

医疗侵权案件过错之证明

纪格非

【摘要】《侵权责任法》第58条涉及对医疗过错认定标准的理解与过错医疗行为的证明两个方面的问题,难以在同一规则框架中解决。《医疗损害责任纠纷解释》虽然在一定程度上区分了第58条针对的两类问题。但是却颠倒了第57条与第58条的关系,将“违法、违规”作为认定医疗过错的标准,没有为医疗机构留下必要的论辩空间,将一个本应主要通过诉讼法解决的问题做实体化处理,造成了新的混乱。在此背景下,有必要从规范角度梳理医疗侵权纠纷过错证明的思路,对医疗过错的认定标准应坚持第57条的规定,将“违法、违规”作为证明过错的证据,而非认定过错的标准。针对患者的举证困难,需要通过举证责任倒置、法律推定和证明妨害规范解决。

【关键词】医疗侵权;过错责任;法律推定;证明妨害

【作者简介】纪格非,中国政法大学教授、博士生导师。

【原文出处】《国家检察官学院学报》(京),2019.5.159~176

【基金项目】国家社会科学基金一般项目“我国刑事判决在民事诉讼中预决效力的规则设计研究”(17BFX054),中国政法大学校级科学研究项目资助(17ZFG82007),中央高校基本科研业务费专项资金资助。

一、关于《侵权责任法》第58条的性质与效力

(一)关于第58条的争议

通常认为,《侵权责任法》第58条的立法目的在于减轻医疗侵权案件中患者对于被告方过错的证明难度,从而对医疗过错的证明作出的客观化规定。依据该规定,患者有损害,因下列情形之一的,推定医疗机构有过错:(一)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;(二)隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;(三)伪造、篡改或者销毁病历资料。对于上述规定的法律性质与法律效力,法学界形成了两种不同的观点。一种比较常见的观点认为,该条的规定不是真正的推定,而是立法者预先作出的“直接的认定”,其法律效力等同于技术性规范“视为”,即本条三种情形将被直接、等价地“视为”医疗机构存在过错。人民法院经审理查明,案件存在《侵权责任法》第58条规定的三种法定情形之一

的,即应认定被告医疗机构有过错,并驳回被告医疗机构关于不存在过错的主张或抗辩。^①来自立法机关的意见也显示,《侵权责任法》第58条所谓“推定医疗机构有过错”不同于《侵权责任法》第6条第2款所谓“推定过错”,而是“直接认定”。全国人大法律委员会和全国人大常委会法制工作委员会认为:“按照民法原理及《侵权责任法》的立法思想,违反有关诊疗规范,或者隐匿有关病历材料甚至伪造、篡改、销毁有关病历材料,这类行为本身即是过错。”^②然而,此种“认定”在立法上属于何种技术,相应的主张者并没有做进一步说明。第二种观点则认为,第58条在性质上是法律推定。即第58条规定的三种情形是基础事实,在基础事实得以证明的情况下,法院应当认定存在医疗过错。对于此项法律推定的效力,多数学者认为,该条所规定的推定是可以反驳的法律推定。^③

(二)两种观点的区别及对裁判的影响

上述纷争并非仅具有理论上的意义,而是会切实影响司法机关的裁判思路。第一种观点更倾向于将《侵权责任法》第58条视为对第54条过错责任的延续与补充,鉴于“医疗过错”作为侵权行为的抽象构成要件,对过错的证明存在一定的难度,而第58条规定的三种情形在外观上具有较高的可识别性,将这三种情形与过错的证明之间建立稳定的、必然的联系有助于实现过错认定标准的客观化。以此思路观察,司法机关在借助第58条认定医疗过错时,并不需要同时满足第57条对过错的认定标准。同时,如果第58条对过错的认定不具有可反驳性,则第58条的适用效果更近似于实体规范。

根据前述第二种观点,第58条的性质是法律推定,其作用在于帮助司法机关形成对是否存在过错的认识。因此,适用第58条证明医疗过错不应与第57条确定的标准有明显的差异。存在第58条规定的三种情形时,司法机关应当认定存在过错,但是该认定是可以推翻的。比如,被告可以援引第57条,以不存在违反第57条规定的义务为由,推翻对于过错的认定。对于上述两种思路在实务操作中可能产生的差异,现举三例予以说明。

例1,原告之子李某因“高处坠落伤致头晕、头痛伴呕吐1天”,于2016年2月13日20分许就诊于某市第一人民医院,该院于当日22时45分为李某采取了“左侧颞顶叶硬膜外血肿清除术”,术后被告医院予以I级护理,2016年2月14日李某死亡。原告诉至法院,认为被告的医务人员未尽到观察和管护职责、对重症病人的监管不到位,是导致李某死亡的原因之一,依法应当承担民事赔偿责任。该案鉴定意见认为:术后医方予以I级护理,加强生命体征监护、预防感染、止血、营养神经、防止癫痫、加强脑代谢、减轻颅脑水肿及营养支持等对症治疗、处理措施符合医疗诊疗规范,并以此证明被告没有过错。法院采纳了鉴定机构的意见,驳回了原告的诉讼请求。^④该案提示的问题在于,医疗机构虽然不存在违反医疗规范的行为,但是医疗行为是否同时满足了《侵权责任

法》第57条确定的“与当时的诊疗水平相当的”诊疗水平,法院的判决书与鉴定意见对此并未涉及。

例2,原告在怀孕期间曾到医院进行过检查,检查结果为单活胎。2015年9月12日下午原告因小腹微痛前往被告处就诊,在当天下午5时许到被告处,于17点24分办理入院手续。入院后,医生建议原告住院并进行剖宫产手术。经原告及家属同意手术,并在剖宫产手术同意书及麻醉同意书上签字。手术前诊断结论为:胎儿宫内窘迫;子痫前期:重度;胎盘早剥;孕1产0孕34+2周宫内单活胎;轻度贫血。后原告胎儿在手术过程中死亡。法院认为被告执业医生异地从业,在新生儿剖出后,被告对其新生儿APgar评分记录不全面即新生儿剖出后被告没有依医疗规范进行10分钟剖评分记录。故被告存在一定的医疗过错,应当承担民事赔偿责任。^⑤该案提示的问题是,医生异地执业固然是违反行政规范的行为,但是异地执业与《侵权责任法》第57条规定的没有达到“与当时的医疗水平相应的诊疗义务”在本质上是有所区别的,两者在含义上并不相同。但是依据“直接认定”说,法院在此案中对过错的认定是正确的,且不允许反驳。

例3,原告孕晚期前往某县医院就医,通过相关项目的检查发现原告羊水过少。被告建议原告住院治疗,但是原告没有接受医院建议,坚持离院,回家时,被告没有给原告书写手写病历。次日,原告又到被告门诊检查,发现死胎。原告以被告没有履行风险告知义务为由,诉至法院。原告提交的病历上没有告知内容的记载,被告则向法院提供了电子病例以及原告回家后被告告知其风险的电话录音。法院以电子病例不向外公开,不能认定履行了告知义务,电话告知的医生不是为原告检查的医师为由,没有采纳被告的证据。^⑥

