



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年  
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

## 医疗损害赔偿纠纷案件的法律适用问题 ——在审理医疗纠纷案件法律适用问题研讨会上的发言

梁慧星

阅读次数: 9598

使用大字体察看本文

非常高兴有这样一个机会和大家在一起讨论,这个机会对我来说非常难得。这个会议开到这里,对医疗纠纷案件的处理我自己有了一些初步的想法,大概知道在案件的审理当中难点在什么地方,分歧在什么地方。下面首先讲统一思想认识的问题。

在若干年的时间当中我没有对医疗案件审理发表过意见,主要是觉得这类案件的处理,关系重大,不仅涉及到复杂的技术问题,而且关系到社会问题。这里先讲一个理论问题。我们会议的题目是法律适用问题研讨会,而这两天的会议内容与题目不大一致,因为会上大量的发言,大量的争议,都是涉及法律公正不公正,公平不公平,实际上是讲立法问题,讲应该制定什么法律,现行法律有什么缺点,这叫立法论。如果只讲现行法律如何解释适用,这叫解释论。立法论和解释论,这是两种不同的议论。二者的区分,我们中国学者不太熟悉,发达国家的学者分得很清楚。在一个中日两国学者参加的会上,一位日本学者批评说,你们中国学者讨论问题,不区分立法论与解释论。他指导中国留学生,首先告诉他们,如果你要发言,你一定要先表明是立法论还是解释论。他的批评当然有道理的。立法论探讨法律的应然状态,你可以批评现行法,批评现行法的优点缺点和不足,提出修改法律的建议。解释论是以现行法为前提,讨论现行法的理解、解释和适用,怎么样正确地适用现行法律裁判案件。不能把两者混淆起来。我们注意到发达国家的法官很少谈立法论,很少在新闻媒体上发表意见。这和我们中国不一样,我们处在建设法制的进程中,我们习惯于立法、实务和理论界共同讨论法律问题,特别是讨论立法问题。我们的社会提倡这样做。人民法院报刊刊登许多法官的文章,我自己主编的民商法论丛也经常刊登法官的专题研究论文和判解研究论文。最高法院也提倡“学者型法官”。这就涉及法官的双重身份问题。虽然你是法官,当你撰写、发表论文的时候,你是以学者的身份,以学者的身份发言和写文章,当然可以批评现行法,指出现行法的缺点,提出修改完善的建议。但是,当你在裁判案件的时候,讨论某个案件、某类案件应当怎么样裁判的时候,就一定要回归法官的身份,回归法官的立场,一定要以现行法律法规的规定为根据,严格执行现行的法律法规,正确理解、解释、适用现行规定。如果法官在解释适用现行法律法规的同时,还纠缠于现行法律法规公正不公正,这就混淆了立法论和解释论,混淆了法官的身份和学者的身份。我建议严格划分法官的两种身份。

学者也是这样。学者在讨论立法论的时候,可以发表你的意见,对现行法律法规进行评价、进行批评,提出修改完善的建议。但是,当你讨论某个案件、某类案件应当如何裁判的时候,你就应当把自己当成审理案件的法官,以法官的身份说话,以法官的立场说话。这种情形,属于解释论。虽然你是教授,你一定要把自己当做法官,以法官的身份讨论如何正确理解、解释、适用现行法律法规。你得出的解释适用法律的方案,属于学说解释,可以为法官裁判案件提供参考。学者在写学术文章的时候,尽可以长篇大

论,批评现行法律法规,指责某个法律法规的规定不公正,建议予以修改完善,建议予以修改完善,因为我们是以学者的身份探讨立法论。一旦我们转到解释论,讨论法律法规的解释适用的时候,就要以法官的身份,不能再批评现行法律法规不公正,更不能因为你认为现行法律法规不公正,就主张可以不予适用。因为现行法律法规一经生效,就必须严格遵行,任何人不可抗拒。无论是学者、法官或者律师,都要严格区分立法论与解释论。

