



#### 论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

#### > 论文精粹

 

## 杨彪:公共政策、医疗行为与责任配置——关于医疗损害责任制度绩效的观察和评论

发表于: 2012-06-17 09:49 点击: 240

**【内容提要】**从法政策学的角度对侵权责任的制度绩效进行观察和验证,是后侵权责任立法时期中国民法学的重要学术使命之一。本文以医疗损害责任为分析对象,竭力展示公共政策与责任配置之间的微妙关系。研究表明,现阶段公共卫生政策的实质是通过加强管制约束来提高医疗服务的质与量。在此背景下,医疗损害责任的功能定位只能是激励而非补偿;且由于医疗服务自身的特性,相关责任配置的隐性激励作用更加突出。我国现行医疗损害责任在归责原则、责任形态和损失分摊方面分别存在激励不足、不当管制和风险无关的缺陷,极有可能导致制度失灵、立法目的落空,亟需加以改进。

Observing and considering tort liability from the perspective of law and policy is an important task for Chinese jurists in the post-tort-liability-lawmaking period. This article, taking as target medical malpractice liability, tends to show the subtle relation between public policy and liability attribution. The study proves that the essence of the existing public health policy is to improve medical services by way of administration and control. In this context, the function of the medical malpractice liability regime seems to center on stimulation rather than indemnity; and due to the inherent nature of medical services, attribution of relevant liability might result in stimulation's functioning more prominent. Unfortunately, China's existing medical malpractice liability regime has lots of problems in the aspects of liability attribution, mode of liability and contribution of loss, which, if not properly solved, may lead to collapse of the system and defeat of the legislative intent.

**【关键词】**卫生政策/医疗行为/医疗损害责任/激励/预防health policy/medical behavior/medical malpractice liability/stimulation/precaution

中图分类号: DF529 文献标识码: A DOI: 10. 3969/j. issn. 1001-2397. 2011. 05. 18

侵权责任法立法已经尘埃落定,但相关的学术研究并未就此止步。应该说,逻辑自洽的法律文本设计固然重要,但实践中的制度表达是否真正实现了立法者原初的预设却是更为关键的一个命题,这有赖于对立法目标的考察和实际效果的验证。传统的法规范学以矫正正义为道德基础和价值取向对侵权法规则进行组织、适用与评价,隐藏于其背后的是自然法的先验伦理哲学,对立法合理性的评判难免会带有脱离社会生活实际的虚幻色彩。相反,法政策学以功利主义为其哲学基础,将侵权法视作政府贯彻公共政策目标的政治工具,从一开始就将自己定位于对社会生活秩序的观照和回应,缘此具有了超现实的理论导向和实践品格。吊诡的是,虽然中国民法学界向来视法规范学为其学术正统,但立法活动和司法裁判却是以法政策学为理念支撑和行动逻辑的。当社会福利取代了个人道德成为立法评价的标准时,我们对侵权责任法的认识可能就有了另一番景象。本文以我国当前医疗体制改革为背景,选取医疗损害责任为典型样本,将提炼后的公共卫生政策作为审视侵权责任法制度绩效的前提,从医疗损害责任的功能定位着手,递进到国家立法的制度实现问题,落在制度矫正和策略转向上面,藉此为后《侵权责任法》时期的民法学术研究提供一条值得重视的法政策学分析

进路。

## 一、公共卫生政策的政治经济学解读

对公共卫生政策加以清理，将其核心意涵予以凸显，是法政策学研究的首要任务。医疗卫生服务是社会福利的重要组成部分，因而具有公共产品和私人物品双重属性的特征，各国政府均将为公众提供高质量且公平有效的医疗服务视为无法回避的政治使命。树立良好的政策目标，确立妥当的发展模式，推行有效的执行机制，既是执政者获得民众政治认同的策略保障，也是全社会实现有限医疗资源最优配置的行动前提。因此，充分调动包括立法规制和司法裁判在内的政治、经济、法律、组织、信息等各项社会资源来确保医疗卫生政策的实施，就成为了各国政府的共同选择。

从国际背景来看，尽管各国在卫生市场和健康文化上有着很强的地域性，但在卫生政策目标上却呈现出总体的一致性，即以有限的资源投入获得最佳的医疗服务业绩。在具体实现路径方面，主要有市场激励与管制约束两种方法。卫生经济学的研究表明，医疗服务作为一种特殊产品，存在构成要素复杂、信息不对称、结果不确定等问题，很难进行标准化评估，单纯的市场竞争机制作用实在有限。对此，有学者强调，医疗服务领域和教育服务领域，是市场机制最容易失灵的两大领域[1]。然而，为弥补“市场失灵”的缺陷所引进的任何一种“政府干预”机制，同样也存在失灵的可能。因此，单纯的市场手段或单纯的政府手段都有着致命的局限。当今发达国家的做法是，走向管理型市场化，在原本已具高度竞争性、高度市场化的体制中引入更多的管制和计划[2]。而且，为确保医疗服务的公共性和公益性，无论从管制约束的广度还是深度来看，医疗服务的行政管理都远甚于一般领域的政府调控。

在不同的卫生市场体系下，提升医疗服务绩效这一总体政策目标的表现有所不同。相应的，在市场竞争和管制约束两种手段的权衡上自然各有侧重。一般而言，医疗服务绩效的评价标准有三：服务质量、公众享用和运营效率[3]。前两种标准反映了医疗服务的质量与数量。质量意味着减少医疗事故以及实现患者预期；数量则指向提高医疗服务的覆盖面，使更多的民众获得公共卫生服务。简而言之，二者共同体现了传统观念上的医疗专业性。① 后一种标准始自近代社会以来医疗服务的福利化，强调以尽可能少的成本投入获得不变乃至更高的产出。如果说，前两种标准体现了卫生政策中的伦理/公正诉求，那么，后一种标准则彰显了卫生政策中的功利/效率考量。

