

【裁判字號】99,台上,2428

【裁判日期】991230

【裁判案由】損害賠償

【裁判全文】

最高法院民事判決

九十九年度台上字第二四二八號

上訴人 蔣敬

訴訟代理人 張安琪律師

被上訴人 國防大學國防醫學院三軍總醫院

法定代理人 于大雄

訴訟代理人 吳旭洲律師

林譽恆律師

曹智恆律師

被上訴人 吳興盛

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國九十八年十二月二十二日台灣高等法院第二審更審判決（九十七年度醫上更(一)字第二號），提起上訴，本院判決如下：

#### 主 文

原判決關於駁回上訴人追加依民法第二百二十七條規定請求被上訴人國防大學國防醫學院三軍總醫院給付之訴及該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

#### 理 由

本件上訴人主張：伊因右腰椎第二、三側邊間盤突出，造成行走時右臀部及右大腿疼痛，至被上訴人國防大學國防醫學院三軍總醫院（下稱三軍總醫院）門診，由被上訴人吳興盛診治，告知伊需開刀治療，而於民國九十年十月三十日由吳興盛為伊施行「後位減壓、內固定植入手術」（下稱系爭手術），裝置脊椎內固定器。伊於術後發現非手術部位之腰線下左右兩側疼痛不止而無法站立，邁步痛楚加劇，回診後向吳興盛說明上情，吳興盛僅給予止痛藥物而未作任何診療措施。嗣伊於九十一年五月間至同院神經外科看診，訴外人蔣永孝醫師診斷伊之症狀與加裝之內固定器有關，伊再嘗試其他醫療院所復健治療，效果仍然不彰，終成為「二肢能障礙」之殘障者。吳興盛違反醫療法第六十三條第一項所定之告知義務，於施行手術時，未向伊說明手術原因及成功率、可能發生併發症之危險，及其他對伊影響較小且併發症風險較低之復健治療、內視鏡椎間盤手術等治療方法，使伊在無從選擇及判斷風險之情況下，進行非必要之高風險手術，致造成殘障之傷害，受有住院費新台幣（下同）七千一百六十元、購買硬式背

架費用四千元、看診支出計程車費及掛號費計三萬九千六百元、未來八年之醫療復健費四十三萬二千元、看護費用二百三十六萬元、精神慰撫金八十萬元，合計三百六十四萬二千七百六十元之損害等情，爰依民法第一百九十一條之三、第一百八十四條、第一百八十八條、第一百九十三條、第一百九十五條、第二百二十七條之一及第二百二十七條規定，求為命被上訴人連帶如數給付，並自訴狀繕本送達翌日起加計法定遲延利息之判決【上訴人於第一審僅依上開侵權行為之法律關係為請求，迨於原審始追加依民法第二百二十七條（下稱不完全給付之規定）及第二百二十七條之一規定併為請求】。

被上訴人則以：系爭手術係由吳興盛按當時醫療相關法規口頭告知上訴人，取得其同意，並經住院醫師交付手術同意書由上訴人親自簽立，該手術同意書中已載明將實施減壓及內固定器手術，不得以嗣後行政院衛生署（下稱衛生署）發布新格式之手術同意書，作為認定當初被上訴人有無盡說明義務之根據。吳興盛是否已盡說明義務，與上訴人決定接受手術並無因果關係，其醫療行為，符合醫療常規並無過失，上訴人之二下肢活動障礙及下肢活動力不彰與加裝固定器亦無因果關係。另上訴人之侵權行為及不完全給付之損害賠償請求權，均已罹於二年請求權時效而消滅。縱認上訴人得請求損害賠償，上訴人據以請求損害賠償之費用證明，與其主張並無直接因果關聯等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴判決，駁回其上訴，並駁回其追加之訴，無非以：上訴人因右腰椎第二、三側邊間盤突出，造成行走時右臀部及右大腿疼痛，至三軍總醫院骨科就診，由吳興盛負責診治，吳興盛於九十年十月三十日對上訴人進行系爭手術。上訴人於術後，感覺腰線左右兩側疼痛而無法站立，狀況持續半年後，於九十一年五月二十一日至同院神經外科就診，經診斷所罹症狀係癒後不良所引發，與上開手術有關，並建議撤除植入物（固定器組件）。上訴人嗣後至各醫療院所多方求診，均無法治癒，於九十二年二月七日經醫療鑑定為「二肢能障礙」之中度殘障等情，為兩造所不爭，固堪信為真實。惟上訴人於系爭手術前之九十年十月二十九日於手術同意書上簽名，該手術同意書上已記載(一)需實施手術之原因；(二)手術成功率或可能發生之併發症及危險等語，手術同意書中沒有寫的部分只有需實施手術（減壓及內固定器手術）不是上訴人所寫，其餘都是上訴人所寫，交付手術同意書時，醫師簽名欄為空白，吳興盛於手術前門診時已告知「手術原因」等情，經上訴人陳述在卷，並有手術同意書可憑，上訴人自述曾負笈美國，並於新加坡及南非等國擔任企業主管多年，非不識字或了解書面文義之人，可知被上訴人於施行手術前

