

國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士論文

指導教授：黃立博士



論醫療訴訟之請求權基礎

研究生：林裕翔 撰

中華民國 100 年 6 月

# 論醫療訴訟之請求權基礎

## 目次

第一章、緒論.....	1
第一節、研究背景與目的.....	1
第二節、研究方法.....	7
第三節、本文章節架構.....	7
第二章、醫療訴訟之請求權基礎.....	8
第一節、概說.....	8
第二節、契約責任.....	9
第一項、醫療契約之性質.....	9
第二項、醫療契約之當事人.....	10
第三項、債務不履行損害賠償責任.....	12
第一款、債務不履行之構成要件.....	12
第一目、契約義務.....	12
第二目、歸責事由.....	19
第三目、醫療損害.....	22
第四目、因果關係.....	23
第二款、債務不履行之型態.....	24
第一目、給付不能.....	24
第二目、給付遲延.....	25
第三目、不完全給付.....	27
第三節、侵權責任.....	30
第一項、民法第 184 條第 1 項前段.....	30
第一款、醫療瑕疵.....	30
第二款、醫療過失.....	33
第一目、醫療過失之判斷標準.....	33
第二目、醫療過失認定之因素.....	38
第三款、違法性.....	40
第一目、阻卻違法性事由.....	40

第二目、病人自主決定權與說明義務的違反.....	42
第二項、民法第 184 條第 2 項.....	53
第三項、民法第 186 條.....	55
第一款、特別要件.....	55
第二款、責任限制.....	56
第四項、民法第 191 條之 3.....	57
第一款、成立要件.....	58
第一目、責任主體.....	58
第二目、工作或活動的危險.....	59
第三目、加損害於他人.....	59
第四目、因果關係.....	60
第五目、推定過失.....	61
第二款、醫療行為之適用.....	61
第四節、消保法之服務責任損害賠償請求權.....	64
第一項、病人是否為消費者.....	65
第二項、醫療行為是否為消保法所稱之服務.....	66
第三項、醫療機構是否為企業經營者.....	67
第四項、近年實務判決情形.....	69
第五項、小結.....	70
<b>第三章、醫療訴訟之舉證責任分配.....</b>	<b>72</b>
第一節、概說.....	72
第二節、舉證責任分配原則.....	75
第一項、舉證責任分配一般原則.....	75
第二項、舉證責任減輕.....	77
第一款、武器平等原則之適用.....	77
第二款、舉證責任減輕的方法.....	78
第一目、表見證明與事實說明自己.....	79
第二目、證明妨礙.....	86
第三目、加強非負舉證責任當事人之協力義務.....	87
第四目、強化法院職權探知.....	89
第五目、舉證責任轉換.....	91
<b>第四章、本文結論.....</b>	<b>96</b>

# 第一章、緒論

## 第一節、研究背景與目的

近年來醫療事故層出不窮，使得醫療訴訟領域之研究成為十餘年來法律實務及學界新興課題。

關於醫療損害之民事賠償責任，傳統上我國法院實務向來係適用民法相關規定，83年開始施行之消費者保護法（以下簡稱消保法）及施行細則於有關「消費者權益」專章，針對從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，規定其於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，具有通常可合理期待之安全性；企業經營者違背相關規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶責任。多數學者認為此部份之規定，係屬無過失損害賠償責任，蓋企業經營者如能證明其無過失者，法院僅得減輕其賠償責任，並不影響其賠償責任之成立<sup>1</sup>。

因消保法制定時，並未針對醫療行為是否為該專章所稱之「服

---

<sup>1</sup> 王澤鑑，侵權行為法，第1冊，1998年9月出版，19頁；朱柏松，消費者保護法論，1998年12月出版，16期、114-117頁；陳忠五，「醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域」，台灣本土法學雜誌，7期，2000年2月，38頁；黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任」(一)，月旦法學教室雜誌，8期，2003年6月，70頁；姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，6期，2004年12月，10頁；不同見解參閱駱永家、張特生於民事訴訟法研究會第52次研討會上之發言內容，認為係舉證責任轉換之規定。

務」？醫療機構是否為「企業經營者」？等問題為明文規定，從而該階段討論重點主要係針對「醫療訴訟是否適用消費者保護法」之議題；而 87 年 1 月 2 日，台灣台北地方法院（以下簡稱台北地院）於馬偕醫院肩難產民事判決中將醫療行為認為係消保法上之「服務」範圍，醫療事業機構應負擔無過失責任後，對醫界則產生巨大震撼，唯恐此一判決將陷醫師及醫療機構於無止盡之醫療糾紛中，因此積極運作遊說修改醫療法，試圖將醫療行為排除於消保法之適用之外。

93 年 4 月 28 日公佈修正之醫療法中，增訂第 82 條，明定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意（第 1 項），醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任（第 2 項）」，有學者即認為，醫療法之性質屬於特別法，醫療法第 82 條第 2 項之增訂，已將醫師及醫療機構之民事責任定位為過失責任，而排除消保法之適用，醫師及醫療機構因診療行為致生損害於病患者，以故意或過失為限，始負損害賠償責任<sup>2</sup>。而不同見解則以此次醫療法修正只是提供消費者另一種可以對醫療機構及醫師損害賠償請求權的基礎，並未明文排除消保法第 7 條的適用為由，而認為未來消費者對於醫療糾紛的請求，仍可依據消保法第 7 條而為主張

---

<sup>2</sup> 蔡惠如，「台灣醫療糾紛之法律課題」，月旦民商法雜誌，4 期，2004 年 06 月，133 頁；許美麗，「醫療法之修正對醫療糾紛民事責任之影響」，新竹律師會刊，8 卷，2004 年 6 月，106 頁；姜世明，前揭註 1 文，11 頁。

3。

在法院實務上，最高法院近年來作成的幾個判決，如九十五年度台上字第二一七八號判決、九十六年度台上字第四五〇號判決、九十六年度台上字第二七三八號判決及九十七年度台上字第七四一號判決等，或以基於「避免防禦性醫療」及「避免浪費醫療資源」的考量，而認為應以「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費者保護法適用範圍之外；或以此次醫療法第 82 條第 2 項之修正，已明確將醫療行為所造成之損害賠償責任，限於故意或過失，故認定醫療行為無消保法無過失責任之適用。就此，應有針對近年來實務及學說之不同觀點加以整理與評析之必要。

因醫療糾紛所引致之醫療訴訟，除可探討是否有消保法之適用外，在於醫療法第 82 條增訂後，相關民事責任如須依過失責任體系處理，而其責任態樣為契約責任與侵權責任，請求權基礎主要為債務不履行<sup>4</sup>及侵權行為。

在契約責任，因民法第 227 條第 2 項之增修，使得被害人就加害

---

<sup>3</sup> 不同見解參閱黃立，「醫療法修正後之法律適用」，醫療法律責任研討會報告，2004 年 9 月 3 日；林欣柔、楊秀儀，「告別馬偕肩難產事件？」，月旦法學雜誌，112 期，2004 年 9 月，25-26 頁。

<sup>4</sup> 因個案訴訟之不同，債務不履行尚有因給付不能及給付遲延所生損害賠償請求權，在醫療訴訟中以不完全給付較為常見。

給付所產生履行利益以外之損害，得依不完全給付之理論請求損害賠償<sup>5</sup>；而民法第 227 條之 1 之增訂，更係提供當事人得依債務不履行之規定請求非財產上之損害賠償之機制，而充分保障債權人之的人格權。此二條文之增修，使得債務不履行相關規定對病人於醫療訴訟中之保護，取得與侵權行為相關規定對等之地位，病人就醫師及醫療機構之醫療過失行為得依債務不履行及侵權行為之規定請求損害賠償。

在侵權責任，因侵權行為除民法第 184 條第 1 項前段之規定外，尚有 1999 年增訂之民法第 191 之 3 條規定，規範危險事業、工作或活動責任，其為使被害人獲得周密之保護，請求賠償時，被害人只需證明加害人之工作或活動之性質或其使用之工具或方法，有生損害於他人之危險性，而在其工作或活動中受損害即可，不需證明其間有因果關係；但加害人能證明損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，則免負賠償責任<sup>6</sup>，此一規定是否得成為醫療訴訟之請求權基礎，亦引發爭議<sup>7</sup>；而醫

---

<sup>5</sup> 民法第 227 條第 2 項增訂理由為：不完全給付如為加害給付，雖可依侵權行為之規定請求損害賠償，但被害人應就加害人之過失行為負舉證責任，保護尚嫌不周，且學者間亦有持不同之見解，為使被害人之權益受更周全之保障，並杜疑義，爰於本條增訂第二項。88 年。

<sup>6</sup> 民法第 191 條之 3 增訂理由為，88 年。

<sup>7</sup> 肯定見解見黃立，「消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析」，政大法學評論 75 期，2003 年 9 月，63 頁以下；黃茂榮，債法總論（第二冊），自刊，2004 年 7 月，49 頁；否定見解見王澤鑑，侵權行為法第二冊，2006 年 3 月，267 頁以下；陳自強，「民法侵權行為法體系之再構成（下）—民法第一九一條之三之體系地位」，台灣本土法學雜誌 17 期，2000

療行為無論診斷或治療行為，均受到醫療法之規範，醫療法第 1 條明白揭櫫該法之立法目的在於：「提高醫療品質、保障病人權益，增進國民健康」，醫療法可謂為保障病人權益而設，其規範內容對於醫療人員課以特定義務，且係針對特定群體（病人）個人利益所為之規定，準此，則該法是否可認為係屬民法第 184 條第 2 項之保護他人之法律<sup>8</sup>？亦即，醫療訴訟民事責任依過失責任體系處理後，除民法第 184 條第 1 項之規定外，民法第 191 條之 3 及民法第 184 條第 2 項之規定是否亦得為醫療訴訟之請求權基礎？本文亦將針對此一部分加以介紹、討論。

此外，依傳統舉證責任分配之理論（特別要件說），主張權利發生之人，應對權利發生要件負舉證責任；此觀民事訴訟法第 277 條前段：「當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任。」之規定即明。惟隨著當今科技知識之進步、社會之變遷，若僅為維護侵權行為法之過失責任主義而一再堅持此項舉證責任，對於負舉證責任之原告，自有相當之不利，尤其於醫療事故等現代社會侵權行為類型，基於公平原則，自應於訴訟法上緩和侵權行為之舉證責任，在訴訟上

---

年 12 月，38 頁以下；陳聰富，「危險責任與過失認定」，月旦法學雜誌 55 期，1999 年 12 月，32 頁以下。

<sup>8</sup> 陳聰富，「醫療過失與醫療常規」，醫療法制論文研討會報告，2007 年 6 月 13 日，4 頁。

因舉證不足而遭受敗訴之危險，亦不應完全歸由被告承擔<sup>9</sup>。亦即，在醫療訴訟中，醫師及醫療機構與病人常存在專業知識之落差，即使適用消保法，病人仍需舉證醫療瑕疵、損害之發生及醫療瑕疵與損害間之因果關係，更遑論要求病人就侵權行為及不完全給付請求權各要件均應負舉證責任，對於病人可能顯得過苛<sup>10</sup>，因而有依民事訴訟法第 277 條但書：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」之規定，減輕病人舉證責任之必要。舉證責任減輕的方式有表見證明與事實說明自己、證明妨礙、加強非負舉證責任一造當事人之協力義務、強化法院職權探知、舉證責任轉換等。上開方式，如何具體適用於醫療訴訟，則有討論之必要。

法諺有云「舉證責任之所在、敗訴之所在」，醫療訴訟中之舉證責任分配，可謂價值判斷與利益衡量之難題。在醫療訴訟中，主張權利之原告，通常就醫療事故之發生經過有主張上及舉證上之雙重困難，因而有減輕其舉證責任之必要<sup>11</sup>。

就此，醫療法的修正結果顯然未達到定爭止紛、緩解醫病衝突之目的，惟法律架構已然如此呈現，重點在於法院在實務上應如何運

---

<sup>9</sup> 台北地院 89 年重訴字第 472 號民事判決。

<sup>10</sup> 姜世明，前揭註 1 文，16 頁

<sup>11</sup> 沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，127 期，2005 年 12 月，29-30 頁。

用。本文期待透過理論上之評析，清楚判斷醫療訴訟之請求權基礎，並透過「舉證責任分配」機制之討論及架構，提供個案訴訟之參考，以兼顧醫病雙方權益，並合理解決醫療行為之風險分擔問題。

## 第二節、研究方法

本文主要係蒐集有關醫療事故相關之教科書、學術期刊、學位論文，司法實務判決等，分析研究其論述及結果，並就比較法上之立法例與實務等予以介紹，最末提出本文看法。

## 第三節、本文章節架構

第一章：緒論，說明本文之研究背景、研究目的及研究方法。

第二章：探討醫療法第 82 條增訂後，醫療訴訟之請求權基礎。

第三章：論及基於武器平等原則，醫療訴訟之舉證責任分配問題，並介紹舉證責任減輕之方法。

第四章：提出本文結論。

## 第二章、醫療訴訟之請求權基礎

### 第一節、概說

所謂請求權基礎，係支持一方當事人得向他方當事人有所主張的法律規範。請求權基礎的尋找，可謂民事訴訟的先決工作，其法條結構型態可分為具有構成要件及法律效果之完全性法條或為簡化條文、避免重複之準用或擬制性規定<sup>12</sup>。

而民事責任損害賠償可分為契約責任與侵權責任兩大體系，關於醫療事故之民事賠償責任，在現行法制結構下，受有醫療損害之人可能得依民法之損害賠償請求權及消保法之服務責任損害賠償請求權，請求醫師或醫療機構負擔賠償責任。

以下擬透過理論上之評析，逐一檢視醫療訴訟之請求權基礎。

---

<sup>12</sup> 王澤鑑，法律思維與民法實例，1999年5月出版，67頁。

## 第二節、契約責任

### 第一項、醫療契約之性質

病人與醫師或醫療機構間，除少數之情形可能因雙方無明示或默示之意思表示一致，而成立無因管理之法律關係外，當事人間當以存在契約關係為常態。

而有關醫療契約之性質，由於德國民法第 622 條規定：「就委任為承諾者，受任人負無償為委任人處理其所委託事務之義務」，因此德國通說認為，委任契約必為無償處理事務，自然無法適用於通常為有償之醫療給付，因此認為醫療契約是僱傭契約<sup>13</sup>。此說的問題是，醫師並不是病人的受僱人，而是醫院的受僱人。醫師的薪水與健保等均由醫院負責，病人只是依據醫院的規範給付醫療費用。

我國實務及學說多數之看法認為，醫療契約所負之債務應僅為「手段債務」，即依醫病間之約定或醫療契約之性質，醫師通常只承諾盡其最大努力去醫治，卻不擔保成功，此與承攬契約，係以成果為要件，不論其如何努力，如果工作不成功，則契約並未履行，債務人

---

<sup>13</sup> 詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，醫療過失舉證責任之比較法研究學術研討會報告，2005 年 12 月 24 日，2 頁。

所負擔之契約義務，係屬「結果債務」，其性質上顯不相同<sup>14</sup>，是除非當事人間有類似「包醫」之約定時，始可認為係承攬契約，否則一般情形而言，醫療契約之性質應為委任契約，或近似於委任性質的非典型契約<sup>15</sup>。

## 第二項、醫療契約之當事人

醫療契約之契約當事人為何人，在醫療實務上當有先行確認之必要，蓋其涉及醫療費用之給付義務應由何人負擔；同時於醫療事故發生時，係由何人負擔契約上之責任，以下分述之<sup>16</sup>：

在醫療機構為法人時，醫療契約係由病人與醫療機構間訂立之。例如病人至醫療機構掛號看診，由醫師負責實際診療業務，此時病人與醫療機構間成立醫療契約，為契約當事人，醫師則為醫療機構之履行輔助人。因醫師之過失對病人所生之損害，醫療機構應負債務不履行之損害賠償責任。

醫療機構係由醫師獨資經營者，如病人到診所看診，即與該醫師個人成立醫療契約；醫療機構若為合夥方式設立，而以其中一人登記

---

<sup>14</sup> 黃立，「消費者保護法對醫療行為之適用」，律師雜誌 217 期，1997 年 10 月，72 頁。

<sup>15</sup> 關於醫療契約之研究，可參閱吳志正，「醫療契約論」，東吳大學法律專業碩士班論文，2005 年。

<sup>16</sup> 陳聰富，「醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室 72 期，2008 年 10 月，93 頁。

為負責醫師者，病人係與合夥醫師全體訂立醫療契約，在醫療事故發生時，全體合夥醫師均應連帶負損害賠償責任，而若有醫師受僱於該合夥醫療機構，則仍僅為醫療契約之履行輔助人而已。

醫療機構若為大學附設醫院，則契約當事人應依其為公、私立而有不同。就私立大學附設醫院而言，因私立大學具有財團法人人格，得為權利義務主體，係以私立大學為契約當事人；若為公立大學附設醫院，因公立大學並未法人化，而屬於公務機關，在實務上，多以醫療機構名義與他人訂立契約，而在醫療契約發生紛爭時，亦係以公立大學附設醫院為求償對象。

醫療契約之另一方當事人為何人，亦應斟酌個別情形而有所不同。在病人為完全行為能力人時，原則上醫療契約當事人應為病人與醫療機構，但若病人罹患重病或無經濟來源，而有家人陪同看診治療時，可能由家人與醫療機構成立第三人利益契約；在病人為無行為能力人，而由法定代理人攜同看診治療時，亦通常以法定代理人為醫療契約當事人，無行為能力人為第三人利益契約之受益人。

