

论医疗过失的判断标准 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_BA_E5_8C_BB_E7_96_97_E8_c122_484765.htm

【摘要】 本文首先分析了侵权法的过失的主观标准和客观标准，民法上过失判断标准客观化的立法趋势；接着分析了医疗行为的法律性质和法律特征，并探讨了医疗责任的法律基础和法律本质，医疗责任的法律基础是过失，法律本质是侵权责任；然后进一步探讨了医疗过失的判断标准问题，医疗过失的判断标准是客观标准，同一专业通常合理医护人员的注意义务是医疗过失的判断标准；最后具体探讨了医疗法规、医疗指导准则、医疗实践惯例、医疗水准等因素与医疗过失判断的关系。

【关键词】 医疗过失；注意义务；判断标准

引言 医疗侵权举证倒置制度实施以来，我国医疗纠纷不但没有减少，反而增多。这里面有原因很多，诸如医护人员的诊疗过失、患者法律意识的增强、举证制度等等。起初，笔者曾想就举证制度的合理性作出分析。对于医疗侵权的举证倒置制度，医疗界多认为不合理，法学界多认为合理。意见存在分歧。笔者认为举证制度本身不涉及医患关系的信任，举证倒置是医患双方举证能力不同而进行的举证义务分配的合理安排，除了有利于受害人利益的保护外，更多的是司法审理的客观需要。应当说，医疗纠纷司法审理实施举证责任倒置的制度具有相当的合理性，因为医疗机构本身是医疗证据的保存者和医疗行为的实施者，由医疗机构就不存在医疗因果关系和医疗过错举证是顺利成章的，也是极其便利的。另外，值得注意的是，举证责任首先解决的问题是由谁提供证据的问题，是举证

义务的问题。只有在举证义务方无法提供证据时，举证方才承担举证不能所带来的不利后果。而对于医疗机构来讲，由其提供证据，并不存在任何障碍。因此，笔者认为，对于是否有医疗过失的司法问题，我们更多应当关注的是医疗过失的判断标准。医疗过失的判断标准合理了，医疗机构因举证所致不利后果的不合理可能性就减少了，除非是医疗机构管理不善而丢失相应的证据。因此，本文主要就医疗过失的判断标准作一定的探讨。

一．过失的判断标准 大陆法系侵权法上的过失，指应注意能注意而不注意，即行为人得预见其行为的侵害结果而未为避免。此项注意义务，应以善良管理人的注意（抽象轻过失）为基准，其认定过程系将具体加害人的“现实行为”，衡诸善良管理人于同一情况的“当为行为”，若认定其有差距，即加害人的行为低于其注意标准时，即属有过失。（王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社2003年版，第211页。）普通法系的侵权法，过失是一种在特定的情况下未能履行合理的注意义务而导致不合理损害危险的行为。如果危险是可以被合理察觉的，行为人必须行使其合理的注意义务，从而避免危险的发生。因此，“可预见性”这个概念在有关过失的法律中发挥着至关重要的作用。在Doe诉Roe[267Cal.Rptr.564(Ct.App.1990)(SATL15)]一案中，被告在与原告发生性关系时知道自己患有疱疹。疱疹的无症状传染是可以被预见的，而被告未能采取预防措施或披露病情。被告的行为属于过失侵权。（文森特.R.约翰逊：《美国侵权法》中国人民大学出版社2004年版，第6页。）关于过失的判断标准，有主观过错说和客观过错说。主观过错说。主观过错说认为过错是由行为人内在的意志决定的，主观过错

表明行为人具有道德上应受非难性。所以，主观过错理论要以伦理学的正当和非正当行为的评价为基础，以道德评价为内容。尤其应该看到，主观过错说强调有过错的行为人对其造成的损害负责，才能督促人们正确的行为，承担对社会和他人的责任。（王利明：《民商法研究》（修订本）第3辑，法律出版社2001年版，第703页。）所以过错责任应惩罚的对象是有过错心理的行为人。主观过错说认为，故意和过失是行为人的基本过错方式，但在行为人实施侵权行为时，由于不同的行为人的内在的心理过程对其行为及其后果所持的态度各不一样，这就决定了过错程度是有区别的。考察过错，需要分析行为人对自己的行为或后果的理解、判断、控制、认识等方面的状况及能力，从意志的活动过程来确定过错程度，并决定行为人的责任和责任范围，如放任、严重疏忽、不注意等心理态度就表现为不同的过错程度。根据主观过错说，过错仅是一种心理状态，并不包括行为人的外部行为。在归责时，还应根据违法性要件确定行为人是否合法。和过错一样，行为人行为的违法性也是行为人应对所发生的损害赔偿负责的依据。以主观过错为归责要件并取代结果责任，是法律文明的表现和社会进步的标志。在19世纪的资本主义社会，主观过错说的运用对于保障资本自由竞争所要求的个人活动自由，促进商品交易的正常发展起到了重要作用。在我国，民法以主观过错为归责要件，对于发挥侵权行为法的教育和预防作用是十分必要的。但是，主观过错说的不足之处在于：一方面，对行为人的心理状态进行精确地检验，对于法官来说乃是一种负担，人的主观意志因受各种因素的影响，从而具有对其行为及其后果的不同认识和判断能力，

