

21

21世纪法学规划教材

医疗损害责任法

MEDICAL INJURY LIABILITY LAW

杨立新 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

21 世纪法学规划教材

医疗损害责任法

Medical Injury Liability Law

杨立新 著



法律出版社

始于1954年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

医疗损害责任法 / 杨立新著. —北京:法律出版社, 2012. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3404 - 1

I. ①医… II. ①杨… III. ①医疗事故—民事责任—研究—中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 067166 号

©法律出版社·中国

责任编辑/谢清平

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/25.5 字数/402 千

版本/2012 年 5 月第 1 版

印次/2012 年 5 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 - 3404 - 1

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)

编写说明

2009年12月26日通过、2010年7月1日生效实施的《侵权责任法》专章规定“医疗损害责任”，这是我国民事立法的独创性立法，完全是根据我国的实际情况创立的，具有中国特色。这一方面说明我国立法机关对医疗损害责任关系进行法律调整的重视，另一方面也说明我国在医患关系上存在的问题较多，需要专门立法解决。

我作为《侵权责任法》立法的亲历者，编写这部《医疗损害责任法》教材主要基于以下原因：

第一，我研究医疗损害责任法是从1990年开始的。那时我在最高人民法院民事审判庭当法官，接触了大量的医疗事故责任纠纷案件，其中在适用法律、保护患者的合法权益上存在很多不尽如人意的问題，想办法解决却无济于事，因此产生了浓厚的兴趣，二十多年来一直在不断地进行研究，有了很大收获，也积累了很多经验，几十篇文章和几部著作的积累，使我有能力写作这样一部教材。

第二，在参加《侵权责任法》立法工作中，我对设计和编写第七章“医疗损害责任”的框架和内容起到了较大作用，也有很深刻的体会，对条文的理解比较透彻。面对学者对该章规定的不同见解和说明，有感而发，愿意将自己的学习、研究体会总结出来，给学者、法学专业的老师和学生正确理解医疗损害责任的法律规定提供参考，也将自己的研究不断引向深入。

第三，近年来，我到过很多医学院校和医疗机构以及卫生行政部门讲学，宣讲《侵权责任法》关于医疗损害责任的规定，宣讲医疗损害责任法的基本原理和规则。我发现法学专业的学生特别是医学院的法学专业学生对学习医疗损害责任法都有迫切要求，而目前在我国医学院校法学专业使用的这类教材十分缺乏，几乎没有能够全面阐释《侵权责任法》关于医疗损害责任规定的教材，而多数医学院校都开设卫生法学或者医疗法、医事法专业，教材的需求量很大。我有责任编出一部适合医学院校法专业学生学习医疗损害责任法的教材。

第四，也是很重要的原因，2010年我受聘南方医科大学特聘教授，要在该

校带学生并授课。我跟学校的领导说,我要写好这部教材,献给南方医科大学,献给南方医科大学的学生们。

用了三个多月的时间,我终于完成了这部教材的写作,交给出版社付梓。各位老师和学生使用本教材,有以下几个问题需要注意:

第一,本教材紧密结合《侵权责任法》关于医疗损害责任的规定,同时结合《侵权责任法》的一般性规定,全面构建了医疗损害责任法的体系。之所以叫做医疗损害责任法,就是不要局限在《侵权责任法》第七章关于医疗损害责任规定的范围之内,而是统观《侵权责任法》的全局,建立一个完整的医疗损害责任法的体系和内容。

第二,本教材分为总论和分论两部分。总论部分主要阐释医疗损害责任法的总则性问题,共设计六章进行说明。其中第二章关于医疗损害责任法的改革问题,主要是给学生正确理解《侵权责任法》第七章关于医疗损害责任规定提供背景资料,其他各章阐释医疗损害责任法的基本问题,第三章“医疗损害责任构成与医疗损害赔偿请求权”是全书的重点。分论部分分为四章,分别说明医疗伦理损害责任、医疗技术损害责任、医疗产品损害责任和医疗管理损害责任的具体类型和问题。

第三,在分论中说明各种不同的医疗损害责任类型时,在对该种类型的医疗损害责任进行一般性的概述之后,都选择一个或者几个有关这类医疗损害责任类型的具体问题进行说明,一方面是为了使学生能够更深入地理解这种医疗损害责任类型的具体问题,同时也是对这些具体问题展开深入研究,扩展教学内容的深度和知识点。设置的具体问题研究并非全面展开这类医疗损害责任的类型研究,仅仅是作者本人有深入研究、有独立看法的一些具体问题。

