

# 现行医疗纠纷调整机制的 法律缺陷与完善

蔡永彤

(华东政法学院,上海 200042)

**摘要:**对新颁布的《医疗事故处理条例》存在的一些问题做出法律分析,同时结合最高人民法院第33号司法解释中关于医疗纠纷的举证责任倒置的规定提出笔者的看法,并对部分法律问题的解决做了理论分析。

**关键词:**医疗事故处理条例;举证责任倒置;医疗纠纷

**中图分类号:**DF36 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5831(2004)02-0102-04

## On the Legal Limitation and Its Perfection of the Medical Dispute Solution Mechanism

CAI Yong-tong

(East China University of Politics and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** This paper gives the legal analysis of some problems of "Medical Treatment Dispute Solution Article" published recently. Combining with the highest people's judicial No. 33 judicial explanation of the rules of onus probandi conversion in medical dispute, it puts forward some suggestions on solving some legal problems.

**Key words:** Medical Treatment Dispute Solution Article; onus probandi conversion; medical dispute

### 一、医疗事故定义与医疗事故等级分类的逻辑矛盾

新的《医疗纠纷事故处理条例》规定:“本条例所称医疗事故,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人身损害的事实。”<sup>[1]</sup>从而在法律上对医疗事故的概念做出了明确定义,与已经作废的《医疗事故处理办法》中对医疗事故定义相比,新的条例有明显进步,其中之一就是扩大了医疗过失行为导致人身损害后果的范围。依老《办法》的规定,医疗事故的后果必须达到一定的严重程度,如残废、伤残、组织器官损伤导致功能障碍,而新《条例》关于“医疗事故”的定义却规定只要造成人身损害的事实就可以,与《民法通则》第106条规定相衔接。尽管新《条例》对于医疗事故的概念定义做出了科学界定,但却在第4条规定留下了“尾巴”。新条例第4条规定了医疗事故的四个等级,其中最低等级即第四级医疗事故的规定为:造成患者

明显人身损害的其他后果的。从法律上,这是一个兜底条款,但这个最低等级标准却和新条例的医疗事故概念定义相矛盾。通过比较可发现多了定义模糊的“明显”两个字,从而在实践中限制了医疗事故的认定范围。从立法上,不但造成《医疗事故处理条例》内部法律规定的矛盾,同时也与效力等级高于《条例》的《民法通则》第106条规定的侵权行为法的基本原则背道而驰。在实践中造成现实中有些医疗损害需要很长时间才能发现的重大医疗过错在适用新《条例》时可能得不到《医疗事故处理条例》的救济,只能寻求诉讼成本较高的民事侵权诉讼赔偿。

### 二、《条例》第四十九条第四款规定的不科学性

新《条例》第49条最后一款规定:不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任。这个规定与《民法通则》第119条关于人身损害赔偿的规定造成了冲突,由于《条例》属于行政法规,在效力层次上低于《民法通则》,因此该条规定与《民法通则》第106条和第119条的规定相抵触,因此笔者认为该条规定

收稿日期:2003-11-12

作者简介:蔡永彤(1981-),男,江苏泰州人,华东政法学院硕士研究生,主要从事民事诉讼法研究。

没有法律效力,即当事人可依据《民法通则》的规定,提起民事诉讼来维护自身权利。当然从法律条文上看,有的学者认为可把它与条例的第33条结合理解,它的立法本意是对于第33条规定的六种不属于医疗事故的情况将不适用于《条例》确定的赔偿方法和原则。但对于“不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任”的这款规定却又置于第49条而非33条之下,似乎这种立法本意解释又有点牵强,但无论如何,笔者认为这款规定缺乏一定的科学性。其次,该款规定与医疗纠纷举证责任倒置的规定相矛盾。有学者撰文认为:“在最高人民法院的《关于民事诉讼证据的若干规定》中规定因医疗行为引起的侵权诉讼,实行过错推定和因果关系推定,因而医疗事故鉴定结论属于医疗机构举证责任倒置的范围,不必由受害人举证。新《条例》对医疗事故鉴定结论的规定没有涉及到这一点,仍然是按照原来的常规处理,即鉴定不属于医疗事故的不予赔偿,与上述举证责任倒置的规定有一定的矛盾。”<sup>[2]</sup>

