

医疗权利研究

Study on Health Care Right

● 李燕 著

书馆

国人民公安大学出版社

医疗权利研究

李 燕 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

医疗权利研究/李燕著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 81139 - 599 - 0

I. 医… II. 李… III. 医疗事故—民事纠纷—公民权—研究
IV. D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 105812 号

医疗权利研究

Study on Health Care Right

李 燕 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2009 年 8 月第 1 版

印 次: 2009 年 8 月第 1 次

印 张: 8.875

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 237 千字

印 数: 1~3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 599 - 0/D · 507

定 价: 22.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.poreclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zhs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

前 言

亚里士多德在《政治学》中谈到健康与医疗：“食料固然为人生所需要，健康也是人生所需要……广义地泛说一位家主或政治家的业务，它是应该注意到家庭或城邦中每一分子的健康；但严格地说个人的职责，这就应该是医师的本分，而不是家主或政治家的本分。”^① 这位先哲在古希腊时代就定义了迄今仍为真理的关于公民医疗权利的两方面的含义：一方面，医疗权利是公权利，它对应的是政府对公民的公共健康及医疗保障义务；另一方面，医疗权利是私权利，对应的是医患关系中医方的义务。

20 世纪以来，英、美等发达国家对于公民的医疗权利都给予了充分的关注与保护，其体现在公法上主要是公共卫生法律制度及社会医疗保障制度的完善，体现在私法上则主要是在立法判例中对于患者的生命健康权、医疗保健权、知情同意权、隐私权等的具体权利及损害赔偿等的明确规定。其主要途径：一是通过综合性立法（如医疗法、医事法等）或专门法（如患者权益保护法、安乐死法等）来对医疗权利加以确认；二是通过判例来确立医疗权利的保护，以弥补法律的漏洞。

而我国目前医疗体制和社会保障机制尚不健全，对公民医疗权利的保护尚不完善，对这一问题的研究仍处于起步阶段。作为发展中国家，整个社会从政府到百姓，关注的重点仍是基本医疗物质条件的实现与保障。随着社会的发展，认真思考法律对于医疗权利的

^① [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 3 页。

实现究竟起到多大的作用，认真思考法律应如何保障医疗权利已是当务之急。

公民的医疗权利这一问题相当复杂，涉及法律、医学、伦理、宗教、文化等社会各个层面，仅就法律层面而言，它与宪法、法理、民法、刑法等学科都密切相关。当前，我国正在制定作为“人民权利圣经”的民法典，研究如何在民法典确立的民事权利体系下，对公民的医疗权利加以剖析及确认，对于保障人权和构建和谐社会有着极其重要的理论与实践意义。本书的完成、出版，受上海市重点学科建设项目（B102）的资助，也是2007年度山东省政府自筹经费资助出国留学项目“和谐社会视野中的公民医疗权利研究”的研究成果。

本书在私法领域，按民事权利体系，借鉴国外有关立法经验、最新判例与学说，结合我国实际情况，按照将公民的医疗权利作为一个权利束的思路进行研究，以期对正在制定的民法典拾遗补阙，为我国医疗法律制度的改革提供理论支持。主要包括：

1. 第一章从自然法及自然权利角度探讨了医疗权利的含义及法哲学基础；第二章结合民法典的制定，从宏观上探讨作为私权利的医疗权利的立法确认。

2. 第三章“人格权法视角下的医疗权利——患者自己决定权”主要论述了患者自己决定权这种基本的人格权，包括患者的知情同意权、患者丧失决定能力时的医疗决定权、安乐死的权利等内容。

3. 第四章“物权法视角下的医疗权利”，针对传统民法典上人体与物的界定，提出在医疗领域内，与人体相关的一些物已成为物权的客体。例如，捐献的血液、摘取的器官、胎盘、提取的精子、人体样本、基因等，在确定此类物为物权客体的同时，主体行使此种物权应受到如符合公序良俗原则等限制。

