



私法

Private
Law
Review

第10辑 · 第1卷
(总第19卷)

易继明/主编



华中科技大学出版社
<http://www.hustp.com>

武汉 2012

私 法

PRIVATE LAW REVIEW

Vol. 10 No. 1

第 10 辑 · 第 1 卷 / 总第 19 卷

华中科技大学出版社

武汉 · 2012

图书在版编目(CIP)数据

私法 第10辑·第1卷(总第19卷)/易继明 主编. —武汉: 华中科技大学出版社, 2012. 10
ISBN 978-7-5609-8066-9

I. 私… II. 易… III. 私法-研究-丛刊 IV. D90-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 112202 号

私法 第10辑·第1卷(总第19卷)

易继明 主编

责任编辑: 殷 茵

封面设计: 潘 群

责任校对: 李 琴

责任监印: 周治超

出版发行: 华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编: 430074 电话: (027)81321915

录 排: 华中科技大学惠友文印中心

印 刷: 湖北恒泰印务有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 26.75

字 数: 656 千字

版 次: 2012 年 10 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 56.00 元



本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

主 编 易继明			
《私法》编辑委员会（按姓氏拼音顺序排列）			
邓建鹏	杜 颖	李红海	李 扬
林瑞珠	刘承勰	罗胜华	梅夏英
王 迁	易继明	尹 飞	
本卷责任编辑 杨 帆 余 林 刘 明			



《私法》学术顾问委员会 (按姓氏拼音顺序排列)

陈小君(中南财经政法大学教授)

崔建远(清华大学教授)

方流芳(中国政法大学教授)

房绍坤(烟台大学教授)

黄 进(中国政法大学教授)

郭明瑞(烟台大学教授)

江 平(中国政法大学教授)

梁慧星(中国社会科学院研究员)

刘剑文(北京大学教授)

刘凯湘(北京大学教授)

罗玉中(北京大学教授)

马俊驹(清华大学教授)

钱明星(北京大学教授)

覃有土(中南财经政法大学教授)

孙宪忠(中国社会科学院研究员)

王保树(清华大学教授)

王利明(中国人民大学教授)

王卫国(中国政法大学教授)

魏振瀛(北京大学教授)

吴汉东(中南财经政法大学教授)

吴志攀(北京大学教授)

徐国栋(厦门大学教授)

杨立新(中国人民大学教授)

尹 田(北京大学教授)

张新宝(中国人民大学教授)

赵万一(西南政法大学教授)

谢怀栻教授序

中国自古以来没有“私法”。人民之间不存在“私法关系”。就连婚姻关系，也是受统治的（受家长、族长和父母官的管制）。新中国成立以后，仍旧不承认“私法”，把民法作为公法。婚姻方面，虽然提倡“婚姻自由”，但是婚姻登记还是被“组织”或“单位”所控制，所掌握。甚至对民事诉讼，也要讲“无限制干预”。这种情况极大地阻碍了我国经济的发展。

直到 20 世纪 80 年代，情况才大变，“私法”概念得到承认，“私人”之间的“私法关系”得到承认，企业之间的“私法关系”也得到承认。“私法”与“公法”（宪法、刑法、诉讼法）能够并肩而立了。

正因如此，在我国的法学中，对私法的研究仍较薄弱。私法方面的一些原理，一直没有得到充分彻底的阐述和研究。可是一个国家的法律文化中，私法文化如果得不到充分的发展，这样的法律文化必将是虚弱的。因此，要提高我国的法学理论水平，丰富我国的法律文化，就必须特别加强对我国私法的研究，特别是提倡私法精神，发扬私法文化。

北京大学的一些中青年法学者有鉴于此，特别办了《私法》这个出版物，聚集了一些对私法研究特别有认识、有兴趣的学者，致力于私法的研究，将他们的研究成果发表出来，为我国私法文化的建设贡献力量。这是一件非常值得称道的事。我相信他们的努力一定会成功，特书数语以表祝贺。

