

司 法 鉴 定 研 究 文 丛

华东政法大学主办

杜志淳 主编



7

医疗损害 法律问题研究

赖红梅/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中央财政支持地方高校发展专项资金项目《司法鉴定重点学

上海地方本科院校“十二五”内涵建设项目“高水平特色
人才培养工程”（085工程）资助

上海市教委重点学科建设项目资助（项目编号：J51102）

司 法 鉴 定 研 究 文 丛

华东政法大学主办

杜志淳 主编



7

医疗损害 法律问题研究

赖红梅/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

医疗损害法律问题研究/赖红梅著. —北京:法律出版社,2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5706 - 4

I. ①医… II. ①赖… III. ①医疗事故—伤害鉴定—法律—研究—中国②医疗事故—赔偿—研究—中国
IV. ①D923. 84

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 281367 号



© 法律出版社·中国

责任编辑/王津京

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/13.75 字数/252 千

版本/2014 年 1 月第 1 版

印次/2014 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5706 - 4

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

医疗纠纷案件专业性强、争议大、矛盾突出,是司法实践中的热点和难点。2010年7月1日《侵权责任法》正式实施,这从基本法律的层次专章规定了“医疗损害责任”。该法解决了医疗损害纠纷在法律适用上的二元化问题,并进一步规范了医疗损害法律关系。尽管对新法进行了热烈的讨论和研究,但是在现实生活中,人们对新法的条款还有不同的理解和认识。

《侵权责任法》是由全国人大常委会颁布的法律,而《医疗事故处理条例》是国务院发布的行政法规。前者的法律效力高于后者。例如,关于损害的赔偿项目和计算方法。但是,适用此规则的前提是两者对同一问题的规定有冲突。除了相关的冲突条款之外,新法的生效并不意味着《医疗事故处理条例》的全部内容的失效。该条例的法律效力将主要涉及医疗机构、医务人员的行为规范和管理。

新法废除了实施八年多的举证责任倒置外,同时也废除了医疗损害责任认定的过错推定原则,取而代之的是多元归责体系。新法规定:在一般情况下适用过错责任;在法定的特殊情形下适用过错推定原则;在有缺陷的医疗产品或不合格血液引起的医疗损害案件中,适用无过错责任原则。因此,在新法生效后,患者的举证责任不是得以减轻而是明显加重了,相对应的医方举证责任将明显减轻。

新法加重了患者的举证责任,但亦应同时保证患者获取足够的信息以完成其举证。立法者试图找到医患双方利益的平衡点,在对患方有权查阅、复制的病历资料范围规定时,采用模糊而又容易引起误解的表达方式。在此情况下,医患双方将就病历资料的公开以及获取范围展开一场新的博弈。

关于医务人员的告知义务和患者的知情同意权,我国相关法律的规定早已有之,新法使用两个条款的宝贵篇章对此加以规定,其重要原因是受近年来部分焦点案例的影响。新法关于保护性医疗措施缺乏严谨的用词,又将导致人们认识的歧义。新法规定,因抢救生命垂危的患者等紧急情况,不能取得患者或者其近亲属意见的,经医疗机构负责人或者授权的负责人批准,可以立即实施相应的医疗措施。对此,有人认为即使患者或近亲属不同意,医务人员亦可实施紧急救助,这样理解是否正确呢?

作为一名从事医疗损害责任教学的教师,我长期以来热衷于医疗损害赔偿纠纷

2 医疗损害法律问题研究

相关问题的调研和学习,并积极发现在实践中存在的问题,提出了一些意见和建议。本书共分九章,内容涉及医疗损害相关的多个法律问题,包括医患法律关系、患者的知情同意权、医疗损害的归责原则、举证归责、免责条款、医疗过错的鉴定及赔偿。本书中的许多观点和方法,是笔者对相关法律条款的理解和思考,以期与读者共同分享和交流。

