

科際整合系列

醫療訴訟篇(上)

解讀醫病關係 III

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/14129>

解讀醫病關係Ⅲ

醫療訴訟篇(上)

吳志正 著

元照出版公司



元照出版

搶先試閱版

序

認識本書作者是從他的文章開始，當時正在尋找博士論文方向，鎖定題材方向是關於存活機會降低的損害賠償，看完作者於《月旦法學雜誌》所發表之「存活機會喪失——醫療損害之迷思」大作後，頓時深知不論如何寫作均無法再超越該文法律及醫學分析的透澈與完整，馬上打消此議題研究的念頭，對於作者扎實的法律論述及深厚醫學知識十分佩服，後來有幸與作者在多次醫療法律學術活動中合作，益發感受到作者對醫療法律的熱情以及對於年青學子殷切關懷，不但在從事醫療工作外，忍受舟車勞頓從豐原到臺北教學，更常為《月旦醫事法報告雜誌》編務耗費心力，而其著書立說，念茲在茲也是為給有志學習醫療法者方便之法門，致力提升臺灣醫療法領域水準。

作者在2006年完成解讀醫病關係 I、II 著作，以說明同意原則為核心概念，將醫病民事關係建構債法原理的完整體系，在事隔15年後累積更多的研究成果，關注的層面從法院實務上如何判斷醫療過失，其基準為何，融合學界的論點及外國判例見解操作，提出以醫療上善良管理人注意程度為基準，並且在訴訟上如何形塑，提出在舉證責任上如何合理分配轉換，並在目前法院實務借重醫療鑑定下，有何弊病提出批判，並建議法院應如何審查鑑定報告以避免讓渡審判權予鑑定機關以及複數鑑定取捨的判斷方式，並在因果關係上亦強調正確解讀鑑定報告內容，避免以「定性」問法，運用實證醫學數據「定量」之論證，讓



購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14129>

因果關係判斷具有明確性，更把觀察的視角從責任成立之損害擴展至較少人著墨的責任範圍之損害，以合理醫病雙方之負擔。此外，對於近年來醫療訴訟最常主張之告知說明義務違反，精準地提出保護法益有自主決定之人格法益與生命身體法益之差異，進而予以分類並衍生不同審查模式，有助釐清法院訴訟見解上之盲點。最後，對於醫療訴訟中常見消滅時效抗辯及另行成立和解契約，本書作者亦提出在債務不履行與侵權行為請求權競合中，如何目的限縮性解釋而排除短時效之適用，以保護病人權利之行使，以及分辨和解係屬認定型或創設型對當事人產生不同之法律效果，以避免另起紛爭。

個人在學習醫療法近二十年來，很慶幸有吳志正醫師在此道路上相伴，不論是在專業學識及為人處事，均得益甚多，今有幸受邀為本書為序並先睹為快，實感榮耀，相信以本書資料之豐富、論述之周延，不論是初學者或實務工作者，均能從中得到啟發，進而得到求知的滿足。

法律實務工作者

廖建瑜

2021.8.30於文山拓真宅



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 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
- 第三章 謎樣的損害認定
- 第四章 舉證責任與真實的距離

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



購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14129>

跋..... 管靜怡

醫療賠償訴訟之請求權基礎

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/14129>

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～

吳志正

於豐原寓所

2021年10月25日



元照出版

搶先試閱版

目 錄

序	廖建瑜
自 序	吳志正
第一章 變動中的過失判定基準	
第一節 醫療專業性過失之判定難題	5
第一項 一般侵害事件之過失理論基礎	5
第二項 醫療傷害事件之過失理論基礎	7
第二節 醫、法實務界對醫療過失之理解.....	9
第一項 對疏失與過失二分之辯正	10
第二項 以醫療常規做過失判準之辯正	11
一、醫療常規之定義	12
(一)醫療常規所規範之客體為醫療方法	13
(二)醫療常規係為保持或增進病人健康，必要 且相當之醫療行為	13
(三)醫療常規係符合當時當地醫療水準且同級 醫師所承認之方法	15
(四)醫療常規具有倫理性.....	16
二、醫療常規與過失判定之關係	16
(一)醫療常規不一定具有個案個別性	17
(二)醫療常規僅能作為一部分過失態樣之判準.....	20
三、審判實務對醫療常規判準之挑戰	22



