

# 医疗过失行为民事责任竞合问题研究

李运华

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

**摘要:** 为更好地解决医疗损害纠纷中的民事责任问题, 本文提出以学理上更为科学的医疗过失行为概念取代现行的医疗事故概念, 对医疗过失行为中广泛存在的违约与侵权规范竞合的现象做了深入分析, 并在比较研究的基础上就我国如何应对医疗过失行为民事责任及其竞合的问题提出了立法解决方案。

**关键词:** 医疗过失 责任竞合 立法对策

## 一、医疗过失行为的概念和属性

医疗过失行为一词, 在我国有关法律文件中虽有提及, 但很少作为专门的概念使用。欧美、日本等西方国家则把它作为有关医事的立法和学说的基本概念广为运用。在日本, 学界将医疗纠纷统称为医疗事故, 即其医疗事故概念就相当于我国的医疗纠纷, 不具有严格的法律意义。医疗过错才是一个严谨的法律概念。日本医事法学家松仓丰治教授说: “医疗事故未必全是医疗过错。只有在发生事故过程中存在某种医疗上的疏忽或过失, 方能成为医疗过错, 并产生法律上追究责任的问题”<sup>[1]</sup>(第 15 页)。英国使用的也是“医疗过失”的概念, 并把它解释为因医方过错造成病人损害的民事侵权行为。“医疗过失曾称为渎职罪……医疗过失的绝大多数事例只是构成民事案件, 严重的案例以致构成刑事案件, 但为数甚少……医疗和其它类型的过失是属于民法上的责任, 是一种比较难以解释的侵权行为, 为了证明任何一种医疗上的过失, 必须具备以下表现: ①被告人(医务人员)应向原告(病人)履行关心的职责。②被告人违反这个职责。③结果使原告人遭到损害。”<sup>[2]</sup>(第 16 页)

我国法律文件用得更多的是医疗事故的概念。旧的《医疗事故处理办法》(本文下称原办法)把医疗事故界定得非常狭窄, 使之与医疗过失行为的含义相距甚远。新的《医疗事故处理条例》(本文下称新条例)有了改变, 把医疗事故界定为“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”。

新条例的医疗事故概念虽然拉近了与国际通行的医疗过失行为概念的距离, 但两者还是有差别。在概念外延上, 后者较前者要宽得多。尤为重要, 在民法学理上, 医疗过失行为的概念较医疗事故更为科学。它与现行的民法理论和立法体系是完全吻合的, 更有利于真实地反映医患关系的客观实际和公正地处理医患之间的权利、义务与责任分配的问题。相反, 所谓医疗事故, 本是医院管理学中的概念, 不加批判与改造就作为法学概念使用, 颇显勉强与突兀, 无法与既有的民法理论与立法体系接合。再者, “医疗事故”一词在汉语中常予人一种似与人的意志和行为无太多关联的客观事变的语义暗示, 且这种语义暗示常为医方所利用。

因此, 笔者建议参考多数国家的通行做法, 改用医疗过失行为的概念, 并定义如下: 医疗过失行为是医方在医疗行为过程中, 因过失损害患者法定权益, 应当承担民事责任的民事违法行为。其构成要件如下: 其一, 行为主体为“医方”。这样既可解决原办法当中医疗事故的行为主体是医务人员, 而经济补偿责任主体为医疗单位的不合法理问题。显然, 依我国的现行医院经营管理体制, 医务人员应看作医院雇佣(或行政人事安排)使用的人, 其行为、过失与责任均视为医院本身所出。也可照顾到我国医疗市场上现存着多种多样的主体, 如个体开业医师、企业的医务所等等现实情况。其二, 确认医疗事故须为发生“在医疗行为过程中”, 以排除非医疗行为因素引起的医患纠纷。其三, 主观方面为过失, 医方无过失即不负民事责任。其四, 定义中所谓“损害

