

中国医疗损害责任制度改革

杨立新*

内容提要：我国现行的医疗损害责任制度经历了限制患者赔偿权利、加重医疗机构举证责任初步形成防御性医疗、进行反思与理性思考三个阶段，形成了案件案由、法律适用和责任鉴定三个双轨制的二元结构的现状，人为地分割了统一的医疗损害责任制度。目前正在制定侵权责任法，提供了全面改革医疗损害责任制度的机会。分析研究出现这种局面的原因和后果，有利于在侵权责任法中建立一个一元化结构的、统一的医疗损害责任制度，以更好地平衡受害患者、医疗机构和全体患者的利益关系。

关键词：医疗损害 赔偿责任 利益关系 制度改革

改革开放 30 年来，随着医疗体制改革的不断深入，我国的医疗损害责任制度也不断发展。该制度经历了案件案由、法律适用和责任鉴定三个双轨制的曲折发展，形成了一个范围较大但却不够完善的权利保障制度。目前，该制度正在向全面健全的方向发展，以更好地保护民事主体的权利，平衡受害患者、医疗机构及全体患者之间的利益关系。目前正在制定的侵权责任法将对此作出统一规定，以完善我国的医疗损害责任制度。值此，深入研究并提出医疗损害责任改革的立法建言，具有更为重要的意义。本文通过研究我国医疗损害责任制度的现状，在分析和比较的基础上提出改革我国医疗损害责任制度的全面设想。

一、我国现行医疗损害责任制度的基本状况

（一）我国 30 年来医疗损害责任制度的发展过程

1978 年改革开放之前，在医疗服务福利化的基础上，我国的医疗损害赔偿制度并没有显露出其重要性，相关的纠纷案件不多。随着医疗体制改革的不断深入，医疗损害责任纠纷开始逐渐增多，相应的法律规范也逐渐发展。30 年来，我国的医疗损害责任制度经历了以下三个阶段：

1. 限制患者赔偿权利阶段

改革开放之初，规制医疗损害责任纠纷并没有统一的法律和法规。随着这类纠纷的不断增

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

本文是 2009 卫生部招标科研课题“医疗侵权责任研究”的中期成果，并得到了台大法学院蔡明诚、詹森林、陈聪富和陈忠五教授的真诚帮助，在此致谢。

多,为了规范医疗机构的医疗行为,确定医疗损害责任,国务院于1986年6月29日出台了《医疗事故处理办法》(以下简称《办法》),于1987年1月1日生效实施。这个行政法规出台的背景是,我国实行公费医疗的福利化政策,医疗机构医疗行为的性质是社会福利保障。因此,对于医疗机构在医疗活动中造成患者人身损害的赔偿责任,该行政法规采取严格限制的政策。这种限制赔偿政策突出地表现在两个方面:第一,限制医疗事故责任构成,明确规定只有构成医疗事故和医疗技术事故,受害患者一方才可以请求赔偿,明确规定医疗机构即使存在医疗差错也不承担赔偿责任,因而受害患者的很多损害无法得到相应的救济。第二,限制赔偿数额,《办法》第18条明确规定,“确定为医疗事故的,可根据事故等级、情节和病员的情况给予一次性经济补偿。补偿费标准,由省、自治区、直辖市人民政府规定”。据此,各省、自治区、直辖市人民政府分别制定了本地的医疗事故处理办法实施细则,规定一次性补偿标准。例如,《天津市医疗事故处理办法实施细则》第19条规定:“确定为医疗事故的,由医疗单位、个体开业医生、乡村医生给予病员或家属一次性经济补偿。其标准为:一级医疗事故:补偿3000元至4000元。未满三周岁的婴幼儿为1000元;新生儿为700元。二级医疗事故:补偿3000元至5000元。三级医疗事故:补偿2000元至3000元。未满三周岁的婴幼儿为700元;新生儿为500元。”〔1〕尽管那时实行低工资制度,全社会的消费水平普遍较低,但对于造成患者严重损害的,这样低标准的最高赔偿数额显然不能补偿受害患者的实际损害,受到损害的权利无法得到全面救济。可见,《办法》过于考虑我国医疗服务的福利性质,偏重于对医疗机构的保护,严重限制了受害患者一方的民事权利。因而,《办法》受到了各界的普遍反对,法院的判决不断突破《办法》规定的限制受害患者赔偿权利的政策底线,〔2〕最高人民法院的司法解释也有松动,〔3〕但这些做法没有也不可能从根本上改变限制赔偿这种不利于保护受害患者合法权益的被动局面。

2. 加重医疗机构举证责任初步形成防御性医疗阶段

2002年4月4日,国务院将《办法》修订为《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)予以公布,并于2002年9月1日施行。《条例》在一定程度上改变了对受害患者的赔偿权利进行严格限制的做法,例如将医疗事故改分为四级,废除一次性限额赔偿制并定出明确的赔偿标准,医疗事故鉴定由卫生行政主管部门主管改为医学会主管等。但这些措施并没有从根本上改变对医疗事故损害赔偿予以限制的基本做法,也没有摆脱行政机关偏袒医疗机构的嫌疑。在此之前,最高人民法院于2001年12月21日出台并于2002年4月1日实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第8项明确规定:“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”。这种过错和因果关系的双重推定及举证责任倒置,使医疗机构在医疗损害责任纠纷诉讼中处于严重的不利地位。这样,行政法规和司法解释就存在较大的矛盾,一个要保护医疗机构的特权,一个要给受害患者以更优越的民事诉讼地位;一个旨在减轻医疗机构的责任,一个旨在加强对受害患者的权利保护。

在司法实际操作中,最高人民法院于2003年1月6日出台《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》,规定“条例实施后,人民法院审理因医疗事故引起的医疗赔偿纠纷民事案件,在确定医疗事故赔偿责任时,参照条例第49条、第50条、第51条和第52条规

〔1〕之所以二级医疗事故的赔偿数额比一级医疗事故的赔偿数额高,是因为一级医疗事故是造成患者死亡,只需赔偿丧葬费等费用,而二级医疗事故是造成患者残疾,需要赔偿残疾生活补助等费用。