第三項 以藥品仿單、儀器使用手冊內容做過失 判準之辯正	23
一、仿單、手冊與醫療常規	23
二、仿單上警語	24
三、藥品仿單外使用與過失判定	26
(一)仿單記載內容之性質	26
(二)臨床試驗與可容許風險	27
(三)仿單上適應症	29
(四)仿單適應症與藥害救濟	30
(五)仿單適應症外用藥之法評價	30
(六)對衛生署函示之批評	32
(七)案例之評析——臺灣臺北地方法院90年度 訴字第3406號民事判決	33
第四項 以併發症發生率做過失判準之辯正	34
第五項 對援引外國法則做過失判準之辯正	36
第六項 小 結	36
第三節 學界對醫療過失之理解	37
第一項 對以醫療常規作為判準提出批判	37
第二項 「理性醫師」注意程度說	41
一、「理性醫師」即是「善良管理醫師」	42
二、「理性醫師」之形塑	48
第三項 醫療水準說	49
一、基準之確立——最完善之注意義務	49
二、基準之補充——醫療水準說之發明	50
第四項 外國法則之援引	53
一、漢德公式（Hand formula）	53



(一)對人身侵害成本之估算——Helling v. Carey案	55
(二)對妨礙醫業執行成本之估算——「維他命過敏致死案」	57
二、事實說明自己 (res ipsa loquitur)	58
第五項 小 結	61
第四節 對醫療過失判定之補充建議	61
第一項 回歸新過失理論之判斷基準	61
第二項 訴訟實務上善良管理醫師之形塑	62
第三項 醫療決策面過失之判定	64
一、以醫療常規作為判準有其理性基礎與前提	64
二、醫療常規之違反與心證之形成	65
(一)醫療常規之違反與推定過失之心證	65
(二)違反醫療常規之不同類型	66
第四項 醫療執行面過失之判定	68
一、病歷不會記載執行面疏失	69
二、難藉由目前鑑定方式檢出執行面過失	70
三、當前因應之道	71
(一)以錄音錄影記錄醫療事實之可行性	71
(二)舉證責任之調整與分配	72
(三)蓋然性之計算	73
第五節 機構過失	74
第一項 實務案例之觀察	75
第二項 機構之契約注意義務內容	77
一、醫療機構之契約主體適格性	77
二、醫療機構之契約過失責任	80
第三項 機構之侵權行為責任	82



一、過失侵權責任理論之構成	82
二、對醫療機構作為民法第184條責任主體之質疑 ...	83
三、突破法人醫療機構侵權責任主體適格性的 嘗試	84
(一)醫療法第82條第5項之修正	84
(二)最高法院108年度台上字第2035號民事判決 ...	86
四、本文意見——醫療機構侵權責任之美麗與哀愁 ..	87
五、小 結	91
第四項 小 結	91
第六節 結 論	92

第二章 撲朔迷離的因果關係

第一節 事實上因果關係之論證	97
第一項 以充分條件為論證相當因果關係之方法	99
第二項 以必要條件為論證事實上因果關係之核心	104
一、事實上因果關係為醫事訴訟因果關係判斷 之核心	106
二、事實上因果關係之論證流程	107
(一)由抽象而個案之二階段論證流程	107
(二)抽象因果關係之選擇	112
(三)小 結	126
三、事實上因果關係之客觀性格	126
第二節 法界與醫界對因果關係理解之差異	130
第一項 醫界所理解之因果關係	130
第二項 法界所理解之因果關係	131
第三項 因隔閡可能衍生之錯誤論證	131



一、對鑑定意見中「難以確定」因果關係之誤解.....	132
二、對鑑定意見中「有無可能」與「有無機會」 之誤解.....	133
三、對「死因」之理解差異.....	138
第三節 運用實證醫學數據進行因果關係之論證.....	140
第一項 醫療事故因果關係之態樣.....	141
第二項 運用實證醫學數據進行論證之原則.....	142
一、急性病之因果關係.....	143
二、慢性病之因果關係.....	146
三、個案因果關係心證之形成.....	150
四、案例簡評.....	153
(一)案例一：心肌梗塞案.....	153
(二)案例二：脊椎動靜脈畸形案.....	155
(三)案例三：胃腺癌案.....	158
(四)小 結.....	161
第三項 小 結.....	162
第四節 機會喪失理論.....	163
第一項 美國法存活機會喪失理論之提出.....	164
第二項 類似理論之比較法觀察.....	166
第三項 對「機會喪失」等理論之質疑.....	170
一、存活或治癒機會本身不具人格法益性質.....	172
二、機會喪失理論不能紓緩病家就因果關係之 舉證困難.....	173
第四項 可能解決方案之提出.....	175
一、受侵害客體為生命、身體、健康權.....	176
二、因果關係之證立並無困難.....	176



