

医疗的 法律问诊

徐爱国 著



创于1897

商務印書館

The Commercial Press

医疗的法律问诊

徐爱国 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

2018年·北京

图书在版编目(CIP)数据

医疗的法律问诊/徐爱国著. —北京:商务印书馆, 2018
ISBN 978-7-100-15883-1

I. ①医… II. ①徐… III. ①卫生法—研究—
中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 036297 号

权利保留,侵权必究。

医疗的法律问诊

徐爱国 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京通州皇家印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-15883-1

2018 年 5 月第 1 版

开本 880×1230 1/32

2018 年 5 月北京第 1 次印刷

印张 13½

定价:58.00 元

徐爱国，生于1965年，北京大学法学院教授，法学博士。中国法律史学会常务理事、西方法律思想史专业委员会副会长兼秘书长、北京市法理学会副会长、北京市比较法学会副会长。主要研究领域：西方法律思想史、英美侵权法、外国税法。出版《法学的圣殿：西方法律思想与法学流派》等多部专著和译著，并发表论文多篇。

序 言

本书的立意和写作,充满了一系列的机缘巧合。

2016年夏天,偶然的因素加入了北京惠兰医院王泓院长的一个医疗微信群。当时,中国发生了几起颇为激烈的医患关系事件,演化到了暴力相向的程度。医疗改革已经超越医疗界成为社会的热点话题。政府主导派和市场竞争派针锋相对、辩论激烈,微信群里也少不了不同观点之间的辩论和争吵。某天下午三时许,群里又一轮争吵,提到了医疗改革中的法治问题。我不经意地说了一些自己的观点,被人@要求从法律的角度谈谈医改。

对于中国的医疗卫生行业,当时我是比较陌生的,但是,对于国家的起源和结构、政府管理的角色和功能、市场竞争与政府干预的模式,我还是知道的。毕竟,几十年的法学研究,我还能说上一些道理。于是在群里,我无知无畏大放厥词,论及医疗事业改革的路径选择、政府主导和市场主导各自的优劣、医疗卫生事业的法律属性,最后还拿出了亚里士多德的政体理论:政治体制无所谓好坏,每一种政体既有优势的一面,也有不足的一面。一个特定的政体,评判好坏的标准,是看这个制度

是否合乎一个民族的特性,是否与民族本性相适应。话说完了,群里一片寂静。我觉得效果很好,我一向认为,精彩的明星演说,听众会报以热烈的掌声;而出彩的学术演讲,会场会陷入沉默。我知道,明星的气场是鼓动和煽情,学者的气场是思考和反省。当我结束发言时,王院长电话进来,对我说:“太好了!请在群里再讲半小时。”

微信群是一个有趣的社交场所,不认识的人可以随心畅谈评论时政,想起波斯纳所说:每个人都喜欢在陌生人面前吹嘘,享受无人较真的自大心和虚荣心。在一个跨界的微信群里,未曾谋面的群友可以成为朋友,也可以成为论敌。后来,去拜访王院长。王院长说,如今的医疗界,懂法的少,守法的更少。她建议我在群里给大家系统地讲法律,她帮我建群,我主讲课程。我觉得很有趣,这为何不可以尝试呢?平时在大学,100多个学生听讲,授课者都有当领袖的感觉。设想在500人的微信群里发表演说,会是什么样的感觉?我答应了王院长。两天的工夫,两个500人的“法律与医疗群”建立了起来,我做了群主。

从2016年8月下旬到12月中旬,生活充满了劳累与刺激。多的时候,一周讲三次,少的时候,一周讲两次。除了吃喝拉撒睡,全部的精力都投到查阅资料、翻译整理、定时上课中。有些材料是原有的知识积累,比如英美侵权法中的医疗过失、外国税法中的财政税收和社会保障;有些文献则是全新的探索,比如西方医疗法律的期刊论文、美国医疗法律的司法案例。

一口气,在群里开了 32 讲。这就是本书上篇的主体部分,成书的时候取名“医疗法学原理”。

2017 年再战。考虑到群里的成员多为实际工作部门的医疗与卫生从业者,他们对于中国医疗法律实践知识的需求,多于外国实践和法律理论的需求。2017 年的主题,于是确定为“医疗司法案例选读”,总计 37 则。这就是本书下篇的主要内容。

2016 年参加中国法律史学会的年会,在天津站等候回北京的高铁时,与商务印书馆的王兰萍编审聊天。她问我最近忙啥,我说在微信群里给大家讲“医学与法律”。她觉得很有趣,说主题时尚、热点应景,建议我完成书稿后给她看看,看是否能在她那里成书出版。回北京后,我给她寄去了选题报告,不久她寄来了出版合同。

