

医事法

热点问题研究

主 编：冯玉芝

副主编：牛志民 王番宁 王丹丹 王文颖

团结出版社

医事法

热点问题研究

主 编：冯玉芝

副主编：牛志民 王番宁 王丹丹 王文颖

团结出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

医事法热点问题研究 / 冯玉芝等编. —北京: 团结出版社, 2009. 5

ISBN 978 - 7 - 80214 - 714 - 0

I. 医… II. 冯… III. 医药卫生管理 - 法规 - 研究 - 中国 IV. D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 053798 号

出 版: 团结出版社

(北京市东城区东皇城根南街 84 号 邮编: 100006)

电 话: (010) 65228880 65244790

网 址: <http://www.tjpress.com>

E-mail: 65244790@163.com

经 销: 全国新华书店

印 刷: 三河东方印刷厂

装 订: 三河东方印刷厂

开 本: 170 × 230 毫米 1/16

印 张: 26.75

字 数: 693 千字

版 次: 2009 年 5 月 第 1 版

印 次: 2009 年 5 月 第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80214 - 714 - 0/D · 98

定 价: 40 元 (平)

(如果有印装差错, 请与本社联系)

序言

医疗行为自古以来在人类社会就存在并广泛实行。在人们的心目中，“医本仁术”，医师享有悬壶济世的盛誉，承担着救死扶伤的重大使命，履行着治病救人的崇高职责。不过，远古时代的医疗是极其简陋的，由于医学的不发达，对疾病的治疗更多地依赖人类本身的自然抵抗力、自然愈合力，医师在医疗中所起的作用十分有限，医疗对人体的侵袭性和危险性也较小，医疗损害事件未成为一个社会问题。

随着医学科学技术的飞速发展，医疗水平也得到了很大的提高，人类的生活质量得到了前所未有的提升。但是，医疗对人体的侵袭性和危险性也相应增大。当今社会，病人不仅仅是生物学的存在，同时又是社会学的存在，自然不能忽视医学具有自然科学与社会科学两种属性。一般说来，技术性的属性是较不重视人性化的一面，因此在临床上常有违反人道的行为出现，如第二次世界大战结束前病人常作为医师的医学技术的实验品，病患作为具有社会性意义的人的存在这一属性并不被重视。这种现象随着病患人权意识的高涨，物质生活的改善，医学技术的提高，人民群众对医疗技术水平和服务质量提出了越来越高的要求，对医疗行为的实施增加了各种限制。使医疗行为在社会学的存在与生物学的存在两个环节中，受到各种各样的影响。

成为问题的是，随着科技主义与计量化的流行，现代医疗尽管提高了科学的权威性，但既然是以人为治疗的对象，就不可避免地受到以知、情、意为中心的人性的制约。而医师职业道德的衰退，使医疗损害事件以空前的规模涌现出来，成为一大严重的社会问题。由于权利意识的增强、医学知识的普及，诊疗过程中的不确定性逐渐被认识，而且控制、克服的可能性扩大，追究医师责任也变得较为可能，因此现实生活中医疗纠纷和医疗诉讼日益增多，使医疗陷入了尴尬境地，世界各国概莫能外。医疗责任也成为医界普遍重视的课题。

现代医学科技的发展，已经对法律提出严峻的挑战。现代高新医学科学技术，使传统的医学科学理论受到挑战，医学除传统意义的防治疾病逐渐开始兼容了人类享受、完善和发展自我以及以追求美为主体的文化需求，从而刺激了医学技术的潜能，与此同时，高新医学科学技术的发展和应用，广泛涉及法律、伦理等方面的问题，而法律上的问题尤为突出，它使传统的法律思想和法律制度受到冲击，同时启迪着新的法律理念，提出许多新问题，引发许多新的社会关系，需要法律制度予以调整。

这本《医事法热点问题研究》，始终贯穿积极探索的精神，坚持理论与实践相结合，逻辑与历史相一致的编著思路，力求体现科学性、系统性和开拓性相统一的原则。辽宁医学院自开办卫生事业管理专业（医事法律方向）以来，作为专业课教师，我们无论在教学中还是在指导学生毕业论文中，一直努力学习并积极探求医学与法学的结合点，并开展医事法方面的研究。我们结合多年

教学实践和相关研究，在参考大量文献基础上，以医事法律关系为核心，对医疗主体、医疗行为、医疗诉讼以及现代医学发展中前沿问题进行了较为深入的研究和探索。

本书共分十五个专题，由参编人员集体讨论审定，具体撰写分工如下：冯玉芝：第四、九、十一章；牛志民：第一、六、十五章；王番宁：第二、七、十四章；王丹丹：第三、五、十三章；王文颖：第八、十、十二章。由冯玉芝最后统改定稿。此外，吴春敏、李海军、连婷、张奇、朱冬为本书的编写做了大量的辅助工作。

此外，本书在编写过程中还得到了辽宁医学院教务处、人文学院，锦州市中级人民法院、锦州市医疗事故鉴定中心、辽宁医学院第一附属医院、二〇五医院等单位的大力支持，我们还引用了近年来医事法学的科研成果和有关论著，在此一并致以诚挚的谢意。