同时各个行为人在实施民事侵权行为时，由于受特定环境的影响，其认识能力也将发生变化，法官要对每一个行为人实施行为时的心理状态和意志过程作出准确判断是极为困难的。另一方面，主观过错说给受害人强加的过重的举证负担，使受害人的利益难以获得保护。因为如果是由于缺乏知识、记忆、观察、想象、预见、智力、判断、迅速的反应等产生的危险行为时，心理状态标准会给受害人带来过重的举证责任，受害人要证明行为人的主观状态，尚需要有心理学专家的证词。更何况，某个人因缺乏技术和能力而造成对他人损害，很难说他具有心理状态上的过错。同时，主观过错说不能解释团体的过错，尤其是法人的过错，人们只能指责法人有背于某种行为标准，而不能将其归结于心理状态的过错。现代社会团体的责任在不断在不断增加，因此心理状态说的适用范围也越来越狭窄。因此，由于上述原因，使主观过错说在适用中常常限制了行为人的责任，不能达到有效保护受害人的利益、使受害人所受的损害得以及时补救的目的。这与现代社会的发展要求扩大行为人的责任、及时填补不幸的受害人的损害的要求是不相符合的。（王利明：《民商法研究》（修订本）第3辑，法律出版社2001年版，第712页。）

客观过错说。客观过错说认为过错并非在于行为人的主观心理状态是否具备应受非难性，而在于其行为具有应受非难性。行为人的行为如果不符合某种行为标准即为过错。所以客观过错说是以某种行为标准来判定行为人有无过错。客观过错说又有违反义务说、行为标准说。普通法的过失概念采纳了“违反义务说”。普通法学者温菲尔德指出，普通法所称的过失，是指被告违反了某种法定的注意义务，并对他人造

成了损害。可见，温菲尔德所称的义务以“法定的注意”为内容。在Donoghue V. Stevenson一案中，法官阿特金认为，“人们有义务采取合理的措施避免在合理的预见范围内因其作为和不作为给他人造成的损害。此种义务应针对那些和我密切相关，并受我的行为直接影响的人。这种情况使我在打算从事有关的作为和不作为时，必须合理地考虑他们将会受到的影响。”此案成为普通法过失理论的基础渊源，形成著名的“阿特金公式”。同时，“违反义务说”也为许多大陆法系国家的立法和司法实践所采纳。德国民法规定违反以保护他人之目的之法规者，负损害赔偿义务（《德国民法典》第823条第2款）。值得注意的是，法国法积极注重运用“良家父”标准来衡量行为人的过失，并把过失作为违反了“良家父”应负的注意义务。（“良家父”是一个谨慎的、勤勉的人的别称。在古代罗马法，家父享有处理家族事务的全权，因而要求他具有比一般人更重的责任心。“良家父”的注意即为一个勤勉之人所应尽的注意，没有尽到此种注意即为过失。“良家父”标准对大陆法系国家所采取的认定过错标准影响很大，是过失判断客观过错说的罗马法渊源。）以违反注意义务的标准来认定行为人的过失。在交通事故、产品责任、医疗事故等领域运用得越越广泛。（王利明：《民商法研究》（修订本）第3辑，法律出版社2001年版，第725页。）其次是行为标准说。行为标准说，笔者认为是指注意义务的发展，即以某种标准化的注意义务来衡量行为人是否具有过失。“良家父”提供了一种行为标准，在大陆法系国家中，过错是指未能像一个良家父，即一个细心的、谨慎的、顾及他人的人在同样的外部环境下行为。适用“良家父”标准

