

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

医疗损害赔偿 立法研究

龚赛红 著

YILIAO SUNHAI
PEICHANG
LIFA YANJIU

法律出版社

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

医疗损害赔偿立法研究

龚赛红 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

医疗损害赔偿立法研究/龚赛红著. —北京:
法律出版社, 2001. 7

(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)

ISBN 7-5036-3450-2

I. 医… II. 龚… III. 医疗事故-赔偿-立法-
研究-中国 IV. D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 038428 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/杨昆玲

印刷/中国科学院印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/14.375 字数/354 千

版本/2001 年 9 月第 1 版 2001 年 9 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw @ public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934 (读者服务部)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3450-2/D·3167

定价: 26.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

内 容 摘 要

本文以医疗损害赔偿立法研究为题,全文共分为九章。

第一章医疗行为,界定医疗行为的定义,论述医疗行为的特点。一般认为,医疗行为是以治疗疾病为目的的诊断治疗行为。随着医疗技术的发展和国民生活观念的变化,传统的医疗行为定义已不能适应医学的发展和对患者保护的需要。可以借鉴我国台湾地区广义的医疗行为和日本的医行为的观点,将医疗行为定义为:若欠缺医师的医学判断及其技术,则对人体会有危害的行为。医疗行为的特点表现为道德性、不确定性、专门性以及医疗技术运作时的侵袭性、密室性、闭锁性和裁量性。

第二章医疗关系,阐述由医师对患者实施诊断、治疗等行为所形成的法律关系。医患之间的法律关系有三种。一般而言,医疗关系是患者与医师或医疗机构之间的契约关系,该关系经由当事人的自由意思而成立,即医疗契约。也有因医师或医疗机构对患者实施事实上的医疗行为而产生的医疗关系,这种情形构成医师或医疗机构与患者间的无因管理关系。还有一种医疗关系是,国家基于医疗的特殊性与对国民生命和身体健康的维护,在法律上赋予医师或医疗机构以强制诊疗和患者的强制受诊义务,此为公权力的行使,医师仅为国家使用人,医疗关系应存在于国家和患者之间。这种医疗关系可称之为强制医疗关系。

第三章医疗损害责任的竞合,阐述责任竞合的一般理论、医师的专家责任、医疗损害责任的竞合以及医疗损害责任的构成要件。当医患之间存在医疗契约时,对于医疗损害行为产生违约责任和侵权责任的竞合。由于适用侵权责任处理医疗损害赔偿问题较为

有利于受害人,而且在无因管理和强制医疗情形下因医师的过失造成的医疗损害不能适用违约责任,因此,本文主张适用侵权责任来处理医疗损害赔偿问题。不过,当存在医疗契约时,允许当事人选择违约责任或侵权责任。医疗损害违约责任的构成要件为医师的违约、医疗损害和因果关系。医疗损害侵权责任的构成要件为医疗过失、医疗损害和因果关系。

第四章医疗损害,论述损害的概念、医疗损害事实和医疗损害的分类。作为医疗损害责任的成立要件,医疗损害是一种事实,主要表现为患者的死亡、残疾、组织器官的损伤及健康状况相对于诊疗前有所恶化等情形。这是对患者生命健康权及身体权的侵害。此外,随着人们权利意识的增强,医疗损害还可表现为对患者隐私权、名誉权的侵害。因患者的伤亡及人格权的侵害,还会给患者或近亲属带来财产上和精神上的损害。这种损害也属医疗损害的范畴。作为赔偿意义上的损害,并不是对生命健康权、身体权及人格权的侵害本身,而是作为侵害的结果所发生的财产上、精神上的不利益。从这个意义上来说,损害可以分为财产损害和非财产损害。

第五章医疗过失,阐述医疗过失的定义及判断标准,医疗过失是指医师在实施具体的诊疗行为时没有履行医师应尽的注意义务,判断医疗过失存否的标准有两个,即具体的标准和抽象的标准,具体的标准是医师的一般注意义务,表现为法律和规章所规定的具体医疗行为(如诊断、治疗、手术、输血等)的操作规程及医界惯例。抽象的标准是医疗水准以及医疗行为的专门性、地域性和紧急性因素。在司法实践中考察医疗行为是否有过失时,通常要将上述两种标准相结合方能得出适当的结论。

