

医疗侵权的经济分析

杨静毅 著



山东财经大学法学精品文库

法律出版社

医疗侵权的经济分析

杨静毅 著



山东财经大学法学精品文库

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

医疗侵权的经济分析 / 杨静毅著. —北京:法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4618 - 1

I. ①医… II. ①杨… III. ①医疗事故—侵权行为—法律—研究—中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 030754 号

医疗侵权的经济分析
杨静毅 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 8

经销 新华书店

字数 211 千

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

版本 2013 年 5 月第 1 版

责任印制 陶 松

印次 2013 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 - 4618 - 1

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

原山东经济学院的法学学科从无到有,不断壮大,已十年有余。法学院的建设者们历经艰辛,凝神聚力,入主流,创特色,抢抓机遇,加快发展,追求卓越,不断探索并逐渐明晰了财经类大学法科建设的定位、方向与路径,为学校学科建设与发展、学校综合竞争力与影响力的提升作出了重要贡献,也为兄弟院校法学教育提供了可资借鉴的经验与做法。

回望十多年来的发展,我们可以看到,在 1983 年建立经济法教研室、1993 年设立经济法专业招收法学专科学生的基础上,2000 年正式成立法学系,开始了真正意义上的法学教育与学科建设。2005 年法学院正式建制,逐渐形成门类齐全的法学专业体系、布局适当的学术梯队和学缘结构比较合理、实力较强的师资队伍。2006 年民商法学二级学科硕士点申报成功,2010 年法学一级学科硕士点申报成功,2011 年民商法学成为山东省省级重点学科。

在学术科研方面,法学院从没有课题立项到国

家级课题的突破、省部级课题的增多和省级以上科研奖励的获得,从少有教师走出校门参加学术访问、会议交流到各类学术活动日益频繁,仅2010年学院教师外访和参加学术会议达51人次,学界影响力逐渐扩大。走出去还能请进来,学院每年邀请国内外知名学者来学院访问,仅2010年就邀请国内外知名学者12人,举办学术讲座18场,并成功举办了全省法学教育学术年会。在人才培养方面,已经形成了有特色的本科专业教育,与广大教师的教学科研活动紧密结合的实践教育力度不断加大;法学院的教学科研设施也日益完善;学生通过到境内外知名高校访学、暑期到国外大学游学等活动扩大了视野;学生的创新意识也日益增浓,多人次在全国挑战杯竞赛中获得金奖、铜奖。与公、检、法、司系统以及大型律师集团的合作越来越紧密,社会服务日益深化。

我们深知,在法学学科发展的过程中,有那么多激动人心的时刻和生动感人的故事:信守道义恪守职责极尽本分,专心管理强化服务加班加点;用足心情教书育人专注三尺讲台,潜心学术引领学科专注于学问精进;发展学术、建设学科、培养人才,获得了校内外广泛关心和赞誉。

在学校以经、管学科为主,文、法、理、工多学科协调发展的过程中,法学院明确定位、凝练特色,它的发展历程、发展成果和发展精神已经成为学校高水平财经大学建设历史的重要组成部分。在新的起点、新的征程中,法学学科的发展将为高水平财经大学建设发挥独特而重要的作用。

我们的法学教育既要培养具有深厚财经背景的法科人才,也要促进通法律、懂外语的高层次复合型、应用性财经类人才的培养。我们的法学学科要努力与经济学、管理学构建起学校的支柱性学科群,这既是法学学科发展的需要,也是经济、管理学科发展的需要,要努力在学科交叉中培育学术增长点。要达到这个目标,需要法学院的广大教师更加努力创造性、开放性地开展学术研究,及时把握学术前沿,逐渐占据学术高地,形成有特色的研究领域,同时要把学术研究成果反哺教学,促进人才

培养。法学院要努力成为全省乃至全国财经立法、司法和教育的思想库和学术平台,成为财经法律复合型高层次人才的重要培养基地。

在山东财经大学筹建之际,法学院决定编纂出版这套《山东财经大学法学精品文库》系列丛书,首辑出版了十几位教师的专著,这是一件值得庆贺的事情,也是十分有意义的事情,这是山东财经大学献给新生的一份厚重礼物,在一定意义上也能说明学校学术立校的办学思想。文库丛书的出版,既是法学院教师多年来辛勤耕耘与学术研究的总结,体现法学院教师的学术贡献与影响力,也是法学院从教学型向教学研究型转变的标志。

