

醫療責任的選擇性體制¹

Carla Gonçalves
澳門大學法律學院講師

I 民事責任法律制度本身的限制

1. 問題的提出

儘管行醫是以促進病人的福祉為依歸，有時亦難免會對某些人造成損害。事實上，不同的因素皆會導致醫療事故的發生。²

譬如有些情況下，即使一衛生界別的醫護專業人士與科技的發展完全同步，也可能產生損害。倘若我們同時亦考慮到醫學並非一門精密的學科，且病人所表現的病理特性並非一定與書本上所載的一樣時³，而病

¹ 本文於2005年由作者於科英布拉大學法學院生物醫學法中心修讀醫學法學位後課程時，在André Pereira碩士指導下所完成的一項研究（原文以巴西葡語撰寫）。

² “意外”一詞，無論是否醫療的，其範圍可因不同因素而變化。直觀之，儘管類似一項無過錯的事件，事實上嚴格來說並非常常如此。譬如在“車輛碰撞”中，即使事情的發生可以歸責於某一司機的過錯行為，我們仍稱之為交通意外。在醫療意外中，是否適用同一邏輯？驟然觀之，似乎甚是。根據Santiago Segura於“醫學字源學字典”中將意外（*accidente*）定義為“不可預測的事件，特指不好的事件，使一疾病的自然發展非因本身特有的元素變得複雜，又或在外科手術中的突發現象（*acontecimiento inesperado, especialmente de carácter nocivo, que complica el curso natural de una enfermedad, sin ser específico de ella, o se presenta de improviso en una operación quirúrgica*”詳見2004年，Deusto 大學，Bilbao出版社，《醫學字源學字典》第249頁。）這裡，並沒任何提及過錯的部分。

然而，必須強調的是，學術上對這一問題正爭論不止。有時候，“醫療意外”會被冠以狹義的解釋，只指一些不論過錯的損害性事件（例如下述的法國新法和比利時立法提案對這一詞的解釋）。有時候，“醫療意外”這詞又被冠以較廣的定義，同時包括過錯和非過錯的情況。我們這裡也是以這種解釋為準則。因此，正如以上所述，在使用“醫療意外”一詞時，我們會避免對行醫的專業行為作負面的評價，儘管我們得承認，這概念可包括醫療上的疏忽行為。

³ 根據ANTÓNIO VAZ CARNEIRO醫生所指出：“倘我們以醫學的書本查找任何一疾病的定義時，可以見到一連串的徵狀和病徵，那是根據相同病理群統計作成的，但肯定的是在地球上沒有任何具有所有這些病徵的疾病（詳見里斯本，律師公會書籍印刷中心，2003年11/12月第29期《律師公會公報》第59頁，《醫療實務的複雜性：以風險和不確定為基礎的分析》）。

人對外來的刺激的反應也不一樣，因此甚少得到唯一的療法。可見，醫療工作並非如我們想像般易於控制。

另一方面，肯定的是，醫療意外亦可以由相關專業人士錯誤所引致⁴。不過，在進入這範疇的分析中，宜重申兩點不同的情況，其實際影響同樣各異：首先，是行醫的人性化，醫生再不是如過往般被視為半個神仙，同時，這進程亦帶出了衛生界別的專業人士本身的弱點，繼而承認醫生，以致任何的專業人士均可在其職業中犯上錯誤。

不過，這裡必須區別可寬恕和不可寬恕的錯誤。總的來說，錯誤本身並不引致法律的責任。事實上，跟其他國家一樣，葡國《民法典》是以主觀責任為原則的，以致侵害人的過錯的認定是整個責任後果討論的中心⁵。根據《民法典》第483條1款規定：“一、因故意或過失不法侵犯他人權利或違反旨在保護他人利益之任何法律規定者，有義務就其侵犯或違反所造成之損害向受害人作出損害賠償。”

另一方面，不可忘記的是，評價過錯的法律準則為善良家父。善良家父並非一個超逾好與壞的、無可責備的人。相反，法律所要求的盡力

⁴ 正如“醫療意外”術語的不同解釋，在“醫療錯誤”中各學者也有不同的見解。如VAZ RODRIGUES指出：“所謂錯誤，就是知悉（包含意思和適當注意的知悉）與行為或不作為之間的不相符，並可能導致一定後果（詳見里斯本，律師公會書籍印刷中心，2003年11/12月第29期《律師公會公報》第54頁《醫生錯在那裡？》一文）。

技術上，在民事責任中，尤其考慮到主觀民事責任的一般規則，所以比談錯誤更有意義。除卻這考慮的真確性，似乎醫療錯誤亦藉得我們作獨立的分析。最少因為兩個原因，第一，即使沒有過錯，仍可有醫療錯誤（這就是所謂的可寬恕的過錯）。ANA PRATA曾指出，所謂可寬恕的醫療錯誤，就是“一個人即已盡力，仍會犯的錯誤（《法律字典》第三次版（修訂及最新版），科英布拉Almedina出版社，1995年，第427頁）。第二，就是具過錯的錯誤與無過錯的錯誤的分界線，並非想像般容易定出，因而法院在審判醫生時亦具一定的彈性。另一方面，法院的確切性多少也是相關病者的補償機制的反映。例如在法國，在新解決醫療損害的制度生效之前，法院仍可對過錯的概念作彈性處罰，判單純錯誤（或沒有錯誤）的醫生敗訴。另一方面，隨著該國對病者賠償的混合制度的發展，法院在審查醫療衛生專業服務人員的過錯時重新嚴格起來，因為它明白到病者所受的損失可以由一個選擇性制度作補償（以下我們會再探討法國這新的制度）。

⁵ 廣義來說，過錯包括故意和過失。然而，排除衛生專業人士的過錯行為，一般大部分情況都為過失和非故意的行為，因為很少醫護專業人士會以自己的職業去傷害病人。儘管如此，在民事效力上，故意和過失的分別在於處罰責任的不同。最大的區別，主要是在民事責任上，法官可以對過失責任者處以低於所生損害金額的損害賠償。須指出的是，儘管以過錯為依據的責任制度是自十八世紀末因應農業及手工業社會中的損害行為事件而設立，該制度仍主導著現今大部分的民事責任的訴訟。事實上，我們這樣說不是為了批評一個多年以來的舊規定的存續，相反，倘社會和立法的發展方向是繼續肯定以民事責任為主體的話，理據亦十分充足。

注意程度，只是一個平常人在具體情況下的行為⁶。

把這一邏輯套進醫學界中，我們不難理解到何謂一個平常的醫生，他跟善良家父相同，一樣會犯錯。不過，並非一切所犯的過錯在法律上具有相同的重要性，或說，只有對病人造成的損害是源自醫生過錯行為的，才會受到法律的約束⁷。不過，得強調的是，“在醫生行業中，對醫生的要求會因一般醫生或專科醫生而有所分別。對一般醫生所要求的是行業中的一般知識，而對某一特定專科醫生，則要求的知識比一般醫生為多。當對相關專業知識要求越多，犯錯的範圍亦越廣⁸。”

最後，亦需知道分辯不可及可宥恕的錯誤並非容易的工作。而且，每個具體個案的各個細節，我們都需特別留意。當中的複雜程度，思考以下的問題便不言而喻：倘一名醫生為病人開出某一特定的藥，但沒貼上標籤，而病人隨後服用該藥後死亡，大概我們會立即說醫生有過錯。

在實際個案中，這也是紐西蘭法院最終對一名醫生作有罪判決的立場。或許，我們應該具體一點指出已發生的關鍵事實：在一次外科手術中，麻醉醫生單獨地履行其術後的觀察義務。在得悉病人缺氧的情況下，在慣常的架上取出指示的藥物對其進行復甦（dopran），可是因誤會最終卻在存放該藥的地方，取用了不同的藥物（dopamine）⁹。儘管損害不可挽救，我們是否又可以提出該醫生的行為的注意程度，比在當時環境下的普通的一個醫生所應有的注意程度較低？似乎，答案並非如我們最初所想像的明顯。

⁶ 根據PIRES DE LIMA及ANTUNES VARELA兩位作者對《民法典》第487條2款的註釋中：“善良家父的表述，較強調良好公民（*bônus cives*）的倫理或道德，而並非純統計標準中的平常的人”。即當所要求者為良好教育的人和健全時，審判者並不受約於可能已司空慣見的不慎、大意或疏忽的行為的考慮（1987年科英布拉《民法典》註釋第1冊，第4次經修訂及更新版，第488至499頁）。

