

醫療契約篇

吳志正 著

解讀醫病關係 I

Legal Aspects of Physician Patient Relationship

科際整合系列

Physician

Legal Aspects of

Patient Relationship

Physician

Legal Aspects of

Aspects of

Physician

Patient Relationship

Legal Aspects of

Physician

Aspects of

Patient Relationship

Legal Aspects of



元照出版

解讀醫病關係 I

—醫療契約篇



吳志正 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

解讀醫病關係 I, 醫療契約篇 / 吳志正著. -- 初版.

-- 臺北市：元照，2006〔民95〕

面；公分

ISBN 978-986-7279-72-9（平裝）

1. 醫病關係 2. 醫療契約 3. 契約（法律）

419.1

95012023

解讀醫病關係 I

——醫療契約篇

56MSL00501

2006年9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 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 450 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890

訂購傳真 (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-10 986-7279-72-7

ISBN-13 978-986-7279-72-9

序

東吳大學法律研究所法律專業碩士班於民國八十學年度開辦時，稱「碩乙組」，當時的法律研究所所長李模先生有感於法律人才的素質不足，不是人才本質不夠優秀，是培養過程仍顯草率。因此，亟思法律教育的改制，進而推動學士後法律教育計畫，以美國法律教育制度為藍本，招考大學法律學系以外的畢業生，具有兩年服務經驗者入學攻讀法律，畢業時頒碩士學位。自開辦以來，學生多數來自國內卓著聲譽之大學院校，包括已獲博士、碩士學位者，學識領域涵蓋文、法、理、工、醫、農各界。李所長讚譽這班學生「學習意志堅強、勤奮努力，成績相當良好。」李模回憶錄「奇緣此生」、李模紀念文集「君子一生」就此已有記載。

吳志正醫師是法律專業碩士班第十二屆畢業生，先前畢業於國立台灣大學醫學院醫學系，自1988年起擔任附設醫院婦產部住院醫師，開始進入醫師生涯，現任豐原市優生婦產科聯合診所醫師，並為國立台灣大學醫學院醫學系兼任講師，國立台灣大學附設醫院婦產部兼任主治醫師。發表「婦科超音波教室」等著作。本書「解讀醫病關係」是以碩士論文「醫療契約論」為藍本，除補充原有見解外，更增列醫療無因管理與醫療侵權行為之專篇，於醫療契約及醫療責任體系之論述更為完備。

關於醫療關係之著作，法律專業碩士班畢業之多位醫師，已發表數篇碩士論文，每一著作均為作者運用醫學專業，論述醫病間法律關係之力作，各具特色，論述之法律見解常為國內法律論文所引用。就本書而言，應予說明者，於「醫療行為之特性」，作者用心鑽研，羅列「多樣性」、「侵權性」、「協力性」、「專屬與從屬性」、「裁量性」、「專業性」、「有限性」、「不確定性」，將醫療行為之內涵透視清晰，如未備醫學之豐富學經歷，殊無從達此境界。以此認知為基礎，整合其法律性質提出之見解，自屬精闢翔實，令人讚賞。更可貴者，作者心懷慈悲，視病猶親，有關法律見解之闡述，處處關懷病患之權益，尊重人性尊嚴。醫師本諸良知，維護病人之生命、健康，即受病人衷心感激，並受社會大眾之敬仰，此為樹立醫師尊嚴之不二法門。醫病法律關係之闡述，使二者知法律規範之意旨，相互有準繩可依，是為法治社會不可缺之一環。

討論醫病關係，不能忽略醫療行為的特性，關此，本論文提出的意見具有指標性功能，將來或許有學者會提出不同意見，但不能否認本論文的開創性。如此成就，符合李模老師對「法碩乙」同學的期許，他生前就說：同學們原有的學經歷經整合在法律知識內，融合成具有更多爆發力的智能，發揮出更大的效用，實踐在社會各階層推動法治的目的。

本書內容具有學術創見，可影響實務上運用，因受元照出版
有限公司肯定，將其列為「科際整合系列叢書」予以出版，堪為
吳醫師賀，是為序。

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: 孫, 森, and 焱, written in a cursive style.

2006年4月26日 謹識

此書緣由

筆者於2002年進入東吳大學法律研究所法律專業碩士班，師承前大法官孫森焱先生，蒙其指導，完成碩士論文「醫療契約論」。論文刊出後，恩師與筆者的e-mail通訊中就曾提到：

「期待你的見解受到學術界的重視。也可以多發表文章，引起大家對此問題的討論。最近健保問題又引起話題，醫師似夾在中間，今天遇到一位先生，說起有三位小孩都學醫學，希望他們當醫生以後能有機會再學法律，才能保護自己。他不知道我的背景，這話不是對我講的，是表示醫師生涯的無助感。」

——2005年7月16日

「很高興你能進一步研究醫療關係，今年法碩乙二年級又有二位醫師，各方人才有意學法律，這是專業法律人應該反省的，因為一般人不能受到法律的充分保障，讓大家感受到法律威脅。我的一位朋友是醫師，和我同輩，受到訟累（民事），痛苦不堪，很想要學習法律，可是已經七十有幾，怎可能從頭學習？你以醫師身分，研究醫療關係，希望能讓法官瞭解透徹，所以向各方面投稿，讓大家有機會看到，的確有必要，也是做好事。」