书稿既成,有两点尚需说明。其一,健康、卫生和医疗侧重点不一样,健康是全民的事业、卫生是政府的职责、医疗是医患的交流。本书围绕医疗展开。涉医的行业,有医疗、医药和医保之分,本书只围绕医疗展开。其二,法律与法学无所不包,“医疗法律关系”错综复杂。卫生系统下的医学院以“卫生法学”为主导,传统法学院里则无对应的法学科目,涉医法律的内容散见于各部门法:健康权和患者的权利涉及宪法、医患关系涉及合同法和侵权责任法、医疗管理涉及医疗行政法、医疗保险涉及社会保障法和保险法、医疗犯罪涉及刑法,不一而足。

一本小册子无法全面涉足,只能以医患关系为中心,适当顾及其余。如果本书能够唤起传统法学对于医疗法律的意识,开辟法学院里的“医事法”研究,那么我会心满意足。

本书的出版,首先要感谢北京惠兰医院的王泓院长,没有她的立意和推动,我不可能会想到去研讨“医疗与法律”。每当遇到医疗专门性的知识,都会与她交流探讨,得到她专业的解惑;每当完成一篇,她都帮我编辑美图,定期在群里发布。我曾建议王院长与我联合署名,但被她婉言谢绝。其次要感谢北京大学图书馆的数据库。国外的文献主要参考 lexis-nexis 电子数据库,案例原始材料主要来自北大法宝电子数据库。最后要感谢商务印书馆。本书书名的最后敲定,也是与责任编辑反复切磋后的结果。

徐爱国

2017 年 12 月 24 日

目 录

上篇 医疗法学原理

1 引言	003
2 医疗事:私人经营,还是国家经营?	008
3 医疗事:私人经营,还是国家经营?(续)	014
4 医师—患者关系中的财产因素与人身因素	019
5 医学和法学是科学吗?	024
6 医疗法律的伦理性	029
7 医疗法律伦理与商业精神的冲突	035
8 医疗法律的最低限度道德:医疗刑事犯罪	040
9 面对死亡的医术与法律	044
10 面对生命的医术与法律	049
11 医患关系(一)——身心健康权利(过失精神损害)	055
12 医患关系(二)——情感健全的权利(陪伴损失)	063
13 医患关系(三)——告知义务	070
14 医患关系(四)——病人的同意	076
15 医患关系(五)——一般模式	082
16 医疗纠纷中的标准(一)——专家证人的资格	089

17	医疗纠纷中的标准(二)——医生的注意标准	096
18	医疗纠纷中的标准(三)——证明标准	103
19	医疗纠纷中的标准(四)——生存概率与医疗过失	109
20	医疗纠纷中的标准(五)——转院标准与地区标准	115
21	医疗产品与医疗服务(一)——一般原理	121
22	医疗产品与医疗服务(二)——处方药品和医疗设备的 产品责任	128
23	医疗产品与医疗服务(三)——未尽到警示义务的责任	136
24	医疗产品与医疗服务(四)——医疗服务与准医疗服务	142
25	器官移植的立法与司法	150
26	医疗人体试验的法律责任	158
27	医院与医生的法律关系	166
28	医生的宪法权利——反法律歧视	173
29	助产士是医疗职业人员吗?	179
30	无医疗保险病人的权利	191
31	老兵残疾补助的权利	199
32	病人的宪法权利	204

下篇 医疗司法案例选读

1	人工辅助生育之医疗服务合同纠纷案	215
---	------------------	-----

2	医院不合理用药的法律责任	220
3	医院状告病人索要医药费	224
4	医院的告知与病人的知情权	227
5	医院申请强制驱逐患者案	232
6	医疗告知义务	236
7	先天残疾与不当出生	241
8	不当生命与不当出生	246
9	患者同意与自冒风险	253
10	告知义务与知情选择权	259
11	医疗过失损害赔偿	263
12	精神病人强制医疗案	270
13	体检医院的告知义务	277
14	医疗损害纠纷的抗诉案	283
15	医疗事故损害赔偿抗诉案	289
16	产后肾衰的赔偿及计算	295
17	死亡赔偿金之姐弟继承	301
18	农村与城镇医疗保险待遇	307
19	医疗人身保险中的损失补偿原则	310
20	离职人员退休后的医疗保险费	315
21	民事损害赔偿与工伤医疗赔偿的双赔制	322
22	食品药品监督管理局信息公开案	328
23	邮购药品赔偿纠纷案	334

