

吉林  
大学  
出版  
社

古津贤 ◆ 主编

# 医疗侵权法



YILIAO

QINQUANFA

LUN

2006年天津市高等院校人文社科规划项目(项目编号:20062716)

# 医疗侵权法论

主 编 古津贤

副主编 李大钦 李耀文 贺贯树

其他撰稿人(按姓氏笔画排序)

王 伟	刘 祺	李雅琴	李 博
吴 昊	张 军	张更全	柳春敏
杨俊青	周立群	冼舒雅	郝 静
赵会朝	顾婵媛	唐 健	焦艳玲
强美英	蔡 昱		

吉林大学出版社

---

图书在版编目 (CIP) 数据

医疗侵权法论/古津贤主编.—长春：吉林大学  
出版社，2008.8  
ISBN 978-7-5601-3900-5

I. 医… II. 古… III. 医疗事故-民事纠纷-侵权行为-  
研究-中国 IV. D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 118724 号

---

书 名：医疗侵权法论  
作 者：古津贤 主编

责任编辑、责任校对：刘子贵  
吉林大学出版社出版、发行  
开本：787×1092 毫米 1/16  
印张：22.375 字数：400 千字  
ISBN-978-7-5601-3900-5

封面设计：孙群  
吉林科华印刷厂 印刷  
2008 年月 第 1 版  
2008 年月 第 1 次印刷  
定价 50.00 元

版权所有 翻印必究  
社址：长春市明德路 421 号 邮编：130021  
发行部电话：0431-88499826  
网址：<http://www.jlup.com.cn>  
E-mail：[jlup@mail.jlu.edu.cn](mailto:jlup@mail.jlu.edu.cn)

## 目 录

导 论	1
第一章 医疗行为成因的主客观研究	9
第一节 医疗行为的界定	9
第二节 医疗行为的客观性研究	15
第三节 医疗行为的主观性研究	29
第二章 医疗侵权行为和医疗侵权行为法	34
第一节 医疗侵权行为	34
第二节 医疗侵权行为法	51
第三章 医疗侵权行为法律关系的主体研究	60
第一节 医疗侵权的行为主体和责任主体	60
第二节 医疗侵权行为的受害主体	65
第三节 医疗侵权行为中的专业人士民事责任	66
第四章 医疗侵权责任的归责原则	82
第一节 归责原则概述	82
第二节 医疗侵权责任中的归责原则研究	85
第三节 医疗侵权免责事由	91
第五章 医疗侵权损害	101
第一节 医疗侵权损害的概念	101
第二节 医疗侵权损害的类型	104
第三节 医疗侵权损害认定的标准和程序	117
第六章 医疗侵权行为违法性的界定及其类型化研究	122
第一节 疏于救治的医疗侵权	122
第二节 违反保密义务的医疗侵权	126
第三节 药品和医疗设备原因引起的医疗侵权	130
第四节 输血输液导致患者或第三人损害的侵权	134
第五节 急救站救助不及时致人损害的侵权	144
第六节 涂改销毁隐匿病历的侵权	147
第七节 违反医疗告知义务的侵权	155
第七章 医疗侵权责任因果关系的认定	162

第一节	医疗侵权责任中的过失认定·····	162
第二节	侵权责任因果关系认定的一般问题·····	165
第三节	英美法系因果理论及其认定·····	169
第四节	大陆法系因果关系理论及认定·····	179
<b>第八章</b>	<b>医疗侵权中的过错·····</b>	<b>183</b>
第一节	医疗过错概述·····	183
第二节	医疗注意义务·····	191
第三节	医疗过错的判断标准·····	205
第四节	医疗过错的抗辩事由·····	228
<b>第九章</b>	<b>医疗损害赔偿责任的竞合·····</b>	<b>235</b>
第一节	民事责任竞合理论·····	235
第二节	医疗损害的违约责任与侵权责任的竞合·····	240
第三节	国外医疗损害赔偿责任的认定·····	250
第四节	我国对医疗损害赔偿责任竞合的立法选择·····	253
<b>第十章</b>	<b>医疗侵权诉讼中的举证责任分配·····</b>	<b>258</b>
第一节	举证责任理论·····	258
第二节	举证责任的分配原则·····	263
第三节	医疗侵权诉讼的举证责任倒置理论·····	267
第四节	医疗侵权责任认定中的医学鉴定·····	274
<b>第十一章</b>	<b>医疗侵权的民事责任·····</b>	<b>281</b>
第一节	医疗侵权的民事责任概述·····	281
第二节	医疗侵权民事责任构成要件·····	283
第三节	医疗侵权民事责任的认定·····	295
<b>第十二章</b>	<b>医疗损害赔偿·····</b>	<b>297</b>
第一节	损害赔偿原则·····	297
第二节	损害赔偿权利人·····	300
第三节	医疗损害赔偿的范围和计算方法·····	301
第四节	损害赔偿方式·····	306
第五节	医疗损害赔偿案件的法律适用·····	307
第六节	精神损害赔偿·····	313
<b>第十三章</b>	<b>医疗侵权的处理机制研究·····</b>	<b>317</b>
第一节	医疗侵权处理机制概述·····	317
第二节	我国医疗侵权处理机制·····	321
第三节	医疗保险责任制度研究·····	330