赖红梅

2013 年 10 月

目 录

第一章 医患法律关系	(1)
第一节 医患关系的基本要素分析	(1)
第二节 医患关系的法律属性	(7)
第三节 实务上的法律适用混乱	(8)
第四节 各国或地区对医患法律关系的认定	(9)
第五节 对医患法律关系的分析及界定	(10)
第二章 患者的知情同意权	(17)
第一节 知情同意权的概念、来源及属性	(17)
第二节 医生的告知义务	(18)
第三节 知情同意权的主体	(20)
第四节 患者知情同意权的方式	(24)
第五节 知情同意权的例外	(25)
第六节 侵害患者知情同意权的责任认定	(26)
第七节 建立我国患者知情权利的法律制度	(28)
第三章 医疗损害解决方式	(36)
第一节 医患双方协商	(36)
第二节 医疗纠纷人民调解委员会	(40)
第三节 卫生行政部门调解	(43)
第四节 仲裁	(46)
第五节 医疗责任保险	(48)
第六节 诉讼调解	(51)
第七节 诉讼审判	(52)
第八节 国外处理医疗纠纷的现状	(54)
第九节 建立多元化的医疗纠纷解决机制	(56)
第四章 医疗损害责任的构成与认定	(59)
第一节 医疗损害责任构成	(59)
第二节 医疗过错的认定	(59)
第三节 损害事实	(69)
第四节 因果关系	(71)

2 医疗损害法律问题研究

第五节 对完善我国医疗过失司法认定制度的建议	(75)
第五章 医疗损害责任归责原则	(78)
第一节 归责原则的含义及其意义	(78)
第二节 医疗损害责任的归责原则体系及适用范围	(80)
第三节 各国或地区医疗损害责任归责原则的比较研究	(83)
第四节 我国多元化医疗损害责任归责原则的优势及缺陷	(87)
第六章 医疗损害的举证责任	(92)
第一节 举证责任分配的基本法理	(92)
第二节 医疗损害举证责任的变化	(93)
第三节 国外医疗损害的举证责任	(99)
第四节 患者的举证责任	(103)
第五节 医方的举证责任	(105)
第六节 对我国目前医疗损害举证责任的思考和建议	(107)
第七章 医疗损害的抗辩事由	(112)
第一节 《侵权责任法》与《医疗事故处理条例》关于抗辩事由的 不同规定	(112)
第二节 医疗损害责任免责事由的立法解读	(114)
第三节 一般抗辩事由	(118)
第四节 其他抗辩理由	(121)
第五节 完善我国医疗损害责任免责事由的立法建议	(126)
第八章 医疗事故鉴定与司法鉴定	(128)
第一节 概述	(128)
第二节 医学会医疗事故鉴定与法医学司法鉴定的概况	(128)
第三节 医疗事故鉴定与司法鉴定的关系	(130)
第四节 医疗事故鉴定制度的国外经验	(139)
第五节 对医疗损害技术鉴定制度改革的想法	(141)
第九章 医疗损害赔偿	(146)
第一节 《民法通则》中有关人体损害的赔偿	(146)
第二节 医疗事故损害赔偿责任的范围	(151)
第三节 确定具体赔偿数额时应当考虑的因素	(157)
第四节 《侵权责任法》关于医疗损害赔偿范围的规定	(159)
第五节 对我国医疗损害赔偿的思考	(159)
附录	(165)
医疗事故处理条例	(165)

医疗事故分级标准(试行)	(175)
最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释	(184)
最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释	(189)
中华人民共和国侵权责任法(节录)	(191)
医疗机构病历管理规定	(196)
中华人民共和国执业医师法	(199)
参考文献	(206)
后记	(211)

第一章 医患法律关系

法律关系是法律规范调整社会关系的过程中形成的人与人之间的权利义务关系。其基本特点为:法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系,具有合法性;法律关系是特定法律关系主体之间的权利义务关系。也就是说,法律规范是法律关系产生的前提,特定的法律主体间的权利义务关系的产生是法律关系产生的条件。医患法律关系中,只有当患者因各种原因向医院求医与医院形成一定的权利义务关系时,法律关系才能在医患之间形成。