最典型的国家是法国。按照法国法，“良家父”标准适用于任何人，不管是成年人还是未成年人，不管是智力健全的人还是心神丧失的人。过错应该抽象地说明，应该在通过与一个细心和谨慎的人的智力状态相比较中发现是否有过错。“良家父”标准适用弹性很大给了法官较大的自由裁量权。德国法也采纳了客观标准，以同职业、同年龄的人的行为来衡量行为人的行为。德国法的做法兼顾了行为人的职业、年龄的特点，使客观标准在衡量过错时更为合理和准确，但是德国法采纳的是一般人的标准，对于行为的个人特点是不考虑的。普通法则采取了“合理人”的标准。这个标准基本上与“良家父”标准相当。普通法学者霍姆斯指出：公共政策需要建立过失责任，但过失应以合理人的标准来判断。他认为“法律的标准是一般适用的标准。构成某特定行为内在性质的情绪、智能、教育等情状，层出不穷，因人而异，法律实难顾及。个人生活于社会，须有一定平均的行为，而在某种程度牺牲自己的特色，此对公益而言，诚属必要。某人生性急躁、笨手笨脚，常肇致意外而伤害邻人，在此情形，某天生的缺陷于天国审判中固然会被容忍，但此人就自己的行为对邻人而言，确会造成困扰，某邻人自得要求他人就自己的行为践行一定的标准，由社会众人所设立的法院应拒绝考虑加害者个人的误差。”（O.W.Holmes, *The Common Law*, pp107-110. 转引自王泽鉴：《侵权行为法》第一册，中国政法大学出版社2001年版，第15页。）对此，温菲尔德进一步指出，在适用合理人的标准时，必须了解合理人是否可以预见。因此，合理人标准包含一定的主观因素。比较各国的司法实践，可以看出，多数国家民法采取客观标准来判断行为人

的过失，即把行为人的行为与一个拟制的标准行为进行比较来确定行为人是否有过失。二．医疗过失的判断标准 探讨医疗过失的判断标准，有必要首先分析一下医疗行为的法律性质，医疗责任的法律本质等基本问题。（一）医疗行为的法律性质和法律特征 医疗行为是医患关系建立以后，医生根据患者的病情利用医疗知识的诊治行为，受到法律调整。医护人员的医疗行为如果未尽合理的注意义务造成患者人身不必要的伤害要承担损害赔偿等法律责任是各国法律的共识。医疗行为根据其法律性质可以分为合同医疗行为和无因管理医疗行为。一般情形下，医疗关系，大多数以医疗机构或者医护人员与患者之间存在的医疗服务关系为基础，即通过就诊、挂号、门诊或者住院的形式建立的医疗服务关系。这种医疗关系的学术上称为医疗合同关系或者说医疗契约关系。在医疗合同关系基础上的医疗行为，笔者称之为合同医疗行为。另有由医护人员或者医疗机构对患者进行事实上的医疗行为，例如在旅途中医护人员的医疗帮助行为，基于这种情形的医疗关系，学者称无因管理医疗关系。（关于医疗契约关系和无因管理医疗关系的学术分析，参见邱聪智：《民法研究（一）》，中国人民大学出版社2002年版，第297-298页。）在无因管理医疗关系基础上的医疗行为，笔者称之为无因管理医疗行为。以上两种医疗行为在法律性质上基本上概括了所有医疗行为。值得一提的是，医疗契约关系，依其内容之不同，约可区分为如下几种态样：一般医疗契约、健康检查契约、强制医疗契约、特殊医疗契约。其中基于特殊医疗合同的医疗行为，其医疗义务与其他医疗服务合同的医疗行为的医疗义务有较大的不同。特殊医疗合同的患者身体通常

并无身体疾患，但有其他医疗目的，例如美容整形、人工授精、变性手术等等。这种合同的特点在于医疗目的的特殊性并以实现目的为医疗的主要义务。（特殊医疗合同是以实现特定医疗目的为内容的。这是特殊医疗合同与其他医疗合同在法律性质上相区别的基础，学者认为特殊医疗合同以完成特定医疗目的为取得报酬的条件具有承揽合同的性质，而其他医疗合同以处理事务为特征是委托合同。参见邱聪智：《民法研究（一）》，中国人民大学出版社2002年版，第300页。）因此，基于特殊医疗合同的医疗义务是高于一般医疗服务合同的医疗义务的。本文讨论的重点是一般医疗行为，具体包括基于合同的医疗行为和基于无因管理的医疗行为。分析了医疗行为的法律性质之后，需要分析一下医疗行为所具有的法律特点。笔者认为，医疗行为最为突出的法律特征是人道性、法定性。所谓人道性，主要是由医生的天职所决定的。医生以人道主义为己任。根据世界医师协会拟定的《医生誓言》，医生尽最大努力和热情治疗伤病员，不带任何成见和偏见。无论环境如何恶劣，都要为病人提供我们的专业知识和技能。（高也陶等：《中美医疗纠纷法律法规及专业规范比较研究》，南京大学出版社，第235页。）因此，医疗行为从根本上来讲具有人道性。所谓法定性，第一，医疗行为的成立本身有一定的强制性，患者来医院就诊，除非认为不适宜在本院诊疗，作为医疗机构是不能拒绝诊疗。如果需要转院，医院仍必须作出一定的医疗措施使得符合转院的要求。这种强制性是国家法律的要求。第二，医疗行为的标准是客观的，医疗行为必须依照医疗法规、医疗规程和医疗常识诊治患者。这些标准具有法的属性，违反这些标准会产生一

