

论医疗过失的判断标准

——解读《侵权责任法》第57条对医疗上注意义务的规定

于佳佳

(上海交通大学凯原法学院, 上海, 200030)

摘要: 我国的《侵权责任法》第57条将医疗上的注意义务定义为“与当时的医疗水平相应的诊疗义务”。“当时”的医疗水平说明, 随着医学技术的进步, 医疗水平不是静止不变的, 与此相应, 医疗上的注意义务中包括执业后继续学习的义务。“医疗水平”受医疗的地域差距和医疗的专业性影响。“符合”医疗水平的诊疗并不必然是遵从常规的诊疗, 法律要求行医者合理谨慎的医生, 依据个案中的具体危险, 比较衡量诊疗行为的危险性和治疗效果, 采取避免结果发生的恰当诊疗措施。

关键词: 医疗过失; 注意义务; 医疗水平; 医疗常规; 比较衡量

中图分类号: DF36

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2016)03-0061-09

医疗过失的责任根据是医疗上注意义务的违反。我国《侵权责任法》第57条将这一注意义务定义为“与当时的医疗水平相应的诊疗义务”。在此, 需要进一步解释的问题是, 如何定义“当时的医疗水平”, 什么样的诊疗行为“符合”当时的医疗水平。

一、医疗水平与医疗过失

在过失论中, 法律以一般人处于行为人的立场上时所采取的措施为过失的基本判断标准。同样, 在医疗领域中, 过失的判断标准即为同专业领域的一般医生处于行为人的立场上时被期待实施的诊疗措施。这一诊疗措施应该符合行为当时的医疗水平。在理解医疗水平时需要考虑以下三个问题。

第一, 医学在不断进步, 医疗水平也在不断提高。既然法律要求诊疗符合当时的医疗水平, 那么, 通过不断学习来掌握新知识和新技术的义务也应该包含在一般医生的注意义务之中。例如, 在美国, 法院要求在判断一般医生的注意义务时考虑专业领域中知识和技术的进步, 给医生科处的义务是, 使用作为一个具有平均资质的医生所“应该持有”的注意和技能。^①在德国法中, 医生在接受了专业教育、获得执业资格后仍有“钻研义务(Fortbildungspflicht)”或“继续

学习(Weiterbildung)义务”, 该义务不仅是“职业上的伦理性义务 (berufsethisches Postulat)”, 而且也是“职业法上要求的义务”, 违反此义务是医疗过失的归责根据。^[1, 2]例如, 麻醉科医生在给患者插管时, 患者的气管阻塞, 氧气无法到达肺部, 没有及时进行恰当的处理, 导致患者死亡。虽然本案的医生没有处理此类病症的具体经验, 但是, 法院认为, 本案中所表现出来的症状表明, 发生了并发症, 氧气无法进入到气管之内, 相关知识通过学习专业书籍能够获得, 由此, 肯定了医生的过失。^②同样, 在日本, 司法上也会用符合“一般医疗水平”来说明医疗上的注意义务, 科处给医生“追赶上一般水平的义务”, 即“医学日益进步, 随着医学的进步, 一般水平在提高, 各个医生不追赶上一般水平这是不能允许的, 必须以提高了的一般水平为标准来认定过失的有无”。^③根据这样的规则, 采用过时诊疗方法即存在着过失。例如, 1954年之前, 进行臀部注射时选择的注射部位是格罗斯三角, 但格罗斯三角定位方法复杂, 并且有伤害坐骨神经的危险。1961年之后的医学文献提出了新的注射部位, 此观点在案件发生时已经广为接受, 但是, 被告医生仍然选择在格罗斯三角区进行注射, 造成了伤害结果。法院以注射部位不恰当为由, 肯定了过失责任。^④

第二, 由于经济、地理、社会等方面的原因, 医疗资源的配置在不同地域和不同层次的医疗机构之间

收稿日期: 2015-07-06; 修回日期: 2015-12-06

基金项目: 教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“基本医疗服务保障法制化研究”(14JD025); 上海市哲学社会科学规划课题“医疗过失判断标准的比较法研究”(2014EFX001)

作者简介: 于佳佳(1982-), 女, 山东海阳人, 东京大学法学博士, 上海交通大学凯原法学院讲师, 主要研究方向: 刑法, 医事法

存在着不平衡,这也会影响医疗水平。针对此类问题,美国法院早在19世纪80年代的判决中就提出了地域标准(local rule)。根据此标准,应该拥有同样地域中具有通常能力和技术的医生所拥有的技能,没有必要一定拥有在大城市从业的著名医生所拥有的高层次的技能。^⑤“同样地域”的含义中也包括“类似地域”。划定“同样地域”的范围时,应该考虑“人力、医疗机构、可供诊疗使用的先进设备、最新文献以及技术的获取情况、地域中其他医生的知识和技术水平”等。^⑥历史上,地域标准形成的主要原因一是,当时在某些地域从事医疗的人获得或使用新知识和新技术的机会少;二是,如果不论地域、城乡都按照统一标准来判断医疗过失,可能导致没有人愿意到乡下从事医疗活动,以至于乡下居民失去了获得医疗的机会。^[3]然而,随着交通的发展和情报收集手段的进步,超越地理限制获得情报和提供资料也变得可能。更加重要的是,随着全美范围内医学教育条件的改善和标准化程度的提高,基本上所有的联邦和州的管辖区域内,都可以提供相同水平的医学教育。在这样的背景下,到19世纪80年代后期,法院开始逐渐采用的立场是,“现代交通手段、通讯以及教育的发达在某种程度上促进了专业技术领域内技能的标准化。……地域标准在现状下不能得到支持”,取而代之的是“全国标准(national standard)”^⑦。在理解全国标准时应注意的是,即使采用了全国标准,地域差距对医疗水平的影响也不能完全消除。全国标准的适用应该以在全国范围内医疗资源配置的可能性为前提。^[4]在基础医疗领域内,这一前提是有可能得到满足的。因此,在基础医疗领域,要求医疗水平的全国统一化是可以得到允许的。