谢怀栻

2001 年 4 月

王利明教授序

《私法》的主编易继明博士请我为他的出版物作序,我感到非常高兴。

公法、私法之分肇始于罗马法时代。此后,在欧洲漫长的历史长河中,私法不仅吸收了教会法、各地习惯法等营养,而且借助于资本主义经济和思想文化的蓬勃发展,逐渐形成了一种内涵丰富、影响深远的私法传统以及私法文化。这种私法传统和私法文化,一方面为西方文明的产生、发展和繁荣提供了思想动力和制度保障,而另一方面,西方文明的兴盛也为私法制度和私法精神的完善、深化与发展提供了原动力和物质基础。因此,可以说,私法传统和私法文化是欧洲资本主义发展的重要元素之一。

众所周知,私法传统在我们国家一直未能形成与发达,其中的原因较为复杂,既有经济方面的原因(比如资本主义生产方式在我国迟迟不能发展),也有社会文化方面的原因(比如儒家的道德规范对整个中华文明的影响)。在我看来,私法传统对于一个民族来说非常重要。它不仅影响到法律制度及法律文化,而且对于一个民族的制度选择、思维习惯、行为方式等也产生着广泛而深远的影响。现阶段,我国正在致力于社会主义市场经济建设和民主法制建设,努力实现中华民族的伟大复兴,在这个过程中,加强民商立法、弘扬民法精神、培育私法文化,对于我们实现这一伟大目标将发挥举足轻重的作用。

加强民商立法,在当前主要是制定民法典。我国民法典的制定自 20 世纪 50 年代初期以来,曾为无数的学者所呼吁和企盼。迄今为止,我国几个重要的法律部门如刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法都已制定了较为系统完备的法律。它们尽管在名称上未被称为法典,但实际上已具备了法典的特点和功能。然而,民法典至今仍未出台,许多学者曾呼吁,在刑法典的修改工作完成以后,民法典的起草工作应尽快地提上议事日程。我认为民法典的制定的必要性并不仅仅在于法律工作者的热烈企盼,而主要在于我国经济和社会发展的迫切需要。民法典的制定,正是实行依法治国战略,完善社会主义市场经济的法律体系的重要标志。通过制定民法典,全面地将公民法人的民事权利法定化、明确化,充分保护其合法权益,并使人民法院审理民事、经济案件有法可依、有章可循。通过制定民法典,可以为交易当事人从事各种交易行为提供明确的行为规则,使其明确自由行为的范围,逾越法定范围的后果和责任,从而对其行为后果有合理预期,这就能从制度上保障市场经济的良性



运转,从而有利于市场经济秩序的建立。通过制定民法典,还能够弘扬人格独立、人格平等、契约自由、责任自负等理性的精神,这些都是建立法制社会所必需的。

随着我国《合同法》的制定颁行,市场经济合同活动的规则由以前纷繁、复杂、冲突与落后的状态走向统一和谐与完善。作为民法典重要组成部分的《合同法》的出台,是我国民法典制定工作的一个重要步骤。在《合同法》制定以后,如何加快民法典其他部分的制定步伐呢?考虑到我国民法典不太可能采取“一步到位式”的法典编纂方法,而只能采用分段制定、最后通过汇编整理修订的方式来完成,因此,我们目前应该着重考虑民法典体系的总体设计。我认为,我国民法典总体上应采用大陆法系的民法典体系,同时应采用潘得克顿式(德国式)的模式,既要有总则,又要明确区分债权与物权。但传统的大陆法系民法典体系具有的几个缺陷应加以克服。首先,在传统民法典的体系中缺乏独立的人格权制度。而人格权制度既无法在总则的“民事主体制度”中作出规定,也不能在侵权法中规定,因此,人格权制度应该独立成编,并置于分则之首。其次,传统大陆法系的民法根据债的发生原因,将侵权行为法仅仅作为债法的组成部分,这种模式强调了侵权行为制度与债法其他制度的共性,却忽略了侵权制度所具有的更强的个性。而且由于债权总论中的许多规则无法适用于侵权制度,从而造成了债法体系的不和谐。同时,将侵权法放在债法之中也限制了极为复杂的侵权制度的发展。因此,我认为侵权法应该从债法中分离出来,作为民法分则中的一个独立制度。侵权法与债法的分离,并不意味着债法制度的消亡,债法的基本规则仍将与合同法及其他债法制度(如无因管理、不当得利)共同组成“债与合同法制度”,放在侵权制度之前。

