

docsriver.com商家本本商家



L - A - W

docsriver.com
商家本本店

最高人民法院 医疗损害责任司法观点精编

凌巍 编著

Judicial Opinions Collection of
Supreme People's Court
on Medical Damage Liability

人民法院出版社

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



docsriver.com商家本本商家

L - A - W

最高人民法院 医疗损害责任司法观点精编

凌巍 编著

Judicial Opinions Collection of
Supreme People's Court
on Medical Damage Liability

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

最高人民法院医疗损害责任司法观点精编/凌巍编著.
—北京: 人民法院出版社, 2018. 1
ISBN 978-7-5109-2024-0

I. ①最… II. ①凌… III. ①医疗事故—民事责任—
研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 002773 号

最高人民法院医疗损害责任司法观点精编

凌 巍 编著

责任编辑 王 婷 执行编辑 尹立霞
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550617 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
客 服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定彩虹印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 16 开
字 数 389 千字
印 张 21.5
版 次 2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-2024-0
定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究

编写说明

运用司法方式对医患利益进行平衡保护，是事关患者权益维护与医药卫生事业健康发展的重大问题，是推进健康中国建设的有机组成部分。近年来，随着人民生活水平的不断提高，社会公众对医疗服务的期望越来越大，同时医疗改革进入深水期和攻坚期，利益调整更加复杂。为切实贯彻落实党中央和习近平总书记指示精神，依法维护当事人的合法权益，推动构建和谐医患关系，促进卫生健康事业发展，最高人民法院于2017年12月13日公布了《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《医疗损害解释》）。

医疗损害解释于2011年批准立项，按照全面依法治国，推进健康中国建设的总体部署和“一手抓严厉打击涉医违法犯罪活动、一手抓医疗纠纷预防与处理长效机制建设”的工作要求，在深入调研、系统总结各地经验做法的基础上，健全医疗损害责任纠纷案件适用法律的长效机制，统一医疗损害纠纷案件的裁判尺度，坚持运用法治思维和法治方式指引医患双方规范各自行为，为构建和谐医患关系推动平安医院建设提供有力司法保障。

在这之前，最高人民法院也制定和公布了诸多医疗相关司法解释以及司法解释性意见。最高人民法院还以其他多种形式表达其适用法律的观点，如在全国性审判工作会议上以院、庭长讲话或颁发

文件的形式发表某项司法指导政策，通过在最高人民法院刊物上选登地方法院的典型案例的方式宣示其司法立场。各审判业务庭也常常以“函复”“专题论述”等形式阐述对具体法律适用问题的意见或倾向性意见。上述司法观点或曰指导意见，均在不同层面反映和代表最高人民法院的司法态度和立场。此外，最高人民法院的法官对审判中新情况、新问题，特别是疑难复杂问题的研究著述，代表了最高人民法院法官群体的主流观点，也具有一定的意义。

为了让法官、律师等法律实务工作者能够更快捷、更全面地查找和学习最高人民法院的司法观点，《最高人民法院医疗损害责任司法观点精编》全面编整了散见于最高人民法院司法解释、司法政策、裁判文书等规范性文件和案例中对医疗损害责任案件审理的法律适用意见；系统总结了医疗损害责任案件审判实践中的审判理念、裁判标准和经验做法，尤其注意收录了本次医疗损害解释的最新成果，并对以往的司法观点作出更新和编纂，突出了权威性与实务性，为读者正确处理医疗损害责任纠纷提供指引。

本书编者

2018年1月

目 录

专题一 分类与案由

1. 医疗纠纷案件的分类和案由	2
最高人民法院规范指引	2
法律、司法解释理解与适用	2
最高人民法院公报案例	8

专题二 当事人确定

2. 医患关系的认定	11
最高人民法院规范指引	11
参考案例	12
3. 医疗产品侵权责任纠纷中的 当事人如何确定	23
最高人民法院规范指引	23
法律、司法解释理解与适用	24
4. 多个医院就诊时当事人的确定	27
最高人民法院规范指引	27
法律、司法解释理解与适用	28
最高人民法院法官观点	33

专题三 举证责任

5. 医疗损害赔偿案件的举证责任

分配与证明标准·····	36
最高人民法院规范指引·····	36
法律、司法解释理解与适用·····	37

专题四 权利与义务

6. 患者隐私权在医疗活动中的限制·····	50
法律、司法解释理解与适用·····	50
7. 患者知情同意权的限制·····	52
最高人民法院规范指引·····	52
法律、司法解释理解与适用·····	52
8. 患者的知情同意权与医务人员 的告知义务·····	54
最高人民法院规范指引·····	54
法律、司法解释理解与适用·····	54
最高人民法院审判庭意见·····	59
参考案例·····	61
9. 医务人员在诊疗过程中尽到 合理诊疗义务的认定·····	75
最高人民法院规范指引·····	75
法律、司法解释理解与适用·····	75
最高人民法院审判庭意见·····	78
参考案例·····	81
10. 诊疗过错及低治愈率患者医疗 损害的认定·····	87
最高人民法院规范指引·····	87
法律、司法解释理解与适用·····	87
参考案例·····	88

11. 精神病医院的收治审查义务	95
参考案例	95
12. 因医生检查过失导致的错误	
出生可否主张侵权损害赔偿	98
法律、司法解释理解与适用	98
最高人民法院审判庭意见	99
参考案例	100
13. 过度医疗	105
最高人民法院规范指引	105
法律、司法解释理解与适用	105
参考案例	109

