

医疗事故损害赔偿是现代侵权行为法须处理的最棘手的问题。

医疗侵权法律与适用

在十几年的研究中，提出了一些想法……

受害患者的权益必须全面保护，
但是，医疗机构和医务人员的合法权益也要保护

杨立新 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

医疗侵权法律与适用

杨立新 著



图书在版编目(CIP)数据

医疗侵权法律与适用/杨立新著. —北京:法律出版社,2008.4

ISBN 978-7-5036-8344-2

I. 医… II. 杨… III. 医疗事故—民事纠纷—侵权行为—
法律适用—中国 IV. D922.165

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第040935号

© 法律出版社·中国

医疗侵权法律与适用 | 杨立新 著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.125 字数 208千

印次 2008年5月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939828

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8344-2

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)

序 言

2008年春节休假期间,我对本书稿进行了最后的修改和整理,终于在今天完稿,心情很轻松,坐下来想为新书写几句惯常的话。叫什么呢?还是叫“序言”吧,尽管都是自己给自己写的。

医疗侵权责任,是侵权责任法中的一个重要课题,在理论上和司法实践中都具有重要意义。因此,我在二十几年前开始研究侵权法的时候,就对医疗侵权责任问题进行过研究,积累了一些看法和体会。但真正对医疗侵权责任产生兴趣,是在1990年到最高人民法院民事审判庭工作之后。我的那个审判组就是专门审理侵权和债权案件的合议庭,因此,接触了大量的医疗侵权案件。那时候,最高人民法院民庭不直接审理案件,涉及的一是请示案件,二是申诉案件。在这些案件中,有很多都是处理不公,受害患者到最高人民法院上访的,问题直指《医疗事故处理办法》,反映的问题让我们法官自己都忿忿不平。那时候,我和我的同事范建邦、谢卫东等专门要对这些不服医疗事故鉴定、不服法院

判决的案件进行研究,并且想要干出点什么来。所谓“想干出点什么来”,不过是要跟《医疗事故处理办法》较劲,推翻这个《办法》中的错误规定。但是领导“及时”地批评我们不要想到只有自己是“清官”,一个制度的改革是一个渐进的过程,不是一蹴而就的事情。因此“扼杀”了我们当时就“想干出点什么来”的热情,转而对医疗侵权责任进行深入研究。

现在,十几年过去了,《医疗事故处理条例》代替了《医疗事故处理办法》,“想干出点什么来”的想法好像已经实现了。问题在于新的《条例》虽然有了很大的进步,但也还不那么理想,因此,“想干出点什么来”的念头还要继续下去,还要对医疗侵权责任继续进行深入研究,推动医疗侵权责任制度的进步和发展,更好地保护受害患者的合法权益。在十几年的研究中,我和我的学生们一起,提出了一些想法,并且在司法实践中不断检验。可以说,我们今天提出的医疗侵权责任研究的体会,还是这个“想干出点什么来”的冲动的延续和初步成果。今天,我一边整理着这些书稿,一边品味着当时就“想干出点什么来”的冲动和研究这个课题的酸甜苦辣,自己把自己都感动了。

正像日本明治大学新美育文教授所言:“医疗事故损害赔偿是现代侵权行为法须处理的最棘手的问题。”^①这个侵权法堪称最为棘手问题的核心,就在于在研究医疗侵权责任时,如何能够很好地平衡受害患者、全体患者与医疗机构之间的利益关系。受害患者的权益必须全面保护,但是,医疗机构和医务人员的合法权益也要保护,同时,也不能单纯为了防止医疗机构承担过高的赔偿责任而使全体患者的权益受到损害。因此,二十几年来我在研究这个问题的时候,觉得最难以处理的问题就在于此。在本书中,我试图解决这个问题,并提出了自己的想法,准备接受社会生活和司法实践的检验。研究医疗侵权责任,最大的问题就是法律人研究则缺乏医学专业知识和经验,医务人员研究则缺乏法律专业知识

① 引自夏芸著:《医疗事故赔偿法》序,法律出版社2007年版,第1页。

和经验。我仅仅是具有法律专业背景的法律人,不是医务人员,不懂医学,这是困难所在。我在带学生时,也很想带几个医学院的学生,不过直到今天也还没有成熟的学生能够独立进行这个研究工作。这是一个今后需要继续进行的工作。我说这样的话,是说我现在的研究很可能存在医学上的不足。这是我自己没有办法解决的。如果有错误,请读者指正。

