

刊登於醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 41-61 頁。

## 醫療契約之當事人

吳志正

Chih-Cheng Wu

臺灣大學醫學院醫學系婦產科兼任講師・東吳大學法碩士

### 第一章、前言

學者通說認定醫師與病人訂立契約，為之診療者，是為醫療契約（註 1），實務上亦早已肯認醫療契約之醫病關係（註 2），況醫業醫病關係之發生亦以此為常態。醫療提供者與病患於通常情形下，為醫療契約之雙方當事人（註 3）。但由於醫療機構組織型態的複雜化，直接提供醫療予病患者，可以是個人開業醫師、合夥開業醫師、開放醫院特約醫師、醫療機構聘用醫師等；而醫療機構可有診所、公私立醫療機構、大學或學院附設醫院、醫療財團法人及醫療社團法人等不同型態（註 4）；再醫療機構之出資者又經常不是實際之醫療提供者……等因素，導致醫療契約中，在醫療提供一方當事人的認定上確實顯得複雜。另一方面，於通常情形下，與醫療提供者締約的對造，固以病患為當事人，但隨著病患就醫型態的不同、以及涉及行為能力的有無等狀況，亦可能影響契約當事人的認定。

契約自由為近代民法的原則，除一定限度外，任何人有與任何人締結任何契約的自由，故對於醫療契約當事人的判斷，除探究醫病雙方的締約真意外，理應以實體法上權利能力之有無為斷，至於行為能力只是締約效力的問題，與契約當事人為何的判斷無關。雖然為順應社會現實與訴訟方便，於能滿足損害賠償的請求前提下，透過民事訴訟法第 40 條第 3 款與第 4 款的規定、司法院釋字第 486 號解釋之意旨、與實務例外的承認等，使訴訟法上當事人能力之範圍擴及民法上權利能力範圍之外。但本文認為醫療契約既論及當事人間的權利義務關係，原則上，當事人應以有實體法上權利能力者為限。若無權利能力，則雖具有訴訟法上當事人能力者，仍不宜認為醫療契約的締約當事人，然如何調協二者，實有研究解決之必要（註 5）。

以下第二、三章分別就醫療提供者與病患雙方，說明醫療契約締約當事人之相關問題；而胎兒與醫療契約之關係較為特殊，則另說明於第四章。

### 第二章、醫療提供者

就醫療提供者而言，可能成為契約當事人者，不外乎實際診治之醫師、機構負責醫

師等自然人、出資之自然人或法人、以及以醫師為履行輔助人的醫療機構等。對於醫療契約當事人的判斷，除醫病雙方成立醫療契約的締約真意應予考慮外，應以當事人權利能力之有無為主要判斷依據。自然人、法人固有權利能力，【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 41 頁】可為締約當事人；至於各類型醫療機構是否有權利能力，則端賴其組織及經營型態而定。因此，就醫療提供者而言，其締約當事人為何，本文試區分說明如下。

## 第一節、私人開設之醫療機構

若醫療機構為私人所開設，可有獨資、合夥、或成立醫療法人三種型態，則醫療提供一方的締約當事人，依該醫療機構的組織型態而有不同。其中以醫療法人型態成立者，應以該法人為當事人，另說明於本章第二節，其餘二者則於本節敘述。

### 一、個人獨資開設之醫療機構

#### （一）通說與實務見解

通說認為，醫療提供一方之締約當事人，以診所型態經營者（註 6），即以該診所醫師為締約當事人，而以醫院型態經營者，其締約當事人則為醫院（註 7）。實務似亦有相同見解者（註 8）。按：依社會通念與醫業現況，雖醫院、診所常以主體的地位與病患締結大量醫療契約，惟診所或醫院，若非法人型態，其實均無實體法上之權利能力，該醫療機構不得為民事契約之當事人（註 9）。然參最高法院判例之意旨，以無訴訟能力之商號或商行名義起訴或被訴，固然於法殊有未合，倘真正權利義務主體為商號獨資者，而商號不過為獨資自然人經營事業之名稱時，予以糾正、更正為以獨資之自然人為訴訟當事人即可，不生當事人能力欠缺之問題（註 10）。準此，依社會通念所謂以醫療機構為締約名義者，探究其真意，其實真正權利義務的主體並非該無權利能力之醫療機構，似可視為係以獨資之自然人為締約當事人（註 11）。

#### （二）本文見解

私人醫療機構之負責醫師（即俗稱院長）、實際診治醫師、與獨資者若為同一人時，獨資者與執業者同一，依上述實務見解，以該獨資之醫師為締約當事人，固屬正解。實則現今醫療儀器、設備競賽的醫療生態下，設立醫療機構所費頗鉅，私人醫療機構的真正獨立出資人，非必然為醫師的情形，時有所見。囿於醫療法第 18 條之規定，該獨資者若不符合擔任醫療機構負責人資格時，則須另以符合該法規定之醫師為醫院的負責人，為其經營事業。此時是否仍應依上述實務見解，認為該獨資自然人为醫療締約當事人，即非無疑。按：依醫療法第 18 條規定，醫療機構之負責醫師對於同法第 56 條至第 83 條規定之所有醫療業務，負有督導責任。況依醫療法第 20 條規定，醫療機構應將其開業執照揭示於明顯處所，該執照上即載有申請設立人（即負責醫師）之姓名與照片，故病

患就醫時，依社會現狀與一般情形，僅能信任該開業執照上所表明之資訊外觀，認知該醫療機構係由該負責醫師所申請設立、並由其總籌與督導醫療業務，與真正之出資者為何人根本無涉。準此，依上述實務見解，若仍謂病患締結醫療契約之真意，係以該獨資之自然人為契約相對人，似顯牽強。

本文認為，原則上，除醫病雙方締約時別有合意外，病患締結醫療契約之相對人，應為醫療機構之負責醫師（註 12），至於負責醫師與出資者間之內部基礎關係為何，概非所問。惟此時病患、醫師、獨資者三者間之法律關係，將視獨資者與醫師間之基礎關係而有不同，本文試述如次。

### **1、獨資者為僱用人【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 42 頁】**

倘負責醫師係受僱於獨資者，為其經營事業（註 13），並由該醫師單獨執業時，應以該負責醫師為締約當事人，負醫療契約責任；至於獨資者，除締約時另有合意為當事人者外，並非醫療契約當事人；惟依具體情事苟合於一定要件下，對病患應負民法第 188 條之僱用人之侵權行為責任（註 14）、與民法第 191 條第 1 項工作物所有人之責。若該獨資者係僱用多名醫師執業，而以其中一名為負責醫師時，負責醫師雖非其他醫師之真正僱用人，然依醫療法規定，醫療機構之負責醫師既負有統籌醫療業務、以及選任、督導醫事人員之責，本文認為仍應以機構負責醫師為締約當事人，其他實際診治醫師為其履行輔助人（註 15）。惟醫病間並非不得以該實際診治醫師為締約當事人，只是醫師既受僱於獨資設立人，又非負責人，卻願意違反其間之基礎關係而私下與病患另行締結醫療契約者，雖非不可但畢竟罕見。負責醫師雖亦受僱於獨資者，然既與其僱用人約定由其負責醫療機構對外對內之醫療事務，則認定負責醫師為契約當事人，尚不違反其與獨資者間之基礎關係。

### **2、獨資者為出租人**

若由獨資者將設立之醫療機構，包括儀器、設備等的軟硬體設備，交由醫師經營，按月收取租金者，則獨資者對於病患僅須負民法第 191 條第 1 項之責任。若該負責醫師係單獨執業，自是契約當事人無疑；若該醫療機構同時有多名醫師執業，而該多名醫師係分別與獨資者成立個別之租賃契約，而以其中一名為負責醫師時，原則上仍以負責醫師為締約相對人，實際診治醫師為履行輔助人，理由同前所述，茲不贅。惟醫師個別與獨資者分別成立租賃契約之情形下，實際診治醫師獨立為契約當事人的可能性已大為提高，倘醫病間締約真意係以該實際診治的醫師為締約當事人，亦無不可。若數名醫師間係合夥向獨資者共同承租營業，依民法第 679 條之規定，不論係以負責醫師或實際診治醫師（均為執行合夥業務之合夥人）為締約相對人，均視為他合夥醫師之代表，倘醫師敗訴，依民法第 681 條規定，各合夥醫師對於合夥財產不足清償合夥債務時，連帶負其責任。



