

# 醫療過錯的民事裁判

## ——基於中國內地與澳門民事判決書的文本分析

稅兵\*

### 一、問題與方法

法學和醫學一樣，都是實證性學科，生命在於經驗而非邏輯。<sup>1</sup>醫療糾紛的解決，同時需要法學與醫學的知識視角，自然離不開經驗或實證的分析。司法裁判所形成的案例，被稱作“活的法律”，它是研究醫療糾紛的生動素材，亦是本文寫作的切入點。

眾所周知，在醫療糾紛的解決過程中，醫療過錯的判定是關鍵性環節。中國內地與澳門特別行政區（以下簡稱“澳門”）同屬大陸法系，均把過錯、損害、過錯與損害的因果關係作為民事侵權責任成立的核心要件。無論是依民事訴訟程式，還是依醫療事故鑒定等非訴訟程式，皆須考察醫療服務提供者的過錯。但是，在具體個案中，如何判定醫療過錯，是非常棘手的法律難題。

在中國內地，2010年施行的《侵權責任法》首次用民事基本法律規定了醫療過錯的判定規則。該法第54條規定，“患者在診療活動中受到損害，醫療機構及其醫務人員有

---

\* 稅兵，澳門大學法學院教授，澳門醫療事故鑒定委員會正式委員（法律專業）。

<sup>1</sup> 參見美國霍姆斯大法官的名言，“法律的生命不在於邏輯，而在於經驗”（“The life of law has not been logic; it has been experienced”），Holmes, Oliver Wendell. *The common law*. Harvard University Press, 2009. P. 3.

過錯的，由醫療機構承擔賠償責任。”《侵權責任法》第 55 條規定了醫務人員的告知義務，第 578 條規定了醫務人員的注意義務，同時在第 58 條規定了醫療機構推定過錯的三種情形，<sup>2</sup>進而構建起了中國內地醫療過錯判定的法例基礎。在規則體系上，中國內地的醫療過錯區分為醫療技術過錯和醫療倫理過錯，前者以告知義務和注意義務為前提，實行過錯責任原則；後者以病歷資料管理義務為前提，實行過錯推定原則。其中，規定醫務人員注意義務的第 57 條，由於失之抽象，是在司法實踐中爭議頗大的條款：“醫務人員在診療活動中未盡到與當時的醫療水準相應的診療義務，造成患者損害的，醫療機構應當承擔賠償責任。”立法者以“當時的醫療水準”作為判斷醫務人員注意義務的外在標準，卻沒有厘定出清晰明確的司法適用規則，成為法律適用中的難點問題，導致纏訟不斷，亟需統一裁判尺度。經過六年的反復討論，最高人民法院（以下簡稱“最高院”）於 2017 年 12 月 13 日發佈《關於審理醫療損害責任糾紛案件適用法律若干問題的解釋》。該司法解釋第 16 條規定，“對醫療機構及其醫務人員的過錯，應當依據法律、行政法規、規章以及其他有關診療規範進行認定，可以綜合考慮患者病情的緊急程度、患者個體差異、當地的醫療水準、醫療機構與醫務人員資質等因素。”《解釋》對醫療過錯的法律適用作了細化規定。

在 2016 年《澳門醫療事故法律制度》施行以前，澳門未有明確規定醫療過錯的法律條文。在涉及不法責任案件的司法實踐中，判定過錯的基本依據是《民法典》第 480 條：

“一、侵害人之過錯由受害人證明，但屬法律推定有過錯之情況除外。二、在無其他法定標準之情況下，過錯須按每一具體情況以對善良家父之注意要求予以認定。”《醫療事故法律制度》（第 5/2016 號法律）彌補了該項法律漏洞。該法第 3 條規定，“醫療事故是指因過錯違反醫療衛生方面的法規、指引、職業道德原則、專業技術知識或常規作出的醫療行為而損害就診者的身體或精神的健康的**事實**，不論該行為屬作為或不作為。”依據該條款，醫療過錯體現為“違反醫療衛生方面的法規、指引、職業道德原則、專業技術知識或常規”。不過，《醫療事故法律制度》遺留了兩個爭議點，並沒有完整地解決醫療過錯的

---

<sup>2</sup>《侵權責任法》第 58 條規定，“患者有損害，因下列情形之一的，推定醫療機構有過錯：（一）違反法律、行政法規、規章以及其他有關診療規範的規定；（二）隱匿或者拒絕提供與糾紛有關的病歷資料；（三）偽造、篡改或者銷毀病歷資料。”