第四,本教材的每一节之前都安排一个典型案例,借此说明这个问题的基本规则和在实践中的具体表现。我想用这样的方法能使学生在学中做到理论联系实际,看到实际生活中的问题,培养解决实际问题的能力。

第五,本教材的容量较大,涉及的问题较多,教学安排建议 4×12 周或者 3×17 周即48课时或者51课时。

第六,本教材中的一些具体问题,是我和我的学生共同研究的成果,他们是袁雪石、陈璐、王玲芳、王丽莎、马辉。在这些部分我都加了注释,说明合作研究的同学的姓名。在本教材面世的时候,我向他们表示衷心的感谢。

鉴于对医疗损害责任法理论和实践理解的实际水平,以及《侵权责任法》刚刚公布实施不久,对它的学习和理解都在继续进行之中,特别是我的医学专业修养的限制,虽有具有医学背景的学生们的帮助,分析问题仍感力不从心。

因此,尽管本书是我二十多年研究成果的集合,但仍然有不尽如人意之处。请使用本教材的老师、同学以及各位读者批评指正。

南方医科大学特聘教授
中国人民大学民商事法律科学研究中心主任
中国人民大学法学院教授

杨立新

二零一二年二月六日·元宵节

出版说明

法律出版社作为中国历史最悠久、品牌积淀最深厚的法律专业出版社,素来重视法学教育图书之出版。

“21 世纪法学规划教材”系列作为本社法学教育出版的重心,延续至今已有十年。该系列一直以打造新世纪新经典教材为己任,遍揽名家新秀,因其卓越品质而颇受瞩目并广受肯定。

中国的法学教育正面临深刻变革。未来的法学教育势必以培养高素质法律人才为目标,以知识教育与应用教育相结合、职业教育与素质教育相结合、精英教育与大众教育相结合为导向。为顺应未来法学教育的改革方向和发展趋势,本社应时而动,推出全新“21 世纪法学规划教材”,为不同学科、不同层次、不同阶段、不同需求的法学师生量身打造法学教材及教参。在教材方面,将推出课堂教学系列、实训课程系列、通识课程系列、简明本系列、双语教学系列等;在教参方面,将推出案例教程系列、法规教程系列、练习与测验系列、法学讲座系列、专业培训系列等。或革新,或全新,以厚基础、宽口径、多元化、开放性为基调,力求从品种、内容和形式上呈现崭新风采,为法学师生提供更好教本与读本,同享规划教材之盛。

“好书,同好老师和好学生分享”。本社在法学教育图书出版上必将继往开来,以精益求精的专业态度,打造本套全新“21 世纪法学规划教材”。传播法学知识,传承法学理念,辅拂法律教育事业,积累法律教育财富,服务于万千法学师生和明日法治英才。

法律出版社

作者简介

杨立新 1952年1月生,吉林省通化市人,研究生同等学力。现为南方医科大学特聘教授、教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心主任,法学院教授、博士生导师,中国民法学研究会副会长、北京市消费者权益保护法学会会长、东亚侵权法学会理事长。代表性著作有:《侵权法论》、《人身权法论》、《侵权责任法》、《债法总论》、《合同法》、《物权法》、《亲属法》和《杨立新民法讲义》(七卷本)等。

目 录

上卷 总 论

第一章 医疗损害责任与医疗损害责任法	(3)
第一节 医疗损害责任	(3)
第二节 医疗损害责任法	(15)
第二章 医疗损害责任法改革	(26)
第一节 《侵权责任法》改革医疗损害责任法之前的基本状况	(26)
第二节 医疗损害责任形成二元化结构的基本原因和弊病	(33)
第三节 《侵权责任法》实行医疗损害责任改革的理论基础 和基本方向	(37)
第四节 《侵权责任法》医疗损害责任改革的成功与不足	(48)
第三章 医疗损害责任构成与医疗损害赔偿请求权	(61)
第一节 医疗损害责任一般条款	(61)
第二节 医疗损害责任的归责原则	(71)
第三节 医疗损害责任的构成要件	(89)
第四节 医疗损害责任的免责事由	(111)
第五节 医疗损害赔偿请求权及诉讼时效	(118)
第四章 医疗损害责任的证明	(123)
第一节 受害患者对违法诊疗行为和损害 事实要件的证明	(123)
第二节 因果关系的证明及举证责任	(127)
第三节 医疗过错的证明及举证责任	(140)
第四节 医疗损害责任的司法鉴定	(155)
第五章 医疗损害责任的责任形态	(169)

