

医药法律与伦理评论 (第一卷)

刘鑫 刘俊荣 主编



法律与伦理联袂，开创医药问题研究视角 刘鑫

跨境医疗：法律纠纷及其对策建议 刘长秋
——以中国公民赴韩美容纠纷为视角

医生的信息告知标准：英国的Montgomery案 赵西巨

我国精神障碍者监护制度局限及克服 刘炫麟

医疗损害责任纠纷中因果关系研究 李晓东
——以江苏法院系统85份判决为样本

医疗纠纷中病历真实性司法认定问题探析 张广

知识产权出版社

国百佳图书出版单位

广州市医学伦理学重点研究基地成果

国家社会科学基金重点项目“医患关系视角下我国医事行为的伦理思考及法律规制研究”（项目编号：15AZD065）阶段成果

广州市医学伦理学重点研究基地系列丛书

医药法律与伦理评论

（第一卷）

刘鑫 刘俊荣 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

医药法律与伦理评论. 第一卷 / 刘鑫, 刘俊荣主编. —北京:

知识产权出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4328 - 1

I. ①医… II. ①刘… ②刘… III. ①医药卫生管理—法律—

伦理学—研究—中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 168713 号

责任编辑: 齐梓伊

责任校对: 谷 洋

封面设计: 张 悦

责任出版: 刘译文

医药法律与伦理评论 (第一卷)

刘 鑫 刘俊荣 主编

出版发行: **知识产权出版社** 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编: 100081

责编电话: 010 - 82000860 转 8176

责编邮箱: qiziyi2004@qq.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

发 行 传 真: 010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 13

版 次: 2016 年 7 月第 1 版

印 次: 2016 年 7 月第 1 次印刷

字 数: 260 千字

定 价: 50.00 元

JSBN 978 - 7 - 5130 - 4328 - 1

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

主编简介

刘鑫，中国政法大学证据科学研究院、国家“2011计划”司法文明协同创新中心、证据科学教育部重点实验室教授，硕士研究生导师，中国政法大学医药法律与研究中心主任。兼任北京大学法学院硕士研究生导师，昆明医科大学、广州医科大学兼职教授。现任《证据科学》（原《法律与医学杂志》）编辑部主任，《中国法医学杂志》编辑部主任，《中国卫生法制》编辑部副主任；《中国病案》编委；卫生部国家医学考试中心委员，中国卫生法学会理事；中华医学会、北京医学会医疗事故技术鉴定专家库成员；中国法医学会医疗损害鉴定专业委员会主任委员，中国法医学会法医学专家委员会副主任委员。著有《医事法学》《医疗损害技术鉴定研究》《医疗利益纠纷——现状、问题与对策》《医疗侵权纠纷处理机制重建——现行〈医疗事故处理条例〉评述》等专著。

刘俊荣，博士、教授。广州医科大学卫生管理学院院长兼思想政治理论课教学部主任、党总支书记、研究生导师。担任国家医师资格考试医学人文试题开发专家委员会委员（医学伦理学专家组副组长）、中华医学会医学伦理学分会常务委员、广东省医学伦理学研究中心主任、广东省医务社会工作研究会会长、广东省公共管理与公共政策研究会副会长、广东省法学会卫生法学研究会副会长、广东省医学会医学伦理学分会副主任委员、广州市医学会医学伦理学分会主任委员、《中国医学伦理学》编委会副主任、《医学与哲学》编委、《中国医学人文杂志》特邀编委等。先后出版《医患冲突的沟通与解决》等专著3部、主编《中华传统医德思想导读》等著作5部、副主编6部。作为主持人，荣获省级成果二等奖2项、三等奖2项，厅级成果特等奖1项、二等奖2项；主持教育部人文社科项目及省人文社科重大攻关项目等省级课题9项、厅级课题6项，发表学术论文80余篇。先后荣获“河南省优秀青年教师”“广东省南粤优秀教师”“广州市优秀教师”“广州市优秀中青年哲学社会科学工作者”“广州市属高校教学名师”等荣誉称号。

