

医疗事故赔偿法

——来自日本法的启示

夏芸 著

いりようじこばいしょうほう

——にほんほうからのけいじ



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为东南大学科技伦理与艺术国家哲学社会科学创新基地成果之一，
江苏省教育厅高校哲学社会科学研究指导重点项目（批准号06SJB820006），
并得到东南大学科技处出版基金资助。

医疗事故赔偿法

——来自日本法的启示

夏芸 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

医疗事故赔偿法:来自日本法的启示/夏芸著. —北京:

法律出版社, 2007. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7534 - 8

I. 医… II. 夏… III. ①医疗事故—赔偿法—研究—

日本②医疗事故—赔偿法—研究—中国

IV. D931. 321 D922. 164

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第103369号

© 法律出版社·中国

医疗事故赔偿法——来自日本法的启示

夏芸著

责任编辑 高山

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年10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 24.125 字数 700千

印次 2007年10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/010-63939796

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7534-8

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

伴随经济高度增长，我国出现了大量、新型、复杂多样的侵权行为形态，其中要数医疗事故侵权的民事处理最为棘手。本书介绍了日本侵权行为法最精髓的理论和大量的医疗事故纠纷处理案例，并以此为参照，针对我国医疗事故民事赔偿司法实践中存在的难点问题，对其产生原因和解决手段展开了考察分析。

作者希望与法律界和医学医疗界以及相关科研教学人士展开广泛的交流。为此本书采取教材式由浅入深、对法律用语以及医学概念加以解释、理论阐述力求通俗易懂并结合实例说明的写作手法。

夏芸 原江苏省中西医结合研究院妇科
医师，现东南大学人文学院教授。南京中
医药大学医学学士，日本明治大学法学硕
士，日本福岡大学法学博士。研究方向：
侵权行为法，医事法，生命伦理与法。

序

一般认为,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。其理由如下:

第一,在追究医师等医务人员或者医疗机构(以下统称医疗方)的过失责任时,不能轻易地决定以什么作为医疗方的过失的判断标准。一方面,由于医学研究和医疗的对象是人的生命和健康,具有至高无上的价值,所以患者往往对疗效抱有较高的期待,当医疗结果与期待不一致时,容易对医疗方产生不满并怀疑医疗方所实施的医疗行为是否存在失误等。在权利意识不断增强的今天,上述现象普遍存在。然而在另一方面,虽然现代医学研究和医疗技术取得了日新月异的进步,但医学仍有许多未知领域,并且由于医学研究成果或新开发医疗技术在临床的普及和运用受社会经济状况、医疗机构所处地域环境、医疗机构本身人力物力条件等客观因素制约等原因,现代临床医疗技术和效果有一

定限度,而且各医疗机构的医疗技术能力也不尽相同。鉴于上述,在判断医疗事故纠纷的医疗方的行为是否构成侵权行为的过失时,应当充分考虑和客观评价临床医疗水平的限度以及医疗机构的实际医疗技术能力。医疗侵权行为的过失判断不能离开法的价值判断,只要以此为前提,就不能忽视这一点。然而,由于医疗的事情具有极强专业性等特点,这一评价说起来容易,实际操作却有很大困难。

第二,医疗事故纠纷的因果关系证明有相当困难。首先是举证具有较大难度。因为几乎所有医疗事故的损害都发生在患者体内,医疗行为大多在手术室等密闭环境下实施(即医疗有密室性。对此存在批判性意见。但是我认为,仅从医疗行为与患者个人隐私密切相关而个人隐私是法律保护的利益这一意义考虑,也应该肯定医疗的密室性),所以在多数情况下,患者方几乎不可能成功证明医疗行为与损害之间存在因果关系。医疗事故因果关系举证困难已成为现代侵权行为法的重要课题。对此有人主张,为救济医疗事故受害人,应该一律推定医疗事故中存在因果关系。可是,如果从实现法律的正义公平理念之高度面对医患纠纷,就应该看到这一处理方法有使医疗方承担过重的义务乃至不合理责任之虞。因果关系的推定只有在一定状况下、存在一定要因时才能够实施,不能作一律处理。其次,因果关系判断也有很大难度。因为医疗事故的发生原因复杂,难以适用一般的经验法则,判断时往往需要借助医学专家提供的医学资料作推理分析,可法官一般不具备医学知识。所以,如何使法官正确理解、客观评价和灵活运用医学专家的鉴定意见和证言,这也是医疗事故纠纷审判中必须解决的重要课题。此外,在因果关系判断中还经常遭遇由于医学本身尚未认识而造成的即使根据当时最尖端的医学知识或技术也无法找到事故发生原因的困难情形。在这种情况下,不论使患者方还是医疗方承担医疗事故损害

