

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論醫療過失的判斷基準-

以 106 年修正醫療法第 82 條為中心

The Criteria of Judging Medical Negligence-Centered on
Article 82 of Medical Care Act Revised in 2017

黃則瑜

Che-Yu Huang

指導教授：陳忠五 博士

Advisor: Chung-Wu Chen, Ph.D.

中華民國 109 年 1 月

January 2020



中文摘要



醫療法第 82 條於 106 年再次修法，將臨床專業裁量的要件明訂於法條中，並增列第 4 項多元審酌要件，希望可以使醫療過失的判斷標準明確化，並減輕醫事人員的責任。然而，將臨床專業裁量入法，實際上僅是重複審查注意義務，並將實務行之有年的見解明文化，實質上並未變動醫事人員的注意義務程度，反而限縮了本條的適用範圍。率然增訂多元審酌要件，亦未使過失判斷更加明確，反增添實務運作的困擾。民事實務於修法後，仍然偏好以民法第 184 條而非本條作判斷，即為顯例。

刑事責任中，最高法院 106 年度台上字第 4587 號判決雖肯認本條修正乃有利行為人的責任減輕，然一個符合臨床專業裁量的醫療行為，不論是在修法前後，本即皆不會被認定違反注意義務，則本條的修正方式是否真有減輕醫事人員刑事責任，亦值存疑。

又本條第 5 項作為醫療機構組織責任的宣示，不但可彌補病人因系統性錯誤受有損害時之侵權保護漏洞，亦可使醫療契約給付義務的內容更加完整。然本項之實際適用上，仍有諸多障礙存在，是否能真正發揮功能，值得觀察。

本文認為，本次修正除有法條文字與結構不當之失外，其立法目的過度偏向減輕醫療提供者責任，未妥善考量對病人的保護，並不妥當。醫療責任之規範設計，不應單向、直觀的僅從醫療提供者角度，只考慮如何限縮病人求償，而應落實履行告知說明義務、適當揭露病歷與資訊，以強化醫病互相溝通、理解的管道，並在訴訟上減輕或轉換病人的舉證責任，適度調整武器不平等的狀態，才能有效解決醫療糾紛，真正減低醫病的對立。

關鍵字：醫療法第 82 條、醫療行為、醫療過失、注意義務、臨床裁量、組織責任



Abstract



To clarify the standard of medical negligence and to reduce liability of healthcare workers are the purpose of amendment to Article 82 of the Medical Care Act in 2017. However, according to the conclusion of this thesis, whether in the region of criminal liability or civil liability, the standard of medical negligence has not been clarified and liability of healthcare workers has not been reduced due to the amendment. Although organizational liability of medical institution established by Clause 5 of Article 82 can improve protection of patients' rights, there are still many obstacles on it which shall be overcome, and may weaken the effectiveness of it.

This amendment has strong intention to reducing liability of healthcare workers. However, legislation on medical liability shall not only consider reducing liability of healthcare workers, but shall also consider protection of patients' rights as well. Ensuring the performance of the obligation to disclose, intensifying communication and consensus between patients and healthcare workers, adjusting or even shifting burden of proof which the plaintiff bears, and balancing equality of arms between patients and healthcare workers are the more effective ways to resolve medical dispute, rather than only putting obstacles on patients' right to compensation.

Keyword: Article 82 of the Medical Care Act, medical behavior, medical negligence, due diligence, medical discretion, liability of organization



簡目



| | |
|--------------------------------------|-----|
| 第一章 緒論 | 4 |
| 第一節 研究動機..... | 1 |
| 第二節 醫療法第 82 條修法歷程..... | 3 |
| 第三節 本文架構說明..... | 11 |
| 第二章 醫事人員民事過失--醫療法第 82 條第 2、4 項 | 13 |
| 第一節 醫療行為..... | 13 |
| 第二節 醫療上必要注意義務..... | 28 |
| 第三節 合理臨床專業裁量..... | 50 |
| 第四節 注意義務與臨床專業裁量之審酌要件..... | 65 |
| 第五節 修法後的實務觀察..... | 84 |
| 第三章 醫事人員刑事過失--醫療法第 82 條第 3 項 | 95 |
| 第一節 刑事醫療過失之成立..... | 95 |
| 第二節 條文疑義..... | 97 |
| 第三節 修法後的實務觀察..... | 103 |
| 第四章 醫療機構過失--醫療法第 82 條第 5 項 | 119 |
| 第一節 醫療法第 82 條第 5 項之規範目的..... | 119 |
| 第二節 建立醫療組織義務之必要..... | 124 |
| 第三節 醫療組織義務之建構..... | 133 |
| 第四節 醫療法第 82 條第 5 項之困境..... | 148 |
| 第五章 結論 | 155 |
| 第一節 醫事人員責任..... | 155 |
| 第二節 醫療機構責任..... | 156 |
| 第三節 修法的再思考..... | 157 |
| 參考文獻 | 161 |



詳目



| | |
|-------------------------------------|----|
| 第一章 緒論 | 1 |
| 第一節 研究動機..... | 1 |
| 第二節 醫療法第 82 條修法歷程..... | 3 |
| 第一項 93 年 4 月 28 日修正..... | 3 |
| 第二項 106 年 12 月 29 日修正..... | 6 |
| 第三節 本文架構說明..... | 11 |
| 第二章 醫事人員民事過失—醫療法第 82 條第 2、4 項 | 13 |
| 第一節 醫療行為..... | 13 |
| 第一項 定義 | 13 |
| 第二項 民俗療法 | 15 |
| 第三項 美容醫學 | 16 |
| 第一款 美容醫學的性質..... | 16 |
| 第二款 美容醫學適用醫療法第 82 條？..... | 19 |
| 第四項 醫療輔助行為 | 22 |
| 第一款 定義..... | 22 |
| 第二款 醫療輔助行為適用醫療法第 82 條？..... | 25 |
| 第二節 醫療上必要注意義務..... | 28 |
| 第一項 注意義務的內涵 | 28 |
| 第二項 主客觀歸責事由的區別 | 30 |
| 第三項 契約責任與侵權責任的區別 | 31 |
| 第四項 注意義務的類型 | 33 |
| 第一款 專業義務..... | 33 |
| 第二款 非專業義務之其他義務..... | 34 |

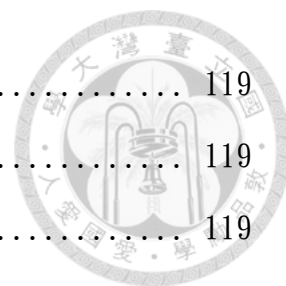


| | |
|-------------------------------|----|
| 第一目 義務來源 | 34 |
| 第二目 保密義務 | 37 |
| 第三目 告知說明義務 | 39 |
| 一、告知後同意與說明義務 | 39 |
| 二、告知說明的程度 | 42 |
| 三、告知說明義務之違反 | 45 |
| 第五項 醫療法第 82 條第 2 項的適用範圍 | 47 |
| 第三節 合理臨床專業裁量 | 50 |
| 第一項 臨床裁量的類型 | 50 |
| 第二項 臨床裁量的界限 | 51 |
| 第一款 合理與不合理的標準 | 51 |
| 第二款 專業裁量與病人自主的衡平 | 54 |
| 第三項 裁量瑕疵的類型 | 57 |
| 第四項 臨床裁量入法的功能? | 62 |
| 第四節 注意義務與臨床專業裁量之審酌要件 | 65 |
| 第一項 審酌要件的內涵 | 65 |
| 第一款 當時當地 | 65 |
| 第二款 醫療常規 | 66 |
| 第三款 醫療水準 | 68 |
| 第四款 醫療設施 | 72 |
| 第五款 工作條件 | 73 |
| 第六款 緊急迫切 | 74 |
| 第二項 審酌要件的疑義 | 75 |
| 第一款 醫療常規入法不妥當 | 75 |
| 第二款 混淆不同層次的審酌要件 | 79 |
| 第三款 條文來源不妥當 | 80 |

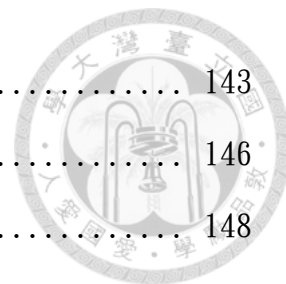


| | |
|-------------------------------------------------|-----|
| 第四款 各審酌要件間並非獨立互斥..... | 81 |
| 第五節 修法後的實務觀察..... | 84 |
| 第一項 綜論..... | 84 |
| 第二項 案例分析：臺灣臺北地方法院 105 年度醫字第 3 號判決（擅自更改術式案）..... | 89 |
| 第一款 案件事實..... | 89 |
| 第二款 原告主張..... | 89 |
| 第三款 被告主張..... | 90 |
| 第四款 法院判決..... | 90 |
| 第五款 判決評析..... | 92 |
| 第三章 醫事人員刑事過失—醫療法第 82 條第 3 項..... | 95 |
| 第一節 刑事醫療過失之成立..... | 95 |
| 第二節 條文疑義..... | 97 |
| 第一項 「必要」注意義務與臨床「專業」裁量？..... | 97 |
| 第二項 條文要件的體系定位？..... | 97 |
| 第三項 加重醫事人員責任？..... | 100 |
| 第四項 減輕醫事人員責任？..... | 102 |
| 第三節 修法後的實務觀察..... | 103 |
| 第一項 綜論..... | 103 |
| 第二項 案例分析：最高法院 107 年度台上字第 4587 號刑事判決（醫美密醫案）..... | 105 |
| 第一款 案件事實..... | 105 |
| 第二款 原審見解..... | 106 |
| 第三款 最高法院見解..... | 108 |
| 第四款 判決評析..... | 110 |

| | |
|----------------------------------|-----|
| 第四章 醫療機構過失--醫療法第 82 條第 5 項 | 119 |
| 第一節 醫療法第 82 條第 5 項之規範目的..... | 119 |
| 第一項 現行醫療機構責任體系 | 119 |
| 第二項 條文疑義 | 121 |
| 第一款 醫療機構之故意過失? | 121 |
| 第二款 本項新增之必要性? | 122 |
| 第三項 本文見解 | 124 |
| 第二節 建立醫療組織義務之必要..... | 124 |
| 第一項 現代醫療事故的成因：系統性錯誤 | 124 |
| 第二項 提升對病人的保障 | 127 |
| 第三項 提升對醫事人員的保障 | 130 |
| 第四項 實現損害預防功能 | 132 |
| 第三節 醫療組織義務之建構..... | 133 |
| 第一項 比較法 | 133 |
| 第一款 德國法：醫療機構組織責任..... | 133 |
| 第二款 美國法：醫療機構法人責任..... | 134 |
| 第二項 醫療組織義務之功能 | 135 |
| 第一款 作為侵權責任之行為義務..... | 135 |
| 第二款 作為契約責任之義務內容..... | 136 |
| 第三項 醫療組織義務之類型 | 137 |
| 第一款 提供安全完善之環境與設備..... | 137 |
| 第一目 環境與設備安全 | 137 |
| 第二目 感染風險控管 | 139 |
| 第三目 用藥與輸血安全 | 139 |
| 第二款 提供充足完善之人力配置..... | 141 |
| 第三款 提供完善之照護系統..... | 142 |



| | |
|----------------------------|-----|
| 第四款 完善的病歷系統與保密..... | 143 |
| 第五款 確保病人受充分告知..... | 146 |
| 第四節 醫療法第 82 條第 5 項之困境..... | 148 |
| 第一項 限縮於執行醫療業務？ | 148 |
| 第二項 法人意思能力之待突破 | 150 |
| 第三項 病人舉證之困難 | 151 |
| 第五章 結論 | 155 |
| 第一節 醫事人員責任..... | 155 |
| 第二節 醫療機構責任..... | 156 |
| 第三節 修法的再思考..... | 157 |
| 參考文獻..... | 161 |







第一章 緒論


第一節 研究動機

隨著醫療技術及醫療品質的進步，民眾對醫療的期待提高，也更重視自身權益的保障。然而，目前的醫療水平仍對人體機制與疾病病程有許多未知，且醫療行為本身具有高度專業性與不確定性，在醫療過程中，往往出現許多非醫病雙方所得事先預測的狀況，而醫療事故損害又往往涉及生命、身體健康、與重大經濟支出，對病人與家屬影響甚鉅，致使病人與家屬常於醫療糾紛得不到滿意答案時，以激烈手段自力救濟，至醫院抬棺抗議、撒冥紙、扔雞蛋的新聞，可謂層出不窮¹。

即使對醫師及醫院提起訴訟，病人與家屬因處於資訊與專業性的劣勢，於舉證醫師或醫院違反注意義務時，往往困難重重，甚至招致敗訴結果，病人對於醫師更加不理解。另一方面，醫師的養成成本高昂，執行業務時卻常因醫療糾紛飽受纏訟²，龐大的求償金額與冗長的訴訟，對病、醫雙方皆造成沉重壓力。

¹ 〈婦人咳嗽赴醫院就診猝死 家屬抬棺抗議〉，中國時報，08/24/2015，
<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20150824002721-260402>（最後瀏覽日：
09/22/2019）。〈5 歲童疑割包皮死 家屬抬棺抗議〉，TVBS 新聞，02/10/2012，
<https://news.tvbs.com.tw/local/8458>（最後瀏覽日：09/22/2019）。〈〈南部〉綠豆大結石開刀
亡 家屬抬棺抗議〉，自由時報，07/15/2014，
<http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/796228>（最後瀏覽日：09/22/2019）。〈10 幾人硬闖
醫院砸蛋、撒冥紙！員警到場不制止〉，ETtoday 新聞雲，07/16/2014，<https://www.ettoday.net/news/20140716/378824.htm>（最後瀏覽日：09/22/2019）。〈控醫師誤診 家屬醫院前
撒冥紙〉，自由時報，10/14/2015，
<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1475151>（最後瀏覽日：09/22/2019）。

² 根據衛生福利部醫事司的統計，民國 76~105 年間，共有 10,222 件醫事鑑定案件，扣除撤回未審議 49 件，案件撤銷、尚未審議、退件等共 303 件，共計有 9,870 件完成審議，以訴訟解決醫療糾紛的比例高達 96%，見衛生福利部醫事司鑑定結果統計表（民國 76~105 年），衛生福利部醫事司網站，<https://dep.mohw.gov.tw/doma/cp-2712-7681-106.html>（最後瀏覽日：09/22/2019）。



又我國醫療糾紛常有以刑逼民的現象³，醫師除了民事賠償責任外，甚至會背上刑事過失傷害、過失致死罪，責任不可謂不重。是長久以來醫界相關團體，皆極力呼籲限縮醫事人員責任，避免「醫生跑法院、律師跑醫院、病人在醫院法院間奔走」現象加劇，並成功促成相關修法，其中最重要的里程碑，即是民國（下同）93年醫療法第 82 條的修正。

93 年醫療法第 82 條的修正緣由，乃源於我國實務上著名的馬偕醫院肩難產案件，一審、二審法院於該案件中認為醫療行為有消費者保護法（下稱消保法）無過失責任適用的見解⁴，引起醫界一片譁然，醫界因此大力推動修正醫療法第 82 條，以阻絕醫療行為適用消保法無過失責任之爭議。修法後，我國通說與實務見解漸趨穩定，認為醫療行為不適用消保法無過失責任，醫事人員僅於執行業務具故意過失時，始需負責。

惟自 93 年修法後，醫療糾紛仍有增無減，醫療訴訟曠日廢時，醫病衝突仍然嚴重，同時我國更出現醫師不願投入高風險科別等「五大皆空」現象⁵。在上開背景下，立法者於 106 年 12 月 29 日再次三讀通過修正醫療法第 82 條，並於 107 年 1 月 24 日公布實施，期能定紛止爭。

然條文通過後，各方對修法結果褒貶不一，不但醫、法界投以高度關注，實務亦對該條之適用抱有疑慮。況本次條文修正幅度甚大，細部規定爭議重重，是就該條的定位與內涵，實有深入探討之必要。

³ 根據衛生福利部醫事司的統計，民國 76~105 年間，醫療民事案件總計為 1809 件，醫療刑事案件總計為 8011 件，扣除民刑事均起訴的重複計算及案件撤銷之數量共 190 件後為 7821 件，約為民事案件的 4.3 倍，見衛生福利部醫事司訴訟性質統計表（民國 76~105 年），衛生福利部醫事司網站，<https://dep.mohw.gov.tw/doma/cp-2712-7681-106.html>（最後瀏覽日：09/22/2019）。

⁴ 臺灣臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號判決、臺灣高等法院 87 年度上字第 151 號判決。

⁵ 〈台灣醫界「五大皆空」特定門診醫師人數直直落〉，ETtoday 新聞雲，10/18/2015，<https://www.ettoday.net/news/20151018/581804.htm?redirect=1>（最後瀏覽日：05/20/2018）。



第二節 醫療法第 82 條修法歷程


第一項 93 年 4 月 28 日修正

醫療法第 82 條之修正，起因於臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號判決，即實務上著名之馬偕醫院肩難產案件。本案法院認為醫師之行為雖無過失，但被告馬偕醫院應適用消保法無過失責任。

法院首先對消費行為之意義採取廣義解釋，認為「消費乃一為達成生活目的之行為，凡是基於生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面為滿足人類慾望之行為，均屬之。易言之，凡與人類生活有關之行為，均屬消費行為」，而消保法「未對服務加以任何定義，亦未做任何限制，是以提供服務為營業者，不問其是否與商品有關，由於其與消費者之安全或衛生有關，均為受到消費者保護法所規範之企業經營者」、「醫療服務之行為核其性質，自提供醫療服務者觀之，固與商品無關，且無營利性，惟其與消費者之安全或衛生有莫大關係，而自接受醫療服務者觀之，此屬於人類基於求生存之生活目的，為滿足人類慾望之行為，其為以消費為目的而接受服務之消費者甚明。」

本案在馬偕醫院上訴臺灣高等法院後，高等法院法官亦採取相同見解，認為消保法「所稱之『服務』，應係指非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入商品為內容之勞務供給，且消費者可能因接受該服務而陷於安全或衛生上之危險之醫療服務，自有本法之適用。」馬偕醫院不服並上訴最高法院，最高法院雖廢棄原判決，惟其廢棄理由僅針對高等法院「未就醫師對孕婦採取自然生產方式，於醫療服務上是否具備通常可合理期待之安全性」之重要攻擊防禦方法審酌論述，未就本案是否適用消保法之爭議明確表態⁶。

⁶ 本案歷次判決：臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號判決、臺灣高等法院 87 年度上字第 151 號判決、最高法院 90 年度台上字第 709 號判決，更一審中因兩造達成和解，原告撤回訴訟，全案確定。



判決出爐後，醫界對於法院見解強烈反彈，並進而推動相關修法。原本醫界希望能直接修改消保法第 7 條第 1 項，增列但書「但危險係醫療行為內含之風險者，不在此限」以將醫療行為排除於消保法適用範圍之外，然此項修正意見，未獲立法院通過⁷。醫界乃轉而推動修訂醫療法，最終於 93 年 4 月 28 日修正通過醫療法第 82 條，將原條文有關撤銷開業執照後負責醫師申請設立醫療機構之行政規定，改為實體法的醫療責任。

雖然在行政管制性質的醫療法中，插入實體法責任的條文略嫌怪異，但修法後，學說即有認醫療法第 82 條已將醫療行為排除在消保法適用範圍外，本文謹將學說上之理由綜合整理如下⁸：

- 一、在立法院協商過程中，曾有立委提議於消保法增訂「醫療行為不適用服務無過失責任」之條文，雖未獲通過，但於修法時附帶決議：「為促進醫病和諧，對有風險不可預期之安全性之醫療行為，不宜以單純之商業消費行為視之」，可見在立法論上已有排除消保法適用之意。
- 二、消保法第 1 條第 2 項明定「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。」而醫療法第 1 條明定立法目的之一為「保障病人權益」，並明示本法未規定者，始適用其他法律規定。若將「消費者保護」與「病人權益保護」相比較，前者較概括抽象，後者較具體特定，是關於病人權益保護之事項，醫療法第 82 條應優先於消保法適用。

⁷ 立法院公報，92 卷 3 期，頁 154-156。

⁸ 林大洋（2005），〈醫療行為與消費者保護法〉，《法令月刊》，56 卷 1 期，頁 11。詹森林（2004），〈修正後的醫療法與民眾權益簡介〉，行政院衛生署（著），《醫療升級，糾紛遠離》，頁 16-17，財團法人中華民國消費者文教基金會。陳聰富（2001），〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉，《臺大法學論叢》，30 卷 1 期，頁 111-112。陳聰富（2015），〈醫療事故歸責原則與補償制度〉，氏著，《醫療責任的形成與展開》，頁 275-276，國立臺灣大學出版中心。楊秀儀（2000），〈論醫療傷害賠償責任適用消費者保護法之爭議〉，王千維、林誠二、姚志明、郭麗珍、陳聰富、黃立、楊秀儀、謝哲勝、蘇永欽（著），《民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）：總則、債編》，頁 250，元照出版有限公司。


三、醫療法第 82 條針對醫療責任，明顯採取過失責任主義，並藉以澄清當年時空背景下醫療行為有無適用消保法之爭議，顯然有意排除消保法之適用。

四、採取無過失責任制度，其理由並非在於醫療行為的性質，而在於風險之承擔與損害之分配。然而由於我國只有少數保險公司提供醫療傷害責任險，醫療機構無法經由保險方式，分散風險，似非最佳之危險負擔者。醫療傷害損失既無法經由保險分散則結果終究是由病人承擔，從而必定增加一般病人之醫療費用。若因增加醫療費用，使一般病人無法獲得醫療服務，是否符合全民醫療之目的，將有疑問。

五、我國目前採取全民健康保險制度，醫療機構並無自由調整醫療費用之權限，因而制度上欲以病人承擔醫療傷害之損失，亦不可得。醫療責任負擔增加，將促使醫師採取「防禦性醫療措施」，大量浪費醫療資源，增加社會成本，誠非病人與社會之福。

六、若認醫療行為適用消保法，則所謂醫療行為合於通常可合理期待之安全性，係指「醫師以完整之病歷表及其他證據證明其在治療過程中並無任何錯誤，手術失敗未由於醫師的過失，而是客觀上未能遇見所有的危險」，醫師需證明醫療無過失，必然需要醫師窮盡當時醫學程度所有之醫療診治之方式，始可該當消保法所謂「具有通常可合理期待之安全性」之抗辯，防禦性醫療之情形將更加嚴重。

實務則咸引用 95 年台上字第 2178 號判決意旨，認「現代醫學知識就特定疾病之可能治療方式，其實相當有限，醫師僅能本於專業知識，就病患之病情綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療，若將無過失責任適用於醫療行為，醫師為降低危險，將選擇性的對某些病患以各種手段不予治療，或傾向選擇治療副作用較少之醫療方式，捨棄較有利於治癒病患卻危險性較高之醫療方式，此種選擇治療對象及方式傾向之出現，即為「防禦性醫療」中最重要的類型，對以保護消費者權益為最高指導原則之消保法而言，顯然有所違背，即不能達成消保法第一條第一項之立法目的甚明。又醫療手段之採取係為救治病人之生命及健康，就特定之疾病，醫師



原係以專業知識，就病患之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療。若將無過失責任適用於醫療行為，則醫師為降低危險行為，可能以治療副作用之多寡及輕重為依據，反而延誤救治時機，增加無謂醫療資源之浪費，並非病患與社會之福，是應以目的性限縮解釋之方式，將醫師所提供之醫療行為排除於消保法之適用⁹。」實務並依此形成穩定見解，相對的病人於訴訟中亦逐漸不再以消保法為請求權基礎，相關爭議暫時平息。

第二項 106 年 12 月 29 日修正

在醫療行為是否適用消保法之爭議平息後，醫界又有見解認為：醫師於實施醫療行為時若有過失致人死傷，不免須擔負刑事責任。但醫療行為旨在救治人類疾病、維護人民健康，且其行為本質上具有專業性、風險性、不可預測性及有限性的特色，鑑於醫療爭議事件動輒以刑事方式提起爭訟，醫病關係逐漸惡化，如果在法律上對醫師過度苛責與檢驗，對醫師而言太過沉重，且造成醫師不願待在高風險科別、醫療人才斷層等現象，無助於民眾釐清真相獲得損害填補，反而導致醫師採取防禦性醫療措施，阻礙醫學技術進步及原本治療目的，呼籲推動醫療責任除罪化。

除罪化之主張，不意外的招來消基會與民眾的強烈反彈。蓋醫療糾紛的成因很多，依據學者研究，醫療糾紛發生的原因，可歸納為醫療機構、醫事人員、病人及家屬、時代及社會觀念等四個面向。醫療機構專業服務、行政管理、器材管理的疏失，醫事人員醫療行為的疏失與病歷記載的草率，病人對於醫療專業的無知與對治療效果的不滿，醫病關係溝通不良、醫事人員與機構態度欠佳與少數病人藉機敲詐等都是醫療糾紛的成因。社會思維從醫療父權走向病人自主、媒體輿論偏頗報導、

⁹ 其他相同見解如最高法院 96 年度台上字第 450 號判決、95 年度台上字第 2178 號判決、96 年度台上字第 2738 號判決、96 年度台上字第 450 號判決、102 年度台上字第 1219 號判決、102 年度台上字第 477 號判決等。

與醫療爭議處理機制的彰彰，亦推波助瀾了醫療糾紛的孳生¹⁰。醫療勞動環境的惡化、健保制度等亦都是影響因素之一，非可一概歸責於醫療刑事責任¹¹。若因上開困境難解，即主張刑事責任必須全面退出醫療領域，不但是過度解釋了刑法謙抑性的意義，忽略了刑事司法的社會功能，也會使困境的其他成因遭到忽略，實無助於問題解決。

再者，除罪化的主張忽視了少數個案中，醫師本身執行業務時行為高度輕率之情形，使其得逃脫責任，同享免責優惠，不僅無助於我國醫療水平的整體提升，反而更使醫療品質滑落喪失進步動力¹²。

何況每個職業都有不同的風險，醫療行為固然有其特殊性，但僅因醫療行為具有不確定性和高風險性、以及上開有複雜成因的困境，就將醫療行為獨立於其他職業而完全豁免於刑事責任外，顯然只是將所有惡害結果轉嫁給病人，論據並不足以服人。

有鑑於阻力過大，醫界乃轉而推動醫療刑事責任以行為人有重大過失為限¹³，理由為：鑑於醫療行為的不確定性與高風險性，醫療過失行為的反社會性及非難性程度均較其他犯罪低，得比照德國刑法重大過失之立法旨趣，修訂醫療行為應以行為人有故意或重大過失時，始負刑事責任。學說中亦有相同見解，認為基於刑法謙抑性與醫療行為的不確定性，及醫療過失行為的反社會性及非難性皆較其他種類之犯罪低，可考慮於業務過失的成立上增加重大過失之設計。所謂重大過失，則指行為人違反特別重要的注意義務，忽略結果發生的極高可能性者，概念上接近未必

¹⁰ 陳忠五（2004），〈醫療糾紛的現象與問題〉，《臺灣本土法學雜誌》，55期，頁1-4。甘添貴，前揭註14，頁66-71。

¹¹ 〈醫療過失去刑化糾紛就會消失？王明鉅：根本問題是過勞！〉，信傳媒，<https://www.cmmedia.com.tw/home/articles/7424>（最後瀏覽日：08/03/2019）。

¹² 曾淑瑜（1997），〈醫療水準論之建立〉，《法令月刊》，48卷9期，頁32。

¹³ 2009年中華民國醫師全國聯合會「研討如何推動醫療爭議法律責任明確化會議」之會議結論，見張麗卿（2014），〈刑事醫療糾紛之課題與展望〉，氏著，《醫療人權與刑法正義》，頁154-156，元照出版有限公司。



故意。行為人於有重大過失時始負刑事責任，但如行為人僅具輕過失，仍應負民事責任¹⁴。

行政院於 101 年依據上開見解提出醫療法第 82 條之 1 增訂草案，條文擬為「醫事人員執行醫療業務致病人死傷者，以故意或違反必要之專業注意義務且偏離醫療常規之行為為限，負刑事上之責任。但屬於醫療上可容許之風險，不罰。前項注意義務之違反，應以各該醫療領域依當時當地之醫療水準及醫療設施為斷。」醫界則又針對上開草案提出修正，將構成要件修正為「以故意或嚴重違反必要之專業注意義務且偏離醫療常規之行為為限，負刑事上之責任¹⁵。」

然，醫療重大過失的概念仍遭到諸多反對，主要理由為¹⁶：

- 一、我國刑法體系並沒有重大過失之概念，修法將造成法體系之紊亂。且依法務部蒐集所得之外國立法例，除中國大陸對醫療刑事責任採取重大過失責任外，其餘德國、日本、英國、法國、韓國，就醫師醫療行為過失致人死傷部分，均仍有刑罰之處罰，並未以特別法規定減輕或排除過失責任。又英國所謂 gross negligence 係要求合理的注意標準 (fair and reasonable standard of care)，若醫生違反專業醫療人員一般在執行業務時的注意程度，即屬於過失，而非指在嚴重過失下始負刑事責任。
- 二、至醫界慣於援引美國醫療刑事責任僅限於故意與重大過失，並以此做為我國應推動醫療刑責合理化之支撐理由之一，實對美國刑事責任有所誤會。蓋美國法上的非自願殺人罪 (involuntary manslaughter，相當於我國過失致死罪) 對於過失之判斷，雖趨近於重大過失，然此一自判決先例發展而來的刑事規則，並

¹⁴ 甘添貴 (2011)，〈醫療糾紛的預防及改進措施〉，《法令月刊》，62 卷 6 期，頁 74。張麗卿 (2010)，〈刑事醫療糾紛之課題與展望〉，《檢察新論》，8 期，頁 123-126、155-156。另刑法已於 108 年 5 月 10 日刪除業務過失相關條文，並提高普通過失傷害罪等之法定刑度，併予敘明。

¹⁵ 鄭逸哲 (2013)，〈「臨床裁量權」未入法，等於沒修——評析醫療法第八十二條之一條文修正案〉，《軍法專刊》，59 卷 1 期，頁 98。

¹⁶ 行政院法務部 101 年 8 月 6 日新聞稿，〈就醫療刑責爭議宜由衛生署參考外國立法例及其實務運作情形，並建構相關補償機制、責任保險制度等配套措施，以尋求解決之共識〉，<https://www.moj.gov.tw/fp-21-50690-687e5-001.html> (最後瀏覽日：03/24/2019)



非對醫療刑事責任的特別減輕，而是基於類似我國普通法之地位，適用於所有過失致死之情形；其責任主體為所有國民，而非僅限於醫事人員¹⁷。換言之，正確的詮釋方式應為「美國法上非自願殺人罪限於重大過失」，而非「美國法上醫療刑事過失僅限重大過失」。

三、縱將醫療過失限定在重大過失，不處罰輕過失的醫療行為，輕過失與重大過失的界限又應如何確定？為何其他具有危險性的職業有輕過失時應受處罰，醫師卻不用？疑慮甚多，重大過失的概念恐反將使醫療行為於實務上無法受到平等評價¹⁸。

四、醫療糾紛的發生，有七到八成與醫病之間溝通不良有關，不能直接歸咎於法律之規定；民眾對於醫療責任除罪化之疑慮仍高，貿然修法恐將造成醫病關係更加緊張。

五、依照法務部舉行之公聽會，各界人士普遍認為醫界人力傾斜問題之主要原因與工作條件、待遇與健保給付有關，醫界不應將內部事務分配不均之現象歸咎於醫療訴訟。

重大過失之修正被否決後，立法者再次提出醫療法第 82 條之修正案，即本文所探討的 106 年第二次修法，期望限縮醫療責任。惟草案文字自一讀至最後三讀通過，變動相當大，為方便觀察茲羅列如下¹⁹：

一、一讀條文（社會福利及衛生環境委員會審查後將兩提案併送黨團協商）

（一）委員李彥秀等 18 人提案：

「按其情節，醫療行為非逾越臨床裁量所必要者，醫事人員不負民、刑事責任。結果屬醫療上必然之風險、病害所致生之部分或醫療系統性錯誤所致生

¹⁷ 吳志正、葉眉君（2018），〈醫療刑責過失程度之法實證分析：對醫療刑責合理化之省思〉，《臺大法學論叢》，47 卷 3 期，頁 1157-1159。

¹⁸ 古承宗（2014），〈醫師於醫療疏失的刑事責任〉，《高大法學論叢》，9 卷 2 期，頁 57。

¹⁹ 資料來源：立法院法律系統，

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00362F28841F0000000000>

00000001E000000005000000^02533106122900^00060001001（最後瀏覽日：03/24/2019）



者，亦同。前項之判斷，尤應審酌醫事人員勞動條件之限制。醫事鑑定機關之鑑定結果，不得作為認定過失之唯一依據，仍應就其他必要之事實具體調查之。」

(二) 委員邱泰源等 22 人提案

「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。醫事人員執行業務，以故意或重大過失而顯然逾越臨床專業裁量範圍致生損害於病人者為限，負刑事責任。」

二、 106 年 12 月 12 日黨團協商結論

「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。醫療機構或其醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致醫療事故者為限，負損害賠償責任。醫事人員執行醫療業務，致病人死傷者，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、勞動條件及緊急迫切等客觀情況為斷。」

三、 106 年 12 月 28 日黨團協商結論、二讀、三讀（現行條文）：

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

依照立法理由說明，本次修正背景乃因「醫療刑事案件導致醫師採取防禦性醫療措施、及醫學生不願投入高風險科別」、「為使醫事人員的醫療責任之判定明確化及合理化」等，故修正初衷應是僅以醫療刑事責任為限。但自修法歷程可見除委員

邱泰源等 22 人提案之條文外，包括委員李彥秀等 18 人提案、黨團協商結論及最後二讀、三讀之條文，皆同時修改了民刑事責任，又增列了諸多規定，根本性的變更了醫療責任的判斷基礎。惟條文修正後是否真能達到上開立法目標？新增第 5 項應如何解釋適用？種種爭議，亟需釐清，亦為本文討論的重點。


第三節 本文架構說明

查醫療法第 82 條條文原為：「(第一項) 醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。(第二項) 醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」比對修正前後條文可見，本次修正第 1 項未變動，仍作為醫事人員與醫療機構注意義務之總括性規定，第 2 項規範醫事人員民事責任，第 3 項規範醫事人員刑事責任，第 4 項乃就第 2、3 項條文構成要件為補充規定，第 5 項則規範醫療機構之民事責任。

醫療過失的概念乃分配醫療風險的標準，具有雙重功能，其不但是醫療責任成立要件之一，亦是醫事人員所以應負醫療責任的正當化理由²⁰。依據立法理由，本次修正重點在於使過失的判定明確化、合理化，故將醫療過失定義為「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」，並明定「以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況」為注意義務與臨床專業裁量之審酌要件。

然增列「逾越合理臨床專業裁量」入過失定義、並增訂高達五項審酌要件，是否真有釐清醫療過失之概念、而能生定紛止爭之效？病人意識的抬頭，使醫療提供者的義務類型更加多元，是否所有醫療義務之違反，皆得以該條究責？新增第 5 項醫療機構責任之意義為何？立法理由明言本次修正不排除民法之適用，則醫療機構責任體系應如何建立？不無疑義。

²⁰ 陳忠五 (2015)，〈論醫療過失的概念與功能〉，《月旦法學雜誌》，246 期，頁 6。



有鑑於此，本文擬依據 106 年 12 月 29 日修正之醫療法第 82 條條文，逐項探討修正後該條之適用範圍與構成要件，釐清修法造成的疑義與實際影響。其中第二章將以醫療法第 82 條第 2、4 項為中心，討論不同行為類型、義務類型在對於醫療法第 82 條下的適用方式，以及本次修法重點--增列「逾越合理臨床專業裁量」及第 4 項多元審酌要件對於醫療過失的影響與利弊，最後則藉由判決評析，觀察民事實務對本次修法的反應，評斷修法的影響力與實益。

第三章將以醫療法第 82 條第 3 項醫事人員刑事責任為中心，該項之構成要件與第 2 項有諸多雷同，且亦引用第 4 項之多元審酌要件，是除與第 2、4 項相同之問題不再重複贅述外，本章將聚焦於條文修正在刑事體系引起的問題，並藉由修法後具代表性之最高法院判決，觀察刑事實務對本次修法的反應，討論最高法院見解對未來刑事實務認定醫療過失可能造成之影響。

第四章則針對本次修正新增之醫療法第 82 條第 5 項醫療機構責任，探討該項之規範目的，並取經外國法制，嘗試建構獨立的醫療組織義務，及其具體內容，並提出該項於實行上的問題與待突破的障礙。

最後則於第五章提出結論，總結評析本次醫療法第 82 條之修法成效，並對修法過程背後的思考脈絡提出反思。

第二章 醫事人員民事過失--醫療法第 82 條第 2、4 項

醫療法第 82 條第 2 項規定本項責任以醫事人員因「執行醫療業務」致生損害於病人者為限。所謂醫療業務，依據行政院衛生福利部（改制前為行政院衛生署，下統稱衛福部）見解，指凡以「醫療行為」為職業，不問是主要業務或附屬業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人所為之「醫療行為」者均屬之，且不以收取報酬為要件²¹。若要劃定本條的適用範圍，首須釐清何謂執行醫療業務，即應先劃定何種醫療行為得受本條規範。

第一節 醫療行為

第一項 定義

查衛福部曾就何謂醫療行為作出諸多函釋，依照其定義，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，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱²²。」由於衛福部上開定義函釋年代較早，無法涵括如保健、減肥、結紮、醫美等非診療性目的行為，是學說致力於使醫療行為之定義跟上醫療多元化之現實，有認「醫療行為係指有關疾病之診斷治療、疾病之預防、畸形之矯正、助產、墮胎及各種基於治療目的與增進醫學技術之實驗行為²³」、有認「醫療行為指一般醫療行為（及單純醫師之醫療行為）、及醫院醫療服務（如病人之照顧、住院服務、疫苗或血清之購置等）之非醫師的醫療行為²⁴」、亦有認醫師之醫療行為「無論是治療疾病、藥物之投與或注射、輸血、手術等皆包含在內²⁵」、或認「醫療行為包

²¹ 行政院衛生署（83）衛署醫字第 83068006 號函。

²² 行政院衛生署（65）衛署醫字第 107880 號函、行政院衛生署（81）衛署醫字第 8156514 號函。

²³ 曾淑瑜（1998），《醫療過失與因果關係（上）》，頁 10，翰蘆圖書出版有限公司。

²⁴ 侯英冷（1999），〈探討醫療無過失責任的適宜性〉，《月旦法學雜誌》，49 期，頁 128。

²⁵ 邱聰智（2000），〈醫療過失與侵權行為〉，《民法研究（一）》，頁 419，五南圖書出版有限公司。

括臨床性醫療行為（指醫療方法或醫療技術，經動物或人體實驗證實其療效，而為醫界所公認採行的醫療行為）、實驗性醫療行為（又稱人體實驗—指醫療機構依醫學理論，於人體施行新醫療技術、藥品或醫療器材的試驗研究行為）、除診療性醫療行為外，尚包括非診療目的性之醫療行為在內，且不問為密醫行為或合法醫師之醫療行為²⁶」等。

若依照醫療階段不同，醫療行為可分為醫療決策行為與醫療處置行為。醫療決策行為包含診斷及治療方案的決定，醫療處置行為則包含給予處方藥物、進行手術或其他治療之行為。診斷行為係醫師從事治療行為前所必須之醫療行為，有正確的診斷，才能進行正確的治療。診斷過程大約可分為問診、檢查、觀察及說明四個階段。至於診斷方法，則有問診、叩診、觸診、切診及各種臨床醫學檢查及試驗。醫師依前步驟診察病人獲得診斷後，應依據該等診斷結果，利用專業知識，預擬目前已知可行治療方案及預估其結果，提供病人目前具體可行的治療決策方案²⁷。而治療行為，係指為消除疾病、減少痛苦及恢復健康而採取之各種醫療行為之總稱，如藥物治療、手術治療、輸血治療及放射線照射治療等。

實務判決多直接引用上開衛福部函釋認定醫療行為，然亦曾有判決指出：「醫療行為涵括診察、治療乃至復健階段，而具有持續性之特徵……由於醫療行為之對象係人類此一有機活體，施以相同之醫療行為，容有可能產生因人而異之效果，其未產生預期療效之緣由，摻雜因素眾多，除人為之疏失外，另有一重要因素，即目前醫學技術無法控制之人體反應之不確定性。醫學之有限性與人體反應之不確定性，導致醫事人員不盡然能完全避免醫療之失敗，任諸疾病本身惡化而束手無策，甚至因藥物之作用而產生有害結果。就此而言，醫療行為實具有實驗及不確定之性格，此一性格對病患而言，自是一種不可預測之危險，祇不過相對於疾病治療之目的，此應屬可容許之危險而已……（醫療行為係）一連串反覆進行修正而完成之行

²⁶ 蔡振修（2005），《醫事過失犯罪專論》，頁 58，自刊。

²⁷ 林工凱（2016），《以臨床裁量權取代醫療常規—適用法律於醫療案件的根本省思》，頁 117，銘傳大學法律系碩士論文。

為，甚而包含試行錯誤之過程，基本上其並不包含保證治療之性質²⁸。」對於醫療行為本質及具體內容為進一步完整、詳細闡釋，可資參考。



第二項 民俗療法

依據衛福部函釋，醫療行為又可分為「列入管理之醫療行為」與「不列入管理之醫療行為」。該分類方式乃肇因於我國國人傳統就醫習慣如收驚、刮痧等民俗療法，有構成醫師法第 28 條密醫罪之可能，故為避免爭議，衛福部曾發布函釋說明：「(一) 未涉及接骨或交付內藥品，而以傳統之推拿方法，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥與藥洗，對運動跌打損傷所為之處置行為。(二) 未使用儀器，未交付或使用藥品，或未有侵入性，而以傳統習用方式，對人體疾病所為之處置行為。如藉按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功與內功之功術等方式，對人體疾病所為之處置行為」等民俗療法，不列入醫療管理之行為及其相關事項²⁹。

然嗣後發布的〈推拿等民俗調理之管理規定事項〉取代了上開函釋，上開函釋於 99 年 3 月 15 日起停止適用。99 年 4 月 15 日〈推拿等民俗調理之管理規定事項〉又修正為〈民俗調理之管理規定事項〉，復經衛福部於 101 年 5 月 29 日函釋補充為：「一、以紓解筋骨、消除疲勞為目的，單純對人施以傳統之傳統整復推拿、按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、拔罐等方式，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥、或藥洗，所為之民俗調理行為，不得宣稱醫療效能。二、前項行為如以廣告宣稱醫療效能，依醫療法第 84 條、第 87 條等有關規定處分³⁰」、「有關醫療行為之認定，除為兼顧民俗調理之現況，而經醫師法主管機關行政院衛生福利部以民俗調理之管理規定事項明文列舉不列入醫療行為管理者外，倘施作者之主觀目的係以

²⁸ 嘉義地方法院 92 年度自字第 20 號判決。

²⁹ 行政院衛生署 (82) 衛署醫字第 82075656 號函。

³⁰ 行政院衛生署 (101) 衛署醫字第 1010206676 號函。

矯正、治療人體疾病及傷害為目的，或宣稱療效，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果以治療為目的所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的所為的處方、用藥、施術或處置等行為仍屬於醫療行為之範疇³¹」。

準此，不列入醫療行為管理之民俗調理範圍，日益限縮，中醫及民俗療法中之推拿³²、拔罐放血³³、整脊³⁴、薰臍³⁵、氣功替人治病³⁶、穴道按摩³⁷等方法，只要達到改變人體結構或身體機能，而非僅以消除疲勞、紓解筋骨為目的者，皆屬醫療行為³⁸。

第三項 美容醫學

第一款 美容醫學的性質

實務與學說熱烈討論者，尚有美容醫學的法律爭議。美容醫學應與整形美容區分，後者乃身體因先天或後天因素，造成組織構造不能行使正常功能或功能有減損，必須矯正始恢復正常生理功能者，如燒燙傷植皮。整形美容究其目的仍為對病人先天或後天之殘缺給予治療，只是以整形之方式為之，依上開定義仍屬醫療行為無疑。

美容醫學則係由醫師透過醫學技術，如手術、藥物、醫療器械、生物科技材料等，執行侵入性或低侵入性之醫療技術，來改善身體外觀的行為。接受者往往是在

³¹ 臺灣高等法院 104 年度侵上訴字第 16 號判決。

³² 行政院衛生署（73）衛署醫字第 470438 號函、行政院衛生署（100）衛署醫字第 1000001891 號函。

³³ 行政院衛生署（85）衛署醫字第 85041950 號函。

³⁴ 行政院衛生署（79）衛署醫字第 879801 號函。

³⁵ 行政院衛生署（97）衛署醫字第 0910062996 號函。

³⁶ 行政院衛生署（78）衛署醫字第 775340 號函。

³⁷ 行政院衛生署（81）衛署醫字第 8128741 號函。

³⁸ 魏伶娟（2017），〈論中醫傷科推拿之法律屬性及醫師詢問義務——兼評臺北地方法院 93 年度醫字第 1 號民事判決〉，《月旦民商法雜誌》，57 期，頁 81-84。

生理健康之基礎上，決定以破壞或影響正常組織結構之方法對外貌加以調整改善，目的在於滿足自身對美感的追求。

由於美容醫學契約中，美容醫學提供者乃是以「割雙眼皮」、「隆乳」等一定工作之完成為給付目的而收取報酬，甚至可以約定保證達到一定工作成果³⁹，若工作成果有瑕疵，提供者也能夠先行評估術後需負擔瑕疵修補責任之風險，據此約定合理的報酬數額；接受者則可在審酌其自身可負擔之費用後，選擇具備約定品質保障之給付。是美容醫學比起傳統醫療契約行為債務之性質，更接近於結果債務；比起委任契約，其定性更接近於承攬契約⁴⁰。

美容醫學接受者在進行療程前，往往對於所欲達到之效果有所想像；而醫師於諮詢過程中，因無急迫採取醫療行為之壓力，故可藉由來回充分溝通，在掌握接受者主觀之期待後，憑藉其所具備之專業知能和經驗，提供意見，雙方皆有選擇是否提供、或是否接受美容醫學之空間。是美容醫學客觀上缺乏醫療介入的急迫性需求，屬於選擇性手術，與以治療為目的之醫療行為中，醫師拒絕、或終止施作醫療行為之空間受到相當壓縮有別。

美容醫學相較傳統醫療行為，更側重商業利益考量。美容醫學療程並非健保所給付之項目，接受者皆須自費，昂貴的自費項目被美容醫學提供者當成商品販售給病人，以大量廣告、承諾效果等為招牌積極宣傳，甚至雇用行銷專員、推銷員大力推銷優惠、折扣、贈品，同時與美容美髮、化妝品、SPA 業者等結合成關係企業，建立階級化的收費方式吸引上層顧客，提供者則從中賺取高額利潤、員工可依據業績抽成。美容醫學提供者主動刺激消費、吸引顧客上門，甚至可能在營利目的驅使

³⁹ 例如臺灣桃園地方法院 100 年度簡上字第 134 號判決中，原告希望能除去手臂上的刺青，被告醫師審視刺青後就向原告保證可以將刺青「除到好」。

⁴⁰ 張宇葭（2019），〈整形手術後外觀美醜案：論美容醫學之醫療特性〉，《月旦醫事法報告》，33 期，頁 100-101。楊玉隆（2019），〈整形手術後外觀美醜案：未曾約定的美麗如何給付？〉，《月旦醫事法報告》，33 期，頁 77-78。吳志正（2006），〈醫療契約之定性〉，《月旦法學雜誌》，139 期，頁 205-206。