以“直接认定”说审视上述案例2和案例3,法院直接认定存在医疗过错的处理并无不当,但是不允许被告对此结果予以反驳却使得第58条更近似于一项实体法规范,并且在效果上等同于创设了一项不同于第57条的医疗过错认定的新标准。这种效

果恐怕并非此种观点的支持者所能接受的。按照第二种观点,在前述案例2和案例3中,法官虽然在出现立法规定的三种情形时,必须得出存在医疗过错的结论,但是,被告仍有推翻该结论的机会。第58条列举的三种情况并不会必然导致过错得以认定。第58条的存在并不会创设不同于第57条的新的过错判断标准,将第58条的效力理解为法律推定更有助于维护第57条确立的过错认定标准的核心地位,使得《侵权责任法》第54条、第57条、第58条的逻辑关系更加清晰。

(三)从第58条的立法背景、目的看第58条的性质与效力

在2001年之前,我国立法与司法解释对医疗侵权案件的证明责任分配并未作出特殊规定,患者需就医疗侵权行为存在的全部要件承担证明责任。为了减轻患者在此类案件中由于知识缺乏、信息不对称导致的举证困难,最高人民法院于2001年通过《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》),首次将医疗行为引起的侵权之诉纳入举证责任倒置范畴。其中第4条第2款第8项明确指出:“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”举证责任倒置虽然解决了患者的举证难题,但是很快出现了新的问题,由于医疗行为本身的特殊性,医疗机构同样难以证明不存在“医疗过错”以及没有“因果关系”。为了避免诊疗行为的风险,医疗实践中的保守医疗、过度医疗的现象大量出现,不仅损害了患者的利益,同时制约了医学事业的健康发展。^⑦针对上述问题,2010年颁布的《侵权责任法》仍将“医疗过错”与“因果关系”的证明责任分配由患者承担,并通过医疗过错标准客观化的规定(《侵权责任法》第57条与第58条)减轻患者的证明负担。

基于上述立法背景与立法目的,立法机关、学界与实务部门虽然在第58条的性质与效力上存在分歧,但是在以下两个问题上,却形成了共识:第一,原则上,医疗责任适用过错责任原则。判断医疗行为

是否存在过错的标准是《侵权责任法》第57条确立的“与当时的诊疗水平相当的诊疗水平”。第二,第58条的主要功能在于减轻患者的举证负担,而非确立独立于第57条的判断医疗过错的实体标准。

基于上述两点共识,将《侵权责任法》第58条的性质与效力理解为“直接认定”,且“不允许当事人反驳”,存在着比较明显的问题。从立法技术的角度分析,与此种观点匹配的立法技术有拟制与不可反驳的法律推定两种。^⑧这两种技术通常被认为属于实体法规范。

但是,笔者认为,《侵权责任法》第58条的规定明显不同于拟制。法学上的拟制是指有意将明知为不同者,等同视之。梅因将法律拟制作为法律与社会协调的技术,以使得法律可以适用于已经改变或发展的社会环境。他指出,“法律拟制是指用以掩盖、或目的在掩盖一条法律规定已经发生变化着以事实的任何假定,其时法律的文字并没有被改变,但其运用则已发生了变化。”^⑨比如,古罗马法为了保障丈夫对妻子财产的享有权而作“妻子是丈夫的女儿”的拟制,现代社会有关于法人人格的拟制以及血亲关系的拟制等等。拟制的根本特征是将原本不属于某一法律规范调整范围内的事务,纳入其调整的范围,其作用在于发展法律。而《侵权责任法》第58条的规定显然不具备拟制的特征。其列举的三种情形并没有使法律内容和调整对象的范围发生变化。

将第58条的效力理解为不可反驳的法律推定亦符合“直接认定说”所欲达到的法律效果,学界确有学者持此种观点。^⑩但是,多数英美法系国家的学者认为,不可反驳的法律推定就是实体性规范。在这些国家,如立法者欲赋予某法律推定以不可反驳的效力,一般会在法律条文中给予明确指示,通常的表述方法为“conclusive evidence to”,“conclusive presume”。同时不可反驳的法律推定适用的范围极其有限,代表性的立法条文包括“7岁以下儿童推定为不能实施犯罪行为”,“犯罪嫌疑人采用欺骗方式使被害人表示同意进行性行为,终局性地推定被害人没有同意。”^⑪以及“在因诽谤而提起的民事诉讼中,原告被

认定实施了诽谤行为的刑事判决是原告实施了该行为的决定性证据(conclusive evidence),具有可采性。”^⑫在这些国家,只有在立法中明确被赋予不可反驳的效力,才能被认定为不可反驳的法律推定。否则,法律推定应是可以反驳的。而从我国《民诉法解释》第93条的规定看,所有的法律推定都是可以反驳的,并不存在不可反驳的法律推定。因此,认为《侵权责任法》第58条的规定是不可反驳的法律推定的观点缺乏明确的立法依据。

在不改变医疗责任过错的认定标准的前提下,将第58条理解为对“过错”的直接认定方法,且不允许被告反驳,实质上已经将第58条做了实体化的理解。由此不得不面对的问题是,第58条所列举的三种情形,是否可以与第57条“等质化”地确立为证明医疗过错的“标准”。答案显然是否定的。通过前述三个案例可见,运用第58条判断过错与运用第57条判断过错的结果很可能不一致。如果按照第一种观点解释第58条的性质与效力,显然并不符合立法规定第58条的初衷。从这一角度分析,将第58条理解为法律推定,并允许当事人反驳的观点显然最贴近立法原意。

即便存在着理论上的争议,且无法与民诉法中关于推定的法律效力的规定调和,“直接认定说”仍在司法实践中产生着广泛的影响,前述三个案例就是适用直接认定说的典型例证。

二、最高人民法院司法解释对第58条的续造及预留问题

(一)司法解释中的过错证明

2017年12月最高人民法院颁布了《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》(以下简称《医疗损害责任纠纷解释》),该司法解释对于医疗侵权案件的证明问题作出了重要的规定。其中,第16条规定,对医疗机构及其医务人员的过错,应当依据法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范进行认定,可以综合考虑患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地的医疗水平、医疗机构与医务人员资质等因素。第6条规定,患者依法向人民法院申请

医疗机构提交由其保管的与纠纷有关的病历资料等,医疗机构未在人民法院指定期限内提交的,人民法院可以依照《侵权责任法》第58条第2项规定推定医疗机构有过错,但是因不可抗力等客观原因无法提交的除外。上述两款规定致力于整理《侵权责任法》关于医疗侵权案件过错证明的思路,对该法第54条、第57条与第58条的关系作出了重新的定位与解读,综合了此前学界对于第58条性质与效力的两种观点。新的规定有以下几个方面的特征:

1.将第58条的规定拆分为两个部分,按照不同的机制,建立与过错的联系。司法解释的制定者显然注意到了第58条列举的三种情况分别属于两种不同立法技术,对行为“违法、违规”与医疗过错的认定之间的关系从实体法的角度进行阐释;对医疗机构在诉讼过程中实施的妨害证明的行为,则从证明妨害的角度加以规范。这不仅有助于规则的细化与深化,也有助于根据不同的技术方法对规则作出精细化的解读与运用。

2.缓和了第58条规定的三项情形与过错之间的联系。《医疗损害责任纠纷解释》第16条虽然规定了法官应当依据法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范认定医疗过错,但也同时规定患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地的医疗水平、医疗机构与医务人员资质等因素可以成为法官认定过错的考量因素。也就是说,医疗行为“违法、违规”并不会必然导致过错的认定。类似的意图也体现在《医疗损害责任纠纷解释》第6条,医疗机构未在人民法院指定期限内提交病历资料的,法院“可以推定”医疗机构有过错。上述的规定不仅给予了法官裁量的空间,也有利于鼓励双方当事人就是否存在医疗过错展开深入辩论。

3.改变了《侵权责任法》确定的医疗过错的判断标准。依据《医疗损害责任纠纷解释》第16条的规定,医疗侵权案件医疗机构过错的认定标准是医疗行为是否“合法、合规”。“当时的医疗水平、医疗机构与医务人员资质等因素”仅仅是法官“可以考虑”的因素之一。通过司法解释,《侵权责任法》第54

条、第57条和第58条的关系有了新的布局。第58条的作用不再是辅助证明、减轻患者的证明负担,而是成为认定医疗过错的核心标准。对于此变化,学界有学者持肯定态度,认为“违法、违规”应当成为医疗过失判断的客观标准,最高院的司法解释恢复了医疗过错认定的技术标准的本来面目。^③但是不能回避的问题是,“违法、违规”与第57条确定的“与当时的医疗水平相当的诊疗义务”在本质上并不相同。规范性文件是对医疗机构对诊疗行为的抽象性规定,但是“与当时的医疗水平相当的诊疗义务”则立足于具体医疗行为,是一个具体的、与个案相关的标准,而非一个抽象的、适用于所有同类案件中的标准。虽然《医疗损害责任纠纷解释》第16条给予了法官考量个案具体情况的空间,但是通过该条规定,《侵权责任法》第57条与第58条第1项的主、辅关系已经发生了根本性的变化。可以预见,在司法实践中,实际发挥作用的医疗过错的认定标准将是通过第58条第1项确立的“违法、违规”标准。

(二) 司法解释的余留问题

与《侵权责任法》相比,《医疗损害责任纠纷解释》在医疗侵权案件过错的证明方面,思路更加清晰,调整手段也更加精细,但仍然存在以下三个方面的问题。

第一,在没有对“违法、违规”进行细致分类的基础上,将其作为认定医疗过错的标准,看似客观且便于操作,却有可能产生医疗过错认定泛化的问题。按照学界的一般观点,第58条第1项中“法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”不仅包括全国人大和人大常委会颁布的法律、国务院制定的行政法规、国务院各部委、委员会、中国人民银行、审计署等具有行政管理职能的直属机构制定的规范性文件,甚至包括各级卫生行政部门、各类医学行业协会组织制定的各种标准、规程、制度、指南、指引等文件,且上述文件不以成文为必要。^④上述规范性文件中,相当部分的内容并非针对患者作出的保护性规定,而是基于行政管理或行业管理的需要,对医疗机构在行政法上的义务的规定,比如《医疗机构管理条

例》《医疗事故处理条例》以及《护士条例》等等规范性文件中的部分内容。同时,各种指引、规范、规程之间不一致甚至矛盾的情况也并不罕见。某些文件也并非具有强制性效力,仅是对医生的诊疗行为的指引或建议。将所有规范性文件作为认定过错的标准不便于操作,并极可能导致过错认定的泛化。此问题在前述案例2与案例3中可见一斑。

第二,未能妥善处理《医疗损害责任纠纷解释》第16条与《侵权责任法》第60条的关系。根据《医疗损害责任纠纷解释》第16条的规定,患者病情的紧急程度、患者个体差异是法官在判断医疗行为是否存在过错时可以参考的因素。但是根据《侵权责任法》第60条的规定,医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务时,医疗机构可以不承担赔偿责任。也就是说,患者病情紧急在《侵权责任法》第60条中属于医疗机构的免责事由,应由医疗机构对此承担证明责任。但是,在《医疗损害责任纠纷解释》中,患者病情的紧急程度却同时成为过错认定时可以参考的因素。上述因素同时成为侵权行为的构成要素和医疗机构的抗辩事由,很有可能导致证明责任分配上的混乱。

第三,《医疗损害责任纠纷解释》对于医疗机构妨害行为的规定仅限于拒绝提供病历的情况。医疗机构伪造、篡改病历的行为并没有被纳入《医疗损害责任纠纷解释》第6条涵盖的范围。涉及此类问题时,《侵权责任法》第58条第3项的规定仍应继续适用,因此原有的问题并没有因司法解释的颁布而得以解决。

综上所述,《医疗损害责任纠纷解释》虽然没有彻底解决第58条的问题。但是其一定程度上回应了关于《侵权责任法》第58条效力的争议,梳理并形成了新的医疗侵权纠纷过错认定的标准与思路。特别是该司法解释将《侵权责任法》第58条第1项与第2、3项分别归入不同的立法技术,采取了“分而治之”的解释方法,这一总体思路是正确的,但是司法解释对不同立法技术的使用和把控,其精细化程度仍有提升空间。对于此问题,《民法典侵权责任编

(草案)》(第二次审议稿)并没有做出进一步的回应,而是基本延续了《侵权责任法》的规定方法,因此可以想象,原有的问题在《民法典侵权责任编》颁布后可能继续存在。

三、对《侵权责任法》第58条的拆分与重构

从最高院司法解释确定的思路来看,将《侵权责任法》第58条拆分为实体规范与程序性规范两个部分,分别采取不同的立法技术,是一种有助于解决问题的方法。第58条第1项的功能主要在于形成医疗过错的判断标准,当前急需解决的问题是如何理解“违法、违规”在医疗过错证明中的作用。第58条第2、3项的作用则直接针对医疗纠纷中妨害证明的行为,立法目的在于为法官正确认定案件事实扫清障碍。因此,必须从证明妨害的角度理解并适用这两项规定。

(一)“违法、违规”在医疗过错证明中的作用

从比较法看,医疗机构的违法或违规行为在证明医疗过错中的作用有两种立法思路:其一,将医疗机构的违法或违规行为等同于过错;其二,将医疗机构的违法或违规行为作为证据,允许司法机关据此推定医疗机构存在过错,同时也允许被告提出证据证明不存在过错。

