42 條等規定情形，屬於強制醫療，此時在相關事項解釋下，原則上是無本論文主張「私法自治契約自由」適用，除此之外應盡量回歸契約原則下處理。故而，無論是傳統醫療或後現代醫療型態，只要當事人雙方就醫療契約內容範圍有所意思合致，契約拘束力即發生，而當事人間有無違約責任，判定上則依歸責事由有無具備。進一步如何判定「歸

責事由內涵」，後續章節再論。

第三節契約拘束力的來源及內涵

民事契約責任體系，傳統以來日本學者通說見解似乎認為與德國通說採二元論「違法性」與「有責性」相似，而台灣學者通說與實務亦從之。然而，如細觀前述德式二元論法律思維，在其德國民法第 276 條條文用語是可找到依據，該條文法條第一項結構明文使用了「因故意或過失」要件用語，並明文準用德國相關侵權行為的規定⁵⁸⁷；從而，德式二元論法律思維就契約責任「歸責」要件解釋包括「主觀歸責要件（故意過失）及客觀歸責要件（義務違反）」，姑且不論妥適與否，然是言之有據⁵⁸⁸。反觀，日本民法第 415 條⁵⁸⁹及台灣民法第 226 條⁵⁹⁰條文規定條文架構與德國前述第 276 條第 1 項明文「故意或過失」不同，而是以明文「歸責」用詞，就此條文用詞與法國民法第 1147 條明文「歸責」用語相似⁵⁹¹，因而，引人疑竇「向來承襲德式二元論法律思維」解釋日本及台灣契約責任「歸責」要件是否妥適？還是存有改弦易轍以法國契約責任一元化體系來解釋的空間？進而，從 2009 年日本債權法改正基本方針觀察，似乎是改採一元論方向，日本目前債權法改正方向，恰與國際契約法原則是一致。然本文認為契約本色，來自於

⁵⁸⁷ Section 276 : (I) The obligor is responsible for intention and negligence, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications.

⁵⁸⁸ 即便如此，德國學界仍有基於「過失客觀化」立場，認為「過失＝注意義務違反」，提倡一元論。

⁵⁸⁹ 日本民法第 415 條：「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。」

⁵⁹⁰ 台灣民法第 226 條第 1 項：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」。進一步言，雖依台灣民法第 220 條第 1 項規定債務人就其故意或過失行為應負責任。該條項文義並非認為債務人僅就故意或過失負責。且觀諸同條第 2 項僅就故意過失責任不得事先免除做規範，該條項並未禁止契約當事人以契約約定歸責事由（即契約拘束力範圍）。從而，本文認為契約自治原則，當事人意思決定（契約拘束力）來進一步分配契約債務不履行風險分擔問題，解釋上並非沒有空間。

⁵⁹¹ 法國民法第 1147 條：「债务人凡不能证明其不履行债务系由于不能归咎其本人的外来原因时，即使在其本人方面并无任何恶意，如有必要，均因其债务不履行，或者迟延履行而受判令支付损害赔偿」，參羅結珍，「法国民法典，下冊」，頁 850，法律出版社，2005 年。

契約當事人契約拘束力所及的「契約義務規範及風險分配」的核心價值，故而，以下，就契約責任核心概念「契約拘束力」作細繹論述，以期了解契約拘束力概念內涵。

第一項契約拘束力的來源

契約拘束力為劃定契約關係內容及範圍的核心概念，關涉著契約歸責事由判定，在引進日本契約拘束力概念前，有必要對日本契約拘束力概念根源何處作一簡要探尋。

第一目來自羅馬法的影響之痕跡「問答契約」

從羅馬法與比較法觀察，羅馬帝國建置在西元前 753 年，此階段是王之法階段，一直約至西元前 5 世紀十二木表法內出現了契約概念(問答契約 stipulatio)，此時契約僅以口頭方式，直接面對面為約定交易模式，一方當事人以「您願意接受此誓約的拘束嗎？」(spondesne)表示，相對當事人則以「我願意接受此誓約的拘束」(spondeo)回答，雙方契約即成立生效，從而，契約被解釋為嚴格法(strict law)，於實踐面上契約解釋在問答契約具有一定程度的重要性⁵⁹²。

遠在西元前 451 年以前，在羅馬帝國領域內，使用問答契約將私人間合意形成法律效力。國家有時還可以保留對私人間合意承認(即國家行為介入)，通常在具有社會上十分重要性或經濟利益理由考量，國家在特定最小限度價值下限縮承認該私人間合意⁵⁹³。另有關合意須經一定形式締結(基於證據意涵)、國家就特定種類的合意為限制承認(例如，羅馬法的商品與金錢交易目的合意，或商品與勞務交易目的合意是被承認，但對合夥部分則傾向限制承認)。相類似規定如，法國民法第 1341 條(逾額的寄託要式性規定)、德國民法第 518 條(贈與契約要式性規定)等，均是基於採國家限縮私人間的合意的立場⁵⁹⁴。

⁵⁹² Alan Watson 著，瀧澤榮治·樺島正法譯，「ローマ法と比較法」，頁 10-15，信山社，2006 年。

⁵⁹³ 某程度類似於現行法有些對於契約自由原則作限制情形。

⁵⁹⁴ Alan Watson 著，瀧澤榮治·樺島正法譯，前揭註 592，頁 148。

實際上，羅馬人並沒有抽象的契約概念，西元前 5 世紀所存在的問答契約，依當時的定義，包括了交付行爲、法院轉讓的讓渡行爲，但有關基於擔保交易的拘束行爲的契約合意的債務要件並未包含在內⁵⁹⁵。有關問答契約起源是模糊的，似乎與祭酒儀式所伴隨誓約有關，然而，假設前提與祭酒時所爲誓約有關，似乎無法從此前提推出其爲問答契約的結論⁵⁹⁶。

第二目羅馬法問答契約輾轉傳入歐陸成為「諾成契約」的引子

有關羅馬人所原創的問答契約，爲外國廣爲引用承認⁵⁹⁷—即爲諾成契約，僅因當事人合意即生契約的法之拘束力，並無須具備要式條件⁵⁹⁸。惟相較於英國契約法發展朝向要式性要求，與羅馬法的問答契約似無關係。

羅馬法爲西方國家所效仿對象，尤其在契約法領域中的私人間合意相關聯區域部分。法國民法典亦有契約爲私人間合意相關規定⁵⁹⁹；相反地，直至 12 世紀後半時期英國的法庭，雖有針對刑事及財產事件管轄審理，但幾乎未見有相關契約部分的事例。⁶⁰⁰

第三目日本明治維新時代引進形成日本民法第 415 條基石

而日本的債務不履行與契約責任發展史，日本學者潮見佳男認爲⁶⁰¹，日本民法第 415 條是源自法國民法，而債務不履行三分體系則源自德國的履行遲延、履行不能及不完全給付⁶⁰²。日本舊民法由法國學者 Bobuasonado 著手草擬，引進法

⁵⁹⁵ Alan Watson 著，瀧澤榮治·樺島正法譯，前揭註 592，頁 148。

⁵⁹⁶ M. Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, S.256ff.; H. van den Brink, *Ius Fasque: Opmerkingen over de Dualiteit van het archaisch-romeins Recht*, Amsterdam, 1968, S.172, ff.; O. Behrends, *Der Zwölftafelprozess*, Göttingen, 1974, S..35f, 轉引自 Alan Watson 著，瀧澤榮治·樺島正法譯，前揭註 592，頁 355，註 6。

⁵⁹⁷ Diósdí, *Contract*, pp. 44f. 轉引自 Alan Watson 著，瀧澤榮治·樺島正法譯，前揭註 592，頁 356，註 21。

⁵⁹⁸ Alan Watson 著，瀧澤榮治·樺島正法譯，前揭註 592，頁 154。

⁵⁹⁹ Alan Watson 著，瀧澤榮治·樺島正法譯，前揭註 592，頁 147。

⁶⁰⁰ Glanville (d.1190), *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Anglie*, 10.18: A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*, 4, Oxford (1975).

⁶⁰¹ 潮見佳男，〈債務不履行·契約責任論史〉，水本浩·平井一雄編，「日本民法學史·各論」，頁 183，信山社，1997 年。

⁶⁰² 「三分體系」一語出自北川善太郎，〈日本法學の歴史と理論〉，日本評論社，頁 40

國債務不履行一元論有關的法國民法第 1142、1146 條相關規範意涵放入日本舊民法第 383 條內（為日本現行民法第 415 條的前身）⁶⁰³。觀察現行日本民法典第 415 條制定過程，積穗陳重委員提出兩個提案，第一原案「債務者力其義務ヲ履行セス又ハ其義務ノ履行ヲ遲延シタルトキ」，採行 1881 年舊瑞士債務法例區分不履行及履行遲延。第二原案則是「債務者力其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキ」⁶⁰⁴。之後，起草委員又提出但書「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ」相關修正案。現行日本民法第 415 條規範，包含民法的「給付不能」及「遲延」可從法條明確得知，而有關不完全給付類型未明文規定在該法條內，依日本學者梅謙次郎認為，得依民法第 415 條法條文義解釋，將其包含在未依債之本旨為給付情形內，並無存有類似德國民法有關「積極的契約侵害」的規範欠缺問題，而須透過進一步學說補充之必要性⁶⁰⁵。

即便如此，德國的「積極的契約侵害」債務不履行類型立法欠缺，是否同時也是日本的債務不履行體系上欠缺的問題，在日本是相當具分歧性爭議問題。不過，此爭議似乎有跟隨 2002 年德國債務法修正施行後朝向國際契約法潮流「義務違反」一元論，在德國似乎是曲終人散的結局；反觀，日本 2009 年債權法修正基本方針，針此亦是亦步亦趨跟隨著德國及國際趨勢而行⁶⁰⁶。

第四目日本學者對「契約拘束力」的尋根

總括前述而論，其實從日本民法第 415 條立法沿革觀察，其源自法國法應是較為可信的。進一步問題是，所謂本條「歸責」判定基礎的「契約拘束力」，其源自何處呢？是如同前述古羅馬時代的「契約合意產生法之拘束力」嗎？日本學

以下，1968 年。

⁶⁰³ 潮見佳男，前揭註 601，頁 184。

⁶⁰⁴ 福島正夫，〈明治民法典における損害賠償諸規定の形成〉，「我妻還曆記念論文集，上冊」，頁 333 以下，1957 年(昭和三年)。

⁶⁰⁵ 梅謙次郎，「民法原理 債權總則完」，頁 284，1902 年。日本川島武宜亦採相同看法。

⁶⁰⁶ 此部分相關論述請自行參酌，陳自強，前揭註 585，頁 225-306。

者內田貴認為此屬於法哲學難題，自古即爭論至今⁶⁰⁷，其認為自 19 世紀受到經濟自由主義潮流洗禮，當事人意思判斷根據，法國法依「意思自治(autonomie de la volonté)」，德國法則是「私法自治 (Privatautonomie)」，而英美法則以「意思理論 (will theory)」為各國判斷基礎，雖三者間存有微細差異，但也共構出民法「意思主義」的內涵⁶⁰⁸。從而，學者內田貴認為契約束力根據為意思主義⁶⁰⁹。

另學者松尾弘則認為契約拘束力根源何處是有爭議的，是否妥適一律由「嚴守合意原則 (pacta sunt servanda)」所支配，是有疑義的，這從「等價說」、「交易說」、「功利說」、「信賴說」及「意思說」角度觀察，即得窺知一二⁶¹⁰。

而學者潮見從解約保證金約定問題，認為雖然近代契約法理，包含契約遵守規範意識，然而在當事人間契約拘束力轉弱時，受到解約保證金原理所支配，當當事人仍決定要解約時，仍應尊重其決定⁶¹¹；學者潮見雖主張契約締結所生拘束力來自於自己決定的自己責任（涉及意思自治、私法自治原則），這也是屬於古老格言「合意遵守原則」的呈現⁶¹²；但其進一步同時認為，學者內田貴等所主張「合意遵守」理論來自「合意原則」⁶¹³，應有其正當化基礎⁶¹⁴。

學者山本敬三認為，合意原則是用來確定契約成立、內容的契約基本原則，可從兩方面來定義此原則，積極面是契約當事人受合意的拘束，消極面則是契約當事人合意內容不得為其他法律所不許⁶¹⁵。山本教授另從「契約嚴守」的意涵及範圍的角度，來進一步詮釋「契約拘束力」與「契約責任」關聯性⁶¹⁶。不過，山

⁶⁰⁷ 內田貴，「民法Ⅱ—債權各論，第 2 版」，頁 12，財團法人東京大学出版会，2007 年。

⁶⁰⁸ 內田貴，前揭註 607，頁 13-14。

⁶⁰⁹ 內田貴，前揭註 607，頁 14。

⁶¹⁰ 松尾弘，「民法の体系—市民法の基礎—第 4 版」，頁 259，慶應義塾大学出版会株式会社，2005 年。

⁶¹¹ 潮見佳男，「契約各論 I-総論 財産権移転型契約 信用供与型契約」，頁 73-84，信山社，2002 年。

⁶¹² 潮見佳男，「契約各論 I-契約法 事務管理 不当利得」，頁 1-2，信山社，2006 年。

⁶¹³ 內田貴等，〈特別座談会—債權法の改正に向けて—民法改正委員会の議論の現状(上)〉，ジスリスト 1307 号，頁 119 以下，2006 年。

⁶¹⁴ 潮見佳男，〈総論—契約責任論の現状と課題〉，「特集—契約責任再建構（2006 年日本私法学会シンポジウム資料）」，ジスリスト 1318 号，頁 82，2006 年。

⁶¹⁵ 內田貴，前揭註 613，頁 120 以下。

⁶¹⁶ 山本敬三，〈契約の拘束力と契約責任論の展開〉，「特集—契約責任再建構（2006 年日本私法学会シンポジウム資料）」，ジスリスト 1318 号，頁 87 以下，2006 年。

本教授始終未對「契約拘束力根源何處做明確說明」。

第五日本文立場「契約拘束力來源出自意思理論」

如衡諸日本債權法修修正基本方針【3.1.1.02】諾成主義の原則増設⁶¹⁷，該條內容係將日本向來學說實務有關契約成立以諾成為原則的通說，明文化以正視聽，有助於日本市民對於契約原則上以書面形式為成立要件的誤解的釐清。該條本文「契約以當事人合意即為成立」，並在但書部分規定「但法律另有規定或當事人另有反對約定時，不在此限」。如審視該條提案說明，另有提出一種見解，契約拘束力根據是「信賴基礎」，並補充說明雖為如此主張見解，但不意味著即否定了「意思」為契約拘束力的根據⁶¹⁸。

解釋日本契約拘束力來源基礎，從前所述各學者各自表述，而在目前日本債權法修正基本方針提案說明亦是出現「信賴原則」與「意思」並存的未定調現象。

本文認為之所以會出現如此現象，係因各學者留學國度不同，而大陸法系與英美法系針對契約法理論各有所本，故而產生紛亂來源見解。細繹而言，就契約法理論，「大陸法的意思理論 Willensdogma」與「英美法的關係理論 (Relational Theory)」百年來的糾纏難分，是隨著歲月沙河相互流動彼此影響。就各自原本的理論基礎而論，大陸法系根本思想著重在「意思」而非「關係」，依據 R.Pound 所言，相對應於大陸法系的行為人「意思」為中心的思考問題，能為英美法系相關「關係」所涵攝，成為關係相關效力的必要「相互的權利義務 (reciprocal rights and duties)」所謂的「關係的內容 (incidents)」⁶¹⁹。

進一步言，大陸法系「意思理論」源自中世紀神學及哲學者所發起，歷經 Thomas Aquinas 體系成「神學大全 (Summa Theologica)」，續由近代自然法學派所繼受發展，歷經學者 H. Grotius、T.Hobbes、S. Pufendorf、J. Locke 發揚⁶²⁰，於 J.Rousseau

⁶¹⁷ 日本債權法修正基本方針【3.1.1.02】契約は、当事者の合意のみによって成立する。ただし、法令にこれと異なる定めがあるときまたは当事者の反対の定めのあるときは、この限りでない。

⁶¹⁸ 日本債權法改正の基本方針，頁 90，商事法務 2009.5

⁶¹⁹ R. Pound, Interpretations of Legal History, 57. ([1923] Reprint 1967).

⁶²⁰ P. S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, 39-57. Oxford University Press

形成理論，於學者 I. Kant 集大成⁶²¹，18 世紀法國學者 R. Pothier 及 19 世紀德國學者 F. Savigny 從社會契約論潮流，以自由意思為其根本的道德規則支配下的時代趨勢，形成了契約以「意思（合致）」為中心的私法上義務的法拘束力的依據的意思理論⁶²²，此理論影響法國民法典及德國民法典至深⁶²³。在大陸法系法律行為概念包攝在契約概念內，欠缺意思的法律行為瑕疵效力問題即為適例；特別在 19 世紀德國意思理論，將契約意思（表示）的合致解為意思理論，故而，大陸法系的意思主義的規則受到「意思合致理論(the meeting of the minds theory)」深遠的影響⁶²⁴。

相對而言，英美法系的「關係理論」發起，是從社會的環境脫離，並非著重在個人意思自我滿足上，而是側重在法共同體範圍內的當事人間關係的法律效果為其特色，其特徵為「以負擔義務者意思獨立負擔其義務，而其基礎在當事人關係法律行為上」⁶²⁵。

從而，本文認為雖然日本民法契約責任規範基礎原來採詰自法國法，而現今日本債權法修正基本方針傾向英美法，但就契約成立卻又明文以諾成為原則，故而認為採取「意思理論」作為日本契約拘束力的根據或為可行之道，退一步言，即便是英美法系在契約約定內容，仍是探詢當事人意思為斷，故無論兩大法系契約理論各有所側重，「意思」是共通的核心概念，基此並不會產生相互杆格之處。補充言之，本文所採的意思理論，若觀諸前述內涵則包括了「意思合致」原則，似乎為日本學者所稱合意原則。

故而，在台灣契約責任法規範裡的契約拘束力的來源，從前述台灣契約法繼受過程及法條文字而論，解釋上亦與日本法同。

(1979)。

⁶²¹ P. S. Atiyah, *supra* note 620, at 399-400, 683-684. ; 星野英一，〈契約思想：契約法の歴史と比較法〉，「岩波講座基本法学 4 一契約」，頁 13. 岩波，1983 年。

⁶²² P. S. Atiyah, *supra* note 620, at 57-59, 406.

⁶²³ F. Lawson, *A Common Lawyer Looks at The Civil Law*, 164-169. (1955)。

⁶²⁴ Kessler & Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 HARV. L. REV. 426-432. (1964)

⁶²⁵ R. Pound, *supra* note 619, at 14.

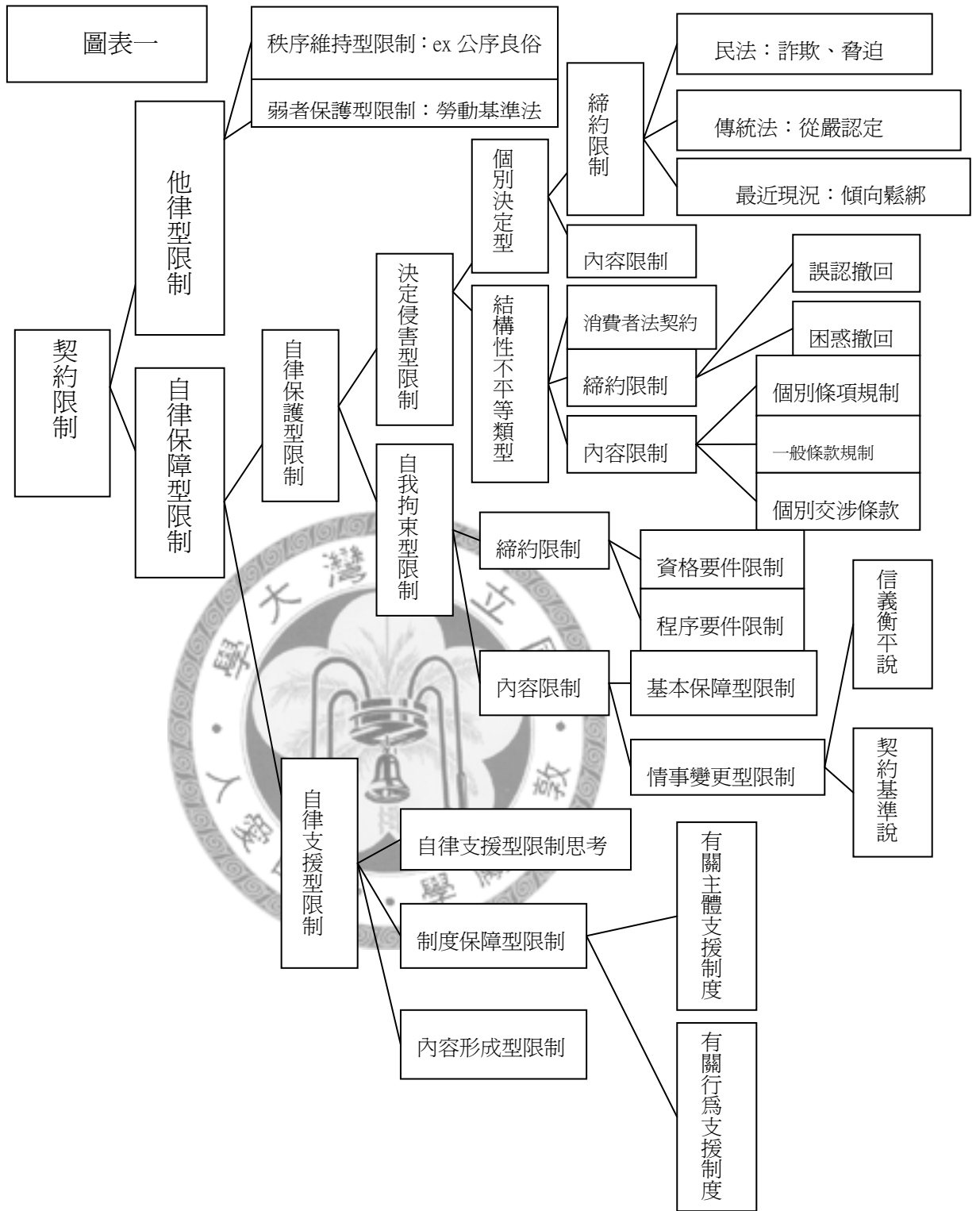
第二項契約拘束力問題

契約利益的確定及契約的風險分配，是涉及契約規範的內容，平井宜雄教授於 1980s 年代已如是說⁶²⁶，債務不履行及契約責任的核心問題，則來自契約解釋、法規適用的問題。故從契約的拘束力及契約內容確認法理來研究，是契約責任論的當務之首。然而，從契約拘束力，可推導出傳統契約責任的法律效果有履行請求權、損害賠償責任⁶²⁷。關於民法契約是以契約自由為原則，如果要針對契約自由作相對性地限制時，此限制須具正當化理由⁶²⁸。從限制對象來區分，可分為締約的限制及內容限制，締約限制指對締約自由、締約當事人選擇自由、締約方式自由來做規制；內容限制則是對契約內容形成的自由作限制。如從契約限制的正當化理由觀察時，區分為他律型限制及自律保障型限制二種。而如對自律保障型的內涵觀察，又可分為自律保護型限制（從當事人自律侵害的保護角度）及自律支援型限制，故自律保護型限制的情形，從締約時對締約意思決定自由侵害情形，分為決定侵害型限制（侵害本原無締約之意思決定自由而締約）及自我拘束型的限制（締約時同意受契約拘束，嗣後發生該契約拘束所生的侵害類型，例如禁婚離職條款的勞動契約）。如將前述有關契約規制以體系圖顯示如下：

⁶²⁶ 平井宜雄，「債權總論」，頁 44 以下，弘文堂，1985 年。

⁶²⁷ 山本敬三，前揭註 616，頁 88。

⁶²⁸ 山本敬三，〈契約規制の法理と民法の現代化（一）〉，民商法雜誌第 141 期，頁 6-7，2009 年。



細繹之，從學者山本敬三見解⁶²⁹，自律保障型（自主權保障類型）中，決定侵害型限制內的「個別決定型」，在契約締結時，契約內容就權利及自由做限制，因而造成權利及自由受侵害。而在「結構性不平等類型」，針對日本消費者契約法作一些限制，係因基於消費者相較於企業體就交涉能力、資訊等結構性不平等，企業體以定型化約款侵害消費者的意思決定⁶³⁰。例如，在日本消費者契約法第 4 條規定意涵，相較於民法「詐欺」而言，消費者契約法是民法規定擴大適用，並不侷限於企業體為故意欺罔行為，只要提供不確實資訊（同法條第 2 項）、不利益事實未告知（同法條第 1 項）等，使得消費者誤認（錯誤）時得撤回⁶³¹。或是企業體行銷方式，致使消費者產生困惑（例如，訪問買賣），讓消費者有悔約機會（即困惑撤回，同法條第三項）；此相較民法有關脅迫，將惡害告知致生恐懼而為決定有所差異⁶³²。從而，日本消費者契約法對契約內容所作限制，包括有個別條款限制（消費者契約法第 8、9 條規定）、一般條款限制（消費者契約法第 10 條規定、民法第 1 條第 2 項誠信原則）、個別磋商條款（不公平條款管控）⁶³³。

在自律保障型中，另一大類型自我拘束型限制，次類型「締約限制」，涉及意思決定資格及程序要件問題，締約時同意受契約拘束，嗣後發生該契約拘束所生的侵害類型。如果確保有關資格及程序均為妥當，會生契約拘束力，而判斷「資格」部分，依現行法規定係以行為能力為斷⁶³⁴；惟有鑑於人口高齡化、高齡者的識別能力逐漸消退、重殘者在居家範圍內日常生活社會化問題等，日本於 1999 年引入成年監護制度⁶³⁵，以提供對行為人意思能力保護上較柔軟的選擇可能性，

⁶²⁹ 有關山本敬三詳細見解，請參酌山本敬三，前揭註 628，頁 1-31。本章圖表一，係本文參酌山本教授前述見解，自行整理製成體系表。

⁶³⁰ 相關職務發明、契約規制之關係，參酌山本敬三，〈職務發明と契約法—契約法からみた現行特許法の意義と課題〉，民商法雜誌 128 卷 4、5 号，頁 135，2003 年；山本敬三，〈基本權の保護と契約規制の法理〉，先物取引被害研究 29 号，頁 12，2007 年。

⁶³¹ 山本敬三，〈消費者契約法の意義と民法の課題〉，民商法雜誌 123 卷 4、5 号，頁 24，2001 年。

⁶³² 山本敬三，前揭註 631，頁 25。

⁶³³ 山本敬三，前揭註 628，頁 16-17。

⁶³⁴ 有關行為能力制度相關規定，參酌山本敬三，「民法講義 I 總則」，頁 41，有斐閣，2005 年。

⁶³⁵ 有關日本成年後見制度並非本文著墨重點，惟其對我國民法成年監護修正具有相當影響力，相關文獻請參陳自強，〈臺灣新成年監護制度之修正〉，「台灣民法與日本債權法現代化」，

更細膩地提供目前有完全行為能力者利用任意成年監護對其未來識別能力下降時處理自我決定問題。一定程序規範限制，為契約拘束力範圍問題。例如，贈與為書面要式行為⁶³⁶。另就在自我拘束型的「內容規制」內的基本保障限制方面，在一些基本價值，例如涉及人性尊嚴內涵生命、身體健康等甚至是基本財產等人類追求幸福所據的基礎，如因契約拘束力受到侵害時，必須提供適當保護，例如，契約違反公序良俗無效、或是否定該契約內容方式效力（例如排除強制執行等）⁶³⁷。另同屬自我拘束型的「內容規制」內的情事變更型限制方面，在締約當時無法預見情事發生時，似乎應例外不生契約拘束力，惟針對情事變更原則的本質意涵則存有不同學說看法，有信義衡平說及契約標準說。

在自律支援型限制類型（支援自主權類型限制）上，當自主決定受侵害或是沒有時，用來支援處理意思決定受到限制情形。自律支援型限制類型係晚近 20 年來的新自由主義興起及對福祉國家的批評，認為因應全球化自由經濟市場競爭，因而引發了消費者、勞動者及成年監護介入保護問題。從而，分為制度保障及內容成型保障兩大類型，有關「制度保障」方面，又分從權利主體（包括了代理制度、2005 年日本公司法修正與 2006 年法人法修正等組織制度法制修正）及行為的支援類型（包括契約制度、典型契約類型化等）。有關「內容成型保障」，透過任意性法規立法以提供當事人契約內容的準則，其具兩個功能，一個是提供當事人間契約內容未明確時的解釋標準；另一個是針對契約當事人未約定事項來據以補充之。

頁 229-260，元照，2011 年；岡孝，〈台灣における成年後見制度の改正について〉，「東アジア私法の諸相」，勁草書房，2009 年；林秀雄，〈論我國新修正之成年監護制度〉，月旦法學雜誌第 164 期，頁 140，2009 年；戴瑀如，〈初探德國成年輔助法〉，月旦法學雜誌第 167 期，頁 137-150，2009 年；新井誠、赤沼康弘、大貫正男，「成年後見制度法の理論と實務」，第 1-4 章，有斐閣，2006 年；劉得寬，〈成年「監護」制度之比較研究—以日、臺、德為中心〉，月旦法學雜誌，第 101 期，頁 116，2003 年；鄧學仁，〈日本之新成年監護制度〉，中央警察大學法學論集第 5 期，頁 330、331，2000 年；陳惠馨，〈德國有關成年監護及保護制度之改革—德國聯邦照顧法〉，法學叢刊第 149 期，頁 58-66，1993 年。

⁶³⁶ 有關日民法第 550 條規範目的，參考山本敬三，「民法講義 IV-1 契約」，頁 337，有斐閣，2005 年。另外 2004 年新修訂日民法第 446 條第 2 項的保證契約書面要式行為為保證契約效力要件、日民法第 465 條之 2 第 2 項沒有明定最高限額的循環保證契約無效規定等均屬之。

⁶³⁷ 山本敬三，前揭註 628，頁 22-23。

基上，本文以「契約拘束力」為核心，介紹日本契約法規範。而所謂「契約拘束力」，除了自律性「契約當事人意思」外，尚有他律性「契約規制（例如法律限制問題）」，二者運作下，以「契約拘束力」為契約債務內容範圍為界定，從而，契約歸責事由，應由此為判斷，一旦違反當事人基於契約拘束力基礎所締結契約債務內容範圍，即推定契約責任成立，接續而來是契約債務人就其不可歸責的免責事由舉證問題。基此而論，「契約歸責要件中的主觀歸責要件(故意過失)」似乎與契約責任成立問題無關，而是屬於免責事由範圍問題。如此法律闡釋對應日本現行民法第 415 條、台灣民法第 226 條規範，似乎是可行的。

如此一來，我們是否須要對「德式二元論法律思維」亦步亦趨？還是應放手讓契約責任與侵權責任採取二種不同賠償制度，侵權責任奉行過失責任主義，而契約責任則以契約拘束力為其契約責任原則，會來得較有效益些，而不是以侵權責任「故意或過失」等同於日及台灣民法前述條文「可歸責」，應認為二者為異質的賠償制度為當。

第四節 契約責任歸責事由——以「從手段債務與結果債務區分」觀察

第一項 概論

前述第三節，本文用相當篇幅想釐清的問題是，「支配契約與侵權的原則是不同，契約責任來自契約拘束力支配下債務內容範圍違反；而侵權責任則受過失主義支配」。

這節論述重點是，契約歸責事由，在契約債務類型不同時，是否具有不同意涵及判斷標準問題。債務類型區分為手段債務與結果債務，是法國學者 Demogue 所首倡的⁶³⁸，經由日本學者川島武宜首度引進入日本，這樣債務類型化為日本一

⁶³⁸ 此債務區分係由法國學者 Demogue 於 1925 年首先提出 (Demogue, *Traité des obligations* 216

些學說所接受⁶³⁹。在日本也有對此類債務分類學說引進及解釋上，抱持謹慎及質疑態度⁶⁴⁰，蓋因手段債務與結果債務區分意義及此概念所處位階，是不明確的。細繹言之，傳統以來日本學說並無此手段債務與結果債務概念，或者說這法概念是用來說明解釋用的，於下列情形似乎不具意義；(一) 有關債務不履行的「歸責事由」的內容、判斷：認為區分手段債務與結果債務概念是用來相對於做債務不履行歸責事由的內容判斷，然而，卻與實體法不合⁶⁴¹。日本民法實體法歸責要件包括「不法要件（客觀要件）」及「故意或過失（主觀要件）」，區分手段債務與結果債務概念是取代主觀要件，並無法提供對「歸責事由」的內容判斷更為明確的功能⁶⁴²。(二) 有關債務不履行的「不履行」（未依債之本旨履行或履行不完全）與「歸責事由」的關聯性：特別是在不完全履行的情形下，未依債之本旨履行（不履行或履行不完全）與「歸責事由」是重疊的關係。日本學者中野貞一郎是日本首位以診療債務來說明不完全履行的問題⁶⁴³；中野教授認為診療債務為手段債務時，當債務不履行結果發生時「歸責事由」存否問題與債務人過失（善管注意義務違反）該當，債權人須對履行不完全負舉證責任；而「歸責事由」要件，就履行不完全係基於「不可抗力事由」屬於阻卻責任事由，基此，二者重複之處應有迴避必要。故在手段債務情形下，不完全履行與歸責事由要件重複，被日本通說所接受，然而，針此仍是存有爭議。(三) 有關債務不履行「歸責事由」舉證責任，法國法區分「手段債務與結果債務」作不同處理，原則上，「手段債務」

en général, 1925, tome 5, n° 1237) ，其後在學理上不斷被闡釋宣揚，並為審判實務普遍接受。轉引自陳忠五，前揭註 7，頁 126，註 16。

⁶³⁹ 川島武宜・平井宜雄「契約責任」石井照久=有泉亨=金沢良雄編，.經營法学全集 18 企業責任，頁 276，1968 年。而有關債務の分類の意義，參川島武宜（1934），<契約不履行と不法行為の關係について(三.完)>，法学協會雜誌 52 卷 3 号，頁 486，註 7；川島武宜，「債權法総則講義」，頁 100-101，1949 年。

⁶⁴⁰ 森田宏樹，「契約責任の歸責構造」，頁 1，有斐閣，2002 年。

⁶⁴¹ 奧田昌道編，「注釈民法(10)」，頁 392 以下（北川善太郎執筆）（1986 年），北川教授從二者分類有責性判斷採重大違反這點提出批判。

⁶⁴² 吉田邦彦，前揭註 368，頁 23。

⁶⁴³ 中野貞一郎，<診療債務の不完全履行上と証明責任>，「現代損害賠償法講座 4」，頁 71 以下，1974 年；中野貞一郎，<医療過誤訴訟の手續的課題>，法学セミナー 258 号，頁 32 以下，1976 年。

由原告負舉證責任，但若為「結果債務」時，則由債務人負舉證責任。這二種債務區分在日本法是不存在區分實益，因為日本法就債務不履行舉證責任一直以來均由債務人負舉證責任，此點成爲二類型債務區分在日本無區分實益的批評論點⁶⁴⁴。

第二項二者的法概念

第一目二者要否區別的質疑

從所謂「結果」及「手段」觀點的債務內容分類而言，是否真得可行？學者北川教授持消極態度，其認爲結果債務、手段債務僅存有相對性變化差異，當債務被實現的同時，不履行相關有責性判斷是存在；一旦問題是在債務人具體行爲義務違反所致結果實現或不實現，債務人給付行爲會受到評價，二種債務間僅存在相對性程度不同⁶⁴⁵。從學者潮見佳男見解認爲，即便是通說認爲委任給付行爲屬手段債務，然而，受任人基於受委任目的盡力完成，就委任事務完成的一定狀態，通常被認爲是一個給付結果⁶⁴⁶。潮見教授認爲日本學者論述有關「手段債務」及「結果債務」二者在概念上是相互包攝，這裡存有誠如北川教授所提出的問題⁶⁴⁷。進而，潮見教授認爲就社會事實而言，何者爲「結果」，何者是「行爲」，一般是很難有明確的標準。以典型手段債務「診療契約」爲例，很顯然的一般區別是以「治癒」是「結果」，而「診療」是「行爲」，然而，就從「診療」須「符合一定醫療水準的診療」而言，雖不會治癒，但被要求符合一定醫療水準的事實，本身也是一種「結果」負擔⁶⁴⁸。從而，潮見教授認爲債權定義係經過法的規範評價的概念，從債權人與債務人間存有被正當化利益關係是「給付結果」，從實現的履行過程有關債務人的作爲不作為的「給付行爲」是否適當來作考量⁶⁴⁹。基上，

⁶⁴⁴ 前田達明，「口述債權各論」，頁 42，信山社，1990 年。

⁶⁴⁵ 奧田昌道編，前揭註 641，頁 393 以下。

⁶⁴⁶ 潮見佳男，「契約規範の構造と展開」，頁 44-45，有斐閣，2003 年。

⁶⁴⁷ 潮見佳男，前揭註 646，頁 45。

⁶⁴⁸ 潮見佳男，前揭註 647。

⁶⁴⁹ 潮見佳男，前揭註 647。

表現出向來將債務二分類型，從「給付義務」視角，區分「結果債務」、「手段債務」存有疑義⁶⁵⁰。

第二目二者要否區別的爭議

基於第一目探討內容，就債務內容觀察區分「結果債務」、「手段債務」是存有疑義，因而推論出區分「結果債務」、「手段債務」法概念是有問題的。這個問題在法國學說上具爭議。

基於批評立場認為區分二者是不可能的：因為全部的「結果債務」履行均是以「手段」為前提，分別從兩方面來談，一，從結果實現與手段分離問題，無論任何性質債務，於當事人承擔債務時，必然考慮實現一定結果⁶⁵¹。二，反之，當事人考慮結果實現，債務人行為必然須符合一定標準，因此全部契約上債務包含債務人的注意義務在內。況且，結果債務有廣狹不一，從全部的債務履行債務人被期待的是，債務人會盡善良管理人義務為之。基上，批判者的觀點，全部債務均屬結果債務的主張。或者從不確定性目的實現方面一連串階段性的行為被要求的情形，在法律上本身即為「結果」，因此被稱為手段債務，債務內容以外的目的（結果）關係掌握較狹義債務目的的「片斷的結果」⁶⁵²。

前述法國批判立場論點並未為當時法國學者通說所採，問題是在學者通說對於「結果」「手段」的法概念存有不同的理解⁶⁵³。

基於法國學者通說的想法：即是理論上，全部的結果實現以手段為前提，但

⁶⁵⁰ Esmein (Paul), L'obligation et la responsabilité contractuelles, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t.II, 1950 (以下簡稱 Georges Ripert), n°8, pp. 109-110; Id., *Remarques sur de nouvelles classification d'obligations*, *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1937, p. 235 ; Id., *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 633; Planiol (Marcel) et Ripert (Georges), *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., t. VI, par Esmein (Paul), 1952, n°378ter, pp. 498-499 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 17，註 25。

⁶⁵¹ Esmein (Paul), L'obligation et la responsabilité contractuelles, Georges Ripert, n°8, p.109; Planqueel (André), *Obligations de moyens, obligations de résultat*, *Essai de classification des obligations contractuelle en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 336. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 18，註 26。

⁶⁵² 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 12-13。

⁶⁵³ 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 13，有斐閣。

全部手段履行的債務人的目的並不盡然均爲了實現結果⁶⁵⁴。區分「結果債務」、「手段債務」法概念，是爲處理違約責任（債務不履行責任）成立與否的法判斷，對目的是結果不實現或債務人行爲未完全履行相關評價，爲二類型債務的不同之點。

細繹之，一，手段債務有關的「結果」：手段債務的方式，是其預期一定結果或目的的實現，爲其法概念。即手段債務的內容是債務人行爲朝一定結果方向，「相關手段債務，所生結果並非債務的一部分」，這意味著「債務人不受確保結果實現的拘束」，即謂相對性不存在。不過，一般而言，從債務內容範圍內的結果或目的完全排除，債務人的行爲是被預期朝一定方向（*direction*）是會受批評，批評立論點是（一）即使債務人負擔手段債務，行爲無論如何不應偏離目的。例如，醫師對患者治癒結果實現所爲治療行爲是爲法律所要求。（二）假使結果可能被實現時，要求債務人相對地應往此方向努力。故而，手段債務的債務人被科予最低程度法定義務⁶⁵⁵。二，結果債務有關的「結果」：結果債務的債務人須努力達成結果債務的「結果」⁶⁵⁶。這裡契約當事人期待結果，債務人的給付內容、性質有必要區別，債務人受「明確的約定結果（*résultat déterminé précis*）」實現的拘束，對該當結果應爲必要注意。在結果債務情形，關於結果不實現除有不可抗力情形，債務人的行爲將受到債務人 *faute*（過錯）歸責事由的評斷⁶⁵⁷。因此，契約當事人意思相關實現預期結果並不明確，即債務人依理性人通常行爲達到一般蓋然性該結果實現，稱之爲結果債務的「結果」即爲不適切。從而，例如，診療契約當事人治癒結果是被確保實現時，醫師受到法律規範要求並非是「治癒」

⁶⁵⁴ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°527, p. 632; Le Tourneau (Philippe), *Juris-Classeur civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 2*, 1987, n°34; Frossard (Joseph), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, th. Lyon 1965, n°90, et n° 140-149; 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 18，註 30。

⁶⁵⁵ Frossard (Joseph), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, th. Lyon 1965, n°96-104, pp. 52-54.; Thomas (Claude), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, *Rev. crit. de régis. et de jurisp.*, 1937, pp. 643-645 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 18，註 32。

⁶⁵⁶ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°527, p. 632; Le Tourneau (Philippe), *Juris-Classeur civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 2*, 1987, n°38. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 19，註 34。

⁶⁵⁷ 森田宏樹，前揭註 640，頁 14。

結果，而是視患者就醫情況給予符合當時醫療水準的適切治療履行⁶⁵⁸。區分「結果債務」與「手段債務」意義在於契約上過錯的舉證責任分配及必要注意程度問題有所差異⁶⁵⁹。簡言之，債務人違反其契約義務時，如其所違反者，是一種「方法債務」，此時債權人除須舉證證明債務人未完成特定契約目的或實現特定契約結果之外，尚須證明債務人係基於疏忽、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」，而須負契約責任⁶⁶⁰。反之，債務人違反其契約義務時，如其所違反者，是一種「結果債務」，由於此時契約之標的即為特定契約目的或特定契約結果之完成或實現，因而單純因該特定目的或特定結果未完成或未實現之事實，即足以成立契約責任。亦即，債權人只要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，除非債務人舉反證證明該特定目的或特定結果之未完成或未實現係因不可抗力、債權人或第三人之行為所致，否則債務人當然應負契約責任⁶⁶¹。這將涉及「結果債務」與「手段債務」基礎理論，本文於第三目再深論。三，結果債務相關「手段」：結果實現承諾，更明確說，在實現結果可能的手段為限，是為債務人基於債務目的所竭盡的行為態樣，此並非為結果債務與手段債務區別相對性問題，如前所述結果債務，就債務結果的實現的相關債務人具體行為當然是被預期，這點通說並不否認；然而，就「結果」承諾這點，學界有爭論⁶⁶²。批判者認為這樣結果實現本身為債務內容，是不容於人性尊嚴。換言之，只有神能承諾結果，人間債務人僅能盡善良管理意思竭盡努力是無法為保證結果；從而，債權人僅能要求債務人謹慎行事⁶⁶³，基此批判見解，通說「結果債務」無法為法律承認。相較之

⁶⁵⁸ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°527, p. 632; Le Tourneau (Philippe), *Juris-Classeur civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 2*, 1987, n°38. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 19，註 37。

⁶⁵⁹ 森田宏樹，前揭註 640，頁 15。

⁶⁶⁰ 陳忠五，前揭註 7，頁 131-132。

⁶⁶¹ 陳忠五，前揭註 7，頁 132。

⁶⁶² Le Tourneau (Philippe), *Juris-Classeur civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 2*, 1987, n°39. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 19，註 39。

⁶⁶³ Tunc (André), *Le contrat de garde*, 1942, n°65, pp. 135-136.; Frossard (Joseph), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, th. Lyon 1965, n°113, pp.57-58. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 19，註 40。

下，通說基於尊重契約當事人意思，基此，當事人對一定結果實現明確承諾，從意思自治觀點是法律所肯認⁶⁶⁴。基上，通說與批判者的爭論將涉及契約上債務內容問題，此部分後續會探討。

第三項二者理論基礎

第一目二者的位階

第一款緒論

壹、債務內容、範圍相對應「契約上過錯」二個體系

有關結果債務、手段債務區別，較為準確說法應是 Viney 學者認為結果債務及手段債務區分是在契約上債務的內容或範圍分類⁶⁶⁵；而 Le Tourneau 學者認為結果債務及手段債務區分是在契約上債務的強度（「歸責事由」的嚴格化程度）⁶⁶⁶。法國法的結果債務與手段債務論考慮根據債務範圍與強度（「歸責事由」的嚴格化程度），契約責任「契約上過錯」要件的證明方式。即「契約上過錯」判斷，一方當事人必須證明事實存在，然而，此容有二個不同體系差異所引起的矛盾問題，略述如下⁶⁶⁷：

一、就結果債務而言，債權人就結果為實現的不履行的事實負舉證，而債務人就不可抗力證明或免責事由存在負舉證，從而，結果債務「過失」似乎不是契約責任要件。然而，就傳統的通說，債務人不履行的基礎是包括「契約上過錯」。19 世紀以來，學說透過「過錯推定」法技術來說明，不過這樣的「推定」，可透過債務人已盡謹慎注意行為，就「過錯不存在」舉反證推翻，因此這不單是從訴訟法的舉證責任分配層次的「推定」，當然與實體法層次「契約上過錯」有關。

⁶⁶⁴ Frossard (Joseph), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, th. Lyon 1965, n°114-115, pp.58-59.; Thomas (Claude), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, *Rev. crit. de régis. et de jurispr.*, 1937, pp. 645-648. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 19，註 41。

⁶⁶⁵ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°521, p. 629. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，頁 28，註 43。

⁶⁶⁶ Le Tourneau (Philippe), *Juris-Classeur civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 2*, 1987, n°34 et s. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 44。

⁶⁶⁷ 從法國民法第 1147 條及第 1137 條整體觀察。

基此，容有很多學者爭論⁶⁶⁸。

二、相對地，手段債務債務人債務不履行的基礎，所謂過錯是債務人行爲未盡謹慎注意，債務人行爲態樣「過錯」評價須被判斷。

基上，故有學者認爲結果債務「契約上過錯」指的是「客觀的過錯」，而手段債務「契約上過錯」指的是「主觀的過錯」⁶⁶⁹，而這裡的「主觀的過錯」與「侵權行爲法的過錯（法民法第 1382 條）」是同一內容⁶⁷⁰。

貳、問題點

因此，契約上「債務內容、範圍」相關「契約上過錯」的內容是相異，是契約責任歸責構造的前提。換言之，從契約分類「契約上過錯（歸責事由）」的掌握、判斷是具有重要意義。

第二款結果債務、手段債務學說

壹、Demogue 提倡理論

Demogue 學者提倡此理論，直接目的在解決「契約上過錯」舉證責任問題，故此理論係爲處理舉證責任問題。它涉及到 19 世紀末民事責任體系化的學說爭議。即契約責任與侵權責任的關係，二者是本質上不同的「二元說」與二者本質上並無不同的「一元說」。Le Tourneau 學者則主張二者本質無不同只是制度設計上有差異而已的「折衷說」。爭論點其一在過錯舉證責任相異，即二元說認爲契約責任「過錯推定」，而侵權責任「過錯」有無由債權人負舉證責任。Le Tourneau 學者認爲從作爲、不作爲債務內容導出，二者差異在舉證責任，契約與侵權行爲所謂債務性質並無不同⁶⁷¹。

其實，就 Demogue 及 Le Tourneau 二位學者見解，均是指同一件事，即結果債務及手段債務分類目的在處理「舉證責任」問題，就此傳統學說認爲是「過

⁶⁶⁸ Demogue (René), *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931, n°597, p. 643. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 46。

⁶⁶⁹ Carbonnier (Jean), *Droit civil, Les obligations*, 15^e éd., 1991, n°156, pp.288-290. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 47。

⁶⁷⁰ 森田宏樹，前揭註 640，頁 21。

⁶⁷¹ 森田宏樹，前揭註 640，頁 22。

錯推定」是有誤的，契約上債務存有結果債務、手段債務，相較於侵權行為上「過錯」原則及債務（義務），始終是手段債務原因而非責任性質，手段債務與結果債務的債務內容內有關過錯舉證責任不同是正確說法。從而，結果債務相關「過錯推定」不妥當之處，是此推定「主觀過錯不存在」的證明說明是不可能。

一、 結果債務、手段債務論理論基礎－「債務」與「責任」嚴格區別

從債務內容尋求「契約上過錯」的準則，並非早期法國所承認。基前 Demogue 學者理論為基礎，將契約上「債務」及「責任（responsabilité）」嚴格區分。19 世紀末，有關債務不履行的「契約上過錯」準則，諸如在法民法第 1137 條等的「善良管理注意義務」爭論，注釋法學派者針此爭論，提出所謂「過錯程度區別（gradation）」⁶⁷²。日本學者吉田邦彥則認為法國民法第 1137 條相對照於日本民法第 400 條內容所指「善良管理注意義務」，均是指手段債務情形。而法國民法第 1147 條係指結果債務，以該債權人證明債務內容違反過錯，結果未能實現為已足。然而，手段債務情形，則債務人「善良管理注意義務」違反的債務人過錯是必要條件⁶⁷³。這種二分債務類型概念，在日本戰後引入德國色彩濃厚的債務不履行法歷史背景下，此法國法此理論可以說是較無法為日本大多數學者接受⁶⁷⁴。另一方面，有關結果債務類型法律處理方式，從有關「過錯推定」說明，大多數認為二者之間存有矛盾。然而，至 19 世紀末，「契約上過錯」判斷準則按「善良管理注意」的見解，被批評是將「過錯程度」與「債務範圍」的問題混為一談的不適當理論，而這個論點，嗣後普遍被接受。換言之，「善良管理注意」相關規定不屬於「契約上過錯」一般規定問題，在相關一定契約類型，當債務人履約過程已盡所謂「債務範圍」的注意義務，在此情況下，債務人已盡注意義務，假如被認免責時，從「無過錯」來看即無「不履行」。從債務人沒有不履行來看，

⁶⁷² 古老法國法時代，過失分三個程度，重大過失、抽象輕過失及具體輕過失，ポティエ (Pothier) 學者提出批判見解，吉田邦彥，前揭註 368，頁 43-45。

⁶⁷³ 吉田邦彥，前揭註 368，頁 25-26。

⁶⁷⁴ 吉田邦彥，前揭註 368，頁 26。

該債務相關存在範圍，債務人如何輕微程度的不履行將構成過錯是須被說明的。

「債務範圍情形」透過所謂「契約上過錯」來掌握，是無法在結果債務、手段債務理論基礎尋求到依據⁶⁷⁵。

二、結果債務、手段債務論相關「契約上過錯」

基上所述，「契約上債務」與「契約責任」是須區別的見解，接續「契約上過錯」問題作探討。爲了瞭解債務人是否不履行，首先從契約所生債務爲何，即所謂「契約上債務內容、範圍」是須要闡明。從而，「債務內容」的不履行，即與從「契約上過錯」的內容及如何判斷是不同的，鑑此，結果債務（確保債務）與手段債務（謹慎注意義務）有必要做區分。即在明確確定一定結果實現爲義務負擔的結果債務的情形，如認爲結果不實現非因不可抗力時，不履行即爲過錯判斷，不必要評價債務人行爲態樣；而在手段債務類型，對債務人過錯判斷，須判斷一定行爲履行是否已盡謹慎必要注意⁶⁷⁶。

從而，理論上在結果債務與手段債務這兩種情況下，非因不可抗力債務人所爲債務不履行，均爲構成二者「契約上過錯」內涵。然而，在債務不履行判斷前提下，就有關債務人行爲態樣評價是否必要容有不同⁶⁷⁷。基前所述，結果債務與手段債務理論，有關契約上過失與相關舉證責任整體說明解決透過實定法明定，將該等理論明確的體系化，是受到多數學者所支持。

第三款「契約上過錯」的歸責構造

一、「契約上過錯」的歸責根據－契約拘束力

基前所言，結果債務與手段債務的前提「契約上過錯」歸責理論依據爲何？依通說理論架構觀之，全部的契約上的相關債務，「契約上過錯」，（無不可抗力情事）是包含在債務不履行事實內。然而，手段債務不履行有關「主觀過錯」判斷上，債務人所爲行爲是否已盡實現結果的全部謹慎注意，此行爲態樣評價是不

⁶⁷⁵ 森田宏樹，前揭註 640，頁 23。

⁶⁷⁶ 森田宏樹，前揭註 640，頁 23-24。

⁶⁷⁷ Henri et Léon Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4e éd., t. 1, 1947, n°670, pp. 621-622.轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 52。

可或缺，故而，不履行的過錯判斷並無爭議。有問題的是在結果債務部分，當無不可抗力情事下，結果未實現時，債務人「契約上過失」應如何判斷。

關於此點，依通說見解說明如下⁶⁷⁸，即債務人債務不履行本身而言，債務人過錯是很明確。由於，有關結果債務，從債務人受到確實實現結果拘束來看，因此從「合意拘束(*pacta sunt servanda*)」這時點，即負擔履行此狀態義務。因此，無論是否不可抗力，以結果未實現本身，對債務人本應嚴守契約本身指示履踐，進行評價。相較之下，手段債務，從結果實現部分債務人須盡謹慎一定注意義務行為而言，債務人行為態樣則須受評價。

基上，結果債務與手段債務不同，在結果債務場域，債務人「過錯程度」並不是它要處理的，而是較謹慎注意更深的行為，譬如可能的「債務範圍」⁶⁷⁹。是按照「債務範圍、強度」判斷，與「契約上過錯」的內容、判斷理論意義是相異的。

二、結果債務、手段債務論的民事責任論相關意義

綜前所述，通說認為結果債務契約責任，債務人「過錯」基於主觀責任 (*responsabilité subjective*) 理論被正當化。從而，通說所採的結果債務，相較於手段債務，學者 Viney 從二方向提出批判⁶⁸⁰，(一) 針對結果債務「過錯」非以客觀責任判斷，提出批判。(二) 通說對結果債務以外情形，無一般化客觀責任是不當的批評。但通說就結果債務類型不判斷客觀責任⁶⁸¹，是因為只注重「債務人約定合意」的契約上債務的標準，即所謂的契約上過錯係指債務人自主意思相關約定未履行⁶⁸²。

⁶⁷⁸ Henri et Léon Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4e éd., t. 1, 1947, n°669-2, p. 618. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 53。

⁶⁷⁹ Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre), *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Les sources, 1988, n°534, p. 658. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 54。

⁶⁸⁰ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°527, pp. 633-634. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 55。

⁶⁸¹ 吉田邦彥，前揭註 368，頁 43-48。

⁶⁸² Le Tourneau (Philippe), *Juris-Classeur civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 2*, 1987, n°59. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 57。

第二目二者區別實益

第一款序說

承前所述，結果債務與手段債務，「契約上過錯」的內容，不認為是實體法規範差異問題，是舉證責任分配訴訟法規範二個不同體系差異問題，此理論架構被接受。相較之下，在結果債務與手段債務區別意義上，對傳統通說提出批判見解，一，是兩債務區別實益上，存有「契約上過錯」舉證責任分配訴訟法規範的區別實益見解。二，不考慮以舉證責任分配區別來解決，單獨採行實體法規範的實益見解，以下進一步探究。

第二款對通說之批判說提出探討

一、學者 Tunc 認為限於「契約上過錯」舉證責任分配上的區別實益⁶⁸³

此見解看法先是否定「傳統通說見解認為結果債務與手段債務理論基礎在契約上債務內容及責任嚴格區分，而契約上過錯是按法國民法第 1137 條「善管注意義務」來判斷」。從而，也否定了「通說認為在結果債務場域中，無不可抗力情事所生結果目的不達，債務人過錯該當了「客觀過錯」的過錯相關判定」⁶⁸⁴。即通說所稱結果債務類型，就法律上，債務人負擔債務內容並不是債務人確定結果實現本身，而是主張債務人對於結果實現善盡一定注意義務。其理由是從人類非萬能，不可能確保所欲行為能致結果實現，有關結果實現成功保障沒有辦法要求⁶⁸⁵。

⁶⁸³ Tunc (André), La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P., 1945, I, 449 ; Mazeaud (Henri et Léon) et Tunc (André), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5^e éd., t.I, 1957. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 58。

⁶⁸⁴ Tunc (André), Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, Rev. fr. dr. civ., 1945, n°18, pp. 258-259; Mazeaud (Henri et Léon) et Tunc (André), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5^e éd., t.I, 1957, n°665, p. 733. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 59。

⁶⁸⁵ Tunc (André), La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P., 1945, n°3; Mazeaud (Henri et Léon) et Tunc (André), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5^e éd., t.I, 1957, n°103-3, p. 116. 轉引自森田宏樹，

然而，從結果債務用語與通說見解內容觀察是具有矛盾，即從債務人相關契約依通常達成目的被科予須善盡一定注意義務而言，當事人間契約約定結果不達，原則上債務人主觀過錯是被推定，基此，債務人已盡注意義務無可迴避情事（屬廣義的不可抗力）相關履行妨害舉證即得免責。例外情形，達成結果與債務人注意義務不具依存關聯性的「射倖的（aléatoire）」情形時，債權人此時對債務人主觀過錯須負舉證責任⁶⁸⁶。因而，兩債務差異性，嚴格而論是在不履行妨害原因事實不明的風險承擔歸於何方的問題⁶⁸⁷。

基前所述，「契約上過錯」被當做評價債務人行為「主觀過錯」，結果債務與手段債務所謂兩分類之間，不是「債務程度或強度」，是實體法上同一內容問題，從結果達成蓋然性觀點，主張就舉證責任存有差異。因此，基上所論可以很清楚注意到，與通說所主張結果債務與手段債務概念是不同，而是從手段債務一元論所衍生而來。但此說見解有關採廣義不可抗力概念，不為實務所允許，仍屬少數說見解。

二、學者 Frossard 認為是「契約上過錯」的內容判斷區別實益⁶⁸⁸

此說見解認為兩債務區別意義，侷限於「契約上過錯」內容的確定上，儘管訴訟上事實問題，是當事人舉證對象及法院判定權限，具有重要意義，但就兩債務而言，有關舉證責任分配是沒有意義。

基上，兩債務區分，債務人就不可抗力嚴格義務情形，「主觀的過錯」責任要件，判斷上對行為態樣評價是必要情形，被解為所謂實體法上差異。另一方面，從判例法檢討，通說所說介於結果債務與手段債務之中間領域類型，債權人就結果不實現負舉證責任，而債務人對結果實現的一定注意義務已盡（主觀過錯不存

前揭註 640，註 60。

⁶⁸⁶ Tunc (André), La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P., 1945, n°3; Mazeaud (Henri et Léon) et Tunc (André), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5^e éd., t.I, 1957, n°103-3, p. 116. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 61。

⁶⁸⁷ 森田宏樹，前揭註 640，頁 27。

⁶⁸⁸ Frossard (Joseph), La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, th. Lyon 1965, n°179-199, pp. 95-109. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 66。

在)舉證存在去推翻「過錯推定」。

此時，有關結果債務，債權人對結果未實現負舉證，債務人僅對免責事由必須負舉證責任，與舉證責任相對應的，有關手段債務，債務人「主觀過錯」舉證責任理論應由何方當事人負責是不確定，基此，兩債務區別以舉證責任分配結果是無法詮釋。因此，手段債務類型①債權人對債務人不履行「主觀過錯」必須舉證情形②「主觀過錯」被推定時，債務人舉證不存在免責情形，二者須區分。而「主觀過錯」推定是用來辨識①及②的區別，「確信的可能性（蓋然性）原則」準則是舉證責任分配合理的一般性原則。此說雖非多數見解，然而，對近年實務發生影響力⁶⁸⁹。

第四項對結果債務與手段債務評價

第一目二者區別相對性問題

第一款概說

法國目前通說，贊成結果債務與手段債務區分本身具有意義，主張相對性（relativité）區別⁶⁹⁰。以下，將對法國法相關結果債務與手段債務近年相關學說理論作探討。

所云兩債務區別相對性，結果債務及手段債務相對二分類，不是完全性質相異，領域相矛盾的。如延伸而論，一，有關二分類的債務的內容，即使是內部也無統一性，更多是債務歸責事由嚴格化程度及階段問題，此部分參酌後續貳、部分；二，結果債務與手段債務的交錯混合，此部分於後續參、部分再論述。

⁶⁸⁹ 森田宏樹，前揭註 640，頁 28。

⁶⁹⁰ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°531-535, pp. 637-641; Le Tourneau (Philippe), *Juris-Classeur civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 2*, 1987, n° 47-53; Malaurie (Philippe) et Aynès (Laurent), *Cours de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., 1990, n°823, pp. 441-442; Starck (Boris), *Droit civil, Obligations, t.2, Contrat et quasi-contrat, Régime général*, 2^e éd., 1986, par Roland (Henri) et Boyer (Laurent), n°5975-976, pp. 341-342. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 68。

第二款結果債務與手段債務非典型性並不統一

一、 手段債務多樣性

手段債務類型，其中，契約上債務人被要求謹慎注意義務的程度，契約的性質判定、當事人素質多樣化，如物之保管義務相關規定（法民法第 1137 條第 2 項）。

（一）手段債務加重化（obligation de moyens renforcée）

在一些民事活動契約類型，對債務人的注意義務提高採嚴格化，與結果債務注意義務程度趨近（抽象的過錯）⁶⁹¹。

（二）手段債務緩和化

在某些債務人注意義務被減輕情形，債權人就債務人相當於重大過錯（重大不履行）時，才會承認責任⁶⁹²。

基上，手段債務相關債務人所負注意義務程度，會視當事人間契約性質及一定範圍的契約關係決定，從而，當事人間一定範圍內，從重大過錯（重大注意義務違反）至最輕過錯（與處理自己事務同一注意義務），透過當事人自由決定。鑑此，相關債務人注意義務範圍及定義，相關舉證依具體個案情況由一方當事人負擔該注意義務程度證明⁶⁹³。

二、 結果債務多樣性

同屬結果債務類型，債務人負擔結果範圍及射程廣狹容亦有不同。通常典型結果債務，債權人負擔結果未實現的舉證責任，而債務人就其不可抗力事項負舉證責任。然而，如此涇渭分明情況，亦存有若干結果債務類型被緩和或加重情形。

（一） 結果債務緩和

⁶⁹¹ 例如，法國民法第 1881 條有關使用借貸，貸與人就標的物滅失毀損時，就借貸人過錯不負舉證責任。

⁶⁹² 例如，法國民法第 1927 條無償寄託契約責任、第 1992 條第 1 項無償委任契約責任。

⁶⁹³ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°535, p. 639. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 72。

債權人對特定結果不實現舉證時，債務人就無不可抗力情事已盡注意義務，即「主觀的過錯不存在（absence de faute）」舉證免責⁶⁹⁴。此情形「主觀的過錯被推定」舉反證不受推定⁶⁹⁵。

（二） 結果債務加重

法律上就當事人明確約定有關就一定偶發事故、第三人責任負責情形，債務人須就不履行係因不可抗力負舉證免責⁶⁹⁶。

金錢債務與前述特定類型債務不履行，同列為不承認不可抗力得免責情形。這些情形就通常不可抗力情事，債務人無法據以免責，蓋此類特別結果債務相較通常結果債務類型性質有所不同，差異之處在欠缺不可抗力一般要件「迴避不能」，解釋上是屬於可能的。從而，就不履行的迴避、防免不能情事，債務人必須對此履行方式不存在負舉證，即前述種類物滅失，以從他處調度同種類之物是不可能為限⁶⁹⁷。

第三款結果債務與手段債務的交錯、融合

一、 結果債務與手段債務交錯⁶⁹⁸

（一） 從同一契約數項債務類型

基於一個契約所生數項債務類型不同。例如，醫療契約關係中，醫師診療債

⁶⁹⁴ 例如，法國民法第 1732 條租借人就逾越使用收益通常耗損的毀損滅失，未具過錯負舉證責任。

⁶⁹⁵ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°534, p. 639; Malaurie (Philippe) et Aynès (Laurent), *Cours de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., 1990, n°688, p. 335. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 74。

⁶⁹⁶ 例如，法國民法第 1772 條有關租借人明示條款就偶發事故負責情形、法國民法第 1953 條有關寄託規定。

⁶⁹⁷ 就學者 Starck 見解，認為結果債務分兩類，一類為主張不履行係因不可抗力而免責的通常結果債務 (obligations de résultat ordinaires)，另一為不得主張不可抗力而免責的絕對結果債務 (obligations de résultat absolues)，Starck (Boris), *Droit civil, Obligations, t.2, Contrat et quasi-contrat, Régime général*, 2^e éd., 1986, par Roland Boyer, n°975, p. 341 et n°985, pp. 344-345. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 78。

⁶⁹⁸ Viney (Geneviève), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, n°535, pp. 640-641; Le Tourneau (Philippe), *Juris-Classeur civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 2*, 1987, nos 50-52; Malaurie (Philippe) et Aynès (Laurent), *Cours de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., 1990, n°823, p. 442. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 79。

務本身為手段債務，特約某期日診療為結果債務，醫師使用醫療器材（例如：門診內進行局部膿包切除手術所使用無菌器械包）未作好高壓無菌處理（負無菌責任）因而，發生感染損害屬於結果債務⁶⁹⁹。

（二） 同一債務相關適用目的

同一債務相關適用目的或履約情形，會涉及結果債務與手段債務性質決定，前者：例如，物之租賃借契約中，租借物所生損害屬於結果債務類型的安全債務問題，人身損害則屬於手段債務類型的安全債務問題。後者：運送契約中，從上車時點到下車時點此階段屬於狹義運送契約是結果債務類型的安全債務問題，但上下車前後階段在車站內通行階段屬於手段債務類型的安全債務問題⁷⁰⁰。

二、 結果債務與手段債務融和

前述一、部分，是基於同一債務關係上具有手段債務與結果債務性質。相較之下，此處情形是從同一契約所衍生手段債務與結果債務間交互影響的問題。

（一） 物之返還債務與物之保管債務的關係

此問題通常發生在寄託、使用借貸及租賃借契約關係中的債務人對該物返還債務(*obligation de restitution*)及債務人對物保管債務(*obligation de conservation*)（受寄託者、使用借貸的使用者、租借人）。傳統見解認為此類契約，物之返還屬於結果債務，而標的物保管義務（善管注意義務）解釋為手段債務⁷⁰¹。然而，這類契約是否可能截然區分二類型債務處理是有問題的。細繹言之，當標的物毀損時同時發生「物返還債務（結果債務）」及「物保管債務（手段債務）」債務不履行，基此，如何調掌握債務人「契約上過錯」問題。

關此問題，法國向來實務態度是分開處理⁷⁰²，晚近法國廢棄法院見解，認為

⁶⁹⁹ 伊藤浩，〈手段債務としての安全債務と結果債務としての安全債務(ニ・完)〉，立教法学 22 号，頁 141-143，1988 年。

⁷⁰⁰ 伊藤浩，前揭註 699，頁 107。

⁷⁰¹ Mazeaud (Henri, Léon et Jean), *Leçon de droit civil*, t. III, 2^e vol., 3^e éd., 1968, par Michel de Juglart, n°1500, pp. 660-662 et n°1501, p. 662 (寄託), n°1443, pp. 624-625 et n°1444, p. 625 (使用借貸). 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 84。

⁷⁰² Weill (Alex) et Terré, (François), *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., 1986, n°401, pp. 413-414. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 85。

受寄託者債務為手段債務，有關舉證責任分配，債權人對寄託物未返還負舉證責任，而債務人須對「主觀的過錯不存在」負舉證來免責⁷⁰³。

(二) 學說觀點

1、 從物之返還債務與保管債務的關係考慮

上述法國廢棄法院見解將寄託物之返還債務本身，認為手段債務⁷⁰⁴。然而，此見解與向來學說見解產生齟齬。晚近學說發展上，仍認為從一定觀點而言，應將二個債務類型區分。理由為，首先，物之返還債務，於契約終了時該物現狀交還，而物之保管債務，契約期間對該物保持義務，二者義務內涵不同。因而，標的物返還債務（結果債務）不履行，約定返還時未返還（返還不能或遲延）及一部未返還情形，與返還標的物毀損情形的保管債務（手段債務）不履行問題，鑑此，二個債務須區別⁷⁰⁵。二個債務關係解釋上不是「交錯(entrecroisement)⁷⁰⁶」而是「融合(mélange)⁷⁰⁷」。從而，當發生標的物返還債務（結果債務）不履行，與返還標的物毀損情形的保管債務（手段債務）不履行問題時，評價上「標的物返還債務（結果債務）」被「返還標的物毀損情形的保管債務（手段債務）」所吸收，故其債務內容以手段債務為基礎⁷⁰⁸。

2、 契約上過錯舉證責任分配

⁷⁰³ Cass. civ. 1□□, 24 juin 1981, Bull. civ., I, n°232, p. 189; D., 1982, I. R., p. 363, obs. Larroumet (Christian); Rev. trim. dr. civ., 1982, p. 430, obs.; Cass. civ. 1□□, 27 avril 1978, D., 1978, I. R., obs. Larroumet (Christian); Cass. civ. 1□□, 2 oct. 1980, Bull. civ. I, n°240, p. 194; Rev. trim. dr. civ., 1981, p. 405, obs. Cornu (Gérard); Cass. civ. 1□□, 28 mai 1984, Bull. civ., I, n°173, p. 147; Cass. civ. 1□□, 11 juill. 1984, Bull. civ. I, n°230, p. 194; Cass. com., 22 nov. 1988, Bull. civ., IV, n°316, p. 212; Rev. trim. dr. civ., 1989, p. 328, obs. Jourdan (Patrice); Cass. civ. 1□□, 4 oct. 1989, Bull. civ., I, n°305, p. 203; Cass. civ. 1□□, 10 janv. 1990, Bull. civ., I, n°6, p.5; Rev. trim. dr. civ., 1990, p. 517, obs. Rémy (Philippe)等，轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 86。

⁷⁰⁴ Jourdan (Patrice), obs., Rev. trim. dr. civ., 1989, p. 328; Rémy (Philippe), obs., Rev. trim. dr. civ., 1990, p. 519. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 87。

⁷⁰⁵ Viney (Geneviève), Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions, 1982, n°546, pp. 648-649. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 90。

⁷⁰⁶ 主張兩債務交錯學者 Larroumet (Christian), obs., D., 1978, I. R., p. 207; de Quénauon (René), Juris-Classeur civil, Art. 1927 à 1931, fasc. C, n°60 et fasc. D, n°57. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 92。

⁷⁰⁷ 主張兩債務融合學者 Malaurie (Philippe) et Aynès (Laurent), Cours de droit civil, Les obligations, 2e éd., 1990, n°823, pp. 441-442; Morel (René), S., 1940, 1, 73. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 93。

⁷⁰⁸ Jourdan (Patrice), obs., Rev. trim. dr. civ., 1989, pp. 328-330. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 94。

其次，有關契約上過錯舉證責任。從實務見解採受寄託者所負債務為手段債務考慮，債務人過錯被推定，不過，此推定包括不可抗力不須舉證，「主觀過錯不存在」反證足以單純推定（手段債務伴隨過錯推定）⁷⁰⁹。

從傳統通說觀點，受寄託者的保管債務依其性質屬於手段債務，「過錯推定」是具有妥當性⁷¹⁰。此涉及標的物滅失毀損原因不明風險分擔問題⁷¹¹。若進一步探討其正當化理由，一般而論，基於二個理由，一是基於特定物債務人保管債務相關規定在訴訟上理由⁷¹²，另一則是基於證據法則基礎上的一方當事人過錯舉證妥當性理由⁷¹³。

第二目對二者區分的評價

綜前所論，手段債務與結果債務二類型區別是相對性，換言之，這涉及內部相關債務範圍及歸責事由嚴格化程度變化。另一方面承認兩債務類型交錯與融合情形，基此被認為是契機，重新對二債務類型的意義再思考。

「契約上過錯」（歸責性）內容問題，情形呈現變化無限如前所討論，以手段債務與結果債務為前提的契約責任歸責構造，換言之，根據債務內容範圍，「契約上過錯」內容的歸責性隨之不同，屬當然之理。Rodière 學者見解「結果債務

⁷⁰⁹ Larroumet (Christian), obs., D., 1982, I. R., p. 363. 轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 96。

⁷¹⁰ 有關寄託契約部分：H., L. et J. Mazeaud (Henri, Léon et Jean), *Leçon de droit civil*, t. III, 2^e vol., 3^e éd., 1968, par Michel de Juglart, n°1500, pp.660 -662.; Planiol (Marcel) et Ripert (Georges), *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., t. XI, 1954, par Savatier (René), n°1175, p. 511 ; Rodière (René), *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*, V°Dépôt, n°116 ; Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre), *Droit civil, Les obligations*, t. I, Les sources, 1988, n°543, p. 674 ; Le Tourneau (Philippe), *La responsabilité civile*, 3^e éd., 1982, n°1815, pp. 577-578.; Connu (Gérard), obs., *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 405 ; de Quenaudon (René), *Juris-Classeur civil*, Art. 1986; Malaurie (Philippe) et Aynès (Laurent), *Cours de droit civil, Les contrats spéciaux*, 3^e éd., 1989, n°872, pp. 424-426...轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 99。

⁷¹¹ 而與此有關聯性，結果債務的「過錯推定」通常伴隨「因果關係推定」，參 Rémy (Philippe), obs., *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, p. 121.轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 100。

⁷¹² Planiol (Marcel) et Ripert (Georges), *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., t. XI, 1954, par Savatier (René), n°1175, p.511; Connu (Gérard), obs., *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, p.569 et 1981, p.406 所論及的法國民法第 1302 條第 3 項部分，轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 101。

⁷¹³ Rodière (René), *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*, V°Dépôt, n°93; Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre), *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Les sources, 1988, n°543, p.674. Rémy 學者見解，第一點係認為所謂寄託人（物所有人）對物負擔危險負擔的實體法上原則，在偶發事故的舉證情形是不妥適的，第二點是就舉證責任法則（舉證風險）而言，這風險應歸由標的物滅失當時具有支配力的一方負擔，從而，受寄託人對於標的物滅失原因應為積極舉證過錯不存在，參酌 Rémy (Philippe), obs., *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, pp.433-434。

與手段債務區別，須綜觀契約上全部各債務同一歸責事由嚴格化程度或範圍，必須呈現出明顯正當化思考點」。然而，當事人間約定相關契約的債務內容範圍的多樣化，原則是基於當事人意思自治原則的當事人意思決定，基此各種債務分類甚至是兩個以上程度，也是事屬當然。

如此一來，將契約上債務分為結果債務與手段債務區分意義，是否仍然存有意義呢？本文認為雖然二債務類型區別具相對性非絕對性，於「訴訟實務上運作」與「理論體系化及法學方法論上」，二者仍存有區別實益，此亦為晚近法國通說所採⁷¹⁴。

第五項有關債務不履行的「歸責要件」再檢討

本文認為從上述相關法國手段債務與結果債務理論介紹過程，法國民法契約責任體系一路風雨走來仍未棄守如此分類，最重要理由在「契約責任訴訟實務的需求上」。藉由此理論宛如為百年來的法國僵硬成文民法契約責任體系架構放入慧黠的小精靈穿梭其間，賦與法國民法契約責任體系從容面對現今新興多元國際化契約類型的活水，尤其，在調和「主觀過錯要件」與「客觀過錯要件（注意義務違反）」二元化的部分，從而，間接上某程度也能將「普通法體系（一元化）」、「大陸法系（二元化）」體系落差所造成衝擊降低，進而，提供法國民法契約規範能見容於國際商務契約的契機。

然而，這樣的理論，對同屬大陸法系亦採契約責任二元化的日本及台灣民法有關債務不履行責任理論影響或借鏡的是什麼呢？以下做簡略分析：

第一目手段債務與結果債務的概念

手段債務與結果債務依相關契約上的債務內容及範圍分類概念，係有關債務不履行責任「契約上過錯」。換言之，對「歸責事由」的內容及判斷方面差異的說明，提供實體法類型化法體系的正當基礎，用來作為更進一步歸結出舉證責任分配差異，這是傳統法國法的觀點。但是，就「舉證責任分配」視角，最近法國

⁷¹⁴ 森田宏樹，前揭註 640，頁 39。

學說實務見解呈現出「契約上過錯」內容確定問題與舉證責任問題，二者不必然具直接關聯性看法日益明顯。

因此，當日本及台灣在引用結果債務及手段債務概念做解釋論基礎時，必須留意該法概念發展至今所代表內容及意涵。當然，從這樣用語意涵問題，如果它被明確界定，或如何使用此法概念只不過是個人的自由選擇，無論是日本或台灣均無既存此學說基礎前提下，至少必須對原生法國此法概念原來意義有所認識，甚至是須妥適避免引用後所生無謂混亂局面。

另就二債務類型區分標準部分，綜前所言，結果債務與手段債務概念涉及債務不履行責任成立與否，換言之，債務人「歸責事由」存否判斷，要否對具體債務人行為態樣是否符合已盡一定謹慎注意義務為評價，依學者 Marty 見解應分別處理。因此，結果不實現以無不可抗力為限，在結果債務類型不履行事實判斷其「歸責事由」；相關手段債務在債務人「歸責事由」判斷上，不僅是結果不實現外債務人一定行為義務違反評價亦須納入考慮。

基此，債權人對結果不實現負舉證責任，債務人對實現結果已盡謹慎注意義務舉證免責包括結果債務類型是不適當。當結果債務伴隨手段債務情形，債務人一定行為義務違反，即「歸責事由」存在被推定⁷¹⁵。

第二目日本有關手段債務與結果債務理論意涵

第一款債務不履行責任相關歸責構造

一、「歸責事由」理論制定

在日本，基於結果債務與手段債務理論前提的債務不履行責任「歸責事由」（契約上過錯）的判定，傳統的通說所謂「歸責事由」的理解討論上，在比較法上還受到德國法強烈影響，因而，日本民法典上規定構造及日本判例法上實務解決說明，體系化「歸責事由」理論的制定過程受到其重要影響。

⁷¹⁵ 如果存有此類型時，至少須與典型結果債務區分，稱為「結果債務緩和」或「手段債務加重」。

即以日本學者我妻榮為代表的傳統通說，債務不履行相關「歸責事由」解釋為債務人「故意過失或信義原則等同之事由」。而所謂債務人過失，解釋為「依債務人職業、其社會經濟地位等一般要求注意程度(與善良管理人注意程度相同)有所欠缺所生債務不履行」⁷¹⁶。然而，晚近，學者平井宜雄針對此通說見解提出批評，其指出「『責任歸咎事由』畢竟與故意過失並不相等，如此概念意涵不清楚。違法性位階是日本民法不必要及所生不適切結果」等批判⁷¹⁷。所以，認為「故意過失」與「違法性」兩階分類屬於德國民法特有理論，此「責任歸咎事由」，其具體內容居債務不履行責任要件中所考慮的充分注意的重要地位，然而，此具體內容適當提出，「則從大量判決群，來制定該內容規則」類型化作業，必須積極正當化「歸責事由」內容及理論定式化⁷¹⁸。

基此，法國法以結果債務與手段債務為前提的契約責任歸責構造，對日本法的思考有重要的教示作用。即債務不履行責任有關歸責性，未履行其承諾，也就是債務人按照其意思(合意)約定契約規範，明確的約款，歸責的根據來自契約拘束力⁷¹⁹。如此前提理解，有關債務不履行「歸責事由」判斷，回歸契約上債務內容、範圍相關解釋。因此，債務人契約上所負債務範圍或相對的嚴格化程度，「歸責事由」內容、判斷方面亦會不同。從此債務不履行相關「歸責事由」概念之初，是判例法實務運作，債務人注意義務違反沒有窮盡的統一標準，在理論說明上呈現出變化，也是正當的。

三、 結果債務與手段債務區別

基前，「歸責事由」要件，透過債務人契約上所負債務的內容範圍來判斷。因此，實際上相關判斷，債務人契約上所負債務，契約上債務範圍及嚴格化程度，即債務人對結果實現是否確實承諾與否涉及結果射倖性，結果債務與手段債務將

⁷¹⁶ 我妻榮，「新訂債權總論-民法講義Ⅳ」，頁 105-106、145，有斐閣，1963 年。亦可參酌小粥太郎，〈債務不履行的歸責事由〉，「契約責任論の再構築(2006 年日本私法学会シンポジウム資料)」，ジスリスト No.1318，頁 117-120，2006.9.1。

⁷¹⁷ 平井宜雄，前揭註 626，頁 41 以下。

⁷¹⁸ 平井宜雄，前揭註 626，頁 52 以下。

⁷¹⁹ 山本敬三，前揭註 616，頁 87-102。

有區別實益。

（一）結果債務的「歸責事由」

在結果債務類型，如果所承諾結果未實現，債務人不履行係不可抗力，即任何人對該情事均難以預見、迴避時，除非能證明債務人不履行具「歸責事由」。在這裡，儘管是不可抗力，債務人承諾契約的結果未實現，可認為具有可歸責性。

與上述不同觀點，結果債務情形，結果不實現因不可抗力，債務人須就此負舉證來免責，這從契約上債務內容、範圍，甚至為了克服不可抗力去盡其可能實現結果來說明。即妨礙債務人所承諾結果實現的事由，以該障礙於契約締結時具有預見可能性及迴避可能性，以其它方式履行債務至少不是不可能。因此，債務人有關承諾確實實現的合意，其未履行此為債務人「責任歸咎事由」意涵。基此，債務人實際上是否已為謹慎合理履行有必要加入判斷範圍。在這裡，不可抗力的概念，不能被理解成結果債務相關債務範圍及嚴格化程度相等內涵。換句話說，不可抗力免責和結果債務相關債務人沒有「歸責事由」理論是同一情形。

