



中央高校基本科研业务费（立项号：2242016S20006）

东南医事法文库
MEDICAL LAW OF SEU

Legal Structure of Physician's Civil Liability

医师民事责任的 法律构造

张忆红·著 高翔·译

MEDICAL
LAW
OF SEU



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

医师民事责任的法律构造

Legal Structure of Physician's Civil Liability

张忆红 著

高翔 译

东南大学出版社

• 南京 •

图书在版编目(CIP)数据

医师民事责任的法律构造/张忆红著;高翔译. —
南京:东南大学出版社,2018.5

ISBN 978-7-5641-7638-9

I. ①医… II. ①张… ②高… III. ①医疗事故—民
事责任—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 022536 号

◎日文原版由日本早稻田大学出版社出版(2011),
中译本由日方授权翻译并出版。

◎中央高校基本科研业务费(立项号:2242016S20006)项目

医师民事责任的法律构造

出版发行:东南大学出版社

社 址:南京四牌楼2号 邮编:210096

出 版 人:江建中

网 址:<http://www.seupress.com>

经 销:全国各地新华书店

印 刷:南京玉河印刷厂

开 本:787 mm×1092 mm 1/16

印 张:17.25

字 数:431千字

版 次:2018年5月第1版

印 次:2018年5月第1次印刷

书 号:ISBN 978-7-5641-7638-9

定 价:58.00元

序 一

本书著者是已故东南大学张忆红教授于2008年向早稻田大学大学院法学研究科提交的博士学位论文,张教授通过该论文于2009年3月获得了早稻田大学的法学博士学位。我作为张教授在早稻田大学的指导教授,对于将本书作为东南大学医事法文库中的一册进行出版的东南大学法学院的各位,特别是担任本书翻译的高翔副教授,致以真挚的谢意。深表感谢!

张教授在中国先后经过赣州地区卫生学校、西北大学的学习之后,于1995年进入日本神奈川大学法学部,1999年毕业的同时,升学进入早稻田大学大学院法学研究科硕士课程。在硕士课程阶段,以民法特别是不法行为法(侵权法)的研究为志向,最初求学于不法行为(公害)法的大家牛山積教授门下,由于牛山教授的荣休,从博士课程阶段转入了以医事法为主要研究领域的本人的研究室。

立足于曾经在中国作为公共卫生医士工作积累的经验,张教授将研究主题集中于中日医疗过错损害赔偿理论的比较检讨,自始至终地投入到医事法相关领域的研究之中。其间,张教授通过撰写关于中国医疗制度的论文,为我国(日本)带来了许多新的见解,尤其是对于中国的医疗事故处理条例,首次将其翻译成日语,并对其全貌在日本进行了介绍。在此意义上,可以说对于我国的医事法研究以及中国法研究作出了重大贡献,其本人也在日本医事法学会上宣读了宝贵的研究报告。

此次得以出版的论文,是综合了著者以上研究成果的心血之作,在日本作为梳理总结中国医事法的研究,其重要程度自不待言。另一方面,作为介绍日本医疗过错民事责任理论状况的研究,相信于中国而言也同样具有重要意义。

张忆红教授,可谓是中日之间医事法研究的桥梁,于东南大学这一适于研究之所觅得教职,本应期待能够结出更多的硕果。然世事无常,虽然受到病魔困扰,但如此英年早逝,无论对于东南大学与早稻田大学双方,甚至于中国和日本医事法学界双方而言,均是巨大的遗憾。然而,若能以此次论文出版为契机,推动中日双方的医事法研究,甚至是法学研究交流的进一步发展,则无疑最能接近张教授心中所愿。

最后,请允许我向给予此次宝贵机会的东南大学法学院的各位,再一次致以衷心谢意并祝愿东南大学法学院今后更进一步的发展!

