

卫生职业学校技能型紧缺人才培养培训教学用书

医疗行为相关法律知识

(供护理专业及其他医学相关专业用)

主编 李建光



高等教育出版社

卫生职业学校技能型紧缺人才培养培训教学用书

医疗行为相关法律知识

（供护理专业及其他医学相关专业用）

主 编 李建光

副主编 刘俊须

编 者 （以姓氏拼音为序）

李建光 湘潭卫生学校

刘俊须 济南卫生学校

王 俊 遵义卫生学校

编写秘书 黄铁牛 湘潭卫生学校

高等教育出版社

医学法律法规与职业道德

内容提要

本教材较全面地阐述了医疗行为的特征,分析了医疗行为被法律特别规制的理论依据和现实意义,从而说明医疗行为是不同于一般商业性服务的一种特殊服务行为,进而阐明了现行法律对其规制的合理性。

教材中详尽地介绍了医疗行为所适用的相关法律,重点分析了确定医疗行为法律关系双方权利与义务的法律规定。同时,深入浅出地介绍了医疗行为损害的法律责任分配及处理的法学理论及司法实务中的基本法律技术,介绍了医疗法律风险的防范与管理的基本理论和方法。

紧紧抓住医疗行为所涉及的法律问题,运用案例分析来帮助学生理解解决医疗行为法律问题的基本法学理论,培养学生的法律思维,这是本教材的主要特色。

本教材适用于全国卫生职业学校护理专业及其他医学相关专业使用。

图书在版编目(CIP)数据

医疗行为相关法律知识/李建光主编. —北京:高等教育出版社,2005.1

ISBN 7-04-015969-4

I. 医... II. 李... III. 医药卫生管理-法规-中国-高等学校:技术学校-教材 IV. D922.16

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 131117 号

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总 机 010-58581000

经 销 新华书店北京发行所
印 刷 廊坊市科通印业有限公司

开 本 787×1092 1/16
印 张 11.75
字 数 280 000

购书热线 010-64054588
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>

版 次 2005 年 1 月第 1 版
印 次 2005 年 1 月第 1 次印刷
定 价 15.30 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号:15969-00

出版说明

根据教育部、劳动和社会保障部、国防科工委、信息产业部、交通部、卫生部 2003 年 12 月下发的《关于实施“职业院校制造业和现代服务业技能型紧缺人才培养培训工程”的通知》精神,教育部办公厅、卫生部办公厅组织制定了《中等职业学校和五年制高职护理专业领域技能型紧缺人才培养培训指导方案》、《三年制高等职业教育护理专业领域技能型紧缺人才培养培训指导方案》。为此,我社推出“高教版”卫生职业学校技能型紧缺人才培养培训系列教学用书。

本系列教学用书依照教育部办公厅、卫生部办公厅制定的“指导方案”编写而成。作者是从全国范围内认真遴选的长期从事护理临床和护理教学工作的同志。他们通过认真学习、领会“指导方案”,根据“订单”式职业教育与培训新模式,把培养学生的职业道德、职业能力以及护理技能作为教材编写的主要目标,编写内容力争与用人单位实际需要接轨、与国家执业护士资格认证接轨,顺应国际护理行业发展趋势。

全系列教学用书以核心课程为中心,基础学科以理论知识够用为度,临床学科重点介绍常见病、多发病的护理知识和方法,并且吸收学术界公认的新理念、新技术。全系列教学用书增加了大量人文课程,帮助学生正确理解护理与人、护理与健康、护理与社会经济发展的关系,全面提高护理人才素质。

为了方便学校教学,本系列教学用书还配有教师用多媒体光盘,免费赠送给广大卫生职业学校。

本系列教学用书是全体作者与编辑人员共同合作的成果,希望它的出版,能为造就我国护理专业领域一线迫切需要的高素质技能型人才作出贡献。

高等教育出版社

2004 年 11 月

前言

根据教育部办公厅、卫生部办公厅关于确定职业院校和医疗卫生机构开展护理专业领域技能型紧缺人才培养培训工作的通知的精神,为了满足以现代整体医学观为指导的临床实践的现实要求,培养具有现代医护理念和法治精神的高素质的技能型医卫类高职高专人才,我们编写了这本供全国卫生职业学校护理专业及其他医学相关专业使用的教材。

《医疗行为相关法律知识》是一门卫生法律学科课程,它运用法学的基本理论和方法来阐释规制医疗行为的法律价值取向和现实社会意义,它重在训练学生的法律思维,旨在培养学生信仰法律的现代法治感情和自觉性,它是一门应用性的卫生法律教育课程。《医疗行为相关法律知识》全书由四章构成,第一章分析了医疗行为的特征及其与法律规制的关系,第二章介绍了对医疗行为主体及其行为规制的相应法律和法规,第三章深入地介绍了医疗行为损害的法律责任分配及处理的基本法学理论,第四章概括地介绍了医疗行为法律风险的防范和管理的基本内容。本教材依课程培养目标突出了现实性和应用性特征,紧紧围绕医疗行为所涉及的现实卫生法律问题进行了较详尽而深入的阐释和分析;同时,注意了培养学生的创新性思维的教学内容的安排,在教材中引用了丰富的案例,并依法学理论谈出了自己的独立见解。尤其在对《医疗事故处理条例》的阐释和分析上进行了较有启迪的思考,其目的是想启发和激活学生的法律思维和法治感情,为学生们提供一种思维方式,并由此培养学生的批判精神。因此,在此点上希望使用本教材的教师和学生能充分理解和把握。

