違反告知後同意法則之侵權責任 上

文／王富仙

壹 前言

為尊重病人之自主決定權，醫師應先履行告知說明義務，讓病人瞭解醫療行為之實施是否必要及衡量利害得失。因此，在英美法上認為告知後同意法則有三：其一，任何心智健全之成年人有權決定其是否接受特定之醫療行為。其二，醫療需求人之同意應以充分告知說明為前提。其三，在病人同意前，醫師有義務說明所有對病人作成決定，具有重大影響之資訊[1]。承認病人對發生在自己身上的醫療行為有一定「知的權利」以及「同意與否的權利」，就是承認病人有「自我決定權」或謂「自主權」，以利病人進行理性的判斷與決定。而承認病人的「自主權」，使一個人的尊嚴與價值非但不因疾病而喪失或減損，反而因為疾病更加彰顯。此外，更是深深地與整個醫學的目的—追求病人福祉—相結合[2]。是為落實保障病人自己決定權，及維護人性尊嚴，自須對醫療機構及醫師課予必要且充分的告知說明義務，才能促使病人就加諸於己身的醫療行為做出理性的意思決定，並分擔風險、責任，學界亦不斷呼籲醫界要重視告知後同意法則，醫師法與醫療法的修正、病人自主權利法的公布也適時地加上知情同意法則。於是醫師違反告知後同意法則時，學說與實務均肯認醫師應負侵權責任，然其究侵害病人何種法益？請求權基礎為何？侵權責任成立之因果關係應如何認定？本文嘗試釐清，希冀對處理相關問題，能有所助益。

貳 告知後同意法則之保護法益

「告知後同意法則」旨在規範醫病關係中醫師或醫療機構的告知義務，以確保病人知的權利，並進一步彰顯病人於醫病關係中的主體性[3]。然其保護法益究竟為何，學者與實務有不同論點：

一、學者論點

（一）自主決定權

給予自己生命、身體、健康影響的醫療行為，最終的判斷者係病人本身，亦即從自己決定權立論，此自己決定權對個人之尊重應置於憲法最大價值[4]。而告知後同意法則在確保病人自主權，對康德（Immanuel Kant）而言，人之所以特殊在於其乃是「自我規治」（self-legislating）的主體；人能夠行使其意願，行使其自我規治的能力，以及行使其自主權，因此彰顯出人的價值，如果我們不能尊重人之自主權，那麼我們便是把人「物化」、「工具化」，是不道德的，自主內涵的特質，具有不可侵犯、不可減損、不可讓渡，自主的保護是個人無價的尊嚴[5]。醫療法規上醫師的告知義務，其立法意旨在於促進醫病溝通，避免醫師利用資訊的不對稱，濫用其醫療權力，同時希望醫師能以病人可以理解的方式，提供充分的醫療資訊，俾使病人能藉由獲得資訊，幫助其做出理性、合乎其最佳利益之決定，亦即 1914 年美國 Schloendorff v. Society of New York Hospital 乙案中大法官卡多若（Justice Benjamin Cardozo）清楚說明：「每一個心智健全的成年人都有權決定其身體要接受何種之處置。」後來之人將這番話抽象出「告知後同意」法則的法理基礎：保護病人的「自我決定」（self-determination）權或「自主」（autonomy）權。換言之，要求醫師或醫療機構應盡告知說明義務，目的在於確保病人同意醫療行為，係出於病人之自主決定（Sebstbestimmung），以保障病人於全部醫療過程中保持其主體性[6]。是保護病人的自主決定權是公認的「告知後同意」法則之主旨，它是該法則的靈魂和極力推崇的目標。此外，病人自主決定權之神聖性，更表現在自主與生命存在衝突時，對病人自主決定權和自主權的尊重優位於生命神聖之考慮[7]。

（二）人身權與病人自主權

不論從契約責任的觀點抑或侵權責任之觀點來討論醫療說明義務，二者在我國法下的保護客體是相當的，人身權與病人自主權等人格權均在其保護客體的範疇之內[8]。

（三）身體權或人格權之保護，可能獨立存在，亦可能同時並存

1、身體完整性之自主決定權之意義在於身體完整性之尊重與保障，所以傷害病人對於身體完整性之自主決定權之結果即是身體傷害，而法律對身體完整性之法益保障比自主決定權之法益保障密度比較高，因此若有因為併發症或副作用造成病人身體健康上之損害，身體傷害即會吸收保護密度較低之自主決定權之保障，從而成立身體傷害[9]。

