

Y I L I A O
S U N H A I
P E I C H A N G
Y A N J I U

医疗损害 赔偿研究

艾尔肯 ◎ 著

中国法制出版社

医疗损害赔偿研究

艾尔肯 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

医疗损害赔偿研究/艾尔肯著. —北京: 中国法制出版社, 2005.4

ISBN 7-80182-439-3

I. 医… II. 艾… III. 医疗损害-赔偿-研究
IV. D922.297.12

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 078588 号

医疗损害赔偿研究

YILIAO SUNHAI PEICHANG YANJIU

著者/艾尔肯

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/10.5 字数/244 千

版次/2005 年 4 月第 1 版

2005 年 4 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-439-3

定价: 20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66070041

网 址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66078158

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

序

近几年来，医疗损害案件时有发生，法院受理的医疗损害纠纷不断增长。医疗损害赔偿已经成为当今民法学界的热点问题，引起了民法学界的高度关注。之所以如此，归纳起来，原因主要有三点：

首先，随着城镇居民年均收入的逐渐增加，生活水平的不断提高，医疗活动与人们日常生活的联系越来越密切，医疗保障制度趋于健全和完善，医疗消费已经成为人们生活消费的一部分。随着人们健康意识的提高，就医人数大大增加，从而使得医疗损害事件的数量有一定增加。

其次，随着改革开放的深入、市场经济的发展，人们权利意识和法制观念逐步增强。根据我国宪法和相关的法律的规定，获得基本的医疗保健、增进身体健康、延长寿命、逐步改善医疗卫生条件，是每个公民依法享有的基本权利。医疗损害的受害人开始注意利用法律手段保护自己的权益，运用法律意识来衡量和评价医疗行为和医疗水平的过程。由于人们注重通过诉讼方式来维护自己的权利，也在一定程度上推动了医疗损害赔偿案件数量的增长。

第三，随着医疗卫生体制改革的逐步深化、社会保障体制的建立，在长期的临床医疗实践中，各级医院已经逐步建立的一整套行之有效的制度，对提高医疗质量、保障医疗安全、预防事故差错等方面起到了非常重要的作用。但是，由于某些医疗机构在改革中过分看重经济效益，对于管理制度的落实在一定程度上流

于形式，这也是医患纠纷案件增多的又一个原因。

在发生医疗损害以后，如果不能及时解决纠纷，妥当协调医患双方的利益冲突，就会影响和谐的社会关系。因此，为了切实维护医患双方当事人的合法权益，在总结1987年公布的《医疗事故处理办法》的经验基础之上，国务院结合我国当前的实际情况于2002年4月4日公布了新的《医疗事故处理条例》（以下简称《条例》）。这一《条例》的公布与实施，在很大程度上解决了司法实务中需要解决的一些疑难问题，体现了保护人们的生命健康权、最大限度减少医疗损害事件的发生、妥善解决医疗纠纷等立法目的。但是，由于该《条例》制定、颁行之际，我国医疗卫生体制改革尚在进行之中，医疗活动中还在一定范围内存在着的计划经济色彩。这也在一定程度上使得《条例》在损害赔偿范围等方面的规定上有一定不足；对于医疗损害赔偿责任的归责原则、举证责任、免责事由等问题规定得也不够详尽。从根本上讲，医疗损害赔偿是一项民事责任，其不仅涉及侵权责任，也涉及医疗服务合同以及违约责任的问题，需要在我国民法典制订过程中对该问题进行进一步的探讨。

医疗损害赔偿问题是一个涉及面较广、富有挑战性的课题，艾尔肯同志作为我国第一位维吾尔族民法学博士，自进入中国人民大学攻读博士学位以来，就选择了该题目进行研究，并在几年的时间内，克服学习、生活等方面的困难，潜心学习、刻苦研究，最终以《医疗损害赔偿研究》为题完成了博士学位论文，并在该论文的基础上进一步完成本书。作者以扎实的资料梳理为前提，以民法基本原理为基础，借鉴域外资料 and 我国已有的研究成果，通过比较研究的方法，主要围绕医疗损害赔偿这一主题，对医疗损害的概念、医疗损害责任的性质、医疗损害责任的归责原则及构成要件、医疗损害的技术鉴定、医疗损害赔偿诉讼中的举证责任分配、医疗损害赔偿以及完善损害赔偿的立法构想等重要

