

科際整合系列

醫療訴訟篇(下)

解讀醫病關係 IV

Legal Aspects of Physician Patient Relationship

吳志正 著

 元照

Physician
Relationship
Aspects of
Patient Relationship
Physician
Patient Relationship
Legal Aspects of
Relationship
Aspects of
Physician
Patient Relationship
Legal Aspects of
Relationship
Physician
Legal
Patient Relationship
Aspects of Physician

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14130>

解讀醫病關係Ⅳ

醫療訴訟篇(下)

吳志正 著

元照出版公司



元照出版

搶先試閱版

自序

筆者自2006年出版「解讀醫病關係」第Ⅰ、Ⅱ冊，至今已逾15年，其間任教於東吳、臺大與中興大學，開設醫事法課程，並參與《月旦醫事法報告》期刊的發行，加上醫務繁忙，又鍾情於債法研究，將所剩無幾的時間投入《債編各論逐條釋義》的編纂，不自覺地就遲延了本書後續的寫作進度。

這兩年來，因為COVID-19疫情改變了教學模式與生活方式，讓筆者免於北、中兩地舟車勞頓，終於掙出自由的時間與心情，可以坐下來整理自己對醫事民法的一些體悟，梳理思緒落字成書，為方便讀者閱讀，醫療訴訟篇將分成Ⅲ與Ⅳ兩冊。另日前「法院組織法」部分條文施行後，過去由判例與決議所揭櫫之抽象法律原則，因已被後續判決一再援用，短期內尚不因此而失其參考價值，因此，本書就實務見解之引用，仍維持標示出判例、決議、判決之方式。

感謝廖建瑜法官以導讀方式為本書作序，方便讀者親近本書；管靜怡法官提供「醫療賠償訴訟之請求權基礎」以文代跋，讓內容更加完整。謝謝元照公司這些年來對推廣醫事法研究與教育不計成本的挹注，編輯夥伴們的協助，也一併致謝。

本書封面與封底仍延續15年前的風格，以當時稚女的



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14130>

畫作為元素，如今小女也將完成臺大研究所學業，看著她與筆者一起成長，無限欣慰。雖然家人對筆者犧牲了大部分家庭生活無限包容，但敬愛的父親於2020年冬，永遠地離開了，筆者懊惱錯過了彌足珍貴的最後相處歲月，每天應該還可以挪出更多時間，陪陪父親講話的，如今不能再承歡膝下，是心中最深的遺憾與悲慟，但逝去的，已經不能重來，徒留孺慕之思。

～謹以此書獻給我的父親吳賢盛先生～

吳孝正

於豐原寓所

2021年10月25日



元照出版

搶先試閱版

總目錄

序	廖建瑜
自序	吳志正

解讀醫病關係Ⅳ——醫療訴訟篇(下)

第五章 治絲益棼的告知義務	
第六章 醫事鑑定與審判權讓渡	
第七章 無聲無息的消滅時效	
第八章 一槌定音的和解	
附錄一 對我國病安通報法制之檢討與展望	
附錄二 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	
跋	管靜怡
醫療賠償訴訟之請求權基礎	

解讀醫病關係Ⅲ——醫療訴訟篇(上)

第一章 變動中的過失判定基準	
第二章 撲朔迷離的因果關係	



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14130>

第三章 謎樣的損害認定

第四章 舉證責任與真實的距離



元照出版

搶先試閱版

目 錄

自 序	吳志正
-----------	-----

第五章 治絲益棼的告知義務

第一節 德、日實務見解之鳥瞰	5
第一項 德國實務見解	5
一、責任成立層次——醫方是否應負賠償責任？	7
二、責任範圍層次——賠償範圍為何？	9
三、小 結	9
第二項 日本實務見解	10
一、最高法院之見解	10
二、高等法院之見解	11
三、地方法院之見解	12
四、小 結	14
第二節 臺灣實務見解之觀察	16
第一項 最高法院裁判	16
第二項 高等法院裁判	19
一、第一類：肯認醫方違反告知義務應賠償醫療 過程所生損害	19
二、第二類：切割醫師違反告知義務與其醫療行為 可非難性之見解	22
三、附帶說明	31
第三項 小 結	32