《医药法律与伦理评论》 编委会

顾 问：孙东东（北京大学法学院）
汪建荣（国家卫生和计划生育委员会）

主 任：刘 鑫（中国政法大学）

副 主 任：刘俊荣（广州医科大学）
陈 伟（北京积水潭医院）
马 军（北京市第四中级人民法院民庭）

委 员：王 岩 北京中正司法鉴定所
王 岳 北京大学医学部
王 玲 国家卫生和计划生育委员会法规司法规处
王秀红 贵阳医学院护理学院
邓 虹 昆明医科大学法医学院
刘炫麟 首都医科大学卫生法学系
陈 特 北京德恒律师事务所
陈志华 北京陈志华律师事务所
李国红 中华医学会医疗事故技术鉴定办公室
李筱永 首都医科大学卫生法学系
胡林英 北京大学医学部
赵西巨 山东中医药大学人文社科学院法学系
张宝珠 中国人民解放军总医院
龚 楠 北京市百瑞律师事务所
寇 姗 中国中医科学院广安门医院
曹艳林 中国医学科学院医学信息研究所
黄仙萍 山东大学附属济南市中心医院
曾跃萍 首都医科大学附属北京儿童医院
翟宏丽 中国政法大学

学术秘书：刘诗卉 方玉叶 王梦娟 胡佩佩 苑 冲
王耀民 敖丽丹

目 录

卷首寄语

法律与伦理联袂，开创医药问题研究视角	刘 鑫 (1)
--------------------------	---------

学术前沿

跨境医疗：法律纠纷及其对策建议	
——以中国公民赴韩美容纠纷为视角	刘长秋 (5)
论基因信息知晓权	陈昌雄 (12)
远程医疗发展政策之法律分析	曹艳林 王将军 (27)
	文学斌 魏占英
移动医疗纠纷诉讼当事人适格问题研究	葛晓翔 (33)

理论研究

医生的信息告知标准：英国的 <i>Montgomery</i> 案	赵西巨 (42)
我国精神障碍者监护制度局限及克服	刘炫麟 (59)
论暴力伤医现象及其防控	赵桂民 李代君 (73)
论医疗技术损害的责任构成	马 辉 (84)
我国医疗损害风险分担机制存在的问题及对策 ...	曹艳林 文学斌 (93)
	魏占英 郑雪倩
器官捐献者脑死亡的认定及司法审查	屈建业 王利冬 (99)
医疗产品缺陷损害责任的思考	
——对《侵权责任法》第 59 条的解读	胡晓翔 (107)
缺陷出生案件中残疾赔偿金和死亡赔偿金探析	
——以两起缺陷出生案件为例	朱丽华 (113)
医疗过错技术鉴定的“一元化”路径探索	于 莲 (122)

实证研究

医疗损害责任纠纷中因果关系研究
——以江苏法院系统 85 份判决为样本 李晓东 (136)
医疗纠纷中病历真实性司法认定问题探析 张 广 (146)

立法调研

中国再生医学进步促进条例立法研究
——基于干细胞疗法“报喜不报忧”现象之分析 黄清华 (157)
完善我国医疗机构管理省级立法的
法学思考 程雪莲 杨 洋 李孺睿 (169)
我国《献血法》中的立法技术问题研究 李 静 (177)

调研报告

关于医疗事故罪的调查研究报告 刘 鑫 张 震
王 华 王贵君 (183)

《医事法律与伦理评论》征稿启事 (199)

法律与伦理联袂， 开创医药问题研究视角

经过中国政法大学医药法律与伦理研究中心的努力，《医药法律与伦理评论》终于诞生了，此套丛书的出版，将为我国医事法学、医学伦理学、医院管理学、临床医学等学科的专业人员开展医药实践领域中的规范问题的研究和成果展示搭建平台，为医药法律与医学伦理研究提供新的视角。

一、法律与伦理对医药问题研究的重要性

医疗服务和药物产业是关系国计民生的重要领域，与公民的体质水平和健康保障密切相关，是评价一个国家社会发展状况和人们生活水平的重要衡量标志，是政府在政策制定中考量培育战略新兴产业的重要领域。自改革开放以来，随着人民生活水平的提高和医疗保健需求的不断增加，我国医疗服务和药物产业的发展状况越来越受到公众和政府的关注，在国民经济和社会发展中占据着越来越重要的位置。近年来，我国医疗服务和药物产业一直处于快速发展中，尤其是最近十年，医疗服务和药物产业呈现超速发展。但同时困扰医药服务与发展的的问题越来越多，需要人们从法律和伦理角度予以关注和研究的课题越来越多，而相关管理水平、研究成果、法律法规制定情况却远远落后。这既有结构性因素，比如科研体制问题、科研经费问题、研究人员队伍问题；也有研究方法问题，比如医疗、药物分割为两个不同的专业领域，法律与伦理也分割为两个不同学科，在医疗服务的研究上，临床研究、医疗管理研究、法律研究、伦理研究各自为政，从而使研究视角局限，研究成果范围过窄，对现实问题提出的对策缺乏宏观性、全面性和前瞻性。医药领域中实践规范问题的研究需要突破这一科研壁垒，以融合的态度，跨学科的视角，对医疗服务、药物产业相关的法律和伦理中一系列问题进行研究，开创医疗服务和药物产业相关问题研究的新局面。

