

# 侵害患者知情同意权责任纠纷中 医疗损害鉴定之内容

赵西巨 李心沁\*

(1. 山东中医药大学, 济南 250355 ;2. 山东中医药大学附属医院, 济南 250011)

**【摘要】**我国《侵权责任法》不应满足于只是列举医生告知义务的范围。以患者为导向、面向“实质性”信息的一般性信息告知标准应成为我国立法的发展方向。应避免概括地让医疗专家鉴定“医生是否违反告知义务”、“医疗过错行为与损害结果之间是否存在因果关系”。医疗过错和因果关系的认定应化解为法官对一系列具体因素的综合考察。“医学判断”与“一般人知识”的区分有助于厘清哪些具体事项有赖于医疗鉴定, 哪些具体事项应归入一般人(包括法官)的知识范围而不需要请医疗专家鉴定。医疗损害鉴定的对象仅限于常人知识不能及的医学专业问题。

**【关键词】**知情同意 ; 医疗损害鉴定 ; 医学判断 ; 一般人知识应

**【中图分类号】** D915.13

**【文献标识码】** A

**【文章编号】** 1674-1226 (2015) 01-0094-13

**The subject of medical damage authentication within disputes concerning breach of doctor's duty to inform.** Zhao Xiju, Li Xinqin. 1. Department of Law, Shandong University of Traditional Chinese Medicine; 2. Affiliated Hospital of Shandong University of Traditional Chinese Medicine, Jinan 250011

**【Abstract】** It is not enough for Chinese Tort Liability Law to just list information that falls within a doctor's duty to inform. There is a need for Chinese legislation to develop a patient-oriented, general standard of information disclosure, such as the materiality test. It is not wise to generally put the whole task of identifying “whether the doctor breached his or her duty to inform” and “whether there is casual link between the medical malpractice and the damage” on the shoulders of medical experts. The establishment of medical malpractice and causation shall depend on trial judge's overall weighing on a wide list of specific factors, medical and non-medical. The distinction between “medical judgment” and “common/ordinary knowledge” will make it easier to sort out which factors shall be subject to medical expert authentication and which shall not. The issues that call for medical damage authentication should be confined to those that are beyond the reach of layperson knowledge.

**【Key Words】** Informed consent, Medical damage authentication, Medical judgment, Layperson knowledge

\*赵西巨, 法学博士, 山东中医药大学教授 ;李心沁, 针灸推拿学硕士, 山东中医药大学附属医院副主任医师。

[基金项目] 山东省高等学校人文社会科学研究项目“基本医疗保障体制下医生的资源配置义务及责任研究”(编号: J14WB11)

## 一、问题的提出

根据一份来自司法鉴定机构的统计,在2002至2011年间505例医疗损害司法鉴定案例当中,涉及知情同意争议的案例由2004年的9.09%突增至2005年的23.52%,且此后一直居高不下,违反患者知情同意权的问题日益凸显;而且在此类案件中,如何界定侵害患者知情同意权,及如何确定其与损害后果之间的因果关系,是值得研究的课题。<sup>1</sup>

在逝去的“医疗事故”年代,“医疗事故”这一概念无心去涵盖医生违反告知义务而产生的民事赔偿责任情形。<sup>2</sup>对医疗机构及其医务人员告知义务的规定被放置在了行政管理和行业规制色彩较浓的“医疗事故的预防与处置”这一章节当中。<sup>3</sup>相应地,“未如实告知患者病情、医疗措施和医疗风险”所导致的责任也主要是行政层面的面向“医疗机构”和“负有责任的主管人员和其他直接责任人员”的行政处理或纪律处分。<sup>4</sup>在民事赔偿责任领域,存有医学判断替代法律判断之嫌的医疗事故技术鉴定的内容主要涉及:(1)医疗行为是否违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规;(2)医疗过失行为与人身损害后果之间是否存在因果关系;(3)医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度;(4)医疗事故等级;等。<sup>5</sup>医疗事故技术鉴定的内容并没有明确地、特别地提到“医生是否违反告知义务”。

在我国《侵权责任法》所开创的“医疗损害责任”新年代,医疗机构及其医务人员违反告知义务所产生的责任已经被明确地纳入到了民事侵权责任的管辖范围,单独成为一种“医疗损害责任”形态。<sup>6</sup>作为回应,最高人民法院也在“侵权责任纠纷”案由上做了丰富和细化,增加了“医疗损害责任纠纷”第三级案由,并在其旗下专门增加了“侵害患者知情同意权责任纠纷”这一案由。<sup>7</sup>医生违反告知义务的民事责任已经融入到了“医疗损害责任”大家庭当中。

在“医疗损害责任”年代,有一问题尚未明确。以借助专家判断为主旨的医疗损害鉴定究竟是昔日的医疗事故技术鉴定还是后来日益受宠的(法医类)司法鉴定,《侵权责任法》作为实体法,没有做出规定。在此方面,最高人民法院正式出台的对《侵权责任法》的首次适用司法解释采取了模棱两可的态度。<sup>8</sup>当时的卫生部也不甘落寞,识时务地推出了“医疗损害责任技术鉴定”这一概念,并要求医学会积极参与到司法机关或医患双方共同委托的医疗损害责任技术鉴定当中。<sup>9</sup>地方法院在医疗损害鉴定主体(即是医学会还是司法鉴定机构)的选择和优先性考虑上,更是做法

<sup>1</sup> 杨天潼等:《505例医疗损害责任纠纷司法鉴定分析》《中国法医学杂志》2014年第5期,第491页。

<sup>2</sup> 参见《医疗事故处理条例》第2条。

<sup>3</sup> 同上,第11条。

<sup>4</sup> 同上,第56条。

<sup>5</sup> 同上,第31条。

<sup>6</sup> 参见《侵权责任法》第55条。

<sup>7</sup> 参见最高人民法院《关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》的通知(法[2011]41号)。

<sup>8</sup> 参见最高人民法院关于适用《中华人民共和国侵权责任法》若干问题的解释(法发[2010]23号)第3条:“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件,根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗损害鉴定的,按照《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》、《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》及国家有关部门的规定组织鉴定。”

<sup>9</sup> 参见卫生部关于做好《侵权责任法》贯彻实施工作的通知(卫医管[2010]61号)第4条:“(二)对于司法机关或医患双方共同委托的医疗损害责任技术鉴定,医学会应当受理,并可参照《医疗事故技术鉴定暂行办法》等有关规定,依法组织鉴定。医疗损害责任技术鉴定分级参照《医疗事故分级标准(试行)》执行。”

不一。<sup>10</sup> 在此方面，我国有必要重塑一元化的医疗损害鉴定制度。<sup>11</sup> 未来的医疗损害鉴定制度应坚持基本的同行业（same school）鉴定原则，既要注重鉴定的专业性和权威性，也要照顾到鉴定的中立性和程序上的公正性。<sup>12</sup> 医疗损害鉴定仍是一个借助医疗专家意见和专业判断的过程。