在病人為限制行為能力人時，依當事人真意則可能有不同情形。

- 1、未成年人自行訂立醫療契約，而由法定代理人表示同意或承認；  
或認為未成年人接受醫療行為屬於日常生活所必需，無須法定代

理人允許，而以未成年人為契約當事人。

2、法定代理人代理未成年人訂立醫療契約，而使未成年人為契約當事人。

3、以法定代理人為契約當事人，而與醫療機構訂立第三人利益契約，由未成年人作為醫療契約之受益人。

### 第三項、債務不履行損害賠償責任

#### 第一款、債務不履行之構成要件

債權契約有效成立後，債務人應依債之本旨實現其內容。債務人因可歸責之事由，未依債之本旨而為給付時，即屬債務不履行，而發生損害賠償義務。其構成要件有四：需債務人違反給付義務、需有可歸責於債務人之事由、債權人需受有損害、義務之違反與損害之間需有因果關係<sup>17</sup>，茲分述如下：

#### 第一目、契約義務

基於醫療契約，醫師或醫療機構負有診斷與治療之主給付義務。另外，醫師或醫療機構上負有其他從義務及附隨義務，其中以說明義

---

<sup>17</sup> 王澤鑑，前揭註12書，102頁。

務、病情資訊記載義務及保密義務最為重要<sup>18</sup>。

## 1. 診療義務

診療義務，指醫師或醫院應依專業醫學知識與技術，而診斷並治療病人之疾病。診斷及治療之範圍甚廣，包括檢查、給藥、建議改變飲食作息及其他生活方式、手術、轉診等。故醫師正確診斷病人之疾病，並施以適當之治療行為，係醫療契約中最重要之主給付義務。

另我國醫師法第十一條規定：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書。但於山地、離島、偏僻地區或有特殊、急迫情形，為應醫療需要，得由直轄市、縣(市)主管機關指定之醫師，以通訊方式詢問病情，為之診察，開給方劑，並囑由衛生醫療機構護理人員、助產人員執行治療。前項但書所定之通訊診察、治療，其醫療項目、醫師之指定及通訊方式等，由中央主管機關定之。」，此為醫師負有親自診療義務之規範。

醫師親自診療義務之目的，在於強制醫師親自到場，以避免醫師對病人病情誤判，而造成錯誤治療或延宕正確治療時機。對醫師從未接觸過的病人，或依據先前診療經驗，無法掌握現在病情之病患，除有醫師法第十一條第一項但書所規定之例外情形外，醫師必須親自診

---

<sup>18</sup> 詹森林，前揭註 13 報告，3 頁。

斷。若未親自診斷，開立處方箋，而致病人死傷之結果，醫師應負賠償責任。但對於持續進行醫療之病患，時間緊密，醫師足以充分掌握病情者，雖未親自診斷，而給予藥物，尚屬合理之範圍，不應認為醫師違反親自診療義務<sup>19</sup>。

易言之，醫師是否違反親自診察義務，在認定上至少必須區分兩種狀況分別處理。一種是醫師從未接觸過的病人，或是過去雖然接觸過，但是從時間間隔來看，無法根據過去問診經驗而掌握現在病情之情形。此一情形下，醫師未親自問診就給藥或治療，不僅違反醫療倫理，如有誤診或錯誤判斷導致病人有死亡或傷害結果發生，當然應負過失責任。然而，與此應區別的另一種情形，則是醫師持續在進行治療的病人，且從時間與空間的緊密關係來看，以及周邊醫療人員與醫療儀器的監控密度來看，醫師即使未親自到場，仍能根據過去與病人的接觸經驗，以及其他醫療人員或設備的監控之下，充分掌握病情，並給予投藥、治療的情形。此一情形，即使醫師未親自到場問診就給予藥物或治療，但如果病人的病情是在密集被掌握的情形之下，無誤診之虞者，則應屬可容許之情形<sup>20</sup>。

## 2. 說明義務

---

<sup>19</sup> 陳聰富，「醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室 73 期，2008 年 11 月，58 頁。

<sup>20</sup> 王皇玉，「論醫師的說明義務與親自診察義務」，月旦法學雜誌 137 期，2006 年 10 月，278 頁以下。

契約法上的說明義務並不是以病人自主決定權為基礎，其責任之依據主要係由誠實信用原則所導出之保護義務概念下之說明義務，及以實現債之本旨為目的，所發展出之安全說明義務，而其責任類型分別為締約過失責任及債務不履行責任。

締約過失責任係以雙方彼此間之特殊結合關係而建立，認為若雙方已經有特別的接觸及信賴關係，因此關係會產生彼此間之特殊保護關係。其類型有：締約安全保護義務、免於訂立不良契約之保護義務及避免阻礙契約有效成立之義務等，其中以說明義務為主要內容。而債務不履行責任之安全說明義務也是根據誠實信用原則所導出，依據醫療契約，醫師有所謂之說明解釋義務、指示或諮詢義務、以及照顧或交易安全義務。

說明義務屬契約履行內容之一部分，會影響契約目的之達到與否，因此若無適宜的安全說明，即為瑕疵給付。此說明義務之發展主要係因現今之商品或服務越來越複雜化，而各行各業間之分工越來越精細，若無適當之說明，很可能造成使用者無法使用該商品或接受該服務，甚而產生不必要之危險，使得契約履行目的無法達成。

醫療行為屬於高度專業之債務履行行為，而其醫療目的之達成不僅是醫師之治療，經常需要病人的配合，因此醫師對病人負有說明、

指示或諮詢義務，必須對病人說明清楚，以便病人能配合醫師之治療，避免不必要之危險<sup>21</sup>。

易言之，醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務。上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：(一)診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。(二)建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。(三)治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。(四)治療之成功率（死亡率）。(五)醫院之設備及醫師之專業能力等事項。亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務。(最高法院 95 年台上字第 3476 號判決參照)

### 3. 病情資訊記載義務

所謂病情資訊記載義務，係指醫師就病人之病情及其他診療相關資訊，應為詳細、負責、完整之記載。基於醫師之資訊記載義務，病人並得請求醫師發給病歷或允許其查閱病歷。

資訊記載義務具有多方面功能。首先，醫師在診斷及治療時，應詳細記載病人之症狀、主訴、診斷之過程及結果、給藥之種類及劑量、病人用藥之反應、手術之過程、術後之復原情形等等，以便該醫師自

---

<sup>21</sup> 侯英冷，「從德國法論醫師之契約上說明義務」，月旦法學雜誌 112 期，2004 年 9 月，13 頁以下。

己或其他接手醫師掌握病人一切情狀，而為有利於病人之後續處理。

其次，基於醫師之報告義務，醫師亦應確實記載診療相關資訊。蓋病人不僅欠缺醫學專業知識，而且在手術之情形，病人通常因麻醉而完全不知究竟醫師對其身體為如何之處置，病人就此有所詢問時，醫師負有報告之義務，而報告是否屬實，即有賴於相關資訊做為參考及佐證。因此，醫師應詳實記載其診療、手術等一切處置，以便履行其報告之義務。

再者，病人有尋求第二意見之權利。易言之，病人本於自主決定權，於決定是否接受第一位醫師提議之治療前，當然得向其他醫師請求提供第二意見。此時，第一位醫師即應提供病人相關資訊，以方便病人轉向其他醫師洽詢意見，俾做出最後之決定。

從而，學者主張，在醫療機構因組織疏漏或醫護人員之疏失而未記載或未為完整之記載時，醫師或醫療機構違反製作病歷之義務，在實體法上，應認為醫師或醫院具有重大過失；在訴訟法上，在醫療行為是否具有過失，或因因果關係難以證明時，所生的程序上之不利，應由被告負擔，而應適用證明妨礙之規定，減輕原告之舉證責任，甚至發生舉證責任倒置的效果<sup>22</sup>。

---

<sup>22</sup> 陳聰富，前揭註 19 文，60 頁。

#### 4. 保密義務

保密義務係指醫師及醫療機構因診斷或治療而知悉或持有病人之基本資料、病情及其他隱私，必須嚴守秘密，不得為診療以外之目的使用，尤其不得無故洩漏於不相關之第三人。

基於保密義務，醫師亦不得對其他醫師揭露病人之病情或其他隱私資訊，除非病人已向該其他醫師求診。在學術研討場所上，醫師討論病人之病情時，除應得其明示同意外，並應隱匿其姓名等基本資料。醫師出賣其診所時，未經病人同意而將病人之病歷資料交付予受讓人者，亦為違反保密義務<sup>23</sup>。

而具體來說，具有保密性質的資訊應當具備兩個條件：一、這些資訊只能為一定範圍內的人所知曉；二、依照客觀理由該資訊對病人具有保密利益。因此，即使病人本身不知道這些資訊，但客觀上只要保持這些資訊不為外人所知對其具有利益，就應納入保密的範圍之列。據此，在醫療上可以稱之為病人秘密的資訊包括：病人的私生活內容、身體上的特殊性、對本人不利的性格上的特徵、精神上的異常現象等，而且與疾病相關的資訊之外之有關職業上和財產方面的資訊也都屬於保密範圍之內。

不過近年來，隨著醫療保險的普及以及社會統計機構的需求，出

---

<sup>23</sup> 詹森林，前揭註 13 報告，6 頁。

現保密義務相對化的現象。在醫療保險中，保險方獲得某些知悉資訊的權利，或社會統計機構製作醫療統計資料以及對這些資料的利用，都造成醫療資料的使用，在一定程度上也緩和醫生的保密義務<sup>24</sup>。

此外，醫師法第二十二條規定，醫師受有關機關詢問或委託鑑定時，不得為虛偽之陳述或報告。復參照同法第二十三條規定：醫師除依前條規定外，對於因業務知悉或持有他人病情或健康資訊，不得無故洩漏。醫師法第二十二條可謂醫師保密義務之例外規定。

而其所稱有關機關，依醫師法施行細則第六條規定，係指衛生、治安、司法或司法警察等。是醫師對上開機關之詢問或委託鑑定，有依法陳述或報告之義務，不得藉故拒絕<sup>25</sup>。但此規定並不適用於調解程序，地方調解委員會為處理車禍案件所需之診斷證明書與費用資料，依上開規定，應由受傷當事人親自向醫療機構提出申請，或轉請地方衛生主管機關協助取得<sup>26</sup>。

## 第二目、歸責事由

在侵權行為責任，是以加害人有過失為負責的要件，但在債務不

---

<sup>24</sup> 寧紅麗，「大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸的借件意義」，月旦民商法雜誌 4 期，2004 年 6 月，118 頁以下。

<sup>25</sup> 衛署醫字第 83012995 號文。不同見解見林欣柔，「隱私與公益的拔河」，全國律師，2006 年 8 月，52 頁。

<sup>26</sup> 衛署醫字第 85015256 號文。

履行，係以債務人有可歸責事由之存在為負責的要件<sup>27</sup>。民法第 220 條規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任（第 1 項），過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定（第 2 項）」，換言之，除法律另有特別規定，或基於契約自由，當事人間另有訂定外，債務人依該項規定，僅就故意或過失之行為為負其責任<sup>28</sup>。惟該規定係歸責事由之一般性原則，其可歸責於債務人之事由不等同於債務人的故意或過失，因為債務人有僅就故意或重大過失而負責（民法第 410 條），有就重大過失而負責（民法第 434 條），亦有就事變（民法第 606 條），或不可抗力而負責（民法第 525 條）<sup>29</sup>。

過失可分為三種：1. 抽象輕過失：欠缺善良管理人的注意。2. 具體輕過失：欠缺與處理自己事務為同一的注意。3. 重大過失：顯然欠缺一般人應有的注意。所謂善良管理人之注意，依一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應有之注意。已盡此注意與否，應依抽象客觀之標準定之，行為人有無盡此注意之能力，在所不問<sup>30</sup>。

而如前所述，多數看法認為醫療契約係為委任契約，其受有報酬

---

<sup>27</sup> 陳聰富，民法概要，元照，2005 年 6 月，112 頁。

<sup>28</sup> 黃立，民法債編總論，元照，2006 年 11 月，441 頁。

<sup>29</sup> 王澤鑑，民法概要，2003 年 9 月，252 頁以下。

<sup>30</sup> 最高法院 29 年滬上字第 106 號判例。

者，依民法第 535 條後段之規定，受任人應以善良管理人之注意處理委任事務。為促使達成醫療目的，並保障委任之病人之人身或財產安全，除主要之醫療給付義務外，受任人尚有基於法律規定、當事人約定或誠實信用原則所生之所謂從屬與附隨之給付義務。同時，整個醫療行為建立於病人對醫師專業知識、能力、經驗之信賴基礎上，醫師為達到醫療目的，亦應避免醫療行為發生任何不利於醫療目的之不可預期後果。是醫師於醫療行為開始前，須詢問病患之病史、進行各項必要檢查；於醫療行為進行中，須注意各項療程之效果、副作用、並進行適當診治，以求順利達成醫療目的。因此，醫療關係，並不限於狹隘之治療行為本身，而著重在於其所欲達成之目的，即應是為達醫療目的所必要之一切行為。故在醫療關係中，醫師為達應有之醫療效果，應以善良管理人注意義務，為病患處理醫療事務<sup>31</sup>。

另如前所述，判斷醫療契約之當事人，應視具體情況認定之。惟關於醫療契約之當事人問題，因全民健康保險之介入而轉為複雜，一般有全民健康保險局、醫療機構、醫師與病人等四方面主體牽涉其中，而形成所謂的四方關係。此時有認為醫療契約之當事人及醫療機構或醫師與病人間之法律關係可能因而發生變動。

此種觀點之前提係全民健康保險之給付內容為醫療服務，直接的

---

<sup>31</sup> 新竹地院 88 年訴字第 464 號民事判決。

醫療關係存在於保險人(全民健康保險局)與被保險人(病人)之間，至於醫療機構及醫師皆僅是履行輔助人而已，而全民健康保險局與醫療機構或醫師間之特約服務合約應被定性為以病人為受益人之利益第三人契約。從而病人醫該契約對於醫療機構或醫師取得直接請求權，基於該請求權，醫療機構或醫師對於病人負有診治的給付義務，及其他附隨義務<sup>32</sup>。

### 第三目、醫療損害

基於人體之修補及免疫能力，在有傷病時固也有可能不經醫療行為而自然痊癒、完好如初。但如有醫療之協助，通常於消極面可以降低傷病期間之痛苦、縮短康復所需的期間，或避免引起不利的發展(例如外傷)；積極面也有非藉助於醫療行為通常不但不可能自然痊癒，而且可能有生命之憂的情形(例如急性盲腸炎)。是所謂醫療損害，除由醫療行為引起之不利意外結果外，因為病人期待醫療行為有減輕症狀、治癒傷病的機能，所以只要醫師或醫療機構與病人間成立醫療關係，本來也會有但因醫療行為之介入有可能防止之不利結果，也一併成為醫師與醫療機構對於其病人應負責處理的事務，或應達成的任務。是故，如有客觀上具有可能防止之特徵，而意外未成功防止之不

---

<sup>32</sup> 黃茂榮，「醫療契約二」，植根雜誌 25 卷 2 期，2009 年 2 月，64 頁。

利發展結果，皆應論為醫療損害<sup>33</sup>。

#### 第四目、因果關係

醫師或醫療機構義務之違反與病人所生損害之間需有因果關係，此種因果關係可分為責任成立及責任範圍因果關係，皆應依條件關係及相當性加以認定。所謂責任成立的因果關係，指可歸責的行為與權利受侵害間之因果關係；而責任範圍的因果關係，係指權利受侵害與損害間之因果關係<sup>34</sup>。

條件關係係自然科學之因果關係概念，方法是將有待審查的可能原因事實暫時排除，如果損害不發生，行為與損害就有因果關係；反之，如果損害仍然發生，則無因果關係，以此方式查證事實是否為損害結果之必要條件。

而相當性初期係以統計上的或然率及可預期性為基礎，來篩選依條件說確認的原因；嗣後因部分案例之判斷產生問題，遂產生依法條規定目的，將不尋常之必要條件加以剔除之新說，也就是除了從事自然科學的因果關係審查外，進一步對如何導致損害發生，從事法律評價之審查<sup>35</sup>。

---

<sup>33</sup> 黃茂榮，前揭註7書，2頁。

<sup>34</sup> 王澤鑑，前揭註1書，214頁。

<sup>35</sup> 黃立，前揭註28書，281頁以下。

綜合言之，無論責任成立之因果關係或責任範圍之因果關係，均應分二階段判斷因果關係是否存在。第一階段為事實上因果律是否具備（事實上因果關係、條件關係）；在具備事實上因果律後，再就第二階段的法律政策面，基於公平正義及當時社會之需求等，以判定被告應否成立侵權責任，並對發生之損害負責（法律上因果關係、因果關係相當性）。惟在實際案件判斷時，就責任成立之因果關係，多數必須從事二階段因果關係之判定。但就責任範圍之因果關係，由於責任成立已經判定，因而大多僅從事法律上因果關係之判斷<sup>36</sup>。

## 第二款、債務不履行之型態

債務不履行可分為給付不能、給付遲延及不完全給付三種型態，在醫療契約責任中以不完全給付較為常見。

### 第一目、給付不能

如前所述，醫療契約所負之債務應僅為「手段債務」，故醫師或醫療機構只須就病人病情的診斷檢驗、治療方法的選擇、治療措施的執行、病情發展過程的追蹤以及術後照顧等醫療行為，皆已盡其最大可能之注意且尊重病人自主決定，並符合當時既存的醫療專業知識或

---

<sup>36</sup> 陳聰富，「醫療事故之因果關係」，法令月刊第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，36 頁。

技術水準，即為已足<sup>37</sup>。是除非有使已經壞死的細胞恢復生機，或使蒙古症之病人恢復常人智能等不能以現代醫學知識、技術為給付之約定<sup>38</sup>，否則理論上應無成立客觀給付不能之餘地。

## 第二目、給付遲延

一般醫療契約多屬給付無確定期限，於門診時，醫師應依據掛號次序先後為診治；於急診之情形，醫師應即時為病患診治；至於預約門診，由於有確定期限，應以預約日為其給付清償期<sup>39</sup>。惟醫師或醫療機構因故意或過失未對病人提出適切之醫療給付，使病人原罹患之疾病，因延誤診療而未改善、繼續惡化或陸續出現併發症，對於病人生命、身體與健康等造成傷害，應負擔給付遲延責任<sup>40</sup>。