在民法典体系确立之后,我们需要分阶段、分步骤,根据社会生活的实际需要程度展开民法典的制定工作。我认为,当前要做的第一项工作应当是加快物权法的制定工作。作为调整人对生产资料、生活资料的支配与使用的重要法律制度,物权法是市场经济最基本的法律规则。如果缺了一个系统合理的物权法律制度,市场经济所需要的法律体系和规则便难以真正建立和完善。在制定物权法的同时,需要加紧修改《婚姻法》、《继承法》及知识产权法的工作。第二项工作就是,制定完善的侵权行为法与人格权法。目前对人格权和侵权责任加以规定的主要法律就是《民法通则》,但《民法通则》的规定过于简略,远远不能适应社会生活与司法实践的要求。因此,应当有一部完善的侵权行为法与人格权法。与此同时,应该加紧对民法总则的修订工作。鉴于《民法通则》主要是关于民法总则内容的规定,因此可以在《民法通则》的基础上完善民法总则内容的修订工作。

迈进新世纪的中国,需要一部民法典。由于我国市场经济体系的建立为民法典的制定奠定了经济基础,我国司法实践已为民法典的制定工作积累了丰富的实践经验,广大民法学者也做了大量的理论准备,因此颁行一部体系完整、内容充实、符合中国国情的民法典,是完全可行的,并将为我国在 21 世纪经济的腾飞、文化的



昌明、国家的长治久安提供强有力的保障。我们有充分的理由相信，一部有中国特色的、先进的、体系完整的民法典的问世在不远的将来，将成为现实。如果说 19 世纪初的法国民法典和 20 世纪初的德国民法典的问世成为世界民法发展史上的重要成果，则 21 世纪中国民法典的出台，必将在民法发展史上留下光辉的篇章。

由于历史及文化的原因，我国的私法传统过于薄弱，学界对其重视和研究尚不够。为此，我们需要大力弘扬民法精神、培育私法文化。这种精神和文化的培育和发扬，需要一大批人持久而踏实的努力。今天，一批青年学者能够通过出版严肃的学术出版物的形式，来弘扬和发展这种精神和文化，确实是难能可贵的。我想，他们应该得到所有法学界人士甚至是整个社会的支持和认同，因为这不仅是为我们法学界的学术研究作贡献，同时也是在为我们这个社会、为我们的民族作贡献。

祝愿《私法》系列出版物越办越好，也祝愿我国私法研究日益繁荣与昌明。

王利明

2002 年 6 月

梁慧星教授序

私法和公法的划分,是大陆法系区别于英美法系的重要特征之一。作为公法的对称,私法是市民社会的基本法,它调整市民社会中一切私人性质的人身关系和财产关系;在一国法律体系中居于重要的基础性地位。通过物权界定资源归属,通过契约实现资源流动,通过侵权责任救济受到损害的社会关系,通过亲属和继承给个人以家庭的温情与扶助,这些形成了大陆法国家对社会进行治理的基本模式。这种通过私法来实现社会治理的模式,可以有效地将国家权力排除在私人生活之外,实行私人生活的非政治化和非意识形态化,从而实现私人生活的自由、平等与博爱,这是对人的一种终极关怀。

