

## 论《侵权责任法》中的医疗损害责任

文◎梁慧星

《侵权责任法》中关于医疗损害责任一章的立法出发点在于妥善处理医疗纠纷,界定医疗损害责任,切实保护患者和医护人员的合法权益。为实现前述目的,首先取消了“医疗事故”这一旧概念,代之以“医疗损害”这一新概念,因此,《侵权责任法》第七章以“医疗损害责任”为章名,医疗损害责任之成立不再以构成医疗事故为前提条件,适用过错责任原则。医疗损害责任构成要件中“过错”的认定,采用了客观化的判断标准。因此,人民法院审理医疗损害责任案件,将依据第55、58、60条的规定判定被告是否存在过错。基于对患者自主决定权的尊重,参考国外“知情同意规则”,第55条明确规定了医疗人员的“说明义务”和患者的“同意权”。据此,是否履行说明义务和取得患者一方的书面同意,是判断医疗机

构一方是否存在过错的标准。第55条规定的说明并取得书面同意的义务,属于医疗活动中医务人员应履行的特别注意义务。医务人员在实施诊疗行为时还须履行一般注意义务,此为“与当时的医疗水平相应的诊疗义务”。为防止医疗机构推卸、逃避责任,第58条设置了三种情形推定医疗机构及其医务人员存在过错,且不得以相反的证据推翻。出于方便受害患者行使求偿权,保障受害患者能够获得法律规定的损害赔偿的政策目的,因医药产品缺陷或者输血致害的,患者可向医疗机构请求赔偿。医疗机构承担赔偿责任后均可向最终责任人追偿。

(摘自《法商研究》2010年第6期)

文◎张晋藩

## 解读中华法系的本土性

中华法系是产生于中华民族文化土壤上的原生法系。农本主义的经济形态、稳固的血缘地缘关系、令制主义的政治制度、独尊儒术的意识形态以及统一的多民族的国家构成,对中国古代法律体系的形成、发展乃至司法实践具有深刻的影响。近代以来,我国法律的发展,基本上是与传统中华法系渐行渐远的过程,清末法律改革自觉不自觉地选择了全盘西化的途径。但是随着法律在社会生活中的运用,外来法律与本国生活实际出现

了越来越多的不适应性。因此,有必要检索中华民族宝库中的具有超越时空的法律文明要素。当然,我们传承的,不是僵化的古代法律制度条文,而是发源于中华民族本土上的,体现中华民族伟大创造力的理性思维的法律成果。譬如,以人为本,肯定人的价值的法理念与法律规定;人与社会、人与自然和谐的社会观、天道观、法律观;以礼为核心,礼、乐、政、刑综合为治的政治导向;法与道德相互支撑,情理法三者统一的伦理法制;援法断罪、罚当其

罪的平等观与法治观;保护鳏寡孤独、老幼妇孺等社会弱势群体的恤刑原则等等;这些都有利于防止社会矛盾的激化,达到社会的和谐。当今的法律变革,从总体看,源自西方的法律思维与制度依然占据主流地位,但是为了建设具有中国特色的社会主义法制,纯粹的西方化法律发展模式已经难以实现这一历史任务。我们需要返本开新,走中华民族独立创新自主的路。

(摘自《政法论坛》2010年第5期)

## 中西法律如何融合?

——道德、权利与实用

文◎黄宗智

现今的民、刑事法律体系不可避免地是一个多元的混合体,其中有来自中国古代、西方现代以及中国现代革命三种不同传统的成分。这是个给定现实。因此,今天中国法学的一个重要命题是,怎样协调、融合这些不同的传统来创建一个适合于当今实际的法律体系,要避免什么样的盲点和误区。明智抉择的例子则主要是,不死板地从属于西方逻辑,也不感情用事地完全坚持中国传统,而是考虑到不同历史背景,适当采用中国原有的道德准则+实用性的立法进路,经过实验而确定行之有效和为人民所接受,方才纳入正式法律条文。其中,在离婚法领域,既采用来自西方的原则,也采用中国人际道德准则以及革命传统的法庭调解。在继承和赡养法中,融和西方的男

女平等财产继承权利和中国传统赡养道德准则,并实用性地把两者结合,在继承权利中掺入赡养与否的标准。在赔偿法中,实用性地融合(西方的)“过错赔偿”以及(中方的)“无过错赔偿”,其依据是实际情况,由此出发,没有像西方形式主义法律那样,把所有涉及损失纠纷推向必分对错的错误。这样,很好地反映了中国在理论和经验的关系中,坚持连接经验与理论的思维方式。最后,在新近的刑事和解运动中,同样正在通过实践来摸索一条符合中国实际的融合中西法律的路径。通过近百年的经验,中国其实已经在实践中确定了融合中西的大方向,并做出了不少明智的抉择;当然,我们也不要忽视其中的错误经验。

(摘自《中外法学》2010年第5期)