

医疗纠纷案件往往游走于法律体制外
不断地以非理性 不合法的途径寻求
获取赔偿之可能空间 如此 凸显出现行民事赔偿体系
处理此等问题的困境

医疗责任 强制保险制度研究

曾言 李祖全 著



图书馆

684

湖南师范大学出版社

F842.684
6

附錄 (CIP) 目錄號及并圖

大醫藥商誌：心斗一：著全祖李：言曾、表稱製博創製補理升資有到

學出社：2009.3

ISBN 978-7-5648-0020-2

医疗纠纷案件往往游走于法律体制外
不断地以非理性、不合法的途径寻求
获取赔偿之可能空间。如此，凸显出现行民事赔偿体系
处理此等问题的困境。

医疗责任 强制保险制度研究

曾言 李祖全 著



湖南师范大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

医疗责任强制保险制度研究 / 曾言, 李祖全著. —长沙: 湖南师范大学出版社, 2009. 5

ISBN 978 - 7 - 5648 - 0050 - 5

I. 医… II. ①曾…②李… III. ①医疗保险—研究—中国②医疗事故—民事纠纷—国家赔偿法—研究—中国 IV. F842. 684 D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 059352 号

医疗责任强制保险制度研究

曾 言 李祖全 著

◇责任编辑: 蒋旭东

◇责任校对: 胡晓军

◇出版发行: 湖南师范大学出版社

地址/长沙市岳麓山 邮编/410081

电话/0731. 8853867 8872751 传真/0731. 8872636

网址/http: //press. hunnu. edu. cn

◇印刷: 长沙瑞和印务有限公司

◇开本: 730 × 960 1/16 开

◇印张: 17. 5

◇字数: 252 千字

◇版次: 2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

◇书号: ISBN 978 - 7 - 5648 - 0050 - 5

◇定价: 30. 00 元

内 容 摘 要

医疗行业是一个高风险的行业，世界上医疗界普遍承认“医疗损害无处不在”，医疗纠纷损害一旦发生就会随同产生损害填补问题。同时，医疗纠纷案件，往往游走于法律体制外，不断地以非理性、不合法的途径寻求获取赔偿之可能空间，如此，凸显出现行民事赔偿体系处理此等问题的困境。医疗纠纷越来越多地出现在人们的生活之中，渐渐成为一个值得社会广泛关注的问题。医疗纠纷是指在一定的始发或诱发原因作用下，患方对医疗服务的全部或部分，或是对其服务结果持有异议，而对医疗服务的提供方不满，提出各种权益要求，医患双方在认识上存在分歧，形成的一种暂时的、特殊的医患关系状态的过程。如何厘清医疗纠纷损害赔偿的责任，分化医护人员在医疗纠纷中的风险，使患者能获得适当且快速的赔偿，已成为法学界亟待解决的重要课题。解决医疗纠纷的关键是确定责任，以寻求达到分解风险、实现赔偿和化解矛盾的目的。由于侵权责任制度设计上的局限性，不能完全保障受害者获得实际赔偿，容易造成医疗纠纷。无法妥善解决医疗意外事故或医疗伤害事件所产生的损害赔偿问题，不仅是医疗从业人员或医疗院所经营者的困扰，更是遭受医疗损害者及其家属心中永远无法抹去的痛，而且无形中也造成社会资源的损失及浪费。因此，医疗界和法学研究者都希望通过风险转移制度达到填补损害和转移风险的双重目的。实践证明，保险是最有效的风险转移制度，目前主要有以社会保险形式出现的以瑞典等北欧五国为代表的

