



# 医疗损害中参与度的概念厘清 与司法适用

王竹 罗雅文

**摘要:**法医学上的参与度与侵权法上诊疗损害责任参与度的混同,使得参与度在司法实践中实质上发挥了责任划分的作用。法医学上的参与度是作了预删除的事实原因力,包括对可归责过失行为和特殊体质、疾病等不可归责因素的考量,但侵权责任不得因特殊体质、疾病等不可归责因素对损害结果发生的作用而减轻。鉴定机构向法院出具的鉴定意见,应该包括参与度鉴定意见、诊疗过错鉴定意见以及责任认定意见,由法院根据法学专业知识和具体案情判断是否作出必要的调整,从而合理确定医疗过失行为的责任。

**关键词:**参与度;法医学;原因力;诊疗损害责任;蛋壳脑袋规则

**DOI:** 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.02.010

**收稿日期:**2022-07-21

**基金项目:**本文系“研究阐释党的十九届四中全会精神”国家社科基金重点项目“深化司法体制改革综合配套改革研究”(20AZD029)的阶段性研究成果。

**作者简介:**王竹,男,四川成都人,四川大学法学院教授、博士生导师,四川大学市场经济法治研究所所长,中国人民大学民商事法律科学研究中心侵权法研究所副所长,E-mail: wangzhu@scu.edu.cn。  
罗雅文,女,四川乐山人,四川大学法学院博士研究生,四川大学华西护理学院教师。

在医疗损害责任纠纷这类特殊侵权责任纠纷中,法医学鉴定是责任认定的重要依据。从我国医疗损害责任纠纷司法实务来看,法医学上的参与度与侵权法上诊疗损害责任参与度存在混同现象,且与侵权法上的原因力概念难以区分,造成了司法实务中适用的混乱,有必要追根溯源,予以厘清。

## 一 参与度的概念溯源

参与度这一概念从日本法医学学说的“事故寄予度”概念移植而来,在实践中多用于交通事故责任 and 医疗损害责任。1968年,日本学者加藤一郎、野村好弘提出在多种因素共同作用下引起伤害时,必然涉及到如何采用分割的方法将损害结果归结于各自不同原因的判断问题。1969年,野村好弘进一步提出在判断外因和伤害之间的因果关系时,应该采用定量比例制的方法去分析<sup>①</sup>。1980年,为对交通事故和损害结果(死亡、后遗障碍)进行研究,日本法医学专家渡边富雄教授与其他学者一道“采用了定量比例的方法”,提出了“事故寄予度”的概念,并以该概念“来确定事故在损害结果中所起作用的大小”<sup>②</sup>。日本法医学专家旨在通过“事故寄予度”确定事故在损害结果中的作用程度,以合理确定事故责任人的责任范围。“事故寄予度”概念的提出,体现了在多因一果情形下,责任人仅对自己造成的或者可归因于自己的损害承担责任,而对因其他因素引起的损害不承担责任的观念。就“事故寄予度”这一术语表述的合理性,日本学界存在争议。若杉长英教授指出,“寄予”的意思为“对……起贡献作用”,英文为“contribution to”,正面理解“寄予”的含义应该为“尽全力

<sup>①</sup>转引自:何颂跃《损伤参与度的评定标准》,《法律与医学杂志》1998年第1期,第39页。

<sup>②</sup>转引自:朱广友《医疗纠纷鉴定:因果关系判定的基本原则》,《法医学杂志》2003年第4期,第234页。

为……发挥作用”。这种含义(褒义)与人们不愿见到的损害结果(贬义)是很不相宜的,有时也会给人产生误用的错觉。因此,他建议将“寄予度”改为“相关度”或者“影响度”<sup>①</sup>。

20世纪末,我国法医学界移植了日本法医学上的“事故寄予度”概念,并将其翻译为“参与度”。根据笔者所查阅的文献,最早明确使用“参与度”这一术语表述的是1994年《法律与医学杂志》刊登的《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》。根据该评判标准第四条,外伤在案件中的参与度与“事故寄予度”具有相同的含义<sup>②</sup>。“参与”与“参加”同义,为加入某种组织或某种活动之义<sup>③</sup>,其含义为中性,不会产生歧义。“参与度”的概念随后得到了法医学理论界与实务界的认可和适用。在具体适用时,则有“损害参与度”、“疾病参与度”、“损伤参与度”、“医疗过错行为参与度”、“医疗过错参与度”等多种表述。损害参与度是一个概括的概念,即各个不同原因在损害结果发生中的作用程度;疾病参与度侧重于考量患者自身疾病原因在医疗损害结果发生中的作用程度<sup>④</sup>;损伤参与度,是指在外伤与疾病共同存在的案件中,诸因素共同作用导致某种后果,即暂时性损害、永久性功能障碍和死亡,外伤在其中所起作用的定量分割(或因果比例关系)<sup>⑤</sup>;医疗过错行为参与度,是指在同时存在医疗过错行为、患者疾病因素等众多致害因素的医疗纠纷事件中,判断医疗过错行为在患者发生的损害后果上的参与程度<sup>⑥</sup>;而医疗过错参与度的含义,通说认为与医疗过错行为参与度同义。因此,法医学上的参与度,是各个原因对损害结果作用程度的客观确定,其中的原因可以是过错行为,也可以是疾病等客观因素。

