

# Dental

## 「未盡告知義務」在訴訟上的攻防戰

### 【案例】

林詠盛 律師

病患A因右側下顎智齒疼痛就醫，經B醫師診斷發現，A的右側下顎智齒為深度骨性埋伏齒，並合併有發炎現象，且緊靠齒槽神經管。在B醫生建議之下，A接受複雜齒切除手術。然而在手術後，A的病況仍未改善牙床、牙齒及顏面出現麻痺、疼痛之症狀，且難以言語或進食。因此，病患A遂以B於手術前並未說明手術成功率、併發症之風險及其他替代療法為由，起訴請求B賠償其損害。

### 壹、前言

近年來，醫療訴訟的比率有日益上升的趨勢，甚至賠償金額也屢創天價，這雖然絕非醫界所樂見的現象，但卻是每一位醫療同仁所不得不接受及正視的無奈事實。綜觀這些醫療訴訟案件，或因牽涉之醫療專業領域不同，原告指摘的爭點未盡一致，但大多數的醫療案件卻有個共通的爭點——「未盡告知義務」，亦即病患通常會主張醫師在用藥或手術前，未詳細說明其可能的風險、併發症及其他可能的治療方法，使病患無法在審慎評估下做出最適當的選擇，造成病患的身體或健康最終受到損害。古語有云：「寧未雨而綢繆，毋臨渴而掘井。」未雨綢繆的方法，自然是盡可能在進行任何治療前做好完善的告知，然而這部分在其他文獻上已多有著墨，因此本文想跟各位讀者談的，則是「臨渴掘井」的辦法，也就是倘若在訴訟上遇到病患主張醫師有未盡告知義務的情事時，應該如何應對及防禦。惟因個案之差異性，訴訟上可能主張之抗辯實屬無窮無盡，囿於本聞之篇幅，誠無法將所有訴訟上可能主張之抗辯一一臚列，尚祈諸位讀者海涵。

## 貳、第一步－舉證責任的攻防

法諺有云：「舉證之所在，敗訴之所在。」因此，在訴訟進行中，如何盡到己方的舉證責任，以及將舉證責任轉由他方負擔，便成為首要的課題。依民事訴訟法第277條本文規定，當事人主張有利於己的事實者，原則上負有舉證之責任，但在醫療訴訟中，由於牽涉專業判斷，故目前法院之多數見解認為，應由被告舉證自己執行醫療業務並無過失，而「是否踐行告知義務」一事，亦由醫師負舉證責任。實則，在現今醫療實務上，病患或其家屬在手術前，絕大多數均會簽署手術同意書，則此一手術同意書之效力為何，便成為兩造攻防之焦點。

雖最高法院曾有見解認為：「.....又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」而學說上亦有主張醫生仍應進一步證明其已具體說明，並非僅以手術同意書，即可肯定醫生已盡告知義務<sup>1</sup>。惟實務上，多數判決均以病患或家屬業已在同意書上簽名為由，認定醫師確實已踐行告知義務<sup>2</sup>，另最高法院99年度台上字第2428號民事判決更指明：「.....然上訴人已於記載有『經告知需實施手術原因及手術成功率或可能發生之併發症及危險』之手術同意書簽名，是否生舉證責任轉換即轉由上訴人負舉證證明『醫師實際上並未告知』之責任？依上說明，受訴法院自應為闡明公開其認識及判斷，並曉諭負舉證責任之當事人聲明證據.....乃原法院未依上揭意旨，行使闡明權，使上訴人就吳興盛醫師有無告知手術成功率或可能發生之併發症及危險之事實聲明證據，逕為此部分不利於上訴人之論斷，即嫌速斷，所踐行之訴訟程序亦非無瑕疵.....。」是依上開最高法院見解，則經病患或家屬簽名之手術同意書，在民事訴訟上至少應有推定效力，亦即此時舉證責任轉換，而由原告舉證「醫師未盡告知義務」。

## 參、第二步－排除告知義務

如果在第一道防線中，發現醫師並未盡告知義務，或是無法證明已盡告知義務時，則進入第二道防線，即主張在系爭個案中，醫師就原告主張之事項，並不負有告知義務，此又可細分為以下幾點：

## 一、醫師並不知情

醫師負有告知義務的前提，當然是其就應告知的事項有所認識，因此若醫師主觀上並不知情時，自然無從踐行告知義務。舉例而言，醫師診斷病患罹有良性

- 1.黃丁全，醫事法，月旦出版社，1998年7月初版，第412-413頁。
- 2.諸如台灣高等法院96年度醫上字第29號民事判決、99年度醫上字第7號民事判決、100年度醫上字第17號民事判決等，均採此種見解。

