

法律制度变革对医疗诉讼各方行动逻辑的建构及反思

——基于 D 市 6 家三甲医院 404 例诉讼案例的实证考察

冯磊^{1*} 李仪²

1. 重庆医科大学公共卫生与管理学院 医学与社会发展研究中心 重庆 400016

2. 成都市血液中心 四川成都 610041

【摘要】以 D 市 6 家三甲医院 2009—2014 年的 404 例医疗诉讼案件的司法裁判信息为样本,发现在以《侵权责任法》实施为代表的法律制度变革中,医疗侵权诉讼明显增加,鉴定比率下降,简易程序和调解适用较多且索赔成功率高,调解化倾向严重。这主要是因为,旨在统一医疗损害诉讼法制格局的法律制度变革,淡化了诉前纠纷解决机制,提高了当事人诉讼索赔期望值,通过举证负担加重了患方申请鉴定的成本,增加了法院裁量权但没能适时提高其专业审判能力,进而影响了诉讼各方的行动逻辑。基于上述考察,未来应进一步正视第三方诉前纠纷解决机制在医疗纠纷中的作用,以举证缓和的方式平衡医患举证负担,完善调判分流的程序分流机制以加强损害赔偿程序的科学性。

【关键词】医疗诉讼;法律制度变革;行动逻辑;医疗鉴定

中图分类号: R197 文献标识码: A doi:10.3969/j.issn.1674-2982.2018.03.001

The reform of legal system on the construction and reflection of the logic of actions of all parties in the medical litigation: An empirical study of 404 cases about 6 three-A hospitals in D city

FENG Lei¹, LI Yi²

1. School of Public Health and Management, Chongqing Medical University, Research Center for Medicine and Social Development, Chongqing 400016, China

2. Chengdu Blood Center, Chengdu Sichuan 610041, China

【Abstract】 Taking the judicial reference information of 404 cases of medical litigation from the 6 three-A hospitals from 2009 to 2014 in D city as the sample, it was found that in the reform of the legal system represented by the implementation of the Tort Liability Act increased the number of medical tort litigations obviously; Decline in appraisal rate, more summary procedure and mediation apply and its high success rate in claim for compensation, serious mediating tendency and decreased hospital's attention to medical litigation have conflicted with the authoritative, efficient, fair and reasonable goals that institutional changes are intended to achieve. This is related to the harmonization of the legal pattern of medical damage litigations as it lessens the dispute resolution before litigation and changes litigation expectations of the litigants aggravate the burden of evidence from applicants, especially the cost of applying of appraisal, increases the discretion of courts, but failing to improve its professional trial capacity in a timely manner. Based on the investigation of the influence of institutional changes to the logic of operations, the role of the third-party pre-statement dispute resolution mechanism in medical disputes should be further addressed in the future to balance the burden of evidence-relieving methods with the burden of doctor-patient evidence in the form of ease of proof and to improve the procedural diversion mechanism for conciliation and the diversion should be improved to strengthen damages to make the compensation procedure more scientific.

【Key words】 Medical litigation; Reform of legal system; Logic of action; Medical appraisal

2010 年 7 月实施的《中华人民共和国侵权责任法》(下简称《侵权法》),以“医疗损害责任”专章对

医疗损害赔偿诉讼所涉及的诸多问题进行了规定,反映了既往立法研究上的统一认识,从而带动了实

* 基金项目: 2017 年度重庆市教育委员会人文社会科学研究项目(17SKG024)

作者简介: 冯磊,男(1978 年—),博士,副教授,主要研究方向为卫生政策的法制化,医患冲突及纠纷解决。E-mail:cqququ0714@sina.com

践中医疗诉讼制度的完善。然而,法律制度的变革,是否在实践中产生了如期的效果?其是否具有生命力和真实性有待实践检验。^[1]而目前,鲜见反映医疗诉讼实践状况的实证研究及深度分析,这使得法学理论研究存在一定的缺憾,由此产生的相关结论也难以作为判断法律制度科学性的依据。因此,本文拟以 D 市 6 家三甲医院 2009 年—2014 年的医疗诉讼案件为样本,以制度与行动在实践中的关系为理论基础,深入探索制度变革之于法律实践的真实意义。

1 研究样本及其基本状况

D 市位处我国西南地区,整体经济状况较好,大型医疗机构较多。借助 D 市建成的三级法院合一的审判管理系统,并借助各个法院案卷查询室的计算机终端,选取医疗诉讼排名前 6 位的三级医院作为

研究对象,因此筛选出 D 市 6 家三甲医院 2009—2014 年的全部结案司法裁判文书(包含调解),共计 404 例,依次为 127 (31.4%)、126 (31.2%)、49 (12.1%)、39 (9.7%)、37 (9.2%)、26 (6.4%) 件。另外,部分司法裁判文书记载信息较少,则通过法院审判管理系统电子系统翻阅电子案卷,查阅起诉状、庭审笔录、法律文书等形成统计数据。之后,还对部分法官及参与诉讼的医疗机构工作人员进行了访谈。

1.1 医疗诉讼概况

除去科室不详的 65 例案件,医疗纠纷排名前十的科室依次为:产科 48 例(11.9%);骨科 35 例(8.7%);呼吸科 21 例(5.2%);心胸外科 21 例(5.2%);妇科 18 例(4.5%);肝胆外科 14 例(3.5%);神经内科 14 例(3.5%);消化科 14 例(3.5%);普外科 13 例(3.2%);耳鼻喉科 12 例(3.0%)。在各类医疗纠纷中,侵权纠纷为主要纠纷类型(表 1)。

表 1 D 市 6 家三甲医院医疗诉讼基本类型(2009—2014)(n,%)

纠纷类型	2009 年	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	合计
医疗侵权纠纷	24(63.2)	31(83.8)	60(82.2)	82(95.4)	71(83.5)	82(96.5)	350(86.6)
医疗服务合同纠纷	10(26.3)	3(8.1)	11(15.1)	2(2.3)	10(11.8)	3(3.5)	39(9.7)
其他侵权行为纠纷	4(10.5)	3(8.1)	2(2.7)	2(2.3)	4(4.7)	0(0.0)	15(3.7)

