

The Determination of
Medical Negligence

醫療侵權責任 之過失判定

— 吳振吉 — 著

 元照



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11782>

醫療侵權責任之過失判定

吳振吉 著



元照出版公司

推薦序

基於過失責任主義，醫療侵權責任之成立，首重醫療行為過失之認定。在法律上，過失概念為規範性概念，有待法院斟酌個案因素，進行利益衡量，而為綜合判斷。

就醫療侵權責任而言，學說與實務上對於醫事人員之注意義務標準，向來有理性醫師標準、醫療常規及醫療水準等爭議。注意義務標準，影響被告責任之最後認定結果，與醫病雙方之權益密切相關。因此在理論上就此過失判定，進行深入研究，誠屬必要。

本書乃吳振吉教授於臺大法律研究所之博士論文增補而成，深入探討醫療侵權責任之過失判定標準，提出系統性之學術研究成果。在研究方法上，綜合英美法、德國法、日本法及我國法，比較分析侵權責任過失與醫療侵權過失之概念。在文獻使用上，涉獵英文、德文、日文及中文四種語言之著作。在論述內容上，涵蓋學說理論及豐富之實務案例分析。

在論述過程方面，本書於探討侵權行為法之過失、醫療行為之過失後，進一步就醫療侵權具體案例，在各國之分類方式進行說明與比較，探求其特色，追尋其內涵，而後提出本書建構之醫療過失判定體系，作為日後法院認定醫療過失之基礎。



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11782>

前-2 醫療侵權責任之過失判定

綜合言之，本書內容豐富、論證詳盡、分析細膩，概念與體系兼備，建構之操作類型具有開創性，乃不可多得之學術著作，對於醫療責任法學具有重要貢獻，值得學術界及實務界研究參考。

吳教授為臺大醫學院教授，乃醫界之菁英，但學習法律，依然成果豐碩。相信本書之出版，必然增進我國醫療法學之進步。

臺灣大學法律學院院長
臺灣大學特聘教授

陳聰富

2020年5月7日



元照出版

搶先試閱版

自序

隨著病人權利意識高漲，世界諸國皆可見醫療糾紛案件持續增加之趨勢，其所影響者非僅止於法律層面，亦涉及不容輕忽之社會問題。以臺灣為例，近年媒體對於醫療訴訟案件大幅報導，不僅常引起輿論廣大迴響，亦顯著影響醫師的行醫模式，而某種程度重新形塑了臺灣的醫療生態。

醫療民刑事責任成立與否之論斷，以過失為核心要件；而此一過失要件，亦係臺灣醫療法歷次修法之重點。醫療過失之判定，本質上具有專業性、個案性及多樣性等特質，法律判斷極不容易，如何建立一個明確且具法安定性之判斷體系，對於醫、病、法三方無論在實體法或程序法上之利益，皆極為關鍵。

本書乃筆者以臺大法律研究所之博士論文增補而成。本書研介英美法、德國法、日本法及臺灣法關於醫療過失判定之基礎理論及訴訟案例，並嘗試融入醫療臨床工作者之視角，將醫療民事糾紛之爭點類型化，建立醫療民事責任過失判定之操作體系，以供學界及實務界參考。

本書得以順利完成，需感謝眾多貴人的支持與協助。首要感謝恩師陳聰富教授多年來之指導與啟發，進入博士班就讀後，多年來於恩師門下一點一滴地累積對於侵權行為法、損害賠償法及醫療責任法之認識，乃能逐漸勾勒出研究方向，並化約成本書之具體內容。政治大學姜世明教授帶領筆者一窺醫療民事證據法之堂奧，乃筆者投入法學研究之啟蒙恩師。而本書

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11782>

前-4 醫療侵權責任之過失判定

自撰寫至修訂等階段，前後承蒙詹森林大法官、許政賢教授、侯英冷教授及吳從周教授等多位老師指導並提供寶貴建議，在此謹一併致謝。

筆者僥倖於2009年通過司法官與律師考試，於2011年起銜命擔任臺大醫院院長室特別助理，協助醫院處理醫療爭議案件，其間累積若干實務經驗，得使個人對於醫、病、法三方間的關係具有更深刻的體會，謹藉此書之完成，亦希一併感謝過去數年來一起共事的醫院同仁。

