

• 卫生法学 •

# 医疗风险责任与医方告之义务

郭永松 丁朝黎 徐凌霄

浙江大学医学院·杭州 310031

中图分类号 DF36 文献标识码 A

医疗风险是客观存在的,它对医患双方都有着重要影响。为避免医疗风险的发生,明确双方应承担的法律责任,医方尽到告之义务十分重要。从目前的情况看,许多医疗纠纷的发生都与医方未履行告之义务有关。为此,我们有必要从医疗风险特点和责任的角度,对医方告之义务的意义及有关问题作进一步探讨。

## 1 医疗风险的特点

医疗风险是指存在于整个诊疗过程中的可能会导致损失和伤残事件的不确定性和可能发生的一切不安全事件,如医疗事故、医疗差错、医疗意外及并发症等<sup>[1]</sup>。与一般的风险相比,医疗风险的发生、发展及后果极为复杂,其主要特点有:

### 1.1 医疗风险是客观存在的

医疗行为是一种专门性很强、具有一定损害性、危险性的行为,风险很大<sup>[2]</sup>。有关文献报道,澳大利亚 28 家医院的住院病人,有 16.6% 遭受严重医疗事故,这些事故的 51% 均是可以避免的<sup>[3]</sup>。研究还表明,临床诊断与病理解剖诊断的符合率大约是 70%~80%,而 20% 左右的患者在身前接受的临床治疗与所患的疾病几乎没有关系;在医学水平、诊断水平、医疗设备不断进步的过程中,临床误诊率不仅存在,而且依然保持着一定的百分比<sup>[4]</sup>。因此,无论医疗技术怎样发展,由于临床误诊等因素的存在,医疗风险始终存在。

### 1.2 医疗风险会造成严重的后果

人们之所以关注医疗风险,是因为它能造成严重的后果,包括:对病人造成各种伤害,甚至危及生命,这也是最严重的后果;破坏医患间的信任关系,造成医疗纠纷,甚至干扰医院的正常工作秩序;给双方会造成不同程度的经济损失;打击和挫伤医务人员工作和探索的积极性,对医学的研究与发展产生不利因素和不良影响。

### 1.3 医疗风险的发生有着复杂的原因

医疗风险的发生有着复杂的原因,主要有:①

生命的复杂性与人类认识的局限性,生命变化发展的无限性与人类解决问题能力的有限性相矛盾。虽然人类通过艰苦探索已经攻克了许多疾病,但由于认识的局限性,在医学上还有许许多多未知领域,许多疾病尚待攻克;同时,医疗行为本身就蕴含着对人体结构和机能的损害,来自医务人员、病人、环境条件等方面的任何变化,都有可能加重这种损害的发生。②疾病发生发展的复杂性、多变性。在临床上,相同的疾病会有不同的症状,而不同的疾病却会有相同的症状;疾病的发展转归也一样呈现出多样性和复杂性,这就给临床的诊断和治疗造成了难度,大量的误诊、误治由此而起。③医院和医生的道德、技术水平都影响着医疗风险(即道德风险和技术风险)发生的可能性。据中国误诊文献数据库显示,我国目前总误诊率为 27.8%。造成误诊的原因有 16 种,其中很多与医生的责任心和诊疗水平有关;医务人员因责任心差、玩忽职守而导致病人死亡、残疾和发生医患纠纷的事例也屡见报端。④医疗风险的发生与病人个体的差异和不确定性有关。由于个体差异,病人所患疾病的发生、发展与转归有很大不同,即使使用同一药品或同一诊疗技术在不同人身上或同一人的不同时间都可能发生完全相反的效果。这不仅给临床诊治带来了困难,而且也容易引发医疗意外等风险。

为了进一步明确医疗风险的实质,便于进行责任确定,根据风险的性质和原因,医疗风险可以被分类两大类,即:①医疗损害发生与医务人员过错有因果关系的医疗风险。如医疗事故、医疗过错等。临床误诊、误治导致对病人的损害,有两种情况,第一种情况是:对某些疑难病症,如 2003 年初发生的“非典型性肺炎”,医务人员已经尽到特殊注意义务,但由于受到当时认识水平的限制,导致临床误诊、误治;第二种情况是某种常见病,如胆囊炎,由于医务人员没有尽到特殊注意义务,导致临床误诊、误治。②医疗损害发生并非是医务人