另一方面,随着医疗资源的丰富化,医疗的地域差距虽然在逐渐缩小。但是,在高端医疗领域,由于医学知识和医疗技术的普及程度有差别,医疗的地域差距仍然不同程度地存在着。在这一问题上,日本最高法院1995年6月9日的判决值得参鉴。该判决解决的争议问题是,医生在诊断早产儿的视网膜症时,是否有义务采用光凝固法这种先进的诊疗手段。经调查,光凝固法作为眼科诊断方法,其“有效性和安全性”在本案的当时在专业领域内已逐渐得到了认可,并且临床应用的普及度在提高,虽然没有达到全国普及的程度,但已经可以期待使用此方法会成为新的医疗水平。换言之,本案的当时正是这种新的诊疗方法逐步取代旧的诊疗方法的过渡时期。以此为前提,最高法院认为,新方法的“普及所需要的时间会根据医疗机构的性格、所在地域的医疗环境的特点、医生的专业等情况的不同而不同,相关知识的普及以及付诸实施

所需要的技术和设备等的普及所需要的时间也存在差异”,因此,“在决定要求医疗机构提供的诊疗需达到什么医疗水平时,应该考虑此医疗机构的层次、所在地域等诸多情况,并且,当新方法相关知识在与此医疗机构处于同一层次的医疗机构中有相当程度的普及,可以合理期待此医疗机构已经具备了上述知识时,特别情由除外,上述知识就是此医疗机构应该达到的医疗水平。”^⑧上述判决的立场也得到了学者的广泛支持。^[5,6]此判决的重要启示在于,法律科处给医院或医生与其客观医疗条件相应的注意义务,医疗的地域差距决定了医疗水平的“相对性”。

进一步而言,为了消除医疗的地域差距给患者带来的消极影响,法律上给医生科处了安排转院的义务。医生在能够认识到技术、设备或人力、物力欠缺以及由此而带来的医疗风险时,紧急情况除外,有义务及时把患者转送到有条件提供较高水平诊疗服务的医疗机构或医生那里接受治疗。例如,在日本和美国,违反转院义务造成重大结果时,甚至成立过失犯罪。^⑨

第三,在医疗领域中也存在着不同的医学流派,西医和中医就是典型的例子,医学流派的不同是否会影响到医疗水平的判定,这也是一个问题。针对此问题,在美国,法院早在19世纪40年代的判决中就提出了学派标准(school rule)。根据此标准,根据行医者所属的学派不同而采取不同的过失判断标准,只要是按照自己所属学派的规则实施治疗,即便此治疗方法得不到其他学派的认可,也不会因此而被追究法律责任。例如,被告医生的专长是中草药治疗,在为被害人接生时,没有剥离胎盘,而是让胎盘自然娩出,花费了过多时间以至于来不及采取恰当的处置措施。虽然有4位专家证人从其自身的专业出发,认为应该尽早剥离胎盘,但是,法院否定了被告的过失,认为通常疗法、中草药疗法、顺势疗法、水疗法以及其他疗法中无论选择哪一种治疗方法都不被禁止,不存在一种治疗方法比其他治疗方法更加值得推荐。被告既然是作为中草药医生被雇佣的,那么只要他按照自己所属学派所要求的诊疗规则、采用了合理的技能、尽到了合理的注意,就不应被追究责任。^⑩但学派标准的问题在于,只要患者选择了某一流派的医生,这一流派的疗法不是对症疗法的危险就完全由患者承担,换言之,某一流派的疗法是否为对症疗法的评价责任完全由患者承担,这是不恰当的。^{[7](46)}此后,法院转变立场,认为无论行医者属于哪一医学流派都有义务采用“通常所采用的、得到了认可的疗法(approved methods in general use)”^⑪。德国帝国法院在20世纪30年代后期也采用了类似的立场。在一则案件中,被告人采用顺

顺势疗法为患者治病,导致患者死亡。顺势疗法并非当时正统医学(正统医学[Schuldmedizin]主要指代表性的医学教科书中所介绍的医学理论、技术规范或临床操作,或者有名的大学教师、有能力的医生或权威的医学专家采纳的观点^[8])承认的治疗方法。法院指出,医生具有“诊疗自由(Therapiefreiheit)”,只要不采用正统医学所认可的疗法是经过了认真的考虑,并且在实施顺势治疗时遵循了此疗法所要求的技术准则,那么,即使结果没有达成所期待的治疗效果,也不能因此追究过失责任;医生只要基于“实质性根据”确信所选择的疗法具有治疗效果,那么,即使压倒性多数的医生反对这种疗法,也不能认定其疗法选择中有过失。^[9]在此后的另一则同类案件中,帝国法院又明确指出,“一般得到承认的、或者压倒性多数的医生所支持的医学准则并不比非医学专家或没有医师执照的治疗师所采用的特殊疗法更应该获得优先的适用。”^[10]帝国法院进一步给“诊疗自由”设定了限制,要求“特定治疗手段对特定疾病特别有效果的情况下,此治疗手段与其他治疗手段相比优先得到适用。在这种情况下,医生和治疗师原则上都有使用此治疗手段的义务”。^[11]由此可见,与美国法院的态度相同,帝国法院一方面给予不同医学流派同等的尊重,但另一方面,保护患者获得对症治疗的利益,后者是对前者的限制。

伴随着医学教育和资格审查系统的标准化,传统意义上的学派规则可适用的余地也在逐渐缩小。并且,伴随着医疗的专业化程度提高,学派标准也变身为基于医疗专业的注意标准。例如,在美国,到20世纪中后期,法院一般以“属于同专业领域的、有合理能力的医生”为标准判断过失。^[12]医生进一步细分为全科医生(general practitioner)和专业医生、^[13]外科医生和跌打按摩治疗师(chiropractor);^[14]同一专业领域又区分出二级甚至三级专业^[15],如眼科专业中区分验光师和眼科专业医生,口腔科专业中区分为口腔外科医生、正畸科医生、牙周病专业医生等。^[16]在德国,20世纪中期之后,理论上发展出注意义务的“客观类型化标准”,根据此标准,“一般人”并非是全体社会成员中的一般人,而是考虑到行为人的专业、行业等要素而被客观类型化的一般人。在医疗领域中,被客观类型化的一般人不仅是指一般的医生,而且是根据医生的专业性而进一步被类型化的一般专业医生。法律允许行医者以各自专业领域中的一般医生所具有的知识 and 技能提供医疗服务,不要求外专业医生提供专业医生水平的治疗。^[17]这一点与早期学派标准的原理是相通的。同时,法律要求医生在有可能预见到疾病诊疗超过了自己的能力范围时,应该及时将患者转送