〔2〕参见新疆乌鲁木齐市新市区人民法院判决的刘颖诉新疆军区总医院医疗损害赔偿案。参见杨立新:《民事侵权十宗案》,《方圆》2003年第7期。

〔3〕例如最高人民法院在1992年2月24日《关于李新荣诉天津市第二医学院附属医院医疗事故赔偿一案如何适用法律的复函》指出,民法通则和《办法》的基本精神是一致的,应当依照民法通则和《办法》的有关规定处理。

定办理”。但是，在同年12月26日公布、2004年5月1日实施的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中，最高人民法院明确规定的人身损害赔偿标准又大大高于《条例》第50条至第52条的规定。这样，以医疗事故起诉得到的赔偿数额就大大低于以医疗过错起诉获得的人身损害赔偿数额，因而医疗损害责任中的医患矛盾更加突出，更多的受害患者一方选择以医疗过错为案由向法院起诉，以避免适用《条例》规定的过低标准；而由于推定过错和因果关系存在的证据规则的适用，医疗机构在诉讼中处于不利的地位。司法机关虽然明知对同样的医疗损害责任纠纷刻意进行医疗事故和医疗过错的区分并不合理，并且采取不同的赔偿标准处理同样的医疗损害责任纠纷不符合民事权利保护的法律规定，但拘泥于最高人民法院确定的原则，〔4〕更多地默许甚至鼓励受害患者一方提起医疗过错诉讼。并且，基于医学会对医疗事故鉴定的垄断，司法鉴定机构普遍开展医疗过错鉴定，形成了医疗损害责任鉴定的双轨制，进一步加剧了混乱。

正因为如此，医疗机构及医务人员普遍陷入恐慌之中。医疗机构及医务人员为保存证据应对日益严重的医疗诉讼和赔偿责任的压力，对患者普遍实行过度检查等手段，大大增加了患者的医疗费负担，进而对具有一定风险的医疗行为进行推诿甚至拒绝治疗，形成了较为明显的防御性医疗态势，进一步加剧了医患矛盾。医患之间互不信任，医患关系空前紧张，有条件的医院在诊室安装录音、录像系统，以记录诊疗过程，获取证据，保护自己。据中华医院管理学会2005年6月至7月对270家医院的调查，三甲医院每院年均发生医疗纠纷30余件，年均医疗纠纷赔偿数额100多万元人民币。全国73.33%的医院出现过患者及家属殴打、威胁、辱骂医务人员的现象；59.63%的医院发生过因病人对治疗结果不满意，围攻、威胁院长的情况；76.67%的医院出现过患者及其家属在诊疗结束后拒绝出院，拒交住院费的情况；61.48%的医院出现过因病人去世，病人家属在医院摆设花圈、设置灵堂等现象。〔5〕这种现象被称为“医闹”，被认为是“社会不能承受之痛”。〔6〕对此，笔者曾经在媒体上撰文指出，最高司法机关对医疗行为引起的侵权诉讼规定在因果关系和过错要件上实行举证责任倒置，虽然可以大大改变受害患者的诉讼地位，有利于保护受害患者的合法利益，但举证责任倒置的范围过于宽泛，其结果必然是强加给医疗机构以过重的责任，最终损害的是全体患者，因为医院的赔偿责任最终还是要分散由全体患者负担，最终受到损害的还是全体患者。〔7〕

3. 进行反思和理性思考阶段

正是在医疗机构全面防御，医疗费用普遍提高，医患关系日益紧张的态势下，法律界和医学界都开始对此进行反思和理性思考，深入探讨医疗损害责任纠纷法律适用的应然对策。集中考虑的是这样五个问题：第一，医疗损害责任纠纷究竟是否应当分为医疗事故和医疗过错两个不同的案由？第二，医疗损害责任的归责原则是否应当一律适用过错推定原则？第三，医疗损害责任纠纷的诉讼证据规则是否必须实行过错推定和因果关系推定？第四，医疗损害责任的赔偿标准是否应当予以限制，能否实行统一的人身损害赔偿标准？第五，医疗损害责任鉴定的性质是医学鉴定还是司法鉴定？在2008年7月2日立法机关主持召开的医疗损害责任座谈会上，与会的法学专家、医学专家、医方律师和患方律师代表等经过广泛讨论，对当前医患关系形势的判断都是一致

〔4〕 最高人民法院《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》第1条第1款规定：“条例施行后发生的医疗事故引起的医疗赔偿纠纷，诉到法院的，参照条例的有关规定办理；因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷，适用民法通则的规定。”

〔5〕 张新宝：《大陆医疗损害赔偿案件的过失认定》，载朱柏松等：《医疗过失举证责任之比较》，台湾元照出版公司2008年版，第76页。

〔6〕 耿仁文：《“医闹”——社会不能承受之痛》，《中国医院法治》2007年第3期。

〔7〕 参见杨立新：《医疗侵权举证责任倒置：看看再说》，发表于《检察日报》，后收在《闲话民法》一书，人民法院出版社2005年版，第427页。

的，认为立法机关必须采取措施，在侵权责任法中对医疗损害责任制度作出明确、统一的规定，以平衡医患之间的利益关系及受害患者与全体患者之间的利益关系，并且认为这是作出法律决策的最好时机。我国学术界和实务界对医疗损害责任的上述思考，尽管还只是表现在理论的反思和制度设计层面，司法实践和立法制度还没有开始进行实质性的变革，但这无疑是一个极好的开端，为我国医疗损害责任制度的改革奠定了良好的思想和理论基础。

（二）我国司法实务实行的三个双轨制构成的二元化医疗损害责任体系

现在，我们应当分析我国医疗损害责任在司法实务上的基本做法，以便为医疗损害责任制度的改革提供必要的实践基础。可以确定的是，我国现行司法实务实行的是由三个双轨制构成的二元化医疗损害责任制度。这三个双轨制的具体内容是：

1. 医疗损害责任诉因的双轨制

医疗损害责任的诉因，是医疗损害责任纠纷的案由，也就是理论上的医疗损害责任概念。凡是医疗机构及医务人员因过失造成患者人身损害的，都可以形成责任竞合，在法律适用上的后果是，究竟是以侵权责任作为请求权的法律基础，还是以违约责任作为请求权的法律基础，由受害患者一方进行选择。这已经由合同法第122条规定了具体的解决方法，〔8〕在实践中并没有出现问题。但是，在司法实践中，在选择以侵权法作为请求权法律基础的医疗损害责任纠纷中，却在案件的诉因或案由上被刻意区分为医疗事故责任和医疗过错责任。〔9〕这样的双轨制原本没有事实和法律依据，但审判实践却予以承认，并且司法实务将其称为“区别对待”原则，坚持这种不合理的做法。

