# 違反告知後同意法則之侵權責任 下

文／王富仙

（文接上期）

（三）最高法院判決簡評

究竟，最高法院有意區別「身體自主權（身體及健康之自主權）」與「自主決定權」而作不同之解釋或認定？或僅屬不同名稱用語下文字互用而已，實質內涵並無不同？又以病人「身體自主權」或「身體及健康之自主權」作為侵害客體，似乎是以身體權或健康權為侵害對象。其進而認為，告知說明義務的規範目的實質上在於保護病人生命、身體、健康法益，因而得以作為判斷醫師是否採取了必要措施以維持自己避免侵害法益的能力狀態。惟查，加害人所侵害者，係病人未受告知說明，致其意思決定自由受侵害，應屬病人自主決定權的侵害，屬於意思自由的侵害，而非身體權或健康權的侵害[30]。況且，告知說明義務的規範功能不在於避免醫師自陷於特定的風險情境或地位，或者，醫師並不會因為違反告知說明義務而排除掉自己避免侵害病人生命身體健康法益的能力[31]。就民事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療水準之非價判斷。蓋醫療既係以人體治療、矯正、預防或保健為直接目的之行為，乃取向於患者利益之過程，自不能以醫師完全未為說明或說明不完全其處置暨後效，即遽認其所行之醫療行為具有可歸責性（即故意或過失）。換言之，說明告知義務之未踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價具有故意或過失之可能（臺灣高等法院臺中分院 95 年度醫上字第 4 號、95 年度醫上易字第 2 號民事判決）。亦即，醫師說明義務保護之客體為病人之自主決定之人格權，違反之，乃屬對病人自主人格權之侵害，而獨立成立侵權行為請求基礎，與醫師醫療上過失責任應有所區分[32]。再就醫療領域而言，吾人對醫師的期盼應該是要求其能夠採取有效的醫療措施，以恢復病人健康，甚至阻止病情惡化或走向死亡，也就是說，醫師是否須論以過失責任，是否有注意義務的違反，重點在於其有無對病人的疾病採取有用且適當的醫療措施，而且在醫療處置過程中有無遵守醫療常規與醫療水準，以達到醫療目的[33]，至於醫師是否善盡說明義務根本無此功能。換句話說，醫師盡到實質告知說明義務並不是一個足以防止病人因疾病走向惡化或死亡的措施，正確、適當的醫療施作才是足以防止病人因疾病走向惡化或死亡的措施，醫師未盡說明義務與醫師注意義務之違反根本沒有關連。最高法院 91 年度台上字第 1105 號刑事判決，曾謂「醫師為患者施行手術，應有如何的注意義務規範，應就個別的案例情況審究，做醫師與醫院，並不因為提示此等說明書以及因為病人同意進行手術，即得概括免除注意義務；反之，醫師亦不因為提示此等說明書，即得推定醫師對於所有概括的併發症及可能潛在的危險，均已有預見，並且因而有注意義務。」其一針見血地點出，即使盡到說明義務並得到病人的同意，也無卸於醫師應採取符合醫療水準措施之注意義務。醫師違背告知後同意和後來醫療行為，彼此間係屬於兩個不同之行為，關於其瑕疵之有無，亦應獨立地個別判斷，蓋此種「告知」，並非醫師所欲進行「醫療行為」的一部分，兩者間是各自獨立的。告知後同意之踐行，係使病人可以充分瞭解醫療之風險，其行為本身並非亦不可能改變醫療時已存在之客觀風險[34]。再者，「說明」必須於醫療行為「前」為之，而醫療「未履行醫療義務」，是否有所「過失」，乃屬「事中」。怎麼可能以「事前」的「說明」或「未說明」，來論斷「事中」是否有「過失」？其實，「事前」的「說明」與否，根本無由影響「因果歷程」，既然不可能影響「因果進程」，根本欠缺判斷的對象，怎麼會和「醫療過失」扯在一起[35]？但在醫師未取得病人同意而進行醫療行為時，因欠缺阻卻違法事由，此時，醫師不但侵害病人自主決定權，同時侵害病人之身體權，若病人因之身體或健康受到實質損害，且具因果關係，則依侵權行為請求損害賠償[36]。

