

侵害患者知情同意权的司法认定与裁判路径

——基于222份民事裁判文书的分析

宋宗宇, 丁磊

(重庆大学法学院, 重庆, 400044)

摘要: 对近年来侵害知情同意权案件进行分析后发现, 法院对责任构成要件的认定存在较大出入。为准确区分医疗伦理损害责任与医疗技术损害责任, 应按以下路径裁判: 其一, 以取得患者同意为依据判断违法行为, 患者对此承担举证义务; 其二, 适用过错推定责任, 遵循损害、因果关系、违法行为、过错依次判断的顺序; 其三, 采纳合法替代行为抗辩理论, 采用以同意为基础的法律因果关系判断方法; 其四, 违反“知情同意”原则是对身体权的损害, 侵害不真正意思决定机会不是侵权责任法保护范畴, 不应支持精神损害赔偿。《医疗损害责任解释》第5、11、17条分别存在违反逻辑改变举证责任、鉴定范围认识不清、权利性质判断不当等问题, 应予修改。

关键词: 患者知情同意权; 违法行为; 过错推定; 法律因果关系; 精神损害

中图分类号: D923

文献标识码: A

开放科学(资源服务)标识码(OSID)

文章编号: 1672-3104(2020)02-0056-13



一、问题之提出

医疗“知情同意”原则是英美法系的产物, 是指医疗机构应当将可能影响患者作出是否同意医疗机构实施诊疗行为决定的重要事项向患者充分说明, 以便患者完全理解后自由地作出接受或者拒绝诊疗行为的决定^[1]。医生的告知说明义务与患者的知情同意权相对应。知情同意权被认为源自人性尊严^[2], 是自我决定权^[3]的体现。后者又称自己决定权, 它产生于日本的宪法术语, 是指个人对自身一定范围的私事自行决定的权利, 不受公共权力的干涉^{[4](187-188)}。自2007年的李丽云事件到2017年的马某某事件, 患者知情同意权^①非但没有淡出我们的视线, 反而让人更加疑惑知情同意权的主体仅是患者还是包括其近亲属? 关系人范围到底有多大? 因为“不考虑患者的选择权明显有失公平”^②。

我国《民法典侵权责任编(草案三次审议稿)》第994条仅调整了《侵权责任法》第55条的个别用语,

《民法典人格权编(草案三次审议稿)》第789条设计了接受试验的特别程序。但是, 这些都是原则性规定, 对司法裁判的直接指导意义不大。最高人民法院经调研后发现, 如何建立违反告知说明义务与损害后果的因果关系, 如何确立损害赔偿尤其在未造成人身损害时应否给予患者精神损害赔偿, 均是该类案件审理的难点^{[5](306)}。为彻底解析上述审理症结, 笔者认为可分四个问题展开讨论: 其一, 侵害患者知情同意权的违法性; 其二, 侵害患者知情同意权的归责原则; 其三, 侵害患者知情同意权的因果关系判断; 其四, 侵害患者知情同意权的损害赔偿对象。

为了穷尽侵害知情同意权的司法案例, 截至2019年11月19日, 笔者在中国裁判文书网收集到744个案例。其中, 以“侵害患者知情同意权责任纠纷”为案由搜索到243个案例, 以“医疗损害责任纠纷”为案由、以“知情同意权”为关键词搜索到46个高级人民法院案例和327个2014—2019年度中级人民法院案例, 以“人格权纠纷”为案由、“知情同意权”为关键词搜索到15个案例, 以分别引用《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

收稿日期: 2019-08-21; 修回日期: 2019-11-22

基金项目: 国家社会科学基金青年项目“民法调整对象的重新确定与中国民法典的编纂”(15CFX039)

作者简介: 宋宗宇(1968—), 男, 四川达州人, 法学博士, 管理学博士后, 重庆大学法学院教授, 博士生导师, 主要研究方向: 民商法; 丁磊(1985—), 女, 江苏无锡人, 重庆大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 民商法, 联系邮箱: dinglei19850608@163.com

释》(法释〔2017〕20号,以下简称《医疗损害责任解释》)第5、17条搜索到113个案例。经反复研读与梳理,去除28个重复案例和405个与研究对象无关案例^⑤后,筛选出311个分析样本。在对违法行为类型化中排除争议案例89个^⑥后,最终的重点样本为222份民事裁判文书。

二、侵害知情同意权的违法性

我国《侵权责任法》第6条与《法国民法典》第1382条极其相似。因后者没有提及违法的概念,故法国学者大多认为法国侵权法中没有采纳违法性要件^[6]。同样,我国也有学者认为《侵权责任法》没有采纳违法性要件^[7]。他们反对违法性要件的最主要理由在于以过错吸收违法^[8],认为随着过错客观化和行为不法说的出现,过错和违法性认定标准就统一为违反社会生活中的必要注意^[9]。该主张实质上将违法性内化为过错的评价要素,本质上仍是承认违法性要件的^[10]。

(一) 违法行为类型化

我国有学者将医生的告知说明义务分为普通说明义务(或称确保疗效的说明义务)和特殊说明义务(或称介入性说明义务)^[11],分别对应《侵权责任法》第55条第1款第1、2句。也有学者将之直接区分为不以取得患者同意为目的的告知义务和以取得患者同意为目的的告知义务^[12]。笔者认为,第二种分类更加合理,因为普通说明义务也可能影响患者决定,如下文提及的医疗措施。

关于侵害知情同意权责任的独立性问题,学界存在不同看法:一是“独立类型说”^[13](254-265)],也称为医疗伦理损害责任,以此区别于因违反医疗技术的高度注意义务而产生的医疗技术损害责任^⑦,具有完全独立性;二是“过错形式说”^[14],认为违反告知说明义务是医疗损害责任过错要件的形式之一^⑧,不具有独立性;三是“特殊类型说”^[15],认为侵犯知情同意权、药品等产品缺陷责任,均是医疗损害责任的特殊形式^[16],具有一定独立性。笔者赞同独立类型说,理由如下:其一,在《侵权责任法》第二次审议过程中,草拟者将“未尽告知义务的赔偿责任”和“因药品等缺陷的产品责任”独立于“诊疗损害责任”^[17],可见医疗损害责任至少可细分为医疗伦理损害责任、医疗产品损害责任、医疗技术损害责任。其二,《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》(法〔2011〕41号)在三级案由“医疗损害责任纠纷”

下设四级案由“侵害患者知情同意权责任纠纷”。其三,医疗伦理损害责任与医疗技术损害责任所针对的违法行为不同。前者规制的是医疗机构违反告知说明义务,后者约束的是医疗机构违背当时医疗水平的技术过失。正如草拟者解读第55条第1款所言,尽管取得了患者或近亲属同意,但如果后续诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务,医疗机构仍应承担赔偿责任^[18]。并且,如果认为未履行告知义务是诊疗损害责任的过错表现形式,则第58条应当将之作为过错推定的形式^[19],而立法没有作出如此安排。

在222个重点样本案例中,除去原告不能证明违法行为和损害的案例(14个)外,大致可分为两大类:一是未履行告知说明义务,计71个(占31.98%),进一步可细分为未向患者或家属告知说明(62个)、告知说明对象错误(9个)。“未向患者或家属告知说明”类型,就是医疗机构未取得患者或家属书面同意^⑨或签字经鉴定非本人^⑩;“告知说明对象错误”类型,主要是对第55条第1款同意权主体范围^⑪、顺位^⑫理解不同导致。二是瑕疵履行告知说明义务,计152个(占68.47%),进一步可细分为未告知医疗风险(57个)、未告知替代医疗方案(35个)、未告知手术变更方案(23个)、未详细告知已采用医疗措施(36个)、告知说明内容虚假(1个)。该类中,因有些案例体现的瑕疵履行告知说明义务内容同时涉及前四项中的多项而作分别统计,故两类案例统计总数超过重点样本案例数量。