購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14129>

三、核心議題——損害賠償範圍之估算.....	178
第五節 結 語.....	179

第三章 謎樣的損害認定

第一節 民法上損害之概念.....	184
第一項 二層次概念.....	184
第二項 區分之實益.....	186
第二節 履行利益與固有利益觀點下之損害.....	187
第一項 醫方與第三人間責任之競合.....	187
一、學者見解.....	187
二、本文見解.....	190
(一)履行利益之侵害.....	191
(二)固有利益之侵害.....	199
(三)尚待解決之問題.....	202
(四)小 結.....	203
第二項 病人就本身因素之分擔.....	204
第三項 賠償額之計算.....	208
一、生命權受侵害之損害賠償.....	208
二、身體健康權受侵害之損害賠償.....	209
第四項 經典案例之評析.....	211
一、車禍腦傷術後照護失當案.....	211
(一)案件事實.....	211
(二)鑑定意見.....	211
(三)法院判決.....	212
(四)本文評析.....	215
二、車禍內出血死亡案.....	217



元照出版

搶先試閱版

(一)病方主張.....	217
(二)法院判決.....	217
(三)本文評析.....	220
第三節 存活或治癒機會喪失之損害.....	222
第一項 身體健康權受侵害之損害賠償.....	222
一、單位期間賠償數額之估算.....	223
二、總期間之估算.....	225
第二項 生命權受侵害之損害賠償.....	228
第三項 尙待解決的問題.....	229
第四項 經典案例之評析.....	229
一、肺腺癌遲延診斷案.....	229
(一)案件事實.....	229
(二)法院判決.....	230
(三)本文評析.....	231
二、肺腺癌骨轉移案.....	233
(一)案件事實.....	233
(二)法院判決.....	233
(三)本文評析.....	234
第四節 人工流產自主決定權之侵害與損害.....	236
第一項 案例之提出.....	237
一、案件事實.....	237
二、法院判決.....	238
(一)就缺陷兒之母.....	238
(二)就缺陷兒之父.....	239
三、問題意識.....	239
第二項 比較法之觀察.....	240



購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14129>

一、美國法	242
二、英國法	243
三、德國法	244
四、日本法	244
五、法國法	245
第三項 我國學說實務見解	247
一、最高法院實務見解	247
二、學說見解	248
(一)責任成立上之損害	248
(二)責任範圍上之損害	251
(三)小 結	254
第四項 本文見解	254
一、責任成立上之損害	254
(一)人工流產自主決定權——無予以權利化之必要	254
(二)意思決定自由權之損害	257
(三)身體權與健康權之損害	258
(四)其他法益之損害	259
二、責任範圍上之損害	267
三、對缺陷兒父親之法益侵害	268
第五項 結 論	269
第五節 餘命損害	270
第一項 「餘命損害」古典爭議	271
第二項 學說見解	273
一、肯定說	274
二、否定說（通說）	275



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14129>

三、學說爭議之關鍵	276
第三項 本文意見	276
一、死亡過程之法律上意義	276
二、肯定說之可採	278
(一)「餘命損害」之損害本質	278
(二)「餘命損害」之損害賠償	280
三、雙重得利疑慮之排除	287
(一)扶養權利與繼承權利不同質	288
(二)二者之調合	289
第四項 小 結	290
第六節 結 論	291

第四章 舉證責任與真實的距離

第一節 醫療傷害之舉證	297
第一項 案例之提出	298
[案例1]子宮頸癌誤診案	298
案件事實	298
法院判決	299
[案例2]胸腺惡性腫瘤誤診案	300
案件事實	300
法院判決	300
第二項 本文意見	303
一、對案例之評析	303
二、舉證責任之分配	305
(一)就最初時點已罹病之舉證	305
(二)就癌症惡化(存活機會喪失)損害之舉證	306



元照出版

搶先試閱版

(三)就損害與延誤診斷間因果關係之舉證	309
第二節 醫療過失行為之舉證	311
第一項 二面相之醫療過失	311
第二項 決策面過失之舉證責任	313
第三項 執行面過失之舉證責任	316
一、病方因無從舉證執行面醫療過失而敗訴	316
二、病方因舉證責任之調整而勝訴	321
(一)傷害本身具有特異性者	321
[案例3]子宮肌瘤切除傷及腎臟案	325
(二)病歷記載有疏漏	327
[案例4]中耳炎手術案	328
[案例5]椎體清除減壓案	328
[案例6]去眼袋拉皮案	337
[案例7]門診主訴未記載案	337
(三)病歷有毀損或滅失之情形	338
[案例8]齒模遺失案	347
[案例9]圓錐角膜案	348
(四)實體法上之舉證責任倒置	350
[案例10]坐骨神經減壓手術	351
第三節 因果關係之舉證	353
(一)重大醫療瑕疵原則	358
(二)其他舉證責任之調整方式	363
第四節 結 論	364



