

北京市社会科学基金项目

基本医疗背景下 医疗损害责任研究

马辉 著

北京市社会科学基金项目

马辉 著

基本医疗背景下 医疗损害责任研究

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

基本医疗背景下医疗损害责任研究/马辉著. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 8
ISBN 978-7-300-25433-3

I. ①基… II. ①马… III. ①医疗事故-赔偿-研究-中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 006440 号

北京市社会科学基金项目

基本医疗背景下医疗损害责任研究

马 辉 著

Jiben Yiliao Beijing Xia Yiliao Sunhai Zeren Yanjiu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京玺诚印务有限公司

规 格 165 mm×238 mm 16 开本

印 张 15.5 插页 1

字 数 272 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2018 年 8 月第 1 版

印 次 2018 年 8 月第 1 次印刷

定 价 49.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



马辉 女，法学副教授，内（儿）科副主任医师。本科就读于内蒙古医学院临床医学专业，毕业后从事临床医生工作11年，后转入法学领域，先后于北京大学和中国人民大学获法律硕士、民商法学博士学位。

自2007年始，于首都医科大学从事卫生法学教学科研工作，研究领域涵盖医疗侵权的主要理论问题，包括医疗技术侵权、知情同意制度、医疗产品侵权、过度医疗责任、基本医疗与侵权责任之间的关系等，发表论文多篇，出版专著一部。

内容简介

2009年，政府承诺向公众提供“安全、有效、方便、价廉”的诊疗服务——基本医疗服务。但现行损害赔偿制度诱导防御性医疗、阻碍基本医疗制度的推行。因此，医疗损害赔偿理论需做如下修正：（1）医疗侵权宜统一适用过错责任原则。通说认为，产品侵权应采用无过错责任原则。但因缺陷认定的困难，无过错责任原则不具有现实可能性。（2）医疗过失宜采用医疗水准说，并适当考虑医疗机构的等级、地域等因素。

（3）患者同意事项、医方告知义务的范围都应加以限制。说明义务应坚持理性人标准，遥远的风险无须告知，只有公认的替代疗法才需要告知患者。（4）医疗产品侵权应采用过失责任原则，缺陷应采用不合格标准。（5）过度医疗责任应贯彻谦抑原则。

（6）基本医疗损害有必要纳入国家赔偿的范围。

策划编辑 王宏霞

责任编辑 霍殿林

装帧设计



2016 年度北京市社会科学基金项目成果出版资助

2013 年度北京市社会科学基金项目成果

项目名称：与基本医疗相适应的损害赔偿规则研究

项目编号：13FXB020

目 录

第一章 医疗损害赔偿制度概述	1
第一节 医疗损害赔偿制度历史沿革	1
第二节 医方与患方的法律关系	4
第三节 医疗损害责任的类型	6
第四节 医疗损害责任的特征	9
第五节 医疗行为	13
第六节 医患纠纷处理制度	19
小 结	23
第二章 基本医疗的概念、特征及制度困境	25
第一节 我国基本医疗制度的起源	25
第二节 基本医疗的概念	28
第三节 基本医疗服务的范围	32
第四节 基本医疗服务的特点	37
第五节 损害赔偿视角下全科医疗制度困境	42
小 结	47
第三章 医疗侵权归责原则	50
第一节 医疗产品侵权采用过错责任原则的历史传统及现实选择	51
第二节 医疗产品侵权案件多采用过错责任原则	52
第三节 医疗产品侵权采用无过错责任原则的现实困难	54
第四节 医疗产品侵权采用无过错责任原则的法律后果	59
小 结	60
第四章 医疗技术过失责任	62
第一节 医疗技术过失责任理论概述	62
第二节 医疗技术过失责任构成的特殊性	67

