

An analysis of the standard and responsibility of excessive medical tort

Chonghao Dong Manyu Zhang Xiaorui Sang Ruoyi Wang Wei Li*

School of Health Management, Shandong University of Traditional Chinese Medicine, Jinan, Shandong, 250355, China

Abstract

The excessive medical treatment regulation system with Article 1227 of the Civil Code as the core has many application difficulties. This paper holds that the definition of the “concept” of excessive medical treatment is not clear, the “excessive identification standard” is not clear, the judicial over-reliance on the expert results, and the burden of proof is unscientific. Then the author puts forward some suggestions on the definition of the concept of excessive medical treatment, the improvement of the judgment standard and the principle of imputation, and the judgment and division standard of excessive medical tort liability.

Keywords

medical tort; Excessive medical treatment; Medical law; Tort liability

过度医疗侵权的认定标准与责任探析

董崇浩 张曼玉 桑潇睿 王若一 李玮*

山东中医药大学卫生管理学院, 中国·山东 济南 250355

摘要

以《民法典》第1227条为核心的过度医疗规制体系存在诸多适用困境, 本文认为过度医疗的“概念”界定不清晰, “过度认定标准”不明确、司法过度依赖鉴定结果、举证责任分配不科学, 进而对过度医疗的概念界定、判断标准以及归责原则的完善、过度医疗侵权责任判断及划分标准等提出相关建议。

关键词

医疗侵权; 过度医疗; 医疗法; 侵权责任

1 概念界定

近年来, 医疗侵权案件屡见不鲜, 医患关系愈发恶化, 由此引发的医疗矛盾纠纷始终为民生一大问题, 据有关统计, 2021年医患矛盾发生率(6.48%)高于2020年(3.17%)^[1]。而在过度医疗侵权案件的司法救济中, 在具体规制缺位、责任分配情况复杂等的综合作用下, 侵权责任认定是影响司法效率和公信力的重要因素。

过度医疗即医疗机构向就医者提供的超出医疗保健实际需求的医疗服务^[2], 而过度医疗与过度医疗服务在外延上仍有争议, 本文所称过度医疗包括过度诊断、过度治疗及在诊断、治疗过程中的过度医疗服务。依据《民法典》第1227条“医疗机构及其医务人员不得违反诊疗规范实施不必要的检查”, 将过度医疗定义为: 在医疗实践中向病人提

供的超过疾病实际需要的诊断、治疗行为及服务, 是不必要的、多余的医疗过程^[3]。过度医疗侵权责任则指医疗机构(医务人员)在诊疗活动及服务中, 由于各种原因违反诊疗规范或法律规定, 对患者实施不必要的医疗行为, 造成患者损害时应当承担的法律责任。

应明确, 从侵权人角度, 主体不仅包括一般的医疗机构(医务人员), 还应囊括患者^[4], 患者自行实施的可能引起医务人员错误判断而发生过度医疗行为及服务的活动即患者为过度医疗侵权案件侵权人的情况。从第三人角度, 患者故意或过失扩大损失时可能侵害第三人的财产权。继而可得, 受害人(被侵权人)可能包括患者, 表见的侵权人(医疗机构), 用人者、保险公司等第三人。

2 过度医疗侵权认定的适用困境

2.1 认定“过度”的标准不明

《民法典》第1222条第1项明确规定了医方注意义务的主要来源为法律法规、规章和诊疗规范, 但是该款中“其他有关诊疗规范的规定”的具体范围不明确。诊疗规范一般指诊疗实践中涉及到的各种规则, 但并非所有的疾病都有相

【作者简介】董崇浩(2004-), 男, 中国山东聊城人, 在读本科生, 从事卫生健康法学研究。

【通讯作者】李玮(1981-), 女, 中国山东济南人, 硕士, 讲师, 从事民法学, 卫生健康法学研究。

应的诊疗规范。对于诊疗规范没有包含的疾病，需要参考其他规范性医疗准则。除法律法规和诊疗规范外，还有专家共识、药物说明书、外国诊疗指南、诊疗惯例等^[5]。

故针对我国《民法典》1227条所称“诊疗规范”应作广义理解，即不仅包括法律、行政法规、部门规章、规范性文件等官方文件，也包括各类医学行业协会组织制定的各种规制、指南等标准^[6]。现阶段司法实践中，亟待司法机关、行政机关通过司法解释、行政法规等明确针对过度医疗的具体实施标准。

2.2 过度依赖鉴定结果

客观来说，“过度医疗”不法行为的判断标准不明确在一定程度上导致法院在司法认定时过度依赖医疗鉴定结果，从法理看，对于过度医疗行为的鉴定结果这一事实判断近乎完全成为裁判过度医疗侵权案件的法律事实依据。此外，不少鉴定专家还认为，目前有关过度医疗的鉴定存在着“借鉴及参考的标准缺失，鉴定内容和业务范围模糊，鉴定人员专业知识缺乏”等问题，使得该类鉴定的主观随意性强，亦需司法机关会同国家卫生行政主管部门加以规制和监督^[7]。