我们的分歧,实际上就是对《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)的态度不同,对国务院制定《条例》的看法不同。国务院制定这个《条例》有多种理由,其中最重要的就有医疗行为的特殊性,医疗行为不是交易合同。我在第一天的会上说到医疗行为的特殊性、医疗合同的特殊性。概括起来,医疗行为不是市场交易行为,其风险不可预见。市场交易失败的原因主要是合同对方违约,其次才是市场风险,而医疗失败的原因主要是医疗风险,其次才是医疗过失。因此,民法理论上把医疗合同上的债务称为“手段债务”,不同于交易合同上的债务之属于“结果债务”。如果是“结果债务”,如买卖合同、承揽合同,是以结果论责任。医疗合同属于“手段债务”,不是以结果论责任。谁能包治百病!能不能治好,首先要看你患什么病,其次才看医方的医疗技术、医疗方案,还要看患者的身体素质、心理素质,等等。归根到底,医院、医生不是商人,他是治病救人,我们生了病求助于医生,医方与患方的利益不是对立的,与市场交易合同截然不同。因此,处理医疗失败,不能采用处理交易失败同样的原则。昨天孙东东教授对《条例》的制定作了一些解释,更加深了我的理解。会上许多同志发言,包括医院方面、医学专家的发言,主要讲的也是医疗行为的特殊性,医疗合同的特殊性,因此主张严格适用《条例》。相反的观点是认为《条例》不公正,因此主张不能适用。为什么认为《条例》不公正呢?主要是强调医疗合同的一般性。医疗合同既然是民事合同的一种,那就应该实行民法上的平等原则、公平原则,就应该适用合同法的规定,或者适用民法通则关于侵权行为的规定。这种观点以作为民法基本原则的平等原则、公平原则作为根据。还以人权保障作为根据,人权保障当然是当前法律发展的潮流。还讲损害的重大性、严重性,直接危及人的生命、身体、健康这些最重大的权益。还有一个理由就是法律统一,最高法院关于人身损害赔偿的解释文件规定的赔偿标准高,《条例》规定的赔偿标准明显偏低,这就造成裁判的不公正和不统一。我们把《条例》规定的赔偿标准与其他人身损害赔偿标准进行攀比,因此越比较越激动,越认定《条例》不公正。

总之,在对待《条例》的态度上,存在两种截然相反的观点。不仅是法官当中,律师当中也一样,学者当中也是这样。说明我们整个社会的思想没有统一。我们还停留在制定《条例》之前的立法论的争议当中。应当看到,《条例》是以国务院的名义发布的,属于已经生效的行政法规。国务院已经做出了决断,《条例》已经生效,我们别无选择,必须严格执行。我们可以看出,《条例》着重强调医疗行为的特殊性,强调医疗结果的不可预见性,因此规定了较一般人身损害赔偿低的赔偿标准。但我们同时看到,《条例》相对于过去的《医疗事故处理办法》有很大的进步。拿孙东东教授的话说,是前进了半步,前进半步也是进步。我们看到《条例》是有关衡的,有利益平衡的。修改了原来的“医疗事故”定义,涵括了侵权责任构成要件,抛弃了原来的所谓“一次性补偿”,实行民事损害赔偿制度,这对患方有利;同时在赔偿标准上采取较低的标准,限制赔偿额,这对医方有利。加上最高法院规定采用举证责任倒置,对医院不利,对患方有利。由此可以看出立法者在制定《条例》时讲究了利益平衡和政策协调,不是完全偏向哪一方。应当肯定,这反映了中国立法思想和立法技术的进步。

特别在当前,要尽快使我们社会的思想统一到《条例》的政策精神和具体规定上来。当前我们社会当中医患关系的紧张是显而易见的。这次会上的发言也特别指出了这一点。我自己也注意到,近年新闻媒体多次报道殴打医生的事件,反映医患关系的紧张,我作为一个民法学者感到非常痛心。后来发生了非典,我们看到非典感染的大多数是医护人员,非典的发生及许多医护人员受感染甚至死亡,这本身是非常不幸的,但同时引起了我们的思考,让我们冷静下来,注意到医患关系的特殊性。交通事故的肇事者,与我们没有什么关系,他违章、醉酒、超速、疲劳开车,把我们撞伤了,按照民法通则、道路交通安全法的规定及最高法院有关解释,应当追究车主的侵权责任,原则是全额赔偿。医疗事故的发生不同,我们自己先不幸患病,我们去求助于医生,希望他们来帮助我们、救治我们。如果病治好了,我们将医生当救命恩人。一旦医疗失败,我们就把医生告上法庭,要求判决医生承担像交通事故那样的全额赔偿责任,我们是拿医疗事故与交通事故攀比,而我们忽视了医疗行为的特殊性,忽视了医疗事故与交通事故的不可比性。

如果医患关系进一步紧张,对我们国家民族人民是不幸的,对患者也是不幸的。如果我们在裁判医疗损害赔偿案件中,忽视医疗行为和医患关系的特殊性,片面强调患方利益,不注意保护医院、医生方面的正当利益,不仅将使整个社会的医患关系进一步紧张,而且将使医患关系改变性质。会上的材料和发言已经谈到这一点,有的医生已经开始采取“保护性医疗”的策略,他首先考虑的不是如何尽一切可能治好患者的疾病,而是考虑怎样才能规避赔偿责任。当有两种治疗方案,一种方案可能治好疾病但存在风险,另一种方案治不好疾病但没有风险,他就采取第二种方案,治不好病也治不死人,这就是“保护性医疗”。还有,即使普通的感冒,他也让患者接受各种化验、检验,实际是为了规避赔偿责任,不愿意自己对患者的疾病做判断,最终使患者无端支付昂贵的费用,这叫“过剩医疗”。如果我们的医院、医生都采取这样的态度,医患关系将完全变质,变成一种潜在的敌对关系!医患双方相互都把对方当作潜在的敌人!这样的现象已经开始出现。如果不能扭转,医患关系进一步紧张,对广大患者不利,对医学发展不利,对国家民族的前途不利!所以对这类案件的处理一定要慎重,整个社会一定要冷静下来,首先是法官、律师、学者一定要顾全大局,要充分理解国务院制定《条例》的指导思想和政策判断,要把整个社会的思想统一到《条例》的指导思想、政策判断和具体规定上来。虽然《条例》有缺陷,不尽人意,但我们现在已经不能够再