第三節 本文見解	34
第一項 病人受侵害之法益類型	35
一、第一類型：自主決定人格價值之侵害	36
二、第二類型：身體與健康完整性之侵害	38
三、第三類型：因醫療固有併發症風險實現所生 之侵害	40
四、第四類型：造成治癒（存活）機會減損或 併發症機會提高之侵害	41
五、第五類型：因後續醫療專業上疏失所致侵害	42
第二項 行為面可切割但法評價相牽連之二行為	42
一、二行為各自有相對應之固本法評價	43
二、二行為尚有法評價上之牽連	44
(一)自二行為與侵害結果之因果歷程觀之	44
(二)自二行為之侵權行為或契約責任觀之	45
第三項 後續醫療行為之歸責審查	47
一、實施後續醫療行為之阻卻違法事由	48
(一)得病人之同意	48
(二)固有的業務上正當行為	52
(三)阻卻違法效力與範圍之交錯	54
二、對應至第二、三類型法益侵害之歸責審查	56
(一)採阻卻違法範圍完全覆蓋說	56
(二)採阻卻違法範圍部分重疊說	57
三、醫療行為傷害說與非傷害說之分野	64
第四項 違反告知義務行為之歸責審查	65
一、第一至三類型法益侵害之審查	65
二、第四類型法益侵害之審查	70



第五項 小 結	73
第四節 結 論	74

第六章 醫事鑑定與審判權讓渡

第一節 醫事鑑定之基本性質	80
第一項 醫事鑑定之類型	81
第二項 醫事鑑定不涉及法評價	82
第三項 醫事鑑定只是證據方法	85
第二節 我國目前醫事鑑定之現況與困境	87
第一項 醫審會鑑定實務統計	88
第二項 簡介醫審會鑑定實務之運作	91
第三項 現有醫事鑑定制度之闕漏	93
一、形式上架空司法機關之審查權以及當事人之 訴訟權	94
(一)現行法對訴訟權與程序正義之保障	94
(二)行政權對立法、司法權之掣肘	97
二、實質上司法機關欠缺審查能力、當事人欠缺 詰問能力	100
三、小結——無從落實司法審判權與當事人之訴訟權	101
第三節 鑑定與司法審判權之讓渡	102
第一項 法院應對鑑定意見踐行證據調查	102
第二項 法院如何對鑑定意見踐行證據調查	107
一、調查鑑定書之「案情概要」與個案情節是否 相符	108



二、調查鑑定意見所根據醫療文獻或通案鑑定 意見之可信度	109
三、調查通案鑑定意見內容與所根據醫療文獻 之內容間是否具有的一致性	111
四、調查鑑定書所答覆之內容與委託鑑定事項 是否相對應	113
五、調查通案鑑定意見所描述之情節（病症、 術式、併發症等）與個案是否相同.....	115
(一)最高法院100年度第1688號「胎兒肢殘未檢 出案」民事判決	116
(二)高雄高分院98年度醫上訴字第7號「子宮頸 癌卵巢轉移案」刑事判決.....	122
六、調查由通案鑑定意見演繹至個案鑑定意見之 論理過程是否正確.....	124
第三項 法院之「輔助者」與證據調查	125
第四節 醫事鑑定變革的他山之石	127
第一項 大陸地區之醫事鑑定變革	127
一、醫學會執行之「醫療事故技術鑑定」	128
(一)關於醫療事故技術鑑定之規範	129
(二)簡 評.....	131
二、法醫鑑定機構所執行「法醫鑑定」	134
(一)關於法醫鑑定之規範	134
(二)簡 評.....	136
三、各地區人民法院之地方性指導	137
(一)江蘇省高級人民法院之醫療損害鑑定	137
(二)北京市高級人民法院之醫療損害鑑定	139



(三)簡 評.....	140
第二項 日本醫事鑑定之變革.....	141
一、カンファレンス（會議、或稱圓桌）鑑定.....	142
(一)裁判所委託大學醫院推薦鑑定人.....	143
(二)裁判所選任（數位）鑑定人.....	143
(三)決定鑑定事項.....	143
(四)裁判所將鑑定資料交付各鑑定人並說明 之，各鑑定人並應宣誓.....	143
(五)各鑑定人個別製作鑑定意見書.....	143
(六)實施會議鑑定（裁判所多以圓桌會議形式 進行）.....	144
二、複數自然人鑑定.....	146
(一)裁判所與鑑定人間之聯繫.....	147
(二)鑑定人與鑑定人間之聯繫（此限於「複數 鑑定討論方式」）.....	148
(三)對鑑定人之詰問.....	148
(四)鑑定意見之整合.....	148
三、小 結.....	150
第三項 他山之石可以攻錯.....	151
一、具啟發性之改革方向.....	151
(一)從單獨鑑定到多人鑑定之趨勢.....	152
(二)鑑定人具名、出庭說明與接受詰問 ——形式上之審查可能性.....	153
(三)營造並利用醫學專家間之戰爭 ——實質上之審查可能性.....	155
二、我國鑑定制度改革芻議.....	159