第三节 医疗技术过失理论选择	78
小 结	93
第五章 知情同意侵权责任	95
第一节 患者知情同意权概述	95
第二节 我国患者知情同意权司法保护现状	98
第三节 国外知情同意理论的修正	113
第四节 患者知情同意权的合理范围	120
小 结	142
第六章 医疗产品侵权责任	146
第一节 因医疗产品致害患者保护现状及困难	146
第二节 医疗产品的概念	155
第三节 医疗机构的法律地位	158
第四节 医疗产品缺陷认定标准	164
小 结	175
第七章 过度医疗责任	177
第一节 过度医疗的必然性	177
第二节 认定过度医疗行为的法律障碍	180
第三节 认定过度医疗行为的基本原则	184
第四节 认定过度医疗行为的具体标准	188
小 结	193
第八章 免责事由	195
第一节 基于受害人因素的免责事由	196
第二节 基于加害人因素的免责事由	202
第三节 基于第三人的免责事由	206
小 结	208
第九章 基本医疗损害与国家责任	209
第一节 国家责任的理论基础	210
第二节 国家责任的模式选择	215
小 结	221
结 语	222
主要参考文献	235
后 记	241

第一章 医疗损害赔偿制度概述

医疗损害责任，是指医疗机构及其医务人员在诊疗活动中因过错，或者在规定的情况下无论有无过错，造成患者人身损害、精神损害或者财产损害，应当承担的以损害赔偿为主要方式的侵权责任^①。《侵权责任法》出台前，法学界通常称其为医疗侵权。医疗侵权有时指医疗侵权行为，在另外一些场合则是指医疗侵权责任。《侵权责任法》出台后，部分学者主张一概采用医疗损害责任的概念。医疗侵权行为、医疗侵权责任、医疗损害责任，着眼点略有区别，但从整体上看，所描述或者指代的客观事实并无本质区别，理论研究对象也大体相同。因此，本书并不严格区分三者，按照《侵权责任法》，以医疗损害责任作为首选概念，在不宜采用该概念时，视情况选择其余两个。

第一节 医疗损害赔偿制度历史沿革

从某种程度来说，我国医疗损害赔偿制度与我国医疗卫生体制密切相关，经历了计划经济时期的无赔偿，发展到市场化初期的补偿责任、市场化中期的限制赔偿、市场化后期的同等赔偿。2004年，国务院发展研究中心将近二十年的医疗卫生体制市场化改革评价为“从整体上讲，改革是不成功的”^②。2009年开始的新医改将基本医疗定性为公共品，由政府主导提供。随着医疗卫生体制的再一次调整，医疗损害赔偿制度应否随之变更？如何变更？这将是今后一段时期的重要课题。

① 杨立新. 医疗损害责任法. 北京：法律出版社，2012：3.

② 葛延风，丁宁宁，贡森，等. 对中国医疗卫生体制改革的评价与建议（概要与重点）. 卫生政策，2005（9）：4.

一、无赔偿时期

新中国成立初期,传染病、寄生虫疾病、营养不良性疾病在工农群体中肆虐,我国的医疗卫生体制选择了异于西方的医疗模式,主要依靠经过很短时间就可培训出来的技能较低的医护工作者,发展劳力密集而不是资本密集的医疗技术,强调预防和初级保健^①。在这样的大背景下,有限的医疗资源集中于常见病、多发病的诊疗,国家用刑罚的手段惩罚医疗事故责任人。1964年,最高人民法院发布了《处理医疗事故案件不应判给经济补偿问题的批复》,“法院在处理医疗事故案件时,不宜判决医疗部门给予经济补偿。但对患者因医疗事故而死亡或残废,造成家庭生活困难的,可以采取其他救济办法来解决”。

二、限制赔偿期

1987年到2002年,国家严格限制对受害患者的金钱补偿。1978年,党的十一届三中全会拉开了改革开放的序幕。1984年,党的十二届三中全会作出《中共中央关于经济体制改革的决定》,决定全面进行社会主义市场经济体制改革。1985年,卫生部发布《关于卫生工作改革若干政策问题的报告》,开启了医疗卫生服务市场化改革的大门。在市场化改革初期,对医疗卫生机构实行放权、让利、搞活政策,鼓励创收和自我发展。在这一政策指导下,医疗机构创收动力趋强,居民医疗费用快速上升,医患之间原有的利益格局发生改变,受害患者自行承担损失不再公平,再平衡不可避免。1987年,卫生部颁布《医疗事故处理办法》(以下简称《办法》),确立了医疗事故损害赔偿的一般规则,“因医务人员诊疗护理过失,直接造成病员死亡、残废、组织器官损伤导致功能障碍的”,经当地卫生行政部门组织的医疗事故技术鉴定委员会鉴定,“根据事故等级、情节和病员的情况给予一次性经济补偿”,即在优先考虑医方利益保护的前提下,医疗事故的受害人有机会获得一定限度的金钱赔偿。

1992年,卫生部下发了《关于深化卫生改革的几点意见》,提出拓宽卫生筹资渠道,鼓励部门和企业投资、单位自筹、个人集资、银行贷款、社团捐赠、建立基金等多种形式办医,医疗服务市场化程度进一步提高,以药养医

^① 陈美霞. 大逆转: 中华人民共和国的医疗卫生体制改革. 香港中文大学中国研究服务中心. [2013-07-03]. <http://www.usc.cuhk.edu.hk/PaperCollection/Details.aspx?id=5237>.

