

THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING



审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第19集

[侵权纠纷类]

医疗侵权行为法律适用的解释论及立法论考察

电磁辐射污染损害赔偿问题研究

[公司纠纷类]

公司股东可将不履行董事会决议的公司法定代表人作为第三人提出诉讼

以股权收益设定担保的性质认定



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿
新类型案件审判实务

2008年第1集·总第19集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.2008年第1集:总第19
集/北京市高级人民法院编. —北京:法律出版社,
2008.7
ISBN 978-7-5036-8585-9

I. 审… II. 北… III. 审判—案例—研究—中国—丛刊
IV. D925.05-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第086644号

© 法律出版社·中国

审判前沿:新类型案件审判实务
北京市高级人民法院编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 潘洪兴
责任编辑 潘洪兴
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960毫米 1/16
印张 13.25
字数 222千
版本 2008年8月第1版
印次 2008年8月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8585-9

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

限公

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主 任：池 强

副主任：王振清 朱 江 周继军 翟晶敏 于建伟

委 员：(按姓氏笔画排列)

王 飞 田玉玺 刘兰芳 张柳青 辛尚民

何谢忠 何通胜 陈锦川 孟 祥 徐 扬

谭京生

编 辑 部

主 编：王振清

副主编：马 强

编 辑：范跃如 唐 明 乔新生 万 钧 张 灵

张新平 宋洪印 刘晓虹 张农荣

目 录

案例研究

- ◆ 医疗侵权行为法律适用的解释论及立法论考察
 - 闫××、杨×诉海淀区某某保健院医疗事故赔偿案
 - 相关法律适用问题研究 王 成(1)
- ◆ 企业内部承包合同纠纷的审理
 - 卢某诉中央社会主义学院某某中心承包合同纠纷案
 - 法律问题研究 刘春梅(20)
- ◆ 结果加重犯基本问题研究
 - 王某某强奸案法律适用问题研究 于同志(30)
- ◆ 擅自制作网络游戏外挂出售牟利构成犯罪的应当如何适用法律
 - 谈××等非法经营案法律问题研究 罗鹏飞(47)
- ◆ 裁定驳回起诉与判决驳回诉讼请求适用标准的研究
 - 金某某金属压型板销售中心诉华某装饰工程有限公司
 - 司一般建设工程合同纠纷案法律问题研究 姜春玲 杨 兵(54)
- ◆ 不能僵化理解保险合同免责条款的说明义务
 - 张某诉华某财产保险股份有限公司北京市顺义支公司、华某财产保险股份有限公司北京分公司保险合同
 - 纠纷案法律问题研究 段春梅 王小伟(61)
- ◆ 电磁辐射污染损害赔偿问题研究
 - 巫某诉北京某房地产开发公司及广播电台环境污染
 - 案法律问题研究 胡建勇(66)
- ◆ 公司股东可将不履行董事会决议的公司法定代表人作为第三人提出诉讼
 - 三某博雅公司、澳某和公司诉柳某苑公司确认董事

- 会决议效力案法律问题研究 孙之斌(72)
- ◆劳动关系与劳务关系区分问题研究
- 张某诉某食品公司食品站劳动纠纷相关法律问题研究 范跃如(77)

疑案探讨

- ◆形迹可疑自首的认定
- 周某某故意杀人案法律问题探讨 孟 龙(86)
- ◆“废品”致人损害的侵权责任研究
- 王某诉金某产品侵权纠纷案法律问题探讨 李 扬(91)
- ◆缓刑考验期内犯新罪数罪并罚后能否再适用缓刑
- 王某交通肇事案有关法律问题探讨 姬广胜 胡 柳(96)