第六章医疗损害责任中的因果关系,论述法学上的因果关系理论、医疗损害责任中因果关系的特点、表现形式、因果关系与过失的关联性,以及复数原因竞合场合责任的承担。法学上的因果关系分为事实因果关系和法律因果关系,前者确定责任的成立,后

者确定责任的范围。凡属医疗过失造成的损害,都属于损害赔偿的范围。在有复数原因竞合的情形,各原因行为应承担的损害赔偿额或范围应根据原因力的大小而予以确定。

第七章医疗损害责任中举证责任的分配,论述举证责任分配的意义、基本原则和在医疗损害赔偿诉讼中,如何减轻受害人的举证责任。依据一般民事诉讼的举证责任分配原则,患者方因对医师的过失和损害与过失之间存在事实上的因果关系无法举证,使其损害赔偿请求权得不到实现。为了提升患者方在医疗损害赔偿诉讼中的地位,可通过过错推定的方法实行举证责任倒置,还可根据不同的案件类型,适用“事实本身说明过失原则”、“表见证明”理论、“妨碍证明”理论和重大诊疗过失举证责任转换原则等举证责任分配方式,以适应医疗损害诉讼的需要。

第八章医疗损害赔偿,论述医疗损害赔偿请求权的主体、医疗损害赔偿的范围、计算方法、计算基准时、医疗损害赔偿额的具体算定以及医疗损害赔偿请求权的诉讼时效。一般来说,当医疗过失导致患者伤残时,损害赔偿请求权的主体是患者本人,当医疗过失导致患者死亡时,损害赔偿请求权就归属于其近亲属。但是,在患者的身体遭受严重损害时,其近亲属也可请求精神损害赔偿。在患者死亡的场合,近亲属的损害赔偿请求权不是对于死者的损害赔偿请求权的继承,而是请求对其固有损害的赔偿。计算医疗损害赔偿额时,将其分为积极损害赔偿、消极损害赔偿、精神损害赔偿三项分别计算。

第九章医疗损害赔偿的立法问题,阐述我国《医疗事故处理办法》作为一部行政法规,不能作为民事赔偿责任的根据,医疗损害责任可分为行政责任、民事责任和刑事责任,分别由行政法、民法和刑法予以规范。为适应上述分而治之的理念,建议将《医疗事故处理办法》中的第18条删除,使其成为专门的行政法规规范医务人员和医疗单位的行政责任。对于民事责任,目前可以适用合同

法和民法通则,借鉴消费者权益保护法和交通事故处理办法中有关赔偿的规定,确定医疗损害赔偿数额。根本的解决之途是进一步制定医疗损害赔偿法或在民法典中规定医疗损害侵权责任。对于刑事责任,则依刑法第 335 条予以解决。医疗损害赔偿法的制定应立足于侵权责任。不过,根据合同法第 122 条的规定,当存在医疗契约时,允许当事人选择违约责任或侵权责任。

关键词:医疗关系、医疗损害责任、医疗损害赔偿

导 论

一、医疗损害赔偿问题的产生

“医本仁术”，自古以来，医疗承担着救死扶伤的重大使命，履行着治病救人的崇高职责。在人们的心目中，医师享有悬壶济世的“救命恩人”的盛誉。但现实生活中日益增多的医疗损害事件、医疗纠纷和医疗诉讼，却使医疗陷入了尴尬。世界各国概莫能外。

由于医学上存在的一些难题以及医师的偶然失误，使医疗损害事件时有发生。但是，在近代以前，由于医学不发达，对疾病的治疗更多地依赖患者的自然痊愈，医师在医疗中所起的作用十分有限，医疗对人体的侵袭性和危险性也较小，医疗损害事件未成为一个社会问题。但是进入本世纪以来，尤其是第二次世界大战以后，医疗科学技术和医疗组织规模得到了飞速发展，医疗水平也得到了很大的提高，人类的生活质量得到了前所未有的提升。但是，医疗对人体的侵袭性和危险性也相应增大，加上医师职业道德的衰微，医疗损害事件以空前的规模涌现出来，成为一大严重的社会问题。美国一份权威机构的统计报告称，根据保守的估计，美国每年因为医疗损害致死的人数平均在 4.4 万至 9.8 万人之间——位于车祸、肺癌和艾滋病之前成为美国人第八大死因。^① 随之而来的医疗纠纷和医疗诉讼也越来越多。