在 2009—2014 年,这 6 家三甲医院医疗纠纷诉讼整体呈现上升趋势,案件数量从 2009 年的 38 件上升至 2014 年的 85 件,整体增长了 1.24 倍,2009—2011 年,诉讼案件数量明显地呈逐年上升趋势,其中 2011 年达到了 97% 的增长率。2012—2014 年,诉讼案件数量趋于平稳,波动的数量很小,基本在 5 件以内(图 1)。

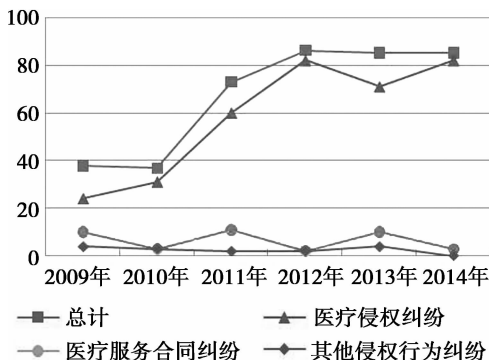


图 1 D 市 6 家三甲医院医疗诉讼年度增长状况(2009—2014)

表 2 D 市 6 家三甲医院医疗诉讼结案方式(2009—2014)(n,%)

审理方式	2009 年	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	合计
判决	19(50.0)	9(24.3)	35(47.9)	20(23.2)	11(12.9)	15(17.7)	109(27.0)
调解	11(28.9)	13(35.1)	28(38.4)	55(64.0)	59(69.4)	63(74.1)	229(56.7)
裁定	8(21.1)	15(40.6)	10(13.7)	11(12.8)	15(17.7)	7(8.2)	66(16.3)

1.2 审判基本情况

1.2.1 审理程序

经各级法院审结的 404 例诉讼案件中,根据上诉和再审情况的不同:一审结案 375 件(92.8%);二审结案 24 件(6.0%);再审结案 5 件(1.2%)。根据审理程序的不同:简易程序审理的有 280 件(69.3%);普通程序审理的有 124 件(30.7%)。

1.2.2 结案方式

在审理的案件中,判决结案的有 109 件(27.0%);调解结案的有 229 件(56.7%);裁定结案的有 66 件(16.3%),其中当事人和解后撤诉的情况占较大比例。

经统计,自 2009 年以来,经法院庭审,以判决书结案的比例逐年降低,从 2009 年的 50.0% 下降到 2014 年的 17.7%;经法院调解,以调解书结案的比例逐渐升高,从 2009 年的 28.9% 上升到 74.1% (表 2)。

1.2.3 审理结果

根据判决赔偿情况:判决赔偿为 88 件(21.8%);判决不赔偿为 21 件(5.2%)。调解类案件为 229 件(56.7%),而调解几乎无例外均由医疗机构给予一

定的补偿。除上诉两类案件外,裁定类案件中,驳回起诉为 1 件(0.2%);和解后撤诉为 60 件(14.9%);按撤诉处理的为 3 件(0.7%);其他情况的为 2 件(主要指特殊情况中止裁判)(0.5%)(表 3)。

表 3 D 市 6 家三甲医院医疗诉讼审理结果(2009—2014)(n,%)

审理方式	2009 年	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	合计
判决赔偿	11(28.9)	6(16.3)	29(39.7)	18(20.9)	11(12.9)	13(15.3)	88(21.8)
判决不赔偿	8(21.1)	3(8.1)	6(8.2)	2(2.3)	0(0.0)	2(2.4)	21(5.2)
调解	11(28.9)	13(35.1)	28(38.4)	55(64.0)	59(69.4)	63(74.1)	229(56.7)
不予受理	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)
驳回起诉	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	1(1.2)	0(0.0)	1(0.2)
撤诉	8(21.1)	13(35.1)	10(13.7)	10(2.5)	12(14.1)	7(8.2)	60(14.9)
按撤诉处理	0(0.0)	1(2.7)	0(0.0)	1(0.2)	1(1.2)	0(0.0)	3(0.7)
其他情况	0(0.0)	1(2.7)	0(0.0)	0(0.0)	1(1.2)	0(0.0)	2(0.5)

在所有结案案件中,累计赔偿案件为 317 件,比例高达 78.5%。每年平均判决赔偿金额为 144 934.01 元(未计算案件受理费、鉴定费等费用),每年平均调

解金额为 104 207.53 元(未计算案件受理费、鉴定费等费用),每年平均赔偿金额达到 249 141.54 元(表 4)。

表 4 D 市 6 家三甲医院医疗诉讼赔偿状况(2009—2014)(元)

类型	2009 年	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	均数
每家医院平均判决赔偿金额	212 742.92	34 599.00	190 354.56	146 743.70	133 165.57	151 998.34	144 934.01
每家医院平均调解金额	88 263.45	93 682.92	176 221.00	121 052.96	134 388.30	11 636.54	104 207.53
合计	301 006.37	128 281.92	366 575.56	267 796.66	267 553.87	163 634.88	249 141.54

1.3 鉴定情况

在 404 件医疗诉讼案件中,共有 125 例案件进行了鉴定,根据鉴定类型的不同:进行医疗事故鉴定的

为 15 件(3.7%),基本都发生在 2010 年及以前;进行司法鉴定的为 123 件(30.4%);未进行过鉴定的为 281 件(69.6%)(表 5)。

表 5 D 市 6 家三甲医院医疗诉讼鉴定状况(2009—2014)(n,%)

鉴定类型	2009 年	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	合计
医疗事故鉴定	3(7.9)	0(0.0)	6(8.2)	4(4.7)	0(0.0)	2(2.4)	15(3.7)
司法鉴定	20(52.6)	11(29.7)	35(47.9)	27(31.4)	11(12.9)	19(22.4)	123(30.4)
未鉴定	18(47.4)	26(70.3)	38(52.1)	59(68.6)	74(87.1)	66(77.6)	281(69.6)

