

医疗损害赔偿实务研究--兼议《医疗事故处理条例》之适用
PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_8C_BB_E7_96_97_E6_8D_9F_E5_c122_480536.htm [论文提要]医疗损害

赔偿纠纷愈来愈多，医患关系分析、医疗行为的范围、医疗损害民事责任的性质及其构成、证明责任的分配、医疗鉴定体制的改变等一系列相关问题成了司法实践和法学研究的焦点之一。《民法通则》和《医疗事故处理条例》在民事赔偿上存有冲突，应严格坚持过错归责原则。在过失认定上，以违法“医生集团平均人”的注意义务为过失，“医生集团平均人”的注意义务综合考虑医生水准、医学水准、医生的合理裁量、法律规定、医疗尝试、紧急情况等因素，分析在不同医疗阶段的不同注意义务。在因果关系上，采相当因果关系理论，严格限制《条例》在医疗损害赔偿中的适用。[关键词]：医疗损害赔偿、过失、相当因果关系 前言：医疗损害赔偿案件存在的问题

近几年来，我国因医疗损害而发生的民事纠纷愈来愈多。医患关系分析、医疗行为的范围、医疗损害民事责任的性质及其构成、证明责任的分配、医疗鉴定体制的改变等一系列相关问题成了司法实践和法学研究的焦点之一。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规则》）及《医疗事故处理条例》（以下简称《条例》）先后施行，《证据规则》第四条第八项规定：“因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害后果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”

，医疗机构承担过错责任，并且为过错推定。《条例》第二条规定：“本条例所称医疗事故，是指医疗机构及其医务人

员在医疗活动中，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，过失造成患者人身损害的事故。”，对医疗事故也采过错责任，但采违法即过错的认定方式；同时医疗事故范围限于人身损害，不及于财产损失。如无人身损害，即使医疗机构有过错，譬如过度检查、滥用药物、起先诊断错误或治疗错误而后改正等未造成患者人身损害，但造成天价医疗费，依《条例》规定不属于医疗事故，显然不符常理，也是医患矛盾严重对立的主要原因；再者，任何法律、法规、规章、规范以及常规均有滞后性，即所谓“计划赶不上变化”，另还有法律漏洞，当法律、法规、规章、规范以及常规滞后或出现漏洞，应规定而未规定，因未规定而不违法，不属医疗事故，有违诚信原则，也难以服众；最后，《条例》属于行政法规，其关于民事责任部分属于基本民事法律制度，依《立法法》规定，未经授权，国务院无权制定行政法规规定。即使授权制定，也不得与上位法的《民法通则》相冲突。《条例》规定属于医疗事故，按《条例》规定的项目、标准赔偿；不属于医疗事故，医疗机构不承担赔偿责任。《民法通则》及司法解释对人身损害赔偿的项目、标准有明文规定，属于上位法，《条例》属于下位法，两者存在相当大差距，存在冲突。按《立法法》规定，《条例》自不得适用。最高人民法院黄松有副院长在对几类民事案件提出的指导性意见中涉及医疗纠纷案件时说：“近年来医患纠纷比较突出，如何处理医患纠纷一直是社会关注的焦点。已于去年9月1日起施行的《医疗事故处理条例》是一部行政法规，人民法院在审理因医疗行为而发生的损害赔偿案件时，要正确理解上位法与下位法之间的关系，正确理