4. 第五章“合同法视角下的医疗权利”，着重研究医疗合同双方的权利义务内容，建议在民法典制定中将医疗合同作为有名合

同规定在合同法分则中。本章还对住院医疗合同中医院感染的民事责任进行了比较研究。

5. 第六章“婚姻家庭法视角下的医疗权利”，探讨了人工生殖技术对婚姻家庭的影响的伦理与法律问题及堕胎权、生育权中涉及医疗的新问题，从女性主义视角提出堕胎法应以妇女堕胎自主权及生殖健康为中心，探讨了因医生的过错而使堕胎手术失败的“不当怀孕”的损害赔偿赔偿责任。此外，检讨了父母对双性儿童性别再造手术的知情同意权并不符合儿童最大利益原则，提出性别确定应是儿童自己的宪法基本权利，应等其长大后自己决定，法律应承认男女之外的第三种性别。

6. 第七章“人身权与财产权复合视角下的医疗权利”，研究了患者对病历的所有权、知情权、隐私权等人身权与财产权之复合，以及人对于基因享有的人格权与财产权之复合，传统民事权利之人身权与财产权泾渭分明的界限已被打破。

7. 第八章“侵权责任法视角下的医疗侵权责任”，探讨了医疗侵权责任，提出了适当限制医疗过失损害赔偿赔偿责任，建立多元化的医患纠纷解决机制的构想，并对平衡患者权利与医方利益及社会医学发展进行了反思。

目 录

第一章 医疗权利的含义及其法哲学基础	(1)
一、医疗权利的含义	(1)
(一) 国际公约中的相关概念	(1)
(二) 我国立法中的相关概念	(3)
(三) 医疗权利概念的提出	(4)
二、医疗权利的法哲学基础	(4)
(一) 自然法对公民医疗权利在实在法上 确立的影响	(4)
(二) 作为公法权利的公民医疗权利的法哲学基础 ...	(10)
(三) 作为私法权利的公民医疗权利的法哲学基础 ...	(13)
第二章 中国民法典的制定与自然人医疗权利的确认	(18)
一、民法典之人格权法的制定与医疗权利的确认	(19)
(一) 人格权法制定相关问题	(19)
(二) 人格权法中医疗权利的确认	(21)
二、民法典之物权法的制定与医疗权利的确认	(23)
(一) 物权法制定相关问题	(23)
(二) 物权法中医疗权利的确认	(24)
三、民法典之合同法的制定与医疗权利的确认	(25)
(一) 合同法制定相关问题	(25)

(二) 合同法中医疗权利的确认	(27)
四、民法典之侵权责任法的制定与医疗权利的保障	(27)
(一) 侵权责任法制定相关问题	(27)
(二) 侵权责任法中医疗权利的保障	(28)
第三章 人格权法视角下的医疗权利——患者自己决定权 ...	(31)
一、患者的自己决定权概述	(31)
(一) 患者自己决定权的含义	(31)
(二) 患者自己决定权的历史沿革	(33)
二、知情同意权	(35)
(一) 知情同意权的概念及缘起	(35)
(二) 医生的说明义务	(38)
(三) 患者的同意权	(44)
(四) 拒绝治疗的权利	(58)
三、患者丧失决定能力时的医疗决定权	(62)
(一) 事先医疗指令	(62)
(二) 代理人决定权	(73)
一、四、安乐死的权利	(76)
(一) 荷兰法上的安乐死	(79)
(二) 比利时法上的安乐死	(80)
(三) 美国法上的医生帮助自杀	(80)
(四) 澳大利亚法上的安乐死	(84)
(五) 日本法上的安乐死与尊严死	(85)
五、构建我国患者自己决定权法律制度	(87)
(一) 我国医疗立法的现状及弊端	(87)
(二) 建立我国患者自己决定权法律制度的设想	(89)

第四章 物权法视角下的医疗权利	(94)
一、器官移植背景下人体器官的法律属性及支配规则 ...	(94)
(一) 活体器官移植场合器官的法律属性 及支配规则	(95)
(二) 遗体器官捐献场合器官的法律属性 及支配规则	(98)
二、献血背景下血液的法律属性及支配规则	(100)
(一) 献血背景下血液的法律属性	(100)
(二) 献血背景下血液的支配规则	(101)
三、脱离人体的精子、卵子、冷冻胚胎的法律属性 及支配规则	(102)
(一) 脱离人体的精子、卵子、冷冻胚胎的 法律属性	(102)
(二) 脱离人体的精子、卵子、冷冻胚胎的 支配规则	(104)
四、切除的病变组织、死胎、胎盘的法律属性 及支配规则	(104)
(一) 切除的病变组织、死胎、胎盘的法律属性	(104)
(二) 切除的病变组织、死胎、胎盘的支配规则	(105)
五、脱离人体的人类生物材料的法律属性及支配规则 ...	(106)
(一) 脱离人体的人类生物材料的法律属性	(106)
(二) 脱离人体的人类生物材料的支配规则	(107)
第五章 合同法视角下的医疗权利	(108)
一、医疗合同的概念与特征	(109)
(一) 医疗合同的概念	(109)
(二) 医疗合同的特征	(109)

