试论医疗责任

李志敏　王汉亮

医疗责任是指医务人员在从事医疗活动时，由于诊疗护理过失，造成病人死亡、残废、组织器官损伤导致功能障碍等不良后果而引起的责任，这种责任一般包括三个方面：民事责任、行政责任和刑事责任。本文主要探讨医疗责任中的民事责任。

一、医疗责任的性质

本文所说的医疗责任的性质，是指医疗责任属于民法中什么制度、由什么规范予以调整的问题。由于各国对医疗责任性质的认识不一，因此不同国家采用不同的法律制度加以调整。归纳起来大致可分为两大类：合同责任和非合同责任。

所谓合同责任，是指医生和病人之间的关系是一种合同关系，医生造成病人死亡、残废或功能障碍等，病人或其家属可依该医生不履行或不适当履行合同而要求赔偿。大陆法系的许多国家（如法国、比利时、意大利、瑞士、希腊等国家）都采取了以合同关系来追究医疗责任的原则。

主张把医疗责任归属于合同责任的主要理由是：第一，病人到医院（国外医院大部属于私人所有）就诊，这是与医生之间发生的一种合同关系。病人按照要求交纳费用，医生为他提供医疗服务，这是双方当事人在意思表示一致的情况下所产生的权利义务关系。第二，医疗服务合同中医生的义务并不是保证治愈疾病，而在于提供谨慎和细心的、与医学科学技术发展相一致的医疗服务。根据这种观点，医生的最初义务体现在谨慎地履行其职责，医生并不是对病人治疗没有达到预期的效果负有责任，而仅是对他所采取的方法、提供服务的谨慎的方式负有责任。在医疗过程中，医生因过失造成病人死亡、残废或功能障碍，这说明他违反了合同的义务，即造成病人死亡等不良后果是因他未履行应尽的注意义务所致，因此他应承担违约责任。

在大陆法系一些国家（如法国等），有合同关系存在时，即使有侵权行为，一般须按违约起诉。这种做法的理论基础是：特别规范（契约法）优先于一般规范（侵权法）。

所谓非合同责任，是指医生造成了病人的损害，不是根据合同关系追究医疗责任，而是按侵权行为追究医疗责任，即所谓侵权责任。

主张按侵权行为追究医疗责任的主要理由是：第一，在一些国家（如社会主义国家、英国①等国家），医疗卫生事业的很大一部分属于社会福利事业，其主要任务是对社会成员提供卫生保健服务，医疗机构就是为了完成这个任务而设立的。在国家或集体举办的医疗机构

① 1948年英国颁布了《国民健康服务法》，提供免费医疗服务。

中，医务人员受托从事医疗服务工作，因此医生与病人之间不存在合同关系（在通常情况下，医疗单位与病人个人之间也不存在合同关系，只是与委托单位之间存在合同关系）。医务人员因过失造成病人死亡、残废或功能障碍时所实施的行为，是一种侵权行为。第二，尽管医生与病人之间存在合同关系，但医生因过失造成病人死亡等不良后果的行为，同时又是一种侵权行为。由于医生与病人的关系建立在一种职业活动关系的基础上，因此侵权责任应先于合同责任而存在。

1959年在科赞诉加蒙塔克一案中，美国巡回上诉法院对医疗过失行为的性质作了深刻的阐述，巡回上诉法院认为①：的确，医生与病人之间通常存在一种互相协议的关系，医生通常默许以适当的方式给病人治疗。这样，医疗过失行为与违反默示合同行为在概念上有极其相同之处。然而，医生与病人的关系，以及由这种关系所产生的相应义务并不完全取决于合同原理……。我们认为，无论这种义务来源于合同还是毫无合同根据，医疗过失行为是一种侵权行为。这种观点已为大多数人所接受。