下，勸誘接受者為不適當的療程，其作為已與傳統醫療提供者被動的提供治療疾病服務不同⁴¹。

又依據學者實證研究，美容醫學接受者會因提供者的包裝、廣告、承諾產生期待，並出於使外表更美觀的動機，而付出高於傳統醫療的費用、接受醫療處置，接受者明確認知美容醫學並非必要的行為、且自己並非有治癒疾病需求之「病人」⁴²。不管是從提供者的角度或接受者的角度，兩方顯然都對美容醫學與傳統醫療行為有別的事實，具有充分認知。

總體而言，傳統醫療行為乃對於疾病風險的攔截，美容醫學卻是主動創造了風險，兩者行為本質並不相同。惟細觀美容醫學之過程，雖非基於治療之目的，但提供者仍是以其專業知識與技術，提供藥物或對人體有侵入性之作為，而影響或改變接受者之人體結構及生理機能，進而可能危及接受者之生命、安全，結果上與傳統醫療行為致病人權利受侵害之情形並無二致，基於法律填補損害之功能，自無僅以非本於治療目的的理由，將美容醫學剔除於醫療責任的規範範圍外之理⁴³。

其實，除了美容醫學外，在現今醫學知識發達的時代，非出於診斷治療目的、但卻運用醫學技術與知識於健康無疾病人身上之行為相當多，例如人工流產、結紮、變性、人工生殖、人體試驗、器官移植之捐贈者等等。在衛福部函釋的定義下，上開行為都可能被認為非醫療行為。然正如上文所述，縱非出於診斷治療目的，上開行為仍屬醫師運用其醫學知識與技術所為的措施，必須由具有醫師資格之人始可執行，且有侵害他人生命、身體健康之虞，若單純以衛福部函釋之定義即將上開

⁴¹ 魏伶娟（2017），〈論非治療性微整型美容與消費者保護法之適用〉，《高大法學論叢》，12卷2期，頁259-263。劉宏恩（2014），〈醫美亂象與消費者保護法的適用〉，《消費者報導雜誌》，400期，頁56-61。趙西巨（2013），〈醫療美容服務與醫療損害責任〉，《清華法學》，7卷2期，頁82。

⁴² 劉宏恩、吳采玟（2019），〈美容醫學醫療行為是否具消費行為性質的法社會實證研究——兼論醫療法第82條新法與消費者保護法適用之關係〉，《月旦醫事法報告》，32期，頁7-30。

⁴³ 朱柏松（2008），〈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（著），《醫療過失舉證責任之比較》，頁16-17，國立臺灣大學人文社會高等研究院。



行為排除於醫療行為外，而不受醫療法等相關法律之規範，顯然過度流於形式，對醫療品質與病人權益的提升亦有損。

綜上，一個行為是否屬醫療行為，不應僅以動機是否出於診斷治療為準，而應以該行為是否已對人體的生理結構或機能產生影響為斷，不論是「以診療、矯正或預防疾患為目的，且有實質診治行為或處方用藥之行為者」，或是「非基於診療目的，但含有藥物或對人體有侵入性之給與，或已達影響或改變人體結構及生理機能者⁴⁴」，皆應認屬於醫療行為。

美容醫學雖非基於診斷治療目的，但仍然影響或改變了人體結構或生理機能，應肯認其屬醫療行為，而與傳統醫療行為併受規範，實務判決⁴⁵、衛福部⁴⁶亦採此見解。

第二款 美容醫學適用醫療法第 82 條？

美容醫學在現代社會相當活絡，不論是醫療提供者或是病人，投入美容醫學行業的人都越來越多，但相對的，實務上美容醫學糾紛的件數也越來越高。依據學者研究，不論是民事或刑事訴訟，美容醫學相關案件的件數都有明顯增長，在近年醫

⁴⁴ 吳志正（2005），《醫療契約論》，頁 12-15，私立東吳大學法律系研究所碩士論文。陳聰富（2015），〈醫療行為與犯罪行為〉，氏著，《醫療責任的形成與展開》，頁 85，國立臺灣大學出版中心。

⁴⁵ 最高法院 107 年度台上字第 4587 號刑事判決。

⁴⁶ 衛福部（102）衛部醫字第 1021681168 號函：「依本部 102 年 8 月 19 日召開「美容醫學諮詢委員會」第 2 次會議決議，將「美容醫學」定義為：「一般係指由合格醫師透過醫學技術，如：手術、藥物、醫療器械、生物科技材料等，執行具侵入性或低侵入性醫療技術來改善身體外觀之醫療行為，而輔以治療疾病為目的」。爰此，「美容醫學」屬「醫療勞務」之範疇，醫師從事美容醫學須涉及醫學專業而得認屬其係本於醫學專業而提供之專業性勞務。又醫療本身存有不確定之風險，爰更應由受過專業訓練之醫事人員本於高度管理之專門職業法規之規範執行之，始得確保民眾進行美容醫學處置之安全性。」衛福部並於 103 年 8 月 21 日再度發布新聞稿重申之，見衛生福利部 103 年 8 月 21 日新聞稿，〈衛生福利部重申「美容醫學」屬「醫療行為」範疇〉，<https://www.mohw.gov.tw/cp-3204-21697-1.html>（最後瀏覽日 05/25/2019）。

療刑事判決中(2016年5月到2019年5月)，美容醫學所佔的比例(18%)更是躍升各科別中第一⁴⁷。美容醫學是否適用醫療法第82條，對於實務將有一定的影響。

美容醫學既屬於醫療行為，則依照條文定義自得適用醫療法第82條。然而，自立法理由稱「醫療行為乃醫事人員出於救死扶傷之初衷，目的為降低病人生命與身體的風險，並對社會具有公共利益。近年醫療爭議事件動輒以刑事方式提起爭訟，不僅無助於民眾釐清真相獲得損害之填補，反而導致醫師採取防禦性醫療措施，甚至導致醫學生不願投入高風險科別」等語可知，醫療法第82條的修法背景乃針對以治療、診斷為主的傳統醫療行為，希望減低醫事人員於救傷中的壓力與責任，進而改善五大皆空的現象，未曾考慮到美容醫學與傳統醫療行為截然不同的性質，是在修法通過後，即有見解質疑美容醫學也一體適用醫療法第82條之妥當性。

實務通說認為醫療行為應適用過失責任，最大考量在於避免防禦性醫療，然而此論點在美容醫學無法成立。蓋傳統醫療行為目的是在「治療」疾病傷害，希望透過醫療介入來「減輕」病人的健康風險，是以需考量醫療提供者因害怕責任而不願積極治療病人；但在美容醫學的情形，接受者原本是健康的，是醫療的介入創造了新的風險，我們反而需要擔心接受者過度暴露在新興風險下，又何需擔心提供者「防禦性」的「不願創造風險」⁴⁸？

現今社會互動緊密，同一事物或行為，因為同時符合多重性質與多種法令的規範目的，而同時適用多種法律的情形，所在多有，例如交通事故造成傷害，往往同時涉及刑法過失傷害、民法損害賠償責任，及違反道路交通管理處罰條例的行政責任者。同理，醫療行為與消費行為，亦非非黑即白、互斥的概念，一個行為可能同時具有醫療行為與消費行為的性質。

與傳統醫療行為相較，美容醫學即具有醫學行為與消費行為雙重性質。一方面，美容醫學療程中醫事人員以專業知識技術，改變、影響人體的機能生理結構，

⁴⁷ 廖建瑜(2019)，〈從判決快遞看醫療訴訟之發展趨勢〉，《月旦醫事法報告》，36期，頁113-140。

⁴⁸ 劉宏恩，前揭註41，頁60。



仍涉及醫療行為的範疇，一方面，其核心價值已明顯偏離傳統醫療行為，公益性也被營利性幾乎取代，接近消費行為。

平等原則作為基本權之一，其核心意義在於實質上的平等，即必須從事物之本質為角度出發，相同的事件應為相同的處理，不同的事件就應該為不同之處理，禁止不合理的差別待遇。美容醫學提供者積極創造風險、主動招攬顧客，其行為本質與傳統醫療行為顯然有異，卻得與傳統醫療機構同適用醫療法第 82 條、同享責任減輕，利潤卻比傳統醫療機構更高，與平等原則顯然有違，更可能變相讓更多醫師選擇投身醫美產業，反加劇五大皆空現象。


即使就現行條文與解釋結果，美容醫學也屬於醫療法第 82 條的適用範圍，但主張本次修法的立法委員亦針對美容醫學是否適用醫療法第 82 條之疑義，明確表示「美容醫學是否為醫療行為、是否為消費行為還需再定義」，並要求衛福部為相關檢討，顯見立法者也已注意到現行法規運作下的不合理結果⁴⁹。美容醫學既與傳統醫療行為已有顯著不同，若沒有進一步做立法目的與事物性質的思考，也不做類型化區分之見解，即一概將所有醫療行為適用相同規範，顯過度流於形式而偏離現實，不足以說服人。

針對此一問題，學說見解有認美容醫學不應適用醫療法第 82 條、而應適用消保法無過失責任，始能合理分配醫療糾紛的風險與責任者⁵⁰，亦有認美容醫學仍屬醫療行為，應遵守實務通說不適用消保法者⁵¹，惟不論採何種見解，加重美容醫學提供者責任，應屬各方共識。

⁴⁹ 〈醫療過失去刑化不排除醫美？林靜儀：醫美是否為醫療行為需再定義〉，信傳媒，12/21/2017，<https://www.cmmedia.com.tw/home/articles/7487>（最後瀏覽日：09/22/2019）。

⁵⁰ 魏伶娟，前揭註 41，頁 292。劉宏恩，前揭註 41，頁 60-61。〈醫美糾紛多 消基會籲納入消保法〉，中國時報，05/17/2014，<https://www.chinatimes.com/newspapers/20140517000854-260114?chdtv>（最後瀏覽日：09/22/2019）。

⁵¹ 張宇葭，前揭註 40，頁 96。醫療行為究否適用消保法無過失責任，乃學說上重大爭議，惟此非本文重點，囿於篇幅，肯否之詳細理由暫置不論。



本文認為，現代醫療行為的樣態愈趨多元，將醫療行為按其本質異同而進行不同評價應有必要⁵²。至於如何評價始為合理，則可進一步詳細討論。美容醫學雖非基於診斷治療目的，也不具必要性與強烈公益性，然其終是以藥物或對人體有侵入性之給與，而影響或改變人體結構及生理機能，不能排除醫療行為有限性、不可預測性與裁量性之本質，應認仍有醫療法第 82 條之適用。

然而，醫療法第 82 條第 5 項新訂有醫療機構之獨立責任，是在適用該項時，應加重美容醫學提供者的責任，嚴格認定其注意義務之程度與內容，加重其告知說明義務與資訊揭露義務，活用舉證責任的減輕與轉換、要求醫療機構應舉證證明其無過失，並放寬對責任成立因果關係與責任範圍因果關係的認定，使接受者的損害較能夠受到填補，始符公平。

第四項 醫療輔助行為

第一款 定義

醫療行為依照行為主體、行為類型與行為方式的不同，可再分為核心醫療行為與醫療輔助行為，前者如醫療工作之診斷、處方、手術、病歷記載及施行麻醉等，係屬醫療業務之核心，僅得由醫師親自為之，本章第一節第一項至第三項討論之醫療行為，即屬核心醫療行為。而醫療輔助行為之行為主體則不限於醫師，各類醫事人員得本其專門職業法規所規定之業務，在醫師就特定病人診察後，依照醫師之醫囑執行之，行為時不限於醫師親自在場指示或目視所及範圍以內⁵³。

⁵² 相同見解：魏伶娟，前揭註 41，頁 268。

⁵³ 行政院衛生署（90）衛署醫字第 0900043784 號函、行政院衛生署（99）衛署醫字第 0990077403 號函。



又護理人員法第 24 條規定，護理人員及專科護理師得於醫師指示監督下為醫療輔助行為⁵⁴。醫療輔助行為為一不確定法律概念，依司法院釋字第 586 號解釋意旨，在法條使用之法律概念有多種解釋可能時，主管機關衛福部得基於職權，針對不確定法律概念作出解釋性之行政規則⁵⁵。

依照衛福部歷年函釋，醫療輔助行為之範圍包括：輔助施行侵入性檢查；輔助施行侵入性治療、處置；輔助各項手術；輔助分娩；輔助施行放射線檢查、治療；輔助施行化學治療；輔助施行氧氣療法（含吸入療法）、光線療法；輔助藥物之投與；輔助心理、行為相關治療；病人生命徵象之監測等，及針灸療法之取針與灸法、耳穴埋豆法、中藥超聲霧吸入、中藥保留灌腸、坐藥法等行為之輔助施行、抽血⁵⁶、注射⁵⁷、導尿⁵⁸、抽痰⁵⁹、氣切套管及導尿管定期更換⁶⁰、鼻胃管定期更換與拔除⁶¹、簡易褥瘡清創術⁶²與簡易之傷口縫線拆除⁶³等。

⁵⁴ 護理人員法第 24 條：「護理人員之業務如左：一、健康問題之護理評估。二、預防保健之護理措施。三、護理指導及諮詢。四、醫療輔助行為。前項第四款醫療輔助行為應在醫師之指示下行之。」

⁵⁵ 邱慧洳（2014），〈論專科護理師的執業範圍與值班現象〉，《全國律師》，18 卷 8 期，頁 55。

⁵⁶ 行政院衛生署（86）衛署醫字第 86012072 號函。

⁵⁷ 行政院衛生署（93）衛署醫字第 0930004477 號函。

⁵⁸ 行政院衛生署（92）衛署醫字第 0920063011 號函


⁵⁹ 行政院衛生署（90）衛署醫字第 0900029999 號函。

⁶⁰ 行政院衛生署（97）衛署醫字第 0970206340 號函、行政院衛生署（90）衛署醫字第 0900029999 號函。

⁶¹ 行政院衛生署（97）衛署醫字第 0970201201 號函。

⁶² 行政院衛生署（93）衛署醫字第 0930022696 號函。

⁶³ 行政院衛生署（90）衛署醫字第 0900043784 號函。



另依據相關法規，助產人員得獨立執行灌腸、導尿、會陰縫合、給予產後子宮收縮劑⁶⁴及其他經中央衛生主管機關認定之醫療輔助行為⁶⁵；專科護理師則得於醫師監督下直接從事侵入性及非侵入性處置、檢查之初步綜合判斷及相關醫療諮詢、預立特定醫療流程所需表單之代為開立、檢驗等⁶⁶。然縱開立表單或檢驗單，仍需註明指示醫師之姓名及時間或嗣後由醫師再補開⁶⁷，是其行為仍屬醫療輔助行為之性質。至於氣切套管初次更換與拔除⁶⁸、鼻胃管初次置入⁶⁹、非簡易褥瘡清創術與非簡易傷口縫線拆除⁷⁰等，僅可由醫師親自執行，非屬醫療輔助行為。

衛福部雖已做出諸多函釋，然而醫療輔助行為與核心醫療行為之界線仍模糊，光憑函釋難以判斷介於模糊地帶的醫療行為是否為醫療輔助行為。況核心醫療行為與醫療輔助行為之態樣多元，其可能隨著時空而改變，有些核心醫療行為，亦可能因護理人員素質提升而得以執行，光憑衛福部針對行為類型一一做出函釋，無法應付臨床實務之變化⁷¹，因此有學者建議將醫療行為之定義法制化，而非透過衛福

⁶⁴ 助產人員法第 25 條：「助產人員業務如下：一、接生。二、產前檢查及保健指導。三、產後檢查及保健指導。四、嬰兒保健指導。五、生育指導。六、其他經中央主管機關認定之項目」第 26 條：「助產人員於執行正常分娩之接生時，得依需要施行灌腸、導尿、會陰縫合及給予產後子宮收縮劑等必要事項。」

⁶⁵ 行政院衛生署（90）衛署醫 0900017655 號函、行政院衛生署（85）衛署醫字第 85072934 號函、衛福部（103）照字第 1031561132A 號函。

⁶⁶ 專科護理師於醫師監督下執行醫療業務辦法第 3 條：「專師及訓練專師於醫師監督下得執行之醫療業務（以下稱監督下之醫療業務），其範圍如下：一、涉及侵入人體者：（一）傷口處置。（二）管路處置。（三）檢查處置。（四）其他處置。二、未涉及侵入人體者：（一）預立特定醫療流程所需表單之代為開立。（二）檢驗、檢查之初步綜合判斷。（三）非侵入性醫療處置。（四）相關醫療諮詢。」

⁶⁷ 衛生署（96）衛署照字第 0962801033 號函：「五、在醫師指示下，得開立領藥單，但該領藥單上需註明指示醫師之姓名及時間，該指示醫師並應於二十四小時內，依醫師法及醫療法之相關規定，親自補開立處方箋。六、其他經中央主管機關認定宜由專科護理師執行之醫療輔助行為。」

⁶⁸ 行政院衛生署（97）衛署醫字第 0970206340 號函。

⁶⁹ 行政院衛生署（93）衛署醫字第 0930052157 號函。

⁷⁰ 行政院衛生署（90）衛署醫字第 0900043784 號函。

⁷¹ 邱慧洳，前揭註 55，頁 53。

部的函釋不斷加以解釋，始能解決爭議，並保障護理人員及護理師於執業時無須擔憂是否觸犯密醫罪⁷²。



第二款 醫療輔助行為適用醫療法第 82 條？

自保護病人立場觀之，醫療輔助行為僅是因其危險性較低，並非涉及專屬醫療工作之診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉等，故可由醫師就特定病人診察後，交由護理人員依醫師指示為之而已，其本質仍屬醫療行為⁷³，如護理人員或專科護理師於醫療輔助行為過程致病人受有損害，自應負責。修正前醫療法第 82 條條文僅以概括性的「違反醫療上必要注意義務」為客觀責任構成要件，是醫療輔助行為亦得適用醫療法第 82 條，並無疑義。

惟修正後醫療法第 82 條第 2 項規定，醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且「逾越合理臨床專業裁量」所致者為限，負損害賠償責任，則依照條文文義，縱為醫療行為，仍須以「醫事人員對該行為有臨床裁量空間」為前提，始有可能因「逾越合理臨床專業裁量」而為本條之規範客體。

一般討論醫療責任時，多以醫師為討論中心，無需特別討論醫師是否有臨床裁量空間而適用修正後醫療法第 82 條；然醫療輔助行為原則上乃行為人單純遵照醫師指示為之，行為人似無自主決定的裁量空間，則其於執行醫療輔助行為造成病人損害時，是否依據醫療法第 82 條負責、還是僅得依據民法等其他法規負責，於修法後即浮現疑義。

舉例言之，醫師就醫療行為本身具有自主獨立權限，得依據自身之智識經驗直接給予病人判斷、處置，則在給予判斷、處置時可能會涉及到臨床裁量，自不待言。

⁷² 郭吉助（2008），〈論醫事法律上之醫療行為（二）-由法制面談起〉，《法務通訊》，2380 期，頁 2-3。

⁷³ 行政院衛生署（82）衛署醫字第 8255075 號函。


但護理人員法第 24 條第 1 項第 4 款規定「醫療輔助行為為護理人員之業務，應在醫師之指示下行之」，護理人員既須依據醫師指示為醫療輔助行為，則在其依照醫師指示執行醫療業務而因故意過失肇致病人受有損害時，是否仍能符合「逾越合理臨床專業裁量」之要件而依醫療法第 82 條第 2 項負責？

此可分三種情形分別觀之：第一種，醫師所為之指示本身即有過失，護理人員單純執行此一有過失之指示。在此種情形，護理人員執行指示時，乃遵從醫師之意思，沒有臨床裁量之空間，無法構成醫療法第 82 條之責任。且醫師原則上應親自執行指示，僅是基於現代分工之理念與時間效率成本等考量，藉由護理人員代為執行、完成指示而已，護理人員之性質，接近於醫師延伸之手足或是使用人，是該過失所造成的損害結果，自應由下指示之醫師自行負責，衛福部亦採此見解⁷⁴。

第二種情形為醫師所為之指示本身無過失，但護理人員之具體執行過程有過失。過失既來自於護理人員之行為，則所肇致之損害結果自應由護理人員負責。然而，護理人員雖於執行指示中有過失，是否能構成本項責任，仍須視其執行指示時是否有臨床裁量之空間為斷。蓋基於分工的概念，實務上醫師對於護理人員的指示，往往只是綱領性或目標性的說明，具體的流程與操作仍是由護理人員決定，亦即在醫療處置執行面上，護理人員仍然有臨床裁量之可能，是若護理人員就該醫療輔助行為之執行上有裁量空間而有過失時，自應依本條負責。

惟如護理人員完全遵照醫師之具體指示，僅作為醫師延伸之手足執行之，縱其有過失，仍因其行為不具有臨床裁量之空間，無從以本條繩之。惟其既於行為時因過失造成病人的損害結果，仍應依民法第 184 條第 1 項前段負損害賠償責任。

⁷⁴ 行政院衛生署 (80) 衛署醫字第 942103 號函：「按護理人員執行醫療輔助行為，應在醫師之指示下行之，於護理人員法第二十四條第二項已有明定。至所稱指示，得由醫師視情況自行斟酌指示方式或以醫囑為之，惟該指示行為所產生之責任，應由指示醫師負責。另所稱醫療輔助行為，乃係指依本署六十五年六月十四日衛署醫字第一一〇五四號函（如附影本）規定得由輔助人員為之行為。」



第三種情形則為醫師未特別下指示，而由護理人員獨立執行業務之情形，此種情形特別容易發生在需持續照護的住院病人。由於病人需要長期、持續性的觀察監測與照護，醫師不可能隨時在個別病人身邊待命或是對所有細節一一指示，是大部分的觀察監測與照護工作，其實是由護理人員獨立執行。依據學者研究，常見的護理過失可歸納為：一、護理不周，疏於注意按時巡視病房；二、對昏迷、神智不清、行動不能自理、小兒科患者等，未認真執行醫護規則而致發生損害；三、僅著重醫療，對病人的情緒、反應未加以觀察；四、交接班不仔細，未執行交接規則，遺忘醫囑、危急病人需要的特殊處理等；五、未認真執行醫囑、錯抄醫囑，止血處理不當，遇有疑難問題未請示醫師等⁷⁵。

在上開過失情況中，護理人員並非在醫療常規外或多種治療方式間具有臨床裁量之空間，而是直接違反了護理上應有的行為準則，雖囿於條文構成要件無從以醫療法第 82 條繩之，惟其於行為時因過失造成病人的損害結果，仍應依民法第 184 條第 1 項前段或第 2 項負損害賠償責任⁷⁶。然若在護理人員自行決定醫療處置執行方式而仍保有裁量空間之情形，護理人員如有過失，仍應依本條負責。

綜上所述，在醫療法第 82 條已明訂責任構成要件下，一個醫療行為是否構成醫療法第 82 條之責任，應審究行為人對於該行為是否有臨床裁量之空間。若行為人對於醫療行為有臨床裁量之空間，則對於醫療過失之判斷，應遵守醫療法第 82 條之規定。若行為人對於醫療行為無臨床裁量之空間，則縱其於本質上無法適用醫療法第 82 條，仍應視其是否有違反注意義務之情形，判斷是否構成民法上之責任。

⁷⁵ 張新寶（2008），〈大陸醫療損害賠償案件的過失認定〉，朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富（著），《醫療過失舉證責任之比較》，頁 99-100，國立臺灣大學人文社會高等研究院。

⁷⁶ 例如臺灣高雄地方法院 104 年度醫字第 24 號判決中，依據高雄榮總的臨床護理技術規範，護理人員在實行血液透析治療時，有將導管出口與血液迴路管銜接後旋緊接頭固定之注意義務，此注意義務即與臨床裁量無關。被告護理人員於實行血液透析治療前，未注意將接頭旋緊固定，致導管鬆脫，導致被害人因低血容性休克而死亡，自應負侵權行為損害賠償責任，無法以臨床裁量主張沒有過失，



第二節 醫療上必要注意義務

第一項 注意義務的內涵

過失責任作為歸責原理，乃著眼於十九世紀以來強調之人本價值，重視並尊重個人行為自由同時調和社會安全之需求，並肯定個人具有認知、判斷、選擇的能力，是個人就自己過失行為所肇致之損害應負責；反之，行為人如就其行為已盡相當之注意，縱造成損害亦無須負責。另一方面，過失責任作為歸責原理，具有廣泛適用性，擴大了侵權行為法的適用範圍，同時發揮損害填補、移轉分散及預防的重要功能。

現代社會科技發展日新月異，雖帶給人類社會更多的便利與進步，同時卻也帶來更多不同類型的損害事故，已遠遠超出人們的想像，上開原則在現代社會中，更具有重要意義，蓋其提供了行為人活動的一般性指標，使行為人得認知其行動範圍與程度之界線，無須就其行為之結果瞻前顧後、綁手綁腳，保障了一定的發揮空間，進一步促進社會經濟發展。

我國過失之認定，以最高法院 42 年台上字第 865 號判例見解為代表：「過失為注意之欠缺，民法上所謂過失，以其欠缺注意之程度為標準，可分為抽象的過失、具體的過失，及重大過失三種。應盡善良管理人之注意即依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意而欠缺者，為抽象的過失；應與處理自己事務為同一注意而欠缺者，為具體的過失；顯然欠缺普通人之注意者，為重大過失。故過失之有無，抽象的過失以是否欠缺應盡善良管理人之注意定之，具體的過失則以是否欠缺應與處理自己事務為同一之注意定之，重大過失則以是否顯然欠缺普通人之注意定之，苟非欠缺其注意，即不得謂之有過失⁷⁷。」

⁷⁷ 最高法院 42 年台上字第 865 號判例、19 年上字第 2746 號判例。

注意義務之寬嚴，影響過失責任的規範強度。著眼於專業人員之職業特性及基於與當事人之信賴關係，專業人員應本於其專業能力、工作經驗及職業責任，在執行業務時，對於相對人或利害關係人負有保護、照顧或防範損害發生之注意義務⁷⁸。

對於專門職業人員之過失認定，應考量其知識與技術水平的專業性。知識與技術水平經常影響行為人察知危險、避免損害發生的能力，其水平高度固然因人而異，但得因適當訓練與充足經驗而改善，是在過失採取客觀標準之概念下，任何人均應認識到一般通認、對於特定行為應有的危險，而在行為人具有特別知識時，並應利用該特別知識盡到應有的危險認知與損害防止義務。故所謂專業人員之過失，係指一般與行為人從事相同職業行為之人，依據共同具有之技術與知識，應為一定行為而未為，致生損害者而言；專業人員是否盡到合理的注意義務，應依據從事相同職業之人，所共同具有之技術與知識予以判斷⁷⁹。

依學者見解，病人對醫事人員的專業性有高度信賴，此種信賴有三層涵義：一、認為醫事人員有對於自己專門領域的工作具備最起碼基準的能力保證；二、信賴醫事人員得於醫療過程中依照當下情形做出最佳決策；三、信賴醫師能為之保守秘密與隱私⁸⁰。病人基於此種信賴關係而將自己的生命身體健康託付給醫事人員，醫事人員對於病人的信賴則負有注意義務。要求醫事人員於醫療行為違反注意義務時應就事故損害負責，不但有助督促醫事人員提高注意程度，避免同一損害再次發生，以確保社會安全，具有道德正當性基礎與強烈倫理說服力，亦同時保障醫事人員的行動自由與個人尊嚴，避免醫事人員動輒得咎⁸¹。

於判斷醫療過失時，應依醫事人員是否違反善良管理人之注意、即醫療上必要注意義務為斷。任何醫事人員皆必須具有合理的技術與知識程度，就醫療個案本於診療當時之醫學知識，審酌病人病情變化，盡到一位具有相同經驗與身分、正常且

⁷⁸ 最高法院 100 年度台上字第 328 號判決。

⁷⁹ 陳聰富（2015），〈醫療民事責任之過失判定〉，氏著，《醫療責任的形成與展開》，頁 355-356，國立臺灣大學出版中心。

⁸⁰ 張新寶，前揭註 75，頁 85-86。

⁸¹ 陳忠五，前揭註 20，頁 9。

謹慎的職業人員，可以合理期待的注意與技術程度⁸²；而由於專科醫師相較於其他科醫師，對於該專科具有更高之危險認知能力與技術，是專科醫師對其專科內的注意義務標準應高於一般醫師，於盡到其能力水平所應具有的注意程度，始得謂已盡注意義務⁸³。

第二項 主客觀歸責事由的區別

醫療法第 82 條第 2 項立法理由明言「過失」之定義為「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」，此處之違反注意義務原應指主觀上的歸責事由，即行為人就損害發生未盡必要注意的心理狀態，不涉及醫療行為是否違反行為規範或準則的不法性問題。


而義務違反或行為不法的判斷，乃是為宣示或確認某種醫療專業上應該共同遵守的行為準則存在；至於行為人主觀上是否有過失，應視其對於盡該義務是否有個人應注意能注意而未注意之情事。行為人之所以應就損害發生負責，不僅僅是因其主觀上未盡注意之能事而具有過失，且是因其行為客觀上違反了應該共同遵守的行為準則而具有不法性，兩者乃不同層次的歸責事由⁸⁴。

在德國法，依據德國民法第 276 條第 1 項，醫師實行醫療行為時若未注意一般交易上所要求的注意程度即為有過失。一般交易上所要求的注意程度高於一般習慣上注意程度，醫師在該注意程度的期待下，應控制醫療行為的危險或避免危險

⁸² 最高法院 106 年度台上字第 339 號判決、106 年度台上字第 1267 號判決、106 年度台上字第 1609 號判決、106 年度台上字第 2047 號判決、106 年度台上字第 1048 號判決、106 年度台上字第 227 號判決等。

⁸³ 李伯璋、曾平杉（2017），《醫療紛爭在臨床醫學與法律實務的探討》，頁 32，二版，新學林出版股份有限公司。盧映潔、葛建成、高忠漢（2006），〈論醫療行為之常規診療義務〉，《臺大法學論叢》，35 卷 4 期，頁 166。侯英冷（2001），〈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》，73 期，頁 116-117。張新寶，前揭註 75，頁 94。陳聰富，前揭註 79，頁 356。

⁸⁴ 陳忠五，前揭註 20，頁 9-10。



發生。至於注意程度的判斷標準，德國學說上雖有認應考慮個人的注意能力，即必須對醫師有期待可能性，然通說和實務認為在專業行為中不可能嚴格區分客觀錯誤行為和主觀歸責事由，且為加強對病人的保障，過失認定應客觀化，醫師是否認識或預見自己的醫療行為違反客觀上可期待的注意程度，對其過失責任成立與否意義不大，醫師應負客觀化的注意義務⁸⁵。

在過失客觀化下，過失與不法性雖為不同責任構成要件，然兩者密切相關，過失判斷的重點在於行為人的行為是否符合客觀上具有良知與理性之人的注意能力，而非行為人的心理狀態，行為人是否知悉或可避免損害發生，已非重要⁸⁶。

我國實務在醫療責任中，往往以「主觀過失」之名掩蓋了「客觀行為不法」檢驗，直接以「違反注意義務」而認定醫事人員之行為有「過失」，實際上已遮蔽了過失的原始意義。判斷個別醫事人員行為是否具有過失，已不再著重其於損害發生時事實上的注意能力或程度，而是一般理性專業的醫事人員處在相同情況下應有的注意能力或程度，此一注意能力或程度，已經不是主觀的心理狀態，而是客觀的行為準則。

易言之，我國實務上所稱的醫療過失，實質上已包含醫療行為不法性之判斷結果，兩者有重合之現象，若醫事人員之行為違反醫療上之注意義務，其行為不但具不法性，且為有過失⁸⁷。

第三項 契約責任與侵權責任的區別

醫病關係的成立，大多係基於醫療契約而來，醫療案件又往往牽涉病人生命、身體健康等重要人格權利，是在醫病關係間有契約存在時，侵權責任與契約責任成

⁸⁵ 侯英冷，前揭註 83，頁 117。

⁸⁶ 陳聰富（2017），《侵權行為法原理》，頁 229-230，元照出版有限公司。

⁸⁷ 陳忠五，前揭註 20，頁 9-10。



立請求權競合之機率非常高，實務上病人在提起醫療訴訟時，一般亦皆會同時主張侵權責任與契約責任。

侵權責任過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意義務為斷，亦即以一般具有相當知識經驗且勤勉負責之人，在相同情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準繩，作為兼顧被害人權益保護與加害人行為自由之平衡點。

契約責任中債務人是否具有可歸責性，則應視其有無盡到契約約定或法律規定之注意義務而定，如其注意義務未經約定或法律未規定者，始依民法第 220 條以故意或過失為其主觀歸責事由⁸⁸。惟在醫療契約中，一般病人不會特別就歸責事由與醫療提供者為約定，依照上開說明，醫療契約的歸責事由自亦以故意過失為斷，則醫療注意義務在契約責任與侵權責任是否真有差異而有區別的必要？

按契約責任與侵權責任體系各有不同的規範功能，契約責任的核心理念在於保護特定人間的特定契約利益，與侵權責任功能在於保障任何人的一般生活利益有別。契約責任以契約義務的違反為前提，此一契約義務，來自於特定人與特定人間基於自由意志所成立的個別契約關係，乃一種「約定義務」。相較之下，「任何義務」的違反均可能發生侵權責任，此一義務的存在，來自於任何人與任何人間的一般社會生活關係，性質則屬於一種「法定義務」，兩者顯然不同⁸⁹。

惟在醫療契約中，因醫學有其有限性，且醫療效果受到病人體質、醫學上未知等多重因素影響，醫療提供者一般無法擔保必定達到治癒之效果，是醫療契約的給付義務，不在於確保疾病的治癒，而在於醫療提供者應提供合格的醫事人員與必要設備，並以其專業知識、技術與經驗，為病人進行醫療行為。此一行為義務，通常並非醫療契約當事人間基於醫療契約關係所生的約定而生，而係醫療機構或醫事人員執行醫療業務過程中對病人所負的一般性義務。當事人間存有醫療契約關係

⁸⁸ 最高法院 106 年度台上字第 1048 號判決。陳自強（2011），〈契約過失責任與無過失責任之間—歸責事由之比較法觀察〉，《政大法學評論》，123 期，頁 7-8。

⁸⁹ 陳忠五（2008），《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 8-9，新學林出版股份有限公司。



時，固然負有此一義務，但此一義務「並非固有意義的、嚴格意義的契約義務，僅是伴隨或附著於契約關係，基於法令規定、醫療倫理、醫療慣行、誠信原則或公序良俗所課予的義務⁹⁰。」

是在醫病關係間存有醫療契約時，醫療提供者因違反注意義務成立契約責任，亦因違反注意義務成立侵權責任，兩者構成請求權競合，縱當事人間不存在契約關係，其依然負有相同之義務，該義務可隨時抽離於契約而獨立，本質實無不同。在討論醫療注意義務時，比起區分義務來源為侵權責任或契約責任，不如著重探討義務之內涵與判斷標準，對於醫療責任的判斷會更有幫助。

第四項 注意義務的類型

醫事人員之注意義務來源，可區分為專業義務及除上開範圍以外之其他義務，前者乃醫療專業知識或技術水準上所應遵循的行為規範或行為準則，後者則包含醫療專業良知或職業倫理上所應遵行的規範，與當時既存的醫療專業知識或技術水準無必然關係⁹¹。專業義務與非專業義務之其他義務性質與來源皆不同，於決定該義務違反是否構成醫療法第 82 條責任時，應區分討論之。

第一款 專業義務

專業義務指醫事人員於從事病情的檢驗、診斷、治療方法的選擇、治療措施的執行以及病情發展過程的追蹤或術後照護等醫療行為，應符合當時既存之醫療專業知識或技術水準，而該既存醫療專業知識或技術水準，則源自於醫療專業領域上歷經長期知識與實務之累積、逐漸形成之行為規範或技術規則，包含醫療常規、醫

⁹⁰ 陳忠五，前揭註 20，頁 19。

⁹¹ 陳忠五（2008），〈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（著），《醫療過失舉證責任之比較》，頁 125-126，國立臺灣大學人文社會高等研究院。

療水準、臨床指引等，且基於醫療行為的高專業性與病人個體差異，醫事人員於履行專業義務時，仍得保有一定之裁量空間⁹²。



第二款 非專業義務之其他義務

第一目 義務來源

非專業義務之其他義務來源多來自於醫療倫理，比起醫事人員的行為自由，其存在的目的更偏向於對病人之保護。蓋醫療事業乃具有高度專業性及公益性之行業，並攸關病人之性命安全，醫事人員善盡專業義務外，應基於職業良知、職業道德，遵守一定之倫理規範。對於醫事人員醫療倫理之要求，最著名者應為醫學院畢業生宣誓之希波克拉底誓詞（Hippocratic Oath）。該誓詞於 1804 年法國蒙波利耶醫學院正式採用後，雖為符合現代社會潮流經歷多次修正，致現今使用之希波克拉底誓詞已非最初之內容，然其所宣示的諸多理念仍然被保存下來。希波克拉底誓詞乃以病人的「最佳利益」為核心，要求醫師嚴格自律自身的專業性及對病人的專業性，惟該誓詞是以醫師為主體，著重在醫師的責任，尚無病人自主權的觀念⁹³。

1948 年，世界醫學大會通過日內瓦宣言，進一步就醫師之人格操守、良心職業、犧牲奉獻之精神做進一步之總結。二次大戰期間，德、日等軸心國利用戰俘，施行許多慘無人道之人體試驗，震驚全世界，更引發世界對醫療倫理的深刻檢討，世界醫學大會則於 1964 年通過赫爾辛基宣言，明確提出不加害原則、行善原則、自主原則、公義原則等理念，即一般所稱之醫療倫理四原則，樹立了現代醫療倫理的綱領。

⁹² 101 年行政院會通過之醫療法第 82 條之 1 修正草案：「醫事人員執行醫療業務致病人死傷者，以故意或違反必要之專業注意義務且偏離醫療常規之行為為限，負刑事上之責任。但屬於醫療上可容許之風險，不罰。」即曾使用「專業注意義務」一詞。陳忠五（2008），〈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（著），《醫療過失舉證責任之比較》，頁 124-125，國立臺灣大學人文社會高等研究院。

⁹³ 王志嘉（2014），《病人自主之刑法基礎理論》，頁 14-15，元照出版有限公司。

1981 年，世界醫師總會又進一步將倫理的內涵細緻化，並提出里斯本宣言，將病人之醫療平等權、選擇權、自主權、知悉同意權、隱私權等概念具體化，並將觀察之角度從「醫事人員義務之違反」轉為「病人權利之保護」，開啟醫療人權的扉頁⁹⁴。


醫療倫理乃以哲學上之道德思考為理論基礎，探究身為醫事人員應有之「醫德」究竟為何。醫療倫理與醫病關係之發展密切相關，醫事人員應以照顧病人的生命與健康為使命，除維持專業自主外，當以良知和尊重生命尊嚴之方式執行醫療專業，以維繫良好的醫療執業與照顧病人的水準，除了考量對病人的責任外，同時也應確認自己對社會、其他醫事人員和自己的責任，並應基於倫理自覺，實踐自律、自治，維護職業尊嚴與專業形象。

除已明文化者外，醫療倫理乃在法律上對於醫事人員更高、更大範圍的道德要求，是醫事人員是否履行醫療倫理，並不以行為當下「執行醫療業務中」為限，只要行為人目前仍是有在執業之醫事人員，縱其行為時並非在執行醫療業務中，仍有構成違背醫療倫理之可能⁹⁵。

醫事人員從事攸關人之生命健康的專門職業，其行為不僅涉及醫事人員個人利益及病人福祉，更具有公共利益之性質，故非專業義務之其他義務之目的，大概可分為三種：對於病人之保護、醫事人員之職業自律、以及促進社會之公共利益。一個義務可能具有單一目的，也可能具有多重的目的，依據不同的規範目的，應有不同的規範設計與密度。

⁹⁴ 曾品傑（2012），〈我國醫療上告知說明義務之實務發展——最高法院相關判決評釋〉，《科技法學評論》，9 卷 1 期，頁 18-20。

⁹⁵ 最高行政法院 95 年度判字第 2054 號判決：「醫師法第 25 條規定之懲戒，係維持醫師職業倫理或紀律所必要之一種懲處方法，被上訴人於上訴人發布上開命令時，仍為醫院執業中之醫師，則自應遵守醫師法之相關規定．．．．．（醫師法第 25 條）第 3 款係就執行醫療業務而定，第 4 款則係對執行業務中之醫師違背醫療倫理而定，不以執行醫療業務為限。」



舉例言之，許多具有保護病人目的之義務，已於醫療法或醫師法中明文化，此種倫理與法律結合為一之現象，構成人類社會關係中獨樹一幟之類型⁹⁶。惟法定義務雖來自行政法規，然醫事人員之所以應負上開義務，並非僅依據法規，而是基於侵權行為法上之責任基礎及醫療契約關係；換言之，縱使無上開法規規定，基於侵權行為法上之義務規範及醫療契約之解釋，醫事人員仍對病人負有上開義務。

而具有促進社會公共利益目的的義務，多涉及行政上之管制，雖然也在相關醫療法規中明文化，但其立法目的、判斷標準、行為時點、違反效果與保護病人之義務不同，不涉及民事損害之分配，違反效果則以行政罰為主；甚至基於風險管制目的，只要醫事人員之行為已違反義務，即使未造成損害，醫事人員仍可能受罰。

至涉及職業自律目的之義務，如民眾愛用之「醫德」一詞，多僅為抽象原則，而非具體的規定，很難確切劃出單一明確的標準，因不具明確性而無法直接作為規範依據，其定義、認定方式，多由主管機關即衛福部及各該職業公會自行訂定，若有違背，則由主管機關與各縣市政府衛生局、職業公會移付懲戒。

當然，也有同時具有多重目的之義務。例如，對感染風險的控管義務，具有保護病人及促進社會公共利益雙重目的，要求醫事人員遵守該義務，不僅僅是為了保護個別病人，亦是為了避免造成大規模的傳染，其不但涉及民事上對病人的保護義務，也涉及傳染病防治法的行政管制規定，若醫事人員違反該義務，不但可能受處行政罰，也可能須對病人負擔損害賠償責任。

再如醫事人員之保密義務，也具有保護病人及職業自律之雙重目的，醫事人員應對執行業務中所知之資訊負保密義務，不但是基於職業道德，也是為了保護病人的隱私權。醫事人員違反該義務，不但可能受處行政罰、對病人負擔損害賠償責任，甚至可能構成刑事犯罪。

由於非專業義務之其他義務領域廣泛，在探討各義務之違反效果時，應詳加注意該義務的性質與規範目的，再決定如何適用相關規範，始能謹慎保持醫事人員行

⁹⁶ 詹森林（2008），〈德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（著），《醫療過失舉證責任之比較》，頁38，國立臺灣大學人文社會高等研究院。

為自由與規範目的間的平衡。對此本文擬以實務上最常遇到之保密義務與告知說明義務，為進一步舉例說明，並提出本文對非專業義務之其他義務是否適用醫療法第 82 條之見解。



第二目 保密義務

近年社會大眾越來越重視個人資訊及隱私之保護，而醫療資訊更是保護之重點項目。司法院釋字第 509、535、585 號解釋皆明確宣示，隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制⁹⁷，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。

司法院釋字第 586、603 號解釋則進一步對隱私權中個人資料自主控制之資訊隱私權為進一步闡釋，認為資訊自主權乃「就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」上述受憲法保障之不同基本權，相互交織，構成了醫事人員保密義務的法理基礎。

醫事人員於與病人接觸、照護、診療的過程中，往往會得知病人大量之個人資訊與秘密，若任意洩漏或散布，會使病人陷於羞恥、窘迫之境地，精神上受到極大痛苦，甚至傷害病人之名譽，是以醫療法第 72 條規定：「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」、醫師法第 23 條規定：「醫師

⁹⁷ 個人資料保護法第 2 條：「本法用詞，定義如下：一、個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」

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」，以保護病人之隱私⁹⁸。

具體而言，除了病人本身病情應予保密外，診斷過程、治療方式、後續的醫療預測等所有可從中推斷出病人身體、健康資訊的要素，以及在醫療過程中間接為醫事人員所得知的病人私生活、精神與心理狀態、過往病史、特殊體質、甚至病人的經濟能力與背景等可供特定病人身分之資訊，都在保密的範圍內⁹⁹。若醫事人員違反保密義務，除構成隱私權之侵害，應依個人資料保護法¹⁰⁰或民法侵權責任或契約責任負擔損害賠償外，無故洩漏因業務知悉、持有之病人秘密更可能構成個人資料保護法第 41 條¹⁰¹刑責及刑法第 316 條之洩密業務上知悉秘密罪。

⁹⁸ 其他法規如藥師法第 14 條、護理人員法第 28 條、性侵害犯罪防治法第 10 條、人體免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 14 條、傳染病防治法第 10 條、罕見疾病防治及藥物法第 9 條、助產人員法第 31 條等。

⁹⁹ 魏伶娟 (2016)，〈論醫師保密義務之原則與例外—一個擺盪於保障醫療人權與維護公共利益間的難題〉，《東海大學法學研究》，50 期，頁 54-56。

¹⁰⁰ 個人資料保護法第 28 條：「公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但損害因天災、事變或其他不可抗力所致者，不在此限。」、第 29 條：「非公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但能證明其無故意或過失者，不在此限。」

¹⁰¹ 個人資料保護法第 41 條：「違反第 6 條第 1 項、第 15 條、第 16 條、第 19 條、第 20 條第 1 項規定，或中央目的事業主管機關依第 21 條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 20 萬元以下罰金。意圖營利犯前項之罪者，處 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 百萬元以下罰金。」



第三目 告知說明義務

一、告知後同意與說明義務

告知說明義務乃病人自主權之對應，來自醫療倫理中的自主原則，我國醫療法第 63 條¹⁰²、第 64 條¹⁰³、第 81 條¹⁰⁴及醫師法第 12 條之 1¹⁰⁵等皆對其訂有相關規範。惟醫療提供者應負告知說明義務之依據，並非上開醫療法之規定，而是醫療提供者與病人之間的契約關係或侵權行為法上的責任基礎。換言之，縱使無上開醫療法與醫師法之規定，醫療提供者基於契約法及侵權行為法上之義務規範，對於病人仍負有告知說明之義務¹⁰⁶。

醫事人員是否違反告知說明義務，應檢驗其個人告知說明之過程，並無疑問。惟醫療機構作為法人，其行為必須藉由醫事人員為之，是對於醫療機構是否履行告知說明義務，仍需檢驗個別醫事人員告知說明的具體過程，亦即兩者判斷重點其實都在醫事人員是否已對病人為完善告知，合先敘明。

告知說明義務是醫療提供者於執行業務時最困擾的問題。不論是基於契約責任或侵權責任，醫療提供者對病人均負有告知說明之義務。我國討論的告知說明義

¹⁰² 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，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。」

¹⁰³ 醫療法第 64 條：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。」

¹⁰⁴ 醫療法第 81 條：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」

¹⁰⁵ 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。」

¹⁰⁶ 邱于真（2018），〈論醫療上告知說明義務在契約責任與侵權責任之區別：簡評最高法院 103 年台上字第 774 號判決〉，《全國律師》，22 卷 6 期，頁 70。陳聰富（2015），〈告知後同意與醫師說明義務〉，氏著，《醫療責任的形成與展開》，頁 170-171，國立臺灣大學出版中心。