讨论、再纠缠于立法论的争论，我们别无选择，必须正确理解、正确解释和正确适用《条例》。

对现在医患关系紧张，新闻媒体有一定责任。新闻媒体在报道当中没有注意到医疗行为的特殊性，没有正确对待《条例》的规定。新闻报道说事实就够了，我们还加了自己的主观意见，在谈我们自己的意见的时候又没有注意到医患关系的特殊性，离开了现行法律法规特别是《条例》的规定，有时采用比较偏激的措辞，甚至添加感情的因素。新闻媒体当然要报道案件事实，但我们的报道要客观、冷静，客观报道案件事实和经过，要向民众讲解现行法律法规特别是《条例》的规定，寄希望于法院公正执法，相信纠纷可以得到公正的解决。还有律师界。律师肩负着维护法律正义的职责。我不一般地反对律师鼓动诉讼，尤其是公益诉讼，我对律师自己提起公益诉讼是很赞成的，但我希望律师朋友千万不要鼓动医疗诉讼。不要去鼓动患者起诉、上诉、申诉。对于医疗纠纷案件，建议律师朋友要主动向患者讲解《条例》的精神和具体规定，以《条例》的规定作为诉讼的依据，能够和解的尽量和解，你要对患者解释医疗行为的特殊性，依据《条例》规定的标准请求赔偿金。再就是学术界，包括我自己在内，要对缓和医患关系承担责任。当我看到新闻媒体关于医患关系紧张的报到时，认识到我自己应该早点关注医疗损害案件，与医生、法官、律师共同研究，共同探讨如何贯彻执行《条例》的规定。学术界有自己的问题。我们实在写的太多、说的太多、出版的太多，但大抵属于立法论的探讨，对于现行法律法规应当如何正确理解解释适用，例如《条例》的规定如何贯彻，如何适用，却研究太少，或者不作研究。甚至有的学者还在对《条例》横加指责，居然认为法院在裁判医疗事故纠纷案件中可以拒绝适用《条例》的规定！我们今天召开医疗纠纷案件法律适用问题的研讨会，我觉得学术界首先就应该反省。当然还有法院。我自认为是法官的朋友，也经常与法官讨论案件的审理。我也看到确实有一些医疗纠纷案件裁判不公。因为是大医院，医院院长可能与法院院长有私交，法官受法律外因素的影响，没有做到依法裁判、公正裁判。虽说这样的情形是个别的，但产生的社会影响很恶劣，对医患关系的紧张有不好的影响。我认为，主要的问题还是我们的法院法官在裁判医疗损害这类案件当中没有准确理解和正确适用《条例》。我们法院内部对待《条例》的认识就没有统一，以致造成对同类型的医疗损害纠纷案件，不同的法院、不同的法官适用不同的法律规则、不同的赔偿标准、不同的鉴定程序，亦即会上所谓法律适用的“二元化”、赔偿标准的“二元化”、鉴定的“二元化”，这就在实际上更激化了医患关系，导致医患关系的紧张。可见，法院内部尽快统一思想，严格贯彻执行《条例》，是缓和医患关系的关键。

下面谈现行法律法规的解释适用，即关于医疗损害案件的解释论。现行法律法规总是存在不足的，我们的任务不是去修改它，更不是废止它，而是通过正确的解释去弥补它、协调法律体系内部的矛盾，按照它的立法目的予以正确适用。我对重庆高院的发言大部分是赞同的。重庆高院内部统一了对《条例》的认识，因此没有发生所谓法律适用的“二元化”，他们的经验值得重视。先说“医疗事故”的概念。医疗损害赔偿案件是改革开放以来出现的新型案件，我们没有这方面的理论准备，就把国外的概念引进来。国外有个概念叫“医疗过误”，区别于一般侵权行为的“过失”。但我们的《医疗事故处理办法》（以下简称《办法》）采用了“医疗事故”的概念。多数学者、法官和律师都对《办法》持不赞成的态度，关键是对“医疗事故”概念不能接受，问题出在《办法》规定的“医疗事故”的定义。按照该定义，要造成患者“死亡、严重残疾和严重功能障碍”，才构成“医疗事故”。换言之，“医疗事故”以造成“严重的损害后果”为构成要件。即使医生有重大过失，未造成“严重残疾”、“严重功能障碍”，也不构成“医疗事故”。《办法》是以损害结果的“严重性”作为主要标准。这与民法基本原理和民法通则关于侵权责任构成要件的规定，有很大的差距。加上《办法》以所谓“一次性补偿”取代民法通则规定的损害赔偿，因此多数学者、法官、律师不赞成依据《办法》解决医疗损害案件，主张“医疗事故”仅是追究医院、医生行政责任的根据，不是民事损害赔偿的根据。我自己也是这样主张的。