私法在大陆法国家法律体系中具有核心地位,也决定了私法制度、私法理论与私法文化的研究在大陆法国家的法学研究中占有举足轻重的地位。众所周知,在我国,由于历史文化方面的原因,私法一直没有得到很好的发展。清末改制后引进欧陆民法,形成了大陆法传统。但其后民国法统被废除,转而实行高度集中的计划经济,根本谈不上有什么真正意义上的“私法”,甚至对“私人”性质的东西都畏如蛇蝎。《私法》的创办,弥补了中国没有以“私法”命名出版物的缺憾,倡导了一种“私的”精神和理念,也为国际民商法苑增添了一道中国的风景线。

近些年来,法学教育、法学研究逐渐呈现出欣欣向荣的景象,这是一件值得我们欢欣鼓舞的事情。然而,相对中国社会转型的发展方向而言,我们的法学研究和民事立法仍然有些不成熟的表现。早年《民法通则》的制定,就曾遭到一些经济法学学者们的反对,嗣后又有民法与经济法长达数年的论战,不仅民法、经济法学者悉数卷入,许多法理、宪法和行政法学者也被潮流所挟,所发表文章数量之巨,所耗费的人力、物力难以计数。实际上,以今天将私法作为市民社会基本法的观点来看,这些都是一些无谓的争论。私法本身包含了所有与建构市民社会有关的“私人性”的法律,具有其自身的一般价值和完整体系,是可以作为一个整体的理论而存在的。而且,这种理论也并不排斥具有一些“社会性质”但以“私的”价值为追求目标的成分(如反垄断法和反不正当竞争法)。

《私法》倡导将私法作为一个整体的学问进行整合性研究,特别重视私法基本理论,是一个非常有创见、有理论品位的学术出版物。事实上,现在提交到全国人



大常委会审议的民法草案出现了一些立法随意性倾向,也是缺乏私法一般理论研究,特别是缺乏将私法作为一个整体进行研究的结果。没有对私法制度、私法理论与私法精神的统摄性研究,就很难保证民法典有一个完备的体系,民法也就会失去作为市民社会一般法所应当具有的包容性,也很容易使我们在制定中国民法典的过程中迷失方向。

在这个意义上,我欣喜地关注着《私法》的诞生与成长,希望《私法》能一如既往地奉行严格的学术标准和严谨的学术规范,为中国法学的发展留下一笔厚重的财富。

梁慧星

2003年4月



目录

〔专题研究：民法法典化〕

- 医疗事故侵权责任 谢哲胜/1
论物上负担制度 张淦纶/17
私法公法区分标准之研究
——兼论私法观念的革命 孙文楨/97

〔论文〕

- 财产权、知识产权和搭便车 Mark A. Lemley 著 杜颖 兰振国 译/123
公有领域的新生动力 Robert P. Merges 著 杜颖 雷钰 译/163
保险法中倒霉的好事之徒
——驳可保利益要求 Jacob Loshin 著 杨帆 译/183

〔评论〕

- 日本民法中的错误论
——兼析法律的经济分析在民法解释中的界限 班天可/211
所有权：是一种权利，但不仅仅是一种权利
——霍菲尔德的基本法律概念及其价值 黄凤龙/235
英国《2002年土地登记法》述评 陈永强/257
香港法律文化的缩影
——《2008年道路交通法例（修订）条例》诞生记 林园合/323
反省“统计学方法”与“效率原则”在刑事证据法上的运用 林立/365
美国法学院的政治教育
——重述邓肯·肯尼迪的法学教育理论 岳林/387

〔编后记〕

- 药品不良反应的法律问题 易继明/401



Contents

Monograph: Codification of Civil Law

- Tort Liability of Medical Accident by Xie Zhesheng(1)
The Encumbrance Rule by Zhang Songlun(17)
The Differentiating Standard of Private Law and Public Law; Research on the Revolution about Private Law Concept by Sun Wenzhen(99)

