



因果关系不明情形的医疗损害责任认定

高峰

江苏省医学会, 江苏 南京 210008

摘要:传统的“全有或全无”因果关系理论,在处理因果关系不明的医疗损害赔偿案件时,容易造成受害人求偿不能或侵权人赔偿过度的不良后果,影响侵权责任法填补损害功能的实现。文章起因于对一例医疗损害赔偿判决说理的质疑,通过梳理、论证比例责任适用于医疗损害侵权的可行性与类型,提出以比例责任作为因果关系不明情形的医疗损害责任的认定规则。

关键词:医疗损害;因果关系;比例责任

中图分类号:D920.4

文献标志码:A

文章编号:1671-0479(2020)01-066-005

doi:10.7655/NYDXBSS20200114

一、问题提出:医疗侵权中按份责任的确定依据

过错责任原则是医疗侵权的归责原则,侵权行为与损害后果存在因果关系的前提下,侵权人承担赔偿责任的大小依据原因力、过错程度、社会公平正义等诸多因素综合判定。在侵权行为与损害后果仅是可能存在因果关系时,以原因力作为主要考量因素先天依据不足,能否以主观过错程度取而代之作为第一权重因素,进行责任划分?下文以真实案例进行说明。

患者入院诊断:左髌骨骨折、高血压病3级、冠心病,冠脉搭桥术后。行骨折切开复位内固定,术中给予氟比洛芬酯镇痛,手术结束松止血带,患者突发心跳呼吸骤停,心肺复苏恢复自主心跳后转入ICU,呼吸机辅助呼吸,隔日查头颅CT示:缺血缺氧性脑病,弥漫性脑肿胀。患者经治疗无明显好转,目前处于植物生存状态。

初次鉴定:医方麻醉使用氟比洛芬酯属禁忌;患者呼吸心跳骤停为肺栓塞或心源性因素所致,患者存在肺栓塞的高危因素,医方考虑肺栓塞有其合理性;不排除氟比洛芬酯与患者突发病情变化的关联性;患者无血压升高等增加心脏负荷的表现,故关联性较小;鉴定意见:医疗过错行为是患者目前损害后果的轻微因素^[1]。

重新鉴定意见:患者目前呈植物人状态主要与手术结束时突发肺栓塞或不能排除的心源性因素所致低氧血症相关。但也不能排除医方使用氟比

洛芬酯存在的过错与之有一定的因果关系^[2]。

法院一审判决:虽然两次鉴定意见均认为医疗过错行为是患者损害后果的轻微因素,但因被告的过错行为加大了原告的手术风险,并已产生严重的损害后果,故被告应对原告目前的损害后果承担主要民事赔偿责任,赔偿比例按60%计算^[3]。

法院二审判决:医方无证据证明在其诊疗中尽到了更高的谨慎注意义务,酌定医方承担60%民事赔偿责任过低,酌情调整为85%民事赔偿责任^[4]。

本案引出的问题是:在医方存在过错行为、医疗鉴定意见认为因果关系不明的情形下,法院判决缺少对损害与过错行为之间的因果关系要件的分析说理,只是基于保护受害患者,坚持唯结果论、唯过错论,不断提高赔偿责任比例,对侵权人产生过度威慑。因此,对于因果关系不明的医疗侵权案件,寻找适合的因果关系理论,作为认定医疗侵权构成与分担医疗损害风险的指引十分重要。

二、传统因果关系理论适用于因果关系不明案件中的窘境

(一)医疗损害具有“多因”和“多果”特点

医疗损害中“多因一果”“多因多果”是常见类型。“多因”表现为不同诊疗机构中的多名诊疗护理人员,在多个诊疗机构的不同诊疗环节中,存在不同的过错行为引起医疗损害;以及一些不可责难的客观原因引起的患者损害,如疾病本身的严重和复杂程度、受客观条件限制的医疗水平和医疗条件;

收稿日期:2019-07-30

作者简介:高峰(1979—),男,江苏如皋人,副研究员,法律硕士,研究方向为卫生管理与医事法学。

此外,患者的依从性差、患者的自身体质等诸多因素也是引起患者损害后果的原因。“多果”通常包括身体出现的多处损害,如脑膜瘤切除术后出现了视力受损和嗅觉受损,以及多个主体遭受损害,如产科大出血导致产妇子宫切除和新生儿缺血缺氧性脑病。多种损害类型同时发生,人身损害、精神损害、纯经济的损害同时发生于一例医疗侵权案中。