对比中外卫生政策可以发现，发达国家的公共福利与社会保障体系经过多年的发展，已经相对成熟，医疗服务在合理性和可及性方面都达到了很高的程度，其结果，高昂的医疗保险费用成为国家的沉重负担。自上个世纪七八十年代开始，发达国家掀起了一场方兴未艾的“医疗费用削减”政策运动，至今仍是各国卫生政策的主要目标[4]。受此影响，发达国家政府表现出对市场机制的偏好，旨在通过竞争来改革低效率、臃肿的医疗机构，从而根本上降低医疗费用。与此形成鲜明对比的是，中国在经历了一场“市场化改革”的惨痛失败后，对医疗服务绝对市场化的有效性进行了反思，祭出了公益化的复兴大旗。2009年4月6日，《中共中央国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》正式出台，将基本公共卫生服务均等化作为首要目标，同时确立了政府为主导和市场为辅助的基本原则。不同于西方发达国家效率优先于公正的卫生政策的选择，目前中国更倾向于公正优先于效率的价值取向，由此也决定了“管制约束为主，市场竞争为辅”的卫生事业发展基调。

在转型社会中，民众对医疗服务公正性的期待和憧憬催生了政府干预的理念。“看病难、看病贵”问题折射出中国现行的医疗服务体制在服务质量和公众享用方面的严重不足，惟有通过有效的管制约束并辅之以一定的市场竞争，才能从质量与数量两方面同时满足社会需求。在当下中国，管制约束的行动策略之所以能够取得优于市场竞争的地位，除了与政府竭力塑造“执政为民、心系群众”的公仆形象密切相关以外，更重要的还在于中国仍处于医疗服务卖方市场这一情势判断。医疗资源的整体短缺，使得医方在提供医疗服务产品时处于优势地位，内部竞争无法对医院和医师的行为产生有效的刺激，从而不得不借助外部管制的手段来矫正已然变形的行为模式。由是观之，中国卫生政策的实质就可理解为通过多层次、多样化的管制方法来控制医疗行为，使之符合医疗专业性的内在要求。Baldwin曾经提出，规制作为一种卫生政策的实现工具，可以分为三类：国家强制适用的法律法规、经济调控和通过创造或强化社会规范和价值对社会实现控制的机制，其中国家强制的法律法规是最典型的规制形式[5]。因此，在工具主义观念的支配下，任何围绕医疗卫生服务所展开的立法，其本意都在于规范、激励和引导医院和医师的医疗行为，以符合医疗伦理和职业操守的专业医师为最终期待产品。进而，呈现出由提供方改进产品供给，促进医疗市场发育，提高医疗服务绩效的现实可能性。

## 二、作为激励工具的医疗损害责任

### （一）侵权法功能的再认识

侵权法为何种目的而存在，是侵权法理论体系与学术脉络形成的奠基性问题，牵一发而动全身。现在看来，侵权法的功能定位不仅是理论推进的逻辑起点，还是实践展开的制度开端。甚至可以说，这一问题线索对所有的侵权法论争都产生了重要的影响。

一般来说，侵权法的正当化解释路径有二：本质论和功能论。前者是康德式的超验道德哲学和哈耶克式的自发社会

秩序理论的伦理构建，特点在于法律规则的目的独立性，即以健全的个人责任伦理原则的彰显为其终极目标；后者是边沁式的功利主义哲学和波斯纳式的法律经济分析理论的观念表现，特点在于法律规则的目的依附性，即以实现和满足特定社会目的为其终极目标。<sup>②</sup> 比较而言，本质论的正义观虽带有“不食人间烟火”的缥缈色彩，但似乎更加符合法治文明所固有的法律信仰理念，因而一直被视为现代法哲学的正统理路，继而排斥一切工具主义的思维模式。然而，“侵权法毕竟是一种人类创造物，作为一种社会制度，其并非为了存在而存在，而是为了实现人类目的和履行社会功能而存在的。”<sup>[6]</sup> 即便是本质论最狂热的支持者，也不能否认一个基本事实：从来就不存在真正意义上的法律自在体，任何立法都不可能彻底摆脱政治目的的桎梏。<sup>③</sup> 这样，命题就转化为，如何将矫正正义为核心的伦理道德嵌入公共政策的法律话语，与那些非伦理式的社会福利置于同一层面进行比较取舍。<sup>④</sup>

