

The Affirmation of Contract Relationships of Doctor and Patient

 辽宁教育出版社

摘 要

有人类就有医疗行为，人类发展的历史就是人类战胜疾病的历史。人类在战胜疾病的过程中，逐渐积累了很多的专门知识，这门知识就是医学。

在人类蒙昧的远古时代，掌握医学知识的人视为神的使者。医疗行为及医患关系按神的旨意去调整，这使得调整涉及私之载体——人体方面的立法远远落后于民间商事活动的立法。随着世界范围人权理论的辩论，人类的维权意识也在逐渐加强，医学领域的立法开始活跃。

调整医患关系的手不再是神，法的作用在调整医患关系中逐渐显现。大陆法系国家，医患关系以民法进行调整，理论依据较少，在我国，医疗纠纷除构成医疗事故后用《医疗事故处理条例》进行解决，而其它大部分医疗纠纷，并无明确的法律依据。笔者从论述医疗行为入手，分析医患关系的本质，提出医患关系是合同关系，并从民法理论分析医患合同成立的整个过程。否认医患无因管理说。认为医方的权利是自然人就其公共需要所让与的，在个体所需时，掌握这部分权利的人应有为之付出的义务，因为医疗行为具有公益性。所以医疗行为不是无约定，而是有约定的行为，这种约是社会之约。对这类医疗行为的调整以法律形式进行约束比以道德去约束更有实际意义。

在第四章中，用民法理论研究了医疗纠纷的性质，根据医疗纠纷的法律性质，笔者重新提出了自己的分类方式。提出医疗事故与合同法中加害给付的概念相对应，医疗违约责任与医疗侵权责任构成医

疗民事责任。在医疗纠纷中，大部分因违反合同而引起，并适用《合同法》的相关条款，而医疗侵权只发生于非医务人员进行的医疗行为和医务人员进行的非医疗行为，处理医疗侵权引起的纠纷，直接适用《民法通则》相关条款。笔者从民法理论分析了违约责任与侵权责任的竞合现象，认为这一现象的理论来源是合同法中的加害给付。医患合同中，因医方过失，使患方应有健康未予恢复，同时造成原有健康机体的损害，这样构成医疗加害给付。对因医方违约而构成的加害给付，符合侵权行为构成要件，属违约性侵权，应承担违约责任，但在赔偿中选择侵权责任的赔偿方式，我国《合同法》第一百二十二条有明确规定。

通过研究认为，我国目前医疗纠纷的处理，是有法律依据的，医疗事故只是医疗纠纷的一种——加害给付。这样将医疗纠纷分别纳入了《民法》、《刑法》、《合同法》及《医疗事故处理条例》相应条款进行调节。意在处理医疗纠纷的实践中起到一定的指导作用。

关键词： 医方；患方；合同；关系

summary

If there are human being, there will be medical conduct, The history of human development, is the history of conquering diseases. And in the process of conquering diseases, we human being gradually accumulate lots of special knowledge, thus forming the science of medicine.

In the ancient period, the human being lived in the ignorance. If someone ,who knew the medical knowledge was considered as the escort of the god .Medical conduct and relationship between the doctor and the patient were adjusted by the will of the god——which made the adjustment have the influence of individual. The legislation about human body lags far behind those about civil business activities. With the discussion of theory of human rights, we human being are reinforcing the consciousness of maintaining human rights. And the legislation in the medical field is becoming active.

The hand which adjusts the relationship of doctor and patient is no longer from the god. The law, gradually play a more important role in adjusting the relationship of doctor and patient. In the Continent—Law contries, the relationship of doctor and patient is adjusted according to the *Civil Laws* with just a few of theory foundation. In our country, if the medical conflict is serious enough, we always solve it according to Laws of Medical Affairs. But most of cases have no definite law to be dealt with. In the article, I will start my statement from medical conduct, analyzing the essence of relationship of doctor and patient, pointing out the relationship of doctor and patient is a relationship of contract and simultaneously analyzing the whole process of the establishment of the doctor—patient contract, and denying the hypothesis that doctor has no responsibility to give management to patient. I think the right of doctor is given by all the other human being according to their common and public requirements. If the individual has some requirement, the doctor who has the right should give his responsibility. Because medical conduct is of public benefit. Therefore, medical conduct is the conduct that has the confinement rather than no confinement. And the confinement is the confinement of our society. I think the adjustment of medical conduct

should be confined by law rather than by morality, which seems to be more significant and practical .