专题五 病 历

14. 病历资料的提交义务	113
最高人民法院规范指引	113
法律、司法解释理解与适用	113
最高人民法院法官观点	115
参考案例	117
15. 病历保管义务的确定及未能	
提交保管病历的责任的承担	121
法律、司法解释理解与适用	121
最高人民法院法官观点	123
参考案例	125
16. 瑕疵病历的认定	127
最高人民法院规范指引	127
法律、司法解释理解与适用	128
参考案例	131

专题六 医疗损害鉴定

- | | |
|------------------------------------|-----|
| 17. 患者所提瑕疵病历的异议成立,是否可以据此认定医疗机构构成侵权 | 139 |
| 最高人民法院规范指引 | 139 |
| 法律、司法解释理解与适用 | 139 |
| 民事审判信箱 | 142 |
|
 | |
| 18. 医疗损害鉴定材料的提交和质证 | 145 |
| 最高人民法院规范指引 | 145 |
| 法律、司法解释理解与适用 | 145 |
| 19. 医疗损害的鉴定 | 147 |
| 最高人民法院规范指引 | 147 |
| 民事审判信箱 | 147 |
| 20. 审理医疗损害赔偿案件涉及鉴定的处理 | 154 |
| 最高人民法院规范指引 | 154 |
| 法律、司法解释理解与适用 | 155 |
| 最高人民法院审判庭意见 | 155 |
| 司法信箱 | 157 |
| 21. 医疗损害责任纠纷案件的鉴定申请主体、鉴定内容及司法鉴定程序 | 159 |
| 最高人民法院规范指引 | 159 |
| 最高人民法院法官观点 | 159 |
| 22. 医疗鉴定的程序 | 161 |
| 最高人民法院规范指引 | 161 |
| 法律、司法解释理解与适用 | 162 |
| 最高人民法院法官观点 | 163 |

23. 申请重新鉴定和补充鉴定的处理	167
最高人民法院规范指引	167
法律、司法解释理解与适用	168
最高人民法院法官观点	171
24. 医疗损害鉴定中的原因力鉴定	172
最高人民法院规范指引	172
法律、司法解释理解与适用	172
参考案例	174
25. 关于自行委托鉴定的效力	177
最高人民法院规范指引	177
法律、司法解释理解与适用	177
26. 鉴定意见的内容和审查	179
法律、司法解释理解与适用	179
最高人民法院法官观点	180
27. 医疗鉴定意见的采信	189
最高人民法院规范指引	189
法律、司法解释理解与适用	191
28. 司法鉴定意见关于责任范围	
划分的确定	194
最高人民法院规范指引	194
民事审判信箱	194
专题七 鉴定人及专家 辅助人	
29. 鉴定人出庭作证	199
最高人民法院规范指引	199
法律、司法解释理解与适用	201
30. 专家辅助人出庭相关问题	208
最高人民法院规范指引	208
法律、司法解释理解与适用	209
最高人民法院法官观点	209

专题八 责任承担

31. 关于紧急救治的具体情形	218
最高人民法院规范指引	218
法律、司法解释理解与适用	218
32. 在法定情形下,医疗机构未履行紧急 救治义务应承担相应的法律责任	220
法律、司法解释理解与适用	220
33. 多个医疗机构的责任认定	222
最高人民法院规范指引	222
法律、司法解释理解与适用	222
34. 有风险的医疗行为如果是在征得患者及 其亲属同意后实施的,风险责任由 患者及其亲属承担	227
最高人民法院公报案例	227
35. 医疗机构可否以停电构成不可抗力为由 主张免责	235
法律、司法解释理解与适用	235
36. 医务人员外出会诊的责任	236
最高人民法院规范指引	236
法律、司法解释理解与适用	236
参考案例	237
37. 医疗产品责任和输入不合格 血液的责任	246
最高人民法院规范指引	246
法律、司法解释理解与适用	247
参考案例	249
38. 无过错输血造成损害,医疗 机构的民事责任	255
法律、司法解释理解与适用	255
最高人民法院法官观点	256

	39. 多因一果情形下的赔偿责任承担	258
	最高人民法院规范指引	258
	法律、司法解释理解与适用	258
	40. 其他侵权行为与医疗侵权行为均与损害 后果存在因果关系的案件的处理	261
	法律、司法解释理解与适用	261
	最高人民法院法官观点	262
	参考案例	266
	41. 药品、消毒药剂、医疗器械是否存在质量 缺陷的认定及免责事由以及法院医疗 机构注意义务的审查	279
	法律、司法解释理解与适用	279
	42. 医疗产品惩罚性赔偿责任	282
	最高人民法院规范指引	282
	法律、司法解释理解与适用	282
专题九 损害后果及赔偿	43. 医疗损害责任的损害后果	291
	法律、司法解释理解与适用	291
	44. 医疗损害责任纠纷诉讼中,患者请求 赔偿使用医保范围以外的药物所产生的 费用的处理	292
	参考案例	292
	45. 受害人退休后被聘用或从事 他业的,应获得误工费赔偿	299
	参考案例	299
	46. 当事人主张赔偿高额后续 医疗费的处理	306
	参考案例	306

