

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫 成果報告
 期中進度報告

從德國新民法看醫療法修正後之法律適用

計畫類別： 個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：NSC 96-2414-H-004-011-

執行期間：96年 8 月 1 日至 97 年 7 月 31 日

計畫主持人：黃立教授

共同主持人：

計畫參與人員：張南薰

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)： 精簡報告 完整報告

本成果報告包括以下應繳交之附件：

- 赴國外出差或研習心得報告一份
- 赴大陸地區出差或研習心得報告一份
- 出席國際學術會議心得報告及發表之論文各一份
- 國際合作研究計畫國外研究報告書一份

處理方式：除產學合作研究計畫、提升產業技術及人才培育研究計畫、
列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權， 一年 二年後可公開查詢

執行單位：國立政治大學法律系

中 華 民 國 97 年 7 月 31 日

中文摘要

德國的醫療責任法基本上屬於法官法。立法者迄至目前不論是 2001 年 11 月 26 日之債法現代化法，或者在 2002 年 7 月 19 日之第二次修正損害賠償規定法，並未在此領域有所規範。看起來民法的重大修正，對於德國醫療法在實質上沒有太大的影響。不過由於德國聯邦法院對於瑕疵醫療行為，一向採取侵權行為說，若欠缺病人的有效同意，就無法阻卻違法。原因在德國舊民法上，並無債務不履行得請求精神損害賠償的規定。德國法在其債編修正後已無問題。

關鍵字：德國醫療責任法、瑕疵醫療行為、債法現代化、德國損害賠償法、醫療過失、醫療責任、醫療契約

1. 概說

從法律社會學觀點觀察，涉及兩個在社會上較有力量的職業群體之間的衝突。醫師或法律人，常覺得他們這種「一般國民」Normalbuerger，在一些不同的領域及生活環境中，被另一個行業出賣了 ausgeliefert。要在對醫師行為作法律上的規範，也同時要考量醫師在個案中從事醫療行為之困難，需要在法律倫理上求取平衡。醫師不能對病人完全不受管束的對待，但也不能過度的規範，用過低的責任門檻管制其工作。應該追求的是在醫師與病人間合理的利益均衡。

2. 修法前的醫師責任與舉證責任

2.1. 基本問題

就醫師之瑕疵醫療行為、在瑕疵醫療行為與身體或精神損害間的因果關係，病人常難以舉證。他們原則上欠缺專業醫學方面的知識。何況有許多問題，在專業醫學方面也無定論。德國實務上常見到，不同的醫療鑑定人對於個案有完全不同的評量。在事先 ex ante 對醫療情況作全面評估，對於專業醫師也常非簡單的事情。人體器官雖然經過長期的研究有很多的進展，但仍非全然可以預先控制。每一個身體在解剖學上及生理上均係獨一無二。也因此組織體的原因與效果常無法澄清。由於病人或其家屬通常欠缺專業醫學知識，加上醫療鑑定人無法預料的角色，使得醫療訴訟成了遠高於一般訴訟風險的冒險行為 Wagnis¹。

2.2. 因果關係的證明

在以侵權行為從事醫療訴訟的前提下，病人原則上要證明在瑕疵醫療行為與身體或健康損害間，有因果關係。此一問題在訴訟上常被低估。依據德國民事訴訟法第 286 條規定：「(1) 法院得斟酌審理之全般內容及相關證據調查之結果，依據自由心證判斷，一項事實之主張應認為是真實或者非屬真實。在判決中，應記名對法官心證重要之理由。(2) 法院僅就法律明定之情況下，才受法定證據歸責之拘束。²」所以建立責任之因果關係證明，必須依據本條之嚴格證據程序規定提出。雖然事實審的法官僅要求實際生活上可用程度的可靠性 brauchbares Grad von Gewisseheit³。但是儘管採用此種尺度，也不容易讓法官達成心證。病人仍須證明，醫師依據「醫療常規」die dem aertzlichen Soll-Standard entsprechende Behandlung 原可阻止損害的發生。如果病人縱然在無瑕疵的醫療行為下仍可能受損害，也無法認定有因果關係。

常常發生有瑕疵的未從事一定醫療的不作為，病人必須要證明，身體或健康之損害，若有採取未為之醫療行為（如手術、提供特定藥品），可能就完全或部分不會發生。可是這些通常無法確認，此種不確定卻產生了對病人不利之後果。

在醫師作為時，也有證明的問題。如在脊椎軟骨圓盤 Bandscheiben 手術時，傷及神經，或者在膽手術時，不小心切斷的膽汁管道 Hauptgallengang，醫師只有當醫師於謹慎手術時原可避免因為作為所生健康損害時，才負損害賠償責任。若屬於典型的手術風險，即使非常有經驗的醫師在謹慎為之情形下仍可能發生者，就不會被認定有因果關係。當然此處之因果關係不限於自然科學上的因果關係，也包括法律上的因果關係 juristische Kausalitaet（新

¹ S. Tombrink, Der schwere ("grobe") medizinische Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, in 10 Jahre Brandenburgisches Oberlandesgericht, 2003, S.181.