本教材第一章、第三章及第四章的第三节由李建光编写,第二章由刘俊须编写,第四章第一、二节由王俊编写。黄铁牛同志担任本教材的编写秘书。

本教材的问世得到了编者所在单位的大力支持。

《医疗行为相关法律知识》学时分配表(供参考)

教学内容	学时
第一章 医疗行为概述	4
第二章 医疗行为的法律适用	10
第三章 医疗行为损害的法律责任分配及处理	12
第四章 医疗行为法律风险的防范与管理	10
合计	36(学时)

尽管我们对本教材的编写倾注了心血,参阅了大量的资料,尽我们最大努力进行教材编写的创新,但由于我们知识的局限性和研究领域的局限性,故本教材仍然可能是一种非常幼稚的探索性的作品,其中的疏漏、缺点、甚或错误在所难免,诚望专家、同仁和读者不吝赐教。

李建光

2004年8月20日

目 录

第一章 医疗行为概述.....	1
第一节 医疗行为的概念.....	1
第二节 医疗行为的本质特征及其与法律规制的关系.....	3
一、医疗行为的社会性与自然性.....	3
二、医疗行为的利益性与正义性.....	3
三、医疗行为的意志性与规律性.....	5
第三节 医疗行为的形式特征及其与法律规制的关系.....	5
一、医疗行为的社会外部特征.....	6
二、医疗行为的职业伦理特征.....	6
三、医疗行为的技术特征.....	7
2 第四节 医疗行为的分类及具体界定.....	10
一、医疗行为的分类.....	10
二、医政实务上具体医疗行为之界定.....	11
第二章 医疗行为的法律适用.....	15
2 第一节 确定医疗行为主体资格的相应法律法规.....	15
一、医疗机构管理条例.....	15
二、中华人民共和国执业医师法及乡村医生从业管理条例.....	20
三、中华人民共和国护士管理办法.....	24
四、案例分析.....	26
第二节 确定医疗行为法律关系双方权利与义务的法律规定.....	29
2 < 一、医疗服务接受者的权利与义务的法律规定.....	29
2 < 二、医疗行为人的权利与义务的法律规定.....	33
2 < 三、医疗行为适用《消费者权益保护法》、《产品质量法》和《合同法》的分析.....	35
四、案例分析.....	41
第三节 医疗行为法律责任的形式.....	46
2 < 一、民事责任.....	46
2 < 二、行政责任.....	47
三、刑事责任.....	50
2 四、案例分析.....	50

第三章 医疗行为损害的法律 responsibility 分配及处理	54
第一节 医疗行为损害法律责任的构成要件	54
一、医疗损害的概念及其分类	54
二、医疗行为过失的概念、分类及其认定	59
三、医疗行为过失与医疗损害的因果关系的认定	65
四、案例分析	67
第二节 医疗事故的技术鉴定	71
一、医疗事故技术鉴定概述	71
二、医疗事故技术鉴定组织	71
三、医疗事故鉴定程序的启动	73
四、医疗事故鉴定程序	73
五、医疗事故鉴定的法律地位	74
六、鉴定报告书及鉴定结论异议	76
七、医疗事故鉴定费的承担	76
八、我国医疗事故鉴定制度的完善	77
九、案例分析	79
第三节 医疗行为损害的法律 responsibility 分配及处理	81
一、医疗行为损害的法律 responsibility 分配	81
二、医疗行为损害的处理	88
三、医疗行为的免责	93
四、我国医疗损害赔偿付赔机制的现状与完善	98
五、案例分析	103
第四章 医疗行为法律风险的防范与管理	107
第一节 医疗行为法律风险概述	107
一、医疗行为法律风险的概念	107
二、医疗行为法律风险的成因	107
三、医疗行为法律风险防范与管理的意义	109
四、医疗行为法律风险管理组织及管理方法	110
第二节 医疗行为法律风险管理制度	112
一、医疗过程中工作制度的建立与完善	113
二、医疗文书书写的规范化管理	114
三、医疗标识的规范化管理	118
四、案例分析	122
第三节 特殊病区的法律风险管理	125
一、手术室的法律风险管理	125
二、急危重症病区的法律风险管理	128
三、急诊病人接诊的法律风险管理	130
四、案例分析	133

附录.....	138
突发公共卫生事件应急条例.....	138
医疗机构管理条例.....	144
医疗事故处理条例.....	148
中华人民共和国执业医师法.....	156
中华人民共和国护士管理办法.....	161
乡村医生从业管理条例.....	164
医疗机构病历管理规定.....	169
重大医疗过失行为和医疗事故报告制度的规定.....	171
后记.....	173

