

醫療服務責任之研究

劉盈宏*

一、前言

醫療關係為人民一般生活，所不可能避免發生之生活關係。早期基於醫師之社會地位及一般民眾對於醫學知識之缺乏，對於醫療關係，往往由醫師依其專業判斷主導，且由於疾病經常包含許多無法控制的因素，及不確定之危險，在科學不發達的年代，關於疾病醫療往往相信神鬼之說，醫療過失之問題並不受到重視。

隨著時代進步，醫療設備及醫療水準逐漸提高，且病人之自我權利保護意識上昇，醫療雖然仍伴隨著不可預知的危險，但其已逐漸取得控制或克服之可能性。醫療過程中，醫師必須善盡其醫療義務，並能保持一定之醫療水準，關於其醫療之行為，已無法如早期社會一般由其個人主導，且醫療精密儀器及藥物之使用，稍有不慎，即可能發生損害，故醫療事故之發生，日益頻繁，所以提高醫師之注意義務是必須的。

另外關於醫師之服務，是否可適用於消保法，實務跟學說上爭議不斷，尚無定論，本文以下先討論醫療行為之認定、並討論醫療關係及醫師說明義務等等，最後以馬偕肩難產案說明醫療過失在消保法適用上之問題，希望能對醫療行為之關係能有進一步的瞭解。

二、醫療行為¹

醫療行為係討論醫事法律關係，所必然涉及之基本概念，然醫療行為種類繁多，隨著時空之變遷、醫學科技之進步及社會價值之改變，醫療行為已非傳統之概念所能涵蓋。故醫療行為之內容非以診療疾病為目的之診療或治療等行為為限，亦包含預防、保健及復健等行為。因我國法制未就醫療行為加以定義，故醫療行為之涵義及範疇，導致實務及學說間有認知之差距，故本文將比較我國醫政實務、我國學說、美國法院、日本學說及日本行政法等見解，望能建立符合現代社會潮流之醫療行為概念，以作為醫療糾紛發生時，判斷該行為是否屬於醫療行為的標準。

（一）意義及範圍

* 作者國立臺北大學司法系法學士、國立東華大學法律研究所碩士。

¹ 醫療行為之類型固有多種態樣，惟醫療行為係以診斷、治療等行為為主要部分，因診斷行為係醫療行為人從事治療行為前所必須之醫療行為，有正確之診斷，進而作出正確之治療，始能符合醫療需求人就醫之目的，是診斷、治療等行為相對於其他醫療行為，無疑是一切醫療行為之基礎類型，係醫療行為人應具備之醫學專業識能。

①我國醫政實務之見解：

依照行政院衛生署函示看法，所謂醫療行為指：「凡是以治療矯正或預防人體疾病傷害殘缺或保健目的，所為之診治或治療或基於診察診斷結果而以治療目的所為之處分或用藥等行為全部或一部之總稱。」²申言之，醫療行為的判斷標準有三：

- 1、是否以治療、矯正或預防為目的。
- 2、是否有診察診斷及治療行為。
- 3、是否有用藥或處分行為³。

若符合上述三項要件，原則上即可認為係醫療行為，而應受相關醫療法規的規範。此亦為我國醫療法所稱之「醫療業務」之行為。由此可知醫療行為之意義相當廣泛，故有學者主張欲確認醫療行為之意義，必須依據當時之醫學水準、國民生活之進步，以及衛生思想之普及等因素，綜合加以判斷⁴。

②我國學說之見解：

我國有學者認為，醫療行為之定義有狹義與廣義之區別。上揭行政院衛生署之函釋對醫療行為之定義，認醫療行為必須以診斷及治療疾病為目的，故此見解屬狹義之醫療行為，又稱「臨床之醫療行為」或「診療目的之醫療行為」，係指醫療方法或醫療技術，經由動物或人體實驗以證實其療效，此臨床性之醫療行為，係醫界公認採行之醫療行為⁵。

廣義之醫療行為，則指凡以治療、矯正、預防人體疾病、傷害殘缺及保健為直接或間接目的所為之醫療行為。換言之，有關疾病之診斷治療、疾病之預防、畸型之矯正、助產、墮胎及各種基於治療目的及增進醫學技術之實驗行為，均屬醫療行為之範疇，是廣義之醫療行為不限於診斷、治療疾病之醫療行為。⁶

再者，因醫療行為依據療效之不同，可分「臨床性醫療行為」及「實驗性醫療行為」二種類型。是廣義之醫療行為除包括臨床性醫療行為外，實驗性醫療行為亦屬廣義醫療行為之範疇。而所謂「實驗性醫療行為」，係指醫療法第七條所稱之人體試驗，是醫療機構依醫學理論於人體施行新醫療技術、藥品或醫療器材

² 參見行政院衛生署民國六十五年四月六日衛署醫字第一〇七八八〇號函。

³ 依據此標準，可知配方及調劑行為係醫療行為之一部。而為醫療需求人作復健行為及裝置義肢行為等行為，亦屬醫療行為之範疇。參見康弼周著，〈組織醫療過失責任歸屬之研究〉，司法研究年報第二十輯第十三篇，司法院印行，民國八十九年十一月出版，第六十三頁。配方係指依據醫師處方調配藥品之行為。調劑則為改變藥品之原有劑型或二種以上之藥品混合交付醫療需求人之行為。

⁴ 參見劉文瑤編著，〈醫事法要義〉，合記圖書出版社，民88.11 初版，頁159；請參見黃丁全著，〈醫事法〉，元照出版公司，民89.07，頁120。

⁵ 黃丁全著，〈醫事法〉，月旦出版社股份有限公司，民國八十四年十一月版，第七十七頁。

⁶ 林洲富，〈探討消費者保護法對醫療行為之適用〉，國立中正大學法律學研究所碩士。頁二十六。

之試驗研究。例如，器官移植⁷、連體嬰分割手術。實驗性之醫療行為又可細分為「治療實驗醫療行為」及「研究性實驗醫療行為」。治療實驗之醫療行為，係以直接治療疾病為目的，所採行之實驗性新醫療方法或新醫療技術而言。研究性實驗醫療行為則指純為科學研究為目的，對於自願接受者所實施之新醫療方法或新醫療技術而言。另醫療行為依據醫療目的之不同，可分為「診療目的之醫療行為」及「非診療目的之醫療行為」。前者，如前揭行政院衛生署民國六十五年四月六日衛署字第一〇七八八號函釋，將醫療行為範圍限定於以診療、治療疾病目的。而後者所稱之醫療行為，係指不限於以診治或維護醫療需求人之健康為目的之醫療行為。尚包括前述「研究性實驗醫療行為」及其他不以診治疾病所為之醫療行為。例如，非診治疾病之美容、整形及結紮等醫療行為。

③美國法院之見解：

美國法院認為醫療行為人係提供專業之醫學服務、診斷及治療等技術，而向醫療需求人收取費用，醫療需求人並非因醫療行為人提供相關之醫療產品而付費。準此，醫院之主要功能在於提供醫療服務，不在於銷售其所提供服務之使用產品或設備。是醫院和醫療需求人間法律關係之本質，與醫院提供的專業醫療服務有關，而與醫院使用之產品或設備均無涉，醫院從事醫療服務時所提供之器材及藥物，其目的在於醫治醫療需求人，而非從事器材或藥物之銷售⁸。由此可知，醫療行為之內容，係指醫療行為人對醫療需求人提供醫學之專業服務、診斷及治療等綜合性行為，其範圍不以診療為目的之醫療行為為限。例如，醫療行為人依據醫療需求人之要求，提供非治療疾病之美容、減肥、整型及體檢等服務，亦屬醫療行為之一部。是美國法院就醫療行為之定義，係採廣義之概念。

④日本學說及日本行政法之見解

依據日本傳統之醫療行為之定義，認醫療行為係以診療醫療需求人為主要目的之行為，其功能在於為醫療需求人治療傷病，本質屬消極及被動之診療工作，而醫療行為本身係一種被容許之危險行為，屬狹義之醫療行為。依據日本醫事法袖珍辭典對醫療行為之定義，可知醫療行為之對象係受疾病侵襲之醫療需求人，醫療行為人經醫療需求人之同意，為降低疾病侵襲之危險，而實施有容許較低危險及具有挑戰之醫療行為⁹。惟日本學者有認「專斷之醫療行為」，即醫療者未經醫療需求人承諾而擅行之醫療行為，係屬醫療行為之範圍¹⁰。此與前者之區別，

⁷ 人體器官移植條例第一條規定，為恢復人體器官之功能或挽救生命，使醫療行為人得摘取屍體或他人之器官施行移植手術，特制定本條例。

⁸ 轉引自謝哲勝著，〈無過失醫療責任：醫師的夢魘？病人的救星？〉謝哲勝、蘇永欽、黃立、王千維、郭麗珍、楊秀儀、陳聰富、姚志明、林誠二合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）總則，債編，民國八十九年十月初版第一刷，第二七七頁。

⁹ 轉引自康弼周著，前揭書，第六十五、六十六頁。

¹⁰ 參見鄭淑屏著，〈醫療過失案件中過失之類型與證據之判斷〉，國立台灣大學法律研究所博士

在於是否經醫療需求人之同意。有日本學者主張，僅要醫療行為人之行為具有醫學之適應性及醫療技術之正當性，在客觀上有治癒醫療需求人之可能，均屬醫療行為¹¹，是醫療行為不限於診療疾病之範圍。日本學說之『醫行為』，乃日本行政法上之醫療行為之概念，依通說見解，醫行為係指，如欠缺醫師之醫學判斷及技術，則對人體有危害之虞之行為¹²。是「醫行為」不以診療為目的為限，亦得不經醫療需求人之同意。基上綜合，現行日本學說及行政法就醫療行為之概念，採廣義之解釋，已與日本傳統之醫療行為之概念不同，除以診療病患為主要目的之醫療行為外，尚包含促進醫學技術進步為目的之實驗性醫療行為¹³。

依照以上的四種看法，可以得知，我國醫政實務上所採的醫療行為是指狹義的醫療行為，而我國學說、美國法院見解以及日本學說及行政法之見解，均採廣義之解釋¹⁴。醫療行為若從廣義之概念加以認識，係指包括疾病、傷害之診斷、治療，經治療後情況判定及療養指導等具有綜合性行為為內涵之法律事實，並不以「診療為目的」之醫療行為為限。按現今之醫療事故所爭執之重點往往離不開醫療行為之認定，且隨時代進步，醫療活動也漸趨多樣性，僅以我國衛生署對醫療行為定義之函示，範圍未免過窄，基於現代醫學發展迅速及保障人民身體、生命之安全之考量，對於醫療行為應採廣義或狹義之解釋，仍須斟酌。