第一节 医患关系的基本要素分析

当医患关系作为一种法律关系存在时,必然和其他法律关系一样,具有法律关系的基本要素,即包括了主体、内容、客体三个基本要素。作为医患关系客体的医疗行为是医患关系法律要素中最具有活力的要素,在医患关系三个法律要素中具有基础地位,因此必须明确医疗行为的定义和特征。

一、医患关系的客体——医疗行为

(一) 医疗行为的社会性和历史相对性

在定义医疗行为时应考虑到它的社会性和历史相对性。社会性,是指医疗行为的含义随着社会环境的变化而变化,在同一历史时期的不同社会会有不同的认识。例如,我国中医的望、闻、问、切的行为属于医疗行为中的诊疗行为,而在欧美一些国家,中国的中医被视为愚昧、落后的异端,被排除在医疗行为之外。所谓医疗行为的历史性,是指医疗行为的含义在同一社会的不同的时期也会有不同的认识。例如,神医巫术、灵丹妙药在我国封建社会中被视为医药。而在现今,此类缺乏科学根据的“医药”已经不再被社会上大多数人认为是医疗行为。因此,医疗行为的具体含义随着医学、科学的发展而发展,随着社会公众的医疗和健康观念的变化而变化。

(二) 医疗行为的定义

1. 狭义的医疗行为

目前,我国法律中没有医疗行为这一概念,与医疗行为概念相类似的是1998年6月颁布的《中华人民共和国执业医师法》中将“医师的执业活动”一词表述为“防病

2 医疗损害法律问题研究

治病、救死扶伤”。曾有人将医疗行为简单概括为以治疗疾病为目的的治疗活动。但是,随着医疗技术的发展和民众生活概念的变化,上述传统的医疗行为定义已不能适应医学发展和公众健康保护的需要。

我国台湾地区有关规定是这样定义医疗行为的:“凡是以治疗、矫正或预防人体疾病、伤害残缺或保健为直接目的的所为之诊察、诊断及治疗或基于诊察、诊断结果,以治疗为目的的所为之处方或用药等行为之一或全部之总称,皆为医疗行为。”由这一规定可见,人们往往是将医疗行为界定为一种以诊疗为目的的行为,即狭义的医疗行为。

2. 广义的医疗行为

广义的医疗行为,是指运用医学专业和专业技能,为接受治疗的患者消除或缓解疾病、减轻身体痛苦,消除或者减轻其对药物或者毒品等的病态医疗,延长生命,改善身体功能或外观,提高生活质量,矫正畸形或帮助、避免计划生育等与接受医疗者的身体健康或生命安全密切相关的行为。主要包括:疾病的诊断和治疗行为:(1)包括疾病的询问、观察、检查检验、诊断、治疗、处方、手术、麻醉、注射、用药、包扎等行为;(2)帮助或避免生育行为,即人工授精、试管婴儿及避孕结扎手术等行为;(3)医疗美容行为,即使用药物及手术、物理或其他损伤性手段进行的美容,如隆乳、手术减肥、造重睑术(俗称割双眼皮)等美容整形行为;(4)戒除病态依赖行为,即通过用药等医学手段戒除对毒品、麻醉药品、兴奋药品等的病态依赖行为;(5)矫正畸形行为,即以手术等医学手段矫正身体畸形,如连体婴儿分割手术、祛除多余手指、脚趾等行为;(6)改善(改变)身体外观行为,如变性手术、易容手术、处女膜修补手术等;(7)恢复或增进人体功能的行为,如为近视者验光,对残、病患者施以电疗、牵引等康复行为;(8)其他针对不同人的具体情况,运用医学专业知识和专业技能,给予相应的不同措施,并与接受者的身体健康和生命安全密切相关的行为。