47. 两个以上医疗机构承担损害赔偿 责任时残疾赔偿金和死亡 赔偿金的适用标准	309
最高人民法院规范指引	309
法律、司法解释理解与适用	310
48. 医疗侵权纠纷中精神损害抚慰 金的确定	317
最高人民法院规范指引	317
法律、司法解释理解与适用	319
49. 植物人状态的患者能否主张 精神损害抚慰金	321
参考案例	321
50. 《侵权责任法》实施后对残疾赔偿金 和死亡赔偿金的适用	328
最高人民法院规范指引	328
法律、司法解释理解与适用	329
司法信箱	333
民事审判信箱	334

专题一 分类与案由

实践中，我国各级法院在确定医疗损害赔偿案件案由时存在不统一的情况。根据《中华人民共和国侵权责任法》第七章“医疗损害责任”与2011年修订的《民事案件案由规定》，2011年4月1日起施行的《民事案件案由规定》在第120个三级案由“服务合同纠纷”项下列了“医疗服务合同纠纷”作为第四级案由，同时第351个三级案由“医疗损害责任纠纷”项下列了“侵害患者知情同意权责任纠纷、医疗产品责任纠纷”作为第四级案由。鉴于案由的确定与鉴定机构的选择、法律的适用以及赔偿标准的确定直接联系在一起，本专题对最高人民法院在医疗损害赔偿案件的分类和案由的确定方面的各类规范进行了梳理，统一立案标准，避免出现立案时造成案由不明确等问题。

1. 医疗纠纷案件的分类和案由

最高人民法院规范指引

民事案件案由规定（2011年2月18日，法〔2011〕42号）

120.（3）医疗服务合同纠纷；

351. 医疗损害责任纠纷

（1）侵害患者知情同意权责任纠纷；（2）医疗产品责任纠纷

最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释
（2017年12月13日，法释〔2017〕20号）

第一条 患者以在诊疗活动中受到人身或者财产损失为由请求医疗机构，医疗产品的生产者、销售者或者血液提供机构承担侵权责任的案件，适用本解释。

患者以在美容医疗机构或者开设医疗美容科室的医疗机构实施的医疗美容活动中受到人身或者财产损失为由提起的侵权纠纷案件，适用本解释。

当事人提起的医疗服务合同纠纷案件，不适用本解释。

法律、司法解释理解与适用

一、关于医疗纠纷案件的案由

司法实践中各地对医疗损害责任纠纷案件的案由认识不一、做法不一，归纳起来，大致有这样几种：医疗行为人身损害赔偿纠纷、医疗损害赔偿纠纷、医疗事故纠纷、医疗赔偿纠纷、人身损害赔偿纠纷、医疗服务合同纠纷，等等。案由的混乱，说明我们对医疗损害赔偿案件的性质认识模糊，给基层

法院立案带来困难，给统计工作带来困难，更为重要的是，案由的确定直接与鉴定机构的选择、法律的适用以及赔偿标准的确定直接联系在一起。2001年最高人民法院颁布的《民事案件案由规定（试行）》就医疗纠纷规定了两类案由：医疗事故损害赔偿纠纷和医疗服务合同纠纷。对医疗事故损害赔偿纠纷案由的确定主要根据是《医疗事故处理条例》。这个案由未能完全体现医疗纠纷民事责任的性质，随着人们认识的提高和法律规定的改变，案由也要作适当的调整。根据本法的规定，在医疗侵权民事责任中不再使用医疗事故的概念。2008年最高人民法院发布了《民事案件案由规定》，已经在第一个三级案由“生命权、健康权、身体权纠纷”项下列了“医疗损害赔偿纠纷”作为第四级案由，同时在第108个三级案由“服务合同纠纷”项下列了“医疗服务合同纠纷”作为第四级案由。将原来的医疗事故损害赔偿纠纷改变为医疗损害赔偿纠纷。这个案由是符合《侵权责任法》规定的。

医疗服务合同是指医方提供医疗服务与患方支付医疗费用的合同，这一法律关系是医患双方最基础的法律关系。在发生医疗纠纷时，按照《合同法》第一百二十二条的规定精神，当事人可以选择要求承担违约责任或者要求承担侵权责任。这是《合同法》规定的当事人的权利，任何人不得剥夺。在郑某峰、陈某青诉江苏省人民医院医疗服务合同纠纷案中^①，两原告系夫妻关系，因生育障碍到人民医院就医。2002年9月9日，两原告与人民医院签订了“试管婴儿辅助生育治疗协议和须知”（以下简称“协议和须知”）。人工辅助生育存在多种治疗技术，IVF和ICSI都是人工辅助生育的技术手段，“协议和须知”中没有明确约定人民医院将采取哪一种技术为原告进行治疗。但郑某峰交纳的检查费为5400元，与人民医院举证的ICSI技术的收费标准中前三项相加的数额相符，而郑某峰交费时ICSI技术的收费项目中最后一项相应的医疗措施尚未进行。人民医院的诉讼代理人在庭审中亦认可人民医院按照ICSI技术的收费标准收取了医疗费。人民医院举证的2002年9月9日“IVF促排卵治疗记录单”中也记载了“拟行治疗”为“ICSI”。虽然原、被告双方没有书面约定采取何种技术进行治疗，但是综合分析以上证据可以认定，原告已知悉存在两种不同的治疗技术手段，其交费的行为应当认为是