限于主客观条件，特别是我们的水平和能力有限，加之时间紧促，书中不当之处难免，冀望广大读者予以批评指正。

目录

第一章 医疗法律关系研究	1
第二章 医疗法律关系主体研究	38
第三章 医患双方的权利义务研究	57
第四章 医疗侵权中医疗过失认定问题研究	91
第五章 医疗行为的民事责任问题研究	123
第六章 我国医疗证据法律问题研究	158
第七章 医疗事故处理法律研究	187
第八章 医疗纠纷解决机制研究	232
第九章 医师责任保险问题研究	275
第十章 我国医疗立法构想	307
第十一章 城镇弱势群体医疗保障制度研究	323
第十二章 我国器官移植的立法构想	345
第十三章 安乐死法律问题研究	372
第十四章 人工生殖技术的法律问题研究	384
第十五章 脑死亡法律问题研究	406

第一章 医疗法律关系研究

一、医疗法律关系界定

(一) 人的社会关系属性

“人是一切社会关系的总和”，这是马克思对人的本质的概括。人之为人，究竟为何本质，数千年来，人们对此从未达成共识，可谓仁者见仁，智者见智，因而提出过诸多关于人的本质的观点学说，而其中马克思关于人的本质是社会关系总和的论断最耀眼。实践证明该论断有其深刻的哲学基础和现实合理性。毋庸置疑，人的本质是人区别于他物的内在规定性和独有规定性，是人之所以成为人的前提基础。从社会关系角度考察人的本质，马克思的论断可谓振聋发聩。它包含三个基本含义：①人的本质必须放在一定社会关系中考察，舍弃关系，孤立、片面、静止地考察人的本质是枉然的；②人的发展特别是意识和劳动能力的产生发展都离不开关系的环境，舍弃关系谈人的本质是无源之水、无本之木；③人的世界就是人自身繁衍生息、表现自我、相互联系的过程。“人的本质并不是单个人所固有的抽象物，在其现实性上，它是一切社会关系的总和。”^①依笔者之见，此论断还应包含一层含义，即人发展终极目的也难以脱离关系而存在。无论社会多么发达，物质多么丰富，精神多么充实，人都难以脱离整个社会关系而单独存在，人最终要生活在关系中。否则，人的终极目标就难以实现。

人类社会关系的种类繁多、属性各异、标准复杂，难以用单一标准详细无遗漏地将其涵纳而一。其中，根据调整规则分为道德关系、宗教关系和法律关系。道德关系指在一定社会经济基础上，通过相应道德活动和道德意识所体现的个人和社会整体、个人和他人之间特殊利益的关系。宗教关系是教徒之间对宗教信仰观念、宗教行为和宗教体制等态度观点行为的社会关系。法律关系是法律规范在调整社会关系过程中形成的人们之间权利和义务关系。

(二) 医疗关系

1. 医疗关系界定

医疗关系作为纷繁复杂社会关系的一种，是围绕医疗人员对就医者身体状况、疾病诊断、预防、治疗措施、畸形矫正等医疗行为形成的相关主体之间社会关系。我国法律尚未对医疗行为作出司法界定，而代之以诊疗活动。我国《医疗

^① 马克思、恩格斯：《马克思恩格斯选集》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局，人民出版社，1996年，第18页。

机构管理条例实施细则》第88条第1款规定：诊疗活动指通过各种检查，使用药物、器械及手术等方法，对疾病作出判断、消除疾病、减轻痛苦、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动。本文运用“医疗行为”一词，基于以下两点考虑：①“活动”和“行为”两词联系紧密，任何活动的开展都是行为的进行，任何行为的进行都离不开活动的开展。二者在内涵方面区别极其细微，因此，不存在区别二者的学术价值及现实意义；②国际上从未对医疗行为与诊疗活动进行详细划分，并且一般都运用“医疗行为”一语，诸如日本将医疗行为界定为：“以疾病的预防、患者身体状况的把握和疾病原因以及障害的发现、病情和障碍治疗以及因疾病引起痛苦的减轻，患者身体及精神状况改善等为目的的对身心诊察治疗行为。”^①我国台湾地区学术界认为“医疗行为是有关疾病的诊断治疗、疾病的预防、畸形的矫正、助产、堕胎及各种治疗目的及增进医疗技术的实验行为。”^②我国台湾地区有“1976年4月6日卫署医字第10七八八号函就医疗行为解释为：‘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、诊断结果而以治疗为目的所为之处分，或用药等行为或一部之总称，谓为医疗行为。’”^③在我国大陆学术界，彭伟军在概括唐得华、柳经纬等人观点基础上，将医疗行为定义为：医疗机构及其医务人员借助其医学知识、专业技术、仪器设备及药物等手段，为患者提供紧急救治、检查、诊断、治疗、护理、保健医疗美容以及为此服务的后勤和管理等维护患者生命健康所必需活动的总称。将医疗行为外延从最初的诊断治疗扩展为护理、保健、美容、实验等，彭伟军的概括可谓全面具体，特别是涵盖诊治行为、美容行为、后勤保障管理等行为，有利于减少法律适用冲突，有利于保护各方合法权益，维护社会医疗秩序稳定。本文也是在此基础上研究医疗关系、医疗法律关系的。

要明确医疗关系内涵外延，还需明晰其与医事关系、医患关系的区别。据杜昌维著作《医院法律管理及权益维护》介绍，狭义医事特指各种医疗事务，具体包括医疗机构及其卫生技术人员对就医人员各种诊疗护理活动和卫生保健知识宣传解释工作。广义医事还包括国家行政主管部门对医疗机构及其卫生技术人员监督管理，以及医疗机构对其诊疗护理保健工作的组织管理和物质保障。医事关系外延大于医疗关系外延，医事关系除包括医疗关系外，还包括国境卫生检验检疫关系、职业病防治关系、公共卫生监督管理关系、环境保护管理关系、食品卫生监督管理关系、化妆品卫生监督管理关系、保健品卫生监督管理关系、药品监督管理关系、医疗器械监督管理关系等。医患关系是医疗机构和患者之间的关系，仅限于医方和患方范围内，不涉及美容保健等关系，这与本文所研究重点——围绕医疗行为产生的社会关系——有所不同，所以，本文运用“医疗关系”一词。