## 二 侵权法上参与度的理论界定与规范

### (一)侵权法通说认为人身损害赔偿赔偿责任参与度即为原因力

早期的医疗事故鉴定为医学鉴定。1987年《医疗事故处理办法》第十二条和第十三条规定医疗事故的技术鉴定工作只能由卫生行政部门组织医疗事故技术鉴定委员会进行,并将其鉴定结论作为处理医疗事故的依据。尽管2002年《医疗事故处理条例》第二十条规定医疗事故技术鉴定工作改由医学会负责,但没有改变医疗事故鉴定是医学鉴定的性质,法官无权插手也无权审查<sup>⑦</sup>。为改变此种局面,2003年《最高人民法院关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》第二条确立了医疗损害鉴定的双轨制,因医疗事故之外的原因引起的医疗赔偿纠纷由司法鉴定机构进行鉴定。由此,法医学上的参与度概念为侵权法所接受,适用于人身损害赔偿赔偿责任之中,尤其是在诊疗损害责任中得到广泛适用。2003年余荣军等人在《43例医疗纠纷尸检案例中的医疗过失参与度探讨》一文中较早直接使用了参与度的表达<sup>⑧</sup>。我国侵权法理论通说认为,人身损害赔偿赔偿责任中的参与度是指原因力,诊疗损害责任中的参与度实际上是原因力在诊疗损害领域的具体适用。杨立新教授主张,原因力规则在法医学上被表述为损害参与度。而损害参与度就是原因力规则在医疗过失赔偿责任中的具体应用,是侵权行为法在理论和实践中使用了法医学上的概念<sup>⑨</sup>。原因力规则,在有关医疗损害责任纠纷的理论上通常还被称为“医疗过错参与度”、“损害参与度”等<sup>⑩</sup>。

原因力理论主要用于解决数人侵权的责任分配。原因力是指违法行为或其他因素对于损害结果发生或扩大所发挥的作用力<sup>⑪</sup>。原因力这一概念也并非我国侵权法的原生概念,1990年以前,过错比较是分担损害

①转引自:何颂跃《损伤参与度的评定标准》,《法律与医学杂志》1998年第1期,第39页。

②北京市高级人民法院法医室伤与病关系研究组《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》,《法律与医学杂志》1994年第1期,第61页。

③中国社会科学院语言研究所词典编辑室《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年版,第122页。

④杨立新《论医疗过失赔偿责任的原因力规则》,《法商研究》2008年第6期,第38页。

⑤北京市高级人民法院法医室伤与病关系研究组《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》,《法律与医学杂志》1994年第1期,第61页。

⑥刘鑫《医疗损害鉴定之因果关系研究》,《证据科学》2013年第3期,第346页。

⑦杨立新《中国侵权责任法研究(第三卷)》,中国人民大学出版社2018年版,第182页。

⑧余荣军等《43例医疗纠纷尸检案例中的医疗过失参与度探讨》,《法医学杂志》2003年第4期,238页。

⑨杨立新《中国侵权责任法研究(第三卷)》,第362—363页。

⑩杨立新《论医疗过失赔偿责任的原因力规则》,《法商研究》2008年第6期,第38页。

⑪杨立新《中国侵权责任法研究(第一卷)》,中国人民大学出版社2018年版,第176页。

的唯一标准,1990年以来,原因力的标准逐渐为我国侵权法理论和实践所倡导<sup>①</sup>。首次明确使用原因力概念的是2001年《最高人民法院关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》(法释[2001]3号)第二条第二款。大陆法系和英美法系都存在与原因力概念近似的表述,如《德国民法典》第二百五十四条第一款规定的“损害在何种程度系主要由一方或他方所引起者”<sup>②</sup>;美国《统一比较过错法案》第二条b款的“行为和主张的损害之间的因果关系范围”<sup>③</sup>以及英美判例法和学说在损害分担时考虑的“causative potency”<sup>④</sup>,实质都是指原因力<sup>⑤</sup>。在具体的术语使用上,大陆法系并未明确使用“原因力”的表达,而英美法上的“causative potency”则被翻译为“原因力”。因此,我国的侵权法继受了英美法上的“原因力”概念,法医学继受了日本法上的“寄予度”概念并将之翻译为“参与度”,随后,参与度被运用到了侵权法人身损害赔偿领域,基于两者内涵的相似性,侵权法学者便比照原因力来理解参与度概念了。

