

2013年吉林省教育厅“十二五”规划基金项目

——“春苗计划”项目结项成果

医疗损害责任论

The Research on the Liability of Medical Tort

马宁著



吉林人民出版社



内容提要

本书以我国医疗损害案件的立法和司法实务的现状为背景展开立论空间，针对医疗损害责任的认定、医疗损害责任的类型、医疗损害责任的承担等核心问题在理论及制度设计层面进行了深入的探讨。在充分借鉴英美及大陆法系国家成功立法经验的基础上，综合运用比较研究及实证分析等方法，以过错责任原则为契机，系统论证了故意侵权的立法价值及在医疗损害责任中的适用，深刻剖析了医疗过失侵权责任各构成要件的理论实质、价值取向、运作机理及客观量化标准。文章借助对医疗损害责任的类型划分，为司法实践中解决具体的医疗损害案件开辟了全方位的思考路径，在充分彰显医疗损害责任的独特品格之余，从医疗损害责任认定的可操作性层面提供了又一种更为直观的划分和逻辑证成。最终使医疗损害赔偿责任的分配与求偿机制得以全面建构，并通过一系列相关的制度设计使其更具开放性、灵活性及可操作性特征。

论文摘要

论文题目：医疗损害责任论

专 业：民商法学

指导教师：马新彦教授

全文开篇以我国医疗损害案件的立法和司法实务的现状为背景展开立论空间，文章的主体部分紧密围绕医疗损害责任的认定、医疗损害责任的类型、医疗损害赔偿责任等核心问题进行了深刻的阐述，文中综合运用比较研究及实证分析等方法，以过错责任原则为契机，系统论证了故意侵权的立法价值及在医疗损害中的适用，深刻剖析了医疗过失侵权责任各构成要件的理论化实质、价值取向、运作机理及客观量化标准，力求寻找一条司法实务中的可操作性径路。

文章共分五个部分：

论文的第一章导论部分着重阐述了问题的提出以及当前研究医疗损害责任问题的目的及意义，并从理论上就医



患关系及医疗损害给予了一种宏观的全面阐释，为后文医疗损害责任理论框架的建立以及具体医疗损害赔偿制度的建构打下伏笔。

论文第二章医疗损害责任的认定部分从侵权法的归责原则入手将医疗损害责任定性为一种过错责任，同时指出：医疗损害责任虽然绝大多数属于过失侵权责任的范畴并且本文的写作亦是以医疗过失侵权责任为主线和写作重点，但不可否认的是，仍然存在医疗故意侵权责任的情形。在此基础上，下文从医疗损害责任的构成要件角度，通过对医疗故意侵权与医疗过失侵权行为论和因果关系论的深刻剖析和全面比较，力求探寻医疗故意侵权责任认定的理论支点，最大限度地接近医疗过失侵权责任认定的客观量化标准。在医疗过失侵权中，应该说没有损害既不存在过失，当然也就不存在责任承担的问题，相反医疗故意侵权本身既是经济补偿和制裁的载体，至于损害结果则一概不论。应该说，这一点也正是医疗故意侵权与医疗过失侵权在责任构成上存在的最大区别。与此同时，医疗损害责任的举证与证明一节又进一步从过错责任划分的层面为医疗损害责任的认定提供了可操作性依据。鉴于故意侵权与过失侵权在责任构成上的差异以及故意侵权相对于刑法所显现出的强大优势，今后在立法中亦应存有一定的适用空间，进