例如，在最高法院七十七年台上字第一八七六號判決中，病人因心臟病求診，值日醫師因疏於注意，未為妥當處理，致其死亡。最高法院認為，急性心肌梗塞病患者，經適當治療，非概無存活之希望，故如即時適當治療，仍應有存活之可能。該醫師延誤時間，未為適當治療，致病患喪失存活之可能機會，致生死亡之結果，被告醫院應負

---

<sup>37</sup> 陳忠五，「法國醫療過失舉證責任之研究」，醫療過失舉證責任之比較法研究學術研討會報告，2005年12月24日，10頁。

<sup>38</sup> 黃天昭，「醫療糾紛之民事歸責原則」，東吳大學法律研究所碩士論文，1996年，44頁。

<sup>39</sup> 黃丁全，醫事法，元照，2000年7月，836頁。

<sup>40</sup> 吳志正，前揭註15文，318頁。

損害賠償責任。

又如在高等法院九十二年度上字第五九六號判決乙案，病人因錄取法律研究所，乃依該校入學之要求，至被訴醫院接受包括胸部 X 光檢驗之健康檢查，並由該院出具胸部健康狀況為正常之報告書。嗣後復因錄取律師高考於至其他醫院檢查時，確認罹患肺腺癌第三 B 期，再向被訴醫院調取先前健檢時所拍攝之胸部 X 光片，亦發現肉眼即可清晰看出肺部之異常腫瘤，故向法院起訴主張，因被訴醫院之疏失，未盡其醫療專業義務，仍以書面告知正常，致其錯失六個月治療機會，應負侵權行為及債務不履行之損害賠償責任。

而法院認為，病人與被訴醫院成立健康檢查之契約，該契約是屬於提供消費服務之行為，被訴醫院所聘僱之醫師為病人從事檢查，且從其所拍攝胸部 X 光片，即可判讀出病人胸部有異常現象，卻未予以判讀出來，並延誤病人就醫機會，使其發生存活機會降低之危險，而致病人受有損害，故應負損害賠償責任<sup>41</sup>。

---

<sup>41</sup> 本案迭經最高法院廢棄發回及高等法院更審判決，其攻防點主要為病人與醫院是否成立健檢契約、健檢契約之給付義務範圍是否為醫療法第 58 條之規定所涵蓋，而屬於醫療行為之範疇。目前為最新進度為最高法院以 97 年度台上字第 2735 號判決廢棄發回高等法院審理中，其理由概為醫療行為係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為之處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部之總稱，迭經行政院衛生署函釋。健康檢查既以預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷行為，自屬醫療行為。而醫療機構應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對健檢人或病人履行診察、診斷或治療之義務。本案詳細分析可參閱曾品傑，「我國醫療民事責任之實務發展」，中正大學法學集刊，29 期，2010 年 4 月，106 頁以下。

### 第三目、不完全給付

不完全給付指履行在時間上正確，其給付亦為可能，而債權人所收到的，並非依債務關係之內容，斟酌誠信原則所應得者，即債務人未依債之本旨為給付，該給付就債權人而言，價值有減損或全無價值<sup>42</sup>。民法第 227 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利（第 1 項），因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求損害賠償（第 2 項）。」，學理上稱前者為瑕疵給付，後者為加害給付。

醫師或醫療機構因不完全給付造成病人之醫療損害，可分為單純瑕疵給付、單純加害給付以及二者混合造成的損害<sup>43</sup>。

#### 1. 單純瑕疵給付

單純瑕疵給付所造成之損害，指病人原有的疾病經診療後，單純因診療未達應有水準，致未發現病灶而延誤治療，或雖有治療但未能達到其所預期發生的效果，導致病況未改善、繼續惡化或陸續產生併發症等。易言之，即是醫療給付正面診療效果未達預期，而由原疾病之繼續存在、進行、併發或惡化所造成的生命、身體、健康等人格法益之損害，依契約法原理，係侵害病人之履行利益或給付利益。

---

<sup>42</sup> 黃立，前揭註 28 書，469 頁。

<sup>43</sup> 吳志正，前揭註 15 文，319 頁。

## 2. 單純加害給付

單純加害給付係指因醫療給付未依應有方式、或未達應有水準，致病人於疾病以外另受有生命、身體、健康等人格法益之損害，此屬固有利益或完整利益之損害。惟外加的身體健康損害，與病人本身的疾病常相互影響，有時於認定上非屬容易。

## 3. 瑕疵與加害給付混合損害

上述二種損害於臨床實務上常交織、重疊致難以辨認，有時一項醫療瑕疵同時具有瑕疵與加害給付性質，或一項醫療瑕疵造成另一項給付轉變為加害給付。以最高法院 86 年台上字第 56 號判決事實為例，該案醫師對病人施行人工流產手術之結果，不僅是瑕疵給付（未墮出胎兒），更造成加害給付（子宮穿孔、併發小腸三處穿孔，產生腹膜炎），即為混合損害之適例。

須注意的是，88 年民法債編修正時，特增訂第 227 條之 1 規定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第 192 條至第 195 條及第 197 條之規定，負損害賠償責任。」，其立法理由係認債權人因債務不履行致其財產權受侵害者，固得依債務不履行之有關規定求償。惟如同時侵害債權人之人格權致其受有非財產上之損害者，依舊法規定，僅得依侵權行為之規定求償。是同一事件所發生之損害竟應分別適用不同之規定決定解決，理論上尚有未妥，且因侵權

行為之要件較債務不履行規定嚴苛，如故意、過失等要件舉證困難，對債權人之保護亦嫌未周。為免法律割裂適用，並充分保障債權人之權益，爰增訂本條規定，俾求公允<sup>44</sup>。

民法第 227 條之 1 之增訂，強化了對人格權的保護，縮小契約責任與侵權責任的差別，重構了我民事責任體系，對民事責任的發展及訴訟實務，產生重大而正面的影響<sup>45</sup>。



---

<sup>44</sup> 民法第 227 條之 1 增訂理由，88 年。

<sup>45</sup> 王澤鑑，前揭註 29 書，273 頁。

### 第三節、侵權責任

關於侵權責任部分，需探討之請求權基礎有民法第 184 條第 1 項前段、第 184 條第 2 項、第 186 條及第 191 條之 3 之規定，茲分述如下：

#### 第一項、民法第 184 條第 1 項前段

民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失不法侵害他人權利者，負損害賠償責任」。則在醫療損害中，需因醫師故意或過失造成之醫療瑕疵，致生病人損害，及醫療瑕疵與損害之間具有因果關係，始得成立侵權責任。以下謹就醫療訴訟中之主要攻防核心，即醫療瑕疵、醫療過失及違法性等要點加以論述：

#### 第一款、醫療瑕疵

醫師所採取之醫療行為如果不及於當代醫療水準，即屬於有瑕疵之醫療行為。不過，在個案醫療訴訟案件中，是否有瑕疵並不是一件對錯分明之容易的事務。蓋一個醫療方案本來就有一定之向癒與向惡之風險，這當中還受許多未知因素的影響，包括對於病人之身體與健康狀況、對於藥物之反應等。醫師在決定採取一定之醫療方案時，只能在已知之範圍內權衡其向癒的概然率與藥物或手術可能引起之損害，這往往是兩害相權取其輕而非全然無險的選擇。治療後，病人的

病情發生惡化，其惡化究竟是本來存在的危險或因醫療行為之瑕疵所引起，通常難以劃分。是故，並非病人沒有治癒，或沒有因治療而帶來期待的醫療成果即可認為有醫療行為上的瑕疵<sup>46</sup>。

以下謹就德國實務案例之重大醫療瑕疵，區分診斷瑕疵、治療瑕疵、傳染或感染瑕疵、生產瑕疵及組織瑕疵等類型加以介紹<sup>47</sup>：

### 1. 診斷之瑕疵

例如未診斷出病人小腿有栓塞、未注意病人敗血症之症狀，而診斷為關節炎、未診斷出病人髖關節發炎且化膿、未測量保溫箱嬰兒之血液氧氣分壓力、未就病人之肩關節照射 X 光、忽視病人不尋常之超高血壓、未注意病人手關節部份之刀傷是否傷及神經、未對咳嗽後吐血之病人進行鑑別診斷、病人住院兩年半，醫院卻未診斷出病人有神經梅毒、未檢查出病人患有腦膜炎，導致病人過遲手術而癱瘓、切除病人肺葉前，未先做快速切片、未注意 X 光機位置錯置、雙胞胎兒生長遲緩時，未查明原因、對從瘧疾區回國而意識不清之病人，未做血液檢查、未對早產兒進行視網膜脫離檢查、未將病人即時轉診大型醫院進行必要之檢查等。

### 2. 治療之瑕疵

---

<sup>46</sup> 黃茂榮，債法各論，2003 年 8 月，385 頁以下。

<sup>47</sup> 詹森林，前揭註 13 報告，16 頁。

例如對病人進行輻射線治療，卻未設置劑量測量器、麻醉中之病人呼吸困難，麻醉師卻先行離去、未按時測量早產兒之溫度，以至於其失溫過久、外科手術時，未採用血栓形成預防方法、病人為流產現象卻開給瀉藥、未為精神病患尋找急診醫師、靜脈注射時，未進行絕對必要之體位控制等。

### 3. 傳染或感染之瑕疵

例如未先自行手部消毒即進行注射、未為抗生素治療、針孔消毒後未等待 30 秒即進行注射、未先瞭解手術部位是否有發炎即對該部位進行手術、懷疑孕婦感染風疹，卻未對其進行必要之檢查等。

### 4. 生產之瑕疵

例如遲延進行剖腹產、孕婦已經破水卻未催胎，以至於生產延遲、助產士於對孕婦急產前，未先做必要之檢查、孕婦已經開始生產，醫師卻仍未確定胎兒位置、生產時胎兒頭位前置或超重，醫師卻仍交由助產士處理、遲延逾 1 小時始使用真空吸引法、對雙胞胎生產未為完全之監視、對於產程艱辛之胎兒，生產後未給予必要之醫療看護、孕婦生產時已有血栓現象，醫師卻仍未採取超音波或靜脈顯影劑檢查等。

### 5. 組織之瑕疵

例如注射針筒僅以棉花球保存、醫師於值班時間未出勤、遺失手

術房之鑰匙、由實習醫師處理生產過程等。

## 第二款、醫療過失

### 第一目、醫療過失之判斷標準

侵權行為之過失與債務不履行之過失，其本質上均係以違反注意之義務為基礎，即在醫療關係中，醫師在侵權責任方面注意義務之程度，與其在契約責任者同然，皆為善良管理人之注意義務，醫師在侵權責任方面注意義務之內容，除主要之醫療給付義務外，亦有為促使達成醫療目的，並保障病患之人身或財產安全之從屬與附隨之給付義務，故對其醫療行為之結果依應為檢查得為預見而不為檢查或不為預見、對其醫療行為所生不必要之損害能避免而不加避免、於發現未預見情況時能中止其醫療行為以免損害擴大而不加中止、對醫療過程中應加處置且能處置以減低病患之損害或痛苦而不為之、限於設備或能力無法提供完整治療即應建議轉診而未為之等，不論出於其作為或不作為，均屬違反注意義務而有過失<sup>48</sup>。

而所謂善良管理人之注意義務，一般認為即具有良知與理性而小心謹慎之人，應有之注意標準。此項理性人之標準，無論在交通事故、汽車修理服務、水電工人服務、甚至醫療服務，均應一體適用。在專

---

<sup>48</sup> 新竹地院 88 年訴字第 464 號民事判決。

門職業人員之提供服務，無論係汽車修理人員、水電工人、會計師、律師或醫師，均應盡到具有該專業之知識與技術，所應具有之注意標準。由於醫療行為涉及高度專業性、實驗性與不確定性，無論國內之法院實務或學說上，常會以醫療常規、醫療鑑定意見或醫療準則做為判斷醫師是否具有醫療過失之依據，茲分述如下<sup>49</sup>：

### 1. 醫療常規

英美學說及法院以往多認為，醫師關於醫療過失之注意義務，應依據醫療專業人員自行建立之醫療慣例，即一般所稱之醫療常規來判斷。醫師雖然欠缺一般人通常應有之注意標準，其僅須遵循其職業上通常之實務運作，即無須對於損害之發生負責，易言之，在醫療常規之標準下，醫師並非因其未盡注意義務而負責，而是因其未能符合醫學專業慣例而負責。

我國法院實務在認定醫療行為是否具有過失時，亦常採取醫療常規之注意標準<sup>50</sup>。在醫療訴訟中，被告醫師經常以其醫療行為，符合醫療常規，而無過失，做為抗辯；法院判決亦多認為，醫療行為符合醫療常規者，被告醫師之行為即無過失可言。

採取醫療常規之注意標準，其前提假設應為：醫學專業人員團體

---

<sup>49</sup> 陳聰富，前揭註 8 報告，7 頁以下。

<sup>50</sup> 最高法院 95 年台上字第 1226、2178 號民事判決。

對於特定醫療行為，具有約定成俗、共同依循的慣例。事實上，就醫療行為而言，對於個別病人之診斷、治療，是否具有集體性同意的可能性，即有疑問。根據美國實證問卷分析得知，多數醫師對於如何處理同一疾病，很少具有共識，對於他人如何診斷治療疾病亦無所悉。從而，所謂醫療常規，恐係醫療專家個人之職業經驗，並將自己之職業經驗及意見，視為醫療常規。

再者，即使肯定醫療常規之存在，取決於醫療人員專業團體所形成之醫療常規是否可採，亦不無疑問。蓋醫師如同一般人，難免具有自利、自我防衛的心態，醫療機構基於成本考量，所訂定之醫療常規，僅為普通一般醫師所依循的醫療行為模式，而非理性醫師應為之醫療行為，未必符合病人之最大利益，採取醫療常規的醫療標準，無疑降低醫師應有之注意義務。

是英美法院近來認為，醫療行為應以理性醫師的注意標準為基礎。在判斷醫師行為是否具有過失，必須考量系爭醫療方法的安全性、使用系爭診斷或治療方法的代價、系爭醫療行為對病人可能獲得的利益及可能引起之危險等。由是以觀，醫師與其他專業領域人員所適用之注意標準，均應為善良管理人之注意義務，而不應再藉由醫療專業享有特權。

## 2. 醫療鑑定意見

在醫療訴訟上，我國法院常以醫事審議委員會或醫療機構的鑑定意見，做為判斷醫療過失之依據。惟我國鑑定機構之鑑定意見，經常發生文意模糊、相互矛盾、規避重要問題或維護醫師之處。例如，在最高法院 94 年台上字第 2128 號民事判決中，被害人於被告醫院進行子宮摘除手術，因該醫院之麻醉醫師於手術時麻醉不當，使用長效型肌肉鬆弛劑，於插管失敗，發現被害人缺氧後，未即時作氣切急救措施，導致被害人腦部缺氧，成為植物人。

本案於醫審會第二次鑑定書鑑定意見記載：「依據所附資料，在第二次插管後，發現血氧監視器發生聲響，即通知耳鼻喉醫師做氣切，合乎程序上並無延誤，但從病人的後果來看，時間上是太遲。」

上述鑑定意見所謂「合乎程序上並無延誤，但從病人的後果來看，時間上是太遲」，其敘述文義不清且相互矛盾至為顯然。設若處置時間太遲豈有合乎程序之理，而所謂合乎程序並無延誤之意見，亦有藉詞脫免醫師責任之嫌。

準此，醫療鑑定意見固可做為判斷醫師行為是否具有過失的參考，但非可為全然的依據，法院仍應考察該鑑定機關之組成人員是否適任、鑑定意見作成的過程是否合理、醫學分析的見解是否合乎邏輯，而判定鑑定意見是否可採。

### 3. 醫療準則

醫療準則係由醫師專家集體依據高度的專門知識，經過討論而形成，且在一定期間後，由專家群依據近期文獻報告的統合見解進行修正，並由醫師繼續教育課程傳授給醫師，做為臨床實際應用的醫療實務執行規範。以心臟科為例，心臟學會對於急性冠心症、高血脂症、高血壓及心臟衰竭等，均建立醫療準則。當時建立醫療準則之目的，一方面固係做為全民健康保險各種給付之依據，另一方面則是將醫療水準做一基本之規範，用以確保醫療品質，維護民眾基本權益，並可做為醫學教育使用及供臨床醫師基本遵循方向。我國學說上遂有主張，鑑於醫療準則為醫療行為之平均要求注意義務，且隨著醫學的進步，醫療準則本身亦不斷作修正，以其作為醫師注意義務之判斷標準應屬合理。亦即，符合醫療準則之醫療行為即無過失責任；醫療行為違反醫療準則時，除非由醫師舉證證明其行為之正當性，否則應認為具有過失<sup>51</sup>。

如前所述，醫療準則係各種醫療專家，針對多數共同臨床醫療行為為集體作成的規範摘要，做為醫師執行醫療行為時之參考。其無法於個別複雜案例中，對個別特殊病情予以規範，亦無法代替醫師在個別醫療行為所為之臨床判斷；更何況，不同醫療機構可能制訂不同之醫

---

<sup>51</sup> 盧映潔、葛建成、高忠漢，「論醫療行為之常規診療義務」，台大法學論叢 35 卷 4 期，2006 年 4 月，164 頁以下。

療準則，該等不同醫療準則尚可能存在規範歧異之問題。是醫學界既然就醫療行為制訂出醫療準則，在醫療訴訟中，不妨以之為認定醫師是否盡其注意標準之參考，但不宜以概略性、一般性的醫療準則，做為任何類似醫療行為的絕對性判斷標準。