⁷ LESSEPS LOURENÇO DOS REYS在對一個普通醫生所需的盡力標準的見解為：“並非一個高度專業和豐富經驗的醫生的行為，而是一般醫生，在相同資格和資源配置條件下，所應盡的努力的行為（參見《里斯本醫學院雜誌》年9/10月出版第III組第5冊第5期第309頁《醫生的民事責任》一文）。

⁸ 據 ALMEIDA, José C. Moitinho de, ... 1972年保險法國際協會葡文部《醫生的民事責任和保險》所述的學者ALBERTO CRESPI。

⁹ 這是RUI CASCAO於科英布拉出版社於2004年科英布拉《葡國衛生法雜誌》第1年第1期第97至106頁《醫學法律》部分中的“民事責任和衛生安全”一文所舉的例子。在另一個類似的個案中（其詳細情節不同），葡國法院判藥劑師就未處方的藥物的出售，對受害人作賠償。

自然而言，疏忽過失的計量機制應在這過程當中協助法院，不過，醫生不只是違反行業手則或診療機構最佳實務規條協訂時，才構成醫療錯誤。當醫生侵犯病人同意的自由決定時，同樣也構成醫療錯誤，即使手術所採用的是符合最先進的科學和技術亦然。事實上，違反通知義務本身可以使醫生被判罪，即使在術後病者的健康狀況好轉^{10/11}。

有見解認為，以沒有得到病人在知情下的同意的事實，來判罰一個在技術上不可責備但欠適當尊重病者知情權的醫療專家，可為相關責任制度另闢蹊徑。

這見解很多時是與民事責任如工業般濫用的恐懼相連。儘管在這裡並不主張動輒對醫護專業服務人員判懲，但得承認的是“沒有不用原材料的工業，甚至可以說現今涉民事責任的司法個案雖多，但不公平損害的個案更多¹²。”當然，倘大部分國家都如北美過去般，走向接納無節制的民事責任追討的道路¹³，上述的恐懼亦不無道理。然而，這似乎並非現時的趨勢¹⁴。

回到最初病人在知情下的同意的問題上，我們不認為判罰沒有得到病人在知情下的同意的醫療行為，可以成為責任機制的另一可行的正確方向。在一般情況下，當醫生違反病人自決的自由時，便有過錯。但這並非指一直以來醫療程式的選擇均強差人意，只是當一名醫生未有履行解釋的責任時，病人的權利必然受到侵犯，因而當產生損害時病人必然可以提出訴訟要求賠償。

¹⁰ 更詳細的說明，可參閱 PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2004年於科英布拉出版社《生物醫學中心》的刊物第9期第121至128頁發表的“在醫患關係中知情下的同意”一文。

¹¹ 難題在於如何理解病者健康狀況改善發展的界定。有誰會比病人自己更清楚地考量到，究竟是延續生存至最後一口氣好，還是保持可能仍存在的的素質的生活好？

¹² 請參閱 Sergio CAVALIERI FILHO 2002年聖保祿 Malheiros 第3次版（修訂、新增和更新版）《民事責任計劃》第419頁。

¹³ 在美國醫學院（IOM）1999年的研究中發現，醫療錯誤是該國死亡的第八大原因之一，位列交通意外，乳癌和愛滋病之前。詳情可參閱 INSTITUTE OF MEDICINE - IOM REPORT, *To err is human: building a safer health system*, (Eds. Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, Molla S. Donaldson), National Academy Press, Washington, 1999, 第22頁。

有關該研究的感性和跨張部分，可參閱 PONCE, Pedro 於里斯本律師公會書籍出版社2003年11/12月發行的第29期《律師公會雜誌》第61至63頁的“醫療錯誤：診療視角”。

¹⁴ 2002年2月1日《Tal & Qual報》在一題為“生命無價”一文中指出，葡國越來越多對醫療機構的投訴，但獲判懲很少、獲判賠償的金額亦很低（約二或三千千度）-（詳情請參閱 GUIMARÃES, Patrícia 於2002年2月1日里斯本1128期《Tal & Qual報刊》一題為“生命無價”一文）。

總的來說，醫療意外可以由不同變數所產生，而並非每起意外均有醫護專業服務人員的過錯行為。但民事責任的法律制度就是專門救濟由過錯的行為所引起損害的機制，因而某程度上亦排除了無過錯損害於其保護範圍以外¹⁵。

2. 如何面對無過錯者的損害

上述分析，教我們得出不安的結論。

即一方面民事責任制度一般只是用來解決過錯行為所引起的損害。而另一方面，儘管引起病人受到損害的好一部分個案是源自不當行醫的個案，事實上大部分的醫療意外也是過失以外的原因所造成。

坦言之，防止醫療意外的發生不外乎要求醫護專業人士遵從一連串可促使提供醫護服務達理想的標準。即促使所提供的醫護服務可以實質地從數量上減少損害的發生，但我們不可因此而推定可完全排除損害的發生¹⁶。因此，有必要確保能逾越這行業所產生的損害後果。

然而，如何在民事責任上予以落實？

這裡所提出的問題使我們了解到這制度本身的一些限制，使我們了解到它的制度設計，並非是為了解決所有造成損害的事件¹⁷。在這些損害的事件中，民事責任制度並不能解決有關問題。嚴格來說，這些損害並非民事法律責任制度所欲解決問題的中心。另一方面，只有當涉及客觀民事責任的例外個案，無過錯的損害才可以透過民事責任的機制獲得賠償。

在醫療責任中，畢竟屬這例外制度的個案很少，但無補償的損害個案則很多。我們並不是以此認為應立法把客觀責任延伸適用於所有因醫療而造成的損害。這裡我們唯一要強調的，儘管這並非本題所建議的，是民事責任的制度並不能解決大部分的醫療意外問題。

但為何這一民事責任的桎梏在醫療責任中，比其他自由職業的責任明顯？

¹⁵ 排除這些損害屬客觀責任中例外的情況。

¹⁶ 當然這並不應以悲觀視之，以為其發生無可避免。這並非事實的全部。醫療意外的預防正與理想相符。然而，預防不代表“杜絕”有關預防醫療意外的方法論，可參閱 CASCÃO, Rui 上述著作第102至104頁。

¹⁷ 請記著，民事責任的法律制度，只能滿足受害人可以向侵害人返還所受損害。但是，古法諺“損失歸本權承受”（*casum sentit dominus*）仍指導著大部分國家損害賠償的邏輯。

在眾多的原因中，無可爭議的就是醫學技術的發展。當然這發展亦無疑地對行醫者帶來沉重的憂慮。引用António Vaz Carneiro醫生的一句話，“五十年前行醫，大家都認為那是有效、簡單和相對安全的。而所有醫生所需的都在一個小醫箱內。病人不質疑醫生做甚麼和應如何做，亦甚少參與”。¹⁸時至今日，醫療方法的選擇，層出不窮，醫療的檢測方法亦越漸進入透視人體的器官組織深處，製藥工業不停地發展出新的藥物，而所用的技術工具亦越見細緻。不過，科技的發展卻帶來了一連串的危險因素。譬如，當醫學在科技中發展時，最終行醫的風險也越高¹⁹。

我們這裡刻意用“風險也越高”一詞，以肯定醫療活動是一項風險的活動。醫療風險並不值得我們困惑，我們也完全明白到痛、病、死和健康變化原則上是人類本身必經歷的事情，而非醫療活動所引起的危險處境²⁰。醫療和風險亦是如影隨形²¹。

¹⁸ CARNEIRO, António Vaz 上述著作第57頁。

¹⁹ GENEVIÈVE VINEY 在發表有關這問題的見解時，指出“il n'est un mystère pour personne que les progrès de la médecine qui profitent à l'ensemble de la collectivité s'accompagnent d'un accroissement des risques créés par certaines techniques médicales, notamment par celles qui sont encore mal maîtrisées, mais qui sont parfois les plus prometteuses. Il est avéré également que les produits les plus efficaces sont généralement les plus agressifs et que les appareils les plus performants sont souvent les plus sophistiqués, ce qui explique que leur maniement soit délicat et risqué”(“Pour une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux”, in *Médecine et Droit*, n. 24, Elsevier, Paris, Mai.-Jun. 1997, 第1頁)。