在有过鉴定的 123 例案件中,15 件医疗事故鉴定的鉴定人都未参与庭审;123 件司法鉴定案件中,4

件案件的鉴定人参与了庭审,占 3.3%,未参与庭审的案件数为 119 件,占 96.7%(表 6)。

表 6 D 市 6 家三甲医院医疗诉讼鉴定人出庭状况(2009—2014)(n,%)

鉴定中参与庭审情况	2009 年	2010 年	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	合计
医疗事故鉴定中参加庭审	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)
司法鉴定中参加庭审	0(0.0)	1(9.1)	0(0.0)	1(3.7)	1(9.1)	1(5.3)	4(3.3)

1.4 其它

在调查中,发现在 404 件诉讼案件中,医院法定代表人(院长)出庭 0 件,占 0.0%;分管负责人(副院长)出庭 2 件,占 0.5%;律师代理出庭 84 件,占

20.8%;医院员工代理出庭 181 件,占 44.8%;医院员工和律师共同代理出庭 105 件,占 26.0%;出庭不详 32 件,占 7.9%(表 7)。

表7 D市6家三甲医院医疗诉讼诉讼代理人出庭状况(2009—2014)(n,%)

诉讼代理人出庭情况	2009年	2010年	2011年	2012年	2013年	2014年	合计
法定代表人出庭	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)
分管负责人出庭	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	2(2.3)	0(0.0)	2(0.5)
律师代理出庭	13(34.2)	12(32.4)	22(30.1)	21(24.4)	7(8.2)	9(10.6)	84(20.8)
员工代理出庭	6(15.8)	4(10.8)	15(20.5)	38(44.2)	53(62.4)	65(76.5)	181(44.8)
律师与员工共同代理出庭	15(39.5)	17(46.0)	28(38.4)	21(24.4)	16(18.9)	8(9.4)	105(26.0)
出庭不详	4(10.5)	4(10.8)	8(0.9)	6(7.0)	7(8.2)	3(3.5)	32(7.9)

而在律师代理的84件中,其中,以判决书结案42件,占50.0%;以调解书结案19件,占22.6%;以裁定书结案23件,占27.4%。医院员工代理181件,其中以判决书结案11件,占6.1%;以调解书结案159件,占87.8%;以裁定书结案11件,占6.1%。律师与员工共同代理105件,其中以判决书结案52件,占49.5%;以调解书结案38件,占36.2%;以裁定书结案15件,占14.3%。

2 制度理想目标与诉讼实践的分歧

《侵权法》针对医疗诉讼制度的法律规定,主要包括:第一,以统一的医疗损害责任结束了案由、鉴定、赔偿双轨制表现的法制不统一现象。切割了医疗损害责任与医疗事故责任的关系,使存在较多争议的《医疗事故处理条例》(下简称《条例》)不再与《侵权法》尤其是医疗损害责任发生关系,不再将其作为侵权法的特别法对待;^[2]第二,以过错责任和附条件的过错推定责任削弱了举证责任倒置。在保护医院和医护人员的合法权益、促进医学科学发展方面,明确了医疗机构只有存在过错的情况下才承担赔偿责任,再以特定的附条件过错推定(《侵权法》第五十八条)形成个别争议事实的举证责任倒置,更为客观、公正和科学;^[3]第三,推动了医疗损害鉴定制度的改革和完善,渐渐形成以司法鉴定为主、整合医疗事故鉴定的一元化鉴定格局。这样的变革一方面避免了对鉴定主体中立性及公正性的质疑,另一方面也避免了医疗事故鉴定与损害责任鉴定形成冲突、反复进行的诉讼尴尬局面。

应该说,上述规定体现了诉讼制度变革的四大目标:权威、公正、高效和合理。削弱了以《医疗事故处理条例》等行政法规为依据的鉴定机制和责任认定机制,这显然表明,法院更愿意以更高层级的统一法律规则作为医疗损害赔偿的依据,从而增强纠纷解决的权威性,也通过避免不够规范的行政解纷和医疗机构内部解纷过程,提高纠纷解决效率;鉴定制

度的一元化整合,既以更为中立的司法鉴定机构取代了颇具争议的医学会,增加公正性,又有效避免了两类鉴定纠缠而引发的诉讼拖延,增加了司法效率。举证责任倒置条款的修改,则是将医疗诉讼的特性纳入立法,进而平衡医患举证负担,使诉讼制度更具合理性。

然而,从调研样本的情形来看,上述理想化的目标在诉讼实践中遭遇了意想不到的挑战,主要包括:

2.1 立法意欲高效解决医疗诉讼的目标,被医疗诉讼的激增所淡化

从D市6家三甲医院的诉讼实践来看,医疗诉讼尤其是侵权诉讼的数量恰好在2010—2011年激增,而随后逐渐保持相对稳定。这虽然可能与《侵权法》试图以侵权损害赔偿统一医疗诉讼进而增强司法途径利用率的不衷吻合,但值得思考的是,如果将司法资源的有效利用作为效率提高的标准之一,尽管医疗诉讼个案的审理效率可能有所提高,但案件整体数量上的增多必然使司法资源大量消耗,从而在整体上降低医疗诉讼的效率。

2.2 立法意欲增加鉴定公平性的目标,被时有发生鉴定少、鉴定人出庭少等情形所影响

鉴定机制的公平性提高,本应作为鉴定适用率提高的前提,然而,从目前的诉讼实践来看,2010年之后,医疗事故鉴定数量的严重下降在情理之中,这也是《侵权法》试图实现的目标之一。但医疗损害鉴定(司法鉴定)的数量并没有明显增加,甚至鉴定在案件中所占比例最高的是《侵权法》实施前的2009年,而2012—2014年鉴定比率持续下降,使得难以感知鉴定公平性改善对诉讼结果公平性达成的影响。此外,鉴定人参与庭审、出庭接受质证的数量始终不高,无疑对鉴定的公平性形成一定的影响。