以医疗损害责任为例，这涉及到侵权法两大功能——补偿和预防——的选择。补偿论以对患者这一弱势群体的救济代替了对患者个人权利的救济，在契合了传统伦理道德的前提下回应了当代政治的诉求；预防论从强调医师的个案事故预防能力发展到规范全体医师的执业行为，同样反映了加强对医疗行业管制的社会呼声。简言之，医疗损害责任在惩前或毖后上的定位，本质上都是一种工具主义的思维方式。医疗损害责任旨在事后救济还是事前激励，归根结底是一个政治问题。有学者指出，侵权责任法的颁布是我国政治生活中的大事，是贯彻以人为本的政治理念的最佳方式，为受害人提供全方位、多渠道的充分救济是我国法治建设的内在要求<sup>[7]</sup>。在我看来，这一论断的不足之处在于，过于看重侵权法的填补功能而忽略了其他可能更为重要的功能，是对侵权责任法立法原意的一种误读。殊不知，侵权法从来就是一个利益的平衡器<sup>[8]</sup>，很难说事后救济就比事前激励有着天然的优位性。甚至，从发生学上来说，侵权法的预防功能是在“善后工作”中不断完善的，个案赔偿只是手段，制度震慑才是目的。现代经济学将这两个目标的关系描述为更多的是互补的，而非竞争的<sup>[9]</sup>。我国立法者的表述是：“要妥善处理医疗纠纷，界定医疗损害责任，切实保护患者的合法权益，也要保护医务人员的合法权益，促进医学科学的进步和医药卫生事业的发展。”<sup>⑤</sup> 这说明，通过平衡的利益格局与合理的侵权责任来规范医疗行为，才是立法者的基本立场。<sup>⑥</sup> 医疗损害责任从2001年最高人民法院《民事诉讼证据规则》中的过错推定原则向2009年侵权责任法中的过错责任原则转变的这一事实，正是立法者更加注重事前激励功能的明证。可以说，将医疗损害责任定位于规范医疗行为、减少医疗损害的激励工具，体现了一种功利主义的法学思维，既如实反映了立法原旨，同时也恰当地回应了当前我国公共卫生政策中的政治需求，为通过法治解决当前医疗难题提供了现实的路径。

## （二）医疗损害责任的激励结构

医疗损害责任的激励功能，外化为通过责任的配置和侵权行为赏罚规则的实施，内部化医师医疗行为的外部成本，诱导医师选择最有利于增进社会福利、最符合医疗专业性要求的行为模式。激励的预设效果，是最大限度地减少医疗事故，提高服务质量，同时尽可能增加医疗服务的供应。通常，侵权责任配置对医师行为的激励，可分为两种基本类型：显性激励和隐性激励。

经济学上所说的“显性激励”（explicit incentive），是指通过将代理人的收益与委托人观察到的或代理人报告的信息相联系来实现对代理人的行为诱导的。类似地，“医疗事故法的目的在于迫使医生在病人面前做一个负责的代理人并且只能将一个十分了解情况的病人置于他能接受的风险之中。”<sup>[10]</sup> 在医学领域，侵权责任发挥其显性激励作用的空间受到双重挤压。一方面，由于医疗行为本身具有的高风险，对医师医疗行为（代理人的投入）的观察即便不是不可能的，也是非常困难的。例如，医师在手术室的内部操作，就很难评价。此时，患者（委托人）只能观察到治疗结果（产出），而治疗结果又不完全由医疗行为所决定。因此，患者提出医疗损害责任的诉请，就未必能够产生正面的、准确的激励。另一方面，医疗责任保险的引入可能会削弱医疗损害责任的震慑功能。假设医疗赔偿责任通过第三方责任保险来赔偿患者，医疗服务提供者将会以收取更高费用的形式将医疗事故保险费转移到患者身上，患者主要承担了风险回避成本。如此一来，可能会引发医院以及医师的“道德风险”。解决道德风险的办法是，将保险费与风险适度关联，从而提高医方预防医疗事故的积极性。在医师受雇执业模式下，支付保险费的医院只有通过一定的内部管制才能将这种关联性传递给医师，进而防范医师的“道德风险”，不过这样却很可能危及医师的独立性。

隐性激励又称为“信誉机制”（reputation mechanism），它是行为主体基于维持长期合作关系的考虑而放弃眼前利益的行为，对“偷懒”的惩罚不是来自于合同规定或法律制裁，而是未来合作机会的中断。隐性激励发挥作用的前提是，博弈必须是重复的。隐性激励与显性激励之间，既有互补性，也有替代性<sup>[11]</sup>。在医疗服务领域，信誉机制的作用尤为明显。医疗市场的典型特征是，医院和医师是市场的长期参加者，与消费者群体（患者及潜在患者）之间进行的是重复博弈，而且，消费者在获得医疗服务时对价格变化通常不敏感，加之现在各国普遍存在对医疗组织的补偿机制，这为医院和医师提供了很强的非价格竞争激励。因而医院和医师更有积极性注重自己在市场上的信誉。此外，鼓励基层医疗、社区服务和全科医学等服务供应体系发展的公共政策，也进一步加强了医院、医师与患者之间的长期关系，有助

于防止医方采取机会主义行为，隐瞒对自己不利的信息[12]。信誉机制对法律执行的补充作用是显而易见的，反过来，法律安排对信誉机制的形成也会产生重要的影响。就医疗损害责任承担而言，侵权法的有效执行可以强化医患信任，医方对有错必纠和失职担责的制度认识可以借助侵权赔偿个案逐步加深，最终演变成为一种习惯，成为指导医疗行为的背景知识。⑦ 遭到医疗过失伤害的患者实现救济的概率越高，医方逃避责任追究的机会成本就越高，提高注意、减少损害、保持信誉的激励就越大。换言之，降低患者救济门槛，在制度层面确保损害赔偿的高实现率，可以加强医疗损害赔偿的隐性激励。在这个意义上，事后补偿和事先预防是可以有机结合，并行不悖的。

### 三、错置的激励：医疗损害责任的制度失灵

我国《侵权责任法》第54条规定：“患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。”结合第七章“医疗损害责任”的其他条文，我们可以对现行法的激励结构及其效果进行描述、分析和甄别。总的来看，我国现行医疗损害责任的特征可概括为三个要点：过错责任、替代责任和不可追偿性。下面，笔者将证明，上述三种规定性都不同程度地偏离了我国现阶段的旨在提高医疗服务质量和公众享用比例的卫生政策，很难对医师的医疗决策行为产生正确的引导，长远来说势必危及我国医疗事业的整体进步和医患关系的和谐发展。