解医疗事故与医疗过错之间的关系，正确理解《医疗事故处理条例》第49条第2款关于‘不属于医疗事故的，医疗机构不承担责任’的规定。对于鉴定机构认为不构成医疗事故，但经审理能够认定医疗机构确实存在民事过错、符合民事侵权构成要件的，人民法院应当根据民法通则第106条第2款等法律关于过错责任的规定，确定医疗机构应当承担的民事责任，以保护患方的合法权益。”黄松有的讲话有助于我们正确理解医疗事故和过错的关系。法律和司法解释与行政法规所作的原则性规定存在冲突，导致审判实务中无所适从。因此，需要从医疗损害赔偿纠纷的基本问题出发，来把握审判实务工作。首先是医疗损害赔偿纠纷的归责原则，《证据规则》第四条第八项规定的是过错归责原则，《条例》规定也是过错归责原则，一般认为医疗损害赔偿纠纷适用过错归责原则，本文对此不再赘述。本文试图探讨理论上争议较大、实践意义较强的问题之一。由于在医疗损害赔偿纠纷中，医疗机构一般不存有故意，而为过失，故本文讨论限于医疗损害赔偿纠纷的过失认定和因果关系，兼议《条例》适用问题。

一、过失认定：违反医生集团平均人的注意义务 过错是现代侵权法中的中心概念，是与过错责任原则获得空前承认并成为侵权法中的主要归责原则不可分的。在过错责任原则之下，行为人之所以受到法律的否定性评价，承担法律上的不利益的根本原因是行为人具有过错，即一种法律上可得非难的心理状态，具有“人格过错”。随着过失责任的客观化趋势，对过失的判断各国多采客观化标准。医疗侵权仅限于过失的过错形式，从归责意义上说，过失的核心在于行为人违反了对他人的注意义务并造成对他人的损害，行为人对受害人

应负的注意义务的违反，是行为人负过失责任的依据。注意义务是过失的逻辑前提。医疗行为系以回复患者的健康、除去其身体上的伤害，或以矫正其身体的缺陷、残障为目的，利用药物、器材、手术或其它处理所从事的行为。为改变既存的状态，必须对相关的客体直接或间接施以影响力，所以，以回复健康、或改变身体状态使其回复完整或达到期望的状态为目的的医疗行为对于身体必带有侵入性。这是医疗行为的重要特征。如无医疗关系，则其行为势必构成侵权行为。反之，虽有医疗关系，但其履行有害者，则仍可能构成侵权行为。医疗机构的基本义务有两项：诊断、治疗。医疗行为是运用医学科学理论和技术对疾病作出诊断和治疗的高技术职业行为，要求从业者有严格的资格限制，经过严格的教育培训，医生被认为是专家，其从事的医疗活动是一种高度专门性的职业活动，医疗行为的专业性和技术性既包括可编撰的知识，也包括“只能意会，不可编撰的知识”。现代医学科学理论和技术的发展，使得医疗行为对相当的疾病的诊断和治疗变成确定，但同时迄今为止人类认识自身的领域仍然有限，医疗活动中的不确定性依然存在，即对一部分疾病的诊断和治疗仍不确定，甚至不能。因此，虽然医疗关系亦成立合同关系，但患者以疾病未治愈为由要求赔偿并非合理，即不能以结果为标准确定责任，而应以医生有无过失作为责任承担的基础。过失的认定，通说认为系对注意义务的违反。医疗行为，固以除去或预防人体的疾病为目的，但各种医疗行为，无论诊断或治疗，对人体组织都具有某种程度的侵害，因此结果回避注意义务是否违反，自然成为判断过失的主要依据。医生是专家，但每个医生的智力、理念、方法、

水准等并不相同，法律只能选择以医生集团平均注意水平作为医疗过失的注意水平。专业注意义务和专业注意程度--要求医生在专业技能上符合“医生集团平均人”水平，在注意程度上尽到“医生集团平均人”水平的审慎注意。即医师在进行医疗行为时，其学识、注意程度，技术以及态度均应符合具有一般医疗专业水准的医师于同一情况下所应遵循的标准。医疗行为内容高度专门化、技术化，要求医生具有高度的能力与专业技能，对于工作具备最低基准的能力的保证。通常特定医疗方法已被客观肯定，且被普遍化的接受，并达到期待可被一般执业医生所知悉和运用的程度，即应成为该医疗状况的平均水准。在确定医疗过失时，程啸认为，将医疗方义务划分为基本注意义务和高度注意义务两种。将基本注意义务分为一般义务和特别义务两大类型。一般义务分为：