（三）手段債務的「歸責事由」

手段債務有關債務人不履行事實與「歸責事由」判斷上，實務見解歸於同一，並未對「歸責事由」獨立考量的認識，然學說則存有爭議。為了實務運作正當化，在一般而言，在手段債務情形，從債務內容本身包含債務人須盡一定善良管理注意義務而論，與債務人主觀上過錯，二者事實解釋上是重疊。然而，從如此見解，債務不履行有關「歸責事由」，從債務內容範圍為判斷依據，是一體兩面，二者判斷一致性是為論理當然歸結之理。

第二款傳統通說再檢討

前述所論債務不履行有關「歸責事由」解釋與向來傳統通說相異。向來傳統通說「歸責事由」是債務人應盡一定注意義務，解釋上幾乎與侵權行為上過失相同⁷²⁰。

⁷²⁰ 森田宏樹，前揭註 640，頁 51。

一、 檢驗傳統通說理論的正當性

那麼，為何「歸責事由」與債務人一定注意義務違反被解釋為同義詞，並無一般積極依據。從近代法前提採「過失責任原則」必然結果，它似乎被認為不言自明。然而，與通說相同，契約責任相關責任法律依據債務人的過失(歸責事由)，與前述對過失有理解上差異，如此一來，對過失的解釋發生問題，說明上尚缺充分。

然而，近來就「歸責事由」理論說明，散見一些學說幾乎與通說同一內容見解。一個是學者北川善太郎⁷²¹及潮見佳男⁷²²，另一是學者前田達明⁷²³。二者，將債務不履行相關的有責性和債務人實現結果過程的具體行為義務違反作同一解釋。前者是債務人必要義務是構成債務的正當化。換言之，潮見學者認為，契約是債務人規範拘束，也就是義務內容，實現給付結果方面如何作抽象的具體行為「實現給付結果相關抽象意思承諾」，而且隨著抽象的意思承諾具體呈現時，從實現給付結果履行過程具體狀況下的提出具體行為義務二方面掌握，當然，有責性客觀標準透過後者來尋求⁷²⁴。相較而言，前田學者認為過失債務不履行歸責依據，承諾履行對債權人信賴保護的要求，基此，債權人得期待債務人符合理性人所得為行為義務及避免債務不履行，而債務人得就不可歸責為合理主張⁷²⁵。

這些見解，歸責的依據是債務人意思拘束要求，或是從債權人信賴保護要求有所差異，歸責事由和契約上債務，從就是為了實現一定具體行為義務的結果而言是共通的。這樣解釋，從當事人約定實現一定結果的情形觀察，乍看之下論理上是正確，債務人未實現結果本身，和未實現一定具體作為義務，可作此理解的。這就是為什麼，債務不履行有關「歸責事由」相關判斷上，問題始終在必須對債

⁷²¹ 北川善太郎，〈債務不履行における有責性〉，法學論叢 118 卷 4、5、6 号，頁 100 以下，1987 年。

⁷²² 潮見佳男，前揭註 646，頁 46，註 3。

⁷²³ 前田達明，前揭註 644，頁 135-137。

⁷²⁴ 潮見佳男，「債權總論講義 I」，頁 273-275，信山社，2003 年。潮見教授認為此為過失本質問題與判斷標準依據應為區別問題，故而「過失不是具體行為義務違反」，過失本質乃在對欠缺注意的意思決定、行為履行規範性非難。

⁷²⁵ 前田達明，前揭註 644，頁 137。

務人具體行為態樣的評價⁷²⁶。概括而言，此處解釋與前述「債務不履行責任相關歸責構造」不同，出現差異的問題在「契約有關債務人被課予債務內容相關理解不同」，也就是前述見解對於債務人結果實現本身義務是被否定的⁷²⁷。

然而，契約上債務內容、範圍決定，原則是委由當事人意思來判斷，為什麼否認債務人結果實現本身承諾，這將是問題。債務人確為實現結果承諾的情形，債務人當然能如此作，難道當事人意思內容就不能包含嗎？如果結果實現不是契約上債務範圍所及的情況，結果未實現的事實，原則上債務人的承諾未履行意涵，無不可抗力為限，以呈現債務人未履行「責任歸咎事由」。因而，此種情形「歸責事由」判斷，債務人具體行為態樣評價不是必然不可欠缺⁷²⁸。

二、 保證責任與過失責任二元論

根據前述見解，法國法結果債務相當類型有關債務人責任否定是有問題，因而，前述論者對此責任類型必要性是不具必須注意義務。換言之，債務不履行責任要件，違法性（客觀要件）和有責性（主觀要件）區分，債務人具體行為義務違反所謂有責性要件尚未充足，當「債權關係不正常開展方面，阻礙契約目的的實現狀態」如果構成違法性時，債務人即應負擔債務不履行責任。基此，①債務不履行責任，「無過失債務不履行責任」要件為違法性要件；「過失債務不履行責任」要件則是違法性及有責性要件。②在「無過失債務不履行責任」情形，存有「給付結果實現其它事態發生的相關保證」前提，被保證事態未發生時，債務人具體行為當否不是問題，以「結果保證」歸責事由作為債務人應負責的理由⁷²⁹。而且在無過失債務不履行責任妥適情形下，法律上規定方面，在雙務有償契約等情形廣泛承認以上的看法。然而，這樣的見解對於結果債務「歸責事由」和實質性方面區分是無助益的。

⁷²⁶ 所以，森田教授認為潮見教授對於債務人的責任成立與否的最終決定是依據二個方向判斷，即「所謂抽象類型義務未履行，給付結果不實現」與「履行過程相關具體行為義務」。參森田宏樹，前揭註 640，頁 57，註 126。

⁷²⁷ 森田宏樹，前揭註 640，頁 52。

⁷²⁸ 前揭註 727。

⁷²⁹ 潮見佳男，前揭註 724，頁 275-276。

第三款總結

一、 日本民法第 415 條規定構造

分析日本債務不履行責任認定要件，依日民法第 415 條規定意旨⁷³⁰，①債務本旨不履行②債務人具有可歸責事由。此債務不履行事實本身，為契約上債務未履行事實狀態。實體法上，債務人具有「歸責事由」情事，則負債務不履行責任。這意味著「歸責事由」存否，是債務不履行要否負擔賠償責任決定性要件。這「歸責事由」，依傳統通說包括違法性及有責性二者概念。惟有關債務人賠償責任，是否要區分違法性（客觀要件）及有責性（主觀要件）二階判斷，學者森田宏樹認為衡諸日本民法典規範架構並未區分，及日本判例法實務運作上觀察，二階區分是不適當的⁷³¹。

二、 債務不履行責任相關「歸責事由」內容及舉證責任

（一）「歸責事由」內容

債務不履行相關「歸責事由」，為債務人「契約相關承諾未履行（不可抗力除外）」。「歸責事由」存否，從契約上債務人義務所在「債務內容及範圍」來判斷，債權人就債務不履行的事實應為充分證明，對債務人「歸責事由」不必要負直接證明之責⁷³²⁷³³。因而，債務人對「責任歸咎事由」無法證明時即不能免責。

⁷³⁰ 日本民法第 415 條：「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。」

⁷³¹ 森田宏樹，前揭註 640，頁 54-55。

⁷³² 在吉田邦彦教授「一元論（過失＝注意義務違反）」見解下，與此處森田教授所採「歸責事由」見解，解決問題在結論上往往會相同。參吉田邦彦，前揭註 368，頁 40-44。進一步言，吉田教授的「歸責事由（德式歸責事由＝主觀過失）」與森田教授迥然相異，吉田教授是立基於德國式「違法性（客觀要件）」與「有責性（主觀要件）」嚴格區分下，從而對此二元論不合理之處提出批判，力倡一元論以期解決。故在吉田教授一元論下，因果關係是屬於「免責事由」內問題，非屬「歸責事由」問題。而依法國法通說見解，「不履行（inexécution）」，僅是事實外觀(fait extérieur)，此與「基於過錯的不履行（inexécution fautive）」的概念內容須區別。契約責任法依據，「不履行」事實尚須包括「契約上過錯」，以「契約上過錯」歸責依據債務人本身意思所設置契約拘束力之上，契約不履行責任—吉田教授認為不是客觀的歸責，不負結果責任。—「主觀的責任(responsabilité subjective)正是學說史上，用來處理結果債務及手段債務契約責任基於過錯的主觀責任相關說明上有其存在實益」。附帶言之，森田教授認為吉田教授所主張「因果關係問題在免責事由處理」見解，應是受法國學者 Larroumet 影響，然而 Larroumet 本身認為此見解屬法國少數說。參 Larroumet (Christian), *Droit civil, Les obligations/Le contrat*, t. III, 2^e éd., 1990, n°606-607, pp.589-592.轉引自森田宏樹，前揭註 640，註 134。

從而，一般而言，債務不履行事實有關債務人「歸責事由」是被推定⁷³⁴。

（二）「歸責事由」存否判斷

債務不履行存否實際相關判斷，與契約上「債務內容範圍」有關⁷³⁵。在債務人對結果實現確為承諾時（結果債務），無不可抗力情事，結果未實現時，債務人「歸責事由」判斷上，與在未對實現結果承諾情形（手段債務），負擔一定謹慎注意（行爲）義務，債務不履行存否判斷，債務人具體行爲態樣是必要評價是不同的。換言之，森田教授認為結果債務與手段債務兩類型差異，在債務人「歸責事由」存否判斷，債務人行爲態樣是否必要受評價，因此，二者區別實益在當事人舉證分配關係，首先在證明對象相關確定上差異。然而，在手段債務類型，債務人是否善盡一定謹慎注意義務相關舉證責任並不一定歸由債權人負擔。基此，透過相關債務人「歸責事由」實體法規範解釋，來進而分配當事人間舉證責任，論理上並無必然關係。然而，在債權人對結果未實現客觀事實證明，從經驗法則、當事人間公平性考量，前述債務人行爲態樣評價在一定範圍受到推定，如果情形是合理時，在理論上是可能。蓋在手段債務情形，在評價具體情況下有關債務人一定具體行爲義務時（結果迴避義務）存在時判斷有無違反是不可欠缺，該行爲義務問題點，在行爲當時債務人對該結果不實現有無預見可能性及預見義務，在實體法規範前述具體行爲義務假設是課予債務人爲前題，此爲所謂債務內容問題。然而，此舉證責任由那一方當事人負擔呢？應視具體個案問題分別處理。學說上認為以「預見可能性」、「回避可能性」該當事實，債務人對義務違反存有不可歸責事由，應由債務人負舉證責任⁷³⁶。故而，向來所謂區別結果債務與手段債務對

⁷³³ 法國法相關「契約上過錯」舉證責任，從一般債權人對「契約上過錯」不必要負直接舉證責任，只須對債務人所爲不履行事實負舉證爲已足而言，法國法與日本法就「歸責事由」存有實質差異，基此，亦造成妨礙日本引進法國法手段債務與結果債務區別理論。參森田宏樹，前揭註 640，註 135。

⁷³⁴ 森田宏樹，前揭註 640，頁 55。

⁷³⁵ 森田宏樹，前揭註 640，頁 55；潮見佳男，前揭註 624，頁 267 以下；小粥太郎，前揭註 716，頁 119。

⁷³⁶ 森田宏樹，前揭註 640，註 137。

有關「歸責事由」舉證責任分配上決定是有實益並未具必然性⁷³⁷。

第三目台灣有關手段債務與結果債務理論探討

在本文第三章曾論及，台灣民法侵權責任「故意或過失」主觀要件與契約責任「可歸責」被等同視之，就此與日本民法傳統通說情形並無不同。然而，日本民法就「手段債務與結果債務理論」熱絡探討情境，相較之下，無論台灣民法學者或實務界上此部分完整有體系探討或介紹文獻幾近乎於零，其故何在⁷³⁸？本文並無意深究，不過，就形式上而論，除了與台灣民法研究與實務操作長年「重侵權，輕契約」有重要關聯外，與向來台灣民法學者或實務處理契約問題，以德式思考邏輯亦是有關。然而，仍有極為少數判決片斷論及手段債務與結果債務的理論，惟就此理論是否能適用於台灣民法第 225、226、227 及 230 條等論述則並未發現。

本文認為既然，我國民法第 226 條與日本民法第 415 條規定內容相若時，前述日本森田教授對於日本民法第 415 條規範如何適用於結果債務及手段債務理論詮釋，解釋上於台灣民法第 226 條法條釋義上應有相當空間適用可能。

退一步言，縱然，基於台灣民法現行通說仍是悍衛德式二元論理論（違法性與有責性區分）思維下，本文基於「過失客觀化」及「過失認定內容與注意義務違反認定內容重疊考量性」，解釋上則與實質採一元論並無多大差異。從而，依契約內容範圍，視債務人所為承諾債務為何，如債務人確有為實現一定結果之承諾（結果債務），契約結果未被實現，債務人過失即被推定，債務人應就不可歸責事由負舉證（例如，不可抗力等）方得免負損賠之責。若債務人未為實現債務內容範圍之承諾（手段債務），負擔一定謹慎注意（行為）義務，債務不履行存否判斷，債務人具體行為態樣是必要評價。然而，在手段債務類型，債務人是否

⁷³⁷ 森田宏樹，前揭註 640，頁 56。

⁷³⁸ 最近三年內台灣學者曾於著作論及手段與結果債務重要文獻有，陳忠五，前揭註 7，頁 125-135；陳自強，〈日本債務不履行改正動向〉，「台灣民法與日本債權法現代化」，頁 277，元照，2011 年。

善盡一定謹慎注意義務相關舉證責任並不一定歸由債權人負擔。基此，透過相關債務人「歸責事由」實體法規範（例如委任、寄託等）解釋，進而分配當事人間舉證責任，論理上並無必然關係。然而，此舉證責任由那一方當事人負擔呢？應視具體個案問題分別處理。本文就此宜以「預見可能性」、「回避可能性」該當事實，債務人對義務違反存有不可歸責事由，應由債務人負舉證責任。

從而，現行台灣民事契約責任採取與侵權責任相同之歸責原則，是不妥適的，且並與契約原理不合，契約歸責原則應以「契約拘束力」為斷，而所謂契約拘束力，應從兩方面判斷，一方面是自律性「當事人意思」，另一方面是他律性「契約規制」。

誠如學者陳自強所言，在契約外損害賠償責任領域，採無過失責任以合理分配現代科技生活危險之情形，越來越多⁷³⁹。契約當事人既然以契約承擔義務，契約風險亦已由契約分配，契約不履行之不利益，應由不履行之當事人負擔，乃天經地義者。台灣債務不履行責任之架構與晚近修正，與日本債權法改正契約責任明示揚棄過失責任主義，勝負高下，不言而喻⁷⁴⁰。雖然，台灣現行民法契約債務不履行規範未明文採契約責任，但透過本文前所論及，似乎亦能達到異曲同工之妙。至於，在醫療契約法律關係中，前述結果債務與手段債務理論細繹運用，留待本文第六章再論述。

第五節 台灣醫療契約責任再建構

第一項 現行契約責任法存在問題

台灣為繼受法國家，從歷史發展軌跡即可窺知一二。然而，台灣法律繼受實質內涵為何？在同一條法律規範，可能承襲甲國法規範體系，或（併）乙國法律學說現象與日本一樣並不少見⁷⁴¹。但這經過多年後的今日，似乎不那麼重要了。

⁷³⁹ 例如，民法第 191-3 條等。

⁷⁴⁰ 陳自強，前揭註 738，頁 173-303。

⁷⁴¹ 陳自強，前揭註 738，頁 344-345。

因為法規經過適用於在地台灣社會具體案件中，我國學說及實務如何適用及解釋，才是重要問題。因為「它」才是我們須嚴肅以待的問題。從而，以下本文分兩個面向進一步說明我國契約責任法所現存問題，就比較法觀點論述，僅限於解釋必要時才會作局部帶入，並非為全盤外國法制闡述或介紹。

第一目 台灣契約過失責任原則的依據來源及解釋

台灣民事責任制度採過失責任主義，而在過失責任主義下，以契約責任為核心的債務不履行態樣，存有民法第 226、227 及 230 條規定類型，而揆諸上述三個法條均以「可歸責於債務人事由」（以下簡稱歸責事由）為債務不履行責任要件，因此這裡存有「契約責任歸責事由是否等同故意過失概念？與侵權責任體系上的故意過失要否等同處理的疑慮？」。進一步言，契約責任是否非以過失責任為基礎不可。

台灣為繼受法國家，在法律繼受上，台灣民法債編第一章總則與第二章各種之債法體系架構，應是仿自瑞士債務法⁷⁴²。就民法第 220 條規範內容：「第一項：債務人就其故意或過失之行爲，應負責任；第二項：責任程度，依行爲之特性而有輕重，如其行爲非予債務人以利益者，應從輕酌定。」，衡諸瑞士債法第 99 條內容：「第一項：債務人原則上就其故意過失之行爲，應負責任；第二項：過失之責任，依事件之特性而有輕重，如該行爲非予債務人以利益者，應從輕酌定。第三項：其他情形，有關侵權行爲責任規定於契約違反情形準用之」規定；及與德國民法相較下，德國民法修正前第 276 條第 1 項第 1 句：「除另有規定外，債務人應就故意過失負責」⁷⁴³，從而，關於歸責事由之立法，我國立法者分別從德

⁷⁴² 陳自強，前揭註 583，頁 2 以下。具體言之，瑞士債務法是 1912 年正式實施，迄今歷經多次修正，在契約法範圍是第 1-551 條，曾修正過修正條文有：第 48 條有關不正競業問題（1943 刪除、1986、1993、1995 年修正），第 19 條人格權受侵害（1983 年修正），第 216 條不動產買賣契約形式要件（第二項優先購買權 1991 年修正），第 218 條農地讓與問題（1991 年修正），第 226-228 條分期付款買賣問題（1962 年修正），第 227b 條及第 519 條債務追索與破產問題（1994 年修正），第 253 及 275 條有關租賃（1989 年修改），第 319 條以下僱傭契約（1956 修正），第 325 條學徒契約（1990 年修正），第 418 條代理契約（1949 修正），第 492 條保證契約（1941 年修正）。

⁷⁴³ 而德國民法修法前第 276 條第 1 項第二句及第三句規定違反交易必意注意為過失。第 827、828 條規定準用之；第 3 項則為故意所失責任不得事先免除。

國與瑞士債務法，文字斟酌後而成爲我國契約過失責任原則第 220 條規定。

從而，稱爲台灣過失責任原則法條依據民法第 220 條規範分別來自瑞士債務法及德國民法規定拼湊而成，適用於台灣多年來，學者與實務如何運用本法條於契約責任與侵權責任體系內呢？

在過失責任下，有關「故意」概念，侵權與契約責任體系上，學者與實務均認爲是一致，即援引刑法第 13 條的法律定義說明之，詳細論述請參本文第三章論述部分。

就「過失」概念，在契約責任體系上是否宜與侵權責任體系上「過失」概念一樣，援引自刑法第 14 條過失概念：「行爲人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意，或對侵權行爲之事實，雖預見其發生，而確信其不發生。」，並以此套用在契約責任之過失責任上⁷⁴⁴。本文認爲似乎不宜，以下從學者及實務觀點作進一步說明。

學者通說認爲因民法第 220 條 2 項規定：「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」，即認爲契約責任之過失，因債務人違反注意義務程度之不同，過失可分爲抽象過失、具體過失、重大過失三種⁷⁴⁵。另有學者認爲過失有重大過失及抽象輕過失兩種客觀準則及具體輕過失之主觀準則，並認爲：「民法通說長期以來採取客觀過失準則」⁷⁴⁶。故而，在我國學說見解認爲在契約責任體系上就過失概念上須與侵權責任作完全一致解釋是尙未達一定共識，我國多數學者見解應是傾向認爲在債務不履行，我民法上並非以抽象的輕過失責任爲原則，⁷⁴⁷。在實務上，最高法院 42 年台上字第 865 號判例雖認爲：「民法上之過失，以其欠缺注意之程度爲標準，可分爲抽象的過失、

⁷⁴⁴ 林誠二，前揭註 25，頁 39；劉春堂，「契約法總論」，頁 267，三民，2006 年；孫森焱，前揭註 25，頁 482。

⁷⁴⁵ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，前揭註 152，頁 268；孫森焱，前揭註 25，頁 482-483；林誠二，前揭註 25，頁 39；劉春堂，前揭註 744，頁 267。另相關過失程度見解，最高法院 90 年台上字第 368 號判決略謂：「債務人履行債務所負責任程度，最重者須就事變負責，其次依序爲抽象的輕過失（即違反善良管理人注意義務）、具體輕過失、重大過失、故意。債務人如應負較重之責任者，其就較輕之責任更應負責。」。

⁷⁴⁶ 黃立，「民法債編總論」，頁 443、444，元照，2006 年。

⁷⁴⁷ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，前揭註 152，頁 278。

具體的過失及重大過失三種」，針對因過失不法侵害他人致死之角度進行探討，此與最高法院向來認為侵權行為之過失以是否怠於善良管理人之注意為斷(最高法院 19 年上字第 2746 號判例)，似有不同。但若觀本文第二章醫療民事實證，不難發現法院在審視債務人有無違反契約責任時，通常會用「是否怠於善良管理人之注意為斷」⁷⁴⁸。之所以醫療民事實務如此見解，本文解讀似乎是向來我國醫療契約性質解釋為有償委任契約關係，基此前提下，再套用學者向來通說認為有償委任契約其注意義務為善良管理的注意義務程度見解下，所導出的當然解釋，此亦得從上述最高法院判決內，均先陳述相關民法委任條文例如，「民法第五百

⁷⁴⁸ **最高法院民事判決 98 年度台上字第 2175 號略謂：**「查甲○○係因右眼斜視至台大醫院診治而成立醫療契約，為受有報酬之勞務契約，性質屬有償之委任關係，依民法第五百三十五條規定，台大醫院應負善良管理人之注意義務，應依當時醫療水準對甲○○履行診斷或醫療義務。倘為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員於從事診療未具當時醫療水準，或欠缺善良管理人注意而誤診或未為適當之治療，致甲○○受有傷害時，即應負債務不履行責任」；**最高法院民事判決 97 年度台上字第 2175 號略謂：**「未查醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係，依民法第五百三十五條後段規定，醫院既應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員（即醫療團隊）於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具上開醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患受有傷害時，醫療機構即應與之同負債務不履行之損害賠償責任。本件被上訴人為中山醫院之負責人或該院聘請之醫療人員，負責上訴人之診療及復健，自應盡善良管理人之注意義務。」；**最高法院民事判決 97 年度台上字第 2735 號略謂：**「次按健康檢查之契約為醫療契約，屬勞務性契約，其受有報酬者，性質上即類似有償之委任關係，依民法第五百二十九條及第五百三十五條後段規定，醫療機構應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對健檢人或病患履行診察、診斷或治療之義務。本件被上訴人於八十八年九月十八日對上訴人健檢所拍攝系爭 X 光片發覺當時該 X 光片上已有肉眼清晰可見之肺部腫瘤異常，經原審記載為兩造不爭執事項在卷；上訴人並屢稱：被上訴人為伊進行之新生健檢目的在於早期發現學生之疾病，俾行追驗矯治；且通常腫瘤大於一公分即可由 X 光片上發現，被上訴人於輔大同年六月八日八十八學年度健康檢查招標說明會時，亦表示學生健檢之重大異常個案可安排其就診之後續服務；被上訴人之受僱醫師對伊為系爭健檢時發現 X 光片有異常，即應負告知伊之義務；又以八十八年間醫療水準，系爭 X 光片判讀醫師對該 X 光片內容是否在醫療上得進行肺部「無明顯異常」之診斷結果，聲請原審致函台大醫院腫瘤部詢問等情，凡此均與系爭 X 光片檢查是否明顯可見大於一公分之陰影？其可疑為腫瘤時是否屬重大異常個案？及被上訴人是否應以善良管理人之注意盡其告知義務所關頗切。原審未違詳查究明，遽為上訴人不利之認定，亦嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」；**最高法院民事判決 94 年度台上字第 1605 號略謂：**「按醫療機構因醫療契約之訂立，負有以盡善良管理人之注意，依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患死亡或受傷者，醫療機構自應負債務不履行損害賠償責任。」；**最高法院民事判決 92 年度台上字第 1057 號援引原審法院意見略謂：**「足見新光醫院就其對甲○○所實施之羊膜穿刺篩檢術及羊水分析，並未盡其善良管理人之注意義務。丙○○因未受專業訓練，誤讀甲○○之羊水分析結果，並且未如合格羊水檢驗中心隨時記錄染色體培養期間之各種數據，亦未對於分析之結果予以詳細記載出具報告，又以錯誤之檢驗結果，告知甲○○，使甲○○無法為優生保健之目的，依優生保健法第九條規定，施行人工流產，致甲○○產下患有唐氏症等多重重度殘障之張敬華，自難認新光醫院已為合於債務本旨之給付。按所謂不完全給付即債務人雖為給付，而給付之內容並不符合債務本旨，違反信義及衡平原則，以致債權人遭受損害而言。」。

二十九條及第五百三十五條後段規定」等字句自明。醫療契約責任與侵權責任在「過失」概念上，似乎非必然要相伴相隨。

既然，學者及實務通說均認為契約責任「過失」概念，不宜以侵權責任體系下「過失」概念等同視之。接下來地問題是，那甚麼是契約責任「過失」概念呢？如觀民法第 220 條第 1 項、226、227 及 230 條規定意旨，故意或過失為「債務人可歸責事由意涵所包括」，要探究過失概念自得從「歸責事由」內涵作進一步探討。

第二目 台灣契約責任「歸責事由」內涵

我國通說認為，契約歸責事由得由當事人以契約訂定，未特別約定，法律亦未設特別規定時，過失責任之輕重是個案認定問題（例如，有償委任契約，負抽象輕過失責任），契約責任「過失」並非像侵權行為責任僅以善良管理人注意之違反為斷，且不分為何種債務不履行態樣，債權人僅須證明契約之存在及損害之發生即可，債務人為了免責，則須就契約不履行存有不可歸責事由，負舉證責任。

比較法上，瑞士、德國及日本均採客觀化過失之概念，與我國通說認為過失責任與輕重之問題（分事變責任、抽象輕過失、具體輕過失及重大過失），顯有差異。反觀，有關瑞士債務法第 99 條 2 項，該國學者通說判例解釋為損害賠償責任範圍減輕之事由，而非過失責任成立參酌問題，似乎與台灣學者及實務通說認為民法第 220 條第 2 項規範功能解釋是相左。

故而，向來在過失責任原則下，我國通說將契約責任「歸責事由」類比於「故意或過失」，然而，就何謂「故意或過失」與侵權責任體系相同處理，本文認為不妥，非但將契約與侵權責任體系制度設計規範目的混同，將不利於契約責任體系以當事人意思理論為核心的彈性發揮優勢。且基於國際契約法趨勢亦朝向「過失客觀化」趨勢，併考量到我國醫療民事責任實證，在有無債務不履行情事判斷上，債務人有無違反債之本旨及醫療水準為判斷核心，故在契約責任「過失」概念內並無存在侵權責任成立要件傳統通說二元化（有責性及違法性）必要，僅有

契約義務有無違反的概念，從而，以契約義務有無違反，為契約責任成立要件歸責事由的內涵，此即為本文契約責任一元化的概念。

細繹言之，契約責任基本上是架設在當事人違反基於契約拘束力所形成之契約秩序上，債務人所違反的，是私法自治原則下所承認之契約秩序，通常並不存在「違法性」之判斷，除非該契約屬於現行法規範所明文禁令行為⁷⁴⁹，否則審視有無違法性並非必要。另一思考問題是，當債務人自始未為債務履行行為時，債務人有無可歸責的過失內涵判斷上，是將「應為行為」與「實為行為」作對比，而「應為行為」則是視「契約本旨認定」，即以理性之人履行該契約時應盡交易上注意所為之行為。從而，注意義務之判斷也是契約義務判斷，因而，本文認為將注意義務與契約義務區隔，非但無實益且徒增判斷上困擾，這也是台灣醫療民事責任實證上以「基債之本旨，衡諸債務人所為給付是否已善盡善良管理人注意義務，提供符合醫療水準之醫療服務」為判斷有無債務不履行問題。總括而言，契約責任是來自契約風險合理分配下的結果，契約歸責與否是屬於契約義務問題，與侵權責任「有責性」與「違法性」概念，是屬二事。

第二項法國的「手段債務與結果債務理論」如何接軌台灣現行契約責任法規範？

審視國際間相關民事責任制度規定，採過失責任原則與無過失原則均有，歐陸法系、日本及我國原則上是採過失責任⁷⁵⁰；而英美法系原則上採無過失責任⁷⁵¹。而法國民法規範並未像德國、日本及台灣區分債務不履行態樣。法國債務不履行損害賠償請求以可歸責於債務人為要件，但法國民法並未明文規定故意過失為歸責事由。至於什麼是可歸責，則須回歸債務類型本質處理。從而，法國法依法國

⁷⁴⁹ 此部分參本章第三節契約拘束力相關論述。

⁷⁵⁰ 雖說同採過失責任原則，各國仍存有若干不同之處。例如：德國民法不論修法前後均明確認為「故意過失」與「可歸責」是不同，後者範圍較前者廣。日本民法「故意過失」即是「可歸責」。而台灣，本文認為「故意過失」與「可歸責」是不同。

⁷⁵¹ 廣義無過失責任，又可分為事變責任（即債務無過失亦應負責，例如德國民法第 287、我國民法第 231 條第 2 項）、嚴格責任（亦可稱為擔保責任，即若未依契約履行，即應依違反契約負損害賠償責任；例如，1981 年美國契約法整編第二版第 11 章）。

民法第 1147 條，債務人僅證明自己無過失，並無法免責（結果債務類型 obligation de résultat）。法國法亦得依法國民法第 1137 條規定負有標之物之保管義務之債務人，負善良管理人之注意（手段債務類型 obligation de moyens）⁷⁵²。法國判例將較嚴格的第 1147 條規定限制在所謂結果債務之情形，即債務人承諾一定結果給付之發生，債權人僅須證明有此結果債務之承諾，且債務人不履行，債務人須證明結果不發生係出於不可抗力外來事由或來自第三人行爲或債權人自己之行爲方得免責，僅無過失尚無法免責⁷⁵³。出賣人交付標之物、承攬人完成工作等均爲典型之結果債務⁷⁵⁴，結果債務若不發生，債務人須證明不履行乃基於不可抗力或事變方得免責。前述法國民法第 1147 條並未積極地以故意過失爲要件，而僅以不可歸責於債務人之外在原因爲免責事由。法國民法第 1148 條又規定債務若係因 force majeure 或 cas fortuit⁷⁵⁵，不負賠償責任⁷⁵⁶。該條之適用應同時具備下列四個要件⁷⁵⁷：第一、不可預見；第二、不可抗拒；第三、爲外來原因；第四、債務人無過失，但何種情形方可認爲 force majeure 或 cas fortuit 而不須負賠償之責，學說判例並未見一致，尚須待類型化形成⁷⁵⁸。

承前本章第四節論述內容，本文援引法國「手段債務及結果債務」理論，係爲了處理向來我國契約責任中的「債務本旨」判斷及責任成立要件判斷問題。申言之，當事人契約關係「債務本旨」在判斷上，會隨著當事人於意思理論基礎所源生的契約拘束力所及範圍，當當事人承諾結果實現，債務強度「歸責事由嚴格

⁷⁵² 關於債務分類，國內文獻陳忠五，前揭註 7，頁 125-139，元照；尹田，「法國現代合同法」，頁 357-363，五南，2009 年。

⁷⁵³ Treitel, Remedies for Breach of Contract, 9, Oxford (1988). 另國內文獻陳忠五，前揭註 7，頁 132。

⁷⁵⁴ 陳忠五，前揭註 7，頁 129-130，元照。

⁷⁵⁵ force majeure 或 cas fortuit 在法國民法具有相同意涵，參見，Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen : Mohr, 1996, S.494；尹田，前揭註 752，頁 368。具體言之，將法國民法 force majeure 翻譯爲「不可抗力」，並認爲是類比爲我國通說所謂之「不可抗力」，並與「事變」相區別，似乎不正確。

⁷⁵⁶ 尹田，前揭註 752，頁 368。法國民法第 1148 條：「如債務人係因不可抗力或偶發事變而未履行給付或作爲的債務，或違反約定從事禁止的行爲時，不發生賠償損失的責任。」，引自羅結珍，前揭註 591，頁 873。

⁷⁵⁷ 整理自羅結珍，前揭註 591，頁 873-875。

⁷⁵⁸ 有些實務判決收錄於該條項下，參羅結珍，前揭註 591，頁 873-875。

化程度高」，解釋為結果債務；反之，若當事人未承諾結果實現，債務強度「歸責事由嚴格化程度低」者，解釋為「手段債務類型」。從而，接軌於我國契約責任體系上，當事人債務本旨為承諾完成特定目的或實現該特定結果，解釋為「契約義務歸責事由嚴格化程度高者」，類比為承攬契約類型；相反，當事人債務本旨僅承諾利用各種可能的手段或方法，或善盡其最大可能注意完成該特定目的或實現特定結果，惟對該「必定完成該特定目的或實現特定結果」未為承諾者，則因「契約義務歸責事由嚴格化程度低」，類比委任契約類型。故而，將法國法「手段債務與結果債務區分理論」接軌台灣契約責任法體系似無困難⁷⁵⁹。

第三項本文所建構醫療契約責任體系架構

第一目當契約責任與侵權責任競合時處理模式

在契約責任與侵權責任競合時，我國與日本相同採請求權競合原則與法國採不競合原則⁷⁶⁰不同。台灣採契約責任與侵權責任競合原則下，再加上向來將侵權責任「故意過失」與契約責任「可歸責」等同處理，造成醫療民事實證上「重侵權、輕契約」重要因素，其結果則導致「契約責任制度」優勢遭閒置，這或許是造成患者高敗訴低獲賠額地主因。這樣現象，在未來台灣醫療型態逐漸擴大「生活加值型的醫療範圍」對患者權益保護將欠缺周全。從而，本文認為基於契約關係特殊性的目的前提下的「契約關係相對性之絕對貫徹性」、「契約保護利益（權益、給付利益、完整利益）的特殊限制性」、「第三人對契約義務或內容可預見性」，前者受契約相對性理論支配，而後二者則是建置在信賴關係的基盤上受信賴原則

⁷⁵⁹誠如口試委員陳忠五教授於口試時所指出，法國法上「結果債務類型與手段債務類型區分理論」，是用來處理契約義務群並非適用於契約類型，是否能直接爰引我國委任與承攬兩類型契約來處理是有待商榷。有關此點，本文並不否認存有此疑義，惟此部分疑義本文認為更核心問題應該是涉及典型契約範圍與性質決定的重大爭議，具體言之，我國民法典內的承攬契約是否能均視為結果債務，而委任契約是否能均視為手段債務問題，更進一步更難的問題是「甚麼是典型？何種為非典型契約？契約類型化有存在必要嗎？可否直接以契約義務類型化取代之？甚至是法典化有無必要性的大爭議問題」，這些問題的每個問題都足以獨立成爲一個學者窮極一生的研究領域，本文認為基於博士論文定位，僅在取得一個做研究者的入門資格而已，無法作逐點深入探討交代，留待日後有機會再深入研究。本文基本看法是契約類型化並不重要，契約義務類型化才是重點所在，惟此又似乎非現今台灣主流所見容，在此前提下，只能暫且順應主流看法以承攬契約爲結果債務，而委任契約爲手段債務作處理，在此補充敘明。

⁷⁶⁰陳忠五，前揭註7，頁122。

所支配考量下，認為某些醫療民事事件法律關係中，如醫療契約關係的特殊性締約目的是當事人想維護時，此時則應有維持雙軌制的責任體系的必要，以捍衛契約關係的「特殊性」。然而，在沒有維護契約關係「特殊性」的必要前提下，在同一損害賠償權利人及義務人間，契約及侵權責任要件均具備時，則應承認「責任競合」發生。

本文認為在醫療民事事件類型中，一方契約當事人違反的「狹義、典型意義下的契約義務（給付義務）」，所侵害的客體是「狹義、典型意義下的契約利益是給付利益時」，則應採取「法條競合說」，以貫徹契約責任特殊性的規範計畫或規範功能（即契約責任優先適用），從而，能達到醫療契約當事人所欲保護契約特殊性的給付利益；蓋透過契約當事人契約拘束力擴大保護客體及賠償範圍。反之，在某些醫療民事事件中，一方契約當事人違反的「契約義務（保護義務即通說狹義的附隨義務）」，且同時屬於不得侵害他人的「一般義務（作為或不作為義務）」，所侵害的客體是「契約利益是固有或保護利益時」，且同時屬於一般社會「生活利益（完整利益）」時，則應容許患者選擇對其比較有利的法律基礎請求，宜採「請求權自由競合說」，蓋此時並沒有維護契約責任特別性的規範計畫或功能的必要性。

上述本文主張方式，雖與台灣向來通說相違⁷⁶¹，但基於加強維護契約責任制度，增進醫療賠償範圍是有幫助，從私法自治契約自由當事人意思理論來看並無不妥，況且，責任競合情形應採何種原則，民法並無明文規定，此屬於論理解釋問題，本文基於以「私法自治契約自由當事人意思理論」為核心，所作當事人特殊契約目的屬於契約當事人契約拘束力所及本應尊重，才是符合民法基本原理原則。這樣見解尤其適用在保護客體及損害範圍，不屬於固有利益範圍，例如，癌症誤診無法證明損及存活機率時，有關患者對於日後生活選擇安排利益、可能活更久的期待利益的部分；或是醫療美容患者，整型後「不夠美」的「美的評價」

⁷⁶¹ 學者間亦有少數者採與本文立場相同看法，鄭玉波，前揭註 152，頁 303；王伯琦，「民法債編總論」，頁 179，正中，1979 年。

受損但其情形未達到顯然有留下不該有的疤痕或損傷、或與訂約時約定預期效果「落差不大」的情形等情況下，會有實益。至於，責任要件成立後，此類損害賠償範圍因證明不易，或可透過民事訴訟法第 222 條第 2 項、事前違約金訂定、象徵性賠償金來處理。

第二目 現行民法契約責任要件應採一元論

應以「契約義務違反」為其歸責事由內涵，而非與侵權責任「有責性」與「違法性」等同視之。如此解釋，將有助於二套民事責任制度各自有其適用場域，將保護網擴大，尤其是在給付利益保護上是具重要實益。其他相關詳細論證請參前述本節第一項論述內容。

第三目 傳統學說「因果關係責任要件」，從應然面與實然面檢視應予去除⁷⁶²

第一款 因果關係責任要件非明文責任成立要件

承前述第三章所述，世界大多數國家對因果關係並未明文規範，留待司法就具體個案有造法空間。即實務家援引此理論，在具體個案中，尋找出一個應對損害結果負責之人。在醫療民事訴訟案件中，實證資料呈現出，台灣實務家對個案中有無因果關係判定是不積極的，而判定標準即便是採通說「相當性因果關係」操作下，亦產生迥然相異結果。從而，法院就個案事實上因果關係判定，通常過度倚賴醫療專家鑑定意見，故而，台灣法院至少就醫療民事是因果關係運作上是較消極，在實然面上，呈現出醫療民事責任因果關係，無論是以契約或侵權責任援以請求類型，似乎沒有司法造法的需求⁷⁶³。

⁷⁶² 如要針對因果關係去要件深入探討，理應就「法哲學」、「醫學面」、「實體法」、「訴訟法」四個面向探討方為嚴謹妥適，惟思慮本論文寫作重點方向，避免針此深入探討以免論文失焦，留待日後有機會專書探討，在此僅簡略作交代。

⁷⁶³ 針此口試委員侯英冷教授提出質疑認為即便是德國仍有司法造法的需要。本文立場是司法造法空間是提供法院因應實際案例須要，作認事用法的彈性運用，但非是讓法院消極不作為的藉口，若是法院並不積極運用司法造法或濫權運用，還不如關閉司法造法空間，會較符合人民法感情。

不過，依學者看法認為民法實體法規內「.....致.....」，「致」用語為因果關係的實體法規範之依據⁷⁶⁴。惟本文認為除非是法條中明文規定「因果關係」用語，否則法條內「致」用語，其意涵何指，屬於法解釋論問題，並不一定當然解釋為「因果關係」之法規依據。在契約法領域，契約當事人間如純違約但未致損害發生原則上是不負損害賠償責任，由此觀之，「致」用語解釋為契約義務違反要件範圍所涵攝，從而，「致」用語並非是「因果關係」的法當然解釋，而是契約義務違反要件所涵攝範圍。

第二款醫療民事契約責任實證面無法發揮因果關係制度功能

某一個行為是否造成特定的損害發生，及損害發生應由行為人負多少責任範圍。這即是「因果關係」制度功能，具體言之，即是在「特定行為主體」及「特定賠償範圍」。在契約法領域，契約主體是明確，我們關心的是契約關係下產生違約情形所致損害發生，契約主體須否負責問題，至於是哪個特定行為造成損害，在契約關係是相對不重要的。因而，在「手段債務類型」，原告須對契約義務違反負舉證，一旦確定時責任即成立，接續是被告醫師或醫院須就不可歸責事由負舉證，例如，醫療服務已符合醫療水準等。如是在「結果債務類型」，原告只要證明債權關係存在，及承諾的結果未實現，責任即被推定成立，醫師或醫院須就結果未實現，係因具有四個要件：第一、不可預見；第二、不可抗拒；第三、為外來原因；第四、債務人無過失時，被告即無須對該結果未實現損害負賠償責任，負舉證責任，以尋求免負賠償責任。從本文第二章實證資料呈現，目前醫療鑑定意見相當大的比重影響法院判決，法院在具體個案中，以鑑定意見取代了因果關係責任成立要件及範圍判斷，故而，就實證結果而言，因果關係理論功能被架空。

第三款去「因果關係」要件化後，如何處理責任成立及責任範圍問題

契約關係中，有無債務不履行情事？或不利風險應分配給契約當事人何人負

⁷⁶⁴ 口試委員陳忠五教授則認為因果關係為實體法規範明定，用語為「.....致.....」，並非法無明文。

擔？本文認為還是應回歸契約解釋理論。基於契約利益的確定及契約的風險分配原本涉及契約規範的內容⁷⁶⁵，債務不履行及契約責任的核心問題，則來自契約解釋、法規適用的問題。故應從契約的拘束力及契約內容確認法理來認定債務人債務不履行與損害間有無關聯性，具體而言，則是如依契約目的、內容解釋，該項損害能為契約目的及內容所涵蓋時，即屬於契約的給付利益時，則應認為二者間關聯性即具備。至於，賠償責任範圍地問題，採用「預見可能性」。具體舉例言之，以結果債務類型為例，不論及因果關係要件時，一切依契約目的、內容解釋，該項損害能為契約目的及內容所涵蓋時，即屬於契約的給付利益時，當該給付利益不受滿足受有損害，如判斷上是係屬債務人得合理可預知，即應為該違約行為所致損害負違約賠償責任。

第四目有關保護義務違反，依義務性質不同適用手段債務與結果債務

基於醫療契約關係履行過程中，可能會伴隨著一些附隨義務（即保護義務），債務人於履約過程中須善盡善良管理人注意義務，此類義務群屬於「通常保護義務」本文認為屬於手段債務類型。若義務群是屬於契約相對人安全確保義務內容，債務人負有絕對事故發生防免義務，此類義務群屬於「絕對保護義務」，本文認為宜歸於結果債務處理。從而，基於醫療契約關係下，產生的契約義務群及保護義務群兩大類，契約義務群究屬於何種債務類型，依契約當事人契約拘束力所及進行判斷；而保護義務群部分，則將視其內容性質是為「通常或絕對保護義務」，保護義務內容如涉及被害利益重大性、支配從屬性、所引發危險程度、場所管理問題，本文會傾向納歸為「結果債務類型處理」，如此解釋較利於患者權益保護。

第五目損害賠償方法及範圍，應於以「當事人意思理論原則」為核心

契約當事人對契約未約定事項，使適用民法典內相關法律規定，如此是基於私法自治契約自由原則下的解釋。但是，何謂契約未約定，須考量的是明示及默

⁷⁶⁵ 平井宜雄，前揭註 626，頁 44 以下。

示意思表示固無疑義。但在確定當事人締約之時未約定時，接下來是否一定要優先適用法典內的任意規定？還是容有「當事人意思原則」基石下的契約補充解釋優先適用空間？本文採肯定見解，蓋對契約當事人而言，除非是強行禁令規定，否則法律如何規定似乎不那麼重要，契約關係首重是當事人意思原則，從而，雖契約當事人訂約之時未約定，屬於契約漏洞時，宜依當事人立場思考，若在當事人締約之時對該事項會做如何規範，是一種當事人假設的意思，用來協助探求出契約補充解釋空間。在醫療民事契約責任關係中，就所害賠償方法及範圍似乎應受此原則支配，而非僅恪遵契約任意法規範。舉例言之，在醫療民事實證上，婦幼醫院植物人案（附件二 Case.O&G5），最高法院 94 年度台上字第 2128 號判決認為原審法院判令被告賠償方法「提供醫療服務」違反民法第 213-215 條規定損害賠償方式，廢棄發回原審。本文認為此案原告原為台大教師卻前往婦幼開刀，雙方締結契約基於對該醫師或醫院相當高程度信賴關係，位於契約當事人締約之時，對於醫療結果失敗事項，當事人契約真意，應是選擇在該院繼續治療，基於契約補充解釋原則，如此解釋結果對雙方契約當事人似乎沒有更佳不利，本文認為應優先適用契約補充解釋，允許原告就「被告繼續提供醫療服務」並無不妥，且基於整體醫療社會成本考量及對被告教示作用，應值贊同。

第四項小結：以醫療契約責任法理為中心的民事契約責任體系

醫療契約非台灣民法典內的典型有名契約，如何將其定性，進而援引民法典內典型契約，是本文須處理問題，若從契約定性及契約解釋上，某程度來看是契約法理問題；但若從契約成立、承諾要約等角度觀察，是屬醫療契約法領域問題；但如從醫療契約責任成立判定上，亦屬於契約責任法層次問題。而本文分從前述三個面向切入調整我國傳統契約責任體系，嘗試以私法契約自治契約自由原則、當事人意思理論、契約拘束力等問題探討確認當事人契約意思是甚麼；當契約有漏洞時，是先適用任意規定？還是回到契約補充解釋原則？本文認為宜依當事人

立場思考，若在當事人締約之時對該事項會做如何規範，是一種當事人假設的意思，用來協助探求出契約補充解釋空間⁷⁶⁶。這在醫療契約是重要，醫療臨床上活動，凡走過必留下痕跡，從而，病歷紀錄內容探詢契約當事人締約時契約真意，契約拘束力為何？是對醫療契約類型判斷是相當重要，基此，契約補充解釋原則適用於醫療契約法律關係上，似乎應較任意規定來得優先些。

而在「契約責任成立要件一元化」及「因果關係去要件化」，雖說是屬於契約責任法層次探討，但若從實定法規範內涵切入論述，或許因其是任意規定或強行規定會是屬於契約解釋或法律解釋層次問題。



⁷⁶⁶ 有關契約補充解釋相關論述，請參陳自強，「整合中契約法」，頁 249-255，元照，2011年。



第六章醫療契約責任法理之適用

第一節前言

承如前述，本論文最主要目的，基於為讓醫療臨床工作人員能在更心安的工作氛圍下，善盡醫者良善行醫的角色扮演，提供優質但非虛耗資源的好的品質的醫療服務，如此一來，患者才能「聽其言、觀其行地感受到醫者，行善之意」，醫患關係才能重建，醫療糾紛才可能朝減量發展，共營符合人性尊嚴的醫患關係，否則，目前醫患緊張關係張力趨至零點，醫患互動間，患者對醫師行為總是以「玩什麼把戲？」質疑負面態度，對一個日夜顛倒全力以赴的醫療專業從業人員來說，將是情何以堪。相反地，在高醫療訴訟現今時代氛圍下，醫療人員身處高訴訟風險下，醫患之間，疊滿了一張張知情同意書，這對身處病痛患者及家屬而言，又何嘗不是另一種折磨。

醫療契約法律關係，目前只要是醫療法人機構規模，醫療契約法律關係會在機構與患者成立，此時醫療人員是屬於醫療機構的履行輔助人角色；而非法人機構性質的醫療院所例如○○診所、○綜合醫院，醫療契約關係，則有可能直接建構在醫師與患者間。至於，是否是健保特約醫療院所，健保主管機關是否要納入醫療契約當事人範圍？本文認為從 2010 年 1 月實施的健保給付新制來看，似應將其納入醫療契約關係內，對健保主管機關管理及監控效能、醫院機構責任及患者權益保護三方才能真正權義相衡，也就是這裡應承認有「G to B to C」醫療契約關係存在模式的空間，本文深知這樣見解是不容於主流看法，但本文認為如此做才能達到正本清源達到「活化健保主管機關行政效能、有效樽節醫療成本、提昇醫療品質、降低醫療訴訟量」的效果，相關理由論述，於本文前述第五章第四節第一項曾論及過。至於，配套現行醫療健保政策的修改方向，「照養中心（即護理之家）」如雨後春筍般林立，甚至，有的醫療法人機構或是在機構建物內另

成立「○○醫院附設護理之家」，像這樣的機構性質為何？是類似公司法內的辦事分處（機構內部單位）？分公司？子公司？還是另一個完全獨立機構？這將涉及契約法律關係主體問題及責任歸責問題，更核心問題會發生在醫療機構法人化後，依據現行台灣醫療法第 16、31 及 53 條規定意旨解釋下，不論公私立醫療機構均能明正言順的當「登記形式為非營利、實質上是營利」的醫療機構。以下，本章醫療契約法律關係，僅就醫院（或私人診所醫師）與患者間的醫療契約法律關係為探討。將先整理歸納本文基本立場，所認為醫療契約法律關係適用前提（排除強制醫療、緊急醫療情形）（第二節）。進而，就歸類為結果債務醫療契約法律關係內容分析（第三節）；再就歸類為手段債務醫療契約法律關係內容分析（第四節）。

不過，以醫療契約類型化角度切入探討，係為配合目前我國採法典化的民法規定下，學者通說認為醫療契約性質屬承攬契約屬結果債務類型，而委任契約屬手段債務類型的處理模式。惟有鑑於現代型醫療契約內容，多同時伴有數種給付義務而卻融合手段債務與結果債務類型性質，故而，在適當處本文將就此情形酌作說明⁷⁶⁷。

第二節 國際契約法趨勢

第一項 回顧國際契約法制趨勢

本文附件一 DCFR IV·Part C- Ch.8 治療契約規定內容，僅就注意義務作規定，並未再如德國民法第 276 條文內有「故意或過失」字句，某程度代表著歐盟區域法領域內，大陸法系與普通法系整合下，在契約責任體系上已接納「以一元論為基調」；另參酌日本債權法改正基本方針【3.1.1.62】及【3.1.1.63】規定內容改採一元論修法方向而論，可謂不分東西方國度，國際契約法趨勢偏向「一元論」。

⁷⁶⁷ 此問題即類似第五章第三節論述中，日本學者所指一個契約關係內發生手段債務與結果債務類型契約義務融和性問題的調整。本文認為或許直接拋棄爰引我國契約各論中典型契約法規範，而以醫療契約關係中各個義務群性質直接判斷性質屬手段債務與結果債務類型再依債總規定處理較為直接有效率些，有關此部分詳細論述留待日後有機會再另文發表。

另日本基本債權法改正基本方針並未增列醫療契約專章，而新增第八章勞務提供契約概括性規定，據學者三本敬山認為，此章規範或許能提供醫療契約適用餘地，有關日本債權法改正基本方針第八章內容，請參附件二。

第二項回顧台灣法實證及現行法規範：

本文曾於第二章論及，在醫療民事案件判決中，被告有無過失，其判斷內容是與注意義務有無違反重疊，在實務操作上是不會分開論述，縱使偶有一二例法院以行為人有過失但無任何義務違反，而認為不應責令其負債務不履行損害賠償責任，故而，本文認為在論醫療契約責任領域內，債務人有無注意義務違反，才是有無責任關鍵；進而，這樣見解從前述本文第五章論述提及，依台灣現行民法第 220 條條文解釋上，並未明文排除契約當事人就所締結系爭契約內歸責事由為約定；另就民法第 226 條（第 227 及 230 條）文義用詞與德國民法的 276 條「故意或過失」明顯不同，台灣該等條文用語是「可及不可歸責.....未履行時」，從而，本文認為以契約當事人「契約拘束力」劃定契約債務內容範圍，構成「歸責事由判斷內涵」，一旦債務內容未履行（於手段債務類型），注意義務違反，除非債務人有免責事由（不可歸責性），否則即應對損害結果負責賠償責任。而在結果債務類型，一旦結果未實現，除非債務人有免責事由（不可歸責性），否則即應負違約責任。如此法律闡釋，似於台灣現行法規範框架下並非不可行。蓋契約利益的確定及契約的風險分配是涉及契約規範的內容。債務不履行及契約責任的核心問題，則來自契約解釋、法規適用的問題。故從契約的拘束力及契約內容確認法理來研究，是契約責任論的核心要務。

第三項採取法國「手段債務與結果債務區分」

承第五章第三節所論，兩類型債務區別實益，在要否對債務人給付行為評價，結果債務不用，而手段債務則要。另在舉證責任分配上亦有所不同，結果債務的債權人只要對揭示結果未被履行及契約存在即可，不可歸責事由（免責事由）存在則由債務人負舉證責任。而就手段債務類型，債權人除須負揭示目的未被履行

及契約存在外，就債務人給付行為評價部分（義務違反部分）的舉證責任分配，應視具體個案判斷，原則上由債權人負舉證，例外則由債務人負舉證，理由依據請參第五章第三、四節。至於，如何判斷「當事人契約拘束力」？除了依「當事人意思」及「契約規制」外，在醫療契約領域內，尚須再加上「病歷內所載資料」，具體言之，以門診就醫為例，病歷內門診記錄單列有表示病人主訴之「S」、表示醫師檢查病患情形之「O」、表示醫師根據前述二者所得之臆斷之「A」及表示醫師根據第一、二項所得臆斷而認為應採取之進一步檢查及治療計劃之「P」四個欄位以供醫生記載，故在醫療紛爭發生，嗣後，判斷醫療契約當事人契約拘束力範疇，此項資料內容應並列入，對醫療契約內容具體化是有助益。

另從臨床就醫目的型態來區分為「延長生命」、「減輕痛苦」及「生活加值」，其中，就醫目的「生活加值」典型會發在結果債務類型，例如，美容整型醫療契約。而「延長生命」、「減輕痛苦」類型，則原則上會劃歸手段債務類型，若發生就醫目的不達，債務人行為評價舉證責任由患者或其家屬負舉證責任。然而，前述僅是大略分類，詳細具體論述，本文將於本章第四節就具體類型醫療契約作進一步分析，並以本文契約法理契約拘束力架構「契約義務違反一元論」及「手段債務及結果債務」在「歸責事由」要件判斷作說明。

第三節 醫療契約法律關係總論⁷⁶⁸

第一項 前言

我國通說與實務見解認為，所謂醫療契約係指醫師或醫院提供特殊之醫療技能、知識及設備與患者訂立契約，為患者診治疾病。然往往醫患雙方訂定醫療契約的意識不夠明確，學說與實務不僅對醫療契約的定性仍存有疑義，對醫療民事

⁷⁶⁸ 此部分資料初稿提出，是本人於2006年10月9日於台大法律研究所黃宗樂教授講授課程「民法與法社會學專題」課堂報告「淺論醫療契約內容」，感謝黃教授及修課同學們提問，修改而成。

契約的具體內容究竟為何，存有些許陌生。檢視現行醫療民事訴訟的實證現象，多呈現捨契約就侵權⁷⁶⁹，多以醫療提供者違反醫療法、醫師法等醫政行政法規定，逕認為是醫療民事契約的當然內容，此亦值得商榷⁷⁷⁰，蓋基於契約自由原則之下，宜應以當事人意思為締約基石，透過契約拘束力⁷⁷¹劃定契約債務內容範圍，只有在當事人意思不明、欠缺或逾越契約自由界限時，由「契約規制」途徑⁷⁷²（諸如醫療法、醫師法等醫政行政法規定），介入原存於契約當事人契約拘束力混沌不明或逾越契約自由範圍部分，進一步填補、核實及調整系爭契約拘束力，以協助契約債務內容範圍加以明確。

若觀民法第 199 條第 1 項：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。」可知債權之作用為給付請求權，此給付行為，即可稱為「債之標的」。依民法「債之標的」規定，係指債務人依債務本旨應為一定之給付行為。醫療契約亦屬債之發生原因，從而，醫患雙方依醫療契約內容的「債務本旨」，互負有一定之「給付義務」。然而，何謂「債務本旨」？此法未明文規定，留待後續進一步探討。

又 2000 年民法第 227 條與第 227 條之 1 的修訂，已確立不完全給付類型與擴大債務不履行對人格權保障。嗣經 2004 年醫療法第 82 條修正後，台灣通說認為間接排除醫療行為適用無過失責任後，本文認為今後醫療民事訴訟案件兩造攻防重點將從侵權責任挪移到契約責任債務不履行，包括給付遲延、給付不能與不完全給付等債務不履行類型⁷⁷³。惟如此將債務不履行類型化，至少是與國際契約法趨勢將三分類債務不履行整合為一的「義務違反」不吻合，良莠與否是有探討空間。

然而，觀諸所謂給付遲延、給付不能與不完全給付，係指債務人遲延或不能

⁷⁶⁹ 參本文第三章

⁷⁷⁰ 黃丁全，前揭註 59，頁 277 以下。

⁷⁷¹ 有關契約拘束力進一步論述，參陳自強，前揭註 150，頁 126-129；前述本文第五章第二節。

⁷⁷² 有關契約規制進一步論述，參陳自強，前揭註 150，頁 158-163；及前述第五章第二節。

⁷⁷³ 前述第二章實證統計足資證明。

依債務本旨實行提出給付、或違反債務本旨而所為給付⁷⁷⁴。基此，醫療契約內容的債務本旨為何，給付義務又為何，攸關醫患間實質的權利義務，亦是判斷是否債務不履行的重要基準「歸責事由」內涵。本文有鑑於此，於貳、參分別就醫療契約的「債務本旨」與「給付義務」作說明，以期進一步了解醫療契約的具體內容。惟本文下列論述，先基於我國通說對債之關係義務群類型（主給付、從給付及附隨義務），僅就醫療契約法律關係搭配現行民法契約規範架構為抽象描繪，就臨床實務運作上，具體就各類醫療契約法律關係剖析，則留待後續各節作論述。

第二項 醫療契約之債務本旨

第一目 「債務本旨」

向來債務本旨為我國民法債務不履行的核心概念，然「債務本旨」的定義，我國民法並無明文規定，僅於第 235 條「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。」及第 309 條「依債務本旨，向債權人或其他有受領權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。」曾論及「債務本旨」而已，惟未予以解釋。細繹觀諸民法第 235 條立法理由⁷⁷⁵，對債務本旨的解釋為「.....須於正當時期、正當處所、正當之標的物，實行提出給付」。針此，依最高法院民事判例見解（48 年台上字第 271 號⁷⁷⁶、32 年上字第 4328 號⁷⁷⁷、31 年上字第 3331 號⁷⁷⁸、31 年上

⁷⁷⁴ 孫森焱，前揭註 25，頁 495、567；王澤鑑，前揭註 241，頁 78；邱聰智，前揭註 241，頁 440；陳猷龍，前揭註 241，頁 172。

⁷⁷⁵ 民法第 235 條立法理由：「查民律草案第三百七十六條理由謂依前條規定，欲使債權人任遲延之責者，須於正當時期、正當處所、以正當之標的物，實行提出於債權人，否則債務人輒行提出，使債權人任遲延之責，易生流弊。然若債權人向債務人預先表示拒絕受領之意思，或其給付兼須債權人之行為者，(如必須債權人接收其物)則祇須以書件或言詞，為準備給付之通知足矣。無須實行提出也。」。

⁷⁷⁶ 最高法院 48 年台上字第 271 號民事判例：「債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起負遲延責任，固為民法第二百三十四條所明定。惟所謂已提出之給付，係指債務人依債務本旨，於適當之處所及時期實行提出給付者而言。」。

⁷⁷⁷ 最高法院 32 年上字第 4328 號民事判例：「債務非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力，為民法第二百三十五條所明定。若其應履行之債務曾經判決確定者，該給付之提出尤須與判決本旨相符，否則債權人拒絕受領即不負遲延責任」。

⁷⁷⁸ 最高法院 31 年上字第 3331 號民事判例：「即令被上訴人於民國二十九年二月攜款償本，

字第 2481 號⁷⁷⁹、23 年上字第 98 號民事判例⁷⁸⁰) 則認為契約所約定的內容，固為債務本旨，但非僅以此為限，尚包括履行契約內容之處所、時期、手段、方式等，惟似仍限於與主給付義務有關之內容。然有論者認為，債務本旨的實質內涵，應依當事人之目的，債務之性質、法律之規定及誠信原則而定⁷⁸¹。凡履行給付義務的客體、方式、時間、地點均應符合債務本旨，否則即為債務不履行。另有關於附隨義務（即誠信原則所衍生）的不履行，解釋上應與前相同⁷⁸²。

第二目 醫療契約「債務本旨」之具體內容

契約債務本旨具體內容為何?容有探討空間。依台灣民法，所謂債之標的，係指債務人依債務本旨應為一定之給付行為，此給付行為，就債務人而言，為其給付義務，若自債權債務雙方觀之，應屬債之標的。因此，債務本旨為債之關係的上位概念，而以給付義務群為其下位概念，而建構成具體契約內容。本文就我國學者通說對債務本旨，係依締約之目的、性質、法律之規定及誠信原則，配合「契約給付義務群」，將醫療契約債務本旨的具體內容敘述如下：

係屬實在，但如被上訴人欠有利穀未償，而未於攜款償本之時一併實行提出，即不能謂為依債務本旨之提出，依民法第二三五條前段之規定，本不生提出之效力。」。最高法院 31 年上字第 2481 號民事判例：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力，為民法第二百三十五條所明定。物之交付義務人所提出物與契約訂定之內容不符者，不得謂為依債務本旨之提出，自不生提出之效力，債權人拒絕受領，即不負遲延責任。」。

⁷⁷⁹ 最高法院 31 年上字第 2481 號民事判例：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力，為民法第二百三十五條所明定。物之交付義務人所提出物與契約訂定之內容不符者，不得謂為依債務本旨之提出，自不生提出之效力，債權人拒絕受領，即不負遲延責任。」。

⁷⁸⁰ 最高法院 23 年上字第 98 號民事判例：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力，為民法第二百三十五條所明定。若債務人僅提出給付之一部，除法律別有規定外，不得謂為依債務本旨之提出，自不生提出之效力，債權人拒絕受領，即不負遲延責任。」。

⁷⁸¹ 史尚寬，前揭註 25，頁 398。另學者姚志明認為就「誠信原則」之基礎上所發展出之重要原則，有「情事變更原則」、「締約過失責任」、「權利濫用禁止」、「從給付義務」、「附隨義務」為其核心內容，參姚志明，前揭註 214，頁 4。

⁷⁸² 林誠二，前揭註 25，頁 106。

第一款醫患雙方締約之目的

無論視醫療契約之性質為承攬或委任等，搭配患者就醫目的（延長生命、減輕痛苦及生活加值）及醫師診療，醫病雙方締約之目的，應可認為「醫療提供者運用當代醫學知識及技術，為病患儘速正確的診斷疾病，並（或）施以適當安全之醫療行為」。醫療契約下醫療主給付義務以及為了準備、確定、支持、輔助及完全達成主給付義務所約定、不可或缺的從給付行為，其內容均係為達成該締約目的所必須，合而構成債務本旨的主要內容。違反上揭給付義務當然不符合債務本旨，將構成各類型債務不履行。例如，患者因罹患「子宮頸癌—原位癌」約定由醫師實施「子宮頸全切除術」，約定之從給付義務則為「陰道內側整合術」，二者均為債務本旨的具體內容，倘有違反則構成債務不履行⁷⁸³。進一步言，前述「子宮頸癌—原位癌」所為手術醫療契約內容，何者為主給付義務？何者又為從給付義務？還是二者均為主給付義務？臨床就醫時，醫師對患者說明病情通常敘述為：「某某女士，切片報告是子宮頸癌—原位癌。通常我們針對此情形大致處理方法是患部切除，如有必要時會再配合化學療法。有時候為患者個別須要，會再將陰道與子宮頸接合處做袋狀縫合，這樣就不會影響性生活。這些資料您先拿回去看，考慮一下，下次回診再告訴我您的決定。」。當患者決定手術時，通常，在病歷上紀錄單會呈現「手術前準備紀錄單上：手術日期：○年○月○日上午；手術方式：全身麻醉；手術部位：子宮頸全切除、陰道內側整合術」；觀前述，似乎很難區分主從給付義務。又此例中，為切除手術目的完成，所為的麻醉給付行為與切除手術行為，二者是兩個主給付行為或是一個主給付行為一個從給付行為，只要有其一不履行，該手術醫療契約即無法目的完成。又例如，牙齒清潔保健醫療契約，洗牙到一半，發現有一顆牙齒上蛀一個小洞，依其具體情形，僅須清理消毒後補綴牙齒即可，經牙科診所牙醫師告知患者，患者即表示同意順便作蛀牙補

⁷⁸³ 依臨床醫學現況，醫師為年輕女病患切除子宮時，為顧及病患及其配偶日後有行房生理需求性，通常於術前告知為其將與子宮頸接合端處的陰道內側縫合。

綴醫療行為。前述兩例（子宮頸全切除加上陰道內側整合術、洗牙加上補綴），解釋上似乎也可以成立二個醫療契約內，各存有兩個主給付義務。

從而，本文認為與其藕斷絲連般切割醫療契約內的主給付義務與從給付義務，既無法切割清楚且無切割實益，還不如將契約義務群一分為兩部分，一部分為「給付義務」（包括通說主給付義務、從給付義務及給付利益），另一部分為「保護義務（包括附隨義務）」，後者係以固有利益（完整利益）保護，不以給付義務存在為前提⁷⁸⁴。

第二款醫療契約之性質與法律之規定

視醫療契約為勞務契約，而在民法有該典型契約相對應之法定從給付義務，若該從給付義務為達成契約目的之必要成份者，亦構成債務本旨內容的一部分。譬如，若當事人締結醫療委任契約，則依民法第537條處理事務專屬義務的規定，即為債務本旨的部分內容，醫師若未經委任人之同意或另有習慣或有不得已之事由，而使第三人代為診療，即不符債務本旨。例如，唐氏兒基因篩檢契約，指定柯姓此領域權威教授醫師為其羊水穿刺（絨毛膜取樣）、唐氏兒基因篩檢及判讀為專屬契約義務，如該柯姓醫師未親自履行時，則不符債務本旨。

第三款誠信原則

由誠信原則所衍生出義務群，或為從給義務、或為附隨義務，前者若為主給付目的之重要成份，亦構成債務本旨內容之一部分；至於後者可否肯認為債務本旨成分，則存有疑義。惟是否要在醫療契約採從給付或附隨義務的區分，本文採保留看法，蓋何者為附隨義務、從給付義務及主給付義務有時在臨床上是無法明確區分的，承上所述，與其區分不清楚徒留爭議，還不如視為一個契約給付義務群。而將原係屬與契約履行義務無直接關聯的其他義務，除非與契約目的有關，否則與債務本旨本無關係。

⁷⁸⁴ 進一步詳細相關論述，請參陳自強，前揭註 115，頁 89-101；本文前述第三章有關保護客體論述。

另觀諸 2002 年 1 月 1 日施行之新德國民法第 241 條：「第 1 項：依債之關係，債權人得向債務人請求給付權；第 2 項增訂：債之關係得依其內容，令一方當事人兼顧他方當事人權利、法益及利益之義務。」之規定⁷⁸⁵，可知德國民法債之關係的內容，給付義務也並不區分主給付義務、以及從給付義務或附隨義務，惟我國民法學者仍以區分義務類型為通說。

綜上所述，醫療契約的具體內容，或為雙方當事人締約所約定、或為契約之性質與法律所規定、或依誠信原則所衍生，包括主給付義務、達成契約目的必要性之從給付義務、以及為債之目的相關固有利益範圍內之附隨義務三者，皆為「債務本旨」的內容。

在臨床上，若醫師依債務本旨提出前次切片報告診斷之給付，若患者未到診而受領遲延，醫師雖依民法第 237 條規定，僅就故意或重大過失負其責任，然本文認為仍應優先適用醫療法第 82 條第 1 項規定「善盡醫療上必要之注意」，換言之，醫師仍應謹慎將切片報告登載病歷並妥為保存。本文甚至認為，在病患可合理期待與信賴的基礎上，與債之目的（如健診有異常時）相關的固有利益（保護義務）範圍內，依誠信原則或保護義務，醫師自應另設法告知患者該異常報告，方屬符合債務本旨的內容⁷⁸⁶。

第三項醫療契約之給付義務

民法第 199 條第 1 項規定，債權人基於債之關係，得向債務人請求一定之給付。債務人基於債之關係所應履行之義務，依學者通說認為，可將其類型化為主給付義務、從給付義務與附隨義務⁷⁸⁷，由醫療契約而生的醫患間債之關係亦應同

⁷⁸⁵ Section 241 (I) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance. (2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party.

⁷⁸⁶ 例如：輔大新生健診案。另從本文前述第四章醫師說明義務性質相關論述亦可得到相同結論，檢驗報告資訊告知義務屬結果債務，醫院或醫師若違反未告知，應負損害賠償之責，除非能舉證未告知具有不可抗力免責事由情形。

⁷⁸⁷ 此分類為國內通說，孫森焱，前揭註 116，頁 11-12；林誠二，前揭註 25；王澤鑑，「民法學說與判例研究，第四冊」，頁 98 以下，自版，2004 年。

解，本文以下先就通說主給付義務、從給付義務與附隨義務之個別定義、內容、以及違反之效果逐一探討。

第一目主給付義務

第一款定義

「主給付義務」係指基於債之關係所固有、必備，並能決定債之關係類型的基本要素債務，因債之本質與內容而異其具體內容。以契約為債的發生原因者，須視雙方當事人約定何種主給付內容，進而決定其契約類型，⁷⁸⁸實定法上的主給付內容多見於各契約類型之起始條文中⁷⁸⁹，且為該契約類型不可欠缺部分，為民法第 153 條第 2 項的「必要之點」⁷⁹⁰。雙務契約中，雙方當事人所負主給付義務互負對價關係而有同時履行抗辯之適用，並得訴請法院判令給付以及聲請強制執行。⁷⁹¹

第二款醫療契約之主給付義務

締結醫療契約的當事人，依其真意約定主給付義務的具體內容，再依此內容判斷其為承攬或委任等契約類型。惟所約定的主給付義務為何，雖醫病雙方亦有明確為約定者，但通常是不明確。醫療契約主給付義務具體內容的不確定，造成了探討醫病間權利義務的困難，也間接影響對醫療契約性質的判斷。醫療契約主給付義務的具體內容，視其契約性質而異，以下僅以醫療委任與承攬契約說明之：

一、醫療委任契約

學者通說認為，患者於就醫締結醫療契約時，基於係約定「醫師運用當代醫學知識及技術，儘速正確的提供診斷給付，並（或）提供適當安全之治療給付」

⁷⁸⁸ 陳自強，前揭註 115，頁 89-90；姚志明，前揭註 214，頁 98-99；林誠二，前揭註 25，頁 102；王澤鑑，前揭註 787，頁 98 以下。

⁷⁸⁹ 姚志明，前揭註 214，頁 102。

⁷⁹⁰ 陳自強，前揭註 115，頁 89。

⁷⁹¹ 孫森焱，前揭註 116，頁 11-12。

之意思⁷⁹²，與民法第 528 條規定之「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」相符，故認為係締結委任性質之契約，實務通說亦同。倘醫患雙方之締約真意，確實係由患者委託醫療提供者為自己處理健康事務（要約），而醫療提供者允為處理時（承諾），醫療提供者的主給付義務即是為患者處理健康相關之診療事務（參前述第五章臨床診療流程），提出專屬（理學檢查，例如，扣診、觸診、聽診、反射等）、從屬性（檢驗等）之醫療給付，至於醫師處置權限之界定（即醫療裁量範疇），此係另一問題，涉及醫師醫療處置權與患者指示權的界限問題。

二、醫療承攬契約

若醫患雙方係以「約定由醫療提供者完成一定之治療或診斷程序，而病患就此完成之診療工作，給付報酬」為主給付義務，則與民法第 490 條規定「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方工作完成，給付報酬之契約」相當，雖具體之醫療給付內容、項目於契約成立時仍未確定，並不妨礙成立承攬性質之醫療契約。醫療給付者以「完成一定之具專屬、從屬性之治療或診斷程序」為其「主給付義務」，而「給付報酬」則為病患之主給付義務。所謂「完成一定之治療或診斷程序」係以完成該具有專屬、從屬性之「診療工作」即為已足。

第三款違反醫療契約主給付義務效果

主給付義務的違反，原則上即是構成債務不履行，其法律效果視其不履行之類型-給付不能、給付遲延與不完全給付。本文就醫療提供者違反主給義務之效果，分依醫療契約性質為承攬或委任不同分析如下：

一、拒絕給付

拒絕給付是否為債務不履行的第四種類型，學說上素有爭議，⁷⁹³實務見解亦

⁷⁹² 孫森焱，〈論醫師為診療行為應負之義務〉，「鄭玉波先生七秩華誕祝賀論文集」，頁 168，三民，1988 年。

⁷⁹³ 肯認「拒絕給付」為債務不履行的第四個類型者，史尚寬，前揭註 25，頁 392；王澤鑑，

呈分歧⁷⁹⁴，本文第五章曾論及。若依肯定說之見解，適用在醫療契約情形，醫療契約為極端重視當事人間信賴之契約型態，倘若醫療提供者已明確斷然地表示「拒絕給付」，醫患間之信賴感已因而不復存在，徒為保障醫療提供者的清償期限利益，而不許患者據以解除契約而另行自由就醫，似非符合事理之平，此亦為前述國際契約法所採。基此，於醫療契約關係中，不妨將履行期前的「拒絕給付」類推適用債務不履行之規定。然本文認為，對於債務人期限利益的保障與當事人間信賴關係的維護，事屬二事，債務人之拒絕給付，倘於履行期前，因其履行之責任尚未發生，依我國現行法，應不屬於債務不履行之問題。況醫療契約的性質無論採委任或承攬，依現行民法規定，患者均有任意終止權可資行使（搭配催告制度），醫療提供者縱有拒絕給付之情事（緊急醫療情況為例外不得拒絕），患者自可行使契約終止權，此為非可歸責於患者之事由，致不得不終止契約情形，依民法第 549 條第 2 項但書規定，患者自無須負同項之損害賠償責任；而患者除可依民法第 511 條任意終止契約外，甚至可因醫療提供者已明確斷然地表示「拒絕給付」，按其情節如已符合民法第 503 條的要件時，可依法主張期前遲延解除權前，請求損害賠償。

二、同時履行抗辯與解除權之限制

醫療契約無論係解為承攬或委任性質，依醫療慣行（或健保醫療給付模式）其報酬請求均屬於「報酬後付主義」，醫療提供者有先為醫療給付之義務，依民法第 264 條第 1 項但書之規定，應無就主給付義務主張同時履行抗辯之餘地。又

前揭註 241，頁 83；詹森林，前揭註 241；侯英洽，前揭註 142，頁 128-130。認為將「拒絕給付」獨立為債務不履行之一類型為徒增困擾，參孫森焱，前揭註 25，頁 492-493，註 1，自刊；姚志明，前揭註 214，頁 123-4。另學者邱聰智認為「拒絕給付」是「契約不履行」之類型，而非「債務不履行」之共通類型，另邱聰智，前揭註 241，頁 473-4。認為「拒絕給付」為「不完全給付」之一種型態者，參梅仲協，「民法要義」，頁 53，自版，1959 年。

⁷⁹⁴ 最高法院 80 年度台上字第 229 號民事判決要旨略謂：「當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金，依其約定內容，尚可分为因給付不能、拒絕給付，或因遲延給付，或因不完全給付時，應支付之違約金。」不同見解參最高法院 89 年度台上字第 1871 號民事判決、最高法院 84 年度台上字第 6 號等。

基於醫療給付之特殊性，因債務不履行而主張醫療契約之解除或終止者，宜採限縮立場，例如，在患者情況屬緊急時且醫療設備不足須轉院救治時，應先為緊急處置不得逕為解消契約，此亦得參諸 DCFR IV·C-8：110 規範內的限制醫療契約債務人契約終止權情形。

三、不完全給付

我國民法與舊德國民法「積極侵害債權」概念相近之「不完全給付制度」明定於第 227 條。⁷⁹⁵其中，第 1 項「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其權利」，為主張「履行利益」之相關規定（即瑕疵給付）；而第二項「因不完全給付而生前項以外之損害（即加害給付）者，債權人並得請求賠償」，為「履行利益」以外「固有利益」損害之賠償基礎。由於我國民法承攬與委任條文本身，在債編通則章修正前，已有類似修正後民法第 227 條第 2 項「加害給付」損害賠償之規定：

（一）醫療契約為委任，則有民法第 227 條與第 544 條適用優先之爭議，然本文認為民法第 544 條關於「受任人因處理委任事務有過失……」部分規定，應解為與第 227 條規定「可歸責於債務人事由」內容相同，依具體條文優先原則適用民法第 544 條規定。至於，舉證責任分配在此兩條法條適用上存有爭議，則屬另一問題。

（二）醫療契約為承攬，則因民法第 495 條規定「因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前 2 條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。」與同法第 227 條發生何者優先適用之爭議。此亦涉及債務不履行不完全給付、瑕疵擔保與侵權責任競合問題⁷⁹⁶。

⁷⁹⁵ 學者孫森焱認為，所謂不完全給付係德儒 Staub 於 1902 年所倡，歷經德日判例學說承認後，輸入我國，故我國之不完全給付理論並非直接引進自德國，而是深受日本影響，是以理解我國之不完全給付制度，概念上不完全與德國積極侵害債權學說相同，參孫森焱，前揭註 25，頁 564 以下。相類似見解，陳自強，〈台灣民法百年〉，「台灣民法與日本債權法之現代化」，頁 188-190，元照，2011 年。

⁷⁹⁶ 有關物之瑕疵與不完全給付的關係實務發展相關文獻，參詹森林，〈不完全給付與物之

第二目從給付義務

第一款定義

依通說之見解，爲了準備、確定、支持、輔助及完全履行當事雙方之「主給付義務」，而本身亦具有獨立目的之給付義務，稱爲「從給付義務」⁷⁹⁷。相對於主給付義務，其存在的目的，不在於決定債之關係的類型，而在於確保債權人的利益能夠獲得最大的滿足。依通說認爲，從給付義務之發生原因有三：一、基於法律規定，二、基於當事人之約定，三、基於誠實信用原則及契約之補充解釋；實務亦同⁷⁹⁸。

從給付義務雖僅有補充、輔助之功能，但仍得獨立依訴請求、或被聲請強制執行；但是，在雙務契約中，一方的從給付義務與他方的主給付義務，是否立於互爲對待給付之關係而發生同時履行抗辯，應視從給付義務對於契約目的達成之必要性而定。若從給付義務之違反，將導致主給義務無法依債之本旨履行，即構成不完全給付，債權人即得請求損害賠償⁷⁹⁹。

第二款醫療契約之從給付義務

從給付義務的具體類型爲何，視當事人間約定及其所輔助的主給付義務之不同而難有統一的內容，與附隨義務更難以明確區分。以下嘗試說明醫療契約中可

瑕疵擔保之實務發展：從最高法院七十七年第七次至九十六年度第八次民事庭決議，台大法學論叢，39卷3期，頁69-107，2010年。

⁷⁹⁷ 陳自強，前揭註115，頁90-91；姚志明，前揭註214，頁98-99，元照；林誠二，前揭註25，頁102；王澤鑑，前揭註787，頁90-8。

⁷⁹⁸ 最高法院93年度台上字第1185號民事判決摘要：「按源自誠實信用原則之非獨立性附隨義務一經當事人約定，爲準備、確定、支持及完全履行『主給付義務』，即具本身目的之獨立性附隨義務而成爲從給付義務（獨立性之附隨義務），倘債權人因債務人不履行或有違反情事，致影響其契約利益及目的完成者，債權人自得對之獨立訴請履行或債務不履行之損害賠償。」、臺灣高等法院90年度上字第684號民事判決摘要：「在債之關係上，除主給付義務外，尚有所謂之從給付義務，其發生原因有三：基於法律之明文規定，例如民法第296條之告知義務、第540條之報告義務、第541條之計算義務；基於當事人之約定；基於誠實信用原則及契約之補充解釋。」。

⁷⁹⁹ 最高法院95年度台上字第804號民事判決。

能涵蓋的從給付義務內容：

一、基於法律規定

(一) 若為委任契約

醫療提供者依民法第 535 條規定，負有依患者指示之義務、第 537 條親自處理事務之義務、第 540 條受任人報告之義務、⁸⁰⁰第 541 條受任人交付移轉之義務、第 551 條委任事務之繼續處理義務等。而患者的從給付義務，則有民法第 545 條與第 546 條之費用預付與償還、債務清償、損害賠償等義務，以及第 547 條之報酬給付義務等。

(二) 若為承攬契約

我國民法針對醫療提供者瑕疵擔保的規定，已可概括醫療提供者從給付義務之內容。而患者給付義務，則包括民法第 507 條與第 510 條之協力與受領義務等。

(三) 其他法律之規定

以醫師對病患就診資料的守密義務而言，醫師法第 23 條、與醫療法第 72 條分別有規定⁸⁰¹，有認為此為醫療契約的法定從給付義務者⁸⁰²。學者孫森焱認為醫療法與醫師法上，對醫療提供者多有醫療行政管理上之規定，然此並非處理私法關係之規範⁸⁰³。公法上的義務，得否逕引為醫療民事契約的法定從給付義務，