医疗关系根据各方主体不同分为不同种类，经常出现的最主要医疗关系是医

① 王才亮：《医疗事故与医疗纠纷处理实务》，法律出版社，2002年，第39页。

② 陈丽娜：《医疗服务合同问题研究》，北京大学99级法律硕士学位论文，第13-14页。

③ 黄丁全：《医事法》，中国政法大学出版社，2003年3月，第75页。

疗行为实施者（医疗机构及其医疗护理人员）与就医者及其家属之间社会关系，还有医疗机构与卫生行政部门之间监督管理关系，就医者与卫生行政部门之间医疗纠纷申请处理关系，医疗机构、就医者及鉴定人之间申请处理鉴定关系。同时，医疗关系还包括社会医疗保险机构与投保人、被保险人之间医疗保险关系。本文的“医疗关系”主要指医疗行为实施者与就医者之间的社会关系。作为最复杂社会关系之一，医疗关系影响到社会生活的方方面面，特别是随着人类对自我身心健康日益重视，医疗关系能否协调处理已成为衡量社会稳定与否的重要标准之一。

在我国，医疗关系已经成为矛盾最激化的社会关系之一，就医者对医师及医院的要求越来越高。而医院从自身利益出发，要求患者提供越来越多的保证，实施防御性治疗。特别是相关法律规定不明、界定不清，导致“医闹”层出不穷，医疗纠纷此起彼伏，可谓你方唱罢，我方登场，更有少数别有用心者浑水摸鱼，大肆敲诈勒索，使原本紧张的医疗关系雪上加霜，日趋严重。这种不正常医疗关系已经严重损害医师与医疗机构、就医者及其家属利益，极大地阻碍医疗卫生事业发展，极大地阻滞我国和谐社会建设步伐。因此，我们必须理顺医疗关系，保护医师与医疗机构合法权益，提高其实施医疗行为的积极性；保障就医者及其亲属合法权益，提高其开展医疗行为承受能力，最终构建和谐医疗关系，从而为构建和谐社会做出应有贡献。

2. 医疗关系特征

了解医疗关系特征，有利于科学合理制定相关规定，最大程度保护医疗关系双方权益，促进医疗关系和谐健康有序发展，实现全社会医疗保障目标。借鉴相关学者观点，笔者认为医疗关系具有如下特征：

（1）医疗关系复杂性。医疗关系复杂性来自于事物因果关系复杂性。因果关系是哲学上最复杂关系之一。一般而言，现象和现象之间内在“引起和被引起”相互联系的关系称作因果关系，引起后一现象产生的前一现象叫做原因，被前一现象引起具有内在联系的后一现象叫做结果。因果之间的复杂性不言而喻。在自然界和社会诸多现象中，联系方式错综复杂，联系手段纷繁各异，联系程度深浅不一。不仅如此，即便同一现象与另一现象之间因果联系也有一因一果、一因多果、数因一果、数因多果等联系方式。因此，我们在研究因果关系时，复杂性是影响我们作出准确判断的最大干扰因素。这就要求我们在研究因果关系时，必须多层次多角度多方法多手段对相互联系的现象进行详尽分析，综合各个方面信息，绝不能顾此失彼，关注一点而不顾及其余，出现以偏概全，一叶蔽目不见森林，混淆因果联系，颠倒黑白的情形。特别在分析医疗现象与医疗行为之间因果关系时，事关生命人权，不可贸然行事，否则后悔晚矣。

在逻辑方法论方面，穆勒发现探求因果关系的“穆勒五法”，即求同法、求异法、求同求异并用法、共变法、剩余法，这些方法对探求事物现象之间因果关系有着一定指导作用。但必然和或然是一对哲学范畴，难以凭借我们目前科技彻底弄清楚。因而，要求我们必须深入研究病灶与其内在原因，本着敬畏态度对待就医者，而不能掉以轻心，随意为之。譬如，医学界迄今为止仍未对强直性脊柱炎发生原因给出明确说法。张某腰腿疼痛到医院就诊，诊断结论为类风湿性关节炎，建议服用抗菌类药品并外敷药膏，加之适当运动。张某遵照医嘱治疗，病情

好转但不彻底。后到另一医院复诊,该医院诊断结论为腰骶关节劳损,疼痛加重,无奈到省会城市一所骨科医院复查,该骨科医院给出骨关节炎诊断结论。治疗效果仍不明显。后经多方会诊,确诊为强直性脊柱炎。这种疾病主要症状与上述几种病外在症状极为相似。其实,学术界最初将强直性脊柱炎认定为风湿性疾病一种,不断研究才发现二者存在一定差异。在医学上,强直性脊柱炎又名 Marie-strumpell 病、Von Bechterew 病、类风湿性脊柱炎、畸形性脊柱炎,从其名称上我们就可以看出其与相关疾病联系的复杂性。就目前医疗技术而言,即便确诊也难以根治此病,因强直性脊柱炎产生原因目前尚不完全清楚。目前尚无一种学说能够阐明强直性脊柱炎发病原因,治疗措施自难奏效。事实也是如此,医学界对此病基本采取理疗及运动锻炼和部分药物治疗,其目标在于控制炎症、缓解症状和防止脊柱关节畸形,并非根治。此案例中,张某将前几家医院诉至人民法院,要求医院承担错诊及延误治疗的民事责任。因此案极其复杂,特别是该病因果关系及症状与他病极为相似,后经法院工作人员劝说调解,就医者与几家医院达成和解协议。可见,我们在考虑相关医疗行为效果时,不可不查其复杂性。