In the chapter IV,I make the research about the character of medical conflict according to the *Civil Laws* .And I think out a new classical way. What is more, I suggest, medical affair should be corresponding with the concept of Inflict-Compensation in *Contract Laws*, and medical responsibility of obeying the rule and attacking right forms the medical civil responsibility. In the medical affair, most cases that are caused by breaking the contract, is suitable to relater items of *Contract Laws*. But attacking right in medical treatment only occurs in those who are not medical workers, performing medical conduct and those who are medical workers, performing non—medical conduct. If we want to solve the conflict caused by attacking right in medical treatment. It is suitable to the related items of *General Principles Of The Civil Laws* I also give my analysis of competitive phenomenon between obeying — rule responsibility and attacking—right responsibility. I think the phenomenon of theory source is from Inflict-Compensation in *Contract Laws*. In the doctor—patient contract, because of the mistakes of doctor. The patient does not recover to health, and simultaneously, is given a new damage to primitive healthy human body. Thus forming medical Inflict-compensation.If Inflict-Compensation is caused by the doctor who breaks the appointment, which belongs to attacking right of breaking the appointment, should take the responsibility. But how to choose the compensatory way for this responsibility. There are definite rules in No.122 item of *Contract Laws* in our country.

Through my research, I think, so far, we have had the law foundation to deal with medical affairs in our country. And medical affair is only one aspect of medical conflict—Inflict-Compensation.Thus we can moderate medical conflict in to related items of *Civil Laws*, *Criminal Laws*, *Contract Laws* and *Medical Affair Laws* respectively with the intention of playing a role of guidance in dealing with medical affairs.

Keywords:doctor;patient;contract;relationship

目 录

摘要

summary

前 言	1
第一章 医疗行为	4
1.1 医疗行为的概念	4
1.2 古今医疗行为概说	5
1.3 医疗行为的特点	6
1.4 界定医疗行为的标准	9
第二章 医患关系	13
2.1 医学立法	13
2.2 医患关系的概念	14
2.3 医患关系类型	16
2.4 医患关系的性质	22
2.5 医患权利义务	25
第三章 医患合同	32
3.1 医患合同的定义	32
3.2 医患合同的法律要件	33
3.3 医患合同的订立	35
3.4 医患合同的性质	42
3.5 医患合同的终止	42
3.6 几种特殊的医患合同	43
第四章 医疗纠纷	47
4.1 医疗纠纷的概念	47
4.2 医疗纠纷的构成要件	48
4.3 医疗纠纷的分类	49
4.4 医疗纠纷的民事责任	55
结 论	62
参考文献	64
致 谢	66
个人简历	67

前 言

医学从本质上讲是人学，因为它关注的是在病痛中挣扎的、最需要关怀和帮助的人。中世纪伟大的阿拉伯医学家伊本·西拿（Ibn Sina）在其名著《医典》中写道：“医学就是如何维护健康的技艺和健康丧失后使之恢复的技艺。”中国古代将医学称为“仁术”，医生被誉为“仁爱之士”。西方医学之父希波克拉底在《箴言》中写到：“医术是一切技术中最美和最高尚的，医生应当具有优秀哲学家的一切质量：利他主义、热心、谦虚、冷静的判断……”。但“医学的进步，却使医师成为法律上的受害者”。⁽¹⁾这一看似涉及最简单的人的学科领域却面临着空前的矛盾。例：2003年7月10日，国内知名血液病专家湖南中医院附属一院教授王万林被自己精心治疗的病人彭世宽连捅46刀，死亡。⁽²⁾同年7月25日，一位患者在协和医院因病抢救无效死亡，当天下午死亡者的家属到医院吵闹，并将来劝阻的非死者主管医生王任直教授、博士生导师的左臂刺伤，伤口长达10cm。⁽³⁾