(一)不利改革之現實因素應予正視	159
(二)理想改革方向之提出——多人鑑定模式	161
(三)現階段可行之多人鑑定模式	164
第五節 結論與展望	169

第七章 無聲無息的消滅時效

第一節 侵權行為損害賠償請求權之消滅時效	177
第一項 實務於釋義學上之突破	177
一、短期時效主觀要件之解釋與突破	178
(一)後續性損害之類型	180
(二)請求權人「知」之內涵	181
二、長期時效客觀要件解釋上之突破	182
三、對最高法院94年度台上字第148號民事判決 意旨之補充	185
四、誠信原則之介入	189
五、小 結	191
第二項 不同類型醫療傷害之短時效起算點	191
一、知有潛在性醫療傷害之時點	193
(一)學說見解	194
(二)本文見解	196
(三)實務案例檢析	208
二、知有賠償義務人	216
(一)知現實侵權行為人	217
(二)知連帶賠償義務人	217
(三)小 結	223
三、知為侵權行為	224



(一)最高法院85年度台上字第1131號民事判決	224
(二)最高法院87年度台上字第936號民事判決	
(節)	225
四、請求權人	225
五、調解、刑事告訴與時效起算	227
第三項 消滅時效之中斷事由	229
第二節 債務不履行損害賠償請求權之消滅時效	231
第一項 時效起算之一般原則	232
第二項 民法第197條之準用	234
第三項 民法第197條準用之排除	234
第三節 結 論	240

第八章 一槌定音的和解

第一節 和解契約之性質與效力	246
第二節 和解之本質與類型	247
第一項 認定性質和解	247
第二項 創設性質和解	249
第三項 對最高法院決議之補充說明	251
一、創設性質和解之第三類型——非替代型和解	252
二、認定性質和解中「明確」法律關係之解釋	255
第四項 醫糾和解性質之判斷	256
第三節 和解之確定效力	257
第四節 和解之無效與撤銷	259
第一項 原爭執之法律關係對和解效力之影響	259
第二項 撤銷要件之限制	261
第三項 訴訟上和解與調解之程序規定	263



第五節 醫療連帶債務之和解.....	264
第一項 成立認定性質之和解.....	266
一、倘受僱醫師無醫療過失.....	266
二、倘受僱醫師確有醫療過失.....	267
(一)清償效力.....	267
(二)債務之免除.....	268
(三)內部求償.....	270
(四)應分擔額之另有約定.....	270
(五)病方於和解中讓步真意之探求.....	273
三、於是否有醫療過失仍不明確時之和解.....	275
第二項 成立創設性質之和解.....	277
一、倘受僱醫師無醫療過失.....	278
二、倘受僱醫師確有醫療過失.....	278
三、於是否有醫療過失仍不明確時之和解.....	280
第三項 和解或調解中之其他約定.....	282
第六節 醫療不真正連帶債務之和解.....	282
第七節 結 論.....	283

附錄一 對我國病安通報法制之檢討與展望

第一節 我國病安通報現況與法制之鳥瞰.....	290
第二節 病安事件通報與究責法制.....	291
第一項 病安通報與司法訴訟之功能不同.....	291
第二項 只強調究責無助於阻斷隱性失誤所生事故.....	292
第三項 究責法制影響誠實通報之意願.....	293
第四項 規避民、刑、行政究責之方式與妥當性.....	294
一、除錯與究責規範目的不同.....	295



