

医事法学

学科体系研究

YISHIFAXUE XUEKETIXI YANJIU

张新华◎著



江西人民出版社
Jiangxi People's Publishing House
全国百佳出版社

医事法学

学科体系研究

YISHIFAXUE XUEKETIXI YANJIU

张新华◎著



江西人民出版社
Jiangxi People's Publishing House
全国百佳出版社

图书在版编目(CIP)数据

医事法学学科体系研究/张新华著. —南昌:江西

人民出版社, 2016.8

ISBN 978 - 7 - 210 - 08630 - 7

I. ①医… II. ①张… III. ①医药卫生管理 - 法学 -
研究 - 中国 IV. ①D922.161

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 174295 号

医事法学学科体系研究

张新华◎著

责任编辑 蒲 浩

装帧设计 同异文化传媒

出版发行 江西人民出版社

社 址 南昌市三经路 47 号附 1 号(330006)

承 印 虎彩印艺股份有限公司

开 本 720 毫米×1000 毫米 1/16 印张 20.5

版 次 2016 年 8 月第 1 版第 1 次印刷

字 数 410 千字

书 号 ISBN 978 - 7 - 210 - 08630 - 7

定 价 59.80 元

赣版权登字—01—2016—534

版权所有,侵权必究

发 行 部 0791 - 86898815

编 辑 部 0791 - 86899010 E-mail taxue888@foxmail.com

赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换

迄今为止,人类医学经历了神灵医学模式—自然哲学医学模式—机械论医学模式—生物医学模式—生物心理社会医学模式的四次演变。在这四次医学重大的演变和实践过程中,都毫无疑问地向我们展现了医患关系和谐的重要性。目前我国正处于社会转型时期,在这一敏感时期,社会各个方面都呈现了矛盾突发和矛盾激化的态势,在医疗领域最大的矛盾表现就是医患之间的纠纷。近些年来,我国医患纠纷增长迅速,发生了许多社会影响大且恶劣的医患纠纷案件,医患纠纷愈演愈烈,已经成为社会关注的焦点和社会管理的难点。解决这一问题,不仅需要提高医疗技术水平和医疗服务质量,更应借助于法律规范的完善。因此,人们越来越关注医学和法学这两个不同专业领域的交叉和融合,希望从中找到解决问题的平衡点。为此,国内很多高等医学院校相继设立了医事法学专业。

滨州医学院是国内较早成立医事法学专业的高等院校。多年来,我们一直注重这一新兴学科的建设,不断探索和完善该学科的体系。经过反复酝酿和精心准备,我们率先开设了医事法学课程,作为医事法学专业的特色课程。医事法学作为一门新兴的交叉学科,涉及医学、法学、伦理学等多学科领域,它以保护人体健康和生存发展的医事法律规范及相关法律问题为其研究对象。通过多年来的教学实践积累,特别是《侵权责任法》出台以后,我们在不断探索和改进医事法学学科结构体系的基础上,积极关注相关学科领域理论和实践层面的新问题和新发展,及时充实和调整医事法学的相关内容。如

今,医事法学就像一位蹒跚学步的幼儿已渐渐成长为生机勃勃的少年,其学科结构体系更加科学合理,内容更加丰富扎实,成为一门较为成熟并深受学生喜爱的特色课程。

中国共产党十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出要“围绕社会主义法治建设重大理论和实践问题,推进法治理论创新”,“加强法学基础理论研究,形成完善的中国特色社会主义法学理论体系、学科体系、课程体系”。本书明确把“创新完善中国特色社会主义医事法学理论体系、学科体系、课程体系,支撑创新性医事法学教育和人才培养”,确定为撰写的目标指向和贯穿始终的根本要求。从全书体系的宏观构架,到章节主题的凝练,乃至理论观点的阐释,都力求贯彻体现这一根本指导思想。本书在写作过程中,系统总结了我国二十年来医事法学学科专业建设经验,在学科结构体系上,以体现医事法学本身医法结合的学科特色为宗旨,围绕医事法调整对象即医事法律关系这条主线,从疾病的起源与本质入手,梳理和讨论了病患与医疗行为、医患双方的权利与义务、医疗损害与鉴定、医疗损害责任、医疗损害赔偿、现代医学发展中的伦理和法律问题以及医事 ADR 程序等内容。