- 1.在紧急情况下不得拒绝对患者进行诊断治疗的义务；
- 2.同意治疗患者后对患者进行正确诊断的义务；
- 3.依据诊断结论对患者适当治疗的义务；
- 4.未经患者同意不得任意终止治疗的义务；
- 5.为患者提供合格的药品、医护人员及医疗设备的义务；
- 6.为取得患者承诺而做的说明义务；
- 7.指导患者进行疗养的义务；
- 8.转诊或转院的说明义务。

特别义务，是无法按医疗过程加以划分的义务，主要有关于病人病历资料的妥善记录和保管义务；保守病人秘密的义务；掌握现今通常医学知识与技术的义务。将高度注意义务分为：

- 1.依据自身全部专业知识与技能对患者进行全力以赴的诊断治疗，该项依据个案患者对医疗者的高度信赖加以确定，与基本注意义务的区别在于对医疗者有更高更严格的要求；
- 2.掌握当前最先进的医学知识与技术的义务。

丘聪智认为，应考虑以下因素：

医生水准、医学水准、医生的合理裁量、法律规定、医疗尝试、紧急情况等。作者认为，过失判断过程是：首先判断当事人是否负有某种义务，这种义务可能是由法律明确加以规定的，也可能是当事人所约定的，甚至是法官在司法过程中发展出来的。然后与实际情况相比较，两者相符，当事人没有过失；两者不符，当事人存有过失。在医疗鉴定中，鉴定组织应做的是根据医疗资料，“医生集团平均人”应作出何种诊断：确诊、待确诊、不能确诊，根据诊断结果，“医生集团平均人”应如何治疗：确定治疗、尝试治疗、转院治疗等，这些义务可视为医疗合同义务。而后由法官将“医生集团平均人”的行为与医生的实际行为相比较，两者实质相符，则医生尽到“医生集团平均人”的注意义务，没有过失；两者实质不符，则医生未尽到“医生集团平均人”的注意义务，存有过失。在待确诊、不能确诊、尝试治疗、转院治疗的情况下，医生应当告知患者待确诊、不能确诊、尝试治疗、转院治疗的医学科学知识及判断的理由。即使在确诊和确定治疗的医疗行为中，手术和麻醉一般比较高的危险，医院实施手术时，应取得病人或其配偶、亲属或关系人的同意，签具手术同意书及麻醉同意书；在签具之前，医生应向其本人或配偶、亲属或关系人说明手术原因、手术成功率或可能发生的并发症及危险，在其同意下。始得为之。但如情况紧急除外。如医生未告知、取得同意，则医生为对“医生集团平均人”的注意义务的违反，存有过失。依上所述，医生未尽医疗上应尽的注意义务，其基本案例类型，有诊断错误、延误治疗、治疗不当、误用针剂、未作过敏试验、注射不当、消毒不良等，另医生违反说明或告知义务，亦应成立侵

权行为。二、因果关系：相当性原则 因果关系是哲学概念，原因和结果是唯物辩证法的一对基本范畴。这对范畴和因果关系反映的是事物、现象之间的相互联系、相互制约的普遍形式之一，引起某一现象产生的现象为原因，而被某一现象所引起的现象为结果。客观现象之间的引起和被引起的关系，就是事物的因果关系。医疗活动是非常复杂的过程，造成患者人身损害的因果关系既有一因一果的简单情形，也有一因多果、多因一果，甚至多因多果的复杂情形。按照侵权法理论，确定医疗事故损害赔偿的一般范围的标准为“违法行为与损害后果之间的因果关系”。因果关系是任何一种法律责任的构成要件。法律中的因果关系是指行为人的不法行为与损害事实之间的因果关系。不同法系的国家的民法就认定因果关系的标准存在差异。侵权行为法的因果关系是最困扰法官和学者的问题。王泽鉴先生主张将侵权行为法上的因果关系分为责任成立因果关系和责任范围因果关系，责任成立的因果关系和责任范围的因果关系均以相当因果关系为判断标准。相当因果关系是由“条件关系”及“相当性”构成，故在适用时应区别两个阶段：第一个阶段是审究其条件上的因果关系，如为肯定，再于第二阶段认定其条件的相当性。条件关系是采“若无，则不”（But for）的认定检验方式；相当因果关系旨在以条件的“相当性”来合理界限侵权责任的范围。相当因果关系学说创始人德国生理学家von Kries主张，事件与损害之间具有相当因果关系，必须符合二项要件：（1）该事件为损害发生的不可欠缺的条件；（2）该事件实质上增加损害发生的客观可能性。相当因果关系说的重点，在于注重行为人的不法行为介入社会的既存状态，并对现