现阶段，对医疗技术鉴定的完全依赖也已成为阻滞法院司法独立的重要因素，如何在独立自主判断的基础上妥善运用医疗技术手段和鉴定结果应是未来学界及司法实践侧重研究的方向。

2.3 举证责任对患者不利

近年来，过度医疗所引发的纠纷屡见不鲜，而我国民法典侵权责任编中对过度医疗这类问题规定的笔墨又相对较少，同时对于过度医疗责任的举证责任规定仍然是一个重要问题。

根据最高人民法院2020年颁布的《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条规定，患者若主张医疗机构赔偿，应当提交患者到该机构就诊以及权利受到行为损害的证据。如果患者由于能力有限无法提交证据证明，可以依法申请司法鉴定。由此可见我国法律规定过度医疗损害适用过错责任原则，适用的举证责任则是“谁主张，谁举证”的原则。

但是，由于患者缺乏相应的医疗知识与意识，当遇到真实的过度医疗事件，常常无法独立举证，因此在类似案件中会处于被动地位，只能依赖司法鉴定结果。笔者对有关过度医疗的民事判决书进行研读，原告对过度医疗机构进行举证时，大多由于患者无法证明医疗行为与损害结果的直接关系而被驳回。同时，法院依赖司法鉴定，以不申请鉴定为由认为无法确定某医院存在过错，类似判决书如（2024）内0526民初3424号、（2024）京01民终9350号等判决书。因此，对举证责任的规定仍存在不周之处，未对患者处在弱势地位予以重视，患者面临举证难的问题，举证责任的分配上对患者产生不利影响^[8]。

以比较法视角，在英美法系国家和地区，以美国为例，

其对过度医疗行为主要通过《侵权法（Tort Law）》、各州医疗实践及判例法进行调整，适用过错责任原则；在英国，过度医疗侵权行为中，患者只须证明医院违背患者意愿实施了某种行为，无须向法院证明其已经受到伤害的事实，也无须证明该行为与损害结果之间的因果关系，即可向法院起诉医疗机构侵权。在大陆法系国家和地区，德国允许当事人自由选择违约之诉或侵权之诉，与我国大陆地区相似采取请求权竞合说；另以法国为例，医疗侵权行为大多适用违约之诉，但在现今的实践中适用侵权责任的判例也在逐渐增多^[9]。

3 完善我国过度医疗的建议

3.1 明确规定认定标准

从医学学科学习到具体临床实践，各种诊疗规范作为指引医疗服务人员就对医者进行诊断、治疗的重要依据在认定“是否过度”上发挥着重要作用，卫生行政部门、有关行业协会应尽快将诊疗规范归纳并以公众可知的方式公布，立法机关、行政机关在制定法律法规、部门规章时应尽量明确具体的诊疗规范，以便在法律实践中加以判断。

值得注意的是，诊疗规范与诊疗行为的比对结果并不是绝对的判断标准，医学实践中鼓励医疗从业者创新诊疗手段、提高服务水平；此外，辨证施治、对症下药等诊疗方式也可能推翻现有的诊疗规范。根据我国2017年的一项调查，有超过60%的医务人员没有遵守诊疗规范的标准治疗方案，有超过30%的医务人员认为现有指南的临床适用性不高，需要重新评估^[10]，换言之，诊疗规范可能具有时代局限性。因此，我国需尽快制定一般性从业技术标准，在法律实践中，司法机关应在现有诊疗规范的基础上独立思考，在一定范围内允许医疗从业者通过举证质证推翻诊疗规范。

3.2 搭建多元化认定体系

应该讲，过度医疗在一些情况下还需法官予以主观能动性认定。学界有学者提出经由诊疗规范与一般技术服务标准得出成本效果，进而得出是否过度医疗侵权结果的认定顺序。但如此顺序依然依赖已明确订立的诊疗规范与医学界长时期内已形成诊疗习惯的一般技术标准，在一些并未形成诊疗规范的情况下，对一般技术标准的认定仍是法官需要另行界定的事实之一，对此，本文拟提出两条有关认定标准体系的完善建议。

首先是对一般技术标准的认定。当双方就医疗行为是否过度存在争议且法官无法判断时，可申请中立第三方参与判断，该第三方应由负有举证责任的一方当事人提请，我国目前不存在专门对一般技术标准进行判断的机构，当事人提请的第三方应为具有高超专门医学知识、能够随时代及技术发展更新自身资源的人或机构，由此可见，由法院牵头建立专门认定医疗技术标准的机构部门仍有必要，应注意，这里的第三方与过度医疗鉴定机构不同，其关于一般技术标准的意见也只能作为辅助法官判断是否构成过度医疗侵权的标