²⁰ 請參閱 Miguel KFOURI NETO, 聖保祿2003年《法院雜誌》第5次版，第36頁“醫生的民事責任”一文。

²¹ 事實上“風險”概念本身亦非一個簡單的概念。常見的“風險”是與“危險”一詞相連，近代學術中一直嘗試把兩概念分開。在過往一段頗長的時間中，“風險”被視為“人類從某些活動所得的經濟報酬”(STARCK, B., “Domaine et fondement de la responsabilité sans faute”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tomo 56, Sirey, Paris, 1958, 第478頁)，因而引起*ubi emolumentum ibi onus*（誰收益誰承擔）的原則。據PERETTI-WATEL從歷史的角度解釋：“風險”在出海活動，而當時一切貨物於各國的流通，取決於航海家是否能戰勝茫茫大海。不過，該學者強調，“風險”一詞並非只是單純用來表達“危險”的概念（請參閱 *La société du risque*, La Découverte, Paris, 2001, 第6至7頁）。有學者認為“風險”為發展的主要面貌，而從某行業的發展是以它一直對風險控制的意圖來判別的（如民航的發展）角度來看，我們不得不認同這一觀點。MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO 在分析“風險”一詞時，得出結論以為“從可能造成的財產類別的損害，可以識別法律上的各種重要風險”。簡言之，作為獨立的概念，風險對法律制度構建的用途不大，它的含意往往取決於所處的環境和所屬的範疇（可參閱1988年於里斯本出版社《里斯本法學院雜誌專刊》第61頁中“有關一般合同條款和風險的概念”一文。）簡單地說，就是不可以反推斷所有涉“風險”的情況，均為風險責任制度所規範。

行醫本身的風險事實上並不難理解，因它涉及的是一門不確切的學科，同時混有已知和未知、可解釋和不可解釋的知識，身與心、進步科技和真正的技藝。無論從哪一個角度看，風險均為醫療行業本身的制約和掌控它的措施的發展的條件²²。

誰能說醫療活動不是每天對風險的考量？是選擇在醫學常規上完全可行但對病者具體個案是災難性結果的風險；是病者的症狀使人不能相信有其他的化驗解釋結果，是依據化驗結果不能正確反映病者身體狀況的風險；是在眾多藥物中選用可能會產生不尋常的副作用的藥物的風險；是明白到在醫院內會受到感染但仍選擇讓病者留醫的風險。繁此種種，更莫論醫護專業服務人員純粹疏忽所引起的風險²³。

特別要提出的是，行醫本身就衛生護理服務的相對人即病者潛伏各種可能造成損害的風險。作為服務提供者的醫生，最大的風險不單是這些損害的產生，而是可能成為彌補這些損害之訴的對象。

既然我們認為醫療活動是一項具風險的活動，以風險為依據的客觀責任不就是最適合這問題的解決？

不過，醫療活動是一項具風險的活動，不代表這風險責任可以一刀切地適用於整個醫療活動上。正如有人以為我們正生存於一個危險的社會

²² 從一個樂觀的角度來看，期望在不久將來醫學可（如其他學科般）更大範圍控制自身的風險。然而，不要忘記，醫學發展的界限是與人類的創意界限同樣寬闊，亦即儘管有道德和法律的界線存在，前路仍然廣闊。亦即儘管今天的風險會在將來得到控制，很可能新的風險仍會出現。

有關風險作為醫療活動的更多資訊，可參閱SANTANA, Bianca Ferreira及SOUZA, Camilo Matos Cavalcante de 的於2004年9月於科英布拉生物醫學中心的醫學學位後論文“醫療活動的民事責任保險”。

²³ 與其他一般的職業不同，在醫學上一點的不小心可能會引起致命的後果。例如一醫生原向病者開出1.0微克的某藥，但在處方時卻寫上了10微克。儘管在正確和錯誤的處方上的差別只是一個“，”號（譯者按：中文習慣應為“.”點號，即1.0微克），這小疏忽的嚴重後果可想而知（INSTITUTE OF MEDICINE - IOM REPORT, 上述著作第46頁）。

從這一例子可以看出，即使在其他職業同樣會發生相同的事，其後果肯定無法比擬。而且，在其他的職業中大概可以得到恢復補救，又或只是引起經濟的損失。例如一名建築師，誤買了某一數量的物料，遠比實際需要多，致使存放物料的地方也即時呈現不足。但在藥物的過量，其負面的後果會發生在病者本身的組織上。

^{24 / 25}，但不代表風險責任的個案正從比例上增加。可以說，儘管風險的情況越趨普遍，客觀責任將繼續屬例外的情況。而且，窮極思考風險的概念，我們不難理解到，基本上任何社會活動都必然存在著對風險的容忍。

這理解在醫療責任上不難明白。所以即使醫療活動被視為一項高風險的行業，具體的客觀醫療責任個案也不會比比皆是^{26 / 27}。

²⁴ 風險社會概念的提出，可追索到德國社會學家ULRICH BECK的一個有關這課題的重要著作，當中探討了社會現代化和風險所帶來的問題。更多的資訊，可同時參閱BECK ULRICH “*Risk society: towards a new modernity*”, Mark Ritter譯，Sage Publications, London – Thousand Oaks – New Delhi, 1986 (1998年重印版)。

²⁵ PERETTI-WATEL認為我們居於一個較安全但又更多危險的社會。事實上，風險的理解會隨著我們對因果關係的新的連繫能力增長而改變。為此，該學者舉出下例 “*pour se prémunir de tous les facteurs de risques connus du cancer, il faudrait adopter un régime alimentaire drastique, filtrer son eau, filtrer son air; limiter son exposition au soleil, éviter certaines matières pour ses vêtements, certains matériaux pour son habitation, tout cela en restant à l'affût des études épidémiologiques qui détectent régulièrement de nouveaux facteurs de risque, et sans être vraiment sûr d'avoir bien contrôlé tous ces facteurs*” (上述著作第16頁)。

²⁶ 但是，一直以來立法者偶然都會認為必須對醫療活動本身的風險，採取一項例外的客觀責任制度。儘管真正採取這一例外的客觀責任制度的個案並不多，如於葡國有醫學實驗，人體器官和組織的捐贈，把病者展露於幅射中，和某情況下醫生作為隊主管的責任等。

²⁷ 正如以上所述，曾指出風險和危險兩概念被普遍地以為屬同義詞（見上述第21項註釋），正好在《葡國民法典》第493條2款中對危險活動所引起的損害作了特別的規範，“二、在從事基於本身性質或所使用方法之性質而具有危險性之活動中，造成他人受損害者，有義務彌補該等損害；但證明損害人已按當時情況採取須採取之各種措施以預防損害之發生者除外”。

驟然分析，這規定適用於危險的醫療手術中，似乎並無重大的矛盾。最大的問題是，如何定出有關責任所需的危險程度來適用這一規定。但本身和手段性質均具危險性（及冒險性質）的醫療活動，是否這就足以引用上述的條文？在這觀點上，危險是醫療活動整體抑或部分科目的條件的延伸？

基於醫療活動本身的風險不一定要採用一項客觀責任制度，醫療活動本身的危險性也不一定導致所有醫學分科適用上述危險活動所產生的損害責任制度。不過，以上種種均使人相信《葡國民法典》第493條2款可用以包括醫學發展的負面效果。

宜指出的是，葡國把醫療活動視為危險活動，目的只是用作推定行為人的過失。正如PIRES DE LIMA 及 ANTUNES VARELA 所言“該有關一般危險活動的條文，是其中一項清楚地顯示出風險責任制度例外性質，因為法律容許過錯的舉證可以作為行為人責任的排除因素，即使相對於危險性質的活動，風險理論亦常被適用（上述著作第495頁）。

不過，可以肯定，推定過錯制度是處於主觀和客觀責任之間。而且，在危險活動所造成的損害，除過失的舉證責任倒置外，還要求行為人的盡力注意程度高於一般的人。排除賠償責任的證據要求，為顯示已作出了當時環境所需的一切防止造成損害措施（有關這點，可參閱 SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, 2000年於里斯本大學法學院碩士報告第60至63頁《客觀民事責任：風險責任制度中的新趨勢》。

最後，得澄清的是，很可能規範從事危險活動的法律在不久將來，於歐洲各國內會有所改變。即於2004年10月16日負責融合歐盟過錯責任各原則的歐盟侵權法小組報告中，結果將使異常危險活動置於客觀責任制度的約束（根據其第5:101, 2 條 “*An activity is abnormally dangerous if: a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and; b) it is not a matter of common usage*”）。

作為一項風險的活動，醫療活動的問題引出了社會風險的公平分配的討論。從另一角度來看，答案最少包括兩個主要的因素，其一必須思考誰應負責醫療意外受害人的補償成本問題²⁸，其二為其經濟面，否則風險公平分配便會成為一項純理論上的構想。