2. 医疗损害赔偿标准的双轨制

医疗损害赔偿诉因和案由的双轨制，其基础在于损害赔偿标准的双轨制。30年来，国家行政法规始终坚持医疗损害赔偿标准的限制原则，而不适用一般的人身损害赔偿标准。《办法》规定了一次性补偿方法以及相应的赔偿标准，就体现了这样的思想。尽管《条例》规定的赔偿数额标准有所提高，但体现的仍然是限制赔偿思想。由于最高人民法院司法解释中规定的人身损害赔偿标准远远高于《条例》规定的标准，最高人民法院在司法解释中又确定医疗事故赔偿纠纷应当参照《条例》规定的标准办理，因此，对于医疗鉴定机构鉴定不构成医疗事故的医疗损害责任纠纷，或者患者不请求进行医疗事故鉴定的医疗损害责任纠纷，以医疗过错为诉因和案由起诉，就可得到大大高于医疗事故标准的赔偿。由此形成了目前这种赔偿标准双轨制的畸形法律适用现象。

3. 医疗损害责任鉴定的双轨制

与前述两个双轨制相适应，在医疗损害责任的鉴定中同样也存在双轨制。在较长时间里，医疗事故鉴定是医学鉴定，由医疗机构的行政主管部门或者医学研究机构独家垄断，其他任何人都不能插手。《办法》规定只能由卫生行政主管部门组织医疗事故鉴定委员会进行医疗事故鉴定，法官对医疗事故鉴定结论无权进行司法审查，只能按照医疗事故鉴定结论来认定事实。《条例》规定医疗事故鉴定改由医学会负责，随机抽取鉴定专家组成医疗事故鉴定组作出鉴定，但仍然没有改变医疗事故责任鉴定是医学鉴定的性质，因此，法官无权组织也无权审查。此举引起了普遍的对立情绪，多数法院和法官默许、接受受害患者一方提供其他司法鉴定机构的医疗过错鉴定，对不申请医疗事故责任鉴定和鉴定为不属于医疗事故责任的案件，将医疗过错鉴定结论作为认定

〔8〕 合同法第122条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”

〔9〕 卫生部“医疗事故处理条例在实践中存在问题的研究”课题组：《医疗事故处理条例应上升为法律》，《中国医院法治》2007年第3期。

事实的依据,形成了医疗损害责任鉴定的双轨制。尽管医疗机构对这种鉴定的科学性和合法性提出诸多质疑并且表示反对,^[10]但多数法院和法官都对经过审查的医疗过错鉴定结论予以认定,作为认定案件事实的根据。^[11]因此,尽管《条例》规定只有医学会才享有组织医疗事故责任鉴定的权力,但却无法改变司法实务肯定司法鉴定机构医疗过错鉴定的做法,医疗损害责任鉴定的双轨制便成为司法现实,^[12]并为受害患者所广泛采用。

三个双轨制构成的医疗损害责任体系,表现为医疗事故责任和医疗过错责任的二元化。医疗损害责任体系的二元化结构,反映了我国医疗损害责任制度的现实状况和法律适用的混乱程度。

二、我国现行医疗损害责任二元化结构的成因与弊病

(一) 我国医疗损害责任制度二元化结构的基本成因

1. 行政机关片面强调医疗机构的特殊性用不适当的方法予以特别保护

医疗体制在社会生活中具有极为重要的地位,原因在于医疗机构担负着救死扶伤,挽救病患,维护大众健康的重要职责,担负着发展医学科学,改进医疗技术,提高全民健康水平,推动社会进步的职责。因此,对于医疗机构及医务人员救治病患、发展医学的积极性必须予以保护。但是,面对医疗机构及医务人员的过失所造成的受害患者人身损害的客观后果,法律也不能采取纵容放任的态度,甚至鼓励医疗机构及医务人员的疏忽和懈怠,以至于患者因医疗过失行为遭受损害而得不到必要救济,民事权利无法得到保障。^[13]近30年中,国家行政机关过于强调医疗机构和医疗行为的特殊性,片面保护医疗机构及医务人员,造成了医患利益保护之间的不平衡,主要表现在:第一,提高医疗事故鉴定标准,仅具有医疗差错的医疗行为不构成医疗事故,不承担赔偿责任;第二,控制医疗事故鉴定的权力,将医疗事故鉴定作为医学鉴定,拒绝司法介入,放任医学专家之间的袒护行为,使医疗事故鉴定结论的公信力大大降低;第三,严格限制医疗事故的赔偿数额,限制受害患者的赔偿权利。这些做法导致受害患者的合法权益无法得到全面保护,使人民群众的不满情绪越来越严重。

2. 受害患者一方寻求新的保护方法形成双轨制

面对国家行政机关片面强调保护医疗机构及医务人员利益的状况,受害患者转而寻找新的保护方法。例如,针对医疗事故责任构成标准过高的做法,患者选择不起诉医疗事故,转而起诉医疗过错;针对医疗事故鉴定由医疗机构垄断的做法,患者选择不申请医疗事故鉴定而申请医疗过错鉴定;针对《条例》规定的医疗事故赔偿标准过低的做法,患者转而依照民法通则的规定请求人身损害赔偿。因此,医疗事故与医疗过错、医疗事故鉴定与医疗过错法医鉴定、医疗事故赔偿与人身损害赔偿这三个双轨制应运而生。可见,医疗损害责任纠纷法律适用上的双轨制并不是司法的刻意而为,而是行政机关对医疗机构予以片面保护,使患者的权利无法得到全面保障而引发的后果。

3. 司法机关将错就错认可医疗事故和医疗过错的差别形成二元化结构

[10] 《医疗事故技术鉴定和法临床鉴定》,《中国医院法治》2007年第3期。

[11] 笔者曾经评论过的扬州市中级人民法院和江苏省高级人民法院采用司法鉴定机构的鉴定结论作为证据的“毛红、葛登娣诉扬州市第一人民医院医疗损害赔偿纠纷案”,就是一个典型案例。参见杨立新:《医疗侵权法律与适用》,法律出版社2008年版,第178页以下。