我们在矛盾的反思中，去寻找人类调节自身行为的法，让法“定分止争”之作用得以发挥，在现有法律制度中寻找一条既符合法理又适应医道的良策。

笔者试图从医疗行为的起源谈及医患关系，从民法中追及解决医疗纠纷的踪影，从医疗行为、医患关系及医疗纠纷的分析中去探求医

⁽¹⁾（美）萨·菲希纳：《医疗责任》（Sal·Fiscina.Medical liability,west publishing co.1990），第22页

⁽²⁾<http://www.999.com.cn>

⁽³⁾<http://health.sohu.com>

患关系的法理。凭之以求得医疗纠纷在法学上的定位，为处理医疗纠纷提供有力的法学依据。

本文涉及的两个基本概念：

1、 医，即医方，指能帮助人体维护健康和健康丧失后使之恢复健康状态的人，以及相关的人员或团体。

要件：

A、 指一类人，这类人掌握维护健康的技艺和健康丧失后使之恢复的技艺，也指掌握这种技艺的相关人员或团体。包括古代的医生、现代有执业资格的医生及相关人员或团体，也包括无执业资格的行医者及相关人员或团体。如医生、护士、医技人员、医院管理人员及这些人所在的医疗机构或医疗单位。

B 、这类人能帮助人维护健康和健康丧失后使之恢复，提供的是帮助行为。如给阑尾炎患者手术、为产妇助产。

2、 患，即患方，医行为之对象，指身体须维护或丧失健康的一类人。包括躯体上的不健康，如长肿瘤；精神上的不健康，如精神分裂症；生理上的不健康，如孕妇（生命过程的正常而对孕妇本身生理上为不健康）。

本文研究的主要方法：

1、 从现象到本质：研究古今行医之现象，探讨医患两个相对整体的内在关系。

2、 理论分析：从民法理论探讨有否解释医患关系的根据，如果有，何为最佳。

3、 事实论证：医患出现纠纷后，如何用民法中所探讨的理论加以解释，实际适用哪些法律。

本文章次安排：

第一章：概说古今医疗行为，并归纳医疗行为的特点。

第二章：由医疗行为进一步论述医患关系。总结医患关系类型及特点，阐述其性质。

第三章：进一步阐述医患关系在民法中的定位，用民法相关理论论述之，并确认医患合同关系。

第四章：医患纠纷的性质及特点，处理医患纠纷的法律依据。医疗违约的特点及处理医疗违约所适用的法律。

第一章 医疗行为

有人类就有医疗行为，医疗行为是伴随人类的产生而产生的，人类自娩出到死亡，均离不开别人对自身的照顾。虽然早期的医疗行为没有更多技术成分，但从古代的医疗行为发展至今，医疗行为的主旨还是不变的。那怎样的行为称之为医疗行为呢？

1.1 医疗行为的概念：

1.1.1 概念：

医疗行为，指医方帮助患方维护健康和健康丧失后使之恢复健康的行为。

1.1.2 医疗行为的要件：

1.1.2.1 是指医方的一种行为。

1.1.2.2 指医方的帮助行为，帮助是相对被帮助人而言的，患方是帮助内容的提供者，医方则是提供帮助的实施者。帮助人需迎合被帮助人的意思，与之合意而行。

1.1.2.3 被帮助人需身体处于丧失健康或需维护健康状态。这种不健康状态包括躯体的、精神的和生理的。

1.1.3 健康状态的含义：

健康状态与不健康状态相对应，是一组对比性质的概念。世界卫生组织（WHO）认为“健康是指生理、心理及社会适应三方面全部良好的一种状况，而不仅仅是指没有生病或者体质健壮”。它受社会环境、技术发展水平、各人的审视观点及衡量标准等影响。如：古代将多指认为是健康状态，而今天则是一种遗传性疾病，需要治疗。从统