不管医疗损害鉴定的主体归属何家，就医疗损害鉴定的内容而言，有一点似乎是较为明晰的。由于医生违反告知义务所生民事责任在“医疗损害责任”一章中的存在，将医生是否违反告知义务纳入到医疗损害鉴定的内容之列似乎是情理之中。比如，在《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）》当中，一方面，侵害患者知情同意权责任获得了一个不同于一般“医疗损害赔偿纠纷案件”的举证责任分配和医疗过错认定格局，即由“医疗机构”就“医疗机构是否履行了向患者一方说明病情、医疗措施、医疗风险、替代医疗方案等情况的义务”承担举证责任，在此基础上，“人民法院应当根据病历记载、知情同意书等证据进行综合认定”；<sup>13</sup> 另一方面，“医疗机构是否尽到告知义务”是与“医疗机构的诊疗行为有无过错”、“医疗过错行为与损害结果之间是否存在因果关系”并列，一起作为“医疗专门性问题”，列为“当事人双方有权申请进行医疗损害鉴定”的事项。<sup>14</sup> 同样，有的地方高级人民法院也明确将“是否履行了告知义务”与“诊疗行为是否违反法律、行政法规、规章以及《临床诊疗指南》、《临床操作技术规范》等有关诊疗规范的规定或诊疗常规，是否低于当时的医疗水平，是否实施了不必要的检查”等并列，一起列为医疗损害鉴定书需详细分析说明的“委托事项”。<sup>15</sup> 尽管有的地方高级人民法院在描述受托鉴定机构的医疗损害鉴定内容时只是列举了“医疗行为有无过错”，<sup>16</sup> 在“医疗损害责任”新时代，人们有理由认为，此处的“医疗行为有无过错”或许包括是否存在违反告知义务所产生的“过错”。

北京市高级人民法院的解释思路，在最高人民法院数易其稿的《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（征求意见稿）》中似乎得以继受。根据网络上可视的最高人民法院2011年版本的征求意见稿，一方面，医疗机构应当提交证据进行证明它尽到了《侵权责任法》第

<sup>10</sup> 关于此方面的汇总，参见陈小婵：《侵权责任法 背景下医疗损害鉴定程序改革研究》，《证据科学》2013年第2期，第187页。

<sup>11</sup> 关于在此方面的调查研究，参见肖柳珍：《医疗损害鉴定一元化实证研究》，《现代法学》2014年第4期，第176~183页。

<sup>12</sup> 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》《证据科学》2011年第4期，第390~392页。

<sup>13</sup> 《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8条。

<sup>14</sup> 《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17条：“对下列医疗专门性问题，当事人双方有权申请进行医疗损害鉴定：（1）医疗机构的诊疗行为有无过错；（2）医疗机构是否尽到告知义务；（3）医疗机构是否违反诊疗规范实施不必要的检查；（4）医疗过错行为与损害结果之间是否存在因果关系；（5）医疗过错行为在损害结果中的责任程度；（6）人体损伤残疾程度；（7）其他专门性问题。”

<sup>15</sup> 《广东省高级人民法院关于人民法院委托医疗损害鉴定若干问题的意见（试行）》（粤高法发〔2011〕56号），第15条。

<sup>16</sup> 《上海法院关于委托医疗损害司法鉴定若干问题的暂行规定》（沪高法〔2010〕363号）第3条：“医疗损害的鉴定，由受托鉴定机构对医疗行为有无过错、损害后果及因果关系、医疗过错行为在医疗损害后果中的原因力大小等进行鉴定，损害后果依据伤残等级标准确定。医疗损害赔偿中涉及三期（误工费、护理费、营养期）鉴定按照相关规定确定。”属于此种情况的，还包括：江苏省高级人民法院《关于做好 中华人民共和国侵权责任法 实施后医疗损害鉴定工作的通知》第2条；江苏省高级人民法院、江苏省卫生厅发布的《关于医疗损害鉴定工作的若干意见（试行）》（江苏省高级人民法院审委会2010年第30次全体会议讨论通过）第9条；浙江省高级人民法院《关于审理医疗纠纷案件若干问题的意见（试行）》第14条；《安徽省高级人民法院关于审理医疗纠纷案件若干问题的指导意见》（2011年8月15日安徽省高级人民法院审判委员会第17次会议通过）第22条。

55 条第 1 款规定的说明义务及取得相应书面同意的义务;<sup>17</sup> 另一方面“医疗机构是否尽到告知义务”与“医疗机构的诊疗行为有无过错”、“诊疗过错行为与损害后果之间是否存在因果关系”、“医疗机构是否违反诊疗规范实施不必要的检查”、“诊疗过错行为在损害后果中的责任程度”、“人体损伤残疾程度”等事项, 被列入了医疗损害鉴定机构认定的“医疗专门性问题”。<sup>18</sup>

现在的问题是, 医方是否尽到或违反告知义务是否应当概括地成为医疗专家鉴定的内容之一, 还是将其做一个细致的分解, 从而根据是否属于医学判断而决定某些事项是否有必要劳驾医疗专家去做鉴定? 这一医疗损害鉴定的具体的小问题从大的方面讲其实关涉到侵害患者知情同意权责任纠纷的“个性”发展问题, 即它是一个与一般的“医疗损害责任”毫无区分、应毫无保留地适用一般医疗损害责任规则的纠纷, 还是一个与通常的“医疗损害责任”纠纷保持一定距离、应适当地照顾甚至培植患者自主权益的责任形态? 如果将视角转移到我国的《侵权责任法》, 这个问题的解答需要考察我国《侵权责任法》第 54 条、第 57 条和第 55 条的关系问题。

## 二、外围问题:《侵权责任法》第 54 条、第 57 条与第 55 条的关系

我国《侵权责任法》第 6 条确定了以过错责任原则为主导的归责原则。<sup>19</sup> 它不仅适用于一般人的侵权责任, 也适用于“专业人员 (professionals)”的侵权责任。<sup>20</sup> 这种“专业人员”不仅包括律师、会计师、建筑师等, 而且包括医生。我国《侵权责任法》并没有就专业人士的责任, 即“专家责任”<sup>21</sup>, 单独做出一体化的规定。但是, 我国《侵权责任法》单挑出“医务人员”规定了“医疗损害责任”这一章。这章中的第 54 条强化了医疗损害责任的基本归责原则是过错责任原则这一信息。<sup>22</sup> 因此, 在医疗损害责任中, 医疗过错的认定必不可少且非常重要。