已就醫行為之必要、風險及效果，對上訴人爲相當之說明，並經上訴人同意，上訴人主張被上訴人未盡醫療法所定告知義務云云，即無足採。又上訴人對於吳興盛實施手術無技術上疏失，並未爭執，而上訴人於實施手術前三年，曾因右臀部及右大腿疼痛，腰椎第二、三節之間，椎間盤（軟骨）突出症，脊椎狹窄症，步行一百公尺左右，即有間歇跛行現象（下稱脊椎病症），至行政院退除役官兵輔導委員會台北榮民總醫院就診，該院醫師即建議施行手術，爲其所拒，只作物理治療，亦曾至其他醫院藥物及物理治療，效果不佳，此次因疼痛未改善，才接受吳興盛建議實施手術，經囑託台北市立萬芳醫院及衛生署鑑定結果，均認吳興盛施行系爭手術，裝置脊椎內固定器，其醫療行為已符合醫療常規，尙難認系爭手術有何疏失或屬不必要之手術，且脊椎固定器之使用，除單純之椎間盤突出症及穩定的脊椎狹窄症不須使用外，大部分脊椎手術均須以脊椎內固定器來輔助，其作用是在固定脊椎結構使其穩定，提供一個良好的支架，讓身體骨移植的骨頭能順利的形成堅強的骨支架，使脊椎的結構更穩定，不致因脊椎的不穩定而造成神經壓迫症狀，常見脊椎狹窄症引起神經壓迫症狀，除了須先將受壓迫的神經行減壓手術外，因病患本身脊椎不穩定會造成脊椎滑脫或椎弓解離，故須輔以脊椎內固定器來支撐固定脊椎骨，上訴人既有前述脊椎病症，藥物及物理治療，效果均不佳，吳興盛施以脊椎內固定器手術，尙與當時之醫療水準相當。上訴人主張吳興盛使用自己研發尙在實驗階段之內固定器加裝於上訴人身上云云，爲吳興盛所否認，上訴人未舉證以實其說，即無足取。另按醫療行為並非從事危險事業或活動者製造危險來源，亦非因危險事業或活動而獲取利益爲主要目的，殊無民法第一百九十一條之三之適用，且吳興盛之醫療行為符合醫療常規，並無疏失，上訴人依侵權行為規定，請求被上訴人連帶負損害賠償責任，自無足取。其次，所謂不完全給付，係指債務人已爲給付，因可歸責於債務人之事由，致未依債務本旨而爲給付之情形。吳興盛在執行相關醫療行為時，符合醫療常規而無任何過失，即無可歸責之事由；另上開鑑定結果既認定背痛與加裝內固定器無直接關係，且加裝之內固定器並未壓迫神經，因此上訴人術後背痛情形與系爭醫療行為並無相當因果關係，三軍總醫院神經外科蔣永孝醫師爲上訴人施行R F手術取出脊椎內固定器，自難作爲認定被上訴人有不完全給付之情事，三軍總醫院亦無債務不履行損害賠償責任可言等詞，爲其判斷之基礎。