第一章



變動中的過失判定基準

第一節 醫療專業性過失之判定難題

第一項 一般侵害事件之過失理論基礎

第二項 醫療傷害事件之過失理論基礎

第二節 醫、法實務界對醫療過失之理解

第一項 對疏失與過失二分之辯正

第二項 以醫療常規做過失判準之辯正

第三項 以藥品仿單、儀器使用手冊內容做過失判準之辯正

第四項 以併發症發生率做過失判準之辯正

第五項 對援引外國法則做過失判準之辯正

第六項 小 結

第三節 學界對醫療過失之理解

第一項 對以醫療常規作為判準提出批判

第二項 「理性醫師」注意程度說

第三項 醫療水準說

第四項 外國法則之援引

第五項 小 結



購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14129>

第四節 對醫療過失判定之補充建議

- 第一項 回歸新過失理論之判斷基準
- 第二項 訴訟實務上善良管理醫師之形塑
- 第三項 醫療決策面過失之判定
- 第四項 醫療執行面過失之判定

第五節 機構過失

- 第一項 實務案例之觀察
- 第二項 機構之契約注意義務內容
- 第三項 機構之侵權行為責任
- 第四項 小 結

第六節 結 論



元照出版

搶先試閱版

囿於醫學專業障礙，醫糾審判實務上對醫療過失之判定方式向來極富爭議，相關論述雖豐，但在學說與實務相互影響之斑斑鑿痕中，醫療過失之理論基礎始終猶疑。常可見醫糾判決理由詳細蒐羅各種判斷基準，雖不難窺得裁判者之用心，但也透露出莫衷一是的無奈，以下這一則引起矚目的判決即屬適例。

最高法院106年度台上字第227號「頭部外傷急診留觀案」民事判決：「上訴人（病家）主張……A、B（醫師）二人未依台大醫院急診作業手冊第四版規定立即為甲（病人）安排電腦斷層掃描檢查……因而未能發現甲顱內出血嚴重，錯失緊急手術時間，致手術無效果，其醫療行為與醫療常規不符，自有過失。……原審……依台大醫院急診部之輕度及嚴重頭部外傷治療準則第一項、第四項規定，本應立即安排腦部電腦斷層掃描檢查，以排除是否有顱內出血……惟甲於初至台大醫院就診時，意識清楚，尚無嘔吐，A給予安排頭部X光檢查、破傷風類毒素注射及傷口縫合，符合頭部外傷急診作業之常規處置……A、B二人初步診斷，應無過失。……（本件法院謂）醫師為具專門職業技能之人，其執行醫療之際，應盡善良管理人之注意義務，就醫療個案，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及避免損害發生之成本暨醫院層級等因素，綜合判斷而為適當之醫療，始得謂符合醫療水準而無過失；至於醫療常規，為醫療處置之一般最低標準，醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務。……查A、B二人確有應注意甲意識變化、評估生命徵候、意識狀態及瞳孔反應及嘔吐二次，而疏未注意評估，以便安排作電腦斷層之違反醫療常規之處置上過失，乃原審所確定之事實，果爾，A、B二人所為醫療行為是否符合醫學中心所應具備之醫療水準？尚非無疑。」



4 解讀醫病關係Ⅲ——醫療訴訟篇（上）

於前開單一則判決中，所提及與醫療過失之判斷相關之判準即有「作業手冊」、「治療準則」、「常規處置」、「善良管理人之注意義務」、「診療當時之醫學知識」、「審酌價值、風險及成本」、「醫院層級」、「醫療水準」、「醫療常規」、「醫療處置之一般最低標準」、「醫學中心所應具備之醫療水準」或為概念、或為具體規則，或為獨立或有重疊之基準，有台灣判例之用詞（善良管理人之注意義務），有源自日本法之判準（譬如醫療水準與診療當時之醫學知識等）、也可見美國法習慣法之判決先例與理論（譬如醫療處置之一般最低標準、以及類似漢德公式之經濟分析理論等）。於2017年底甫修訂之醫療法第82條¹，就醫療過失之描述亦有「醫療上必要之注意」、「合理臨床專業裁量」、「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」以及「緊急迫切」等，此等不同基準或理論概念各應做何理解？彼此間之關係為何？實際論斷時應如何整合操作？遂成為相當棘手之課題。