2、違反告知義務未造成病人人身損害，但侵害病人的知情同意和自主決定權，醫師應負精神損害賠償責任。倘若人身同時受到損害，病人可請求財產上及非財產上損害賠償[10]。

3、告知後同意法則，具有雙重意義，一方面保護病人自主決定權（人格權），另一方面作為醫療行為違法性之阻卻違法事由。從而，在醫師未取得病人同意時，醫師一方面侵害病人自主決定權，且具有違法性，而成立一項人格權侵害之侵權責任。另一方面，若醫師同時侵害病人之身體權時，則醫師之侵害身體行為亦因未獲得病人同意具有違法性，而成立另一項侵害病人身體權之侵權責任。至於二項侵權責任之關係，可能獨立存在，亦可能同時並存。若同時並存，此時，對病人自主同意權之侵害，被身體權或健康權之侵害所吸收，而僅成立身體權或健康權侵害之侵權責任[11]。

二、實務見解

（一）行政罰緩範疇

最高法院 96 年度台上字第 2738 號民事判決：即使被上訴人未能舉證證明其有盡告知義務，亦僅為是否應受行政罰緩之範疇，自難因之即謂被上訴人上開行為有所不當，且與吳○○之死亡有相當因果關係，要可認定。

（二）身體自主權

1、最高法院 94 年台上字第 2676 號、95 年台上字第 3476 號刑事判決：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」。

2、最高法院 99 年度台上字第 2428 號民事判決：告知後同意法則之規範，旨在經由危險之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並展現「病人身體及健康之自主權」。

3、最高法院 102 年度台上字第 192 號民事判決：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」。

4、最高法院 103 年度台上字第 774 號民事判決：細繹修正前醫療法第 46 條第 1 項之規定，旨在經由危險之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並展現「病人身體及健康之自主權」。

（三）生命、身體、健康權

1、最高法院 99 年度台上字第 558 號刑事判決：就醫師之告知說明義務而言，醫師於執行處置或治療前，如就可能嚴重引發副作用之藥物，未注意使用該藥物之必要性，並將其利、弊得失及可能引致風險先行告知病人，使評估有無其他選擇之可能性，並因而致病人發生死亡之結果者，能否謂其已盡注意義務而無任何疏懈怠忽之責，非無研求之餘地。

2、最高法院 106 年度台上字第 2047 號民事判決：縱徐○烈未為告知，與其因主動脈瘤破裂死亡結果間，亦無相當因果關係。

（四）自主決定權

1、最高法院 105 年度台上字第 89 號民事判決：按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。民法第 184 條第 1 項前段定有明文。而基於「尊重人格」、「尊重自主」及「維護病人健康」、「調和醫病關係」等倫理原則所發展出之病人「自主決定權」，雖非既存法律體系所明認之權利，但為保障病人權益並促進醫病關係和諧，應將之納入上開規定所保

（文轉三版）

註釋

1 林洲富，醫病關係與瑕疵醫療行為之舉證責任（下），司法周刊，1415 期，2008 年 11 月，版 2。
2 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，36 卷 2 期，2007 年 6 月，頁 257。
3 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，頁 139。
4 浦川道太郎，說明義務と医師の裁量，年報医事法学，8 号，1993 年 9 月，頁 81。
5 楊秀儀，同註 2，頁 258。
6 詹森林，德國醫療過失舉證責任之研究，收錄於：醫療過失舉證責任之比較，國立臺灣大學人文社會高等研究院，2008 年 5 月，頁 40。德國學界通說亦認為，說明義務的違反，侵害病人對自己身體完整性的自主決定權，適用德國民法第 823 條第 1 項（相當於我國民法第 184 條第 1 項）（自主決定權並不在法條的條文之內，然實務上透過法官造法承認一般人格權為該條項所應保護之法益，而成為習慣法，並經聯邦憲法法院解釋為合憲）之規定，負侵權行為損害賠償責任（侯英泠，醫療行為的民事上賠償責任— 從德國醫師責任法切入探討（上），月旦法學雜誌，72 期，2001 年 5 月，頁 122）。
7 趙西巨，「知情同意」法則與侵權立法，月旦民商法雜誌，24 期，2009 年 6 月，頁 159、166-167。
8 黃瀞儀，論醫療說明義務— 以契約責任與侵權責任之區別實益為中心，臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2009 年 7 月，頁 163。
9 Deutsch, NJW 1965, 1985 (1989); ders., AcP 192 (1992), 161(166). 轉引自侯英泠，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，頁 13。
10 單國軍，醫療損害，中國法制出版社，2010 年 5 月，頁 252、259-260。
11 陳聰富，醫療責任的形成與展開，國立臺灣大學出版中心，2014 年 5 月，頁 204-205、216。