全书将医事法学学科体系分为六篇。第一篇为医事法学学科与专业。本篇是对学科与专业相关理论问题的讲解,学科与专业有着相近内涵,却又是不同的概念和两个领域,学科是知识体系,专业是社会分工后形成的大学基层教学组织;学科是专业的具体内容,专业是学科的表现形式;学科以专业为载体,专业以学科为基础。我国著名学者潘懋元曾有精辟论述:学科与专业是两个不同的概念,在高等教育里面,这两个概念有着很密切的关系。学科、专业建设是高等学校的基本建设,是当代大学教育的两个主题话语,其建设的水平、质量决定了学校的办学质量、层次和特色。医事法学学科的创立是和谐社会发展的现实需要。20 世纪 90 年代初东南大学医学院(原南京铁道医学院)积极筹备并向教育部申请,于 1996 年获批建立全国第一个从事医事法学人才培养的专业。此后,医事法学专业如雨后春笋般涌现出来。目前全国已有 50 多所院校开办了医事法学专业,医事法学人才培养之路已走过 20 年,初步形成了培养目标、培养计划以及培养方式等一套较为完整的人才培养模式,为社会培养了一大批社会急需的医法复合型人才。

第二篇为病患与医疗行为。本篇是对疾病与医疗行为关系的讲解。人类游走于世间,生活工作于社会,食五谷杂粮,有七情六欲,仅凭一具血肉之躯,怎能抵抗疾病与灾祸?本篇从疾病的起源入手,探寻了疾病的原因,分析了疾病的本质。疾

病的客观存在导致了医疗行为的产生,有了疾患,就会有医疗,医学就是在不断治疗中逐步发展与完善起来。医患双方在医疗过程中各有其自己的权利和义务。医疗行为就是医疗行为人运用医学知识和技术对患者进行诊断治疗的过程,是一种特殊的民事行为,有别于人类的其他活动,它具有道德性、不确定性与专门性的特点,这些特性对医疗损害责任的认定有很大的影响。

第三篇为医疗损害与鉴定。医疗损害是在诊疗护理过程中,医疗行为对患者所产生的不利益的事实。从一般意义上说,医疗损害直接表现为患者的死亡、残疾、组织器官的损伤及健康状况相对于诊疗前有所恶化等情形。这是对患者生命健康权及身体权的侵害。此外,随着人们权利意识的增强,医疗损害还可表现为对患者隐私权、名誉权的侵害。因患者的伤亡、人格权的侵害,还会给患者或近亲属带来财产上和精神上的损害。所以,医疗损害既包括一般所说的医疗事故、医疗差错等医疗过失给患者造成的不良后果,也包括医疗意外、并发症以及患者或家属不配合为主要原因所产生的不良后果;既包括患者身体利益的损失,也包括其人格利益的损失;既包括财产的损失,又包括精神的损失。医疗损害的技术鉴定是在具体案件中,对医疗行为的整个过程进行审查和分析,对照医学科学规律和诊疗规章制度,判定医师有无过失及过失性质的活动。它是一项科学性、技术性和政策性很强的工作,技术鉴定的结果要起到案件的证据作用,直接关系到对医疗损害赔偿案件能否做出正确判定的问题。

第四篇为医疗责任。医疗损害并不必然导致医疗损害责任,只有在医疗行为有过失,且该过失与医疗害之间有因果关系时,才能成立医疗损害责任。医疗机构的医务人员在诊疗过程中给患者造成损害的一般应当对损害进行赔偿,即医疗机构要承担相应的民事责任。如何确定医疗损害的民事责任是进行医疗损害赔偿的前提。医疗损害违约责任和侵权责任竞合时,选择违约损害赔偿请求权,还是选择侵权损害赔偿请求权,对于受害人利益的保护,有很大的不同。因此,当事人在选择请求权时,应当考虑违约损害赔偿和侵权损害赔偿的不同,选择行使对自己有利的请求权,并诉请法院予以保护。同时本篇还简要分析了医疗行政责任和医疗刑事责任。