(2) 医疗关系不确定性。对具体就医者或相关人员而言,其就医或享受护理的期望是明确的,但情况总在变化中。譬如身体某一器官不舒服时,就医初衷在于要求医护人员针对该器官予以有效治疗,以恢复该器官生理功能。但若在诊治过程中发现与该器官相关器官发生病变,势必在采取治疗措施时,会一并解决相关器官病变问题,甚至有时候发现的病变器官反而需要预先采取紧急救治措施,从而出现后病先治情形,这就超出了医生先前所诊断预期采取措施的范围,导致医疗行为目标并不是从最初确定后就一成不变。在现实医疗关系中,医疗行为随检查的深入而变化,因此,这种医疗行为不确定性就大大增加了医疗关系的不确定性。

医疗关系不确定性还源自人类对健康、诊治手段、医疗器械的认识。健康的内涵随着科技发展而发展。健康最初的定义是:人的身体各个器官没有明显病变,各项机能尚未受到严重影响的身体良好状态。1948 年联合国世界卫生组织在其宪章中提出最新定义:健康不仅仅是没有疾病,而且是身体上、心理上和社会上的完好状态完全安宁。由此可见,今天我们关注健康不仅仅需要从器官机能受损与否理解,还要从内在心理舒适感,更要从社会地位状态完好安宁来理解。从健康概念内涵外延的发展,我们就可以看出健康随着社会发展而发展,并非一成不变。诊治手段和医疗器械也是如此。诚然,随着科学技术发展,医疗手段大量增加,各种各样医疗诊断治疗器械如雨后春笋般出现,这些都极大提高了医疗人员认识水平,为顺利开展诊断治疗提供更为丰富的第一手资料。但在欣喜科学技术进步的同时,我们也不得不承认,医疗手段与医疗器械仍旧难以百分百地满足人类全部医疗保健需要,其局限性不可避免存在。“误诊率 50 年基本未降。据原华西医科大学的研究,1978 年的 6665 例尸体解剖资料表明,临床诊断与病理诊断不符的占 31%,2001 年出版的《误诊学》统计显示,目前的误诊率仍在 30% 左右,亦即 50 年来,医学取得辉煌成就、检测手段极大丰富和完善的同时,

却未能使误诊率明显降低。”^① 我们无法期盼随着科技发展, 这个问题能被彻底解决, 这是哲学难题。因为在科技发达的今日, 我们也许能利用新医疗器械、新医疗手段有效预防治疗原来已经发现的疾病, 但疾病在科技发展的同时也不断变化。二者发展步伐孰快孰慢, 实在难以知晓。至少目前我们难以断言, 因而就难以言明诊治手段医疗器械是否能有效克服所有疾病。诚如马克斯·韦伯所言: “(医学) 是一门在科学上得到高度发展的应用技术。医学事业的一般‘前提’通常宣称在这样的论断里: 医学的任务是拯救生命本身, 是最大限度地减少痛苦。然而这是成问题的。”^② 即便成熟的医疗技术手段也难以百分百地绝对准确。众所周知, DNA 技术是世界范围内普遍承认具有较高可信度的鉴定科技手段, 在医疗诊断、司法实践等方面发挥着无可代替的重要作用, 对很多疑难案件的侦破, 就医者生命的拯救都至关重要, 但仍有其局限性, 认定信息真实的准确率最高仅达到 99.99%, 还有万分之一不确定性。而这不到百分之一的不确定性极可能带来百分之百的不利后果。一个发生在我国的案例就证明了这点。一位在读少女怀孕, 其家人发现班主任老师与其接触较多, 因而该班主任老师就成为重点怀疑对象, 公安机关也对其采取强制措施。但班主任老师坚决否认。后来, 这名学生在备受道德舆论压力下将孩子生出来, DNA 鉴定结论: 孩子 DNA 与班主任老师 DNA 存在 99.99% 匹配。铁证如山, 班主任老师家人难以抵挡舆论压力, 精神严重分裂。但峰回路转, 有人举报该学生受过他人侵害, 检察机关随即按照此信息迅速组织人员进行更为细致的深入侦查, 后在多方努力下侦破此案, 正是被举报犯罪嫌疑人对学生进行人身侵害导致其怀孕。进行 DNA 鉴定结果也存在 99.99% 匹配, 在相关证据佐证下, 犯罪嫌疑人最终承认犯罪事实, 洗脱了班主任老师的犯罪嫌疑, 使其得以昭雪。综观此案, 当下广泛运用的 DNA 技术手段也难保百分百正确, 而这仅仅是当前医疗手段和医疗器械局限性冰山一角, 局限性普遍存在, 这正是医疗关系不确定性一个内在原因。

这种不确定性还来自医者个体差异性。世界上没有两片相同的树叶, 即便服用完全相同药品或运用同一医疗器械, 不同的人也可能出现不同结果。熊进光提到: “医疗行为是针对疾病而实施的, 是处于不断变化之中的……医疗行为需要根据每个患者的个体差异来确定具体的实施方法, 患者的个体差异、特异体质等因素与医生注意义务的内容有着密切联系。”^③

(3) 医疗关系风险性。风险本来是经济学术语, 现在被各个学科广泛应用。风险(Risk)指某一特定危险情况发生的可能性和后果的组合。就学术而言, 风险存在两种定义: ①强调风险表现为不确定性; ②强调风险表现为损失不确定性。前者是广义风险定义, 其不确定性涵盖风险产生的结果可能带来损失、获利