⁸⁰⁰ 最高法院 92 年台上字第 1057 號民事判決：「婦女已妊娠，於具備優生保健法第 11 條第 2 項所定：『懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶；認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。』之『醫師發現有胎兒不正常』要件時，法律即課醫師以『應將實情告知懷孕婦女本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產』之義務，於此情形，就另一方面而言，應是給予婦女選擇之權利，即便是無優生保健法之規定，醫師亦負有此義務。蓋若認為該醫療契約為委任契約者，此告知實情原為委任報告顛末之從給付義務，而且應認為係為達成該契約目的所必要；倘認為係承攬契約者，則為完成一定檢驗工作之主給付義務。」

⁸⁰¹ 醫師法第 23 條：「醫師除依前條規定外，對於因業務知悉或持有他人病情或健康資訊，不得無故洩露。」、醫療法第 72 條：「醫療機構及其人員因業務而知悉或持有病人病情或健康資訊，不得無故洩漏。」

⁸⁰² 姚志明，前揭註 214，頁 163。

⁸⁰³ 醫師法第 21 條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」通說認為係強制締約之規定，參孫森焱，前揭註 116，頁 36。

存有疑問。

本文認為基於當事人「契約拘束力」法理⁸⁰⁴，能依誠實信用原則及契約解釋之法理，參酌該公法法規之內容與性質後，認為屬於契約義務群（通常會屬於保護義務群，比較不會是給付義務群），此部分通常會與侵權責任發生競合。

二、基於當事人約定

基於契約自由原則，通說肯認當事人亦得約定從給付義務的內容，甚至原屬於附隨義務的內容一經約定，亦可轉換為從給付義務者⁸⁰⁵，實務亦同見解⁸⁰⁶。

三、基於誠實信用原則及契約之補充解釋

我國學說見解對從給付義務所例示之類型⁸⁰⁷，並參酌相關醫療法規之內容與規範性質，透過誠實信用原則及契約補充解釋。此部分與本文前述第四章醫師說明義務中英德資訊揭露原則亦有關係。重點在未獲得患者告知後同意，英國稱為揭露錯誤「disclosure-error」，德國稱為說明過失 *Aufklärungsfehler*。一旦此類義務違反，英國依醫療過失一樣的處理模式，而德國則傾告知後同意法則處理。

本文試將醫療契約所衍生之從給付義務的主要類型歸納如下：

（一）忠誠義務

醫療提供者應盡其所能，準備並確保醫療契約履行的成果，對一切可能侵害、

⁸⁰⁴ 有關契約拘束力，請參本文第五章第二節第一項；陳自強，前揭註 150，頁 126-128。

⁸⁰⁵ 參姚志明，前揭註 214，頁 165；王澤鑑，前揭註 787，頁 98。

⁸⁰⁶ 台灣高等法院台南分院 91 年度重上字第 6 號判決見解略謂「此種源於誠信原則，隨著債之關係發展，於個別情況要求當事一方有所作為或不作為，以維護相對人之利益，即是學理所稱『附隨義務』，違反者自應負債務不履行之損害賠償責任」。嗣經最高法院 93 年台上字第 1185 號民事裁判指摘前審所謂「附隨義務」應為「從給付義務」之誤，而謂：「按源自『誠實信用原則』之非獨立性『附隨義務』一經當事人約定，為準備、確定、支持及完全履行『主給付義務』，即具本身目的之獨立性附隨義務而成為『從給付義務』（獨立性之『附隨義務』），倘債權人因債務人不履行或有違反情事，致影響其契約利益及目的完成者，債權人自得對之獨立訴請履行或債務不履行之損害賠償。」

⁸⁰⁷ 學者姚志明認為，「從給付義務」之具體類型有忠誠之義務（包括給付效果之準備、履行、確保、不危害、支持與考慮）、解釋義務與通知義務、協力義務、提出及同意查閱義務、返還之義務、檢查之義務、競業禁止義務等，參姚志明，前揭註 214，頁 155-162。

或危及醫療契約目的或給付效果的事項均不得為之。就患者的報酬給付而言，與一般財產上給付並無二致；就醫療提供者而言，此忠誠的義務則包括下列：

1、給付效果之準備與履行

如醫療機構負有選任適任醫護人員的義務、管理並監督醫護人員使其適任的義務(醫療法第 12 條第 3 項、第 26 條與第 56 條)、⁸⁰⁸對於手術儀器的維護義務、設備汰舊換新之義務、人工關節等醫材與藥品的適當保存與包裝之義務、以及建立醫療品質管理制度之義務(醫療法第 62 條第 1 項)等；⁸⁰⁹而醫師個人應定期進修使其醫療專業知能符合當時科技水準等。

2、給付效果之確保

如醫師對病歷的忠實紀錄義務(醫療法第 67、68 條參照)、⁸¹⁰醫囑單、檢驗單、檢查單開立義務、長期慢性特殊用藥的持續供應義務、交付藥劑於患者應於容器或包裝上清楚載明病人姓名、性別、藥名、劑量、數量、用法等義務(醫師法第 14 條、醫療法第 66 條參照)、⁸¹¹術後的適當處置與傷口的照護義務等，均屬醫療提供者確保病患就醫效果之從給付義務。上述各義務性質，容有究屬從給付義務或附隨義務之爭議，例如對病歷的忠實紀錄義務，在德國學界與實務一致認為，醫師負有詳細記載病歷的重要附隨義務，係輔佐醫師記憶病患的病情，以便日後的再治療⁸¹²，從病歷保存靜態功能角度而言是有其道理。但若從該次療程

⁸⁰⁸ 醫療法第 12 條第 3 項：「醫療機構之類別與各類醫療機構應設置服務設施、人員及診療科別設置條件等之設置標準，由中央主管機關定之。」、醫療法第 26 條：「醫療機構應依法令規定或依主管機關之通知，提出報告，並接受主管機關對其人員配置、設備、醫療收費、醫療作業、衛生安全、診療紀錄等之檢查及資料蒐集。」以及醫療法第 56 條：「醫療機構應依其提供服務之性質，具備適當之醫療場所及安全設施。」之規定。

⁸⁰⁹ 醫療法第 62 條第 1 項：「醫院應建立醫療品質管理制度，並檢討評估。」。

⁸¹⁰ 醫療法第 67 條、68 條。

⁸¹¹ 醫師法第 14 條：「醫師對於診治之病人交付藥劑時，應於容器或包裝上載明病人姓名、性別、藥名、劑量、數量、用法、執業醫療機構名稱與地點及交付年、月、日。」並參醫療法第 66 條有相同規定。

⁸¹² 參本文第二章；另國內相關文獻，侯英冷，〈醫療行為的民事上賠償責任（上）-從德國醫師責任法(Arzthaftungsrecht) 切入探討〉，月旦法學雜誌第 72 期，頁 120。

而言，似宜認為有提昇到「從給付義務」，甚至是「主給付義務」，若從法國法角度則屬「歸責事由嚴格化程度」問題。細繹言之，在醫療科技高度精緻分工化，目前臨床醫療採行「Function Care」非「Total Care」、搭配醫療人員輪班制、醫療工作鍊（水平及垂直）日益分工細緻化等因素，舉例：甲患者不明原因發燒由乙醫師收入院治療觀察（病史：女性，84歲，十年前曾因肝癌雷射刀手術切除右上葉 1/3，糖尿病高血壓已二十年，目前服藥控制中。主訴：已高燒三日、流鼻水、寒顫、無法站立、虛弱、腹部漲扣診音沉、微喘，有至附近診所看病，該醫師診斷：R/o 上呼吸道感染，服感冒退燒藥物，情形未獲改善）。乙醫師經過門診（或急診）收入院治療，乙醫師在病歷上除上述病況記載外，還會寫下乙醫師對甲病況初步診斷（臆診：可能是新流感、癌症部位復發引起腹水發炎、尿道感染等），針此臆診乙醫師會開立醫囑（病歷紀錄記載行為），譬如：作相關確認是否為新流感（如血液、口腔黏液病毒檢驗、量體溫及 check airway/2hr&p.r.n）、癌症部位復發引起腹水發炎（調閱已歸檔舊病歷、腹部超音波、腹部斷層攝影等）、尿道感染（作尿液檢驗、菌叢培養等）、大量點滴（低鈉無葡萄糖液體）注射、腎功能排尿問題（排尿量收集/8hr）等；此項病歷紀錄，為後續所有醫療團隊成員（住院醫師或實習醫師打點滴及記載於病歷、採樣行為及交付送檢行為；護理人員護理照顧如每兩小時生命徵症觀察、報告及紀錄等；超音波及斷層攝影醫療技師操作檢查及報告等），所為醫療處置行為的依據，此病歷的動態記載（從主治醫師啟動至各成員執行、紀錄及報告）之主要目的，其實是為讓參與本次治療團隊的所有成員，均能從此病歷記載知悉曾為的醫囑、治療及照護，或將為醫囑、治療及照護，即為確保此次療程目的而設，醫護團隊成員治療之依據全賴病歷之記載，值班醫護人員對住院甲患者之照護即以病歷記載為依據。從而，本文認為「病歷記載」會因具體個案情形不同，會被認定為屬不同階層義務，此例子，本文認為應屬「從給付義務」。醫療臨床上，有時病歷記錄可能成為「主給付義務」，例如，門診患者掛號就診，請求診治醫師作病歷摘要或影印病歷。

（二）解釋與通知義務

醫療契約當事人負有義務告知相對人重要資訊，尤其對符合契約內容具有重要意義之事項。⁸¹³準此：

1、醫療提供者

應負給付不能之解釋義務，如告知與勸告轉診之義務等（醫療法第 73 條第 1 項參照）⁸¹⁴，及目的確保之解釋義務，如對病患病情、癒後之說明（醫師法第 12 條之 1 參照）、⁸¹⁵後續應配合治療之醫囑、療養方法指示及指導之說明義務等，以及為獲得病患有效同意治療之說明義務（醫療法第 63 條、64 條…等參照）。⁸¹⁶

2、患者

應誠實告知目前情況、過去病史、特殊體質、過敏藥物名稱以及其他疾病狀態等，對於遺傳疾病的諮詢則應陳述家族病史等，然此類解釋或通知義務，依其性質亦有屬於協力義務之內容者。另針對鉅額醫療給付，患者對自己的給付報酬之能力亦應誠實說明，如掛號時應表明報酬係自行負擔付或由健康保險給等狀態。

有趣的問題會發生在，從事工作特殊性質的告知與就醫目的必要關聯性問題，例如，在長庚截肢重整案裡⁸¹⁷，患者常年從事空軍飛機修理工作，接觸機油內所

⁸¹³ 侯英冷，前揭註 142，頁 146。

⁸¹⁴ 醫療法第 73 條第項：「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 60 條第 1 項規定，先予適當之急救，始可轉診。」

⁸¹⁵ 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、預後情形及可能之不良反應。」

⁸¹⁶ 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。前項同意書之簽具。第 1 項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。」與同法第 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、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。前項同意書之簽具，病人為未成年或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。」

⁸¹⁷ 本案件歷審判決：桃園地院 93 年度醫字第 10 號、台灣高等法院 95 年度醫上字第 17 號、最高法院 96 年度台上字第 2476 號、臺灣高等法院 96 年度醫上更(一)字第 1 號。

含揮發性有機化合物，因而殘存其體內血液裡，導致與系爭手術施用麻醉藥品結合，致使患者術後未清醒。就診當時，「從事工作特殊性質的告知與就醫目的必要關聯性」，應歸於醫師的問診義務或患者主動告知義務，界限不明。

（三）協力義務

係指契約當事人負有合作完成履行契約之一切要件，並排除障礙之義務。例如：就患者而言，患者協力義務解釋上應包括醫療給付提出前的協力行爲、以及醫療給付兼須之協力行爲二者，如患者應負有陳述病史、或誠實告知病況的義務，及遵守手術或檢查前禁食等義務。此外，經醫師詳細說明與告知後，患者對已同意接受之手術、侵入性檢查或人體試驗等，應有協助完成醫療法上規定的書面同意要式要件（參醫療法第 63、64、79 條規定）的義務、轉診醫院向原診療醫院調閱病歷資料時，患者應負有同意並負擔費用的義務（醫療法第 74 條參照）、⁸¹⁸ 尚未治癒而要求出院的患者（或病危放棄插管急救），該患者或其法定代理人、配偶、親屬或關係人，應協力簽具自動出院書（或病危放棄插管急救同意書）、患者經診治並依醫囑通知可出院時，應即辦理出院或轉院等（參醫療法第 75 條第 2、3 項規定），不能霸床亦屬患者應協力之義務。就醫療提供者而言，於轉診患者時，應負有協助其順利轉醫（例如提供緊急處置止血給付氧氣等、聯絡轉醫機構、聯絡或提供救護車等）、以及提供詳盡轉診病歷之從給付義務等。

（四）提出及同意查閱義務

契約一方當事人，對於與契約目的相關文件內容的了解，有值得保護之利益時，他方當事人應負有提供及同意查閱之義務。如，醫療提供者應同意並提出患者住院期間對費用清單的查詢、病理或檢驗報告等病歷資料的查閱或要求複本（醫療法第 71 條參照）、⁸¹⁹ 原診治醫院應對轉診醫院與病患提供病歷相關資料等

⁸¹⁸ 醫療法第 74 條：「醫院、診所診治病人時，得依需要，並經病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人之同意，商洽病人原診治之醫院、診所，提供病歷複製本或病歷摘要及各種檢查報告資料。原診治之醫院、診所不得拒絕；其所需費用，由病人負擔。」

⁸¹⁹ 醫療法第 71 條：「醫療機構應依其診治之病人要求，提供病歷複製本，必要時提供中文

(參醫療法第 74 條)，患者以往就醫紀錄或病歷與醫療契約目的相關部分，應同意醫療提供者查閱等。

(五) 檢查義務

指為確保契約目的之達成，契約當事人須對所提出的給付為檢查之義務。如醫師對於為患者所置換之人工關節、心臟節律器、所交付的藥物等，於「給付」前應負基本的檢查義務等。⁸²⁰

第三款違反醫療契約從給付義務之效果

就一般契約責任而言，從給付義務的違反，屬債務不履行，得獨立依訴請求以及強制執行；然從給付義務係以準備、確定、輔助及完全履行當事人雙方之主給付義務為目的，準此，違反從給付義務的法律效果，是否得主張同時履行抗辯或解除契約，通說認為應視其是否會造成主給付義務的履行障礙而定，實務亦同⁸²¹，惟本文認為醫療契約因其特殊性，醫病雙方就醫療契約從給付義務違反的效果，承前所論應分別以觀。

醫療提供者違反從給付義務之法律效果，適用前述原則，尚無疑義，例如，患者因心血管疾病因血壓及血糖高至門診就醫，醫師診斷後開立處方並交付藥物，惟未就藥物之服用方法履行忠誠解釋之從給付義務，雖僅是從給付義務之違反，但其不履行將導致主給付義務(看診)之履行無意義，而導致契約目的(治病)無法達成，患者自得主張同時履行抗辯，暫不給付報酬或解除契約；倘只是醫療提供者對於病歷記載不詳盡缺漏，雖屬從給付義務之違反，但依其情形，既非與患者之對待給付處於對價關係，亦非造成主給付義務的履行障礙，似無主張同時履行抗辯或解除契約之適用，患者僅能就其債務不履行而為主張。

病歷摘要，不得無故拖延或拒絕；其所需費用，由病人負擔。」

⁸²⁰ 參藥事法第 39、40 條針對藥商或醫材商製造或輸入藥品或醫材等之規範，醫療提供者最起碼亦應檢查該藥品或醫材，是否經中央衛生主管機關查驗登記並核准發給許可證。然而，此處的檢查義務果能單就以外觀顯而易見的標準?似忽不易。

⁸²¹ 最高法院 95 年度台上字第 804 號、92 年度台上字第 2647 號民事判決等。

患者違反從給付義務之法律效果，則與前述原則有所不同者。由於醫療給付的協力性，故患者以準備、確定、輔助醫療提供者履行醫療主給付義務為目的之從給付義務中，足以造成主給付義務的履行障礙者，多半屬於患者之協力義務型態，解釋上應包括醫療給付提出前的協力行為、及醫療給付兼須之協力行為二者。以下就患者違反協力義務之從給付義務之效果，進一步說明於下：

(一)履行抗辯

在一般雙務契約中，一方的從給付義務與他方的主給付義務，應視從給付義務對於契約目的之達成是否具必要性，而且是否立於互為對待給付之關係而發生同時履行抗辯。惟醫療契約屬勞務類契約，依目前臨床慣行採「報酬後付」，準此，醫療提供者恆有先為給付之義務，依民法第 264 條第 1 項但書之規定，縱患者不為協力行為而違反從給付義務，醫療提供者亦無從主張同時履行抗辯。⁸²²

(二)受領遲延

患者不為醫療給付提出前的協力行為、或不為醫療給付兼須之協力行為者，經醫師現實提出、或以準備給付之事情通知患者以代提出後，患者即陷於民法第 235 條之受領遲延。譬如，醫師已安排好手術前置作業，準備開始手術時，始發現患者卻忘了履行術前禁食之從給付義務，致手術不能如期進行，患者將為受領遲延；又如患者應有誠實告知病情的協力行為（例如，謊稱未為性行為），否則醫師提出醫療給付無法發揮應有效果，致醫療契約目的不能達成，甚至造成誤診（以至於誤導醫師排除子宮外孕所致的先兆性流產及腹痛情形的臆診），準此，倘患者就關鍵之病情不履行誠實告知之從給付義務時，醫師應可以暫不現實提出診斷給付，而以準備給付之事情通知患者以代提出後，患者即為受領遲延。若患者損害因而發生（嗣後因誤診為腸胃炎，以致子宮外孕所致大出血），尚涉與有過失問題。

⁸²² 最高法院 71 年台上字第 82 號判例略謂：「因契約而互負債務，一方有先為給付之義務者，縱其給付兼需他方之行為始得完成，而由於他方之未為其行為，致不能完成，並不能因而免除給付之義務。」

(三)獨立依訴請求及強制執行

患者之協力義務雖可解為醫療契約之從給付義務，並且該從給付義務之違反，醫療提供者雖得就該從給付義務獨立依訴請求，及聲請強制執行，但無論醫療契約採承攬或委任性質，患者均有任意終止權，即醫療提供者就患者從義務之違反，固然得獨立依訴請求以及強制執行，但患者可隨時任意終止契約，因此訴請履行或執行，似乎無實益。再則因患者的從給付義務中有涉及個人隱私或人身自主決定權者，似不宜解為得獨立依訴請求之或聲請強制執行，如前述例示之術前禁食、病況告知及家族病史等等。

(四)解除契約

依學者通說與實務見解，僅限於患者從給付義務對於契約目的之達成具必要性，且若不履行將導致主給付義務無法履行或無意義等嚴格要件下，或依民法第507條患者不協力解除權規定，醫師就患者違反從給付義務，才能主張解除契約。

(五)損害賠償

從給付義務未履行時，得依債務不履行損害賠償，能據以請求損害賠償。至於能否立於互為對待給付關係主張同時履行抗辯權⁸²³，則是須進一步視其對契約目的之達成是否必要而定，此亦為債權人得否據此從給付義務未履行而進一步主張解除契約。

⁸²³ 王澤鑑，前揭註 142，頁 41。

第三目附隨義務

第一款定義⁸²⁴

通說認為所謂附隨義務，係指與契約履行無直接關聯（就此有別於主給付義務與從給付義務）之其他非獨立性義務，⁸²⁵此係為保護債權人關於給付以外的法益，不會因債務人債務的履行而受損害。⁸²⁶德國私法學者 Hermann Staub 於 1902 年首創並於 1904 年發表「積極的契約侵害」一文後，⁸²⁷「附隨義務」遂成為積極侵害債權下的重要概念之一，其目的非為債權人之契約履行利益（或給付利益），而係為維護債權人之固有利益（或稱完整利益）⁸²⁸。此義務係源自侵權行為法理論，以保護債權人的固有利益為目的，由於並非屬於因契約所發生債之關係中的

⁸²⁴ 關於「附隨義務」的定義及範圍，德國民法學界與聯邦法院至今無定論，有與國內通說相類，將「主給付義務，Hauptleistungspflichten」以外之義務分為「從給付義務，Nebenleistungspflichten」及「附隨義務，Nebensplichten」或稱「其他行為義務，Weitere Verhaltenspflichten」者，參 Gemhber, Das Schuldverhältniss, 1989, §2 III 4; Larenz, Schuldrecht AT, S. 7 ff.; 另有將「主給付義務」以外之義務通稱為「附隨義務」者，參 Vgl. MünchKomm/Emmerich, Vor §275 Rn. 282 下；亦有將「主給付義務」以外之義務通稱為「附隨義務」，再將後者細分為「獨立之附隨義務，Selbständige Nebenpflichten」及「非獨立之附隨義務，Unselbständige Nebenpflichten」者、或分為「給付相關之附隨義務，Leistungsbezogene Pflichten」與「其他行為義務，Weitere Verhaltenspflichten」者，參 Vgl. Palandt/Heinrichs, §242 Rn. 23 ff.。以上德國學說分類介紹，參姚志明（2004），《誠信原則與附隨義務之研究》，頁 49-92，元照。另學者陳自強認為，債之關係義務群應劃分為二，一是「實現債權人給付利益」的「給付義務」，另一則是「保護他方當事人人身或財產上利益（固有利益或稱完整利益）」的「保護義務」，詳細論述參陳自強，前揭註 115，頁 94-101；王澤鑑，前揭註 142，頁 44。

⁸²⁵ 侯英冷，前揭註 142，頁 140；林誠二，前揭註 25，頁 103；姚志明，前揭註 214，頁 62；王澤鑑，前揭註 787，頁 98 以下。

⁸²⁶ 實務有為嚴格區分者，參最高法院 93 年度台上字第 1185 號民事判決、最高法院 92 年度台上字第 2356 號民事判決等。實務見解對「附隨義務」的定義與通說相異，未嚴格區分「從給付義務」與「附隨義務」，多統稱「附隨義務」者，參最高法院 92 年度台上字第 1690 號民事判決、最高法院 92 年度台上字第 2523 號民事判決等。

⁸²⁷ 孫森焱，前揭註 25，頁 564。

⁸²⁸ 2002 年 1 月 1 日施行之新德國民法第 241 條第 2 項增訂：「債之關係得依其內容，使任何一方當事負有顧及他方當事人權利、法益及利益之義務。」學者認為係明文將附隨義務視為德國民法法定債之關係的內容，參侯英冷，前揭註 142，頁 143。

「給付義務」內容，因此以「附隨義務」的型態出現。

第二款醫療契約之附隨義務

附隨義務的具體內容，並非由法定或約定，通說認為係源自於誠實信用原則，⁸²⁹實務見解亦同。⁸³⁰為避免此帝王條款毫無節制之適用，附隨義務的範圍應受合理的限制，本文認為，附隨義務之判斷基準為：應立於債權人可合理期待與信賴的基礎上，以債之關係目的相關之固有利益範圍內，債權人應負有保護債務人免於受損害的義務。就醫療契約而言，以醫師履行治療性病（例如，某藝人因罹患菜花就診醫治）之給付為例，就與治療性病之目的相關的固有利益中，隱私權的保護屬於患者可期待的信賴範圍，縱非載明或約定為醫療契約給付義務之內容，醫師亦應負有保密義務。附隨給付義務依其債之目的不同而難有統一內容，如前所述，其與從給付義務的界限，常難以明確區分。以下擇要敘述之。

一、說明指示與諮詢義務

如前所述，附隨義務係為保護債務人的固有利益，不因債權人履行契約而受侵害，故醫療提供者向患者說明或警告危險的存在、指示避免危害的方法、與諮詢等解釋義務，成為保護患者的重要類型。醫療契約大多即以患者之生命、身體或健康為診療給付之客體，故此類說明義務絕大多數屬於前述之從給付義務類型，譬如用藥、病情、癒後、後續治療、家屬居家從旁協助之說明等。惟就醫療提供者本身其他資訊的說，則較可能屬於單純以附隨義務型態展現者，譬如手術醫師本身為 AIDS 帶原者資訊的表明、或對院內感染狀態的說明⁸³¹。另一方面，患者

⁸²⁹ 侯英冷，前揭註 142，頁 144；孫森焱，前揭註 116，頁 12；林誠二，前揭註 25，頁 102-103；王澤鑑，前揭註 787，頁 98 以下。學者姚志明則認為，「附隨義務」得基於法定、約定或依誠信原則而來，惟事實上以「誠信原則」為最常見，參姚志明，前揭註 214，頁 60-6。

⁸³⁰ 最高法院 93 年度台上字第 1185 號民事判決要旨謂「按源自『誠實信用原則』之非獨立性『附隨義務』」。

⁸³¹ Estate of Behringer v. The Medical Center at Princeton, 592 A.2d 1261 (NJ Super. Law Div. 1991)

剛從傳染病疫區返國或本身患有傳染性惡疾，如開放性肺結核、SARS、AIDS 等，雖可能與當次醫療契約之目的與內容無關，但對於醫師之詢問，亦應負有向醫療提供者表明該資訊之附隨義務。

二、保密義務

以醫師對病患就診資料的保密義務而言，醫師法第 23 條與醫療法第 72 條分別定有明文，就參酌保密義務性質與原契約之目的，醫師的保密與醫療契約履行無直接關聯，而且無從獨立訴請強制執行，僅係為保護病患關於醫療目的以外的隱私權，不會因醫療提供者履行債務的而受損害，依誠實信用原則應歸類為附隨義務。

三、照顧義務

醫療契約原係以照顧患者為主給付義務或從給付義務，實際上鮮少再單純以附隨義務型態展現者。但在非診療性醫療給付情形，其契約目的非以照顧病患為給付義務者，照顧義務即可能以附隨義務型態展現；譬如營養師為配合醫囑對病患為糖尿病患為飲食衛教，所交給病患參考的飲食量參考模型、或操作自行檢測血糖測量器等。就患者而言，亦應負有妥善運用醫療設施之義務，對於治療機構所提供的軟硬體設施之使用，應有照顧義務。

四、保護義務

係指契約當事人於契約關係存續中，應負有避免他方固有利益或生命、身體、財產等完整性受侵害之義務。如醫療機構應負有提供適當、並符合設置標準與安全之治療環境之義務⁸³²，若醫療機構違反此保護義務，未善盡院內感染控制義務，造成住院病患因院內感染受損害，則為加害給付。倘此安全保護義務為醫療契約主要目的範圍時，即屬於主給付或從給付義務，如院內感染之控制，對於骨髓移植病患之隔離治療契約而言，為醫療提供者之主給義務；對於一般病患之住院治

⁸³² 綜合參考醫療法第 12 條第 3 項、第 26 條以及第 56 條：「醫療機構應依其提供服務之性質，具備適當之醫療場所及安全設施。」之規定意旨。

療而言，或為從給付義務；然對於一般門診病患而言，或許即屬於附隨義務⁸³³。

五、協力義務

譬如醫療法第 75 條第 1 項規定：「醫院得應出院病人之要求，為其安排適當之醫療場所及人員，繼續追蹤照顧。」即為附隨協力義務之適例。

六、契約履行後之義務

醫療契約於終止、解除或完全履行後，於可期待的情況下，醫療提供者繼續負有不得使病患基於該醫療契約所被保障的利益被剝奪之義務。譬如，醫療機構對病患病歷的妥善保存義務（醫療法第 70 條參照）、⁸³⁴不得透露病患資料的保密義務等。另由於科技水準有限性所造成之瑕疵給付、或加害給付等，倘日後得知有補救方式，醫療提供者應負有告知患者此訊息通知義務，例如藥害等事件。醫療契約經任意終止、法定終止者，醫療提供者或其履行輔助人仍應負有義務繼續照顧病患至可得終止之狀態，亦屬後契約義務。

另日本學說有主張因契約責任衍生之附隨義務為「注意義務」，此「注意義務」實為包括上述各項附隨義務之總稱，係以保護債權人的利益狀態為目的，因此違反「注意義務」亦為發生侵權行為責任的原因，於契約履行中違反注意義務，即屬不完全給付的債務不履行⁸³⁵。

第三款違反醫療契約附隨義務之效果

一、固有利益之損害賠償

依附隨義務之基本目的，醫療提供者違反附隨義務所產生之責任，原則上以患者固有利益的損害賠償為主。亦即只有加害給付的型態，而無其他債務不履行

⁸³³ 侯英泠，前揭註 142，頁 167-189。

⁸³⁴ 醫療法第 70 條：「醫療機構之病歷，應指定適當場所及人員保管，並至少保存七年。但未成年者之病歷，至少應保存至其成年後七年；人體試驗之病歷，應永久保存。醫療機構因故未能繼續開業，其病歷應交由承接者依規定保存；無承接者至少應繼續保存六個月以上，如得銷燬。醫療機構對於逾保存期限得銷燬之病歷，其銷燬方式應確保病歷內容無洩虞。」

⁸³⁵ 潮見佳男，前揭註 646，頁 144 以下。

相關的履行利益的問題。我國通說認為，附隨義務係從屬於主給付義務請求法院判令給付，惟債務人如不履行附隨義務，仍得依不完全給付請求損害賠償。此時請求權基礎為民法第 227 條第 2 項並適用民法第 227 條之 1 的準用規定，對此，實務亦採⁸³⁶。

二、解除或終止契約

德國民法第 282 條規定「…債務人違反第 241 條第 2 項規定之義務（即我國通說附隨義務），如債務人的給付對債權人而言已屬不可合理期待，則債權人在具備第 280 條第 1 項規定之要件下（即須可歸責於債務人），可以要求損害賠償以代給付。」此規定賦予「附隨義務」履行利益之內涵，我國民法無相同之規定，故通說亦不採，惟有學說採肯定見解⁸³⁷。依學者姚志明見解，認為醫療契約屬繼續性或持續性契約，應考慮醫療契約當事人間特殊的持續性信賴關係，若因附隨義務的惡意違反而動搖甚或瓦解，一方面可能導致他方當事人無從期待繼續維持契約關係，他方面若固有利益之繼續危害程度，將超越契約履行利益時，似應可構成解除或終止契約之理由。譬如，某橘子 3D 產品跨國企業鉅子罹患癌症，其為穩住上市股票行情，要求醫療機構不得洩漏病情。孰知醫療機構惡意洩漏病患就醫資料與疾病狀態，縱該醫療機構並無主給付義務或從給付義務債務不履行之情事（關於癌症治療），但由於保密附隨義務的惡意違反，已無法期待該患者繼續維持其醫療契約關係；再則若患者繼續接受診療，其固有利益受危害的程度，或將遠超過契約的履行利益時，似應肯認患者可據以解除或終止契約。

第四目、各義務群區分之必要

德國學者以其細膩精準的體系論證，所發展出來的債之關係義務群概念與性質法律效果，雖具有釐清「債」之概念的作用，然各給付義務群間之保護目的與法律效果，於實際個案上，是否可能如此嚴格而清晰地學理分析？實務應用上

⁸³⁶ 參酌最高法院 92 年度台上字第 2356 號民事判決。

⁸³⁷ 姚志明，前揭註 214，頁 86-89；黃茂榮，前揭註 142，頁 60 以下。

對債務不履行的判斷上，尤其有其困難之處，此亦得從前述本文所舉例子，足以堪證。

實務有認為「在債務不履行其義務之具體個案中，決定其法律效果時，不應只是做單純學理的分類而已，而應先從個案中所要完成債之目的，是否因義務之不履行而使其不能實現，然後再決定其法律效」。依「債務本旨」與「義務」本為「債」之上下位概念。德國學說以「義務群類型化」為核心的理論體系，恰與其新民法接軌，參 2002 年 1 月 1 日施行之德國新民法第 280 條第 1 項明定，債務人違反因債之關係而生之義務，債權人得請求因此而生之損害賠償。然而，債務人於不可歸責時，則不在此限。此修正強調了「義務的違反」為「給付障礙」債務不履行的核心概念，此與我國民法以「債務本旨」為債務不履行核心的思考模式自是不同。然若從本文前述看法，「債務本旨」即指契約目的、內容及範圍，以「契約拘束力」劃出「契約債務內容範圍」，此為契約義務，也是「歸責事由」判斷的內涵，一旦為違反，即屬契約義務違反，具可歸責性，除非有免責事由，否則即應負損害賠償責任。

從而，區分各義務群之實益，在於正確界定契約責任所涵蓋的範圍與責任層次，主給付義務的違反，當然適用各類型之債務不履行論斷責任（即包括給付不能、給付遲延、以及不完全給付等），雖於雙務契約另有同時履行抗辯適用及契約解除問題，然須以契約目的之達成具必要性者為限。而附隨義務則無履行利益可資主張，僅於在債權人可合理期待與信賴的基礎上，於與債之目的相關的固有利益範圍內，得依加害給付請求損害賠償。故而，除主給付義務外，論斷從給付義務、或附隨義務之契約責任時，須併予考量該義務是否具契約目的達成之必要性、以及是否為債之目的相關固有利益範圍內應履行之義務。從此觀之，如依本文立場或德國新修正方向，債之義務群，僅以契約義務違反，再區分給付義務與保護義務二類，分就「給付利益」與「固有利益」提供保障，如此主張似較簡約，然此不容於我國目前通說實務主流看法。睽諸醫療法第 82 條第 1 項規定「善盡醫療上必要之注意」，解釋上醫師應謹慎將患者切片報告登載病歷並妥為保存。

然醫療提供者於患者受領遲延（未準時回診看報告）時，是否仍負有將檢驗結果通知病患之義務？基此，本文認為應就該報告之通知是否為債之目的相關固有益範圍內應履行之義務而分別以觀：如該**檢驗報告為正常時**：則該報告即便是未即時通知，於通常情形下，並不會使患者因而引起相關之固有利益（即生命、身體、健康等）之損害，因此，認為屬醫療契約之附隨義務，患者受領遲延中，醫師縱不即時通知，雖得謂為瑕疵給付，但未致生損害。若報告之給付，依醫療契約債之目的而言，是為主給付義務時，則在患者受領遲延時（例如未為回診看報告時），解釋上應予合理方式通知為妥（如郵寄資料）。**檢驗報告為異常時**：則該報告之未通知，於通常情況下，可能因而造成患者相關之固有利益（即生命、身體、健康等）之損害，因此，醫師仍應善盡醫療契約附隨義務中保護義務，盡可能即時通知患者該重要之報告。否則，醫師因病患之受領遲延雖可依民法第 230 條規定對其給付義務無須負遲延責任，但對於違反此附隨義務致生病患之損害通常是嚴重的，醫師仍須負不完全給付之損害賠償責任。

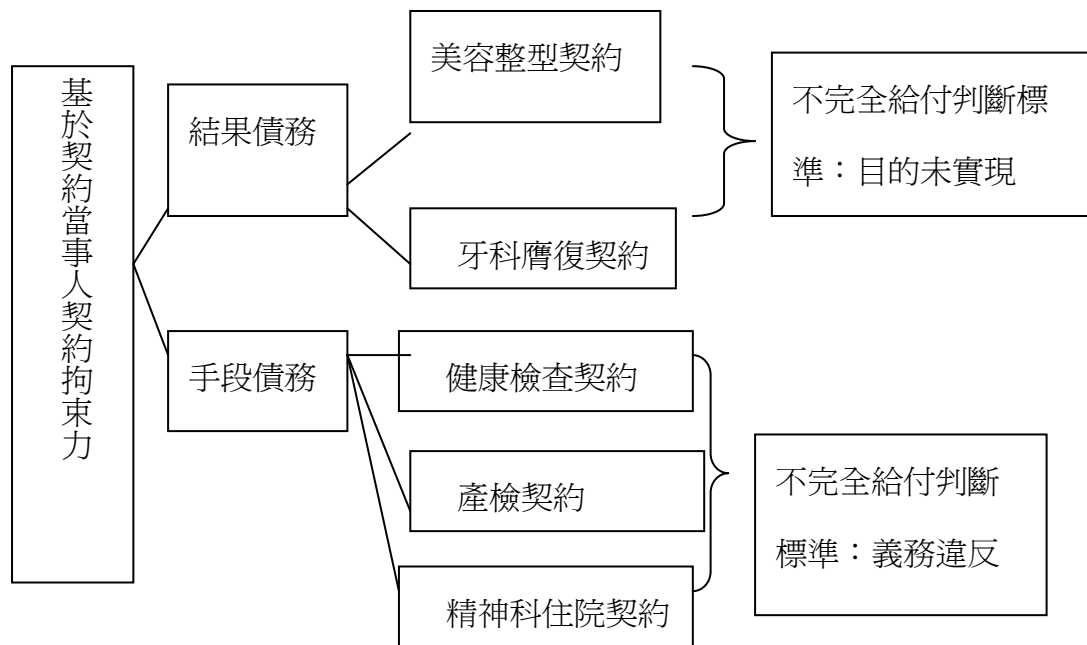
第四項小結

醫療行為多元多樣化及醫療契約內容，隨著病程演化展現出的高度不確定性，該契約內容是否能在締約當時得以明確？此恐怕是不能逐一而定。而同一醫療行為在同一病人身上為之，有可能因施行階段、當時的病況等，會被列入主給付義務、或從給付義務、或附隨義務，分別科與不同責任，如何區分方為妥適，也非屬易事，更何況在不同病人身上。在醫療契約當事人可能無法明確分辨，一般社會大眾是根本無法分辨清楚，一旦發生醫療事故，在審判實務上判斷責任是困難，這也是實務為何避『契約』就『侵權』的現象原因之一。蓋如我們認為在一個社會事故發生，有人受有損害須要被填補，須要找出可歸責之人，那麼，依契約或侵權均是可選擇的選項，要如何擇選方為妥適，恐怕無法有一定論；然而，可確定的是選擇依契約為前提時，接下來要面臨的是『醫療行為定性與法規範』的嚴峻考驗，接踵而來，會掉入前述『德式義務群類型化』的痛苦深淵，如何跳脫傳

統債之關係義務群類型化的禁錮，或許從前述 2002 年德國民法第 280 條第 1 項、DCFR 歐洲醫療契約法及日本債權法改正基本方針，均朝單一「義務違反」為契約「歸責事由」，一旦違反即構成債務不履行來尋求解困。

從而，本文分別參酌附件一 DCFR 歐洲醫療契約法及附件二日本債權法改正基本方針、法國法手段債務與結果債務理論，除了釐清目前國際契約法趨勢之經緯外，更期以此經緯為準繩，調整分析目前台灣現行法下的醫療契約法律關係。承上所言，以下各節則不以本節前述向來台灣通說為據，轉以法國法「結果債務與手段債務理論」，先區分醫療契約類型，再輔以就醫目的，以具體案例類型，進以分析，這裡之所以援引法國法「結果債務與手段債務理論」，係因此套理論運用上，除了架設在該國民法契約責任採一元論基礎上，就「過錯有無判斷，以歸責事由為其本」。須進一步說明的是，以下的債之關係義務群分類，本文係採學者陳自強分類，類分兩大部分，第一類，實現債權人給付利益的給付義務，包括主給付義務與從給付義務。第二類，即學者王澤鑑所謂「維護他方當事人人身或財產上利益」第二類型的附隨義務，德國通說習慣稱為保護義務，其目的在使當事人免於給付利益以外其他法益的損害，即維護債之關係當事人的完整利益⁸³⁸。以下兩節論述，基於本文所建構的醫療契約責任體系主張，適用在債務不履行中的「給付遲延」（例如，延誤治療）及「給付不能」（例如，侷限於締約當時科技有限性時不能，但債務人誇大療效情形）態樣中較無問題，基於篇幅考量在此略而不論。從而，以下僅就多數醫療契約債務不履行類型—不完全給付類型為判斷，本文思維是（圖表一）：

⁸³⁸ 陳自強，前揭註 115，頁 96-97。



本文此處所區分「結果債務」與「手段債務」標準，係依「基於當事人契約拘束力支配下，當契約當事人締約目的、內容及範圍，「特定之結果」實現是債務目的時，此時歸責事由嚴格化程度是高的，當目的未實現時（契約義務違反），債務不履行責任即成立，如無免責事由（不可歸責事由）時，債務人即負損害賠償責任。

如當契約當事人締約目的、內容及範圍，「特定之行爲給付」是債務目的時，此時歸責事由嚴格化程度是較低的，此時要判斷是否債務不履行時，則須進一步審視「債務人給付行爲有無違反契約義務」，債權人就此須負舉證責任，經認定「契約義務違反」時，債務不履行責任成立，如債務人無免責事由（不可歸責事由）時，債務人即負損害賠償責任。故而，「債務人給付行爲」在責任成立階段，結果債務類型是不用針此作判斷，而手段債務類型是須針此給付行爲作進一步審視才能判斷出究有無具歸責事由。

但本文必須強調一點，上述分類只是本文基於各類醫療契約事務本質通常情況來做區分為手段或結果債務類型，此只是大略分類，然而，有時醫療契約內有數個給付義務類型其本質上分屬手段債務及結果債務時，解釋上仍須就具體個案情形作不同分辨。

另就學者吳志正所謂「醫療契約結果債務之定義」⁸³⁹，略謂為「一定醫療給付或工作完成，而非侷限於特定醫療結果的出現，則視醫療契約為承攬契約」。即吳氏所稱結果債務類型，與本文所稱結果債務類型不同，其認為從臨床醫療工作流程而論，一定診療工作完成也是一種結果債務，而本文認為一定診療工作完成倘若當事人債務目的非在一定「結果」實現之締約目的，縱使完成一定工作，本文僅會認為其為「一定給付行為」非「給付結果」，而劃歸為「手段債務類型」。吳氏見解類似於本文第五章第三節所論及，日本及法國學者爭論重點「何謂結果？何謂手段？從整個過程觀察，結果債務均屬於手段債務；若從階段區分開觀察，則每個手段債務均屬結果債務。故手段債務與結果債務是相互包攝概念」。

本文基於引入「手段債務與結果債務區分理論」目的，是要來更精準判斷何謂「債務本旨」，進而，判斷在某些醫療契約類型，「特定結果實現」是契約「歸責事由內涵」時，債務不履行責任成立應如何判斷；反觀，在某些醫療契約類型，「特定給付行為」是契約「歸責事由內涵」時，債務不履行責任成立應如何判斷。從而，本文相較前述吳氏所謂「結果債務定義」容有不同，無關見解優劣，只是撰寫目的取捨不同而已。

進一步言，依醫療傷害(medical injury)或可稱不良醫療結果(adverse medical outcome)或可稱醫療意外(medical incident)，來自醫療行為，本文所採醫療行為是相類國際目前趨勢放寬範圍，非僅侷限傳統侵入性類型醫療行為。發生來自醫療行為所引致而生，以傳統契約法律關係為思考中心，情形包括醫療契約內容給付不能、給付遲延、不完全給付及完全給付發生損害。

就醫療傷害類型分類，存有不同見解，依醫療給付內容中商品與服務交易程度而分類者⁸⁴⁰、依過失認定標準而分類⁸⁴¹、依醫療錯誤之類型⁸⁴²、醫事行為之

⁸³⁹ 參吳志正，前揭註 70，頁 142 以下。

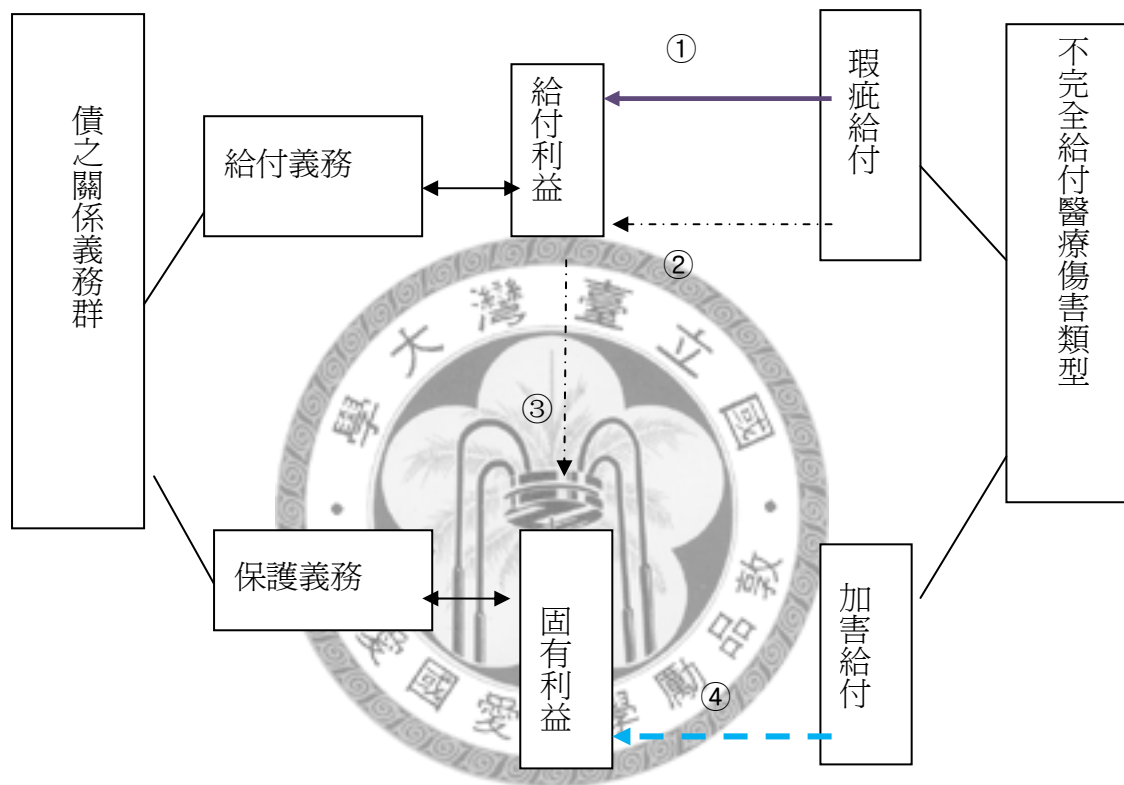
⁸⁴⁰ 王祖龍，〈醫師之民事過失責任〉，法令月刊第 21 卷 1 期，頁 8 以下，1970 年。

⁸⁴¹ 陳碧玉，〈醫療過失認定標準的類型〉，法學叢刊第 85 期，頁 44-55，1977 年。

⁸⁴² 陳春山，〈誰點燃醫療糾紛導火線—醫療糾紛的起源與型態〉，法律與你第 88 期，頁 8 以下，1995 年。

概念面與現實面而分類⁸⁴³、依醫療行為本身為分類者⁸⁴⁴、依損害發生原因與被侵害法益性質為分類者⁸⁴⁵、醫療傷害之成因分類⁸⁴⁶、依債法分類⁸⁴⁷。

上述各說均有立論，惟本文基於判斷及說明本文所主張的契約責任體系論述方便，以債之關係義務群作分類，說明如下圖示（圖表二）：



在民法不完全給付類型，針對損及契約給付利益時，我們會稱為瑕疵給付類型，而對醫療給付未依契約給付利益以外範圍所生損害，我們稱其為加害給付類型。向來存有契約關係的當事人間系爭權益受損時，會從契約目的、內容及範

⁸⁴³ 劉永弘，〈醫師說明、病患承諾與阻卻違法〉，醫事法學第7卷1期，頁37，1999年。

⁸⁴⁴ 吳建樑，〈醫療關係與消費者保護法〉，醫事法學第7卷3期，頁10，1999年。

⁸⁴⁵ 陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件(上)－臺灣臺北地方法院85年度訴字第5125號與臺灣高等法院87年度上字第151號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決再評釋〉，台灣本土法學第17期，頁102-110，2002年。

⁸⁴⁶ 楊秀儀，前揭註42，頁123。

⁸⁴⁷ 吳志正，前揭註70，頁317-323。

圍審視相關要件。其中，涉及損害及其範圍認定上，會聚焦在有無「保護客體」受損及範圍判斷；而在醫療契約關係中，從前述第二章台灣醫療實證上，我們不難發現是用以患者生命、身體健康及財產權有無損害為通常判斷標準。這裡，本文對於「純粹財產上的損害」究應歸於「瑕疵損害」或「瑕疵結果損害」有質疑，甚至，認為從契約責任體系為本位中心思維前提下，類分「瑕疵給付」與「加害給付」二類型區分實益何存有過疑竇，但本文限於時間及篇幅考量，此問題留待日後有機會再深入研究。但本文此處「純粹財產上損害」歸為「給付利益」受有損害，例如，無益醫療給付行為，雖未致生患者人身傷害，但卻使患者的時間勞力費用受有損害的情形，應認有損害。如果承認時，好處是能有樽節醫療成本不會過度浪費、制衡一些防禦性醫療及醫療機構法人化的弊端現象，有關深入探討日後再表。退一步言，再舉幾個例子，購票聽音樂演奏會或舞台劇，票價分很多等級，座在那個位置將會影響到聽覺及視覺效益，此視覺及聽覺效益是「一種好的、美的或較舒適感覺」，成為票價契約的給付內容，它是一種契約給付利益，當損及此給付利益時（例如，原本在前面第五列中間席位，因當天該座位壞了無法使用，因而換到最後一列最側邊座位），我們通常會接受酌退票價差額，作為損及契約給付利益賠償。反觀，醫療契約型態，如涉及損及契約給付利益時，未發生「傳統的固有利益受損（生命、身體及財產權）」範圍的損害時，通說看法會認為沒損害發生。具體言之，醫療契約中「美的評價利益（美容整型契約的給付利益）」、「早知道的利益（產檢契約給付利益、健診契約給付利益）」，這些利益未受完滿履行，似乎應認為該等契約給付利益受有損害，從契約拘束力所及範圍，此利益有無受損，回歸契約內容，應非是從有無「固有利益」受損來判斷有無損害發生；當我們認定有契約給付利益受損時，接續再處理「所受損害」及「所失利益」賠償範圍。以美容整型醫療契約為例，「所受損害部分」包括了所支費用（本次整型美容費用、因而再去其他醫院處理修復工作費用等）、因而所致痛苦的精神慰撫金等。「所失利益部分」包括請假薪資所減少損失、未能準時參賽選美所失去期待利益（此部分須從嚴認定）等。本文並不否認，此等瑕疵給

付類型（圖表二①）僅生給付利益受損（瑕疵損害），未直接引發傳統固有利益損害範圍（人身損害，即瑕疵結果損害）發生時⁸⁴⁸，如何判斷賠償範圍及因果關係舉證是不容易，但不能因而認為此類瑕疵損害，給付利益即無損害，逕而認為在醫療契約關係中，因通常發生人身損害，故而主張契約責任與侵權責任二者均相同。蓋如此前題存在時，則區分瑕疵給付與加害給付即無實益了。

在瑕疵給付（圖表二②+③）類型，是較為常態的醫療瑕疵給付行為（例如誤診），所為不當處置而生人身法益受有損害（瑕疵結果損害）（附件一：Case.IM11⁸⁴⁹），但若基於通說見解，因為發生瑕疵結果損害，故而會直接歸入加害給付類型，因為所生損害人身法益，而直接忽略「誤診瑕疵給付行為」。

在單純加害給付（圖表二④）類型，如依通說見解，認為人身法益受有損害，例如，開刀遺留紗布於腹中（非醫療必要性須置留紗布：如引流用的碳條紗布）。本文通說這樣見解，會與前述瑕疵給付（圖表二②+③）類型發生重疊，蓋此種情形，解釋上不也是醫師手術給付義務有瑕疵所生人身損害發生嗎？

所以，衡諸上述通說分類，在契約責任體系前提下，似乎實益性是有待商榷。假設不分類為前提，從當事人契約拘束力所及範疇，透過「歸責事由嚴格化程度」，嚴格化程度低者歸為手段債務，高者則歸為結果債務，一但履約後發生爭議，在債務不履行中不完全給付類型，有無不完全事由，回歸當事人契約拘束力所及契約義務範圍來判斷，有無違反契約義務？所生損害為何（是人身損害、財產上損害及其它法益（此處可能存有的契約當事人約定特定利益，但無法歸於財產或人身法益內））？如此主張，沒有用向來傳統見解思維架構，依然有操作空間且解釋上沒有傳統思維架構下的制肘情況，尚能展現出契約法性格及優勢。

第四節 結果債務醫療契約類型

以下本文就美容整型契約所學的是「基於醫療技術品質結果為確保」契約目

⁸⁴⁸ 例如輔大健診案、新光唐氏症兒案

⁸⁴⁹ 將患者A型血液誤判為A B型，致由捐血中心取回之八袋A B型血液均無法輸用，導致病患因延誤治療而休克死亡。

的「割雙眼皮案」來作說明；另以牙科膺復醫療型態，以提供「醫療材料」及牙科診療行為契約履行內容。

第一項美容整型醫療契約

第一目、前言

整型手術行為追溯自西元千年前的印度，當時印度法社會背景，盛行割鼻刑律，相較之下，大清律例也有就罪犯原有五官四肢所為破壞外科行為，時序至今，此破壞與重整醫療行為成為目前時尚美容醫學內容。若觀臨床美容整型醫療發展過程，19 世紀中，主要用於矯正先天畸形，或疾病所致之顏面傷殘。20 世紀後期，整形外科漸發展出在健康的人體上動手術以追求患者「美的評價利益」契約目的。美容整型手術的技術離不開醫療市場的模式，也離不開消費文化。依據國際美容整型手術協會（ISAPS）⁸⁵⁰ 統計，全球調查 2010 年公布美容整型醫療手術和非手術方式最多的前二五名國家排名。雖然美國仍舊在這方面居於首位，中國第 2 名、日本第 6 名，台灣則第 16 名⁸⁵¹。台灣一年花在「醫學美容」的費用，至少在 16 億元以上⁸⁵²。實證資料所示，美容整型案件共 29 件占總案件（702 件）

⁸⁵⁰ 過去 10 年整型美容，隆乳最受歡迎的整形手術操作。ISAPS 全球調查公布新趨勢：吸脂手術占所有外科方式的 18.8%、隆乳占 17%、眼袋（上眼瞼或下眼瞼肌提升）占 13.5%、隆鼻（鼻部整形）占 9.4%、腹部除皺（“腹部整形術”）占 7.3%。外科手術操作受歡迎的程度在各國不盡相同，巴西、美國、中國、墨西哥、印度和日本是前五種操作最受歡迎的國家。由整形醫生進行的非手術方式實際上超過了外科手術方式，這既反映出整形外科創新方面的發展，也反映低價格較符合市場驅勢。排名最高的五種非手術方式是：注射毒素即神經調質（肉毒桿菌等）(32.7%)、注射透明玻璃酸 (20.1%)、鐳射去毛(13.1%)、自體脂肪注射（例如：患者的腿脂肪抽出，植入同一患者的乳房部位以達隆乳效果）(5.9%)及 IP 鐳射治療(4.4%)。進行非手術操作最多的國家是美國、巴西、墨西哥和中國，其次是日本、匈牙利、韓國、印度和德國。詳細資料請參 <http://www.isaps.org>

⁸⁵¹ 全球排名最高的 25 個國家和地區，從高到低依序為：美國、中國、巴西、印度、墨西哥、日本、韓國、德國、土耳其、西班牙、阿根廷、俄羅斯、義大利、法國、加拿大、臺灣、英國、哥倫比亞、希臘、泰國、澳洲、委內瑞拉、沙烏地阿拉伯、荷蘭、葡萄牙。
<http://hongkong.asiaprnews.com/2010-08-09/202402.html>

⁸⁵² 參考自：<http://care.cdnnews.com.tw/20090825/med/jkbj/htm>

的4%⁸⁵³。由此足見美容整型科別，是高獲利低訴訟的科別。台灣的醫療環境爲了因應美容整型市場需求現象，各式各樣的整型美容醫療診所、中心如雨後春筍的出現，如林口長庚醫院、台北榮總、高雄榮總、台大醫院等，紛紛開辦美容醫療中心。而現在更有「觀光美容醫療團」社會活動型態產生，想必日後此類醫療糾紛案件應會提升。

衡諸美容整型臨床操作方式大體分爲手術及非手術兩大類，小至打美白針、脈衝光等，大至抽取脂肪、切除肌肉等，利用非自然的方式去改變身體型態現況，以追求「美的評價利益」。然而，所有醫療行爲均會帶來潛在風險，根據美國官方統計，儘管醫療技術隨著科技進步而前進，每年抽脂手術之死亡率已經從萬分之二降爲十萬分之二，此死亡風險率仍與移除膽囊手術的致死率不相上下⁸⁵⁴。故本文將其列入醫療契約法律關係探討範圍內。另須先與說明，本文此處的醫療性美容整型契約，限以「微整型類型」（非手術方式，例如小針美容的注射玻璃酸、肉毒桿菌等）、「手術方式」（有雙眼皮手術、隆鼻手術、隆乳手術、臉部削骨手術等），不包括單純護膚保養、美體按摩等美容行爲⁸⁵⁵。此處醫療性美容整型行爲的特性，除了患者的主觀目的爲何，可作爲判斷依據之一，傳統上以治療、預防疾病爲目的之外，若該美容整型行爲，客觀上該行爲會對身體、健康產生侵入性或危險，參照日本學說對「醫行爲」的定義，如果欠缺醫師的專業判斷以及技術，對人體恐有危害之判斷標準。

⁸⁵³ 此數據只就進入民事訴訟程序案件，不包括未進入訴訟程序而採衛生局調處、訴訟外方式的案件數，參沈冠伶，前揭註 36，圖表十一。

⁸⁵⁴ 蕭翊亨，「整形美容醫療責任與糾紛處理之研究」，國立台北大學法學系碩士論文，頁 1，2005 年。

⁸⁵⁵ 有關醫療行爲定性，參本文第三章。另補充日本學者大谷實認爲：醫學上對醫療行爲定義爲：疾病治療與減緩、疾病預防、畸型矯正、助產與醫術上墮胎、以治療爲目的對患者所作之試驗性行爲、以促進醫學技術進步爲目的的實驗性行爲等，參大谷 實，「醫療行爲と法」，頁 4，弘文堂，1989 年。

第二目、醫療美容整型之法律關係

第一款、一般醫療法律關係

醫療契約基本上乃係服務供給契約，民法上針對勞務契約共有三種基本類型，委任、僱傭以及承攬，而醫療契約法律性質定性，前已論及不再贅引⁸⁵⁶。總括而言，有委任契約、僱傭契約說⁸⁵⁷、承攬契約說、非典型契約說，實務通說醫療契約視為委任契約⁸⁵⁸，理由略為醫師在治療疾病上具有一定的專業裁量權限，且民法第 529 條規定關於勞務供給之契約，不屬於其他法律規定的契約種類，則適用關於委任之規定，故此說成為通說⁸⁵⁹。

第二款、醫療美容整型法律關係

壹、美容整型契約特性

傳統醫療關係，具有醫療技術不確定性、病情不確定及患者體質個別性特性，若加上就醫情形急迫、病情瞬息變化時，依其就醫狀況、透過臨床診療過程，不斷重覆「臆診、說明、檢查」，直到找到病因進入治療，所以，通常醫療契約類型，透過解釋締約當事人之意思為：就醫期間隨患者病情進展，醫師給付適當診療行為，患者支付相關費用。至於，治療成果的確保通常不在當事人約定的事項之中，從而，委任契約說成為通說。我國向來認為醫療委任契約為「手段債務」，醫療承攬契約為「結果債務」，並視「治癒疾病」為醫療「結果債務」之當然解釋⁸⁶⁰。

⁸⁵⁶ 另相關資料吳志正，〈醫療契約之定性〉，月旦法學雜誌第 139 期，頁 201 以下，2006 年。

⁸⁵⁷ 德國通說將醫療契約定位為僱傭契約，參侯英冷，前揭註 812，頁 118：「鑑於醫師的醫療行為本身所帶的危險，不是醫師或當代醫學所能完全控制的，所以，德國通說認為，醫療契約不是承攬契約。至於應該歸屬於僱傭契約還是委任契約？基於委任契約原則上屬於無價行為，所以通說將醫療契約歸類為僱傭契約。」另外，美國案例法基本上也認為醫療契約為僱傭契約，只是不排除有其他契約類型成立的可能，參考吳志正，前揭註 856，頁 204。

⁸⁵⁸ 最高法院 70 年台上字第 1049 號判決要旨：「為病患治療骨折不當，致增加支出之醫藥費及薪資損失，應負損害賠償責任。又被上訴人請上訴人治療骨折，屬於民法上之委任契約，於事務未處理完畢前，因可歸責於上訴人之事由而終止，上訴人所受領之醫藥費及車費應返還於被上訴人。」

⁸⁵⁹ 黃立，〈消費者保護法對醫療行為的適用〉，律師雜誌第 217 期，頁 72：「為了要避免前述承攬契約以成果為契約履行的要件，必須認定醫療契約是一種委任契約。」

⁸⁶⁰ 參吳志正，前揭註 856，頁 204。

惟本文認為衡諸美容整型醫療契約，相較一般醫療契約具有「病情不斷演進、時間迫切性」是不同的。在美容整型醫療契約締約當事人，進行締約前有一段「現況與需求」評估行為，類似一般契約類型「締約磋商期」，在此期間內，從患者開始到診前的方式即有別於一般因疾病需要求醫，通常是透過朋友介紹、廣告美容療效訊息等方式，到該美容整型醫療處所時，通常是張貼各式美容整型神奇療效文宣品（如術前及術後對比照片等）。在醫師與其患者溝通的過程之中，通常是由患者提出對於身體哪部位不甚滿意，比如眼睛原先為單眼皮，希望可以割成雙眼皮，成為電眼族，醫師通常會進行評估患者具體各項條件（例如，患者臉型、五官及膚質等綜合評估之後），再與患者溝通將如何進行美容整型行為（譬如，會在上眼皮處割○○mm 寬度與長度的摺痕，並將預期達到效果，以電腦攝影合成相關圖片給患者參考，得到醫患「締約目的、內容」共識之後，雙方才會約定履約(手術)時間。從而，本文認為歷經前例（割雙眼皮案）上述各階段後，患者與醫師所締結美容整型醫療契約「目的及內容」是確定，患者基於醫師所提出「電腦合成預期效果」信賴其預期效果能實現而締約，就醫師而言，當其提出「電腦合成預期效果」，等同為一個履行「電腦合成預期效果」締約意思。因而，可將其解釋為是民法第 490 條之承攬契約，並且在結果有瑕疵時適用第 492 條以下關於定作物有瑕疵之相關規定。英、德國醫療過失比較法觀點亦採相同見解，當醫療契約當事人，有醫師或醫院應為一定工作完成之合意的情形時，認為對該合意內容負保證效果⁸⁶¹。

貳、美容整型醫療契約債之關係義務群分析

本文採債之關係義務群，類分為二，一為實現患者給付利益的給付義務，包括主給付義務與從給付義務。另一類，保護義務，即維護醫療契約債之關係當事人的完整利益。以「割雙眼皮」美容整型醫療契約為說明事例，為求與實證資料結合，故從第三章實證資料篩選出兩件民事美容整型案件-「花蓮地院 91 年訴字

⁸⁶¹ 相關國內文獻，詹森林，前揭註 6，頁 37-38；侯英泠，前揭註 812，頁 118。

129 號民事判決（以下簡稱：花蓮割雙眼皮致生右上眼皮外翻案）」及「士林地院九五年醫小上字 1 號民事判決⁸⁶²（以下簡稱：士林割雙眼皮併發狗尾巴案）」為例：

參、割雙眼皮手術醫學知識概述⁸⁶³：

一般患者會要求做雙眼皮手術，大致可類分三類：一、天生單眼皮的人：單眼皮的人會想割出雙眼皮，讓眼睛看起來水汪汪、炯炯有神。二、後天雙眼皮的人：所謂的後天雙眼皮，常常是自己 DIY 黏貼膠帶，刻意製造出雙眼皮的效果，沒想到長期黏貼膠帶的結果，竟導致二邊不對稱，一邊單、一邊雙，最後還是得靠手術來解決。三、天生下垂眼：因為眼皮容易浮腫、下垂，嚴重一點的，甚至有睫毛倒插的情形，這種狀況已經影響到視力和生活作息，不得不動雙眼皮手術來改善。先天八字眉下垂眼，須搭配內視鏡提眉手術，來改善嚴重眼尾下垂問題。就技術上而言，雙眼皮手術又可分為「縫合式雙眼皮手術」及「切開式雙眼皮手術」。「縫合式雙眼皮手術」（適合年紀較輕、眼皮薄、眼窩脂肪少的患者）是以真皮埋線的方式，製造眼皮的皺摺，形成眼皮打摺的效果，手術時間約半小時到 45 分鐘，傷口小恢復期短；「切開式雙眼皮手術」（適合年紀較大、眼皮較厚、浮腫、眼皮脂肪較多的患者）手術過程中將雙眼皮在眼皮摺線處切開再去除眼皮過多的脂肪同時，醫師順便於眼上 6 公釐的地方再以縫線將提眼瞼肌上的肌膜縫合，手術時間約 1 小時即可。至於該採用何種開刀的方式進行雙眼皮手術，則需視患者的情況而定。雖說如此，但是對於眼部浮腫的年輕人，也適合使用切開式的手術。但若患者雖年輕，單眼皮，眼睛又有點泡泡的，使用切開式的手術，既可做出雙眼皮的效果，還可以改善眼部浮腫的狀況，一舉兩得；至於眼皮內雙的患者，就直接使用縫合式的手術，利用皺摺來製造出雙眼皮，看起來就像天生的一樣，很自然。

肆、案例分析

⁸⁶² 本案下審判決：內湖簡易庭 95 年度湖小字第 185 號（司法院資料庫無收錄）

⁸⁶³ http://www.maxbeauty888.com.tw/knowledge_13.html, visit at 2011.3.10

一、花蓮割雙眼皮致生右上眼皮外翻案：

(一) 原告主張：

其至被告診所進行割雙眼皮手術。因被告之手術失當，造成原告右上眼皮外翻，右眼吃光的現象，致使原告無法闔眼多夜失眠，只好另尋醫師進行眼睛修補手術，且由於此手術後之結果造成原告心情無法平復壓力沉重，而罹患「內耳前庭炎」，住院十日方得康復。故以債務不履行之不良給付，依民法第 227 條之 1 向被告請求損賠。

(二) 被告抗辯：

稱原告門診當天，本身右眼瞼已有纖維化的跡象，且左右兩眼眼瞼本來就不平衡，另原告所提證據均非手術結束之後馬上拍攝之照片，有混淆之嫌。

(三) 法院見解：

法院肯認原告眼皮外翻等症狀與被告之手術間有相當因果關係，被告於契約履行有無可歸責之事由，採鑑定報告意見「第二、三次手術，為第一次手術之補強，有其個別性差異，並不表示第一次手術失敗。」。檢視結果：眼瞼下垂與閉合均已恢復，眼睛功能並未受損，眼瞼邊緣尚稱平滑，眼瞼上提肌功能兩眼皆是 9 毫米，眼睛閉合沒有問題，故眼睛功能沒有問題。依眼瞼機能檢測結果（數據）推論，眼睛機能並無永久性影響；惟美觀上右眼上眼皮纖維化及凹陷現象而未達病人期望。法院由此認定原告所具有之前開右眼吃光現象、眼皮外翻及無法闔眼等症狀，並無證據足證被告違反醫療契約當中固有之主給付義務部分之債務不履行所造成。惟被告即使沒有違反契約中之主給付義務，法院還是認為其必須負擔債務不履行責任，理由略為：「惟契約當中關於義務之種類，除已由當事人直接約定之主給付義務及從給付義務外，尚有未經當事人約明之附隨義務，亦即於各個契約當中，債務人為使債務之履行符合債之本旨，應視當時具體狀況而負擔之義務。例如醫療契約，除已面臨病患具有生命危險或重大之身體或健康上之損害危險者外，醫生應將未來將施行之手術或醫療措施，可能有之好處及壞處，以及治療成功機率

等資訊，充分告知病患，使病患有適當之時間及空間考量是否接受該醫療，及如接受該醫療面對治療未達預期之風險之心理準備。本件原告主張被告未於手術前告知手術後可能之情形，被告並未爭執，堪認為真正。如被告曾為告知，原告可能基於未達預期結果之風險之考量而放棄接受手術，或仍選擇接受手術而自行承擔正常手術施作後未達預期之結果，準此，被告之不作為（即未告知手術風險）與損害之發生間，即已具有相當因果關係，被告就原告所具有之損害，自應負擔不完全給付之賠償責任。」。

（四）本文認為：

就「割雙眼皮」美容整型醫療契約目的，「符合預期美的評價外觀效果」，在花蓮割雙眼皮致生右上眼皮外翻案判決中是未被探討，鑑定意見緊扣著「原告並未有器質性機能損害，但對於其外觀有所影響」。惟本案法院並未針對此處純粹之外觀影響作任何論述，轉而，以契約之附隨義務「告知手術風險及後遺症」未履行作為論述重點。法院判決並未意識到「美容整型契約給付利益包括外觀美的評價」，實為可惜。

另法院就被告未為「適當資訊揭露」評價為屬於附隨義務部分，針此，本文認為應是屬於給付義務範圍，至少等同傳統通說從給付義務，因為該項美容整型手術效果、可能的風險及不良癒後等資訊揭露，是該項「美容整型手術評估範疇」，與契約給付利益是否能達預期效果目的內涵是相當。

故而，當契約當事人「割雙眼皮」醫療美容整型契約拘束力下，從契約目的、內容及範圍觀之，契約特定目的價值性須受保護，其歸責事由嚴格化程度是高的，因而，一但發生契約履行不完全損害時，即屬於圖表二①類型瑕疵給付類型（美的評價利益及資訊揭露利益受損），醫師除了有免責事由得抗辯，否則應認為該醫師應負責。至於，甚麼是醫師免責事由，則採與法國民法第 1148 條意涵一致，即醫師或醫院須就結果未實現，係因具有四個要件：第一、不可預見；第二、不可抗拒；第三、為外來原因；第四、債務人無過失時，被告即無須對該結果未實現損害負賠償責任，負舉證責任，以尋求免

負賠償責任。

二、士林地院 95 年醫小上字 1 號民事判決

(一) 原告主張：

其於民國 93 年 1 月 27 日至被告所經營之診所進行雙眼皮手術，將兩眼之雙眼皮由高改低，然手術後眼皮腫脹，兩眼不對稱、不平整，嗣後其再於 94 年 1 月 25 日、3 月 24 日至被告所經營之診所進行右眼眼尾之修補，詎經上訴人手術後，右眼眼尾處竟造成新的明顯疤痕，致被上訴人受有精神上之痛苦，並須另行支付修補疤痕之費用 28,000 元，爰依侵權行為法律關係，訴請被告給付 6 萬元（包括 28,000 元修補費用及 32,000 元精神慰撫金）等語。

(二) 被告主張：

原告於 93 年 1 月至其所經營之診所要求將雙眼皮由高改低，經原告同意被告以脂肪填補療法，手術進行時有以量眼器測量，原告所述高度不一致是主觀因素。又原告第 2 次至其診所修改右眼眼尾，該疤痕之產生有時是不可避免，且造成之因素也很多，其尚未過疤痕穩定期即要求被告施行第 3 次手術，原告所提出照片係於 94 年 5 月間尚未經過疤痕穩定期等語，資為抗辯。⁸⁶⁴

(三) 本案主要爭點

為原告於被告診所前後接受三次手術，但是術後仍留下疤痕，原告認為肇因是被告疏失所致，被告認為該疤痕是正常的，且整型手術本有恢復期，原告之所以無法忍受只因其太重視外貌所致。

法院傳接手為原告狗尾巴疤痕修補工作○○眼科診所醫師為證人，該醫師陳述：「依我個人的經驗，雙眼皮手術，即使沒開眼頭也一定有疤，只是深淺差別而已，須要修整與否，可能看幾個情形：(一)位置：在雙眼皮摺痕上的疤，因為張開時藏在摺痕裡，只要不是太明顯，病人醫師一般可接受，也不太可能要求一個 3、4 公分的傷口完全看不到一點刀痕，一般患者比較在意的，是在摺痕外，

⁸⁶⁴ 原告自被告診所接受三次的手術：第一次為 93 年 1 月 27 日進行將雙眼皮由高改低之手術；第二次為 94 年 1 月 25 日進行重修右眼眼尾之疤痕以及弧度之手術；第三次為 94 年 3 月 24 日進行右眼眼尾疤痕修補之手術。

靠眼頭或眼尾的疤。(二)性質：……如果傷口邊緣兩側不太平整、凹痕或俗稱『狗尾巴』的情形時，則可考慮再修一次，讓它好看一點點，時間可在半年至一年。」

(四) 法院見解：

認為施行雙眼皮手術後，通常雖會留下疤痕，惟如疤痕位於雙眼皮摺痕之外，靠眼頭或眼尾部位，則實難期待患者接受，此外，如傷口邊緣兩側不太平整、凹痕或有醫學上俗稱「狗尾巴」(dog ear)之情形時，則有於半年至一年後再修一次之必要。所以，本案被告於原告右眼所留下之疤痕顯非一般雙眼皮手術可容忍之結果：被告未將原告右眼雙眼皮後面 1/3 之摺痕往內摺進去，導致雙眼皮疤痕因而無法藏在摺痕裡而外露，此應係被告重作雙眼皮手術、修補疤痕及弧度或疤痕修整手術時，疏未將右眼雙眼皮後面 1/3 之摺痕往內摺進去所致，被告具有疏失甚明。法院最後以民法第 184 條第 1 項、第 193 條第 1 項以及 195 條第 1 項之規定判決上訴人之上訴駁回。

(五) 本文意見：

法院於此案中明顯係針對術後『狗尾巴』疤痕存在，是否是正常以另一名整形外科專業者的意見作為評斷依據，應該可說是以客觀化的標準進行評價。假設，本案專家證人認為術後『狗尾巴』疤痕存在是常態，事後再修補即可，恐怕此案判決結果將大不同。

如本案事實以契約責任請求時，契約目的：完成一個符合「美的評價利益預期效果」目的。而其給付義務：資訊揭露義務(「現況與需求」評估及說明義務、預期成果說明、手術風險告知、施行手術方法及併發症等)、割雙眼皮醫療行為。保護義務部分：防免傷及患者人身法益注意義務(例如：遺留下不該有的疤痕)。

當患者對於醫療成果不滿意時，可依其不滿意嚴重程度區分為單純對於外觀不滿意(主觀認為術後仍未達美的評價利益，但一般人可能覺得沒有缺陷，即患者認為未如其預期的美)與遺留非患者所能接受之創痕(例如疤痕等)兩種類型。

針對美容整型醫療契約視其契約特質，原則上本文認為是承攬契約(屬於圖表一結果債務類型)，當患者(定作人)對於美容整型成果不滿意(遺留『狗尾

巴』疤痕)時，可以依民法第 492 條以下承攬人瑕疵擔保責任規定向醫師（承攬人）主張相關權利。此處所謂「遺留『狗尾巴』疤痕」是否屬於民法第 492 條的「瑕疵」，且該項瑕疵存在將導致定作人預定之目的「美的評價利益」無法達成。因而，在上述『狗尾巴』疤痕存在之情形，於當事人契約拘束力範圍內，此『狗尾巴』疤痕存在是否為醫師所預期可能的後遺症，於契約內容是否有載明或告知，於手術過程中醫師有無作迴避防免「採用右眼雙眼皮後面 1/3 之摺痕往內摺手術方式」行為，這些均屬契約義務，一但履行不完全，遺留有『狗尾巴』疤痕，醫師如無法舉出免責事由（不可歸責事由），則應對患者「契約給付利益（美的評價利益）受損而生人身損害（遺留狗尾巴疤痕）」負瑕疵修補（患者不必再支付修補費用）及損害賠償，此『狗尾巴』疤痕使得手術目「美的評價利益」有所減損，因而其為瑕疵無疑，患者自可請求醫師修補該疤痕，如進行除疤手術等。如此主張，架構在結果債務思維下（圖表一），債務不履行不完全給付判斷標準以「契約目的不達」，醫師除非能舉出免責事由（不可歸責事由），否則即須要負債務不履行的不完全給付類型（圖表二②+③類型）。

但就患者對於美容整型成果單純的不滿意之情形又該如何處理，此種情況為患者主觀上的不滿意，所以，「此患者主觀上的不滿意（即美的評價利益主觀認為未達到）」，是否可以認為此條「瑕疵」？雖說，自古「環肥燕瘦」美的評價很難有一定客觀準則，但若美容整型醫療契約，契約當事人對於給付內容及範圍均有達成一定締約共識（例如，符合患者就醫目的所合成電腦圖像），此為契約拘束力範圍，一但無法達到如符合患者就醫目的所合成電腦圖像一般美麗，即符合契約歸責事由，醫師須舉出「不可歸責事由」以資抗辯，否則對患者給付利益受損但未達人身法益損害程度，應認為有債務不履行不完全給付類型（圖表二①類型），醫師應負損害賠償。不過，本文此處見解，與向來我國通說認為給付利益受損無法依民法第 227 條請求慰撫金相違逆。但是否就不能主張其給付利益受有損害請求賠償？本文認為基於當事人契約意思所生的契約內容受有損害，如不能令其就此損害列入賠償範圍，似乎是值得商榷。

第三目從侵權責任體系訴求觀點

相較之下，本案事實原來是主張侵權責任請求權，對患者似乎較不利。細繹言之，先處理本案有無消保法第 7 條第 2 項之規定適用？適用前提：限於對消費者或第三人之生命、身體、健康、財產等權利造成侵害。因而，首先須討論「對美容整形成果的不滿意」是否為患者身體、健康等權利侵害概念所涵攝。身體權指以保持身體完全為內容之權利，破壞身體完全，即構成對身體權的侵害，如打人耳光、割鬚斷髮等行為。健康權指身體機能維持之權利，破壞他人身體機能即構成健康權之侵害。⁸⁶⁵而整形美容醫師於美容手術之後遺留疤痕於病患身體表面應該可以解釋為對病患身體完整性之侵害，即侵害其身體權，因此或許於此可認尚有消保法適用之空間。至於，患者單純對於整型成果不滿意之情形，本文認為其純粹為患者主觀上評價問題，似乎並無消保法第 7 條第 2 項所列權利種類被侵害之情況，因而，此部分無消保法適用空間。

基於比較法觀點，若衡諸在法國法侵權責任體系保護客體，屬於非財產權侵害部分，區分為對「人身完整性」之侵害、對其他各種「人格法益」之侵害，及對「身分法益」之侵害。其中，針對「人身完整性」之保護與上述我國學者將身體權解讀為維護自身身體完整性之權利具有異曲同工之妙。另外，對「人身完整性」之侵害所生之「具有個人性質之非財產上損害」分為身體上痛苦與精神上痛苦，其中精神上痛苦即包括所謂「美觀上損害」。「美觀上之損害」，是指因侵害被害人身體外觀上之完整性、協調性或美觀性，足以導致被害人痛苦或影響其從事正常生活活動之不利益。⁸⁶⁶故而，解釋上美觀上損害，並不限於外觀美貌上之受損，尚包括任何足以影響被害人正當地吸引誘惑他人之身體外觀上之不美麗或不優雅在內。例如，身體其他部位留下疤痕之情形。而此種損害於求償上若化作財產上損害之形式自然沒有爭議，如被害人因此喪失了一定程度之工作能力之情

⁸⁶⁵ 王澤鑑，前揭註 117，頁 126。

⁸⁶⁶ 陳忠五，〈法國侵權責任法上之損害概念〉，台大法學論叢第 30 卷第 4 期，頁 171，2001 年。

形。至於純粹的非財產上損害是否有理由則成爲爭議。此項問題法國實務界向來寬認此種損害之存在，不問被害人之身體係嚴重之損傷或只是輕微外貌上之瑕疵，均可請求賠償。法國學界對於此問題則持較爲保留之看法，有針對美觀上損害列爲一獨立之損害項目提出質疑，有則認爲應該限於損害情節重大或是程度嚴重始能請求賠償。⁸⁶⁷

從而，「美觀上損害」如是患者身體上留下不該有的疤痕，請求賠償之爭議性較小，若僅是患者對「未達到其主觀預期的美的程度」，欲透過侵權責任請求恐怕是有困難。

另外必須注意上述兩種情形是否有構成侵害病患人格權侵權行爲之可能。依民法第 195 條第 1 項之規定，不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人可以請求賠償財產上與非財產上損害，而一般人格權是一種開放式的概念，此一概括部分將會隨著人格自覺、社會進步、侵害的增加而逐步擴大其保護範疇。⁸⁶⁸因此上述兩種情形（美觀上損害「留下狗尾巴」、「不夠美」），患者或因整形成果不盡如意而精神上感到十分沮喪痛苦而發生非財產損害，或是必須花費另外一筆費用去進行另一次的改頭換面而產生財產上損害，惟即使可以如此解釋，尚須注意侵權責任（有責性與違法性二元化）中醫師對此損害發生具有故意、過失有責要件存在。

綜上所述，患者如從侵權責任爲請求權基礎，須確認受侵害權利種類，進而確認何爲損害，法國法將純粹的美觀上損害涵攝入對身體完整性侵害下所產生之損害概念，相較之下，依我國法亦放入對身體權的侵害，然而，適用上須從嚴解釋只是限於情節重大情形。因而，若醫師與患者於術前爲完整之溝通，且手術之進行亦符合常規，於傳統侵權行爲領域，已阻卻了醫師故意、過失之要件（有責性要件），於消保法之領域中，則亦能輕易通過「可合理期待之安全性」之要件關卡，從而，「美觀上損害」患者想透過侵權責任及消保法訴求索賠困難度高於

⁸⁶⁷ 陳忠五，前揭註 866，頁 172。

⁸⁶⁸ 王澤鑑，前揭註 117，頁 168。

透過契約責任途徑索賠。

第四目、結論

民事責任體系概分二大主軸「侵權與契約責任」，此兩民事責任是否一定鸚鵡情深相伴相隨？還是應任其兄弟各自登峰獨領風華？基此相承而來爭議問題意識，向來通說認為侵權責任「有責性（主觀故意過失要件）、違法性（義務違反）二元化」是否要同樣套用在契約責任「可歸責、未履行」要件？保護客體在二個體系下是否要一致？還是這裡存有基於私法自治契約自由原則下，契約當事人契約拘束力，就此客體內容有彈性解釋空間？基此，會進一步衍生出契約責任體系下區分「給付利益與固有利益」實益性問題。這些問題意識如何抉擇，將影響到面對現代型民事紛爭，主張契約責任體系「再生或將死」。