主觀醫療責任，儘管“從社會學角度來說較之具教育性和體現人類自由的價值：人類有權防止承擔責任而避免過錯行為”²⁹，結果卻加重了病者對醫學進步的負擔。主觀責任主義似乎是承認醫療活動實際上為一項風險的活動，但在缺乏已證或推定的過失行為時，受害者本身便要承擔該不幸的遭遇。

另一方面，客觀的醫療責任制度，似乎只可以在經濟角度以例外性質得到支持。假設它只是一般情況的例外，那麼這選擇從經濟上如何才可行？且把所有這門科學的風險都歸責於醫生，似乎亦不正確。倘若把這理念套於實踐中，很可能會引起防衛性的醫療手法的激增（產生災難性的經濟後果），更可能會使風險較高的醫學專業領域倒退（最終使病人本身受損）。

當然，今天存在的客觀醫療責任的情況，以及即將存在的客觀醫療責任情況，只屬例外性質，最終不會無區別的擴張有關制度的適用範圍³⁰。

但有何方法社會可以支援醫療本身的風險？抽象地說，大概這也是

²⁸ 有關這一點，請參閱 SANTANA, Bianca Ferreira及 SOUZA, Camilo Matos Cavalcante de, 上述著作第67至74頁。

²⁹ ALARCÃO, Rui de於1983年於科英布拉出版的《債法》一書（由J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá, J. C. Proença 代筆的複印本）第246頁。

³⁰ MICHAEL FAURE從經濟角度出發，認為主觀責任制度和客觀責任制度均能教人滿意地規範醫療損害補償機制。因此“ If strict liability is considered as a legal rule, which forces the injurer to compensate the damage of the victim irrespective of the care he took, the insurer will invest in care **to the point where** the marginal costs of preventive measures equal the marginal benefit in reduction of the potential loss. (...) An efficient outcome can, however, according to the literature also be reached under negligence rule as long as the legal system equals the due care (required under negligence) to the efficient level ” (“Comparative Analysis”, in *Tort and insurance law: cases on medical malpractice in a comparative perspective*, vol. 1, ... (集體著作Eds. Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2001, 第295頁)。然而，該作者亦承認客觀責任假定醫護服務的提供者，是可以因所需的預防措施避過相關風險。而且，該責任亦取決於醫護服務的提供者的財務能力，一般來說會採用強制保險的形式。相反，倘若不可以對受害人的補償作保障的話，客觀責任的實際應用便很少。在主觀責任方面，為使有關規定有效運作，法院需正確地運用。

一個好選擇，但在這門科學在實踐中所涉的風險是否可以透過傳統上對損害的民事責任救濟方式以外的方法解決？

3. 新視角

倘所欲救濟的損害是源自醫療意外，很可能有空間對各項資源作重新考量。事實上，我們所指的新視角，亦一點也談不上是新近的觀點。

並非今時今日Geneviève Viney才主張在醫療意外事宜需要有了新的立法。據這學者的見解，新立法不單對病者，也對醫生有利³¹。

嚴格來說，正如以上所述，一些國家已擁有對醫療損害補償的選擇機制，而有些國家則仍停留在對這問題反思的初始階段。

無可否認的是，在這所謂選擇性的機制中，有其創意的一面，且超出民事責任制度。可是，在大部分的個案中，傳統對被害主體的賠償機制，並非完全被分割開來，相反它往往可以與以不同形式對病者的救濟機制共存（甚至擔當著補充性質的共存關係）。

儘管這樣，對民事責任的研究仍繼續作為瞭解這制度創新部分的一個重要核心。而且，對醫療意外受害人採用一個新的機制，最終會在傳統

³¹ 對病者來說，是因為民事責任的規則往往對受害人是一個漫長的過程，意外對受害人的身、心和經濟均造成莫大的衝擊，受害人被迫面對專家們、保險公司等。這在若干年後，考量到損害的或然性和意外性，必然會流於程式（正如以上所述，法國學者一般把醫療意外和過錯行為分開，Geneviève Viney的主張也應包含在這見解內）。

對醫生來說，可以被判定為疏忽行為的事實，往往會影響到其專業適格聲譽的嚴重後果（儘管在財產上並未引致任何問題）。另一方面，倘醫療意外可直接從保險公司或保障基金中獲得賠償時，這對醫生來說是較有利，因為可以減低其行為對於聲譽的不利判斷（上述著作第1頁）。

除了對病者及醫生有利外，Fagnart認為倘保金的金額和範圍被適當控制時，對保險公司亦是有利的。從另一角度來說，保險公司一直在事故的成本承擔上存在著困難（在比利時甚至超至保金的150%），而增加供款亦並非良策，因為大部分的醫生缺乏能力承擔該措施的成本（“*Indemnisation des victimes d'accidents médicaux en droit belge*” in *L'indemnisation des accidents médicaux*, (Obra colectiva), Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, Paris, 1997, 第44頁）。

有關這方面的研究，Geneviève Viney在1997年4月24日由巴黎大學債法研究中心舉辦有關醫療意外賠償的研討會上的結論，亦給人甚深刻的印象（“*Rapport de synthèse*”, in *L'indemnisation des accidents médicaux*, (Obra colectiva), Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, Paris, 1997, 第103-116頁）。

機制限制下得到鼓勵，比較研究最終亦將再次集中在民事責任的規定上。

不過，採用傳統的模式，並不意味著認同一些過時的規定，不能與時並進。相反，多年的經驗使我們明白到在民事責任的框架內曾走過不同的路³²。自然任何的選擇均有其限制，所以，民事責任制度選擇也一樣。有些對策措施，會發生在體制內，有些則超出制度以外，促使選擇性機制的產生。

例如保險就是其中一種在上述兩方面均有影響的措施³³。

在不久之前，已一直談論民事責任將由保險的保障所取代^{34 / 35}。在首階段，責任保險續步取代責任人（侵害人）的地位，責任人只需要給

³² 例如主觀責任制度漸漸也在一些範疇被取消。ANTUNES VARELA在回顧主觀責任主義被取代時，指出了兩個階段：“第一階段，學者與立法者趨向於接受風險學說，把無過的責任擴展至所有危險物的使用者。第二階段是名符其實的風險或損害社會化，即使對不知悉損害者或知悉損害者但沒有彌補損害的資源時，亦嘗試確對受損害人作賠償（債法總論，第1冊，第10次版，Almedina出版社，科英布拉，2003，第523頁，註釋二）。MENEZES CORDEIRO在上世紀八十年代亦曾指出，民事責任現時的趨勢必然集中在以下的軸心問題：“集中在由來已久的合同與非合同責任的分辯，集中在“發展非不法行為所引致的責任”，集中在“由損害所構建的民事責任”，和集中在“連繫不法性、過錯和因果關係的新機制的使用”（里斯本1980年里斯本法學院學術協會《債法》第2冊，1986年再版，第264至265頁）。

³³ 早在七十年代初，MOITINHO DE ALMEIDA已關注到“倘沒有保險的存在，我們便看不到今天發展階段的民事責任制度。由於保險制度的存在，立法者不怕創設新的保險制度，而法院則擴大追討責任的個案，及裁處的賠償，因為他們明白到責任人不會輪於不幸，因為不法事實的後果已轉移到保險公司身上”（詳見上述著作）。

嚴格來說，有人以為民事責任保險是基於風險理論實踐的需要PASSOS, José Joaquim Calmon de《現代社會的風險及其對民事責任和保險合同的法律性質的影響》，見Adroaldo Leão e Rodolfo Pamplona Filho統籌的2001年裏約熱內盧，Forense《民事責任》，第135頁）。另一方面，儘管今時今日保險的對策措施，肯定已成為社會各行業界別普遍的做法，還需要清晰瞭解的是，隨著過錯的客觀化，這些措施越來越概括（SILVA, Wilson Melo da, Bernardo Álvares S.A.股份有限公司出版社，Belo Horizonte, 1962，《無過錯責任及風險社會化》，第297頁）。這樣，一方面風險被社會所接受為其運作的一內在元素，另一方面社會群體作為風險活動產生的受益者，有責任承擔由此而產生的損害。有關這一觀點，CALMON DE PASSOS建議客觀責任應產生群體責任，即“把風險納入其日常生活一部分的社會的後果，因為這是社會選擇優先項目，發展科技和擴大再生產的代價”（上述著作第135頁）。