3. 医疗行为的分类

在医事法律中的广义医疗行为可以根据不同的标准加以分类。以医疗行为目的为标准,医疗行为可分为治疗性医疗行为和非治疗性医疗行为。

(1)治疗性医疗行为(狭义医疗行为)。一般疾病的诊治处理,多属于以治疗为目的的治疗性医疗行为。

(2)非治疗性医疗行为。随着医疗技术的进步,许多医疗领域的发展范围已大大超越以诊疗为目的,或者不以对患者的治疗为主要目的。例如,为器官捐赠者摘除器官、为精卵或骨髓捐赠者取精采卵或抽取其骨髓液、为捐血者抽血检验、以美容为目的的整形、变性手术、以鉴定亲子关系为目的的检验、对接受人体试验者所进行的用药或处置、非治疗性堕胎手术、协助无合并疾病的孕妇分娩,这些均属于不以治

疗为目的的非治疗性医疗行为。

(三) 医疗行为的特点

1. 高风险性与侵害性

人体本身就像一个小宇宙,人类对整个宇宙的认识尚有许多空白领域,那么对自身的认识就有许多未知数。医学科学中太多的未知领域决定了医疗行为比其他服务行业具有更多的不确定因素,每一项不确定因素均可能成为医疗风险的一个成因。

医疗行为虽然以拯救患者生命健康为目的,但其所采用的诊疗方法,大都对人体具有一定的侵害性。开刀会对病人造成直接伤害;打针会有针眼和疼痛,把药物注入人体就是一种异物的侵入;服药有毒副作用;就是许多检查措施,也可能有一定的危险性,如心包穿刺、腰椎穿刺、肝脏穿刺等。医疗本是一把“双刃剑”,它既有治疗疾病的功能,同时也有可能给人体造成伤害,这在社会学上称作“双重效应”。选择是否采用某种检查治疗措施时,医方是在衡量利弊大小、权衡利害得失,如果治疗措施造成的伤害小于疾病所带来的损失,就采用此治疗措施,并尽量把治疗伤害控制在最小。加之每一种药物均有一定的毒副作用,每个个体都有其个体特征,因此,世界上没有绝对安全的治疗措施。不管是从患者的立场或者是从法律角度出发,都不能单纯地认为医疗行为不应当具有任何侵害性,而仅仅是要求医方应当把侵害控制在一定范围内而已。

2. 道德性与经验性

医疗行为的道德性,是指医疗具有救死扶伤、治病救人的特性,医师的医疗行为必须受到医疗道德和医学伦理的规范。“医本仁术”、“悬壶济世”是医家的本质特征。每个医学院学生毕业时必须宣读《希波克拉底誓言》:“余必依余之能力与判断,以救助病人,永不存损害妄为之念。”随着医学科技的发展,医疗行为对人体侵害性增大,社会要求掌握医疗行为主导权的医生具有更加高尚的道德。所以,社会视餐厅服务员收取小费为理所当然,却视医生收取红包为不道德的行为。医院没有拒绝接诊的权利,只有转诊的义务。对于送到医院的病人,不管有没有亲属陪同,不管是什么样的疾病,医院都没有选择权而必须接诊。只有在医院进行初步处理后没有进一步治疗能力时,才告知患者并要求其向其他医院转诊。

3. 医疗行为同时具有经验性

医疗行为不是生产产品,可以统一规格、统一程序、统一产品。个体具有差异性,医学具有未知性,而B超、X光等辅助检查措施仅仅具有参考性,这就要求医生具有一定的临床实践经验。即使是正规院校毕业的本科、硕士、博士学生也不能一毕业就独立地管理床位,而是要作为住院医师在上级医生指导下从事治疗活动。这一点患者均可以理解,年纪较大的医生通常比年轻医生更容易获得患者的信任。