#### （一）归责原则：激励不足抑或激励过度

医疗损害属于典型的单方行为范畴，事故发生的概率和带来的损失只与加害人（医方）的预防行为和注意水平有关，而与受害人（患者）的行为无关。按照法经济学的观点，在单方行为的情况下，过失责任与严格责任同样有效，但二者的等价性是有条件的，即风险成本偏向于过失责任，信息成本偏向于严格责任[11]98。由于医疗行为具有结果不可预测、危险无法排除等特点，医学本质上是一个探索性的高风险行业，医方需要承担许多难以控制的额外风险。严格责任意味着医方必须承担外部因素导致的风险，预防成本非常高，对医方行为激励的效果有限。相比之下，过失责任可以通过确定法定的标准来免除医方注意水平在标准线之上的行为风险，医方仍有积极性去选择法定的预防标准。因此，医疗损害归责原则应以过错而非风险为配置基础[13]。另一方面，由于信息的限制，患者事后很难观察到医方的预防措施，或者观察预防措施的成本远大于损失本身，此时依据损害结果而非行为义务的严格责任可能更有效。然而，严格责任的致命缺陷是缺少应有的制度弹性，医疗行为不存在缓冲的安全区，相对固定的后果不足以诱导出积极的行为。在这种情况下，实行举证责任倒置规则的过错推定责任是最可取的选择。⑧

举证责任的配置作为一种识别机制，其最基本的价值在于激励事实真相的发现，将造成损害的过错识别出来，同时将因风险造成的损害排除出去[13]310。但如果就此认为对过错的举证责任倒置仅仅是传统民事诉讼领域的“谁主张谁举证”规则的简单逆向的话，那就大错特错了。从信息成本的角度看，医疗损害责任之所以采取过错推定的方式，在于医方所需支付的发现过错事实的成本相对于患者来说更低。“举证责任倒置会迫使被告支付高昂的信息成本以解除其举证负担，以至于很难逃避法律责任。举证责任倒置的经济效果因此也就接近于与过错无关联的严格责任。”[14]关于举证责任配置与责任承担概率之间的关联性，还可以从实证数据中得到验证。丹臣（Patricia M. Danzon）的研究表明，每10宗医疗过失事故中最多只有1宗的当事人会最终选择诉讼，这其中大约只有40%案件的当事人能够最终获得赔偿，换言之，估计每25个因为医疗过失受到伤害的患者中仅仅有1人获得了赔偿。⑨ 因此，在传统“谁主张谁举证”的过错责任模式下，医疗损害赔偿的真正危机不是诉讼太多，而是诉讼太少以及成功率太低了。过低的“实际获赔/事故发生”率造成医疗损害的机会成本偏低，无形中会助长医师的机会主义心态，不利于医疗领域信誉机制的形成和发挥。虽然目前有关的实证数据都不是直接针对中国医疗市场的，但我们仍可合理推测，我国现阶段立法所采取的举证倒置的过错责任原则，不足以对医方产生有效的激励，进而难以防范医疗事故的发生。

关于举证责任配置的实际效果，一个较为普遍的认识是，举证责任倒置会导致激励过度，诱发“防御性医疗”（defensive medicine）的副作用。这是一个似是而非的观点。从表面上看，医师出于自我保护的考虑，确实有可能在诊疗过程中采取过度检查、过度治疗等偏离医疗本身需要的防范性医疗措施，以应对可能的医疗事故诉讼。我国由医方举证到患者举证的制度变迁，其最重要的法政策学依据就是抑制防御性医疗，缓解医患紧张关系[15]。不过，防御性医疗的真实性却受到不少学者的质疑。有学者指出，影响医师做出“多余”检查和治疗等医事决策的心理因素十分复杂，包括了风险厌恶心态、专业认识差异和经济利益驱动等，将医师偏离医学规范的治疗行为完全归因于法律风险是错误的[16]。而且，防御性医疗也与一国的医疗费用支付模式密切相关。在西方国家“按人头缴费”（capitation）模式下，患者很少有理由抵制一些不必要的治疗方案，只要保险公司支付账单，为挽留客户以及防范风险，医师更容易采用防御性医疗措施；在我国“按服务收费”（fee-for-service）模式下，医师虽然也会采取过度检查、过度治疗的防范措施，但更多的时候是出于经济利益的考虑而非惧怕法律风险，将侵权责任配置解释为医疗失范危机的惟一原因无疑是过分夸大了法律安排对医师行为的作用。迄今为止，国外学界尚无真实有效的统计数据对过重的侵权责任会引发防

御性医疗这一基本判断予以证实，理论推测多于经验研究[17]。在国内，若干针对医师所做的问卷调查，也因医师容易以责任过重为由掩盖其经济动机、为维护职业群体利益故意夸大等原因而显得不足取信。<sup>⑩</sup> 即便上述判断可以成立，防御性医疗是真实存在的，也很难对防御性医疗的严重程度及其对医疗卫生体系的影响力进行确切评估，因而主张通过减轻医师责任负担来消解防御性医疗的负面效应并不恰当。<sup>(11)</sup>

