

醫師民事責任之實體與 程序法上爭議問題之提示

姜世明 *

目次

壹、前言

貳、醫師契約與損害賠償請求權

一、醫師契約（醫療契約）

二、損害賠償請求權

參、醫療瑕疵與故意、過失（或可歸責）之可區辨性

肆、舉證責任分配與舉證責任減輕

伍、結論

陸、附件

* 政治大學法學院教授，德國慕尼黑大學法學博士。

壹、前言

關於醫師民事責任程序中舉證責任分配與舉證責任減輕議題，乃筆者在德國留學時之博士論文（1999年）¹題目中部分內容，其後回國，就此議題本人亦於拙著新民事證據法論第一版（2002年，頁409-453）、舉證責任與真實義務（2006年，頁45-102）二書各收錄一文，對於德國及我國關於醫師民事責任程序中之舉證責任減輕等議題加以研究。惟近年來，就此議題之立法、學說與實務見解，已有重大之進展，自有必要就其實體與程序之相關重要議題進行檢視，提示觀點，以供參考。

醫師民事責任程序之特質乃其專業性及兩造間之知識落差，因而對於法官而言，係屬於專業困難之事件，於病人而言，則有武器不平等之問題，此為各國民事實體法及程序法所致力克服之難題。在德國，致力於此已逾40年，對於病人除鑑定及職權調查證據等方式外，民法修正時就此醫療關係予以明定，另證據法上亦發展舉證責任減輕之類型。而我國在醫療法第82條修正及實務上亦有不少法理與利益之糾結形成，如何適用相關法律，仍存在困難。

¹ Shyh-Ming Chiang, Beweislast und Beweiserleichterung bei der Haftung von Angehörigen der Freien Berufe, 1999.

貳、醫師契約與損害賠償請求權

一、醫師契約（醫療契約）

對於醫師民事責任之法基礎探討，首要者乃對於醫師契約及其損害賠償請求權加以分析與確認。醫師契約，若係存在於由醫師一人獨資開設經營之醫療診所與病人之間，則該契約主體乃存在於該診所（醫師）與病人之間。若數醫師合夥經營醫療診所，則係病人與診所（合夥人全體）成立之契約關係。若病人係於醫院就醫，則係病人與醫院間成立醫療契約，但若有醫院與醫師間特別約定該醫師非屬於醫院之員工，該醫師僅於特定時間前來醫院使用某些空間及設備，而進行問診與治療，則此時病人與醫院間關係是否存在醫療契約？或其空間設備使用關係與醫師契約應分離觀察？

在德國，在自行執業醫師與私自病人間乃存在德國民法第 630 條 a 之醫療契約（Behandlungsvertrag），其性質屬於僱傭契約，而非承攬契約，係特別之僱傭契約，不負結果擔保之債務。傳統上向認為醫師契約（Arztvertrag）係事務處理契約中僱傭性質者，而現行民法第 630 條 b 乃具體規定將其定性為僱傭契約關係。但應注意，一般個人門診契約固可作此解釋，但若係住院契約關係，理論上，似不單純僅是事務處理性質之給付，本質上其亦可能包括租賃、借貸、買賣等法律關係之綜合。就住院醫療契約而言，無論私立醫院或公立

醫院，病人與醫院間存在一私法醫療契約關係，較為特殊者係，其可區分為統一（完全）住院契約（Einheitlicher, totaler Krankenhausaufnahmevertrag）與割裂住院契約（Gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag），前者之病人乃與醫院成立醫療契約，原則上病人並無指定特定醫師治療或手術之請求權利，醫院得利用其所有人力履行其契約義務。此一契約係使醫院成為契約單一主體，醫院因而單獨負契約責任，至於醫生或其他人員則為履行輔助人。但在此類型亦有可能引入在醫院自由執業之醫師，如病人選擇該醫師手術，則與該醫師直接成立醫療契約關係²。至於割裂住院契約，即醫院與某些非任職於醫院之自由執業醫師訂立契約，病人至醫院受該醫師診治，醫師乃負責問診、診斷、治療及手術等事務，病人與醫院間，則是其他在醫院中事務照顧或空間利用關係，例如空間利用、醫療設備器材及其他醫護人員之照料等。其因有不同契約主體，因而醫師與醫院各自對其契約負責，醫師對於醫療行為負責，醫院對於一般醫院服務給付負責³。

二、損害賠償請求權

醫療訴訟中，在手術與診療瑕疵部分，於主體間有契約關係者，固得依債務不履行⁴（德國早期以積極侵害債權為主）請求損害賠償，我國係以不完全給付作為請求權之依據。其中，病人與醫院之契約關係，即依其契約類型而定其

² Geiss/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 7. Aufl., 2014, S. 23 ff.

³ Geiss/Greiner, a.a.O., S. 26.