我相信,通过我们的共同努力,山东财经大学的法学学科将会迎来更加美好的未来,为我国法治建设和经济社会发展、为我校高水平财经大学建设作出新的更大的贡献。

是为序。

山东财经大学(筹)党委书记



2011年9月12日

目 录

第一章 导论/1

第一节 对我国侵权法立法与研究的反思/1

一、我国侵权法立法的缺陷/2

二、影响我国侵权法发展的因素/5

第二节 医疗侵权经济分析的意义/8

一、选题的意义/8

二、对医疗侵权进行经济分析的理由/10

三、国内外研究现状及文献综述/14

第三节 医疗侵权经济分析的理论基础/16

一、医疗侵权经济分析的基本假设/16

二、医疗侵权经济分析的基本理论/20

三、与医疗侵权经济分析相关的研究方法/24

四、医疗侵权相关概念的界定/28

第二章 医疗侵权归责原则/32

第一节 归责原则概说/32

一、归责原则的含义/32

2 医疗侵权的经济分析

二、过错责任的发展/33

三、法经济学视角下的过错责任与无过错责任/39

第二节 医疗行为侵权归责原则的博弈分析/45

一、医疗行为侵权归责原则博弈分析的可行性/45

二、对四种归责原则的博弈分析/45

三、最佳归责原则的确定/51

第三节 缺陷医疗产品责任的归责原则/53

一、缺陷产品侵权适用无过错责任/53

二、缺陷医疗产品致害责任的归责原则/59

三、对“缺陷”的分析/63

四、缺陷医疗产品责任的赔偿数额限度：责任的道德困境/68

五、缺陷医疗产品无过错责任的抗辩/70

第四节 特异体质医疗损害的归责原则/72

一、适用无过错责任原则的博弈分析/73

二、适用过错责任原则的博弈分析/77

三、效率与公平的平衡：医疗意外保险制度的引入/79

第三章 患者的权利与医疗机构的义务/81

第一节 患者的知情同意权与医生的告知义务/82

一、知情同意权的意义/82

二、医疗告知义务的理解/85

三、医疗告知义务的判断标准/89

四、医疗告知的内容/95

五、影响告知义务的因素/98

第二节 患者的隐私权与医生的知情权/104

一、患者隐私权的含义/105

二、患者隐私权的范围/108

三、患者隐私权与他人知情权的冲突与平衡/114

第四章 医疗机构的过错/117

第一节 对过错的理解/117

- 一、过错的本质/117
- 二、传统的过失判断标准/119
- 三、过失——降低社会成本的预防激励/121

第二节 医疗过失的判断标准/123

- 一、医疗过失的概念与特点/123
- 二、汉德公式对医疗机构最佳预防水平的确定/125
- 三、医疗机构过失认定/128
- 四、医疗机构注意义务的案例分析/136

第三节 医疗过失的证明/139

- 一、原告的起诉决策/139
- 二、影响过失举证责任分配的变量/141
- 三、医疗过失举证责任缓和制度之比较/143
- 四、我国医疗过失举证责任的演变及评析/148
- 五、对我国医疗过失举证责任的建议/154

第五章 医疗侵权损害赔偿/157

第一节 医疗侵权损害赔偿的法律结构/158

- 一、医疗损害赔偿的权利人/158
- 二、医疗侵权损害赔偿义务人/159
- 三、医疗侵权损害赔偿的范围/162
- 四、市场份额规则对我国医疗侵权损害赔偿的借鉴/164