務，內涵其實包含德國法上之契約說明義務，與美國法上之告知後同意，兩者實質上並不相同¹⁰⁷。

所謂契約說明義務，具體指醫療提供者為確保治療的成效，對病人所為之說明、勸告、要求或指示等保護或警告措施而言，如針對治療期間與治療後之衛教宣導、要求病人確實依照醫囑服藥、告知病人治療可能之效果、副作用或併發症，並教導其必要自保措施等¹⁰⁸，德國民法更進一步規定，若醫療提供者知悉醫療費用不確定是否由第三人支付時，必須在施行治療前以書面告知病人對於治療施行預估的費用¹⁰⁹。通說認為，醫療契約之性質，適用或類推適用民法委任關係，醫療提供者作為受任人，依據契約關係對委任人即病人負有報告病情等之報告義務，並應以醫療上通用方式加以說明，俾病人充分了解該醫療行為對身體可能產生之侵害。說明義務保護之客體為病人之生命權、健康權¹¹⁰，醫療提供者若未為避免損害發生之安全說明及報告，致病人生命身體健康受有損害時，應負損害賠償責任。

告知後同意的規範重點則在於「取得同意」。蓋醫療乃具高度專業及危險性之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人通常須賴醫療提供者之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故基於病人自主，醫療提供者為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明，使其能在有充分資訊之情形下，正確且完整地行使其接受或不接受治療之決定。醫療提供者應於病人在獲取充分醫療資訊下表示同意後，始得對病人為醫療行為¹¹¹。

¹⁰⁷ 陳聰富，前揭註 106，頁 174、183。

¹⁰⁸ 廖建瑜、吳振吉（2018），〈美容醫學植入材質不同案：美容醫學之說明義務〉，林萍章、吳志正（編），《醫療訴訟判解評析——醫與法的交錯》，頁 89-90，元照出版有限公司。詹森林，前揭註 96，頁 68。

¹⁰⁹ 德國民法第 630c、630e 條，翻譯見侯英冷（2015），〈德國醫療契約債編各論有名契約化〉，《月旦法學雜誌》，240 期，頁 176-180。

¹¹⁰ 實務判決將告知後同意與契約說明義務全部作為告知說明義務的內涵，並未嚴格區分，參最高法院 99 年度台上字第 558 號判決。

¹¹¹ 德國民法第 630d 條，翻譯見侯英冷，前揭註 109，頁 178。

告知後同意保護之客體為病人自主權¹¹²。在醫療行為傷害說下，若醫療提供者未取得病人同意或未將其專業判斷或診察結果完整告知病人，即進行醫療行為，使病人之自主權因此而無法完整行使，不啻將病人當作可支配的客體，其行為構成專斷醫療行為，病人基於不完整資訊下所為之同意不具效力，不能阻卻違法¹¹³。實務更有見解認：基於病人自主權之保護，若因醫療提供者未告知，而致病人延誤知悉其真實之病情者，縱該病症並無所謂治療之黃金時期，仍應認病人受有損害¹¹⁴。

在特殊情形下，醫療提供者雖本負有告知說明義務，但得例外免除之。依據學說見解，告知說明義務免除之例外包含法律所定之強制醫療、病人放棄知情權利、醫師治療上之特權、以及緊急例外等。

基於病人有知情權利，也有不知情的權利，若病人對於治療內容已有充分知識（包含對醫師之診斷治療在醫療過程中於一定侵襲程度內，依社會一般人通常智識經驗已可預見者），病人表示不須說明，或病人不希望被太過詳細的醫療資訊影響，或是認為自己無法做決定、願意全盤信賴醫療提供者時，在出於自願下，病人可以放棄知情權，醫療提供者即無須負告知說明義務。

惟由於病人往往對醫療專業知識不足，是醫療提供者有提醒病人接受完整醫療資訊之義務，若病人僅是單純未積極要求說明，不能解為其已放棄知情權，亦不得作為醫療提供者免除告知義務的事由¹¹⁵。

¹¹² 最高法院 106 年度台上字第 505 號判決、臺灣高等法院 100 年度醫上易字第 9 號判決。

¹¹³ 呂寧莉（2019），〈心導管葉克膜案：兼論專斷醫療行為之刑事責任〉，《月旦醫事法報告》，35 期，頁 106-107。陳聰富（2015），〈醫療契約之法律關係〉，氏著，《醫療責任的形成與展開》，頁 154，國立臺灣大學出版中心。古承宗，前揭註 18，頁 47。

¹¹⁴ 臺灣高等法院高雄分院 95 年度醫上字第 1 號判決。

¹¹⁵ 楊秀儀（2007），〈論病人自主權——我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 238。林欣柔、楊秀儀（2004），〈告別馬偕肩難產事件？——新醫療法第 82 條第 2 項評析〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 29。楊秀儀（1999），〈誰來同意？誰來決定？從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察〉，《臺灣法學會學報》，20 期，頁 388-389。

醫師治療上之特權則指根據醫學上知識與經驗，完全說明將對病人精神造成重大負擔，而得以預測有危害病人之虞，如自殺、精神崩潰、加重病情，拒不治療時，醫療提供者得例外為全部或一部的保留。醫師治療上特權之行使影響醫療提供者及病人權益，是於此情形，治療手術應依病人可推知之同意為之，為探求病人意思，醫療提供者須徵詢病人家屬之意見，並宜在病歷中記載，以避免爭議¹¹⁶。

緊急例外乃已於醫療法第 64 條第 1 項但書明文化之法定免責事由，但也是實務上最易起爭議的事由。依據學說見解，緊急例外應符合三個必要要件：一、病人病情緊急，其生命、身體或健康有明確而立即的危險；二、若仍需先得到病人同意，恐將嚴重損及病人康復之希望；三、病人有昏迷、意識不清等明顯無法行使同意權之情形¹¹⁷。若病人意識清楚，可以為有效的意思表示且拒絕治療者，縱然其病情緊急，醫師仍不得為醫療行為；反之，若非緊急情形，醫師為了獲得病人同意而終止醫療行為者，亦沒有違反義務的問題。

二、告知說明的程度

告知說明之程度為何，法無明文。實務認為告知說明之程度以適當、完全告知病人病情或檢查結果，或告知病人得知悉其病情或檢查結果之管道即可，並無強迫病人應知悉之權利，且應由病人自行決定是否接受後續治療及承擔治療的各項風險，但此仍以醫療提供者有盡其適當告知說明義務為前提要件¹¹⁸。

至何謂盡適當之告知說明義務？實務認為：「除過於專業或細部療法外，告知說明的內容至少應包含：(一) 診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。(二) 建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。(三) 治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。(四) 治療之成功率(死

¹¹⁶ 王澤鑑 (2013)，《侵權行為法》，頁 300，自刊。林欣柔、楊秀儀，前揭註 115，頁 29-30。

¹¹⁷ 楊秀儀，前揭註 115 (誰來同意？誰來決定?)，頁 388。林欣柔、楊秀儀，前揭註 115，頁 29。

¹¹⁸ 臺灣高等法院高雄分院 95 年度醫上字第 1 號判決

亡率)。(五)醫院之設備及醫療提供者之專業能力等事項¹¹⁹。」亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，醫療提供者即負有告知說明之義務。

學說對此則有理性醫師標準、理性病人標準及具體病人標準說等不同見解。理性醫師標準說主張，告知說明的內容與範圍，理應尊重專業醫師之判斷。醫師無須猜測病人主觀上所想知道的資訊，只要以一個理性醫師於相同或類似情況下應告知之資訊之標準為說明即可。

理性醫師標準說的理由在於：具有專業知識及技術之醫師固然負有向病人告知是否及採取何項醫療處置之理由等相關資訊之說明義務，病人始能瞭解自身病況，並於身體出現異狀時，及時察覺而立即決定欲接受何種診治。然醫療本即存在不可預知之危險及變異，何種治療方式對病人最有利，在專科醫師之間，可能各自即存有不同想法；個別醫師於醫療過程中，如何選擇對病人最有利之治療方式，亦存在斟酌判斷空間。若一概課予醫師對病人需為詳盡、無缺漏之說明義務，非但造成醫療資源之浪費，亦將使病人於決定是否接受醫療行為時變得無所適從，甚至造成病人同意權之行使空洞化，與病人自主決定權之目的相互悖離¹²⁰。

理性病人標準說則認為，告知說明義務保障的是病人自主權，但告知說明的範圍卻反由醫師決定，理論上顯有矛盾。將告知說明範圍的決定權完全交給醫師專業判斷，是讓義務人自行決定義務內容，而非由法律標準規範之，並不妥當，且讓醫師自行決定義務內容亦經常成為醫師主張不為告知的抗辯手法。只有病人擁有得作出明智決定的足夠資訊，病人自主權始獲充分保障，故醫師告知說明的範圍，應以客觀上病人獲取資訊之需要為準，醫師就其應知或可得而知範圍內，對病人做成決定有重要性之資訊，應為告知說明。至具體病人標準說，則以每個病人的主觀角

¹¹⁹ 最高法院 94 年度台上字第 2676 號刑事判決、95 年度台上字第 3476 號刑事判決、103 年度台上字第 774 號判決、102 年度台上字第 192 號判決。

¹²⁰ 吳志正 (2019)，〈未告知積極治療方法案：自主決定權的界限〉，《月旦醫事法報告》，32 期，頁 71-94。楊秀儀，前揭註 115 (誰來同意？誰來決定?)，頁 385-386。

度來決定告知說明的內容及範圍，故醫師的告知說明內容及範圍，會因不同病人而有異。

上開三說實際運作是否具有重大不同，非無爭論之餘地。蓋在病人自主意識、醫療參與等觀念的抬頭下，縱採理性醫師標準說，亦不可完全由醫師專斷告知說明範圍而置病人的資訊需求於不顧；縱採理性病人標準說，也是社會藉由統計與經驗，勾畫出一個理性病人可能需要的資訊範圍，進而由醫師在個案中實踐；亦即對於理性病人的想像，實際上會因為醫師避免背負責任的動機，藉由醫師的不斷實踐，逐漸內化成為理性醫師標準的一部分。

又若病人已表明其主觀上認為將影響決定之重要事項，則醫師對此亦負有告知說明義務。是依病人就醫目的判斷，不論是一般合理病人所客觀重視者，或病人表明為主觀重視者，皆為醫師說明義務之內容¹²¹，自此觀之，理性病人標準說與具體病人標準說之界限，並非一刀兩斷。

108年1月6日病人自主權利法生效施行後，上開爭論應可暫時平息。按病人自主權利法第4條規定：「病人對於病情、醫療選項及各選項之可能成效與風險預後，有知情之權利。對於醫師提供之醫療選項有選擇與決定之權利。」第5條規定：「醫療機構或醫師應以其所判斷之適當時機及方式，將病人之病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應等相關事項告知本人。」不但將知情權與同意權明確區分，且明顯以理性病人的觀點出發，病人並非基於被動消極受告知的地位，而是有權透過醫療提供者對各種治療計畫的充分說明，知道自身病情、有何種醫療方法、成效及風險，共享醫療資訊，進而積極、主動決定選擇符合自己最佳利益之醫療方案或拒絕一部或全部之醫療行為。醫療提供者可以決定的僅限於告

¹²¹ 臺灣高等法院 96 年度醫上字第 11 號判決。陳聰富，前揭註 107，頁 225-227。

知的時機及方式，不能再以一己之判斷，代病人決定告知說明義務的程度與範圍¹²²。



三、告知說明義務之違反

告知說明義務之履行應以實質上已予說明為必要。是否確有實質說明，非僅以手術同意書為判斷標準。醫師必須基於尊重病人自主權之倫理要求，真正向病人說明相關醫療風險資訊，而非形式上利用相關同意書將大量醫療資訊單方傳輸給病人，反而導致病人無從抉擇。同意書只是證明醫病間對擬進行之醫療程序已做過討論之文件，無法做為醫師已盡說明之依據；若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，貿然簽名，尚難逕認醫師已盡告知說明之義務¹²³。

又實務上病人主張被告違反告知說明義務時，常遭法院以「違反義務與損害間無相當因果關係」駁回；被告亦經常就因果關係提出「縱其有履行告知說明義務，病人仍會為相同決定」之抗辯，即學說上所謂「合法性替代行為抗辯」。

實務此種見解的依據為：告知說明義務之基礎在於保障病人自主權，醫療行為責任則在保障病人受到符合醫療常規之診治，故告知說明義務不履行責任與醫療行為責任乃屬二事，不能等同。醫療提供者是否有醫療過失，繫於診斷與治療過程有無遵循醫療準則，其如未遵循醫療準則致生死傷之結果，事先縱已踐行告知同意程序，亦不能阻卻違法。反之，如醫療提供者事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡其注意義務，仍難謂告知說明義務之違反與病人之死傷結果，有必然之因果關係¹²⁴。

¹²² 最高法院 105 年上字第 89 號判決。廖建瑜 (2017)，〈病人自主權利法通過後之新變局評析：病人自主權利法對現行制度之影響（下）〉，《月旦醫事法報告》，4 期，頁 136、140。張麗卿 (2016)，〈病人自主權利法-善終的抉擇〉，《東海大學法學研究》，50 期，頁 14。

¹²³ 臺灣高等法院 105 年度醫上字第 22 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度醫上易字第 4 號判決、99 年度醫上字第 15 號判決。

¹²⁴ 最高法院 101 年度台上字第 2637 號刑事判決、臺灣高等法院 105 年度醫上字第 22 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度醫上易字第 4 號判決、95 年度醫上字第 4 號判決。



學說亦有贊同見解，認醫師的說明義務與其應負之注意義務，並無必然的關聯，如醫師已盡其醫療上客觀的注意義務，行為並無疏失，醫師縱未善盡說明義務及取得病人的同意，亦不能直接逕認其有過失¹²⁵。

惟醫療行為是對病人實施，醫療行為的結果也是由病人承擔，連帶對病人社會生活產生久遠且不可逆的影響，病人在醫療過程中當然應該有知情與決定的權利。承認病人有知情與決定的權利，就是承認病人有自主權；而承認病人自主權，乃是承認人作為人的尊嚴與價值非但不因疾病而減損或喪失，反而更加彰顯，並將醫學的追求與病人的福祉相結合¹²⁶。為了讓病人能夠完整知情、做決定，是在醫病關係中，醫療提供者的主要義務不僅在於正確診斷病人之病灶所在、以採行及時有效的治療方法，更有向病人告知、說明充分資訊的義務。

醫病間溝通不良乃醫療糾紛叢生的重要因素。依據學者研究，醫療民事訴訟中所有原告主張之內容幾乎都是未盡告知說明義務，在判決中也是以未盡告知說明義務被判賠的比例(22%)最高，其次才是手術疏失(19%)，顯見現行醫療實務對於履行告知說明義務，尚有諸多不足¹²⁷。若採實務見解，則醫療提供者是否負責顯完全繫於其醫療行為是否遵循醫療準則，是否履行告知說明義務對於責任的成立與範圍毫無影響，醫療提供者又有何善盡該義務之動機？告知說明義務恐將淪為紙上空談，無法達成保障病人自主之理念。

告知說明義務的規範目的既在於保護病人自主權，兼具程序保障功能，則基於規範目的性，不應允許醫療提供者主張合法性替代行為抗辯。醫療提供者未依法律規定為告知說明，縱與病人生命身體健康之損害無因果關係，但其不作為已侵害病

¹²⁵ 王聖惠(2018)，〈告知說明義務系列：未盡告知義務並違反醫療常規，始負醫療責任〉，《月旦醫事法報告》，26期，頁152-157。甘添貴(2008)，〈醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任〉，《月旦法學雜誌》，157期，頁40-41。盧映潔、高忠漢、朱振國(2008)，〈病患同意與醫師刑事過失責任之辨正——評台北地方法院91年訴字第730號判決〉，《台灣法學雜誌》，112期，頁47-48。

¹²⁶ 楊秀儀，前揭註115(論病人自主權)，頁256-257。

¹²⁷ 廖建瑜，前揭註47，頁128。

人自主權，兩者間有因果關係，自應依民法第 195 條第 1 項前段負損害賠償責任

128。



第五項 醫療法第 82 條第 2 項的適用範圍

醫事人員違反醫療義務時得否構成本條之責任，重點應為該義務之內涵與性質是否有醫事人員得為臨床裁量之空間。自修正後條文及立法理由可見，本次修正即是將醫療行為規範或準則之參考項目，明定於醫療法第 82 條第 4 項，並將臨床裁量的概念明文化於同條第 2 項，顯見本次修正乃針對專業義務之違反而來，應無疑義。

在非專業義務之其他義務方面，醫事人員應在專業義務以外，進一步關心並致力提升病人之福祉，並秉持道德良知與正義執行醫療業務。惟非專業義務之其他義務範圍廣泛，性質各異，其是否受醫療法第 82 條規範，仍應究其性質與規範目的定之。而非專業義務之其他義務，規範目的則可區分為涉及行政管制目的、醫事人員職業自律及病人保護目的。

臨床裁量的概念，本是為了處理以醫療常規為注意義務標準的前提下、醫療行為有利病人但不符醫療常規的問題，與政府基於社會公共利益，對特定職業的管理的目標大相逕庭；政府在要求醫事人員遵守特定義務時，帶有高權行為的性質，與醫病關係的對等立場，亦不相同。是在違反涉及行政管制目的之義務時，允宜交由相關行政法規決定法律效果，不適合以具民事實體法性質的醫療法第 82 條規範。

而在職業自律的領域中，醫事人員是否有在法律之上進一步致力提高其個人道德層次，因人而異，若齊頭式的強制要求，對醫事人員而言實過於苛刻，反易使許多無法做到完美無缺的醫事人員被不合理的認定有過失，而於執行醫療行為時

¹²⁸ 王澤鑑 (2017)，《損害賠償》，頁 120-121，自刊。臺灣高等法院 105 年度醫上字第 6 號判決、105 年度醫上字第 22 號判決、100 年度醫上易字第 9 號判決、臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上易字第 1 號判決。

顧慮重重，從而喪失其應有的主動性和創造性。是為保障個人行為自由，涉及職業自律面向之義務，其定義、認定方式應由主管機關及各該職業公會訂定，若有違背，應僅得由主管機關即衛福部與各縣市政府衛生局、職業公會移付懲戒¹²⁹，不應以法律上之民刑事責任繩之，以保有彈性解釋之空間，並確保職業自律之內容得對瞬息萬變之社會發展為妥適因應。

較有爭議者為違反涉及保護病人目的之義務是否得適用醫療法第 82 條？本文認為不應一概而論，重點仍在該義務之內涵與性質是否保有醫事人員得為臨床裁量之空間。例如，醫事人員對病人之個人資訊與秘密，有保密之義務，與醫療上臨床裁量無關，除依法規定應通報主管機關之情形外，醫事人員不得主張自行裁量是否為病人保密。

惟告知說明義務牽涉醫療專業資訊的利用，就是否應告知說明、告知說明之程度與內容，是否有醫事人員得臨床裁量之空間？醫療法第 82 條規範範圍是否包含告知說明義務？乃修法後重要爭議之一。

若依據理性醫師標準說，則告知說明的內容與範圍，應尊重專業醫師之判斷。由於個別醫師於醫療過程中，如何選擇對病人最有利之治療方式，存在斟酌判斷空間，是醫師只要以一個理性醫師於相同或類似情況下應告知之資訊之標準為說明即可，無須猜測病人主觀上所想知道的資訊。準此，若醫師違反告知說明義務，依照醫療法第 82 條第 2 項，醫師僅於其不告知或告知不全之行為逾越臨床上可接受之範圍時，始須負責。換言之，若醫師未確實履行告知說明義務，可以主張基於專業，其有選擇是否告知或詳細告知之空間，作為抗辯。

惟本文認為，上開見解並不妥當。第一，臨床裁量之概念，乃起源於醫師在醫療行為不符合醫療常規時，得否以臨床裁量免除責任之討論，以保障醫師的行為自由，此自醫療法第 82 條第 2 項條文明確免除醫事人員於違反注意義務但得主張合理臨床裁量時之民事責任，亦可證之；然在告知後同意中，不論醫師即將執行的醫

¹²⁹ 醫師法第 25 條：「醫師有下列情事之一者，由醫師公會或主管機關移付懲戒：四、執行業務違背醫療倫理。」



療行為是否符合醫療常規，皆應告知病人並取得同意，兩者概念並不相同。基於對病人自主權的保障，除例外情形，應認醫師負有取得病人同意始得進行醫療行為之義務，而無臨床裁量的空間。

第二，在現代法治觀念下，每個人都必須尊重他人的權利，一個人之所以能對他人的身體健康做出干涉而不構成違法，乃是建立於他人的同意上，而不是因為其有行為自由；同理，醫師之所以能對病人進行任何醫療行為，乃是因病人曾同意醫師如此為之，而不是基於醫師對病人的身體健康有行為自由。病人之同意乃實施醫療行為之前提，無法以裁量之觀念免除。

第三，我國已於 108 年 1 月 6 日施行病人自主權利法，將病人自主權提升至實定法地位，告知說明義務則是基於病人自主權之對應而來。但醫療法第 82 條第 4 項注意義務的審酌要件即醫療常規、醫療水準、醫療設備、工作條件、緊急迫切等，與告知說明義務的判斷無關，且顯然是以醫師為出發點，並未站在病人的角度思考，若認醫師得依上開標準自行裁量是否告知及告知範圍，顯又將回到義務人自行決定義務範圍之爭議，並過度壓縮病人自主權、使病人自主權利法與本條之法價值產生矛盾。

第四、依照最高法院見解，告知說明之內容最少應包含：一、診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果；二、建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊；三、治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險；四、治療之成功率（死亡率）；五、醫院之設備及醫療提供者之專業能力等事項，加上病人自主權利法第 4 條的規定，告知說明範圍已相當具體明確且可執行，不適宜亦不需要再由本條第 4 項醫療常規、醫療水準、醫療設備、工作條件、緊急迫切等標準重新劃定。

是以，醫療提供者應向病人為實質、充分的告知，再由病人自行決定是否接受治療及承擔治療之各項風險，而不得自行裁量是否要告知，始符告知後同意之真諦。而在契約說明義務中，基於醫病關係知識上的極度不對等，醫療提供者告知說



明的範圍應依照上開最高法院標準定之，惟如何告知、何時告知，醫療提供者仍得視個案情況決定。

綜上，醫療法第 82 條修法前，所有義務的違反都得適用本條，修法後由於醫事人員僅於違反具臨床裁量空間之義務時，始能構成本條之責任，是就結果上而言，將臨床裁量入法，實際上將醫療法第 82 條第 2 項的適用範圍縮小至僅限於專業義務的違反。

惟於違反非專業義務之其他義務時，縱不構成醫療法第 82 條之責任，亦不代表違反義務之醫事人員無須負擔任何責任，蓋本條並未排除民法契約責任與侵權責任之適用，是在此情形，病人仍得依照民法相關規定，請求醫事人員負責¹³⁰。

第三節 合理臨床專業裁量

第一項 臨床裁量的類型

本次修正最重要的改變，就是把臨床裁量明文化，作為過失的要件之一。而醫療行為可分為醫療決策行為與醫療處置行為，兩種行為都有臨床裁量的空間。醫療決策行為的裁量類型包含診斷裁量、擬定治療方案裁量。診斷裁量指在醫療決策過程中，醫師依據其專業知識及臨床經驗及行為當時之情境，對病人之病況做出的判斷，該判斷可能是確定的診斷，或僅僅是推測的診斷，亦可能是無法作出診斷而有賴進一步之理學檢查或嘗試處置，甚至是等待觀察等¹³¹。

¹³⁰ 最高法院 86 年度台上字第 56 號判決：「上訴人未經被上訴人同意，擅自施行第二次手術，原審認係違反醫療法第四十六條第一項保護病人之法律，依民法第一百八十四條第二項，推定上訴人為有過失，尚無不合。」最高法院 99 年度台上字第 2428 號判決：「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。」

¹³¹ 林工凱，前揭註 27，頁 117。



擬定治療方案裁量則指醫師依前步驟診察病人獲得診斷後，依據該等診斷結果，利用個人熟習之技能經驗、或實證醫學統計、臨床診療指引、醫療習慣中，與病況顯現出的事實證據做比對，進而預擬目前已知可行治療方案及預估其結果，提供病人包含用藥及術式之目前具體可行的治療決策方案。

此種比對過程，類似於法律適用之涵攝。然而法律之涵攝，乃依據可確定之事實，得出可確定之結果，但擬定治療方案之行為，非如同法規範之要件般明白、確定、或可得確定¹³²，會因病人個人體質或是病況的不可預測演變而仍具有高變因存在，是於擬定治療方案時，仍高度仰賴醫師判斷。若在既定的規則或指引下，因為病人的特殊情況，醫師認為有對病人更有利之選擇而不宜適用該規則或指引時，應承認醫師對醫療決策具有裁量空間。

擬定治療方案後，下一步即是執行醫療處置，包含給予處方藥物、進行手術或其他治療時之具體執行行為。藥物的使用方式，或是處置行為的進行方式，可能不只一種，效力、風險或副作用也不相同，是醫事人員對於處置之事務性、技術性事項，仍有選擇之空間。此階段之裁量通常是依據個人經驗、與各決策選項之預期醫療效果作出選擇，然基於醫療高不確定性之特質，若有超出經驗或預期之醫療效果發生，不論醫方或者病方，皆只能接受醫療之結果¹³³。換言之，醫療處置裁量的功能，即是在處置之醫療效果超出經驗或預期，需事後判斷醫療處置是否具有過失時，保障醫事人員當下之選擇空間。


第二項 臨床裁量的界限

第一款 合理與不合理的標準

本次修正加入「逾越合理臨床專業裁量」作為過失成立之要件，然如何區分臨床專業裁量「合理」或「不合理」？牽涉到臨床裁量之界限問題。

¹³² 林工凱，前揭註 27，頁 117。

¹³³ 林工凱，前揭註 27，頁 107-108。



德國法上認為醫師對於醫療行為具有「治療自由」，在醫療常規下，醫師得根據其專業判斷，就醫療方法或技術加以取捨並施行；而在尚未形成醫療常規的疾病，醫師亦可根據其專業判斷，決定治療的方式。單純醫學上的判斷錯誤、單純技術規範的違反、新技術的使用或者選擇少數見解的治療方式不會成為處罰的理由，但醫師有義務選擇療效更好的方法，如果已存在特別有效的治療方式而不用、或醫師治療被認為輕率疏忽或不切實際者，則會構成濫用治療自由而應負責，此即為裁量的限制¹³⁴。

美國實務對臨床裁量容許範圍之見解，則有最佳判斷原則、兩種流派原則、及可尊重少數原則等。最佳判斷原則係指醫師針對具體個別病人作醫療處置決定時，應運用其醫學上知識、技能及知識，進行最佳判斷；若醫師個人擁有超越同儕之特別智識能力時，須以其最佳之知識技術能力為醫療行為，始得主張免責。

兩種流派原則及可尊重少數原則涵義相近，皆乃基於醫療過程的不確定性，不同醫師對同一病況可能會有不同的醫療觀點，不能僅因醫師採用少數說，即逕認其有失誤。只要醫師之裁量符合專業上已被認可的療法，法律就不應介入或取代流派間之不同意見，以最大限度尊重醫師的專業裁量¹³⁵。

日本實務則曾認為，所謂醫師裁量係指醫師於診斷及治療方法的認定上，各醫師提出的給付內容間，可允許之微妙差異¹³⁶，但實際操作上關於醫療給付裁量性之見解，似乎認為只要是受任醫師所為的合理醫療給付，均為醫師裁量之範圍¹³⁷。

¹³⁴ 吳欣席（2018），〈醫療法第 82 條修正後對於醫療實務的影響〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 59。翁松峯（2014），《刑事醫療過失客觀注意義務之標準與限縮——以病人自主權及醫師裁量權為核心》，頁 99-100，國立臺北大學法律學系碩士論文。

¹³⁵ 翁松峯，前揭註 134，頁 84-86。

¹³⁶ 曾淑瑜，前揭註 23，頁 138-139。

¹³⁷ 吳志正，前揭註 44，頁 48。



日本學說則認為，病人委託醫師治療疾病，即是期待能接受應有的治療，因此在執行醫療行為時該國的醫學水準具有指標性，肯定醫師在此水準範圍內有處置上的自由，於醫師濫用該自由時，始追究醫師的責任¹³⁸。

我國學說對於臨床裁量界限之見解不一，有認為在對某病況有數種治療方式時，醫師對於醫療處置方法有充分的選擇空間¹³⁹；亦有學者主張，醫師有臨床合理判斷之裁量權，且應以臨床時、依一般人標準於行為時的客觀條件限制下之判斷為準¹⁴⁰；或有認醫師對於非常規之醫療行為具有裁量權，但對於常規之醫療行為，則無裁量餘地等¹⁴¹。亦有學者認應考量醫師對於病人之診斷檢查或治療是否在正常合理醫療技術內、是否符合當時當地之醫療水準、依法益權衡原則是否非選擇法益侵害性較大或危險度較高者、是否有對無法治癒疾病之補救措施等，來判斷醫師的裁量是否合理¹⁴²。

按醫療屬極度專業之行為，醫師根據充分的醫療資訊，於個案中有斟酌個別病人之身體狀況、具體病情及病程變化等條件，本於臨床裁量選擇有利病人之治療用藥及醫療方式之權利及義務¹⁴³；但臨床裁量乃不確定之法律概念，其具體的界限為何，往往視個案狀況有所變動，很難有一個普遍的共識。臨床裁量的核心，在於醫學上對未知的嘗試與應變，是所謂合理或適當的標準，應基於臨床醫學的可理解性為斷。

¹³⁸ 稻垣喬（1981），《醫事訴訟と醫師の責任》，頁 34，轉引自孫森焱（1988），〈論醫師為診療行為應負之義務〉，《民商法理論之研究：鄭玉波先生七秩華誕祝賀論文集》，頁 182，三民書局。

¹³⁹ 廖正豪（1993），《過失犯論》，頁 216，三民書局。盧映潔、葛建成、高忠漢，前揭註 83，頁 165。

¹⁴⁰ 鄭逸哲（2012），〈雖「誤診」，仍屬「臨床合理診斷」的醫療行為——評析臺灣高等法院 95 年度重醫上更（三）字第 109 號和最高法院 98 年度臺上字第 610 號刑事判決〉，《法令月刊》，63 卷 8 期，頁 20。

¹⁴¹ 蔡墩銘（2005），《醫事刑法要論》，頁 38-39，再版，翰蘆圖書出版有限公司。

¹⁴² 曾淑瑜，前揭註 12，頁 36。

¹⁴³ 最高法院 106 年度台上字第 2047 號判決。曾淑瑜，前揭註 12，頁 36。

鑑於正面定義臨床裁量界限之困難，或可另闢蹊徑，以反面論述之方式認定，觀察以該醫師之狀況於該情境面對該病人，其具體的醫療處置(包含事先預備之應急措施)是否為臨床醫學上不可理解、接受的嘗試，作為判斷標準。若是，則屬不合理、不適當；但只要在該行為時點醫師的處置在臨床上非不可理解、接受，即應認屬合理¹⁴⁴。

第二款 專業裁量與病人自主的衡平

病人自主決定概念之覺醒，原本係針對過去父權醫療體系下的思考反動，強調病人對於人身完整性有自主決定之權利，人之所以為人的尊嚴，不應因疾病而有減損，換言之，自己身體應由自己決定，並非任由醫師專斷處置，是一種人格價值的體現。對病人自主權之尊重已是普世原則，而為各國法制所重視¹⁴⁵。108年1月6日我國病人自主權利法生效施行，即是顯例。

病人自主權利法全文19條，規範重點可分為一般醫療行為中病人告知同意權之內容與行使，及預立醫療決定終止、撤除或不施行急救兩方面。病人自主權利法的立法目的，乃基於現行法律就告知後同意對於病人醫療自主權之保障未臻周全，病人受告知與表示同意的地位與其他關係人相同，在病人意識昏迷或無法清楚表達意願時，並無配套措施，對病人知情選擇與決策權的保護明顯不足；又現行法對病人的拒絕醫療權無清楚的規範，生命雖可以靠醫療科技加以延長，延緩自然死亡進程，卻無法擔保生命應有的價值與尊嚴，導致病人必須被迫持續忍受不必要的痛苦與折磨，為尊重病人醫療自主、保障病人的善終權益，並促進醫病關係和諧而制定¹⁴⁶。

¹⁴⁴ 鄭逸哲(2013)，〈「臨床裁量權」和「行為有價值」乃「醫療民法」和「醫療刑法」不可抵觸的底線〉，《軍法專刊》，59卷2期，頁126-127。邱聰智，前揭註25，頁430-431。

¹⁴⁵ 吳志正(2019)，〈違反醫療告知義務之法益侵害類型與民事責任—從實務裁判之猶疑談起〉，《臺北大學法學論叢》，110期，頁133。

¹⁴⁶ 病人自主權利法第1條。張麗卿，前揭註122，頁5。



病人自主權利法以病人為中心之醫療決策模式，宣示了病人自主的立法精神，一定程度的改善了父權式醫病關係的偏斜，對於醫病關係的重塑有重大意義¹⁴⁷。而臨床裁量的界限除了合理與否的問題，另一爭議即在於臨床裁量常與病人自主權發生衝突。

無論診斷檢查、治療用藥，我國實務與學說皆承認醫師具有廣大之裁量空間，即使為同一疾病，其診斷、檢查或治療仍各有不同之方法可供醫師採用；對於同一疾病可用之藥物，更是不計其數。在此情形下，應採何種診斷或治療方法，或應使用何種藥物，事實上並無確定標準，端視診治之醫師如何決定。

承認醫師的臨床裁量，可使醫師在醫療的判斷與處置上擁有某程度自由活動的空間，減少醫師陷入進退兩難的困境，對病人的醫治及醫學進步都有助益¹⁴⁸；然而，臨床裁量範圍若過於擴大，則病人身體、健康或生命，易受侵害，導致病人自主決定權流於形式；反之，臨床裁量的範圍過於狹小，則醫師治療、用藥的權限侷促而受限制，易引起醫學的萎縮¹⁴⁹。此外，病人自主權有賴病人的同意、承諾才能實現，是在兼顧病人自主下，臨床裁量的範圍實須以病人的同意、承諾及醫師之告知說明義務為之調節。

病人的同意、承諾，與醫師的告知說明義務乃一體兩面，互相呼應：醫師將重要的醫療資訊向病人充分告知，而病人則基於其自由意願選擇醫療方案，並同意接受治療後可預見的結果。除了病情以外，對於是否接受醫療處置、接受何種醫療處置，每個病人的考量因素都不同，除了生理上的治療利益，病人往往還會考慮副作用的影響、對體力的影響、對工作、家人照護與經濟負擔的影響等非醫師所能得知

¹⁴⁷ 廖建瑜（2017），〈病人自主權利法通過後之新變局評析：病人自主權利法對現行制度之影響（上）〉，《月旦醫事法報告》，3期，頁144-145。

¹⁴⁸ 蔡墩銘，前揭註141，頁41-42。

¹⁴⁹ 陳子平（2010），〈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》，178期，頁240-243。孫森焱，前揭註138，頁182。吳志正，前揭註44，頁53。曾淑瑜，前揭註12，頁36。

如果臨床上醫師得憑藉其醫療專業，不論該醫療處置對病人的不利程度高低，逕自決定何種醫療處置符合病人最佳利益，則病人將被完全剝奪考量其他不利因素的權益與機會，告知後同意理論功能將盡失，更不符病人自主權利法的立法意旨。

刑事責任上亦是如此。為了享受科技進步的利益，法律秩序雖容許一定程度的風險，但超出容許風險範圍的危險行為，仍受法律規範禁止。在醫療行為傷害說下，病人承諾是醫療行為正當化的事由之一，是被害人(病人)自願承擔風險，才使行為人創造的醫療風險成為容許風險。被害人自願承擔的風險種類與範圍，與行為人所創造的風險種類與範圍完全一致，才使風險創造行為不具有不法性¹⁵⁰。

因此，醫療容許風險的範圍，就是醫師所告知並受到病人同意之處置的必然附帶風險範圍，若醫師擅自或代為決定實行醫療行為、或是告知後病人未同意仍為之(即學說上所謂專斷醫療行為)，即使其醫療處置符合醫療常規，由於其行為乃強制他人承擔不願承擔風險，縱結果上治療成功，亦不能否定整個醫療過程的傷害性質，不得主張容許風險或業務上正當行為阻卻不法¹⁵¹。

本文認為，臨床裁量的合理界限難以界定，實乃因醫療過程中，個別病人之具體疾病、病程進展、體質及身體狀況等主、客觀條件不一，且不時急遽變化，當有斟酌、取捨之事項。如何選擇在最適當之時機，採取最有利於病人之治療方式，不但具有高度之危險性及複雜性，不同醫師的見解也可能不同，只能在個案中具體探

¹⁵⁰ 最高法院 86 年度台上字第 56 號判決：「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。」周漾沂(2014)，〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 195。王皇玉(2007)，〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 70-72。

¹⁵¹ 張麗卿(2017)，〈放棄醫療或專斷醫療〉，《月旦醫事法報告》，3 期，頁 140-141。薛智仁(2018)，〈專斷醫療之刑事責任—以醫師違反說明義務為中心〉，《法學與風範—陳子平教授榮退論文集》，元照出版有限公司，頁 281 以下。周漾沂，前揭註 150，頁 225-229。甘添貴，前揭註 125。

討合理與否，難以提出一個普世皆通的標準¹⁵²。但不論對臨床裁量的界限如何解釋，最終目的都是為了達到病人最佳利益，只是何謂病人最佳利益，從病人角度和從醫師角度可能有所不同，解釋時必須兼顧雙方的想法與選擇而已。

病人在就醫過程中既具有自主決定之權利，則醫師臨床裁量之行使，即須以其充分履行說明義務並取得病人同意為前提¹⁵³。在上開範圍內，醫師對於醫療行為之內容得享有自由、任意的判斷或選擇餘地，且法律應予尊重；惟告知後同意作為病人自主權之保障及阻卻違法事由，醫師對醫療行為雖基於其專業知識而享有相當之裁量，亦僅限於病人同意之範圍，如其所為超越病人同意權範圍，即非屬行使裁量之範疇。

除有急迫性且為維持病人生命所必要者外，醫師僅在取得病人無瑕疵同意之前提下，得就治療方法之細節性、方便性、技術性問題為專業之考量及決定，不得置病人明示或可得推知之意思於不顧，而擅自實施醫療行為。若醫師違反上開病人同意之界限，不但無法主張合理臨床裁量，亦無法阻卻其行為對病人身體傷害行為的違法性，且侵害了病人的自主權，應負損害賠償責任¹⁵⁴。

第三項 裁量瑕疵的類型

本次修正明定醫事人員於「逾越」合理臨床專業裁量時應負損害賠償責任，然裁量瑕疵之樣態並非僅有裁量逾越，尚有裁量濫用、裁量怠惰之情形，則「逾越合理臨床專業裁量」究為列舉規定或例示規定？裁量濫用、裁量怠惰之情形是否亦受本條規範？是否有可能發生裁量收縮至零之情形？行政法上裁量瑕疵的概念得否適用於醫療法第 82 條？實為有趣的問題。

¹⁵² 最高法院 102 年度台上字第 3161 號、98 年度台上字第 6890 號刑事判決。

¹⁵³ 廖建瑜（2019），〈未經同意變更術式案：欠缺同意之侵入性醫療行為刑法評價〉，《月旦醫事法報告》，31 期，頁 97-98。

¹⁵⁴ 臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號判決、臺灣新北地方法院 101 年度醫字第 3 號判決。吳志正，前揭註 44，頁 353。甘添貴，前揭註 125，頁 38-44。

按裁量之概念原來自於行政法學，行政機關基於法律積極之明示授權或消極之默許，於適用法規時，本於行政目的，於數種可能之法律效果中，得自行斟酌選擇一適當之行為為之（即合目的性之選擇）。在此裁量範圍內，普通法院或行政裁判機關之審查應受限制，裁量權人只要不逾越法定界限，所作的判斷即推定具有合法性¹⁵⁵，而有無逾越法定界限，屬於法律問題，乃法院可以審查的範圍¹⁵⁶。

醫療行為中的裁量，乃指醫師基於醫療專業性、不確定性、多樣性、緊急性等考量，於施行醫療業務時，在某程度或範圍內應得享有一定之判斷或選擇空間¹⁵⁷。臨床裁量的概念原是為解決「使用尚未受廣泛承認的先進療法或新藥等不符合醫療常規的行為」是否仍構成醫療過失之爭議。蓋在過往實務以醫療常規為注意義務唯一標準下，若醫師之醫療行為不符合醫療常規，即會被認定有過失。然而，偏離醫療常規之醫療行為未必是錯誤或不適當的，在醫療技術日新月異及臨床病況五花八門下，法律應該容許醫師以其智識經驗為基礎，衡量已知因素、伴隨著無可避免的不確定性，做出適當的判斷，以保障罹患特殊疾病或病況罕見之病人，有治癒或存活之嘗試機會。

行政法上裁量瑕疵的類型包含裁量逾越、裁量濫用、裁量怠惰三種¹⁵⁸。裁量逾越係指行政機關裁量之結果，超出法律授權的限度。例如行政機關處以超過法定上限的罰鍰者是。逾越合理臨床裁量則是指醫事人員的裁量超越了臨床醫學上容許嘗試的範圍，例如選擇尚未經臨床實驗或承認的療法者是。醫療法第 82 條第 2 項已明定裁量逾越為過失之要件，是裁量逾越之情形受本項規範，並無疑義。

裁量濫用則指行政機關作成之裁量與法律授權之目的不符，或出於不相關之動機、裁量與行政目的無必要關聯性、違反行政法一般原理原則等。例如，建築主

¹⁵⁵ 吳庚（2012），《行政法之理論與實用》，頁 122，增訂十二版，三民書局。

¹⁵⁶ 陳新民（2015），《行政法學總論》，頁 300，九版，三民書局。

¹⁵⁷ 吳志正（2006），《解讀醫病關係 I—醫療契約篇》，頁 99，元照出版有限公司。廖駿豪（2014），《「按其情節」作為「臨床裁量權」於刑事醫療過失案件適用之依據》，頁 96，國立臺北大學法律學系碩士論文。陳子平，前揭註 149，頁 240。

¹⁵⁸ 吳庚，前揭註 155，頁 121-122。

管機關對於無關公共安全或他人權益之舊有違章建築，係採分期分區分階段進行拆除，在無其他特別正當理由情況下，惟獨對於某甲之違建，不按上述既定拆除方針處理，而單獨優先予以拆除，違反行政自我拘束原則與平等原則是¹⁵⁹。

臨床醫學上的裁量是否可能構成裁量濫用的樣態？若將上開定義嘗試解釋臨床裁量，則臨床裁量濫用可能指該裁量出於不相關的動機、或該裁量對於病人的病況依據臨床上經驗毫無幫助等。惟臨床裁量並非高權行為，在權利義務上醫病間是平等的，能為濫用的情形本即較行政裁量少；若裁量出於不相關的動機，往往牽涉不法目的，則該情形已屬故意的範疇。何況，由於臨床裁量是否合理本身即以是否屬臨床醫學上可理解之嘗試為準，是若醫師濫用裁量，其行為本身就已經是不符臨床醫學可理解性，而無法被認為合理，不會有濫用「合理裁量」的情形。

裁量怠惰指行政機關因故意或過失以消極性的方式或不作為的方式，怠於行使法律授權之行政裁量¹⁶⁰，例如無照駕駛得科 5 千元以下罰鍰，但機關內部決定不論個案情節輕重，一律課 5 千元罰鍰者是。

惟在臨床裁量中，鑒於病程有發展性，或是初期病徵不外顯，先觀察而不為治療亦是裁量的一種，有時甚至是必要，不能逕解為怠為裁量。而治療手段之輕重、劑量等，臨床基本上都有規定的範圍，醫師必須審慎考量病人的具體狀況，不可能不論個案情節輕重一律給予相同處置，若有違反，行為本身就已經不會被承認具有臨床醫學上可理解性，而會被認為是不合理的裁量。

另行政法上尚有所謂「裁量收縮至零」之樣態。依司法院釋字第 469 號解釋理由書，裁量是否收縮至零，應斟酌危險急迫性、預見可能性、規制可能性及迴避可能性（侵害之防止是否須賴公權力之行使始可達成、而非個人之努力可能避免）等因素定之。「倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒

¹⁵⁹ 最高行政法院 47 年判字第 26 號判例。

¹⁶⁰ 陳新民，前揭註 156，頁 310。

不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟¹⁶¹。」


臨床裁量也有可能發生裁量收縮至零之情形，即由於病人病況的危險急迫性、預見可能性、及迴避可能性，依照臨床醫學上的知識，醫師可能已別無選擇，僅有一種方式可行。惟由於臨床裁量是否合理本身即是以臨床醫學上是否可理解為準，是若醫師在裁量收縮至零的情形下仍未為之，其行為本身就已經是不具臨床醫學可理解性，而會被認定為不合理¹⁶²。

不論是在行政法或是醫療法，所謂裁量其實都兼具「權利」與「義務」兩種性質。行政裁量只要依法而為，縱有不當，亦無違法的問題，原則上並不受司法審查，是行政機關在法律授權範圍內具有裁量權；然而行政裁量並非完全自由、毫無限制，裁量若超出法律授權範圍、違背授權目的或違反一般行政法原則，仍屬違法¹⁶³，此時即構成裁量瑕疵，司法得介入審查、撤銷違法行政處分。是行政裁量兼具有義務的性質，行政機關應依照法規授權目的，為「合義務性之裁量」。

¹⁶¹ 司法院釋字第 469 號解釋理由書。

¹⁶² 須說明者為，不具裁量空間與裁量收縮到零概念有別，前者為該行為或義務本質上不容許醫事人員為裁量，因此非醫療法第 82 條規範範圍；後者則為該行為或義務本質上雖容許醫事人員為裁量，但因偶然特殊條件存在，造成醫事人員實際上得為裁量的空間無限縮小，使醫事人員若未為僅剩可之行為，即無法受到臨床醫學上的理解或接受。是以在裁量收縮到零之情形，違反臨床裁量義務的醫事人員仍得構成本條之責任。

¹⁶³ 行政程序法第 10 條：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。」及行政訴訟法第 4 條第 2 項：「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。」、第 201 條：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。」



臨床裁量亦具有權利與義務的雙重性質，承認臨床裁量除了是承認醫師在醫療常規外，有適用或嘗試醫學上少數、新穎療法的自由外，同時也是宣示醫師有就病人的具體情形，妥適應用自身專業知識為病人選擇最佳療法的義務。若醫師已診察出個案不同於醫療常規預定病況之差異性，自應採不同於常規之醫療方式，無捨此不為之餘地¹⁶⁴。行政裁量與臨床裁量，確實具有本質上的相似度。

然承認行政裁量與臨床裁量的理由卻有極大不同。行政裁量的背後理念乃權力分立與民主國原則，但臨床裁量的背後理念是醫學的極限與病人最佳利益，兩者相差甚遠。承認行政裁量的目的，乃是為避免行政措施遭遇司法干預，確立行政部門或官僚體系有解釋相關條文內容、並作成決定之行為自由，以使政府運作正常而有效率，其思想理論乃憲法上的權力分立原則。而行政裁量的限制，乃考量行政機關高權行為與人民間的上下關係，若行政機關的權限無限制擴大，將有失控風險；且民主國家中行政機關的權力來自於人民的賦予，應該建立監督行政機關妥適行使人民賦予之權利之機制，其思想理論乃憲法上的民主國原則。

承認臨床裁量的目的，則是基於醫學對人體生理、病理的理解有其界限，永遠都有未知領域存在，法律應該保障醫學對於未知領域的嘗試與挑戰，惟仍需以病人同意為界限，以真正促進病人福祉。

行政裁量與臨床裁量的判斷標準亦不同。判斷行政裁量是否具有瑕疵的標準，為法規授權的目的與範圍，需藉由人為解釋來具體化；但判斷臨床裁量是否合理的標準，是參照臨床醫學實證經驗等客觀、實際的資料，探討該選擇在臨床醫學上是否為可理解的嘗試，實際上是將裁量與臨床醫學實證經驗作比對的過程，而不是思想的演繹。