二、医疗合同中患者的医疗权利	(111)
(一) 医疗合同中患者的法定医疗权利	(111)
(二) 医疗合同中患者的约定医疗权利	(114)
(三) 基于合同法的诚实信用原则产生的医方的 附随义务	(115)
三、住院医疗合同中医院感染的民事责任	(116)
(一) 大陆法系国家医院感染之合同责任	(117)
(二) 英美法系国家医院感染之侵权责任	(121)
(三) 我国法上医院感染之责任竞合与选择	(124)
第六章 婚姻家庭法视角下的医疗权利	(125)
一、人工生殖权利	(125)
(一) 人工生殖概述	(125)
(二) 人工授精医疗权利	(130)
(三) 体外受精与胚胎移植医疗权利	(134)
(四) 代理母亲医疗权利	(137)
二、堕胎权利	(140)
(一) 美国堕胎权利法律确认的历史发展	(140)
(二) 我国堕胎权利的法律基础及现实问题	(147)
(三) 以妇女堕胎自主权与生殖健康为中心—— 女性主义的法律进路	(154)
(四) 不当怀孕损害赔偿研究	(158)
三、双性儿童性别确定权利	(176)
(一) 性别再造手术、儿童最大利益原则与父母的 知情同意权	(178)
(二) 儿童的宪法基本权利与法律对第三种性别 承认之预景	(184)

第七章 人身权与财产权复合视角下的医疗权利	(191)
一、病历权利	(191)
(一) 病历的所有权归属	(194)
(二) 患者的病历知情权	(197)
(三) 患者的病历隐私权	(202)
二、基因权利	(208)
(一) 基因人身权	(210)
(二) 基因财产权	(217)
第八章 侵权责任法视角下的医疗侵权责任	(221)
一、医疗侵权责任概述	(221)
(一) 医疗事故责任和非医疗事故损害赔偿责任 的区别	(222)
(二) 医疗合同违约责任与医疗侵权责任的竞合	(223)
(三) 医疗侵权发生后患者的权利	(227)
二、医疗事故责任	(228)
(一) 我国医疗事故的概念与构成	(228)
(二) 医疗事故的等级	(230)
(三) 医疗事故责任的抗辩事由	(237)
(四) 医疗事故损害赔偿的项目标准	(237)
(五) 非医疗事故与医疗事故损害赔偿项目标准 的区别	(241)
三、医疗侵权损害赔偿范围的检讨——损害赔偿责任的 适当限制规则	(245)
(一) 医疗侵权损害赔偿的一般规则	(245)
(二) 医疗损害赔偿范围的适当限制规则的提出	(246)

四、构建医疗纠纷仲裁制度——建立多元化的医患纠纷 解决机制	(248)
(一) 构建医疗纠纷仲裁制度的必要性：以医疗 纠纷诉讼基本情况为背景	(249)
(二) 构建医疗纠纷仲裁制度的瓶颈	(253)
(三) 构建医疗纠纷仲裁制度的设想	(256)
五、反思的角度：患者权利与医方利益及 社会医学发展的平衡	(259)
(一) 法律体系内的完善——正确解释法律与完善 相应立法	(261)
(二) 法律体系外的调整——医生职业的高度伦理性与 医患双方的互相信任	(262)
(三) 平衡医患双方及社会医学发展的利益	(263)
主要参考文献	(266)
后记	(270)

第一章 医疗权利的含义 及其法哲学基础

一、医疗权利的含义

（一）国际公约中的相关概念

1945 年联合国国际组织大会上提议将健康保健纳入经济、社会和文化权利的框架内，并将卫生问题加入《联合国宪章》旨在保障人权的第 55 条，“为造成国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之和平友好关系所必要之安定及福利条件起见，联合国应促进：（子）较高之生活程度，全民就业，及经济与社会进展。（丑）国际间经济、社会、卫生及有关问题之解决；国际间文化及教育合作……”

