

养老机构人身损害 赔偿责任之过错认定

徐银波^{*}

内容提要：因体质脆弱的老年人易发生损害事故，公平裁判养老机构多发的人身损害赔偿纠纷，就成为达致保护老年人合法权益与保障养老产业健康发展之平衡的关键。养老机构并非入住老人人身安全的保险人，应当仅在过错未尽照护义务时才承担责任。不同于一般侵权行为着眼于判断行为人在损害发生之时点的行为有无过错，基于养老服务是以维护老年人生活质量为目的之继续性、劳动密集型服务，应综合“结构—过程—结果”而贯穿养老服务合同关系始终，从“硬件、软件、环境、主体”四个维度分析养老机构应当预见和防范的风险，在尊重老年人人格尊严的前提下，综合考量法律规定、国家和行业标准、合同约定以及老年人身心状况之需求，认定养老机构有无过错。针对受害人举证困境以及司法虚化过错认定之现状，可以通过明确养老机构的义务以及推定过错、事实自证等过错认定客观化路径，为司法明确标准，为养老机构的规范运行提供指引。

关键词：人身损害 养老服务合同 过错认定的客观化 事实自证

一、问题的提出

在少子老龄化的背景下，传统家庭养老功能弱化，福利性养老机构又床位紧缺，越来越多的老年人选择入住民办养老机构。基于生活习惯和家庭观念的考虑，多数老年人首选居家养老，在高龄或失能时才入住养老机构。照护对象的脆弱性决定了养老机构运行的高风险性，由此使得公平裁判养老机构的人身损害赔偿纠纷成为平衡保护老年人权益与保障养老产业发展之关键。^{〔1〕}

^{*} 西南政法大学教授。

本文为国家社科基金一般项目“人口老龄化背景下养老服务合同的私法规制研究”（21BFX022）、“重庆英才·青年拔尖人才”支持计划、西南政法大学“民法典适用问题创新研究项目”的研究成果。

〔1〕 对本文探讨对象作如下补充说明：第一，本文仅探讨有偿养老服务合同关系下养老机构的人身损害赔偿赔偿责任，不包括公立养老机构对兜底保障老人受到人身损害的赔偿责任问题，也不包括养老机构对提供居家上门服务所造成人身损害的赔偿责任问题。就前者，需要另文深入探讨可能涉及的责任豁免问题；就后者，因养老机构工作人员是根据老年人或其亲属的指示而提供服务，且损害发生在后者支配的领域，不存在举证及过错认定难题。第二，针对养老机构因药品缺陷、物件坠落等造成的人身损害，适用民法典侵权责任编相应规则即可，本文旨在探讨因养老机构未尽照护义务导致人身损害的责任承担问题。

然而在发生人身损害赔偿纠纷时,法院常为化解矛盾而模糊地认定养老机构应当承担责任。这一虚化过错认定的裁判思维既导致养老机构经营举步维艰,又无法指引其提升服务质量从而有效保障老年人权益。民政部联合最高人民法院等六部门发布的《关于规范养老机构服务行为做好服务纠纷处理工作的意见》(民发〔2020〕89号)意识到了这一问题,提出根据权责一致原则确定各方责任,但未作具体规定,尤待理论加以明确。

首先,围绕民事责任制度,可以从三个层次平衡保护入住老人与养老机构的利益:一是公平认定责任成立要件;二是合理计算赔偿数额;三是通过责任保险分担风险。就赔偿数额的计算,对于失能老人,其本就需要支出护理费用、丧失了劳动能力,在养老机构非故意侵权时,有必要考虑受害人既有状态而调整按法定规则计算的护理费用、残疾赔偿金及死亡赔偿金。该问题是受害人特殊体质问题在养老服务纠纷领域的体现,可参考既有研究成果解决。^{〔2〕}就责任保险,倘若养老机构动辄需要承担赔偿责任,保险公司可能不愿承保,这也是民政部等早于2014年即发布《关于推进养老机构责任保险工作的指导意见》(民发〔2014〕47号)但实施效果不佳的核心原因。并且,责任保险仅事后消极分担损失,不能指引养老机构事先防范风险,避免入住老人过早死亡或遭受不必要的痛苦。因此,有待深入探讨的是责任成立问题。

其次,就责任成立的认定,虽然基于入住老人与养老机构存在合同关系而面临违约责任与侵权责任竞合问题,但两者的构成要件均包括损害、因果关系,有待明确的是归责原则及可归责行为的认定。对于入住老人受到的人身损害,养老机构仅在有过错时才承担责任。第一,认定养老机构承担违约责任的前提是存在合同义务且其违反了合同义务。养老服务合同中的服务费用由床位费、伙食费、护理费组成,养老机构相应地对入住老人负担照顾义务:一方面负担照顾义务,包括提供食宿及日常生活照料服务、开展文化娱乐活动和提供精神慰藉、提供必要的医疗护理服务。该部分债务应属结果债务,养老机构须在结果上确保为入住老人提供居住房间、一日三餐以及为失能老人提供清洁、助浴等生活照料。另一方面负担保护义务,即保护入住老人免受人身损害。该部分债务则应属手段债务,养老机构“并非老年人人身安全的保险人”,^{〔3〕}法律不可能不切实际地要求养老机构保证入住老人不受任何损害、防范合理人所不能防范的风险,而是只能要求其按照作为一个合理人的养老机构应有的技能及注意保护入住老人免受可预见风险的伤害。^{〔4〕}此外,养老服务合同可能仅约定服务项目,难以约定具体服务质量,而在按照合同条款无法确定服务质量时,根据民法典第510条、第511条,按照交易习惯、国家标准、行业标准或通常标准确定履约标准。养老机构违反前述标准,实质上就是违反了一个合理人的行为标准,已可认定其存在过错。因此,从形式上看,养老服务合同属于无名合同,应适用民法典合同编通则之无过错责任原则,但就入住老人的人身损害,因养老机构负担的是合理的保护义务,依据认定其不履行债务的相关事实也能认定其存在过错,^{〔5〕}因此承担的是过错责任。第二,就侵权责任而言,在法律无特殊规定时应适用过错责任原则。且从应然角度看,侵权责任源自行为人的过错或危险行为,而养老机构的照护行为并非

〔2〕 参进程啸:《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67页以下;孙鹏:《“蛋壳脑袋”规则之反思与解构》,《中国法学》2017年第1期,第268页以下。《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》(法释〔2022〕14号)第12条第2款也明文规定:“受害人因伤致残但实际收入没有减少,或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的,可以对残疾赔偿金作相应调整。”

〔3〕 Kira Anne Larson, *Nursing Homes: Standards of Care, Sources of Potential Liability, Defenses to Suit, and Reform*, 37 Drake L. Rev. 699 (1987).

〔4〕 See John Bourdeau et al., *Contracts*, 17A Am. Jur. 2d (1991), § 599.

〔5〕 参见周江洪:《服务合同研究》,法律出版社2010年版,第43页以下。

危险源,也应当仅在有过错时才承担责任。第三,适用过错责任与无过错责任的本质区别在于,由谁承担不可归责于双方当事人的意外事件所造成损害之风险。入住老人易受损害的风险源于其自身的脆弱性,该风险应由入住老人一方承担。综上,侵权责任源于行为人违反了义务,构成过错,而养老机构负担的保护义务源于养老服务合同之基础关系,所以违约责任与侵权责任的认定并无实质差异。