本文認為，行政裁量與臨床裁量性質上的差別，使行政法上裁量瑕疵的分類，不宜也無法直接套用在臨床裁量上，對於「逾越」二字，亦毋須拘泥於行政法上之

¹⁶⁴ 吳志正（2019），〈變動中之民事醫療過失判定基準〉，《政大法學評論》，158期，頁104。鄭逸哲，前揭註15，頁103-104。


定義，甚至應寬鬆解釋，只要醫師的裁量不受臨床醫學上承認，不管其是裁量濫用、裁量怠惰還是裁量收縮至零，都構成合理臨床裁量的逾越，而應受本條規範。

綜上，醫療法第 82 條第 2 項所謂「逾越合理臨床裁量」之解釋，不應逕以行政法上裁量逾越的概念侷限解釋，臨床裁量逾越的內涵已經包括了其他裁量瑕疵的樣態，強行以行政法上裁量瑕疵的分類區分臨床裁量，就規範功能而言並無幫助也沒有必要。退步言之，縱認為臨床裁量逾越等於行政法上裁量逾越，亦應將本項之臨床裁量逾越解為例示規定，在醫事人員之裁量構成其他裁量瑕疵樣態時，仍應負本條之責任，較為合理。

第四項 臨床裁量入法的功能？

本次修法後，醫事人員之過失除須符合「違反醫療上必要之注意義務」、即實務上原本認定之抽象輕過失的要件外，尚須「逾越合理臨床專業裁量」始足當之；臨床裁量從實務得自由心證的審酌要件，上升至法定構成要件層次，過失的判斷不再單純僅以違反注意義務為標準，醫療過失之程度似高於抽象輕過失。

再自本次新增第 5 項之條文「醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限負損害賠償責任」及該項立法理由：「考量醫療環境之安全性及完善性，明顯影響醫事人員執行醫療業務之結果；且醫事人員多屬受聘性質，所負之責任應小於醫療機構，爰醫療機構之過失責任，不限以『違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量』為限」等語觀之，醫療機構依第 5 項規定乃負抽象輕過失責任，而醫事人員之責任應較醫療機構為輕，則醫事人員過失標準顯應低於抽象輕過失，始為合理之解釋。



惟若醫事人員之過失程度乃低於抽象輕過失，則其認定即非以「是否欠缺一般觀念認有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意」、亦即非以一般化、客觀化的標準認定之，而條文第 4 項卻又明定醫事人員注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍應以醫療常規、醫療水準等「客觀情況」為斷，其立意顯然是強調醫療行為中一般理性之醫事人員應有的客觀行為準則、即抽象輕過失之概念，條文彼此間似有矛盾，則醫事人員之過失程度究竟為何？是高於抽象輕過失或低於抽象輕過失？是否為具體輕過失？抑或是創立新的過失類型？於解釋上顯然出現衝突與不明。

欲回答上開問題，首須釐清將臨床裁量明文化是否確有必要？「逾越合理臨床專業裁量」和「違反醫療上必要注意義務」是否具有實質區別？兩者是否為分開審酌、具獨立意義之要件？

本次立法者設計過失的成立包含違反必要注意義務與逾越合理臨床專業裁量兩個要件，原本的想像應是為避免過往實務以醫療常規為過失唯一標準，縱使臨床具體條件下有其他不符醫療常規的選擇對病人更好，但醫事人員為了避免違法，亦不得不放棄病人最佳利益的道德風險。蓋如何選擇在最適當之時機，採取最有利於病人之治療方式，乃醫師臨床裁量、判斷之範疇；倘醫師就此所為斟酌、取捨，確有所本，並無明顯輕率疏忽，或顯著不合醫療常規之情，不能因診療醫師採擇其所認最適時、有利於病人之治療方式，摒除其他，即謂其有過失¹⁶⁵。但修正後，第 4 項卻將醫療常規作為臨床裁量的判斷標準，顯已完全推翻承認臨床裁量的本意，已令人困惑¹⁶⁶。

又現今實務對醫療過失認定標準已不僅限醫療常規，而擴及醫療水準、臨床指引等，並考量醫療行為具有高度之危險性及複雜性，容許醫師保有一定專業裁量之空間。醫療常規只是注意義務標準的基本門檻，於審酌醫師是否違反注意義務時，

¹⁶⁵ 最高法院 98 年度台上字第 6890 號刑事判決、最高法院 102 年度台上字第 3161 號刑事判決、最高法院 106 年度台上字第 1267 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 471 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 103 年度醫上訴字第 589 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 99 年度醫上訴字第 2 號刑事判決。

¹⁶⁶ 廖建瑜 (2018)，〈醫療法第 82 條修正帶來新變局?!〉，《月旦裁判時報》，74 期，頁 65-66。

應綜合考量醫療常規、醫療水準、醫療設施條件、緊急迫切等情，及病人意願、技術風險及醫療倫理四原則¹⁶⁷等情，來審視其當下的決定是否合理，始得謂已盡注意義務¹⁶⁸，而醫師依據上開條件所為之決定本身，其實就是臨床裁量的核心意義¹⁶⁹。

注意義務標準既非單以醫療常規為唯一決斷，則是否違反注意義務與是否違反臨床裁量幾乎使用同樣的檢驗標準；臨床裁量並非與注意義務獨立之概念，而是注意義務的判斷要件之一，甚至幾乎等同注意義務本身。本次修正第 4 項將注意義務與臨床裁量採用完全相同的審酌要件，更是加強了兩者的相似性，使兩者作為過濾責任的功能完全重疊，反成疊床架屋之舉¹⁷⁰。

是以，在實務已不以醫療常規為唯一標準下，將臨床裁量入法，僅是將實務行之有年、肯認臨床裁量之見解明文化而已¹⁷¹；臨床裁量的審酌標準與注意義務完全等同，實際上並非於注意義務外另增加獨立判斷要件，並未增加或減輕醫師過失之程度，亦未創設新的過失類型，醫療過失之標準，仍是以善良管理人之注意義務為斷，負抽象輕過失責任¹⁷²。

¹⁶⁷ 黃富源（2012），《醫事糾紛鑑定初鑑醫師指引手冊》，頁 11-12，三版，財團法人醫院評鑑暨醫療策進會。

¹⁶⁸ 最高法院 106 年度台上字第 1048 號判決：「醫護人員於實施醫療行為時是否已盡善良管理人或依醫療法規規定或醫療契約約定或基於該醫療事件之特性所應具備之注意義務，應就醫療個案、病人病情、就診時之身體狀況、醫院層級、設備、能力、醫護人員有無定期按規定施以必要之在職訓練及當日配置人力、病人多寡，醫護人員有無充裕時間問診照護與其他情形，綜合而為研判，尚不能僅以制式之醫療常規（醫療慣行或慣例）作為認定醫護人員有無違反注意義務之唯一標準。」最高法院 106 年度台上字第 227 號判決亦同此旨。

¹⁶⁹ 鄭逸哲，前揭註 15，頁 103。

¹⁷⁰ 張麗卿（2018），〈醫療法第 82 條的修正與疑慮——以醫療糾紛拔牙案為例〉，《月旦醫事法報告》，21 期，頁 102。楊秀儀（2018），〈論醫療過失：兼評醫療法 82 條修法〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 65-80。

¹⁷¹ 最高法院 98 年度台上字第 6890 號刑事判決、102 年度台上字第 3161 號刑事判決、104 年度台上字第 471 號民事判決。

¹⁷² 張麗卿，前揭註 170，頁 99。楊秀儀，前揭註 170，頁 76。亦有見解認醫療法第 82 條第 2 項之修正，使醫事人員過失責任介於抽象過失與具體過失之間，於實務三種過失類型外形成第四種



第四節 注意義務與臨床專業裁量之審酌要件

第一項 審酌要件的內涵

醫療法第 82 條第 4 項規定：「注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。」條文內包含了多項相異的審酌要件，究竟各項審酌要件對於判斷注意義務的功能為何？茲逐一探討如下。

第一款 當時當地

按「當時」的要件，乃行為基準時的問題；「當地」的要件，則牽涉行為人期待可能性的問題。判斷醫事人員是否有過失時，應以行為當下為判斷基準時，不能以嗣後更進步之療法或藥物回頭問責之前的行為。同理，判斷醫事人員未使用最新療法或藥物是否有過失時，應探討該最新療法或藥物於行為時點是否已普及或為該醫療提供者可得而知，若對於醫療提供者使用該最新療法或藥物無合理的期待可能性，則縱未使用亦不得認其有過失。

又雖然醫學不斷進步，但並非各地之知識與生活水平都以同樣速度提升，醫療品質亦同。基於知識經驗、設備水平之普及情況不一，認定過失時應考量醫事人員所在地區的差異性，對中心都市和偏鄉地區的標準應有所區別。

例如，台東南迴地區因為交通不便、資源不足，沒有大型醫院，太麻里、金峰、大武及達仁等 4 個鄉鎮只有衛生所等級的醫療資源，該地區目前西醫總人數僅 13 人，服務總人口數卻高達 24,709 人¹⁷³，若遭遇緊急傷病或重大車禍，病人無論往北往南後送到台東市、屏東甚至高雄，平均距離都需要 60 公里，車程需一個半小

欠缺注意之程度，見楊國精（2018），〈醫療法第 82 條修正後之民事法律適用探討〉，《第六屆臺中醫法論壇—病人自主權利法實施暨醫療法第 82 條修法後相關議題》報告論文，頁 102。

¹⁷³ 參相關網站：〈支持徐超斌醫師南迴大夢〉，南迴基金會與醫院籌備處

<https://www.4141.org.tw/progress>（最後瀏覽日 03/26/2019）

時以上¹⁷⁴。南迴地區顯屬偏鄉地區，難以依一般都市居民認為理所當然的醫療資源與等級之標準，要求南迴地區的醫事人員；是縱南迴地區的醫事人員行為未能依照一般城市合理期待的標準而肇致損害，亦不應認其有過失。

然而，雖然偏鄉地區的注意義務程度無法與都市相比，但偏鄉地區的醫事人員，不得因此免除其應盡之注意義務，至少在人、物配置不足下，仍然負有轉診義務，違反該義務而致病人延誤就醫、擴大死傷者，仍須負責，併予敘明。

第二款 醫療常規

由於醫療行為涉及高度專業性、實驗性與不確定性，醫療甚至被認為是「不精確的科學」，因而關於醫療事故，無論國內外之實務上均發展出醫療常規的注意標準，只要醫事人員之醫療行為符合醫療常規，即已盡到應有之注意義務而無過失。

關於醫療常規的重要判決應屬英國 Bolam 案¹⁷⁵，本案原告罹患精神疾病，醫師於實施電刺激治療時沒有給予放鬆藥物或者身體限制，原告因而腕部受傷。法院在該判決中指出：「醫師依據一般醫療常規診治，若該醫療常規為該特定專業、負責的醫療人員認為適當時，醫師即不負過失責任。若醫師符合一般醫療常規診治，則不能僅因為存在相反意見即認定其有過失。」此即為著名的 Bolam Test¹⁷⁶，其重要性在於宣示注意義務乃法律問題，但注意標準則是醫學問題；藉由將注意義務實質內容的決定權外放，法院將是否成立過失此一法律上問題，完全交由醫界判斷。Bolam Test 不但被英國上議院多次援引，亦受英國樞密院認可，並廣泛應用在蘇格蘭、加拿大、澳大利亞等英聯國家。

¹⁷⁴ 參相關網頁：〈南迴死亡公路！偏鄉醫療缺，急重症誰救〉，TVBS 新聞，08/27/2017，<https://change.tvbs.com.tw/review/article/305194>（最後瀏覽日 03/26/2019）

¹⁷⁵ Bolam v. Friern Hospital Management Committee[1957]1 WLR 583 ([1957]2 All E.R. 118)

¹⁷⁶ 趙西巨（2010），〈英美法中的「兩種流派」原則〉，《月旦民商法雜誌》，29 期，頁 120。

英美法將醫療常規作為過失標準的前提有二：醫師不應僅因治療結果不符預期而負責，而是因為行為不符合正常標準而負責；醫師在多數專業認可的不同醫療方式中，有裁量選擇的自由。又專業性常規可預見且已存在，可提供較客觀的過失判定標準，使法官在判決時不因憐憫原告而有所偏頗；且其既來自臨床經驗的累積，亦可避免法院因對專業的陌生而劃定超過醫界可負擔、實現的水平；常規的訂立亦可促進醫療人員隨時注意同業成員之進展¹⁷⁷。

然而，醫師在多數專業認可的不同醫療方式中有裁量選擇的自由，是臨床裁量概念要處理的問題，並非注意義務標準的前提假設，是否得以醫師享有醫療處置之裁量，推論醫師之注意義務標準須採醫療常規，尚有疑問。

我國實務雖普遍採用醫療常規為判斷標準，但對於醫療常規的定義歧異性卻很大，有認醫療常規等於醫療準則，即臨床上一般醫學水準者共同遵循之醫療方式者¹⁷⁸；亦有認醫療常規指以醫療成員之平均、通常具備之技術者¹⁷⁹、或認「所謂醫療常規，是指臨床醫療上，由醫療習慣、條理或經驗等所形成之常見成規，須具備以下要件：適應性（為保持或增進病人健康，必要且相當之醫療行為）、適正性（符合當時當地之醫療水準，以一般醫學上所承認之方法進行醫療行為）、實踐性（在臨床醫療上，已獲同級醫院、同專科醫師階層內普遍認同）、倫理性（目前醫界所共同遵守的倫理守則，即生命倫理學所形成的四原則：尊重自主、不傷害、行善及正義）¹⁸⁰」。

¹⁷⁷ 陳聰富（2012），〈醫療事故民事責任之過失判定〉，《政大法學評論》，127期，頁359-361。蔡佩玲（2007），《醫療糾紛中民事過失之認定—論「醫療水準」與「醫療常規」》，頁61，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

¹⁷⁸ 最高法院103年度台上字第2070號判決、臺灣高等法院105年度醫上字第22號判決、104年度醫上訴字第8號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院105年度醫上字第1號判決。

¹⁷⁹ 臺灣高等法院95年度醫上訴字第1號判決、100年度醫上訴字第4號判決、臺灣高等法院臺中分院102年度醫上訴字第358號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院104年度醫上易字第478號刑事判決。

¹⁸⁰ 財團法人醫院評鑑暨醫療品質促進會（2013），102年醫事糾紛鑑定初鑑醫師指引手冊第四版，頁11。



學說對於醫療常規定義也不一，有認醫療常規指「在臨床現場，一般平均醫師之間廣泛從事的醫療方法、或職業上通常之實務運作所形成的共識，亦指醫師之間依其職業上通常之實務運作所形成的慣例¹⁸¹」、亦有將醫療行為準則¹⁸²、臨床指引¹⁸³作為醫療常規者。

就目的而言，醫療常規的存在不僅係作為醫師治療疾病的醫術指導，更是為保護病人避免受到不正確或不正當的醫療行為損害，此即醫師在養成訓練與資格取得過程中，所必備的最基本要求。醫療常規之建立既賴醫界之專業共識而形成，則若醫界之醫療常規已經量酌整體醫療資源分配之成本與效益，就病人顯現病徵採行妥適之治療處置，而無不當忽略病人權益之情形，自非不可採為判斷醫療過失之標準¹⁸⁴。

第三款 醫療水準


醫療水準的概念來自日本法。日本早期以「醫療慣行」判斷醫師實施之醫療行為是否符合醫療專業團體中的醫師平均水準，對於醫師的注意義務相當寬鬆，即使在現今認為醫師有過失的案例，當時法院亦以「現實中難免」等寬鬆標準認定醫師

¹⁸¹ 陳聰富，前揭註 177，頁 359。

¹⁸² 醫療行為準則，一般係指醫師在實施醫療行為時，所必須依循的一套標準程序，概念上涵括醫療臨床指引，見張麗卿（2009），〈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 6。盧映潔、葛建成、高忠漢，前揭註 83，頁 164-166。板橋地方法院 95 年度醫字第 2 號判決：「就醫療事故而言，所謂醫療過失行為，係指行為人違反依其所屬職業，通常所應預見及預防侵害他人權利的行為義務。行為人只要依循一般公認之臨床醫療行為準則，以及正確地保持相當方式與程度的注意，即屬於已為應有的所有注意；但行為人若違反該等醫療行為準則，亦未保持相當方式與程度的注意，則應認為具有過失。」

¹⁸³ Clinical Practice Guideline (CPG)，1990 年美國醫學研究院將之定義為「以系統性方法發展的醫療建議或陳述，用以協助醫師與病人決定在特定的臨床情況下適當之醫療照護」。臺北地方法院 87 年度訴字第 2704 號判決即為少數未依鑑定意見、而以政府公布和民間編纂之臨床指引為過失認定標準的案例。

¹⁸⁴ 最高法院 103 年度台上字第 2070 號判決。



無須負責，關於醫療常規的論述也顯得空泛浮動，被稱作醫師優遇期¹⁸⁵。例如，現今臨床上要求手術完成後必須清點、確保所有器物未有短少始能關閉手術部位，手術後將紗布、棉球、醫療器械等遺留在病人體內之情形，在現今屬過失應無疑義。但在日本最早的醫療民事判決、明治 38 年(1905)東京地方裁判所判決中，原告因卵巢水腫就醫並於東京帝國大學婦產科住院接受手術，半年後突然腹痛不止，於如廁時竟排出一團紗布，此無疑乃手術時置入，但法院卻認為手術使用之紗布浸血後形態易消失難以察覺，且手術中可能有「即使明知有紗布仍應急速縫合」之情形發生，醫師從事此類手術時即使履行任何注意義務，亦難以避免紗布遺留在體內，不能單憑原告之主張即認被告有過失，而判決原告敗訴¹⁸⁶，顯見由於知識、時空背景觀念的落差，當時醫療責任的體系發展不夠細緻、完整，病人甚難證明醫師有過失，損害亦難以填補。

此種情形直到昭和 36 年(1961)東大輸血梅毒案¹⁸⁷後一系列代表性判決的出爐，失衡的天秤才有所改變。東大輸血梅毒案中，被告醫師在採血時因捐血人持有血清反應陰性的檢查證明，故依醫療常規只詢問捐血人身體是否有不適，未進一步問診近期是否有性行為，但接受該血液輸血的病人竟感染梅毒，事後追溯才發現，原來捐血人在捐血前一周曾買春，並在不知情下感染梅毒。

本案最高裁判所首次不以醫療常規作為注意義務之標準，而針對醫師一般注意義務建立「從事管理人生命健康業務之人，依其業務性質，為防止危險發生，應盡實務上必要之最完善注意義務」的標準，是「雖然省略問診是當時之醫療常規，但醫師對提供血液者應該詳細問診」，進而認定醫師違反注意義務¹⁸⁸。

¹⁸⁵ 鈴木利廣(2007)，〈医療訴訟の意義と特徴〉，塩谷國昭、鈴木利廣、山下洋一郎(著)，《專門訴訟大系 1 医療訴訟》，頁 9，東京青林書院。

¹⁸⁶ 鈴木俊夫著、中華民國醫事法律學會編譯(1991)，〈日本醫療過失裁判之今昔〉，《醫事法學》，4 卷 1 期，頁 13。

¹⁸⁷ 日本最高裁判所昭和 36 年 2 月 16 日第一小法庭判決，民集 15 卷 2 號，頁 244，判例タイムズ第 115 號，頁 392。

¹⁸⁸ 石井麦生(1991)，〈过失論〉，塩谷國昭、鈴木利廣、山下洋一郎(著)，《專門訴訟大系 1 医療訴訟》，頁 20，東京青林書院。

日本實務自此轉入患者優遇期，確立了醫療過失客觀化及不得僅以醫療常規論斷注意義務的見解，在因果關係的認定上亦相對寬鬆¹⁸⁹。然而本案法院只是課予醫師高度的注意義務，卻沒有明示何謂「最完善的注意義務」，其後判決雖有提出以「診療當時之醫學知識」和「萬全之注意」作為注意義務之標準者¹⁹⁰，定義仍嫌抽象。

至 1970 年代，日本發生一連串早產兒網膜症（視網膜病變）案¹⁹¹，網膜症多發於出生體重低於 1500 克以下的極小早產兒，發病之原因係對維持早產兒生命及預防腦性麻痺投與過量氧氣所致，嚴重時會導致失明，但正確發病之機率無法確認，即使在限制氧氣濃度下仍有可能發病，故有定期檢查眼睛之必要。

該症之治療方式，以昭和 42 年（1967）臨床眼科學會上提出之光凝固法最有成效。本類案件中心爭點為：厚生省於昭和 50 年（1975）公布認定光凝固法作為網膜症之適當治療方法並訂定統一基準，而光凝固法最早成功治療的紀錄始於昭和 42 年（1967），則何時醫生有實施光凝固法、或無法實施時轉診的義務？光凝固法之實施是否已達醫療水準¹⁹²？

¹⁸⁹ 日本實務變更見解的原因乃是二戰技術革新後醫療事故叢生、醫療行為的危險性受到矚目之故，見鈴木利廣，前揭註 185，頁 10。因果關係部分，實務亦變更見解，指出醫療訴訟中因果關係之舉證並非「毫無疑義的自然科學上證明」，只要達到「高度蓋然性」就算舉證成功，見最高裁判所昭和 50 年 10 月 24 日判決，民集 29 卷 9 號，頁 1417。

¹⁹⁰ 最高裁判所昭和 44 年 4 月 26 日判決（香港腳放射線治療罹癌事件），民集 23 卷 2 號，頁 195。

¹⁹¹ 如最高裁判所平成 7 年 6 月 9 日判決（姬路日赤未熟兒網膜症事件）：本案中原告為早產兒，出生後轉入被告經營之醫院。由於原告在一般氧氣濃度 30% 以下之保溫箱中有紫紺症狀，故負責醫生調高濃度，待狀況改善始再調降，過程持續約一個半月。原告在出生沒多久後曾接受眼睛檢查，醫師因其視力沒有特殊狀況而認無須再檢查，以致原告一直到出院前都未再受檢查。出院同年原告於其他眼科診所被發現患早產兒網膜症第三期，兩眼視力僅存 0.06，見手嶋豐（2015），〈医療機関に要求される医療水準の判断〉，中田裕康、窪田充見（著），《別冊ジュリスト No. 224-民法判例百選 II 債権》，頁 164，有斐閣。同類判決見最高裁判所昭和 57 年 3 月 30 日判決（高山日赤未熟兒網膜症事件，為本類裁判第一個案件）、昭和 63 年 3 月 31 日判決、大阪高等裁判所昭和 59 年 5 月 29 日判決、昭和 59 年 12 月 20 日判決、昭和 57 年 10 月 29 日判決、東京地方裁判所平成 1 年 7 月 21 日判決等。

¹⁹² 曾淑瑜，前揭註 12，頁 34。

於網膜症的一系列判決中，法院原多以厚生省公布之日期作為承認實施光凝固法為注意義務的起點，然其後判決認為：早產兒網膜症之治療方法、時期受到醫學技術發展之影響而未有定論；即使是教學醫院或專科醫師，亦不得使用當時未經實踐之治療方法，而置病人於不確定之危險狀態；且醫學技術日新月異，如以裁判時之醫療水平判斷行為當下醫師的注意義務程度，顯然是將其中的科學落差歸責於醫師，顯非事理之平，是病症於治療之時點上採用何種治療方法、踐行何種治療程序，應以該時點上經過臨床醫學實踐、符合當時醫療水準者為限¹⁹³。

醫療水準不等於醫療常規，醫療常規僅是法官判斷過失輕重與程度的參酌事項，醫師不得逕以醫療常規為藉口，免除應盡最善注意義務即醫療水準注意義務的責任¹⁹⁴。認定醫療水準時是否參酌醫療常規，應驗證該醫療常規在現行臨床醫學是否具有合理性、是否業經臨床醫學實踐、是否於同級醫院及同專科醫師之階層內獲得普遍認同、是否具有社會相當性，且不得低於當時當地現行之醫療水準，始得將該醫療常規納入注意義務的判斷要件¹⁹⁵。

醫療水準也不等於醫學水準，醫學水準是「於將來一般化之目標下，現實上重複之基礎研究水準；自問題之全部內容或其核心方向受學界階層一致承認始形成」，而醫療水準則是「一種已具備專家相應能力之醫師盡其鑽研義務、轉診義務、說明、勸告義務的前提標準¹⁹⁶」。醫療水準的初衷在於處理醫師是否有使用新興醫療科技的義務，蓋醫學乃隨著時代進步、科技發達、生技發明、醫術改良及創新，與時俱進提升、不斷發展中之科學。一個新興的醫療科技，必定是先符合學術面的醫學水準，再藉由逐漸被廣泛認可、實行，始成為實踐面的醫療水準，是醫學水準

¹⁹³ 稻垣喬（1992），《医事訴訟理論の展開》，頁 111，東京日本評論社。另見札幌地方裁判所昭和 58 年 12 月 16 日判決（小兒綠膿菌感染症案）、千葉地方裁判所昭和 62 年 5 月 6 日判決（惡性高熱案）、東京高等裁判所昭和 63 年 3 月 11 日判決（瘧疾特效藥藥害案）。曾淑瑜，前揭註 12，頁 34。

¹⁹⁴ 廖建瑜（2017），〈醫療水準與醫療慣行之注意義務〉，《月旦醫事法報告》，10 期，頁 91-92。

¹⁹⁵ 曾淑瑜，前揭註 12，頁 33。

¹⁹⁶ 日本伊藤正己法官於最高裁判所昭和 63 年 1 月 19 日判決之補充意見，見朱柏松（2004），〈適用消保法論斷醫師之責任〉，氏著，《消費者保護法論》，頁 291，翰蘆圖書出版有限公司。



需「於醫療實踐上經過經驗、客觀化、普及化三階段，累積大量技術設施之改善，研究後，於專家階層上規定實際適用¹⁹⁷」後，始得作為現在一般普遍化醫療之實施目標。

新興醫療科技是否已從醫學水準降至醫療水準，除該醫療科技之機序、作用與內容解明程度、有效性與安全性的確保等，當下醫療環境的設備條件、醫師的專門性、醫師的裁量等皆是考量範圍。只有在經上述諸般情形考量，該醫療科技在醫師從事醫療行為時乃可被期待加以運用、但竟不為運用或運用錯誤之情形，始能論斷其違反醫療水準而具有過失¹⁹⁸。惟觀察我國實務對於醫療水準的應用，已非僅限於處理新興醫療科技的問題，而是做為一般性的注意義務判斷標準¹⁹⁹，實已偏離醫療水準的原意。

第四款 醫療設施

依照衛福部頒佈之醫療機構設置標準，醫療機構的類型可分為醫院、診所、及其他醫療機構（如捐血機構等）²⁰⁰，醫療機構的分級則由衛福部委託財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會制定條件，並請專門的委員到各院評鑑、計分，每3年重新評鑑一次。

分級醫療的目的是使醫療資源有效運用，藉由分工合作的照護方式，依醫療專業建議使病人接受分流及轉診，民眾有病先至家庭醫師或附近診所就醫，經醫師專業診療後，如病情需要，則轉診至其他專科診所或醫院照護。各層級醫療院所各司

¹⁹⁷ 松倉豊治（1974），〈未熟児網膜症による失明事例といわゆる現代醫學の水準〉，《判例タイムズ》，311期，頁6。曾淑瑜，前揭註12，頁32。

¹⁹⁸ 最高裁判所平成7年6月9日第二小法庭判決。

¹⁹⁹ 最高法院95年度台上字第3884號刑事判決、95年度台上字第6914號刑事判決、97年度台上字第4739號刑事判決、99年度台上字第558號刑事判決。

²⁰⁰ 行政院衛生署醫療機構設置標準第2條。



其職，亦得讓醫院有充分人力提供急、重症的照護，達到醫療資源利用效率的最大化。

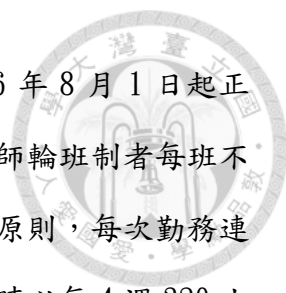
醫療機構的分級目前有 4 級，分為醫學中心、區域醫院、地區醫院及基層診所，醫療層級愈往上、規模愈大，相關的醫療設備與醫事人員也愈多、愈專精。各級醫院負有不同的照護任務與角色，醫學中心另需負責研究、教學以及急重症病患治療照護。不同等級的醫療機構，其資源、技術、設備、專科醫師比例、人力的充足情形皆有異，能應付之醫療變化各有限制，是醫事人員注意義務的標準會因其所在機構的等級差異而有所調整，醫事人員在欠缺該層級必要設備或資源之狀態下以致無法提供合理醫療時，不能認其違反注意義務，惟醫療機構依醫療法第 73 條第 1 項有義務將病人轉診，併予敘明。

第五款 工作條件

醫事人員畢竟不是機器，若醫事人員過勞，造成其體力不足，注意力、專注力與判斷力下降，醫療品質亦會隨之下降，對病人並無益處。然醫事人員嚴重過勞之問題已久，人力不足、工時過長甚至過勞死的新聞時有耳聞，畸形班表、違約金契約等種種違反勞動基準法的政策，對於醫事人員侵害甚大，相關工會抗爭不斷，備受社會重視²⁰¹。

實務肯認醫療過失應考量工作條件者，以近年備受討論的最高法院 106 年度台上字第 1048 號判決為代表，該判決認為基於醫療行為之性質，對於醫事人員是否已盡注意義務，應就醫療個案、病人病情、就診時之身體狀況、醫院層級、設備、能力，及「醫事人員有無定期按規定施以必要之在職訓練及當日配置人力、病患多寡，醫事人員有無充裕時間問診照護」與其他情形，綜合而為研判，不能僅以制式醫療常規為認定醫護人員有無違反注意義務之唯一標準。

²⁰¹ 白惠文 (2018)，〈醫療企業工會作為醫療專業的另類實踐〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 32。



而衛福部為改善醫師勞動條件並兼顧民眾就醫權益，於 106 年 8 月 1 日起正式實施〈住院醫師勞動權益保障及工作時間指引〉，規範住院醫師輪班制者每班不超過 13 小時，非輪班制以每日正常工作時間不超過 10 小時為原則，每次勤務連同延長工時不得超過 28 小時，但期間應有短暫休息，至於總工時以每 4 週 320 小時為上限。且醫療機構須與住院醫師簽訂書面聘僱契約，並不得違反衛福部公布之〈住院醫師與醫療機構之聘僱契約應約定及不得約定事項〉，如工時、例休假、工資福利、職業傷害補償及保險、女性住院醫師懷孕期間之值班限制等²⁰²。

勞動部則於 108 年 3 月 12 日公告指定住院醫師自 108 年 9 月 1 日起適用勞動基準法。至主治醫師因自主性高、工作態樣多元，工時認定複雜，交接班頻率增加可能影響照顧延續性，臨床時數限制則可能影響教學意願等因素，適用勞動基準法尚有困難，而公立醫療院所依公務人員法制進用之住院醫師，因其權益已有相關公務人員法制規範，皆不列入本次指定適用範圍²⁰³，或可部份解決醫事人員過勞之爭議。

第六款 緊急迫切

人類在緊急狀態下能夠達到的注意程度，與在時間充裕的情況下是有落差的。對於醫事人員是否已盡注意義務，除考量個案病人病情等，亦須考量醫事人員有無充裕時間問診照護與其他情形，也就是緊急迫切之情況，綜合而為研判²⁰⁴。緊急迫切的情況可能為時間上的緊急性，指因診療時間短暫，在技術上無從做出完美全面

²⁰² 衛生福利部 106 年 3 月 27 日新聞稿，<https://www.mohw.gov.tw/cp-2736-8859-1.html>（最後瀏覽日：04/17/2019）

²⁰³ 勞動部 108 年 3 月 12 日新聞稿，<https://www.mol.gov.tw/announcement/2099/39388/>（最後瀏覽日：04/17/2019）

²⁰⁴ 最高法院 106 年度台上字第 1048 號判決。



的考慮及安排；或為事項上的緊急性，指採取何種治療措施直接關係到病人的生死存亡，而需要立即做出決斷²⁰⁵。

舉例言之，病人因為各種傷病被送至醫院，醫事人員往往要與死神搶命，急診室分秒必爭的情況所在多有，依照急診五級檢傷分類基準，心跳、呼吸停止，肢體及嘴唇發青、發紫，無意識、意識混亂，持續抽搐且無意識，體溫高於 41 度或小於 32 度的病人屬第一級，由於病人命懸一線隨時可能死亡，必須立即做復甦急救，在此種爭分奪秒的狀況下，醫事人員沒有時間一個一個考量、選擇治療方式，治療需要的作用時間也可能趕不上病況，因此在事後探討醫事人員是否有過失時，基於期待可能性，只要醫事人員已盡人事，就不應苛責而認其違反注意義務。

第二項 審酌要件的疑義

第一款 醫療常規入法不妥當

我國實務在判斷醫生有無過失時，多以醫療常規為準²⁰⁶，然而學說對醫療常規的質疑聲浪，從未停歇。

第一個問題是，醫療常規是否真的存在？所謂慣例或常規，係指社會上一群人對於某項活動無意識的具有集體性的同意，醫療常規雖聲稱為「醫界共識」而得做為過失的標準，惟其實質內容究竟為何，不但學說實務定義不一致，即使醫界亦無明確、統一的概念²⁰⁷。蓋醫學技術日新月異，針對同一病症基於不同成本、危險及利益考量，有人可能會採取新療法，有人仍固守舊療法，如何能在醫師決定過程中

²⁰⁵ 張新寶，前揭註 75，頁 95。

²⁰⁶ 最高法院 104 年度台上字第 211 號判決、103 年度台上字第 706 號判決、101 年度台上字第 1419 號判決、100 年度台上字第 2256 號判決、100 年度台上字第 475 號判決、95 年度台上字第 1226 號判決、86 年度台上字第 1731 號判決、臺灣高等法院 101 年度醫上字第 29 號、89 年上字第 1189 號判決等。

²⁰⁷ 蔡佩玲，前揭註 177，頁 57，註 186。本文作者實際訪問多位醫審會委員，皆表示何謂醫療常規並不清楚，約指小組內醫師成員所主張一般在醫療上如何作為的標準。



達到團體共識而形成醫療常規²⁰⁸？何況醫療常規的來源來自對多數病人治療方式的統計歸納，但每個病人病況、體質都不同，具有個別性、唯一性，標準不一的來源母體如何能提煉出普世性、一般性的常規？

近年實務更有認因人、事、時、地、物之不同，醫療常規並非一成不變，在醫學中心、區域醫院、地區醫院、一般診所，因設備等之差異；在每一時期，因醫學之進步程度，醫療常規乃具浮動性的見解²⁰⁹，但要是醫療常規具有浮動性，不正表示醫療常規並非一般性的客觀標準？又何來「醫界共識」²¹⁰？

另具有過失的行為，可能包含決策面（即應選擇如何做）與執行面（即實際上怎麼做），但醫療執行面應如何謹慎小心等主觀上注意程度之要求，與醫療常規是否違反並無關聯；執行面是否有過失（譬如手術過程不專心、技術拙劣等），無法藉由審查是否違反醫療常規而得出結論²¹¹。若以醫療常規論斷過失，容易造成只著重在決策面的過失，而忽略執行面過失之情形。

實務雖有見解將臨床指引解為醫療常規者²¹²，本次修正立法者亦曾認醫療常規即為臨床指引²¹³，但根據美國實證問卷分析結果，多數醫師在執行職務時其實未遵守臨床指引²¹⁴，且臨床指引亦有許多種版本，對同一問題的結論會因版本不同而有異，則應以哪一種臨床指引作為醫事人員的客觀行為準則？

²⁰⁸ 陳聰富，前揭註 79，頁 323-324。

²⁰⁹ 最高法院 105 年度台上字第 182 號刑事判決、107 年度台上字第 4587 號刑事判決、臺灣高等法院 105 年度重醫上更（一）字第 4 號刑事判決等。


²¹⁰ 是學說有認醫療常規乃虛構概念，根本不存在，反對醫療常規入法，見鄭逸哲，前揭註 144，頁 126。

²¹¹ 吳志正，前揭註 164，頁 99。

²¹² 臺灣高等法院 102 年度醫上訴字第 10 號刑事判決、102 年度醫上字第 30 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上訴字第 1095 號刑事判決、99 年度重上醫更（一）字第 4 號刑事判決。

²¹³ 李秀彥委員等提案理由說明將醫療常規直接認為是 guideline（臨床指引），見立法院第 9 屆第 2 會期第 16 次會議議案關係文書，院總第 1155 號、委員提案第 20086 號。

²¹⁴ T. Hartz Cramm, A. J. Green, M. D., *Ascertaining customary care in malpractice cases: Asking those who know.*, 37 WAKE FOREST LAW REVIEW 3, 699, 711-712 (2002).



另醫療行為本身具有不確定性，臨床指引充其量只是考量有限變項下、一種暫時性的經驗歸納，常有「視情況處理」之結論出現，並非制式的命題或規定。即使是一樣的病名，不同科之間也可能有不同意見，也會因個別病人不同的體質或身體狀況而需要不同的治療方式，臨床指引無法詳盡包含所有醫療行為及細部實施過程。當臨床指引並非也不可能窮盡一切變項時，若僅依據臨床指引選擇醫療處置方式而毫不變通，對病人亦非有利，是不論是臨床指引或其他醫療相關準則都會在前言部分言明，指引、準則不能凌駕或取代醫事人員之判斷，醫事人員應以病人所有主客觀條件為綜合分析，並做出最後決定；臨床指引充其量僅能作為建議，無法做為限制或規定醫療處置的唯一依據²¹⁵。

第二，醫療常規是「誰」的共識？法院審判時所認定的醫療常規皆來自醫療審議委員會鑑定，則該醫療常規究竟真是醫界共識、還是醫審會少數委員的共識？現代醫療過程中，十分重視病人自主權，強調病人對於醫療過程的參與，換言之，病人可能成為最終醫療方式的決定者，即使病人的選擇在醫學上不夠明智，醫事人員仍有尊重病人選擇的義務。果爾，病人的個別決定，尤其對於醫療方式所生危險的偏好程度、及個別經濟能力或其他考量因素不同，最後做出的醫療行為是否仍屬「醫界共識」的處置，實難以判斷，增加形成醫療常規的困難²¹⁶。

第三，在我國醫療環境受健保規制甚深下，醫療常規作為「醫界共識」，其形成過程已不僅僅立基於醫學上之考量，醫療成本或健保給付標準亦某程度實質左

²¹⁵ 例如，《攝護腺（前列腺）癌臨床診療指引》之扉頁即載明「本臨床診療指引內所提之各種診治意見，為原則性之建議……但對臨床醫師之醫療行為無絕對之法律性約束力！由於醫藥科技持續在進步，每位患者的病情亦不盡相同；醫師應就病人之病情做個別特殊性的考量，病人和家屬亦應與醫師溝通討論，以決定最適當之診治方式。」，見 TCOG 攝護腺癌工作群編撰小組（2010），《攝護腺（前列腺）癌臨床診療指引》，財團法人國家衛生研究院，轉引自吳志正，前揭註 164，頁 103。鄭逸哲，前揭註 15，頁 100。

²¹⁶ 陳聰富，前揭註 79，頁 323-324。



右了常規的內容²¹⁷，加上醫療行為商業化的趨勢，注重經營利潤的企業模式更大大左右了醫事人員的選擇空間。

第四，醫療常規既來自醫界認定，於訴訟中不無球員兼裁判之疑慮，依據學者觀察，醫審會針對同一問題的鑑定結果甚至有因民刑案而異的情形²¹⁸，此亦是社會長期詬病醫界「醫醫相護」之故，則使用醫療常規作為認定標準能否完善保護病人利益，更值商榷。

第五，醫療常規入法有架空審判權的疑慮²¹⁹。我國實務認定醫療常規時，經常以醫審會或醫療機構之鑑定意見為判斷依據²²⁰，惟鑑定意見經常發生意見模糊、規避重要問題、甚至多數意見互為矛盾之情形，品質並不穩定；實務上送鑑定時更常出現「該醫療行為是否違背『醫療常規』而有『疏失』」或是委託「鑑定有無過失」等不精確問法²²¹。但法院對於工程、建築、金融等其他專業行業，在認定行為人是否有過失時，雖對該行業之專業知識亦不一定完全了解，其業界常規最多仍僅為法院認定之輔助，何以獨醫療責任中醫療常規得以取代法院之判斷？

醫療常規僅是普通一般醫師所依循的醫療模式，並非必然代表醫學上醫事人員應有的注意標準。將醫療常規作為過失標準的做法，不但實質降低了醫事人員應有的注意義務，且有規範體系不一致之嫌。將是否有過失交由醫界認定、甚至只要

²¹⁷ 吳俊穎（2004），〈由醫療糾紛的觀點看台灣實證醫學未來的發展〉，《臺灣醫學》，8卷4期，頁579。

²¹⁸ 楊秀儀發言，陳自強等（2002），〈「我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望」研討會議題討論（一）〉，《台灣法學雜誌》，39期，頁107。

²¹⁹ 審判權之讓渡問題，可參吳志正（2015），〈論醫事鑑定與法院之實質審判權〉，《醫事鑑定與法院之實質審判權》，頁27-54，元照出版有限公司。

²²⁰ 依學者實證研究發現，鑑定意見明顯影響判決結果，見劉邦揚（2011），〈我國地方法院刑事醫療糾紛判決的實證分析：2000年至2010年〉，《科技法學評論》，8卷2期，頁289-290。吳俊穎、楊增暉、陳榮基（2015），〈醫療糾紛鑑定意見對法官心證之影響〉，《科技法學評論》，12卷1期，頁128-133。

²²¹ 美國德州最高法院曾宣告此種鑑定違憲，專業鑑定人不得對最終爭端做判斷，見楊秀儀發言，陳自強等，前揭註218，頁107。

醫療行為符合常規，連行為和損害的因果關係都一併忽略，實質上形成了醫界的同儕審判，更是司法審判權的架空與轉移²²²。

比較各國法雖對醫療注意義務的標準有不同名稱，但其核心思想皆是「在充分尊重醫療專業性下保留司法規範評價的權限」，即使醫療行為符合醫療常規，法院仍有可能因其他規範上的考量，認為醫事人員應該負更高的注意義務。

醫療行為是否符合醫療常規是事實認定的問題，法律作為社會規範的形塑力量之一，不能任意屈就於行規而放棄自身中立超然的地位，使人民權益受損，更不能將自身的獨立判斷權限完全交由他人，侵蝕司法獨立的內涵。是在認定被告是否有過失時，不是僅比對該醫療行為是否符合醫療常規即可，政策及法規目的、行為危險性、損害防免成本與病人利益的權衡都是考量因素，醫療常規僅為參考的一環。

綜上所述，醫療常規定義不明確且富爭議，本次修法卻將備受爭議的醫療常規作為法定審酌要件，實有違法安定性與法明確性，並不妥當。

第二款 混淆不同層次的審酌要件

醫療法第 82 條第 4 項規定注意義務與臨床專業裁量的審酌標準應以醫療常規等「客觀情況」為斷，但在審酌的要件裡面卻列入主觀之工作條件、緊急迫切，令人疑惑。

在過失客觀化下，實務上所稱的醫療過失，實質上已包含醫療行為不法性之判斷結果，判斷個別醫事人員行為是否具有過失，並非探討其於損害發生時事實上的注意能力或程度，而是其行為是否有違反客觀的行為準則。醫事人員的工作條件，會因個別醫事人員的情況大相逕庭，沒有客觀的標準可言，亦非醫療上客觀行為準則的重點，為何得做為客觀審酌要件？

²²² 最高法院 104 年度台上字第 85 號判決即以此指責原審。

若肯定醫事人員工作條件得做為客觀的注意義務標準，那其他職業是否也能比照辦理、以工作條件惡劣主張行為無過失？若否，將醫療過失判斷標準獨立於其他專門職業以外，是否具有差異化的堅實理由？未見立法者有任何說明。

另外，一般人在緊急狀態下能夠達到的注意程度與在時間充裕的情況下的注意程度固不同，但降低之幅度因人而異、差異甚大，並非客觀的標準。法律作為行為規範的角色，不應以緊急迫切作為降低醫師注意義務之理由²²³，僅可參照我國法制上緊急避難法理，作為阻卻責任的要件²²⁴。

究其實質，工作條件、緊急迫切兩個要件，屬於主觀上故意過失的審查範圍，本來就與醫療上的客觀行為準則無關。醫療行為是否違反醫療常規等，是行為不法性層次的審查；而醫事人員當下是否有緊急迫切情形、工作條件為何，乃期待可能性的問題，是主觀上故意過失層次的審查。立法者之所以會將此二者誤列為客觀要件，應該是受到實務判斷醫療過失時未明確區分不法性與故意過失的現象影響，但此種作法不但混淆了注意義務標準的內涵，更造成條文自相矛盾，實屬不妥。

第三款 條文來源不妥當

醫療法第 82 條修正理由明言第 4 項乃根據衛生福利部醫療糾紛鑑定作業要點第 16 條：「醫事鑑定小組委員會及初審醫師，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」而來。然而，依據民事訴訟法，鑑定乃證據方法之一種，與實體法上民事責任的構成無關；上開作業要點旨在要求醫事鑑定小組委員會及初審醫師應公正客觀，不得為虛偽之陳述或鑑定，偏向行政訓示的性質，與歸責原理無涉，何以證據層次的行政作業要點，

²²³ 張新寶，前揭註 75，頁 95。

²²⁴ 邱聰智，前揭註 25，頁 431。

竟得作為實體法的責任構成要件來源？兩者不但在法體系的定位不同，規範目的也不同，強硬聯結有牛頭不對馬嘴之感，不是令人信服的立法理由。



第四款 各審酌要件間並非獨立互斥

修正前醫療法第 82 條對於注意義務的判斷標準未有明文規定，實務及學說上有認應依善良管理人、醫療法規定、醫療契約約定或基於該醫療事件之特性所應具備者為準²²⁵，也有將醫療常規或醫療水準單獨作為注意義務標準者。

衛福部則將醫療常規與醫療水準混合論述，未明確區分，認醫療過失「通常以醫師之醫療行為有否符合醫療常規為審議之重要標準。所謂醫療常規，係指在臨床醫療上，由醫療習慣、條理或經驗等所形成之常見成規，其中最主要之判斷因素為醫療之適正性，亦即以診療當時當地臨床醫療實踐上之醫療水準作為判斷之標準。至具體評量依據，係依醫療機構醫療設備之完善、專業知識之高低、臨床經驗之多寡以及各科會診之可能等等，加以綜合考量。而醫師之醫療行為是否符合當地之醫療水準，則繫於其注意能力之高低，而注意能力之高低，原則上依醫療機構之等級，而以一般醫師之平均注意能力為準²²⁶」等語，先是認醫療過失以醫療常規為準，又認醫療常規最主要的判斷因素是醫療水準，概念顯有混淆。

蓋醫療常規是在檢驗醫療行為是否符合醫界共識的方法，而醫療水準是在處理醫事人員何時採用新興醫療科技的義務，兩種理論的目的並不相同，將兩者都作為一般性注意義務的標準，不但造成觀念的混亂，更使注意義務的標準更加難以預測。

醫事人員就醫療個案應本於診療當時之醫學知識，審酌病人之病情、醫療行為之價值與風險、避免損害發生之成本及醫院層級等因素，綜合判斷而為適當之醫療，始得謂符合醫療水準而無過失；醫療常規則為醫療處置之一般最低標準，醫師