² § 286 ZPO:“(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden. „

³ BGH NJW 1994, 801(802).

說＝法規目的說)。病人所獲得的待遇不應該高於醫師依據醫療常規謹慎從事醫療之情況。醫師所負的責任是與損害有因果關係之義務的違反 *schadenskausale Pflichtverstoesse*，而不是危險責任⁴。

由於人體器官的個別特殊性，以及常具有不可預測性，有許多案例在醫學上常為一次性事件，此種對因果關係的舉證責任要求，就成了瑕疵作為醫師的免責特權。因此在特定情形下，基於合理意義均衡之理念，必須對病人作有利的舉證責任的減輕。

2.3. 對病人因果關係舉證責任的減輕

德國聯邦法院多年來的判決所發展出來的因果關係的見解，基本上建立在兩個基礎理念上面，一個是公平的利益均衡 *das gerechte Interessenausgleich*；另一個是加重醫師的舉證責任 *Kompensation fuer dem Arzt anzulastende Konkrete Beweis- erschwerung*⁵。

病歷表的瑕疵 *Dokumentationsmaengeln* 被推定為醫師醫療或診斷瑕疵 *Diagnose- fehler* 的證明。如果有醫學上被要求的措施沒有被記入病歷中，就推定醫師沒有採取此一措施。不過此種病歷表的瑕疵之因果關係證明，只有當受害人由於此一瑕疵，有舉證之困難，而且至少外觀上看起來有因果關係時，才能被推定⁶。由於病歷表的瑕疵所生因果關係之轉換，僅建立於「加重醫師的舉證責任」之理念上。

相反的，推定醫師之過失為重大過失之舉證責任轉換，才是以「公平的利益均衡」之理念為基礎。

由判決所發展出來的單純病徵發現瑕疵 *einfache Befunderhebungsfehlern* 之舉證責任轉換，則建立在前兩種理念上。如果診斷時依據所查得知病徵，有足夠的可能性 *hinreichende Wahrscheinlichkeit*，顯示有採取對策義務之結果，由於未察覺此一病徵，或者沒有採取行動，均被認為是重大過失 *grober Fehler*⁷。德國判決認為，減輕舉證責任之理由為，由於疏於對病徵採取應為之行為，導致可能的損害原因增加⁸。

3. 醫師重大過失時的舉證責任轉換

3.1. 帝國法院時代的判決

早在帝國法院時代，就已經考量到了，受害人就損害原因之醫療瑕疵要如何證明的問題。因此在 1940 年代就已經有一些判決⁹，對此問題有詳細的分析。除了確認有客觀診斷錯誤當然導致醫師責任外，已經對有重大過失時，減輕舉證責任分配有初步的見解。如果醫師有意或者輕率 *in leichtfertiger Gleichgueltigkeit* 讓病人陷於危險，依據外觀這種行為正好可能導致損害發生，而損害也發生了，就推定醫師的行為與損害間有因果關係。此種對醫師在重大過失（嚴重違反醫療成規 *bei schwereren Verstoessen gegen die anerkannten Regeln der medizinischen Wissen- schaft und Paxis*）時之舉證責任轉換，是以「公平的利益均衡」之理念為基礎。此種敘述方式，到底是引據表面證據 *Anscheinbeweis, prima facie evidence*，或者已經發展了在醫師有重大過失時，轉換舉證責任，並不十分清晰。此外，使用了輕率 *in leichtfertiger Gleichgueltigkeit* 一詞，是否在客觀重大過失外，也包括了瑕疵之主觀可責性，也不很清楚。

3.2. 聯邦法院的判決

3.2.1. 德國聯邦法院 BGH NJW 1978, 4610

⁴ Christian Tombrink, *Die Arzthaftung fuer schwere Behandlungsfehler*, in T. Ratajczak, Chr.-M Stegers(Schriftleitung), *Arzthaftungsrecht-Rechtspraxis und Perspektiven*, S.119.

⁵ Christian Tombrink, a.a.O., S.119.

⁶ BGHZ 99, 391(398ff); BGH, Urteil vom 13.02.1993 VI ZR 26/92, NJW 1993,2375(2376).

⁷ BGH, Urteil vom 27.04.2004-VI ZR 34/03; BGH, Urteil vom 23.03.2004-VI ZR 428/02.

⁸ BGH, Urteil vom 27.04.2004-VI ZR 34/03; BGH, Urteil vom 21.09.1982-VI ZR 302/80.

⁹ RG, Urteil vom 21.06.1940- III R 134/39.

¹⁰ Urt. v.27.6.1978 – VI ZR 183/176(Oldenburg).