Articles

- Property, Intellectual Property and Free Riding by Mark A. Lemley(123)
A New Dynamism in the Public Domain by Robert P. Merges(163)
Insurance Law's Hapless Busybody: A Case against the Insurable Interest Requirement by Jacob Loshin(183)

Essays

- The Theory on Mistake of Contract in Japanese Civil Law: With the Range of Economic Analysis of Law in the Interpretation of Civil Law by Ban Tianke(211)
Right of Ownership: Aggregation of Jural Interests and Jural Burdens
—Hohfeld's Fundamental Legal Conceptions and Their Values
..... by Huang Fenglong(235)
A Review and Comment on the British Land Registration Act 2002
..... by Chen Yongqiang(257)
The Epitome of Legal Culture of Hong Kong: Birth of Road Traffic Legislation (Amendment) Ordinance 2008 by Lin Yuanhe(323)
On the Application of the "Statistical Methods" and the "Efficiency-principle" to the Criminal Procedural Law by Lin Li(365)
Political Education in Law Schools of America: A Restatement of Duncan Kennedy's Legal Education Theories Yue Lin(387)

After Words

- The Legal Problems of Adverse Drug Reaction by Yi Jiming(401)



医疗事故侵权责任

卷四

内容摘要:医疗事故侵权责任课予医疗提供者人损害赔偿赔偿责任,使被害人不必承担医疗事故的损害,也不必依契约法向医疗提供者人加以请求。此一责任如何加以规范,将在相当程度上影响医患关系,也影响医疗提供者和患者的行为,因而特别值得探讨。本文第二部分首先概括说明医疗事故侵权责任的类型和特性,作为全文探讨的基础;第三部分探讨医疗事故侵权责任的归责类型,凸显医疗事故侵权责任并不限于无过失和过失责任两种;第四部分分析医疗事故侵权责任的归责考虑;第五部分阐述医疗事故侵权责任的责任范围;第六部分总结全文,提出本文结论。

关键词:医疗事故 医疗事故责任 侵权责任 医疗事故侵权责任 举证责任转换

Abstract: Tort liability of medical accident imposes liability of damages to medical providers. With tort liability of medical providers, the injured would not be burdened with the injury, and will not sue medical providers according to law of contract. Tort liability of medical providers influences the relationship between medical providers and patients, and the behavior of them, and is worthy of exploration.

Part two of this paper firstly introduces the varieties and nature of tort liability of medical accident as the basis for exploration of the whole paper. Part three narrates the varieties of accusation to pinpoint that the tort liability of medical accident is not only two kinds of negligence and no negligence. Part four analyses the considerations of the accusation of tort liability of medical accident. Part five explores the scope of damages of tort liability of medical accident. Part six is the conclusion.

Key Words: Medical Accident, Liability of Medical Accident, Tort Liability, Tort Liability of Medical Accident, Switch of Burden of Proof

· 谢哲胜, 中正大学法律学系教授, 台湾财产法暨经济法研究协会理事长。



一、引言

医疗行为是医师本于其专业,提供诊断、医治病人的服务,但医疗行为中有许多辅助行为,是由非医师所提供,因而提供医疗行为的人可以泛称为医疗提供人,而医疗人员通常在医疗院所(简称医院)工作,因此,医疗提供人常常是医院。如依通常情形,可以治愈的伤病,经过医疗服务,产生伤病未能治愈的结果,即可称为医疗事故。如同日常生活中的许多事故一样,事故的发生如他人无过错,则事故的被害人可能就要承担此一事故所造成的损害。同样地,医疗事故发生,医疗提供人未必有过错,而病人也可能因而必须承担此一损害。

医疗事故侵权责任,课予医疗提供人负损害赔偿责任,使被害人不必承担医疗事故的损害,也不必依契约法向医疗提供人加以请求,此一责任如何加以规范,将在相当程度上影响医患关系,也影响医疗提供人和病人的行为,因而特别值得探讨。