第一节 医疗损害责任的替代责任	(169)
第二节 医疗产品损害责任的不真正连带责任	(178)
第三节 医疗损害责任中的连带责任	(190)
第六章 医疗损害赔偿与原因力规则	(196)
第一节 医疗损害责任的赔偿应当实行统一标准	(196)
第二节 医疗损害责任的统一赔偿标准	(202)
第三节 合理确定医疗损害赔偿赔偿责任	(213)
第四节 医疗损害赔偿赔偿责任的原因力规则	(222)

下卷 分 论

第七章 医疗伦理损害责任	(239)
第一节 医疗伦理损害责任概述	(239)
第二节 违反告知义务的医疗伦理损害责任	(252)
第三节 中医的告知义务及违反告知义务的责任	(264)
第四节 过度医疗的医疗伦理损害责任	(275)
第八章 医疗技术损害责任	(293)
第一节 医疗技术损害责任概述	(293)
第二节 错误出生的损害赔偿赔偿责任及适当限制	(306)
第九章 医疗产品损害责任	(325)
第一节 医疗产品损害责任概述	(325)
第二节 医疗机构在违反药品召回义务中的责任	(338)
第三节 血液与消毒药剂的医疗产品损害责任	(353)
第十章 医疗管理损害责任	(361)
第一节 医疗管理损害责任概述	(361)
第二节 侵害人体医疗废物的医疗管理损害责任	(374)

上卷 总 论

第一章 医疗损害责任与医疗损害责任法

本章要点

医疗损害责任,是指医疗机构及其医务人员在诊疗活动中因过错,或者在规定的情况下无论有无过错,造成患者人身损害、精神损害或者财产损失,应当承担的以损害赔偿为主要方式的侵权责任类型。医疗损害责任法,是有关医疗损害行为的定义和种类,以及对医疗损害行为如何进行制裁、对患者医疗损害后果如何进行补救的侵权责任法律规范的总称。医疗损害责任法并不是一个单独的法律,而是《侵权责任法》第七章“医疗损害责任”和应用于医疗损害责任的《侵权责任法》的一般性规定,以及其他法律、法规和司法解释中规定的有关医疗损害责任的规范。

关键术语

医疗损害责任 医疗损害责任法 医疗事故罪 医疗事故责任 违约责任 渊源 结构

第一节 医疗损害责任

典型案例

护士徐某在夜间值班,同一病室相邻两床住院的两位患者均在输液。一瓶输完后,两位患者都叫徐某换药继续输液。徐某因急于交班,称只要单针注射就可以了,遂以注射方式给药,却错将甲床患者的青霉素给乙床并无青霉素注射医嘱的患者江某注射。发现后,医生和患者都很紧张,医院及时做好青霉素过敏抢救准备,经过观察,发现江某青霉素反应呈阴性,没有造成健康损害。江某出院后向法院起诉,要求该医院承担侵权责任,该医院认为没有造成任何

损害,并且就护士的错误向患者道歉,因此没有责任。^[1]

一、对医疗损害责任概念的不同称谓及引发的后果

医疗损害责任是一种重要的特殊侵权责任类型,《侵权责任法》把这种特殊侵权责任类型规定在第七章,作为重点特殊侵权责任类型进行规定。研究医疗损害责任和医疗损害责任法,必须以研究医疗损害责任和医疗损害责任法的概念为起点。

(一)对医疗损害责任概念的不同表述

1. 我国对医疗损害责任概念的表述

改革开放之初,我国司法实践和民法理论对医疗损害责任一直都叫做医疗事故或医疗事故责任,法院受理的这类案件叫做医疗事故责任纠纷。

1986年6月29日发布、1987年1月1日实施的《医疗事故处理办法》(以下简称《办法》)采用了当时最为普遍的称谓,将医疗损害责任直接称为医疗事故和医疗事故责任,此后在司法实践中普遍使用。十几年来对此几乎没有异议。

最高人民法院于2001年12月21日出台、2002年4月1日生效的《关于民事诉讼证据的若干规定》中对医疗损害责任概念使用了一个新的称谓,即医疗侵权纠纷。这个概念究竟是医疗事故的替代概念,还是比医疗事故更为宽泛的概念,该司法解释没有说明。这种说法给司法实践带来很大影响。一般认为,医疗事故责任是医疗侵权纠纷,医疗过错责任纠纷也是医疗侵权纠纷。在2008年2月4日公布、2008年4月1日生效的最高人民法院《民事案件案由规定》中,使用的是“医疗损害赔偿案件纠纷”,与以前的做法完全不同。^[2]