问题进行深入的探讨，提出了自己独立的见解。该书注重理论与实务、学说与案例、立法与司法等方面的结合，既具有一定深度的学术性，也有实务上的可操作性。本书的出版发行不仅有助于我国侵权行为法理论研究的发展，而且将对司法实践活动具有一定的借鉴意义。

当然，医疗损害赔偿问题研究的范围非常广泛，所涉及的问题也非常复杂，作为一部学术专著，书中难免有缺点和不足，有些观点尚需作更为深入、全面的研究和探讨。但是，从总体上看，该书瑕不掩瑜，具有一定的可读性。我衷心地祝愿艾尔肯同志在本书的基础上继续努力，再接再厉，大胆探索，为我国民法特别是侵权行为法理论的发展作出新的贡献！

是为序。



2005年3月20日

目 录

导 论	(1)
第一章 医疗损害概述	(10)
第一节 外国主要发达国家关于“医疗事故”的界定 ...	(10)
一、日本法上的“医疗事故”	(10)
二、美国法上的“医疗事故”	(11)
三、俄罗斯法上的“医疗事故”	(12)
第二节 我国关于“医疗事故”的界定	(13)
一、“医疗事故”与医疗损害	(13)
二、与“医疗事故”相关的概念	(17)
第二章 医疗损害责任的性质	(27)
第一节 医疗行为概述	(27)
一、医疗行为的概念	(27)
二、医疗行为的特征	(28)
第二节 医疗合同关系	(32)
一、医疗合同的成立	(32)
二、医疗合同的性质及特征	(34)
三、医疗合同的主体	(38)
四、医疗合同的客体	(42)
五、医疗合同的内容	(42)

第三节 非合同医疗关系	(48)
一、医疗事务无因管理	(48)
二、强制医疗	(52)
第四节 医疗损害责任竞合	(53)
一、民事责任竞合的概念及特征	(54)
二、医疗损害的违约责任与侵权责任竞合	(55)
三、违约责任与侵权责任竞合的法律对策	(62)
四、对医疗损害责任竞合的评价	(65)
第三章 医疗损害责任的归责原则及构成要件	(68)
第一节 医疗损害责任的归责原则	(68)
一、归责原则概述	(68)
二、医疗损害责任的归责原则	(76)
第二节 医疗损害责任构成要件的基本理论问题	(81)
第三节 医疗损害	(83)
一、损害概述	(83)
二、医疗损害的具体内容	(87)
第四节 医疗过失	(95)
一、医疗过失的概念	(95)
二、医疗过失的认定	(97)
三、医疗过失的判断标准	(108)
第五节 医疗损害责任中的因果关系	(116)
一、因果关系的基本理论问题	(117)
二、医疗损害责任中的因果关系	(124)
第四章 医疗损害的技术鉴定	(146)
第一节 鉴定概述	(146)
一、鉴定的概念	(146)

二、鉴定的类型	(147)
三、对医疗损害技术鉴定的评价	(153)
第二节 医疗损害的技术鉴定	(155)
一、医疗损害技术鉴定的概念及意义	(155)
二、医疗损害的行政技术鉴定	(157)
三、医疗损害的司法技术鉴定	(194)
第五章 医疗损害赔偿诉讼中的举证责任分配	(200)
第一节 举证责任分配的基本理论问题	(201)
一、举证责任的概念	(201)
二、举证责任分配的概念	(203)
第二节 外国主要发达国家关于举证责任分配的理论 问题	(209)
一、美国法上的规则	(209)
二、德国法上的规则	(213)
三、日本法上的规则	(217)
第三节 我国医疗损害赔偿诉讼中的举证责任分配	(222)
一、举证责任倒置	(223)
二、举证责任转换	(228)
三、妨碍证明理论	(231)
第六章 医疗损害赔偿	(235)
第一节 损害赔偿的基本理论问题	(235)
一、损害赔偿的概念	(235)
二、侵权损害赔偿与违约损害赔偿的区别	(237)
三、损害赔偿的原则	(239)
第二节 医疗损害赔偿的具体内容	(243)
一、医疗损害赔偿的权利主体	(243)

二、医疗损害赔偿的原则	(247)
三、医疗损害赔偿应考虑的因素	(251)
四、医疗损害赔偿的范围及计算标准	(255)
第七章 完善医疗损害赔偿的立法构想	(296)
第一节 我国医疗损害赔偿中的法律适用	(296)
一、《医疗事故处理办法》简介	(296)
二、对《医疗事故处理条例》的评价	(300)
第二节 完善医疗损害赔偿的立法构想	(304)
一、医疗损害赔偿的立法原则	(304)
二、医疗损害赔偿的立法体例	(306)
三、医疗损害赔偿立法的名称及基本结构	(309)
四、《医疗损害赔偿法》应规定的主要问题	(311)
参考文献	(316)
后 记	(324)