上述数据表明,《侵权责任法》第55条第1款提及的医疗风险、替代医疗方案确实是瑕疵履行告知说明义务中的主要情形,但案例反映的剩余三种情况也值得关注。其一,就“未告知手术变更方案”而言,争议焦点在于术前知情同意书中载明医疗机构有权依据术中具体情况变更方案的格式条款是否有效?提到格式条款,裁判者总倾向于保护提供格式条款的相对方,如陈振威案^⑬。法院认可不确定因素应向近亲属告知,告知书中提到更换内植物可以不告知,并不能推导出从患者身上取内植物可以不告知。事实上,这种格式化的告知义务本身就存在诸多瑕疵。笔者认为,为提高医疗效率,医疗机构使用格式文书有其合理性。但是,依照《合同法》第39条,格式条款应当遵循公平原则并采取合理方式提请对方注意,因此,应当重点考察格式条款是否包含较大不确定性进而导致违反公平原则以及医疗机构是否可以证明其已尽到提示义务。其二,就“未详细告知已采用医疗措施”而言,基于医疗科技水平局限、病情变化不确定等客观情况,医疗措施的必要性、性质、内容、方式、难易程度、成功率、对身体之侵袭范围、危险程度^[20]以及不进行

医疗措施的可能后果都应当告知患者,这些因素都可能影响患者决定是否采用医疗机构拟定的医疗措施。但是,在现有案例中,均在陈述医疗机构存在告知不充分问题后直接分析与损害结果的因果关系,未细致分析对患者同意的影响,导致最终损害责任形式以及责任范围的认定错误。如在蓝树清案中^⑧,法院认可因果关系成立,认为医疗机构在未对可行起搏器植入的医疗措施充分告知患方的前提下,简单记录患者拒绝安置起搏器,使患方未能正确行使知情同意权。又如在高中华案中^⑨,法院否认因果关系成立,认定医患沟通不充分,导致患者对自身疾病的特点及诊疗措施未能正确理解,但是“未对患者的病情造成不利影响”。其三,就“告知说明内容虚假”而言,如在王明朝案中^⑩,真正实施手术的医生并非知情同意书载明的医生,且未取得医生执业证书,这种情形是典型的医疗技术损害责任伴随医疗伦理损害责任,只是后者被前者所吸收^[21]。

关于胎儿畸形检测、提供病历查阅、建议转诊、提示尸检、提示胎盘处置等内容是否属于告知说明义务范围,存在一定争议。错误出生案件可分为漏诊误诊导致未告知畸形、医疗水平有限未能检测出畸形、检查出异常结果而违反进一步转诊义务等三种情形。提供病历查阅义务发生在诊疗活动之后。建议转诊、提示尸检、提示胎盘处置等义务,由于不涉及具体诊疗内容,其性质属于“回避不良结果的义务”^⑪,注意程度较“确保疗效的告知义务”稍弱。由于违反前述义务均不影响患者对已采取医疗措施的选择权,故不属于侵害知情同意权的违法行为。

是故,为正确判定知情同意权责任,应将侵害知情同意权的违法行为合理限定为:违反以取得患者同意为目的的告知说明义务。违反不以取得患者同意为目的的告知说明义务属医疗技术损害责任,不应纳入侵害知情同意权的责任范围。

(二) 违法行为的举证义务方

在222个重点样本案例中,认定医疗机构对已履行告知说明义务负举证责任的案例仅有7个(占3.15%)。如在张桂萍案中^⑫,法院认为医疗机构没有证据证明告知了手术风险,“根据证据规则”医院应当承担不利后果。但是,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第(八)项仅规定了因果关系、过错的举证责任由医疗机构承担。《医疗损害责任解释》第5条第2款第2句是否为举证责任倒置的复辟,暂无案例予以佐证。最高人民法院认为,“谁主张,谁举证”是基本原则,在实施手术、特殊检查、特殊治疗情形下,应对患者实行一定程度的举证责任缓和,

由医疗机构承担尽到说明义务的举证责任^[5](111-114)]。学界也多赞同此种看法^[22],但在逻辑思路还需进一步厘清。仍以张桂萍案为例,一方面,法院认为医疗机构是否尽到告知说明义务属于过错问题,申请鉴定时前者一并纳入后者范畴,222个重点样本案例反映的情况也大致如此。就实践而言,即使申请方没有针对违法行为提出鉴定,但鉴定机构往往也要先分析违法行为,再讨论过错问题。另一方面,法院认为由谁举证在本质上仅是由谁申请启动鉴定程序,那么,按照前述规则,违法行为鉴定由医疗机构提出、过错及因果关系鉴定由患者提出,将会出现鉴定内容重复的问题。退一步讲,过错、因果关系可以举证责任倒置,违法行为或损害的举证责任如何能够倒置呢?因此,违法行为的举证责任在患者,医疗机构提供患者同意的书面证据仅是诉讼中的反驳,不应是举证责任的转移。当然,这种减轻患者举证义务的设想可通过合同法来实现,如《德国民法典》第630条之8关于医疗合同中规定,医生应当证明取得同意并按规定说明,当病历记载不完全或不正确时,即可推定未被记载的措施实际也未被施行。

《医疗损害责任解释》第11条第(三)项规定,“医疗机构是否尽到了说明义务、取得患者或患者近亲属书面同意的义务”属专门性问题,可以申请鉴定。此项规定可能导致法院裁判过分依赖司法鉴定意见的现象持续存在。事实上,违法行为中需要鉴定的内容仅涉及医疗判断方面,比如医疗风险、替代疗法^[23]以及理性医师通常告知的前述内容范围^[24]。至于医生是否告知某一风险或替代疗法,即“取得患者或患者近亲属书面同意”只是一个事实问题。患者是否知悉、未告知对患者同意的影响、特定患者的个体性以及患者对信息需求的程度、依据告知说明义务的“具体患者标准”、主观因果关系的价值取向等,依据一般人的常识及价值判断即可确定,通常无须鉴定。

因此,在司法裁判中,法院应当将委托鉴定的内容严格限定在医疗风险、替代疗法及医生应告知范围内。至于“医疗机构是否尽到了说明义务”系由法官基于鉴定意见所作出的法律判断,不能让医学专业鉴定替代法官判案。

三、侵害知情同意权的归责原则

德国法以及英美法上都有“违法导出过错推定”的法则,勾连了违法性和过错两个要素,法定义务成了过错的指示器,很大程度减轻了受害人的举证责

任^[25]。基于医生在诊疗行为中的自由裁量权, 纯从主观认识上判断其是否故意或过失并不容易, 只能通过客观行为来认定。

(一) 过错与过错推定责任的理论争议

与法国一样, 英国以及美国多个州、加拿大、澳大利亚、德国适用的都是过错推定原则, 只是判断告知说明义务履行的标准有所不同^[26-27]。我国学界对此则有不同看法, 有学者认为应当借鉴法国医疗伦理过错概念, 确定医疗机构伦理损害责任实行过错推定原则^{[13](258)}; 有学者则认为《侵权责任法》第 54、55 条系统治与被统治的关系, 前者属于医疗损害责任的“一般条款”, 故过错责任原则的统治力不限于传统的诊疗领域, 应波及信息告知领域^[23]。最高人民法院前后的观点不一致, 先按照一般侵权行为的主观过错区分为故意及过失^[28], 后认为医务人员违反告知说明义务即可判定医疗机构有过错^{[5](107)}, 赞同过错推定, 且将未履行告知说明义务归入诊疗行为, 基于第 58 条第(一)项“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”推定过错。

(二) 过错推定责任的实践样态

在 222 个重点样本案例中, 法院在认定侵害患者知情同意权责任时, 分析的构成要件有所不同: 其一, 14 个案例是违法行为、损害, 占比 6.31%; 其二, 14 个案例是违法行为、因果关系、损害, 占比 6.31%; 其三, 8 个案例是过错、因果关系、损害, 占比 3.6%; 其四, 10 个案例是违法行为、过错、损害, 占 4.5%; 其五, 176 个案例是违法行为(诊疗行为)、过错、因果关系、损害, 占比 79.28%。