定的法律后果。医疗行为的人道性和法定性，无论是合同医疗行为还是无因管理的医疗行为，均是具备的。（二）医疗责任的法律本质 无论是无因管理医疗行为还是合同医疗行为（不包括特殊合同下的医疗行为），作为医疗机构或者说医护人员的基本义务均是依照医疗法规、医疗规程、医疗常识并根据患者的具体病情为患者提供医疗帮助以期待患者的有效康复。值得指出的是，作为医疗目标，患者的有效康复并不是医疗机构或者医护人员的义务，医疗机构或者说医护人员不可能承诺疾病的痊愈。医疗机构或者医护人员能够承诺并且应当做到的是根据患者的具体病情，依照医疗法规、医疗规程、医疗常识为患者提供医疗帮助。义务是责任的基础。如果医疗机构或者医护人员未尽上述合理的医疗义务，那么其必然是要承担相应的损害赔偿等法律责任。根据前面阐述的过失的判断标准原理，当医疗机构或者说医护人员未尽合理的医疗义务应当是已经构成过失，无须考虑医护人员的主观心理状态，属于客观过失说的过失。因此，无论是基于无因管理医疗行为还是合同医疗行为（不包括特殊合同下的医疗行为），医疗民事责任的法律基础是过失，其法律本质是侵权责任。（三）医疗过失的判断标准的探讨 关于过失的判断标准，前面阐述了比较侵权法上多数国家采取客观标准来判断行为人的过失，即把行为人的行为与一个假设的标准的行为进行比较来确定行为人是否有过失。德国学者强调此为类型化的过失标准；英美法系以拟制的合理人（Reasonable man）作为判断模式。过失的客观化醇化了传统个人主义的过失责任，不再强调行为人道德的非难性，而着重于社会活动应有客观的规范准则。（王泽鉴：《侵权行为

法》第一册，中国政法大学出版社2001年版，第14-15页。）那么，医疗过失的判断标准采取主观标准还是客观标准，这需要从医疗行为的法律特征和医疗过失的法律本质说起。医疗行为人道性和法定性的法律特征决定了医疗过失拟采取客观标准。医疗行为的人道性决定了医疗行为不存在主观故意伤害患者的问题，要不然，也就不是医疗行为了，而是通过医疗的形式来故意伤害或者说故意杀人了，这不是本文讨论的重点。因此，医疗行为只存在医疗过失的问题，不存在医疗故意的问题。然而，医疗过失是否可以采取主观心理状态的分析来获取呢？答案显然是否定的。一方面，医护人员主观心理状态大部分不存在放任、严重疏忽、不注意等情形。如果这样，许多过失问题就不需要承担责任了。采取主观过失标准不利于受害人利益的保护。医疗行为的法定性本身了医疗行为的标准。作为医疗机构或者医护人员，其医疗行为须根据患者的具体病情依照医疗法规、医疗规程、医疗常识来进行诊治。如前所述，这些医疗法规、医疗规程、医疗常识具有法的属性。因此，医疗行为的法定性本身提供了医疗行为的标准。这些标准当然是医疗过失的判断标准。作为抽象的医疗过失的判断标准。医疗过失，法律本质上属于侵权过失，它与其他过失所不同之处在于其发生领域是医疗专业领域。医疗机构或者医护人员以从事医疗行为作为其业务。因此，在本质上，医疗过失是一种业务过失，也可以说是职业过失。学术上，通常以医生的正当技术水准及注意义务为判断标准。然而，医疗行为，经常受到各种内外因素的影响，医生的注意能力并非同一。也因此，作为医疗过失的判断标准的客观化甚为必要。笔者认为，医疗过失是指医疗机构