24	保险基金诈骗罪案	340
25	新农合医保补助金贪污诈骗案	345
26	处置医疗废物的污染环境案二则	350
27	医疗器械行政诉讼案	355
28	医疗器械缺陷致人损害案	361
29	药品的生产和经营许可证制度	368
30	非法渠道采购药品案	374
31	生产销售假药案	379
32	生产和销售药品的非法经营罪	385
33	血液采集中的法律责任	392
34	血液输入的损害赔偿	399
35	组织他人出卖人体器官罪	405
36	出卖人体器官的刑事责任与民事责任	411
37	非法行医罪	417

上篇 医疗法学原理

1 引言

在我们的日常生活中，医疗法律事件天天在发生，但法律与医学之间的桥梁并没有搭建起来。医生不懂得法律，法律人士不懂得医学。这是学科之间的隔阂。法律与医学相似性高，医师与律师都是专业人士，都经过专业的培训，都要拿国家的资格证和执业证。往深处说，专业以科学技术为基础，但是，律师和医师不是直接通过科学和技术从业，提供服务而不是出卖劳动，基于科学技术作出主观的判断，给出行为的指南。从浅处说，两种人的工作场所，都是让人伤心事多，开心少。医院里病人都是哭哭啼啼的，法院里当事人都是伤心欲绝的。因此，在法律里寻找浪漫的爱情故事也不容易。

我们讨论一个案件^①，延伸出法律与医疗的问题吧。话说

^① Tarasoff v. Regents of University of California, Supreme Court of California, 1976. 17Cal. 3d 425, 131 Cal Rptr. 14, 551 P2d 334.

一男大学生爱上同学的妹妹，该女孩也是同一大学的学生。男孩喜欢女孩，女孩不喜欢男孩，结果就是悲剧，男孩子抑郁了。男孩子去医院看精神大夫，对大夫说想杀了那女孩子。大夫见事态严重，写了两份报告。一份给了医院院长；一份给了警察局。院长觉得医生多事，把报告扔进了碎纸机；警察则把男孩带进了警察局。

男孩在警察局里表现正常，第二天警察放了男孩。男孩出来后继续找那女孩，没找到。女孩搬了家，而且去巴西休假了。男孩没有停止寻找，当女孩回国后，男孩子找到女孩新的居所，女孩仍然不乐意交往，男孩最后杀了那女孩。

女孩死后，她妈妈状告警察局和医院，要他们赔偿她女儿死亡带来的损失。告警察局的理由是：他们没有采取足够的措施，制止男孩的行为。警察说，警察只有 24 小时的强制限制自由的时间，当那男孩没有异常时，警察必须放人，因为涉及人权。告医院的理由是：医院知道那男孩子有杀害女孩的想法，医院为什么不采取措施，为什么不通知女孩家属有危险。医院说，医生与病人之间有保守秘密的伦理义务，不能向第三人透露病人的患病信息。

医院对男子准备杀人的企图有义务通知相关人员吗？病人隐私权的限度在哪里？这是本案要解决的问题。

在第一项告警察的诉求中，女孩妈妈撤诉了，因为警察 24 小时限制人身自由是人权的强性规定，警察放人不存在过

错，因为男孩在警察局里的 24 小时没有表现出异常暴力及倾向。因此警察局不存在着责任。

在第二项告医院的诉讼中，双方展开了激烈的争议，医院说：其一，杀死女孩的人是那男孩子，医院不是加害人，只是杀人事件的第三人，要让医院承担第三人的责任，就得认定医院存在着过失。判断过失要看四个方面的因素，其一，医院对女孩有没有安全保障的注意义务；其二，医院是否尽到了注意的义务；其三，女孩的死亡与医院不通告行为是否存在事实上的因果关系；其四，女孩的死亡与医院的不作为是否有法律上的因果关系。双方辩论最后集中到两点：第一，医院是否有义务通知女孩和她的家人？第二，医生的保密伦理义务是否可以免除医院不通告的责任？

对立的看法是：医院称，如果病人在看病的时候说要杀人，他实际上经常只是想想，不会付诸实践，每天都有很多人要喊着杀总统。

女孩妈妈称：病人说要杀总统，与说要杀她女儿，完全是两个不同性质的行为，因为杀总统实际可能太低；杀她女儿则指向特定的对象，可能性极大。第二点，医院说，保护病人隐私是职业伦理要求，受到法律的保护。病人医院的相互信任关系是医疗的核心，否则没有人会找医生看病。女孩的妈妈称，如果不是指向直接特定对象的杀人行为，医院保守秘密的行为应该得到法律的保护，但是本案件中涉及人命，