实的危险程度有所增加或改变。换言之，在von Kries看来，极大地增加损害发生可能性的必要条件就是损害结果的原因，行为人应对由此而造成的损害结果承担侵权责任。因此，根据相当因果关系说，首先应判断结果发生之条件，是否为损害发生之不可欠缺的条件，亦即在认定确实具有事实上因果关系后，再判断相当因果关系存在与否。史尚宽先生说：“以行为时存在而可为条件之通常情事或特别情事中，于行为时吾人智识经验一般可得而知及为行为人所知情事为基础，而且其情事对于其结果为不可缺之条件，一般的有发生同种结果之可能者，其条件与结果为有相当因果关系。”在我国法学理论中，比较严格强调必然因果关系，并视其为正统的马克思主义法学观点，排斥相当因果关系理论。但在实务中，有时就采用相当因果关系理论，特别在责任范围因果关系中尤为特出。《条例》第四十九条规定：“医疗事故赔偿，应当考虑下列因素，确定具体赔偿数额：（一）医疗事故等级；（二）医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度；（三）医疗事故损害后果与患者原有疾病状况之间的关系。”，它在因果关系问题上即采相当因果关系理论。《条例》第四十九条规定的“确定医疗事故赔偿额”时应考虑的第二个因素“医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度”，指的就是医疗过失行为与医疗事故损害后果之间的法律因果关系。该项规定要求法官在判定医疗事故赔偿范围时必须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。显然，该项规定有相当因果关系理论的强有力支撑，有其合理性。的确，许多时候，患者的死亡并非完全因医疗机构或者医务人员的过失行为直接造成，死

亡后果的产生可能是多种原因力共同导致。国际卫生组织就曾将造成患者死亡的原因区分为直接死因、根本死因、辅助死因与诱因四种。且其中直接死因有时也可能不止一个，如果存在一个以上互不相连的损伤或疾病都对死亡的发生起到作用，即为联合死因。联合死因中还存在主要死因与次要死因。“国际卫生组织对造成死亡的多种原因的区分，实际上表明了患者的死亡并非全部是由于医疗机构及其医务人员的过失行为直接造成的，因此，我们不仅在考虑是否构成医疗事故时要考虑医方的过失行为与损害结果之间的事实因果关系，在确定医疗事故赔偿额时更应当将医疗机构或医务人员的过失行为与加害的行为人之外的其他因素对患者造成的人身损害加以区分，否则将会使医方承担不应承担的法律责任或者逃脱应有的法律责任。”所谓“医疗事故损害后果与患者原有疾病状况之间的关系”，实际上就是一个“损伤参与度”的问题。损伤参与度，是指在不法行为造成的损伤与受害人自身的疾病共同存在的情况下，出现暂时性或者永久性机体结构破坏或者功能障碍、死亡等后果的人身损伤事件中，与人身损伤事件相关的损伤或者损伤所导致的并发症、继发性在现存后果中的介入程度，即原因力的大小。其中，相关损伤是指人身损伤事件所造成的损伤及其并发症、继发性。现存后果则是指可能与人身损伤事件相关的结构或者功能障碍及死亡的后果。受害人自身疾病是指受害人在损伤事件发生之前已经存在的与本次损伤事件没有关系的疾病及其并发症。其实质并非是对“人身伤害的侵权行为与损伤后果之间的因果关系问题”的判定，而是解决医疗事故赔偿时赔偿额的算定问题。举例而言，患者罹患疾病，纵使经医

