



# 医疗行为责任 立法研究

李建光 著

中南大学出版社

# 医疗行为责任立法研究

李建光 著

中南大学出版社

---

### 图书在版编目(CIP)数据

医疗行为责任立法研究/李建光著. —长沙:中南大学出版社, 2006. 4

ISBN 7-81105-286-5

I. 医... II. 李... III. 医疗事故 - 法律责任 - 研究 - 中国 IV. D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 032500 号

---

## 医疗行为责任立法研究

李建光 著

---

☐责任编辑 彭达升

☐责任印制 汤庶平

☐出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路

邮编:410083

发行科电话:0731-8876770

传真:0731-8710482

☐印 装 中南大学湘雅印刷厂

---

☐开 本 880 × 1230 1/32 ☐印张 10.5 ☐字数 256 千字

☐版 次 2006 年 4 月第 1 版 ☐2006 年 4 月第 1 次印刷

☐书 号 ISBN 7 - 81105 - 286 - 5/D · 008

☐定 价 20.00 元

---

图书出现印装问题,请与经销商调换



**李建光** 1962 年出生，湖南湘乡人，1984 年湖南医学院（现中南大学湘雅医学院）临床医疗专业本科毕业，2003 年湘潭大学法学硕士毕业，2004 年考入武汉大学哲学院攻读博士学位。长期从事临床医疗及医学法学教学与研究工作，先后主编了《社会学基础》、《卫生法律法规》和《医疗行为相关法律知识》三部国家统编教材，发表论文十余篇。

**湖南省教育厅 2005 年度高校科研资助项目(编号 05D062)**

**湘潭市 2005 年科技资助项目(编号 RKX2005 - 11)**

**湘潭职业技术学院学术著作基金资助出版**

## 序

《医疗行为责任立法研究》是一部成功而富有特色的著作。所谓成功，是因为作者抓住了当前建立和谐社会亟须解决的医患关系的法律调整问题，并进行了全面系统和较深入的研究，对医疗行为及其本质特征、医患关系中医生的权利和权力、医疗事故的概念、医疗行为所致的损害赔偿原则以及赔付方式等理论上模糊不清、实务中实施不一的诸多问题进行了实证和理性的分析，得出了可信的、具有说服力的结论，在此基础上提出了制定医疗行为责任法的具体构想。这对完善我国法制建设无疑会产生积极的影响。所谓富有特色，是因为与一般同类著作不同，该书以马克思主义的辩证唯物主义为指导，做到了医学知识与法学知识的有机结合。作者在写作中，既体现了医学精细严谨的基本要求和法学论证严密的特点，又体现了哲学的理性分析。因此，可以预言，它的出版，将会产生不同寻常的良好社会反响。

该书之所以成功，除了作者本人的努力之外，还与其经历有关。李建光先生本科医科毕业后，一直从事临床医疗、医学教育和教育行政管理工作，对医学的真谛有深刻的理解。他在从事医学教育工作中，又对医疗法学产生了浓厚的兴趣。在做好本职工作的同时，开始攻读法学，并以《医疗损害赔偿的民事责任分配及其处理》为题作为他的硕士论文，以优秀的成绩获得了法学硕士学位。为能站在哲学的高度理清法学和医学中的一些问题及两

者之间的关系，紧接着他又考入了武汉大学，攻读哲学博士学位。可以说，《医疗行为责任立法研究》一书的完成，是对他不同阶段学习、研究、实践成效的综合检验。

本书的出版，无疑为广大法学、医学读者提供了一部很有价值的学术著作，同时也证明了“有志者，事竟成”的道理。可以相信，在不久的将来，有着刻苦钻研精神的李建光先生，在法学与医学交叉研究领域定会有新的建树。

刘定华

2005年12月16日

## 前言

记得 19 世纪的伟大文学家查尔斯·狄更斯在其所著的《双城记》一书中是这样开头的：“这是一个好得不能再好的时代，这是一个坏得不能再坏的时代；这是闪耀着智慧的岁月，这是充满着愚蠢的岁月；这是富于信仰的时期，这是怀疑一切的时期；这是光明的季节，这是黑暗的季节；这是充满希望的春天，这是令人绝望的冬日；我们无所不能，我们一无所有；我们都在升天堂，我们大家都在下地狱。”用这段文字来形容我们时代的医学和医患关系虽然多少显得有些勉强，但也不失入木三分的深刻。你看，某些人体器官移植技术之成熟可以将衰竭的患者回复生命的活力，人工生殖技术令多年不孕的夫妻喜得贵子，基因技术的飞速发展使克隆人呼之欲出。这些都说明医学已进入非常进步与发达的领域，它似乎无所不能了。但你也可以体会到医学在一场突如其来“非典”狂袭面前显得多么的脆弱！医学快速进步的同时，医患关系也被物化了，医师与病人的关系变得冷漠与商品化，缺少人情味，甚至变成“血淋淋”的医患关系。你看，名医死于自己的病人之手，患者无钱被拒于医疗之门外：某中医学院一位享受国务院特殊津贴的专家在“国医堂”医院坐诊时，被其看病治疗近 10 年的 28 岁的前列腺炎患者挥刀砍伤，并追杀刺死于出租车内。某中医学院附属医院某教授在回家的路上被患慢性粒细胞白血病的工程学硕士连捅 46 刀，经救治无效死亡。事后调查