我们应当特别注意，现在的《条例》相对于《办法》已经有很大的进步。《条例》对“医疗事故”定义，作了重大的修改。《条例》第二条规定：“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故”。《条例》第四条规定，根据患者人身损害的程度，将医疗事故分为四级：造成患者死亡、重度残疾的，是一级医疗事故；造成患者中度残疾、器官组织损伤导致严重功能障碍的，是二级医疗事故；造成患者轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍的，是三级医疗事故；造成患者明显人身损害的其他后果的，是四级医疗事故。按照《条例》的规定，违反法律、行政法规、规章、规范、常规，就构成过失，因此造成患者明显人身损害，就构成医疗事故。这个“医疗事故”定义，将原来《办法》规定的“损害后果的严重性”取消了。有明显损害结果，有过失，有因果关系，就构成医疗事故。这就把民法侵权责任的构成要件全部包括在内，与民法通则关于侵权责任构成要件的规定是完全一致的。

《条例》规定的“医疗事故”定义，包括了侵权责任的构成要件，这与《办法》的规定不同。建议学术界和实务界一定要接受这个“医疗事故”概念，在判决书当中、在新闻报道中和学术研究中，一律采用“医疗事故”概念，不要再用“医疗差错”、“医疗过误”这些不规范的概念。首先做到概念统一，统一于“医疗事故”这个法定概念。《条例》将“医疗事故”定义中的“人身损害”分为四级，与《办法》的定义对照，我们注意到增加了第三级和第四级，显然将范围扩大了，特别是第四级是指“造成患者明显人身损害的其他后果的”。按照这个规定，因过失“造成患者明显人身损害”的，都构成“医疗事故”。这与民法通则关于侵权责任的规定是完全一致的。上午有位同志发言说，没有明显人身损害就不赔。按照《条例》，没有造成明显人身伤害结果的不构成“医疗事故”，当然就不应承担医疗事故的侵权责任。孙东东教授谈到原来《条例》草案中有一个条文规定：不构成医疗事故的不承担责任。后来审议中有人认为，这是显而易见的，还

需要规定吗？于是就删掉了。如果当年保留了这个条文就好办了，就可以避免好多歧义。其实，不构成医疗事故就不应当承担侵权责任，这是对《条例》关于医疗事故定义的规定采用“反对解释方法”的正确结论。我注意到一些同志关于“医疗事故”的认识，还停留在过去《办法》的那个定义。实际上，按照现在的定义，“医疗事故”之外就不可能有“明显的人身损害”。对“不明显的人身损害”，按照民法通则的规定也是不应当承担侵权责任的。当然，虽然没有造成“明显的人身损害”，如果造成了财产损失，是不是可以构成违约责任呢？应当肯定，患者按照违约责任起诉还是可以的。

我们必须谈到最高法院《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》（以下简称《通知》）。《通知》第一条规定：“条例实施后发生的医疗事故引起的医疗赔偿纠纷，诉到法院的，参照条例的有关规定办理；因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷，适用民法通则的规定。”什么叫“医疗事故引起的医疗赔偿纠纷”？什么叫“医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷”？从会上的发言看，存在不同的理解。有的同志认为，经鉴定不构成“医疗事故”，就可以按照“医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷”起诉，并适用民法通则的规定追究侵权责任。其结果是，构成“医疗事故”的，适用《条例》的规定，其判决赔偿金额较低；不构成“医疗事故”，却可以适用民法通则和最高法院关于人身损害赔偿的解释，其判决的赔偿金反而更高。会上所谓“二元化”体制，根源就出在对《通知》第一条的错误理解。

按照前面谈到的《条例》关于“医疗事故”定义的规定，不构成“医疗事故的”，就不应该承担侵权责任，法庭应当驳回其诉讼请求。当然不能再适用民法通则和最高法院解释。《通知》所谓“医疗事故引起的医疗赔偿纠纷”，应当理解、解释为“医疗行为导致人身损害的医疗赔偿纠纷”。刚起诉还没有对是否构成医疗事故作出认定，怎么就知道属于“医疗事故引起”，可见《通知》说“医疗事故引起的医疗赔偿纠纷”，是不准确的。法院以“医疗行为导致人身损害的医疗赔偿纠纷”受理，经审理认定构成“医疗事故”的，即根据《条例》的规定判决被告承担侵权责任；不构成“医疗事故”的，即应驳回原告请求。所谓“医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷”，应当理解、解释为“非医疗行为引起的医疗赔偿纠纷”，这是指一些什么情形呢？一个是合同纠纷，另外一个就是非医疗行为造成的损害。例如产品缺陷致损，虽然构成侵权，但应该适用产品质量法的规定；因整容美容手术和变性手术造成的人身损害，属于非医疗行为，因为接受手术的是健康人。非医疗行为导致人身损害，或者按照合同法追究违约责任，或者按照民法通则追究一般侵权行为责任。再如医院设施有瑕疵导致损害，医院管理有瑕疵导致损害如抱错婴儿，还有医生故意伤害患者，拿患者做试验，统统属于医疗行为以外的原因造成的损害，就是《通知》所谓“医疗事故以外的原因引起的医疗赔偿纠纷”，都不适用《条例》。其中，造成财产损害的，应该适用合同法；造成人身损害的，应该适用产品质量法或者民法通则关于一般侵权行为的规定。这样就可以消除“二元化”体制。