二、医药领域涉及众多法律与伦理问题

从20世纪90年代以来,我们就面临着一场医疗危机——当代医疗服务的现实和未来走向与社会公众期待之间的矛盾,其核心是医学当前的现状满足不了人民的健康需求。^①虽然政府在医疗投入上逐年增加,但仍然难以满足人们的医疗需求。生老病死乃自然规律,是人这一客观对象发生、发展直至最后消亡的过程。医疗服务不能也不可能破坏这一规律,但是医疗服务要让这一过程变得更为圆满而有质量。生得顺利,活得健康,延年益寿,死得安详。医疗的目的不再是单纯的“防病治病,救死扶伤”,而是“预防疾病和损伤,促进和维护健康;解除由疾病引起的疼痛和不幸;照顾和治愈有病的人,照料那些不能治愈的人;避免早死,追求安详死亡”^②。

鉴于生理病理的复杂性、诊疗技术的局限性、医疗资源的有限性,在人类对自己的身体进行健康维护时,总会面临一系列需要取舍和决策的问题,有所为有所不为。“为”与“不为”都是为了更好地实现个体的健康利益,为了更好地维护大多数人的健康需求。但是,个人的健康利益、公众的健康需求是什么,则是一个相对概念,会因时、因地、因人而异。这就使得医疗服务过程中,医务人员总会面临各种矛盾,总会面对一些难以决策的问题。如何思维、如何取舍、如何权衡、如何决策,单纯从临床医学、医院管理学、医学伦理学、医事法学等学科视角,都难以周全应对和圆满解决,需要我们全方位、多视角、多维度进行审视和研判,唯有如此,才能有效指导临床医务人员的医疗活动。

传统意义上,我们会面临患者的生命权与健康权冲突如何取舍的问题。比如,在紧急情况下患者需要输血治疗,但地处偏僻之地又缺乏血源,医院能否自采血?当患者的生命权与知情同意权发生冲突时如何取舍?比如,患者处于需要紧急救治的危险状态,需要争分夺秒采取措施进行抢救,是否需要告知患者及其近亲属之后才能实施?当患者处于生命终末期时,靠呼吸机等仪器维系其生命,其近亲属是否有权决定终结这些生命支持措施?在诊疗技术进步、医疗措施多元化之后,面对众多的治疗方案,医务人员如何选择?患者的隐私权与其近亲属知情权、公众知情权发生矛盾时如何平衡?安乐死、尊严死、生命预嘱、脑死亡等如何通过立法来保障权利?

尤其是现代诊疗技术的发展,诞生了许多新兴的诊疗方法,是否有必要为了追求精准的诊断而实施一切可能的检查措施?对一些机理、原理不甚清楚的病症,是否有必要采取那些疗效不确切的治疗方法?还有,在器官移植方面,是否可以在尸体上摘取器官、组织,是否可以开展亲属间交叉脏器捐赠,是否可以从未成年或者

① 杜治政:“医学目的、服务模式与医疗危机”,载《医学与哲学》1996年第1期。

② 杜治政、许志伟主编:《医学伦理学辞典》,郑州大学出版社2003年版,第102页。

智障者身体上摘取器官等。离体的组织、器官是否是物，是否具有民法上的权利，一旦遭到破坏灭失，是否可以索赔？一旦这些离体组织器官的所有者离世，是否可以由他人继承？在人工辅助生育方面，离体胚胎冷冻保存、代孕、三亲生殖、基因修复、克隆等是否应当允许实施？

此外，互联网的兴起催生了互联网移动医疗、互联网药品代购，不同国家医疗技术、医疗收费和法律制度的差别催生了跨境旅游医疗、跨境安乐死等，对医疗服务法律制度也提出了新挑战。

