

医疗法律实务

Y I L I A O F A L V S H I W U

尚金凯 主编

非
外
借



東北大學出版社
Northeastern University Press

医疗法律实务

尚金凯 主编

东北大学出版社

· 沈 阳 ·

© 尚金凯 2016

图书在版编目 (CIP) 数据

医疗法律实务 / 尚金凯主编. — 沈阳 : 东北大学出版社, 2016. 11

ISBN 978-7-5517-1468-6

I. ①医… II. ①尚… III. ①卫生法—基本知识—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 287272 号

出 版 者: 东北大学出版社

地址: 沈阳市和平区文化路三号巷 11 号

邮编: 110819

电话: 024-83687331 (市场部) 83680267 (社务办)

传真: 024-83680180 (市场部) 83687332 (社务办)

网址: <http://www.neupress.com>

E-mail: neuph@neupress.com

印 刷 者: 沈阳市第二市政建设工程公司印刷厂

发 行 者: 东北大学出版社

幅面尺寸: 170mm × 240mm

印 张: 19

字 数: 405 千字

出版时间: 2016 年 11 月第 1 版

印刷时间: 2016 年 11 月第 1 次印刷

策划编辑: 王兆元

责任编辑: 孙德海

责任校对: 叶 子

封面设计: 刘江旸

责任出版: 唐敏志

ISBN 978-7-5517-1468-6

定 价: 45.00 元

《医疗法律实务》编委会

主 编 尚金凯

主 审 康万军 颜鸿飞 腾卫宁 詹天恩
王明月 师海利 张秉义 黄海波

副主编 戚文腾 周 琳 关双成 宋 平
王桂秋 殷志韬 吴毅平 陈立民
刘成刚

编 委 白 毅 陈德宇 陈黎明 陈颖波
董春芳 黄馨冉 康 华 李卓然
李洪潮 罗 琳 祁 蕊 宿 杰
王 飞 王磊石 王相增 张铁辉
张 岩 郑元国 翁国雄

前言

用一句话来概括，法律就是千百年来不断沉淀的和传承人类文明的结晶，是人类社会属性的概括与总结。从古至今，有人类群体，就会有人与人的关系，就会有人与人关系的准则或者规矩。早在数千年前的两河流域，属于那个时代的那一群人组成的国家建立起来了；接着，国家的法律——《汉穆拉比法典》——也诞生了。为了永恒传承，他们最终一斧一斧地把这部法典铭刻在石壁上。先有国家，后有法律；没有国家的强制力，就没有法律。有了国家，就有了暴力工具，也就有了可以强力推行和强制执行的法律！任何时代、任何国家，其法律都是至高无上的，它规范着人们的社会生活。

岁月裹挟着无尽的风沙，掩埋了人类的脚步，现在，两河流域文明早已消失得无影无踪，但是《汉穆拉比法典》等的精髓却辗转流传了下来。这就是法律的传承！所以法律是一切有关人类社会属性的规则的总集。法律是人类文化与智慧的体现。

改革开放以来，我国的现代法律体系得到了系统和完整的构建。从1982年的《宪法》颁布以来，《民法通则》《刑法》《民事诉讼法》《刑事诉讼法》等基本法律以及一系列部门法陆续颁布，并不断修改甚至重新立法。我们从法制建设到法治建设，从以德治国到依法治国，法律在不断的进步之中。目前进一步深化改革，开始对司法程序改革予以特别的关注。与此同时，更多的人则开始思考现代西方法律体系与中国传统的、原生的法律体系的关系，谋求从传统法律文化中汲取营养，以便解决中国的问题。

中国的传统法律体系与思想，也被称为中华法系。主张“家”与“国”、“家法”与“国法”的协调统一，并且紧密联系在一起。多侧重于民事的“家法”，遵从于“国法”，而“国法”又反过来维护“家法”的权威。与此同时，“修身，齐家，治国，平天下”则是历代中国人孜孜不倦的内心准则。我们相信自我约束，崇尚“慎独”，我们相信法律的存在，也相信法律的威严。