^① 载《最高人民法院公报》2004年第8期。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



治疗技术方案做出的选择，人民医院收费的行为应当认为是对原告选择的确认。因此，亦可以推定，原、被告之间已经就采取 ICSI 技术进行人工辅助生育治疗达成合意，人民医院有义务按照 ICSI 技术为原告进行治疗。人民医院为郑某峰、陈某青治疗过程中，在未出现需要紧急抢救等非常状态的情况下，未经郑某峰、陈某青同意，擅自改变治疗方案。而采用 IVF 方法，导致失败致诉。法院认为，人民医院的行为，属于履行合同义务不符合约定，由此造成合同相对方的损失，依法应当承担赔偿损失的责任。

随着医疗体制改革的深入，医疗体制进一步多样化，私立医院大量存在，公益性医院中的特色服务也广泛存在，在私立医院和特色服务中，许多医院和患者签订有医疗服务合同，对双方的权利与义务作了明确规定。在这类医疗服务中，当事人在诉讼中主张合同权利是完全正当和合法的。另外，实践中存在的医院追索医疗费用的纠纷，也适用医疗服务合同纠纷这个案由。

根据《侵权责任法》和最高人民法院《民事案件案由规定》，人民法院在确定医疗纠纷案件案由时，应严格使用医疗损害赔偿纠纷和医疗服务合同纠纷这两个案由。

由于有两个案由，这就涉及法院能否依职权改变案由的问题。民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定。当事人的主张是确定案由的唯一原因，这也是当事人在民事诉讼中行使处分权的表现，因此，法院原则上不能依职权改变案由。但在审判实践中，当事人由于法律知识欠缺，在起诉时，确定的案由往往不可能完全正确，即使是专业律师或法官对案由的选择也不可能一锤定音，也要随着案件审理的深入，才能使诉争的法律关系逐渐明了。这就需要重新确定符合诉讼关系的案由。出现这种情况，法院应行使释明权，在法院行使释明权后，原告依然不申请改变案由，法院则应按照原案由继续审理，适用与该案由相适应的法律。由于《民事案件案由规定》将与有关医疗赔偿案件的案由确定为医疗损害赔偿纠纷和医疗服务合同纠纷，所以问题变得比较简单。原告要么选择医疗损害赔偿纠纷，要么选择医疗服务合同纠纷。如果原告选择医疗损害赔偿纠纷，那么法院适用侵权责任原理来审理；如果原告选择医疗服务合同纠纷，那么法院适用合同责任原理来审理。由于侵权责任和合同责任在时效、举证责任、损害赔偿额计算等方面的不同，原告要承受因自己选择案由而产生的相应后果。

——最高人民法院侵权责任法研究小组编著：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2010 年版。

医疗损害责任纠纷的案由，是原告以医疗机构实施的医疗行为侵犯了其合法权益而向人民法院起诉的诉因。当医疗机构及其医务人员的医疗过失行为造成患者人身损害时，患方如果要追究医方的民事责任，理论上拥有两个请求权的法律基础可以选择。即根据《中华人民共和国合同法》第一百二十二条的规定，患方既可以选择违约之诉，也可以选择侵权之诉。但要根据本解释追究医疗机构的侵权责任，原则上应当选择侵权之诉，案由为“医疗损害责任纠纷”。如果当事人以医疗服务合同纠纷为由提起诉讼的，案由应为“服务合同纠纷”，不适用本解释。

二、关于《中华人民共和国合同法》第一百二十二条规定是否适用

《中华人民共和国合同法》第一百二十二条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”按照本条规定，违约责任与侵权责任竞合的，受损害人可以选择违约责任或者侵权责任请求行为人承担。此条规定是基于在合同关系中，一方当事人的违约行为往往会给另一方造成损失，这种损失可能是财产损失，也可能存在人身伤害。在这种情况下，如果允许债权方当事人同时行使两个请求权，必然会导致债务人承担双重民事责任，出现责任承担不公现象。

按照《中华人民共和国合同法》第一百二十二条的规定，在请求权竞合的情况下，诉讼时受害方既可提起违约之诉，要求对方承担合同责任，也可提起侵权之诉，要求对方承担侵权责任，这就赋予了受害方以选择权。

因为违约之诉与侵权之诉在诉讼管辖、归责原则、举证责任、免责条件、责任形式、法律适用等方面均不同，当事人有改变诉因的权利。因此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》第三十条规定：“债权人……在一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。”

按照本解释，除了当事人以医疗服务合同纠纷为由提起诉讼不适用本解释，即应当适用《中华人民共和国合同法》及相关司法解释外，医疗损害责

任纠纷基本上都适用侵权责任法的规定，裁判行为人承担侵权责任，而非违约责任，即不适用《中华人民共和国合同法》第一百二十二条关于责任竞合的规定。《中华人民共和国侵权责任法》第十六条、第五十四条的规定，在表面上似乎硬化了这样处理的根据。这些案件的损害赔偿中时常包含精神损害赔偿，而我国民法的主流学说反对违约责任中含有精神损害赔偿。如此，采用违约责任制度处理医疗事故、美容美体、损害人格物等案件，精神损害的抚慰问题将无法获得解决，即使允许受害人另案起诉，也会大大增加成本，得不偿失；而裁判行为人承担侵权责任则可将财产损失和精神损害一并解决，既保护了受害人的合法权益，又降低了成本。