2.3 立法意欲强调司法权威的目标,被简易程序和调解的高适用、赔偿的高概率所冲击

从诉讼实践来看,医疗诉讼适用简易程序的比

例极高(69.3%),并没有因为《侵权法》的实施而有所变化,而自 2010 年以来,尽管判决赔偿并没有明显增加,但调解在司法裁判中的比例明显增加,平均赔偿金额也没有减少。整体上医疗诉讼最终达成赔偿的数量较大(78.5%),而调解基本采取了赔偿(补偿)的方式结案。尽管没有证据显示,简易程序和司法调解的比例较高会降低司法权威,但对《侵权法》试图通过给予更明确合理的过错判定标准、更统一的司法裁判标准,以增加司法权威的初衷,造成了一定的冲击。

2.4 立法意欲增加医疗诉讼解决合理性的目标,被诉讼调解化倾向以及医疗机构对诉讼的态度所稀释

过错认定标准的明确化和举证责任分配的合理化完善被视为《侵权法》的亮点,然而从诉讼实践来看,医疗诉讼存在大量的调解结案(56.7%),而据案卷来看,很多调解结案的案件对过错认定并不是非常清晰和准确,很多调解文书使用了“补偿”的字样,但最终真实赔偿率非常之高;而医疗机构在医疗纠纷增加的同时,不断降低律师代理诉讼的比例,放手令其员工自行代理本机构案件,罔顾此做法大大增加案件调解比例(87.8%)进而可能增加赔偿的情形,这样的态度稀释了合理性目标的实现。

3 医疗诉讼各方行动逻辑的建构:法律运行效果的另类考察

在法教义学假设中,以周密论证的法律文本为载体的制度体系,应产生与其预设功能相一致的效果。但是,制度实践与法律文本的呼应关系常常不像理想图景所设想的那样融洽,吉登斯指出,文本仅是一种“情境性产品”,文本所荷载的意义常常“超越了文本建立者(们)原有的视界”。^[4]也正因为,发轫于政治学,兴盛于社会学的当代制度主义研究,更多将目光投向了制度运行中话语理性与实践理性的相互作用与反作用,逐渐形成了以行动者的认知机制、意义建构为基础的制度—行动关系研究。美国学者彼得斯将之称之为以认知为基础的新制度主义,与强调行动主体以制度安排展开其行动的、以价值为基础的旧制度主义不同,它更强调个体行动过程中的认知因素,认为制度主要通过行动者的认知机制、意义建构对其行动和策略选择产生影响。^[5]其主要过程是,制度中的规范和价值要素经由个体认知而进入其行动之中,在制度对行动产生导向作用的基

础上,行动者通过对相关制度的学习和实践形成自我认知,进而采取在制度框架下有利于自我的策略性行动。吉登斯将之视为社会结构二重性,以取代主客体二元化的简单区别:“社会行动和社会制度同时存在,二者不可分离地在结构化中交织在一起,结构化成为制度制约行动和行动创造制度的运动方式,……(就这样,)‘有见识的能动者’在日常生活进行持续的和必要的社会结构的再生产。”^[6]借鉴上述制度—行动关系的理论研究考察医疗诉讼制度变革后的效果,会发现,诉讼中各主体的行动逻辑,未必依照制度最初预设的目标形成,但却与变革的制度有着千丝万缕的联系,这恰好可以作为考察制度效果的又一种路径,虽属另辟蹊径,也许别开生面。

3.1 诉讼增加的行动逻辑分析

有研究认为,医疗诉讼的增加是医疗诉讼复杂性增加的结果,如由服务质量不满意等引发医疗纠纷逐渐增多,这类纠纷并不一定是由于技术差错引起,而有可能是由于医护人员服务态度不好、沟通不及时、打针发药或换药不及时等因素诱发患者及家属的不满情绪逐渐形成的。^[7]也有研究认为,诉讼增加与患者及家属维权意识逐渐增强有关。^[8]这些理由均可作为医疗诉讼逐渐增加的有效解释,但难以对本文调研数据中 2010 年—2012 年三年间侵权案件激增而后再保持基本均衡的情形做出针对性的解释。仅从数据上看,《侵权法》的实施起到了一定的作用。

首先,《侵权法》影响了医疗纠纷处理机制的法制格局。有研究者认为,《侵权法》的立法思想是,医疗损害责任为侵权责任之一种,属于“民事基本制度”,因此,“立法机关决心排除一切干扰,借制定《侵权责任法》之机会,废止《医疗事故处理条例》,为人民法院审理医疗损害案件设立裁判规则”。^[9]然而,在意图确立司法裁判标准、统一责任属性的同时,《侵权法》产生的另一制度后果是对医疗机构内部以及卫生行政机关解决医疗纠纷能力的边缘化。传统上,鉴于我国医疗机构以公立医院为主的格局,承担管理职责的卫生行政机构一般较为关注医疗过错,作为医院服务质量和能力的判定标准之一。而医疗事故鉴定除了承担责任归属意义上医疗过错的判定标准,也将作为行政机关评判医院医疗质量和能力的依据。很多并不缺乏赔偿能力的大型公立医院或其管理者,实质上更注重医疗纠纷带来

的消极评价,包括行政评价和社会评价。在此压力下,医疗机构为避免消极评价的产生,促生了内部协调和处理医疗纠纷的动力。而《侵权法》对此明显持不赞同态度,深度参与立法的梁慧星教授则以“废止”、“排除一切干扰”的字样作为这一态度的明确注脚。淡化行政解纷机制的立法态度,以及将医疗诉讼视为一般民事纠纷的立法意图,也潜在地影响了医疗机构关注纠纷的态度,前者意味着行政评价的淡化,后者则意味着以纠纷形态的单纯性降低了社会评价的风险。而事实上,医疗机构内部化解纠纷的难度未必比应诉更低,赔偿金额未必比应诉更少,因此,在行政评价和社会评价压力减轻的同时医疗机构也不必竭尽全力将纠纷留在内部消化。在考察的案件中,有多起案件的患者在诉讼中愤慨地表达:是医院让我来起诉的,说金额太大,调解不了。这一方面确实因为患者索赔金额巨大,另一方面也间接反映了医疗机构放弃努力的态度和行为有所增加。