第五篇为医疗损害赔偿。医疗损害的最终结果归结为如何赔偿患者所受的损失。本篇以损害赔偿法基本原理为基础,依据有关法律的规定,阐述医疗损害赔偿请求权的主体、医疗损害赔偿的范围以及损害赔偿额的计算标准和支付方式等问题。目前我国尚没有一部完整的医疗损害赔偿法律,关于医疗损害赔偿纠纷处理

的有关法律及司法解释之间也存在着不统一、不配套的矛盾,给维护医患双方的合法权益和法院处理医疗损害赔偿带来极大的不便。因此,有必要制定一部专门的《医疗损害赔偿法》。

第六篇为医疗法律伦理与医事 ADR 程序。现代医学科学与技术的发展,已经并正在对法律提出严峻的挑战。本篇主要围绕现代医学发展过程中所产生的伦理与法律问题展开探讨,诸如生殖技术、基因工程与克隆技术、器官移植、脑死亡、安乐死等。医事 ADR 程序主要讨论了我国现有的医事 ADR 程序(协商方式、调解方式)的现状不足与公正性保障问题,并结合我国国情和其他国家的相关经验,展望了我国医事 ADR 程序的进一步发展和完善。

张新华

2016 年 8 月于烟台

目录

绪 论	1
-----------	---

第一篇 医事法学学科与专业

第一章 医事法学学科	2
第一节 学科	2
第二节 医事法学学科	10
第二章 医事法学专业	19
第一节 专业	19
第二节 医事法学专业	23
第三章 医事法学人才培养的探索与践行	31
第一节 依法治国与医事法学人才培养	31
第二节 医事法学专业突出医学特色的调研报告	37
第三节 医事法学专业人才培养状况年度报告(2015 年)	44

第二篇 病患与医疗行为

第四章 疾病的起源与本质	56
第一节 疾病的起源	56
第二节 疾病的本质	60
第五章 医患双方的权利与义务	68
第一节 患者的人身权	68
第二节 患者在医疗过程中的具体权利	80
第三节 患者的义务	86
第四节 医方的权利和义务	89

第六章 医疗行为	97
第一节 医疗行为的界定	97
第二节 医疗行为的特殊性	100

第三篇 医疗损害与鉴定

第七章 医疗损害	108
第一节 医疗损害	108
第二节 医疗损害事实	111
第三节 医疗损害的分类	114
第四节 精神损害	116
第八章 医疗损害的技术鉴定	120
第一节 鉴定概述	120
第二节 医疗事故技术鉴定	126

第四篇 医疗责任

第九章 医疗侵权责任	140
第一节 医疗侵权概述	140
第二节 医疗侵权责任的归责原则	146
第三节 医疗侵权责任的类型	148
第四节 医疗侵权的法律适用	154
第十章 医疗过失	161
第一节 医疗过失概述	161
第二节 医疗过失认定的理论分析	164
第三节 医疗过失的具体认定	172
第十一章 医疗损害责任竞合	177
第一节 医疗合同关系	177
第二节 非合同医疗关系	184
第三节 医疗损害责任竞合	188
第四节 医疗责任保险制度	197
第十二章 医疗行政责任	203
第一节 医疗行政责任概述	203
第二节 医疗行政责任的构成要件	205

第三节	医疗行政责任的实现	207
第十三章	医疗刑事责任	213
第一节	医疗刑事责任概述	213
第二节	医疗事故罪	217
第三节	医疗相关犯罪	225

第五篇 医疗损害赔偿

第十四章	医疗损害赔偿	232
第一节	损害赔偿概述	232
第二节	医疗损害赔偿的具体内容	237
第十五章	完善医疗损害赔偿的立法构想	255
第一节	医疗损害赔偿的法律适用	255
第二节	完善医疗损害赔偿的立法构想	260

第六篇 医疗法律伦理与医事 ADR 程序

第十六章	现代医学发展中的伦理和法律问题	268
第一节	生殖技术的伦理与法律问题	268
第二节	基因工程与克隆技术的伦理与法律问题	276
第三节	器官移植的伦理与法律问题	280
第四节	与死亡有关的伦理与法律问题	287
第十七章	医事 ADR 程序	296
第一节	ADR 程序概述	296
第二节	医事 ADR 程序的主要形式	301
第三节	医事 ADR 程序的展望	308