本文第二部分首先概括说明医疗事故侵权责任的类型和特性,作为全文探讨的基础;第三部分探讨医疗事故侵权责任的归责类型,凸显医疗事故侵权责任并不限于无过失和过失责任两种;第四部分分析医疗事故侵权责任的归责考虑,作为医疗提供人对于医疗事故是否承担侵权责任的法律政策的参考依据;第五部分阐述医疗事故侵权责任的责任范围,本文认为斟酌医疗提供人主观心理状态决定赔偿范围,对于诱导医疗提供人善尽医疗义务,显得相当重要;第六部分总结全文,提出本文结论。

二、医疗事故侵权责任概说

医疗事故发生,医疗提供人可能须负的法律責任不限于侵权责任,因为医疗提供人与病人间可能有契约关系而应负契约责任,也可能是无因管理而应负无因管理人的责任。医疗事故本质上与其他侵权行为事故有显著的差异,使医疗事故侵权责任具有其他侵权责任所没有的特性。

(一) 医疗事故责任类型

1. 医疗行为的内容^{〔1〕}

医师是因为其专业上的服务和诊断、医治病人的技术而收取费用,并非因提供

〔1〕 参阅谢哲胜:《无过失医疗责任:医师的梦魇?病人的救星?》,载苏永钦等:《民法七十年之回顾与展望纪念论文集(一)——总则、债编》,台北:元照出版公司2000年版,第276—277页。



产品而收费。^{〔2〕} 同样地,医院的主要功能也在于提供医疗服务,医院通常也不从事销售其提供服务所使用的产品或设备,医院和病人间的法律关系的本质,也和其使用的产品和设备无关,而是与其提供的专业服务有关。^{〔3〕} 作为医疗服务的一部分,医院提供器材,并非从事器材的销售,而是对器材的消费。和使用器材的医师相同,^{〔4〕} 医院也是在医疗过程中使用器材和药物,以达到治愈病人的目的。^{〔5〕}

2. 医护人员与病人间的法律关系

1) 契约

病人与医师或医护人员之间可能发生直接的法律关系,但直接与医院发生法律关系的情况较多。此种情形下,医护人员是医院的代理人或使用人,“民法”第224条规定医师关于医疗行为有故意或过失时,医院应与自己之故意过失负同一责任。

“民法”对医疗行为并未规范,“医师法”第11条对医师执行业务的行为使用“诊察”、“治疗”、“开给方剂”、“交付诊断书”来形容,可知医师执行业务是劳务的提供,如有契约关系,依“民法”第529条,关于劳务给付的契约,不属于法律所定其他契约之种类者,适用关于委任之规定。^{〔6〕} 因此,一般医疗行为也是一种委任契约,^{〔7〕} 以劳务给付即诊疗为主要目的的契约,即所谓手段债务。但如以完成一定的工作为目的,例如以治愈疾病为给付报酬的条件,即所谓的包医,或装设义齿、义肢、义眼等契约,则为结果债务,属承揽契约。^{〔8〕}

基于医疗契约,医师应尽的义务如下。

a. 主要义务。指委任关系下医师的医疗给付义务。例如:医师应尽善良管理人的注意义务而实施医疗行为(“民法”第535条);医师应亲自诊疗疾病,但经委任人及病人之同意、习惯或有不得已之事由,得由第三人为处理(“民法”第537条、“医师法”第11条)。

b. 从属义务。指因法律规定、当事人约定或诚信原则,医师必须履行附属义

〔2〕 Carmichael v. Reitz, 17 Cal. App. 3d 958, 978—979 (1971).

〔3〕 Silverhart v. Mount Zion Hospital, 20 Cal. App. 3d 1022 (1971).

〔4〕 Id. at 1027—1028.

〔5〕 Murphy v. E. R. Squibb & Sons, Inc., 40 Cal. 3d 672, 679 (1985).