三、医疗伦理与医事法律的关系

医疗行为充满着不确定性和侵害性。不确定性，是一个出现在哲学、统计学、经济学、金融、保险、心理学、社会学及资讯工程的概念。Doug Hubbard 认为“不确定性”是当我们没有足够知识来描述当前情况或估计将来的结果。^① 不确定性是指由于影响因素众多且变化很大，难以用人为的方法进行控制，因此事物的发展方向和最终出现的结果不一定能够朝着人们预设的结果发展。这种不确定性在社会科学领域和医学实践中尤其明显，在社会科学领域和医学实践中，人们难以完全识别出影响事物发展的所有因素，有的因素即使识别出来了，也难以准确认识，更是难以设计方法予以控制，由此会对结果的出现带来很大的不确定性。由于人体的不确定性、疾病本身的不可预测性、医学发展的局限性，^② 不确定性在医学中的存在具有必然性，其背后有着深刻的物理规律。^③ 同时，医疗行为还充满着侵害性。一是药物本身具有毒副作用，剂量增加导致毒性增加，但是剂量不够又达不到治疗效果。药物固有的药理作用，药品与毒品之间没有绝对的界限，任何药品只要达到一定的剂量，都可能成为毒品。二是手术等治疗手段需要损害正常组织，由于人体构造的复杂性和疾病情况的多变性，很多治疗具有不确定性。三是医疗行为具有冒险的特点。由于人体构造的复杂性和疾病情况的多变性，很多治疗具有不确定性。如果不治疗，病人的病情永远不可能缓解，甚至可能恶化而危及生命；如果治疗，治疗手段本身可能伤及正常器官，可能在治疗过程中出现危及健康和生命的情况；或者经过治疗，疗效仍不能确定，达不到预期效果。显然，很多时候，这样的手术非做不可，在医师向患方做了病情交待后，告知了手术风险，如果患方明确表示同意手术，医师便可以冒险手术。^④

鉴于医疗行为存在的不确定性和侵害性，医疗行为在实施中面临疗效不确切、对患者身体健康造成侵害，不仅不能治疗患者的病症，还可能给患者带来额外的伤

① Knight, Hyneman F. Risk, Uncertainty and Profit, Books on Demand, 1921, Vol. 4, pp. 682-690.

② 刘鑫：《医疗损害技术鉴定研究》，中国政法大学出版社2014年版，第168~169页。

③ 杨银桂、冯波：“决定论的兴衰与医学的不确定性”，载《大理学院学报》2010年第8期。

④ 刘鑫：《医事法学》（第2版），中国人民大学出版社2015年版，第13~14页。

害。因此,医务人员在医疗行为、诊疗方案选择时,应当有相应的原则和规范可以遵循,这种约束医疗行为的规范便是法律规范和伦理规范。在医疗行为决策与实施中,需要从伦理和法律两个维度进行考量。在法律与伦理的关系中,法律具有刚性,硬指标硬要求,伦理具有柔性,软指标软要求,弹性大;法律有规范性文本文件为依据,伦理规范则存在于人们的思想之中;法律发挥作用依赖于国家的强制力,伦理发挥作用则依赖于人们的自觉性和社会舆论支持;法律更强调理性,伦理更强调人性;法律的门槛较高,构成违法犯罪的过错程度要求较大,伦理的门槛较低,构成不伦理的行为的过错要求较低;法律适用面较窄,伦理适用面较宽。在医疗活动的决策和实施中,有时难以区分考量的原则和规范到底是法律规范还是伦理规范。在医疗领域,法律规范和伦理规范往往存在交叉和重叠。

当今之时,我们已经很难精确地区分医事法律和医学伦理之间的界限。但是,只要法律和伦理同时存在,它们之间的关联性就不可避免。当一个机构制定它的伦理道德规范准则时,现存的法律法规总是其所考虑的一个重要因素,因为如果与现行法律法规相违背,那么该机构所制定的伦理道德规范将会无效。同样地,法官们也会特别留意案件中涉及伦理规范的文字和内容。因为世俗的伦理判断往往早于法律审判,所以当法官审理某一案件本身,他也需要对某一伦理判断适当性地进行重新评估。法律与伦理之间对彼此没有一个明确的态度,它们之间的关系也是不确定的。医学伦理指导原则倾向于将问题留给法,而法也习惯将责任又推给伦理。这样的循环当然是毫无意义的,甚至导致了各个医生可以自行根据自己的信条来决定有关的伦理事宜。阻止个人职业者滥用权力的有效工具就是法和职业伦理规范本身,因为历史告诉我们无论什么职业,个人的良好意愿不是总靠得住的。因此,医药法和职业伦理都不应该逃避限制个人职业者自治的责任。在我们的日常生活中,绝大部分患者在诊疗过程中不会发生医疗事故,此时医疗法律和职业伦理也和平共处。但是,一旦发生医疗事故,法律和伦理关系的重要性就凸显出来了。尽管医事法律和医学伦理之间的关系是自然而然,而非人为创制的,但是我们可能需要一个更有组织的发展平台。更为具体地说,在这个平台上,我们可以鼓励关于两者功能的良性讨论,提醒人们注意两者当前关系的固有缺陷。^①毫无疑问,中国政法大学医药法律与伦理研究中心的设立,《医药法律与伦理评论》的出版,都是这一平台的有机组成部分。