院及时适当治疗，患者存活的可能性为50%，则患者经医院及时适当治疗，仍然死亡，医院自无须赔偿。在医院因过失治疗，降低患者存活率，譬如医院过失为20%，患者存活率降低为40%。在致患者疾病继续恶化而使患者死亡时，该疾病固为损害结果发生的一项原因，但医院的过失行为使疾病继续恶化，亦为损害的原因，因而在评价被害人损失的价值时，疾病本身应为既存条件，因既存条件业已减低医生所侵害之利益的价值，医院的治疗行为已非全部损害的原因。医院的责任范围，应与其行为导致既存条件继续发展、恶化或加速损害发生的程度相当，而加以斟酌。侵害人剥夺被害人之存活机会后，导致存活机会丧失，最终引起死亡的结果。该存活机会丧失，如同被害人之死亡，系属被害人的损失，自属无疑。侵害人造成的损害，非指最终的损失（如死亡、截肢），而是指丧失的存活或治愈机会。侵害人对于被害人丧失的机会应予以赔偿。至于损害赔偿数额，则依据减低治愈机会的比例计算，按总损失乘以50%（原有状况）乘以20%（责任程度）来计算，至为合理，应属无疑。

三、《条例》的适用：限于行政活动《条例》是一部行政法规，除明确了患者在接受医疗服务中所应当享有的一些权利外，其立法思路仍然是以预防和减少医疗事故的发生为主线，围绕医疗事故的预防、医疗事故发生后的处置、卫生行政部门的介入、医疗事故技术鉴定机构参与等主题加以规范。也就是说，《条例》只是对通过行政途径解决医疗事故的有关问题作出规定。从《条例》第一条及其他相关条文中也可以看出，《条例》不是贯彻执行《民法通则》等民事法律的特别法。众所周知，我国宪法在规定代表机关即全国人大及其常委会行使

国家立法权的同时，也赋予了国务院行政法规制定权。一般认为，国务院在宪法规定的职权范围内，不仅有权就现存法律的执行制定行政法规，而且有权就法律尚未规定的或只作出一般规定的、法律事项以外的事项，自行制定行政法规，国务院如果要就法律事项制定行政法规，则必须得到人大的特别授权。《条例》中关于医疗事故赔偿的规定，国务院没有获得全国人大的授权，所以不能说它是授权立法；因为它创设了新的权利义务规范，所以也不能说它是执行性的职权立法。因此它是创设性的自主立法。根据我国立法法第八条关于立法权限分配的规定，除了“民事基本制度”等该条列举的事项是“只能制定法律”的事项外，必须由全国人大及其常委会“制定法律的其他事项”也属于“只能制定法律”的事项被认为包括宪法或其他法律规定的应当制定法律的事项和其他应当由人大制定法律的事项。就医疗事故赔偿制度而言，不属民事基本制度，但可以被视为民事个别制度。民事个别制度仅仅是相对于民事基本制度而言的概念，并不意味着它所涉及的事项不是重要事项，并不意味着它不是重要的制度。医疗事故赔偿制度是具有特殊重要性的民事个别制度，它不仅将规定特定范围的民事权利的具体内容，而且将对医疗事故受害人在现行法律上享有的实体权利作出某种变更；因为它将与每一位患者的切身利益有关，它将关系到患者最重要的权益即生命健康权益在受到医疗侵权损害时的法律救济的程度；因为它将涉及到多方面的复杂的利益关系的调整，必将引起社会的广泛关注和争议。对如此重要的民事个别制度，应该将医疗事故赔偿制度理解为立法法所规定的必须制定法律的其他事项之一。同时《民法通则》和《条例》的关系是法律和行政法

