

# 日本的医疗合同

罗 丽

(北京理工大学,北京 100081)

**摘 要:**在发生医疗事故的情况下,引发医疗事故的医疗行为既具有违约行为的性质,又具有侵权行为的性质,即发生“责任竞合”的问题。日本学术界及司法实践,对于医疗事故诉讼,一般多采用主张违约责任来追究医院或医生的医疗事故责任的方式处理。与追究医院或医生侵权行为责任时由原告患者承担举证责任的情形不同,追究医院或医生违约责任则由债务人医院或医生承担举证责任,债务人如果不能证明该违约责任不是由于自己的原因引起的,则不能免责,这显然有利于保护受害人患者的利益。

**关键词:**医疗合同;医疗事故;违约责任;侵权责任;举证责任;日本

**中图分类号:**DF525

**文献标识码:**A

**文章编号:**1009-3370(2001)01-0051-05

## 一、问题的提出

作为一种特殊的专业技术活动,医疗活动本身就具有极强的风险性和实验性。它不仅受医疗科学技术、医疗仪器设备的产品质量、患者的特异素质等因素的影响,而且还在很大程度上受医务人员的职业道德、业务素质因素的制约。随着科学技术的突飞猛进,人们对医院管理、医疗质量提出了更高的要求,患者与医务人员之间围绕医疗事故的医疗纠纷事件日渐增多。近年来,医疗纠纷已成为社会关注的热点问题。纵观引起医疗纠纷的原因,主要有如下两个方面:因医院管理制度、医务人员业务素质等医院一方的医疗事故原因而引发的医疗纠纷;因患者及其家属对医疗活动的特殊性认识不足,缺乏一定的医学知识,将医生适当的医疗行为视为医疗事故,而由患者一方引发的医疗纠纷。可见,医疗纠纷的处理最终涉及到医院和患者两方当事人之间的法律责任问题。为明确两方当事人的法律责任,妥善处理不必要的医疗纠纷,笔者认为应借鉴国外的一些有益经验,加强对医疗事故的法律性质进行研究,建立解决医疗纠纷的法律机制。

根据国务院1987年的《医疗事故处理办法》第

二条的规定以及我国理论界通行的观点,医疗事故是指在诊疗护理工作中,因医务人员诊疗过失,直接造成病员死亡、残废、组织器官损伤导致功能障碍以及因医务人员诊疗护理过失造成的各种损害后果。对医疗事故的法律责任的性质,我国学术界存在以下几种理解,第一种观点认为,医疗关系是一种非典型的合同关系,它属于医疗服务合同。因此,根据合同法原理,医院一方具有在医疗过程中因医护人员的过失造成医疗事故,致使患者的健康受到损害或者造成死亡结果的违约行为时,应承担违约责任。<sup>[1]</sup>第二种观点认为,从导致医疗事故的医疗行为侵害患者健康权、生命权的角度来看,医疗事故更应是一种侵权行为,依照侵权行为法原理,责任人应该承担侵权责任。<sup>[2]</sup>第三种观点认为,由于在医疗事故中,往往同时存在上述两种情况,因此,应该允许受害人在两种请求权之间进行选择。<sup>[3]</sup>目前,我国多数学者持第二种观点<sup>[4][5]</sup>。

事实上,一方面,自患者因患病而走进医院接受医生诊疗的那一刻起,就在患者与医院之间形成了一种法律关系即医疗合同关系;另一方面,一旦医院一方在医疗过程中因其医护人员的过失造成医疗事故,致使患者的健康受到损害或者造成死亡结果发生,从引发医疗事故的医疗行为侵害患者健

收稿日期:2000-07-17

作者简介:罗丽,北京理工大学人文社会科学学院,讲师,日本京都大学法学硕士。

康权、生命权的角度来看,该医疗行为则又是一种侵权行为。因此,在发生医疗事故的情况下,引发医疗事故的医疗行为既具有违约行为的性质,又具有侵权行为的性质,即发生“责任竞合”。对此,我国司法实践中采取禁止“责任竞合”的制度,即在发生医疗事故的情况下,都是按照侵权行为来处理的。<sup>[6]</sup>这种现象的存在,使我国法学界只注重研究医疗事故的侵权行为责任,而忽略了对医疗事故的违约行为责任的研究。