更大的问题出在2002年4月4日公布、9月1日实施的《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)代替了《办法》之后。《条例》确实在很多方面都比《办法》有了较大的进步,^[3]但在医疗事故的赔偿责任方面的规定却仍不尽如人意。主要表现是,在具体的赔偿项目和赔偿标准及计算方法上,远远低于通常的人身损害赔偿标准。特别是最高人民法院在随后不久公布实施的《关于审

[1] 提示:本案的争议的关键点是患者究竟是否有损害。本书认为有损害,侵害的是患者的身体权,构成医疗损害责任,应当给予适当的精神损害赔偿。

[2] 《民事案件案由规定》已于2011年2月18日修订,2011年4月1日施行,这种案件的案由已经改为“医疗损害责任”纠纷。

[3] 杨立新:“医疗事故处理条例的新进展及其审判对策”,载《新华文摘》2002年第6期。

理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》对于人身损害赔偿制定了全国统一的赔偿项目和赔偿标准,大大高于《条例》规定的赔偿标准。最高人民法院没有认识到这个问题的严重性,提出了医疗事故责任和国家赔偿责任不适用《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》规定的赔偿标准的意见。^{〔4〕}这个意见从表面上看好像维护了行政法规的权威性,保护了医疗机构的权利,但却在侵权法领域中将医疗机构推向了司法和人民群众的对立面,使之成为一个特殊的侵权责任主体和特殊机构,不接受统一的国家法律调整。其后果是,一个较为严重的医疗损害,如果能够鉴定为医疗事故,就要适用《条例》规定的赔偿标准,医疗机构承担较低的赔偿责任,受害人只能得到较少的赔偿;反之,如果受害患者的损害较轻,^{〔5〕}或者较重的损害也不请求进行医疗事故责任鉴定,而是到司法鉴定机构申请医疗过错责任鉴定,诉讼到法院,法院则基于诉讼请求不是医疗事故而是医疗过错,因而不适用《条例》规定的赔偿标准,而适用《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》规定的赔偿标准,使受害患者能够获得较高的赔偿。因此,在司法实践中,除了使用医疗事故的概念之外,医疗过失或者医疗过错的概念被广泛使用,并将其与医疗事故概念对立起来。应当看到的是,对于《条例》规定医疗事故赔偿标准的特殊化,人民群众不满意,法官也是反感的。在实践中之所以出现上述法律适用的混乱局面,正是人民群众和法官对此做法的一种抗拒。

在理论上,医疗事故、医疗侵权、医疗过错、医疗纠纷等概念都有使用。除此之外,有的学者还使用医生责任或者医疗专家责任的称谓。^{〔6〕}使用这样的概念,更着重于突出这种侵权行为的性质是专家责任,以此与其他侵权行为类型相区别。这个意图是好的,但在司法实践及社会观念上并没有被接受,《侵权责任法》也没有采纳这样的意见。

2. 不同国家和地区对医疗损害责任概念的称谓

各个国家或者地区侵权法对医疗损害责任概念的称谓也各有不同。在欧洲,比较一致的意见是医疗专家责任或者医师责任。^{〔7〕}这样的称谓所表达的

〔4〕 2003年1月6日最高人民法院《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》。

〔5〕 本书使用受害患者的概念,在涉及医疗损害责任赔偿请求权时,包括受害患者和受害患者的近亲属。

〔6〕 张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第224页。

〔7〕 访问德国和荷兰的医疗损害赔偿法专家,他们所使用的都是医生责任的概念,性质属于专家责任。参见杨立新主编:《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社2008年版,第405页、418页。

含义是:首先,这种行为是侵权行为,接受侵权法的调整;其次,这种侵权行为的性质是专家责任,是基于特殊的专业和技术、技能为他人服务,由于过失造成委托人或者其他人的权利损害的侵权行为;^{〔8〕}最后,这种侵权行为发生在医疗领域,并非一般的专家责任,而是基于医疗而发生的专家责任。在日本,对于医疗损害责任一般叫做医疗过错损害责任,确立“医疗水准”的客观过失责任理论。^{〔9〕}在美国,一般将医疗损害责任称为医疗责任,或者医疗过错责任。^{〔10〕}在我国台湾地区,一般将医疗损害责任叫做医疗事故,或者医疗事故责任。^{〔11〕}