### 3、獨資者與醫師間係合夥關係

此種情形則非屬於獨資設立之醫療機構，容於二、合夥設立之醫療機構單元再予以說明。

#### （三）實務案例之評釋

茲以一實務判決說明醫療契約當事人之認定歧異—臺灣高等法院 93 年度上易字第 1032 號民事判決，案由：原告右眼因視力有減退現象，遂前往○紹聯合診所（陳○英醫師負責）就診，由主治醫師即被告陳○英檢查，經診察後乃安排原告於 89 年 8 月間接受右眼傳統式白內障囊外摘除及硬式人工水晶體植入手術，共三次手術係由○紹聯合診所之僱用人陳○照醫師實施，術後原告右眼視力反而嚴重減退致完全失明，於 90 年間請求陳○照損害賠償，至 93 年 8 月始對○紹聯合診所追加提起損害賠償請求。本案二造當事人與法院對當事人之認定各有不同如次：

1、原告（病患）主張「陳○照自應對原告負侵權行為損害賠償責任……並有可歸責事由，依民法第 227 條、第 535 條及同法【醫事法學 13 卷第 3-4 期，2005 年 12 月，第 43 頁】第 544 條規定，亦應對原告負債務不履行責任……被告陳○照亦係受僱於○紹聯合診所而為本件醫療行為，且以被告○紹聯合診所名義辦理健保，是依民法第 188 條第 1 項規定，被告陳○英即○紹聯合診所亦應負僱用人之連帶損害賠償責任」。顯以受僱人陳○照為契約當事人，惟請求僱用人陳○英（即○紹聯合診所）負僱用人之連帶損害賠償責任。

2、被告（醫療提供方）主張「被告○紹聯合診所與原告訂立醫療契約後，雖係……陳○照為原告提供本件醫療之服務，然被告陳○照與原告間並無契約關係存在，其自不須負債務不履行之責任……」，顯以「診所」為契約當事人，至於陳○照與原告間之關係不明。

3、台灣高等法院判決（節）：「按債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第 192 條至第 195 條及第 197 條之規定，負損害賠償責任，此為同法第 195 條第 1 項前段、第 227 條之 1 所明定。本件因陳○照上開實施之醫療行為過失致造成右眼失明結果，上訴人本於侵權行為損害賠償法律關係，請求負賠償責任，即屬有據……被上訴人陳○照係任職於被上訴人○紹聯合診所……是以陳○照實施之醫療行為，即係為○紹聯合診所所為，兩者間存有僱傭關係，○紹聯合診所就其受僱人所為之侵權行為，應依民法第 188 條規定負僱傭人責任……但按因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，民法第 197 條第 1 項前段定有明文。經核上訴人係於 89 年 8 月間至○紹聯合診所接受醫療行為，並因此生失明之結果，距其至 93 年 8 月 6 日始對○紹聯合診所提起本件損害賠償請求，即已逾前開時效規定……從而○紹聯合診所為時效抗辯，應屬可採。」法院依原告之主張，以受僱人陳○照為醫

療契約當事人，而以陳○英（即○紹聯合診所）為其僱用人。

倘依本文見解，本件醫療契約中醫療提供方之契約當事人應為負責醫師陳○英，而實施手術之陳○照應係其履行輔助人。本件當事人二造之主張與法院之判決對契約當事人之認定均有再斟酌處。尤其本件係發生於民法第 227 條與第 227 條之 1 增修施行後，原告若欲對負責醫師主張損害賠償，只須對契約之正確當事人負責醫師陳○英依不完全給付請求即可。

#### （四）「借牌負責醫師」、「名義負責醫師」

依本文見解，除醫病雙方締約時別有合意外，原則上，病患締結醫療契約之相對人，應為醫療機構之負責醫師，而實際診療之醫師為該負責醫師之履行輔助人，至於負責醫師與出資者間之內部基礎關係為何，即非所問。惟現今醫療實務上，可能出現以下二類脫法行為，其一為「借牌負責醫師」，其二為「名義負責醫師」，茲分述之。

所謂「借牌負責醫師」係通謀虛偽意思表示下之醫療院所負責人，醫師僅交出其醫師執照供經營者申請設立醫療機構，實際上該名醫師自始不負擔管理、經營之義務，甚至根本不於該醫療院所提供醫療服務。此與前述私人醫療機構的真正獨立出資人，囿於醫療法第 18 條之規定不符合擔任醫療機構負責人資格時，另【**醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 44 頁**】以符合醫療法規定之醫師為醫院的負責人，為其實際經營事業者截然不同。此情形最常發生於密醫經營之醫療院所，為符合醫療法對醫療院所設立之規定，故租借醫師牌照充為負責醫師，供其合法申請設立。

與之類似之「名義負責醫師」係指，財力雄厚之出資醫師純係為逃避醫療傷害之契約責任、或逃漏稅等其他目的，可能反而以其僱用之醫師為該醫療院所之「名義負責醫師」，但該醫療院所醫療業務之統籌、以及醫事人員之選任、督導等，概與該「名義負責醫師」無涉者。此情形最常發生在，實際上由某財力雄厚之名醫所主持之醫療院所，卻故意僱用毫無經濟基礎之小牌醫師，並以其為負責醫師。實際上小牌醫師為該名醫之履行輔助人，卻反奴為主成為「名義負責醫師」，而實際經營之該名醫，則偽為履行輔助人。

上述「借牌負責醫師」與「名義負責醫師」之情形，通常多屬通謀虛偽之意思表示而少有確實正當之原因，可能屬於「消極信託」之脫法行為（註 16），果爾，本文認為醫療契約之當事人應為對該醫療院所業務之統籌、以及醫事人員之選任、督導等實際負責之人，而非該「借牌負責醫師」或「名義負責醫師」（註 17）。

## 二、合夥設立之醫療機構

病患至合夥設立之醫療機構就醫時，依醫病雙方締約之真意，醫療提供一方之締約相對人可能為負責醫師、實際診療醫師、醫療機構全體合夥人、或醫療機構四者。其中前三者皆有民法上之權利能力，均可為締約之當事人；而合夥之醫療機構本身並無權利能力，至於該機構是否為非法人團體，則屬於民事訴訟法上訴訟當事人能力之爭議（註

18)，與民法上之權利能力有別（註 19），更與判斷契約之當事人無關。

倘醫病雙方之締約真意果真以全體合夥人為當事人者，或實際診治醫師逕與病患締結醫療契約者，雖屬罕見，但並無不可。但依社會常情，原則上，仍應該醫療機構之負責醫師為締約當事人，實際診治醫師為履行輔助人。縱以該醫療機構名義締結醫療契約者，該機構無權利能力，故解釋上仍以負責醫師為締約當事人（理由同本節前述）。惟此時病患、醫師、合夥出資者間之關係，依合夥出資人與醫師間之基礎關係而有不同，以下分述之：

#### （一）負責醫師非合夥出資者

病患、醫師、合夥出資者間之關係如同本節前所說明，視負責醫師與合夥出資者之基礎關係而有不同。只是合夥出資者之責任，依民法合夥之有名契約規定論斷。

#### （二）負責醫師亦為合夥人者

倘締約當事人之負責醫師亦為合夥出資人，該負責醫師即為出名營業人，其他合夥人究為隱名合夥抑為普通合夥，端視負責醫師與其他合夥人間之合夥契約內容而定，惟尚須注意民法第 705 條表見出名營業人之適用，尚不能直接以其他合夥人並非衛生主管機關登記之負責名義人而逕認為係隱名合夥人（註 20）。實際診治醫師苟亦為合夥人，既參與實際診療，可認其為出名營業人，則不論以負責醫師或實際診治醫師為契約當事人，概依合夥之相關規定論斷；實際診治醫師苟非合夥人，則應為履行輔助人。

### 三、聯合診所

醫療法第 13 條規定有「聯合診所」之經營型態，係指二家以上診所得於同一場所設置【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 45 頁】為聯合診所，使用共同設施，但分別執行其門診業務而言。準此，名為○○聯合診所，其實係二個以上之診所共用同一場所與設施（甚至同一組櫃檯人員、藥師、以及醫療輔助人員）但分別執行其業務而言，雖各診所以聯合診所之名義對外揭示，並無個別對外之名稱，然該聯合診所仍有表明該各診所均為獨立之醫療機構之開業執照，各有其負責醫師，病患至聯合診所就醫之締約相對人，依本節前述之見解，應解為個別診所之負責醫師（註 21），茲不贅。