在法律制度上,违约行为责任与侵权行为责任存在着极大的区别,在该两种责任发生“责任竞合”的情况下,只允许按违约行为责任处理或者只允许按侵权行为责任处理,则必将严格限制当事人的选择请求权的自由,不利于保护受害人的利益。而在因医疗事故引发医疗纠纷的情况下,允许受害人(原告患者)自由选择追究加害人违约行为责任的最大好处在于,举证责任由不完全履行医疗合同债务的债务人(被告医院或医生)承担,即医院或医生如果不能证明该医疗事故即违约行为不是由于自己的原因引起的,则不能免除责任。因此,这对在医学、药学的高度发展而使探明医疗事故的原因乃至认定医生过失显得更加困难的情况下,由医院或医生承担举证责任,则避免了缺乏医学、药学知识的患者举证的不利,从而更有利于保护受害人的利益。

日本早在1898年制定现行《日本民法典》时,就对医疗合同问题进行了研究,并且取得了一定的成果。鉴此,本文试对日本医疗合同的当事人、医疗合同的概念、医疗合同的性质及其特征进行考察,以求对完善我国处理因医疗事故引发的医疗纠纷的法律制度有所裨益。

## 二、日本的医疗合同

### (一) 医疗合同的当事人

医疗合同的当事人包括接受诊疗的当事人与实施诊疗的当事人。考察医疗合同的当事人的意义在于,对于在当事人之间就医疗合同义务发生诉讼时,能准确判断谁是原告以及谁是被告。因此,在存在医疗合同的情况下,对于确定谁对谁有诊疗报酬请求权;在因医疗事故引发医疗纠纷时,对于确定谁应该追究谁的责任;<sup>[7]</sup>而且,在将医生的说明义务作为医疗合同的义务时,对于确定该义务人的责任也具有重要意义。

### 1. 接受诊疗的当事人

在日本,一般都是从合同法的理论出发,依照法律行为的原则,将接受诊疗的当事人划分为以下几种情况:

(1) 患者是具有意思能力的完全民事行为能力人的情况。<sup>[8]</sup>在这种场合下,患者本人能够成为合同当事人是没有异议的。

(2) 患者是具有意思能力的限制民事行为能力人的情况。在这种场合下,患者是六至七岁以上的未成年人,在取得其法定代理人的同意后,患者本人能够成为合同当事人;同时其法定代理人也能够以代理人的名义同实施诊疗方签订医疗合同。<sup>[9]</sup>另外,虽然“禁止产人”在具有意思能力时,也能以自己的法律行为亲自作为合同的当事人,但由于该行为常常存在被取消的可能性(《日本民法》第9条),因此,现实中,一般是由其法定代理人来签订医疗合同(《日本民法》第8条、第859条)。

(3) 患者是不具有意思能力的限制民事行为能力人的情况。在这种场合下,由于患者是不到六、七岁的未成年人,所以,应当由其法定代理人以代理人的名义签订医疗合同。

一般认为,上述第(2)、第(3)种情况,在对生命、身体进行治疗的医疗过程中,对于患者即被监护人来说,由于患者的亲权人或者监护人对其负有“监护义务”(《日本民法》第820条、第857条、第858条),因此,在这种场合下,对被监护人的生命、身体进行保护而代为签订医疗合同,实际上是亲权人或监护人在履行自己的监护义务,因此,日本学术界认为,在原则上,义务履行者即亲权人和监护人是医疗合同的当事人。

(4) 患者是具有民事行为能力但却没有意思能力的人的情况。例如,在朋友、熟人、过路人或急救队员将因交通事故而丧失意识的人送往医院的情况下,如何确定该医疗合同的当事人呢?

首先,对于诸如朋友、熟人、过路人等没有监护义务的人来说,这一“送往医院的行为”是无因管理,该事务管理人应被看成是该医疗合同的当事人,因此,当然应该适用《日本民法》第697条以下的条款。虽然有学者认为“在通常情况下,难以判断上述人员具有签订医疗合同的意思,并且他们也没有承担医疗报酬债务的意思”,从而试图否认上述人员为医疗合同的当事人。<sup>[10]</sup>但是,日本通说认为,《日本民法》第697条所规定的事务管理并不是指依照当事人的“意思”而产生的义务,而是指由于