(二)多因参与的医疗损害中因果关系不明现象客观存在

医学技术飞速发展的今天,对多种疾病发病原因和机制认知不足,是客观存在的现实。因而,医疗损害案件中因果关系不明的情形是常见现象。难以明确的因果关系情形可分为两种类型:一是“损害后果确定,但原因不确定”,即不能明确真正导致损害的具体原因是多因中的哪一个或哪几个;二是“原因确定,但损害后果不确定”,即至少已经明确有一个或数个原因造成了一个或数个损害后果,但是无法确定损害后果对应哪个具体原因。这两种“多因”类型的损害具有相似特征,即导致损害结果原因的多元性和因果关系的不确定性(下文简称“因果关系不明”)。判定医疗损害因果关系要件时,既要分析医疗过错行为导致损害的原因,也要考量各种不可归责于医方的客观因素对医疗损害发生的原因与作用。

(三)传统因果关系理论运用于“多因不明”论证中的局限性

人们在讨论因果关系问题时,总是关注于因果关系的“有无”,在侵权诉讼证明中表现为要求对事实方面给出明确的结论。大陆法系和英美法系在认定事实原因时均采用了必要条件理论,即“若无、则不”规则。但是,由于认知的局限性,人们对于事实真相难以达到绝对确定的程度,医疗领域更是如此。一方面,在面对多因导致的医疗损害时,简单适用“必要条件说”判定因果关系出现困难,该理论将导致多个原因均不认作是损害的事实原因。另一方面,适用必要条件理论往往难以处理可能性事件,当医疗侵权行为与损害后果之间仅有可能性时,或者当医疗侵权行为损害后果之间的作用环节无法确认时,适用该理论将否认行为是损害的原因,受害人将因此失去补偿。医疗损害案件中侵权行为和损害后果之间的联系并不总是确定无疑的,其作用环节并不总是可以获得毫无疑问的证明。但这并不表明侵权行为对损害后果的发生毫无作用或者影响力,如果因此否认必要条件和因果关系的存在,往往有悖于一般的公平正义。为解决必要条件理论的适用困境,“实质因素理论”起到一定的作用,但学界普遍认为该理论也只能解决累积因果关系案件。

关于民事诉讼证据的证明标准,不少学者将《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第73条解读为“优势证据”标准。如果医方造成患者损害的可能性小于未造成损害的可能性,根据“全有或全无”规则因果关系不成立,医方不承担赔偿责任。尽管患方已经能够证明医疗过错行为可能是导致损害后果的原因。相反,即便依“优势证据”证明标准因果关系成立,依然存在医疗过错并没有真正发挥作用的可能。2015年出台的《民诉法解释》第108条明确了民事诉讼证明标准为“高度盖然性”标准。将此标准结合因果关系“全有或全无”规则应用于因果关系不明案件,加剧了患者维权难度,实践中法院在处理因果关系问题时往往会采用“推定因果关系”或“举证责任缓和”等方式,将举证责任转移给医方,又可能造成了新的不公平。

三、比例因果关系理论在因果关系不明医疗损害案件中的必要性

因果关系理论需要实现在个案中能使受害者获得适当救济,行为人不承受过重负担、社会整体不承受过高社会成本等目标。如果理论的适用导致了对这些目标的背离,那么因果关系理论就必须进行修正^[5]。多因不明医疗侵权中必要条件理论无所作为,选择“优势证据”证明标准,通过比较双方主张的盖然性大小来判定因果关系有无,毋宁使用已确定的事实来研判因果关系存在的盖然性。比例因果关系理论的提出为合理分担损害赔偿提供了补充解决路径的理论基础。

(一)比例因果关系和比例责任

比例因果关系理论由约翰·马克地斯提出,马克地斯认为在因果关系不明的情形下,因果关系应依据侵权人所致损害后果的可能性进行认定,根据因果关系的可能性大小由行为人承担相应的“比例责任”。可避免采用“高度盖然性”或“优势证据”证明标准认定因果关系“全有或全无”的传统理论,造成侵权人过度吓阻或者被害人受偿不能的问题。

按照比例因果关系理论的原理,分配给被告的侵权责任份额是依据被告的侵权行为导致原告损害结果发生的可能性比例加以确定,其中原告的损害既可以是已经造成的全部或部分损害,也可以是将来会发生的损害^[6]。欧洲侵权法小组将依据因果关系成立可能大小确立的赔偿责任称之为因果型比例责任(causal proportional liability),属于狭义的比例责任。广义上的比例责任适用传统因果关系理论,在原被告或数名被告之间按一定比例分担造成损害的责任,划分依据主要依过错程度、原因力大小、社会公平正义等因素,不属于本文讨论的范围。