1. 违法即过失

“违法即过失”表现为以美国为代表的侵权责任法中的“法律上的当然过失”原则(negligence per se)。根据该原则,在法律明确规定了被告对原告应当承担的义务,被告违反该义务而给原告造成损害的,则属于无可争议的过失。该原则一般被视为实体法规则,在涉及该原则是否适用的问题时,应由法官而非陪审团做出认定。^⑮但是,在美国侵权责任法中,“法律上的当然过失”的适用范围是非常有限的。首先,“违法”的范围被限定在违反刑事法律或者违反安全保护法的范围内。在绝大多数案件中违法的情况仅仅被视为缺乏适当注意义务的证据,法规的存在将会表明案情的重要程度,并引导法官将过失问题作为法律问题加以解决。^⑯其次,“法律上的当然过失”的适用,以证明被告的行为与原告的损害有因果关

系为前提。在美国1926年的Brown v. Shyne一案中,原告因病痛或身体状况请被告进行脊椎按摩治疗。被告没有执业许可,但是却对外表露自己可以诊断和治疗,后原告瘫痪并诉至法院。审理案件的Lehman明确表示,按照《公共健康法》的规定,禁止无照行医的规定是为了保护公众不受因未经训练和教育的行医者可能导致的伤害,如果被告对该法的违反是构成原告伤害的近因,那么原告可以获得赔偿,否则违反立法的证明就毫不相关。^⑰最后,“法律上的当然过失”并非在美国各州获得普遍认可的原则。某些州在立法上更倾向于弱化违法性在过失判断过程中的强制性效力。比如在Brown案后,纽约立法机构颁布了以下立法:过失的证明:未经许可的行医。在任何人身伤害或死亡的侵权赔偿案件中,对于任何在《教育法》第131条下未经许可的任何构成行医的行为,如果这个人或者这些行为是能够产生伤害或死亡的近因或者助成原因,那么这个人未经授权行医的事实就应该被视为过失的初步证据。^⑱《美国侵权行为法重述(二)》对行为违法在过失认定中的作用作出了折中性的规定,第288B条第1款规定:“立法机关的法律或行政机关的规范被法院采纳为合理人的行为标准时,如果没有可免责的理由,就视为有过失。”同时,该条第2款规定:“立法机关的法律或行政机关的规范没有被法院采纳为合理人的行为标准而被违反时,如果没有可免责的理由,则属于行为是否有过失争执的证据。”^⑲而美国在《侵权行为法重述(三)》中,明确指示违法并不意味着当然的过失,法官需要对立法的目的加以识别。比如,对于大量可能造成损害的活动,政府规定从事该活动需要经过许可。某医生在某州无行医许可,可能只是因为没有满足在该州的常住条件,在此情形下,医生提供服务,则其缺失许可与发生的损害无关,因此综合法定目的原则与责任范围的一般原则,缺少许可并不等于行为人存在当然的过失,它也不是趋向认定过失存在的证据。^⑳

2. 违法、违规是认定过错的证据

在大陆法系国家,通常将被告行为违反法律作

为推定被告有过错的证据,允许法官以此为依据认定过错,同时允许被告提出相反的证据证明没有过错。在德国,行为违法被直接认定为过失限于“以保护他人为目的的法律”范围内。这些法律所保护的内容主要包括基本的法律权利或法律价值,如结社自由、出版自由;以及法律上禁止从事的危险行为,如刑法上的禁止危险驾驶、人身伤害等。在具体判断哪些法律属于保护性法律时,德国法上的标准与美国的标准相同:首先,要考察受害人是否属于某部法律旨在保护的群体中的一员;其次,受害人被害的利益或者所遭受的损害是否属于该部法律所要保护的内容或旨在避免的损害。^⑧同时,德国侵权法理论上的过失标准的客观化,并非要求专业人士在任何情况下都保持通常情形下的注意,而是会充分考虑该专业人士在具体情形下的行为。比如,在有人窒息的紧急情况下,作为路人的医生用随身携带的小刀实施气管切开术,此时并不会以正常的医疗行为要求医生。^⑨与德国的做法类似,在《瑞士侵权责任法》中,违反管制规范或违反公权力机关之许可和承认,也被认为是证明存在过错的初步证据,而非过错本身。^⑩

综上不难看出,将违法行为等同于过错,虽具有使过错行为的认定具有高度客观化和可预见性的优点,但却标准僵化,难以满足个案公正的需求。而将“违法”作为判断过失的证据,则可以使司法人员有机会针对违法行为本身的性质与特征,结合案件中的实际情况,作出是否存在过错的灵活性判断。

3. 将“违法、违规”作为医疗过错认定的标准可能产生的问题

在对《侵权责任法》第58条第一项性质的理解上,《医疗损害责任纠纷解释》第16条基本采纳了学界的“直接认定说”,将“违法、违规”作为医疗过错判断的标准。即便在《医疗损害责任纠纷解释》颁布前,从司法实践中的情况来看,多数法官亦将第58条第1项的规定理解为对“过错”的直接认定,也即只要医疗行为“违法、违规”,患者无需借助第57条关于诊疗水平的规定,即可达致对过错的证明。笔者使用

北大法宝作为搜索引擎,以裁判期限为《侵权责任法》实施以后至2017年9月1日之前的中国大陆地区各级人民法院一审民事判决书为对象,以本条为关键词进行“全文”“精确”检索,随机筛选其中的125个案例,去除无效案例15个,剩余有效案例110个。^⑪对有效案例进行进一步分析后,笔者发现,在原告欲依据第58条第1项证明被告存在过错的案件中,无论医疗行为是否存在“违法、违规”的情况,法院都不会再进一步论证被告的医疗行为是否符合第57条关于的“诊疗义务”的规定。《医疗损害责任纠纷解释》第16条虽然规定法官在认定医疗过错时,可以综合考虑患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地的医疗水平、医疗机构与医务人员资质等因素,但与“应当”适用的作为认定过错的“违法、违规标准”相比较,“可以综合考虑”的因素显然并不具有同等重要的地位。由此可以预见,医疗行为是否“合法、合规”将成为双方当事人争议的重点。在第58条适用过程中产生的“合法、合规就等于没有医疗过错”,“违法、违规就等于存在医疗过错”的现象,不仅不会有所改变,反而可能会因司法解释的颁布而得到强化。

(二)第58条第二、三项的技术定位

1. 法律推定抑或证明妨害

学界对于第58条争议的第二种观点认为,该条在立法技术上属于法律推定。按照通常的理解,法律推定的前提是基础事实与推定结论之间存在盖然性的联系。按照此思路观察第58条的第2、3项,似乎确实如此。但是,根据《侵权责任法》第61条规定,医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管病历,并在患者要求查阅、复制时,予以提供。国家卫生计生委、国家中医药管理局印发的《医疗机构病历管理规定》(2013年版)第14条也规定,医疗机构应当严格病历管理,任何人不得随意涂改病历,严禁伪造、隐匿、销毁、抢夺、窃取病历。从上述规定可见,伪造、隐匿、销毁病例的行为本身就属于违法医疗规范的行为。因此《侵权责任法》第58条第2、3项规定的情况已经包含在第58条第1项规范的范围之内。即使第58条对第2、3项的内容不单独作出规

定,患者在医疗机构伪造、篡改、拒绝提供病例的情况下,也可以通过援引第1项的规定,通过证明医疗行为违法、违规而推定其存在过错。如果这样理解,第58条第2、3项似乎并没有单独作出规定的必要,立法者将第2、3项与第1项并列作出规定的原因,是否可以简单地归咎于立法重复呢?