的全部赔偿责任都不妥当,较好的解决方法是将损害合理公平地分配给双方当事人承担。可是何谓公平以及合理的分配?法律必须提示判断的准则。为此,目前在医疗事故赔偿方面积累了丰富的经验的先进国家已经诞生了“机会丧失论”、“延命利益丧失论”或者“期待权侵害论”等理论。这些理论拓宽了医疗事故损害赔偿法的视野,也开辟了损害赔偿的新途径,受到了各国广泛的关注。但在现阶段,对上述理论的评价还没有形成共识。

第三,在表象上,医疗事故纠纷多以医疗行为实施是否有失误为焦点。但是在实际上,医患之间缺乏意思沟通往往是医疗事故纠纷发生的主要原因。过去各国法律对此均未予以足够重视,现在有了公认的法的处理手段,即“说明同意(Informed Consent)法理”。但是,在对该法理的解释论上,目前无论欧美还是亚洲各国都存在较大分歧。由于民族文化以及国情等不同,各国对医患关系应有的意思沟通方式的理解自然不尽相同,并且由于各国的医患关系形成的客观环境、尤其是医疗供给制度有较大差别,所以对该法理的认识论有分歧也是当然的事情。关键在于如何使“说明同意(Informed Consent)法理”的解释论在符合本国固有法体系的同时也应该贴合本国的医疗实情。换句话说即是,在运用该法理解决本国的医疗事故纠纷、强调尊重患者的权利之基本前提下,还必须充分考虑本国支撑医疗供给制度的基础——社会经济条件等客观状况。

本书是对医疗事故损害赔偿处理的上述各难题展开全面、深入考察的纯粹的学术研究论文。为了探讨医疗事故的损害赔偿的问题,本书首先对侵权行为法的基本论点做了深入细致研究。众所周知,日本民法是比较法学的产物,不仅在立法时经历了对大陆法系和普通法系作考察比较的过程,而且其解释论的形成和发展也受到德国法学和法国法学的重大影响,二次世界大战后还受到美国法学

的影响。因此日本法的理论状况具有及时反映先进市场经济国家的民法学研究成果的特点。尤其能够评价认为,日本的侵权行为法理论非但已经到达世界的侵权行为法的顶峰,而且,由于20世纪日本曾经发生了比其它先进市场经济国家的事态更加严重的药害以及公害致人身损害的社会性问题,日本侵权行为法在还逐步构建了一整套当今世界最尖端的处理此类问题的理论和手段。而这些均为现今日本法处理医疗事故损害赔偿的基础框架。本书在介绍日本侵权行为法基本论点的同时,还对日本侵权行为法的理论发展状况加以了详细客观的考察,在这一基础上对医疗事故损害赔偿理论进行了整理分析和归纳。应该毫不夸张地评价说,本书的研究不仅使医疗事故损害赔偿法理论得到了进一步深化,而且在正确理解日本侵权行为法体系以及理论发展状况方面作出了非常有益的贡献。尤其本书充分揭示和考察了日本侵权行为法最精髓的“过失论”和“因果关系论”,这同时也是对世界各国侵权行为法在坚持固有法体系的前提下共同拥有的理论财富的充分揭示和考察。

