

中国医疗损害责任制度 改革研究

肖柳珍 著



中国政法大学出版社

广东省哲学社会科学“十二五”规划项目

中国医疗损害责任制度 改革研究

肖柳珍 著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

中国医疗损害责任制度改革研究 / 肖柳珍著. —北京：中国政法大学出版社，2014.4

ISBN 978-7-5620-5264-7

I. ①中… II. ①肖… III. ①医疗事故—民事责任—司法制度—体制改革—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第056483号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	9
字 数	200千字
版 次	2014年4月第1版
印 次	2014年4月第1次印刷
定 价	29.00元

序

PREFACE

肖柳珍是我 2013 指导的访问学者。认识肖柳珍是三年前的事情。当时她以一篇题为《中国医疗损害责任制度改革研究》的论文求教于我，我谈了一些自己的看法。三年后，她把这个问题写成了著作，并且得到了广东省哲学社会科学“十二五”规划后期资助项目的资助。今要我为序，当然允之。

该著作有三个方面的内容。第一，对医疗损害责任制度所涉及的基本理论问题进行了较为全面深入的探讨，特别是对医患关系的法律属性所进行的尝试性分析以及对医疗损害的特点所进行的专业性分析，是该书不同于其他相关著作的亮点。第二，对我国改革开放以来，整个医疗损害责任制度改革的历史进程进行了比较细致的研究，并对每一阶段医疗损害责任制度的内容、特点及问题进行了分析与评述。通过这一部分的研究，使我国医疗损害责任制度改革的脉络较为清晰地呈现出来，有助于对我国医疗损害责任制度改革的整体认识。其中对《侵权责任法》实施后，医疗损害鉴定制度所进行的大量实证研究，有助于对医疗损害鉴定制度的理性分析。第三，对我国医疗损害鉴定制度改革的反思，并在此基础上提出了完善医疗损害责任制度的一些看法与观点。总体来说，反思是比较客观地分析了当前所存在的问题，并从侵权责任法的功能与医学的目的这

两方面对现存制度进行了剖析。这些看法值得进一步分析与研究。书中的完善对策部分也具有一定的针对性与现实性。根据医疗损害的特殊性，书中提到的重视民事责任制度与行政责任制度的衔接具有较好的价值，能从制度层面更好地保障患者的医疗安全，但也不妨碍对受害患者的救济。同时，鉴于医疗损害的特殊性，在目前的体制下，建议采取医疗专家陪审员制度，也具有一定的现实意义与可操作性。

该著作集医学、法学与管理学思维于一体，体现了作者的研究和思考的深度。作者具有扎实的医学知识体系和法学、管理学知识的基础，在研究医疗法律制度方面具有一定的优势，且勤学、自律、不怕苦。鉴于作者的学识结构，该著作在法学理论方面还有进一步提升的空间。我相信，通过她不断的努力与钻研，一定会取得更多更好的学术研究成果。

是为序。

杨立新 *

2013年12月12日

* 中国人民大学法学院民商事法律研究中心主任。

目 录

CONTENTS

序	I
导 论	1

上篇：基础理论篇

第一章 医患关系法律属性	9
第一节 民事法律关系	9
一、合同关系	9
二、法定权利义务关系	16
第二节 行政法律关系	23
一、行政法律关系概述	23
二、强制医疗的含义与范围	24
三、强制医疗的法律性质	25
第三节 社会法法律关系	28
一、社会法概述	28
二、医患关系的社会法属性分析	30
第二章 医疗损害特殊性	34

第一节 医疗服务的高风险性	34
一、风险因素	34
二、风险事件	47
三、风险后果	50
第二节 疾病的参与性	52
一、疾病基础性	52
二、疾病自然进展性	56
第三节 过错与无过错的交织性	57
一、有过错的医疗损害	57
二、无过错的医疗损害	59
第三章 医疗纠纷爆发成因	62
第一节 制度因素	62
一、新旧医疗保障制度断层	62
二、医疗服务市场化趋利	65
三、医疗诉讼制度便捷	66
第二节 社会因素	68
一、价值观沉浮	68
二、媒体导向	70
三、职业“医闹”	71
四、患者权利变迁	72
第三节 医院因素	74
一、医德下滑	74
二、执行缺陷	75
第四章 医疗纠纷解决机制	76
第一节 医疗过失诉讼机制	76

一、基本特征	76
二、缺陷	79
三、不利影响	82
第二节 替代性纠纷解决机制	87
一、替代性纠纷解决机制概述	87
二、替代性纠纷解决机制与医疗纠纷	93
三、替代性纠纷解决机制在我国医疗纠纷中的现状	94