---

第十四章 医疗侵权立法展望·····	335
第一节 医疗侵权的立法体系建构的困境·····	335
第二节 医疗侵权立法体系建构的方法论研究·····	337
第三节 医疗侵权立法体系建构的价值标准·····	339
第四节 医疗侵权的立法梳理与体系建构·····	341
参考文献·····	348
后 记·····	351

## 导 论

### 一、问题的提出

侵权行为法是指有关侵权行为的定义和种类以及对侵权行为如何制裁、对侵权损害后果如何补救的民事法律规范的总称。<sup>①</sup>按照我国侵权行为法的立法体例,当属于大陆法系的侵权行为法立法模式,即一般化的立法模式。<sup>②</sup>我国侵权行为法立法和理论的基本特点就是一般化,表现为侵权行为法规定概括的侵权行为一般条款,不采用类型化的方法规定侵权行为;侵权行为法学亦着重于对侵权行为一般规则的研究,而不注重对侵权行为类型的研究。

在我国历史上也不是采用类型化的侵权行为法。对于中华法系的侵权行为法的基本内容,杨立新教授主编的《侵权法论》中已经做出了揭示,它当然不是采用一般化的立法模式,没有规定侵权行为一般条款,更没有一般侵权行为的概念,但是它也不属于类型化的立法,不规定侵权行为类型,而是采用具体化的立法模式。以唐代的侵权行为法为基本坐标,唐之前各朝的侵权行为法是一个逐步发展的过程,而唐之后各朝的侵权行为法则是向着完善目标发展的过程。直至清代的侵权行为法,达到了我国古代侵权行为法立法的巅峰。在中国古代的侵权行为法中,其基本的法律制度都是具体的制度,尽管带有一定的抽象性,但还不是类型化的立法。<sup>③</sup>

在立法上,只有英美法的侵权行为法是典型的类型化立法,无论是立法还是理论,都着重对各种不同的侵权行为类型分别进行规定,分别进行研究,确立不同的侵权行为类型及其处理的法律规则,构成完整的侵权行为类型化的立法体系和学说体系。值得重视的是中国侵权行为法的立法实践在借鉴大陆法系侵权行为法建设的经验之外,更重视英美法系侵权行为法建设的经验,将侵权行为法从债编当中分离出来,使侵权行为法成为独立的与人身权法、物权法、合同法、继承法和知识产权法并列的重要民法部门。使它在我国立法体系中,具有更重要的法律地位,发挥着不可替代的作用。在正在制定的《中国民

① 王立明、杨立新. 侵权行为法 民法卷. 中国检察出版社 1996 年版,第 530 页.

② 关于大陆法系侵权行为法的一般化立法模式的概括,参见杨立新. 论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式选择. 载河南省政法管理干部学院学报. 2003 年第 1 期.

③ 杨立新主编. 类型侵权行为法研究. 人民法院出版社 2006 年版,前言第 1 页.

法典》中,侵权行为法已经成为独立的一编;加强对侵权行为法的类型的研究,使侵权行为法同具体实践紧密结合起来,成为当前研究的一个重要趋势,结合医学高等院校的优势,把侵权行为类型化的一个分支,医疗侵权行为法分离出来,进行深入细致的研究,使侵权行为法更具实用性和可操作性。