发现,病人杀死自己的治疗医师的动机是:因花费大量的钱财,疾病又未能治好,而迁怒于医师<sup>①</sup>。一个12岁的男孩夜晚于街头遇车祸致下肢骨折,车主驾车逃离,孩子母亲紧急送其入附近医院急救,因交不出760元的手术费用,被医院拒绝手术治疗,直至8个小时后患儿家长凑足了钱才进行手术治疗。当然,这仅是极端的个别事例,但一叶黄而知秋,可见医患关系已紧张到了情薄如纸的地步了。还有病人害怕进医院,因为医疗费用之高令人瞠目。如福州的患者李某,因患急性阑尾炎住入福建省某三甲医院,采用保守疗法,住院19天,共花费医疗费1.3万元,而抗生素费用就高达8344元。另外,医疗材料之贵也令人匪夷所思。如进口价只有6000元左右的心血管支架,几经倒腾,用到病人身上竟变成近2万元的高价。一块国产的固定钛合金板,出厂价仅1000元,经过中间环节之后,最终使用至病人每块销售价竟达9000元,其中手术医师的回扣占零售价的15%~30%。如此种种已不是个别现象,它已经变成了一个带有普遍性的医疗社会问题了。

我们不禁要问:医学到底怎么啦?医患关系怎么会变得如此的糟糕?

对此,我们得先回顾一下医学的原本目的。意大利的医史学家卡斯蒂廖尼指出:“医学随着人类痛苦的最初表达和减轻这种痛苦的最初愿望而诞生,由于最初需要解释人体发生的各种现象和以人类心灵为主题进行最初的辛勤探索而成为科学。它的最高目标是解除人类痛苦,促进个人体质及种族改良。这就是从古至今由医生的信心和热忱以及勤劳不息的努力所得出的真理。最显赫的医学科学家和他们最平凡的继承者,都是想尽办法防止危害

---

① 转引自高也陶等:《中美医疗纠纷法律法规及专业规范比较研究》,南京大学出版社2003年版。

人类健康或扰乱个人及集体根本和谐的一切。”<sup>①</sup>医学的原始目的是人的健康，是人类的和谐生活，它的目的是以伦理为第一的，而不是以金钱为第一的。古罗马著名的医师盖伦认为，作为医生，不可能一方面赚钱，一方面从事伟大的艺术——医学。古希腊伟大的医生希波克拉底认为，医术是一切技术中最美和最高尚的。医学的目的是解除病人的痛苦，或者至少减轻病人的痛苦。

对比之下，无疑地说明我们今天的医学在一定程度和范围内已偏离了其原本目的，它不再是以解除病人的痛苦为第一目的了，不再是为社会的和谐生活为本旨。相反地，在市场经济的冲击下，部分医生利用手中的医学治疗权对病人进行巧取豪夺，关心的不再是病人的健康，而是金钱。病人也失去了对医师应有的尊重，总是用怀疑的目光去审视医生的行为。由此导致医患之间相互不信任，相互猜疑，并进而形成医疗当事双方的利益冲突和医疗纠纷。我国现阶段医患关系之紧张状态处于历史上的最高峰，有关这方面的报道俯拾皆是，在此不再赘述。

正是在这样的—个时代背景下，我国出台了新的《医疗事故处理条例》，以期通过行政法规来解决医疗纠纷，和谐医患关系。但是，事实上由于该条例的行政本位性质，加上立法上的先天不足，《医疗事故处理条例》不能起到预期的作用，并且在司法实践中日益边缘化。有鉴于此，本书的意图是围绕医疗行为（或者说医学）的本质属性，从比较法学、法哲学、法社会学及医学伦理学的角度，探讨法律上规范和制约医疗行为的特殊性和社会现实意义。同时，运用文献分析比较和案例实证分析的研究方法对医疗行为当事双方的权利义务关系、医疗行为过失、医疗损害、医疗损害的责任分配、医疗损害赔偿及医疗行为免责等方面进行全面