但是，社会的发展，要求法律条文不断地适应新的现实和社会关系，不

断地向着合理、公正和完善迈进；同时，人们也会不断地质疑并追求法律在执行过程中的公正与公平。因而，只有树立程序公正的理念，才能解决针对司法公正的疑惑，才能培育法律的信仰。在以法治国和深化司法改革的当今中国，法治的晨光已经耀耀于世。道路尽管曲折，但是我们的前行方向不会变，坚定的步伐不会变。

医学是以人为研究对象的。医生通过理化乃至生物方式，介入伤病的自然过程，干预、控制、改变伤病的结局，以期达到治愈或使其好转的目的。在此过程中，医生更多的是关注“人体”平台之上的伤病，往往无视他或她的社会属性与权益，因而导致医患关系失衡。

从医师的视角去理解法律；用律师的角度去审视医疗；在医疗与法律之间找寻切入点和平衡点，探索法治框架下医疗行为的规则。这就是本书的核心。

本书以《侵权责任法》等基本法律为纲领，对现行的医疗法律、法规、规章以及技术规范，进行了全方位的梳理。内容涉及基本法学理论与民法概述、行政法律概述与执业医师及医疗机构监管、医疗服务合同、医疗侵权责任、医疗技术风险与医疗过错责任、医疗法律风险与分类医疗法规、医院内意外损伤的法律责任、告知义务与知情同意、医疗治安秩序与医闹问题、医疗纠纷的民事诉讼与赔偿计算，以及医疗犯罪与刑事诉讼程序等内容。

本书的全部章节，紧紧围绕法律法规的立法宗旨，将严谨的法律条文与鲜活的医疗纠纷案例紧密结合，并逐层展开。通过医案列举，将相对抽象的法律法规具体化；通过法律实践，将有形的法条转化为无形的依法行医的行为准则；通过学习，弘扬中华优秀传统文化中的人文关怀与法治精神；通过探索，认清医者的使命、尊重患者的权利，最终在医与患之间，建立更加和谐的社会关系。

尚金凯

2016年3月26日

目 录

第一章 法理与法律概述	1
第一节 法的基本概念	1
第二节 民法概述	6
第三节 人的法律权利	13
第四节 我国现行的法律体系	17
第五节 医学思维与法学思维	21
第二章 执业医师	23
第一节 医师资格	23
第二节 医师执业	26
第三节 医师的继续教育与考核	33
第四节 医师管理	36
第五节 护士制度	45
第三章 医疗机构	50
第一节 《医疗机构管理条例》概述	50
第二节 医疗机构的分类	53
第三节 医疗机构的设立	59
第四节 医疗机构执业	62
第五节 医疗机构的监管	68
第六节 非法行医及其法律责任	76
第七节 行政法与行政诉讼法概述	81
第四章 医疗服务合同	89
第一节 医疗服务合同的特征	89
第二节 患者的合同权利与义务	98
第三节 医方的合同权利与义务	103
第五章 医疗侵权责任概述	106
第一节 侵权责任概述	106
第二节 《侵权责任法》第七章解读	110
第六章 技术风险与医疗过错责任	117
第一节 医疗技术风险概述	117
第二节 误诊漏诊的过错	118

第三节 疏于观察的过错	126
第四节 适应证选择的过错	131
第五节 治疗的过失	136
第七章 医疗法律风险与分类医疗法律法规	141
第一节 药事法律系列	142
第二节 诊疗规范	151
第三节 新技术与医学伦理	156
第四节 医院感染与管控	169
第五节 传染病、结核病与性病防控	174
第六节 《精神卫生法》解析	179
第七节 其他涉医的法律法规	186
第八章 医院内人身损害的法律責任	190
第一节 医院内人身损害事件的分类	190
第二节 精神专科医疗机构内的人身损害与归责	193
第九章 告知义务与知情同意	197
第一节 告知义务的法律渊源	198
第二节 知情同意权	203
第三节 告知义务的启动	206
第四节 告知义务的形式与内涵	209
第五节 告知义务的履行	215
第六节 违反告知义务的法律責任	223
第十章 医疗秩序与医闹问题	226
第一节 《治安管理处罚法》与公共治安秩序	226
第二节 医闹问题的解决之道	229
第十一章 医疗纠纷的民事诉讼与赔偿计算	237
第一节 医疗纠纷诉讼的证据	237
第二节 医疗事故技术鉴定	245
第三节 医疗司法鉴定	250
第四节 医疗纠纷诉讼的基本程序	254
第五节 医疗赔偿项目与计算	259
第十二章 医疗犯罪与刑事诉讼程序	267
第一节 《刑法》概述	267
第二节 涉医行业犯罪	271
第三节 涉医经济犯罪	281
第四节 《刑事诉讼法》概述	289
后 记	295