蔚然成风。至此,《办法》确立的以行政机关为主导的、倾向于保护医方利益的损害赔偿规则受到社会诟病,提高患者保护水平的呼声不断高涨。2002年,《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)颁布。与《办法》相比,《条例》降低了医疗事故认定标准,由各地医学会承担技术鉴定职能,并扩大了赔偿范围、提高了赔偿标准。尽管《条例》极大地提高了患者保护水平,但与一般人身损害相比,其仍具有鲜明的限制赔偿色彩。

三、限制赔偿、同等赔偿并行期

早在限制医方责任时期,最高人民法院已经尝试按照一般人身侵权救济患者。1992年《最高人民法院关于李新荣诉天津市第二医学院附属医院医疗事故赔偿一案如何适用法律问题的复函》规定,法院可以依照《民法通则》赔偿患者。2002年9月,《条例》实施。2003年1月,最高人民法院发布《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》,规定“条例施行后发生的医疗事故引起的医疗赔偿纠纷,诉到法院的,参照条例的有关规定办理;因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷,适用民法通则的规定”,重申法官可以突破《条例》的限制,按照一般人身侵权救济患者。

随着《条例》生效和最高人民法院发布一系列司法解释,我国医疗损害赔偿二元化模式初步确立,即:医疗损害的案由二元化——一般人身损害赔偿和医疗事故损害赔偿;鉴定二元化——医疗事故鉴定和医疗过错司法鉴定;损害赔偿标准二元化——《条例》确定的标准和一般人身损害赔偿标准。2009年通过的《侵权责任法》试图终结医疗损害赔偿二元化的乱象,提出了医疗损害责任的概念,希望“一般人身损害赔偿”成为医疗损害赔偿的唯一规则。但这一尝试并未在短期内得以落实,二元化格局依旧,某一案件具体按照何种规则赔偿——限制赔偿或同等赔偿,取决于原告的诉求。

四、同等赔偿期

法学界长期呼吁对患者与一般人身侵权的受害人同等保护。以郭明瑞教授的观点为例,郭教授认为,“医疗事故与非医疗事故的划分的主要意义应在于确定医疗行为人是否应承担其他责任,而不在于确定侵权的民事责任。就侵权的民事赔偿责任而言,在医疗活动中不论是基于医疗事故还是非医疗事故,也不论是积极行为还是消极行为,只要使患者的合法权益受到损害,构成医疗侵权赔偿责任,其赔偿标准就应当一致。因此,各种医疗侵权责任都

应统一在侵权责任法中规定,作为行政法规的《医疗事故处理条例》则应仅规定医疗事故的其他责任”^①。2013年《最高人民法院关于废止1997年7月1日至2011年12月31日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第十批)的决定》中,以“与侵权责任法等法律规定相冲突”为由,废止了《最高人民法院关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》,并将案由统一为医疗损害责任纠纷,医方不再因其身份而受到特殊保护。至此,理论上,患者与一般人身侵权的受害人享有侵权法同等保护,适用同样的损害赔偿规则。

第二节 医方与患方的法律关系

一般来说,医患关系是指医生与患者之间因医疗行为而产生的权利义务关系。但随着医疗技术服务的不断细分,除医生外,提供医疗服务的人员还包括护士、药学及其他医疗专业技术人员,基于此,有学者将医患关系理解为医务人员与患者之间因医疗行为而产生的权利义务关系。又由于医务人员须于特定的医疗机构内、以该机构的名义提供医疗服务,所以行为后果由医疗机构承担,法学界通常将医患关系定义为医疗机构与患者之间因医疗行为而产生的权利义务关系^②。