綜上，關於醫師之醫療行為是否具有過失，應以理性醫師的注意標準判斷之。而醫師在個案中應有的注意標準，應由法院依據可能存在的醫療常規、醫療鑑定意見及醫療準則之規範等，斟酌個別病人之特殊情狀、某項診斷治療行為之風險、可能花費之成本、病人本身之經濟負擔，及對於病人未為診斷治療所生之損害大小、損害發生之機率等，予以綜合判斷之。

## 第二目、醫療過失認定之因素

醫療行為，常受各種內外因素之影響，醫師之注意能力，即不能概以一致之標準視之。判斷過失時，另需注意以下之因素<sup>52</sup>：

### 1. 醫師水準

醫師固均係以其所習得之醫學知識從事醫療工作，雖從社會通念或醫學知識來說，通常之醫師約可分為一般醫師及專科醫師，惟一般醫師為診療時，亦有使病人接受專科醫師治療之注意義務，例如代為

---

<sup>52</sup> 邱聰智，「醫療過失與侵權行為」，法律評論 42 卷 3 期，1976 年 3 月，428 頁以下。

介紹或勸告其接受專科醫師之治療，否則，除病人拒絕或有緊急狀況者外，即可能構成過失。專科醫師於專科範圍外之治療，亦同。換言之，在過失判斷標準上，應採取專科醫師之注意程度，即社會當時專科醫師所應具備之一般醫學知識為判斷過失有無之標準。

## 2. 醫療水準

從醫療水準論及醫師是否有過失時，應以醫療時之醫療水準為判斷標準。因此，縱使醫療後醫療水準有所提高，亦不得據以為認定過失之依據。惟醫師為提供病人妥適的醫療行為，負有隨時汲取醫學知識及技術之義務，其不盡此義務而冒險行醫者，則不免於過失。

## 3. 醫療地區

醫療地區之差異，往往亦影響過失判斷之標準，蓋國家幅員至廣，自不能強求全國醫師都負相同程度之注意義務。以台灣小島為例，台北市、中南部鄉村、高山地區、乃至離島地區，注意程度即應有所不同。惟此種地區差異之考慮，隨著醫學水準之全國普遍化，將日漸緩和；且較落後地區之醫師，於病人就醫時，在可能之範圍內，應有使病人前往較進步地區或水準較高之醫院就醫之注意義務，未盡此一義務者，即難援引地區落後做為阻卻責任之依據。

## 4. 醫療嘗試

醫學理論需依賴新的醫療嘗試或技能實驗，才能更形發展。於此

情形，常有相當程度之未知領域存在。因此，進行新的醫療嘗試時，除經病人之承諾外，對病人之症狀、體質、醫院設備、緊急應變能力及其他必要之試驗或可能之危險，均應先行慎重檢討，並提出周全的計畫，否則將難辭過失之責。

## 5. 緊急性

緊急情況由於醫療之判斷時間緊促，對各種狀態無法詳盡的檢查、診斷、觀察，自難要求其與通常時期之注意能力相同。因此，緊急性在醫療過失上，便可能成為緩和注意義務之條件。

### 第三款、違法性

#### 第一目、阻卻違法性事由

侵害他人權利的行為原則上莫不違法，惟得因某些事由阻卻其違法性，茲就醫療行為可能發生之阻卻違法事由，分述如下：

#### 1. 被害人同意

此處之同意非指對法律行為之同意，而係允許或授權加害人對被害人之法益從事實事侵害行為，其效力及同意之撤回，原則上準用有關意思表示之規定，且可因違反法律行為之規定或公序良俗而無效，亦即同意只有在不違反公序良俗，且同意人對於受侵害之法益可自由處置時，才發生效力。

醫師的醫療行為是對身體的傷害，通說認對人體的侵害推定為違法，而阻卻違法的理由，以醫生對侵害之風險已作詳盡的說明，且取得病人本人或其法定代理人就相關情況完全瞭解後同意為前提。換言之，侵害行為之免責，首先須由醫師證明其履行說明義務，因為在醫事責任訴訟中，病人或其親屬有舉證之困難，由醫師舉證才能使雙方有武器的平等<sup>53</sup>。

## 2. 無因管理（緊急搶救）

依民法第 172 條之規定，未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，稱為無因管理。此等行為雖係侵害他人的自由權或財產權，惟法律為獎勵善行益事，既規定無因管理為債之發生原因之一種，自應解為屬適法行為，具有阻卻違法性，不成立侵權行為。惟須注意的是，無因管理成立後，管理人因故意或過失不法侵害本人權利者，侵權行為仍可成立，非謂成立無因管理後，即可排除侵權行為之成立<sup>54</sup>。

醫療關係在大多數的情形固以契約為其發生原因，但在路倒病人或第三人送至之危急病人之急救情形，該病人縱使非無行為能力人，但其可能因在無意識或精神錯亂中，而根本不能為意思表示，或不能為健全之意思表示，從而不能為有效醫療契約之締結。而在有效醫療

---

<sup>53</sup> 黃立，前揭註 28 書，258 頁以下。

<sup>54</sup> 最高法院 55 年台上字第 228 號判例。

契約締結前，醫療機構已開始採取必要之醫療行為因無契約為其規範基礎，應可構成適法的無因管理<sup>55</sup>。

## 第二目、病人自主決定權與說明義務的違反

隨著個人自主決定權之意識抬頭，醫病間之關係已從家父長式關係，轉變為對等關係，而醫療行為之任何併發症或副作用終局承受者係病人，病人理應事先認識並自主決定是否願意承擔該醫療風險，從而病人對於醫療風險之認識與否成為今日之醫療法學之重點之一，病人自主決定權之尊重也成為各國醫療行為加強進行之一環，在美國有所謂「告知後同意法則」，在德國則有「病人自主決定權說明義務」。而這不同之發展並無優劣之分，僅是個別在既有之法律體系下發展，其目的皆在於病人自主決定權之保障及尊重<sup>56</sup>，以下謹就歐美國家於侵權行為責任體系下發展出之處理模式，及我國法制現況加以論述：

### 1. 美國「告知後同意法則」(Informed Consent)

「告知後同意法則」起源於 1914 年 *Schloendorff v. Society of New York Hospital* 一案中，大法官 Cardozo 寫下的一段關於病人自主決定權的經典名言：Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body. (每一個心智健

---

<sup>55</sup> 黃茂榮，前揭註 32 文，60 頁。

<sup>56</sup> 侯英冷，前揭註 21 文，10 頁。

全的成年人，有權決定其身體可被施予何種治療)<sup>57</sup>。

正式名稱則出現於 Salgo V.Leland Stanford Jr. University Bd. of Trustee 一案。在該案中，病人因接受主動脈 X 光攝影導致身體癱瘓，原本下級審法院以「事實說明自己原則」(res ipsa loquitur) 來認定醫師的過失。惟該判決認為，在醫療訴訟中，「事實說明自己原則」僅可適用於不論專業醫療人員或外行人都能清楚辨識，若無過失則損害不可能發生之情況。(In malpractice actions, the doctrine of res ipsa loquitur is applicable only where it is a matter of common knowledge among laymen or medical men or both that the injury would not have occurred without negligence.)<sup>58</sup> 醫師未將醫療相關事實充分告知，便於病人針對所建議之醫療處置做出明智的決定，則應被認定為有過失。(A physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability if he withholds any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to the proposed treatment...) 而在取得病人同意時，應綜合判斷風險，以決定將必要之事實，充分告知病人。(...In discussing the element of risk a certain amount of discretion must be employed consistent with the full disclosure of facts necessary to an informed consent.)<sup>59</sup>

其發展至今，乃指醫師有法律上的義務，以病人得以瞭解的語

---

<sup>57</sup> Schloendorf v. Society of New York Hospital, 211 N. Y. 125, 129(1914)。

<sup>58</sup> Salgo V. Leland Stanford Jr. University Bd. Of Trustee, 317 P.2d 170, 176(1957)。

<sup>59</sup> Supra note 58, at181.

言，主動告知病人病情、可能之治療方案、各方案可能之風險與利益，以及不治療之後果，以利病人做出合乎其生活型態的醫療選擇。未取得病人之告知後同意所進行之醫療行為，醫師應對醫療行為所造成的一切後果負責。簡而言之，「告知後同意法則」乃是規範醫病關係中醫師之說明義務<sup>60</sup>，茲就告知之標準、範圍、例外及我國司法實務發展說明如下：

### (1) 告知的標準

美國法院發展出以醫師為導向及以病人為導向二種不同的標準，而以病人為導向之標準又可分為客觀病人標準及病人主觀標準<sup>61</sup>，茲分述如下：

#### A. 以醫師為導向之標準 (Physician-based Standard)

以醫師為導向之標準一般稱之為理性醫師標準 (Reasonable Physician Standard)，意指一個理性醫師在同樣或類似之情形下，皆會採取的揭露標準 (...those disclosures that a reasonable practitioner would make under the same or similar circumstances...)，而在判定醫療決定是否符合告知後同意時，除了一般顯而易見的過失傷害之外，是需要專家的證言來界定是否已達到法律上足夠的揭露標準<sup>62</sup>，這個理

---

<sup>60</sup> 楊秀儀，「美國告知後同意法則之考察分析」，月旦法學雜誌 121 期，2005 年 6 月，139 頁。

<sup>61</sup> Megan Lee, Defining the Limits of a Physicians Duty to Disclose in Massachusetts, 11 Suffolk J. Trial & App. Adv. 139, 145(2006)

<sup>62</sup> R. Jason Richards, How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado—Past,

論的基本假設是認為唯有醫師有能力去做一個適當的醫療決定<sup>63</sup>。

## B. 以病人為導向之標準 (Patient-based Standard )

### a. 客觀病人標準 (Objective Patient Standard )

所謂客觀病人標準乃指為了讓病人針對所建議的醫療程序作出合適的決定，醫師有責任將客觀上，一個理性病人所需要藉以判斷是否接受該程序之醫療資訊，充分揭露予病人知悉<sup>64</sup>。

### b. 病人主觀標準 (Subjective Patient Standard )

「病人主觀標準」首先出現於 1979 年 Scott v. Bradford 一案，在該案中，病人因子宮肌瘤求診，於術後竟發生大小便失禁的後遺症，遂以醫師未充分告知該類手術之風險，而向法院提起醫療過失訴訟，請求損害賠償。法院雖以 Oklahoma 州在其時尚未採用「告知後同意法則」而駁回原告之請求，惟同時亦宣告「告知後同意法則」將適用於該州其後之類似案例，並認為以「理性醫師標準」做為告知之標準並不足採，醫師應考量病人之實際需求，充分告知所欲採行之醫療處置所伴隨風險，以使病人做出明智的決定 ( We decline to adopt a standard based on the professional standard. The scope of a physician's communications must be measured by his patient's need to know enough to enable him to make an intelligent choice. Full disclosure of material

---

Present, and Future, 26 n. 111. U.L.Rev. 69, 84(2005)

<sup>63</sup> Supra note 61, at 145.

<sup>64</sup> Harnish v. Children's Hospital Medical Center , 439 N. E. 2d 240, 243 (1982)

risks incident to treatment must be made.)<sup>65</sup>。

### C. 美國法院採用情形

美國大部分州皆採行「理性醫師標準」，以病人為導向的「客觀病人標準」雖然有不少州拒絕採用，但還是受到一些州的採納<sup>66</sup>。至於完全以病人實際情況為判斷依據之「病人主觀標準」，則僅見於少數案例<sup>67</sup>。

#### (2) 告知義務的範圍

有鑑於現代醫療之複雜性、專業性、不確定性，使得法院在決定醫師說明義務之內容及範圍時，常常陷入左右為難的境地，到底醫師說明義務的標準何在？究竟哪些醫療資訊應該要告知病人？一方面病人希望能夠得到足夠的資訊；另一方面，醫師照本宣科將過度瑣細的資訊倒給病人，反而增加了理解的困擾，這也是「告知後同意法則」最困難界定的部份<sup>68</sup>。

在美國法上，為了取得病人的告知後同意，已確定的告知義務範圍包括：足以讓病人決定使否接受所欲實施之醫療程序或處置的事

---

<sup>65</sup> Scott v. Bradford, 606 P.2d 554, 558(1979)

<sup>66</sup> 楊秀儀，「誰來同意？誰作決定？從告知後同意法則談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察」，台灣法學會學報第20輯，385頁，1999年11月。

<sup>67</sup> 採取「病人主觀標準」之判決有

Wheeldon v. Madison, 374 N. W. 2d 367, 374(1985)

Bourgeois v. McDonald, 622 So. 2d 684, 688(1993)

Robinson v. Bleicher, 559 N. W. 2d 473, 479(1997)

<sup>68</sup> 楊秀儀，前揭註60文，144頁。

實、所判隨的風險、維持原狀的結果及是否因而違背病人利益等<sup>69</sup>。

而在告知上述資訊之後，醫師應詢問病人是否需要更詳細的解釋，如果病人希望了解更進一步的內容，則除非對病人有害，否則應將建議採行程序之重要細節，及可行替代方案的風險，充分向病人揭露<sup>70</sup>。

### (3) 告知的例外

在以下的情形，醫師的醫療行為可以例外的毋庸取得病人的告知後同意<sup>71</sup>：

- A. 假設的同意：在醫療中實施抽血、量體溫及進行例行性的醫療措施等，可假設已得到病人的告知後同意。
- B. 緊急狀況：當病人的情況突然發生顯著的改變，即刻需要保護病人或第三人之生命，或避免其身體之傷害時。
- C. 治療的特權：即使揭露的資訊在一般情形是必須的，但如果在個案中對病人有害，則醫師即擁有治療的特權而得拒絕提供。
- D. 病人放棄：當病人自願或故意放棄權利時，即無需取得其告知後同意。

## 2. 德國「病人自主決定權說明義務」

病人自主決定權說明義務之發生，主要在於醫療行為過程中，醫

---

<sup>69</sup> Supra note 61, at150.

<sup>70</sup> Ashley H. Wiltbank, *Imformed Consent and Physician Inexperience: a Prescription for Liability?* 42 Willamette L. Rev. 563, 579(2006)

<sup>71</sup> Douglas Andrew Grimm, *Imformed Consent for All! No Exceptions.* 37 N. M. L. Rev. 39, 65 (2007)

師未說明醫療行為之優劣與風險，而病人主訴之症狀未被治癒，甚且有預期之外的副作用或併發症發生。至於違反說明義務之法律效果，在德國主要有所謂之身體傷害行為說與人格權侵害說<sup>72</sup>：

### (1) 身體傷害行為說

德國聯邦法院將醫療行為定義為「符合構成要件的身體侵害行為」，因此不論醫療行為之施行是否符合當時醫療水準，醫師的醫療行為都是侵襲性行為，此說稱為身體傷害行為說。而此構成要件該當之身體侵害行為，唯有透過病人的同意，才能阻卻其行為之違法性，從而免除醫師之法律上責任。

而有效之同意，須以完整說明醫療侵襲行為的必要性、成功率、副作用、可能併發症以及術後癒合等資訊，使病人能自主基於個人考量決定同意為前提。因此只要病人主張：假如醫師在施行侵襲性醫療行為之前，對於可能帶來的副作用、風險、併發症，甚而醫療過程之痛苦程度加以說明，他就不會贊同醫療行為的施行，亦即醫師未盡足夠之說明義務，則此醫療行為將會因為病人同意之無效而成為違法行為。從而醫師必須就他對病人已盡應有的說明義務，且經病人同意該侵襲性醫療行為等有利事實，負舉證責任，否則對於因此違法行為所產生之一切損害，不管醫療行為是否有疏失，醫師都有損害賠償責任。

---

<sup>72</sup> 侯英冷，前揭註 21 文，9 頁以下。

## (2) 人格權侵害說

人格權侵害說為學者之見解，認為如果該醫療行為，就病人的病情而言，為必要而不可或缺，而且其施行也符合當時醫療水準，該醫療行為即非德國民法第 823 條第 1 項所謂的侵襲性的身體傷害行為，因為以治療為目的的行為，並非出自傷害之意而施行。醫師說明義務所保護的法益，是一個獨立的權利法益，亦即病人對自己身體完整性的自主決定權，如果醫師對他所欲施行的醫療行為，未完全盡到說明義務，即是侵犯病人的自主決定權，若因此造成病人之損害，須對病人負損害賠償責任。

惟此說未被實務所接受，主要是對於醫師之行為控制與病人損害之填補功能不彰，因為對自己身體完整性的自主決定權的侵害，原則上係病人無法自主決定之傷害，因此屬於精神上的損害，而非經濟上的損害。

此外，德國聯邦最高法院認為，醫師之說明，應於進行診療行為之前為之，並預留合理期間，以供病人知悉，俾做出是否同意該診療之決定，至於預留之期間多久始屬合理，當然應於個案綜合一切情事決定之，一般而言，就手術可能伴隨之危險，於手術前一天予以說明，即屬合理。若醫師業已開始診療行為，而病人已經無法阻止該診療之進行時，醫師始向病人說明該診療行為之相關事項者，其說明之時期

顯然不合理，對於因此造成之損害，醫師仍應負責。例如，醫師先對病人施打鎮靜劑，嗣於將該病人推向手術房途中，始向病人說明，而由病人在手術同意書上親自簽名者，其簽名因非於醫師說明前之合理期間內為之，故為無效<sup>73</sup>。

### 3. 我國司法實務發展－最高法院 94 年台上字第 2676 號判決

#### (1) 案例事實（有關告知後同意的部份）

上訴人即自訴人之妻郭王○○於民國八十五年九月四日至八日間，在台南市立醫院接受心導管檢查，因被告丁○○未經告知郭王○○及其家屬實施心導管檢查之危險性即實施，致郭王○○因心導管檢查之併發症而死亡。郭王○○之夫以丁○○涉有刑法第二百七十六條第二項業務過失致死之罪嫌提起自訴，經第一審及第二審審理結果，均諭知被告無罪之判決。