第一章 医疗行为概述

医疗行为引发的医疗纠纷作为一个社会问题越来越在人们的视野里突显。根据中国消费者协会的统计,1996年至1998年三年间,直接收到有关医疗纠纷的书面投诉总计328件,1996年收到的医疗纠纷投诉每月平均2.64件,1997年每月平均10.17件,1998年每月平均11.75件,1999年的前四个月每月平均的投诉就猛增到22.25件,在仅仅三年多的时间内,这一数字增长了近10倍。医疗投诉在全国消费者投诉的“愤怒”程度排行榜上位居第五位。^①中华医院管理学会对全国326所医院的问卷调查显示,医疗纠纷发生率高达98.4%。在这326所医院中,2000年一年发生医疗纠纷索赔金额总计约6000万元左右,平均每所医院21万元。同时,由于医疗纠纷导致的医院暴力事件也触目惊心。^②湖南省卫生厅统计,从2000年1月至2001年7月,全省发生医疗纠纷1110起;发生围攻医院、殴打医务人员事件568起,有398名医务人员被打伤,32人致残;发生医院陈尸事件179件。^③面对矛盾如此尖锐的社会问题,《医疗事故处理办法》在保障医患双方的权益(更突出的是患者的权益)方面显得力不从心。正是在这样的背景下,《医疗事故处理条例》取而代之,以期解决日趋激烈的医疗纠纷,缓和医患矛盾、稳定社会秩序。那么,在这样的医疗社会情景中来学习与研究医疗行为及其相关的法律问题的重要性就不言而喻了。

第一节 医疗行为的概念

在我国新颁布的《医疗事故处理条例》中并没有医疗行为这一概念,只有“医疗活动”一词。从《医疗事故处理条例》第2条可以得知,“医疗活动”是医疗事故构成的限定性条件之一,而《医疗事故处理条例》本身并未对“医疗活动”进行界定。我国大陆卫生法学理论界和实务界将医疗活动视同为“医疗行为”,并交换使用。这种情形造成一定程度的混乱,而且显得不严谨。因此对“医疗行为”与“医疗活动”两术语的比较很有意义。从比较法的角度看,日本将“医疗活动”称为“医行为”;我国台湾地区法学理论界与实务界也没有采用“医疗活动”的称谓,而是称为“医疗行为”。从词源学的角度看,“活动”与灵活、活的状态相联系,而“行为”与品行、言行、流动性等客观外部性特征联系较紧。而医疗服务正是一种带有明显的外部性特征,且备受人们关注和评价的

① 转引自唐德华:《〈医疗事故处理条例〉的理解与适用》,中国社会科学出版社2002年版,第24页。

② 转引自杜海岚:《326所医院调查:医疗纠纷发生率高达98%》,《法制日报》,2002年2月21日。

③ 转引自黄苏娟:《政协委员为医院暴力把脉》,中国江苏首页“医药卫生”2003年4月30日。

行为。根据上述比较与分析,故用“医疗行为”代替“医疗活动”较为妥当。我们在本教材中使用“医疗行为”为专用术语,同时,建议在将来的有关医疗立法中统一使用“医疗行为”一词。

我国法律法规及规章均没有对医疗活动的内涵和外延作出过界定。目前,可作参考的是卫生部在《关于〈医疗事故处理办法〉若干问题的说明》中关于“诊疗护理工作包括为此服务的后勤和管理”的规定及《医疗机构管理条例实施细则》第88条第1款的规定,即“诊疗活动:是指通过各种检查,使用药物、器械及手术等方法,对疾病作出判断和消除疾病、减轻痛苦、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动。”

我国法学界有些学者对“医疗活动”或“医疗行为”作了定义。如唐德华等认为,“医疗活动”是指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,为患者提供的紧急救治、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的活动的总和。柳经纬等认为,医疗行为是指医务人员对患者疾病的诊断、治疗、愈后判断及疗养指导等具有综合性内容的行为。医疗行为的范围十分广泛,疾病的检查、诊断、治疗、手术、麻醉、注射、给药以及处方、病历记录、术后疗养指导,中医的望、闻、问、切、针灸、推拿等,均属于医疗行为。

然而对上述这些定义进行深入分析后会发现其依然存在一些不足之处,不能充分揭示医疗行为的本质和涵盖对象的范围。从医学社会学的角度分析,首先,医疗行为是有对象的,即不特定的人或人群;它是一种可以交换的劳动,具有商品的属性。其次,它是一种协同性行为,医师不是其医疗行为的惟一主体,排除护士和其他医技人员的定义是有缺陷的。从医学本身的角度分析,医学已从单纯的生物医学模式过渡到了生物——心理——社会医学模式,从经验医学走向了循证医学。具体医师(哪怕是知名资深者)的经验知识是有局限性的,甚或是错误的。因此,医疗服务主体必须运用符合普遍标准的一般性的医学知识和技术进行健康服务,这才符合现代医学的要求。从法学的角度分析,它重在对主体的权利义务的设定,实质在于保护权益。那么就要对可能对人或人群健康造成影响的行为进行确定和规范,以达到周全地保护公民健康利益的目的。如护理行为、民间气功健身治病,配镜矫正眼视力等行为,甚至于巫医祝由行为均可涉及人的健康,因此,也应将其包括进入定义之列。

基于以上分析,我们参考了国内外诸多学者的观点,并结合我们自己的研究,认为医疗行为是指法律上规定的适格主体运用一般性的医学知识和技术(包括物理的、化学的、生物的、心理的和社会的)对人或人群存在的健康问题或潜在健康问题进行干预的一种智力和体力劳动。