第一章 法理与法律概述

第一节 法的基本概念

一、法的称谓与历史

一般意义上，法（或法律）指国家制定或认可并由国家强制力保障实施的行为规范总和。法律是反映统治阶级（至少是拥有立法权的人群及其代理人）的意志，以国家立法的形式制定并颁布，并且以国家强制力保证实施的行为规范体系。它通过规定人们在相互关系中的权利和义务，确认、保护和发展对统治阶级有利的社会关系和社会秩序，是统治阶级实现阶级统治和社会管理的工具。

在中国，“法”一词含义极为广泛。从词源上解析“法”字，“法”的古体字为“灋”。从“水”，表示法律、法度公平如水的表面；从“廌”（zhì），即“解廌”，又名獬豸，是一种与鹿和牛类似的神兽，在古代人们将它作为断案的工具，每当办案时出现多个嫌疑人、无法裁判的时候，人们通常把它放出来，它用头上的尖尖独角顶谁，谁就是罪犯。这也是中国古代“神明裁判”的体现。古人希望借助于神的力量和方式来考验考察当事人，以确定其人是非曲直，判定有罪或无罪。神明裁判使诉讼裁决及其形式披上神圣的外衣，使人诚心信服。正如东汉文学家许慎在《说文解字》中所概括的，“法”最初具有以下三层含义：第一，“法”与“刑”相同，为“刑罚”与“规范”之意；第二，法者从水、平之如水，含有公平之意；第三，“法”含有明断曲直之意。即，“灋，刑也。平之如水。从水，廌所以触不直者去之，从去，会意。”

后世“法”一词用意广泛，诸如佛教、道教用词，趋于哲理意义，其含义也越来越抽象。具体作为国法、法律使用时，逐渐被“律”字所代替。如，中国秦代之后的法律文书多以“律、令、典、敕、格、式、科、比、例”等命名，这些都属于国法意义上的“法”。清末借鉴日本的用词，国法意义上的“法”，逐渐通用“法律”一词。而“律”字反而鲜有使用，仅仅多见于“律师”一词。“律师”是法律职业人，而“法师”，则与法律毫不相干。

西方的欧洲国家，同样也有表示哲理意义上的“法”与国法意义上的“法”的不同用词。自古希腊以来，学者们所提出的法的概念与称谓，不计其数。按照中世

纪最权威的经院哲学家托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas, 1225—1274)的理论,法分为四种,即永恒法、自然法、人法、神法:永恒法是上帝用来统治整个宇宙的根本大法,自然法是上帝用来统治人的法,人法是国家制定和颁布的合乎理性的法;而神法就是《圣经》。将宗教引入法律体系,一则反映出当时西方政教合一的政体,二则也反映出人为的法律的神圣不可冒犯。与中华法系中的“灋”及其与神明相关的解释异曲同工。这一含义广泛的“法”字,应当与今天的“法理”一词相对应。

二、法的特征

通过多年来医学理论的学习过程,我们体会到,一种新知识的学习和领会,往往是通过与既有的、熟知的知识相互比较,进行学习,以便于掌握新知识的特征与核心内容。如果我们将法律与道德、宗教、政策相互比较,就可以显露本属于法律的特殊征象与标志。