其次,也是更主要的是,《侵权法》潜在地改变了患方对起诉的理解。从样本可以发现,医疗纠纷发生率高的科室基本是稳定的,一般包括利益关切度较高的科室(如产科)和医疗风险较大的科室(外科系统),这与相关研究的结论基本一致。如2013年北京法院一审审结的医疗损害责任纠纷案件,前五名排名也是:妇产科、骨科、普外科、急诊、心外科。^[10]但如果容易产生医疗纠纷的科室较为稳定,那么,从经验上判断,其发生纠纷的概率在不同时段也应当基本持平。医疗诉讼的激增只能表明这样一种可能:患者改变了对纠纷可诉性的认识。从时间上看,这显然与《侵权法》的颁布具有一定的关联,主要是由于《侵权法》进一步强化了患方直接起诉的意识。根据所调取的裁判文书记载的事项发现,绝大部分诉讼的理由是在院内产生了损伤,患方认为是医院过错所致。因此,将医疗损害统一为民事损害赔偿,首要的潜在影响可能是,患者将损害作为起诉的标准,而非过错。本研究就这一问题对审理医疗纠纷的法官进行了访谈,法官普遍认为,患方一般声称不懂医学,很少去探求过错与损害之间是否存在法律意义上的因果关系,加上情绪化倾向严重,很容易提起诉讼。从查阅的多份庭审笔录中,不同程度地、不断发现患者有“在医院出的问题,不怪医院怪谁”的类似表达。更重要的是,在患者将损害作为起诉认定标准的同时,《侵权法》对医疗纠纷处理机制的法治格局改变进一步强化了直接起诉的可能。过去,

卫生行政机构或医疗机构往往成为解释和处理医疗过错与损害的第一道防线,但在《侵权法》对行政处理日益边缘化的立法预设下,这些机构一方面较以前解释动力减弱,另一方面,它们对过错与损害关系的解释,也逐渐缺乏说服力。在现代社会发达的信息传播环境下,《侵权法》关于医疗纠纷可以直接起诉的潜在支持作用,通过律师、法官、法学家等法律职业群体得以扩散。通过多方渠道打听到可以直接诉讼的患方更情愿将过错问题交由被赋予更大权威的司法机关去判定,并且日趋相信,脱离卫生系统内部判定之后,更具中立性的司法机关不会漠视自己的损害。这一影响也已经在域外的研究中得到印证,美国学者梅洛等在对纽约州和科罗拉多州医疗诉讼案件的考察中发现,在立法规定医疗损害可以直接进行诉讼的情形下,遭受损伤的病人不论损害是否由于医疗过错造成,提出赔偿诉讼的机会是没有损伤病人的16~19倍,即使没有过错,遭受损伤的病人提出索赔的几率仍然是没有损伤病人的12倍。^[11]

3.2 鉴定率变化的行动逻辑分析

由于医疗诉讼涉及较为复杂的医疗技术问题判定,判断医疗过错或者因果关系的技术鉴定常常成为必需,有关于北京市2013年医疗诉讼鉴定状况的实践调研显示,进入诉讼之后,医疗诉讼案件的鉴定率较高,在判决结案中甚至占到了92.3%,即便加上调解和裁定结案,也占到40%以上。也正因此,研究者表达了在医疗诉讼中对司法机关“鉴定依赖”的忧虑,认为应强化法官对包括鉴定意见在内的医学证据评价能力和庭审控制能力。^[11]但调研样本显示,D市6家三甲医院涉讼案件中,有些年度(2010年,2012年—2014年)鉴定率不高,有些年度则鉴定率较高(2009年,2011年)。

在调研数据中,2009年和2011年的医疗诉讼索赔金额均明显较高(表4),鉴定数量也最多。通过查阅判决书也可看出,这两个年度达成的高额赔偿案件较多,说明医疗机构过错较严重、造成患方利益损害也较大。这说明利益损害较大时,鉴定更容易发生。这也解释了为什么在北京地区的调研中,鉴定比率较高。这与优质医疗资源集中的现状有一定关联。由于进京治疗的患者众多、病情复杂、期待较高,而医疗机构人力资源有限、工作繁忙、服务显得仓促,被认为发生差错的可能性较高,两者综合,即产生了强烈的利益落差,一旦发生涉讼纠纷,重大损

害、高额赔偿较多,因此鉴定发生比率自然就更高。

因此,鉴定率发生变化的背后,有对制度变迁背景下行动逻辑进行解释的更深刻意义。如果将重大利益损害产生的诉讼最终赔偿(补偿)金额作为收益,将申请鉴定作为成本的话,患者申请鉴定与否实际上是一个成本收益衡量的过程。^①《侵权法》关于举证责任分配的变革,事实上将申请鉴定的成本收益衡量权以立法形式转移到患方。有学者深刻指出,如果将举证责任配置以及相关的其它法律规范看做构成人们行动环境的制度和技术的,那么,它应当通过对纠纷的解决,提供人们将来如何行为的激励和对此的预见性。^[13]《证据规定》的“举证责任倒置”产生了医方的防御性医疗行为,在未来行为激励上出现了偏差,需要有所调整;但完全由患方承担医疗过错责任举证中的鉴定成本,与《侵权法》实施后的“损伤即起诉”的现状相综合,自然可能产生在鉴定申请激励上的不足。甚至有学者指出,即便在推定过错原则之中,病历是否涉及涂改、销毁等完整性和真实性的问题,以及是否违反诊疗规范等推定过错问题,其仍然需要鉴定完成,进一步加剧了患方承担成本的可能性。^[14]这一推断,在走访医疗机构的过程中,得以部分印证。有参与诉讼的医务人员明确表示:当索赔金额较少的患方起诉之后,尤其是没有请律师的患者,虽经法院告知,却常常不申请鉴定。法院对此类案件也往往适用调解结案。此时,调解与鉴定率低成为互为因果的联系。但可以确知的是,如果技术鉴定确实成为医疗诉讼中发现真实的有效途径,那么鉴定率较低可能会阻碍真相的揭示。而备受诟病的《证据规定》的制定者最高人民法院也有类似考虑,只是在学界几乎一致的反对声中被完全淹没。^②由此,也可以理解鉴定人出庭较少的问题。除学界讨论的鉴定制度和质证规则本身存在的问题之外,^[15]也来源于举证责任配置产生的激励功能。《民事诉讼法》第七十八条规定:当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据。