3.2.1.1. 事實

病人甲在被告己女之母庚（已經去世之外科醫師，己為庚之繼承人）工作的醫院中去世。該醫院對所有該地之住戶開放。庚雖然是唯一的外科醫師，也監管該醫院的非醫療工作，卻只是特約醫師 Belegaerztin。庚就她自己的病人有自行指示與管理之權限。甲在一個星期天因為腸子疼痛，家庭醫師無法確認病情，認為有住院檢查之必要，而將甲送到此一開放醫院，由唯一在場的醫師庚治療，庚立即為甲作了盲腸手術。在手術前庚雖然作了驗血與驗尿的病歷表，卻沒有被執行。再第二天當醫事檢驗人員上班後，才補作了前述的檢驗，發現有結石、大量三磷酸鹽及細菌、許多上皮細胞 epithelium 與白、紅血球。依據前述病歷表，切開腹膜後清除了積血，「盲腸全部均已經嚴重發炎」。三天後腸胃停止蠕動，在輸血後的兩天有所改善，又過了六天血液循環失控，甲因此死亡。庚在病歷上記明死因為：「心臟與血液循環衰竭」。不過在庚自己所填寫的病歷表中，也將死亡時之狀態為：「腎臟發炎及疑似肺血木全 embolus」。在寫給家庭醫師的信中，庚未提及腎臟發炎的事，對驗尿的結果竟然填上「未有發現 ohne Befund」。

甲之夫乙（第一原告），女丙丁戊（第 2 至第 4 原告）是甲的女兒，提起訴訟主張，庚未經有效之說明就進行手術；有嚴重之醫療瑕疵導致甲之死亡。原告提起給付與確認之訴，請求扶養費（所失給付 entgangene Leistungen）。此外，也請求因為所失生命的喜悅請求損害賠償。

第一二審原告均敗訴。第三審對於請求因為所失生命的喜悅請求損害賠償部分仍然駁回。其餘則撤銷原判決並發回更審。

3.2.1.2. 理由

乙提起第三審之請求依據德國民法第 844 條係屬正確。但不及於「因為所失生命的喜悅請求損害賠償部分」，此種見解為德國民法上陌生的觀念。

第二審法院駁回原告其餘之訴之理由在於，其確信庚既未違反說明義務違法從事手術，對於其病人的損害也無義務之違反。對於手術欠缺說明之指責，不論第一審或第二審均未有充分的研析，第一審僅確認，甲曾請求庚讓她不要痛了。認為此一說明已經有足夠的手術同意。第二審對此沒有表示意見顯然是同意此一見解，此點卻非無疑義。盲腸手術當然是一種侵害，雖然發生頻率甚高，仍不能認為是輕微手術 Bagatellmassnahme。如醫師未告知病人其擬從事之手術，要動手術須有充分的醫療上理由，因為病人就手術之大小及界限有知曉之權利（BGHZ 29, 46 = BGH NJW 1959, 811; Senat, NJW 1971, 1887 參照）。但是最重要的是，要動手術的說明。就盲腸炎的性質由於其普遍性，或許可以從簡說明。從一般常識 Allgemeinwissen，一般知識水準的病人可以認定，此一手術並非小手術，不過通常也不會有太大的風險。如果醫師並非純未預防目的動手術的話，也不需要特別的風險說明（與本案不同）。...不過依據案情，似尚無法認定病人甲的死亡確實是手術的後果。第二審在發回更審後仍須對此一問題重新審查。

請求撤銷之原判決，涉及被告庚瑕疵醫療行為所生請求權部分，由於並沒有適當的考量在瑕疵醫療行為中，慣行之證據原則，而無法被維持。對於上訴之不服有理由。

第二審法院首先否認庚有重大醫療過失。引據了 Senatsurteil NJW 1959, 1583 = VersR 1959, 598 判決，與其理由之文句相反，但正確的認知，醫師責任並非以重大過失為要件，但在適當的情形，可以導致對病人舉證責任的減輕，減輕到將舉證責任轉換。雖然第二審法院否認庚有重大過失存在，但庚對於甲泌尿系統發炎的未加以注意，明顯的不能成立。

- a) 第二審法院依鑑定人之確認，甲於被送進醫院時就已經顯示有高度的病理特徵，顯示有嚴重的泌尿系統發炎。不過此一發現由於不正確的病歷記載，未能在手術前（星期日）顯示，而到了次日在顯示出來。對於泌尿系統嚴重發炎，依明確的無法推翻的記載，一直到病人死亡沒有作任何的醫療。第二審法院並未排除，對於此一發炎未加醫療是

主要的死亡原因，依據鑑定人也無法有不同之見解。其次就是此一明確的醫療瑕疵是否屬於重大醫療瑕疵。第二審法院採信鑑定人意見，認為庚醫師再甲送醫日，對甲的泌尿系統嚴重發炎症狀，並未作任何醫療行為，並無重大過失。在此點第二審法院的判決與第一審相同，均不清楚也無法使人心服 wenig klar und ueberzeugend。本案是否涉及重大過失，與舉證責任有關。第二審法院採取第一審法院所採鑑定人之見解，認為「甲於被送進醫院時就已經顯示有泌尿系統發炎的高度病理特徵，庚未察覺非屬重大過失。」雖然鑑定人確認盲腸炎的診斷，在現代必須以醫院的檢驗為基礎。但也不妨礙，醫師使用泌尿系統診斷或其他簡單的方法，就排除患者罹患其他之病症之可能。是否應如此作，由於事實審法院並未作此詢問，鑑定人並未表示意見。至少從第一審的鑑定人可以期待其有明確的答覆。