导 论

一、研究的目的

为医之道以治病救人为己任，自古被奉为“仁术”。然而，医疗行业是高风险的行业，患者接受治疗要承担一定的风险，这种风险主要体现在医疗行为的后果难以预测，因为医疗行为对人体所具有的侵袭性，不当的医疗行为将会给患者生命安全带来巨大的威胁。医疗过程中经常发生对患者不利的损害后果，这就要求医疗行业非常重视对医德的强调，对医疗行为的规范。

医学所从事的社会医疗、保健服务作为人类的一项基本权利，已写入联合国人权公约和许多国家法律的个人权利。在西方国家，政党的竞选纲领中都不可缺少卫生福利政策，而重大的医疗事故还将导致政府阁员下台。在社会生活中，每个人在人生的某个时段都会扮演病人的角色。由于他们分散、软弱、缺乏专门知识，处在被支配的地位。对于这样一个特殊群体如果不给予相当的保护，他们就会被市场经济那只“看不见的手”推向绝境，从某种意义上说，医疗公正（包括卫生资源分配的公正）是国家公正的重要组成部分，也是社会文明进步的体现。因此，作为“白衣天使”的医务人员有责任、有义务恪守公正、善良的道德规范，成为守法、执法以及道德实践的主体。同时，作为接受诊疗的患者一方，有权享受与其支付相当的医疗服务，如果因医疗过失造成损害，有权要求政府和医疗机构从制度上、法律上、道义上维护自己的合法权利。例如，在北美和欧洲自上世纪 60 年代

起,相继发起了声势浩大的“病人权利运动”。1970年美国全国福利权益组织发表了一份内容达26条之多的《病人权利声明》,它开宗明义地宣布:“病人、医疗保健服务的消费者,有权要求得到公正、人道的治疗”。之后,美国医疗协会将其基本原则在《病人权利法案》中明确规定,其主要内容包括患者的医疗权、自主决定权、知情同意权、要求保密权、隐私权、追究权等方面和门诊、急诊、投诉程序、公开财务等细节。1975年底的欧洲议会理事会又将上述基本权利的草案提交16个成员国。应该说,发生在欧美的维护病人权利的运动,对世界各国产生了深远的影响,具有重要的现实意义。

进入20世纪以来,随着科学技术与医疗技术的飞速发展,人类生活质量的不断提高,由于医学上存在的一些难题以及医师的医德、医疗水平等方面的原因,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。据哈佛公共卫生研究所的卢西恩·利波估计,美国医疗损害诉讼案件逐年增加,每年有130万住院患者因医疗事故而受到伤害,每年因这种事故而死亡的人有10万人,也就是说,每400患者中就有1人因医疗损害而死亡,比美国每年因交通事故死亡的人数多一倍,患者要求的赔偿数目也越来越大。^①这种医疗损害事件的激增并诉诸于法律的社会现象,引起了学界的高度关注,成为当今世界各国民法的热点问题。

当今社会之所以涌现出如此多的医疗损害事件,其社会原因很多,但归纳起来主要有两个方面的原因:一是人们权利意识的增强和法治秩序的建立。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,在发生医疗损害事件时,患者或其家属一般认为医师已竭尽全力,患者遭遇不幸是命运的安

^① 参见张秦初、刘新社主编:《防范医疗事故纠纷》,人民卫生出版社2000年版,第76页。

排,很少发生医疗争议。但是,随着社会文明的进步,社会法制秩序的建立,大众医学知识的积累和权利意识的增强,医疗损害事件的受害者,开始寻求法律对自己权益的维护和损害的救济。二是人们生活质量的提高,就医人数的增加。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,就医人数大为增加,这就导致了医疗损害事件的激增及其诉讼的大量涌现。