计学角度讲，它是指各项指标用正态分布的规律确定出的正常值范围。如高血压病的血压确定值，心率的正常值等。

1.2 医疗这个行业产生并存在于世的根本理由：

是人们在身体上出现问题、受到伤害或心理上发生障碍时需要得到帮助，也就是说医方是为给患方以帮助而存在的。

早在远古时代，我们的祖先在与大自然作斗争中就创造了原始医学。人们在寻找食物的过程中，发现某些食物能减轻或消除某些病症，这就逐渐形成了中药。在烘火取暖的基础上，发现用兽皮、树皮包烧热的石块可取暖消除病痛，后逐渐形成了热疗，红外线治疗等。这些减轻病痛的方法被逐渐积累，并被一些长者所掌握，当有人受病痛折磨时，他们便给予帮助。随着人类的进步，能帮助人类解除病痛的各种方法逐渐被积累并流传下来。那些掌握这种知识的人，为人类所服务。我国古代的医生走街串巷，哪里有病人哪里就会出现医生的身影，哪里有人群哪里就有行医者的招牌。我国最早的中医理论专著《黄帝内经》就是此前行医经验的总结。现在仍有在集市上摆摊卖医者，也可以看到黑白相间的药店招牌，这都是历史的缩影。行医者都是帮助病人解除痛苦的，古代把医学称“仁术”，医生被誉为“仁爱之士”。一个有病痛的人，会把自身的全部托付给这些“仁爱之士”，希望他们能为自己解除痛苦。在西方，医生的职业常被教士代行，他们在病人需要帮助时给予安慰或用自然的疗法帮助病人减轻痛苦，随着科技的发展，医学变得复杂而专业化。第一次世界大战以后，医学才初步分内、外、妇、儿几大部分，麻醉、输血及抗生素的应用使外科迅速发展。先进的医疗技术使医生只从技术角度审视病人，医疗过程被

“物化”，把患者当成疾病的载体，是医疗技术的对象，再加之医疗服务的过分商业化，把病人当成消费的主体，这使得本应最有人情味的服务变得多少失去人性了。科学和商业的贪婪使现代医学逐渐失去了生命感。

1.3 医疗行为的特点：

1.3.1 医疗行为的本质：

医疗行为的本质是民事法律行为，具有民事法律行为的一般特征，即“民事”性质，以意思表示为要素，能产生行为人预期的法律后果，合法性。⁽⁴⁾医者是人，患者也是人，医者行为是直接作用于人，是迎合患者而为之提供的帮助。因医与患均各不相同，因而这一行为又有别于其它一般的民事法律行为。

1.3.2 医疗行为的风险性：

人类的历史也是与疾病进行斗争的历史，尽管医疗行为是建立在长期治疗经验和科学技术发展的基础之上，但医方各自的技术熟练程度及所尽的对患方的注意程度不一样。再者，患方因个体差异，所患疾病也各不相同，所以每进行一项治疗服务均有可能随时发生危险，具有风险性。不但如此，治疗本身就是对身体的一种侵害，就是一种危险。如切除病变的部分卵巢，可能使内分泌紊乱，服药可能出现药疹等等。

1.3.3 医疗行为的人身侵害性：

患者，是身体丧失或部分丧失健康的人，为恢复健康，有些人须请医方帮助，因病处与身体混同难与之分离，轻者局部病变，重者全

⁽⁴⁾ 柳经纬：《民法总论》，厦门大学出版社，2000年版，第172—174页。

身为患，所以在清除疾患时难免伤及正常身体，况且还有病变组织对原有正常组织的破坏，所以对正常机体组织出现伤害的结果是难免的。而治疗本身又是一种伤害，如口服药损害肝脏、肾脏，重者过敏性休克死亡。胆囊切除术对腹部留下的切口疤痕，子宫肌瘤行子宫全切术后造成器官缺失，面瘫患者针刺耳部等等。这些都对正常身体产生了侵害。随着科学的进步，这种不应有的对正常组织的侵害会逐渐减少，但不能没有。所以医者侵害患者身体是必然，患病越深侵害相对越重，而恰是医者用了侵害患者的身体的手段，才帮助患者解除了病痛。从法律角度来讲，这是不是侵犯了患者的人身权呢？不是的，这种侵害来自于职业授权。