患者法定权益”，是考虑到医疗活动属于民事活动之一种，实即一种合同行为，没有理由不遵守民法等法律而仅遵守如新条例第二条所限定的“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”等医事法律规范。因此，因医疗事故而致损害的任何法律规定或承认的权利和利益均在保护之列。其五，把医疗事故最终定性为“民事违法行为”，是因为它既有违约行为性质，又具侵权行为可能，详情如下：

从法学角度研究或定义医疗过失行为，是为了解决有关它的民事责任问题。大陆法系国家的民事责任制度通常是采用违约责任和侵权责任分立的二元体制的，即民事责任在学说和立法上均被区分为违约责任和侵权责任两大主要类型，相应地把应承担民事责任的行为也主要划分为违约行为和侵权行为两类。

就医疗过失行为而言，首先，由于医患之间医疗服务合同关系的存在，人们自然把医疗过失行为归于违约行为之列。的确，医疗过失行为是发生在有医疗服务合同关系的双方当事人之间，它首先表现为行为人违反受法律保护之合同义务，并给另一方当事人造成损害，使其合同目的落空，因而具备违约行为的全部构成要件，故属违约行为无疑。其主要表现形态为医疗服务合同的不适当履行或瑕疵履行。

然而，由于医疗服务合同关系具有的特点——特别是这种合同关系具有很强的涉人身性的特点之存在，国家公权力必然介入到此类合同关系当中，将大量的合同上的权利义务以立法形式直接加以规定，使私法性质的契约权利和义务转变成公法性质的权利义务，正如日本《国民医疗法》、芬兰《病人权利法案》等所做的那样。我国虽然目前暂缺这方面的专门法，但人们仍不难从《民法通则》有关人身权制度、《消费者权益保护法》等法律法规中找到类似的法律依据。这样一来，医疗过失行为一旦发生，就不仅构成违约行为，且具有因故意或过失不法侵害他人之权利或故意违反保护他人之法律而加损害于他人的性质，即构成侵权行为。

诚如上述，则医疗过失行为既属违约行为，又具侵权性质。学界把这种一事实符合数个法律规范之要件，致该数个规范皆得适用的现象称为规范竞合。显然，医疗过失行为普遍存在着这种规范竞合的现象。

## 二、医疗过失行为违约责任与侵权责任内容之比较

医疗过失行为兼具违约行为与侵权行为双重性质，为如何适当确定其民事责任、平衡医患双方的权利义务带来了立法与司法上的挑战。因为依民法学理，对违约行为应适用违约责任制度，对侵权行为则适用侵权责任制度，不容混淆。这两种责任制度在归责原则、成立要件、举证责任、时效、赔偿范围等方面，规定颇不相同，对当事人利益的影响也有重大差别，兹分述于下。

### （一）归责原则与举证责任

医疗过失行为，我国虽有学者主张其为特殊侵权行为，并主张可适用无过错责任，但我国民法没有将其作特殊侵权予以规定，而且依学理分析，也多视为一般侵权行为。作为一般侵权行为，与违约行为一样，适用的归责原则同为过错责任原则。但同中有异，违约责任一般实行过错责任原则之特定形式，即过错推定原则。这种差别对当事人的举证责任负担造成重大影响。

依过错责任原则和一般举证规则，侵权行为的被害人（在医疗事故中即患者）应负责证明行为人之过失、损害后果、及两者之因果关系的存在。而依违约责任所适用的过错推定原则，债权人（在医疗事故中即患方）无须证明债务人（医方）之故意或过失，而只需证明当事人之间存在合同关系以及自身在此关系中受有损害就行了。如债权人已证明上述二点，则债务人除根本否认未履行合同义务或证明其已履行合同义务的情况外，必须证明有不可归责于自己的事由，否则，即依法推定其为有过错并造成对方损害，从而须承担违约民事责任。

### （二）成立要件

对于违约责任和侵权责任各自的构成要件有哪些，学者间是有争议的。如关于侵权责任要件，有三要件说、四要件说。若具体到医疗过失行为民事责任的构成要件问题上，也存在四要件