規則體系：其一，在法律位階上，《醫療事故法律制度》未構成《民法典》之特別法。

《醫療事故法律制度》第20條明示限定了其適用範圍，“對醫療服務提供者因醫療事故所生的民事責任，適用《民法典》有關因不法事實所生的責任的規定”。《醫療事故法律制度》關於醫療過錯的立法定義只能適用於醫療事故認定程式，不適用於民事訴訟程式。其二，在法律功能上，《醫療事故法律制度》所解決的只是醫療事故的技術認定，未承擔判定民法責任的解釋功能，其無法解決醫療過錯的司法適用問題。因此，未來澳門要確立起醫療過錯的規則體系，只能留待修訂《民法典》或頒佈民事特別法的立法工程。

比較中國內地和澳門關於醫療過錯的法律規則，我們可以發現，兩地有不同的立法觀念。在中國內地，鑒於醫療糾紛始終是社會關注點，採取了非常積極的立法態度；通過《侵權責任法》把醫療損害賠償作為特殊的侵權行為予以規制，建立了較為完善的司法解決機制。澳門由於實行高福利的醫療體制，醫患衝突不如內地激烈，對醫療糾紛的解決採取了較為保守的立法態度；除了《醫療事故法律制度》所構建的醫療事故鑒定和醫療調解制度，尚未建立專門的醫療糾紛司法規則。文本的研究，不只是停留在對兩地立法的靜態比較上，而是通過考察判決文本，探討司法裁判的實踐，期冀為構建澳門的醫療糾紛訴訟機制提供可行的思路。

## 二、裁判文本

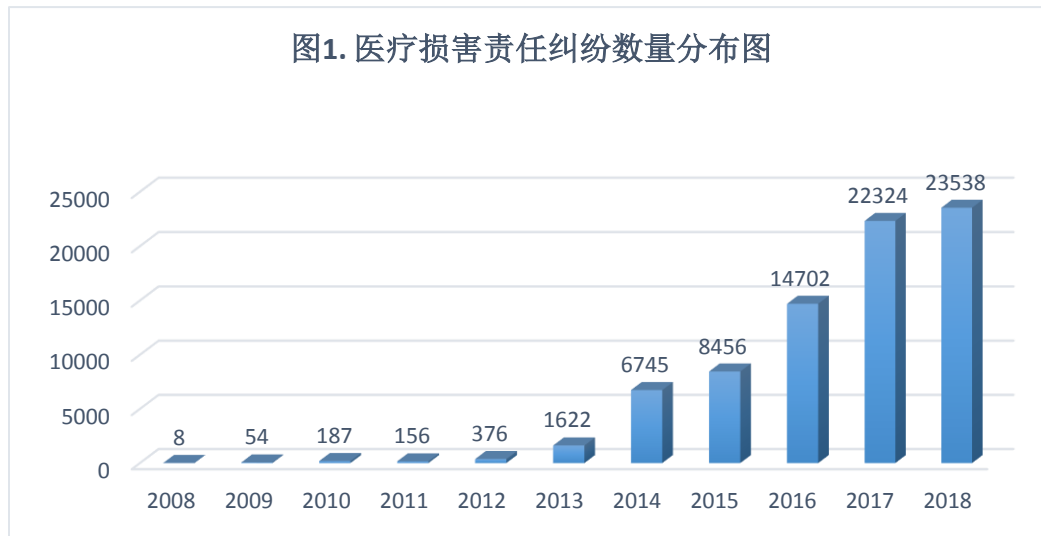
中國內地近年的司法改革，把裁判文書公開作為梳理司法公信力的基本要求。<sup>3</sup>裁判文書的公開，揭開此前罩在司法上的神秘面紗，拉近與公眾的距離。“法院的公正形象正是由一份份的司法文書累積塑造的。”<sup>4</sup>除了涉及國家安全和個人隱私的案件，絕大多數民事裁判文書都可以在“中國裁判文書網”公開檢索到，這也使得對醫療糾紛案件的大資料分析成為可能。

---

<sup>3</sup> 最高院先後在 2010 年、2013 年、2016 年三次發布了《關於人民法院在互聯網公布裁判文書的規定》。

<sup>4</sup> 馬超、於曉虹、何海波：《大資料分析：中國司法裁判文書上網公開報告》，載《中國法律評論》2016 年第 4 期。

截至2019年9月27日，中國裁判文書網可公開檢索的民事文書有48,687,519篇。<sup>5</sup>我們檢索2008年1月1日至2018年12月31日期間的醫療損害責任糾紛，共下載78,230份民事文書，按照年份的數量變化圖表如下：



由上圖可知，最近十年中國內地的醫療責任糾紛案件，在數量上呈現逐年增加的趨勢。排除掉各類民事案件總數年度變化等影響因素，對數量增加趨勢有幾種可能的解釋：其一，醫療糾紛一旦形成，矛盾較為尖銳，當事人調撤率低；其二，《侵權責任法》施行以後，醫療糾紛的司法解決機制逐漸完善，當事人願意選擇民事訴訟，2013年後的案件增長變化即可引證此解釋；其三，隨著“醫鬧入刑”和社會治理，患者家屬更願意用法律武器解決爭議。例如，廣東中山市在2012年整治醫療糾紛後，在當年度成功實現“零醫鬧”。<sup>6</sup>解釋機制有待進一步的定量分析，但僅就目前對原始資料的觀察而言，日趨完善的司法解決機制，能把醫療糾紛納入法治軌道。<sup>7</sup>