刘 鑫

2015年岁末于北京

^① [英] Jose Miola: “医学法与医学伦理之间的关系”,载《法治湖南与区域治理研究》(第5卷),中国出版集团世界图书出版公司出版2012年版,第240~248页。

跨境医疗：法律纠纷及其对策建议

——以中国公民赴韩美容纠纷为视角

刘长秋*

近年来，伴随着医学技术在各国的不断发展以及全球旅游热的逐渐升温，国际医疗旅游逐渐发展并迅速火热起来。到美国治疗癌症、去英国做心脏手术、到韩国做整形美容、去日本做癌症早期筛查、赴瑞士打羊胎素抗衰老……这些很多人之前连想都想不到的事情正在逐渐步入普通公众的视野。跨境医疗消费已经成为国际旅游业以及医疗业共同关注的热点问题。而跨境医疗服务的覆盖范围也已从小到健康体检，大到重症手术及至代孕、器官移植与安乐死等在内的众多医疗服务项目。然而，尽管跨境医疗旅游给不少人带来了更多选择，也促进了各国旅游业与医疗业的共同发展，但医疗纠纷却也时有发生，成为制约国际医疗旅游业健康发展的一个重要隐患。如何应对这些纠纷的挑战，在保护好跨境医疗旅游消费者合法权益的同时，引导国际医疗旅游业朝向健康的方向发展，已经成为各国政府及广大医疗消费者需要认真思考的现实问题。

一、跨境医疗旅游及其引发的纠纷

跨境医疗旅游是近年来借全球旅游热而在世界各国勃然兴起的一个新兴产业。国际医疗旅游业在 20 世纪 80 年代开始起步萌芽，经过 30 年的发展，医疗旅游市场已在全球迅速扩张。相关数据显示，2000 年国际医疗旅游业的总产值不足百亿美元，到 2012 年，医疗旅游业总产值已达到 1000 亿美元。医疗旅游市场正以每年 25% 的速度迅速扩张。^① 而韩国就是医疗旅游市场相对较为火爆的国家之一，其医

* 刘长秋，上海社会科学院法学研究所研究员，生命法研究中心执行主任，上海市法学会生命法研究会副会长；E-mail: shengmingfaxue@126.com。

① 张舒：“医疗旅游中介行业亟待设置准入门槛”，载《法治周末》2015 年 2 月 2 日。

学美容整形技术的相对成熟,以及在东亚各国大热的韩剧中俊男靓女的良好形象为韩国医学美容整形技术树立了良好的国家形象,吸引了大量东亚乃至全球的医疗旅游者。近年来,在韩国政府的大力扶持下,韩国医疗旅游业取得持续快速发展,每年都有越来越多的各国游客来到韩国接受医学美容整形,其中有不少是中国游客。数据表明,中国每年出境前往韩国医疗旅游的人数呈逐年递增趋势:2009年为4725人次,2010年为12789人次,2011年为19222人次,2012年为3.25万人次。韩国保健福祉部(即韩国卫生部)与韩国保健产业振兴院,通过对1423家吸引外国患者的政府注册医疗机构统计研究显示,2012年韩国入境海外医疗旅游客户为15.95万人次,同比增加30.4%。在这些人群中,赴韩国接受医疗服务的中国客户同比剧增69.1%,达3.25万人次,占整体韩国入境海外医疗旅游客户的20.4%,首次超过美国、日本、俄罗斯及蒙古等国,居首位。调查还发现,赴韩国接受医疗服务的中国客户中,50%以上为女性,其中有36.5%接受了医学整形美容类手术。而据韩联社2014年10月的报道显示,2013年来韩寻访整形外科的外国人有24075名,其中中国人最多,达16282名,占比高达67.6%。也就是说,每10名外国患者中就有7名是中国人。^①