本书不是长篇大论,也不试图对医疗侵权责任进行面面俱到的说明,而是在一般介绍的基础上,重点对当前医疗侵权责任中的主要问题进行阐释。其中包括对于医疗机构告知义务、医疗侵权赔偿范围、医疗事故责任鉴定的性质和法官的审查权、侵害人体医疗废物以及医疗过程中药品器械致害的侵权责任等问题的专题研究。这些问题,都是当前处理医疗侵权责任案件中亟待解决的问题,希望我的研究能够对这些问题的解决有所裨益。

我要致谢的,是我的学生袁雪石、曹艳春、陈璐、王玲芳,几年中,他们跟我进行了辛苦的研究,取得了较好的成果。本书就凝聚着他们的心血。对此,我在注释中都标注了他们所作的贡献,也表示了我的谢意。还要感谢的是广州市律师协会医学法律专业委员会及其各位委员律师,我和他们一起进行过多次座谈,对很多问题进行了广泛的讨论,这些对我的研究都提供了很好的帮助。

新书出版,略说写作初衷,是为序。

杨立新 教授

2008年2月12日

北京

人大明德法学楼

目 录

序言 /1

第一章 我国医疗侵权立法现状以及 国外先进经验 /1

第一节 《医疗事故处理条例》实施前 的医疗侵权纠纷法律适用 /2

一、《医疗事故处理办法》存在的主要问题 /2

二、对上述问题的最初解决办法 /3

三、我们曾经提出的解决办法 /5

第二节 《条例》在保护患者权利方面 的新进展 /6

一、《条例》在规范医疗事故处理上的五个
新进展 /6

二、对《条例》存在的问题所应采取的民事
审判对策 /13

三、目前面临的问题 /21

第三节 德国、荷兰医疗侵权纠纷的立法司法经验 /23

一、德国的医疗侵权纠纷立法司法经验 /23

二、荷兰的医疗侵权纠纷立法司法经验 /26

三、借鉴意义 /30

第二章 医疗侵权责任的 concept 与法律关系 /31

第一节 医疗侵权责任的 concept /32

一、医疗侵权责任的界定和外延 /32

二、医疗侵权责任的性质 /38

第二节 医疗侵权责任的法律关系 /41

一、医疗侵权法律关系的主体是医患双方 /41

二、医疗侵权法律关系的客体 /43

三、医疗侵权法律关系的内容 /43

第三章 医疗侵权责任构成要件与抗辩事由 /46

第一节 医疗侵权责任案件的归责原则 /47

一、医疗侵权责任案件的归责原则是过错推定原则 /47

二、医疗侵权责任适用过错推定原则的规则 /50

第二节 医疗侵权责任的构成要件 /54

一、医疗机构医疗护理中的违法行为 /54

二、医疗侵权责任构成中的人身损害事实 /59

三、医疗侵权责任构成中的因果关系 /60

四、医疗侵权责任构成中的主观过错 /62

第三节 医疗侵权纠纷案件的举证责任 /64

一、医疗侵权责任构成中患者一方的举证责任 /64

二、医疗侵权赔偿责任构成中的因果关系推定 /65

三、医疗侵权责任构成中的过错推定 /67

四、医疗侵权赔偿责任中的举证责任倒置 /68

第四节 医疗侵权行为的特殊形式 /69

- 一、疏于及时救治义务的医疗侵权行为 /70
- 二、违反对患者的保密义务的医疗侵权行为 /71
- 三、医疗中药品和医疗器械造成损害的医疗侵权行为 /72
- 四、输血输液致害患者或者第三人的医疗侵权行为 /72
- 五、救护站救护不及时致人损害 /74
- 六、涂改销毁隐匿病历的医疗侵权行为 /76
- 七、产科医院错抱孩子的医疗侵权责任 /77

第五节 医疗侵权责任的免责事由 /78

- 一、在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果 /78
- 二、在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外 /78
- 三、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 /79
- 四、无过错输血感染造成不良后果 /79
- 五、因患方原因延误诊疗导致不良后果 /79
- 六、因不可抗力造成不良后果 /80

第四章 医疗机构告知义务在医疗侵权责任认定中的作用 /82

第一节 医疗机构告知义务的重要性和必要性 /83

- 一、《条例》规定的医疗机构负有的义务不是软义务 /83
- 二、日本患者不同意伴有输血的手术的医疗损害赔偿案件 /84
- 三、违反告知义务的比较法研究 /86
- 四、医疗机构告知义务的重要性 /88