<sup>5</sup> <http://wenshu.court.gov.cn/>，2019年9月30日訪問。

<sup>6</sup> 黃柳：《中山市“零醫鬧”路線圖》，載《中國醫院院長》2014年第18期。

<sup>7</sup> 在《侵權責任法》頒佈施行前的2009年，有學者實證調查北京海澱區的幾家全國著名的三甲醫院，發現被訴案件數量極少。例如，301醫院在2009年有8.89萬住院人次和5.09萬台手術，被訴案件數量只有10餘起。研究者認為，這並非源于醫療服務品質的提高，背後更接近事實的解讀



考察地域分佈圖發現，醫療糾紛案件的數量基本上和地區人口數量和人均GDP呈正相關性。數量最多的是江蘇省，6381件；其次是山東省5612件，吉林省4505件，四川省4260件，北京市4059件。數量最少的是西藏自治區，僅有13件。通常認為，經濟越發達的地區，醫療水準越高。初步觀察的結果則顯示，醫療水準高，醫療糾紛未必就低（是否為完全的負相關，有待資料模型檢測）。

法學的實證分析，最關鍵是要挖掘出資料背後的裁判立場和司法規則。在中國內地，直接反映最高院裁判立場的，是其每月公佈的“公報案例”和不定期公佈的“指導性案例”。遺憾的是，在全部78,230篇醫療糾紛民事案件裁判文書中，竟然沒有一起涉及到醫療過錯判定的“公報案例”和“指導性案例”，這與醫療糾紛的社會關注度是不匹配的。筆者認為，這說明最高院對醫療過錯的裁判立場仍然是模糊和有爭議的，也體現出醫療糾紛案件“審理難度大”的特點。<sup>8</sup>考慮到各地法院對醫療過錯的判定規則存在適用上的差

---

是，當時患者和醫院通常願意選擇私了，而非去法院訴訟。參見王成：《醫療侵權行為法律規制的實證分析》，載《中國法學》2010年第5期。

<sup>8</sup> 參見《最高人民法院研究室負責人就‘最高人民法院關於審理醫療損害責任糾紛案件適用法律若干問題的解釋’答記者問》，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-73502.html>，2019年10月2日訪問。

異性，我們就把研究重點放在最高院審理的35起醫療糾紛案件，尤其是其中形成民事判決書的8起案件（其餘27起是以民事裁定書結案，未涉及到實體權利的判定）。

與中國內地完全相反，澳門特別行政區終審法院所公佈的各級法院審理的醫療糾紛訴訟屈指可數。檢索終審法院網站和刊印出版的《終審法院裁判彙編》和《中級法院裁判彙編》，正式公示民事判決書的只有四宗案件，即中級法院 339/2014 號（2015 年 9 月 24 日判決）、第 186/2018 號案件（2018 年 12 月 6 日判決）、第 370/2015 號案件（2016 年 5 月 12 日判決）判決書，以及終審法院第 34/2013 號案件（2013 年 11 月 13 日判決）。

澳門醫療糾紛案件數量極低，存在多種解釋因素：人口總數少、醫療福利制度的發達、審理週期長（個別案件審結時間竟然超過 10 年），以及澳門講究人情、不願對簿公堂的法律文化。但不管如何，微薄的案件數量，很難累積足夠的司法經驗，難以建立起適合本地的司法解決機制——畢竟，法學和醫學一樣，都需要足夠的實踐經驗和樣本資料作為發展的基石。

### 三、裁判規則

#### 1. 醫療過錯的請求權基礎

對於醫療糾紛，中國內地法院允許當事人選擇以合同責任或侵權責任作為請求權基礎，進而使得受害人能以最有利於自己的方式提起訴訟。<sup>9</sup>在實務中，患者一般會選擇侵權責任作為自己的請求權基礎，這樣可以獲得過錯推定、舉證責任倒置等法律實益。但這並不意味著，合同責任對於當事人毫無意義。譬如，在醫療過錯難以認定的情形下，以違反合同義務為由主張醫療機構的民事責任，或許是患者最佳的訴訟策略選擇。

---

<sup>9</sup> 允許當事人自由選擇合同責任抑或侵權責任作為請求權基礎，是大陸法系立法例的通常作法。例如，德國法院允許合同責任和侵權責任的競合(*Anspruchskonkurrenz*)，患者擇其一行使。參見[荷]米夏埃爾·富爾，[奧]赫爾穆特·考茨歐：《醫療事故侵權案例比較研究》，丁道勤等譯，中國法制出版社 2012 年版，第 143 頁。