雖然此一問題之澄清有其必要，對於舉證責任也無太大的影響。由於第一天雖有泌尿系統發炎的高度病理特徵，庚就是沒有作任何的醫療。忽略了此一特徵，當然是醫療的疏失，第一審的鑑定人在第一次鑑定報告，及補充報告中均肯定此點。此點雖沒有問清楚卻也無爭議。其僅認為：「並非必要自始認定腎有嚴重的問題」，卻仍從有醫療過失出發。至於此一過失是否嚴重，依據前引之聯邦法院判決，並非由鑑定人而是由法官認定，認定前應由鑑定人提供更詳盡的醫學事實與知識。第二審法院好像並沒有查清楚。因為並沒有提及任何可以減輕其過失的事實，庚對於清楚的病理特徵並沒有依據醫療技術上要求的規範有所反應。若欠缺此種情況，有疑問時必須認定此種醫療的缺失屬於重大過失 (Fehlen aber solche Umstaende, dann muss ein solches aertzliches Versagen im Zweifel als ein Behandlungsfehler angesehen werden, der als grob zu bewerten ist.)。

- b) 此一醫療過失本身就可以推定與病人甲之死亡有因果關係，直到期反面被證明為止(持續的判決 staehtige Rspr.)。前審對此點看不出有所認知，就已經可以導致對此判決之撤銷。更審時第二審法院應澄清，清楚發炎的泌尿系統未被醫療是否認真的看待。並不需要對鑑定人重複：「泌尿系統的發炎絕對不是死亡的原因」，而是要確認此種情況在實際上的嚴重性。然後才能決定，在此種情況下，依據前述判決所為有利於病患之舉證責任轉換，有其必要(RGZ 171, 168; Senat, NJW 1978, 1683)。基於此一理由，原判決無法被維持。

原審判決也因為病歷表的記載不詳盡 unzuellaenglich 且部分(可能故意)偽造之醫療紀錄，原本就不應該有證據法上的效力。

- a) 原審僅討論記載不詳盡的病歷表是否構成嚴重之醫療瑕疵的觀點出發：原審認為「填寫病歷表與通知家庭醫師，是醫師對病人的職責 Obliegenheit，但已經不再是醫師任務的重點，此一任務已經廣泛的交給協助人員。此種紀錄工作原則上不適於對病人造成損害。」此種考量使得經確認之錯誤的病歷表限於一般證據障礙的審查(BGH LM ZPO §280 Nr.2 Beweislast)。原審法院也不認為此處之錯誤符合使證據困難的操控行為。只不過是無趣文書工作的筆誤。對於法律上有無此種義務，以此種方式為病歷表之記載存疑。
- b) 前審認定作成合乎規範的病歷表，屬於醫師對病人的職責之看法，值得贊同。在早年的聯邦法院民事庭也曾認為，此一紀錄僅是供醫師內部提醒記憶之用，對於病人並無作成完整與謹慎紀錄的義務(VersR 1963, 168; BGH NJW 1963,389=JZ 1963,369 m. Anm. Steindorf)。但是民事庭在此期間已經多次表明，此一判決依據乙經過時的醫師職業看法，賦予醫師不當的空間，不能繼續維持(Senat NJW 1972,1520; Senat NJW 1978, 1681)。適當的病歷記載是醫師的義務，已經被醫師職業規範普遍承認(Rieger, DtMedWochenschr 1978, 595; 此外，現代醫師觀點見 Fritze, Referat auf der Tagung der Deutschen Ges. fuer innere Medizin, Wiesbaden, April, 1978)不過此一義務僅能認為是醫師對於病人當然的醫療義務，職業規範對於其型態則無法過問。因為若非如此，病人將來看病，不論經由同一醫師或者不同的醫師，均將產生困難。原審將此降等評價為作業 Schreibwerk，是否與知悉此段發展有關不得而知。詳盡並正確的填寫病歷表，並

非間接的與不可懷疑的醫療必要性有關，而是對醫療糾紛的舉證責任分配有關。除此之外，此一義務也使醫師無法主張證據法上的無可期待性。至少無可懷疑的，此一記載的義務範圍，應該一如為他人管理財產，長期以來被視為當然，在訴訟外也有報告之義務。至於醫病間訴訟外說明義務的範圍，則非本案審理之範圍。

從前述說明，醫師所作之病歷表如明顯的不夠詳實，有證據法上的後果。原審的看法並非可採。在此情況，醫師必須預期再有訴訟時，被要求對其醫療行為進一步舉證(BGH VersR 1965, 91)。此時，對於聯邦法院所發展的重大過失推定因果關係原則，不能適用於此種情形，而應該有特有的規則。當然此一規則也不是呆板的舉證責任轉換，而是減輕病患之舉證責任，直到舉證責任反轉。當然由於可歸責於醫師所造成之釐清事實的障礙，不能期待病患能提出證據。