的医护人员未尽以医护人员一般所具有的智慧 and 认识能力的专业注意义务，即应能注意而未尽注意。例如手术时将纱布遗留在病人体内，显然是未能尽一般作为医师所应具备的注意义务。在司法实践中，医疗过失的判断问题，是一个复杂的法律问题。侵权法上，对过失采取的是“合理人注意义务”标准，即按照合理人应尽的注意义务去确定有无过失。判断医疗过失的问题的就是医护人员在实施具体诊疗行为时是否履行其应尽的注意义务，亦即是否采取了适当的医疗措施。医护人员承担救死扶伤的职责，其承担的是作为专业人士的善良管理人的注意义务。医护人员的注意义务一般表现为医疗法规、医疗规程所规定的具体诊疗医疗行为的操作规定以及医疗界的医疗常识。

1. 普通法医疗过失的判断标准

普通法系多以注意义务来确立过失的判断标准，医疗过失也不例外。英国法认为构成医疗过失包括注意义务的存在和注意义务的违背两个方面。

(1) 医护人员的注意义务的存在。

英国法认为起诉者主张医疗过失的必要前提是医护人员对其存在注意义务。而检验医疗注意义务是否存在的办法则是通过“一般标准”(universal test)来判断。(“一般标准”确立于 *Marc Rich v Bishop Rock Marine*(1995)。) 具体来说构成医疗注意义务必须具体三个要素：可预见性、近因性和合理性。通常确立医生对于病人的注意义务是不难的。但是也存在难以判断的时候。医疗注意义务是否存在的问题在我国相当于医疗关系是否存在。但是医疗注意义务的存在性的判断在英国更具有从实质意义上去分析的倾向。在 *Kent v Griffiths* 和伦敦急救服务中心 (2000) 一案中确立了接到急救电话即存在注意义务的规则。事情是这样的，原告是一个孕妇发生了哮喘

喘，于是她叫了她的医生，医生抵达后检查了身体并立即拨打999叫救护车。救护车整整化了四十分钟才到。由于延误，原告发生呼吸困难还导致流产。原告以医疗过失起诉医生和伦敦急救服务中心。急救服务中心辩称对急救电话的回应不构成法律义务，只有过失的医疗行为导致原告病情恶化时才负责。上诉法院则认为急救服务是国民健康服务的重要组成部分，急救服务应当被视为与医院提供的医疗服务相当。一旦急救电话被接受，医疗注意义务就产生。不存在急救车在不在的问题的观点为法院所接受。在Kapfunde诉Abbey National plc(1998)一案中，被告把原告的职位申请表交给其作为独立顾问的医生让其提出意见。这位医生根据申请表上原告陈述其曾因镰刀细胞贫血而离职，于是向被告提出了申请人不适合工作岗位的意见。被告拒绝录用原告。原告以医疗过失起诉这位医生。上诉法院认为即使因医生的疏失导致原告财产损失是可预见的，原告和医生之间也不存在直接的医生-病人关系。与此医生不存在对原告的医疗注意义务。医生无须负责。该案又体现了医疗注意义务是否存在的判断具有高度的抽象性，可以说是一种以医疗服务为目的的社会关系的存在为前提的。在N诉Agrawal(1999)一案中，作为被告的医生检查了原告的身体，原告是一起涉嫌抢劫案的受害者，最后没有没有能作为证人出庭。原告认为被告对其确保出庭有注意义务，庭审失利，原告遭受精神创伤。上诉法院则认为，医生为病人做身体检查并不负责病人精神福利，在这一点上不存在医生-病人关系。医生的注意义务仅仅在于勿使原告的病情恶化。因此，缺乏构成医疗过失的充分的近因。

(2) 关于“伯勒姆标准”(Bolam test)构成医疗过失的第

二个方面就是医护人员对于其医疗注意义务的违背。这个问题的关键在于如何才算是违背？其判断的标准是什么？在侵权法上，考虑侵权过失的通常标准是以一个“普通合理人”的客观标准来衡量的。但是对于在特定的专业领域，普通合理人就不再成立了。或许是“合理的普通医护人员”的标准。为此，英国法有所谓“伯勒姆标准”（Bolam test）。

在Bolam诉Friern HMC(1957)一案中，原告罹患精神疾病并接受电刺激治疗。那时接受电刺激治疗的病人需要给予放松药物或者身体限制，也有两者均无的。原告没有给予放松药物或者身体限制，结果他的髌部受伤。法院认为医生的行为符合“负责任医护人员”的标准，医生没有医疗过失，不对其髌部受伤负责。可见，作为医生无须达到“最好医生”的标准，仅仅需要符合某个领域平均的有能力的医生的要求即可。一个内科医生是以一个有能力的内科医生的标准的衡量，而不是期待其达到专家级外科医生的标准。