关于医疗过错的认定, 我国《侵权责任法》第 57 条提出了看是否“尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”的说法, 即“医疗水平”论;<sup>23</sup> 我国《侵权责任法》第 58 条还列举了可以直接“推定医疗机构有过错”的三种情形, 其中包括“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”。<sup>24</sup> 关于判定医疗过错的标准究竟是“诊疗规范”、“医疗水平论”还是“违反合理注意义务”说 (即合理医生标准), 作者已在他处另有触及。<sup>25</sup> 作者不主张将医方的“诊疗规范”上升为判定医疗过错的法律标准。关于“医疗水平论”与“违反合理注意义务”说 (即合理医生标准) 之间的

<sup>17</sup> 《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 (征求意见稿)》第 7 条。也有较新的版本将这种举证责任倒置之安排限制在了“实施手术、特殊检查、特殊治疗”的场合。

<sup>18</sup> 《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 (征求意见稿)》第 15 条。

<sup>19</sup> 《侵权责任法》第 6 条规定:“行为人因过错侵害他人民事权益, 应当承担侵权责任。根据法律规定推定行为人有过错, 行为人不能证明自己没有过错的, 应当承担侵权责任。”

<sup>20</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国侵权责任法 条文说明、立法理由及相关规定》, 北京大学出版社 2010 年版, 第 22 页。

<sup>21</sup> 参见 [日] 能见善久:《论专家的民事责任——其理论架构的建议》, 梁慧星译, 《外国法译评》1996 年第 2 期, 第 22~29 页。

<sup>22</sup> 《侵权责任法》第 54 条规定:“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。”

<sup>23</sup> 我国《侵权责任法》第 57 条规定:“医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务, 造成患者损害的, 医疗机构应当承担赔偿责任。”

<sup>24</sup> 我国《侵权责任法》第 58 条规定:“患者有损害, 因下列情形之一的, 推定医疗机构有过错:(一) 违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;(二) 隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;(三) 伪造、篡改或者销毁病历资料。”

<sup>25</sup> 参见赵西巨、唐炳舜:《诊疗、告知、医疗产品使用与医疗损害责任之厘清——以我国《侵权责任法》为中心》, 《私法研究》(第 15 卷), 法律出版社 2014 年 2 月, 第 103~109 页。

关系,作者认为是“根本性”标准与“工具性”标准之间的关系。判定医疗过错的根本标准应是看医务人员是否违反合理注意义务,而“医疗水平论”可以工具性地提供认定医疗过错的便捷。但是,不管做何选择,这三种标准皆属于以医方为导向的判定标准。

在第 57 条之外,我国《侵权责任法》第 55 条明示了医方的“说明”义务以及违反说明义务所产生的民事损害赔偿责任,因而肯定了侵害患者知情同意权之民事责任在“医疗损害责任”中的存在。<sup>26</sup>但是,这种存在的个性化程度如何却需要细究。在归责原则的适用上,第 55 条前有第 54 条;在医疗过错的判定标准上,第 55 条后有第 57 条。因此,厘清第 54 条、第 57 条与第 55 条的关系尤为重要。

在归责原则上,《侵权责任法》第 54 条与第 55 条应为统治与被统治的关系。首先,我国《侵权责任法》第 54 条为医疗损害责任的“一般条款”。<sup>27</sup>它所创造的过错责任原则的统治力不限于传统的诊疗领域,应波及到信息告知领域。其实,患者自主权的主张屈居于过错责任这一原则之下,已属于患者权利对医疗行业的让步。其次,我国《侵权责任法》第 55 条的表述本身(“医务人员未尽到[说明]义务,造成患者损害”)也表明侵害患者知情同意权的责任是一种建立在过错责任原则之上的责任。

那么,在医疗过错的判定标准上,《侵权责任法》第 57 条与第 55 条的关系是否也属于统治与被统治的关系?作者认为,应谨慎待之。《侵权责任法》第 55 条应适当保持与第 57 条的距离。这是因为二者分属于“信息告知”和“诊疗”两个不同的领域。

可以暂且将视线移至其他法域。在德国法中,可以从《德国民法典》第二编第八章第八节第二目“医疗合同”条款(第 630a-630h 条)<sup>28</sup>中窥见到德国法对医生诊疗义务与告知义务的不同对待。在诊疗领域,《德国民法典》第 630a 条认为,医方所提供的诊疗并非建立在“结果保证”之上,仅需要“按照诊疗当时存在的、公认的专业标准完成”,从而建立了一个以医疗专业标准来考察诊疗行为的判定标准。但是,在信息告知领域,根据《德国民法典》第 630e 条,医方的告知义务指向的是“所有对[患者]同意治疗有关键意义的(重要的)情况”,并特别列举了医方告知义务的范围。信息告知领域因有了属于自己的标准,再适用诊疗领域的标准显得不再有必要。

在英联邦法中,“信息告知”领域和“诊疗”领域的对立和区别对待更为明显。这主要体现在英国建立的唯“医疗做法”是瞻、以医生为导向的 Bolam 测试标准<sup>29</sup>是否可适用于信息告知领域。对这个问题的回答往往是否定的。比如,澳大利亚昆士兰州 2003 年《民事责任法》第 22 条第 5 款就明确规定,该条所规定的以 Bolam 测试标准为基础而构建出来的判定专家过失的标准不能适用于职业人员“提供警示、建议或其他信息”的场合。<sup>30</sup>纵观英美法国家司法者和学者的论述,反对将 Bolam 测试标准或类似以医疗行业做法为导向的标准适用于信息告知领域的理由主要集中在

<sup>26</sup> 我国《侵权责任法》第 55 条规定:“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其书面同意;不宜向患者说明的,应当向患者的近亲属说明,并取得其书面同意。医务人员未尽到前款义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任。”

<sup>27</sup> 杨立新:《医疗损害责任法》,法律出版社 2012 年版,第 66~68 页。

<sup>28</sup> 关于此部分内容,参见夏昊晗译:《德国医疗合同法》,《民商法论丛》,第 55 卷,法律出版社,2014 年 3 月,第 728~736 页;曾见:《德国患者权益新立法的主要内容和启示》,《证据科学》2014 年第 2 期,第 220~233 页。

<sup>29</sup> Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 2 All ER 118, 122 (“如果他按照一个做法行事,而该种做法被熟知那种特定技能的一群负责的医疗人员(a responsible body of medical men)接受为适当,他就不应负过失责任。……换句话说,如果一个人按照这种做法行事,不能仅因为存在一种相反的意见应认定他有过失。”)。关于英国法中的 Bolam 标准之详细介绍,参见赵西巨:《英美法中的“两种流派”原则》,《月旦民商法杂志》第 29 期(2010),第 107~127 页。

<sup>30</sup> Civil Liability Act 2003 (Qld), s 22.