## (二)诊疗损害责任原因力规范对患者疾病因素的突出

根据我国通说,人身损害赔偿责任参与度即为原因力。考察医疗损害领域涉及原因力的规范,首先对原因力作出规定的是2002年9月1日起施行的《医疗事故处理条例》。该条例第四十九条规定:“医疗事故赔偿,应当考虑下列因素,确定具体赔偿数额:(一)医疗事故等级;(二)医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度;(三)医疗事故损害后果与患者原有疾病状况之间的关系。不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任。”杨立新教授认为,该条第一款第(二)项“医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度”以及第(三)项“医疗事故损害后果与患者原有疾病状况之间的关系”,实际上就是说的原因力规则的适用<sup>⑥</sup>。该条文将第(三)项单独列举突出了疾病因素的特殊性即不可归责性,可以合理解释为区分了过失行为原因力和客观因素作用力。2002年9月1日起施行的《医疗事故技术鉴定暂行办法》第三十五条规定,“医疗事故技术鉴定书应当包括下列主要内容:……(六)医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度……”;第三十六条规定,“专家鉴定组应当综合分析医疗过失行为在导致医疗事故损害后果中的作用、患者原有疾病状况等因素,判定医疗过失行为的责任程度”。从第三十六条的表述可以合理推定,“医疗过失行为的责任程度”是对医疗过失行为责任范围的确定,“医疗过失行为在导致医疗事故损害后果中的作用”是医疗过失行为的原因力,而将“患者原有疾病状况等因素”纳入考虑,明确了医疗过失行为责任范围的确定,不仅应当考虑医疗过失行为的原因力,还应当考虑患者原有疾病状况等不可归责因素的作用力。2017年最高人民法院通过并于2020年修正的《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》(法释[2020]17号)(以下简称《医疗损害责任司法解释》)第十一条规定:“委托鉴定书,应当有明确的鉴定事项和鉴定要求。鉴定人应当按照委托鉴定的事项和要求进行鉴定。下列专门性问题可以作为申请医疗损害鉴定的事项:(一)实施诊疗行为有无过错;(二)诊疗行为与损害后果之间是否存在因果关系以及原因力大小……(四)医疗产品是否有缺陷、该缺陷与损害后果之间是否存在因果关系以及原因力的大小……”这是我国在医疗损害责任领域的规范上首次明确使用“原因力”的表述。

根据上述医疗损害责任领域的规范,原因力实际上包括诊疗行为这类过失行为的原因力和患者疾病等客观因素的原因力,这与法医学上的参与度内涵是大体一致的,即包括可归责行为的原因力和不可归责因素的作用力,患者身体因素的原因力性质区别于过失行为原因力。患者原有疾病状况等身体因素的重要性得以凸显。笔者认为这是基于两方面的考虑:一方面,在诊疗过程中,患者的身体状况可能对损害结果的发生及程度产生重要的影响;另一方面,患者的身体状况是客观存在的条件因素,与过失行为不同,患者对其自身

<sup>①</sup>杨立新《中国侵权责任法研究(第一卷)》,第172—173页。

<sup>②</sup>《德国民法典》,台湾大学法律学院编译,北京大学出版社2017年版,第235页。

<sup>③</sup>小詹姆斯·A.亨德森、理查德·N.皮尔森、道格拉斯·A.凯萨、约翰·A.西里西艾诺《美国侵权法实体与程序(第七版)》,王竹等译,北京大学出版社2014年版,第367页。

<sup>④</sup>John F. Meadows, George J. Markulis, “Apportioning Fault in Collision Cases,” *USF Maritime Law Journal* 1, no. 1 (Summer 1989): 26.

<sup>⑤</sup>梁清《原因力研究》,人民法院出版社2012年版,第3页。

<sup>⑥</sup>杨立新《侵权法分则》,人民法院出版社2009年版,第304页。

疾病或者体质的存在不具有过失。

### 三 参与度的实践扩展与误用:以诊疗损害责任为例

#### (一) 诊疗损害责任参与度的实践扩展

在诊疗损害责任纠纷的司法实践中,与立法采用“原因力”、“医疗过失行为在导致医疗事故损害后果中的作用”等表述不同,参与度是鉴定机构及法院更倾向于使用的概念,“过错参与度”的表述在裁判文书中尤为常见,表明了过错与参与度的紧密联系,并且将“诊疗过错因素”、“过错因素”作为认定过错参与度的主要因素<sup>①</sup>。鉴定机构将医务人员的过错纳入参与度的考虑范围并径直出具了参与度的鉴定意见,这一方面是由于司法解释规定过错由鉴定机构予以鉴定,另一方面也体现出司法实践中参与度内涵的扩展。司法实践中的诊疗损害责任参与度,不仅仅包括对过失行为原因力与患者疾病等客观因素的考虑,还包括了过错,参与度实际上发挥了责任划分的作用。

#### (二) 诊疗损害责任参与度的司法误用

司法实践对参与度的内涵进行了扩展,但其适用亦存在诸多问题。笔者在中国裁判文书网以“医疗损害责任纠纷”、“参与度”和“医疗损害责任纠纷”、“原因力”为关键词检索裁判文书,通过整理分析,总结出参与度司法适用主要存在以下三个方面的问题。

第一,概念术语使用不统一。在裁判文书中涉及到参与度的术语包括“过错参与度”、“原因力”、“医疗过失参与度”、“过错责任参与度”、“参与度”、“过错行为参与度”、“医疗行为在医疗后果中的责任程度”等,并且出现了在裁判文书中同时使用“原因力”和“参与度”表述的情形。如在“谢佳焯与连南瑶族自治县安田村卫生站医疗损害责任纠纷案”中,判决书中提到,“鉴定意见为:……医方安田卫生站的医疗过错行为与被鉴定人谢佳焯脑损伤后遗症不良后果之间存在一定的因果关系,原因力大小为轻微因素,过错参与度为1%至20%”<sup>②</sup>。另外,就“参与度”的表述也存在分歧。医疗过失参与度、过错参与度、过错责任参与度、过错行为参与度、参与度等概念含义各异,且表述的合理性存疑。在裁判文书中同时使用原因力与参与度表述的情形,体现出概念体系的不清晰。规则的准确适用以明晰概念内涵为前提,而概念的模糊将导致司法适用的紊乱。