最后,就过错的认定,有待明确具体的认定标准。第一,过错是一种主观状态,但往往以注意义务水平为标准进行客观判断。现代欧洲侵权法均认可这样的事实,即导致赔偿责任的不是(因其本质而无法“抽象”认定的)“过错”,而是对具体情况下必须遵守的注意义务之标准的偏离。^{〔6〕}依通说,注意义务采客观判断标准,即不考虑不同主体的能力、经验、知识等差异,以一个合理人在相同环境下应实施的行为为标准。^{〔7〕}这一标准虽是客观的,但“合理人”是一个从未犯过错的虚构的人,何为合理的养老机构应实施的行为,并不明确。第二,入住老人24小时居住在养老机构,在掌握信息方面处于弱势地位,发生纠纷时除受害人陈述及探视亲属的证人证言外,难以提供其他证据,且受害人还可能因死亡、无民事行为能力等原因而无法作证,^{〔8〕}所以受害人一方面面临举证困境。同时,入住老人的脆弱性使养老行业本就是高风险行业,若一概采过错推定责任,亦有失偏颇。对此,可参照教育机构责任规则,在适用一般的过错责任原则的基础上,例外地针对无民事行为能力的入住老人受损害案件适用过错推定责任。这是因为,从控制风险的角度而言,当入住老人为完全或限制民事行为能力人时,他们能够完全或部分决定自己的行为,损害结果可能是由他们的自主行为所致,不能基于发生损害即推定养老机构存在过错。而当入住老人为无民事行为能力人时,其不能认知自己行为的性质,亦即无法预见行为的风险,养老机构应当监督其行为,避免损害的发生。^{〔9〕}因此,此类入住老人受到人身损害,即可推定养老机构未尽照护义务,由养老机构证明自己尽到了照护义务仍无法避免损害的发生。并且,当入住老人不能辨认自己行为时,其难以与亲属准确地交流并说明损害发生的经过。^{〔10〕}若适用一般的过错责任原则,会产生因客观举证不能而导致的利益失衡。^{〔11〕}但是,仅分配举证责任并不能解决问题,仍有待明确受害人一方证明养老机构有过错以及养老机构证明自己无过错的认定标准,进而指引养老机构规范运行,事前避免损害的发生。面对合理人标准的抽象性,有待进一步明确具体的认定标准。

二、过错认定的考量对象

(一) 三层次判断框架

因为养老机构基于养老服务合同而负担照护义务,所以不同于一般侵权行为着眼于判断行为人在损害发生之时点的行为有无过错,司法应从“结构—过程—结果”三个层次综合评价养老机构的

〔6〕 参见〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷,焦美华译,法律出版社2004年版,第294页以下。

〔7〕 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第299页。

〔8〕 See Marshall B.Kapp, *Resident Safety and Medical Errors in Nursing Homes*, 24 J.Legal Med.51 (2003).

〔9〕 See Dan B.Dobbs et al., *The Law of Torts*, West, 2011, § 322.

〔10〕 参见吉林省辽源市中级人民法院(2021)吉04民终54号民事判决书。

〔11〕 See Robin P.Bravchok, *Nursing Home Tort Reform and Ohio House Bill 412: Why Have We Abandoned Our Neglected and Abused Elderly Population*, 50 Clev.St.L.Rev.645 (2002).

行为,判断其有无过错。

首先,认定养老机构有无过错,有必要先行追问这一过错认定有何特殊性。以常见的跌倒损害为例,老人在商场和养老院跌倒之情形,对经营者过错之认定有无差异?商场的经营者基于对经营场所的控制而对所有出现在场所内的不特定第三人负担法定的安全保障义务,其内容仅是确保经营场所处于安全状态、避免访客暴露在不必要的危险之中。^{〔12〕}为此,当受害人在商场跌倒时,应着眼于考察经营者在损害发生时是否存在未及时清理水渍而导致地面湿滑等过错。养老机构作为养老院之不动产经营场所的管理人,对出现在场所内的所有主体亦负担安全保障义务,须确保经营场所处于安全状态,避免第三人因地面湿滑等原因而跌倒。但对于入住老人,养老机构负担的是基于服务合同关系而产生的保护义务,不仅包括确保经营场所处于安全状态之安全保障义务,而且包括根据合同约定的照护等级、服务项目以及入住老人身心状况而预测其存在的风险并防范损害发生之保护义务。^{〔13〕}因此,不应孤立地评判发生在养老院内的跌倒事故,^{〔14〕}不仅需要考量经营者在损害发生时的行为有无过错,还需要考量诸如建筑物的构造是否满足行动不便的老人的行动需求,是否配备了充足员工照护老人,是否事先评估了入住老人可能发生跌倒的风险并相应规划和实施风险防范措施等。养老服务合同是以维护入住老人生活质量为目标的继续性合同,需要养老机构全面介入入住老人的日常生活,^{〔15〕}并伴随其身心状况变化而不断评估照护需求进而变更服务内容。^{〔16〕}由此,入住老人受到损害可能并非仅是养老机构在损害发生时点之行为所致,而可能是其未持续履行照护义务之结果,^{〔17〕}应贯穿养老服务合同关系始终而综合评价养老机构的行为有无过错。

其次,可以借鉴“结构—过程—结果”的三层次综合性判断框架全面判断养老机构有无过错。类似养老机构并非入住老人人身安全的保险人,医疗机构亦不能确保治愈患者,也是负担手段债务,同样存在如何评价医疗服务质量之难题。为此,被称为美国“医疗质量管理之父”的多那比第安提出“三层次判断框架”,即由对医疗机构的设备及人员配置等的结构性评价、对医护人员诊疗行为的过程性评价、对患者在接受诊疗后的健康状况及其满意度的结果性评价,组成三层次的医疗质量评价框架。^{〔18〕}民法典“医疗损害责任”章中,“告知医疗措施并取得同意—实施诊疗行为—填写、保管及提供病例资料”等方面构建的客观化过错认定规则,也体现了这一过程性评价思路。可以借鉴该三层次判断框架综合评价养老机构的行为,即通过规范服务基础和服务过程而保障服务结果。理由在于:第一,基于服务对象的特殊性,养老机构应确保其建筑物适合老年人居住,配置相应的服务设施,配备充足且有相应资质的工作人员,即硬件与软件之结构设施能够满足照护入住老人之需求。第二,完善的设施加上规范化服务是服务质量之保障。养老服务以维持入住老人生活质量为目标,需要照顾老人饮食、起居、清洁卫生、排泄及体位转移等日常生活,本质上是劳动密集型服务。因此,养老

〔12〕 参见李昊:《交易安全义务论——德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,北京大学出版社2008年版,第117页。

〔13〕 See Louis A. Lehr, *Premises Liability*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2022, Chapter 2B.

〔14〕 See George Clyde Gray, *Nursing Home Falls: Not Your Average Slip-and-fall Case*, 36 (7) TRIAL 91 (2000).

〔15〕 参见〔日〕前田綾香:《介護契約と介護事故》,《法政論集》第10号(2016年),第62页。

〔16〕 参见〔日〕河上正二:《ホーム契約と約款の諸問題》,载〔日〕下森定编:《有料老人ホーム契約》,有斐阁1995年版,第163页以下。

〔17〕 See David J. Hoey, *The Intersection of Tort Law and Nursing Home Abuse and Neglect Litigation*, 14 NAELA Journal 155 (2018).

〔18〕 See Avedis Donabedian, *The Quality of Care: How Can It Be Assessed?*, 260 (12) JAMA 1743 (1988).

机构应提供规范的服务,确保能够持之以恒地照料入住老人。第三,手段债务并非与结果毫不相关。^[19]一方面,如前所述,养老机构负担的保护义务是手段债务,但是提供膳食等照顾义务是结果债务,对此类服务相关的损害可进行结果性评价。另一方面,针对只要养老机构履行了义务即通常能够避免发生的损害,基于损害结果也可推断养老机构存在过错。^[20]例如,只要养老机构提供了满足老年人所需的膳食并为失能老人喂食,通常不会发生营养不良这一损害。即使老人食欲不振,亦非短短数日即会导致营养不良,养老机构也应当及时发现问题并告知亲属。实践中,入住老人营养不良多是由于养老机构长期任由失智、失能老人自行用餐而不问其进食情况所致。因此,测量减重是可用于评估养老机构服务质量的筛查工具,^[21]基于营养不良之损害事实即可推断出养老机构存在过错,除非其能够举证证明已履行义务,营养不良是由于入住老人罹患疾病所不可避免的。第四,从比较法来看,该多层次综合判断框架也被广泛适用于养老服务领域。例如,美国法院就养老机构人身损害赔偿纠纷,普遍地从设施设备的选择、场所的维护、人员的配备、日常照护等方面,判断养老机构是否存在过错;^[22]德国对机构照护服务质量的调查,包括对人员配备及建筑设备等维护状况的结构评价、对提供服务的过程评价、对老年人健康状况的变化及其满意度的结果评价;^[23]日本学者针对养老服务瑕疵的认定,提出由“结构标准、过程标准和结果标准”组成的三层基准论。^[24]综上,基于养老服务合同之目的以及服务对象、服务内容的特殊性,应综合结构、过程及结果判断养老机构是否存在过错。

(二) 四维度风险分析模型

多层次判断框架建构了认定养老机构有无过错的脉络,但仍待明确结构、过程、结果对应考量的具体对象。对此,可参考SHEL事故风险分析模型,分析养老机构应当预见并防范的风险,进一步明确多层次判断框架下具体的考量对象。

首先,过错包括故意和过失,在养老机构人身损害赔偿纠纷中,更多争议源于养老机构是否存在过失,即是否未能采取必要措施防范损害的发生。根据通说,行为人有无过失的关键在于其对损害的发生是否“可预见”以及是否“可避免”。^[25]其中,预见的内容包括发生损害的可能性以及损害的严重程度。与之对应,行为人应当采取的避险措施包括降低损害发生的概率和降低损害的严重程度。^[26]法律不能要求养老机构杜绝损害的发生,但是其应当保护入住老人免于遭受可预见且可避免之损害。为此,在“结构—过程—结果”判断框架下,需要具体考量养老机构应当预见并避免的风险。

其次,就如何认定养老机构应当预见与避免的风险,可参考SHEL事故风险分析模型作出判断。SHEL模型最早用于分析发生航空事故的风险,根据该模型,损害事故的发生是多种因

[19] 参见周江洪:《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》,《中外法学》2008年第5期,第667页。

[20] See George L. Blum *et al.*, *Negligence*, 57B Am. Jur. 2d (1989), § 1090.