五个方面。

第一,即使在诊疗领域——医疗从业者的核心领地,Bolam 测试标准也不总是得到适用。加拿大最高法院认为,如果医生没有采取在通常人看来明显的、合理的预防措施,即使他的做法属于一种标准的、通常的医疗做法,他也存有过失。<sup>31</sup>一位新西兰学者所做的对法院和其他裁判者意见的分析表明,医疗通常做法在界定医生的注意标准方面只是相关因素,而非决定性因素。<sup>32</sup>一位澳大利亚法官则直言,用 Bolam 测试标准来限定责任没有法律依据。<sup>33</sup>

第二,即使属于 Bolam 测试标准的支持者,对 Bolam 测试标准的青睐也是有适用面限制的。他们或者将 Bolam 测试标准限定在“诊疗案件”中,无意触碰“风险告知问题”;<sup>34</sup>或者将 Bolam 测试标准在信息告知领域的适用限定在医生主动告知信息这一场合,而并不涉及医生应患者的询问而被动提供信息这一场景。<sup>35</sup>其实,这种根据患者是否询问来决定是否适用 Bolam 测试标准的做法是危险的。医方,为了获得 Bolam 测试标准的适用和庇护,可能会将患者的询问进一步分为“概括询问”和“具体询问”,从而声称只有在患者对某一风险进行“具体询问”时,医生才产生告知义务。<sup>36</sup>实际上,如若将 Bolam 测试标准适用信息告知领域,患者对信息的需求,即使是明显的,也很少有或没有价值,因为,根据 Bolam 测试标准,是医疗行业做法决定了某一信息是否纳入告知范围,而患者的信息需求并不重要。

第三,之所以在诊疗领域给予医疗做法以极大的尊重,是因为司法者缺乏医疗专业知识。但是,在信息告知领域,行为决策往往涉及“非医学判断”,它不是一个“纯医疗判断(a pure medical judgment)”,它并不需要医学知识和技能的介入,没有必要让医疗行业规范担当衡量医生行为的法定标准。<sup>37</sup>

第四,如果 Bolam 测试标准统治了信息告知领域,负面效果是显而易见的。首先,即使存在一种医疗专业观点认为某一风险需要告知,另一种不主张该风险告知的不同行业观点的存在很容易让违反告知义务者逃避责任。其次,在医疗信息披露领域,是否存在一个“可辩明的行业做法”是令人质疑的。<sup>38</sup>在信息告知方面,医生可能很难找到一种通用的行业规范或行业做法。患者也很难证明一个在告知上惯常的统一的行业标准的存在。<sup>39</sup>关于某一风险是否需要披露的来自医疗行业的判断可能会极具个性化,会使得原告患者很难证明医生存在告知上的过失。<sup>40</sup>每一个医生面临的患者的情况会千差万别,告知的范围和程度会有所区别。<sup>41</sup>在这种主观化很强的领域,医疗行业做法会限制医生对具体情况的判断。信息告知应因患者不同而各异,而不是取决于整个医疗行业的决定。<sup>42</sup>再次,在信息告知方面医疗做法的发展可能并非出于维护患者权利的需要,而是出于保护医疗行业或出于方便的需要。<sup>43</sup>行业规范可能沦为为医生个人观点的保护盾牌。医生会拿一个根本不

<sup>31</sup> ter Neuzen v. Korn (1995) 127 D.L.R. (4th) 577, 595 (SCC).

<sup>32</sup> Joanna Manning, The Standard of Care and Expert Evidence of Accepted Practice in Medical Negligence, 15 JLM, 394, 401 (2007).

<sup>33</sup> Rogers v. Whitaker (1992) 175 C.L.R. 479, 493 (HCA), per Gaudron J..

<sup>34</sup> Bolitho v. City and Hackney HA [1997] 4 All ER 771, 779.

<sup>35</sup> Sidaway v. Bethlehem Royal Hospital Governors [1985] 1 All ER 643, 661, 664, per Lord Diplock, Lord Templeman.

<sup>36</sup> 这发生在了澳大利亚的 Rogers v. Whitaker (1992) 175 C.L.R. 479, 486~491(HCA) 案中。

<sup>37</sup> Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772, 785 (1972).

<sup>38</sup> Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772, 783~784 (1972).

<sup>39</sup> Wilkinson v. Vessey, 295 A.2d 676, 687 (R.I. 1972).

<sup>40</sup> Michael A. Jones “Informed Consent and Other Fairy Stories” (1999) 7 Med L Rev 104, 111.

<sup>41</sup> Wilkinson v. Vessey, 295 A.2d 676, 687 (R.I. 1972).

<sup>42</sup> Largey v. Rothman, 540 A.2d 504, 508 (N.J. 1988).

<sup>43</sup> F. v. R. (1983) 33 S.A.S.R 189, 194.

存在的行业做法为自己的行为开脱。即使存在一个告知上的行业标准,该标准也会过度概括化而丧失指导价值。<sup>44</sup>最后,使用医疗行业标准作为信息告知的标准,也容易在医疗行业催生“沉默共谋 (conspiracy of silence)”现象。医疗行业内很少有人愿意打破整个医疗行业的集体沉默 (community of silence) 来表达对同行不利的意见。<sup>45</sup>

第五,以医疗行业为导向的信息告知标准与患者的自我决定权并不契合。以医生为导向的标准将患者做出知情决定的权利置放在了次要位置,因为对该权利的衡量完全是由那些负有告知义务的人所设定的标准来决定的。<sup>46</sup>

因此,“诊疗”和“信息告知”应属于两个不同的领域。一个充满了专业知识和专业判断,一个非专业人士和普通人知识便可胜任。一个以尊重医生的专业判断和自由裁量为使命,一个以维护患者的自我决定权为己任。一个容忍医生忠诚于自成一派的医疗观点,一个鼓励医生超越流派向患者提供全面的信息。所以,在医疗过错的判定标准上,我国《侵权责任法》第57条与第55条宜解释为属于一种并列的关系,而非统治与被统治的关系。二者各有所归,各有侧重,各有所长。这种并列而非统辖关系有利于我国在信息告知领域发展出一个不同于“医疗水平”论的过错判断标准。

### 三、关键问题 :信息披露标准的选择和构建

现在我国《侵权责任法》第55条并没有推出信息披露的“标准”,它只是圈定了信息披露的“范围”或“事项”。它只是列举式地规定了信息告知的具体内容,并没有规定信息告知的一般性标准。根据第55条,具体告知内容会随着医疗活动的内容而有所不同。一般“诊疗活动”所需要的告知内容包括患者的“病情和医疗措施”;而“手术、特殊检查、特殊治疗”的实施则需要告知“医疗风险、替代医疗方案等情况”。<sup>47</sup>