与五要件之争论。本文采目前我国多数学者所持的四要件构成论，从不法行为、损害事实、因果关系、主观过错等四个方面，比较两种责任制度在医疗过失行为处理效果上呈现出的差别。

#### 1、不法行为

在违约责任中，不法行为即违反合同的行为；在侵权责任中，不法行为表现为侵犯他人权利和合法利益，或违背保护他人之法律，故意或过失加损害于他人的行为。就医疗过失行为而言，由于医疗服务合同内容具有高度不确定性，所以，让患者证明医方有违反合同的行为存在，在大多数情况下实非易事。而让患者证明医方有侵权行为存在，则相对要容易些（以法律对医患关系中双方的权利义务有明确规定为前提）。

#### 2、损害事实

损害事实是不论适用哪种责任制度均需加以证明的要件，但它对违约责任追究所具的重要性相对要小些。因为依法律和学理，违约责任之成立，有时并不需要以损害事实存在为前提，而只须以有违约行为存在为已足。医疗服务合同关系中也有这种情形。如有些美容、保健服务，双方有“无效退款”之约定，则请求赔偿时无需证明有损害存在。在日本，多数学者认为：在医方未尽说明义务情形下，即使从医学上看，医方治疗行为是成功的，但患者如不满意，仍有要求损害赔偿之可能。侵权行为责任的成立则与此相反，必以损害事实之存在并获得证实为前提。

#### 3、因果关系

在违约责任中，一般要求违约行为与损害后果之间有直接的因果关系；而在侵权责任中，除了对因果关系是侵权责任构成的必要条件众所公认外，其它有关因果关系的性质、标准、认定等等问题则众说纷纭，迄无定论。但总的说来侵权责任之成立，对因果关系的要求较之在违约责任中来得宽松，在举证上易于证明。如现代学者很多主张在侵权责任中适用“相当因果关系说”，或对有些特殊侵权（如环境污染致人损害）主张降低对因果关系的证明度，以便受害人较易获得损害救济。不少日本法学家即主张对医疗过失行为中的受害人也应当降低对因果关系的证明度。

#### 4、过错

违约责任制度对“过错”的证明要求比较有利于债权人，而不利于违约一方，表现在三个方面：首先，实行的是过错推定原则；其次，合同当事人得为自己一方的第三人的过错负责；再次，在某些合同关系中，无过错也可令当事人承担责任。而在侵权民事责任中，除非是实行无过错责任或推定过错责任的领域，否则，就一般侵权行为而言，当事人过错是令其承担民事责任的非常重要而严格的要件。当然，这是一种理论上的宏观比较。若具体到个案时，则不尽如此。比如侵权行为的过失要件，系以抽象轻过失为标准；而在违约行为中，当事人可事先通过约定免除轻过失之责任（故意或重大过失除外）。在无合同关系中，法律更注意减轻债务人之注意义务，仅要求其就故意或重大过失负责。

### （三）赔偿范围

违约责任的赔偿范围，当事人可通过订立违约金等类办法预先限定。当事人如未做约定，依我国法律，可请求赔偿实际损害（包括可得利益）。若依侵权责任决定赔偿范围，则只限于消极利益。但由于医疗过失行为多为侵害人格权，则损害赔偿范围因之大为扩张，包括财产上损害和非财产上损害，往往大大超过了违约责任之赔偿额。因此，单就赔偿范围之规定看，医疗过失行为受害人以主张侵权损害赔偿较为有利。

### （四）时效

依我国《民法通则》和《合同法》规定，受害患者如果依违约责任追索赔偿，则诉讼时效期间为二年；若依侵害人身权要求赔偿，则时效期间为一年（确切言之，《民法通则》仅规定“身体受到伤害”要求赔偿的时效期间为一年，未涵盖全部人身权）。

### （五）免责事由

如按违约责任，相应的免责事由一般包括不可抗力、情事变更和债权人重大过错三项。如为侵权责任，则免责事由分为正当理由和外来原因两大类。前者包括依法执行职务、正当防卫、