植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428 黃茂榮 著作 定價 800 元 植根法律

（文接二版）

護之客體，使之成為病人之一般人格權，以符合追求增進國民健康及提升醫療服務品質之時代潮流。

2、最高法院 105 年度台上字第 146 號民事判決：醫師之醫療義務除為正確診斷出病灶所在，以採取及時、有效及適當之治療方法外，亦有使病人於充分之資訊告知及說明下，行使其接受或不接受治療之「自主決定權」。

3、最高法院 106 年度台上字第 505 號民事判決：按醫師對病人進行診斷或治療之前，應向病人或其家屬告知其病情、治療方法、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應等資訊，由病人或其家屬在獲得充分醫療資訊情形下，表示同意（包括明示同意、默示同意、推定同意）後，醫師始得實施醫療計畫，此乃所謂「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）」，兼作為醫療行為違法性之阻卻違法事由。

4、最高法院 106 年度台上字第 2418 號民事判決：按為尊重病人對其人格尊嚴延伸之「自主決定權」，病人當有權利透過醫師或醫療機構其他醫事人員對各種治療計畫之充分說明（醫師法第 12 條之 1、醫療法第 81 條規定參照），共享醫療資訊，以為決定選擇符合自己最佳利益之醫療方案，或拒絕一部或全部之醫療行為。

5、最高法院 107 年度台上字第 531 號民事裁定：系爭手術自符合醫療法第 63 條第 1 項所規定之緊急狀況，於此種情況下，將所有感染部位均清除後，並將所有感染瓣膜置換，方符合劉鍾〇英之最大利益，此始可能達到劉鍾〇英希望「用手術來解決感染性心內膜炎」之期待，自未違反劉鍾〇英「自主決定權」。

三、小結

（一）外國實務見解展現尊重病人的自主決定權

1、德國：聯邦最高法院指出：「從人性尊嚴與一般行為自由所推導出來的自主決定權，任何人都不可以違反別人的意願來干預其身體完整性、不受影響的生死自然過程」、「縱使治療將使病人免於生命危險之痛苦，病人依然有權利拒絕影響其身體完整性的治療。」[12]

2、日本：最高裁判所平成 12 年 2 月 29 日判決認定，基於保護意思決定權之法益，其屬於人格權之一部，自應予以尊重，因此，對於表示拒絕輸血的病人，卻為之進行輸血，乃侵害病人的人格權[13]。

3、美國：1965 年 Griswold v. Connecticut 乙案中，自主決定權為「憲法所保護之隱私權範圍」[14]。

4、英國：1993 年 Airedale NHS Trust v. Bland 乙案，醫師對其照護必須遵照病人的決定，即使那些自主決定內容不符合病人的最大利益[15]。

5、加拿大：Malette v. Shulman 乙案，法院認為：「基於自我決定原則與個人自主權原則，病人得拒絕輸血，縱使可能發生有害結果，且如此決定一般而言被認為有勇無謀。……違反耶和華見證人會信徒之意願而為輸血，不僅侵犯其對於自己身體之控制權，且未尊重其賴以維生之宗教價值。」[16]