[21] See Julie A. Braun & Elizabeth Capezuti, *A Medico-Legal Evaluation of Dehydration and Malnutrition among Nursing Home Residents*, 8 Elder Law Journal 239 (2000).

[22] See Robert J. Rice, *Nursing Home Liability*, 24 Am. Jur. Proof of Facts 3d 73 (1994).

[23] 参见[日]金井守:《ドイツにおける介護契約とサービスの質の保証——日本のサービス利用契約に対する示唆》,《田園調布学園大学紀要》第4号(2009年),第19页以下。

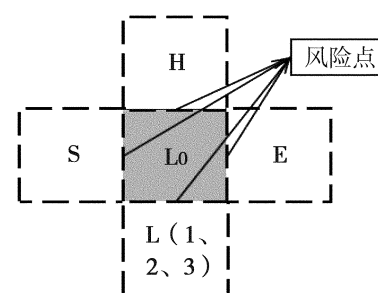
[24] 筒井孝子于2001年最早提出该观点,此后笠井修等学者均肯定了这一观点。参见[日]渡边裕:《サービス給付と社会保障法(1)——介護保険法から一》,《信州大学法学論集》第4号(2004年),第41页以下。

[25] 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第268页。

[26] See Joseph W. Glannon, *The Law of Torts*, 6th ed., Wolters Kluwer, 2020, p. 121.

素共同作用的结果,具体包括软件 (Software, S)、硬件 (Hardware, H)、环境 (Environment, E) 和主体 (Liveware, L) 四类因素,事故即容易发生在处在中心位置的主体 (L_0) 与硬件、软件、环境及其他主体交往的接触点处。^[27] 如下图所示,将该四维度风险分析模型适用于在养老机构发生的人身损害案件, L_0 为处于中心位置的入住老人,易引发损害的风险即在入住老人与外部硬件、软件、环境以及他人的接触点上。其中,硬件包括建筑、设备等;软件包括人员配置、服务流程等;环境指除硬件和软件之外的外部环境;主体包括养老机构工作人员 (故意实施加害行为及怠于提供服务) 和其他入住老人 (相互间发生争执或失智、有暴力倾向的老人实施加害行为) 等。硬件和软件因素对应“结构”评价,环境和主体因素对应“过程”评价。这些风险均可能导致损害的发生,且如前述,因为养老服务是劳动密集型服务,需要照

护人员为入住老人提供事无巨细的照护,所以最大的风险来自主体因素。与之对应,《养老机构等级划分与评定》(GB/T37276-2018) 从设备设施 (130 分)、运营管理 (150 分)、环境 (120 分) 和服务 (600 分) 四个方面 (共 1000 分) 对养老机构进行评分定级,这四个方面的对应硬件、软件、环境和主体因素,其中服务也即主体因素占比最高。因此,可以参考 SHEL 四维度事故风险分析模型进一步明确三层次判断框架下养老机构应当预见与避免的风险。



SHEL 模型

综上,通过“结构—过程—结果”的三层次综合判断框架和 SHEL 四维度风险分析模型,可以明确在认定养老机构是否存在过错时应当具体考量的对象,从而既解决过错认定模糊问题,又促进养老服务的规范化,提升养老服务质量。对此,可以实践中最常见的跌倒损害予以示例说明。首先,对硬件和软件的结构性评价。就硬件而言,需要考量养老机构的地面有无障碍、空间是否满足轮椅通行需求、是否配备呼叫铃、是否配备在失能老人独自起身时的警报装置等。此外,养老机构既要降低事故发生概率,也要降低事故损害程度,鉴于难以杜绝跌倒事故,还需要考量养老机构是否使用具有减震效果的地板材料以降低损害程度。^[28] 就软件而言,需要考量养老机构是否配备足够的工作人员,是否对其进行培训使其掌握预防老年人跌倒的知识。其次,就环境风险,需要考量养老机构是否保持地面清洁、确保充足照明、减少噪音,从而防范入住老人因地面湿滑或凌乱、视线不清、受到惊吓而跌倒等。最后,就服务过程之主体因素,因为跌倒是常见损害,养老机构应在老人入住时根据其病历资料、有无跌倒史以及对其步态、视力、认知能力、服用药物等评估跌倒风险,制定包括预防跌倒措施在内的照护计划。因老人的身心状况不断变化,养老机构还需要定期 (如每季度) 评估风险。在评估风险和制定照护计划后,养老机构应结合外在因素执行照护计划。例如,特定时间段如洗漱、用餐、活动时间,跌倒风险有所增加,工作人员应更多观察以降低风险。虽然法律不能要求养老机构避免所有跌倒事故,但是养老机构在老人入住时未评估其存在的风险进而制定个性化照护计划,是未能防范跌倒的重要原因,遵循

[27] See E. Edwards, *Man and Machine: Systems for Safety*, in *Proceedings of British Airline Pilots Associations Technical Symposium*, British Airline Pilots Associations, 1972, pp.21-36. Cited from Metso Lasse et al., *Adapting the SHEL Model in Investigating Industrial Maintenance*, 22 (1) *Journal of Quality in Maintenance Engineering* 62 (2016).

[28] See Purushottam B. Thapa et al., *Injurious Falls in Nonambulatory Nursing Home Residents: A Comparative Study of Circumstances, Incidence, and Risk Factors*, 44 (3) *The American Geriatrics Society* 273 (1996).

规范化服务流程可以降低发生损害之可能性。〔29〕

三、过错认定的考量标准

明确过错认定的考量对象后,尚待明确针对考量对象认定养老机构有无过错的考量标准。需先予说明的是,养老机构的过错认定不能参照医疗损害责任采统一的行业水准说,即不能参照民法典第 1221 条的规定以“未尽到与当时的照护水平相应的照护义务”为标准。一方面,诊疗行为是技术性劳动,仅长期学习医学知识并取得相应资质的专业医生方可实施,医疗损害责任为专家责任。随之,医疗损害纠纷涉及医学专业知识,法官不能依据常识和经验认定医疗机构有无过错,往往需要借助专家鉴定意见。与之不同,养老服务是劳动密集型服务,虽然也要求照护人员取得资质,但是对其受教育背景并无强制要求,换言之,照护人员具有可替代性,普通劳动力经短期培训即可上岗。因此,养老服务的专业性远低于诊疗行为,养老机构并非承担专家责任。〔30〕与之对应,除养老机构提供的专业医护服务外,法官通常能够判断其是否存在过错,无需增加当事人诉累引入鉴定程序。另一方面,正因为诊疗行为是技术性劳动,所以无需当事人签订合同约定权利义务,〔31〕而应遵循统一的诊疗规范、义务标准,以医疗机构是否尽到与诊疗时医疗水平相当的诊疗义务为统一的过错认定标准。而不同入住老人的身心状况不同,所需照护服务亦不同,入住老人会与养老机构签订书面合同具体约定照护等级、服务项目等内容。因此,行业水准并非认定养老机构有无过错的唯一标准,法院应在尊重老人人格尊严的前提下,综合考量法律规定、国家和行业标准、合同约定及老年人身心状况之需求。