——2005年9月18日

除了恩師的殷切叮囑外，東吳大學法學院潘維大院長與其他師長亦鼓勵筆者將論文整理成專書出版。鑑於國內對醫病民事關係尚少有體系性的專論，筆者雖自知學養不足，斷無著書之資，但為求拋磚引玉，遂勇於獻曝此書。醫者治病，慣於先有「臆斷」(Tentative Diagnosis)後，方能著手診治，故此書毋寧只是筆者就醫病關係的陳疴作系統性整理，並誠懇地提出初步的法學臆斷而已，以法學立論的嚴謹標準衡之，自是有失周延。故殷盼法、醫先進能不吝修正筆者之臆斷，進而提出真正利於健全醫病關係之良方。

感謝孫森焱恩師為本書作序。法碩同窗邱玫惠、胡馨勻小姐於畢業後仍持續關心本書內容並提供寶貴意見，以及元照出版公司對出版此書的熱心協助，在此一併致謝。

最後要感謝家父吳賢盛先生與家母黃文麗女士對我研習法律寬容的認同，以及內人評雅與小女語婷無怨尤的支持，並要謝謝小女大方地提供她小二時的畫作，作為本書封底設計的元素。

吳志正

2006年8月 於豐原

總目錄

序	孫森焱
此書緣由	吳志正

解讀醫病關係 I ——醫療契約篇

第一篇 緒 論

- 第 一 章 醫療糾紛之現象與問題
- 第 二 章 本書之導讀

第二篇 醫療行為導論

- 第 三 章 醫療行為之定義與債法分類
- 第 四 章 醫療行為之特性

第三篇 醫療契約

- 第 五 章 醫療契約之當事人
- 第 六 章 醫療契約之成立
- 第 七 章 醫療契約之性質
- 第 八 章 醫療契約之內容

解讀醫病關係Ⅱ——醫療責任體系篇

第四篇 醫師說明義務與病患同意原則

第九章 醫師說明義務

第十章 病患同意原則

第十一章 違反說明同意原則之法律效果

第十二章 醫療廣告

第五篇 醫療無因管理

第十三章 醫療無因管理總論

第十四章 緊急專斷醫療之醫病關係

第十五章 醫療契約下胎兒之法律地位

第六篇 醫療侵權行為

第十六章 專斷醫療侵權行為

第十七章 醫療過失行為之侵權違法性

第七篇 醫療傷害

第十八章 醫療傷害之定義與分類

第十九章 醫療傷害之責任與其競合

第八篇 結論與展望

第二十章 醫病之債

第二十一章 醫療行為之倫理性

本書目錄

序	孫森焱
此書緣由	吳志正

第一篇 緒 論

第一章 醫療糾紛之現象與問題

第一節 治絲益勞之醫療糾紛	7
第二節 醫療糾紛亂象之癥結	8
第一款 醫病間權利義務曖昧不明	9
第二款 解決之道	12

第二章 本書之導讀

第一節 本書各章之鳥瞰	19
第二節 凡 例	22

第二篇 醫療行為導論

第三章 醫療行為之定義與債法分類

第一節 醫療行為之定義.....	31
第一款 診療目的性之醫療行為.....	32
第一目 診療目的認定標準之改變.....	33
第二目 排除民俗療法之處置行為.....	33
第二款 非診療目的性之醫療行為.....	34
第一目 對人體有侵入性者.....	34
第二目 使用處方藥物或醫療儀器者.....	35
第二節 醫療行為之分類.....	38
第一款 醫療行為之債法分類.....	39
第一目 專斷醫療行為.....	40
一、專斷醫療侵權行為.....	40
二、專斷醫療適法行為.....	41
第二目 非專斷醫療行為.....	41
第二款 「醫療行為」與「醫療給付」之差異.....	43

第四章 醫療行為之特性

第一節 多樣性.....	47
第一款 醫療內容之多樣性.....	48
第一目 單純「行為的給付」.....	49
第二目 單純「給與的給付」.....	50
一、藥品.....	50
二、醫療器材.....	51
三、醫療給付外之其他軟硬體.....	51
第三目 行為與給與之「合成給付」.....	52

第四目 行爲與給與之「混合給付」	53
第五目 「不作爲」之給付	55
第二款 醫療行爲多樣性與法規適用之關係	55
第一目 專利法第24條	55
第二目 醫療法第82條	56
一、善良管理人注意義務之適用	57
二、故意過失責任之適用	58
(一)法律文義解釋	59
(二)立法目的解釋	59
(三)比較法	59
第三目 消費者保護法第7條	61
一、單純「給與的給付」	62
二、單純「行爲的給付」	64
三、混合或合成給付	65
第二節 侵權性	67
第一款 醫療行爲之侵權本質	67
第二款 醫療行爲侵權性之適例	68
第三款 侵權性與醫療傷害	71
第三節 協力性	73
第一款 行爲上協力性	73
第一目 類 型	74
一、醫療給付提出前之協力行爲	74
二、醫療給付兼需之協力行爲	75
三、醫療給付受領後之協力行爲	75
第二目 對醫療效果之影響	76
一、醫療給付提出前、以及給付兼需之協力行爲	76
二、醫療給付受領後之協力行爲	77