“病人赔偿保险”，以及新西兰的“医疗意外补偿制度”，但这些制度的建立对资金的要求相当苛刻，我国尚不具备建立社会保险形式的医疗损害填补制度。目前，我国尚未建起完善的医疗保障制度，在医疗风险转移方面主要有医疗责任保险制度，但是，因为该保险制度其存在保费高、保障力低下的严重不足，一直没有受到医疗界的认可。因此，如何寻求适合我国国情的医疗风险转移模式就显得更加复杂。目前我国医疗纠纷与日俱增，医患矛盾有激化的趋势；特别是随着立法的完善，在理论上和司法实践中医疗损害赔偿范围与幅度呈现扩大的趋势，医疗机构承担着越来越重的法律责任。因此，如何保证医疗事业健康发展已是一个亟待解决的课题。有鉴于此，一个医疗伤害或损害的发生，其间的医疗损害究竟应如何加以填补，并合理地分配于当事人之间，或另外透过其他团体来分散，乃是本书写作关注的起点，换言之，不论是受害病患及其家属的损害如何填补，或者是赔偿义务人因赔偿责任所生之损失、不利益如何分散，前述两个议题涉及的核心皆聚焦于医疗损害之填补与分散的问题上。因此，本书的研究目的还在于寻求一个合理填补医疗损害的机制，以作为迅速解决医疗损害赔偿问题、有效处理医疗纠纷案件的纷争处理途径。

医疗纠纷的民事诉讼，由于其举证责任分配上的不公平，及双方在医学专业知识上的不平等，往往造成受害病患败诉，或诉讼程序耗时费力，而被害人的损害无法获得完全填补的结果，因此传统民事侵权行为责任对于解决医疗纠纷问题的无能为力，已多为人所诟病，或有论者从无过失责任原则，抑或从无过失补偿制度出发，重新思索医疗纠纷困境的其他解决途径，以寻求更迅速、完全且适当地填补被害人损害的纠纷解决模式。根据我国的医疗体制及社会经济条件，本书在借鉴国外几种保险制度的基础上，从理论上对医疗责任保险的内在机理进行深入探讨，并借助实证研究剖析在医疗责任保险发展过程中出现的困境，进而利用民法、保险法的基本理论提出完善我国医疗责任保险的意见，以弥补受害者的损害和将医疗机构从医疗纠纷中解脱出来为出发点，试图建立适合我国医疗卫生体制的医疗风险转移制度——医疗责任强制保险。

序 言

“医本仁术”。自古以来，医疗承担着救死扶伤的重大使命，履行着治病救人的崇高职责。在人们的心目中，医师享有悬壶济世的“救命恩人”的盛誉。但现实生活中日益增多的医疗损害事件，却使医师陷入了尴尬，世界各国概莫能外。

近年来，由于社会城市化、专业化、分工化的加速，加上医学科技之进步，而使疾病治愈之可能性大幅提升，另一方面，精密的分工使得医师仅从事其专业部分之医疗行为，导致医师仅将病患视为医学操作之客体处理；又因全民医疗保险制度的逐步实施，促使医疗服务普及化、大量化；且伴随着民众权利意识高涨，导致医师与病人之间的地位改弦易辙，已由威权的尊卑关系，逐渐转变为非人格的事务关系，促使医患关系更为疏离淡薄。于是，随着医疗服务之普及与国民知识水平的提升，现今的病患及其家属业已摆脱昔日崇拜尊敬之盲从心理，对于医疗从业人员实施不当之医疗行为，或遇有不符合病患及其家属之预期结果发生，因而引发医疗纠纷时，已经不再采取沉默接受的消极态度，而是积极主张自身权益，并要求理赔甚或相关责任归属之厘清。如此医患结构，已使传统的和谐的医患关系，明显地受到前所未有的严重冲击。这不仅加深了医界的疑虑，导致医者人人自危，甚至因此而产生所谓的“防御性医疗”（defensive medicine）。长此以往，非但使医疗水平裹足不前，对于病患而言亦非福也，其不利