新的民法典的制定过程中,专家们提出,只有加强对侵权行为法的类型化的研究,才能够增强侵权行为法的实用性和可操作性,便于法官和人民群众的理解。在王利明教授主持起草的中国民法典草案专家建议稿中,对侵权行为的类型做了更细致的划分,共分为十七种侵权行为的类型,而第十六种为“医疗过错责任”<sup>①</sup>徐国栋教授在他的《绿色民法典草案》中,他将侵权行为分为两种类型,一种是一般侵权行为;另一种是特殊侵权行为,在特殊侵权行为中包括了医疗事故责任。<sup>②</sup>杨立新教授认为,侵权行为的基本类型为四种,在侵权行为基本类型下,再划分为二十三种不同的侵权行为具体类型。在事故责任的侵权行为类型中包括了医疗事故侵权行为。<sup>③</sup>由此不难看出,医疗事故责任或医疗过错责任,即医疗侵权责任被列入具体的侵权行为类型。

医疗事故是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人身损害的事故。对于医疗事故的解决在实践中有两种观点。一种观点认为,医疗事故是一种侵权行为,符合一般侵权的构成特征,应当按照侵权责任来追究医疗机构的责任;另一种观点认为,医患之间是一种契约关系,将医疗事故认为是医疗机构违约,医疗机构要承担违约责任。<sup>④</sup>还有人认为,按照医疗服务合同要求,如果医院一方在医疗过程中,因医务人员的过失,造成医疗事故,损害患者的健康甚至造成死亡后果,属于违约行为,应承担违约责任。但是,如果从过失医疗行为侵害公民健康权、生命权的角度看医疗事故无疑又是一种侵权行为,应当承担侵权责任。1999年10月1日施行的合同法第122条规定:“因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任”这样就发生违约责任和侵权责任的竞合,当事人可以自由选择,也就是当事人既可以选择违约诉讼,也可以选择侵权诉讼。在实践中,医疗事故按照侵权责任处理时对受害人的保护更加有利,因而应当选择侵权责任确定医疗事故责任的性质,

① 杨立新主编. 类型侵权行为法研究. 人民法院出版社 2006 年版, 前言第 1 页.

② 徐国栋主编. 绿色民法典. 社会科学文献出版社 2004 年版, 第 25 页.

③ 徐国栋主编. 绿色民法典. 社会科学文献出版社 2004 年版, 第 711 页.

④ 古津贤著. 医疗事故法律问题研究. 吉林大学出版社 2007 年版, 第 4 页.



且在实务中人民法院审理医疗事故赔偿责任案件,都是把它作为侵权案件处理的,这样的选择更加有利于保护患者的权利,避免患者不懂医疗关系的合同性质而不敢索赔的后果,同时,也可以使院方不能借口合同有约定而拒绝对医疗事故受害人进行赔偿<sup>①</sup>。医疗侵权既包括医疗事故侵权,也包括不是医疗事故的侵权。有的医疗单位和医务人员违反法律法规、部门规章、专业技术规范过失造成患者损害,不一定必须造成医疗事故才构成医疗侵权,我们认为,只要医务人员有违法违规行为,过失造成患者的损害,即便没有构成医疗事故,医疗单位也应当承担医疗侵权责任。

医疗事故侵权是现代侵权行为法中须处理的最棘手的问题。首先,在追究医师等医务人员或者医疗机构的过失责任时,不能轻易地决定以什么作为医疗方过失的判断标准;其次,医疗事故纠纷的因果关系证明有相当困难;最后,在表象上医疗事故纠纷多以医疗行为实施是否有失误为焦点,但实际上,医患之间缺乏意思沟通往往是医疗事故发生的主要原因。<sup>②</sup>从民法研究总的趋势看,加强侵权法类型化研究及对个具体侵权类型进行深入的研究成为一种必然。当前,对医疗侵权行为法的研究只是有一些关于医疗侵权的论文发表,除杨立新教授的国家哲学社会科学规划课题《侵权行为法类型化研究》之外,没有对医疗侵权行为法进行系统化、科学化、理论化的研究,无疑本研究成果的问世将是侵权行为法研究特别是医疗侵权行为法的研究起到抛砖引玉的效果。

《医疗侵权法论》,就是在坚持大陆法系侵权行为法传统的基础上,借鉴英美法系侵权行为法类型化立法模式和研究方法,在中国的侵权行为进行类型化研究的基础上,对医疗侵权行为类型进行具体的法律适用研究,提出具体的法律适用规则。包括:医疗侵权行为的具体类型;该侵权行为的归责原则;该侵权行为的构成要件;该侵权行为的举证责任;该侵权行为的抗辩事由;该侵权行为的侵权责任状态;该侵权行为的侵权责任形式;该侵权行为的损害赔偿范围等。就把大陆法系的侵权行为法和英美法系侵权行为法的优势结合起来了,正因为如此,在我国的侵权行为法领域研究类型侵权行为法,医疗侵权行为法,属于新的课题、新的研究思路。

## 二、研究的意义

在我国的侵权行为法理论中进行医疗侵权行为法的研究,显然是一种新的探索。我们正是想在这样的新探索和新研究中,丰富我国侵权行为法理论,

<sup>①</sup> 杨立新主编. 类型侵权行为法研究. 人民法院出版社 2006 年版, 第 889 页.