#### (2) 最高法院見解

A. 為促進醫療事業之健全發展，合理分布醫療資源，提高醫療品質，保障病人權益，增進國民健康，乃有醫療法之制定。醫療法（舊法）第四十六條第一項規定：「醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫

---

<sup>73</sup> 詹森林，前揭註 13 報告，4 頁。

師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發病及危險，在其同意下，始得為之，但如情況緊急，不在此限」。其立法本旨係以醫療乃為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權。

B. 上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果、建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊、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、治療之成功率（死亡率）及醫院之設備及醫師之專業能力等事項。亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務。於此，醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務。

C. 上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病

人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。

### (3) 本案判決之貢獻

由上述判決內容可以看出，最高法院在本案中不僅完全接受了美國法上「告知後同意」之概念，並且對我國臨床實務中，究竟醫師在取得病人告知後同意時，其應審酌的事項為何，有清楚的說明，對告知後同意法則的具體化，有重大貢獻<sup>74</sup>：

- A. 最高法院在判決理由中，清楚地表達出病人「身體自主權」乃是醫師說明義務的上位概念，並直接將醫療法第四十六條（現行對應法條應為醫療法第六十三條）定性為保護病人「身體自主權」的法律。
- B. 告知後同意法則最困難的就是告知的範圍。最高法院在判決中列舉五種應說明事項，更進一步以一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療的可能，來界定醫師說明義務的範圍。
- C. 在本件判決中，可推論最高法院認為醫師的說明義務並非絕對的，在有「正當理由」的情況下，醫師的告知義務是可以例外免除的。
- D. 病人或其家屬在印有說明事項之同意書上簽名，與醫師是否

---

<sup>74</sup> 楊秀儀，「告知後同意法則之司法實務發展」，台灣本土法學雜誌 73 期，2005 年 8 月，213 頁。

已盡說明之義務，並無必然之關係。

## 第二項、民法第 184 條第 2 項

民法第 184 條第 2 項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」，是為獨立之一般侵權行為類型，兼具形式與實質的功能。

由於醫療法對於醫療機構及醫師課予各式各樣的法律上義務，故應探討的是，醫療事故發生時，醫療機構或醫師是否可能因違反義務，而被認定違反保護他人之法律，應負賠償責任。

無論診斷或治療等醫療行為，均受到醫療法之規範，且醫療法第 1 條即揭櫫其立法目的在於「提高醫療品質，保障病人權益，增進國民健康」，病人權益無疑為醫療法之保護範圍，則其規範內容中，對於醫療人員課以緊急醫療、充分告知、妥善醫療、保密、通知轉診、保存病歷等特定義務，既係針對病人利益而設，應認為係屬民法第 184 條第 2 項之保護他人之法律<sup>75</sup>。此於我國法院實務亦採相同見解<sup>76</sup>，相關規定可歸納如下：

1. 提高醫療品質，保障病人權益（醫療法第 1 條）。

---

<sup>75</sup> 陳聰富，前揭註 8 報告，4 頁。

<sup>76</sup> 最高法院 86 年台上字第 56 號判決；最高法院 92 年台上字第 2695 號判決；台灣高等法院台南分院 93 年上更（一）字第 20 號判決；台灣高等法院 95 年醫上易字第 1 號判決。

2. 提供適當之醫療場所及安全措施（醫療法第 56 條）。
3. 對危急病人，應即予以救治或採取必要措施（醫療法第 60 條）。
4. 實施手術或侵入性檢查、治療，應充分告知病人或其關係人等，並取得同意（醫療法第 63、64 條）。
5. 病人病歷應依限妥善保存（醫療法第 70 條）。
6. 對病人病情或健康資訊予以保密（醫療法第 72 條）。
7. 無法提供完整治療時，應建議病人轉診（醫療法第 73 條）。
8. 對於診治之相關情形，應充分告知病人或其關係人等（醫療法第 81 條）。
9. 醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意（醫療法第 82 條）。

據此，醫療法規定諸多醫療機構與醫師之法律上義務，此等義務對於病人之生命與健康，影響甚鉅，具有防止病人發生危害、保護病人權益之目的，屬於保護特定個人權益之法律，性質上為保護他人之法律，應無疑義。倘病人能證明醫療機構或醫師違反醫療法所規定之法律上義務，對於醫療機構或醫師之具有過失，即免負舉證責任，而得就其所受損害，請求醫療機構或醫師賠償<sup>77</sup>。

---

<sup>77</sup> 陳聰富，「醫療侵權之歸責原則（下）」，月旦法學教室，76 期，2009 年 02 月，101 頁。

### 第三項、民法第 186 條

民法第 186 條規定：「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人受損害者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。前項情形，如被害人，得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。」，此為有關公務員責任成立要件之規定。

於醫療訴訟，有關公立醫院醫師對於醫療過失之求償，是否得援引此規定，主張其賠償責任以病人無其他法律上救濟方法時，始告成立，即產生疑義。

按公務員發生侵權責任，除應符合民法第 184 所規定之要件外，其另應符合部分特別要件，並另有責任限制之規定<sup>78</sup>。

#### 第一款、特別要件

##### 1. 行為人須為公務員

此處之公務員，應指實質意義之公務員，亦即公務員服務法所指之公務員，不論是由於選舉或任用，對國家或公共團體負有忠誠義務者。因公務員之民事責任以違背應執行之職務為前提，是否違背職

---

<sup>78</sup> 黃立，前揭註 28 書，303 頁以下。

務，自應以公務員服務法為判斷基準。

## 2. 須違背應執行之職務

應執行之職務係因法律、命令、內部指令及一般法律原則而產生，且其行為不以公法上之職務為限，私法上之職務亦包括之<sup>79</sup>。但公務員非職務上之行為責任，仍應適用民法第 184 條之規定定其責任。

## 3. 對於第三人

所謂第三人，指其權利範疇因職務執行而直接或間接受影響者。但職務上義務至少須以保護個人利益為目的。

### 第二款、責任限制

1. 民法第 186 條第 1 項後段規定，公務員僅有過失時，於被害人不能依他項方法受賠償時為限，始負其責任。易言之，被害人需舉證說明，其他人在法律上不應負責任或無支付能力。且依 71 年台再字第 55 判決看法認為，所謂法律上之救濟方法，不以法律明文規定之救濟方法為限。
2. 依民法第 186 條第 2 項後段規定，公務員責任不應代替法律救濟程式，因此被害人應先依其他法律救濟程式補救，其如因故意或

---

<sup>79</sup> 不同見解見邱聰智，新訂民法債編通則（上），2003 年 01 月，199 頁以下。

過失，不依行政上或司法上之方法，謀求救濟，公務員即不負賠償責任。

因此，公立醫院醫師發生醫療過失行為，且其行為符合民法第186條規定之要件時，應負賠償責任。惟若病人未先依國家賠償法或其他救濟管道尋求救濟時，於醫療訴訟中，公立醫院醫師對於醫療過失之求償，自得援引民法第186條第1項之規定，主張其賠償責任需以病人無其他法律上救濟方法時，始告成立。

#### 第四項、民法第191條之3

民法第191條之3規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」，本條係參考義大利民法第2050條而制定，採推定過失責任，藉舉證責任的倒置，以保護被害人。其理由係鑑於從事危險事業或活動者製造危險來源、於某種程度控制危險且因而獲取利益，請求賠償時，被害人只需證明加害人之工作或活動之性質或其使用之工具或方法，有生損害於他人之危險性，而在其工作或活動中受損害即

可，不須證明加害人之過失及其間因果關係之存在<sup>80</sup>。

以下謹就民法第 191 條之 3 規定危險工作或活動責任的成立要件及醫療行為是否得為該條之適用類型，加以論述：

### 第一款、成立要件

#### 第一目、責任主體

民法第 191 條之 3 的責任主體係經營一定事業或從事其他工作或活動之人，且係從事危險工作或活動之人的「自己責任」，倘其受僱人有過失時，得另成立民法第 188 條所定僱用人責任<sup>81</sup>。

有學說認為，本條責任主體並非毫無限制，從法條解釋上，經營一定事業者，係例示規定；從事工作或活動之人，其工作或活動，應具有與經營事業相同之性質<sup>82</sup>，即就責任主體採取限縮解釋之立場，而認為本條係事業責任之立法。

惟從民法第 191 條之 3 之文法結構上來看，本條之責任主體要件間，應非例示與概括關係，而係選擇性關係，各自處於平等地位，僅需符合其一即可該當本條要件，事業責任說者，以文義解釋導出限縮解釋之見解，其理由尚非甚為堅強。從而，所謂其他工作或活動，無

---

<sup>80</sup> 民法第 191 條之 3 之立法理由，88 年。

<sup>81</sup> 王澤鑑，前揭註 7 書，259 頁以下。

<sup>82</sup> 陳自強，前揭註 7 文，38 頁。

需與經營一定事業有類似之關係存在，本條之適用對象，除事業外，尚可及於一般人之危險活動<sup>83</sup>。

## 第二目、工作或活動的危險

工作或活動的危險，包括工作或活動性質的危險，或其使用工具、方法的危險。依民法第 191 條之 3 的規範意旨，應依二項因素來加以判斷：具特別足以損害他人權益的危害性及此種危險得因盡相當注意而避免之。易言之，即須因危險事業、工作或活動所潛藏之危險，於活動過程中具體實現而致生損害於他人，從事危險事業、工作或活動之人，始負賠償責任。如其損害之發生與潛藏之危險無關，例如，出於他人之行為或不可抗力而發生者，從事危險事業、工作或活動之人，即無庸依本條負損害賠償責任<sup>84</sup>。

## 第三目、加損害於他人

本條所稱損害，除侵害他人權利外，是否尚應包括純粹經濟上損失在內，立法理由並未說明，學說亦有不同看法，主張否定說之理由為<sup>85</sup>：

---

<sup>83</sup> 邱聰智，「一般危險責任與法律適用—以責任主體之論爭為中心」，台灣本土法學雜誌 60 期，2004 年 07 月，142 頁以下；黃立，前揭註 7 文，67 頁。

<sup>84</sup> 邱聰智，前揭註 83 文，141 頁。

<sup>85</sup> 王澤鑑，前揭註 7 書，270 頁；陳自強，前揭註 7 文，41 頁。

1. 現代意外事故所造成之損害，不外係因人身侵害或對物侵害而致，若將民法第 191 條之 3 定性在現代科技危險所致之意外事故損害賠償法，直接侵害之對象，應係生命權、身體健康權與所有權，其他權利或純粹財產上損害，則不與焉。立法者所以未特別強調保護客體，毋寧係因事屬當然，而非有意擴張之。
2. 民法第 184 條係區別權益而設不同的保護規定，民法第 184 條第 1 項旨在保護權利，以故意或過失為要件，此乃侵權行為的基本原則，不因民法第 191 條之 3 採推定過失責任而有不同。在立法上嚴格其責任者，多縮小其受保護權益的範圍，不應一方面嚴格其責任，他方面又擴大其保護的客體，致責任要件與權益保護範圍，失其平衡。

事實上，本條所稱損害，與侵權行為各條規定（民法 184 至 198 條）所稱損害，應無不同，是其含義上應包括財產上損害及非財產上損害，至於其損害之發生，與民法第 184 條第 2 項意義相同，係源於權利被侵害或利益被侵害，應非所問<sup>86</sup>。

#### 第四目、因果關係

民法第 191 條之 3 侵權責任的成立，須工作或活動危險與加損害

---

<sup>86</sup> 邱聰智，前揭註 83 文，141 頁。

於他人間有因果關係。被害人對工作或活動的危險須負舉證責任，其因果關係則由法律推定，蓋此屬加害人得控制領域，惟加害人得舉證推翻之，此種因果關係屬責任成立上事實的因果關係。

#### 第五目、推定過失

民法第 191 條之 3 採推定過失，倒置舉證責任，加害人須證明於防止損害之發生已盡相當注意，始能免責。此應就個案，依工作或活動的危險性質、危害性、發生可能性、防範避免危害的代價等加以認定，實務上案例並不多。

#### 第二款、醫療行為之適用

醫療行為是否為民法第 191 條之 3 所稱危險的工作或活動，係實務上重要問題，實務<sup>87</sup>、學說<sup>88</sup>多採否定見解，其理由為：

1. 按民法第 191 條之 3 之立法理由，適用之情形僅限於從事危險工作之企業或製造危險之活動者，從事危險事業或活動者於某種程度控制危險，因危險事業或活動而獲取利益，而醫療行為在性質

---

<sup>87</sup> 台灣高等法院 89 年重上字第 114 號判決；台北地方法院 90 年訴字第 2760 號判決；台北地方法院 91 年重訴字第 2151 號判決；台北地方法院 92 年醫字第 6 號判決；台灣高等法院 92 年上字第 853 號判決；台灣高等法院台南分院 93 年上字第 124 號判決；台灣高等法院 94 年醫上字第 3 號判決；最高法院 95 年度台上字第 2178 號判決；最高法院 96 年度台上字第 450 號判決。

<sup>88</sup> 王澤鑑，前揭註 7 書，269 頁；陳自強，前揭註 7 文，40 頁；陳聰富，前揭註 8 報告，3 頁。

上迥異於立法說明列舉之危險活動，不應將其涵蓋在內。

2. 醫療過程中之危險，肇因於未為醫療而因疾病惡化造成之風險，係由疾病所造成，而非因現代科技之發展以致之。
3. 醫師於醫療過程中並未因其工作或活動而製造或增加原來所無之危險，再者，醫師對醫療行為之危險，並無法管領或不因管領使用而獲利。
4. 醫療目的乃在避免疾病本身之危險，醫療行為縱以企業方式為之，但所欲獲取之利益主要為病人之健康，非以費用之收取為主要目的。

惟查，關於損害的歸屬原則主要有過失責任原則與危險責任原則兩大系統。規範功能如果設定在損害的防範，則傾向於適用過失責任原則，此為補償正義在損害賠償法上的表現；反之，其功能如果設定在系爭損害之分散，則傾向於適用不以過失為要件之危險責任原則，此為分配正義在損害賠償法上的表現。

醫療行為對於病人之身體或健康必有侵入，從而其為一種危險的事業活動或工作，自不待言。其與危險責任有關部分正是在醫療損害的歸屬上，必須從分配正義慎予探討決定的問題。民法第 191 條之 3 既對於經營一定事業或從事其他工作或活動之人，規定其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損

害應負賠償責任。則除非另有排除醫療行為之特別規定，否則不應將其範圍限縮，因醫療行為所引起之醫療即有該條規定之適用<sup>89</sup>。



---

<sup>89</sup> 黃立，前揭註7文，66頁；黃茂榮，前揭註7書，18、49頁。

#### 第四節、消保法之服務責任損害賠償請求權

現行消保法第 7 條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」（第 1 項），「企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶責任，但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任」（第 3 項）。

如前所述，自 87 年 1 月 2 日，台北地方法院於馬偕醫院肩難產民事判決中認為醫療訴訟得有消保法之適用後，即在學界及醫界引發廣泛的討論，在實務界亦產生法律見解不一的現象。先前的爭議重點在：病人是否為「消費者」、醫療行為是否為消保法所稱之「服務」、醫療機構是否為「企業經營者」等問題。

於 93 年 4 月 28 日增訂醫療法第 82 條，明定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意（第 1 項），醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任（第 2 項）」後，另產生醫療法第 82 條第 2 項之增訂，將醫師及醫療機構之民事責任定位為過失責任，是否已明文排除消保法無過失責任規定適用之疑義。以下擬針對幾個問題點加以論述：

## 第一項、病人是否為消費者

關於「消費者」之概念，依消保法第2條第1款之規定，指以消費為目的而為交易、使用商品或接收服務者。按人類之經濟活動範圍，大概可區分為「私人活動領域」與「職業活動領域」二部份，行為人從事交易或實際使用商品或服務之目的，如係基於其個人、家庭或其他私人生活上之需要者，不論係有償行為或無償行為，行為人有無支付一定之對價，亦不論是否具有商業交易之性質，應將其認定為是以消費為目的之行為；反之，行為人從事交易或實際使用商品或服務之目的，如係基於其職業活動範圍上之需要或與其職業活動有關，其目的在將因而所取得之商品或服務予以設計、加工、轉化以便再行出售者，即非以消費為目的之行為<sup>90</sup>。

易言之，所謂消費行為，乃一為達成生活目的之行為，凡是基於求生存、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，均屬消費行為。而醫療服務之行為，核其性質，自接受醫療服務者觀之，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<sup>91</sup>。

亦即，以病人赴醫療機構求醫就診之行為而言，係以醫療服務之

---

<sup>90</sup> 陳忠五，前揭註1文，47頁。

<sup>91</sup> 台北地方法院85年訴字第5125號判決。

提供者具備專業知識、技術與資訊，基於滿足其私人生活上需要之目的所為之行為，且其接受醫療服務並不再用於生產或行銷目的。從而，病人請求提供或接受醫療服務之行為，是一種消費行為，病人是消保法上之消費者，應無疑義<sup>92</sup>。

## 第二項、醫療行為是否為消保法所稱之服務

消保法及施行細則研議制定時，僅就「商品」設定義性條文，對「服務」則未加以任何定義，亦未對之作任何限制，從而理論上，任何具有一定經濟價值的勞務供給，不論其為有形的（如運送、修繕、清洗工作等）或無形的（如供給信用、專業意見諮詢或建議等），均應包括在服務範圍之內。依據此項觀點，醫療行為無論是檢查、診斷、處方、用藥、手術或其他處置等，均是一種服務<sup>93</sup>。

國外立法例就產品以外，對於瑕疵服務責任作一般性規範之嘗試，僅見於歐體執委會所訂之瑕疵服務責任歐體準則草案，該準則第二條規定：「本準則稱服務，指以商業基礎或以公共服務或以獨立方式，所為之交易，不論其有無對價，而其直接及全部之標的，並非動