影响终将殃及整个社会，最后的输家终究是全体人民。因此，如何建构一套完善妥适之医疗纠纷解决机制，借以缓和或消弭医患关系之紧张冲突氛围，实为刻不容缓之要务。

医疗行为实施不当时，医疗从业人员应负担民事责任，固不待言。而损害赔偿责任为民事责任的核心，尤其当医疗事故损害赔偿责任发生时，普遍见到的是侵权行为责任和债务不履行责任。此外，时至今日，只有民法通则以及医疗事故处理条例等法律法规的零星规定可资适用。在我国法律尚未针对医疗从业人员之民事责任作特别规范之际，关于医疗从业人员责任之归责与处理，仅能回归适用民法之一般原则与相关规定加以解决，然此一概括法律规定，是否适用、又应如何适用方不至背离医疗行为之特殊性 & 专业性，亦值探讨。再者，有鉴于我国现有医疗纠纷解决体制的失效与不彰，早已不敷应付复杂多样、纷至沓来的医疗纠纷形态，导致医疗纠纷处理方式之欠缺与不彰，更造成医疗纠纷发生时，病方求助无门、医方抱怨不公之治的局面，无端地增加许多社会成本。缘当今司法体系诉讼制度负担过重，且基于医疗行为先天本质上的特殊性与专业性，强令医患双方以现有诉讼途径解决纷争，不仅缘木求鱼、殊为不智，且对于经济上大半处于相对弱勢的病方而言，精力、时间、费用上所费不赀，无异于雪上加霜，形同二度伤害。因此，在传统的民事侵权损害赔偿承担方式之外寻求更广泛的权利实现途径，并发掘替代性纠纷解决机制，于患者、医者甚至司法机构都具有重要意义。显然，本书的作者的意图亦在于此。通过对现行医疗纠纷解决体系之检讨批评与挹伐，作者在书中全面阐释了：引进医疗纠纷补偿制度——医疗意外国家补偿及其医疗强制保险制度，并借以建构一套简便、快速且有效可行之医疗纠纷解决制度，作为拯救目前医疗纠纷之沉痾的声音，仿佛是划破黑暗的一道曙光，为此一难解的习题带来无限希望，就制度面及立法面以观，实有探讨深论之价值。回顾此骤然剧变，从各种医事、卫生法规，乃至整个医疗照护制度之产生，吾等不难发现医疗已不仅是医病双方间单纯、自由选择之信赖关系，而是逐渐形成社会制度之重要一环，联系医疗供给者与需求者间之一道桥梁，借以合理分配有限的

医疗资源之现象。

关于医疗纠纷的处理问题是法学研究和司法实务的一大难题，作者通过自己的潜心研究写出了体系较为完整的著作，实属不易。虽不能说这本《医疗责任强制保险制度研究》有多了不起。我只想说的是，本书确有诸多可圈可点之处，其中有以下两个方面是比较突出的：一是体系结构的创新。至今，关于医疗纠纷的处理问题的研究大多局限于我国民法通则和医疗事故处理条例当中所确定的体系，集中于医疗事故的法律规制上。而事实上在我国现有的司法实践当中，医疗纠纷问题不仅仅只有医疗事故才是诉讼的诱因，医疗不当、医师的不作为等因素均可能导致纠纷的产生；另一方面，每一医疗纠纷的结局都在不同的程度上为以后的纠纷处理留下了隐患，尤其是束缚了医师实施医疗诊治的手脚，导致防御性医疗行为的滋长。这都是近几年医疗纠纷研究所未能得到突破的主要问题。而本书选择了一个较为宽广的视野，将医疗纠纷问题定位于民事行为的范畴，纳入民商法调整的对象当中，从而形成了医疗行为主体及其民事责任制度、医疗强制保险制度和医疗意外的国家补偿制度，使国家介入到民事行为当中，更是凸现国家的人文关怀，从而形成了一个医疗纠纷处理的完整机制，为民商法介入医疗纠纷提供了一个合理的切入点。二是研究上的突破。本书以权利、义务和责任为主线，着眼于从民商法的角度来看待医疗技术问题，既注重了医学的技术性、特殊性，又不失法学研究的规范和严谨性，法学著作的味道更浓。因此，该书围绕着如何在无法适时全面解决医疗纠纷的难题并调整机制之前，先依目前的法律规范及现行法律条文之演绎，并在解释方法上更强调体系及立法目的观点，从关切意思自由、交易安全、公平分配医疗风险，乃至交易成本之降低等尽量维持一致之评价下，寻求一套完整可行之纷争解决模式，一方面使病患得到合理之赔偿，另方面亦能兼顾医学伦理（medical ethics）、保障医师执业之安全及维护其合法的权益，使医病双方能在公平完善之规范体制下，兼筹并顾全体国民健康与促进医疗健全进步均衡发展的终极目标等问题进行较为详实的阐释，这也是本书研究的一大亮点。