本书的主要目的是探讨医疗事故损害赔偿的法准则。作者凭借自己具备的医学素养和法学素养,出色地完成了这一研究。如上所述,理解医疗事故损害赔偿法不但需要法学知识,而且也需要医学知识。作者在中国受到良好的大学医学教育,也积累了临床医师的工作经验,之后又留学日本受到作为法律家的法学教育,并取得法学硕士和法学博士学位。应当说,本书的问世是作者多年来在这一领域坚持不懈努力钻研的结晶。作者对存在问题的意识和解决问题的视角既反映了作者身为法律家而应有的敏锐洞察力和对正义公平理念的执着追求,也体现了作者对临床医师和患者所处实际客观环境以及二者相互关系的充分考虑。因此可以说,作者的观点是建立在对法律、医学以及患者等三方面有充分认识和理解之基础上的。

我期待和相信,本书能够成为中国的医疗事故损害赔偿法的重要参考书,也能够对中国侵权行为法的立法和发展做出有益贡献。

新美育文

日本明治大学法学部专任教授兼法科大学院专任教授

2006年12月

前 言

伴随市场经济的实施,自 20 世纪 90 年代后期以来,我国医疗事故纠纷的发生率以及因此追究医疗方面民事赔偿责任的诉讼率显著增加,成为社会广泛关注的问题。可是,由于医疗事故纠纷的法律处理需要了解 and 掌握相关医学专业知识,而法律人士大多对医学是门外汉;也由于医疗事故具有事故发生原因复杂、多发生于患者体内、患者体质差异较大、医疗效果不确定、医学本身还有许多未知领域等特点,迄今为止,如何判断医疗事故的过失和因果关系始终是我国医疗事故纠纷审判中的最大难题。

由于上述,我国司法实践中存在以下两种倾向:一是完全按照医疗事故的医学鉴定所认定的医学意义上的过失和因果关系决定民事赔偿责任;二是试图完全撇开医疗事故的医学鉴定而由法官自由裁量。可是应该看到,由于医疗事故鉴定对医学上的过失以及因果关系的认定标准不

明确甚至有较大出入,并且只是医学专家根据医学上的见解而提出的意见,不能完全排除该意见有时只是鉴定人的个人见解、甚或有庇护同僚感情色彩的可能性,所以,法庭在借鉴医学鉴定意见时,必须对其客观真实性以及证据性做出正确评价。此外,因为医疗侵权成立要件的过失和因果关系与医学意义上的过失和因果关系并不是等同的概念,前者的判断既离不开运用医学知识对具体医疗中发生的事实现象进行分析推理,也需要进一步综合考虑各种其它因素(包括被侵害利益的重大性、侵害程度的严重性、社会对加害行为人所要求的行为规范等),所以应该说,上述任何一种倾向都不可取。

为了缓解医疗事故受害人举证困难的矛盾,2002年最高人民法院司法解释认为,医疗事故审判应该采取举证责任倒置。可是这一观点也没有得到广泛认同。因为实际关于大部分医疗事故,医疗方面即便尽到最大努力也根本无法对事故原因和发生机制作出确切说明,这是由于医疗事故本身具有的特点所致。如果忽略这一实际情况,则很有可能导致使医疗方面对医疗行为本身的风险以及医学发展途中不可避免的风险也要承担责任的不当后果。更何况,如果法律只是在事故发生后消极等待医疗方证明不成功便认定其有责任,不能在事先明示如何判断医疗的过失和因果关系的法律准则,以使医疗方面能够事先预测自己的行为后果,其结果无异于剥夺医疗方面行动的自由。

我国目前的医疗制度和社会保险制度的客观现状决定了我国至少在现阶段对医疗事故损害赔偿不可能采取无过失责任原则。在此前提下,追究医疗事故损害的赔偿责任就不应该超脱对一般侵权行为的基本处理框架。换言之,只有在加害行为真正满足一般侵权行为的构成要件时,使医疗方面承担损害赔偿责任才具备法律的公正合理性。可是在另一方面,因为医疗事故本身具有特性,过失和因果关系的证明确实有较大困难,如果固守侵权行为法对过失和因

果关系判断的传统观念,当过失和因果关系证明发生障碍时,医疗事故的受害人就无法得到法的救济,这一结果显然有失公平。综合上述两方面应该看到,侵权行为法要妥善公正处理医疗事故民事损害赔偿,就必须从法的解释论以及法的技术手段上寻找克服医疗事故的过失和因果关系判断困难的解决途径。