醫療性美容整型契約特性與傳統醫療以救治病人疾病為目的醫療契約，本質上容有差異。這樣差異性存在，呈現在二者間「契約歸責事由嚴格化程度高低問題」，進而，本文所建構醫療契約法理思維，在醫療性美容整型契約，「契約當事人契約拘束力前提下，當事人特定結果實現（美的評價）為契約歸責事由內涵，結果未實現即美的評價未實現（即眼瞼外翻或遺留狗尾巴巴痕），結果債務的債務不履行責任即成立，除非具免責事由（不可歸責事由），否則醫師即須負賠償責任」，此時患者僅須證明結果目的不達損害存在，此時醫師義務違反及因果關係即被推定，責任即成立。如醫師無法證明不可歸責時，即須負損害賠償責任。

或有學者認為「像林○玲那般的雙眼皮美麗評價」應為締約動機，不應為契約納為契約目的及內容處理⁸⁶⁹。就一般契約法而言，本文認為純然為債權人內心的動機或意圖，本不能納入契約目的及內容來考慮，此為當然之理。惟本文前述醫療美容整型契約中，債權人與債務人於締約磋商階段、美容圖像模擬合成電腦圖像過程中，患者（債權人）會將想成為林○玲般的雙眼皮的美麗評價闡述成醫療美容需求，而醫師（債務人）聽完患者美容需求後，將其想要像「林○玲般的

⁸⁶⁹ 本問題為口試委員侯英洽教授口試時的質疑，本文在併予回應。

雙眼皮的美麗評價」納入與患者本身臉譜電腦圖像內作合成，這個時候患者締約動機（想要像「林○玲般的雙眼皮的美麗評價」）以透過締約磋商後轉成契約的必要之點，非僅僅單純的內心動機或意圖而已。

第二項牙科賡復醫療契約

第一目前言

依照行政院衛生署所發布之「醫療機構設置標準」第8條附表（五）「牙醫醫院設置標準」，第一項目診療科別：牙醫醫院得設下列專科之一科或數科：復形牙科、牙髓病科、牙周病科、補綴牙科、齒顎矯正科、兒童牙科、口腔顎面外科、口腔診斷科。依據財團法人台灣醫療改革基金會糾紛諮詢案件醫療科別統計表，名列前四位依序為：外科21%、內科17%、婦產科12.6%、牙科6.3%⁸⁷⁰。相較之下，牙科民事訴訟案件，佔醫療民事訴訟案件量3%（共702件，參本文第三章）。財團法人台灣醫療改革基金會統計其提供諮詢服務之牙科醫療糾紛類型，以拔牙最多，佔19.8%，其次依序為矯正（17.6%）、牙套與假牙（16.5%）、根管治療（13.2%）、植牙（7.7%）與補牙（6.6%）⁸⁷¹，將牙套、假牙與植牙併入「賡復醫療」計算。牙科賡復醫療之民事責任，若主張債務不履行責任時，按具體個案情況，分別發生給付不能、給付遲延、不完全給付與給付拒絕之法律效果；若交付之賡復物含有瑕疵，接受醫療服務者另可主張物之瑕疵擔保責任，請求修補瑕疵、解除契約或減少報酬。鑑此，醫患當事人所約定契約給付內容，攸關契約拘束力所及範圍與歸責事由內涵，更涉及民事責任是否成立問題，故而，以下本文即以發生糾紛最高的牙科賡復醫療契約為探討對象。

⁸⁷⁰ http://www.thrf.org.tw/Uploads/%7BB5683321-9208-4BBA-9CB1-4AED88FB1D84%7D_附件一、醫改會受理醫療糾紛諮詢統計表.pdf, visit at 2011/3/2.。

⁸⁷¹ 呂佳育，〈牙科醫療糾紛面面觀〉，北縣牙醫第154期，頁35，2007年。

第二目牙科贖復醫療契約法律關係定性

第一款與傳統醫療契約界限模糊

醫療契約基本上乃係服務供給契約前已論及，總括言之，傳統醫療契約法律性質定性⁸⁷²，原則上實務通說視為委任契約⁸⁷³。

而此處牙科贖復醫療契約法律關係，其特性是否為傳統醫療契約（委任契約）？還是應歸為「完成一定工作為必要」類似於美容整型醫療契約的承攬契約？恐存有爭議空間，各有所主張。基於比較法觀點，德國法就牙醫與病人間之契約，通常認為仍為勞務提供契約，但與假牙有關診療契約則較為複雜，假牙之製造，應適用承攬之瑕疵擔保規定，但假牙之安裝及其後之診療，則仍適用勞務提供契約之規定⁸⁷⁴。而日本法就「美容整型」與「牙科部分醫療」性質視為結果債務⁸⁷⁵。日德國法的見解是否當然適用於我國？似乎值得更進一步探究，繫屬於契約當事人間契約義務為何？其合意內容為何？

第二款、牙科贖復醫療契約法律關係

壹、牙科贖復醫療契約特性

所謂贖復學（Prosthodontics）是臨床牙醫學之一支，其定義為恢復自然牙齒之形態或以人造代替品取代缺損牙齒或鄰近的口腔及顎顏面組織；其目的在於整建及維護患者口腔的功能（function）、舒適（comfort）、外觀（appearance）及健康（health）⁸⁷⁶

造成牙齒或鄰近組織缺損的原因，常見者如遭遇外傷、先天性發育缺損、拔除無法治療的牙齒、剷除頭頸部腫瘤等；另外，為矯治顏面外貌或牙齒排列，有

⁸⁷² 另相關資料吳志正，前揭註 856，頁 201 以下。

⁸⁷³ 最高法院 70 年台上字第 1049 號判決要旨：「為病患治療骨折不當，致增加支出之醫藥費及薪資損失，應負損害賠償責任。又被上訴人請上訴人治療骨折，屬於民法上之委任契約，於事務未處理完畢前，因可歸責於上訴人之事由而終止，上訴人所受領之醫藥費及車費應返還於被上訴人。」

⁸⁷⁴ 詹森林，前揭註 6，頁 37。

⁸⁷⁵ 浦川道太郎·金井康雄·安原幸彥·宮澤潤，前揭註 41，頁 62。

⁸⁷⁶ 王誠良等，「牙醫業務與法律實務」，頁 186，三民，1998。

時也會於整型手術或齒顎矯正治療前後，合併牙科贖復醫療，以求達到較佳之治療效果。至於贖復醫療中所製作人造代替品，稱為「贖復物」，依其可否自由拆卸，區分為「固定式贖復物」（如：牙冠、牙橋）與「活動式贖復物」（如：全口義齒、可撤式局部義齒、咬合板），而其材質主要為陶瓷、壓克力樹脂（聚甲基丙烯酸甲酯，PMMA）、鑄造金屬三類⁸⁷⁷。若依人工植牙、假牙、牙套類型不同進一步分析：

一、人工植牙

人工植牙是利用人造的材料所製造的人工牙根，種植於上顎或是下顎的齒槽骨當中，成為地基以便支撐在人工牙根上面連接的牙冠或是牙橋。好處是不需要靠相鄰的牙齒作為支撐，而且種植良好的人工植牙穩固耐用。在醫療型態趨向保護齒質的概念下，人工植牙研發對缺牙患者是相當有益。人工植牙的材質有純鈦金屬、陶瓷、合金等等，都可以跟人體的組織有生物相容性，植牙的品牌與設計也有非常多的種類，都是直接植入顎骨達到與骨頭結為一體後提供咬合力量的支撐⁸⁷⁸。

二、假牙

目前義齒（假牙）材料可以略為分為三大類，第一種是合金，第二種是合金燒附瓷面，第三種是全瓷。1、合金：指的就是全金屬的固定義齒，使用在後牙較不需要美觀的地方，以及牙齒磨耗嚴重或咬合空間不夠的情形。2、合金燒附瓷面：即內面為金屬，外面再燒上一層牙齒顏色的瓷，看起來會跟自然牙很相似。

【有關含金屬的義齒，其中的金屬又可分為三類：第一類貴金屬（含黃金 70~80）：生物相容性極好、強度佳、金屬延展性優良、鑄造精確度最高，價格較高。第二類貴金屬（含黃金 50~60）：生物相容性好、強度佳、金屬延展性佳、鑄造精確度高。第三類半貴金屬（銀鈮合金）：銀白色光澤，強度高。】。3、全瓷：美觀，

⁸⁷⁷ 王宏仁，「牙科贖復醫療之民事責任研究」，東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文，頁32，2008年。

⁸⁷⁸ <http://www.skh.org.tw/Dentistry/show.asp?IDno=63.visit> at 2011/3/10

色澤自然透光性好，不易造成牙齦變色。生物相容性優良，熱傳導率低較不易造成術後敏感，但較不適合製作長牙橋。模型需配合電腦掃描訂做，價格較高。根據患者的咬合、牙齒本身的狀況，配合本身的需求（譬如美觀），牙醫師會建議不同的材質⁸⁷⁹。

三、牙套(矯正器)

隨著科技的進步和患者的需求不同，牙套的樣式也越多元，牙套甚至可以從牙齒外面戴到牙齒裡面變成所謂的隱型牙套，雖然矯正器的樣式越來越多，不過因為每個患者的牙齒歪斜狀況不盡相同，且每一種牙套的特點也有不同的差異，該選擇何種牙套，在臨床上需經由專業牙醫師的評估，以醫師的專業為主再搭配上適合的矯正器，完成牙齒矯正治療目的。目前較多人使用的牙套可大致分為：傳統牙套、自鎖式牙套、透明牙套及舌側牙套等。1、**傳統式牙套(矯正器) traditional brace**：傳統式牙套為目前最廣泛使用的矯正器，發展歷史也最久，通常傳統式牙套是由不銹鋼或鎳鈦金屬合成。2、**自鎖式牙套(矯正器) Self-ligating bracket**：自鎖式牙套是新一代的矯正器，其特點為可以降低矯正線和矯正器的摩擦力，進而在矯正過程中降低疼痛感，並可加速牙齒移動的速度。3、**透明牙套(矯正器) Invisible brace**：透明牙套是針對美觀所發展出來的矯正器，顧名思義為顏色和牙齒比較相近的矯正器，因為材質的不同而產生不同的顏色，陶瓷的多為白色，而樹脂或水晶的牙套則為透明的顏色⁸⁸⁰。

從而，牙醫師從事贖復醫療時，前階段之臆斷及評估、中階段之修形取模與設計贖復物、後階段之試戴與調整，均屬「醫療行為」⁸⁸¹，也是該等契約給付義務。臨床上，患者對於贖復物常見的抱怨，包括：1、贖復物設計不當⁸⁸²；2、贖復物之固位性不佳⁸⁸³；3、贖復物造成病患有嘔吐感；4、贖復物於患者咀嚼時發

⁸⁷⁹ <http://www.skh.org.tw/Dentistry/show.asp?IDno=24>, visit at 2011/3/10

⁸⁸⁰ <http://www.edental.com.tw/orthodontics/brace.html>, visit at 2011/3/10

⁸⁸¹ 衛署醫字第83068006 號函。

⁸⁸² 例如：造成患者疼痛或外傷性潰瘍

⁸⁸³ 例如：患者咀嚼或說話時，發生移位或鬆脫的情形

出聲響；5、贗復物造成患者無法咬碎食物；6、贗復物影響病患味覺；7、贗復物造成病患發音障礙；8、贗復物之美觀性不佳⁸⁸⁴。

而造成前述抱怨原因很多，大致可歸納為：1、牙醫師事前說明不足，以致患者對於贗復物存有過高期待；2、牙醫師之設計錯誤，將贗復物裝置於非適應症；3、齒模製造技術員承造之贗復物品質不良；4、牙醫師事後未充分調整贗復物，以符合患者需求；5、可歸責於患者事由：對於贗復物不當使用或保養及事後未妥善維護口腔清潔，衍生其他疾病而致贗復物不堪繼續使用。

故而，牙科贗復診療既然屬於醫療行為，自然具備一些醫療行為共通之特性，例如：醫師之專業性與醫療科技有限性⁸⁸⁵；尚具備直接有償對價性與無急迫性。牙科贗復醫療具低急迫性，且需患者之充分配合，臨床上常由牙醫師檢查病患口腔時，視實際需要，附帶建議病患接受贗復醫療；抑或病患為修補相關缺損，主動求助於牙醫師，醫病間就贗復醫療細節反覆磋商，以謀求最佳之治療效果。綜合來看，牙醫師從事贗復醫療時，多半已得病患同意，其本質應為一「醫療契約」。惟就同一診療目的之一次或數次就醫過程，倘涉及多種醫療給付時，究竟是成立包含數個醫療給付義務之單一契約？或是由數個醫療契約組成之混合性契約？似乎無一定式準則，應回歸契約當事人契約拘束力內容及範圍評斷之。

從而，牙科贗復醫療涉及多種醫療給付行為，例如：口腔檢查、擬定治療計畫、修形取模、設計及製作贗復物、試戴及黏著贗復物，患者求診前常僅只概略認知到牙齒或口腔組織有缺損、需要接受贗復醫療，隨著牙醫師說明而逐漸建構出比較明確的醫療給付內容，最後患者考慮完成治療所需之時間、費用及其他生活上不便，再決定是否同意牙醫師所提之治療計畫。其中患者的考慮過程，可能短至數分鐘，也可能長至數月、數年，實難界定病患求診之初，其目的究係僅欲粗略諮詢贗復醫療事宜，抑或請求牙醫師施以贗復醫療？然而，本文認為除非醫

⁸⁸⁴ 桂楚堅，「臨床牙醫師手冊」，頁529-536，合記，1994年。

⁸⁸⁵ 有論者認為醫療行為之特性，認為具有多樣性、侵權性、協力性、專屬性與從屬性、裁量性、專業性、有限性、不確定性，參吳志正，前揭註63，頁47。

患間明示特定為何階段個別性醫療契約意思合致，否則宜認為是一個包括整體贖復醫療內容，而非逐一針對個別之給付項目，醫病間只成立一個贖復醫療契約，而該契約包含數種個別可分的債之標的。嗣後即便是患者於諮詢後不同意接受後續治療，或返家考慮後遲遲未回覆牙醫師，亦僅後續施行贖復醫療之部分因債之標的無從確定而無效，依民法第111條但書規定，整體贖復醫療契約除去此無效部分後，先前已為之口腔檢查、診斷、擬定治療計畫等部分仍為有效。

本文認為，綜前所述牙科贖復醫療契約特性「當事人契約拘束力及於一定工作完成目的是明確」，故宜認其為承攬契約⁸⁸⁶。學者劉春堂認為回歸契約法本質，委諸個案當事人締約真意，以其約定之主給付義務的具體內容，作為判斷契約類型之依據⁸⁸⁷。故而，判斷標準在系爭牙科贖復醫療契約究應適用或類推適用關於委任或承攬契約之規定，除視當事人有無約定「應完成一定醫療效果」或僅「單純為醫療行為」外，亦應檢視贖復醫療之契約內容，有無與兩種典型契約違逆之處不能一概而論。但本文認為通常此類醫療行為會對其贖復物之品質、價值及效用有約定，且適用民法關於承攬之規定，似較符合實際狀況，對患者較有利⁸⁸⁸。

第三目以假牙裝置不良脫落案為例⁸⁸⁹

第一款事實及訴訟經過

壹、事實

原告自 88 年 12 月 27 日起至 89 年 8 月 3 日止，陸續在台北市○○○路被告安泰牙醫診所作 9 顆假牙及治療等行為，其中第一階段為做 6 顆假牙（即左上

⁸⁸⁶ 國內文獻亦同主張為：黃丁全，前揭註63，頁268；曾興隆，「現代非典型契約論」，頁292，自刊，1996年。

⁸⁸⁷ 劉春堂，前揭註744，頁161。

⁸⁸⁸ 例如：牙醫師不得任意終止契約(民法549條)；原則上不禁止牙醫師指示齒模製造技術員承造贖復物，與之訂立「次承攬」契約(民法第537條)；(三)病患常分部給付報酬(民法第548)；(四)贖復物未達約定之品質、價值或效用，病患可依民法第492條規定主張瑕疵擔保責任，牙醫師亦可依同法第493條第1項規定主張優先修補權等。

⁸⁸⁹ 台北地院 96 年醫字第 10 號民事判決

1x3 牙橋，右上 123 顆假牙)，期間自 88 年 12 月 27 日起至 89 年 1 月 18 日止；第二階段為做根管治療，期間 89 年 2 月 15 日起至 89 年 3 月 28 日止；第三階段做下面 3 顆假牙（即左下 5x7 牙橋），期間自 89 年 4 月 10 日起至 89 年 8 月 3 日止。原告上開左上 1x3 牙橋、左下 5x7 牙橋，及右上第 2 顆假牙均已脫落，其中左下第 7 顆牙業已拔掉。

事後，原告以被告甲丁二名牙醫師為共同被告，訴請連帶賠償 130 萬元，包括植牙九顆費用 90 萬及慰撫金 40 萬。

其中，就法律依據部分，原告主張西寧安泰牙醫診所基於醫療契約當事人地位，成立牙科膺復契約關係，西寧安泰牙醫診所對於被告丁○○及甲○○之不法侵權及債務不履行等行為，自應依民法第 224 條、第 227 條、第 227 之 1 條、544 條及 188 條負連帶損害賠償責任。

貳、 訴訟經過

台北地院認為原告未能證明假牙之脫落或牙齒之拔掉，係因被告之醫療疏失所致，從而，原告不得向被告等請求損害賠償。即法院採認鑑定意見於 91 年 10 月間在長庚所照 x 光片，無法判定被告等於 88 年 12/27-89 年 8/3 止所施作治療及假牙安置有無過失，接下來法院就以原告有蛀牙及牙周病之就診記錄（87、88、89、91、92、94、95 年均曾赴德心診所就診），而此段與被告診所之治療時間有重疊之處，更甚者，因原告自稱其為舞台工作者，故其於 88 年 4 月間即因「意外」(by accident) 造成右上門牙假牙冠脫落斷裂、及根尖牙周牙，89 年間左下第 4 顆牙齒嚴重齲齒，90 或 91 年間左上第 2 顆牙齒牙周囊袋(按此顯示有牙周病)，牙根面清除。而於 91 年 3 月 12 日病歷之記載，德心診所曾為原告右上側門牙拆除做牙冠增長術，以增加該牙齒之外觀美感及固持力，另於 91 年甚且於 94 年 10 月 13 日曾在長庚醫院為全口牙周病治療，而口腔保健照顧不佳，是與蛀牙或牙周病之產生有關，當然也會影響假牙使用之壽命，是原告所述 7 顆假牙之脫落，是否即因被告之醫療疏失所致，尚非無疑。故原告指稱被告丁○○未對原告原本

之牙齒進行任何清潔處理或治療程序，更未將其所稱牙根鋼定部分取出，逕自將 9 顆假牙裝上，致假牙短期內即脫落云云，委無足採。

第二款本案爭點

原告得否對被告依何種法律基礎取得請求損害賠償？

第三款法律適用問題

壹、 本案無消費者保護法服務責任適用

本案並未依據消保法為請求，故依處分權主義，法院當然不得就此部分為審酌。退一步言，倘若原告有據此為請求，本案亦無適用，蓋本案所受損害是給付利益，為治療失敗問題，且未涉及假牙產品的爭議。

貳、 責任要件問題

本案若損害賠償要成立，須原告假牙脫落，被告須具義務違反，二者具因果關係。向來依通說認為主張權利者須負權利存在事實證明。系爭個案同時主張侵權責任與契約責任，以下進一步做說明：

一、 責任原因事實

法院認為原告對於被告醫療給付行為有何疏失並未舉證，故被告無賠償責任。本文認為系爭個案問題，在施做假牙裝置行為評估及時點是否被告有無義務違反問題，針此卻是在本案未被提出討論。回顧前述，在臨床上一位患者至牙科門診表示要做假牙，就一位牙醫師而言，是需要先就該患者做些診療義務行為，包括檢查患者全口牙齒狀況（包括牙齦、牙床、有無牙周病、蛀牙等），並在患者需求（預算、目的等）擬定假牙裝置治療計畫等。如牙齒口腔健康不良或是正值發炎期等病狀，一般會先做治療病狀使趨穩定時，才會著手做假牙治療計畫，如此，才不至使發炎或病症等情況與假牙裝置產生惡性循環而致使患者裝置假牙目的不達或契約利益受損。

故而，系爭個案從判決資料得知原告與被告假牙治療契約在 88 年 12/27-89 年 8/3 期間，分三階段施作共九顆假牙裝置。而判決資料顯示，「原告有蛀牙及

牙周病之就診記錄（民國 87、88、89、91、92、94、95 年均曾赴德心診所就診），而此段與被告診所之治療時間有重疊之處，更甚者，因原告自稱其為舞台工作者，故其於 88 年 4 月間即因「意外」（by accident）造成右上門牙假牙冠脫落斷裂、及根尖牙周牙，89 年間左下第 4 顆牙齒嚴重齲齒」，這些能表徵出原告與被告締結假牙治療契約時，原告牙齒口腔健康情況，被告有無針此部分情形臆診，並納入原告當時口腔健康情況是否適宜施作假牙裝置及該種方式施做（或許有更適合治療方式），並將基此狀況下施作假牙裝置，是否有何等不良癒後等資訊告知？就此被告應負舉證，本文推測被告對此並未告知原告，故而，被告針此有評估及說明義務違反。

二、 損害

系爭個案損害是「給付利益預期效果不達」，即裝假牙（固定式）可期待使用 10-15 年（醫療實證統計），而原告裝置 9 顆假牙，有一顆是裝置隔周即掉落，其餘則在二年內悉數掉落。

三、 因果關係

法院認為系爭個案假牙掉落係因長期以來口腔健康不良所致（採鑑定意見），與被告裝置假牙行為有無過失無關，故系爭個案欠缺因果關係。

本文認為，法院送鑑定資料須再斟酌，如要證明原告假牙為何掉落原因，似乎被告與原告締約當時口腔健康狀況是重要鑑定範圍及所施作假牙裝置方式是否妥適，蓋或許締約當時患者情形是不適合施作假牙裝置，而針此被告可能是過失也或許是故意未告知患者相關資訊，從而，導致施作假牙裝置嗣後短時間全數悉落不利結果。故本文認為存有數種原因都可能單獨產生假牙脫落結果，因果關係是成立。

參、 損害賠償範圍

一、 財產上損害

法院因認為系爭個案被告無疏失，故而針此並未作審酌。系爭原告主張因被告醫療疏失導致其所裝置假牙均掉落，嗣後原告另行洽詢其他醫師為其採行植牙

方式施做，故而請求所孳生醫療費用 90 萬。本文針此有不同原告主張，回顧牙科膺復契約所採用方式材質不同，價格差距很大。本案原告因被告疏失所致財產上損害應限於被告行為直接所致損害範圍為妥，故而應以裝置假牙 9 顆所支出醫療費用為度，此部分似乎有原告有些假牙使用二年利益的損益相抵問題。

二、非財產上損害

系爭個案原告因被告所施做假牙裝置不當所致，日常飲食不便、美觀、須另行治療等或許導致原告精神損害，本文認為此部分主張可資贊同。

第四目傳統民事契約責任與本文建構醫療契約法理比較

承前所述，傳統民事契約責任運作上，原告負擔似乎不輕，尤其是本案涉及關鍵是「施作假牙裝置方式及施作時點是否適當」問題，連醫師都不一定能有如此醫療水準程度判斷，患者是否能面對病歷資料能一目瞭然，似乎有些期待不可能。

如本案適用本文所建置醫療契約法理架構運作，系爭個案當事人契約拘束力歸責事由嚴格化程度是高的，即「給付一定結果：裝置符合期待假牙目的」，性質是結果債務類型，當裝假牙隔周至二年內假牙悉數掉落，原告契約目的不達，契約歸責事由具備，被告義務違反及因果關係是被推定，此時被告責任要件成立，除非被告能舉出不可歸責事由，否則即應負賠償責任。另若締約當時當事人有針對契約目的不達約定有象徵性賠償金約款，則在賠償範圍亦得較傳統民事責任體系下來得大些。

第五節手段債務醫療契約類型

第一項健康檢查契約

基於疾病早期發現早期治療的預防醫學概念，對就診者的身體健康狀態為診察、檢查等所為的診斷結果，即為「健康檢查契約」。而這個契約內容並不包括疾病治療。健康診斷發現疾病，需要如須進一步治療的情形，是屬另一個醫療契

約的開始。而健康檢查契約又可依其情形分為下列數種類型：

第一目健康檢查契約類型

第一款定期健康診斷

學校每學年定期對小學生、中等學校的學生、及職員所做健康檢查。⁸⁹⁰事業單位，對於長期雇用的勞工必須一年為一次定期健康診斷。⁸⁹¹而學校與校醫的法律關係為委任或雇傭應視具體情況而定，⁸⁹²而事業單位與醫師間則為委任關係。⁸⁹³此種定期健康診斷，通說認為在接受診斷者和醫師間並不存在特別的法律關係。以日本實務為例，認為「中學生定期舉行健康診斷（心電圖檢查）結果，二次健檢診斷結果均有 WPW 症候群（經過心電圖判圖），⁸⁹⁴學校沒有將該診斷通知被

⁸⁹⁰ 例如日本學生保險法第 4-8 條；台灣學校衛生法（以下簡稱本法）第 8 條第 2 項、學生健康檢查實施辦法第 3-8 條。

⁸⁹¹ 例如日本勞働安全衛生法第 66 條、勞働安全衛生法細則第 44 條；台灣勞工安全衛生法第 12 條、台灣勞工安全衛生法施行細則第 18 條。

⁸⁹² 日本學校保健法第 16 條第 3 款。此處「委囑」性質，究與我國的「僱傭」或「委任」同？如觀同法條第 4 款規定內容，該校內置校醫所為保健管理相關事務行為係受學校指導而言，本文認較傾向僱傭為宜。

⁸⁹³ 日本勞働安全衛生法第 13 條。此處「選任」性質，與我國委任同。

⁸⁹⁴ 即為 Wolff-Parkinson-White Syndrome, WPW, 沃爾夫·巴金森·懷特氏症候群，在醫療診斷上是歸類在心律不整下的一種情形。人的心跳可持續不斷地跳動，是因在心臟肌肉層中有複雜的電流傳導系統所致。心臟具有天然的節律器，具傳導功能。正常人的心律是由心房的竇房結起動，由心房開始傳導，先傳到心房和心室交接處的房室結，再傳到心室傳導系統，使心室產生收縮，產生規律的心跳（即表現在脈搏的規率跳動）。節律器的傳導引起心跳，有效地將血液輸送至身體各部。有的人可能會發生心臟電流傳導『**短路或迴路**』的情況，此為發生心跳不規則的原因，此種心跳不規則稱之為『**心律不整**』。心律不整的種類很多，有些是毫無臨床症狀的，只要定期追蹤即可，有的則需要用藥物控制或開刀來治療。而室上性心搏過速則屬有症狀的心律不整中最常見的一種。此種病人的心房和心室間多了一條傳導路徑而容易造成迴路。此路徑可能存在於「房室結外的心房與心室間」，或是「房室結內」。平時未發作時的心電圖上可能無法判讀出此異常路徑，因此心電圖只能作為診斷的參考。W-P-W 症候群就是屬於前者，在房室結外的心房與心室之間存在一條多餘的傳導路徑，是常見的反覆性發作心跳過速的原因之一。室上性心搏過速乃是心跳由於某些誘發原因(例如：發燒、拉肚子、緊張等)突然增快到平時心跳數的上限以上，通常高達每分鐘 200 下左右。此時患者會感覺到心悸或胸痛、胸悶等。若此種心搏過速持續超過 24 小時，則很可能導致心臟衰竭危及生命。在患者產生 WPW 症狀時，除非原已知該病患係心律不整病患，否則臨床處置上很難期待其為適當處理（如採迷走神經刺激法等）。進一步詳細資料，請參兒童心臟科醫學會會刊 <http://www.cfft.org.tw/html/mgz/mgz-04.html>，拜訪時間

保護者，之後學生因 WPW 症候群引起急性心功能不全致死，學校有無責任的案例，在學校有應該通知被保護者診斷結果的義務且有過失時，對被保護者的賠償費請求應負責。」。⁸⁹⁵ 前述日本法院見解，認為學校有義務將健診結果通知受檢學生，係基於學校與學生間的保護義務而來。進一步補充，日本實務學界基於團體性健康檢查，時間短促及人多的特性，與個別性健康檢查有別，從而，此處存有給付醫療水準程度高低不同⁸⁹⁶。然本文認為，就醫療服務提供者與接受者角度而論，似二者間另其存有契約關係並無不妥。詳細論證請參後續。

第二款健康保險契約的診查

健康保險契約締結時，對保險加入者健康檢查事項多。在保險公司裡內專職的醫師，與保險公司的關係是僱傭關係，保險公司和兼差醫師的關係是準委任關係（非在保險公司裡內專職）。被保險者為了保險契約簽訂，而配合接受檢查，如有應該對其通知的事項時，保險公司有告知的義務，⁸⁹⁷履行檢查醫師和被保險者之間，並沒有醫療契約的關係。

第三款住院全身健康檢查

基於成人生活習慣病的早期發現之目的，短期住院接受精密檢查的一種健康檢查。受檢者與醫師（醫院）間存有住院全身健康契約之法律關係。關於住院全身健康檢查契約，醫師對受診查者身體健康有無缺陷，負有確認義務。所以，就應診查範圍內，醫師負有債務不履行之責任。⁸⁹⁸這種契約只有發現疾病的義務，

2008/10/3

⁸⁹⁵ 大阪高判平9.4.25，判例夕956号177頁；有關職場場所法人提供從業人員定期健康診斷，結果報告異常告知義務相關實務爭議，進一步參酌仙台地判平18.1.26，Lexis 判例速報 2006.7 No. 9，74 頁；大阪地裁平18.3.17，Lexis 判例速報2006.7 No. 9，93-94頁。

⁸⁹⁶ 秋吉仁美編著，前揭註 24，頁 283。

⁸⁹⁷ 日本商法第 678 條。

⁸⁹⁸ 在住院全身健康檢查契約中，醫療臨床作法，院方通常會提供已設計好定型化全身健康檢查項目單，再加上健診醫師針對健診病患情形及病患決定負擔健診的費用額度內，醫病雙方決定好最後決定檢查之項目，此時檢查項目決定後為臨床健康檢查契約履行，此時如該檢查項目中有包括直腸鏡檢查，患者於檢查時直腸部位已長四公分腫瘤，而醫師在檢查當時並未發現到，或漏未檢查大腸鏡，則此時醫師應負債務不履行之責。惟如醫病雙方所約定住院身體健康檢查契約內，並未包括肝臟檢查選項時，病患不能於嗣後因肝臟長腫瘤於健診之時醫師未檢查發現出來，

並不包括治療疾病的義務。當發現疾病時，醫師即對病患負有報告義務及給予恰當的日常生活上或治療上的指導義務⁸⁹⁹。然而，在透過精密檢查發現或懷疑被診查者疾病，而遲延治療上的指導的情形，日本實務見解認為，住院全身健診的目的是發現病狀，而不應該是以治療為其目的，所以，醫師懷疑受診查者的肺部有病兆，但是不確定那種原因引起，告知病患三個月之後再檢查，醫師並未違反義務⁹⁰⁰。不過，醫師在住院全身健診中，懷疑受檢者有直腸癌的病變時，卻忘了告訴病患，或不於懷疑階段時，對本人或者其家屬通知，其目的卻為了在別的恰當的醫療機關使該病患接受進一步診療，或者對該病患家屬為該說明指導，醫師因而據以主張其已盡說明義務者，應對遺忘擱置之告知義務致生之損害，負過失損害賠償之責⁹⁰¹。

第四款、基於考試目的之健康檢查

對入學或進入公司任職者做健康檢查。受檢者與醫師關係，如同健康保險契約情形一樣（沒有契約關係）。而受檢者信賴醫師健康診斷，醫師與受檢者間醫療契約的關係則同住院全身健診情形一樣，但解釋上其注意義務程度應比住院全身健診的情形輕。⁹⁰²

如以全身住院健康檢查特徵觀察，對就診患者所主訴提供身體異常懷疑部分，廣泛、表淺掌握。相較而言，本案大健診案為例，其性質較是屬於團體性健康檢查，時間短促、人多，對一療提供者判讀 x 光圖片注意義務程度，是否宜採日本見解相同看法，本文持保留看法。

而認醫師應負債務不履行責任。

⁸⁹⁹ 仙台地判昭 56.3.18，判例タ 443 号 124 頁。

⁹⁰⁰ 大阪地判昭 63.8.19，判例タ 686 号 231 頁。

⁹⁰¹ 靜岡地判平 2.12.19，判例タ 751 号 208 頁。

⁹⁰² 菅野耕毅，「療契約法の理論（増補新版）」，頁 91-110，信山社，2001。

第二目新生入學健康檢查契約為例

第一款案件事實經過

一、事實⁹⁰³

原告曾○青（下稱原告）為私立輔仁大學研究所 88 年 9 月入學之學生。因輔仁大學研究所要求所有研究所新生須接受被告博仁醫院（下稱被告醫院）負責之新生入學健康檢查，原告繳交體檢費用四百元受檢，其中並包含抽血、驗尿及胸部 X 光放射檢驗等健康狀況檢查。嗣後原告接獲被告醫院之健康檢查報告書，該報告中就原告八十八年九月所進行之胸腔 X 光檢查，被告醫院以書面表示胸部健狀況為「正常」，理學檢查亦「無明顯異常」。嗣經數月同年原告通過律師考試，89 年 3 月間依考試院規定赴三重縣立醫院接受健康檢查後，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。原告赴台大醫院接受進一步之胸腔穿刺檢查，即確認原告已罹患胸腔惡性腫瘤並當時已至肺腺癌第三 B 期並於 89 年 5 月在台大進行化療。經查被告醫院於 88 年 9 月拍攝之 X 片，當時原告之肺部 X 片上已有肉眼可見之腫瘤異常，惟被告並未向原告告知。

原告主張：原被告之間存有醫療契約，依據此契約，被告應依其醫療專業，盡其契約給付義務，向原告告知其肺部異常之情形。然被告卻疏未告知，是為不完全給付（即為瑕疵給付）。此一不完全給付，已侵害原告之身體健康（即固有利益受損）。該 X 光片是由被告之受僱人柯○隆醫師（下稱被告人）所造成，因此被告醫院應依民法第 227、227 條之 1，對原告負連帶損害賠償責任。法律的適用上，原告同時主張消保法第 7 條於本案的醫療契約得適用之；以及民法第

⁹⁰³ 以下事實，係整理台北地方法院 91 年訴字 2340 號判決、台灣高等法院 92 年上字 596 號判決、最高法院 94 年台上字第 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 年台上字第 2735 號判決之事實部份而成。本案原告曾○青已於 98 年逝世，於 98 年間由兩造律師代表洽談和解相關事宜。

188 條之雇用人連帶損害賠償責任。在損害賠償數額上，就健康權的損害部份，原告主張此一遲延給付告知致原告延誤治療的黃金期，健康權受損，原告勞動力減少，因此請求每月勞動力減少之對價新台幣三萬元，自原告現在之年齡 28 歲起算，至 60 歲退休為止，共計 384 個月之薪資報酬共新台幣 1152 萬元，及慰撫金新台幣三百萬元整。⁹⁰⁴

被告抗辯：醫療契約是存在原告和輔仁大學之間，而非原告和被告之間；且輔仁大學的健康檢查項目不包括癌症；原告罹患肺腺癌，其發生和擴散，和被告輔仁醫院之間並無任何相當因果關係，因此被告不負任何損害賠償責任。況且，原告未能於健康檢查時告知其有咳嗽等症狀，是為與有過失。在二審中，被告又主張：原告已於民國 89 年 3 月 13 日得知其肺部腫瘤存在，但遲於民國 91 年 3 月 18 日方提出訴訟，顯已罹於時效。故其請求權已罹於時效消滅；而且本案並無消保法之適用。⁹⁰⁵

二、訴訟經過

本案在台北地院時，判決被告應負擔原告主張的金額三分之一，共五百零九萬八千七百五十九元（下稱一審判決）。一審主要以民法 188 條之規定，認定被告醫院應負連帶賠償責任。其主要理由為：原被告之間存有醫療契約；而依據該醫療契約，雖無明文表示癌症為其檢驗之主要內容，但依醫師法第十一條第一項前段及醫療法第五十八條，醫療機構對病人診察、治療時，有向病人告知病情、治療方針、及癒後情形之義務，故被告醫院不得主張其不負癌症檢查之義務。就因果關係的判斷上，一審法院肯認被告醫院的遲延告知，已使原告的存活機率降低，侵害原告的人格權，因此肯認因果關係的存在。損害賠償數額的判定上，一審法院則認為，原告所損失的勞動力，並不完全是被告醫院所造成，因原告罹患癌症並非被告醫院所導致，被告醫院的過失僅使原告之生存機率減少部分（即由百之三十六降低至百分之五的差額）負責。至於債務不履行、消保法的適用等，

⁹⁰⁴ 請見台北地方法院 91 年訴字 2340 號判決內容、甲、貳、事實陳述。

⁹⁰⁵ 台北地方法院 91 年訴字 2340 號判決

則因原告已依侵權行為獲得損害賠償，故不再審查是否有上述二種法律依據之存在。原告是否與有過失之部份，因被告醫院未充分舉證因而一審法院未審理。⁹⁰⁶

對一審判決的結果，被告醫院提起上訴，原告未上訴。高院判決（下稱二審判決）之結果大致上維持一審判決的結論，但理由則有不同。二審判決認定被告醫院應負責的法律依據主要為消保法第 7 條第 3 項。至於被告醫院提出之時效抗辯，二審判決則認為時效的起算應由原告知悉被告醫院應檢查出肺部異常而未檢查出時起算（知悉損害發生時），故消滅時效尚未完成，被告之抗辯並不成立。⁹⁰⁷

被告醫院對二審判決的結果復提出上訴，最高法院廢棄二審判決（下稱三審判決）並發回高等法院。三審判決廢棄二審判決的主要理由為以下兩點：第一，二審判決僅以何人向被告醫院繳交健檢費用及被告醫院和輔仁大學之間的委任契約，認定原被告之間存有醫療契約，自嫌速斷；第二，就損害賠償數額之判斷上，原審法院未審究原告之與有過失，亦未詳細說明其不採被告醫院主張之理由，為判決理由之不備。因此將全案發回高等法院重新審判。故本案目前仍繫屬於高等法院。⁹⁰⁸

在更一審高院審理中，原告被告主張與前審同。法院認為二個契約，一個委任契約存在被告與輔仁大學，內容為「委由被告辦理新生等之健康檢查及健檢資料整理等事務，被告則應於完成此事務之處理後向輔大提出完成健檢結果內容以報告處理事務之顛末」，故其等間成立委任契約關係。另一個是被告基於前述委任契約，以自己名義，為自己之利益，向新生等收取健檢費用後，依輔大所指示應辦事務，以自己名義對新生等進行健康檢查及報告檢查結果，應解為上訴人另與新生等間各別成立有償、提供健康檢查服務之契約關係。就契約內容施作胸部 X 光檢查，目的僅在篩檢肺結核、脊柱側彎、心臟肥大三類疾病症狀，癌症篩檢不包括在給付義務內。另就被告與輔大轉包健檢業務禁止約定違反問題，原告

⁹⁰⁶ 台北地方法院 91 年訴字 2340 號判決、台灣高等法院 92 年上字 596 號判決。

⁹⁰⁷ 台灣高等法院 92 年上字 596 號判決。

⁹⁰⁸ 最高法院 94 年台上字第 1859 號判決。

罹患肺腺癌所生損害，與上訴人之轉包行為間欠缺因果關係。故原告主張因上訴人之轉包行為而受損，上訴人應負損害賠償責任即無可採⁹⁰⁹。

原告對更一審高院判決提起上訴最高法院，經審理後最高法院廢棄更一審高院判決發回高院審理，理由有二，一是，醫療行為係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為之處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部之總稱，迭經行政院衛生署函釋。健康檢查既以預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷行為，自屬醫療行為。原審認定兩造間成立有償、提供健康檢查之契約關係，稽諸九十三年間修正前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、治療方針及預後情形」，則於醫療機構對於健檢人施行診察、診斷等醫療業務時，要非不應向健檢人或其家屬告知其健檢情形。原審遽謂：醫療法第五十八條規定係適用於醫療機構對求診病人進行診斷、治療之階段，與兩造間僅存在健康檢查契約關係無涉云云，為不利上訴人之論斷，非無可議。二，健康檢查之契約為醫療契約，屬勞務性契約，其受有報酬者，性質上即類似有償之委任關係，依民法第五百二十九條及第五百三十五條後段規定，醫療機構應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對健檢人或病患履行診察、診斷或治療之義務。既然 88 年 9 月被告為原告進行健診時所拍系爭 X 光片發覺當時該 X 光片上已有肉眼清晰可見之肺部腫瘤異常，凡此均與系爭 X 光片檢查是否明顯可見大於一公分之陰影？其可疑為腫瘤時是否屬重大異常個案？及被上訴人是否應以善良管理人之注意盡其告知義務所關頗切。原審未詳查，遽為原告不利之認定，亦嫌速斷⁹¹⁰。

由本案歷審判決中，本案不論在法律的適用上、責任要件、因果關係或損害賠償的計算上，均有爭議。考量到說明聚焦，分下列幾點說明

⁹⁰⁹ 台灣高等法院 94 年上更（一）字 124 號民事判決

⁹¹⁰ 最高法院 97 年台上字第 2735 號民事判決

第二款新生入學健康檢查契約之存否

雖基本文前述第三、四章論述，我國醫療民事訴訟損害賠償的請求，在現行民法的規範下，主要是透過兩種方式：一種是契約責任，另一是侵權責任。本案原告雖同時主張二種請求權，與向來醫療民事實證不同，原被告的攻防主要集中在契約責任的討論。

原告主張被告契約不完全給付，被告以契約當事人非原告，即便原告是契約當事人，癌症篩檢告知非系爭契約內容。誠如前述健康檢查契約類型中，投保人身保險時，保險公司常會要求被保險人至其指定的醫院進行健康檢查，而該醫院可能是該保險公司本身的附設醫院，也可能是和保險公司之間另行訂定一委任契約，由該醫院為保險公司的客戶進行健康檢查。又，許多私人企業或政府機關亦有提供員工健康檢查，通常這些機關本身並無提供醫療服務，而必須尋求其他醫療機構提供協助。因此在現代社會締約形態益形複雜的今日，契約究竟存在何人之間，其判斷已成爲一相當重要的問題；尤其是當系爭當事人欲主張損害賠償，而不符合侵權行爲之基本要件時，契約的判斷將影響當事人能否求償，其重要性自是不可言喻。

有關新生入學健康檢查契約當事人判斷問題：

一、法院見解

原一審、二審及更一審判決認定原告和被告醫院之間存有醫療契約關係，其理由說明似尙欠周延，係以被告醫院能替原告進行健康檢查，是因為被告和輔仁大學之間存有一委任契約，亦即被告醫院是透過招標程序，得到輔仁大學的委託，方能替原告進行健康檢查；但依據輔仁大學和被告醫院所簽訂委任契約的第八條，健檢費用約定由乙方（即被告醫院）向受檢者收費，而由健檢費用係被告博仁醫院向受檢者收取可知，輔仁大學和被告醫院之間存有一委任契約，而被告醫院和原告之間又成立一醫療契約。而此見解亦爲更審後最高法院見解所間接肯認⁹¹¹：

⁹¹¹ 最高法院 97 年台上字第 2735 號

「……查兩造間成立有償、提供健康檢查之契約關係，為原審所認定；……」。

惟原審法院認定兩造存有系爭醫療契約見解為更審前最高法院判決所駁斥，法院明白表示「……按債權債務之主體，應以締結契約之當事人為準，苟非締結契約之債權人，即無基於契約對債務人請求履行債務之餘地。本件上訴人係因公開招標，與輔大簽訂系爭健檢合約書，為原判決所認定。而觀之該合約書第一條約定：「甲方（輔大）八十八年度之新生……『健康檢查』與『健檢資料處理相關業務』委由乙方（上訴人）辦理。」，及第八條約定：「健檢費用由乙方向受檢者收費（學生健檢費用每人四百元）」等旨……，似見輔大係就該校八十八年度新生之「健康檢查」及「健檢資料處理相關業務」，與上訴人成立委任契約，僅約定健檢費用由上訴人逕向受檢者收取而已。是被上訴人逕向上訴人繳交健檢費用，及上訴人執行對被上訴人之健檢暨其健檢資料之處理，是否非屬上訴人就系爭健檢合約書所約定事項之履行？被上訴人既非系爭健檢合約書之締約當事人，可否僅因上訴人依其與輔大間健檢合約書之約定，逕向被上訴人收取四百元健檢費用，即可認兩造間已另成立一個以檢康檢查為給付內容之廣義醫療行為契約？非無疑義。原審未遑詳加研求，遽認兩造間已成立另一廣義醫療行為契約，其所生之醫療爭議屬消費爭議，被上訴人得據消保法第七條及相關規定，請求上訴人損害賠償，而為上訴人不利之判決，自嫌速斷。」⁹¹²

綜合五審判決，醫療契約究竟存在何人之間？費用的收取對象是否為一個可用的判準？以下討論之。

二、本文見解

契約的成立，原則上必須當事人之間互相意思表示一致而成立。而意思表示一致之方式可能透過邀約及承諾（民法第 154 條以下），或一方的邀約及另一方的意思實現（民法第 161 條），或邀約交錯而成立契約⁹¹³。因此，契約成立與否，重要的是當事人之間是否意思表示一致，至於是否有書面存在等等，則不重要，

⁹¹² 最高法院 94 年台上字第 1859 號

⁹¹³ 陳自強，前揭註 150，頁 117 以下；王澤鑑，前揭註 142，頁 172；孫森焱，前揭註 116，頁 24-30。

此按民法第 153 條規範自明。

從而，本文認為，要判斷一個契約是否存在，依前述仍是基於私法自治下的契約自由原則，應該探求當事人的真意，此為契約拘束力所及。至於當事人締約原委、動機為何？似乎僅為參酌因素，不宜為獨立的判斷標準。另尚須基於主張契約存在實益加以考量，此部分通常是基於當事人訴求損賠需求為出發⁹¹⁴。是而，本案醫療契約仍應存在接受醫療服務者和提供醫療服務者之間。不論該接受服務者係因何故至該醫院就診（或是第三人利益契約），當該接受醫療服務者至醫院就診時，其真意應是基於同意接受該醫療服務，而醫院亦承諾給予其服務。如此的解釋方式，對當事人雙方是最直接明瞭，最有實益，也是最符合社會一般認知的方式。回顧前述更審前最高法院認為原審法院不應以繳費者為契約當事人判斷標準，本文贊同，蓋繳費與否在本案醫療契約存否判斷上是無助益，一切依契約當事人締約真意考量為妥。故而，相較之下，本案更一審高院判決內對醫療契約是否存在原被告之間，理由略謂：「…可見輔大委託上訴人辦理新生等之健康檢查及健檢資料整理等事務，上訴人則應於完成此事務之處理後向輔大提出完成健檢結果內容以報告處理事務之顛末，故其等間成立委任契約關係。又上訴人（即被告）本於該委任契約，以自己名義，為自己之利益，向新生（即原告）等收取健檢費用後，依輔大所指示應辦事務，以自己名義對新生等進行健康檢查及報告檢查結果，應解為上訴人另與新生等間各別成立有償、提供健康檢查服務之契約

⁹¹⁴ 契約認定上的實益，可以從德國的實務發展中得到一個參考。德國社會因為有健康保險制度，因此當病人持健康保險卡，前往特約診所或醫院看病，醫師接受病人並看診治療後，並不對病人請求醫療給付，使得長久以來醫生和病人之間，所存在的醫療契約，是否仍存在成為問題。德國聯邦法院多年來的論點一直是將健保機構和醫師之間所訂立的契約解釋為「第三人利益契約」，被保險人則依此取得民法上的直接醫療請求權。但多數學者則認為，醫師和病人之間的關係，即使在有保險制度後，仍然跟以前一樣，存有一私法上的獨立醫療契約。德國社會法益明定醫師對被保險人負有民法上的注意義務，而其損害賠償的關係依民法上的規定解決之。因此，無論如何，醫師對他的醫療錯誤負有民事上的損害賠償責任。論該契約如何定位，將流於學說上的討論，對問題的實際解決，助益不大。由德國的發展過程觀察，可知道判斷契約是否存在以及為其定性時，都必須考量到其判斷的實益以及對當事人雙方的影響。侯英泠，前揭註 812，頁 117-118。

關係。」，理由較為清楚些。

第三款新生入學健康檢查契約的內容

契約內容除了從契約當事人真意外，涉及契約解釋，我國民法並無明文，按民法第 98 條：「解釋意思表示，應探求當事人的真意，不得拘泥所使用的辭句。」解釋契約其實也就是在解釋當事人雙方的意思表示內容究竟為何判斷。

原告基於入學需要，接受被告醫療健康檢查服務，而被告基於與輔大投標委任契約關係，提供原告健康檢查項目內容給付。系爭原被告間新生入學健康檢查契約內容應如何解釋？按我國多數判例見解只強調「解釋當事人之契約，應以契約當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意。」⁹¹⁵。故而，所謂探求當事人真意，應通觀契約全文，並斟酌訂立契約當時及過去之事實及交易上之習慣，依誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值等作全盤的觀察。本案被告醫院和原告之間的醫療契約之解釋，自應遵守上述之法則。

一、法院見解

本案原一審及二審法院之判決，均肯認癌症篩檢係包含在兩造當事人之健康檢查契約中。其理由為略為，依輔仁大學八十八學年度健康檢查有關要點及條件所示，新生健檢項目之胸部 X 光檢查，僅限於「肺結核、脊柱側彎、心臟」三項，其他項目則不包含在內，惟依醫師法第 11 條第 1 項前段，醫師對病患有親自診察及治療之義務；以及醫療法第 58 條之規定，醫療機構診療患者時，應向患者或其家屬告知其病情、治療方針及預後情形。依此兩項規定可以得知，「是以醫療機構對病人診察、治療時，有向病人告知病情、治療方針及預後情形之義務，故輔仁大學委請被告博仁醫院承辦八十八學年度健康檢查中關於胸部 X 光檢查，雖僅列舉肺結核、脊柱側彎及心臟；然基於各個受檢者與被告博仁醫院另行成立

⁹¹⁵ 最高法院 39 年台上字第 1053 號判例，19 年上字第 453 號判例，19 年上字第 58 號判例等。

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。」，故輔仁大學委請被告醫院承辦八十八學年度健康檢查中關於胸部X光檢查，雖僅列舉肺結核、脊柱側彎及心臟；然基於各個受檢者與被告醫院另行成立之醫療契約，被告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。

而在第二審之判決中，除了再次提出一審判決的理由外，並參照教育部之大專院校學生健康檢查實施項目最低標準建議表，認為健康檢查之目的本在及早發見疾病現象，俾得及早治療，因此，本件上訴人依據該健康檢查醫療契約所負之責任，是在於依據該醫療契約，應就其為被上訴人拍攝之胸部X光片，判讀是否有異常現象並告知被上訴人之義務，以達到健康檢查之目的（即及早發現疾病異狀，得以及早治療目的），並非在於篩檢被上訴人是否罹患癌症一事。故被告醫院於判讀該小片胸部X光片時，以肉眼即可閱讀出原告胸部有異狀現象，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。

惟在更一審高院見解則否決一二審法院上開見解，認為被告醫院契約義務並未包括有篩檢肺炎異常告知義務。

二、本文見解

本文基於原被告接受與提供醫療健診服務當事人契約合致，肯認被告醫院和原告之間有醫療健診契約的存在，在解釋上，必須回溯參酌被告醫院與輔大投標委任健康檢查施行契約內容來解釋系爭醫療健診契約，此僅參考解釋方法，並不生契約拘束力，蓋契約拘束力僅基於債之相對性原則，發生在契約當事人間。依前述輔仁大學與被告醫院之間的委任契約，被告醫院為輔仁大學新入學之學生進行健康檢查，其中，有關肺部檢查的部份，依輔仁大學八十八學年度健康檢查有關要點及條件所示，新生健檢項目之胸部X光檢查，僅有肺結核、脊柱側彎、心臟三項，其他項目則不包含在內。

惟本文認為，應將健康檢查契約特質納入解釋本案醫療健診契約內容考量。

健康檢查中列出了肺部 X 光的三項檢驗的對象。就檢查目的而言，如前所述，僅提供受檢人一些資訊，使其掌握知情其身體部位可能有某些異常，而必須做進一步的篩檢，以期早日發現身體的狀況。

進而，分析新生入學健康檢查契約目的為「提供受檢人一些資訊，使其掌握知情其身體部位可能有某些異常，而必須做進一步的篩檢，以期早日發現身體的狀況」，給付義務包括：「契約內新生健檢項目及告知結果」。進而，就系爭新生健檢項目中「胸部 x 光片攝影健檢項目，其目的係為早期發現病兆進而掌握早日治療的效果」故而，x 光片陰影異常告知，為本健檢契約「給付義務」亦屬「契約給付利益」。另依醫學臨床判斷，判斷患者有無肺結核疾病，陽春型檢查「胸部 X 光片攝影」，當 x 光片呈現陰影時（有可能是肺結核、肺炎、肺腫瘤、肺腺癌等），並不能馬上確診為「無肺結核」，須將此異常情形通知受檢人，使其進一步作較為精細確診檢查，才能判斷是否有無「罹患肺結核」。從而，本文認為從 88 年 9 月間被告為原告所施作 x 光片已呈現陰影而未將此陰影異常情況通知原告，本身即屬於「損及債權人契約給付利益」，屬於不完全給付的「瑕疵給付」類型。

第四款損害賠償客觀要件的認定：損害客體以及因果關係

本案的重要爭點在於，原告是否因為被告醫院疏未告知其肺部之異常，而受有損害？此涉及的兩個主要爭點在於，原告是否有損害，以及該損害和被告醫院的行為之間，是否有因果關係存在。

一、原告是否受有損害？

損害是民事責任成立的共通要件，無論侵權責任或契約責任，均以被害人之權利或利益受有損害為要件⁹¹⁶。本案爭點在於，原告因為被告遲延告知其肺部可能有問題，至未能及時防範，導致原告的存活機會的損失，存活機會的喪失本身，是否為一種對權利或利益的侵害損害？更精確的說，應該是存活機會喪失一事，

⁹¹⁶ 參本文前述第三章。

是否應該受到我國民法的保護？其遭受侵害時，是否應該得到賠償方合理？以下先提出實務上的判決，再針對實務上的判決，進行檢討，提出本文的看法。

(一)、法院見解

一審及二審法院均認為，「按人格權中之生命權，係指享受生命安全之人格利益之權利，生命因受侵害而消滅時，為生命權受侵害。而存活機會為病人對未繼續生命之期待，存活機會受侵害，最終導至死亡時，即為剝奪生存之機會，亦應認為生命權受侵害，故存活機會應認為人格權之概念所涵蓋。」因此，肯認存活機會受損，為生命權受損的一種。另就本案更一審高等法院見解否認系爭契約內容包括癌症異常告知義務故無有關此部分損害論述。

(二)、本文見解

本文認為，本案中存活機會喪失成為爭點的理由在於：當「機會喪失」時，我國民法的法律基本價值，對其是否應提供保護？而這其實是一個牽涉到法律政策以及價值選擇的問題。本案判決結論將其納入民法的價值體系中，也認同生存機會的喪失其實是人格權的一環，但這將涉及權利層級化保護問題。本文嘗試以和判決不同的方式來建構這個問題。本文將從健康檢查之目的切入討論，論述此種生存機會喪失是否應被納入民法之保護體系中。

1. 健康檢查之目的

所謂醫療損害，係指醫療行為所引起不利益的意外結果，如有因疾病本身病程自然演進該損害發生即將屆至情況，對其損害發生有促進或應可延緩而未為之不利結果亦屬之⁹¹⁷。從而，施行健康檢查的目的，「早期發現早期治療或延緩不利結果發生」。故此為，健康檢查的給付義務。當給付不完全，未能及時發現並告知受檢者原已有的隱藏病症，至其延誤就醫而造成損害。

2. 人格權的保護

關於人格權的保護，民法第 18 條有明文⁹¹⁸。所謂的人格權，學者有不同的

⁹¹⁷ 有關醫療損害，參黃茂榮，前揭註 117，頁 163-228，自刊。

⁹¹⁸ 民法第 18 條：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防

看法。但大體上言之，人格權保障的內涵，包括了人的存在價值以及人性尊嚴，性質上是一種母權，衍生出個別請求權⁹¹⁹。對人格權造成之人身損害，最重要者有生命、身體、健康遭受不法侵害而造成的損害⁹²⁰。

生命權者，係每個人之生命不受他人侵害之權利。身體權係以保持身體之完全為內容之權利⁹²¹。健康權則為保持身體內部機能之完全為內容之權利⁹²²。在本案中，被告醫院並無直接侵害原告身體機能之完整性，亦無直接侵害其身體之完全。則生存機會的喪失，是否有造成生命、身體、健康間接的侵害？

如果否定存活機會應被納入格權的範疇中，則人身保護的完整性即遭到損害。存活機會雖然是一個機率問題，但是實際上，存活機會降低時，意味生命權也受到一定程度的損害；而生命受到一定損害的過程，是使健康、身體亦逐漸受到損害，而逐漸邁向死亡⁹²³。論者或有謂，存活機率畢竟只是機率，如果真的能在前一次的健康檢查中，便發現原告已罹患肺腺癌，並開始治療，也未必保證原告的生命權不會受到損害。但本文認為，這個損害是否真的會發生，應該放在因果關係層次加以判斷。亦即，為了考慮到人身保護的完整性，在損害是否存在的層次，應該儘可能的將各式各樣的損害納入民法的保護體系中；在因果關係中，再以因果關係是否存在此一標準進行下一步的篩檢⁹²⁴。

因此，本文認為，存活機會的喪失，應可被解釋為係一種人格權中之生命、身體、健康權之損害。

二、因果關係的判斷

我國通說認為，不論原告是依侵權行為法之規範或契約之規範對被告醫院主張損害賠償，均必須證明其所受的損害和被告醫院之誤診之間，有因果關係。因

止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」

⁹¹⁹ 王澤鑑，前揭註 117，頁 121-122。

⁹²⁰ 王澤鑑，〈財產上損害賠償（一）〉，月旦法學雜誌第 129 期，頁 161-162，2006 年。

⁹²¹ 孫森焱，前揭註 116，頁 218-219；王澤鑑，前揭註 117，頁 125-132。

⁹²² 前揭註 921。

⁹²³ 陳聰富，前揭註 236，頁 204-205。

⁹²⁴ 相關論述，陳忠五，前揭註 143，頁 291-308。

果關係的判斷，實務上係採「相當因果關係」為判斷標準。

(一)、法院見解

本案一審及二審認定因果關係存在的理由主要在於：「原告罹患癌症與被告實施健康檢查之行爲間雖無因果關係；然被告博仁醫院於八十八年九月間爲原告實施健康檢查時，其判讀原告肺部X光片之受僱醫師，就當時有明顯異狀之肺部狀況未爲查覺，且未告知原告此異常狀況，致原告未能把握治療之時機；且因被告博仁醫院受僱醫師怠於爲其醫療職務之執行，致原告於八十八年九月間肺癌百分之三十六至百分之七十一之五年存活率，至八十九年三月發現肺癌時已降爲百分之五，則被告博仁醫院之受僱醫師怠於發現原告肺部明顯之異常狀況，且怠於告知原告，致原告未及時就醫，使其存活機率驟降，侵害原告之人格權，且此人格權之侵害與被告博仁醫院受僱醫師怠於執行職務之行爲間有因果關係甚明。」。另就更一審高等法院見解否認系爭契約內容包括癌症異常告知義務故無有關此部分有無因果關係論述。

本案在因果關係之認定上，其爭點在於：因果關係相當不確定時，是否亦可認定爲存有因果關係？亦即本案中的原告即便及早治療，其存活機率亦只有36%~71%之五年存活率，而非「有相當的可能機率能存活」，則因果關係的判斷是否應有不同？以下，將由學說上所提出的因果關係判斷架構切入，論述本案中是否具備因果關係此一要件。

(二)、本文見解

討論因果關係前，必須先界定所討論的因果關係是屬那一個層次。因果關係可分爲：不法行爲和損害之間的因果關係以及不法行爲和損害賠償範圍之間的因果關係⁹²⁵。此處欲討論者係前者，亦即不法行爲和損害之間的因果關係。

因果關係的判斷，實務上係採「相當因果關係」為判斷標準。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行爲當時所存在的一切事實，爲客觀之事後審查，認爲在一般情形下，有此環境、有此行爲之同一條件，均可發生同一之結果者，

⁹²⁵ 孫森焱，前揭註 116，頁 228 以下。

則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係⁹²⁶。因此，相當因果關係是由條件關係與相當性所構成，適用上必須先判斷條件上的因果關係；如為肯定，再認定該條件的相當性。

1. 英美法上對此種損害之因果關係的討論

英美法上之討論認為，存活機會喪失此種損害，在條件上因果關係判斷上的困難在於：比例性。傳統的因果關係均是討論「有或無」的問題，至於「有比例的」因果關係，則未予討論。因此，本案困難的地方在於，原告如要證明因被告醫院的延誤診治，至其生存機會減少，則原告必須證明，其如及早發現，將有多少的存活希望；而民事訴訟法上的證明，通常必須要證明到該事有超過 50% 的機率可能發生（即英美法上所稱優勢證據的程度），法官方能得到心證確信該事可能存在。然今日原告在未延誤治療前，生存機率即只剩 36%，因此原告無法證明至超過 50% 的程度，法官也就無法得到心證認為原告原本是可能存活的，因此因果關係不存在⁹²⁷。

為解決這個問題，英美法上提出了各種討論。有主張為使原告能獲得損害賠償，傳統的優勢證據法則應該加以修正，而採「實質可能性說」，認為法院應該放棄優勢證據法則的要求，而減輕原告對於因果關係的舉證程度，只需被告的不法行為具有發生損害的可能性，縱使其可能性的比率未超過 50%，被告仍應對原告的所有損害負責⁹²⁸。

另有採「比例因果關係說」，認為能證明到超過 51% 的就給予賠償，證明到 49% 則不給予賠償，未免不合理。因此認為，傳統因果關係理論，是為證明「因果關係否存在」，而非「因果關係的可能性」。而比例因果關係則僅就因果關係的

⁹²⁶ 最高法院 94 年台上字第 940 號判決。

⁹²⁷ 陳聰富，前揭註 236，頁 219 以下。

⁹²⁸ 陳聰富，前揭註 236，頁 224。

可能性比例，加以證明，而無須證明因果關係確屬的存在⁹²⁹。以此種方式來減輕原告的舉證責任。

2. 本文立場

本文認為，上述英美法的討論，似乎有偏離焦點疑慮。如果我們肯定存活機會喪失一事，是法律上應該給予保護的「損害類型」之一，則進一步證明的因果關係應該是存在於「遲延治療」和「喪失的生存機會」之間。即為如果我們認為生存機會本身就是一個待證明的客體，則證明存活機率的存在與否是一回事，證明其和因果關係延誤治療之間的因果關係又是另外一回事。因此，本文認為，英美法上討論的證明程度其實是存活機率本身的問題，而非因果關係。

本文中，原告因為被告醫院的過失，致生存機率由 36% 降到 5%，原告如要主張其中 31% 差額的損害，則必須證明過失和此差額二者之間有因果關係。在因果關係的第一層面條件因果的判斷上，如果不是被告醫院未能及早發現，依原告所舉出的科學數據所示，原告有 36%~75% 的存活機率，這件事只要原告能提出超過 50% 可能性的證明，即可使法官達到卻有此事的心證；在相當性方面，沒有為健康檢查，則存活機率降低一事雖然也會存在；但有健康檢查，通常即可提早發現而減少存活機率降低一事。因此，本文基本上同意一二審法院的判決結果，認為本案中有因果關係的存在。

3. 其他的實務見解

其實存活機會喪失一事，因果關係之判斷，在我國過去的實務判決中已可發現討論。最高法院 77 年台上字第 1876 號判決一案，值日醫生對某甲對於醫院已接受求診之急性心臟病患疏於注意，未即親自診治，導致心肌衰竭死亡。中華民國醫療糾紛鑑定委員會鑑定書謂：「急性心機梗塞死亡率頗高，雖經適當治療，亦不一定有存活希望。」最高法院則謂：「然非謂急性心機梗塞並患者，縱經適當治療，概無存活之希望，故如及時適當治療，仍應有存活之可能。茲該醫師延誤時間，未為適當治療，致病患喪失存活之可能機會，其過失行為與病患之死亡

⁹²⁹ 陳聰富，前揭註 236，頁 228 以下。

間，自有相當因果關係。」故最高法院應是肯認，醫師之延誤診治，導致病患之存活機會喪失，應負賠償責任⁹³⁰。亦即肯定，遲延治療和存活機會喪失之間，有因果關係的存在。

第五款損害賠償數額的計算

本案的最後一個爭點在於：存活機率減少，此種損害所造成的衍生性損害-勞動力喪失，應如何計算？以下亦先整理一二審判決的看法，提出本案之爭點後，再提出本文之見解。

(一)、法院見解

本案一二審法院就勞動力損失數額的判斷上，大致相同。均認為：原告請求之減少勞動能力之賠償數額，應以全部減少勞動能力之數額，乘以存活機率降低之比例，即被告醫院僅就原告自肺癌第一期最低之存活率百分之三十六降為百分之五之存活率之差額，百分之三十一負賠償責任。

而原告每月減少之勞動能力之損失三萬元，其百分之三十一為九千三百元，其減少勞動能力之年損害額為一十一萬一千六百元。再原告為六十一年三月二十七日出生，自八十九年三月六日律師高考放榜日起算，當時原告之年齡為二十八歲，再以我國勞動基準法第五十四條計算退休年齡六十歲計算原告退休年紀，原告之工作期間共計三十二年，因原告請求減少勞動能力一次給付之賠償總額，應扣除中間利息，依霍夫曼計算法扣除中間利息，原告所受減少勞動能力之損害為二百零九萬八千七百五十九元（ $111,600 \times 18.80608587$ (年別單利 5% 複式霍夫曼式係數) = 2,098,759)，則原告請求被告博仁醫院賠償減少勞動能力之損害二百零九萬八千七百五十九元之部份為有理由⁹³¹。而被告雖然抗辯，得了肺腺癌的人，不可能活到 60 歲，但法院認為被告醫院並未提供足夠的證據證明此事，因此認為仍

⁹³⁰ 王澤鑑，前揭註 117，頁 238-239；陳聰富，前揭註 236，頁 197。

⁹³¹ 一二審認定之賠償數額有異的原因在於，二審認定的存活機率係降至 7%，而非 5%。

應以原告存活至 60 歲計算。

本案爭點在於：原告之損害為存活機率降低，而此損害的衍生損害-勞動力減少是否亦必須以比例計算之（如同本案判決）？或可請求全部的損害賠償？再者，計算此一數額時，是否必須考量原告可能活不過 60 歲一事？亦即損害的計算應主觀或客觀為之的問題。

（二）、本文見解

損害賠償請求權人所得請求的損害，必須是已經「確定」的損害。此一特性稱為「損害的確定性」。其係指在某一基準點，損害必須已確定存在。基準時點以前已經發生的損害，屬於「現在的損害」，固然是一種確定存在的損害。基準時點以後才發生的損害，尚未現實發生，僅是一種可能發生的損害，此種「將來的損害」，是否即為確定存在的損害，即有討論空間⁹³²。

民法第 216 條第 2 項所定依通常情形可得預期之利益，視為所失利益，其義頗廣，祇須如無妨礙的事實，利益通常可取得為已足，並不以如無妨礙之事實，利益必可取得⁹³³，也不以受害人對於他人已取得法律上的請求權為必要⁹³⁴。

採主觀說者，必須將被害人之主觀情事納入計算，通常比較能具體確實的反應被害人的狀況，有助於貫徹「全部賠償原則」。採客觀說者，則完全以客觀情事為據，通常比較容易舉證證明損害的存在及計算損害賠償數額，有助於程序的迅速進行，並適度合理限制加害人的賠償負擔⁹³⁵。

第六款結論

本案如依本文建構醫療契約責任法理作檢驗，首先，契約當事人為誰？依接受醫療服務與提供醫療服務者來進行判斷，本個案接受健診者是本案原告曾○青

⁹³² 陳忠五，前揭註 62，頁 197。

⁹³³ 最高法院 54 年度台上字第 2128 號民事判決。

⁹³⁴ 黃茂榮，前揭註 117，頁 307。

⁹³⁵ 陳忠五，前揭註 62，頁 203。

及提供醫療服務者博仁醫院。

當事人契約拘束力所及為「完成健診項目內容並確認有無異常的情形」範圍，契約當事人盡最大善意「完成健診項目內容並確認有無異常的情形」，但未承諾實現一定結果，從而，本案屬於手段債務類型。接下來判斷被告給付行為有無違反契約義務（即是否具有歸責事由），依判決所示「健診當天原告胸部 x 光片有陰影」，原告肺部是否「正常或異常」是不能確定，須進一步檢查確診，被告未為告知進一步檢查，逕作成正常報告，被告契約義務違反，醫療傷害類型是圖表二②+③類型，損害客體為「喪失治療機會」，因果關係如前述是具備的，故而，本案被告債務不履行責任成立，被告並無不可歸責事由，從而歸責事由具備，被告即須負損害賠償責任，至於，賠償範圍前已論及不再贅述。

第二項產檢醫療契約

第一目前言

懷孕十個月過程中，透過一些產科常規檢查，除了初期（3 個月前）確認是否懷孕、母親基本健康狀況確認紀錄及衛教（例如飲食、避免流產注意事項等），到懷孕中期（3-6 月）產檢重點在胎兒是否正常發育、有無異常先天遺傳殘疾等（例如，唐氏症、重度溶血性貧血、四肢短缺海豹兒等），母親身體健康狀態（如，有無子癩症候群前兆等），以尋求早期發現進行人工流產、引產或治療或防免異常現象繼續惡化。懷孕後期（7-10 月）產檢重點在胎兒成長健康狀況及母親身體健康狀況的掌握及異常狀況的處理（例如，胎兒成長遲緩或過大的飲食衛教、妊娠毒血症的控制等）。配套懷孕週期，一般安排產檢 10-15 次，每次產檢均有其檢查重點，並將檢查情形擇要記錄在媽媽手冊裡，以讓所有參與產檢者能透過此手冊知悉孕婦懷孕過程的健康情形，或得循此手冊追蹤就診處理狀況。

故而，產檢契約當事人契約拘束力所及範圍內容，會隨著懷孕週期而有所不同給付行為，從而，本文以下先介紹各懷孕週期產檢常規，再以新光醫院唐氏症案⁹³⁶為例作進一步說明。

第二目產檢通常規則 (guideline)⁹³⁷ (10~15 次)

女性若在性行為後的下一次月經該來而沒來時，無論是自行購買驗孕劑或至醫院驗孕，均是驗尿液中是否含有「HCG(人類絨毛膜促性腺激素)」，如反應陽性，即可進一步確定是否為子宮內懷孕以及確認胎兒心跳。

每次的產前檢查，必定要做的例行檢查項目，其目的在藉此觀察孕婦及胎兒在整個孕期的改變與發展，察覺異狀並及早調整飲食或進行治療。**每次產檢例行檢查項目如下**：例行問診⁹³⁸、血壓⁹³⁹、體重⁹⁴⁰、腹圍與子宮底高度⁹⁴¹、尿液檢測⁹⁴²。而這些項目當然構成產檢契約內的給付義務，未履行則有給付不完全問題。

⁹³⁶ 附件一 CaseO&G6：本件歷經士林地院 84 年度重訴字第 147 號(850905)、台灣高等法院 85 年度重上字第 464 號(880330)、最高法院 90 年度台上字第 468 號判決(900322)、台灣高等法院 90 年度重上更(一)字第 48 號判決(910319)、最高法院 92 年度台上字第 1057 號判決(920522)。相類似案件類型有關產檢遺傳疾病爭議案件「地中海型貧血案件類型」：**台中榮總地中海型貧血案**：臺灣高等法院臺中分院民事判決 90 年度重上字第 28 號、臺中地方法院 88 年度重訴字第 606 號(當初檢驗報告上係記載除有驗出原告之羊水細胞除有 β17 突變外，亦同時驗出有 II -654 突變，但卻因未由合格專科醫師親自判讀檢驗報告，導致告知上訴人錯誤之檢驗結果。則該未經合格專科醫師親自判讀之過失，始與上訴人之損害間，具有相當因果關係。惟本件係檢驗報告上僅記載驗出上訴人之羊水細胞有 β17 突變，而未記載有驗出 II -654 突變。是縱被上訴人以合格專科醫師判讀，乃將告之上訴人：胎兒僅有父系突變基因，係輕型地中海型貧血。故訴外人即被上訴人之受僱人葛○民醫師雖未親自判讀該檢驗報告，然因該醫師告知被上訴人之檢驗結果，事後證明與檢驗報告上之記載相符，自難認被上訴人之該一過失行為與上訴人所發生之損害間，有相關因果關係存在。)

馨蕙馨醫院地中海型貧血案：高雄地方法院民事判決 92 年醫字第 5 號(應未告知原告有關其夫婦均有地中海型貧血基因，而需作進一步檢查之情可明。孕婦血液基因分析檢驗為 β 型 IVS-II nt654 (C >T)，而其夫血液基因分析檢驗也是 β 型，但非常見之五種突變基因之一，在這種情況下，孕婦透過羊膜穿刺、絨毛膜取樣或臍血採樣等檢查，亦無法確定將來產下的胎兒必定是重症地中海型貧血。);

高雄醫學大學附設中和紀念醫院地中海型貧血案：高雄地方法院民事判決 91 年度訴字第 3341 號(報告單上並有說明檢驗具有「百分之九十五信賴度」。故此檢驗結果之誤差並非判讀錯誤的問題，目前醫學上並無百分之百準確性之分子醫學檢查，本案之檢驗結果誤差是在法定限定之內)。

⁹³⁷ <http://yblog.org/archive/index.php/10398.visit> at 2011/2/1

⁹³⁸ 孕婦若有任何不適症狀包括出血、腹痛等各種狀況都應主動告知醫師，在初次問診時，孕婦應主動告知以往病史、生產史及家族病史，讓醫師能夠更快更準確的掌握孕婦的身體健康狀況。

第一款第一次產檢（建議在懷孕 12 週以前）

產檢內容：1.問診（家族與本身疾病史、生產史、不適症狀）、計算預產期。
2.身體檢查（包括：體重、身高、血壓、甲狀腺、乳房、骨盆腔、胸部及腹部檢查）。3.血液常規檢驗，檢查內容包括觀察白血球（WBC）、紅血球（RBC）、血小板（PIT）、血球容積比（HCT）、血色素（HB）、平均紅血球體積（MCV）。
4.實驗室檢查：尿液檢驗（尿蛋白、尿糖）、愛滋病檢查、第一次梅毒血清反應檢查。

除了每次產檢的例行檢查項目外，醫師也會照超音波以確定是否為子宮內懷孕並確認胎兒心跳，且在第一次產檢時若確定子宮內懷孕與胎兒心跳後便可領取孕婦健康手冊，孕婦可以將自己與寶寶共同成長的過程記錄下來。

此初次產檢注意事項，會較偏重發現遺傳基因問題，血液常規檢驗可檢測出隱性遺傳血液疾病如海洋性貧血。如果孕婦全血球計數中紅血球的體積過小（ $MCV < 80$ ），則懷疑孕婦是否有海洋性貧血或是缺鐵性貧血，醫師會建議進一步的檢測以排除這幾種血液疾病的可能性。

目前臺灣約有 4%~6%的民眾為地中海型貧血帶因者，每年 32 萬個活產數中有 100 個重度甲型和 10 個重度乙型地中海型貧血患者，因此懷孕夫妻平均紅血球體積 $MCV < 80$ ，被診斷為同型地中海型貧血帶因者，應於早期懷孕 10 週時接受絨毛取樣，並於妊娠中期做羊膜穿刺或胎兒臍血基因分析檢查。另一種基因疾病則是唐氏症檢測（第一孕期），在此時期會一併作，不過此處不論是地中海

⁹³⁹ 每次產檢所測量的血壓可幫助提早發現子癇前症或是妊娠高血壓。

⁹⁴⁰ 每次產檢所測量的體重數也可用來觀察孕婦的體重增加是否在正常範圍內，並適時的改善飲食內容，讓孕婦及胎兒都能獲得充分營養並健康成長。

⁹⁴¹ 醫師測量腹圍與子宮底高度在於觀察胎兒是否有正常發育，必要時也可藉由聽診器或超音波來觀察胎兒的胎心音。

⁹⁴² 觀察孕婦的尿糖及尿蛋白是否有過高現象，若尿糖過高可能為妊娠糖尿病；若尿蛋白過高且合併高血壓則可能為子癇前症，可透過尿液檢測及早發現及早處理。

型貧血或唐氏症檢查，均為自費負擔，醫師在產檢時，若孕婦為此等高危險群範圍內，須為此等資訊告知，此項資訊告知應為產檢契約給付義務。

感染梅毒的孕婦，會在懷孕中的任何階段經胎盤將梅毒螺旋體傳染給胎兒即稱為先天梅毒，但是先天梅毒一般是在妊娠 18 週後產生，因為此時胎兒的免疫能力開始發育，因此在孕期 18 週前給予孕婦適當的治療，能避免胎兒因而受到血行性感染。故而，當孕婦於第一次初檢發現梅毒血清陽性反應時，醫師即負有給付義務告知孕婦在黃金時期接受治療，以避免胎兒受到感染。在梅毒盛行率高的地區及高危險群病人（例如從事性交易者），梅毒血清檢查應該在孕期末期 3 個月再檢查一次，以期對胎兒保護周全。

第二款第二至四次產檢（懷孕 16-24 週）

第二次產檢，會建議自費作第二孕期唐氏症篩檢、肌髓性肌肉萎縮症篩檢。並對高危險妊娠—多胞胎檢查作進一步確診。產檢內容：除每次產檢例行檢查項目外，若透過超音波檢查，確認為多胞胎則應在整個孕期更頻繁的觀察胎兒與孕婦的狀況，觀察孕婦是否有因為多胞胎造成心血管的負荷而出現早產跡象或是胎兒是否有「雙胞胎輸血症候群」，較密集的檢查才能及早發現異狀，若有須要時進行減胎以讓其它胎兒能繼續孕育。

第三次產檢（懷孕 20 週），在注意高危險妊娠—前置胎盤與子癩前症、胎兒超音波掃描、100 公克葡萄糖耐受測試。若孕婦自覺有須要得自費做高層次超音波檢查（3D、4D）⁹⁴³產檢內容：除每次產檢例行檢查項目外，須做超音波檢查。高危險妊娠不單是指孕期身體變化而影響到胎兒與母體的安全，包括孕前的內科疾病或是精神方面疾病都可以算是高危險妊娠族群，因而，透過定期產檢以及超音波檢查，便可在第 20 週時觀察胎盤位置是否正確、是否有前置胎盤或植入性胎盤的現象；藉由門診瞭解孕婦是否有不正常的腹痛、出血，並在超音波檢查時

⁹⁴³ 不論 2D、3D 或是 4D 超音波都是利用物理原理，將胎兒的狀況透過平面影像呈現出來，3D 是將 2D 平面圖像連接後變成立體影像；4D 則是將 3D 影像透過高速掃描而變成「動態影像」，但實際上 2D 超音波最能觀察出胎兒狀況，3D 與 4D 則是紀念成分較高。

一併觀察是否有胎盤早期剝離的狀況。若確認為高危險妊娠孕婦，更應定期產檢，密切觀察胎兒與孕婦的各項變化。高危險妊娠的處理決策，往往受懷孕週數的影響，一方面要考慮胎兒若在腹中待太久會不會造成孕婦及胎兒的危險，另一方面須考量若寶寶出生的週數太小會不會出現嚴重後遺症。由於孕期 24 週之前胎兒肺部的功能很差，若因必要因素胎兒須在 24 週之前出生，則該早產兒存活機率不高。24 週之後出生，寶寶存活的的機率會隨著週數而增加，愈靠近 28 週，存活機會愈大，但寶寶因早產兒，故仍有機會得到嚴重的早產兒相關疾病。28 週以後出生的寶寶幾乎都能存活，但是仍會受到早產兒後遺症影響。

此次產檢中對作胎兒超音波檢查，具有下列功能：1.確認胎兒是否為子宮內受孕。2.可藉由超音波檢查測量胎兒的頭臀徑，經期不固定的孕婦也可計算出懷孕週數與預產期。3.觀察胎兒是否正常發育中。4.觀察胎盤位置是否正確以及胎兒羊水量。5.觀察胎兒是否有嚴重畸形。6.觀察胎位是否正確。7.追蹤之前發現的異常狀況。8.觀察結果若出現異常可及早做治療或處置。從而，健保給付的超音波檢查內容會以前述功能須求為主，在懷孕 20 週時，健保會給付一次超音波量胎兒大小（體重），測量胎兒的大小基本上是根據胎兒的三圍（頭圍、腹圍、大腿骨長），由這三樣數據去預測胎兒體重，但是既然是預測，自然會有誤差值，操作的人員、機器不同、胎兒的姿勢等變數都有可能影響觀測結果的準確度。若孕婦想要在其他時間知道胎兒的體重、或想看看胎兒狀況，則需自費超音波的費用。2D 超音波（即第一級超音波）操作人員：醫師及專業技術員建議檢查週數：孕期內皆可檢查。檢查內容：胎兒體重、胎數、羊水量、胎盤位置、胎位。高層次超音波（即第二級超音波）操作人員：專長為高層次超音波的醫師、專業技術員建議檢查週數：建議懷孕 24 週以前。檢查內容：由經訓練後的專業人員進行系統化的檢測，仔細觀察胎兒是否有肢體、骨骼、器官是否有發育異常或畸形等狀況。費用：需自費，各家醫院收費不同，約 2000~3000 元不等。