(一) 法是调整人们行为或社会关系的规范, 具有规范性

法不是一般的规范,而是一种社会规范。而社会规范又区别于思维规范、语言规范,也不同于单纯的技术常规。比如,一名医生,存在语文能力缺陷,书写字迹丑陋,这只是其个人素养问题,不涉及人与人之间的社会关系,但是如果他的语文水平低得足以影响其与患者的沟通,甚至表达错误,导致无法履行告知义务,就产生法律后果了。临床医师的一项腹部手术操作,如果只是技术与手法问题,所用时间略长于正常操作,或者切口长度略长于正常1~2厘米,并没有因此导致患者人身损害,这就只是技术问题;但是,如果时间过长导致感染或出血量剧增,或者其他器官组织副损伤,那就不仅仅是技术问题,而是导致出现患者人身权损害的法律问题了。技术常规的最高层次,也会上升为法律——诸如国家卫生行政机关颁布的《××技术操作规范》就属于法律的范畴。其立法的目的就是规范这一操作,使之避免出现损害后果。放眼全社会,建筑业、交通运输业、食品药品工业等都需要制定技术操作规范。而规范操作的目的,是避免和减少人身与财产损失、避免法律风险。

以《执业医师法》为例,法的所谓规范性,体现为:

(1) 可为模式,即人们可以怎样行为。注意,这一模式的核心法言法语为“可以”“可”“有权”等。如《执业医师法》的第九条规定了参加执业医师考试的资格与条件,原文是“具有下列条件之一的,可以参加执业医师资格考试……”,就是说,具备这一条件的人很多,你可以报考,当然也可以放弃报考。

(2) 勿为模式,即人们不得怎样行为。注意,这一模式的核心法言法语为“不得”“不予”“禁止”“严禁”等。如《执业医师法》第二十三条的内容:“医师……不得隐匿、伪造或者销毁医学文书及有关资料。医师不得出具与自己执业范围无关

或者与执业类别不相符的医学证明文件。”

(3) 应为模式,人们应当(必须)怎样行为。注意,这一模式的核心法言法语为“应当”“必须”“应”“得”“须”等。如《执业医师法》第二十四条之规定:“对急危患者,医师应当采取紧急措施进行诊治;不得拒绝急救处置。”

(二) 法是由国家制定或认可的,体现了国家对人们的评价,具有国家意志性

法的上述三种模式,具有普遍的约束力。法的约束力也被称为法的效力。法不是为某一特定的人而制定的,法所适用的对象是不特定的人;法不仅适用一次,而是在其生效期间内反复适用的。法这种规范的约束力,具有国家意志性。在这里,国家的存在,是法存在的前提。

国家通过立法的方式,制定并颁布法律。

国家通过一定的方式承认其他社会规范(如道德、宗教、风俗、习惯等)具有法律效力。承认的方式有两种,其中包括明示认可与默示认可。救死扶伤、悬壶济世,是社会普遍持有的医德内容,国家通过颁布《执业医师法》加以认可;病历书写作为行业规范,被法院的判例加以肯定。中国传统法律体系中,“家法”在秦朝以及之后的更多朝代里,都是在官府衙门的判案中得以认可的。

(三) 法是由国家强制力为最后保证手段的规范体系,具有国家强制性

特别强调的是,法具有国家强制性。这是法区别于其他社会规范的本质不同之处。其他社会规范,如道德规范也有强制性。而所谓强制性,则体现在借助一定的社会力量强迫人们遵守的性质。道德规范主要是依靠社会舆论、传统习惯以及人们的内心确信等来加以维持。一名医生在乘车途中遭遇突发乘客晕厥,她或他挺身而出参与抢救,这是道德的强制性使然,是内心的善意与确信使然。这一行动与法律义务及源于法律的强制性无关。当然,作为医师的她或他,此时也完全可以保持沉默,不实施任何救治行为,而无须承担法律责任。

法不同于上述社会规范,它具有特殊的强制性,即国家强制性。不管人们的主观愿望如何,人们都得遵守法律。这是以国家强制力为后盾,由国家强制力保证实施的。所谓国家强制性,就是指依靠国家强制力,强迫人们遵守的性质。如《执业医师法》第二十八条之规定“遇有自然灾害、传染病流行、突发重大伤亡事故及其他严重威胁人民生命健康的紧急情况时,医师应当服从县级以上人民政府卫生行政部门的调遣。”依据这一条款,2003年非典肆虐时期,任何医师均得无条件服从卫生行政部门的统一调遣、统一布置,否则,即为违法,并应依法遭到处罚。这就是法的国家强制力。其目的只有一个,确保法律的实施与法律的威严。