准之一。

其次,对大部具有诊疗规范的情形下,仅将诊疗规范作为判断是否过度医疗的标准过于绝对,因此认定过度医疗行为时法官及鉴定人应综合认定,不能简单地针对某个诊疗行为进行分析,而是需要结合整个治疗过程来综合认定。特别是在鉴定不能的情形下,法官应依据医学专业性知识,从过度医疗的构成要件出发进行综合判定。由此可见,培育具有一定医学专业知识的法官人才体系在新时代具有一定意义;同时可在过度医疗侵权案件中引入并完善专家辅助人到庭参与庭审、辅助法官判断的制度。

3.3 完善举证责任鉴定

过度医疗行为并不是普通的医疗损害纠纷,就过度医疗行为本身的认定来说同时,由于过度医疗的专业壁垒过强,患者作为不了解医学知识的非专业一般人,很难举证证明具体医疗行为导致损害的因果关系;况且在很多情况下,损害结果往往不是一种诊疗行为导致的,这就使得医疗损害赔偿的诉讼更加艰难,患者举证责任负担更加繁重。综上,在医患双方举证能力悬殊的情况下,由患方承担几乎所有的证明责任,对患者过于苛刻,也增加了患者的压力^[11]。

因此,单纯的“谁主张,谁举证”是有弊端的,应当适用举证责任缓和的举证原则,在原告因证明困难或者无法证明的情况下,为缓和原告的证明负担,在原告的证明责任达到一定程度时,实行有条件的事实推定,由被告继续承担证明责任,能够证明案件事实的,推翻其推论;不能证明的,推定侵权事实成立^[12]。患者往往因独立收集的证据不足,申请司法鉴定,而我国司法鉴定标准又存在不明确、不统一、不专业等缺陷,在一般的举证责任下,如果司法鉴定无法出具专业鉴定结果,不利后果将由患者承担,让患者的处境更加艰难。因此,笔者认为可以适当地适用举证责任缓和,原告依然遵守过错原则的举证体系,在举证程度上放松,患者只需提交初步证据,其他的关键证据由医疗机构一方举证,若被告对举证责任有疑惑,可以申请司法鉴定,倘若,被告举证行为足以击溃对方的证据,那么将由对方承担不利后

果。但是,若司法鉴定无法鉴定出被告期望的结果,那么,申请司法鉴定所产生的后果便全部由被告承担。

4 结语

过度医疗行为在社会中饱受诟病,而在现实生活中,对过度医疗案件的认定是十分困难的。仅仅是过度医疗的界定问题便十分艰难,更不用说归责体系和司法认定。过度医疗的各种问题仍需从实践中逐步完善解决,真正发挥法律法规的作用,维护患者的合法权益,维护社会公平正义。

参考文献

- [1] 李妍,张俊全.大数据环境下医院病案信息管理分析[J].黑龙江医学,2024,48(12):1492-1494.
- [2] 杨同卫.过度医疗的对策[J].中国医学伦理学,2002,(02):20-21.
- [3] 杜治政.过度医疗、适度医疗与诊疗最优化[J].医学与哲学,2005,(07):1-4+16.
- [4] 赵恒喆.过度医疗侵权法律理论的修整与补充——基于111份裁判文书[J].锦州医科大学学报(社会科学版),2022,20(05):14-19. DOI:10.13847/j.cnki.lnmu(sse).2022.05.023.
- [5] 刘璟锶,于晓军.过度医疗规制问题研究——以诊疗规范和法律规范为视角[J].医学与法学,2024,16(02):37-41.
- [6] 武亦文,王和民.“过度医疗”的私法规制[J].湖北社会科学,2024,(08):135-143. DOI:10.13660/j.cnki.42-1112/c.016373.
- [7] 阚凯,王龙.过度医疗司法认定路径的反思与司法认定规则的重构[J].学术交流,2023,(05):102-113.
- [8] 刘鑫,著.医疗利益纠纷[M].中国人民公安大学出版社,2012.
- [9] 余硕.涉外医疗侵权法律适用问题的研究[J].法制博览(中旬刊),2014,(01):137-138.
- [10] 冯佳佳,林丽开.我国临床诊疗规范体系建设的现状和建议[J].中国研究型医院,2018,5(06):37-41. DOI:10.19450/j.cnki.jcrh.2018.06.008.
- [11] 任敏敏,陶然.论我国医疗损害诉讼中举证责任缓和制度的构建[J].医学与法学,2019,11(05):20-22.
- [12] 杨立新,著.医疗损害责任研究[M].法律出版社,2009.