二、手段與目的之妥當性.....	296
第三節 現行法之設計與檢討.....	297
第一項 生產事故救濟條例之病安專章	297
第二項 針對現行條例之檢討	300
一、條例不當創設「重大生產事故」一詞.....	301
二、條例之二元通報分析程序錯亂	301
三、匿名機制適用範圍太過侷限	302
第三項 針對現行條例之建議	303
第四節 代結論——冀望於醫界之自律精神	304
附錄二 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	
第一節 研究取徑、材料與方法.....	309
第一項 研究取徑之說明	309
第二項 案件之蒐集與判決要旨之製作	311
第三項 問卷之設計	311
一、填答醫師須全盤接受法院就過失事實之認定	312
二、疏失程度之判斷	313
三、對選擇「過失」與「疏失」用詞之說明.....	315
四、填答醫師之選任	316
五、題序之安排	316
第二節 問卷填答結果	316
第一項 填答醫師資料	317
第二項 原始數據與篩選數據.....	317
第三項 醫療疏失程度之判斷結果	318
第四項 對重大疏失定義之選擇	322



第五項	法學背景對問卷填答之影響	323
第六項	醫師科別對問卷填答之影響	325
第三節	實證數據之啟發與檢討	325
第一項	醫療刑責「以故意或重大過失為限」之 入法可行性	326
一、	對是否為重大醫療過失判斷之一致性	327
二、	重大醫療過失主觀構成要件要素之描述	328
第二項	醫療刑責「以故意或重大過失為限」 對有罪定讞率之影響	332
第三項	有罪定讞案件以重大疏失為主之原因	337
一、	刑法嚴格證據法則貫徹之結果	338
二、	醫療鑑定採較高之疏失篩檢門檻所致	344
三、	醫療行為本身之高風險以及高度專業性使然	345
第四項	填答醫師對法院所認定過失事實之接受度	347
第五項	法學訓練對醫師填答行為之影響	348
第六項	「重大」過失之判斷主體	349
第七項	檢方是否亦以重大疏失為起訴門檻	351
第八項	研究設計之缺失檢討	351
一、	案件蒐集之完整性缺失	351
二、	問卷設計上之缺失	353
第四節	結論與建言	354

跋 管靜怡

醫療賠償訴訟之請求權基礎

壹、前言	359
------------	-----



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14130>

貳、侵權責任.....	360
參、契約責任.....	362
肆、債務不履行與侵權行為二損害賠償請求權間 之關係	364
伍、契約責任與侵權責任之區別.....	365
陸、多數賠償義務人責任	372
柒、代結語.....	378



元照出版

搶先試閱版

第五章



治絲益棼的告知義務

第一節 德、日實務見解之鳥瞰

第一項 德國實務見解

第二項 日本實務見解

第二節 臺灣實務見解之觀察

第一項 最高法院裁判

第二項 高等法院裁判

第三項 小 結

第三節 本文見解

第一項 病人受侵害之法益類型

第二項 行為面可切割但法評價相牽連之二行為

第三項 後續醫療行為之歸責審查

第四項 違反告知義務行為之歸責審查

第五項 小 結

第四節 結 論



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14130>



元照出版

搶先試閱版

對病人自主決定權之尊重，雖已成為現代醫者所遵行的實務原則，但早期國內醫界對所謂病人自主權之認知，多半停留在醫學倫理層級、或僅止於醫師法或醫療法上主管機關對違反規定者有行政罰鍰之理解，然而隨著美國習慣法上「告知後同意法則」（Informed Consent Doctrine，亦有譯作「知情同意法則」）與其法律效果被介紹至國內¹，自斯時起，此法則已不再只是醫學倫理層級之道德訓示或是醫政管理上之行爲指導，而是可能伴隨著民、刑責任之法規範。對該法則理解之丕變，不僅掀起醫療傷害案件民、刑審判實務上之大波瀾，也考驗著法學者的論證思維，至今累積了可觀之學說論述與實務裁判，而受影響最鉅者，毋寧還是日常醫療業務之施行。

因應醫療實務對病人自主決定權之尊重，相對應的法學思維自然須有所發展，特別是於2019年1月6日施行「病人自主權利法」後，更已是不能規避之課題。筆者就其性質與醫方之說明義務內容於解讀醫病關係第II冊第九章與第十章已有基本論述，容不贅述。固然學者有指出，法院適用告知後同意法則之目的是為重建一個值得信賴之醫病關係²，但醫方違反告知義務之民、刑事責任為何，一直是近年來我國實務所不能迴避之重要議題。就本章論述主軸之民事責任而言，於醫療行為傷害說之思維下，學者通說³與實務⁴見解向來認為，病人因醫方違

¹ 楊秀儀，誰來同意？誰做決定？——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，1999年11月，367-406頁；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，138-152頁。