1946 年制定的世界卫生组织法是第一个规定健康权利的国际性文件，其序言明确提出享受最高而能获得之健康标准，为人的基本权利之一。并在 1978 年的《阿拉木图宣言》中重申“健康不仅是疾病与体虚的匿迹，而且是身心健康社会幸福的总体状态，是基本人权，达到尽可能高的健康水平是世界范围的一项最重要的社会性目标，而其实现，则要求卫生部门及其他多种社会及经济部门的行动”。

1948 年的《世界人权宣言》是国际上维护人类基本权利的重要文献，在国际性的人权法案中具有奠基作用，该宣言第 25 条规定：“人人有权享受为维持他本人和家属的健康和福利所需的生活水准，包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务；在遭到失

业、疾病、残废、守寡、衰老或其他不能控制的情况下丧失谋生能力时，有权享受保障。”《世界人权宣言》明确提出了医疗保障权利，但是该宣言并没有成为具有强制性的国际公约，不过它为后来的两大具有强制性的联合国人权公约，即《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》作了铺垫，许多人视之为一部习惯法，经常被许多学者、律师和法官在著作和文书中引述。

《经济、社会及文化权利国际公约》于1966年经联合国大会通过，2001年6月27日对我国正式生效。该公约第12条规定了健康的目标和要求及以医疗保障为核心的保障措施：“一、本公约缔约各国承认人人有权享有能达到的最高的体质和心理健康的标准。二、本公约缔约各国为充分实现这一权利而采取的步骤应包括为达到下列目标所需的步骤：（甲）减低死胎率和婴儿死亡率，和使儿童得到健康的发育；（乙）改善环境卫生和工业卫生的各个方面；（丙）预防、治疗和控制传染病、风土病、职业病以及其他的疾病；（丁）创造保证人人在患病时能得到医疗照顾的条件。”

《消除一切形式种族歧视国际公约》于1965年12月21日经联合国大会通过，我国全国人大常委会于1981年11月26日通过决定加入。该公约第5条规定，保证人人有不分种族、肤色或民族或人种在法律上一律平等的权利，尤得享受下列权利：享受公共卫生、医疗照顾、社会保障及社会服务的权利。此处的公共卫生和医疗照顾是医疗权利的部分内容。

《消除对妇女一切形式歧视公约》于1979年12月18日在联合国大会通过，1981年9月3日生效，我国是最早的缔约国之一。该公约提出了取得保健服务的男女平等的权利，并基于妇女特殊的身体条件要求国家向妇女承担特别的保健服务。该公约第12条第1款规定：“缔约各国应采取一切适当措施以消除在保健方面对妇女的歧视，保证他们在男女平等的基础上取得各种保健服务，包括有关计划生育的保健服务。”在第2款中规定：“缔约各国应保证

向妇女提供有关怀孕、分娩和产后期间的适当服务，于必要时给予免费服务，并保证在怀孕和哺乳期间得到充分营养。”

1989年11月20日联合国大会通过的《儿童权利公约》，对儿童的健康和医疗保健等方面的权利作了明确规定，我国作为签约国也要承担相应的义务。该条约第24条第1款规定：“缔约国确认儿童有权享有可达到的最高标准的健康，并享有医疗和康复设施；缔约国应努力确保没有任何儿童被剥夺获得这种保健服务的权利。”该条第2款详细列举了为实现此目标所应该采取的措施，包括降低婴幼儿死亡率、提供必要的医疗援助和保健服务，努力消除疾病和营养不良，确保母亲得到适当的产前和产后保健，确保获得卫生信息和教育的机会，开展预防保健、对父母的指导以及计划生育和服务等。该公约为儿童确立了健康标准，同时也为政府确立了医疗保障的具体义务。

（二）我国立法中的相关概念

我国宪法第33条有“国家尊重和保障人权”的总括性规定。第21条第1款从国家基本制度的角度规定：“国家发展医疗卫生事业，发展现代医药和我国传统医药，鼓励和支持农村集体经济组织、国家企业事业组织和街道组织举办各种医疗卫生设施，开展群众性的卫生活动，保护人民健康。”第45条第1款从公民权利的角度规定：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”从这两个条款中可以看出公民健康与医疗权利对应的是国家的发展医疗卫生事业保护人民健康的义务。此外，第26条从保护和改善生活环境和生态环境、防治污染和其他公害的角度，第42条从加强劳动保护、改善劳动条件的角度分别间接强调保护公民健康。