案例分析

- ◆被吊销营业执照的单位是否构成单位犯罪的主体
- 赵某走私普通货物案法律问题分析 李颖丽 谭劲松(99)
- ◆集资诈骗“非法占有”的认定
- 被告人于某集资诈骗案法律问题分析 白 波(103)
- ◆对刑事被告人运用骨龄鉴定的原则
- 李乙等人故意伤害案一案有关被告人年龄推定案法律
问题分析 易珍春(106)
- ◆浅论利益衡量理论在司法实践中的应用
- 胡某某与高某某相邻关系纠纷案的法律问题分析
..... 马宏敏 左 峰(109)
- ◆持赠票游园的游客人身损害赔偿的法律问题研究
- 翟某诉北京中华民族园公园管理处人身损害赔偿案
法律问题分析 胡昌明(114)
- ◆侵权损害赔偿按各自过错分担
- 中国人民财产保险股份有限公司北京市宣武支公司
诉房某某侵权损害赔偿一案相关法律问题分析
..... 韩晓冬 甄 红(118)
- ◆手术时机手术方式选择不当医院应承担相应赔偿责任
- 武某某、耿某、耿某某诉被告北京市通州区某某医院
医疗损害赔偿纠纷案法律问题分析 张清波(122)

◆以股权收益设定担保的性质认定

——某资产管理公司诉某商务公司担保合同纠纷案法律

问题分析 赵 悦(127)

◆格式货运运输合同限额赔偿条款效力的认定

——内蒙古万某科技有限责任公司诉北京安某货运服务

有限公司运输合同纠纷案法律问题分析 唐廷明 周 荆(131)

◆股东实际参加股东会可以弥补股东会召集程序的瑕疵

——某信通公司诉某停车场有限公司股东权益纠纷案法

律问题分析 吴 宁(136)

观点争鸣

◆马某的行为是职务侵占罪还是盗窃罪 杨子良 陈 丹(141)

◆吉祥车牌号码权利若干法律问题研究 王 一(144)

◆自行拆除暖气片是否免除取暖方给付供暖费义务

..... 李 强 陈 琼(149)

参阅案例

◆股东与公司之间人格高度混同应对公司债务承担连带责任 (153)

◆未在工作时间工作岗位突发疾病死亡不应认定为工伤 (157)

◆民事司法鉴定的启动除依当事人申请外,还可以由法官依

职权启动 (160)

◆淫秽电子信息属于淫秽物品 (163)

热点问题聚焦

◆道路交通事故损害赔偿法律问题研讨会会议纪要

..... 北京市高级人民法院民一庭(166)

法律文书之窗

◆北京市高级人民法院民事判决书(名誉权纠纷上诉案)

——(2007)高民终字第1146号 (171)

◆北京市第一中级人民法院行政判决书(劳动监察行政处罚上诉案)

——(2007)一中行终字第1134号 (179)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院关于印发《北京市高级人民法院关于统一民事案件二审立案标准的规范性意见》的通知 (185)
- ◆北京市高级人民法院关于印发《关于一审行政案件庭审程序的规定》(试行)的通知 (192)

【案例研究】

医疗侵权行为法律适用的解释论及立法论考察

——闫××、杨×诉海淀区某某保健院医疗事故
赔偿案相关法律适用问题研究

王 成*

一、据以研究的案例

杨×于2002年2月21日,即怀孕15周时与北京市海淀区某某保健院(以下简称某某保健院)建立了以产前检查、安全分娩为目的的医患关系,按照某某保健院的要求定期复诊并挂专家号。同年7月23日,杨×按要求第10次到某某保健院复诊,当时怀孕37+3周。上午医院专家诊查和B超检查均显示胎动、胎心率和脐动脉血流正常,但B超提示羊水过多。下午做胎心监护检查时,在医师5次推动下,做了两次合计40分钟无胎动、基线平直,复诊记录表示未出结果。值班医师嘱杨×吸氧后回家,次日复查。庭审中,医院未提供曾建议杨×留院观察的证据,亦未提供曾告知杨×当时症状具有危险性和发生事故可能性的证据。次日早复诊时,经诊断妊娠期糖耐量异常。行催产素点滴引产术,于2002年7月25日17时14分自娩一死女婴,体重2950克,身长48cm。死胎尸检结果:1. 宫内室息,肺羊水吸入;2. HIE;3. 全身脏器淤血(以肝、脾、肾等实质脏器为主),组织死后自溶明显;4. 脐静脉扩张,近肚脐侧的脐静脉有血凝块形成;5. 胎盘钙化及轻度胎盘早剥;6. 房间隔Ⅱ孔型缺损;7. 死胎(孕37+3周)。