医疗损害赔偿案件的法律适用应当从哪里入手？应当从合同法第122条的规定入手。合同法第122条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”制定本条首先考虑的就是医疗服务合同。这是采纳了发达国家的请求权竞合的理论。按照合同法第122条的规定，患者有选择权，他既可以选择按照合同法追究违约责任，也可以选择按照侵权法追究侵权责任。这是考虑到违约责任和侵权责任的差别，违约责任容易成立，但违约责任不包含精神损害赔偿，而侵权责任有精神损害赔偿，所以允许进行选择。当事人选择选择什么？选择以什么请求权作为起诉的根据，亦即选择“诉由”，不是选择“法律适用”。如果选择侵权责任，当然法庭应当适用侵权法的规定，选择了违约责任，当然要适用合同法的规定，但是在追究侵权责任时法庭应当适用属于侵权法性质的哪一个法律、法规，在追究违约责任时应当适用属于合同法性质的哪一个法律、法规，完全属于法庭的决定权。法庭应当按照选用法律的基本原则，即“特别法优先适用的原则”，决定本案应当适用哪一个法律、法规的哪一个具体规定。有的同志有误解，似乎适用什么法律、适用什么赔偿标准都可以由当事人选择，甚至出现这样的情形，医疗行为造成患者严重人身损害显然应当构成医疗事故的案件，还按照当事人的“选择”作为“医疗事故以外的原因引起的医疗赔偿纠纷”处理，规避《条例》的适用。这当然是不正确的。这一点要明确，只有请求权是可以选择的，其他的问题如适用什么法律、适用什么赔偿标准、适用什么鉴定程序，统统不能选择。

《通知》将医疗赔偿纠纷案件分为两类，当然是正确的，但《通知》的文字表述容易引起误解，案件事实还没有鉴定，怎么知道是否构成医疗事故呢？可见用语不准确，容易导致误解。我们如何掌握呢？建议以是否属于医疗行为划界：医疗行为引起的医疗赔偿纠纷；医疗行为以外的原因引起的医疗赔偿纠纷。确定“案由”是法院的事，可以定一个比较符合《条例》规定的案由。不管当事人以什么诉由起诉，如果属于医疗行为造成人身损害的案件，按照《条例》的定义、立法精神和指导思想，构成“医疗事故”的就严格适用《条例》的规定追究侵权责任，不构成“医疗事故”当然就判决被告不承担侵权责任。

顺便谈到，近年我对最高法院有一些批评意见，新闻媒体一个字也没有报道。我觉得我现在与最高法院距离似乎越来越远。这里还要谈到，据会上孙东东教授的介绍，最高法院是参加了《条例》的制定过程的，但最高法院发布的《通知》却没有表明自己的态度。最高法院《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》，请大家特别注意“参照”这个词。为什么不“贯彻执行”医疗事故处理条例？为什么不“适用”医疗事故处理条例？难道《条例》关于医疗事故损害赔偿的规定，只是供法院、法官“参考、参考”，而不要求必须“贯彻执行”？《条例》属于国务院根据行政立法权制定的“行政法规”。在国家法律体系中，行政法规的“位阶”在法律之下、在地方性法规之上。行政法规，具有相当于法律的效力，这

从法律上总是将“法律、行政法规”并列，可以看出出来。《条例》是现行法律体系的一部分，无论对当事人来说或者对法院来说，都具有必须严格执行的法律效力，是各级法院裁判医疗人身损害赔偿纠纷案件的裁判规范，各级法院必须严格执行，不能有任何的犹豫。法院裁判中必须适用行政法规，这也是最高法院一贯遵行的司法原则。因此，《通知》不使用“贯彻执行”和“适用”这样的含义明确的法律措辞，而使用含义不明确的“参照”一语，既不符合法治的要求，也不符合司法原则，至少是容易启人疑窦，使法官误认为《条例》仅供法官裁判时“参考”，可以执行也可以不执行。为什么一些法官对于医疗行为造成明显的人身损害赔偿的案件，不适用《条例》的规定而去适用民法通则和最高法院关于人身损害赔偿的解释，这与《通知》采用“参照”一语有关。