(四) 法具有普遍性

法在一国的国家权力管辖范围内普遍有效,这就是法的普遍性或者称法的普遍适用性。

前文论及,任何社会规范都具有强制力与约束力,法律规范与道德规范等非法

律规范相比：① 范围不同。法的约束力的范围是国的治域，国家管辖范围内的一切成员，无分种族、民族、性别、阶层、阶级等差异，而一律平等适用。② 形式不同。法的约束力与法的强制力相关联，并以国家强制力为后盾，以相应的制裁来保证。而其他社会规范则是以其内在的强制力为主要特征，如道德规范。

在我国，由于香港与澳门地区设立特别行政区，在特别行政区基本法的框架下，相应地，港澳地区的一些具体的部门法与内地不同；而我国台湾地区由于历史的原因，其区域内实施的法律也与大陆不同。这是法的普遍适用性的特例。也表明法的普遍性，并不等同于绝对性和无限性。

在我国，由于《立法法》规定，国家部委、地方省市同样拥有立法权，所以诸如部委规章以及地方性法规等，其相应的普遍适用性，均被限制于该行业领域或该地区。如，在《精神卫生法》颁布之前的数年间，上海、北京、无锡、武汉等多地均根据自身需要制定了地方性法规——《精神卫生条例》，这类条例的效力，仅为其地方行政区域。此类情形在医事法律体系中较为普遍。

（五）法具有程序性

法的另一个特征是，法强调程序，规定程序，并实程序。美国法学家哈罗德·J. 伯尔曼指出：“法律是一种特殊的创造秩序的体系，一种恢复、维护或创造社会秩序的介于道德和武力之间的特殊程序。”

程序法是法律的重要组成部分，这是因为，法律要求制定程序并实现程序化；同时，程序的实现，也保障了法律效率与权威的实现。

法的程序性就是为克制人们的恣意性或者说“任性”。它是对人们行为随意性、随机性的限制和制约。

现代社会与蛮荒时代的根本区别，就是现代社会存在完善的法律体系，包括实体法与程序法的存在。法律的存在，使得人的自身权益得以维护，使得侵权等情形出现时，解决社会问题与人际争端，不再像蛮荒时代那样采用同态复仇的方式——所谓“以牙还牙，以眼还眼”的方式，而是采取法律框架下的替代赔偿，和/或以国家公权力的形式进行适当的惩罚。

三、法的本质

历史上思想家与法学家们曾对法的本质问题进行过认真思考，留存于世的各种学说，也是林林总总，莫衷一是。但是总体分为：① 来源于神明；② 来源于人类文明与理智的发展；③ 来源于利益因素。

我们认为，首先，法是人类文明与理智的发展与传承的结晶，诸如，民事法律的基本原则乃至众多条款，在现今各个国家都大致相同，其成因就是，民法在其形成过程中，凝结着全体人类的智慧。这些饱含智慧的法条，穿越千百年的岁月，流传下来，成为现今各个国家普遍接受的法律。其次，法又体现着一个国家的统治阶

级的整体意志。而体现这一意志，需要一个复杂的程序。现代国家往往通过立法程序制定、颁布或者修改法律，而这由立法者制定颁布的法律，往往体现社会主流意志，即统治阶层的整体意志，当然社会其他阶层与族群的利益与意志也会在一定程度上予以彰显，体现着立法当时的社会经济生活状况。这就是现代法律所体现的社会利益的平衡。马克思指出：“只有毫无历史知识的人才不知道：君主们在任何时候，都不得不服从经济条件，并且从来不能向经济条件发号施令，无论是政治的立法或是市民的立法都只是表明和记载经济关系的要求而已。”

四、法的作用

法的作用是指法对人们的行为、对社会生活和社会关系发生的影响。一方面，法是调整人们行为或社会关系的规范，所以法具有各种规范作用；另一方面，法是一定的人们的意志体现，反映了他们的利益要求，所以法具有各种社会作用。