2002年11月19日,北京市海淀区医学会(以下简称海淀医学会)作出了鉴定结论,内容是:医疗事故技术鉴定组听取医患双方陈述及审阅提供的相关材料后,一致认为本例不属医疗事故。1. 患者就医后,医生给病人做了产前检查及B

* 北京市海淀区人民法院副院长、北京大学法学院副教授、法学博士、经济学博士后。

型超声检查和胎心监护。2. 发现胎心监护异常后,给产妇吸氧气,并嘱产妇第二天再来医院复查胎心监护及数胎动。3. 产妇自身存在一些异常情况:如羊水过多、糖耐量受损、胎儿先天性心脏病以及产妇当天回家后没有数胎动。上述情况,均可能成为胎死宫内的内在原因。4. 医院不足之处,当时应尽量说服产妇留院观察。但是,即使留院观察,也可能仍不能避免胎儿死在宫内;或者入院后做剖宫产,新生儿死亡可能还不能避免。建议医院吸取经验教训,主动做好患者及家属后续工作。

闫××、杨×诉称,我们女儿的死是妇幼保健院工作不负责任、诊断不明、治疗措施不当、耽误治疗时机直接造成的。羊水过多本属高危、胎儿监护异常更显示胎儿窘迫缺氧,都应当马上留观或住院随诊予以系统监护、及时治疗。在如此危急情况下,某某保健院预约之复诊专家不在位,接诊医师掉以轻心并推诿到次日,以致婴儿夭折。杨×一直到某某保健院处请专家检查,并且病情变化时就在某某保健院处复诊,但某某保健院事后推诿责任,给杨×带来了相应的财产损失和巨大的精神损失。要求某某保健院赔偿各种费用合计114 276.04元。

某某保健院辩称,我院无不负责任和治疗不当的情况。杨×来我院确实做了相关的检查,出现NST反应后,表示婴儿可能缺氧,应在24小时内复查,医生也是这样处理的。故不认为构成医疗事故,不同意闫××、杨×的诉讼请求。

一审法院审理后认为,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规则》)规定,因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。在医院未提供相应证据的情况下,认定某某保健院未要求杨×留院观察,亦未告知杨×当时症状具有的危险性和发生事故的可能性。

基于医疗事故技术鉴定书内容分析,女婴未能存活有两方面的原因,内在原因为产妇自身的异常情况,外在原因系某某保健院医疗行为的不足。依据鉴定结论“医院不足之处,当时应尽量说服产妇留院观察”,法院认为某某保健院应认真检查并告知产妇症状及可能发生的危险后果,应要求产妇留院观察,而某某保健院未履行上述义务。鉴定结论中表述“但是,即使留院观察,也可能仍不能避免胎儿死在宫内;或者入院后做剖宫产,新生儿死亡可能还不能避免”,表明胎儿或剖宫产后的新生儿可能不能避免死亡,但也可能避免死亡,故不排除留院观察治疗有救治患者的可能。

虽然《条例》中规定“不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任”,但根据《立法法》的规定,法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。作为规定我国民法基本制度的《民法通则》,其法律效力高于《条例》。在审理案件中涉及民事法律基本原则时,法院应适用效力高的《民法通则》。《民法通则》中规定“公

民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的应当承担民事责任”,故民事责任的承担以过错侵权造成损害为前提,并不以是否构成医疗事故为承担民事责任前提。医学会鉴定不认定为医疗事故的医疗行为,并不排除该医疗行为存在过错以及因医疗行为造成患者人身损害。