（二）醫療行為之適法性

基本上，醫師之醫療行為，無論是藥物之投與或注射、輸血、手術…等等，皆對病患身體產生一定之侵害，其適法性為何？有待討論。目前學說上有正當行為說、承諾說、習慣法說、目的說、必要行為說…等，各個學說均能言之成理，但仍以病患承諾說最受學者之支持，此處主要以此說來探討其適法性之問題並輔以容許性危險之理論加以說明其與醫療行為之關係。

所謂「容許性危險」，係指為達成某種有益於社會目的之行為，雖其性質上，經常含有某種侵害法益之抽象危險，但此種危險如在社會一般意識上認為相當時，即應容許其危險行為為適法行為之意¹⁵。由於現今社會之發展，許多事業或活動之執行，皆伴隨一定之危險，醫療行為亦然。但如因此危險之存在而限制其發展，將對社會之發展造成一定之影響，使其停滯不前，所以此種行為所產生之危險，在相當之程度上，應被允許。依傳統之看法，容許性危險僅係責任阻卻要

論文，民國八十五年六月，第十四頁。

¹¹ 大谷實著，〈醫療行為之法〉，弘文堂發行，昭和六十二年四月初版，第六十頁。轉引自康弼周著，前揭書，第六十六頁。

¹² 野田寬著，〈醫事法上卷〉，青田書院發行，平成四年十一月出版，第六十頁。轉引自康弼周著，前揭書，第六十七頁。

¹³ 康弼周著，前揭書，第六十六頁。

¹⁴ 參見吳建樑著，〈醫師與病患醫療關係之法律關係〉，東吳大學法律研究所碩士論文，民國八十三年七月，第一一三、一一四頁。

¹⁵ 參照邱聰智，民法研究(一)，〈醫療過失與侵權行為〉。

件事由，即雖違法但無責任¹⁶。然後隨著社會之進步及發展，一些對社會有益且有其必要性之行為，往往伴隨著某著程度之危險，所以乃有學者認為容許性危險之行為本身，已成為具社會相當性之行為，應欠缺違法性而為合法之行為，只要遵守其應盡之注意義務，雖發生預見之危險，亦無違法可言，也就是說，容許危險由違法但無責轉變為在某種程度內係一合法行為¹⁷。

容許性危險雖可阻卻違法，但並非毫無限制，依目前通說，判斷衡量容許性危險之標準有三：①被害法

益之重要性；②迫切的危險重大性；③該行為目的正當性及有效性。¹⁸

但通常大部分之醫療關係皆為契約關係，其重點在得病患之承諾，以上之判斷常隱而不彰，以下討論病患承諾說於醫療行為之關係。

依目前之看法，得因承諾而阻卻違法之醫療行為必須有下列要件：

①需具有醫療之目的

所謂具有醫療之目的，如治療、治療的臨床實驗與非治療的臨床實驗。前兩者得因承諾而阻卻違法，但後者一般以為不能阻卻違法，如事後實驗失敗，無論醫師有無過失，均應對實驗所生之損害負賠償責任。而另一個問題為關於美容整形、變性手術…等等是否可視為具醫療目的，一般以為在後者具有醫療目的，而前者則不能一概而論，若為畸形之整型，即應認為有醫療之目的。有學者認為不論是因何種原因而整型，皆應認為具有醫療之目的¹⁹。

②需醫師已盡說明之義務

醫師之說明義務係指醫師於得到病患承諾時，對該醫療行為可能侵害病患之內容、性質、結果及危險之程度等，負有對病患加以說明之義務。說明義務之性質為何，學說上頗有爭議，但基本上以法律義務為主，德國實例上亦認為說明義務原則上係與治療義務並列之法律義務。但說明義務在避免過度影響病患心理反應或有其他特殊之情形時，仍應賦予醫師裁量權，學說上及外國實務皆認為，當有緊急情況或病患意識不明或病患預先放棄對醫師說明之要求時，或說明後重大影響患者之痊癒希望或求生意志者，均應認為醫生不負說明之義務。

③承諾者須有承諾之能力

所謂承諾能力，即指理解醫療侵襲之性質、效果及其危險之程度的能力。如因醫療而必須動手術時，其承諾能力即指瞭解接受手術之結果以及不接受手術之

¹⁶ 參見蔡敦銘著，〈犯罪判斷之理論與實例〉，頁四十三。引自前註，頁四二〇。

¹⁷ 參照洪福增，〈過失論〉，刑事法雜誌，第十六卷第三期頁十一、頁三二至三四。引自邱聰志前揭書。

¹⁸ 參照洪福增前揭文，頁三十三。行為之正當性與迫切危險的重大性，其容許性之範圍及限度成正比；而被害法益與其成反比。

¹⁹ 邱聰智老師認為愛美乃人之天性，追求美麗為人生不可或缺的正當價值之一，故即使係為了愛美而整型，亦認為其具有醫療之目的。

結果，予以相互比較衡量，而判斷是否接受手術之能力。其承諾乃對醫療侵襲本身，而非指其結果，故學者以為應就各個侵襲行為為個別之承諾。而承諾之方式，學者以為不以明示為限，默示之承諾亦可，如簡單輕微之醫療行為，其接受醫療之行為，應認為對醫療行為本身，已有默示之同意。另外，得病患之承諾而阻卻違法之承諾，必須以醫師之說明為必要，而其醫師說明義務，留待後述。

（三）醫療輔助行為

所謂醫療輔助行為，係指除了醫師應親自執行之診斷、處方、施行麻醉、手術、病歷記載之外，在醫師指導下或其指示得由其他醫事人員所為之行為²⁰。基於醫療行為之實際運作，醫事輔助人員在醫師之指導或指示下執行醫療行為，係極為普遍之現象，且醫療行為多數係由醫療組織之人員所協力完成，較少由醫師獨立完成。此等醫事人員應屬醫師從事醫療行為之履行輔助人，即該等履行輔助人關於醫療契約之履行有故意或過失時，醫師應與自己之故意或過失負同一責任²¹（民法第二百二十四條）。

醫療輔助行為，須醫事輔助人員在醫師之指導或指示下執行醫療行為²²，其為醫療行為之一部且非屬應由醫師親自執行之醫療行為²³。另外其必須在醫師之指導下從事醫療行為，因醫事輔助人員缺乏醫師之醫學判斷及技術水準，故醫事輔助人員執行醫療行為時，必須在醫師指導下進行，始可彌補醫事輔助人員醫學專業之不足，以確保醫療品質。至醫師指導醫事輔助人員之方式無須限定於在場親自指導為必要²⁴。

關於醫療輔助行為之範圍，行政院衛生署依據醫師法之規定，認為診斷、處方、手術、病歷記載及施行麻醉等醫療行為，若非醫師親自執行，則對人體有危害之虞，故應由醫師親自執行。除此，其餘醫療行為得在醫師親自指導下，由醫事輔助人員為之²⁵。

三、醫療契約

（一）意義及成立

²⁰ 參照黃丁全著，〈醫事法〉，頁一三一。

²¹ 該等醫療人員，在此場合屬醫師之代理人或使用人。

²² 如事前必須經過醫師指示，或是醫師在醫療過程中必須負有指揮監督的責任，其他醫事人員經其指揮而執行的輔助醫療行為。未經醫師指示而擅自為醫療行為者，違反醫師法第二十八條之規定，負刑事責任。

²³ 若非醫師親自執行，則對人體有危害之虞之醫療行為。例如，診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉及侵襲性醫療等行為，因該等醫療行為與醫療需求人之安危有重大關聯，應限定由醫師人親自執行，始能保障醫療需求人之權益。

²⁴ 行政院衛生署民國七十一年一月四日衛署字第四〇三九二九號函。

²⁵ 如實習醫師在醫師之指導下，得從事低危險性之手術。行政院衛生署民國八十年七月十一日衛署醫字第九五八二八七號函。所謂低危險性之手術係指非侵襲性之醫療行為。

契約為雙方當事人以發生債務關係為目的，互為對立之意思表示，且意思表示合致之法律行為。醫療契約亦為契約之一種，因此民法債篇中有關契約的規定在醫療契約亦有其適用。其成立以醫療需求者之要約與醫療供給者之承諾，兩者意思表示合致而成立，意思表示之方式，無論明示或默示在所不問²⁶。

依一般情形，醫療需求者要約的意思表示通常都以掛號為之，但其是否能認為是契約的意思表示，頗有疑問，學者間亦有不同意見，肯定說認為醫療需求者之要約皆以掛號為之，只要至掛號窗口掛號或以電話預約等等，皆認為是契約要約的意思表示，如經醫療供給者承諾，醫療契約即成立。採否定說者認為，病患之要約應包括陳述症狀，並概括地請求醫師為其診治，若僅掛號而未向醫師說明其症狀，並不能屬契約之意思表示²⁷。一般而言，病患掛號之目的，即以向醫師求診為主，其欲與醫師成立醫療契約之意圖甚明，故如採否定說之見解，實不合理，則關於醫療契約，仍以其掛號時為要約之意思表示。另一問題是，醫療供給者之承諾，通常都以默示為之，關於醫療契約成立之時點，認定上頗有困難，故一般來說，當病患完成掛號之後，即推斷醫療供給者有承諾之事實。

另外，在緊急之醫療情況，病患通常未經掛號手續，即由醫療供給者施行急救，其雖無掛號之行為，但其至醫院求診，即有要約之意，且醫療供給者亦施行醫療行為，故此時應認為其醫療契約成立。

再者，醫師職業，常懸掛招牌，因此掛牌行醫，解釋上應認為係一種承受委託處理一定醫療事物之公然表示，亦即有承受診治病症之公然表示。對於病患之求診，如不即為拒絕之通知，應視為承諾而成立醫療契約²⁸。

根據醫師法第二十一條之規定，直接明文醫師對於急症患者，非有正當理由，不得隨意拒絕診治，且如患者因其拒絕診治而加重病情而致有損害者，亦可請求賠償。此為強制締約之性質²⁹。

（二）契約當事人

依目前醫療契約通說係以醫療需求人與醫療行為人兩者成立有償的委任契約，而契約的當事人為何，涉及到若發生醫療糾紛時，責任釐清及權利之主張之問題。一般來說，醫療契約之當事人之認定，可分為兩方面來說明。