關於醫療過失判準之法學論述，不能僅憑法學邏輯上之想像，而不立足於對醫療的理解，故筆者擬釐清前開所列醫療過

¹ 於2018年1月24日總統華總一義字第10700007771號令修正公布之醫療法第82條條文：「（第1項）醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。（第2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。（第4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5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。」



失判準所對應之醫學與法學上義涵，消弭醫界與法界間因誤會而生之齟齬，文末並嘗試著建構出我國醫糾審判現狀下可操作之過失判斷基準。須特別說明者係，由於外國法之論述多為國內學說與實務見解所繼受，為避免重複並方便閱讀，筆者於介紹國內學者見解時，將於必要處一併說明並做評論，不再統整出比較法獨立單元，另本文雖輔以案例，目的在於講述原則，有關國內醫療過失案件之類型整理，非本文主軸，容不贅列²；又民、刑事責任雖有證據法則等之不同，但論及醫療過失判準時仍多有相通，而修訂後之醫療法第82條第2、3項之民、刑過失判斷基準更完全一致，故本章論述雖以民事醫療過失為主，但於適當處亦將述及刑事醫療過失；再者，醫療過失之判準將牽動著舉證方式與難易，故於相關處將扼要述及；另醫療機構過失責任於性質上與醫事人員之過失不同，修訂後之醫療法亦於第5項規範出此類型機構責任，於文末一併說明。

第一節 醫療專業性過失之判定難題

醫療行為人對於病人死傷等不幸結果之發生是否有過失而應予以法律上之非難，於尚未有特別法律規定或另有堅實理由認為應做特別處理之情形下，其法理基礎應與一般人身侵害事件之過失判斷無異。準此，筆者先鳥瞰一般（人身）侵害事件之過失判斷原則，次說明醫療傷害事件因其醫療專業性，於適用此等原則時所遭遇之困難。

第一項 一般侵害事件之過失理論基礎

民法並未如刑法第14條「按其情節應注意，並能注意，而

² 詳可參看吳振吉，醫療侵權責任之過失判定，元照，2020年7月一書。



6 解讀醫病關係Ⅲ——醫療訴訟篇（上）

不注意者，為過失」定有過失定義，惟倘採新過失理論³，民法上所謂之「過失」應可理解為對於不幸結果的發生在同時具備有「客觀之預見可能性」以及「客觀之迴避可能性」之情形下，行為人違反了注意義務進而造成一定法益之侵害之謂⁴。須進一步說明者係，所謂「客觀」，係指過失「判斷基準」的客觀化⁵，而非將心理層次主觀之過失改列為客觀構成要件之意。換言之，此與過失乃指行為人「主觀」上欠缺注意之「主觀」性質並不相悖，蓋此處之「客觀」所指乃係非以行為人個人主觀之預見或迴避可能性為斷，而是以一虛擬之「客觀行為人」處於行為人之處境，判斷該客觀行為人對侵害結果是否能預見或是否能迴避之意⁶。

進一步申言，就刑法上之過失言，此「客觀」之注意程度係指「一位具有良知與理智而小心謹慎之人」，處於與行為人相同具體情狀下，所應保持之注意⁷。就民事法而言，則依當事人間基礎關係與法律事件性質之不同，此「客觀」可區分為依善良管理人、處理自己事務者（嚴格而言，此一層級並非

³ 詳參翁玉榮，可容許危險在醫療刑事過失責任中之適用，中央警察大學法學論集，5期，2000年3月，2-6頁。

⁴ 王澤鑑，侵權行為法，自刊，增訂新版，2015年6月，333-334頁。

⁵ 「過失客觀化」一詞已可見於最高法院之裁判中，參最高法院99年度台上字第836號民事判決。

⁶ 王澤鑑，侵權行為法，自刊，增訂新版，2015年6月，333-334頁，稱此為「過失之客觀化」，謂善良管理人之注意乃類型化的客觀歸責，「認定過程係將加害人具體的『現實行為』衡諸善良管理人在同一情況的『當的行為』，若認定其有差距，即加害人的行為低於注意標準時，為有過失」。至於行為人個人「主觀」預見以及迴避可能性，於刑法中屬於「罪責」層次之判斷，民事法中則以行為能力與意識能力等做規範。