³⁴ 有關這一觀點，請參閱VINEY, Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965。

³⁵ 即使在上世紀50年代，已爭辯傳統的民事責任機制，是否可以由採用保險相關的選擇性規定所置換。

付保金。這樣，民事責任制度便失去其處罰及彌補的功能，而只是作為對受害人的彌補。

接著，就是成立由有組織性的社會群體支助的所謂保障基金，以彌補民事責任常見機制所不能包含的損害。

最後，不同的損害將由社會保障及或同類的機制，因應所受到的損害而非損害的緣故作彌補。這時候，所受的損害的彌補將不再影響到民事責任的規定。

這麼一來，民事責任會隨著某一國家的社會保障及或同類的機制的發展而弱化³⁶。自然地，隨著社會保障的發展和成為有效的損害補償機制，民事責任亦失去一定的位置³⁷。

事實上，相關國家的法律、政治、經濟和社會制度的成熟，必然會引致對醫療意外問題的新視野。也就是說，我上述所提出的各種模式，是考慮到各引入這些制度國家的具體情況，所以即使有關制度有不少創新和值得鼓舞之處，倘欲引入相關制度時，是不能不作適當的適化工作。

最後，需要強調的是，必須理解各選擇性機制的運作，儘管嚴格來說這些機制的設計並不配合民事責任的總藍圖進行。因此，沒有預先對相關工作進行思考的任何理想對策措施，是很難教我們信服的³⁸。

各選擇性機制給我們更廣闊的思考視野，無過錯的損害問題只可以以一些新的視野去面對，而非單純的客觀責任的狹隘框架內得到解決。然而，醫療責任是否正朝這一方向發展？

4. 各選擇性機制與傳統的民事責任機制的比較

一般來說，各國所致力建立的多元化醫療損害賠償機制一直有兩種。以選擇性機制的外衣為分類的，有無過錯（*sistema no fault*）³⁹或混合

³⁶ 有關國家作為全面風險保障的保險人的角色的更詳盡資訊，可參閱 Wilson Melo, SILVA 上述著作第302至306頁。

³⁷ 請參閱 ALARCÃO Rui de 上述著作第198頁。

³⁸ 理想對策措施是指符合實況的措施，而非單純理論上抽象的分析。

³⁹ 倘要我們將 *no fault* 一詞翻譯成葡語，毫無困難我們譯作“無過失” *sem culpa* 一詞。換句話說，*no fault* 制度是無過失損害補償制度的一個類別。從根本來說，我們不可以否認這制度與客觀責任制度有一些相似之處，因無論在前者或後者的機制中，過錯的審定都不是以賠償目的為必要的條件，而且以下我們可以看到，因果關係在兩制度中繼續作為主要條件，且制度的可行性只在於是否訂立強制保險合同而矣。

機制⁴⁰。以下我們將會具體地對各機制作詳細分析，為此宜區別醫療損害補償的選擇性機制和民事責任制度（尤其客觀民事責任制度）所適用的規定。

首先，必須承認在客觀責任中過錯相對於賠償目的來說是不重要的。只有從受害人的角度，即倘若侵害人行為有過錯，支付賠償的責任主體則可以對有過錯行為人行使求償權。在不論過錯的損害賠償機制中，則無論對受害人或侵害人來說，有否過錯並不重要。因此，即使醫護專業服務人員行為有過錯，損害的補償亦會按既定細則進行（即不會有所謂求償權的行使）。不過在混合機制，無過錯則趨向於受害人是否可以援用損害補償的選擇性機制的重要標準。

第二，有權限處理醫療意外的受害人投訴的機關，也完全不同。這裏，行政法院或司法法院（視乎肇事機構為公共或私人醫護機構）有權限審理民事責任之訴。而不論過錯的損害賠償機制則由非司法機關，以行政程式處理病者的投訴，因而一般亦較快對受害人作出補償⁴¹。

第三，醫療責任，無論是主觀或客觀，都趨向於採用完全彌補損害的原則。但不論過錯的損害賠償機制則有預先定立的補償機制，使受害人可能被迫獨自接受部分的損失。這方面混合機制的做法，似乎較為中庸，因為它一方面考慮到民事責任保障可能定出最高的賠償限額，另一方面又能顧及受害人透過為此而設立的賠償基金進行訴訟索回損害的全部賠償的可能。

因此，各選擇性機制所包含的實況均不盡相同（不單異於傳統的民事責任機制，而且各選擇性機制之間亦不盡相同）。所以，難怪採用這機制的國家都把其原理配合自身的需要發展。

在實踐上，新西蘭是發展整體醫療行為無過錯損害賠償體制的先驅者。該舉措為斯堪的納維亞半島國家所追隨，使新西蘭、瑞典、芬蘭、挪威和丹麥五國成為不論過錯的損害賠償制度的典範。最近，法國亦頒布了一項新法，設立醫療損害賠償的選擇性制度。比利時於短期內似乎

⁴⁰ 混合機制（故名思義）是保留了一部分的傳統民事責任的規定，但同時又吸納了一部分補償損害規定的（替代）技術，似乎是基於沒有過錯及損害的嚴重性等因素，需對病者所受到的損失作出補救。

⁴¹ 給與混合機制相對的創新，似乎應慎重等待更合適的時機去公佈此制度在實踐中的適用狀況。

亦會步法國的後塵。⁴²

接下來，我們將會審視上述各國採納醫療損害賠償的選擇性機制的動因。儘管我們正進入一個與民事責任的範疇不同的世界作探討，相信這思考將有助我們更好地瞭解到，在甚麼情況下一個對受害病人作賠償的多元化機制一般較可取。

II 不論過錯的損害賠償制度

1. 新西蘭的體制（初探）

自1974年起新西蘭已有不與過錯連繫的、因意外而引致人身損害的補償NO FAULT制度，因此受害人的賠償並不與任何侵害人的過錯的查明連繫，或說，賠償的權利是獨立於所有及任何對行為人行為的可譴責性的道德評價。要強調的是醫療活動只是眾多行業意外的一種，因此意外補償法（*Accident Compensation Act*）的考慮是針對一連串情況的⁴³。

⁴² 請參閱DUTE Jos “A comparison of no-fault compensation schemes”, in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, 第8冊, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, 第444至445頁。

上述作者補充指出，其他國家亦一直採用新的機制，以確保對醫療活動中某特定範疇已發生的損害進行救濟。例如西班牙、奧地利和德國有一保障基金，目的是賠償在輸血過程中感染愛滋病的人士。英國亦有類似的基金以保障接受注射的受害人。在奧地利維也納城市也設立了一項保障基金，以保障在公立醫院發生的醫療損害，受害人只需證明相關的因果關係，甚至即使未能證明相關的因果關係。在瑞士的某些郡在公立醫院中亦設立了不論過錯的賠償制度。LARS FALLBERG及EDGAR BORGHAMMAR補充指出，某些北美國家亦設立了不論過錯的賠償制度（“The Swedish no fault patient insurance scheme”, in *European Journal of Health Law*, vol. 4, n. 3, Kluwer Law International, Dordrecht, Out. 1997, 第281頁）。在巴西，現況距離設立醫療損害補償的選擇性制度似乎仍遙遠，不過，兩項仍在國會中審議的法律，正嘗試對該問題尋求較公平的解決辦法。第一個由參議員NELSON CARNEIRO提出的法案，倡議對具麻醉手術的醫院設立強制的保險。第二項法案則由議員Nelson do Carmo提出，建議對病者本身設立強制保險，以保障醫療的錯誤和醫院的感染（請參閱AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de在XLV年第231期由Sintese出版的*法律雜誌*中的“醫生的民事責任”，Porto Alegre, Jan. 1997, 第146頁）。

⁴³ 事實上，新西蘭是世界上第一個採用不論過錯的醫療損害補償制度的國家。然而，別忘記這政策取向本身並不單為新西蘭帶來正面的結果，這亦是在新西蘭一直所肯定無疑的“the introduction of a no-fault system of compensation brings with it, by eroding standards of moral blame or fault, a danger of a responsibility vacuum”（LEWIS, Arthur, “No-fault liability: twenty years experience in New Zealand”, in *Medicine and Law*, 第15卷, Yozmot, Haifa, 1996, 第426頁）。

在新西蘭制度設立之前的一份研究，於勞動意外範疇中曾經提出過，關注如何促進有效救濟損害的機制的建立。然而，負責進行該研究的皇家損害賠償委員會（*Royal Commission of Inquiry*），明白到市民在社會上的生活常處於風險的情況，所以原來只為保障部分範疇的措施，最終延伸到社會的各界別⁴⁴。

新西蘭委員會的決定實際上是把勞動者納入所屬的範疇。從這可以理解到，一個人在勞動環境中冒著風險，在街上、在家中、在醫院以至其他地方也承受著風險。不久，新西蘭的補賠制度便發展至包括一般的意外所做成的損害。實際上是為了預防民事責任訴訟之不幸降臨和統一解決所有意外情況的問題⁴⁵。