2. 大陆法系的医疗过失的判断标准

大陆法系国家多以“医疗水准”表述医疗过失的衡量标准。“医疗水准”，是指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。以“医疗水准”作为判断医疗纠纷医院过错的标准，是日本学说及审判实务上的共同见解。东京高等裁判所1988年3月11日曾有判决论及：“依《日本医师法》第1条之规定，医师由于其职司医疗及保健指导，对于公共卫生之促进寄予作用，从而达到确保国民健康生活之目的。因此，当其在诊察、指令之时，自应被要求参照其业务性质，履行基于防止危险上，以实验为必要之最完善之注意义务。而注意义务之基准即为诊疗

时所谓临床医学实践上之‘医疗水准’，亦即，医师应本着该水准，履行其最完善之义务。因此，医师在从事治疗时，怠于履行依该水准所应尽之注意义务，从而致他人身体或健康于损害者，即应被认定为有过失，自应依民法第709条之规定，对于被害人所受之损害负赔偿责任。”在法国法中，则将“违反注意义务”理论运用到了医疗纠纷的司法实践中。在法国一个医疗事故判例中，医生以自己的经验和技能欠缺作为抗辩，法院认为“该行为人不充分考虑自己之经验及能力，而轻率地进行如此困难的医疗行为，即应认为已违反了注意义务。”在台湾地区，其在医疗过失的判断标准上有以采取专科医生的注意程度，即以社会当时专科医生所应具备的一般医学知识为判断有无医疗过失的标准。综上所述，概括医疗过失的判断标准，笔者认为应当以同一专业通常合理医护人员的注意义务作为衡量的准绳。然而，在具体分析同一专业合理注意义务时需要考虑诸如：医疗法规、医疗指导准则、医疗常规、当今医疗水准、医疗进展、医疗尝试、患者个体特殊情况等等因素。

三．与判断医疗过失相关的诸多因素

1．医疗法律法规 各国一般均有于医疗保健方面的法律法规。例如我国的《医师法》、《医疗事故处理条例》等。其中《医师法》规定，医生不得拒绝应诊、须及时记录诊疗过程的注意义务。英国也有类似的法律，如《国家健康服务法》。[英国的一部卫生法案，全称是National Health Service Acts (1977)] 该法确立了许多法定义务。其中有规定卫生大臣负有提供综合性健康服务的义务。然而如果卫生大臣已经竭尽全力履行这些义务，但是还是没有成功（R v Central Birmingham HA ex p Collier）。现在的问题是法定义

务无法实现，卫生大臣是否必定构成医疗过失。在另一案Re HIV Haemophiliac Litigation(1990)中，血友病患者接受了受污染的因子，结果感染了艾滋病病毒。患者指控存在违法行为。法院认为这里并不存在违反法定义务，不构成医疗过失。医疗过失不成立的原因在于缺少近因要素。所以，考虑医疗法律法规与医疗过失的关系时，不是说所有法律上的义务都是医疗机构的医疗义务，有些义务是行政义务、有些则是原则性义务。

2. 医疗指导准则。医疗指导准则是医疗行业制定的具有重要指导意义的医疗诊治规范。各个专业医学学术团体所提出的专业指导准则，例如中华医学会各专业委员会、中国抗癌协会等制定的各疾病的诊疗方案。医疗指导准则对于确定医护人员的医疗注意义务有一定的参考价值。

3. 医疗实践的惯例与医疗水准 医疗界普遍接受的医疗实践做法通常是一个成功的抗辩。但是首先是确定是否存在这样的惯例。在Roe诉Minister of Health(1954)一案中，1947年Roe在医院动手术，手术采用一种脊髓麻醉。麻醉剂是安瓿制剂，安瓿又放置于石炭酸消毒液。（安瓿是由玻璃制成的供保存药剂的小瓶。）但是由于安瓿本身的微裂缝导致石炭酸污染麻醉剂。Roe发生了腰部以下瘫痪。上诉法院认为被告已经遵循医疗惯例，没有人能够预见这样的风险，因此，他们没有过失。丹宁勋爵也指出：“我们不能以1954年的看法来衡量1947的医疗事件。”在这个医疗事件之后，医院改变了麻醉剂存放的办法。丹宁勋爵指出1951年一本主流医学教科书已经提出警告麻醉剂无色液体保存会使得安瓿裂缝难以发现，并进而导致永久瘫痪。他进一步指出：“就现在而已，如果不认识到这种危险就会构成医疗过失，但是那时就不是了

。”这个案例实际上也说明了医疗水准与医疗过失的关系。从医疗水准论及医师是否有过失时，应当以医疗时的医学水准为判断标准。后来的医学水平的提高，不能作为判断医疗过失的根据。