而，笔者在论文的其他部分也就医疗故意侵权问题给予了相应的关注。

论文第三章医疗损害责任的类型部分从不同的角度将医疗损害责任进行了类型划分，从而为司法实践中解决具体的医疗损害案件提供了可操作性依据。医疗损害责任从过错划分的层面看，可以区分为医疗故意侵权责任和医疗过失侵权责任；从行为的外观层面看，又可分为医疗中的作为侵权责任与医疗中的不作为侵权责任；从损害结果认定的角度来讲，可以划分为医疗事故侵权责任和非医疗事故侵权责任；从是否存在契约关系的角度看，又可分为医疗中的有因侵权责任与医疗中的无因侵权责任；再从侵权主体的人数考察，还可区别为医疗共同侵权责任与医疗中的一人侵权责任。当然，上述划分仅仅是为了方便我们从不同角度解决问题的需要，而且各个划分之间也仍旧存在着不同程度的交集，不过就总体而言，这并不影响我们建立在医疗损害责任类型化基础上的逻辑脉络，反而却使我们得以从全方位更加深刻地感受到医疗损害责任的独特性，并最终让我们对医疗损害责任认定的可操作性层面有了一个较为明确的区分和系统的把握。

论文第四章医疗损害责任的承担方式——损害赔偿部分通过对医疗损害责任的定性及损害赔偿责任主体的澄清，



进一步明确医疗损害损害赔偿责任的承担主体应为医疗机构的替代责任；在医疗损害赔偿请求权的问题上，着重指出了医疗损害案件中死者以及胎儿损害赔偿请求权的行使方式，系统论证了医疗损害损害赔偿请求权的行使时效；针对医疗损害损害赔偿范围及计算方式的讨论，主要围绕医疗中的财产损害与非财产损害展开，医生的过错程度则是确定责任范围的关键，而其中有关医疗损害中的精神损害赔偿问题也成为了笔者关注的重点。只有对于医疗损害赔偿赔偿责任中的上述核心问题拥有清晰地认识，才能最终全面建构起医疗损害损害赔偿责任的分配与求偿机制，并得以通过一系列相关的制度设计使其更具开放性、灵活性及可操作性特征。

论文第五章医疗损害责任的免除部分通过对责任免除类型的过错划分，就医疗故意侵权责任的免除与医疗过失侵权责任的免除分别在医疗损害责任免责特权和抗辩原则的层面给予了深入而系统的阐述。其间，通过对英美法系及一些大陆法系国家将法定免责特权运用于医疗损害责任免除中的重要价值以及比较过失抗辩原则在确定医疗过失侵权责任免除中的重大意义的剖析，从而使医疗损害责任的内涵和外延具有了更为清晰的界定，最终为指导未来我国医疗损害案件的具体司法实践提供了现实的借鉴。

文章的结语部分概括了论文的主要研究结论，重点指出：①医疗故意侵权责任与医疗过失侵权责任、医疗犯罪相比其在责任构成上相对简单，较易证成且兼具补偿、威慑与制裁的功能优势，实有存在的必要；②在现阶段将医疗事故侵权责任的调整范围与医疗过失侵权责任等同看待，在统一法律适用的层面具有一定的现实意义，然而二者间的本质差异似乎又是不可逾越的；③医疗损害责任的一般条款完全可以合并到专家责任的一般条款部分，在我国未来民法典侵权行为法编中予以统一规定，鉴于医疗损害责任的独特科技、人文情结，尚有必要针对其各项具体制度设计层面制定一部完整的医事特别法，从而全面构建一个既严谨又开放，既富操作性又系统化的医疗损害责任理论和制度体系，最终为司法实践提供强效指导。

关键词： 医疗损害责任 过错责任 损害赔偿

ABSTRACT

Title: The research on the liability of Medical Tort

Major: Civil Law

Academic Supervisor: Professor Ma Xin-yan

The background of the article was the status of the legislative and judicial of the medical tort in China. The article mainly discusses on the core problem of the medical tort including on the cognizance of medical tort liability, the type of medical tort liability, the legal nature of medical injury compensation. The article using the methods of comparison study and demonstration analysis, discussing the legislation value and using of the intentional torts on the medical tort. The article also deeply analyses the theory, values, operation mechanism and impersonality criterion of the factors on the medical fault tort liability, so as to finding a workable method for the judicial practice.