民法理論博大精深，筆者修習法律雖已十餘載，卻仍常覺不足，因忝具醫學背景，若干拙見或有可供我國學術研究者及實務工作者參酌之處，乃在師長鼓勵下，不憚淺陋，將本書付梓。惟思慮不周之處恐多，尚祈醫界與法界先進於閱讀本書後，不吝給予指正。

本書寫作修訂之際，適逢個人醫學院之教授升等，百忙當中犧牲甚多與家人相處的時間，在此亦特別感謝父母、岳父母、內人及小女的體諒與支持。謹以此書獻給我最敬愛的師長、同事及家人們。

吳振吉

2020年5月10日



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11782>

作者簡介

吳振吉



作者文獻

現 職

臺大醫院耳鼻喉部主治醫師

臺灣大學醫學院醫學系教授

臺灣大學醫學院臨床醫學研究所合聘教授

臺大醫院生醫分院醫學研究部、綜合外科部主任

學 歷

臺灣大學醫學士

臺灣大學醫學碩士

臺灣大學醫學博士

政治大學法學碩士

臺灣大學法學博士

經 歷

中華民國律師高考、司法官特考及格

臺大醫院院長室特別助理

哈佛大學訪問學者

中華民國醫師公會全聯會醫事法律智庫委員

臺北市醫師公會法政小組副召集委員

臺北市衛生局輔導醫院醫糾關懷小組委員

臺灣高等法院、臺北地方法院專業醫療調解委員

臺灣耳鼻喉科醫學會、顏面整形醫學會、內分泌醫學會法律顧問

目 錄

推薦序	陳聰富	前-1
自序		前-3
作者簡介		前-5
摘要		前-17
英文縮寫表		前-21
德文縮寫表		前-23
英文／中文對照表		前-25
德文／中文對照表		前-27

第一章 緒論

第一節 研究動機	1
第二節 研究目的	9
第三節 研究範圍	12
第四節 研究方法	13

第二章 侵權行為法上之過失

第一節 前言	15
第二節 英美法	16
第一項 注意義務之成立	17
第一款 鄰人原則	17
第二款 三階段判斷模式	18
第三款 注意義務之相對性	19

前-8 醫療侵權責任之過失判定

第二項 注意義務違反之認定	20
第一款 行為人之知識	21
第二款 行為人之年齡	22
第三款 行為人之疾病	22
第四款 行為人之技能	22
第五款 行為之風險	23
第六款 從事競技運動	26
第七款 漢德公式	26
第三節 德國法	30
第一項 德國法過失理論之發展	30
第一款 心理主義之過失論	31
第二款 過失之規範化	32
第三款 過失之客觀化	33
第四款 往來義務之理論發展	40
第二項 德國法與英美法上過失概念之比較	43
第一款 德國法上之「往來義務」與英美法上之 「注意義務」	43
第二款 德國法上之「怠於交易上必要之注意」 與英美法上之「注意義務之違反」	44
第四節 日本法	46
第一項 日本法過失理論之發展	46
第一款 早期通說：主觀過失論	47
第二款 指標性實務判決：大阪肥料工廠事件案	48
第三款 客觀過失論（結果迴避義務違反論）	49
第四款 內在注意及外在注意表裏一體論	50



第二項 日本法過失之判斷標準	51
第一款 理性人判斷標準	51
第二款 行為義務違反之判斷標準：漢德公式	53
第五節 我國法	54
第一項 注意義務之成立	55
第一款 陌生人間一般防範損害發生之義務	56
第二款 法令上義務	58
第三款 契約上義務	58
第四款 從事營業之人之場所主人責任	59
第五款 專門職業人員	62
第六款 危險之先行行為	64
第二項 注意義務違反之認定	67
第一款 善良管理人之注意	67
第二款 具體判斷因素	70
第六節 小 結	73
第三章 醫療行為之過失：一般原則	
第一節 前 言	77
第二節 英美法	79
第一項 注意義務之成立	79
第二項 注意義務違反之認定	80
第一款 醫療慣例及理性醫師注意標準	80
第二款 影響注意標準之因素	96
第三款 過失之證明及舉證責任	119
第三節 德國法	130
第一項 德國法醫療民事責任概說	130
第二項 醫療瑕疵	133