要注意的是，在設立不與過錯連繫的意外損害補償制度的最大挑戰，是它在經濟上可行性。一方面，這制度很具吸引力，但另一方面經濟因素又大大地限制了它的發展。這點，不用妄想的是：這制度整體的成本比傳統的民事責任高，而且部分預算是來自公共機關的參資⁴⁶。

因此，我們或許會問新西蘭究竟如何越過侵權法的規定和設立不與過錯連繫的意外損害補償制度⁴⁷。

除了該國人口（大大地便於它落實所期望的目標）外，該制度的財

⁴⁴ 有關這事件，可參閱 TUNC, André, “L’indemnisation des dommages corporels subis par accident: le rapport de la commission royale néo-zélandaise”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 20, n.°4, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Out.-Dez.1968, 第697-70頁。

⁴⁵ 在衛生範疇，不論過錯的醫療損害補償制度的設立涉及 “some patients receive less compensation than they would have done if the statutory scheme had not been introduced; others receive compensation when none would have been available at common law” (SKEGG, PDG, “Compensation in the New Zealand health care sector”, in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, 第298頁)。

⁴⁶ 有關這一觀點，有學者以為 “any general move from fault to true no fault liability is consequently likely to be funded, if at all, by an insurance scheme part-financed or underwritten by the public sector, thus inevitably by recourse to taxation” (MILDRED, Mark, “No fault compensation schemes”, in *Medicines, Medical Devices and the Law*, Greenwich Medical Media Ltd., London, 1999, 第255頁)。

⁴⁷ 要強調的是，新西蘭在意外損害補償方面廢止了民事責任的規定，在這方面新西蘭所設立的不論過錯的醫療損害補償制度，走在其他國家之前，不過，它並沒有廢止傳統的民事責任的規定。

政支持亦是透過國家的公民的稅收補充。換句話，國家部分的預算設立一財政上支持該制度的社會保險。然而，隨著時間的過去，為免制度財政的崩潰，有關成本曾經需要重新作檢討⁴⁸。

1992年，意外康復及補償保險法案（*o Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act*）獲通過，目的是設立更有利於維持不論過錯的意外損害補償制度的條件。為此，必需採納緊縮成本的措施，結果導致對可補償的損害作了重新評估。

1992年以後，新西蘭的制度再經歷調整，尤其1998年的意外保險法（*Accident Insurance Act*）及2001年頒布的損害預防、康復及補償法（*Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act*）兩法案。

新西蘭的制度最初是以促進“同樣損害獲同樣賠償”為中心，但自某時候起這種想法被重新構思。很明顯社會保障是有其成本和限制的，所以保障並不可能包括所有社會生活上所發生的損害。事實上，我們明白到即使由受害人承擔細比例的損害責任，理想的公義仍得以維持⁴⁹。

而且，在各不與過錯連繫的損害補償制度，損害賠償都並非全數的⁵⁰。同時，它們都不要賠償以獨立的給付進行⁵¹。換句話說，採用不與過錯

⁴⁸ 有關*Accident Compensation Act*法案中不協調的地方，可參閱André TUNC, “Quatorze ans après: le système d’indemnisation néo-zélandais”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 41, n.° 1, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Jan.-Mar. 1989, 第139至144頁。

⁴⁹ 請參閱 TUNC André “Quatorze ans après...”, 第140至141頁。

⁵⁰ 根據2001年的損害預防、康復及補償法（*Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act*）的規定，因醫療事故而導致永久性傷殘達80%的受害者，可以收取最高新西蘭幣100,000圓的補償。而且，每週的補償可以達到薪酬的80%，但不可超過每週新西蘭幣1300圓。另一方面，病人的醫療及復康支出，並沒有設定上限。

⁵¹ 事實上，有學者主張不論過錯的意外損害補償制度發展的最後階段，因果關係的證明會變得毫無意義，即當發生損害時，不論其原因受害主體即有獲得補償的權利。至於這發展階段經濟上是否可行，只有留待時間去印證，現只能指出的是，古法諺“損失歸主權承受”已完全被倒置。

要補充的是，由於病者不可能隨意或以任何不滿所給予的治療為理由要求賠償，所以因果關係的證明在某程度上亦實現了公義的理想。而且，因果關係的證明在不論過錯的意外損害補償制度中一般亦較方便，因此大部分證明的困難亦非不可克服的。例如在新西蘭，只要負責審議受害人申訴的機關結論損害可能由醫療意外造成的，即可啟動損害補償機制（有關新西蘭損害補償機制的資訊，可參閱SKEGG, PDG上述著作第313至314頁）。

有關這一點，Koch及Kozioł所提出的思考更為有趣，他們認為對醫療損害的賠償各體制均沒有極端的做法。即他們認為傳統的體制一直都沒有要求過錯的證明是絕對無可推反的，選擇性體制也一直沒有考慮引致損害的原因而推動對受害主體的賠償。最

連繫的損害補償制度並不意味著某些規定不應被適用，相反在這裏亦存有補償的各標準。

在醫療意外的賠償方面，新西蘭的制度要求損害必須源自醫療事故（*medical misadventure*）。據上述的新西蘭法律規定，損害只會在存在醫療錯誤或強副作用下方可請求補償。所謂醫療錯誤，是指當一名醫護專業服務人員的行為比實際情況下可預期的低（又或沒有盡解釋義務）。而醫療上的強副作用，是指所建議的醫療方法，即使正確處方，仍引起罕見和嚴重的反應⁵²。

2. 斯堪的納維亞的體制

首先必須知道的，是不應把斯堪的納維亞體制以為是一個單一和系統的體制，尤其要明白到的，是斯堪的納維亞體制中的各國是按照自身的法律傳統創設本身的體制。只是，正如以下所介紹，北歐國家就病人所受的損失的賠償，無疑採取了類似的做法⁵³。

2.1 前言（瑞典的經驗）

瑞典是首個放棄傳統醫療意外過錯責任機制的國家之一。自70年代初，對意外受害病者的賠償，是取決於醫護專業服務人員是否存有過失，因此在社會上有著不少的激烈的反對者⁵⁴。因為病者一方面要證實

後“*the key differences lie elsewhere, in particular in the way claims are administered and in the type of funding necessary for maintaining the scheme*”（“*Comparative report and conclusions*”，in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, p. 418)。

⁵² 有關這一點，可參閱MILDRED, Mark，上述著作第262至263頁，BERNAT, Erwin, “Compensation for medical injuries: is there a need for a law reform? An Austrian viewpoint”, in *European Journal of Health Law*, vol. 5, n. 2, Kluwer Law International, Dordrecht, Jun. 1998, 第120至121頁，和，尤其SKEGG, PDG 上述著作第304至309頁。

⁵³ 本文規模的研究，無法全面就斯堪的納維亞各國體制在這方面所走過路逐一作分析，不過，我們會嘗試總覽這些國家相關體制運作。

⁵⁴ 其中首個不論過錯對病者損失賠償的建議，是使醫療損害構成客觀責任。不過，這想法最終失敗，因為考慮到當時醫療意外的頻繁程度和性質，似乎並不足以支持該措施的實行（ESPERSSON, Carl, *The Patient Injury Act*, texto publicado na internet, site http://www.lof-forsaking.com/doc/pat_inj_com.doc，於11.10.2004瀏覽，第1至2頁）。

引起醫療責任需幾經轉折，而證明有過錯是一項非常艱辛的工作，這是基於對醫療行為做成的損害，當中所涉的複雜性，並不容易結論為有或無過錯的行為。另一方面，醫生本身也承認，不論其是否已盡最大的努力、謹慎和能幹，行醫本身必然會為病者帶來一定的風險⁵⁵。

在1975年以前，估計每年只有10個醫療意外獲司法的判決賠償個案⁵⁶。侵權賠償法（*Skadeståndslagen*）已不再使各醫生信服，更遑論病者信任。事實上，當時瑞典所處的實況實際上與其他放棄醫療民事責任制度的國家相去不遠。不過瑞典人在爭取相關制度的力度亦可與其他國家的情性相約。絕大部分的瑞典人仍以民事責任的規定爭取醫療損害的賠償⁵⁷。

與想像中不同，瑞典人並不需要等待立法措施，已能對醫療專業人士的過錯審核問題找到解決辦法。1975年，該國的醫療衛生界別，已意識到傳統制度的不足，自發設立了團體保險，以保障病者損失的賠償。但有關的保險只是在若干年後，隨著1997年病者傷害法（*Patientsskadela-gen*）的生效，才被規定為強制保險。瑞典醫護服務人員憑借敏銳的責任觸角，在實踐上已採納了相關的制度規則，而無需有關的立法存在⁵⁸。