4 医疗损害法律问题研究

例如,一孕妇妊娠8个月,去医院做B超,B超显示胎儿头围小于正常值。但一位有经验的老医生会告知此孕妇,根据其经验判断,这样的胎儿出生后未出现过一例不正常的,故其认为不应堕胎。怀孕前3个月和后3个月均不宜流产,此孕妇已经怀孕8个月,胎儿已经成形,如果流产太不人道,这是医学的伦理道德性;医学还是经验科学,B超、X光等辅助检查措施只是有助于医生进行判断,并不绝对,故医生可能根据其经验而重新作出判断。就此看来,此医生已经尽其基本的注意义务,如果婴儿是残疾儿,也并非医生责任。

如果此时出生婴儿为残疾,法院裁判医生有责任,那么今后医生遇到此类情形,为回避自己责任,均根据B超的结果来判断,这将会使许多健康的婴儿无法生存。笔者认为,不应只看到眼前的一个残疾婴儿,更应当认识到残疾婴儿的出生是一个自然规律,医学并非生产产品,不可能保证无瑕疵、无例外、无差错,认识到法院的裁判将可能影响更多的健康婴儿。

4. 专业性

一个专业人员至少要有以下特征:在某特定领域中具有足够的知识与技术;持续训练其专业的谨慎与判断能力;与其他专业显著不同的心智活动特点。专业活动的结果于特定时期无法被标准化。医师花费很多时间和费用,以获得相关医学和医疗技术知识,积累经验,具备必要的技能。没有医师资格或专科医师证书者,不得使用医师或专科医师名称;不具合法医师资格者,被禁止擅行医师业务。显然,医师具有专业人员的特征,医疗也就因此成为一专业。一些医疗行为并不能完全被不了解医学知识的患者所理解,需要法律法规作出规范。

5. 密室性与裁量性

医疗现场原则上不公开。不论是从卫生的角度来看,还是从保护患者隐私的角度来看,不应准许与医疗无关系者进入医疗现场。手术时,无论是采取全身麻醉还是局部麻醉,为了保护患者的心理承受力,患者本人不能看到在医疗现场所采取的措施。以后如果发生纷争,只有作为一方当事人的医师知道。

医疗行为即使是在当时由有最高级的设备、体制的医疗机构实施,也要受到医学和医疗技术本身和实施时医师个人的经验、技能及患者个人的差异等多种条件的限制。由此,医疗行为并不一定具有医学上的典型性。医生往往要根据症状经过、时刻在变化着的患者的情况,采取一般认为是最好的措施随机应变地处理。

6. 医疗行为有很强的时效性

时效性是医疗行为的一个显著的特点,任何一个医疗行为只有在恰当的时段实施才能达到治疗效果,否则不但可能起不到治疗的效果,反而可能使病情恶化。每个生命体都有自己的生命周期,疾病的诊断和治疗只能在这个周期内完成。当疾病可能致死时,这种时效性则体现得尤为强烈。准确的诊断和治疗必须在相当短的时

间内完成。比如,对心脏骤停的人,从发病到死亡大约只有几分钟的时间,如果病人发病的第一分钟以内得到正确的治疗,其存活率在90%以上。而在其后,其存活率随着时间的流逝,会从第一分钟的近90%以上急剧下降。

时效性还表现在诊断、治疗方案的不断发展上。疾病的诊断方法和治疗方法随着医学科学的发展而不断发展。尤其是近几十年来,许多风险小,疗效好的诊断方法、治疗方案不断面世。医生如果不紧跟时代、不断学习新技术,必然会给患者带来了许多风险和不必要的损害。

医疗行为的时效性常常给医生带来很大法律和道德上的烦恼。在时间上不能完成对病人的全面诊断检查的情况下,是冒着被起诉的风险仅凭借自己的经验先行抢救呢?还是先对病人进行全面检查,保留足够的法律证据呢?