既然作为鉴定申请方的患方在申请鉴定时已经进行了成本收益的初次筛选,鉴定意见的准确率、针对性都可能较高,医方和患方对之有异议的概率自然降低;而在当事人没有异议的情形下,法院很少会自行认为鉴定人有必要出庭,也自然降低了鉴定人出庭的概率。这也可以解释鉴定人出庭少,但案件结论并未因此受到过多质疑的调研结果。

3.3 程序简易化和调解化倾向的行动逻辑分析

早在 2004 年的研究文献中,有学者就针对当时医疗诉讼简易程序适用较多的情形,指出,医疗诉讼案件事实往往不大清楚、权利义务关系不够明确、争议往往较大,加之过错认定比较复杂,不应适用简易程序。^[16]但从 D 市 6 家三甲医院的调研样本来看,法院适用简易程序审理的情形还是比较多的(约占 70%),这是为什么呢?

实质上,关于医疗诉讼复杂性的认知很可能具有一定的臆测性。从上文关于行动逻辑的分析可以看出,在医疗损害赔偿逐渐被视为一般侵权损害之后,患方选择诉讼解决纠纷,并非由于该纠纷已经复杂到非诉讼解决不可,而可能是由于存在诉讼主导的医疗纠纷解决机制导向,加上“损害即索赔”的患方诉讼动机,从实证材料来看,尤其是在调解结案的案件中,金额最小的仅有一千多元,由此可见,很多医疗诉讼确实较为简单,特别是比较明显的医疗过错或双方仅仅对索赔金额有所争议的纠纷。这也可以与患方申请鉴定的概率相互印证,如果确实争议较大、事实不清、过错难定、索赔金额颇高,鉴定申请率相应可能会比较高。因此,法院较多适用简易程序在一定程度上是与司法实践中的实际状况吻合的。但从另一侧面来看,很多明显较为简单的医疗诉讼一定要通过动用司法资源来解决,是否符合高效经济的司法目标,尚有待商榷。

而调解化倾向的解释可能更为复杂。有学者认为,中国医疗过错诉讼中调解等行为与法院维护社会秩序的政治功能相关,法院的灵活处理是为了在制度变迁中进行自我保全。法院灵活解决纠纷是使

① 将申请鉴定视为成本的认识主要来源于《证据规定》第 25 条第 2 款的规定,对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人,在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。申请所需要的材料收集尤其是鉴定费用的缴纳就是现实的成本考量。

② 2004 年最高人民法院民一庭负责人答记者问时,在被问及对医疗机构而言是否合理时,在重申举证责任倒置的立法理由之后,该负责人指出:“从严格意义上说,举证责任倒置的前提是过失推定、因果关系推定,而医疗事故诉讼中对因果关系和医疗过失的认定最终依据鉴定结论,推定的作用极其微弱,完全没有必要对这个问题过度地担心。”而此类来自实践部门的言论并未引起过多的重视。参见:王连印:“最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件的法律适用问题答记者问”,载于《人民法院报》2004 年 4 月 10 日 01 版。

法院远离直接抗议以及纠纷升级招致的责难的有效方式。^[17]这是具有一定解释力的解读。但就D市的调研样本来看,2012年—2014年调解量较以前猛增而后保持一定的平衡,可能与《侵权法》实施后逐渐形成的行动逻辑不无关联。

这可能与司法机关在认定医疗过错上的专业性缺失相关。有学者指出,《侵权法》参考借鉴发达国家和地区关于“过错客观化”的判例学说,专设若干法律条文明确规定判断过错的客观标准,以方便法庭正确判断过错,避免将举证责任和举证不能的后果简单化地归属于任何一方所可能造成的不公正结果。因此,人民法院审理医疗损害责任案件,对被告是否存在过错,应由人民法院根据《侵权法》第55、58、60条规定的判断标准予以认定。^[18]然而,《侵权法》“过错客观化”的后果是,将医疗损害诉讼过错的认定权主要交予司法机关,但司法机关在认定颇具技术性特点的医疗过错的专业知识上较为缺乏。在没有鉴定意见的情况下,大部分法官感到对医疗纠纷中的专业问题力不从心。而且,在根据《证据规定》实施举证责任倒置之时,医疗机构为力证清白,具有申请鉴定或提供专业知识的动机,但在《侵权法》实施之后,不再承担举证责任的医疗机构对日益增加并且更加琐碎、金额不大的医疗诉讼的关注度逐渐下降,这也可以从调研样本中医方律师聘请率中可以得知——2012年之后,主要是在争议不大、索赔金额不高的案件中,医疗机构聘请律师参与诉讼的比率逐渐减少,患方在成本收益权衡之后也在大量案件中放弃了申请鉴定。而缺乏专业倚仗的司法机关,需要更加稳妥的方式处理医疗纠纷,因此,调解自然成为主要选择。

因此,司法机关对调解的选择,在现行《侵权法》框架下具有一定的合理性。但其中潜在的逻辑更值得关注。诉讼调解倾向既然主要是基于安全稳妥的考虑,那么在调解结果上,使受到身体损害的患方得到补偿,既可以满足争议主要发起者的诉愿,也可借此督促医方更注意日后的医疗服务质量,又不悖照顾弱势方的法律原则,因此,从实证材料上看,调解的索赔成功率较高(基本都进行了一定的赔偿),这也是司法机关行动逻辑演绎的必然结果。对这一结果,医方的主要回应就是对诉讼参与的淡漠,这一淡漠又增加了司法机关判断过错的难度,与调解增多互为因果。

