

我国的《侵权责任法》应当是一部具有人民性和科学性的法律

医疗损害责任研究

本书为《医疗侵权责任问题研究》的最终研究成果

我国的医疗损害责任制度经历了案件案由、
法律适用和责任鉴定三个双轨制的曲折发展

杨立新 著

医疗损害责任研究

杨立新 著



卫生部招标科研课题



图书在版编目(CIP)数据

医疗损害责任研究/杨立新著. —北京:法律出版社,
2009.5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9504 - 9

I. 医… II. 杨… III. 医疗事故—民事责任—研究—中
国 IV. D922.164

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第061013号

医疗损害责任研究

杨立新 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年6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 9 字数 195千

印次 2009年6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 - 9504 - 9

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

《医疗损害责任研究》，是卫生部招标科研课题“医疗侵权责任问题研究”的最终研究成果。完成这一科研课题并形成目前的这个研究成果，是我在研究侵权责任法中对医疗损害责任研究的一个具有总结性的研究成果。

我研究医疗损害责任开始于1990年。那时候，我刚刚到最高人民法院民事审判庭工作，接触了大量的医疗损害责任纠纷案件，印象特别深刻。就此深入下去，已经研究了十几年。应当说，在以前的研究中，尽管在总的方面是有成果的，基本方向也是正确的，但在很多具体问题上，存在很多缺点和不足，对一些问题的看法也不够正确。

促使我进一步深入研究这个问题，改变很多基本看法，主要有两个方面的原因。一方面，是客观的现实情况。现实的医患关系

的紧张局面不断地告诉我,我们在处理医疗损害责任纠纷的基本思路上可能是有问题的,不然不会出现这样的复杂局面。受害患者一方要维护权利,医疗机构及医务人员要保护自己的正当利益,全体患者的利益也应当有正当的诉求。如何平衡好这样的利益关系,必须对医疗损害责任的规则不断进行调整,以达到和谐调整三者利益关系的要求,综合保护各方利益。这是我们研究侵权责任法应当要解决的问题。另一方面,是借鉴国外的立法、司法经验。近些年来,我访问了一些国家和地区的专家和法官,了解他们的做法,征求他们的意见,对照检查我们的做法,就容易出现问題,并能从中提炼出能够解决现有矛盾的具体方法。在本次研究中,最启发我的,是法国医疗损害赔偿法关于医疗科学过错和医疗伦理过错的划分。它就像一束火花,突然就照亮了在研究中迷途的我,使我在医疗损害责任的类型划分、归责原则的确定、举证责任的负担等一系列问题的研究上突然顿悟,一下子就完全理顺了医疗损害责任的内在逻辑关系,贯通了研究的思路,构建了创新的结构。我在台湾大学访问的时候,与专门研究法国法的陈忠五教授对此交换过意见,他完全赞同我的看法,认为我的这个意见是出于法国法而胜于法国法,是对医疗损害责任进行科学的分析、研究结果。

除了上述两个方面的原因外,还有一个重要的原因,即在起草“侵权责任法”时,我们必须对现实的医疗损害责任制度作出科学的规定。这不仅仅是立法机关的职责,也是我们研究侵权责任的专家的职责。全国人大法工委王胜明副主任多次强调,我国的侵权责任法应当是一部具有人民性和科学性的法律。我们要实现这一立法目标,就必须制定出既能够保护好民事权利主体,又能够促进社会不断进步,且具有严密的逻辑、完善的内容、

科学的结构和能够平衡各方利益关系的制度体系。医疗损害责任是侵权责任法的基本内容之一,更能够体现人民性和科学性相统一的立法目标。在起草“侵权责任法”的过程中,我们必须对医疗损害责任的整体结构和具体规则提出科学、合理的建议,改变目前医疗损害责任法律适用的混乱局面。这是一个机遇,也是一个挑战。抓住这个机遇和挑战,完善和统一医疗损害责任法律制度,来完成这一历史使命。