<sup>②</sup> 夏芸著. 医疗事故赔偿法. 法律出版社 2007 年第 1 版, 第 1~3 页.

特别是医疗侵权行为法的理论和实践,推动侵权行为法的立法进程和立法容量,丰满我国医疗侵权行为法学理论宝库。为了完成这项工作,我们必须借鉴各国侵权行为法的立法,借鉴了各国的司法经验,特别是借鉴了《美国侵权行为法重述》的经验,以及我国司法的具体经验和我国学者对侵权行为类型化研究的理论成果。这样的研究,应当具有以下几个方面的意义:

第一,为中国的侵权行为法立法提供参考。我国目前正在制定民法典的侵权责任法,在制定该法的时候,究竟应当如何规定医疗侵权行为、医疗侵权行为的表现形式、医疗事故的举证责任、医疗事故的责任认定、医疗事故的损害赔偿、医疗事故的免责事由等都是必须解决的问题。本课题所研究的内容,就是针对这些问题进行的,我们的研究成果对于侵权责任法的立法会具有一定的参考价值。

第二,为中国侵权行为法的司法实践提供可操作性的指导方法。侵权行为法的实践性是极为强烈的,对侵权行为法的研究必须贴近现实,贴近司法实践,才能够为司法实践提供具有可操作性的指导方法和理论基础。本课题正是基于这样的思想,竭力做到理论联系实际,着重解决实践中存在的问题,特别是医疗侵权行为在实践中的应用,从实践需要出发,提出有针对性的法律适用规则,具有实实在在的可操作性。因此,我们这个课题的研究目的,就是为法官、律师、检察官处理医疗侵权行为案件提供方法指导和理论根据。

第三,为中国的患者和医疗机构提供更为具体的保护权利的法律武器。中国的法制建设已经达到了相当的程度,人们的权利意识和权利保护需求日益强烈,使用法律,通过法律途径解决医患纠纷成为当今社会的趋势。正因为如此,医疗侵权行为法在其中扮演着更为重要的权利保护法律武器的角色。详细研究和揭示各种医疗侵权行为特征和法律适用规则,让广大患者和医疗机构能够掌握这些具体的、活生生的法律和规则,就会更好地掌握保护自己权利的法律武器,来保护好自己的权利。

第四,为高等医学院校法学专业建设提供特色课程教材。随着高等医学院校法学专业建设的不断发展和完善,学科间的交叉融合已经成为学科发展的必经之路,医学和法学之间的交叉为法学(医事法律方向)学生的培养提供了很好得的知识领域和空间。医事法律专业的学生在学习法学、医学专业理论的同时还要学习医学与法学交叉的特色课程。《医疗侵权行为法》、《医事法学》和《医事仲裁与诉讼》等课程形成特色课程体系。《医疗侵权行为法》同时也为高等医药院校开设民商法硕士学位医事法律方向的专业课提供教材。

### 三、研究的突破

医疗侵权行为法的研究领域主要是在侵权行为法大的框架下,探讨医疗

侵权行为法的相关问题。文中引用了中外侵权行为法、医疗侵权行为法关于医疗行为、医疗行为主体、医疗侵权行为、医疗侵权行为法等的一些观点和学说,对学界关注的医疗侵权行为法的理论和实践问题进行了深入的研究和探讨,有些提出了作者的观点,有些在理论上实现了突破。

医疗行为是医疗卫生部门的主要活动,同时也是医患法律关系的客体。对于医疗行为的概念台湾和大陆的学者都做了界定,但笔者认为,对医疗行为的内涵与外延的界定,应结合医疗行为所具有的相对性和历史性做出判断。不同国家或地区人文环境、社会背景不同,医疗行为的含义也产生了较大的差异。并且,医疗行为的含义在同一社会的不同发展阶段,也会因当时的政治、经济、文化、科技的发展状况而产生不同的观念。提出医疗行为的具体含义随着医学、科技的发展而发展,随着社会公众的医疗和健康观念的变化而变化。文中还对医疗行为的客观性和主观性进行了深入的研究。