在第一类案例中, 要么无法作出鉴定意见, 要么当事人未申请鉴定或无须鉴定, 法院似乎是推定过错和因果关系。在第二类案例中, 法院实质上认为《侵权责任法》第 55 条第 2 款适用过错推定责任。在第三类案例中, 法院认为过错吸收了违法行为。在第四、五类案例中, 明确适用过错推定归责原则的案例共 10 个, 占比 4.5%。其中, 3 个^⑦是手术及麻醉知情同意书等病历资料缺失, 4 个^⑧是经鉴定知情同意书非本人签署而存在伪造、篡改病历资料, 均系病历瑕疵而依据《侵权责任法》第 58 条适用过错推定, 似乎不能直接得出知情同意权纠纷应适用过错推定的结论。还有 3 个^⑨是医疗机构未告知医疗风险、替代方案, 未取得患者或近亲属同意、负责人批准, 违反了《侵权责任法》第 55、56 条, 依据《侵权责任法》第 58 条第(一)项存在过错。其他重点样本案例均适用了过错归责原则, 但都在阐述违法行为后直接表述“存在过错”, 没有分析是故意还是过失及其原因, 实际上采用的也

是过错推定。

笔者认为, 侵害知情同意权责任的归责原则应当还其本来面目, 即明确为过错推定, 但法律依据不是《侵权责任法》第 58 条第(一)项。一方面, 《侵权责任法》第 54 条表述为“医疗机构及医务人员有过错的”, 第 55 条第 2 款则表述为“医务人员未尽到前款义务, 造成患者损害的”。二者的主要差别在于后者未将“过错”明确作为构成要件, 简单认定第 54 条与第 55 条在归责原则上存在包含关系似乎缺乏足够理由。另一方面, 《侵权责任法》第 58 条规定的三种推定过错情形, 是对第 54 条医疗技术损害责任过错原则的补充^[29], 缓和了患者的举证责任。虽然从文义解释角度看, 第 58 条第(一)项并没有排除违反告知说明义务, 但从目的解释角度看, 该条针对技术规范^[30], 适用的是“医疗常规”标准, 属于认定诊疗过错的辅助性标准^[31]。

(三) 过错推定的裁判路径

进入过错推定环节之前, 必须先完成侵权行为、损害、因果关系三项要件的判断^{[32](256)}。恰好, 在侵害患者知情同意权案件中, 对过错、违法行为、因果关系、损害之判断均基于同意, 且应按照逆向顺序进行。首先, 假设医疗机构履行了告知说明义务且患者作出“不同的意思决定”, 考察此前提下是否存在应然与实然^[33]的“实际利益差”, 既包括侵害前后对生命或健康利益上的实质差异, 还包括患者不能按照自己的意思决定支配自己的身体, 甚至今后的生活方式以及生活质量, 或者按照自己希望的生活方式度完余生等精神痛苦^[34], 便可判定有无损害结果^⑩。其次, 假定有损害, 倒推如果医疗机构履行了告知说明义务, 患者是否会作出“不同的意思决定”, 由此可判定有无法律因果关系。再次, 假定有法律因果关系, 而通过抽离诊疗行为判定事实因果关系必然存在, 则考虑医疗机构是否有免除说明的法定情形, 又可判定是否存在违法行为。最后, 如果存在违法行为, 则可推定有过错。就此而言, 侵害患者知情同意权责任的裁判路径恰好与过错推定责任相匹配, 在逻辑上具有连贯性。

四、侵害知情同意权的因果关系判断

因果关系判定可以划分为责任成立的因果关系和责任范围的因果关系, 也可划分为事实上的因果关系和法律上的因果关系。违反告知说明义务的诊疗行为与损害后果之间建立的法律因果关系, 与医疗技术损害责任不同, 前者涉及先判断违反告知说明义务与患

者改变同意(或选择)的因果关系。本文所筛选的样本案例显示,司法实践中此项判断严重缺失,有必要分析合法替代行为抗辩的认定及患者改变同意的判断标准,以明晰裁判思路。

(一) 同意(选择)基础上的法律因果关系判断缺失

在222个重点样本案例中,关于因果关系的论证分为以下五类:其一,未分析因果关系的有24个,占比10.81%;其二,诊疗过失、侵害知情同意均存在而未就各行为单独分析因果关系的有55个,占比24.77%;其三,直接分析与损害结果之间法律上因果关系的有93个,占比41.89%;其四,先分析对选择有影响且选择是否真实存在的有14个,占比6.31%;其五,先分析对选择有影响但未分析选择是否真实存在的有36个,占比16.22%。

第一类案例,实为有违法行为推定过错,有过错推定因果关系存在,违反了过失不可替代因果关系之原则^[35]。第二类案例,在诊疗过失伴随侵害知情同意的情况下,未单独分析每个侵权行为与损害之间的因果关系,应当认为医疗技术损害责任已经吸收了医疗伦理损害责任。第三类案例,未分析是否影响选择,而是直接论证与损害之间的因果关系,则可能导致责任从有变无或从无变有。第四类案例是侵害知情同意权纠纷的正确裁判路径。8个案例分析了违反告知说明义务导致患者丧失自由(主)选择^①、选择机会或无法取舍^②、对选择或判断有不利影响^③并结合替代方案分析了选择其实存在。剩余6个案例^④分析了选择其实不存在,并采纳合法替代行为抗辩。第五类案件虽意识到选择的重要性,比如丧失独立选择机会^⑤或可能^⑥或权利^⑦,无法作出有效考虑^⑧,但没有分析选择是否真实存在,导致侵害“不真正意思决定机会”的情形也被认定为侵权行为,加重了医疗机构的民事责任。所谓不真正意思决定机会,是指获得实际不会改变患者意思决定结果的医疗机构告知说明的机会利益。换言之,即便医疗机构向患者告知了决策所需的全部信息,但是患者依然不会改变选择。

我国《侵权责任法》对因果关系只字未提,最高人民法院也从未明确过同意或选择在法律因果关系判断中扮演的角色,这可能是大部分基层法院仍按医疗技术损害责任裁判思路断案的重要原因。在侵害知情同意权案件中,法院对基于选择基础上之法律因果关系判断的缺失,如同医疗技术损害责任纠纷中事实因果关系判断缺失一样^[36],已严重影响此类案件损害赔偿范围的判定。

(二) 合法替代行为抗辩

医疗机构往往主张即便其履行了告知说明义务,

患者也会同意已采取的医疗措施,故诊疗行为与损害之间无因果关系,这即所谓合法替代行为抗辩。此种抗辩的归属及法律效果,比较法上的做法各有不同,对合法替代行为抗辩在责任法中的归属素有争议。英美法系总体上作为事实因果关系来处理,德国法上主要作为法律因果关系来处理。一般而言,对事实因果关系认定有决定性意义的是损害发生的现实原因及其所引发损害的可避免性,可通过抽离被告的行为而加以证实^[37]。因此,假设的事件不能否定事实因果关系,只能基于价值判断将对归责限制的考量纳入法律因果关系中予以考虑。

事实上,即便将合法替代行为抗辩归属于法律因果关系,其法律效果也不尽一致。在瑞士,基于“违反法律规范之保护性目的理论”,有学者认为法律允许行为作用下发生的损害不在规范保护范围内;也有学者从侵权法的预防功能出发,认为违法行为造成损害后果即应承担责任。联邦最高法院倾向于采纳前一种主张,但未作明确理论上之归类^[38]。在德国、奥地利,“考虑规范目的说”是学界通说,《欧洲侵权法原则》第3:201条中也提及了该理论,但如何解释规范目的则是一个难题。依德国学者的观点,如涉及非根本性的次要形式要求,抗辩应当被认可;如涉及根本性的形式要求,目的是促使政府机关或个人作出一个决定,或对那样一种决定产生影响,则抗辩不应被认可,并认定医疗机构未履行告知说明义务违反的是根本性形式要求,不宜以合法替代行为抗辩来排除程序保障和自由决定的空间^[39]。法院原则上认可了此项抗辩,只是要寻找合理平衡的工具,既保护患者的自主权,又避免患者过于容易得到偶然性补偿。我国学者赞同德国法院的此种裁判观点^[40]。奥地利学者则认为,如果行为规范并非在于预防损害,而首先在于排除特定的行为类型或提供可以遵照的特定行为方式,那么援引合法替代行为抗辩也不能免责,并认为在医疗纠纷中考虑合法替代行为会规避法律的规定路径。