第二节 医疗侵权人身损害赔偿/167

- 一、我国现有的人身损害赔偿制度/167
- 二、对残疾赔偿与死亡赔偿的模型分析/170
- 三、我国医疗侵权人身损害赔偿制度的改进/174

第三节 缺陷医疗产品致害的惩罚性赔偿/177

4 医疗侵权的经济分析

一、惩罚性赔偿的含义/178

二、惩罚性赔偿的价值与功能/181

三、缺陷医疗产品惩罚性赔偿责任的构成要件/187

四、缺陷医疗产品惩罚性赔偿的金额/192

第六章 医疗侵权损害分散机制/205

第一节 其他医疗损害分散机制的引入/205

一、引入其他侵权损害分散机制的必要/205

二、其他医疗损害分散机制的模式/207

第二节 医疗责任保险/208

一、医疗责任保险的内容和性质/208

二、医疗责任保险的可行性/209

三、医疗责任保险的模式/214

四、我国医疗责任保险的现状与展望/217

第三节 第一方保险/220

一、第一方保险的内容/220

二、效用对第一方医疗保险的影响/221

第四节 社会保险/225

一、新西兰社会保险模式/225

二、对新西兰模式的评价/226

本章小结/227

结论/229

参考文献/234

第一章 导 论

第一节 对我国侵权法立法与研究的反思

2009年12月26日,第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过了《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称为《侵权责任法》),并于2010年7月1日起施行。该法的颁布与实施是构建我国民事部门法法律体系的一件大事,对于切实落实和维护我国公众的人权 also 具有重要意义。从1986年的《民法通则》在第六章“民事责任”第三节确立了侵权责任开始,侵权法的内容不断增多;最高人民法院从20世纪80年代开始陆续出台了数量颇多的关于侵权责任的司法解释,经过多年酝酿后,《侵权责任法》的出台,意味着我国的侵权法立法基本完成。虽然该法的实施意味着民事权利的救济有了基本法,但是并不等于对私人权利的保护措施就完善了;该法的实施虽然说明我国对侵权领域的研究进入了一个新的层次,但并不是说我国侵权法的研究已经进入了很高的境界。事实上,无论

是《侵权责任法》内容本身还是对侵权法的研究还远远谈不上完美,仍然存在诸多缺陷。

一、我国侵权法立法的缺陷

(一)法律制度不够完善

《侵权责任法》共12章、92条,在结构上采用了“总则—分则—附则”的结构。这一结构,沿用了我国清朝末年继受德国法“潘德克吞”式立法模式的基本做法,按照这一结构,侵权法总则为一般规定,分则是关于特殊侵权责任的规定,附则规定法律适用。但在结构的具体把握上,有明显不足。如其第四章“关于责任主体的特殊规定”内容混杂,不伦不类。第十一章“物件损害责任”中,以“物件”这一概念涵盖动产和不动产、把“物件”概念与“饲养动物”并列,这些标题、概念都欠妥当。

《侵权责任法》是形式意义上的侵权法,其对侵权责任的主要制度作了规范,但是涉及具体内容,还有不少不足。有的法律规范过于原则,缺少可操作性。如该法第三章规定了侵权损害赔偿的基本规则,但缺少具体操作方法。再如对“同命同价”的规定,^[1]试图解决因城乡差异造成的“同命不同价”问题,有创新有社会价值,但是失之简略,无法具体应用,需要详细解释才行。这些问题,体现了我国的侵权立法虽然是专家立法,也经过了多年的酝酿,但还是有些匆忙,或者缺乏实证基础或者迫于舆论压力,导致部分内容的象征意义大于实际操作功能。《侵权责任法》的内容还存在明显的缺失,例如对于定作人指示过失责任、帮工造成损害的赔偿等问题都没有规定。在市场经济中,承揽人、定作人以及第三人之间的侵权关系,应该有法律明确规范。帮工现象在中国农村普遍存在,无偿的帮助行为中造成帮工自身或者其他人的身、财产损害无法处理的现象经常出现,都是需要法律调整的。再如减免责任事由延续

[1] 《侵权责任法》第17条:“因同一侵权行为造成多人死亡的,可以以相同数额确定死亡赔偿金。”

了《民法通则》的已有经验,只规定了与有过失、受害人故意、第三人原因、不可抗力、正当防卫以及紧急避险,对于理论界广泛接受赞同的自助行为、受害人同意、依法执行职务等事由都没有规定。

(二) 法律规范之间存在矛盾与冲突

《侵权责任法》在对先前的侵权制度的检讨中,吸收了部分内容,例如将隐私权明确为法定权利类型;同时也放弃了部分实施多年的制度,这集中体现在与相关司法解释内容的不同。最高人民法院于2001年、2003年先后发布了《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《精神损害司法解释》)和《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《人身损害赔偿司法解释》),这两个司法解释长期以来一直作为人身权益损害赔偿的判案依据,相关制度可以说已经是“妇孺皆知”。例如,对于侵害死者的隐私、名誉、肖像等利益的行为,死者近亲属可以获得赔偿;对于具有人格特征意义的特殊纪念品的毁损,其所有权人也可以请求精神损害赔偿。而《侵权责任法》全文未提及对死者利益的侵害及赔偿问题,将纪念品被毁损也排除在精神损害赔偿范围以外,与司法解释冲突明显。《侵权责任法》作为全国人大常委会通过的法律,在效力上当然远远高于司法解释,但是这两部司法解释适用了已经近十年,反映良好,效果受到社会的肯定,像死者的权益不仅关系到逝者的安宁,更关乎遗族的精神世界,侵害了死者的安宁可以获得赔偿制度的正当性是不容置疑的。