（一）法的规范作用

（1）指引作用。法作为一种行为规范，为人们提供某种行为模式，指引人们可以这样行为、必须这样行为或者不得这样行为。如《侵权责任法》第七章第五十六条规定：“因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。”这里清晰地指明了医师在遭遇“抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的”，可以“经医疗机构负责人或者授权的负责人批准”，“立即实施相应的医疗措施”。这一条款明确起到了指引医务人员医疗行为的作用。

（2）评价作用。法的评价作用体现在对人们的行为是否合法与违法的评判。法的这一作用与道德规范相比，具有概括性、公开性和稳定性。这也体现出法律是一切社会规范的底线的特性。《执业医师法》第二十二条规定，医师在执业活动中履行一系列的义务，诸如“遵守法律、法规，遵守技术操作规范”及“树立敬业精神，遵守职业道德，履行医师职责，尽职尽责为患者服务”等。这些条款的规定，就是评价一名医生称职与否的重要依据，也是全体执业医师努力的目标。

（3）预测作用。《侵权责任法》第五十五条规定了医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施，履行告知义务。该条的第二款进一步规定了：“医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。”基于这一条款我们可以预判，如果医师没有履行告知义务，一旦患者出现意外后果，医师将面临着承担民事赔偿的法律风险。

（4）强制作用。法的强制性，决定了其具有强制作用。

（5）教育作用。法的以上诸如指引、评价等作用，决定了法具有教育作用。我们医务人员作为非法律界人士，学习法律的目的更多的是收获教育、收获法律意识。这也是法的教育作用的体现。

（二）法的社会作用

（1）维护社会秩序。法较之于其他社会规范，可以起到定分止争的作用。由古至今，概莫如此。《说文解字》说：“律，均布也。”段玉裁注疏说：“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布。”管子说：“律也，定分止争也。”所谓“定分”，就是现代法律当中的权属范围，权益分别属于何人，得通过法律规定予以确定；而一旦权利得以确定，纷争自然就消解了，也就达到“止争”之效了。

就医疗行业而言，国家之所以就医疗行业，制定如此众多的法律法规，皆出于维护正常的医疗秩序的需要、稳定医患关系的需要、维护患者合法权益的需要。

（2）保障社会发展。由于法在维护社会秩序方面的作用，有了稳定而和谐的社会环境，必然促进社会各个领域各个行业的发展。注意，这种发展是顾及各个角落、各个阶层的利益的发展，是理性的发展。

（三）依法治国与依法行医

法以其独特的方式对人类生活发生着重要影响。法律代替道德、代替宗教，成为最主要的社会调整手段。历史证明，法律是社会运行、发展的最重要的稳定和平衡工具。法律以其稳定性和可预测性，为变化莫测的社会提供相对稳定的规范基础。加之法的强制性、权威性、公开性、程序性，都是道德与政策所无法比拟的，因此，只有依法，而不是依德、依政策，才能治国。《韩非子·有度》说：“国无常强，无常弱。奉法者强，则国强；奉法者弱，则国弱。”

医学科学的终极目的是对患者的关怀，而不是单纯地为了科学发展，更不是谋利。我国1982年《宪法》第二十一条明确规定：“国家发展医疗卫生事业，发展现代医药和我国传统医药，鼓励和支持农村集体经济组织、国家企业事业组织和街道组织举办各种医疗卫生设施，开展群众性的卫生活动，保护人民健康。”所以，无论是基于医务人员身份准入、医疗机构设立的法律、法规，如《执业医师法》《护士条例》《医疗机构管理条例》，还是医疗技术准入规范《医疗技术临床应用管理办法》，乃至涉及医疗侵权责任的《侵权责任法》，均体现对人的权利的保护和尊重。

无论如何完善的法律，都不是尽善尽美的。随着社会的发展，法律也需要随之不断进行修正。而这正体现了作为社会行为规范的法律的永恒的生命力。

第二节 民法概述

一、民法的概念

民法是调整自然人或法人之间的人身关系与财产关系的社会规范与裁判规范。民法与宪法、行政法、刑法等所谓的公法相对比，属于私法。调整范围为人与人之间在私的法律关系，其涵盖面极广，涉及每一个人、每一个家庭、每一个法人或其

他社会组织,涉及社会生活的各个方面,人身权益、财产所有、智力成果、婚姻家庭、财产继承乃至生老病死等无不囊括其中,其中自然也包含医疗服务与医患关系。可以说,民法相当于一部处理人与人之间社会事务的“百科全书”。