〔6〕 劳务给付的契约,在美国法,是一种忠实关系(fiduciary relation),医师与病人间也是一种忠实关系,医师对病人负有忠实义务(fiduciary duty)。参阅谢哲胜:《忠实关系与忠实义务》,载《财产法专题研究(三)》,台北:元照出版公司2002年版,第123—150页。

〔7〕 “最高法院”70年度台上字第1049号判决要旨:“为病人治疗骨折不当,至增加支出之医药费及薪资损失,应负损害赔偿责任。又被上诉人请上诉人治疗骨折,属于民法上之委任关系,于事务为处理完毕前,因可归责于上诉人之事由而终止,上诉人已受领之医药费及车费应返还于被上诉人。”参阅曾隆兴:《现代非典型契约论》,1996年自版,第311页。

〔8〕 参阅朱柏松:《消费者保护法论》,台北:翰芦出版公司1999年版,第247—249页;曾隆兴:《现代非典型契约论》,1996年自版,第292页。



务,以使主要义务得以实现。例如:告知后同意(informed consent)^[9]的义务^[10],医师必须填具转诊病历摘要、提供各种检查报告资料于病人或其家属、因医院诊所之设备专长而须转诊的处置等义务(“医疗法”第71条、第73条)。

c. 附随义务。指促使主要义务的实现,或者保障病人或当事人的人身或财产的安全,医师必须所负的义务。例如:医师必须保守因业务而知悉病人的秘密(“医疗法”第72条)。

医师如违反基于医疗契约应尽的义务,即须负违约责任。

2) 无因管理

在医师并未受病人的委任或无法律义务,而为病人实施医疗行为并有利于病人时,即有可能成立无因管理的法律关系,例如医师于公共场所中发现病人病危,而实施紧急医疗行为。在无因管理的法律关系下,医师仅于其有恶意或重大过失时,始负赔偿责任(“民法”第175条)。

然而,病人因病送入急诊,而无法为就医的挂号或允诺时,医师对危急病人应实施急救,是为了履行法定义务,并非无义务而实施急救(“医疗法”第60条)。

3) 侵权行为

医师在实施医疗行为时,因故意或过失不法侵害病人的权利者,应负损害赔偿责任(“民法”第184条、第195条),即为医疗事故侵权责任。

3. 医院与病人间的法律关系

医院与病人间的法律关系,视医院与医师是否为单一的当事人而定,医院依法负有义务,依法可能须负责任,分述如下。

1) 医院与医师是否为单一的当事人

在通常状况下,医院为一法人而与病人直接发生法律关系,而医生仅立于履行辅助人的地位。但也有医师为开业医师,其医院与诊所实为同一法律主体,则病人与医师或医院发生医疗契约并无区别。例外情形:如医师未经医院的同意,而与病人订定医疗契约,则医疗契约关系的当事人为医师个人与病人。

实务上常见医院的负责医师容留非医师执行医疗行为,而发生医疗纠纷的情形,除非其能证明非医师的执行业务行为,不在其同意范围之内,此时应视为该负责医师与病人发生医疗契约的法律关系,如有侵权行为,医院也应负雇佣人的侵权责任。

2) 医院的义务

如医院为医疗契约的当事人,依“民法”委任契约或其他法律规定,应尽一定的

[9] Black's Law Dictionary, Stamford, Thomson West Group, 779 (6th ed. 1990). 所谓告知后同意,是指医生有义务告知病人讯息。此讯息是就一位在医界中谨慎的医生,运用合理的注意,会揭露其建议从事的医疗行为可能发生损害的任何重大风险的讯息给病人。因此,病人为其利益运用普通的注意,面对建议从事的医疗或替代的医疗或不作医疗的选择,可以借着衡量潜在的风险和利益,明智地行使其判断并做出选择。

[10] 但杨秀仪认为,告知后同意的请求权基础在侵权行为法,不在契约法。杨秀仪:《美国〈告知后同意〉法则之考察分析》,《月旦法学杂志》2005年第121期。