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11782>

前-10 醫療侵權責任之過失判定

第三項 注意標準.....	137
第一款 醫師注意標準之衡定	137
第二款 醫療成本壓力與醫師之注意標準	143
第四項 醫療機構之組織瑕疵	150
第一款 法律概念.....	150
第二款 醫療機構之組織義務	151
第三款 醫療機構之分工	152
第五項 醫師之診療自由	159
第一款 診療自由之概念	159
第二款 診療自由之基礎	161
第三款 診療自由與醫師之注意義務.....	163
第四節 日本法	167
第一項 日本法醫療民事責任概說.....	167
第一款 日本醫療訴訟之特徵及趨勢.....	167
第二款 契約責任及侵權責任	169
第二項 過失判斷之原則及醫療提供者之法律義務	172
第三項 醫療水準.....	174
第一款 醫療水準概念之形成	174
第二款 關於醫療水準之個別解釋論	179
第三款 未依醫療水準論之過失判斷.....	181
第五節 我國法	184
第一項 我國法醫療民事責任概說.....	184
第二項 醫療常規與醫療水準	186
第一款 醫療常規.....	187
第二款 醫療水準.....	191
第三項 影響注意標準之因素	193
第一款 損害風險及預防成本之評估.....	195

第二款	醫學上進展.....	197
第三款	個案之急迫情形.....	198
第四款	專業程度與醫療資源.....	201
第五款	臨床指引？.....	203
第四項	醫療法第82條修正之影響.....	204
第五項	對我國法注意標準之評析.....	206
第六節	歸納與分析.....	209
第四章 醫療行爲之過失：具體案例		
第一節	前 言.....	215
第二節	英美法.....	216
第一項	分類方式.....	216
第二項	未為診療.....	218
第三項	診斷上失誤.....	219
第一款	未詳細問診.....	219
第二款	診斷錯誤.....	222
第三款	未發現嚴重徵兆.....	227
第四款	未檢視初始診斷.....	228
第五款	檢查相關之錯誤.....	229
第六款	未照會或轉介專科醫師.....	233
第四項	治療上失誤.....	235
第一款	基本原則.....	235
第二款	手術相關.....	236
第三款	感染相關.....	248
第四款	錯估藥物反應.....	253
第五款	注射相關.....	256

前-12 醫療侵權責任之過失判定

第六款 未監控治療狀況.....	259
第七款 欠缺資源之抗辯.....	262
第五項 建議及溝通不良.....	266
第一款 醫病間溝通不良.....	266
第二款 醫療人員間溝通不良.....	273
第六項 精神疾病.....	279
第一款 未能控制病人自我傷害.....	279
第二款 未能控制病人傷害第三人.....	286
第三節 德國法.....	287
第一項 分類方式.....	287
第二項 一般品質缺陷.....	288
第一款 醫師之超越承擔過錯.....	288
第二款 醫療機構之組織與分工瑕疵.....	290
第三項 具體品質缺陷.....	293
第一款 診療選擇瑕疵.....	293
第二款 診斷瑕疵.....	296
第三款 檢查結果處置瑕疵.....	298
第四款 具體治療瑕疵.....	299
第五款 治療上之說明瑕疵.....	301
第四項 重大醫療瑕疵.....	303
第一款 狹義之重大診斷瑕疵.....	307
第二款 未針對診斷或例行檢查結果作處置之重大 醫療瑕疵.....	308
第三款 重大具體治療瑕疵.....	309
第四款 未進行必要之治療上說明之重大醫療瑕疵...	309
第四節 日本法.....	310
第一項 分類方式.....	310

第二項 診斷相關之過失	311
第一款 診察行為相關之過失	312
第二款 檢查實施相關之過失	315
第三款 未正確診斷之過失	317
第四款 病情觀察相關之過失	318
第三項 治療相關之過失	319
第一款 未選擇適當治療	320
第二款 未適當施作治療	323
第三款 療養指導之過失	326
第四項 違反應招義務及轉送義務之過失	327
第一款 違反應招義務之過失	327
第二款 違反轉送義務之過失	329
第五項 其他關連問題	332
第一款 專科醫師與非專科醫師之注意義務	332
第二款 團隊醫療之責任分配	333
第五節 我國法	334
第一項 依爭議發生之時點及原因之分類方式	334
第一款 檢查相關之醫療過失	335
第二款 診斷相關之醫療過失	337
第三款 處置相關之醫療過失	339
第四款 醫療機構之組織設備相關之醫療過失	343
第五款 違反告知說明義務之醫療過失	344
第二項 區分決策面與執行面醫療過失之分類方式	347
第六節 各國案例之橫向比較	349
第一項 病患對於藥物或醫材發生過敏性反應	350
第二項 醫師未診斷出嚴重疾病	351
第三項 手術傷及臨近組織	354
第四項 醫療處置後發生感染	356