### 三、对于病人“知情同意权”保护的缺陷

新的条例把病历资料分为主观资料和客观资料。主观资料就是条例第16条规定:死亡病历讨论纪录、疑难病历讨论纪录、上级医师查房纪录、会诊意见、病程纪录。客观病历资料为第10条规定的门诊病历、住院志、体温单、遗嘱单、化验单(检验报告)、手术及麻醉记录单、护理记录等。这样区分的法律意义:对于主观病历资料不能复制和影印,只能在医患双方共同在场的情况下封存并由医院保存,而对于客观病历资料则可以复制、影印。这样规定的现实依据是有些患者在拿到主观病历资料后,以主观病例中不同医师发表不同意见为由主张存在医疗过失,甚至四处散发,博取社会和媒介的同情。但这样规定无法保障患者的知情权。现实中已有许多患者对主观病例资料由医院保存的公正性提出了疑义。理论上,病人对于涉案病情的专业知识信息可通过引入专家证人解决,但实际上专家证人本人往往也是医生,在目前的医疗体制下,专家证人究竟有多大可能性愿意公开出面指正当地同级或上级医院的错误呢?答案不言而喻。此外,《条例》对于患者知情同意权规定还不够详细与明确。第一,程序上规定不明确或缺失。《条例》规定:主观性病历资料“应当在医患双方在场情况下封存和启封”,那么封存主观性病历资料是不是医疗机构必须履行的义务?患者或家属对封存病历程序不配合,如拒绝在

场,那么医疗机构能否单方封存或在第三人在场见证的情况下进行封存,其法律效力如何?<sup>[3]</sup>第二,内容范围规定不明确或缺失。《条例》第11条明确规定了患者的知情同意权<sup>[1]</sup>,但该条规定在实践中却遇到众多问题。首先,该条规定没有明确给出具体的告知内容和范围以及具体的标准程度,严格执行《执业医师法》、《医疗机构管理条例》及其实施细则的规定是否就符合《条例》第11条的规定?其次,该条规定最后一句话“应当避免对患者造成不利后果”在适用时有很大争议。如果在适用“应当避免对患者造成不利后果”的规定与患者知情同意权发生冲突时,谁先谁后?最后,知情同意权的例外是什么?实践中许多治疗措施的承诺书由于含有侵害患者身体和生命的免责条款,这种协议是否有效?以上种种问题对于具体实践操作有重大影响,可《条例》却并未对此做出详细明确的规定。

### 四、赔偿项目中没有规定死亡赔偿金

有许多学者认为新《条例》规定的赔偿标准虽与原来的《办法》相比有所提高,但与其他侵权行为造成的人身损害的赔偿标准相比,赔偿标准仍然过低,对此笔者保留自己的意见。毕竟我们的医疗机构还承担着提供一定社会福利的功能,过于苛刻的赔偿标准只会将风险负担最终转移到患者身上。尽管如此,新条例第50条关于医疗事故赔偿项目和标准依然存在缺陷。在《国家赔偿法》、《消费者权益保护法》、《道路交通事故处理办法》等法律法规中,对造成死亡的均有单独的死亡赔偿金,而在医疗事故处理条例中却没有规定。医学界认为主要原因是在医疗事故中规定死亡赔偿金没有相关的理论基础。依照民法理论,死亡赔偿金主要建立在关系人扶养丧失说或亲属继承丧失说的基础上,但对于一个身患重症的人,有些情况下他自身已丧失了抚养他人的能力并且由于长期生病的原因,也丧失了财富积聚的能力,由于医疗事故丧身,向其家属支付死亡赔偿金也就丧失了理论基础。但我们不能忽视的是在许多医疗事故中患者并非已久患重症。对新条例针对医疗事故而引发的残疾或并发症给予完整体系的保护相比,许多患者家属“好死不如赖活”的想法就不足为奇了。