医疗纠纷和医疗诉讼激增还有以下几个因素：一是社会文明

^① 《医疗事故：可怕的灾难》，载《南方周末》1999 年 12 月 24 日。

的进步,权利意识的高涨和法治秩序的建立。在医学不发达的时代,医疗具有神力的色彩,医师也因此具有崇高的地位,人们权利意识薄弱,当医疗损害事件发生后,患者或其家属往往认为医师已竭尽全力,自己遭遇的不幸是命运使然,一般不会发生医疗纠纷。但是,随着文明的演进,大众医学知识增加,权利意识逐渐苏醒和法治秩序的建立,医疗损害事件的受害者怀着悲愤的心情,寻求法律对于自己权益的维护和损害的救济。二是就医人数大大增加。随着战后各国医疗保险制度的逐步健全,以及人类生活水平的提高,就医的人数较战前大为增加,这也导致医疗损害事件的激增,并引起医疗纠纷和法律诉讼的大量出现。

二、研究医疗损害赔偿问题的意义

我国的医疗损害事件、医疗纠纷和医疗诉讼成为全社会关注的问题是在民法通则颁布实施,尤其是在社会主义市场经济体制建立以后。据中国消费者协会统计,1996年至1998年三年间,直接收到有关医疗纠纷的书面投诉总计328件,1996年收到的医疗投诉每月平均2.64件,1997年10.17件,1998年11.75件,1999年的前4个月猛升到22.25件。在3年多时间内,这一数字增长幅度接近10倍。^①医疗投诉在全国消费者投诉的“愤怒”程度排行榜上位居第五。^②

有一位医学法学家对他的医科大学的同学说:“我庆幸医科大学毕业后没有当医师。”而“不幸”留在医疗行业的绝大多数医科大学毕业生和其所在的医疗机构则为当今不断增加的医疗纠纷所困扰,“一旦发生了医疗纠纷,医院立即就失去了宁静,医师也就没有了人的尊严。”^③一个高尚的行业为什么会蒙上如此可怕的阴影?

① 姚世新:《医患纠纷,投诉多解决少》,《中国保险报》1999年8月17日。

② 《中国消费者报》1999年1月26日第3版。

③ 杨振平:《失去医师,人类会怎样》,《健康报》1999年9月7日。

一些本该受到尊敬的医务工作者为什么又被一些患者视为冤家?

而更为不幸的或可称真正不幸的是因为医师的医疗失误而必须承受身体和精神痛苦的患者或其家属,更有甚者,患者的生命被剥夺,从此失去了生存的权利。为了求得一个“说法”,患者或其家属带着血和泪,踏上了漫漫的维权路。

中国近年来之所以涌现如此多的医疗损害事件,其原因也不外乎医疗科技水平的提高、医疗组织规模的扩展、人民生活水平的提高和患者就医人数的增加,这与先进国家走过的道路基本相同,只不过是时间上晚了将近半个世纪。医疗纠纷和医疗诉讼激增的现象是患者及其家属追究医师的医疗损害责任、要求损害赔偿的表现。但由于医师和患者地位的不对等、信息的不对称,医疗损害赔偿法律的不健全,以及医疗制度方面存在的缺陷,医疗损害赔偿理论研究的缺失,致使患者寻求权利保护、司法救济的道路异常艰难,而医师也有“莫须有”的感慨。如何切实维护医患双方的权利,尤其是贯彻民法保护弱者利益的理念,对医疗损害赔偿作深入、全面的研究,有着重大的理论意义和实践意义。