笔者认为,立法者作出看似重复的规定,其主要意图在于强调医疗机构在诉讼证明过程中与原告的协同义务,被告对医疗过错虽不负证明责任,但是却有义务协助和配合原告的证明。因此,从证明妨害的角度而非法律推定的角度理解第58条第2、3项的规定更能体现立法者的意图。从立法的用语看,隐匿、拒绝提供、伪造、篡改以及销毁等用语具有明显的主观恶意,这与证明妨害针对的行为具有共性特征。同时,被告伪造、篡改或者隐匿、拒绝提供与纠纷有关的病历资料与其具有医疗过错之间并无任何立法解释学上的联系,虽然被告的故意行为很可能是欲掩盖其医疗行为中存在的过错,但是此时,故意行为与过错之间只具有或然性联系,而非必然“等同于”过错。

然而,对于如何协调第58条第2、3项与《民事证据规定》《民诉法解释》关于证明妨害的规定的关系,在理论上仍存在障碍。《民事证据规定》第75条规定,有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。《民诉法解释》第112条则规定,书证在对方当事人控制之下的,承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的,人民法院应当责令对方当事人提交,因提交书证所产生的费用,由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的,人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。上述对证明妨害的规定显然以行为人存在故意为前提,与《侵权责任法》第58条第2、3项适用的前提极为相似。不同之处在于,根据《民事证据规定》与《民诉法解释》,被告有妨害行为的,人民法院“可以”推定证据的内容不利于持有人,而

根据第58条第2、3项,人民法院则没有选择的余地,只能直接认定存在过错。

同时,更令人费解的是,按照现行规定,根据第58条第2、3项认定被告存在过错的,需以首先证明被告的妨害行为与损害存在因果关系为前提。因为第58条规定,“患者有损害,因下列行为之一的,推定医疗机构有过错。”从字面含义看,上述规定难以理解。被告的证明妨害行为何以成为造成患者损害的原因?证明妨害相关规范的适用,为何应以首先证明因果关系为前提?由此可见,作为证明妨害规范,第58条第2、3项的适用仍有进一步完善的空间。

2. 病例在证明医疗过错中的作用

按照诊疗规范的要求,医务人员应当详细记载诊疗过程中的重要信息。病例记载不详细或存在瑕疵应当视为医疗行为违反诊疗规范。但是,从病例在医疗行为中的作用看,其只是对医疗行为的记载,在纠纷发生后,可以作为证据证明医疗的过程。病例本身并不是医疗行为的核心部分,病例记载不规范、不详尽并不能说明医疗机构没有尽到“与当时的医疗水平相应的诊疗义务”。因病例存在瑕疵而直接认定医疗机构存在过错,也并非各国通常做法。比如,《德国民法典》第630h条第3项规定:“治疗者未依第630f条第1款或第2款将医学上所必要的重要措施及其结果记录于病历中,或未依第630条第3款保管病例的,推定治疗者尚未采取这一措施。”^⑤根据此规定,没有按照法律的要求详细记载所采取的治疗措施并不能被直接认定为过错,而只是可以据此推定没有采取过该措施。同时,病例也不应成为证明医疗行为的唯一根据,在病例不清楚、不规范的情况下,法律并不禁止当事人运用其他手段证明医疗过程。比如,前述案例3中,被告提交了电子病例与电话录音证明自己已经履行了告知义务。按照《医疗机构病例管理规定》第4条的规定,病历可区分为纸质病历和电子病历。电子病历与纸质病历具有同等效力。即便法院认为本案中纸质病例的可信度更高,但是也不应排斥被告使用录音证据。从证明妨害的角度看,如果录音是真实的,就可以证明被告

履行了告知义务,被告的妨害行为并没有导致法官无法认定事实,因此就不应依据第58条直接推定医疗机构存在过错。

实践中,诊疗记录缺失既可能发生在诊疗过程中,也可能发生在纠纷发生之后。出现前一种情况,多数是由于医务人员没有严格遵守诊疗记录的形成与制作规范,工作存在瑕疵,此种瑕疵可能在后续的诉讼中导致相应的医疗行为难以证明,但是是否可以基于此直接认定医疗行为存在过错,还应慎重对待。因为记录医疗过程并非医疗行为的核心部分,医疗记录的缺失只是使得证明发生困难,并不等同于医疗机构的医疗行为没有达到法定的注意标准。在纠纷发生之后,医疗机构故意隐瞒、损毁、涂改医疗记录的行为,也可能会直接导致原告主张的事实难以证明,同时,被告的故意行为可以作为法院认定诊疗记录记载的内容对其不利的间接证据,但是直接将被告在纠纷发生后实施的伪造、篡改或者销毁病历资料认定为医疗过程中的“过失”,并不允许被告提出相反的证据,则并非各国的通常做法。

《侵权责任法》第58条第2、3项的规定并没有细致区分发生诊疗记录缺失的阶段以及诊疗记录缺失的不同原因可能给过失的证明造成的不同影响。在司法实践中,法官甚至对诊疗记录缺失或记载不清晰、不全面是否基于被告的故意都不进行识别,只要在诉讼过程中,被告无法出示完整的诊疗记录,就倾向于将被告的行为认定为伪造、篡改或者销毁病历资料,并根据第58条第2、3项作出被告存在医疗过错的认定。这种做法,违背了证明妨害规则立法的原意,显著提高了医疗机构在医疗侵权诉讼中的败诉风险。

由上述分析可见,《侵权责任法》第58条的3项规定通过最高院的司法解释分别指向不同的立法技术。第1项为实体性规范,第2、3项则属于证明妨害规范,两者在性质上的区别决定了其在效力与适用方面的差别。当事人依据第1项证明医疗机构有过错的,属于事实认定的问题,法官可以交鉴定机构作出判断。但是,当事人依据第2、3项证明医疗机构有

过错的,鉴定机构只能就医疗机构提供的病例是否存在伪造、篡改的问题作出判断,篡改、伪造、隐匿病例的行为是否构成证明妨害则应由法官认定,并在此基础上结合本案具体情况,判断医疗机构是否存在过错。因为是否存在证明妨害的行为属于程序性事项而非实体事项,鉴定机构无权对此类问题作出判断。

四、医疗过错证明的特征与证据法路径的回归

(一)医疗过错证明的特征

过错作为医疗侵权行为的抽象构成要件,对过错的证明有不同于一般的事实证明的特征,主要表现为以下几个方面:

1. 事实认定与法律评价相结合的过程。过错涉及主体在行为过程中的主观状态,具有抽象性、隐蔽性的特征。从诉讼证明的角度看,过错作为案件“主要事实”的构成部分,具有明显的法律评价性。一般而言,多数案件的证明经过是当事人提交证据证明医疗过程以及诊疗行为,再由司法机关依据法律确定的标准对诊疗行为是否构成过错给予法律的评价。医疗侵权案件事实认定的过程主要依赖于诊疗记录、纠纷发生后的鉴定意见,此过程以客观还原诊疗行为为主要目的,因此证据是否充分、客观是能否还原事实原貌的关键。在此阶段,应尽一切可能收集所有与案件相关的证据与信息,排除认识的障碍。在客观事实得以证明后,司法机关还需要根据《侵权责任法》所确立的标准对于已经发生并经过再现的诊疗行为是否构成过错作出判断,此过程是运用法律对事实进行评价的过程。如前所述,由于《侵权责任法》确立的诊疗标准并非抽象意义的或符合法律规范要求的诊疗义务,而是必须与每个案件的具体情况相联系的“当时的诊疗水平相应的诊疗义务”,法官在适用此标准的过程中必须充分考量案件中的具体情况,包括患者个体的情况,医疗机构与医务人员的客观的能力与素质,医疗行为的可责难性等因素,作出是否存在过错的判断。在作出判断的过程中,应给予司法机关一定的自由裁量的空间,不宜严格地作出一刀切的规定。此乃世界范围内多数

国家的共同选择。以英国为例,虽然理论上承认过失的“合理人”标准是通过先例确立的法律标准,但是,在被告是否具有过失的判断上,普通法坚持个案考量的方法,故此,不但创建一般规则的思想被彻底抛弃,而且法院再三强调在认定是否违反关注义务时不存在所谓的遵循先例的问题。^⑤反观我国法律在此问题上的立场,将某些事实的证明与过错的评价强制联系在一起,剥夺了法官根据实际情况认定过错的权力。评价标准的客观化超出一定的限度后极易导致个案处理的不公正。

2. 导致是否存在“过错”真伪不明的原因比较单一。与普通的民事案件相比,医疗侵权案件更容易出现事实真伪不明的状态。导致医疗侵权纠纷事实真伪不明的原因主要来源于因果关系的不确定性,这种不确定可能归因于人类认识能力不足,欠缺必要的知识,无法获得对事实的认识;也可能由于对不同潜在的致害因素的作用无法加以识别;或者由于证据材料偏在于当事人一方,另一方难以获得并使用。^⑥但是,导致医疗侵权纠纷过错真伪不明的原因却比较单一。由于医疗过错的证明是认识过程与评价过程的结合,真伪不明主要出现在认识过程中,在此阶段,当事人的主要任务是还原医疗过程,只要有充分的、客观的诊疗记录,医疗过程就可以得到清晰的再现。因此,通过证明妨害的规定促使当事人提交证据成为各国通常的选择。

3. 运用间接证据成为常见证明方式。由于证明的对象是行为者的主观状态,因此,医疗侵权案件在过错证明的环节中往往需要依靠间接证据。而间接证据特点是,单一的证据不足以证明相应的待证事实,只有多个间接证据相结合,才能形成稳定的证据链条。但是,在司法实践中,司法机关对于间接证据的使用重视程度不足。特别是在诊疗记录不充分或缺失的情况下,倾向于依据《侵权责任法》第58条直接作出有医疗过错的认定。对于当事人,特别是被告方出示的其他类型的证明医疗行为或诊疗过程的证据一般不予考虑。诊疗记录虽然是记录医疗过程的直接证据,但是不应当成为唯一根据。此类证据

在证据体系中仅是普通形式的书证,在证明效力上并没有法定的优势,因此,在诊疗记录缺失的情况下,应当鼓励司法人员通过其他间接证据认定事实。

综上,医疗侵权案件中过错的证明是实体法与程序法共同发挥作用的领域。实体法的作用在于形成过错认定的标准。但是医疗过错本身的抽象性与主观性决定了,过错证明的难题无法通过将特定情形“直接认定”为过错解决,也难以通过将医疗过错的认定标准置换成一个更客观的标准解决。可行的方式是通过实体法确定一个具有弹性的医疗过错的认定标准,为当事人提供充分辩论的空间。同时,借助证据制度中的规定,减轻当事人的证明难度。

(二)对第58条现存问题的证据法解决方案

从前述可见,《侵权责任法》第58条存在着将不同问题合并在一个框架中解决的问题。在减轻患者举证负担的同时,没有为医疗机构留下必要的论辩空间,将一个本应通过诉讼法解决的问题做实体化处理。最高院的司法解释虽然在一定程度上区分了第58条针对的两类问题,但是却颠倒了第57条与第58条的关系,增加了新的混乱。在此背景下,有必要从规范角度梳理医疗侵权纠纷过错证明的思路,从诉讼法角度而非实体法角度,解决医疗侵权纠纷过错证明的难题。

1. 明确第58条与第57条的关系,细化“违法、违规”在证明医疗过错方面的作用

一方面,应当明确医疗侵权纠纷过错的认定标准是《侵权责任法》第57条规定的“与当时的医疗水平相应的诊疗义务”,而不是第58条第1项规定的“违法、违规”。第57条确定的标准具有更广泛的辩论空间,为双方当事人的攻防提供了更丰富的手段。“违法、违规”标准则无助于促进医患双方的平等对抗。第58条第1项的作用应定位于减轻患者对医疗过错的证明难度而非形成新的过错认定标准。《医疗损害责任纠纷解释》第16条规定对医疗机构及其医务人员的过错,应当依据法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范进行认定,可以综合考虑患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地的医疗水平、

医疗机构与医务人员资质等因素。此处“认定”应理解为法律推定,即将医疗行为“违法、违规”作为证明医疗机构有过错的证据,在患者以医疗行为“违法、违规”为由,主张存在医疗过错时,应允许医疗机构以第57条作为反驳的理由。在医疗机构以医疗行为“合法、合规”主张不存在医疗过错时,允许患者以医疗行为没有达到“当时的诊疗水平”为由主张存在过错。这种思路维护了第57条作为医疗过错认定标准的核心地位,同时促进了双方当事人的对抗与辩论。

另一方面,在实务操作中,应对“违法即过失”作出明确、严格的解释,不应泛化“违法、违规”在过错认定中的作用。应明确违法性判断的依据。只有以成文法形式存在的诊疗规范,才能视为“法”。同时,“违法即过失”中的“法”主要应指具有强制性效力的技术规范以及直接针对患者权利保护的管理性规范,而非泛指所有法律、法规和规章。现代医学经过长期发展,不断探索总结,逐渐制定出一套详细、具体的行业规范,这些医疗行业规范可以分为以下五类:诊疗资格许可规则;医疗仪器、药品及医疗方法准入许可;诊断和治疗规则;信息披露规则;诊疗信息规范记录和妥善保管规则。在诊疗规范中,违反诊疗资格许可规则和医疗仪器、药品及医疗方法准入许可规则应视为针对患者权利保护的强制型管理规范,对于上述两类规范的违反,在能够证明患者的损害是由违法的医疗行为导致的前提下,可以直接认定为存在医疗过错。同时,将“违法、违规”直接认定为过错,必须以医疗行为与患者的损害存在因果关系为前提。否则即便存在违反强制型管理规范的情形,也不能将此情形等同于医疗过错。