到相应专业的医生处或向相应专业的医生寻求帮助。^[18]这一点与早期对学派标准的限制原理也是相通的。

二、遵从常规与医疗过失

以什么标准来判断争议行为是否符合当时的医疗水平?国务院2002年4月4日发布的《医疗事故处理条例》将医疗事故定义为“违反医疗管理法律、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”(第2条)。这种以违反规范、常规为标准的判断方法在相当程度上为理论界所接受,本文将这种观点简称为“常规论”。^[9-13]在此,需要探讨的问题是,遵从常规是否意味着符合“当时的医疗水平”。

诊疗中的常规基本上属于长期临床医疗实践中积淀下来的、为专业领域中的行医者所普遍认可的经验法则。从国外法视角来看,历史上,遵从常规也一度被作为医疗上注意义务的判断标准。例如,在美国,早期法院在向陪审团指示时常用的表述是一般医生“惯常采用的医疗措施”或“常规医疗措施”。常规是在医疗人员“无意识间形成的集体合意”,表明了类似情况下为了防止或避免危险发生要采取什么样的保护措施,医疗专家内部形成了合意。既然是合意,那么保护措施就是医疗领域中众所周知的,行为人也应该知道,其实施的行为却违反了常规,所以存在过失。20世纪70年代以前的多数文献中记载着,判断医疗过失有无时,是否遵守常规是很有说服力的要素,对此似乎也没有争论。^[14-17]在德国,对早期判例和理论发展产生了巨大影响力的医疗过失概念由鲁道夫·路德维希^[18]在1870年的论文中提出。根据他的定义,医疗过失是指,“欠缺恰当的注意或慎重,违反了一般能够得到认可的治疗技术规范(Regeln der Heilkunst)。”^[18]早期法院也以上述概念为范本来解释医疗过失。^[19]在日本,札幌地方法院在北海道大学电手术刀烧伤案件的判决中指出,“医疗领域中的行为是在特定集团中被反复、持续性实施的定型性行为,……在考虑实施这类行为过程中是否怠于尽到注意义务时,必须要考虑此集团内部一直以来无疑会得到遵从的常规。除非遵从常规在社会一般人看来明显不当,或者不符合常识,或者有危险性,……否则,可以认为遵从常规就是尽到了标准的注意义务。”法院考虑到此案被告所遵从的常规“持续地被采用,在此过程中没有引发过事故”等情况,认为遵从常规中无过失。^[20]

参经常规来判定医疗过失有如下优点。其一,评价医疗行为需要专业知识,而法官(或陪审团)是外行,医疗领域中的技术规范或常规被认为是唯一可以使用的评价标准。其二,医疗裁判中,法官(或陪审团)容易同情遭受损害的患者一方,为了防止其因同情而不愿意作出不利于患者方的判断结论,有必要用常规来约束其判断,只要医方遵守了常规,一般可以免除其过失责任。其三,医疗行为总是伴随着风险,考虑到医疗事故中相关医务人员对卷入医疗纠纷的不安情绪,相比总是强调个案判断,常规论给医生的行为提出了一个指导性的标准,遵从常规的行为纵然伴随着风险,这种风险也是法所允许的。可见,从保障医务人员从业安全感角度来看,常规论具有一定的意义。^[19]

但是,另一方面,常规论的缺点也逐渐被认识到。第一,常规本身存在局限性。常规毕竟是历史上形成的,当其本身的内容已经落后于医疗的发展、不再能体现当时的医疗水平时,遵从常规本身就欠缺合理性。并且,常规并非总存在。随着医学知识和医学资源的丰富,针对同一疾病什么样的治疗措施才是安全的、恰当的,在医疗专家中未必总能达成一致意见。再有,在先端医疗领域,所谓的常规尚未形成。如果坚持常规论,那么常规不存在时,医疗过失就没有了判断标准。这显然是不合理的。第二,从保护患者角度,鉴于疾病的多样性和复杂性、患者的个体性特征、医疗资源利用的可能性等具体状况,有时也应该允许采用常规之外的措施,常规论可能会导致医生怠于根据个案中的具体危险来裁量选择恰当的治疗手段。第三,从医学进步角度,常规是向前追溯到那个时点的医疗水平,以此来束缚医生的行为,会导致医生不能勇敢突破常规,开发和应用先端的医疗技术,这最终会阻碍医学的发展和进步。第四,从归责判断的合理性角度,专家鉴定人一般与被告医生在同一地域、属于同一专业领域,对批评同僚医生的诊疗方法会有顾忌。如果法官或陪审团的任务只是判断是否违反了常规,而对遵从常规本身的合理性不做司法上的审查,那就很容易因专家鉴定人对被告医生行为的认可而轻易否定其过失责任。^[14, 16, 20-25]

与常规论相对的判断标准是,依据个案中医生对危险的预见可能性,科处给医生排除危险、避免结果发生的注意义务,怠于履行此注意义务的行为就是医疗过失。这种新的判断标准在理论上和实务中受到越来越多的重视。例如,在美国,表明这一发展的著名判决是华盛顿州高等法院1974年Helling v. Carey案件判决。本案中,眼科医生对32岁患者进行眼部检查时没有检查眼压,因此未能及时发现白内障,导致患