员过错所致的医疗风险。如医疗意外、并发症等。更需要指出的是,当医疗意外发生时,医务人员仍然应当尽到积极抢救的义务,否则也必须承担由于不作为而造成严重后果的法律责任。

## 2 医疗风险归责的理论分析

医疗风险从本质上讲是健康风险的一种转移,人们希望通过医疗手段化解健康风险,但有时也可能需要承担包括医疗事故、并发症等另一种风险的严重后果。那么谁来对这些损害后果承担责任?这里有必要对医疗风险的法律责任进行分析,以便明确医务人员应当承担哪些责任,即在什么条件下履行第二义务。本文讨论的医疗风险法律责任,是由特定法律事实所引起的对损害予以赔偿、补偿或接受惩罚的特殊义务,亦即由于违反第一性义务而引起的第二性义务<sup>[5]</sup>。法律责任的构成要件为:责任主体、违法行为或违约行为、损害结果、因果关系、主观过错5个方面。

对医疗风险责任的判定实质是一种归责,即指行为人因其行为和物件致使他人损害的事件发生后,应依何种根据使其负责,即法律应以行为人的过错,还是应以行为发生的损害结果、抑或公平考虑等作为价值判断标准,而使行为人承担相应的法律责任<sup>[6]</sup>。

医疗活动具有高风险性,即使医疗服务人员尽到了谨慎注意义务,亦难免发生不幸的损害后果。对此,医务人员及求医者均没有过错,如果让其中一方承担这种损失,都显失公平,或超出其承受能力<sup>[2]</sup>。因此,根据我国民法关于侵权损害赔偿归责原则特点,可以认为,“以过错作为价值判断标准,确定行为人对其造成的损害应否承担法律责任”的过错责任原则既是医疗事故的重要归责原则,也适用于医疗风险的归责。这是因为,过错是违法行为和违约行为的重要原因,也是构成法律责任的重要条件。采用过错责任原则,要求医疗机构及其医务人员对自己具有过错的行为负责,则可以消除他们的顾虑,不仅使他们在抢救生命、保护健康中更积极主动,而且在面对医学未知领域时也可以大胆探索。因此,医方只对第一类医疗风险,即由医务人员过错引起的医疗风险损害承担法律责任。

在对医疗风险责任进行分析、判定的过程中,还应当考虑:①从风险发生的原因确定风险的责任。即风险损害是由医务人员过错引起的,还是由疾病本身的发展或非人为因素所致。②从风险发生的不同阶段确定风险的责任。如医疗意外风险是由于疾病本身的特性所致,但如果医务人员没有采取有效

措施,积极抢救,此后的风险损害责任则应当由医方承担。③从风险的不同性质确定风险的责任。即是医疗事故风险,又是医疗意外风险。这里涉及到一个很重要的问题,即医疗过错和医疗风险损害之间的因果关系分析,根据《民法通则》,在过错与损害之间只有存在因果关系,才构成法律责任。而医疗活动中,医疗过错与医疗损害之间的关系极为复杂,所以明确其因果关系,对于确定医疗风险的法律责任具有重要意义。由于医疗行为本身具有损害性、高风险性,同时又是人类健康所必需,医学的发展是在不间断的临床实践、探索中取得的,因此法律允许医务人员免除一部分医疗风险的法律责任,如:医疗意外、难以避免的并发症、紧急抢救时的损伤等。这种风险又被称为“允许风险”。