二、医患法律关系的主体

(一) 医方

1. 医务人员不是医患关系的主体

在现代社会中,医患关系并非个人与个人的关系,医务人员个体难以给患者提供完整的医疗服务,医疗行为是一个多部门相互配合的工作。现代社会中,医患关系表现为患者个人与医疗机构的关系。我国《医疗机构管理条例》也明确规定实施医疗行为的是医疗机构。^[1]虽然患者到医疗机构就医,与医务人员直接打交道,但医务人员的工作是一种职务行为,医疗机构才是医患关系的实际参与者,医务人员不是医患关系的法律主体。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第42条的规定:“法人或其他组织为当事人。”当然,如果医疗机构的开设者是实施诊疗行为的医师本人,如个体诊所,医务人员能够成为医患关系的主体。但是此时,他应当以医疗机构的名义享受权利、承担义务。

2. 医疗机构是医患关系的法定主体

法律关系的主体是依照法律的规定参与法律关系、享受权利并承担义务的单一人格,即具有独立的身份和地位的自然人及组织。医疗机构作为事业单位的一种,具有法人资格,有独立的权利能力和行为能力,能够独立承担法律责任,依法享有法律法规规定的权利,并履行相应的义务。在医疗活动中,虽然具体的医疗行为实施人是医务人员,并且医疗机构对医务人员的诊疗行为只进行管理而不会多干涉,但是医疗机构在医务人员的选任和监督上享有独立的权利,医务人员的行为是依雇佣合同而产生的职务行为。

(二) 患者

目前学界对患者的理解主要有三种:“患者本人”、“患者监护人、近亲属”、“患

[1] 《医疗机构管理条例》第2条规定:“本条例适用从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所(室)以及急救站等医疗机构。”

者单位”,但笔者认为,患者的监护人、近亲属、患者的单位都不是医患关系的法律主体,只有患者本人才是医患关系的法律主体。

根据法律规定,在我国能够参加法律关系的主体有公司(自然人)、机构和组织、国家。生命权和健康权作为一种基本的人权,是任何人都不能剥夺的,所以不论其是否具有行为能力,都可以成为这一法律关系的主体。

如果患者是心理健康状况正常的成年人,其主体资格是可以肯定的,但是如果患者是无行为能力的人、限制行为能力人或处于昏迷、意识不清等状态的成年人,医患关系的主体如何确定?

目前在理论和实务中存在不同的看法:

第一,法定代理说。当病人不具有缔结合同的能力或同意能力时,患者本人是医患关系主体中的一方,可以认定由亲权人或夫妻一方行使法定代理权而缔结医疗合同。第二,第三人利益合同说。该说认为,病人不具有为自己缔结合同的能力时,该医疗合同应视为其亲权人或其配偶与医院订立的第三人利益合同,病人处于其中的收益人的地位。

目前我国司法实践中根据《民法通则》的规定,采信第一种观点,即认为此情况下,医患关系的主体是医方与患者本人,“患者监护人、近亲属”只是患者代理人,而非法律主体本身。^{〔1〕}

三、医患关系的内容——权利和义务

法律通过对医患双方的权利义务的分配来调整医患之间的法律关系。在对医患双方权利义务分配和法律责任分担的平衡调节上,权利义务是核心。因为权利义务是法律关系的关键,某一社会关系之所以是法律关系,就在于它是依法形成的、以权利和义务的相互关联及相互制约为内容的社会关系。

在医疗活动中,任何一方以一定的方式行使自己的权利时,也就意味着另一方必定以一定的方式对这一方人履行义务。其性质正好是相对的,如患者享有知情同意权,医方就有解释说明的义务,患方有隐私权,医方就有负责保密的义务;反之,医方享有诊治主导权,患者就有配合诊疗的义务,医方有费用支付的请求权,医方就有支付费用的义务。

目前我国一些法律、法规(如《执业医师法》、《医疗事故处理条例》、《医疗机构管理条例》、《医疗机构管理条例实施细则》、《侵权责任法》)中,对医患双方的权利和义务都进行了明确的规定。