关于医疗领域的信息披露规则,最完美的状态应是“信息披露的一般标准+信息披露内容的列举”。关于信息披露的一般标准,目前世界上较为完美和精致的表述首推澳大利亚的 *Rogers* 标准。<sup>48</sup> *Rogers* 标准围绕“实质性 (materiality)”或“重要性 (significance)”这一概念展开了两翼。这两翼分别是面向“处于患者位置的一个合理之人”的“客观之翼 (objective limb)” (它启动的是医生的“主动型告知义务 (proactive duty to warn)”)和面向“具体患者”或“特定患者”的“主观之翼 (subjective limb)” (它激活的是医生的“应对型告知义务 (reactive duty to warn)”)。

就作者的视域而言,比较看来,*Rogers* 标准的细腻程度和发达程度最值得称道。《德国民法典》第630e条在规定告知义务时,倒是提出了一个面向患者的一般性标准,即“医方有义务告知患者所有对其同意治疗有关键意义的 (重要的) 情况”。但是,条款中的患者系指“合理患者”还是“具体患者”;“重要性”的判断是以医生为视角还是以患者为视角,不够明确,需要进一步考究。

<sup>44</sup> Note, Physicians and Surgeons-Physician's Duty to Warn of Possible Adverse Results of Proposed Treatment Depend upon General Practice Followed by Medical Profession in the Community, 75 *Harvard Law Review*, 1445, 1447 (1962).

<sup>45</sup> *Largey v. Rothman*, 540 A.2d 504, 509 (N.J. 1988).

<sup>46</sup> *Wilkinson v. Vessey*, 295 A.2d 676, 687 (R.I. 1972).

<sup>47</sup> 比较一下德国法中的告知义务的范围。《德国民法典》第630e条第(1)款特别列举了以下事项的告知:“治疗方案的性质、范围、实施、预期结果及风险,以及该方案在诊断或者治疗方面的必要性、紧迫性、适应性和成功机会。如果有多个疗效相当的、必要的惯常方案,但是其缺陷 (负担)、风险或者治愈机率有本质不同,也应当告知替代性治疗方案。”

<sup>48</sup> *Rogers v. Whitaker* (1992) 175 C.L.R. 479, 490 (HCA).“如果,在特定案件的情形之中,处于患者位置的一个合理之人 (a reasonable person in the patient's position),如果得到风险警示,可能对风险附加重要性 (attach significance to),或者,如果医疗执业人员意识到或应当合理地意识到特定的患者 (the particular patient),如果得到风险警示,可能对该风险附加重要性,那么,该风险便是实质性风险。”

就信息告知的规则构建而言,我国台湾立法,同我国大陆立法一样,也应属于“列举式”的,尚缺乏信息告知一般性标准之规定。台湾“医师法”第12条、“医疗法”第63条、“医疗法”第64条、“医疗法”第81条只是列举了告知的具体内容范围。<sup>49</sup>在司法层面,台湾“最高法院”也曾将信息告知的范围做了丰富。<sup>50</sup>尽管台湾立法中未见类似 *Rogers* 标准的规定,但是台湾地区学术界和司法界却存在着诸多意欲构筑偏向患者的、考察信息“重要性”的概括性标准的冲动和痕迹。比如,在台湾地区学术界,就信息告知的标准而言,翁玉荣教授倾向于具体病患标准说,即凡依现代治疗之“具体病患”之年龄、人格、信念、身心状态可确知某医疗资料与该病患息息相关为其所“重视”,且医师亦有预见可能者,就该资料,医师负有说明之义务。王泽鉴教授也倾向于“具体患者说”,即医生依“医疗法”第63条规定而为告知时,须顾及各该人的教育程度、职业、年龄等情况,对病人提出的“特别问题”,亦应为必要的说明。在司法层面,具体病患标准说的采纳可见台湾“高等法院台中分院”2001年度重上字第28号判决书。根据该判决书,医生的说明范围“应视医疗行为之种类、性质而定,须顾及病人的教育程度、职业、年龄等情况,凡依患者之年龄、人格、信念、身心状态,可确知某种医疗资料与病人之利益相结合,而为病人所重视资料,而医师有预见可能时,医师就该资料即有说明义务,对于病人提出之特别问题,亦应为说明。”台湾“最高法院”94年台上字第2676号判决书也提到了医生说明义务产生的“一般情形”,即“如曾说明,病人即有拒绝医疗之可能时”,即有说明之义务,系从医疗信息对患者医疗决定的影响程度来划定医生的说明义务之一般边界。而且,根据该判决书,过于专业或细部疗法,可以不予说明,而“过于专业或细部疗法”系指那些涉及医疗专业技术,且一般而言不影响病人决定是否接受医疗的不具“重要性”信息。

为了有别于我国《侵权责任法》第57条,在构建《侵权责任法》第55条时,我国可建立一个以患者需求为导向、以信息的“实质性影响”为核心概念、以医生的客观化的主动型告知义务为主体、以更加主观化的积极回应型告知义务为补充的信息披露标准,从而在信息告知领域建立一个属于其自己的医疗过错判定标准。这样我国在信息披露规则上就会出现一个细腻的“概括式(实质性标准、主动型+应对型)+列举式(非穷竭列举)”的规则格局。其中,医生的告知分为两部分:

一是主动型告知。所谓“主动”是因为它的启动并不依赖于患者的询问。它是一种最起码或基础性的告知。它基本上考虑的是一个“合理患者”做医疗决定时的信息需求,同时这个“合理患者”是被置于具体的原告患者位置的,因此属于客观为主、考虑主观因素的告知。

二是应对型告知。它是一个主观性告知。它回应的是“具体患者”或特定患者的信息需求。这种信息需求很可能通过患者询问的方式来显现。在主动型告知之外,应对型告知更加接近个体患者的个性化信息需求。

两种告知都是围绕信息的“实质性”而展开的。信息的“实质性”实际上提供的是一个过滤机制,它只要求医生将对患者医疗决定起到实质性影响的信息告知给患者,而不是将所有的医疗信息和盘托出。它完成的是在医疗过错判定阶段对医疗信息的第一次过滤。在因果关系阶段,法律将进行第二次过滤,只有那些如若告知将会对患者的医疗决定产生决定性影响(患者会拒绝治疗)的信息的未告知才与损害后果之间存在因果关系。

<sup>49</sup> 参见程杰:《医疗知情同意的台湾经验与启示》《科技与法律》2013年第1期,第13~22页。

<sup>50</sup> 关于医师说明义务的内容,台湾地区“最高法院”94年台上字第2676号判决提出了以下诸点要求:“(一)诊断之病名、病况、预后及不接受治疗之后果;(二)建议治疗方案及其他可能之替代治疗方案暨其利弊;(三)治疗风险、常发生之并发症及副作用暨虽不常发生,但可能发生严重后果之风险;(四)治疗之成功率(死亡率);(五)医院之设备及医师之专业能力等事项。”也可参见台湾地区“最高法院”2005年度台上字第2672号判决。