[12] 前引[9],卫生部课题组文。

[13] 法国在19世纪前采取“法律不入医界”的态度,容忍医疗失误,不追究医师的法律责任,结果医师对病患更不负责任。参见陈忠五:《法国法上医疗过错的举证责任》,载前引[5],朱柏松等书,第119页。

在 30 年的医疗损害责任制度发展中,对于三个双轨制的形成和发展,司法机关采取的态度是将错就错,使由三个双轨制构成的二元化医疗损害责任成为全国法院统一实行的制度。第一,认可和鼓励患者进行医疗过错诉讼,形成同样是医疗行为造成的人身损害却有不同性质的法律后果的局面。最典型的是,面对医疗事故损害赔偿和人身损害赔偿在数额上的悬殊差别,不仅没有及时纠正,反而明确予以认可,^[14]进一步割裂了统一的医疗损害责任制度。第二,认可和鼓励医疗事故和医疗过错在适用法律上的差别,明确规定应当分别适用不同的法律规范。司法机关并非没有意识到医疗损害责任应该统一法律适用,最高人民法院曾在 1992 年的批复中明示,对于医疗事故,如果适用《办法》能够保护患者权利的,可以适用《办法》的规定,不能保护患者权利的,可以适用民法通则的规定确定医疗机构的责任。^[15]但是,这个立场并没有能够坚持下来,对于法律适用上的质疑和请示,最高人民法院采取不与行政法规发生冲突的态度,^[16]使医疗事故与医疗过错在法律适用上的二元化结构合法化。第三,降低医疗侵权责任的构成条件,大大减轻受害患者一方的举证责任,规定医疗侵权责任实行过错推定和因果关系推定,在强调对患者权利进行保护的同时,将医疗机构推向不利的诉讼地位,致使医疗纠纷诉讼双方当事人的地位失衡,医疗机构不得不采取防御性医疗以保护自己,进而使全体患者负担过度检查费用,损害了全体患者的利益。可见,司法机关在医疗损害责任的法律适用上,指导思想不统一,既默认行政机关片面保护医疗机构的做法,又过于强调保护患者的利益;既有维护法律统一实施的思想,又有扩大法律适用矛盾、强化双轨制的错误办法。这些矛盾的措施和方法的实质,就在于司法机关不敢大胆行使司法裁量权。

(二) 二元结构的医疗损害责任制度的弊病

1. 分割完整的医疗损害责任制度造成受害患者一方相互之间的矛盾

对医疗损害责任实行三个双轨制的二元化结构,其后果就是分割完整的医疗损害责任法律制度,把一个完整的医疗损害责任制度人为地分为医疗事故责任和医疗过错责任,适用不同的法律规则,致使同样的医疗损害得到相差悬殊的赔偿金。因医疗过错造成死亡的,按照人身损害赔偿司法解释的规定,死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准,按 20 年计算;但 60 周岁以上的,年龄每增加 1 岁减少 1 年;75 周岁以上的,按 5 年计算。以北京为例,2005 年人均可支配收入为 17653 元,20 年为 353060 元。按照《条例》规定的标准赔偿,医疗事故的受害患者只能得到 6 年的医疗事故发生地居民年平均生活费的赔偿。北京没有居民平均生活费的统计,使用的是人均消费支出数据,2005 年为 13244 元,6 年是 79486 元,相差 273574 元,并且医疗事故的受害患者无法获得 10 万元至 30 万元的精神损害抚慰金的赔偿。这样的法律适用结果,当然会引起矛盾,受害患者一方的不满意程度是可以想象的。

2. 加重医疗机构举证责任形成防御性医疗损害全体患者的利益

司法机关一方面默许对医疗机构的片面保护,另一方面则为了保护受害患者而加重医疗机构的举证责任,这种矛盾做法的后果,是直接导致医疗机构在医疗诉讼中的不利地位,要求医疗机构负担超出其负担能力的举证责任及医疗损害赔偿赔偿责任,使医疗机构及医务人员不得不采取防御性医疗措施,对患者普遍实行过度检查,直接受到损害的当然是全体患者。同时,过高的医疗损害赔偿赔偿责任负担,也使医务人员面对应当进行探索的医学科学研究缩手缩脚,不敢进行探索和实

[14] 参见最高人民法院《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》第 3 条。

[15] 参见最高人民法院 1992 年 2 月 24 日《关于李新荣诉天津市第二医学院附属医院医疗事故赔偿一案如何适用法律的复函》。

[16] 最高人民法院《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》第 1 条。

践,甚至推诿和拒绝治疗,最终的后果必然是迟滞医学科学发展,损害全体人民的整体利益。

3. 造成审判秩序混乱损害司法权威

医疗损害责任制度的二元化,引起当事人对我国法律制度的怀疑,大多数法官也不理解,又不敢对抗行政法规和司法解释的明确规定。有些法院则直接出台自己的法律适用规则,改变司法解释和行政法规的规定。北京市高级人民法院就出台了《关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的意见(试行)》,其第21条明确规定:“确定医疗事故损害赔偿标准,应参照《医疗事故处理条例》第49条至第52条的规定;如参照《医疗事故处理条例》处理将使患者所受损失无法得到基本补偿的,可以适用《民法通则》及相关司法解释的规定适当提高赔偿数额(第1款)。确定一般医疗损害赔偿标准,应适用《民法通则》及相关司法解释的规定(第2款)。”这就是所谓的“区别对待”的医疗损害赔偿原则。高级人民法院的规范性意见直接改变最高人民法院的司法解释,尽管是为保护受害患者利益而采取的不得已的做法,但审判活动和法律适用中的这种混乱,无疑会降低司法机关的威信。

三、改革我国医疗损害责任制度的理论基础

(一) 坚持人格平等实行统一的医疗损害责任制度是医疗损害责任改革的基本方向

人格平等,是民法的最高规则。人格平等原则的目标之一,就是使民事主体的合法权益得到平等保护,任何一个民事主体的权利受到侵害之后,都平等地受到民法的保护和救济。^[17]