(一) 法律规定及国家和行业标准

不同于一般合同关系中法律尊重意思自治,因养老服务合同关系入住老人的生活福祉,所以养老机构的运行受行政机关监管。〔32〕虽然民法典未规定养老服务合同,但是《养老机构管理办法》等管理规范以及《养老机构服务安全基本规范》(GB38600-2019)等国家和行业标准,是认定养老机构有无过错的考量标准之一。第一,根据民法典第 510 条、第 511 条,当合同对质量没有约定或约定不明且按照合同相关条款也无法确定履约质量时,依次按照国家标准、行业标准、通常标准确定履行标准。举轻以明重,具有强制效力的法律规范也应当成为确定履约质量的标准。进言之,法律、国家和行业标准构成社会对一个合理人在所规范情景下当为或不当为的意见表达,可以将其解释为事先设定的合理人的行为标准,〔33〕且构成养老机构应遵守的最低标准,尽管遵守了这些要求并不构成无过错的抗辩,〔34〕但违反这些要求可以认定其有过错。第二,虽然如同违法并不当然导致合同无效,行为人违反监管规范也可能仅需承担行政处罚等公法责任,并非任何客观的违法行为即等于侵权责任中的过错,但是,当行为人违反的法律规范的目的即旨在保护受害人时,该规范应

〔29〕 See Laura M. Wagner et al., *Fall Risk Care Processes in Nursing Home Facilities*, 12 (6) *Journal of the American Medical Directors Association* 426 (2011).

〔30〕 参见〔日〕米本秀仁:《实践水準に関する一考察》,《北星論集》第 29 号(1992 年),第 115 页以下。

〔31〕 参见谢鸿飞:《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》,《环球法律评论》2014 年第 6 期,第 21 页。

〔32〕 See Jeffrey Spitzer-Resnick & Maya Krajcinovic, *Protecting the Rights of Nursing Home Residents: How Tort Liability Interacts with Statutory Provisions*, 19 *Nova.L.Rev.* 629 (1995).

〔33〕 See Barbara Kritchevsky, *Tort Law is State Law: Why Courts Should Distinguish State and Federal Law in Negligence-Per-Se Litigation*, 60 *American University Law Review* 71 (2010).

〔34〕 参见谭启平:《符合强制性标准与侵权责任承担的关系》,《中国法学》2017 年第 4 期,第 175 页。

构成认定行为人过错的考量标准。比较法上,德国民法典第 823 条第 2 款规定,违反以保护他人为目的之法律者,对他人因此而遭受的损害负赔偿义务。与之类似,《美国侵权法重述(第二版)》第 286 条总结到,当法律规范旨在保护他人权益免受侵害时,应被作为一个合理人的行为标准。并且,两者的适用条件相似:前者认为,当一项法律规范的目的在于针对法益损害而对个人或某一类人实施保护时,则将其视为保护性法律;只有当受害人属于保护性法律意图保护的那一类人时,其才能有效地援引该法律;只有当避免某些损失是保护性法律的目标时,这些损失才为德国民法典第 823 条第 2 款所包含。^[35] 后者认为,当成文法的目的被认为是“保护包括利益受侵害者在内的一类人、保护被侵犯的特定利益、保护该利益免受诉争的损害、保护该利益免受可能导致诉争损害之危险”时,法院将成文法的规定作为合理人的行为标准。^[36] 在美国,就养老机构人身损害赔偿纠纷,当受害人证明养老机构违反了 1987 年《养老院改革法案》时,即可能认定其存在过错。^[37] 因此,当规制养老机构的法律规范的目的旨在保护入住老人的权益时,其应当被作为认定养老机构是否存在过错的考量标准。从另一角度来说,这些规范旨在保护入住老人的权益,但行政监管力量有限,故需要将监管规范作为过错认定标准,支持受害人主张民事赔偿责任,以此促进监管规范的落实,实现立法目的。^[38]

当前,应当作为认定养老机构过错考量标准的法律规定、国家和行业标准,包括有关建筑、消防、食品安全、医疗卫生、特种设备等事项的一般规定与规范养老机构运行的特别规定、国家和行业标准。后者主要包括:第一,《养老机构管理办法》等行政管理规范。例如,该办法第 1 条开宗明义地明确其旨在规范养老机构的管理、保护老年人权益,其于“服务规范”“运营管理”两章就入住评估、健康档案、从业人员资质、监控设施及监控记录、应急救援及应急演练、信息档案及其保管期限等内容作出的规定,均旨在保护老年人权益。因此,该办法关于养老机构运行服务所设定的强制性要求,构成认定养老机构过错的考量标准。第二,国家标准。例如,《养老机构服务安全基本规范》是养老服务领域的第一项强制性国家标准,对养老机构的安全风险评估、服务防护和管理要求作出了具体规定。《养老机构服务质量基本规范》(GB/T35796-2017)则是管理养老机构服务质量的首个国家标准,规定了服务管理、环境及设备管理、安全管理等具体要求。这些标准应当构成认定养老机构过错的考量标准。第三,行业标准。例如,《养老机构生活照料服务规范》(MZ/T171-2021)详细规定了养老机构提供饮食、起居、清洁卫生、排泄、体位转移照料的服务操作规范;《养老机构预防老年人跌倒基本规范》(MZ/T185-2021)、《养老机构预防压疮服务规范》(MZ/T132-2019)等行业标准规定了预防老年人跌倒、感染压疮的服务规程。这些操作规范也应当构成养老机构是否按照合理人要求履行义务的考量标准。

(二) 合同约定

合理人标准仅是从养老机构之行为人视角对其应当实施的行为作出的评价,而入住老人与养老机构存在服务合同关系,在评价养老机构是否履行了其应尽的义务时,还应当考量作

[35] 参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,第 141 页以下。

[36] See Restatement (Second) of Torts, § 286.

[37] See Eric C. Surette, *Construction and Application of Federal Nursing Home Reform Amendments*, 42 U.S.C.A. § 1395i-3, 1396r, 55 A.L.R.Fed.2d 195 (2011).

[38] See Kimberly L. Intagliata, *Improving the Quality of Care in Nursing Homes: Class Action Impact Litigation*, 73 U.Colo.L.Rev. 1013 (2002).

为服务受领人的入住老人对合同的期待利益。入住老人或其亲属与养老机构签订合同时，会基于合同的不同约定而期待入住老人得到相应的照护。因此，不应仅局限于从服务人的视角评价何为一个合理的养老机构应当实施的行为，还应当从服务受领人即入住老人的视角评价养老机构应当履行的义务。^{〔39〕}前述《养老机构管理办法》等系针对不特定主体作出的一般规定，而不同的入住老人或其亲属会基于老人的不同状况而与养老机构约定不同的照护等级及服务项目，这些约定均可能影响对养老机构应履行义务及过错之认定。

在把握认定养老机构过错的考量标准时，应当考虑如下合同内容之影响：第一，照护等级与照护项目。不同入住老人或其亲属基于老人自身状况之差异如能够自理、不能完全自理、完全不能自理，选择自理、介助、介护等不同的照护等级和照护项目，这直接影响对养老机构应履行义务的认定。合同约定的照护等级越高，养老机构承担的义务越重。第二，养老机构的等级及价格差异。在服务合同中，服务人的特性构成认定其是否存在具体义务以及是否违反该义务的重要考量因素。例如，美国联邦法规区分成人寄宿机构、住宿照护机构、中间照护机构、熟练照护机构四类养老机构，要求各机构提供相应的照护服务，其中熟练照护机构承担最不利的风险，而更为家庭化的养老机构则得到较为宽容的对待。^{〔40〕}我国《养老机构等级划分与评定》在综合考察设施设备、环境、运营管理、服务的基础上，将养老机构评定为五个等级。如前所述，这四个方面的评分因素对应风险评价的四个维度，因此，养老机构级别越高，表明其在设施设备、环境、运营管理、服务方面的综合能力越强，也就应当对其预见和防范风险的能力提出更高的要求。此外，价格的高低也应当构成考量因素之一。即使同一等级的养老机构，若其对相同照护项目的收费标准不同，那么对其履行义务标准的期待亦可能不同。虽然低额报酬不一定构成义务的减轻，但与通常情况相比，高额报酬则一般会相应地提高服务品质。^{〔41〕}这是因为，养老服务的核心是要求照护人员事无巨细地照护入住老人的日常生活，为此，养老机构既不需要配置昂贵的高精尖设备，亦不需要聘请高端技术性人才，其收取的护理费用大多用于人力成本支出。^{〔42〕}因此，在相同等级下，收费更高的养老机构应当履行更高标准的照护义务。第三，特别约定。除选择照护等级、照护项目外，养老服务合同还可能作出有别于一般标准的特别约定。一方面，当合同约定养老机构提供超出通常服务的特殊照护时，如养老机构通常不负担为入住老人提供24小时一对一照护的义务，但若合同作出特别约定，养老机构应当按约履行义务，负担较通常更重的保护义务。再如，合同约定为入住老人提供适合糖尿病人的特别饮食，若养老机构仍为该老人提供一般膳食导致其糖尿病加重，即存在过错。另一方面，当合同作出特别的免责约定且该约定依据民法典系属有效时，则构成免责事由。例如，养老机构为避免发生火灾以及烫伤等损害而禁止吸烟，倘若有吸烟习惯的入住老人或其亲属明确表示允许老人吸烟并承诺养老机构对由此发生的损害免于承担责任，那么当该老人因吸烟而被烫伤时，不能认定养老机构存在过错。