² 楊秀儀，溫暖的父權vs.空虛的自主——到底法律要建立什麼樣的醫病關係？，應用倫理研究通訊，21期，2002年1月，22頁。

³ 見解介紹可參看陳聰富，醫療法：第六講——告知後同意與醫師說明義務（中），月旦法學教室，81期，2009年7月，78-81、84、87頁。

⁴ 實務見解，容後於本文中介紹。



4 解讀醫病關係IV——醫療訴訟篇（下）

反告知義務而接受後續治療，縱治療過程無疏失，醫方仍須就該後續醫療之固有風險⁵實現所生之併發症傷害負責賠償⁶；惟筆者觀察與醫師違反告知義務相關之民事判決⁷，發現近來實務就此態度似有轉變，不僅逸脫傳統審查方式，也與德、日實務主流見解有別，儼然由實務另闢蹊徑發展出一新審查思維，值得重視，而學說態度亦然⁸。

鑑於任何法學新原則的發展，須檢視其是否有堅實之理論基礎予以支撐，並能與當今社會法價值契合，方能成為穩健之見解，準此，筆者擬以我國近來實務判決為材料，並輔以德、日相關判決，介紹實務就「醫方違反告知義務而後續醫療雖無專業疏失，但仍發生固有風險實現之併發症傷害」事件態度之轉變，並檢視可能支撐此發展之民事法理基礎，嘗試建構出可供操作之論證方式。

⁵ 稱固有風險，即非因疏失所致，可參看陳聰富，告知後同意與醫師說明義務，醫療責任的形成與展開，臺大出版中心，2014年5月，169-263頁。

⁶ 王澤鑑，侵權行為法，自刊，增訂新版，2015年6月，323頁，謂：「醫生未盡說明義務時，其同意原則上不生效力，不阻卻違法，縱其治療行為並無過失，醫生仍應就手術全部或一部失敗所生損害，負賠償責任。」

⁷ 刑事責任之討論，可參看張麗卿，刑事醫療判決關於告知義務變遷之研究，東海大學法學研究，39期，2013年4月，99-179頁；盧映潔、梁興禮，告知同意法則與醫療刑事過失責任之關連探討，裁判時報，69期，2018年3月，90-106頁。

⁸ 譬如認損害賠償主要是針對非財產上之損害，參看陳聰富，告知後同意與醫師說明義務，醫療責任的形成與展開，臺大出版中心，2014年5月，204頁；楊秀儀，論病人自主權——我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討，國立臺灣大學法學論叢，36卷2期，2007年6月，261頁。另就不同意見扼要之介紹可參考張文毓，違反告知說明義務之損害賠償範圍，月旦醫事法報告，27期，2019年1月，137-143頁。



第一節 德、日實務見解之鳥瞰

我國關於醫療上告知後同意或知情同意概念之受重視，固然可能是因學者介紹美國習慣法而來，然而習慣法上關於病人身體完整性或是自主決定權之保護是透過其侵權行為法（Torts）理論所展開，大體而言，係將醫師未為說明且完全未取得病人同意者，論以故意侵權行為（assault and battery），而將醫師雖為不實或不完全說明，但已得病人同意者，依過失侵權行為（negligence）論斷。由於前開習慣法上之區分理論與大陸法系之侵權行為論述有本質上之差異，且不同類型間之法律效果與攻防要件各異⁹，準此，本章就英美國習慣法之相關實務見解不擬詳述¹⁰，而擇與我國民法之法理基礎以及論述體系較為接近之德、日見解，作為比較法上之觀察，又筆者既係取徑於實務見解，故就彼國學界針對告知後同意相關之豐富論述，容不另細述。

第一項 德國實務見解

德國法學說向來肯認病人享有受告知說明之權利，相關論述極豐，要以¹¹，因為彼國通說採醫療行為傷害說，咸認為病人未受充分告知所為之同意無效，而該醫療行為既欠缺得病人同意之阻卻違法事由，即屬侵害病人身體權、以及對身體自主

⁹ 英美法之介紹詳可參看吳志正，解讀醫病關係II——醫療責任體系篇，元照，2006年9月，175-178頁。

¹⁰ 以此觀點切入者，可參看楊秀儀，論病人自主權——我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討，國立臺灣大學法學論叢，36卷2期，2007年6月，229-268頁。

¹¹ 整理自 Erwin Deutsch / Andreas Spickhoff, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht*, 7. Aufl., 2014, S. 331-334.