- c) 在本案中庚醫師對於其病歷表製作義務有不尋常尺度的違反，部分達於惡意的地步。病人的發燒取限，及相關檢驗結果的說明，給藥，依據庚醫師的指示，將原始資料銷毀或事後加以清除。此種程序在法律上無法認同，特別是原始的紀錄不僅是正式的，為了管制目的也需要被保存。雖然事實審法官採信鑑定人看法，認為事後製作之文書與原本相符。到底在何範圍內，病歷有依據庚醫師的口述被更改，尚待查證。不過依據第一審鑑定人的看法，此一病歷記載簡略到所有從事判斷所必須的資料完全欠缺。所以此一鑑定人的前述看法，多半也是毫無依據 *weitgehend in der Luft haengt*，最多是以其所能見到之少數數據為基礎。當然也無法完全責怪鑑定人，因為事實審法官並未給予指示。因此若鑑定人所為有利於庚醫師未考量前述保留之證言，看不出來此一意見係以可靠之資訊來源為基礎，當然也無法考量相關之情況。少數殘餘之病歷至少可信度不高。無可爭議的此一紀錄有嚴重的不正確的美化，將數日後才出爐的實驗室報告偽造成手術當日已經存在。庚醫師在病人甲死亡後，沒有告知家庭醫師甲持續有高度病理上的尿液特徵。庚醫師在術前也沒有對相關手術器材檢查。這一部份原審法院也未加考量。

再更審時應注意以下事項：死者甲的家庭醫師在診斷後無法確認甲的腹痛適合原因，家庭醫師認為甲不太可能得了盲腸炎，身為一位有經驗的醫師，不可能不考慮過盲腸炎的可能。此一疾病必須經過醫院以較佳的診斷機會檢查與診斷，一如庚也如此看法。若家庭醫師知道，此一醫院僅有特約醫師，唯一較佳的醫院檢驗室星期天並無人上班，必然也不會認同到此處轉診。庚若了解家庭醫師的看法，必然應該對甲說明，該醫院無法提供家庭醫師所期待的必要檢驗，而非逕行動手術。若此處就可認定庚有過失，就不必再追究庚為外科醫師欠缺診斷的能力的問題。縱然甲未能提供較精確的訊息，庚也可以拿起電話詢問家庭醫師，除非有特別的障礙使庚無法為之。原審對此也顯有疏忽。

3.2.2. BGH NJW 1978, 4611判決確認之舉證責任原則

本判決確認了以下兩點：

3.2.2.1. 如果無法確認有減輕醫師過失的情況，有疑問時必須認定此醫療的缺失屬於重大過失 (Fehlen aber solche Umstaende, dann muss ein solches aerztliches Versagen im Zweifel als ein Behandlungsfehler angesehen werden, der als grob zu bewerten ist.)

3.2.2.2. 如果醫師過失，此種重大醫療瑕疵，通常適於導致已經發生之損害，而其因果關係並非全然不可能者，推定其瑕疵醫療行為與病人之損害有因果關係 *Ist der Grobe Bahandlungsfehler (generell) geeignet, den eingetretenen Gesundheits- schaden herbeizufuehren, und ist ein Kausalzusammenhand nicht gaenzlich unwahr- scheinlich, so wird die (haftungsbegrueendende) Kausalitaet zwischen dem (schweren) Arztfehler und dem Gesundheitsschaden regelmaessig vermutet*¹²。醫師或者醫院必須提出無因果關係之證據，因

¹¹ Urt. v.27.6.1978 – VI ZR 183/176(Oldenburg).

¹² Vgl. Christian Tombrink, a.a.O., S.128.

此形成真正的舉證責任的轉換。

3.3. BGH NJW 1978, 4613舉證責任原則之適用領域

前述舉證責任原則，也可以適用於診斷瑕疵、病徵辨識瑕疵或者其他義務之違反¹⁴。分述如下：

3.3.1. 重大診斷瑕疵

長期以來，判決認為，並非每一客觀上不正確的診斷，均構成建立責任的醫療瑕疵。單純的診斷錯誤 der Diagnoseirrtum 與真正診斷瑕疵 die echten Diagnosefehler 不同。與診斷相關之不確定性（事先之觀察 ex-ante Betrachtung），由於病徵常不是十分的清晰，人體組織又因人而異，因此在原則上承認醫師判斷與決定裁量餘地 Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum 下，並不會將診斷錯誤均視為診斷瑕疵。只有當此種診斷，從善良的醫師的角度觀察無法被接受時¹⁵，才會被認定有診斷瑕疵。要認定有重大的診斷瑕疵，需確認該診斷瑕疵係屬基本的且無法被理解之錯誤¹⁶。只有在此種重大的診斷瑕疵，才有前述因果關係推定規則之適用。單純的診斷錯誤通常不會產生責任法上的後果。

3.3.2. 重大病徵辨識瑕疵

如果有明顯的病徵及管制特徵不尋常 in erheblichem Maße 的被忽略或者連簡單的檢查也沒有作，就有了重大病徵辨識瑕疵 grobe Befunderhebungsfehler¹⁷。如果此種瑕疵，通常適於導致已經發生之損害，而其因果關係並非全然不可能者，推定重大病徵辨識瑕疵行為與病人之損害有因果關係。