然而,由于我国社会经历了较长的计划经济历史时期,司法实践过去处理的侵权民事诉讼的行为类型一般比较简单,损害原因也比较单纯,这使得我国现行的侵权行为法无论在立法或者理论研究方面均处于较为滞后状态。为了能够迅速对应目前我国科学技术急速发展、社会经济高度增长这一新的社会历史时期出现的大量、新型、复杂的侵权行为形态,我国侵权行为法应该注重与外国法的比较法学研究,借鉴先进国家法学的成功经验和失败教训,以迅速在立法和解释论上改变目前的滞后状况。

正如新美育文教授所评价的那样,日本的侵权行为法学具有时刻关注和反映世界先进理论动态、并注意结合本国国情不断改良和发展的特点。正是这一良好的学术研究传统和氛围,使日本侵权行为法不仅得以站在世界之巅,而且还在妥善处理本国科学技术以及经济急剧发展期大量出现的药物致害、环境污染、医疗事故等导致人身损害等重大社会问题过程中,成功地改革和发展了侵权行为法的传统理论体系,使之成为能够适应社会形势发展的需要、并引领社会发展方向的优秀法律。

可以说,日本侵权行为法在上世纪 70 年代末已经基本完成了对传统的过失以及因果关系等基础理论的重构。不仅如此,在这之后直至 21 世纪初为止,为了既能充分体现对医疗事故特性的理解,又能使医疗事故的受害人得到公平救济,日本的判例和学界一直没有中断对医疗事故的过失判断标准、以及由于不作为而导致医疗事故发生的因果关系判断的深入探讨,建树了闻名于世的“医疗水平论”

和“期待权侵害论”等法理。我国目前正处于日本曾经经历过的科学技术和社会经济高度发展时期,只要潜心研究日本法对医疗事故纠纷的处理历程就不难发现,我国目前在医疗事故赔偿处理中所遭遇的问题与上世纪60年代日本所面临的状况竟如此相像。仅从这一意义也能够看出,日本法的处理过程和经验对我国具有重要参考价值。

在研究日本侵权行为法暨医疗事故赔偿法的过程中,我有幸得到了两位恩师的指导。一位是注重在社会实践和司法实践中验证侵权行为法理论,并通过实践验证对侵权行为法理论的改革和发展做出重大贡献的日本当代侵权行为法学界最伟大的思想家和理论家的森島昭夫教授。森島昭夫教授对日本当代侵权行为法的理论框架给予了最清晰的梳理和完善,他深邃、宽广和细致周密的法学思想指导我走进崭新的法学思索空间,使我受益终生。另一位恩师是森島昭夫教授的得意门生,对日本侵权行为法理论的发展有重要建树,尤其对日本医疗事故赔偿法的构建和发展作出了重大贡献,当今日本医事法学界最具影响力的民法学家新美育文教授。早年拜读新美先生的著作,惊奇先生既是著名的民法学家,又对医疗实情有充分了解,尤其为先生敏锐、精辟的论说以及多视角的思维和包容性所叹服。先生是启蒙我开始医事法学研究,亲自指导我法学硕士和法学博士学业以及学位论文,迄今也一直在学术研究上给予我大力关怀和指导的恩师。不仅教我掌握医事法学研究的方法,指导我充分领略侵权行为法理论的精髓,而且身教言传激励我铭记做人和做学问的真谛。怀着对以上两位恩师的崇敬,本书多处引用和介绍了森島教授和新美教授的思想。

本书的完成还应归功于另外两位恩师的辛勤栽培——我的法学硕士课程指导教授玉田弘毅先生和法学博士课程指导教授浅野直人先生。当年,在我离开医师工作岗位留学日本,在明治大学法科