(一) 理论意义

关于医疗损害赔偿研究,实务界和理论界多半是在对 1987 年由国务院颁行的《医疗事故处理办法》的阐释及针砭的基础上,提出一些操作意义上的建议,很少从理论的高度对医疗损害的责任及赔偿作全面的研究。一个非常明显的现象就是,我国的几个高水平的法学理论刊物,如《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《现代法学》、《法学评论》、《法商研究》、《法律科学》等,在新闻媒体对医疗纠纷和医疗诉讼的关注如火如荼之时,却保持了高贵的沉默,即使偶尔为之,也是本文前面提到的操作性建议。这一现状与法律生活的实践极不相称。法律生活得不到理论的指导,使医患双方的权利得不到切实的维护。本文意在负起此重大使命,在前贤研究的基础上,使关于医疗损害赔偿的理论系统化。

（二）实践意义

医疗损害赔偿的研究最终要落实到损害赔偿这个司法实践问题上,医疗过失的认定、医疗过失与医疗损害之间因果关系的认定,医疗损害赔偿的原则、范围及其计算方法,直接关系到损害赔偿的数额,关系到医患双方的利益,因而医疗损害赔偿研究具有重大的实践意义。而且,通过医疗损害赔偿的研究,进而制定医疗损害赔偿法,借助于民法的行为规范功能,也能使医患双方明确自己在医疗过程中的权利和义务,以及不履行义务的责任及后果,从而减少医疗过失、医疗损害、医疗纠纷的发生,更好地增进患者的身心健康,促进医学事业的发展,最终达到增进人类福祉的目的。

三、研究范围和结构设计

（一）研究范围

医疗损害、医疗纠纷、医疗诉讼的控制和解决应从多方面着手,包括国民文化程度的提高、权利意识的增强、医疗行政管理的改善、医疗保障制度、医疗损害赔偿制度以及医疗责任保险制度的建立。但对于我国医疗损害救济最重要的却是,使医疗损害的救济做到有法可依,这不得不依赖医疗损害赔偿制度的建立。因此,本文着重研究医疗损害赔偿的请求权基础、医疗损害责任的构成、医疗损害赔偿,并在此基础上,提出关于医疗损害赔偿的立法建议。

所谓医疗损害,顾名思义,是在诊疗护理过程中,医疗行为对患者所产生的不利益的事实。从一般意义上说,医疗损害直接表现为患者的死亡、残疾、组织器官的损伤及健康状况相对于诊疗前有所恶化等情形。这是对患者生命健康权及身体权的侵害。因医疗行为对患者生命健康权和身体权的侵害,患者及其家属将不可避免地要承受财产的损失和精神损害。因此,医疗损害应包括在医疗过程中患者及其家属受到的身体的、精神的损害。可见,精神损害一般与对生命健康权和身体权的侵害相关连,但是因为医师

侵害患者的隐私权和名誉权所造成的患者精神上的损害现象时有发生,这种没有人身伤亡的精神损害也应属于医疗损害。由于这种侵权行为与一般的侵权行为基本相同,侵权事实认定相对容易,因此本文不作重点论述。本文所关注的、也是医患双方争议较大的是因医疗行为对患者造成了人身伤亡而产生的身体的、精神的损害。

关于医疗损害赔偿是否适用消费者保护法的问题,为近年来消费者保护理论的一个热点问题,有些医疗损害事件的受害者因得不到及时有效的救济,纷纷向消费者协会投诉,近年来医疗投诉逐年增加就是明证,消费者协会也确实调解了一些医疗损害赔偿的问题。为此,卫生行政部门和消费者协会在消费者协会是否有权处理医疗损害赔偿问题上持截然不同的观点,法学家也各执己见。^① 笔者主张:由于医疗机构不是经营者,而患者也不是一般意义上的消费者,医疗契约是一个综合性契约,对于诊断、治疗、手术等医疗服务不是一般的商业服务,对于其所导致的医疗损害,不适用消费者保护法,而对于医院提供的商品(药品、医疗器械、日用品)和具有商业性质的服务(如住宿、餐饮、通讯)等产生的争议和纠纷当然可以适用消费者保护法。医疗损害是否适用消费者保护法的问题是一个非常现实且重要的问题,考虑到研究结构的合理性,本文不作重点论述,将另撰文与学界同仁探讨。