因此,我把在这个时机完成的这个科研成果的名称,定名为《医疗损害责任研究》,重点进行医疗损害责任制度改革研究。改革者,乃把事物中旧的不合理的部分改成新的、能适应客观情况的内容之谓也(见《现代汉语词典》(第5版)第436页注释)。对于医疗损害责任制度,对其不合理的内容作出重大改变,使之能够适应于现实的需要,是对侵权责任制度的一个改革。就个人的研究思想而言,对原有的学术思想进行重大的改造,无疑也是一个改革。把我在这个问题上的改革设想全面整理出来,形成完整的思路,最终形成了现在的这个课题研究报告。但愿医疗损害责任制度的改革思想,能够成为“侵权责任法”这一部分内容制定的建设性的意见,并且因此而推进我国医疗损害责任制度建设,增加人民的福祉。

在本课题的研究过程中,得到了卫生部领导以及有关同志的关心和支持,得到研究医疗损害责任的同行专家的热心帮助,得到我的学生李钧、宋正殷、王竹、陈龙业、朱巍、刘召成、王丽莎等的帮助。特别是我在台湾大学法学院访问讲学期间,得到了蔡明诚、詹森林、陈聪富、陈忠五等教授的热心帮助,还给我提供了很好的研究条件,也得到了东吴大学法学院林诚二教授的支持和帮助,使我的研究工作能够顺利完成。在此,谨向各位热心相助的

人表示诚挚的感谢!

2009年3月2日,卫生部在北京西郊宾馆召开本课题研究成果审议会,与会评审专家对本课题给予很高评价,同时也指出了本课题研究中存在的不足。对于这些宝贵意见,都吸收在本课题报告的修改稿中。对此,我向各位评审专家表示衷心的感谢!