### 五、无过错输血感染造成不良后果不承担责任

《医疗事故处理条例》第33条第四款规定无过错输血感染造成不良后果的不属于医疗事故。按现行的规定医院无权采血,所用血均由血站提供,医院

只在其中提供输血服务。如果医院在提供输血的过程中没有过错,就不用承担法律责任,也许有人说是可向最终责任人献血站追究责任?答案依然是否定的,原因是就目前的科学检测手段对处于肝炎和艾滋病“窗口期”过程中的供血者还无法给予识别。由于目前在我国对于血制品能否认为是一种产品还有疑义,无法适用产品质量侵权中的无过错责任;同时献血站和医疗机构对于造成受血者不良后果不存在过失,也不适用于一般侵权行为的过错责任。即在无过错输血造成患者不良后果的医疗活动中,患者只能自身承担这个不良后果,笔者认为这样未免显得太不公平。此种情况下应适用《民法通则》第132条规定的公平责任原则。理论上认为公平责任的适用条件:(1)损害发生属于侵权行为法调整的范围;(2)损害发生必须属于法律没有特别规定适用无过错责任或过错推定责任的情况下;(3)损害较严重;(4)对于损害的发生当事人双方都没有过错。<sup>[4]</sup>尽管有学者认为最高人民法院于2001年12月份颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》(即33号司法解释)中规定医疗纠纷适用过错推定责任,因此不符合适用公平责任的条件(即损害的发生必须属于法律没有特别规定适用无过错责任或过错推定责任的情况)。但许多学者对此持有不同意见,通过对《民法通则》第121到127条规定的比较,更多的学者倾向于认为该司法解释对医疗纠纷的规定仅仅是一种举证责任分配而不是严格意义上的过错推定责任。根据以上分析,笔者认为可以适用《民法通则》中关于公平责任的规定由当事人分担受血者的损害。其次,目前无过错输血造成患者损害在实践中还不多见,但一旦发生对于患者就是百分之百的灾难,就经济负担能力和社会公正而言,笔者认为同样由医院和献血站分担责任也更为可行。同时对于这种没有过错方的不幸,可以适当提高血制品的价格,用于建立赔偿基金或向保险公司投保以分担赔偿责任。但让患者独自承担既不公平也不经济。

#### 六、医疗事故鉴定依然带有行政色彩

新《条例》中对医疗事故鉴定规定的改变是最大的变化,是这部条例的点睛之笔。对于老办法中备受争议的机构设置、鉴定人员组成、鉴定的效力、鉴定程序等都做出了有力的变革。但这种改变依然没有改变医疗事故鉴定的行政色彩。首先是对提起医疗事故鉴定主体的行政限制。根据新的《医疗事故处理条例》第20条规定,医疗事故鉴定程序的启动

只有两种方式:(1)由卫生行政主管部门认为需要鉴定移交医学会进行鉴定;(2)医患双方协商共同委托,同时根据《条例》第39条规定,对医疗事故争议当事人提出的处理请求,卫生行政部门有权进行受理审查,对于不符合《条例》规定的处理申请,有权不予受理。可以看出医疗鉴定原则上禁止单方随意提出医疗事故鉴定申请,医疗纠纷关系的单方主体只能向卫生行政机关提出单方鉴定要求。稍加分析不难得出如下结论:这条规定其实只是对患者单方的鉴定申请做出了行政限制。原因在于现行的医疗体制下,医疗机构和卫生行政主管部门之间有着千丝万缕的关系,医疗机构的申请要求很容易得到卫生行政主管部门的同意。而对于患者,如果鉴定结果有可能不利于医疗机构,患者单方面向卫生行政主管部门提出医疗鉴定申请很容易受到卫生行政主管部门的干扰和阻碍。在现行医疗体制下,患者单方申请鉴定的难度可想而知。其次是对再次鉴定申请对象的行政限制。当按照新的《医疗事故处理条例》:当事人对初次鉴定不服的,可以申请再次鉴定。但对于再次鉴定,新条例却规定:再次申请必须向医疗机构所在地的卫生行政主管部门提出。当事人不能通过做出初次鉴定的医学会申请再次鉴定,也不能直接向上级医学会申请再次鉴定。这一条规定更是反映了医疗事故鉴定工作依然带有行政色彩,并没有完全摆脱老办法的影响。尽管最高人民法院在2001年12月份颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》中第一次将医疗侵权案件列入举证责任倒置范围,促使医疗机构就医疗事故鉴定问题与患者达成一致意见,否则医疗机构很可能由于举证不能而承担败诉的风险。但患者如果选择民事侵权赔偿诉讼,必然要付出高昂的诉讼成本,这种舍近求远的做法既是一种无奈也是对现有法律资源的浪费。

#### 七、舍本逐末的举证责任倒置

最高人民法院于2001年12月份颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》(即33号司法解释)已经开始实施。这一司法解释第一次将医疗侵权案件列入了举证责任倒置的范围。这个规定得到患者的一致好评,在实践中部份改变了患者在医疗纠纷中处于弱势地位的现象。然而从法律角度,笔者认为:首先,举证责任倒置缺乏一定的理论和法律基础。从理论基础看,支撑在医疗纠纷中实行举证责任倒置的主要理论依据是“盖然性说”,即“……对发生盖然性高的事实,主张该事实发生的人不负举证责任,而