实质意义上的侵权法还零散存在于诸多行政法中,如环境法、国家赔偿法、铁路法、航空法、邮政法、道路交通安全法、卫生法规等中,这些行政部门法中造成财产或人身损害的赔偿都属于侵权法的调整范围之内。这些行政法大都由主管该行业的行政部门主持立法,其立场主要出于管理的需要,并不可避免地带有行业保护倾向。例如,《医疗事故处理条例》作为卫生行业行政法对医疗机构和医务人员的影响巨大,《侵权责任法》对医疗侵权重新进行了界定,其内容与《医疗事故处理条例》相差较

大,虽然因为位阶关系,《医疗事故处理条例》需要进行修改,但是,还存在医学界在多大程度上对《侵权责任法》的理解和接受问题。

(三)部分法律规范缺乏科学性

虽然《侵权责任法》是在数次草案并曾征求全国意见的基础上产生的,但是其部分内容仍然欠科学。例如,该法第2条列举了侵权法保护的主体,尽管最后有“等”作为开放式的补充,但是这种列举的必要性、科学性值得怀疑。^[1]列举本身就意味着“挂一漏万”,虽然可以随着新型权益的出现以后再补充到法律制度当中,但是与立法直接认定的权利种类地位是不能相比的,如果使其成为侵权法的保护对象还需要正当性、合理性等方面的严密论证。另外,即使是能够不太困难地列入侵权法的保护对象,还有一个更重要的问题就是:为何要列举?与列举明显存在的缺陷相比,其必要性是否足够?其实在民法学界对侵权责任所保护的权益有传统的理解,即除合同权利以外的民事权益受到侵害都由侵权责任解决,因此对保护对象进行列举有一定意义,但是缺陷过于明显,有人为增加法律漏洞的隐患。

对共同侵权外延的确定一直困扰着侵权法的立法者,经过多年的论证立法者放弃了《人身损害赔偿司法解释》中关于“直接结合”与“间接结合”的说法,将“每一个侵权人的行为是否足以构成全部损害”作为判断是否承担连带责任的依据之一,^[2]这就带来了另一个疑问:没有终局责任承担者的共同侵权行为承担连带责任是否减轻了加害人的责任?是否会鼓励侵害?

[1] 《侵权责任法》第2条第2款规定:“本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

[2] 《侵权责任法》第11条规定:二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,每个人的侵权行为都足以造成全部损害的,行为人承担连带责任。第12条规定:二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。

《侵权责任法》规定了数条“无害条款”,也影响了这部法律的质量,如第63条关于医疗机构及其医务人员不得进行“过度诊疗”的规定;第64条宣告医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护的内容;第84条关于饲养动物应当遵守法律、尊重社会公德,不得妨害他人生活的原则。这些条文对于旨在分散损害、救济受害人的侵权制度来说,没有本质错误,但也无用处,放在法律体系内有损法律的严谨和科学性。

二、影响我国侵权法发展的因素

(一)侵权法的定位

大陆法系中,侵权责任作为债权发生的原因之一,一直是放在债法中,与合同、无因管理、不当得利并列,法律规范一般为寥寥数条。随着侵权法的发展,尤其是《侵权责任法》的出台,侵权法在我国地位隐然可以与合同法并驾齐驱了,侵权法与债法的关系如何,将会直接影响到侵权法的未来。

债权与物权这一对范畴是支撑大陆法系民法体系的两大基石,债权法与物权法也构成了民事法律的两大主要制度,相互对应,结构对称,是大陆法系也是我国的传统民事法制模式。刚进入21世纪时,我国民法学界曾出现过激烈的争议,探讨是否废除债法总则,民法典的立法是继续沿用物权法与债权法对称的模式或者采取松散模式^{〔1〕}。虽然现在这一问题的争执告一段落,但只是暂时搁置,并没有达成共识。对侵权法来说,如果作为债权的发生原因,就要遵循债法的规律,自然会受其制约,发展也会受影响,尽管现有的侵权制度已经隐约有脱离债法的意思,但只是立法操作技术上的倾向,在理论上还未获得认可。

我国2007年通过了《物权法》,现行法明确了物权和物权法的概念,

〔1〕在这次争议中,有的学者主张我国民法典立法沿用德国“潘德克吞”式,物权法与债权总则对应,侵权法作为债法一部分存在;有的学者提出废除债法总则,将合同法、侵权法作为与物权法并列的制度。后来学者们达成共识:集中力量尽快制定侵权法,民法典的体系以后再讨论。