(二) 结构设计

本文以医疗损害赔偿为论题,从整体结构上说,全文的主体可

① 参见《在医院里,您是消费者吗》,载《中国消费者报》1999年4月9日;《处理医疗事故将有新法》,载《中国消费者报》1999年3月27日;《中国消费者报》,1999年8月10日;梁慧星:《医疗赔偿难点疑点剖析》,载《南方周末》1998年1月8日;《民法专家声援泸州中院——梁慧星对泸州中院“若干意见”的评论》,载《南方周末》1999年12月17日;孔祥俊:《消协受理医疗投诉合理合法》,载《中国消费者报》1999年7月27日。《广东省实施〈消法〉办法挑战难点与盲点》,载《中国消费者报》1999年8月24日。

分为三个部分:医疗损害赔偿之请求权基础、医疗损害责任的构成、医疗损害赔偿。由于医疗的特殊性,本文将专设第一章,界定医疗行为的含义,论述医疗行为的特点,以此作为医疗损害赔偿请求权基础之医疗关系、医疗损害责任的认定之铺垫。由于医疗关系包括医疗契约、医疗事务无因管理和强制医疗,其中,医疗契约关系下的医疗损害责任产生违约责任和侵权责任的竞合,因此,本文第三章对医疗损害责任的竞合进行阐述,并确定将医疗损害赔偿责任的重点落在侵权责任方面,随后的第四章医疗损害、第五章医疗过失的认定、第六章医疗损害责任中的因果关系便是侵权责任的构成要件。医疗损害责任之认定应包括医疗过失及医疗损害和医疗过失之间的因果关系的证明,由于医疗过失及因果关系的证明一般存在共同的方法,所以在论述医疗过失的认定和医疗损害的因果关系时,不涉及证明的问题,而专设第七章医疗损害赔偿诉讼的举证责任分配予以论述。第八章医疗损害赔偿是全文的落脚点,谁、在什么范围内得到医疗损害赔偿,医疗损害赔偿的计算和支付等是本章的主要内容。最后,在前文论述的基础上,对我国的医疗损害赔偿立法提出建议。

四、资料来源及写作方法

(一)资料来源

医疗损害赔偿问题是随着社会文明的进步、医疗科技水平的提高及国民权利意识的苏醒而逐渐产生和强化的。世界先进国家和地区对于医疗损害赔偿问题的研究必然走在我国的前面,由于社会制度、司法体系的不同,我们不可能完全照搬其理论和实务,但医疗损害赔偿问题毕竟存在共性。因此本文在研究中,将大量参考先进国家和地区关于医疗损害赔偿的理论和实务。由于本研究的目的是为中国的医疗损害赔偿实践提供理论指导及立法建议,所以,本文将针对医疗损害赔偿的实例进行分析,这些实例是笔者几年来浏览《南方周末》、《中国消费者报》、《健康报》、《法制日

报》、《人民法院报》以及互联网的收获。同时还参考了国内一些学者对于医疗损害赔偿问题的论述。

(二) 写作方法

研究方法的选择应依研究对象和研究目的而定。我国的医疗损害事件和医疗纠纷、医疗诉讼是近几年才激增的,医疗损害赔偿问题的研究可以说是我国法学研究领域中的一个崭新的课题,理论基础和实务分析都很薄弱,而先进国家在这方面已较为成熟,因此,本文有必要借鉴国外先进的理论和做法。由于我国在医疗损害赔偿法律方面的欠缺,本文将责无旁贷地承担起讨论我国医疗损害赔偿立法的责任,这也就不可避免地将研究和分析国内外有关医疗损害赔偿法律法规的优点和缺陷,以此作为我国立法所用。基于上述目的,本文将大量采用比较法的方法,以探求存在于不同制度背后的医疗损害赔偿的问题。