## (二) 责任形态：不当管制抑或有效促进

医师个人责任和医院替代责任，是医疗损害责任的两种基本形态。与“对自己行为负责”的医师个人责任不同，医院替代责任(vicarious liability)强调“为他人行为负责”。若从影响医师——医疗行为的直接做出者——专业判断的角度看，上述两种责任形态的激励方法存在重大差异。医师个人责任是通过医疗行为做出者直接施加法律责任，调动其预防损害的积极性，督促其提高行为的谨慎程度，医疗损害责任的大小通常能准确反映出医疗事故的风险成本；医院替代责任则是通过对医疗行为的监督方——医院施加法律责任，驱使医院采取更符合效率的管理行为，借助内部组织的引导、评价和奖惩等手段对医师行为进行控制。由于法律责任无法对医疗行为做出者产生直接影响，医疗损害责任的大小不能完全反映出医疗事故的风险成本。总而言之，医师个人责任采取了一种直接激励的制度进路，医院替代责任则体现了一种间接激励的规制思路。同样是实现医疗事故社会成本内部化，前者是对医师直接施加法律管制，后者则是对医院直接施加法律管制，继而对医师施加非法律管制。哪一种激励机制更为有效，这取决于对医学实践和卫生政策的综合判断。这里的核心问题是，在影响医师医疗行为的具体方式上，法律规范(医师个人责任下的法律规制)与社会规范(医院替代责任下的医院管制)谁更有效？如果侧重于社会规范的治理，是否会在执行的过程中产生变形？

从表面上看，由于医师无需对自己的行为承担法律责任，“代他人受过”的医院替代责任无法通过对医师个体科加法律责任的方式，将医疗行为的社会成本和社会收益转化为医师的私人成本和私人收益，因此无法通过个体的最优选择实现社会最优。不过，法律责任只是医疗行为众多边际成本中的一种，职业发展、个人声誉、行内评价、经济利益等要素都是私人成本的重要组成部分。在很多时候，医师可能更加看重这些法外因素，而这些因素，都可通过医院施加管制的方式左右医师的选择。而且，“这一原则对雇主产生了一种在挑选雇员、分配工作以及决定雇员的装备水平时要有谨慎态度的激励。如果是这种情况，那就是符合效率的——就像一般看上去的那样，即雇主比雇员在做这些决策时处于更为有利的位置。”[18]据学者初步统计，绝大多数的临床决策失误源于“协作式”医疗系统的失效而非某个医师的过错，有必要将更多的资源投入到医疗质量管理系统的改良中去[17]1623。一般来说，医院的经济实力雄厚，在医师培训、技术更新、设备升级、程序规范等方面优势明显，更有能力去建构和驾驭一套复杂的质量管理系统。可见，相比于个体式的自律模式，系统式的他律模式在提高现代医疗服务质量上无疑更值得信赖[19]。这说明，社会规范在激励有效性方面是强于法律规范的。然而，医院替代责任的制度优势恰好是其劣势所在，“传递激励”的机制设计虽能发挥医院的管理特长，但却未必符合医学实践的客观规律。医院替代责任面临的首要批评是，医院管理方会借助各种诊疗规范、内部规章等手段影响医师的独立行为，将不可避免地导致非专业判断代替专业判断、无医疗执业资格的管理人员代替有医疗执业资格的医务人员进行“非法行医”，医疗成本和法律风险的双重压力会迫使医院将其经济动机“转递”给医师，经济利益将会取代专业判断成为医疗决策的主导思维。医学社会学的研究早已揭示，保持医师的职业自治是确保专业技术性的基本条件[20]。医疗专业性的削弱，意味着医疗服务质量的下降。<sup>(12)</sup> 概言之，医院替代责任虽有着改进质量的系统优势，但其科层式的外部控制却是以牺牲医师独立性为前提的，故而未必能够实现质量控制的初衷。

如果说，医院替代责任有损医疗服务质量这一判断仍有待进一步探讨的话，<sup>(13)</sup> 那么，该项制度有悖于我国当前着力提升医疗服务的可及性这一政策目标却是不争的事实。在现代社会，医学分工和团队协作催生了“集体式”的医师独立原则，集体决策的盛行表明医师并不拒绝管制，而是拒绝过度管制。通常，行为人对激励有反映的前提是享有一定的自由空间，能够对外界刺激做出不同的策略选择。从2002年国务院《医疗事故处理条例》第52条到2009年《侵权责任法》第54条，医院替代责任均被视为医疗损害责任的惟一形态。<sup>(14)</sup> 绝对的医院替代责任模式带来的是绝对的管制。其结果，医师失去了回旋的余地，只能以独立性为代价换取对外责任的豁免。不可忽视的是，医院替代责任与医师受雇执业总是相伴而生的。在单一的医师受雇执业和医院替代责任下，医院出于规避法律责任的考虑，可能会有意识地控制受雇医师的规模，拒绝某些医师进入体制内执业，从而断绝其执业的希望。这样显然不利于鼓励家庭医生、全科医师、康复医师等以基层为导向的医师开展自雇执业，增加我国医疗服务资源的供应总量，进而难以提升我国医疗服务的普及性和公平性。可见，解决我国医疗服务受众面偏窄这一问题的根本出路在于，必须摆脱以医院为中心的医疗体制格局，在政策上放宽对医师自雇执业的限制，并辅之以医师个人责任和医院替代责任相结合的法律配套制度。我国当初采取绝对医院替代责任的意图是强化对患者的损害赔偿责任，但在归责原则上却放宽了责任的标准，这种立法目标的不确定性和手段的矛盾性在客观上消减了医疗损害责任的激励效果，值得检讨。