三、关于违约责任和侵权责任的竞合

医患关系是医方与患者之间因为医疗服务而发生的关系。我国台湾地区学者将医师受患者委托或因其他事由，对患者实施诊察、治疗等行为所形成之法律关系，称为医疗契约或诊疗契约。

基于医患合同关系，合同的主体是医方和患方，其中，医方即医疗机构，包括医院和个体诊所。患方包括患者及其监护人、近亲属。合同的客体乃医患双方权利义务指向的对象——医疗行为，即诊疗护理管理服务行为。合同的内容就是医患双方基于医疗合同的约定或法律的规定而享受的权利和承担的义务。至于医患之间合同关系的缔结，随着患者来到医疗机构问诊或者挂号，而医疗机构接受这一事实而成立。然而，医患合同没有格式文本，患者就医，也不可能先坐下来商谈双方权利义务。基于医疗行为的伦理性、高风险性以及患者所处地位对医师的“祛病”合理预期，所谓双方权利义务的确定，更多的是基于善良习惯（默示条款），近现代以来则通过法律、法规、规章和有关制度加以明示规范。前面已经述及，所以，医方义务更多地表现为法定性。

根据合同法中合同义务区分为主合同义务、从合同义务以及附随义务之类别的原理，医患契约中医方的义务可以概括为：

（一）主给付义务

即诊疗护理义务。医方医疗义务的履行是一个系统工程，从具体环节来说包括：诊断、治疗、手术、注射、麻醉、抽血、输血、放射治疗等活动中

的注意义务。

(二) 从给付义务

要有制作、保管病历的义务，与患者沟通的义务、告知义务。

(三) 附随义务

主要是保护义务，疗养指导说明义务和保护患者隐私的义务。此外，除了医护人员对患者病因的探查、治疗方案的确立以及治疗护理的全过程中诸多的主从义务，源自于医疗行业的善良（交易）习惯和人们对医生职业的合理期待，其中还暗含着许多道德伦理层面的职业责任成为默示的、衍生的义务。

因此，当发生医疗损害赔偿纠纷时，就医患关系而言，存在着法律关系的竞合。所谓竞合是指一个具体事实，具备侵权行为与债务不履行之要件者，应就各个规范判断之，所产生的两个请求权，系独立并存。大陆法系学者有责任竞合、请求权竞合、请求权规范竞合之说。《中华人民共和国合同法》第一百二十二条规定，因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。在司法实务中，患方多选择侵权之诉，但在诉讼中却是沿着医方医疗行为有违说明义务、通知义务、安全保障义务等医疗合同中的附随义务的证明路线，混淆或者说淡化了契约与侵权两种法律关系的区分。实际上，在医疗损害赔偿纠纷中，虽有契约不履行和侵权行为之别，但都存在着医方违背医疗注意义务的事实。正如有学者谓：“就过失的内容而言，均以违反法定的注意义务为要件，一般之情形又以抽象之轻过失为判断责任有无之标准，其本质上并无差异。”诊疗义务虽可通过合同予以约定，但实践中诊疗义务一般通过侵权法予以界定，并以此处理医患纠纷。其原因在于：第一，依据医疗行为惯例和探索性特征，医患双方不可能坐下来协商医疗合同条款，也没有签订书面格式合同；即使签订了相应的合同，也不保证特定治病治愈的效果。第二，从医患合同的适用和赔偿范围来看，它仅针对医患双方存在医疗合同关系的情形，不能涵盖无因管理医疗行为和强制性医疗行为；合同法也不弥补非财产性损失。第三，从内容上看，过失之认定，在侵权行为法与契约责任中，所据之理念虽有差异，但在本质上均系以违反注意义务为基础，且在具体的责任判断中几乎无大差异。因此，近现代以来多通过法律、法规、

规章和有关制度加以明示规范医务人员的合理诊疗义务。^①

——沈德咏、杜万华主编：《最高人民法院医疗损害责任司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2018 年版，第 301~303 页。

最高人民法院公报案例

郑某峰、陈某青诉江苏省人民医院医疗服务合同纠纷案

裁判摘要

《合同法》第六十条规定，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。在医疗服务合同中，医院与患者是平等的民事主体关系，在非紧急情况下，医院对实施的医疗方案负有向患者进行说明的义务，患者也有权充分了解医疗方案对自己可能产生的影响，对医疗方案享有选择权。《合同法》第一百零七条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。所以，非紧急情况下医院未经患者同意擅自改变双方约定的医疗方案属于履行合同义务不符合约定的行为，应当对患者承担违约责任。

南京市中级人民法院认为：当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。郑某峰、陈某青虽无直接证据证明双方约定采取 ISCI 治疗技术，但其所提交的 2002 年 9 月 25 日的交费单据表明，人民医院是按照 ISCI 技术的收费标准收取的医疗费；电话录音