首先是醫療行為人。醫療契約為醫療需求人與醫療行為人間，因意思表示合致而成立之法律行為。醫療行為人，通常為醫療機構或者是醫師本人。

①醫療機構 醫療機構，在我國醫政法制上，有醫院、診所之分。前者設有病房收治病入，種類包括產院、療養院住其他療養機關，後者則無病房之設置，而

²⁶ 參照黃丁全著，〈醫事法〉，頁二四五。

²⁷ 參見吳建梁著，〈醫師與病患醫療關係之法律分析〉，八十三年東吳大學碩士論文，頁一〇。轉引自黃丁全，前揭書。

²⁸ 參見史尚寬著，〈債法各論上冊〉，頁三六二。引自黃丁全，前揭書。

²⁹ 參見王澤鑑，〈民法實例研習三冊債編總論〉，頁七十三。

僅應門診而言³⁰。此外，醫院至少有醫師二人，藥劑師或藥劑生一人，而且即使
在非診療期間，亦須有醫師一人當值³¹。公立之衛生醫療機構，亦可因其是否有
無此種設備而分屬為此二者。

醫院或診所若非為個人所開設者，一般通說應以醫療機構為當事人，此時醫
師僅為醫院之使用人或履行輔助人而已。但在開放醫院，若患者特別指定應診醫
師時，又應例外認為係醫師與病患間成立醫療契約。但我國之醫療機構並未像外
國法例，將醫院或醫師三人以上經常住院診療之診所，成立醫療法人。因此醫院
成為有權利能力之契約主體，其根據何在，然有待探討。

至於公立之醫療機構，其契約之當事人之一方，當為醫療機構之設置者，如
中央政府或縣市政府等各級政府主管機關。

②醫師 在個人開業之診所，契約當事人之一方，當然為該診所之醫師，又開
放醫院或指定醫師之情形，契約當事人之一方，應為主治醫師。因此，當發生醫
療事故時，應認與醫院之開設者或管理人無關。

醫療契約之另一方則為病患，但由於病患之行為能力或意識之有無，皆足以
使契約之當事人發生變動。故關於醫療需求人的行為能力或議事能力之有無，需
加以分類，以確定契約當事人。

①行為能力人：醫療需求人為有行為能力之人（民法第十二條、第十三條第三
項），於就醫時非無意識或精神錯亂者（民法七十五條），醫療需求人本人即醫
療契約當事人，其意思表示無論其為明示或默示，醫療契約均得有效成立（民法
一百五十三條第一項）。

②限制行為能力人：限制行為能力人，即非有完全之行為能力之人，其所為之法
律行為，因其意思不健全，原則上需得法定代理人之允許或承認。由法定代理人
偕同限制行為能力人就醫時，醫療契約當事人為法定代理人。倘限制行為能力人
自行就醫者，應視診療內容而定契約當事人。例如，限制行為能力人因感冒就醫，
依據民法第七十七條但書規定，其就醫行為係依其年齡及身分，日常生活所必須
者，故該醫療契約以限制行為能力人為契約之當事人。若診療內容係屬重大之手
術者。例如，器官移植手術，依社會之一般通念，則非屬日常生活所必須，依據
民法第七十七條本文規定，限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法
定代理人之允許。故該器官移植手術之醫療契約，原則上需得法定代理人之事先允
許或事後承認，否則醫療契約不生效力（民法七十九條）。

³⁰ 根據醫療法第十一條之規定，醫療機構設有病房收治病人者為醫院；僅應門診者為診所。

³¹ 參見醫院診所管理規則第三條。

③無行為能力人：醫療需求人為未滿七歲之未成年人（民法第十三條第一項）或禁治產人（民法第十五條），為無行為能力人，無行為能力人，所為之法律行為無效，應由法定代理人代理之。準此，無行為能力人就醫時，醫療契約之當事人為其法定代理人或監護人。

④無意識或精神錯亂之人：縱使係有行為能力人，但行為時所為意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者，因事實上欠缺意思能力，其所為之法律行為，依據民法第七十五條之規定，應屬無效。從而，有行為能力人係處於無意識或精神錯亂之狀況下送醫治療，此時之醫療契約之當事人，應視送醫之第三人與醫療需求人間有無法定之扶養義務而定。如為法定扶養義務人，如醫療需求人係無意識或精神錯亂之人，例如車禍昏迷，而法定扶養義務人將其送醫，因就醫診療本屬扶養義務之一部，是該法定扶養義務人為醫療契約當事人，其締結之醫療契約，屬利益第三人之契約。如非為法定扶養義務人，將無意識或精神錯亂之醫療需求人送醫醫治者，係無法定扶養義務人，如該無法定扶養義務人明示與醫療行為人成立醫療契約，則屬利益第三人之契約，該無法定扶養義務人為契約當事人，此時醫療需求人或第三人均得直接向醫療行為人請求醫療給付之權利，並有債務不履行之損害賠償請求權³²。除此，第三人若無明示或默示與醫療行為人成立醫療契約，依據醫師法第二十一條規定，醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。另依醫療法第四十三條規定，醫院、診所遇有危急病人應即依其設備予以救治或採取一切必要措施，不得無故拖延。從而，醫療需求人之生命或健康受到緊急、重大危害之威脅時，其如已陷入心神喪失或昏迷狀況，而無法取得其同意時，醫療行為人有醫療之義務³³。惟有認為此時第三人送醫療需求人就醫，未受醫療需求人之委任，第三人亦無義務，則醫療行為人與醫療需求人間成立無因管理之法律關係（民法第一百七十二條），不得逕行認第三人係醫療契約當事人，受醫療契約之拘束³⁴。

（三）醫療契約之法律性質

通說認為，醫療契約係當事人約定一方委託他方運用醫療知識及技術，正確診斷病患之疾病，並施以適當之治療行為，且他方允為診療之契約。由於醫療契約係以醫師提供特殊之知識及技能為內容，故本質上應屬於勞務供給契約一種。

³² 最高法院六十六年台上字第一二〇四號判例，〈最高法院刑事判例全文彙編〉，民國六十六年至六十八年，頁一五一至一五七。

³³ 參見李震山著，〈人性尊嚴與人權保障〉，元照出版公司出版，八十九年二月初版第一刷，第一八六頁。

³⁴ 康弼周著，前揭書，頁九十一。引自林洲富，〈探討消費者保護法對醫療行為之適用〉，國立中正大學法律學研究所90碩士。

惟其法律性質究竟如何，學說間之見解並不一致，共有委任契約說、準委任契約說、僱傭契約說、承攬契約說、非典型契約說等不同之主張。

① 委任契約說

我國民法對醫療行為並未規範，醫師法第十一條對醫師執行業務的行為使用「診察」、「治療」、「開給方劑」、「交付診斷書」來形容，可知醫師執行業務是勞務的提供，依民法第五百二十九條規定，關於勞務給付的契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。因此一般醫療行為也是一種委任契約。此說係國內實務之通說³⁵。

② 準委任契約說

此說係日本學理及實務之通說。因日本民法之委任契約只限法律行為，而醫療行為乃事實行為，故不屬於委任關係，而係準用委任契約之規定³⁶。

③ 承攬契約說

民法第四百九十條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」，鑑於醫師的醫療行為本身所帶的危險，不是醫師或當代醫學所能完全控制的，所以德國通說認為醫療契約不是承攬契約。但有些醫療行為本身與人體器官反應的不可預測性無關，而是純粹的醫療技術問題，例如：外科美容手術、牙齒矯正等，德國通說認為不妨成立承攬契約³⁷。

④ 僱傭契約說

此說為德國及英美之通說。由於德國民法之委任契約僅限於無償行為，而事實上醫療契約又多為有償契約，故學說及實務乃將醫療關係歸類為僱傭契約，英、美等國亦同³⁸。

⑤ 非典型契約說

民法第五百三十五條前段規定，受任人處理委任事務，應依委任人之指示。惟在整個屬於醫療行為過程之事務處理中，醫師係本於當時的醫療專業，全權地對病人診斷、說明，並決定是否予以治療，病患幾乎是毫無置喙之餘地，此與一

³⁵ 最高法院七十年台上字第一〇四九號判決要旨：「為病患治療骨折不當，致增加支出之醫藥費及薪資損失，應負損害賠償責任。又被上訴人請上訴人治療骨折，屬於民法上之委任關係，於事務未處理完畢前，因可歸責於上訴人之事由而終止，上訴人已受領之醫藥費及車費應返還於被上訴人。」請參閱謝哲勝等九人合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），元照出版公司，民89.10，頁二七七；曾隆興著，〈現代非典型契約論〉，自版，民83.01，頁三一—。

³⁶ 請參見劉文瑤編著，〈醫事法要義〉，合記圖書出版社，民88.11 初版，頁二〇〇。

³⁷ 參見侯英冷著，醫療行為的民事上賠償責任（上），月旦法學雜誌，第72期，民90.05，頁一一八。

³⁸ 參照邱聰智著，民法研究（一），頁四三三至四三四。

般委任，受任人尚應接受委任人之指示不同。且醫療契約所面對之事務處理，幾乎是難有定性的病患生理表現，與委任契約處理事務之範圍於締約時即已確定者，有相當大之差異。醫療契約之實質社會關係乃基於病患信賴醫師，並委任醫師為醫療行為之事實關係，可謂是類似委任之一種特別契約，就醫療行為的特殊性格而言，醫療契約係屬近似委任契約之非典型契約³⁹。

醫療契約之法律性質，我國實務通說係採委任契約說，但近來也有認為醫療契約是屬於非典型契約的看法⁴⁰。不過醫療行為被論斷為近似委任契約之非典型契約者，係僅就一般醫療行為的常態而言，一旦遇當事人間另有特約，例如以治療疾病為給付報酬的條件，即所謂的包醫，或裝設義齒、義肢，凡此皆係以一定工作之完成為其契約之目的，屬承攬契約。因此有學者認為醫療契約應按其契約內容而定其性質，不可一概而論⁴¹。

（四）契約之內容

醫療契約係一提供勞務型之契約，醫師對病患所應提供之服務，包括診斷與治療，而診斷不論只是問診、聽診，或為生理、病理檢查，治療不論係注射、麻醉、手術、塗藥等皆屬於該當為債務履行之事實行為，故若上述債務有未予履行或不完全履行，而導致病患於死傷者，皆應有論斷醫師責任之餘地。惟醫療行為的對象是人體，人體生理機能具有相當之複雜性，甚多難為人類所左右支配，且縱使今日醫學發達，仍有許多疾病在醫學上尚未解明，以致無法治療，因此醫師並非負擔完全治療疾病之義務，而係依據病患之症狀，僅可能給予一切適切治療之義務。亦即，醫師所負擔之債務應係依照當時之醫療水準，盡善良管理人之注意義務而給予病患適切之醫療行為為內容之「手段債務」，而非以達成一定結果為目的之「結果債務」。

近年來，國內外學者為確保病患之正當利益，以及尊重病患主體地位之價值判斷，故提出所謂資訊傳達規範之強化性理論。根據契約之一方當事人之專家性以強化資訊傳達之規範，將會形成醫師之資訊提供義務或病患之資訊請求權，即醫師之說明義務與病患之診療記錄閱覽請求權等⁴²。