澳門法院對於醫療糾紛的請求權基礎，則區分公立醫院與私立醫院。終審法院合議庭對第 23/2005 號案件的裁判結論，作為統一司法見解刊登於 2006 年 4 月 18 日的《政府公報》：“因在公共機構內提供衛生護理服務過程中的作為或不作為而產生的民事責任具非合同性質。”中級法院第 370/2015 號案件判決書嚴格遵循了該司法見解，認為政府醫院的醫療責任，屬於“因公法管理行為而承擔的非合同民事責任”。因此，公立醫院被訴時，患者只能以非合同（侵權）責任作為請求權基礎。

私立醫院被訴時患者所能主張的請求權基礎，澳門法院的立場在 2013 年有所變化。終審法院在第 34/2013 號案件判決書中，就私人醫療診所適用哪種民事責任問題，合議庭進行了較為細緻的論證。在梳理了葡萄牙學者的觀點後，合議庭認為，“像 1966 年《民法典》的立法者一樣，澳門《民法典》的立法者並沒有針對這一學術爭論表明立場。”在裁判者看來，私人醫療機構的民事責任性質，是《澳門民法典》存在的法律漏洞。進而，合議庭表明了自己的觀點：

*“既然事實同時符合兩種責任形式，鑒於處分原則，就應由原告來負責指出訴訟的訴因（《民事訴訟法典》第 5 條），並提出構成訴因的事實。正如 LEBRE DE FREITAS 所說，指出構成訴因的主要事實的決定權完全在原告手上。因此，應由原告指出訴訟所基於的法律根據，並自行承擔其所作選擇的風險，這也是意思自治原則所衍生的。幾名原告所選擇的是非合同民事責任制度……因此，適用於本訴訟的制度是非合同民事責任制度。”*

澳門終審法院基於民事訴訟法上的處分原則，以及民法上的意思自治原則，在該起案件中承認了私人醫療機構的患者有權選擇請求權基礎。由此，產生了私立醫院和公立醫院民事責任的二元化：患者對私立醫院有權選擇請求權基礎，對公立醫院只能主張侵權責任。值得討論的是，立法者顯然注意到了醫療責任二元分立的狀況，故在《醫療事故法律制度》中第 20 條規定，“對醫療服務提供者因醫療事故所生的民事責任，適用《民法典》有關因不法事實所生的責任的規定”。依據此條款，所有的醫療服務提供者，不區分私人醫療機構和公立醫療機構，患者只能主張侵權責任。二元分立的狀況看似解決了，但確是以剝奪患者的選擇機會為代價。誠如終審法院在第 34/2013 號案件判決書中所指出的，“目前倍受大部分學者所青睞的觀點是，讓受害人自己去選擇責任制度，並對其所作

選擇承擔風險。”為統一醫療責任制度，在立法上犧牲了受害人的法律實益，這與訴權處分原則和意思自治原則原本就是相違背的。

## 2. 醫療過錯與不法性要件

在醫療責任的成立上，是否獨立存在違法性要件，在判例與學說上歷來存在爭議。在中國內地，《侵權責任法》第 54 條規定，“患者在診療活動中受到損害，醫療機構及其醫務人員有過錯的，由醫療機構承擔賠償責任。”醫療損害責任是否包含違法性要件，內地學者存在肯定說和否定說兩種見解。持否定說的王利明教授認為，醫療損害責任不包括違法性要件。<sup>10</sup>持肯定說的楊立新教授認為，醫療損害責任須具備違法性要件，“醫療損害責任的違法性主要是違反法定義務。這個法定義務不是醫療機構及其義務人員對患者的注意義務，是對患者享有的權利的不可侵義務的違反。”<sup>11</sup>

澳門法院的立場非常明確，醫療責任與其它侵權責任一樣，必須具備不法性要件。中級法院 339/2014 號民事判決書在裁判要旨中指出：

*“在非合同民事責任制度中，受害人必須主張及證明所有的責任前提：事實（自願的作為或不作為）、不法性（違反他人權利或違反保障他人利益之法律規定；違反法律、規章規定或違反一般適用原則之法律行為，以及違反上述規定和原則或違反應被考慮之技術性和常識性規則之事實行為）、過錯（按每一具體情況以對善良家父之注意要求予以認定）、損害（財產或非財產性質）以及事實與損害之間的因果關係。”*

依照澳門中級法院的裁判立場，醫療責任的構成要件中，不法性是與過錯並列的單獨要件。在 339/2014 號案件中，“澳門衛生局醫護人員為上訴人進行診斷、治療及護理期間，並無出現任何誤診或違反醫學技術常規的情況而導致上訴人的權利或利益受到不必要