4. 修法後的契約責任

德國的醫療責任法基本上屬於法官法 Richterrecht。立法者迄至目前不論是 2001 年 11 月 26 日之債法現代化法 Schuldrechtsmodernisierungsgesetz，或者在 2002 年 7 月 19 日之第二次修正損害賠償規定法 Gesetz zur Aenderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften，並未在此領域有所規範。看起來民法的重大修正，對於德國醫療法在實質上沒有太大的影響。不過由於德國聯邦法院對於瑕疵醫療行為，一向採取侵權行為說，若欠缺病人的有效同意，就無法阻卻違法。原因在德國舊民法上，並無債務不履行得請求精神損害賠償的規定。德國法在其債編修正後已無問題。因為新法第 253 條規定：「(1) 基於非財產上之損害，以法律有特別規定者為限，得請求金錢損害賠償。(2) 如因身體、健康、自由或性自主之侵害，應負損害賠償責任，縱非財產上損害，亦得請求以金錢為適當之補償。」引進慰撫金之一般請求權，除了原先已經包括之非契約過失責任外，也擴及於危險責任及契約責任¹⁸。加上消滅時效規定的修改，已經使德國醫療糾紛的重心從侵權行為法轉向為契約法¹⁹。德國學者也認為此一轉變是一個好的轉變，因為醫療責任原本就是以契約責任為主。醫病間也是平等的契約伙伴關係。醫師並非對病人從事「侵權行為」（德國民法第 823 條），其責任應該是義務之違反（德國民法第 280 條）。當重心轉到契約責任時，會產生對醫師的契約義務有更精確的描述，甚至於包括原不屬於狹義醫療行為的部分，如諮商與告知義務等此處有待於進一步的充實。當然在實務上，由於律師仍然習慣於依據侵權行為為請求權基礎，因此從聯邦法院判決觀察，仍然多半採取侵權行為的態樣²⁰。

¹³ Urt. v.27.6.1978 – VI ZR 183/176(Oldenburger).

¹⁴ Christian Tombrink, a.a.O., S.129.

¹⁵ BGH, Urteil vom 14.07.1981 – VI ZR 35/79 : ” fuer einen gewissenhaften Arzt nicht mehr vertretbar erscheint“.

¹⁶ BGH, Urteil vom 14.07.1981 – VI ZR 35/79 : “Um einen groben Diagnosefehler anzunehmen, bedarf es der Feststellung eines gradezu fundamentalen, nicht mehr verstaendlichen Irrtums.

¹⁷ ¹⁷ BGH, Urteil vom 21.09.1982– VI ZR 302/80; BGHZ 99,391(396ff).

¹⁸ 我國法上由於民法第 227 條之 1 的施行，我國從債務不履行處理醫療糾紛，在實務上並無問題。

¹⁹ Mueller, Macht und Grenzen aertzlichen Handelns, GesR, 2004, 257; Palandt/Sprau, BGB, 63. A., 2004, §823 Rz.134; Muenchener Kommentar-Wagner, BGB, 4. A., 2004, §823 Rz.643.

²⁰ 德國聯邦法院於 2008 年 1 月 8 日判決 Urteil vom 8. Januar 2008 - VI ZR 118/06：如確認有醫療瑕疵(衛生瑕疵 Hygienefehler)，醫師必須證明，病人之損害並非來自醫療瑕疵，而是由於其他原因(如過敏)。原告是職業足球員，因為左

立法者對於此一部份立法保持距離，其來有自。因為長期追蹤聯邦法院判決實務者，必然知悉聯邦法院的努力與遭逢的困難，也就是一方面要要做成一些普遍化原則，他方面也給法官個案決定之空間。一旦作成責任的普遍化原則，通常都是舉證責任分配的原則，常就會成為醫療人員與法律人的討論標的，通常會有激烈的爭辯。

4.1 責任之基礎

4.1.1. 醫療契約之性質

在德國認為醫療契約在性質上屬於僱傭契約 Dienstvertrag。主要的原因在於，德國學者多認為，委任契約無償為原則，因此不得不為此種認定。不過僱傭契約依台灣民法第 482 條之規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」係以約定受僱人於一定或不定之期限內，為僱用人服勞務，僱用人給與報酬為其成立要件。因此就債之標的而言，僱傭契約應為勞務契約的基本類型，單純的僱傭契約相較於其他勞務契約之類型，提供勞務應為其最終目的²¹，例如公司職員甲的工作性質，為單純的勞務提供，對於服勞務之方法毫無自由裁量餘地²²，其契約之類型自屬僱傭契約，後來甲升任課長、科長等職務，工作性質不變，仍為僱傭契約²³。台灣民法第 482 條僱傭關係係以給付勞務本身為目的，然其所稱服勞務並未有明文規範，而概括以「為他方服勞務」，因此其範圍當可包含各種之給付，無論受僱人是否獨立給付，僱用人給付報酬多寡，皆為服勞務之一種。因此諸如醫師與醫院間之「勞務契約」²⁴...為僱傭契約²⁵。