第四次產檢（懷孕 28 週）產檢內容：除每次產檢例行檢查項目外，得自費

做妊娠糖尿病篩檢（OGTT：50 公克葡萄糖耐糖測試）⁹⁴⁴。葡萄糖妊娠性糖尿病篩檢，在妊娠第二期（妊娠 17 週到 28 週）可以接受 2 次免費產前檢查，包括 1 次超音波檢查及 2 次例行產檢，此項妊娠中期的檢查，可以了解胎兒的成長是否正常，孕婦的生理變化及身體狀況是否有異常狀況。此外，孕婦可自行決定是否接受母血唐氏症篩檢及 50 公克葡萄糖妊娠性糖尿病篩檢，不過，在全民健保的規定下，此兩項檢查需由孕婦自行負擔費用。懷孕過程中胎盤會分泌 placental lactogen，會使得孕婦血中的血糖上升以供胎兒使用。但是有些孕婦血糖上升的情況超過變得過高，類似得糖尿病的現象，這個現象只在懷孕時發生，因此稱為妊娠糖尿病。

若有血糖過高但是卻不治療的話，胎兒會因為血糖高而吸收過多成長太快，到時候出生時可能會變成巨嬰增加剖腹產、肩難產的危險，胎兒可能在出生後面臨到體內血糖突然低下而造成的低血糖休克。而孕婦如果沒有控制好血糖，這些病人長期追蹤發生糖尿病之機會 10 年後有 25%，15 年後高達 35%。

第三款第五-八次產檢（懷孕 32-38 週）

第五次產檢（懷孕 32 週）產檢內容，除每次產檢例行檢查項目外，重點在 B 型肝炎表面抗原檢查（HBsAG 與 HBeAG）、第二次梅毒血清反應檢查。

B 型肝炎表面抗原檢查：若孕婦本身為 B 型肝炎帶原者，可能會因為垂直感染，胎兒未來可能會得到 B 型肝炎。胎兒感染主要發生在生產中或生產後，嬰

⁹⁴⁴ **STEP1.GLUCOSE TEST 葡萄糖妊娠性糖尿病篩檢**：請孕婦在 24~28 周間，不須空腹，喝下葡萄糖泡成的糖水 50G，然後一個小時之後抽血糖，如果抽血的結果超過標準值，便認定為篩檢異常。不過有時候有些孕媽咪愛喝甜的飲料，容易造成結果呈現陽性，因此需要進行糖耐受性試驗，以確定是否真的有妊娠糖尿病的可能。

STEP2.OGTT 糖耐受性試驗：需要空腹 8 小時，抽 4 次血，先抽一次空腹血糖，然後喝下泡成糖水的 100g 葡萄糖。然後每隔 1 小時，就抽 1 次血糖，共抽 3 次，抽血結果的標準值分別為第 1 次 105、第 2 次 190、第 3 次 165 以及第 4 次 145。若 4 次抽血的數值中有兩項超過標準值，便需要照會營養師調整飲食，如果之後後續的追蹤發現血糖控制的情形還是不好，則需要進行胰島素治療調整血糖。

兒接觸到母親的血液及其他體液（乳汁）。如果 B 肝帶原的媽媽在懷孕時被檢查出 HBeAG 陽性，這些婦女在生產前後有 70 到 90% 的機會感染她們的新生兒，出生後 24 小時內給予 B 型肝炎免疫球蛋白，加上第一劑的 B 型肝炎疫苗可以增加對帶原者母親嬰兒的保護率達 85 到 90%。但若檢查結果呈現陽性也可在寶寶出生之後，趕緊替他施打免疫球蛋白即可。接種 B 型肝炎疫苗可以有效地預防 B 型肝炎垂直及水平性的傳染，預防接種可以避免 70-90% 帶原者母親的嬰兒產生持續的帶原狀態，並可避免高達 95% 的水平傳染（小孩傳給小孩）。

第二次梅毒血清反應測試：若第一次測試結果呈現偽陽性則需進一步以螺旋體抗原做檢驗，若測試結果確定陽性由於垂直感染的機率很高，因此通常會在孕期中以青黴素治療，但仍需持續觀察胎兒生長狀況。若胎兒已不幸遭到感染則可能罹患先天性梅毒症候群或造成早產、胎兒畸形等情形。在無梅毒感染的情況下，梅毒血清反應測試亦可能會出現陽性反應，雖然它的效價很少會超過 1:8 臨床上，可引起偽陽性反應的情況大致可分為兩種急性與慢性反應兩種。(1) 急性反應：在六個月之內偽陽性自然就會消失，例如：病毒感染，黴漿菌感染和瘧疾。(2) 慢性反應：持續六個月以上，例如：自體免疫疾病包括全身性紅斑狼瘡、結締組織病、風濕熱等；使用靜脈注射毒品和老化。

第六次產檢（懷孕 34 週）、第七次產檢（懷孕 36 週）、第八次產檢（懷孕 38 週），產檢內容雖然均是產檢例行性檢查項目，但此段時期為早期發現因妊娠所帶來問題，例如，妊娠毒血症、胎盤早期撥離、前置性胎盤等，以作適當處置，提高胎兒及孕婦安全分娩、降低早產或死產風險等。

第四款第九次產檢至生產前

第九次產檢（懷孕 39 週），產檢內容除了產檢例行性檢查項目外，須作產前衛教（注意事項與心理建設）。

第十次產檢（懷孕 40 週以前），產檢內容除了產檢例行性檢查項目外，須注意到過期妊娠檢查（包括超音波檢查與胎兒心跳監視器）。從受精日起算若超過

294 天仍未生產，醫學上認定為過期妊娠，導致過期妊娠的原因不明，通常確定過期妊娠時，會建議先進行超音波檢查，確認胎兒與胎盤位置、羊水量、胎兒體重並監聽胎心音，進一步考慮要否施作引產，否則當胎兒在母體內過久，會開始出現胎盤過老（或鈣化）、羊水量遞減並造成胎動減少、胎兒體重過重或是週產期死亡率或罹病率的增加等狀況。一般狀況下 10 次健保產檢已足夠讓醫師及孕婦瞭解整個孕期胎兒的變化並掌握母體及胎兒的狀況，從而，不論 10 次或 15 次的產檢，其內容皆大同小異，只是逾越 10 次部分，費用由孕婦自行負擔。

第三目產檢契約特性

產檢契約內容會隨著懷孕週期其給付內容有所不同，通常，孕婦會從第一次產檢到生產會固定在一個醫療院所內。若未指定醫師或事前採預約時，會由不同醫師進行各次產檢。因醫療臨床作業通常依循常規，故而，醫師雖不同，一般仍會依前述不同孕期提供不同產檢內容醫療服務。

前次產檢報告異常告知及追蹤問題，是否會成為後一次產檢契約給付義務內容？依目前醫療作業流程觀察，每次產檢項目及孕婦、胎兒狀況會記錄在病歷上（門診診療單上），而檢查報告也會貼入病歷內報告欄（或是可透過看診室電腦查詢），後一次產檢醫師應告知或追蹤前次產檢報告為其給付義務。

總括言之，產檢契約是一個包括性契約，數次產檢契約屬可分之債，如整個孕程十個月，十次產檢均在同一醫療院所進行，固屬自然。若其中，一二次產檢契約另與他院所締結，並不影響原先所為產檢契約效力。

在產檢契約內容依臨床常規按懷孕週期進行，無論是否同屬一個醫療機構，後次產檢醫師給付義務解釋上應對前次產檢報告結果為追蹤，此基於「預見可能性」及「結果損害嚴重性」考量。如無法透過院際合作醫療資訊網查知，亦須盡到告知孕婦應前往追蹤該報告重要性，這尤其涉及人工流產權（生育決定權）問題，影響嚴重性高。

第四目產檢契約均為手段債務類型嗎？

依通說見解，醫療契約性質上屬於「給付行為」非「給付結果」債務類型。惟若基於本文所建置醫療契約法理架構上思考，醫療契約締結時，「給付一定結果」是契約當事人契約拘束力所及，此時「歸責事由嚴格化程度」是高的，認定上應承認系爭醫療契約屬於結果債務方為妥適，蓋尊重私法自治契約自由原則。例如，孕婦至「唐氏症篩檢」專科醫療機構門診，與一位此方面專業醫師締結「唐氏症篩檢」產檢契約，當事人締約目的如能確認是「給付一定結果：確診胎兒是否為唐氏症」，一旦出生時是唐氏症，當事人締約目的未達，醫師債務責任即成立，如無不可歸責事由時，即應負賠償責任。

從而，本文仍認為確認某個契約類型是否屬於結果債務或手段債務，審視具體個案當事人契約拘束力，應視存於其間「歸責事由嚴格化程度」來認定是結果債務還是手段債務較為妥適。

第五目以新光醫院唐氏症案為例⁹⁴⁵

第一款案件事實及法律依據

一、事實

朱小姐是高齡產婦，與張先生為夫妻。82年5月間於新光醫院接受產前檢查。產檢期間因慮胎兒有唐氏症等身心障礙疾病之虞，產檢門診主治醫師吳醫師安排其82年7月間接受羊膜穿刺篩檢術，取得檢體交由該院婦產科附設的「不孕症及試管嬰兒研究室」黃姓實習技術員進行檢驗工作。不料，嗣後因檢驗資料分析判讀上的失誤，未驗出胎兒染色體異常，卻仍宣稱胎兒染色體正常，致使朱小姐不但未實施人工流產且一再安胎，同年12月間，生下患有唐氏症、無肛症、動脈導管閉鎖不全等具有多重重度先天殘障的張童。故而，朱小姐與張先生共同

⁹⁴⁵ 附件三 CaseO&G6：士林地院 84 年度重訴字第 147 號(850905)、台灣高等法院 85 年度重上字第 464 號(880330)、最高法院 90 年度台上字第 468 號判決（900322）、台灣高等法院 90 年度重上更(一)字第 48 號判決(910319)：原告一部勝訴、最高法院 92 年度台上字第 1057 號判決(920522)：駁回

為原告，以新光醫院、該院婦產科兼「不孕症及試管嬰兒研究室」黃主任與黃技術員等三人為共同被告，主張新光醫院基於醫療契約當事人地位，應依民法第 224 條規定，就黃主任與黃實習技術員的行為，對原告負不完全給付之債務不履行責任。另主張：黃主任與黃實習技術員共同不法侵害原告權利，應依民法第 184、185 條規定，連帶負侵權行為損害賠償責任。而新光醫院為黃主任與黃實習技術員的僱用人，應依民法第 188 條規定，與其受僱人連帶負損害賠償責任。訴請求連帶賠償 1,941 萬元。

二、 訴訟經過

本案士林地院 84 年重訴字第 147 號判決，法院認為不成立侵權責任問題（原告無權利受損）。但成立契約責任，新光醫院應負不完全給付賠償責任，僅承認請求權人為朱小姐，張先生非醫療契約當事人故無契約責任請求權。另被告黃主任與黃實習技術員非契約當事人亦無契約責任之適用。朱小姐得請求損賠範圍為，醫療費用部分為 36 萬元、人力照顧費用部分為 457 萬元、特殊教育費用部分 207 萬。朱小姐得請求總額約 701 萬，其餘生活費用及非財產上損害賠償不得請求。

台灣高等法院 85 年重上字第 464 號判決，法院見解與士林地院判決相同。惟損害賠償範圍計算上與地院略有不同，認為醫療費用部分為 59 萬元、人力照顧費用部分為 338 萬元、特殊教育費用部分 289 萬。朱小姐得請求總額約 686 萬。

最高法院 90 年台上第 468 判決，法院認為朱小姐是否「無權利」受損及損害賠償範圍核定內容仍存有疑義，廢棄發回原審法院。

更審後台灣高等法院 90 年重上更（一）字第 48 號判決，法院認為除原審法院所認定契約責任損害賠償責任存在外，另肯認有「權利」為被告黃主任及黃實習技術員所侵害，伊等應負損害賠償責任。損害範圍為醫療費用部分為 39 萬元、人力照顧費用部分為 481 萬元、特殊教育費用部分 243 萬。朱小姐因對醫療費用及特殊教育費用未再聲明不服，故此部分已確定不得請求，故得請求總額約 725 萬。

更審後最高法院 92 年台上第 1057 號判決，認為台灣高等法院原審法院判決

並無違誤，駁回兩造上訴確定。

第二款本案爭點

本產檢中所生錯誤，致使「醫療目的」不達，為損害內涵，是屬於本文圖表二①類型，此種「瑕疵損害」，如何計算賠償範圍及認定因果關係。

第三款法律適用上

壹、無消保法適用

本案當事人並無提出消保法為請求權基礎，故本案判決並無討論消保法問題。本文承前述所論及醫療美容整型類型，如為「美的評價給付利益」受損害而非「固有利益」受有損害，基於消費者保費法其保護客體不包括「給付利益」⁹⁴⁶，故本案所受損害「醫療目的給付利益」，即便是本案當事人依消保法請求時，解釋上也應無消保法服務責任適用。

貳、就契約與侵權責任成立要件探討

向來我國民事責任在責任成立要件上，承如本文第四章所論及，無論是「過失（責任原因事實）」、「損害」及「因果關係」判斷上，不因契約或侵權責任而有所不同。故以下本文基於傳統民事責任體系對新光唐氏症案提出說明。

一、責任原因事實

本案醫療過失判斷上，須針對「誰有過失」及「過失之處」。

（一）醫療機構

1、法院見解

法院只認為，新光醫院因其履行輔助人過失而負「為他人過失」債務不履行責任。

2、本文看法

基契約責任而論，本文認為新光醫院對系爭個案過失發生，有醫療機構管理

⁹⁴⁶ 有關消保法保護客體探討，請參陳忠五，前揭註 62，頁 119-121。

上疏失問題，故而，新光醫院其實是為自己在管理上疏失，未選任具有從事「唐氏症基因篩檢分析」能力人員，提供符合「唐氏症基因篩檢」產檢契約的「醫療水準」服務品質，從而，新光醫院未依「唐氏症基因篩檢」產檢契約債之本旨履行，違反善管人注意義務，應就自己過失行為負責。此部分類似於英國法 *Bull v Devon Area Health Authority* 案件中，曾論及醫院人員配置不足以掛號員來協助接生，致使雙胞胎其中一位因接生人員（掛號員）專業知識欠缺，處理流程失當而致新生兒腦性麻痺案件一樣，由該醫院負機構責任⁹⁴⁷。本文之所以要如此區分，理由有二，一是，認定醫院為自己管理上過失負責，避免機構是為他人行為負責，事後可對受僱人內部求償，如此一來醫療機構將自己經營風險不利益轉嫁給相對弱勢醫療從業人員負擔。另一是，提高醫療安全服務品質考量，蓋醫療機構管理採企業管理經營模式，有關經營成本、風險評估及經營績效是相互消長，機構利用手足之延展（醫療從業人員）為其創造經營利潤，就人員配置上，一位具專門生醫專業技術人員與一般專技人員聘僱薪資成本差異大，用低薪資成本人員從事專業性高的醫療臨床工作，如有過失所致篩檢失敗結果，容易在審判實務上被認為涵蓋在該項檢查技術合理誤差值內，如此一來，會使醫療機構抱著僥倖心態，對機構安全品質把關不利，對於患者權益較無保障。

就侵權責任而言，醫療機構因自己管理有疏失，是否能主張其具侵權行為能力，從而應負侵權責任？本案就侵權責任並未對新光醫院部分科予，僅對黃姓實習技術員及黃主任為判定。惟本文基於我國通說⁹⁴⁸採法人實在說，承前所論，新光醫院管理有其疏失，故而，對新光醫院得依第 184 條請求其依侵權責任負責。

（二） 醫療從業人員

1、 法院見解

本案各審級法院均認為黃主任與黃姓實習技術員有過失，黃姓實習技術員過

⁹⁴⁷ *Bull v Devon Area Health Authority* (1993) 4 MedLR 117 (CA).

⁹⁴⁸ 王澤鑑，〈民法總則在實務上的最新發展(一)-最高法院九〇年及九一年度若干判決的評釋(法人民事責任的體系構成)〉，台灣本土法學第 52 期，2003 年。實務上採肯定法人之侵權責任能力，最高法院 93 台上字第 1956 號判決、96 年台上字第 1457 號判決、98 年台聲字第 175 裁定；採否定見解實務，例如有 95 年台上字第 338 號判決、95 年台上字第 2550 號判決等。

失在未具備符合「獨力從事羊水染色體培養分析及解讀能力卻獨力進行系爭個案羊水檢體處理工作」，而黃主任過失之點在「為該科室主任明知黃員未具該等能力卻任其單獨為之」，故二人均有侵權責任。

2、 本文見解

系爭個案新光醫院於本案發生之際，並未配置符合從事「羊水染色體培養分析及解讀所應具備的專業設備及專業人員」，此為兩造不爭執事實。此即為構成新光醫院無法依系爭契約關係提出符合債務本旨的履行債務內容，具有「歸責事由」。

基上，從契約責任而論，如何判定新光醫院「歸責事由是否具備」才是審理攻防重點，至於，該可歸責事由是由誰的手導致並不重要的，因為只有醫院才是契約當事人。從而，本文認為新光醫院欠缺從事系爭醫療行為所應具備醫療設備及人員配置，已具備「歸責事由」應負債務不履行責任。

另就侵權責任而言，法院具體審酌過失行為人為誰，才是具有意義。同前所述法院見解不再贅引。

二、 損害

「損害」概念二重性，本文已於前述第三章曾論及。此處判斷的損害係指「受侵害客體（權利或利益）」，屬於責任成立位階的「損害」。而向來我國實務通說認為損害賠償請求，以被害人實際上受有損害為必要，無損害即無賠償⁹⁴⁹，此處損害指的是「責任範圍的損害」。從而，有認為責任成立要件「損害」只是一個前提，並非屬訴求目的，故二者似無區分必要⁹⁵⁰。本文認為基於民事責任「損害填補」原則，並非我國明文規定，在新興醫療民事類型中，有時「給付利益預期

⁹⁴⁹ 孫森焱，前揭註 116，頁 224、443；王澤鑑，前揭註 117，頁 223。；林誠二，「債法總論新解一體化解說，上冊」，頁 556，瑞興，2010 年；劉春堂，「判解民法債編通則」，頁 80，三民，2000 年。實務見解最高法院 18 年上字第 2746 號判例、19 年上字第 363 號判例、19 年上字第 3150 號判例、84 年台上第 2131 號判決、85 年台上第 736 號判決、最高法院 67 年度第 13 次民庭庭推總會決議等

⁹⁵⁰ 針此，學者陳忠五認為二者有區分必要，詳細論證參陳忠五，前揭註 62，頁 140-141。

受有損害並無具體實際損害發生時（例如美的評價利益未獲滿足、早期發現早期治療資訊權受損傷），如不允許此類損害有機會獲得賠償，似乎對於被害人權益保護不周，尤其，在契約法領域，契約當事人契約拘束力所及「美的評價利益、早期發現資訊利益」，一但具歸責事由責任成立後，如何判斷責任範圍的損害？成爲問題關鍵所在。基上所論，本文認爲區分二者有其實益，尤其是誠如學者陳忠五所言，在保留我國法上承認「象徵性賠償金」或「名義性賠償金」的可能性上考量。本文認爲在具體個案中，一但法院確認債權人權益受有損害，即得依民事訴訟法第 222 條第 2 項判令債務人給付「象徵性賠償金」或「名義性賠償金」。

（一） 本案受損客體爲何？

朱小姐作「羊膜穿刺篩檢術」的契約目的，在取得「腹中胎兒染色體是否正常的正確資訊」給付利益。倘若獲得資訊是「異常」時，朱小姐有自主決定選擇「要否繼續懷孕或中止」權利。

1、 法院見解

士林地院及更審前台灣高等法院見解認爲，朱小姐並無「墮胎自由權或生育自我決定權」受侵害⁹⁵¹，但新光醫院應對朱小姐負債務不履行責任。

最高法院及更審後台灣高等法院、更審後最高法院見解認爲，刑法上「墮胎罪保護客體」與民法上「侵權行爲的被害客體」實屬二事，法院對此侵權行爲的被害客體從優生保健法相關規定導出「人工流產決定選擇之自由權利」。學者侯英泠教授認爲「家庭生育計畫之自主決定權」爲系爭個案侵權行爲被害客體，應類歸於人格權或人格利益⁹⁵²。學者陳忠五則是認爲應將此「人工流產決定選擇之自由權利」納歸「自由權」，屬於人格權下位概念，若不承認「人工流產決定選

⁹⁵¹ 贊成此見解：侯英泠（2002），〈「計畫外生命」與「計畫外生育」之民事上賠償責任爭議〉，成大法學第 4 期，頁 206 以下，2002 年；侯英泠，前揭註 223，頁 70。採否定此見解：陳忠五，前揭註 62，頁 148 以下。惟學者王澤鑑，在其 2010 年出版書籍，以比較法觀點肯定最高法院見解認定產婦有「生育的自主決定權」，參王澤鑑，前揭註 117，頁 175。

⁹⁵² 侯英泠，前揭註 117，頁 71 以下；侯英泠，前揭註 951，頁 206 以下。

擇是一種自由權時」，則亦仍得將此決定選擇權納入「其他人格法益」⁹⁵³。

2、 本文看法

系爭個案涉及英德比較法中「wrongful birth」類型爭議，由於系爭個案並未以天生殘疾胎兒名義訴請賠償，故無「wrongful life」類型爭議，也非純屬人工生殖或避孕問題「wrongful conception case」。

面對一個天生殘缺生命，要否令其來到世上？是一個值得深思課題。不過，這非民事責任要思考的問題。系爭個案更審前地院及高院均以系爭個案因懷有唐氏症胎兒，僅是取得刑法墮胎罪阻卻違法事由非因而取得一個墮胎權利，本文認為該二個法院判決見解係基於對刑法犯罪論二階或三階理論的迷思所致。然而，姑且不論阻卻違法事由具備是取得有罪但不罰？還是根本是取得正當化是無罪的問題非不罰問題⁹⁵⁴？若從法律政策民刑思考點及保護原本即不會相同，無須從檢索刑法保護法益來探討民法保護客體，因為有時會有差距。

民事責任體系保護客體，會否因主張契約與侵權責任而有所不同？基於本文前述第三章所論及，通說認為契約保護客體為權利及利益，而侵權保護客體原則是權利，即便承通說所言，系爭個案中，認為該選擇生育決定利益應是契約責任所保護，原告亦得主張其原本得依優生保健法第9條第1項第4款⁹⁵⁵為依據，

⁹⁵³ 陳忠五，前揭註62，頁173以下。

⁹⁵⁴ 進一步文獻，請參陳忠五，前揭註62，頁148-153；林山田，「刑法通論，上冊」，頁267、268及344，自版，2002年；黃榮堅，「基礎刑法學，上冊」，頁154-155，元照，2003年。

⁹⁵⁵ 優生保健法第九條（人工流產之條件、同意及標準之訂定）

第一項：懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：

一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。

二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。

三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。

四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。

五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。

主張被告有民法第 184 條第 2 項適用，不若如系爭個案更審前地院及高院判決所言，無權利受損。

（二） 誰的權益受損？

系爭個案朱小姐為「人工流產自主決定權」的權利歸屬主體。但朱小姐的配偶張先生及張童有何種權益受損？

1、 法院見解

地院及更審前高等法院、最高法院認為張先生並非權益受損的主體，並未說明理由。而本案並未討論到張童有無請求權問題。

2、 本文看法

天生殘缺的張童在本案並非原告，是否因出生天生殘缺而認為受有損害？本文認為因張童原本是天生殘缺，其殘缺他人行為無原因力，故而並無權益受損，得向任何人求償。但就其因殘缺生命所帶來的往後費用經濟負擔，則會轉嫁到父母法定扶養義務。後續，須視其出生若因是母親已知悉胎兒原屬殘缺生命但仍決定使其出生時，則過重生活經濟負擔則終局由父母負擔；倘若其出生係因母親獲得其為正常情形兒出生時，則轉由提供該錯誤資訊的醫療院所及醫師負擔，至於，如此解釋會否令醫療方負擔太重問題，則是屬於另一要否靠保險制度轉嫁風險問題。

至於，孕婦之配偶能否主張其與孕婦共同擁有人工流產決定權⁹⁵⁶，進而，主張配偶因日後須對其子女殘缺生命的經濟費用所滋生負擔故有所損害。本文基於孕婦「人工流產自主決定權」依據是優生保健法第 9 條第 1 項，此權益主體僅有

六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者。

第二項：未婚之未成年人或受監護或輔助宣告之人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人或輔助人之同意。有配偶者，依前項第六款規定施行人工流產，應得配偶之同意。但配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。

第三項：第一項所定人工流產情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研擬後，訂定標準公告之。

⁹⁵⁶ 依據優生保健法第 11 條第 2 項受告知及勸告義務的相對人包括孕婦之配偶。

孕婦，故而贊成更審後高院及最高法院見解配偶張先生並無此權益受損得援據請求。至於，殘缺子女出生所帶來龐大扶養費用，依民法第 1115 條第 3 項規定意旨則由同親等父母依各自經濟能力分擔，倘若母親因殘缺子女出生因而獲有損害賠償費用，此費用解釋上即應用於計算入母親扶養經濟能力，故而雖父親雖未獲損害賠償，也不致於對此有逾越經濟負擔。

參、損害賠償範圍問題

此部分探討的問題是屬於責任範圍位階內的損害問題，以下先就朱小姐請求項目區分財產上（醫療費用、人力照顧費用、特殊教育費用及生活費用）及非財產上損害（慰撫金），就「損害有無」及「損益相抵問題」探討。

一般而論，「損害有無」確定，以訴訟程序「事實審言詞辯論終結時」已發生屬於「現在損害」為主，將來可能會發生的損害部分（潛在性、延展性），須具有「合理可預見」為前提，方能將此部分「未來可能發生損害一併納入損害範圍計算」⁹⁵⁷。

至於，「損益相抵問題」依民法第 216 條之 1 規定意旨，須視有「基於同一原因事實受有損害並同受利益」情形，方得主張。

一、財產上損害

（一）醫療費用、人力照顧費用、特殊教育費用

此部分費用支出，系爭個案各法院見解均認為應屬賠償事項，為數額認定上標準有所。本文贊同法院賠償事項見解及以孕婦朱小姐生命餘年為計算範圍。但就損害如何計算？向來容有不同見解，有從填補被害人損害角度採主觀說、從舉證責任分配損害角度採客觀說⁹⁵⁸及兼顧主觀說理想客觀說⁹⁵⁹，本文基於思考被害人主觀價值須受重視並兼顧加害人負擔不致過重，贊同兼顧主觀說理想客觀說，

⁹⁵⁷ 雖說如此，但有關醫療傷害後續所生的損害是否為言詞辯論終結前得合理預見範圍？還是未被預見範圍？實務上判斷是一個難題，這非但涉及損害範圍計算，還涉及能否針對後續所生損害另訴請求及時效問題，相關案件如附件三婦幼醫院植物人案。

⁹⁵⁸ 有關損害賠償計算及分析，參曾世雄、詹森林，前揭註 198，頁 191-227。

⁹⁵⁹ 陳忠五，前揭註 62，頁 204-205。

故而，有關此部分費用損失認定，會相較法院所認定數額大。

（二）生活費用

有關殘缺生命議題，所引發父母對該兒童生活費用，原屬於父母對子女法定一般扶養義務部分，是否應納入損害賠償範圍計算，向為國內外學者所爭執⁹⁶⁰。系爭個案地院及更審前高院判決否定原告此項請求，更審前最高法院針此未表明意見。更審後程序原告未再針此項提出請求。

本文認為最高法院在他案⁹⁶¹，曾肯定子女生活費用為被害人身體健康權受侵害後所增加生活上支出費用，基於同一邏輯下，似乎解釋上在本案最高法院亦會採肯定說。其實在系爭個案中要否承認子女生活費用支出，將會涉及到「損害認定」及「因果關係」判定，可否認為此「生活費用支出的經濟上不利益」是一種損害，且與醫療過失間具因果關係？本文認為朱小姐原本有機會（只要提供正確產檢資訊）選擇終止懷孕即不用支出殘缺生命子女的生活費用，故而，此筆支出的經濟上不利益非但是損害且與醫院所提供不正確資訊間具因果關係。依民法第 195 條第 1 項請求。

二、非財產上損害

系爭個案地院及更審前高院均認為原告無侵權責任請求權，故而無法以契約債務不履行請求依民法第 195 條第 1 項請求。而更審前最高法院對此並未表示意見。

惟本文認為承前所述，系爭個案朱小姐「人工流產自我決定權」性質上屬於「自由權或其他人格法益」，本為民法第 195 條第 1 項保護客體，揆諸判決當時已有民法第 227 條之 1 草案規範，依法律闡釋論似乎得將其視為一種法理而援引是用於契約債務不履行請求案例中方為穩妥。

⁹⁶⁰ 王澤鑑，前揭註 117，頁 173-179；陳忠五，前揭註 62，頁 208-244；侯英泠，前揭註 951，頁 209-220 以下。

⁹⁶¹ 最高法院 56 年第 3 次民刑庭決議（遭致強姦所生子女支應該子女生活費用）、62 年台上字第 2693 號判例，二案所援引請求權基礎均為民法第 193 條第 1 項。

第四款傳統民事契約責任與本文建構理論適用上差異

承前所述，當新興醫療類型民事事件想依循傳統民事契約責任，適用上很容易在「保護客體」、「義務違反」、「因果關係」及「損害範圍」中產生與傳統概念不少扞格之處，而患者的權益很容易被淹沒於中而無法獲得應有保障。

相較於本文建置「私法自治契約自由原則下，當事人契約拘束力＝契約義務＝歸責事由內涵＝如具備時，債務不履行。」及「區分結果債務與手段債務類型，在結果債務類型，適用義務違反及因果關係推定」，似乎是會較傳統民事責任運作上在責任成立要件上較為有利。細繹言之，本文認為如是屬前述產檢常規十次產檢契約類型，解釋上締約當事人契約拘束力是「履行一定行為的手段債務類型」。然而，在系爭個案朱小姐因慮其高齡產婦恐有生產出天生殘疾的唐氏症兒，故而於產檢期間另與醫院締結「篩檢唐氏兒的羊膜穿刺術已取得胎兒是否為唐氏症的正確資訊」為當事人契約拘束力所及，其間契約目的特定「給付正確遺傳資訊結果為結果債務」，此時應認為存乎系爭個案當事人間歸責事由嚴格化程度是高的，一旦契約目的不達（朱小姐因錯誤資訊誕生唐氏兒張童），醫院即具可歸責性，除非醫院能舉出免責事由，否則應負損害賠償責任。接下來責任範圍部分則與傳統民事契約責任認定上大致相致。

第三項住院醫療契約-以精神科為例

第一目徘徊在真實與夢幻間

對精神疾病與心理障礙二者普遍存在著誤解，很多人以為：精神疾病就是一種病，是腦內化學物質發生障礙；而心理問題，則是純屬愛胡思亂想的結果，這是誤解。事實上，在絕大多數的精神醫學教科書裡面，開宗明義就表示：精神醫學沒有「疾病」，只有「障礙症」，因為人類科技到目前為止，無法確認精神疾病的病因，也沒有辦法安排檢查，更不能精確診斷，為了研究與治療，精神醫學家只好將一些出現特定症狀的人，歸納成爲一類，然後給予一個暫時性的「病名」，這個病名就叫做障礙症（disorder），與其他醫學的疾病（disease）不同。

故而，障礙症的「障礙」兩個字就可以看的出來：倘若有特定的症狀，也可以歸納成某個障礙症，但如果這些症狀對於當事人或家屬沒有任何障礙，那麼也不能診斷為「障礙症」。

某甲患者可能具有沒有根據、違反事實、卻堅信不移的信念，在精神醫學上稱之為「妄想」。但是我們在診斷甲患者是妄想症患者，須根據精神疾病的診斷規則（guideline），甲患者一定要發生「障礙」，例如，生活上的、社交能力、工作能力的障礙，這時候，才能診斷為「障礙症」。

第二目精神疾病跟其他疾病有三大不同之處⁹⁶²：

精神科住院契約內涵，因精神疾病與其他一般疾病不同，故本文認為須就精神疾病與其他疾病不同之處作進一步介紹。依精神衛生法第3條第1款：「精神疾病：指思考、情緒、知覺、認知、行為等精神狀態表現異常，致其適應生活之功能發生障礙，需給予醫療及照顧之疾病；其範圍包括精神病、精神官能症、酒癮、藥癮及其他經中央主管機關認定之精神疾病，但不包括反社會人格違常。」。

從而，我們如將精神疾病跟其他疾病作區分，可歸納為三點。一，將精神疾病是一種統計學上的歸類，但在這個歸類底下，究竟有多少疾病？沒人知道。舉例來說：一位癌症化療中情緒低落的男子，跟一位飽受感情出軌夫妻衝突之苦的婦女，兩人都被診斷為憂鬱症。但是兩個人的憂鬱症可能是不同的疾病，只是因為現代醫學科技無法分辨，所以通通叫做「憂鬱症」。二，即使症狀很明顯，已經可以符合精神疾病的歸類，但是只要患者、家屬以及多數人都不感覺到問題，那就不能診斷為精神疾病。舉例來說：國父孫中山為了創建民國，放棄醫師身分，一天到晚奔波在海外，不斷演講。這種行為，已經符合「躁鬱症」的診斷—話多、活動量大、過度熱衷社會活動。但是因為國父成功地創建民國，沒人認為他的革命志業是一種「障礙」，這時，我們就不能診斷他為躁鬱症。三，精神疾病是相對的，跟醫師的主觀信念有關。最有名的例子就是同性戀爭議，保守派要把同性

⁹⁶² <http://www.reangel.com/05.php?CI=1>

戀界定為精神疾病，但同性戀團體不斷抗爭，最後，同性戀就「不是」精神疾病了。另一個例子是：基督教的醫師遇到道教的患者，患者的一些宗教行為，諸如：起乩、扶鸞、天眼通等，很容易被斷定為症狀之一。所以，倘若精神科醫師的視野太小，或有特定偏見，誤診的機率就不小。

很多人會認為生理問題引起的是精神疾病；心理問題引起的是心理障礙。其實不然。不管精神疾病或心理障礙，都同時包括有：生理、心理、社會因素。兩者之間，唯一的差別，只是在於精神疾病是經過診斷的，而無法診斷的，就叫做心理障礙。

以憂鬱為例：倘若已經符合重度憂鬱症的診斷，那麼就算是精神疾病；倘若符合情感低落症，那也算是精神疾病；要是翻遍整本診斷法則，找不到一個適合的診斷，那麼，只能算是憂鬱的心理障礙而已。

所以大略的分，輕微的時候，算是心理障礙；嚴重的時候，才能算是精神疾病。而精神疾病與心理障礙會並存，一個人可能在焦慮方面，已經達到焦慮症的程度，但是在憂鬱方面，還不能達到憂鬱症程度。這時候，我們只能說：他有焦慮症，但是合併有憂鬱的心理障礙。有些時候，同一個障礙症，卻會出現不只一種症狀，例如：邊緣性人格違常患者，經常同時出現焦慮、憂鬱、恐慌、被害妄想等的問題。但我們不能同時下焦慮症、憂鬱症、恐慌症、妄想症四個診斷。我們只能診斷一個「邊緣性人格違常」而已。診斷要精準，在足以解釋全部病情的前提下，診斷越少越好。

爲了達到精確診斷的目標，臨床精神醫學幾分鐘的問診是不夠的，每一個症狀，都必須經過精神病理學的分析，才能夠釐清。在完全釐清之後，往往會符合不只一個診斷，這時候，必須利用診斷學技巧，才能選擇出一個最精準的診斷。

就以幻聽為例。醫師絕對不能單單問：「你會不會聽到一些別人聽不到的聲音？」就此肯定或否定幻聽。因爲很多有幻聽的患者，會認為別人也聽的到，只是不願意承認而已。倘若醫師這樣問，一定會錯失這些患者。所以光是幻聽，我們必須確定聲音的品質，確定音源，確定語音內容，確定性別與人數等等。所以

問句必然包括：「你是聽到的？還是腦海中浮現的？」、「那些聲音是講話聲？還是音樂或噪音？」、「有幾個人正在講話？」、「他們是對你講話還是彼此交談？」、「他們知道你心中的想法嗎？」、「他們是男生還是女生？」、「他們距離你有多遠？」、「他們會不會停下來休息？」、「爲什麼他們要來找你講話？」等等。

所有的症狀都是如此，不管是分析精神疾病或心理障礙，釐清所有的症狀，才能進行更複雜的精神病理學，最後才能診斷。根據國外的標準，精神科門診，一位患者至少得談上一個小時，道理就是在這裡。精神醫學是慢工出細活的，不管醫師醫術有多高明，不花時間，不下苦工，表現一定不會太好。倘若診斷不夠精確，治療時間可能就會拉長，徒然增加醫療費用與精神耗損。

所以，不管是「精神分裂症」、「躁鬱症」、「憂鬱症」、「強迫症」、「恐慌症」、「畏懼症」、「創傷後壓力症候群」、「身心症」、「人格障礙症」、「暴食症」等等，所有診斷都只是一種精神醫學將就醫患者症狀（心理障礙程度），經由冗長的問診分類而已。

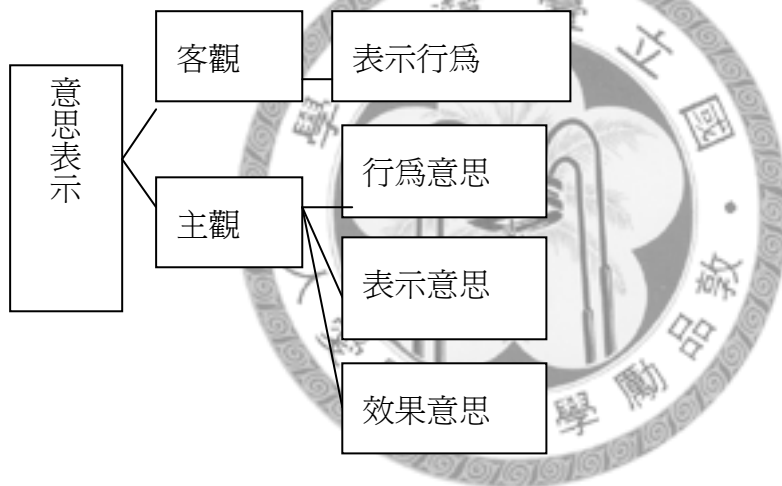
然而，醫學學者自然不會滿足於這樣的分類，他們會進一步研究。到目前的研究發現：這些疾病可能跟基因、腦內化學物質有關，但是跟家庭問題、壓力事件也有關。但是究竟是什麼樣的關聯，那就沒人知道了。而每一種疾病與上述因素的關聯性也差很多。諸如躁鬱症與憂鬱症，躁鬱症的遺傳因素就比憂鬱症來的強烈。但是，醫師們通常沒時間解釋這麼多，所以往往跟患者講：你的問題就是腦內化學物質不平衡。其實正確的說法是：「你的問題可能跟腦內化學物質不平衡有關。」但是，許多熱心的志工與非專業的助人者就會自動簡化爲：精神問題「就是」腦內化學物質不平衡造成的。

所以，精神科醫師經常開藥給患者。但是，這些藥物的原理到現在還是不明白。我們唯一知道的就是：經過實驗證實，有些人服用這些藥物可以減輕病情，不知何故，對一些人就是無效。另外，藥物的療效通常只維持在服用期間，一旦停止藥物治療，復發率就很高。如果要有根治的效果，只有心理治療辦得到，但是效果又很慢。可想而知：最好的療法就是藥物治療與心理治療併用。

故而，「現象」、「症狀」、「心理障礙」與「精神疾病」三者是不同的。就以憂鬱為例：痛失親人的時候，多數人會出現憂鬱的「現象」，但這是正常的，跟心理障礙與精神疾病無關。但是人們通常經過幾個月以後，這種悲痛感就會消失，生活在度恢復正常，倘若沒有，憂鬱情形繼續持續，那麼就變成了一種「症狀」，而且往往可以找到一些「心理障礙」。但是，一個人如果什麼事情都沒發生，就莫名其妙嚴重憂鬱，如喪考妣，這時候，他的憂鬱就不只是現象，也不只是症狀或心理障礙，而是一種「憂鬱症」了。

第三目精神科住院醫療契約

第一款如何解釋民法第 153 條「意思表示合致」



壹、 意思能力：

意思表示人可判斷其行為在法律上效果的精神能力，此能力包括了正常認識力及預期力，為瑞士民法典第 16 條「判斷能力」，我國民法第 187 條「識別能力」，日本債權法修正基本方針【1.5.09】新設意思能力（事理辨識能力）欠缺撤銷意思表示規定。

貳、 一位精神患者須收入院治療情形

大概其臨床精神症狀會「妄想、幻覺、狂躁或憂鬱」等，皆可能影響其對外事務認知判斷，故經常患者對外會有表示行為但其主觀缺乏行為意思、表示意識及效果意思，也不可能與精神科醫師有意思表示一致之機會。故此處須援引精

神衛生法相關規定，例如第 15 條強制住院、⁹⁶³16 條精神照護機構⁹⁶⁴、19 條設置保護人⁹⁶⁵等規定，故在精神患者就醫過程如以設置保護人時，須得患者同意情形（如 20 條緊急處理、干預處置行爲 24 條等），須得保護人同意，作為補足精神患者為無行為能力（如民法第 14 I、15 條）或限制行為能力時（民法第 15-1、15-2）規定。

參、何判斷精神患者意思能力

當二十幾年前，筆者在松德病院接受精神科專科訓練過程，深夜裡，一個精神分裂症有自殺傾向患者，對我說：「我瘋了，但我不笨」。

剛好呈現出「即便是有精神症狀患者，並非當然其各方面認知判斷能力皆受到同等程度之損害，是故，精神科患者可能在可以瞭解婚姻之意義，並締結婚姻，但卻以顯不相當的對價，一直將家中財產不斷變賣，致使身無分文。」⁹⁶⁶。這可

⁹⁶³第 15 條：第 1 項精神疾病強制住院、強制社區治療有關事項，由中央主管機關精神疾病強制鑑定、強制社區治療審查會（以下簡稱審查會）審查。第 2 項前項審查會成員，應包括專科醫師、護理師、職能治療師、心理師、社會工作師、病人權益促進團體代表、法律專家及其他相關專業人士。第 3 項審查會召開審查會議，得通知審查案件之當事人或利害關係人到場說明，或主動派員訪查當事人或利害關係人。第 4 項審查會組成、審查作業及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=L0020030>

⁹⁶⁴第 16 條：第 1 項各級政府按實際需要，得設立或獎勵民間設立下列精神照護機構，提供相關照護服務：

- 一、精神醫療機構：提供精神疾病急性及慢性醫療服務。
- 二、精神護理機構：提供慢性病人收容照護服務。
- 三、心理治療所：提供病人臨床心理服務。
- 四、心理諮商所：提供病人諮商心理服務。
- 五、精神復健機構：提供社區精神復健相關服務。

第 2 項精神復健機構之設置、管理及其有關事項之辦法，由中央主管機關定之。

⁹⁶⁵第 19 條：第 1 項經專科醫師診斷或鑑定屬嚴重病人者，應置保護人一人，專科醫師並應開具診斷證明書交付保護人。第 2 項前項保護人，應考量嚴重病人利益，由監護人、法定代理人、配偶、父母、家屬等互推一人為之。第 3 項嚴重病人無保護人者，應由其戶籍所在地之直轄市或縣（市）主管機關另行選定適當人員、機構或團體為保護人；戶籍所在地不明者，由其住（居）所或所在地之直轄市或縣（市）主管機關為之。第 4 項保護人之通報流程、名冊建置等事項之辦法，由中央主管機關定之。

⁹⁶⁶ 吳建昌，〈精神科住院病人自殺事件醫師民事責任之探討〉，醫事法學第 8 期，頁 23-59，

以從英國 2005 年通過意思決定法案，2007 年施行。即可得知在臨床上判定患者有無意思能力是一件困難不易的問題。故而，精神患者要對其各項法律行為決定時，須對其當時所處時點「同意能力」進行臨床評估。

精神患者同意醫療之意思能力，從四個事實上能力予以評估⁹⁶⁷。

一，表達選擇之能力(The ability to express. choice)

二，瞭解醫療決定相關資訊之能力(The ability to understand information relevant to treatment decision making)

三，從病人本身之立場辨識資訊重要性之能力。尤其是關於自己疾病及醫療選擇之可能結果(The ability to appreciate the significance of the information for one's own situation, especially concerning one's illness and the probable consequences of one's treatment options)

四，理性思考相關資訊，以合乎邏輯之過程權衡醫療選擇之能力(The ability to reason with relevant information so as to engage in a logical process of weighing treatment options)

故而，經由上述評估後，可確知患者同意能力是否具備，再決定是否要援引「法定代理制度」或採「第三人利益契約」。⁹⁶⁸

2000 年。

⁹⁶⁷ 吳建昌，前揭註 966，頁 36-37。

⁹⁶⁸ 比較法觀察（日本）：發生精神科住院契約上訴訟有：強制入院措置を精神衛生法第 3 3 条に違反すると認め精神病院長に不法執行行為責任の成立を認めた事例（東京地方裁判所昭和 3 4 年（ワ）第 3 7 9 2 号：1963-02-13），下級裁判所民事裁判例集 1 4 卷 2 号 1 8 4 頁；精神疾患を有する入院患者が病院のベランダから転落死した場合につき病院の入院患者に対する安全管理上の債務不履行がないとされた事例：（東京地方裁判所八王子支部昭和 5 6 年（ワ）第 1 8 2 3 号，1984-12-26），判例時報 1 1 5 8 号 2 1 6 頁；日本精神衛生法三三条の合憲性及同意入院における保護義務者の確認義務及び範囲（東京地方裁判所昭和 6 0 年（ワ）第 5 5 8 6 号，1990-11-19），判例タイムズ 7 4 2 号 2 2 7 頁；精神障害者を保護義務者の同意なく入院させたことを理由に医療法人の使用責任が認められた事例（東京地方裁判所昭和 6 1 年（ワ）第 4 7 9 3 号，1992-10-26），判例時報 1 4 7 2 号 2 8 頁；同意入院における保護義務者の同意が確認義務に違反して違法であるとされた事例、同意入院患者について、精神障害の存在が否定された事例、民法七二四条の「損害及ヒ加害者ヲ知りタル時」の意識、県知事の監督権限不行使を理由とする

第二款精神科住院醫療契約內容

目前國內精神科住院醫療服務，大致包括三大項：

壹、藥物治療

藥物治療主要是針對目前精神學研究，藥物可以改善之焦慮、狂躁、憂鬱、妄想或幻覺等，而且藥物之給予通常在有個大概之診斷方向後，即可對症下藥，故有時診斷不同，也可使用相同或近似之藥物。

貳、心理治療

在精神科病人經過藥物治療較為穩定之後，可以採用支持性、認知性或者團體心理治療，來協助病人打開心中之癥結，以便為將來作規畫。

參、職能復健

在配置慢性病床之精神科醫院（例如：署立松德院區），職能復健對於住院之精神科病人是特別重要；因為住到慢性病床者，皆是其症狀不易穩定，或者其症狀雖可穩定但功能退化明顯者，而職能復健不僅可針對病人之病情需要，規畫其復健計畫之內容，為其將來之再就業做準備，故在此種慢性病房中，病人自由進出病房門口、醫院門口，甚至擔任院內工作或至院外工作，皆是常見之現象。

第四目以「台大醫院精神患者浴室自殺案」⁹⁶⁹

第一款事實及訴訟經過

壹、事實

林小姐於 77 年間經診斷為憂鬱症，有長期的鬱症（episode depression）及重鬱症（major depressive episode）病史，曾有自殺紀錄。90 年 7 月 5 日因鬱症及雙極性情感失調（BAD）經台大醫院收住入院。住院時有自殺意念。住院期間 7/10-7/12 及 8/23-8/31 醫師曾下「自殺預防」醫囑，不料，林女於 9/8 於臺大醫院

国賠請求が棄却された事例（東京地方裁判所昭和 60 年（ワ）第 6473 号、昭和 60 年（ワ）第 15477 号，1993-06-11），判例タイムズ 822 号 76 頁。

⁹⁶⁹ 臺灣高等法院民事判決 95 年度重再字第 41 號、93 年度醫上字第 1 號確定判決、台北地方法院 92 年度醫字第 6 號。

病房浴室以電蚊香上吊致生腦死為植物人。

事後，林女的法定代理人配偶戊以林女為原告，以主治醫師庚、值班護士乙及丁及台大醫院為共同被告，對庚及台大醫院依民法第 191-3 及 188 條共同連帶負侵權責任、以醫師庚、值班護士乙及丁為被告依民法第 184 條第 1 項訴請侵權責任損害賠償。另以台大醫院為被告依民法第 184 條第 2 項及醫療法第 56 條規定訴求、並依民法第 224、227 及 227-1 條訴請台大醫院負不完全給付債務不履行責任。

請求項目及賠償數額為慰撫金 250 萬及生活上費用 580 萬元（包括醫療費用約 465 萬、看護費約 106 萬及醫療相關費用約 8 萬），全案經高院再審駁回判決患者敗訴確定。

貳、訴訟經過

系爭個案台北地院及高等法院見解大致上相同，一，認為電蚊香非該病房管制用品、該物係由護理站借給原告鄰床患者使用，原告輾轉借得，針此，被告等並無注意義務違反。二，自殺急救過程並無過失。三，住院期間照護義務並無過失，自殺無法預測、監視器無法看到患者舉止全貌、依常規巡房探視義務並無違反。四，本案依性質並無民法第 191-3 適用。五，本案亦無消保法第 7 條服務責任適用。全案歷經高院再審判決駁回，原告敗訴確定。

第二款本案爭點

在於本件被上訴人已○○從事精神科醫療行為是否適用民法第 191 之 3 條？被告對原告乙上吊自殺有無違反注意義務之過失？被告台大醫院三西二樓病房（精神科急性病房）內置放電蚊香與上訴人之上吊自殺有無相當因果關係？被上訴人台大醫院人員於急救過程有無不當？本件有無消費者保護法第 7 條規定之適用？

第三款法律適用問題

一、有關被告醫師從事精神科醫療行為是否屬於民法第 191 條之 3 之問題，

台北地院及高等法院均採否定說，理由是被告醫師行為與該條立法理由所述情形有間。本文就法院結論上可資贊同，但法院所持理由說服力不足。系爭個案並未對被告醫院主張民法第191條之3訴求，故無從探知法院對此見解，本文認為依前述所論精神科特質「高度不確定性」，無論是診斷或病情發展或目前精神醫學科技可預知範圍侷限性等因素，難謂醫院從事此部分醫療活動不具高度危險性。

二、 本案有無消費者保護法第7條服務責任之適用？

台北地院及高等法院就此見解均採否定，理由概略基於醫療行為風險高度不確定性、防禦性醫療預防及消保法第7條修正理由。本文並不贊成法院見解。假若法院認為無消保適用時，前提是患者自殺是病程自然發展演進可能結果，果爾，那麼，審理過程則應是被告該等行為有無違反注意義務，但針此部分調查，法院顯然是含混其事，將無法預測患者自殺，當作無注意義務違反。本文認為本案發生住院患者住院期間自殺結果，如法院認定純屬醫療意外，審查程序即應進入消費者保護法第7條「安全性有無欠缺問題」調查，依判決書所載，略謂為依該院監視器設備是否足夠發揮其功能以提供患者更高的保障目的，另就病房提供電蚊香是否符合安全性品質有欠缺的服務部分。本文認為患者移動兩步，即無法從監視器畫面看到患者手持何物及在精神科急性病房內患者病情傾向相對不穩定，果爾，一個精神專科病房且屬教學醫院，應被期待有防治精神患者自殺的基本安全設備，以期即早發現患者異常舉止進而制止不幸發生，這是精神科病房與其他病房安全性設計有所不同地方，從而，至少此部分被告醫院應是有安全性欠缺問題，而應負消保法第7條責任。

三、 被告等應否負無侵權責任及契約責任問題？

台北地院及高等法院均認為無侵權責任及契約責任，理由略為患者上吊用的電蚊香非該病房違禁品且非被告借給原告，是借給原告鄰床患者，故而，有關原告取得電蚊香自殺並無義務違反；另被告等於發現原告自殺時所履踐救

治醫療過程並無過失，從而，無論是被告醫師、護理人員及醫院均無構成侵權及契約責任。

本文並不贊同法院見解，分析如下：

（一）損害問題

系爭個案損害是「自殺致生腦死成為植物人」，此損害判斷上是固有利益損害。

（二）義務違反及因果關係問題

1、法院見解：採認鑑定意見認為本案無醫療過失及因果關係。

本案鑑定意見認為系爭個案無注意義務違反且無因果關係，理由略為：被上訴人對上訴人上吊自殺無違反注意義務之過失，病房內置放電蚊香與上訴人之上吊自殺無相當因果關係鑑定，經行政院衛生署九十四年十二月五日以衛署醫字第0940222500號函附醫事審議委員會第0000000號鑑定書鑑定意見亦認為：(1)自殺防制醫囑之開立，係針對高自殺危險之患者為之，如無必要而開立，則將使住院病人受到不必要之限制（如：禁止外出，每15分鐘接受護理人員觀察行蹤等），恐反有違精神醫療倫理之「最少限制」原則，及精神衛生法第29條之規定之虞，勢將不利於患者之恢復；故是否開立主要須由醫療團隊妥為評估後決定，且一旦病患之自殺危險性降低，應予停止此項醫囑，鼓勵病人外出活動，並改為一般住院病患所接受之每30分鐘行蹤觀察，以促進恢復，提供對病患權益及尊嚴之保障、尊重，並合乎醫療法律之規定與專業倫理之要求。依病歷記載，在90年9月3日至9月7日之會談及評估中，病人並未向工作人員表達自殺意念，亦無其他跡象顯示其自殺危險性增高。故病人當時突發自縊舉措，實係醫療團隊無法預料，此一事件，實屬醫療上不可預見之不確定性；主治醫師及醫療團隊所給予的各項治療方式，包括每30分鐘觀察一次之作為，符合醫療之常規，及前述倫理與法律上的要求，且依病歷所記載，之後續急救及轉至加護病房治療過程，並無不當。(2)精神科急性病房提供電蚊香驅蚊，協助有需要之病友減少干擾、安心住院，並無不當。病人之自殺行為，來自其憂鬱症症狀無預警之惡化，與電蚊香之

出現並無關係（見本院卷第 292 至 296 頁）。嗣本院依上訴人聲請再函請行政院衛生署醫事審議委員會補充鑑定，經行政院衛生署九十五年六月十九日以衛署醫字第 0950212413 號函附醫事審議委員會第 0000000 號鑑定書鑑定意見亦認為：(1) 如原鑑定所述：「在 90 年 9 月 3 日至 90 年 9 月 7 日之會談及評估中，病人並未向工作人員表達自殺意念，亦無其他跡象顯示其自殺危險性增高。故病人當時突發自縊舉措，實係醫療團隊無法預料，此一不幸事件，實屬醫療上不可預見之不確定性；主治醫師及醫療團隊所給予的各項治療方式，包括每 30 分鐘觀察一次之作爲，已合乎醫療之常規」而有關律師所詢，病歷資料所載 9 月 3 日載明：「應持續觀察病人有無自殺想法，與病人討論症狀有無週期性……等」，適足以表明該醫療團隊已持續盡到注意之義務，且已合乎現今精神醫療之水準，故只要該院醫療團隊實際上持續做到前述事項，即已合乎醫療之常規，而非以病歷上有無天天記載作爲判準。(2) 原鑑定已指出：「林員之自殺行爲，來自其憂鬱症症狀無預警之惡化，與電蚊香存在與否並無因果關係」。再者，據往年經驗，亦有病人係脫下衣褲結索，上吊自殺，準此，是否只要任何物品有可能被用以自殺，即不該提供給精神科急性病房住院病人，而病人在病房只好袒裊裸裎，一絲不掛？然而，衡諸常理即知：不可能如此無限上綱地限制病人使用物品；況且，不同醫院之作業手冊之細節差異，亦不能作爲推斷某家醫院有無過失之理由，而應以該醫療團隊預防自殺之醫療措施是否合乎當時醫療一般水準爲根據。故本鑑定重申：病人之病情及自殺意念無預警突然惡化，才是其突發自縊舉措之原因，與電蚊香存在與否並無關係（見本院卷第 323 至 328 頁）。故而，法院採認此鑑定意見認爲系爭個案被告等並無醫療過失。

2、本文認爲：

(1) 醫療機構管理上有疏失

精神科急性病房內提供電蚊香，應認爲管理上有疏失。蓋急性病房患者情緒穩定較差、病情變化較快，相對地在病房安全管理上應該要更嚴謹，才能避免患者因一時情緒變化發生不幸事件。故而，台大醫院在精神科急性病房提供電蚊香，

係為欠缺一定醫療水準品質安全性管理，顯有疏失，此屬醫療行政及組織管理上缺失，應認為即是債務人自己履行債務上的疏失，因而，台大醫院應就自己未依醫療契約本旨履行契約義務，違反善良管理人注意義務應就自己過失行為負責。

相同道理，本案如成立侵權責任時，被告台大醫院之所以要負責任，也是為自己過失侵權行為負民法第 184 條責任而非負民法第 188 條責任。

(2) 醫療人員疏失問題

本案原告林小姐之配偶主張，原告住院間取得電蚊香利用電線在浴室內上吊，主治醫師庚及值班護士乙丁未注意，致使其因腦死致生植物人狀態，庚丁乙有過失。

被告一再抗辯，「電蚊香非該病房管制用品，該電蚊香係病房人員借給原告鄰床患者使用，原告輾轉項鄰床患者借用」、「林小姐病情及自殺意念無預警突然惡化，才是其突發自縊舉措之原因」，伊等已盡注意義務且無法預見該不幸結果發生。

法院一致主張採認被告所陳及鑑定意見認為系爭個案無醫療過失及無因果關係。

本文認為從林小姐 77 年開始診斷有憂鬱症，陸續接受數家醫院治療。於 90 年 7 月 5 日就診台大醫院精神科，當時情況並未於判決內被詳細記載，略謂為重鬱症、自殺意念等。故而，此醫療契約義務為何？按當時患者情形，給付符合債之本旨的治療內容，針對重鬱症、自殺意念病情控制及轉緩的手段債務類型醫療契約。

從而，判斷手段債務類型有無債務不履行，除了需承顯現損害結果，尚需評價給付行為有無違反義務之處。本文分析如下：

A、精神患者自殺行為是否全然無法預見⁹⁷⁰：徘徊在患者生命安全與身體自由權法益之間

⁹⁷⁰ Paul S. Appelbaum. Thomas G. Gutheil, Clinical Handbook of Psychiatry and the Law ,61-65 , 2nd ed, Williams & Wilkins(1991).

醫師能藉由評估知悉，精神患者有無自殺行為意圖。問題是針此未有評估紀錄，也未成本案為爭點，對一個雙極性患者且曾有二次自殺病史是否妥當。綜觀判決資料，林小姐病歷內紀錄明白載明有自殺想法為 7/5、7/10-7/12、7/18、8/6、8/14、8/24、8/27-8/28，在這 9/7 以前因害怕返院後要與婆婆同住，出現害怕出院、情緒低落等負面情緒現象，而 9/7 吵著要出院轉往他院治療。依一般受過精神科專科訓練醫療從業人員，對該名患者情緒處於自殺危險性應是可預見，並非如鑑定書內所載無法預測。

B、防治患者自殺是否為契約責任歸責事由？

進一步言，系爭個案因其重鬱症及自殺意念入院，雖然藥物治療、團體治療為其契約內容，惟這些給付義務行為係為自殺防患及自殺意念的控制的契約目的。從紀錄得知林小姐的主治醫師先後兩次「自殺預防」醫囑，分別在 7/10-7/12 及 8/23-8/31，在此期間內，探視照顧義務是 15 分鐘探視一次，即便是取消「自殺預防」醫囑回復到每 30 分鐘探視照顧義務，有重鬱及自殺病史及傾向患者，於住院期間隨時應注意其情緒變化及自殺防治的契約義務並不會因「自殺預防」醫囑有無存在而有不同。從而，本文認為自殺防治是為本契約責任歸責事由。

C、醫療水準：

a、從學術上漫步到臨床實踐面：

依照目前標竿精神醫學教科書見解⁹⁷¹，在嚴重自殺傾向之病人住院後，必須做到如下事項：1、安全之病房設備。2、訓練精良之人員，數量足夠且工作關係良好 3、評估、審閱及觀察之策略必須清楚。4、剛入院時須做到下列各點：（1）評估自殺危險。（2）決定觀察之嚴密程度（3）除去任何可能做為念自殺手段之物品。（4）與病人討論自殺預防策略。（5）決定允許訪客來訪之策略(人數、時間及提供資訊)。5、在住院期間須做到下：（1）定期審閱自殺危險及自殺預防計畫；

⁹⁷¹ Michael Gelder et al, Oxford Textbook of Psychiatry,422-423, 3rd ed,Oxford University Press (1996).

(2) 病人離開病房之計畫須清楚 (3) 如果病人未告知工作人員而離開病房，須立即採取行動。6、出院: (1) 須預先計畫並達成共識；(2) 處方足夠量但不足致命之藥物 (3) 早日門診追蹤。

承前所述，系爭個案為自殺意念患者，而台大醫院精神專科病房所提供醫療服務欠缺醫療水準，有義務違反。問題出在病房安全管理上疏失。

b、醫療團隊間信賴原則

醫療團隊每個成員在自己專業及職守上盡力，建置在信賴基礎上工作平台，這在精神專科病房內尤為重要。因為精神科醫學領域中尚未完足明瞭之處很多，而其核心關鍵之處，在患者內心世界，從外觀不易瞬間察覺，須靠多份紀錄來做評估，才能更精準掌握患者目前真正情況如何，故而，舉凡是患者服藥後情緒舉止反應、參加團體治療活動中的情形及結束後返回病房的情緒反應及舉止等紀錄，每天三班護理紀錄等均是需詳為紀錄，如此主治醫師才能從這些紀錄中更清楚明確執行下一步的治療方向及內容。而另一方面，在患者安全維護上亦屬於信賴團隊工作範圍，在精神科急性病房提供電蚊香給患者是一個欠缺醫療水準安全品質。

四、因果關係判定

法院認為無因果關係，採認原鑑定指出：「林員之自殺行為，來自其憂鬱症症狀無預警之惡化，與電蚊香存在與否並無因果關係」。

本文認為假若無該電蚊香存在，將影響患者可能不會做出上吊自殺決定，那麼，患者就不會產生自殺上吊致腦死呈現植物人結果，故而，本文認為因果關係存在。

從而，原告應得向台大醫院請求依消保法第 7 條負損害賠償責任、依民法債務不履行為自己過失負損害賠償責任及依民法第 184 條為自己侵權行為負損害賠償責任。原告亦得向值班護理人員乙丁主張侵權責任（民法第 184 條第 2 項、醫療法第 56 條）並依 188 條臺大醫院連帶負責

五、再審問題

原則上再審判決高院見解無再審理由本文可資贊同。再理由上說理上須再加強，蓋該份病歷資料登載發現患者自殺時間點為當日 11:36 分，原告主張在事實審是未被拿出攻防辯論，是屬於事實審言詞辯論終結前已提出證物但未被審酌問題，非屬民訴法第 496 條第 1 項第 13 款得再審事由問題，是屬於民訴法第 469 條第 6 款得上訴第三審事由問題，「已提出之證物」受到再審制度補充性原則限制，不得據此作為再審理由⁹⁷²。

第六節小結

鑑前所述，本文引藉日本契約拘束力概念、法國手段債務與結果債務理論，將契約責任「歸責事由」具體化，進而，以五種醫療契約類型輔以醫療民事訴訟案例檢視此醫療契約法理有何功能，說明如下：

- 一、 向來我國在民事責任成立要件無論契約或侵權採二元論，至少在契約責任成立要件上，似乎是有解釋一元論空間。
- 二、 在引入法國手段債務與結果債務理論來處理醫療民事訴訟事件時，歸類為結果債務類型醫療契約，在責任成立要件上是對原告較有利的。
- 三、 而類歸某種系爭醫療契約性質究屬手段或結果債務類型，需回歸私法自治契約自由原則，探究當事人契約拘束力所及範圍，歸責事由嚴格化程度來判斷，具體契約歸責事由嚴格化程度越高，則契約解釋上會認定為結果債務類型，從而，手段債務與結果債務是相對性概念。
- 四、 在契約責任運用上，建置在契約拘束力基礎，得將契約利益（給付利益）透過當事人契約拘束力放大，並進而將損害賠償範圍放大。不過，如此思維，實踐面在結果債務類型，例如，醫療性整型美容醫療契約似乎較為可行。

⁹⁷² 相關資料，參楊建華，「民事訴訟問題研析（三）」，頁 430 以下。

第七章結論

第一節國際醫療民事責任趨勢觀察

比較法觀察文獻資料，本文考量篇幅問題，並未設專章討論，視實際需要性分散於本文各章節作進一步比較說明。故有必要在此針對有關英德醫療過失處理方式作一粗略介紹。

第一項英德國就醫療民事責任傳統見解

普通法體系英國及大陸法系德國就醫療過失向來處理方式作概略探討，發現即便是英國原則上用侵權責任處理醫療過失問題，而德國較傾向用契約責任處理，但在保護客體範圍是相似，均是以生命身體健康權為其核心，漸擴大及於其他法益，例如純粹經濟上損失或自我決定權問題。

在民事實體法責任要件判斷上有些異同之處：在醫療過失實體法要件認定上，雖然英國是過失責任而德國是違約責任；在醫師注意義務標準英國採理性專業人員注意標準，而德國採德國民法第 276 條第 2 項「交易上所必要注意」，實踐面並無多大差距；至於如何判定注意標準，此部分英國採較利於專業人員的「依 Bolam Test 標準」，而德國卻採較對專業人員嚴格的標準處理；而就損害因果關係雖然英德採用不同認定標準，但在實踐面上卻是誤差無幾。

在舉證責任上：雖然，英國落實當事人進行主義搭配陪審團制度運作，而德國是採調查制度法官介入引導。然而，面對醫療過失當事人地位顯失公平時，英國在其過失認定「平均蓋然性」標準下，與德國在其「高度確信性」標準下修正當事人舉證法則會呈現不同，在事實認定上，英國採從可知的資訊做推論，而德國則採欠缺紀錄作不利推定；在發生損害推定過失修正法則上，英國的事實說明自己原則(*Res ipsa loquitur*)，透過兩個原則「表見證明原則(*Anscheinsbeweis*)」

及「可完全控制的風險原則（voll beherrschbare Risiken）」；在因果關係不確定性上，兩國傾向不認定因果關係具備，但德國有「重大醫療瑕疵」原則的例外情形。

在資訊揭露問題上：英國區分為資訊屬於治療的基本的「性質和目的」的資訊(如未獲患者同意是允許依非過失的侵權行為提訴訟)，及「治療的附隨相關危險和可供選擇的方式」相關資訊二種，關於後者，患者僅能以過失侵權行為要求賠償。而德國則是未將資訊作區分，均是未告知資訊所為治療為不合法行為同時構成侵權責任及契約義務違反；資訊揭露標準程度，英國從公認常規到告知後同意，而德國則自始採告知後同意原則；資訊未揭露與損害間因果關係如何認定問題，英國部分，事實因果關係是否具備判斷二個要件，「身體」有因治療所致損害及「心理決定機轉（即醫師未揭露的這危險和患者決定那些治療之間有關連性）」，法律因果關係則採「損害的危險是合理可預知」要件；德國原則上在事實上因果關係判斷要件上與英國相同，而在法律上因果關係上，「保護目的(Schutzzweck)」原則作為一般的責任範圍；但另有提供醫師主張有「假設同意(hypothetische Einwilligung)」原則可資引用，如患者針此反駁時，只需做到證明該資訊可能會令其要否接受該項治療處於「退卻選擇」兩難，不是一定將拒絕。就資訊揭露問題舉證責任分配上，在英國類似治療過失原則由原告負舉證責任，德國則因其認為未同意的治療為不合法治療，故醫師須對患者有同意負舉證責任。

第二項英德國醫療民事責任晚近修正方向

以上本節第一項是傳統以來，英德兩國在其傳統民事責任體系下處理醫療民事責任問題，或多或少運作上有面臨問題，基此，兩國家除了著手做些修正，英國方面從最初拒絕採取無過錯索賠立場，2006年 NHS 補償法案通過，象徵傾向採部份無過錯補償。德國方面從最初拒絕採取無過錯索賠立場，經醫療仲裁（調停）委員會體制（*The System of Medical Arbitration Boards*）設計在1975年最初由地區醫學委員會(Landesärztekammern)主動提出，到2006年止透過仲裁制度解決醫患索賠糾紛案件呈現出一個穩定的增加，這象徵著至少某程度不在堅守循著傳

統民事過失責任體系，提供解決醫療民事訟爭唯一方法。

另外在 2009 年出版現階段的歐洲私法整合中的「歐洲私法之原則、定義及模範規則」(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; 以下簡稱 DCFR)，其中，第四編特別契約的 C 部分的第八章治療契約規範，某程度整合兩大法系就醫療契約能接受相容的最大尺度規範入內，詳細內容請參附件一。

第二節我國醫療民事責任實證部分及法規

範探討

在第二章部分，則就我國醫療民事事件實證現象作分析，結果呈現出我國法院在判斷醫療民事實體法責任要件上大量倚重鑑定意見，尤其在義務有無違反、有無因果關係問題上。另就契約責任成立要件二元論(可歸責與未履行)判定上，實務判斷內涵均是同一「有無義務違反」，因而，此部分引起本文疑問，向來傳統民事契約責任二元論是否有區分實益？此部分疑義，本文於後續第三、五及六章，有進一步探討。另就因果關係理論功能性問題，從醫療民事實證現象觀察，無論是基於侵權或契約責任請求權上，法院慣用鑑定意見取代法院自己判定，就因果關係理論存在理由之一，無非是提供法官於個案實踐上有司法創法的空間不希望具體明文使其僵化目的，似乎從實證結果法院對此項「因果關係工具」需求性偏低；另從因果關係理論「特定相對人」及「特定損害範圍」二項功能，本文認為在契約法領域裡似乎是功能不彰，以醫療契約而論，提供醫療服務者與接受醫療服務者，兩造契約當事人至少是可得確定，而就損害賠償範圍而言，在醫療契約內也是「合理可預見」的確定，從而，本文在醫療民事契約責任中，發生似乎可以拿掉因果關係要件疑問，此亦在本文第五章第四節對去除因果關係的理由及接續應如何處理作進一步論述。

而就侵權與契約責任同時主張，實務運作偏好以侵權責任處理，法院審判慣習先就侵權來做審酌判斷，一旦發現無侵權責任適用，則習慣性以其他請求與判

決結果無影響而不再逐一判斷竟以敗訴駁回原告之訴，這對原告權益重大，涉及「訴訟權保障」、「爭點整理制度空轉」等問題，進一步言之，法院審判程序前階段應為爭點整理程序，就為侵權責任請求權或契約責任請求權審酌，審理事實重點不同，具體而言，過失行為出自何人之手判定，對侵權責任訴求是重要，但對契約責任訴求則不重要，從而，整個審理程序進行會因而有所不同。不過針對此問題，本文後續基於本論文寫作目的取向，僅就為何實證結果「重侵權、輕契約」問題，做進一步開展性研究，其餘有關二者間如何履踐民事訴訟程序研究則割愛暫擱未深究。就第二章實證研究結果發現，英德所採行證據法則修正原則在我國實證上有極為少數案件引用，即便如此該判決結果也不盡全對原告皆有利。最後，實證結果呈現醫療民事訴訟案件，患者高敗訴率、低賠償額、訴訟時間長等現象，而就醫療行為不適用消費者保護法服務責任、民法第 191-3 條是實務目前穩定見解。鑑前諸多實證結果歸納整理問題，「重侵權、輕契約」原因何存？有必要做二個責任體系要件做比較探究（第三章），藉以找尋可能有利解決目前醫療民事訴訟所面臨問題的可行途徑。

在第三章部分，本文從契約責任與侵權責任一般規範探討，再就契約與侵權責任的民事歸責原則，另就責任主體及保護主體的區別、「保護客體」的區別、「賠償範圍」的區別、「因果關係」的區別、「舉證責任」的區別、「適用區間領域」及「時效長短」區別做更具體探討，並在各個討論要項內輔以第二章比較法及第三章我國實證來做進一步分析。綜前本章所分析歸納結果，就契約與侵權責任規範制度面而言，除了在「責任主體及保護主體」及「適用區間領域」上，侵權責任制度是優於契約責任外，故而，本文於第三章第十一節作進一步分析，為何本文認為醫療民事責任體系採契約責任是較有利於患者，對於解決醫療民事訴訟實證現象或許能有些幫助。從而，本文在後續部分即從契約責任體系著手建構一個本文認為較為理想的醫療契約責任體系（第五章）。不過，在論及第五章之前，本文特將有關醫師說明義務的性質獨立出來，另關於第四章來論述。

第三節有關醫師說明義務的性質問題

不論依契約或侵權法律關係請求，均存有醫師說明義務問題，如何看待醫師說明義務性質，不論是國內外均為目前醫療民事責任的爭議重點，本文於第四章內先以英德國比較法觀察，進一步探知普通法系英國及大陸法系德國，如何處理有關醫師說明義務問題，再從國際目前修正及歐盟整合區域法 DCFR 有關醫師說明義務規範觀察，並與我國相關案件作進一步論證對比，以提供就醫師說明義務作不同思考素材，最後，再提出本文所建構醫療契約責任體系架構下，應如何處理醫師說明義務。在本章第三節論述，本文係基於目前醫療民事責任實證的基礎上，作一些台灣目前通說概念及英德及 DCFR 內相關醫師說明義務的性質等規範的探討及說明。於第四節論述則是架構在本文擬建立的醫療契約責任體系上，醫師說明義務的性質應如何處理的問題。

本文向來認為在探討醫師說明義務及患者自主同意之前，應先處理患者同意能力問題。甚至，認為在某些臨床醫療行為類型（變性、器官移植、安寧緩和、終止生命、精神科患者不可逆的治療等），患者同意能力似乎不應像目前僅從認知心理學評量、形式成年年齡、未被宣告成年監護等來逕行判斷患者有無同意能力，應從更保護患者的基本權為出發，從更具客觀性「從認知神經學角度，檢視認知能力有無及如何轉譯成同意能力的軸線」來鑑定患者的同意能力是否具備，從而，在患者自主同意能力確為存在前提下，才能進一步透過醫師說明風險，經患者同意後，將無法迴避的風險歸由患者負擔，如此一來才能真正落實符合憲法保障的人性尊嚴的基本人權（或稱患者人權、醫療人權）。

假設上述客觀前提具備（即已從認知神經學角度確認過患者同意能力確已具備）。基本上本文認為資訊揭露義務，在一般民事契約關係中，會因契約相對人是否「屬於專屬特定」契約關係，會有所不同，細繹之，團體性的諮詢者與個人化的諮詢者，資訊揭露義務範圍及程度，長久以來即容有相關差異爭議。例如，一般對團體性理財講座資訊揭露與個別客戶專屬理財資訊揭露程度與範圍即存

不同。然就醫療民事契約關係而言，常態上屬個別專屬性資訊揭露類型，就此類型資訊揭露義務範圍略可分為「Information」、「recommendation」及「advice」三者，「Information」係指事實上資訊，例如，某甲經確診罹患某種疾病，該疾病存活機率多少的資訊揭露義務即屬此類。而「recommendation」則是屬價值判斷上資訊，即依某甲具體病情，醫師提供可供選擇治療方法及評估等資訊。「advice」係指促使作決定選擇的資訊。故而，本文認為醫師資訊提供範圍，應以具體患者的需求為基礎。進一步言，「Information」(事實上資訊告知義務)屬於結果債務，蓋此部分資訊只要能透過檢證資料(庫)即可得資訊，醫師對此類資訊本應基於契約義務提供給患者，而「recommendation」及「advice」二者則原則上屬於手段債務，除非經由醫師建議提供將實現該結果，履約後卻無法提供被承諾實現的結果，此時即會例外被認定為結果債務。因通常情形下，「recommendation」及「advice」範圍資訊，會涉及患者本身生物體、疾病特殊及醫療行為特性的不可確定性程度高，故而判定上則是屬手段債務，除非醫療契約締約內容結果實現為醫方所承諾則將會被判定屬於結果債務。

而前述的手段債務類型及結果債務類型的醫師說明義務性質分析，適用在非強制醫療領域，固為本文的醫療民事契約責任體系主要論點。至於，能否同時適用在強制、緊急醫療領域，有待日後再進一步另文探討。

第四節 建構本文所謂「醫療契約責任體系」

在第五章部分，本文首先從契約責任基礎，契約拘束力做探討，因礙於此部分國內研究學者極少，文獻更是難尋，故而，先就契約拘束力的根據來源論起，且基於日本民法與我國民法在契約法領域關係密切性，引介日本法契約拘束力理論，作為本文建構醫療契約責任基石之一，在這裡可以發現在我國契約法現行規範下，存有一元論解釋空間。另外，考量醫療契約類型多元，故而，引介法國法手段債務與結果債務區分理論，用來協助處理判斷「債之本旨」及「責任成立要件」，在這裡可以導出，「私法自治契約自由原則→當事人意思理論→當事人契約

拘束力→歸責事由內涵→具備歸責事由→契約義務違反→契約責任成立」，建構出本文醫療契約責任體系。

從而，當契約當事人契約拘束力所及的歸責事由嚴格化程度高，傾向於屬於結果債務類型，一但當事人契約目的不達，責任要件即成立（即推定義務違反），如債務人無免責事由時，則須負損害賠償責任。然這裡所謂免責事由則是援引法國法第 1148 條的意涵，並非單指不可抗力。

在契約當事人契約拘束力所及的歸責事由嚴格化程度低，傾向於屬於手段債務類型，一但當事人契約目的不達，須進一步檢驗歸責事由是否具備，此時需檢驗債務人行爲有無違反契約義務，如有，則歸責事由具備，責任要件即成立，如債務人無不可歸責事由時，則須負損害賠償責任。本文於後續，將所建置醫療契約責任體系及法理，以五種醫療契約類型作檢測，並輔以第二章我國實證案例做分析觀察是否妥適（第六章）。

第五節 醫療契約責任法理之適用

在第六章部分，本文首先就本文醫療契約責任及法理立場作一闡述，再從傳統民事契約責任體系下醫療契約法律關係做總論式介紹及評析，接下來將分爲結果債務醫療契約類型（醫療性美容整型契約、牙科膺復醫療契約）與手段債務契約類型（健康檢查契約、產檢契約及精神科住院契約），從契約義務內容介紹，再輔以實際案例作傳統民事契約責任與本文所建構醫療契約法理在運作上不同。歸納總結本文所建置醫療契約法理下的幾點異於傳統民事契約責任特色：

- 一、 向來我國在民事責任成立要件無論契約或侵權採二元論，至少在契約責任成立要件上，似乎是有解釋一元論空間。
- 二、 在引入法國手段債務與結果債務理論來處理醫療民事訴訟事件時，歸類爲結果債務類型醫療契約，在責任成立要件上是對原告較有利的。
- 三、 而類歸某種系爭醫療契約性質究屬手段或結果債務類型，需回歸私法自治契約自由原則，探究當事人契約拘束力所及範圍，契約當事人就「結果

實現」為承諾時，具體契約歸責事由嚴格化程度高，則契約解釋上會認定為結果債務類型，從而，手段債務與結果債務是相對性概念。

- 四、 在契約責任運用上，建置在契約拘束力基礎，得將契約利益(給付利益)透過當事人契約拘束力放大，將損害賠償範圍放大。不過，如此思維，實踐面在結果債務類型，例如，醫療性整型美容醫療契約似乎較為可行。



參考文獻

中文部分

- 史尚寬，「債法總論」，自版，1990年。
- 王千維，〈由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三〉，「民法七十年之回顧與展望紀念論文集」，元照，2000年。
- 王千維，〈民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上、下）〉，政大法學評論第66、67期，頁1-66；143-226，2001年。
- 王文宇，「公司法論」，元照，2006年。
- 王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民，2010年。
- 王皇玉，〈論醫師的說明義務與親自診察義務〉，月旦法學雜誌第137期，2006年。
- 王伯琦，〈契約責任與侵權責任〉，「王伯琦法學論文集」，三民，1999年。
- 王泰升，〈二十世紀台灣法律的發展：邁向一個自由民主的國家〉，「台灣法的世紀變革」，頁3-14，元照，2005年。
- 王澤鑑，「民法學說與判例研究(一)」，自版，1998年。
- 王澤鑑，「法律思維與民法實例：請求權基礎理論體系」，自版，1999年。
- 王澤鑑，「民法學說與判例研究(三)」，自版，2004年。
- 王澤鑑，「民法學說與判例研究(二)」，自版，2004年。
- 王澤鑑，「民法學說與判例研究(四)」，自版，2004年。
- 王澤鑑，〈無權代理人之責任〉，「民法學說與判例研究」第六冊，自版，1989年。
- 王澤鑑，〈民法總則在實務上的最新發展(一)-最高法院九〇年及九一年度若干判決的評釋(法人民事責任的體系構成)〉，台灣本土法學第52期，2003年。
- 王澤鑑，〈財產上損害賠償(一)〉，月旦法學雜誌第129期，頁161以下，2006年。
- 王澤鑑，「民法概要」，自版，2007年。
- 王澤鑑，「債法原理」，自版，2009年。
- 王澤鑑，「侵權行為法」，自版，2010年。
- 朱柏松，「消費者保護法論」，翰蘆，1998年。
- 朱柏松，〈整型、美容醫學之區別及其廣告應有的法規範〉，月旦法學教室第31期，頁92，2005年。
- 朱柏松，〈論日本醫療過失之舉證責任〉，朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富合著，「醫療過失舉證責任之比較」，元照，2008年。
- 甘添貴，〈治療行為與傷害〉，月旦法學教室第15期，頁18-19，2004年。
- 林大洋，〈契約責任與侵權責任競合之適用關係—實務上相關見解在體系上之再建構〉，法令月刊第59卷9期，頁4以下，2008年。
- 林秀雄，〈論我國新修正之成年監護制度〉，月旦法學雜誌第164期，頁140，2009年。
- 林誠二，「民法債編各論，中冊」，瑞興，2002年。
- 林誠二，〈醫療行為與消保法之適用〉，台灣法學雜誌第140期，頁81-88，2009年。
- 林誠二，「債法總論新解—體系化解說，上冊」，瑞興，2010年。