隨著不論過錯的損害補償制度的出現，受害病者獲賠償不再需要證明醫生的過錯，使病者更容易得到相關的補償。簡言之，醫療的疏忽和損害現被分開處理^{59 / 60}。

⁵⁵ GRÜNFELD Arne於以下互聯網址（<http://www.patientforsikringen.dk/uk/>）公佈的文章*The nordic patient insurance systems: similarities and differences*，瀏覽於13.10.2004。

⁵⁶ FALLBERG, Lars H. / BORGHAMMAR, Edgar，上述著作第279頁。

⁵⁷ 事實上我們亦可以（應該）研究和瞭解醫療意外的賠償選擇機制的優點，不過，倘該體制在實際上不可以被採納，也可只作理論探討。事實上這無疑也是一項有益的理論，我們可以向其他人的經驗學習，並於我們的體制內發展，以考慮是否構建一個類似的機制。

⁵⁸ 統計資料顯示只有5%的醫護服務人員，在強制法律出台之前沒有購買相關的保險。不過，這些個案在實際上代表著不多於1%的醫護服務（請參閱 Carl Espersson 上述著作3頁）。

⁵⁹ 事實上，政府內有一部門——醫療責任局（*Medical Responsibility Board*），類似法院般運作，並有權裁決對醫生的不良行為的投訴。其處分可由紀律性警告到除去醫護服務人員的資格。例如在1994年就有2417宗投訴，其中2053宗獲裁決。這投訴的個案於2001年上升到3250宗，其中3132宗獲裁判。有關這方面資訊，可參閱ADELMAN, Susan Hershberg / WESTERLUND Li “The Swedish patient compensation system: a viable alternative to the U.S. tort system?”, in *Bulletin of the American College of Surgeons*, vol. 89, n. 1, Jan. 2004, 第25至30頁。

⁶⁰ 要強調的是，同時侵權法的門戶並沒有給病者關上。嚴格來說，瑞典這方面跟其他的

採納不論過錯的損害補償制度同樣亦鼓勵了醫護服務人員的積極參與。據統計，約60%至80%的損害申報個案是源自醫療服務人員的⁶¹。體制的透明度和對體制信任只會使不論過錯的損害補償制度的過渡收到良好的效果⁶²。

不久，瑞典的經驗傳遍北歐各國，而不論過錯的損害補償制度結果亦傳播到斯堪的納維亞各國。1987年，芬蘭制定了首份相關的立法，並於1999年獲得通過。1988年，跟瑞士一樣，挪威的醫療衛生界別亦自發制定了賠償病者的臨時規定（*Norsk Pasientskadeerstatning*），不過這些規定要到2001年才成為法案（*Patient Injury Compensation Act*），和2003年才生效。在丹麥，引入對病者賠償的團體保險的法律於1992年才出台，並於1999年被修改⁶³。

總言之，北歐國家的醫護服務人員參加不論過錯的損害補償制度，以補償病者因醫療所造成的損失。實際上，這政策取向是透過保險制度的設立去落實⁶⁴。正如以上所述，保險的辦法可以在民事責任中落實，可

斯堪的納維亞國家很相似，它們都擁有一個混合賠償的體制。然而，在實踐證明病者很少就醫療行為向法院請求的賠償。因此，我們把斯堪的納維亞體制視為一個不論過錯的損害補償制度的體制，而非混合的體制（儘管實際上它是混合的體制）。綜言之，侵權損害法“is applicable in **all cases of medical malpractice** regardless of whether the patient already has been compensated by health insurance or not. Naturally the patient is **not entitled to be compensated twice**. Any compensation that he or she has been rewarded from the health insurance will be deducted from the civil claim” (DAHLMAN, Christian / WENDEL, Lotta, “Country report: Sweden”, in *Tort and insurance law: cases on medical malpractice in a comparative perspective*, vol. 1, (Eds. Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2001, 第191頁)。

⁶¹ 請參閱 ESPERSSON Carl上述著作第2頁。

LARS FALLBERG及EDGAR BORGENTHAMMAR補充指出 “in a system where one does not have to pinpoint a particular professional as having been negligent in order to get compensation, the likelihood for a constructive dialogue is higher”（上述著作第282頁）。

⁶² CARL ESPERSSON指出，1975年1月1日至1999年12月31日，保險公司約收到140000宗申報個案（上述著作第9頁）。LARS FALLBERG及EDGAR BORGENTHAMMAR亦指，每年約平均500宗個案（上述著作第282頁）得到解決。明顯地，因不論過錯的損害補償制度而受惠的人數遠比1975年前的賠償數字（只有每年10宗）為高。

⁶³ 2001年冰島亦採納了類似丹麥的體制，請參閱第111/2000號病者保險法（*Act on Patient Insurance*）。

⁶⁴ 譬如在瑞典，直至1994年12月31日，自願購買保險者是由一個以該國四大保險公司以合作經營形式組成為財團負責。在該日以後，該合作經營集團解體，因為該合作經

是，斯堪的納維亞各國所採納的，本身並不是一種民事責任的保險。至此，有需要知悉這兩種保險的差異。

在民事責任保險，即使被保人的責任不會多於保金，損害的賠償是民事責任的規定為指引。一般來說，即有兩種情況：其一為保險公司只有在被保險人有過錯的情況下才作賠償（但倘為客觀責任者除外）；其二不論過錯作賠償，然後保險公司可以向過錯主體行使求償權。

在社會保險及團體保險中，民事責任的規定被置於最後，而一項選擇性的規定則主導著可賠償的損害。在實踐上，兩種情況正反映出這觀點的改變：保險公司不論損害是否由醫護人員過錯行為造成，均向病者作賠償，而保險公司本身對被保人並無任何求償權。

2.2 賠償的標準

明顯地，斯堪的納維亞體制擁有某些賠償的標準，這些標準與過錯的評定不同，屬較為客觀的標準。

首先，因果關係的證實－嚴緊程度與視乎國家而定－繼續在賠償方面擔當著重要的作用。即倘醫療人員的行為與病者所受的損失不存在因果關係，亦沒有賠償可言。不過，北歐國家在因果的概念上作了彈性的對待，病者只需證實損害可能（如芬蘭）或很可能（其他國家）是由醫護服務人員所造成的即可⁶⁵。

其次，斯堪的納維亞體制的規定並不接納所有及任何損害，病者所受的損失亦非完全得到補償。事實上，這體制是以保障平台為基礎運作，預設最高賠償價值⁶⁶。

斯堪的納維亞文化非巨額的賠償的支持者，所以賠償的金額並不驚

營正與歐盟對競爭和市場開放要求的規定抵觸。隨著1994年病者保險法的出台（並於1997年生效），制度的財政支持轉為由醫護服務人員與各保險公司所簽立的合同承擔。須指出的是，各保險的管理，一直都得到公共醫療界別的參與（Carl ESPERSSON上述著作第2至3頁）。在芬蘭和丹麥的醫護服務人員，跟瑞典一樣，亦購買了集體保險。在挪威，不論過錯的損害補償制度的財政支持跟新西蘭一樣，由政府透過社會保險承擔。

⁶⁵ Arne GRÜNFELD上述著作。

⁶⁶ 向病者的賠償金額在瑞典一般為 € 9.260（最高可達100萬歐羅），芬蘭，€ 6.370 及丹麥 € 25.434（參議員ALAIN DESTEXHE在建議設立不論過錯的意外損害補償制度的比利時法案第3-213/1號時的附文，第6至7頁）。

人。例如，非財產損害賠償傳統上在北歐國家的金額不高。一般來說，賠償是為了支付所需的費用僅此而矣。當然這文化的觀點是源自這些國家社會制度的發展，因而國家承擔市民的大部分成本。換句話說，較低的補償也是較小需要的反映⁶⁷。要注意的是，倘世界其他國家欲採納類似機制時，與斯堪的納維亞各國的文化差異障礙，會是一個重要的先決問題⁶⁸。

最後，北歐各國著手制定一些規定，以界定其體制的適用範圍。一般來說，這些國家都著重的是可避免損害的受害病人賠償，不過，在一些個案中，不可避免損害亦可以得到補償。

a) 可避免損害

對行醫時可避免的損害的概念，大家或許會覺得奇怪。對此立刻會產生以下問題：倘對病人所造成的損失是可以避免的話，為何不避免損失的發生？事實上，損害可因種種的因素不能避免。在本研究中，我們可以看到醫療意外的背後可有不同的動因。這些動因可以是因為醫護人員的疏忽，又或其他種種的原因。在一些例子當中，倘一醫生選擇對病者作不同的方式治療，損害大概可以避免。不過，若這些治療在當時的醫療技術是同樣可行的治療方案，我們如何責罰這醫療的專業服務人