我国《民法通则》第98条规定了“公民享有生命健康权”。在民法理论中，“公民以其机体生理机能正常运作和功能完善发挥，以其维持人体生命活动的利益为内容的人格权，包括健康维护

权、劳动能力保持权和健康利益支配权”。^①

（三）医疗权利概念的提出

在前述国际人权文件及我国宪法、民法条文中，并没有一个明确的医疗权利的概念。与医疗有关的权利表述为“健康权利”、“享受公共卫生、医疗照顾、社会保障及社会服务的权利”等。本书所言医疗权利，是指人为实现健康权利而应享有的与医疗有关的权利。具体而言，医疗权利并不是一项单一的权利，而是一个权利束。它既是公法上的权利，也是私法上的权利。作为公法上的权利，体现为公民享有的受国家医疗保障、救助的权利，其对应的是国家的义务，国家负有为公民提供及时、适当的公共卫生、医疗救护、医疗保健及社会服务的义务。作为私法上的权利，体现为患者享有的医疗救助权、医疗自己决定权、隐私权等具体权利，其对应的是医患关系中医方的义务。无论是作为基本人权的医疗权利，还是私法上的医疗权利，都是庞大复杂的话题，本书仅在私法范畴内，按民事权利体系，将医疗权利作为一个权利束进行研究，以期对正在制定的民法典拾遗补阙，为我国医疗法律制度的改革提供理论支持。

二、医疗权利的法哲学基础

从历史的路径来看，公民医疗权利是在 20 世纪以后随着自然法的复兴而在实在法上确立的。作为公法上的权利，其对应的国家医疗保障义务，起源于自然法理论中关于国家设立目的理论。作为私法上的权利，其基础是自然权利理论，其中，自主权起源于康德的法哲学。

（一）自然法对公民医疗权利在实在法上确立的影响

所谓“自然法”，按《大不列颠百科全书》的说法，“是指全人类所共同维护的一系列权利和义务，而就其作为普遍承认的正当

^① 王利明等：《人格权法》，法律出版社 1997 年版，第 61 页。

原则而言,它通常是‘实在法’,即经国家正式颁布并强制执行的法律的对称”。也就是说,自然法并非实在的、具体的法律,它毋宁说是一种“正义”和权利的体系,一种形而上的法哲学观念。2000多年来,自然法的观念一直在思想与历史上,扮演着一个突出的角色。它被认为是对与错的终极标准,是正直生活或者“合与自然生活”之模范。它提供了人类自我反省的一个有力激素、既存制度的试金石、保守与革命的正当理由。^①正如梅因所指出的,“如果自然法没有成为古代世界中一种普遍的信念,这很难说思想的历史,也就是人类的历史,究竟会朝哪一个方向发展了”。^②自然法自产生历经古代自然法、中世纪自然法、古典自然法、自然法的衰落与复兴等历史发展阶段,而公民医疗权利是在20世纪以后随着自然法的复兴而在实在法上产生与确立的。

古代自然法,最初含义来自于古希腊人对自然的理解,所谓“自然”,是指事物本来的特征、外观和活动方式,同时也指某类事物不是由人或神创造的(相对于“约定”的概念)。自然法就是反映自然存在的秩序的法,是法律和正义的基础。罗马法学家强调自然法就是正义,是人定法(万民法、市民法)之前发生的、由自然理性指定给全人类的法律,它是最根本的法,是衡量一切人定法的唯一标准,人定法应以自然法为根据。古罗马自然法思想的前期代表人物西塞罗说:“真正的法律乃是一种与自然相符合的正当理性;它具有普遍的实用性并且是不变而永恒的……力图变更这一法律的做法是一种恶,试图废止其中一部分的做法也是不能容许的,而要想完全废除它的做法是不可能的……有的只是一种永恒不变的法律,任何时候任何民族都必须遵守它”。^③自然法的第一个

① [意] 登特列夫:《自然法——法律哲学导论》,联经事业出版公司1984年版,第1页。

② [英] 梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第43页。

③ [美] 博登海默:《法理学——法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第14页。