

# 《侵权责任法》医疗损害责任归责原则体系评析

杨芳<sup>1</sup>,张昕<sup>2</sup>,查曼<sup>1</sup>

(1.安徽医科大学人文学院,安徽 合肥 230032;2.合肥师范学院经济与管理学院,安徽 合肥 230061)

**摘要:**《侵权责任法》第七章“医疗损害责任”立足司法实践,借鉴域外经验,创设了一般归责原则与特殊归责原则相结合的归责原则体系,有利于依法平衡医患利益与妥善解决医患纷争。这一体系的设计也存在一些问题,造成各种归责原则之间逻辑不清,界限不明,影响《侵权责任法》的准确理解与正确适用。建议有关部门尽快制定相关司法解释,为准确适用法律提供参考。

**关键词:**侵权责任法;医疗损害责任;归责原则

**中图分类号:** DF526

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1671-0479(2012)03-198-004

归责原则是侵权责任法的核心,决定侵权责任的构成、证明责任的分配、免责事由等关键问题的厘定。《侵权责任法》第七章“医疗损害责任”结合我国现实国情,借鉴国外相关经验,确立了原则上适用过错归责原则,特殊情况下适用过错推定或无过错归责原则的归责原则体系,对依法平衡医患利益与妥善解决医患纷争提供了坚实的法律依据,但是这一体系在规范设计和语言表达等方面也存在一些问题,缺乏应有的逻辑性和严谨性,造成各归责原则之间界限不清,影响《侵权责任法》的准确解释和正确适用。

## 一、《侵权责任法》改革医疗损害 归责原则制度的现实动因

医疗损害责任是医疗机构及其医务人员在医疗活动中因过失造成患者人身损害的民事赔偿责任。《侵权责任法》颁布以前,医疗损害责任归责原则的确定主要依据《民法通则》、《医疗事故处理条例》、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》、《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》和《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》等法律、法规和司法解释。

《民法通则》采用过错归责原则、过错推定原则、无过错责任原则和公平责任原则三元并立的归责原则体系。以此为基础,《民法通则》将侵权责任分为一般侵权和特殊侵权,前者以一般条款方式适用过错责

任原则,后者采取特别规定的方式分别适用过错推定原则或无过错责任原则,规定了国家机关及其工作人员职务侵权、产品侵权、高度危险作业侵权、环境污染侵权、地下工作物侵权、建筑物等地上物侵权以及动物侵权等特殊侵权类型。《民法通则》虽然未对医疗损害责任作出专门规定,但是根据上述原则,人民法院审理医疗侵权纠纷,是将其归属于一般侵权行为,适用过错责任原则。2002年4月1日实施的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第4条第1款第8项对医疗侵权诉讼举证责任作出重新分配,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结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。至此,人民法院审理医疗侵权诉讼一概采用过错推定形式,由法官根据损害事实直接推定医疗机构有过错以及医疗行为与损害结果之间存在因果关系,医疗机构必须同时证明医疗行为与损害结果之间不存在因果关系以及不存在过错,否则将承担败诉风险。

实行过错推定归责原则一元制的初衷是缓和患方的举证责任。在医疗服务中,医患双方信息不对称,患者既不熟悉医学专业知识,也不懂得诊疗规范,难以掌控病案资料,在举证问题上处于劣势,常因举证不力而败诉。而医疗机构实施和掌握着检查、化验、病程过程,是控制证据源和距离证据最近的一方,由医疗机构承担举证责任,既符合民法的公平和

**基金项目:**安徽医科大学博士基金项目(XJ200811)和安徽省教育厅人文社科项目(2008sk473)。

**收稿日期:**2012-03-12

**作者简介:**杨芳(1971-),安徽宿州人,博士,硕士生导师,研究方向为民法学。Email: yangfang9966@126.com.

诚实信用原则,也符合举证责任分配的实质标准<sup>[1]</sup>。过错推定在保护患方的诉讼利益、平衡医患双方的举证责任等方面确实起到积极的效果,但是双重推定制度也加重了医疗机构的举证责任,为了规避法律风险,医疗机构及其医务人员经常采取过度检查或防御性医疗,最终损害了患者利益,并且加剧医患冲突,影响社会和谐。因此,近年来要求改革医疗损害归责原则的呼声不断升温。