1.3.4 医疗行为的实验性：

医学从发展过程看，是一门经验学科，它是在人类对疾病不断斗争、不断尝试中总结发展起来的。任何一种较好的治疗手段都是经过多次尝试获得的，李时珍为编着《本草纲目》而尝百草。一个新型骨科内固定材料的应用，都要先经过动物实验，再应用于人体反复进行实验论证，最后才得以推广。

人体的个体差异也导致在医生治疗中的实验性，如有机磷农药中毒，必须用超剂量阿托品才能解救，而这一剂量对正常人足以至死，这一超剂量应用就是经过无数有机磷中毒的患者生与死的实验中得出来的。临床上强心药洋地黄的应用也是试验性地加量等等。

就因医疗行为的实验性，才谈及医生的经验，才谈及医生的决断能力，才谈及医患间的信赖。

1.3.5 医疗行为的技术性：

人类为了自身的生存，他总是将现在最先进的技术应用于治疗自身的病痛，介入技术、超导技术、核技术等等。虽然历史发展阶段不同，但治疗技术总是和当时医疗科技发展水平相适应。因其有高度的技术性，才使这一职业从简单的保健行业较为完整地分离出来。因此，在论断医疗行为的责任时，不能舍弃科学技术的要求，而仅就行为人的主观状态来判断。⁽⁵⁾也就是说，医疗行为是否适当，应考虑当时当地的医疗技术水平。

1.3.6 医疗行为后果的难测性：

医疗行为是医方对患方摆脱痛苦的一种帮助，治愈是医患双方共同的目的，但能否达到这一目的，条件是多重的，包括医方的经验、技术水平、患方的个体差异、患病的样态等等。一句谚语说的好“治病治不了命”。古代道教大炼长生不老金丹，只求长命百岁，但生、老、病、死是自然规律。

就因治疗结果的难以预测，便要求医方应尽说明义务，患方应尽理解与信任义务。

1.3.7 医疗行为的公益性：

医疗行为的公益性与医疗行为的技术性有关，随着人类的进步，社会分工开始出现，根据“社会契约论”原理，人类逐渐把与病痛斗争的权利让与那些掌握医疗技术的人，当人类个体或整体需要时，随时用这些技术帮助他们。

疾病是人类共同面临的敌人，掌握这类技术的医生便担负起救死扶伤、为人类健康服务的责任。只要对人类共同健康有益的行为，均

⁽⁵⁾ 朱柏松：《适用消保法诊断医师之责任》，《台大法学论丛》第27卷第4期。

视为正当行为。医疗行为的公益性，对医患关系的调整具有重要的法律意义。当昏迷的患者被送入医院，医生应当给予救治，当路见昏迷患者，在场医生也应救治。当“SARS”肆虐，医务人员更应挺身而出。医生为了人类整体的健康，可以牺牲自己和侵犯影响人类健康的个人权利。这些都是医疗行为公益性所决定的。