一、相关学说

医疗机构和患者的法律地位平等,关于两者关系的性质主要有四种学说:一是“公益说”,强调医疗机构的非营利、福利属性,将医患关系定性为行政法律关系;二是“医疗消费说”,关注医疗行为的服务性质,将医患关系定性为经营者与消费者的关系;三是“法定义务说”,也称“侵权行为说”,立足于医务人员的职责职权建立的法律或者有关规章的基础上,认为违反法定义务的医疗机构需承担侵权责任;四是“医疗合同说”,认为患者支付医疗费用,医疗机构接诊,二者达成医疗服务合意,二者之间是医疗服务合同关系^③。其中,

① 郭明瑞. 简论医疗侵权责任的立法. 政法论丛, 2008(6): 37.

② 黄威. 医患关系的法律性质和法律调整. 医学与社会, 2002, 15(3): 46.

③ 李大平. 医事法学. 广州: 华南理工大学出版社, 2007: 135-136; 李燕. 医疗权利研究. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 108-109.

占学界主流地位的是医疗合同说。

二、医疗服务合同关系

“合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”，合同的基本特征包括：当事人的地位平等，当事人协商一致，以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的。典型的合同应具备上述全部特征，但医疗服务合同并非如此。首先，医疗服务合同当事人的法律地位平等止于抽象层面，由于医方在专业知识、技术、设备等方面的优势地位，患者实际上处于弱势，通常只能信赖医生。其次，医疗服务合同也非双方协商一致的产物。从合同订立层面看，医方无权利拒绝患者，即使基于技术、能力等原因确实无法为患者提供服务，医方也必须按照首诊负责制的要求提供必要的诊疗，并履行转诊义务。从合同终止角度观察，医疗服务合同终止也是患者的单方法律行为，医方仅拥有建议权。最后，从合同内容方面观察，医疗合同的内容具有多样性和不确定性，医疗服务合同通常可分解为检查、诊断、手术、注射等合同，既有单纯的服务，如检查、诊断、手术，也包括出卖物品，如药品、医疗器械等，具体提供哪些诊疗服务、能够取得何种治疗效果，通常视患者的具体情况而定，不能提前约定得清清楚楚、明明白白^①。因此，医疗服务合同是劳务、租赁、买卖、雇佣等合同的综合，不同于《合同法》中有名合同——买卖、租赁、承揽、委托中的任何一个，属于非典型合同、无名合同的范畴。

维护生命和身体健康是一个人最重要的权利之一，为此，社会容忍诊疗活动所伴随的各种风险，医疗机构只需提供特定的诊疗服务，而不必保证最终结果。但随着社会进步，医疗美容大行其道，如文眉、丰胸、磨骨、变性，这类基于心理需要而非生理需要的诊疗并非生存所必需，因此，美容等非出于疾病诊疗目的的医疗行为应该被定性为消费。一般来说，医疗美容合同会约定最终应达到的结果，且采用的技术要安全，服务接受者也要支付相对高昂的服务费用。因此，医疗美容符合承揽合同的基本特征——承揽人按照定做人的要求完成工作，交付工作成果，定做人给付报酬。

如果将非诊疗目的性医疗需求定性为消费，将该类合同按照承揽合同处理，则《消费者权益保护法》关于消费者权益保护的规则、《合同法》关于违

^① 单国军. 医疗损害. 北京: 中国法制出版社, 2010: 17; 李大平. 医事法学. 广州: 华南理工大学出版社, 2007: 142-143.

约责任的规定应适用于医疗损害案件,例如“超女”王贝整形死亡案^①。因手术麻醉意外死亡在外科手术中并不少见。意外常常是医疗机构免责或者减轻责任的理由,但在美容手术中,此种抗辩难被认可,理由有三:一是整形美容业的暴利;二是美容整形的消费属性;三是美容整形通常约定最终结果。

第三节 医疗损害责任的类型

医疗侵权本是医疗技术过失侵权的简称,仅指医生违反注意义务、因技术过失给患者造成损害时应承担的侵权责任。20世纪中后期,患者权利不断扩张,知情同意权、隐私权等逐渐走向前台。又由于对患者保护水平的不断提高,在因药品、医疗器械、血液或者管理漏洞给患者造成损害时,医方负有相应的责任。因此,当前医疗侵权的类型广泛,不再局限于传统的医疗技术过失。