#### 四、基本问题：“专业判断”与“一般知识”的区分与厘清

只有建立了以患者为导向的信息“实质性”标准，人们才有可能对其中哪些要件需要来自医疗行业的专业判断做进一步的解剖。这种细究有利于人们理解哪些要素的判断有必要借助专家意见，这些专家意见不管是以医疗专家鉴定还是以医疗专家证言（expert medical testimony）的形式呈现。

在英美法中，同其他医疗侵权案件并无不同，违反告知义务之诉的构成要件，包括医生是否违反告知义务（即是否存在过错）的举证负担是由患者来承担的。在违反告知义务之诉中，医疗专家证言或意见的必要性和重要性会因信息告知标准的不同而有所不同。如果采取的是传统的以医生或医疗行业为导向（physician-oriented）的信息披露标准，患者需要通过医疗专家证言，来证明所适用的告知标准以及被告医生违反这一标准。<sup>51</sup> 除非存在医疗行为之不合理是如此明显以至于落入了普通常识之范围这样的例外情形，同诊疗案件中医疗过错的证明一样，对于医生未尽充分告知义务之过错的证明，医疗专家证言存在同样的必要性。<sup>52</sup> 这主要是因为，在某一特定情景中应当做什么样的治疗风险披露这一问题涉及“医学判断”，而非属于普通常识和普通人经验所能及的范围。<sup>53</sup> 如果没有医疗专家证言的帮助，在判定过错时，陪审团只能诉诸于猜测和臆想，或武断地设立他们自己的标准。<sup>54</sup> 在早期英国的 *Sidaway* 案中，法官也认为：“要决定什么样的风险应向患者主动告知，以及此种告知的方式... 同医生的综合性注意义务的其他部分一样，同样涉及到职业技能和判断的行使。”<sup>55</sup>

但是，如果采纳以患者为导向的信息披露标准，医疗专家证言的作用便是“有限的和主要是辅助的”。<sup>56</sup> 在注重患者信息需求的规则之下，在证明患者为做出明智决定所需要的信息方面，医疗专家证言并不是很关键。<sup>57</sup> 关于知情同意案件中医疗专家证言的角色定位，英美各国法存在着异曲同工之妙。

##### （一）美国法

首先，在美国法中，在确定和阐明“疗法的风险和现有疾病不予治疗的后果”上，医疗专家证言通常是必不可少的。<sup>58</sup> 有必要运用医疗专家证言来证明“一种风险事实上存在，按照可接受的医疗做法，应知晓此种风险”。<sup>59</sup> 原告患者，应通过医疗专家证言，证明：“某种特定治疗中隐含的风险的性质、治疗成功的可能性、特定风险发生的概率和可用的替代疗法的性质”。<sup>60</sup>

其次，对于以下事项，医疗专家证言也通常需要：“患者所遭受伤害或残疾的原因”、“是否存在某种紧急情形”。<sup>61</sup>

最后，告知义务的例外（比如医疗特权（therapeutic privilege）放弃和紧急情形）的证明，一

<sup>51</sup> Carr v. Strobe, 904 P. 2d 489, 494 (Hawai'i 1995).

<sup>52</sup> Woolley v. Henderson, 418 A.2d 1123 (Me. 1980).

<sup>53</sup> Aiken v. Clary, 396 S.W.2d 668, 674 (Mo. 1965).

<sup>54</sup> Aiken v. Clary, 396 S.W.2d 668, 674 (Mo. 1965).

<sup>55</sup> Sidaway v. Bethlehem Royal Hospital Governors [1985] 1 All ER 643, 659.

<sup>56</sup> Arato v. Avedon, 858 P. 2d 598, 611 (Cal. 1993).

<sup>57</sup> Carr v. Strobe, 904 P. 2d 489, 498 (Hawai' i 1995).

<sup>58</sup> Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772, 791~792 (1972).

<sup>59</sup> Reinhardt v. Colton, 337 N.W.2d 88, 96 (Minn. 1983).

<sup>60</sup> Carr v. Strobe, 904 P. 2d 489, 500 (Hawai' i 1995).

<sup>61</sup> Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772, 792 (1972).

般需要医生来承担,通常需要医疗专家证言的帮助。<sup>62</sup>基于“医疗特权”的不予告知一般认为是医生“行使其职业判断”的结果,<sup>63</sup>因此,对于医疗特权的存在,需要医疗专家证言来证明。

知情同意案件中的许多事项并不落入医疗专业的领域,普通证人证言(lay witness testimony)即可以加以证明。普通证人证言可用来证明“一位医生没有披露特定的风险信息、对于该风险患者不知晓、治疗后的不良后果”。<sup>64</sup>普通证人证言也可用以证明,在当时的情况下,一位合理患者会认为什么内容具有实质性。对于某一风险对患者医疗决定的实质性影响(或者说风险告知对患者医疗决定的合理的、可料想的效果)之证明,不需要专家证言。<sup>65</sup>

因此,就风险信息的实质性标准而言,在医疗专家证言的需求上,美国一些司法案例形成了“信息(information)”与“实质性(materiality)”的区分。一些相关信息的确定,如“治疗的风险、风险的严重性、风险发生的可能性和合理的替代疗法”,需要医疗专家证言来证明。<sup>66</sup>但是,风险的“实质性”则不需要专家证言来证明。即使没有专家证言,事实裁判者也可以确定在特定的情景下处于原告患者的合理之人会认为什么具有实质性。<sup>67</sup>特定风险的未告知对患者决定的实质性影响之证明不需要专家证言。这是因为前者(“信息”)是“医学问题(medical questions)”,而后者(“实质性”)则是非医学问题。<sup>68</sup>医生可受专业训练去诊断和治疗疾病、去评估某种疗法的风险和益处和替代疗法,但是,医生并没有接受专业训练去评估应给患者什么样的信息以使其做出明智的医疗决定,医生也没有接受训练去决定什么信息不应向患者告知,因为该信息对患者的决策不具有实质性。<sup>69</sup>

## (二) 英国法

在英国的 *Sidaway* 案中, Scarman 法官认为,对于以下“医学因素”,法院应重视医疗专家证言:(1) 风险实际发生的可能程度;(2) 可能的伤害的严重性;(3) 风险的品性(是所有手术的共同风险还是特定手术的特有风险?);(4) 医疗特权抗辩或患者最佳利益抗辩。<sup>70</sup>

## (三) 加拿大法

在加拿大的 *Reibl v. Hughes* 案中,法院认为,医疗专家证言与疗法风险的认定有关,但是,未告知风险对医疗决定的实质性影响则是不完全由医疗证言决定的事情。<sup>71</sup> 该案援引了美国的 *Canterbury v. Spence* 案,认为以下因素的证明需要专家证言:(1) 某一特定治疗中潜在的风险;(2) 疾病不予治疗的后果;(3) 替代的治疗方法及其风险;(4) 原告患者所遭受的伤害的原因;(3) 是否存在告知义务的例外,比如,是否存在紧急情况或风险告知对患者产生不利影响。

纵观英美法系国家司法,归纳起来,以下问题需要“专业判断”和医疗专家意见:(1) 某一疗法的风险及其性质;(2) 风险发生的可能性;(3) 风险的严重性;(4) 合理的、可用的替代疗法及其性质和风险;(5) 疾病不予治疗的后果;(6) 患者所遭受伤害的原因;(7) 告知义务的例外(比

<sup>62</sup> *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 791 (1972); *Korman v. Mallin*, 858 P.2d 1145, 1150 (Alaska 1993).