又相对人就该事实的不发生承担举证责任。”<sup>[5]</sup>但是基于医疗纠纷的高风险性和高技术性,针对纷繁复杂的病症和生理疾病,此种理论显然不能适用全部医疗纠纷,因此在医疗纠纷中一律运用举证责任倒置的显然有失偏颇。从合法性上,第33号司法解释中规定了8种适用举证责任倒置的情况,其中6种都有法律基础,分别存在于《专利法》、《民法通则》、《环保法》中。但这一司法解释将未被《民法通则》列为特殊侵权案件的医疗侵权列入实行举证责任倒置的范围,既缺乏法律基础又没有法理基础。从这个角度,有人认为它属于越权解释不是完全没有道理。之所以对医疗侵权行为引起的诉讼实行举证责任倒置的规定,除上述理论依据,还因为在实践中医疗机构及医务人员具备专业知识和技术手段,易于掌握相关的证据材料,具有较强的证据能力,而患者则处于相对的弱势地位。然而这个原因却未必令人信服,由于在专业服务纠纷领域我国并未将举证责任倒置作为一种实践惯例得到法律认可,因此将医疗纠纷侵权在法律上被赋予特殊侵权行为的法律地位而实行举证责任倒置缺乏相应的理论基础。况且,证据能力的强弱是相对而言,实践中就曾发生过掌握相关医学知识的患者家属通过各种方式阻碍医疗机构获取证据,加大医院的责任风险。事实上在律师的法律服务、会计师的会计服务等公认的专业服务法纠纷上都未实行举证责任倒置。解决患者取证难的问题不能简单通过举证责任倒置解决,现行规定只能是一种舍本逐末的做法。笔者认为当务之急是通过法律制度规范设计来强化患者的取证能力,例如允许患者复印主观性病历资料,允许患者单方直接向医学会提起医疗事故鉴定申请,完善专家证人制度等等,解决患者举证能力相对较弱的问题。其次,举证责任倒置造成法律适用上的冲突。新的《医疗事故处理条例》要求医患双方均应积极配合鉴定的进行,如有一方不配合,将由其承担相应责任。但这条规定因为举证责任倒置的司法解释出台而变成一句空话。实践操作中,患者可用举证倒置责任倒置的有利规定来减轻或回避自己充分配合的责任,同时由于在将来可能的诉讼中实行过错和因果关系两个推定的严格责任(一般特殊侵权行为只要求实行一个推定),客观上加大了医院的风险,扩大了医疗机构的赔偿责任。在笔者与医务人员接触过程中发现,这条法律规定的冲突已造成一定的负面效果。例如,许多医院加大了患者无谓的复诊检

查力度,要求患者家属签署无休止的责任告知书(尽管对于可能造成人身损害的责任告知书是否具有免责的法律效力依然值得怀疑),医务人员更倾向于采取保守的治疗方案等等。这样的规定从长远看最终只能是激化医患双方的矛盾,从经济学角度,由于采用举证倒置责任可能造成患者更倾向于减少谨慎防范的注意义务(实践中表现为许多患者疏于收集相应的证据或在诉讼中故意不提供相应的证据,把败诉风险转移到医疗机构),导致医疗机构单方面增加医疗纠纷的防范成本,最终这些没有效率的成本都会转嫁在患者身上<sup>[2]</sup>,违背了法律规定的本义。

笔者认为,在举证责任分配的立法规定上,国家法律可向一部分人倾斜,但这种倾斜应当是理性、适度的,应保持基本的价值中立。鉴于此,医疗纠纷认定过程中举证责任应进行如下变革:(1)对于依据实践,确实属于“盖然性”的损害结果,应当适用举证责任倒置原则;(2)借鉴国外经验,规定举证责任倒置实行的前提条件,即责令有妨碍举证行为的当事人(包括医疗机构和患者)承担举证倒置责任;(3)在目前情况下,应当加强患者的证据获取能力。一方面对现有规定进行修改,另一方面,实践中应当充分重视法院在医疗纠纷中的取证作用,努力实现公平正义的程序价值。

尽管新《条例》存在一些问题,例如患者权利保障措施不到位,行政色彩依然浓厚,医疗机构举证责任不合理等,但由于医疗活动主体双方即患者和医疗机构之间不存在对立的利益矛盾,许多问题的产生不在于双方的利益争夺而在于社会革新过程中产生的阶段性问题。如果把医疗机构放在社会变革的大环境下,也许更能体会新《条例》颁布带来的医疗改革的进步。

#### 参考文献:

- [1]唐德华.《医疗事故处理条例》的理解与适用[M].北京:中国社会科学出版社,1999.
- [2]杨立新.医疗事故处理条例三论[EB/OL].杨立新民法网(www.yanglx.com),2002-04-22.
- [3]陈志华.关于医疗事故处理存在的几个问题[J].法律与医学杂志,2002,(2):15-16.
- [4]郭明瑞.中国民法案例与学理研究[M].北京:法律出版社,2002.
- [5]谭兵.民事诉讼法学[M].北京:法律出版社,1997.