

The Theory and Practice of Medical Civil Evidence

医事民事证据 理论与实务

翟宏丽 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The Theory and Practice of Medicine

医事民事证据 理论与实务

翟宏丽 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

医事民事证据理论与实务 / 翟宏丽著. —北京: 法律出版社, 2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5637 - 1

I. ①医… II. ①翟… III. ①医疗事故—民事纠纷—证据—制度—研究—中国 IV. ①D922.164②D925.134

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第270782号



© 法律出版社·中国

出版 法律出版社	开本 A5
总发行 中国法律图书有限公司	印张 9.75
经销 新华书店	字数 212千
印刷 北京中科印刷有限公司	版本 2014年1月第1版
责任印制 翟国磊	印次 2014年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5637-1

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

近年来,医疗纠纷已成为国人关注的社会焦点问题。医患双方的对立情绪不断升级,医事民事案件不断增加,医疗暴力频繁发生,由医疗纠纷引发的恶性的刑事案件亦层出不穷,在一定程度上甚至影响到社会的和谐与稳定。中国的医生、患者以及全社会都翘首期盼医疗纠纷的合理解决。

医疗纠纷的解决机制,包括诉讼和非诉讼替代性纠纷解决机制,其中诉讼作为司法解决途径,由于国家公权力的介入,法院裁决的终局性和强制性,在多元化医疗纠纷解决机制中具有重要地位。

在医事民事诉讼中,人们往往把法院裁决作为获得公平正义的最终途径,作为当事人的医患双方追求的公平正义,也是司法审判追求的终极目标。然而我国医事民事诉讼审理的现状却不容乐观,证据是实现司法公正的基石,在医事民事诉讼中,由于医疗诉讼的高度专业性、复杂性,医事民事诉讼呈现出证据偏在、医患武器不平等的特点,使我国医事民事诉讼的审理陷入了证据障碍的困境。因此消除收集、审查、

核实、认定证据中所遭遇的证据障碍成为我国医事民事证据制度改革的中心任务。

本书作者以敏锐的洞察力,从证据法的视角,对医事民事诉讼证据障碍的救助路径进行了深入研究。本书考察了域外医事民事证据相关制度的立法及实践状况,剖析了我国医事民事诉讼证据收集、证据保全以及证明责任等证据制度的现状,进而论证了证据协力义务规范的法理基础,提出了协同型医事民事证据收集制度的具体建议,阐述了证明责任减轻和缓和的原则,尤其是美国“事实自证制度”在我国医事民事诉讼中适用的可行性。本书是医学和法学的交叉学科的研究成果,既有法学理论和实践的探索,也有医学知识和经验的精当应用,对于推动我国医事民事证据制度研究的深入、推动我国的司法改革和医事民事证据制度的构建,具有较大的理论和实践价值。

本项研究,既反映了作者具备了一定的学术功底和学术素养,也反映出作者对医学和法学交叉学科领域的大胆探索精神,这一研究成果能够得以出版,是对解决医患矛盾的初探,希望对解决医患矛盾做出贡献。

是为序。



2012年12月5日

前 言

近年来,医疗纠纷已成为国人关注的社会焦点问题。有关这方面的报道层出不穷,医患双方的对立情绪不断升级,医疗纠纷案件数量不断攀升,在一定程度上甚至影响了社会的和谐与稳定。

医疗纠纷的解决机制,包括诉讼和非诉讼替代性纠纷解决机制,其中诉讼作为司法解决途径,由于国家公权力的介入,法院裁决的终局性和强制性,在多元化医疗纠纷解决机制中具有重要地位。

医事民事诉讼是指医患双方就医疗结果及其原因认识不一致的争议提起的诉讼,医患双方追求的公平和正义,同时也是司法审判追求的终极目标。在医事民事诉讼中,人们往往把法院裁决作为获得公平正义的最终途径,中国的医生和患者无不翘首期盼医疗纠纷的公正裁决。然而一个不争的事实是,我国的医事民事诉讼审理的现状却不容乐观。在医事民事诉讼中,由于医疗诉讼的高度专业性、复杂性,医事民事诉讼呈现出证据偏在、医患武器不平等、医疗损害鉴定二元化、法院证据审查困难等严重问题,使我国医