但是,学界对我国侵权责任的归责原则素有争议,大致有:过错责任一元论,坚持以过错归责原则作为侵权责任法的唯一归责方式<sup>[2]</sup>;过错责任与无过错责任二元论,主张过错原则与无过错原则一并为我国侵权责任法的归责原则<sup>[3]</sup>;三元论认为侵权责任法是一个多元归责原则体系,其中又有几种观点,有的主张过错责任、危险责任和公平责任原则三元说<sup>[4]</sup>,如有学者认为由过错责任原则、过错推定责任原则和无过错归责构成,而公平责任只是一种责任形式(本文采用此说)<sup>[5]</sup>;也有学者主张我国民事归责体系由过错推定原则和公平责任原则构成,而无过失责任不应成为一项归责原则<sup>[6]</sup>;还有学者认为公平责任是无过错责任的一种类型<sup>[7]</sup>,过错推定规则仅是过错责任适用的一种特殊情形,只有在法律明文规定的情况下才可以适用<sup>[8]</sup>。与此相应,就医疗损害责任的归责原则问题,学者也有几种意见,主要有过错归责原则说<sup>[9]</sup>、过错推定原则说<sup>[10]</sup>、无过错责任原则说等<sup>[11]</sup>,近年来,多元归责原则说逐渐成为通说,认为医疗损害类型复杂,应当根据不同情形适用不同的归责原则<sup>[12]</sup>。但是,学术界对这个多元归责体系如何构架及具体归责原则如何配置仍存争议。

## 二、《侵权责任法》医疗损害责任归责原则的重新配置及其特色

《侵权责任法》沿袭《民法通则》的体制,确立了多元归责原则体系,各归责原则之间层次鲜明,适用范围明确。第6条第1款以一般条款形式确立了过错责任原则的核心地位,在法律没有特别规定的情形下都以过错确定责任。第6条第2款和第7条关于过错推定和严格责任的规定属于特殊归责原则,必须在法律有明文规定的情况下才可以适用。第24条的公平责任原则是辅助性的,具有弥补过错责任、过错推定责任和严格责任不足的功能,适用于当事人双方都没有过错、又没有特别规定要适用无过错责任原则的场合,由法官基于内心确信的公平理念做出裁判。

以此为基础,《侵权责任法》第七章在总结医疗

纠纷司法审判经验的基础上,顺应医学科学的专业性和特殊性,改变《证据规定》规定的过错推定原则一元制,确立了过错责任、过错推定和无过错责任相结合的归责原则体系。一是把一般归责原则复归过去的过错归责原则,仍按照“谁主张、谁举证”的原则由患方证明医疗机构及其医务人员有过错(第54条)。二是缩小过错推定规则的适用范围,规定只有因以下三种情形之一才能推定医疗机构有过错:违反法律法规以及其他有关诊疗规范的;隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;伪造、篡改或者销毁病历资料(第58条)。三是把严格责任引入医疗用品责任,患方因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷或输入不合格血液损害的,可以向生产者或血液提供机构请求赔偿,也可以向医疗机构请求赔偿。患方向医疗机构请求赔偿的,医疗机构赔偿后有权向负有责任的生产者或血液提供机构追偿(第59条)。很显然,《侵权责任法》是将医疗损害进行类型化划分,区别情形分别适用不同归责原则。根据立法者的解释,摒弃过错归责原则一元制和过错推定原则一元制,主要基于以下考虑:疾病的发生有患方原因,疾病的治疗需要患方配合,在诊疗纠纷中不能适用无过错责任;诊疗活动具有未知性、特异性等特点,诊疗纠纷不宜一律实行过错推定,以避免助长保守医疗;合理的选择应当是原则上适用一般过错责任,只有医务人员有严重违规治疗行为或者隐匿、拒绝提供与纠纷有关的医学资料等特殊情况下才发生举证责任倒置。这样安排的目的是既妥善处理医疗纠纷,合理界定医疗损害责任,切实保护患者的合法权益,也保护医务人员的合法权益,促进医学科学的进步和医药卫生事业的发展<sup>[13]</sup>。

这一体系使得医疗损害责任与《侵权责任法》分则中其他侵权类型的归责基础形成鲜明对比。《侵权责任法》第五章以后各章分别规定了七种特殊侵权类型,核心是适用过错推定原则和无过错责任原则。具体说来,第四章有关监护人的责任和用工责任、第五章产品责任、第八章环境污染责任、第九章高度危险责任和第十章饲养动物损害责任都适用严格责任,第六章机动车交通事故责任 and 第十一章物件损害责任适用过错推定原则<sup>[14]</sup>。然而,第七章医疗损害责任却不是基于特殊归责原则构架起来,而是原则上适用过错责任原则,特殊情况下适用过错推定原则或无过错责任原则。这就使得第七章与其他各章乃至整部法律的基本体系形成强烈反差,反映立法者对医疗损害责任的重视和勇于创新的气魄。