下面继续谈法律适用。我们的会议主题是讨论医疗纠纷案件的法律适用问题，当然要回到教科书上法律适用的基本原则，即“特别法优先适用的原则”。这是法官裁判案件最常用的基本原则。一个国家的法律体系是多层次的，包含宪法、基本法、单行法、行政法规，等等，构成一个“金字塔型”的结构。在这样的法律体系当中，如何正确适用法律？通常我们可以找到好多法律条文都与本案有关，似乎都可以适用。例如医疗损害赔偿案件，现行法上好多法律法规都有关于损害赔偿的规定。我们首先要分析这些法律法规的相互关系，哪一个属于普通法，哪一个属于特别法；然后按照特别法优先适用的原则，适用哪个属于特别法的法律法规裁判案件，只在特别法没有规定的情形，才能够适用普通法的规定裁判本案。关于医疗行为人身损害赔偿纠纷案件，《条例》就属于特别法，民法通则关于一般侵权行为的规定就属于普通法，按照特别法优先适用的原则，我们必须优先适用《条例》的规定。如果我们不适用《条例》的规定，却去适用属于普通法的民法通则的规定，就属于适用法律错误，就是错判。

关于赔偿标准，也是法律规则的适用问题。《条例》第五章规定了“医疗事故”损害赔偿标准，民法通则关于一般侵权责任还有赔偿标准，这个赔偿标准不具体，由最高法院作出解释予以具体化，这就是最高法院关于人身损害赔偿的解释文件和关于精神损害赔偿的解释文件加以具体化的赔偿标准。你看，关于赔偿标准也是两个法律规定，《条例》第五章规定的赔偿标准，属于特别法规定；民法通则和最高法院两个解释文件规定的标准，属于普通法规定。按照特别法优先适用的原则，当然应该优先适用《条例》第五章规定的赔偿标准。如果不适用“条例”的赔偿标准，而适用最高法院解释文件的赔偿标准，就是适用法律错误，就是错判。

除了赔偿标准问题，还有鉴定问题。民事诉讼法第七十二条规定：“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”这是关于鉴定的一般性规定，条文说“应当交由法定鉴定部门鉴定”，没有说哪一个“法定鉴定部门”，问题是现在存在好多个法定鉴定部门。我们有“司法鉴定”、“法医鉴定”、“伤疾等级鉴定”、“产品质量鉴定”，以及《条例》规定的“医疗事故鉴定”。解决应当由哪一个法定鉴定部门鉴定问题，仍然要靠特别法优先适用的原则。民事诉讼法第七十二条关于鉴定的规定，属于普通法规则；《条例》关于“医疗事故鉴定”的规定，属于特别法规则。因此，我们审理医疗损害赔偿纠纷案件，如果需要进行“医疗事故鉴定”，就必须适用《条例》第三章关于医疗事故鉴定的规则，交由“负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定”。凡是在这类案件审理当中，需要鉴定是否构成医疗事故的，只能委托医学会鉴定，不能委托其他法定鉴定机构鉴定，其他鉴定机构作出的“医疗事故鉴定”，不具有合法证据的效力。

医疗事故鉴定结论，当然是一个证据，具有证据效力。是不是绝对的证据效力？当然不是。如果有正当理由怀疑鉴定结论的真实性的，可以申请重新鉴定，但不能仅仅是怀疑就重新鉴定。一旦鉴定不构成医疗事故，患方肯定就不满足，就怀疑其真实性，在法庭上对鉴定结论的真实性主张异议，这种情形法庭应当责令患方对自己的异议举证，证明其怀疑有正当理由。如果患方举出证据，表明鉴定结论的作出违反程序，例如违反回避的规定，或者有专家组成员接受一方当事人财物，表明怀疑鉴定结论的真实性有正当理由，法庭就应当许可当事人申请重新鉴定，或者法庭委托重新鉴定。当然，重新鉴定也必须是由医学会进行医疗事故鉴定，不能交由别的鉴定机构鉴定。

再一个问题是要不要专家出庭作证。按照民事诉讼法第六十三条的规定，“证人证言”和“鉴定结论”，是两种不同的“证据”，两种不同的证据方法。因为法官不是技术专家，难以判断一些技术性的专门问题，因此产生鉴定制度。委托法定机构组织技术专家代替法官作出事实认定，这就是鉴定结论。鉴定结论属于“书证”，与“证人”出庭作证之属于“人证”，是不同的。如果采用“人证”，需要证人当庭陈述，法官通过判断“证人证言”以认定案件事实。鉴定不是这样，鉴定是委托技术专家代替法官判断，以技术专家的判断作为法官的判断。只要鉴定结论的作出，没有违反法律关于鉴定程序规则的规定，法庭就要采纳。前面已经谈到有正当理由怀疑的，可以重新鉴定。如果请鉴定人出庭陈述，这是采用“人证”的方法，与“鉴定”的方法，是冲突的。况且法官不懂技术，对专家在庭上的陈述，如何作出判断？有人会说可以当庭讯问鉴定程序上的问题，但按照《条例》的规定，如果对鉴定的程序有怀疑，可以由当事人申请或者法庭委托重新鉴定。按照我的理解，大可不必通知专家出庭，不要把证人制度和鉴定制度弄混淆了。能不能邀请医学专家担任陪审员呢？一些法院审理知识产权案件经常邀请专家担任陪审员。问题是请医学专家担任陪审员，是由包含专家陪审员在内的审判庭对案件事实作出判断，与将专门技术性问题交由鉴定机构鉴定，是两种不同的制度、两条不同的路子。既然已经采用了鉴定制度，就没有必要再请专家当陪审员。我们只能选择一条路走。