事民事诉讼的审理陷入了证据障碍的困境。

证据是实现司法公正的基石,是整个诉讼活动的核心。证据制度的完善与否,直接决定着裁判的公正,关系着医患权益的实现与保护,也影响着司法机关的权威和公信力的树立。因此建立和完善我国医事民事证据制度具有重要意义,而消除收集、审查、核实、认定证据中所遭遇的证据障碍成为我国医事民事证据制度改革的中心任务。

本书针对医事民事诉讼审理中存在的证据障碍困境,将医事民事证据作为一个独立、完整的体系加以研究,力求站在时代的高度,在对域内外医事民事证据制度进行全景式扫描的基础上,深入探讨了我国医事民事证据制度建立的理论基础和实践规律,提出我国医事民事证据制度的整体性构建设想和内部微观制度设计,以期立法及司法实践提供有价值的参考。

本书共包括九章内容。本书“导论,由一个公共事件进入”,引发我们对我国医事民事证据制度的思考,第一章为“构建和完善我国医事民事证据制度的现实依据”,从社会因素、客观因素、制度背景三方面考察了构建和完善我国医事民事证据制度的现实依据。本书第二章为“医事民事证据概述”,本章运用民事诉讼和证据法学理论对医事民事诉讼和医事民事证据的基础理论进行了分析和探讨。

笔者认为,从证据法的角度分析,避免和突破医事民事诉讼中的证据障碍,主要具有三种不同的路径:一是立法建立证据协力义务规范,即证据收集能力较低的一方当事人可以通过一定的申请程序,要求法院依照职权收集、调用证据,给予必要的证据救助,以及确立不负举证责任的当事人和第三人的证据协力义务规范。二是运用证明责任减轻或缓和的原则,即通过证据立法对特定的诉讼案件提出非主张的当事人承担举证责任的要求,也即由证据能力较强或处于明显有利地位的一方当事人承担更多的举证责任。三是确立事件本身的证明力,即承

认事件本身具有一定的证明力,英美侵权责任法中的“事实自证制度”对我国特殊的医事民事诉讼具有借鉴意义,相对于《侵权责任法》所规定的三种“举证责任倒置”的情形,“事实自证制度”更具有灵活性,对解决复杂的医事民事诉讼案件将大有裨益。笔者的上述观点集中体现在本书第四章至第七章的论述中,构成本书的核心章节。

辑入本书的第八章“医疗责任强制保险”本不属于医事民事证据的体系范畴,证据是司法公正裁判的基石,而医事民事诉讼的终局往往需要解决的是医疗损害赔偿问题。没有有效的医疗损害赔偿救济制度,法庭的审判也可能沦为“贫穷的裁判”。医疗责任保险因具有转移医疗风险和填补医疗损害的双重作用,可以视为医事民事证据制度的“延伸”。本书提出建立我国医疗责任强制保险的基本理念及我国医疗责任强制保险的实施建议,供同道参考。

本书从证据法的视角,对医事民事诉讼证据障碍的救助路径进行了深入研究。本书将民事诉讼证据理论的既有研究模式和相关研究成果运用于医事民事诉讼研究的过程中,在观点或论证方面如果有所创新,那可能是基于以下几个方面:第一,对相关医事民事证据制度法律渊源的整理和概括;第二,民事证据一般理论在医事民事诉讼中的具体运用剖析;第三,证据协力义务理论及协同型医事民事证据收集模式的提出,丰富了医事民事证据收集的理论和方法;第四,就医事民事诉讼物证的易灭失性,提出了医事民事诉讼诉前证据保全的规定建议;第五,医事民事诉讼事实自证规则的引入,以实现对患者实行必要的举证责任减轻或者缓和;第六,医学文书阐明义务的提出,丰富了医学文书提出义务的内容和方法;第七,对医疗损害鉴定采司法鉴定一元化模式的可行性研究,为消除目前医疗损害鉴定二元化的现状提供依据;第八,提出我国医疗责任强制保险制度的构建建议,为裁判结果的落实提供有效保障;第九,本研究是法学和医学的交叉学科研究成果,既有法