（五）非契約之醫療關係⁴³

一般來說，醫師對病患，通常以成立醫療契約而為醫療行為，但有時依其情況，無法即時成立醫療契約時，則可能依無因管理之法律關係以為解決。如醫師於街道或其他地方發現昏迷之病患或傷患而加以治療之情形，或者對於自殺未遂

³⁹ 參見曾隆興著，前揭書，第291—292頁；劉文瑤編著，前揭書，頁二〇三。

⁴⁰ 參見台灣高等法院九十年度上更字第二號民事判決。

⁴¹ 參照林勳發，台北市立醫院醫療糾紛及其法律問題之研究，台北市政府研究發展考核委員會，民77.02 委託政治大學法研所林山田主持研究，頁二十。

⁴² 參見劉文瑤編著，〈醫事法要義〉，合記圖書出版社，民88.11 初版，頁207。

⁴³ 參見黃丁全，〈醫事法〉，頁二七六至二七七。

不願就醫之人，予以救治者，均可能成立無因管理。此外如前所述，與病患未具特別身份關係之第三人，將患者送醫救治，其間常無契約關係存在，而依無因管理關係解決。

無因管理之成立，主要係行為人未受委任，並無義務，而為利於本人之行為。依此，凡依契約或因法律規定而負有管理他人事務之義務者，即不成立無因管理。按現代國家之醫事法規，大都規定醫師負有應診義務，不得無故拒絕應診⁴⁴。但一般學者以為，此種義務係公法上之義務，並非對患者所負之私法上義務，因此，其規定並不妨礙無因管理之成立⁴⁵。

無因管理，係無償之法律關係，管理人並無報酬請求權可言。然以醫師之醫療，係職業性之行為，為患者本人或社會全體之利益計算，故為鼓勵醫師治療病患，除了一般民法可得請求之範圍外，醫師並得依無因管理而取得醫療之報酬請求權，此與一般社會通念，並無違誤之處。

因無因管理成立之醫療關係，醫師應本於無因管理之法理，為患者做最有利的適當管理，其注意程度與成立之醫療契約之內容，應無差異。因此，民法第一百七十五條之規定，應認為於醫療過失，並無適用，此蓋因醫師業務之本質及目的所使然。

四、醫師義務與醫患關係

（一）醫療義務之類型

醫療事故之肇因，常係醫療行為人未善盡其醫療義務，導致損害之發生，此時醫療事故之受害人欲向醫療行為人求償，其損害賠償請求權，大致有二，一是醫療契約之債務不履行損害賠償請求權，二是侵權行為之損害賠償請求權。被害人若非醫療契約之當事人，得依侵權行為之規定請求醫療行為人（即加害人）損害賠償。被害人若為醫療契約之當事人，除得依債務不履行規定向醫療行為人請求損害賠償外，是否得另依得依侵權行為之規定請求損害賠償。即契約責任與侵權責任競合時，有法條競合說及請求權競合說之分。學說上固有主張採取法條競合說，認為行為人僅就契約上之義務負責。惟實務上，認侵權行為與債務不履行之請求權競合時，債權人得擇一行使之，關於債務人應負之損害賠償責任，若於債務不履行有特別規定，則債權人於依侵權行為之規定請求賠償時，除別有約定外，仍應受該特別規定之限制，係採請求權競合說⁴⁶。在醫療事故發生時，被害人欲向醫療行為人請求損害賠償，依據民事訴訟之舉證原則，被害人應舉證證明損害發生之原因事實與醫療行為人未善盡其醫療義務間，具有相當之因果關係，始得求償。是以，探究醫療契約之責任歸屬前，自應先探討醫療義務之類型，以

⁴⁴ 參見山崎佐，〈醫事法制學〉，頁一八九。引自黃丁全，〈醫事法〉，頁二七七。

⁴⁵ 參見山崎佐，前揭書，頁一九〇參照。引自黃丁全，〈醫事法〉，頁二七七。

⁴⁶ 參照最高法院六十三年度台上字第一九八八號、六十九年度台上字第六九四號及七十三年度台上字第二〇九號判決。

確定醫療行為人應負之醫療義務。

(1) 診療義務

醫療行為人欲明瞭醫療需求人之病情，常須借助醫療需求人之說明、病歷及醫學檢查之結果，進行綜合分析，以探知醫療需求人罹患何種疾病及患病之病因、部分性質，與該疾病造成人體功能損害程度，而決定醫療行為之步驟及方法。即藉由診斷之過程判斷病症，再決定治療方法。基上可知，診斷行為在醫療過程中，為醫療行為人之重要義務，如診斷錯誤，所採用之治療方法，亦隨之發生錯誤，將導致病情延誤，甚至使醫療需求人喪失治癒之機會。因醫療行為具有不確定性，各種疾病之症狀，常有甚多相似之處，使醫學診斷行為，迄今尚無絕對正確之方法，導致診斷結果有時與實際之病症不盡相符，惟醫療行為人如具備應有之醫學知識及技能，並以善良管理人之注意義務從事診斷工作，善盡其診斷之能事，即已依債之本旨而為給付，縱使其診斷結果與實際之病症容有差異，難謂其有違反診斷義務之情事⁴⁷。

(2) 治療義務

在醫療行為人從事醫療行為時，診斷與治療構成醫療行為不可分之階段行為。自醫療過程以觀，診斷行為係治療行為之前置行為，醫療行為人依據診斷醫療需求人之結果，從事治療疾病、減少痛苦及恢復健康等各種治療行為，準此，治療醫療需求人應為醫療行為人所負之主要義務。發生醫療事故，除了醫療行為人未盡診斷之義務外，醫療行為人未實施正確治療之方法，亦為主因之一。倘醫療行為人缺乏醫療技能或醫療方法錯誤，而導致醫療需求人受有損害，如此當可認定醫療行為人未盡治療義務。再者，醫學知識及技能日新月異，醫療行為人應隨時學習最新及最具療效之醫療方法，選擇最有利於醫療需求人之治療方法，始能善盡醫療行為人治療醫療需求人之義務。例如，醫療行為人對罹患精神分裂症之醫療行為人，實施適當之精神治療，則能有效減少其疾病復發⁴⁸。

(3) 告知與轉診之義務

診療行為，因基於醫患雙方之誠意與信賴，醫師應以最善意之義務為之，若依其職業上應有之技能及注意義務程度，足以發現或應發現病患之症狀已逾其能力設備之範圍，或其採行的診療方式對於病患之病症僅有少許助益，但無法痊癒，甚至毫無助益，而其他醫師或診療行為者的能力設備或診療方法，將有益於病患時，應將實情告知，並勸其轉診或接受他種治療，使並患有接受較有效診治的機會，以免耽誤時機，對於傳染病患者則應告知實情，並指示消毒及隔離方法，使其家屬及鄰居不受波及。⁴⁹

⁴⁷ 參照黃丁全著，醫事法。：邱聰智，民法研究(一)，醫療過失與侵權行為。

⁴⁸ 參照林洲富，〈探討消費者保護法對醫療行為之適用〉，中正大學法律學研究所 90 年碩士。

⁴⁹ 參照黃丁全，醫事法，頁二七一。

(4)說明與取得同意之義務⁵⁰

醫療行為本質上是一種侵襲行為，基於身體權之保障，醫師於實施診療行為之前，必須得到同意權者的同意，否則就算其診療行為在醫學上屬於適當行為，仍不得阻卻民事侵權責任及刑事傷害罪責。而有效的同意之取得，須以醫師對病患說明診療的性質、範圍、危險等等為前提。此種說明義務與診療義務為兩個獨立的義務，並非診療義務所生之義務。惟其範圍及是否必須說明，依通說，醫師自有裁量權⁵¹。關於醫師說明義務，後面還會探討。

(5)保密及報告之義務

保密義務係負隨醫療義務而生，醫療行為者基於與病患之忠誠與信賴之關係，不得揭露基於雙方信賴關係所獲知之事實。倘若違反此項保密義務，除應擔負行政責任及刑事責任外，仍應負民事賠償責任。但若雙方之秘密，已涉及公眾利益時，醫師非但不得保密，且有報告義務，如醫師法第十五條、傳染病防治條例第十四條。關於保密義務我國醫師法第二十三條⁵²及醫療法第四十九條均有相同的規定。

(二) 醫師之說明義務

醫師之說明義務乃源自於病患之自主權，然在我國實務並未有深入之討論⁵³，在性質上學說各有不同之說法，有認為是醫療契約義務之一種，也有將其納入過失侵權行為法上之注意義務討論，惟不論其法律定位為何，醫師說明義務之確認及建立除有助於釐清醫病雙方之權利義務外，更有利於建立和諧之醫病關係。

醫師說明義務之意義，得由美國Informed consent（受告知後同意）之法理加以解析。所謂Informed係指病患接受醫療資訊說明，且此說明係由實施醫療行為之醫師為之。而Consent一語係指同意或承諾，其語源自拉丁語con及sentire，有feel together之意義。因而受告知後同意之法理並非單方面表示醫師說明行為及病患說明後所為選擇或同意之形式上程序，而係指病患與醫師之間

⁵⁰ 同前註47。

⁵¹ 此為醫師的醫療特權，當說明有危害病人之虞，如自殺、精神崩潰、加重病情、拒不治療時，醫師得例外地為全部或一部之保留。

⁵² 醫師法第二十三條，醫師除有真實義務外，對於因業務知悉或持有他病情或健康資訊，不得無故洩漏。醫療法第四十九條，醫療機構及其人為因業務而知悉或持有他人之秘密，不得無故洩漏。

⁵³ 如最高法院八十一年台上字第一六一一號判決謂：「本件之上訴人（病患）接受放射線治療造成蜘蛛膜炎，至兩側下肢麻痺。上訴人主張，被上訴人於實施治療前，未依醫療法第五十八條規定，將何以有照射鉅六十之必要、後遺症如何等事項，向上訴人詳為告知分析，經其瞭解並同意後始進行治療。上訴人因照射鉅六十所致之傷害，應由被上訴人負債務不履行之損害賠償責任。判決理由指出，基於臨床判斷，客觀上鉅六十之照射既屬必要，為避免病人過度驚嚇，造成心理上之衝擊傷害，反對病況不利，因而未予詳細告知，按之醫療倫理、道德，殆亦無可非議。上訴人指被上訴人違反告知義務，主張其應負債務不履行之賠償責任，自無足取。」