与此同时,由医疗行为派生出来的、与其紧密相关的两个概念是医疗行为人和医疗服务接受者。根据《医疗事故处理条例》的相关规定,我们可知,能够作出一定医疗行为的主体只能是具有相应资格的医疗机构及其医务人员,用法律术语说,医疗行为人即是指法律上规定能够作出一定医疗行为的法人和自然人。不言而喻的是,医疗行为人所作出的医疗行为必然施加于一定的对象,而这一对象只能是生物有机体的人。根据医疗行为的定义,我们可知它施加于人之后,即成为一种服务,称之为医疗服务。随着社会生活水平的提高,接受医疗服务的对象不一定均是患有疾病的人(或自觉有疾病),健康的人也可以接受美容、保健、一般健康检查等医疗服务项目。故而,我们应将接受医疗服务的对象统称为医疗服务接受者,即医疗服务接受者是指被医疗行为所施加其身的非健康或健康的自然人,它包括了通常所说的患者或病人,还有需要医疗服务的健康人。

第二节 医疗行为的本质特征及其与法律规制的关系

医疗行为的本质特征是医疗行为这一特殊社会现象的深层的、稳定的内部联系,它深藏于种种医疗行为现象的背后,是其存在的基础和发展变化的内在动力。医疗行为的本质特征可以从不同层面和不同角度进行理解与把握。通过对医疗行为本质特征的分析,我们就能充分理解法律对医疗行为进行规制的价值取向,进而使我们自觉地去尊重与遵守卫生法律法规,并内化为医务工作者的道德自律。

一、医疗行为的社会性与自然性

医学是人类在增进和维护自身健康、防治疾病的实践活动中积累和构建的科学知识体系。医学研究和服务的对象是人。人是一种生物体,同时是一种社会的存在,那么人就具有自然和社会的双重性。医学研究对象的二重性,决定了医学本身必然具有自然和社会的二重性。故一般认为,医学是一门自然科学与社会科学相交叉的综合学科。由此可知,医疗行为必然具备有自然性和社会性,而且是这两种属性的有机统一的产物。

疾病从来就不是简单地表现为一种单纯的生物现象,更重要的是一种社会文化现象。古希腊名医希波克拉底曾认为,知道患有一种病的人是什么样的人,比知道该人所患的是什么样的疾病更加重要得多。他在《空气·水·住地》一书中要求医生进入城市时首先要熟悉自然环境及居住、饮水情况和生活方式等,并用整体统一的观点认识疾病。在中国古代医学经典《黄帝内经》中更是充满这种以朴素自然哲学思想为指导的整体统一认识疾病的智慧。疾病是由多因素导致的,在现代社会更为突出。自然、生物因素可致病,心理、社会因素对疾病的发生、发展更有着不可轻视的影响。社会进步和发展要求一种自然性和社会性相结合的整体的医学观,并将这种观念体现在具体的医疗行为中。更重要的是,人是一种高度情感化的智能生物体,具有丰富的思想和情感,人需要生物性的关注,更需要精神关爱,在医疗行为中这一方面格外重要。但是,现实社会中,随着市场经济的发展,技术性学科获得极大的发展并占据了中心地位,人文社会科学则日益边缘化。现代医学在技术高度发展的同时,人文精神却相对出现了严重失落。据有关部门统计,在近年来的医疗纠纷中,40%以上与医务人员的爱心、同情心、责任心和法律意识缺失有关。这就充分地反映了现代医学及医疗行为存在重物质、重技术而轻人文精神、轻呵护的明显倾向,这是对医学和医疗行为的本质的反动,是需要深刻反思和批判的。同时,这也是法律上对医疗行为实行特别规制的人文社会基础,更是医学自身健康发展的内在要求。

二、医疗行为的利益性与正义性

社会经济活动是社会的~~基本活动~~^{活动},它包括生产、交换、分配和消费等过程。在市场经济条件下,市场行为包括商品的交换活动,也包括劳务的交换活动。卫生服务是一种劳务生产活动,因此,它同样具有社会经济性质。我们所指的医疗行为即是一种医疗服务,因此,医疗服务与前行文中的“卫生服务”的属性是相通的,只不过卫生服务的范围更广泛,医疗服务应被包含其中。

法律所表现、反映、认可、调节和保障的利益,是一个复杂的结构。依利益的性质不同可分为

经济的、政治的、文化的、社会的以及人身的各种利益。医疗行为在市场经济条件下具有经济利益的属性,也就是商品性,从而决定了它必须遵循市场经济的规律,按等价有偿、自愿交换的原则进行市场运行。作为一种商品,医疗服务是一种特权。在市场条件下医疗保健的权利是基于病人的支付能力,而不是基于病人的任何其他社会权利。这一属性从美国的医疗市场的现状和中国的医疗市场改革的理论支撑点中得到了充分的体现,而且要使中国的医疗服务市场能够充分发育更不可能忽视其商品属性的存在。但其医疗行为的商品性并非是其属性特征的全部,因为医疗行为终究涉及人的生命健康。健康的重要性就其本身性质而言怎么强调也不会过分。用诺贝尔奖金获得者阿曼特·森尼(Amartye sen)的话来说,健康(与教育一样)是使人类生活体现价值的基本潜能之一。在联合国秘书长科菲·安南为筹备联合国千年峰会委托进行的一次全球调查中,良好的健康一直排在全世界男人和女人希望的首位。疾病的苦痛和英年早逝使得疾病控制成为所有社会关注的中心,并激发人们将健康列为国际法规定的基本人权之一。对个人和家庭来说,健康能为个人未来的发展和经济保障提供能力。健康是劳动生产力的基础,是在校学习的能力的基础,也是智力、体力和情感发育能力的基础。从经济角度讲,健康和人类资本的两大基石,经诺贝尔奖金获得者斯当雷·舒尔茨(Theodore Shultz)和戈尔·贝克(Gary Becker)证实,健康也是个人经济生产力的基础。正如各个家庭的经济福利一样,良好的居民健康是对整个社会扶贫、经济增长和长远经济发展的关键投入。由此可见“健康是财富”。这种财富具有经济的利益、政治的利益、文化的利益、社会的利益和人身的利益。