其实,《侵权责任法》第55条第1款的规范目的,究竟是保护患者决定这样一个形式过程,还是避免实质的权益损害,应当立足于我国侵权责任的制度功能。通说认为,我国侵权责任法的第一功能是救济功能,也称为补偿、填补损害功能,第二功能是预防功能,第三功能是制裁或惩罚功能^{[32][120]}。在合法替代行为情况下没有损害赔偿的对象(即损害之本质),不能仅因违反法定义务而承担责任。否则,侵权责任法将主要发挥制裁或惩罚功能,反而不利于医患关系的缓和,还可能诱致医疗机构不恰当地进行防御性诊疗。总的来看,认可合法替代行为抗辩更加符合我国国情。

(三) 基于同意之法律因果关系判定标准

知情同意权纠纷中的因果关系, 也有主观因果关系说和客观因果关系说之分。前者考察一个特定患者的反应, 即具体患者标准; 后者考察一个合理患者如何作为, 即合理患者标准^[41]。

在前述关于因果关系论证的第四类案件涉及的 14 个案例中, 通过分析客观上有其他同等或更优选择方案后认定因果关系的有 7 个^②; 结合患者个体疾病情况分析客观上存在选择而认定因果关系的有 1 个即冯存国案^③, 法院认定患者自身患有高血压、糖尿病多年且系年龄偏大, 发生并发症的危险性几率是否有别于通常患者, 医生在术前谈话中并未明确告知, “从而使患者对自身存在疾患是否能耐受手术治疗以及对选择的治疗方式不能作出相应的评估”, 影响在并未发生危及患者生命的情况下的选择权; 不存在选择而否定因果关系的有 6 个^④, 如在张桂萍案中, 法院认定患者塑形治疗的“愿望强烈”, “疾病只能通过手术治疗, 继而产生可以预见、难以避免的手术并发症”, 无论医疗机构是否进行风险告知, 患者仍会选择同意手术。如按照前述分类归纳, 第一种案例采纳了客观因果关系说, 第二、三种案例采纳了主观因果关系说, 因为第一、二种案例中都是认定了存在因果关系, 故采纳哪种因果关系说对患者利益实质无影响。

假设医疗机构履行了告知说明义务, 关于患者同意抑或拒绝治疗的判断标准, 世界上形成了两大阵营, 尽管各国的进路有所不同, 但合理患者标准是主流。一个阵营以英国、澳大利亚、德国为代表。在英国 *Smith v. Barking, Havering and Brentwood HA* 案中, *Hutchison J* 法官认为这是“需经主观考量方能作出决定的事情”。这一主观进路亦被澳大利亚法院所采纳。德国法认为, 判断患者内心是否存在冲突, 以病人的特殊情况为准, 一个理性病人如何行动并不重要。另一个阵营以美国、加拿大为代表, 法院倡行“客观”进路, 探询一个处在患者位置的理性人的假想反应, 这在 *Canterbury v. Spence*, *Reibl v. Hughes* 案中已甚明确。在日本, 学说赞成具体患者标准, 但裁判实务未对如何判断因果关系作出明确论述, 而是以“不同的意思决定”时能否产生生命健康等利益上的“实际利益差”来判断, 似乎是以损害结果有无来判断因果关系有无, 但基本认为随着对“患者自决权”的重视, 存在由合理患者标准向具体患者标准转变的倾向。

我国司法实践对基于同意的法律因果关系判断存在严重缺失, 但在分析了选择对因果关系影响的案件中, 否定因果关系采主观说、肯定因果关系采客观说, 保护了患者利益, 值得肯定。是故, 无须标榜仅采纳

某一种标准, 可考虑进行区分对待。既然知情同意权纠纷是医疗损害责任中的一类, 则因果关系的举证责任还在患者, 只不过判断要素——“未告知对患者同意的影响, 特定患者的个体性以及患者对信息需求的程度”是无须鉴定的。值得注意的是, 此处“同意”可能是改变选择也可能是陷入决定冲突。如判定存在影响同意的因果关系, 下一步才是分析未尽告知说明义务的诊疗行为与损害结果(金钱评价)的因果关系。

五、违反告知说明义务的损害赔偿对象

关于我国《侵权责任法》第 55 条第 2 款“损害”的性质, 有“实际损害说”^[42]、“知情同意权受损说”^[29, 43]之分。《医疗损害责任解释》第 17 条将《侵权责任法》第 55 条第 2 款的“损害”明确为人身损害, 显然系赞同“实际损害说”。但是, 最高人民法院又强调知情同意权实质上是一种特别人格权——自我决定权, 应视为独立的人格权。这不禁让人疑惑, 如果是一项独立的人格利益, 何须依附其他权利受损才能赔偿?

(一) 对民法中“知情同意权”或“自我决定权”论的否定

在 222 个重点样本案例中, 与知情同意权相关的表述有知情权、选择权、自主权、自决权。将知情同意权或自决权明确性为一种人格权的共 14 个(占 6.31%), 其中认为知情同意权或自决权是一般人格权的有 4 个^⑤、是特别人格权的有 10 个; 认为侵犯知情同意权是对身体权侵害的有 1 个^⑥(占 0.45%); 其余 207 个(占比 93.24%)案例未对知情同意权的性质展开论述。

关于告知说明义务的保护对象, 美国从隐私权中发展出了自我决定的自主权^{[4](5)}, 德国学界则在身体权和自我决定权之间徘徊^[12], 日本从司法判例中确立了自我决定权并认为这是一种保障主体决定做什么或不做什么的可能性意义上的权利^[44]。笔者认为身体权说更具说服力。理由如下:

其一, 侵犯真正意思决定机会的诊疗行为侵害了身体权所保护的“身体完整性和有限支配性”。《侵权责任法》第 2 条未提及身体权, 《民法总则》第 110 条规定自然人享有身体权, 《民法典人格权编(草案三次审议稿)》第 784 条规定身体权的内容包含“身体完整和行动自由”。我国通说认为, 身体权是自然人维护其身体完整并支配其肢体、器官等组织的具体人格权^{[45](168)}。但是, 关于人格权的支配属性素有争论, 否

定者认为人的伦理价值不能成为支配客体^[46]。应该说对身体权的支配主要体现在对身体完整性的自主决定上,是“有限支配”,需符合公序良俗原则并禁止对身体的非法利用与处分,比如器官买卖、非法人体试验等^{[47](302-304)},因此不同于对物权等财产权利占有、使用、收益、处分的“完全支配”,并未将人降格为客体。由于各具体人格权保护的人格利益种类不同,故支配性有强弱区别,如下文提及的健康权支配性就弱于身体权^[48],但不可否认物质性人格权具有支配的积极权能^[49]。应当说人格权本身是消极防御的权利还是积极利用的权利,不是由先天某种知识决定或观点左右,而取决于经济社会发展和科学技术进步,权利作为利益实现方式会随着利益内涵发展而延伸出不同形式,这是权利自我完善的方式^[50]。

其二,身体权独立于健康权,后者保护的核心利益在于机体生理机能运作正常。健康权的客体包括生理健康、心理健康。身体权的客体是完整性利益,虽关于完整性是否包含形式完整性(身体行动自由)有争议^[51],即涉及与人身自由权^[52]的区分问题,但涵盖实质(物理)完整性是没有争议的。两者是独立的具体人格权,只不过在通常情况下,侵害身体的同时也会侵害健康。如医疗机构没有诊疗过失,仅是侵害了患者意思自决,则只侵害身体权而未侵害健康权。这就是为何医学上毫无瑕疵的治疗也不能阻却未充分履行告知义务的责任^[53]。