传统的医疗侵权研究仅限于医疗技术过失,少有侵权责任类型的研究成果。随着社会进步,患者权利不断扩张,首先出现了患者权利类型的划分,即生命健康权、知情同意权、隐私权等,侵权责任也进行了类型划分。有学者主张通过“建立类型化的司法判断规则对医疗侵权责任处理规定加以补强,构建与我国侵权责任法相适应的本身过失认定规则和不言自明认定规则”^②,从举证责任角度对医疗侵权责任进行分类。杨立新教授主张根据归责原则区分医疗侵权责任类型。

为什么根据归责原则划分医疗侵权的类型?杨立新教授认为,“以归责原则作为标准是最科学、最准确和最实用的。确定医疗损害责任的外延,就是要划分医疗损害责任的类型,以归责原则作为医疗损害责任外延的划分标准

^① 在武汉,整形美容生意火爆,穿梭而过的双层公交车上印着高达三四米的整容美容广告,公交车车厢里也遍布着“寻找100名‘牙齿难看’者”的广告语。其中,中壤医疗美容门诊部属于大型美容整形机构,已成立10多年。2009年,王贝在该门诊部接受了面部磨骨手术,术中发生意外,王贝抢救无效死亡。根据调查,王贝的死因可能是气道梗阻引发的呼吸循环衰竭。尽管该美容手术本身并无技术过错,但因缺少综合医院应对突发呼吸循环衰竭的条件和能力,使患者失去了生还机会。中壤医疗美容门诊部自知理亏,很快与死者家属达成赔偿协议,至于到底赔了多少,当事人均三缄其口,网传的版本有200万元、300万元、600万元不等。何涛,传超女王贝家属因其整容中死亡获赔数百万元,广州日报,2010-12-07。

^② 许晓娟,彭志刚.医疗侵权责任的类型化司法规则探析——以《侵权责任法》第58条第一款为视角.西南民族大学学报(人文社会科学版),2013(8):76.

是最为适当的,既便于法官的掌握,也便于受害患者的了解”。这一观点得到学界的普遍认可。但不能否认的是,医疗损害责任的类型划分也经历了从简单到复杂的演变。

我国讨论医疗损害的早期重要文献,首推龚赛红的博士学位论文《医疗损害赔偿研究》,该文所讨论的医疗损害,是从专家责任出发,讨论医生作为专家所应承担的过失责任。在有关过失的否定部分,讨论了患者的知情同意问题,“过失侵权损害赔偿 responsibility 不需要违法性这一要件,一般医疗过失责任所讨论的医疗行为的违法阻却问题,包括容许性风险和患者同意”,“医师没有尽到取得患者有效同意的说明义务,就算违反了注意义务,依举轻明重的法理,则没有取得患者同意就更属违反注意即为过失了”^①。2009年,杨立新教授在《医疗损害责任研究》一书中,首次主张借鉴法国法律,将医疗过错区分为医疗科学上的过错和医疗伦理上的过错这两种类型:医疗科学过错适用过错责任原则确定责任,举证责任由受害人承担;医疗伦理过错则实行过错推定原则,将举证责任彻底归于医疗机构。外加适用无过错责任原则的药品、医疗器械、消毒药剂等医疗产品侵权,由医疗技术侵权、伦理侵权和产品侵权构成医疗损害责任的基本类型。自此,学界的研究几乎全部沿袭了这一类型划分,《侵权责任法》也是按照这一逻辑结构加以规定。2012年,杨立新教授在《医疗损害责任法》一书中提出了四类型的观点,主张“将医疗损害责任的外延界定为医疗技术损害责任和医疗伦理损害责任两种类型,再加上适用无过错责任原则的医疗产品损害责任,作为医疗损害责任的外延,即医疗损害责任的基本类型。除此之外,在上述基本类型的医疗损害责任之外,确定医疗管理损害责任的类型作为补充,例如医疗机构违反紧急救治义务、违反病历管理义务造成患者损害,就是典型的医疗管理损害责任。故我国医疗损害责任应当分为四种类型,最为便捷,最为合理,亦最为科学”。根据杨立新教授的观点,医疗伦理侵权中的管理责任部分独立出来,从而将医疗侵权分为四种类型:医疗技术侵权、医疗伦理侵权、医疗产品侵权、医疗管理侵权。

一、医疗技术损害责任

医疗技术损害责任,是指医疗机构及医务人员从事患者病情检验、诊断、治疗方法的选择、治疗措施的执行、病情发展过程的追踪,以及术后照护等诊疗行为中,存在不符合当时医疗水平的过失行为。医疗技术损害责任的归

^① 龚赛红. 医疗损害赔偿研究. 北京:中国社会科学出版社,2000:99.