把医疗责任定性为合同责任或侵权责任，各有其道理。但如果只允许受害人按合同制度提出请求或只允许受害人按侵权行为制度提出请求，都有其不足之处。例如，在把医疗责任归属于合同责任的国家中，医生在协议之外对病人治疗造成不良后果的，就很难按合同责任加以追究。再如，在主张以侵权行为追究医疗责任的国家中，医生在给病人进行某项特殊治疗前（如美容整形术），许诺手术保证成功，但事与愿违，造成病人容貌毁损，此时亦很难单纯按侵权责任进行追究。因此在国外还存在第三种主张：即允许受害人在两种独立的请求权（违反合同与侵权行为）中，选择一种请求，并授权法院根据每个具体的案件予以确定。在普通法系国家的审判实践中，这是比较常见的做法。如美国，法院比较强调根据过失侵权行为的办法作为追究医疗责任的基础，但在一些情况下，也允许病人根据合同得到救济。这种做法比较灵活，我们可以借鉴。现在，我国医疗机构存在全民、集体、个体等几种形式，公民享受医疗保健的方式有公费医疗、劳保医疗、合作医疗和自费医疗等四种，情况比较复杂，法律难以作出统一的规定。为了更好地保护被害人及其家属的合法权益，被害人及其家属可以要求按侵权处理，也可以要求按违约处理，法院可根据具体案情作出判决。

二、医疗过失的标准

医务人员如出于故意造成病人死亡、残废或功能障碍的，已构成刑事上的罪过，需要追究其刑事责任。因此医疗过失一般是指狭义的过失。

过失是指行为人应当预见自己的行为可能会发生不良后果而没预见，或者已经预见而轻信这种结果能够避免不会发生。在医疗实践中 医务人员因失职或违章等原因造成病人损害的（如将手术器械遗留在病人体内；或因注射错误导致病人死亡等），以此判定他有过失，是较为容易的。但对于因技术上的原因造成病人损害的，如何确定医务人员有无过失，就比较困难。国外法学界的许多人士主张采用客观标准，即设立一种适用于任何医生，但又不同于任何具体医生的标准。根据这个标准，一个医师如果实施了标准医师不会实施的行为（如预料标准医师可以作出正确的诊断，而该医师却造成了误诊），即使该医师根据自己的技术水平，已尽到了最大的努力，也认为他有过失，应该承担赔偿责任。这种论证可以在瑞士民法

① Kozan v.Comstock, 270 F. 2d 839, 844 (5 Cir 1959).

典第328条和希腊民法典第652条中找到立法依据。根据这些条款，义务人（包括医生）在替他人服务时必须谨慎，因欺诈或过失造成当事人（病人）损害时，必须承担赔偿责任。医生承担过失责任的程度根据合同的内容确定，同时还须考虑医生的技术和能力，以及受教育的程度和从事这项工作所需要的专业知识。目前，许多国家都采用了这个标准，即强调过失标准的客观性。日本司法实践中，提出了以“现代医学水平”来判定医生有无过失的标准①。但由于对“现代医学水平”的理解不同，法院在处理医疗事故纠纷中，即使是同一类内容的案件，其判决结果有时也会截然不同。

在我国法学界也有人主张采取客观标准，即医生对医疗事故的预见范围，应当以具有中等技术水平的医生为标准。但鉴于我国现状，目前单纯适用这个标准还有许多困难。根据卫生部1977年颁发的《卫生技术人员职称及晋级暂行条例（试行）》规定，医务人员晋级、评定技术职称，必须经过严格的业务考核。按规定，同类技术职称的医务人员应该具有同等的技术水平。但实际上，同类职称的医务人员，其业务水平的高低可能相当悬殊。造成这种状况的原因是多方面的，有不可忽视的客观原因，如城市医院与县或乡村医院的医疗设备条件，所见的病种等差别很大。因此基层医院的医务人员，其临床经验和医疗技术水平一般说自然要差些，即使在城市医院医务人员之间，差别也是较大的。最近据人民日报报道②，我国现有卫生技术人员341万人，其中中、西医师仅占全国人口的0.7‰。在县及县以下卫生机构中，有医师职称的占人口的0.37‰，许多医疗卫生工作由中级或初级卫生技术人员承担。由于医疗卫生实践的急需，许多医务人员存在训练不足的问题。在这种情况下，应该以谁为标准？如果以城市医院医务人员为标准，那么县以下医院的医务人员势必会承担更多的责任；反之又会使高于标准的医务人员容易免除责任。