（三）入住老人的身心状况

〔39〕 See Maureen Armour, *A Nursing Home's Good Faith Duty to Care: Redefining A Fragile Relationship Using the Law of Contract*, 39 St.Louis U.L.J.217 (1994).

〔40〕 参见前引〔22〕，Rice文，第2节，第6页。

〔41〕 参见前引〔19〕，周江洪文，第662页。

〔42〕 参见〔日〕伊藤周平：《介護保険のもとでの介護事故と介護職員の注意義務：特別養護老人ホームあずみの里事件を題材として》，《法学論集》第52卷第2号（2018年），第55页以下。

养老服务合同对服务等级、服务项目的约定会影响对养老机构过错的认定，但在服务等级之下明确养老机构应负担的具体义务则需考量入住老人的身心状况。入住老人面临的人身损害风险很大程度上取决于其身心状况，^{〔43〕}养老机构应当根据入住老人已知的身心状况评估风险并采取相应的保护措施降低或消除风险。正因如此，《养老机构管理办法》《养老机构服务安全基本规范》《养老机构服务质量基本规范》均要求养老机构进行入住评估。

换言之，并非入住老人是老年人这一事实使其有权获得更多照护，而是入住老人身体虚弱、视力或听力受损、患有疾病等事实使养老机构负担照护义务。不同入住老人身心状况不一，即使他们选择相同的照护等级，需要的具体照护服务也不尽相同。例如，在均选择一级照护的情形，有的老人因失智而不能自理，但有行动能力；有的老人则因行动不便而不能自理，但有认知能力，两者面临的风险不同。对于行动不便的老人，养老机构应及时提供清洁卫生、排泄、体位转移等服务，避免其因独自行动而发生跌倒等损害；对于失智老人，则应防范其走失以及误伤自己或他人。养老机构应根据入住老人的身心状况采取合理措施防范损害的发生。^{〔44〕}

（四）入住老人的人格尊严

是否尊重入住老人的人格尊严也是认定养老机构是否存在过错时应当考量的标准。第一，此乃养老服务合同目的之要求。不同于医疗服务合同是旨在为患者提供短期治疗的一时性合同，关注的是诊疗行为的临床结果，养老服务合同是旨在维护入住老人生活质量的继续性合同，^{〔45〕}养老机构为入住老人提供的是其未来将长期居住的“新家”。这要求养老机构不仅应当照料入住老人的生活，而且应当维持其有尊严、有质量地生活。第二，民法典不仅规定了人格尊严，而且规定了生命尊严。这意味着生命权不仅包括生命安全维护权能，而且包括生命尊严维护权能。入住老人不仅有权维护自身的人身安全，而且有权选择并获得有尊严的生活。《养老机构管理办法》不仅要求养老机构提供日常生活照料，而且要求其提供精神慰藉与娱乐服务活动，体现了这一价值要求。第三，尊重入住老人的人格尊严是各国立法的共识。《联合国老年人原则》确立的老年人五项原则中，即包括尊严原则，要求老年人应能够有尊严、安心地生活，不受剥削和身心虐待。美国《养老院改革法案》要求“养老机构必须以促进维持或提高每位居民生活质量的方式和环境照顾居民”。^{〔46〕}日本介护保险法第1条即明确，为了使需要介护者“能够保持尊严，根据其拥有的能力自立地日常生活”而提供必要的照护服务。

因此，在认定养老机构有无过错时，不仅应当考量保护入住老人人身安全之要求，而且应当考量尊重入住老人人格尊严之要求。例如，老年人因身体机能下降而面临跌倒等风险，并且活动越多，发生损害的机率越大，此外，罹患阿尔兹海默症等失智老人可能躁动不安，易受伤害。对此最简单的办法是约束老人使其不能自由活动，于是实践中有养老机构采用不当约束措施以避免损害，如将老人捆绑在床上、给其戴上约束手套将其系在床栏杆上，喂食安眠药、使用镇静剂等，甚至是由家属主动提供约束手套等工具。^{〔47〕}人格尊严是人与生俱来的权利，应得到最大程度的尊重，即

〔43〕 参见前引〔20〕，Blum等文，第181节。

〔44〕 See Marshall B.Kapp, *Nursing Home Restraints and Legal Liability: Merging the Standard of Care and Industry Practice*, 13 (1) Journal of Legal Medicine 1 (1992).

〔45〕 See Jacob F.Grubman, *Methods for Managing Risk and Promoting Resident-centered Care in Nursing Homes*, 49 Colum.J.L.& Soc.Probs.217 (2015).

〔46〕 See § 1395i-3 (b) (1) (A).

〔47〕 《网曝一养老院用绳子捆绑八旬老人引争议，这究竟是保护还是伤害？》，搜狐网，https://www.sohu.com/a/411865487_120067607，2022年5月18日最后访问。

使面对尊重人格尊严与保护人身安全、个体自决与亲属关怀之间的冲突，^{〔48〕}也应当尊重老年人的自我判断。^{〔49〕}并且，长时间的身体约束会导致皮肤擦伤、肌肉萎缩和神经损伤，增加老人感染、罹患压疮、挛缩、失禁等风险，还可能因被约束者本能地挣脱而造成勒伤等损害，并会产生严重的心理副作用，导致被约束者感觉被孤立、恐惧、焦虑、自卑、抑郁。^{〔50〕}长期服用安眠药、使用镇静剂等药物，可能引起头晕、嗜睡而意识混乱、行动迟钝且行动能力下降等症状，甚至导致中风、死亡等。域外研究亦表明，采取约束措施会导致入住老人较之没有被约束时受到更严重的伤害。^{〔51〕}正因如此，确保老年人免受物理性或药物性约束，成为各国立法和实践的共识。美国《养老院改革法案》禁止养老机构出于管理方便而使用约束措施，未经个人事先同意或医生书面命令而约束老人构成非法监禁之侵权。^{〔52〕}日本厚生劳动省发布的《关于福利服务的危机管理（风险管理）措施指南》则提出“零约束”方针。^{〔53〕}因此，为维持老年人的生命尊严，养老机构不得为照护方便而约束入住老人，除非经入住老人同意或在情况紧急时为维护其生命安全而临时使用约束措施，否则构成侵害入住老人人身权益的过错行为。

四、过错认定的客观化

面对合理人标准的抽象性、受害人一方举证困难以及一概适用过错推定责任又会令养老机构负担过重之难题，综合前述对过错认定的考量对象与考量标准之分析，可以借鉴医疗损害责任的立法思路明确认定养老机构过错的外在客观化标准，^{〔54〕}通过明确养老机构负担的具体义务及其违反之认定而判断其是否存在过错。

（一）具体义务之明确

1. 配置满足照护老年人需求的硬件设施之义务

对应结构评价对硬件的要求，养老机构应当提供满足照护老年人需求的硬件设施。第一，经营场所与设备应符合有关建筑、消防、特种设备等法律规范的基本要求。例如，2015 年发生的造成 38 位老人身故的河南平顶山康乐园老年公寓“5·25”特大火灾事故，即源于公寓的建筑、消防不合格。^{〔55〕}第二，经营场所与设备应满足照护老人的特别要求，包括地面平整、不设门槛，选择防滑材料、铺设防滑垫；通行宽度满足轮椅通行需求、洗浴空间满足助浴要求；在公共区域安装监控系统；在居室、卫生间、步行道等场所安装扶手；配备呼叫装置、急救设备；有通畅的 120 急救通

〔48〕 See Callopy, *Autonomy in Long Term Care: Some Crucial Distinctions*, 28 *The Gerontologist* 10 (1988).