法院认为,某某保健院在医疗活动中未尽到注意义务,致使患者因此而丧失救治的机会,而目前尚不能作出即使留院救治,死亡仍必然不可避免的结论,故某某保健院的医疗行为具有过错,其医疗行为与损害结果之间有一定因果关系。考虑到患者自身内在原因,以及造成女婴不能存活原因的不确定性和损害的多因一果性,故某某保健院仅应承担有限民事责任。综上,依据《民法通则》第119条之规定,判决某某保健院赔偿闫××、杨×精神抚慰金2万元、医疗事故技术鉴定费3000元、病历复印费61.3元。驳回闫××、杨×的其他诉讼请求。^①

一审宣判后,被告提出上诉,二审维持原判。

本案提出的焦点问题是:在现行法的背景下,医疗侵权案件应当如何适用法律?医疗行为经鉴定不构成医疗事故,受害人是否可以根据《民法通则》的规定获得赔偿?

二、相关法律问题研究

在《办法》阶段,关于医疗侵权损害赔偿的法律适用就有很多讨论。当时的人们希望新规定的出台能够解决这些争论。^②《条例》实施后,关于法律适用的争论不仅没有停止,反而更加激烈。在《条例》的背景下,关于医疗侵权行为法律适用的观点,可以分为以下不同的主张:

(一)支持二元结构的观点及理由

这一观点主要围绕最高法院《通知》展开。最高法院民一庭负责人认为,在医疗服务过程中因过失致患者人身损害引起的赔偿纠纷,本质上属于民事侵权损害赔偿纠纷,原则上应当适用我国的《民法通则》处理。为了妥善处理医疗纠纷,国务院公布《条例》。《条例》属于行政法规,其法律位阶低于《民法通则》;但由于《条例》是专门处理医疗事故的行政法规,体现了国家对医疗事故处理及其损害赔偿的特殊立法政策,因此,人民法院处理医疗事故引起的人身损害赔偿纠纷时应当以《条例》为依据。但是,对不构成医疗事故的其他医疗侵权纠

^① 参见(2003)海民初字第6622号民事判决书。本案中还涉及其他重要的民法和诉讼法问题,比如本案原告的损害究竟为何种损害?原告的何种权利或者利益遭受了损害?男方原告是否是适格的原告?为使话题集中,本文对此不做讨论。

^② 刘小宁:“论医疗事故损害赔偿的法律适用”,载《法学评论》1999年第4期。

纷应当按照《民法通则》第106条和第119条规定处理。其原因在于,受害人的损害必须给予救济。如果患者的生命或者身体健康因为医疗机构的过错行为受到了损害,致害人就应当对患者受到的损害承担赔偿责任。在有的情况下,虽然患者身体因医疗机构的过错行为受到了损害,但是经过鉴定医疗机构的行为不构成医疗事故的,当然不能作为医疗事故进行处理。但医疗机构仍应当对患者身体受到的损害承担医疗过失致人损害的民事赔偿责任。不能因为医疗机构的过错行为不构成医疗事故,就不对受害人的损害承担赔偿责任。公民的生命健康权是人的最基本的权利,尊重、保护人的权利这是我国宪法和法律确定的基本原则。不论什么性质的侵权行为,只要损害了公民的生命、健康,就应当给予经济赔偿,这既是我国法律给受害人最基本的救济方式,也是宪法中关于保护人的基本权利规定的具体体现。^①