---

<sup>10</sup> 王利明：《侵權責任法研究》（下冊），中國人民大學出版社 2011 年版，第 387 頁。

<sup>11</sup> 楊立新：《醫療損害責任構成要件的具體判斷》，載《法律適用》2012 年第 4 期。



的損害，因此不存在行為的不法性。”醫療服務提供者的診療過程不存在不法性，故不應承擔侵權責任。

澳門《民法典》第 477 條把侵權責任稱調為“因不法事實所生之責任”。所有侵權行為都具有違法性或不法性，都是對他人合法權益的侵害，但這是否意味著“不法性”就應該單獨作為責任成立的構成要件呢？筆者持否定的立場。

回顧學說史，在侵權責任中把不法(*iniuria*)與過錯(*culpa*)區分開來，是中世紀法學家在解釋《阿奎利亞法》(*Lex Aquilia*)時的作法。他們認為，“只有那些有過錯地直接造成（法律規定的）殺害或者燒毀、打碎、損傷的損害，才符合私犯的事實構成。”<sup>12</sup>把不法性單獨作為要件，在一般侵權行為中有時具有意義，比如在合理避險等情形下，加害人可以主張“違法性阻卻”的抗辯，從而不承擔侵權責任。但是，在醫療損害責任中，不法性要件毫無單獨存在的意義。在筆者看來，在醫療責任構成要件中，過錯與不法性原本就是“一體雙面”的邏輯構造，有過錯自然就違法，違法自然有過錯。如果通覽本文檢索的全部 78,230 篇醫療糾紛民事案件裁判文書，損害事實五花八門，但肯定找不到“違法無過錯”及“合法有過錯”的邏輯謬誤。事實上，證明存在不法性的證據，原本所證明的就是醫療過錯。譬如，在澳門中級法院第 370/2015 號案件，法院判決認為，“由於切脾手術非為治療原告病患的必需手段，且考慮是次留院期間原告的臨床狀況，並未出現進行切脾手術的緊急性，故主診醫生沒有於當日立即安排替原告進行切脾手術，不僅沒有違反任何醫學指引或醫學技術規則，從而不存在不法性。”就法院的說理而言，顯然把有無違反醫學指引或技術規則作為“不法性”衡量標準，但這原本是判斷醫療過錯的基本依據。

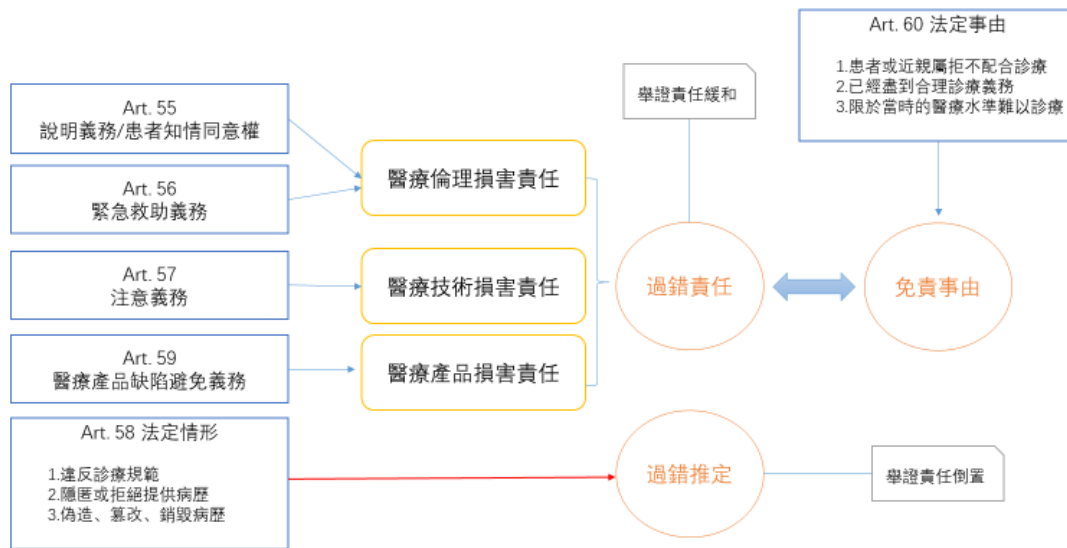
總之，把“不法性”作為與“醫療過錯”等量齊觀的構成要件，只能疊床架屋，徒增法律適用的複雜性。

---

<sup>12</sup> [德]馬克斯·卡澤爾，羅爾夫·克努特爾：《羅馬私法》，田士永譯，法律出版社 2018 年版，第 375 頁。

### 3. 醫療過錯的判斷基準

中國內地在處理龐雜的醫療糾紛時，沒有採取“一刀切”的法律適用規則，而是充分運用了類型化的法技術方法，區分醫療服務提供者在診療過程中不同的義務類型，進而把醫療過錯導致的侵權責任劃分為醫療倫理損害責任、醫療技術損害責任、醫療產品損害責任三類範疇，並確立相對應的歸責原則、舉證責任和免責事由。參見下圖：