然醫師對病患所提供之服務，乃事務之處理，並非受雇於病患，其契約性質應為民法第 528 條所規定之委任，於委任人授權範圍內，醫師得自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。

4.1.2. 醫院或醫院經營者與病患之關係

由於醫師對病患提供服務，必須在醫院為之。因此在討論醫療責任時，就必須討論醫院或醫院經營者與病患的法律關係。德國法上也承認，醫院或醫院經營者與病患有委任關係存在 Dienstvertrag。債之標的是由醫師與看護所組成的整體給付，被稱為完全住院契約 der totale Krankenhausaufnahmevertrag²⁶。就醫師或護理人員等非醫師之瑕疵給付，醫院均依據德國民法第 278 條負責²⁷。」當然醫院對於病人也可能負侵權行為責任(當然從醫師的侵權責任而來)。至於醫院經營者之侵權責任，依據德國民法第 823 條、第 31 條及第 89 條²⁸，

膝蓋病痛，而對關節注射藥物。原告因而感受痛楚，並因此住院治療，最後必須動手術。原告因膝蓋病痛長期無法參加球賽。原告在曼海姆地院 Das Landgericht Mannheim 起訴主張請求損害賠償與慰撫金，因為被告在注射時未能遵守衛生規則。地院將原告之訴駁回，原告乃向卡斯魯高等法院 Das Oberlandesgericht Karlsruhe 上訴，也被駁回。原告繼續向聯邦法院提起第三審上訴，聯邦法院撤銷原判決，並將案件發還卡斯魯高等法院。聯邦法院指出，卡斯魯高等法院正確的確認，被告在注射時未能遵守衛生上當然之重要規則 grundlegende hygienische Selbstverständlichkeiten，因此有重大醫療瑕疵，並導致以下證據之減輕。受害人有健康上損害(膝部疼痛)，並有重大醫療瑕疵，因此關於重大醫療瑕疵與損害間的因果關係的舉證責任轉換。病人不再需要對此一因果關係負舉證之責。反之，必須由醫師證明，其重大醫療瑕疵與損害無因果關係。醫師無法證明，原告之健康損害係由其他原因所產生，就輸了官司。
<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=3a239eab9b8b599349757aaeb56e63d8&client=%5B%3%2C%3%5D&client=%5B%3%2C%3%5D&nr=42874&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>，上網日期：2008/7/28。

²¹ 參照最高法院 45 年台上字第 1619 號判例；邱聰智，債法各論中冊，第十二頁以下。

²² 參照最高法院 85 年台上字第 2727 號判決。

²³ 郭玲惠，僱傭契約，黃立主編/民法債編各論。

²⁴ 參照台灣高等法院八 86 年勞上字第 53 號判決；進一步參閱德國 Müller-Glöße, §611, Rn. 2, Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil II, 3. Aufl.。

²⁵ 郭玲惠，僱傭契約，黃立主編/民法債編各論。

²⁶ Laufs/Uhlenbruck-Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1992, §93, Rn.3.

²⁷ 德國民法第 278 條規定：「債務人就其法定代理人及為履行債務所使用之人之過咎，應與自己過咎相同的範圍內負責。於此情形，不適用第 276 條第 2 項之規定。」相當於台灣民法第 224 條。

²⁸ 德國民法第 31 條：「董事會，董事或其他依章程選任之代理人，因執行業務所為應負損害賠償義務之行為，加損害於第三人者，社團負其責任。」(台灣民法第 21 條)；德國民法第 89 條：「(1) 第 31 條之規定，於公庫、公法上之團體、財

醫院並無免責機會。就其他人員之侵權責任，依據德國民法第 831 條負連帶責任。但醫院證明其無過失或無因果關係者，醫院有免責機會，「如住院醫師對健保病人診療，違反了醫療常規 *allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft*，依據德國民法第 823 條傷害他人健康而負責任。如果醫院證明，醫院的主治醫師許多年來對於職責均無任何義務之違反，就不再要求第 831 條對醫院經營者要求之進一步免責證明²⁹。」也就是說，德國聯邦法院判決將此一舉證責任提高至甚高之水準，此一免責機會並無成功之案例³⁰。當然若醫院因組織上過失 *Organisationsverschulden* 而有直接責任時，也無免責事由。醫院或診所之組織上過失所生責任之案例如下：

4.1.2.1. 組織上過失所生責任案例事實

於 1994 年一個小孩的母親在懷孕時在一位婦產科醫師處看診。生產應在該醫師之診所為之。在一個婦產科醫師處的資訊之夜，該婦產科醫師告訴小孩的父母在診所之手術室，並告知於必要時可以進行剖腹產 *Kaiserschnitt*，而且有一位待命的麻醉醫師可隨時應徵。事實上該麻醉醫師白天要約一個小時才會到達，傍晚及夜間並無麻醉醫師，因此產婦或者胎兒於必要時應移送至附近的診所。由於羊水提早破水，產婦於 21.30 前往該婦產科醫師處。從胎心宮縮監護 (*cardiotocography, CTG*) 計算機分析系統顯示，23.30 該婦產科醫師診斷生產過程停止。於 23.50 借助真空吸取機 *Vakuumentzug* 將嬰兒吸出。但嬰兒並無脈搏跳動，起初由該婦產科醫師急救。在通知婦產科急救中心後，該中心在 1.30 將該身體上與精神上嚴重障礙之嬰兒接走。該嬰兒由父母代理對婦產科醫師提起控訴，指責該婦產科醫師讓他們產生錯誤映像，認為在生產不順利時可以緊急從事剖腹產。由於未能及時採取緊急剖腹產，並太晚通知婦產急救中心，才導致損害的發生³¹。