有法官撰文总结了经鉴定不构成医疗事故,但存在过失因此应当承担民事责任的五种情况,可以看做是最高法院《通知》的注解。

1. 经医疗事故技术鉴定不属于医疗事故,但医院有过失承担赔偿责任的情况。闫××、杨×诉某某保健院案即属于此种情况。2. 因丢失、修改病历不能进行医疗事故鉴定,进而无法得出是否属于医疗事故的结论,医院承担赔偿责任情况。贾某某在解放军某医院进行左下肺叶切除术后,出现霍纳氏综合征,造成左眼睑下垂、眼球内凹、左交感神经损伤等症状。在鉴定过程中医院提交病历因有多处修改而中止鉴定,法院依证明责任判决医院承担赔偿责任。3. 因医疗机构诊疗过程中使用假药的过失行为,造成延误诊疗而赔偿的情况。朱某某因患直肠癌而到北京某中医医院治疗,医院不具备直肠癌诊断设备,治疗手段为使用一些无批准文号药,经药监部门认定药品属假药,延误朱某某的治疗时间长达2个月。因医学会解释已有药监部门的认定和对损害后果属于哪一等级事故难以认定,也可能因损害不明显而鉴定不是事故,故法院在未鉴定的情况下,直接判决医院因销售假药和延误患者选择其他治疗机会而承担赔偿责任。4. 因不具有相应手术资格给患者造成医疗风险增加,鉴定不属于医疗事故但医疗机构承担赔偿责任的情况。某乡医院为李某某实施输卵管结扎术,后李某某出现出血量大、腹痛加剧等症状,并在其他医院进行输卵管切除术。经某法庭科学鉴定中心鉴定其构成九级伤残,而经医疗事故技术鉴定认为手术符合正规操作规程,术后宫外孕属于手术失败,但应视为在现有医学科学技术条件下,发生无法预料或者不能防范的不良后果,故不构成医疗事故,鉴定机构同时提出应继续治疗的建议。

^① 参见《最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件适用法律问题答记者问》。

医院的两名医生在手术时虽属注册的执业医师,但一名医生超出被批准手术术种范围,另一医生所持证书未按时复核,均违反《母婴保健法》的规定。因医生无相应手术资质,造成患者医疗风险增大,而最终形成手术失败的后果,对此法院判决认定不具有资质人员进行手术,是导致手术失败的原因,由医院承担赔偿责任。5. 因医院未尽告知义务,而导致患者知情权、选择权被侵犯,并造成损害后果,未经鉴定为医疗事故,但医院赔偿的情况。某专科医院为姜某某实施心包穿刺治疗,在治疗过程中姜某某死亡,而医院在实施穿刺前未按规定让患者及家属签字,医院因该过错行为承担责任。

该法官认为,罗列诸多案例,其目的在于揭示医疗过失造成损害的多样性,《条例》的医疗事故无法全部涵盖。法官如严格执行“不属于医疗事故不赔偿”,医疗过失的存在将被视而不见,其他多样的损害将难以赔偿,受损害的患者将无法得到救济。^①

根据最高人民法院《通知》,山东高级人民法院出台《关于医疗损害赔偿案件适用法律问题》,主要内容为:

根据最高人民法院《通知》精神,人民法院在处理因医疗事故引起的医疗赔偿纠纷时应当以《条例》为依据。

对于不构成医疗事故的其他医疗侵权纠纷应当按照《民法通则》第106条及第119条规定处理,赔偿标准应适用最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿解释》)中所规定的赔偿标准。

对于医疗侵权纠纷,当事人无论是选择一般人身损害赔偿还是选择医疗事故损害赔偿向人民法院起诉,诉讼性质并未改变,只是因我国医疗事故处理及损害赔偿特殊的立法政策而可能导致赔偿数额不同。因此,对于当事人按一般人身损害赔偿起诉医疗机构的,医疗机构可以提出构成医疗事故抗辩,出具医疗事故鉴定书或申请医疗事故鉴定,经鉴定能够证明受害人的损害确实是医疗事故造成的,人民法院应当按照《条例》的规定确定赔偿数额,否则应当按照《民法通则》及有关人身损害赔偿的司法解释处理。对于有关当事人拒不配合进行医疗事故鉴定而使医疗事故鉴定无法进行的,在经法官释明后仍拒绝配合的,由其承担相应的后果。^②

从上述观点可以看出,赞成二元结构的观点,多数都对《条例》持批评态度。而二元结构的存在,是因为《条例》存在而不得已采取的权宜之计。换言之,如

① 马军:“论医患纠纷损害赔偿范围的确定”,载《法律与医学杂志》2004年第1期。

② [http://www.zhukonghang.com/ShowArticle.shtml? ID=20066231424373070.htm](http://www.zhukonghang.com/ShowArticle.shtml?ID=20066231424373070.htm).