教育部全国人文社会科学重点研究基地
中国人民大学民商事法律科学研究中心

杨立新

2009年4月2日
于北京明德法学楼

目 录

第一章 医疗损害责任改革的背景和基本方向 /1

第一节 我国现行医疗损害责任制度的基本状况 /2

一、我国 30 年来医疗损害责任制度的发展过程 /2

二、现行的三个双轨制构成的二元化结构的医疗损害责任体系 /7

第二节 我国现行医疗损害责任形成二元化结构的基本原因和弊病 /10

一、我国现行医疗损害责任形成二元化结构的基本原因 /10

二、二元结构的医疗损害责任制度存在的弊病 /13

第三节 我国医疗损害责任改革的理论基础和基本方向 /15

一、改革我国医疗损害责任制度的理论基础 /15

二、我国医疗损害责任制度改革的基本目标和设想 /22

第二章 医疗损害责任概念研究 /31

第一节 对医疗侵权行为概念的不同称谓及引发的后果 /32

一、对医疗侵权行为概念的不同表述 /32

二、医疗侵权行为概念不统一引发的后果 /35

第二节 使用医疗损害责任概念的准确性 /36

一、对医疗侵权行为概念不同表述的分析 /36

二、用医疗损害责任表述医疗侵权行为概念的准确性 /40

第三节 医疗损害责任概念的内涵和外延 /41

一、医疗损害责任的内涵 /41

二、医疗损害责任的外延 /47

第三章 医疗损害责任的归责原则及体系 /51

第一节 我国学说和实践对医疗损害责任归责原则的一般意见 /51

一、理论学说的基本意见 /51

二、司法实践中的基本做法 /53

第二节 各国或地区医疗损害责任归责原则的比较研究 /54

一、各国或地区医疗损害责任归责原则的一般情况 /54

二、对各国或地区医疗损害责任归责原则的比较分析 /65

第三节 我国侵权责任法对于医疗损害责任归责原则应当采取的立场 /66

一、医疗技术损害责任适用过错责任原则 /66

二、医疗伦理损害责任适用过错推定原则 /67

三、医疗产品损害责任适用无过失责任原则 /69

第四章 医疗损害责任举证责任研究 /72

第一节 受害患者对于医疗违法行为和人身损害事实要件的证明 /72

一、受害患者对医疗违法行为的证明 /72

二、受害患者对损害事实的证明 /75

第二节 因果关系的证明及举证责任 /78

一、医疗损害责任因果关系要件的重要性及实行全面因果关系推定的

缺陷 /78	
二、对因果关系推定不同学说和规则的比较分析 /83	
三、医疗损害责任因果关系要件的证明规则和举证责任缓和 /90	
第三节 医疗过失的证明及举证责任 /97	
一、医疗过失的概念和类型 /97	
二、医疗过失实行完全推定的缺陷 /103	
三、医疗技术过失的证明及举证责任 /106	
四、医疗伦理过失的证明及举证责任 /114	
 第五章 医疗损害责任类型研究 /120	
第一节 医疗技术损害责任 /120	
一、医疗技术损害责任概述 /120	
二、医疗技术损害责任的基本性质 /128	
三、医疗技术损害责任的构成要件 /132	
四、医疗技术损害责任的责任形态和赔偿范围 /134	
第二节 医疗伦理损害责任 /136	
一、医疗伦理损害责任概述 /136	
二、医疗机构和医务人员履行告知义务的重要意义 /142	
三、医疗伦理损害责任的构成要件 /150	
四、医疗伦理损害责任的分担形态和赔偿范围 /156	
第三节 医疗产品损害责任 /157	
一、医疗产品损害责任概述 /157	
二、医疗产品损害责任的归责原则及责任构成 /159	
三、缺陷医疗产品的召回义务 /165	
四、医疗产品损害责任的分担形态 /171	
 第六章 医疗损害赔偿责任的因果力规则 /176	
第一节 医疗损害赔偿责任中广泛使用的损害参与度规则就是侵权法 的原因力规则 /176	

一、医疗损害责任与原因力规则 /176

二、在医疗损害责任中应当统一适用原因力规则的概念 /179

第二节 侵权法原因力的基本规则及在我国侵权法的采用和发展 /181

一、侵权行为法对原因力规则的确认和采用 /181

二、原因力规则在我国的采用与发展 /183

三、原因力的基本规则 /186

第三节 医疗损害赔偿适用原因力规则的具体办法 /187

一、造成医疗损害结果的不同原因 /187

二、医疗过失行为原因力比较的方法 /191

三、在对医疗过失行为进行原因力比较时如何考虑过失因素 /196

第七章 医疗损害赔偿责任的适当限制规则 /197

第一节 我国对医疗损害赔偿责任进行限制的做法和根据 /197

一、我国行政机关的一贯意见是医疗损害赔偿应当予以限制 /197

二、社会各界的反对意见 /202

三、医疗机构承担医疗过失责任应当适当限制但应采取适当办法 /204

第二节 美国适当限制医疗损害赔偿责任的经验借鉴 /206

一、1975年加利福尼亚州制定《医疗损害赔偿改革法》的背景 /206

二、加利福尼亚州《医疗损害赔偿改革法》采取的主要限制手段 /206

三、加利福尼亚州《医疗损害赔偿改革法》的影响 /210

第三节 我国医疗损害赔偿适当限制的内容 /212

一、应当限制医疗过失损害赔偿中的精神抚慰金赔偿数额 /213

二、应当对医疗过失引起的财产损害赔偿运用原因力规则合理确定 /214

三、应当特别强调定期金赔偿在医疗过失损害赔偿中的应用 /215

四、应当借鉴排除间接来源规则在医疗损害赔偿中实行损益相抵规则 /216

第八章 医疗损害责任的侵权责任形态 /218

第一节 医疗损害责任的替代责任 /219

一、替代责任及在医疗损害责任中的适用范围 /219

二、替代责任的概念和特征 /221	
三、医疗损害替代责任的赔偿法律关系 /224	
第二节 医疗产品损害责任的不真正连带责任 /229	
一、医疗产品损害责任的侵权责任形态是不真正连带责任 /229	
二、不真正连带责任的概念及其特征 /232	
三、医疗产品损害不真正连带责任的效力 /236	
四、医疗产品损害不真正连带责任的实行 /242	
第三节 医疗损害责任中的连带责任 /246	
一、可能实行连带责任的医疗损害责任 /246	
二、连带责任的概念和特征 /248	
三、医疗损害连带责任的规则 /250	
第九章 医疗损害责任鉴定制度研究 /255	
第一节 我国医疗事故责任鉴定双轨制的现状及原因 /255	
一、我国现行医疗损害责任鉴定的实际情况 /255	
二、我国医疗损害责任制度的医疗事故责任鉴定实行垄断的后果及原因 /258	
三、对国外医生责任鉴定经验的借鉴 /260	
四、扬州市中级人民法院的做法对认定医疗事故鉴定性质的积极意义 /262	
第二节 对医疗损害责任鉴定制度的改革设想 /265	
一、确定医疗损害责任鉴定的性质是司法鉴定 /265	
二、对医疗损害责任鉴定结论的司法审查 /267	
三、医疗损害责任鉴定应当实行鉴定专家个人负责制 /274	