规的关系，是上位法和下位法的关系，但不是一般法和特别法的关系。依《立法法》第八十三条规定：“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”，一般法和特别法是解决同一制定机关制定规范之间的冲突的原则。由于《民法通则》和《条例》制定的机关不同，自然不属于一般法和特别法的关系。最高人民法院黄松有副院长在对几类民事案件提出的指导性意见中涉及医疗纠纷案件时说：“近年来医患纠纷比较突出，如何处理医患纠纷一直是社会关注的焦点。已于去年9月1日起施行的《医疗事故处理条例》是一部行政法规，人民法院在审理因医疗行为而发生的损害赔偿案件时，要正确理解上位法与下位法之间的关系，正确理解医疗事故与医疗过错之间的关系，正确理解《医疗事故处理条例》第49条第2款关于‘不属于医疗事故的，医疗机构不承担责任’的规定。对于鉴定机构认为不构成医疗事故，但经审理能够认定医疗机构确实存在民事过错、符合民事侵权构成要件的，人民法院应当根据民法通则第106条第2款等法律关于过错责任的规定，确定医疗机构应当承担的民事责任，以保护患方的合法权益。”黄松有明确提出要正确理解上位法与下位法之间的关系（但他可能不便讲《条例》中有关民事赔偿的部分不得适用）。根据《立法法》第七十九条法律的效力高于行政法规的规定，《民法通则》的效力高于《条例》的效力，应适用《民法通则》。《条例》规定医疗事故鉴定由医学会组织鉴定，就诉讼角度而言，是专家证言，属于鉴定结论，是民事诉讼证据之一。因而，它属于案件的事

实范畴，而不是法律范畴。医疗事故鉴定是事实范畴，法官就应当对其有审查权，对鉴定结论的真实性、准确性进行审查。现在，医疗机构常常以是否成立医疗事故作为医疗机构有无过失（过错）的原因。属于医疗事故，医疗机构有过失；不属于医疗事故，医疗机构没有过失。而原本应该确定医疗机构存有过失后才能确定是否属于医疗事故，在医疗损害赔偿纠纷中就倒果为因了。因而，考虑到《民法通则》对民事损害赔偿制度已有原则规定以及《立法法》的实施，作者认为，《条例》不是人民法院审理医疗损害赔偿案件所必须适用的法律规范，只是一部应当参照的法律规范。《条例》关于医疗行政管理活动的部分，对于医疗行政管理活动自然有效；《条例》关于医疗损害赔偿的部分，如法律、司法解释没有规定，可以参照。譬如《条例》关于医疗事故赔偿应当考虑的因素，采相当因果关系理论，可以为法院参照。

结束语 通过上述分析，医疗损害赔偿应严格坚持过错归责原则。在过失认定上，以违法“医生集团平均人”的注意义务为过失，“医生集团平均人”的注意义务综合考虑医生水准、医学水准、医生的合理裁量、法律规定、医疗尝试、紧急情况等因素，分析在不同医疗阶段的不同注意义务。在因果关系上，采相当因果关系理论，严格限制《条例》在医疗损害赔偿中的适用。

参考书目 1.黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社2004年出版。 2.丘聪智：《民法研究》（一），中国人民大学出版社2002年出版。 3.王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），中国政法大学出版社2001年出版。 4.史尚宽：《债法各论》，台湾荣泰印书馆1978年出版。 5.杨立新：《侵权法论》（上册），吉林人民出版社2001

年出版。 6.何颂跃：《医疗纠纷与损害赔偿新解释》，人民法院出版社2002年出版。 7.关淑芳：《医疗过错的认定》，《司法制度和诉讼制度》2002年第4期。 8.程啸：《论医疗损害民事纠纷中医疗方的义务》，梁慧星主编《民商法论丛》第21卷，法律出版社2002年出版。 9.聪富：《侵权法上的因果关系》，《台大法学论丛》第二十九卷第二期。 10.唐德华：《的理解与适用》，中国社会科学出版社2002年出版。（作者：戴伟民，浙江省安吉法院） 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com