## 第二節、醫療法人

醫療法第 5 條第 1 項規定：「本法所稱醫療法人，包括醫療財團法人及醫療社團法人。」法人依民法第 26 條的規定，自有權利能力，可為契約當事人（註 22）。病患至法人醫療機構就醫，該機構所僱用之醫師違反僱傭契約等之規定而逕私下與病患締約者，畢竟十分罕見；應認為醫療契約之當事人為該醫療法人與病患。



### 第三節、公立醫療機構（註23）

公立醫院、衛生所等醫療機構，其設置者為國家、省或各縣市自治團體，則有認為應以各設立醫療機構之「法人」為醫療契約之當事人（註 24）；亦有認為契約當事人為中央政府、或省縣市政府各級政府之「主管機關者」（註 25）；實務見解則多直接以公立醫療機構本身為締約當事人（註 26）。按：政府機關依法所設立之公立醫院與病患間所成立之醫療關係，乃政府機關立於私法主體之地位所從事之私經濟行為，與其立於統治權行政主體所為公權力之行使不同，是公立醫院與病患間之醫療關係，仍屬一般私法契約之關係（註 27）。依我國民法規定，惟自然人與法人有權利能力，公立醫療機構並非法人，依法應無權利能力，原非權利能力主體，不能成為醫療契約之當事人。惟參司法院釋字 433 號解釋理由書謂「國家為公法人，其意思及行為係經由充當國家機關之公務員為之」之意旨，行政機關其實係充當公法人行使權利、負擔義務之媒介者（註 28）。行政機關對外雖以機關的名義行文，然其對外所承擔的權利義務，最後仍要還諸行政主體（註 29）；換言之，原無權利能力之機關，就一定法定權限內，經解釋為具有部份權利能力（註 30），亦得作為法律主體，以機關名義對外發生法律關係（註 31）。果爾，於機關權限內，以機關名義所為之締約行為仍為有效，惟其效力終歸於權利義務主體（法人）。至於行政機關之定義，民事訴訟法學者與行政法學者見解略有出入（註 32）。準此，本文認為，醫療契約之當事人應為具有權利能力之公法人，或透過解釋至少應為該醫療機構之直接主管機關，或符合機關定義之公立醫療機構本身。

### 第四節、大學或獨立學院之附設醫院

私立大學因私立學校法之規定而具有財團法人人格，得為權利義務主體，病患至其附設醫院就醫，所締結的醫療契約，除醫病雙方真意係以該診治的醫師為締約當事人者外，應以該私立學校為當事人（註 33），而所轄之各級醫師均為其履行輔助人，當無疑義，此即醫療法第 6 條所稱「法人附設醫療機構」。惟病患至法人附設醫療機構就醫，該機構所僱用之診治醫師違反與法人間之僱傭契約等約定而逕私下與病患締約者，畢竟十分罕見。【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 46 頁】

公立學校非財團法人，亦非政府機關（註 34），病患至其附設醫院就醫締結醫療契約，是否得以該公立學校為當事人，則非無疑。按：德國大學基準法第 58 條第 1 項規定（略謂）：「大學原則上為公法社團，同時為國家之機構……」然所謂「公法社團」是否為具有權利能力之公法人，於德國非無爭議，惟其通說持肯定見解（註 35）。我國大學法無相類之規定，而公立大學法人化之法制尚在草擬階段，就目前而言實難謂公立大學在法律上已具有獨立人格而有權利能力。惟公立大學於現今社會上之活動，與政府機關、或具有財團法人人格之私立學校無殊，且依政府採購法第 3 條規定，公立學校與政府機

關並列亦得為採購主體，故似不妨認為將公立大學於其法定任務範圍內，視作具有部分權利能力的行政主體，得與病患締結醫療契約（註36）。

## 第五節、開放醫院

所謂開放醫院係指，對院外醫師開放其軟、硬體設備，接受院外特約醫師帶病患來院手術或診療，或應其本院病患要求，延請院外醫師到院診療的經營模式。若由開放醫院本院的醫師診療者，則視該開放醫院之性質依前述數款原則判斷。若院外醫師係病患自招、或病患為院外醫師所引介，只是借（租）用開放醫院軟、硬體設備為其診療者，則單純就醫療部份而言，應以實際負責診治之院外醫師為締約當事人，至若病患與開放醫院間所訂立的住宿、伙食與其他護理照護等混合契約，係別一問題耳（註37）。

若由開放醫院醫師與病患自招醫師聯合診療者，本文認為，聯合診療之開放醫院醫師既已實際參與診療，開放醫院對院外醫師已有某種程度上之監督能力，為避免法律關係之複雜與減低病患言青求損害賠償的障礙，似宜視該自招醫師與開放醫院醫師均為醫療提供一方（依前述原則判斷當事人）之履行輔助人（註38）。

## 第六節、指定醫師制度

現今醫療實務，有所謂「指定醫師」診療的情形，除醫病雙方的締約真意係以該診治的醫師為締約當事人者外，此「指定醫師」診療為醫療契約的特約約款性質，與締約當事人無關，並不影響以上數節判斷原則之適用（註39）。

## 第三章、病患

醫療契約當事人之另一方為醫療需求者，原則上即為病患，然由於病患行為能力、意識狀態與締約型態等因素，亦足影響契約當事人之認定。茲分述如下（註40）。

### 第一節、有意識能力者

病患在有意識能力之狀態下就醫者，視其是否具備行為能力，能否為有效的締約意思表示，而有不同之契約當事人：

#### 一、完全行為能力人

病患本人具有意識能力與行為能力，能獨力完成締約的意思表示，契約當事人即為病患本人實屬當然，其締約的意思表示不以明示為限，默示意思表示或意思實現均無不可。醫療契約係以專屬於病患之生命、身體、健康為給付客體，故原則上有意識能力之完全行為能力人，應尊重其自由意志自行成立醫療契約；惟【醫事法學第13卷3-4期，2005年12月，第47頁】此類病患亦可授權代理人代為訂立契約，或可為第三人利益契



約的受益人，但後者依民法第 269 條規定，須病患本人有表示享受其利益的意思始足當之。

至於夫妻間相互為對方招醫者，有認為係屬於民法第 1003 條第 1 項日常家務，而謂當然可相互代理者（註 41）。按：民法第 1003 條第 1 項日常家務係規範婚姻之財產上效力（註 42），而醫療事務重在保護人身權而非交易安全之保障，將涉及人身權之醫療契約全然視之為婚姻財產上效力事項，並非得宜；故除非配偶之一方符合為他方成立第三人利益契約之要件、或有授予代理權限，否則不得謂醫療契約之訂立當然適用民法第 1003 條第 1 項日常家務之相互代理。

## 二、限制行為能力人

限制行為能力人訂立契約，依民法第 77 條本文與第 79 條的規定，須有法定代理人的允許或同意始生效力，惟依民法第 77 條但書之規定，依限制行為能力人年齡及身份、日常生活所必需者，則不受上述限制。故限制行為能力人就醫時，其締約當事人為何，遂生認定之歧見。

### （一）學說見解

學者依限制行為能力人有無法定代理人陪同就醫，於醫療契約當事人之認定上有不同見解：

**1、有法定代理人陪同** 有直接認為其醫療契約當事人為該法定代理人者（註 43）。有認為應依未成年人的意思，或根據民法第 77 條本文由法定代理人允許、或依民法第 79 條規定，經法定代理人的承認，成立以病患本人為契約當事人之醫療契約者，或由法定代理人直接以未成年病患本人的名義，代為訂立醫療契約者（註 44）。或謂以法定代理人為契約當事人之為第三人（限制行為能力人）利益契約者（註 45）。

**2、無法定代理人陪同就診** 有主張該未成年病患的契約行為，應直接解為有效者（註 46）。亦有主張若該醫療為必須之醫療時，應類推適用民法第 77 條但書規定，認為契約為有效者（註 47）；而該醫療為非必要之醫療時，譬如隆鼻、豐胸、捐贈器官、非治療性人工流產等，有直接認為該未成年病患不得為契約當事人者（註 48）、有認為仍應認為契約為有效者（註 49）、有認為仍應經法定代理人始得訂立契約者（註 50）、有認為應依民法第 79 條規定，以病患本人為契約當事人所訂立的契約，經法定代理人之承認，始生效力者（註 51）。

### （二）本文見解

限制行為能力人具有權利能力，當然得為醫療契約之締約當事人，亦得為第三人利益契約之受益人，其行為能力之受限制僅涉及醫療契約是否有效成立之問題爾，而醫療契約當事人之認定因締約之方式之不同而有差異：