在医疗侵权行为构成上,书中采用的是"四要件说"即通说。包括医疗侵权行为的违法性、医疗侵权行为存在损害事实、侵权行为与损害事实的因果关系以及侵权行为人主观上的过错。作者在侵权行为的违法性中提出"容许性危险"。容许性危险就是指为完成某种有意义社会的行为,对性质上含有某种侵害法律权益的抽象危险的行为,若该危险与其有意目的相比是被认为正当的,该危险就属于容许性危险。<sup>①</sup> 作者认为,医疗行为本身的目的具有合法性,它是一种使用医疗技术对患者实施治疗以防疾病,帮助患者恢复健康的行为,因此,医疗行为伴生的危险是"容许性危险",从而使医疗行为具有违法阻却性。同时,还将"知情同意"引入医疗侵权违法阻却事由。

医疗侵权的主体是医疗机构和医务人员,作者提出了医师的专业人士责任。从梁慧星先生翻译的日本专家责任文集以来,国内一直用"专家责任"称谓专业人士的民事责任。进入21世纪,随着民法典的编纂被提上议事日程,国内学者对专家责任一词产生异议。作者对"专家"与"专业人士"进行了比较,并说明了两者的区别与联系。在医疗专业人士的专业人士义务中提出了医师的"高度注意义务"。高度注意义务在日本理论界和实务界称为"最善的注意义务",在美国称为"最佳判断法则"<sup>②</sup>高度注意义务也包括一般注意义务和特殊注意义务,特殊注意义务包括说明义务和保密义务。作者还对医疗专业人士对第三人责任制度、医疗专业人士责任的构成以及医疗侵权专业人士责任的实现提出自己的观点。

① (台)邱聪智. 民法研究(一)增订版. 中国人民大学出版社2002年版,第303页.

② 郑淑芳. 论医疗过错的认定. 清华大学学报. 2002年第5期第51页.

医疗侵权归责原则是指医疗侵权责任归责的一般规则。作者研究了英、美等国判例中,关于医疗侵权责任中的专门职业人员之服务性的医疗行为责任和商业上的交易性医疗行为责任,在这两种医疗行为中又分单纯的医疗行为和混合医疗行为。<sup>①</sup>作者在列举了我国关于医疗侵权归责原则的现状后认为,医疗侵权责任归责原则,既不适用过错责任原则、也不适用无过错原则,应适用过错推定原则,并对过错推定原则进行深入的研究。

医疗侵权损害,是指医疗机构及其医务人员在进行预防、诊断、治疗以及康复的过程中,造成患者合法权益受到侵害的不利后果。作者专门研究了对患者知情同意权的损害,分析了患者隐私权和知情同意权的矛盾;患者隐私权与他人知情权的矛盾。认为,患者隐私权和知情同意权的矛盾应当本着合理满足公众知情权,又能够最大限度的保护患者隐私权,在医患双方之间利益平衡的把握要适度。提出“可克减性”即对于某些私权利,在一定时期内为公共利益的需要而对其加以限制,甚至暂停。在医疗损害赔偿中作者大胆提出了全额赔偿的原则,即侵权行为或者违约行为的加害人承担民事责任的大小,应当以所造成的实际财产损失的大小为依据,即赔偿受害人的直接损失,也赔偿间接损失。全额赔偿原则主要是针对限额赔偿原则提出的。文中还提出了对医疗侵权的受害人的精神损害赔偿。

医疗侵权纠纷诉讼中,建立明确的医疗过错认定标准是准确判断医疗责任的关键和目的。作者研究了医疗注意义务与过错的判断标准,详细论述了医疗注意义务的概念、特征、渊、源类型化;提出医疗过失的抽象标准包括:医疗水准、医疗条件因素、医疗地域性因素、医疗紧急因素,并列举了手术、麻醉、用药、护理等医疗过失的认定。医疗侵权处理机制研究中,作者提出了医疗侵权替代纠纷解决方式又称非诉讼纠纷解决方式(ADR)即“并非由法官主持裁判而是由一个中立的第三人参与协助解决发生争执的纠纷的任何步骤或程序”<sup>②</sup>提出开展医事仲裁制度解决医疗纠纷。作者还提出我国构建医疗侵权多元化的纠纷解决机制。包括医患双方的协商解决、调解、医事仲裁与医事诉讼等纠纷解决的方式。

在医疗侵权立法展望中,作者详细分析了我国医疗侵权法存在的不足,提出医疗侵权立法体系构建的方法包括:利益衡平的方法、经济分析的方法、伦

<sup>①</sup> 李大平,易海燕. 医疗侵权的归责原则探析. 法律与医学杂志. 2006年第13卷(第2期) 103页.