---

<sup>92</sup> 陳忠五，前揭註1文，48頁。

<sup>93</sup> 陳忠五，「醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題」(上)，台灣本土法學雜誌，36期，2002年7月，55頁。

產之製造、有體或無體財產權之移轉者。對於包裹旅遊或廢棄物品之服務，或損害已經會員國或歐洲共同體批准之國際條約規定所涵蓋之責任，不適用之。」。

如前所述，消保法對於服務本身未作進一步之定義與限制，如參考比較法之定義加以解釋，消保法所稱服務，並不以與商品有關聯者（配銷服務業：如運輸、批發、零售、進出口貿易等）為限，與商品無關之服務業，如社會服務業（醫療、教育等）、生產者服務業（如律師、會計師、通訊、金融、保險等）、個人服務業（如餐飲、旅館、修理等），均在其規範之範圍內。基於憲法上的平等原則、醫療行為並不具有特殊性足以將其排除及無類似歐體草案的除外規定等理由，因此，消保法在適用上並無將醫療行為除外之必要<sup>94</sup>。

### 第三項、醫療機構是否為企業經營者

關於「企業經營者」之概念，消保法第2條第2款將之定義為：以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者，施行細則第2條復規定：「本法第2條第2款所稱營業者，不以營利為目的者為限。」。由本款定義觀察其包括範圍極廣，農、林、漁、牧產品

---

<sup>94</sup> 黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任」(二)，月旦法學教室雜誌，10期，2003年8月，75頁。

的生產者，或者服務的提供者，皆係消保法之企業經營者<sup>95</sup>。

此外，在台北地院 85 年度訴字第 5125 號民事判決後，該案被告馬偕醫院於第二審上訴時，提出抗辯指出：醫療專業服務不若商業或一般服務業之營利性質，蓋醫院診所對於危急病人負救治義務，此公法上強制締約之義務，實已剝奪選擇相對人之締約自由，且醫療費用之收取係由主管機關核定，醫療服務提供人也無決定收費多寡之自由，故醫療服務具有濃厚的公益色彩，其終極目標不是利潤，而是改造人類的生命，自不能與一般營利服務業同視。

然而，縱然醫療機構對於危急病人負有救治義務，且醫療費用之收取亦係主管機關核定，係為醫療法第 21 條、60 條所明定，堪認醫療行為不若商業或一般服務業之營利性質；惟此等有關醫療行政之規定，乃基於生命及身體健康無價，而醫療行為與人之生命、健康密切相關之特殊本質，在於加重提供醫療服務者之責任，憑以為減輕責任之依據，自非可取。況消保法第 2 條第 2 款之營業並不以營利之目的為限，復為施行細則第 2 條所明定，自不得以企業經營者有無營利性質為是否適用消保法之依據<sup>96</sup>。

---

<sup>95</sup> 黃立，前揭註 94 文，81 頁。

<sup>96</sup> 台灣高等法院 87 年上字第 151 號判決。

#### 第四項、近年實務判決情形

現行醫療法第 82 條規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意（第 1 項），醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任（第 2 項）」。<sup>97</sup>在本條修訂後，有關醫療訴訟之判決，多採排除消保法第 7 條適用之見解，其判決之理由主要可歸納為以下數點說明之<sup>97</sup>。

1. 消保法第 1 條第 1 項規定「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。」，其立法目的，乃藉由無過失責任制度，課以製造商採取不讓危險商品流入市面，或以其他安全商品替代，使危險商品退出市場，以減少危害之發生。而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，就病人之病情綜合考量，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人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人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」中最重要之類型，對以保護消費者權益為最

---

<sup>97</sup> 最高法院 95 年台上字第 2178 號判決、96 年台上字第 450 號判決、96 年台上字第 2738 號判決及 97 年台上字第 741 號判決。

高指導原則之消保法而言，顯然有所違背，亦不能達成消保法第一條第一項之立法目的。

2. 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，就病人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，並非病人與社會之福，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。
3. 醫療法第 82 條第 2 項既明定醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任，就醫事行為之損害賠償責任，非採無過失責任，與消保法規範之無過失責任體系相悖，足證醫療行為應排除在消保法之適用。

## 第五項、小結

醫療法第 82 條第 2 項增訂後，將醫師及醫療機構之民事責任定位為過失責任，有學者即認為雖原行政院草案之第 82 條第 3 項規定「前項情形，不適用消費者保護法之規定」並未通過，惟其係因學說與實務對於醫療行為是否應適用消保法之服務無過失責任，在發生重

大激烈爭辯過程中，立法者對於醫療事故責任採取之政策選擇。因而若仍然解釋消保法為保護消費者之特別法規，相對於醫療法應優先適用，顯然與醫療法修訂之立法政策背道而馳。是以，在法律適用上，醫療法第 82 條第 2 項應優先於消保法第 7 條之適用<sup>98</sup>。

惟當初原行政院草案之第 82 條第 3 項規定「前項情形，不適用消費者保護法之規定」並未通過，足見立法者無意將醫療行為排除消保法之適用，此次醫療法修正只是提供消費者另一種可以對醫療機構及醫師損害賠償請求權的基礎，病人於醫療訴訟之請求，應仍可依據消保法第 7 條而為主張<sup>99</sup>。

---

<sup>98</sup> 陳聰富，「醫療侵權之歸責原則（上）」，月旦法學教室，75 期，2009 年 01 月，91 頁。

<sup>99</sup> 黃立，前揭註 3 報告。

## 第三章、醫療訴訟之舉證責任分配

### 第一節、概說

民事訴訟法所定解決當事人紛爭之程序，係就當事人所提出之請求，包含聲明與支持其聲明之相關原因事實之主張與證據，予以審理，斟酌當事人所提出之證據資料與辯論之意旨，依自由心證而認定事實，再基於所認定之事實為法律適用，以判斷原告之請求於法律上是否有理由，進而確定當事人實體法上之權利義務關係。

所謂舉證責任係在法院無法由調查證據之結果與言詞辯論之意旨而得心證時，判斷應由原告或被告負擔敗訴風險之標準，一般稱之為實質之舉證責任，亦即大多數學說通稱之客觀之舉證責任，其意義係在待證事實之存在無法證明為存在、令法官得到確切之心證時，法官應對負舉證責任之人下敗訴判決，亦即負舉證責任之一方應承擔敗訴之不利益。此外，當事人在辯論主義審理原則下，為避免遭受敗訴之判決與不利益，應儘可能提出有利於己之事實主張、證據等各種攻擊防禦方法，稱之主觀舉證責任，或證據提出責任<sup>100</sup>。

我國民事訴訟法第 277 條原規定：「當事人主張有利於己之事

---

<sup>100</sup> 楊淑文，「從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準」(上)，台灣本土法學雜誌 60 期，2004 年 7 月，51、52 頁。

實，就其事實有舉證之責任」，其立法理由乃認此原則理論上最為正當，且為古來各國所有立證責任之法則。而依上述之客觀舉證責任原則，在醫療訴訟中，自係以病人之舉證責任困難為其核心之問題。其因素為<sup>101</sup>：

1. 醫師與病人專業知識掌握度之明顯落差。
2. 病人取證之困難。
3. 鑑定人之公正信與可信度不被充分肯認。
4. 病人缺乏專業知識，難期待其於損害與醫療瑕疵間之關聯能為正確判斷，此一知識落差之不平等，且不能由聘任律師而獲得解決。
5. 當病人在手術及治療期間，乃置於醫師或醫療機構所掌握之領域，無論相關人員、設備之安排與使用，及關於醫療過程中病歷之記載等，皆由醫師負責主宰，病人少有參與及影響。
6. 法官欠缺醫療專業知識，對於醫師所為陳述或鑑定人之意見無審查與監控能力。

修正後之民事訴訟法第 277 條增列但書規定：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」，其修正理由主要係因「僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難。故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉

---

<sup>101</sup> 姜世明，前揭註 1 文，6 頁。

證責任之分配。尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免發生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，爰於原條文之下增訂但書」。

該條修正立法理由中明示在醫療糾紛事件中，注意對於舉證責任分配一般原則進行減輕及調整，應為對於程序法中武器平等原則予以重視之表徵<sup>102</sup>，以下擬就舉證責任分配原則、武器平等原則及舉證責任減輕的方法加以論述。



---

<sup>102</sup> 姜世明，「醫師民事責任程序中關於可歸責性要件之舉證責任」，法學講座 28 期，2004 年 7 月，96 頁。

## 第二節、舉證責任分配原則

舉證責任分配原則可區分為舉證責任分配之一般原則及舉證責任減輕。所謂舉證責任一般原則係為追求通案正義，促進法律安定性，達成憲法平等對待之要求，所確立之真正舉證責任分配規則，即係為解決在訴訟上若事實真偽不明時，法院應為如何裁判，應將該事實不明之不利益歸屬於何人之法則；至於舉證責任減輕，則係著眼於一般原則之適用可能忽略個案上之特殊性，而造成實質正義（平等）之破壞，因而於若干因素存在時，乃容許經契約、法定或實務創設，就一般舉證責任分配原則予以悖離。以下擬分述之：

### 第一項、舉證責任分配一般原則<sup>103</sup>

於德國，係以 Rosenberg 之規範理論為舉證責任通說，所謂規範理論乃若無某特定法條適用將遭敗訴之當事人，應就該法條要件於實際上已存在（實現）之事實，負主張及舉證責任，亦即各當事人應於其有利之規範要件為主張與舉證。Rosenberg 並認為舉證責任分配之問題已在民法立法時為立法者所考慮及安排，而舉證責任之分配即得

---

<sup>103</sup> 姜世明，前揭註 1 文，6 頁以下；姜世明，新民事證據法論，學林文化事業，2004 年 1 月，181 頁以下。

自法律規範間獲得。依其見解，法律規範可區分為權利發生規範、權利妨礙規範、權利消滅規範及權利抑制規範，主張權利存在之人應就權利發生要件存在之事實負舉證責任；反之，否認權利存在之人應就權利妨礙法律要件、權利消滅法律要件及權利抑制法律要件存在之事實負舉證責任。規範理論經 Rosenberg 提出後，於德國乃蔚為通說，雖經學者批判並試圖提出取代性理論，迄今其重要性仍屬未減。

在我國，學說與實務就舉證責任分配原則，一般係採取與規範理論相仿之特別要件說，所謂特別要件說係指依實體法之規定，將法律上效果之發生所必要之法律要件事實，分為特別要件事實及一般要件事實，主張權利或其他法律上效果存在之當事人，就該權利或法律效果發生之特別要件事實負舉證責任，而於該權利或法律效果之一般要件之欠缺，則由對造負舉證責任；主張已發生之權利或其他法律上效果之變更或消滅者，應就其變更或消滅之特別要件事實，負舉證責任，而其變更或消滅所必須之一般要件之欠缺，則由對造負舉證責任

104。

特別要件說固提供法院於決定舉證責任歸屬之裁判準則，其於法律安定性之實踐具有重要意義，但就若干現代型訴訟，例如產品責任、公害責任、醫療責任等訴訟類型所發生之證據偏在與武器不平等

---

<sup>104</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，自刊，2004年09月，403頁。

之問題，均不能提出有效之解決方法。準此，若依分配一般原則所確立之舉證責任歸屬，於某當事人屬於不可期待者，法院即有就舉證責任分配一般原則所得結果，依事件性質與證據偏在之嚴重性，加以調整之必要。

## 第二項、舉證責任減輕

### 第一款、武器平等原則之適用

所謂武器平等原則指在訴訟程序上，必須保障兩造享有地位平等、機會平等以及風險平等，其係源自於憲法所保障之平等權保障之要求。就地位平等而言，係指當事人不論係攻擊者（原告）或防禦者（被告），亦不論其在訴訟外之實體法律關係是否有上下從屬關係，在訴訟上，均享有相同之地位；就機會平等而言，指當事人享有平等接近、利用法院以及提出攻擊防禦方法之機會；就風險平等而言，則指訴訟之勝敗風險，對兩造當事人應為平等之分配，不應由一造負擔較高之敗訴不利益風險。此不僅為形式上之平等，亦須為實質平等之保障，在立法制度及法律之解釋適用上，必須使有意主張權利之人均能有機會使用訴訟制度，且為其排除主張權利之障礙<sup>105</sup>；法官亦負有

---

<sup>105</sup> 沈冠伶，前揭註 11 文，28-29 頁。

經由客觀公正程序主張，無成見地使用與評價當事人雙方之主張，無偏私地運用法律及履行其他程序上義務，以確保當事人平等，亦即，惟經由武器平等原則，乃得強化正確判決獲得之可能性。民事訴訟法第 277 條但書規定之立法理由中，認為關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，若依一般舉證責任分配原則，則難免發生不公平，應即蘊含對於武器平等原則之肯認<sup>106</sup>。

## 第二款、舉證責任減輕的方法

舉證責任減輕之方法，基本上可區分為訴訟前、訴訟中之舉證責任減輕，及實體法、程序法之舉證責任減輕。所謂訴訟前之舉證責任減輕，乃指在訴訟前經由私人間協議（證據契約）或由法律、實務承認之資訊請求權（如文書審視權），對一造當事人之舉證責任予以減輕；而訴訟中之舉證責任減輕，則指在訴訟中，經由法律、實務承認之方式，減輕一造當事人之舉證責任。至於所謂實體法、程序法之舉證責任減輕，前者係指由實體法明文承認之資訊義務及舉證責任減輕規定，後者係由程序法或實務所構設舉證責任減輕之方法。本文謹就在醫療訴訟中，法院主要所得運用程序法之舉證責任減輕方法，包括

---

<sup>106</sup> 姜世明，前揭註 1 文，6 頁以下。

表見證明與事實說明自己、證明妨礙、加強非負舉證責任當事人之協力義務、強化法院職權探知、舉證責任轉換等，加以介紹<sup>107</sup>：

## 第一目、表見證明與事實說明自己

### 1. 表見證明

表見證明乃指法院基於一般生活經驗而推得之典型事象經過，由某一定客觀存在事實（不爭執或已得完全確信者），而推斷另一於裁判具重要性待證事實證據之提出過程。例如貨車司機將貨車開上人行道而傷害行人，此際，由貨車開上人行道之客觀事實，於一般生活經驗上言，若別無其他特殊原因，通常可推斷貨車司機有故意過失之事實。

表見證明並非舉證責任轉換，而為一種特殊之事實上推定，其運用範圍主要係因果關係及可歸責性二者，其理由係因交易常情與生活經驗於二者之構成要素具有重要意義，我國民事訴訟法第 282 條規定：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」，應為表見證明之明文。

---

<sup>107</sup> 沈冠伶，前揭註 11 文，31 頁以下；姜世明，前揭註 103 書，210 頁以下；姜世明，民事證據法實例研習暨判決評釋（二），新學林，2006 年 11 月，75 頁以下。

在德國醫療訴訟實務上，早在帝國法院時期即已適用表見證明原則，以減輕原告之舉證困難。於此，在已確定原告受有身體健康上損害，而該損害依一般醫學經驗法則乃「典型地」係某一失敗醫療行為之結果，或因失敗醫療行為之可歸責性（過失）而生時，則可推定損害與醫療行為間之因果關係，或推定該醫療行為之過失。以下茲舉例說明之：

(1) 因果關係之表見證明：

- A. 將病人與另名患有猩紅熱之病人置於同一病房，而該病人隨後亦患有猩紅熱，則依表見證明原則，推定二者間有因果關係。
- B. 醫師於病人出現血液循環不良時，未立即拆除為治療腿部骨折所綁之石膏繃帶，於其後發生組織壞死而不得不截肢之結果，則推定截肢結果與未拆除繃帶之間具有因果關係。
- C. 出現肩難產之情況，助產士僅採取較大力量轉動並牽引胎兒方向，而未由醫師採取會陰切開處置，則出生後之嬰兒於卡住之肩部發生神經叢損害結果時，則推定損害與接生過程之處置有因果關係。

(2) 過失之表見證明：

- A. 病人於牙科手術時，吞下一支未固定之神經針，則推定醫師有過失。

B. 在外科手術使用熱燒灼器卻生皮膚灼燒時，則推定係醫師未注意使用規則而有過失。

C. 在肌肉注射後，立即發生麻痺現象，亦推定醫師有過失。

雖然表見證明原則得減輕原告之舉證困難，惟有鑑於人體組織之不同狀況、醫療處置之條件有所不同，在醫療訴訟中，基於個案之情形，常被認為欠缺一定之「典型性」，而不適用表見證明原則，縱認得使用表見證明原則而為暫時之推定，但由於醫師較容易提出存在有一反於典型因果歷程之證據，而較容易推翻過失或因果關係之推定。

## 2. 事實說明自己 (Res Ipsa Loquitur)

類似於表見證明原則，在英美法上則有事實說明自己原則，以下謹介紹事實說明自己原則之源起、要件、原告之舉證程度及我國實務之適用情形<sup>108</sup>：

### (1) 事實說明自己之源起

事實說明自己原則係源自於十九世紀英國之案件 *Byrne v. Boadle* 乙案，其後被引進美國，並在 John Wigmore 教授之證據法教科書中，確立此項原則。

在事實說明自己原則下，若原告主張之事實符合要件，而被告無

---

<sup>108</sup> 陳聰富，「美國醫療過失舉證責任之研究」，醫療過失舉證責任之比較法研究學術研討會報告，2005年12月24日，2頁以下。

法舉證推翻原告之主張時，其所生之法律效果有三說：

- A. 第一說認為，事實說明自己原則發生過失推定之效果，若被告無法舉證推翻原告之主張，法院得判決原告勝訴。
- B. 第二說認為，事實說明自己原則發生說服責任移轉於被告之效果。亦即，原告引用事實說明自己原則後，只需舉證百分之五十的可能性，而無需依據「比不可能還可能」之標準舉證超過百分之五十一的可能性。
- C. 第三說認為，在符合事實說明自己原則之要件下，該案件得交由陪審團推論被告過失是否存在，即陪審團得據以認定被告之行為具有過失。