第一篇

医事法学学科与专业

第一章

医事法学学科

人类的活动产生经验,经验的积累和消化形成认识,认识通过思考、归纳、理解、抽象而上升为知识,知识在经过运用并得到验证后进一步发展到科学层面上形成知识体系,处于不断发展和演进的知识体系根据某些共性特征进行划分而成学科。

医学和法学是人类最古老并且在现代社会中发展最为迅速的两大学科,医学与法学的交叉和融合产生了医事法学这门新兴的学科。

第一节 学科

一、学科

概念是指反映客观事物根本属性的思维形式。^①概念是人们用来认识一个事物区别另一个事物的一种方法。分类是根据事物的特点对事物进行类别划分。一事物的特点主要取决于其自身属性,因此,概念的准确界定对于事物的分类具有重要的意义。所以我们在对学科进行分类之前,有必要将学科的概念进行基本的界定。

(一)学科的概念

何为学科?学科本质上是一个科学概念,是对学术知识的分类。人类的知识体系在原初阶段不存在学科之别,学术分科是人类整体知识文明日益发展和个体认识世界的能力有限性两者矛盾的客观产物。从人类文明长河看,学科是一个历史的概念,具有较强的人为性及文化差异性。学科的产生和发展在东西方呈现出不同的特征,西方以哲学为先期学科,逐渐到神学并分化成其他学科。中国则经由

^① 《新编学生汉语词典》,金盾出版社 1996 年版,第 197 页。

诸子之学到儒学再到众多学科的过程。学科的出现推动了大学教育形式的形成,同时,学科也借助大学教育形式逐步获得建制。约翰·纽曼曾指出:“大学要么指学生而言,要么指学科而言。”^①此时,学科已经超出了原初的含义,它不仅意味着学问的分支,而且意味着一种组织建制,意味着一种规训制度,甚至是一种文化形态。

学科,在英语里称之为“discipline”。该词具有多种含义,包括学科、学术领域、课程、纪律、严格的训练、规范准则、戒律、约束以至熏陶等。从词源学的角度看,该词源于拉丁语的动词“学习”(disciple),以及从它派生出来的名词“学习者”(discipulus)。可见,学科的最初含义与学习有着密切的联系。乔叟(Chaucer)时代的英文 discipline 指各门知识,尤其是医学、法律和神学这些新兴大学里的“高等部门”。据《牛津英语词典》,discipline 为门徒和学者所属,而 doctrine 则为博士和教师所有。结果 discipline 跟实习或者练习关联,而 doctrine 则属抽象理论。有了这个分立,人们就把一门知识或一个研究范围称为一门“discipline”,即是说它并非只是依赖教条而立,其权威性并非源自一人或一派,而是基于普遍接受的方法和真理。

目前在我国,对学科还没有非常明确的统一的定义,对学科的定义有多种解释。一是 1979 年上海辞书出版社的《辞海》(中册)将学科的定义解释为:“(1)学术的分类,指一定科学领域或一门科学的分支,如自然科学中的物理学、生物学,社会科学中的经济学、教育学等;(2)教学的科目,学校教学内容的基本单位,如中、小学的政治、语文、数学、外语等。”^②1980 年 8 月商务印书馆出版的《新华字典》(第一版)的解释与《辞海》类似,即“按照学术的性质而划分的门类;教学的科目”^③。二是 1983 年中国社会科学院语言研究所词典编辑室编写的《现代汉语词典》(第三版)将学科的定义解释为:“按照学问的性质而划分的门类。如自然科学中的物理学、化学等。”^④三是把学科定义为:“学科是以一定共性的客体为研究对象而形成的相对独立的知识体系或分支。”^⑤由上述三种解释可见,不论是把学科看成是一定科学领域或一门科学的分支,还是把学科看作是按照学问的性质而划分的门类或一种相对独立的知识体系,学科都是用来指称科学、学问或知识的一个部门的概念,这是它们的相同点,所不同的只是由于观察分析问题的角度不同,给出的学科定义有所不同而已。