## (三) 损失分摊：风险无关抑或风险相关

在替代责任中，医院和医师的内部损失分摊关系，是影响医疗损害责任激励效果的关键因素。进而言之，医疗损害责任的核心命题是，如何将医疗事故的法律风险在医院和医师之间合理分配，实现预防与产量（行为水平）的帕累托最优化。医师个人责任和医院替代责任的模式选择，是第一次风险分配；损失分摊原则和不分摊原则的抉择，是第二次风险分配。就后者而言，是否承认损失分摊原则直接表现为医院在对外承担替代责任后，能否向有过错的医师追偿。分摊原则使得医院和医师都与医疗事故风险相关，同时把事故成本内部化，采取最优预防，最重要的是，该原则能为医疗行为的直接做出者——医师——提供激励机制。相比之下，不分摊原则将医院视作医疗事故法律风险的最终承担者，作为行为人的医师却与风险毫不相干，即所谓的“行为者犯错而逍遥，受影响者无辜而遭殃”，这会导致医院将事故成本内部化，医师将事故成本外部化。可见，如果不考虑外部非法律因素对医师的制约，分摊原则比不分摊原则更可取。

在普通法上，允许医院承担替代责任后向有过错的医师追偿，首先源自“引起损害之人亦为损害赔偿之人”（15）这一质朴的法学思想。不过，支持追偿权制度的主要理由还在于该规则激励策略的可行性。第一，如果不允许医院通过事后追偿权的行使来转移风险，那么医院必然会通过其他方式来“消化”责任负担，造成医院内部管制的变形。医院要么会采取奖金、提成等内部激励措施来敦促医师选择更为昂贵、更为复杂的治疗方案，从而以超额的收入来弥补责任的支出，要么会强化内部诊疗规程，限制医师的临床判断，进而减少出错的机会。无论采取何种防范法律风险的法外方式，都有悖于医学实践的基本规律。第二，允许医院事后追偿，可以提高医师过错行为的机会成本，更好地发挥隐性激励的作用。第三，事后承担责任使得医师与医院形成利益共同体，达成“策略同盟”，避免因医院和医师之间的不同意见和相互博弈而削弱法律对医院或医师的单向激励。假设不允许医院事后追偿，那么在损害预防的态度上，医院的热衷和医师的冷漠将形成鲜明对比，不利于形成制度合力。

总的来说，医院的事后追偿权是对医院替代责任制度缺陷的一种弥补，缺少事后追偿机制的替代责任在激励效果上必将大打折扣。我国虽然零星规定了不动产登记错误、律师执业过错、公证错误等情形下的机构追偿权，但在侵权责任法中却没有对追偿权问题做出规定。（16）因此，医疗损害责任激励结构的失衡是难以避免的。无疑，尽快确立医院追偿权制度是我国医事立法改革的当务之急。值得强调的是，追偿条件的重要性同样不可忽略。过松的追偿条件下（如界定为医师的一般过失），医院可以将责任完全转嫁给医师，不利于敦促医院加强纠错能力；过严的追偿条件下（如限制为医师的故意或者重大过失），医师可轻而易举地逃脱责任惩罚，无法形成谨慎工作的激励机制。对此，有学者建言，在医院对外承担替代责任后，应在医院和医师间进行内部责任分担，根据可责难性程度确定各自的责任份额，医院可就医师的一般过失导致的责任损失进行追偿，但范围仅限于医师承担的责任份额[21]。这种相对宽松的部分追偿权，能够同时为医院和医师的积极行为提供适当的激励，对整体医疗事业是有效率的。

#### 四、结论

法律的文本设计是一回事，法律的现实运作又是另外一回事。对相关立法进行实证研究，评估其制度绩效，在此基础上做出策略上的改进，应是所有立法后续工作的重中之重。在工具主义这一主流话语的支配下，究竟能在多大程度上贯彻公共政策，是评价一部立法成功与否的核心标准。具体到医疗损害责任，制度配置如何安排，取决于当前我国公共卫生政策的目标指向。通过考察相关政策文件可以发现，提高医疗服务质量和公众享用比例，解决“看病难”和“看病贵”问题，是我国发展医疗事业最紧迫的任务。侵权法作为主权者的规制工具，应向所有可能影响医疗事业发展的主体（主要是医院和医师）提供有效的激励，诱导个人选择社会最优的行为，同时提高医疗服务的“质”与“量”。但实际上，法律文本设计的不合理以及众多“法外因素”的制约，都可能使医疗损害责任制度“异化”和“失灵”。本文致力于医疗损害责任的实证研究，但采取的方法却不是传统法经济学和法社会学中常用的计量分析法，而是采取更为概括的分类事实分析法，从制度层面推导出医院和医师的心理动机和行为选择，以此作为侵权责任立法法绩效评估的基本素材。（17）

经过分析，我们可以看到，一套以实现公共卫生政策为价值取向，并且能够提供有效激励的医疗损害责任制度需要满足五个条件：（1）激励适当。假设侵权责任配置能够对医院和医师行为产生或多或少的的影响，那么，责任的苛严性程度必须是适中的。既不能过于宽松，否则会导致激励不足；也不能过于严格，否则会导致激励过度，（2）激励均衡。在控制医疗服务质量与数量方面，医院和医师各司其职。向医师提供激励最符合传统医疗专业性的要求，但对医院进行系统控制也顺应现代医学分工的发展趋势。从风险相关的角度看，必须同时向医院和医师提供激励，方能实现完全的社会成本内部化。（3）医疗服务资源相对充足。如果城乡居民对有限医疗资源的争夺过于剧烈，会不恰当地抬高部分医院和医师的地位，法律责任风险的限制作用将会被医方的市场优势地位所抵消。（4）一定的医疗损害赔偿成功率。患者对法律制度的信任是通过一个又一个的成功索赔个案累计而来的，低概率意味着低成本，可能会助长医方的投机心理。通常，实现概率首先与医患双方在诉讼中的负担有关，同时还与患者的权利意识、信息掌握、医患双方的力量对比等因素相关。（5）医方不滥用权利。无论采取何种医疗损害责任，其共同的前提必然是医方合理克制的利益追