医疗旅游业的发展为韩国带来了丰厚的经济回报。但另一方面,伴随着越来越多的人赴韩国接受跨境医疗服务,相关的医疗纠纷也越来越多发。2014年11月11日,国内很多媒体都报道了来自山西、浙江和深圳的三位中国姑娘赴韩国美容而遭到毁容的经历。^②三位姑娘在韩国维权过程中遭到威胁、殴打、污言秽语羞辱,跑到警局、找了律师却面临告不进、投拆无门的窘境。2015年1月,一名50岁的中国女性患者在韩国首尔一家整形外科医院接受手术的过程中,突然心脏停止跳动,陷入脑死亡的状态。^③类似的医疗纠纷在近年来中国公民赴韩接受医学整形服务过程中多有发生,已经成为中国跨境医疗旅游方面亟待解决的一个现实问题。

二、跨境医疗纠纷维权难在何处

跨境医疗作为近年来勃然兴起的国际医疗旅游的一个重要市场,不仅为各国旅游业发展带来了新的气象,也为各国医疗经济发展提供了一条很好的道路,并且跨境医疗客观上也确实给很多人接受医疗服务带来了更多可以比较和选择的空间,带来了诸多便利。然而,由于多方面的原因,跨境医疗也极易引发纠纷,而纠纷一旦发生,很多患者就不得不面对维权难的问题。归纳起来,跨境医疗纠纷维权难主

① 李志豪、张洁清、侯懿芸:“中国女子在韩整容脑死亡”,载《法制晚报》2015年1月31日。

② 冯中豪:“整容噩梦”,载《新京报》2015年1月10日。

③ 罗朝淑:“‘中国大妈’韩国整容为何遭遇脑死亡”,载《科技日报》2015年2月2日。

要基于以下三个方面的原因。

（一）消费者不熟悉当地法律与医疗纠纷处理程序

在导致患者维权难的诸多原因中，不熟悉当地法律与医疗纠纷处理程序是首要原因。出境接受医疗服务的消费者往往不通晓当地的语言，大多找不到投诉途径，处于明显的弱势地位，这本身就为其维权带来了现实的困难。而对于当地法律及其医疗纠纷处理程序的不了解无疑会加大其维权的难度。尽管就目前来看，法治已成为国际社会的主旋律，而法律的作用也已经越来越为各国所重视和强化，但法律就其特性而言还是一种相对比较专业的制度，一般公众对其还是比较陌生。加之医疗纠纷作为一种直接关涉人们生命健康的纠纷又往往在各国立法中有着特定的程序要求，例如需要保有并提交涉案的病历、需要进行医疗鉴定等，即便是专业的法律工作者都未必精通甚或知晓。这就使得很多在境外接受医疗服务的消费者无从知晓，更谈不上精通纠纷发生地国家的法律及医疗纠纷处理程序，使得其在选择跨境医疗纠纷的路径上往往会比较困难，难以选择。

非但如此，跨境医疗服务的消费者在接受医疗服务时往往都会与所在地的医疗机构签订医疗服务合同，有些医疗机构会利用消费者语言交流上的障碍设置一些明显不利于消费者的合同条款。而消费者往往不懂法律，也大都不清楚其法律后果，加之医疗机构的忽悠，往往会比较草率地就在合同上签字。这也增加了日后维权的难度。

（二）中介机构的欺诈与不配合

国际医疗旅游中介服务机构是跨境医疗服务产业链中一个不可或缺的角色。在存在语言不通、人生地不熟等客观不利因素的情况下，医疗旅游服务中介往往成为大多数消费者接受并完成跨境医疗服务的关键。然而，由于立法规制的缺位或不力，医疗旅游中介服务机构也正在成为引发跨境医疗纠纷的一个重要源头以及消费者维权难的一个重要因素。很多医疗旅游中介不讲诚信、唯利是图，为了经济利益而置消费者的生命健康于不顾，忽悠消费者，在提供中介服务过程中不尽职尽责，甚至刻意隐瞒合作医疗机构的真实医疗水平，为跨境医疗纠纷的发生埋下隐患。以从事中韩跨境美容整形的中介为例，资料显示，韩国有 4500 万人口，但整形机构却有 2500 多家，发展到现在已处于饱和状态，而中国市场潜力巨大，很多韩国整形机构为了拉拢生意，往往让中国国内旅游中介机构为其推荐患者，一般推荐过去一个患者，中介机构可获得手术费 30% ~ 35% 的利润。^① 巨大的利润空间往往使得很多国内旅游中介机构失去职业道德底线。很多中国公民之所以选择去特定的国家接受医疗服务，与个别无良黑中介的忽悠有着极大关系。由于目前国内法律对于从事国际