腮腺腫瘤而建議其手術切除，然在手術過程中始發現該腫瘤為顏面神經腫瘤<sup>3</sup>，則此時醫生既然對病人罹患顏面神經腫瘤一事並不知情，則就「顏面神經腫瘤手術之風險、成功率、併發症」等事項，並無告知義務。至於醫生之不知情，是否因過失誤診或其他過失行為所致，則是另一個層次的問題，與本文所欲探討之告知義務無涉。

## 二、告知義務之例外

若醫師主觀上對應告知的事項有所認識時，原則上應負有告知義務，然所謂「告知義務」的範圍，雖醫療法第63條與第81條分有規定<sup>4</sup>，然其標準尚欠明確，而實務上則進一步闡釋「上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：(一)診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。(二)建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。(三)治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。(四)治療之成功率（死亡率）。(五)醫院之設備及醫師之專業能力等事項；亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務<sup>5</sup>」。是以，上開實務見解之立場，有學者認為應為學說上之「理性病人標準說」<sup>6</sup>，然該判決亦指明如有正當理由者，則可免其告知義務。

然何謂「正當理由」，實務上並未多做說明，而學說則認為，有下列三種情形者，可認為係告知義務之例外<sup>7</sup>：

### (一)緊急情況：

此一事由向來為學說所承認，而醫療法第64條1項已明文規定：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、

配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽署同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」是以，若有危及病人生命、身體、健康等緊急情況時，醫師縱未說明，亦不構成告知義務之違反。

3. 台北地方法院94年度醫字第13號民事判決。
4. 醫療法第63條第1項：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」醫療法第81條：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」
5. 最高法院94年台上字第2676號刑事判決。
6. 廖建瑜，論醫師說明義務之建構與發展—兼評最高法院94年台上字第2676號判決，成大法學第10期，2005年12月，第259-260頁。
7. 陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（下），月旦法學教室第82期，2009年8月，第72-73頁。

## （二）病患放棄知情權利：

若認告知義務所欲保護者，乃病患之「自主決定權」，則相對而言，病患當然亦得選擇放棄此一權利，則此時醫師未為告知並無違反告知義務。然必須注意的是，醫療法第63條、第64條及醫師法第12條之1，所課予醫師的乃主動說明義務，故除非病患明確告知其拒絕受告知，否則病患單純的沈默並不代表醫生得以不負告知義務。

## （三）醫療特權：

稱醫療特權者，係指在特定情況下，若醫師告知病患一部或全部醫療資訊，將直接影響病患利益或有害於病患健康時，醫師得以隱瞞該資訊而毋庸告知。學說上最常舉的例子當為病患罹患惡性腫瘤的情況，而實務上則有判決認為：「次按同一疾病非無可能同時存有數種可選擇之診療手段，究以何者為宜，可能涉及療效、所需時間、病患身體狀況、侵害性或後遺症等諸多因素，往往利弊互見，甚至須於存有不確定因素之情況下為決策，此際如何取捨涉及醫師就各項風險之危險程度、實現可能性之評價，甚且可能不同醫師基於不同考量所為之選擇亦不同，未必僅有一種正確之選擇，惟此乃高度專業之判斷，屬醫療之核心領域，尤其各項選擇間利弊差異愈小，如何選擇所涉及之專業性愈高，依前開說明，愈不宜允許不具醫療專業者率予指示或干預<sup>8</sup>。」是依上開實務見解，若不同治療方法間之利弊差異不大時，則為尊重醫療專業判斷，允許醫師本於其醫療特權而為決定，相當程度上擴大了告知義務之例外範圍，此一判決所引發的後續效應為何，值得觀察。

## 肆、第三步－所受損害與因果關係

在個案中，若無法排除醫師之告知義務時，下一步便進入白熱化的短兵相接戰鬥，此時被告首先必須先界定原告實際上所受損害為何，再進一步抗辯所受損害與醫師未盡告知義務間不具有相當因果關係，亦即縱然醫師曾經告知，原告仍會受到系爭損害，抑或即使醫師未行告知，通常亦不足以發生系爭損害，分述如下：

8. 台灣高等法院100年度醫上字第17號民事判決。

### 一、所受損害

醫生未盡告知義務而為醫療行為，直接侵害者為病患的自主決定權，屬於人格權的一種，此時病患所受之損害應為非財產上損害，而得依民法第195條第1項規定請求慰撫金。另外，若醫師的醫療行為，同時造成病患之身體或健康受損，則此時對病患自主同意權之侵害，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之侵權責任<sup>9</sup>。舉例而言，醫師在未告知的情形下強行為病患輸血，而成功搶救回病人的生命，並無其他後遺症的產生，則此時醫師所侵害者，至多僅為病患之自主決定權。然而，若醫師在未告知的情況下，擅自對病患進行截肢手術，此時就「截肢」一事，因為傷害病患的身體完整性，故至少已侵害病患之身體權，若病患復因此而健康受損者（如手術併發症），則同時成立健康權之侵害。