第二节 医疗机构告知义务的内容及其责任 /88

- 一、医疗机构告知义务的性质 /88
- 二、医疗机构告知义务的来源 /93
- 三、医疗机构告知义务的内容 /94
- 四、医疗机构告知义务的履行 /97

五、违反告知义务的侵权损害赔偿 / 99

第三节 中医医疗机构告知义务及其违反告知义务的责任 / 105

一、研究中医医疗机构告知义务及其责任的必要性 / 105

二、中医医疗机构告知义务的来源在于患者的知情权 / 105

三、中医师在施治过程中的告知义务 / 108

四、中医治疗中履行告知义务的难点及对策 / 110

五、中医师违反告知义务的民事责任 / 113

第五章 医疗侵权的赔偿责任 / 119

第一节 美国医疗损害赔偿改革的借鉴意义 / 120

一、医疗侵权赔偿责任是否具有特殊性 / 120

二、美国医疗损害赔偿法律制度的困境 / 121

三、2003 年美国医疗损害赔偿法律制度改革 / 123

四、1975 年加利福尼亚州医疗损害赔偿改革法 / 125

五、美国医疗损害赔偿制度改革对中国医疗事故赔偿制度改革的启示 / 137

第二节 医疗侵权纠纷案件赔偿的法律适用 / 140

一、医疗侵权纠纷赔偿标准的差异 / 140

二、医疗损害赔偿应当限制的赔偿项目 / 150

三、确定正确的医疗损害赔偿标准保障受害人的合法权益 / 151

第三节 医疗侵权纠纷案件赔偿责任确定方法 / 158

一、医疗侵权损害赔偿的法律关系 / 158

二、医疗损害赔偿确定 / 159

第六章 医疗事故责任鉴定的性质及其作用 / 167

第一节 医疗事故鉴定的性质是司法医学鉴定 / 168

一、我国医疗事故鉴定实行垄断的原因 / 168

二、国外经验的借鉴 / 170

三、扬州中院的做法对认定医疗事故鉴定性质的积极意义 /171

第二节 对医疗事故鉴定结论的司法审查 /173

一、法官有权对医疗事故鉴定结论进行司法审查 /173

二、扬州市中级人民法院对医疗事故鉴定结论的审查方法 /174

三、法院对医疗事故鉴定结论进行司法审查的意义 /177

第七章 侵害人体医疗废物的侵权责任 /198

第一节 医疗废物及人体医疗废物的界定 /199

一、研究人体医疗废物的重要意义 /199

二、人体医疗废物概念的界定 /200

三、人体医疗废物的种类 /203

第二节 人体医疗废物的物权属性及其权利归属 /203

一、人体医疗废物的物权属性 /203

二、人体医疗废物的所有权归属 /206

第三节 人体医疗废物的支配规则 /208

一、支配人体医疗废物的基本规则 /208

二、权利人对人体医疗废物的支配规则 /210

第四节 侵害人体医疗废物的侵权责任 /213

一、侵害人体医疗废物的侵害客体 /213

二、侵害人体医疗废物的赔偿责任 /214

第八章 医疗中的药品器械致害侵权责任 /216

第一节 医疗中药品器械致害侵权责任的构成和责任 /218

一、医疗中药品器械致害侵权责任的性质 /218

二、医疗中药品器械致害侵权责任的构成 /220

三、药品器械致害侵权责任的归责原则以及责任竞合 /224

四、药品器械致害侵权的责任形态 /225

第二节 药品召回义务及违反召回义务的责任 /228

一、药品召回义务的性质 /228

二、药品召回义务在药品义务和药品责任中的地位 /233

三、药品召回义务不履行的侵权损害赔偿责任 /238

关键词索引 /243

第一章 我国医疗侵权立法现状 以及国外先进经验

【典型案例】

原告刘颖因患不孕症,从1976年结婚后一直没有怀孕,经熟人介绍,于1989年9月就医于被告乌鲁木齐市贸易商行中医门诊部。该门诊部对刘颖进行诊查,并经过几天治疗后,由郭医生为刘颖做了输卵管通水术。1989年11月13日下午,郭医生又一次为刘颖做了输卵管通水术,刘颖于下午7时回家后就感到腹部疼痛。当晚,刘颖的丈夫请郭医生来其家给刘颖看病。郭医生经检查,发现刘颖身体发烧、腹部剧痛,便劝刘颖服用螺旋霉素等药。此后,刘颖的病情未见好转,即于12月13日住进新疆军区总医院,连续治疗42天出院,诊断为“亚急性盆腔炎”,支付医疗费3000余元。经该市医疗事故鉴定委员会鉴定为严重医疗差错,不属于医疗事故。因而,门诊部一方拒绝赔偿损失。经乌鲁木齐市卫生局组织医疗事故鉴定委员会鉴定,结论为医疗差错。按照《医疗事故处理办法》的规定,只有医疗责任事故和技术事故才可以请求赔偿,据此,门诊部对刘颖的损失不予赔偿。刘颖向新市区法院