者失明。专家鉴定指出,不满40岁罹患白内障的概率非常低(1/25 000人),除非出现相关症状,否则在常规性诊疗中针对不满40岁的人不进行白内障检查。但是,法院认为,即使在眼科专业领域中不要求进行白内障检查,但法院有义务回答,为了保护不满40岁的人免受白内障带来的损害,应该要求医生采取什么样的措施。在判断中,法院比较衡量了诊疗行为的危险性和治疗效果,考虑到本案中眼压检查操作“简单”“无危险性”“比较便宜”“裁量余地小”等方面,认为对未满40岁的人也应该进行此检查,不能仅以遵从常规为由否定过失责任。^④此后,关于如何理解此判决的地位,理论上出现了两种对立观点。一种观点认为,原则上仍然是参经常规进行判断,本判决不过是例外;另一种观点认为,本判决意味着以新的判断标准取代传统的常规论。华盛顿州高等法院1983年对Harris v. Groth案件的判决为这场争论打上了休止符,肯定了后一观点,要求行医者像一个“合理慎重(reasonable prudence)”的医生一样根据案件中的具体危险判断应采取的措施。这与Helling案件判决采用的判断标准一致。^⑤在德国,联邦普通法院1952年11月27日判决明确指出,被告采用大多数牙科医生和治疗师惯用的措施只是尽到了“通常的注意”,并没有尽到法律上所要求的“社会交往中的必要注意”。本案中,被告在治疗牙齿时按照常规做法没有采用防止针尖脱落的预防措施,以至于针尖脱落,造成患者伤害。法院依据上述过失判断标准,认为治疗牙齿时小器具从治疗者手中滑落被患者吞下这种危险总是存在,采用安全防范措施能够大幅度降低危险,对此,被告是能够认识到的,因此,被告有义务采取防止针尖脱落的预防措施。^⑥在日本,对东大输血梅毒案件最高法院1961年2月16日判决(民集15卷2号244页)同样认为,“注意义务的存否本来是通过法律上的判断来决定事项,即便遵从了常规,……也并非由此就可以直接否定注意义务违反。”本案中,献血者带着血清反映阴性的检查结果证明书和健康证等证件到医院献血,当时的常规做法是信赖上述文件,可以省略问诊,医生依照常规没有详细问诊、检查就抽血,给被害人输入,致其感染梅毒。法院要求医生“尽到为了防止危险而运用知识技术所须的最善注意义务”,否定以遵从常规为由免除问诊的过失责任。^⑦在最近的案件中,最高法院再次指出,医生的注意义务基准与遵从常规未必一致,由遵从常规不能直接判定尽到了医疗上的注意义务。本案中,根据麻醉剂使用说明书中的记载,为了防止发生副作用,麻醉剂注入体内后10~15分钟的时间内每隔2分钟要进行一次血压测定,但被告指

示护士按照常规每隔5分钟测定一次,导致患者在手术中休克,留下重度脑部障碍后遗症。最高法院基于上述过失判断标准指出,“医药品说明书中记载了此医药品的危险性(副作用)等事项,……记载这些事项是为了确保使用医药品的患者的安全、给使用药品的医生提供必要情报,因此,医生使用医药品时不遵从使用说明书上的记载事项而发生医疗事故的,除非有特殊合理事由,否则可以推定医生有过失。”²⁶

综上,否定常规论的法理根据在于,遵从常规本身伴随着一个法所不允许的危险,当可以期待一个处于行为人立场上的合理慎重医生实施其他措施来排除危险、避免结果发生时,就不能允许以遵从常规为由进行抗辩。^[26]

但尽管如此,对于一般医生而言,常规既然作为经验法则,那么以其本身的合理性为前提,遵从经验法则是确保医疗安全的最基本的要求。考虑到这一点,德国著名民法学家 Deutsch 教授把医疗过失区分为两类,一类的判断标准是违反了常规等技术规范;另一类的判断标准是对受保护法益的侵害,在此需要考虑侵害法益的具体危险。前者限于对诊断、治疗和看护中的基本操作规程的违反。例如,使用非一次性注射器之前必须要消毒;必须清点和确认手术中使用的纱布数量;切除乳房的肿瘤前必须对肿瘤切片进行分析;注射危险药剂之前必须确认药剂的名称、注射部位、注射剂量等。之所以在判断此类过失时允许采用常规论,是因为在这种情况下,在判断什么是恰当的诊疗措施时几乎没有裁量的余地,遵从常规是确保诊疗行为正当化的基本前提,是能够期待一个行医者尽到的最基本的注意义务,怠于履行此类注意义务在患者、同僚看来是不可理解的重大不负责任。但同时,需要注意的是,常规是在长期医疗实践中所形成的经验法则,因此,常规论的适用前提是,案件中不存在经验无法涵盖的特殊情节。对此,Deutsch 教授也承认,在有特别情节的案件中,不允许直接参照常规判断过失。例如,护士在手术中没有正确清点纱布数目以至于一块纱布遗落在腹腔内,判断是否追究护士的过失责任时,护士连续值夜班、在极度疲劳状态下参加手术等特殊情节应该考虑在内。^[27,28]

争论最大的问题是,遵从常规的行为伴随着较大危险时,如何判断其危险是否为法所允许。日本著名的“福岛县大野病院孕妇死亡案件”判决对此问题作出了说明。本案中争论的问题是,医生采用高度危险的手术方法中是否存在着过失。法院首先指出,被告人所采用的手术方法是“从事此专业临床治疗的医生面对这种情况时几乎都会”采用的“具备一般性或通

用性”的治疗措施。法院进一步指出,要证明遵照“一般性或通用性”治疗措施中存在过失,除了要证明采取这种措施本身有高度危险,还必须以“相当多数量的临床病例或类似临床病例”为根据,证明“存在着其他恰当的替代性治疗手段”,在本案中,后者未得到充分的证明,因此,否定了过失。²⁹此判决一方面考虑了当时专业领域中的常规做法,另一方面,并非认为遵从常规的治疗必然是恰当的治疗,但要肯定遵从常规中存在着过失,不仅要证明遵从常规本身会带来危险,更需要证明可以通过采用其他的合理手段降低或排除此危险,否则,不能轻易否定遵从常规行为的恰当性。从保护医生、限制过失归责范围角度而言,上述立场是妥当的。^[29,30]

综上,常规论的适用范围应该受到严格的限制,一般只适用于临床治疗中几乎无裁量余地的领域。与此相对,在需要医生慎重进行个案裁量的领域,以具体危险的预见可能性为前提的过失判断标准应该得到应用。

三、裁量自由与医疗过失

医生在诊疗中有自由裁量的权利,但是,滥用裁量权以至于侵害到患者利益的情况下,也必须承担过失责任。理论上和实务上需要回答的问题是,以什么标准来判断医生是否恰当地行使了诊疗上的裁量权。