〔49〕 参见〔日〕菅原好秀：《要保護法主体像の新たな理論構築に向けて》，《東北福祉大学研究紀要》第 34 卷（2010 年），第 61 页以下。

〔50〕 See Evan M. Meyers, *Physical Restraints in Nursing Homes: An Analysis of Quality of Care and Legal Liability*, 10 (1) *Elder Law Journal* 217 (2002).

〔51〕 See L.K. Evans & N.E. Strumph, *Tying Down the Elderly: A Review of the Literature on Physical Restraint*, 37 (1) *Journal of the American Geriatrics Society* 65 (1989).

〔52〕 See 42 U.S.C.A. § 1395i-3 (c) (1) (A) (ii).

〔53〕 参见〔日〕福祉サービスにおける危機管理検討会：《福祉サービスにおける危機管理（リスクマネジメント）についての取り組み指針～利用者の笑顔と満足を求めて～》，厚生労働省，<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/03/s0328-1.html>，2022 年 12 月 26 日最后访问。

〔54〕 参见梁慧星：《论〈侵权责任法〉中的医疗损害责任》，《法商研究》2010 年第 6 期，第 36 页以下。

〔55〕 参见《国务院批复河南平顶山“5·25”特别重大火灾事故调查报告》，中国政府网，http://www.gov.cn/xinwen/2015-10/15/content_2947474.htm，2022 年 5 月 18 日最后访问。

道等。例如，养老机构的卫生间设有台阶，入住老人需从地面下两个台阶进入卫生间，然后再各上一个台阶使用马桶和洗手池，就入住老人在使用卫生间时跌倒之损害，应认定养老机构存在过错。^[56]

2. 建立规范的服务体系之义务

对应结构评价对软件的要求，养老机构应当建立规范的服务体系。第一，养老服务是劳动密集型服务，养老机构应按照《养老机构岗位设置及人员配备规范》（MZ/T187-2021）的规定，配备满足数量与资质要求的工作人员。若养老机构设立医务室、护理站，还应当满足《养老机构医务室基本标准（试行）》《养老机构护理站基本标准（试行）》的要求。第二，建立持续的培训机制。例如，组织员工开展入职培训、岗前培训、定期的职业道德和技能培训，常态化组织应急演练，确保在老人发病或发生意外时能够及时准确施救。第三，建立标准化服务操作规程。针对老年人体质的脆弱性，养老机构应当参照《养老机构生活照料服务规范》等建立标准化服务操作规范以避免发生损害。人员配置与服务规范化很大程度上决定了养老服务质量，养老机构人员配备不足、培训不规范、未建立标准化服务操作规程是当前引发损害的重要原因。例如，针对养老机构由3名护工照护包含6位失能老人在内的31位入住老人、^[57]护工在发生损害后才参加护理员资格考试等案件，^[58]可以认定养老机构存在过错。

3. 提供安全的生活环境之义务

对应过程评价对环境的要求，养老机构应当为入住老人提供安全的生活环境。第一，应当定期对入住老人的活动场所和物品进行清洗和消毒。第二，避免安全隐患。养老机构应当确保地面干燥、整洁，避免老人跌倒等风险；应当消除经营场所内的安全隐患，避免失智老人受伤之风险。例如，养老机构未关闭楼梯间，致使失智老人自行乘坐轮椅行至楼梯间而摔落，应认定其存在过错。^[59]第三，提供宜居的环境。例如，养老机构应当确保日间采光、夜间照明，避免老年人因视线模糊而跌倒；调节温度和保持通风，避免因高温或低温导致老人疾病发作、避免老人因寒冷不得不使用热水袋取暖而造成烫伤等损害。^[60]《〈养老机构等级划分与评定〉国家标准实施指南（试行）》要求冬季老年人居室、公共活动空间等区域的温度不低于20℃，洗浴空间温度不低于25℃；夏季室内温度26-28℃。此外，养老机构还应当避免制造噪音，保持安宁的居住环境。

4. 办理入住评估与制定照护计划之义务

针对服务过程，养老机构首先应当履行办理入住评估与制定照护计划之义务。第一，办理入住评估。全面评估入住老人的身心状况，是预见风险并采取防范措施之基础。入住评估应当对入住老人的生命体征（血压、血糖等）、视力及听力、皮肤状况（有无压疮）、日常活动能力、控制失禁能力、有无过敏源、服用药物、认知能力、精神状态、有无跌倒或走失史等进行系统评估，^[61]进而评估其在噎食、误食、压疮、跌倒、坠床、他伤和自伤、走失等方面可能存在的风险。第二，根据评估结果以及入住老人或其亲属的选择，制定照护计划，包括服务等级、服务项目、风险防范、照护特点等。第三，基于养老服务合同是继续性合同，养老机构还应当定期评估入住老人的身心状况，及时提出变更照护计划的建议。

[56] 参见山东省东营市中级人民法院（2020）鲁05民终1154号民事判决书。

[57] 参见前引[10]。

[58] 参见江苏省连云港市中级人民法院（2021）苏07民终4707号民事判决书。

[59] 参见广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终14911号民事判决书。

[60] 参见辽宁省丹东市中级人民法院（2021）辽06民终1202号民事判决书。

[61] See Daniel J. Penofsky, *Litigating Nursing Home Negligence and Wrongful Death Cases*, 110 Am. Jur. Trials 1 (2008), § 16.

5. 根据照护计划和入住老人的身心状况提供服务之义务

养老机构应当按照维护入住老人生活质量之要求,根据照护计划和入住老人的身心状况提供照料护理服务。常见服务有:第一,提供饮食、起居服务,包括提供符合安全及营养需求的饮食,及时清洁、更换床上用品等。第二,为失能老人提供生活照料,包括梳洗、穿衣、洗澡、喂食、排泄、移动等。例如,针对受害人在数次按铃求助未果时自行前往卫生间而跌倒等案件,[62] 照护人员未定期巡问亦未及时回应入住老人的需求,存在过错。第三,提供健康管理服务,包括监测血压、血糖,了解排便情况,定期开展视力、听力和牙科检查等。例如,倘若养老机构在入住老人告知已多日未排便的情形下未予处理,导致该老人因肠穿孔而感染性休克死亡,即存在过错。第四,开展文化娱乐活动以及提供精神慰藉,防范入住老人行动、言语等能力下降以及罹患精神疾病。养老机构开展活动时应当预见会增加跌倒等事故风险,需预先采取防范措施。第五,提供必要的康复及护理服务,如为中风老人提供康复服务,提供造口养护等服务。第六,保护失智老人,防范走失等风险。例如,养老机构值班人员未观看监控视频、未阻止失智老人离开,直至次日才发现其出走,致老人意外身故,存在过错。[63]

6. 保护入住老人免受故意加害之义务

养老机构不仅应照护入住老人,而且应保护其免受他人加害。第一,保护入住老人免受工作人员侵害。实践中,养老机构的工作人员长期面对需要照护的老人,可能逐渐失去耐心,为方便管理等原因而体罚、虐待老人。例如,面对失智老人不按指令吃饭或洗澡、失能老人频繁呼叫,工作人员在发现殴打老人可产生威慑效果后,可能变本加厉地实施体罚。[64] 养老机构应当监督工作人员不得实施殴打、咒骂等生理或心理伤害、虐待行为。[65] 第二,如前所述,除经入住老人同意或在情况紧急时为维护入住老人生命安全而临时使用约束措施外,养老机构不得约束入住老人。第三,保护入住老人免受第三人侵害。一方面,当养老机构应当预见到加害人有实施加害行为之风险时,如在入住评估时得知入住老人患有精神疾病或有攻击他人的倾向,则有义务保护其他老人免受其伤害,如限制该老人进入可能发生纠纷的区域,更密切地关注该老人等。另一方面,当养老机构应当预见到受害人需要特别保护时,如针对四肢瘫痪的老人,应当预见到其易成为他人攻击的目标,则应通过确保房间安全等措施保护其免受他人侵害。

7. 救助义务

除事前防范损害发生之外,入住老人突发疾病或发生损害事故时,养老机构应当及时发现并处理,包括采取急救措施以及送医治疗等。例如,倘若养老机构工作人员未接受过任何急救知识培训,在入住老人噎食时未采用“海姆立克急救法”及时施救,即存在过错。[66] 入住老人跌倒后出现异样,养老机构既未告知家属亦未送医治疗,即存在过错。[67]