下面讲举证责任问题。会上有同志说，因为最高法院规定举证责任倒置，导致患者滥用诉权。我对最高法院关于民事诉讼证据问题的解释文件，是有批评的，总的意见是有片面性、绝对化。我们的国家很

大,人民的法律知识、文化知识不足,关于程序、证据、举证责任分配这些概念和理论,法院内部也是90年代后期才开始讲,法官自己也才开始了解,解释文件规定的证据规则与我们的国情并不吻合。拿举证责任倒置来说,按照我的理解,这是发达国家的法官审理当事人双方掌握的信息不对称的具体案件,如产品责任案件,为减轻受害人的举证责任、求得公正裁判结果,而发明的一种灵活手段,不是一项绝对的、固定不变的法律规则。虽说同一类案件,当事人关于信息和证据的掌握在具体的案件中也会不同。我记得70年代日本的学者起草的产品责任法草案,就建议对“因果关系”规定“举证责任倒置”,最终也没有被立法采纳。由法律或者最高法院规定对某一类案件实行举证责任倒置,忽视了具体案件的特殊性,容易导致“一刀切”的绝对化。在具体的案件中,受害人掌握关键的证据,受害人提供的证据就能够证明案件事实,不让受害人举证而搞举证责任倒置,不利于事实认定和公正裁判。

但是,最高法院的解释文件已经规定了举证责任倒置,很难设想最高法院能够废止这一解释文件或者废止其中关于举证责任倒置的规定,最高法院要真这样做,也可能产生相反的效果。因此,我建议最高法院对这个解释文件不要轻率修改,而是着重于引导各级法院和法官在裁判当中如何正确理解和正确运用关于举证时限、关于举证责任分配、关于举证责任倒置的规定,尽量避免片面性和绝对化。最高法院规定对医疗损害赔偿案件实行举证责任倒置,还是有其积极作用的,因为这类案件的通常情况是主要的信息和证据掌握在医方手里,要求患方证明因果关系和医方的过失比较困难,采用举证责任倒置对于查清案情和保护受害人利益是有利的,因此在这方面还是要肯定。但法庭对于举证责任倒置,不能做绝对化的理解和掌握,否则会对医方造成不公正。因为,具体案件是复杂的,在有的案件中关键证据在患方手里,在有的案件中要求医院举证,不仅难以做到,也对医院不公。例如会上举的例子,10年前输血,10年后患肝炎,硬要医院举证证明自己没有过错或者没有因果关系,这就不公正。社会生活很复杂,具体的医疗损害赔偿案件是千差万别的,如果我们将举证责任倒置绝对化、“一刀切”,就会对医院不公。

现在的问题是正确理解和掌握举证责任倒置,防止片面性和绝对化。这就要求我们把举证责任倒置作为证明手段中的一种,而不是唯一的证明手段,根据具体案件的不同情形灵活采用不同的证明手段。如果在具体的案件中,过失和因果关系的存在是显而易见的,那就适用经验法则,亦即由法官根据一般人的社会生活经验,直接作出认定,不仅不能采用什么举证责任倒置,也不应要求当事人举证。这样的案例有的是,例如截肢手术把好腿截掉了,把坏腿留下了,把手术钳留在患者肚子里了,还需要举证吗?根据社会生活经验直接认定就行了。如果患者掌握的举证已经证明医方有过失,例如使用超过药典规定最大剂量的庆大霉素造成耳聋的案件,药典说超过最大剂量可能造成耳聋,患方已经提供当时的处方证明使用了超过药典规定的剂量,而且造成患者耳聋已经是事实,已经足以认定医方过失和因果关系的存在,这就够了。还有必要搞什么举证责任倒置吗?如果患方提供的证据已经使法官有理由相信医方存在过失,且损害与过失行为有因果关系,法官应当直接根据患方的证据作出认定,不需要再搞什么举证责任倒置。只在患方提出的证据不足以证明医方过失和因果关系存在的情形,法庭才按照最高法院的解释文件的规定,责令被告方举证证明自己没有过失或者没有因果关系,亦即实行举证责任倒置。如果医方提出一些证据证明自己没有过失或者证明损害结果与医疗行为没有因果关系,医方的抗辩就成功了。例如,医方提供了患方签字的书面证据,证明自己在手术前履行了手术风险的告知义务,足以证明自己没有过失,也就不再需要搞医疗事故鉴定了,因为按照《条例》的规定,不存在医疗过失,当然不构成医疗事故。如果医方提供的证据不能达到证明医方没有过失或者没有因果关系的程度,或者医方提出的证据涉及医学技术问题,法官难以作出判断,这种情形才需要医疗事故鉴定。医疗事故鉴定是医院反证的一种,不是唯一的证据。如果原始病历材料、患方签字的文件足以证明医方没有过失,如已经履行告知义务,医方的反证已经成功,就不需要再委托鉴定。医疗事故鉴定只是证据的一种,在一个复杂的案件中,双方的证据大致差不多,都达不到证明自己的主张的程度,或者证据涉及技术问题法官难于判断,才需要医疗事故鉴定。还有一些案件,不适于进行鉴定,或者不符合医疗事故鉴定的条件,也不能靠其他证据认定,可以采用盖然性判断方法。例如输血10年后患肝炎,没有其他证据,按照一般社会生活经验,10年前的输血与10年后患肝炎存在因果关系的盖然性很小,就应当判断不存在因果关系;假如是半年前输血,并且已经查明供血者患有肝炎,按照社会生活经验,输血感染肝炎的盖然性很大,就应当判断存在因果关系。总之,把举证责任倒置作为证明方法之一,而不是唯一证明方法,根据具体案情灵活运用各种证明方法,就可以避免举证责任倒置的绝对化。那种认为患方可以不提供任何证据,不考虑具体案件中信息和证据的分布,就靠举证责任倒置解决问题的认识,是不正确的。顺便补充一句,采用医疗事故鉴定以外的证明方法认定医疗过失和因果关系存在的,也必须适用《条例》的规定以确定赔偿责任,不得适用民法通则和最高法院关于人身损害赔偿的解释。