作为一般论,法律要求医生基于个案中的具体事实,依据实际掌握的知识、技能及其他诸多情况,慎重地决定应该采用的诊疗措施,这被称为“合理慎重医生标准”。需要进一步说明的是,一个合理慎重的医生在裁量过程中应该尽到怎样的注意义务。

诊疗行为与交通肇事、擦枪走火等单纯的伤害行为不同,虽然总是伴随着风险,但同时是治愈疾病、恢复健康所必须的,并且,一般基于患者的同意而实施。鉴于诊疗行为的特点,在判断医疗过失时不仅要考虑行为本身的危险性,同时要与该行为被期待发挥的治疗效果进行比较衡量,在后者优于前者的情况下,所冒的危险便是法所允许的。因此,法律要求一个合理慎重的医生对诊疗行为伴随的风险和所期待的治疗效果进行比较衡量,以便作出合理的裁量和判断。

在判断治疗效果时需要注意两个问题。第一,即使争议疗法的治疗效果不显著,如果其他疗法的治疗效果甚微或完全无效,那么比较衡量时,仍然可以探讨采用争议疗法的恰当性。例如,被告医生是治疗癌症方面的专家,在治疗患者的乳房癌时没有采用当时

惯常采用的外科手术治疗或放射治疗,而是采用了内科治疗,导致患者死亡。德国联邦普通法院认为,医生有权裁量决定采用哪一种治疗方法,在其他治疗方法都没有治疗效果的情况下,即使内科疗法所能发挥的治疗效果不大,采用此疗法也仍有可能得到允许。^⑩

第二,治疗效果必须有科学上的根据,不能是基于初期实验数据作出的独断性判断。例如,被告医生当时正在从事有关早产儿治疗方面的研究,指示护士增加早产儿的氧气吸入量,导致早产儿失明。纽约州中间上诉法院肯定被告医生的过失时指出,增加氧气吸入量的操作不过是在被告医生所在医院进行的医学研究中得到了某种程度的认可,被告医生自己的研究结果也包括在内,大量研究结果表明,增加氧气吸入量会招致“不必要的危险”。^⑪为了判断采用一种不为绝大多数专家所接受的(先端或尚处于实验阶段的)治疗方法是否恰当,美国法院提出了“值得尊重的少数派标准(respectable minority test)”。根据此标准,少数有充分专业知识和能力的专家掌握着更先进的诊疗技术,当他们以“合理慎重”医生的专业知识、能力、注意基于案件具体情况作出判断,认为采用特殊的治疗方法可以达成所期待的治疗效果时,即使这种方法不为多数医学专家所推荐,其恰当行为也可以得到承认。这种判断标准的意义在于,一般认为,不为多数医生所承认的特殊诊疗方法有较高的危险,这一点也是容易认识或可预见到的。因此,当行为人为有意选择这种方法时,如果治疗失败,造成了侵害结果,就会面对着被追究法律责任的高风险,而“值得遵守的少数派标准”为合理慎重进行裁量、作出决定的医生提供了免责根据。^⑫需要强调的是,少数派观点不能是个人提出的、毫无科学根据的独断性观点。

在判断危险性时 also 需要注意两个问题。第一,是否一定要选择“最安全的治疗方法”?从“禁止危险增加”的立场上,一般可以肯定,应该选择最安全的治疗方法,因为治疗伴随的危险不应该高于疾病本身带来的危险。^[31]但是,在符合一定条件的前提下,不选择“最安全的治疗方法”也可以得到允许。对此,德国联邦普通法院 1987 年 7 月 7 日判决明确指出,并非一定要选择“最安全的治疗方法”,在具体案件中存在让采用较高风险治疗行为得以正当化的事由时,选择较高风险治疗行为可以得到允许。这里所谓的正当化事由主要有两点,一是存在着“特别的、无可奈何的情况”,二是所采用的治疗方法有“可预期的治疗效果”。^⑬如果承认上述判断方法,那么采用处于实验阶段的治疗方法也不再是绝对被禁止的。例如,在一则 1994 年发生的案件中,争议问题是,医

生使用手术机器人(Robodoc)进行治疗是否存在过失。该机器人在 1992 年由美国医疗机构开发,案发时,此项技术在德国仍然处于实验阶段。德国联邦普通法院认为,作为医生有责任个体性考虑患者的福祉,从医学的视角出发,对可期待的治疗效果和可预测的侵害后果进行比较衡量,尽到慎重的注意义务,在满足上述条件下,允许采用新技术。^⑭

第二,当争议疗法有致命的危险时,是否仍然允许在满足上述两个条件的前提下使用这种危险疗法?在日本著名的帝京大学艾滋病感染案件中,一般血友病专业医生治疗血友病患者时会采用非加热制剂。被告医生是该专业领域的权威医生,根据其掌握的前沿医学资料和信息,知道非加热制剂的使用有引发 HIV 感染的可能性,却仍然在制定治疗计划时指示使用这种制剂,结果,患者感染了 HIV,继而艾滋病发病死亡。当时已经开发出了非加热制剂的替代药剂,可以考虑使用。与替代药剂相比,非加热制剂止血效果好,副作用少,患者可以方便地自己注射,更重要的是,可以避免后遗症,患者接受治疗后的生活质量高。但另一方面,非加热制剂的危险性是导致感染艾滋病,这是致命的危险。^⑮在这种情况下,是否允许进行危险性和治疗效果的比较衡量?在日本学界存在着争议。否定说认为,非加热制剂的治疗效果包含着治疗后的生活质量,但其可能带来的危险是致命的,生命有无可替代的价值,与生活质量相比有质的不同,允许进行优劣比较的应该只是量有不同的两方,因此,甘冒致命危险的行为在法律上不可能得到允许。^[32, 33]与此相对,肯定说认为,即便是致命的危险,也有被允许的可能性。在判断过程中,除了非加热制剂在治疗效果方面的优点外,还需要证明,有无可奈何必须甘冒致命危险的“必要性”,在此,需要考虑的是,血友病是否已经让患者迫近死亡,其他危险性小的替代性药剂是否有治疗效果,替代药品作为非常规药剂是否能即时供给等问题。^[34]这种主张的基本立场与德国联邦普通法院说明未必采用“最安全的治疗方法”时的立场是相通的,当然,这里需要补充上患者对疗法选择的同意。本文支持肯定说。