前-14 醫療侵權責任之過失判定

第五項 精神病人自殺.....	359
第六項 轉診相關爭議.....	362
第七節 檢討與分析.....	370

第五章 醫療民事過失判定體系之建構

第一節 醫療民事過失判定之核心要素.....	377
第二節 醫療民事過失判定之操作體系.....	379
第一項 操作架構.....	379
第二項 診療行為之過失.....	381
第一款 緊急救治之過失.....	381
第二款 診斷相關之過失.....	383
第三款 治療相關之過失.....	391
第四款 轉診相關之過失.....	402
第三項 診療行為以外之過失.....	404
第一款 醫師之超越承擔過錯.....	404
第二款 醫療機構之組織瑕疵.....	406
第四項 各案例類型中注意標準之考量因素.....	411
第一款 緊急救治之過失.....	412
第二款 診斷相關之過失.....	412
第三款 治療相關之過失.....	416
第四款 轉診相關之過失.....	419
第五款 醫師之超越承擔過錯.....	420
第六款 醫療機構之組織瑕疵.....	421
第五項 操作建議.....	424
第一款 醫療過失之判斷流程.....	424
第二款 於醫療法第82條規範體系下之操作.....	426

第三節 我國實務案例分析	428
第一項 違反單一注意義務之過失案例	429
第一款 緊急救治之過失	429
第二款 診斷相關之過失	431
第三款 治療相關之過失	448
第四款 轉診相關之過失	473
第五款 醫療人員之超越承擔過錯	476
第六款 醫療機構之組織瑕疵	479
第二項 違反多重注意義務之過失案例	491
第一款 多重診療行為之過失	492
第二款 合併診療行為之過失與診療行為以外之 過失	495
第四節 小 結	503
第六章 結 論	507
附錄 英美法醫療訴訟案件分類表	517



摘 要

醫療過失係論斷醫療民事責任成立與否之核心要件，亦為我國醫療法歷次修法之重點。觀諸晚近比較法上認定醫療過失之趨勢，如英美法所採之「理性醫師」注意標準、德國法所採之「專業水準」、抑或日本法及我國法所採之「醫療水準」，皆係規範性、相對性的注意標準，須依個案情節而為調整。亦即，法院於認定醫療行為是否具有過失時，須考量醫療常規、鑑定意見、病人之特殊情狀、醫師診療行為之風險及未為診療之損害、診療之益處及成本等諸多因素，綜合判斷之。再者，醫療糾紛之爭點甚為龐雜，有與檢查相關之醫療糾紛、有與診斷相關之醫療糾紛、有與治療相關之醫療糾紛、有與醫療機構之組織設備相關之醫療糾紛、亦有與違反告知說明義務有關之醫療糾紛。此等不同糾紛類型可能涉及之過失態樣不盡相同，醫師於相關醫療過程中之專業裁量亦有差異，難以有統一之注意標準。

凡此，皆使法院於認定醫療過失上相對困難，亦增加判決結果之不確定性。建構明確且具備法安定性之醫療過失判定體系，將醫療爭議予以類型化，或許係一可行之切入點。比較法上英美法、德國法及日本法之文獻已有開始將醫療爭議案件予以類型化，並分析法院於各別案件類型中判斷醫療過失之規則，然而我國文獻迄今卻仍缺乏相關著述。本研究之目的，即在研介比較法上關於醫療過失判定之基礎理論及訴訟案例，並嘗試融入醫療臨床工作者之視角，將醫療民事糾紛之爭點類型化，以建立醫療民事責任過失判定之操作體系，俾供我國學界及實務界參考。