(二)比例因果关系理论与原因力理论的比较

虽然两种理论都依据客观事实在多因情形下帮助确定侵权人的责任大小,但使用前提不一样,计算公式的内涵不一样,适用范围也不完全一样。

原因力是多个原因共同造成同一损害后果中,各个因素对结果发生和扩大的作用力。运用原因力理论的前提是事实上的因果关系已经成立,而不是比例因果关系理论中的因果关系成立可能性。在共同侵权中原因力用于各行为人内部责任的划分,在多因情形下,包括侵权行为与自然因素、侵权行为与受害人自身行为或因素共同导致损害后果的侵权责任划分。原因力的大小与各个因素对损害后果的作用力大小成正比。《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12条将原因力大小分为全部原因、主要原因、同等原因、次要原因、轻微原因或无因果关系(原因力为0),具体的百分比在具体案件中由法官依心证把握。依据原因力大小确定按份责任,行为人只为自己行为实际造成的损害部分负责,侵权行为的按份责任=全部损害×侵权行为原因力(%)。

适用比例因果关系理论确定了侵权行为与损害后果存在因果关系可能性大小,并依可能性大小(1%~99%)来确定侵权行为所应承担的比例责任份额,至于事实上因果关系成立与否无法明确或无须明确,但理论上该侵权行为必须满足条件关系。在计算赔偿数额时,比例责任份额=全部损害×因果关系可能性(%)。确定比例因果关系时并不排斥原因力理论的介入,如果损害后果是非侵权因素与侵权行为共同作用的结果,此时可以非侵权因素与侵权行为作为一个抽象的整体先计算比例责任,然后在非侵权因素与侵权行为之间应用依原因力大小在已有比例责任内部进行二次分配。侵权行为的比例责任=全部损害×因果关系可能性(%)×侵权行为原因力(%)。

举例说明,医方同时使用数种药物配伍治疗风湿病患者,产生肝功能损害后停用了所有可疑药物,事后查明数种可疑药物中仅有一种药物无使用指征。但不明确发生肝损害的原因到底是有使用指征的药物,还是没有使用指征的药物。可以明确的是,无论哪种药物引发的肝损害,患者自身特异体质均是不可避免的基础条件。应用比例因果关系理论时,可以将特异体质与无指征药物抽象地视为一个原因,指征药物与特异体质视为另一个独立原因,对两类原因组合进行因果关系可能性的比较,如果得到无指征药物组合的引发肝损害可能性为30%,无指征药物与特异体质之间原因力大小为70%,那么无指征药物的比例责任=全部损害×30%×70%。

四、因果关系不明案件中比例责任适用的类型化

(一)择一的医疗风险行为

该类型与“高空抛物”所致侵权责任颇为相似,亦即涉及多个可能实施侵权行为人,但其中只有一个真正的加害人,在无法查明真实加害人的情况下,所有具备实施侵权行为风险的人均可能要承担赔偿责任。例如,某妇女曾分别在甲、乙两医院先后施行剖宫产和卵巢囊肿剥除术,此后盆腔一直隐痛,时有发热,诊断“盆腔炎”久治不愈,后经影像检查提示盆腔包块,经丙医院手术探查发现手术纱布遗留,甲、乙两机构均无法证明该纱布非己方手术时遗留,法院该如何判决?可否认为甲、乙机构两次手术均有遗留纱布风险,视作“共同危险行为”,因不能确定具体侵权人,判决甲、乙承担连带赔偿责任。或按“无意思联络分别侵权”由甲、乙平均承担赔偿责任。虽然以上做法保护了患者,但没有遗留纱布的一方根本没有实施侵权行为,不可回避的医疗风险不可等同于侵权行为,不论是连带责任还是平均责任均违反了自己责任原则,笔者认为应按遗留纱布可能性大小对甲、乙苛加比例责任,尽可能降低对不真正侵权人的过度吓阻。首先纱布如由乙医院遗留,与甲医院无关,则理应由乙医院单独承担赔偿责任。如纱布系甲医院先行剖宫手术时遗留,但乙医院第二次行卵巢囊肿剥除手术时本应有机会发现,避免再次手术取纱布,然乙医院并未发现,一方面说明其存在明显过错,另一方面说明甲医院遗留纱布可能性较小,在此情况下,由乙医院承担部分赔偿责任是恰当的。本案中甲、乙两医院均有遗留纱布可能,但通过分析可知甲医院手术遗留纱布的可能性较小或根本没有遗留纱布。无论是从过错还是从可能性方面比较,赔偿比例责任应以乙医院为主,甲医院为次。