早稻田大学法学学术院
教授 岩志和一郎

序 二

本书是在 2009 年 3 月早稻田大学大学院法学研究科授予的博士(法学)学位论文的基础上进行了若干补充的成果。

论文执笔的动机,出于以下考虑。

在社会急速变化中不断建立各种法律制度的中国,从上世纪 80 年代后期开始,在各种领域相继颁布了新的法律法规,各领域中法学理论的辩论也活跃起来。医疗领域也不例外,随着新的法律、条例等制定的同时,外国的法学理论也不断得到介绍,并被移植到中国。

例如,1987 年颁布的《医疗事故处理办法》、1994 年的《医疗机构管理条例》、1998 年《执业医师法》的制定,代替了 2002 年被废止的《医疗事故处理办法》和《医疗事故处理条例》,以及 2010 年 7 月开始施行的《侵权责任法》等都是作为立法及研究成果的体现。

除此之外,在中国国内,特别是近期随着医疗纠纷的不断增长,学界对于相关问题在法律层面的讨论也变得愈加活跃,其中注意义务、医疗水准、相当因果关系理论等日本法理论得到介绍,并不断被运用到实践之中。

而在日本,受到中国立法、修法等动向的影响,同样在多个领域进行着中国法的研究。但在日本的中国法研究整体状况之中,关于中国医疗的法律制度,仍旧停留在对某一个别问题或某一部分研究的阶段。有鉴于此,笔者认为,把握中国关于医疗行为法律制度的整体图景,探讨法律制度中内含的问题——特别是解析医疗行为中医师民事责任的法律构造,即便从与日本法的相关性层面来看,作为中国法研究应当纳入的重要课题,仍有研究的必要和空间,这也是最终使笔者做出执笔决定的原因。

本论文执笔的基本思路如下:首先在俯瞰作为前提的关于医师医疗行为的中国法律制度的整体图景之上,对于医疗行为产生的医疗纠纷的实际、医疗纠纷的处理机制、医疗行为中医师的民事责任,全面把握各种学说、判例及相关法规;其次从契约法及侵权法两个视角,通过与日本同样的法律及法理论的比较、分析,阐明中国医师民事责任的法律构造。

根据日本外务省的海外在留日本人数调查统计(2010年10月1日),滞留中国的日本人总数达12.7282万人,其中长期滞留者数为12.5716万人,部分地区具有增长倾向。对于这些在中国工作、学习、生活接近13万的日本友人,如果在中国遇到医疗纠纷时,希望本书能够成为纠纷解决的助手。此外,心中期待着能对祖国的医疗相关立法能够贡献微薄之力,则甚幸。

张忆红

目 录

第一编 中国医疗制度的变迁与现状.....	1
绪论 古代中国的医疗制度的变迁.....	1
第一章 医师、助理医师及乡村医生	4
第一节 医师的定义.....	4
第二节 中国的医疗行为的特色.....	7
第三节 在中国医师资格的取得与丧失.....	9
第四节 医师的业务	15
第五节 小结	22
第二章 医疗法人的特征	24
第一节 医疗机构的分类	24
第二节 医疗机构与行政的关系	26
第三节 医疗机构的设置	32
第四节 医疗机构的权利与义务	35
第五节 小结	42
第三章 中国医疗纠纷处理机制的变迁	46
第一节 审判主导期(1950 年至 1959 年)	46
第二节 行政主导期(1960 年至 1987 年)	49
第三节 行政过渡期(1988 年至 2002 年)	50
第四节 审判主导期的恢复(2002 年~)	58
第五节 中国的鉴定制度	65
第六节 小结	69
第二编 医师医疗过失的民事责任	71
引言 中国的民法制定与变迁	71
第一章 医师与患者的法律关系	74
第一节 历史背景	75

第二节 私法与公法的论争	77
第三节 医师与患者的关系的法律性质	79
第四节 小结	83
第二章 中国的医疗合同的法理	84
第一节 医疗合同的法律性质	84
第二节 医疗合同当事人的问题	88
第三节 医疗合同的形态与内容	91
第四节 医疗合同的成立与终止	95
第五节 违约的事例	98
第六节 小结	101
第三章 中国医疗过失民事责任的侵权构成	102
第一节 侵权行为	102
第二节 一般侵权行为的成立要件	105
第三节 医疗过失赔偿责任的成立要件	128
第四节 小结	136
第四章 医疗过失的判断标准	137
第一节 注意义务违反	137
第二节 应当考虑的要素	163
第三节 小结	177
终编	181
一、医疗法律构成的特征	181
二、存在的问题	183
三、本书的结论	192
四、立法建议	194
附表	196
参考文献	205
参考资料	215
日中对照医学用语索引表	256
后记	263
译后记	265