⁷ 黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，自刊，1995年10月，168頁。



「客觀」⁸）、一般普通人等，三種不同層級之「客觀行為人」居於行為人之地位是否得預見與迴避侵害結果之發生，倘有違反則分別對應至抽象過失、具體過失與重大過失三者，此為我國民法學說與實務相當穩定的見解⁹。其中所謂之善良管理人注意程度之內容，最高法院實務曾揭示係指「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」¹⁰，更補充以「行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同」¹¹，而學者亦認為「係以一般人具有相當專業知識且勤勉負責之人，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。即行為人應具有其所屬職業（如醫師、建築師、律師、藥品製造者），某種社會活動之成員（如汽車駕駛人）或某年齡層（老年或未成年人）通常所具之智識能力」¹²。

第二項 醫療傷害事件之過失理論基礎

純粹就學理上言，醫療行為人之過失判斷原理應與前項所

⁸ 按此層級係以「主觀行為人」之注意程度為基準，但民法就此仍設有第223條「應與處理自己事務為同一注意者，如有重大過失，仍應負責」、以及最高法院31年決議(三)所載「應與處理自己事務為同一注意者，倘其平日處理自己事務所用注意，已高於善良管理人之注意者，如其履行債務，已盡善良管理人之注意，則雖未與處理自己事務為同一之注意，亦應認為無過失」二項最低與最高之客觀判斷門檻以資運用。

⁹ 可參看孫森焱，民法債編總論（下），自刊，修訂版，2020年4月，484-485頁；最高法院42年台上字第865號民事判例。

¹⁰ 最高法院前註判例參照。

¹¹ 最高法院93年度台上字第851號民事判決參照。

¹² 王澤鑑，侵權行為法，自刊，增訂新版，2015年6月，335頁。



8 解讀醫病關係Ⅲ——醫療訴訟篇（上）

述一般侵害事件行為人之過失無異，只須將「客觀行為人」置換為「客觀之醫師」即可；次觀醫療法第82條第1項「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意」規定之意旨，醫療事件中之「客觀醫師」於刑事法上應係指「一位具有良知與理智而小心謹慎之醫師」¹³，而民事法上則是「依醫業上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之醫師」，應無疑義。前開論述雖是乾淨俐落，但醫事訴訟實務在判斷上卻是遭遇相當大的困難，主要原因是，醫療過失之判斷涉及相當的專業性。蓋司法機關（以下簡稱「法院」）於審理或偵查一般人身侵害案件時，裁判者將自己想像成一般事件上之「一位具有良知與理智而小心謹慎之人」或「依交易上一般觀念有相當知識經驗及誠意之人」，較無困難；但相對地，由於醫學之高度專業障礙，裁判者要虛擬一位「具有良知與理智而小心謹慎之醫師」或「依醫業上一般觀念有相當知識經驗及誠意之醫師」即有窒難之處！換言之，裁判者不知處於與醫療行為人相同具體情狀下，一位「客觀醫師」所應保持之注意究竟為何，因此，於涉及醫療專業之個案，裁判者無從自行判斷醫療行為人是否有違反此注意義務而有過失。就此等涉及醫療專業之過失，衡情唯有同樣具有該專業之醫界人士始能精準地判斷。職是之故，裁判者就醫療過失之判斷往往必須尋求醫療專業人士之協助，而我國司法實務上多以委託醫事鑑定之方式處理¹⁴。

¹³ 參考自黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，自刊，1995年10月，168頁。

¹⁴ 參薛瑞元，刑事訴訟程序中機關鑑定之研究——以醫事鑑定為範圍，臺灣大學法律學系研究所碩士論文，1999年1月，1頁。另參方莉莉，台灣醫療糾紛民事判決關鍵因素實證分析——以臺北、士林、板橋地方法院為例，政治大學法律與科際整合研究所碩士論文，2010年6月，39頁；沈冠伶、莊錦秀，民事醫療訴訟之證明法則與實務運作，



購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/14129>

國家圖書館出版品預行編目資料

解讀醫病關係. III, 醫療訴訟篇. 上／

吳志正著. -- 初版. --

臺北市：元照， 2022.1

面；公分

ISBN 978-957-511-617-0（平裝）

1.醫病關係 2.醫療過失 3.醫事法規

419.47

110016490

解讀醫病關係Ⅲ 醫療訴訟篇(上)

2022年1月 初版第1刷

作者 吳志正
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 480 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.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-617-0



元照出版

搶先試閱版

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



元照讀書館