第二,以诊疗过错作为认定参与度的主要因素,诊疗行为和患者疾病等因素的作用被忽视。从鉴定意见和裁判文书中体现出过错是认定参与度的关键事实。如在“周某1、祁阳县妇幼保健计划生育服务中心医疗损害责任纠纷案”中,判决书指出,“医疗损害责任纠纷中,医疗机构的诊疗行为是否存在过错,是认定医疗机构是否应当承担侵权责任及责任程度的关键事实……湘雅二医院司法鉴定中心作出[2017]临鉴字第1294号司法鉴定意见书,认定:‘祁阳妇幼保健院在对周某1的诊疗过程中存在过错,该过错与其目前后果存在一定的因果关系,过错参与度为30%左右(供法院参考)’”<sup>③</sup>。由于司法实践扩展了参与度内涵,因此,参与度是在诊疗行为构成侵权责任的前提下,综合考虑过错因素和诊疗过失行为、患者过失行为与自身体质、疾病等因素对损害后果的作用,对医疗机构的责任范围进行认定。将诊疗过错作为认定参与度主要因素的做法,忽视了诊疗行为、患者过失行为与自身疾病等因素的作用,使得参与度通过确定过失行为和客观因素对损害结果的作用程度,从而合理认定侵权人责任范围的制度目的难以实现。

第三,参与度在因果关系模糊的情形下被误用。适用诊疗损害责任参与度的前提是诊疗行为与患者损害具有因果关系,构成诊疗损害责任,然而司法实践却与之相异。如在“中国医科大学附属第一医院与王志民医疗损害赔偿纠纷案”中,判决书中提到,“经王志民申请,一审法院委托天津迪安司法鉴定中心对医大一院在王志民诊疗过程中是否存在诊疗过错、因果关系以及参与度进行鉴定,鉴定意见为:医大一院对被鉴定人王志民诊疗行为存在诊断依据不充分的过错,有误诊可能性,不能排除与王志民化疗结束后未获得

<sup>①</sup>广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终2943号民事判决书;吉林省长春市中级人民法院(2020)吉01民终1336号民事判决书;新疆维吾尔自治区巴音郭楞蒙古自治州中级人民法院(2021)新28民终439号民事判决书。

<sup>②</sup>广东省清远市中级人民法院(2020)粤18民终3837号民事判决书。

<sup>③</sup>湖南省高级人民法院(2019)湘民再717号民事判决书。

CR(完全缓解)存在因果关系,原因力大小建议为同等原因”<sup>①</sup>。在“高睿与中国人民解放军总医院第八医学中心医疗损害纠纷案”中,判决书指出,“北京龙晟交通事故司法鉴定所出具《法医学司法鉴定意见书》,认定高睿肾移植术前血压控制不满意,第八医学中心缺少该风险的告知,存在过错;第八医学中心病历记录存在错误与不完整;术后切口疝考虑为手术并发症,无明显过错。综上,第八医学中心在为高睿诊疗过程中未尽告知义务、病历书写不规范,存在过错,与高睿的损害后果存在一定程度的因果关系,建议责任程度为轻微责任”<sup>②</sup>。因果关系是责任承担的本质因素<sup>③</sup>。因果关系不成立,责任无从谈起。因果关系不仅是归责的基础,也是民法上“为自己行为负责”原则的基本要求,不仅仅具有确定责任范围的功能,而且还具有确定责任成立的功能<sup>④</sup>。因果关系包括“责任成立上的因果关系”和“责任范围上的因果关系”,讨论受害人的特殊体质是否减轻赔偿责任已经是第二层次的因果关系问题<sup>⑤</sup>。诊疗损害责任参与度属于确定责任范围的范畴,在侵权责任成立的前提下才有适用可能,诊疗行为与患者损害之间是否具有因果关系应当予以明确。“不能排除与损害后果存在一定因果关系”、“在一定程度上存在因果关系”等表述的模糊性表明因果关系认定的模糊性,医疗过失行为是否是损害发生的原因并不明确,以原因力名义导致的因果关系全面虚无的情形无限度地扩大了医方责任的范围,其结果是要求医生不得有任何过失,否则即便该过失与患者所遭受的损害结果无关,最终也难逃被追责的后果<sup>⑥</sup>。在此情形下适用参与度规则违背了该制度的初衷,导致医疗机构责任的不当加重。

诊疗损害责任纠纷参与度的司法适用扩大了法医学上参与度的内涵,将过错、过失行为原因力和客观因素作用力都纳入其中,旨在用参与度来发挥责任划分的作用,但由于存在概念不清、过度向过错要件倾斜、因果关系模糊等问题,反而造成了对参与度的滥用,加重了医疗机构的责任。