## 參 損害賠償請求權

### 一、請求權基礎

違反告知說明義務，得成立侵權行為之情形，其請求權基礎究竟係民法第 184 條第 1 項前段「權利」—病人自主決定權—侵害類型之侵權行為[37]？抑或者是同法條第 2 項違反保護他人法律之侵權行為類型[38]？抑或視醫師違反之實際情節，得依民法第 184 條第 1 項前段或第 2 項[39]？然不論請求權基礎係民法第 184 條第 1 項前段或第 2 項，但民法第 18 條第 2 項規定人格權受侵害時，「以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金」。則侵害病人自主決定的一般人格權，究符合民法第 195 條第 1 項規定「身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者」所稱個別人格權？學者認為，可考慮將之納入屬於「隱私權」之範疇，亦即參酌美國 1965 年 Griswold v. Connecticut 案、Anita Allen 教授所認為尊重個人之自主決定即是所謂「自主決定隱私權」（decisional privacy）[40]。或者主張基於人性尊嚴與個人主體性的維護，而發展出來的尊重個人意志的權利，稱其為重大之人格法益應不為過[41]。或者主張「告知後同意法則」係基於病人之自主權，侵權行為之主張在於自主決定人格權之侵害[42]。最高法院 105 年度台上字第 89 號民事判決則指出，應將之納入民法第 184 條第 1 項規定所保護之客體，使之成為病人之一般「人格權」。同院 106 年度台上字第 505 號民事判決更明確揭櫫「告知後同意法則，其目的在於保障病人之自主決定權（人格權）。」前揭外國實務亦採取同一看法。至所謂人格權，係以人格為內容之權利，以體現人性尊嚴價值之精神利益為其保護客體，乃個人所享有之私權，即關於生命、身體、名譽、自由、姓名、身分及能力等權利（立法理由參照）。此項以人格權受侵害為內容，而向法院請求損害賠償，為維護人性尊嚴所必要（參照最高法院 106 年度台上字第 2677 號民事判決）。果爾，病人自主決定權攸關人性尊嚴的體現，其係從生命、身體、健康等利益獨立出來的個人人格自律為內容之權利（法益），以保障病人自主決定權之實現[43]。亦即攸關病人的人格權，其保護法益為病人精神的、人格的利益，違反告知說明義務應賠償被害人慰撫金[44]。從而，病人自主決定權性質上是人格權的一種，屬侵權責任法所保護之個別人格權，可以請求非財產上的損害賠償[45]，是病人即可依民法第 184 條第 1 項前段或第 2 項，及第 195 條第 1 項為請求權基礎，請求非財產上損害賠償[46]。

Manson 和 O'Neill 主張「告知後同意」在本質上是一個「阻卻違法」的要件，其並非第一義務（不傷害他人身體），而是為了免於違反第一義務所生的第二義務，醫師特別是侵入性的醫療行為，必須要得到病人的告知後同意（第二義務），才不會侵害病人的身體（第一義務）[47]。是醫師未取得病人同意而進行醫療行為，因欠缺阻卻違法事由，成立對身體權的侵害，此時，醫師同時侵害病人之自主權及身體權，若病人因之身體或健康受到實質損害，且具因果關係，則主張侵權行為而依民法第 193 條第 1 項及第 195 條第 1 項請求損害賠償。

### 二、因果關係

告知義務之違反與侵害病人自主決定權間是否應具有因果關係？按若未盡告知義務，但與損害之間無相當因果關係，無論依侵權行為或債務不履行主張損害賠償，均非有據（參照最

（文轉三版）

## 註釋

30 陳聰富，民法債編總論（一）侵權行為法原理，元照，2017 年 7 月，頁 75。

31 古承宗，醫師告知說明義務作為一項（客觀）注意義務？/ 最高院 99 台上 558 判決，台灣法學雜誌，198 期，2012 年 4 月，頁 194。

32 吳淑莉，論醫療法上違反告知後同意法則之侵權責任，法令月刊，67 卷 2 期，2016 年 2 月，頁 41。

33 盧映潔，病患自主權與醫師刑事過失責任—最高法院 94 年台上字第 2676 號、95 年台上字第 3476 號判決之批判，台灣本土法學雜誌，101 期，2007 年 12 月，頁 131。

34 黃鈺嫕，我國婦產科醫療糾紛裁判之實證研究—理論與實務之檢討，臺灣大學法律研究所碩士論文，2004 年 6 月，頁 267。

35 鄭逸哲、莊裕棠，「醫療法」下的「醫療刑法」—「醫療刑法」導論，收錄於：醫療刑法，自版，2009 年 10 月，頁 11-12。馬躍中，錯誤醫療行為之刑事責任—德國刑事政策之思考，收錄於：臺北醫法論壇（Ⅴ）實務判決與實證研究，臺北榮民總醫院，2011 年 4 月，頁 81。