近年来,我国的医疗损害事件急剧上升,据中国消费者协会统计,其增长幅度在两位数以上。在1998年中国消协对消费者投诉的“愤怒”程度排行榜中,医疗投诉排在第5位。^①面对数量激增的医患争议,学界给予了充分的关注,其发生的原因与先进国家的情况基本相同。医患争议和医疗诉讼激增的现象是患者及其家属追究医方的医疗损害责任,要求损害赔偿的现象。但是,由于我国存在着医疗体制方面的缺陷,在医患双方地位的不平等、相关的法律和法规不健全的情况下,在造成医疗损害时,患者合法权益得不到充分保护,这给许多患者及其家属带来了巨大的痛苦。因此,为了切实维护医患双方的合法权益,国务院于1987年6月29日公布了《医疗事故处理办法》(以下简称《办法》),它对医疗损害事件的正确处理、增强广大医务人员的责任感、法制观念,对防范因医疗事件的发生以及保护医患双方的合法权益,在当时起到了积极的作用。但是,随着改革开放的不断深入和社会主义市场经济体制的逐步建立,该《办法》对有关医疗损害事件的界定、技术鉴定程序和赔偿数额等规定已经不能适应新形势的需要。在社会各界的不断努力和强烈要求下,为进一步完善医疗损害赔偿等方面的法律制度,依法保障医患双方的合法权益,国务院法制办、卫生部进行了广泛的立法调研活动,多次邀请中央有关部门和一些地方的医学、法学专家进行座谈、研

① 参见《中国消费者报》1999年1月26日,第3期。

讨,经过反复征求意见和论证,在分析了目前解决医疗损害事件中出现的问题以及引起社会高度关注的原因,并从我国当前实际情况出发,在总结 1987 年的《医疗事故处理办法》的基础上,于 2002 年 4 月 4 日公布了新的《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)。该《条例》与《办法》相比,作了较大的修改,体例结构有较大的变化,条款也有大量的增加。尤其是对实务中存在的一直模糊不清的一些现实问题作出了较明确的规定,充分体现了保护人们的生命健康权,最大限度地减少医疗损害事件的发生,妥善解决医疗损害等方面的立法目的。

但是,应当指出的是,《条例》是在我国对医疗卫生体制正在进行改革过程中制定和公布的,由于我国医疗卫生体制改革还不够彻底,在医疗卫生行业中还存在着一定范围的计划经济时代社会福利的色彩。这反映在《条例》具体内容的规定上不够详尽和全面,还存在着诸多的漏洞与不足,这将阻碍《条例》的进一步贯彻和实施,就会损害医患双方的合法权益,乃至损害一定的社会利益。因此,笔者经过多年的研习,深深体会到医患双方这一对立统一关系是社会矛盾上升到一定阶段的产物,是社会诸多因素综合形成的。为了使社会各界尤其是立法、行政、司法机关客观、公正地解决医患之间产生的矛盾,有必要对医患双方当事人解决争议过程中面临的各种问题进行系统化的研究,为正确解决医患争议进行理论指导。同时希望能为立法机关的立法活动提供有益的参考意见,笔者通过对国内外相关资料进行考察和分析,以民法的基本理论为依据,结合实例对医疗损害赔偿的主要问题从多方面作了较为详细的论述,并阐述了自己的观点,并在此基础上提出了关于完善医疗损害赔偿的立法构想。

二、研究的意义

研究和探讨医疗损害赔偿的民事责任颇具理论和现实意义,

具体而言，其意义表现在以下几个方面：

（一）有利于完善和发展作为民法重要组成部分的损害赔偿法律体系。以民法基本理论为基础，结合现实情况，从各个层面对有关医疗损害事件的损害赔偿问题进行分析研究，将不断丰富和发展民事责任的理论体系，从而促进法学理论的完善和发展。这不论是从我国法学理论研究方面来说，还是从司法实践方面来说都具有重要的意义。

（二）有利于明确医患双方在医疗过程中的权利和义务。医患关系是一种特殊的法律关系，由于对医疗专业知识的缺乏，对医疗过程中应当注意的一些法律问题不甚了解，在发生医疗损害事件时，因医患双方权利义务关系的内容不明确，致使对发生的医疗争议无法公正的解决。因此，通过对医疗损害赔偿主要问题的研究，借助民法的行为规范功能，使医患双方明确自己在医疗过程中的权利和义务，以及在不履行义务或在违反义务时应承担的法律后果，从而减少和防范医疗损害和医疗争议的发生，以保证医疗卫生事业健康有序地发展。

（三）对我国的医疗损害赔偿立法工作具有借鉴的意义。研究法学理论的目的，是为了健全和完善立法方面的不足，最终依法解决现实生活中发生的社会问题。本书在阐述问题的过程中，紧密结合实际，指出了我国在医疗损害赔偿立法方面的不足以及在司法实践中存在的许多不合理的规定。因此，笔者针对医疗损害赔偿中存在的主要问题，提出了一些补救措施和立法设想，供立法机关参考。