一廢棄發回部分（原判決關於駁回上訴人追加依不完全給付規定請求三軍總醫院給付之訴部分）：

按對人體施行手術所爲侵入性之醫療行為，本具一定程度之危險

性，修正前醫療法第四十六條（現行法為第六十三條）第一項前段並規定：醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、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，在其同意下，始得為之。尋繹上揭有關「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。是以醫院由其使用人即醫師對病人之說明告知，乃醫院依醫療契約提供醫療服務，為準備、確定、支持及完全履行醫院本身之主給付義務，而對病人所負之「從給付義務」（又稱獨立之附隨義務，或提昇為給付義務之一種）。於此情形，該病人可獨立訴請醫院履行，以完全滿足給付之利益，倘醫院對病人未盡其告知說明義務，病人固得依民法第二百二十七條不完全給付之規定，請求醫院賠償其損害。惟受訴法院於審理是類事件時，為充實言詞辯論內容，保障當事人程序權，盡其踐行注意令當事人就訴訟關係之事實及法律得為適當完全辯論義務，防止發生突襲性裁判，應依民事訴訟法第一百九十九條第二項及第二百九十六條之一第一項規定，向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；且於調查證據前，應將已整理或協議簡化之「事實上爭點」、「法律上爭點」、「證據上爭點」暨其他「攻擊或防禦方法上爭點」，分別曉諭當事人，其中關於「證據上爭點」之曉諭，如當事人就舉證責任之分配或有無舉證責任轉換有所爭執者，尤當將其對紛爭事實具體之舉證責任分配之認識、判斷，為「適時或適度」之公開，使兩造知悉待證事實舉證責任之分配，並行使闡明權，促使負舉證責任之當事人聲明證據，以進行證據之調查，進而將調查證據之結果，依同法第二百九十七條第一項規定，曉諭當事人為適當完全之辯論，其踐行之訴訟程序始得謂為無瑕疵。查本件三軍總醫院對上訴人實施手術前，有無令其使用人即醫師對上訴人依上開醫療法規定為告知並得其同意之事實？依舉證責任分配原則，雖應由三軍總醫院負舉證之責，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。況上訴人於原審一再指稱：本件手術前，除「手術原因」一項，門診時有告知外，其餘「成功率或可能發生之併發症及危險」等事項，完全事先未做任何說明（參上證五），且故意安排病患手術前匆促時段交簽同意書，此種略誘

之同意，應視為無效並有違醫療法之立法意旨等語（原審上字卷九四頁及原審更(一)字卷一六頁）；復於原審準備程序表示：「有沒有說明各種可能醫療方法的可能風險，是由對造負舉證責任。他沒有說明這個風險不能反推我們不會做其他的選擇」云云（原審上字卷二三八頁反面）。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。究竟三軍總醫院有無令其使用人之醫師踐行前揭告知說明義務，攸關該醫院有無違反「從給付義務」及應否負不完全給付責任？該事實既未臻明瞭，本院自無從為法律上之判斷。上訴論旨，執以指摘原判決關此部分為不當，求予廢棄，非無理由。

二駁回上訴部分（原判決關於駁回上訴人之上訴及上開一以外之其餘追加之訴部分，亦即上訴人依侵權行為及民法第二百二十七條之一規定請求被上訴人連帶賠償損害，與依不完全給付請求吳興盛賠償損害部分）：

按言詞辯論筆錄記載當事人陳述之事實，第三審法院得斟酌之，民事訴訟法第四百七十六條第二項定有明文，蓋第三審係法律審，依同條第一項規定，固應以事實審判決確定之事實為判決基礎，惟事實審言詞辯論筆錄已記載當事人陳述之事實，而法院於判決中如未予認定，亦與言詞辯論之目的不符。為達公平裁判及訴訟經濟目的，爰增設此第二項之規定（立法理由參照）。查上訴人接受系爭手術後，於九十二年二月七日經醫療鑑定為「二肢體障礙」，上訴人曾於同年八月十九日於刑事訴訟程序附帶提起民事訴訟，該刑事訴訟案件並因逾告訴期間經判決不受理，上訴人提起上訴，仍經原法院刑事庭於九十三年三月十八日以九十三年度附民上字第一七號判決【附台灣士林地方法院（下稱士林地院）醫字卷六七頁以下】駁回確定，上訴人另於九十三年七月二十六日向士林地院起訴請求損害賠償，因未繳納裁判費，經該院於九十四年四月一日裁定駁回，上訴人提起抗告，亦經原法院裁定駁回抗告確定，以上各情，為事實審言詞辯論筆錄所載當事人陳述之事實，且為兩造所不爭執（原審醫上字卷二八頁），經依上規定斟酌之結果，上訴人至遲於鑑定為「二肢體障礙」之日起，即得依侵權行為規定請求被上訴人連帶賠償損害，且上訴人所提附帶民事訴訟及起訴均非合法，而不生中斷時效之效力，乃上訴人遲至九十四年五月九日始提起本件訴訟，已逾二年時效，被上訴人亦為時效抗辯（士林地院醫字卷三九頁），則上訴人依侵權行為及民法第二百二十七條之一規定，請求被上訴人連帶賠償，即無理由；又系爭醫療契約存在於上訴人與三軍總醫院間，吳興

盛為三軍總醫院履行醫療契約給付義務之使用人，非醫療契約當事人，對上訴人不負醫療給付義務，上訴人依不完全給付規定，請求吳興盛賠償損害，亦屬無據。原審就此部分判決上訴人敗訴，雖非以此為據，但於判決結果並無二致，仍應予維持。上訴論旨，泛以其他與判決結果不生影響之理由，指摘原判決關此部分為不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項、第四百八十一條、第四百四十九條第二項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 二 月 三 十 日  
最高法院民事第七庭

審判長法官 顏 南 全  
法官 林 大 洋  
法官 沈 方 維  
法官 鄭 傑 夫  
法官 高 孟 焄

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 一 〇 〇 年 一 月 十 一 日

v