(二)合并非侵权因素的“共同危险行为”

医疗损害责任赔偿纠纷中,医疗侵权行为往往与难以避免的医疗风险、患者的个人因素(自身疾病或体质)等并存,如果将医疗侵权行为之外的因素亦抽象地视为侵权行为,那么这些不可责难的非侵权因素与医疗侵权行为构成“共同危险行为”,为合理确定责任大小,有必要分析各种危险因素与损害后果的因果关系。

具体到开篇所举案例,患者因术中呼吸、心跳骤停呈现植物人状态。两次医疗损害鉴定认定医方违禁使用氟比洛芬酯存在过错。对患者骨科手术中突发血氧下降,呼吸、心跳骤停的几个可能原因进行了分析:①肺栓塞(属于围手术期并发症),该患者临床表现、病史、实验室检查均“符合肺栓塞

的诊断”,“考虑肺栓塞有其合理性”;②心源性因素(自身基础疾病),患者有冠心病史曾行4次冠脉搭桥术,有心血管基础疾病;③不排除氟比洛芬酯的药物不良反应(患者有高血压病3级,医方违反药物使用禁忌)。最终,鉴定意见认为损害的发生主要与前两种原因有关,不排除与氟比洛芬酯有关。该意见实则体现了比例因果关系的思想,即肺栓塞导致患者心跳呼吸骤停的原因可能性最大,其次为心源性因素,最后不排除药物不良反应。苛以比例责任,医方承担赔偿责任应较小。遗憾的是两次判决中均未对事实因果关系成立的可能性进行分析,完全从保护受害者角度出发,将非侵权因素不可追偿的“连带责任”转嫁行为人(医方),赔偿责任的认定主要倚重于主观过错,损害后果大小,据违禁使用药物的过错行为进而认定医方在其他方面(并发症防范和告知)也未尽到高度注意义务。进一步认为过错行为增加了医疗风险与损害后果有相当因果关系,判决医方承担85%赔偿责任未免过于沉重。

(三)“治愈机会丧失”

“治愈机会丧失”是因果关系不明医疗侵权中的经典类型,此类案件中患者所患疾病本身预后较差,即便规范救治,大部分病例仍不免出现损害后果。此种情形下,如果医方存在未规范救治的过错行为,损害后果与过错行为有关,抑或自身疾病的自然转归,往往处于因果关系不明状态。举例,某年轻患者因摔伤致右肩部疼痛,诊断右肱骨头骨折,在医方行切开复位内固定,出院后患者右肩疼痛,一年内两次来院复查,未予特殊处理。一年后再次摄片发现右肱骨上端骨质破坏,考虑骨肿瘤予截肢。鉴定发现该处骨折原系骨肉瘤引起的病理性骨折,外伤只是诱因,本次骨肉瘤确诊后截肢是最安全的处理方法^[7]。患者主张若早期明确骨肉瘤诊断尚有保肢机会,因医方延误诊断必须截肢。但实际上很难说此次截肢一定是延误诊断的结果,因为即使早期发现,为避免病情进展仍可能会建议截肢处理。

西蒙布朗法官将比例因果关系理论应用于治愈机会丧失案件,原告得以证明,医方过错行为具有发生不良后果实质危险时,即可能造成不良后果时的危险程度可以确定,原告可就其可能性大小得以相应比例的赔偿^[8]。戴维·布莱斯教授主张,原告对于因果关系难以举证的问题,只能采取减轻举证的方式,达成原告请求赔偿之目的。亦即原因与结果之知识欠缺精确了解时,原告无法依传统因果关系理论证明,但被告行为经证明明确已增加损害危险时,因果关系不确实的责任应由具有过失行为的被告负担,而非由无过错的原告承担。从而,在有统计证据证明一定比例的因果关系存在时,即应认定

被告应负赔偿责任^[8]。据此,在上述截肢案中如果初次即确诊骨肿瘤保肢率可能性为40%,因延误诊断后保肢可能性降为0,如果有证据表明医方延误诊治导致丧失保肢机会的可能性为80%,那么医方承担的比例责任即为截肢总损害 $\times(40\%-0)\times 80\%$ 。

约瑟夫·金教授提出的“治愈机会丧失理论”将“丧失的机会”视为损害后果,但患方需以优势证据证明过错行为与机会丧失之间因果关系成立。该理论计算患方所得赔偿为丧失的机会价值,这与比例责任依因果关系可能性大小计算损害后果有本质区别。