（四）有利于司法机关及时、有效地解决医疗损害赔偿诉讼案件。众所周知，法律的作用之一，就是对人的行为起指导作用，其效力及于法律规定地域内的所有人，这是国家法制统一的基本要求。由于诸多的原因，我国司法机关在审理医疗损害赔偿案件时，对案件的受理、鉴定以及赔偿数额等方面存在着较大差

别地违背国家法制原则的现象。虽然新公布的《医疗事故处理条例》对司法机关如何审理此类案件作出了一些规定,但是,它作为一部由国务院公布的主要用以调整和规范医疗卫生行业的行政法规,远远不能满足作为民法重要组成部分的医疗损害赔偿司法实务的需要。因此,本文对医疗损害赔偿诉讼中,如何正确理解和适用现行的法律及其基本原则,阐述了自己的观点,供审判机关在审理医疗损害赔偿案件时予以参考。

三、研究的方法

基于上述目的以及选题方面的重要意义,本书在研究与写作的过程中,主要采取以下三种方法:

(一)比较法的方法。我国的医疗损害争议近几年来在社会体制变革的过程中急剧上升,医疗损害赔偿可以说在我国还是一个崭新的课题,与发达国家相比,不论是从理论研究方面,还是从司法实务方面都很薄弱。本书在论述医疗损害赔偿的基本问题时,有必要借鉴外国发达国家先进的理论和在司法实务中比较可取的做法,从而对我国医疗损害赔偿的立法与司法中存在的缺陷起到一定的弥补和完善的作用。因此,本书大量采用了比较法的方法,来探求在不同国家的法律中对医疗损害赔偿所采取的不同做法或规定。

(二)历史的方法。我国作为世界文明古国,具有丰富灿烂的法律文化,在探求某一领域的法律问题时,必然要对这一法律领域历史的来龙去脉进行全面的分析,才会得出比较客观全面的结论。因此,论文对我国医疗损害赔偿的历史特别是对我国当今社会的法律规范的优点和缺点进行比较分析,提出符合我国实际情况的见解,来完善医疗损害赔偿立法方面的不足。

(三)判例研究的实证分析方法。法学是一门实践性很强的科学。医疗损害赔偿法也不例外,它具有很强的实践性、专业性

的特点。本书针对每个民法学原理,结合国内外的司法实务,进行全面的实证分析、从不同的角度予以说明,力求作到理论与实际相联系,据此对我国司法和医疗行业实务中存在的问题提出合理化建议,从而进一步健全和完善我国医疗损害赔偿法律制度。

四、研究的范围

医疗损害赔偿问题的研究范围非常广泛,所涉及的问题也非常多。一般来说,它包括社会文化程度的提高,权利意识的增强,医疗行政管理,医疗保障制度,医疗损害赔偿制度以及医疗责任保险制度等诸多内容。由于篇幅所限,本书主要围绕医疗损害赔偿这一主题,以民法基本理论为基础,以《医疗事故处理条例》的规定为依据,对医患双方争议较大的因医疗过失行为对患者造成人身伤亡等医疗损害赔偿问题进行论述。从整个结构来看,本书所研究的范围可划分为医疗损害赔偿基本理论、医疗损害责任的构成、医疗损害赔偿以及医疗损害赔偿立法的完善等四个部分,共分为七章。具体而言,各章节的主要内容如下:

第一章 医疗损害概述。介绍日本、美国、俄罗斯等主要发达国家对“医疗事故”概念的表述,界定我国对“医疗事故”的定义,提出医疗损害的概念,并对医疗纠纷、医疗事故(医疗故意与医疗过失)、医疗差错、医疗意外、并发症以及疾病的自然转归等与医疗损害相关的概念进行述评。

第二章 医疗损害责任的性质。界定医疗行为的定义及其特征,对医疗合同的成立、性质、特征以及医疗合同关系要素的主要内容进行论述。结合外国立法和司法判例,阐明对非合同医疗关系即医疗事务无因管理和强制医疗等问题的认识,指出在造成医疗损害时应适用的法律规范,以弥补我国在此方面立法的不足。阐述责任竞合的一般理论,在医患之间因医疗损害行为产生违约责任和侵权责任的竞合时,允许当事人选择违约责任或侵权