医疗行为是以维持和增进人的健康为目的的,那么,毫无疑问,医疗行为的结果能够产生上述利益。人人均能获得这些利益是每个人自身的责任,同时更是社会的责任。如果完全按医疗行为的商品属性进行市场交换,则无疑会形成对贫困人群的实质上的不正义。因为,贫困人群更容易患病,患病后更少求医,严重疾病的治疗费用的支出可能将他们推进贫困的怪圈,使他们不能自拔,并迫使他借债、出卖或抵押土地等生产资料。严重的疾病会使其家庭陷入长期的贫困;甚至延伸到下一代,儿童被迫辍学。这一现象促使民主社会有道德责任去保证他们获得基本医疗,维护其健康的存在。从这一视角看,医疗不应被视为一种商品,当作特权行使,而应成为人的一项基本社会权利,这是社会主义的内在要求,因而医疗行为从社会伦理的意义上被赋予了正义性。事实上,各国也是根据这一属性在发展和改革卫生事业。美国在最近几十年里,倾向于把增加老年人和穷人的健康福利作为一种权利。欧洲国家的医疗服务已成为人们的一种国民权利,政府是以一种道德责任去提供医疗保健的。我国政府于1994年颁布了《中国21世纪议程——中国21世纪人口环境与发展白皮书》,提出了20世纪90年代以及21世纪初,中国卫生工作和卫生事业发展的总目标,强调“减少环境污染和公害引起的健康危害,是当前和21世纪社会发展面临的一个十分重要的问题”。在1997年1月《中共中央、国务院关于卫生改革与发展的决定》中明确提出:“人人享有卫生保健,提高全民族健康素质,是社会主义精神文明建设的重要内容,是经济和社会可持续发展的重要保障。”在2001年5月8日由国务院体改办、国家计委、财政部、农业部、卫生部联合公布的《关于农村卫生改革与发展的指导意见》中明确指出:“实行多种形式的农民健康保障办法,使农民人人享有初级卫生保障。”从我国政府一系列的政策可知,政府担负着保障居民健康的责任,实质上已视医疗保健为一种基本人权,正在努力追求将医疗保健作为人人能享受的一种社会福利。因此,在调整医疗行为的利益性与正义性的关系时,在《中共中央、国务院关于卫生改革与发展的决定》中确立的基本原则是:“坚持为人民服务的宗旨,正确处理社会

这是
将医疗
政治化
言

效益与经济收益的关系,把社会效益放在首位。防止片面追求经济收益而忽视社会效益的倾向。”这里的社会效益即是指正义性。而经济收益即是指利益性,在医疗领域公平优于效益是由医疗行为的本质所决定的。故而,在法律规制上,医疗行为不能视同为一般的民事行为,更不能简单地视同为一般的商品性市场行为;医疗行为必然地区别于完全的市场经济行为及纯粹的福利性行为,而应把这两种属性有机地结合,并进行法律上的特别规制,才能符合医疗行为的本质特性的内在要求,才能使医学真正为国民的健康利益作出应有的贡献。

三、医疗行为的意志性与规律性

医学是人类共有的一种知识体系,是人们有意识活动的产物,它必然贯彻、反映、体现人的某种意志。此种意志包括意志的个人性和社会性。其意志的个人性体现在人们希望通过医疗保健获得健康、无限的生命,希望医学能无所不能;其意志的社会性体现在人们希望无论穷人或富人均能获得按其所需的医疗保健,希望医疗服务能成为无论从形式到实质均是可以公平地被获得和享受的社会福利。医疗行为的过程当中就充满了人们这种强烈的意志。而医学本身自有其规律,首先,医疗服务作为有价劳动是一种社会资源,它不可能是无限的。其次,医学自身是一种有限的知识体系,是一个无限发展和完善的过程。因此医疗行为的意志性和医学的规律性之间必然存在着冲突。