(四)大规模药品或疫苗侵权

典型案例是美国的“DES”案,原告辛德尔的母亲孕期曾服用一种预防胎儿流产的药物“DES”,但是后来研究发现该种药物能够诱发孕妇所产女性后代罹患子宫颈癌,而原告正是其中不幸的一位,辛德尔因此起诉药物的生产商。但是从其母亲孕期服用该药到原告发病时间间隔达数十年,而且在当时生产这种药物的公司有好几家,药物结构均一致。原告无法证明自己母亲服用的是哪家药企生产的药物,因而因果关系是不明确的。无奈之下,辛德尔将包括艾伯特实验室在内的5家当时在美国占有市场份额最大的企业作为被告起诉到了法院。加州法院认为,如果因为因果关系问题不能给予原告救济是不公平的,最后,法院根据数个被告药企在原告母亲服用“DES”期间所占的生产和销售的市场份额比例判决数家被告承担相应的赔偿责任——市场份额责任,其理由是占有市场份额越大的厂商其生产出药品被原告母亲服用的可能性越大,本案中的市场份额责任本质即是比例责任。

五、比例责任在医疗侵权中的应用前瞻

采用相当因果关系理论判断因果关系有无在国内法学界成为主流,在医疗侵权案件成为社会广泛关注热点时,更要注意保护医患双方的合法权益,避免加剧医患矛盾。根据非决定论,行为与结果间的一一映射不过是一种理想状态,除此之外,行为与结果间的“引起”与“被引起”更多是一种可能性^[9]。在择一的医疗风险行为和非侵权因素参与的“共同危险行为”中引入比例责任有助于彰显侵权法的“矫正正义”,以因果关系成立可能性为基础的比例责任,无论是涉及人群较多的大规模侵权,还是针对独立个体的医疗侵权受害人;不论是面对加害份额不明确状况,还是具体侵权人不明朗的情形;无论是在英美法系国家,还是大陆法系国家,比例责任的合理适用向人们展示了其公平价值的一面。作为一种崭新的因果关系认定方式及责任分担的确定方法,它的补充适用可以为因果关系不明的医疗侵权案件

的处理提供比传统方式更具优势的解决思路。

比例责任最适宜用于使用“高度盖然性”或“优势证据”证明标准无法明确因果关系或可能导致明显不公的多因侵权案件,以及可以得到关于因果关系的概率的可信赖的证据且考虑到此类案件所涉及的利害关系时提供这些证据的费用是合理的案件^[5]。提出比例因果关系理论并非要取代传统的因果关系理论,笔者希望在我国医疗损害责任纠纷案件处理当中,不能回避因果关系要件,司法、行政、人民调解等部门要切实理解医疗损害鉴定的专家分析意见,在因果关系不明的案件中尝试引入比例责任处理,同时法学界要深入研究比例责任的适用范围和限制条件,以及如何更合理地确定比例责任中的比例,平衡医患双方利益,最终体现侵权法的公平和正义。

参考文献

- [1] 南京医损鉴[2012]44号医疗损害鉴定意见书[Z]. 2012
- [2] 江苏医损鉴[2012]129号医疗损害鉴定意见书[Z]. 2012
- [3] 南京市浦口区人民法院(2012)浦民初字第263号民事判决书[Z]. 2012
- [4] 南京市中级人民法院(2013)宁民终字第2504号民事判决书[Z]. 2013
- [5] 杨垠红. 多因不明侵权中比例责任之适用[J]. 政法论坛, 2013(4):155-163
- [6] 谢德城. 比例责任在多因不明侵权中的适用研究[D]. 南昌:江西财经大学, 2015
- [7] 江苏医损鉴[2015]98号医疗损害鉴定意见书[Z]. 2015
- [8] 陈聪富. 因果关系与损害赔偿[M]. 北京:北京大学出版社, 2006:196
- [9] 杨天红. 医疗侵权因果关系非决定论倾向与进路[J]. 南京医科大学学报(社会科学版), 2015, 15(3):196-199

Identification of liability for medical damage under unclear causality

GAO Feng

Jiangsu Medical Association, Nanjing 210008, China

Abstract: The traditional causality theory of “all or nothing” is inclined to cause such consequences that victims fail to claim or infringers over-compensate in cases of indemnity for medical damage while being used to handle cases concerned, which is against the purpose of the Tort Liability Law—to remedy damage. This study was originated from the doubt on the reasoning of a medical damage compensation judgment. By combing and demonstrating the feasibility and typification of proportional liability applicable to medical damage infringement, it put forward the determination rule of proportional liability as the medical damage liability in the case of unclear causal relationship.

Key words: medical damage; causality; proportional liability