^① 崔岩：“透视中国人赴韩整容：被操控的产业链”，载《齐鲁晚报》2012 年 3 月 26 日。

医疗旅游的中介服务机构没有明确的立法规范,导致一旦发生跨国医疗纠纷,中介机构往往都站在医院一边以逃避责任,不配合消费者的维权,致使患者往往投诉无门、维权困难。

(三) 维权成本的高昂

对于陷入跨境医疗纠纷的消费者来说,不论其维权的途径是选择自行在所在国维权,还是选择通过委托当地的法律服务工作者代为维权,都不得不直面维权成本过高的问题。对于跨境医疗纠纷维权者来说,路途遥远所必然产生的差旅费、签证费、翻译费、律师费、诉讼费,签证日期的限制以及诉讼时间的漫长、精力的巨大付出等都会增加其境外维权的成本。而专业的法律诉讼尤其是医疗诉讼则面临更多的成本。诉讼过程中需要证据、证人,需要进行专业的医疗鉴定,而语言沟通上的问题往往会使异国取证显得异常困难。这使得跨境医疗旅游的消费者维权之路非常艰难,成功率不高。以中国公民赴韩整形为例,伴随着越来越多的中国公民赴韩国接受整形服务,近年来来自中国整容者的投诉量逐年增加,而实际事故率比投诉率更高。这些失败大多由感染、手术流程不规范以及康复期间跟踪服务缺失所致。患者若起诉至当地法院,又往往面临经济压力、语言障碍、证据收集等诸多困难。在韩国,医疗诉讼至大法院的终审判决平均需要6年时间,许多人不得已中途放弃索赔,或者选择双方协议解决。^①

三、跨境医疗纠纷的法律适用与对策建议

当代社会是以法治为主旋律的社会。作为一种制度理性,法律正在当代社会中发挥着越来越重要的作用。医疗纠纷——无论是境内医疗纠纷还是跨境医疗纠纷——都是更需要制度理性才能得以防范和解决的。为此,应对和解决跨境医疗纠纷必然需要发挥法律的作用。

(一) 中国跨境医疗纠纷的法律适用

我国现行立法对跨境医疗纠纷的法律适用问题有明确规定。《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法律。”^② 这些规定是目前我国可以适用于跨境医疗纠

^① 权香兰:“韩国:‘医疗天堂’的光与影”,载《人民文摘》2012年第6期。

^② 《民法通则》第142~146条。

纷的主要法律依据。

就目前来看,我国还没有在跨境医疗服务方面与其他国家签订国际条约,在该领域也没有可供适用的国际惯例。在这种情况下,跨境医疗服务合同中对法律适用的约定就成为这类纠纷法律适用的主要依据。跨境医疗服务的提供者可以与消费者通过合同约定纠纷发生时的法律适用。如果没有约定,则依据我国《民法通则》,无论适用与合同有最密切联系的国家的法律,还是依据侵权行为地来确定所适用的法律,通常都只能是医疗服务提供地国家或地区的法律——除非这些国家或地区的法律规定违背我国的社会公共利益。这会增加消费者维权的成本与难度。

(二) 应对跨境医疗纠纷的法律对策建议

1. 消费者可以采取的对策

跨境医疗尽管具有涉外因素,但其本质上还是一种医疗行为,是作为平等主体的医疗消费者与境外医疗机构依据医疗服务合同而实施的民事行为,其纠纷更多地属于依赖双方根据法律或合同约定来加以解决的民事纠纷。就是说,更多时候,国家不宜对这类纠纷直接进行行政干预。在这种情况下,消费者首先必须要自己学会依法保护自己,维护自己的合法权益,具体包括以下两个方面。

(1) 事前防范与保护:应当充分了解并行使好自己作为跨境医疗消费者所应当享有的权利;应加强对医疗服务提供者所在国家和地区法制环境的了解,多渠道地了解服务提供者自身的情况(如资质、技术水平、信誉),在跨境接受医疗服务时选择那些技术好、信誉高、正规的境外医疗机构;增强风险防范意识,在接受跨境旅游服务之前,购买好医疗保险;如果是通过旅游中介机构联系的跨境医疗机构,应当在中介合同中明确中介的责任与义务,不要仅听信中介的一面之词;与医疗机构签订医疗服务合同时尽量选择本国法律作为跨境医疗服务合同应适用的法律;在接受医疗服务过程中,保存好所有的有可能会被作为证据的文件与资料,包括旅游中介服务协议、医疗服务合同、检查报告、收费凭证等。