^① 杜东亚：《论诊疗义务与诊疗过错的推定——以医疗损害侵权责任的解释与适用为视点》，载《科技与法律》第 2011 年第 5 期。

及郑某峰、陈某青致人民医院医务处的信件中均提到他们原来是要求采取 ISCI 技术进行治疗；人民医院提交的 2002 年 9 月 9 日“IVF 促排卵治疗记录单”中亦记载了拟行治疗为 ISCI。上述间接证据相互印证，可以认定郑某峰、陈某青与人民医院口头约定采取 ISCI 技术进行人工辅助生育治疗，人民医院应当按照双方的约定全面履行医疗服务合同。履行医疗服务合同时，在非紧急情况下，医院在未经过患者或其代理人同意的情况下，擅自改变双方约定的医疗方案，属于合同法第一百零七条规定的履行合同义务不符合约定的行为。在本案中，人民医院为郑某峰、陈某青治疗过程中，在未出现需要紧急抢救等非常状态的情况下，未经郑某峰、陈某青同意，擅自改变治疗方案。人民医院的行为，属于履行合同义务不符合约定，由此造成合同相对方的损失，依法应当承担赔偿损失的责任，一审法院对违约责任和具体损失的认定是正确的，据此所作的判决并无不当。人民医院上诉理由不足，故不予支持。据此，南京市中级人民法院依照合同法第六十条第一款、第一百零七条和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，于 2003 年 11 月 18 日判决：驳回上诉，维持原判。本判决为终审判决。

——《最高人民法院公报》2004 年第 8 期（总第 94 期）。

专题二 当事人确定

因为在医疗损害责任纠纷案件中，涉及当事人众多，患者在诉讼过程中有时难以确定具体被告，例如，是起诉缺陷医疗产品的生产者还是销售者，是起诉部分还是全部就诊的医疗机构等。本专题遵循尊重当事人诉权、方便诉讼的原则，对最高人民法院关于患者在接受医疗服务的过程中因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷受到损害的当事人的确定；医疗产品责任和输入不合格血液赔偿责任案件当事人的确定；多个医院就诊时当事人的确定等热点问题的相关内容，进行了全面整合与梳理。

2. 医患关系的认定

最高人民法院规范指引

最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释
(2017年12月13日,法释〔2017〕20号)

第四条第一款 患者依据侵权责任法第五十四条规定主张医疗机构承担赔偿责任的,应当提交到该医疗机构就诊、受到损害的证据。

第五条第一款 患者依据侵权责任法第五十五条规定主张医疗机构承担赔偿责任的,应当按照前条第一款规定提交证据。

全国民事审判工作会议纪要(2011年10月9日,法办〔2011〕442号)

六、关于侵权责任纠纷案件

(二) 关于医疗损害赔偿责任问题

患者一方请求医疗机构承担侵权责任,应证明与医疗机构之间存在医疗关系及受损害的事实,并提供医疗机构及其医务人员有过错的初步证据。对于是否存在医疗关系,应综合挂号单、交费单、病历、出院证明及其他能证明存在医疗行为的证据加以认定。

第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要(2016年11月21日,法〔2016〕399号)

11. 患者一方请求医疗机构承担侵权责任,应证明与医疗机构之间存在医疗关系及受损害的事实。对于是否存在医疗关系,应综合挂号单、交费单、病历、出院证明以及其他能够证明存在医疗行为的证据加以认定。

参考案例

梁某诉某县人民医院医疗损害责任纠纷案

要点提示

医疗服务合同只是判断医患关系存在，诊疗活动开始的一种依据，绝非前提和基础。不挂号就诊，只要医生实施了诊疗行为，也应当认定患者与医院形成医患关系。

案情

原告：梁某。

被告：某县人民医院。

梁某系某县人民医院的外科医师。2008年3月4日16时许，梁某因牙痛多日到该医院口腔科拔牙。在梁某未挂号，也未交纳医药费的情况下，由该医院口腔科执业医师黄某为其拔牙。黄某先对梁某进行局麻，但梁某仍感剧痛难忍。黄某怀疑本人麻药没有打准，就请口腔科副主任刘某前来帮忙。刘某到后又补了3毫升麻药，但梁某仍感疼痛。于是刘某又用1毫升麻药作浸润麻醉，但梁某疼痛未减。此时刘某停止拔牙，并要求梁某回去服两三天消炎药后再来拔牙。在旁的梁某之妻张某（张某为该医院急诊科的护士）建议做全麻拔牙，梁某表示同意。医师刘某、黄某虽口头上说从未做过全麻拔牙，但对梁某夫妇自行联系麻醉师的行为未加阻止。张某用梁某的手机联系到了准备值晚班的该医院麻醉科执业助理医师严某。严某在张某的要求下，从麻醉科冰箱内取出备用麻药“异丙酚”，并带着人工呼吸气囊于17时25分左右来到口腔科。在为梁某行“异丙酚全麻术”的过程中，先由张某为梁某推注麻药，后改由严某推注。在麻药起作用后，刘某为梁某进行了拔牙。但病牙被拔除后，梁某始终未醒，并出现了脸色苍白、嘴唇青紫、呼吸和心跳停止等症状。最终梁某被诊断为“缺血缺氧性脑病”，一直处于植物生存状态。

事件发生后，张某作为梁某的法定代理人向该县人民法院起诉，要求该医院承担医疗损害赔偿责任。此案通过两级人民法院的依法审理，最终该市

中级人民法院判决该医院承担梁某各项经济损失及医疗费用的80%，梁某自负20%。

评析

与我国以往的法律法规相比，《侵权责任法》的一个特别之处，即是将医疗损害赔偿责任作为一种独立的侵权损害赔偿类型。其中该法第五十四条^①规定了医疗损害赔偿责任的构成要件及责任承担主体，即“患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任”。就该条本身的内容来看，应该说立法者在翔实法律规定方面作出了很大努力，但不论立法者如何想方设法地完善法律规定，审判人员在实际运用中仍需要根据案件自身的具体情况对法律进一步解释和细化，才能正确适用法律，并最终作出一个公平正义的裁判。