**1、由法定代理人代為締約** 若依通說，法定代理人除有能力補充權外，尚有代理權，故得直接以未成年人之名義代定締結醫療契約。然依民法第 1089 條第 1 項規定，若父母同為法定代理人時，應由該未成年子女之父母共同代理為締結醫療契約之意思表示，若遇有父母意見不一致時，倘屬重大事項，應依同條第 2 項【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 48 頁】項請求法院依子女之最佳利益定之（註 52）。

**2、由未成年人親自締結** 而就未成年人的親自締結行為而言，則須視其契約之內容，若屬於民法第 77 條但書「依其年齡及身份、日常生活所必需者」時，縱有法定代理人陪同就診，仍無須得法定代理人之允許或承認，即可成立以該限制行為能力人為當事人的醫療契約。醫療契約內容是否為「日常生活所必需」，常隨當事人年齡、身分之不同並參酌當下社會通念而異其基準，譬如，十九歲已訂婚的男女到醫院接受婚前健康諮詢與血液檢驗、或請求處方避孕藥劑與相關避孕諮詢，似應認為係合於身分所為，同樣之要求與諮詢對於年僅十歲的男女而言，即難謂為適當。苟依其身分年齡，認為非屬日常生活所必須者，當然須得法定代理人之允許或承認，該限制行為能力人為當事人的醫療契約始為有效。惟該未成年子女之父母共同允許或承認時，仍有民法第 1089 條規定之適用。

**3、第三人利益契約** 法定代理人亦得以自己為契約當事人，為該限制行為能力人成立第三人利益契約，但須該限制行為能力人有享受該利益的表示始足當之，此第三人利益契約對於該未成年人而言，係純獲法律上之利益（註 53），依民法第 77 條但書規定，該未成年人可自為受益之意思，無須法定代理人之同意，但若附有負擔者，就該負擔則須由法定代理人同意，若係以父母為法定代理人時，當然仍有民法第 1089 條規定之適用。

須釐清者，上述第三人利益醫療契約就契約之形式而言，固然為純獲法律上利益，但醫療給付原具有侵權性，故限制行為能力人於契約成立後，仍須依病患同意原則對醫療給付所行使的同意權，然係別一層次的問題（註 54）；而由法定代理人代理締約之情形，亦然。

### （三）無行為能力人

未滿七歲之未成年人與禁治產人就醫時，依民法第 76 條規定應由其法定代理人代為及代受意思表示，有認為於此情形，醫療契約之當事人即非為病患本人，而係該法定代理人等者（註 55）。按：契約當事人能力原則上係以權利能力之有無為斷，無行為能力人仍具有權利能力，自仍可為該醫療契約的當事人，僅由其法定代理人以本人（無行為能力人）名義代為及代受意思表示而已，至於行為能力只是締約能力的問題而已，與契約當事人為何之判斷應無關聯。又若係以父母為法定代理人時，則同樣涉及共同代理等相關問題。倘以法定代理人為當事人，而與醫療提供者訂立為該無行為能力人利益的醫療契約（第三人利益契約），並代為受益意思，亦屬可行（註 56）。

## 第二節、無意識能力者

倘病患之情況符合醫師法第 21 條規定、或醫療法第 60 條第 1 項之「危急」情事，醫療提供者依法不得拒絕治療，此固無疑義，茲有疑問者係此時之醫病關係為何？倘病患雖處於無意識狀態但不符合「危急」之情況，則醫病關係又如何？上述情形倘有成立醫療契約者，其契約當事人又為何？

病患若陷於無意識或精神錯亂中，其所為【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 49 頁】的締約意思表示無效，因此，若該無意識能力病患與醫療提供者間，苟有醫療契約成立（註 57），必定是協助該無意識能力病患就醫的第三人所為。準此，醫療契約之當事人為何，端視該第三人如何意思表示而定。

### 一、該第三人為病患之法定代理人

無意識病患係由其法定代理人送醫時，按其情節可能包括無行為能力病患、以及限制行為能力病患陷於無意識狀態而由其法定代理人送醫之情形。於無行為能力病患，其法定代理人固可代為締約之意思表示，以該病患為當事人與醫療提供者締結醫療契約；於限制行為能力病患，通說認為法定代理人除具有能力補充權外，且有代理權，故尚得逕行代為締約之意思表示。此外，該法定代理人亦可以自己為當事人，為該無意識病患利益，與醫療提供者締結第三人利益醫療契約，並由該法定代理人代為表示受益的意思。

至於夫妻間是否得依民法第 1003 條第 1 項規定之日常家務代理權代理他方訂立醫療契約，通說肯認其適用（註 58），雖稱簡便，惟本文於前節文即敘明醫療契約之訂立無民法第 1003 條第 1 項規定之適用，何況配偶之一方陷於無意識狀態之醫療事務，生死攸關，更難謂為「日常家務」之處理，斷然無適用該項之理，應依下述之原則處理。

### 二、該第三人非為病患之法定代理人

倘該第三人為病患事先意定之代理人者，則直接適用代理之規定，依前述法定代理之原則處理。茲有疑義者係該協助送醫之第三人並非病患之法定或意定代理人時，應如何論斷醫病關係？就此，學者多區分為有扶養義務、或無扶養義務、抑或毫不相干之第三人而為論述（註 59）。於該第三人負有扶養義務時，通說認為由該第三人為當事人，與醫療提供者間締結為病患利益之第三人利益醫療契約（註 60），少數說則另包括無權代理說、以病患為給付標的說、不真正利益第三人契約說（註 61）、無因管理說（註 62）等。協助送醫之人為無扶養義務或毫不相干的第三人時，通說認為，倘該第三人表示願意成立「為該無意識病患利益」的醫療契約時，醫療契約的當事人，即為該第三人與醫療提供者雙方，該第三人日後再依無因管理向病患為主張；否則，概由醫療提供者以無因管理診治病患（註 63）。按：所謂扶養義務，謂特定人對不能依自己之資產或勞力謀生之特定人，為必要經濟的供給之親屬法上義務，依通說可區分為生活保持義務與生活扶助義務二者，故扶養之內容雖可包括維持日常生活之費用、療養身體之費用、葬式費



用、幼少者之教育費用……等（註 64），然均係指經濟上之支援與滿足而言。故扶養者雖負有負擔受扶養者醫療費用之義務（註 65），非謂由扶養義務人送醫時，即可擬制該扶養義務人必然為第三人利益醫療契約之當事人。退一步言，縱成立第三人利益契約，該無意識病患如何為表示受益的意思，亦非無疑（註 66）。

本文認為，該協助送醫者若非病患之法定代理人者，不論由有扶養義務、夫妻之一方、抑或毫不相干的第三人，協助將無意識病患送醫時，應認為係由該協助送醫者「無權代理」以該無意識病患之名義，與醫療提供者成立醫療契約。而該第三人與病患間，除有扶養義務者外，對於送醫或先代繳醫療費用等事項，對於病患均成立無因管理（註 67）；至於該第三人與醫院之間，則無任何契約關係（註 68）。【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 50 頁】按：本文採無權代理說，則協助送醫之第三人將病患送至醫療提供者時為要約，倘屬緊急醫療之情狀，醫療提供者依法自然不得拒絕治療，此固無疑義；倘非屬緊急醫療，醫療提供者「不即為拒絕的通知」、或有「足以推斷醫療提供者有承諾之事實」時（註 69），契約亦已成立，醫師不能再拒絕醫治病患，如此對病患自然較為有利，至於該無意識病患如何行使其同意權，則係別一問題。蓋若因協助送醫者非病患之法定代理人而認為醫療提供者與病患間只成立無因管理者，除非病患處於急迫危險，否則醫療提供者依法並無必為無因管理之義務，對該無意識之病患反而不利，故除非該第三人否認有無權代理之意思時，否則不宜採無因管理說。

## 第四章、胎兒

產科臨床實務上成立與胎兒有關之醫療契約型態，常見者有產前治療契約、分娩醫療契約、產前檢查契約與人工流產契約四類（註 70）。產前醫療契約之當事人，一般而言固然為醫療提供者與孕婦，然於此等醫療契約下，胎兒是否得為醫療契約之主體？是否能依契約法規定而獲得利益之保護？遂有進一步探討之必要。由於人工流產契約係以中止胎兒生命為契約目的，其性質與其他產前醫療契約迥異，且學說就相關議題之論述已頗豐，本文不擬贅述（註 71），故以下僅就其餘三類產前醫療契約說明胎兒與醫療契約主體之關係。