有共同意思決定之一過程表示⁵⁴。在醫療之同意上所謂Informed consent具有三個層次之意義：第一、醫師能提供充分之醫療資訊；第二、病患能理解且有判斷能力；第三、病患具有自發性之意思決定。蓋以現代醫療高度的發展，醫療科技的內容甚為複雜，若未經醫師對其所欲採行之醫療行為加以詳細的說明，一般病患並無法了解該醫療行為對身體之影響程度，自無法就醫療行為之實施與否作一充分而有效之考慮，因此為尊重病患之自我決定權，醫師須先履行其說明義務，方能與病患之同意兩相結合，由二者共同意思決定來實現其治療關係，使病患了解本身始係治療關係之主體。日本則區分成為取得有效承諾之說明義務，及療養指導之說明義務。醫師說明義務之內容⁵⁵原則上包括：

①說明病症診察結果

病人對於自身罹患病症之情形及身體之狀態，應先予以了解，方能配合醫師建議之醫療行為及其效果、性質等作全盤之考慮，故診斷結果之說明有其必要，對此問題德國之判例、學說原則上均持肯定見解，認為有說明之必要，因此醫師對病況未盡說明義務或未為完全之說明，所取得病患之同意，皆屬無效之同意。

②採行醫療行為的理由

醫師於告以病症情形後，即應將所決定之醫療行為之性質、理由、內容、預期之治療效果、醫療方式、難易度、附隨的可能危險及對患者侵襲範圍與危險程度，以醫療上通用之方式加以說明，使患者充分了解該醫療行為，對身體可能產生的侵害，加以斟酌，以便決定是否同意接受該項醫療之實施，此說明義務之履行不僅可免除病人之恐懼，並減少諸多不必要之誤會與事後之爭執。

③醫療程序的相關風險與後果

對於醫療程序可能伴隨之危險，及危險發生後結果防止的可能性，例如有無發生副作用之可能、發生之比例、發生後副作用之重大性，特別對醫院的設備、醫師應變能力，醫師亦有說明義務。至於在何種程度的危險性有說明義務，一般認為，在具體情況下，如經說明，病患即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務。美國奧克拉荷馬州上訴法院於 SCOTT v. BRADFORD (1979) 案中，即認為醫生必須將醫療行為中所有重要的危險，充分地告知病人，使病人能夠掌握充分的資訊，決定是否願意接受該具有危險性之醫療行為。至於危險是否重要，則很難有一明確的界線，但所有可能影響病人作決定的危險，皆為重要危險。若醫生未盡告知義務，則病人之同意並非真正同意，倘病人因此而受有損害，醫生須負損害賠償責任。換言之，醫生須在得到病人完全之明示或默示同意下，始得實施醫療行為。

⁵⁴ 請參見劉文瑤編著，〈醫事法要義〉，合記圖書出版社，民88.11 初版，頁二一二。

⁵⁵ 請參見黃丁全著，〈醫事法〉，元照出版公司，民89.07，頁386-391；文衍正，〈看診法門——醫師之說明、注意及其他義務〉，永然文化出版股份有限公司，民87.10，頁三二至三八。

④有無其他可代替的醫療行為

治癒疾病之醫療行為，常有多種方法，因此醫師在為醫療行為時，應告知病患是否有無其他可代替之醫療行為，並詳細說明下列各點內容：1. 有無代替之醫療行為 2. 代替的醫療行為所伴隨之侵害，其性質、程度及範圍 3. 代替的醫療行為之治療效果、有效程度 4. 代替醫療行為可能引起併發症之性質程度 5. 不採此一可代替之醫療行為之理由。但如果雖有多數的治療方法，而有些治療方法並不值得作為患者可選擇的項目，則醫師對此可以不加以說明。換言之，醫師可以根據醫學上的裁量，將某些不具治療上意義的方案，省略不對患者說明。美國實務上常以醫師未能闡明剖腹生產以外之選擇，或未能闡明骨折之代替性治療方法，即屬違背說明義務。

④不治療的風險

因病患拒絕醫療所導致之死亡或其他傷害健康之結果，近來學說及判例以為，除非醫師於病患拒絕醫療前或於病患拒絕醫療後，已將不進行治療所可能發生之不利結果向病患說明，否則醫師應負擔醫療責任。

（三）說明義務之標準⁵⁶

醫師必須對於有關病患治療之重要事項對病患加以說明，在重要事項之判斷上，有專業醫師之標準、合理病人之標準、具體病人之標準三種判斷標準。

①專業醫師之標準

專業醫師標準是以一個理性之醫師在相同或類似之情況下，會向病患闡明之事項，作為判斷之標準。亦即合理專業醫師所會向病患闡明之事項，醫師均應加以說明，使病人得明智評估。惟此種見解純以醫師之立場判斷說明義務之範圍，有輕視患者自我決定權之嫌，更難以避免的是醫醫相護之批評。

②合理病人之標準

此說係在 1972 年 *Cantebury v. Spence* 案中首先適用，認為醫師應該告知病患治療上之重要風險，而何者為重要風險應依一個理性病患的標準決定，並不是由醫師的標準決定。一般而言，合理病人標準被認為比醫業慣行標準更能保護病患的自主權，就合理病人標準而言，係由病患自己決定要進行何種治療；以病患自主權的角度觀察，合理病人標準的適用，也讓病患藉由決定的參與，保護病患在醫病過程中的自主權，同時此一標準對於病患在提起醫療訴訟時，處於較為優勢的地位，因為法院在決定何者為重要訊息時，不是經由專家的觀點，可以

⁵⁶ 參照邱聰智，民法研究（一），〈醫療過失與侵權行為〉。參照黃丁全著，〈醫事法〉，頁三八三。參照葉柳君，〈醫療過失與消保法之適用〉，台北大學法律研究所 91 年碩士，頁三六至三七。

藉由自己本身的經驗，以身為一個理性病患的觀點，決定何為重要訊息、何為不重要。

③具體病人之標準

這個標準決定於個案上病人的特殊需要，可能病人完全不需要任何資訊，也可能病人需要很多很細微的資訊，完全決定於其主觀上之期待。這個標準的根據係來自於絕對的病人自主權概念，既然強調病人不應被矮化為醫師進行醫療行為之客體，尊重其內心所想所欲，才是體現一個主體的尊嚴。

說明義務之判斷標準，在美國、德國亦眾說紛紜，往昔以合理醫師說較為盛行，晚近則有逐漸朝向合理病人標準，更移向具體病人說之趨向。

學者黃丁全認為醫療行為攸關病患之身體健康乃至於生命安危，而病患與病患之間主客觀條件互有不同，故說明義務之有無，應依個別病患所需求之醫療資料，作為判斷之標準，採具體病人說。有學者以為，衡量醫師之說明義務範圍，若全然委諸醫師之判斷，無異漠視患者之需求；但若要求醫師依個別患者之實際需要而決定說明義務之範圍，亦屬強人所難，徒增醫師作業之困擾。故應以合理病人說為主，具體病人說為輔。

（四）病人自主權說明義務

關於醫師之說明義務，主要分為上述之醫師安全說明義務，及這裡要談的病人自主權說明義務，前者為完整醫療行為的一部份，若有欠缺則為醫療錯誤之問題，後者則為擔保病人主觀上自主決定疾病治療風險承擔之問題。故一個完整的醫師說明義務，客觀上，其說明之內容必須符合對合理病人說明之標準，並必須依其醫療專業判斷，說明各種治療之風險或有無替代之治療方法等等，如前述之說明義務，之後主觀上再由病人自主判斷其是否決定承擔醫療之風險。說明義務必須符合上述客觀上與主觀上之情形，方能為一個完整的安全說明義務⁵⁷。

五、醫療事故與民事責任

（一）侵權責任與契約責任

民事責任制度以契約責任與侵權責任兩大體系為基礎，醫療糾紛的民事責任亦然。從而一旦發生醫療糾紛，究係構成契約責任或侵權責任，應就兩者之構成要件分別判斷之。醫療關係雖有依無因管理而成立者，但究屬少數。一般而言，均基於醫療契約而成立。由於醫療行為事涉病患之生命、身體、健康，於債務不履行之際，往往亦發生侵權行為，因此常發生契約責任與侵權責任之競合。

按契約責任之體系，係建立在給付義務的違反上，基於社會經濟活動之快速發展，交易關係形形色色，傳統的契約責任與侵權責任兩大體系，已不足以規範介於兩者之間的民事糾紛。為解決此類問題，德國判例與學說乃發展出契約之附

⁵⁷ 參照侯英冷，論消保法上醫師之安全說明義務，月旦法學第三十七期，二〇〇二年八月。

隨義務，以擴大契約責任之範圍，增加對當事人權益之保護，此與侵權責任之擴大相互呼應，使民事責任的體系規範更行完整，因此契約責任與侵權責任請求權競合的情形更為增加。在醫療關係方面，由於同時受醫師法與醫療法的規範，對於醫療行為者的義務多有明文，此一情形更為明顯。

醫療契約上之義務除了應病患之要約而為之診療外，尚有多種基於法律明文規定之從給付義務，如病歷之製作保管、洩密之禁止、轉診之義務等等。其他依誠信原則而生的附隨給付義務有說明義務、保護義務等。此等義務的違反，除生債務不履行之契約責任外，病患尚可依侵權行為請求損害賠償。

關於契約責任與侵權責任競合時，應如何解決？學說與實務說法不一：計有法條競合說、請求權競合說（可再分為「請求權自由競合說」與「請求權相互影響說」），及請求權規範競合說等。惟無論就實體法或訴訟法之觀點而論，依現行法及目前實務而言，仍以請求權相互影響說較為可採。換言之，就醫療糾紛而言，契約關係及侵權關係兩個法律規範均可適用，並產生兩個獨立並存的請求權，但相互影響，債權人得擇一行使。且依民法第二二七條之一規定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定，負損害賠償責任。」因此，債務不履行藉由民法第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條規定之準用，與侵權責任間之差異性已趨於緩和。