具体到本案，因诉讼当事人身份的特殊性而受到广泛的关注。尽管此案的发生时间和审结时间均在我国《侵权责任法》实施之前，但其中所反映出的疑难性、典型性法律问题仍值得我们放置于《侵权责任法》中重新思考。本案的疑难性、典型性具体体现为：（1）由梁某与该医院是否已经成立医患关系的讨论，引出对第五十四条中“诊疗活动”的理解和认定问题；（2）对严某的行为是否属于职务行为的争讨，引出对第五十四条中“医务人员”及医疗机构替代责任问题的思考；（3）由对本案中梁某、张某、刘某、黄某、严某等人各自行为在整个损害事件中性质和作用的争论，引出对第五十四条中“过错”及因果关系的认定问题以及多因一果情况下原因力规则的运用问题。通过对此案的不断研究和总结，将对今后审判人员正确处理医疗损害赔偿纠纷起到一个借鉴和指导作用。

一、诊疗活动及其认定

（一）诊疗活动的定义及法律性质

诊疗活动，又称诊疗行为、医疗活动、医疗行为，它是医疗损害赔偿责任产生的前提，即凡不是由诊疗活动引起的损害，尽管该损害发生在医院或是由医务人员造成的，也不属于医疗损害，更不可能构成医疗损害赔偿责任。

^① 为简化论述，本文有关“第五十四条”的表述皆指《侵权责任法》第五十四条。

但在我国的现行法律制度中，对“诊疗活动”并没有明确的定义。而我国台湾地区“行政院卫生署”第107880号函件中，将医疗行为解释为“凡以诊疗、矫正或预防人体残疾、伤害残缺或保健为直接目的所为之诊察、诊断及治疗或基于诊察、诊断结果，以治疗为目的所为之处方或用药等行为之一部或全部之总称”。^①

综合诊疗活动的范围，可以将诊疗活动定义为，医疗机构及其医务人员借助其医学知识、专业技术、仪器设备及药物等手段，为患者提供的紧急救治、检查、诊断、治疗、护理、保健、医疗美容、生育行为等维护或改善患者生命健康所需的各项活动的总和。这些活动不仅要符合现代医学基本理论，而且应不被国家法律所禁止。例如我国法律禁止非法摘除人体器官，所以非法摘除人体器官的行为就不属于诊疗活动。根据诊疗活动的不同阶段，诊疗活动是指包括属于诊断方面的问诊、听诊以及检查行为的活动，属于治疗方面的注射、给药、敷抹外伤药物、手术、复健活动，以及属于治疗后情况判定之追踪、验证活动在内的各种活动。

何为诊疗活动一般来说应该是一个医学上的问题。之所以要从法律角度对其进行研究，不仅是因为第五十四条中出现了“诊疗活动”的表述，其深层次的原因更在于诊疗活动的法律性质——诊疗活动是具体医患关系的外在表现。医患关系所反映的医疗双方的权利义务关系是判断和分配医疗损害责任的核心。医患关系可以分为抽象医患关系和具体医患关系。抽象医患关系是指全体患者（包括已经治愈的人和希望得到医疗服务的人）与整个社会医疗服务机构之间的关系。具体医患关系是指单个患者与其就医的医疗机构和为其提供医疗服务的医务人员之间的关系。我国《侵权责任法》之所以以专章的形式规定医疗损害责任，一个很重要的原因即是为了缓和我国社会生活中紧张的医患关系。但是即使是具体医患关系也是很抽象的，需要一个外在表现的载体——诊疗活动。诊疗活动和具体医患关系有着密切的联系。一方面，诊疗活动开始于具体医患关系建立之时，结束于具体医患关系终止之日；另一方面，诊疗活动的开始表明具体医患关系的建立，诊疗活动的终止则表

^① 最高人民法院侵权责任法研究小组编著：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第386页。

明具体医患关系的相对终止。因此，诊疗活动的法律性质决定了其重要性尤其是在法律适用中的重要性。

（二）诊疗活动在审判实务中的认定

诊疗活动在法律适用中的重要性表现在其是区分某一具体侵权行为人应承担医疗损害赔偿赔偿责任还是其他一般损害赔偿赔偿责任的关键。因此，法官在审理医疗损害案件时，正确适用《侵权责任法》第五十四条的前提便是认定医疗机构及其医务人员的活动是否属于诊疗活动。

在司法实践中，通常运用排除法来明确哪些情形不属于诊疗活动。一般来说，以下五种情形可以认定为非医疗行为：一是因医院设施存在瑕疵导致患者摔伤等伤害，而其他非患者人员亦存在此种伤害可能；二是因医院管理制度本身存在瑕疵导致损害；三是患者在医院自残、自杀；四是医生非以治疗为目的故意伤害患者；五是非法行医致人伤害。而从诊疗活动的起始时间来看，诊疗活动应从患者或家属授权医生治疗或医生因无因管理而产生治疗意思表示开始，与挂号、缴费并无直接关系。诊疗活动的延续以患者遵从医嘱为基础。诊疗活动的结束以医生明确整个治疗过程结束或患方拒绝医生的治疗方案来判定。^①