### 第一節、胎兒非醫療契約之主體

產前檢查契約、產前治療契約與分娩醫療契約，一方面，固然以母體之生命、身體、健康等人格權利益為考量，然另一方面亦或兼為保護胎兒人格權上之利益，甚至有專為胎兒健康所為之產前治療契約。果爾，胎兒本身是否得直接為產前醫療契約之締約當事人？或胎兒能否為母體與醫療提供者間第三人利益契約之受益人？均有探討之必要。

#### 一、胎兒非醫療契約之當事人

依民法第 7 條之規定「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生」，故對胎兒「個人利益之保護」事項，胎兒應享有權利能力，並應解為由其法定代理人代為並代受意思表示。果爾，就某些為胎兒健康利益之產前醫療契約，譬如為醫治胎兒先天疾患之產前治療契約等，胎兒似應有權利能力，故不妨為該等醫療契約之締約當事人。按：產前醫療契約，包括產前檢查契約、產前治療契約與分娩醫療契約，依其屬性不論解為委任、承攬、僱傭、或其他非典型勞務契約，亦無論其締約之目的否係專為胎兒之利益，均為雙務契約，當事人間將互負義務，並非純粹為胎兒「個人利益之保護」事項，故就雙務契約之締結，胎兒應無權利能力，不得為醫療契約之當事人。

## 二、胎兒非第三人利益契約之受益人

就第三人利益契約而言，通說認為係受益人純獲法律上利益事項，準此，以胎兒為受益人之第三人利益契約，就該契約所得之債權請求權，應可視為胎兒可享受的利益而受法律保護（註 72），屬「個人利益之保護」事項，依民法第 7 條規定，胎兒應有權利能力。因此，債權人（要約者）與債務人（醫療提供者）似可約定為胎兒利益之第三人利益醫療契約，再適用（或類推適用）民法第 76 條「無行為能力【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 51 頁】人由法定代理人代為意思表示」之規定，由胎兒之法定代理人，代胎兒為表示同意受益的意思（註 73）。惟依通說該第三人（胎兒）於行使第三人利益契約之債權請求權時，須已具有權利能力，倘視民法第 7 條規定胎兒以將來非死產者為限始具備權利能力為附解除條件者，胎兒於未出生時已具有權利能力，無須俟胎兒出生後方得請求，惟將來死產者，再依不當得利規定返還其以胎兒名義所受領之利益（註 74），果爾，臨床上的產前檢查契約、產前治療契約與分娩醫療契約三者於契約履行時，胎兒雖尚未娩出但已具有權利能力，故探究締約當事人之真意，此類產前醫療契約難謂非以胎兒為受益人之第三人利益契約；惟視「非死產」為停止條件者（註 75），產前檢查契約與產前治療契約於契約履行時，胎兒尚未娩出因而未具有權利能力，絕無適用之可能，故僅分娩醫療契約待新生兒娩出時起，始有第三人利益契約適用之可能。

單純就第三人利益契約的成立要件而言，將各類產前醫療契約解為第三人（胎兒）利益契約，固屬可能。惟任何形式的醫療給付，或多或少均具有侵權性，產前醫療給付亦不例外，譬如為治療胎兒先天性水腎時實施「胎兒腎盂導管插入術」之產前治療，即須將導管穿刺入胎兒體內為之。依近代有力學說，醫療行為因具有侵權性，必須具備阻卻違法事由方得以阻卻其違法性，而醫療契約下最主要之阻卻違法事由即是取得病患有效的同意，始能阻卻違法（註 76），產前醫療契約下之醫療給付亦同，此病患有效之同意（或稱為允諾）在侵權行為法體系下之效力，通說認為係「使加害人的不法行為由不法變換為非不法」（註 77），換言之，係病患放棄其身體以及相關人格權的完整性，願意接受醫療給付侵襲之意思通知。法定代理人雖可代胎兒為表示享受第三人利益契約利益之意思，然依民法第 7 條規定，胎兒須限於「個人利益之保護」內始有權利能力，而放

棄胎兒身體以及相關人格權的完整性並承受醫療給付侵權損害之同意（或稱為允諾），本質上為權利拋棄之不利益事項，就此胎兒依法無權利能力，準此，胎兒之法定代理人就此不利益事項根本無從代為允諾。雖有學者曾援引英國法制委員會於 1976 年通過施行之「生而殘障民事責任法，Congenital Disabilities (Civil Liability) Bill」第 1 條第 6 款規定之見解，謂「父母對於阻卻違法之允諾，所訂立之免責條款，基於『母與胎之一體性』以及『父母之法定代理權』二項理由，應解為對於胎兒亦生效力」（註 78），惟此與我國民法第 7 條規定胎兒於「個人利益之保護」事項方有權利能力之意旨顯然不符，父母斷無代理胎兒為允諾、訂立免責條款、或使其免責條款之效力及於胎兒之理，故本文不採。綜上所述，為胎兒的第三人利益醫療契約縱已成立，其給付標的無從依得被害人（胎兒）之允諾以阻卻違法，倘別無阻卻違法事由存在，該醫療給付為自始客觀之法律上不能，依民法第 246 條第 1 項本文之規定，該產前醫療契約終究歸於無效。

## 第二節、醫療契約下胎兒之法律地位

如前所述，胎兒未娩出前並非產前醫療契約的締約當事人，亦非受益人，換言之，胎兒無從由法定代理人為自己訂立醫療契約，而他人亦無從為胎兒利益訂立任何有效之醫療契約。果爾，應如何論斷孕婦與醫療提供者所締【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 52 頁】結之產前醫療契約下胎兒的法律地位，容另撰文詳述之。

## 第五章、結語

辨明醫療契約當事人的實益，在於釐清醫療契約下醫病間權利義務的主體，以正確論斷契約責任的歸屬，最終目的則在於滿足損害賠償的請求。然而確定醫療契約當事人為何，對於慣於依侵權行為法請求醫療損害賠償者，或許較不重視，因此向為學說所忽視，亦是實務界對適用醫療契約論斷醫病關係仍存有疑慮之主因（註 79）。

自民國 88 年民法增訂第 227 條第 2 項與第 227 條之 1 後，病患就醫療傷害依債務不履行法律關係主張權利者，對其人格權的保護已與依侵權行為法請求者幾乎無異，而且依債務不履行請求賠償，其舉證責任分配與時效均有利於原告。嗣民國 93 年 4 月醫療法第 82 條第 2 項增修後，咸認為已間接排除依侵權行為法援引消費者保護法無過失責任之優勢（註 80），再最高法院已有表示醫療行為無消費者保護法適用之見解（註 81），因此依債務不履行關係請求醫療傷害之損害賠償，對病患之保護將更有實益（註 82）。準此，本文認為，醫療事故的處理，終將回歸至契約法框架之下，果爾，辨明醫療契約當事人應為第一要務，本文就相關問題提出淺見，盼能有助於醫療契約當事人之正確認定。

## 註解



- 註 1：參孫森焱，論醫師為診療行為應負之義務，「鄭玉波先生七秩華誕祝賀論文集」，頁 165，三民，1988 年初版，定義狹義診療契約謂「醫師設立診所，與病人訂立契約，為之診療疾病者，是為診療契約」。
- 註 2：最高法院 53 年台上字第 2354 號、70 年台上字第 1049 號民事判決參照。
- 註 3：保險制度下，醫療契約當事人為何，學說紛陳，惟參我國現況宜認為醫療契約仍存在於病患（被保險人）與醫療機構間；病患（被保險人）與保險機構間（保險人）間存在者為保險契約；而健保特約醫療機構與健保局間則為委任契約（公法契約）。參司法院釋字第 533 號解釋謂（節）「中央健康保險局依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構合約，約定由特約醫事服務機構提供被保險人醫療保健服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，故此項合約具有行政契約之性質」；並參蔡維音，全民健保之法律關係剖析（上）（下）一對中央健保局、特約醫事機關以及被保險人之間的多角關係之分析，月旦法學雜誌第 48 期，頁 67-78、第 49 期，頁 110-5，1999 年。其他相關學說介紹，請參張世展，「司法研究年報第 24 輯第 1 篇——論醫療行為有關民法上損害賠償諸問題」，頁 178-220，司法院，2004 年。
- 註 4：參醫療法第 2、3、4 條與第 5 條第 1 項之規定。
- 註 5：民事訴訟法對當事人能力自是較實體法上之權利能力範圍為寬，前者係為順應實務訴訟之便而為擴張，然如何調協【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 53 頁】二者，實有研究解決之必要。參姚瑞光，「民事訴訟法論」，頁 88-9，自刊，2004 年。
- 註 6：診所與醫院之區別，參醫療法第 12 條規定。
- 註 7：陳碧玉，醫療關係之法律性質，法學叢刊第 83 期，頁 61，1976 年，謂「私人醫院診所等非個人開業醫之組織，以各該醫院診所為契約當事人」；黃丁全，「醫事法」，頁 249，元照，2000 年初版，援引清水兼男，診療過誤と醫師の民事責任，頁 799 之見解，並謂「醫療機構，如非個人開業醫，則以醫療機構為契約當事人，此時主治醫師僅居於醫院之使用人或輔助人之地位」。按：日本學者如是謂，係因其醫療機構設立之相關規定與我國不同之故。另參楊秀儀，法定急救義務？強制締約義務？依醫師法第 21 條、醫療法第 43 條性質解析——台灣本土法學雜誌第 49 期，頁 116-7，2003 年，謂「但在社會通念上，醫院、診所仍以主體的地位發生大量的私法法律行為，如和病人締結醫療契約……等，若發生紛爭，實務上普遍利用『非法人團體』的理論加以因應之」。按：若將醫院、診所一概視為「非法人團體」，恐有誤會。
- 註 8：參臺灣高等法院 90 年度重上字第 463 號民事判決：「又病患前往醫療機構就診，