果不是因为《条例》的存在,此种观点多数都会主张按照《民法通则》而不是《条例》来处理医疗纠纷。此点从闫××、杨×诉某某保健院案中也可以看出。

此外,有学者提出,医疗事故法律关系从概念的从属关系看,应归类于民事侵权法律关系,而且属于一种特殊的民事侵权法律关系的范畴。其特殊性表现在医疗职业的公共服务性和高风险性。因此,将医疗事故之诉与一般侵权之诉区分开来,分别适用不同的法律,既能促进医疗技术的进步,又能体现尊重人的生命和健康,以实现患者和医疗机构的“双赢”。《条例》属于医疗赔偿法产生阶段的早期立法,有其产生、发展和完善的过程。把它作为一部专门调整医患关系的民法规范独立适用而不是参照适用,与民法的基本原则相协调而不是相冲突。^①

二元结构的结果,一方面使得很多经鉴定不构成医疗事故的医疗过失行为承担了赔偿责任;另一方面,使得严重过失、造成严重后果的医疗事故侵权行为承担了较轻的赔偿责任,而较轻过失、造成较轻后果的不构成医疗事故的医疗侵权行为承担了较重的赔偿责任。作为原告,不希望将其遭受的损害鉴定为医疗事故;作为被告的医院,由于医疗事故是行政主管部门对其考核的依据,因此,也不愿意将医疗过失行为鉴定为医疗事故。这种局面,使得法律应有的激励作用发生混乱,也使得造成二元结构的《条例》备受责难。

(二)反对二元结构,主张因医疗行为引起的纠纷统一适用《条例》的观点及理由

有学者认为,《条例》规定的医疗事故概念与《办法》规定的医疗事故已经完全不同。《条例》中“医疗事故”的定义,将原来《办法》规定的“损害后果的严重性”取消了。有明显损害结果,有过失,有因果关系,就构成医疗事故。这就把民法侵权责任的构成要件全部包括在内,与《民法通则》关于侵权责任构成要件的规定是完全一致的。

“特别法优先适用的原则”,是法官裁判案件最常用的基本原则。关于医疗行为人身损害赔偿纠纷案件,《条例》属于特别法,《民法通则》关于一般侵权行为的规定属于普通法,必须优先适用《条例》的规定。^②

这种观点认为,二元结构,根源在于对《通知》第1条的错误理解。按照《条例》关于医疗事故定义的规定,不构成医疗事故的,就不应该承担侵权责任,法庭

^① 孙军:“医疗纠纷案件法律适用的法理探析”,载 <http://www.dffy.com/sifashijian/sw/200604/20060406204850.htm>。

^② 参见梁慧星:“医疗损害赔偿案件的法律适用”,载 <http://dxlawyer.blog.sohu.com/1378564.html>; 陈步:“医疗纠纷案件法律适用”,载 <http://bbs.yzjkw.com/viewthread.php?tid=89>。

应当驳回其诉讼请求,当然不能再适用《民法通则》和最高法院解释。《通知》所谓“医疗事故引起的医疗赔偿纠纷”,应当解释为“医疗行为导致人身损害的医疗赔偿纠纷”。刚起诉还没有对是否构成医疗事故作出认定,怎么就知道属于“医疗事故引起”?可见,所谓“医疗事故引起的医疗赔偿纠纷”,是不准确的。法院以“医疗行为导致人身损害的医疗赔偿纠纷”受理,经审理认定构成医疗事故的,即根据《条例》的规定判决被告承担侵权责任;不构成医疗事故的,即应驳回原告的请求。所谓“医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷”,应当解释为“非医疗行为引起的医疗赔偿纠纷”,这是指一些什么情形呢?一个是合同纠纷,另一个就是非医疗行为造成的损害。例如,产品缺陷致损,虽然构成侵权,但应该适用产品质量法的规定;因整容美容手术和变性手术造成的人身损害,属于非医疗行为,因为接受手术的是健康人。非医疗行为导致人身损害,或按照合同法追究违约责任,或按照《民法通则》追究一般侵权行为责任。再如,医院设施有瑕疵导致损害,医院管理有瑕疵导致损害如抱错婴儿,还有医生故意伤害患者,拿患者做试验,统统属于医疗行为以外的原因造成的损害,就是《通知》所谓“医疗事故以外的原因引起的医疗赔偿纠纷”,都不适用《条例》。其中,造成财产损害的,应适用合同法;造成人身损害的,应适用产品质量法或者《民法通则》关于一般侵权行为的规定。这样就可以消除“二元化”体制。^①