## 3 医疗风险的责任确定

医学从本质上讲,是对人类生老病死风险的一种抗争,在这一过程中,一部分风险就转化为医疗活动本身的风险。因此,从某种意义上讲,任何医疗行为都有风险,如手术、药物使用、各种临床检查等,风险后果的直接承担者首先是病人,他们不仅要忍受因为风险发生而造成的身心损害,而且还有可能为此承担更多的医疗费用,这在逻辑上与医学目的恰好是相反的,给病人就医,试图规避风险的愿望也相反。当然,这并不等于说,医务人员不用承担医疗风险的责任,事实上,《医疗事故处理条例》、《中华人民共和国执业医师法》、《医疗机构管理条例》等法律法规的出台,就明确规定了医务人员的法律责任。对于医疗事故、医疗过错所造成的风险和后果,医务人员必须承担相应的法律责任,对医疗意外等风险的发生也有责任给予积极的救治。那么就医方来讲,应当为哪些医疗风险承担直接责任呢?

### 3.1 医方必须为医疗过错引起的医疗风险承担相应的法律责任

过错,是指违法行为实施者的某种主观心理状态,包括故意和过失两种形式。医务人员过失行为是指包括违反各种法律法规和医疗操作常规的行为及虽无条文,但约定俗成,全体医务人员应当遵守的行为规范等,是引起医疗事故和医疗差错风险的主要原因之一。过失行为出现后,应对过失作具体分析,包括过失强度分析(即过失的严重程度判定);事故参与度分析(即过失的原因力大小的判定)。事故参与度是指过失行为和不良后果之间的因果关系大小,完全或主要由过失引起的,事故的参与度就大,完全或主要由过失引起的,事故的参

与度就大, 还有其他因素影响的, 参与度就小。还应分析法律中的因果关系, 即行为人的不法行为与损害事实之间的因果关系, 它主要考量加害的行为人之外的其他因素是否降低或者免除了加害人的法律责任。因果关系是法律责任归责的基础与前提。由此, 可以对医方过失行为引起的医疗风险法律责任(就民事赔偿和行政责任)作具体分析: ①过失大, 损害大, 因果关系明确, 则过失方承担的法律责任就大(赔偿和行政处罚都较重); ②过失大, 损害小, 因果关系明确, 则过失方承担的赔偿责任相对较小, 但承担行政处罚的责任大; ③过失小, 损害大, 因果关系明确, 对过失方承担的赔偿的责任大, 但承担行政处罚的责任小; ④过失小, 损害小, 因果关系明确, 则过失方承担的赔偿责任和行政处罚的责任都小; ⑤如果上述情况, 因果关系复杂的, 则行政责任应根据过失大小来确定, 而赔偿责任则要看: 因果关系的具体情况, 然后进行确定。把过失分解为过失强度和事故参与度, 则可以作如下判定: 过失强度大, 应当给予当事人行政处罚, 但不一定定为医疗事故, 是否为医疗事故, 要看过失参与度, 即因果关系大小。

### 3.2 医方可以免除非医疗过错引起的医疗风险责任

医疗风险具有损害性与不确定性, 就其损害后果而言, 让医患中的某一方全部免责或完全承担责任都是不合理的, 要视引起风险的原因而定。根据过错责任原则, 如果医疗风险的发生并非由医方过错所致, 一般医方不承担法律责任。如胆囊手术, 对病人机体的一定损害是客观存在的, 手术后, 可能出现的粘连、感染等并发症会给病人造成很多痛苦, 这种情况下, 如果医务人员已经尽了合理、谨慎的注意义务, 还要求其承担责任有失公平, 对此, 学者多以容许性危险和患者的知情同意来排除行为的违法性<sup>[7]</sup>, 医方不承担法律责任, 其损害和增加费用的后果往往由患者自己承担。

正因为医疗风险责任具有复杂性, 而且风险带来的损害首先总是由病人自己承受, 医方也只是在有关法律规定的范围内, 明确其有过错责任的情况下承担相应的法律, 而且由于医患双方在专业知识、技术上的不对称性, 医方对医疗风险具有更多的预见性和积极干预的可能。因此, 医方必须承担告之风险、防范风险、干预风险, 减少其损害的义务, 以及在风险发生时的积极抢救、治疗义务。