因此作为对应的债权和债法概念预计应该会沿用下去,但是笔者认为,债法总则由于与侵权法的性质、特征相差太远,放弃应该更好。如果我国立法和理论界能够放弃债法总则,那对于侵权法来说可能会发展得更快,因为如果能够突破理论的限制,侵权法调整的领域会更加宽广,像惩罚性赔偿将会摆脱在侵权法中的从属地位,更有发挥的空间。

(二)侵权法的研究方法

受大陆法学概念、注释法学的影响,我国的民法研究注重概念的辨析、法条的解释,长于对法律规范细微之处的研究,对侵权法中的具体制度和规则的分析是基本的研究方法。这样的研究方法,有助于概念的梳理和体系的建构,但是也有明显的弊端。

第一,过于注重概念的辨析,忽视对现实社会的关注,导致法律落后于现实。概念固然重要,条文的解释也是正确理解法律的必须,但是法律并非是主观意志范畴,而是需要应用于社会生活,并由社会效果检验的实用学科,因此法律规范与现实的对接就是必要的。前文列举的一些侵权法的漏洞,就说明我国目前的侵权法研究还没有深入社会各个层面,没能反映出社会的某些需求。例如随着科技的发展,现实中有关网络、计算机技术的侵权行为层出不穷,网络侵权作为一种新型的侵权类型,我国的民法学者对其的深入研究较少,《侵权责任法》仅规定了一个条文进行原则性规范,显然不足。我国的民法学者重视吸收借鉴国外的制度、知识,热衷于引证罗马法、德国法、日本法等外国法典,但是对国内尤其是具有农村特色的现实缺乏深入了解,例如我国农村大量存在的帮工问题未能被收录到《侵权责任法》,反映了我国的侵权法研究针对性不强,与现实还不能有效对接。

第二,重视“公平”、“正义”等价值的作用,忽视效率。侵权法旨在加害人与受害人之间进行损害分配,因此在具体的侵权类型中如何分配才是合理的成为侵权法研究的重要内容。我国的侵权法研究在解决这一问题时,经常运用抽象的“公平”、“正义”等价值来作为判断标准,法

律固然与道德密切联系,应该反映社会公认的价值观,但是法律单纯追求正义,则可能会迷失方向。由于正义就像是“普罗休斯之面”,有种种面孔,以正义判断法律制度就容易陷入“公说公有理,婆说婆有理”的境地,站在侵权法律关系的每一方当事人的角度,都可以找到一定的保护价值。对社会已经出现的各种具体侵权类型进行研究,可以说是一种事后的弥补,而非先的预期。对于哪一方当事人采取措施更有利于预防“事故”^{〔1〕}的发生,由哪一方当事人承担侵权责任更符合经济效益和效率,法律如何分配损害能更有效地促进社会资源优化配置,传统的研究方法是无力解决的。例如,在《侵权责任法》制定之前的一段时间,“高空抛物”致人损害是否应属侵权法调整、应如何定名以及应该承担何种责任的探讨,夸张一点可以说“汗牛充栋”,在数量众多的论述中关于该种行为的名称之争、与现有概念的区分占了很大比例。区分容易,但是建构难,这些探讨纷纷使用社会正义、公平等价值作为依据,论证显得苍白无力。这是因为出现高空落物造成人身或财产损害的事实,构成侵权,需要侵权法来调整,但是这样的事后责任承担对于制止乱丢东西的现象作用有限,甚至对于乱丢东西的人来说,由于只承担极少的赔偿(按照《侵权责任法》规定,由可能的加害人按照公平的原则适当补偿),可能会引发更多的侥幸心理——因为会有众多的业主来分担其造成的损失。事实上,从哪一方更容易预防损害的发生,哪一方采取预防损害发生的成本更低、效率更高,就很容易解释。更不用说对乱丢东西现象的监管与其说是民事赔偿问题,倒不如说更多的是行政管理以及刑事伤害(杀人事件,侵权责任在综合治理中应该只是起到补充作用,现在的情形是侵权责任大包大揽了过来,而真正起到预防作用的像增加监控、教育市民、增强侦查水平等措施却没有相应地受到重视。

第三,研究方法创新不足。传统的侵权法研究路径,由于过于重视

〔1〕 英美法系国家对侵权行为经常使用 accident,中文一般翻译为“事故”。