另有观点认为,对于《通知》的该项规定,在适用过失医疗纠纷时应做“限缩解释”,即将过失医疗纠纷“适用民法通则的规定”解释为仅是在构成要件上适用《民法通则》的规定,而在法律效果上则并不适用。至于其法律效果,笔者认为应类推适用《条例》的有关规定。类推适用《条例》的理由在于:其一,按上述解释,《通知》的规定对于过失医疗纠纷而言,仅是在构成要件上适用《民法通则》的规定,而在法律后果上却未作规定,因而出现在法律漏洞;其二,依“相似案件,应作相似处理”的法律原则,过失医疗纠纷在事实构成上与医疗事故纠纷最为相近,所以应采漏洞填补方法中的类推适用方法予以填补。^②

(三)反对二元结构或者反对优先或独立适用《条例》,主张统一适用《民法通则》处理医疗纠纷之观点及理由

这一观点及理由又可以分为两大方面:

第一方面,反驳二元结构或者主张统一适用《条例》的观点及理由:

(1)《条例》和《民法通则》不是特别法与普通法的关系。将《条例》理解成

^① 参见梁慧星:《医疗损害赔偿案件的法律适用》。

^② 参见高宏伟:“论不构成医疗事故的其他医疗纠纷的法律适用”,载 <http://www.chinamedlaw.com/html/2005-1-6/200516222345.htm>。

《民法通则》的特别法,是犯了常识错误。^①

(2)《条例》违反了《立法法》的规定。《立法法》明文规定,民事基本制度应当由法律规定,国务院没有权力制定涉及公民人身权利的民事限额赔偿制度。^②

(3)证明优先适用《条例》审理医疗事故赔偿案件原则的合法性和合理性而提出的法律根据论和事实根据论,都是错误的、站不住脚的,因而是不能令人信服的。最高人民法院提出的法律适用原则不具有合法性和合理性。《条例》关于医疗事故构成要件和赔偿项目及标准的规定,只不过是卫生行政部门在处理医疗事故争议过程中应争议当事人的请求对医疗事故赔偿问题进行调解时应当依据的法规范,它并不具有民事裁判规范性,对于法院审理医疗纠纷民事案件而言,原本就不存在任何法律适用上的意义。法院在审理医疗纠纷赔偿案件时,原本就根本没有法律上的义务去区分所谓医疗事故引起的和医疗事故以外的原因引起的两类案件,原本就应当适用《民法通则》关于侵权构成要件的原则规定对系争医疗行为的性质作出判断,适用《民法通则》关于侵权赔偿责任的规定和最高人民法院关于侵权赔偿责任的司法解释,对特定案件的医疗侵权损害赔偿的数额作出判决。^③

(4)医疗事故的概念无法涵盖所有的损害。例如,根据《医疗事故分级标准(试行)》(2002)关于四级医疗事故的规定,造成患者下列情形之一的,才构成医疗事故:1. 双侧轻度不完全性面瘫,无功能障碍;2. 一拇指末节1/2缺损;3. 局部注射造成组织坏死,成人大于体表面积2%,儿童大于体表面积5%。据此,完全可以得出,如果由于医方过失,造成患者“一侧轻度不完全性面瘫,无功能障碍”;或“一拇指末节1/3缺损”;或“局部注射造成组织坏死,成人小于体表面积2%,儿童小于体表面积5%”等,因为不属于“明显的人身损害”,都不是医疗事故,医方无须承担责任。^④对于这些损害如果不给予赔偿的话,有违民法基本原则。