## 4 医疗风险责任与医生告之义务

### 4.1 医生充分告之与病人知情同意

为了明确相应的法律责任, 共同防范医疗风险

的发生, 避免医疗纠纷, 医务人员必须履行告之义务, 其实质就是要尊重和维护病人在就诊期间享有的“知情同意”权(Informed Consent, IC), 它与告之义务相对应, 构成了医患交往的基础。随着社会的进步和医学的发展, 人们维权意识的不断增强, 知情同意作为患者的一项基本权力, 已成为病人自主权的灵魂和核心<sup>[8]</sup>, 并且作为医务人员在医疗实践中应遵循的重要原则而受到社会的关注和认可。知情同意的具体内涵是医方在对病人确定诊疗方案和进行操作时, 必须向病人提供充分的相关资料, 包括某种医疗处置的益处、危险性、可能发生的医疗意外和并发症以及费用等问题, 让病人在充分了解各种信息的情况下作出接受与否的决定。实践表明, 医生就有关医疗风险发生、发展、后果和防范等信息充分告之病人, 不仅有助于病人对医疗行为的确认和监督, 也有助于医患间的相互理解、相互信任和相互支持, 同时也是医方免除部分医疗风险责任的必要条件; 在此基础上, 双方可以达成某种默契, 共同应对可能发生的医疗风险; 即使发生了医疗风险, 也能够积极地采取措施, 避免或减轻医疗风险所带来的不良后果; 同时医患双方还可以通过协商, 寻求解决问题的办法, 理智地处理善后事宜, 避免医疗纠纷。

### 4.2 如何履行医方告之义务

正确理解和履行医方告之义务既是尊重患者的权利, 也是医务人员免除部分医疗风险责任的重要条件。如何积极地履行医方告之义务, 保证病人对医疗实践的正确理解和有效监督, 以及医疗行为的合法性? 从临床实践来看, 要解决两个问题: 一是告之什么, 二是如何告之。首先, 医生要尽可能也有义务去理解病人在遭遇意外伤害痛时的生理和心理变化, 充分了解病人存在着恐惧和矛盾的内心冲突, 并能在恰当的时机做合适的开导; 除了要告之各项诊治的核心信息外, 医生还应当针对性地介绍相关知识, 让病人了解将要实施的检查或诊疗方案和可能发生各种风险, 并做出理性的判断和决定, 而不是随意扩大风险的后果或缩小风险的责任, 诱导病人产生错觉。近几年国内一些医疗机构开展的“医患五谈话”制度和“医患沟通制”, 将医患沟通贯穿于医疗活动的每个环节, 为医方履行告之义务和病人知情同意权提供了制度保障。现代医疗风险管理也特别强调医方履行告之义务, 增加医疗信息透明度和风险预见性, 以及医患双方达成责任共识的积极意义。其次, 如何告之, 这里既涉

(下转第22页)