若該醫療機構非醫師個人所開設，則成立醫療契約之當事人應為病患與醫療機構，醫療機構之醫師若為病患診治，醫師係屬醫療機構關於醫療契約之履行輔助人，於醫師對病患應負債務不履行責任時，依民法第 224 條之規定，醫療機構亦應就其醫師之故意或過失負同一責任。」按：本案所涉之醫療機構其實為醫療財團法人，之所以可為締約當事人，其實係因法人原來具有民法上之權利能力，而非由於是「非醫師個人所開設的醫療機構」。另參臺灣高雄地方法院 92 年度醫字第 5 號民事判決，逕以「馨蕙馨醫院」為當事人。

註 9：參邱聰智，醫療過失與侵權行為，「民法研究」，頁 416，五南，2000 年 2 版，謂「一般以為，患者進入醫院、診所應診，如該醫院非個人開業之醫院或診所，應以醫療機構為契約之當事人，已成為一般學者之通說。」然邱氏質疑謂：「在我國，並未如外國之例，使醫院或醫師三人以上經常住院診療之診所，成立醫療法人。因此，醫院成為具有權利能力之契約主體，其理論根據何在，似待探討。」按：此所謂「外國之例」係指日本醫療法第 29 條（略謂）：「醫療法人乃指醫院或三人以上醫師開設診療所，其為社團法人或財團法人。」

註 10：參最高法院 41 年度台上字第 1040 號判例之原判決理由中述及：「其由私人獨資經營之商號，雖亦係以商號名義為交易，然既與非法人之團體有別，自仍應以該私人為當事人，本件被上訴人獨資經營之華光影業社，並非合夥組織，有其提出之台北市政府北商創（40）字第 11879 號登記證可據，是華光影業社不過為上訴人個人經營事業之名稱，自無獨立為當事人之能力，乃原審列華光影業社為當事人，而以上訴人為其法定代理人，於法殊有未合，應予糾正」。另參最高法院 44 年台上字第 271 號民事【醫事法學第 13 卷第 3-4 期，2005 年 12 月，54 頁】判例：「某商行為某甲獨資經營，固難認為有當事人能力，但某甲在一、二兩審既以法定代理人名義，代其自己獨資經營之某商行而為訴訟行為，與實際上自為當事人無異，祇應於當事人欄內予以改列，藉資糾正，不生當事人能力欠缺之問題。」

註 11：參臺灣臺北地方法院 91 年度訴字第 2340 號民事判決，初以「博○綜合醫院」為締約當事人，而以醫療法出資者「王建○」為其法定代理人，嗣經臺灣高等法院 92 年度上字第 596 號民事判決謂「該醫療機構為獨資」故「更正」以「王建○」為當事人，於當事人欄更正載為：上訴人王建○（即博○綜合醫院）。

註 12：參王祖寵，醫師之民事過失責任，法令月刊第 21 卷 1 期，頁 6，1970 年，亦認為於綜合醫院或二人以上之專科醫院，其締約當事人為醫院之「經營者」，指「院長」而言。

註 13：其基礎關係非必以僱傭契約為之，委任、承攬、或其他無名契約均無不可。

註 14：最高法院 57 年台上字第 1663 號判例：「民法第 188 條第 1 項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者

均係受僱人。」

- 註 15：不同意見參張世展，前揭註 3，頁 160，認為多人註診之診所，應以病患所信賴之實際診療醫師為醫療契約當事人，惟該文復主張「就一般醫院應以醫院負責人為契約當事人」，對醫療契約當事人之見解，似不一貫。
- 註 16：參最高法院 71 年度台上字第 2052 號判決意旨：「如委託人僅以其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產之管理、使用、或處分悉由委託人自行辦理時，是為消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀而為之虛偽意思表示，極易助長脫法行為之形成，法院殊難認其行為之合法性。」
- 註 17：英美案例法上為追訴真正僱用人之責任，防堵其假借「independent contractor」逃脫責任，對於所謂「independent contractor」與「employee」的鑑別要件即是依「control」之有無為斷，可供參考。詳可參 5 AMJUR POF 2d 219,「In differentiating between an independent contractor and an agent or employee, the most important factor is obviously that of control; qualification as an independent contractor depends primarily on the extent to which the hired party may exercise control over performance of the stipulated work, including control over the premises on which the work is to be performed and control over the workmen. It is not the fact of actual interference or exercise of control by the employer, but rather the existence of the right or authority to interfere or control, which renders one a servant or employee rather than an independent contractor.」
- 註 18：通說認為合夥若符合最高法院 64 年台上字第 2461 號民事判例意指所述之要件，即設有代表人或管理人、有一定之名稱及事務所或營業所、並有一定之目的及獨立之財產者，即屬於民事訴訟法第 40 條第 3 款的非法人團體，參陳計【**醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 55 頁**】男，「民事訴訟法論（上）」，頁 95-6，三民，2004 年增訂 3 版；王甲乙、楊建華，鄭健才「民事訴訟法新論」，頁 52，自刊，2003 年。實務見解亦同，參最高法院 41 年度台上字第 1040 號判例，另參同院 58 年 8 月 25 日民刑庭總會決議，亦同此意旨。不同意見，參姚瑞光，前揭註 4，頁 88，以合夥團體無獨立財產、合夥共同經營非必有管理人或代表人等理由，否認其為非法人團體。
- 註 19：呂太郎，所謂非法人團體之權利能力，台灣本土法學雜誌第 3 期，頁 180-3，1999 年。另參最高法院 67 年台上字第 865 號民事判例。
- 註 20：最高法院 64 年度台上字第 1122 號民事判例：「合夥關係之存在與否，應就當事人有無互約出資經營共同事業之客觀事實予以認定，至有無辦理廠商登記，在所不問。」再參最高法院 65 年度台上字第 2936 號判例：「現行商業登記法，並未規定由出名營業人登記為獨資營業時，其他合夥人即視為隱名合夥人，上訴人究為



隱名合夥抑為普通合夥，端視上訴人與其他合夥人間之合夥契約內容而定，尚不能以商業登記為獨資即認上訴人為隱名合夥人，謂有民法第704條第2項之適用。」

註21：張世展，前揭註3，頁160，司法院，2004年，同此見解

註22：參最高法院81年度台上字第2967號判決，即以財團法人長庚紀念醫院為契約當事人而為是否有債務不履行以及侵權行為之判斷。最高法院92年度台上字第1057號民事判決以財團法人新光吳火獅紀念醫院為當事人。另臺灣高等法院89年度上字第1132號民事判決（節）：「惟查上訴人財團法人私立深○醫院並未辦理法人登記……雖其現仍屬非法人之醫療營業主體，而由上訴人黃○明獨自負責主持，但非權利義務之主體，並無當事人能力，被上訴人竟以之為被告起訴，自非法之所許，應予駁回。」按：本案之深○醫院未辦理法人登記前，由黃○明獨資主持，亦不屬非法人團體，自然不是權利主體。

註23：醫療法第3條原規定：「本法所稱公立醫療機構，係指由政府機關、公營事業機構或公立學校所設立之醫療機構。」但本文將公立學校所設立之醫療機構另說明於本節第四款。