在危险性和治疗效果之间进行比较衡量时需要注意的问题是,当可供选择的治疗方法都符合当时的医疗水平,且治疗方法各有优劣,对于应该选择哪一种方法,医疗专家之间也存在着意见分歧时,治疗方法的选择应交由医生裁量决定,即使在此后的诊疗中造成了重大结果,也不能以裁量错误为由责难医生。在这种情况下,裁量错误是单纯的医学判断的错误,对此法律不再介入。例如,被害人在矿坑作业中受到外

伤, 伤口中掺杂了金属以及碳化粉末, 出血量大, 这种情况下, 被告医生没有切开伤口清洗, 导致伤口感染化脓。部分专家认为, 应该采用外科手段, 切开伤口、进行清洗。但另一部分专家认为, 在交通事故中, 沙土或衣服的布头等进入伤口的情况下, 应该切开伤口清洗, 而本案中进入伤口的是粉尘, 并且, 伤口大出血, 流出的血液足以达到清洗伤口的目的, 因此, 没有必要切开伤口。面对专家意见分歧, 德国联邦普通法院认为, 在医学和临床上无法清楚断定争议行为的必要性时, 要求医生切开伤口, 这对于医生而言是过度要求, 否定过失责任。^⑤在这种情况下, 采用哪种措施是医生自由裁量的结果, 司法对此予以尊重。再例如, 整形外科医生治疗骨折幼儿时采取的治疗方法是垂直牵引, 在治疗过程中出现了疑似挛缩的初期症状, 如果当时采取观血疗法就能够排除导致挛缩发病的原因, 但医生继续进行垂直牵引治疗, 结果是挛缩发病, 导致患者左上臂伤残。争论点是, 医生未中止垂直牵引、改用观血法是否存在过失。经查证, 本案挛缩的发病机理在医学上并非得到清楚说明, 因此, 基于初期症状所能预见到的危险较为抽象; 停止骨折治疗法意味着要放弃对骨折的治疗; 对幼儿采用观血法非常困难, 并且会伴随着新的危险; 即使初期症状让医生在相当程度上怀疑挛缩病发的危险, 但大多数医生在当时的情况下不会选择直接改用观血法, 而是视症状发展来采取应对措施。综合考虑了上述情况, 日本东京高等法院认为, 纵然被告人的判断和处置有令人遗憾之处, 但这也在医生的裁量和技术范围之内, 不是法律上值得非难的过失。^⑥

四、小结

医疗过失判断标准应该是法律上的规范性判断标准, 而非医学上的判断标准。围绕《侵权责任法》第57条对医疗上注意义务的规定, 本文分别探讨了如何定义“当时的医疗水平”, 以及以什么标准来判断一个诊疗行为是否符合“当时的医疗水平”, 在回答后一问题时, 进一步分析了以常规为标准 and 以个案中的法益侵害危险为标准两个不同的立场。现将内容总结如下。

第一, 法律上科处给行医者的义务首先是有一般医生一样的知识和技能, 实施一般医生在同样情况下会实施的措施。这一措施要符合“当时”的医疗水平, 就要求行医者要掌握与其医师资格相匹配的专业知识和技能, 而且在执业之后, 仍然有不断学习、应用新知识和新技术的义务, 以追逐不断提高的医疗水平。

医疗的地域差距会影响医疗水平。在基础医疗服

务领域, 以医疗资源在全国或区域范围内的使用可能性为前提, 以全国标准或区域标准来定义医疗水平是可能的; 在基础医疗服务之外的领域, 特别是高端医疗领域, 允许以相对标准来定义医疗水平。同时, 为了避免把选择医疗机构的风险完全转移给患者, 法律科处给医疗方转院、转医义务。

医疗的专业性也会影响医疗水平。以对症治疗为前提, 不同的诊疗方法之间并无优劣之分, 法律允许行医者根据自己的专业知识和技能实施诊疗。同样, 为了避免把选择专业医生的风险完全转移给患者, 法律科处给医疗方寻求专业医生帮助的义务或转院、转医义务。

第二, 符合医疗水平不必然等同于遵从常规。一方面, 诊断、治疗和看护等医疗活动中总存在着常规性基本操作规程或技术规范, 几乎没有裁量的余地。按照这些规程操作是保障医疗服务质量的基本前提, 是能够期待一个医务人员尽到的最基本的注意。在这个意义上理解时, 可以认为, 我国医疗卫生相关的行政法规所提出的医疗行为必须符合“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”以及目前《基本医疗卫生法》立法工作中所强调的基础医疗服务的“规范化”和“标准化”具有合理性。特别是考虑到, 我国基层医疗服务中长期存在着基本医疗设施和基本医疗卫生人力严重不足的问题,^[35]通过行政强制保障医疗服务达到一个基本的规范化水准, 这是国家为保障公民健康权所必须实施的举措。

但同时, 也需要认识到, 在医疗服务的合理最低水准得到保障的前提之下, 特别在先端医疗领域中, 遵从常规反而会创设法所不允许的危险, 或者常规不存在等情况也存在。在这种情况下, 应该允许医生根据个案情况、基于医学知识和医疗经验对如何选择诊疗措施做出裁量性决定。我国《侵权责任法》第57条以“与当时的医疗水平相当的诊疗”为标准来说明医疗上的注意义务, 与过去行政法规中以“医疗技术规范”为标准相比, 更加恰当地说明了医疗过失的判断标准不等同于遵从常规。通过对第57条的解释, 可以允许科处给行医者像一个合理慎重医生一样根据个案中的具体危险采取恰当措施的注意义务。

对于遵从常规的行为, 法律上的基本处置立场可以总结为, 一方面, 是否遵从常规并非医疗过失存否的决定性判断标准, 对于一个尽到注意义务、慎重选择遵从常规的医生而言, 遵从常规的行为中没有过失; 对于一个怠于考量诊疗风险、轻率遵从常规的医生而言, 不允许其以遵从常规为由轻易免除过失责任。因此, 可以说, 法律科处给医生的义务并非遵从常规的

义务,而是以合理慎重医生为标准定义的注意义务。另一方面,在具体判断中,以常规本身的合理性为前提,常规为行医者提供了一个恰当行为的指导性标准。如果证据既不能证明遵从常规会带来明显的风险,也不能证明采用其他措施避免结果发生的可能性,就应该允许医生遵从常规实施诊疗。