与比较法紧密相关的一个方法是历史的方法,凡对一个国家的理论和法律的分析必然要涉及其来龙去脉,因此,本文将同时大量运用历史的方法。

由于医疗损害赔偿问题是一个实践性较强的问题,本文将结合国内外的实务,进行案例分析,以此作为我国实务及立法的借鉴。因此,本文还将采用判例研究的实证分析方法。

综上所述,本文将主要采用的研究方法是:比较法的方法、历史的方法、判例研究的实证分析方法。

目 录

导 论	(1)
第一章 医疗行为	(1)
第一节 医疗行为的界定	(1)
第二节 医疗行为的特殊性	(7)
第二章 医疗关系	(16)
第一节 医疗契约	(16)
第二节 非契约之医疗关系——无因管理	(49)
第三节 非契约之医疗关系——强制医疗	(62)
第三章 医疗损害的责任竞合	(75)
第一节 责任竞合的一般理论	(75)
第二节 医师的专家责任	(86)
第三节 医疗损害责任竞合	(91)
第四节 医疗损害责任的构成要件	(102)
第四章 医疗损害	(117)
第一节 损害的概念	(117)
第二节 医疗损害事实	(128)
第三节 医疗损害的分类	(141)
第四节 精神损害	(148)
第五章 医疗过失的认定	(163)
第一节 过失理论概述	(163)
第二节 医疗过失的判断标准——医师的注意义务	(167)
第三节 医疗过失的判断标准——医师注意义务的	

基准·····	(180)
第四节 医疗过失的具体认定·····	(188)
第五节 医疗过失的否定——“知情同意理论”·····	(222)
第六章 医疗损害责任中的因果关系·····	(236)
第一节 关于因果关系的学说·····	(236)
第二节 医疗损害责任中的因果关系·····	(252)
第七章 医疗损害赔偿诉讼的举证责任分配·····	(270)
第一节 举证责任分配理论概述·····	(271)
第二节 事实本身说明过失原则·····	(278)
第三节 德国法上的表见证明理论·····	(291)
第四节 日本法上的“大概推定”原则·····	(301)
第五节 妨碍证明理论·····	(306)
第六节 重大诊疗过失的举证责任转换·····	(314)
第七节 我国医疗损害赔偿诉讼中举证责任的分配·····	(320)
第八章 医疗损害赔偿·····	(329)
第一节 医疗损害赔偿请求权的主体·····	(329)
第二节 损害赔偿范围·····	(339)
第三节 损害赔偿的计算方法和计算基准时·····	(348)
第四节 医疗损害赔偿额的具体计算·····	(355)
第五节 医疗损害赔偿请求权的诉讼时效·····	(397)
第九章 医疗损害赔偿的立法问题·····	(402)
第一节 我国医疗损害赔偿实务中的法律适用·····	(402)
第二节 对我国处理医疗损害赔偿的立法建议·····	(418)
结束语·····	(429)
参考书目·····	(432)
后 记·····	(439)

第一章 医疗行为

一个浅显易懂的道理是,医疗损害必定是由医疗行为造成的,没有医疗行为就不可能有医疗损害的发生。当我们要追究医师的医疗损害的赔偿责任时,必须确认其医疗行为是否存在过失、过失与损害结果之间是否有因果关系。这就有必要对医疗行为作一界定,即确定医疗行为的内涵及外延。此外,在认定医疗过失时必须考虑医疗行为的特殊性。如此,才能公正、合理地处理医疗损害事件,既能保护患者的权益,又能促进医疗科技水平的发展,最终有利于国民生活质量的提高。

第一节 医疗行为的界定

我国法律中没有医疗行为这一概念,与此相类似的是我国1998年6月颁布的《执业医师法》中的“医师执业活动”,但该法对“医师的执业活动”没有给予明确的定义。根据该法条文内容可概括出,“医师的执业活动”是指“防病治病,救死扶伤”。按学界的一般理解,医疗行为是指“以疾病的预防、患者身体状况的把握和疾病原因以及障害的发现、病情和障害治疗以及因疾病引起的痛苦的减轻,患者身体及精神状况改善等为目的对身心所做的诊察治疗行为。”^①简言之,医疗行为就是以治疗疾病为目的的诊断治疗

^① (日)蒺立明、中井美雄编:《医疗过误法》,青林书院1996年12月版,第31页。