“虽然没有义务但为了他人的利益而开始管理事务”这一“事实”要件而产生的“管理义务”,由此便产生了上述没有监护义务的人以医治患者本人为目的而签订医疗合同的义务。另外,在事务管理人支付了医疗报酬的情况下,根据《日本民法》第 697 条的规定,应认为在事务管理的范围内,事务管理人享有法律赋予的、对患者本人的财产进行管理的财产管理权。即在事务管理人以患者本人的名义签订合同的情况下,应该看成是被授予了代理权,该合同的效力及于患者本人;<sup>[11]</sup>在其以事务管理人的名义签订合同的情况下,可以看作是“被授权”的行为,行为的效果及于患者本人。<sup>[12]</sup>对于这种情况,在日本的现实生活中往往是采取利用患者本人的健康保险,由患者本人承担该费用的方法来处理的。

其次,在急救队员将因交通事故而丧失意识的人送往医院的情况下,依照《日本消防法》第 35 条第 5 款、第 6 款(1948 年法律 186 号)中有关市镇村或都道府县负有急救业务的义务的规定,急救队员是履行该义务的辅助人,在必要的情况下,他们有义务就患者的医疗事宜与医院签订合同,因此,在这种场合下,急救队员并不是“没有义务”的事务管理人,作为该“义务”的内容的急救搬运费等费用是由市镇村或都道府县来承担的。一般地,虽然这一义务是公法上的义务,但是,患者一方与医生之间的关系则应理解为私法上的义务。那么,对于患者来说,医疗机关是否也相当于无因管理人呢?<sup>[13]</sup>根据《日本医师法》第 19 条的规定,医生负有诊疗的义务,并不是“没有义务”的无因管理人,因此,医疗机关当然不能适用《日本民法》第 698 条的无因管理的有关规定。

## 2. 实施医疗的当事人

现实中,实施医疗的人可以分为两种:一种是个人的开业医生,在这种情况下,该医生本人就可以作为合同的当事人;另一种是社会组织即医院。在第二种情况下,关于谁是医疗合同的当事人,是医院还是担当医生,日本学术界则存有争议。由于医生在诊疗过程中具有极大的裁量权,医院对医生几乎不进行指示、监督,因此,日本有学者认为,在这种情况下,可以理解为担当医生接受了非法律行为事务的委托(日本民法第 656 条),构成准委任合同,适用委任合同的规定,因此,担当的医生、医院则均有可能成为当事人。但是,日本学术界多数说认为,如果考虑诊疗报酬请求权的归属问题,担当

医生交替的可能性问题以及在资力方面医院作为损害赔偿义务人更加妥当等因素,则将医疗合同的当事人理解为医院更为妥当。因此,在这种场合下,日本的判例及通说均将医院作为医疗合同的当事人,而将担当的医生本人作为履行合同的辅助人来看待。<sup>[14]</sup>

## (二) 使用医疗合同概念的意义

在日本,在法律上使用医疗合同这一概念,并不只是出于得出医生在诊疗中负有抽象的善良管理人的注意义务(日本民法 656 条、644 条)、患者或家属等对医生承担诊疗报酬支付义务的结论之目的,而更是为了将医生的医疗事故责任作为医疗合同上的违约行为责任之目的而使用医疗合同这一特殊概念的。从前,在医疗事故诉讼中,一般地,是将《日本民法》第 709 条所规定的侵权行为责任作为追究医生民事责任的法律根据。即在以侵权行为为依据时,原告即患者方必须对医生的医疗事故的过失承担举证责任。但是,对于缺乏医学知识,并且也不可能充分了解医生进行了何种医疗行为的患者来说,就医生的医疗事故过失进行举证则显然是相当困难的。为此,在日本,就出现了有关“以医生与患者之间具有医疗合同关系为理由,通过医疗事故责任构成违约行为责任的理论构成,来促使医生承担违约行为责任的举证责任”的见解。<sup>[15]</sup>目前,在日本的司法实践中,对于医疗事故诉讼,一般多采用主张违约责任来追究医生的医疗事故责任。<sup>[16]</sup>

## (三) 医疗合同的法律性质与特征

### (1) 医疗合同的性质

日本现行民法的立法者认为,医疗合同是雇佣合同。但是,在后来,日本学者通过对德国学说的介绍与讨论,在医疗合同到底是承包合同、雇佣合同、委任合同、混合合同还是准委任合同的问题上,发生过激烈的争论。现在,日本通说认为,医疗合同是准委任合同。<sup>[17]</sup>