(2) 事后救济:一旦出现问题应尽早咨询或求助于专业律师,并寻求专业律师的介入;弄清楚医疗服务提供者所在国家和地区处理医疗纠纷的程序,尽早进行医学鉴定;依据自己的合法权利,向相关机构进行投诉或诉讼。

2. 国家可以采取的对策

从法理上来说,国家尽管不宜直接对跨境医疗纠纷加以行政干涉,但却具有保护本国公民的法律义务。为此,国家必须在规范跨境医疗旅游方面有所作为,以保护本国公民的合法权益。

(1) 加强对医疗旅游中介的立法规范。现今医疗旅游市场需求巨大,但中介机构却良莠不齐,且多不具有医学专业方面的知识水平与专业判别能力。而医疗旅游

中介服务又横跨医疗和旅游等多个行业,对相关从业机构及人员有着比较高的专业背景要求。目前,中国对医疗旅游中介这个行业存在一定的监管盲区,国内还没有统一的法律法规对这些中介机构进行管理。^①而由于医疗旅游本质上是一种医疗服务行为,应受到医疗卫生法的引导与规范,所以我国《旅游法》中也没有对这一领域加以涉及规定。基于此,需要加强这一方面的立法,使医疗旅游中介服务机构受到法律的严格监控。应当考虑制定一部旨在规范医疗旅游的专门法规,将医疗旅游纳入法治规范的轨道之中。^②在这样一部法规中,应当明确国际医疗旅游服务机构的准入标准、运营流程以及评价体系,并应当考虑在立法中加重从事医疗旅游服务的中介的法律责任,尤其是加重跨境医疗旅游中介机构承担的担保责任,应当考虑通过立法推动来发挥国家商业医疗保险在医疗旅游方面的作用。

(2) 加强对中国医疗消费者及医疗机构的引导。对于跨境医疗消费者,政府应当加大医疗消费方面的教育,帮助其了解医疗服务的风险,树立正确的医疗消费理念,在此基础上廓清跨境医疗消费的误区,引导医疗消费者理性对待跨境医疗服务,提倡理性消费,不要对境外医疗服务过于盲目和狂热。同时,国家应当加强对广大公众的法律宣传尤其是医疗法律方面的宣传与教育,使其充分了解并学会依法保障自己的合法权益。此外,应当加强与其他国家和地区在医疗旅游方面的交流与合作,引导国内医疗机构与国外比较权威的医疗机构通过合资共营、项目引进、人才交流等合作,在国内医疗机构中设立共营医疗项目。不仅如此,还要大力发展商业性的医疗保险,使商业医疗保险在应对跨境医疗纠纷方面发挥应有的作用。

3. 加强对国际医疗广告的法律监督和规范

跨境医疗纠纷发生的一个重要原因在于很多消费者听信了一些不规范医疗广告的片面之词,通过跨境旅游在其他国家和地区接受了不规范或不理想的医疗服务。而这类医疗广告之所以能够堂而皇之地出现在各类媒体上并令很多消费者上当,与中国以及跨境医疗服务者所在国对医疗广告的监管力度的匮乏有着直接关系。因此,加强对国际医疗广告的监督和规范,杜绝虚假的国际医疗广告无疑是避免国内医疗消费者上当受骗、预防跨境医疗纠纷的一个重要要求。

^① 张舒:“医疗旅游中介行业亟待设置准入门槛”,载《法治周末》2015年2月2日。

^② 在目前我国急需对医疗旅游中介进行立法规范的情况下,制定一部旨在规范医疗旅游的专门法规是相对比较务实的选择,原因在于:(1)受《立法法》规定的立法程序的制约,由全国人大或其常委会出台一部法律将是相对比较漫长的一项工作,无法满足当前医疗旅游急需规范的现实需要。(2)出台一部部委规章尽管程序上比较简便,时间上快一些,但由于医疗旅游涉及旅游管理部门及医疗管理部门这样两个部门,容易产生职权方面的冲突,不利于对医疗旅游的监管。相比之下,由国务院出台一部行政法规是值得考虑的选择。