36 吳淑莉，同註 32，頁 50。

37 林欣柔、楊秀儀，同註 29。陳聰富，同註 30，頁 74。

38 孫森焱，民法債編總論上冊，自版，修訂版，2004 年 10 月，頁 249。吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基；法官，我說明夠了嗎？醫師告知義務的法院判決評析；橘井文化；2010 年 7 月；頁 87-89。

39 吳淑莉，同註 32，頁 46。

40 林子儀，基因資訊與基因隱私權—從保障隱私權的觀點論基因資訊的利用與法的規制，基因技術挑戰與法律回應—基因科技與法律研討會論文集，學林，2003 年 5 月，頁 259、261、269。

41 黃瀞儀，同註 8，頁 177。

42 吳淑莉，同註 32，頁 50。

43 潮見佳男，說明義務・情報提供義務と自己決定，判例タイムズ，1178 号，2005 年 7 月，頁 13。

44 林道晴，医師の説明義務と患者の自己決定権—胎兒（逆子）の經膣分娩に関する医師の説明義務違反を認めた最高裁判決（最一小判平成 17 年 9 月 8 日）を素材として，ジュリスト，1323 号，2006 年 11 月，頁 130。

45 侯英泠，從臺南地院 102 年度醫字第 1 號判決看醫事民事責任之改變，月旦裁判時報，40 期，2015 年 10 月，頁 34。

46 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，頁 159。

47 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，頁 11-12。

JUDICIAL 司法 徵稿啓事 三、本刊歡迎來稿，有關司法實務、法學理論等文稿一律不退件，請自留底稿。 四、文稿一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。 五、稿件一經刊登，即視為同意授權本院網站。 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每週一出刊 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

高法院 101 年度台上字第 1765 號民事判決、102 年度台上字第 2237 號民事裁定）。現今通說及實務對於行為與損害間所須存在之因果關係，係採相當因果關係，即指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，該條件即為結果之相當條件，行為與結果間即有相當之因果關係。反之，如有此同一條件存在，通常不必皆發生此損害之結果，則該條件與結果並不相當，不過為偶然事實，其行為與結果間即無相當因果關係[48]。又按「因違反保護他人法律之行為，而應負損害賠償之責任者，仍須其行為與損害之間有因果關係存在為要件」（最高法院 75 年度台上字第 462 號、100 年度台上字第 390 號民事判決）。是最高法院 105 年度台上字第 89 號民事判決明確指出：「侵害對於病人之自主決定權，苟因此造成病人之損害，並與責任原因事實間具有因果關係且具有違法性及歸責性者，應依上開規定負侵權行為損害賠償責任。」換言之，行為人縱未履行告知說明義務而有過失，仍須被害人所受損害與未告知間具有因果關係，行為人始負損害賠償責任[49]。按醫師得抗辯無論是否為說明，病人均會同意醫療行為，故其就未盡說明所生損害之間並無因果關係。然而，病人於事後主張，其若獲得充分醫療資訊，知悉醫療處置之危險性等，其將放棄醫師建議之診治行為，也就不會發生損害。亦即在此將回溯一假設性問題，醫師善盡告知說明義務，病人是否仍會選擇接受該醫療行為？是以，因果關係之認定攸關醫師是否成立損害賠償責任：

（一）主觀說

德國聯邦最高法院認為，如醫師不能證明其已盡說明義務，如其可證明下列情事存在時亦得免責：亦即，縱然其曾經向病人為符合法律要求且完全之說明，但病人仍會為相同決定，同意手術或醫師所採取之醫療處置（學說上稱之為合法性替代行為抗辯）[50]。換言之，未盡說明義務與損害結果之間不具因果關係。就此，德國民法第 630 條之 8 第 2 項後段亦予以明定：醫療處置者得主張，即使為符合該規定之說明時，病人仍會同意該處置，而由醫療處置者就假設性因果歷程負主張及舉證責任。如醫療處置者未就假設之同意予以證明時，則施予該項醫療處置者該當於義務之違反（德國民法第 280 條第 1 項）[51]。是德國法院為判斷時，不應僅參酌理性之病人或一般常人可能的決定，而應特別斟酌本件病人在家庭、教育、觀念、宗教等各方面之具體情事，以便作出符合正義之裁判。聯邦最高法院即指出：即使在生命攸關之情形，最後是否採取特定之治療行為，仍應由病人自行決定；縱然病人之拒絕接受治療，在醫學上非屬合理，醫師亦應交由病人決定之[52]。學者亦有從個別病人之合理期待確立契約法上責任成立之因果關係，不但具有促進醫療機構對病人即時揭露醫療資訊的法制誘因，並能緩和病人對於因果關係之舉證責任[53]。法國廢棄法院強調必須考量「病人的性格」，更是彰顯告知說明之內容必須達到讓病人瞭解之程度。由此可推論，法國實務大致上傾向採取所謂「具體病人標準」[54]。加拿大 Buchan v. Ortho Pharmaceutical、Hollis v. Corning Corp 案，法院均採取主觀說以判定因果關係[55]。臺灣臺北地方法院 91 年度重訴字第 2805 號、臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 15 號、102 年度醫上易字第 7 號民事判決似乎亦採主觀標準。