民法以维护私权为本位,它凝结着对个人价值的尊崇、对市场制度的信心和对权力的冷静与休惕之情。

法律上对于民事主体——“人”——的定义,既可以是自然人,也可以是拟制的人——法人或其他社会组织。在医患法律关系中,医疗机构是拟制的法人,而患者则是自然人。双方之间的法律关系为民事法律关系,处于民法调整的范围内。所以,学习医事法学,必须对民法的基本知识有足够的理解和掌握。

在我国,宪法是根本法,而民法是重要的法律部门之一,是调整社会生活关系的基本法律。根据我国的法律规定,民法的概念可以表述为,民法是调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系与人身关系的法律规范的总和。具体到医事法学范畴,任何医疗行为、任何样态的医患关系,均无法摆脱民法的规范与调整。

二、民法的结构

民法作为调整平等主体之间的人身与财产关系的社会规范这一特点,决定了民法的内容必然是围绕人身权利、财产权利展开。以1900年实施的《德国民法典》为例,该法包含了以下内容:①总则部分,包括自然人、法人、民事法律关系等,围绕人(包括自然人与法人)的权利展开;②物权部分,主要围绕物权及其派生的所有权与他物权(用益物权及担保权)的权属特征与物权取得展开;③债权部分,围绕债的形成与分类特征展开,其中包括合同之债与侵权之债,医疗行为所产生的纠纷就与这两类债密切相关;④亲属部分,主要包含婚姻与亲属关系的确立;⑤继承部分。我国虽然没有颁布这类目录清晰的民法典,但是自1986年以来陆续颁布的《民法通则》《合同法》《物权法》《担保法》《婚姻法》《收养法》《继承法》以及上述法律相应的司法解释,广泛涵盖了上述内容,并共同构成具有我国特征的广义的民法。当然,当下更为广泛的民法内容,还可以包括《著作权法》等知识产权领域的法律。

三、民法的原则

(一) 私权神圣原则

所谓私权,即人的权利。以自然人为例,人的权利由人身权与财产权组成。私权可以从广义和狭义两个角度来理解。狭义的私权就是指民事权利,包含两大部分:一是传统上的财产权(财产所有权、知识产权、债权、投资者的权利等),二是人身权(隐私权、肖像权、名誉权等)。广义的私权指人权,即法律赋予每个人

的权利,包含政治权利、社会权利和民事权利。政治权利包括选举权、被选举权、言论自由、结社自由、新闻出版自由等权利;社会权利包括接受教育的权利、社会保障权利等。自1804年《法国民法典》颁布以来,私权受到越来越广泛的保护与尊重。私权神圣的原则,既体现了私权不应当遭致代表国家的公权的不法侵犯,也体现了民事主体之间彼此互相尊重私权。任何侵害他人私权的行为,均属违法行为;任何人行使权利均不得损害他人权益。这里的“人”,既包括自然人,也包括法人与其他组织。

私权神圣原则,在1987年起施行的《民法通则》第五条“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯”的规定中,已经显露端倪。

有关人的权利的具体内容,我们将在本章的第三节详细论述。

(二) 身份平等原则

身份平等原则是民法的另一项重要原则。所谓身份,狭义的理解是指自然人之间基于血缘关系与姻亲关系形成的身份关系;广义的理解为,自然人在社会环境中所处的相对固定不变的社会地位,以及由相应的社会地位决定的可以拥有的权利。在封建君主制社会,社会成员之间存在诸多身份的不平等。诸如,贵族与平民的身份差异与不平等,领主与其奴仆之间的隶属、依附关系,农奴主与农奴之间的身份不平等,等等。这样的人身依附关系与不平等,使得人与人之间无法建立真正的契约关系。所以,当1804年《法国民法典》(也叫《拿破仑法典》)颁布后,随着拿破仑的大军横扫欧洲大陆,广大民众、底层的农奴与平民无不欢欣鼓舞。当年35岁的贝多芬就曾经出于这种感受,为他所期待的心目中的解放者——拿破仑——写下了一部交响乐章《拿破仑·波拿巴交响曲》。后来拿破仑称帝,对于现实的失望令贝多芬将这一交响乐改名为《英雄交响曲》。可见身份平等的历史意义和民众的渴望。