註24：陳碧玉，前揭註6，頁61。

註25：邱聰智，前揭註8，頁416，並援引定塚孝司，醫師と患者の法律關係，收錄於中川善之助、兼子一監修，「醫療過誤、國家賠償」，東京都青林書院新社，頁5，1973年初版。

註26：參臺灣高等法院92年度上字第396號民事判決以台北市立和平醫院為當事人。臺灣高等法院92年度重上字第111號民事判決以台北市立婦幼綜合醫院為當事人。按：台北市自2005年1月1日起臺北市立醫療院所將原有十家醫療院所，包括六家綜合醫院（中興、仁愛、和平、婦幼、陽明、忠孝）、三家專科醫院（市療、慢性病防治院、中醫醫院）、一家性病防治所的組織編制，轉型為「臺北市立聯合醫院」，下設九個院區。嚴格而言，無論係台北市立聯合醫院或其院區均無民法上的權利能力。

註27：最高法院93年度台上字第1486號民事【醫事法學第13卷3-4期，2005年12月，第56頁】判決。另參葉百修，國家賠償法，翁岳生編，「行政法（下）」，頁1361，自刊，2000年2版；林昱梅，緊急病患成人球與國家賠償，月旦法學教室第31期，頁28，2005年。

註28：李建良等著，「行政法入門」，頁176-7，元照，2004年2版。

註29：翁岳生，「行政法（上冊）」，頁224，自刊，1998年初版。

註30：陳敏，「行政法總論」，頁241，神州，2004年4版；李建良，公立大學公法人化之問題探析，台大法學論叢第29卷4期，頁54，2000年。

註31：陳敏，前揭註30，頁241，謂此為「過渡性質之歸屬」，此一歸屬無須為法律技

術上終局之歸屬，例如法人之機關，亦得作為法律主體。

註 32：姚瑞光，前揭註 4，頁 89，謂「須有相當獨立性，具有得依預算法編製預算之資格者，始為相當」。另參吳庚，「行政法之理論與實用」，頁 153，三民，2003 年增訂 8 版；李惠宗，「行政法要義」，頁 77，五南圖書，2002 年增訂 2 版，謂機關須有單獨之組織法規、獨立之編制與預算、以及依印信條例頒發之大印或關防。法務部（83）法律字第 08507 號曾釋示，須具有獨立編制、獨立預算、依法設置、對外行文等四項為認定標準。

註 33：參臺灣臺中地方法院 89 年度重訴字第 835 號民事判決，即以「中國醫藥學院」而非以「中國醫藥學院附設醫院」為當事人。

註 34：姚瑞光，前揭註 4，頁 90。

註 35：李建良，前揭註 30，頁 21。

註 36：參最高法院 93 年度台上字第 1895 號民事裁定、最高法院 92 年度台上字第 1746 號民事裁定、最高法院 89 年度台上字第 2663 號民事判決等，均以國立台灣大學醫學院附設醫院為當事人，以該醫院之院長為法定代理人。按：似宜以國立台灣大學為當事人，而以校長為代表人，可委任（授權）附設醫院之院長為訴訟代理人進行訴訟，此參姚瑞光，前揭註 4，頁 90，針對分公司當事人能力之見解。

註 37：陳碧玉，前揭註 6，頁 61。

註 38：不同意見參黃丁全，前揭註 6，頁 249，謂「應成立兩個契約，契約當事人分別為自外招請之醫師與該開放醫院。」按：若採此說，於醫療事故發生時，有分別的二個契約責任主體，病患囿於專業障礙，必然難以釐清二者之責任歸屬，而不利於訴訟。

註 39：張世展，前揭註 3，頁 161；另請詳參拙著，醫療契約論，頁 151-6，東吳大學法律學系碩士論文，2005 年 7 月。不同意見如下，認為締約當事人為該被指定醫師者，參邱聰智，前揭註 8，頁 416。認為締約當事人仍為該醫療機構者，參李聖隆，「醫護法規概論」，頁 90，華杏，1993 年 3 版。亦有認為醫院與醫師均為當事人者，亦有認為視病患掛號時是否另外負擔指定醫師費而有不同者，參管靜怡，「醫療的民事責任與危險分擔」，台灣大學法律學系研究所碩士論文，頁 17，1998 年 6 月。

註 40：惟本文此處僅說明醫療契約成立之當事人相關問題，至於各該醫療契約成立後病患同意權應如何行使，乃係別一問【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 57 頁】題。

註 41：不同意見參陳碧玉，前揭註 6，頁 61，謂「在夫為妻之治療而召醫的場合，早期德國判例認為診療契約存在於夫與診療者之間而不及於妻，近年來實務界認為妻既為診療對象，診療行為者對其負診治義務，故妻亦與其成立診療契約……在我

現行法下……夫妻之任何一方皆有行為能力，應以診療對象為契約當事人成立單一診療契約為宜」。

註 42：戴炎輝、戴東雄，「親屬法」，頁 164-7，自刊，2002 年新修訂版，謂「日常家務云者，指一般家庭日常所處理之事項而言……決定其是否屬於日常事務……近來學說，為保護善意第三人，均謂：得依夫之表見的生活程度，決定其是否屬於日常家務」，其註六謂「由社會的地域的習慣與各家庭之生活狀態（例如夫妻之身分、階級、職業、趣味之好尚、子女及使用人之人數、夫妻財產及收入），而定日常家務之標準」。按：判斷是否為日常家務之基準中，均以保障交易相對人而為考量，然上揭基準無一為醫療契約所重視者，足見醫療契約與日常家務之性質完全不符。

註 43：邱聰智，前揭註 8，頁 416-7。

註 44：王澤鑑，「民法總則」，頁 349，自刊，2002 年 7 刷增訂版；林誠二，「民法總則編講義（下）」，頁 88，瑞興圖書，1999 年修訂版，謂「通說認為法定代理人除具有能力補充權外，且有代理權，故尚得逕行代為或代受意思表示」；黃丁全，前揭註 6，頁 251，謂應依未成年之限制行為能力人之意思，由其親權人或其他法定代理人，同意訂立醫療契約或為其訂立醫療契約。不同意見，參戴炎輝、戴東雄，前揭註 42，頁 489，謂「限制行為能力人之法定代理人，與無意思能力人之法定代理人之權限不同。前者僅有『同意權』……後者祇有代理權而無同意權。」

註 45：陳碧玉，前揭註 6，頁 61，謂「通說以患者若由法定代理人陪同受診，契約當事人為法定代理人，屬於『為第三人契約』。」

註 46：參邱聰智，前揭註 8，頁 417，援引日本學者鈴木俊光之見解。

註 47：黃丁全，前揭註 6，頁 251；陳碧玉，前揭註 6，頁 61。

註 48：陳碧玉，前揭註 6，頁 61，謂「若所接受的為無診療目的之醫療行為，如美容……等，因非日常生活所必要，不得為契約當事人。」

註 49：朱明康，「醫療過誤民事法律問題之研究」，中興大學法律研究所碩士論文，頁 27，1979 年。

註 50：李聖隆，前揭註 39，頁 76。

註 51：黃丁全，前揭註 6，頁 252。

註 52：參孫森焱，「民法債編總論（上冊）」，頁 93，自刊，2002 年修訂版，謂關於共同代理之規定，苟非消極代理，於法定代理亦有適用，而民法第 1089 條即為民法第 168 條但書之法律另有規定。

註 53：史尚寬，「債法總論」，頁 595，自刊，1990 年 8 月版；鄭玉波著，陳榮隆修訂，「民法債編總論」，頁 471，三民，2002 年修訂再版；孫森焱，前揭註 52，頁 862-3；邱聰智，「新訂民法債編通則（下冊）」，頁 615，輔仁大學法學叢書，2001 年新訂 1 版。孫氏謂「所謂表示受益之【醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 58



頁】意思，無論明示或默示均無不可，因其表示此意思即可獲得利益，故第三人為限制行為能力人時，依民法第 77 條但書規定亦得以單獨行為為之。若負有負擔者，就其負擔仍應得法定代理人之同意」。

註 54：就此揭限制行為能力人同意權行使之相關問題，詳參拙著，醫療契約論，頁 263-75，東吳大學法律學系碩士論文，2005 年 7 月。

註 55：陳碧玉，前揭註 6，頁 61；邱聰智，前揭註 8，頁 416，謂「無行為能力人或精神喪失人，契約之當事人即為親權人或其他法定代理人，無此等人者，則為其保護人」。