6、義大利：熱那亞法院於 2006 年判決指出：雖然治療相對成功，但是醫師未進行恰當、充分告知本身就已經構成對患者自決權權利的侵犯[17]。

（二）告知後同意法則之保護法益

1、原則上：自主決定權

德國基本法第 1 條第 1 項中規定：「人性尊嚴不可侵犯」，然而人性尊嚴保護的內涵究竟為何，Günter Dürig 提出如下定義：「人性尊嚴無論在何時何地都應在法律上被加以實現。它的存立基礎在於：人之所以為人乃基於其心智；這種心智使其能有能力自非人的本質脫離，並基於自己的決定去意識自我、決定自我、形成自我。」是個人之主體性以及個人自我決定、自我形成的權利，都是「保障人性尊嚴」此憲法價值的體現[18]。而病人自主決定權之核心價值在於落實人權與自治，蓋，每位自然人皆為法律上主體，非客體，基於主體自治、自覺原則，擁有自主權，不可被支配，此乃人之所以為人，立基於人之存在本身即為目的之人性尊嚴[19]。德國基本法第 2 條第 1 項規定：「在不侵害他人權利及侵及憲政秩序或道德規範，每個人有權發展其人格。」基此，人格自由發展應以個人自我型塑權為核心，即自行決定「我是什麼」的權利。亦即個人的意見及行為，皆允許由自己決定，並由自己負責，人格權才能獲衡平保障。綜言之，其包括一個人的人格或行為之自我形成權及自我決定權，統稱為人格自由發展權以及一般行為自由[20]。自己決定權，其屬於人格自我發展權之一，即個人或社會團體就其自我地位有自治（自行負責）形成之權，蓋，每一個人皆應有機會依己意決定自己的未來，決定幸福追求之方向[21]。申言之，人格權乃維護人性尊嚴，並保證各個人擁有不斷自由發展契機之張本，其完整而周延之保護，至為重要。即病人自主權是受到憲法上關於人格權的保障，從而，外國之民法學理及實務，均紛從法律自明之理及憲法原理（包括憲法規定），主張人格權之保護，無論於侵害之排除，乃至損害賠償（包括非財產上損害賠償），均有全面普遍化之必要，並獲致相當輝煌之成果[22]。德國規定告知說明義務之立法目的，則如同德國民法第 630d 條所表明，係為了貫徹基本法保障之自主決定權[23]。美國「告知後同意」（informed consent），亦從病人自主權之保障切入[24]。日本學者亦認為，對於生命、身體的個人權利，其前提必須個人主體性的覺醒。法律保障人性尊嚴，同時維持生命、身體的安全、健康，意味著為確保幸福追求必須形成個人自由人格，從而，為確保人性尊嚴，在醫療上病人自主決定權當然形成[25]。醫學倫理的發展，也轉向以「病人自主性」為中心的醫療行為。1981 年第 34 屆世界醫學會制定了「病人權利宣言」（Declaration of Lisbon on The Rights of The Patient），其中內容亦包括：「病人有自我決定的權利，有知道任何自我決定相關訊息的權利。」[26]亦即，之所以會有告知後同意法則，究其本旨，係接受醫療者非僅是接受醫療之客體，而是醫療行為之主體。人因為是身體與精神一體化之存在，故非必將自己之一切醫療全委予醫師，而是在醫療前，醫師盡其告知說明義務，保留決定是否接受醫療之權利。此「基於身體一體性之自主決定權」之尊重，即以醫師告知說明義務為基礎[27]。是告知後同意法則所保護的法益，是一個獨立的權利法益，乃是承認病人對發生在自己身上的醫療行為有一定「知的權利」以及「同意與否的權利」，就是承認病人對自己身體完整性有「自主決定權」或謂「自主權」。尤其，病人將自己的生命、身體、健康等最重要的人格法益委託於醫療機構及醫師診斷治療，在病人與醫師（醫療機構）間形成一個以契約為基礎，具人格性的信賴關係，其應受特別保護的，係病人的自主決定權[28]。再者，醫學存在著不確定性及不精確的本質，每個人都是他自己身體、心智、及精神健康的最佳監護人，都應該為自己人生的不確定性下一個抉擇並負起責任。是故，病人接受何種醫療，是否承擔所有的醫療風險，還是冒險與疾病共存，自應由病人自主決定。果爾，始能落實大法官釋字第 603 號解釋所云「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值」。因此，醫師違反告知說明義務，使病人沒有機會選擇自己的身體所要接受的治療方式，實際上是侵害了病人自主決定的「權利」[29]。我國於 2016 年 1 月 6 日公布，將於 108 年 1 月 6 日施行之「病人自主權利法」，對於病人自主決定權之保障奠定其實定法的地位，其中對於病人的知情權、醫療人員的告知義務及病人的同意權，進一步規範，以強化病人自主權的意涵。