下篇：实践探索篇

第五章 《办法》时期医疗损害责任制度	99
第一节 《办法》基本特点	99
一、行政主导	99
二、责任限制	100
三、原因区分	101
四、限制诉讼	101
五、国家补充	102
第二节 《办法》实施后期的改革措施	102
一、索赔经济损失直接诉讼	102
二、《民法通则》直接适用	103
三、诉讼案由二元化	103
四、医疗侵权诉讼举证责任倒置	103
第三节 改革《办法》的讨论意见	104
一、处理医疗事故的主体	104
二、医疗事故分类	105

三、医疗事故技术鉴定	105
四、医疗事故处理	106
五、赔偿问题	106
第四节 对《办法》时期医疗损害责任制度的述评	106
一、设置民事诉讼前置程序的必要与争议	106
二、限制损害赔偿的合理与矛盾	109
三、区分责任与技术的科学与无效	112
四、鉴定的专业与公正失衡	114
五、举证责任倒置的理想与两难	115
第六章 《条例》时期医疗损害责任制度	119
第一节 《条例》整体思路	119
一、医疗事故处理的矛盾分析	119
二、解决医疗事故处理矛盾的思路	121
三、处理医疗事故要抓住的几个环节	123
第二节 《条例》相对于《办法》的具体变革及分析	124
一、扩大救济范围	124
二、平衡双方诉讼武器	126
三、赋予直接起诉权	128
四、鉴定相对中立	129
五、提高医疗损害赔偿标准	133
六、取消责任与技术的区分	136
第三节 《条例》时期司法实践中的其他改革措施	137
一、《条例》的参照适用	137
二、事故损害与过错损害应适用不同的法律依据	138
三、一些地方性法规的补充	138

四、医疗纠纷诉讼案由的统一	139
第四节 《条例》时期医疗损害责任制度及医患关系的乱像	139
一、三个双轨制的二元化医疗损害责任制度	139
二、医患矛盾持续恶化	144
第七章 《侵权责任法》中的医疗损害责任	148
第一节 医疗损害责任制度的理论基础	148
一、人格平等是医疗损害责任改革的基本方向	148
二、兼顾多方利益是医疗损害责任改革的基本要求 ...	149
三、过错责任原则是建立和谐医患关系调整三者利益的最佳平衡器	150
四、坚持民事诉讼武器平等原则妥善处理诉讼机会和诉讼利益的平衡	151
第二节 医疗损害责任的类型	152
一、医疗伦理损害责任	153
二、医疗技术损害责任	153
三、医疗产品损害责任	154
第三节 医疗损害责任的归责体系	154
一、医疗损害责任的归责原则体系由三个归责原则构成	154
二、过错责任原则是医疗损害责任的基本归责原则 ...	155
三、过错推定原则和无过错责任原则是医疗损害责任归责原则的特殊情形	156
第四节 医疗损害鉴定制度的现实剖析	156
一、当前医疗损害鉴定制度中基本问题与共识探讨 ...	156

二、江苏模式与北京模式比较研究	165
三、医疗损害鉴定实证研究	174
第八章 我国医疗损害责任制度改革的反思	196
第一节 我国医疗损害责任制度改革存在问题	196
一、民事责任的高度关注	196
二、赔偿标准一般化	199
三、诉讼机制主导	200
四、医疗损害鉴定二元化	203
第二节 我国医疗损害责任制度改革可能引起的后果	204
一、从法律制度层面迫使医务人员同病人相对立	204
二、不利于医疗卫生事业的长远发展	210
第三节 对我国医疗损害责任制度改革基本问题的再思考	213
一、医学的本质是什么	213
二、医疗服务市场的特征是什么	216
三、《侵权责任法》功能在医疗服务领域的再思考	220
第九章 完善我国医疗损害责任制度的对策研究	227
第一节 医疗损害责任制度改革的价值取向	227
一、健康保障性	227
二、成本效益性	229
三、社会正义性	231
第二节 医疗损害责任制度的设计原则	233
一、损伤预防原则	234
二、医患利益平等原则	235
三、专家优先制度与外行人制度相结合的原则	235

四、ADR 优先与诉讼相结合的原则	236
五、对医生的惩罚性与教育性相结合的原则	237
六、社会成本和私人成本与社会收益和私人收益 综合考虑的原则	237
七、诉讼现实与 ADR 现实相结合的原则	238
第三节 医疗损害责任制度的重构设想	238
一、加强民事责任与行政责任的制度衔接	238
二、建立多元化的医疗损害赔偿制度	241
三、适当限制医疗机构损害赔偿责任	244
四、替代性纠纷解决机制与诉讼的有机结合	246
五、统一医疗损害鉴定制度	247
六、优化医疗损害纠纷审判制度	258
参考文献	265
后 记	274