我们认为，在现阶段确定医务人员有无过失，应当在采用客观标准的同时，又必须注意考虑医务人员的实际预见能力，区别对待。这就是说，应当以多数医务人员谨慎、必要的注意和技术水平为标准，同时又要考虑每个医务人员的具体情况。这样既充分考虑了医疗工作的特殊性，注意保护医务人员的合法权益，有利于充分调动广大医务人员的积极性，促进我国医学事业的发展；同时又可以对那些不求上进，玩忽职守的人绳之以法，追究其法律责任。

三、举证责任的承担

根据过失责任原则，一般须由受害人承担举证责任，证明加害人的过失。过失的内容包括医生没有从事正当的谨慎和合理的行为，即一个谨慎和细心的医生在类似的情况下将表现出的行为。1936年法国法院在受理一起医疗事故案件时，要求想要取得权利的这一方根据民法典第1382条关于侵权责任的一般原则进行起诉。这样，受害人不得不举证证明医生的过失，而不管与医生之间是否存在着合同关系。法院之所以采取这种办法，是因为如果损害赔偿的请求根据合同，则必须选用民法典第1147条的规定，根据这一条款，债务人如不能证明其不履行或不适当履行债务以及已发现的损害是由他所不负责任的外来原因所致，则被推定有过失并应赔偿损害。根据这一规定，病人仅需证明他没有被治愈或他的健康因治疗受到损害，或蒙受

① 松仓丰治：《医事纷争》《怎样处理医疗纠纷》法律出版社1982年中译本第118页。

② 参见《人民日报》（海外版）1987年2月25日。

了因治疗偶然引起的其他损害就足够了，而举证责任则由医生承担，医生必须证明他没有过失，否则将被推定为有过失。但在实践中，受害人常常发现要想证明医生的过失以及过失与损害之间存在因果关系是极其困难的。特别是随着科学技术的发展，许多新技术用于医学领域，受害人根本无法证明医生有否过失，即使受害人证明了医生的过失，医学专家也可以轻而易举地证明过失与损害结果之间没有因果关系。因此受害人的利益往往难以得到切实保障。

近年来，无论是英美法系国家还是大陆法系国家，对医疗事故诉讼过程中举证责任的承担问题，提出了一些新的解决办法。

在英美法中，可以根据"事实本身证明"（res ipsa loquitur）原则来确定是否存在医疗过失。所谓"事实本身证明"（或称事情不言自明）原则，是指事件发生的本身已足以证明有过失行为存在，即可以从一种事故的环境中得出这一事故可能是由于被告的过失行为所致的一种合理的结论。例如，某个病人的手指和胳膊在医院进行了理疗之后，结果四个手指僵硬，一只手失去功能；再如，一个牙科医生将一颗牙齿掉进了病人的气管中；等等。这些结果都是事实证明了自身，可以成为医生有过失的明显证据。这样，医生要免除责任，就必须进行反驳，证明造成上述结果的原因是由于病人的过错或疾病的发展所致。在英美法系国家中，对于这一原则的性质及适用问题，有两种不同的看法①。澳大利亚、加拿大、美国、新西兰等国家的绝大多数人认为，"事实本身证明"原则，就其本身来说，并不是一个确定的法律原则。在所有的过失案件中，原告仍须承担举证责任，但在英国法院和美国一些州法院（如哥伦比亚、肯塔基、宾夕法尼亚、阿肯色）则持有相反的观点，认为应赋予这一原则更大的法律效力。根据这种观点，"事实本身证明"原则，就其本身来说，就是一种明确的法律原则，在某些情况下，举证责任将由被告承担。如果事故的发生已提供了一种合理的证明，被告对此无法作出强有力的反驳解释，则可以认为被告具有过失。这一原则是在过失行为的诉讼中法定举证责任由原告承担这个一般原则的一种例外。