自從消費者保護法制定後，強烈衝擊我國民法體系，引起各界諸多之討論。其中最重要者，係將無過失責任適用於商品的製造、行銷，甚至將商品與服務等同視之。將產品製造人責任與其他服務一同納入無過失責任制度加以規範，可謂世界首創之立法，對侵權責任體系造成了破壞，使其類型化原則發生適用上的矛盾。就醫療服務而言，其是否適用，例如：醫療是否為消費者保護法上之服務？病人是否為消費者？醫療服務提供者是否為企業經營者？諸多種種皆為實施初期即引發的疑問，不過僅依法條之文義解釋，並不足以排除醫療服務於消費者保護法規範之外，除非修法，否則醫療服務適用消費者保護法，應無疑義。依消費者保護法判決的馬偕醫院肩難產醫療糾紛案件於民國八十七年出爐後，引起醫界強烈反彈。該案件，法官依鑑定結果，雖認定醫院接生過程並無過失，但仍判定醫院須負賠償責任，僅依消費者保護法第七條第三項規定減輕其賠償責任十分之一。此於過去一向採過失責任主義的醫療糾紛案件，的確讓醫界感到難以接受。就現行消費者保護法條文之文義觀之，醫療服務並不能排除於消費者保護法之適用，但醫療服務之性質究與一般消費性服務大不相同，勉強適用消費者保護法只恐適得其反，醫界為圖免無過失服務責任，結果將出現醫師選擇病人或大量使用防禦性醫療，除浪費醫療資源外，最終更對病方造成不利益，與消費者保護法保護消費者的本旨相違背。故有學者以為應修訂醫療法，將醫療服務責任納入醫療法之專章，並採取過失責任之原則。此種論點值得贊同，因為就法律體系之普通法與特別法關係言，無過失服務責任屬於消費者保護法之規範領域，為普通法；醫療服務責任納入醫療法，為特別法。發生醫療糾紛時，依特別法優於普通法之

原則，醫療法將得以優先適用。

目前行政院版本之醫療法修正草案第七十九條已明文醫療服務不適用消費者保護法之規定，並採取過失責任之原則，可謂是因應消費者保護法對醫療服務事業之衝擊所做出之調整，就醫療服務之特殊性而言確有其必要。比較外國立法例，醫療服務仍不宜以無過失責任相加，而以過失責任原則為宜⁵⁸。

（二）當事人

就當事人之範圍，契約責任方面，係以契約之當事人為主，如前所述，契約當事人可分為醫療機構跟醫師兩種，另一方為病患，故在發生契約責任時，以當初與其成立醫療契約之當事人為契約責任之當事人。

（三）醫療訴訟

醫療契約在性質上，係病患基於治病之目的，與醫師成立以診療為目的，並以此為內容之私權利義務關係。其概念類似於以事務處理為內容，而有委任契約之性格。惟醫師在診療過程中之事務處理，係本於其專業對病人診斷、說明，並決定是否予以治療，病患除了同意權外幾乎毫無置喙之餘地，此與一般委任，受任人受委任人之意思左右不同。因此，雖說醫療契約有委任契約性格，但只能說是類似於委任契約，而得準用委任契約之規定而已。醫療行為被論斷為準委任契約之行為，係就一般醫療行為常態而言，若當事人訂有特約，約定至痊癒或治療至一定階段即給予報酬者，或醫療行為僅就特定行為為之者，凡此為以一定工作完成為目的之法律行為，則其性質與承攬契約相當，而可適用承攬契約之規定。醫療糾紛發生時，病患可能主張實體法請求權基礎類型有二，分述如下：

①契約債務不履行責任：依據民法第二百二十七條規定，主張債務不履行之不完全給付之損害賠償，請求賠償範圍包括病患之身體傷害或死亡之損害賠償，即包括「完全利益」之損害。主張契約債務不履行責任，一般認為契約債務不履行，債權人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，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於自己者，即應由債務人證明有不可歸責於己之事由，始得免責。

②侵權責任：依據民法第一百八十四條、一百九十五條第一項規定，請求侵權責任之損害賠償。依醫療法第四十六條、五十八條及醫師法第一二條之一⁵⁹規定，均可導出醫師具有法定的說明義務，因此醫師違反說明義務，病患即可依據民法

⁵⁸ 參照李毓佩，〈醫療糾紛處理機制之探討〉，國立台北大學法學學系 89 碩士，頁一三五至一三八。

⁵⁹ 醫師法第十二條之一，醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、癒後情形及可能之不良反應。

第一百八十四條第二項之規定，向醫師主張侵權行為損害賠償責任。主張侵權責任，一般認為侵權行為之被害人應證明行為人之故意或過失、損害之發生及因果關係。

發生醫療事故時，受損害的病人可向醫療機構（醫院或醫生）提出刑事上業務過失致人死亡或傷害之告訴或民事上請求負債務不履行（或侵權行為）之損害賠償責任。不過，醫療涉及高度的專業性及技術性，而且往往所以的醫療資料皆掌握於醫療機構（醫院或醫生），因此實務上受害的患者經常面臨須舉證醫療機構有過失且其過失與病人所生的損害之間要有因果關係的困難。所謂因果關係，乃指依據一般經驗法則，認為某一特定行為可以引發某一特定結果，則該行為與結果間有因果關係。比如：受傷時僅有額頭擦傷，一點流血，惟意識清醒，言語清楚正常，依鑑定報告認臚內血管破裂，而出血造成血腫死亡，但因初診時病人若無意識障礙，並無法診斷有無腦挫傷或臚內出血或預見將來是否有此併發症，故此時醫師未能診斷或預見腦挫傷或臚內出血並無過失。依民事訴訟法三六九條規定，證據有滅失之虞，得聲請證據之保全，在起訴前向受訊問人住所地或證物所在地法院為之。而此等證據，有關醫療資料者，至少有診斷記錄、手術記錄、麻醉記錄、醫師指示等、看護記錄、照射記錄、處分記錄、醫院日誌、病歷表、診斷記錄等等，因此當發生醫療事故時，為免日後舉證困難，自宜依循法律途徑為證據之保全為妥。

六、醫療責任適用上之爭議

（一）概說

消保法制定以來，引起醫療行為是否應該是用消保法之爭議，而之後馬偕肩難產案之出現⁶⁰，使得此爭議更眾說紛紜。

其案例事實概述如下。馬偕肩難產案係一位體重遠超過一般平均體重之孕婦，在同一家醫院陸續接受七次產前檢查，而接生醫師在第三次產前檢查即已接受負責該孕婦之檢驗，在產前兩週的超音波檢查顯示該胎兒體重三五〇〇公克（醫學上容許的誤差為百分之十五，所以該胎兒可能有三二三〇公克至四三七〇公克之間）。孕婦曾向醫師詢問是否有剖腹生產之必要，醫師仍決定採用陰道自然分娩。分娩過程中，胎兒前肩無法自然娩出，而在平穩的牽引下也無法順利娩出，接生醫師在緊急的狀況下用 MacRoberts 方式讓胎兒得以及時順利娩出。醫師在胎兒娩出之後，發現新生兒右上臂神經叢受傷，雖然馬上做緊急處理及治療，但是新生兒之右上臂仍未能治癒而永久殘廢。新生兒出生時的體重為四一九八克。

⁶⁰ 台北地方法院八十五年度訴字第五一二五號判決，針對「肩難產」一案，首次適用消費者保護法第七條令被告醫院負醫療服務無過失之賠償責任後，再度造成醫療行為無過失責任適宜性討論的高峰，尤其造成醫界的恐慌。

按消費者保護法第七條第一項規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」，對商品與服務提供者同採無過失責任。惟消費者保護法對服務並未加以定義，消費者保護委員會於研商同法施行細則時，就服務決議不設明文，留待法院及學說，依社會、經濟發展及消費者保護之需要決定之⁶¹。然由於醫療與商業皆有服務的屬性，基本上皆有收取對價報酬之事實，外加醫療經營企業化以及全民健保民營（商業）化的理念性思考，醫療縱然不被完全瞭解等同於商業，卻也相同容易被解釋成一種存在於消費者（病人）與企業經營者（醫療機構）間的服務關係，因此消費者保護法公佈施行以來，有關醫療行為是否應納入消費者保護法，在醫界及消費者保護團體間引起廣泛討論。

我國法院在肩難產事件，於八十五年度訴字第五一二五號判決，肯認醫療服務應屬消費者保護法所稱服務之範圍。法院對何為消費行為採取了一個廣義的見解：「按消費者保護法未對服務加以任何定義，亦未作任何限制，是以提供服務為營業者，不問其是否與商品有關，由於其與消費者之安全與衛生有關，均為受到消費者保護法所規範之企業經營者。易言之，凡與人類生活有關之行為，均屬消費行為。準此，醫療服務之行為，核其性質，自提供醫療服務者觀之，固與商品無關，且無營利性，惟其與消費者之安全或衛生有莫大關係，而自接受醫療服務者觀之，此屬於人類基於求生存之生活目的，為滿足人類慾望之行為，其為以消費為目的而接受服務之消費者甚明。」，法院更進一步說明了醫療的高風險性和不確定性，並不影響其適用於消費者保護法：「醫療服務行為固非屬於商品買賣交易，且於診斷或治療之過程中，均無法確保無安全或衛生之危險，具有醫療不確定性及危險性，然其與國民生活衛生健康安全攸關，本於保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提升國民消費生活品質之立法目的，應將之列為消費者保護法規範之對象，況每一行業均有其不確定性及危險性，醫療服務業甚難以此為由拒絕消費者保護法之適用，且正因醫療行為特別具有不確定性及危險性，更須提供醫療服務者負有更高之注意義務。倘若醫師為規避無過失責任之危險，而採取拒看危險病人、不再嘗試無完全把握之手術或增加許多不必要之檢查、檢驗、治療或手術而造成醫療資源之浪費及醫療費用之高漲，此乃醫師個人拒絕負責之心態，醫療行為攸關病人身體生命健康，豈容醫師為自己利益而罔顧病人權益？綜言之，醫療服務應屬消費者保護法所稱服務之範圍⁶²。」。

嗣後台灣高等法院八十七年上字第一五一號判決，再度肯認了醫療行為應屬消費者保護法規範之對象，判決中明白揭示：「醫療行為應屬消費者保護法所稱

⁶¹ 在消費者保護法施行細則研擬階段，曾提出四項議案，1. 將服務設定義性文字，其內容參考歐體指令第二條 2. 就服務不設明文，留待法院及學說，依社會、經濟發展及消費者保護之需要決定之 3. 將服務界定為「本法第七條第一項所稱服務，係以處理或使用商品為內容所提供之服務」 4. 將服務界定為：「稱服務者，係指醫療診治、提供住宿飲食、從事車船運輸等本質上具衛生或安全危險之勞務行為。」經研究小組決議採第一案即第二案併陳行政院消費者保護委員會決議，該會決議採第二案。請參閱朱柏松，〈消費者保護法論〉，翰蘆圖書公司，民 87，頁一九五，

⁶² 請參見〈消費者保護法判決函釋彙編（一）〉，行政院消費者保護委員會，頁二〇至二一。

服務之範圍。至消費者保護法未規定服務之具體內容，致多所爭論，立法是否有可議之處；醫療院所是否可調整醫療費用，以及採取保險或補償基金之方式妥適分配醫療風險等，均屬立法裁量之範疇。」台北地方法院及高等法院皆肯定醫院之消保法賠償責任，最高法院則以判決理由不備廢棄原審判決。但最高法院並未否認消保法對於醫療行為之適用，並對於高院肯定醫院違反消保法第七條第二項之部分，亦未批評。有學者認為依反面解釋，最高法院應不否定高院對於醫師說明義務之強調。