① (英)约翰·纽曼:《大学的理想》,徐辉等译,浙江教育出版社 2001 年版,第 1 页。

② 《辞海》,上海辞书出版社 1979 年版,第 2577 页。

③ 《新华字典》,商务印书馆 1980 年版,第 956 页。

④ 《现代汉语辞典》,商务印书馆 1996 年版,第 1425 页。

⑤ 丁雅娴:《学科分类研究与应用》,中国标准出版社 1994 年版,第 38 页。

虽然科学、学问或知识三者名称不同,但在这里,所指的内容是一致的,即都是指人类社会的漫长的历史发展过程中所积累的知识经验的总和。而学科则是指对这种知识总和进行划分的一个单位。由于对知识划分体系中可能处于不同的层级,即属于不同的学科。但不论哪一种划分体系,它都具有两方面的作用:一方面它起着目录性的指导作用,规定着我们探索的范围和领域,成为我们认识和实践活动的对象;另一方面它起着示范性的作用,不同的学科有不同的学科组织、制度和文化。由于人类的知识经验是个不断积累、丰富的过程,人们对于事物的认识能力也是一个不断加强的过程,那么人们对于知识的划分也必将不是一成不变的,因此,笔者认为应将学科定义为“以一定共性的客体为研究对象而形成的相对独立的知识体系或分支”更加科学。

(二)学科的形成及其分类

学科是以一定的共性的客体为研究对象而形成的相对独立的知识体系或分支,那么一个学科的形成必须要满足两个基本条件:一是独立的研究对象或研究的领域,即这门学科具有独特的、不可替代的研究对象,具有特殊的规律。二是独特的知识体系,即形成特有的概念、原理、命题、规律,构成严密的逻辑系统。一个学科的形成往往是先有自己独立的研究对象,随着研究的不断深入,渐渐地形成了自己一套独特的知识体系和知识构成,此时一个学科的雏形便已形成。除此之外,一门成熟的学科还需要有自己的研究方法。

学科形成的基本要素是独立的研究对象和独特的知识体系和知识结构,由于人们对事物的认识受到历史条件的限制,因此对一定共性的客体的总结与相对独立的知识体系的形成也必然因人们认识能力的局限而受限。这直接决定了学科的数量将是个不断丰富过程,学科的分类也将是个不断细化的过程。正如普朗克在《世界物理图景》一书中指出的:“科学乃是统一的整体,它被分为不同的领域,与其说是由事物本身的性质决定的,还不如说是由于人类认识能力的局限性造成的。”^①

随着社会生产力和人类的认识能力的发展,学科的分类也经历一个从简单到复杂、从粗略到精细的演变过程。

第一,古代的学科分类。在西方,最早对知识进行分类的是古希腊哲学家柏拉图和亚里士多德。柏拉图把知识分为辩证法、自然哲学、精神哲学,亚里士多德将

^① 陆军、宋筱平、陆叔云:《关于学科、学科建设等相关概念的讨论》,载《清华大学教育研究》,2004年第6期。

知识划分为理论性哲学、实践性哲学、创造性哲学;我国古代的知识分类主要有两种,一种是西汉刘歆作的“七略分类法”,即六艺略、诸子略、诗赋略、兵书略、数术略、方技略、成辑略,另一种是西晋的荀勖所作的“四部分类法”,即经、史、子、集。

第二,中世纪的学科分类。欧洲文艺复兴后,由于生产力的巨大发展和人类认识能力的提高,试验科学和人文科学随着资本主义生产方式的确立而迅速兴起,学科门类开始明确化,特别是到了19世纪上半叶,科学分化达到了相当精细的程度,这一时期有代表性的主要有四种分类法,分别是英国培根的学科分类、法国圣西门和孔德的学科分类、德国黑格尔的学科分类、恩格斯的学科分类。

第三,现代的学科分类。20世纪以来,伴随着科学技术的飞速发展和人类认识水平的空前提,科学知识的发展也出现了新的趋势和特点:一方面,科学的分化愈来愈细,学科门类愈来愈多;另一方面,各门学科之间的相互联系愈来愈密切,传统的学科界限不断被打破,边缘学科、横断学科、综合性学科等新兴交叉学科大量兴起,科学在高度分化的基础上实现了高度的综合,而且综合的趋势越来越占主导地位,现代科学已经形成了一个多层次的纵横交错的立体网络。