起诉。乌鲁木齐市新市区法院缺席判决:门诊部的行为既然是医疗差错,就说明医疗单位在主观上有过错;既然有过错,又造成了患者的人身损害,当然构成侵权民事责任,因此,被告应当承担原告的医疗费用3000.54元,给予被告一次性经济补偿费1000元。被告不服上诉,乌鲁木齐市中级法院终审判决:驳回上诉,维持原判。^①

第一节 《医疗事故处理条例》实施前的医疗侵权纠纷法律适用

一、《医疗事故处理办法》存在的主要问题

在《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)实施之前,各级医院和卫生行政管理部门处理医疗侵权纠纷,都是适用1986年国务院颁布实施的《医疗事故处理办法》(以下简称《办法》)。在十几年中,总的来看,这个行政法规在规范医疗单位和卫生行政管理部门对医疗事故的处理上,起到了一定的作用。但是根据实践情况看,这一行政法规存在的问题是比较严重的,对保护患者的人身权利不利。在本章的典型案例中,就可以看到这一点。

《办法》存在的主要问题有以下三点:

第一,将医疗事故的范围界定得过窄。《办法》规定医疗事故只包括医疗责任事故和医疗技术事故,将医疗差错排除在医疗事故之外。民法理论认为,凡是有过错的行为,并造成损害结果,就构成侵权行为。既然医疗差错的行为人在医疗过程中主观上有过错,又造成了患者的损害结果,为什么不能认定这种行为是侵权行为呢?在本章的典型案例中,刘颖受到的损害,经鉴定为医疗差错,根据《办法》的规定,医疗差错不是医疗事故,不予赔偿。正像判决书指出的那样,既然是医疗差错,那就是有

^① 选自《中国审判案例要览》(1993年综合本),中国人民公安大学出版社1994年版,第690页以下。

过错,就构成侵权责任。不承担侵权责任就是对受害患者的不负责任。

第二,将医疗事故的赔偿数额限定得过低。《办法》规定构成医疗事故,医疗单位应当给予患者一次性补偿,具体的补偿数额由各省级人民政府确定。而各省级人民政府对医疗事故一次性补偿规定的数额又过低,难以有效地赔偿患者的损失。根据我的调查,各省级人民政府确定的一次性赔偿的标准为 3000 元至 8000 元不等,最高的不超过 8000 元人民币。按照这样的补偿标准,医疗事故无论造成患者什么样的损害,最高都不能超过这个数额。尽管制定《办法》时的 20 世纪 80 年代的物价不高,但这样的规定也不符合《民法通则》关于人身损害赔偿规定的精神,不能很好地保护患者的合法权益。

第三,对医疗事故鉴定机构和级别的规定不合理。《办法》只规定在县级、地市级和省级卫生行政管理部门设立医疗事故鉴定委员会,省级医疗事故鉴定委员会的鉴定结论为终级鉴定结论,在中央一级则不设置这样的鉴定机构。同时,对于医疗事故的鉴定,规定为医疗事故鉴定委员会的独家权力,由卫生行政主管部门领导,人民法院对医疗事故鉴定结论无权审查、无权重新认定,也不能委托其他鉴定机构或者另行组织鉴定委员会重新鉴定。一旦鉴定委员们徇私舞弊,法官无法应对,只有驳回原告起诉一途,别无他法。

二、对上述问题的最初解决办法

正是由于《办法》存在上述问题,很多医疗侵权纠纷的受害患者及近亲属在认为卫生行政机构鉴定医疗事故责任、处理医疗事故不公,向人民法院起诉的时候,人民法院对纠纷的处理,很多时候都无能为力,面对受害人的权利损害,无法适用《民法通则》关于损害赔偿责任规定以保护受害患者的权利。