第一编 中国医疗制度的变迁与现状

绪论 古代中国的医疗制度的变迁

从《黄帝内经》^①到《本草纲目》^②,作为中医学的研究成果公刊的众多医学书籍,对当时周边地区,或周边的国家有着巨大的影响。这些成果,至今仍旧在医学界得到广泛运用。在中医大为盛行的中国,如果对纵横两千年以上支撑人们健康的中医,以及与其相关联的医疗制度避而不谈,是无法描述现在中国的医疗制度的。因此,作为理解现在中国的医疗制度的前提知识,以下部分首先对古代中国医师的原型、由此发展而来的医疗制度,以及医师的培养等内容,进行一个简要概观。

对于古代中国医师的原型,一般认为“医源于巫”^③,中医也源于巫。比如古代的“医”字就从巫:“𠄎”,后来才从酒:“醫”^④。例如,“《山海经·海内西经卷十一》上记载,‘开明东有巫彭、巫抵、巫阳、巫履、巫凡、巫相,夹窆之尸,皆操不死之药以距之’”。《世本》(战国时代赵国的史书)也记载:“巫彭作医”。于是就认为,古代巫也就是医,医也就是巫,巫是医的源泉。之后,伴随着在一般大众之中,将草药封入酒壶里,利用酿制而成的药酒的治疗方法的流行,医与巫开始分离,“𠄎”字才逐渐演变为“醫”。上古时期或许也有过具有经验的医师,但将其作为职业开始行医,恐怕还是从巫师开始。通晓医术的巫师称为巫医,在夏、商时代巫医曾经非常活跃。一般认为,

① 中国最为古老的医学书籍。古代分为黄帝外经与内经两书,原本已经失传,作为现存的《黄帝内经》,唐代杨上善注解的《黄帝内经太素》30卷(其中25卷的平安末期手稿作为国宝藏于京都仁和寺)是最为接近原本的,此外隋朝《素问》和《灵》两部文本经宋朝学者的校订,作为“新校正素问”流传于世,另有《黄帝内经明堂》13卷(杨上善注)。以上内容参照[日]《广辞苑》。

② 中国代表性的本草书籍。明朝李时珍的著作,由52卷构成。1578年完成,1596年公刊。日本也有刊行,校勘本也较多。参照[日]《广辞苑》。

③ 在中国,进行侍奉神的神乐、祈祷等活动,询问神的旨意传达神谕之人称为巫。男巫称巫师,女巫称巫婆。

④ 李申:《〈周易〉与中医》,http://tao56.51.net/ac/ac087.htm.

即使是巫医,也并非由国家选出的担任,需要考虑声望、民意才能获得其身份。

随着对人们的身体、草药的知识增加,弥漫在医术周围神秘的雾气也逐渐消散,医术作为一门学问开始被认识。在周的时代,特别是周朝末期,医术从巫术中分离了出来。

因一般人也能自由地参与医疗活动,在西周时代,为了提高医术,设立了评价医者行医的标准,“十全为上,十失一次之,十失二次之,十失三次之,十失四为下”(周礼·天官冢宰下)。每到年末,根据该标准评价医师的业绩,确定医师的级别与俸禄。也就是说,完全治愈病人的医师为最上等,也能享受最好的待遇,过失率越高则相应的待遇就越低。

到了唐代,该制度得以继承,并进一步被完善。在唐代,为了选拔官医,举行由太医署举办的“月试”“季试”“总试”,在总试合格的官医中,成绩最上位的成为御医,成绩次之的获得医学博士的官位,主要在各州府从事医疗实践,以及医学教育、医疗行政管理等工作。该选拔制度随着时代的变化多少存在一些差异,但基本框架到清末一直延续下来。