²²⁵ 最高法院 106 年度台上字第 1048 號判決、106 年度台上字第 227 號判決。

²²⁶ 行政院衛生署 (98) 衛署醫字第 0980200548 號函。



依據醫療常規所進行之醫療行為，非可認為已盡醫療水準之注意義務²²⁷。醫療常規與醫療水準間是「量」的差異，並非獨立互斥的概念，條文將之並列，卻又未明確定義，造成判斷上的困擾。

又日本法在判斷醫療水準時，本即會考量不同地區醫療設施層級不同的影響，調整醫療水準的寬嚴。我國實務以醫療水準為注意義務標準者，亦強調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²²⁸，顯見醫療設施的條件本即是醫療水準的考量因素之一，並非與醫療水準獨立互斥之標準，條文將其並列不妥當。

在醫療常規中也有相同問題存在。實務見解有認「因人、事、時、地、物之不同，醫療常規並非一成不變，在醫學中心、區域醫院、地區醫院、一般診所，因設備等之差異；在每一時期，因醫學之進步程度，醫療常規乃具「浮動性」。從而，在醫療常規對不同等級之醫療院所，所要求於醫護人員的注意義務，應有所差別時，對次級的醫療院所，自不能同以高級醫療院所的醫療常規，憑為判斷標準²²⁹」。依此見解，醫療設施的等級為決定醫療常規的條件之一，則醫療設施顯然亦非與醫療常規獨立互斥之標準，條文將其並列亦不妥當。

本次修正將醫療常規、醫療水準、醫療設施等互相包含、非獨立互斥的要件全部並列納入條文，雖確立不得僅以單一標準論斷過失的原則，與實務、學說逐漸採用多元考量因素的趨勢符合²³⁰，卻也凸顯了本項法條結構的問題²³¹。除了造成概念上的混淆外，更重要的是舉證責任的疑慮與鑑定運作的障礙。

²²⁷ 最高法院 106 年度台上字第 227 號判決。

²²⁸ 最高法院 95 年度台上字第 3884 號刑事判決。

²²⁹ 最高法院 105 年度台上字第 182 號刑事判決。

²³⁰ 陳忠五（2018），〈民事類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》，338 期，頁 134。王富仙（2018），〈醫療過失之判斷-評析 106 年度台上字第 1048 號民事判決〉，《中律會訊雜誌》，21 卷，頁 33。

²³¹ 依據學者研究，醫療刑事訴訟發生地點以診所比例最高，為 39%，醫學中心則僅佔 19%。雖然醫療法第 82 條第 4 項要求審酌過失應考量醫療設施，但在判決實證研究中，診所被判決有罪的比例反而最高，約達六成，醫療設施此一要件，對於降低刑事案件中醫事人員涉訟的機率沒有幫

民事訴訟中原告應就責任構成要件負舉證責任，觀察實務諸多判決可見，實務對於舉證責任轉換之適用仍屬保守，多認依據訴訟法規精神及醫療事件之特質，原告仍應先就發生侵權行為等有利於己之事實負舉證責任，僅因醫療行為之高度專業性，而將舉證責任減輕而已，非謂因此即可將舉證責任倒置於被告²³²，亦即病人應舉證醫事人員有過失。而過失的審酌要件包含了醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切，彼此間概念有落差，則在修法後病人應舉證醫事人員違反醫療常規還是違反醫療水準？是否每一要件皆須舉證，還是只要舉證一項成功即可？

審酌要件間也可能會互相衝突，則何者優先？例如，符合醫療常規但不符醫療水準、不符醫療常規或醫療水準但有工作條件不足或緊急迫切等，此時應以何者為優先？是否工作條件或緊急迫切的事由優先於違反醫療常規或水準？

鑑定方面，鑑定項目是否應鑑定有無違反醫療常規、醫療水準，並鑑定醫療設施、工作條件、緊急迫切等情形？醫療鑑定以書面資料為準，若資料不完整、或與實際情形不符，是否會影響鑑定公信力？顯會造成實務運作的困擾。

過往醫療訴訟中，工作條件、緊急迫切等多由被告提出抗辯而由其負舉證責任，若修法後認病人須就全部審酌要件舉證，則縱然病人得主張民事訴訟法第 277 條但書舉證責任減輕與轉換，仍然增加了病人的舉證難度，對於病人權益的保護實過度限縮。反之，若只要舉證一項即可，則醫事人員要舉反證推翻的難度亦會提高，對醫事人員恐亦過苛。

綜上所述，本項審酌要件的訂定，有定義不明確、觀念混淆、法條架構錯誤等情形，貿然將其全部訂入法條，不但沒有使過失更加明確化，反孳生許多問題，增

助；另在民事訴訟中，醫學中心涉訟的比率確實有比診所高，但此結果可能是因為診所私下和解的情形比較多，見廖建瑜，前揭註 47，頁 116-117、123、129。

²³² 如臺灣高等法院 105 年度醫上易字第 5 號判決、105 年度醫上字第 30 號判決、106 年度醫上字第 12 號判決、106 年度醫上字第 8 號判決、106 年度醫上易字第 3 號判決、107 年度醫再字第 5 號判決、臺灣高等法院臺南分院 105 年度醫上易字第 1 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度醫上字第 9 號判決等。

加了判斷與運作上的障礙，實務如何在適用本項的同時，兼顧對病人權益的保護，實有賴進一步發展與觀察。



第五節 修法後的實務觀察

第一項 綜論

醫療法第 82 條在實務上的適用，涉及該條在醫療民事責任體系中的定位，也決定了其發揮規範功能的範圍。實務判決使用醫療法第 82 條之情形可分為：

1. 作為獨立請求權基礎

醫療法第 82 條第 2 項與第 5 項，乃具有責任構成要件與法律效果的完整規定，得做為請求權基礎，應無疑義。然而，基於訴訟技巧的考量，病人於訴訟中多併行主張契約責任與侵權責任²³³，殊少見僅主張醫療法第 82 條者；法院判決時亦多以民法契約責任與侵權責任的條文為論述，未見單以醫療法第 82 條為認定，而排除民法適用者。

2. 作為注意義務來源

醫療法第 82 條第 1 項規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。」本項在修正前後皆無變動，實務在論述醫療過失時，常以醫療法第 82 條為注意義務的來源，作為判斷行為人是否構成過失或可歸責事由的依據²³⁴。

3. 作為違反保護他人之法律²³⁵

所謂「保護他人之法律」，係指任何以保護個人或特定範圍之人為目的之法規，但專以保護國家公益或社會秩序為目的之法律則不包括在內。從而權利受侵害

²³³ 臺灣高等法院 101 年度醫上更（一）字第 4 號判決。

²³⁴ 最高法院 99 年度台上字第 6129 號刑事判決、102 年度台上字第 1668 號民事判決、106 年度台上字第 1267 號民事判決、臺灣高等法院 98 年度醫上易字第 1 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 98 年度醫上訴字第 884 號刑事判決等。

²³⁵ 最高法院 89 年度台上字第 56 號判決、92 年度台上字第 2695 號判決、臺灣高等法院 90 年度上字第 491 號判決、95 年度醫上易字第 1 號判決等。



之人，必須屬於法律所欲保護之人之範圍，且其所請求賠償之損害，其發生須係法律所欲防止者，始足當之。

學者有認，醫療法、醫師法對於醫療機構與醫事人員定有諸多義務，此等義務對於病人之生命、身體、健康等權益影響甚鉅，除了行政管制外，亦具有防止病人發生危害，保護病人權益之目的²³⁶。醫療法第 82 條規定之目的，應認為在於保護特定範圍之人即病人之權益，屬於民法第 184 條第 2 項規定之「保護他人之法律」²³⁷。

醫療行為是否適用民法第 184 條第 2 項，最重要的影響在於舉證責任的倒置。若醫療行為適用該項，則醫療機構或醫事人員的過失將被推定，必須由其舉證無過失，始得免責。本次醫療法第 82 條修正並未明確排除該條為民法第 184 條第 2 項所謂保護他人之法律，病人仍可依民法第 184 條第 1 項前段或同條第 2 項或其他請求權為獨立或一併請求。

醫療法第 82 條於 107 年 1 月 24 日施行生效迄今，適用修正後醫療法第 82 條的民事判決並不多，原因可能是醫療訴訟審判期間較長、鑑定曠日廢時，修法至今僅 1 年多，許多案件尚未審結；而已判決者案件事實發生在舊法時期，依照不溯及既往原則不適用修正後醫療法第 82 條。經搜尋醫療法第 82 條修正生效後，適用新法之民事判決共有 37 筆，其中 10 筆為高等法院判決，27 筆為地方法院判決²³⁸，自上開判決可發現修法後實務判決的一些共通點：

1. 在論述上醫療法第 82 條皆是作為侵權責任或契約責任中的注意義務來源，未見作為保護他人之法律而成立民法第 184 條第 2 項之責任者，更未見作為獨立

²³⁶ 陳聰富（2008），《侵權違法性與損害賠償》，頁 48，元照出版有限公司。孫森焱（2001），《民法債編總論上冊》，頁 244-246，三民書局。王澤鑑，前揭註 116，頁 366-368。

²³⁷ 最高法院 86 年度台上字第 56 號判決、臺灣高等法院 84 年度訴字第 33 號判決、96 年度醫上字第 19 號判決、臺灣臺北地方法院 95 年度醫字第 19 號判決。


²³⁸ 搜尋引擎：司法院法學資料檢索系統。搜尋範圍：107/1/24（公布施行日）-108/7/31。

請求權基礎者。實務上醫療責任的成立仍是以民法第 184 條第 1 項前段及民法第 227 條不完全給付作為請求權基礎之大宗。

2. 病人敗訴機率相當高²³⁹，少數勝訴判決則是因有其他較明確的特殊理由存在，諸如應為但未為定期監測產婦血氧濃度、醫師未確實製作病歷而被認醫療處置具有可歸責之重大瑕疵（臺灣苗栗地方法院 106 年度醫字第 1 號判決）、醫師誤判檢查結果致上訴人喪失選擇對腫瘤切片或再為其他檢查之意思決定自由，應與醫療機構連帶賠償非財產上損害（臺灣高等法院 105 年度醫上字第 6 號判決）等。
3. 法院主要仍以醫療常規為判斷標準，且只要鑑定單位認為被告的行為有符合醫療常規，法院幾乎不會推翻。少數判決則以醫療水準為標準（臺灣臺北地方法院 105 年度醫字第 36 號判決）、另有法院認為鑑定基礎事實（病歷、證人證詞）有缺漏而不採納認為醫療行為符合醫療常規的鑑定意見（臺灣苗栗地方法院 106 年度醫字第 1 號判決）。
4. 除非鑑定意見已特別提及（臺灣嘉義地方法院 106 年度醫字第 8 號判決），多數判決對於「是否逾越合理臨床專業裁量」的要件實質上沒有判斷。依照法條結構，要判斷是否有醫療過失，應兩階段審查是否有違反注意義務「且」逾越合理臨床專業裁量。由於臨床專業裁量本來就很難有確切的定義，難以期待沒有醫療專業的法院作實質個案討論，因此法院似偏向只審查違反注意義務部分，只要認定醫事人員沒有違反注意義務，就可無需再審查臨床專業裁量的要件而得直接駁回。

另一種情形是法院認為所謂「是否逾越合理臨床專業裁量」就是「是否依循一般公認臨床醫療行為準則」（臺灣高等法院高雄分院 107 年度醫上字第 1 號判決），但醫療行為準則並非醫療法第 82 條第 4 項明定的審酌要件，在過往學說與實務討論中，醫療行為準則指的其實是注意義務的標準，上開見解等於將注

²³⁹ 依據學者研究，醫療民事訴訟病人勝訴的比率一直維持在約一成(11%)或低於一成，見廖建瑜，前揭註 47，頁 129。



意義務與臨床專業裁量的審查繫於同一個標準，實質上架空了臨床裁量原本規範非醫療常規行為的概念與審查過程，同時亦佐證了若臨床裁量與注意義務的審酌要件相同，則違反注意義務與逾越合理臨床專業裁量顯然相同，並非獨立的兩個過失要件，條文乃重複訂定。

5. 法院並未逐一審查醫療法第 82 條第 4 項之審酌要件。此種現象最大理由是許多個案事實並不需要用到醫療法第 82 條第 4 項全部的審酌要件、或是該審酌要件並非爭點之所在。

比較明確論述者有臺灣高等法院臺中分院 107 年度醫上字第 11 號判決，法院指出被告醫師「手術方式之擇定及實施過程，均無違反醫療常規，其臨床診斷及醫療處置，復符合該醫療領域之醫療水準，自難認其就本件醫療行為之實施有何過失或中國醫大附醫所提供之醫療給付有何不完全。次按，醫師就病人之病症，決定採取何種手術方式為宜，此涉及醫師專業之裁量」等語，然而，上開論述顯現出實務對於醫療常規與醫療水準原意的混淆，且區分「手術方式之擇定及實施過程」的判斷標準採用醫療常規、「臨床診斷及醫療處置」則採用醫療水準的理由何在？在本案中法院所稱的醫療常規與醫療水準是否有差異？醫師就病人之病症決定採取何種手術方式乃專業裁量的敘述雖正確，但法條規定的合理性審查何在？還是只要是醫師得主張專業裁量之情形就無需審查是否合理？皆未見說明。

6. 法院對於舉證責任的減輕和轉換仍然保守。除了醫師未確實記載病歷者（臺灣苗栗地方法院 106 年度醫字第 1 號判決），其餘判決皆認依據訴訟法規精神及醫療事件之特質，原告仍應先就發生侵權行為等有利於己之事實負舉證責任，僅因醫療行為之高度專業性，而將舉證責任減輕而已，非謂因此即可將舉證責任倒置於被告；契約責任方面病人則須就醫事人員之醫療處置有何可歸責之瑕疵盡舉證責任之後，才有調整兩造對於相當因果關係舉證責任之分配。實質上，法院對於處置是否有瑕疵及因果關係的判斷，仍然完全依照鑑定意見，病人難以享受到舉證責任的減輕。

上述判決的共通點，實際上是延續了修法前的實務判決生態²⁴⁰。造成此種現象的理由，可能是法條是否修正實質上不影響醫療過失的判斷、或是修正後的法條太難操作。修法後條文雖定為違反注意義務且逾越合理臨床裁量始構成過失，但實務往往在注意義務的審查就已經不通過，根本用不到後段對臨床裁量的審查。

就算對違反注意義務的審查通過，由於違反注意義務與逾越合理臨床裁量的審酌要件完全相同，造成兩者有極高的相似度與連動性，實質上並不構成兩階段審查或限縮。另外在修法前實務就相當尊重醫師的臨床裁量，認定裁量瑕疵的情形非常少，修法後雖新增逾越合理臨床裁量的審查，應用機會也很低。

此外，原本法院對於過失的審查有相當大的判斷空間，可以依據個案靈活運用相關的審酌要件，集中爭點審理，節省訴訟時程；但修法後將所有審酌要件明定，在法官有適法義務下，可能剝奪了其依據個案情形集中審查相關審酌要件的靈活度，將製造許多不必要的爭點。何況原告是否應舉證全部審酌要件、要件間衝突時何者優先等問題都尚未解決，更成為適用時的障礙。在上開情形下，法院寧可依照舊法的模式判斷，確可預見，頂多是在鑑定問題上做相對應修改，維持以鑑定意見為主要依據的模式，也使法院了迴避適用新法時應有的開創性論述。

準此，醫界認為修法成功限縮了醫事人員的民事責任，恐怕有所誤解。實務依據舊法模式判斷，雖然較為順手，但也同時保留了舊法時代的缺點，且這些缺點在修法後因為條文的結構不當，反而更加複雜、突出，以下茲以臺灣臺北地方法院 105 年度醫字第 3 號判決，為修法後民事實務現況的相關說明與佐證。

²⁴⁰ 依據學者觀察，醫療法第 82 條修法後，民事實務仍然偏好使用最高法院 106 年度台上字第 1048 號判決對於注意義務的論述，而不使用修正後的醫療法第 82 條，見廖建瑜，前揭註 47，頁 136。

第二項 案例分析：臺灣臺北地方法院 105 年度醫字第 3 號判決（擅自更改術式案）



第一款 案件事實

病人於 103 年間至臺大醫院新竹分院健檢時，經醫師診斷罹患大型大腸瘻肉，乃於同年 10 月 16 日轉診至被告醫院治療，經被告醫院所僱用之消化內科醫師即訴外人甲醫師建議實施內視鏡黏膜下剝離術（下稱 ESD 手術），並於同年 10 月 28 日上午 9 時 6 分由甲醫師進行手術，至同日上午 11 時 38 分完成。惟手術中甲醫師變更術式為內視鏡黏膜切除術（下稱 EMR 手術），病人發生穿孔出血及腔室症候群情事，術後旋送至加護病房。

由於病人健康持續惡化，被告醫院乃於同日下午 3 時 45 分為病人輸注高濃度藥物，晚間 8 時 1 分進行輸血治療，於同日晚間 8 時 30 分進行血液透析治療。病人於 103 年 10 月 29 日凌晨 0 時 58 分又由被告醫院僱用之外科醫師乙醫師進行修補降結腸破洞、迴腸造瘻手術，手術於同日凌晨 3 時結束，因術後病況不佳，於同年 10 月 31 日裝設葉克膜，惜仍未改善，病人於同年 11 月 2 日晚間 6 時 30 分出院，晚間死亡。

第二款 原告主張

原告即病人家屬主張：甲醫師於切除病人大腸瘻肉 ESD 手術過程中，未經家屬同意即逕自更改術式為不適合切除大型瘻肉之 EMR 手術，違反告知說明義務且違反注意義務；手術過程中甲醫師未盡必要注意義務而造成病人穿孔、出血，引發休克，卻僅將病人送往加護病房，並未積極治療，更延誤外科手術治療期間，導致病人最終併發多重器官衰竭而死亡。

被告醫院未依醫療契約，提供完善且充分之醫療照護義務，致病人喪失生命，爰依照民法 184 條第 1 項、第 188 條第 1 項、第 192 條、第 194 條、第 227 條及

第 227 條之 1 準用第 193 條第 1 項、第 195 條第 1 項等規定，請求被告醫院給付喪葬費用 474,701 元及 340 萬元之精神慰撫金。



第三款 被告主張

被告醫院抗辯：罹患大型大腸瘻肉之病人，發生穿孔及出血併發症之風險較高，甲醫師於進行手術前，已與病人及其家屬進行充分溝通，並就手術之細節、效果、風險、併發症等事項詳細說明，經病人及其家屬完全瞭解、清楚手術風險，始基於自由意志下簽署手術同意書，同意系爭手術之進行，甲醫師已善盡相關說明義務。

於術中，甲醫師本於專業及臨床狀況，評估改依 EMR 手術切除瘻肉符合醫療常規，且並無證據 EMR 手術相較於 ESD 手術會增加病人腸穿孔之風險。術中固發生穿孔情事，惟已經甲醫師同步以內視鏡將破孔縫合，並於術後旋即安排轉入加護病房，於加護病房中經主治醫師診斷為敗血性休克，旋即施以抗生素、點滴等藥物及積極檢查、監控，並無延宕治療之情事。

又乙醫師早於 103 年 10 月 28 日晚間向病人家屬說明修補降結腸破洞、迴腸造瘻手術方法與目的，並告知病人當時健康狀況實施外科手術有高度風險，病人家屬自行決定先以內科方式治療，故病人遲至同年月 29 日凌晨始進行修補降結腸破洞、迴腸造瘻手術，並非醫師延誤。

第四款 法院判決

本件爭點在於：甲醫師施作切除大腸瘻肉手術前有无違反告知說明義務？甲醫師於術中將原訂之 ESD 手術變更為 EMR 手術，有无違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量？實施 EMR 手術過程造成穿孔有无違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量？



自上開爭點整理與該判決論述的用語中明顯可見，雖然原告並未以醫療法第 82 條為請求權基礎，但法院實質上是以修正後醫療法第 82 條第 2 項的概念檢驗甲醫師是否有醫療過失。

針對甲醫師於術中將原定之自費 ESD 手術變更為健保給付 EMR 手術有無違反告知說明義務，法院依據門診初診病歷紀錄、全民健康保險病人自願付費同意書等證據，認「參酌我國醫療實務現況，若對同一病症有不同治療方式，而各治療方式存有健保是否給付差別時，倘醫師依其專業判斷應採無健保給付之治療方式，通常會併向病患說明健保給付及無健保給付之治療內容，以避免事後收費爭議併獲取病患自費治療之同意」，而本件病人原本預計是採取自費之 ESD 手術等情，可知甲醫師確已就病人進行大腸瘻肉切除得採 EMR 手術或 ESD 手術盡其說明義務。且「縱原告主張甲醫師未告知變更手術方式乙節屬實，甲醫師既已告知大腸瘻肉切除手術之目的、效益、風險、併發症、替代方式及不處置後果等情，可認已盡告知義務，縱未告知切除大腸瘻肉手術全部可能手術方式及手段細節，仍不能據此認為未履行說明義務，是故原告主張被告醫院違反告知後同意法則云云，洵屬無據。」

針對甲醫師於術中將原訂之 ESD 手術變更為 EMR 手術有無違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量，法院參酌鑑定意見認為：甲醫師於手術中，針對病人瘻肉生長情形，兼考量其他實際情況，認為 EMR 手術得達到 ESD 手術同樣完整切除瘻肉之目的，進而選擇併發症較小、時間及精力對病患耗損較低之 EMR 手術，而手術結果亦確達到一次完整切除病灶，顯徵甲醫師「依其專業裁量權，在乎病人的權益範圍內所為變更手術方式為 EMR 手術之決定，符合醫療常規無訛」、「甲醫師本於其專業判斷改採 EMR 手術，而 EMR 手術穿孔風險比原訂 ESD 手術低，難認被告醫院有何疏失。」



第五款 判決評析

針對告知說明義務部分，法院雖依證據認為甲醫師已明確分別告知 ESD 與 EMR 手術使病人知悉，但其文末最後認為甲醫師只需大腸瘻肉切除手術之目的、效益、風險、併發症、替代方式及不處置後果即可，無須告知全部可能手術方式及手段細節之見解，實值商榷。

自法院認為醫師沒有告知術式的義務可知，其對於告知說明義務的見解顯然是採理性醫師標準說，但其見解卻過度擴大了理性醫師標準的範圍，亦與病人自主權利法第 4 條對於告知說明義務採理性病人標準說之精神不符。術式的選擇亦是醫療選項的一種，依照病人自主權利法第 4 條，應該由病人同意之，在無緊急情況下，醫師不得逕以某種術式為最佳醫療處置即免除病人的同意²⁴¹；且法院既依據相關衛教資料、醫學文獻，承認不同術式有不同的穿孔及出血併發症機率、兩種手術時間長短不同對病人健康體力影響的程度亦不同，術式選擇顯與病人的健康密切相關，何以醫師竟可以不負說明義務、無須取得病人同意？若認醫師只要告知手術之目的、效益、風險、併發症、替代方式及不處置後果，而無須就具體之術式為告知說明，則手術同意書上又有何必要記載術式？

法院又依據鑑定意見，認醫師依其臨床專業裁量所為之決定，即為符合醫療常規而無違反注意義務。然而醫療常規與臨床裁量並非相同的概念，法院會出現符合醫療常規的臨床裁量此一用語，明顯是因醫療法第 82 條第 4 項錯誤的法條結構所致，進而混淆臨床裁量原本是要處理不符醫療常規行為的本意。

若只要符合臨床裁量就是符合醫療常規，則醫療法第 82 條第 4 項的其他審酌要件，對於是否逾越合理臨床專業裁量的判斷就沒有意義；認為醫療行為符合臨床裁量就是符合醫療常規、進一步認定即是未違反注意義務，則證明了醫療法第 82 條第 2 項違反必要注意義務與逾越合理臨床專業裁量並非獨立互斥的判斷要件，實質上只是重複表述的瑕疵立法。

²⁴¹ 廖建瑜，前揭註 153，頁 100-101。



又法院認為甲醫師於術中選擇其他術式，乃基於其臨床專業裁量，並強調甲醫師於手術中選擇併發症較小、時間及精力對病人耗損較低之 EMR 手術，而手術結果亦確達到一次完整切除病灶之目的等語，認定甲醫師無過失，論述上接近於德國法上的醫師治療自由，牽涉到臨床裁量界限的問題。法院以甲醫師變更之術式對病人更有利來論述臨床裁量的合法性，實際上是一種結果論，若本案中兩種術式併發症機率和對病人體力的影響並無明顯落差，法院是否還會認為醫師完全不用說明、不用取得病人同意、得主張未逾越合理臨床專業裁量？

若是，則法院對醫病關係的想像，顯然還是偏向父權式的醫療關係，只要醫療行為是「符合該醫療領域當時當地之醫療常規所為之臨床專業裁量」，縱未經病人同意亦不構成違法醫療行為²⁴²，論述類似日本實務認為在醫療水準範圍內醫師有完全裁量自由的見解。

但即使對同一病症有數種術式皆係合理者，醫師仍應善盡說明義務，將多重術式間之療效、副作用等忠實告知病人，經病人無瑕疵之同意選擇其一後始得為之²⁴³。上開見解對於臨床裁量的範圍過度擴大，易致病人生命身體健康、及病人自主權受不當侵害，實質上乃強制病人承擔未同意承擔的風險，縱結果上治療成功，亦不能否定其侵害病人自主權之事實。

此外，法院雖稱基於醫病雙方在專業知識及證據掌握上並不對等，衡量如由病人舉證有顯失公平之情形，應適用民事訴訟法第 277 條但書減輕其舉證責任，以資衡平，卻又認「醫師實施醫療行為，如已符合醫療常規，而病人未能舉證證明醫師實施醫療行為過程中有何疏失，即難認醫師有不法侵權行為²⁴⁴。……原告仍應先就甲醫師實施 EMR 手術有未盡必要注意義務、就被告醫院為有過失乙節，證明至使法院之心證度達到降低後之證明度，獲得該待證事實為真實之確信……非謂凡

²⁴² 臺灣臺中地方法院 107 年度醫字第 11 號判決

²⁴³ 吳志正，前揭註 44，頁 50。

²⁴⁴ 最高法院 104 年度台上字第 700 號判決。

涉及醫療糾紛之民事事件，其舉證責任初始即當然倒置於被告，以符合訴訟法規精神及醫療事件之特質。」

然在手術過程中，受麻醉的病人如何可能得知進而舉證醫師有無過失？針對一個陌生、專業的醫療行為，病人應怎樣舉證才算是「未達原應負的證明度、但達到降低後應負的證明度」？要求病人舉證，實際上是不可能的任務；而在法院判斷原告舉證的依據仍完全繫於鑑定意見下，舉證成功與否只有全有全無的觀念，難以突出比例上的差異；所謂減輕原告舉證責任、只須達到降低後之證明度云云，在醫療專業的障礙下，實際上恐難以實現。



第三章 醫事人員刑事過失--醫療法第 82 條第 3 項

第一節 刑事醫療過失之成立

按刑法第 12 條第 2 項規定「過失行為之處罰，以有特別規定者為限。」第 14 條規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」

通常僅有對生命或身體等較為重要的法益造成實害或危險後果的過失行為，始具有應刑罰性。過失犯罪行為的不法，是因其行為違反了客觀的注意義務，引起一個法所不容許的風險，並導致結果的發生，而這樣的結果是可以預見及避免的。反之，若行為人之行為雖違反客觀的注意義務，致發生一定之結果，但其結果並無預見或無避免之可能，仍不能令行為人負過失責任²⁴⁵。

刑法上過失的檢驗流程，是先判斷行為有無違反客觀注意義務，若有，即初步認定具有疏失，接著再判斷結果客觀上是否可歸責於該疏失行為，及行為與結果是否具有相當因果關係²⁴⁶。上開檢驗成立後，再檢驗行為人主觀上對於客觀注意義務是否有認識及履行的能力，即法律對於行為人為合法行為是否有期待可能性，最後再檢驗行為人是否有其他阻卻違法或罪責之事由。

然由於刑事過失採客觀歸責理論，不法構成要件審查重心已經偏向客觀不法構成要件，主觀不法要件中對於過失的審查雖然形式上存在，但已無實質內容，僅

²⁴⁵ 最高法院 102 年度台上字第 809 號刑事判決。林山田（2008），《刑法通論（下）》，頁 177，九版，自刊。林鈺雄（2016），《新刑法總則》，頁 514，元照出版有限公司。

²⁴⁶ 最高法院 76 年台上字第 192 號判例：「按刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，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。」

剩下對故意的審查有意義。是通過客觀歸責審查者，如果沒有故意，即可確定實現了過失的不法構成要件²⁴⁷。

醫療過失刑事責任，主要涉及刑法第 276 條過失致死罪以及第 284 條過失傷害罪及過失致重傷害罪。醫事人員之所以構成刑事過失責任，不僅是因為其行為造成病人的損害結果，亦是因其行為違反了醫療注意義務，引起了法不容許的風險，是判斷行為人是否成立醫療過失，必須先檢驗其行為是否違反醫療注意義務。

醫療注意義務乃由以一般醫師的醫學經驗為判斷標準的結果預見義務與結果迴避義務所組成，結果預見義務乃預見醫療可能發生危險或實害結果的義務，結果迴避義務則是迴避醫療可能發生危險或實害結果的義務²⁴⁸。基於醫療行為的不確定性與高風險性，在醫事人員遵守注意義務下，醫療行為必然附帶的風險或單純治療失敗屬於容許風險範圍；非容許範圍之行為，則可能是積極作為或是消極不作為，包含導因於疏失或不充足的前段檢查、未對病人為必要之醫療指示、行為未採取醫療上應為的程序方法、手術過程中未為必要的器物清點而遺留於病人體內、用藥疏失等²⁴⁹。

注意義務的存在目的除了作為醫事人員的行為準則外，也是為了避免病人受到不正確、不正當醫療行為的損害。若醫事人員違反醫療注意義務，即意味著其超越容許風險之範圍而進行醫療行為，醫事人員在為該行為時，應該對於非容許範圍之額外風險，具有結果預見可能及迴避可能，當風險實現時，即應負責，構成過失傷害罪、致重傷害罪或致死罪²⁵⁰。

²⁴⁷ 林鈺雄，前揭註 245，頁 520。

²⁴⁸ 甘添貴，前揭註 125，頁 39。

²⁴⁹ 古承宗，前揭註 18，頁 43。

²⁵⁰ 王皇玉（2005），〈整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則—評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，127 期，頁 58-59。黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，頁 299，元照出版有限公司。張麗卿（2008），〈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》，157 期，頁 82-85。



第二節 條文疑義

第一項「必要」注意義務與臨床「專業」裁量？

不論是醫療法第 82 條第 2 項或第 3 項，條文都使用了違反醫療上「必要」之注意義務及逾越合理臨床「專業」裁量之用語。以立法技術而言，條文文字應力求簡潔、精確，每個字、詞的使用，應該都要具備法律上的意義，則條文既規定有「必要」之注意義務，是否表示尚有「非必要」的注意義務？


按義務二字，本身即帶有「應為之」的意涵，若有非必要注意義務存在，代表一個規範「應為」但「不必要」，定義上顯然自相矛盾，是義務本身就包含了「必要」的概念²⁵¹。又刑法上的注意義務，包含結果預見可能性與結果迴避可能性，如果一個規範是否被遵守對於迴避結果的發生沒有影響，該規範就不是注意義務，注意義務應只有「有無」的區別，而不是在注意義務確立後又區分必要和非必要。

臨床專業裁量的問題亦同，特地指為臨床「專業」裁量，是否表示臨床上也有「非專業」的裁量？顯難以想像。立法者使用臨床專業裁量的用語，可能是受到實務判決使用「臨床專業醫師裁量」一詞的影響，亦或是要強調醫療的專業性。然實務判決此一用語並不精簡，直接引用並不妥當，而醫療專業性應屬社會公眾週知的概念，沒有必要在法規中再特別強調。必要、專業等語，純屬贅詞，立法者所要表達的過失概念，其實就只是違反注意義務與逾越合理臨床裁量而已。

第二項 條文要件的體系定位？

醫療法第 82 條第 3 項之條文結構，基本上與第 2 項相同，因此也有逾越合理臨床專業裁量與違反必要注意義務是否應區分、第 4 項多元審酌要件等共通問題，但刑事責任與民事責任的體系架構畢竟不同，是除了前文所述共通問題（第二章第一至四節）外，第 3 項尚存有與第 2 項不同之刑法學上疑義值得討論。

²⁵¹ 鄭逸哲，前揭註 15，頁 102。廖建瑜，前揭註 166，頁 64。




修法前的醫療法第 82 條並非針對醫療刑事責任所為之直接規定，而是在刑事實務上作為判斷過失犯時注意義務的來源。修法後該條將民刑事責任分別訂立，將刑事責任獨立列為第 3 項「醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。」該項雖保留過失一詞，但行為人只有在違反醫療上必要注意義務且逾越合理臨床專業裁量情況下，始負刑事責任，不再單純僅以違反注意義務作為行為不法之標準。

學者指出：第 3 項條文先界定「因過失致病人死傷」，再從過失責任中限縮「以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者」始負刑事責任，但既已有過失，如何又要再認定違反注意義務？目前我國對於犯罪體系，以採三階層體系為多數，即犯罪乃構成要件該當、不法且有責之行為，違反醫療上必要之注意義務與逾越合理臨床專業裁量於體系中在何定位，不但會影響犯罪的審查流程，也會影響該要件在法律上的效果。依照條文結構，成立過失後又以違反醫療上必要之注意義務與逾越合理臨床專業裁量去限縮過失責任，則此二者在刑法體系的定位又為何？是否為客觀處罰條件？還是阻卻不法事由²⁵²？

若將違反醫療上必要注意義務及逾越合理臨床專業裁量的法律性質解釋為客觀處罰條件，則原則上醫師進行醫療行為導致病人死傷，應負無違反必要注意義務及合理臨床專業裁量之義務。蓋客觀處罰條件既不是違法要件，也不是罪責要件，客觀處罰條件的成就與否，並不影響犯罪成立，僅左右國家刑罰的發動，若條件滿足才能夠發動處罰，本身具有限縮處罰的作用。客觀處罰條件與行為人主觀上有無認識或預見無關，只要其客觀上存在，縱使行為人不知有客觀處罰條件存在，或不可預見客觀處罰條件之發生，亦不影響可罰性之成立。是在既有證據下，客觀處罰條件的成就與否無法被證實的風險，必須由被告承擔，為罪疑唯輕原則的例外²⁵³。

²⁵² 廖建瑜，前揭註 166，頁 66。

²⁵³ 高金桂（2002），〈論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限〉，《刑事法學之理想與探索（二）：甘添貴教授六秩祝壽論文集》，頁 198-199，學林文化。



在此種解釋下，就算醫事人員在醫療行為當時，確實有能夠證明符合合理臨床裁量的相關事證，只要沒有辦法在法庭證明，即無法主張不受處罰。惟此種解釋，將致醫事人員在刑事訴訟程序上，必須承擔無法證實並未違反上開二項條件的風險，反而擴大了醫事人員的責任，且不符本項立法理由「使刑法過失之判定明確化及合理化」之目的，應不可採。

而於刑法理論中，具構成要件該當性之行為，原則上已屬不法之行為，只有在極其例外具有阻卻不法事由時，方能排除行為之違法性。實際在犯罪檢驗流程中操作阻卻不法事由時，如果所指涉的阻卻不法事實確實為真，縱使行為人主觀上誤認所指涉的事實非真，也會發生阻卻不法的效果；如果所指涉的事實確實非真，但行為人主觀上誤以為所指涉的事實確實為真，而行為人對於該誤認沒有過錯，則仍然會因為具有阻卻違法意思，而排除主觀不法。主觀的阻卻不法意思和客觀的阻卻不法事由，只要有一個存在，就能夠阻卻不法²⁵⁴。

若將違反醫療上必要注意義務及逾越合理臨床專業裁量的法律性質解釋為阻卻不法要件，則只要醫事人員的醫療行為實際上確實符合醫療上必要注意義務及合理臨床專業裁量，縱醫事人員主觀上對此沒有認知，仍然可以阻卻客觀不法；反之，若醫事人員誤以為其醫療行為符合醫療上必要注意義務及合理臨床專業裁量，但實際上並不符合，仍然可以阻卻主觀不法。

若醫事人員的醫療行為實際上沒有違反醫療上必要注意義務及逾越合理臨床專業裁量，縱然醫事人員對此無認知，仍然不會構成犯罪，應無問題。但若醫事人員誤以為其醫療行為符合醫療上必要注意義務及合理臨床專業裁量，但實際上並不符合時，實務還會認為醫事人員不成立過失犯嗎？

正如前文所述，我國所稱的醫療過失，實質上已包含醫療行為不法性之判斷結果，法律對於醫事人員有專業上的期待，要求醫事人員於行為時客觀上應符合注意義務及合理臨床裁量，且已經預設了此乃醫事人員應注意能注意的標準。是若醫事

²⁵⁴ 司法院釋字第 656 號解釋許玉秀大法官部分不同意見書。



人員誤以為其醫療行為符合注意義務及合理臨床裁量，但實際上並不符合時，由於法律已經預設醫事人員應有正確認知，屬應注意而能注意之事項，則在此情形，醫事人員仍然會被認定為有過失。

承此脈絡解釋，既然醫療行為符合注意義務及臨床專業裁量屬醫師應注意而能注意的事項，則顯然違反醫療上必要注意義務及逾越合理臨床專業裁量兩個要件，本身就是對過失的重複定義或具體解釋，與客觀處罰條件或阻卻不法要件都無關。本項條文先界定「因過失致病人死傷」，再從過失責任中限縮「以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者」始負刑事責任之條文結構，不是一個良好的立法技術；自立法理由觀之，應該只是要強調本項不規範故意的犯罪行為而已。在立法者的認知中，「違反醫療上必要注意義務且逾越合理臨床專業裁量」本身就是「過失」。

第三項 加重醫事人員責任？

本次條文修正後，醫療過失在民事責任與刑事責任採同一標準。按刑事責任與民事責任的立法目的、規範功能皆有異，對於過失建立的體系自然也不相同。自立法目的與規範功能而言，民事著重在結果損害的填補與風險的分配，刑事則著重非難行為人之行為對於法秩序的破壞。此種調整、分配與非難的差異，導致在結論上民事法以平均的正義為立足點，得以適用過失相抵、連帶債務、和解等解決，可以適用較寬鬆的證據法則；而刑事法則以分配的正義為立足點，刑事責任的程度取決於國家非難的程度，基本上不允許當事人間協商解決，且必須遵守嚴格證明原則²⁵⁵。

學者指出，比起民事過失，刑事過失更重視行為人的認知狀態，即其主觀意圖上的不法性。刑事過失的認定，較民事過失更為嚴格，醫療刑事過失在實務的認定

²⁵⁵ 林宜萱（2012），《論醫療事故之刑事過失責任與民事過失責任之差異-以注意義務與因果關係為中心》，頁 95-98，國立台北大學法律學系碩士論文。

上，實質已接近重大過失責任²⁵⁶，本次條文修正驟然將醫療過失不分民刑事一律定為相同標準，反而可能使醫事人員只要未盡善良管理人注意義務即會構成刑事過失，形成比現行實務審酌醫療刑事過失標準與要件更嚴格的情形，醫事人員成罪機率反而提高²⁵⁷。

惟，本文認為上開見解之情形應不至於發生。第一，最高法院已於 107 年度台上字第 4587 號刑事判決中，明確宣示醫療法第 82 條修正第 3、4 項醫療刑事責任目的乃為限縮醫事人員過失責任範圍，減少其因執行業務而受刑事訴追風險，也就是說最高法院對於爾後醫療刑事責任的操作，是往限縮責任的方向前進。姑且不論修法是否真的減輕了醫事人員的刑事責任還是維持現狀，縱然真有上開見解所憂慮的「提高成罪可能的條文解釋」情形，在最高法院的大方向下，實務仍然會運用規範目的的解釋方式，來避開上開困境，不太可能反而讓醫事人員更容易被判有罪。


第二，在醫療案件中是否真有區分刑事過失與民事過失的必要？兩者在醫療案件中是否真有區別？查民事過失的概念主要援引自刑法第 14 條對於過失的定義²⁵⁸，而 108 年 5 月 10 日刑法已修正刪除業務過失相關條文，醫事人員是否構成刑法上過失，未來亦僅以刑法第 14 條為準，醫療過失在刑事責任和民事責任中，注意程度似無不同。

況且，不論是民事案件或刑事案件，實務對於過失的標準，皆不外醫療常規、臨床指引、醫療水準等共通概念，審查醫療行為是否符合上開概念之門檻時，亦因

²⁵⁶ 依據學者統計研究，臺灣醫療刑事犯罪定罪率偏低，每年遭醫療刑罰之醫師人數僅 3.7 人，有罪定讞率為萬分之 0.698 人，且有罪定讞之過失程度有 95% 為重大疏失，見吳志正（2017），〈醫療過失刑罰化之現況與變革〉，《月旦醫事法報告》，13 期，頁 30-31。

²⁵⁷ 楊秀儀，前揭註 170，頁 74、77。張麗卿，前揭註 170，頁 99-100。

²⁵⁸ 邱聰智（2013），《新訂民法債編通則（上）》，頁 176，自刊。林誠二（2000），《民法債編總論（上）》，頁 240-241，瑞興圖書股份有限公司。劉春堂（2010），《判解民法債編通則》，頁 82，三民書局。史尚寬（1990），《債法總論》，頁 103-104，自刊。黃立（2002），《民法債編總論》，頁 246，元照出版有限公司。鄭玉波（2002），《民法債編總論》，頁 161-162，修訂 2 版，三民書局。



醫療專業性之緣故皆高度仰賴鑑定報告；對於醫師的裁量亦多所肯認。至於個案中對於注意程度高低的調整，不論民、刑事實務都已經有依據專業能力高低決定注意義務高低的案例²⁵⁹。換言之，修法前民、刑事責任在審查醫療過失時會使用的所有判斷要素，本即有高度重疊的現象，且彼此見解會互相影響，更拉近了刑事過失與民事過失的距離，並非因修法始將刑事過失變更為與民事過失標準同一，遑論有「加重」責任之情形。

第四項 減輕醫事人員責任？


本次修正通過後，醫界可謂額手稱慶，認為在限縮醫療刑事責任上得到了重大成功。最高法院也認為，本次修正後非僅以違反注意義務作為行為不法之判斷，增加了逾越合理臨床專業裁量的要件，乃限縮醫事人員過失責任範圍，減少其因執行業務而受刑事訴追風險²⁶⁰。

但若詳細探究，醫事人員的刑事責任真的減輕了嗎？所謂「減輕」，應該是指同一個醫療行為，在舊法時代會成立犯罪，但適用新法後不會成立犯罪；也就是說，一個違反注意義務但符合臨床裁量的醫療行為，在舊法時代會成立犯罪，但因為新法增加了「逾越合理臨床專業裁量」的條件，因此在新法時代，該醫療行為將不構成犯罪，才是有意義的減輕。然而，「違反注意義務但符合臨床裁量」的醫療行為在修法前會構成犯罪嗎？

自過往實務觀之，最高法院 98 年度台上字第 6890 號刑事判決中，法院認為「醫療過程中，個別病患之具體疾病、病程進展及身體狀況等主、客觀條件不一，且不時急遽變化，當有斟酌、取捨之事項。則如何選擇在最適當之時機，採取最有

²⁵⁹ 最高法院 95 年度台上字第 3884 號刑事判決、97 年度台上字第 2346 號刑事判決、105 年度台上字第 182 號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院 103 年度醫上字第 1 號判決、臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上字第 3 號判決、101 年度醫上字第 8 號判決、臺灣高等法院臺南分院 98 年度上字第 189 號判決等。

²⁶⁰ 最高法院 107 年度台上字第 4587 號刑事判決。



利於病患之治療方式，本屬臨床專業醫師裁量、判斷之範疇；倘診療醫師就此所為斟酌、取捨，確有所本，並無明顯輕率疏忽，或顯著不合醫療常規之情，不能因診療醫師採擇其所認最適時、有利於病患之治療方式，摒除其他，即謂其係懈怠或疏忽，有錯誤或延遲治療情事，而令其負刑法上之業務過失責任²⁶¹」；最高法院 102 年度台上字第 3161 號刑事判決則依據上開見解，認「被告醫療處置過程，雖稍與醫療常規不盡相符，然並無明顯輕率疏忽……與被害人之死亡間難認有相當因果關係，不能令負過失致人於死罪責」，皆明確肯認臨床裁量的概念，可見臨床裁量本來就是刑事實務在認定過失時，會考慮的判斷要素之一。

違反注意義務且不符合臨床裁量的行為，不論在舊法時代或是新法時代，都會構成過失；而符合臨床裁量的行為，縱然與醫療常規有所不符，只要沒有明顯輕率疏忽之情形，不論在舊法時代或是新法時代，都不會構成過失。一個違反注意義務但符合臨床裁量的醫療行為，既然本來就不會認定為有過失，並沒有因為新法增加了逾越合理臨床專業裁量的要件而有所改變，則修法顯然只是將實務原本的判斷要素明文化而已，又何來「刑事責任的減輕」？若僅憑條文文字的增加，而未實際觀察實務既往的運作，即逕認醫療刑事責任的規範程度有所實質變動，恐怕是對修法的誤解。


第三節 修法後的實務觀察

第一項 綜論

依據學者觀察，我國刑事醫療糾紛有幾點特色：

- 一、以刑逼民：我國醫療事故中，病人常常提起刑事訴訟請求附帶民事賠償，或是同時提出民刑事訴訟。病人告刑事訴訟的動機其實是民事賠償，刑事訴訟最後

²⁶¹ 學者有認：在病人自主權利法通過後，何謂病人最佳利益，應由病人親為判斷，該見解明顯賦予醫師在其醫療領域憑藉醫療專業及病情發展，逕自決定病人的最佳利益，不但與病人自主權利立法意旨不符，亦與告知後同意理論相衝突，見廖建瑜，前揭註 153，頁 97。



的結果，常常也是雙方和解，以民事賠償換取撤告。病人對醫事人員提出告訴，主要與醫病資訊不對等、證據取得困難，希望藉由司法機關發動公權力取得完整資料、釐清事實；鑑定機構不接受私人鑑定請求，只能依靠公權力委託鑑定；醫病之間缺乏信任關係、及民事訴訟應負舉證責任與徵收裁判費用等因素有關，並非執著於使醫事人員受刑事處罰²⁶²。

二、低起訴率與低定罪率：依據法務部統計資料，自 2002 年至 2012 年 6 月地方法院檢察署辦理醫師業務過失致死案件起訴率為 10.7%，辦理業務過失傷害案件之起訴率為 6.3%；2008 年至 2012 年 6 月辦理業務過失致死案件之起訴率為 10.8%，辦理業務過失傷害案件之起訴率為 5.6%²⁶³。定罪率部分，有學者統計 2002 年至 2016 年之 15 年間，醫師因業務過失傷害與致死罪被判決有罪定讞者，以每年每萬名醫師計，為 0.698 人²⁶⁴，且縱然醫師被判有罪，但大多合乎緩刑要件而被宣告緩刑、或是可易科罰金²⁶⁵。

三、任意鑑定制度：我國不採強制鑑定制，法官與檢察官並非義務應委託鑑定，故對於某一事實有無送鑑定之必要，完全由法院或檢察官裁量，不受被告或告訴人聲請之拘束²⁶⁶。是實務上常會發生被告或告訴人認為有鑑定必要而聲請鑑定，但法官或檢察官認為無必要；或是被告或告訴人沒有聲請鑑定，但法官或檢察官認為有必要而主動送鑑定之情形²⁶⁷。