在司法实践中,有些人民法院对这样的状况采取了一定的对策,试图在医疗事故赔偿纠纷的处理中,在保护受害人的合法权益上有所作为。

对于第一个问题,很多法院都进行过尝试,但最成功的,是新疆乌鲁

木齐市中级人民法院和该市新市区人民法院在审理刘颖诉乌鲁木齐市大同贸易商行中医门诊部医疗事故赔偿案中作出的判决。本章开头的典型案例收录的就是本案。这个案件是经典的,是向《办法》存在的问题开的最为有效的第一枪,具有历史意义。^①

对于第二个问题,很多法院向最高人民法院请示:医疗事故造成患者人身损害,究竟是按照《办法》规定的补偿标准,还是按照《民法通则》关于人身损害赔偿标准的规定,确定赔偿数额。对此,最高人民法院于1992年3月24日《关于李新荣诉天津市第二医学院附属医院医疗事故赔偿一案如何适用法律的复函》作出司法解释:《办法》和地方人民政府医疗事故处理办法实施细则,是处理医疗事故赔偿案件的行政法规和规章,与《民法通则》中规定的侵害他人身体应当承担民事责任的基本精神是一致的;因此,应当依照《民法通则》、《办法》的有关规定和参照地方人民政府医疗事故处理办法实施细则的有关规定,根据案件具体情况处理。这一司法解释确认了《民法通则》对于处理医疗事故赔偿案件的基本作用,并且将《民法通则》的适用置于适用的法律法规之首,肯定了《民法通则》第119条关于人身损害赔偿的规定对医疗事故赔偿纠纷的适用。地方各级人民法院在审判实践中,运用《民法通则》的规定,突破了《办法》对于医疗事故赔偿责任的限制性规定,赔偿数额大大超过了一次性补偿的最高限额,较好地保护了患者的合法权益。

对于第三个问题,在当时法律规定的情况下,人民法院无法突破,没有解决的办法。在遇到医疗事故鉴定委员会徇私或者错误鉴定的时候,法院无法做出重新鉴定,只能任由患者的权益被损害,没有救济办法。一般来说,医疗事故鉴定好像确实是专家的事情,法官无权也无法做这样的专业鉴定。但是,并不是法官不懂的专业问题,法官就不能进行审查,法院可以依职权组织与当事人无关的权威医学专家组成鉴定委员

^① 这个案例,我把它评为影响中国侵权行为法发展的十大经典案例之一。入选理由是确认医疗差错承担侵权责任,有利于推动医疗事故赔偿改革。参见杨立新:《杨立新新品百案》,中国法制出版社2007年版,第224~225页。

会,做出权威的鉴定结论。事实上,在1990年制定《道路交通事故处理办法》时,就纠正了类似的问题,赋予法官对道路交通事故责任认定的审查权和重新认定权。事实证明,只有这样的规定才是正确的。

三、我们曾经提出的解决办法

在司法实践中,我们针对《办法》存在的司法机关无法依照审判职权解决的问题,曾经提出以下建议:

首先,应当尽快修订《办法》,制定出一部具有时代感、符合法律基本精神的新《办法》或者《条例》。对此,国务院应当纳入重要议事日程,尽早启动。修订《办法》或者制定《条例》,应当处理好《办法》或者《条例》与《民法通则》的关系。《民法通则》是赋予民事主体民事权利、保护民事权利的基本法,任何有关的特别法都不能违背《民法通则》规定的基本原则和精神。修订《办法》或者制定《条例》应当严格依据《民法通则》的基本原则和精神,在依法保护自然人民事权利的宗旨下,规定赔偿的具体办法,废除现行对保护受害患者及近亲属合法权益不利的条文,同时,不得限制人民法院的审判权,规定在必要时法院有权另行组织医疗事故鉴定委员会对医疗事故做出重新鉴定。对于其他的规定,也必须体现《民法通则》和《民事诉讼法》的精神,不能使《办法》或者《条例》成为偏袒医疗机构损害患者合法权益的“武器”,而要成为保护患者合法权益的有力法律武器。

其次,人民法院在审判实践中,应当本着保护民事主体合法权益的原则,坚决执行《民法通则》的规定,协调《办法》与《民法通则》之间的关系。对于《办法》中有利于保护民事主体合法权益的规定,应当执行;对于《办法》没有规定,《民法通则》已经有明确规定的,按照《民法通则》的规定处理;对于《办法》的规定与《民法通则》的基本精神和基本原则、具体规定相违背的,应当执行《民法通则》的规定,保护好民事主体的合法民事权益;对于没有办法改变的问题,应当进行调查研究,积累经验,在将来修订《办法》或者制定《条例》的时候,提出意见,争取把这个《办法》或者《条例》修订或者制定得更好。