以上的考试,并非从事医疗实践的资格考试,只是以选拔优秀医师为目的的考试。如果通过此种考试,可以获得官位,因此也可以说是一种科举制度。参加该考试的人都以太医院为最终目标,太医院的主要职责包括①皇帝、大臣、外国使者以及其家属患病时的诊察、治疗,②医师晋升的考试,③医学生的医学教育,④药物的购入等内容。此外,太医院除了向皇族、大臣、外国使者等提供医疗之外,还开设了公家的医疗教育机关。

在中国自古以来,以师承或是私塾的形式学习医学。公元433年(刘宋元嘉二十年)太医令秦承祖向皇帝上奏,开设了首座公办医学教育机构。公元624年,设立太医署^①,当时世界最大的医学教育设施得以完备。这一医学教育制度一直持续至清末,其考试资格因时代不同而有所差异。例如,在唐和元的时代,只要成绩优异谁都可以进入。而宋代,则需要太医的推荐,明代仅限于医师的后代,清代仅限官医的后代。

然而,即使能够进入太医署(宋代称为太医局,明清称为太医院),但绝非意味着前路平坦,为了成为官医将会接受严格的训练。如前所述,在唐代分为“月试”“季试”“总试”三个阶段,即使花费9年时间学习但如果未通过“总试”的人仍然会让其退学。明代分为“季试”与“总考”两个阶段。“总考”合格,取得一等成绩者成为医士,取得二等成绩者成为医生。经过三次“总考”仍未合格者,将被贬为庶民,其推荐之人也将受

① 对于此种政府机构,唐代称为太医署,宋代为太医局,明代与清代成为太医院。

到处分。^①

即使成为官医也绝不轻松。如果犯错,将被处以严格的刑罚。

例如,根据唐律,“诸合和御药^②,误不如本方^③,及封题误者,医绞”(《唐律》第九卷,职制律十二)。(諸テ御藥ヲ合和スルニ、誤リテ本方ノ如クセズ、及ビ封題誤ラバ、医ハ絞。)^④“诸医为人合药及题疏,针刺,误不如本方,杀人者,徒二年半。其故不如本方,杀伤人者,以故杀伤论”(《唐律》第十卷,杂律七)。(諸テ医、人ノ為ニ藥ヲ合シ、及ビ題疏・針刺スルニ、誤リテ本方ノ如クセズ、人ヲ殺シタル者ハ、徒二年半。其レ故ラニ本方ノ如クセズ、人ヲ殺傷シタル者ハ、故殺傷ヲ以テ論ズ。)^⑤可以说,就好似拿身家性命担保从事医业一样。医者为了保住自己的性命,渐渐形成了保身的医疗体制。

与此相对,受到唐代文化强烈影响的日本,对上述条文进行移植时,在量刑上进行了较大的缓和。例如,前述条文即便被移植,成为日本律令时,也进行了如下缓和。即,“凡合和御药,误不如本方,及封题误者,医徒三年”(日本律令职制律第三)。“凡医为人合药及题疏,针刺,误不如本方,杀人者,徒一年”(日本律令杂七)。^⑥

在中国,到了明代针对医者的失误的量刑也得到了缓和。例如,对于唐律的“诸合和御药,误不如本方,及封题误者,医绞”,明律并非“医绞”,而改为“杖一百”。此外,“如庸医为人用药、针刺,误不依本方因而致死,责令别医辩验药饵穴道,如无故意害之情者,以过失杀人论处,不许行医。若故意违反本方而致死及因事故意用药杀人者,斩”。

通过对医者失误在量刑上的缓和,至明代末年,医疗得到极大发展,名医辈出,刊行了大量与医疗有关的书籍。例如世界闻名的李时珍的《本草纲目》,就是这一时期(1596年)公刊的书籍之一。然而,中医并未像西洋医学那样与近代科学进行结合,实现其近代化。

在《本草纲目》刊行300年之后,针对医师的过失,一直以来采取宽容政策的日本,进行了明治维新,积极地接受西洋医学,于1874年制定了“医制”,并由此将近代医疗制度引入了日本。

① 陆肇基:《古代医事制度》, <http://www.chinabaike.com/article/1/78/423/2007/20070516112211.html>.