关于医学自身的有限性,可以通过对医学的两种基本的认识形式分析得出。实验医学和经验医学是医学的两种基本的认识形式。实验是为了检验某种科学理论或假设而进行的某项操作或从事的某种活动;经验通常指感觉经验,即感性认识,是人们在实践过程中,通过自己的肉体感官(眼、耳、鼻、舌、身)直接接触客观外界而获得的对各种事物的表面现象的初步认识。经验医学是医学存在的原始形态和基础,其优点是可以通过对人本身及其相关事物的联系的直接观察而求得整体上的健康与疾病观念,并通过反复的经验积累得以总结。但其发展的过程缓慢,同时受人体自身感官认识能力的限制,无法深入事物的内部去探讨其物质变化的本质,只能停留在一种称作“黑箱理论”的层面上。实验医学是医学科学研究的高级形式,其优点是可以利用科技为工具把人的自身感官认识深入到其极限以外的客观外界,从而可以使人对自身及相关事物的认识由宏观到微观、从质的判断到量的判断,体现出医学的相对精确性和相对逻辑性。但是,科技是人类认识和改造客观事物的智力成果,人的认识是有限的,所以科技是有限的,故而实验医学所依赖的研究工具的有限性不能避免医学自身的有限性和固有的缺陷。从哲学的认识论角度来看,这是医学本身和人类本身均无法克服的困难,医学的完善只能是一个无尽接近的目标。这就构成了医疗行为意志性与规律性的冲突,这一冲突的积极因素促使医学不断进步,消极因素则导致人们对医疗行为产生期望与现实的差距,使人产生不满,进而可诱发医疗纠纷的产生。

第三节 医疗行为的形式特征及其与法律规制的关系

医疗行为的形式特征是指医疗行为的本质特征表现于外部的区别于其他事物的质的特点。其特征决定了法律规制医疗行为的特殊性,从而显著地区别于其他的一般性民事法律行为。

一、医疗行为的社会外部特征

医疗行为直接影响社会中人和人群的健康,同时又能直接产生健康利益,并引发健康利益的社会分配正义问题,因此,医疗行为就具备明显的社会外部特征。

(一) 医疗行为主体资格受管制性

医学已高度发展成为一个庞大的知识系,已不全是一种大众知识和个人经验,而且医学本身的分科也越来越细,专业领域的专业性程度越来越高,这就要求有资格准入制度。世界各国均有医疗行为主体资格准入制度,像美国还有更细的专科医师准入制度。我国的《中华人民共和国执业医师法》和《中华人民共和国护士管理办法》对此有明确的规定,而且医学界正在酝酿建议制定更为具体和详细的专科医师法。

资格规制的目的实质是课以医疗行为主体更严格的责任。如《中华人民共和国执业医师法》第3条规定:“医师应当具备良好的职业道德和医疗执业水平,发扬人道主义精神,履行防病治病,救死扶伤,保护人民健康的神圣职责。”这种责任对医疗服务接受者而言是信赖医疗行为主体的法定依据,对医疗行为主体而言是对医疗服务接受者尽最高的注意义务,为之谋求最大的健康利益的法定义务。同时,在法律上对医疗行为主体的资格规制,就能通过排除非专业资格人员进入专业领域,以维持专业领域工作秩序,达到保护受服务人的健康的目的。

(二) 医疗行为社会评价的高度政治意义性

按服务是否具非竞争性和排他性特点,将卫生服务产品分为公共产品、准公共产品、私人产品,医疗服务主要属于私人产品和少量的准公共产品。从经济学的角度看,市场是配置资源的有效手段,私人产品的生产和销售应当由市场决定,实际上是由人们的支付能力决定需求。但是医疗行为本质上的正义性决定了医疗卫生服务是一项社会福利事业。因此,不同国家依照本国经济水平、社会状况、文化传统,采取不同方式向居民提供医疗卫生服务。政府提供服务有两种方式:一是通过建立各种医疗保障办法,作为广大消费者的总代理,与医院签订合同,为消费者购买医疗服务,费用可根据一国的经济情况决定,或基于一定比例由政府 and 民众共付,或由政府包办;二是在经济富裕国家,由政府办理医疗机构——公立医院,直接向民众提供免费或较低价格的医疗服务。至于市场不愿提供的公共产品(如计划免疫,传染病控制等),则由政府直接向居民提供。这些主要是向贫困、低收入人群提供的,是出于维护社会稳定的政治目的,所以医疗保健服务就具有政治意义,进而社会对医疗行为的可及性和可得性的正当性评价便具有了高度的政治意义。故而,在法律上对医疗行为作为特别民事法律行为给予规制,就充分体现了法律的价值取向与社会政治性评价的一致性。

二、医疗行为的职业伦理特征

医疗行为本质上的社会属性,决定了其职业伦理的特性,其特性就是对人的关爱和尊重,具体体现在如下三个方面。

(一) 医疗行为的慎独性

慎独一词出自《礼记·中庸》“天命之谓性,率性之谓道,修道之谓教。道也者,不可须臾离也,可离非道也,是故君子戒慎乎其所不睹,恐惧乎其所不闻。莫见乎隐,莫显乎微,故君子慎其独也”。其意为有道之人在无监督的独立工作环境下,不作利己损人之事。基于医疗服务接受者

的信赖和医疗行为者知识和技术的优越地位,医疗行为者获得医疗上一定程度的自由裁量权,且医疗行为者有相对独立的工作环境,故而慎独是对医疗服务提供者的一种较高的道德自律要求。这种道德要求,为法律上实行医疗行为过错推定或严格责任原则提供了伦理依据。并且通过这样的归责原则课以医疗行为者高度的注意义务,进而强化“慎独”伦理特性形成的自觉性。