① 邓小虹:《化解医疗纠纷的最佳途径》, 中国协和医科大学出版社, 2007 年, 第 4 页。

② [德] 马克斯·韦伯:《社会科学方法论》, 杨富斌译, 华夏出版社, 1999 年, 第 19 页。

③ 熊进光:《侵权行为法上的安全注意义务研究》, 法律出版社, 2007 年, 第 367-368 页。

或是无损失也无获利；后者是狭义定义，其损失不确定性不可能是获利。本文在狭义上运用风险一词。

风险分类比较复杂，医疗风险根据不同标准可分为不同类型。在医疗关系中发生的风险主要有以下三种：①根据医疗风险是否可以控制分为可控风险和不可控风险；②根据风险大小程度分为可接受的风险和不可接受的风险；③根据风险的来源分为内部风险和外部风险。

就医疗行为风险来源而言，主要有医疗行为自身不确定性和复杂性所带来的风险和法律规定所带来的风险。我们都知道，青霉素是普遍使用的抗菌类消炎药，给患者注射前必须进行皮下试验。某案件中，一名年轻女性就医者，此前没有青霉素肌肉注射经历。护士遵照相关医疗规定对其进行皮下试射并予以观察，该就医者接受皮下注射五分钟后，心跳迅速加快，全身抽搐，口吐白沫，医疗人员及时发现并迅速采取相应急救措施，但终因该患者身体虚弱而未能挽救。之后，家属与医院发现导致该患者死亡的真正原因是患者自身条件比较特殊，在普通安全小剂量青霉素试注射时身体发生激烈反应。医院所有抢救措施步骤都完全符合医疗卫生规定要求。由此可见，本案纯属意外。类似案件时有发生，新浪等多家网站都曾报道，婴儿接种乙脑、甲肝疫苗后短时间出现激烈反应，甚至出现死亡现象。事后检查发现，疫苗不存在任何安全问题，发生死亡等不利反应的原因在于婴儿身体差异性，这种差异性导致不利风险的发生。

医疗行为风险还来自法律规范。在我国献血法完善之前，出现过多起因献血感染艾滋病、乙肝等病毒案例，相关医院都承担了巨额民事赔偿，引起医疗卫生部门高度重视。因此在多方参与下，逐步完善我国献血法律规定，严格输血程序和要求，对保护相关人员合法权益都大有裨益。然而，不幸还是发生了，据新华网2008年10月15日报道，10月9日山东省济阳县27岁孕妇董明霞住进济阳县中医院准备做流产手术，在接受清宫手术中突发大出血，检验得知董明霞是极为稀有RH阴性O型血，济阳县中医院随即作出决定，让董明霞转往省城条件较好的齐鲁医院。11时多，董明霞被送至山东大学齐鲁医院。齐鲁医院也没有这种稀有血液，于是紧急向山东省血液中心提出用血申请。血液中心也仅有库存冰冻血液，完全解冻至少需要6个小时，即便临时组织采血也要3个小时才能完成检测。在等待血液解冻过程中，董明霞生命体征越来越微弱。其家属数次要求给董明霞输入未经过检验临时采集的血液，但都遭到院方医护人员拒绝，17时20分解冻血送到病房时，董明霞已经耗到生命尽头。此案一发生，济阳县中医院和山东大学齐鲁医院都援引《中华人民共和国献血法》等法律规定作为自己医疗行为合法性的根据。而家属难以接受如此噩耗，愤然拿起法律，将两家医院都诉至人民法院，要求两家医院承担因采取措施不当、抢救不及时所造成的一切损失合计人民币80多万元。双方各执一词，董明霞家人认为，医院没有利用法律规定积极采取救助措施，眼睁睁看着孕妇失血而死，是一种医疗行为不作为；山东大学齐鲁医院则认为，院方完全遵守血液使用规定，看似维护制度不近人情，但维护的是大多数人利益。目前，人民法院正在审理此案，结果如何我们拭目以待。但显而易见，作为医疗行为实施者对这种风险的抵抗预防能力和风险分担能力仍难以满足医疗行为的需要，因此也就出现医疗机构防御性治疗，不敢大胆开展科学诊治的现象。我们在处理医疗行为及解决医疗纠纷时，必须对医疗风险类型、

来源予以清楚划分,并合理分摊风险所带来损害,尽可能保护双方权益,才能构建和谐医疗关系,促进我国医疗卫生事业巨大进步。

(4) 医疗关系公益性。从医疗关系乃至医疗卫生行业发展来看,都离不开政府介入。政府不仅以管理者身份介入,而且还要给予医疗关系乃至医疗卫生事业必要的经济资助。前世界卫生组织总干事中岛宏曾说:“没有卫生就不可能有社会发展和经济增长。”我们不得让医疗行为乃至医疗卫生行业放任自流,完全市场化,我们必须强调其公益性。医疗关系公益性指医疗关系整体具有公益性,即社会公众所应享受的必要服务产品,而这种产品的提供并不完全遵守所有市场规则。即不得完全按照医疗行为质量、时间等因素根据市场需求自主定价,要从社会医疗资源效益最大化角度出发,以维护公众整体身心健康为目标确定价格,而不是漫天要价,信口开河。