在现行的二元化的医疗损害责任制度中,医疗事故责任与医疗过错责任的赔偿标准完全不同,其实质在于法律对受害患者给予不平等的人格待遇。尽管这不是设计医疗事故赔偿责任的初衷,也不是立法者和司法者的主观愿望,但其引起的后果却在实质上造成了受害患者的人格不平等。作出这样的评价并非危言耸听,同样的受害患者,同样的损害事实,得到的却是反差极大的赔偿待遇,其实质必然涉及深层次的人格平等问题。

医疗损害责任改革的基本方向,就是废除诉因、赔偿标准和责任鉴定的三个双轨制,建立统一的医疗损害责任制度,改变现行的法律适用混乱状态,使受害患者在统一的医疗损害责任制度中得到平等保护。

(二) 兼顾受害患者、医疗机构和全体患者的利益关系是医疗损害责任改革的基本要求

改革医疗损害责任制度必须根据我国的具体国情和医疗损害的实际情况进行。在改革医疗损害责任制度中着重关注的必须是人,必须以人为本。医疗损害中的人,首先是受害患者及受害患者一方,他们是权利受到损害的受害人,是最需要保护和关心的人群。在医疗损害责任制度的改革中,必须关注受害患者一方的利益诉求,确立有效的保护方法和救济措施,使受害患者一方受到的损害能够得到充分的救济,使他们的合法权益能够得到有效的保护。

但是,在医疗损害责任制度调整的范围内,除了应当保护受害患者一方的利益之外,还有其他应当保护的利益。首先,应当考虑保护医疗机构的利益。我国的医疗制度确实具有一定的福利性,令其承担完全市场化的损害赔偿责任是不公平也是不合理的;任何医疗技术和医疗手段都有风险,患者接受某项医疗措施实际上就等于接受了这种医疗风险;医疗损害结果发生的原因复杂,通常都不是由单一的医疗过失行为引起的,而是有多个原因;医学需要通过医疗实践去发展,医疗机构担负着发展医学、造福人类的重大职责。因此,在医疗损害责任制度中不能对医疗机构科以过重的赔偿责任,以保护医疗机构的正当利益,促进医学科学的发展。其次,还应当考

[17] 参见杨立新:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第55页。

考虑保护全体患者的利益。在我国现行医疗体制下，医院的经费基本上来源于向患者收费，支付给受害患者的赔偿金只能在医院的经费中支出。如果医疗机构承担的赔偿数额过高，医院为了寻求经费的收支平衡，必然会向患者收取更多的费用，最终将损害赔偿金转嫁到全体患者身上，以由全体患者多支出医疗费用的方法承担赔偿责任。因此，在改革医疗损害责任制度中，必须保护好全体患者的利益。

改革医疗损害责任制度，在立法中反映各方的利益诉求，统筹兼顾最广大人民的根本利益、现阶段群众的共同利益以及不同群体的特殊利益，形成科学有效的受害患者利益、医疗机构利益和全体患者利益的协调机制和权益保障机制，就是改革医疗损害责任制度的基本要求和根本目标。

（三）过错责任原则是建立和谐医患关系调整三者利益的最佳平衡器

调整受害患者、医疗机构和全体患者之间的利益关系，最好的平衡器就是侵权责任法的过错责任原则。过错责任原则具有纯化道德风尚、确定行为标准、预防损害发生等社会功能，更重要的是，它能够协调各种利益冲突，维护社会的公平和正义。在现代社会，几乎所有人都离不开医疗，因此，全体患者的利益差不多等同于全体人民的利益。“人民之安宁乃最高之法律。”^{〔18〕}在医疗损害责任中，过错责任原则的重要作用就是平衡三者利益关系，建立和谐的利益关系结构。

过错责任原则的平衡作用表现在：第一，没有医疗过失医疗机构就没有责任。并非凡患者遭受损害医疗机构就要予以赔偿，而是必须医疗机构及医务人员存在医疗过失才发生赔偿责任。第二，医疗机构仅仅就自己的医疗过失所造成的损害承担赔偿责任。在医疗机构应当承担赔偿责任时，依据过错责任原则的要求，还应当适用比较过错、比较原因力等规则，将不应当由医疗机构承担的部分责任予以扣除，合理确定医疗机构的赔偿责任，而非一律全部赔偿。第三，基于医疗过失的严重程度适当限制精神损害抚慰金的赔偿数额。医疗过失不具有恶意，仅仅存在一般过失或者重大过失，与一般的侵权行为有所不同，因而在确定医疗损害责任的精神损害抚慰金数额时，应当予以适当限制。美国加州医疗损害赔偿改革的经验表明，高额的赔偿金给受害人带来的是损害赔偿请求权的满足，但随之而来的就是医生为了转嫁这种风险而大幅度提高患者的医疗费用。鉴于此，加州医疗损害赔偿改革法采取限制精神损害抚慰金数额等措施，使加州医疗损害赔偿制度保持了将近 30 年的稳定，成为美国医疗损害赔偿制度改革的样板。借鉴这些经验，对医疗损害责任中的抚慰金赔偿数额进行限制，符合过错责任原则的要求，也能够平衡三者之间的利益关系，以使医患关系得到改善。

（四）坚持民事诉讼武器平等原则妥善处理诉讼机会和诉讼利益的平衡

人格平等原则反映在诉讼中，就要求保证双方享有平等的程序权利，^{〔19〕}保证诉讼的双方当事人地位平等、机会平等和风险平等。这就是民事诉讼中的“武器平等原则”。该原则来源于宪法保障平等权的要求：在地位上，不论当事人是攻击者即原告还是防御者即被告，也不论其在诉讼外的实体法律关系中是否有上下从属关系，在诉讼中均享有相同的地位；在机会上，当事人享有平等地接近、利用法院的机会，以及提出攻击、防御方法的机会；在风险上，诉讼的胜败风险应在双方当事人之间平等分配，不应由一方负担较高的败诉不利益风险。因此，“武器平等”不仅是形式上的平等，也须为实质平等的保障。^{〔20〕}原告和被告只有以平等或对等的诉讼权利武装自己，在一个平等的环境中赢得诉讼，才是公平的。^{〔21〕}