註 56：參邱聰智，前揭註 53，頁 615 註 155 謂「無行為能力人為受益人者，解釋上由法定代理人為之，但無行為能力人而有意思能力者，宜類推適用限制行為能力人之規定，因其受益表示而享有之」。按：適用於醫療契約時，則另須考慮該受益第三人尚有「病患同意權」之行使問題。

註 57：蓋醫病間債之發生原因不以契約為限，其間亦可能為醫療無因管理等其他關係。

註 58：陳碧玉，前揭註 6，頁 61，認定此為「日常家事」直接適用民法第 1003 條第 1 項互為代理之規定；邱聰智，前揭註 8，頁 417，謂「夫妻間之一方，因他方之昏迷，而將其送醫治療者……可解釋其係包含於日常家務範圍內之事項」；相同見解另參黃丁全，前揭註 6，頁 252。

註 59：亦有不區分是否有扶養義務者，參朱柏松，適用消保法論斷醫師之責任，台大法學論叢第 27 卷 4 期，頁 19，1998 年，謂不區分是否有扶養義務，均論斷為第三人利益契約；並認為如採無因管理說，有時會在適法的無因管理方面發生該當與否的困難。

註 60：陳碧玉，前揭註 6，頁 61；黃丁全，前揭註 6，頁 252；邱聰智，前揭註 8，頁 417。

註 61：張世展，前揭註 3，頁 164。

註 62：邱聰智，前揭註 8，頁 417。

註 63：邱聰智，前揭註 8，頁 417。張世展，前揭註 3，頁 175，稱此情形為「醫院或醫師接續第三人而為無因管理之管理人」。

註 64：戴炎輝、戴東雄，前揭註 42，頁 526-7、頁 541。

註 65：參最高法院 29 年上字第 1121 號判例：「受扶養權利者患病時，必須支出之醫藥費用，為維持生活所需要之費用，定扶養之程度，依民法第 1119 條之規定，既應參酌受扶養權利者之需要，則此項費用之供給，自在扶養義務範圍之內。」另參最高法院 18 年上字第 934 號判例：「疾病非生活常態，原難於扶養費中預計，如遇有重大之病症祇可要求臨時開支，要難援為扶養費用預算不敷之理由。」

註 66：參黃丁全，前揭註 6，頁 253，就無意識病患如何為表示受益的意思，謂有推定

同意說、默示同意說、特約排除說等。按：「推定同意」須嚴格限縮於緊急醫療，病患無意識並非必然緊急，譬如酒酣僅是暫時無意識者；「默示同意」雖是默示，但仍是意思表示，仍須有意識能力與行為能力；「特約排除」係指【**醫事法學第13卷3-4期，2005年12月，第59頁**】以特約排除以第三人受益表示為要件，根本抵觸民法第三人利益契約之要件，況醫療給付本具有侵襲性，此說有侵犯無意識病患人格權之虞。

- 註 67：王澤鑑，法定扶養義務人為被害人支出醫藥費之求償關係，「民法學說與判例研究（第四冊）」，頁 184-5，自刊，1983 年。
- 註 68：陳碧玉，前揭註 6，頁 62，採後說，惟僅限於無扶養義務之第三人協助送醫之情形。
- 註 69：醫療契約之要約、承諾、成立之時點等相關討論，詳參拙著，醫療契約論，頁 122-8，東吳大學法律學系碩士論文，2005 年 7 月。
- 註 70：另有臍帶血存放契約亦屬包含產前醫療契約之混合契約，對其中胎兒、母體與存放業者間之契約上權利義務之探討，詳參邱玫惠，「臍帶血幹細胞及其衍生物的法律地位」，東吳大學法律學系碩士論文，頁 78-90，2005 年 8 月。
- 註 71：詳參薛智仁，論人工流產同意權（上）（下），台灣本土法學雜誌第 48 期，頁 143-55、第 49 期，頁 173-85，2003 年。
- 註 72：孫森焱，「民法債編總論（下冊）」，頁 862，自刊，2004 年修訂版，謂：「被指定之第三人不問自然人或法人均無不可，即使設立中之法人或胎兒亦屬無妨。惟第三人行使權利時，應具權利能力，乃屬當然。」
- 註 73：惟依民法第 1089 條規定，是否應由胎兒之父母共同代理胎兒，向債務人（醫療提供者）表示欲享受利益之意思表示，若遇有父母意見不一致時，是否應依同條第 2 項規定，請求法院依胎兒之最佳利益定之？或類推適用民法第 1166 條第 2 項之規定，以胎兒之母為代理人向債務人表示欲享受利益之表示即可，亦屬難題。參史尚寬，「民法總論」，頁 75，自刊，1970 年，認為係類推適用民法第 1166 條第 2 項之規定。
- 註 74：參王澤鑑，對未出生者的保護，「民法學說與判例研究（第四冊）」，頁 272，自刊，1983 年，謂「依德、英、美三國立法例及判例學說，須俟被害人出生後始得請求，似以我國現行法之規定較為周全」；另參姚瑞光，前揭註 4，頁 85，謂「胎兒有當事人育旨力之法定要件為（一）以將來非死產者為限。但非指將來非死產時，始有當事人能力，而係指現在即有當事人能力。（二）關於其個人利益之保護之事件。就前一條件言，如果胎兒將來死產，其因訴訟而得之利益，溯及既往的喪失」。
- 註 75：王伯琦，「民法總則」，頁 43，正中，1963 年。
- 註 76：參邱聰智，前揭註 8，頁 421，謂「醫療關係，多數情形均為契約，其所表現於

適法理論者，情形大都為患者之同意一點」。

註 77：孫森焱，前揭註 52，頁 209-10。

註 78：王澤鑑，前揭註 74，頁 259-61、273。按：若採此說，則有成立以胎兒為第三人之「第三人利益醫療契約」之可能。

註 79：參張世展，前揭註 3，頁 56-7，即直指以契約責任論斷醫療糾紛，就我國現今實際醫療生態而言，將遭遇誰為契約當事人，以及醫師與醫院間之錯綜複雜法律關係，故認為仍以侵權行為法上之規【**醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 60 頁**】定詮釋、探討醫療糾紛損害賠償問題為宜。

註 80：許美麗，醫療法之修正對醫療糾紛民事責任之影響，新竹律師會刊第 8 卷，頁 99-106，2004 年；朱柏松，整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範，月旦法學教室第 31 期，頁 95，2005 年。另參姜世明，醫師民事責任程序中之舉證責任減輕，月旦民商法雜誌第 6 期，頁 13-4，2004 年，謂醫療法第 82 條僅排除無過失責任，並未排除推定過失（即倘依契約法論斷，主觀歸責事由之舉證責任仍在醫療提供者）。惟另有學者主張醫病關係雖因醫療法第 82 條之增修而排除消保法無過失責任，惟仍應適用民法第 191 條之 3 推定過失之危險責任者，參楊方賢等，「民法研究（第五冊）」，頁 150，黃立教授之發言紀錄，學林文化，2001 年；江順雄，「醫療意外侵權責任歸責原則之探討與分析」，國立成功大學法律學研究所碩士論文，頁 111-8，2003 年。按：姑不論民法第 191 條之 3 是否為推定過失、危險責任，或二者兼具，醫療行為雖有侵權性，惟若據此謂為民法第 191 條之 3 所規範之危險事業，可謂差之毫釐失之千里矣，同本文見解認為醫療行為不適用民法第 191 條之 3 者，參王澤鑑，特殊侵權行為（九）—危險工作或活動責任—民法第 191 條之 3 與侵權行為法的發展，台灣本土法學雜誌第 74 期，頁 48-51，2005 年；陳忠五，醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上），台灣本土法學第 36 期，頁 63，2002 年；陳自強，民法侵權行為法體系之再構成（下）—民法第 191 條之 3 之體系地位，台灣本土法學第 17 期，頁 38-40，2000 年。

註 81：最高法院 94 年度台上字第 1156 號民事裁定（節）：「查醫療行為並不適用於消費者保護法之規定，從而，上訴人依消費者保護法第 51 條規定，請求被上訴人給付上訴人……核屬無據」。

註 82：不同意見參陳佩吟，「醫師產前檢查失誤之民事賠償責任」，東吳大學法律學系碩士論文，頁 51，2005 年 6 月，謂以契約法論斷醫療責任之難處在於一醫師不易舉證自己之不可歸責、病患無從直接向實際診治醫師請求賠償、全民健保後契約當事人認定尚存爭議等三項理由，似主張仍應以侵權行為法為論斷醫病關係之主軸。【**醫事法學第 13 卷 3-4 期，2005 年 12 月，第 61 頁**】