The article is composed of five chapters:

Chapter one introduces the reason of the issues raised and the purpose and significance of the study on the medical tort liability at the current, and comprehensively explains the doctor-patient relationship and medical tort theory which to discuss the establishment of medical tort liability theoretical framework and specific system of medical injury compensation in next chapters.

The chapter two mainly discusses the cognizance of medical tort liability. Medical tort liability is fault liability according to the liability principle on the tort law, and the fault tort liability also is important parts in this article, but, there are intentional torts in the medical tort. From the factors of the medical tort liability, comparing the medical intentional tort actions and the medical fault tort actions, the author analyses the theory and criterion of the cognizance of medical intentional tort liability. At the same, according the fault liability theory, the evidence of medical tort liability provides the basis of facts for the cognizance of medical tort liability. Because of the difference of factors between intentional tort and fault tort, and the superiority for inten-

ABSTRACT

tional tort to crime, so medical intentional tort is been using in the legislation. In other chapters, the author also discusses the problem of the medical intentional tort.

The author divides several kinds of medical tort liability from different points of view in the 3rd chapter of the article. So it'll provide practical basis to solve specific medical tort cases in judicial practice. The medical tort liability can be divided into two kinds according to existing fault or not, one is intentional tort liability, the other is fault tort liability. From the actions, It can also be divided into the act or no-act tort liability by the medical actions. From the harm, It can also be divided into medical accident tort liability and non-medical accident tort liability. From whether existing the relation of contracts, It can also be divided into tort liability with contractual obligation and tort liability without contractual obligation. According to the numbers of the tort citizens, It can also be divided into joint tort liability and individual tort liability. Although there are sort of intersections in the classification, it is considered for the need of solve the question. And it makes us clear for how to cognize and understand the medical tort.



Chapter four is about the methods of bearing medical tort liability, the compensation for damages as the main relieve methods based on the law of tort law as Civil Relief Act can realize most economy compensation for victims. Through the determine the nature of medical tort liability and the analyse of the compensation of subject, the author thinks the compensation of subject is medical institution in the medical tort case. On the claim of medical tort, the author indicates way of dead and embryo's right of claim damages and emphasizes the limitation of action of the medial tort compensation claim. On the damages range and the method of account, the author mainly discusses the estate or non-estate damage in the medical treatment, and the key is the degree of doctor's fault. In the chapter , the author also discusses the spiritual damages on the medical tort. So it is necessary for us to recognize the core problems on medical tort liability if we want to construct the mechanism of assignment and claim for the medical tort damages.

Chapter five is about the medical tort liability exemption. Through dividing the types of the liability exemption, The author discusses the problem for legal exemption and the

ABSTRACT

principle of plea on the exemption of medical intentional tort and fault tort. Comparing the legal exemption used on the medical tort liability in the common law countries and civil law countries, and comparing the principle of fault plea, the author defines the intension and extension of medical tort liability, so it's possible to instruct judicial practice on medical tort in our country in the future.

At the epilogue of the article, the author thinks that the professional liability will be regulated in the medical tort liability of China Tort Law, special medical law also is instituted, in order to meet the need of medical industry. The medical liability insurance system, medical arbitration system, and social medical insurance system and other law institution will set up and perfect the exterior environment of the medical tort legislation and justice practice, so it'll provide an opportunity to dispose medical tort liability in society.

Keywords: the Liability of Medical Tort, Fault Liability Compensation for Damages

目 录

引 言	1
第一章 导 论	5
第一节 医疗损害责任研究的动因	5
一、患者的自我决定权	5
(一) 病患权利意识之崛起	7
(二) 病人权利法制现状	8
二、医生的现实困惑	13
(一) 生命的不确定性	14
(二) 侵袭与治疗	15
(三) 自主之下的悖论	18
(四) 公益与私益	21
第二节 医疗损害责任研究的进路	23
一、医与法关系的视角	23
(一) 医与法关系之厘清	23
(二) 法律介入医疗活动的边界	28
二、侵权法功能的视角	31