第一章

緒論

第一節 研究動機

隨著社會變遷，近二三十年來，我國醫療糾紛有顯著增加之現象，而經由媒體的報導討論，醫療糾紛在我國亦經常成為眾所矚目、備受爭議的社會議題。窺其原因，一方面乃係由於病人權利之覺醒以及對醫療期待之大幅提升，導致醫病間關係更加緊張、激化；另一方面，現在醫療科技水準不斷提升進步，而各種新興技術與醫藥用品大膽嘗試運用的結果，亦使病人暴露在更多新的醫療風險之中。由於醫療行為所導致的損害，直接侵害病人之身體權、健康權、甚至生命權，對於病人及其家屬生活所造成之影響，難謂非為鉅大，故醫療糾紛之妥善處理，實係吾人從事法律研究者，應予正視並深入探討之議題。

按民事法上醫療事故被害人損害賠償之請求權基礎，大別為契約責任及侵權責任二者。於英美法系國家，醫療事故民事責任之論斷，係以「過失侵權責任」（negligence）之體系處理；於大陸法系國家如德國、日本及我國，醫療事故之被害人則除侵權責任外，亦得以醫療契約之債務不履行為請求權基礎向醫療提供者請求損害賠償¹。以我國法為例，我國1999年新增民法第227條

¹ 於損害賠償法體系，依病人所主張之請求權係侵權責任或契約責任，其所應負損害賠償責任之主體略不相同，倘病方主張侵權責任，則除行為人之醫師外，醫師所屬之醫療機構若未能就其選任及監督無過失舉證免責，則醫師及其所屬醫療機構須負連帶賠償責任；反之，若病方主張契約責任，則應檢討醫師及其所屬醫療機構責任孰為契約當事人，以認定

2 醫療侵權責任之過失判定

之1後，病人依契約上債務不履行或侵權行為之法依據，均得請求財產上及非財產上之損害賠償，二者請求範圍已趨一致²。

應注意者係，無論病人主張契約責任或侵權責任，法院於民事責任成立與否等相關構成要件之判斷，其衡酌之基本要素實乃重疊。具體而言，醫療侵權行為損害賠償責任之成立，係以醫療人員之醫療行為具有過失，導致病人之人格權受有侵害，且醫療

應負債務不履行損害賠償責任之契約主體，參：吳振吉、姜世明，醫師及醫療機構就債務不履行責任之法律關係——兼評最高法院99年度台上字第1055號民事判決、臺灣高等法院99年度醫上更(一)字第3號民事判決，臺北大學法學論叢，第86期，2013年6月，26-39頁。

- 2 但於訴訟實務上，相較於侵權責任，病人主張契約責任，在對於第三人行為負責原則、舉證責任以及消滅時效期間等面相，病人在訴訟攻防上似略具優勢。在對於第三人行為負責原則部分，病方若主張侵權責任，則醫療機構得依民法第188條第1項但書，辯稱其就醫師之選任及監督無過失而舉證免責；然病方若主張契約責任，則依民法第224條之規定，醫療機構須就醫師之過失，與自己之過失負同一責任，無法舉證免責。在舉證責任部分，關於醫療契約債務不履行可歸責性要件之舉證責任，我國法院常有令醫方就其不可歸責負舉證之責，如最高法院97年度台上字第1000號民事判決即謂：「又債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責」；惟學者衡諸醫療行為不確定性之本質，多有持質疑見解者，參：曾隆興，現代非典型契約論，三民，1996年，299-300頁；陳聰富，醫療訴訟之舉證責任——最高法院98年台上字第276號民事判決評釋，法令月刊，第61卷第4期，2010年3月，55頁；吳振吉、姜世明，論醫療契約不完全給付可歸責性要件之舉證責任——並評最高法院97年台上字第1000號民事判決，輔仁法學，第44期，2012年12月，131-139頁。在消滅時效部分，我國實務亦區別侵權行為及契約責任二請求權，分別適用不同的消滅時效規定，參：吳振吉，醫療事故損害賠償請求權之消滅時效——從兩件以消滅時效為核心爭點的實務案例談起，臺大法學論叢，第47卷第1期，2018年3月，378-389頁。