在三種責任形態中，對醫學專業知識程度要求最高的是違反注意義務所導致的醫療技術損害責任，它還直接關涉到醫療風險的合理分擔。注意義務的尺度厘定在何種程度，是法律難題，亦是醫學難題。尺度過松，無疑是在縱容醫療人員的瀆職行為；尺度過嚴，則會對醫療人員失之公允，妨礙醫學進步。作為主觀範疇的醫療過錯，如果能有一個可觀測的外在指標來評估，自然最為理想，但這是違背醫學規律的法律癡想。《侵權責任法》採用醫療水準作為注意義務的衡量尺度：“在診療活動中未盡到與當時的醫療水準相應的診療義務。”考察民事裁判文書，我們注意到幾乎所有的中國內地法院均用“當時的醫療水準”作為醫療過錯的判斷基準。

最高人民法院在“李玉明、李蔓娜等與山西省長治市中醫醫院醫療損害責任糾紛申訴、申請民事判決書”中認為：

“中醫院在對患者進行診療過程中，未盡到與當時的醫療水準相應的診療義務。第一，中醫院對趙某的化驗存在瑕疵，未盡到診療義務……而化驗結果又是進一步診療的基礎，故中醫院未盡到與當時醫療水準相應的化驗義務；第二，中醫院不能提供趙某死亡當日的正常心電圖，未盡到診療義務；第三，中醫院多次對趙某的靜脈輸液速度進行塗改，而靜脈輸液速度快慢屬於診療範圍……由於中醫院存在過錯且未盡到與當時醫療水準相應的診療義務，故中醫院應對趙某的死亡承當損害賠償責任。”<sup>13</sup>

在另一起案件中，法院以“限於醫療水準”為由，駁回了原告的訴訟請求，理由是“原告結紮手術後再次懷孕，或許是現有醫學條件下無法完全避免的不良後果，限於醫療水準不能徹底杜絕結紮手術後繼續懷孕的可能性。”<sup>14</sup> 倘若醫療機構以“限於當時的醫療水準”進行抗辯，需要對主張的此項事實承擔舉證責任。“衛生服務站並未提供證據證明本案存在‘限於當時的醫療水準難以診療’，故其主張的法律適用缺乏事實基礎。衛生服務站該項申請再審事由不能成立。”<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> “李玉明、李蔓娜等與山西省長治市中醫醫院醫療損害責任糾紛申訴、申請民事判決書”（（2016）最高法民再 313 號），中華人民共和國最高人民法院民事判決書，載于中國裁判文書網，<http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=9fdf3a2d30fb46d695fba76201109ea0>，最後存取時間 2019 年 9 月 30 日。

<sup>14</sup> “仲娟與蘇州市吳中區甪直人民醫院醫療損害責任糾紛一審民事判決書”，（2019）蘇 0506 民初 1021 號，載于中國裁判文書網，<http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=0ad818ce2aa34056ab5eaa5e00fddbc8>，最後存取時間 2019 年 9 月 30 日。

<sup>15</sup> “興隆台區振興街道科研社區衛生服務站、張萍萍與興隆台區振興街道科研社區衛生服務站、張萍萍等醫療損害責任糾紛申請再審民事裁定書”，（（2015）民申字第 2550-1 號），中華人民共和國最高人民法院民事裁定書，載于中國裁判文書網，<http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=59e953504c794182a81cf619cfe7f87c>，最後存取時間 2019 年 9 月 30 日。

把醫療水準判斷注意義務和醫療過錯的裁判基準，源於日本的民法判例與學說。在日本，所謂的醫學水準，區分為醫學水準和醫療水準，“醫療水準應考慮到地域差別、專業差別、大型醫院、大學醫院與一般診所的區別、平常治療和緊急治療等治療條件的差別等。”<sup>16</sup>反觀《侵權責任法》，把“當時的醫療水準”作為法律判斷的基準，難免流於寬泛，造成法官自由裁量標準的模糊。《關於審理醫療損害責任糾紛案件適用法律若干問題的解釋》修正了裁判基準，“對醫療機構及其醫務人員的過錯，應當依據法律、行政法規、規章以及其他有關診療規範進行認定，可以綜合考慮患者病情的緊急程度、患者個體差異、當地的醫療水準、醫療機構與醫務人員資質等因素。”遵照該司法解釋，醫療過錯的法定判斷基準不是醫療水準，而是客觀的診療規範；同時把病情、患者個體差異、醫療水準和資質作為酌定判斷基準。從主觀的醫療水準，到客觀的診療規範；從單因素衡量，到多因素考察，中國內地法院對醫療過錯的法律判斷逐步合理化、體系化。但該司法解釋施行未久，其實際效果還有待於進一步的實證考察。