第三說目前為多數美國法院所採，依據此說，病人對於其因醫療過程中造成之傷害，雖然無法以直接證據證明係因醫師之過失而造成，或無法證明該傷害與醫師之醫療行為是否具有因果關係，但只需病人依據事實情況證據，輔以專家證言，得以認定醫師之行為，為病人損害發生之可能原因時，即得經由陪審團推論，醫師之醫療行為對於病人之損害具有過失及因果關係存在。此時除非醫師對於病人之損害，提出充分之證據，證明原告受害之原因，非因其過失行為所致，否則即應負擔損害賠償責任。

## (2) 事實說明自己之要件

根據 Wigmore 教授及美國多數法院之判決，原告必須證明以下要件始得適用事實說明自己原則，而推論被告具有過失：

A. 無過失則損害不發生

美國法院在以下案例，認為若無被告之過失行為，原告之損害不會發生，因而得推論被告具有過失：

- a. 被告之 X 光機掉落，傷及病人，法院認為係因未妥善放置 X 光機所致<sup>109</sup>。
- b. 原告在接受膝蓋手術後，併發腓骨與脛骨神經癱瘓，醫師專家證稱，雖無法指出醫師於何種特定行為未妥適進行，但被告醫師之行為低於適當之注意標準，在被告無過失時，原告之傷害通常不會發生<sup>110</sup>。
- c. 病人接受扁桃腺切除手術，於縫合時縫針斷裂，並刺進病人喉嚨，造成病人術後無法復原仍覺疼痛。法院認為，病人於開刀房中，於昏迷狀態下發生與原手術無關之傷害，應可認為若非被告之特定過失，縫針不會斷裂<sup>111</sup>。
- d. 病人於肺部組織檢查時，突然心臟暫停，導致神經系統及腦部

---

<sup>109</sup> Tucson Gen. Hospital v. Russell, 437 P. 2d 677, 680(1968)

<sup>110</sup> Hale v. Venuto, 137 Cal. App. 3d 910, 919(1982)

<sup>111</sup> Holiday v. Peden, 359 So. 2d 640, 644(1978)

損傷，法院認為有事實說明自己原則之適用<sup>112</sup>。

#### B. 被告有排他性控制力

被告必須對於造成傷害之工具或方法具有控制力，即原告必須證明被告對於系爭工具或方法具有無可推卸的控制義務，且造成原告之傷害或損害。例如，在手術過程中，由於護士之過失，留置紗布於病人體內，仍應認為外科醫師因而必須對原告之損害負責。

#### C. 原告行為不具原因力

原告對於損害之發生具有原因力者，不得主張適用事實說明自己原則。例如，病人因癲癇症病發，自醫院的病床上摔落，撞擊暖氣機而受傷，請求被告醫院賠償。法院認為，原告自行將病床移動到暖氣機附近，對損害之發生具有原因力，不適用事實說明自己原則<sup>113</sup>。

然而，在另一案件中，精神科醫師將具有自殺傾向的病人，安排住在二樓靠近窗戶邊的床位，該病人最後跳樓死亡。法院認為，本件死者之自願行為並非死亡之可歸責原因，因而雖有死者之行為參與，導致事故發生，仍得適用事實說明自己原則<sup>114</sup>。

### (3) 原告之舉證程度

路易斯安那州法院認為，在適用事實說明自己原則時，原告對於

---

<sup>112</sup> Hoven v. Kelble, 79 Wis. 2d 444, 454(1977)

<sup>113</sup> Wendover v. State of New York, 63 Misc. 2d 368, 374(1970)

<sup>114</sup> Meier v. Ross Gen. Hospital, 69 Cal. 2d 420, 431(1968)

得推論被告過失存在之情況，雖負有舉證責任，惟原告之舉證無須否定所有其他損害事故之可能原因，或證明其他損害原因不存在，而僅需證明被告過失為最可能之原因即可<sup>115</sup>。易言之，只需舉證之事實，足以認為被告之過失，為損害事故最可能的解釋，即可適用事實說明自己原則，原告無須明確證明，被告之何種過失行為，導致損害發生<sup>116</sup>。

#### (4) 我國實務

我國醫療訴訟採取事實說明自己原則者，首見於台北地院 89 年重訴字第 472 號判決。該判決認為，子宮肌瘤切除手術會傷到輸尿管的機率僅約百分之一，足見於通常情形，該種手術並不會傷到輸尿管，且手術結果或產生之影響亦與泌尿系統之腎臟無關。但於本案中，病人最後卻必須切除左腎，而事故發生之情形又完全在醫師之掌控範圍內而無其他因素介入，因而有事實說明自己原則之適用，認定身為原告之病人業已舉證完成，而應由被告之醫師及醫療機構舉證其無過失，否則即應負擔損害賠償責任。本件判決適用事實說明自己原則，適當解決醫療訴訟當事人間之舉證責任分配，符合公平原則，應值肯定。

---

<sup>115</sup> Boudreaux v. American Insurance Co., 262 La. 721, 763(1972)

<sup>116</sup> Walker v. Union Oil Mill, Inc., 369 So. 2d 1043, 1048(1979)

## 第二目、證明妨礙

我國民事訴訟法第 282 條之 1 第 1 項規定：「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實」，此為證明妨礙之明文。其增訂理由為：當事人以不正當之手段妨礙他造之舉證活動者，例如故意將證據滅失、隱匿或有其他致礙難使用之情事，顯然違反誠信原則；為防杜當事人利用此等不正當手段以取得有利之訴訟結果，並顧及當事人間之公平，爰增設本條。於第 1 項規定，當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實；即法院得審酌當事人妨礙他造舉證之態樣、所妨礙證據之重要性等情形，依自由心證認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，以示制裁<sup>117</sup>。

在醫療訴訟中，病歷資料乃判斷是否具有醫療瑕疵、錯誤之重要證據，如醫師未就某一必要之診察結果做成紀錄，或就病歷紀錄未為適當保管，即可能造成當事人舉證上之困難。蓋無法確定醫學上應為之診斷結果究竟為何，則無法進一步判斷，醫師就該結果是否有正確

---

<sup>117</sup> 民事訴訟法第 282 條之 1 第 1 項增訂理由，89 年。

之認識，是否該採取一定之醫療處置，而該處置是否對病人之健康狀況有正面之作用，以致於關於診斷錯誤、治療瑕疵或因果關係之判斷等情事，在證明上均產生困難。

準此，為使醫療過程能予以回溯，不論就醫師或病人而言，記載詳實之病歷或醫療紀錄，乃醫療訴訟中最重要之證據方法之一。病歷之作成，不僅具有實體法上義務之性質，亦應承認具有證據法上義務之性質。由於掌握病歷者為醫師或醫療機構，因此，如病歷有所欠缺、不完整，或根本未為製作，而使得醫療行為是否有過失或因果關係難以證明時，此程序上之不利益不應由病人負擔，而宜適用證明妨礙之規定，減輕病人之舉證責任。

### 第三目、加強非負舉證責任當事人之協力義務

#### 1. 事實具體特定之協力

在民事訴訟上，原告為使其訴訟上請求為有理由，原則上必須陳述導致發生特定法律效果之要件事實（主要事實）、有助於推認該要件事實之間接事實，以及證明主要事實或間接事實所必要之證據。不過，就構成要件事實負主張責任而應為具體陳述之原告，如處於該事實之發生及過程外，而欠缺認識，亦無進一步認識之可能性時，若仍要求其須為具體陳述，否則不構成適格之主張，顯屬過苛。

在醫療訴訟中，由於病人並不具醫學專業知識，要求其提出本於醫學專業知識始能陳述之事實，並不符合程序上實質之武器平等。因此，關於醫學事實之陳述，應降低病人陳述之具體化要求，而容許其先僅大略陳述，何項醫療行為為其認為有瑕疵，以及何項損害是基於該行為而生。至於醫師或醫療機構曾為之醫療行為及其應採取之醫療措施具體為何，不應使病人負具體化之陳述義務，而宜經由法院闡明，促使被告協力解明，其所採取之醫療行為及預防措施為何。

亦即，若醫師或醫療機構就該事實顯已具有認識，或可期待其為認識而得補充病人之陳述時，基於訴訟法上之誠信原則，以及當事人對於法院所負之促進訴訟義務，即使醫師或醫療機構本不負主張責任及舉證責任，法院亦可依民事訴訟法第 268 條之規定，要求其就特定事項詳為表明，而促其就與病人所主張之權利構成要件相關或相反之事實為具體化陳述。

## 2. 證據方法具體特定之協力

此外，當事人為證據聲明時，尚應就作為證據之對象予以特定，於當事人有特定之困難，且不可期待其自行予以特定時，法院得依新增定之民事訴訟法第 342 條第 3 項規定，命他造為必要之協助。於醫療訴訟中，文書資料常僅存於醫師或醫療機構之一方，並遭嚴密管理

中，故病人幾不可能獲取該文書資料，因此病人依該條第 1 項規定聲請法院命執有文書之醫師或醫療機構提出文書時，如一律令其表明應命提出之文書及其內容，有時確有困難。為貫徹當事人訴訟資料使用平等原則，及便於發現真實並整理爭點，以達到審理集中化之目標，明定聲請發文書提出命令之病人，就聲請應命提出之文書及其內容之表明顯有困難時，法院於衡量實際情形，認為適當者，得命醫師或醫療機構為必要之協助<sup>118</sup>。

#### 第四目、強化法院職權探知

民事訴訟雖原則上採行辯論主義，而在個案訴訟事件中，被告就事案之解明，亦負有上述之協力義務，但其為求勝訴，亦未必依真實義務、完全義務，提出不利於己之事實。為貫徹實質之武器平等原則，並求真實之發現，法院於斟酌兩造當事人之程序利益及實體利益後，如有必要，宜依職權探知事實、調查證據。以下謹就法院實際得處置方式及裁判上之重要事實，加以介紹：

#### 1. 法院實際得處置方式

- (1) 依民事訴訟法第 203、269 條之規定，命當事人本人到場陳述事件發生經過，或命其或第三人將一定之文書資料提出於法院，

---

<sup>118</sup> 民事訴訟法第 342 條第 3 項增訂理由，89 年。

(2) 命為鑑定，使裁判上重要之事實證據儘可能於訴訟程序前階段提出。

(3) 依民事訴訟法第 288、372 條之規定，依職權調查證據或保全證據。

## 2. 裁判上之重要事實

### (1) 醫學專業之事實

本於醫學專業始能陳述之事實，就欠缺醫學專業知識之病人，不可期待其應為提出，而宜由法院協力蒐集之。

### (2) 醫療行為之過失

醫療處置通常係由一連串之醫療行為所構成，其間在何環節上有所疏失，病人通常亦無能力一一予以檢閱並說明，宜由法院職權探知。

### (3) 因果關係

身體或健康上之損害結果，可能係基於多種不同之醫學上原因，就此，對於不具醫學背景之病人，較之於過失存在，更難以具體陳述，而宜由法院職權探知。

### (4) 損害

病人已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額或證明顯有

重大困難之情事時，如強令其舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟原則。遇有此種情形，法院應審酌一切情況，依所得心證酌定損害賠償之具體數額，以示公平<sup>119</sup>。

## 第五目、舉證責任轉換

所謂舉證責任轉換，係指依舉證責任分配之一般原則，某待證事實之舉證責任應劃歸某造當事人負擔，惟因當事人合意、法律規定或由實務創設類型，而將原應由某造當事人負舉證責任之待證事實，轉換由他造當事人負舉證責任。茲就舉證責任轉換之種類，分述如下：

### 1. 意定舉證責任轉換

意定舉證責任轉換，指當事人藉由舉證責任契約將原依法應由某造當事人負舉證責任之要件事實，改置為由他造當事人負擔舉證責任者。此一舉證責任契約乃訴訟契約之一種，係任意訴訟禁止原則被突破之表現，原則上可承認其合法性，惟應注意其指涉之實體法規範是否屬於可處分性者？舉證責任轉換契約是否違背原實體法規定之立法目的？是否違反誠信原則、公序良俗及顯失公平等。

---

<sup>119</sup> 民事訴訟法第 222 條第 2 項增訂理由，89 年。

## 2. 法定舉證責任轉換

法定舉證責任轉換，指立法者於立法時預為價值判斷（基於誠信原則、危險領域、證據接近等原理）或政策決定，明文規定舉證責任歸屬，或以某要件事實推定之立法形式將舉證責任轉換由他造當事人負擔者。例如前述民法第 184 條第 2 項、第 191 條之 3 及消保法第 7 條、第 7 條之 1 之規定等皆為適例。

## 3. 實務創設之舉證責任轉換

在我國醫療訴訟實務上，迄今尚未就是否或何時應將過失或因果關係之舉證責任轉換由醫師或醫療機構負擔，建立明確之操作準則。相對於此，德國在醫療訴訟實務中，發展出「重大醫療瑕疵原則」及「可完全控制之危險原則」，使得醫療訴訟上舉證責任轉換之要件更加精確，可為我國訴訟實務之參考。

### (1) 重大醫療瑕疵原則

所謂重大醫療瑕疵原則，係指原告如已主張並證明重大醫療瑕疵之存在，而該醫療瑕疵適足以造成損害時，則關於損害賠償成立之因果關係，應轉換舉證責任，由被告證明其不存在。

關於重大醫療瑕疵之適例已如前述，其判斷標準係根據一般客觀之醫師觀點，依照通常醫師所受之教育及醫學知識，該醫療瑕疵之發

生，是不可理解而應由醫師負責的，因為該醫療瑕疵不該發生在醫師身上。例如：對於一個明確之檢查結果未依照確定之醫學準則為進一步處理，或未依照標準方法處理可能發生之已知危險等。

醫療瑕疵是否重大之判斷，涉及系爭醫療行為在客觀上是否顯然違背一個明確且有效之醫學認識與經驗，而與醫師個人主觀上之可非難程度無關，因此之所以就因果關係轉換舉證責任，並非對於醫師之制裁，而係以該重大醫療瑕疵造成醫療處置行為與健康損害間之因果關係難以釐清，而使得原本負擔舉證責任之病人陷入舉證困難，因此應由造成重大醫療瑕疵之醫師負擔舉證責任，始符公平。

## (2) 可完全控制之危險原則

德國聯邦最高法院認為，如果醫療行為中之危險係完全來自於醫師或醫療機構，可由醫師或醫療機構人員完全予以控制，而與人體組織之差異性無關時，則不論是契約上或侵權行為之損害賠償請求權，於損害結果發生時，均應由醫師或醫療機構就其已盡相當注意義務控制危險、避免損害結果之發生，而無過失或不具因果關係，負舉證責任，其主要可分為醫療科技設備之使用以及醫院組織不完善之情形：

### A. 醫療科技設備之使用

德國聯邦最高法院認為，醫師或醫療機構對於醫療儀器之使用，

係處於可完全掌控之狀態，必須提供適當且無危險之操作，如使用醫療儀器而發生損害，須就其不可歸責負舉證責任。例如病人於股關節手術時，施行全身麻醉，卻因連接橡皮管脫落，而產生缺氧，致使腦部嚴重受損，於兩年後死亡，醫師或醫療機構即須舉證方得免責。

## B. 醫院組織不完善

對於醫療機構中，醫師及其他人員之水平或垂直分工整合不良潛藏之危險，醫療機構應儘可能排除，如產生損害，醫療機構應就其針對醫事人員之選任、設置、指揮及監督等並無過失，負舉證責任。例如：

### a. 可避免感染之案例

病人於輸液時，因所輸溶液遭到細菌污染而發生敗血症，雖然所輸溶液污染之原因無法直接被證明，但溶液於施打前即交由負責護士至少一個小時以上，於此段期間，受污染之機會大幅增加。德國聯邦最高法院就此認為，該醫療機構應證明其對於溶液污染並無過失，蓋污染所生之領域，係完全由其所控制，相較於病人，更可期待醫療機構就事件發生經過予以陳述並證明。

### b. 新生兒受到葡萄球菌感染之案例

德國聯邦最高法院認為，由於該醫療機構空間狹小、設備不足、

未將已受感染之病人隔離，造成整體環境感染危險提高，因此，醫療機構如不能證明其就組織設備已盡相當之注意而無過失，即應負損害賠償責任。



## 第四章、本文結論

在法治先進國家，醫療糾紛的被害人，大多是以請求民事損害賠償的方式，迅速確實地獲得損害填補，只有在少數例外情形，才是另以刑事追訴審判方式，處罰具有特定業務過失的醫療人員。在我國，似乎剛好與法治先進國家的救濟模式相反，被害人較少單獨提起民事訴訟請求損害賠償，而偏好以刑事追訴審判方式尋求救濟，更常見的情形，是以各種自力抗爭方式，騷擾醫師或醫療機構人員，以遂其請求。此種台灣社會的奇特現象，其所反映出來的問題正是：刑事途徑濫用，民事責任功能不彰<sup>120</sup>。

如統計 2000 至 2009 年台北地方法院、士林地方法院及板橋地方法院相關醫療訴訟之民事判決，病人大多數以侵權行為損害賠償請求權為請求權基礎，而其敗訴原因均在於無法證明醫師之過失，或病人之傷害、死亡結果與醫療行為間有何因果關係<sup>121</sup>。足見民事醫療糾紛之最大難題在於請求權基礎之掌握及過失與因果關係有無之認定<sup>122</sup>。