医疗关系公益性主要探讨以下两方面内容:第一,人权需要。我们一再强调医疗关系公益性是针对医疗关系整体而言,这种整体性需求是保护人权的需要。“人权”一词最早在英国资产阶级革命时期提出。为反对旧的神权和封建特权,资产阶级提出一系列人权保护宣言及法律文件:1628年的《权利请愿书》、1679年的《人身保护法》、1689年的《权利法案》,直至1948年的《世界人权宣言》。不可否认,人权概念最初伴随资产阶级革命而产生发展,具有资产阶级因素,但随着社会发展,人权概念的内涵逐渐得到改造更新,成为人类普遍追求的基本生活标准与生存的最低要求。1954年联合国人权委员会起草的《经济、社会及文化权利国际公约》业已于1976年正式生效,我国也早于1997年10月27日签署该公约。公约序言明确提出:考虑到按照联合国宪章所宣布的原则,对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础,确认这些权利是源于人身的固有尊严。^①该公约第12条规定:“一、本公约各缔约国承认人人有权享有能达到的最高的体质和心理健康的标准。二、本公约缔约各国为充分实现这一权利而采取的步骤应包括为达到下列目标所需的步骤:(甲)减低死胎率和婴儿死亡率,使儿童得到健康的发育;(乙)改善环境卫生和工业卫生的各个方面;(丙)预防、治疗和控制传染病、风土病、职业病以及其他疾病;(丁)创造保证人人在患病时能得到医疗照顾的条件。”^②1977年,第30届世界卫生大会在通过的WHO3043号决议中也明确规定:“人人享有卫生保健的基本政策在于享有卫生保健是一项基本人权,是全世界的一项目标;人民有权利也有义务单独地或集体地参加卫生保健的计划和实施工作;政府对其人民健康负有责任,政府通过采取适当的卫生和其他社会措施来实现。”我国《宪法》第45条规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”总之,政府提供必要医疗设备及其基本医疗环境技术条件是保护人权的需要,而那种将医疗关系完全推向市场化的做法与此背道而驰,自然无法确保各项人权规定的贯彻落实。非典型肺炎防

① 冯林主编:《中国公民人权读本》,经济日报出版社,1998年,第352页。

② 冯林主编:《中国公民人权读本》,经济日报出版社,1998年,第352页。

治就很好地说明这点,当个体面临非典型肺炎威胁时,感染个体或有感染嫌疑个体是否接受治疗、能否接受治疗、如何有效接受治疗等问题,就不再单一属于个人自由权利范围内的事情,而是涉及多个家庭乃至社会整体安全卫生的问题。因此,在面对非典型肺炎时,全球各个相关国家采取果断措施,及时遏止病毒传播,有效控制疾病传染,最大限度保护个体身心安全和社会整体的卫生,实现了人权保护的目标。第二,长期医疗实践的需要。无论是发达资本主义国家还是发展中国家,在医疗卫生行业发展管理方面都面临诸多问题和矛盾,其中最突出者就是如何落实医疗关系整体公益性。我国在计划经济时代,实施与计划经济相配套的全民免费医疗,其公益性完全得到贯彻落实,但这种全民免费医疗制度难以适应医疗卫生事业发展,并且很容易引起贪污腐败,反倒阻碍医疗卫生事业的发展。在不断改革中,特别伴随社会主义市场经济的提出发展,我国将医疗卫生事业推向市场,各种医疗机构成为市场主体,从经济利益出发以效益为导向的做法,已严重损害就医者利益,出现“天价药费”、“看病难”、“看病贵”现象。医生以就医者为原告,步步为营,处处设卡,胜于防贼;患者以医生为嫌犯,点点谨慎,对医疗行为稍有不满意,就举起法律大旗,动辄索赔几万乃至上百万,造成当下医疗关系紧张,矛盾突出,社会不稳定。我国如火如荼开展的医疗制度改革就是期望能解决这些严重问题。舍弃医疗关系公益性,而代之以营利性市场化做法不仅损害就医者健康,还极可能对社会造成极大危害,不利于我国和谐社会建设。胡锦涛主席在2007年政治局第35次集体学习时强调:“要坚持公共医疗卫生的公益性质,深化医疗卫生体制改革,强化政府责任。”正在全国范围内进行讨论的新医改方案草稿,就被要求充分考虑医疗关系公益性,解决公民“看病难”、“看病贵”等问题,为公民提供方便快捷安全有效的医疗保障,提高全民卫生保护水平,促进医疗卫生事业全面发展。我们期待新医改方案能顺利实施,为保护公民身心健康做出突出贡献。

在此,我们必须强调一点,医疗关系公益性并不排斥考虑医疗行为的边际成本,不排除运用一定市场调节手段。舍弃公益性则社会公民健康无法得到保证,舍弃必要经济效益,就无法调动各阶层力量,必然导致制度呆板,缺乏后劲,最后也会破坏社会医疗卫生事业,最终受害者必然是公民个人。因此,我们在强调医疗行为社会公益性的同时,也必须兼顾社会经济效益。从社会整体利益出发,充分利用社会医疗资源,合理分配医疗行为的成本效益责任,才能确保医疗卫生事业健康有序发展。

(5) 参与者多样性。医疗关系作为最为复杂的社会关系之一,牵涉到千家万户,特别是在具体医疗关系中,与其他民事关系、刑事关系、行政关系相互比较而言,医疗关系参与者表现多样性。民事、刑事、行政关系,一般也就牵涉两方或三方关系,而医疗关系可能牵涉到医疗机构、就医者及其家属、鉴定认证人、卫生行政监督管理部门、司法机关、保险机构等多方法律主体。这种多主体性也是导致医疗关系复杂性的原因之一。一旦医疗纠纷出现,医疗机构、就医者及其家属之间就可能出现民事协商调解或诉讼关系,医疗机构、就医者及其家属与相关卫生监督管理部门之间行政关系,乃至相关主体之间的刑事关系。例如曹某因呕吐难以进食到社区门诊接受诊疗,没有明确诊断结果,社区门诊建议点滴注射,因三天仍无效果转诊到某医学院附属医院,该附属医院仍未确定病因,曹