在數量有限的四份民事判決書中，澳門法院未對醫療過錯予以類型化處理。在四起訴訟中，患者均敗訴，且都是因為受害人無法充分證明醫療服務提供者的過錯。第370/2015號案件（2016年5月12日判決）、339/2014號（2015年9月24日判決）和第186/2018號案件（2018年12月6日判決）所起訴的醫療服務提供者都是公立的仁伯爵綜合醫院。受害人所主張的請求權基礎為非合同民事責任，法律依據為澳門第28/91/M號法令第2條第1款規定：“本地區行政當局及其他公法人，對其機關或行政人員在履行職務中以及因履行職務而作出過錯之不法行為，應向受害人承擔民事責任。”在過錯之認定方面，該法令第4條還規定：“機關據位人或行政人員之過錯，須按《民法典》第四百八十條之規定予以認定。”在終審法院第34/2013號案件（2013年11月13日判決）中，被告是一間私立醫院，屬於在澳門身份證明局登記的行政公益私法人。原告所主張的請求權基礎為非合同民事責任。

四宗醫療糾紛案件，皆以非合同民事責任作為請求權基礎，判斷醫療服務提供者過錯的法律依據均指向《民法典》第四百八十條。該條款規定，“一、侵害人之過錯由受害人證明，但屬法律推定有過錯之情況除外。二、在無其他法定標準之情況下，過錯須按每一

---

<sup>16</sup> 周江洪：《日本醫療水準說評析》，載《中國政法大學學報》2008年第5期。

具體情況以對善良家父之注意要求予以認定。”作為不法民事責任的一般條款，《民法典》第480條關於過錯要件的規範，適用於各類侵權行為。把《民法典》關於過錯責任的一般條款直接適用於醫療糾紛，則會存在以下缺陷：

第一，醫療過錯有別於傳統侵權責任的過錯要件。德國法學家Beckmann認為，依據傳統的過錯責任理論來評析醫療機構的過錯，陳舊過時，不符合當代的正義規則。<sup>17</sup>澳門《民法典》第480條採取善良家父的抽象過錯標準，否定了以具體過錯作為判定過錯的標準。<sup>18</sup>澳門中級法院339/2014號民事判決書明確指出，過錯“按每一具體情況以對善良家父之注意要求予以認定”。那麼，什麼是善良家父呢？澳門法院的判例語焉不詳。在葡萄牙民法上，“善良家父強調的是良好市民(*do bonus civis*)的道德標準，而不是單純統計學上的一般人標準。”<sup>19</sup>善良家父或勤勉家父的概念源于古羅馬。在羅馬的市民之訴中，以勤勉之父(*diligens paterfamilias*)作為判斷個案注意義務的抽象標準，並被優士丁尼採納到《民法大全》之中，成為古典的責任法學說。<sup>20</sup>然而，醫療服務提供者的民事責任是一種專家責任，無法用抽象的市民法上的“善良家父”去判斷。例如，在前述第370/2015號案件中，法院完全沒提及“善良家父”的抽象標準，而是結合具體情形來論述醫療過錯是否存在：“在分析是否存有醫療過失時，不應以事後孔明的方式作出，即完全以事後的資料來判斷相關醫生/醫院有否出錯……應該根據病人當時的病情及所出現的病症來判斷有關醫生是否違反常規的醫療程式或出現了明顯的診斷錯誤。”由此可見，《民法典》第480條源於市民法上的善良家父抽象標準，在醫療糾紛的具體個案中毫無適用餘地。

第二，缺乏過錯推定和舉證責任倒置規則，未能產生事實發現的激勵機制。醫患關係具有明顯的資訊不對稱，無論是在普通法系還是大陸法系，都在一定條件下適當減輕受害

---

<sup>17</sup> Matusche-Beckmann, *Das Organisationsverschulden*, 轉引自劉志陽：《醫療過錯理論的新發展——組織過錯責任分析》，載《北方法學》2018年第3期，第141頁。