紧急避险、自助行为、受害人同意；后者包括不可抗力、意外事件、受害人过错、第三人行为等。显然，侵权行为的免责理由较违约责任宽泛得多。

医疗过失行为兼具违约与侵权竞合的性质已如前述。依有关竞合的法理，一个违法行为，虽同时触犯两种法律规范，构成违约责任和侵权责任，但当事人只能选择其中一种责任，主张损害赔偿之权利。而据上述分析可知，医疗过失行为发生后，当事人主张何种责任，对其实体权利和程序利益会产生重大差异（具体利弊如何，则要视具体案件而定）。同一事实而生不同法律上之后果，这对于法律的稳定性、权威性、正当性不能不说是重大挑战。这也是各国建立医疗过失行为民事责任制度时要面对的核心问题。

### 三、医疗过失行为民事责任竞合的立法对策

对于医疗过失行为民事责任上的竞合问题，各国所持态度不尽相同。总的来讲，在理论上，承认竞合的存在，并允许当事人就应适用的责任制度类型做选择为主流。但在司法实践中，多是依侵权责任提出主张，法院也多倾向于将其作侵权行为处理（虽然它们也不否认其违约行为的性质）。美、英、德、日均是如此，只不过各自所据学说理论不尽相同。之所以如此，可能是因为依侵权行为追究责任，比较而言，对补救患者之损害更为有利。值得注意的是，法国产生了一种比较特别的制度。据日本学者介绍，法国创造了一种既非侵权行为法理、也非契约责任法理的所谓第三法理：即职业责任法理，应用于处理包括医疗事故责任在内的各种专家责任问题<sup>[3]</sup>（第 322—323 页）。

近年来，有不少国家的学者开始支持相反的观点，即主张依违约责任追究医疗过失的民事责任。导因是由于契约责任制度的发展，原先依违约制度追究责任对保护患者权利存在着的多种重大不利，如免责条款的效力、损害赔偿范围的限制等等现已可在违约责任制度内得到克服。

我国立法与司法实践也面临着如何恰当地解决有关医疗过失行为民事责任及其竞合的问题。通过立法机关制定规则，从根本上解决这一问题是最好的办法。

就此问题做立法上的制度设计，首先应明确医疗过失民事责任制度的目标任务或功能定位。如同其它民事责任制度一样，医疗过失行为民事责任制度的立法目的和社会功能，第一是补偿，即填平受害人因对方当事人违法行为给其造成的财产与非财产上之损害；第二是制裁或遏制，即对不法行为人的行为予以否定和矫正，并籍此达到一定的预防和教育目的。具体到医疗过失领域，即应以有利于受害病员方获得有效的法律救济为原则，以保护患者权利、补偿受过失行为侵害的病入之损失、对医疗过失行为责任人违法不履行义务的行为予以制裁。

由于医疗过失行为普遍存在着违约和侵权规范竞合的现象，有关责任制度的立法相应地还担负着一种重要的任务，即出台的制度规则应尽可能公正、明确、一致、适用结果的可预见性强，以解决因规范竞合现象提出的挑战，维护法秩序的统一性、权威性和正当性。

考虑到上述立法目的，对待医疗过失行为民事责任及其竞合问题，放任病员方当事人自由选择未必能更好地保护其利益。因为不论哪种责任类型对特定一方当事人均是既有有利，也有不利的一面；而强制性地归并于侵权责任或者违约责任（主张归并于后者的较少）也有悖于法理。因为两种责任制度的发生事实（即侵权行为或者违约行为）、社会功能、理论基础和法律政策的差别是客观存在的，不容抹煞。因此，笔者认为，适当的立法对策是权衡双方当事人利益，并斟酌法律之目的，从两种责任制度中选择规则，并将它们结合起来，制定出一个专门适用于此类医疗过失行为的统一民事责任规则。