在大陆法系许多国家，采用了"表面证据"（Prima facie evidence）的原则来审理判定医疗责任。所谓"表面证据"，是指对举证人有利的证据，除了将来再来证据把表面证据推翻之外，法庭可接受来作为事实的证明②。根据"表面证据"原则，法院在审理案件过程中，不仅能够将判决建立在已被证明的确凿的事实基础上，而且还可将其判决建立在其它事实的基础上。这些事实尽管不能起直接的证明作用，但通过适用逻辑的和日常经验的标准，可以作出判断。如果医疗活动造成的损害难以确立和证明时，法官就可根据"表面证据"原则，在事实的基础上推定医生的过失和因果关系。医生要驳回法官的推定，必须证明新的特殊事实，从这个特殊事实中得出有说服力的结论，即医生没有过失或任何可能的过失都不是造成损害的原因。由于对"表面证据"的性质和概念认识不一，德国法和法国法中规定对"表面证据"的辩驳形式有所不同。在德国，学理界强调"表面证据"只在于减少原告的举证负担，它的适用在法律上并不意味着举证责任的倒置。为了驳回"表面证据"，当事人提出的证明能够动摇法官对"表面证据"的信服就足够了。这时，提供完全的证据的负担就落在原告身上。但在法国，一旦原告证明了某种表明医生有过失的损害事实，尽管这种过失还不能确定，法官就可以推定出医生的过失。在这些案件中，双方当事人

① 《International Encycloplolia of Comparative Law》 Volume XI "Torts" Chapter 6 "Prof ssional liability" p.29. 1987年英文版。

② 《英汉法律词典》第650页，法律出版社，1985年。

都可提出证据，举证责任并非仅由一方承担。采取这种办法，其目的是为了表明，决定有否过失和因果关系是法官的权限。

我国《民法通则》和《医疗事故处理办法》对医疗事故或事件的举证责任承担的问题，没有作出特别规定。在通常情况下，病人及其家属在医疗事故或事件发生后，只须向医疗单位提出查处要求即可，医疗单位必须举证证明该事件不属于医疗事故。如果双方当事人对医疗事故或事件的确认发生争议时，可以提请医疗事故技术鉴定委员会进行技术鉴定，作出医务人员有无医疗过失的结论。对技术鉴定委员会所作的结论不服时，双方当事人还可向上一级医疗事故技术鉴定委员会申请重新鉴定，也可直接向人民法院起诉，人民法院主要根据医疗事故技术鉴定委员会的鉴定意见，作出医务人员有无过失的判决。因此从严格意义上讲，我国对医疗事故或事件的举证责任并非完全由原告承担，在很大程度上，被告必须举证证明自己没有过失；或不良后果是因原告及其家属的不配合造成的；或是属于难以避免的并发症；或是属于病情或病人体质特殊而发生的医疗意外；等等，才能免除医疗单位和医务人员的责任。

四、损害赔偿

医疗责任主要是因侵害病人的生命权和健康权而引起的损害赔偿责任。关于侵害他人生命权和健康权的损害赔偿问题，各国法律都有不同的规定，学理上对此也众说纷纭。

首先，应该如何看待生命权与健康权？所谓生命权，是指人这种特殊的生物体享有法律所保护其生存安全的权利，它是一种最重要的人格权。我国刑法第132、133条以及民法通则第119条都是对人的生命权予以保护的法律规范。

所谓健康权，是指人的机体组织和生理功能的安全受到法律保护的权利。我国民法通则第98条规定："公民享有生命健康权。"有人认为，民法通则把生命权与健康权规定为一项权利，即生命健康权。但我们认为，根据民法通则第119条的规定，民法通则实际上规定了两种权利：生命权和健康权。