〔18〕 郑玉波：《法谚》（一），法律出版社 2007 年版，第 3 页。

〔19〕 王利明：《民法典体系研究》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 327 页。

〔20〕 沈冠伶：《民事诉讼证据法与武器平等原则》，台湾元照出版公司 2007 年版，第 92 页。

〔21〕 邵明：《民事诉讼法理研究》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 102 页。

在医疗诉讼中,长时间以来,作为主张权利的一方即受害患者一方,在诉讼中经常处于劣势,具体表现在:一是事实上不知,无法掌握医疗过程以及损害发生的实际情况;二是专业上不知,即使是患者亲身经历医疗过程,也由于欠缺医疗专业知识,难以陈述具体治疗经过和过失所在;三是证据的偏在,医疗文书和资料不掌握在患者一方。因此,在医疗损害责任诉讼中,在诉讼政策上适当向受害患者一方倾斜,是正确的。世界各国的医疗损害责任法也都是如此,唯此才能够保证双方当事人之间的平等关系,做到武器平等。^[22]但是,在诉讼中过于向受害患者一方倾斜,将两个侵权责任要件即因果关系要件和过错要件的举证责任完全推给医疗机构一方,而受害患者对此不承担举证责任,必然会使双方在诉讼中的地位失衡、机会失衡、风险利益关系失衡,导致作为防御一方的医疗机构疲于应对具有巨大诉讼压力、超出其负担能力的医疗损害责任诉讼,负担过高的机会和风险利益的负面压力。改革医疗损害责任制度,在程序上就必须区别不同情况,分别适用举证责任倒置或者举证责任缓和规则、完全的过错推定或者不完全的过错推定规则、完全的因果关系推定或者不完全的因果关系推定规则,以保障双方当事人的武器平等,保障双方当事人的地位平等、机会平等和风险利益平等,使医患关系协调发展。欲将一个简单、一致的方式通盘适用于所有事件,既可能不符合个案正义,也未必适当。^[23]因此,在医疗损害责任制度改革中,必须对与其相适应的程序制度以及具体的举证责任制度进行改革,以实现程序上的公平来保证实体法公平的实现。

四、我国医疗损害责任制度改革的基本目标和设想

(一) 我国医疗损害责任制度改革应当追求的基本目标

在医疗损害责任制度发展的第三个阶段刚刚开始的时候,恰逢制定侵权责任法,冷静地思考医疗损害责任制度的应然模式,应当确立医疗损害责任制度改革的基本目标:建立一元的、完善的医疗损害责任制度,改变二元结构医疗损害责任在法律适用上的矛盾状况,统筹兼顾,公平、妥善地处理受害患者的利益保护、医疗机构的利益保护以及全体患者利益保护之间的平衡关系,推进社会医疗保障制度的健全发展,保障全体人民的医疗福利。

(二) 我国医疗损害责任制度改革的基本设想

重新构造我国的医疗损害责任制度,其基本问题包括以下六个方面:

1. 统一医疗损害责任概念

侵权责任法应当摒弃医疗事故责任和医疗过错责任这两个不同概念,使用统一的“医疗损害责任”概念。^[24]这不仅仅是统一侵权责任法的概念,更重要的是结束分割医疗损害责任的法制不统一现状,统一法律的适用。事实上,医疗事故和医疗过错并不存在原则的差别,强制性地对其进行分割,刻意强调其差别,是没有道理的。将所有的医疗损害纠纷都规定为医疗损害责任,置于这个统一的概念之下,就能够制定一个统一的、一元化结构的医疗损害责任制度,用统一的尺度保护受害患者一方的权利。

2. 确定医疗损害责任的归责原则体系和基本类型

借鉴各国医疗损害责任的侵权法规则,应当确定我国医疗损害责任的归责原则体系由过错责

[22] 前引[20],沈冠伶书,第92页。

[23] 同上书,第92页。

[24] 关于统一医疗损害责任概念的具体分析,参见杨立新:《医疗损害责任概念研究》,《政治与法律》2009年第3期。

任原则、过错推定原则和无过失责任原则构成。^[25]同时,根据医疗损害责任的具体情形和法律规则的不同,可以部分借鉴法国医疗损害赔偿法的做法,^[26]将医疗损害责任分为三种基本类型,即医疗技术损害责任、医疗伦理损害责任和医疗产品损害责任,分别适用不同的归责原则和具体规则。

(1) 医疗技术损害责任

医疗技术损害责任,是指医疗机构及医务人员在从事病情检验、诊断、治疗方法的选择,治疗措施的执行,病情发展过程的追踪以及术后照护等医疗行为中,存在不符合当时的医疗水平的过失行为,医疗机构所应当承担的侵权赔偿责任。换言之,医疗技术损害责任是医疗机构及医务人员具有医疗技术过失的医疗损害责任类型。医疗技术过失,系指医疗机构或者医护人员从事病情的检验诊断、治疗方法的选择,治疗措施的执行以及病情发展过程的追踪或术后照护等医疗行为中,不符合当时既存的医疗专业知识或技术水准的懈怠或疏忽。^[27]这种医疗过失的判断标准,是医疗科学依据和医学技术标准,即当时的医疗水平,违反之即为有过失。

医疗技术损害责任适用过错责任原则,由原告即受害患者一方承担举证责任,即使是医疗过失要件也须由受害患者一方举证。只有在必要的情况下,例如受害患者一方无法提供充分的证据证明医疗机构有过错,或者法律规定的特定情形,才能实行举证责任缓和,在原告的证明达到了表现证据规则所要求的标准,^[28]或者已经证明医疗机构存在法律规定可以推定医疗过失的情形时,才可以转由医疗机构一方承担举证责任,实行有条件的医疗过失推定。

(2) 医疗伦理损害责任

医疗伦理损害责任,是指医疗机构及医务人员在从事各种医疗行为时,未对病患充分告知或者说明其病情,未对病患提供及时有用的医疗建议,未保守与病情有关的各种秘密,或未取得病患同意即采取某种医疗措施或停止继续治疗等,存在违反医疗职业良知或职业伦理上应遵守的规则的过失行为,医疗机构所应当承担的侵权赔偿责任。换言之,医疗伦理损害责任就是具有医疗伦理过失的医疗损害责任。医疗伦理过失,系指医疗机构或医护人员从事各种医疗行为时,未对病患充分告知或者说明其病情,未提供病患及时有用的医疗建议,未保守与病情有关的各种秘密,或未取得病患同意即采取某种医疗措施或停止继续治疗等,而违反医疗职业良知或职业伦理上应遵守的规则而言,分为医疗资讯过失和病患同意过失等不同情形。^[29]