- 为现状调查及分析 [J], 中国医院管理, 2003, 6: 8~10
- [4] 游志红, 马小明, 张德宏等. 浅析举证责任倒置与诱导性需求 [J]. 中国医院管理, 2003, 10: 5~6
- [5] 田晓青, 郝新平. “举证责任”之澜——关于“举证责任倒置”实施一年的调查与思考 [EB/OL] [C], <http://www.cmt.com.cn/article/030327/a0303272201.htm>
- [6] 张维迎. 作为激励机制的法律. 信息、信任与法律 [M]. 上海: 三联出版社, 2003. 68~177
- [7] 理查德·A·波斯纳. 法律的经济分析 [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997. 215~217
- [8] G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970)
- [9] *United States v. Carroll Towing Co.*, 159F. 2d169 (Cir. 1947)
- [10] 张维迎. 博弈论与信息经济学 [M]. 上海: 上海人民出版社, 1996. 2
- [11] 尽管医生尊重和患者的知情同意权, 众所周知, 医疗职业是一个具有高度专业性的行业, 在医疗专业知识和技术方面, 由于患者不具备医学知识和医疗信息, 往往是医方说什么, 患者就是什么, 严重的信息不对称使患者具有一定的盲从心理, 患者并不能真正自主. 参见: 王力. 《患者最需要什么知情权》. 南方周末 [N], 2004-05-06; 杨秀仪. 谁来同意? 谁作决定? ——从“告知后同意法则”谈病人自主权的理论与实际: 美国经验之考察. EB/OL. <http://www.law.ntu.edu.tw/TaiwanLawSociety/book20/book2023.html>
- [12] 这一坐标及相关分析主要参考王成. 侵权损害赔偿的经济分析. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 154~158; 同时参考 [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦. 法和经济学 [M]. 施少华, 姜建强等译. 上海: 上海财经大学出版社, 2003. 256~258
- [13] 龚赛红. 医疗损害赔偿立法研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2001. 168, 177~178
- [14] 龚赛红. 医疗损害赔偿立法研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2001. 216~217
- [15] 黄丁全. 医事法 [M]. 北京: 中国政法出版社, 2001. 310~311
- [16] 罗伯特·考特, 托马斯·尤伦. 法和经济学 [M]. 张军等译. 上海三联书店、上海人民出版社, 1994. 5
- [17] 著名的民法家杨立新教授认为“应当很好地研究我国《医疗事故处理条例》规定的医疗事故损害赔偿标准低于一般民事侵权人身损害赔偿标准的基本精神”. 参见杨立新, 袁雪石. 论美国医疗损害赔偿制度改革及其借鉴意义——以1975年加利福尼亚州医疗损害赔偿制度改革法为核心. 侵权法评论, 2003, 2: 161
- [18] 著名的民法家张新宝教授教授“认为在医疗事故纠纷中, 应该优先适用法释〔2003〕20号作为裁判规则, 《医疗事故处理条例》关于赔偿范围、计算方法的规定不宜作为裁判规则. 当然, 如果法释〔2003〕20号中没有做出明确规定的, 可以参照《医疗事故处理条例》的规定, 例如有关医疗事故的认定、行政处罚等方面的规定.” 张新宝. 人身损害赔偿规则的统一 [C]. [EB/OL]. <http://medlaw.nease.net/sfjssyylsg.html>

(收稿日期 2004-10-05) (责任编辑 蔡孝恒)

(上接第18页)

及到告之的时间和范围, 又涉及到告之的方法和途径, 有一个把握分寸和尺度的问题. 什么时候该全部告之, 什么内容该先讲, 怎样告之才最有利, 都要具体情况而定, 告之要考虑病人的心理特点和时间、场合, 有些信息要充分告之, 有些则要相对告之, 其出发点、过程和结果都必须有利于病人的康复, 有利于维护病人的权利, 并让病人在了解有关信息的基础上, 作出理性的决断. 一旦发生医疗风险, 医方更应该尽快向病人或病人家属告之有关情况, 共同协商解决问题的办法, 并积极采取措施把风险带来的损害减少到最低限度.

#### 参考文献

- [1] 张仲明. 加强医疗风险管理, 确保医疗质量 [J]. 中华医院管理杂志, 1999, 15: 566
- [2] 何颂跃. 医疗纠纷与损害赔偿新解释 [M] (第2版). 北京: 人民法院出版社, 2002
- [3] 李长生, 赵育新. 以目标管理为利刃, 促进医院全面推进建设 [J]. 解放军医院管理杂志, 1999, 6 (1): 29~30
- [4] 邵晓莹. 医疗风险与医疗纠纷 [J]. 医学与社会, 2001 (5): 7
- [5] 张文显主编. 法理学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 1999. 122
- [6] 王长智, 步新玲. 试述医疗事故责任的归责原则 [J]. 中国医院管理, 2002, (252) 7: 41
- [7] 唐德华主编. 《医疗事故处理条例》的理解与适用 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2002. 29
- [8] 张维华, 刘军. 关于病人知情同意权法律保护的思考 [J]. 中国医学伦理学, 2002, 15 (6): 18~20

(收稿日期 2004-09-20) (责任编辑 蔡孝恒)