第一章 医疗损害责任改革的 背景和基本方向

改革开放 30 年来,随着医疗体制改革的不断深入发展,我国的医疗损害责任制度也不断发展,经历了案件案由、法律适用和责任鉴定三个双轨制的曲折发展,形成了一个范围较大但却不够完善的权利保障制度,目前正在向全面健全方向发展,以更好地保护民事主体的权利,平衡受害患者、医疗机构及全体患者之间的利益关系。正在制定的“侵权责任法”对此将作出统一规定,完善我国的医疗损害责任制度。值此,深入研究并提出医疗损害责任改革的立法建言,具有更为重要的意义。本章通过研究我国医疗损害责任制度的现状,进行分析和比较,提出改革我国医疗损害责任制度的全面设想。

第一节 我国现行医疗损害责任制度的基本状况

一、我国 30 年来医疗损害责任制度的发展过程

在 1978 年改革开放之前,我国的医疗损害赔偿制度在医疗服务福利化的基础上,并没有特别突出地显露出其重要性,相关的纠纷案件不多。在改革开放之后,随着医疗体制改革的不断进展,医疗损害责任纠纷开始逐渐增多,相应的法律规范逐渐发展。30 年来,我国的医疗损害责任制度经历了以下三个阶段:

(一)限制患者赔偿权利阶段

改革开放之初,规制医疗损害责任纠纷并没有统一的法律和法规。随着这类纠纷的不断增多,为了规范医疗机构的医疗行为,确定医疗损害责任,国务院于 1986 年 6 月 29 日出台了《医疗事故处理办法》(以下简称《办法》),于 1987 年 1 月 1 日生效实施。这个行政法规出台的背景,是实行公费医疗的福利化政策,医疗机构医疗行为的性质是社会福利保障。因此,对于医疗机构在医疗活动中造成患者人身损害的赔偿责任,采取严格限制政策。这种限制赔偿政策突出地表现在两个方面:第一,限制医疗事故责任构成,明确规定只有构成医疗事故和医疗技术事故,受害患者一方才可以请求赔偿,明确规定医疗机构即使存在医疗差错也不承担赔偿责任,因而受害患者的很多损害无法得到应当得到的救济。第二,限制赔偿数额,《办法》第 18 条明确规定:“确定为医疗事故的,可根据事故等级、情节和病员的情况给予一次性经济补偿。补偿费标准,由省、自治区、直辖市人民政府规定。”据此,各省、直辖市、自治区人民政府分别制定了本地的医

疗事故处理办法实施细则,规定自己的一次性补偿标准。例如,《天津市医疗事故处理办法实施细则》第19条规定:“确定为医疗事故的,由医疗单位、个体开业医生、乡村医生给予病员或家属一次性经济补偿。其标准为:一级医疗事故:补偿3000元至4000元。未满三周岁的婴幼儿为1000元;新生儿为700元。二级医疗事故:补偿3000元至5000元。三级医疗事故:补偿2000元至3000元。未满三周岁的婴幼儿为700元;新生儿为500元。”^①尽管那时实行低工资制度,全社会的消费水平普遍较低,但对于造成患者严重损害的,这样低标准的最高赔偿数额,显然也不能补偿受害患者的实际损害,受到损害的权利无法得到全面救济。可见,《办法》过于考虑我国医疗服务的福利性质,偏重于对医疗机构的保护,严重限制了受害患者一方的民事权利,因而受到各界普遍反对,法院的判决不断突破《办法》规定的限制受害患者赔偿权利的政策底线,^②最高人民法院的司法解释也有松动。^③但这些做法没有也不可能从根本上改变限制赔偿这种不利于保护受害患者合法权益的被动局面。

(二)加重医疗机构举证责任初步形成防御性医疗阶段

2002年4月4日,国务院将《办法》修订为《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)予以公布,并于2002年9月1日施行。《条例》在一定程度上改变了对受害患者的赔偿权利进行严格限

① 之所以二级医疗事故的赔偿数额比一级医疗事故的赔偿数额高,是因为一级医疗事故是造成患者死亡,只需支付死亡赔偿金、丧葬费等费用;而二级医疗事故是造成患者残疾,需要支付残疾赔偿金、残疾生活补助等费用。