第三目 可預測性	78
第二款 體質上協力性	79
第一目 類 型	80
一、器質協力性	80
二、反應協力性	80
第二目 對醫療效果之影響	81
一、器質協力性	81
二、反應協力性	82
第三目 可預測性	83
第三款 協力性與醫療共同主體性	86
第四節 專屬性與從屬性	87
第一款 專屬性與從屬性之類型	88
第一目 醫療受領者之專屬、從屬性	88
一、排除大量、重複、機械性生產製造醫療給付之 可能	89
二、專屬與從屬強度因醫療給付之性質而異	92
第二目 醫療給付者之專屬與從屬性	93
第二款 專屬、從屬性與債務不履行	95
第一目 專屬、從屬性與債務本旨	95
一、醫療契約行為	95
二、醫療無因管理	96
第二目 專屬、從屬性與裁量權	96
第三目 專屬、從屬性與醫師說明義務	97
第五節 裁量性	98
第一款 學說見解	99
第一目 我國學說見解	99
第二目 日本學說見解	101

第二款 本書見解.....	102
第一目 醫師裁量權之定義.....	103
一、以滿足債務本旨為前提.....	103
(一)醫療契約行為之裁量性.....	104
1. 須滿足專屬性與從屬性.....	104
2. 須踐行說明同意原則.....	105
3. 選擇權與裁量權.....	106
(二)非契約醫療行為之裁量性.....	107
1. 適當之無因管理.....	108
2. 緊急無因管理.....	108
3. 不適當之無因管理.....	109
二、醫療給付內容細節性、技術性、方便性等之片面決定.....	109
(一)等價之醫療給付.....	110
(二)不等價之醫療給付.....	110
第二目 醫師裁量權之多樣性.....	110
第三款 實務見解評析.....	112
第一目 我國實務見解.....	112
第二目 日本實務見解.....	118
第四款 結語.....	122
第六節 專業性.....	124
第一款 專業性限制與要求.....	125
第一目 專業性之類型.....	125
一、獨占專業性.....	125
二、專科專業性.....	125
第二目 違反專業性之效果.....	127
一、違反獨占專業性.....	128
二、違反專科專業性.....	130

(一)醫師對於本身並非該專科之事實已有認知.....	130
(二)醫師對於本身並非該專科之事實缺乏認識.....	133
1. 一次性醫療給付	133
2. 繼續性醫療給付	135
第二款 專業性障礙	136
第一目 受領給付前之認知障礙.....	136
第二目 受領給付時之辨識障礙.....	137
第三目 受領給付後之審查障礙.....	138
一、專業給付紀錄取得不易	138
二、專業給付紀錄難期客觀	139
三、專業給付紀錄仍須專業鑑定	141
第三款 專業性與醫病雙贏.....	142
第七節 有限性.....	145
第一款 有限性之類型	146
第一目 科技有限性	147
一、能預見之科技有限性	147
(一)正面療效.....	147
(二)負面損害.....	150
二、不能預見之科技有限性	154
(一)沙利竇邁 (Thalidomide) 事件.....	154
(二)Diethylstilbestrol (DES) 事件.....	155
三、科技有限性類型之轉換	156
第二目 非科技有限性	157
一、可歸責於供給者之客觀事由	157
二、可歸責於供給者之主觀事由	158
三、不可歸責於供給者之事由	158
第二款 有限性與各類型醫療行為.....	158
第一目 有限性與專斷醫療侵權行為.....	158

第二目 有限性與醫療契約行為	159
一、有限性與結果債務之不履行	159
(一)科技有限性與結果債務不履行	159
(二)非科技有限性與結果債務不履行	162
1. 可歸責於給付者之客觀事由	162
2. 可歸責於給付者之主觀事由	162
3. 其他不可歸責於給付者之非科技事由	163
二、有限性與注意義務	163
(一)科技有限性與注意義務	163
(二)非科技有限性與注意義務	165
三、有限性與消費者保護法	169
(一)科技有限性與消費者保護法	169
(二)非科技有限性與消費者保護法	172
第三目 有限性與醫療無因管理	172
一、不適當之無因管理	173
二、適當之無因管理	173
三、緊急無因管理	173
第三款 有限性與醫師說明義務	174
第一目 科技有限性與說明義務	174
第二目 非科技有限性與說明義務	174
第四款 有限性之審查方式	175
第一目 科技有限性之審查	175
一、當代科技水準之審查	175
二、結果預見或迴避可能性之審查	176
第二目 非科技有限性之審查	180
第三目 整體醫療行為之審查	184
第八節 不確定性	188
第一款 醫療內容之不確定性	188