对侵害生命权的赔偿问题，我国民法通则第119条作了明确规定，即侵害公民身体造成死亡的，应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。《医疗事故处理办法》第18条对此也作了相应的规定。但这些条款所列的损害赔偿并非是对受害人的赔偿，而是对与受害人有关系的第三人的赔偿。那么，这是一种什么性质的赔偿？有人认为，这是对生命权本身的赔偿，即在被侵害时，受害人本人已取得损害赔偿请求权，这种损害赔偿请求权由其继承人继承；也有人认为，这是对生命权受到侵害时所引起的财产损害与非财产损害的赔偿。我们认为，对侵害生命权的赔偿应属于后者。这是因为，死亡与未死亡是一个非常明确的界线，不可能出现第三种情况。如果受害人没有死亡，则说明受害人的生命权尚未受到侵害，如已遭到侵害，受害人则必然死亡。死亡标志人的权利能力的终止，那么受害人就不可能再取得损害赔偿请求权，从而继承人也就不可能继承这权利。因此，从这个意义上讲，对生命权本身的损害赔偿是不能成立的。但有人认为①，侵害生命权不赔偿，这是给人的生命以零的价格，是武断和不精确的宣判程序。

生命权和健康权的损害赔偿主要包括两个方面：财产的损害和非财产的损害。所谓财产的损害，是指有形的损害即因生命权或健康权受到侵害而引起的财产损害。例如，侵害他人身体造成伤害时所支付的医疗费、误工而减少的收入等，都属于财产的损害。一般来说，

① J.M.Oliver《Law and Economics》，武汉大学出版社，1986年中译本第40页。

生命权受到侵害应赔偿的财产损害主要为丧葬费和扶养费，许多国家对此都作出了明确的法律规定。例如，德国民法典第844条规定：因杀人而负损害赔偿义务者，对于负担埋葬费之人，应赔偿其费用。被害人被杀害当时，对第三人负有法律上扶养义务或有应负该项义务关系的，而第三人因杀害之结果，以致丧失扶养请求权时，赔偿义务人应在推定被害人生存期间，所负担扶养费的限度内，对于第三人支付定期金，作为损害之赔偿。瑞士债务法第45条第1项规定，致人死亡时，对于所产生的费用，尤其埋葬费，应负赔偿责任。第3项规定，因相对人的死亡而丧失扶养人者，对其损害，应予以赔偿。我国民法通则第119条规定，侵害公民身体造成死亡的，应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。

健康权受到侵害应赔偿的财产损害主要为医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用，民法通则第119条对此作了明确规定。国外法律规定，应赔偿的财产损害还包括因身体健康权受到侵害时，受害人增加生活所需要的费用（德国民法典第843条）。例如，必须服用补品，否则身体不能支持；再如，因双腿折断，不配手摇车就不能行动等。

所谓非财产的损害，是指无形的损害，即因生命权或健康权受到侵害而引起的精神损害。关于精神损害赔偿问题，许多国家法律都作了明文规定。《德国民法典》第847条规定："不法侵害他人的身体或健康，或剥夺他人的自由者，被害人所受侵害虽非财产上的损失，亦得因受损害，请求赔偿相当之金额。"《日本民法典》第710条规定："凡伤害他人之身体、自由或名誉与损害财产权利时，按前项之规定，承担赔偿损害责任，对财产以外之损害，亦须赔偿。"这说明国外对侵害生命权或健康权而引起的精神损害赔偿相当重视。

我国民法通则对生命权与健康权受到侵害的精神损害赔偿问题，尚未作出明确规定。我们认为，民法通则第120条关于公民姓名权等受到侵害时可以要求赔偿损失的规定，应该说已包括精神损害在内，因此从这个意义上讲，对生命权与健康权受到侵害的精神损害赔偿，可以比照这一条款的规定予以处理。