4 行动逻辑下医疗诉讼制度完善的反思

制度中的行动逻辑本质上是行动者对于制度理解的不同意义框架,对这些意义框架的整合或协调,最终将形成行动与制度的现实互构:一方面,行动者的偏好是内生的,是由制度塑造的;^[19]另一方面,如欲进一步完善制度,需要从行动逻辑中寻找契机。从D市获取的调研样本反映的诉讼实践状况来看,以《侵权法》为代表的对医疗损害诉讼加以规范和规制的一系列法律文本,在实践中产生了可能超越立法者最初规划的行动,而通过对行动发生逻辑的分析,提示我们,制度尚有继续变革的空间。

4.1 诉讼主导的医疗损害赔偿制度尚需反思

诉讼主导或许是一种未必恰当的概括。在医疗纠纷解决机制上,国家一直强调建立多元纠纷解决机制,目前各地方兴未艾的医疗纠纷第三方调解就是明证。然而,国家的倡导迄今尚未使其它纠纷解决机制成为医疗损害赔偿诉讼制度的有效替代甚至补充机制,一些地方性的尝试明显存在案源少、化解能力有限的问题。诉讼机制仍然是医疗纠纷处理的主要机制。

需要正视的应当是医疗纠纷的第三方诉前处理机制。除继续加强第三方调解之外,正如调研样本所提示的,在《侵权法》为代表的法律制度变革中,医疗诉讼机制的加强使原本对医疗纠纷化解有一定作用的诉前行政解决机制被弱化了,而从简易程序适用多、调解增多来看,司法资源在应对剧增的医疗诉讼方面显得利用率不够高效。尽管行政处理面临各种中立性、公正性和公开性的质疑,但行政处理机制的优势却不能否认:在公立医院占主导地位的医疗体制中,行政追责对提高医疗服务质量、加强管理作用较大,卫生行政机构可以通过追究医疗机构、医师甚至医院领导责任等方式进行督促;卫生行政系统可调动的优质专业资源较多,也可以对医疗纠纷涉及的技术性问题进行较为客观的评价;行政管理机构能够以成本更低、程序更简洁的方式处理纠纷;相对司法机关这类业务为主的国家机关,行政管理机构能够调动的社会资源更多,更有利于解决医疗纠纷引发的社会秩序问题。基于此,应通过改进行政处理的中立性、公正性和公开性使其发挥积极作用,而非简单使之搁置。在制度设计上,可以要求卫生行政管理机构退出关于索赔的事项处理,专注于纠

纷过错的认定、纠纷协调:通过行政追责督促医疗机构改进服务,提高医疗能力和医疗伦理道德水平;自行判定或委托医学会组织鉴定、组织听证会、专家论证等对医患争议中的技术性事项予以认定;采用公示、听证等方式加强处理的透明度和公开性;指导医疗机构进行纠纷的内部协调和解决,必要时,派有经验的处理人员协助医疗机构解决医疗纠纷。

4.2 举证制度的合理性仍要加强

以过错责任为主界定举证责任的举证制度改革,在减轻医疗机构举证不当负担的同时,可能造成患者举证较为被动。同时,由于医疗事故鉴定因被认为缺乏中立性而逐渐淡化,举证转化为医疗损害鉴定申请的问题,申请鉴定的成本(包括申请费用和材料要求)也进一步地降低了患者举证能力,使大量案件的鉴定缺乏专业知识的支撑。

因此,举证制度的变革不能成为顾此失彼的制度变革。一刀切式的举证责任倒置显然是有问题的,但准一刀切式的变革产生的举证负担,包括前文分析的推定过错中对患方实质的举证负担,同样不利于诉讼发现真实、定纷止争的目标实现。因此,有学者建议引入事实不证自明规则,在否定医方举证责任倒置的过重负担的同时,也适当减轻患方的举证责任,即当允许当事人通过证明某一抽象的医学定理的正确性,证明医疗机构的主观过错及损害事实与医疗行为之间存在因果关系,达成表面证明,然后将过错和因果关系的具体证明作为“可反驳的推定”交由医方。^[20] 尽管该学者未对具体的实践操作进行详细的阐释,但这一思路是可行的,如何通过缓和举证的方式切合实践需求,而非截然的举证倒置或全部还原,应当是医疗诉讼举证制度下一步主要的思考方向,可以通过危险领域缓和、推定缓和、患方情由缓和等具体方式实现。^[21] 而适当加重医方的举证责任,一方面可以加大鉴定、专家辅助人等专业事实认定机制的适用,未必会增加患方赔偿成功率;另一方面,也可以督促医方加强医疗纠纷的预防、管理和诉前应对能力。

4.3 程序设置的科学性有待提高

在医疗诉讼损害赔偿问题上争议尚存。有学者建议予以适当的限额赔偿,其理由是:中国医疗制度的福利性、医疗手段的风险性、损害发生的多因性以及赔偿金的成本转嫁等。^[22] 理论上有一定的说服力。但就目前医疗服务市场交易属性较强的实际状况来

看,限额赔偿可能不利于有效保障患方权益,事实上,风险性、多因性等问题在鉴定中已经有所考量,而赔偿金的成本转嫁应当通过基本医疗保险、技术意外险(无过错赔偿时适用)、医疗责任保险等方式得以缓解,这些保险机制的有效建立某种程度上是国家公共责任的重要体现,应当得以实现。仅就调研样本而言,需要解决的损害赔偿问题,可能更主要的是损害赔偿上的公平性和合理性,这可以通过诉讼程序的改进予以改善。

目前的现状是,大量适用简易程序且上诉率并不高的现状表明,大量涌入诉讼的医疗纠纷可能并不属于疑难案件,其索赔金额、权利义务关系、争议事实等均较易适用简易程序;调解案件居多,且赔偿较为明显,有些以补偿名义出现的赔偿事实上不具有合理性。结合这两种情形,可以尝试先将医疗诉讼的程序进行繁简分流,然后主要对简单案件适用简易程序,着重强调调解。分流方式可以借鉴美国医疗过失诉讼改革的经验,在诉讼前设置审前审查制度。审前审查制度的目的具有双重性:排除没有价值的索赔和鼓励应获得赔偿的索赔进行和解。美国大约一半的州已经立法建议审判前审查小组对起诉前的医疗过失索赔进行评估,对索赔的价值提供一个没有约束力的咨询意见。^[23] 不建议在繁简分流之后被列为复杂案件的医疗诉讼再适用调解,应当以专业技术鉴定等方式查明事实,在权责分明的基础上进行公正合理的赔偿。