当然，医疗纠纷已是一普遍存在的问题，而医疗纠纷处理机制之检讨与改进亦非一蹴而就、立竿见影。作者曾言君具有多科学历背景，近年来尤其对医疗纠纷的处理极为关注。这种复合型的教育背景使他具有了纯法学出身的研究者难以具有的技术性眼光，让他能够走出侵权赔偿法律理论的樊篱，更多地关注在医疗纠纷解决中不仅使医患双方的权益得以维护，而且使医疗人员的技术创新不断得到发展——这实际上已不是单纯法学研究可能注意到的问题和责任。学术研究是一个动态的过程，这本书也存在着缺陷，但这是一个新的研究可能经常出现的现象，对其不应过分苛求。我真诚地期待着作者更大的成功！

湘潭大学法学院教授、博士生导师
湖南省高级人民法院副院长 杨翔
2008年10月

目 录

第一章 医疗纠纷概念的厘清	1
一、纠纷概念及其构成要素	1
二、医疗纠纷之概说	5
三、医疗纠纷定义的厘清	9
第二章 医患关系之法律属性分析	14
一、医患关系为民事法律关系	15
二、医疗关系不是消费关系	18
三、医患关系的契约化特质	19
四、医患关系法律属性的审视	21
第三章 现行医疗纠纷处理机制之缺失	34
一、纠纷的解决方式	34
二、国内外医疗纠纷解决机制简介	37
三、解决医疗纠纷的基本原则	41
四、我国医疗纠纷解决机制的重构	50

五、严格适用《医疗事故处理条例》	61
第四章 医疗纠纷的合同责任	64
一、医疗合同的成立、生效与终止	64
二、医疗合同的法律性质	67
三、医疗合同责任	69
第五章 医疗纠纷的侵权责任	79
一、医疗纠纷的侵权责任概说	79
二、侵权责任中的因果关系	81
三、医师的注意义务及其标准	83
四、举证责任的分配	86
第六章 医疗损害赔偿责任的确定	88
一、医疗侵权责任与合同责任的竞合	88
二、过错推定原则在医疗纠纷中的适用	90
三、医疗纠纷损害赔偿责任的确定	90
第七章 医疗纠纷损害赔偿的归责原则的审视	97
一、侵权法归责原则体系	97
二、医疗纠纷的无过失责任之归责原则	98
三、过错推定原则在医疗纠纷中的适用	101
四、医疗侵权责任不应当使用过错责任原则	103
五、医疗侵权责任不适用公平责任原则	105
第八章 医疗侵权责任的局限性	107
一、医疗侵权责任的扩张	107
二、侵权诉讼对损害救济的不足	111
三、侵权对医疗损害预防的局限	112
第九章 医疗责任保险理论分析	114
一、医疗责任保险制度发展历史及现状	114
二、医疗风险转移理论	119

三、医疗责任保险基础理论	121
第十章 医疗责任保险之责任范围	129
一、被保险人范围的确定	129
二、保险责任范围	132
三、免责范围	137
第十一章 医疗责任保险法律实务研究	141
一、我国医疗责任保险制度评述	141
二、医疗责任保险实务法律分析	145
三、我国医疗责任保险发展的困境	154
第十二章 医疗强制责任保险制度	163
一、构建医疗责任和相互保险制度	163
二、立法建议	169
三、推行强制责任保险	173
第十三章 医疗纠纷的 ADR 解决	181
一、ADR 解决的基础	181
二、医疗纠纷 ADR 解决方式与医疗纠纷的适应性	186
三、医疗纠纷 ADR 解决比较	190
四、重新构建我国医疗纠纷的 ADR 解决方式	193
第十四章 国家填补医疗意外损害之正当性	200
一、医疗纠纷补偿制度之缘起	200
二、国家补偿责任的性质与制度分析	203
三、医疗纠纷损害适用国家补救制度的理论基础	205
第十五章 国家补偿制度的外国立法之介绍及分析	225
一、新西兰“意外伤害无过失补偿制度”之介绍与分析	227
二、瑞典“病人赔偿保险制度”之介绍与分析	236
三、意外伤害补偿制度与病人赔偿保险制度之比	245
四、美国的无过失补偿制度	246