#### 四 参与度的概念厘清

##### (一)法医学上的参与度不同于诊疗损害责任参与度

医疗损害鉴定经历了以技术鉴定为主导的鉴定方式、技术鉴定与司法鉴定并行的双轨制鉴定方式和统一适用司法鉴定方式的三个阶段。在《医疗事故处理办法》和《医疗事故处理条例》时期,医疗损害鉴定处于以技术鉴定为主导鉴定方式的阶段。1987年《医疗事故处理办法》第十三条规定医疗事故鉴定机构为卫生行政部门组织的医疗事故技术鉴定委员会,其鉴定是处理医疗事故的依据。尽管2002年《医疗事故处理条例》第二十条将鉴定主体改为医学会,但并没有改变医疗损害鉴定的技术鉴定性质,而医学会所出具的医疗过失行为是否构成医疗事故的鉴定结论,在实质上成为责任认定的依据,极大程度决定了诉讼成败。医学会与医疗机构“同行加近邻”的关系使得鉴定结论呈现出偏袒医疗机构的倾向,患者难以获得充分的救济<sup>⑦</sup>。在《医疗事故处理条例》颁布的第二年,最高人民法院为了让难以得到《医疗事故处理条例》保护的患者获得民事侵权规则的保护,通过《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》,确立了医疗损害鉴定双轨制,使得医疗损害鉴定进入了技术鉴定与司法鉴定并行的双轨制阶段。2009年《侵权责任法》的颁布统一了医疗损害责任诉因的适用,2010年《最高人民法院关于适用〈侵权责任法〉若干问题的通知》的公布明确了医疗损害责任适用司法鉴定,使得医疗损害鉴定过渡到统一适用司法鉴定方式的阶段,医疗损害由司法鉴定机构进行鉴定。医疗损害司法鉴定由法医学专家负责,如前所述,法医学的鉴定是客观的因果关系鉴定,参与度是对各个原因引起损害的作用程度的客观确定。然而,由于司法解释规定将过错一并交给司法鉴定机构鉴定,使得法医的鉴定实质已并非事实原因力的鉴定,而是责任划分。法医学鉴定专家在适用参与度时也混淆了法医学上的参与度和诊疗损害责任参与度,参与度属于客观的范畴,鉴定专家本应分别鉴定诊疗

①辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽01民终1347号民事判决书。

②北京市第一中级人民法院(2021)京01民终1591号民事判决书。

③Jules L. Coleman, “Tort Law and the Demands of Corrective Justice,” *Indiana Law Journal* 67, issue 2 (1992): 349.

④王利明《侵权责任法研究(第二版)》,中国人民大学出版社2018年版,第383—385页。

⑤程啸《受害人特殊体质与损害赔偿责任的减轻——最高人民法院第24号指导案例评析》,《法学研究》2018年第1期,第73页。

⑥满洪杰《医疗损害责任因果关系虚无陷阱及其化解——兼评法释[2017]20号第12条》,《法学》2018年第7期,第92页。

⑦乔世明《论〈医疗事故处理条例〉之完善》,《法律适用》2004年第1期,第2页。

行为参与度系数和过错大小,再给出综合的责任比例,而鉴定专家却将过错因素也纳入了参与度,其出具的鉴定意见中所指的参与度实质转变为了责任划分。同时,由于法医学上鉴定的只是事实原因力并非法律原因力,这一事实原因力与过错结合鉴定出的参与度与法院所期待的责任认定存在偏差,进一步造成了司法适用的混乱。

## (二)参与度的考量因素包含可归责行为和不可归责客观因素

法医学的参与度是对事实原因力的确定,但其在适用时对受害人正常体质特征作了预删除。受害人的正常体质特征是指处于受害人年龄阶段的普通人所具有的正常波动范围内的体质特征。法医学认为受害人具有的未达到病变程度的个人体质或者个人特殊体质是不应纳入参与度考虑范围的<sup>①</sup>。法医学上的参与度以伤病关系为基础,因此未达到病变程度的受害人体质实质是非特殊的处于正常波动范围内的体质,是受害人正常体质特征,不在参与度中予以考虑。由于参与度在法医学和侵权法上都得以适用,极易造成对“特殊体质”理解与适用的偏差。在法医学上,符合诊断标准能够认定为伤或病的因素在参与度评定中予以考虑,而并不特别关注个人体质因素<sup>②</sup>。因此,像“蛋壳脑袋”这类达到病变程度的体质在法医学上称为“病”,在评定参与度时予以考虑,而属于受害人所处年龄层波动范围而未达到病变程度的正常体质特征在评定参与度时不予考虑。

法医学上的参与度包含了对可归责行为和不可归责客观因素的考虑。可归责的行为包括加害人的加害行为、受害人的过失行为以及造成受害人已有损害的侵权行为,而不可归责的客观因素则包括受害人特殊体质和自身疾病。受害人特殊体质是指受害人所具有的足以达到病变程度的体质,最典型的例子即为“蛋壳脑袋”。受害人自身疾病是指受害人遭受加害人侵害之前本身已经患有的疾病。可归责行为适用数人侵权责任分担规则,就不可归责客观因素,由于法医学的参与度是对事实原因力的认定,因此其可以减轻参与度。而参与度适用于具体侵权案件中需要法官根据侵权法规则予以甄别。