行為之過失與病人所受損害間具備相當因果關係為基本構成要件；醫療契約債務不履行損害賠償責任之成立，則著重於醫療契約有效存在之前提下，醫療提供者違反給付義務且具可歸責性，導致病人受有損害為基本構成要件。按醫療契約之給付義務乃「行為關連」而非「結果關連」之給付義務，故醫療提供者契約義務違反與否之判斷，需視醫療給付是否違反通認之醫療準則，從而其判斷之基本要素，實與醫療侵權行為成立上醫療行為是否具備過失之判斷重疊³。

要言之，契約責任及侵權責任雖各異其成立要件，但實務上法院審理醫療爭議案件，爭點多集中於「過失」及「因果關係」等二構成要件之認定。關於醫療事故之因果關係，我國文獻已累積相當著述⁴；但關於醫療事故中過失之認定，則仍少有著墨⁵。

「醫療過失」最重要之特質，在於其具有「專業性」、「個案性」及「多樣性」。法院應如何判斷專業醫療人員之過失，無論於比較法學及實證法學，皆係饒富趣味之研究課題。於特定醫療案件類型，損害及因果關係等二要件極為明確，故民事損害賠償責任成立與否，大抵取決於過失存在與否之判斷，若能釐清此類案件中，究竟係何種因素導致法院之間判決歧異，應能作為法院於裁判時、乃至醫病兩造當事人於訴訟前評估訴訟風險之

³ 吳振吉、姜世明，論醫療契約不完全給付可歸責性要件之舉證責任——並評最高法院97年台上第1000號民事判決，輔仁法學，第44期，2012年12月，93頁。

⁴ 相關文獻可參：陳聰富，醫療事故之因果關係——最高法院96年台上字第2032號民事判決評析，法令月刊，第60卷第10期，2009年10月，32-56頁；吳志正，醫療傷害民事因果關係之邏輯與歸責，東吳法研論集，2008年4月，91-132頁；吳志正，談醫療事故之因果關係，台灣法學雜誌，第161期，2010年10月，61-64頁。

⁵ 相關文獻如：陳聰富，醫療事故民事責任之過失判定，政大法學評論，第127期，2012年6月，349-412頁。

4 醫療侵權責任之過失判定

參考。

舉例而言，顏面神經麻痺係耳科手術後罕見但嚴重之併發症之一。顏面神經蜿蜒走行於內耳旁及中耳腔內，故手術醫師在移除耳部病變時，或因手術器械操作不當、或因病變本身非常接近神經，可能傷及顏面神經，導致病人顏面神經麻痺。因顏面神經麻痺外觀明顯可見，且於手術後立即發生，故就病人所受之損害、以及損害與手術間之因果關係二點，事證通常相當明確，因而醫師是否成立侵權責任，常取決於其施作手術時是否具有過失。Ruhl等人整理美國實務於1983年至2012年耳科手術相關醫療訴訟共58例，其中22例病人所受損害為顏面神經麻痺，而依訴訟結果區分，15例為原告勝訴判決，7例則為原告敗訴判決⁶。Matthew等人整理英國實務於1995年至2010年耳科手術相關醫療訴訟共137例，其中病人因訴訟上和解及勝訴而取得賠償者共97件，內含13件顏面神經麻痺案例⁷。彼等之實證分析指出，若干因素（如病人除顏面神經麻痺外尚發生其他併發症等）可能導致法院傾向判決醫師成立過失，若干因素（如病變範圍較大並已暴露神經等）則可能使法院接受醫師之抗辯而認為醫師無過失。於臺灣高等法院高雄分院97年度醫上字第3號民事判決（耳科手術致顏面神經麻痺案），我國法院亦採類似見解，而以病人所罹患為侵襲性較高之先天性膽脂瘤、且其侵犯範圍較廣為由，判決被告醫師之手術不具過失。由是觀之，藉由分析比較法上之類似案例，或可釐清相關判斷重點，供法院審判時迅速釐清爭點，並促

⁶ Ruhl DS, Hong SS, Littlefield PD. Lessons learned in otologic surgery: 30 years of malpractice cases in the United States. *Otol Neurotol*. 2013; 34:1173-9.

⁷ Mathew R, Asimacopoulos E, Valentine P. Toward safer practice in otology: A report on 15 years of clinical negligence claims. *Laryngoscope*. 2011; 121:2214-9.