某又转诊省城中医院,数天治疗仍旧呕吐不止,最后到北京协和医院诊察,确诊脑部生瘤压迫神经,因丧失最佳治疗时机,曹某手术后身体健康受到一定影响。后曹某将社区门诊、附属医院、中医院诉至人民法院,经过三次医学会鉴定,两次司法鉴定才得以结案。该案件牵涉多方关系当事人,对社会影响颇大。

具体医疗行为甚至可能引起多达十几个主体之间的社会关系。哈尔滨医科大学附属二院天价医疗费案件出现后,中央纪委、监察部、卫生部、国务院纠风办、黑龙江省纪委、黑龙江卫生厅、哈尔滨医科大学附属第二医院及其院长、书记、ICU 中心主任等多方主体直接参与了该案件调查处理,并且在网络上有多达 1000 万人参与该案讨论。可见医疗关系参与者多样化,规模大,影响深,因此,我们必须谨慎处理医疗关系。

3. 医疗关系类型

医疗行为模式形成医疗关系类型。1976 年美国学者萨斯 (Seaz)、荷伦德 (Hollender) 根据医生和就医者地位、主动性大小,将其分为:主动—被动型、指导—合作型、共同参与型三种。主动—被动型主要是历史医疗行为模式,仅强调医生针对疾病采取诊疗措施,忽视就医者在医疗关系中作用。在当今人权、健康等语词内涵急遽丰富环境下,这种模式业已遭到抛弃;指导—合作型主要是医生指导并且医生与就医者密切配合,虽仍旧强调医生主动性,但也关注就医者参与性,在医疗实践中普遍应用;共同参与型指在心理健康是人类健康不可或缺组成部分理论指导下双方主体共同面对疾病的模式。从人权角度出发,强调患者在疾病治疗过程中应具有完全主体地位,特别是就医者密切配合,对消除紧张情绪、提高医疗行为效果、促进医疗关系和谐等方面作用突出。因此,后一种模式更多地应用在心理疾病矫治中。

周东海等著《化解医疗纠纷的最佳途径》中根据医疗纠纷侧重内容,将医疗纠纷分为 10 类。医疗关系也可以仿照其分类方法,分为:①与就医者生命权、健康权、身体权有关的医疗关系;②与就医者姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权有关的医疗关系;③与就医者知情同意权有关的医疗关系;④就医者选择权、处分权行使所引起的医疗关系;⑤医疗费用交纳所引起的医疗关系;⑥医院公共设施使用和安全保障义务所引起的医疗关系;⑦药品、药械质量引起的医疗关系;⑧与医护人员生命权、健康权、身体权、人格尊严权、名誉权等人身权有关的医疗关系;⑨就医者近亲属因尸体处理引起的医疗关系;⑩因扰乱医疗机构正常工作秩序而引起的医疗关系。这种划分对清晰界定医疗关系种类,采取最佳手段解决矛盾有着重要作用。

(三) 医疗法律关系

医疗关系作为一种实际关系,其客观性是构成法律关系的基础,但其本身并不等于法律关系,只有经过法律规范调整才形成医疗法律关系。

1. 医疗法律关系概念

法律关系是法律规范在调整人们之间关系过程中形成以权利、义务为内容的社会关系。即法律关系是事实关系经过法律规范调整形成的,事实关系和法律关系密不可分,二者差别就在于前者是基础,后者是强制性的思想关系。法律关系与其他社会关系相比,具有以下三个特征:①法律关系以法律规范存在为前提。

假设不存在法律规范,即便存在某种事实关系,但也不能得到法律认可和保护;②法律关系以法律权利、义务为内容。法律关系与其他社会关系重要区别之一就在于其权利义务内容;③法律关系以国家强制力为保障。与其他社会关系相比,法律关系最大保障就在于其强制性。因此,一旦某种社会关系被纳入法律调整,就意味着国家对它予以保护。

医疗法律关系是法律调整医疗关系形成的法律关系,因本文仅讨论医疗机构与就医者及其家属之间的医疗关系,因此,本文所称的医疗法律关系指在调整医疗机构与就医者及家属的医疗行为过程中形成以医疗行为权利义务为内容的法律关系。

2. 医疗合同成立生效引起的医疗法律关系变化

医疗合同成立指多方主体权利义务开始明确约定的时间,对划分多方责任有着重要作用。在民事方面,合同成立和合同生效不同,合同成立是法律关系主体在平等协商基础上关于双方权利义务进行有效沟通后达成真实意思表示,合同生效是在法律关系成立后合法的意思表示所约定的权利义务开始发生法律效力约束力的时刻。就医疗合同而言,其成立和生效的区别并不明显,因就医者到医疗机构挂号时起医疗法律关系就成立。针对医疗法律关系生效时间,有学者主张应在挂号行为时起医疗合同关系即告成立,并且随即发生法律效力。也有学者主张就医者挂号行为是要约行为,医疗机构工作人员在接受就医者挂号费时并发给挂号单是承诺,自此医疗合同成立并生效。也有学者主张医疗机构为要约人,其挂号费等标示为要约行为,而就医者挂号是承诺。上述观点有其合理性,但依笔者之见,我们不能单一地规定医疗合同成立时间,因现实情形多种多样,不一而论。将医疗合同成立生效时间确定在挂号后,就遗漏那种未经挂号而直接进行抢救的情形。因此,笔者主张医疗合同成立生效时间应为医疗机构及其人员在其范围内能予以对患者进行就医诊治时起,这才是保护就医者权益的最佳规定。一位农民工因身体不适独自到某医院就医,但因身上分文皆无没有挂号,无法到诊室,在医院长椅上哀号,该医院无人询问,后该农民工死亡。其家属要求医院承担民事责任。医院主张因其没有挂号,所以医院没有要约或承诺当然就没有与其成立法律关系,所以无法律诊疗义务,并送给她水喝也算做实施了必要道德救助。家属则认为,医院作为“救死扶伤、治病救人”的社会公益性医疗单位,对备受疾病折磨的病人视而不见,见死不救,对病人死亡负有直接不可推卸责任。此案关键在于确定医疗法律关系成立生效时间。