求。如果牟利取代了医疗服务成为医院或医师的首要目标时，医疗行为的规范性难免受到掣肘，容易出现以职业独立性来掩盖经济动机的情况。可以从更为基础的医疗服务供应体系着手，将医方的经济动机维持在最低限度。

在转型中国，医疗损害责任与卫生发展现状有着异常复杂的关系。市场机制不发达、卫生财政投入过低、医疗资源总体不足、布局体系明显不均衡、医疗专业失范等因素，制约着医疗损害责任制度功能的发挥。由于缺乏适宜的培植良好医患关系和理性医师的制度土壤，法律机制很难由始至终保持在良性的运行轨道上，难以顺利实现其预设的目的。与此同时，旨在提高医疗服务数量和质量医疗损害责任，却因其配置的不合理从而不仅不能为医方提供有效的激励，而且反过来还加剧了问题的严重性。管见以为，要实现现阶段的公共卫生政策目标，提高医疗损害责任的制度绩效，除了要对侵权责任法的激励结构进行立法改进外，还要重视营造健康理性的医疗社会文化和发展符合中国现状的医疗卫生服务体系。惟有如此，才不至于陷入“就法论法”的怪圈。

收稿日期：2011—06—23

注释：

① 医者乃是天生的平等派，“德能仁恕博爱”自古以来就是医学的职业图腾。南宋医书《小儿卫生总微论方》就说：“疾小不可云大，医事不可云难，贫富用心皆一，贵贱使药无别。”欧洲中世纪的《迈蒙尼提斯祷文》也说：“启我爱医术，复爱世间人。无分爱与憎，不问富与贫。凡诸疾病者，一视皆同仁。”因此，可及性（数量）与合理性（质量）一起，构成了医疗专业性的两个基本面向。

② 前者的代表论著是加拿大学者欧内斯特·J·温里布的《私法的理念》（北京大学出版社2007年版），后者的代表论著是美国学者威廉·M·兰德斯与理查德·A·波斯纳的《侵权法经济结构》（北京大学出版社2005年版）。

③ 为避免陷入纯道德论误区，不少学者尝试将矫正正义等道德理论范畴整合到社会实践中去，更多地关注侵权法所包含的政治正义和社会需求而非个人道德责难，从而使本质论具有了类似于功能论的现实面向。（参见：格瑞尔德·J·波斯特马. 侵权行为法解释的理论研究[G]//格瑞尔德·J·波斯特马. 哲学与侵权行为法. 陈敏，云建芳，译. 北京：北京大学出版社，2005：1—25.）

④ 对此，易继明就正确地指出，如何阐述实践中的两个法律样本即技术性样本和政治性样本，特别是将政治问题、社会问题司法化，是在实践中形成中国式的法治秩序的关键。（参见：易继明. 当代法学的历史使命——以中国法治建设为指向的法对策学思考[J]. 法律科学，2011，(1):3—19.）

⑤ 《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国侵权责任法（草案）〉主要问题的汇报》（2008年12月22日十一届全国人大常委会第六次会议文件）。

⑥ 上个世纪70年代开始，大量出现的医疗索赔案件以及不断上涨的医疗过失保险费用使传统的医疗过失责任陷入瘫痪，无过错医疗责任应运而生，被西方国家视为解决民事侵权行为危机的“救命稻草”。无过错医疗责任之所以受到学者们的推崇，主要原因在于它能够大幅度降低对患者的救济难度，并相应降低了传统医疗过错法的负面效应（如防御性医疗等）。（参见：Paul C. Weiler. Medical Malpractice on Trial[M]. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991: 1—65.）不过，无过错医疗责任也面临着诸多质疑，其中最重要的理由是无过错责任很难在补偿患者的同时保持成本效益，过错侵权法不是问题的根源，只要对过错责任进行适当的调整，就可以有效缓解侵权行为的危机。（参见：David A. Hyman & Charles Silver. The Poor State of Health Care Quality in the U. S.: Is Malpractice Liability Part of the Problem or Part of the Solution [J]. Cornell Law Review, Vol. 90, 2005: 991—993.）正因为如此，旨在补偿患者的无过错医疗责任，至今难以登堂入室，成为西方发达国家的主流做法。

⑦ 关于法律与信任互动关系的述评，参见：姚洋. 探讨法律和信任的经济学基础[G]//张维迎. 信息、信任与法律. 上海：上海三联书店，2006：262—263.

⑧ 由于过错推定责任仍以过失为责任基础，兼具了过错责任和严格责任在信息或风险控制方面各自的制度优势，因而成为各国医疗损害责任立法的主流。关于欧盟各国的立法例，可参见：Pr. Herman. Report on Medical Liability in Council of Europe Member States[R]. Strasbourg: European Committee on Legal Co-operation, 2005: 1—37.

⑨ Patricia M. Danzon, Medical Malpractice: Theory, Evidence, and Public Policy, Harvard University Press, 1985, p. 24. 另一项重要的医疗实证研究结果显示，该项数值为1/16，同样很低。（参见：Harvard Medical Practice Study. Patients, Doctors, and Lawyers: Medical Injury, Malpractice Litigation and Patient Compensation in New York[R]. Cambridge, Massachusetts: Harvard university

⑩ 国内的统计和调查例, 参见: 李国炜. 防御性医疗的法律深度与医疗风险管理[J]. 医学与社会, 2004, (4): 47.