第三,在法益侵害危险需要个案具体判断的案件中,争论的问题往往是,医生的裁量中是否存在着过失。在此,重要的问题是,作为一名合理慎重的医生如何比较衡量治疗方法(包括争议疗法和替代疗法)的危险性和治疗效果。

在比较衡量的过程中,首先,所采用的治疗方法必须有科学上的根据,一个可值得信赖的专家集团的认可通常是疗法选择恰当性的有力根据。

其次,医疗行为总是伴随着风险,在其可达成的治疗效果超过了其实施所伴随的危险时,冒险行为在法律上可以得到允许。并且,因为是危险性和治疗效果的比较衡量,所以不能单方面以治疗方法的危险性较高或可期待的治疗效果较低而一概否定其恰当性。

最后,当经过比较衡量,无法明确说明治疗效果超过危险性时,允许将疗法的选择交由行医者裁量决定,法律对裁量决定的结果不再加以干涉。这意味着,即使事后看裁量决定的结果是错误的,这也是单纯的医学判断的错误,不宜成为法律上归责的根据。

注释:

- ① Brune v. Belinkoff, 235 N.E.2d 793(1986).
- ② 德国联邦普通法院 1979 年 10 月 2 日判决 (1 StR 440/79)。
- ③ 静冈地方法院 1964 年 11 月 11 日判决,载《下级法院刑事判例集》第 6 卷第 11·12 号,第 1276 页。
- ④ 大阪高等法院 1968 年 12 月 17 日判决,载《法学别册》第 50 号,第 66 页。
- ⑤ Small v. Howard, 128 Mass. 131(1880).
- ⑥ Gates v. Fleischer, 67 Wis.504(1886).
- ⑦ Brune v. Belinkoff, 235 N.E.2d 793(1986).
- ⑧ 日本最高法院 1995 年 6 月 9 日判决,载《判例时代》第 883 号,第 92 页。
- ⑨ 在日本,历史上,转院义务违反是民法上侵权赔偿责任的根据,但最近,也出现了刑事案件,典型的案件是名古屋地方法院 2007 年 2 月 27 日判决,载《判例时代》第 1296 号,第 308 页。同样,在美国历史上,医疗过失案件很少作为刑事案件起诉,但最近,在刑事案件数目增加的背景下,转院义务违反相关的刑事案件也出现了。典型的案件有加利福尼亚州的 Murray 医生案件(Alan Duke. Doctor at Murray Trial: Jackson Couldn't Have been Revived in ER[EB/OL]. <http://edition.cnn.com/2011/10/03/justice/california-conrad-murray-trial/>, 2016 年 4 月 6 日最后登陆)和加利福尼亚州的救命医事件(Raymond Smith. 2 Doctors Accused of Murder by Poor Treatment Face Trial. <http://medicalserialkillers.kaiserpapers.org/2.html>[EB/OL].

2016 年 4 月 6 日最后登陆)。

- ⑩ 早期普通法院适用此原则的典型判决是 Bowman v. Woods, 1 Greene 441(1848)。
- ⑪ Pike v. Honsinger, 155 N.Y. 201(1898).
- ⑫ 德国帝国法院 1930 年 7 月 8 日判决(RGSt 64, 263)。
- ⑬ 德国帝国法院 1931 年 12 月 1 日判决(RGSt 67, 12)。
- ⑭ 德国帝国法院 1940 年 2 月 12 日判决(RGSt 74, 60)。
- ⑮ Shilkret v. Annapolis Emergency Hosp. Association, 276 Md. 187(1975).
- ⑯ Pittman v Gilmore, 556 F.2d 1259(1977).
- ⑰ Mostrom v. Pettibon, 25 Wn. App. 158(1980).
- ⑱ Tempchin v. Sampson, 262 Md. 156(1970).
- ⑲ 关于这一点的典型判决德国联邦普通法院 1991 年 1 月 29 日判决(NJW 1991, 1535)。
- ⑳ 德国帝国法院 1931 年 12 月 1 日判决(RGSt 67, 12)。
- ㉑ 鲁道夫·路德维希·卡尔·菲尔绍(Rudolf Ludwig Karl Virchow, 1821 年 10 月 13 日~1902 年 9 月 5 日) 德国医生、人类学家、病理学家、史前学家、生物学家、作家、编辑和政治家。
- ㉒ 例如,德国帝国法院 1916 年 6 月 4 日判决,载 R. Goldhahn, W. Hartmann. Chirurgie und Recht[M]. Stuttgart: Enke Verlag, 1937:62f.
- ㉓ 札幌地方法院 1974 年 6 月 29 日判决,载《判例时报》第 750 号,第 29 页。
- ㉔ Helling v. Carey, 83 Wn.2d 514(1974).
- ㉕ Harris v. Groth, 99 Wn.2d 438(1983).
- ㉖ 德国联邦普通法院 1952 年 11 月 27 日判决(BGHZ 8, 138)。
- ㉗ 日本最高法院 1961 年 2 月 16 日判决,载《最高法院民事判例集》第 15 卷第 2 号,第 244 页。
- ㉘ 日本最高法院 1996 年 1 月 23 日判决,载《最高法院民事判例集》第 50 卷第 1 号,第 1 页。
- ㉙ 福岛地方法院 2008 年 8 月 20 日判决,载《刑事医疗过失 III》,东京: 信山社 2012 年,第 201 页。
- ㉚ 德国联邦普通法院 1962 年 5 月 3 日判决(NJW 1962, 1978)。
- ㉛ Burton v. Brooklyn Doctors Hosp., 88 A.D.2d 217(1982).
- ㉜ Toth v. Community Hospital at Glen Cove, 22 N.Y.2d 255(1982) 的判决文中虽然没有使用“值得尊重的少数派”这样的措辞,但一直被视为适用此标准的经典判决。
- ㉝ 德国联邦普通法院 1987 年 7 月 7 日判决(NJW 1987, 2927)。
- ㉞ 德国联邦普通法院 2006 年 6 月 13 日判决(MedR 2006, 650)。
- ㉟ 东京地方法院 2001 年 3 月 28 日判决,载《判例时报》第 1763 号,第 17 页。
- ㊱ 德国帝国法院 1938 年 1 月 7 日判决(JW 1938, 2230)。
- ㊲ 东京高等法院 1978 年 11 月 15 日判决,载《东京高等法院刑事判决时报》第 29 卷第 11 号,第 1 页。