② “御”是指皇帝的用语,“御药”是指皇帝服用的药物。

③ 医师在实施医疗时,根据症状开具一定的处方,称为本方、本法。

④ 林纪昭、川村康ほか:《译注日本律令八唐律疏议译注篇四》,第130页。

⑤ 林纪昭、川村康ほか,前掲書,第106页。

⑥ 窪添慶文ほか:《译注日本律令六唐律疏议译注篇二》,第65页、66页。

另一方面,在中国于唐代完成的、对犯错的医师课以严厉刑罚的古代医疗制度,到了明代,在部分的量刑上虽进行了缓和,但其保守的医疗体制并未得到大的改变,并一直持续到 1912 年中华民国的成立。而这也被认为是中国医疗制度的近代化较其他国家迟缓的原因之一。

该传统的医疗制度因中华民国的成立被打上了休止符,但其医疗文化的影响至今仍在中国社会中留下了浓墨重彩。

第一章 医师、助理医师及乡村医生

形成于唐的时代,并持续至清末的中国古代医疗制度,因中华民国的成立被打上了休止符,并引入了近代治疗制度。然而,由于战乱的原因,此时的医疗也只是有形无实。

以民国时代引入的近代医疗制度为范本,1951 年相当于现在国务院的当时的政务院曾经颁布了《医师暂行条例》《中医师暂行条例》《齿医师暂行条例》,但在此后被停止使用。此外,当时暂时实施的医师资格考试制度也于 1956 年被废止,直到 1999 年都将医学部的毕业证书作为医师资格的代替品。也就是说,在中国虽然于 20 世纪初期引入了近代医疗制度,但对于医师资格,在很长一段时期,并无近代的资格制度,而是继承了传统的选拔制度。

这一传统的医师选拔制度,正如绪论中所述,首先从以医师为目标者中选出优秀的人才,并使其通过多种形式、在不同场合(并不一定是大学)学习医学,毕业或出师^①时成为医生的制度。

在本章中,以这一传统的医疗文化为背景的中国,对于究竟将什么样的人作为医师进行承认,基于何种标准取得医师资格,以及取得医师资格者具有何种法的权利,应当承担何种义务等问题,将进行解明。

第一节 医师的定义

中国现行的医师法称为《中华人民共和国执业医师法》(简称《执业医师法》),根据该《执业医师法》,现职的医师称为执业医师。该“执业”是指实施医疗行为,在本书

^① 通过师承这一形式学习中医学之人,学徒期满可以成为正式的医生。

中将其译为业务执行。在《执业医师法》成立之前,中国法上并无明确的医师的定义。在政府公布的相关医疗法规之中,医师(士)是包含护士、药剂师、技师等“医务人员”的总称。然而,根据《现代汉语词典》(第七版),医师是指“受过高等医学教育或具有同等能力、经国家卫生部门审查合格的负主要医疗责任的医务人员。医士是指:受过中等医学教育或具有同等能力、经国家卫生部门审查合格的负医疗责任的医务人员”,此处的审查一般是书面审查。大东文化大学编辑的《中国语大辞典》(1994年出版)作出如下解释:“以前是指接受了专业医学教育通过国家考试的人员”^①,但该解释有误,因为当时在中国还不存在针对医师或医士的国家考试。

1998年6月26日,通过前述《执业医师法》的公布,中国也像日本一样,关于医师的定义变为由法律进行规定。

在日本,“医师,通过掌管医疗及保健指导,为促进和提高公共卫生做出贡献,从而确保国民健康生活”(日本医师法第1条),此外“欲成为医师者,必须通过国家医师考试,并取得厚生劳动大臣的执业许可”(日本医师法第2条)。关于国家医师考试的资格,在日本原则上,修得医学的正规课程并毕业者赋予其考试资格(日本医师法第11条第1项);作为例外,通过国家医师预备考试,在通过后经过一年以上与诊疗及公共卫生有关的实际锻炼者(日本医师法第11条第2项);或毕业于外国的医学院校,或在外国取得医师资格,经厚生劳动大臣认定与前第2项所列者具有同等以上学历及技能且适当者(日本医师法第11条第3项)。也就是说,在日本,修完医学部6年的课程并毕业者,或是与其具有同等或以上的学力者,赋予其国家医师考试的考试资格,在日本,除通过内容统一的国家医师考试者之外,医师原则上并不存在。