⁴ 不排除亦有給付遲延之損害賠償請求權。

得主張損害賠償之主體。但即使在割裂住院契約，該專業特約醫師對於在專業範圍內自己僱請之醫護人員之疏失亦應負責，醫院則對於非屬於該專業特約醫師專業領域外之服務給付，如有醫院自己僱請之人員之疏失，醫院對之亦負其契約責任⁵。

至於侵權行為部分，早期因僅侵權行為請求權得請求精神損害賠償，因而無論在德國或我國均以侵權行為作為醫療訴訟之主要請求權依據，但因民法修正，依債務不履行之請求權已得請求精神損害賠償，且因債務不履行請求權之舉證責任理論上對於病人較為有利，而就此契約關係所生損害賠償請求權自亦為現在醫療訴訟之重要法依據。

自己開業醫師之醫療疏失造成病人生命、身體及健康等權利受損者，病人得依侵權行為請求權請求該醫師損害賠償，如該醫師有履行輔助人，醫師對其疏失亦應負責。而在醫院部分，較為複雜，亦即，是否可區分機關責任與對於履行輔助人疏失負責者？如為高階領導醫師之醫療疏失，是否即視為醫院之侵權行為？而其他受僱者，醫院為其醫療疏失負責乃係因其選任或監督之疏失，類似依我國民法第 188 條規定負連帶賠償責任？或依民法第 224 條對於履行輔助人過失負同一契約責任？除醫院與醫師間之民事責任關係外，醫院可能有垂直分工或平行分工之醫療工作團隊，其中可能引發不少法律問題，例如護士是否須對於醫師醫療瑕疵負共同侵權行為責任？醫師是否須對於護士照護疏失（例如施藥錯

⁵ Geiss/Greiner, a.a.O., S. 28.

誤) 負共同侵權行為或契約責任? 主治醫師對於住院或實習醫師之醫療疏失是否負共同侵權行為責任? 醫師對於作心臟血管移植手術時, 同時有肺臟專科醫師共同診治, 則不同科別醫師之疏失, 其他醫師是否對於最後病人因手術失敗死亡而應共同負責⁶? 各種責任態樣不一, 均有研究之必要。

就醫療疏失之訴訟, 在德國之請求權, 早期多討論積極侵害債權及侵權行為, 現在則多探討德國民法第 280 條及侵權行為 (德國民法第 823 條、第 839 條、第 31 條、第 89 條) 等請求權。

我國就此乃承認民法第 184 條第 1 項前段、第 2 項侵權行為請求權及第 227 條、第 227 條之 1 不完全給付請求權或

⁶ 最高法院 104 年度台上字第 2004 號民事判決:「次查按共同侵權行為損害賠償責任之構成, 須各行為人皆已具備侵權行為之要件, 始能成立 (本院二十二年上字第三四三七號判例參照)。原審認李○鍾為陳○傑之主治醫師, 負責進行硬腦膜外血腫清除手術後, 陳○傑即被轉至加護病房觀察室, 其後由醫師呂○明、李○輝二人陸續加入照護陳○傑等語, 則李○鍾三人之醫療、照護行為, 有無職務上權責範圍? 其各分配之任務為何? 其三人是否皆具備侵權行為之要件? 均有未明, 乃原審逕以『李○鍾等三人於陳○傑之昏迷指數及瞳孔變化持續惡化之際, 均未注意應進行第二次電腦斷層掃描或採取其他積極監控腦壓之治療措施, 其等行為係造成陳○傑嚴重腦部損傷之原因』, 率認李○鍾等三人應負共同侵權行為責任, 亦屬速斷。未查, 因不作為而造成他人損害, 應負侵權行為責任, 除有法律或契約上有為一不作為義務外, 亦須該不作為與損害之造成有因果關係為必要, 亦即倘若有所作為即得防止結果之發生, 而因其不作為致發生損害, 該不作為與損害之間, 始有因果關係。原審雖以李○鍾等三人未為上開植入顱內壓監測器、安排第二次電腦斷層掃描或採取其他積極監控腦壓之治療措施, 而認『與陳○傑身體健康受損之結果有相當因果關係』, 惟對於李○鍾等三人如有上開作為, 是否即得防止陳○傑身體健康受損之結果, 並未詳加調查審認, 即遽為李○鍾等三人不利之論斷, 同有判決不備理由之違失。」

第 544 條⁷，並排除消費者保護法第 7 條規定及民法第 191 條之 3 規定之適用⁸。在侵權行為要件分析上，臺灣高等法院 105 年度醫上易字第 5 號民事判決：「次按醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意，醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任，醫療法第 82 條定有明文。醫師於臨床治療上有自由裁量之餘地，惟於裁量時仍應於醫療業務施行時善盡醫療上必要之注