我国法医学上,参与度的适用与伤病关系密切关联<sup>③</sup>,因此符合诊断标准达到病变程度的客观因素都是减轻参与度的考量因素,即达到病变程度的“蛋壳脑袋”类受害人特殊体质<sup>④</sup>和自身疾病是减轻参与度的因素。在侵权法上,比较法对于受害人特殊体质或者自身疾病等因素能否减轻赔偿责任的问题原则上多采纳否定的立场。例如,美国法院在1911年的 *Mc Cahill v. New York Transportation Co.* 案中确立了蛋壳脑袋规则。在该案中,被告的出租车不慎撞上了原告的法定被继承人,两天后该被继承人死于震颤性谵妄。法院判定被告对原告的被继承人的死亡负有责任。这一规则已经得到了普遍采纳。根据该规则,被告要对原告的所有损害承担责任<sup>⑤</sup>。美国《侵权法重述·第三次·物质与精神损害责任》第三十一条规定,“如果行为人的侵权行为对一个人造成了损害,该损害由于此人先前存在的身体或精神状况或其他特征而大于或不同于可以合理预期的损害,该行为人仍然要为对此人造成的所有这类损害承担责任”<sup>⑥</sup>。德国联邦最高法院认为,“伤害了健康状况本就不佳者的人不能要求他在假设受害者是健康时的法律处境”<sup>⑦</sup>。日本学者吉村良一主张,受害人对于自己体质造成的损害是没有责任的,基于受害人体质竞合的责任减免,必须限定在受害人明知存在这种体质却没有采取适当的措施的情况<sup>⑧</sup>。我国侵权法上对于受害人的特殊体质、自身疾病等因素能否减轻赔偿责任有不同的观点。《医疗事故处理条例》第四十九条第三款明确规定“医疗事故损害后果与患者原有疾病状况之间的关系”是确定医疗事故具体赔偿数额的考虑因素,采取了肯定的立场,张新宝教授亦主张根据该款规定确定加害人的赔偿责任<sup>⑨</sup>。然而,最高人民法院2014年发布的第24号指导案例

①夏文涛《〈人体损伤致残程度分级〉鉴定原则及其实践中有关问题的探讨》,《法医学杂志》2019年第1期,第102页。

②百茹峰等《法医学》,中国政法大学出版社2019年版,第201页。

③《人体损伤致残程度分级》(2017);《人体损伤程度鉴定标准》(2014)。

④在法医学上,达到病变程度的特殊体质即是疾病。

⑤文森特·R.约翰逊《美国侵权法(第五版)》,赵秀文等译,中国人民大学出版社2017年版,第99—100页。

⑥爱伦·M.芭波里克《侵权法重述纲要(第三版)》,许传玺、石宏、董春华等译,法律出版社2016年版,第194页。

⑦克里斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法(下卷)》,焦美华译,法律出版社2001年版,第580页。

⑧吉村良一《日本侵权行为法(第4版)》,张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第131页。

⑨张新宝、明俊《侵权法上的原因力理论研究》,《中国法学》2005年第2期,第98页。

“荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案”却采纳了否定立场。法院认为,交通事故受害人没有过错,其体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任的法定情形。第 24 号指导案例发布之后,司法实践中依然出现了支持根据受害人特殊体质因素减轻医疗机构责任的判决<sup>①</sup>。亦有学者主张考虑受害人的特殊体质、疾病等因素减轻侵权人责任。杨立新教授主张在医疗过失赔偿责任中,医疗过失行为与其他因素例如患者自身的疾病原因共同结合造成了同一个医疗损害后果,医疗机构仅对自己的过失医疗行为所引起的那一部分损害承担赔偿责任,对于患者自身原因等引起的损害部分不承担赔偿责任<sup>②</sup>。郑永宽教授认为,要求加害人对具有特殊体质受害人所遭受的所有可预见或不可预见损害负责,自其论调的绝对性而言,本身的妥当性值得怀疑。医疗损害中,患方或无过错,却仍须自行承担自身疾病发展通常不可避免的部分或比例损害<sup>③</sup>。梁清法官认为,对于医疗责任事故中受害人病的因素与医疗过失行为共同造成损害结果的,为了鼓励医学事业的进步发展,防止医院过于保守的治疗,加害人仅对其过失行为原因力范围内造成的损害承担赔偿责任,不对受害人原有疾病造成的损害承担责任<sup>④</sup>。

侵权行为与受害人自身体质、自身疾病等因素结合,导致受害人遭受损害后果时,侵权责任不因受害人自身体质、疾病等因素而减轻。这是因为,受害人体质以及自身疾病是客观存在的,是一种既存的事物状态<sup>⑤</sup>,仅作为侵权行为发生时的环境因素对损害后果产生了客观作用,受害人对此不可归责。同时,侵权人实施加害行为,应当预见到受害人可能有特殊体质或者患有疾病,即侵权人不能要求受害人皆为身体健壮的健康人,受害人的生命健康利益因侵权行为受到损害,以受害人的特殊体质、自身疾病等因素的作用减轻赔偿责任是对侵权人的不正当保护。侵权行为法旨在权衡行为自由与权益保护<sup>⑥</sup>。若依受害人自身体质、疾病等因素减轻侵权行为的责任,不仅会对身体脆弱之人的正常社会活动自由产生不合理限制,也难以有效实现对侵权行为发生无过错的受害人损害的填补和对侵权行为的预防<sup>⑦</sup>。受害人所具有的体质,不论是处于其年龄的正常波动范围,还是像“蛋壳脑袋”这样达到病变程度的特殊体质,都是客观的,受害人对其体质的存在不具有可责难性,仅因受害人体质特殊就要求其分担由加害人造成的损害并不公平。而就受害人自身疾病因素,尤其是在诊疗损害领域,患者都是有病在身的,若基于疾病的作用减轻医疗机构的责任将导致患者仅能获得部分赔偿,难以实现侵权责任的救济功能。综上所述,法医学的参与度适用预先排除了受害人正常体质特征,达到病变程度的特殊体质和自身疾病能够减轻参与度,而侵权法上的诊疗损害责任不因受害人自身体质、疾病因素而减轻,详见表 1。