责原则为过错责任原则,举证责任由受害人承担。即证明医疗机构的赔偿责任构成,须由受害患者一方承担举证责任,在必要的情况下,例如在受害患者无法提供充分证据证明医疗机构的过失时,可以实行举证责任缓和,在原告证明达到一定程度时,转由医疗机构承担举证责任。

二、医疗伦理损害责任

医疗伦理损害责任,是指医疗机构及医务人员从事各种诊疗行为时,未对患者充分告知或者说明其病情,未向患者提供及时有用的医疗建议,未保守与病情有关的各种秘密,或未获得患者同意即采取某种医疗措施或停止继续治疗等,以及其他违法诊疗行为,而违反医疗职业良知或职业伦理上应遵守的规则的行为。医疗伦理损害责任适用过错推定原则,将医疗伦理过错的举证责任归之于医疗机构,其他侵权责任构成要件的举证责任仍然由受害患者一方承担。在受害患者一方能够证明侵权责任的其他构成要件,而医疗机构不能证明自己没有过失时,医疗机构就应承担侵权责任。

三、医疗产品损害责任

医疗产品损害责任,是指医疗机构在医疗过程中使用有缺陷的药品、消毒药剂、医疗器械以及血液等医疗产品或者准产品,因此造成患者人身损害的,医疗机构或者医疗产品的生产者、销售者所应当承担的侵权赔偿责任。澳大利亚的医疗性产品法案认为,医疗产品是一个统称,既包括药品也包括医疗器械,是指用来或声称能预防、诊断、减缓或监测某一疾病或病情的产品。医疗产品损害责任适用产品责任的一般原则,即无过错责任原则,即如梁慧星教授所说医疗“产品缺陷致损,虽然构成侵权,但应当适用产品质量法的规定”^①。在具体承担责任规则上实行不真正连带责任规则,受害患者一方既可以向医疗机构要求赔偿,也可以向生产者或者销售者要求赔偿。医疗机构承担赔偿责任后,属于生产者、销售者责任的,有权向生产者或者销售者追偿。因输入不合格的血液造成患者人身损害的,适用同样的规则。

四、医疗管理损害责任

在前述三种医疗损害责任基本类型之外,在诊疗活动中,医疗机构与医

^① 梁慧星. 医疗损害赔偿案件的法律适用问题. 人民法院报, 2005-07-06 (B1).

务人员因管理过错造成其他患者的权利损害,构成医疗损害责任的,为医疗管理损害责任^①。

第四节 医疗损害责任的特征

有关医疗损害责任特殊性的研究,早期集中于医疗侵权行为的特殊性上,认为医疗行为本身的特殊性是根本,是导致医疗损害责任具有特殊性的主要原因。我国《侵权责任法》医疗损害责任独立成章后,医疗损害责任的特殊性才受到重视。

一、行为视角下的医疗损害责任的特征

(一) 道德性

1. 高尚性

医师获得了崇高的社会地位,也被要求具有高度的道德和学识。医疗道德规范作为行为者自我约束机制和社会评价体系,被大量引入医疗专业法规中,医师的道德规范转化为医师所负的义务。医学伦理外造的特性愈发明显,由内部行规变为大众对医事人员的期望。

2. 自主性

医师必须有足够的专业知识和经验,在特定范围内,其诊疗行为可独立判断。自主性可从医事人员之间和医师与患者之间进行双重理解。在医师之间,下级医师的自主权受上级医师监督,但作为整体,医师可决定有利于患者之措施。在医患之间,患者享有一定的自主权,医师应予尊重。但是,患者的自主权受到一定的限制,医师的自主性仍具有较大空间。

3. 公益性

提供诊疗服务,可以收取报酬,但无论报酬有无,医师都应尽到相应的注意义务,这是同国家对专门职业者的要求相符合,也是医疗行为具有公益性的表现。

^① 杨立新. 医疗损害责任法. 北京: 法律出版社, 2012: 239-361.