<sup>②</sup> (美)史蒂文·苏本,玛格瑞特·伍. 美国民事诉讼的真谛. 蔡彦敏,徐卉译. 北京:法律出版社 2002年版 205页.

理学研究方法和医学理论应用的方法。在医疗侵权法体系构建的价值标准中提出司法理念的确认,维护患者民事权益;保护患者人权;尊重医疗行业的客观规律及推进医疗事业的健康发展。在立法构建上作者提出要制定《医疗侵权行为法》。认为,医疗侵权是侵权法中的重要研究领域,是一种具有特殊性质和社会背景的侵权行为,也是各国研究侵权法的中中之重。因此,要构建医疗侵权行为法律体系首先就是要制定一部《医疗侵权行为法》,而使之成为医疗侵权法律体系的核心。

#### 四、研究的内容

医疗侵权行为法不仅要研究现行的侵权行为法律规范,而且要研究医疗侵权行为法的历史和未来的发展趋势,医疗侵权法律规范和内部关系和体系、规则原则体系以及其在具体制度中的体现、损害赔偿在医疗损害案件中的具体运用等。尤其是研究我国医疗侵权行为法的理论与司法实践,同时揭示出医疗侵权行为法的产生和发展规律,为人们正确适用法律提供理论指导,为侵权行为法立法中关于医疗侵权提供理论依据。本书的主要研究内容:

第一章,医疗行为成因的主客观研究。本章研究了医疗行为的内涵,医疗行为的特征;在医疗行为客观性研究中提出了市场经济环境下医疗行为的嬗变、市场经济环境下医疗行为的劣性和医疗规范对医疗行为的规制;在医疗行为主观性研究中对医疗行为的主体、医务人员的主观心理因素对医疗行为的影响,进行了探讨。

第二章,医疗侵权行为和医疗侵权行为法。本章在医疗侵权行为中研究了医疗侵权行为的概念、特征、医疗侵权行为的构成以及医疗侵权与一般侵权的比较;在医疗侵权行为法中对医疗侵权法进行界定,并研究了医疗侵权行为法的特征、建国后我国医疗侵权行为法的历史发展、外国医疗侵权行为法的立法例。

第三章,医疗侵权行为法律关系的主题研究。本章研究了医疗侵权案的行为主体和义务主体、医疗侵权行为的受害主体以及医疗侵权中专业人士的民事责任;在专业人士责任中对医师专业人士义务、医疗专业人士对第三人责任制度及医疗侵权医疗专业人士责任的实现。

第四章,医疗侵权的归责原则。本章研究了医疗侵权归责原则的概念、国外关于医疗侵权责任的归责原则及应用、我国医疗侵权归责原则的现状、医疗侵权责任适用过错推定原则以及医疗侵权的免责事由。

第五章,医疗侵权损害。本章研究了医疗侵权损害的概念、医疗侵权损害的类型、医疗侵权损害认定的标准和程序。

第六章,医疗侵权行为违法性的界定及其类型化研究。本章研究了医疗

侵权的具体形式包括;研究疏于救治的侵权、违反保密义务的侵权、药品和医疗设备原因的侵权、输血输液致害患者或者第三人的侵权、救护站救护不及时致人损害的侵权、涂改销毁隐匿病历的侵权、违反医疗告知义务的侵权。

第七章,医疗侵权因果关系的认定。本章研究了医疗侵权责任重的国是认定、侵权责任因果关系认定的一般问题、英美法系因果理论及其认定、大陆法系因果关系理论及其认定。

第八章,医疗侵权中的过错。本章研究了侵权法理论中关于过错的学说、医疗过错概念的界定、医疗过错的认定及法律意义;医疗注意义务与过错判断标准、医疗注意义务概念及特征、医疗过错的判断标准、医疗过错的抗辩事由等。

第九章,本章研究了民事责任竞合的概念、原因;违约责任与侵权责任竞合的学术观点及评析;医疗损害和医疗民事责任的定义、医疗损害民事责任的竞合;国外医疗损害赔偿责任的认定;我国医疗损害赔偿责任竞合的立法选择。