- 林誠二，「債法總論新解—體系化解說，下冊」，瑞興，2010年。
- 林欣柔、楊秀儀，〈告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八十二條第二項評析〉，月旦法學雜誌第112期，頁24-34，2004年。
- 林國彬，〈董事忠誠義務與司法審查標準之研究—以美國德拉瓦州公司法為主要範圍〉，政大法學評論第100期，2007年。
- 沈冠伶，〈論民事訴訟程序中當事人之不知陳述—兼評析民事訴訟法中當事人之陳述義務與訴訟促進義務〉，政大法學評論第63期，頁377以下，2000年。
- 沈冠伶，〈舉證責任與證據契約之基本問題—以作業系統裝置契約之給付不完全為例〉，台灣本土法學雜誌第36期，頁195，2002年。
- 沈冠伶，〈武器平等原則於醫療訴訟之適用〉，「民事證據法與武器平等原則」，頁91-125，元照，2007年。
- 沈冠伶，〈證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用〉，國立臺灣大學法學論叢38卷1期，2009年。
- 沈冠伶，國科會三年期研究計畫「醫療訟之證明法則與實務運作—以民事損害賠償事件為中心(計畫編號：96-2628-H-002-075-MY3「結案報告」)」。
- 沈冠伶、莊錦秀，〈醫療民事訴訟之實證研究—以民事證據法為中心〉，審稿中。
- 吳光明，〈醫療爭議之仲裁-兼評醫療糾紛處理法草案〉，月旦法學雜誌第160期，2008年。
- 吳志正，〈醫療契約之定性〉，月旦法學雜誌第139期，頁204，2006年。
- 吳志正，「解讀醫病關係I」，元照，2006年。
- 吳志正，「解讀醫病關係II」，元照，2006年。
- 吳志正，〈存活機會喪失-醫療損害之迷思〉，月旦法學雜誌第150期，2007年。
- 吳志正，〈醫療傷害民事因果關係之邏輯與歸責〉，東吳法研論集第4期，2008年。
- 吳志正，〈醫療傷害賠償請求權之消滅時效〉，月旦法學雜誌第153期，2008年。
- 吳志正，〈誰來說明？對誰說明？誰來同意？——兼評醫療相關法規〉，月旦法學雜誌第162期，頁63-85，2008年。
- 吳志正，〈實證醫學數據於醫療事故損害賠償上意義〉，國立台灣大學法學論叢第40卷第1期，頁141-142，2011年。
- 吳明軒，「中國民事訴訟法，中冊」，三民，2009年。
- 吳俊穎，〈法庭上的實證醫學：台灣與美國的經驗〉，實證醫學與法律研討會，財團法人國家衛生研究院、台灣實證醫學會，2008年。
- 吳俊穎，〈醫師告知義務急速擴張的時代—法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝〉，法學新論第14期，頁87-111，2009年。
- 吳俊穎、賴蕙蕻、陳榮基，〈台灣的醫療糾紛狀況〉，台灣醫學13卷1期，頁1-7，2009年。
- 吳俊穎，〈台灣醫療糾紛的實證研究〉，台灣大學法律學院頂尖計畫「實證醫學與法律」醫療法研討會書面資料，2009年12月26日。
- 吳俊穎、賴蕙蕻、陳榮基，「法官，我說明夠了嗎？」，橘井文化，2010年。
- 吳俊穎、楊增暉、賴蕙蕻、陳榮基，〈醫療過失的民事舉證責任：法、中及台灣現況簡介〉，台灣醫學14卷1期，頁72-80，2010年。
- 吳建昌，〈精神科住院病人自殺事件醫師民事責任之探討〉，醫事法學第8期，頁23-59，2000年。

- 吳從周，〈變遷中之消滅時效期間起算點-從最高法院九十一年度台上字第一三一二號等三則判決之啓示談起〉，「民法研究會第四十五次研討會會議記錄」，法學叢刊第 52 卷第 4 期，2007 年。
- 吳從周，〈醫療過失舉證責任的實務新發展：醫病鬥「法」第二回合——簡評最高法院九六年台上字第二七八號判決〉，台灣法學雜誌第 109 期，頁 256-267，2008 年。
- 吳從周，〈時效抗辯、法律感覺與誠信原則〉，月旦裁判時報 2010 年 2 月號，2010 年。
- 邱聯恭，〈民事訴訟法修正後之程序法學〉，「程序利益保護論」，頁 232-233，自版，2005 年。
- 邱聯恭著、許士宦整理，「口述民事訴訟法講義（三）」，自版，2010 年。
- 邱琦，〈契約法與侵權行為法的探戈舞-以醫療糾紛為中心〉，月旦民商法雜誌第 18 期，2007 年。
- 邱琦，〈醫師沒告訴我的話-論告知義務與不完全給付〉，月旦法學雜誌第 164 期，頁 37-50，2009 年。
- 邱聰智，〈醫療過失與侵權行為〉，「民法研究（一）」，頁 419，五南，2000 年。
- 邱聰智，「新訂民法債編通則，下冊」，元照，2001 年。
- 許士宦，〈審判法院之選擇與舉證責任之分配〉，台灣本土法學雜誌第 52 期，頁 170 以下，2003 年。
- 許士宦，〈鑑定人之民事賠償責任〉，月旦法學教室第 29 期，頁 18-19，2005 年。
- 許士宦，〈鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障(上)(下)〉，台灣本土法學雜誌第 66、67 期，頁 54~72；18~31，2005 年。
- 許士宦，〈民事程序法〉，國立臺灣大學法學論叢 39 卷 2 期，頁 83-100，2010 年。
- 郭麗珍，「瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害——契約法與侵權行為法鄰接範圍之釐清與責任基礎之探討」，翰蘆，1999 年。
- 曾世雄、詹森林，「損害賠償法原理」，新學林，2005 年。
- 曾宛如，〈董事忠實義務之內涵及適用疑義〉，「公司管理與資本市場法制專論(一)」，學林，2002 年。
- 曾品傑，〈債務不履行之新風貌〉，台灣本土法學第 77 期，頁 182-183，2005 年。
- 曾育裕，「醫護法規」，五南，2009 年。
- 曾興隆，「現代非典型契約論」，自刊，1996 年。
- 曾興隆，〈侵權責任與契約責任〉，「詳解損害賠償法」，頁 19-33，三民，2008 年。
- 侯英冷，〈探討醫療無過失責任之適宜性〉，月旦法學雜誌第 49 期，1999 年。
- 侯英冷，〈醫療行為的民事上賠償責任（上）-從德國醫師責任法(Arzthaftungsrecht) 切入探討〉，月旦法學雜誌第 72 期，2001 年。
- 侯英冷，〈醫療行為的民事上賠償責任（下）-從德國醫師責任法(Arzthaftungsrecht) 切入探討〉，月旦法學雜誌第 73 期，2001 年。
- 侯英冷，〈我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望〉，台灣本土法學雜誌第 39 期，2002 年。
- 侯英冷，〈談醫療意外的風險分擔問題-消費者保護法對純粹醫療行為與醫院醫院提供相關醫療服務的企業式服務行為之適用〉，「民法研究會第二十六次學術研討會記錄」，法學叢刊第 187 期，2002 年。
- 侯英冷，〈論消保法上醫師之安全說明義務——臺灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋〉，台灣本土法學第 37 期，頁 63-77，2002 年。
- 侯英冷，〈「計畫外生命」與「計畫外生育」之民事上賠償責任爭議〉，成大法學第 4 期，頁 206

- 以下，2002 年。
- 侯英泠，〈「計畫外生育」與非財產上損害賠償—評最高法院 90 年度台上字第 468 號民事判決〉，
台灣本土法學第 47 期，頁 70，2003 年。
- 侯英泠，〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉，月旦法學雜誌第 112 期，2004 年。
- 侯英泠，〈論院內感染之民事契約責任：以爆發 SARS 院內感染為例〉，頁 33-42，正典，2004 年。
- 侯英泠，〈醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務——最高法院九六年台上字第二四七六
號判決簡評〉，台灣法學雜誌第 107 期，頁 291-297，2008 年。
- 姜世明，〈民事程序法發展與憲法原則〉，元照，2003 年。
- 姜世明，〈醫師民事舉證責任程序中關於可歸責任要件之舉證責任〉，法學講座第 28 期，頁 97，
2004 年。
- 姜世明，〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，月旦民商法雜誌第 6 期，頁 11，2004 年。
- 姜世明，〈醫師民事責任程序中之舉證責任減輕〉，「舉證責任與真實義務」，頁 47-102，新學林，
2006 年。
- 姜世明，〈舉證責任與證明度〉，新學林，2008 年。
- 姜世明，〈表見證明之研究〉，政大法學評論第 104 期，頁 183-276，2008 年。
- 姜世明等，〈表現證明在我國實務上運用之評估—兼論其與事實說明自己原則之區辨〉，「民事訴
訟法研究會第一百零二次研討紀錄」，法學叢刊 54 卷 1 期(總號：213)，頁 147-209，2009
年。
- 姜世明，〈新民事證據法論〉，新學林，2009 年。
- 姚志明，〈債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付〉，元照，2003 年。
- 姚志明，〈誠信原則與附隨義務之研究〉，元照，2004 年。
- 葛謹，〈台灣醫療糾紛應不受刑事訴訟之理由〉，台灣醫界第 150 期第 8 卷，2007 年。
- 葛謹，〈英國醫療糾紛處理制度對改進我國制度之啓示〉，台灣醫界第 151 期第 2 卷，2008 年。
- 葛謹，〈醫療行為行政責任應優先於刑事責任〉，台灣醫界第 151 期第 4 卷，2008 年。
- 鄭玉波著、陳榮隆修訂，〈民法債編總論〉，三民，2008 年。
- 陳子平，〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上)〉，月旦法學雜誌第 178 期，頁
227-245，2010 年。
- 陳自強，〈民法侵權行為法體系之再構成(上)—民法第一九一條之三之體系地位〉，台灣本土
法學雜誌第 16 期，頁 47-70，1999 年。
- 陳自強，〈民法侵權行為法體系之再構成(下)—民法第一九一條之三之體系地位〉，台灣本土
法學雜誌第 17 期，頁 20-43，2000 年。
- 陳自強，〈民法講義 I—契約之成立與生效〉，學林，2002 年。
- 陳自強，〈民法講義 II—契約之內容與消滅〉，學林，2004 年。
- 陳自強，〈整合中之歐盟契約法〉，月旦法學雜誌第 181 期，頁 113-132，2010 年。
- 陳自強，〈歐洲契約法發展最新動向〉，月旦法學雜誌第 182 期，頁 117-143，2010 年。
- 陳自強，〈臺灣百年民法〉，月旦法學雜誌第 186 期，頁 99-129，2009 年。
- 陳自強，〈德國民法債編總論導讀〉，「整合中契約法」，頁 2，元照，2011 年。
- 陳自強，〈臺灣新成年監護制度之修正〉，「台灣民法與日本債權法現代化」，頁 229-260，元照，
2011 年。

- 陳自強，〈法律行為、法律性質與民法債編修正〉，「台灣民法與日本債權法之現代化」，頁 1-68，元照，2011 年。
- 陳自強，〈從台灣債編修正看日本債權法改正〉，「台灣民法與日本債權法之現代化」，頁 306-330，元照，2011 年。
- 陳自強，〈日本債務不履行改正動向〉，「台灣民法與日本債權法現代化」，頁 277，元照，2011 年。
- 陳忠五，〈醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域，臺灣臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號與臺灣高等法院 87 年度上字第 151 號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決評釋〉，臺灣本土法學雜誌第 7 期，2000 年。
- 陳忠五，〈法國侵權責任法上之損害概念〉，台大法學論叢第 30 卷第 4 期，頁 171，2001 年。
- 陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件(上)–臺灣臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號與臺灣高等法院 87 年度上字第 151 號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決再評釋〉，臺灣本土法學第 17 期，2002 年。
- 陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件(下)–臺灣臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號與臺灣高等法院 87 年度上字第 151 號(馬偕紀念醫院肩難產案件)判決再評釋〉，臺灣本土法學雜誌第 18 期，2003 年。
- 陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(上)〉，最高法院 90 年度台上字第 709 號(馬偕紀念醫院肩難產案)判決評釋〉，臺灣本土法學雜誌第 36 期，2004 年。
- 陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(下)〉，最高法院 90 年度台上字第 709 號(馬偕紀念醫院肩難產案)判決評釋〉，臺灣本土法學雜誌第 37 期，2004 年。
- 陳忠五，〈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〉，國立臺灣大學法學論叢 34 卷 6 期，頁 107-260，2005 年。
- 陳忠五，〈醫療糾紛的現象與問題〉，臺灣本土法學雜誌第 55 期，頁 2，2005 年。
- 陳忠五，「契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省」，新學林，2008 年。
- 陳忠五，〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富合著，「醫療過失舉證責任之比較」，頁 119-160，元照，2008 年。
- 陳計男，「民事訴訟法，上冊」，三民，2010 年。
- 陳怡安，〈提升醫療品質與病人安全—走出侵權行為法的盲點〉，臺灣法學雜誌第 137 期，2009 年。
- 陳洸岳，〈繼續性侵權行為之短期消滅時效的起算時〉，臺灣本土法學雜誌第 38 期，2002 年。
- 陳惠馨，〈德國有關成年監護及保護制度之改革—德國聯邦照顧法〉，法學叢刊第 149 期，頁 58-66，1993 年。
- 陳琬渝，〈論建立符合強制醫療責任保險制度之醫療鑑定及舉證責任制度〉，萬國法律第 162 期，2008 年。
- 陳榮宗/林慶苗，「民事訴訟法，中冊」，三民，2005 年。
- 陳榮傳，〈消滅時效的期間問題〉，臺灣本土法學雜誌第 62 期，2004 年。
- 陳榮基、謝啓瑞、葉俊榮，〈臺灣醫療糾紛的現況與處理(上)〉，健康世界雜誌，1993 年。
- 陳猷龍，「民法債編通則」，五南，2003 年。
- 陳聰富，〈危險責任與過失推定〉，月旦法學雜誌第 55 期，1999 年。

陳聰富，〈受僱人執行職務之行為〉，「侵權歸責原則與損害賠償」，元照，2004年。

陳聰富，〈消保法有關於服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，「侵權歸責原則與損害賠償」，元照，2004年。

陳聰富，〈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」，元照，2004年。

陳聰富，〈存活機會喪失之損害賠償〉，「因果關係與損害賠償」，頁193-251，元照，2007年。

陳聰富，〈美國醫療過失舉證責任之研究〉，朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富合著，「醫療過失舉證責任之比較」，頁161-199，元照，2008年。

陳聰富，「侵權歸責原則與損害賠償」，元照，2008年。

陳聰富，〈醫療行為與犯罪行為（上）—告知後同意的刑法上效果〉，月旦法學教室第69期，2008年。

陳聰富，〈醫療契約之法律關係（上）〉，月旦法學教室第72期，2008年。

陳聰富，〈醫療契約之法律關係（下）〉，月旦法學教室第73期，2008年。

陳聰富，〈醫療侵權之歸責原則（上）〉，月旦法學教室第75期，2009年。

陳聰富，〈醫療侵權之歸責原則（下）〉，月旦法學教室第76期，2009年。

陳聰富，〈民法第191條之3規定之適用範圍〉，「最高法院九八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會」書面資料，頁147-148，2009年。

陳聰富，〈告知後同意與醫師說明義務（上）〉，月旦法學教室第80期，2009年。

陳聰富，〈告知後同意與醫師說明義務（中）〉，月旦法學教室第81期，2009年。

陳聰富，〈告知後同意與醫師說明義務（下）〉，月旦法學教室第82期，2009年。

陳聰富，〈醫療訴訟之舉證責任——最高法院98年度台上字第276號民事判決評釋〉，法令月刊第61卷4期，頁28-55，2010年。

陳聰富，〈中國侵權責任法關於醫療損害責任評述〉，發表於「新世紀民法典的新元素」—兩岸學術研討會，2010年5月3日，頁43-68。

黃丁全，「醫事法」，元照，2007年。

黃立，〈消費者保護法對醫療行為的適用〉，律師雜誌第217期，1997年。

黃立，〈消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析〉，政大法學評論第75期，頁64，2003年。

黃立，〈我國消費者保護法之商品與服務責任〉，月旦法學教室第8期，2003年。

黃立，〈我國消費者保護法之商品與服務責任（二）〉，月旦法學教室第10期，頁75-88，2003年。

黃立，〈德國民法消滅時效制度的改革〉，政大法學評論第76期，2003年。

黃立，「民法總則」，元照，2005年。

黃立，「民法債編總論」，元照，2006年。

黃立，〈醫療糾紛處理條例草案解析〉，月旦法學雜誌第164期，2009年。

黃茂榮，「民法債編各論，第一冊」，自版，2006年。

黃茂榮，〈醫療契約（二）〉，植根雜誌第25卷第2期，2009年。

黃茂榮，〈醫療損害之危險責任〉，「債法總論，第2冊」，頁163-228，自刊，2010年。

黃茂榮，〈積極侵害債權〉，「債法總論，第3冊」，頁49-72，自刊，2010年。

黃茂榮，〈締約上過失〉，「債法總論，第3冊」，頁1-48，自刊，2010年。

- 黃榮堅，〈論相當因果關係理論—評最高法院八十九年度台上字第七八二三號及台灣高等法院八十九年度重上更（三）字第一四三號判決〉，月旦法學雜誌第 96 期，2003 年。
- 黃義豐，〈醫事人員醫療失當之民事責任〉，法學叢刊第 45 卷第 4 期，2000 年。
- 黃國昌，〈比較民事訴訟法下的當事人圖像〉，「民事訴訟理論之新開展」，元照，2005 年。
- 黃國昌，〈階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範〉，東海大學法學研究第 22 期，頁 217-306，2005 年。
- 黃陽壽，「民法總則」，新學林，2009 年。
- 張家琦，〈醫療糾紛民事責任與訴訟實務〉，法官協會雜誌第 9 卷第 1 期，2007 年。
- 雷萬來，「民事證據法論」，瑞興，1997。
- 張麗卿，〈醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例〉，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年。
- 張麗卿，〈實證醫學在醫療過失審判實務上的意義：從胃腺癌存活率談起〉，東吳法律學報第 21 卷 2 期，頁 4-7，2009 年。
- 楊培銘等，〈(實證醫學特輯)〉，臺灣醫學第 7 卷 4 期，頁 530-578，2003 年。
- 楊淑文，〈從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準(上)〉，台灣本土法學雜誌第 60 期，頁 49-63，2004 年。
- 楊淑文，〈從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準(下)〉，台灣本土法學雜誌第 61 期，頁 17-35，2004 年。
- 楊秀儀，〈醫病對話而非醫病對立—在過失無過失外尋求共識的基礎〉，醫望雜誌第 24 期，頁 19-20，1998 年。
- 楊秀儀，〈論醫療傷害賠償責任適用消費者保護法之爭議〉，「民法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)：總則、債編」，元照，2000 年。
- 楊秀儀，〈醫療糾紛與醫療無過失制度—美國經驗四十年來之檢討〉，政大法學評論第 68 期，2001 年。
- 楊秀儀，〈論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則〉，台灣本土法學雜誌第 39 期，2002 年。
- 楊秀儀，〈溫暖的父權 vs. 空虛的自主—到底法律要建立什麼樣的醫病關係?〉，應用倫理研究通訊第 21 期，2002 年。
- 楊秀儀，〈病人，家屬，社會：論基因年代病患自主權可能之發展〉，國立臺灣大學法學論叢 31 卷 5 期，頁 1-31，2002 年。
- 楊秀儀，〈法定急救義務？強制締約義務？醫師法第二一條，醫療法第四三條性質解析〉，臺灣本土法學雜誌第 49 期，2003 年。
- 楊秀儀，〈論強制治療所生之醫療傷害填補原則〉，萬國法律第 133 期，2004 年。
- 楊秀儀，〈當法律遇見醫療-台灣、美國、英國醫療法學專著之評析比較〉，律師雜誌第 308 期，2005 年。
- 楊秀儀，〈美國告知後同意法則之考察分析〉，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年。
- 楊秀儀，〈告知後同意法則之司法實務發展——最高法院九四年度台上字第二六七六號判決評釋〉，台灣本土法學雜誌第 73 期，頁 212-214，2005 年。
- 楊秀儀、游宗憲，〈台灣醫療糾紛自力救濟之實證研究—剪報資料分析〉，醫事法學第 14 卷第 1、2 期合訂本，2006 年。
- 楊秀儀，〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，國立臺灣大學法學論叢 36 卷 2 期，頁 229-268，2007 年。
- 楊秀儀，〈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 5-16，2008 年。
- 楊建華著、鄭傑夫增訂，「民事訴訟法要論」，三民，2009 年。
- 詹森林，〈不完全給付—最高法院決議與判決之發展〉，「民事法理與判決研究（二）」，頁 150 以下，元照，2003 年。
- 詹森林，〈公立醫院之醫療行為與消保法之服務無過失責任——公、私立醫院之差別待遇？——最高法院九三年台上字第一四八六號判決之商榷〉，台灣本土法學雜誌第 70 期，頁 223-226，2005 年。
- 詹森林，〈消保法商品責任上「消費」之意義——最高法院九十三年台上字第二〇二一號高週波 PVC 塑膠熔接機判決之研究〉，月旦法學雜誌第 122 期，頁 240-249，2005 年。
- 詹森林，〈德國醫療過失舉證責任之研究〉，「醫療過失舉證責任之比較」，頁 33-72，元照，2008 年。
- 詹森林、陳聰富、陳忠五，「歐洲契約法之整合學術研討會」書面資料，台大法律學院主辦，2007 年。
- 詹森林，〈不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院七十七年第七次至九十六年度第八次民事庭決議〉，國立台灣大學法學論叢 39 卷 3 期，頁 69-107，2010 年。
- 蔡惠如，〈台灣醫療糾紛之法律課題〉，月旦民商法雜誌第 4 期，頁 129，2004 年。
- 簡資修，〈醫師的賠償責任與說明義務——經濟分析與其法院實踐〉，月旦民商法雜誌第 22 期，頁 38-52，2008 年。
- 孫森焱，「民法債編總論，上冊」，自版，2010 年。
- 孫森焱，「民法債編總論，下冊」，自版，2010 年。
- 盧瑞芬、謝啟瑞，「醫療經濟學」，學富文化，2000 年。
- 劉文瑢，「醫事法要義」，頁 179，合記，1999 年。
- 劉邦揚、楊秀儀、黃心苑，〈我國地方法院刑事醫療糾紛判決之實證研究〉，國立交通大學科技法律研究所主辦之「2009 年第四屆全國法學實證研究研討會」書面資料。
- 劉春堂，〈侵權責任與契約責任〉，「民商法論集（一）」，頁 9 以下，三民，1985 年。
- 劉春堂，「判解民法債編通則」，三民，2000 年。
- 劉春堂，「契約法總論」，三民，2006 年。
- 劉連煜，「現代公司法」，新學林，2006 年。
- 劉得寬，〈成年「監護」制度之比較研究——以日、臺、德為中心〉，月旦法學雜誌第 101 期，頁 116，2003 年。
- 駱永家，「民事舉證責任論」，臺灣商務，1995 年。
- 戴瑀如，〈初探德國成年輔助法〉，月旦法學雜誌第 167，頁 137-150，2009 年。
- 鄧學仁，〈日本之新成年監護制度〉，《中央警察大學法學論集》，第 5 期，頁 330、331，2000 年。
- 莊錦秀，〈整合中歐洲醫療契約法〉，預刊台北大學法學論叢，2011 年 12 月。
- Muir Gray、唐金陵、郭耿南等編譯，「實證醫學：醫療照護決策」，頁 2-3，合記，2007 年。

中國大陸文獻

- 尹田，「法國現代合同法」，五南，2009 年。
- 罗结珍，「法国民法典，下冊」，法律出版社，2005 年。

張新寶，〈大陸醫療損害賠償案件過失認定〉，「醫療過失舉證責任之比較」，元照，2008年。
楊立新，「醫療侵權法律與適用」，法律出版社，2008年。
孫東東主編，「醫療告知手冊」，前言頁1，中國法制出版社，2007年。

日文部分

大谷 實，「醫療行為と法」，弘文堂，1989年。
山本敬三，〈消費者契約法の意義と民法の課題〉，民商法雑誌 123 卷 4、5 号，頁 24，2001年。
山本敬三，〈職務発明と契約法—契約法からみた現行特許法の意義と課題〉，民商法雑誌 128 卷 4、5 号，頁 135，2003年。
山本敬三，「民法講義 I 総則」，有斐閣，2005年。
山本敬三，「民法講義 IV-1 契約」，有斐閣，2005年。
山本敬三，〈契約の拘束力と契約責任論の展開〉，「特集—契約責任再建構（2006年日本私法学会シンポジウム資料）」，ジスリスト 1318 号，頁 87 以下，2006年。
山本敬三，〈基本権の保護と契約規制の法理〉，先物取引被害研究 29 号，頁 12，2007年。
山本敬三，〈契約規制の法理と民法の現代化（一）〉，民商法雑誌第 141 卷第 1 号，頁 6-7，2009年。
山本敬三，〈契約規制の法理と民法の現代化（二）〉，民商法雑誌第 141 卷第 2 号，頁 208-209，2009年。
小粥太郎，〈債務不履行の帰責事由〉，「契約責任論の再構築（2006年日本私法学会シンポジウム資料）」，ジスリスト 1318 号，頁 117-120，2006.9.1。
内田貴等，〈特別座談会—債権法の改正に向けて—民法改正委員会の議論の現状（上）〉，ジスリスト 1307 号，頁 119 以下，2006年。
内田貴，「民法Ⅱ—債権各論，第 2 版」，頁 12，財団法人東京大学出版会，2007年。
内田貴，「債権法の新時代—「債権法改正の基本方針」の概要」，頁 92，商事法務，2009年。
中田裕康，〈民法の現代語化〉，ジュリスト 1283 号，2005年。
中田裕康，「債権総論」，岩波，2008年。
中田裕康，〈日本民法における契約不履行〉，台湾大学国際シンポジウム」，書面資料，2010年 12 月 11 日。
中野貞一郎，〈診療債務の不完全履行上と証明責任〉，「現代損害賠償法講座 4」，頁 71 以下，1974年。
中野貞一郎，〈医療過誤訴訟の手続的課題〉，法学セミナー 258 号，頁 32 以下，1976年。
平井宜雄，「債権総論」，頁 44 以下，弘文堂，1985年。
平野裕之，「民法総合 5・契約法」，信山社，2007年。
民法（債権法）改正検討委員会編，「債権法改正の基本方針」，別冊 NBL 第 126 号，商事法務，2009年。
辻哲夫，〈医療費の適正化は“抑制”が主眼ではない〉，Nikkei Medical，2006年 1 月號。
石井膜禧，〈診療報酬体系改革と中医協〉，病院第 65 卷 12 号，2006年。
木下毅，〈医療療養病床における改定の実態と療養病床再編〉，病院第 65 卷 12 号，2006年。
日本最高裁判所，「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書」，2007年公布。
古川俊治，「メディカル クオリティ・アシュアランス—判例にみる医療水準」，医学書院，2005年。

- 吉田邦彦，「契約法・医事法の關係的展開」，有斐閣，2003年。
- 加藤良夫，「実務医事法講義」，株式会社民事法研究会，2005年。
- 加藤一郎，「我妻還曆 損害賠償責任の研究（上）」，頁505、507-509，有斐閣，1957年。
- 前田達明，「口述債権各論」，信山社，1990年。
- 倉田卓次監修，「要件事実の証明責任・債権総論」，西神田編集室，1986年。
- 遠藤賢治，「民事訴訟にみる手続保障」，成文堂，2004年。
- 安藤高郎，「診療報酬改定の高齢者専門病院への影響」，病院第65巻12号，2006年12月。
- 東京・大阪医療訴訟研究会編著，「医療訴訟ケースファイル」，判例タイムズ社，2004年。
- 近藤克則，「医療費抑制の時代を超えてーイギリスの医療・福祉改革」，医学書院，2007年。
- 星野英一，「契約思想・契約法の歴史と比較法」，「岩波講座基本法学4ー契約」，岩波，1983年。
- 岡孝，「台湾における成年後見制度の改正について」，「東アジア私法の諸相」，勁草書房，2009年。
- 岡林伸幸，「医療水準論に関する一考察(二)ー先端技術と医療過誤(一)」，名城法學44巻第2号，頁88，1994年。
- 長谷川友紀・徳田禎久，「医療提供体制と診療報酬体系のあり方」，病院第65巻12号，2006年12月。
- 砂川知秀・中村岳，「公的医療制度下の民間保険の国際比較」，「医療制度改革の国際比較」，勁草書房，2007年。
- 奥田昌道編，「注釈民法(10)」，頁393以下（北川善太郎執筆），有斐閣，1986年。
- 秋吉仁美編著，「医療訴訟」，青林書院，2009年。
- 伊藤浩，「手段債務としての安全債務と結果債務としての安全債務(二・完)」，立教法学22号，頁107，1988年。
- 松尾弘，「民法の体系ー市民法の基礎ー第4版」，慶應義塾大学出版会株式会社，2005年。
- 桑原博道，「第3章2争点整理の実情と課題」，小山稔＝西口元編集代表/塩谷國昭＝鈴木利廣＝山下洋一郎編，「専門訴訟大系(1)医療訴訟」，頁134，青林書院，2007年。
- 清水兼男，「診療過誤と医師の民事責任」，民商法雑誌52巻6号，頁803、805-807，1965年。
- 浦川道太郎・金井康雄・安原幸彦・宮澤潤，「医療訴訟」，株式会社民事法研究会，2010年。
- 須古博信，「平成18年診療報酬改定の影響と対策」，病院第65巻12号，2006年12月。
- 植木哲，「医療の法律学」，有斐閣，2003年。
- 能見善久，「履行障害，債権法改正の課題と方向」，別冊NBL51号，商事法務，1998年。
- 新井誠・赤沼康弘・大貫正男，「成年後見制度法の理論と実務」，有斐閣，2006年。
- 新堂幸司，「新民事訴訟法」，弘文堂，2006年。
- 菅野耕毅，「療契約法の理論（増補新版）」，信山社，2001年。
- 菅野耕毅，「医事法学概論」，医歯薬出版株式会社，2004年。
- 菅野耕毅，「医療過誤責任の理論」，信山社，2001年。
- 森田宏樹，「契約責任の帰責構造」，有斐閣，2002年。
- 稲垣喬，「医師責任訴訟の構造」，有斐閣，2002年。
- 潮見佳男，「債務不履行・契約責任論史」，水本浩・平井一雄編，「日本民法学史各論」，信山社，

- 1997 年。
- 潮見佳男，「契約各論 I-総論`財産権移転型契約`信用供与型契約」，信山社，2002 年。
- 潮見佳男，「債権総論 I」，信山社，2003 年。
- 潮見佳男，「契約規範の構造と展開」，有斐閣，2003 年。
- 潮見佳男，「契約責任の体系」，有斐閣，2000 年。
- 潮見佳男，「基本講義：債権各論 II-不法行為法」，新世社，2005 年。
- 潮見佳男，「契約各論 I-契約法`事務管理`不当利得」，信山社，2006 年。
- 潮見佳男，〈総論-契約責任論の現状と課題〉，「特集-契約責任再建構（2006 年日本私法学会シンポジウム資料）」，ジスリスト 1318 号，頁 82，2006 年。
- Alan Watson 著，瀧澤栄治・樺島正法譯，「ローマ法と比較法」，頁 148，信山社，2006 年。

英文部分

- Alasdair Maclean, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law*, Cambridge University Press (2009).
- A Grubb (ed), *Principles of Medical Law*, 2nd ed, Oxford University Press (2004).
- A Merry and A McCall Smith, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press (2001).
- Basil S. Markesinis and Hannes Unberath, *The German law of torts : a comparative treatise*, 4th ed, Oxford University Press (2002).
- David L. Sachett et al., *Evidence Based Medicine: What It Is And What It Isn't*, 312 BRIT. MED. J. 71, 71-72 (1996).
- Evidence-Based Medicine Working Group, *Evidence-Based Medicine: A New Approach to Teaching the Practice of Medicine*, 268 JAMA 2420 (1992).
- Emily Jackson, *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, 2nd ed, Oxford University Press (2010).
- G Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press (1988).
- G Treitel, *The Law of Contract*, Thomson/Sweet & Maxwell (2007).
- HJ Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge MA, Harvard University Press (1995).
- H Luntz, 'Loss of Chance' in I Freckleton and D Mendelson (eds). *Causation in Law and Medicine*, Aldershot, Ashgate, (2002).
- IM Kennedy, *Treat me right. Essays in Medical Law and Ethics*, Oxford, Clarendon Press (1988).
- IM Kennedy /A Grubb, *Medical Law: Text, Cases and Materials*, 3rd ed, London, Butterworths, (2000)
- J Healy, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, 73 ff (London, Sweet & Maxwell, 1999)
- Penney v East Kent Health Authority* [2000] Lloyd's Rep Med 41 (CA). (2000).
- J Robertson, *Informed Consent to Medical Treatment*, 97 LQR 102, (1981).
- K Clermont and E Sherwin, *A Comparative View of Standards of Proof*, 50 American Journal of Comparative Law, (2002).
- Lara Houry, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Oxford and Portland, Oregon, (2006).
- Michael Gelder et al, *Oxford Textbook of Psychiatry*, 422-423, 3rd ed, Oxford University Press (1996).
- M Wallace, *Health Care and the Law*, 3rd ed, Pyrmont, NSW, Law book, (2001).
- M Jones, *Medical Negligence*, 3rd ed, London, Sweet & Maxwell, (2003).

Maurits Barendrecht /Chris Jansen (Eds.) ,Study Group on a European Civil Code, Principles of European Law-Service Contracts (PEL SC) ,Sellier. European Law Publishers, (2007) .

Menral Capacity Act 2005

N Jansen, 'The Idea of a Lost Chance', 19 Oxford, Journal of Legal Studies , 271,1999.

Paul S. Appelbaum. Thomas G. Gutheil, Clinical Handbook of Psychiatry and the Law ,61-65 , 2nd ed,Williams& Wilkins(1991).

Prepared by Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law (Acquis Group) : Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law,Draft Common Frame of Reference (DCFR) ,Christian von Bar &Eric Clive (Ed), (2009) .

P. S.Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, 39-57. Oxford University Press (1979) .

P. Cane, Atiyah's Accidents , Compensation and the Law , Cambridge University Press, (2010) .

Reinhard Zimmermann, Comparative Law and The Europeanization of Private Law, in The Oxford Handbook of Comparative Law,Oxford, First published in paperback, (2008) .

Robert B Leflar, Health Care Reform in the United States:Medical Malpractice Proposals,National Taiwan University College of Law,ppt10., (2010)

Rachael Mulheron,Medical Negligence:Non-Patient and Third Party Claims , Ashgate, (2010) .

Sellier, Bruylant, Staempfli, Principles of European Law.Study Group on a European Civil Code.Service Contracts,Oxford University Press , (2006) .

the Chief Medical Officer (Sir Liam Donaldson), Making Amends: A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS,London, Department of Health, (2003) .

Thomas Douglas,Medical Injury Compensation:Beyond'No-Fault',17 Medical Law Review., (2009)

V Harpwood,Medicine, Malpractice and Misapprehensions 2, (2007) .

W van Gerven I Lever and P Larouche, Tort Law: Common Law of Europe Casebooks, (2000) .

Wolf, Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales , London, HMSO, (1996) .

德文部分

Adolf Laufs / W Uhlenbruck (eds), Handbuch des Arztrechts, 3.Aufl.,Munich, Beck, 2002.

Adolf Laufs/Christian Katzenmeier/Volker Lipp, Arztrecht, 6.Aufl. C.H.Beck München ,2009.

Adolf Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., C.H.Beck München, 2010.

Baur /Grunsky, Zivilprozeßrecht, 9Aufl., 1997.

Bianca Fuchs , Das Beweismass im Arzthaftungsprozess, Frankfurt am Main : Peter Lang, 2005..

Bundesärztekammer, Statistische Erhebung der Gutachter kommissionen und Schlichtungsstellen,2006.

Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz,1982.

Christian Katzenmeier , Arzthaftung,Tübingen:Mohr Siebeck, 2002.

- C Wendehorst, Lindenmaier-Möhring, Kommentierte BGH-Rechtsprechung, 2003-6/2005.
- D Giesen, Arzthaftung, 4Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, Rn. 401.
- D Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt/Main, Peter Lang, 1996, S. 9.
- D Hart, 'Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht. Ein Beitrag zur Entkoppelung von ärztlicher Aufklärungspflicht und Körperverletzung' in A Heldrich (ed), Festschrift für Heinrichs, Munich, Beck, 1998, S. 291.
- E Deutsch/ A Spickhoff, Medizinrecht, 6Aufl., Online, 2008.
- E Deutsch, 'Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht' NJW 1984, 1802.
- E Steffen, 'Haftung des Arztes für Fehler bei der Risikoaufklärung— Zurechnungsbeschränkungen oder versari in re iudicata?' in V Beuthien (ed), Festschrift für Medicus, Cologne, Heymann, 1999, S. 637-639.
- E Steffen / B Pauge, Arzthaftungsrecht—neue Entwicklungen und Tendenzen der BGH-Rechtsprechung, 10Aufl., Cologne, RWS Kommunikationsforum, 2006.
- G Müller, 'Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß' NJW 1997, 3049 -3054.
- Gerda Müller, Ärztliche Kompetenz und Patientenautonomie, im Christian Katzenmeier · Kraus Bergdolt (Hrsg.), Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, Springer, 2009.
- JA Jolowicz, On Civil Procedure, Cambridge University Press, 2000.
- Jörg-Dietrich Hoppe, 'Die Patient-Arzt-Beziehung im 21. Jahrhundert', in: Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, Springer online, 2009.
- K Geiß / H-P Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 5Aufl. Munich, Beck, 2006.
- H Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, Munich, Utz, 2001.
- H Stoll 'Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht' in E Deutsch (ed), Festschrift für E Steffen, Berlin, de Gruyter, 1995.
- H Koziol, 'Rechtmäßiges Alternativerhalten—Auflockerung starrer Lösungsansätze' in J Ahrens (ed), Festschrift für Deutsch, Cologne, Heymann, 1999.
- H Kötz and G Wagner, Deliktsrecht, 10Aufl., Neuwied, Luchterhand, 2006.
- Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971.
- M Kasche, Verlust von Heilungschancen—eine rechtsvergleichende Untersuchung Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999.
- M Gehrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, 2Aufl. Munich, Verlag Franz Vahlen, 2006.
- Musiak / Foerste, ZPO, kommentar, 1999, § 287.
- M Faure / H Koziol (eds), Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective Vienna, Springer, 2001.
- M. Werner, Die Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß § 287 ZPO, S. 33-39, 153., 1970.
- S Heidelk, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden: Ärztliche Verantwortung im Kontext des § 280 Abs. 1 BGB, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.
- U Graf, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, Munich, WF, 2001.
- Uwe Thumann, Reform der Arzthaftung in den Vereinigten Staaten von Amerika, 2000.

von Egon Schneider ,Beweis und Beweiswuerdigung,5.Aufl., München : Vahlen,1994.
Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen : Mohr,1996.

學位論文

- 何振銘,「醫療機構及其負責人之忠實義務法律問題之探討」,東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文,2008年。
- 何曉琪,「醫療錯誤之國際發展與研究取向之優劣分析-美國、澳洲、英國及臺灣之實證分析」,國立臺灣大學衛生政策與管理研究所碩士論文,2001年。
- 余欽博,「醫療糾紛民事法律關係之研究」,國立臺北大學法學系碩士論文,2007年。
- 李伯璋,「以臨床醫師的角度探討醫療紛爭解決機制」,國立成功大學科技法律學研究所碩士論文,2008年。
- 李詩應,「動態醫病關係與醫師義務」,東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文,2008年。
- 卓育璇,「醫療分工與信賴原則」,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文,2008年。
- 徐圭璋,「醫療糾紛訴訟中因果關係的實證醫學分析」,國立成功大學法律學研究所碩士論文,2008年。
- 黃朝琮,「侵權行為法上組織義務之研究」,國立臺北大學法律學研究所碩士論文,2007年。
- 許森豪,「醫療行為適用無過失責任之探討 - 兼論醫療行為依其性質分類之可行性」,國立成功大學法律學研究所碩士論文,2006年。
- 陳俞沛,「醫療機構法人化之研究」,東吳大學法學院法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文,2005年。
- 鄭其昀,「論組織醫療之賠償與補償」,中國文化大學法律學研究所碩士論文,2005年。
- 古秋菊,「實證醫學對醫療失當訴訟的影響-從民事舉證法則的衡平切入探討」,東吳大學法律學研究所碩士論文,2005年。
- 楊允伸,「組織醫療責任歸屬之研究」,東吳大學法律學研究所碩士論文,1997年。
- 林義城,「從各國醫療法律責任規範論我國建立醫師醫療責任險法制化」,東海大學法律學研究所碩士論文,2005年。
- 張文傑,「本國訴訟外醫療糾紛處理模式-以建構調仲制度為中心」,東海大學法律學研究所碩士論文,2007年。
- 許杏僑,「醫療事故責任與補償制度---兼從法律經濟學觀點探究」,輔仁大學法律學研究所碩士論文,2003年。
- 陳文袖,「論強制醫師專業責任保險--以醫療事故受害人之損害填補為中心」,東吳大學法律學研究所碩士論文,2003年。
- 陳映羽,「我國民事法上消滅時效制度再探討」,中國文化大學法律學研究所碩士論文,2007年。
- 黃思瑜,「醫療糾紛之民事法律問題研析」,國立臺北大學法律學研究所碩士論文,2004年。
- 黃鈺娛,「我國婦產科醫療糾紛裁判之實証研究--理論與實務之檢討」,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文,2003年。
- 黃有慈,「論醫院醫療服務之民事責任」,國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文,2010年。

葉國基，「兩岸醫療糾紛爭議處理機制與實踐比較研究」，國立臺灣海洋大學法律學研究所碩士論文，2005年。

葉婉如，「從補償制度與保險制度論醫療損害之填補」，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2003年。

潘恆新，「我國婦產科醫療糾紛類型與解決機制之法律研析與實證研究」，東吳大學法律學研究所碩士論文，2005年。

樊家妍，「醫療過失爭訟事件爭點整理之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004年。

蔡佩玲，「醫療糾紛中民事過失之認定—論「醫療水準」與「醫療常規」」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2007年。

蔡明宏，「醫療紛爭處理機制立法之探討—引進ADR制度」，國防大學國防管理學院法律學研究所碩士論文，2008年。

蕭翊亨，「整形美容醫療責任與糾紛處理之研究」，國立臺北大學法律學研究所碩士論文，2004年。

魏宣儀，「從海峽兩岸醫療糾紛處理論醫療事故無過失補償制度之可行性」，中國文化大學法律學碩士論文，2004年。

王宏仁，「牙科復健醫療之民事責任研究」，東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文，2008年。

王至弘，「注意義務認定與醫療過失責任之探討—兼論骨科醫療訴訟判決類型與評析」，東吳大學法律學研究所碩士論文，2009年。

陳正昇，「民事醫療過失之研究」，東吳大學法律學研究所博士論文，2010年。

江安順，「醫療意外侵權責任歸責原則之探討與分析」，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2004年。

余政經，「全民健保下私立小型醫院困境與策略—發展以醫院為基礎的護理之家可行性研究」，國立臺灣大學公共衛生學院醫療機構管理研究所碩士論文，2006年。

吳金俊，「牙科醫療相關法律問題之研究」，東吳大學法律學研究所碩士論文，1999年。

吳建樑，「醫師與病患醫療關係之法律分析」，東吳大學法律學研究所碩士論文，1994年。

吳志正，「醫療契約論」，東吳大學法律學系法律專業碩專班碩士論文，2006年。

吳澤誠，「從病患觀點探討引起醫療糾紛產生的原因與類型--以台灣法院判決資料為基礎」，國立臺灣大學公共衛生學院醫療機構管理研究所碩士論文，2006年。

吳俊達，「醫療訴訟之舉證責任」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2007年。

林幸怡，「醫病機構之民事責任」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2010年。

林宗穎，「被害人與有過失」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2009年。

林洲富，「探討消費者保護法對醫療行為之適用」，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2001年。

林鳳秋，「醫療糾紛案件中鑑定書定型化之探討」，國立中興大學法律學系碩士論文，1998年。

林慧貞，「論消費者保護法之服務無過失責任」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1994年。

許純琪，「醫病關係中的告知後同意」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年。

陳怡穎，「總額制度下醫院醫療管理措施與醫師自評對醫療決策之影響」，國立臺灣大學公共衛生

- 學院醫療機構管理研究所碩士論文，2005年。
- 陳哲民，「由歸責原則之演變論產品責任法之發展-從法律史之角度觀察產品責任歸責原理演進歷程」，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2009年。
- 陳瑞瑩，「藥師調劑錯誤之研究」，國立臺灣大學醫療機構管理研究所碩士論文，2005年。
- 黃天昭，「醫療糾紛之民事歸責原則」，東吳大學法律學研究所碩士論文，1995年。
- 管靜怡，「醫療之民事責任與風險分擔」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1998年。
- 黃澗儀，「醫師說明義務-以契約責任與侵權責任之區別實益為中心」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2009年。
- 藍家偉，「慰撫金量定的理論與實務」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2009年。
- 張耘慈，「台灣地方法院民事醫療糾紛判決之實證研究」，國立陽明大學公共衛生研究所碩士論文，2009年。
- 李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年。
- 李貞瑩，「醫療民事責任因果關係成立與舉證之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2009年。
- 張柏淵，「醫療訴訟中「因果關係」至「機會喪失」之演變-由機率之觀點出發」，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2006年。
- 李毓珮，「醫療糾紛處理機制之探討」，國立臺北大學法律學研究所碩士論文，2001年。
- 莊馨旻，「我國醫療責任發展趨勢之研究」，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2004年。
- 許杏僑，「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，2004年。
- 許忠信，「論消費者保護法服務無過失責任於醫療服務之適用與解釋」，東吳大學法律學研究所碩士論文，1999年。
- 許純琪，「醫病關係中的告知後同意」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2001年。
- 黃天昭，「醫療糾紛之民事歸責原則」，東吳大學法律學研究所碩士論文，1996年。
- 葉柳君，「醫療事故損害賠償問題之研究」，國立臺北大學法律學研究所碩士論文，2003年。
- 詹炳耀，「遠距醫療的法律研究」，東吳大學法律學研究所碩士論文，1997年。
- 管靜怡，「醫療之民事責任與風險分擔」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2003年。
- 蔡永祥，「醫療行為過失推定立法可行性之探討」，國立成功大學法律研究所碩士論文，2003年。
- 劉姿吟，「臍帶血保存契約之研究」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2010年。

附件一：DCFR Part IV.C.-Ch8：Treatment⁹⁷³

IV. C. -8:101: Scope

(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the treatment provider, undertakes to provide medical treatment for another party, the patient.

(2) It applies with appropriate adaptations to contracts under which the treatment provider undertakes to provide any other service in order to change the physical or mental condition of a person.

(3) Where the patient is not the contracting party, the patient is regarded as a third party on whom the contract confers rights corresponding to the obligations of the treatment provider imposed by this Chapter.

IV. C. -8: 102: Preliminary assessment

The treatment provider must, in so far as this may reasonably be considered necessary for the performance of the service:

- (a) interview the patient about the patient's health condition, symptoms, previous illnesses, allergies, previous or other current treatment and the patient's preferences and priorities in relation to the treatment;
- (b) carry out the examinations necessary to diagnose the health condition of the patient: and
- (c) consult with any other treatment providers involved in the treatment of the patient.

⁹⁷³ Cited in Prepared by Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law (Acquis Group): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), 1932-2024. Christian von Bar & Eric Clive (Ed) (2009).

IV. C. -8:103: Obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises

(1) The treatment provider must use instruments, medicines, materials, installations and premises which are of at least the quality demanded by accepted and sound professional practice, which conform to applicable statutory rules and which are fit to achieve the particular purpose for which they are to be used.

(2)) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. G. -8:104: Obligation of skill and Care

(I) The treatment provider's obligation of skill and care requires in particular the treatment provider to provide the patient with the care and skill which a reasonable treatment provider exercising and professing care and skill would demonstrate under the given circumstances.

(2) If the treatment provider lacks the experience or skill to treat the patient with the required degree of skill and care, the treatment provider must refer the patient to a treatment provider who can.

(3) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. C. -8:105: Obligation to inform

(I) The treatment provider must, in order to give the patient a free choice regarding treatment, inform the patient about, in particular:

(a) the patient's existing state of health:

- (b) the nature of the proposed treatment;
- (c) the advantages of the proposed treatment;
- (d) the risks of the proposed treatment;
- (e) the alternatives to the proposed treatment, and their advantages and risks as compared to those of the proposed treatment; and
- (f) the consequences of not having treatment.

(2) The treatment provider must, in any case, inform the patient about any risk or alternative which might reasonably influence the patient's decision on whether to give consent to the proposed treatment or not. It is presumed that a risk might reasonably influence that decision if its materialisation would lead to Serious detriment to the patient. Unless otherwise provided, the obligation to inform is subject to the provisions of Chapter 7 (Information and advice)

(3) The information must be provided in a way understandable to the patient.

IV. C. -8:106: Obligation to inform in case of unnecessary or experimental treatment

(1) If the treatment is not necessary for the preservation or improvement of the patient's health. the treatment provider must disclose all known risks.

(2) If the treatment is experimental. the treatment provider must disclose all information regarding the objectives of the experiment, the nature of the treatment. its advantages and risks and the alternatives. even if only potential.

(3) The parties may not. to the detriment of the patient. exclude the

application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. C. -8:107: Exceptions to the obligation to inform

(I) Information which would normally have to be provided by virtue of the obligation to inform may be withheld from the patient:

(a) if there are objective reasons to believe that it would seriously and negatively influence the patient's health or life; or

(b) if the patient expressly states a wish not to be informed, provided that the non-disclosure of the information does not endanger the health or safety of third parties.

(2) The obligation to inform need not be performed where treatment must be provided in an emergency. In such a case the treatment provider must, so far as possible, provide the information later.

IV. C. -8:108: Obligation not to treat without consent

(I) The treatment provider must not carry out treatment unless the patient has given prior informed consent to it.

(2) The patient may revoke consent at any time.

(3) In so far as the patient is incapable of giving consent, the treatment provider must not carry out treatment unless:

(a) informed consent has been obtained from a person or institution legally entitled to take decisions regarding the treatment on behalf of the patient; or

(b) any rules or procedures enabling treatment to be lawfully given without such consent have been complied with; or

(c) the treatment must be provided in an emergency.

(4) In the situation described in paragraph (3). the treatment provider must not carry out treatment without considering, so far as possible. the opinion of the incapable patient with regard to the treatment and any such opinion expressed by the patient before becoming incapable.

(5) In the situation described in paragraph (3). the treatment provider may carry out only such treatment as is intended to improve the health condition of the patient.

(6) In the situation described in paragraph (2) of IV. C.-8:106 (Obligation to inform in case of unnecessary or experimental treatment). consent must be given in an express and Specific way.

(7) The parties may not, to the detriment of the patient. exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

IV. C. -8:109: Records

(1) The treatment provider must create adequate records of the treatment. Such records must include, in particular, information collected in any preliminary interviews, examinations or consultations, information regarding the consent of the patient and information regarding the treatment performed.

(2) The treatment provider must. on reasonable request:

(a) give the patient, or if the patient is incapable of giving consent. the person or institution legally entitled to take decisions on behalf of the patient, access to the records; and

(b) answer, in so far as reasonable. questions regarding the interpretation of the records.

(3) If the patient has suffered injury and claims that it is a result of non-performance by the treatment provider of the obligation of skill and care and the treatment provider fail to comply with paragraph (2). non-performance of the obligation of skill and care and a causal link between such non-performance and the injury are presumed.

(4) The treatment provider must keep the records. and give information about their interpretation, during a reasonable time of at least 10 years after the treatment has ended, depending on the usefulness of these records for the patient or the patient's heirs or representatives and for future treatments. Records which can reasonably be expected to be important after the reasonable time must be kept by the treatment provider after that time. If for any reason the treatment provider ceases activity, the records must be deposited or delivered to the patient for future consultation.

(5) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of paragraphs (1) to (4) or derogate from or vary their effects.

(6) The treatment provider may not disclose information about the patient or other persons involved in the patient's treatment to third parties unless disclosure is necessary in order to protect third parties or the public interest. The treatment provider may use the records in an anonymous way for statistical, educational or scientific purposes.

IV. C. -8:I 10: Remedies for non-performance

With regard to any non-performance of an obligation under a contract for treatment, Book III, Chapter 3 (Remedies for non-performance) and IV.

C.-2: I I I (Client's right to terminate) apply with the following adaptations:

(a) the treatment provider may not withhold performance or terminate the contractual relationship under that Chapter if this would seriously endanger the health of the patient: and

(b) in so far as the treatment provider has the right to withhold performance or to terminate the contractual relationship and is planning to exercise that right, the treatment provider must refer the patient to another treatment provider.

IV. C. -8: I I I: Obligations of treatment-providing organisations

(1) If, in the process of performance of the obligations under the treatment contract, activities take place in a hospital or on the premises of another treatment-providing organisation, and the hospital or that other treatment-providing organisation is not a party to the treatment contract, it must make clear to the patient that it is not the contracting party.

(2) Where the treatment provider cannot be identified, the hospital or treatment-providing organisation in which the treatment took place is treated as the treatment provider unless the hospital or treatment-providing organisation informs the patient, within a reasonable time, of the identity of the treatment provider.

(3) The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

附件二：日本債權法基本方針--第八章服務提供契約條

文簡介⁹⁷⁴

日本債權法基本方針--第八章服務提供契約條文簡介			
條號	日文條文	中譯(語譯)	說明
第一節役務提供の意義と成立			
【3.2.8.01】 役務提供の 定義	役務提供は,当事者の一方(役務提供者)が相手方(役務受領者)から報酬を受けて,または,報酬を提供する義務を負う契約である。	服務提供契約,當事人之一方提供服務,他方受領並負給付報酬義務。	新設
【3.2.8.02】 役務提供者 の基本的義務の 内容	(1) 当事者が契約でめ た目的または結果を実現あ ることを約した場合には, 役務提供者は,それを実現 する義務を負う。 (2) (1)の合意が認め られない場合には,役務提 供者は,契約で定めた目的 または結果【の実現】に向 けて,善良な役務提供者に	(1) 當事人就契約目的或結果履行有約定時,服務提供者負履行義務。 (2) 未 第 1 項合意時,服務提供者基於善管人通常合理期可期待注意義務去履行該契約的目的或結果。但於服務提供者未受有報酬時除提供服務業務的企業體外,因其係為無償,提供服務者	新設 第 1 項針 對「結果債務」 類型,將現行日 本民法有關承 攬第 623 條意 旨納入。 第 2 項針 對「手段債務」 類型,將現行日

⁹⁷⁴此部分整理自(債權法)改正検討委員会編,「債權法改正の基本方針(別冊 NBL 一二六号)」,頁 357-363,商事法務,2009年,以下簡稱基本方針。

	<p>通常期待される注意を尽くして役務の提供を行う義務を負う。ただし、役務提供が報酬を受けないでなされる場合には、事業者がその事業の範囲内で役務の提供を行う場合を除き、無償であることを考慮して、役務提供者は相当程度に減輕された注意【自己のためにするのと同じの注意】をもって、役務の提供を行う義務を負う。</p>	<p>負擔履行注意義務相當程度減輕（與自己處理事務之同一注意）。</p>	<p>民法委任第 644 條（有償）及寄託第 659 條注意義務標準納入。此有償與無償契約注意義務分別也納入基本方針</p> <p>【3.2.10.03】、 【3.2.11.04】。</p>
<p>【3.2.8.03】 勞務提供契約の総則性</p>	<p>第 8 章の規定は、この法律その他の法令に別段の定めがある場合を除き、請負、委任、寄託、雇用その他すべての役務提供契約に適用される。</p>	<p>第 8 章規定除本法及其他法律另有規定外、適用於承攬、委任、寄託及僱傭其它所有的服務提供契約。</p>	<p>新設</p>
<p>第二節 勞務提供と報酬請求</p>			
<p>【3.2.8.04】 事業者の報酬請求権</p>	<p>事業者が経済事業の範囲内において相手方のために勞務を提供することを約したときは、相手方はそれ</p>	<p>以企業體內經濟事業範圍内爲對相對人服務之提供約定時、推定相對人對給付相當報酬有約定。</p>	<p>新設 本條係將日商法第 512 條報酬請求權</p>

	に対して相当な報酬を支払うことを約したものと推定する。		意旨納入本條。
【3.2.8.05】 有償役務提供において報酬支払方式	<p>(1) 成果完成型の報酬支払方式</p> <p>役務の提供によつてもたらされる成果に対して報酬を支払うことが合意されたときは、役務提供者は、役務提供によつて当該成果を完成しなければ、その報酬を請求することができない。</p> <p>(2) 履行割合型の報酬支払方式</p> <p>(1)の合意がないときは、役務提供者は、その提供した役務の割合に応じた報酬を請求することができる。</p>	<p>(1) 成果完成型的報酬給付方式</p> <p>服務提供成果完成時爲報酬給付有約定時，服務提供者於服務提供該當成果必須完成時才能請求報酬。</p> <p>(2) 比例履行型的報酬給付方式</p> <p>有關第 1 項情形未約定時，依履行比例請求相對應之報酬。</p>	<p>新設</p> <p>本條係將現行日民法承攬第 633 條及委任第 648 條規定意旨納入。</p> <p>有關服務提供與報酬對價關係則明定於【3.2.8.06】；報酬給付時期【3.2.8.07】</p> <p>另本條用語「成果」有別於結果債務的「結果」，故本條第 1 項，無論「手段債務」或「結果債務」均有其適用。</p>
【3.2.8.06】 役務提供と	(1) 役務提供者は、役務の提供をしなければ、そ	(1) 服務提供者，未提供服務，不得請求報酬。	新設 就現行日

<p>具体的報酬請求 権との関係</p>	<p>れに対する報酬を請求することができない。</p> <p>(2) 役務受領者が報酬を前払した場合において、役務提供者が役務の全部または一部を提供することができない【提供しないことが確定した】ときは、提供しなかった役務に対する報酬額を役務受領者に返還しなければならない。</p>	<p>(2) 服務受領者在報酬前付情形、服務提供者服務全部或一部未提供（提供未明確）時、未提供服務部分相對的報酬應返還服務受領者。</p>	<p>民法承攬、僱傭及委任規定制定一般性規定。</p>
<p>【3. 2. 8. 07】 報酬の支払 時期</p>	<p>(1) 成果完成型の報酬 支払の役務提供契約においては、役務提供者は、その役務提供によって成果を完成した後でなければ、報酬を請求することができない。</p> <p>(2) 履行割合型の報酬 支払の役務提供契約においては、役務提供者は、その役務を提供した後でなければ、報酬を請求することができない。ただし、期間によって報酬を定めたときは、その期間を経過した後に、</p>	<p>(1) 有關成果完成型服務提供契約報酬給付，服務提供者所提供服務相關成果完成時，得請求報酬。</p> <p>(2) 履行比例型服務提供契約報酬給付，服務提供者提供服務後，得請求報酬。但對報酬定有期間時，該期間經過後，請求該報酬。</p>	<p>新設 就現行日 民法有關僱傭 第 624 條、承攬 第 633 條、委任 第 648 條第 2 項 規定的一般性 規定。</p>

	報酬を請求することができ る。		
【3.2.8.08】 役務提供が 途中で終了した 場合における既 履行部分の具体 的報酬請求権	<p>(1) 成果完成型の報酬 支払の役務提供契約におい ては,その役務提供によっ て成果を完成することが不 可能になった場合であつて も,既に行った役務提供の 成果が可分であり,かつ,既 履行部分について役務受領 者が利益を有するときは, 役務受領者は既履行部分に ついては契約を解除するこ とができない。この場合に おいて,役務提供者は既履 行部分に対する報酬を請求 することができる。</p> <p>(2) 履行割合型の報酬 支払の役務提供契約におい て,役務提供契約が役務提 供の途中で終了したとき は,役務提供者は,既に行っ た役務提供の履行の割合に 応じて報酬を請求すること ができる。</p>	<p>(1) 有 關 成果完成型服 務提供契約報酬給付, 相關成果完成不可能的情形 時,已履行服務提供的成果 可分時,且已履行部分對服 務受領者有利益時,服務受 領者不得就已履行部分契約 爲解除。</p> <p>(2) 有 關 履行比例型服 務提供契約報酬給付, 服務提供契約該服務提供中 途終止時,服務提供者,對 已履行服務提供依履行比例 相對應的報酬有請求權。</p>	<p>新設 參照現行 日民法委任第 548 條第 3 項</p>

<p>【3.2.8.09】</p> <p>役務提供が不可能な場合における具体的報酬請求権</p>	<p>(1) 役務受領者に生じた事由によって、役務提供者がその役務を提供することが不可能となったときは、役務提供者は、既に行つた役務提供の履行の割合に応じて報酬およびその中に含まれていない費用を請求することができる。</p> <p>(2) 役務受領者の義務違反によって役務を提供することが不可能となったときは、役務提供者は、約定の報酬から自己の債務を免れることによって得た利益を控除した額を請求することができる。この場合における約定の報酬は、</p> <p>【3.2.8.10】(1) によって役務受領者が契約を解除することができる場合には、役務提供者が解除によって生じた損害の賠償として</p> <p>【3.2.8.10】(2) によって請求することができる額を</p>	<p>(1) 因服務受領者之事由・服務提供者服務提供已不可能時，服務提供者按其已履行之服務提供比例相對應報酬及未含於報酬內所支出費用得請求。</p> <p>(2) 服務受領者違反義務致服務提供不可能時，服務提供者自約定報酬免除損益相抵自己義務。此時有關約定報酬【3.2.8.10】(1) 相關服務受領者契約解消情形，服務提供者因契約解消所生損害賠償應依【3.2.8.10】(2) 相關請求額核定。</p>	
--	--	--	--

	考慮して算定される。		
第3節 役務提供の終了			
【3.2.8.10】 役務受領者の任意解除権	<p>(1) 役務提供者がその役務の提供を完了しない間は、役務受領者は、いつでも契約の解除をすることができる。</p> <p>(2) (1) の場合において、役務提供者は、解除によって生じた損害の賠償として、次の各号に掲げる額を請求することができる。</p> <p>(ア) 成果完成型の役務提供契約においては、約定の報酬から解除によって支出を免れた費用【自己の債務を免れることによって得た利益】を控除した額。</p> <p>(イ) 履行割合型の役務提供契約において、既に行った役務提供の履行の割合に応じた報酬およびその中に含まれていない費用。</p>	<p>(1) 服務提供者其服務提供未完成前、服務受領者得解消契約。</p> <p>(2) 於第1項情形、服務提供者因解消所生損害賠償、依下列各款所示請求數額。</p> <p>① 有關成果完成型服務提供契約、從約定報酬扣除至解消時所免於支出費用（自己免於之債務所得利益）。</p> <p>② 有關履行比例型服務提供契約、已履行服務提供所相對應比例報酬及未包含在該報酬內的費用。</p>	<p>新設</p> <p>第1項係參考現行日民法僱傭第627條、承攬第641條、委任第648條第3項規定、所訂服務提供契約於完成前一般任意解約權規定。</p> <p>第2項則是針對第1項契約解消後所生服務提供者損害賠償請求範圍。</p>
【3.2.8.11】 役務提供者	(1) 有償役務提供契約における任意解除権	(1) 有償服務提供契約任意解除権	新設 參酌現行

<p>の任意解除権</p>	<p>(甲案) 有償役務提供契約については、役務提供者の任意解除権を定めな い。</p> <p>(乙案) 役務提供者が報酬を受ける場合であつても、役務提供者は、やむを得ない事由があるときは、直ちに契約を解除することができる。</p> <p>(2) 無償役務提供契約における任意解除権</p> <p>役務提供者は、いつでも契約の解除をすることができ。ただし、役務受領者に不利な時期に解除がなされ、かつ、その解除が当事者の信義に反すると認められるときは、役務提供者は、契約の解除によって役務受領者が被った損害を賠償しなければならない。</p>	<p>(甲案) 有關有償服務提供契約服務提供者不具任意解除權。</p> <p>(乙案) 服務提供者受有報酬情形，當有不得已事由（重大事由）時得立即解消契約。</p> <p>(2) 無償服務提供契約任意解除權</p> <p>服務提供者得隨時解消契約。但於服務受領者不利時期解消且此解消被認為與當事人誠信原則有違時，服務受領者因而所受損害，服務提供者須負賠償責任。</p>	<p>日民法僱傭第628條及委任第651條規定，另規範一般規定。</p>
<p>【3.2.8.12】 役務受領者 についての破産</p>	<p>(1) 有償の役務提供契約において、役務受領者が破産手続開始の決定を受け</p>	<p>(1) 有償服務提供契約，服務受領者受宣告破産程序開始時，服務提供</p>	<p>新設 針對現行 日民法僱傭第</p>

<p>手続の開始</p>	<p>たときは、役務提供者または破産管財人は、契約の解除をすることができる。この場合において、役務提供者は、既に行った役務提供の割合に応じた報酬およびその中に含まれていない費用について、破産財団の配当にすることができる。</p> <p>(2)(1)の場合には、契約の解除によって生じた損害の賠償【3.2.8.10】は、破産管財人が契約の解除おとした場合における役務提供者に限り,請求することができる。この場合において、役務提供者は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入する。</p>	<p>者向該破産管理人解消契約。基此，服務提供者有關已履行服務提供比例相對應報酬及未含於該報酬內的費用，納入破産財團分配。</p> <p>(2) 在 第 1 項情形，解消契約所生關於</p> <p>【3.2.8.10】損害賠償，破産管理人以契約解消時，服務提供者所請求者爲限。基此，服務提供者的損害賠償加入破産財團分配。</p>	<p>631 條、承攬第 642 條、委任第 653 條規定作一般規範。</p>
--------------	--	--	--

附件三：十七件歷經三審確定案件（患者獲賠）整理表


<p>Case IM8</p>	<p>案情：被害人李○山因身體不適，於 1995 年 3 月 12 日十時許，由其妻女即被上訴人乙、丁陪同至上訴人兼職之泰安醫院求診，上訴人由病歷及乙等口述，得知李○山有十多年氣喘病史及對藥物過敏，本應注意並能注意 Ketoprofenid（下稱系爭藥物）為非類固醇之抗炎藥物，與 Aspirin 為同一類藥物，氣喘患者有百分之二至百分之十對此類藥物過敏，服用系爭藥物可能產生輕微過敏現象，也可能嚴重氣喘發作，甚至導至病人呼吸衰竭死亡，且一般系爭藥物之用法應為口服或肌肉注射，只在緊急狀況下才給予靜脈注射，上訴人竟疏未注意，處方給予系爭藥物一支靜脈注射，及 Buscopan 一支肌肉注射，約五、六分鐘後，即造成李○山發生呼吸困難，急性氣喘發作，於轉院途中，因服藥導致過敏性休克，合併支氣管性氣喘及心臟肥大而死亡。</p> <p>【獲賠償額 150 萬；訴訟時間 5 年 5 個月；患者就診至轉院途中死亡約三至四小時；經鑑定有過失；刑事程序和解】</p>
	<p>第一審：資料庫暨裁判彙編均無收錄</p>
	<p>第二審：台南高分院 85 年度訴字第 130 號判決（資料庫暨裁判彙編均無收錄）</p>
	<p>第三審：最高法院 88 年度台上字第 131 號判決（880122）：廢棄原判決發回台南高分院。最高法院認為，原審未斟酌病歷表中李○山曾三次使用系爭過敏藥物，致其對於系爭藥物所存二%至十%之過敏機率已被排除之事實，不足採取云云。此與判斷上訴人是否診療過失致李○山死亡攸關，原審愒置不論，即有判決不備理由之違法。次按解釋當事人之契約，應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又應以當時之事實及其他一切證據資料為其判斷之標準，不能拘泥文字致失真意。有關上訴人與被上訴人間和解契約效力是否有及民事部份有爭執，此與判斷上開和解之真意，所關頗切，原審悉未調查審認，遽為上訴人不利之判決，亦嫌率斷。</p>
	<p>第二審：台南高分院 88 年度訴更(一)字第 1 號（880608）：資料庫暨裁判彙編均無收錄</p>
	<p>第三審：最高法院 89 年度台上字第 1834 號醫病均敗（判決駁回）890811</p>
	<p>最高法院認為，原審判決並無違誤，本件兩造上訴均為無理由。</p>

<p>Case IM11</p>	<p>案情：被害人于廖○霞因身體不適，於 1999 年 8 月 11 日夜間 11 時許，前往被告板橋醫院急診室就醫。經訴外人住院實習醫師已診斷為嚴重貧血症後，被告板橋醫院檢驗師即被告蔡益安疏於注意，將被害人 A 型血液誤判為 A B 型，致由捐血中心取回之八袋 A B 型血液均無法輸用，導致病患因延誤治療而於翌日凌晨三時十五分休克死亡。</p> <p>【獲賠償額 291 萬；訴訟時間 5 年 9 個月；患者到院至死亡約四小時餘、經鑑定有過失】</p>	
<p>第一審：板橋地院 88 年度訴字第 2136 號判決(920519)：原告一部勝訴。</p> <p>【侵權注意義務（醫師法、醫療法）、契約不完全給付（加害給付）、經鑑定有過失為法院採納】</p>		
<p>原告主張</p>	<p>被告主張</p>	<p>法院認定</p>
<p>爭點 1：有關原告血型被告有無誤判，進而導致延誤輸血致死？</p>		
<p>被害人血型為 A 型並非 AB 型，被告誤判有過失。</p>	<p>否認有誤判被害人血型情事，而辯稱被害人患有「突發嚴重之急性溶血症」，經被告蔡○○將病患之血液體檢做不規則抗體篩檢試驗，結果抗體篩檢試劑 I 及 II 均呈陽性反應，即表示病患體內含「不規則抗體」，為不正常之血液，致造成交叉試驗呈陽性反應，並影響血清判斷。</p>	<p>法院採認鑑定意見于員之血型表現為 A 型，基因型則為 A O 型，不可能為 A B 型。緊急輸血並給予適當藥物抑制溶血症繼續進行，乃是當務之急，觀其病歷處方欄，一時五分醫師確有備濃縮紅血球液八單位之記載，但迄至病患死亡之前，仍未給予輸血。查本件依病歷記載，患者血紅素 4.4(正常為女性為 13.5-14.5)，足見被告板橋醫院當時本有適合庫存之 A 型血液，苟被告蔡益安當時並未誤判，自可即時輸用庫存 A 型血液，以提高其血氧量，當不致發生被害人因</p>

		<p>而死亡之結果，二者間自有相當之因果關係，從而被告蔡益安誤判血型對被害人之死亡結果發生，顯有過失甚為明顯。</p>
<p>爭點 2：醫師戊主張當時並未在場為其診療醫師，是否須負過失責任。</p>		
<p>放任尚無醫師執照之訴外人實習醫師己○○值班，致使病患未能接受必要之輸血及抑制溶血藥物之治療，亦未採取必要轉院措施，導致病患死亡，是被告戊○○廢弛職務之行爲具有過失。</p>	<p>醫師戊抗辯其當時並未在場為其診療醫師並無須負責任。</p>	<p>法院認為依該院值班表及證人證詞足見被告戊醫師係當日急診室之值班醫師，依上揭醫師法第二十八條第一項第一款及醫療法第四十二條規定，本須在場值班指導未具醫師資格之實習醫師己○○，執行該院急診室之醫療業務，卻未規定到場值班，任令實習醫師己○○獨自一人執行本件醫療業務，而證人實習醫師己○○於當時凌晨一時五分就本件被害人病症之處斷，通知血庫應行備血進行緊急輸血之處方作為，固屬正確，惟於被告板橋醫院檢驗師將被害人血型 A 型卻誤判為 A B 型，因該院並無庫存 A B 血型，致須另向捐血中心取血，且又交叉測試不合，未敢確定使用，此時被害人病情於二時十分病況突然惡化情況下，依上開鑑定書之鑑定意見，其替代方法</p>

		<p>為緊急輸用O型紅血球濃縮液，乃最直接、有效之治療。而被告板橋醫院當時本有庫存O型血液，已據被告蔡益安所自承，但本案在場實施治療急救實習醫師已顯然並未實施此一正確之治療作為，雖經其急救終致被害人於當日凌晨三時十五分因而死亡。而被告戊既身為被告板橋醫院之主治醫師，本屬有相當智識及經驗之合格醫師，對上開被害人緊急病況，苟其在場值班親自治療或指導實習醫師已，自可期待其為正確指示處斷，以替代方法為病患緊急輸用O型紅血球濃縮液，當可避免被害人於當日因未行輸血死亡之結果發生。而被告戊明知證人已僅係實習醫師未具醫師資格，不可單獨執行醫療行為，身為當日急診室內科值班醫師，卻任令證人已獨自在場執行醫療業務，而未到場或留下可供聯絡方式，顯屬違反醫師法第二十八條第一項第一款及醫療法第四十二條規定，亦即乃違反保護他人之法律，依民法第一百八十四條第二項</p>
--	--	--



		<p>規定，應推定其有過失，被告戊徒以其當時並未在場為其診療醫師而謂其並無須過失責任云云，自不足採。苟各行為人之過失行為，均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為。依民法第一百八十五條第一項前段之規定，各過失行為人，對於被害人應負全部損害之連帶賠償責任。最高法院六十七年台上字第一七三七號判例亦著有明文。查本件被告蔡○安及戊均係被告台北縣立板橋醫院所聘僱之醫事檢驗師及醫師，已據被告所不爭，被告蔡○安及戊於執行醫療業務時因過失造成病患于廖○霞死亡，不法侵害其生命權，既經認定，被告板橋醫院復未證明其選任及監督彼等業務執行已盡相當注意或屬不可避免發生損害，揆之前開規定，被告三人對於原告因而所受之損害，自應負連帶賠償責任。</p>
<p>第二審：台灣高等法院 92 年度上字第 591 號判決(940216)：原告勝訴</p> <p>【侵權注意義務（醫療法、醫師法、醫事檢驗師法）、經鑑定有過失為法院採納】</p>		
原告主張	被告主張	法院認定

爭點 1：廖○霞之死亡與延誤輸血、己○○之血型判讀之間是否具有相當因果關係？

被害人血型為 A，依醫審會鑑定意見表示，病患當時情形輸血治療為第一要務，而當時延誤輸血之原因乃在於輸血前之血型鑑別程序發生異常所致，相當因果關係，自不須負損害賠償之責任。

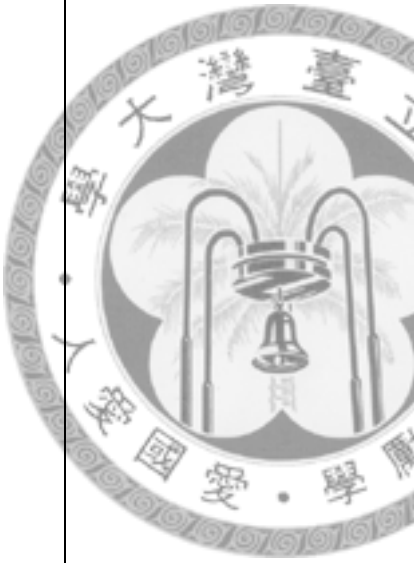
並無鑑定錯誤之情事：病患之血型原本固為 A 型，但因細菌感染（病人先前有吃傷風感冒藥）而將 A 血型上之物質（醣類）去掉，因此原本是 A 型者可變成 A B 型，造成後天性 B 型血型，故鑑定上就成為 A B 型，此一情形在林媽利著作輸血醫學中有明確記載，故血型鑑定上是有可能發生變異的。四次檢驗判讀病患之血型均為 A B 型 R H 陽性反應，與病患家屬所述之 A 型不同，並進一步以捐血中心所提供八袋 A B 型紅血球及醫院庫存之 A 型、O 型血液作交叉配合均呈現不合之反應，故基於職責不得將未配合之八袋 A B 型紅血球交臨床醫師使用，且伊有將檢驗結果告訴臨床醫師，並向台北捐血中心查詢檢驗事宜，惟台北捐血中心回覆須待翌日上

法院採認醫事審議委員會之三次鑑定書之鑑定意見，並參酌第四次之鑑定意見，明認廖○霞之病情，輸血治療為第一要務，惟迄至廖玉霞死亡之前，均未給予輸血，則其死亡與未能即時輸血自屬有相當之因果關係，應堪認定。

	<p>午九時以後始能作進一步之檢驗，因縣立醫院屬地區醫院，在血庫作業上無法做到紅血球血型抗原鑑定、抗體鑑定、A B O 亞型鑑定及自體免疫性質貧血抗體之評估，因此當遇到自體免疫溶血性貧血抗體之異常狀況，其設備無法再進一步正確判讀病患血型，伊之行爲應屬正常操作行爲。</p>	
<p>爭點 2：醫師戊主張當時並未在場爲其診療醫師，是否須負過失責任。</p>		
<p>同一審</p>	<p>同一審</p>	<p>同一審</p>
<p>第三審：最高法院 94 年度台上字第 981 號裁定(940526)：被告上訴駁回</p>		
<p>最高法院認爲被告等泛言原審未論斷或論斷矛盾，而未表明依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述爲從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴爲不合法。</p>		

<p>Case IM13</p>	<p>案情：被害人朱○健，於 1997 年年 7 月 4 日上午因左胸痛、肩膀痛及上腹部痛，至長庚醫院神經科就醫，丁係長庚醫院之受僱醫師，本應注意到朱○健左胸部疼痛，血壓下降，有心臟疾病，而疏未給予心臟聽診檢查，更未囑其接受心電圖等檢查及住院作進一步之觀察治療，誤判爲肌膜炎（肌肉酸痛），開立對心臟毫無用處之止痛藥，致使朱○健於同年月六日在家中因心臟疾病死亡。</p> <p>【獲賠償額 158 萬；訴訟期間 8 年 8 個月；患者就診至死亡爲三日、經鑑定無過失】</p>
----------------------	---


第一審：臺北地院 88 年度訴字第 3684 號（ <u>資料庫暨裁判彙編均無收錄</u> ）881027		
第二審：台灣高等法院 89 年度上字第 404 號判決(931201)：駁回被告上訴		
【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、消保法 7、兩份鑑定意見無過失及無因果關係但不為法院採認】		
原告主張	被告主張	法院認定
爭點：丁對朱○健之診療有無過失？		
<p>原告主張丁未詳細問診、檢查，誤診朱○健罹患肌膜疼痛症候群，致錯失救治之機會，違反保護他人之法律，且與朱○健之死亡有因果關係。</p>	<p>朱○健就診時並無胸悶、心悸、呼吸困難等心肌炎症狀，丁醫師為神經內科醫師，不能期待為心臟疾病之診斷及臆測，既盡神經內科醫師職責，並無過失，而朱○健所罹患之心肌炎病症，係無法確定發生機率，又具極高死亡可能性之急性心衰竭病症，縱然及時醫治，亦未必能阻止死亡結果發生，其醫療行為與朱國健之死亡並無因果關係存在云云，並舉醫學文獻、行政院衛生署醫事審議委員會鑑定書（下稱醫審會）鑑定意見、臺灣高等法院檢察署法醫中心鑑定書為證。</p>	<p>法院認為朱○健就診時是否確無胸悶、心悸、呼吸困難等心肌炎症狀，因丁醫師未於門診記錄單詳細記載，固無可考證，惟朱○健就診時主訴胸痛，且有血壓偏低情形，一般應轉診到急診或有血行動力學監測單位做進一步評估，以排除是否有危及生命徵象之病情，如丁醫師為神經內科醫師，非心臟專科醫師，縱不能自行進一步為理學檢查，仍非不得為前述轉診動作，竟未為之，顯係忽視病患主訴，且未注意病患血壓偏低之客觀事實，難謂無過失，被上訴人辯稱丁醫師並無過失云云，不足採信。</p> <p>依上開鑑定書所載，朱○健係因呼吸道感染，併發心肌炎，導致心衰竭猝死，固無疑義，惟上述醫審會亦稱呼吸道感染後併發心肌炎病患，癒後大部分會完全恢復正常，足見因呼吸道感染併發心肌炎病患，如經及時醫治，非必然死亡，而被上訴人提出美國醫學文獻及蔡榮基醫師所著「臨床心臟內科學」雖表示心肌炎導致症狀性心臟衰竭為有高度死亡可能性之病症，惟仍未排除如予及時醫治，仍有存活治癒之可能，被上訴人以該病症有高度死亡可能性而辯稱丁</p>