[62] 参见天津市第三中级人民法院(2020)津03民终1749号民事判决书。

[63] 参见郝某某、周某四人与凌海市某老人之家、中国人民财产保险股份有限公司某分公司服务合同纠纷案,最高人民法院发布的人民法院老年人权益保护十大典型案例,中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/02/id/5818123.shtml>, 2022年5月18日最后访问。

[64] 参见天津市河北区人民法院(2019)津0105刑初75号刑事判决书;四川省长宁县人民法院(2021)川1524刑初63号刑事判决书。

[65] 针对养老机构的故意加害行为,因刑法修正案(九)设置了虐待被监护、被看护人罪,受害人及其亲属可以通过刑事报案由公安机关介入调查取证,从而解决民事纠纷中的举证难题。

[66] 参见云南省曲靖市麒麟区人民法院(2021)云0302民初2308号民事判决书。

[67] 参见上海市普陀区人民法院(2021)沪0107民初12744号民事判决书。

8. 记录与通知义务

养老机构应当填写并妥善保管老年人的入住评估、健康档案、护理日志（如卧床人员翻身记录、照护记录、血压记录、服药记录）等照护资料以及监控视频，因为这些资料是查明入住老人身心状况变化以及认定养老机构是否存在过错的关键证据。在入住老人或其亲属要求查阅、复制时，养老机构应当及时提供。此外，充分的信息沟通是保障养老服务合同履行质量之基础，〔68〕入住老人24小时居住在养老机构，为克服信息不对称，养老机构负担通知义务，〔69〕应当在入住老人身心状况发生变化、需要就医等情形及时通知其亲属。

（二）违反义务与过错认定

在明确前述具体义务后，有待进一步明确认定养老机构违反具体义务与过错认定之间的关系。参考医疗损害责任关于过错认定标准客观化的规定，行为人违反具体义务可能存在两种后果：一是，只要受害人证明行为人违反了法律规定的特定义务，就认定其存在过错。例如，根据民法典第1219条的规定，只要医疗机构违反了说明及取得患者一方明确同意的义务，即认定其存在过错。二是，行为人违反了法律规定的特定义务，仅构成行为人存在过错的表面证据，行为人可以反证自己没有过错。〔70〕例如，对于民法典第1222条推定医疗机构有过错的规定，学界即理解不一：有学者认为，违反诊疗规范或者隐匿、伪造、篡改、违法销毁有关病历资料的行为本身即是过错，应“直接认定”医疗机构有过错且不可被推翻；〔71〕有学者则认为，针对该条规定之情形，医疗机构均可反证自己无过错；〔72〕还有学者认为，针对第一项规定的违反诊疗规范的行为，医疗机构可以反证自己无过错；但针对后两项规定的隐匿或伪造病历资料等行为，则不可反证地推定医疗机构有过错。〔73〕与之类似，就养老机构人身损害赔偿纠纷，需要区分养老机构违反义务的类型而确定其与过错认定之间的关系。

一般情形下，受害人证明养老机构违反了前述具体义务，即举示了证明养老机构存在过错的证据，倘若养老机构不能进一步举证证明自己履行了照护义务，则应认定其存在过错；倘若养老机构进一步举证证明自己履行了照护义务，法院应综合双方的举证而作出具体认定。换言之，养老机构在客观上违反具体行为义务并非判定其主观存在过错的绝对唯一标准，因为“一个封闭的不容许任何例外的证明责任规范显然是不可行的，相反，灵活运用证明减轻和倒置就显得相当必要”。〔74〕过错认定客观化的目的，是针对受害人举证困难、合理人标准抽象而不确定的问题，为当事人和法院提供可操作的外在客观判断标准，而非束缚法院的裁判，反而导致过错认定的僵化。例如，受害人一方虽难以证明损害发生的经过，但若证明了

〔68〕 参见唐仪萱：《服务合同通知义务的一般规则——〈欧洲示范民法典草案〉的启示》，《当代法学》2016年第2期，第55页。

〔69〕 参见〔日〕矢田尚子：《介護付き有料老人ホームにおける入居契約等の法的性質と頼末報告義務》，《日本不動産学会誌》第29卷第4号（2016年），第196页以下。

〔70〕 See Caroline Forell, *Statutory Torts, Statutory Duty Actions, and Negligence Per Se: What's the Difference*, 77 Oregon Law Review 497 (1998).

〔71〕 参见前引〔54〕，梁慧星文，第39页；张新宝：《中国民法典释评·侵权责任编》，中国人民大学出版社2020年版，第195页以下。

〔72〕 参见邹海林、朱广新主编：《民法典评注·侵权责任编》，中国法制出版社2020年版，第553页以下。

〔73〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》下册，法律出版社2020年版，第2368页；王利明、周友军、高圣平：《侵权责任法疑难问题研究》，中国法制出版社2012年版，第474页以下。

〔74〕 Gottwald, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung*, S.244. 转引自周翠：《〈侵权责任法〉体系下的证明责任倒置与减轻规范——与德国法的比较》，《中外法学》2010年第5期，第709页。

养老机构照护人员与重度失能老人配比为1:6,根据《养老机构岗位设置及人员配备规范》之规定,即通过证明人手短缺之事实而证明养老机构通常不能妥善照护入住老人、存在过错,若养老机构不能反证履行了照护义务,则认定其存在过错。但是,若养老机构以照护资料、视频资料等证据证明,虽然其人员配备不足,但是这些人员按照操作规范为入住老人提供了相应照护,则应当认定其并无过错。

但是,针对两种情形,基于养老机构违反义务之行为即应直接认定其存在过错。一是,违反办理入住评估与制定照护计划之义务。这是因为:一方面,全面评估入住老人的身心状况是预见风险之前提,根据评估预见的风险制定照护计划是采取风险防范措施之基础。由此,基于养老机构违反该义务之事实,已可认定其未预见应当预见的风险并规划实施应当采取的风险防范措施,存在过错。另一方面,从该义务之重要性而言,办理入住评估与制定照护计划决定着后续服务质量,并且入住评估结果有助于查明案件事实,即法院可以通过比较受害人入住时与发生纠纷时的身心状态,判断其是否遭受损害以及该损害是由受害人自身疾病还是外在原因所致。因此,在养老机构违反办理入住评估与制定照护计划这一具体描述性的、设定具体行为标准的义务时,^[75]应当直接认定其存在过错,亦旨在以此督促养老机构规范运行,提升服务质量。二是,隐匿、拒绝提供、遗失、伪造、篡改或违法销毁入住评估及定期评估记录、照护计划、健康档案、照护日志等资料以及监控视频。^[76]这是因为:一方面,在适用一般过错责任而受害人一方又难以收集举证的情形,前述资料是受害人通过查阅、复制而能够收集提供的唯一证据。在受害人一方无法获取前述资料时,倘若仍然允许养老机构证明自己无过错,要求受害人一方针对养老机构的反证再证明其存在过错,这是受害人一方所不可能完成的,显然不合理。另一方面,受害人一方或养老机构的陈述、证人证言存在主观倾向性,而前述资料是事前客观记录的,尽管养老机构工作人员也可能以有利于养老机构的方式进行记录,但这些记录通常是在诉讼发生之前准备的,相较而言更为可信。^[77]并且,前述证据并非仅在损害发生时形成,而是贯穿于养老服务合同关系始终,有助于法院全过程地查明认定养老机构有无过错。基于养老机构拒不提供或毁损此类关键证据之行为,已然能够认定其有过错。^[78]

(三) 损害后果与事实自证

通过明确养老机构负担的具体义务而明确过错认定标准,反映了结构及过程评价之要求,而针对结果评价认定过错,则可以参考事实自证制度。

事实自证制度是英美侵权法中一项特殊的证据制度,指如果造成损害的工具由被告完全控制,且只要被告适当注意,在正常情况下就不会发生损害,那么发生损害之事实即可“自证”被告有过错。根据判例法,适用该制度需满足如下要件:在没有过错的正常情形不会发生损害;被告完全控制了造成损害的工具;被告比原告更易获得解释损害发生原因的证据;除被告未尽适当注意外,其他原因不太可能引发该损害。^[79]其正当性基础在于:一方面,在原告无法举证还原案件事实时,

[75] 参见叶名怡:《论违法与过错认定——以德美两国法的比较为基础》,《环球法律评论》2009年第5期,第101页。

[76] 《美国联邦法规》第42章第483.10(g)(2)条规定,养老机构必须在入住老人或其监护人提出请求后24小时内提供所有记录供其查阅、两个工作日内提供复印件。记录通常包含入院协议、最低数据档案、风险评估方案、护理计划、日常生活记录、药物管理记录、治疗管理记录、康复护理记录、医嘱记录、事故报告等内容。See Mark R.Kosieradzki & Joel E.Smith, *Litigating Tort Cases*, Thomson Reuters, 2022, § 63:10.