6 解讀醫病關係IV——醫療訴訟篇（下）

決定權之違法侵害行為，並認為一切由該未經病人同意之醫療行為所惹起之所有後果，包括身體、健康權之損害以及精神上痛苦，醫方均應賠償；惟值得注意者係，仍有少數說認為，醫方未盡告知義務僅侵害病人之自主權而應賠償該人格權受侵害之慰撫金，除此之外不應及於其他，但學者普遍認為此少數說之論證難謂合理。

相較於學說實務之發展，彼國實定法則遲至2013年2月26日施行之病人權利法（Patientenrechtegesetz）始有醫師告知義務之明文；其民法亦於同年增訂醫療契約之規定於第630條之a至第630條之h等8條文，將醫師告知說明義務區分為針對治療內容與費用、以及針對病人同意接受治療之告知說明二類型而分別規定於第630條之c與第630條之e，並於第630條之d第2句規定醫師之治療行為應於踐行第630條之e之告知並取得病人同意後始得為之，可謂是呼應學說與實務於法制設計上漸趨完備¹²；然而，就違反告知說明義務之法律效果，於此次民法增訂時卻未另作明文規範，雖通說認為告知說明既已規範為契約下之義務，其違反即應論以債務不履行，但病人受侵害之內容為何，卻眾說紛紜。準此，德國晚近之立法仍無助於解決「病人基於醫師不充分之告知而同意接受治療，治療過程無疏失事件，醫方是否應負賠償責任？以及賠償範圍為何？」等問題；可預見的是，目前彼國實務就此議題未能完全統一見解之情況¹³，短期之內恐怕是無力改善，就此，區分為二點說明。

¹² 德國民法相關規定之說明與簡評，可參侯英冷，德國醫療契約債編各論有名契約化，月旦法學雜誌，240期，2015年5月，178-180頁；黃立，醫療糾紛處理的過程與發展——以德國民法為中心，高大法學論叢，11卷2期，2016年3月，45-59頁。

¹³ 就2009年前德國關於告知義務之判決整理，可參考Markus Parzeller / Maren Wenk / Barbara Zedler/Markus Rothschild, *Aufklärung und*



一、責任成立層次——醫方是否應負賠償責任？

德國通說雖穩健地採醫療行為傷害說之立場，但實務在醫方違反告知義務而醫療行為過程中無專業上疏失時，應否負損害賠償責任之判斷上，可觀察到聯邦最高法院之意見其實並未完全嚴守醫療行為傷害說而顯得搖擺不定，就此，彼國學者多有批評，甚至呼籲其聯邦法院應蒐集並檢析過往案例而提出統一見解¹⁴。觀察近來聯邦最高法院有三類型見解值得注意：

(一)實務通說認為，若醫師未善盡告知義務致未取得病人有效之同意而實施醫療行為，倘造成病人健康上損害，即須就所有後續於該醫療行為所生之健康上損害負責，至於後續醫療過程有無專業上過失不論，譬如BGH, 11.10.2016 - VI ZR 462/15 乙案¹⁵，此類型判決嚴守著醫療行為傷害說之立場，應屬德國實務較為主流之意見¹⁶。

(二)為數不少實務見解復認為，倘後續醫療行為未造成健康上之傷害，醫師雖於醫療行為前未充分對病人說明，既然病人疾病已痊癒而獲致良好健康結果，即無任何請求權可資主張，因此醫師無責任，代表性判決是BGHZ 176, 342一案¹⁷，法院廢

Einwilligung des Patienten - Nach Maßgaben aktueller höchstrichterlicher und oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung, 2009 (2) S. 29a-I, at <https://www.aerzteblatt.de/archiv/64642/Aufklaerung-und-Einwilligung-des-Patienten-Nach-Massgaben-aktueller-hoechstrichterlicher-und-oberlandesgerichtlicher-Rechtsprechung>(最後瀏覽日：2019/06/06)。

¹⁴ Matthias Borgmann, *Der BGH klärt nicht auf! Inkongruenzen in der Rechtsprechung zur ärztlichen Risikoauflärung*, NJW 2010, S. 3190-3194.

¹⁵ 原文是“dass ein Arzt grundsätzlich für alle den Gesundheitszustand des Patienten betreffenden nachteiligen Folgen haftet, wenn der ärztliche Eingriff nicht durch eine wirksame Einwilligung des Patienten gedeckt und damit rechtswidrig ist.”