医疗伦理损害责任适用过错推定原则。在诉讼中,对于责任构成中的医疗违法行为、损害事实以及因果关系的证明,由受害患者一方负担。在此基础上实行过错推定,将医疗伦理过失的举证责任归之于医疗机构,医疗机构一方认为自己不存在医疗过失的,须举证证明自己的主张成立,否则应当承担赔偿责任。

(3) 医疗产品损害责任

医疗产品损害责任,是指医疗机构在医疗过程中使用有缺陷的药品、消毒药剂、医疗器械以及血液及制品等医疗产品,由此造成患者人身损害,医疗机构或者医疗产品生产、销售者应当承担的医疗损害赔偿责任。

确定医疗产品损害责任,应当区别缺陷医疗产品的生产者、销售者以及医疗机构的不同,分

[25] 关于对医疗损害责任归责原则的具体看法,参见杨立新:《论医疗损害责任的归责原则及体系》,《中国政法大学学报》2009年第2期。

[26] 法国医疗损害赔偿法对医疗过错采取两分法,分为医疗科学过错和医疗伦理过错。

[27] 陈忠五:《法国法上医疗过错的举证责任》,载前引[5],朱柏松等书,第125页。

[28] 参见詹森林:《德国医疗过失举证责任之研究》,载前引[5],朱柏松等书,第56页。

[29] 前引[27],陈忠五文。

别适用法律。首先,在确定缺陷医疗产品生产者和销售者的责任时,应当适用产品责任的一般规则。其次,在确定医疗机构的医疗产品损害责任时,应当区别不同情况:(1)在一般情况下,医疗机构对使用缺陷医疗产品造成患者损害有过失,或者医疗机构强制指定患者使用缺陷医疗产品,造成患者损害的,适用产品责任的一般规则,按照不真正连带责任规则,受害患者一方既可以向医疗机构要求赔偿,也可以向缺陷产品的生产者或者销售者要求赔偿,医疗机构承担赔偿责任后,生产者、销售者应当承担责任的,医疗机构有权向生产者或者销售者追偿。医疗机构对于缺陷医疗产品致害没有过失的,不应当承担责任,受害患者一方只能向缺陷医疗产品的生产者、销售者按照产品责任的一般规则请求赔偿。(2)医疗机构使用缺陷医疗产品致患者损害,无法确定缺陷医疗产品的制造者或者供货者的,应当比照产品销售者承担产品责任的规则,承担赔偿责任。(3)医疗机构本身就是缺陷医疗产品的生产者,即医疗机构使用自己生产的缺陷医疗产品致患者损害的,则应当比照缺陷产品生产者承担责任的规则,承担赔偿责任。

3. 确定医疗过失的一般标准

侵权责任法应当明确规定认定医疗过失的标准是违反注意义务,医疗机构违反自己的注意义务,即存在医疗过失。^[30]

(1) 确定医疗技术过失的标准

在确定医疗技术过失时,必须确定具体的判断标准。可以借鉴日本医疗损害责任法中“医疗水准”的做法,^[31]采用“当时的医疗水平”标准,即医疗机构及医务人员在诊疗活动中应当尽到与医疗时的医疗水平相应的技术注意义务,即“合理的专家标准”或者“合理医师”标准。^[32]在判断医疗机构及医务人员是否违反技术注意义务时,应当适当考虑地区、医疗机构资质、医务人员资质等因素综合判断。具体标准应当采用国家标准加上差别原则,即“国家标准+差别”模式。违反这样的标准,就可以认定为医疗技术过失。

(2) 确定医疗伦理过失的标准

医疗伦理过失,其基本标准是违反了按照医疗良知和职业伦理确定的医疗机构及医务人员的注意义务,即伦理注意义务。医疗机构及医务人员应当承担的伦理注意义务主要是以下五种:第一,医务人员在一般的诊疗活动中,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病情、医疗措施、医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得患者的书面同意。不宜向患者说明的,医务人员应当向患者的近亲属说明,并取得其书面同意。第二,在抢救危急患者等紧急情况,如果难以取得患者或其近亲属同意的,可以经医疗机构负责人批准,立即实施相应的医疗措施。违反上述救助义务,构成医疗过失。^[33]第三,医务人员应当按照规定填写并妥善保管门诊病历、住院志、医嘱单、检验报告、病理数据、护理记录等医学文书及有关医疗资料。患者要求查阅、复制医学文书及有关医疗资料的,医务人员应当提供。不依法提供医疗文书和其他医疗资料的,可以直接推定医疗机构具有医疗过失。第四,医务人员应当尊重患者的隐私,保守患者的医疗秘密。因科研、教学需要利用医学文书及有关数据的,需经患者同意。医疗机构违反保密义务,侵害患者隐私权的,构成医疗伦理损害责任。第五,医务人员应当根据患者的病情实施合理的诊疗行为,不得采取过度检查等不必要的诊疗行为。应当明确对此加以规定,以保护患者的合法权益。

[30] 关于医疗过失的一般标准,笔者曾专门作文。参见杨立新:《医疗过失的证明及举证责任》,《法学杂志》2009年第6期。

[31] 参见朱柏松:《论日本医疗过失之举证责任》,载前引〔5〕,朱柏松等书,第23页。

[32] 前引〔5〕,张新宝文。

[33] 对此,可以借鉴的是肖直军拒绝在手术同意书上签字,医生不敢进行紧急救治,致使待产的李丽云在等待手术中死亡的案件。

4. 确定医疗损害责任纠纷案件的举证责任规则

(1) 医疗技术损害责任的举证责任规则

在医疗技术损害责任中,应当由受害患者一方承担举证责任。受害患者一方无法举证证明的,可以有条件地实行举证责任缓和,能够证明表现证据的,推定医疗机构有医疗过失。如果受害患者能够证明医疗机构存在法定情形,亦推定医疗过失。法定情形可以确定为以下四种:一是违反卫生行政规章制度或者技术操作规范的;二是隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的医学文书及有关资料的;三是伪造、销毁、篡改医学文书及有关资料的;四是医学文书应记载而未记载或者记载缺漏足以显示有重大医疗瑕疵情事的。推定医疗机构有医疗过失的,由医疗机构举证证明自己没有过失,不能证明的,应当承担赔偿责任。