進兩造之實質攻防。

又如子宮手術傷及輸尿管之案例，亦屬損害及因果關係等二構成要件明確，損害賠償責任之成立取決於被告是否具有過失之案例類型。針對此類案例，我國法院有藉由舉證責任之操作以論斷醫師成立過失者，如於臺北地方法院89年度重訴字第472號民事判決（子宮手術傷及輸尿管案），法院即適用英美法「事實說明自己」（*Res ipsa loquitur*）原則，論證醫師具有過失⁸。惟該見解為之後法院所不採，認為此類手術併發症實非醫師所能完全避免，並無「事實說明自己」原則之適用⁹。按「事實說明自己」原則作為舉證責任分配法則之一環，其作用乃在事實真偽不明時，法院據以決定應由何造當事人承擔舉證責任之不利益之法則。在施作手術傷及輸尿管之案例，法院是否全無調查證據之可能性，而需委諸舉證責任分配以認定當事人責任，非無疑義。於

⁸ 判決理由謂：「……一般而言，子宮肌瘤（或卵巢畸胎瘤）病症之必要手術，或應包括子宮切除及卵巢摘除，然通常情形，其手術結果或產生之影響應與泌尿系統之腎臟無關，其竟於手術後發生『輸尿管狹窄』之現象，並因而接受多次輸尿管手術，最後進而必須切除左腎，依英美法侵權行為法或醫療事件中所謂『*Res ipsa loquitur*』（『事實說明自己』或『事情本身說明一切』）之法則，亦應減輕或緩和原告之舉證責任。本件原告已經證明系爭事故之發生，除非係因醫事人員欠缺注意，否則通常情形不會發生，其事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而無其他因素介入，且原告係因子宮肌瘤病症入院治療，卻因輸尿管狹窄而造成腎臟嗣遭切除，自應認為其舉證責任已經足夠，故原告主張被告黃○○於子宮肌瘤手術過程中具有過失，應可採信。」

⁹ 如臺灣高等法院臺南分院106年度醫上字第1號民事判決即謂：「就本件而言，因為醫療後遺症之發生，並非人力所能完全避免，如前所述成大醫院之報告所引文獻指出，輸尿管阻塞的機會在骨盆腔脫垂的手術中高達11%，另一文獻則指出輸尿管阻塞的併發症為2.4%，亦即傷害發生之可能性非被上訴人李○○所能完全掌控，自無適用事實說明自己原則之適用。至於我國審判實務上固有部分判決採取上開原則，因非實務上多數穩妥之見解，本院不予採用。」

6 醫療侵權責任之過失判定

英國法，法院即有以病人之解剖構造是否異常，作為衡定醫師過失之基礎¹⁰。凡此比較法上之案例彙整，亦可作為吾國實務判斷醫療過失之借鏡。

由上開「耳科手術傷及顏面神經」及「子宮手術傷及輸尿管」等案例，吾人得以窺知，「醫療過失」具有「個案性」，同一手術導致同一損害，但醫師之醫療處置是否構成過失，依個案情節有所不同；而個案情節之認定具有「醫療專業性」，常非法官依其經驗或專業所能究竟，而形成法院在過失認定上之困難點。

除「個案性」及「專業性」外，醫療過失亦具有「多樣性」之特質。上開「耳科手術傷及顏面神經」及「子宮手術傷及輸尿管」等諸案例雖已呈現醫療過失認定之複雜樣貌，但此二案例類型本質上皆僅屬「醫師是否未適當執行手術」此單一過失態樣，茲以「肩難產」案例進一步說明醫療過失之「多樣性」。

所謂肩難產，係指生產過程中胎頭生出後，胎兒之前肩或後肩卡在母體骨盆，以致胎兒無法生出之難產。肩難產為產科急症，若未及時處理，將導致胎兒或母體之重大傷害，如胎兒終生不可回復之臂神經叢傷害，因此「肩難產」所衍生之醫療爭議案件，乃各國醫療訴訟實務上常見且重要的案例類型¹¹。目前已