第1款 执业医师与执业助理医师

相对于日本,在中国成为医师的途径多种多样。

首先,根据中国的《执业医师法》,医师是指,执业医师和执业助理医师^②,取得执业医师资格或执业助理医师资格,经注册在医疗、预防、保健机构中执业的专业医务人员(执业医师法第2条)。即必须要注意的是,在中国医师中也包括执业助理医师。执业医师为通过执业医师资格考试者,而执业助理医师则为通过执业助理医师考试者。这两种考试的内容以及报考的资格都有所不同。此外,能够参加执业医师资格考试者,并非全部是完成教育部(相当于日本的文部科学省)规定的正规医学课程者,

① 大東文化大学中国语大辞典编纂室編:《中国语大辞典下》,第3675頁。

② 为了在医疗现场与一般医师相区别,对于只持有执业助理医师资格者,称其为医士。

通过师承的形式学习传统医学(中医学^①与少数民族医学,例如藏医学、蒙医学等)达到一定年限者也能够直接参加执业医师资格考试^②。

第2款 乡村医生

作为与上述执业医师及执业助理医师性质不同的存在,被称为“乡村医生”者亦有之。乡村医生是指,根据《乡村医生从业管理条例》(以下简称乡村医生条例)第2条的规定,“尚未取得执业医师或者执业助理医师资格,经注册在村医疗卫生机构从事预防、保健和一般医疗服务的乡村医生。”也就是说,乡村医生意味着活跃在中国各地区基层医疗现场(广大农村)的医生。

在中国成为这样的乡村医生的途径依地区而有所差异,其人数逐年增加。根据卫生部的统计,到2001年年末为止,相对于全国有医师163.7万人、助理医师(医士)46.2万人^③,乡村医生的数字达到102.2万人^④。绝对不能无视如此数量众多的乡村医生的存在。

以提高乡村医生的职业道德与医疗业务的水平,保护乡村医生的法律权益,并保障村民能够接受初级水平的医疗服务为目的,2003年7月30日国务院第16次常务会议通过了乡村医生条例,并于同年8月5日公布、次年1月1日起施行。依据该条例,持有乡村医生证书(条例施行前由地方政府机关颁发的证书)的乡村医生中,已经取得中等(高级学校与大学之间的中间阶段的教育)以上医学专业学历者,或在村的医疗卫生机构连续工作20年以上者,或者按照省、自治区、直辖市人民政府卫生行政主管部门制定的培训规划,接受培训取得合格证书者(乡村医生条例第10条)。通过该条例的制定,申请乡村医生执业注册,取得乡村医生资格的,可以继续在此医疗卫生机构工作;而未经注册取得乡村医生执业证书的,不能执业(乡村医生条例第10条、第15条)。此外,乡村医生资格每5年必须更新(资格更新制,乡村医生条例第16条)。也就是说,通过该条例的施行,上述三个要件中只要有一个要件未具备则不得离开医疗现场。

① 中医学是指中国的传统医学,即所谓的汉方医学。与此相对,西洋医学称为西医或西医学。

② 通过师承的形式学习传统医学者,在认定其有无国家医师考试的资格时进行书面审查,但并不进行类似日本的国家医师预备考试。

③ 该数字依据卫生部统计信息中心编:《2005年中国卫生事业发展情况统计公报》中的表15“全国卫生人员数”。

④ 该数字依据臧文丽:《我国现有乡村医生过百万人》,参见人民网内容 www.people.com.cn/GB/shizheng/1027/2020820.html。

以上,对于中国的医师、助理医师以及乡村医生的定义简单进行了归纳。对于培育执业医师等的构造、参加考试的资格要件以及通过不同考试的医师、助理医师,或作为乡村医生执行业务的范围等详细内容,将在下节详述。

第二节 中国的医疗行为的特色

第1款 医疗行为的范围

在中国,医师、助理医师以及乡村医生的业务执行都是通过法律明确规定的。

作为医师在医疗现场工作,必须取得医师执业证书或助理医师执业证书这两种医师或助理医师的资格。取得医师执业证书的医师,能够独立执行业务,而取得助理医师执业证书的助理医师,必须遵照执业医师的指导执行业务,不能独自执行业务或开设诊所等诊疗机构。^①但是,在医疗资源不足的乡、民族乡、镇的医疗、预防、保健机构中工作的执业助理医师,可以根据医疗诊治的情况和需要,可以在卫生院或卫生室独立从事一般的执业活动(执业医师法第30条)。