¹⁶ 參BGH, NJW, 1959, 2299.

¹⁷ BGHZ 176, 342 = NJW 2008, 2344 = BGH, 27.05.2008 - VI ZR 69/07.



8 解讀醫病關係IV——醫療訴訟篇（下）

棄了前審¹⁸「醫師違反說明告知義務，縱後續之醫療行為本身並未造成健康上之傷害，但基於病人人格權遭侵害之理由，仍應賠償慰撫金」之決定，謂「倘沒有造成健康上之侵害，因告知說明失誤之不法醫療行為，尚不構成損害賠償請求之基礎」¹⁹，並敘明倘採其前審之見解，恐將醫師之義務擴張得太廣。此類型見解無疑地緩和了醫師在醫療行為傷害說下之責任。

（三）少數法院認為，縱然病人係基於醫師不完全之告知說明而做出同意接受後續醫療之決定，嚴格而言應屬無效同意，但此情形醫師僅就未充分告知之風險中，實際上已實現之部分負賠償責任，此以BGHZ 168, 103(111)為代表²⁰，謂「縱對於事實上其他並未發生之風險並未說明，若被害人於同意時已知悉該嗣後實際上發生之治療風險，依告知說明法規之目的，即不得推導出對該等已實現之風險有賠償責任。」

綜上，醫師未取得病人有效同意而實施醫療，倘造成病人健康上損害者，上述第（一）類型見解為彼國實務與學說穩定之見解；惟倘病人未受有健康上之損害時，則多遵循第（二）類型見解，此雖大幅限縮了醫師於醫療行為傷害說下之責任，但仍為不少法院所採，且獲學界支持；至於第（三）類型見解，至今仍屬少數說，並因為缺乏具有說服力之論據，因此招致相當多學者之批評。

¹⁸ OLG VersR 1998, 586.

¹⁹ 原文是“dass eine auf Grund fehlerhafter Aufklärung rechtswidrige Behandlung keine Schadensersatzansprüche begründet, wenn kein Gesundheitsschaden eintritt.”

²⁰ BGHZ 168, 103(111) = NJW 2006, 2477.



二、責任範圍層次——賠償範圍為何？

就賠償範圍而言，德國聯邦最高法院雖沒有指標性案例直接表示意見，但於德國事實審的上訴法院見解，則有一定的脈絡可循，原則上，倘認醫師應就其告知說明不足負責賠償者，未造成健康權侵害時，肯認慰撫金之請求，若尚有造成健康權侵害者，則除慰撫金外，另肯認實質損害之賠償（費用與收入短缺等）。

譬如VI ZR 462/15之原審²¹即肯認病人因未經醫師充分解釋手術之可能風險而接受手術，對醫師就其嗣後併發癱瘓等神經損害症狀所生財產與精神上損害賠償之請求（Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch）；而VI ZR 69/07之原審²²就慢性肝炎病人接受藥劑注射而醫師未說明該藥物副作用之事例中，雖病人未受有健康上之不良後果，仍判賠慰撫金（Schmerzensgeld），惟本件遭最高法院廢棄（見前述）。

三、小 結

德國通說向來穩健地採醫療行為傷害說，因此為了能阻卻醫療行為之違法性，就醫療行為前須取得病人無瑕疵同意之立場，自是不能退讓，就此亦於德國民法第630條之d與e定有明文。然而，針對醫師違反說明義務，病人因瑕疵同意接受醫療，後續醫療過程無疏失之情形，醫方是否應負損害賠償責任，德國聯邦最高法院實務雖大體上仍維持醫療行為傷害說之基本立場，但部分實務的態度卻是令人意外出現猶疑，特別是彼國事實審之上訴法院雖曾肯認醫師違反告知義務但病人未受

²¹ OLG Jena, Entscheidung vom 23.07.2015 - 4 U 18/14.

²² OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 09.02.2007 - 13 U 132/06.