本文認為，關於請求權基礎部份，在契約責任，病人就醫師及醫療機構之醫療過失行為得依包括給付不能、給付遲延及不完全給付等

---

<sup>120</sup> 陳忠五，「醫療糾紛的現象與問題」，台灣本土法學雜誌，55 期，2004 年 2 月，3-4 頁。

<sup>121</sup> 方莉莉，「我國醫療糾紛民事判決關鍵因素實證分析」，政治大學法律與科技整合研究所碩士論文，2010 年，10 頁以下。

<sup>122</sup> 蔡惠如，前揭註 2 文，133 頁。

債務不履行之規定請求損害賠償；在侵權責任，民法第 184 條第 1 項前段、第 184 條第 2 項、第 186 條及民法第 191 條之 3 之規定皆得為醫療訴訟之請求權基礎。此外，醫療法第 82 條之增訂只是提供消費者另一種可以對醫療機構及醫師損害賠償請求權的基礎，並未明文排除消保法第 7 條的適用，未來消費者對於醫療糾紛的請求，仍可依據消保法第 7 條而為主張。

關於舉證責任部份，在醫療訴訟中，主張權利之原告，通常就醫療事故之發生經過有主張上及舉證上之雙重困難，其原因為：

### 1. 事實上不知

即病人就事件發生經過，或處於意識欠缺而不知如何進行，或因病人本身已死亡，身為病人家屬之原告，就求診及治療過程均不清楚。

### 2. 專業上不知

即病人縱在意識清楚下親身經歷治療行為，但基於欠缺醫療知識，對於醫療行為究竟在何部份可謂瑕疵，通常難以具體陳述。

### 3. 證據之偏在

即就醫療事故回溯之病歷及參予醫療過程之其他醫療人員之證言等重要證據，多由醫師或醫療機構所掌握支配。

醫療訴訟中之舉證責任分配，同時也意味著訴訟結果風險之分

配，可謂價值判斷與利益衡量之難題<sup>123</sup>。因此，如仍依通常之主張責任及舉證責任分配，要求病人應就權利發生之事實獨立主張並證明之，則病人幾無勝訴可能，而有減輕其舉證責任之必要。

值得欣慰的是，雖然醫療法的修正結果未達到定爭止紛、緩解醫病衝突之目的，惟新修正之醫療法第 83 條規定，司法院應指定法院設立醫事專業法庭，由具有醫事相關專業知識或審判經驗之法官，辦理醫事糾紛訴訟案件。

本文藉由理論上之評析，清楚判斷醫療訴訟之請求權基礎，並論及「舉證責任分配」機制之討論及架構，以兼顧醫病雙方權益之方式，合理解決醫療行為之風險分擔問題。期望未來法院實務針對個案醫療訴訟，能參考德、美等先進國家在民事程序上之細膩操作，妥適分配雙方當事人之舉證責任，則不惟個案訴訟實質正義得以發揮，更和諧之醫病關係亦將是指日可待。

---

<sup>123</sup> 沈冠伶，前揭註 11 文，29-30 頁。

## 參考文獻

### 一、中文學術著作

王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，自刊，2004年09月。

王澤鑑，侵權行為法第一冊，自刊，1998年9月。

侵權行為法第二冊，自刊，2006年3月。

債法原理第一冊，自刊，2003年10月。

民法學說與判例研究，第一冊，自刊，2002年3月。

民法學說與判例研究，第三冊，自刊，2002年3月。

民法學說與判例研究，第八冊，自刊，2003年9月。

林誠二，民法債編總論（上），瑞興圖書，2000年9月。

民法債編總論（下），瑞興圖書，2001年3月。

邱聰智，新訂民法債編通則（上），自刊，2003年1月。

新訂民法債編通則（下），自刊，2003年3月。

姜世明，新民事證據法論，學林文化事業，2004年1月。

民事證據法實例研習暨判決評釋（二），新學林，2006年

11月。

孫森焱，民法債編總論（上），自刊，2004年10月。

民法債編總論（下），自刊，2004年1月。

陳計男，民事訴訟法論（上），三民，2006年9月。

陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法論（中），三民，2005年3月。

陳聰富，侵權歸責原則與損害賠償，元照，2004年9月。

黃立，民法債編總論，元照，2006年11月。

黃茂榮，債法總論（第一冊），自刊，2003年10月。

債法總論（第二冊），自刊，2004年7月。

債法各論（下），自刊，2003年8月。

曾世雄、詹森林，損害賠償法原理，新學林，2005年10月。

曾隆興，詳解損害賠償法，三民，2004年4月。

詹森林，民事法理與判決研究（三），元照，2003年8月。

## 二、中文學術期刊

丁中原，淺談醫療過失訴訟之舉證責任分配，律師雜誌 217 期，1997 年 10 月。

王皇玉，醫師未盡說明義務之法律效果—簡評 94 年台上字第 2676 號判決，台灣本土法學雜誌 75 期，2005 年 10 月。

王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務—評 94 年台上字第 2676 號判決，月旦法學雜誌 137 期，2006 年 10 月。

史尚寬，不完全給付之研討，法令月刊 3 卷 1 期，1952 年 1 月。

朱柏松，消費者保護法商品製造人責任規定之適用與解釋，台大

法學論叢第 24 卷 1 期，1994 年 12 月。

朱柏松，適用消保法論斷醫師之責任，台大法學論叢第 27 卷 4 期，1998 年 7 月。

沈冠伶，證據保全制度—從擴大制度機能之觀點談起，月旦法學雜誌 76 期，2001 年 9 月。

沈冠伶，摸索證明與事證開示之協力，月旦法學雜誌 125 期，2005 年 10 月。

沈冠伶，武器平等原則於醫療訴訟之適用，月旦法學雜誌 127 期，2005 年 12 月。

沈冠伶，證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用，醫療法制論文研討會報告，2007 年 6 月 13 日。

吳志正，醫療契約之定性，月旦法學雜誌 139 期，2006 年 12 月。

吳志正，論「治癒機會喪失」之損害賠償，法官協會雜誌 9 卷 1 期，2007 年 6 月。

吳志正，論醫療事故之因果關係，台灣法學雜誌 161 期，2010 年 10 月。

邱聰智，醫療過失與侵權行為，法律評論 42 卷 3 期，1976 年 3 月。

邱聰智，危險責任一般條款增訂之評介—以民法第一九一條之三

為中心，黃宗樂教授六秩祝賀－財產法學篇（一），2002年5月。

邱聰智，一般危險責任與法律適用－以責任主體之論爭為中心，  
台灣本土法學雜誌 60 期，2004 年 7 月。

林瑞珠，醫療手術實施之說明義務，台灣本土法學雜誌 76 期，  
2005 年 11 月。

林萍章，舉證責任倒置於醫療過失之適用－八十九年度重訴字第  
四七二號判決評釋，醫事法學 10 卷 2 期，2002 年 6 月。

卓俊雄，「醫療事故責任保險法」立法可行性研究，醫事法學 10  
卷 2 期，2002 年 6 月。

姚志明，積極侵害權與不完全給付之研討（上、下），法學叢刊  
175、176 期，1999 年 7、8 月。

姜世明，論不完全給付可歸責性要件之舉證責任分配，萬國法律  
109 期，2000 年 2 月。

姜世明，證明妨礙制度之研究－民事訴訟法第二百八十二條之一  
之發展評估，萬國法律 115 期，2001 年 2 月。

姜世明，醫師民事責任程序中關於可歸責性要件之舉證責任，法  
學講座 28 期，2004 年 7 月。

姜世明，醫師民事責任程序中之舉證責任減輕，月旦民商法雜誌  
6 期，2004 年 12 月。

姜世明，民事訴訟法第二七七條但書之適用，月旦裁判時報雜誌 3 期，2010 年 6 月。

侯英冷，探討醫療無過失責任的適宜性，月旦法學雜誌 49 期，1999 年 6 月。

侯英冷，醫療行為的民事上賠償責任（上、下）—從德國醫師責任法切入探討，月旦法學雜誌 72、73 期，2001 年 5、6 月。

侯英冷，談醫療意外的風險分擔問題—消費者保護法對純粹醫療行為與醫院提供相關醫療服務的企業式服務行為之適用，黃宗樂教授六秩祝賀—財產法學篇（一），2002 年 5 月。

侯英冷，論消保法上醫師之安全說明義務—台灣高等法院 87 年上字第 151 號判決評釋，台灣本土法學雜誌 37 期，2002 年 8 月。

侯英冷，我國醫療事故損害賠償問題的現況與展望，台灣本土法學雜誌 39 期，2002 年 10 月。

侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌 112 期，2004 年 9 月。

侯英冷，醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務，台灣本土法學雜誌 107 期，2008 年 06 月。

馬維麟，給付不完全制度—我國最高法院歷年來判決之檢討與分析，法學叢刊 167 期，1997 年 7 月。

陳自強，民法侵權行為法體系之再構成（上、下）－民法第一九一條之三之體系地位，台灣本土法學雜誌 16、17 期，2000 年 11、12 月。

陳聰富，危險責任與過失認定，月旦法學雜誌 55 期，1999 年 12 月。

陳聰富，消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析，台大法學論叢 30 卷 1 期，2000 年 5 月。

陳聰富，美國醫療過失與舉證責任之研究，醫療過失舉證責任之比較法研究學術研討會報告，2005 年 12 月 24 日。

陳聰富，醫療過失與醫療常規，醫療法制論文研討會報告，2007 年 6 月 13 日。

陳聰富，醫療契約之法律關係（上、下），月旦法學教室 72、73 期，2008 年 10、11 月。

陳聰富，醫療侵權之歸責原則（上、下），月旦法學教室 75、76 期，2009 年 1、2 月。

陳聰富，拒絕醫療與告知後同意，月旦民商法雜誌 23 期，2009 年 3 月。

陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（上、下），月旦法學教室 80、81 期，2009 年 6、7 月。

陳聰富，醫療事故之因果關係，法令月刊第六十卷第十期，2009年10月。

陳聰富，醫療訴訟之舉證責任，法令月刊第六十一卷第四期，2010年4月。

陳聰富，醫療過失的判斷標準，臺北醫法論壇（III）實務判決評析研討會報告，2010年5月29日。

陳忠五，醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域，台灣本土法學雜誌39期，2000年2月。

陳忠五，醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上、下），台灣本土法學雜誌17、18期，2000年12月、2001年1月。

陳忠五，醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上、下），台灣本土法學雜誌36、37期，2002年7、8月。

陳忠五，2003年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的「進步」或「退步」？，台灣本土法學雜誌50期，2003年9月。

陳忠五，醫療糾紛的現象與問題，台灣本土法學雜誌55期，2004年2月。

陳忠五，「法國醫療過失舉證責任之研究」，醫療過失舉證責任之比較法研究學術研討會報告，2005年12月24日。

陳忠五，我國醫療民事責任的演變與發展，醫療法制論文研討會報告，2007年6月13日。

陳石獅，事證開示制度與真實發現，法學叢刊第155期，1994年7月。

郭麗珍，論產品責任中之產品安全問題，法學叢刊第161期，1996年1月。

許士宦，證明妨礙，月旦法學雜誌76期，2001年9月。

許美麗，醫療法之修正對醫療糾紛民事責任之影響，新竹律師會刊8卷，2004年6月。

許振東，從舉證責任倒置看醫療糾紛的問題，台灣醫界45卷6期，2002年6月。

許振東，論醫療糾紛補償制度，醫事法學10卷2期，2002年6月。

許義明，我國醫療鑑定之現況與檢討，萬國法律151期，2007年2月。

張嘉琦，醫療糾紛民事責任與訴訟實務，法官協會雜誌9卷1期，2007年6月。

黃立，消費者保護法對醫療行為之適用，律師雜誌217期，1997年10月。

黃立，我國消費者保護法之商品服務與責任（一、二），月旦法學教室雜誌 8、10 期，2003 年 6、8 月。

黃立，消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析，政大法學評論 75 期，2003 年 9 月。

黃立，醫療法修正後之法律適用，醫療責任法律研討會報告，2004 年 9 月 3 日。

黃立，醫療糾紛處理條例草案解析，月旦法學雜誌 164 期，2009 年 1 月。

黃國昌，事證開示義務與舉證責任（上、下），台灣本土法學雜誌 61、62 期，2004 年 8、9 月。

黃上峰，從德國危險責任法制論我國民法第一九一條之三之解釋適用，法學叢刊第 195 期，2003 年 3 月。

曾世雄，侵權行為，該如何規範？月旦法學雜誌 145 期，2007 年 6 月。

曾育裕，醫療事故民事責任之演進與發展，東吳法律學報 17 卷 1 期，2005 年 8 月。

曾淑瑜，醫師之說明義務與病人之同意，法官協會雜誌 9 卷 1 期，2007 年 6 月。

曾品傑，我國醫療民事責任之實務發展，中正大學法學集刊 29

期，2010年4月。

詹森林，消費者保護法增訂及修正條文要旨，台灣本土法學雜誌45期，2003年4月。

詹森林，公立醫院之醫療行為與消保法之無過失責任—公、私立醫院之差別待遇？—最高法院93年台上字第1486號判決之商榷，台灣本土法學雜誌70期，2005年5月。

楊淑文，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準（上、下），台灣本土法學雜誌60、61期，2004年7、8月。

楊建華，消保團體為消費者提起損害賠償訴訟在訴訟實務上之研究，法學叢刊第156期，1994年10月。

楊佳元，保險對損害賠償責任法之影響，月旦法學雜誌73期，2001年6月。

楊秀儀，誰來同意？誰作決定？從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察，台灣法學會學報第20輯，1999年11月。

楊秀儀，論醫療傷害賠償責任適用消費者保護法之爭議，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）總則、債編，元照，2000年10月。

楊秀儀，論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則，台灣本土法學雜

誌 39 期，2002 年 10 月。

楊秀儀、林欣柔，告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八二條第二項評析，月旦法學雜誌 112 期，2004 年 9 月。

楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學雜誌 121 期，2005 年 6 月。

楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展—最高法院 94 年台上字第 2676 號判決評釋，台灣本土法學雜誌 73 期，2005 年 8 月。

楊秀儀，論病人自主權—我國法上告知後同意之請求權基礎探討，臺大法學論叢第三十六卷第二期，2007 年 6 月。

楊秀儀，告知後同意之倫理法律再思考：縮小理論與實務的落差，月旦法學雜誌 162 期，2008 年 11 月。

楊秀儀、丁予安，告知後同意還是同意後告知？論告知之時間點，醫療品質雜誌 162 期，2009 年 5 月。

寧紅麗，大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸的借件意義，月旦民商法雜誌 4 期，2004 年 6 月。

鄭玉波，論不為給付與不為完全之給付，法令月刊 30 卷 2 期，1997 年 1 月。

蔡惠如，台灣醫療糾紛之法律課題，月旦民商法雜誌 4 期，2004 年 6 月。

盧映潔、葛建成、高忠漢，論醫療行為之常規診療義務，台大法學論叢 35 卷 4 期，2006 年 4 月。

謝哲勝，無過失醫療責任：醫師的夢魘？病人的救星，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）總則、債編，元照，2000 年 10 月。

### 三、中文學位論文

方金虹，醫療事故民事賠償舉證責任之探討，東海大學法律系研究所碩士論文，2004 年。

方莉莉，我國醫療糾紛民事判決關鍵因素實證分析，政治大學法律與科技整合研究所碩士論文，2010 年。

江順雄，醫療意外侵權責任歸責原則之探討與分析，成功大學法律學研究所碩士論文，2004 年。

李毓珮，醫療糾紛處理機制之探討，台北大學法學系碩士班論文，2001 年。

呂綺珍，論民事證據法上之事實認定與證明責任，台灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年。

吳志正，醫療契約論，東吳大學法律專業碩士班論文，2005 年。

莊馨旻，我國醫療責任發展趨勢之研究，中正大學法律學研究所碩士論文，2004 年。

許杏僑，醫療事故責任與補償制度－兼從法律經濟學觀點探究，輔仁大學法律研究所碩士論文，2004年。

許森豪，醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性，成功大學法律學研究所碩士論文，2006年。

陳炯瑜，論醫療器材衍生之民事法律責任，清華大學科技法律研究所碩士論文，2005年。

黃思瑜，醫療糾紛處理之民事法律問題研析，台北大學法律研究所碩士論文，2005年。

葉柳君，醫療事故損害賠償問題之研究，台北大學法律研究所碩士論文，2003年。

蔡永祥，醫療過失推定立法可行性之探討－兼論因果關係舉證責任分配，成功大學法律學研究所碩士論文，2003年。

樊家妍，醫療過失爭訟事件爭點整理之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，2005年。

蕭翊亨，整形美容醫療責任與糾紛處理之研究，台北大學法律研究所碩士論文，2005年。

#### 四、外文資料

- Megan Lee, Defining the Limits of a Physicians Duty to Disclose in

Massachusetts,11 Suffolk J.Trial&App. Adv.139(2006)

- R.Jason Richards, How We Got Where We Are: A Look at Informed Consent in Colorado—Past, Present, and Future,26 N.I11.U. L.Rew.69 (2005)
- Ashley H. Wiltbank, Imformed Consent and Physician Inexperience:a Prescription for Liability?,42 Willamette L.Rew.563(2006)
- Douglas Andrew Grimm, Informed Consent for All! No Exceptions.,37 N.M.L.Rev.39(2007)

## 五、美國法院判決

- Schloendorf v.Society ,211 N.Y.125(1914)
- Salgo V.Leland ,317 P.2d 170(1957)
- Harnish v.Children’s ,439 N.E.2d 240(1982)
- Scott v.Bradford, 606 P.2d 554(1979)
- Wheeldon v.Madison,374 N.W.2d 367(1985)
- Bourgeois v.McDonald,622 So.2d 684(1993)
- Robinson v.Bleicher,559 N.W.2d 473(1997)
- Tucson v.Russell, 437 P.2d 677 (1968)
- Hale v.Venuto,137 Cal.App.3d 910(1982)
- Holiday v.Peden,359 So.2d 640(1978)
- Hoven v.Kelble,79 Wis.2d 444(1977)
- Wendover v.State of New York,63 Misc.2d 368 (1970)
- Meier v.Ross ,69 Cal.2d 420(1968)
- Boudreaux v.American Insurance ,262 La.721(1972)
- Walker v.Union Oil Mill,Inc.,369 So.2d 1043(1979)