其三,我国隐私权的客体未包含对身体自主决定的利益。美国法没有人格权的概念体系,其隐私权发挥着大陆法系一般人格权的作用。隐私权作为一个开放体系,各种个人自主权利被涵盖其中并类型化,包括个人自主、生育自主、家庭自主等。然而,将性质完全不同的利益保护方式安排在一起,将失去对不同性质者作不同考量的类型化追求本意^[54]。我国隐私权所保护的人格利益,是指个人对其生活安宁和生活秘密不受他人披露或干涉的状态^{[47](550)}。“隐”和“私”分别构成隐私的两个要件,前者指不愿为他人知道或向社会公开,后者指私人生活和私人信息,主要体现了人格权的防御性^[55],未包含身体处分利益。具体到医疗领域,知晓医疗信息并自主作出医疗决策的过程不直接涉及隐私,而决策结果可能涉及隐私。

其四,因同意权或自决权未能体现独立人格利益而不宜作为特别人格权。一方面,对意志自主的保护已体现在我国具体人格权体系中。伦理学上的人是指,“依其本质属性,有能力在给定的各种可能性范围内,自主地和负责地决定他的存在和关系,为自己设定目标并对自己的行为加以限制”^[56],也即人的主体地位

体现在意志自主,人格权体现的每项法益都是以此为目的。另一方面,将自决权作为特别人格权是对现有的人格权类型化果实的摧毁^[57]。我国有学者将自决权定性为针对“典型人格表征的决定自由”,但实无必要将此项权能单独从各个权利中抽离出来成立一个新的人格权。虽然权利、权能不存在本质区别,但权能从权利中分离出来必须具有相对独立的地位。显然,自我决定权保护的意志人格^{[45](97-135)}非常抽象,这也是为何“一般自由权说”“人格自律权说”^[58]都无法轻易证成自我决定权是一项独立权利。设立新兴权利保护,相应利益必须经过利益非类型化检测^[59],但在我国具体人格权体系相对完善的背景下,对生命、健康、姓名的自我决定可分别交由生命权、健康权、姓名权统辖。此种决定受侵害完全可以依照相应权利被侵害的救济途径得到保护。否则,任何人行使权利的自主决定受侵害,如财产自决权、著作权自决权,是否都可以单独提出自主决定权之侵害?这种“权利”泛化现象^[60]将严重冲击我国已经建立的民事权利体系。因此,对自主决定的保护不能脱离具体的民事权利,完善身体权概念对于合理解决是否创设新的权利种类十分必要^[61]。我国的一般人格权由《民法总则》第109条“人身自由、人格尊严”所统摄,既然身体权等各个具体人格权可以保护意志自由,则无必要再借助一般人格权概念。

(二) 对侵害不真正意思决定机会支持精神损害赔偿论的否定

《医疗损害责任解释》颁布前,违反告知说明义务但未造成人身损害的,是否支持精神损害赔偿的问题,全国部分高院、中院已有相关规定指导辖区法院判案。不支持精神损害抚慰金的法院,包括北京高院、陕西省高院、新疆高院^④,支持精神损害抚慰金的法院,包括深圳中院、湖北省高院^⑤。最高人民法院采纳了否定观点,理由是:本着平衡救济患者损害和有效推动医疗卫生事业发展的考虑,为避免精神损害赔偿适用范围太广,要从严把握“严重精神损害”,限定在造成患者人身伤害范围内^{[5](306)}。该理由从经济属性出发,但未揭示背后的真正法理,即《侵权责任法》第55条第2款所规定之“损害”并不包括不真正意思决定机会^⑥。

机会可分为非确定性机会和确定性机会,前者包含随机或者偶然性因素,后者则不包含且有真、假之分,只有非确定性机会才是真正机会,确定性机会并不是真正机会^[62]。如果患者知情后不会改变同意,此种意思决定机会就是确定性的假机会,因为患者别无选择,仅仅是“得到医生说明、得到医疗信息的机会

利益”而已。知情同意原则保护真正的意思决定机会丧失^[63]而非“形式机会”,为了公平分摊医疗机构与患者之间的医疗风险,后者不应纳入侵权责任法的保护体系。从文义上看,《医疗损害责任解释》第17条“人身损害”当然应当理解为包含身体权的损害,但从最高人民法院编著的相关理解与适用著作看,仅指生命权、健康权的损害,对“人身权益损害”作了不当的限缩解释。该条应理解为对不真正意思决定机会损害赔偿的否定,因为没有侵害身体权,机会确定不存在,所以不承担赔偿责任,当然也不支持精神损害抚慰金。是故,法院能否支持精神损害赔偿,必须根植于机会是否真实存在的判断,这与因果关系的判断紧密关联。

在前述关于因果关系论证的第三、四、五类案例中,违反告知说明义务、与造成人身损害无关而支持精神损害赔偿的有45个,其中在《医疗损害责任解释》施行后判决支持的有16个;未支持精神损害赔偿的有26个。从给付的精神损害赔偿金额看,死亡情况下未超过4.8万元,生殖器官缺损未超过6万元,应不至于“给医疗机构造成不必要的负担”。但是,对精神损害赔偿的支持数接近未支持数的2倍,则在一定程度上体现了多数法院对患者不真正意思决定机会给予保护的倾向。为避免“说不说明都是同样结果”的现象大量出现,导致诊疗活动又回归至医疗机构主导型模式,侵权责任法之外的救济措施显得尤为重要。例如,法院可以司法建议书的形式向医疗机构所在地的卫生行政管理部门发函,建议依据《医疗纠纷预防和处理条例》第47条进行罚款。

六、结语

1914年,美国著名法官Cardozo就说过“任何人有权决定如何处理其身体”。虽然知情同意原则立足于保护人格自由、人性尊严,但对我国而言却属舶来品,实践中并未很好地本土化吸收。受立法体例及容量限制,法律法规中知情同意原则的条文只能是原则性的,如何确定裁判路径尚需司法经验的积累。《医疗损害责任解释》出台的目的在于解决医疗损害责任纠纷审理中的疑难问题,但就知情同意权而言,有违反逻辑改变举证责任、鉴定范围认识不清、权利性质判断不当之虞,故建议将该司法解释的相关条文作以下调整:

第五条修改为: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、二款规定执行。

第十一条第(三)项修改为:医疗风险、替代疗法以及理性医师的告知范围。

第十七条修改为:医疗机构违反侵权责任法第五十五条第一款规定义务,但没有影响患者对医疗措施的选择,患者请求医疗机构承担损害赔偿责任的,不予支持。

注释:

- ① 依据现行法律法规,知情同意权归属主体有四种模式,分别为:家属、单位任选模式;患者、家属共享模式;患者、家属任选模式;患者模式。为方便表述,此处统称为患者。笔者并不认为“知情同意权”是一项独立的具体人格权或具有独立的人格利益,但鉴于已是俗语,为方便阅读则继续沿用。
- ② 参见“郑雪峰、陈国青诉江苏省人民医院医疗服务合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2004年第8期。
- ③ 与研究对象无关的案例包括案件不属于民事诉讼审理范围(6个)、不予受理(2个)、重复起诉(10个)、撤回上诉(6个)、撤回起诉(49个)、发回重审(6个)、指令再审(2个)、非重复起诉原因被驳回起诉(4个)、调解(2个)、执行文书(9个)、其他程序性裁定(4个)、法定原因不公开文书(23个)、不涉及知情或同意分析(162个)、已履行告知说明(120个)。
- ④ 包括错误出生(19个)、建议转诊(10个)、提示尸检(4个)、提示胎盘处置(1个)、查阅病历(14个)、不涉及取得患者同意的告知说明(41个)。
- ⑤ 支持该观点的学者较多,参见寇广萍:《侵权责任法》,北京:中国政法大学出版社2017年版,第197-202页;车辉:《侵权责任法实训教程》,北京:法律出版社2018年版,第366-369页;马辉:《基本医疗背景下医疗损害责任研究》,北京:中国人民大学出版社2018年版,第6-9页;赵万一、刘国祥:《医事法概论》,武汉:华中科技大学出版社2019年版,第293-294页。司法裁判中也认可医疗伦理损害责任与医疗技术损害责任的区分,参见吉林省白城市中级人民法院(2017)吉08民终71号民事判决书。
- ⑥ 参见王利明:《侵权责任法研究(下卷)》(第2版),北京:中国人民大学出版社2016年版,第354页;程啸:《侵权责任法教程》(第3版),北京:中国人民大学出版社2017年版,第280-285页。王利明教授之前赞同“特殊类型说”。
- ⑦ 此类案例有51个,如贵州省贵阳市中级人民法院(2018)黔01民终5851号民事判决书。
- ⑧ 此类案例有11个,如广东省广州市中级人民法院(2019)粤01民终2707号民事判决书。
- ⑨ 此类案例有3个,如甘肃省兰州市中级人民法院(2019)甘01民终1455号民事判决书。
- ⑩ 此类案例有6个,如广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民终2351号民事判决书。
- ⑪ 参见广东省江门市中级人民法院(2017)粤07民终1874号民事判决书。
- ⑫ 参见重庆市第五中级人民法院(2018)渝05民终1217号民事判决书。
- ⑬ 参见江苏省连云港市中级人民法院(2018)苏07民终849号民