第十六章 创新医疗纠纷处理机制构建之思考	250
一、建立良好的医患关系	252
二、积极发展医师责任保险制度	253
三、制订《强制医疗责任保险条例》	254
四、建置健全的医疗纠纷处理机制	257
五、设置医事专业法庭并引进专家参审	257
参考文献	259
后记	263

第一章 医疗纠纷概念的厘清

一、纠纷概念及其构成要素

(一) 什么是纠纷

“由于情感恩怨、利益归属及价值取向等因素的存在；人类社会从其产生的那一天开始，便伴随着各种不同的纠纷与冲突。”^① 秩序，意指在自然进程和社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。秩序是人类自诞生之日起就孜孜追求的。过去很长一段时间人们在纠纷与秩序的把握中，已经习惯成自然地将纠纷与秩序完全对立。人们总是单纯强调纠纷对秩序破坏的一面，对纠纷持负面看法。

纠纷或者说争议，在社会学意义上是指特定的主体基于利益冲突而产生的一种双边对抗行为。^② 纠纷的产生，意味着一定范围内利益平衡状态或秩序被打破。纠纷不仅是个人间的行为，它也是一种社会现象。纠纷的产生和解决是一个动态的社会过程。纠纷是对秩序的破坏。对于社会的发展而言，纠纷也有其积极意义。纠纷代表了新的理念、行为方式及新的利益，它可能导致权利与法的发展契机，甚至可能成为社会变革的先导和动力。与大规模的社会冲突不同，纠纷通常表现为具体的利益冲突或权利实现障碍，是对正常秩序的破坏或局部

① 李祖军. 民事诉讼目的论 [M]. 北京: 法律出版社, 2000: 24.

② 范愉. 非诉讼程序 (ADR) 教程 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 2.

权利义务关系的重组。纠纷解决的目的是通过一系列的规则、行为和程序，消除纠纷，恢复和建立秩序。

（二）纠纷的构成要素

根据法社会学的研究分析，纠纷的构成要素一般可分为纠纷的基本要素和纠纷的关联要素两部分。^①

1. 纠纷的基本要素，即纠纷当事人、纠纷行动和纠纷对象。

（1）纠纷当事人，是指利益冲突的对立双方。当事人的身份和社会地位、实力、能力、价值观、社会背景乃至诸多的因素（例如性格、心理等），都决定着纠纷的性质、对抗程度和解决方式的选择。除当事人外，纠纷解决过程的参加人、介入人的作用也都是至关重要的。

（2）纠纷行动，即纠纷当事人在纠纷发生过程中所采取的对抗行动，是纠纷的外在表现方式，直接决定着纠纷的性质、程度、解决方式的选择和解决的难易程度。纠纷行动可以分为四个方面。一是纠纷行为，即纠纷主体意图损害对方的行为，可能通过实施积极的行为（例如向对方进攻）也可能是消极的行为（例如妨碍对方）。一旦对方意识到了这些行为，并实施了相应的对抗行为时，纠纷就形成了。二是纠纷手段，即当事人为了实施纠纷行为所采取的策略、战术、攻击防御武器等。手段往往体现为一种实力对比。三是纠纷主张，即一方当事人向对方提出的有具体内容的要求。这种主张既是为了证明自身行为的正当性，也是解决纠纷的具体方案。四是纠纷的影响，包括当事人之间的相互影响和纠纷的社会影响。

（3）纠纷对象，是指纠纷当事人争议的对象，即利害关系或相互冲突的利益。纠纷对象受到社会规范和法律规范的双重制约，本质上指向的是一种权利（包括社会权利和法律权利）及其所产生的利益。其具体形式或载体可能是多样的，可能是物，也可能是非物质财富。例如人身权（名誉、肖像、身份、人格等）；或行为结果。由于社会

^① 刘荣军. 程序保障的理论视角 [M]. 北京：法律出版社，1999：7//范愉. 非诉讼程序（ADR）教程 [M]. 北京：中国人民大学出版社，2002：2.