		<p>醫療行為與朱○健死亡無因果關係，亦不足採信。然丁醫師未於門診記錄單詳實記載朱○健主訴病狀及檢查結果，朱○健求診時有無呼吸困難情形，已無從考證，且縱使朱○健求診時並無呼吸困難、心悸等症狀，上述鑑定報告未斟酌朱○健因胸痛求診時，測量血壓值與病歷資料所載血壓值相較，明顯偏低之事實，而本院所認定丁醫療疏失情形，係丁醫師忽視朱○健胸痛主訴及血壓偏低，未進一步檢查或使轉診為進一步評估，朱○健因而未被發現罹患心肌炎，並非追究丁醫師未能預先診斷朱○健罹患心肌炎責任，醫審會鑑定報告不足為丁醫師醫療行為無過失或丁醫療行為與朱國健死亡無因果關係之依據。雖鑑定意見表示心肌炎導致症狀性心臟衰竭為有高度死亡可能性之病症，惟仍未排除如予及時醫治，仍有存活治癒之可能，被上訴人以該病症有高度死亡可能性而辯稱丁醫療行為與朱○健死亡無因果關係，亦不足採信。</p> <p>另原告非本件疏失醫療行為契約當事人，縱本件醫療行為有消費者保護法之適用，上訴人亦非本件醫療行為之消費者，不得依民法第 227 條、消費者保護法第 7 條、消費者保護法施行細則第 5 條規定，請求賠償，其追加之訴及假執行聲請，均應予駁回。</p>
<p>第三審：最高法院 95 年度台上字第 467 號裁定(950316)：駁回被告上訴。</p> <p>最高法院難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。</p>		

Case SU8	<p>案情：被害人李○翻於 19960619 上午 10 時許，因罹患零期乳房腫瘤，至被告台安醫院就診，經被告戊醫師診斷後，為李○翻實施左側乳房徹底根切除術，手術後李○翻情況良好，即在被告台安醫院住院觀察。俟至同年月日晚上 11 時 10 分許，被告戊竟未替李○翻實施微量試驗之情況下，對於李○翻進行「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」之靜脈注射，詎李○翻於注射後，立刻產生全身發癢、口吐白沫、抽搐後，立刻陷入昏迷狀態，經被告台安醫院實施昏迷治療法後，李○翻仍於同年七月二十日去世。</p> <p>【獲賠償額：475 萬；訴訟時間 12 年 10 個月；損害發生至死亡一個月、經鑑定無過失】</p>		
<p>第一審：台北地院 87 年度訴字第 2704 號判決(890804)：原告一部勝訴。</p>			
<p>【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、消保法第 7 條、法院採納部份鑑定意見】</p>			
原告主張	被告主張	法院認定	
<p>爭點 1：有關李○翻之死因</p>			
<p>原告等主張係因被告戊○於李○翻實行改良式廣泛性乳癌根除手術後，為李○翻施打乳酸鹽林格氏溶液五百 C C，加上多力維他五 C C，以致發生過敏性休克而死亡。</p>	<p>被告等則抗辯稱因原告等堅持不為李○翻解剖，以致死因無法查明。</p>	<p>法院依囑託台大醫院及醫審會鑑定意見認為被害人李○翻死因為發生機率小於百分之零點一的維生素 B1 過敏性休克，急救無效不治死亡。</p>	
<p>爭點 2：有關診斷是否不正確之部分：</p>			
<p>原告等就本件造成李旻翻死亡之醫療糾紛，首先主</p>	<p>被告等則抗辯稱被告戊為李旻翻看診後，先以肉眼</p>	<p>就醫審會鑑定意見，審視整個就醫過程、檢查及臆診等，鑑定意</p>	

<p>張被告戊對於李○馥之病情，曾分別診斷為良性瘤、零期乳癌腫瘤、二期乳癌，顯有診斷錯誤，為李○馥實施左側乳房徹底根切除術，此一不必要手術之過失。</p>	<p>觀察及觸診方式，認為李○馥之腫瘤可能是良性瘤，俟至李旻馥之乳房切片病理報告結果，診斷為乳管內原位癌，屬於零期之癌症，被告戊則建議採取切除手術，再於乳房切除手術中，懷疑李○馥併有淋巴轉移，因此實行改良式廣泛性乳癌根除手術，並將所摘除之組織與淋巴送病理檢查，後至病理檢查報告結果，證實淋巴已有癌細胞轉移，屬於第二期乳癌，並非誤診。</p>	<p>見認為：「病患為乳癌患者，依門診病歷記錄、切片病理報告、手術記錄及最後病理報告顯示，病患侵襲性乳癌合併淋巴腺移轉，戊醫師臨床處置步驟及手術方法是正確的，而麻醉及手術紀錄，亦顯示整個手術過程平順無過量出血，至於術前、術後癌症期別判定差異，純為依據當時所掌握的證據判定，因醫學上癌症期別判定是需依據病理報告方為最後結果。」，法院認為依據李○馥之乳房切片檢查病理報告、手術後切除之組織及淋巴腺病理報告書、李○馥於被告台安醫院就醫期間之肺部X光片四張、乳房攝影X光片二張、C T片一張，李旻馥之左邊乳房，確實患有侵襲性乳癌合併淋巴腺移轉，被告戊為李○馥施行改良式乳房根除手術，自難認為被告戊之前述手術行為，有何過失之處。是原告等主張被告戊為李○馥實施之改良式乳房根除手術，為不必要之手術，尚難信為真實。</p>
<p>爭點 3：有關用藥是否錯誤之部分：</p>		

<p>原告主張李○馥無須要補充 B1 的臨床症狀出現，僅因實施左側乳房徹底根切除手術，被告戊亦未對於李○馥實施微量試驗之情況下，即對於李○馥進行「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」之靜脈注射，被告戊顯有用藥錯誤之過失。</p>	<p>被告等則抗辯稱因李○馥於手術後必須禁食，以補充所需之熱量與電解質、維生素等營養成分，均賴靜脈補充注射而來，因此方才安排李○馥接受乳酸鹽林格液加上多力維他等針劑之補充，否則其在手術過程中體液、電解質及維生素之流失及手術後禁食雙重情況下，恐將有脫水與維他命欠缺之虞，為避免李○馥有電解質不平衡與營養吸收上之問題傷口不易癒合，酵素活性降低，造成組織不健全、低蛋白症、水腫等現象，被告戊基於醫師之專業，以詢問過敏病史之方式，作為篩檢病患過敏問題，始為李○馥注射乳酸鹽林格氏液加上多力維他；且依目前之醫學見解，亦無施打維生素 B 1，需於事前施以皮下測試之普遍共識，被告戊之用藥行為，並無過失。</p>	<p>法院認為僅以口頭詢問病人是否曾有維他命 B 1 之過敏史，實難認為醫師已盡到病患對於維他命 B 1 會否發生過敏症狀之義務。依行政院衛生署醫事鑑定委員會和台大醫院之鑑定書函又分別認為：「--是否必須於手術後使用靜脈點滴注射乳酸鹽林格氏液和維他命，應視當時病人身體之情況與意願而定，倘若病人感到倦怠、食慾不好，施打這些藥物確實會讓並病人體力恢復的快一點。--」「病患在接受乳房切除手術後，對其施打點滴並加入維他命（包括維他命 B 1），目的在使病患恢復能更為順利。完全不補充維他命或許無甚大差異，然而補充維他命並無不當之處。」。可知被告戊於為李○馥完成改良式廣泛性乳癌根除手術後，為李○馥注射「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」，並非絕對必要之用藥。本院依職權函詢中央健保局，有關自 890201 起，對於維生素 B 1 之健保給付，是否加以限制及限制範</p>
---	---	---

		<p>圍、理由等，行政院衛生署中央健保局於 890620 以健保醫字第八九〇二一〇〇〇號函回覆表示：「查維生素 B 1 藥品給付規定，經公告自八十九年二月一日起施行，限下列病患使用：維生素 B 1 缺乏症；營養吸收障礙症候群、或胰臟炎等需以全靜脈營養劑提供營養支持之病患；酒精戒斷症候群。本局訂定各項藥品給付規定，均係基於保障民眾用藥安全，並引導臨床醫師合理用藥，及提供本局專業審查時參考，而非以限制民眾用藥為目的。」亦可證知本件被告戊，於李○璉完成改良式廣泛性乳癌根除手術後，為李○璉注射「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」，應屬非絕對必要之用藥。則被告戊對於為李○璉注射「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」時，自應注意該用藥成分中之維生素 B 1，有可能造成李○璉發生過敏性休克，甚至死亡。惟被告戊僅以口頭詢問李○璉是否有藥物過敏之情形，即對於李○璉注射含有維生</p>
--	---	---

		<p>素B 1之多力維他，卻怠於注意李○翻發生藥物過敏之可能，故被告戊就此用藥之醫療行為部分，應有過失。</p>
<p>爭點 4：有關急救是否失當之部分：</p>		
<p>原告等另主張李○翻於注射「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」後，因過敏原未能及時排除，以致心脈跳動微弱，併發腦水腫、腦幹受損、四肢抽搐之症狀，被告台安醫院之腦科醫師，於事發後約九小時即次日早上八時許，始到醫院為李○翻急救，致使李○翻已被綁在病床上抽搐數小時後，始為李○翻施以昏睡治療，被告戊、台安醫院對於李○翻之急救，亦有急救失當之過失。</p>	<p>被告等則抗辯稱被告戊於李○翻因藥物過敏發生全身發癢、抽筋，口吐白沫，漸失去知覺等現象後，立即以心肺復甦術加以急救，併使用抗過敏及急救藥物維那、腎上腺素及類固醇，使李○翻血壓趨於穩定，隨即轉入加護病房加強照護，並即刻以電話會診同院腦神經外科醫師，並依會診結果採取必要措施對病患實施適當之治療，被告戊及被告台安醫院之其他醫療人員，均無急救不當之處。</p>	<p>法院認為依醫審會鑑定意見「...就整個急救過程而言，台安醫院的處理，並無疏失之處。」及台大醫院鑑定意見有關依一般醫療技術，病患若接受射維他命B 1注射後，發生過敏性休克，應如何加以急救，以及依目前醫療技術，其救活之機率如何之詢問，認為：「病患倘注射維他命B 1引起過敏性休克，其急救之方式與其他藥物引起過敏性休克相似，其救活機率則視病人過敏性休克之嚴重程度而不同。根據貴院前函說明二所述，病患發生口吐白沫、抽搐及休克狀態，應是嚴重的過敏休克，病患經急救後一個月後死亡，基本上急救算是成功，否則病患將因過敏性休克於數小時內死亡。至於救活機率，目前並無此方面之文獻報告。」。可知被告戊及被告台安醫</p>

		院之其他醫療人員，對於李○翻所採取之急救措施，亦無違誤之處。況且，原告等主張雖主張被告戊及被告台安醫院之其他醫療人員，對於李○翻所採取之急救措施有失當之處，惟原告等亦無法提出，於發生藥物過敏性休克時，其他更有效之急救措施，即遽以主張前述急救措施失當，顯無足採。
<p>第二審：台灣高等法院 89 年度上字第 1189 號判決(901030)：被告勝訴</p> <p>【侵權注意義務）、契約不完全給付（加害給付）、舉證責任、法院完全採納鑑定意見無過失】、</p>		
原告主張	被告主張	法院認定
爭點 1：診斷有無誤判		
與原審同	與原審同	高院見解與原審同，採鑑定意見認為無誤診情形。
爭點 2：有關李○翻之死因		
同原審	同原審	高院與原審意見同，採鑑定意見認為被害人李○翻死因為發生機率小於百分之零點一的維生素 B1 過敏性休克，急救無效不治死亡。
爭點 3：用藥有無失當		
同原審	同原審	高院採認醫審會及台大醫院鑑定意見認為術後補充 B1 非錯誤醫療處置，在使用得當情況下，維

		<p>他命 B 1 應是極安全之藥物。</p> <p>維他命 B 1 用於點滴注射是一非常安全的藥物，未為注射前為過敏測試屬於醫療慣例，以口頭詢問有無過敏史為以足。發生嚴重過敏反應，可能為病人特異過敏體質所致，臨床上殊為少見，難於預期。是上訴人戊基於醫師之專業，以詢問過敏病史之方式，作為篩檢病患過敏問題，始為李○翻注射乳酸鹽林格氏溶液加上多力維他；且依目前之醫學見解，亦無施打維生素 B 1，需於事前施以皮下測試之必要，上訴人戊之用藥行為，並無過失等語，尚屬有據。</p>
<p>爭點 4：急救有無失當</p>		
<p>同原審</p>	<p>同原審</p>	<p>高院與原審意見同</p>
<p>第三審：最高法院 92 年度台上字第 1453 號判決廢棄原審判決發回(920703)</p>		
<p>最高法院認為戊知悉施用維他命 B 1 有危險性，但既未告知病人，亦未獲得病人同意，即率爾命護士輸注，致李旻翻因藥物過敏休克死亡，其行為自有過失。且被上訴人對於藥物過敏之防治程序毫無規定，用藥時未備妥可用以處理過敏反應之藥物，致延誤急救時程。況成人每日維他命 B 1 之需要量為 3 mg，但五西西多力維他中含維他命 B 1 五 0 mg，明顯係使用過高劑量導致李旻翻發生過敏反應，被上訴人自應負連帶賠償責任云云，核與被上訴人使用多力維他是否得當，應否負過失責任攸關，為重要之攻擊方法，原審未於判決理由項下說明其取舍意見，即為不利於上訴人之認定，不免速斷。次查原審認定戊基於醫師之專業以詢問過敏病史之方式</p>		

作為篩檢病患過敏問題，並無用藥過失情形。惟未說明其所憑以認定曾實施上開篩檢方式之證據何在，亦有疏略。未查上訴人除主張依侵權行為及債務不履行之法律關係為請求外，併主張被上訴人應依消費者保護法第七條規定負賠償責任。原審對於後者漏未審認，即為上訴人敗訴之判決，尤屬可議。

第二審：臺灣高等法院 92 年度上更(一)字第 157 號判決(931026)：被告敗訴


【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、法院採部分鑑定意見】

原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：戊指示護士為李旻馡實施含維他命 B 1 之注射是否不當而有過失：</p>		
<p>原告主張被告既知 B1 有過敏危險，應為告知得其同意。</p>	<p>被告抗辯注射維他命 B 1 除非事前問診發現有過敏病史，否則在醫學常規上無需進行試驗，亦無適當檢驗方法，而李○馡並無過敏病史，且戊於注射前亦口頭詢問李○馡，已確認李○馡並無過敏病史，故戊為其混合注射含維他命 B 1 之多力維他，並無違反注意義務云云。</p>	<p>查上訴人所提出李○馡病歷之護理病史記錄雖於過敏史一欄勾選「無」，惟其後緊接記載：「但病人表示不知，因病人很少打針，從未有此現象」等語，顯見李○馡於護士詢問其有無過敏史時，係表示不知是否會過敏，僅因很少打針，尚未發生過敏現象，是以護理病史記錄於過敏史一欄勾選「無」應係護士依其主觀臆測所為，自難資為李○馡對於含維他命 B 1 之注射不會發生過敏反應之判斷標準。是以當戊決定對李○馡實施混合注射含維他命 B 1 之多力維他時，既有所稱百分之零點一以下會引發過敏甚至死亡之機率，則其在李○馡是否藥物過敏不明之情況下，豈能未經測試，即貿然為之？戊既自承已看過李旻馡病歷之護理病史記錄，則其對於過敏史一欄勾選「無」，但卻註記：「但病人表示不知，因病人很少打針，從未有此現象」等語，理應有所警覺而注意李○馡是否會對維他命 B 1 注射產生過敏現象，必也排除過敏之疑慮，始可為之，此觀戊於本</p>

		<p>院陳稱：「【問：注射點滴（含多力維他液）前，是否會詢問病人過敏史或逕對病人作某種程度之過敏試驗？】一般常規，病人住院時我們就會詢問他的過敏病史，如果有過敏的藥物，我們就會避免使用該過敏藥物。(問：如果病人回答並非肯定，而是對是否藥物過敏有所保留，你們如何處理？)我們會再次詢問。(問：如果病歷紀錄上看不出來有再次確認性之動作，你們醫生會如何處理？) 我們會等到肯定之答案，我們才會覺得沒有(藥物過敏)。」等語 (見本院卷第八三頁)，足以證之。</p> <p>雖鑑定意見均認為 B1 過敏發生機率極低，然一般人除非曾發生過某種藥物過敏現象，否則殊難預見是否會對藥物過敏，尤其對於甚少或從未口服或注射藥物者而言，更難知悉是否會對藥物過敏，而維他命 B 1 注射確有可能產生過敏性休克甚至死亡，已如前述，雖其發生之機率僅約百分之零點一以下，惟除非醫療上所必要，且無其他更安全之替代方法，而具有急迫性，時間上已不允許觀察病患是否會對維他命 B 1 注射產生過敏，如不實施維他命 B 1 注射，將對生命或身體產生重大難以挽回之危害，始得冒此約百分之零點一以下之人可能因產生過敏而死亡之危險。否則逕以「醫學常規上無需進行試驗，亦無適當檢驗方法」為憑，不論病情如何，即於過敏不明之情況下，逕對病患施用維他命 B 1 注射，無異漠視病患之生存權利而濫用藥物，則人性之尊嚴將蕩</p>
--	--	--

然無存。又基於鑑定意見所示均認
乳酸鹽林格氏溶液加上含維他命
B 1 成分之多力維他混合靜脈注
射，在病患手術後確有補充水分及
電解質功能，然點滴當中如不填加
維他命 B 1 成分之多力維他混合
注射，對病患之病情亦無甚大差
異，則本件戊○○對於李○馥手術
後指示護士混合注射含維他命 B
1 成分之多力維他，是否確屬醫療
上必要之行爲，即堪置疑。另觀術
後被害人的紀錄並無倦怠等紀錄
及戊於當日下午六時餘即離開醫
院，其憑何據另護士提供 B1 給被
害人？是戊於手術後，在未詢問李
○馥之意願下，即逕自指示護士爲
李○馥注射「乳酸鹽林格氏溶液」
時混合含維他命 B 1 之「多力維
他」注射液之舉措，堪信於醫療上
無絕對之必要性，於時間上亦無急
迫性。揆諸前開說明，本件戊指示
護士爲李○馥注射「乳酸鹽林格氏
溶液」混合含
維他命 B 1 之「多力維他」注射
液，雖前揭各鑑定單位認戊並無過
失之處，然依前所述，其注射既無
醫療上之必要性，亦無時間上不予
試驗之急迫性，縱不實施該混合含
維他命 B 1 之「多力維他」之注
射，對李○馥而言，亦無身體或生
命可能產生重大難以挽回之危
害，則戊明知維他命 B 1 注射可能
產生過敏性休克甚至死亡之情形，
卻未盡注意之義務，仍執意爲
李○馥施打，終致李○馥因注射
「乳酸鹽林格氏溶液」混合含維他
命 B 1 之「多力維他」而過敏休克
死亡，自應負過失之責，上開各醫




		<p>事鑑定單位之鑑定意見，對於戊為李○翻注射「乳酸鹽林格氏溶液」時混合含維他命 B 1 之「多力維他」有無醫療上之必要性及時間上之急迫性，並未有所說明，容有未盡妥切之處，自非全然可採。上訴人等辯稱戊於李○翻手術後為其安排「乳酸鹽林格氏溶液」加上含維他命 B 1 成分之「多力維他」混合靜脈注射，並無過失云云，洵非可取。</p>
<p>爭點 2：上訴人台安醫院及戊對李○翻之急救措施是否失當而有過失：</p>		
<p>同原審</p>	<p>同原審</p> 	<p>法院採認三份鑑定意見，足見戊及台安醫院之其他醫療人員對於李○翻所採取之急救措施，亦無疏誤之處。被上訴人既未提出上訴人等於李○翻發生維他命 B 1 藥物過敏性休克時，應採何如何更有效之急救措施，則其遽以主張上訴人等急救措施失當，自非可取。</p>
<p>第三審：最高法院 94 年度台上字第 936 號醫方勝（發回）940519</p>		
<p>最高法院認為，果護士確已詢問李旻翻本人之過敏史，而得知李旻翻前曾接受剖腹生產手術，並未有過敏之現象發生，能否遽以戊「忽略」李○翻護理病史紀錄上之附記，於未再詢問護士或李○翻本人以確認對維他命 B 1 之注射無引發過敏之可能前，施以系爭注射，即認定其係濫用藥物漠視病人生存權，應負過失之責？非無斟酌之餘地。其次，「病患在接受乳房切除手術後，對其施打點滴並加入維他命（包括維他命 B 1），目的在使病患恢復能更為順利，完全不補充維他命或許無甚差異，然而補充維他命並無不當之處。」（台大醫院鑑定意見）、「病患在接受乳房切除手術後，……，是否給予維他命（包括維他命 B 1），完全為臨床醫師個人經驗判定；補充維他命與否或許對病情無甚差異，然絕非錯誤處置。」（見榮總醫院函件）。上訴人據以抗</p>		


辯：病患李○翻施行乳房切除手術，給予系爭維他命點滴補充，並無不當，更非過失，核屬重要之攻擊防禦方法，未據原審於判決理由項下說明其取捨之意見，自嫌疏漏。再依證人即奉醫囑為李○翻施以系爭注射之護士劉淑珍證稱：系爭注射僅施打約五分鐘。參諸榮總醫院之鑑定函文記載：「……多力維他其成份含維他命 A，B 1……等，為相當安全的藥物，……，文獻上雖曾報導，維他命 B 1 注射引起類過敏反應致死案例，但極為少數，同時多半發生在大劑量重覆快速注射下。……，嚴重反應通常發生於多次使用大劑量（12 至 100 mg）注射後，發生率小於 0.1%……」、「……本案例於接受內含維他命 B 1 五十（mg）之多力維他點滴靜脈注射中，發生嚴重過敏反應，可能為病人特異過敏體質所致，臨床上殊為少見，難於預期」；及台大醫院之鑑定意見：「……。因此，該病患休克可能純屬個人體質而引起過敏，此種情形有時候是很難避免的」；而醫審會鑑定意見亦認：「……。該病人倘若是對維他 B 1 過敏而引發休克，應該是個人特異體質造成的機會大。」等旨，則上訴人一再辯稱：維他命 B 1 係極為安全之用藥，李○翻於術後，戊指示護士所施之「乳酸鹽林格氏溶液」500 cc，混合多力維他 5 cc 之靜脈點滴注射，僅含維他命 B 1 五十毫克（mg），符合醫療準則。李○翻因其個人特異之體質而過敏死亡，尚非現今醫療專業科技水準所得避免或預防，是否全無足採？原審疏未說明何以不可採之理由，遽為不利於上訴人之認定，即屬難昭折服。

第二審：台灣高等法院 94 年度醫上更(二)字第 1 號判決(941220)：

【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、法院採部分鑑定意見】

原告主張	被告主張	法院認定
爭點 1：戊指示護士為李○翻實施含維他命 B1 之靜脈注射是否不當而有過失？		
同前審	同前審	臨床上使用為維他命 B1 注射前，以詢問病患以前有無過敏病史為已足，除非有過敏病史，不須進行測試，亦無適當之檢驗方法，參鑑定意見所示，足見被上訴人所提出資料僅為醫學上及藥品仿單上之建議資料，與現今醫療常規並不符合，現今醫界仍未採行被上訴人所主張之事前皮下敏感測試之流程。至於在病患手術之後是否給予

		<p>維他命 B1 成分之多力維他混合靜脈注射，為臨床醫師個人經驗判定，此乃身為醫師者秉於專業知識之裁量及判斷，並非錯誤處置，且因其為安全用藥，非進行任何破壞性療法，並無就所使用之藥物逐一進行詢問病人是否使用之必要，況醫療實務上亦向無就所有使用之藥品逐一訊問病人之可能。病史既經護士詢問過並記載於病歷，由戊診斷前再閱覽，處置符合相關規定，無被上訴人所稱違反醫師法之情。揆諸前開說明，上訴人戊於術前已盡詢問義務並採取符合醫療常規之處置，戊指示護士為李旻馥注射「乳酸鹽林格氏溶液」混合含維他命 B1 之「多力維他」注射液，並無過失，本件因李○馥特殊體質所造成對維他命 B1 之過敏反應，以現今醫療水準無法預見，因過敏反應造成死亡結果，非戊得預見，渠無故意或過失可言，被上訴人訴請上訴人戊負侵權行為損害賠償責任為無理由，上訴人台安醫院自亦無須與之負侵權行為損害賠償責任。</p>
<p>爭點 2：上訴人對李○馥之急救措施是否失當而有過失？</p>		
<p>同原審</p>	<p>同原審</p>	<p>法院認為被告台安醫院對李○馥之急救措施失當而有可歸責：依病歷所載資料，足見被上訴人稱在 6 月 19 日 11 時 45 分之前注射系爭混合他命 B1 之多力維他注射液為可採。因注射後被害人開始發癢，由發癢、昏迷，進而呈</p>

		<p>現抽搐，係逐一漸進，則被害人陳述發癢時，台安醫院相關醫護人員拖延未即時進行處理，待嗣後進行救治時竟仍未判斷係藥物過敏反應，單只是予以調整姿勢，未馬上拔掉點滴，19日晚上11時50分已經發現病人發生抽搐現象及量不到血壓情況下，在開始量不到血壓再聯絡醫師，依據前述臺大醫院鑑定書所載「病患發生口吐白沫、抽搐及休克狀態，應是嚴重的過敏休克」等語，可以證明當時被害人是在嚴重的過敏性休克反應中，竟相隔20分，在20日零時10分才給予急救藥物腎上腺素（Epinephrine）（見本院卷第83頁），再依據證人蔣淑芬證述20日凌晨2時才插管等語，已經延誤2小時，又無腦神經科醫師參予診治，李○翻因大抽搐，過敏休克腦缺氧過久，終致急救無效而死亡。</p>
<p>爭點3：如有過失，被上訴人得請求損害賠償之對象及金額為何？</p>		
		<p>本件被害人李○翻因病至上訴人台安醫院就醫，與台安醫院間成立醫療契約關係，因可歸責於台</p>

		<p>安醫院急救醫護機制不完善，為李○翻實施醫療行為未妥善作好相關急救措施，為不完全之給付，致李○翻死亡造成損害，台安醫院應負債務不履行之損害賠償責任。</p> <p>甲、乙、陳○樺各得請求之扶養費，分別為 60 萬 9990 元〔(72000×16.944168)÷2 = 609990 〕、67 萬 0656 元〔(72000×18.000000)÷2 =670656 〕、48 萬 9717 元〔(72000×13.000000)÷2 = 489717 〕。</p> <p>請求喪葬費部分：被上訴人丙○○為李旻翻之丈夫，因李○翻之死亡，支出購買納骨塔費用 12 萬元、牌位費 5 萬元、永久管理費 1 萬 7500 元，亦據提出上訴人不爭執為真正之購買納骨塔收據 1 份、繳費證明單 2 紙，合計共 18 萬 7500 元 (120000+50000+17500=187500)，核屬相當，應予准許。</p> <p>請求非財產損害賠償部分：按民法第 227 條之 1 固規定「債務</p>
--	--	---

		<p>人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第 192 條至第 195 條及第 197 條之規定，負損害賠償責任。」但按本條係於 88 年 4 月 21 日經總統令增訂，依據民法債篇施行法第 36 條規定於 89 年 5 月 5 日施行，本件債務不履行發生時間為 85 年 6 月間，依據民法債篇施行法規定本條並未回溯適用，則本件並無民法第 227 條之 1 之適用，則甲、乙、丁、丙分別主張 60 萬元、60 萬元、100 萬元、60 萬元之非財產損害賠償，依法尙屬無據，無法准許。</p>
<p>第三審：最高法院 95 年度台上字第 1226 號醫病方均勝(發回)950614</p>		
<p>最高法院認為，查乙等四人係依侵權行為及債務不履行之法律關係為本件之請求，原審既認甲及其他醫護人員延誤急救時間致李○馥不治死亡，則乙等四人是否不得依侵權行為之法律關係請求甲及台安醫院負連帶賠償損害之責任，即不無研求之餘地。原僅謂乙等四人得依債務不履行之法律關係請求台安醫院賠償扶養費及殯葬費之損害，而就渠等四人得否依侵權行為之法律關係為請求部分，則未予論斷，已有判決不備理由之違法。次查李○馥之過敏休克情狀，倘未經急救，將於數小時內死亡，甲及其他醫護人員予以急救救活，一個月後始死亡，基本上急救算是成功，整個急救過程並無疏失，為醫審會、台大醫院及台北榮總一致之意見，有醫審會鑑定書、台大醫院意見表及台北榮總函可稽。按損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。李○馥係經急救救活，嗣於一個月後之八十五年七月二十日始死亡，李○馥死亡後有無經解剖鑑定以查明其真正死亡原因為何？及其</p>		


死亡與急救措施間是否有相當因果關係？原審未予調查審認，徒以李○翻業已死亡，即謂台安醫院之醫護人員有延誤急救時間之情事，台安醫院應負損害賠償責任，並有未合。乙等四人及台安醫院上訴論旨，各自指摘於其不利部分之原判決違背法令，求予廢棄，均非無理由。

第二審：台灣高等法院 97 年度醫上更(三)字第 3 號判決 (970812)：醫病雙方均一部敗訴
【侵權注意義務、契約不完全給付(加害給付)、法院採部分鑑定意見】

原告主張	被告主張	法院認定
------	------	------


爭點 1：已指示護士為李○翻實施含維他命 B1 之靜脈注射是否不當而有過失？注射前，是否已盡預見、告知及迴避危險之義務？


同前審	同前審	<p>法院採認鑑定意見認為維他命 B1 注射是可能產生致命之過敏性休克。法院綜觀被告醫師陳述，認為該醫師辯稱親自曾詢被害人有無 B1 過敏之情事非屬可採。如僅依鑑定意見所述，雖 B1 過敏發生之機率僅約百分之零點一以下，惟除非醫療上所必要，且無其他更安全之替代方法，而具有急迫性，時間上已不允許觀察病患是否會對維他命 B1 注射產生過敏，如不實施維他命 B1 注射，將對生命或身體產生重大難以挽回之危害，始得冒此約百分之零點一以下之人可能因產生過敏而死亡之危險。否則逕以「醫學常規上無需進行試驗，亦無適當檢驗方法」為憑，不論病情如何，即於過敏不明之情況下，逕對病患施用維他命 B1 注射，無異漠視病患之生存權利而濫用藥物，則人性之尊嚴將蕩然無存。臨床上就維他命 B1 注射前，有無適當之檢驗方法，被告醫師的供詞可知，「是很簡單的試驗，有能力作。」等語，足證醫療上「皮內敏感試驗」是很簡單的試</p>
-----	-----	---

		<p>驗，地區性的醫院確實有能力和設備作「皮內敏感試驗」。法院採認鑑定意見認為 B1 對病患之病情亦無甚大差異，則本件已對於李○翻手術後指示護士混合注射含維他命 B 1 成分之多力維他，是否確屬醫療上必要之行爲，即堪置疑。既被害人術後情況並未存有注射 B1 的急迫必要性情況，被告醫師在未爲其作過敏測試前選擇較爲安全的方式豈可爲了對病情無甚差異之目的，而使李旻翻因此陷於可能發生過敏休克致死之危險？輕重緩急，不言可喻。是已於手術後，在未詢問李旻翻之意願下，即逕自指示護士爲李旻翻注射「乳酸鹽林格氏溶液」時混合含維他命 B 1 之「多力維他」注射液之舉措，堪信於醫療上無絕對之必要性靜，於時間上亦無急迫性。按醫療上善良管理人之注意義務，應注意開立醫療處方前評估危對險效益比，亦即任何醫療行爲所帶來的好處，必須絕對大於醫療所帶來的壞處，此乃漢德公式用於醫療之精義。上訴人等辯稱已於李旻翻手術後、爲其安排「乳酸鹽林格氏溶液」加上含維他命 B 1 成分之「得多力維他」混合靜脈注射，並無過失云云，洵非可取。</p>
<p>爭點 2：上訴人對李○翻之急救措施是否失當而有過失？</p>		
<p>同前審</p>	<p>同前審</p>	<p>法院認爲病人能主訴全身發癢時必是清醒狀態，會量不到血壓，有違常理，因點滴注射是慢慢點滴流入體內，衡諸護理紀錄未必</p>

		<p>在處理時馬上記載，則被害人所稱發癢時間應在 11 時 50 分之前，足見被上訴人稱在 6 月 19 日 11 時 45 分之前注射系爭混合他命 B 1 之多力維他注射液為可採。因注射後被害人開始發癢，由發癢、昏迷，進而呈現抽搐，係逐一漸進，則被害人陳述發癢時，台安醫院相關醫護人員拖延未即時進行處理，待嗣後進行救治時竟仍未判斷係藥物過敏反應，單只是予以調整姿勢，未馬上拔掉點滴，19 日晚上 11 時 50 分已經發現病人發生抽搐現象及量不到血壓情況下，在開始量不到血壓再聯絡醫師，依據前述臺大醫院鑑定書所載「病患發生口吐白沫、抽搐及休克狀態，應是嚴重的過敏休克」等語，可以證明當時被害人是在嚴重的過敏性休克反應中，竟相隔 20 分，在 20 日零時 10 分才給予急救藥物腎上腺素（Epinephrine），再依據證人蔣淑芬證述 20 日凌晨 2 時才插管等語，已經延誤 2 小時，又無腦神經</p>
--	--	--



		<p>科醫師參予診治，李旻馥因大抽搐，過敏休克腦缺氧過久，終致急救無效而死亡。事前不對各個被注射者進行皮下敏感測試，但注射後仍應注意萬一有此情形時為如何急救之舉措，上訴人醫院於本件所為之救治處置，並未盡善良管理人之注意義務，對於李旻馥之死亡結果原可避免，因上訴人醫院之急救措施有疏誤之處，終造成不可挽回之結果，對結果的發生不僅有相當因果關係，且有可歸責。至於最高法院此次發回意旨指摘被害人李旻馥死亡後有無經解剖鑑定，以查明真正死亡原因為何？惟經本院查明本件並未經解剖，且遺體已火化之事實，為兩造所不爭執，是本件自無法再進一步作解剖鑑定，並此敘明。</p>
<p>爭點 3：上訴人如有過失，被上訴人得請求損害賠償之金額為何？</p>		
		<p>法院認為本案被告等構成侵權行為賠償責任，又被害人李○馥因病至上訴人台安醫院就醫，與台安醫院間成立醫療契約關係，復因可歸責於台安醫院急救醫護機制</p>

		<p>不完善，為李○翻實施醫療行為未妥善作好相關急救措施，為不完全之給付，致李○翻死亡造成損害，上訴人台安醫院自應負債務不履行之損害賠償責任。又己為台安醫院之醫師，實際上為受台安醫院監督之受僱人，則台安醫院對於己於執行醫療職務時，怠於注意對於李旻翻注射含有維生素B 1之多力維他，可能發生藥物過敏性休克致死之過失，依民法第 188 條第 1 項前段之規定，亦應與己負連帶損害賠償責任。</p> <p>扶養費部分及喪葬費部分：認定賠償金額與前審同。</p> <p>非財產損害賠償部分：甲、乙、陳○如、丙分別主張 600,000 元、600,000 元、1,000,000 元、600,000 元之之慰撫金。</p>
<p>第三審：最高法院 98 年度台上字第 656 號判決駁回（980416）：醫病雙方上訴</p>		
<p>最高法院綜觀原審判決並無不當，爰為甲、台安醫院敗訴之判決，亦無不合。至原判決贅列之其他理由，無論當否，要與裁判之結果不生影響。兩造上訴論旨，各自指摘原判決不利於己部分違背法令，求予廢棄，均非有理由。</p>		

Case

SU11

案情：原告於 19950616 下午 3 時 15 分許發生車禍，被送往永和振興醫院醫治，被告之受僱人楊○勝為當日急診室值班醫生，明○舒為急診室護士，彼等二人於當日下午 4 時 20 分已知悉伊處於病危狀態，如不立即進行開刀手術，將有死亡危險，楊○勝卻不為適當之醫治行為且隱瞞病危病情，明○舒亦未將伊病危之情形告知，逕將伊推入病房。被告之特約醫師孫○傑於下午 4 時 30 分接獲被告之通知，至下午 6 時 30 分始到院；當日下午 7 時 40 分始轉至台大醫院手術，彼等三人因疏忽任由伊病況惡化，致遲誤轉院、開刀時間，造成伊呈植物人狀態，被告等有過失。

【獲賠償額 320 萬；訴訟時間 8 年 8 個月；就醫至成植物人損害約六小時、鑑定意見似有過失】

第一審：板橋地院 85 年度重訴字第 298 號(資料庫暨裁判彙編均無收錄)：原告敗訴

第二審：台灣高等法院 87 年度上字第 1209 號(871230) (資料庫暨裁判彙編均無收錄)：原告敗訴

第三審：最高法院 89 年度台上字第 722 號判決 (890330)：廢棄發回


最高法院認為，綜觀鑑定意見查所載：「……關於上述血腫之治療，醫師曾建議病患及其家屬需要立即施行開顱手術摘除血腫，但為家屬所拒。……如果病患能在永和振興醫院接受手術摘除血腫，或可避免血腫變大所導致之嚴重後遺症。……在轉院途中，病況惡化。」。準此，以上訴人轉院前之情形觀之，似以遵照醫師建議，留在被上訴人醫院立即進行開顱摘除血腫手術，為適當之醫療方法，俾免病情之惡化。果爾？被上訴人之受僱人神經外科專科醫師孫明傑於抵達醫院，判讀電腦斷層掃描結果報告後，給予病人及其家屬之說明及建議，乃為關鍵之所在。然查孫明傑於原審證稱：「……，我到病房去檢查病人的病情，看完片子，因當時病人家屬不在，六點一刻病人家屬到，我才告訴他腦部有出血，開刀也好，不開刀也好，但開刀比較好，因病情在變化，因在急診室意識還清楚，但在病房卻有點錯亂了，我說了幾分鐘，他們也猶豫了幾分鐘，就說要轉院」云云，似與鑑定書所載「醫師曾建議需要立即施行手術」之情形，似有不符，究竟孫○傑醫師是否已盡專門職業人員所應盡之義務，攸關被上訴人應否負損害賠償責任、

上訴人本件之請求有無理由，自有進一步審認之必要，原審未遑詳查，遽為上訴人不利之判決，已嫌速斷。又被上訴人受僱人楊○勝、孫○傑之行爲與上訴人呈無意識狀態，其間有無因果關係，亟待澄清。原審疏未調查明晰，率為上訴人敗訴之判決，亦欠允洽。本件事實既未臻明瞭，本院自無從為法律上之判斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

第二審：台灣高等法院 89 年度上更(一)字第 130 號判決(900307)：病方一部勝訴

【侵權注意義務（醫療法 50、76）、法院採認鑑定意見】

原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：被告使用降腦壓劑，如「GLYCEROL」是否適當？</p>		
<p>原告認為患者應為緊急開刀不能使用降腦壓劑，被告竟不為開刀逕為患者使用降腦壓劑，難謂無過失。</p>	<p>被告雖抗辯：本案之醫療專業部分已經過衛生署醫事審議委員會兩次鑑定，均未提出異議，足見伊治療用藥部分並無不當，已適量使用藥物，且上訴人未能證明伊用藥有疏失與上訴人之腦血腫擴大間有因果關係云云。</p>	<p>法院認為按急性顱內出血併有顱內壓亢進時，為爭取充分時間，以做檢查或手術前準備，往往使用降腦壓劑，如「GLYCEROL」，以達到降腦壓之目的，但若持續使用，應注意有可能致使血腫擴大之虞，有台大醫院函在卷足憑。又對於急性硬腦膜外血腫病人，應先處理出血，確認無再出血之虞前，不可使用前開降腦壓藥，亦有上訴人所提出為被上訴人所不爭執之蔡靖彥等編著之常用藥品手冊節本、譚柱光編著之實用藥物治療手冊節本附卷可參。本件被告之醫師於為原告實施電腦斷層攝影檢查後，在未確定是否為上訴人手術取出血塊前，卻仍開給上開降腦血壓藥予原告服用，揆諸前開說明，自會導致原告之腦血腫擴大，是原告嗣轉至台大醫院時，其腦血腫竟擴大至 15x20x5 公分，足見被告所僱用之醫師錯誤使用上述降腦壓藥，與原告之腦血腫擴大有相當因果關係，原告成為植物人，該醫師難辭過失之責。鑑定意見未針對被告使用降腦壓劑是否當否送鑑</p>

		定，故被告等抗辯無理由。
爭點 2：有無違反適時轉醫告知義務？		
		<p>法院認為綜觀被告醫院設備及醫療人員配置，並無腦神經外科專業醫師駐院，須向外以特約方式約聘來院主治，此為被上訴人所自承，足見被上訴人對於因發生車禍致腦部受創之急診患者並無法提供完整迅速之治療醫師於先甚明。</p> <p>上訴人自當日下午三時四十分入院迄至孫醫師抵達診視期間，已歷二小時二十分之久，顯見被上訴人明知其院內並無專治車禍腦部受創之主治醫師，無法為上訴人提供及時、完整之治療，竟未建議上訴人家屬或其友人轉診，而仍予留置，實已違反上開醫療法之規定，而推定有過失。</p>
爭點 3：延誤轉醫與損害間有無因果關係？		
原告主張被告明知其須緊急開刀卻隱瞞事實，使其誤認尚無緊急轉醫開刀情事，致使延誤轉醫導致植物人損害發生。	被告抗辯：上開鑑定意見欄所指「或可避免血腫變大」屬不確定之推測意見，且被上訴人應尊重上訴人轉院之決定，故最終鑑定結果認為被上訴人並無延誤，且孫醫師認為病患並無立即危	法院採認醫審會鑑定意見「...如果病患能在永和振興醫院接受手術摘除血腫或可避免血腫變大...」益明，是本件被上訴人及其受僱人楊○勝、孫○傑醫師之醫療行為自有過失，且與上訴人變成植物人之損害間有因果關係。

	<p>險，乃表示「不開刀也好」，意指密切觀察變化再作必要處置，其已盡專門職業人員所應盡之義務云云。</p>	
<p>爭點 4：損害賠償範圍</p>		
<p>和解契約不及於被告</p>	<p>被告抗辯：本件原告已由車禍肇事者處受償二百萬元，而不得再向伊請求侵權行為損害賠償云云。</p>	<p>法院認為原告之夫為原告代理人對原告轉醫延誤應有十分之三的民法 217 之適用，爰依此比例計算，被上訴人前揭應賠償之金額為五百二十萬一千三百三十七元。惟因上開應賠償之金額中，已由共同侵權行為人即訴外人傅文忠之受僱人永逢企業股份有限公司與上訴人成立和解賠償二百萬元，有和解書影本乙份在卷可按，且為兩造所不爭，是此部分自應予扣除。和解書僅係永逢公司與上訴人間成立和解，上訴人並未拋棄對傅文忠及被上訴人暨其所僱用醫師之請求權，是上訴人就其餘未受償之損害即三百二十萬一千三百三十七元部分自得請求被上訴人賠償，至於其逾應分擔之損害額部分，乃屬共同侵權行為人間內部求償之問題。</p>

第三審：最高法院 92 年度台上字第 2695 號判決（921218）：上訴無理由駁回。

最高法院認為依上訴論旨，徒執前詞就原審取捨證據、認定事實之職權行使及原判決贅述之理由，指摘原判決於其不利部分為不當，聲明廢棄，非有理由。

Case


SU15

案情：被告原為訴外人屏東縣屏東市人愛醫院（下稱人愛醫院）腦神經外科主治醫師，於 1996 年 12 月底，原告至人愛醫院作身體檢查，被告將原告腦部生長缺陷之現象，誤診為腦內血腫（左額顳、頂頁）、腦萎縮。惟依據當時之醫療水準，應可輕易檢查出原告腦部缺陷之現象，實係因左側腦膜未能完全膨脹成長，並已定型，致其內部之腦神經細胞生長受到壓迫，及左腦前頁、顳頁、頂頁硬腦膜下有積水現象，而腦部在七、八歲以後即停止生長，原告復無因此生長缺陷有何不適之現象，在醫療慣行上，並無需作為手術治療或任何處置。被告竟稱原告若不立即手術使腦部恢復膨脹，將有生命危險，而先後違反醫療慣行，於 1997 年 1 月 6 日為原告施行積液引流手術，同年 3 月 5 日施行硬腦膜下腔腹腔分流手術，均未有成效，於 19970414 由訴外人即人愛醫院外科主任丁做高位結紮手術，再於 19980729 由被告為原告手術取出分流管時，承其先前錯誤之診斷，竟未予詳細檢查，即為分流管之移除手術，致原告手術後腦部嚴重受損腫脹，長期陷入昏迷，迄同年 8 月 23 日始脫離險境。原告因被告之上開行為，而傷及腦部，導致併發認知知覺障礙、左側肢體癱瘓、平衡及協調障礙，據醫囑僅能遵守簡單命令，無法從事複雜工作，生活無法自理，需他人看護、協助，被告有過失。


【獲賠償額 672 萬；訴訟時間 7 年 9 個月；就醫至左側癱瘓發生一年四個月、鑑定意見有過失】

<p>第一審：屏東地院 89 年度重訴字第 214 號(921008)：原告一部勝訴。</p> <p>【侵權注意義務、消保法第 7 條、侵權行為請求權時效問題、法院採認鑑定意見】</p>		
原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：有無消保法第 7 條適用</p>		
<p>請求依消保法第 7 條第 3 項負損害賠償責任</p>	<p>無消保法適用</p>	<p>法院認為被告為人愛醫院聘用之腦神經外科主治醫師，伊顯非消保法中所規範之企業經營者，且依據原告所主張其係因被告純粹之醫療行為（即指被告基於診療之目的，針對原告之病情所為之必要診斷、檢查、治療及開刀等等）顯有過失，致傷及原告腦部，導致併發認知知覺障礙、左側肢體癱瘓、平衡及協調障礙，據醫囑僅能遵守簡單命令，無法從事複雜工作，生活無法自理，需他人看護、協助等，對於醫師之醫療錯誤或過失之行為，民法過失責任已經有規範，並無需再透過危險責任（消保法）來規範。原告主張其請求權基礎為消保法第七條第三項云云，尚顯無據。被告抗辯並無消保法之適用，應堪採信。</p>
<p>爭點 2：有無逾越侵權行為請求權行使時效？</p>		
原告主張其知侵權行為	已逾二年時效	法院認為關於侵權行為損害


<p>之損害及賠償義務人後（八十八年二月二十四日）之八十九年八月二十四日即向本院提出本件侵權行為損害賠償訴訟，是原告並未逾二年之侵權行為請求權時效，被告抗辯原告已逾二年之請求權時效云云，並無可採。</p>		<p>賠償請求權之消滅時效，應以請求權人實際知悉損害及賠償義務人時起算，最高法院七十二年度台上字第七三八號判例參照。本案原告知侵權行為之損害及賠償義務人後（八十八年二月二十四日）之八十九年八月二十四日即向本院提出本件侵權行為損害賠償訴訟，是原告並未逾二年之侵權行為請求權時效，被告抗辯原告已逾二年之請求權時效云云，並無可採。</p>
<p>爭點 3：被告對原告為上開醫療行為時是否符合民法第一百八十四條規定？</p>		
<p>處置有失當</p>	<p>符合病情所為處置</p>	<p>1、法院採認醫審會及成大醫院鑑定意見認為，原告之病症確為先天性蜘蛛膜囊腫無誤，而被告因原告蜘蛛膜囊腫症狀加劇，於八十六年一月六日採取第一次之腦內積液引流手術治療並無不當。嗣於上開引流手術後，因電腦斷層掃描追蹤檢查顯示仍然有多量積液，故被告於同年三月五日再度為原告為硬腦膜下腔腹腔分流手術，其處置均屬適當。</p> <p>2、原告嗣於八十六年四月十一日因腹部疼痛再度進入人愛醫院就醫，在急性腹膜炎的診斷下，於同年四月十四日由訴外人丁接受被告之指示，做「高位結紮」之手術（將感染之管子剪斷，再行結紮），此為證人楊文潮於本院調查時</p>

		<p>證稱屬實，且為被告所不爭執，此部分堪信為真實。又依據系爭鑑定報告可知感染時先將異物移除或清創，再使用抗生素治療，較容易控制感染。腦室腹腔分流管亦屬於人工異物，在分流管感染時先將其移除是一般傳統的治療原則，然腦室腹腔分流管從腦室經由皮下通至腹膜腔，在頭皮下通常有一個貯水池裝置，無法由腹膜端移除，必須於頭部貯水池裝置處另行切開，才可移除。為避免將腹膜感染污染頭部或腦部，選擇先將分流管結紮，他次手術再行移除，亦可接受，尚未違反醫學上之專業判斷」等語。是被告於八十六年四月十四日指示證人丁先行為原告為「高位結紮」之手術，亦無違反醫學上專業之判斷，並無不當之處。</p> <p>3、是依據前開鑑定報告可知，被告八十七年七月二十九日為移除手術時，確實已經造成原告腦內微量血液由囊腫滲入正常腦脊髓液致發生蜘蛛網膜下出血，並導致病人意識不清，故原告於手術後方陷入昏迷，並造成原告日後形成慢性血腫。</p> <p>4、是原告於八十六年一月六日接受囊腫引流手術，至八十七年七月二十九日之移除手術，期間已經長達一年六個月二十三日，依據上開鑑定報告可知，被告於手術前，理應懷疑或推測原告之腦內囊腫壁</p>
--	--	--

		<p>已與分流管產生纖維化之現象，並應進一步為其他詳細檢查才是。被告於本院調查時自承：「從X光片並無發現纖維化現象，從其他檢查也並無發現，所以並沒有考量到病人的分流管有纖維化現象」等語</p> <p>5、是被告於移除手術前，顯然並未依據患者的頭部X光片及CT照片所顯示原告頭部之囊腫壁增厚等情，再加上病患的病程，先行在手術前認知到（懷疑或推測）已經有纖維化之可能性極高，故被告於手術前並未就此部分對原告為其他進一步之詳細檢查，僅為一般X光片及CT片之檢查，僅因X光片及CT片看不出分流管與囊腫壁有無黏連，即貿然施以引流管移除手術（拔除引流管），嗣後於移除手術亦確因分流管與囊腫壁發生黏連，拔除分流管時（並未剪開原告腦膜）導致腦內出血，造成有微量血液由囊腫滲入正常腦脊髓液，致發生蜘蛛網膜下出血，間接導致原告意識不清。</p> <p>6、綜上所述，原告主張被告於移除手術中，因被告移除手術之醫療過失，而傷及腦部，導致併發認知知覺障礙、左側肢體癱瘓、平衡及協調障礙，據醫囑僅能遵守簡單命令，無法從事複雜工作，生活無法自理，需他人看護、協助之事實，業據其提出殘障手冊影本及行政院國軍退除役官兵輔導委</p>
--	--	--


		<p>員會龍泉榮民醫院診斷證明書影本各一份為證，堪信為真實。是被告之醫療過失行為與原告之傷害間，顯有相當因果關係。</p>
<p>爭點 4：損害賠償範圍</p>		
		<p>喪失勞動能力部分：原告所得請求之金額為九百十三萬九千八百九十一元</p> <p>增加生活上費用部分：原告因被告之醫療過失行為，併發認知知覺障礙、左側肢體癱瘓、平衡及協調障礙，據醫囑僅能遵守簡單命令，無法從事複雜工作，生活無法自理，需他人看護、協助，已如前述，故原告於八十八年二月二十四日（即 原告二十歲）出院後，均需聘請看護人員照顧其生活，又依據行政院內政部統計處之臺灣地區簡易生命表之統計，男性平均餘命為五十三點零五歲，原告可請求之期間為三十三年六月。原告所得請求之金額為一千五百三十二萬二千六百八十八元。</p> <p>精神慰撫金部分：原告得請求之精神慰撫金於三百萬元之範圍內為適當。</p>

第二審：高雄高分院 92 年度重上字第 105 號 (941228)：被告一部勝訴		
【侵權注意義務、消保法第 7 條、時效問題、法院採認部份鑑定意見】		
原告主張	被告主張	法院認定
爭點 1：原告之請求權是否罹於時效而消滅？		
<p>惟上訴人主張被上訴人於 87 年 8 月 2 日由昏迷中醒過來之事實，為被上訴人所否認，且查被上訴於 87 年 7 月 29 日手術後意識昏迷，當時格拉斯高昏迷指數約 7-8 分（總分為 15 分），後來昏迷指數降至 3 T 分（T 代表使用氣管內管），經積極治療後，於同年 8 月 7 日情況稍微有改善，昏迷指數降至 5 T 分，同年 9 月 15 日出院時昏迷指數為 13 分等情，有行政院衛生署 92 年 3 月 17 日衛署醫字第 0920200186 號函覆之鑑定書附卷可稽，上訴人主張被上訴人於同年 8 月 2 日由昏迷中醒過來，即知悉受有損害云云，顯非實在。</p>	<p>上訴人主張被上訴人係於 87 年 7 月 29 日接受伊開刀取出系爭引流管，於同日陷昏迷，同年 8 月 2 日由昏迷中醒過來，如被上訴人受有損害，且係因伊之過失所致，則被上訴人於同年 8 月 2 日即應已知悉；且被上訴人於 87 年 8 月 23 日已脫離險境，被上訴人如受有損害，當時亦應已知悉，被上訴人卻遲至 89 年 8 月 24 日始提出本訴，顯已逾 2 年之請求權時效，伊得拒絕賠償云云。</p>	<p>法院採認鑑定意見認為 87 年 9 月 15 日出院時昏迷指為 13 分等情，認為上訴人主張被上訴人於同年 8 月 2 日由昏迷中醒過來，即知悉受有損害云云，顯非實在。又縱認被上訴人於 87 年 8 月 23 日脫離險境時，即知悉其如受有損害，惟被上訴人係於 89 年 8 月 22 日向原審提出本件侵權行為損害賠償訴訟，有被上訴人所提出之起訴狀上蓋有原審法院於 89 年 8 月 22 日收受該狀之戳章在卷可稽，是被上訴人之請求權並未罹於 2 年之消滅時效，上訴人抗辯被上訴人之請求權已罹於時效而消滅云云，自非可採</p>
爭點 2：被告之醫療行為有無過失？		
同前審	同前審	<p>1、由鑑定意見可知，被上訴人係罹患先天性蜘蛛膜囊腫，雖醫學界對此病症是否需手術治療，常常有爭議，甚至認為不予處置，惟被上訴人於 85 年 12 月 24 日因頭痛、頭暈至人愛醫院就診後，於 86 年 1 月 6 日接受頭部電腦斷層掃描</p>

		<p>檢查，顯示左側大量硬腦膜下積液，壓迫左側腦室，並有中線偏向右偏移現象，臨床症狀已明顯，上訴人因而採取裝置暫時性外流管之引流手術，固尚無不當。惟同年 1 月 13 日被上訴人頭部經電腦斷層掃描追蹤檢查顯示仍有左硬腦膜下積液情形，被上訴人偶而有疼痛及頭暈現象，足見上訴人第 1 次手術為被上訴人裝置暫時性外流管後，被上訴人病情並無改善，且被上訴人偶而有疼痛及頭暈現象，上訴人自應注意被上訴人罹患先天性蜘蛛膜囊腫，並非一般慢性硬腦膜下積液或血腫，如再施行永久性引流管手術，常會引起水腦症，容易再發，甚導致顱內出血及其他多種併發症之危險，故無再裝置永久性引流管之必要。惟上訴人為排除被上訴人左硬腦膜下積液，疏未注意及此，冒然施行第 2 次手術，為被上訴人施行硬腦膜下腔腹腔引流管手術，難謂適當，醫事審議委員會就此部分鑑定上訴人之處置適當，尚非可採。</p> <p>2、認上訴人為被上訴人施行系爭引流管之手術，尚無不當，惟被上訴人手術後體內之引流管功能不良且傷口有發紅現象，於同年 4 月 11 日接受同院楊文潮醫師剖腹受術，發現係因硬腦膜下腔腹腔引流管感染引起腹膜炎，經施以高位結紮手術，即將該引流管之</p>
--	--	--

		<p>腹膜端結紮，當時未將已無功能之引流管移除，醫事審議委員會鑑定認為並無不當，已如前述；而上訴人自承該引流管為永久性置於體內，不須移除，只有在感染時基於外科原則及患者生命之挽救必須移除，以免腦組織遭受感染而喪失生命等語。且被上訴人於手術後之翌年（即 87 年間）考取私立靜宜大學等情，亦為被上訴人所陳明，並有靜宜大學復學通知在卷可稽。則被上訴人手術後 1 年餘，其體內引流管既未再發生感染，亦無需拆除該引流管否則被上訴人之生命將有危險發生之情事，自無必要為被上訴人施行手術拔除系爭引流管。復參以被上訴人及其家屬原本不同意拆除引流管，係因上訴人多次建議移除系爭引流管，以防止腦部遭受引流管上行性感染，最後被上訴人及其家屬同意接受此手術等情，業經上訴人陳明。而被上訴人於移除引流管手術後意識昏迷，並有癲癇發作現象，已如前述，其經治療後，仍有左肢無力及智力減退之症狀等情，有人愛醫院診斷證明書在卷可稽。縱認被上訴人左肢無力及智力減退，係被上訴人施行移除系爭引流管手術後之併發症，惟上訴人本應注意其無必要為被上訴人施行手術移除系爭引流管，且能注意，竟疏未注意，多次向被上訴人建議拆除</p>
--	--	--

		<p>系爭引流管，終經被上訴人同意而施行手術移除該引流管，致使被上訴人於手術後發生意識昏迷，經治療後，仍有左肢無力及智力減退之併發症，自有過失。上訴人辯稱其因被上訴人於 86 年間業經證實硬腦膜下腔腹腔流管感染引起腹膜炎，伊恐被上訴人腦部遭受引流管上行性感染而為被上訴人移除引流管，並無過失云云，並非可採。</p>
<p>爭點 3：如有過失，被告過失與原告所受損害有無因果關係？</p>		
<p>原告主張被告過失醫療行為致其損害發生具有因果關係</p>	<p>上訴人以其為被上訴人施行手術之部位係在左顱，辯稱被上訴人左側肢體有障害與伊施行手術無關云云。</p>	<p>是上訴人既因過失而為被上訴人施行如前述之不必要手術行為，致被上訴人於手術後，發生併發症，並有上述肢體及精神上之障害，足認上訴人之過失與被上訴人所受傷害間，有相當因果關係。又被上訴人於接受移除系爭引流管手術後，發生左肢無力症狀，既屬手術後之併發症，則上訴人移除手術自與被上訴人受有左肢無力之損害間有因果關係，上訴人以其為被上訴人施行手術之部位係在左顱，辯稱被上訴人左側肢體有障害與伊施行手術無關云云，要無可採。上訴人之侵權行為為責任，堪以認定。被上訴人依侵權行為損害賠</p>

		<p>償請求權，請求上訴人負損害賠償責任，自屬有據。</p>
<p>爭點 4：原告得請求賠償之金額若干？</p>		
		<p>看護費部分：被上訴人主張其終身需人看護，因而增加生活上之需要，應屬可採。得請求之看護費為 203 萬 5182 元</p> <p>減少失勞動能力部分：本院審酌被上訴人器質性精神障礙之嚴重程度遠超過肢體障礙程度，及其有家人照顧，應可發展出部分工作能力，認被上訴人減少勞動能力之程度應為 70%，被上訴人主張其勞動能力全部喪失云云，並非可採。且查被上訴人甫考取大學，事故發生時並無工作，其勞動能力減少，自應以行政院勞委會所定最低工資 1 萬 5840 元為計算基礎，較為合理。被上訴人主張按 92 年 6 月之國人平均工資 3 萬 8291 元為計算基礎，尚非可採。準此，依據霍夫曼氏計算法，被上訴人得請求上訴人賠償其因減少勞動能力之損失額為 287 萬 7351 元。</p> <p>精神慰撫金部分：以 200 萬元</p>

		為適當。
爭點 5：有無消保法第 7 條適用		
有	無	<p>法院認為本件依被上訴人主張上訴人原為人愛醫院腦神經外科主治醫師，其因上訴人之醫療行為有過失而受有損害，請求上訴人賠償損害等情，可知上訴人顯非消費者保護法所規範之企業經營者，被上訴人依消費者保護法第 7 條第 1、3 項前段規定，請求上訴人賠償損害云云，洵屬無據。至醫療法於 94 年 2 月 5 日修正公佈第 82 條，明定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」，已將醫師就其醫療行為致生損害於病人所負損害賠償責任，限於故意或過失為限，從而醫療行自應排除於消費者保護法適用之範圍，附此敘明。</p>
第三審：最高法院 95 年度台上字第 791 號裁定 (950420)：駁回被告上訴		
最高法院難認其已合法表明上訴理由，應認其上訴為不合法。		


<p>Case.</p> <p>O&G5</p>	<p>案情：原告乙於 19961217 上午 11 時 20 分許，因子宮肌瘤在被告婦幼醫院接受子宮肌瘤摘除手術，手術之前一天，原告乙已住進被告婦幼醫院，惟當時就隔天手術麻醉之部分，並未做手術前之問診行爲。手術時由被告丙擔任麻醉醫師，其對原告乙做手術前之問診及檢查後，判斷原告乙可以接受麻醉，即由麻醉護士劉碧娥爲原告乙裝上血壓監視器、心電圖監視器、血氧濃度監視器，再供給五分鐘之純氧，隨即從靜脈注射麻藥進行麻醉行爲，約過二分鐘麻醉藥物發生作用，原告乙慢慢無法呼吸，仍以氧氣面罩供給氧氣，惟經麻醉護士劉碧娥發現供氧困難，告知被告丙，即由被告丙對原告乙進行喉部插管均告失敗，嗣原告乙血壓降低、心跳減慢，除對原告乙進行急救，最後由耳鼻喉科主任黃弘孟醫師做氣管切開手術（簡稱氣切），將原告乙之喉結下氣管切開，予以插管供氧，然原告乙因缺氧過久，形成缺氧性腦病變，目前呈現植物人之狀態，而原本預定進行子宮肌瘤手術並未進行。</p> <p>【獲賠償額 2300 萬；訴訟時間 10 年 8 個月；從手術開始至生植物人損害發生約一小時、鑑定意見有過失】</p>	
<p>第一審：臺北地院 89 年度重訴字第 165 號判決(911220)：原告一部勝訴。</p> <p>【侵權注意義務、法院採認鑑定意見有過失】</p>		
<p>原告主張</p>	<p>被告主張</p>	<p>法院認定</p>
<p>爭點 1：被告丙對原告乙爲麻醉行爲，其發現原告乙供氧困難後，對原告乙爲喉部插管行爲，直到最後由耳鼻喉科黃弘孟醫師對原告乙進行氣切，予以插管供氧急救，此段麻醉醫療行爲其用藥、插管及判斷氣切手術之時間上，有無過失？</p>		
<p>原告主張被告術前未做問診、誘導麻醉使用長效型爲不當、第一次插管困難時</p>	<p>被告抗辯因原告自身喉頭結構異常所致插管困難，非其處置有過失。</p>	<p>法院認爲使病患能維持通氣，確保其生命現象，應係麻醉醫師必需注意之醫療義務，至於插管</p>

即應為緊急處理，太慢決定作氣切，致使原告腦部缺氧過久致生植物人損害發生。

失敗後，再嘗試插管或進行緊急氣切，均是為達此注意義務之方法。而非在於嘗試對病患進行喉部插管幾次，才可進行氣切。故本院認為原告乙發生供氧困難時，到其進行氣切手術之時間，此段時間，被告丙有無延誤氣切及該項遲延可否避免，以判斷其是否有過失。

若考慮到病人呼吸道潛在的危險狀況時（如困難插管或吸入性肺炎），宜考慮採用短效肌肉鬆弛劑，甚至是清醒插管，亦據醫審會第二次鑑定書敘明。法院參諸證人黃俊隆醫師（即後來接到請求支援之電話緊急趕到手術室幫忙之麻醉科主任）於一審刑事庭法官承審時，亦陳述其不會一開始用長效肌肉鬆弛劑，會先使用短效肌肉鬆弛劑，插管順利後，再使用長效等語，顯見一般醫師會考量危險狀況，而選擇使用較有把握之藥物。如果醫師無法確保病患一定會插管順利或者供氧無礙，其應宜選擇使用短效肌肉鬆弛劑，使病患還能保有自己自救之一線機會。又誠如



		<p>被告丙歷次所陳，病患本身喉部之身體構造無法於麻醉之前事先百分之百檢測出是否會插管困難，換言之，有一定程度之危險性存在，其在未有百分之百把握之情形下，卻選擇使用長效之肌肉鬆弛劑，法院認為被告丙對於運用麻醉藥物，其考慮並不週全。</p> <p>原告乙在被告丙以三號喉頭鏡為二次插管行為後，當時以面罩供給氧氣已有困難，血氧濃度機發出警告聲響，表示低於九十，此時原告乙已陷入無法通氣，無法插管之情況，此時被告丙應考慮採取緊急之方式以建立呼吸道，惟被告丙係再經換四號喉頭鏡插管無效，再經口、鼻人工氣道無效，最後才請黃弘孟醫師進行氣切，顯為時已晚，而前開衛生署之第二份鑑定報告亦認從病人之後果觀之，通知氣切之時確實太遲，故被告丙於發現插管困難後，未立即為氣切之決定，猶在嘗試第三次插管及做無用之經口人工氣道、經鼻人工氣道急救，在判斷氣切之時間上顯有延</p>
--	---	--

		<p>誤，實可認定，其有過失至明。</p> <p>而原告乙因本件事故致導致缺血性腦病變重傷害，成為植物人一節，亦有診斷證明書在卷可參，被告丙之過失行為間與原告乙所受之傷害間，具有相當因果關係。被告丙辯稱其無過失云云，即非可採。</p>
<p>爭點 2：損害範圍</p>		
<p>醫療費：自八十五年十二月十七日起至八十七年六月八日止，支出台大醫院醫療費用計九十二萬一千一百六十八元，針灸費用計三十三萬八千元。計一百二十五萬九千一百六十八元。</p> <p>看護費用：已發生之看護費：自八十六年四月十八日起至九十一年八月三十一日止支出看護費計三百九十四萬四千五百元。</p> <p>未來看護費用：自九十一年九月一日起至一百零二年九月一日止，以每日二千元計算，並依霍夫曼公式扣</p>	<p>臺大醫院九十二萬一千一百六十八元部分，原告並未提出醫療費收據，被告否認之。針灸費三十三萬八千元部分，被告否認此部分費用為必要費用。</p> <p>增加日常生活所必要之支出：看護費及醫療用消耗器財數額過高，且一次給付不合理。</p> <p>喪失勞動能力：植物人之存活餘命如何，原告尚未舉證證明。退休金之請領，原告尚未符合請領要件，請求權尚未發生，自無應得利益而未能獲得之情事，原告</p>	<p>薪資損害：以每月薪資五萬三千五百五十五元計算，至一百零二年十月十四日止，就已發生部分扣除中間利息；但就未發生之部分（即以言詞辯論終結時為準）依霍夫曼公式，扣除中間利息。另原告乙主張每年調薪百分之三，及年終獎金一·五個月部分，純屬不確定之事實，原告無法舉證證明其一定會發生，故此部分難認係屬於損害，不應准許。</p> <p>退休金短少之損害：總計為五百九十萬四千零六十六元（計算公式係選取自銓敘部所屬網站，如附表一），扣除原告乙於八十七年四月十九日退休時已請領之二百六</p>

<p>除中間利息為六百零四萬三千一百四十六元，共計九百九十八萬七千六百四十六元。</p> <p>植物人每月消耗日用品所需費用，自八十六年四月至九十一年八月，每月以九千三百六十三元計算，六十四個月已支出五十九萬九千二百三十二元，及未來十年零用金，每月以九千三百六十三元，並依以霍夫曼公式扣除中間利息，計九十三萬零一百一十五元，二者合計一百五十二萬九千三百四十七元。</p> <p>喪失勞動能力（即薪津加上退休俸）共計一千九百一十三萬五千四百五十三元。</p> <p>精神慰撫金：原告 3 千萬、原告配偶 1 千萬</p>	<p>自應舉證證明其請求之依據為何，始符前開侵權行為法則規定。</p> <p>慰撫金部分：過高</p>	<p>十一萬五千四百零二元，此部分有原告乙領取退休金之支票四張影本附卷為憑，其損失三百二十八萬八千六百六十四元，另依霍夫曼式扣除中間利息，合計應一次給付之損失為二百一十三萬零七百五十八元。應堪採信。</p> <p>增加生活上需要部分：看護費部分：原告乙主張已支出之看護費用為三百九十四萬四千五百元之部分，應予准許。醫藥費：以單據為憑算標準，惟針灸費三十三萬八千元，此部分並無收據，且難認為屬於醫療上必要之費用，故不予准許。</p> <p>法院審酌照顧一個植物人，本身即是非常沈重的負擔，所支付之各項費用，非常細微而繁複，原告以每月九千三百六十三元計算，並沒有超過專業照顧植物人之財團法人創世社會福利基金會所估算之數目，故原告此部分之費用應予准許。則原告乙請求未發生之看護費、未來十年之日常用品費用等等，均於法無據，不應准許。</p>
---	---	--

		<p>衡量原告乙所受精神上及肉體上之折磨，認其請求非財產上之損害賠償以五百萬元為適當，此範圍內應予准許。本院認為原告乙可請求之金額總計為二千一百一十一萬八千九百七十四元。至於原告配偶慰撫金不應准許。</p>
<p>第二審：台灣高等法院 92 年度重上字第 111 號判決(930330)：</p> <p>【侵權注意義務、舉證責任、法院採認部份鑑定意見】</p>		
原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：原告主張乙第一次插管失敗後，未即時做氣切急救措施，且多次插管，導致甲困難呼吸道，具有過失，因而造成甲嚴重腦缺氧之傷害等語。</p>		
		<p>法院認為使麻醉病患能維持通氣，確保其生命現象，應係麻醉醫師必需注意之醫療義務，至於插管失敗後，再嘗試插管或進行緊急氣切，均係為達此注意義務之方法。而非在於嘗試對病患進行喉部插管幾次，才可進行氣切。</p> <p>是甲在乙以三號喉頭鏡為二次插管行為後，當時以面罩供給氧氣已有困難，血氧濃度機發出警告聲響，表示低於九十，此時甲已陷入無法通氣，無法插管之情況，此時乙應考慮採取緊急之方式以建立呼吸道，惟乙係再經換四號喉頭鏡插管無效，再經口、鼻人工氣道無效，最後才請黃弘孟醫師進行氣切，顯為時已晚，而上開醫審會第二次鑑定書及醫審會第四次鑑定書亦認從病人之後果觀之，通知氣切之時確實太遲，故乙於發現插管</p>

		困難後，未立即為氣切之決定，猶在嘗試第三次插管及做無用之經口人工氣道、經鼻人工氣道急救，在判斷氣切之時間上顯有延誤，實可認定，其有過失至明。
爭點 2：術前麻醉風險評估問診有無疏失		
原告主張術前一日被告並未為原告做麻醉前評估，其有過失。	被告抗辯麻醉前一日其輪休無法前往訪試問診，但手術日當天已於術前為原告作麻醉風險評估過，參考病歷內紀錄即明，於評估當時並無法預知原告喉頭組織結構異常。	法院採認鑑定意見，認定被告術前評估訪視合乎臨床作業程序，且此個案從各項身體外觀及病史紀錄很難透過該項評估即能預知插管容易或困難，故此點被告無過失。
爭點 3：多次插管致喉頭痙攣導致困難插管及困難呼吸道之狀況，非原告喉頭構造異常所致，被告有過失。		
同前審	同前審	法院採認鑑定意見，認為依麻醉紀錄所載，誘導麻醉時無法透過喉頭鏡看到聲門，及原告十多年前曾動過扁桃腺割除手術的術後增生可能性等因素改變喉頭正常結構，多次插管係在喉頭鏡檢看不到聲門之後，故認定困難插管及困難呼吸道非由多次插管所致。
爭點 4：乙於手術進行之中麻醉誘導時，本應選擇短效之肌肉鬆弛劑，而竟選用中長效之肌肉鬆弛劑，具有過失云云		
同前審	同前審	法院認為依病歷內所載麻醉評估內容原告並無發聲困難或呼

		<p>吸不順，無法判定使用長效之肌肉鬆弛劑是否適宜，且麻醉誘導期間決定使用長效肌肉鬆弛劑，係屬麻醉醫師乙之裁量權範圍，非如原告所張麻醉誘導時本應選用短效肌肉鬆弛劑，而乙竟選用中長效之肌肉鬆弛劑，具有過失可言，此有醫審會第二次鑑定意見書及第四次鑑定結果：「目前並無文獻指出困難插管之預後，和所使用之肌肉鬆弛劑之藥效長短，有顯著的關聯」，益證乙於麻醉誘導時所選用中長效之肌肉鬆弛劑並無過失。</p>
<p>爭點 5：被告醫院主張其選任監督已盡注意義務無過失毋庸負責？</p>		
<p>同前審</p>	<p>被告醫院其於選任被告麻醉醫師為合格麻醉專科醫師，領有行政院衛生署所發之執照，並受聘台大醫院麻醉師四年，已有完整之麻醉師臨床醫療經驗，婦幼醫院已就其選任及監督受僱人盡相當之注意云云。</p>	<p>法院認為選任縱為合格專科麻醉醫師，僅能足證婦幼醫院雖就乙之學經歷及技術於選任時加以注意，但尚須就乙之性格是否謹慎精細加以細查監督始能免責，而婦幼醫院就上開說明並未能舉證證明其已就選任乙及監督其職務有何可免責之情事，則其對於乙之過失侵權行為，亦應連帶負賠償責任甚明。</p>
<p>爭點 6：損害賠償數額</p>		

<p>1、同前審</p> <p>2、另主張由被告醫院提供原告對一般植物人日常生活所需要之醫療照顧。</p> <p>3、丙另主張民法第一百九十五條第三項規定於修法時並未限定於明知他方為有配偶之人，而與之發生性行為，或配偶之一方，遭受不法暴力之性侵害時，他方基於配偶關係，始得對加害人請求損害賠償，自應認配偶身體健康受侵害，仍屬身分法益受侵害而情節重大之情形等語。</p>	<p>1、薪資損失應扣除所得稅、退撫基金、公保費、健保費及福利互助費，及其若無成為植物人本應支出之經常性支出。</p> <p>2、退休金部份：應扣除上開領取退休金之日起至原審判決時止之利息云云。</p> <p>3、婦幼醫院抗辯其對照顧植物人並非專業，應由其他市立單位或同為市立醫院之慢性病防治院，內設有植物人收容照護中心負責照顧為適宜云云。</p> <p>4、抗辯原告係因病成為植物人，依公教人員保險殘廢給付標準之規定，植物人係屬全殘，中央信託局公務人員保險處業已於八十七年五月十七日核撥八十三萬七千元之全殘給付予甲，則甲此部分請求，自應扣除上開全殘給付八十三萬七千元，方無重複得利之情事云云。</p>	<p>1、法院認為甲薪資部分損害計算之明細表，以每月薪資四萬五千四百八十三點六元計算，並應扣除生活經常性支出費用，至一百零二年十月十四日止，就已發生部分（即以事實審言詞辯論終結之九十三年三月十六日為基準）不扣除中間利息；但就未發生之部分，依霍夫曼公式，扣除中間利息。</p> <p>2、退休金部份與增加生活上需要部分：有關醫藥費、看護費及醫療耗材費用等如前審。</p> <p>3、另請求其自八十七年六月八日轉至婦幼醫院接受治療，婦幼醫院應負擔如原判決附表二所示之對一般植物人日常生活所需要之醫療照顧，此部分應認為合理，自屬有據。</p> <p>4、查本件甲所領取之全殘給付雖係依公教人員保險法第十三條之規定，而非依公務人員撫卹法領取，然因公教人員保險法亦屬公法性質，自不得於依法應賠償之金額中扣除（參照最高法院六十三年度第五次民事庭庭推總會決議），</p>
--	---	--

		<p>是婦幼醫院所為之此部分抗辯，亦不足取。</p> <p>5、慰撫金：原告甲 400 萬； 原告配偶丙：160 萬（依民法 193 條第 3 項準用第 1 項人格法益）</p>
<p>第三審：最高法院 94 年度台上字第 2128 號判決（941128）：原被告上訴一部有理由（發回）</p>		
<p>最高法院認為乃原審竟依其請求，命婦幼醫院免費提供附表三所示之醫療服務，以為損害賠償，於法自有未合。其次，身體或健康受侵害，而請求賠償喪失或減少勞動能力之損害，於估定被害人喪失或殘存勞動能力之價值時，應以其勞動能力在通常情形下可取得之對價為標準。僱主於給付薪資時，基於稅法或其他法律規定，代為扣繳之所得稅、保險費或公務人員之退休撫卹基金等，乃原薪資之一部分，於估定被害人勞動能力之對價時，自應計算在內。甲係依民法第一百九十三條第一項規定請求賠償「薪資」損害，即應以其勞動能力在通常情形下可取得之對價為計算之基準。而附表一所列所得稅、退撫基金、公保費、健保費及福利互助費等，均係從其薪資中扣除，原屬薪資之一部分；附表二所列「生活經常性支出」，則與估定其勞動能力之價值無關。原審於估定甲喪失勞動能力之價值時，扣除上開金額而為計算，亦有可議（至於甲是否基於同一原因事實受有損害，並受有利益，應依損益相抵之規定扣除其利益，則屬別一問題）。甲、乙及婦幼醫院上訴論旨，各自指摘上關於其不利部分之原判決為不當，求予廢棄，均非無理由。而就被告等請求廢棄原告丙慰撫金 160 萬，則上訴無理由駁回。</p>		
<p>第二審：台灣高等法院 94 年度醫上更(一)字第 3 號判決(950503)：醫師一部勝訴</p> <p>【侵權注意義務、法院採認部分鑑定意見】</p>		
原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：被告麻醉醫師應否負醫療過失（術前問診、喉頭異常結構或多次插管所致、使用長效肌肉鬆弛劑、有無誤判氣切時點）？</p>		
同前審	同前審	<p>同前審，即本案被告過失行為在誤判氣切時點，以致原告有插管困難及通氣困難缺氧時間過長致生植物人的損害結果。</p>

爭點 2：被告台北市立聯合醫院對於被告丙之行爲，應否負連帶賠償責任？		
同前審	同前審	同前審，即法院認為台北市立聯合醫院就上開說明並未能舉證證明其已就選任上訴人丙及監督其職務有何可免責之情事，則其對於上訴人丙之過失侵權行爲，亦應連帶負賠償責任甚明。
爭點 3：原告甲所受財產上損害之計算？		
同前審	同前審	薪資損害之計算部分：不應扣除「生活經常性支出」，則與估定其勞動能力之價值無關。 增加生活所須要之付費用及公務人員保險全殘給付不必歸扣 見解與前審同
爭點 4：原告甲所受非財產上損害之計算？		
同前審	同前審	同前審
爭點 5：被告丙得否依民法第 218 條規定請求減輕賠償金額？		
原告不同意抗辯被告等高所得非無資力顯影響其生計。	因本件醫療事故應賠償之金額高達 2000 多萬元，實非伊能力所能負擔且對伊之生計有重大影響，爰依民法第 218 條請求減輕其賠償金額云云。	經查上訴人丙現任醫師，每月收入約 200,000 元，屬社會上之高所得者，且上訴人台北市立聯合醫院爲市立醫院，經費來源不致匱乏，已如上述，而上訴人丙既未能舉證證明本件賠償將致其生計有何重大影響，空言爲上述主張，自屬無據。

第三審：最高法院 96 年度台上字第 1726 號裁定駁回上訴確定（醫方敗）960809

核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，而未表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。

Case

O&G6

案情：原告伊等係夫妻，甲於 19930503 至被告新光醫院門診，經證實懷孕，因甲高齡產婦（19520226 出生），恐生下身心障礙兒童，特地自住處遠至新光醫院做產前檢查，由該醫院於 19930712，做羊膜穿刺篩檢術，該醫院原應負善良管理人之注意義務，將抽取之羊水送至行政院衛生署評鑑合格之羊水中中心進行檢驗。詎該醫院婦產科主任即被告丙竟僅命由能力不足之檢驗員即被告丁單獨做羊水分分析及染色體判讀工作，致因過失造成錯誤之檢驗結果，原告等在誤認胎兒係正常之情況下，未施行人工流產手術，甲因而產下患有唐氏症、無肛症、動脈導管閉鎖不全，為多重重度障礙之男嬰張○華，須負擔龐大之醫療費用、特殊教育費用、人力照顧費用、生活費用，受有財產及非財產上之損害。是新光醫院之羊水分分析處理流程既有重大瑕疵，顯已違反善良管理人應盡之注意義務，自應負債務不履行之損害賠償責任。而丙、丁之行爲妨害原告等之「墮胎自由權」及「生育決定權」，渠等與新光醫院屬共同侵權行爲，亦應連帶負損害賠償責任。

【獲賠償額 701 萬；訴訟期間 9 年 10 個月；就醫至生多重重度障礙之男嬰發生約八個月；本案似未進行鑑定】

第一審：士林地院 84 年度重訴字第 147 號(850905) (資料庫暨裁判彙編均無收錄)

第二審：台灣高等法院 85 年度重上字第 464 號(880330) (資料庫暨裁判彙編均無收錄)

第三審：最高法院 90 年度台上字第 468 號判決（900322）：廢棄發回醫病方均一部勝訴

最高法院廢棄原審理由如下，按刑法墮胎罪所保護之客體固為在婦女體內成長之胎兒，該婦女依優生保健法第九條所得施行之人工流產僅屬於刑法墮胎罪之阻卻違法事由。但民法上侵權行為之被害客體為權利或利益，只要係權利或利益，即得為侵權行為之被害客體，此與刑法墮胎罪之保護客體為何，及其違法阻卻事由是否存在，實屬二事。查婦女已妊娠，於具備優生保健法第十一條第二項所定：「懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶；認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。」之「醫師發現有胎兒不正常」要件時，法律即課醫師以「應將實情告知懷孕婦女本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產」之義務，於此情形，就另一方面而言，是否非給予婦女選擇之權利（自由）？即婦女對其體內未成獨立生命又患有法規所賦予婦女得中止妊娠之先天性疾病之不健康胎兒，是否無本於上開規定選擇除去之權利？倘因醫院及相關人員之疏忽，未發現已符合此一情況之事實並及時告知懷胎婦女使其依優生保健法第十一條第二項施行人工流產，致婦女繼續妊娠，最後生下不正常嬰兒，可否謂對婦女本身得決定施行人工流產之權利毫無侵害？本件上訴人甲主張被上訴人丙、丁、上訴人新光醫院因檢驗之疏失，致其未施行人工流產生下重度障 之男嬰，侵害其權利，符合共同侵權行為之要件，是否為無足採？不無再事斟酌研求之餘地。原審未詳予審酌，遽依前揭理由就上訴人甲請求上訴人新光醫院給付人力照顧費用四百萬元本息及請求被上訴人丙、丁就特殊教育費用六十一萬八千二百十八元、人力照顧費用三百三十八萬一千七百八十二元與新光醫院負連帶給付責任部分，為不利上訴人甲之判決，尚非允當。