---

<sup>①</sup> [意]卡斯蒂廖尼著，程之范译：《医学史》上册，广西师范大学出版社2003年版，第8页。

和系统的研究，为在《医疗事故处理条例》的基础上构建一个新的医疗行为责任法提出立法建议。该法旨在规范医疗行为，减少医疗差错，制约医师的医学治疗权力，保护病人的权益，使医学在市场经济的背景下能在病人的利益和医疗行为人的利益之间找到一个新的平衡点，医生与病人不再为了金钱而相互仇视，而是病人在医生的真诚关怀下战胜病魔、回复健康生活，得到康复的病人衷心地感激医生，医生从病人的真情中体会到成功的快乐和喜悦，从而恢复医学的本来面目——充满人文关怀、科学而艺术化的高尚的仁术。

相信这是我们大家的心声和殷切的盼望，而本书的全部意义和价值就在于此。当然，以本人绵薄之力，要想完美地胜任此任务也是非分之想，权当抛砖引玉罢了！

作者

## 目 录

|                               |      |
|-------------------------------|------|
| 第一章 医疗行为概述 .....              | (1)  |
| 第一节 医疗行为的概念 .....             | (1)  |
| 一、“医疗行为”和“医疗活动”的比较 .....      | (2)  |
| 二、医疗行为的概念 .....               | (2)  |
| 第二节 医疗行为的本质特征及其与法律规制的关系 ..... | (8)  |
| 一、医疗行为的社会性与自然性 .....          | (8)  |
| 二、医疗行为的利益性与正义性 .....          | (9)  |
| 三、医疗行为的意志性与规律性 .....          | (13) |
| 第三节 医疗行为的形式特征及其与法律规制的关系 ..... | (14) |
| 一、医疗行为的社会外部特征 .....           | (14) |
| 二、医疗行为的职业伦理特征 .....           | (16) |
| 三、医疗行为的技术特征 .....             | (18) |
| 第四节 医疗行为的分类及具体界定 .....        | (25) |
| 一、医疗行为的分类 .....               | (25) |
| 二、医政实务上具体医疗行为界定 .....         | (28) |
| 第二章 医疗行为当事人双方的权利义务关系 .....    | (32) |
| 第一节 病人权利及病人权利运动 .....         | (32) |

|                                 |      |
|---------------------------------|------|
| 一、病人权利 .....                    | (33) |
| 二、病人权利运动 .....                  | (36) |
| 三、我国病人权利在医疗服务中的现状 .....         | (38) |
| 第二节 医师的权利与权力 .....              | (41) |
| 一、权力及医师权力 .....                 | (41) |
| 二、医师权力的来源及异化 .....              | (44) |
| 第三节 用病人权利制约医师权力 .....           | (45) |
| 一、病人权利制约医师权力的逻辑起点 .....         | (46) |
| 二、病人权利制约医师权力的条件 .....           | (46) |
| 第四节 医疗行为当事人双方权利义务设置的相关讨论 .....  | (50) |
| 一、医疗行为当事人双方权利义务设置依据 .....       | (50) |
| 二、医疗行为当事人双方权利义务设置的具体探讨 .....    | (54) |
| 第三章 医疗行为损害赔偿责任的构成要件 .....       | (65) |
| 第一节 医疗行为损害赔偿责任构成要件的相关问题 .....   | (65) |
| 一、医疗行为损害赔偿的责任性质 .....           | (66) |
| 二、医疗行为损害赔偿责任构成要件的相关理论 .....     | (68) |
| 第二节 医疗损害的概念与分类 .....            | (70) |
| 一、比较侵权法上医疗损害与医疗事故的相关考察 .....    | (71) |
| 二、医疗损害的分类 .....                 | (76) |
| 三、医疗侵权中设立精神损害赔偿请求权的依据和必要性 ..... | (80) |

---

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| 第三节 医疗行为过失的认定 .....            | (85)  |
| 一、医疗行为过失概说 .....               | (85)  |
| 二、医疗行为人违反注意义务的过失 .....         | (91)  |
| 三、医疗行为人违反说明义务的过失 .....         | (95)  |
| 第四节 医疗行为过失与医疗行为损害之间的因果关系 ..... | (100) |
| 一、因果关系的相关理论问题 .....            | (101) |
| 二、现代侵权法中的因果关系理论的概说 .....       | (104) |
| 三、我国关于因果关系认定理论的认识与实践 .....     | (112) |
| 四、本书对因果关系认定的看法 .....           | (113) |
| 五、医疗损害赔偿赔偿责任中因果关系的认定 .....     | (116) |
| 第四章 医疗行为损害的鉴定 .....            | (124) |
| 第一节 鉴定概说 .....                 | (124) |
| 一、鉴定的法学意义 .....                | (125) |
| 二、鉴定的类型 .....                  | (126) |
| 第二节 我国医疗事故技术鉴定及相关问题分析 .....    | (131) |
| 一、医疗事故技术鉴定组织及其法律地位 .....       | (131) |
| 二、医疗事故鉴定的启动 .....              | (137) |
| 三、医疗事故鉴定程序 .....               | (138) |
| 四、鉴定报告书及鉴定结论异议 .....           | (139) |
| 五、医疗事故鉴定费的承担 .....             | (140) |
| 第三节 我国医疗事故鉴定制度的完善 .....        | (140) |
| 一、医疗事故技术鉴定制度不足的具体表现 .....      | (141) |
| 二、医疗损害鉴定制度需要完善的几个方面 .....      | (143) |