大学院用生硬笨拙的日语以及医学的思维方式开始学习日本法时,玉田老师以极大的宽容、理解 and 爱护与新美老师共同指导我完成了法学修士学业和学位论文。玉田老师是一位民法学造诣极深、在学界深受尊敬的知名学者,也是一位对学生既慈爱而又极严格的良师。在玉田老师的指导下,我在法学修士课程阶段还兼修了法学本科主要课程。在修士论文写作阶段,玉田老师每两周都要检查一次论文进展状况,以致在我梦中都感受到老师严格要求的压力。在福岡大学法科大学院博士课程学习阶段,浅野老师不仅在学业上给予严格指导;而且还尽力为我创造了与社会和学界接触交流的各种机会(浅野直人教授是日本民法界尤其环境法学界的知名学者,多年来一直致力于日本环境立法和环境政策制定并作出了重大贡献)。老师的夫人纯子(家庭裁判所首席调查官)还在生活上予以了我多种照顾。2005年3月,当我在东南大学主持召开中日民商法暨医事法学国际研讨会时,浅野老师和纯子夫人不仅在百忙中赶来参加,而且在我的母校福岡大学校园和网页多方介绍宣传我校研讨会。应该说,我今天取得的点滴成绩都是恩师们辛勤栽培的结果,并且,恩师们的激励还是我一生奋发的精神力量。

在这里尤应提及的是,森島昭夫教授、新美育文教授以及浅野直人教授还是自1979年以来一直与中国社会科学院法学研究所以及中国法学界保持了密切友好关系,几乎每年都以各种形式展开中日民法交流以及共同研究,在中国法学界享有盛誉的著名日本学者。作为学生为此深感自豪。应该说,上述各位导师以自己的身体力行作为学生致力于中日法学比较研究做出了最好的榜样,本书研究的最大动力也缘于此。本书研究的主要素材是日本法的大量案例和学术论著。因此本书得以完成也应归功于众多法学前辈给予的启示。谨借出版之机,向诸前辈付出的辛劳表示敬意和衷心感谢。

籍出版之机,还应该特别向远在大洋彼岸的我的老公日本明治

大学法学博士张雅涛先生和我的女儿绚表示衷心感谢！老公，感谢你当初指引我学习法律，更感谢你和绚多年来一直毫无怨言地理解支持我离家完成学业和只身回国工作。记得从绚记事起，我就一直在写论文。当时绚总是对邻人说“因为妈妈写论文，我得了虫牙”。每当回想这句话，就感到难言的心痛。多年来总想快点写完论文，好尽贤妻良母之心。可是论文就这样一直在写，并且还要这样写下去。还清晰记得当年离家去福岡读博士课程时绚不舍的泪眼，不觉现在绚已考上著名高中，出落成刻苦勤奋、善解人意的大孩子了。我想将这本书献给你和绚，因为此书是你们为我巨大奉献的结晶，也是我用心对你们的一点回报。

在此，还要向在本书写作出版过程中一直给予我关心理解支持的东南大学人文学院院长樊和平教授表示衷心感谢，您的真诚帮助不仅使本书得以完成和出版，而且还坚定了我继续学术研究的信心；向一直以来在学术和工作上对我关怀支持的东南大学人文学院孙慕义教授表示衷心感谢，孙老师，您的深厚学谊总是令人感奋！

本书写作过程承蒙东南大学法学院蔡晓霞老师、东南大学外语学院植松信晴老师以及我的硕士研究生赵银仁、刘明全、黎宏伟等同学在稿件校对以及资料翻译上给予了大量帮助和付出了辛勤劳动。本书也凝聚了你们的汗水，在此向你们表示衷心感谢！

本书的出版得到了多方大力支持。在此，真诚感谢东南大学科技处以及东南大学人文学院提供的出版资金援助，真诚感谢江苏省高等法院刘振法官、宋仁海法官给予的热心帮助，真诚感谢法律出版社学术出版分社茅院生社长的大力支持，真诚感谢本书责任编辑高山先生的辛勤工作。尤应提及的是，本书不但字数较多，而且由于主要以日本法为研究素材，故在一定程度上保留了日本法研究论文的体例风格；并且为了保持学术严谨性和便于读者查找原文资料，本书对所有引用出典以及日本的人名地名都使用了日文原文，

这一处理无疑给出版编辑工作增添了很大负担。所以在此特别要衷心感谢高山编辑对本书给予的理解和热情支持以及付出的辛劳。

本文搁笔之时恰得孙慕义教授赠诗一首,经孙教授同意抄录于此以志纪念:

大雪照飞燕,碧海写心天;醉落苍穹雨,谁知我神仙?

夏芸

2006 年冬于南京