第十章,医疗侵权诉讼中的举证责任分配。本章研究了举证责任的基本理论;举证责任的分配原则;医疗侵权诉讼的举证倒置理论;医疗侵权责任认定中的医学鉴定。

第十一章,医疗侵权的民事责任。本章研究了医疗侵权民事责任的概念、特征民事责任方式;医疗侵权民事责任构成要件;医疗侵权民事责任的认定。

第十二章,医疗损害赔偿。本章研究了医疗损害赔偿的原则;医疗损害赔偿权利人;医疗损害赔偿的范围及计算方法;医疗损害赔偿案件的法律适用;精神损害赔偿。

第十三章,医疗侵权的处理机制研究。本章研究了纠纷与纠纷处理机制、国外医疗侵权的纠纷解决机制医事仲裁制度;我国医疗侵权纠纷的处理机制以及医疗责任保险制度。

第十四章,医疗侵权立法展望。本章研究了医疗侵权立法体系建构的困境;医疗侵权立法体系建构的方法论研究;医疗侵权立法体系建构的价值标准以及医疗侵权的立法梳理与体系建构。

(古津贤)

## 第一章 医疗行为成因的主客观研究

### 第一节 医疗行为的界定

#### 一、医疗行为的内涵

##### (一) 医疗行为界说

医疗行为是医疗卫生部门的主要活动，同时也是医患法律关系的客体。何谓医疗行为？如何界定医疗行为？医疗行为的特征是什么？这是研究者对医疗行为成因进行分析时首先要解决的理论问题。关于医疗行为的内涵和外延，目前在我国的法律文件中尚未作出明确界定。学界对医疗行为的内涵和外延也颇有争议，不同的视点产生了几种理论学说。归纳起来，主要存在两种基本观点：

1. 狭义说。此种观点主要以部分台湾学者和大陆学者为代表。我国台湾学者认为“凡以治疗、矫正或预防人体疾病、伤害、残缺或保健为目的，所为之诊察及治疗，或基于诊察、诊断结果而以治疗目的所为之处分，或用药等行为或一部之总称，谓之医疗行为。”<sup>①</sup> 该学说认为医疗行为就是以治疗疾病为目的的诊断治疗行为。另外，我国大陆有学者亦认为，医疗行为即医疗、预防、保健业务中，只能由医师根据医学知识与技能实施，否则便会对人体产生危险的行为。<sup>②</sup>

2. 广义说。广义的医疗行为，是指出于医疗目的所实施的行为，包括疾病的治疗与预防、生育的处置、按摩、针灸等符合医疗目的的行为。我国台湾学者蔡振修主张，医疗行为包括临床性医疗行为、实验性医疗行为、诊疗目的性医疗行为和非诊疗目的性医疗行为 4 种类型。<sup>③</sup> 而我国大陆学者龚赛红则引用日本“医行为”的概念，主张医疗行为若欠缺医师的医学判断及其技术，则对人體会有危害的行为。这显然是对广义的医疗行为概念所作的

① 黄丁全. 医事法. 台湾: 月旦出版社 1995 年版, 第 77~78 页.

② 陈兴良. 刑事法判解 (第 2 卷). 法律出版社 2000 年版, 第 54~57 页.

③ 崔世君. 论医患法律关系的准确界定. 中国社会医学杂志, 2006, 3.

修正。<sup>①</sup> 以上观点各有其特点。狭义说内涵丰富,较为具体地揭示了医疗行为的基本特征,但其外延过窄,把大量不具有诊疗目的的医疗行为排除在外。现代医疗实践中广泛存在的医疗侵袭、实验性医疗使诊疗目的无法实现,美容整形、变性、堕胎等手术及人工生殖、优生保健等根本就不具有诊疗目的。广义说概念仅仅将医疗行为的外在特征作为医疗行为的定义,缺乏对医疗行为本质的揭示。

笔者认为,对医疗行为的内涵与外延进行界定,应结合医疗行为所具有的相对性和历史性做出判断。由于不同国家或地区其人文环境、社会背景不同,医疗行为的含义也产生了较大的差异。例如,我国以及受我国传统中医诊疗模式影响的韩国、日本等东亚或东南亚国家,均将中医望、闻、问、切的医疗行为视为诊断行为,而在西方国家,其诊疗行为主要通过各种现代化的仪器来完成,中医中药则受到排斥,甚至可能被视为愚昧落后的异端而不纳入医疗行为之列。从医疗行为的历史变化看,医疗行为的含义在同一社会的不同发展阶段,也会因当时的政治、经济、文化、科技的发展状况而产生不同的观念。例如,神医巫术、灵丹妙药在我国封建社会中被认为属于医药,而科技高速发展的今天,此类缺乏科学根据的“医药”已经不再被社会上大多数人认可为医疗行为。因此,医疗行为的具体含义随着医学、科技的发展而发展,随着社会公众的医疗和健康观念的变化而变化,也就是“应依当时之医学水准,国民的生活方式之推移及卫生思想普及等因素,综合地判断。”<sup>②</sup>