事判决书。

- ⑭ 参见广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民一终字第1730号民事判决书。
- ⑮ 对于告知说明义务,日本有二分说、三分说。二分说即为获得病患同意之说明义务与疗养方法指示、指导之说明义务;三分说则增加一项转诊之劝告义务。从广义上讲,疗养方法指示、指导之说明义务以及转诊之劝告义务均属回避不良结果的义务。黄丁全:《医事法新论》,北京:法律出版社2013年版,第165页。
- ⑯ 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第4183号民事判决书。
- ⑰ 如浙江省杭州市中级人民法院(2013)浙杭民终字第3171号民事判决书。
- ⑱ 如四川省南充市中级人民法院(2017)川13民终1581号民事判决书。
- ⑲ 如河南省驻马店市中级人民法院(2019)豫17民终2497号民事判决书,河南省舞钢市人民法院(2017)豫0481民初3873号民事判决书。
- ⑳ 此处系指损害的金钱评价,而非损害的赔偿对象。参见陈聪富:《侵权违法性与损害赔偿》,北京:北京大学出版社2012年版,第140页。
- ㉑ 参见上海市高级人民法院(2017)沪民申1546号民事判决书。
- ㉒ 参见江苏省常州市中级人民法院(2018)苏04民终1419号民事判决书和江苏省常州市天宁区人民法院(2017)苏0402民初3351号民事判决书。
- ㉓ 参见山东省济南市中级人民法院(2015)济民四终字第796号民事判决书。
- ㉔ 如湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民二终字00564号民事判决书。
- ㉕ 参见河南省安阳市中级人民法院(2018)豫05民终1901号民事判决书。
- ㉖ 参见湖南省怀化市中级人民法院(2014)怀中民一终字第221号民事判决书。
- ㉗ 参见甘肃省兰州市中级人民法院(2019)甘01民终1455号民事判决书。
- ㉘ 参见江苏省无锡市梁溪区人民法院(2016)苏0203民初219号民事判决书。
- ㉙ 如广西壮族自治区百色市中级人民法院(2015)百中民一终字第1356号民事判决书。
- ㉚ 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2014)乌中民再字第16号民事判决书。
- ㉛ 除张桂萍案外,参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民终5355号民事判决书,广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民一终字第368号民事判决书,天津市第二中级人民法院(2016)津02民终6000号民事判决书,江苏省高级人民法院(2014)苏审二民申字第0703号民事裁定书,上海市杨浦区人民法院(2019)沪0110民初6901号民事判决书。
- ㉜ 如张桂萍案。
- ㉝ 参见北京市第一中级人民法院(2018)京01民终7797号民事判决书。
- ㉞ 参见《北京市高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》(京高法发〔2010〕第400号)第39条第2款、《陕西省高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件的指导意见(试行)》第28条、《新疆维吾尔自治区高级

人民法院关于审理医疗损害赔偿案件若干问题的指导意见(试行)》(新高法〔2011〕156号)第30条。

- ㉟ 《深圳市中级人民法院关于医疗损害赔偿纠纷案件的裁判指引(2014年修订)》第19条、《湖北省高级人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件若干问题的意见(2013年)》第28条。
- ㊱ 有学者认为不真正意思决定机会也受法律保护,不以决定结果论权利是否侵害。黄芬:《告知后同意规则的法律构造》,载《时代法学》,2012年第10卷第6期,第59-64,74页。

参考文献:

- [1] 冯军. 病患的知情同意与违法——兼与梁根林教授商榷[J]. 法学, 2015(8): 108-125.
- FENG Jun. Patient's informed consent and violation: A discussion with professor Liang Genlin[J]. Law Science, 2015(8): 108-125.
- [2] 蔡昱. 论患者亲属在医疗决策中的作用——兼与李振良教授商榷[C]// 梁慧星. 民商法论丛: 第41卷. 北京: 法律出版社, 2008: 329-339.
- CAI Yu. Discussion on the role of relatives of patients in medical decision-making: A discussion with professor Li Zhenliang[C]// Liang Huixing. Civil and commercial law review: Vol.41. Beijing: Law Press, 2008: 329-339.
- [3] 赵西巨. 医事法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 61.
- ZHAO Xiju. Medical affairs research[M]. Beijing: Law Press, 2008: 61.
- [4] 五十岚清. 人格权法[M]. 铃木贤, 葛敏, 译. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- IGARASHI K. Personality law[M]. Trans. Suzuki K, Ge Min. Beijing: Peking University Press, 2009.
- [5] 沈德咏, 杜万华. 最高人民法院医疗损害责任司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2018.
- SHEN Deyong, DU Wanhua. Understanding and application of judicial interpretation of medical damage liability of Supreme People's Court[M]. Beijing: People's Court Press, 2018.
- [6] 李承亮. 侵权责任的违法性要件及其类型化——以过错侵权责任一般条款的兴起与演变为背景[J]. 清华法学, 2010, 4(5): 74-93.
- LI Chengliang. The illegal elements of tort liability and their types: Based on the rise and evolution of the general terms of fault tort liability[J]. Tsinghua University Law Journal, 2010, 4(5): 74-93.
- [7] 王利明. 我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗? [J]. 中外法学, 2012, 24(1): 5-23.
- WANG Liming. Does the Tort Law of the People's Republic of China adopt illegal elements?[J]. Peking University Law Journal, 2012, 24(1): 5-23.
- [8] 程啸. 中国侵权法四十年[J]. 法学评论, 2019(2): 28-41.