(2) 医疗伦理损害责任的举证责任规则

医疗伦理损害责任实行过错推定原则,原告负担医疗违法行为、损害事实和因果关系要件的举证责任。对医疗伦理过失要件实行举证责任倒置,由医疗机构举证证明自己没有过失。

(3) 医疗产品损害责任的举证责任规则

在药品、消毒药剂、医疗器械和血液及制品等医疗产品损害责任中,医疗违法行为、损害事实、因果关系和前文所述第一种情况下医疗机构的过失都由受害患者一方负担举证责任。在受害患者的证明达到相当可能性时,如果医疗机构认为损害是由受害患者故意引起的,由医疗机构承担举证责任,不能证明的,成立医疗损害责任。

(4) 实行因果关系的举证责任缓和

因果关系的举证责任应当由受害患者一方负担。在一般情况下,不能证明的,不构成医疗损害责任。但是,如果存在客观情况,受害患者一方无法承担举证责任,且医疗机构及医务人员的医疗行为很可能造成该患者人身损害的,在达到表现证据规则要求时,可以推定该诊疗行为与患者人身损害之间存在因果关系。^[34] 医疗机构主张无因果关系的,实行举证责任倒置,由医疗机构承担举证责任。^[35]

5. 适用统一的人身损害赔偿标准并予以适当限制

医疗损害责任的赔偿不应当单独制定标准,而应当实行统一的人身损害赔偿标准。应当特别注意的是,医疗损害责任的赔偿有自己的特点,为了保障全体患者的利益不受损害,对医疗机构的损害赔偿责任应当进行适当限制。^[36] 这种限制表现在四个方面:第一,在确定医疗机构的赔偿责任时必须适用原因力规则,根据医疗行为对造成损害的原因力确定具体的赔偿数额,将受害患者自身的疾病原因造成的损害结果予以扣除。第二,对医疗损害责任的精神损害抚慰金进行适当限制,医疗机构具有重大过失的,抚慰金数额一般不超过5万元人民币,医疗机构仅具有一般过失的,可以不承担抚慰金赔偿责任。第三,实行损益相抵,受害患者因遭受医疗损害而取得的其他补偿金,应当从赔偿金中予以扣除。^[37] 第四,对于造成残疾的受害患者,以及其他应当给予的未来赔偿,可以更多地适用定期金赔偿,而不采取一次性赔偿,这不仅减轻医疗机构当时的赔偿负担,且在承担责任的原因消灭后,能够及时消灭医疗机构的赔偿责任。

6. 确定医疗损害责任鉴定的性质为司法鉴定

[34] 参见曾淑瑜:《医疗过失与因果关系》,台湾翰芦图书出版有限公司2007年版,第350页。

[35] 关于因果关系要件举证责任缓和的具体分析,可参见杨立新:《医疗损害责任的因果关系证明及举证责任》,《法学》2009年第1期。

[36] 笔者曾就此专门撰文,参见杨立新:《医疗过失损害赔偿责任的适当限制原则》,《政法论丛》2008年第6期。

[37] 对此可以借鉴美国加州医疗损害赔偿改革法关于禁止同一来源规则适用的规定。参见前引[11],杨立新书,第132页以下。

应当打破由医疗研究部门独家垄断医疗损害责任鉴定的做法,实行科学的、符合司法规律的医疗损害责任鉴定制度。医疗损害责任鉴定的性质是司法鉴定,具体组织责任鉴定的不应当是医学研究机构,而应是法院和法官。医学会不应当插手医疗损害责任鉴定的具体事宜,不得干预鉴定的过程和鉴定结论,医疗损害责任鉴定应依照司法鉴定的程序进行,以保障鉴定程序和实质的公平。对于医疗损害责任司法鉴定结论,应当像对待其他司法鉴定一样,法官有权组织并进行司法审查,有权决定是不是应当重新鉴定,有权决定是否采信鉴定结论,并且鉴定专家有义务出庭接受当事人的质询。如果有充分的根据,法官有权依据调查的事实或者根据更有权威的鉴定结论而否定先前的鉴定结论。只有这样,才能保证医疗损害责任认定的准确性和合法性,才能充分保护患者的合法权益不受侵害。

Abstracts: The current system of liability for medical damage, which has developed along with the on-going of the reform and opening-up of China, has undergone three phases, including the phase of limiting the patients' claim for damages, the phase of increasing the burden of proof of the medical institutions which leads to the defense medical treatments, and the phase of re-thinking and reflection. The current system consists of three double-track systems in the cause of action, the compensation standard for medical damage and the identification of liability, and has a dual structure by differentiating the liability for medical accidents from the liability for medical faults. Such structure reflects the reality of the chaos in the application of law.

The draft of the tort liability law provides an opportunity for reforming such system. The basic direction of reform is to insist on the equality of personality and unify the system of liability for medical damage. The basic requirement of reform is to balance the interests of the victims, the medical institutions and all the patients, and the fault liability principle is the best balancer to adjust them. The principle of equality in litigation weapon should be insisted on to balance the opportunities and interests of litigants.

Based on these principles, a single-track and unified system of liability for medical damage will be constructed. To realize this construction, firstly, the concept of liability for medical damage should be unified by abandoning the concepts of liability for medical accident and liability for medical fault. Secondly, the liability for medical damage should be divided into three categories, that is, the liability for medical technical damage, the liability for medical ethical damage and the liability for medical product damage, and different imputation principles should be applied in different categories. Thirdly, the general standard of medical fault is the current medical level. Fourthly, the burden of proof in the medical disputes should be scientifically allocated and the compensation standard for personal injury should be unified and limited. Lastly, the nature of liability identification for medical damage should be judicial identification.

Key Words: medical damage, liability for compensation, relationship of interest, system reform