生活是不断发展的,纠纷对象的范围也会随之不断扩大,纠纷对象的出现和发展归根到底是受社会的物质生活条件决定的,往往先于和广于实体法所调整的范围,在这个意义上,纠纷对象的范围远远大于法律规定的诉讼范围。

2. 纠纷的关联要素,即社会结构、纠纷的原因、纠纷的社会价值以及纠纷解决机制等,这是影响纠纷产生及其解决的更为深刻的社会原因。

(1) 社会结构,包括社会的基本生产方式、政治制度、组织机构等,这些因素决定着社会秩序的状况和社会成员的行为方式,也决定着社会在纠纷解决中采用的组织、方式和规范等。其中,农业社会和工业社会、传统社会与现代法治社会在纠纷的发生和纠纷的解决的方式上都存在本质的区别。

(2) 纠纷的原因,包括纠纷的主观原因和客观原因。主观原因主要是指纠纷主体通过纠纷所期望达到的意图和目的等。当事人对其理由、力量的确信和所受到的损害都属于主观原因的范畴;纠纷的原因还取决于社会或共同体成员的生活方式和价值观。客观原因,即利益的冲突,是纠纷产生的基本原因。利益的冲突首先是与社会的物质生产资料及资源的分配方式及其结果直接相关的;同时,纠纷产生的具体社会环境、时代、地域、传统习惯、风土人情等都与纠纷的产生、形成及解决方式息息相关。

(3) 纠纷的社会价值,是指纠纷对于社会的积极作用和消极作用。在不同的历史条件和时代背景下,纠纷和冲突的作用是不同的。例如,在社会矛盾激化时,纠纷是导致社会变革的重要动力;在社会的发展中,纠纷的出现可能预示着新的利益调整的必要;在社会的转型期,纠纷的频发可能表明了社会规范和权威以及诚信的丧失。纠纷可以使既存权利义务和社会规范得到遵守,也可以成为确认新的权利以及进行社会再分配的契机。总之,纠纷的发生既有积极作用又有消极作用,社会对于纠纷的态度、对于纠纷解决机制的设立及选择具有重要的影响。在现代法治社会中,为了保证社会的稳定和发展,一方面,必须建立健全能够及时妥善解决纠纷的机制;另一方面,社会用

于纠纷解决的成本应该控制在一个合理的限度。

(4) 纠纷解决机制,在人类社会发展的任何阶段,都有与之相适应的纠纷解决机制存在。社会越复杂,纠纷解决的方式、手段也就越丰富,从而形成一种多元化的纠纷解决机制。一般而言,在现代社会中,司法纠纷解决机制(诉讼)居于主导和核心的地位,而私人间的纠纷解决(协商)机制和社会性(包括各类共同体组织和社会团体)纠纷解决机制,以及行政性纠纷解决机制与其相互关联、共同存在,形成一种协调互动关系。

(三) 纠纷的解决

纠纷解决是通过特定的方式和程序解决纠纷和冲突,恢复社会平衡和秩序的活动和过程。^① 法人类学根据实证研究,将纠纷的过程分为三个阶段。^② 第一阶段为“不满”,即一个人把某种情况视为不正义,这是一种单向的过程,是冲突发生的前奏——当事人认为自己的权益受到了侵害,产生不满情绪,并可能采取某些单方面的行动。如此时对方采取针锋相对的态度和行动,则纠纷就进入了第二阶段,即“冲突”阶段。“冲突”是一个双向的、纠纷双方之间相互作用的过程,往往由双方一系列的对抗或争斗行为组成。当冲突无法由双方自行解决,不得不由第三方介入纠纷解决过程,或当事人直接请求第三方介入的情况下,就进入了三方的“纠纷解决”阶段。在纠纷解决的三方阶段,纠纷对周围的人和社会产生了一定的影响,其解决过程已被置于更广阔的公共空间。第三方的介入可能有多种形式,从高度制度化的诉讼程序,到邻里介入的劝解都属于此列。在纠纷解决中第三方的地位及其作用形式,在决定纠纷解决方式的性质(如属公力救济或私力救济)上是一个最关键的因素。

① 范愉. 非诉讼程序(ADR)教程[M]. 北京:中国人民大学出版社,2002:5.

② See Nader L. & Todd H. F. ed. The Disputing Process: Law in Ten Societies. N. Y. Columbia University Press. 1978//范愉. 非诉讼程序(ADR)教程[M]. 北京:中国人民大学出版社,2002:5.