### (2) 医疗合同的特征

一般地,在几乎所有的场合,患者诉说诸如“头痛、发烧”、“右部肚子疼”等症状并接受医生的观察与治疗,从这一时刻起,就形成了“进行改善病状的医疗行为”的抽象的合同内容,然后,随着时间的推移,依次通过接受问诊、触诊、具体的检查等诊疗来探明病因,并且经过具体的下药、注射、手术等治疗过程。在这一情况下,医生首先说明上述各个具体的行为是改善病状所必要的行为,经过患者同意

后,则成为具体的医疗合同内容(债务内容)。因此,医生的说明是确定医疗合同内容的要件。医生如果不作说明而进行上述各治疗行为时,上述各治疗行为则不能成为该具体的医疗合同债务的内容,这时,“就改善最初的症状而作的不明确的一般的诊疗行为”则成为医疗合同债务的内容,而上述各具体治疗行为则是为实现该债务内容的行为。因此,对于“没有接受说明并且没有达成一致协议的医疗行为”,应认为属于医生的裁量范围的医疗行为,不是作为医疗合同内容的行为义务阶段的问题,而是以过失为前提的行为义务阶段上的问题,应该依“诚实信用原则”来处理(日本民法第1条第2款)。

因此,债权人即患者,以接受说明且达成一致协议的医疗行为作为医疗合同债权内容时,应该就该债权内容承担举证责任;但在没有接受说明且没有达成一致协议的医疗行为作为债权内容时,医生一方则应承担举证责任。在日本,上述理论构成在实体法、程序法上均被认为是恰当的。

### 三、今后的课题

在今天医疗事故频繁发生,医疗事故诉讼也与日俱增的情况下,加深对以医疗事故诉讼为前提的医疗合同理论的研究则显得尤为重要。目前,日本有力说认为,由于在日本民法典中没有对医疗合同进行单独的规定,与之相关的规定散见于其他诸法之中,这种状况缺乏法律的安定性,并且不能充分地调整与人的生命、身体密切联系的一切当事人的利益,因此,日本也应该用立法的形式将医疗合同作为典型合同规定在民法典中,并且在立法时,应该借鉴德国、特别是荷兰的立法经验。象荷兰民法一样,通过立法手段就有关订立医疗合同的能力年龄、医院与医生所处的地位、医疗合同内容中的诸如医疗水准(荷兰民法 Article 7:413)、说明与同意(荷兰民法 Article 7:448)、病历等的保存、医疗事故等问题进行规定。<sup>[18]</sup>

关于因医疗事故引发的医疗纠纷的处理,我国目前一般是依照《医疗事故处理办法》的有关规定,对医疗事故赔偿采取过失责任原则,通过追究医疗

事故行为人为侵权行为责任,即采取由受害人患者对医生的医疗事故的过失承担举证责任的方法来进行的。如前所述,这种处理方法已不足以保护缺乏高深医学知识、对技术性极强的医疗问题无法提供确凿证据的患者的利益。因此,对医疗合同进行探讨以及在探讨中借鉴外国法之研究成果,已成为当务之急。鉴此,笔者认为,今后应从以下方面完善我国处理医疗纠纷的法律制度:

1. 在《合同法》中,以典型合同的形式对医疗合同加以规定。同时,根据医疗行为的风险性、实验性、技术性以及医疗服务的连续性等特点,借鉴日本关于医疗合同的当事人、医疗合同的法律性质、特征等研究成果,结合我国国情,在《合同法》中明确规定医疗合同的成立要件、医院及医生的地位、判断医疗事故的医疗水准、医生的说明与患者的同意等有关医院和患者的权利义务等有关问题,以做到既有利于充分保护患者的利益,又顾及到医院的医疗行为的特殊性、风险性,不妨碍医学发展,也不会妨碍医生承担其义务的积极性。

2. 尽快建立完善的处理医疗纠纷的法律体系。1987年国务院颁布的《医疗事故处理办法》作为我国目前处理医疗纠纷的基本法律依据,尚存在着“法律层次低与效力受限制”、“医疗事故的定性与定级不科学”、“医疗事故案件的管辖职责不明”、“鉴定与处理职能分离”、“概念模糊”等缺陷<sup>[19]</sup>,已不能适应我国经济发展以及法制建设的需要,因此,尽快制定一部与《民法通则》、《合同法》、《民事诉讼法》等基本法律相协调,既维护患者利益,又照顾医疗活动风险性、特殊性,有利于我国医学事业发展的处理医疗纠纷的基本法,这已成为新的课题。