参考文献:

- [1] Karl F. Laum U. Smentkowski. Ärztliche Behandlungsfehler-Statut der Gutachtenkommission [M]. Köln: Deutscher Aezte-Verlag, 2005: 89.
- [2] Karl Dupre. Ärztliche Behandlungsfehler: Geschädigte Patienten und ihre Rechtsansprüche [M]. Wiesbaden: Jopp Francke R & Hart D 1 Aufl, 1989: 63.
- [3] Comment, Recent developments: Medical specialties and the locality rule [J]. Stan L Rev, 1962(14): 880-891.

- [4] Page Keeton. Medical negligence-the standard of care [J]. *Tex. Tech L Rev*, 1979, 10(2): 351-370.
- [5] 稻垣乔. 判例评析[J]. *判例时代*, 1995, 46(25): 56-69.
- [6] 手嶋丰. 判例评析[C]// *医事法判例百选*. 东京: 有斐阁, 2006: 142-145.
- [7] Beth Walston-Dunham. *Medical malpractice law and litigation* [M]. New York: Delmar Cengage Learning, 2005.
- [8] Arvid Sieber. *Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit* [M]. New York: Springer, 1983: 37.
- [9] 吴崇其, 张静. *卫生法学(第二版)*[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 419.
- [10] 余明永. *医疗损害赔偿纠纷*[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 13.
- [11] 冯卫国. *医疗事故罪的认定与处理*[M]. 北京: 人民法院出版社, 2003: 1.
- [12] 陈俊华. 判定护理过失的基本标准分析[J]. *法学论丛*, 2013(6): 86-92.
- [13] 曾见. 论“当时的医疗水平”的解释——《侵权责任法》第57条与《德国民法典》第630a条的比较[J]. *中国卫生事业管理*, 2015(3): 214-216.
- [14] Clarence Morris. Custom and negligence [J]. *Colum. L. Rev*, 1942, 42(7): 1147-1168.
- [15] Allan H. McCoid. The care required of medical practitioners [J]. *Vand L Rev*, 1959, 12(3): 549-632.
- [16] Stephen L. Wessler. The role of custom in medical malpractice litigation [J]. *B U L Rev*, 1975, 55(3): 647-666.
- [17] James A. Jr Henderson. Universal health care and the continued reliance on custom in determining medical malpractice [J]. *Cornell L. Rev*, 1994, 79(6): 1382-1404.
- [18] Rudolf Virchow. *Kunstfehler der Ärzte* [C]// Albin Eser, Alfred Künschner (Hrsg.). *Recht und Medizin*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990: 43-54.
- [19] 手嶋丰. 追究医疗事故法律责任时刑事法和民事法不同角色[J]. *法律时报*, 2010, 82(9): 51-54.
- [20] Kenneth S. Abraham. Custom, noncustomary practice, and negligence [J]. *Colum L Rev*, 2009, 109(7): 1784-1822.
- [21] Max Rümelin. *Haftung im klinischen Betrieb: Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung* [M]. Tübingen: J D B Mohr, 1913: 17ff.
- [22] Eberhard Schmidt. *Der Arzt im Strafrecht* [M]. Leipzig: Verlag von theodor Weicher, 1939: 145f.
- [23] Paul Bockelmann. *Strafrecht des Arztes* [M]. Stuttgart: Georg Thieme Verlag, 1968: 87.
- [24] Holy L. Schreiber. Abschied vom Begriff des ärztlichen Kunstfehlers? [J]. *Med Sach*, 1976(4): 71-73.
- [25] 甲斐克则. *医疗事故和刑法*[M]. 东京: 成文堂, 2012: 127.
- [26] 大谷实. *医疗行为和法(新版)*[M]. 东京: 弘文堂, 1990: 135.
- [27] Erwin Deutsch. Reform des Arztrechts: Ergänzende Regeln für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht? [J]. *NJW*, 1978(33): 1657-1661.
- [28] Erwin Deutsch, *Medizinische Fahrlässigkeiten* [J]. *NJW*, 1976(50): 2289-2320.
- [29] 中山研一, 甲斐克则. *医疗事故的刑事判例*[M]. 东京: 成文堂, 2010: 176.
- [30] 小林公夫. 医疗水准和医疗的裁量性[J]. *法律时报*, 2008, 80(12): 70-75.
- [31] Wilts W, Kleinewefers H. *Die zivilrechtliche Haftung des Arztes* [C]// Armand Mergen (Hrsg.), *Die juristische Problematik in der Medizin*, Bd. III. München: Goldmann, 1971: 33.
- [32] 甲斐克则. 药害和医生的刑事责任[J]. *广岛法学*, 2001, 25(2): 69-90.
- [33] 船山泰范. 药害艾滋病和过失犯[J]. *现代刑事法*, 2002, 4(6): 19-28.
- [34] 前田雅英. 保护国民安全的义务和法所允许的危險[J]. *研修*, 1999(615): 3-12.
- [35] 陈云良. 基本医疗服务法制化研究[J]. *法律科学*, 2014(2): 73-85.

On the judgement standard in medical negligence: Interpreting Article 57 of the *Tort Law* about the doctors' duty of care in accordance

YU Jiajia

(Ko Guan Law School, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

Abstract: According to Article 57 of the *Tort Law of China*, a doctor owes the duty of performing medical treatment which should meet the current medical standards. The “current” standards mean that with the development of medical technique, the standards are not still, and therefore, a doctor should continue studying new knowledge and mastering new skills. “The standards” may be defined in different ways because of the differences in access to medical resources and as well the differences in doctors' specialties. “Meeting” the standards does not necessarily mean following customary medical practice. A doctor should deliberately balance risks and benefits of the measures in issue and take alternative and proper measures in a specific case to avoid medical accidents.

Key Words: medical negligence; duty of care; medical standards; customary practice; balancing risks and benefits

[编辑: 苏慧]