<sup>63</sup> *Carr v. Storde*, 904 P. 2d 489, 498 (Hawai'i 1995).

<sup>64</sup> *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 792(1972).

<sup>65</sup> *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 792(1972).

<sup>66</sup> *Jaskoviak v. Gruver*, 638 N.W. 2d 1, 9 (N.D. 2002).

<sup>67</sup> *Bey v. Sacks*, 789 A.2d 232, 238 (Pa. Super. 2001); *Jaskoviak v. Gruver*, 638 N.W. 2d 1, 9 (N.D. 2002).

<sup>68</sup> William J. McNichols, *Informed Consent Liability in A "Material Information" Jurisdiction: What Does the Future Portend*, 48 *Oklahoma Law Review* 711, 739(1995).

<sup>69</sup> Grant H. Morris, *Dissing Disclosure: Just What The Doctor Ordered* (2002) 44 *Arizona Law Review*, 313, 326.

<sup>70</sup> *Sidaway v. Bethlehem Royal Hospital Governors* [ 1985 ] 1 All ER 643, 654-655, Lord Scarman dissenting.

<sup>71</sup> *Reibl v. Hughes* (1980) 114 D.L.R. (3d) 1, 13 (S.C. C.).

如医疗特权、紧急情形)。而以下问题归入人们的“一般知识”,因而无需医疗专家意见:(1)医生是否告知某一风险;(2)对于某一风险,患者是否知晓;(3)某一信息的未披露是否对患者的医疗决定构成实质性影响;(4)治疗后的不良后果。这种区分是有明显价值的。医疗专家外人员(比如法官)通常不会带有职业上的自我利益(professional self-interest)考量的。既然有些问题并不属于医疗专业知识的范畴,医疗专家外人员可以自信地做出自己的判断,而他们做出的判断,相较于存有职业利益考虑的医疗专家判断,会更趋合理和可信。<sup>72</sup>

## 五、兄弟问题:知情同意案件中因果关系的判定

在涉及风险未告知的知情同意案件中,因果关系的判定考察的是如果未被告知的风险告知了,原告患者是否会仍然接受还是拒绝接受所实施的治疗这样一个问答题。<sup>73</sup>它考虑的是未披露信息对患者医疗决定的“决定性”影响,而非“实质性”影响。同医疗过错的判定一样,这并不是一个完全需要医学专业判断的问题。法官可以在考察医疗专家意见、原告患者证言的基础上做出自己的判断。

知情同意案件中因果关系又存在客观因果关系和主观因果关系之区分。前者考虑一个“合理的患者”若被告知风险后会做如何反应,而后者考察的是一个“具体的患者”(即案中的原告患者)若被告知风险后会有何种回应。医疗专家证言在两种类型的因果关系认定中的可用性是不同的。在客观因果关系之下,医疗专家证言将有较大的用武之地,它可以用来证明医疗干预行为的必要性、合理性和患者反应的合理性。但是,在主观因果关系之下,原告患者个体的证言将扮演主要角色,但是却饱受“事后诸葛(hindsight)”之诟。<sup>74</sup>与信息“实质性”的判断相呼应,可以将“处于患者位置的一位合理患者”做为判断因果关系的一个基本目标群体。它基本上考察一个“合理患者”告知后的客观反应,遏制了具体患者证言的“自我服务”弊端,给予了被告医生通过专家证言证明医疗干预行为合理性和必要性的机会和空间。与此同时,这样的“合理患者”应处于“患者位置”,其包含对特定患者个体情形和因素的考量,有主观化内容,法官应考察原告患者证言的可信度并给予其充分考虑。

在涉及未告知替代疗法的知情同意案件中,因果关系的判定变得相对复杂。它具有两个层面的内容:一是要考察如果患者被告知替代疗法,他是否会拒绝所建议实施的疗法而选择该替代疗法,此谓“决定”上的因果关系(decision causation);二是要进一步考察如果患者选择了替代疗法,是否会取得比所实施疗法更好的结果(比如使得伤害得以避免或得以减少),即“伤害”上的因果关系(injury causation)。<sup>75</sup>“决定”上的因果关系涉及到两种疗法的利弊权衡,也涉及价值判断。不同疗法的风险—益处界定和分析离不开专家意见,但是未告知信息对患者医疗决定的影响则不牵扯太多的医学专业判断。它也会牵扯到客观因果关系和主观因果关系之区分和界定问题,医疗专家证言和患者自身证言的相关性和重要性会随着因果关系的客观化与主观化趋向而有所不同。“伤害”上的因果关系的判定主要牵扯到两种疗法的风险比较,是需要医学判断更多参与和服务的一隅。

<sup>72</sup> Annotation, Daniel E. Feld“ Necessity and Sufficiency of Expert Evidence to Establish Existence and Extent of Physician’s Duty to Inform Patient of Risks of Proposed Treatment ”52 ALR 3d 1084, 1089.

<sup>73</sup> 这样的判定标准不仅出现在英美法中,也显露在《德国民法典》当中。《德国民法典》第 630h 条第(2)款允许医方主张,即使按照第 630e 条的要求告知,患者也仍旧会同意接受该治疗方案。

<sup>74</sup> 参见 赵西巨:《知情同意诉讼中的证据学:英美法的观察》《证据科学》2008 年第 5 期,第 604~606 页。

<sup>75</sup> Seney v. Crooks (1998) 166 D.L.R. (4th) 337, 355.