关于因医疗事故而侵害生命权与健康权的损害赔偿问题，直接适用民法通则第119条的规定，是不够的。1987年6月29日国务院颁发了《医疗事故处理办法》。该办法第18条规定：确定为医疗事故的，可根据事故的等级①、情节和病员的情况给予一次性经济补偿。医疗事故补偿费由医疗单位支付给病员或其家属。病员及其家属所在单位不得因给予了医疗事故补偿费而削减病员或其家属依法应享受的福利待遇和生活补贴。病员由于医疗事故所增加的医疗费用，由医疗单位支付。我们认为，这条规定实际上已包括了民法通则第119条的赔偿范围，并且使补偿进一步具体化了。这样规定与国外的做法有所不同（国外许多国家设立了医疗事故保险制度，损害赔偿费用由医疗事故保险公司支付，其赔偿数额一般较高），我国之所以采取一次性经济补偿的办法处理医疗事故，是因为我国医院大部分属于事业单位，医院开支基本靠财政拨款，而其中根本没有专门用于医疗事故的赔偿款目，医院本身又不盈利。如果受害人的实际损失完全由医疗单位承担，势必会影响医疗单位正常工作的开展，不利于提高医疗技术水平，甚至可能造成恶性循环。现阶段我们对医疗事故采取一次性经济补偿加依法享受福利待遇和生活补贴等方式，是一种积极的补救措施。但也存在一些问题，例如，受害者是个农民或个体经营者，是不能取得福利待遇和生活补贴的，如何处理？《医疗事故处理办法》未作明确规定。由于这类人员占全国总人口的80%左右，不能不引起我们重视。

① 医疗事故分为三级：一级是造成病员死亡；二级是造成病员严重残废或严重功能障碍；三级是造成病员残废或功能障碍。

我们认为，解决这些问题的有效办法是建立我国医疗事故赔偿责任保险制度。这种办法不仅可使受害人依法得到经济上的损害赔偿，也可使医务人员减少一些后顾之忧。而且，即使在证实医生无过失的情况下（如医疗意外等，通常医疗事故是由医疗过失引起），受害人也能得到补偿，这对整个社会是有利的。保险经费可由三个方面的来源：一是各企业单位按其资产总额交纳一定比例的保险费。这是因为，我国医疗费用收费较低，不象国外那样昂贵，医院基本不赢利。如果保险费用全由卫生部门承担，显然是不合理的。因此企业承担一定比例的费用，则是完全应该的。二是医疗事故毕竟是由医务人员的过失所致，所以卫生部门按其职工工资的总额交纳一定比例的费用，但数额不宜过大。三是国家从税收中给予一定的补偿。我国卫生事业是整个社会福利事业的一部分，国家承担一定费用，是理所当然的。

（作者单位：北京大学法律系）

责任编辑：张　涵

·中国社会科学院法学研究所成立三十周年纪念·

劳动法与经济体制改革

史探径

党的十一届三中全会到1988年的10年间，随着社会主义建设的迅速发展以及经济体制改革的逐步加快和深化，我国的劳动法制建设取得了较大成绩，相应地，劳动法学也有了一定发展。今天，我们回顾一下10年来劳动法的发展状况并对存在问题进行探讨，无疑将能引起各方面对劳动法的进一步重视，从而有利于促进劳动法制建设和劳动法学的发展，有利于充分发挥劳动法在经济体制改革中的重要作用。

一、劳动法制建设的成就

劳动法与社会经济发展密切相关，它是一个兼具经济作用、社会作用乃至政治作用的法律部门。我国的劳动法制建设10年来之所以取得较大成绩，主要原因即在于我国政治、经济形势的根本好转。劳动法制是劳动法律和制度的统称。劳动法制建设的成就主要表现在三个方面：第一，在全社会要求加强民主与法制建设的强烈呼声中，拨乱反正，从政府对劳动工作的宏观管理到企业内部的微观劳动管理，经过整顿，都重新步入法制轨道，彻底改变了十年文革动乱中劳动管理工作被以管、卡、压罪名所批判而搞得混乱不堪的局面。第二，在加速实现四个现代化的大规模经济建设中，依据新情况的需要，及时提出了调整某些劳动关系的措施和对策。第三，作为经济体制改革的配套改革的一个部分，劳动工资制度逐步进行了