1.4 界定医疗行为的标准：

一种行为如何界定，涉及这一行为民事责任的定位，所以对医疗行为必须明确以下三点：

1.4.1 主体标准：

医疗行为的主体标准是医方，是指掌握维护健康技艺和健康丧失后使之恢复健康技艺的人或相关人及团体。这一标准似乎与我国现行的《医疗事故处理条例》、《医疗机构管理条例》、《医师法》、《护士管理办法》的内容相违背。《医疗事故处理条例》中所称的医师，指依《医师法》经注册合格的医护人员及相关卫生技术人员，医疗机构是依《医疗机构管理条例》注册的机构，非经注册不为医方。但要清楚地认识到：①《医疗事故处理条例》、《医疗机构管理条例》、《医师法》、《护士管理办法》是国家规定的现行法规，目的在于规范和限制医疗行为，经规范后的医疗行为只是真正民事上医疗行为的一部分。②医疗行为自人类起源就逐渐形成，绝非几条法律所限定。③只有全面地认识医疗行为，才能正确把握医患关系，给医患关系一较为准确的定位。这些观点可能与某些学者观点不同。⁽⁶⁾

1.4.2 目的标准：

⁽⁶⁾ 柳经纬、李茂年：《医患关系法论》，中信出版社，2002年版，第18页。

医疗行为的目的在于帮助维护或恢复健康的身体。如以“诊治疾病”为目的，有内涵过窄之嫌，最简单的一项医疗行为被忽略了：助产。还有这一目的含意是帮助恢复，绝不可谈及帮助恢复的结果，这点是医疗行为后果的难测性所决定的。这一标准，在发生医疗纠纷时意义重大。

1.4.3 手段标准：

医疗行为提供的是一种帮助。是帮助需要维护或恢复健康的人，帮助有双方一致之意。意图是好的，但有否“帮倒忙”之说。那是帮忙人的水平与技术问题。失去双方的合意谈不上帮助。从法律角度看没有双方合意，便有私犯之嫌。如某患者到某医院确诊为胆囊炎，但患者不需医生帮助恢复，任其发展，如医方强行为该患手术切除胆囊，实为典型私犯。“帮助”出于医患双方的意思自治。

1.4.4 正当医疗行为与医疗行为正当：

医疗行为正当和正当医疗行为，是两个非常有意义的词语，研究之，有利于对医疗行为的责任和性质确认。林诚二在《民法债编总论》说：“正当业务行为者，乃行为符合业务正当性，例如领有医师执照，且加入公会，而为医疗行为者，即属正当业务行为。至于业务正当行为，则指业务行为符合正当性，例如未领有医师执照，或未加入公会，而为医疗行为，若其医疗行为适当，则仍属业务正当行为，盖非如此解释，则无见义勇为之医疗行为可言。”⁽⁷⁾

正当医疗行为，是社会发展通过法律给予限定的，《医师法》、《医疗机构管理条例》、《护士管理办法》、《医疗事故处理条例》只能判定

⁽⁷⁾ 林诚二：《民法债编总论》，中国人民大学出版社，2003年版，第153页。

某人或团体或医疗机构现在的医疗行为是否正当。而对过去的医疗行为判定无效。如：你不能说华佗给人治病是正当医疗行为而路旁的摊医治疗就不是正当医疗行为，他们都没有执业医师证，但民事行为效果是相同的。请看下列关系：

- A、正当医疗行为+医疗行为正当=患方满意
- B、正当医疗行为+医疗行为错误=患方不满意
- C、不正当医疗行为+医疗行为正当=患方满意
- D、不正当医疗行为+医疗行为错误=患方不满意

可见：A 和 C 在民事行为之效果看意义是相同的。B 和 D 在民事行为之效果看意义相同。

由此可见研究医疗行为的私法原理，与是否为正当医疗行为无关，而与医疗行为正当与否有关。

1.4.5 看下列几类医疗行为：

- A、医方给挂号的病人诊治疾病。
- B、医方给 120 送来急诊患者诊治疾病。
- C、医方给不知姓名的人送来的昏迷患者诊治疾病，送来人立即离去。
- D、医方给 SARS 患者诊治病。
- E、医方给入医疗保险的患者诊治病。
- F、医方在路上偶遇突然晕倒的病人，并抢救。
- G、医方给来医院的 8 岁儿童诊治病。
- H、医方给精神分裂症患者诊治病。

根据医疗行为的法律要件分析，以上医方的行为均为医疗行为。