表 1 患者正常体质特征、达到病变程度的特殊体质和疾病在法医学参与度和诊疗损害责任范围上的认定

类型	法医学	侵权法上的诊疗损害
正常体质特征	不纳入参与度评定	体质因素为不可归责客观因素,不减轻侵权责任
达到病变程度的特殊体质	构成疾病,减轻参与度	特殊体质仍为不可归责客观因素,不减轻侵权责任
疾病	减轻参与度	基于法律因果关系不减轻侵权责任

参与度概念的出现,要求明确区分不同因素对于损害后果所产生的作用。我国法医学界采用“参与度”的翻译,体现了这一概念的中立性,即参与度的确定既考虑过失行为的原因力,也考虑疾病等不可归责客观因素的作用程度。然而,由于法医学上的参与度与诊疗损害责任参与度不同的内涵造成了理解和司法适用的困难,并引发了对参与度存在合理性的争论。如杨立新教授认为,原因力概念已为世界各国侵权行为法所认可,具有使用的广泛性和普遍性,并且有着严格的界定,在使用中不会发生歧义,因而,不宜用损害参与度

①湖北省十堰市中级人民法院(2017)鄂 03 民终 556 号民事判决书;安徽省合肥市中级人民法院(2014)合民一终字第 00571 号民事判决书。

②杨立新《中国侵权责任法研究(第三卷)》,第 362 页。

③郑永宽《医疗损害赔偿中原因力减责的法理及适用》,《中国法学》2020 年第 6 期,第 88、91 页。

④梁清《原因力研究》,人民法院出版社 2012 年版,第 261 页。

⑤H.L.A. 哈特、托尼·奥诺尔《法律中的因果关系(第二版)》,张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 156 页。

⑥王泽鉴《侵权行为(第三版)》,北京大学出版社 2016 年版,第 7 页。

⑦程啸《侵权责任法(第三版)》,法律出版社 2021 年版,第 810 页。

的概念来替代原因力的概念<sup>①</sup>。诚然,参与度与原因力有着相似之处,但法医学上的参与度是作出了预删除的事实原因力,不能完全等同于原因力。在医疗损害中,法医学专家的鉴定将为法院作出判决提供有力的依据,而参与度是源自法医学的概念,法医学上的参与度内涵及其合理运用具有重要的意义,因此笔者建议将参与度概念回归到法医学的含义,将其定义为过失行为或者疾病等客观因素对于损害的作用程度。

## 五 参与度的司法适用

### (一)适用参与度应以因果关系成立为前提

因果关系的成立是归责的基础,是参与度得以适用的前提。当前司法实践中模糊因果关系的做法造成了对参与度的误用。“不能排除与损害后果存在一定因果关系”、“在一定程度上存在因果关系”等判决书中的表述体现出因果关系的模糊,在此情形下难以认定侵权责任,并无适用参与度的余地。法院在因果关系不明确的情形下适用参与度,是对参与度的滥用,体现出法院对于参与度没有正确的理解,同时也表露出过度向患者倾斜的实践倾向。患者在诊疗活动中受到损害,应当获得合理的救济,但司法实践同样不得造成对医疗机构的不公。在诊疗损害责任中适用参与度是为了更合理地确定侵权人的责任范围,而不应当被法院作为无限扩大医疗机构责任的手段,违背参与度的初衷。只有在诊疗行为与患者损害之间具有明确的因果关系、构成侵权责任的情形下,法院方得适用参与度,由法医学专家进行参与度鉴定,为合理确定医疗机构的责任范围提供依据。