4. 医护人员水准 医护人员水准与医疗过失的关系，学术的观点是区分全科医师和专科医师。全科医师与专科医师的注意义务是不同的；另外不同的专科，专科医师的注意义务也是不同的。还有，全科医师在接诊需要专科医师诊治的患者时，应有义务劝告患者去专科诊治的注意义务，除非遇到紧急情况或者患者的明确要求。另外，关于医护人员水准的确定，应当以当时全科或者该专科的社会一般医学知识作为判断医疗过失的标准。

5. 医学进展 理所当然，所有医护人员应当跟踪其专业领域的主要进展。例如，一位肿瘤治疗专家应当知道最新的重要新的治疗手段。然而，法院认为法律并不期待医护人员了解每一个新的进展。在Crawford诉Charing Cross Hospital(1953)一案中原告因为在手术过程中手臂位置与身体成直角造成瘫痪。而这之前的六个月在Lancet有文章指出这存在危险。法院认为要求医生阅读医学出版物的每一篇文章是不可能的。麻醉医生没有读到这一篇文章并不构成医疗过失。在当今社会，医学文献数量之巨大以及互联网时代的来临更使得人们跟踪其领域所有最新进展成为不可能。Mason和MacCall-Smith指出一个医生跟踪人类长期经验总结已经不再可能。（Law and Medical Ethics, 5th edn, 1999, Butterworths.）

6. 不同的医学观点问题 在医学领域存在不同的观点完全是正常的。如果医生坚持了少数观点的做法，是不是就是医疗过失呢？在Maynard诉West Midlands RHA(1985)一案中，医生认为病人初步诊断结核，但是症状

显示有可能是何杰金氏病，该病不及时治疗会致命。于是医生不等结核的测试报告出来马上进行了探索性的手术以明确病人是否存在何杰金氏病，但手术结果还是显示是结核。手术尽管进行顺利没有疏失，但是损伤了一根神经。病人起诉声称手术没有必要，进行手术是医疗过失。正如一个专业团体完全同意医生的医疗行为，上议院认为这不是医疗过失。

Scarman爵士引用了President Clyde在Hunter诉Hanley(1955)的判词：“在疾病的诊断和治疗领域，存在着观点差异的很大空间。一名医生仅仅由于其看法不同于其他专业人士的看法绝对不是过失。判断一个医生在诊疗方面存在过失的真正标准是他是否存在这样一种失败，这种失败没有一个具有一般技术的医生以一般的注意会发生。”而在Bolitho诉City和Hackey HA(1992)一案中上诉法院的法官Dillon爵士指出，如果法院认为医学专业团体的观点属于‘Wednesbury不合理性’，即没有一个理性医生能支持的观点，那么法院将拒绝这个医学专业团体的看法。

7. 新的治疗方法与医疗尝试
法律允许医护人员尝试新的医疗措施和新的药物，否则医学进步会止步。在认定某个新的医疗方法是否存在过失时，法院一定会考虑这几个方面：是不是现有的治疗方法已经失败；如果不尝试新的医疗方法将导致的后果是什么；以及尝试新的医疗方法的风险。在Clark诉Maclennan(1983)一案中，原告在生下一个小孩后不能再生育，通常的医疗方法均以失败告终。妇产科医生于是尝试了一种新的医疗方法但带给了原告永久不育。这种新的方法通常要在小孩出生后三个月才能实施。但本案医生并没有等待这段时间的过去。这背离了一般的医疗做法，法院认定存在医疗过失。

8. 误诊
由于许多疾

病具有相同的症状，有时候疾病诊断上的错误本身并非一定是医疗过失，例如上述的Maynard诉West Midlands RHA(1985)案。但是，误诊可以构成医疗过失。评价医生医疗行为的标准是伯勒姆标准（Bolam test）即一个有能力医生在相似情形下将如何做，具体包括查阅病历记录、询问病人、身体检查，以及必要时做各种化验或者X线检查。在Wood诉Thurston(1951)一案中病人由他的朋友带到医院，当时病人处于沉醉状态，他的朋友告诉医生病人发现在移动的装卸车底下。医生检查了他的身体并处理了脸部的创伤后让病人坐出租车回了家。几个小时后，病人死亡。事后发现病人的多数肋骨和锁骨骨折，且肺部阻塞。医生抗辩病人就诊时的沉醉状态影响了病人的疼痛反应，他应该没有责任。法院认定医生有医疗过失，因为该疾病容易诊断只需要听诊即可。在Langley诉Campbell(1975)，内科医生没有诊断出刚刚去过非洲的病人罹患疟疾，法院认定有医疗过失。