⁶⁷ 請參閱 ADELMAN, Susan Hershberg / WESTERLUND, Li 上述著作第30頁。這一點亦請參閱 Jos DUTE，他作出了如下比較：“The social security system and the NFCS [no fault compensation system] are in effect two communicating ‘vessels’: as the social security system becomes less generous, so the demands placed on the NFCS will increase, and vice versa”（上述著作第448頁）。

⁶⁸ 很多人以為瑞典醫療意外賠償的模式是歷史的勝利，應於別國採用。不過，事實並非如此簡單。在一個以瑞典體制可否成為美國的選擇的研究中，得出如下結論“**In summary, the Swedish system is ideally suited to Sweden. Any attempt to adopt it, in whole or in part, in the U.S. would encounter a number of problems. The trial lawyers would oppose it, and the political climate would be problematic. If awards were to be markedly higher here than they are in Sweden, overall costs might be too high, and we would have to figure out who should bear these costs. These questions demand rigorous legal and economic analysis**”（ADELMAN, Susan Hershberg / WESTERLUND, Li 上述著作第30頁）。

同樣地，MILDRED指出，在英格蘭和威爾士，至現在嘗試引入不論過錯的醫療意外損害補償制度（上述著作第255-271頁）。（有關不論過錯的損害補償制度於他國實施，亦可參閱 FALLBERG, Lars H. / BORGHAMMAR Edgar 上述著作第279-286頁）。

員？另一方面，倘病者已承擔有關的損失，他的賠償又是否合理？

為處理可避免的損害，斯堪的納維亞體制制定了一些界定病者賠償的專業性的規定（*the specialist rule*）、設備的規定（*the equipment rule*）及可選擇的規定（*the alternative rule*）⁶⁹。

專業性的規定以為若損害是一名有經驗和專科的醫護專業服務人員可以避免的，則病者有獲賠償的權利。在這裏，一名醫護專業服務人員是否有經驗和屬專科不是關鍵，這裏關注到的更甚於區別是否有經驗和屬專科：是病者是否可以接受到最好的治療，而非只是一般醫生在該情況下對病者所提供的治療⁷⁰。

設備的規定的標準較客觀，即病者所受到的損害是源自設備的失靈或瑕疵的，則病者有獲賠償的權利。瑞典更把這規定的範圍擴至包括設備的使用失靈或瑕疵（在丹麥不正確使用設備亦屬基於“專業性規定”所指的賠償）。

可選擇的規定，當損害可以透過選擇其他可行的技術或治療而避免的話，則病者有獲賠償的權利。並非所有斯堪的納維亞國家都採納這規定⁷¹。而採納這規定的國家對此的解釋都不盡相同。例如在瑞典，一項治療只有對病況構成較低的風險時才可被視為可選擇。但在丹麥，一項治療只要對病況產生同樣效果時便可被視為可選擇。從上述的規定看來，可選擇的規定無疑較客觀，或說，它具有適用於較多情況的空間。

因此，斯堪的納維亞體制較注重可避免的損害的賠償，北歐國家在這方面的制度對醫生來說十分有利。正如以下我們會談到，法國在醫療衛生的風險損害賠償的選擇性制度，首要處理的是不可避免的損害，而可避免的損害仍適用主觀的醫療責任的一般規定。當然，醫療的疏忽較多屬於可避免的損害範疇（儘管並非所有的可避免損害均源自醫生的不當行為）。這裏，我們所想指出的，是斯堪的納維亞體制在保障病者防止可避免的損害的同時，結果包容了醫療專業服務人員的過錯行為。儘管在不論過錯的損害補償制度談過錯似乎並不合理，事實上我們仍得承

⁶⁹ 有關這一點，我們緊隨ARNE GRÜNFELD的方向（上述著作）。

⁷⁰ This is meant to ensure that the assessment as to whether or not a patient has been correctly treated must be made objectively by persons with higher levels of knowledge and experience than is normally considered under the rule of culpability”（請參閱 GRÜNFELD Arne 上述著作）。

⁷¹ 如芬蘭和挪威。

認醫療衛生的專業人士也是這制度的最大受益人⁷²。

b) 不可避免的損害

斯堪的納維亞體制亦沒有忽略到不可避免的損害，為此定立了合理性的補償標準（*the reasonableness rule*）⁷³。即只在損害超出某一可接受指標時，病者才可得到補償。然而，合理性的補償標準只可以解決一些較嚴重和罕見的個案，而且是否可接受的指標往往視乎具體個案的考慮⁷⁴。

儘管如此，必須清晰“不可避免的損害”的概念。簡言之，它很近似法國中的*aléa thérapeutique*⁷⁵，只是，在斯堪的納維亞各國對這一概念的範圍都不盡相同。

在丹麥，在醫院的感染，以及任何其他證實為嚴重或罕見的損害最終也屬於不可避免的損害。事實上，差不多過半數由醫療所引起的損害都得到賠償。在芬蘭及挪威，儘管不可避免的損害的範圍跟丹麥相若，但在可作賠償個案的選擇上較為嚴格。在瑞典，合理性規定只適用於在醫院的嚴重感染個案⁷⁶。

2.3 損害賠償機制

最後，斯堪的納維亞體制的最大好處之一，和最能引起其他國家的關注的，是它的損害補償機制。它的成功之處，毫無疑問令世界成千上

⁷² 有趣的是，由於不論過錯的損害補償制度包含了醫療衛生的專業服務人員的過錯，醫生相對其他的專業人士來說，不是更為有保障嗎？毫無疑問這是事實。不過，考慮到行醫的重要性和所涉及的風險，大概有必要對這行業作特別保護。

⁷³ 我們重申ARNE GRÜNFELD對這問題討論的分析系統（上述著作）。

⁷⁴ “The more serious the illness, the more extensive the necessary treatment will have to be, and the more risks this treatment entails, the more the patient is expected to tolerate, with regard to the magnitude of the injury, before compensation is granted”（請參閱GRÜNFELD ARNE上述著作）。

⁷⁵ 以下我們將會作詳述。

⁷⁶ 須指出的是，在醫院感染並非唯一的不可避免的損害的情況，但在探討*aléa thérapeutique*時，我們將會更嚴謹地討論這問題。只是在醫院感染的個案當中，有一點要特別注意，就是挪威比其他的斯堪的納維亞國家走得更遠，它採納了一個完全客觀的補償標準，即假使損害並非嚴重或罕見的情況，病者仍獲得有關的補償。

萬的觀察者對其體制組織稱許。不過，別忘記稱許並不代表一定要（或可以）把這體制引入一般的國家。

簡言之，北歐國家不論過錯的損害補償制可使受害主體的病者在醫護機構的行政範疇內和無任何負擔的情況下，快速地得到賠償。一般來說，倘病者相信自己是基於醫療意外而提出追討程式，他/她只需簡單填寫一份存於醫院內的申訴表格（以上我們亦看到在實際上很多時候是醫護人員指導協助病者填寫有關表格的）。

這樣，填寫好表格後，醫院便會聯同其他有關病者的醫療報告，送到負責賠償受害人的保險公司，以便立即決定病者是否應獲得賠償。

這一決定是可以向病人損害賠償委員會（*Patient Injury Commission*）上訴，以便重新決定病人是否應獲得賠償。在瑞典、芬蘭和丹麥，這決定並不約束醫護機構（更不約束病人），不過，一直以來均沒有任何個案是保險公司不接受病人損害賠償委員會的裁決⁷⁷。要補充指出，當不滿有關裁決時，病人也可以訴諸一般的法院。在丹麥，病人損害賠償委員會的決定對醫院是具有約束力的，因此只有病人可以因應情況考慮訴諸法院⁷⁸。

⁷⁷ 欲深入分析瑞典和芬蘭的賠償機制，可分別參閱 WENDEL, L., “Compensation in the Swedish health care sector”, in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, 第367至391頁及 MIKKONEN Martti “Compensation in the Finnish health care sector”, in *Tort and insurance law: no-fault compensation in the health care sector*, vol. 8, (Eds. Jos Dute, Michael Faure, Helmut Koziol), Springer, Wien – New York, 2004, 第186至209頁。

⁷⁸ 當然，倘病人選擇不接受行政範疇的賠償決定，可選擇自費訴諸法院或仲裁庭。