（二）客觀說

美國幾乎所有的州法都採客觀標準，即以「一般理性之人」為認定標準[56]。醫師沒有盡到告知義務，應告知而未告知，就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均足以影響到審慎小心理性第三人作決定的話，即有因果關係。亦即醫療可能導致某種傷害的風險已適當說明，能合理期待會引起審慎小心理性之第三人拒絕醫療，則成立因果關係。反之，若醫師未善盡說明義務，理性的第三人亦不會拒絕治療，因果關係不成立[57]。日本、加拿大及我國實務亦有採取同一看法。例如：日本最高裁判所昭和 56 年 6 月 19 日判決：醫師雖違反說明義務，然依照當時的情事來看，即使說明手術的危險性，結果還是同意接受手術[58]。加拿大 Reibl v. Hughes 乙案，法院認為因果關係應採「客觀說」，即以理性之人處於原告之地位，是否拒絕系爭醫療行為作為判斷標準[59]。臺灣高等法院 101 年度醫上字第 26 號、105 年度醫上字第 22 號、臺灣高等法院臺南分院 104 年度醫上字第 4 號民事判決：惟此原則係基於病人之自主權，是並非醫師一旦未盡說明義務即應負其責任，仍應視醫師未說明之資訊，是否會影響病人之醫療決定，亦即假設醫師為此說明，就一般理性之人，處於病人此種狀態之下，仍會為此決定，則醫師未盡說明義務之行為，即與病人之決定間無因果關係，醫師仍無庸就該醫療行為所生之固有風險負其責任。

按侵權責任以故意或過失為其主觀歸責事由，其所稱之「過失」，最高法院採取善良管理人之注意程度，作為判斷行為人是否違反注意義務之標準[60]。所謂善良管理人之注意，即依一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人所用之注意，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（最高法院 29 年滬上字第 106 號判例）。即過失與否之判斷，一般採取理性之人的標準。亦即一般具有良知與理性而小心謹慎之人，在行為人的特定環境下，是否能夠避免相同損害發生，作為判斷標準[61]。換言之，行為人所應具有之注意程度，應依客觀標準認定之。此之客觀標準係指一個具有良知理性且小心謹慎之人，處於與行為人同一之具體情狀下所應保持的注意程度。更何況民法第 98 條所謂探求當事人之真意，並非指當事人內心蘊藏的意思，因為尚未表示的意思並非「意思」。誠如最高法院 105 年度台上字第 2240 號民事判決所云：「所謂探求當事人之真意，乃在兩造就其意思表示真意有爭執時，應從該意思表示所植基之原因事實、經濟目的、社會通念、交易習慣、一般客觀情事及當事人所欲使該意思表示發生之法律效果而為探求，並將誠信原則涵攝在內，藉以檢視其解釋結果是否符合公平原則。」是過失之判斷標準既採取理性之人的標準，且所謂真意非探求當事人主觀意思，乃斟酌各種情事，基於誠信原則而為判斷，則告知說明義務之違反與病人損害之間是否具有因果關係，亦應採取客觀標準。假若以每個人的主觀角度來決定，醫師應站在他人的立場替他人設想在系爭情形會做如何決定，此種要求對一般人甚至醫師而言，絕非易事。尤其，訴訟舉證上完全要仰賴病人之證詞，當病人為訴訟當事人時，其為取得勝訴而獲得利益，說詞之可信度難免令人懷疑，此時法官面臨此窘境，唯有採取客觀標準判斷之，就是病人知道正確資訊，「一般人」會怎麼做。更何況病人是一次性的接受服務，因此往往無信譽的約制而有取巧的傾向。在此的「取巧」並非一定意味病人主觀上的毀信背約或貪便宜，而是包括了人性中的風險一旦實現了的「不甘心」，尤其醫療所涉及者，若不是生命，就是身體或健康，皆為高度主觀價值者，更使得事前認知與事後感受差距增大，皆促成了事後的醫療糾紛，即便事前可能合意了[62]。是此舉不啻過度課予醫師責任，導致形成防禦性醫療之危險，將損及而非增加眾人的醫療福利。