- CHEN Xiao. Forty years of China's Tort Law[J]. Law Review, 2019(2): 28-41.
- [9] 周友军. 德国民法上的违法性理论研究[J]. 现代法学, 2007, 29(1): 132-140.
- ZHOU Youjun. A study on unlawfulness in German Civil Law[J]. Modern Law Science, 2007, 29(1): 132-140.
- [10] 时明涛. 民法典编纂视野下的侵权行为违法性: 规范与功能[J]. 学术探索, 2019(6): 77-82.
- SHI Mingtao. Illegality of tort from the perspective of civil code compilation: Norms and functions[J]. Academic Exploration, 2019(6): 77-82.
- [11] 张谷. 浅谈医方的说明义务[J]. 浙江社会科学, 2010(2): 7-10.
- ZHANG Gu. Talking about the doctor's explanation obligation[J]. Zhejiang Social Sciences, 2010(2): 7-10.
- [12] 缪宇. 类型化视野下的医疗机构告知义务[C]// 赵英男. 北大法律评论: 第 18 卷第 1 辑. 北京: 北京大学出版社, 2018: 146-175.
- MIAO Yu. On the duty to disclosure of medical institution in the view of typology[C]// Zhao Yingnan. Peking University law review: Vol.18, No.1. Beijing: Peking University Press, 2018: 146-175.
- [13] 杨立新. 侵权责任法[M]. 第 3 版. 北京: 法律出版社, 2018.
- YANG Lixin. Tort liability law: 3rd edition[M]. Beijing: Law Press, 2018.
- [14] 张新宝. 侵权责任法[M]. 第 4 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 221-224.
- ZHANG Xinbao. Tort liability law: 4th edition[M]. Beijing: China Renmin University Press, 2016: 221-224.
- [15] 王利明, 周友军, 高圣平. 侵权责任法疑难问题研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012: 477-498.
- WANG Liming, ZHOU Youjun, GAO Shengping. Research on difficult problems of tort liability law[M]. Beijing: China Legal Publishing House, 2012: 477-498.
- [16] 李显冬. 侵权责任法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 257-260.
- LI Xiandong. Tort liability law[M]. Beijing: Peking University Press, 2014: 257-260.
- [17] 李适时. 全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国侵权责任法(草案)》主要问题的汇报[EB/OL]. (2008-12-22) [2019-11-05]. http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2010-03/01/content_1580393.htm.
- LI Shishi. Report of the Legal Committee of the National People's Congress on the main issues of *Tort Law of the People's Republic of China* (draft) [EB/OL]. (2008-12-22)[2019-11-05]. http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2010-03/01/content_1580393.htm.
- [18] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2010: 277-278.
- WANG Shengming. Interpretation of the *Tort Law of the People's Republic of China* [M]. Beijing: China Legal Publishing House, 2010: 277-278.
- [19] 王竹. 侵权责任法疑难问题专题研究: 第 2 版[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018: 115.
- WANG Zhu. Thematic research on difficult problems of Tort Liability Law: 2nd edition[M]. Beijing: China Renmin University Press, 2018: 115.
- [20] 黄丁全. 医事法新论[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 181.
- HUANG Dingquan. New theory of medical law[M]. Beijing: Law Press, 2013: 181.
- [21] 满洪杰. 侵害患者知情同意权如何承担责任[N]. 中国社会科学报, 2010-6-22(10).
- MAN Hongjie. How to assume responsibility for infringing patients' informed consent[N]. Chinese Social Science Today, 2010-6-22(10).
- [22] 赵万一, 刘国祥. 医事法概论[M]. 武汉: 华中科技大学出版社, 2019: 294.
- ZHAO Wanyi, LIU Guoxiang. Medical law in a nutshell[M]. Wuhan: Huazhong University of Science and Technology Press, 2019: 294.
- [23] 赵西巨, 李心沁. 侵害患者知情同意权责任纠纷中医疗损害鉴定之内容[J]. 证据科学, 2015, 23(1): 94-106.
- ZHAO Xiju, LI Xinqin. The subject of medical damage authentication within disputes concerning breach of doctor's duty to inform[J]. Evidence Science, 2015, 23(1): 94-106.
- [24] 马辉. 侵犯患者知情同意权责任纠纷的鉴定问题研究——兼评最高人民法院《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》[J]. 中国卫生法制, 2018, 26(4): 18-22, 37.
- MA Hui. The study on appraisalsystem of tort cases about informed consent right: Comments on *The Explanation of the Application of the Law on the Liability for Medical Damage*[J]. China Health Law, 2018, 26(4): 18-22, 37.
- [25] 叶名怡. 论违法与过错认定——以德美两国法的比较为基础[J]. 环球法律评论, 2009(5): 93-102.
- YE Mingyi. Discussion about illegal and fault identification: Based on the comparison of German and American laws [J]. Global Law Review, 2009(5): 93-102.
- [26] 马克·施陶赫. 英国与德国的医疗过失法比较研究[M]. 唐超, 译. 北京: 法律出版社, 2012: 210.
- STAUCH M. The law of medical negligence in England and Germany: A comparative analysis [M]. Trans. Tang Chao. Beijing: Law Press, 2012: 210.
- [27] 赵西巨. 医疗过失与因果关系之认定: 英美法中的理论与具体规则[J]. 东方法学, 2011(1): 126-140.
- ZHAO Xiju. Identification of medical negligence and causality:

- Theories and specific rules in common law [J]. *Oriental Law*, 2011(1): 126-140.
- [28] 奚晓明. 《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2010: 399.
- XI Xiaoming. Understanding and application of the provisions of the Tort Law of the people's republic of China [M]. Beijing: People's Court Press, 2010: 399.
- [29] 杨立新. 《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》条文释评[J]. *法律适用*, 2018(1): 38-51.
- YANG Lixin. Comments on interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of Law in the Trial of Cases Involving Disputes over Medical Malpractice Liabilities [J]. *Journal of Law Application*, 2018(1): 38-51.
- [30] 陈绍辉. 论医疗过错推定的司法认定[J]. *医学与法学*, 2019, 11(2): 21-26.
- CHEN Shaohui. On judicial determination of medical fault presumption [J]. *Medicine and Jurisprudence*, 2019, 11(2): 21-26.
- [31] 赵西巨. 关于我国医疗过失与因果关系之鉴定和认定的思考[J]. *证据科学*, 2011, 19(4): 389-400.
- ZHAO Xiju. Some reflections on how to establish medical negligence and causation in Chinese law [J]. *Evidence Science*, 2011, 19(4): 389-400.
- [32] 王利明. 侵权责任法研究(上卷): 第2版[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016.
- WANG Liming. Research on tort liability law (VolI): 2nd edition[M]. Beijing: China Renmin University Press, 2016.
- [33] 迪特尔·梅迪库斯. 请求权基础[M]. 陈卫佐, 田士永, 等译. 北京: 法律出版社, 2012: 88.
- MEDICUS D. Claim basis [M]. Trans. Chen Weizuo, Tian shiyong, etc. Beijing: Law Press, 2012: 88.
- [34] 夏芸. 医疗事故赔偿法——来自日本法的启示[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 489-490.
- XIA Yun. Medical accident compensation law: Enlightenment from Japanese law [M]. Beijing: Law Press, 2007: 489-490.
- [35] 余湛, 冯伟. 论医疗损害侵权责任中的因果关系[J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2006, 12(6): 674-677, 745.
- YU Zhan, FENG Wei. Discussion on the causality of medical damage infringement liability [J]. *Journal of Central South University(Social Sciences)*, 2006, 12(6): 674-677, 745.
- [36] 满洪杰. 医疗损害责任因果关系虚无陷阱及其化解——兼评法释(2017)20号第12条[J]. *法学*, 2018(7): 83-100.
- MAN Hongjie. The trap of nothingness in causality of medical damage responsibility and its resolution: Also comment on article 12 of law interpretation [2017] No. 20 [J]. *Law Science*, 2018(7): 83-100.
- [37] 海尔穆特·库齐奥, 张玉东. 合法替代行为: 因果关系与规范保护目的[J]. *甘肃政法学院学报*, 2017(5): 61-68.
- KOZIOL H, ZHANG Yudong. Legal substitution: Causality and the purpose of normative protection [J]. *Journal of Gansu Political Science and Law Institute*, 2017(5): 61-68.
- [38] 海因茨·雷伊. 瑞士侵权责任法: 第4版[M]. 贺栩栩, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2015: 178-179, 210.
- REY H. Swiss tort law: 4th edition[M]. Trans. He Xuxu. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2015: 178-179, 210.
- [39] 埃尔温·多伊奇, 汉斯-于尔根·阿伦斯. 德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金: 第5版[M]. 叶名怡, 温大军, 译. 刘志阳, 校. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 36-37.
- DEUTSCH E, JUERGEN AHRENS H. German tort law: Torts, damages and pain relief: 5th edition[M]. Trans. Ye Mingyi, Weng Dajun. Rev. Liu Zhiyang. Beijing: China Renmin University Press, 2016: 36-37.
- [40] 周友军. 论民法上的合法替代行为抗辩[J]. *法律科学(西北政法学报)*, 2013(1): 120-128.
- ZHOU Youjun. Discussion about the defense of lawful alternative behavior on civil law [J]. *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)*, 2013(1): 120-128.
- [41] 赵西巨. 知情同意诉讼中的证据学: 英美法的观察[J]. *证据科学*, 2008, 16(5): 598-606.
- ZHAO Xiju. Evidential aspect of informed consent lawsuit: Perspectives of common law [J]. *Evidence Science*, 2008, 16(5): 598-606.
- [42] 王利明. 侵权责任法研究(下卷): 第2版[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 370, 412.
- WANG Liming. Research on tort liability law (VolII): 2nd edition[M]. Beijing: China Renmin University Press, 2016: 370, 412.
- [43] 王竹. 解释论视野下的侵害患者知情同意权侵权责任[J]. *法学*, 2011(11): 93-100.
- WANG Zhu. Infringement liability for infringing patients' informed consent in the perspective of hermeneutics[J]. *Law Science*, 2011(11): 93-100.
- [44] 吉村良一. 日本侵权行为法: 第4版[M]. 张挺, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 36.
- YOSHIMURA L Y. Japan tort law: 4th edition[M]. Trans. Zhang Ting. Beijing: China Renmin University Press, 2013: 36.
- [45] 杨立新. 人格权法[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- YANG Lixin. Personal rights law[M]. Beijing: Law Press, 2015.
- [46] 温世扬. 人格权“支配”属性辨析[J]. *法学*, 2013(5): 87-92.
- WEN Shiyang. An analysis of the "dominant" attribute of