此外，在认定诊疗活动时，还需要厘清医疗服务合同与诊疗活动的关系。在前述案件中，该医院的第一项答辩意见即认为“因医疗行为引起的侵权诉讼，医患双方的权利义务关系是建立在双方的医患合同基础之上，也就是说，患者与医疗机构是否建立了医疗合同关系是确定双方是否存在医患关系的基础”。^② 梁某并未挂号，亦未缴纳任何医疗费，因此梁某与医院之间因没有成立医疗服务合同而未构成医患关系，所以该院口腔科医师刘某和黄某的行为并不属于诊疗行为，即不属于职务行为，因此，刘某、黄某两位医师应该为自己的行为负责，医院不应该承担责任。由此引出一个问题：医疗服务合同是否是医患关系存在及诊疗活动开始的前提和基础？我们认为，患者通过挂号或缴纳医疗费等行为与医院建立医疗服务合同是一种明示医患关系成立，

^① 王竹编著：《侵权责任法应用指南》，法律出版社2010年版，第230页。

^② 我国有学者认为，医疗机构与患者之间应该是一种特殊的委托合同关系。与医疗服务合同关系相比，委托合同关系更强调医疗机构的高度注意义务及患者的自主选择权。所谓高度注意义务，是指医务人员作为医学专家于实施诊疗行为时应为患者一方的最大利益尽高度的注意义务。

明确诊疗活动开始的客观表现。但是在一些特殊情况下，为了保障患者的利益，法律也允许以一种默示的方式表明医患关系和诊疗活动的开始。如患者在路旁昏迷被急送至医院，此时患者无法作出意思表示，因而医疗服务合同实际不可能订立。再如前述案件中，梁某的主观上是不愿甚至逃避与医院建立医疗服务合同的，因为如果与医院建立了合同，则意味着梁某必须承担规定的医疗费用。而且在我国熟人社会中，患者不挂号而直接就医的情形并不少见。如果简单地以是否成立医疗服务合同来认定医患关系，既不符合我国国情，也不利于患者利益的保护。综上，我们认为医疗服务合同只是判断医患关系存在，诊疗活动开始的一种情况，绝非前提和基础。

二、医务人员及其认定

（一）医务人员

《侵权责任法》第五十四条中的“医务人员”是包括医师、护士在内的专业医务技术人员。我们认为，符合第五十四条实指的“医务人员”，需要满足以下三个方面的要件：一是资格要件。所谓资格要件，是指已经依法取得执业医师资格或者执业助理医师资格，或依法取得护士执业证书，并经注册在医疗、预防、保健机构中执业的专业医务人员。如果未取得相应资格或超出注册范围执业，都不是第五十四条所指的“医务人员”。二是行为要件，是指在具体诊疗活动中提供在医院授权范围内的专业医疗服务。如果执业医师只是在旁观看并未参与到具体诊疗活动中，或者完全超出医院的授权范围，也不是第五十四条的“医务人员”。三是主观要件，即明知是从事医疗活动，即履行职务行为。如果主观上仅是依靠其医学知识以帮忙为目的，并未意识到是职务行为，则也不应该属于第五十四条的“医务人员”。

判断是否属于第五十四条的医务人员具有重要的法律意义。因为根据第五十四条规定，医疗损害赔偿责任的承担主体应为医疗机构而非具体进行诊疗活动的医务人员。此即为学理上所说的替代责任。所谓替代责任，是指责任人为他人的行为和人的行为以外的自己管领下的物件所致损害承担的侵权赔偿责任形态。^① 医疗机构的替代责任即是对他人（医务人员）行为的替代责

^① 王竹编著：《侵权责任法应用指南》，法律出版社2010年版，第235页。

任。但在非履行医务人员身份的情况下，并不发生替代责任，如果医疗机构和行为人对损害的发生都存在过错，则应作为共同侵权人各自承担相应的责任。

（二）医务人员的认定

在前述案件中，双方当事人争议的一个要点即麻药师严某是否是履行医务人员的职责。一般来说，判断是否履行职责，可以从时间、地点、与工作岗位的相关性、是否利用医疗机构的相关医疗器械及药品等方面进行。如果是在工作的时间、工作的地点、行为与工作岗位联系密切、利用了医疗机构的相关医疗器械及药品，便基本可以认定属于履行职责的行为。但是本案对严某的行为仅从以上几方面进行判断还不够，这涉及法条的选用问题。原因在于：

1. 从严某与医疗机构的关系来看，严某属于医院工作人员，与医院存在雇佣关系。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条第一款规定“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿”。并且该条第二款进一步明确“从事雇佣活动”，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为“从事雇佣活动”。

2. 从严某与梁某的关系来看，严某属于梁某的帮工人。根据上述司法解释第十三条的相关规定“为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。”选择适用法条的不同，将直接决定着医院是否应该为严某行为承担替代责任，也即影响了损害责任的划分及赔偿费用的分担。我们认为，在此种情况下应该从严某的主观要件出发综合考虑。在法庭审理过程中，严某曾多次表示“出于朋友的关系才违反医院管理规定”“碍于朋友的情面”，因此，严某因缺乏第五十四条“医务人员”的主观要件而在前述案件中并不以医务人员的身份出现，医院无须为其承担替代责任。而按照《侵权责任法》第十二条的相关规定“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任”，应由严某与医院共同承担责任。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>

