

医疗损害赔偿案件的法律适用问题（下）

中国社科院法学所研究员、博士生导师 梁慧星

讨论医疗纠纷案件的法律适用问题，当然要回到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。关于医疗行为人身损害赔偿纠纷案件，《医疗事故处理条例》（以下简称《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，我们必须优先适用《条例》的规定。

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，属于特别法规定；民法通则及最高人民法院关于人身损害赔偿和精神损害赔偿的两个解释文件规定的标准，属于普通法规定。当然应该优先适用《条例》规定的赔偿标准。

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。”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”，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。是不是有绝对的证据效力？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，患方肯定不满足，在法庭上对鉴定结论的真实性主张异议。这种情形下，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，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。

至于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”是两种不同的证据方法。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。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。

有人认为，因为适用举证责任倒置，导致患者滥用诉权。举证责任倒置，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。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。我建议最高法院要着重于引导各级法院和法官在裁判当中如何正确理解和运用关于举证时限、举证责任分配、举证责任倒置的规定，尽量避免片面性和绝对化。

要正确理解和掌握举证责任倒置，防止片面性和绝对化，就要求我们把举证责任倒置作为证明手段中的一种，而不是惟一的证明手段，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，不仅不能采用举证责任倒置，也不应要求当事人举证。这样的案例有的是，如截肢手术把好腿截掉了，把坏腿留下了，如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，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，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，还有必要搞举证责任倒置吗？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。如果在一个复杂的案件中，双方的证据大致差不多，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，不是惟一的证据。

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，而不是惟一的证明方法，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 年天津市塘沽区法院关于“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。有人认为，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，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。这种情形下，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。