[77] See Eric M.Larsson & Jean A.Talbot, *Cause of Action Against Nursing Home for Injury to or Death of Resident*, 43 *Causes of Action* 2d 605 (2010), § 31.

[78] 参见北京市第三中级人民法院(2021)京03民终13933号民事裁定书。

[79] See Stuart M.Speiser, *The Negligence Case: Res Ipsa Loquitur*, Lawyers Co-operative Publishing, 1972, § 1:1.~ § 2:28.

需要通过该制度为原告提供帮助；另一方面，源于盖然性的支持，即过去在相同条件下发生的事情未来很可能发生，在出现相反情况之前，基于若无被告之过错即不会发生损害的过往经验，可以合理推断损害是由被告过错行为所致。^{〔80〕}在养老机构人身损害赔偿纠纷中，因为入住老人长期居住在养老机构，受害人难以举证且由养老机构控制风险，所以法院即可能适用事实自证制度作出裁判。^{〔81〕}需明确的是，该制度仅是原告证明过错的一种方式，适用的后果既不导致举证责任倒置，也不导致据此直接认定被告有过错，^{〔82〕}而仅是基于案件之情景推断被告存在过错，向被告提出了一个需要解释的事实问题，由被告继续举证解释损害发生的原因，证明自己无过错。

可见，事实自证制度实际上是经验法则的具体适用，是根据“若被告无过错，则通常不会发生损害”的常识和经验，从一次不寻常事故中推断出其由被告过错行为所致，而由被告证明事故并非由其过错所致。与之类似，德国判例形成了表见证明概念：若在“生活经验法则上表现一定之原因，而且通常皆朝向一定的方向演变”，即被认为是“经过定型的事象”时，即得直接推定过失或因果关系之要件事实存在。相对人欲推翻此表见证明，必须就该事件通常经过之相反事由，即就事件之经过有其他之可能性，使法官就原来之“定型事象”产生疑念提出反证。^{〔83〕}例如，基于在手术部位遗留纱布的事实，即可认定医生有过失。^{〔84〕}表见证明本质上也是法官利用具有较高盖然性的经验法则推断某一待证事实的存在。因此，在《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）第10条第1款第4项规定了经验法则的情形下，人民法院亦有参考事实自证制度之原理作出裁判的规则依据。

较之上述司法解释作出的当事人无须举证证明“根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实”之抽象规定，事实自证制度明确了运用经验法则认定当事人过错的具体要件。具言之，在养老机构人身损害赔偿纠纷中，入住老人长期生活在养老机构，发生损害的环境完全由养老机构控制，并且养老机构较之受害人更易获得证明损害发生经过的直接证据，因此，只要进而满足“若养老机构无过错，则通常不会发生损害”之要求，即可基于发生损害而不言自明地自证养老机构存在过错，由其进一步证明自己无过错。例如，受害人营养不良即可自证养老机构存在过错，养老机构需举证证明其喂食了老人并及时向亲属通知了老人进食障碍等而证明自己已履行照护义务，否则即应认定其存在过错。又如，压疮是由于压力过大或压力持续时间过长导致血液流向被压区域受到限制，导致皮肤组织受损。压疮的形成并非一蹴而就，要经历局限性红斑、表皮缺损、全层皮肤组织缺损、组织坏死或肌肉受损等过程。^{〔85〕}因此，只要养老机构定期为老人翻身、保持清洁，通常即可避免压疮。是否会形成压疮的决定因素不是入住老人的身心状况，而是照护质量。^{〔86〕}《〈养老机构等级划分与评定〉国家标准实施指南（试行）》亦仅在入住老人Ⅰ度压疮新发生率不高于5‰、Ⅱ度Ⅲ度压疮新发生率为0的情形下才给与评分。基于新发压疮或压疮恶化之事实，即可自证养

〔80〕 See David Kaye, *Probability Theory Meets Res Ipsa Loquitur*, 77 Mich.L.Rev.1456 (1979).

〔81〕 参见前引〔77〕，Larsson 等文，第32节。

〔82〕 参见许传玺：《侵权法事实自证制度研究》，《法学研究》2003年第4期，第34页以下。

〔83〕 参见雷万来：《民事证据法论》，瑞兴图书股份有限公司1997年版，第280页。转引自胡学军：《解读无人领会的语言——医疗侵权诉讼举证责任分配规则评析》，《法律科学》2011年第3期，第104页。

〔84〕 参见〔日〕小林秀之：《新证据法》，弘文堂1998年版，第62页。转引自曾培芳、段文波：《德国表见证明理论在医疗诉讼证明责任分配中的运用》，《政治与法律》2007年第4期，第172页。

〔85〕 参见周玉洁等：《压疮分期及其护理进展》，《中国护理管理》2014年第7期，第684页。

〔86〕 See Kenneth Olshansky, *Essay on Knowledge, Caring and Psychological Factors in Prevention and Treatment of Pressure Ulcers*, 7 (3) *Advances in Wound Care: the Journal for Prevention and Healing* 64 (1994).

老机构有过错，除非养老机构证明其履行了义务，该损害是因受害人自身疾病所不可避免的，否则即应认定其存在过错。^{〔87〕} 同样，当养老服务合同约定由养老机构为失能老人喂服药物时，只要养老机构妥善保管药物、按医嘱喂服药物并在喂服前核对药物，就不会发生误服药物之情形，因此误服药物即可自证养老机构存在过错。相反，就诸如跌倒等损害，如根据常识和经验，老年人在没有任何人有过错的情形下也可能跌倒，则不能适用结果评价，不能基于跌倒之事实而自证养老机构有过错。^{〔88〕}

当前，我国养老服务产业尚处在粗放型发展的起步阶段，有待法律的规范与引导：一方面，需要完善对养老服务合同的私法规制，前述明确养老机构的具体义务、通过义务违反认定过错以及通过损害后果自证过错等结论已超出解释论范畴，可参考应对医疗损害责任纠纷之经验，由最高人民法院颁布司法解释回应实践需求。另一方面，需要完善技术性规范，只有细致的技术规则指引，方能引领养老服务的规范化、标准化，保障入住老人的生活质量，促进养老产业的健康发展。

Abstract: Due to the frailty and vulnerability of the elderly, the fair trial of personal injury cases, which occur frequently in elderly care institutions, has become the key to balancing the rights of the elderly and the development of the elderly care industry. An elderly care institution is not an insurer of the personal safety of its residents, but liable for damages only when it fails to exercise reasonable care to avoid injuries to its residents. In ordinary tort cases, the court generally focuses on determining whether the defendant was at fault at the time when the injury occurred. However, since elderly care is a continuous and labor-intensive service aimed at maintaining the quality of life of the elderly, the court should consider the “structure, process and outcome” of the service in the elderly care contract relationship, analyze the risks that an elderly care institution should foresee and prevent from the dimensions of “hardware, software, environment and subjects”, and determine whether the elderly care institution is in fault by taking into comprehensive consideration, including the statutory standard, the national and industrial standards, the provisions of the contract, and the physical and mental conditions as well as the dignity of the residents. In view of the dilemma faced by the victim in adducing evidence and the chaos of judicial determination of fault, China should adopt such objective paths to the determination of fault as defining the obligations of elderly care institutions, presumption of fault, and *res ipsa loquitur*, so as to clarify the standards for the court and guide elderly care institutions to standardize their operation.

Key Words: personal injury, elderly care service contract, objectivity of fault determination, *res ipsa loquitur*

〔87〕 参见上海市第二中级人民法院（2011）沪二中民一（民）终字第5号民事判决书。

〔88〕 See Laurent B. Frantz, *Patient Tort Liability of Rest, Convalescent, or Nursing Homes*, 83 A.L.R.3d 871 (1978) § 4[b].