¹⁰ *Hendy v Milton Keynes Health Authority (No.2)* [1992] 3 Med. L.R. 119, QBD. 本件被告醫師施作子宮切除術時，縫線縫合到右側輸尿管，導致病人輸尿管阻塞。法院認為，雖然在解剖構造異常的情形，具備合格手術能力之醫師亦可能發生此種併發症，但在解剖構造正常的情形，輸尿管損傷通常是手術技術不良所引起的。若解剖構造無異常，具備合格能力之手術醫師，通常可藉由將膀胱下壓來取得輸尿管走向的良好視野，確保不傷及輸尿管。因本件病人並未有解剖構造異常，法院乃認為被告醫師具有過失。

¹¹ 如臺北地方法院85年度訴字第5125號民事判決（馬偕醫院肩難產案）乃我國醫療訴訟實務之一指標性判決，該案中法院以消費者保護法無過失

知，若干危險因子與肩難產之發生有關，如妊娠糖尿病或過期妊娠所致之胎兒體重過大、母體骨盆腔狹小、或上一胎曾發生肩難產等。從而肩難產爭議案件中，可能涉及醫師不同面向之過失態樣，如：醫師未為妊娠糖尿病檢查或超音波檢查，而未發現胎兒過大（檢查上過失）；或醫師雖為超音波檢查，卻未正確判斷胎兒過大（未正確診斷之過失）；或醫師產檢時發現胎兒過大，但未告知產婦相關風險及其可另行選擇剖腹生產方式（治療上說明之過失）；或生產過程中發生肩難產時，醫師未採用符合醫療水準之低風險助產手法（未選擇適當治療之過失）；或醫師採用符合醫療水準之助產手法，但執行生產時施力過大傷及胎兒（未適當施作治療之過失）、或醫師發現該生產為困難案例，非其診所之能力及專業所能處理，卻未為轉診（轉診相關過失）等。要言之，病人於同一類型之醫療事故（肩難產）受有醫療損害，可能涉及多樣醫療過失之競合，在爭點整理及責任認定上，對於法律實務家更構成了另一層次的挑戰。

實則，「過失」作為醫療民事損害賠償責任之構成要件，向來亦為我國醫療法歷次修法之重點。如我國實務曾有以消費者保護法無過失責任之規定適用於醫療行為¹²，一度引發醫界及法界爭論。立法院乃於2004年4月28日修正醫療法第82條第2項，規定：「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」，其後法院遂多採醫療行為過失責任之見解，而平息當時實務運作上之歧異¹³。

責任認定醫療提供者應負損害賠償責任，引起醫界極大反彈，間接導致2004年之醫療法修法。

¹² 最高法院90年度台上字第709號民事判決、臺灣高等法院87年度上字第151號民事判決、88年度重上字第505號民事判決、91年度上字第597號民事判決、92年度上字第596號民事判決。

¹³ 自醫療法第82條修正以來，實務多直接適用該規定而採醫療行為過失責

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11782>

國家圖書館出版品預行編目資料

醫療侵權責任之過失判定／吳振吉著.

-- 初版.-- 臺北市：元照，2020.07

面；公分

ISBN 978-957-511-350-6（精裝）

1.醫療糾紛 2.醫療過失 3.醫事法規 4.判決

585.79

109007582

醫療侵權責任之過失判定

5L046HA

2020年7月 初版第1刷

作者 吳振吉

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 28 號 7 樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣 750 元

專線 (02)2375-6688

傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd. 搶先試閱版

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-350-6

醫療侵權責任 之過失判定

- 隨著病人自主權利的高漲，醫療糾紛近年來常成為眾所矚目的社會議題。醫療糾紛的爭點甚為龐雜，使得法院在過失認定上相對困難。本書收錄英美法、德國法、日本法及台灣法關於醫療過失之基礎理論及訴訟案例，並融入醫療工作者的視野，將醫療糾紛的爭點類型化，建立便於實務操作的醫療過失判定體系。
- 本書架構清楚，內容豐富，援引許多第一手的國內外學說及實務見解。作者在醫學及法學等二領域受有嚴謹且完整的訓練，以其跨領域背景針對國內外判決及學說作成專業細膩的分析，內容對實務工作者、學術研究者或修習醫事法的學生，均具有極高的參考價值。



月旦實務講座



德國醫療契約法的規定與
臺灣法的比較

陳聰富



醫療民事責任之過失判定

吳振吉

ISBN 978-957-511-350-6



9 789575 113506

5L046HA

定價：750 元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：02-2375-6688

網址：www.angle.com.tw