医疗损害责任归责原则体系的另一显著特色是

在肯定主观过错说的同时充分借鉴西方国家客观过错的经验,以违反注意义务作为判断医疗机构存在过错的基准,由人民法院分别根据《侵权责任法》第55条至第60条的相关条文进行认定,一是第55条和第56条的医疗机构特别注意义务,如果医疗机构未履行解释说明义务和取得患方的书面同意,造成患者损害的,即直接认定医疗机构存在过错,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;二是第57条明确医疗机构的一般注意义务,医疗机构即使履行了解释说明义务并取得患方的书面同意,但是如果医务人员在诊疗活动中未尽到与当时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;三是第58条和第59条确立了过错推定和无过错责任的适用范围,这将有利于减轻患方的举证责任,扩大患者权益保护的範圍。

### 三、《侵权责任法》医疗损害 归责原则体系存在的问题

从条文上看,《侵权责任法》对医疗损害归责原则的规定,特别是在过错推定原则和无过错责任原则的技术处理上过于抽象、笼统,缺乏应有的严谨性、逻辑性和可操作性,容易导致各归责原则之间界限不清,衔接不明。

其一,第58条措辞不当,不利于维护患者的诉讼利益。推定指基于某种既存事实(基础事实)假定另一相关事实(未知事实、推定事实)存在,但是推定毕竟是运用经验法则与逻辑规则进行推理而得出的结果,存在不精确性和盖然性,为了更大程度上发现案件真实,降低推定造成的虚假不实,推定制度往往赋予被告以反驳权,被告若要推翻推定事实就必须提出反证。就第58条而言,只要患方能够证明医疗机构存在第58条列举的三种基础事实即可以适用过错推定规则,然后由医疗机构提出抗辩证明自己不存在过错。然而,这一条存在严重的问题,表面上是缓和患者的举证责任实则陷患者于被动。根据客观过错理论和医疗实践经验,当医疗机构出现第58条规定的情形时即足以说明医疗机构存在过错,就

应当直接认定医疗机构存在过错,而无须“推定”,在这种情况下再允许医疗机构以反证推翻,既是对事实真理的违背,也是对患者的法律伤害。有鉴于此,笔者认为,第58条的“推定”宜解释为“直接认定”或者“直接推定”才比较合理。关于这个问题,中国社科院法学所《中国民法典·侵权行为法草案建议稿》第1585条“医疗过错的认定”的相关建议可资证明<sup>①</sup>。中国人民大学民商事法律中心《中华人民共和国民法典·侵权行为法编》建议稿也有类似建议<sup>②</sup>。

其二,第59条过于抽象,不利于医疗机构行使追偿权。医疗用品损害责任属于产品责任,《侵权责任法》不是在第六章“产品责任”而是在第七章“医疗损害责任”中加以规定,并且把无过错责任原则引入医疗用品损害,一是为了警示医疗机构严把医疗用品质量关,二是为了便于受害患方起诉与受偿。但是《侵权责任法》未能考虑药品、消毒药剂、医疗器械与血液(包括血液制品)的特殊性和复杂性,而将其笼统地罗列在同一条款中,不免失之粗糙。更严重的是,第59条与第五章“产品责任”相关规定的内在逻辑联系被割裂开来,从而模糊了医疗机构医疗用品责任的性质,不利于医疗机构行使追偿权。根据第59条后半段,医疗机构依法先行向患者赔偿的,有权向负有责任的生产者或者血液提供机构追偿。那么,医疗机构是医疗用品的使用者还是销售者?医疗机构医疗用品责任是严格责任还是过错责任?《侵权责任法》未置明文。我们的理解是,医疗机构承担医疗用品损害责任的最终依据还是过错,只不过在终局责任人确定之前,医疗机构依据无过错责任原则先行承担中间责任而已。此处的过错大致有两种情形:一是医务人员在提供医疗用品过程中未尽到专家的高度注意义务,应当按照第七章的规则认定,自不待言;二是医疗机构作为销售者的过错,需要综合考虑本条和第七章第42条、第43条的规定予以判断。

其三,《侵权责任法》避难就易,删简就繁,造成逻辑混乱,降低了法律的可操作性。全国人大法工委重启侵权责任法立法进程后,医疗损害责任首次在二审稿中规定,在以后的三审稿和四审稿中多次修改,内容有显著变化,一些具有可操作性的条款被删除。如删去二审稿中的因果关系推定条款,同时也将