(二) 医疗损害责任概念不统一引发的后果

在医疗损害责任概念上的混乱局面,必然引发在理论上、实践上的混乱后果。这种后果主要表现在以下三个方面:

1. 在侵权法理论上的认识不统一

在侵权法理论中,由于基本概念的不统一,无法准确界定其内涵,也无法界定其确切的外延。即使对概念的表述也都无法接受一个权威的称谓,因而形成了学者自说自话的局面,无论表述为医疗事故、医疗侵权、医疗过错、医疗过错、医疗专家责任等,都无法知道其确切的含义是什么。正因为如此,当一个学者使用“医疗事故”概念的时候,不能够确认他指的是包括医疗侵权这样广泛意义上的医疗事故,还是单指医疗侵权中的医疗事故而不包含医疗过错责任。另外,在这些概念之间究竟是什么样的逻辑关系也不明确。还有一个重要的问题,就是事故、行为、责任之间的关系没有理清,医疗事故其实仅仅是一个事件,并不能说医疗事故就是行为,而造成医疗事故的医疗机构及其医务人员的行为才是侵权行为;而医疗事故责任则是医疗事故侵权行为的法律后果。把这些问题在理论上搞清楚的基础就在于把这个基本概念界定准确。

2. 在司法实践中对案件的案由确定不统一

对医疗损害责任概念在理论认识上的不一致必然导致在实践中做法的不统一。在法院受理的案件中,如何确定其案由成为一个困难的事情。在当时的司法实践中,这种侵权行为的案由主要分成医疗事故责任和医疗过错责任

〔8〕 张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第224页。

〔9〕 朱柏松等:“论日本医疗过错之举证责任”,载朱柏松等:《医疗过错举证责任之比较》,元照出版公司2008年版,第10页。

〔10〕 陈聪富:“美国医疗过错举证责任之研究”,载朱柏松等:《医疗过错举证责任之比较》,元照出版公司2008年版,第161页。

〔11〕 同上注,第191页。

两种,有的法院也使用医疗过错和医疗侵权的案由。在最高人民法院的司法解释中同样存在这样的问题,有的叫做医疗侵权纠纷,有的叫做医疗事故以及其他医疗纠纷,有的叫做医疗损害赔偿责任。这典型地表明了对医疗损害责任基本概念认识的混乱。

3. 在法律适用上造成严重的不统一

在法律适用上,司法机关刻意区分医疗事故和医疗过错,引发了司法的不统一。医疗事故的赔偿责任如此之轻、医疗过错的赔偿责任如此之重,任何一个受害患者对此都不能不重视。当他有权选择一个法律规范作为自己请求权的依据时,当然会有不同的选择。而作为法官,面对需要保护的受害患者,他也可能支持患者自己的选择,或者选择对患者更为有利的法律作为判决的依据。问题是,有更多的法官采取机械的“依法办事”的态度处理,鉴定为医疗事故的就适用《医疗事故处理条例》,界定为医疗侵权或者医疗过错的就适用最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》,并不尊重当事人的选择权。一个意想不到的后果是,受害患者一方和法官的共同行动把行政机关想要特别保护的医疗机构置于司法机关和人民群众的对立面,采取共同的立场去对付医疗机构,以致形成了广泛的对医疗机构不利的社会舆论。这是行政机关不愿意看到的后果。

医疗损害责任的概念在称谓上的混乱所引起的上述后果,直接导致对受害患者权益保护缺乏统一的尺度,对医疗机构医疗过错行为的认定没有统一的标准,对法律适用造成严重混乱。这不是一个法制统一的国家应有的做法。

二、使用医疗损害责任概念的准确性

(一) 对医疗损害责任概念不同表述的分析

为了确定一个准确、科学的概念作为医疗损害责任的称谓,首先应当比较分析此前使用的各种概念的优势和缺点。

1. 医疗事故

《侵权责任法》实施之前,最常用的概念是医疗事故以及医疗事故责任。其原因在于行政法规即《办法》和《条例》都使用这个概念。

医疗事故,实际上是指一个事实或者一个事件,即医疗机构的医务人员诊疗过程中基于过错而造成患者人身损害的事故。事故本身并不是侵权法所调整的对象,侵权责任法调整的是行为和责任。例如,即使是摆放在建筑物上的悬挂物、搁置物脱落、坠落造成他人损害,法律制裁的也不是物件脱落、坠落