- personality right [J]. Law Science, 2013(5): 87-92.
- [47] 王利明. 人格权法研究: 第 3 版[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018.
- WANG Liming. Research on personality right law: 3th edition[M]. Beijing: China Renmin University Press, 2018.
- [48] 王竹, 方延. 身体权学理独立过程考[J]. 广州大学学报(社会科学版), 2012, 11(5): 36-41.
- WANG Zhu, FANG Yan. Textual research on the process of doctrinal body right' independence[J]. Journal of Guangzhou University (Social Science Edition), 2012, 11(5): 36-41.
- [49] 王利明. 人格权的属性: 从消极防御到积极利用[J]. 中外法学, 2018, 30(4): 845-861.
- WANG Liming. Personality rights: From negative defense to active utilization[J]. Peking University Law Journal, 2018, 30(4): 845-861.
- [50] 张红. 人格权各论[M]. 北京: 高等教育出版社, 2015: 9.
- ZHANG Hong. Substantial introduction to personality rights [M]. Beijing: Higher Education Press, 2015: 9.
- [51] 柳春光. 身体权概念的再界定[J]. 辽宁大学学报(哲学社会科学版), 2014, 42(6): 139-145.
- LIU Chunguang. To redefine the conception of bodily right [J]. Journal of Liaoning University (Philosophy and Social Sciences Edition), 2014, 42(6): 139-145.
- [52] 杨立新, 李怡雯. 人格自由与人身自由的区别及价值——《民法典人格权编草案》第 774 条第 2 款、第 784 条及第 791 条的规范分工[J]. 财经法学, 2019(4): 16-29.
- YANG Lixin, LI Yiwen. The difference and value of personality freedom and personal freedom: The standardized division of labor in articles 774, 2, 784 and 791 of the Draft Code of Personal Rights for the Civil Code [J]. Law and Economy, 2019(4): 16-29.
- [53] 克雷蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法(下卷): 第 2 版. [M]. 焦美华, 译. 张新宝, 校. 北京: 法律出版社, 2004: 370.
- VON BAR C. The common European law of torts(VolII)[M]. Trans. Jiao Meihua. Rev. Zhang Xinbao. Beijing: Law Press China, 2004: 370.
- [54] 高圣平. 比较法视野下人格权的发展——以美国隐私权为例[J]. 法商研究, 2012(1): 32-37.
- GAO Shengping. The development of personality right from the perspective of comparative law: Taking the right of privacy in the United States as an example[J]. Studies in Law and Business, 2012(1): 32-37.
- [55] 梁慧星. 民法典编纂中的重大争论——兼评全国人大常委会法工委两个民法典人格权编草案[J]. 甘肃政法学院学报, 2018(3): 1-19.
- LIANG Huixing. Major controversies in the compilation of civil code: Also comment on the draft of the two civil code personality rights by the Standing Committee of the National People's Congress [J]. Journal of Gansu Political Science and Law Institute, 2018(3): 1-19.
- [56] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上册)[M]. 王晓晔, 邵建东, 程建英, 等译. 北京: 法律出版社, 2013: 45-46.
- LARENS K. General introduction to German civil law (VolI)[M]. Trans. Wang Xiaoye, Shao Jiandong, Chen Jianying, etc. Beijing: Law Press, 2013: 45-46.
- [57] 唐超. 说明义务的类型化与知情同意权否定论: 兼及意志自主如何保护[J]. 河北法学, 2018, 36(11): 87-97.
- TANG Chao. Classifying the duty to inform and denying the right to informed consent: The typological approach to protecting autonomy[J]. Hebei Law Science, 2018, 36(11): 87-97.
- [58] 松井茂记. 论自己决定权[J]. 莫纪宏, 译. 于敏, 校. 外国法译评, 1996(3): 11-22.
- SHIGERU M. Discussion on self-determination[J]. Trans. Mo Jihong. Rev. Yu Min. Global Law Review, 1996(3): 11-22.
- [59] 张建文. 新兴权利保护的合法利益说研究[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2018(5): 87-95.
- ZHANG Jianwen. Research on the theory of legal interests in the protection of emerging rights[J]. Journal of Soochow University (Philosophy & Social Science Edition), 2018(5): 87-95.
- [60] 张红. 一般人格权: 新生人格利益之保护机制[C]// 张牧君. 人大法律评论: 第 27 辑. 北京: 法律出版社, 2019: 20-45.
- ZHANG Hong. General personality right: Protection mechanism of new personality interests[C]// Zhang Mujun. Renmin University law review: No. 27. Beijing: Law Press China, 2019: 20-45.
- [61] 柳春光. 我国《民法总则》规定身体权概念的重要价值[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2019(3): 63-67.
- LIU Chunguang. The important value of the concept of body right stipulated in the general provisions of the Civil Law of the People's Republic of China[J]. Journal of Heilongjiang Administrative Cadre College of Politics and Law, 2019(3): 63-67.
- [62] 满洪杰. 医疗损害机会丧失赔偿规则研究[J]. 法学家, 2019(4): 64-79, 193.
- MAN Hongjie. A research on the loss of chance compensation in medical malpractice [J]. The Jurist, 2019(4): 64-79, 193.
- [63] 叶名怡. 医疗侵权责任中因果关系的认定[J]. 中外法学, 2012, 24(1): 136-154.
- YE Mingyi. Determination of causality in medical tort liability[J]. Peking University Law Journal, 2012, 24(1): 136-154.

Judicial determination and judgment path of infringing patients' rights of informed consent: Based on analysis of 222 civil judgments

SONG Zongyu, DING Lei

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

Abstract: The results of analyzing infringement cases of informed consent in recent years show that the courts have greater discrepancies in the identification of the elements of responsibility. In order to accurately distinguish the responsibility of medical ethical damage and medical technology damage, the following path should be used. Firstly, the patient's consent is used to judge the illegal behavior, and the patient has the burden of proof. Secondly, the presumption of fault liability should be applied according to the judgment order of damage, causality, illegal behavior and fault. Thirdly, the theory of legal alternative behavior defense should be adopted to establish a legal causality judgment method based on consent. Fourthly, violation of the principle of "informed consent" is a damage to the autonomy of the body, Infringement does not really mean that the opportunity to decide is not the scope of protection of the tort liability law and should not support compensation for moral damage. Articles 5, 11 and 17 of *Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues* respectively have problems in violating the logic to change the burden of proof, unclear understanding of the scope of the identification and improper judgment of the nature of rights, and therefore should be amended.

Key Words: patients' rights of informed consent; illegal behavior; fault presumption; legal causation; mental damage

[编辑: 苏慧]