对于该“一般的执业活动(医疗活动)”的范围,法律无明确的规定。但是,针对这一问题,卫生部在2005年对四川省卫生厅对于“剖腹探查手术”是否属于“一般执业活动”的询问作出的答复可以作为参考。即,“剖腹探查手术面临的情况复杂多变,不应视为‘一般执业活动’。在患者病情紧急,危及生命安全,且有剖腹探查手术指征,现场没有执业医师,会诊医师不能及时到达情况下,执业助理医师方可在乡村级医疗机构中实施剖腹探查手术”(卫政法发〔2005〕135号)。该答复中,对于助理医师的执业范围,即医疗行为的范围,突出了现场的医务人员如果认为必要可随机应变进行应对这一主旨。

助理医师从20世纪90年代开始一般不再被城市的综合医院采用。然而,在法律条文上,并不存在明确的地域限制。对此,与乡村医生的医疗相关的执业活动,在法条上仅限于村的医疗卫生机构(乡村医生条例第2条1款、第17条)。

乡村医生的执业范围,正如前节所述,基于“尚未取得执业医师资格或者执业助理医师资格,经注册在村医疗卫生机构从事预防、保健和一般医疗服务的乡村医生”(乡村医生条例第2条第1款)这一乡村医生的定义,限于在村的诊疗所等医疗卫生

^① 《卫生部关于执业助理医师能否设置个体诊所问题的批复》,中华人民共和国国家卫生和计划生育委员会, <http://www.moh.gov.cn/mohyzs/s3581/200804/18575.shtml>.

机构的“预防、保健及一般医疗服务”。然而,对于该“一般医疗服务”的内容,并无明确规定。此外,乡村医生条例第23条第1项存在如下规定:乡村医生在执业活动中享有下列权利:“进行一般医学处置,出具相应的医学证明”,对于该“一般医学处置”的内容,也存在法律上未明确的状态。从同条例明确规定的乡村医生“不得进行实验性临床医疗活动”(乡村医生条例第28条)这一内容来看,如果是“实验性临床医疗活动”之外,则可视作为能够在该乡村医师能力范围之内由其进行医疗活动。

第2款 关于医疗行为的解释

此外,医师的执业,即关于医疗行为,《执业医师法》的规定之中只有“防病治病、救死扶伤”(执业医师法第3条第1款)这一描述,在中国关于医疗行为的讨论相对较少。但是,也有学者主张应采医疗行为是“若不以医师的医学判断及技术实施则具有对人体造成危害可能性的行为”^①这一日本的通说,该学者认为整容及变性手术等也属于医疗行为^②。

在中国,不存在日本的“医疗行为”与“医行为”这一用语的区别。关于医疗行为的定义,通常分为狭义与广义进行解释。狭义的医疗行为,是指医务人员利用检查、投药、器械的使用、手术等方法,为患者进行疾病的诊断、治疗。与此相对,广义的医疗行为,是指不仅是以诊疗为目的的医疗行为,也应当包括不以治疗为目的的医疗行为、实验性的医疗行为在内的概念。^③在学说之中,有学说认为狭义的定义已经不再适合现代医疗,广义的定义更加符合现代医疗的特征。^④此外,日本的“医行为”的定义^⑤更加精细且准确,因其容易理解,也有学者主张现代医学与法学的目的一致,从而采该“医行为”的定义^⑥。

① 野田寛:《医事法》(上卷),第60页。

② 龚赛红:《医疗损害赔偿立法研究》,法律出版社,2001年,第7页。

③ 王岳主编:《医疗纠纷法律问题新解》,中国检察出版社,2004年,第2页。

④ 艾尔肯:《医疗损害赔偿研究》,中国法制出版社,2005年,第31-32页。

⑤ 野田寛:《医事法》(上卷),第59-60页。

⑥ 龚赛红,前掲书,第7页。