### (二)法院应当对司法鉴定机构的参与度鉴定意见予以甄别

法院和鉴定机构应当统一使用“参与度”的术语,避免因术语表达不一致造成适用上的困境。法医学的参与度鉴定是对客观因素作用程度的鉴定,减轻参与度的因素中包含了可归责的过失行为和不可归责的特殊体质、疾病因素,法院在适用时应当作进一步区分,对参与度作出符合侵权法规则的调整。重新审视《医疗损害责任司法解释》第十一条第二款第二项的规定,鉴定机构按照法医学上的参与度规则作出鉴定,鉴定意见所表述的是诊疗行为的原因力大小,在诊疗行为之外,导致损害结果发生的可能包括患者过失行为、其他侵权行为等可归责过失行为和患者特殊体质、自身疾病等不可归责因素。对于鉴定机构而言,这两类不同性质的因素都可以减轻诊疗行为的原因力,法院在确定侵权责任时应当对这两类因素予以区别,不可归责因素的作用不能成为减轻侵权责任的事由。在可归责过失行为中,通常包括侵权人的侵权行为和受害人的过失行为,如受害人此前遭受了他人的侵害,则还应当包括造成受害人已有损害的侵权行为。具体而言,可归责过失行为包括三个方面。第一,侵权人的侵权行为,如医疗损害中医务人员的诊疗过失行为。在多个侵权行为叠加的情形下,如最为典型的受害人遭受交通事故后又在医疗机构就医时因诊疗过失行为遭受了损害,或者多个医疗行为叠加造成患者损害,则涉及数人侵权责任分担规则的适用。数人侵权责任分担规则在本质上是分配正义的实现<sup>②</sup>。第二,受害人的过失行为。当受害人存在对自己的过失<sup>③</sup>,如在医疗侵权中,在患者未能尽到保护自己的普通注意以及患者未能充分信任医务人员的能力等情形下,有共同过失的适用<sup>④</sup>。患者对于自身体质或者疾病的存在有明知或者不知两种情形,在患者明知自己有某种体质特征或者疾病的情形下,合理尽到对医务人员的如实告知义务即可,只有当患者明知自己有特殊体质或者患有疾病且能够采取合理的措施避免或者减轻损害却未能采取措施因而具有过失时,方能减轻医疗机构责任。第三,受害人此前遭受的侵权行为。如受害人的损害结果因之前的侵害行为加重,则可基于此减轻侵权人的侵权责任。不可归责客观因素通常包括受害人的特殊体质或者疾病。对于受害人而言,不论是其具有的特殊体质或是疾病,受害人对此都不可归责,侵权责任不应当因此而减轻。厘清参与度的意义在于,通过明确区别可归责行为和不可归责客观因素对损害的作用程度,将受害人自身体质、疾病排除在减轻侵权人责任的考量因素之外,从而更为合理地确定侵权责任,保护受害人的合法权益,实现有效救济受害人和预防侵权行为的目標。

①杨立新《中国侵权责任法研究(第三卷)》,第363页。

②王竹《侵权责任法疑难问题专题研究(第二版)》,中国人民大学出版社2018年版,第192页。

③王泽鉴《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第309页。

④Diane Shelby, "Contributory Negligence in Medical Malpractice", *Cleveland State Law Review* 21, issue 1(1972):58.

### (三)参与度鉴定与过错鉴定应当分别进行

参与度是为确定过失行为或者其他因素对于损害结果的作用程度而产生的概念,对于鉴定机构而言,参与度鉴定是客观的因果关系鉴定。然而,由于司法解释规定将过错也交由鉴定机构鉴定,在当前的司法实践中,鉴定机构实际上承担了确定责任比例的职能,在适用上扩大了参与度的内涵。而法院通常径直根据鉴定机构给出的参与度比例作出裁判或者依据具体案情作出细微的调整,并未注意到二者对参与度理解的差异。医疗损害鉴定中实质包含了两种不同性质的鉴定,即参与度鉴定和过错鉴定。参与度鉴定是对诊疗行为等过失行为和疾病等因素在损害中发生的作用程度的客观确定,而过错鉴定是对医务人员和患方过失程度的确定,是临床医学专家更为精通的领域。目前参与度在司法实践中的适用困境,一定程度上是由于法院将两种性质不同的鉴定都交给了司法鉴定机构造成的。因此,为了合理适用参与度,可以考虑成立由法医学专家和临床医学专家共同构成的医疗损害鉴定机构,法医学专家负责参与度鉴定(对应《医疗损害责任司法解释》第十一条第二款第二项),医学专家负责诊疗过错鉴定(对应《医疗损害责任司法解释》第十一条第二款第一项)。鉴定机构在参与度鉴定的基础上将之转化为法律原因力,并与过错鉴定结合出具责任认定意见。鉴定机构向法院出具的鉴定意见,应该包括参与度鉴定意见、诊疗过错鉴定意见以及责任认定意见,由法院根据法学专业知识和具体案情判断是否作出必要的调整,从而合理确定医疗过失行为的责任。

## Concept Clarification and Judicial Application of Contribution Degree in Medical Damage

Wang Zhu<sup>1</sup>, Luo Yawen<sup>1,2</sup>

1. Law School, Sichuan University, Chengdu 610207, China

2. West China School of Nursing, Sichuan University, Chengdu 610041, China

**Abstract:** Contribution degree in forensic medicine is confused with contribution degree of liability for damages caused by diagnosis and medical treatment in tort law and it substantially plays a role of division of responsibility in judicial practice. Contribution degree in forensic medicine is factual causative potency with advance deletion, taking accountable negligent acts and unaccountable factors such as special constitution and illness into consideration, however, tort liability cannot be mitigated due to the effect of unaccountable factors on damage. The expert opinions submitted by the identification organization to the court should include opinions on contribution degree, on the fault of diagnosis and medical treatment, and on the determination of responsibility. It is up to the court to decide whether or not to make necessary adjustment based on legal professional knowledge and specific cases so as to determine the responsibility for medical negligence acts reasonably.

**Key words:** contribution degree; forensic medicine; causative potency; liability for damages caused by diagnosis and medical treatment; eggshell skull rule

[责任编辑:苏雪梅]