第二方面,正面主张应当适用《民法通则》处理医疗侵权纠纷,有代表性的

① 参见王培萌:“浅谈医疗纠纷的法律适用问题”,载 <http://www.5ilaw.com/thread-12270-1-9.html>;朱珍华:“论医疗损害赔偿案件的法律适用”,载 <http://www.cnlaw.net/doc/article/2006-6-3/188-1.htm>。

② 朱祖飞:“医疗损害赔偿法律适用之我见——与梁慧星先生商榷”,载 <http://bbs.fyfc.cn/dispidetail.aspx?bbsid=6543&catid=0>。

③ 杨小欣:“评‘区分不同类型分别适用法律’的审理医疗侵权赔偿案件的原则——最高人民法院民一庭负责人《答记者问》读后感”,载 http://www.lunwenwang.com/Freepaper/Legalpaper/administrativelaw/200608/Freepaper_16356.html。

④ 朱祖飞:《医疗损害赔偿法律适用之我见——与梁慧星先生商榷》。

主要理由如下:

(1)司法判断的价值基础是患者生命健康权利重于医院运行发展的权利。《医疗机构管理条例》规定,医院的宗旨是救死扶伤,防病治病,为公民的健康服务。所以,医疗机构必须保障患者的生命健康权。尽管医学具有特殊性 & 风险性,加上它的公益性质,若承担纠纷赔偿过多的话,会加大运行成本,影响其正常运转和发展,但司法者裁判医疗纠纷案件,仍应从国家和社会的角度考虑,基于患者生命健康权最重要这一立法取向,适用法律应有利于患者。

(2)医疗纠纷案件一律适用《民法通则》及其相关司法解释已成趋势。对于两类医疗纠纷案件的法律适用应当统一,也已逐渐成为社会各界的共识。就像以往对道路交通事故赔偿与非道路交通事故赔偿,也曾长期存在法律适用不统一的问题,但随着有关人身损害赔偿的司法解释的出台,不统一现象得到了圆满解决。这是值得解决医疗纠纷案件“二元化”现象所借鉴的。^①

(四)本文观点及理由

1. 作为讨论前提,首先需要厘清几个概念

(1)医疗侵权行为及其分类。医疗侵权行为,也称为医疗活动中的侵权行为,是指在医疗活动中患者发生生命、健康、隐私等人身权损害且应由医疗机构或实施医疗行为的人承担相应民事责任的行为。

之所以将发生在医疗活动中的侵权行为都称为医疗侵权行为,一个主要考虑在于普通社会大众的观感。对于普通社会大众而言,参与医疗活动遭受侵害,自然感觉就是医疗侵权行为。医疗侵权行为发生在医疗活动中,因此,在医院行走因地板湿滑而摔倒受伤,就不属于医疗侵权行为;不属于医疗活动的生活美容中发生的侵权行为也不属于医疗侵权行为。至于医疗美容是否属于医疗活动,学者存在不同看法。《医疗美容服务管理办法》第2条规定,本办法所称医疗美容,是指运用手术、药物、医疗器械以及其他具有创伤性或者侵入性的医学技术方法对人的容貌和人体各部位形态进行的修复与再塑。医疗美容除具有相应资质的医疗机构可开展外,一些同样具有资质的美容机构也可开展。一般医疗行为目的在于诊治疾患,而医疗美容目的在于对人的容貌及形体进行修复或者再塑。尽管如此,由于医疗美容的方式是手术、药物、医疗器械以及其他具有创伤性或者侵入性的医学技术方法,应当将医疗美容纳入医疗活动的范围,而无论其实施主体是医疗机构还是一般的美容机构。由此引发的侵权纠纷,应当属于医疗侵权纠纷。

^① 王宇华:“医疗纠纷案件适用法律之我见”,载《健康报》2005年12月9日;朱珍华:《论医疗损害赔偿案件的法律适用》。