²⁶² 法務部（2012），法務部對於行政院衛生署所提醫療行為刑事責任明確化、合理化及修法之意見，未出版，轉引自吳志正，前揭註 256，頁 23。陳榮基（1994），〈台灣醫療糾紛的頻率及原因的分類〉，《臺灣醫界》，37 卷 6 期，頁 102。蔡惠如（2004），〈臺灣醫療糾紛之法律課題〉，《月旦民商法雜誌》，4 期，頁 128。陳忠五、楊秀儀發言，陳自強等，前揭註 218，頁 100。


²⁶³ 法務部，前揭註 262。

²⁶⁴ 吳志正，前揭註 256，頁 30、31。

²⁶⁵ 蘇嘉瑞（2007），〈醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢〉，《法官協會》，9 卷 1 期，頁 58 以下。廖建瑜，前揭註 47，頁 120。

²⁶⁶ 張麗卿（2004），《驗證刑訴改革脈動》，頁 163，三版，五南圖書出版有限公司。

²⁶⁷ 張麗卿，前揭註 14，頁 142-145。



醫療法第 82 條於 107 年 1 月 24 日施行生效後迄今，適用修正後醫療法第 82 條的刑事判決有 13 筆，其中有 3 筆為最高法院判決，6 筆為高等法院判決，4 筆為地方法院判決²⁶⁸。醫療刑事判決相較民事判決數目較少，顯見許多案件已經由檢察官不起訴或緩起訴處分攔截，未進到法院審判。此種趨勢對於醫療刑事責任的發展而言，實屬較佳。蓋善用緩起訴制度於醫療刑事案件中，有助於在危險結果肇因於多重因素交錯影響而難以個別釐清成因時，讓個案行為獲得確實、公平的評價，同時又不會使醫事人員承受過重的負擔，降低醫病間的尖銳對立，並讓刑事程序更具彈性，發揮攔截案件的效果，減輕法院的負擔。


細究上述 13 筆判決，修法後刑事實務對於醫療過失的判斷，仍不脫醫療常規、醫療水準、醫療環境設施等標準，至於修正後醫療法第 82 條於刑事實務的實際應用，本文將以最高法院 107 年度台上字第 4587 號刑事判決舉例說明。最高法院在上開判決中，對於修正後醫療法第 82 條第 3 項之適用有詳細論述，該判決並明示「爾後無論修法前後關於醫療刑事過失責任的認定應以此作為判斷準據」，具有宣示性與代表性，爰以該判決之分析為修法後刑事實務現況的相關說明與佐證。

第二項 案例分析：最高法院 107 年度台上字第 4587 號刑事判決（醫美密醫案）

第一款 案件事實

被告甲、訴外人丙、訴外人丁均係經醫師考試及格，領有證書，並從事醫療業務之人，其等與從事販賣醫美器材業務且不具任何醫事人員資格之被告乙，明知美容醫學之所營主要業務，大部分均屬醫療行為，且抽脂、豐胸為手術，與麻醉皆為僅能由醫師親自執行之核心醫療行為，無醫師資格者不得執行，且明知被告甲設立「微笑國際診所」（下稱「微笑診所」），除麻醉設備、手術檯、器械檯、無影燈及補

²⁶⁸ 搜尋引擎：司法院法學資料檢索系統。搜尋範圍：107/1/24（公布施行日）-108/7/31。



助燈、手術包、污物處理設備、刷手檯外，更應具備進行大範圍麻醉、手術時所必須具備之血壓、心跳、呼吸、血氧等生命徵象監測儀器、與處理麻醉或手術時所可能產生危及生命緊急狀況之甦醒球、喉頭鏡、氣管內管、急救藥物、電擊器等急救設備，竟於前述生命徵象監測儀器、急救設備均不齊全情況下，於 102 年 6 月 23 日貿然在微笑診所內聯手為被害人進行在大腿內側、臀部、大腿外側、腰部、腹部、手臂、背部等身體部位的大範圍麻醉抽脂，並施以自體脂肪豐胸手術。

嗣被害人於手術期間突然發生眨眼、抽筋、全身躁動、吼叫、抽搐並起身等症狀，客觀上已危及生命狀況，惟因微笑診所無充足急救設備，無法對被害人進行有效急救措施，其等未立即將被害人轉送有能力處理此狀況的醫療院所或立刻通知臺北市政府消防局派員前來護送，僅由被告乙按摩被害人腳部不明穴道，被告甲則給予氧氣、糖水、輸液等實際上無助於解除被害人危急症狀措施，未及時將病人轉送或打 119 通知救護人員，遲誤送醫時間，最終導致被害人因缺氧性腦症併發肺炎致神經敗血性休克死亡。

第二款 原審見解

臺灣高等法院 106 年度醫上訴字第 5 號刑事判決與第一審臺灣臺北地方法院 104 年度醫訴字第 6 號刑事判決認為：醫師法第 28 條所稱「醫療業務」，目前並無法律明文，僅賴衛生福利部藉由行政解釋予以定義。而根據該部 65 年 6 月 14 日衛署醫字第 116054 號函，麻醉、手術屬核心醫療行為，僅能由實際診療病患之合格醫師親自為之，不得假手他人。而進行大範圍之侵入性手術，須由麻醉醫師採全身麻醉，並於醫護人力充足且具備專業無菌空間，麻醉設備，心電圖、血壓計及血氧濃度機等監測設備，甦醒球、喉頭鏡、氣管內管、急救藥物、電擊器等急救配備周全之手術室進行，方能在緊急狀況出現時予以有效急救，阻止不利受術者之結果發生。如缺乏上述設備，若受術者於術中發生危急情況時，可能因此影響急救時機，提高死亡風險。麻醉、抽脂、豐胸等本案手術應由醫師親自執行殆無疑義，且本案

手術涵蓋大腿內外側、臀部、腰部、腹部、手臂及背部，屬於大範圍、高風險之手術，更應於足夠醫護人員、生命徵象監測儀器與急救設備齊全之情形下方得執行。

被告甲與被告乙合資設立微笑診所，且參與實際經營，負有齊備診所設備後始能實施醫療行為之注意義務，微笑診所生命徵象監測儀器與急救設施並非齊備已如前述，微笑診所經營者與施行手術者竟不予注意，而貿然對被害人進行本案手術，顯有過失。

且被告甲、訴外人丙、丁明知被告乙不具醫師資格，不得執行手術、麻醉等必須由醫師親自執行，不得假手他人之核心醫療行為，竟仍共同基於違反醫師法之犯意聯絡，推由被告乙勸說被害人接受本案手術，並進而在被害人答應後，於 102 年 6 月 23 日由被告甲、乙等人，在微笑診所聯手為被害人進行本案手術醫療業務，創造危及被害人生命之風險。實施手術者既然貿然進行本案手術，顯然對受術者被害人創造風險，而在急救設備欠缺之情形下，如接受手術者一旦發生危及生命之狀況，更有義務立即親自或聯繫救護人員將接受手術者轉送至具有處理此種狀況能力之醫療院所，不可有絲毫耽擱延誤，否則此等創造風險者當然須對對於嗣後病情之未能好轉甚至惡化，負生存（治癒）機會喪失之過失責任。

被害人於本案手術中突然出現眨眼、抽筋及全身躁動、抽搐吼叫、無法配合等行為，客觀上已陷於危及生命狀況，參與手術施行之人無疑應立刻親自或聯繫急救人員前來將被害人送醫。但自發生前述危及生命狀況後，竟拖延近半小時，才由被告甲命護理人員撥打 119，致救護人員雖然迅速出動，但在趕到本案診所時被害人業已發生缺氧腦病變，終因缺氧性腦症併發肺炎致神經敗血性休克死亡，實施手術者不能解免延誤送醫之過失責任。

綜上，被告甲、被告乙所為，乃以一行為犯業務過失致死、違反醫師法二罪，應依刑法第 55 條規定，從一重以違反醫師法第 28 條之非法執行醫療業務罪論處。



第三款 最高法院見解

最高法院指出：第一，醫療法第 82 條修正第 3、4 項醫療刑事責任之修法目的乃為確保醫師執行業務順遂，限縮醫師過失責任範圍，並揭櫫多元判斷標準，以將醫師過失責任判斷要件的精緻與明確化，減少醫師因執行業務而受刑事訴追風險，並導正緊繃的醫病關係。又本次修法乃有利於醫療行為人，依照刑法第 2 條規定，爾後無論修法前後關於醫療刑事過失責任的認定，皆應以新法作為判斷準據。

第二，最高法院認為被告乙雖不具任何醫事人員資格，惟與其共同執行本件手術之其餘 3 人均具有醫師資格，且其等對被害人所為之手術前的麻醉、抽脂或爾後的急救行為，仍屬醫療法所稱醫療行為，應認仍有本法第 82 條第 3、4 項規定的適用；換言之，最高法院認為醫療法第 82 條第 3 項之責任主體得包含密醫。

蓋醫師乃需要專門知識的高技能行業，醫學系的課程繁重且要求嚴格，在世界大多數國家都是進入門檻相當高的科系。醫學生畢業後在醫院還需要接受相當長時間的實習、住院醫師訓練，即使取得專科醫師的資格，仍需要時時進修、定期接受再教育。密醫沒有接受過完整嚴謹的訓練，其醫療判斷不完善的機率較高，容易危及病人的生命身體健康；密醫不受主管機關管制，沒有來自政府或第三方的監督其設備、管理、安全衛生等，提高了醫療風險；密醫無執照卻執行醫師的行為，本質上更是一種欺騙。密醫執業嚴重危害社會醫療體制及醫病關係間的信任，對於病人與公共安全法益危害甚大，是醫師法第 28 條定有未取得合法醫師資格執行醫療業務者之刑責。

第三，針對因果關係，最高法院認為在醫療紛爭事件中，對於最後死傷結果是否可歸責之後介入的醫療行為的判斷重點，在於如何判斷最後死傷結果與後行的醫療行為具有主要並相當關連，而非病人先前的疾病原因所致。此又可分為二個層次判斷，首先為醫療行為介入時，病人已存在疾病種類與該疾病發展狀況，及使病人演變成死傷結果的可能性程度如何；其次則為正確醫療行為介入時間點對疾病



的影響如何，亦即改變疾病發展以及阻止疾病而導致病人演變成傷亡的可能性有多少。

換言之，要以醫學實證上經驗累積所形成的醫療常規為依據，在考量疾病對傷亡的危險增加比例以及正確醫療行為對傷亡的危險減少比例之相互作用下，倘醫療行為可以將該疾病的死傷危險機率降低至具有顯著性的效果，則未採取正確醫療行為可認定與病人的傷亡間有相當因果關係存在。

反之，既使進行正確的醫療行為，病人發生死傷的機率仍然過高，即表示不論有無醫療行為介入，均不致使醫療行為成為病人死傷與否的主要因素，則病人死傷與否其實係其原本疾病所主導，此時醫療行為與病人的傷亡間即無相當因果關係存在。

再，因醫療行為介入病人病程的時期（潛伏期、疾病初期、高峰期、最後則為「痊癒或不可逆」期）不同，可以治療或攔截的效果亦有差異，故尚須考慮疾病的進程是否已進入不可逆期，或雖然處於可逆期，但是否可以有效攔截結果發生，及治療與否或不同時期的治療對於疾病傷亡機率降低是否沒有顯著差異等因素，如上述因素皆屬肯定，則可認沒有相當的因果關係。

最高法院認為，原審採取向為實務不採的「風險升高理論」（即只要違反注意義務之行為升高了法益侵害的風險，則此違反注意義務行為即應對結果負責），除違反罪疑惟輕原則，並有將危險犯視為實害犯處罰，有不當擴大過失犯成罪之虞，亦與修正後醫療法第 82 條目的係為限縮醫師過失責任範圍立法意旨有違。

第四，就被告甲、乙是否有過失，最高法院認為所謂違反醫療上必要之注意義務係以醫療行為是否符合醫療常規為判斷，是一種平均醫師的注意義務程度。即凡任何一個具有良知與理智而小心謹慎的醫師，在相同條件下，均會採取與保持之注意程度，其他醫師立於相同情況，皆會為同樣判斷與處置。

具體而言，所謂醫療常規係臨床醫療上由醫療習慣、條理或經驗等形成的常規，是作為正當業務行為之治療適法性要件。通常違反醫療常規，雖可初步判斷醫療行為具有疏失，惟尚須進一步確認此疏失是否為病人非預期死傷的關鍵因素。換



言之，醫療行為縱使違反醫療常規，惟此疏失行為與結果間仍須具有相當的因果關係，始能認定為醫療過失行為。

所謂「合理臨床專業裁量」，則為允許醫師對於臨床醫療行為，保有一定的「治療自由」、「臨床的專業裁量權限」，以決定治療方針。尤其對於罕見疾病、遇首例或對於末期病人充滿不確定性的治療，在無具體常規可遵循時，即須仰賴醫師合理的臨床裁量。其裁量判斷，除前述醫療常規外，另須考量醫療法第 82 條第 4 項所列之醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等合理臨床的重要基準。

因人、事、時、地、物之不同，醫療水準、設施及工作條件並非一成不變。在醫學中心、區域醫院、地區醫院或一般診所，因醫療設備、醫護人員等差異乃具浮動性，且寬、嚴亦有別。從而，對於不同等級的醫療機構，所要求於醫護人員的注意義務或裁量標準，應有所差別，對次級的醫療院所，自不能同以高級醫療院所的醫療水準、設備或工作條件，作為判斷依據。

又因醫療具有不確定性，病徵顯示亦相當多元，處置上也有輕重緩急，尤其在緊急情況下，更難期醫師運用常規處理問題，是關於緊急迫切基準，務須立於醫師立場加以判斷，若確實情況緊急，縱醫師處置不符醫療常規，於合理臨床的專業裁量權限上，應朝是否並無疏失方向予以斟酌。

原審就被告甲、乙對於被害人於手術期間究有何項醫療步驟違反醫療常規或逾越合理臨床專業裁量之疏失、所稱該診所欠缺上述生命徵象監測儀器或急救設備是否為當時當地之同級醫療機構必備之醫療設施、是否均不能進行任何手術等情，均未釐清及說明，遽認被告甲、乙應成立業務過失致死罪，難謂無判決理由不備之違誤。

第四款 判決評析

自上開最高法院見解可以發現，最高法院無意處理條文結構瑕疵問題，避開了違反醫療上必要之注意義務及逾越合理臨床專業裁量於犯罪體系定位之爭議，且



自後文最高法院的論述來看，其顯然也是把違反醫療上必要之注意義務及逾越合理臨床專業裁量直接作為醫療刑事過失的具體解釋，進而認為本次修正屬構成要件之變更。

由於過失的定義被限縮為違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量，限縮了刑法處罰的範圍，因此屬於有利於被告的修正。自此觀之，相較於醫療民事案件中僅有醫療行為發生於修法後者始得適用新法，本次修法對於刑事案件於時間上的影響範圍，顯大於民事案件。

然最高法院後又認「違反醫療常規，雖可初步判斷醫療行為具有疏失，惟尚須進一步確認此疏失是否為病人非預期死傷的關鍵因素。換言之，醫療行為縱使違反醫療常規，惟此疏失行為與結果間仍須具有相當的因果關係，始能認定為醫療過失行為」顯然是將違反注意義務直接認定為過失，並直接審查「違反注意義務的行為」與結果間的因果關係，而非審查「違反注意義務且逾越合理臨床專業裁量的行為」與結果間的因果關係，與前文認過失的定義為違反醫療上必要之注意義務「且」逾越合理臨床專業裁量之論述，有所矛盾。

再，誠如本文所述，醫療法第 82 條第 3 項只是將過往實務對過失的判斷要素明文化，實質上沒有變更過失傷害罪、致重傷害罪或過失致死罪的法律構成要件及處罰價值判斷，亦即沒有因為法律變更而更有利於行為人之情形²⁶⁹，則依照刑法第 2 條第 1 項規定，原則上應該適用行為時之法律，得否直接認為無論修法前後關於醫療刑事過失責任的認定皆應以新法為依據，實質存疑。

另外，密醫執業嚴重危害社會醫療體制及醫病關係間的信任，對於病人與公共安全法益危害甚大，是除有醫師法第 28 條但書所列(1)在中央主管機關認可的醫療機構，於醫師指導下實習的醫學院、校學生或畢業生；(2)在醫療機構於醫師指示下的護理人員、助產人員或其他醫事人員；(3)合於醫師法第 11 條第 1 項但

²⁶⁹ 廖建瑜，前揭註 47，頁 127。廖建瑜，前揭註 153，頁 98-99。

書的規定；及(4)臨時施行急救之例外情況下，未取得合法醫師資格執行醫療業務者應負刑責²⁷⁰。

密醫為他人「診斷」、「治療」致其受有損害，與一般未領有執照、亦非以密醫為業的人為他人「診斷」、「治療」致其受有損害，兩者行為本質並無不同，差異之處僅在於密醫的行為有重複性及業務性。但刑法已經廢除連續犯與常業犯，犯罪的成立著重於單一行為的評價，並依照行為個數一罪一罰；而從事業務之人，對於防免發生死亡或傷害結果之注意義務與程度均應與非從事業務之人相同，從事業務之人因過失行為造成法益損害之結果未必較非從事業務之人嚴重，是基於刑罰平等原則，業務過失的概念也已在 108 年 5 月 10 日刪除²⁷¹，則在行為本質相同下，密醫行為的重複性與業務性，並不能作為其有別於一般人而適用醫療法第 82 條第 3 項的合理理由。

舉例言之，某人並非以密醫為業，聽聞朋友有病痛，自行給藥予朋友，卻因未諳藥性而致朋友受有損害，依照現行實務運作，並不會構成醫療法第 82 條第 3 項之責任；坊間神棍往往無醫師執照而為信徒治病、給藥，亦不會構成該項之責任，那為何密醫為同樣的行為，就會構成該項的責任？

若要使最高法院之見解解釋上一致，則應認不論行為人是否是密醫，只要其執行醫療行為致他人受有損害，就應該適用醫療法第 82 條第 3 項，並依照同條第 3、

²⁷⁰ 密醫罪之保護法益，應在國家課予醫師義務之貫徹，實務上對密醫罪的判斷爭議，主要環繞在「合法取得醫師資格之意義」、「醫療行為之判斷」、與「業務之意義」三方面。若密醫因業務過失致病患死傷，實務認為成立密醫罪與過失致死或致傷罪，二罪依想像競合從一重處斷。此亦是本案判決之論罪方式，僅彼時業務過失之概念尚未刪除，而以業務過失致死罪及密醫罪為想像競合。惟學者認為，構成想像競合應以行為人的行為是一行為為前提，該一行為包含單純的行為單數（行為人出於一個犯意，外在呈現一個意思活動）與自然的行為單數（行為人出於實現一次構成要件的意思，反覆實現構成要件的內容），而不包含法的行為單數（構成要件的行為單數）。密醫罪所非難的是無醫師資格卻行醫療業務的行為，並不包含過失傷害或過失致死罪，兩者乃不同犯意，不同行為侵害不同法益，並非想像競合犯，見王紀軒（2011），〈密醫罪或業務過失犯罪—以新時代診所案為例〉，《高大法學論叢》，6 卷 2 期，頁 215-216。

²⁷¹ 108 年 5 月 10 日刑法第 183 條、第 184 條、第 189 條、第 276 條及第 284 條修正理由。

4 項的規定，檢驗其行為是否違反醫療上必要之注意義務與逾越合理臨床專業裁量，並以醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件、緊急迫切為審酌要件。

此種解釋背後的思考邏輯乃是認醫療法第 82 條第 3 項的規範重點在於行為的不法性，而非對於特定職業人員的規範，行為人未具備為醫療行為所必要之知識與能力，即貿然承擔該醫療行為，對於行為過程中出現之危險無能力預見或不能採取有效之迴避措施，因而導致結果發生，行為人此種知識與能力之欠缺，於實施該醫療行為前既有預見或預見可能性，仍膽敢超越其個人知識及能力而為該特定行為，行為人不得主張無主觀注意義務之違反以排除其過失責任，應負超越承擔過失²⁷²。

然而，行為人的可罰性，不能大於行為人的能力。此種解釋方式將使人動輒入罪，過度擴張刑法處罰範圍，與刑法謙抑性不符，更明顯與醫療法條文有所衝突²⁷³。蓋醫療法乃主管機關對於醫療機構及醫事人員職業上行政管制的依據，醫療法第 10 條²⁷⁴明定本法所稱醫事人員指領有中央主管機關核發之醫事專門職業證書人員，是醫療法第 82 條的責任主體，依法亦僅限於領有中央主管機關核發之醫事專門職

²⁷² 最高法院 107 年度台上字第 1283 號刑事判決。關於超越承擔過失應於構成要件或罪責層次檢驗之探討，可參許恒達（2008），〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20 卷 2 期，頁 97-138。。

²⁷³ 醫事人員若於行為前，已對自身未具備為該醫療行為所必要之知識與能力有預見或預見可能性，正確的做法應是將病人適當、安全的轉診。轉診義務雖有在醫療法第 73 條、第 75 條、緊急醫療救護法第 36 條等法規中規定，但上開法規的責任主體主要是醫療機構，並未針對醫事人員。醫事人員之所以應負轉診義務，是因為醫事人員的刑事過失責任，建立在其行為違反醫療注意義務上，該注意義務的範疇，包含應該時時注意自身能力是否足以對應病人疾病、或是否有更有利之替代治療方法；若醫事人員認知其個人能力或醫院設備不足而無法使疾病風險降低，應積極防止病人生命身體遭疾病侵害結果發生，將病人適當安全的轉診，非僅如一般受任人單方終止契約即可。若其應轉診而未轉診，使病人未及接受較妥適完整之治療而致病人發生損進一步害結果，則仍屬違反注意義務構成過失，見最高法院 97 年度台上字第 4739 號刑事判決。

²⁷⁴ 醫療法第 10 條：「本法所稱醫事人員，係指領有中央主管機關核發之醫師、藥師、護理師、物理治療師、職能治療師、醫事檢驗師、醫事放射師、營養師、藥劑生、護士、助產士、物理治療生、職能治療生、醫事檢驗生、醫事放射士及其他醫事專門職業證書之人員。本法所稱醫師，係指醫師法所稱之醫師、中醫師及牙醫師。」

業證書人員，即醫療法第 10 條及醫事人員人事條例第 2 條²⁷⁵合計 21 種，再加計除上開法定人員外，另經中央衛生主管機關核發醫事專門職業證書者即鑲牙生²⁷⁶、語言治療師²⁷⁷、聽力師²⁷⁸、牙體技術師²⁷⁹、牙體技術生²⁸⁰、齒模員²⁸¹、接骨技術員²⁸²等 7 種，應僅有 28 種醫事人員得為醫療法第 82 條之責任主體。

醫療法第 82 條作為實體法的規定，卻訂於行政管制性質的醫療法中，是立法體系上的錯誤，但木既已成舟，就應該依法論事，不論是最高法院擴張解釋醫療法第 82 條第 3 項的責任主體包含密醫的見解、或是為使論理一致而將責任主體擴張至執行醫療行為的一般人之見解，皆與醫療法第 10 條有違，亦與醫療法本身的行政管制性質格格不入。

密醫為醫療行為致他人受有損害，是否構成過失傷害罪等其他罪名，應依照其他罪名的構成要件論斷，不會因為不適用醫療法第 82 條就不受處罰，最高法院將醫療法第 82 條第 3 項的責任主體擴張解釋為包含密醫，並不妥當。

又因果關係之意義，乃藉由行為與結果之間的關聯性探討，確認何人及何行為須對結果負責。在因果關係的判斷上，通說採相當因果關係，相當因果關係乃由「條件關係」與「相當性」所構成，條件關係乃審究行為與損害間是否具有不可欠缺的條件關係，採「若無，則不」的檢驗方式；「相當性」則屬價值判斷，旨在合理移轉或分散因行為所生之損害，具有法律歸責之機能，係以行為人之行為所造成的客

²⁷⁵ 醫事人員條例第 2 條：「本條例所稱醫事人員，指依法領有專門職業證書之醫師、中醫師、牙醫師、藥師、醫事檢驗師、護理師、助產師、營養師、物理治療師、職能治療師、醫事放射師、臨床心理師、諮商心理師、呼吸治療師、藥劑生、醫事檢驗生、護士、助產士、物理治療生、職能治療生、醫事放射士及其他經中央衛生主管機關核發醫事專門職業證書，並擔任公立醫療機構、政府機關或公立學校（以下簡稱各機關）組織法規所定醫事職務之人員。」

²⁷⁶ 見行政院衛生福利部鑲牙生管理規則第 1 條。

²⁷⁷ 見語言治療師法第 1 條。

²⁷⁸ 見聽力師法第 1 條。

²⁷⁹ 見牙體技術師法第 1 條。

²⁸⁰ 見牙體技術師法第 2 條。

²⁸¹ 見牙體技術師法第 57 條、齒模製造技術員管理辦法（已廢止）第 4 條。

²⁸² 見醫療法第 120 條、國術損傷接骨技術員管理辦法（已廢止）第 2 條。

觀存在事實，為其觀察之基礎，並就此客觀存在之事實，依一般人智識經驗判斷，是否通常均有發生同樣損害結果之可能為斷²⁸³。若行為人「無此行為，雖必不生此損害，有此行為，通常即足生此種損害者，是為有因果關係。無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係²⁸⁴。」


本案判決中，最高法院將醫療行為分成符合醫療常規的「正確醫療行為」與「未為正確醫療行為」，並認倘「正確醫療行為可以將該疾病的死傷危險機率降低至具有顯著性的效果，則未採取正確醫療行為可認定與病人的傷亡間有相當因果關係存在；反之，既使進行正確的醫療行為，病人發生死傷的機率仍然過高，即表示不論有無醫療行為介入，均不致使醫療行為成為病人死傷與否的主要因素」云云。

然而，正確醫療行為與未為正確醫療行為的分類並不精確，所謂未為正確醫療行為，可能包含了消極不作為或是積極做了另一個不正確醫療行為，而醫療充滿了不確定性，每個病人的病況又不同，在病人已有病症下，就算正確醫療行為可以降低損害，消極不作為與積極做了另一個不正確醫療行為對於病人病況可能造成完全不一樣的影響，將其等同認定，太過粗糙。

此種推論的謬誤，亦可自本案中被害人發生危急狀況時，被告乙曾經「按摩被害人腳部不明穴道」一事可證，雖然被告乙有積極按摩被害人腳部不明穴道之行為，但因對於病人之病況無影響，實際上等同消極不作為，而可自「只要進行正確醫療行為就可以避免損害/顯著減低損害」反推「未為正確醫療行為」與損害間因果關係存在；但若當時被告乙不是按摩穴道，而是積極作了另一個不正確醫療行為，該行為可能無影響也可能加劇病人病況，那法院還能忽視該不正確醫療行為對於損害結果的積極影響，直接以「只要進行正確醫療行為就可以避免損害/顯著減低損害」的推論方式認定該不正確醫療行為與損害間的因果關係嗎？

²⁸³ 最高法院 94 年度台上字第 2210 號判決、最高法院 76 年度台上字第 158 號判決、最高法院 82 年度台上字第 2161 號判決。

²⁸⁴ 王伯琦（1979），《民法債編總論》，頁 77，國立編譯館。鄭玉波，前揭註 258，頁 156。王澤鑑，前揭註 116，頁 236。孫森焱，前揭註 236，頁 231-233。



細究最高法院見解不合理的原因，在於將醫療常規與因果關係混為一談；其以醫療常規區分醫療行為正確與否，並作為相當因果關係的審查前提，已偏離了正規因果關係審查的方式。蓋行為人的行為是否符合醫療常規等客觀行為準則，是不法性層次的審查；而因果關係的有無，是檢驗行為人若無該行為，是否即不生病人之損害，且行為人之行為依照生理或病理上的邏輯或經驗，是否通常會導致病人之損害結果，與該行為是否符合醫療常規，並無關連。且醫療常規本身是相當有爭議的概念，前已論及，正確醫療行為應如何界定已有困難，不是一個合適的對照組，醫療常規更從來不是因果關係的判斷要素。

最高法院先另外假設一個正確的行為，再審查該假設行為是否能攔阻病人損害發生，並以此審查結果直接反推行為人事實上的行為與損害的因果關係，此種判斷方式已不是在審查行為人之行為與損害間的因果關係，而是在審查假設行為與病人損害間的因果關係。然在邏輯學上，「若 P 則 Q」的等價說法是「若非 Q 則非 P」，而不是「若非 P 則非 Q」，也就是說，即使進行「正確醫療行為」(P) 可以得到「無損害／損害顯著減低」(Q) 的結果，亦不代表「未為正確醫療行為」(非 P) 就會得到「損害／損害顯著提高」(非 Q) 的結果，最高法院此種對因果關係的推論，本身就有邏輯上的謬誤存在。

最後，最高法院認為原審未採用相當因果關係、以風險升高理論將危險犯視為實害犯處罰違反罪疑惟輕原則等語，雖可資認同，然根據立法理由，本次醫療法第 82 條修正的目的是「使過失的判定明確化及合理化」，與因果關係無涉，最高法院在指責原審未採用相當因果關係有所違誤時，引用醫療法第 82 條立法目的，似有張冠李戴之感。

就過失方面，本次修法後第 4 項已明定注意義務及臨床專業裁量之範圍的審酌要件包含醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等，但最高法院先稱過失乃採多元判斷標準，後卻認注意義務的標準以醫療常規為唯一判斷，論理前後矛盾，與條文明顯不合。

此外，依據判決論述，最高法院將第 4 項審酌要件分割適用：「必要注意義務」僅適用醫療常規一個審酌要件，「臨床專業裁量」則適用第 4 項全部要件，但為何要將注意義務與臨床裁量區分適用審酌要件？為何注意義務僅能適用醫療常規，無法適用第 4 項醫療水準、醫療設施等其他審酌要件？此種區分方式不但與條文明顯不合，更未見區分適用的正當理由。

最高法院又認在病症之處置無具體常規可遵循時須仰賴醫師臨床裁量、於醫師處置不符醫療常規時應審酌臨床裁量是否合理等語，精準指出臨床裁量之核心概念，固屬正確，然其又稱對於臨床裁量的判斷包含醫療常規，論理前後矛盾，且反又落入法條混淆臨床裁量與醫療常規概念之錯誤。

至於原審並未釐清被告甲、乙有何醫療步驟有疏失、未說明微笑診所之現有設備是否為當時當地之同級醫療機構必備之醫療設施等，乃原審並未確實適用法律、依照法定的判斷要件涵攝事實之缺漏，最高法院此部分之指責，並無違誤。

綜觀本案判決，最高法院認為違反注意義務以醫療常規為斷、承認醫師享有臨床裁量的論述，與過往實務以醫療常規為依歸、承認醫師臨床裁量的操作，似乎沒有實質上的差別，實難以認定這樣的判斷標準，相較過往「減低」了醫事人員的刑事責任。若僅是憑條文文字的增加，就逕認醫事人員的刑事責任已減輕，顯然疏忽了過往實務見解的累積，也不是嚴謹的推論方式。醫界雖然相當讚許本案判決，認為扭轉了實務見解、是修法成功的展現²⁸⁵，但修法是否真有帶來變革、實務見解是否因修法有實質變更，恐怕都需要進一步商榷。

²⁸⁵ 周賢章（2019），〈論「醫事人員」之「合理臨床專業裁量」〉，《台北市醫師公會會刊》，63 卷 5 期，頁 22-28。





第四章 醫療機構過失—醫療法第 82 條第 5 項

第一節 醫療法第 82 條第 5 項之規範目的

本次修法新增醫療法第 82 條第 5 項，規定：「醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」又其立法理由載明醫事人員所負之責任應小於醫療機構，於醫事人員執行醫療業務致生損害於病人、依本條第 2 項應負損害賠償責任時，病人除得依本條第 5 項請求醫療機構負損害賠償責任，仍得依民法第 188 條第 1 項規定，請求醫療機構與醫事人員連帶負損害賠償責任，本項顯然不排除民法之適用，則本項之規範目的為何？是否與民法既有規範重疊？值得探討。

第一項 現行醫療機構責任體系

要探討醫療法第 82 條第 5 項的規範目的，應先瞭解我國現行醫療機構責任的體系。現行醫療機構責任可自侵權責任與契約責任兩方面觀察。醫療機構作為法人，在我國實務採法人實在說下，具有侵權行為能力，並無爭議。惟我國實務認為「法人乃法律上擬制之人格，其一切事務必須依靠其代表人或受僱人行使職權或執行職務始得為之²⁸⁶」，法人雖得為權利義務之主體，但因「其本身不能自行活動，必須依靠其代表人或受僱人行使職權或執行職務始得為之，故其侵權行為損害賠償責任之成立，係於其董事或其他有代表權人，因執行職務所加於他人之損害，或法人之受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利時，始與各該行為人連帶負賠償之責任²⁸⁷。」

法人侵權責任之基礎為民法第 28 條或第 188 條，民法第 188 條僱用人責任以受僱人因執行職務不法侵害他人之權利為要件，民法第 28 條則以代表人因執行職

²⁸⁶ 最高法院 100 年度台上字第 1594 號判決。

²⁸⁷ 最高法院 103 年度台上字第 1979 號判決。



務致他人受有損害為要件，換言之，我國法人侵權責任成立，必須透過自然人先構成侵權責任，法人始依連帶責任規定負責，無從直接適用民法第 184 條第 1 項前段²⁸⁸；醫療機構僅在受僱醫事人員或院長、董事等具有代表權之人行為成立侵權責任時，始連帶負責。

醫療機構的契約責任主要有兩種類型，第一種為醫療機構本身就未依債務本旨給付之情形具有可歸責事由，應負債務不履行責任；第二種則為醫療機構的代理人或使用人行為有過失，醫療機構作為醫療契約當事人，依民法第 224 條應與自己之故意或過失負同一責任，並依其未依債之本旨給付的類型分別依民法第 226、227、229 條負責。

須注意者為民法第 224 條僅係債務不履行的歸責事由，非屬請求權基礎；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，不以負有法律上義務為必要，故不限於僱用人與受僱人關係，亦不以在經濟上或社會上有從屬地位者為限，該第三人所服之勞務不問為履行債務之協力，或為全部或一部之代行均足當之²⁸⁹。使用人之範圍除受僱人外尚包括運送人等其他獨立營業者，只要債務人藉由其履行債務，即需依民法第 224 條之規定負擔保責任，不能如民法第 188 條以舉證選任監督已盡必要注意而免責²⁹⁰，此在醫療機構將業務外包之情形特別具有規範意義。

依據學者研究，醫療機構業務外包之類型包含勞動派遣、合作經營、合約管理或管理契約、合約服務與租賃（設備器材）等五種²⁹¹；再依據衛生署委託台灣醫院協會針對全國約 500 家醫院外包業務所作之初步調查顯示，醫療機構外包具體項目除了清潔、膳食、保全等非專業領域外，也包含美容醫學、復健、藥品、血液透析（洗腎）、癌症中心、急診等；比例上有 17% 的醫院有將其醫療業務外包經營；

²⁸⁸ 最高法院 80 年度台上字第 344 號判決、95 年度台上字第 338 號判決。

²⁸⁹ 最高法院 88 年度台上字第 655 號判決。

²⁹⁰ 王澤鑑，前揭註 116，頁 592。

²⁹¹ 侯英冷（2012），〈從「往來義務」建構醫療機構之組織義務〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 359-361。

依層級區分，醫學中心約為 15%、區域醫院約為 22%，地區教學醫院約為 26%，其他地區醫院約為 14%，其中又以洗腎中心外包比例最高²⁹²。

醫療機構將經營、管理或業務執行外包給第三方，於外包單位或人員之行為造成病人損害時，因外包單位或人員不受醫療機構指揮監督，並非醫療機構之受僱人，病人無法向醫療機構主張民法第 188 條僱用人責任，但醫療機構既以其輔助或替代醫療契約債務之履行，應認其屬醫療機構之使用人，是醫療機構對於病人之損害仍須負債務不履行賠償責任。

第二項 條文疑義

第一款 醫療機構之故意過失？


查醫療法第 82 條修法草案原無第 5 項，而是於第 2 項中與醫事人員合併規範為「醫療機構或其醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限²⁹³。」於 106 年 12 月 28 日黨團協商前，草案新增第 5 項為「醫療機構因其醫事人員執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」黨團協商時再將「其醫事人員」五字刪除，始成為現行條文²⁹⁴。

依照立法理由，新增第 5 項乃是基於醫療機構責任應高於醫事人員責任之思維，醫療機構過失不應以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量為限。立法理由並同時強調，於醫事人員執行醫療業務致生損害於病人之情形，不排除民法第 188 條之適用，病人除得主張本項責任外，仍得主張民法第 188 條僱用人責任。

²⁹² 行政院衛生署 99 年 7 月 8 日新聞稿，〈醫療核心業務不得外包，衛生署將列入醫院評鑑〉，<https://www.mohw.gov.tw/fp-16-26366-1.html>（最後瀏覽日 05/16/2019）。

²⁹³ 廖建瑜，〈醫療法修正是誰的勝利？〉，蘋果日報，12/14/2017，<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20171214/37873658/>（最後瀏覽日：03/26/2019）

²⁹⁴ 立法院公報，〈黨團協商紀錄〉，107 卷 9 期，頁 212-217。



然而，醫療機構既非自然人，如何能有「故意過失」？依照立法理由第 5 項後段²⁹⁵，於醫事人員有故意過失時而應依同條第 2 項負責時，病人得依本項請求醫療機構負損害賠償責任，似將本項醫療機構之過失解釋為醫事人員之過失，然依此解釋方式，醫事人員之責任程度與醫療機構之責任程度顯然同一，與立法理由所稱「醫事人員責任應小於醫療機構責任」之目標不符。

此外，現代醫療事故成因已不僅限於個別醫事人員之故意過失，醫療機構組織、制度、決策或設備問題所肇致之「系統性錯誤 (System Error) ²⁹⁶」，亦是事故發生的關鍵。立法理由前段稱本項新增乃「考量醫療環境之安全性及完善性，明顯影響醫事人員執行醫療業務之結果」，顯是注意到系統性錯誤的問題而欲規範之。然系統性錯誤並非個別醫事人員得以一己之力預防或改善，將醫療機構對系統性錯誤的責任繫於個別醫事人員之故意過失，顯然無法達到立法者所期望的規範功能，反使立法理由前後段解釋出現矛盾，令人不解。

第二款 本項新增之必要性？

立法理由已明示本項之新增不排除民法第 188 條之適用，則在醫事人員有過失之情形下，病人須先證明醫事人員成立同條第 2 項之責任，再依照本項請求醫

²⁹⁵ 醫療法第 82 條第 5 項立法理由：「考量醫療環境之安全性及完善性，明顯影響醫事人員執行醫療業務之結果；且醫事人員多屬受聘性質，所負之責任應小於醫療機構，爰醫療機構之過失責任，不限以『違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量』為限。至於醫事人員執行醫療業務致生損害於病人，依本條第 2 項應負損害賠償責任時，病人除得依本條第 5 項請求醫療機構負損害賠償責任，仍得依民法第 188 條第 1 項規定，請求醫療機構與醫事人員連帶負損害賠償責任，併此敘明。」

²⁹⁶ 《醫療處理及醫療事故補償法草案》已注意到醫療事故成因之複雜度，並於第 3 條第 4 款定義「系統性錯誤」為「指因醫療機構之組織、制度、決策或設備設施等機構性問題，致醫療行為發生之不良結果。」此草案由行政院提出，並於 103 年 5 月初於立法院初審通過後交付朝野協商，然因爭議過大，各界對草案無法達成共識，未能三讀。後續行政院改提出《醫療事故及爭議處理法》，並於 107 年 5 月 24 日於立法院初審通過後交付朝野協商。



療機構負責，與民法第 188 條病人須先證明醫事人員成立侵權責任之操作模式，並無不同，本項顯為重複規定。

衛福部於本項送交黨團協商時認為：因民法第 188 條僅為推定過失責任，僱用人得主張其選任監督無過失而免責，但本項並無相同設計，是本項乃加重醫療機構之責任，與民法第 188 條有所區別²⁹⁷云云。

但依我國實務歷來運作，幾乎未曾見有僱用人舉證選任監督無過失免責成功者，民法第 188 條僱用人責任實際上已因實務對舉證免責的嚴格認定，成為無過失責任²⁹⁸，是本項僅是重申醫療機構應對醫事人員行為負擔保責任，與民法第 188 條的規範強度實質並無不同。本項功能既與民法第 188 條重合，則病人只要主張常用的民法第 188 條即可，沒有使用本項之動機。

又衛福部於本項送交黨團協商時認為：本項規定乃醫療機構為履行輔助人之行為負自己責任，似意味本項為契約責任之規定，然依民法第 224 條，履行輔助人之過失視為債務人自身之過失，醫療機構本即應依民法規定負債務不履行責任，本項操作模式與結果與民法顯然重疊，又有何特別訂立之必要？

若本項乃指醫事人員無故意過失、醫療機構應獨立負契約責任之情形，則民法亦已有相關規範，無須重複規定。本項規範功能既與民法高度重疊，病人自會更傾向主張常用的民法規定，如此一來本項勢遭架空，淪為具文。

²⁹⁷ 106 年 12 月 28 日黨團協商衛福部薛瑞元次長發言：「……民法第一百八十八條的規定仍然存在，所以它有僱用人的連帶責任，這點並沒有被排除，反而是醫療機構因為其醫事人員執行業務而有故意過失的時候，它本身就要負責，變成是自己的責任。所以民眾要主張時，是兩個都可以主張，一方面可以直接主張就是因為醫療機構所有的履行輔助人有這樣的過失行為而導致了這樣的結果，醫院本身就要負責；如果主張民法第一百八十八條的話，就是僱用人的連帶責任，這時僱用人可以主張自己在選任或監督上面是沒有問題的，也就是說，醫院在選用這個醫師（假設是醫師），或者是監督他執行業務的過程當中，是沒有問題的，因此而免責。所以老實講，這個條文對醫院的責任其實反而是比較加重的。」見立法院公報，〈黨團協商紀錄〉，107 卷 9 期，頁 213。

²⁹⁸ 王澤鑑，前揭註 116，頁 583。



第三項 本文見解

在醫事人員有過失之情形，病人既然可以從民法規定得到保障，則不論是契約責任或侵權責任，新增本項作為病人對醫療機構的獨立請求權基礎，似無功能。

若要避免本項遭到架空成為無功能條文，解釋上應認本項乃專指「雖醫事人員之行為無過失、但醫療機構有過失」之情形，由於醫事人員並無過失，病人無法依照民法第 188 條或第 224 與 227 條之路徑要求醫療機構賠償，但醫療機構因自己之行為有過失，病人仍得請求醫療機構獨立負責。只有在醫事人員無需依本條第 2 項負責、但醫療機構仍要依本項負責時，立法者「醫療機構責任應高於醫事人員責任」之真意才能真正實現。

惟醫療機構作為醫療契約當事人，於債務履行過程中因自己之故意過失致病人受有損害，應認為具可歸責事由，病人本即得依照民法第 227 條之規定直接要求醫療機構負債務不履行責任。換言之，本項更重要的規範意義，應是作為填補侵權責任中病人對於醫療機構組織過失之獨立請求權，將醫事人員故意過失與醫療機構故意過失脫鉤認定，使醫療機構得以在侵權責任中重新定位，從為他人負責之角色，擴大至為自己負責之角色²⁹⁹，確立減輕個別醫事人員責任、加重醫療機構責任之立法目標，使醫療風險在病人、醫事人員、醫療機構間的分配更符公平正義。

第二節 建立醫療組織義務之必要

第一項 現代醫療事故的成因：系統性錯誤

在醫療體系高度分工下，現代醫療事故經常是背後多重複雜問題導致的結果。學者指出，醫療事故中有 85% 是肇因於系統性錯誤，而非醫事人員個人因素³⁰⁰。系

²⁹⁹ 吳全峰（2018），〈醫療法第 82 條修正對病患權益之影響：從醫療機構責任談起〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 89-93。

³⁰⁰ M. M. Rosenthal & K. M. Sutcliffe, *Medical Error: What Do We Know What Do We Do* 122 (Jossey-Bass, 2002).



統性錯誤存在的層級越高，其透過組織傳播的範圍就越廣，與其他錯誤因素結合的機率也會提高。高層級的系統性錯誤，可能與低層級、不會單獨造成嚴重影響的錯誤結合，導致比任何個人成因所致更慘重的事故³⁰¹。

常見的系統性錯誤來源包含：團隊因素，包括溝通障礙、複數的經手人員、權限不明的鬆散組織架構；工作環境與組織系統的設計；程序的執行；財務資源或限制，包括涉及資源、人力配置、時間空間分配管理的高層政策、程序或決定；領導階層與組織文化等³⁰²。認識事故背後諸多看不見或未被注意的系統、程序問題非常重要，僅一味究責個別人員，對於解決系統性錯誤沒有幫助，只會讓下一個人因為未解決的系統性錯誤再次背負責任³⁰³。

對於系統性錯誤作用模式最重要的論述，當屬英國曼徹斯特大學教授 James Reason 於 1990 年提出之「瑞士乳酪理論 (Swiss cheese model)」³⁰⁴。瑞士乳酪理論乃管理學上之著名理論，其目的在於強調組織安全與事故預防的重要性，進一步為損失控制之設計，可廣泛運用在社會各種組織體的研究，特別是災難事故成因的探討，非僅適用於醫療案件，合先敘明³⁰⁵。

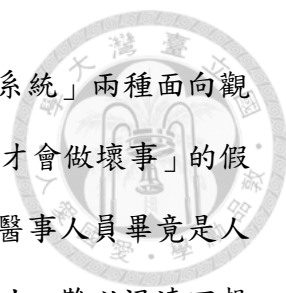
³⁰¹Lorian Hardcastle, Governmental and institutional tort liability for quality of care in Canada, 15 HEALTH LAW JOURNAL 401, 407-408 (2007).

³⁰² Hardcastle, 406-407 (2007).

³⁰³ Jacqueline Fowler Byers & Susan V. White, Patient Safety: Principles and Practice 30 (Springer Publishing Company, 2004).

³⁰⁴ J. T. Reason, *Human Error: Models and Management*, 320 HUMAN ERROR: MODELS AND MANAGEMENT 768, 768-770 (2000).

³⁰⁵ 台灣對於瑞士乳酪理論之討論，曾出現於普悠瑪事件、復航空難事件等災難事件，參行政院 107 年 11 月 26 日新聞稿，〈「1021 鐵路事故行政調查小組」公布 1021 台鐵第 6432 次普悠瑪列車新馬站出軌事故初步調查結果〉，<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/8b719610-9ff9-4c76-bd57-02e20d089a2b> (最後瀏覽日：05/13/2019)；〈興航偵結 檢以「乳酪理論」形容 3 大巧合釀興航空難〉，自由時報，07/13/2016，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1761925> (最後瀏覽日：05/13/2019)；蕭順仁 (2013)，〈以瑞士乳酪理論探討台灣地區災害防救制度-以嘉義縣八掌溪事件與莫拉克風災為例〉，頁吳鳳科技大學消防系在職專班碩士論文。



James Reason 教授認為，事故的成因可以從「個人」與「系統」兩種面向觀察，各有自己的要素與管理模型。個人面向的檢討預立了「壞人才會做壞事」的假設，著重在對個人健忘、不注意、或是道德瑕疵的責難³⁰⁶。然而醫事人員畢竟是人類，無法完全避免人類生理上的弱點：難以同時專注在眾多任務上、難以迅速回想起事情所有細節、運算能力低落等天性³⁰⁷，規範與教條雖能減輕生理弱點的影響力，但終究無法將其完全泯除，只能藉由相關系統與防線的設計來減少錯誤發生的機率，提升病人安全³⁰⁸。是以系統面向觀察的切入點不是在「誰犯了錯」，而是「防線為何失效」。

以瑞士乳酪做比喻，乳酪代表組織分工所涉及之不同環節，亦可視為一道防線 (Defensive layer)，每一片乳酪上的空洞代表著該環節可能存在的失誤點，依原因區分為前端的誘發性失誤 (Active failures) 以及後端的潛在失誤 (Latent conditions)，前者主要發生於人員失誤 (Human Error)、儀器設備失常等狀態，其錯誤是立即顯現發生的；後者則歸因於系統設計不當、管理錯誤、組織問題，其不但容易促使誘發性失誤發生，且相較誘發性失誤更容易造成安全上的威脅。

乳酪空洞有時存在、有時不存在，並非一成不變，是在一般情形，各片乳酪的空洞不會在同一直線上，就算風險穿過其中一個空洞 (失誤發生)，也會被後續某一片乳酪擋下來 (失誤攔截)，得以避免損害結果。然而，若在偶然情況下各片乳酪上的空洞恰好連成一線，該風險便得以一路穿透，最終造成損害結果。

若將瑞士乳酪理論套用在醫療事故上，病人接受一系列診斷與治療過程就如一片片乳酪，每個過程中都可能存在失誤 (乳酪的空洞)。平常醫療風險縱在前端未被發現，也會被後續的診斷或治療過程攔截；然在偶然情況下，醫療風險在所

³⁰⁶ Reason, 768 (2000).