界定病患所受損害的意義，在於相對應之損害賠償範圍並不相同，一般而言，若僅侵害病人之自我決定權（人格權）者，因被害人僅得請求非財產上損害賠償，其金額多半低於得以一併請求財產上損害賠償之情況。

### 二、因果關係

關於未盡告知義務與損害結果間的因果關係，又有以下幾點可作為抗辯事由：

#### （一）即使已經告知，病患仍會同特別意進行相同的醫療行為：

在醫療訴訟中，只要原告主張醫師有未盡告知義務情事者，幾乎千篇一律地主張若醫師曾充分告知醫療資訊，其絕不會同意系爭醫療行為，故可避免受到系爭損害。在此項因果關係之判斷上，有實務見解採用「客觀說」之標

準，亦即依個案之情形，若一個理性的第三人處於原告之地位，可認為縱其接受醫師之告知，仍會接受系爭醫療行為者，則醫師未盡告知義務與病患所受損害間便不具因果關係<sup>10</sup>。

9. 陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（中），月旦法學教室第81期，2009年7月，第87頁。

10. 台灣高等法院台南分院93年度上字第124號民事判決：「……縱使丙○○醫師未告訴病患終止妊娠手術相關的風險，事實上一個理性的病患，應不會拒絕此項終止妊娠手術，以免冒生命危險，是以醫師是否有告知病患，與病患能否不同意手術間即無因果關係……」

## （二）病患所受損害並非系爭醫療行為所導致：

原告主張因醫師未盡告知義務，造成其做出錯誤判斷而選擇系爭醫療行為，以致受有損害。因此，若醫師得以舉證排除系爭醫療行為與損害間之因果關係者，自毋須負擔損害賠償責任。

## （三）病患所受損害並非未告知之事項所導致：

任一醫療方法，其可能的風險或併發症實多如牛毛，若醫師僅告知部分風險，而就風險或機率較低的風險未為告知，而當病患最終因醫生已經告知的風險而受有損害時，醫生得否抗辯系爭損害並非因未告知的事項所導致，故未盡告知義務與病患所受損害間不具因果關係？此一抗辯在國外實務上，曾有法院判決認為，若醫師僅告知一般危險，而就特殊危險並未告知時，縱使病患由於該一般危險而產生併發症，醫師對於未告知特殊危險部分仍應負責，蓋病患若得知有其他特殊危險而將使發生損害之機率大增，並未被適當告知手術中固有的整體風險<sup>11</sup>。

## （四）病患因自身疾病的自然發展，將發生相同損害：

由於在未盡告知義務與損害間的判斷上，乃是假設「若病患經充分告知，將不會同意系爭醫療行為，故損害便不會發生」。因此，如醫師能夠證明，當病患拒絕系爭醫療行為時，將因持續發展的疾病歷程而受到同樣的損害時，即可推翻上述假設之因果關係。

## 伍、結語

在這個病人意識抬頭，賠償金額屢創新高的年代，不可諱言的是，有越來越多的醫療從業人員，對醫療訴訟充斥著不安與危機意識。身為一個醫療局外人，筆者並不清楚在這樣的大環境下，傳統「視病如親」或希波克拉底誓詞那樣的思維受到多少衝擊，但可以確定的是，醫病關係的定位確實有著微妙的轉變。雖說「告知義務」或「告知後同意（Informed Consent）」這樣的概念，在美國法上並非追求一個絕對的「病人自主權」，而是希望形塑出一個「溫暖的父權」，但其實這樣的概念，在外國法制的發展上已有數十年的歷史，而在我國僅有短短的十餘年，是以其所造成的影響與引發的後續效應，仍然值得醫界與法界觀察。

最後，希望藉由本文的鋪陳，能讓諸位醫療人員面對就「未盡告知義務」此一指控時，能有一個概略的輪廓及通盤的應對策略，至於在進行醫療行為前如何「踐行告知義務」一事，已有諸多文獻詳加討論，尚祈諸位讀者自行參閱。畢竟事後的任何防禦或抗辯，都比不上事前的未雨綢繆更能化紛爭為無形。

11. 陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（下），月旦法學教室第81期，2009年7月，第79-80頁。

### 林詠盛 律師

#### 學歷

私立輔仁大學法律研究所刑法組 法學碩士 2006.09~2010.06

（論文題目：論規避著作物數位科技保護措施之刑事責任）

國立政治大學法律系 2001.09~2006.06

#### 經歷

歐亞法律事務所受僱律師 2011.02~2012.02

歐亞法律事務所實習律師 2010.08~2011.01

98年度律師高考及格