4.1.2.2. 德國哈姆高等法院之見解

德國哈姆高等法院在鑑定人協助下，認為該婦產科醫師有瑕疵醫療行為。其出發點為該婦產科醫師有重大的組織過失 *Organisationsverschulden*。該醫師在資訊之夜，讓人產生了錯誤印象，其可一如在醫院的醫師，可以提供通常的照顧，也可以進行正常的急救措施³²。在此一背景下，該醫師依據醫療契約被要求，在其診所具備急救的機會，實際上其並無能力。特別在緊急情況，在顯示狀況與決定-發展時間 *E-E-Zeit (Entschluss-Entwicklungs-Zeit)* 最多只能有 20 分鐘，卻沒有被遵守。雖然沒有足夠的組織，卻仍然接受病人，構成重大的組織過失，等同重大的瑕疵醫療行為³³。當然本案不論從契約或侵權行為角度，請求權的成立均無問題。

4.2. 醫療責任的發展

損害賠償法的發展，深受德國國民對安全期待及因此所生對社會安全要求提升的影響。賠償金額當然要考量到生存之確保 *Existenzsicherung*。誠如學者所指出者，經由社會國家思潮導致之想法的變更，使損害賠償法的重要性大增，使損害很少被視為是不幸 *Unglück* 而被默默承受；損害常被認為有待均衡 *ausgleichsbedürftig*³⁴。在法律理論上呈現的就是，醫療

團及機構準用之。(2)公法上之團體、財團及機構，如得宣告破產者，第 42 條第 2 項之規定，亦準用之。」

²⁹ “Weist der Inhaber des Krankenhauses nach, das der im Krankenhaus beschäftigte Chefarzt oder eine Operations- schwester viele Jahre hindurch die ihnen obliegende Tätigkeit ohne irgendwelche Pflichtversummisse erfüllt haben, so ist ein weiterer Entlastungsbeweis i.S. des § 831 BGB vom Inhaber des Krankenhauses nicht zu verlangen. “BGH, Urteil vom 11.4.1951 - II ZR 68/50 (Köln), <http://beck-online.beck.de.ezproxy.lib.nccu.edu.tw:8090/Default.aspx?vpath=bib\data\zeits\rijw\1951\cont\rijw.1951.798.1.htm&pos=0&hlwords=entlastungsbeweisDKranken#xhlhit>, 上網日期：2008-05-25.

³⁰ Koehler, Peter A, Grundlagen und Probleme einer privatrechtlich gestalteten Arzthaftung— dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, in Koehler/Baron v. Maydell(Hrsg.), 1997, S.24.

³¹ http://www.gynundgeburtshilfe.de/pdf.php?url=/archiv/2008/04/gg0804_52.pdf, 上網日期：2008/7/27.

³² 可以參見 *Mindestanforderungen an prozessuale, strukturelle und organisatorische Voraussetzungen für geburts- hilfliche Abteilungen* 助產部門就程序、結構與組之要件之最低要求, *Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* 德國婦產與助產協會意見。<http://www.uni-duesseldorf.de/awmf/qs/qs-gyn02.htm>, 上網日期：2008-05-25.

³³ Urteil vom 30. Mai 2005, Az. 3 U 297/04, http://www.gynundgeburtshilfe.de/pdf.php?url=/archiv/2008/04/gg_0804_52.pdf, 上網日期：2008/7/27.

³⁴ *Medicus, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 1996, Rn 340.

責任的客觀化 Objektivierung der Haftung³⁵，特別是過失標準的客觀化 Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabe 以及舉證責任分配的修正。

4.2.1. 醫師責任擴張之趨勢

醫師責任的範圍主要看醫療義務的內容而定(間接也與醫院相關)，其核心在於醫療瑕疵 Behandlungsfehler。聯邦法院對醫療瑕疵採取廣義說。醫療義務包括了全部的醫療領域，如診斷 Diagnose、醫治 Therapie，並不去區分義務之違反，是違反醫療常規、客觀上應採之措施卻不作為。聯邦法院認為，醫師之義務應該是一個有經驗的醫師或者專科醫師 Facharzt，在具體個案中應有之作為。

³⁵ Fuchs, Grundlagen und Probleme einer privatrechtlich gestifteten Arzthaftung- Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland- in Kohler/Baron von Maydell(Hrsg.), Arzthaftung- "Patientenversicherungsschutz" im Gesundheitssektor, 1. Aufl., 1997., S. 25.