³⁰⁷ Rosenthal & Sutcliffe, 188. 2002.

³⁰⁸ Thomas W. Nolan, *System changes to improve patient safety*, 320 BMJ 7237, 771, 771 (2000).



有診斷與治療過程中都沒有被攔截到，風險穿過了所有的乳酪空洞，最終造成了病人的損害結果。

在此情形中，損害結果發生並非單一環節的問題，而是層層關卡的失誤所累積而成。若我們不揚棄一味質問「誰做錯」，而不探討「為什麼會發生」的慣性思維，忽略了潛在失誤的影響，反而會阻礙我們實行根本原因分析³⁰⁹，徒使不幸的結果一再重演。要求醫療機構履行組織義務，就是考量系統性錯誤在現代醫療事故舉足輕重，而要求醫療機構增加乳酪的「片數」——建立各種安全防衛 (Safety Barrier) 機制，以設置風險實現障礙的方式，減低事故發生的機率。

第二項 提升對病人的保障

醫療事故對病人及家屬的影響巨大深遠，但成因常常複雜而難以完全探究，除宥於醫療科技對人體認知的極限外，病人的病程往往為一長期、持續之時間，中間可能已經歷不同醫事人員、不同種類、次數難以計算之醫療行為，使應負責任之主體更難斷定。

然在民法第 188 條之結構下，病人若無法指出成立侵權行為之醫事人員為何，即難以主張醫療機構應負僱用人責任³¹⁰。此外，由於系統性錯誤不在醫療法第 82

³⁰⁹ 根本原因分析 (Root Cause Analysis, RCA): 為回溯性之失誤分析，已於工業界運用近 20 年，特別是在核電、飛安等高風險產業。進行根本原因分析可以改善傳統只針對單一事件做解決，治標不治本的缺點，協助組織找出作業流程中及系統設計上的風險，並採取積極有效的行動計劃。分析過程中可瞭解組織缺乏哪些資料基礎，進而建構完整的資料庫。另外，藉由組織間經驗分享，可使分析後得到的資訊、經驗及知識得以被同業間參考，並做事前的防範，預防未來不良事件再發生，參 James & Vanden Hauvel J. Rooney, L.N., *Root Cause Analysis For Beginners*, 37 ROOT CAUSE ANALYSIS FOR BEGINNERS 45, 45-53 (2004)。

³¹⁰ 實務注意到病人難以具體指明有過失之受僱人為之困境，而有以「醫療團隊」作為受僱人概念之權宜解釋方式，然此並非嚴謹的論述之道，且反證明了建立醫療機構獨立侵權責任的必要性，見臺灣高等法院 96 年度醫上更 (一) 字第 1 號判決：「長庚醫院加護病房醫療團隊是否於該一小時內確實履行加護病房照護之義務，為認定本件有無過失之重要基準……加護病房之醫療團隊人員為長庚醫院之受僱人，於執行職務即輔助長庚醫院履行上開加護照護之醫療契約從給付義

條第 2 項「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」之構成要件射程內，則在系統性錯誤肇致醫療事故之情形，醫事人員雖可因不符同條第 2 項之構成要件免責，但本因對系統性錯誤負責之醫療機構卻得以一同免責，對病人的保護顯然過度縮減³¹¹。

又民法第 28 條以代表人因執行職務造成他人損害為責任構成要件，然在醫療機構分層負責下，機構代表人不可能對個別病人之具體療程或所有醫院事務事必躬親，只能仰賴下層員工之判斷與組織體之機能，縱適用民法第 28 條，亦難以認定代表人對於特定病人有何行為違反注意義務，而醫療機構應連帶負責³¹²。

不論是民法第 188 條或民法第 28 條，兩者實質上皆是以其他自然人的責任成立為要件，與直接以法人為侵權行為人之責任類型不同，無法涵蓋醫療機構系統性錯誤之情形。以個人過失為歸責重點的體系，顯無法提供病人因系統性錯誤受有損害時之求償機制。

對於上開漏洞最直接之應對方式，就是賦予病人對醫療機構因系統性錯誤受有損害時之直接請求權，承認醫療機構具有組織上之行為義務，使醫療機構獨立負擔自己責任，病人不必再受醫事人員或代表人責任成立之前提侷限，而得獨立向醫療機構請求賠償。

醫療機構獨立侵權責任另一實益，在於提升病人於開放型醫院就醫之保障。所謂開放型醫院，係指「特約醫師與醫院訂立合作契約，特約醫師有自己的診所，但同時可能需要使用醫院之設施與人事，進行侵襲性、而需住院之醫療行為……開放型醫院之診療類型，通常是一些可以進行小型侵襲性、而不須大型手術團隊的科別，例如婦科、產科、皮膚科或耳鼻喉科。通常特約醫院與特約醫師間之分工，是由特約醫院提供場所、必要的病床開刀房儀器設備包括醫院醫護人力，供特約醫師

務時，因過失不法侵害己○○之生命權，則長庚醫院自應連帶負僱用人之侵權行為損害賠償責任，亦屬有據。」

³¹¹ 廖建瑜，前揭註 166，頁 70。

³¹² 陳聰富（2015），〈醫療機構法人組織責任〉，氏著，《醫療責任的形成與展開》，頁 471，國立臺灣大學出版中心。吳全峰，前揭註 299，頁 90。

使用……特約醫院通常只負責醫院硬體與基本醫護人事，而整個醫療行為之進行由特約醫師負責³¹³。」

病人到開放型醫院就診時，醫院雖非醫療契約之當事人，但會要求病人支付一筆指定醫師費³¹⁴。若在特約醫師為醫療行為過程中，病人因儀器、設備、環境安全等缺失受有損害時，由於醫療契約是成立於特約醫師與病人之間，特約醫師對病人及健保局有直接請求給付之權利，病人與醫院無契約關係存在，病人無法向醫院主張契約責任；而醫院對於特約醫師並無指揮監督關係，兩者間無從屬性或專屬性，特約醫師非屬醫院之受僱人，病人對醫院亦無法主張僱用人責任，造成醫院對於病人之損害明明有應負責之事由，病人之損害卻無任何法律保障可受填補之困境，益證建立病人對於醫院獨立的侵權責任請求權，確有必要。

在契約責任中，近年雖有判決藉由民法第 227 條認定醫療機構責任，而略有論及醫療機構組織義務之內涵，然判決論述多針對具體個案，且慣於直接引用醫療法相關規定，並非系統化建立醫療機構組織義務，內涵與論述皆不夠充實。而現行醫療法及傳染病防治法、器官移植條例、人工生殖法等特別法雖對醫療機構之義務有諸多明文例示，然其立法目的乃是主管機關對醫療機構行政上之控管，並非在解決醫病關係的衝突；其規範重點在於事前的安全風險管制，而非損事後損害的歸責事由，亦不足以涵蓋醫療組織義務之所有面向³¹⁵。

建立醫療組織義務，不但能彌補侵權責任的規範漏洞，亦能充實醫療契約給付義務的內涵，使法律對病人的保護更加細緻、完整。病人針對醫療機構組織過失單獨起訴，無須必網綁醫事人員一同起訴，有助於爭點集中，節省訴訟成本與司法資源。

³¹³ 侯英冷，前揭註 291，頁 355-356。

³¹⁴ 開放型醫院與特約醫師的合作型態相當多樣，亦有特約醫師不收醫療費用，而由開放型醫院收取者，此時醫療契約可能會被認定於成立於醫院與病人間。惟若醫院收取醫療費用後，仍是轉交給特約醫師，則應可認醫院僅為特約醫師在收取醫療費用上的受任人，醫療契約仍成立於特約醫師與病人間。

³¹⁵ 吳全峰，前揭註 299，頁 87-88。楊國精，前揭註 172，頁 109。

且基於大數法則，醫療機構相較於個別醫事人員，具有更多處理醫療糾紛之經驗，能夠區分病人之請求何者為合理、何者為不合理，就合理的部分較有機會達成和解，增加終局解決糾紛的可能性。醫療機構相較於個別醫事人員，具有更多的財力與資源，得以負擔給付病人實際的賠償，亦可減低病人只是取得一個判決上的數字、實際上卻難以受填補之機率³¹⁶。

第三項 提升對醫事人員的保障

現行醫療實務上，病人的治療往往非僅牽涉負責之醫師，而是牽涉整個醫療團隊及後方行政支援。醫療事故的成因，亦往往非僅源於個別醫事人員之過錯，而是源於醫療機構管理不當、醫療團隊成員或部門間溝通不良等系統性錯誤。個別醫療人員對於系統性錯誤經常無影響力，若仍以醫事人員為課責主體，不但有過苛之嫌，亦無法藉由法律規範達到損害預防之功能³¹⁷。

舉例言之，在著名的邱小妹人球案中，法院即明言本案除了醫師的因素外，尚有醫院對於醫療器材、相關設備的欠缺、事後調查不少醫院仍有空床但回報給台北市災難應變中心（EOC）不確實及 EOC 控床運作失靈等因素，這當中的延誤治療，體現整個醫療體系或多或少出了問題，然在價值判斷上，不能將醫院器材設備的欠缺及醫療體系失靈所應受之非難，責由醫師個人承擔，否則除了對第一線的醫事人員不公平外，對醫療體系的進步亦無幫助³¹⁸。

又醫療機構以董事會為核心單位，作為最高會議組織監督管理階層運作，除了確保醫療品質外，亦重視經營效益。全民健保的總額管制，使醫療機構的健保業務可能出現虧損，經營者面對潛在虧損壓力，只好積極擴展其他收入來源。長庚醫療

³¹⁶ 陳聰富，前揭註 312，頁 476-477。

³¹⁷ 吳俊穎、陳榮基、楊增暉、賴惠蓁、翁慧卿（2014），《實證法學——醫療糾紛的全國性實證研究》，頁 179-188，元照出版有限公司。

³¹⁸ 臺灣高等法院 96 年度醫上訴字第 3 號判決。王志嘉（2011），〈醫療團隊之過失責任〉，台灣 100 學年度東吳大學法律系醫事法專題講座報告論文，頁 4-5。

體系的成功，使財團開始進駐醫療機構，引進商業行銷的理念，各醫療機構紛紛引進價格不菲的新型醫療儀器，以「先進」為名吸引更多病人前來就診，不但可增加醫療機構的自費收入，也能增加醫療機構的名氣，設備的投資更可以抵免賦稅，對經營者而言一舉數得。醫療機構的治理模式越來越接近公司治理而日漸企業化、財團化，乃不可否認的現在進行式³¹⁹。

然而，醫療機構既透過龐大組織及經營規模擴大利潤，則理論上因此擴大的風險範圍亦應由醫療機構承擔。實務上病人多以民法第 184 條與第 188 條合併起訴醫事人員與醫療機構，但因第 188 條第 3 項僱用人對受僱人有求償權，僱用人與受僱人間並無內部分擔可言，受僱人應負百分之百責任³²⁰，故在醫療事故涉及系統性錯誤之情形，病人的損害雖得藉由現行體系得到彌補，但真正應負責的醫療機構卻反得脫免責任而將風險全部轉嫁給可能無過失或過失程度輕微之醫事人員，對醫事人員並不公平³²¹。

此外，因現行實務對於醫療機構之責任主要建立於民法第 188 條，病人為了確保勝訴、填補損害，即使知道醫事人員並無過失，也不得不同時起訴醫事人員與醫療機構，徒生紛爭。建立醫療機構組織義務，能使醫療機構權責相符，並可降低醫

³¹⁹ 連苡婷、王拔群（2018），〈醫院評鑑、醫院治理與醫療品質〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 11。陳聰富，前揭註 312，頁 493-495。

³²⁰ 見民法第 188 條第 3 項立法理由：「僱用人賠償損害時，不問其賠償情形如何，均得於賠償後向受僱人行使求償權，蓋以加害行為，究係出於受僱人，當然不能免除責任也。故設第三項以明其旨。」實務見解見最高法院 87 年度台上字第 1440 號判例、85 年度台上字第 1131 號判決、71 年度台上字第 3426 號判決、95 年度台上字第 1235 號判決、102 年度台上字第 1280 號判決。

³²¹ 林萍章（2018），〈由實務判決看醫院治理的核心任務：病人安全〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 24-25。邱慧洳（2018），〈醫療機構組織責任之探究〉，《高大法學論叢》，14 卷 1 期，頁 34-35。陳聰富，前揭註 86，頁 600。學說上有見解認於僱用人向受僱人行使求償權時，如可認僱用人就損害之發生或擴大亦與有原因力或責任者，得類推適用民法第 217 條過失相抵之規定，以符公平原則，見詹森林（1985），〈僱用人行使求償權時與有過失原則之類推適用-最高法院 71 年台上字第 749 號判決之檢討〉，《萬國法律》，19 期，頁 20-22。王澤鑑（1972），〈連帶侵權債務人之內部求償關係與過失相抵原則之適用〉，《政大法學評論》，6 期，頁 81-90。

事人員涉訟之比例，減輕醫事人員的心理負擔³²²。獨立的醫療機構組織責任作為醫療機構改善制度之誘因（後述），不但能提升對病人的保障，同時亦能改善醫事人員執業環境，使醫事人員無須負擔內部求償風險，真正降低醫事人員長年對於醫療糾紛之困擾。

第四項 實現損害預防功能

現代醫病關係與病人安全問題已非僅存於個別醫事人員與病人之間，醫療機構的經營管理與決策對病人享有之醫療服務品質尤為關鍵，而減少系統性錯誤的唯一方法，就是由醫療機構從上而下的改善體制。醫療機構應對造成病人死亡或嚴重傷害的醫療事件進行偵測、通報、評估，特別是應實行根本原因分析，並根據分析結果擬定改善策略以避免同樣事件再發生，同時也應持續追蹤評估其策略是否奏效³²³。


此種全面性改革，只有醫療機構辦得到，無法責成個別醫事人員。個別醫療人員既對系統性錯誤無影響力，若法律仍訴諸對個人的究責模式，不只會使人民對司法信賴度降低，更會掩蓋隱藏在錯誤背後的系統性缺失，最後，案件或許以醫事人員離開崗位結束，但同樣的錯誤仍會再次發生，無法達到損害預防之功能。

而醫療機構作為獨立負責之主體，為降低賠償之成本並維護名聲，有改善系統性錯誤發生之動機，且其亦有能力進行完整背景調查及經驗統計，建立監控與除錯機制，對於環境設備、分工流程等做出實質檢討與改善，進一步確保醫療品質、減少醫療事故發生，並強化經營效率、提高競爭力³²⁴。

³²² 林宗穎（2019），〈檢查結果告知義務：以組織義務之建構為中心〉，《月旦醫事法報告》，30期，頁107。

³²³ 石崇良、侯勝茂、薛亞聖、鍾國彪、蘇喜、廖熏香（2005），〈異常事件通報系統與通報障礙〉，《台灣醫學》，9卷1期，頁63。

³²⁴ 林宗穎（2019），〈復健前評估義務與醫療過失、組織過失之認定〉，《月旦醫事法報告》，33期，頁135。醫療事故及爭議處理法草案第31條至第33條針對醫療事故預防規定醫療機構應建立病人安全管理制度、擬定推動計畫，鼓勵內部人員通報病人安全事件，並對於醫療事故風險進



況醫療組織義務與典型醫療行為無涉，機構的組織行為並不具有不確定性、專業性、裁量性等典型醫療行為之特徵，是關於醫療機構故意過失的認定，沒有醫療常規、醫療水準等爭論已久的標準問題，其認定較為容易，實務見解亦較能達成一致性與穩定性。對於醫療機構而言，義務的內容明確而可預見，自更能具體、針對性的去改善不足之處，於促進醫療機構改革的同時，根本性實現法律損害預防之功能³²⁵。

第三節 醫療組織義務之建構

第一項 比較法

醫療法第 82 條第 5 項是否能具體落實，取決於醫療機構責任之充實與具體化。醫療機構義務的內容，應該藉由實務案例累積與學說見解發展產生，立法技術上不能亦不宜由法規逐一明文規定。在我國尚未建立完整的醫療組織責任理論基礎與具體內容前，外國法之經驗應可作為我國之參考。

第一款 德國法：醫療機構組織責任

在德國法，醫療機構組織責任並非來自明文法規，而是由實務建立之交易安全義務發展而來，其理論基礎在於行為人利用所製造或持有之危險源進行社會交易並獲得利潤，則應對於同時提高的社會風險，在可期待之範圍與方式下，積極實行相關措施以避免危險之發生³²⁶。德國法院嗣後將此一概念適用於專門職業領域，認

行分析、預防與管控，同時課予醫療機構就上開分析主動通報主管機關、限期提出改善檢討方案之義務。

³²⁵ 侯英冷，前揭註 291，頁 351-363。林宗穎，前揭註 322，頁 109。

³²⁶ 林宗穎（2017），〈醫療機構組織責任之理論建構與案例類型之具體化-以德國與臺灣案例為中心〉，《政大法學評論》，148 期，頁 168。侯英冷，前揭註 291，頁 336。

為「任何從事特殊職業活動之人或提供服務於公眾之人，執行職務時應擔保事務井然有序進行，因其職業活動，發生此種特別之一般法律上義務³²⁷。」

上開交易安全義務適用至醫療領域，則發展成醫療組織義務，內容包括：以適當形式設置組織、周延人事安排、確保醫院環境與設備及醫療產品之安全性、確保病人受充分告知、確保病人受安全照護等³²⁸。

蓋醫療機構以人員及機器設備擴張了經營活動的範圍，賺取更多的利潤同時，創造了有別於傳統個別醫事人員所能造成之風險。龐大的人事組織，造成溝通與交接上可能的錯誤；機構的管理深深制約受僱人，造成人力及設備安排調度等許多制度上個人無能為力之領域。

然上開風險乃存在於醫療機構擴大經營活動範圍內，病人無從知悉亦無從監督、控制；組織不完善所產生的風險，與醫學上人體的不可預測性與有限性無關，病人之風險自不應因醫療機構組織之擴大而增加，是醫療機構雖不擔保上開醫學上不可預測之風險，但仍應對病人擔保一切人為可避免、可控制的風險發生³²⁹。

醫療機構組織責任的主體為醫療機構而非個別醫事人員，歸責重點不在於針對個別醫事人員之行為是否具有不法性，而是在於醫療機構就其一般性的組織設置、營運、監督管理等是否已盡能事。病人於求償時毋庸在複雜的醫療進程中一一特定個別醫事人員為誰、行為為何，法院亦無需探究醫療機構對於個別醫事人員之選任監督是否有疏失，而得直接要求醫療機構就其組織義務之違反負責。

第二款 美國法：醫療機構法人責任

美國法上的醫療機構法人責任，係指醫療機構對病人具有提供適當醫療照護獨立義務，此項義務乃「不可豁免之直接義務」，並非基於僱用人與受僱人關係所

³²⁷ 邱慧洳，前揭註 321，頁 19。

³²⁸ 林宗穎，前揭註 326，頁 205-237。

³²⁹ 侯英冷，前揭註 83，頁 113。

生的替代責任，亦非本人與代理人關係所生的責任，而係醫療機構直接對病人負責之責任。

醫療機構法人責任的理論基礎在於：現代醫療機構分工細緻，醫事人員間彼此團隊合作不但是常態，更是病人安全與治療效果的重要關鍵，是病人至醫療機構求診時，並非單一、個別的期待各醫事人員以其個人責任執行業務，而是信賴醫療機構提供的醫療環境與照護服務³³⁰。醫療機構對於病人的信賴負有為相關管理之義務，而得獨立成立違反義務的責任。在醫療機構與個別醫事人員責任分離下，醫事人員個人之責任是否成立已無關緊要，醫療機構作為提供醫療服務的管理人是否已善盡其責，才是重點³³¹。

美國法院歸納醫療機構法人責任義務的內容包含：維持病人安全及適當設施、聘任適任醫師、對於全體醫事人員之監督、及擬定、採取並執行病人良好照護之適當規範與政策等四種。其義務的來源，包含醫療機構認證合格標準、醫護人員許可執照相關法令及醫院內部法規對於病人安全之規範。

然而，並非謂只要符合上開標準，醫療機構就必定無過失而無責任。上開標準雖為法院認定時之重要參考，但是否具有過失最終仍是由法院審查是否違反注意義務而斷。若醫療機構違反上開義務，則原告無須舉證任何第三人（如醫事人員等）具有過失，即可請求醫療機構負責³³²。

第二項 醫療組織義務之功能

第一款 作為侵權責任之行為義務

德國實務建立醫療組織義務主要目的在於填補醫療機構侵權責任之漏洞，透過法官造法的累積，使醫療機構得直接適用德國民法第 823 條第 1 項（相當於我

³³⁰ 陳聰富，前揭註 312，頁 490-491。

³³¹ 陳聰富，前揭註 312，頁 468-469。

³³² 陳聰富，前揭註 312，頁 502-504。

國民法第 184 條第 1 項前段) 負自己責任, 而不僅限於依德國民法第 831 條 (相當於我國民法第 188 條第 1 項) 為受僱人負責³³³。

醫療組織義務作為侵權責任法上之行為義務, 若責任義務人未履行義務肇致他人受有損害, 則其義務之違反即該當侵權責任之不法性要件, 應依德國民法第 823 條第 1 項負損害賠償責任³³⁴。是在承認醫療組織義務下, 可能出現個別醫事人員之行為無過失故醫療機構毋庸負僱用人責任、但醫療機構因具有獨立組織過失而仍須負獨立侵權責任之情形。

第二款 作為契約責任之義務內容

在現行實務尚未承認醫療機構獨立侵權責任時, 實務往往將醫療組織義務之內容, 實質作為醫療機構契約上義務之一部, 若有違反, 醫療機構應舉證證明其不可歸責, 否則即應依民法第 227 條不完全給付之規定負損害賠償責任。

醫療組織義務作為契約給付義務的內容, 乃是在病人可合理期待與信賴之基礎上, 於與診療目的相關之固有利益範圍內, 保護病人免於因醫療行為之實施而受有損害。醫療機構為達成上開保護目的, 有應於其組織架構上為相對應作為之行為義務。

此一行為義務, 並非基於醫療契約當事人間為履行特定契約利益之「約定義務」, 而是基於醫療機構執行業務過程中對病人所負之「法定義務」而生, 縱當事人間不存在契約關係, 其依然負有相同之義務, 同一義務雖在契約責任與侵權責任有不同定位, 但本質上並無不同³³⁵, 是醫療組織義務不但可作為侵權責任法上之

³³³ 侯英冷, 前揭註 291, 頁 345。

³³⁴ 林宗穎, 前揭註 326, 頁 168。

³³⁵ 陳忠五, 前揭註 20, 頁 18-19。



為義務內容，亦可基於附隨義務之法理³³⁶，作為醫療契約之義務內容，如醫療機構違反組織義務，除得成立侵權責任外，亦得成立契約責任，兩者構成請求權競合³³⁷。

第三項 醫療組織義務之類型

自比較法上可見，醫療組織義務的類型可包括：提供安全完善之環境與設備、提供充足完善之人力配置、提供完善之照護系統、建立完善的病歷系統與保密，及確保病人受充分告知、確保病人受安全照護等。其中所謂「安全設備及環境」，並非僅指建築、器材、設施等實際硬體設備上的結構安全，而是包含衛生及感染源風險之控管、用藥、輸血等安全，茲分述如下。


第一款 提供安全完善之環境與設備

第一目 環境與設備安全

醫療法第 56 條明定「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。」實務上臺灣高等法院 100 年度醫上字第 10 號判決曾指出，被告醫院在安排治療前「應考量當時其現有之相關醫療設備，是否確能提供符合當時具合理期待安全性之手術環境」，以確保病人之安全性；臺灣臺北地方法院 94 年度醫字第 16 號判決則認被告醫院「除履行醫療行為之主要義務外，亦須提供適當之醫療場所及安全設備」；臺灣高等法院 95 年度醫上易字第 1 號判決中，法院認為醫療法第 56 條屬民法第 184 條第 2 項之保護他人法律。上開判決雖論述路徑不同，有從契約責任切入、亦有從侵權責任切入者，然究其核心觀念皆是認為醫療機構有提供安全設備及環境之義務無疑。

³³⁶ 最高法院 98 年度台上字第 78 號判決：「所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益。」

³³⁷ 林宗穎，前揭註 322，頁 108。



火災的預防與應變，亦是提供安全環境設備義務的一環。由於火災的嚴重性，醫療法第 25 條特別規定醫療機構的防火義務，醫院除其建築構造、設備應具備防火、避難等必要之設施外，並應制訂全院及各單位之火災緊急應變計畫，確認防火避難設施、動線及滅火設備規劃適當充足且確實可用，更須落實人員防火教育及火警應變訓練，以確保在發生火災時，醫事人員能將病人安全疏散，並繼續給與必要醫療照護³³⁸。

實務上關於醫療器材設備安全之著名案件，應屬台北榮總瘧疾案。本案中被告醫院重複使用僅得一次性使用之靜脈注射導管，並因該導管曾接觸瘧疾病患，致後續重複使用之多名病人亦感染瘧疾，最終死亡³³⁹。被告醫院明知重複使用注射導管可能導致病人間連鎖感染效應，卻為節省耗材而沒有落實導管使用手冊上明載之一人一套原則，終致悲劇發生。嗣後被告醫院與病人及家屬達成和解，相關醫事人員則以業務過失致死罪遭判刑、懲戒。

然而，重複使用耗材的規定，乃被告醫院管理階層的決定，身為下位執行者的醫事人員雖知有所不妥而曾提出建言，但未獲採納，則其是否有能力推翻上層之決定？是否能夠不遵守上層的指示？若答案為否，則將醫院器材管理疏失的責任完全歸咎於個別醫事人員，使應負責之醫療機構逸脫法外，對醫事人員而言，顯然不公平。

³³⁸ 照護環境防火安全的問題沉痾已久，101 年署立新營醫院北門分院護理之家發生台灣醫療史上最嚴重的火災意外，造成多人死傷，使該問題再度引起討論，參曾偉文、石崇良、簡賢文（2013），〈署立新營醫院北門分院火災看我國醫院照護環境防火安全〉，《護理雜誌》，60 卷 2 期，頁 5-12。李芸婷（2013），〈醫院火災，為什麼學不到教訓？！〉，《醫改季刊》，52 期，頁 8。

³³⁹ 最高法院 96 年度台上字第 4631 號刑事判決。近年衛福部考慮放寬重複使用一次性耗材之限制，引起爭議，見衛生福利部 108 年 5 月 14 日新聞稿，〈說明「重複使用一次性醫材」之相關處理情形：衛福部今日召開專家會議獲得共識，將明訂得重消使用之單次使用醫材品項與處理使用規定確保病人權益〉，<https://www.mohw.gov.tw/cp-4343-47642-1.html>（最後瀏覽日 05/20/2019）



第二目 感染風險控管

醫療法施行細則第 43 條明確規定醫療機構應建立院內感染管制制度，即是因醫療機構作為治療疾病的場所，有各式各樣之病人出入，病人各自的病症與可能攜帶之感染源皆不相同，對於意外感染的抵抗力亦較正常健康之人更低，若沒有事先做好謹慎的風險控管，很容易爆發集體感染事件，造成重大損害。

實務上關於感染失控之著名案件，應屬台北市立和平醫院爆發院內群聚感染 SARS，造成病人、醫護人員死亡事件。本案中法院及臺北市政府調查小組皆指出：和平醫院於 SARS 疫情爆發後，有訂定具體處理之標準流程包含器材取得、動線規劃、人員分層負責、隔離監控措施、落實消毒、後續追蹤等之義務³⁴⁰，並應以在職教育教導醫護人員使其熟悉上開流程³⁴¹。

由於本案乃國家賠償案件，是判決論述著重於院內相關負責人員執行職務行使公權利時，是否有因故意或過失不法侵害人民權利。然而上開系統之全面建立，顯非個別醫事人員所得完成，但在無法獨立課責醫療機構的現況下，法院卻只能對醫事人員課責，不但對於醫事人員不公平，對於日後損害之防範，亦無助益。

第三目 用藥與輸血安全

根據台灣病人安全通報系統 2017 年年報，2017 年通報之病人安全事件共有 67,830 件，其中 22,125 件為藥物事件，佔所有病安事件 32.6%，輸血事件則有 578 件。報告指出，醫護團隊間溝通不足問題為藥物事件之重要成因(54.9 件／百件)，輸血事件之重要成因則包括醫護團隊溝通不足(96.4 件／百件)及資訊系統問題

³⁴⁰ 台北市立和平醫院處理嚴重急性呼吸道症候群 (SARS) 事件調查報告，臺北市政府調查小組，頁 21。

³⁴¹ 臺灣臺北地方法院 94 年度重國字第 12 號判決。

(65.2 件／百件)³⁴²，可見系統性因素在用藥與輸血安全上，確實有舉足輕重之影響。

醫療機構應確保醫療產品如藥品、血液等之安全性。除確保有充足、適當之藥品外，對於藥品之使用方法、劑量、風險應另加警示標誌；對於高危險性或管制藥品，應有特別之領用程序；就藥物可能之副作用等資訊，應系統性地蒐集、評估，並確保有相對之因應措施。

醫院持有之藥品並非一成不變，可能會因為成本等因素新進、更換藥品，且有些藥品外觀相似或名稱相近，都有可能造成混淆而提升給錯藥的風險。又在大型醫療機構，醫師開立處方箋後，經歷提領藥物、分裝、調劑、覆核，最後再與病人當面核對處方，中間會經歷多道程序與人員分工，若發生給錯藥之情形，事後檢驗時很難特定究竟是哪個環節、哪個人員出錯，而可能造成無人須為病人之損害負責之結論。

依據學者研究，在近年醫療民事訴訟判賠的案件中，用藥疏失的比率越來越高(6%)，已僅次於未盡告知說明義務(22%)與手術疏失(19%)³⁴³。如何以系統性的管理、降低階層分工所造成的錯誤，實乃醫療組織義務的重要一環。僅聚焦於個別醫事人員是否應負責，無助於用藥與輸血管理系統之建立與錯誤機率之降低，亦無助於對病人安全之保障。要求醫療機構對用藥與輸血風險負起相對應的獨立責任，以促進醫療機構管理系統不斷完善，才是正本清源之道。

³⁴² 行政院衛生署委託財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會(編)，台灣病人安全通報系統 2017 年年報，頁 13-24，台灣病人安全資訊網 (<http://www.patientsafety.mohw.gov.tw/>) -教育資源-TPR 統計報表(最後瀏覽日 05/20/2019)。

³⁴³ 廖建瑜，前揭註 47，頁 128。



第二款 提供充足完善之人力配置

依照醫療法第 59 條規定，醫療機構應依其規模及業務需要，指派適當人數之醫師值班。醫療機構應確保其診療時間內與診療時間外，針對不同科別及輕重症之分別，各有足夠、專業之人力配置，以對病人提供完善之醫療服務。

所謂充足完善之人力配置，不僅僅指形式上要求每班到場的人頭數符合評鑑標準，而是要求該時段可即時調派的人力組成，必須要有足以完成醫療任務及應付緊急狀況的實質能力³⁴⁴，例如不能使尚屬學習階段之實習醫師或經驗年資不足之住院醫師單獨值班等³⁴⁵。

醫療機構提供充足完善人力配置衍生之另一個問題，為醫事人員過勞的爭議。醫事人員畢竟不是機器，若醫事人員過勞，造成其體力不足，注意力、專注力與判斷力下降，縱然班表形式上符合充足完善人力配置之要求，實質上仍然對病人安全保障有害，更不符該義務規範醫療機構提供完善人力之初衷。

醫療機構或許會抗辯，在醫事人員員額不足的狀況下，醫事人員過勞與充足完善之人力配置提供對醫療機構而言顯屬兩難，然其之所以會對醫事人員過勞與充足完善之人力配置之調和感到困擾，究其實質仍在於經營利潤問題。醫療組織義務的規範目的在於維護病人生命身體安全，在病人及醫事人員生命身體健康的雙重

³⁴⁴ 如臺灣臺北地方法院 95 年度醫字第 2 號判決及上訴審臺灣高等法院 96 年度醫上字第 10 號判決，認當時負責照護病人之被告丙護士雖因參與訴外人病人之急救，而未能親自照護病人，但被告醫院應就醫護人員之調度即應立即為適當處理，亦即應立即調派其他醫護人員前往接替被告丙護士，以使病人繼續獲得必要之加護照顧。

³⁴⁵ 如臺灣高等法院臺中分院 98 年度醫上字第 3 號判決中，被告醫院於事發當時僅由取得醫師證書三個月餘之醫師在急診室提供醫療服務，而未指定資深醫師支援急診，造成資淺醫師因經驗不足而未及時就病人為適當之治療，致病人受有損害。被告醫院上開人事分配雖屬合法，然其既屬教學級醫院，對於急診病人，竟僅責由年資短淺之住院醫師負責，與一般民眾選擇前往具教學層級之醫院接受較優良且較專業之治療目的明顯背離，自應負責。再如臺灣高等法院 92 年度上字第 591 號判決中，被告醫院之主治醫師且係當日之急診室之值班醫師，未到場值班給予實習醫師可期待之正確指導，因實習醫師經驗不足、不知有替代輸血方案，致病人因未獲正確治療死亡，被告醫院依民法第 188 條負連帶損害賠償責任。然而，被告醫院沒有適當調配人力、對急診室僅有實習醫師之狀況無作為，實亦有自己之過失而應獨立負責。



考量下，應認對病人及醫事人員之保護，應優先於醫療機構經營利潤之考量，經營利潤不足不應作為醫療機構未盡組織義務之免責事由，醫療機構仍應盡其責任提供充足、完善的人力配置³⁴⁶。

第三款 提供完善之照護系統

依照醫療法第 62 條及施行細則第 42 條規定，醫療機構應制訂完善之流程、規範與政策，並應建立醫療品質管理制度，定期自主查核、檢討、評估，以提升醫療品質並保障病人安全。蓋病人至醫療機構求診，有時不僅接受單一次的醫療服務，必要時需要住院或是接受手術。醫療機構提供給病人的服務，不僅包含針對該病症之治療，更擴張至生理、心理、社會、靈性之「全人照護³⁴⁷」，醫療機構應針對全人照護建立完善之照護系統³⁴⁸，避免病人受到除醫療本身內含風險以外之損害，包括防範病人自傷。

實務判決對於醫療機構應建立完善照護系統之論述，並沒有明確統一之見解，較趨近於依個案解釋，如臺灣高等法院 104 年度醫上字第 9 號判決住院病人噎死案中，鑑定意見指出若病人吞嚥功能已有障礙，醫療機構應提供個人化的飲食種類與材質，若病人獨自進食具危險性，則需專人看管病人用餐，法院肯認此屬醫療機構照護義務之一環³⁴⁹；臺灣高等法院 97 年度醫上更（三）字第 3 號判決維他命 B1 過敏案中，法院認縱病人對維他命 B1 過敏之案例不常見，被告醫院仍應對注射後萬一有過敏情形發生時，建立相關安全迅速有效之急救機制，包含相關人力安排及

³⁴⁶ 德國的醫療機構雖然也因健保給付縮減而面臨龐大成本壓力，但德國法院仍認提供充足完善的人力配置乃醫療組織責任的重要類型，見侯英冷，前揭註 291，頁 347。

³⁴⁷ 全人照護的核心理念，在於醫師不是以看「病」為主，而是以看「病人」為主。目前醫界以全人照護為基礎，更進一步提倡全人、全隊、全家、全程醫療照護的「四全照護」，見王志嘉，前揭註 93，頁 1，註解 2。

³⁴⁸ 侯英冷，前揭註 291，頁 380-381。

³⁴⁹ 惟本件中法院最後認病人有獨自進食及自理能力，醫療機構無須提供特別照護，且後續醫事人員急救措施無過失，而判決原告敗訴。

預備必要之藥品、器材；臺灣高等法院 91 年度訴字第 12 號判決精神病患自殺案中，法院則認對於自傷高危險群之精神病患，醫療機構除應有防範精神病患逃院與自殺之硬體設備外，亦應建立治療活動中對精神病患之監護措施。

又醫療機構雖提供住院之住宿、膳食、醫療照護等服務，然除有特殊需求之病人，一般日常照護與生活協助如吃飯、如廁等應由家屬自行負責，醫療機構也沒有提供專人照護之義務³⁵⁰。醫療機構雖應排除精神病患取得利器等在客觀上容易可能造成病患傷害之器具，然並非所有可能作為自殺使用之器物隨時予以排除，否則幾乎所有物品均可能成為自殺之工具以致任何物品均應管制，反將使精神病患日常生活完全受限制，剝奪其基本人權³⁵¹。醫療機構之照護義務並非毫無限制，只要醫療機構提供之照護系統符合一般認知專業水準可合理期待之安全性，即應認醫療機構已盡其組織義務。

第四款 完善的病歷系統與保密

病歷乃病人疾病進程、治療方式、治療反應等最重要的記錄，可以幫助醫事人員記憶治療過程，並幫助不同醫事人員了解病人病史與用藥或術後反應，具有確保醫療品質、保護病人權益的功能。

所謂病歷，包含醫師依醫師法執行業務所製作之病歷、各項檢查、檢驗報告資料及其他各類醫事人員執行業務所製作之紀錄³⁵²。病歷摘要應載明主訴、檢查結果、診斷、治療經過、注意事項、出院後醫囑或建議事項，病歷內容則應比病歷摘要更清晰、詳實、完整，除應於首頁載明病人姓名、出生年、月、日、性別及住址等基

³⁵⁰ 林萍章，前揭註 321，頁 20。臺灣高等法院 102 年度上訴字 2230 號判決、臺灣高等法院 96 年度醫上易字第 1 號判決、臺灣高等法院 104 年度醫上字第 9 號判決。

³⁵¹ 臺灣高等法院 93 年度醫上字第 1 號判決即指出過往有病人係脫下衣褲結索，上吊自殺，然不能因此認醫療機構不應提供衣褲給病人；本件中醫療機構提供電蚊香供病人驅蚊，然病人使用電蚊香之電線上吊，電蚊香並非客觀上容易造成病患傷害之器具，故上訴人拿電蚊香電線上吊自殺，自非被上訴人所能預期及防範，不能認醫療機構有違反義務之情事。

³⁵² 醫療法第 67 條。



本資料外，其內容至少應載明：一、就診日期。二、主訴。三、檢查項目及結果。四、診斷或病名。五、治療、處置或用藥等³⁵³。若為牙科，治療部位、軟、硬組織均應載明；中醫傷科則應敘明理筋推拿手法或傷科處置內容，針灸則應詳細註明穴位（區、帶、點、線）³⁵⁴。

確實的病歷記錄乃醫事人員照護病人過程中基本、重要的醫療工作，直接關係到病人照護之醫療品質，並與醫療保險、醫學研究、公共衛生、疾病統計等工作相關。未能妥善記錄、保存、提供良好的病歷記錄，可能使病人暴露在不必要的醫療風險下，影響病人醫療福祉。


醫療機構對於病歷的相關義務，規定於醫療法第 67 條至第 70 條、第 72 條至第 74 條。醫療機構應確保病歷系統的完善與保密，包含病歷的確實記載、確實的病歷資訊交換系統、病歷保密措施。蓋醫病關係以信賴為基礎，病人告知醫療提供者病情、病史等，涉及病人之隱私資訊，醫療提供者自應負有保密義務，否則若病人無法信賴醫療提供者會守密，極可能不願誠實告知病情、病史，致醫師做出錯誤診斷與治療，最終反傷害病人身體健康。

又病人的病史、病情、治療方式等若遭洩漏，可能會造成病人名譽與精神上的損害，醫病關係之信賴亦將減損³⁵⁵。是醫療機構對於履行醫療契約中所得知之病人資訊，應建立完善可靠之系統避免洩漏，如：建立病歷資料庫防火牆、限定登入機台、定期更新登入帳號密碼、病歷室設置門禁系統等保密措施，並應定期對員工進行相關教育訓練，以落實病歷之管理。

³⁵³ 醫師法第 12 條。

³⁵⁴ 衛生署全民健保爭議審議委員會，〈全民健康保險醫療費用審查注意事項--病歷審查原則〉，https://www.nhi.gov.tw/Content_List.aspx?n=F075AD6CF8E194E0&topn=D39E2B72B0BDF15（最後瀏覽日 06/26/2018）。

³⁵⁵ 著名案例如前台中市長胡志強於民國 94 年競選台中市長前，林進興等 12 名醫師召開記者會公布胡志強於台中榮總之病歷，並現場評論、分析胡志強之健康情形，引發爭議，後遭臺中市政府醫師懲戒委員會分別處以停業、警告及接受醫療倫理繼續教育課程等之懲戒處分。惟本案被害人僅提起刑事告訴，未提起民事損害賠償請求，併予敘明。



此外，由於醫療過程往往涉及複數部門、人員甚至是轉院，現今許多醫療糾紛發生原因已非侷限於個別醫事人員之過失，而是因人員與部門間欠缺溝通及資訊交換，無法正確掌握病人病況而生。為了確保後續接手之機構或人員能正確掌握病人的狀況、迅速判斷治療方針並正確執行，醫療機構應有義務指示、監督醫事人員確實記載病歷，並建立確實之資訊交換系統，以確保醫療分工時無落差、無時差之病人資訊交換，避免病人的健康安全因延誤受到侵害。

惟縱病歷未詳實記載或保存，不一定即會引起醫療事故，亦即沒有明顯的損害產生。是就病歷保存或記載不完實，一般認僅生程序法上舉證責任減輕或倒置之效果。由於牽涉醫療專業及病人個人隱私，病人在接受治療時通常不容第三人在場聞見，是於醫療案件中判斷被告是否已盡善良管理人注意義務，常須倚賴病歷之記載。依照民事訴訟法第 344 條第 1 項第 5 款規定及其立法理由說明，被告於醫療事故案件有提出記載完整病歷義務，若醫療提供者違反上開義務，造成醫療過程難以本於病歷回溯而生證明上困難時，由於醫療提供者對於病歷有完全可支配性，其因可歸責事由拒絕提出或提出不完整，法院得適用證明妨礙法理及民事訴訟法相關規定，視違背義務之方式、態樣，為事實上推定、降低證明度或舉證責任轉換³⁵⁶。

惟亦有學者認：因醫療機構負有記載、保存病歷之義務，此義務亦為醫療組織義務的一環，是除了舉證責任倒置之程序法效果外，若醫療機構違反義務直接造成醫療事故發生（如因病歷記載不全致後續接手人員做出錯誤處置）時，醫療機構應構成獨立組織責任³⁵⁷。

³⁵⁶ 沈冠伶（2009），〈證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用〉，《臺大法學論叢》，38 卷 1 期，頁 163。張家琦（2007），〈醫療糾紛民事責任與訴訟實務〉，《法官協會雜誌》，9 卷 1 期，頁 46。詹森林，前揭註 96，頁 59-60。林宗穎，前揭註 326，頁 236。

³⁵⁷ 侯英冷，前揭註 291，頁 385。



第五款 確保病人受充分告知

醫療法第 65 條第 1 項規定：「醫療機構對採取之組織檢體或手術切取之器官，應送請病理檢查，並將結果告知病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人。」本條規範之目的，在於確保醫療安全性，保障病人得及時為後續追蹤與治療，是醫療機構應主動告知病人病理檢查之結果。

然本條僅是醫療組織義務「部分」的具體規定，無法涵蓋醫療組織義務中確保病人受充分告知的全部範圍。蓋本條雖規定告知檢查結果之標的僅限於「組織檢體或手術切除之器官」，但自規範目的可推知，醫療機構有建立完整的檢查結果通報系統，以確保病人受充分告知之組織義務，不論何種檢查，當正式檢查結果完成，醫療機構皆應及時告知病人，以避免病人之生命身體健康因延誤就醫而受到侵害，而不僅限於條文所示之範圍³⁵⁸。

完善的檢查結果通報系統可節省民眾往返醫療院所之時間與花費，增進民眾就醫滿意度；減少民眾單純僅為檢查報告而回診，亦可同時減少個別醫事人員於門診的工作負荷及說明義務負擔，讓其更有心力專注於病情較複雜的病人，對病人與醫方可謂雙贏。

藉由現代科技的輔助，醫療機構有能力亦有義務建置有效的檢查結果通報系統，其應制定規範使不同科別與醫事人員間之結果通報管道順暢，不論機構內人事分工如何、中間流程如何，都應確保病人最終能受檢查結果通知，不因機構內部溝通不良而權利受損³⁵⁹。

實務上肯認醫療機構應確保病人受充分告知之案例，可參最高法院 107 年度台上字第 1593 號判決。本案中病人於 99 年 4 月 28 日因急性胸痛、腹痛及冒冷汗等症狀急診，拍攝電腦斷層攝影檢查影像後，於急診醫師建議下先行返家。隔日被

³⁵⁸ 侯英冷（2019），〈檢查結果告知義務：已離院病人毋庸告知是醫療慣行？還是醫療過失？〉，《月旦醫事法報告》，30 期，頁 80。

³⁵⁹ 陳甫倫（2013），《醫療機構民事責任之再思考》，頁 93-98，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文。林宗穎，前揭註 326，頁 234-235。陳聰富，前揭註 312，頁 487。

告醫院之放射科醫師依據影像判讀病人患有急性闌尾炎（盲腸炎），被告醫院卻未告知病人判讀結果，造成病人未能及時回診或做進一步處置，而於同年月 30 日因盲腸破裂引致腹膜炎，最終導致敗血性休克死亡。

最高法院認為：疾病之情狀及病灶所在，乃病人就醫時最迫切需要知悉之資訊，而醫療機構之醫療義務乃為正確診斷出病灶所在，以採取及時、有效及適當之治療方法。故醫療機構就各項檢查結果、檢查結果之涵意、是否需為追蹤檢查及後續之治療等，負有告知及說明之義務。如病人於檢查報告產出前離院，醫療機構就檢查報告結果應進行追蹤，若檢查報告結果異常即應通報並通知病人回診治療。被告醫院未建立急性闌尾炎後續通報及通知病人回診診療制度，而未通知病人回診治療致病人死亡，有未依債務本旨給付之情形，且具有可歸責事由，原審認被告醫院應負債務不履行責任，於法並無違誤。

最高法院於本案例中，未依實務通常單純引用醫療法規定之作法，實質論述了醫療機構負有建立後續通報及通知病人回診診療制度之組織義務，並作為醫療契約給付義務之內容，值得肯定³⁶⁰。