第一，是因为这种责任竞合现象在医疗过失行为这一具体领域中不是偶发的、少数的，而是经常的、大量的，可以说是医疗过失行为的常态。任由当事人选择适用法律，有损法律秩序的统一性和权威性。第二，是保护患者权益，使医患关系实现实质公正与公平的需要。在医疗服务合同关系中（特别是在医疗过失行为发生后），由于双方信息不对称、医疗行为内容的高度不确定性、以及选择医方与医生的权利有限等种种原因，患者处于严重不利地位，单凭授予其在责任

竞合时享有选择权尚不足以保障其权利。第三，建立统一责任规则在理论上也是有根据的。其理论根据，就宏观上说，是因为侵权与违约“有着共同本质属性，且两种责任制度有着共同的职能和共同的形式（损害赔偿），加之现代社会中合同关系的普遍化和合同关系中国家干预的经常化”<sup>[4]</sup>（第 420 页），形成了绝对权与相对权，法定义务与约定义务的相互渗透和协调。就微观具体上说，即请求权规范竞合理论<sup>[5]</sup>（第 404-406 页）。依这种理论，在同一当事人间，某特定事实（如医疗过失行为）符合侵权行为及违约行为之要件，而同以损害赔偿为内容者，仅产生一个统一的请求权，而兼具契约与侵权行为两个法律基础，其内容得结合两个基础规范而决定之，且在决定时债权人得主张对其有利之法律效果。

就这种统一民事责任规则的具体内容而论，应以有利于患方权益获得救济为原则，分别从前述违约责任和侵权责任制度中选择对患者有利的规则，并把它们结合为一个逻辑一致的体系。比如，在归责原则上，选择过错推定原则；在举证责任上，将过错举证的责任倒置；在责任构成要件（如因果关系）上，选择于患方有利的相当因果关系说，而舍弃必然因果关系说等等。其它诸如赔偿范围、免责事由、时效等方面的规则均应依此原则确定。

根据上述论断，检讨我国现行立法。就我国新的《医疗事故处理条例》之总体制度看，似是在朝着笔者所主张的方向走，即似在制定一种统一的民事责任规则。但由于此前理论上对这一领域疏于研究探讨，即立法所必要的理论准备不足，因此，新条例走向这种制度模式是非理性的、不自觉的，自然就有很多疏漏甚至逻辑不一致的地方。如归责原则上对过错推定原则的含混和不彻底、举证责任规定的缺损（后来通过司法解释才得以补足和明确）等等。新条例还有另一个更重大的缺陷，即尽管有所修正，但依然继承了原办法向医方当事人利益倾斜的价值取向。这类条文随处可见，在限制医方赔偿责任范围方面表现尤其突出。前文已论及统一民事责任规则的立法目的，一是维护法秩序的统一性和权威性，其二便是有利于受害病员方获得有效的法律救济。新条例的价值取向可谓与此背道而驰。凡此缺陷，均有待于将来的立法中予以修正。

#### 参考文献:

- [1] 李运午. 医疗纠纷[M]. 天津: 南开大学出版社, 1978.
- [2] 李运午. 医疗纠纷[M]. 天津: 南开大学出版社, 1978.
- [3] 梁慧星. 民法学说判例与立法研究(二)[M]. 北京: 国家行政学院出版社, 1999.
- [4] 王家福. 中国民法学·民法债权[M]. 北京: 法律出版社, 1991.
- [5] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第一册)[M]. 台湾: 三民书局, 1980.

## On Civil Liability Coincidence of Medical Negligence

LI Yun-hua

(Law School, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

**Abstract:** The civil liability coincidence of medical negligence plays an important role in resolving the dispute of medical damages. This article points out and analyses legislation methods and detail contexts according to the coincident problem of breach agreement responsibility and tort's responsibility existing commonly in medical negligence.

**Key words:** Medical negligence; Liability Coincidence; Legislation methods

**作者简介:** 李运华, 武汉大学法学院法律学系博士生, 主要从事民商法学、经济法学研究。