〔1〕《民法通则》第61条。

第二节 医患关系的法律属性

在法学上,“医患关系法律属性”问题其实是给“医患关系”这种法律关系进行分类的问题。由于依据的标准和认识的角度不同,可以对法律关系作不同的分类。如果按照相应的法规规范所属的法律部门来分类,可以分为“民事关系”、“行政关系”。如果按照“相对应的具体的法律制度”来分类,医患关系归入“合同关系”或者“侵权关系”。

目前我国学者们对医患法律关系的属性见解各异,概括起来共有五种学说:

一、行政关系说

这种学说为我国国内的众多学者所持有。该说认为,新中国成立以来我国医疗卫生长期实行计划体制,医院经费靠财政维系,医疗费用的低廉使得医院承担医疗风险的能力很低,医患双方并非完全意义上的契约关系,医生是向医院负责而不是对患者负责;多数医疗机构均是政府实行一定的补贴并严格限制服务价格的公立非营利性机构,福利色彩较浓,医疗机构不是一般意义上的经营者,医患关系应由行政法予以调整。^{〔1〕}

二、医疗消费说

该说认为,患者到医院就诊是一种“接受服务”的行为,医院从事的是“提供服务”的行为,因而医患关系是一种消费者和经营者的关系。具体理由如下:第一,患者就医看病属于“生活消费”,是一种“必需”的生存消费。消费者为了满足其生存和发展的心理和生理需要而消耗商品或接受服务,当然包括医疗服务,因为生命与健康是人存在的基础条件。第二,在我国目前尚无专门保护患者权益法律的情况下,《消费者权益保护法》中规定的保护弱者的原则,是最接近保护患者利益的原则。把医患关系纳入消法的调整范围,既符合我国目前医患关系的现状,又符合适度保护弱者的现代法律精神,而且,这也符合消法的立法原意。^{〔2〕}

三、侵权行为说

该说认为,医疗卫生事业属于社会福利事业,医疗单位与患者之间并不存在平等的合同关系,医务人员的职责职权建立在法律或有关规章的基础上,而不是当事人约定的结果,医务人员的责任亦不得依约定而免除,所以医疗单位与患者之间并不存在合同关系,医务人员过失造成患者身体上的损害,即构成侵权。侵权损害赔偿

〔1〕 胡晓翔:“国家主体医疗卫生事业中的医患关系不适用《消法》调整”,载《健康报》2001年1月30日第2版。

〔2〕 傅郁:“论医患关系可以纳入消法保护”,载《法制与社会》2008年第23期。

偿范围包括财产损害赔偿、人身损害赔偿、精神损害赔偿。其赔偿范围较违约责任赔偿范围更宽,这有利于加强对受害人的保护。另外,如果受害人对医疗单位有债务,比如拖欠医疗费、住院费等,提起侵权之诉较为有利,因为根据民法原理,侵权行为人不得以其对受害人的债权与其因侵权所生之债务相抵消。尽管医患之间存在某种协议,但医患关系以及由这种关系所产生的相应义务并不完全取决于合同法原理,由此产生的纠纷适用侵权行为法。^{〔1〕}

四、医疗合同说

该说认为,患者到医院按规定支付医疗费用,医院接诊表示同意为其提供医疗服务,双方就此达成医疗服务合同关系,即患者挂号行为属合同法中的要约,医疗机构发给挂号单属承诺。如果医院没有提供与医学科学技术水平相当的医疗服务,当属违约行为。而且,医疗合同属于非典型合同(即无名合同)的一种,法律没有对其名称和规则加以相应的明确规定。^{〔2〕}

五、斜向法律关系说

该说认为,医患关系只能归属于医事(卫生)法,受医事法调整,而医事法本身就是一个独立的法律体系,它既不调整纵向的行政法律关系,也不调整横向的民事法律关系,它调整的是斜向的医事(卫生)法律关系。医事法是一个与民法和行政法并列的独立的法律体系。^{〔3〕}