导 论

医疗损害责任的解决是世界上大多数国家所面临的难题。它涉及医疗技术的风险性与医疗的安全性之间的矛盾，患者权益的确定性与医疗义务不确定性之间的矛盾，个案的极限保护与全体患者均衡保护的矛盾，医疗成本的约束性与国民健康需求的开放性之间的矛盾，医疗责任的惩罚性与医疗技术的进步性之间的矛盾，医疗纠纷解决机制的成本与效益之间的矛盾，等等问题。在我们国家经济体制改革的过程中，医疗纠纷几乎成为全社会关注的热点问题。伴随着全社会改革过程中物质财富的积累，医疗领域却变得越来越有争议和难以平静。在某种程度上，医患双方都被推向了受伤的境地。下面这一幕当时在全国产生了巨大的反响。

2009年6月21日，福建省南平市第一医院，一位“肾积水并尿毒症”的重症患者因呼吸功能衰竭、心脏骤停，经抢救无效死亡。21日凌晨3时，家属拒绝迁移死者尸体，将泌尿外科全科室封闭，泌尿外科的值班医生、手术医生和所有在院病人都被关在病房。21日8点，整个医院处于瘫痪的状态。最令人不解的是，警察到来后，无所作为，坐观待命。随后，市政府出面调解，患者家属要求赔偿80万元，调解无效。6月21日下午，患方召集了200多名社会势力，手持木棍及匕首冲至医院，封锁门诊大楼，摆满花圈，并焚烧纸钱，见到穿白大褂的医务

人员即大打出手，有一名医生身中6刀，被送进医院抢救，另外有10余名医生、护士被不同程度砍伤。在此过程中，警察得到的命令始终是“待命”，市政府给医院指示始终是“尽快调解”。6月21日晚23点，患方再次召集6辆中巴车载满打手至医院，围攻办公楼至22日凌晨3点，声称再不按其要求赔偿，则将医院办公大楼炸毁。市政府责成医院赔款21万。事后，有人看见家属在门诊大厅公开发钱。6月23日，医务人员忍无可忍，自发组织到市政府门前请愿，要求严惩凶手。^{〔1〕}

面对如此让人寒心的恶性医患冲突，我们不禁要问：这仅仅是医生与患者之间的问题吗？很显然，答案是否定的。这些悲剧的产生有着多重表层与深层次原因。我们国家的医疗损害责任制度经历了以《医疗事故处理办法》、《医疗事故处理条例》以及《侵权责任法》为代表的变革过程。从纯法学或纯法律的视野来评价，可能已经取得了诸多的成就，但是，将其置身于医疗法律制度的社会价值与功能视野来考察，仍有许多地方值得探讨并有待完善和改进。

该书以医患关系的法律属性作为逻辑起点，以我国医疗损害责任制度改革的历史进程作为研究线索，以健康保障作为医疗损害责任制度的最终目标，对我国医疗损害责任制度的改革与完善进行了系统研究，共分为二篇九章。上篇为基础理论篇，包括一至四章，主要探讨医疗损害责任制度涉及的基本问题。下篇为实践探索篇，包括五至九章，主要探讨我国三阶段的医疗损害责任制度及其反思，并对完善我国医疗损害责任制度提出了对策建议。

第一章为医患关系的法律属性。从民事法律关系、行政法

〔1〕 “中国大陆近年恶性医患冲突案例简编：在中国当医生真是命苦”，<http://bbs.tianya.cn/post-free-2449911-1.shtml>，最后访问时间：2013年4月6日。

律关系及社会法法律关系三个角度探讨了医患关系的法律属性。一般情况下, 医患关系民事法律属性的认定, 能够解决医疗损害赔偿的法律适用问题。但针对强制医疗的情形, 民事法律关系显然不能涵盖。另外, 从社会发展的角度看, 纯粹的民事法律关系属性也很难从根本上解决医患矛盾。医患关系在当今社会, 体现出了不同程度的社会法法律关系。

第二章医疗损害的特殊性。医疗损害不同于其他任何人身损害。医疗服务的高风险性、自身疾病的参与性以及过错与无过错的交织性是医疗损害自身固有的特点。只有客观认识医疗损害的特殊性, 才有可能构建一个相对公平有效的医疗损害责任制度。

第三章医疗纠纷爆发的成因。医疗保障制度的断层或错位、医疗服务市场化的趋利及诉讼制度的便捷是主要的制度原因。社会价值观的沉浮、媒体导向、职业“医闹”及患者权利意识的变迁是重要的社会因素。医德下滑及医疗规章制度执行缺陷是医院方面的主要原因。多种因素形成合力, 使当前的医疗纠纷既复杂又难解。