10 解讀醫病關係IV——醫療訴訟篇（下）

有併發症傷害，仍應賠償慰撫金，但聯邦最高法院與學界則另有認為，倘病人無健康權之侵害，縱醫方違反告知義務，病方因無傷害仍無任何請求權可資主張，此固然是於醫療行為傷害說之嚴峻效果下作出的妥協，限縮醫方之責任，但不啻否認單純侵害病人自主決定權本身得單獨成立賠償責任之可能。

第二項 日本實務見解

日本學者關於醫師告知義務之學說論述頗豐，惟本章擬從實務見解切入，故不擬詳論，茲介紹彼國實務態度之梗概如下：

一、最高法院之見解

就筆者所蒐集，最高裁判所第三小法廷曾於平成10年（才）第1082號判決「宗教上理由拒絕輸血案」²³中，就醫師違反病人因宗教信仰上明確不輸血之意思而輸血，雖病人輸血後未受有健康上不利益之結果，但法院仍肯認屬侵害病人自主決定之人格權而判賠償慰撫金，此雖為彼國就病人自主權遭侵害之經典判決，然而，由於本件係醫師故意違反病人明示意思而輸血之事件，依日本民法第709條不法行為法之規定固可由此判決推導出倘醫方因過失為不充分說明而病人於接受後續醫療未受有健康上不利益之結果時，醫方仍應賠償慰撫金之結論，但仍不能窺得因後續醫療固有風險實現發生健康上不利益結果時，醫方應否賠償？真正觸及發生併發症而有健康上不利益結果類型者，僅最高裁判所平成13年11月27日之平成10年（才）第576號判決（事實如下述二、(一)案例），惟該法院僅是揭示告知義務之內容與範圍並肯認病人自主決定權，但未論

²³ 最高裁判所平成12年2月29日第三小法廷判決。



及損害賠償之範圍。

二、高等法院之見解

縱日本最高裁判所尚未就「違反告知義務而實施之後續醫療，雖無專業疏失但仍發生固有風險實現之併發症傷害」事件明確揭示其看法，惟其高等法院則已有3件類似事件，計有：

(一)大阪高等裁判所平成13年（ネ）第4020號判決²⁴就醫師未提供乳癌患者溫存療法（按：即保留乳房之治療方法，breast preserving therapy）之治療選項而切除患者乳房之事件中，醫師因違反告知說明義務而侵害患者選擇治療方式之意思決定，且乳房被切除將牽動女性細微的心理感受，雖醫師於後續切除乳房治療過程並無疏失，亦應負債務不履行責任，法院遂肯認患者慰撫金與律師費用之請求²⁵。

(二)高松高等裁判所平成15年（ネ）第436號判決²⁶之案件事實，亦為醫師未告知病人乳癌溫存療法之治療選項而違反告知說明義務之事件，法院認為醫方侵害病人對乳癌治療方針之自主決定權，致患者喪失右側乳房，雖醫師於後續治療過程並無疏失，仍屬診療契約之債務不履行，肯認患者精神上痛苦之慰撫金與律師費用之請求²⁷。

(三)東京高等裁判所平成26年（ネ）第956號判決就醫師未完全說明白內障手術之後遺症，雖手術過程難謂有過失，惟病人之水晶體卻因手術破損而留有凹穴之後遺症，此後遺症正是醫師所疏未說明者，病人雖受有健康上之損害，惟於第一審時

²⁴ 大阪高等裁判所平成14年9月26日判決。

²⁵ 歷審為大阪地方裁判所平成8年5月29日判決、大阪高等裁判所平成9年9月19日判決、最高裁判所平成13年11月27日第三小法廷判決。

²⁶ 高松高等裁判所平成13年6月30日判決。

²⁷ 原審為德島地方裁判所平成15年9月26日判決。



Legal Aspects of Physician Patient Relationship

本書簡介

本書係作者於東吳、台大、興大法律研究所講授醫療民事法內容之總整理，以理論體系為經，審判實務為緯，寫就解讀醫病關係III與IV，分為醫療訴訟篇（上）與（下）二冊。

解讀醫病關係III先就醫療傷害之損害賠償要件——損害、過失與因果關係，分述於前3章，第4章則是闡述此等要件舉證責任分配之原則與例外。解讀醫病關係IV則依次於5～8章介紹醫師違反說明義務之損害賠償、醫事鑑定與審判權的關係、醫療傷害賠償請求權的消滅時效以及和解等實務上重要議題；並收錄作者發表之病安通報法制與刑事過失程度實證研究二文。

作者有醫法雙修背景，談醫事法，能充分結合臨床與司法實務，為醫、法間最佳橋接，且不拘泥於傳統法學論述框架，令人耳目一新。本書以淺顯的文字進行深度科際整合，研修與實戰兩相宜。



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



元照網路書店



元照圖書館