(二) 医疗行为的移情性

医疗行为的移情性即医疗行为者在行为过程中对行为对象应充满人性,不能把对象物化。这是基于对生命神圣论的人的价值原则和医学的社会性而派生出来的伦理特征。医疗行为的对象是人,人是有感情的一种社会存在。人有感情,也需要感情的交流,有健康问题的人更需要情感的交流、爱心的抚慰,这是建立良好医疗服务供需双方关系的重要基础,是信赖产生的土壤。但现在医疗服务供需双方关系的物化和商品化趋向越来越明显,造成一定程度的医患关系紧张,这更显出医疗行为中移情性的重要性。

(三) 医疗行为的保密性

医疗保密通常是指医务人员医疗中不向他人泄露可能造成医疗不良后果的有关病人疾病信息的信托行为。医学的整体观要求对人的健康问题作全面整体的了解和把握,这必然涉及有关个人生活、行为、生理和心理等方面的不想与外人分享的隐私。而医疗服务接受人出于希望身体康复的目的,凭着对医疗服务者职业道德上的信赖和尊重而将其隐私告知医疗服务者,由此而产生医疗服务者基于伦理义务(这种义务即是对医疗服务接受者健康的关心和责任)将为医疗服务接受者保守隐私不为他人得知。以相互尊重和信任为基础的医疗保密体现了对医疗服务接受者的人格尊重,是增进和维护医疗行为双方关系的重要保障,是取得医疗服务接受者信任和主动合作的重要条件。更重要的是医疗保密还是一项必要的保护性防治措施,对一些特定的人(如性格抑郁内向、心理承受能力差、性格变态及一些特别病种)尤为重要,可以防止意外和不良后果的发生。当然,医疗保密的应用是有例外事由和条件限制的。当其与医疗服务接受者自身健康相冲突、与无辜第三者利益相冲突、与社会利益相冲突时就会有一个取舍的伦理问题,这需要综合考虑社会、伦理、法律等来决断。

三、医疗行为的技术特征

医学科学的自然科学与人文社会科学相结合性的本质特征和医学科学本身的有限性决定了医疗行为的局限性和风险性的技术特征,同时,也决定了医疗行为主体的自主性和经验性的行为方式。

(一) 医疗行为的风险性

风险,即可能发生的危险。医疗行为的风险性即是指医疗行为过程和结果可能发生的危险性。这种风险性表现在两个方面:医疗本身和医疗对象(即人)。

医疗本身的风险归纳起来主要有两类:一为诊断的风险;二为治疗的风险。诊断可概括为物理方法和化学方法两种,物理方法主要进行形象的分辨,如X线、B型超声、CT、内窥镜、核磁共振、显微镜、电子显微镜等。对形象进行分辨需依赖于仪器的分辨率和人的经验及被观察对象的典型性,而仪器的分辨率是有限的,人的经验和被观察对象的典型性是不确定的,这些因素就会导致诊断的失误。如被称为“金标准”、“金诊断”的病理学检查同样存在误诊或漏诊。世界权威的《阿克曼外科病理学》在引言中,就专门辟出一段阐述病理学的局限性。卫生部对三级甲等医院病理诊

断的要求是准确率达到 99%。也就是说可允许有 1% 的误诊或漏诊率,其客观原因是组织细胞在正常形态与典型病理形态之间有一过渡形态,这是造成误诊与漏诊的客观因素,它只能通过技术的不断进步来努力克服。像医学界对霍奇金氏(何杰氏)瘤的认识过程就经历了漫长的岁月。这种病在 1882 年就发现了,当时人们认为这是一种淋巴肉芽肿病,因为组织中炎症细胞占 90% 以上。后来,慢慢地人们发现它是一种肿瘤,并且研究结果表明霍奇金氏细胞来自淋巴系统的某一种细胞。直到 2001 年,世界卫生组织(WHO)才将其更名为霍奇金氏淋巴瘤。同样,物理学诊断方法也具有风险性,如介入性检查的心导管检查、动脉造影均具有一定程度的风险。

医疗中的治疗主要有外科的手术治疗、内科的药物治疗。手术治疗的风险表现为对肿瘤病变不能完全清除,手术对血管、神经和脏器的损伤及并发症。药物治疗过程中可能出现的过敏反应,对神经系统、造血系统、肾脏、肝脏可能产生一定程度的毒性反应。医生对此认识是清楚的,但却很难预测到这种不良反应会发生在哪个具体病者身上。所以说看似保守的药物治疗本身也是一种具有风险的行为。

医疗行为风险性的另一方面是医疗对象——人的不确定性。人的不确定性表现为:对人的了解的局限性和人的个体差异性。对人的了解局限性是由于研究手段的有限性所导致的,因为医学研究必须借助于其他科学,科学自身的发展是无限的,但现有的水平是有限的,所以医学对人的认识是有限的,对疾病的认识是有限的,这就必然会导致一定程度的误诊和误治。

人的个体差异性既可表现在生理,也可表现在心理,还可表现在社会因素。人的解剖结构可有变异,机能状态可有特异性,如过敏体质、疤痕体质等;心理与社会因素的差异性和复杂性更使疾病变得扑朔迷离而难诊难治。

以上分析充分说明医疗行为的风险性是客观存在的,在一定时间和一定程度上是人的主观上所无法克服的客观事实。这是医疗行为实行免责的客观依据。

(二) 医疗行为评价的技术标准具有相对性

标准是对重复性事物和概念所作的统一规定。它是以科学、技术和实践经验的综合结果为基础,经有关方面协商一致,由主管机构批准,以特定形式发布,作为共同遵守的准则和依据。