## 六、最终问题：侵害患者知情同意权责任纠纷中医疗损害鉴定的内容

将视角再回归至我国的《侵权责任法》。我国《侵权责任法》第55条，除了规定医务人员的信息告知义务及其责任之外，还规定了告知义务的一种例外，即“不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意”。其中所言的“不宜向患者说明”内含“医疗特权”的使用。另外，第56条还规定了医生告知义务的第二种例外——紧急情形，即“因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。”由此，我国《侵权责任法》通过第55条和第56条基本上勾勒出了我国的知情同意规则：(1) 医生具有告知义务，告知的事项范围主要是医疗措施、医疗风险和替代疗法；(2) 未尽到告知义务导致损害，将产生民事赔偿责任；(3) 告知义务存在二种例外：医疗特权和紧急情形。

我国《侵权责任法》尚未明确引入信息的“实质性”概念。其实“实质性”尽管是抽象的概念，但在判定时仍需考虑一些具体因素，比如，医疗风险发生的可能性、风险的严重性、治疗的性质、医疗干预的必要性、患者的信息需求程度、是否存在替代疗法等情形。<sup>76</sup> 这些因素在判定因果关系时同样需要考虑。有些考虑因素在医疗过错与因果关系的判定上是共享的。

至此，在违反患者知情同意权诉讼中，在医疗过错和因果关系判定中，“医生是否违反告知义务”、“医疗过错行为与损害结果之间是否存在因果关系”这样单一的问题要化解为法官对一系列具体因素的综合考察。这些具体因素包括：

1. “医疗风险”方面：(1) 被告医生是否知道或应当知道某一风险的存在；(2) 风险的性质；(3) 风险发生的可能性；(4) 风险发生的严重性。

2. “替代疗法”方面：(1) 所实施疗法的性质（可择期的、必要的、试验性的？）(2) 医生是否知道或应当知道存在替代疗法；或者说替代疗法的合理性、可用性和可及性；(3) 替代疗法的性质；(4) 替代疗法的风险与益处；(5) 不同替代疗法的风险与益处比较；(6) 医疗干预的必要性、合理性；(7) “不予治疗”的后果

3. “告知与被告知”方面：(1) 医生是否告知某一风险或替代疗法；(2) 对于某一风险或替代疗法，患者是否知晓。

4. “告知的例外”方面：(1) 是否存在“医疗特权”的运用；(2) 是否存在紧急情形。

5. “未告知信息与医疗决定间的关系”方面：(1) 未告知信息是否对患者的医疗决定具有实质性（重要性）影响；(2) 未告知信息是否对患者的医疗决定具有决定性影响；(3) 未告知的具有实质性（重要性）影响的信息，与其他信息一起，是否对患者的医疗决定具有决定性影响。

6. “损害”方面：(1) 患者遭受何种损害或者治疗后的不良后果；(2) 损害的原因。

7. “患者”方面：(1) 特定患者个体情形和因素；(2) 患者的信息需求程度，比如患者是否存在主动询问。

上述因素当然不需要全部劳驾医疗专家去做医疗损害鉴定。牵扯医学专业判断的，可以成为医疗损害鉴定的事项；通过一般人知识即可有效地完成判断的事项，应留给医疗专家外人员（包括法官）去完成。见表1。

<sup>76</sup> Xiju Zhao, *The Duty of Medical Practitioners and CAM/TCM Practitioners to Inform Competent Adult Patients about Alternatives*, Springer, 2012, p. 36~39.

表 1 医疗损害诉讼中需鉴定的内容和无须鉴定的内容

认定事项	需要医疗损害鉴定的内容	不需要医疗损害鉴定的内容
医疗过错	(1) 是否存在某一风险 (2) 风险的性质 (3) 风险发生的可能性 (4) 风险发生的严重性 (5) 所实施疗法的性质 (6) 是否存在替代疗法 (7) 替代疗法的性质 (8) 替代疗法的风险与益处 (9) 所实施疗法与替代疗法之间、不同替代疗法之间的风险与益处比较 (10) 医疗干预的必要性、合理性 (11) “不予治疗”的后果 (12) 是否存在“医疗特权”情形 (13) 是否存在紧急情形	(1) 医生是否告知某一风险或替代疗法 (2) 对于某一风险或替代疗法, 患者是否知晓 (3) 未告知信息(医疗风险或替代疗法)是否对患者的医疗决定具有实质性(重要性)影响 (4) 特定患者个体情形和因素 (5) 患者的信息需求程度
因果关系	(1) 风险发生的可能性 (2) 风险发生的严重性 (3) 所实施疗法与替代疗法之间、不同替代疗法之间的风险与益处比较 (4) 医疗干预的必要性、合理性 (5) 患者遭受损害的原因	(1) 未告知信息是否对患者的医疗决定具有决定性影响 (2) 未告知的具有实质性(重要性)影响的信息, 与其他信息一起, 是否对患者的医疗决定具有决定性影响 (3) 特定患者个体情形和因素 (4) 患者的信息需求程度 (5) 患者遭受何种损害, 或者, 治疗后的不良后果

“医生是否违反告知义务”、“医疗过错行为(医生未告知行为)与损害结果之间是否存在因果关系”是一个法律问题, 切记不宜让无法律背景的医疗人士去做判断。其实, “司法机构所提之问题并非医学上的判断而系法律上的评价”也是令医疗鉴定专家苦恼的事情。法官应尽到职责, 积极行使法律判断, 特别是在我国医疗鉴定组不包括医学专家以外人员的情况下。上述在知情同意案件中对医疗鉴定内容的具体分割鲜明地向人们昭示: “医生是否违反告知义务”、“医生未告知行为与损害结果之间是否存在因果关系”是一个最终是由法官判定的问题, 尽管这其中需要医疗专家就某些医疗专门性问题提供专业知识与专业判断。

我国法官对医疗鉴定存在一种过度依赖的现象。<sup>77</sup> 有一份调研表明, 由于绝大部分法官没有医学知识背景, 100% 的法官对医疗损害案件的审理依赖医疗损害鉴定意见, 高度依赖的比率为 71.93%, 中度依赖的比率为 28.07%。<sup>78</sup> 从台湾历史看, 在医疗纠纷中从高度仰赖专家意见到法院摆脱对鉴定机构的过度依赖似乎有一个过程。<sup>79</sup> 相较于诊疗案件, 在违反患者知情同意权诉讼中, “专业判断”领域与“一般人知识”领域的区分, “医学判断”领域的限缩和“普通人知识”领地的扩张, 给予了法官更多的话语权和自由裁量空间, 法官可以有更多的职业自信去行使自己的判断。

(收稿: 2015-01-10, 修回: 2015-02-02)

(责任编辑: 刘鑫)

<sup>77</sup> 参见赵西巨:《论我国立法和司法对法定外在标准的过度依赖: 以我国医疗损害责任鉴定与诉讼实践为例》,《证据科学》2012年第3期,第297~312页。

<sup>78</sup> 肖柳珍:《医疗损害鉴定一元化实证研究》《现代法学》2014年第4期,第177页。

<sup>79</sup> 杨秀仪:《台湾医疗纠纷之迷思与真相——十五年回顾与展望》《月旦民商法杂志》第45期(2014),第56~73页。