还要谈谈免责条款问题。现在到医院住院动手术,总是要让家属签字,这是可以理解的。怎样看待患者及家属签字的书面文件的效力?如果医生告知这个医疗方案或者手术方案有风险,是不是因为履行了告知义务就可以免责?当然不是。现行合同法第五十三条规定:“合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的;(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”医疗合同或者医疗活动中医院要求患者及家属签字的文件,属于“免责条款”,按照合同法第五十三条的规定,是无效的,当然也就不具有免除医院赔偿责任的效力。合同法为什么要设立这样的规定?是参考了1988年天津塘沽区法院关于“工伤概不负责”的判例,该案中法院认定雇用合同中“工伤概不负责”的免责条款无效。当然合同法这一规定,也参考了发达国家的立法经验。须说明的是,合同法第五十三条只是规定这样的签字文件不具有免除人身损害的赔偿责任和免除故意或者重大过失侵害财产的赔偿责任的效力,并不等于这样的签字文件就一点效力

也没有，例如这样的签字文件具有证据法上的效力，医院可以作为证据使用，证明医院已经履行了告知义务，证明医院没有过失。对此大概没有大的分歧。

最后还有一个赔偿协议的效力问题。会上谈到，如果在一个医疗损害赔偿案件中，原、被告双方达成赔偿协议，之后一方反悔怎么办？能不能简单地认为凡是一方反悔的，赔偿协议一律无效？我认为不行。赔偿协议的性质属于合同的一种，教科书上称为“和解合同”，因为现行合同法上没有专门设立分则规定，属于所谓“无名合同”。双方达成的赔偿协议，既然属于“和解合同”，当然要适用合同法总则关于合同成立和生效的规定。因此，在审理医疗损害赔偿案件中，凡当事人达成赔偿协议的，只要符合合同法关于合同成立和生效的规定，法庭就应该认定其有效。反悔的一方，当然可以根据合同法关于胁迫、欺诈、重大误解和显失公平的规定，主张该赔偿协议无效或者主张予以撤销。法庭经审查认定存在胁迫、欺诈、重大误解或者显失公平的，应当根据合同法有关规定，认定该赔偿协议无效或者予以撤销。经过审查不存在胁迫、欺诈、重大误解和显失公平的，就应当确认该赔偿协议有效。赔偿协议既然是双方真实的意思表示，协议内容不违反法律法规强制性规定和社会公德，法庭当然要确认这样的赔偿协议有效并予以强制执行。这种情形，这个医疗损害赔偿纠纷案件，就变成了执行赔偿协议（和解合同）的普通债务案件。

我的发言就到此，不当之处请同志们批评。

（四川高院研究室根据录音整理，经本人修改审定，2005年6月12日于北京）

---

## 相关文章：

---

[关于开展仲裁法执法检查纠正商事仲裁行政化错误倾向的建议](#)

[中国的法学教育与人才培养](#)

[特别动产集合抵押——物权法第一百八十一条解读](#)

[中国物权法立法方案](#)

[中国物权法的制定](#)

[中国民法学的历史回顾与展望](#)

[解答《物权法》](#)

[制定和实施物权法的若干问题](#)

[正确认识制定和实施物权法的重大意义](#)

[规定“国有化”措施，必将危害无穷！](#)

[更多>>](#)

网络版权：中国法学网www.iolaw.org.cn “学者专栏”

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