第三节 实务上的法律适用混乱

处理法律问题首先必须认清该纠纷的法律关系性质,然后才能准确找到适用的法律。学说的争论,本可以促进法律学者及工作者正确认识法律关系的性质,在立法阶段则有助于立法的完善。但是,我国目前并非处在医疗纠纷的立法阶段,学说的争论直接导致了我国适用法律的混乱。《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)颁布三年来,依然存在激烈的医疗纠纷法律适用的问题。实务中,既有适用《条例》,也有适用《民法通则》,还有适用人身损害赔偿、精神损害赔偿等司法解释,判处结果差异较大。

通过对《条例》法条的研读,可以认定国务院对医患法律关系的性质确定为侵权责任关系。第一,《条例》非常强调“过失”在构成医疗事故责任构成要件中的重要

〔1〕 黄明耀:“审理医疗民事纠纷案件的几个问题”,载《人民司法》1995年第2期。

〔2〕 邱聪智:“医疗过失与侵权行为”,载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》,台湾五南图书出版股份有限公司1984年版,第224~226页。

〔3〕 王雪萍、谢育敏:“论医事法律的法律属性及其立法规制”,载《赣南医学院学报》2008年第28卷第5期。

性,而过错责任原则是我国侵权行为法中最基本的归责原则。违约责任的归责原则是无过错责任原则。第二,《条例》明确承认了“精神损害抚慰金”,而精神损害抚慰金的赔偿只能存在于侵权诉讼之中。

但是,最高人民法院于2003年1月6日颁布的《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》(以下简称《通知》)第1条规定:“条例实施后发生的医疗事故引起的医疗赔偿纠纷,诉到法院的,参照条例的有关规定办理;因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷,适用民法通则的规定。”《条例》本是国务院颁布的行政法规,应当予以适用,但是最高院却规定了“参照执行”,导致国内医疗事故法律适用的二元化。

2005年6月2日,福建省第十届人大常委会经过激烈讨论,几易其稿,最终通过《福建省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法(修订)》(以下简称《福建省实施办法》),将医患关系明确列入其调整范围。

2005年5月31日至6月1日,由人民法院报社、四川省高级人民法院主办的“审理医疗纠纷案件法律适用问题”研讨会在成都召开。在讨论会上,各专家学者各抒己见。有观点认为,医疗行为具有特殊性,因此,主张严格适用《条例》。也有相反观点强调医疗合同的一般性及医疗损害直接涉及人的生命、身体、健康这些最重大的权益,提出《条例》比最高人民法院关于人身损害赔偿的解释文件规定的赔偿标准明显偏低,认为《条例》不公正,为确保法律统一应当适用《合同法》或者《民法通则》关于侵权的规定。梁慧星教授说:“在对待《条例》的态度上,存在两种截然相反的观点。不仅是法官当中,律师当中也一样,学者当中也是这样。说明我们整个社会的思想没有统一。我们还停留在制定《条例》之前的立法论的争议当中。”

第四节 各国或地区对医患法律关系的认定

美国法院认为医生、律师、会计师、建筑师等专业人士提供其专业服务(professional services),通常依据契约关系而来。法律在处理该类侵害事件时,均以契约关系来规范当事人的法律关系,并视医疗行为的不当治疗为违反契约的约定。美国法院判决有认为医疗行为人与医疗需求人订立医疗契约时,医疗行为人应先告知医疗需求人,其拟采取的医疗行为及医疗需求人因该医疗行为所承受的负担、风险。医疗需求人基于医疗行为人的告知、说明,具有自我决定权(right to self-determination),因而医疗行为人在进行医疗行为前,应获医疗行为人同意(consent doctrine)。如果医疗行为人与医疗需求人之间定有医疗契约,医疗行为的内容则由契约关系(contractual relationship)规范。