<sup>18</sup> 尹思哲：《債法教程》，澳門大學法學院2011學年印刷，第163頁。

<sup>19</sup> 同上揭。

<sup>20</sup> 參見[德]馬克斯·卡澤爾，羅爾夫·克努特爾：《羅馬私法》，田士永譯，法律出版社2018年版，第380-385頁。

人的舉證責任，以激勵醫患雙方去積極證明事實，並保護處於資訊弱勢者的患者。<sup>21</sup>《澳門民法典》第480條第1款沒有規定醫療侵權的過錯推定規則，舉證不能的法律後果自然只能由患者來承擔。終審法院在第 34/2013 號民事判決書中闡述到，“在醫療行為所導致的責任中，由於醫生的義務屬於行為義務而非結果義務，要像在非合同民事責任中那樣，由受害人來證明存在過錯。”如學者所言，“證明責任是事實發現的激勵機制”。<sup>22</sup>既無過錯推定規則，又無舉證責任倒置的證明規則，在澳門法院的判例中，患者敗訴的機會大為激增。在第 34/2013 號案件中，受害人因于2004年到澳門一家私立醫院外科接受下肢靜脈造影術而死亡，故請求法院判令私立醫院承擔非合同民事責任。經歷了漫長的訴訟後，終審法院判決認為：“在本案中，過錯的推定規則是完全不重要也是完全不能適用的，因為幾名原告並未能證明被告的技術人員瑕疵地履行了其必須履行的方法義務，相反，從已確定事實中倒是能夠得出被告的衛生技術人員所作的行為(客觀上)完全符合事發當時在澳門生效的醫生職業準則的結論。”由於原告未能通過證明醫院存在醫療過錯，即使具有損害事實，也只能承擔敗訴的結果。

第三，未能建立醫療風險責任的分擔機制。臨床醫療行為具有高度的專業性和不確定性，其產生責任的法理基礎已經不是基於過錯責任的侵權賠償，而是基於風險責任的損害賠償。“危險責任背後的思想為分配正義，即不可避免之風險的公平分配。”<sup>23</sup>有學者甚至認為，現代侵權法“所關心的基本問題，不是加害人之行為在道德上應否非難，而是加害人是否具有較佳之能力分散風險。”<sup>24</sup>中國內地的判例和立法，把醫療過錯導致的侵權責任劃分為醫療倫理損害責任、醫療技術損害責任、醫療產品損害責任三類範疇。其中，

---

<sup>21</sup> 譬如，美國醫療侵權糾紛中，雖然沒有明確規定舉證責任倒置，但在判例中經常運用事實自證(*res ipsa loquitur*)的證據規則來減輕患者的舉證責任。針對患者所主張的損害事實，醫療機構如果沒有提供合理解釋說明，則產生過失推論(*prima facie inference of negligence*)效力，判定醫療機構存在過失。

<sup>22</sup> 王成：《醫療侵權行為法律規制的實證分析》，載《中國法學》2010年第5期。

<sup>23</sup> 葉金強：《風險領域理論與侵權法二元規則體系》，載《法學研究》2009年第2期。

<sup>24</sup> 王澤鑾：《民法學說與判例研究》，中國政法大學出版社1998年版，第165頁。

醫療倫理損害責任是傳統侵權法上的過錯責任，例如未盡告知義務或毀損病歷；醫療技術損害責任、醫療產品損害責任本質上應該是風險責任，例如手術方案失敗或醫療器械的錯誤選擇。澳門相關案例，未區分醫療過錯的具體形態，未區分醫療服務提供者的告知義務與注意義務的差異，看似嚴格恪守了過錯責任制度，實則破壞了患者利益保護和鼓勵醫療探索之間的平衡。

## 四、結論

現行《澳門民法典》移植於1967年的《葡萄牙民法典》，其侵權責任條款幾乎是一字不差的照搬。然而，《葡萄牙民法典》頒佈施行以後，社會情勢發生了很大的變化，一個現象就是醫療糾紛在上世紀九十年代後開始在葡萄牙法院出現。既有的侵權法規則不能很好地解決糾紛，判決的案件引發了社會爭議，出現了“法學和醫學之間的冷戰”。<sup>25</sup>為因應社會變遷，葡萄牙法院對於醫療過錯的判定產生了很多新的發展，例如以適當的專業標準(*leges artis*)作為醫療過錯判定的法律基準，而不是採用民法典上的抽象標準。澳門在回歸後，沿用了葡萄牙法律，但同樣也面臨法律如何適應社會的問題。

本文選擇中國內地與澳門的判例開展對比研究，並非想得出孰優孰劣的簡單結論。兩地人口規模、醫療體制、社會福利迥異，不能套用一種法律方案。儘管我們需要承認兩地的差異性，但中國內地面臨的醫療糾紛更加複雜和嚴峻，在龐大判例基礎上演化出的法律適用規則具有強大的生命力，對澳門仍具有借鑒意義。對比研究兩地的民事判決書，我們發現，澳門尚未構建起適合本地的醫療糾紛司法機制，醫療過錯的請求權基礎、法律判斷基準、證明責任等各個要素均缺乏有效的規則。當然，限於篇幅原因，本文未能對症下藥，給澳門民法提出合理可行的因應之道，此問題留給未來的研究去解決。

---

<sup>25</sup> [荷]米夏埃爾·富爾，[奧]赫爾穆特·考茨歐：《醫療事故侵權案例比較研究》，丁道勤等譯，中國法制出版社2012年版，第143頁。