其次，上訴人甲主張其子即訴外人張○華自八十七年八月一日起至一百三十二年十一月三十日止之醫療費用，一次給付共需五十三萬五千三百十四元一節，因該部分依甲主張，係張○華支出之醫療費用，且有一部分係張○華成年以後所需之醫療費用，則甲是否可請求新光醫院給付其此部分之醫療費？非無疑義。

再查關於特殊教育費用部分，上訴人甲雖多次提出不同表格指述其受損範圍，惟其既陳明：上開表格僅係供法院參考，所請求之金額仍依上訴聲明而定，則其起訴時原請求新光醫院給付

特殊教育費用二百四十三萬元，經第一審判決新光醫院應給付該費用二百零七萬七千一百三十二元後，甲係就其受不利判決之三十五萬二千八百六十八元部分聲明不服，乃原審竟命上訴人新光醫院應再給付上訴人甲特殊教育費用二百八十九萬零五百五十四元，顯係就當事人所未聲明之利益歸之於當事人（甲），已難認為適法。且台北市政府教育局曾於八十七年十一月十日以八十七年北市教五字第八七二七三五八八〇〇號函覆原法院：「患有唐氏症之孩童，就學係依特殊教育法第十三條規定以滿足學生學習需要及最少限制環境原則下予以安置；修業年限、收費標準係按義務教育年限及一般收費標準辦理」，為原審認定之事實，可見關於唐氏症孩童接受特殊教育之情形，於法已有規定，原審遽依證人蔡阿鶴、宗景宜之證詞，認台北市政府教育局之函覆內容與實際狀況有異，應將張○華送至特殊教育機構接受特殊教育云云，而無視法律之規定，是否妥適？亦待釐清。


又查上訴人甲請求上訴人新光醫院給付人力照顧費用部分，原審雖逕以行政院勞工委員會於八十六年十月間公布之勞工每月基本薪資一萬五千八百四十元為標準，再依張○華壽命五十歲計算，認上訴人甲請求上訴人新光醫院給付一次估計之人力照顧費用於三百三十八萬一千七百八十二元之範圍，為有理由，然原審並未詳為調查審認該基本薪資究與本案有何關連？及甲本人之平均餘命是否多於或等於五十歲而得一次請求對張○華五十年之人力照顧費用？所為不利於新光醫院之該部分判決，自欠允洽。


第二審：台灣高等法院 90 年度重上更(一)字第 48 號判決(910319)：原告一部勝訴

【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、墮胎決定權】

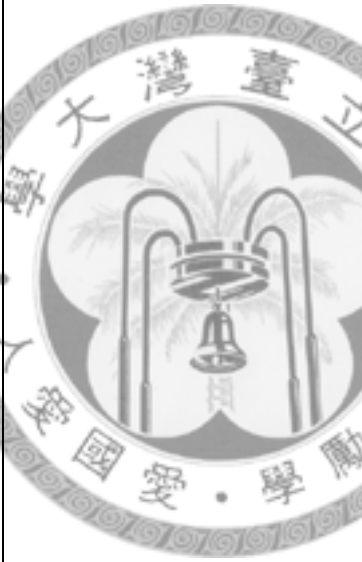
原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：被告新光醫院應負不完全給付之債務不履行責任，端視其有無違反其善良管理人之注意義務，未依債之本旨為給付，而具可歸責之事由</p>		
		<p>法院認為被告丙實習技術員並無符合衛生署「產前遺傳診斷—臨床細胞遺傳學檢驗單位評估要點」中有關檢驗單位工作人員之規定資格，其自無單獨從事羊水之染</p>


		<p>色體培養、分析及判讀之能力。是新光醫院就其對原告甲所實施之羊膜穿刺篩檢術及羊水分析，尚難認已盡其善良管理人之注意義務，且被告丙因未受專業訓練，誤讀原告甲之羊水分析結果，並且未如合格羊水中心隨時記錄染色體培養期間之各種數據，亦未對於分析之結果予以詳細記載出具報告，並以錯誤之檢驗結果，告知上訴人甲，使原告甲無法為優生保健之目的，依優生保健法第九條規定，施行人工流產，致甲產下患有唐氏症等多重重度殘障之張○華，自難認被上訴人新光醫院已為合於債務本旨之給付。是被告新光醫院就其債務履行輔助人給付方法之瑕疵，導致給付之內容不符合債務之本旨，致原告甲受有損害，應負不完全給付之債務不履行責任，原告甲基於契約關係，主張被告新光醫院因不完全給付而需賠償原告甲所受之損害，即屬有據。</p>
<p>爭點 2：損及選擇墮胎權是否為民法第 184 條所保護客體？</p>		
<p>原告主張其得選擇人工流產權被侵害</p>	<p>被告乙辯稱其非甲之主治醫師，亦未為朱女抽取羊水，其並無任何過失云云。</p> <p>被告主張優生保健法之規定僅阻卻其違法性而已。</p> <p>原告認為新光醫院及乙、丙侵害其「墮胎自由權」、「生育決定權」，尚屬無據等語。</p>	<p>法院認為刑法墮胎罪所保護之客體固為在婦女體內成長之胎兒，該婦女依優生保健法第九條所得施行之人工流產，僅屬於刑法墮胎罪之阻卻違法事由。但民法上侵權行為之被害客體為權利或利益，只要係權利或利益，即得為侵權行為之被害客體，此與刑法墮胎罪之保護客體為何，及其違法阻卻</p>

		<p>事由是否存在，實屬二事。查婦女已妊娠，於具備優生保健法第十一條第二項所定：「懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶；認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。」之「醫師發現有胎兒不正常」要件時，法律即課醫師以「應將實情告知懷孕婦女本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產」之義務，於此情形，就另一方面而言，應是給予婦女選擇之權利（自由），即婦女對其體內未成獨立生命又患有法規所賦予婦女得中止妊娠之先天性疾病之不健康胎兒，有選擇除去之權利，倘因醫院及相關人員之疏忽，未發現已符合此一情況之事實，並及時告知懷孕婦女，使其依優生保健法第九條第一項，自願施行人工流產，致婦女繼續妊娠，最後生下不正常嬰兒，自屬侵害婦女對本身得決定施行人工流產之權利。</p> <p>本件被告新光醫院婦產科設</p>
--	---	---

		<p>置檢驗室，以作為羊水檢體培養、分析、判讀之單位，而被告乙為被告新光醫院婦產科主任，被告丙為檢驗室技術員，均為被告新光醫院之受僱人，業經被告乙自認係「將羊水送至該科實驗室交技術員」丙；「丙是檢驗室的技術員」，是被告乙對其所屬檢驗室羊水檢體培養、分析、判讀及丙之工作，自負有監督指導之責任，其明知羊水檢體培養、分析、判讀，屬於產前遺傳診斷，需具有專門訓練之人員，始能從事相關羊水檢體培養、分析、判讀，故行政院衛生署，制定有臨床細胞遺傳學檢驗單位評估要點，規定技術員須具有一定之資格或經驗，被告丙並無前開學經歷，其自無單獨從事羊水之染色體培養、分析及判讀之能力，被告乙竟任由其單獨為之，而依其情形又非不能注意，竟疏於注意，致生本件錯誤之結果，自難辭其過失責任，是原告甲主張被告乙、丙、新光醫院因檢驗之疏失，致其未施行人工流產生下重度殘障之男嬰，侵</p>
--	---	---

		<p>害其權利，符合共同侵權行為之要件等語，非無可取。乙辯稱其非甲之主治醫師，亦未為朱女抽取羊水，其並無任何過失云云，應無可採。</p> <p>本件原告甲在被告新光醫院，經主治醫師行羊膜腔穿刺術：由新光醫院婦產科自設之檢驗室作羊水生化檢查，及羊水細胞培養、鑑定，本應發現染色體或基因異常，如唐氏症等，詎新光醫院僱用非專業之被告丙為技術員，其婦產科主任即被告乙又疏於監督指導，致原告甲之羊水細胞培養、鑑定判讀，未發現染色體或基因異常，而告知其主治醫師及原告檢驗結果「正常」，致原告甲無從自由選擇「施行人工流產」，而產下患有唐氏症等多重重度障礙之男嬰張○華，造成原告無可補救之損害，是被告新光醫院應負債務不履行，並與被告乙、丙負共同侵權行為之賠償責任，堪以認定。</p>
<p>爭點 3：損害賠償範圍？</p>		
<p>1、依張○華平均生存年齡至五十歲計算醫療費用</p>	<p>同前審</p>	<p>法院認為損害賠償，除法律另</p>

<p>支出</p> <p>2、依八十八年度台北市身心障礙者收容、教養補助標準表，其第一類重度日間托育教養補助款，金額為一萬三千七百三十二元，若依此計算，自八十七年八月起至張○華三十歲止（民國一一二年十一月止），計四百一十七萬四千五百二十八元，加上張○華自出生至八十七年七月實際所支出之費用二十萬八千八百三十一元，特殊教育費用共需四百三十八萬三千三百五十九元（起訴請求金額為二百四十三萬元）云云。</p> <p>3、共計人力照顧費用為一千七百六十四萬七千三百六十六元云云。</p>		<p>有規定或契約另有訂定外，不僅須填補債權人所失利益（即消極損害），並須填補債權人所受損害（即積極損害），民法第二百十六條規定甚明。所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於積極的損害。所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。本件上訴人請求被上訴人賠償醫藥費用、人力照顧費用、特殊教育費用，係因被上訴人債務不履行及侵權行為致損害上訴人自由選擇之權利，產下非其所預期而患有唐氏症等多重重度障礙之男嬰張○華，現在及將來必須支出之費用損害，是其請求賠償者，顯屬一種積極損害，而非消極損害。</p> <p>台北市政府教育局八十七年北教五字第八七二七三五八八〇〇號函雖稱：「患有唐氏症之孩童，就學係依特殊教育法第十三條規定以滿足學生學習需要及最少限制環境原則下予以安置；修業年限、收費標準係按義務教育年限及</p>
---	--	---

		<p>一般收費標準辦理」云云，即與唐氏症兒之實際學習狀況有異，一般學校之特殊教育班，恐非本件多重重度殘障之唐氏症兒張○華所得適用，故甲主張張敬華應送至特殊教養機構接受特殊教育，並非無据。是張○華因先天性疾病，一生皆需受人照顧，尤無自行謀生能力，故其縱使達成年之年齡，一生之醫藥費用、人力照顧費用、特殊教育費用，均須由其生母即上訴人負擔，造成上訴人甲財產損害，是其請求給付醫藥費用、人力照顧費用、特殊教育費用，尚非無據。</p> <p>醫療費用部分：應以原告甲的壽命計算其醫藥費用金額共六十六萬五千九百一十七元，扣除中間利息後為三十九萬零六百三十七元。</p> <p>特殊教育費用部分：</p> <p>查上訴人甲於四十一年二月二十六日出生，依八十八年公布之台北市女性生命簡易表所示，其生存期為八十一·五五歲，即一百二十二年九月二十日，有如前述，從</p>
--	---	--

		<p>而，甲主張自八十七年八月起至張○華三十歲止(民國一一二年十一月)，為其請求之年數，核屬可採。自八十七年七月三十一日(87.6)至一百一十二年十一月三十日(112.9)(張○華三十歲時)，共二五點三年(轉換為小數點為112.9減87.6年為25.3年)，每月特教費用為一萬三千七百三十二元，共計四百一十六萬九千零三十五元，扣除中間利息後為二百七十四萬零八百六十二元連同業經支付之二十萬八千八百三十一元，特殊教育費用共為二百九十四萬九千六百九十三元，是上訴人甲起訴請求被上訴人新光醫院給付二百四十三萬元，自屬有據。</p> <p>人力照顧費用部分：甲因本件產下唐氏兒張敬華，而辭去其原來之工作，其所生之損害，並非係因人力照顧張○華所生之損害，而係新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，應屬於消極的損害，是上訴人甲請求按其平均薪資，計算其因人力照顧所生之損害，亦非</p>
--	---	---

		<p>有可取。是基本工資為最低之標準，本院為兼顧兩造之公平負擔，認以按行政院勞工委員會八十六年十月公布之基本工資一萬五千八百四十元為可採。每月基本工資為一萬五千八百四十元乘以十二月，再乘以三五點二年，等於六百六十九萬零八百一十六元，扣除中間利息，則為三百九十二萬零六百九十三元。</p>
<p>第三審：最高法院 92 年度台上字第 1057 號判決(920522)：駁回</p>		
<p>兩造上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，分別指摘原判決其敗訴部分不當，求予廢棄，均非有理由。</p>		

<p>Case O&G11</p>	<p>案情：原告因懷孕，於 19931129，至被告所開設吳婦產科診所檢查。被告將原告雙胎正常活胎誤診為單生異常死胎，原告因而同意進行人工流產手術。嗣因仍有懷孕跡象，乃於 19931228 至臺安醫院進行超音波檢查，發現體內仍有雙胞胎兒存在，懷孕約十一週。即於同日前往吳婦產科要求解釋，詎被告竟以檢查為由，未經原告及配偶鄭○基同意，書立手術同意書，擅自進行第二次人工流產手術。手術後伊臉色蒼白，進食、排便不正常，無法站立行走，被告仍疏於注意，未以診斷性腹腔鏡等方法處理，亦未轉診大醫院治療，致使症狀惡化。同年月 30 日，原告改由蕭婦產科醫院檢查，轉診臺大醫院急診，經剖腹探查，發現子宮內仍有妊娠十二週之雙胞胎，並有子宮穿孔、併發小腸三處穿孔及腹膜炎等現象，經施行右子宮角切除、部分小腸切除並吻</p>
---------------------------	---

合手術及盲腸切除等手術，住院三十二天，至 19940131 始出院，原告主張被告有過失。

【獲賠償額 56 萬；訴訟時間 3 年 2 個月；從就醫至子宮角及小腸等切除約一個月；鑑定意見認為子宮重度後傾造成子宮穿孔主因，有無過失不明確。】

第一審：資料庫暨裁判彙編均無收錄

第二審：臺灣高等法院 84 年度訴字第 33 號判決 850206（資料庫暨裁判彙編均無收錄）


第三審：最高法院 86 年度台上字第 56 號判決（860110）：駁回被告上訴


最高法院認為原審依民法第 184 條侵權行為規定令被告負損害賠償並無違背法令，被告主張無理由駁回。

【編註：本案因一二審判決均闕如，但從第三審判決內容援引原審認定被告有過失的理由是：「被告雖辯稱：第二次手術係因原告子宮嚴重後屈且子宮角懷孕所致，此等特殊畸形生理構造，產生子宮穿孔等情形，應屬「可容許之危險」云云。然查所謂「可容許之危險」，係指行為人遵守各種危險事業所定之規則，並於實施危險行為時盡其應有之注意，對於可視為被容許之危險得免其過失責任而言。如行為人未遵守各該危險事業所定規則，盡其應有之注意，則不得

主張被容許之危險而免責。被告實施第一次墮胎手術前作超音波檢查及實施人工流產時，均未於病歷記載原告有嚴重子宮後屈情事，有病歷可稽。何況縱令原告確有此種特殊畸形生理構造，手術困難，有失敗可能，被告亦應對原告及其配偶說明。其捨此不為，未經原告同意，擅自實施第二次人工流產手術，即難謂無過失。行政院退除役官兵輔導委員會臺北榮民總醫院（以下稱榮民總醫院）鑑定認被告所以手術失敗，係因原告嚴重子宮後屈及子宮角懷孕所致，該鑑定並未審酌被告違反醫療法前開規定，尚不足採為有利被告之證據。至於被告辯稱：於第二次手術後，伊依法注意原告各種生命現象，並無惡化情形，應無過失乙節，查被告既稱原告屬特殊生理畸形，手術失敗之可能性較大，而原告又臉色蒼白，進食排便不正常、無法站立行走，以其數十年之婦產科醫師經驗，即應注意有無子宮穿孔出血之可能。而子宮穿孔將致腹腔污染，引起腹膜炎，如不及時治療非無送命可能。被告竟未採取腹腔鏡等檢查措施，致原告因子宮穿孔併發之症狀惡化，延誤最佳醫療時機，遲至第三天才轉診臺大醫院，並實施子宮角切除、部分小腸切除等緊急手術及盲腸切除手術，實難謂無過失。被告於原告子宮穿孔後，三天未為妥善應變醫療措施，反稱症狀未為惡化，又將責任推諉原告之猶豫不決，實無可採。原告所受子宮穿孔、合併小腸三處穿孔、腹膜炎等傷害，及送請臺大醫院施行緊急手術，應係被告過失所造成，兩者間有相當因果關係存在。」】

<p>Case. O&G14</p>	<p>案情：原告之母陳○玲於 19961022 晚上至天祐聯合診所（後更名為深耕醫院，合夥人不變）生產，被告甲對其施用催生劑之點滴注射，整個產程正常，於隔日凌晨四點十五分產下原告，原告出現四肢發紺、呼吸短促，新生兒生命指數在一分鐘及五分鐘時，皆只有三至四分。驗血結果，血色素只有三·五。而陳○玲產前、產後之血色素皆在正常範圍。故透過緊急醫療網，由天主教耕莘醫院永和分院(以下簡稱永和耕莘醫院)派車接送至新生兒加護病房。因被告甲之疏失，造成原告極重度之腦性麻痺，請求甲及天祐聯合診所負損害賠償。</p> <p>【獲賠償額 506 萬；訴訟期間 7 年 8 個月；就醫至生新生兒重度之腦性麻痺損害發生約七小時；鑑定意見有過失】</p>	
<p>第一審：台北地院 87 年度重訴字第 1373 號(890821)：原告一部勝訴。</p> <p>【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、法院依鑑定意見判決】</p>		
<p>原告主張</p>	<p>被告主張</p>	<p>法院認定</p>
<p>爭點 1：被告接生過程有無過失</p>		
<p>原告主張因被告甲之疏失，造成原告極重度之腦性麻痺，請求甲及天祐聯合診所負損害賠償。</p>	<p>被告甲抗辯：其立即透過緊急醫療網，由永和耕莘醫院派車接原告至新生兒加護病房，並無延誤就醫過失等語。</p>	<p>1、醫審會鑑定意見認為：天祐醫院病歷記錄，其中一份產科住院記錄之內容記載不全，如沒有第二產程記載(子宮頸開全至胎兒娩出)及胎兒娩出時的全部生理狀況，甚至於護理記錄中，對於新生兒之狀況也隻字未提，究竟新生兒是何種狀況下轉院，並無記錄。另外護理記錄中，十月二十二日二十三時三十分記載加藥點滴催生，但不見有處方或醫囑，只在護理記錄中有此一描述，亦未提及點滴滴速為何等。依據永和耕莘醫院新生兒之病歷記載，原告出生時，即發現全身膚皮蒼白，活力狀況差，由天佑醫院抵達該院時，僅有點</p>

		<p>滴及插上氣管內管，並未給予其他之急救處置，甚至輸血(由新生兒血色素僅 3.1G/DL，即可證實)。又原告於十月二十三日四時十五分娩出時至六時十分轉院之期間，無天佑醫院任何之記錄可查，故該院之醫師對原告出生後之一切處置均有延誤及不當之處。</p> <p>2、據本院向永和耕莘醫院函查原告轉診過程，該院表示其於當日四時四十五分接到被告電話於上午五時到達天祐聯合診所，經急救後於五時四十五分離開該診所，於六時五分住進本院新生兒加護病房等字可稽。然本院檢送上開函覆結果，囑託醫審會再行鑑定，其鑑定意見書，認為：四時十五分原告娩出，至五時救護車到達，期間四十五分鐘，天祐醫院對原告之處置為何，均無資料可查證。依據所送資料分析，原告所發生之重度貧血，是由於大量失血之結果，其失血的原因，推測可能發生在待產催生中胎盤早期剝離或產後臍帶處理不當。倘若待產催生中發生胎盤早期剝離，臨床上會出現胎心跳過低，產婦自覺子宮持續固定點疼痛，甚至陰道大量出血；反之如果產後臍帶處理不當，如臍帶夾鬆脫，都有可能造成原告發生如此之大量失血，導致腦部缺血病變。由於天佑醫院病歷中，並無記載催生中胎心跳、宮縮記錄及第二產程(子宮頸口開</p>
--	---	--

		<p>全至胎兒娩出的過程)與新生兒記錄(胎兒娩出後狀況)，故對上述兩種失血之原因，無法論斷；若是產後臍帶處理不當所致，即有失當之處。法院則認為綜觀鑑定意見，本件原告如係因上述胎盤早期剝離導致大量失血，被告甲未陳述曾採取何種檢查及治療行為，自非無過失。如原告係因產後臍帶處理不當導致大量失血，被告甲更無從諉稱其無過失。</p>
<p>爭點 2：賠償範圍</p>		
<p>1、原告主張因重度腦性麻痺，將來自我謀生能力可能全部或大部份喪失，則自十八歲起至四十九歲止共計五百八十八個月期間，按勞工基本薪資每月一萬六千元計算，共計損失九百四十萬零八千元，爰依民法第一百九十三條第一項規定，僅請求二百萬元等語。</p> <p>2、特殊早期治療教育，按專門啓發身心智能障礙之台北市萬芳發展中心之每月學費一萬五千五百五十元計算，自伊八十七年十一月入學起至十八歲止共計一百九十二月，合計支出二百九十八萬五千六百元，爰依民法第一百九十三條第一項規定，僅請求一百五十萬元等語。</p> <p>3、可預見其成年後需有就</p>		<p>1、原告之勞動能力已可預見全部喪失乙節，業據原告提出台北市萬芳發展中心評估摘要表、診斷證明書為證。認為原告勞動力損失 200 萬請求有理由。</p> <p>2、法院認為原告已支出及預估將支出之特殊教育費用已超過一百五十萬元，則原告請求被告各應賠償上開數額及自起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按年息百分之五計算之法定遲延利息，如其中一被告給付，其餘被告在該給付範圍內，免給付責任，為有理由，應予准許。</p> <p>3、惟查，原告未舉證證明該費用之依據，且未說明其除接受前項之特殊教育外，有再接受其他訓練教育之必要，是該部分請求，為無理由，應予駁回。</p> <p>4、法院認為原告目前已支出有單據醫療費用合計四萬一千零七十四元。屬增加其生活上之需要，且有提起將來之訴之</p>

<p>學或就業前之特殊訓練及教育費用，爰依民法第一百九十三條第一項規定，請求被告賠償五十萬元及遲延利息云云。</p> <p>4、伊需服用治療肉毒桿菌之特效藥，每期三至五個月，約四至五萬元左右，於二十年期間約分為六十期，需支出二百四十萬元以上，另須服用防止抽搐、癲癇之藥物，及支出針灸費用；又伊量身訂做之復健器材，約二年得更新，每次須支出五十萬元以上，至成年至少需換九至十次以上，再加計已支出之醫藥費，依民法第一百九十三條第一項規定，僅請求賠償一百萬元等語。</p> <p>5、需長期有專人照顧，故需聘請看護，以基本工資每月一萬六千元計算，十年以上至少支出二百萬元，爰依民法第一百九十三條第一項規定，僅請求賠償五十萬元等語。</p> <p>6、原告請求精神慰藉金五十萬元乙節。</p>		<p>必要。經查：參諸原告提出聯興儀器股份有限公司之估價單，其目前需支出上開器材之費用共計五十二萬七千四百八十一元。原告主張需服用治療肉毒桿菌、防止抽搐、癲癇之藥物，及繼續支出針灸費用云云，並未舉證證明其必要性，不足憑採。綜上，原告請求被告各應賠償之數額在五十六萬八千五百五十五元，及自起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按年息百分之五計算之法定遲延利息。</p> <p>5、查原告日常生活需要他人照料，業據其提出上開診斷書及評估摘要表為證，堪信為真實。又原告縱由其親屬看護，而尚無現實支出看護費，但親屬照顧原告起居所付出之勞力，非不能評價為金錢，且此種親屬間基於親宜恩惠所付出之勞力，不能加惠於被告，原告自仍得主張受有相當於看護費之損害，且有提起將來給付之訴之必要。然原告日間已在萬芳發展中心就學，僅下課後上課前需有人看護，因此按上開每月基本工資之半數七千九百二十元計算，每年需支出九萬五千零四十元，則以十年期間為限，依霍夫曼算法扣除中間利息，其預估需支出之看護費至少在五十萬元以上，則原告請求被告各應賠償上開數額及自起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按年息百分之五計算之法定</p>
---	--	--

		<p>遲延利息，有理由。</p> <p>6、本院再斟酌兩造之身分、地位，認原告請求精神慰籍金五十萬元，甚屬允當。</p> <p>7、綜上所述，原告請求被告深耕醫院、甲各賠償五百零六萬八千五百五十五元，及自起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按年息百分之五計算之利息，其中一被告給付，其他被告在給付範圍內，免給付責任，為有理由，應予准許。超過部分之請求，為無理由，應予駁回。兩造其餘攻擊防禦方法，無礙判決結果，爰不一一斟酌，附此敘明。</p>
<p>第二審：台灣高等法院 89 年度上字第 1132 號判決(911210)：一被告上訴勝訴；一被告上訴駁回</p> <p>【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、消保法第 7 條、被告未為自己有利事項舉證】</p>		
原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：財團法人私立深耕醫院部分：是否為權利主體？</p>		
<p>原告另主張深耕醫院係合夥組織，有合夥財產，得為訴訟主體云云</p>	<p>深耕醫院未完成登記即已歇業，不能成為權利主體</p>	<p>上訴人財團法人私立深耕醫院並未辦理法人登記，而經本院向台北縣政府衛生局函查結果，上訴人財團法人私立深耕醫院係於民國（下同）八十七年六月間，在同址以深耕醫院之名稱向台北縣政府衛生局申請醫事登記，嗣於八十八年二月二日歇業迄今，雖其現仍屬非法人之醫療營業主體，而由上訴人甲獨自負責主持，但非權利義務之主體，並無當事人能力，被上訴人竟以之為被告起訴，自非法之所許，應予駁回。</p>

		<p>縱認上訴人甲有與他人成立合夥契約經營深耕醫院，則充其量亦僅屬隱名合夥，而按隱名合夥之合夥財產均移轉為出名合夥人所有（民法第七百零二條規定參照），且隱名合夥人就出名營業人所為之行爲，對於第三人不生權利義務之關係（民法第七百零四條第二項規定參照），尙難認其為以法人團體而有當事人能力。從而，原審就此部分所為上訴人財團法人私立深耕醫院敗訴之判決，尙有未洽。</p>
<p>爭點 2：被告甲接生過程有無過失</p>		
<p>同前審</p>	<p>被告抗辯原告重度貧血原因可能係其患有先天性貧血疾病，或產婦懷孕時發生溶血之情形。伊於執行職務時並無何故意或過失侵權行爲，伊所為醫療行爲與被上訴人所受傷害結果間並無因果關係；又被上訴人請求之各項費用亦屬無據云云，資爲抗辯。</p>	<p>惟查依被上訴人在事後之血液篩檢報告中，並無G—6—PD貧血之情形，且被告甲所作產前產檢亦無特殊記錄，自難認被上訴人於出生前具有先天性貧血疾病（見衛署醫字第0九一00二八六四七號函附之鑑定書）；又因被告甲並未提供新生兒病歷，而依產婦之產檢記錄及證人即接生護士張承文在本院到場所為證詞內容，均無法判定本件有產婦懷孕時發生溶血現象，而被告甲復就此部分有利於己之事實始終不能舉證以實其說，足見被告甲所為此部分之抗辯，並不足取。</p> <p>另本院另送鑑定僅就被告甲</p>

		<p>未及時為原告輸血部分，以因診斷未明及診所無驗血設備之情況下，認定被告甲未予及時輸血，並非不當，並未再就被告甲是否於產婦待產時之產前檢查，疏未注意胎盤早期剝離之情形，或於產後有臍帶處理不當之情形，另為不同鑑定意見，尚難據為有利於被告甲之認定。</p> <p>故被告甲就原告所受之傷害，既應負過失責任，則原告本於侵權行為之法則，請求被告甲賠償其損害，洵屬有據。</p> <p>至兩造其餘之攻擊防禦方法，及未經援用之證據，暨關於消費者保護法第七條之請求權基礎主張，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無逐一詳予論駁之必要，併此敘明。</p>
<p>爭點 3：損害賠償範圍</p>		
<p>同前審</p>	<p>被告抗辯原告尚可自理 無須照護等</p>	<p>同前審</p>
<p>第三審：最高法院 93 年度台上字第 1191 號裁定(930617)：駁回被告上訴</p>		
<p>本件上訴人對第二審判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論</p>		

斷，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。

<p>Case OR1</p>	<p>案情：被害人於 1998 年 12 月間，因腳骨疼痛至被告之被繼承人已所開設之元復醫院就診，雙方並成立醫療契約，嗣因被告未盡其應有之注意義務，未診查出被害人患有腫瘤，即對被害人施行人工關節置換手術，致被害人大量出血，並因感染病毒而昏迷，詎已隱瞞被害人感染病毒之事，致被害人之病情日益惡化，於 19990201 遂因先前深層感染蔓延全身而不治死亡，鑑定結果亦認已未事先檢查被害人患有惡性腫瘤即施行人工關節置換手術，顯有疏失。</p> <p>【獲賠償額 70 萬；訴訟時間 6 年 10 個月；就醫至死亡約二個月餘；鑑定意見有過失、刑事和解】</p>	
<p>第一審：板橋地院 91 年度重訴字第 285 號判決(920718)：原告一部勝訴。</p> <p>【侵權注意義務、契約不完全給付(加害給付)、消保法第 7、51 條、自主決定、因果關係、與有過失；法院採認鑑定意見有過失】</p>		
<p>原告主張</p>	<p>被告主張</p>	<p>法院認定</p>
<p>爭點 1：本件兩造是否已經和解。</p>		
<p>原告甲曾自陳其母親(本案原告庚)概括授權委任其弟弟(王○謙)與被告已洽談和解事宜。</p>	<p>原告前已授權訴外人王○謙與已達成和解，自不得再起訴請求賠償。</p>	<p>法院認為被告已抗辯本件已經和解，惟綜觀庚委任書內容為概括委任對和解事項專屬特別委任未合，且觀被告已與王○謙和解契約內容並未提及尚有代理他人為和解的意涵或文字，故認定和解契約效力不及於原告甲及庚。</p>

爭點 2：醫療行為有無消費者保護法之適用、己是否為企業經營者。


原告主張醫療行為亦有消費者保護法之適用，而以消費者保護法第七條、第五十一條之規定為其請求權之基礎。

被告則否認醫療行為得適用消費者保護法。

法院認為醫療行為非生產行為，應為消保法消費概念所涵蓋範圍，且行為為服務性質，本案有消保法適用。且消保法責任與一般無過失民事責任尚有不同，只要醫療行為符合消保法施行細則第五條「安全或衛生上之危險」，仍是排除無過失責任適用，被告以醫療服務行為本身之危險性，推論與消費者保護法所規範之「服務」不同，顯非的論。以提供服務為營業之企業經營者，係指就該服務提供之規劃、組織、安排具有指揮、管理及監督權限，且獨立自主從事經濟活動的事業單位或企業主體而言，不包括該企業經營者之受雇人或從業人員。就本件己之地位觀之，其係以元復醫院之醫師身分對被害人提供醫療服務，故實際上具有監督管理權限並得獨立自主性進行經濟活動者即應為元復醫院，然己除為元復醫院之院長外，元復醫院並為其所獨資經營，此為被告所自承，則己與元復醫院之人格即屬同





		一，即應負企業經營者之責任，堪以認定。
爭點 3：系爭醫療行為與被害人死亡結果間有無因果關係。		
原告認被害人係因術後感染病毒而不治身亡。	被告雖以其中「可能」之用語質疑該鑑定意見僅係推測之性質，且無法證明其可能性之大小等語置辯。	<p>被害人死亡之直接原因為心肺衰竭，間接原因為肝癌合併多處轉移（包括肺部、骨骼等），復有前開鑑定書在卷可參，顯見被害人死亡之主因乃為肝癌合併多處轉移，並非術後感染，亦堪以認定。</p> <p>鑑定書覆稱：「本案病患罹患肝癌併多處骨轉移，係屬於癌症末期，此期病患之體質與免疫力較差，所以加速病情惡化，本案病患接受人工髖關節置換術後兩週，病人的身體狀況愈來愈差，傷口癒合不良，並於術後四十二天死亡，雖人工關節手術未造成病人直接死亡，但可能加重癌症末期之病情」，有該鑑定書乙份附卷可稽。</p> <p>按被害人由病發至死亡乃為一不可逆之過程，且其中所涉及之因素甚多，自不可能回復手術前之狀況。控制各種變數重覆實驗，故由事後所為之鑑定研判，性質上本有一定之推估成分，然如其所推估</p>

		<p>之依據合乎論理法則、科學法則，自仍得加以憑採；另推估本身即係一種可能性之認定，上開二份鑑定意見既均認系爭手術之施行「加速病情惡化」，已足證可能性甚高，被告徒以鑑定書之用語爭執，當非可採。且民事訴訟係採取證據優勢主義，僅需所提證據足使法院達到蓋然之心證時，即可信該證據所欲證明之待證事實為真。而上開鑑定意見稱系爭手術之施行，導致「加速病情惡化」之結果，顯合乎科學及論理法則，並已使法院得蓋然之心證，當屬可採。據此，系爭人工關節置換手術之施行既加速被害人之死亡，即係對被害人之死亡施以助力，其與被害人之死亡結果間自有因果關係，至為灼然。</p>
<p>爭點 4：已有無過失</p>		
<p>原告主張被告應對被害人病情如要作人工髖關節手術的利弊分析告知。</p>	<p>被告抗辯曾有告知被害人就肺部惡性腫瘤的可能性很大「有胸部腫瘤並建議病人轉至腫瘤科處置，因腫瘤可能引發免疫力下降及傷口併發症增加」，此病歷紀錄可</p>	<p>法院從 X 光片顯示惡性腫瘤的可能性很大，故理應先檢查排除惡性腫瘤的存在，再考慮骨科手術之適應性，因為惡性腫瘤之存在下施行人工關節置換術治療退化性關節炎，並非醫療常規，一般而</p>


	<p>稽，係因被害人為減輕右髖骨疼痛而強烈要求施行系爭手術。</p>	<p>言，並無急迫性（參見鑑定書鑑定意見）。又被告雖稱係因被害人為減輕右髖骨疼痛而強烈要求施行系爭手術，然依上開鑑定書鑑定意見第三點指出，「其實髖部事後從長庚紀念醫院、台大醫院的X光片報告中，得知患者右側骨盆腔之腸骨部分（即髖關節的上面近端部份）已有骨侵蝕病灶，故病患的疼痛其實是來自惡性腫瘤之轉移，施行人工關節置換術不但無益反而有害」。鑑定結果並認「劉醫師對病人右髖部劇痛之病情，未注意綜合臨床檢查結果（如觸診摸到胸部腫塊，胸部X片看到腫瘤及肋骨侵蝕等），及對髖部進行進一步檢查，應可以診斷出惡性腫瘤之骨轉移所致，而應予適當之緩解性治療，不該施行人工關節置換術（參見鑑定意見）。據此，已於施行系爭手術前，理應先檢查排除惡性腫瘤之存在，並就病人右髖部劇痛之病情，進行進一步檢查，詎其於未詳細檢查排除惡性腫瘤存在之情形下，即逕行施行系爭人工關節手</p>
--	------------------------------------	--



		<p>術，揆諸前揭鑑定意見所述，己所為系爭醫療行為，自己違反醫療常規，即屬違反注意義務之情形；另就消費者保護法之角度觀之，己所提供之醫療服務，既違反當時之醫療常規，顯亦未具通常可合理期待之安全，洵堪認定。</p> <p>病歷記錄所載「有胸部腫瘤並建議病人轉至腫瘤科處置，因腫瘤可能引發免疫力下降及傷口併發症增加」等文觀之，亦可見己當時已知被害人胸部有腫瘤，並瞭解因腫瘤可能引發免疫力下降及傷口併發症增加之後果，並進而主張病人轉至腫瘤科處置。雖當時被害人因右髖部疼痛而強烈要求施行手術，然醫師乃係具有專門醫學知識之人，其對危險之評估及病況之掌握，遠非被害人所能比擬，除已盡說明義務之情形外，自不得僅因被害人要求或同意即免除此部分之注意義務。本件依前所述，被害人右髖部之所以疼痛，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</p>
--	---	---

		<p>有害，已未詳細檢查出被害人之確實病因，使被害人誤以為僅需施行人工關節置換術即可減輕疼痛，則其向被害人所為之說明，顯屬錯誤之說明，自難認其已盡說明義務，從而被害人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，詎已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</p>
<p>爭點 5：已所給付之醫療服務，是否構成醫療契約之之加害給付。</p>		
<p>主張已未盡其醫療契約上應盡之履行義務，致為不完全給付中之加害給付，故依修正前民法第二百二十七條之規定請求前述殯葬費、精神慰撫金之損害賠償。</p>		<p>然就殯葬費部分而言，原告既無法證明為實際支出之人，則此部分之費用即難認係原告所受之損失，自無從請求被告賠償。再就精神慰撫金部分而言，以精神受損害為由請求賠償者，以法律有明文規定者為限(最高法院七十六年台上字第二五五〇號判決意旨參照)，本件醫療事故係發生於八十七年</p>

		<p>十二月至八十八年二月間，並無八十九年五月五日施行之民法第二百二十七條之一之適用，而依修正前民法之相關規定，復無債權人因債務人債務不履行致精神受損時，得請求非財產上損害賠償之規定，從而不論原告是否為該醫療契約之當事人或繼受人，已是否就該醫療契約為加害給付，原告均不得請求精神慰撫金，故原告此部分之主張，尚非有理。</p>
<p>爭點 6：損害賠償範圍</p>		
<p>原告請求支出殯葬費、精神慰撫金、懲罰性賠償金</p>	<p>被告主張原告應出示單據，醫療事件無消保法懲罰性賠償金。</p>	<p>殯葬費：原告無支出該筆費用的單據，故無法准許。</p> <p>精神慰撫金部分：本院爰審酌己之過失程度，其行為對被害人死亡結果之因果作用力大小，及前述兩造身分、地位、經濟能力等一切情狀，認原告所受精神上之損害，應各以一百五十萬元為適當。</p> <p>與有過失問題：如上述已曾於被害人住院次日建議轉介至腫瘤科處理，因腫瘤可能引發免疫力下降及傷口併發症增加，然為被害人所拒絕等情。按被害人雖非醫療專</p>

		<p>業人員，然既曾擔任樹林鎮長，且已六十四歲，應具有一定之智識，該腫瘤如係惡性，施行系爭手術或將加速病情惡化，應為常理所能慮及，且該右腕部疼痛雖嚴重影響被害人之日常生活，究非具有急迫性，其拒絕就該腫瘤進一步檢查，導致於罹患肝癌末期之情形下施行系爭手術而加速病情惡化，就其死亡結果應屬與有過失。針此，法院認為被害人須就損害發生負擔20%比例。</p> <p>懲罰性賠償金：本院爰審酌已怠於檢查系爭腫瘤是否為惡性即率爾施行手術，其過失程度非輕，又其行為雖加速被害人死亡結果之發生，但究非導致被害人死亡結果之全部原因等情，認原告所得請求之懲罰性賠償金應以八十萬元為適當。</p>
<p>第二審：台灣高等法院 92 年度上字第 879 號判決（940803）：被告上訴一部勝訴</p> <p>【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、消保法 7、51、自主決定、因果關係】</p>		
原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：被告應否負損害賠償責任</p>		
同前審	同前審	就過失及因果關係等認定法院見解與前審同。

<p>爭點 2：被上訴人戊與劉○勛達成和解？</p>		
<p>同前審</p>	<p>就證人證言，足證戊（被害人配偶）與劉○勛間就本件醫療案件已達成和解。</p>	<p>法院認為該授權書記載「本人戊全權委託王○謙為本人之唯一授權人，代為處理本人先夫王文諒與元復醫院醫療糾紛事宜」等語，及原告甲於刑事庭自陳其母親（戊）委託其弟弟王○謙與被告怡談和解事宜、及證人證言內容，故該和解效力及於戊，戊不得再就本案有所請求。</p>
<p>爭點 3：損害賠償範圍</p>		
<p>同前審</p>	<p>同前審</p>	<p>非財產上損害賠償數額：本院審酌劉○勛上開侵權行為態樣，及前述兩造、被害人之身分、地位、經濟能力，與劉○勛與戊、王○謙和解金額等一切情狀，認甲所受精神上之損害，應以 70 萬元為適當，逾此範圍之請求，即屬無據。</p> <p>與有過失問題：劉○勛於施行系爭手術前，顯未了解王○諒之腫瘤為惡性成份，未進一步檢查腫瘤本質與擴散範圍，是王○諒更無從知悉此情。則王○諒不知其右髖部疼痛實來自惡性腫瘤之轉移，縱有強烈要求施行人工關節置換手</p>

		術，以解決其疼痛，而未接受轉介腫瘤科診治建議，尚難謂就其死亡結果，與有過失，併予敘明。
第三審：最高法院 94 年度台上字第 1943 號裁定(941020)：駁回原告上訴		
<p>最高法院認為本件上訴人對於原判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上述理由由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使及依職權解釋契約，指摘其為不當，並就原審所為論斷，泛言謂為違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。</p>		




<p>Case PS1</p>	<p>案情：被告持偽造之黃○賢醫師執照，至原告丙經營之美容坊，致丙誤以為合法醫師，而同意其在該處診治。1993 年 1、2 月間，被告偽稱可以自體移脂之方式，施行隆乳、隆鼻等美容手術，詎竟施打矽膠，為丙及丁施行隆乳手術，為乙施行隆鼻手術，致丙、丁乳房麻痺，乙鼻部潰爛，因而求醫診治，分別受有財產上及非財產上之損害，被告有過失。</p> <p>【獲賠償額 99 萬；訴訟時間 8 年 5 個月；就醫至傷害發生時間不明；法醫鑑定有過失；刑事有罪確定判決】</p>
第一審：資料庫無, 刑事訴訟（本院八十三年度上易字第三七八號）提起附帶民事訴訟（本院八十三年度交附民字第七二號）	
第二審：高雄高分院 84 年度訴更(一)字第 7 號(880928)（資料庫暨裁判彙編均無收錄）	
第三審：最高法院 90 年度台上字第 14 號判決(900104)：廢棄發回	
最高法院認為按損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並兩者之間有相當	

因果關係為其成立要件。查本件上訴人於刑事案偵查時自承，當初向被上訴人偽稱以抽脂肪油注入之方式施行手術，實係以針筒打進「無熱式蒸餾水」之方法為之，被上訴人主張上訴人以矽膠直接注入人體，為不可採，乃原審確定之事實。依此，原判決似不認上訴人為被上訴人施打矽膠美容而造成傷害。又證人即事後為被上訴人診治之醫師徐永昌，證稱費用明細表之費用，係為被上訴人治療以前錯誤注入矽膠之行為所支出，將以前液體之矽膠除去，並打入固體之合法矽膠等語。則被上訴人所受之傷害及損失，是否係上訴人為被上訴人施打「無熱式蒸餾水」美容之結果，即非無疑。究竟被上訴人之傷害如何造成？與上訴人為被上訴人施打「無熱式蒸餾水」美容有無關連？原審未遑詳查審認明晰，徒依前揭情詞及證人徐永昌之證詞，遽命上訴人賠償被上訴人之損害，自難認無判決理由不備之違法。上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分為不當，求予廢棄，非無理由。

第二審：高雄高分院 90 年度訴更(二)字第 1 號（醫方敗）

原告主張	被告主張	法院認定
爭點 1：被告究有無為原告等隆乳、隆鼻？		
原告誤信被告為合法醫師，同意被告在該處診治，被告於 1993 年 1、2 月間，偽稱以自體移脂方式，為丙、丁施行隆乳手術，為乙施行隆鼻手術，實則以針筒注入液體矽膠進行手術，致丙、丁乳房麻痺，乙鼻部潰爛等情事。	被告否認	法院認為從被告於其另案違反醫師法案件偵訊筆錄內容，被告自承無執照為原告等以施打蒸餾水為前述原告等相關美容手術，非用自體脂肪或矽膠方式，此亦有偵訊筆錄證人證詞足稽，足證被告確有出示醫師執照，偽稱以自體移脂方式，而為丙、丁施行隆乳手術，為乙施行隆鼻手術甚明，被告抗辯：伊係作健胸按摩器之示範，非為原告作隆乳及隆鼻醫療行為云云，殊不足採。
爭點 2：被告該等醫療行為是否造成原告等損害？		
原告等主張被告隆乳及隆鼻手術後引起伊等乳房麻痺，乙鼻部潰爛。	被告否認	法院認為證人徐○昌醫師分別自丙、丁胸部及陳○玫鼻部分別取出異物，其中陳○玫部分之異物

		<p>經病理檢驗結果，異物裡有矽膠結節，且自丙、丁胸部取出之異物，亦有矽膠結節，分布範圍較大，丙、丁胸部因液體矽膠注入與人體纖維組織結合無法完全取出，日後必須再行手術取出矽膠。而一般取出注射隆乳之矽膠，係從乳房下方手術取出，但術後會留下明顯疤痕，為美觀因素，原告丙及丁係採腋下手術以抽脂機取出矽膠。且原告乙之鼻子因嚴重發炎、壞死，影響鼻部外觀，經徐永昌醫師轉介至長庚醫院治療。及民國六十四年以後我國政府已禁止醫界以針筒注射液體矽膠之方式隆乳，而原告向徐○昌醫師求診時，曾告以係被告為彼等施行錯誤之隆乳及隆鼻手術等情，業據證人徐永昌醫師於更審前本院審理中及本次更審中到庭陳述明確，並有陳○玫病歷及檢驗報告附於上開刑事案件審理卷可按。被告亦不否認液體矽膠可以特殊注射針筒緩慢注入人體，參諸前述被告於另案偵查中已自承其為原告丙、丁隆施行隆乳行為確有</p>
--	---	---

		<p>造成傷害等情，足認被告確係以針筒注入液體矽膠為原告丙、丁隆乳，為乙隆鼻，致使原告受傷害無訛，被告上開所辯，並非可採。又刑事判決雖採信被告之供詞，認被告係以針筒打進蒸餾水為原告施行隆乳、隆鼻，然依上開所述，被告於刑事程序中就此部分之供詞，顯屬避就之詞，應非可採，刑事判決因無拘束本院之效力，故就部分之認定，於本件不生影響，附此敘明。</p>
<p>爭點 3：損害賠償範圍</p>		
<p>同前審</p>	<p>同前審</p>	<p>同前審</p>

<p>Case PS2</p>	<p>案情：伊於 1990.08 間至被告經營之「雅迪專業美容名店」，要求消除臉部少許凹洞，乃被告訛以可用膠原蛋白注射臉部消除，伊不知其偽，同意以新台幣（下同）八萬八千元之費用注射，嗣後伊接受三次注射，臉部凹洞不僅未消除，且日益紅腫，伊前往理論，被告稱係正常現象，自會慢慢消退，惟因情形均未改善，伊至數醫院求診均無效果，至 1994.06 月間經台大醫院進行病理切片檢查，始知上訴人係為伊注射禁藥石臘，造成伊臉部無法回復之損害。</p> <p>【獲賠償額 150 萬；訴訟時間 10 年 4 個月；施行臉部凹洞美容行為至知有損害約 3 年 6 個月；鑑定意見有過失；刑事有罪判決確定；侵權請求罹於時效問題】</p>
<p>第一審：(資料庫暨裁判彙編均無收錄)</p>	

<p>第二審：台灣高等法院 85 年度重上字第 369 號(860813) (資料庫暨裁判彙編均無收錄)</p>
<p>第三審：最高法院 87 年度台上字第 936 號判決(870424)：廢棄發回</p>
<p>最高法院認為查，上訴人主張：偵查卷三九頁所附同慶中醫醫院病歷表影本中出現疑似「石腊」之字樣，時間為八十年十一月十五日，而上訴人朱秋貴為被上訴人美容之時間為七十九年，期間相差一年，足見被上訴人臉上異物之出現與朱秋貴所為之美容並無關聯等語，則該病歷表上所出現「石腊」字樣，係指該中醫院用藥之成分，抑指被上訴人病症；若指前者，與台大醫院就被上訴人臉部腫塊施以組織切片檢查結果，診斷為石蠟瘤間，有無關聯；如屬後者，被上訴人是否知悉，是否為消滅時效起算之始點，均事涉被上訴人之請求是否允當，原審未遑詳查，即為不利於上訴人之判斷，殊屬可議。再者，上訴人朱秋貴為被上訴人美容，而上訴人朱秀真參與該美容店業務，及事後與被上訴人商談等情，為原審所認定之事實，則兩人何以均須對被上訴人之傷害，負共同侵權行為之連帶賠償責任，其所憑之依據何在，原審胥未說明，亦欠允洽。上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分違背法令，求予廢棄，非無理由。</p>
<p>第二審：台灣高等法院 87 年度重上更(一)字第 86 號(880824) (資料庫暨裁判彙編均無收錄)</p>
<p>第三審：最高法院 89 年度台上字第 2771 號判(891208)：駁回被告上訴</p>
<p>最高法院認為綜觀原審有關侵權行為時效並未罹於時效，及被告甲乙二人共同侵害原告事實業經刑事判決確定無疑，被告上訴論旨仍爭論未為原告施打石蠟之不法行為，並就原審取捨證據及認定事實之職權行使，指摘原判決不當聲明廢棄，難認有理由。</p>

<p>Case PS4</p>	<p>案情：原告 19920807 至 19921110 至被告主持之景德診所治療臉部肝斑，被告未經先為測試即施以紅寶石雷射治療，致伊臉部受傷，至今尚有色素沈著等情，有原告之保健紀錄影本、台大醫院診斷證明書、被上訴人於治療前後之照片附卷可稽。被告不否認未經測試即為原告施以紅寶石雷射治療之事實，原告主張被告應對其損害負賠償責任。</p> <p>【獲賠償額 58 萬；訴訟時間 5 年；從施行臉部肝斑紅寶石雷射治療美容行為至損害發生</p>
---------------------	---

約四個月；鑑定有過失；刑事有罪確定判決】

第一審：(資料庫暨裁判彙編均無收錄)

第二審：台灣高等法院 84 年度上字第 743 號(851217) (資料庫暨裁判彙編均無收錄)

第三審：最高法院 86 年度台上字第 2562 號 (860815)：駁回被告上訴

最高法院認為原審法院認定被告未作局部測試即對原告施以紅寶石雷射照射，致原告發生面部色素沈著之損害，自屬醫療上之過失。原告主張，其面部受傷與被告之過失醫療行為有相當因果關係，即堪採信。其依民法第一百八十四條侵權行為之法律關係請求被告負損害賠償責任，自無不合。查原告在被告診所應付之醫療費用，共計十三萬一千二百五十元，惟原告尚有四萬六千元未支付，為兩造所不爭執，是原告支出之無益醫療費用為八萬五千二百五十元，原告請求被告賠償並加付遲延利息，應予准許。次查被告濫用專業知識，於施行紅寶石雷射治療肝斑時，未先施以局部測試，又未事前與原告充分溝通，致原告受損害，事後且未完善照顧，爰審酌原告面部褐色色素沈著，發生已四年仍不能除去，有礙臉部美容，損及女性愛美天性，精神極為痛苦，及兩造之教育程度、經濟情況、家庭情形等一切情狀，認原告請求賠償非財產上之損害，於五十萬元本息範圍內為適當，為其心證所由得。復說明對於被告其他抗辯之取捨意見，爰就原告請求賠償五十八萬五千二百五十元本息部分廢棄第一審所為原告敗訴判決，改判命被告給付，經核於法尚無違誤。至於原審誤引訴外人呂隆隆診療資料，於本件判決基礎並不生影響，上訴論旨，復執陳詞，就原審採證認事之職權行使，指摘原判決於其不利部分為不當，聲明廢棄，尚難認為有理由。

Case

OP7

案情：原告右眼因視力有減退現象，遂於 20000803 前往丁聯合診所就診，由主治醫師即被告丙檢查，經診察後認為原告右眼患有白內障須開刀手術後視力始能恢復正常，乃安排原告於同年八月七日前往被告丙即丁聯合診所接受右眼傳統式白內障囊外摘除及硬式人工水晶體植入手術，經被告丙及乙手術後，原告右眼視力反而嚴重減退致模糊不清，嗣經被告乙於 20000822 及 20000902 為原告再作第二、三次之手術處理後，反更加惡化，原告乃於同

年九月中旬前往台大醫院就診，始據台大醫院主治醫師告知，原告右眼業已失明，無法再開刀治療，並拒絕為原告開刀治療，原告遂再於 20001106 間，多次前往台北長庚醫院及台北榮民總醫院求診，亦經各該醫院主治醫師表示原告右眼早已因開刀而失明，無法再行開刀治療以恢復視力，原告右眼確已因被告診療而完全失明，訴請被告等賠償。

【獲賠償額 75 萬；訴訟時間 4 年 9 個月；就醫至生眼盲損害時間約三個月；鑑定意見有過失】

第一審：臺北地院 90 年度訴字第 5736 號（931007）：原告一部勝訴。

【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、消保法第 7 條、自主決定權、侵權請求權於時效、因果關係】

原告主張	被告主張	法院認定
爭點 1：被告等所實施之手術有無過失		
<p>原告指稱被告等為其右眼手術後非但未改善視力反而致使其右眼全盲，伊等有過失。</p>	<p>被告丙及乙分別對原告所施作醫療行為無過失可言，全盲的結果來自患者本身疾病可能風險。</p>	<p>法院依鑑定意見，認為白內障手術過程中，因藥物之使用（例如 Healon，用以舒緩手術中眼前房、後房間之撞擊，惟其副作用為造成眼壓升高）或病患體質及白內障成熟度等因素，可能造成眼壓上升，<u>惟倘眼壓超過三五毫米汞柱時，則應密切觀察直至眼壓下降，此乃實施此一手術時應注意之事項。</u>據此對照本件情況，被告乙於八月十五日原告回診時，發現原告之右眼眼壓為三七·八毫米汞柱時，並未要求原告翌日再度回診，以追蹤眼壓狀況，僅係簽發四天份治療青光眼</p>

		<p>藥劑，並囑原告四天後回診，乃原告於四天後回診時，其眼壓值已高達五九·一毫米汞柱，而其後續之醫療行為即均為補救此一情況所生，乙之疏失顯見。</p>
<p>爭點 2：原告右眼失明與被告之手術行為間有無因果關係</p>		
<p>原告主張其右眼全盲肇始自被告開刀處置失當所致。</p>	<p>被告乙抗辯雖其醫療處置稍有延遲，但原告全盲結果係因「晶體誘發性葡萄膜炎」所致，該葡萄膜炎則係因原告體質特異之「晶狀體蛋白過敏症」所引起，自非可歸責於被告云云。</p>	<p>法院認為鑑定意見本案病程治療上稍見遲延。雖被告辯稱原告所以產生失明之結果，係因原告自身葡萄膜炎造成云云，然所謂葡萄膜炎之產生，有可能係因白內障手術本身短暫眼壓升高，或水晶體內容物滲漏，堵塞前房隅角出口造成，另病程治療過程中，被告乙因見原告之眼壓升高，且有出血狀況，乃使用睫狀體冷凍術，此一手術有可能造成眼球萎縮，其機率達百分之十二，被告選擇此一補救方式，是否適當，亦有待商榷。惟不論如何，被告乙未能及時處置原告眼壓升高之問題，此一疏失，固然未必能免除原告右眼失明之結果，惟確係可能增加手術失敗之或然率，被告就其疏失增加手術失敗之或然率一節自應就此疏失負債</p>

		務不履行及侵權責任。
爭點 3：時效問題		
未罹於時效	被告抗辯侵權時效消滅	對丁的部份罹於時效
第二審：台灣高等法院 93 年度上易字第 1032 號判決（病方勝）940214 【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）】		
原告主張	被告主張	法院認定
爭點 1：系爭醫療行為有無過失之爭議		
同原審	同原審	法院採認原審鑑定意見，認為本件診療過程未見疏失，但術後追蹤診療過程有延遲，並在囑咐 4 天後回診，上訴人卻在一週後始返診，也造成治療上的延誤，此二者同為造成上訴人治療延誤之原因。而上訴人失明則與其體質無關，與其施行之手術醫療行為有關。可見被上訴人就其術後治療延誤之疏失增加手術失敗之或然率一節，應負責任。上訴人在醫師囑咐 4 天後回診，卻在一週後始返診，就損害之發生，亦同與有過失。
爭點 2：侵權請求罹於時效爭議		
知悉診所侵權始點自鑑定意見出來始確知。	被告抗辯原告到診所就醫事實，侵權知悉時點應從手術失敗時起算，故已罹於時效	法院認為原告對診所部份侵權時效已消滅，惟陳德照雖辯稱因甲對德紹聯合診所之請求已罹於時效而消滅，認為此部分之時效利益應共同適用，因此應予扣除德紹聯合診所因時效消滅可獲得之一半利益。但查民法第 188 條第 3 項規定僱用人賠償損害時，對受僱


		<p>人有求償權，可知受僱人應負最終且全部之賠償責任，因此權利人縱對對僱傭人之損害賠償請求權因時效完成，其對受僱人之請求權仍不受影響，因此受僱人即無民法第 276 條第 2 項時效利益同享之適用。是以本件陳德照仍應賠償甲 75 萬元及按法定利率計算之遲延利息。</p>
<p>第三審：最高法院 94 年度台上字第 925 號裁定（940519）：駁回原告上訴</p>		
<p>最高法院認為其未合法表明上訴理由，駁回原告上訴。</p>		

<p>Case CM1</p>	<p>案情：原告已為被害人李○亨之配偶，李○亨於 19970704 起因右側周邊性面神經麻痺已兩週左右至戊中醫師診所就醫，並於七月四日、九日、十四日、十六日、十八日、二十一日、二十三日分別接受針灸治療：取穴在臉上和雙小腿足三里、上巨、虛、側三里及側下三里穴等，每次留針達九十分鐘，七月二十五日李元亨再次就診針刺小腿時，感到刺痛、灼熱和腫脹，並發現小腿肚立刻腫起來，僵硬不能走路。醫師表示痛腫為得氣之一般感覺，可能為「氣聚」現象，數日內可癒，其後又於七月二十八日、三十日及八月一日接受同部位針刺及更改部分藥方和解穴。李○亨雖然表示小腿痛脹有緩解情形，但七月二十五日起因小腿肚持續腫痛僵硬感不良於行而請病假一週，八月二日近中午時，李○亨在友人造訪下，呈現坐立不安，暈厥和呼吸困難情形，而緊急送 至三軍總醫院急診室，人雖清醒，表示喘不過氣來，且有血壓下降，心跳緩慢情形，初臆斷為急性心肌梗塞或急性肺栓塞症，送加護病房後因心律不整急救無效死亡。其動脈血氣體分析含氧降低、胸部 X 光，表示考慮性肺栓塞、心電圖亦呈現典型肺栓塞表徵 S1Q3T3、和右心室過勞徵象，因此離院臆診為急性肺栓塞症，原告訴請被告賠償。</p> <p>【獲賠償額 219 萬；訴訟時間 5 年 7 個月；就醫至死亡約一個月；鑑定意見有無過失互見；刑事判決有罪確定】</p>
---------------------	--

第一審：臺北地院 88 年度訴字第 4500 號(900418)：原告敗訴。

【侵權注意義務；數份鑑定意見相左，法院採認其一法醫中心意見】

原告主張	被告主張	法院認定
爭點 1:李元亨是否因肺栓塞死亡？被告並應因其醫療行為致李元亨死亡負損害賠償責任？		
<p>原告主張醫審會鑑定意見認為被告有過失。且依前開台灣高等法院檢察署法醫中心（86）高檢醫鑑字第○五九五號鑑定書，無法確定醫師有無剪開肺動脈，若醫師未剪開肺動脈，則前開鑑定書即有七成以上之錯誤云云。</p>	<p>被告以法醫中心鑑定意見認為被害人死因鑑定係因高血壓及非對稱性肥厚心肌症造成心因性心律不整致死（自然死），非因其針灸行為所致死亡。</p>	<p>法院認為本件經台灣台北地方法院檢察署八十六年度相字第六六七號送行政院衛生署醫審委員會鑑定，鑑定意見內容擇要該意見認為被告醫師應察七月二十五日死者小腿肚針刺後突發腫脹係深靜脈栓塞症候，而囑死者臥床休息，不應再度針刺小腿，以預防致死性肺栓塞的發生，惟醫師仍為死者連續針刺已腫脹小腿，導致小腿深部靜脈栓塞沿血行上達肺動脈，造成急性肺栓塞而突發死亡。然此段敘述與病歷記載被告於當時 7/26 以後數次診療並未再度施行針灸，此鑑定意見所核事實有誤。另就另原告所提李元亨於死亡前急救過程中 E K G（按即心電圖）出現 S 1 Q 3 T 3 的變化，依此即應認李元亨確係死於肺栓塞證據，經查詢台大醫院心電圖呈現 S 1 Q 3 T 3 的變化，臨床原因有數種，並不一定是來自肺栓塞原因，…肺栓塞在病人生前雖然不易，但仍可被診斷出來；惟有部分的無症狀者，往往是在屍體解剖時方才被發現。故而無論病人生前有無被診斷出肺栓塞，屍檢均是最後論斷的依據。」等語，本院認定醫審意見不足採信。依台灣高等法院檢察署法醫中心（86）高檢醫鑑字第○五九五號鑑定書之鑑定書之「死因看法」欄明載：「…此次因心因性心律不整造成死亡，腿部病</p>

		<p>灶係老舊病灶並無化膿或感染…于解剖已無可見的感染病灶」等語。故原告死因應非肺栓塞。</p> <p>被告所提之台灣高等法院檢察署法醫中心（86）高檢醫鑑字第○五九五號鑑定書之鑑定結果「死者李元亨，四十四歲，男性，因高血壓及非對稱性肥厚心肌症造成心因性心律不整致死（自然死）」，及法務部法醫研究所之前揭函中所稱：「一般解剖時均原位剪開肺動脈檢測肺動脈中有無栓塞，而李元亨之案例內並無發現栓塞情形」、「…對此案例死者因肺動脈栓塞所引起猝死並無可能，若小分枝所引起的栓塞則應有肺梗塞性出血，而死者亦無，所以對此死者不是由肺栓塞所致的猝死症…」、「…死者有小動脈硬化症及散在性之心肌纖維化，表示死者原有心臟及血壓之毛病」等語，本院因認李元亨並非因肺栓塞而死，而係因高血壓及非對稱性肥厚心肌症造成心因性心律不整致死。</p>
<p>第二審：台灣高等法院 90 年度上字第 491 號判決（910515）：原告勝訴</p>		

【侵權注意義務、消保法、因果關係、法院採認醫審會認定有過失的鑑定意見】

原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：被上訴人丙、丁之行爲與李元亨之死亡間，有無因果關係。</p>		
<p>原告主張被害人死因解剖報告中，並未見到急性心肌梗塞 Myocardial Infarction 的變化，只見到非特異性的肺充血及陳舊性的心肌纖維化。且被害人瀕死前抽血檢查的 CPK 和 CPK-MB 值並不高，所以病患到急診室時，其呼吸困難、胸痛、喘（呼吸每分鐘二十八次）及心悸（心跳每分鐘一〇二次）等症狀，無法用急性心肌梗塞來解釋。</p>	<p>被告抗辯被害人死因非肺栓塞，法醫死因解剖報告爲據，與其針灸行爲無關。</p>	<p>按訴訟上因果關係之證明，並非如自然科學之證明一般，不得有絲毫之疑義，而是參照經驗法則，綜合全證據，證明特定事實有高度蓋然性足以招致特定結果之關係之謂。</p> <p>判斷是否已爲證明，必須達到一般人已無懷疑且確信爲真實之程度爲必要，亦以此程度爲已足。查李元亨於八十六年七月四日起因右側周邊性面神經麻痺已兩週左右至被上訴人丁所開設之中醫師診所就醫，並於七月四日、九日、十四日、十六日、十八日、二十一日、二十三日分別接受針灸治療：取穴在臉上和雙小腿足三里、上巨、虛、側三里及側下三里穴等，每次留針達九十分鐘。七月二十五日李元亨再次接受診針刺小腿後，感到刺痛、灼熱和腫脹，並發現小腿肚立刻腫起來，僵硬不能走路，因而請病假一周，於七月二十八日、三十日及八月一日回診，同年八月二日近中午時，李元亨於友人造訪時，呈現坐立不安，暈厥和呼吸困難情形，經友人緊急送至三軍總醫院急診，仍不治死亡之事實，有被上訴人丁、丙所製作之病歷表附於前開偵查卷可稽，並經證人等於刑事案件偵查中結證屬實，應可認定。按針灸過深或過久，會傷及深部靜脈，造成深部靜脈血栓之結果，乃一般經驗上所能理解，並爲被上訴人丁所不否認。</p>



而深部靜脈血栓，則會使患者出現坐立不安，暈厥和呼吸困難情形，亦有行政院衛生署醫事審議委員會八十九年一月十三日鑑定報告、被上訴人丁於偵查所提出之方廷鈺教授翻譯臨床識別肺栓塞一文及被上訴人丁提出另案新聞報導可據。本件李元亨於八十六年七月二十五日經被上訴人針灸後，即發生小腿肚立刻腫起來，僵硬不能走路，因而請病假一周，可見被上訴人之針灸確有不當。再者，李元亨於六年前即有做過下肢血栓摘除手術，其於三軍總醫院加護病房之臨床徵候，亦被懷疑為肺栓塞 (pulmonary embolism) ，有三軍總醫院出院病歷摘要一般病歷可據可據。於解剖時，其下肢亦有血液淤滯情形，有解剖照片附於偵查卷足參。解剖後發見其肺部有重度充血及水腫，而此充血及水腫，亦為肺栓塞可能之變化。依李元亨生前即患有血栓之病史、經被上訴人丙、丁針灸後所發生小腿腫脹、其後即出現肺栓塞之典型徵兆、解剖時亦有下肢血栓現象、解剖後發現肺部重度充血及水腫等病發之前後事實，參照行政院衛生署醫事審議委員會八十七年四月八日鑑定報告，亦認為李元亨之死亡與被上訴人之針灸不當有因果關係之鑑定意見，本於經驗法則為合理判斷，應認李元亨之死亡與被上訴人丙、丁之針灸不當間，有因果關係。有關原審法醫中心與醫審會鑑定意見不一，被告認為應以法醫中心之意見為準置辯。然國立台灣大學醫學院附設醫院上開函文之真

		<p>意，僅在表明於死後解剖屍體之正確性，較生前診斷為高而已，並非死後解剖均能完全確定是否肺栓塞，即認定李元亨非肺栓塞而死亡。何況依該醫院意見，李元亨解剖時所發現之肺部重度充血及水腫亦為肺栓塞之可能現象之一，亦足認行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見，尚無違於醫學上之專業判斷，且合於吾人經驗法則，本院自可採為認定事實依據。</p>
<p>爭點 2：被上訴人丁、丙就李元亨之死亡，有無過失？</p>		
<p>同原審</p>	<p>同原審</p>	<p>按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。違反保護他人之法律，推定其有過失。數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。分別為民法第一百八十四條第一項前段、第一百八十五條第一項前段及修正前第一百八十四條第二項所明定。按醫療行為影響人之生命、身體及健康，事涉極專門知識與技術，因此，必須由具有合法醫師資格之人，始得實施醫療行為，違反此一規定者，除在刑法上應受刑事處罰（醫師法第二十八條第一項參照）外，在民法上，亦應認為係違反保護他人之法律之行為。本件上訴人主張被上訴人丙未取得醫</p>

		<p>師執照，確對於李元亨為針灸行為之事實，為被上訴人丁及丙所承認(刑案筆錄)。雖被上訴人丁及丙以被上訴人丙施針時係在被上訴人丁指導之下，且被上訴人丙已取得大陸之醫師執照置辯。然被上訴人丙為李元亨施針時，並非在急迫情形下或偏遠地區，被上訴人丙亦非國內醫學院、校之畢業生或實習生等事實，為被上訴人丁及丙所不爭，故被上訴人丙之施針行為，並無醫師法第十一條或第二十八條得合法為之或不予處罰之情形(違反醫師法罪業經判刑確定)，從而其行為已違反保護他人之法律，應可認定。如前所述，李元亨既於七月二十五日接受針灸後即出現刺痛、灼熱和腫脹之情形，則被上訴人丁於李元亨回診時，自應注意是否為深部靜脈血栓之徵兆，並採取預防措施，詎被上訴人丁於李元亨回診三次，均未採應有措施或建議轉院治療，顯有過失。</p> <p>於刑事案偵查中經檢察官送請行政院衛生署</p>
--	---	---

		<p>醫事審議委員會鑑定，亦同此認定，有同署上開鑑定報告可據。再者，被上訴人丙之施針先係由被上訴人丁之指示為之，因李元亨感覺灼熱才由被上訴人丁親自施針之事實，亦為被上訴人所不爭，是被上訴人丁及丙之行為在客觀上已有共同關聯，應合併評價。被上訴人丁與丙既因其共同違反法律之過失行為，致李元亨死亡，依上開民法規定，自應負共同侵權行為之責任。從而上訴人等主張依侵權行為法律關係請求被上訴人丁、丙連帶賠償其損害，即屬有據。</p>
<p>爭點 3：有無消保法適用？</p>		
<p>醫療行為非必無消保法適用</p>	<p>醫療行為無消保法適用</p>	<p>法院認為本件被上訴人等對於李元亨實施針灸行為，目的在維持李元亨之生命、身體及健康，而非重在滿足李元亨之日常生活上慾望，又被上訴人能否妥適執行其業務，仍有賴被上訴人本於其專業上之知識及良心為判斷，尤應李元亨之充分配合，始能完成，而執業醫師並無拒絕危急病患之權利 (醫療法第四十三條第一項參</p>

		照), 與一般消費契約之成立履行過程, 並不相同。是上訴人主張本件有消費者保護法之適用, 難認有理。
爭點 5 : 損害範圍		
同原審	<p>殯葬費：有不必要支出應刪除</p> <p>扶養費：被告主張依一般消費支出標準，做為扶養費之標準，難認有據，抗辯以免稅額扶養費之標準。</p>	<p>殯葬費：法院以被害人所需殯葬費，應衡量其身份、地位及經濟狀況與實際上是否必要而定之。核定為三十七萬二千零二十元。</p> <p>扶養費：按直系血親間及夫妻間均互負扶養之義務，為民法第一千一百十四條第一款、第一千一百十六條之一所明文。查受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者為限。前項無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬，不適用之。因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。但受扶養權利者為直系血親尊親屬或配偶時，減輕其義務。民法第一千一百十七條、第一千一百十八條分別定有明文。依上開規定，受扶養人如能維持生活者，即不得請求扶養，故扶養之範圍，自以維持受扶養人之生活所必要者為度，至於一般消費支</p>

		<p>出，通常逾越維持生活必要之支出，故上訴人戊主張依一般消費支出標準，做為扶養費之標準，難認有據，被上訴人丁抗辯以免稅額扶養費之標準，尚稱合理。戊（被害人配偶）共為三十七萬二千五百二十四元。上訴人甲（被害人之子）：三十七萬四千七百三十八元、乙（被害人之子）部分：四十七萬二千一百七十八元</p> <p>慰撫金：應以每人二十萬元為允當。</p>
<p>第三審：最高法院 91 年度台上字第 1545 號裁定(910808)：被告上訴駁回</p>		
<p>最高法院認為本件難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。</p>		
<p>Case CM2</p>	<p>案情：原告患有僵直性脊椎炎，自 20001220 起，多次前往「新力中心」向被告求診。迨 20010423 下午 4 時許，被告明知原告為僵直性脊椎炎之長期病患，其骨質已較一般人疏鬆、韌帶亦已鈣化，脊椎、關節有黏連、僵硬與變形的情形，若於頸部、背部橫加重力，極易造成頸椎跟胸椎之脫位，有癱瘓之可能，且依當時客觀情形又無不能注意之情事，竟疏未注意，因在旁助理高憲正之言語刺激，擅自使用俗稱「龍馬棒」之堅硬器械，以較通常所使用更重之力道，對原告施以整脊推拿之醫療行為，致原告受有外傷性第七頸椎和第一胸椎脫位並脊椎損傷、四肢癱瘓等重傷害，迄翌日凌晨 3 時許送衛生署新竹醫院急救，始揭上情。被告因未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務，因而致人重傷害行為，亦據本院以 92 年度醫易字第 1 號刑事判決判處有期徒刑 1 年 6 月，嗣被告不服並上訴，業經臺灣高等法院臺中分院 94 年度醫上</p>	

易字第 35 號刑事判決駁回上訴確定在案。原告因被告該等過失行為受有損害，請求被告賠償。

【賠償額 893 萬；訴訟時間：5 年 5 個月；就醫至脊椎損傷、四肢癱瘓等損害發生約四個月；法院採認鑑定有過失意見及刑事有罪確定判決】


第一審：苗栗地院 91 年度訴字第 3 號(940526)：原告勝訴。


【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、舉證責任、法院採認鑑定有過失意見及刑事程序採認有罪之資料】


原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：原告所受之重傷害是否為被告行為所致？</p>		
	<p>被告質疑原告若真因被告之推拿行為，造成頸椎發出「爆裂聲」，則其脊椎應已斷掉或嚴重脫位，原告應會立即癱瘓，無法駕車返家。</p>	<p>法院認為原告固罹患僵直性脊椎炎多年，然依本院 92 年度醫易字第 1 號刑事案件函查原告所服務之行政院國家科學委員會精密儀器發展研究中心 90 年 4 月間之出勤紀錄，足徵原告於 90 年 4 月 23 日至被告「新力中心」推拿前，均有正常上、下班，尤以原告當日尚係自行驅車前往被告推拿處所，亦經被告供認在卷，堪證原告於前往被告處進行推拿前之一般健康情況，尚屬行動自如，從而原告之於次日凌晨 3 時許突然四肢癱瘓，顯係於一夕間突然發生之意外狀況已臻明確。而原告當日除至被告處，就其所受外傷部</p>

		<p>位，如頸椎、胸椎等處，接受被告之推拿外，其餘並無任何驟遭其他外力或外傷之痕跡，亦無積極證據證明其他有何意外事件發生，此參酌署立新竹醫院 90 年 4 月 24 日之急診病歷亦明。是原告之受傷與被告之推拿行為間，於時間、空間上均有極為密切之關連性，應堪認定。雖被告於刑事庭及本院辯論時一再辯稱其行為與原告之受傷並無因果關係，然原告之受傷與被告之推拿行為間之因果關係於時間、空間上均有極為密切之關連性，已如前述，其上開辯解，顯不足採。</p> <p>又依醫學文獻之記載，僵直性脊椎炎係屬慢性長期疾病。罹患此症患者，是脊椎、髖關節及其他如腕關節、膝關節等大關節之漸進性發炎，最後導致脊椎及關節的黏連、僵硬與變形。病人早期會有下背部或臀部酸痛僵硬之情形，因休息太久不動或運動太劇烈都會使症狀惡化，長久會造成骨質疏鬆、韌帶鈣化，脊椎骨駝背變形甚至僵</p>
--	--	--



		<p>硬，有卷附僵直性脊椎炎之文字解說可稽。惟僵直性脊椎炎患者，除上開之疼痛與脊椎、關節的黏連、僵硬與變形外，與全身癱瘓並無必然之關連性，除非因外力相加造成頸椎之全部脫位，並不會因罹患僵直性脊椎炎即發生癱瘓之結果，亦經證人徐賢達（行政院衛生署桃園醫院神經外科醫師）證述綦詳（參見本院本案刑事卷宗資料筆錄）。</p> <p>且本件經臺灣高等法院臺中分院94年度醫上易字第35號檢送相關病歷及核磁共振造影照片及X光，囑託臺中榮民總醫院鑑定結果。該院神經外科查復稱：若瞬間嚴重之頸椎神經損傷，即可能造成立即癱瘓。若僅頸椎受傷造成不穩定，而未給與適時之固定保護，也可能造成延遲性之二度嚴重神經損傷，造成癱瘓。該院復健科查復稱：僅從手術前之核磁共振造影照片及X光片，無法判定頸椎脫位併脊髓損傷，是在哪一個時間點發生。若是推拿當時造成核磁共振造影照片所顯示情況，應立即疼痛且</p>
--	---	---

		<p>四肢麻木無力；若因推拿時頸椎受傷造成不穩定，頸部及上背部應會非常疼痛等語，有該院 94 年 3 月 21 日中榮醫企字第 0940001271 號函在卷可按。此適與原告於本院 92 年度醫易字第 1 號刑事案件證稱：治療完當時非常疼痛，開車回去因為非常疼痛，無法倒車入庫，故按喇叭請其妻開車入庫，終因未適時固定頸椎，而遭延遲性二度損傷，造成癱瘓等情相符。被告質疑原告若真因被告之推拿行為，造成頸椎發出「爆裂聲」，則其脊椎應已斷掉或嚴重脫位，原告應會立即癱瘓，無法駕車返家。此顯然忽略原告遭受延遲性二度嚴重神經損傷之可能，且誤解原告所稱「頸椎發出爆裂聲」之真意，僅在描述頸椎受傷之事實，並未傳達脫位或損傷之程度。故被告質疑被告之推拿整脊行為與原告之癱瘓間無相當因果關係，並無足採。</p> <p>被告既以主治「僵直性脊椎炎」為業，對原告之脊椎極易受傷應有認識，則於當日進行「整脊」</p>
--	---	--

		<p>治療後，被告對原告既擅自使用龍馬棒之堅硬器械於原告之背脊，又施加較平日更重之力道，且較平日不同而施術於頸部等脆弱位置，即應就原告之脊椎、胸椎可能部分脫位或稍微脫位之危險有所認識；而脊椎或胸椎脫位後若未妥善固定，極易產生延遲性二度傷害之危險，而發生癱瘓之結果，亦應有預見之可能，竟疏未注意，又未為相當之預防，終肇致原告癱瘓之重傷害結果。是此種癱瘓結果之發生，依經驗法則，為客觀之事後審查，在此種環境、條件下，幾可確定必然發生該癱瘓之結果，從而被告當日對原告所施以粗暴之「整脊」行為，顯為發生結果之相當條件與最重要之原因，其行為與結果間顯有相當之因果關係，已至為明確。則揆諸前揭說明，原告請求被告就其所受之損害負損害賠償責任，於法自無不合，被告辯解其無過失、原告癱瘓與被告之整脊行為並無因果關係云云顯不可採。</p>
<p>爭點 2：損害賠償範圍</p>		

		<p>醫療費用部分：為 63,857 元</p> <p>加生活上需要之費用部分：為 1,126,345 元等情，已提出收據、匯款單、支付外勞費用明細影本為證，且為被告所不爭執，堪信為真實，原告此部分之主張應予准許。</p> <p>減少收入部分：計算原告喪失勞動能力之損害金額為 6,101,115 元</p> <p>慰撫金部分：150 萬</p>
<p>爭點 3：有無與有過失及民法 218 條適用？</p>		
	<p>被告主張與有過失及民法 218 條適用</p>	<p>本案原告並無與有過失之處。而被告主張適用 218 條，惟本院按損害係因侵權行為人之故意或重大過失所致者，依民法第 218 條之規定，縱令該侵權行為人，因賠償致其生計有重大影響，亦不得減輕其賠償金額，其不能以侵權行為人之無資力，即謂受害人不應請求賠償，更無待言，最高法院 33 年上字第 551 號著有判例可參。而本案被告為從事推拿業務之人，原告前曾多次前往被告執行醫療業務處所就醫，則被告對原告身體狀況當瞭解甚深，其因在旁助理高憲</p>

		<p>正之言語刺激，擅自使用俗稱「龍馬棒」之堅硬器械，以較通常所使用更重之力道，對原告施以整脊推拿之醫療行為，致原告受有外傷性第七頸椎和第一胸椎脫位並脊椎損傷、四肢癱瘓等重傷害，顯然已忽略本身為醫療人員應盡之職責，是其過失甚為重大，揆諸前揭說明，被告之 主張尚不可採。</p>
<p>第二審：台中高分院 94 年度重上字第 79 號(950613)：駁回被告上訴</p> <p>【侵權注意義務、契約不完全給付（加害給付）、舉證責任、法院採認鑑定有過失意見及刑事程序採認有罪之資料】</p>		
原告主張	被告主張	法院認定
<p>爭點 1：被上訴人所受之重傷害是否為上訴人行為所致？如是，被上訴人得請求之損害賠償額為何？</p>		
<p>同原審 並另主張其住院期間被告曾為其推拿受傷致歉表示願負責</p>	<p>同原審 被告另傳丙證人作證曾於原告最後一次推拿作完後在現場喝茶伊問原告作完的感覺如何？原告回答「比較舒服」，故並無原告陳述作完當時很痛的事實</p>	<p>法院曾詢問證人丙與原告喝茶日期是否確定那日？丙無法確定，故丙之證詞不足採信。其餘法院論證與原審同。</p>
<p>爭點 2：被上訴人所受的重傷害，如係上訴人所為，被上訴人是否也與有過失？</p>		
同原審	同原審	同原審
<p>爭點 3：上訴人是否可以依民法第 218 條之規定主張酌減？</p>		

同原審	同原審	同原審
第三審：最高法院 95 年度台上字第 2058 號(950915)：被告上訴駁回		
難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。		