根据上述狭义说与广义说观点,结合我国医疗行为衍生的历史与现状,下列行为应当属于合法的医疗行为<sup>③</sup>:(1)疾病的诊断和治疗,即通过各种检查,使用药物、器械及手术等方法,对疾病做出判断和消除疾病、缓解病情、减轻身体痛苦、改善身体功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动。疾病的诊断和治疗行为具体包括疾病的询问、观察、检查检验、诊断、治疗、处方、手术、麻醉、注射、用药、包扎等行为。在我国,疾病的诊断和治疗包括西医和中医的诊断和治疗;(2)帮助或避免生育行为,即人工授精、试管婴儿及对孕妇的诊断、检查、助产、接生、剖腹产手术等帮助生育的行为和放置宫内避孕器、避孕环、实施结扎手术等节育行为;(3)医疗美容行为,即使用药物以及手术、物理和其他损伤性或者侵入性手段进行的美

① 艾尔肯. 论医疗行为的判断标准. 辽宁师范大学学报(社会科学版), 2006. 4.

② 黄丁全. 医事法. 台湾: 月旦出版社 1995 年版, 第 77~84 页.

③ 石磊. 试论非法行医罪中的非法行医行为. 政治与法律, 2002. 6.



容,如隆乳、手术减肥、造重睑术(俗称割双眼皮)等美容整形行为;(4)戒除病态依赖行为,即通过用药等医学手段戒除对毒品、麻醉药品、兴奋药品等的病态依赖行为;(5)矫正畸形行为,即以手术等医学手段矫正身体畸形如连体婴儿分割手术、去除多余手指、脚趾等行为;(6)改善(改变)身体外观行为,如变性手术、易容手术、处女膜修补手术等;(7)恢复或增进人体功能的行为,如为近视者验光行为、对残、病患者施以电疗、牵引等康复行为;(8)其他针对不同人的具体情况,运用医学专业知识和专业技能,给予相应不同的措施,并与接受者的身体健康和生命安全密切相关的医疗行为。

## (二) 医疗行为的含义

虽然我国法律中尚未对医疗行为概念做出明确界定,但是笔者认为,要界定医疗行为的含义,应当考察医学的发展和社会生活中一般人的观念变化,同时结合医务人员诊疗过程中为医疗目的而实施的各种行为,从本质上加以概括。也就是说界定医疗行为,既要考虑其涵盖性,又要兼顾其准确性;既要反映医疗行为的个性化特征,又要揭示其内在的本质特征。由于医疗行为所具有的普适性、特殊性和复杂性,因而我们为医疗行为概括定义时,应当将狭义的和广义的学说融会贯通,综合考虑其界定的完整性。因此,医患法律关系中的医疗行为是指医疗机构通过医务专业技术人员为一定的医疗目的,对患者因疾病、器官缺陷、身体不适、生育以及身体保健等方面发生的身心健康问题而运用医学专业知识和技术进行的判断、预防和处理。<sup>①</sup>

## 二、医疗行为的特征

医疗行为虽然属于公众服务行业,具有与其他服务业相同的一般特征。但是,医疗行为的特殊性又决定了其本质上有别于其他社会服务业。医疗行为的目的在于治病救人,医疗行为的对象主要是患者,医疗行为的客体是人的生命和健康,而任何其他的服务行为均不可能与此相关。从法律上看,医疗行为是具有民事法律行为一般特征的民事行为,即具有民事性质。它是以意思表示为要素,并能产生行为人预期法律后果的一种具有合法性的法律行为。然而,医疗行为的目的是诊治疾病,不论是实施医疗行为的医务人员,还是接受医疗行为的患者,对医疗行为的目的性都是很明确的。医疗行为能否实现其治病的目的不仅取决于医学发展的水平和医师的技术水平,而且取决于患者的具体情形。人本身存在着个体差异,每个人的生理素质都有区别。因而医疗行为又具有不同于一般民事法律行为的特点。

<sup>①</sup> 崔世君. 论医患法律关系的准确界定. 中国社会医学杂志, 2006. 3.