2. 借助法律推定使“违法”与“过错”建立联系

除了诊疗资格许可规则和医疗仪器、药品及医疗方法准入许可规则以外,医疗行为违反诊断和治疗规则、信息披露规则、诊疗信息规范记录和妥善保管规则,虽然在性质上应定性为“违法、违规”,但是,上述规则设立目的比较复杂,规则的强制性程度也不同,违反规则不宜一概被视为医疗行为存在过错,

而仅应作为证明该医疗行为存在过错的证据,允许法官根据个案情况判断是否存在过错。司法机关更宜通过法律推定的方式在上述行为与过错之间建立联系。与《侵权责任法》第58条第1项的规定相比,将医疗机构的违法、违规行为作为推定存在过错的证据使用,并没有在行为“违法”与“过错”之间建立强制性的联系,给予了法官更多的选择空间。同时,按照我国《民诉法解释》第93条的规定,根据法律推定认定的事实,并非是终局性的,被告可以进行反驳。

3. 特定情形中过失证明责任倒置

《侵权责任法》第58条在不改变证明责任分配基本原则的前提下,针对医疗过失作出了宽松的解释与界定,显然难以兼顾个案处理的公正,导致实务中前述的问题。除了前述通过推定将“违法、违规”与“过错”建立联系,笔者认为,还可以考虑针对特定的案件,实行过失证明责任的倒置。

从比较法的角度看,通过倒置证明责任而减轻患者证明负担是在医疗侵权诉讼中的常见做法。德国医疗诉讼实务的发展,即以公平分配举证责任,适度减轻与转换病人之举证责任为特色。德国联邦宪法法院在其著名的1979年7月25日的裁定中强调:“依事实审法院衡量,在公平原则下,不能期待由病人就医师之错误负全部之举证责任时,则应考虑尽量减轻甚至转换病人之举证责任。”^⑧在此基础上,德国实务中发展出“风险控制理论”,即当病人的损害并非来自个人体质对于医疗行为的反应,而是由于医生或医院所控制的风险时,则应由医生或医院承担举证责任。德国实务中就此形成的案例有三种类型:其一,医疗相关事项的组织与协调,比如,临时欠缺必要的药物,在患者体内遗漏手术器具;其二,医疗所需设备及器具之状态,比如手术时使用的麻醉仪器不合于使用状态,消毒剂的纯度不够;其三,医疗人员的组织与调配,比如,医院安排实习医生为病人看病或过分疲劳的医生实施手术。

英美法系国家通过“事实不证自明”原则,法官得以推定患者的损害是由医院的过错行为而导致。

按照该原则,当某一侵害结果发生时,如果陪审团根据常识判断,该结果若非基于被告的过错,将不会发生,则陪审团可以基于此常识判定被告存在过错。^②对于事实不证自明的适用效果存在较大的争议,部分学者认为,适用该原则将导致说服责任的倒置,如果原告方能够证明“没有过错,损害不会发生”,则此时陪审团应该推定被告对损害的发生存在过错。被告欲摆脱承担赔偿责任的后果,必须提出确切的证据证明自己没有过错。^③

与此类似,法国的法院在实务发展出了“潜在的过错”或“内含的过错”等概念。在病患所受损害太过于不正常或太过于严重时,即使没有直接证据显示医疗过错的存在,即认定损害的发生本身,已经足以说明必有某种医疗过错的存在。^④

在医疗侵权案件中,基于双方当事人在专业知识和证据资源等方面存在着明显的差异,可以规定如果病人的损害并非来自个人体质的原因,而仅因属于被告可以控制范围内的风险所导致的,应当由被告就不存在医疗过错承担证明责任。此种被告可控制的风险主要包括医疗事项的组织、协调,如必要药品与设施的准备;医疗人员的组织与管理,比如确保医生具有执业的资格和能力等。在德国,法院已经通过判例确定了在涉及上述情形时,由医疗机构对不存在过错承担证明责任。比如,原告因高钙血症去被告处治疗,并进行了必要的注射。约1小时后,被告出现败血性休克而进行急救。原告诉至法院,主张出现败血性休克是由于注射液受到细菌感染。德国联邦最高法院认定,注射液并无原厂制造或存储上的瑕疵,原告于接受注射后受到损害,应由医院证明该注射液的瑕疵并非基于其所负责之组织或人员之过失。^⑤

4. 对证明妨害规范的回归与完善

在医疗侵权纠纷中,被告虽对因果关系与过错不承担证明责任,但是,被告掌握了诉讼证明所必须的绝大多数材料。为使原告的证明活动得以顺利展开,有必要促进被告出示其掌握的病例资料,以纠正证据偏在的问题。因此,第58条第2、3项涉及的问

题,更宜通过民事诉讼中关于证明妨害的规定予以解决,而不应将故意隐瞒、损毁、涂改医疗记录的行为直接定性为“过错”。同时,以证明妨害为基础在妨害行为与过错之间建立联系,并不以首先证明医疗行为与损害结果之间存在因果关系为前提。这样,《侵权责任法》第58条第2、3项在经过完善后,其适用难度将比原条文有所降低。

从证明妨害的角度对被告隐瞒、损毁、涂改医疗记录加以规范的主要目的在于促进其提交诉讼资料,因此应以被告存在保存证据的义务以及妨害证明的故意为前提。在证据的保存义务方面,最高院《医疗损害纠纷解释》第6条规定,《侵权责任法》第58条规定的病历资料包括医疗机构保管的门诊病历、住院志、体温单、医嘱单、检验报告、医学影像检查资料、特殊检查(治疗)同意书、手术同意书、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录、医疗费用、出院记录以及国务院卫生行政主管部门规定的其他病历资料。由此规定可以看出,医疗机构证据保存义务的范围相当广泛,而在实践中,上述某些医疗记录并非仅由医疗机构保存,患者也可能同时保存上述部分诊疗记录。但是,由于妥善保管诊疗记录是医疗机构的法定义务,因此,即使双方均持有的证据,如果患者申请医疗机构提供,医疗机构故意隐瞒、损毁的,亦可认定医疗机构存在妨害证明的行为。

认定存在证明妨害,还应以医疗机构存在妨害的故意或过失为前提。我国台湾地区学说上一般要求妨碍者对“妨碍行为”及“此妨碍行为将造成证明不能或困难之结果”均存在故意之情形下,才能界定为“故意证明妨碍”。“过失证明妨碍”则分为三种情形:(1)对证据的毁灭有故意,但对该证据与将来诉讼上的意义(对方当事人对该证据的需要)仅有疏于认识的过失;(2)对该证据于将来诉讼上的意义有认识,但是基于过失而非故意将该证据毁灭;(3)对证据的毁灭及将来在诉讼上的意义均只有欠缺注意的过失。^⑥不同类型的妨害行为对于法官认定事实的作用会有所不同,对此,立法不应作出强制性规定,而是交由法官裁量。