第二章 医疗损害责任的认定	34
第一节 医疗损害责任的归责原则	35
一、现代医疗损害责任归责原则的确立根据	35
(一) 理论根据: 古典侵权法向现代侵权法的 转型	35
(二) 现代侵权法之功能反思	39
(三) 医疗损害救济之社会化诠释	44
二、现代医疗损害责任归责原则的价值依据	49
(一) 现代侵权归责理论之价值选择	49
(二) 医疗损害责任归责原则之澄清	53
三、医疗损害责任归责原则——以过错责任原则为 核心	62
(一) 医疗损害责任中的过错界定	62
(二) 医疗损害责任过错认定的主要影响因素	68
第二节 医疗损害责任构成要件	72
一、医疗损害责任中的过错	73
(一) 医疗损害中的故意	74
(二) 医疗损害中的过失	79
二、医疗损害行为	85
(一) 医生注意能力的考量因素	85
(二) 医生行为标准的考量因素	91

(三) 医疗过失行为与违法性	94
(四) 可容许之危险的法理——医疗行为的 适法性	102
三、医疗损害责任中的因果关系	105
(一) 医疗损害责任因果关系中的事实原因	106
(二) 医疗损害责任因果关系中的法律原因	117
(三) 结论	142
四、医疗损害结果	145
第三节 医疗损害责任的举证与证明	148
一、举证责任的分配	148
二、医疗事故技术鉴定	151
(一) 医疗事故鉴定部门	151
(二) 医疗事故技术鉴定效力	152
第三章 医疗损害责任的类型	154
第一节 医疗中的故意侵权责任和过失侵权责任	155
一、医疗故意侵权责任	155
(一) 医疗中的伤害性接触与冒犯性接触	155
(二) 医疗中的威吓	157
(三) 医疗中对于行为自主权的侵犯	159
(四) 医疗中的精神伤害	161
二、医疗过失侵权责任	163



(一) 医生的一般注意义务	163
(二) 医生的特殊注意义务	168
第二节 医疗中的作为侵权责任与不作为侵权 责任	173
一、医疗不作为侵权责任	173
二、医疗中的作为侵权责任与不作为侵权 责任之比较	178
第三节 医疗中的有因侵权责任与无因侵权责任 ...	179
一、医疗无因侵权责任	179
二、医疗中的有因侵权责任与无因侵权 责任之比较	180
第四节 医疗中的一人侵权责任与共同侵权责任 ...	181
一、医疗共同侵权责任	181
(一) 医生的连带责任	182
(二) 医疗共同侵权责任中的补偿	184
二、医疗中的一人侵权责任与共同侵权 责任之比较	185
第五节 医疗事故侵权责任与非医疗事故侵权 责任	186
一、医疗事故侵权责任	186
(一) 医疗事故的认定	186

(二) 《条例》的地位	188
二、医疗事故侵权责任与非医疗事故侵权责任之 比较	189
第四章 医疗损害责任的承担——损害赔偿	193
第一节 医疗损害赔偿责任的主体	195
一、医疗机构、雇员与独立合同工	195
(一) 医生雇员与医疗机构	196
(二) 独立合同工与医疗机构	197
(三) 医生雇员与独立合同工	200
二、医疗机构的替代责任	201
第二节 医疗损害赔偿责任的请求权	204
一、医疗损害赔偿请求权的主体	204
(一) 医疗损害中的直接受害人	204
(二) 医疗损害中的间接受害人	207
二、医疗损害赔偿请求权的竞合	208
(一) 医疗损害责任与违约责任的共性	209
(二) 医疗损害责任与违约责任的个性	210
(三) 医疗损害赔偿请求权的选择	212
三、医疗损害赔偿请求权的诉讼时效	214
(一) 医疗损害赔偿请求权的诉讼时效期间	214
(二) 医疗损害赔偿短期诉讼时效的起算	214