## 肆 結論

醫病關係的本質是信任與信賴，缺乏溝通則橋樑無法建立，甚至因而成為產生裂痕的主因。是法律課予醫師告知說明義務，出發點是為了平衡醫病間的資訊不對稱，保護病人的自主權，其更有活化醫病溝通的作用，以迎向溫暖互信的醫病關係。然醫師違反告知說明義務，侵害病人自主權，苟因此造成病人之損害，並具有相當因果關係時，病人得依侵權行為主張損害賠償，並依民法第 184 條第 1 項前段或第 2 項，及第 195 條第 1 項規定為請求權基礎，請求非財產上損害賠償。若醫師未取得病人同意之醫療行為，因欠缺阻卻違法事由，成立對身體權的侵害，此種基於父權心態所為之醫療行為，或許基於良善的動機，但將人視為工具、客體在操作，不但侵犯人性尊嚴，同時侵害病人自主權及身體完整性，若病人因之身體或健康受到實質損害，且具因果關係，得主張侵權行為而依民法第 193 條第 1 項、第 195 條第 1 項請求財產上及非財產上之損害賠償。

（作者為退休公務員，
前國防部高等軍事法院檢察署軍事檢察官）

## 註釋

48 例如：最高法院 87 年度台上字第 154 號、90 年度台上字第 772 號、95 年度台上字第 1959 號、96 年度台上字第 2032 號、98 年度台上字第 1953 號、103 年度台上字第 2252 號、103 年度台上字第 2585 號、104 年度台上字第 443 號民事判決。

49 阮富枝，醫療行為之民事責任，法學叢刊，230 期，2013 年 4 月，頁 85。但法國廢棄法院在 2010 年乙案中認為，儘管病人若知悉此治療併發症，亦不太可能拒絕，但醫師違反告知義務，應依照法國民法第 1382 條及第 16 及 16-3 條規範，給予一定的補償（許曉芬，告知說明義務之重新審思：以法國法上醫療責任之「機會喪失」理論為中心，東海大學法學研究，36 期，2012 年 4 月，頁 144）。

50 王澤鑑，損害賠償，自版，2017 年 3 月，頁 118。

51 沈冠伶，告知後同意訟爭之訴訟標的及舉證責任，收錄於：民事醫療訴訟與紛爭處理，元照，2017 年 9 月，頁 148-149。

52 詹森林，同註 6，頁 66-67。

53 曾品傑，論醫療上告知說明義務之實務發展，收錄於：臺北醫法論壇（V）實務判決與實證研究，臺北榮民總醫院，2011 年 4 月，頁 55-56。曾品傑，論醫療上告知說明義務之實務發展，月旦法學教室，107 期，2011 年 9 月，頁 123。

54 許曉芬，同註 49，頁 133-134。

55 陳聰富，同註 11，頁 246。

56 吳淑莉，同註 32，頁 46。

57 林萍章，認罪？— 評臺灣臺南地方法院 93 年度簡字第 2351 號刑事簡易判決，收錄於：臺北醫法論壇（Ⅱ）醫療糾紛案例學術研討會，臺北榮民總醫院，2009 年 11 月，頁 62-63。林萍章，病人自主權：從「安寧緩和醫療條例」談起，收錄於：醫事法專題講座，台灣法學出版，2012 年 9 月，頁 131-132。

58 田中實、藤井輝久，医療の法律紛争，有斐閣，1990 年 4 月，頁 116。

59 陳聰富，同註 11，頁 246-247。

60 例如：最高法院 19 年上字第 2746 號、26 年鄂上字第 3 號判例、100 年度台上字第 328 號、100 年度台上字第 436 號、100 年度台上字第 856 號、106 年度台上字第 1048 號民事判決。

61 陳聰富，論侵權行為法上之過失概念— 最高法院 90 年度台上字第 1682 號民事判決評釋，收錄於：侵權歸責原則與損害賠償，元照，2008 年 6 月，59-60 頁。陳聰富，同註 30，頁 227、229。

62 簡資修，醫師的賠償責任與說明義務— 經濟分析與其法院實踐，月旦民商法雜誌，22 期，2008 年 12 月，頁 51-52。

WEEKLY 周刊
歡迎高手名家
一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。
二、本刊並歡迎司法人。文後請加註，以利參考。
三、來稿有關醫療糾紛的故事及法院的故事。
本刊對不符合規格者，恕不接受刷稿。
本刊有權刪改文章並將置司法
WEEKLY 周刊
每週出刊
訂閱
全年全幣400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