在我国司法实践中,法官对于被告是否存在妨害的故意一般并不加以审查,只要被告客观上不能出示诊疗记录,或者诊疗记录存在瑕疵,一般就认为属于证明妨害,并据此径行认定被告有医疗过错。最高法院《医疗损害纠纷解释》第6条第2款基本认可了实践中的做法,规定“患者依法向人民法院申请医疗机构提交由其保管的与纠纷有关的病历资料等,医疗机构未在人民法院指定期限内提交的,人民法院可以依照侵权责任法第五十八条第二项规定推定医疗机构有过错,但是因不可抗力等客观原因无法提交的除外。”对此,笔者认为,医疗侵权案件中,被告的妨害行为是否存在故意,以及实施妨害行为是在纠纷发生后还是在医疗过程中,妨害行为对于事实证明造成的影响程度等因素,对于法院认定是否存在医疗过错都具有重要的意义。因此,应允许法官对是否存在医疗过错进行裁量性认定,而非强制法官做出不利于被告的推定。关于证明妨碍的法律效果,允许法官做出多元化的认定似乎已成为各国通常做法。美国法上对于证明妨碍该适用何种法律效果主要考虑因素有“妨碍者的主观归责要件”和“对妨碍者之不公平程度”两大核心考虑要素。在选择制裁手段时,会依据主观可归责性之高低来选定效果不同的制裁手段。“对妨碍者之不公平程度”主要处理的是“无此证明妨碍行为的证据状态”和“有此妨碍行为所体现的证据状态”之间的落差问题,这种落差就是对被妨碍者的举证活动造成的不公平程度,也就是认为证明妨碍设置的主要考量是回复无证明妨碍行为之前的证据状态。法院认定这种不公平的程度主要是根据“被毁弃的证据对诉讼的重要性和价值”以及“被妨碍者借由其他证据达成相同证明目标的可能性”。^③《德国民事诉讼法》第444条规定,一方当事人意图妨害对方当事人使用证书而毁损证书或致使证书无法使用时,对方当事人关于证书的性质和内容的主张,视为已得到证明。^④但是,德国法院在实务操作倾向于将证明妨害的法律效果交由法官自由裁量。

综上,《侵权责任法》第58条涉及对过错标准的

客观化与过错医疗行为的证明两个方面的问题。前者属于实体法领域的问题,宜通过法律解释性规范的方式解决,后者则属于诉讼证明的问题,需要通过举证责任倒置、法律推定和证明妨害规范解决。《侵权责任法》将两种不同性质的问题在一个条文中一并作出规范极易导致理解与适用的混乱。因此,应将不同的问题分类解决,以达到降低证明难度、平衡医患关系的双重目的。

注释:

①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。

②同前注①。

③奚晓明、王利明:《侵权责任法新制度理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第315页。

④(2016)黔0502民初2916号。

⑤(2015)桃民一初字第1296号。

⑥(2016)渝0238民初1411号。

⑦华长江:《防御性医疗行为的分类与管理》,《中国医院》2005年第2期。

⑧将第58条理解为法律拟制的观点,参见胡学军:《解读无人领会的语言——医疗诉讼举证责任规则评析》,《法律科学》2011年第3期;陈慧慧:《反思医疗侵权举证责任的再分配》,《中国卫生法治》2012年第1期。

⑨[英]梅因:《古代法》,商务出版社1996年版,第16页。

⑩杨立新:《侵权责任法》,北京大学出版社2014年版,第314页;张海燕:《论不可反驳的法律推定》,《法学论坛》2013年第9期。

⑪Adrian Keane and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 653-654.

⑫Claire McGourlay, *Evidence Statutes 2013-2014* (Abingdon: Routledge, 2014), 6.

⑬杨立新:《〈最高人民法院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〉条文释评》,《法律适用》2018年第1期。

⑭陈志华:《医疗损害责任深度解释与实务指南》,法律出版社2010年版,第64页。

⑮Henry Campbell Black et al., *Black's Law Dictionary*, (Minnesota: West Group, 2014), 1197.

①⑥[美]小詹姆斯·A. 亨德森等:《美国侵权法:实体与程序》,王竹等译,北京大学出版社2014年版,第184页。

①⑦同前注,第180页。

①⑧同前注①⑥,第182页。

①⑨程啸:《侵权责任法》,法律出版社2016年版,第279页。

②⑩[美]爱伦·M. 芭波里克:《侵权法重述纲要》,许传玺等译,法律出版社2013年版,第117页。

②⑪同前注①⑨,第279-280页。

②⑫[德]埃尔温·多伊奇、汉斯—于尔根·阿伦斯:《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》,中国人民大学出版社2016年版,第60页。

②⑬[瑞]海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》,中国政法大学出版社2015年版,第236页。

②⑭数据来源:北大法宝,最后访问日期:2017年10月14日。

②⑮陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社2014年版,第248页。

②⑯胡雪梅:《英国侵权法》,中国政法大学出版社2008年版,第130页。

②⑰ Lara Khoury, Uncertain Causation in Medical Liability

(London: Bloomsbury Publishing, 2006), 48.

②⑱詹森林:《德国医疗过失举证责任之研究》,载朱柏松等:《医疗过失举证责任之比较》,华中科技大学出版社2010年版,第41页。

②⑲ G. H. L. Fridman, "The Myth of Res Ipsa Loquitur," University of Toronto Law Journal 10(1954): 233.

③⑩ Charles E. Carpenter, "The Doctrine of Res Ipsa Loquitur," The University of Chicago Law Review 1(1934): 519.

③⑪陈忠五:《法国法上医疗过错的举证责任》,载朱柏松等:《医疗过失举证责任之比较》,华中科技大学出版社2010年版,第111页。

③⑫詹森林:《德国医疗过失之举证责任》,《台北大学法学论丛》第63期(2017年9月)。

③⑬参见姜世明:《新民事证据法论》,新学林出版社2004年版,第292-294页。

③⑭黄国昌:《民事诉讼理论之新展开》,元照出版有限公司2005年版,第250-251页。

③⑮《德国民事诉讼法》,丁启明译,厦门大学出版社2016年版,第105页。

Proof of Fault in Medical Tort Cases

Ji Gefei

Abstract: Article 58 of the Tort Liability Law involves two aspects: the understanding of the standard of medical fault identification and the proof of medical fault behavior. It is difficult to solve them in the same framework of rules. The Interpretation of Disputes over Liability for Medical Damage distinguishes two kinds of problems in Article 58 to a certain extent. But it reverses the relationship between Article 57 and article 58. It regards "illegality and irregularity" as the standard to identify medical fault, leaving no necessary room for debate for medical institutions, and substantively deals with a problem that should be solved mainly through procedural law, resulting in new confusion. In this context, it is necessary to sort out the ideas of fault proof in medical tort disputes from the standpoint of norms. The standard for the identification of medical fault should adhere to the provisions of Article 57, and take "illegality, irregularity" as evidence to prove fault, rather than the standard for the identification of fault. In view of the difficulty of proof of patients, it needs to be solved through inversion of burden of proof, legal presumption and proof obstruction norms.

Key words: Medical Tort; Fault Liability; Legal Presumption; Proof Obstruction