① 第1585条规定:“医师在执业活动中,有以下行为的,应当认定为医疗过错。(一)违反有关法律法规、医疗行业和医院各种管理规章制度和操作规程进行诊疗护理操作;……”参见:梁慧星.中国民法典草案建议稿[M].北京:法律出版社,2003:314

② 该建议稿第132条把违反操作规程的行为直接认定医务人员具有医疗过错,把医疗单位拒绝提供医疗过错受害人的病历等诊疗、护理资料,或者篡改、伪造、销毁病历等诊疗、护理资料的,直接推定医务人员具有过错。参见:杨立新.中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明[M].北京:法律出版社,2007:33-34

第58条的过错推定条款作了大幅度修改,该条在二审稿中中原为“有下列情形之一的,推定医务人员有过错……”,三审稿被修改为“有下列情形之一的,造成患者损害的,推定医疗机构有过错……”,四审稿“有”字则被替换为“因”字。很显然,修改后的第58条将医疗损害责任构成要件中的因果关系和过错要件混为一谈,不仅产生逻辑混乱,而且改变了《证据规定》的推定程式,其结果必然使患者在医疗诉讼中处于尴尬地位。因为在医疗损害赔偿诉讼中,患者必须先行承担初步举证责任,不仅要证明基础事实的存在,还要证明损害事实系“因”上述三种情形之一造成,证明不了二者之间有因果关系,就意味着过错推定不成立,意味着医疗损害责任不成立。因此,第58条无论是对案件事实的发现,还是对患者利益保护都是非常不利的。

综上所述,《侵权责任法》第七章对医疗损害归责原则的重新改造,体现了立法者对转型时期医疗领域复杂利益格局的综合考量和精心安排,一定程度上契合了构建和谐医患关系的现实需要,缓和了医患双方的举证责任,有利于减少防御性医疗和遏制患方滥诉现象。但是通过对相关条文的缕析,我们有理由认为,医疗损害责任归责原则体系并不严谨,特别是不同归责原则的边界模糊,彼此之间的逻辑性和层次性也不清晰,甚至有相互矛盾和抵牾之处,如果有关部门不尽快制定《侵权责任法》配套规定和相关司法解释,则长期困扰医疗损害责任的归责原则问题依然难以从根本上解决。

#### 参考文献

- [1] 王连印. 最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件适用法律问题答记者问[N]. 人民法院报,2004-04-12
- [2] 王卫国. 过错责任原则:第三次勃兴[M]. 北京:中国法制出版社,2000:164-166
- [3] 米健. 现代侵权行为法归责原则探索[J]. 法学研究,1985(5):26-31
- [4] 孔祥俊. 论侵权行为法的归责原则[J]. 中国法学,1992(5):70-77
- [5] 杨立新. 简明类型侵权法讲座[M]. 北京:高等教育出版社,2003:95
- [6] 王利明. 侵权行为法归责原则研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003:28
- [7] 房绍坤, 武利中. 公平责任原则质疑[J]. 法律科学,1988(1):66-68
- [8] 房绍坤. 侵权责任法的理论创新[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版),2010(6):41
- [9] 张新宝. 侵权责任法原理[M]. 北京:中国人民大学出版社,2005:223
- [10] 杨凯. 医疗损害赔偿纠纷案件若干问题探讨[J]. 法学评论,2004(5):135-142
- [11] 周立胜,朱玉明. 论我国医疗损害民事责任的归责原则[J]. 河北法学,2000(1):78-80
- [12] 杨立新. 医疗损害责任研究[M]. 北京:法律出版社,2009:51-69
- [13] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 北京:法律出版社,2010:456
- [14] 王利明. 侵权责任法的中国特色[J]. 法学家,2010(2):91

## On the medical damage liability imputation principle of the *Tort Liability Law*

YANG Fang<sup>1</sup>, ZHANG Xin<sup>2</sup>, ZHA Man<sup>1</sup>

(1.School of Humanities and Social Sciences, Anhui Medical University, Hefei 230032; 2. School of Economics and Management, Hefei Normal University, Hefei 230061, China)

**Abstract:** “Liability for Medical Malpractice” in chapter 7 of *Tort Liability Law* of PRC, based on the judicial practice with foreign experience for reference, creatively designs the imputation principle system of combining the common imputation principle and special imputation principle, which is helpful for reasonable solution to medical damage compensation disputes. However, there exist some problems such as lack of logic and preciseness in the legislative technology, which make all kinds of imputation boundaries difficult to distinguish and thus affect the accurate understanding and correct apply of the law. Therefore, the relevant departments should pay close attention to it and promulgate the judicial interpretation of the law as soon as possible.

**Key words:** *Tort Liability Law*; liability for medical malpractice; imputation principle