又依據衛生福利部中央健康保險署普查結果，截至 100 年 7 月，全台推動不同類型之檢查（驗）結果主動通知之健保特約醫院家數已達 323 家，占全國特約醫院之 67%，通知方式包含書面郵寄、電話告知、e-mail 或簡訊通知、醫院網站網路查詢、醫院內設立專用電腦查詢櫃台及健保卡自動報告查詢機、設立民眾諮詢中心提供檢驗醫療相關諮詢服務及檢查檢驗報告影印、由醫師主動告知病人可來電諮詢報告結果的時間及方式並交付病人來電諮詢報告通知單等。

各醫院主動通知之檢查（驗）項目則多以數據型檢驗報告為主，如生化及血液檢驗、糞便及尿液常規檢驗、血液凝固檢驗、血糖值、免疫血清或病毒學抽血檢驗等，另外有些醫院亦將細菌培養報告、X 光檢查、心電圖、子宮頸抹片及乳房攝影

³⁶⁰ 類似案例如最高法院 104 年度台上字第 2081 號判決。

檢查、胃鏡及大腸鏡檢查、病理檢驗報告呈惡性或檢驗報告異常（達危險臨界值）者，納入主動通知項目³⁶¹。



第四節 醫療法第 82 條第 5 項之困境

第一項 限縮於執行醫療業務？

依照衛福部函釋，醫療業務指凡以醫療行為為職業而言，不問是主要業務或附屬業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人所為之醫療行為均屬之，且並不以收取報酬為其要件³⁶²；醫療行為則係指「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱³⁶³。」亦即，衛福部對於「醫療業務」的定義，乃是以醫事人員為對象、針對典型醫療行為而言。

然而，醫療機構以龐大的組織人事與設備，進行經濟活動獲取利潤，其執行業務的範圍，絕非僅限於醫療業務。對外而言，醫療機構不僅給予病人醫療行為的服務，還提供了團隊組織、行政系統上的服務；對內而言，辦理行政業務及履行諸多醫療法管制的義務，更是醫療機構平日相當吃重的工作。本次修正新增第 5 項，將醫療機構責任僅限於因執行醫療業務所生損害者，會產生解釋上的矛盾。

第一，若本項醫療機構責任僅限於執行醫療業務，因醫療機構本身非自然人無法執行醫療行為，該醫療業務之執行顯然必須透過醫事人員為之，則醫療機構之故意過失乃是直接以醫事人員之故意過失為斷，無從達到「醫療機構責任高於醫事人

³⁶¹ 衛生福利部 100 年 11 月 3 日新聞稿，<https://www.mohw.gov.tw/cp-3160-24894-1.html>（最後瀏覽日：04/27/2019）

³⁶² 行政院衛生署（83）衛署醫字第 83068006 號函。

³⁶³ 行政院衛生署（65）衛署醫字第 107880 號函、行政院衛生署（81）衛署醫字第 8156514 號函。

員責任」之立法目的，且條文保護範圍與民法現行規定重疊³⁶⁴，病人沒有使用本項之動機，將使本項淪為具文，前已論及，茲不贅述。

第二，本項若要有規範意義，如前文所述必須解釋為醫療機構組織義務之條文。但條文限定僅限於執行醫療行為，則責任是否成立仍然是取決於醫事人員其他人，而非審查醫療機構自己是否成立責任，顯與醫療機構組織義務中建立醫療機構自己責任的核心概念不符³⁶⁵。

第三，觀察前文所述醫療組織義務的內涵可發現，醫療組織義務的規範重點並非在於「治療或診察」之典型醫療行為，而是在於醫療機構是否有以周全組織，提供符合當時合理可期待之安全醫療體系運作等「行政運作」的行為。本項之規範目的在於填補醫療機構系統性錯誤造成損害之漏洞，然系統性錯誤與醫療業務未必有直接關聯，是若本項要解釋為醫療機構組織責任之依據，其所規範之範圍自不能僅限於「執行醫療業務」，而必須擴大到醫療機構執行其他業務亦受規範。

第四，自醫療法第 82 條第 2 項、第 5 項與立法理由可知，醫事人員之過失定義為「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」，醫療機構之過失則不以上開定義為限。臨床裁量乃是基於醫療的專業性與不可預測性，針對典型醫療行為所發展之概念，然醫療法第 82 條第 5 項並未要求醫療機構過失亦以逾越合理臨床專業裁量為限，立法理由中亦明示第 5 項之新增乃是「考量醫療環境之安全性及完善性」，顯然立法者對於醫療機構義務之想像，並非僅限於衛福部定義之典型醫療行為，而是包含典型醫療行為以外之其他組織行為。

第五，若肯認將本項侷限於「執行醫療業務」乃立法者真意，則為何醫療機構於「非執行醫療業務」時造成損害無須負擔侵權責任，應有有力的論證理由支持。然而，不論是立法理由或修法過程，對此皆未有說明。

綜上，本項新增時將醫療機構責任限於執行醫療業務，並非妥當，為使本項發揮真正的功能，應再為修法將「執行醫療業務」之文字修正為「執行業務」；於尚

³⁶⁴ 吳全峰，前揭註 299，頁 92。

³⁶⁵ 吳全峰，前揭註 299，頁 92。

未修法之前，實務在定義是否屬「執行醫療業務」時，不應侷限於上開衛福部函釋，而應基於上開立法目的解釋，將所謂醫療業務擴大解釋至醫療機構組織行為，於醫療機構有應作為而不作為之情形時，應依醫療法第 82 條第 5 項對病人因此所受之損害負獨立之損害賠償責任³⁶⁶。

第二項 法人意思能力之待突破

實務見解之所以不承認法人獨立侵權責任，立論基礎在於：法人依據法律雖有權利能力，但法人原則上以代表人或受僱人之行為而取得權利及負擔義務，若無自然人之行為介入，法人本身無法直接作成行為，是以法人之故意過失無非乃代表人之故意或過失，法人之侵權責任，限於民法第 28 條之情形，法人本身並無獨立的意思能力，自無適用民法第 184 條第 1 項前段成立侵權責任之餘地³⁶⁷。

然而，民法第 184 條第 1 項前段並未限定只適用於自然人而不適用於法人，且法人縱由單一代表人對外為意思表示，其所依據者乃董事會、股東會或總會決議，並非基於代表人本人單獨決定。法人構成員基於法人組成目的，總和或統合構成員之意思而為之單一共同意思，與個別自然人之意思不同；在過失客觀化下，過失與否係以行為人之行為是否違反客觀上理性之人的注意義務作為判斷標準，是若該構成員之共同意思違反了上開理性注意義務，該共同之意思非不得認為故意過失³⁶⁸。

³⁶⁶ 吳全峰，前揭註 299，頁 96。侯英冷，前揭註 358，頁 80-81。

³⁶⁷ 最高法院 80 年度台上字第 344 號判決、95 年度台上字第 2550 號、95 年度台上字第 388 號判決、95 年度台上字第 338 號、98 年度台上字第 2038 號、100 年度台上字第 1594 號、100 年度台上字第 1594 號、102 年度台上字第 1280 號、103 年度台上字第 1979 號、104 年度台上字第 1005 號；臺灣高等法院 101 年度上字第 1208 號判決、103 年度重上更(一)字第 52 號判決、104 年度重上更(一)字第 38 號；臺灣高等法院臺南分院 104 年度重上字第 91 號判決、105 年度重上字第 36 號判決、106 年度重上字第 50 號判決。

³⁶⁸ 陳聰富(2011)，〈法人團體之侵權責任〉，《臺大法學論叢》，40 卷 4 期，頁 2098-2099、2115-2117。

實務見解忽略了法人組織意思決定的過程，並不妥當，在現代社會型態下，應承認與法人構成員各別意思相區別、總合或統合構成員個別意思之共同意思，成為法人本身的團體意思。法人基於該團體意思之行為倘侵害他人之權利，且合於民法所定侵權行為之構成要件，即應獨立負侵權行為損害賠償責任³⁶⁹。

要使醫療法第 82 條第 5 項發揮真正功能，有賴於實務見解對於法人獨立侵權責任之突破與案例累積。只有實務見解承認醫療機構得成立獨立侵權責任，始能讓本項跳脫過往以個別醫事人員為論述責任主體之模式，使本項不致受本條第 2 項所限而淪為民法既有規定之贅文，甚至侵蝕病人權利之保護。

醫療事故中，系統性錯誤乃起源於醫療機構的政策管理、程序流程等，這些項目往往牽涉成本利潤問題，而由董事會以決議方式決定、構成一共同之意思集合，超越了單一代表人或受僱人等自然人所為之意思表示，應認為屬醫療機構之團體意思，是醫療機構基於該共同意思之行為若合於民法所定侵權行為之構成要件時，醫療機構即應依醫療法第 82 條第 5 項獨立負擔侵權責任。

惟在承認法人獨立侵權責任後，本項雖得以發揮功能，但如此一來法人得直接適用民法第 184 條第 1 項前段為責任主體，醫療機構違反組織義務時亦得比照辦理，則立法體系上是否有再特別訂立醫療法第 82 條第 5 項之必要？將醫療機構與其他法人分別規定之正當性為何？顯又將衍生疊床架屋之疑慮。

第三項 病人舉證之困難

在確立醫療法第 82 條第 5 項作為醫療機構組織義務的責任基礎後，下一步應探究其在實務上之運作方式，其中最重要的即是舉證責任分配。在民事訴訟以當事人進行主義、辯論主義為運作法則下，病人作為原告向醫療機構以本項為請求權基礎提起損害賠償之訴時，依照民事訴訟法第 277 條原則上應對本項責任各個構成要件事實負擔舉證責任。

³⁶⁹ 陳聰富，前揭註 86，頁 581-582、590。最高法院 102 年度台上字第 1556 號判決。

然基於病人與醫療提供者之武器不平等，如嚴守民事訴訟法第 277 條原所定之原則，難免產生不公平之結果，使病人無從獲得應有之救濟，有違正義原則。是以法院應「視各該具體事件之訴訟類型特性暨待證事實之性質，斟酌當事人間能力、財力之不平等、證據偏在一方、蒐證之困難、因果關係證明之困難及法律本身之不備等因素，透過實體法之解釋及政策論為重要因素等法律規定之意旨，較量所涉實體利益及程序利益之大小輕重³⁷⁰」，按待證事項與證據之距離、舉證之難易、蓋然性之順序，並依誠信原則決定是否符合同條但書所定公平之要求，再定其舉證責任或是否減輕或轉換。

舉證責任之減輕與轉換方式，可包含原告具體化陳述義務之降低、法院職權探知、闡明之強化或職權調查證據、證明妨礙法理之適用、非負舉證責任人之說明義務強化等，以貫徹武器平等原則之落實等。


然而，觀察實務諸多判決可見，實務對於舉證責任轉換之適用仍屬保守，多認依據訴訟法規精神及醫療事件之特質，原告仍應先就發生侵權行為等有利於己之事實負舉證責任，僅因醫療行為之高度專業性，而將舉證責任減輕而已，非謂因此即可將舉證責任倒置於被告³⁷¹。換言之，縱主張醫療法第 82 條第 5 項，病人作為原告，仍須就責任構成要件事實即醫療機構之行為有過失存在舉證，僅是證明程度降低而已³⁷²。

此外，「當事人主張有利於己之事實者就其事實有舉證之責任」的背後邏輯，其實是認為有資訊優勢的人，應負責提供資訊；能控訴別人，表示掌握了事實資訊。但如果根本不知道對自己有利的事實，如何提出有利自己的主張？

³⁷⁰ 最高法院 99 年度台上字第 836 號判決。

³⁷¹ 最高法院 99 年度台上字第 575 號判決（廢棄原審轉換舉證責任與醫療機構之見解）。

³⁷² 最高法院 99 年度台上字第 2428 號判決、最高法院 103 年度台上字第 1311 號判決：「醫療行為具有相當專業性，醫病雙方在專業知識及證據掌握上並不對等者，應適用前開但書規定，衡量如由病患舉證有顯失公平之情形，減輕其舉證責任，以資衡平。若病患就醫療行為有診斷或治療錯誤之瑕疵存在，證明至使法院之心證度達到降低後之證明度，獲得該待證事實為真實之確信，即應認其盡到舉證責任。」



病人在醫療過程中，基於對醫療專業的不了解，難以識別醫療機構在設備操作上是否有錯誤；病人接受手術時，病人因麻醉對外界處於無認知狀態，不可能知悉手術時醫護人力溝通交接是否有誤，家屬則基於醫療密室特性，亦無從得知手術室內之狀況；對於醫療機構內部之人力配置與排班及醫療流程 SOP 等機構內部事項，更是難以知悉，遑論指出究竟是何環節出錯，並依照證據偏在之原理要求法院命被告提出相關證據。

依照現行實務運作，縱然法院願意依照民事訴訟法第 277 條但書轉換或減輕原告之舉證責任，但仍然會要求原告並須先指出被告「何種行為」具有故意過失。縱將醫療組織義務作為醫療契約的給付義務內容，醫療機構應就其給付不可歸責負舉證責任³⁷³，但原告仍須先就被告於給付過程中有何可歸責之「具體事實」負主張責任³⁷⁴。病人主張醫療法第 82 條第 5 項最大的舉證困難，並非在就責任構成要件事實之舉證減輕程度，而是在於指出事實本身。

又由於本項條文並無推定因果關係之設計，病人仍然必須就因果關係負舉證責任，在舉證醫療機構違反組織義務與損害間之因果關係，可能也會遇到障礙。例如，在人力配置不善造成醫事人員過勞的情形下，如何證明醫事人員過勞確與病人損害有相當因果關係？恐為難題³⁷⁵。

在被告抗辯部分，醫療機構在抗辯自己已盡組織義務時，可能會提出班表、手術同意書、醫療評鑑、內部流程規定等文件，然而醫療評鑑制度歷年來飽受爭議，

³⁷³ 最高法院 21 年度上字第 1956 號判例。

³⁷⁴ 臺灣高等法院 103 年度醫上字第 15 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 101 年度醫上易字第 2 號判決：「病患或家屬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，若僅主張醫療結果並未成功或造成損害，基於醫療行為具上開高度危險性、裁量性及複雜性之特徵，及醫療契約非必以成功治癒疾病為內容之特性，不能認為病患或家屬已就醫師具體違反注意義務之不完全給付事由有所主張證明。」

³⁷⁵ 相似案例如最高法院 95 年度台上字第 192 號裁定即在客運車禍案件中認「本件車禍確係丙○○個人超速行駛所致，與全航公司是否壓縮行程時間、不當增班、超時工作等間並無因果關係。」

甚至有醫療機構為了應付評鑑而造假之爭議³⁷⁶。實務上若醫療機構提出上開證據，法院一般即會採信而認醫療機構未違反義務，病人只能依靠醫事人員出面揭發推翻之，但在醫事人員與醫療機構同為被告之立場且尚保持僱傭等利害關係下，實難以期待醫事人員為病人出面揭發醫療機構證物不真正。縱然醫事人員已離職或非為被告，自人性觀之，亦難期待其犧牲自己在業界的立足點、甘冒不韙而挺身而出。

法諺云：「舉證之所在，敗訴之所在」，醫療法第 82 條第 5 項能否在訴訟實務上真正發揮保護病人之功能，舉證責任之分配，實為關鍵。

³⁷⁶ 〈評鑑改革遭批打假球 衛福部冷回：醫院造假 人力數據才另行監管〉，民報綜合報導，09/23/2016，<https://www.peoplenews.tw/news/f09425bd-0ac4-491a-a2e1-28dbfa323f85>（最後瀏覽日：04/20/2019）。



第五章 結論

第一節 醫事人員責任

本次修法後，由於醫療法第 82 條增加了逾越合理臨床專業裁量的要件，是該條的規範範圍，可以從行為本身之性質以及義務之性質觀察。一個醫療行為是否為醫療法第 82 條的規範客體，會受到行為人對該行為是否有臨床裁量的空間而有變動。若該醫療行為本身即未容許醫事人員臨床裁量，則縱醫事人員為該醫療行為有何故意過失，亦不構成醫療法第 82 條之責任。

又在逾越合理臨床專業裁量的要件限制下，討論醫事人員違反注意義務時，需進一步檢視該義務之性質是否有臨床裁量的空間，以決定是否得構成本條之責任。醫事人員於執行診斷、治療、照護等醫療行為時，有遵守醫療專業領域上長期累積形成之行為規範或技術規則之專業義務，若醫事人員所從事之病情檢驗、診斷、治療方法的選擇、治療措施的執行以及病情發展過程的追蹤或術後照護等醫療行為，非當時既存之醫療專業知識或技術水準可接受之嘗試者，應認其構成專業義務之違反，依醫療法第 82 條負責。

至醫事人員違反非專業義務之其他義務，應依照義務不同的性質適用不同的規範。若該義務具有保護病人之目的，則應檢視該義務是否保有醫事人員為臨床裁量的空間，決定是否適用醫療法第 82 條。縱然不構成本條之責任，亦不代表違反義務之醫事人員，即無須負擔任何責任，蓋醫療法第 82 條並未排除民法契約責任與侵權責任之適用，是在此情形，病人仍得依照民法相關規定，請求醫事人員負責。

惟若該義務之性質，僅涉及行政管制目的，允宜交由相關行政法規決定法律效果，不適合以具民事實體法性質的醫療法第 82 條規範。若該義務僅涉及職業自律，為兼顧醫事人員之行為自由，並確保職業自律之內容得對瞬息萬變之社會發展為妥適因應，亦不應以法律上之民刑事責任繩之，以保有彈性解釋之空間。

修正後醫療法第 82 條之規範範圍雖縮減至違反專業義務，但實務承認臨床裁量並作為專業義務的判斷標準之一，早行之有年；增加逾越合理臨床專業裁量的要



件，只是將實務見解明文化、重複審查義務內容，未改變醫事人員注意義務程度，實質上並未減輕醫事人員責任。

刑事責任亦同。所謂「減輕」刑事責任，應該是指同一個醫療行為，在舊法時代會成立犯罪，但適用新法後不會成立犯罪，才是有意義的減輕。過往實務本即將臨床裁量作為注意義務一部分論述，本次修正明文將臨床裁量入法後，僅是將過往實務見解明文化而已，並沒有實質改變責任程度。若僅是憑條文文字的增加，就逕認醫事人員的刑事責任已減輕，不但不是嚴謹的推論方式，更忽略了過往實務見解的累積。

至醫療法第 82 條第 4 項多元審酌要件的訂定，原本是希望能讓過失定義更明確，然本項存有主、客觀判斷要素混淆，法條結構不當，醫療常規、醫療水準等審酌要件在實務定義不清之爭議，加上審酌要件間彼此概念並非獨立，尚存有適用優先性與舉證責任問題，肇致修正後不但沒有使過失的定義更明確，反衍生更多疑義，是否能發揮功能使過失的判斷更明確，實值存疑。

第二節 醫療機構責任

依據目前減輕個別人員或受僱人責任、加重機構或僱用人責任的立法潮流，本次立法理由認為醫事人員責任程度應低於醫療機構等語，應屬正確，但自結果而言，對醫療機構責任的條文，在修法前後並無差別，亦即立法者雖於立法理由中如此宣示，但實際上仍未完全跟從上開潮流加重機構責任。

蓋現今醫療機構藉由龐大的組織、設備、資金，使醫療服務的種類與項目更加多元；但在賺取更高利潤的同時，也使病人暴露在更高的醫療風險中。然而，現行醫療責任體系未賦予病人對醫療機構的獨立請求權基礎，形成病人因系統性錯誤受有損害時之保護漏洞。

醫療法第 82 條第 5 項作為醫療機構組織責任的宣示，不但可彌補上述缺失，亦可使醫療契約給付義務的內容更加完整。建立醫療機構組織義務，不但可達到立



法者差別化醫事人員與醫療機構責任之真意，亦能促進醫療環境的改革，真正實現法規範損害預防之功能。

然而，醫療法第 82 條第 5 項限縮僅限執行醫療業務始得適用，與醫療組織義務以「組織行政運作」為規範標的之核心內涵相悖，亦與立法理由所示之意旨衝突；實務能否突破對法人獨立侵權責任之見解，更攸關本項是否能發揮真正功效。另舉證責任上，除有待實務更加活用民事訴訟法第 277 條但書舉證責任之轉換外，病人還須面對「指出機構具體有過失之行為為何」之課題。


醫療法第 82 條第 5 項將醫療機構組織責任明文化，立意雖佳，但仍有未竟之功，日後應用與發展如何，實有待進一步的案例累積與觀察。

第三節 修法的再思考

依據本文研究，本次醫療法第 82 條修正雖將規範範圍縮減至僅具臨床裁量空間之行為與義務違反，但醫事人員的注意義務程度與過失判斷標準，實際上並沒有改變。既然醫事人員的責任程度並未改變，則不論是何種行為或義務違反，適用醫療法第 82 條第 2 項與適用民法第 184 條，亦無顯著差別，則本條又何需重複訂定？

嚴格而言，此種多此一舉的立法瑕疵，並非本次修正所造成，而是於 93 年修正時就已存在，本次修正只是更凸顯了該條功能與民法間定位上重複的問題。蓋本條 93 年之修正，實僅是為因應當時醫療行為是否適用消保法之爭議，並未詳加考慮不同法規間是否有疊床架屋之情形，因此本條雖作為一具有法律規範與法律效果之完整條文，但實務上在判斷醫療過失責任時，仍然是使用民法第 184 條為請求權基礎，而非本條。

106 年修正後，本條條文內容變得更加複雜，然而依據本文的討論，此種修正方式並沒有對醫療過失的判斷標準造成實質改變，反徒增判斷上的困擾。事實上，醫療法第 82 條第 1 項既稱「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意」，解釋上



本即指「醫療行為人之注意程度為一具有醫療上善良管理人注意程度之醫師所應保持之注意」。醫療過失之過失本質，與一般過失並無不同，實務是否委由鑑定、或以是否違反醫療常規作為判斷標準，只是判斷醫療過失時所採用的證據方法差異，並非實質上變更過失之基本理論³⁷⁷。本次修法顯然是未理解這一點，才會將臨床裁量、醫療常規、醫療設施等多種要件訂入條文。

且自實務觀察來看，民事實務亦不太使用本條，而仍以民法第 184 條為請求權基礎。本條雖耗費了諸多人力物力完成大幅度修正，但卻不被實務所使用、實際功能亦不彰，則立法者在修法前，實應對於「為何要修法、是否有修法必要」此一前提問題，審慎研究、思考，才能真正有助於我國法體系的完善。

本條第 5 項也有上述問題存在，然而，在實務尚不承認法人得成立民法第 184 條第 1 項前段之現況下，不論本條第 5 項立法技術之優劣，至少與過往醫療法第 82 條將醫事人員與醫療機構共同規範相比，本次修正注意到系統性錯誤的存在與本質，區分醫事人員過失與醫療機構過失，將醫事人員與醫療機構的責任分流，仍然是一大進步。

另外，自本條的修法歷程，也可以看出我國各方對於醫療責任的思考脈絡。對於醫療責任，醫界最初期望之修法方向為限縮刑事責任，讓醫師免於動輒面對刑責之恐慌，雖法務部以我國刑法目前並無重大過失之概念反對，然學說中已有肯定見解。行政院一度提出之醫療法第 82 條之 1 草案，亦是以僅限縮醫療刑事責任為目標，然本次修正最後通過的醫療法第 82 條條文，卻同時修改了民、刑事責任。

本文雖認本次修法實質並未變動醫事人員民、刑事責任程度，但修法歷程背後的思維，卻值得檢討。如前文所述，醫療糾紛的成因很多，醫事人員的疏失、病人對於醫療專業的無知與對治療效果的不滿、醫病關係溝通不良、媒體輿論偏頗報導等都是成因之一；醫事人員過勞的問題，也增加了出錯的機率，即使沒出錯也容易

³⁷⁷ 吳志正，前揭註 164，頁 139。



給病人「醫生高高在上」、「醫生常不耐煩」的刻板印象，如此種種，絕非僅是限縮醫事人員刑事責任即可解決。

或許醫界對於醫療訴訟已如驚弓之鳥，希望一次將對醫師之保障建立至最大範圍，但醫療行為的本質是要救助病人，醫療法之立法目的不僅僅在於保障醫師，更重要是必須保障病人權益、增進國民健康，在修法考量上，對醫師之保障與對病人之保障，應立於平等地位同時審酌。

我國對於醫療法規的關心，往往著重在「醫師於何種情形得免責」，此從醫療行為是否適用消費者保護法、是否適用民法第 191 條之 3 的爭議、本次醫療法第 82 條修正條文設計偏向以病人為對象的「圍堵式」立法、實務判決論述一再強調要避免防禦性醫療、維護醫病關係和諧等皆可見，背後的思想主軸始終是「如何限制醫師責任」。

然而，病人會想進入訴訟程序，大多是因為不理解、希望有人主持公道、做出裁決，而國家該做的是降低雙方的誤解與對立，而不是捨本逐末，一味抽掉病人的訴訟權，畢竟病人自主是否受到充分尊重、病人正當權益是否已受到應有保護、損害是否已獲得合理填補，與限制醫師責任一樣重要，不可偏廢。

且病人因為醫療專業之落差與醫療行為實施之密室特性，相對於醫療提供者本即已較為弱勢，一味把病人當作假想敵、忽視病人自主權益的修法，只會加劇醫病對立，對於醫病關係和諧沒有幫助，亦與醫療法第 1 條之立法目的不符。

本文認為，本次醫療法第 82 條之修正，除有法條文字與結構不當之失外，過度偏向減輕醫療提供者責任，未妥善考量對病人的保護，實不妥當。醫療責任之規範設計，不應單向、直觀的僅從醫療提供者角度，只考慮如何限縮病人求償，而應落實履行告知說明義務、適當揭露病歷與資訊，以強化醫病互相溝通、理解的管道，並在訴訟上減輕或轉換病人的舉證責任，適度調整武器不平等的狀態，才能有效解決醫療糾紛，真正減低醫病的對立。





參考文獻

一、 中文文獻

(一) 書籍

- 王伯琦 (1979),《民法債編總論》, 國立編譯館。
- 王志嘉 (2014),《病人自主之刑法基礎理論》, 元照出版有限公司。
- 王澤鑑 (2013),《侵權行為法》, 自刊。
- 王澤鑑 (2017),《損害賠償》, 自刊。
- 史尚寬 (1990),《債法總論》, 自刊。
- 朱柏松 (2004),《消費者保護法論》, 翰蘆圖書出版有限公司。
- 吳志正 (2006),《解讀醫病關係 I—醫療契約篇》, 元照出版有限公司。
- 吳 庚 (2012),《行政法之理論與實用》, 增訂十二版, 三民書局。
- 吳俊穎、陳榮基、楊增暉、賴惠蓁、翁慧卿 (2014),《實證法學——醫療糾紛的全國性實證研究》, 元照出版有限公司。
- 李伯璋、曾平杉 (2017),《醫療紛爭在臨床醫學與法律實務的探討》, 二版, 新學林出版股份有限公司。
- 林山田 (2008),《刑法通論(下)》, 九版, 自刊。
- 林誠二 (2000),《民法債編總論(上)》, 瑞興圖書股份有限公司。
- 林鈺雄 (2016),《新刑法總則》, 元照出版有限公司。
- 邱聰智 (2013),《新訂民法債編通則(上)》, 自刊。
- 孫森焱 (2001),《民法債編總論上冊》, 三民書局。
- 張麗卿 (2004),《驗證刑訴改革脈動》, 三版, 五南圖書出版有限公司。
- 陳忠五 (2008),《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》, 新學林出版股份有限公司。



- 陳新民 (2015),《行政法學總論》,九版,三民書局。
- 陳聰富 (2008),《侵權違法性與損害賠償》,元照出版有限公司。
- 陳聰富 (2015),《醫療責任的形成與展開》,再版,國立臺灣大學出版中心。
- 陳聰富 (2017),《侵權行為法原理》,元照出版有限公司。
- 曾淑瑜 (1998),《醫療過失與因果關係(上)》,翰蘆圖書出版有限公司。
- 黃立 (2002),《民法債編總論》,元照出版有限公司。
- 黃富源 (2012),《醫事糾紛鑑定初鑑醫師指引手冊》,三版,財團法人醫院評鑑暨醫療策進會。
- 黃榮堅 (2012),《基礎刑法學(上)》,元照出版有限公司。
- 廖正豪 (1993),《過失犯論》,三民書局。
- 劉春堂 (2010),《判解民法債編通則》,三民書局。
- 蔡振修 (2005),《醫事過失犯罪專論》,自刊。
- 蔡墩銘 (2005),《醫事刑法要論》,再版,翰蘆圖書出版有限公司。
- 鄭玉波 (2002),《民法債編總論》,修訂2版,三民書局。

(二) 專書論文

- 朱柏松 (2008),〈論日本醫療過失之舉證責任〉,收於:朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富(著),《醫療過失舉證責任之比較》,頁4-31,國立臺灣大學人文社會高等研究院。
- 吳志正 (2015),〈論醫事鑑定與法院之實質審判權〉,收於:邱玫惠(編),《醫事鑑定與法院之實質審判權》,頁1-56,元照出版有限公司。
- 邱聰智 (2000),〈醫療過失與侵權行為〉,收於:氏著,《民法研究(一)》,頁409-436,五南圖書出版有限公司。



- 孫森焱 (1988),〈論醫師為診療行為應負之義務〉,收於:國立臺灣大學法律學系(編),《民商法理論之研究:鄭玉波先生七秩華誕祝賀論文集》,頁 165-184,三民書局。
- 高金桂 (2002),〈論刑法對個人名譽保護之必要性及其界限〉,收於:甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會(編),《刑事法學之理想與探索(二):甘添貴教授六秩祝壽論文集》,頁 177-210,學林文化。
- 張新寶 (2008),〈大陸醫療損害賠償案件的過失認定〉,收於:朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富(著),《醫療過失舉證責任之比較》,頁 4-31,國立臺灣大學人文社會高等研究院。
- 陳忠五 (2008),〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉,收於:朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富(著),《醫療過失舉證責任之比較》,頁 119-155,國立臺灣大學人文社會高等研究院。
- 楊秀儀 (2000),〈論醫療傷害賠償責任適用消費者保護法之爭議〉,收於:王千維、林誠二、姚志明、郭麗珍、陳聰富、黃立、楊秀儀、謝哲勝、蘇永欽(著),《民法七十年之回顧與展望紀念論文集(一):總則、債編》,頁 233-268,元照出版有限公司。
- 詹森林 (2004),〈修正後的醫療法與民眾權益簡介〉,收於:行政院衛生署(編),《醫療升級,糾紛遠離》,頁 11-18,財團法人中華民國消費者文教基金會。
- 詹森林 (2008),〈德國醫療過失舉證責任之研究〉,收於:朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富(著),《醫療過失舉證責任之比較》,頁 35-72,國立臺灣大學人文社會高等研究院。
- 廖建瑜、吳振吉 (2018),〈美容醫學植入材質不同案:美容醫學之說明義務〉,收於:林萍章、吳志正(編),《醫療訴訟判解評析—醫與法的交錯》,頁 77-104,元照出版有限公司。

薛智仁 (2018),〈專斷醫療之刑事責任—以醫師違反說明義務為中心〉,收於:陳子平教授榮退論文集編輯委員會(編),《法學與風範—陳子平教授榮退論文集》,頁 281-310,元照出版有限公司。



(三) 期刊文章

王皇玉 (2005),〈整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則—評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決〉,《月旦法學雜誌》,127 期,頁 50-63。

王皇玉 (2007),〈論醫療行為與業務上之正當行為〉,《臺大法學論叢》,36 卷 2 期,頁 41-91。

王紀軒 (2011),〈密醫罪或業務過失犯罪—以新時代診所案為例〉,《高大法學論叢》,6 卷 2 期,頁 193-224。

王富仙 (2018),〈醫療過失之判斷—評析 106 年度台上字第 1048 號民事判決〉,《中律會訊雜誌》,21 卷,頁 30-40。

王聖惠 (2018),〈告知說明義務系列:未盡告知義務並違反醫療常規,始負醫療責任〉,《月旦醫事法報告》,26 期,頁 152-157。

王澤鑑 (1972),〈連帶侵權債務人之內部求償關係與過失相抵原則之適用〉,《政大法學評論》,6 期,頁 81-90。

古承宗 (2014),〈醫師於醫療疏失的刑事責任〉,《高大法學論叢》,9 卷 2 期,頁 35-56。

甘添貴 (2008),〈醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任〉,《月旦法學雜誌》,157 期,頁 31-44。

甘添貴 (2011),〈醫療糾紛的預防及改進措施〉,《法令月刊》,62 卷 6 期,頁 66-74。

白惠文 (2018),〈醫療企業工會作為醫療專業的另類實踐〉,《月旦醫事法報告》, 16 期, 頁 27-33。

石崇良、侯勝茂、薛亞聖、鍾國彪、蘇喜、廖熏香 (2005),〈異常事件通報系統與通報障礙〉,《台灣醫學》, 9 卷 1 期, 頁 63-70。

吳全峰 (2018),〈醫療法第 82 條修正對病患權益之影響:從醫療機構責任談起〉,《月旦醫事法報告》, 16 期, 頁 81-101。

吳志正 (2006),〈醫療契約之定性〉,《月旦法學雜誌》, 139 期, 頁 200-214。

吳志正 (2017),〈醫療過失刑罰化之現況與變革〉,《月旦醫事法報告》, 13 期, 頁 22-37。

吳志正、葉眉君 (2018),〈醫療刑責過失程度之法實證分析:對醫療刑責合理化之省思〉,《臺大法學論叢》, 47 卷 3 期, 頁 1125-1174。

吳志正 (2019),〈未告知積極治療方法案:自主決定權的界限〉,《月旦醫事法報告》, 32 期, 頁 71-93。

吳志正 (2019),〈變動中之民事醫療過失判定基準〉,《政大法學評論》, 158 期, 頁 87-159。


吳志正 (2019),〈違反醫療告知義務之法益侵害類型與民事責任—從實務裁判之猶疑談起〉,《臺北大學法學論叢》, 110 期, 頁 93-170。

吳欣席 (2018),〈醫療法第 82 條修正後對於醫療實務的影響〉,《月旦醫事法報告》, 16 期, 頁 53-64。

吳俊穎 (2004),〈由醫療糾紛的觀點看台灣實證醫學未來的發展〉,《臺灣醫學》, 8 卷 4 期, 頁 573-580。

吳俊穎、楊增暉、陳榮基 (2015),〈醫療糾紛鑑定意見對法官心證之影響〉,《科技法學評論》, 12 卷 1 期, 頁 97-138。

呂寧莉 (2019),〈心導管葉克膜案:兼論專斷醫療行為之刑事責任〉,《月旦醫事法報告》, 35 期, 頁 80-107。

- 
- 李芸婷(2013),〈醫院火災,為什麼學不到教訓?!〉,《醫改季刊》,52期,頁8。
- 沈冠伶(2009),〈證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用〉,《臺大法學論叢》,38卷1期,頁163-216。
- 周漾沂(2014),〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉,《中研院法學期刊》,14期,頁169-243。
- 周賢章(2019),〈論「醫事人員」之「合理臨床專業裁量」〉,《台北市醫師公會會刊》,63卷5期,頁22-28。
- 林大洋(2005),〈醫療行為與消費者保護法〉,《法令月刊》,56卷1期,頁4-12。
- 林宗穎(2017),〈醫療機構組織責任之理論建構與案例類型之具體化—以德國與臺灣案例為中心〉,《政大法學評論》,148期,頁163-244。
- 林宗穎(2019),〈復健前評估義務與醫療過失、組織過失之認定〉,《月旦醫事法報告》,33期,頁129-136。
- 林宗穎(2019),〈檢查結果告知義務:以組織義務之建構為中心〉,《月旦醫事法報告》,30期,頁82-109。
- 林欣柔、楊秀儀(2004),〈告別馬偕肩難產事件?—新醫療法第82條第2項評析〉,《月旦法學雜誌》,112期,頁24-34。
- 林萍章(2018),〈由實務判決看醫院治理的核心任務:病人安全〉,《月旦醫事法報告》,16期,頁14-26。
- 邱于真(2018),〈論醫療上告知說明義務在契約責任與侵權責任之區別:簡評最高法院103年台上字第774號判決〉,《全國律師》,22卷6期,頁66-79。
- 邱慧洳(2014),〈論專科護理師的執業範圍與值班現象〉,《全國律師》,18卷8期,頁50-66。
- 邱慧洳(2018),〈醫療機構組織責任之探究〉,《高大法學論叢》,14卷1期,頁1-48。

侯英冷(1999),〈探討醫療無過失責任的適宜性〉,《月旦法學雜誌》,49期,頁127-136。

侯英冷(2001),〈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》,73期,頁112-119。

侯英冷(2012),〈從「往來義務」建構醫療機構之組織義務〉,《臺大法學論叢》,41卷1期,頁329-401。

侯英冷(2015),〈德國醫療契約債編各論有名契約化〉,《月旦法學雜誌》,240期,頁169-184。

侯英冷(2019),〈檢查結果告知義務:已離院病人毋庸告知是醫療慣行?還是醫療過失?〉,《月旦醫事法報告》,30期,頁65-81。

張宇葭(2019),〈整形手術後外觀美醜案:論美容醫學之醫療特性〉,《月旦醫事法報告》,33期,頁88-105。

張家琦(2007),〈醫療糾紛民事責任與訴訟實務〉,《法官協會雜誌》,9卷1期,頁41-53。

張麗卿(2008),〈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》,157期,頁71-101。


張麗卿(2009),〈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1-30。


張麗卿(2010),〈刑事醫療糾紛之課題與展望〉,《檢察新論》,8期,頁142-162。

張麗卿(2016),〈病人自主權利法-善終的抉擇〉,《東海大學法學研究》,50期,頁1-47。

張麗卿(2017),〈放棄醫療或專斷醫療〉,《月旦醫事法報告》,3期,頁139-142。

張麗卿(2018),〈醫療法第82條的修正與疑慮——以醫療糾紛拔牙案為例〉,《月旦醫事法報告》,21期,頁86-111。

- 
- 許恒達 (2008),〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉,《東吳法律學報》,20 卷 2 期,頁 97-138。
- 連苡婷、王拔群 (2018),〈醫院評鑑、醫院治理與醫療品質〉,《月旦醫事法報告》,16 期,頁 7-13。
- 郭吉助 (2008),〈論醫事法律上之醫療行為(二)-由法制面談起〉,《法務通訊》,2380 期,頁 3-5。
- 陳子平 (2010),〈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》,178 期,頁 227-245。
- 陳自強 (2011),〈契約過失責任與無過失責任之間——歸責事由之比較法觀察〉,《政大法學評論》,123 期,頁 1-50。
- 陳自強等 (2002),〈「我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望」研討會議題討論(一)〉,《台灣法學雜誌》,39 期,頁 93-131。
- 陳忠五 (2004),〈醫療糾紛的現象與問題〉,《臺灣本土法學雜誌》,55 期,頁 1-4。
- 陳忠五 (2015),〈論醫療過失的概念與功能〉,《月旦法學雜誌》,246 期,頁 5-25。
- 陳忠五 (2018),〈民事類實務導讀〉,《台灣法學雜誌》,338 期,頁 133-144。
- 陳榮基 (1994),〈台灣醫療糾紛的頻率及原因的分類〉,《臺灣醫界》,37 卷 6 期,頁 102。
- 陳聰富 (2001),〈消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析〉,《臺大法學論叢》,30 卷 1 期,頁 73-112。
- 陳聰富 (2011),〈法人團體之侵權責任〉,《臺大法學論叢》,40 卷 4 期,頁 2087-2126。
- 陳聰富 (2012),〈醫療事故民事責任之過失判定〉,《政大法學評論》,127 期,頁 349-412。
- 曾品傑 (2012),〈我國醫療上告知說明義務之實務發展——最高法院相關判決評釋〉,《科技法學評論》,9 卷 1 期,頁 15-49。

- 
- 曾偉文、石崇良、簡賢文(2013),〈署立新營醫院北門分院火災看我國醫院照護環境防火安全〉,《護理雜誌》,60卷2期,頁5-12。
- 曾淑瑜(1997),〈醫療水準論之建立〉,《法令月刊》,48卷9期,頁32-38。
- 楊玉隆(2019),〈整形手術後外觀美醜案:未曾約定的美麗如何給付?〉,《月旦醫事法報告》,33期,頁65-87。
- 楊秀儀(1999),〈誰來同意?誰來決定?從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際:美國經驗之考察〉,《臺灣法學會學報》,20期,頁367-410。
- 楊秀儀(2007),〈論病人自主權--我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉,《臺大法學論叢》,36卷2期,頁229-268。
- 楊秀儀(2018),〈論醫療過失:兼評醫療法82條修法〉,《月旦醫事法報告》,16期,頁65-80。
- 詹森林(1985),〈僱用人行使求償權時與有過失原則之類推適用-最高法院71年台上字第749號判決之檢討〉,《萬國法律》,19期,頁20-22。
- 鈴木俊夫著、中華民國醫事法律學會編譯(1991),〈日本醫療過失裁判之今昔〉,《醫事法學》,4卷1期,頁12-16。
- 廖建瑜(2017),〈病人自主權利法通過後之新變局評析:病人自主權利法對現行制度之影響(上)〉,《月旦醫事法報告》,3期,頁143-158。
- 廖建瑜(2017),〈病人自主權利法通過後之新變局評析:病人自主權利法對現行制度之影響(下)〉,《月旦醫事法報告》,4期,頁133-149。
- 廖建瑜(2017),〈醫療水準與醫療慣行之注意義務〉,《月旦醫事法報告》,10期,頁86-95。
- 廖建瑜(2018),〈醫療法第82條修正帶來新變局?!〉,《月旦裁判時報》,74期,頁60-71。
- 廖建瑜(2019),〈未經同意變更術式案:欠缺同意之侵入性醫療行為刑法評價〉,《月旦醫事法報告》,31期,頁81-102。

廖建瑜(2019),〈從判決快遞看醫療訴訟之發展趨勢〉,《月旦醫事法報告》,36期,頁113-140。

趙西巨(2010),〈英美法中的「兩種流派」原則〉,《月旦民商法雜誌》,29期,頁107-127。

趙西巨(2013),〈醫療美容服務與醫療損害責任〉,《清華法學》,7卷2期,頁73-91。

劉宏恩(2014),〈醫美亂象與消費者保護法的適用〉,《消費者報導雜誌》,400期,頁56-61。

劉宏恩、吳采玟(2019),〈美容醫學醫療行為是否具消費行為性質的法社會實證研究——兼論醫療法第82條新法與消費者保護法適用之關係〉,《月旦醫事法報告》,32期,頁7-30。

劉邦揚(2011),〈我國地方法院刑事醫療糾紛判決的實證分析:2000年至2010年〉,《科技法學評論》,8卷2期,頁257-294。

蔡惠如(2004),〈臺灣醫療糾紛之法律課題〉,《月旦民商法雜誌》,4期,頁126-137。

鄭逸哲(2012),〈雖「誤診」,仍屬「臨床合理診斷」的醫療行為——評析臺灣高等法院95年度重醫上更(三)字第109號和最高法院98年度臺上字第610號刑事判決〉,《法令月刊》,63卷8期,頁16-27。

鄭逸哲(2013),〈「臨床裁量權」未入法,等於沒修——評析醫療法第八十二條之一條文修正草案〉,《軍法專刊》,59卷1期,頁98-106。

鄭逸哲(2013),〈「臨床裁量權」和「行為有價值」乃「醫療民法」和「醫療刑法」不可抵觸的底線〉,《軍法專刊》,59卷2期,頁123-133。

盧映潔、高忠漢、朱振國(2008),〈病患同意與醫師刑事過失責任之辨正——評台北地方法院91年訴字第730號判決〉,《台灣法學雜誌》,112期,頁37-56。

盧映潔、葛建成、高忠漢(2006),〈論醫療行為之常規診療義務〉,《臺大法學論叢》, 35卷4期,頁161-188。

魏伶娟(2016),〈論醫師保密義務之原則與例外—一個擺盪於保障醫療人權與維護公共利益間的難題〉,《東海大學法學研究》,50期,頁49-85。

魏伶娟(2017),〈論中醫傷科推拿之法律屬性及醫師詢問義務—兼評臺北地方法院93年度醫字第1號民事判決〉,《月旦民商法雜誌》,57期,頁76-90。

魏伶娟(2017),〈論非治療性微整型美容與消費者保護法之適用〉,《高大法學論叢》,12卷2期,頁245-251。

蘇嘉瑞(2007),〈醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢〉,《法官協會》,9卷1期,頁54-70。

(四) 博碩士學位論文

吳志正(2005),《醫療契約論》,東吳大學法律系研究所碩士論文。

林工凱(2016),《以臨床裁量權取代醫療常規—適用法律於醫療案件的根本省思》,銘傳大學法律系碩士論文。

林宜萱(2012),《論醫療事故之刑事過失責任與民事過失責任之差異—以注意義務與因果關係為中心》,國立臺北大學法律學系碩士論文。

翁松峯(2014),《刑事醫療過失客觀注意義務之標準與限縮——以病人自主權及醫師裁量權為核心》,國立臺北大學法律學系碩士論文。

陳甫倫(2013),《醫療機構民事責任之再思考》,國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文。

廖駿豪(2014),《「按其情節」作為「臨床裁量權」於刑事醫療過失案件適用之依據》,國立臺北大學法律學系碩士論文。

蔡佩玲(2007),《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。

蕭順仁(2013),《以瑞士乳酪理論探討台灣地區災害防救制度-以嘉義縣八掌溪事

件與莫拉克風災為例》,吳鳳科技大學消防系在職專班碩士論文。

(五) 研討會論文

王志嘉(2011),〈醫療團隊之過失責任〉,發表於:台灣 100 學年度東吳大學法律系醫事法專題講座。

楊國精(2018),〈醫療法第 82 條修正後之民事法律適用探討〉,發表於:第六屆中醫法論壇。

二、 英文文獻

T. H. Cramm, A. J.; Green, M. D. . (2002). Ascertaining customary care in malpractice cases: Asking those who know. . *Wake Forest Law Review*, 37(3), 699-756.

L. Hardcastle. (2007). Governmental and institutional tort liability for quality of care in Canada. *Health law journal*, 15, 401-440.

J. V. H. J. Rooney, L.N. (2004). Root Cause Analysis For Beginners. *Quality Progress*, 37, 45-53.

T. W. Nolan. (2000). System changes to improve patient safety. *BMJ*, 320(7237).

J. T. Reason. (2000). Human Error: Models and Management. *BMJ*, 320, 768-770.

M. M. Rosenthal and K. M. Sutcliffe. (2002). *Medical Error: What Do We Know What Do We Do*: Jossey-Bass.

J. F. B. S. V. White. (2004). *Patient Safety: Principles and Practice*.
New York: Springer Publishing Company.



三、 日文文獻

手嶋豊 (2015),〈医療機関に要求される医療水準の判断〉, 收於: 中田裕康、窪田充見 (著),《別冊ジュリスト No. 224-民法判例百選 II 債権》, 有斐閣。

石井麦生 (1991),〈过失論〉, 收於: 塩谷國昭、鈴木利廣、山下洋一郎 (著),《専門訴訟大系 1 医療訴訟》, 東京青林書院。

松倉豊治 (1974),〈未熟児網膜症による失明事例といわゆる現代醫學の水準〉,《判例タイムズ》, 311 期, 頁 61-67。

鈴木利廣 (2007),〈医療訴訟の意義と特徴〉, 收於: 塩谷國昭、鈴木利廣、山下洋一郎 (著),《専門訴訟大系 1 医療訴訟》, 東京青林書院。

稻垣喬 (編) (1992),《医事訴訟理論の展開》, 東京日本評論社。