|                                                                     |       |
|---------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>第五章 医疗行为损害赔偿责任的归责及分配</b> .....                                   | (146) |
| <b>第一节 侵权行为法上的归责理论</b> .....                                        | (146) |
| 一、归责的概念 .....                                                       | (146) |
| 二、归责原则及其相关讨论 .....                                                  | (148) |
| 三、我国学术界关于归责原则的构成体系的争论<br>.....                                      | (149) |
| 四、比较法学上的侵权法归责原则体系 .....                                             | (152) |
| 五、本书对我国侵权法归责原则体系构成的观点<br>.....                                      | (160) |
| <b>第二节 医疗损害赔偿 responsibility 分配中适用过错推定规则的<br/>        合理性</b> ..... | (165) |
| 一、医疗损害赔偿 responsibility 分配在比较法学上的考察<br>.....                        | (165) |
| 二、我国医疗损害赔偿 responsibility 分配中适用过错推定<br>规则的合理性 .....                 | (176) |
| <b>第三节 医疗行为损害责任的分配</b> .....                                        | (185) |
| 一、侵权责任形态理论概说 .....                                                  | (185) |
| 二、侵权责任形态理论在医疗损害赔偿 responsibility 中的<br>具体运用 .....                   | (206) |
| <b>第四节 医疗行为的免责</b> .....                                            | (215) |
| 一、豁免或免责概说 .....                                                     | (216) |
| 二、医疗行为免责条款的具体分析 .....                                               | (225) |
| 三、关于医疗服务接受人的同意能否成为免责<br>事由的讨论 .....                                 | (230) |
| 四、特定医疗行为损害 responsibility 免责事由的法律限定<br>.....                        | (238) |

|                                           |       |
|-------------------------------------------|-------|
| <b>第六章 医疗损害的赔偿</b> .....                  | (242) |
| <b>第一节 医疗损害赔偿的概念及原则</b> .....             | (242) |
| 一、医疗损害赔偿的概念 .....                         | (242) |
| 二、医疗行为侵权损害赔偿与违约损害赔偿的区别 .....              | (244) |
| 三、医疗损害赔偿的原则 .....                         | (245) |
| <b>第二节 医疗损害赔偿的权利主体及具体赔偿的相关问题</b> .....    | (252) |
| 一、医疗损害赔偿的权利主体 .....                       | (252) |
| 二、医疗损害赔偿中损益相抵规则的适用性 .....                 | (256) |
| 三、医疗损害赔偿中过失相抵规则的适用性 .....                 | (261) |
| 四、医疗损害赔偿中患者原有疾病状况的相关问题 .....              | (263) |
| <b>第三节 《医疗事故处理条例》中有关医疗损害赔偿事项的探讨</b> ..... | (266) |
| 一、医疗损害赔偿范围规定不全面 .....                     | (267) |
| 二、赔偿额的计算标准实行单一的限额原则缺乏应有的弹性 .....          | (267) |
| 三、医疗损害后续治疗费按基本医疗费支付的不合理性 .....            | (268) |
| 四、医疗损害赔偿金支付方式的不合理性 .....                  | (269) |
| <b>第四节 我国医疗损害赔偿付赔机制的完善</b> .....          | (270) |
| 一、我国医疗损害赔偿付赔现状 .....                      | (270) |
| 二、国外医疗责任保险及付赔概况 .....                     | (273) |
| 三、关于我国医疗损害赔偿付赔机制进一步完善构想 .....             | (274) |

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 第七章 关于医疗行为责任立法的建议 .....       | (283) |
| 第一节 《条例》的特点与存在的问题 .....       | (283) |
| 一、《条例》的特点 .....               | (284) |
| 二、《条例》作为特别法的不足 .....          | (285) |
| 第二节 医疗行为责任特别立法的必要性 .....      | (289) |
| 一、医疗行为涉及人的生命健康权 .....         | (289) |
| 二、医疗服务是一种特殊的商品 .....          | (290) |
| 三、现行法律缺乏全面调整医患关系的特别法<br>..... | (292) |
| 第三节 关于医疗行为责任立法的建议 .....       | (293) |
| 一、医疗行为责任法的性质与价值取向 .....       | (293) |
| 二、医疗行为责任法的内容 .....            | (297) |
| 参考文献 .....                    | (305) |
| 结束语 .....                     | (310) |
| 致谢词 .....                     | (313) |