2、例外：自主決定權及身體權

「告知後同意」之意旨及目的，在於經由醫療人員之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性後，自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並保障病人之自主決定權。如醫療機構或醫師於實施醫療行為之前，未取得病人同意，或逾越病人同意範圍而為醫療處置行為，因該行為本質上已違背病人之自主決定權，且害及病人身體、健康等人格權之完整性（參照臺灣高等法院高雄分院 102 年度醫上易字第 3 號民事判決）。系爭醫療行為若導致病人身體受有損害，則醫師不僅侵犯病人之自主決定權，且侵害病人之身體權與健康權。此時，侵害自主決定權被身體權侵害之高度行為所吸收，無須另外成立自主權之侵權責任。

（下期待續）

（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

12 許澤天，尊重病人拒絕醫療意願的中斷治療可罰性 — 法務部 104 年 6 月 16 日法檢字第 10404502880 號函釋的檢討，檢察新論，21 期，2017 年 1 月，頁 176、179。

13 土井文美，医師の説明義務，判例タイムズ，1260 号，2008 年 4 月，頁 20。五十嵐清著，鈴木賢、葛敏譯，人格權法，北京大學出版社，2009 年 11 月，頁 9、188。

14 林萍章，知情同意法則之「見山不是山」— 法院近來裁判評釋，月旦法學雜誌，162 期，2008 年 11 月，頁 19。

15 莊錦秀，醫師說明義務之研究 — 英德比較法觀點，收錄於：二十一世紀法學新思維 — 賴來焜教授六秩華誕祝壽論文集，2015 年 12 月，頁 601-602。

16 陳聰富，同註 11，頁 212。

17 Ciaudio Scognamiglio 著，陳漢譯，歸責體系下的醫生責任，收錄於：學說匯纂第四卷，元照，2012 年 12 月，頁 251。

18 蔡維音，社會國之法理基礎，正典，2001 年 7 月，頁 26-27、32。

19 張婷，由醫療機構法律風險管控義務論安寧緩和醫療之病人自主權，台灣法學雜誌，292 期，2016 年 3 月，頁 37。

20 李震山，憲法未列舉之固有權 — 生命、身體、尊嚴與人格，收錄於：多元、寬容與人權保障 — 以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2005 年 10 月，頁 147-148。

21 李震山，論資訊自決權，收錄於：人性尊嚴與人權保障，元照，2000 年 2 月，頁 284-286。

22 邱聰智，民法總則（上），三民，2005 年 2 月，頁 246-247。

23 姚志明，醫療契約之說明義務 — 由德國民法之觀察審思我國民法醫療契約之建置，收錄於：民事法學新思維之再開展 — 劉春堂教授七秩華誕祝壽論文集，新學林，2017 年 11 月，頁 84。

24 楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展 — 最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決評釋 —，台灣本土法學雜誌，73 期，2005 年 8 月，頁 212。

25 大谷實，医療行為と法〔新版〕，弘文堂，1990 年 11 月，頁 75。

26 林萍章，病人自主的概念與內涵，收錄於：醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法基礎理論，元照，2014 年 9 月，頁 18-19。

27 曾淑瑜，醫療過失與因果關係，翰蘆，再版，2007 年 10 月，頁 264。

28 王澤鑑，人格權法 — 法釋義學、比較法、案例研究，自版，2012 年元月，頁 113。

29 林欣柔、楊秀儀，告別馬偕肩難產事件？新醫療法第 82 條第 2 項評析，月旦法學雜誌，112 期，2004 年 9 月，頁 33。

法律網 的最佳平台
法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊增訂三版）
黃茂榮 著作 定價 800 元
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊增訂第三版）
黃茂榮 著作 定價 800 元
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
幣400元
訂閱