建立医疗行为评价的技术标准的目的是为了获得最好的医疗秩序和健康效益,以保障医疗服务的技术品质。医疗技术标准由基础标准、原则标准、操作标准、质量标准、安全、卫生、环境保护等标准组成。这些标准多为定性的判断,而非精确的定量标准,并且很多情况下有例外事由。以外科病例评价为例,它的具体质量要求有:是否有合并症发生,这种合并症可否预防? 诊断是否恰当? 临床诊断与病理诊断是否一致? 手术时有否把不该切除的正常组织切除了? 这些判断均具有一定的模糊性,就是运用最新的专门评估医学技术的有效性与安全性的循证医学的后评估方法得出的证据作为判断标准,也由于其占有资料的相对性和医学自身的局限,其结论也只能是相对的。

由此可知,医疗行为评价的技术标准是相对的。同时,这种标准还受地域的限制(如边远和相对落后地区的技术标准绝对会低于经济发达地区)及人员本身素质的影响。这一特征使得法律对医疗行为的规制具有一定的弹性,而且,也成为法律赋予法官审理此类案件一定的自由裁量权的基础。

(三) 医疗行为的侵害性

侵害即侵入而发生损害。医疗行为的侵害性,意指部分医疗行为作用于人体造成不同程度

的身体完整性和生理机能的损害或潜在损害的技术特性。有些学者称这种特性为侵袭性。但按词典的解释,侵袭即侵入而袭击。含有主动损害之意,不符合医疗行为伴生损害的特点。比较两者的词义,使用侵害性更符合医疗行为的特性,故我们采用“侵害性”为专用术语。本文论及的医疗行为的危险特性已指出医疗诊治的手段如手术、药物、介入性检查等均具有侵入并可造成损害的特性,从形式上观察,医疗损害具有刑法上的伤害罪的构成要件,但由于医疗行为侵害性的目的是挽救病者的生命,或维护与增进人的健康,因此,符合医学适应性与医疗正当性的医疗行为被视为合法医疗行为。对于其合法性的法学阐释有如下三种学说:

1. 业务上正当行为说

19世纪德国学者曾就医师为挽救孕妇生命而为堕胎行为,认为其是基于业务上的义务而承认医师的行为具有正当性。德国刑法典公布之后,又在免除医疗行为人为行为违法与责任事由中举出业务权,并以医师的业务权为中心进行解释。中国台湾地区“刑法”继受德国刑法,也以业务权为免除违法和责任的事由,并对业务种类、性质、方法是否符合一般的习惯,或行为是不是为其业务上所需要作了规定,但缺少具体判断是否属于医疗正当行为的标准。日本学者认为正当医疗业务行为不成立犯罪不外乎是以正当业务为其适合理由,但认为非业务关系的正当行为也应承认其适法性,因此未受许可之医疗行为,尽管可以根据相关规定加以取缔,但也不成立伤害罪。

2. 医疗行为与社会相当性说

该学说认为医疗行为具有与社会进步相当性即可免除违法。日本学者认为医疗行为只要是医学上一般所承认的妥当手段且医师所选择的手段被认为具有合理性的,其对病人身体的侵害行为本身,虽然从形式上、外观上来看,符合伤害的一般概念,但从行为有无价值的观点来看,如被认为系社会观念所允许的正当行为,那么其医疗行为即不具备违法性。

3. 共同生活目的说

共同生活目的说认为医疗行为人的医疗行为系为达成国家所承认的共同生活目的的适当手段,即以免除违法性。医疗行为的正当性理由在于医疗阻止疾病恶化恢复人的健康以满足国家人民共同生活的目的。具体标准为:① 行为人具有一般被承认的医疗科学知识或技术;② 医疗的方法手段于医学专门领域中在一般上是被承认的;③ 于医疗行为之际,除紧急情形外,得患者或其配偶、保护者同意;④ 必须具有医疗目的等条件,就是适法的医疗行为,即使患者死亡,亦不追问医师的责任。

以上三种学说中以共同生活目的说较为全面并可操作,但是对行为主体资格和高度注意义务未作明确要求,是其不足。因此,我们认为免除违法性的侵害性医疗行为应该是符合个人和人群健康生活的目的且符合下列标准的行为:① 行为主体适格;② 行为品质符合医学专业领域的一般性技术标准(包括专家注意标准)和社会伦理标准;③ 医疗行为应得到医疗服务接受者或配偶、监护人、法定机构的同意,紧迫情况例外。由此可知,医疗行为的侵害性特征是医疗行为要求实行一定程度和一定范围内的法律上的免责的前提条件,是医学存在与发展的内在要求。

(四) 医疗行为的自主性

由于医学知识和技术高度专业性、技术标准的相对性、工作场所的排他性和医疗专家个人经验的差异性,在客观上造成医疗行为主体在技术措施的选择和实施上具有一定程度的自主性。而医疗服务接受者基于对医疗服务提供者的信赖而将固有的自决权让渡给医疗服务提供者,从而使医疗服务提供者的自主性具有正当性和合理性,进而需要法律确认,使之成为一项有限定条