(11) David A. Hyman & Charles Silver. Believing Six Improbable Things: Medical Malpractice and "Legal Fear"[J]. Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 28, 2004: 113—114. 美国技术评价局(OTA)的一项权威调查表明, 要对防御性医疗的程度和影响进行准确的评估几乎是不可能的。(参见: U. S. Congress, Office of Technology Assessment. Defensive Medicine and Medical Malpractice[M]. Washington, DC: U. S. Government Printing Office, 1994: 74.)

(12) 台湾学者张芸云早就指出, 现代社会中的专业应具有抽象的知识和应用时的个别判断这两大特征, 专业人士具有的特殊知识技能不是机械性、可以标准化且可以重复操作者, 而是在实践中需要就个别状况进行的具体判断。(参见: 张芸云. 医疗与社会: 医疗社会学的探索[M]. 台北: 台湾巨流图书公司, 2005: 162.) 由此可见, 医疗专业性与医疗服务质量存在着唇齿相依的命运联系。

(13) 关于此点的论述, 参见: Philip G. Peters, Jr. Resuscitating Hospital Enterprise Liability [J]. Missouri Law Review, Vol. 73, 2008: 390—394.

(14) 这里仅指由医师过错行为引起的医疗损害, 不包括由医院过错行为引起的医疗损害, 后者由医院承担自己责任。

(15) Semetex Ltd. v. Gladstone [1954] 1 WLR 945, 953.

(16) 2004年5月1日起施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条规定: “雇员在从事雇佣活动中致人损害的, 雇主应当承担赔偿责任; 雇员因故意或者重大过失致人损害的, 应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的, 可以向雇员追偿。”但2010年7月1日起施行的《侵权责任法》第34条(雇主替代责任)、第7章(医疗损害责任)均未规定医院享有追偿权。

(17) 陈若英的研究表明, 我国法律经济学的实证研究路径主要有二: 计量分析和更为开放的类型事例分析。在我国, 计量分析的路径受到诸多制约, 包括这一方法所固有的和中国特定制度环境所带来的制约。就中国特定制度环境而言, 缺乏职业化程度较高的非政府信息提供实体以及政府公开信息的质量存疑, 是学者们在采集基础数据和信息时面临的困难。类型事例分析虽难以避免空洞和缺乏建设性的评论, 但对制度的概括性评述是具有优势的。(参见: 陈若英. 中国法律经济学的实证研究: 路径与挑战[G]//苏力. 法律和社会科学: 第七卷. 北京: 法律出版社, 2010: 1—24.)

#### 【参考文献】

- [1] 汪丁丁. 医生·医院·医疗体制改革[J]. 财经, 2005, (21): 25—28.
- [2] 顾昕. 全球性医疗体制改革的大趋势[J]. 中国社会科学, 2005, (6): 121—128.
- [3] 周小梅. 提升医疗服务业绩的制度经济学分析[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2009: 9.
- [4] 彼得·欧伯恩德, 等. 卫生经济学与卫生政策[M]. 钟诚, 译. 太原: 山西经济出版社, 2007: 63—67.
- [5] Robert Baldwin, Martin Cave. Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice [M]. Oxford: Oxford University Press. 1999: 1—10.
- [6] 彼得·凯恩. 侵权法解剖[M]. 汪志刚, 译. 北京: 北京大学出版社, 2010: 230.
- [7] 王利明. 走向权利保护的新时代——侵权责任法的功能探讨[J]. 社会科学战线, 2010, (9): 152—155.
- [8] 张新宝. 侵权责任法立法的利益衡量[J]. 中国法学, 2009, (4): 176—190.
- [9] Robert D. Cooter. Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution [J]. California Law Review, Vol. 73, 1985: 1.
- [10] 詹姆斯·亨德森. 健康经济学[M]. 向运华, 等, 译. 北京: 人民邮电出版社, 2008: 268.
- [11] 张维迎. 作为激励机制的法律[G]//张维迎. 信息、信任与法律. 上海: 上海三联书店, 2006: 91—93.
- [12] Vivian Lin, 等. 中国卫生政策[M]. 北京: 北京大学医学出版社, 2010: 232—233.
- [13] 王成. 论医疗损害侵权行为归责原则的配置[J]. 证据科学, 2009, (3): 307—310.
- [14] Hans-Bernd Schfer & Claus Ott. The Economic Analysis of Civil Law[M]. trans. by Matthew Braham. Gloucestershire, UK: Edward Elgar Publishing, 2004: 161.
- [15] 杨立新. 医疗损害责任研究[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 3—7.

[16]David A. Hyman & Charles Silver. The Poor State of Health Care Quality in the U. S.: Is Malpractice Liability Part of the Problem or Part of the Solution[J].Cornell Law Review, Vol. 90, 2005: 938.

[17]Michelle M. Mello & Troyen A. Brennan. Deterrence of Medical Errors: Theory and Evidence for Malpractice Reform[J]. Texas Law Review, Vol. 80, 2002:1606-1607.

[18]罗伯特·考特, 托马斯·尤伦. 法和经济学[M]. 史晋川, 董雪兵, 等, 译. 北京: 格致出版社, 2010:356—357.

[19]William M. Sage, Kathleen E. Hastings, Robert A. Berenson. Enterprise Liability for Medical Malpractice and Health Care Quality Improvement[J].American Journal of Law and Medicine, Vol. 20, 1994: 18-21.

[20]刘思达. 职业自主性与国家干预——西方职业社会学研究述评[J]. 社会学研究, 2006, (1):203—204.

[21]Michael A. Jones. Medical Negligence[M]. London: Sweet & Maxwell, 2008: 210. ^

原载于《现代法学》2011年第5期