医疗机构及其工作人员肩负着整个社会健康安全职责,并且公益性必然决定医疗合同成立时间不可能在费用完全交纳之后。这就必然要求医疗机构及其工作人员在其能力范围内履行相应医疗救治行为,即医疗合同成立时间以医疗机构及其人员在其范围内可以实施必要医疗行为时刻为准,而不能以患者或其家属挂号完毕为准。法院判决也支持此观点,认为医院宗旨是“救死扶伤、治病救人”,其对能够予以诊治范围内的患者具有必要诊治义务,因其未履行该义务,造成患者死亡,其不作为与患者死亡具有一定因果关系。因此,判决医院承担民事责任。该判决认可医疗法律关系成立并不一定以患者挂号并领取挂号单为始,而是以医疗机构及其人员在其可以实施必要诊疗行为时为准。本文也持有这种观点。

3. 医疗法律关系主体、客体、内容

法律关系主体也称做权利义务主体,是法律关系的参加者,法律关系中权利的享有者和义务的承担者。医疗法律关系主体是享受医疗法律权利、承担医疗法律义务的主体。而法律权利能力和行为能力又是法律关系主体的前提,权利能力指法律关系参加者依法应当享有一定权利和承担一定义务的资格。行为能力指法律关系参加者能够以自己的行为,依法行使权利和承担义务的能力。自然人与非自然人法律主体获得权利能力和行为能力的时间方式不同。根据我国法律规定,自然人从出生时起享有权利能力,根据智力水平和年龄分为无行为能力、限制行为能力和完全行为能力。非自然人权利能力和行为能力的取得一般根据法律规定。在医疗法律关系中,一方是医疗机构。根据我国《医疗机构管理条例》第2条和《医疗机构管理条例实施细则》第3条规定,医疗机构主要有:①综合医院、中医医院、中西医结合医院、民族医医院、专科医院、康复医院;②妇幼保健院;③中心卫生院、乡(镇)卫生院、街道卫生院;④疗养院;⑤诊所、中医诊所、民族医诊所、卫生所、医务室、卫生保健所、卫生站;⑥村卫生室(所);⑦急救中心、急救站;⑧临床检验中心;⑨专科疾病防治院、专科疾病防治所、专科疾病防治站;⑩护理院、护理机构及其他诊疗机构。同时,《医疗机构管理条例实施细则》第4条规定:“卫生防疫、国境卫生检疫、医学科研和教学等机构在本机构业务范围之外开展诊疗活动以及美容服务机构开展医疗美容业务的,必须依据条例及本细则,申请设置相应类别医疗机构。乡村医生及申请个体行医的执业医师,必须经过注册后在医疗、预防、保健机构执业满五年才能单独执业,并对执业过程中出现的问题负责。不具有相应资质而擅自从事医疗行为,不属于医疗法律关系主体的,不纳入医疗法律关系调整中来。不具有相应医疗资质而擅自从事所谓的救治行为造成严重后果的,由刑事法律处理,达不到承担刑事责任的,承担相应的行政、民事责任。”医疗法律关系另一方主体是接受诊断治疗者及其家属,内容比较简单,无须赘述。

医疗法律关系客体是医疗机构执业人员进行的医疗行为,诸如疾病调查、检查、诊断、治疗、手术及其辅助麻醉、处方、病历记录、疗养指导等。

医疗法律关系权利义务内容,笔者概括《医疗机构管理条例》及其实施细则、《执业医师法》、《护士管理办法》等内容,医疗机构特别是执业医师承担的职责主要包括:在注册范围内,进行医学检查、疾病调查、医学处置、出具相应医学证明文件,选择可行合理的医疗、预防、保健方案;在执业过程中,人格尊严、人身安全不受侵犯;遵守法律法规医疗技术规范的义务;树立敬业精神,遵守职业道德,履行医师职责,尽职尽责为就医者服务,关心、爱护、尊重就医者,保护就医者隐私;努力钻研业务、更新知识,提高专业技术水平,对危急患者,医师应当采取紧急措施及时诊治,不得拒绝急救;使用经国家有关部门批准使用的药品、消毒药剂和医疗器械,按时查房,随时掌握病情变化,参加值班、门诊、会诊出诊工作;如实介绍病情,进行试验性临床医疗行为,必须经医院批准并征得本人或其家属同意;护士在执业中应当正确执行医嘱,观察病人身心状态,对病人进行科学护理,护士有承担预防保健工作、宣传防病治病知识、进行健康指导,开展健康教育,提供卫生咨询义务。就医者及其家属的义务比较简单,应当履行必要费用支付义务,并对合理科学医疗行为给予必要合作,其权利