“人,生而平等”的理念始终深入人心。美国黑人的人权问题,就很好地说明了这一点。美国1787年颁布的《宪法》有意回避了黑人的身份权利与自由权利问题,相反,却维持了黑人的奴隶身份,剥夺了黑人作为“人”的权利。这使得这部被后世的某些人标榜的《宪法》尽显虚伪,令所谓的“宪政”榜样,蒙上无法漂白的污垢。该宪法颁布70多年以后,美国发生南北内战。北方政权在南北两军战场上一度节节败退,岌岌可危。在这非常不利的情形下,北方政权利用了黑人的身份与自由权问题,抛出了《解放黑人奴隶宣言》。宣言提出:解放南方叛乱各州(而不是美国全境!)的黑人奴隶,并且允许这些黑奴参加北方军队。“凡在当地人民尚在反抗合众国的任何一州之内,或一州的指明地区之内,为人占有而做奴隶的人们都应在那时及以后永远获得自由”。这样,大量南方各州的黑奴出逃至北方,而令南方陷于瘫痪,南方最终被瓦解了。一纸深有用意的宣言,就足以改变一场战争的结局,可见,身份平等对一个人、一个饱尝不平等的人具有何等重要意义。民法的这一原则,对经历过数千年帝王专制的中国社会,也具有深远的意义,条文法律如

何能够深入现实社会之中,使中国彻底摆脱官本位的传统以及官与民的身份差别,也将是我们共同努力和期待的。

身份平等原则在《民法通则》当中,通过该法第三条“当事人在民事活动中的地位平等”加以确定。

如果具体到医患法律关系当中的医疗机构与患者的身份问题,在我国医患关系的演变,也经历了一个曲折的过程。新中国成立后,医疗机构均为国有,医患关系的一端是国有的单位,另一端是个人,而在当时的城镇,医疗服务又是免费的,这样就难以避免双方身份的明显差异,无平等可言。如在1983年辽宁省政府颁发的《医疗事故处理试行规定》(已于1987年废止)当中,解决医疗事故赔偿的方式是将患者退回其所在工作单位,然后比照工伤处理。除此以外,再无救济途径。这与当下的法律不仅完全不符,甚至令人难以理解。

民法原则提示我们,对患者权利的尊重,是对患者最好的服务;对患者平等一致的关心,是对患者最大的人文关怀。

(三) 意思自治原则

意思自治原则同样是民法的一项基本原则。具体来讲,意思自治就是,当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位个人不得非法干预。

意思自治原则是指合同的任何一方可以自由选择处理合同争议所适用的法律原则,它是确定合同准据法的最普遍的原则。这一原则来源于16世纪法国理查世·杜摩兰(1500—1566)的意思自治说。他主张,契约应适用当事人自己选择的习惯,法院也应推定当事人意欲适用什么习惯于契约的实质要件和效力。

《法国民法典》还就意思自治原则,做了明文规定。第1123条规定:“凡未被法律宣告为无能力之人均得订立契约。”第1594条规定:“一切法律并未禁止其为买卖行为之人,均得买受或出卖。”这是意思自治原则最初的法律明文规定。

意思自治原则,除了上述契约自由之外,还充分赋予了社会每个具备民事行为能力的人,其意思表示不受任何不法约束,可以自我主张、自由行为,并为此自行承担法律责任。

意思自治原则在《民法通则》当中,是以第四条多项原则中的一项“民事活动应当遵循自愿……的原则”加以确定的。这里的“自愿”原则,就是意思自治原则的另一种表达方式。

需要特别说明的是,患者的知情同意权利,即派生于民法的意思自治原则以及诚实守信原则。即,患者有权了解相关事实、接受医师的告知,并有权就此独立做出接受或不接受医师具体建议的决定的权利。

(四) 公序良俗原则

公序良俗原则是指民事主体在民事活动中不得违反公共秩序和善良风俗,不得违反社会公德,不得损害社会利益和国家利益。公序良俗原则由公共秩序和善良风