⁷ 至於醫院與醫師或受僱醫師與僱主醫師間依民法第 188 條規定負損害賠償責任，實務上有對於選任及監督採取較高標準者，最高法院 106 年度台上字第 123 號民事判決：「按僱用人選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害，依民法第一百八十八條第一項但書規定，固無需與受僱人連帶負損害賠償責任。惟所謂已盡相當之注意，係指僱用人於選任受僱人時，應衡量其將從事之職務，擇能力、品德及性格適合者任用之，並於其任職期間，隨時予以監督，俾預防受僱人執行職務發生不法侵害他人權利之情事。查許○正任職被上訴人婦科主治醫師，其從事照顧及增進病患健康之醫療工作，被上訴人於選任時除應注意其是否具備所負責醫療工作之專業能力外，尚須注意其是否具有以良知及尊重病患權益之態度執行醫療專業之品德，並於任用後，依醫療法規定，督導其善盡醫療行為之義務與責任。許○正與李○彰共謀，分別為呂洪○味等五人門診、手術，將手術取出之檢體，摻入自己暗藏取自他病患癌細胞之檢體，致病理檢驗結果呈罹癌症狀，再據以開立呂洪○味等五人罹癌之診斷證明書，以供渠等持向上訴人詐領保險金等情，為原審認定之事實。果爾，許○正於任職被上訴人期間有上開不正當之行為，能否謂被上訴人對其之選任監督已盡相當注意，尚非無疑。」有趣者係，醫院對病人之注意義務可能包括：就維持設施、設備之安全合用為合理之注意義務、須選任有適格醫師執行職務之義務、監督所屬人員照護病人之義務、確保所屬人員知悉及遵守符合醫療品質規則之義務。而在病人與醫院間之契約關係請求權中，此等注意義務與醫師本身侵權行為請求權之注意義務，其指涉對象並不一致。醫院有本身之注意義務，但在對於醫師責任之連帶負責上，由不完全給付損害賠償請求權方面係藉助於對於使用人之過失負責之規定。

⁸ 最高法院 96 年度台上字第 450 號民事判決、95 年度台上字第 2178 號民事判決。

意，如醫師已施予必要注意，即難認有未盡善良管理人之注意義務而生過失之情形；又侵權行為之成立，須行為人因故意過失不法侵害他人權利，亦即行為人須具備歸責性、違法性，並不法行為與損害間有相當因果關係，始能成立，且主張侵權行為損害賠償請求權之人，對於侵權行為之成立要件應負舉證責任（最高法院 100 年度台上字第 328 號、100 年度台上字第 1189 號判決意旨參照）。又損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件，故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在（最高法院 48 年台上字第 481 號判例意旨參照），而所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形上，有此環境，有此行為之同一條件，均發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係，反之，若在一般情形上，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。」

較特殊者係，醫療法第 82 條規定之適用問題。我國醫療法第 82 條規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意（第 1 項）。醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任（第 2 項）。醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任（第 3 項）。前

二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷（第 4 項）。醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任（第 5 項）。」

此規定之性質為何？可能有不同看法。如參考同係專門職業之律師，律師法第 25 條規定：「律師如因懈怠或疏忽，致委託人受損害者，應負賠償之責。」此民事責任係應定性為侵權行為責任或契約責任？若定性為侵權行為責任，則是否為民法第 184 條之特別規定？抑或係與民法第 184 條之侵權行為呈現請求權競合關係？本文認為該條文並不排除民法相關契約或侵權行為請求權之適用，並無特別法排除普通法規定之法理適用。就醫療法第 82 條而言，其究係與契約責任、侵權行為責任相競合？抑或係特別法而有優先適用於民法規定之關係？理論上可能有疑慮。本文認為若以此規定排除民法上侵權行為或契約責任規定之適用，對於病人較為不利，並不妥適，體系上可能比照律師法第 25 條之解釋，使各規定以競合方式處理即可，較能兼顧被害人之利益。但對於過失之認定標準是否應一致化，而不宜在不同法條有不同過失之認定方式，在理論上係可討論者。

亦即，基本上，依醫療法第 82 條規定推論，其固排除消費者保護法第 7 條及民法第 191 條之 3 等規定於醫療糾紛事件之適用。但其第 2 項規定：「醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任。」第 5 項規

定：「醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」其規範用語固近於侵權行為之規範體例，但應無排除民法第 184 條規定適用之理論必然性。惟在適用民法第 184 條第 1 項前段時，似應比照醫療法第 82 條第 2 項所規定之「以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限」作為判斷是否存在故意或過失要件之基準，並類推第 4 項「注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷」，亦即民法第 184 條第 1 項前段之故意或過失要件之判斷基準應與醫療法第 82 條第 2 項及第 4 項作體系上之調和適用，否則，如二者做不同判斷，將可能有架空某一條文適用性之疑慮。

醫療法第 82 條規定之適用，應注意其將責任要件作某程度嚴格化，其中違反醫療上必要之注意義務且逾越合理專業裁量所致，雖具專業需求之合目的性，但如其屬於合理臨床專業裁量範圍，又有何以會有違反醫療上必要之注意義務？因而適當之立法應將「不逾越合理臨床專業裁量」作為障礙要件，較為妥適。其條文長相應為：「醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務所致者為限，負損害賠償責任。但未逾越合理臨床專業裁量者不在此限。」如此，對於未逾越合理臨床專業裁量事實一節即應由醫事人員負舉證責任。若依現行規定，則無論係將「逾越合理臨床專業裁量」作為醫療瑕疵之要件要素或作為過失之要件要素，均由被害人負舉證責任，對於病人較為嚴苛。