我国现行的学科分类有三种:一是由国家技术监督局1992年发布的《国家标准学科分类与代码》,这是我国第一个学科分类国家标准,该标准以学科的研究对象、研究特征、研究方法、学科派生来源及研究目的等五个方面的内容为依据,将所有学科分为自然科学、农业科学、医药科学、工程和技术科学、人文与社会科学五个大门类,下设58个一级学科,635个二级学科,2058个三级学科;二是由国务院学位委员会、国家教育委员会2011年颁布的《学位授予和人才培养学科目录(2011年)》,共设置13个学科门类、110个一级学科;三是教育部2012年颁布的《普通高等学校本科专业目录》,共分12个学科门类,新增设了艺术学学科门类,未设军事学学科门类。

从上述学科分类的演变历史来看,我们可以发现,学科分类并不是一成不变的,而是具有很大的不确定性和人为性。不同时代、不同的人,由于分类基准不同,所提出的分类方案迥然相异。随着社会的不断发展和人类的认知能力的提高,学科分类将会越来越精细,许多新兴学科将会不断地被吸收进来。学科是高校的细胞组织,世界上不存在没有学科的高校,高校的各种功能活动都是在学科中展开的,离开了学科,不可能有人才培养,不可能有科学研究,也不可能有社会服务。

二、学科建设

学科建设在我国是近几十年提出的命题,现在已经逐渐成了教育界的一个热

门话题,但是很多人对学科建设的内涵却不能很好地把握,往往将学科建设与专业建设相混淆。因此,在这里有必要对学科建设先作一基本的界定。一门学科能够得到确立和发展,主要取决于内部和外部两个因素:内部的因素主要是指其自身知识体系的完善,使其能够成为一门独立的学科;外部的因素是指社会对这门学科的需求,需要通过学科建设来服务社会。因此,学科建设主要承载两大类职能:一是完善自身知识体系;二是服务于社会。

(一)学科建设的内涵

学科建设是在我国高等教育改革不断深化过程中形成的一个新概念。最早是在20世纪80年代初期,以南京大学校长曲钦岳和华中工学院院长朱久思为代表的一批文理科型的综合大学、多科性工业大学的校长们,为了突破苏联高校学科结构模式的束缚,率先对我国大学的学科结构问题进行了理论研究和实践改革,提出了学科建设的概念。1985年,中共中央发布的《关于教育体制改革的决定》提出“有计划地建设一批重点学科”以后,有关学科建设问题的讨论才逐步深入。

如今,学科建设问题已成了我国高等教育界的一个热门话题,学科建设也变成了一个时髦术语。不论是教育行政机关还是高等学校,甚至包括学术界,只要一谈高教改革,言必称学科建设。但对学科建设的定义,至今尚未有一个统一的有权威的说明。有的人认为:“学科建设是高等学校发展中的一项长期的基本的战略任务,包含了学校的行政管理、人事管理、财务管理等各项管理,是运用规划、政策、人力、物力等因素使某个学科健康发展的系统工程。”^①也有的人认为:“院校学科建设就是按照一定的学科方向,对学术队伍和学科条件进行规划与建设,从而形成人才培养和科学研究的综合实力。”^②当然,还有的人认为:“学科建设通常是作为一个日常概念在使用,一般是指通过对学科的硬件投入、软件的积累和优化的方式,使学科具有一定水平的过程。”^③从这些论述中,我们对学科建设似乎可以归纳出如下几点含义:(1)学科建设涉及工作的方方面面,是一项系统工程。(2)学科建设的目的是使学科具有一定的水平,形成人才培养、科学研究和服务社会的综合实力。(3)学科建设是通过对学科的硬件投入、软件的积累,提高学科水平的一个过程。(4)学科建设要有投入,包括硬件和软件两个方面。(5)学科建设的内涵涉及学科方向、学科队伍和学科基地(条件建设)等。

① 洪毅等:《学科建设理论与实践中的几个问题》,载《学位与研究生教育》,1992年第1期。

② 张育林:《关于院校学科建设的若干问题》,载《学位与研究生教育》,2001年第12期。

③ 陈何芳:《大学基层学科建设:问题与对策》,载《学位与研究生教育》,2004年第2期。