司法院司法業務研究會第二十九期，曾提出一則法律問題如下：醫療服務是否屬於消費者保護法之規範對象？討論意見有甲乙二說。甲說採肯定說，認消費者保護法並無排除醫療服務之規定，醫療服務應屬消費者保護法之規範對象。乙說則為否定說，認若採肯定說，除將妨礙醫學進步外，並與醫療服務本身具有不可預知之危險之本質不符。研討結論則採甲說，認醫療服務應適用消費者保護法之規定⁶³。

（二）醫療服務與消保法上之責任

關於馬偕肩難產案之主要問題，在於醫療服務是否為消保法之服務，以及提供醫療服務導致損害發生時，要在何種要件之下才構成消保法規定之責任。詳述如下。

新修正消費者保護法第七條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任⁶⁴。」，同法新增訂之第七條之一規定：「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或其服務於提供時，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，就其主張之事實負舉證責任。商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視為不符合前條第一項安全性者，就其主張之事實負舉證責任。商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視為不符合前條第一項安全性。⁶⁵」。消費者保護法針對商品或服務

⁶³ 消費者保護法針對商品或服務對他人所造成之損害，在民法契約責任或侵請參見司法院民事法律專題研究第14冊，民國87.06出版，頁二九九至三〇〇。

⁶⁴ 原條文規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」。其修正理由謂：「第一項所稱『安全或衛生上之危險』，應係指商品或服務欠缺安全性，而所謂『欠缺安全性』，指商品於流通進入市場時或服務於提供時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性而言，爰參考歐體指令第六條並將本法施行細則第五條第一項及第二項規定修正予以納入。

⁶⁵ 其增訂理由謂：「本條係參酌本法施行細則第五條第三項及第六條之規定予以增訂。因商品或服務責任，需商品於流通進入市場或服務於提供時具有瑕疵，而使消費者受有損害，始有適用，

對他人所造成之損害，在民法契約責任或侵權責任以過失為原則之一般規定以外，另以商品或服務具有危險性為歸責方法。

依據新修正消費者保護法第七條及同法第七條之一規定，醫療服務無過失責任之歸責原理與方法，可歸納如下：

①醫療服務造成病患人身或財產受到損害，醫療服務提供者應先被認定有醫療服務之損害賠償責任。

②醫療服務雖造成病患人身或財產受到損害，但醫療機構能舉證證明，其所提供之服務符合醫療服務提供當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，醫療服務提供者即可因此而免責。

消費者保護法之服務責任，其責任主體為企業經營者，就醫療服務責任而言，其責任主體即醫療院所，因此醫師個人不負消費者保護法服務責任。依醫療法第十一條第一項規定，提供醫療服務者大致可分為診所、醫院及其他醫療機構三種類型。而依據行政院衛生署公佈之醫療機構設置標準規定，診所應設負責醫療行為人，醫療契約之責任主體係該診所之負責醫療行為人。醫院若具有財團法人資格，則以醫院為醫療契約之責任主體，若醫院未具法人資格者，則醫院負責人為醫療契約之責任主體。公立醫院、衛生所、群體醫療中心，其設置人為國家、地方自治團體及設置該醫療機構之法人，則該設置人為醫療契約之責任主體。至於其他醫療機構，則以辦理醫療保健業務之醫療行為人為醫療契約之責任主體⁶⁶。

而醫療院所應否依規模大小再作區分，則有不同看法，有認為應依市場規模

而商品或服務是否符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，一般消費者多無法舉證，故明定企業經營者就『符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性』負舉證責任。商品之瑕疵必須於製造者使商品流通之際，即已存在，不能僅以嗣後有更優良之商品流通，即認定某一商品具有瑕疵，以免妨害企業經營者改善商品之意願，爰參考歐體關於產品責任之指令第六條及本法施行細則第五條第三項之規定，增列第二項。」「消費者保護法施行細則第五條規定：「商品於其流通進入市場，或服務於其提供時，未具通常可合理期待之安全性者，為本法第七條第一項所稱安全或衛生上之危險。但商品或服務已符合當時科技或專業水準者，不在此限。前項所稱未具通常可合理期待之安全性者，應就下列情事認定之。一、商品或服務之標示說明。二、商品或服務可期待之合理使用或接受。三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視為有安全或衛生上之危險。」、第六條規定：「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或服務於其提供時，符合當時科技或專業水準者，就其主張之事實負舉證責任。」歐市一九八五年商品責任法指令第六條第一項及第二項規定，分別為消費者保護法施行細則第五條第二項及第三項規定之本文。而同一指令第七條第一項（e）款，關於企業經營者免除責任之規定，則為消費者保護法施行細則第五條第一項之規定。具體言之，歐市指令第六條規定，「製造物本於下列全部事實之考慮，於其為能提供被當然加以期待之安全性者，為具有缺陷。（a）製造物之表示，（b）被合理加以預期之製造物之使用，（c）製造物被交付於市場之時」（第一項）。「製造物不能僅因其後有較佳之製造物被交付市場為理由，而被視為有缺陷」（第二項）。而同指令第七條第一項（e）款則規定，「製造物者於能對下列各款加以舉證時，不負責任。（e）製造物本於製造者將其交付於流通市場時點之科學知識及技術知識之水準，不能發現缺陷存在者」。請參閱朱柏松，〈適用消保法論斷醫師之責任〉，臺大法學論叢，第27卷第4期，頁三九，註62。引自葉柳君，醫療事故損害賠償問題之研究，台北大學法學碩士，頁六六。

⁶⁶ 請參見林洲富，〈探討消費者保護法對醫療行為之適用〉，中正大學法律研究所碩士論文，頁一二一。

大小再作區分，惟基於現行消費者保護法解釋論之立場，無論大小事業機構均應為消費者保護法無過失服務責任之規範對象。

原消費者保護法第七條第一項規定「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險」。本條項所稱「安全或衛生上之危險」，即係指比較法上「安全上之瑕疵」、「安全上之缺陷」或「安全上之欠缺」之意，其目的在經由課予企業經營者一「安全義務」，以確保消費者或第三人人身或財產之完整性不受傷害。新修正之消費者保護法第七條第一項則將「安全或衛生上之危險」，明文規定為商品於流通進入市場時或服務於提供時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性而言。商品或服務「安全性之欠缺」，乃消費者保護法上商品責任與服務責任之適用要件，其目的在適度限制企業經營者之客觀責任或無過失責任，同時亦是企業經營者為何應負損害賠償責任之理由，性質上屬於一種「客觀的歸責事由」⁶⁷。

新修正消費者保護法第七條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」。因此所謂服務之提供欠缺安全性，係指服務於其提供時，「未具通常可合理期待之安全性者」而言，亦即服務之提供對消費者或第三人之人身或財產，造成不正常或不合理之危險。基於醫療行為之特殊危險性，此項認定標準適用於醫療服務，則應以醫療服務之提供，對病患人身或財產所造成之損害，客觀上是否屬於不正常或不合理之損害為基準⁶⁸。

學者陳怡安將醫療服務之缺陷區分下列四種類型⁶⁹：

①醫療的設計或選擇上的缺陷

醫療的方式有時可以選擇，以前述肩難產為例，醫師可選擇自然產或剖腹產方式。此種缺陷的意義應是指醫師的選擇使病患承擔較高的不合理危險，而醫學的考量係人類知識的結晶，在通常情形下，依消費者合理期待之標準選擇，其決定應與過失概念中之醫療常規或醫療專業標準相同。惟當不同治療方式間所具有之危險性係難以比較時，本於病患之自主權，應由病患自己決定所欲承擔之危險種類。

②治療處置實施上的缺陷

醫療行為具有高度專業性之特性，一般病患實無從知悉治療處置實施之安全性與否，因此消費者於治療處置實施上可合理期待之安全標準，似乎須回歸醫療

⁶⁷ 請參見陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）〉，台灣本土法學雜誌第17期，民89.12，頁八八至八九。

⁶⁸ 請參見陳忠五，前揭〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（上）〉，民89.12，頁九八。

⁶⁹ 請參見陳怡安，〈醫療服務嚴格責任之解釋論—從「肩難產案」判決談起〉，醫事法學，第16卷第1、2期合刊本，頁三〇至三六。引自葉柳君，前揭碩士論文。

專業中尋找判斷標準，而與醫療醫療常規或專業標準相同。

③醫療說明上的缺陷

消費者保護法第七條第二項規定：「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。」，此係有關說明上缺陷之規定。對於已依科學、專業水準之合理期待可得認識之危險，卻因科技、專業之水準而無法予以克服、迴避時，提供服務之人自有必要以科學、專業水準之要求予以標示、說明，使消費者知其危險性之存在，而以其他方法，例如減少接受服務之次數，以求減輕損害，服務提供者違反此項警告標示，自應因此成立損害賠償責任⁷⁰。

醫療說明的缺陷，如某一醫療的選擇、設計及實施雖未具有缺陷，但其相關的告知說明有欠缺，致使該服務整體而言，仍有缺陷。告知說明之標準在有專業醫師標準、合理病患標準及具體病患標準，透過消費者保護法之規定，說明義務之標準至少須有病患之標準，非依專業醫師標準決定。

④診斷上的缺陷

診斷上缺陷的判斷標準，完全涉及專業判斷，應由醫療常規與專業標準決定，消費者捨此似難有其他合理期待的標準，故與過失誤診間更加難以區分。

學者陳忠五則依醫療事故損害發生原因之不同及病患被侵害法益性質之不同，提出單純治療失敗及醫療意外事故之概念⁷¹，作為認定醫療服務之提供是否欠缺安全性之判斷前提，以決定因醫療行為所生之損害賠償糾紛，應適用民法關於契約責任或侵權責任之有關規定，或應適用消費者保護法關於服務無過失責任之有關規定。所謂單純治療失敗，係指醫療服務之提供本身未能達到一定之效果，不具有該醫療服務通常或病患預期所能發生之治療效用及醫療品質，或醫療服務之提供對病患身體造成通常不可避免或一般所能預期或容忍之副作用，對病患所肇致之損害而言，例如感冒症狀經求醫多次後仍未見改善。認為此種損害屬醫療行為內含之風險範疇，涉及疾病否痊癒，或病患是否必須忍受治療過程中所發生之副作用等病程可能結果之問題，亦即醫療服務提供者是否依債務本旨履行其醫療契約上之義務之問題。於此情形應適用民法契約責任或侵權責任之規定。