第四章医疗损害责任解决机制。医疗过失诉讼机制的基本特征是医疗过失认定的专业性、医疗损害事实认定的复杂性、医疗损害因果关系的多元性。由于医疗服务的复杂性及诉讼程序的刚性, 医疗过失诉讼更多地表现为一些制度上的缺陷, 包括证明责任的医患两难性、医疗过失认定的不确定性、审判中的医疗技术制约性。其不利影响主要表现为医疗服务提供者采取的防御性医疗(变相拒绝治疗或过度治疗), 从而对患者及社会造成不利。替代性纠纷解决机制运用在医疗领域有其优势, 但也存在一些缺陷。

第五章《医疗事故处理办法》时期的医疗损害责任制度。

《医疗事故处理办法》的基本特点包括：行政主导、责任限制、原因区分、限制诉讼及国家补充。《医疗事故处理办法》实施后期，为了解决现实中的医患冲突，最高人民法院通过发布司法解释，对这一时期的医疗损害责任制度进行了变通。主要表现为患者索赔经济损失可以直接诉讼、《民法通则》可以在医疗事故损害中直接适用、诉讼案由二元化以及医疗侵权诉讼举证责任倒置。改革《办法》的呼声也日益高涨。在处理医疗事故的主体、医疗事故的分类、医疗事故技术鉴定、医疗事故的处理以及赔偿方面达成了一些基本一致的权威意见。总体而言，这一时期的医疗损害责任制度，既有合乎理性的一些制度设计，在现实中又存在诸多的问题，主要包括设置民事诉讼前置程序的必要与冲突、损害赔偿限制的合理与矛盾、区分责任原因与技术原因的科学与欠操作、鉴定专业性与公正性的失衡以及举证责任倒置的理想与两难。

第六章《医疗事故处理条例》时期的医疗损害责任制度。《条例》是在《办法》的基础上修改制定的，《条例》的整体思路是以客观认识医疗事故处理中的矛盾作为出发点，以解决医疗事故处理中的基本矛盾为目标，架构医疗事故处理中要抓住的关键环节。《条例》针对《办法》存在的问题，进行了具体的制度变革，包括扩大救济范围、平衡双方诉讼武器、赋予直接起诉权、鉴定相对中立、提高医疗损害赔偿标准以及取消责任与技术原因的区分。然而，《条例》颁布不久，最高人民法院发布的一些司法解释，包括《医疗事故处理条例》的参照适用、事故损害与过错损害应适用不同的法律依据、一些地方性法规的补充及医疗纠纷诉讼案由的统一，使《条例》在面世不久即面临着被边缘化的境地。结果是这一时期的医疗损害责任制度形成了三个双轨制构成的二元化医疗损害责任制度，医患矛盾

持续恶化。总体而言,《条例》时期的医疗损害责任制度与现实达到了极度的混乱。

第七章《侵权责任法》中医疗损害责任制度。医疗损害责任制度的理论基础主要包括以下几点:人格平等是医疗损害责任改革的基本方向,兼顾多方利益是医疗损害责任改革的基本要求,过错责任原则是建立和谐医患关系、调整三者利益的最佳平衡器。医疗损害责任的类型包括医疗技术损害责任、医疗伦理损害责任及医疗产品损害责任。归责体系由三个归责原则构成,过错责任原则是医疗损害责任的基本归责原则,过错推定原则和无过错责任原则是医疗损害责任归责原则的特殊情形。《侵权责任法》框架下医疗损害鉴定制度,一要警惕形式意义上的鉴定公正带来实质意义上的鉴定不公正,二要警惕法律对患者的保护带来医疗对患者的伤害。在当前医疗损害鉴定制度构建过程中应达成一些基本共识,包括医疗损害的鉴定不是一般法医能胜任的鉴定工作;医疗事故技术鉴定制度仍是一项可利用的制度资源。通过对具有代表性的北京模式与江苏模式进行比较研究发现,二者既有相同点,也有一些明显的不同点。总体而言,目前的鉴定制度仍然是双轨制的鉴定模式。以广东省法院系统及司法鉴定机构作为调研对象的实证研究表明,当前医疗损害鉴定制度构建中,要重点关注医疗损害鉴定意见的专业性与中立性、医疗损害鉴定路径的选择以及医疗损害鉴定制度关键环节一元化中的相关问题。

第八章我国医疗损害责任制度改革的反思。当前,我国医疗损害责任制度改革存在的问题包括民事责任的高度关注、赔偿标准的一般化、诉讼机制的主导以及医疗损害鉴定二元化的实质性存在,其不利后果主要表现为从法律制度层面迫使医务人员同患者相对立,不利于医学科学的长远发展。在医疗损害