9. 病人的特殊信息

如果医生了解病人的一些特别情况诸如特别年轻、特别年老、过敏体质、暴力倾向等等，则医生对于病人的注意义务随之提高。在Selfe诉Ilford和District HMC（1970）一案中，一个17岁的男孩过量服药后被紧急送到医院。小孩和其他27个病人被置于一个病房的地板上，在场还有三位护士。一个护士进了卫生间，一个护士去砌茶，第三个被一个病人呼唤。结果小孩翻出窗外，爬到屋顶，跳楼导致瘫痪。原告方认为医院存在过失，医院明知病人有自杀倾向，医院没有提供足够的监管。法院支持原告方的观点认为医院因当时没有提供监管而存在医疗过失。而在另外一个案例中，有精神障碍的病人去了医院的卫生间，吃了洁厕剂而死亡。医院被认定

不存在医疗过失。 10 . 病人的身体特征 如果病人身体有特殊情况使得治疗变得困难复杂，这在认定医疗过失时应当考虑进去。在William诉North Liverpool HMC(1959)一案中，被告静脉注射外溢导致注射口脓肿。病人过度肥胖使得难以找到静脉的抗辩得到支持，被告无医疗过失。 11 . 医护人员沟通问题。 医疗行为需要团队合作，这就有赖于医护人员之间信息沟通。这在病人转院时尤其如此。在Coles诉Reading HMC(1963)，原告在工作时手指压伤。在一家小诊所以清创处理后，医生告诉他去绿婷医院做进一步处理。然而，病人径直回了家。一段时间后，伤口感染，最后病人死于败血症。诊所医嘱病人到绿婷医院做进一步处理，诊所应当告诉他立即去，法院认为诊所存在医疗过失。这个过失的深层原因在于医疗单位之间、医护人员之间的信息沟通的失败。 12 . 新上岗医生 医生刚刚上岗不能成为医生医疗过失的抗辩。在伯勒姆标准下，法律采用的是客观标准，医生必须达到一个具有能力和经验的医生的标准。在Wilshire诉Essex AHA(1987)一案中，法官Mustill爵士指出医生注意义务的标准取决于该医生所从事的岗位，而不是该医生在医院医生级别体系中的位置。在特别婴儿室的医生需要达到在这个区域有经验医生的水平。这种标准似乎严厉，但是可以通过医疗主管获得或者年轻经验欠缺的医生通过求教取得。 13 . 医疗设施欠缺问题 如果医院被指控过失，医院声称医疗设施的不足导致医疗注意能力的下降，医院可以不负责吗？国家卫生服务的投入现状是存在不足，医护人员、病床、医疗设施不足普遍存在。但是，医院以此作为医疗过失的抗辩上不能成立的，因为如果某项医疗服务可以提供，该项医疗服务就必

须达到伯勒姆标准。如果不能达到这样的标准，就不能提供该项医疗服务。例如，如果医院在急救领域不能达到伯勒姆标准，医院就不应当提供该项服务。这一点在Bull诉Devon AHA(1993)一案中得到充分说明。该案原告系双胞胎孕妇。在接产第二个小孩时因为医疗设备两边要用，医生在该院医疗系统的背景下又不能及时到场，医生的延误一个小时到场。由于延误，第二个小孩脑子损伤。法院指出如果提供产科服务，一个合理的服务系统应当到位。在医疗实践中，面临医疗资源或医护人员短缺的医院会关闭一个病房来撤出一些设施。如果医院不能提供接产服务，不如关闭这项服务更好。

14. 医护人员自由裁量 医疗行为具有高度的专门知识及技术，而且医疗过程中，常须经过尝试错误的阶段，并因时间的经过而有变化，这就是医护人员自由裁量的问题。在医护人员的自由裁量范围内，应无过失而言的。但是，其基于裁量范围所采取的医疗行为，尤其是医师个人的独特惯例时，其方法，应以不违反医学常识，且是医疗界公认的合理方法。如果不是医疗界公认的合理方法，而造成患者损害，则应推定医护人员有医疗过失。

15. 医疗水准的地区差异问题 不同的国家、一个国家内部不同的地区，医疗水准是存在差异的。尤其是我国这样的大国，强求医护人员具有相同程度的注意义务是不合理的。对此，美国早期是承认地域差异的，但是随着医疗水准全国的普遍化，地域差异渐渐不再考虑。笔者认为，在可能的范围内，医护人员应有使患者向医疗水准较高地区的医院就医的注意义务。所以，从发展趋势来看，医护人员不得以医疗水准的地区差异作为医疗过失的抗辩。

【注释】作者为浙江工商大学法学院，研究方向：公司法

、医事法。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