作者声明本文无实际或潜在的利益冲突。

参 考 文 献

- [1] 劳伦斯·M·弗里德曼. 法律制度——从社会科学角度观察[M]. 李琼英, 林欣, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [2] 杨立新. 医疗损害责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- [3] 刘鑫, 张宝珠, 陈特. 侵权责任法“医疗损害责任”条文深度解读与案例剖析[M]. 北京: 人民军医出版社, 2010.
- [4] 安东尼·吉登斯. 社会理论的核心问题[M]. 郭忠华, 徐法寅, 译. 上海: 上海译文出版社, 2015.
- [5] 何俊志, 任军峰, 朱德米. 新制度主义政治学译文精选[M]. 天津: 天津人民出版社, 2007.
- [6] 蒋晓平. 话语理性到实践理性: 社会学研究中的制度—行动惯习——兼论社会学制度主义理论内核的嬗变[J]. 天府新论, 2014(4): 108-113.

- [7] 李大平. 基层医疗机构医疗纠纷现状实证研究——对东莞市4家基层医院的调查[J]. 证据科学, 2013, 21(2): 199-214.
- [8] 罗秀, 杨洪斌. 《侵权责任法》实施前后医疗纠纷对比研究——以某三级甲等医院为例[J]. 医学与哲学, 2013, 34(10): 62-63.
- [9] 梁慧星. 论《侵权责任法》中的医疗损害责任[J]. 法商研究, 2010(6): 35-39.
- [10] 文学国, 房志武. 中国医药卫生体制改革报告(2014—2015)[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2014: 214-215.
- [11] Mello M. M., Hemenway D. Medical malpractice as an epidemiological problem [J]. Social Science and Medicine, 2004(59): 39-46.
- [12] 刘兰秋. 我国医疗诉讼鉴定制度实证研究——基于北京市三级法院司法文书的分析[J]. 证据科学, 2015, 23(2): 224-238.
- [13] 丁利. 核实技术、激励与举证责任配置: 以医疗事故纠纷为例[J]. 中外法学, 2005, 17(4): 479-487.
- [14] 王成. 医疗侵权行为法律规制的实证分析——兼评《侵权责任法》第七章[J]. 中国法学, 2010(5): 113-122.
- [15] 张维帅, 农小雨, 尹梅, 等. 新《民诉法》视角下“医疗损害鉴定意见”质证之思考[J]. 医学与哲学, 2015, 36(4A): 56-59.
- [16] 王琼书, 王幼英, 陈大军. 医疗侵权诉讼不适用审判的简易程序[J]. 中国医院管理, 2004, 24(4): 17-19.
- [17] Liebman B L. Malpractice mobs: medical dispute resolution in china [J]. Columbia Law Review, 2013(113): 185-201.
- [18] 梁慧星. 论《侵权责任法》中的医疗损害责任[J]. 法商研究, 2010(6): 35-39.
- [19] Immergut E M. The Theoretical Core of the New Institutionalism [J]. Politics & Society, 1998, 26(1): 5-34.
- [20] 纪格非. 事实不证自明: 突破医疗损害诉讼证明困境的另一视角[J]. 证据科学, 2016, 24(3): 309-318.
- [21] 冯磊. 孱弱的抽象公平观——医疗侵权诉讼举证责任分配的深层解读[J]. 医学与法学, 2012, 4(1): 1-7.
- [22] 肖柳珍. 中国医疗损害责任制度改革研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.
- [23] 肖柳珍. 美国医疗过失诉讼制度改革及其借鉴[J]. 法商研究, 2012(5): 126-133.

[收稿日期: 2017-08-29 修回日期: 2017-11-08]

(编辑 刘博)

· 信息动态 ·

欢迎订阅 2018 年《中国卫生政策研究》杂志

《中国卫生政策研究》杂志是国家卫生和计划生育委员会主管,中国医学科学院主办,医学信息研究所和卫生政策与管理研究中心承办的卫生政策与管理专业学术期刊,国际标准连续出版物号为 ISSN 1674-2982,国内统一刊号为 CN 11-5694/R,本刊为中文核心期刊、中国科学引文数据库(CSCD)核心期刊、中国科技核心期刊(中国科技论文统计源期刊)、RCCSE 中国核心学术期刊(A)、《中国人文社会科学期刊评价报告(AMI)》引文数据库期刊、人大复印报刊资料数据库重要转载来源期刊。

杂志以“传播政策、研究政策、服务决策”为办刊方针,及时报道卫生政策研究最新成果和卫生改革发展新鲜经验,促进卫生政策研究成果的传播利用及卫生政策研究者与决策者的交流合作,提高卫生政策研究理论水平和实践能力,为政府科学决策、改进卫生绩效和促进卫生事业发展提供重要学术支撑。主要适合各级卫生行政部门和卫生事业单位管

理者、卫生政策与管理相关领域的专家学者和实践者、高等院校相关专业的师生等阅读。主要栏目有:专题研究、医改进展、卫生服务研究、医疗保障、药物政策、社区卫生、农村卫生、公共卫生、医院管理、全球卫生、卫生人力、卫生法制、理论探讨、经验借鉴、书评等。

杂志为月刊,每月25日出版,国内外公开发行,大16开本,进口高级铜版纸彩封印刷,定价20元/册,全年240元(含邮资)。

全国各地邮局均可订阅,邮发代号80-955,也可向编辑部直接订阅。

地址:北京市朝阳区雅宝路3号中国医学科学院医学信息研究所《中国卫生政策研究》编辑部

邮编:100020

E-mail: cjhp@imicams.ac.cn

联系人:薛云

电话:010-52328696、52328697