3. 建立医疗赔偿保险制度。医疗纠纷归根结底是损害赔偿纠纷的问题,因此,借鉴国外部分先进国家处理医疗纠纷的经验,改革现行医疗保险制度,研究如何建立符合我国国情的医疗保险制度,即通过建立医疗单位、医务人员、就诊人员参加医疗风险保险,使患者医疗费用的支出和医疗损害赔偿都通过医疗保险机构来承担,以充分保护医院和患者双方权益的医疗保险制度,已势在必行。

### 参考文献:

- [1] 杨立新. 医疗事故赔偿责任及其法律适用[M]. 中国民法案例与学理研究侵权行为篇亲属继

- 承篇. 法律出版社,1999年版,第208页.
- [2] 张新宝. 中国侵权行为法[M]. 中国社会科学出版社,1995年版,第256页.
- [3] 李志敏,王汉亮. 试论医疗责任[J]. 法学研究,1988年第5期.
- [4] 张新宝. 中国侵权行为法[M]. 中国社会科学出版社,1995年版,第256页.
- [5] 黄志高等. 医疗过失致人损害赔偿问题的探讨[J]. 中国法学,1991年第4期.
- [6] 王利明. 民商法研究 第一辑[M]. 法律出版社,1998年版,第549页.
- [7] (日)河上正二. 医疗合同与医疗事故[J]. 法律教室,167号1994年版,第64页.
- [8] 民事主体正确判断其行为结果将使其权利、义务发生变动的精神状态,日本学者称之为意思能力.一般地,日本学者认为,个人自6至7岁开始便具有意思能力.
- [9] 依日本民法第824条、第859条的规定,在该种情况下,合同当事人是患者本人而不是法定代理人.
- [10] (日)河上正二. 医疗合同与医疗事故[J]. 法律教室,167号1994年版,第65页.
- [11] 反对意见,参见最高裁判所1961年11月30日判决,载《民事判例集》[J]15卷10号第2629页.
- [12] (日)于保不二雄. 财产管理权论序说[M]. 有信堂1959年版,第193页、第232页.
- [13] (日)河上正二. 医疗合同与医疗事故[J]. 法律教室,167号1994年版,第65页.
- [14] 远藤浩等. 民法(6)契约各论[M]. 有斐阁1997年版,第241页.
- [15] 远藤浩等. 民法6 契约各论[M]. 有斐阁1997年第245页.这是由于在违约行为责任中,债权人仅就债务人违约的事实进行举证即可,而债务人则承担无过失的举证责任.
- [16] 大阪高等裁判所1972年11月29日判决,载《判例时报》[J]697号55页.
- [17] (日)中川贝田. 未来民法的思考[M]. 第162页以下.依《日本民法》第656条规定,当事人一方委托相对方实施非法律行为之事务的合同,为准委任合同.由于医生并不服从患者的监督指挥,而是根据裁量权进行诊疗行为,故,日本学者多认为医疗合同是准委任合同.
- [18] 前田达明. 医事法[M]. 有斐阁2000年版,第231页至第232页.
- [19] 梁华仁. 医疗事故的认定与法律处理[M]. 1998年版,第307页至320页.
- [20] 崔高明. 医疗纠纷处理的分析与思考[J]. 法律与医学杂志,1999年第6卷增刊版,第37页.

## Japanese Medical Contract

LUO Li

(Beijing Institute of Technology, Beijing 100081)

**Abstract** :When a medical accident occurs , the causes are usually characterized as the following two acts :one is the tort ,and the other is the break of a contract in the case of medical accidents. In Japan , the theory and corresponding legal practice for the case of breach of contract holds that the liability must be undertaken by the hospital or the doctor. It is particular that the payment of the expenditure for the investigation of the liability is done by the hospital or the doctor who is in any case considered as the debtor to the liability. If the debtor failed to prove that the breach of contract is not caused by himself , he would practically undertake the liability. This kind of contract is obviously more favorable to the patient.

**Key words** :medical accidents ; liability for breach of contract ; burden of proof ; medical contract