醫療意外事故，係指伴隨或附加於提供醫療服務過程中，對病患人身或財產所肇致之其他突發的、不可預期的或不合理的損害而言。於此情形，民事責任法之任務不再是論斷醫療服務提供者之行為是非對錯問題，而是決定醫療服務提供過程中之意外風險分擔問題。而病患與醫療事業機構或醫師間，病患通常是處於極端弱勢之地位，此項突發、外加的風險不能再由病患承擔，要求醫療服務提供者必須確保其所提供之醫療服務無安全或衛生上之危險，此為消費者保護法之立

⁷⁰ 請參考朱柏松，〈論消費者保護法服務業者之責任（上）〉，律師通訊，民 85.07，頁五三。

⁷¹ 請參見陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用要件（下）〉，台灣本土法學雜誌，第 18 期，民 90.01，頁一〇六以下。

法意旨所在。

依消費者保護法施行細則第五條第一項但書：「但商品或服務已符合當時科技或專業水準者，不在此限。」及第六條：「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或服務於其提供時，符合當時科技或專業水準者，就其主張之事實負舉證責任」之規定，提供服務之企業經營者如能舉證證明其服務於提供時，已符合當時科技或專業水準者，即可免負賠償責任。亦即，依據服務提供當時之科技或專業水準，仍不能認知或察覺之危險，即所謂發展上之危險，提供服務之企業經營者毋庸負責。而所謂不能認知或察覺之危險，必須達到客觀上任何人均絕對無法認知或察覺危險存在之地步，如此方能成立發展上之危險。新修正之消費者保護法則增訂第七條之一，明文規定：「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或其服務於提供時，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，就其主張之事實負舉證責任。」

司法院司法業務研究會第二十九期及第三十三期，曾提出一則法律問題如下：提供醫療服務之企業者主張發展上危險（消費者保護法施行細則第五條）時，其認定科技或專業水準之標準為何？討論意見有甲乙二說。甲說見解認為，應採國際上最新而客觀上存在之科技或專業水準，作為認定科技或專業水準之標準。乙說則認為，應採國內一般得以使用之科技或專業水準。研討結論則採乙說，以國內之科技或專業作為判定基準，採較為寬鬆之認定立場⁷²。惟若採此見解，消費者保護法中安全性欠缺之判斷即與過失責任中注意義務違反之認定標準相同，消費者保護法之商品或服務責任實質上將成為推定過失責任，顯與該法之立法意旨不符。

台北地方法院於肩難產事件中，即指出：「消費者保護法施行細則第五條第一項但書之規定自不得以相關企業經營者之行為方式是否具有可非難性為解釋之基準，否則因該但書之規定終究不過使現行消費者保護法關於商品責任之制度成為推定過失之責任制度，原冀望建立無過失責任制度以妥適分配危險之立法意旨亦將因而無法實現。準此，關於科技水平並非客觀典型之注意及義務之標準，而係表示危險探知及評價之方法或手段，因而，具決定性者並非係特定之製造人或依各客觀典型之群體標準已為相當注意之製造人是否能知悉存在於其商品中之危險或瑕疵，而係產品之危險在客觀上是否得被任何人所認識，依此，惟能證明事實上無人處於得認識該危險或瑕疵之狀況者，方得充分免責之舉證要件，如此解釋較能貫徹無過失責任之立法本旨，且依消費者保護法第七條第三項但書之規定，得由企業經營者證明其無過而為減輕其賠償責任之衡平調整，當不致對企業經營者課予過苛之責任。而發展上危險責任與科技水平之抗辯，其適用範圍係關於無從知悉之危險⁷³。」。基此，發展上危險之認定，應以商品流通進入市場或服務提供當時，世界上最先進之科技或專業技術為標準。現代醫學研究發達，各種藥物或治療處置的可能副作用、併發症、後遺症等，在書籍文獻上班班可考，

⁷² 請參見司法院民事法律專題研究第14冊，民國87.06出版，頁二九九至三〇〇。

⁷³ 請參見台北地方法院85訴字第5125號判決；黃明陽，淺論發展上危險之責任，頁一四五。

因此在醫療服務上，科技抗辯實難有機會引用。

(三)醫療服務與民法一九一條之三

第一九一條之三規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生以盡相當之注意者，不在此限。」。

民法第一九一條之三修正通過後，醫師之服務責任面臨二項法律適用之難題，一為消費者保護法第七條服務者責任適用與否之問題；二則醫師是否為民法第一九一條之三之責任主體。關於醫師是否為民法第一九一條之三適格之責任主體，在民法第十九次研討會，備受矚目，說者不一⁷⁴。黃立教授主張在醫療糾紛，「消費者可依消費者保護法第七條來對付醫院；而第一九一條之三則是用來對付醫生個人的」；詹森林教授則對民法第一九一條之三適用於醫師，有所保留。身兼醫師與醫師法講師的陳怡安律師，認為消費者保護法對醫院之影響，不如想像中大，但若將醫療行為歸為民法第一九一條之三之危險活動，使因受限於科技而無法釐清因果關係之情形，或因病例記載不充分而無法證明醫療行為已符合醫療水準或常規時，舉證失敗之醫師可能須負賠償之責，而認為民法第一九一條之三對醫療責任之影響，遠遠大於消費者保護法。

依一般舉證責任分配原則，原告本應就醫師違反注意義務，義務違反與權利侵害間有因果關係負舉證責任。若認為醫療行為屬於民法第一九一條之三之危險行為，病患僅須證明係在醫療行為中受損害即可，不須證明其間有因果關係⁷⁵，注意義務之違反、注意義務違反與權利侵害間有因果關係，皆由法律推定。此種舉證責任轉換，固然有利於病患，惟醫療行為並不屬於現代科技危險行為，醫療侵入行為雖皆具有一定之危險性，但此並非因現代科技之發展所致。次者，醫師對醫療行為之危險並無法管領，且不因其管領使用而獲利，故將醫療行為一般性地認為屬於民法第一九一條之三之危險行為，顯非妥當。

再就義務違反之推定而言，大多數國家對醫療過失之推定採保留之態度，原則上，病患仍應就醫師之過失負舉證責任。復就因果關係之推定而論，醫療過程中，發生病患所期待以外之結果，原因多半錯綜複雜，縱在現代科技下，亦常無法釐清，醫師若已盡依當時醫療水準，客觀上應盡之注意義務，此種因果關係無法解明之不利益，似不應由醫師負擔。亦即，民法第一九一條之三之因果關係之推定，不宜適用於醫療行為，醫療行為與損害間之因果關係不能解明，依一般原則，仍由原告負擔此不利益⁷⁶。

⁷⁴ 黃立老師認為醫療行為應屬於一九一條之三所稱之危險行為；陳自強老師認為醫療行為應不屬於一九一條之三的範圍，其將一九一條之三之適用範圍界定在「現代科技危險」。

⁷⁵ 民法第一九一條之三，除過失推定外，更推定危險行為與損害間有因果關係。其增訂理由二謂：「請求賠償時，被害人只須證明加害人之工作或活動之性質或其使用之工具或方法，有生損害之危險性，而在其工作或活動中受損害即可，不須證明期間有因果關係。」

⁷⁶ 請參見陳自強，〈民法侵權行為體系之再構成（下）〉，台灣本土法學，第17期，民89.12，

七、結論

消費者保護法中，爭論最大的，就是醫療行為到底是否適用無過失責任，從法政策之立場觀之，醫療行為並不具備危險責任所欲規範之特殊危險，且醫療行為乃屬一雙向積極獲利之行為，醫師主要係為病患之利益進行醫療行為，非單純因個人自己利益。再者，醫療行為欠缺可保險性，無過失責任配合保險制度，仍無法刺激與控制醫療危險的降低，是醫療行為並不適宜採無過失責任，況以台灣目前的情形，醫療傷害責任險市場仍不成熟，且在全民健保的體制下，醫療院所並無自由調漲醫療費用之權限，在欠缺責任保險及定價空間之醫療生態下，要求醫療院所負擔無過失賠償責任，並非妥當。準此以觀，醫療行為既不適用無過失責任，外國法制又無就醫療服務責任採無過失之立法例，是醫療服務應不適宜適用消費者保護法。惟我國法院在八十五年度訴字第五一二五號判決（肩難產事件），肯認醫療服務應屬消費者保護法所稱服務之範圍。

消費者保護法既已公布施行，該法關於服務責任之規定已成為我國實證法之一部分，以我國過去立法發展經驗而言，所面臨之迫切問題應非寄望立法者，研究如何修正消費者保護法關於服務責任之規定，而是研究如何在既有規定之基礎上，妥適解釋運用該等規定，以適應實際之需要。消費者保護法針對商品或服務對他人所造成之損害，在民法契約責任或侵權責任以過失為原則之一般規定以外，另以商品或服務具有危險性為歸責方法。依據新修正消費者保護法第七條及同法第七條之一規定，醫療服務無過失責任之歸責原理與方法，可歸納如下：

①醫療服務造成病患人身或財產受到損害，醫療服務提供者應先被認定有醫療服務之損害賠償責任。

②醫療服務雖造成病患人身或財產受到損害，但醫療機構能舉證證明，其所提供之服務符合醫療服務提供當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，醫療服務提供者始可免責。

消費者保護法所謂服務之提供欠缺安全性，主要指服務於其提供時，「未具通常可合理期待之安全性者」而言，亦即服務之提供對消費者或第三人之人身或財產，造成不正常或不合理之危險。基於醫療行為之特殊危險性，此項認定標準適用於醫療服務，應以醫療服務之提供，對病患人身或財產所造成之損害，客觀上是否屬於不正常或不合理之損害為基準。另依據服務提供當時之科技或專業水準，仍不能認知或察覺之危險，即所謂發展上之危險，提供服務之企業經營者毋庸負責。而所謂不能認知或察覺之危險，必須達到客觀上任何人均絕對無法認知或察覺危險存在之地步，如此方能成立發展上之危險。

故綜上所述，醫療服務，依目前之情況似無法排除消保法之適用，但可透過日後之修法，以確定消保法所規定之服務範圍，亦或是在醫事法規增定有關醫療

服務責任方面的立法，以其特別法之性質優先於消保法適用，以解決適用及解釋上之爭議。依前所述，目前行政院版本之醫療法修正草案第七十九條已明文醫療服務不適用消費者保護法之規定，並採取過失責任之原則，可謂是因應消費者保護法對醫療服務事業之衝擊所做出之調整，就醫療服務之特殊性而言確有其必要。比較外國立法例，醫療服務仍不宜以無過失責任相加，以免發生防衛性醫療之情形。且醫療服務之性質特殊，是否採取完全適用消保法之無過失責任，依目前尚未有一定論之結果下，仍有待斟酌。