② 参见新疆乌鲁木齐市新市区人民法院判决的刘颖诉新疆军区总医院医疗损害赔偿案。杨立新:“民事侵权十宗案”,载《方圆》2003年第7期。

③ 例如,最高人民法院在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》中指出,《民法通则》和《办法》的基本精神是一致的,应当依照《民法通则》和《办法》的有关规定处理。

制的做法。例如,将医疗事故改分为四级,废除一次性限额赔偿制并定出明确的赔偿标准,医疗事故鉴定由卫生行政主管部门主管改为医学会主管等。但这些措施并没有从根本上改变对医疗事故损害赔偿予以限制的基本做法,也没有摆脱行政机关偏袒医疗机构的嫌疑。在此之前,最高人民法院于2001年12月21日出台并于2002年4月1日实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第8项明确规定:“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”这种过错和因果关系的双重推定及举证责任倒置,使医疗机构在医疗损害责任纠纷诉讼中处于严重的不利诉讼地位。这两个不同的行政法规和司法解释,一个要保护医疗机构的特权,一个要给受害患者以更优越的民事诉讼地位;一个在于减轻医疗机构的责任,一个在于加强对受害患者的权利保护,因而存在较大的矛盾。尽管在司法实际操作中,最高人民法院于2003年1月6日出台《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》,规定“条例实施后,人民法院审理因医疗事故引起的医疗赔偿纠纷民事案件,在确定医疗事故赔偿责任时,参照条例第49条、第50条、第51条和第52条规定办理”;而在同年12月26日公布、2004年5月1日实施的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》规定的人身损害赔偿标准大大高于《条例》第50条至第52条规定的标准。由于起诉医疗事故责任受害患者一方得到的赔偿数额大大低于以医疗过错起诉获得的人身损害赔偿数额,因而医疗损害责任中医患之间的矛盾更加突出,出现了更多的受害患者一方选择医疗过错的案由向法院起诉,以避开适用《条例》规定的过低标准。由于过错和因果关系两个推定的证据规则的适用,使医疗机构陷入不利的

诉讼地位。在司法机关,法官明知对同样的医疗损害责任纠纷刻意进行医疗事故和医疗过错的区分并不合理,并且采取不同的赔偿标准处理同样的医疗损害责任纠纷是不符合民事权利保护的法律要求的,但拘泥于最高人民法院确定的“条例施行后发生的医疗事故引起的医疗赔偿纠纷,诉到法院的,参照条例的有关规定办理;因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷,适用民法通则的规定”原则,更多地默许甚至鼓励受害患者一方提起医疗过错诉讼。基于医学会对医疗事故鉴定的垄断,司法鉴定机构普遍开展医疗过错鉴定,形成了医疗损害责任鉴定的双轨制,进一步加剧了混乱。正因为如此,医疗机构及医务人员普遍陷入恐慌之中,为保存证据应对严重的医疗诉讼和赔偿责任的压力,对患者普遍实行过度检查等手段保留证据,大大增加了患者的医疗费负担,进而对具有一定风险的医疗行为进行推诿甚至拒绝治疗,进一步加剧了医患矛盾,造成了较为明显的防御性医疗态势。医患之间互不信任,医患关系空前紧张,有的医生就诊前不得不带上头盔,以防范患者袭击。有条件的医院在诊室安装录音、录像系统,以记录诊疗过程,获取证据,保护自己。据中华医院管理学会 2005 年 6 月至 7 月对 270 家医院的调查,三甲医院每年均发生医疗纠纷 30 余件,年均医疗纠纷赔偿数额 100 多万元人民币。全国 73.33% 的医院出现过患者及家属殴打、威胁、辱骂医务人员现象;59.63% 的医院发生过因病人对治疗结果不满意,围攻、威胁院长的情况;76.67% 的医院出现过患者及其家属在诊疗结束后拒绝出院,拒交住院费;61.48% 的医院出现过因病人去世,病人家属在医院摆设花圈、设置灵堂等现象。^① 这种现象被

^① 张新宝:“大陆医疗损害赔偿案件的过失认定”,载朱柏松等:《医疗过失举证责任之比较》,元照出版公司 2008 年版,第 76 页。