学理论和实践的探索,也有医学知识和经验的应用,填补了医事民事诉讼相关领域研究的空白,对我国医事民事证据制度构建、推动我国司法改革具有较大的理论和实践价值。为我国当前较为突出的医患社会矛盾的合理解决提供理论依据。同时本研究亦是外在的法律规范介入医界,评判医疗行为的是非对错,因此对医界医疗行为的反省,亦将有所裨益。

目 录

导 论 由一个公共事件进入 001

第一章 构建和完善我国医事民事证据制度的 现实依据 003

第一节 社会因素 003

一、医疗纠纷嵌入社会 003

二、我国医疗纠纷的社会化和暴力化倾向 006

三、医事民事诉讼案件数量呈增长趋势 008

第二节 客观因素 009

一、危机中的医事民事诉讼司法 010

二、证据障碍——医事民事诉讼危机的主要 “病因” 014

第三节 制度背景 021

一、我国医疗卫生行政管理体制 021

二、我国医疗卫生法律制度 021

第二章 医事民事证据概述 024

第一节 医事民事证据的含义及属性 024

一、医事民事证据的含义 024

二、医事民事证据的属性 033

第二节 医事民事证据的生成 041

一、从案例看医事民事证据的生成 041

二、证据的原生 044

三、衍生证据 046

第三节 医事民事证据的种类和分类 046

一、医事民事证据的种类 046

二、医事民事证据的理论分类 048

第四节 医事民事证据制度的价值基础 055

一、准确 055

二、公正 055

三、效率 056

四、和谐 056

第三章 协同型医事民事证据收集模式 058

第一节 协同型医事民事证据收集模式的理论基础 059

一、我国民事诉讼模式的选择 059

二、医事民事证据协力义务规范 060

三、协同型医事民事证据收集模式的功能 066

第二节 医事民事证据收集模式的比较法研究 071

一、域外法上的医事民事证据收集理论与实践 071

二、我国医事证据收集制度模式的演变及评析 074

第三节 协同型医事民事证据收集模式的构建 094

一、当事人首先主动收集证据 094

二、法院对当事人举证的阐明义务 097

三、法院的证据调查收集 098

四、不负举证责任的当事人及第三人的证据协力义务 100

第四章 医事民事证据保全 105

第一节 医事民事证据保全的理论基础 105

一、医事民事证据保全的含义及分类 105

二、医事民事证据保全的实施要件 110

三、医事民事证据保全的功能 111

四、医事民事证据保全的效力 115

第二节 医事民事证据保全的比较法研究 116

一、域外法上的医事民事证据保全理论与实践 116

二、我国医事民事证据保全的演变与分析 119

第三节 我国医事民事证据保全制度的构建 124

一、医疗争议发生前 125

二、发生医疗争议后至诉前阶段 127

三、诉讼中的证据保全 132

第五章 医疗损害证明责任 133

第一节 证明责任概述 133

一、证明责任的含义 133

二、证明责任分配的法理基础 134

第二节 医疗损害责任及归责原则 136

一、医疗损害责任的含义 136

二、医疗损害责任的类型 136

三、医疗损害责任的归责原则 138

第三节 医疗损害证明责任分配的比较法研究 140

一、域外法上的医疗损害证明责任分配理论与实践 140

二、我国医事民事诉讼证明责任分配制度的演变及评析 147

第四节 完善我国医事民事诉讼证明责任分配制度的建议 157

第六章 医学文书 160

第一节 医学文书概述 160

一、病历的含义 160

二、病历的种类及分类 161

三、其他医学文书 163

第二节 医学文书的作成 164

一、医学文书作成的主体 164

二、医学文书作成的原则 164

三、医学文书作成的内容 169

第三节 医学文书的保存与管理 170

一、医学文书的保存 170

二、医学文书的送达归档 174

三、医学文书的隐私保护 174

第四节 医学文书知情权 177

一、域外法上的医学文书知情权理论与实践 177

二、我国医学文书知情权的演变及评析 179

第五节 医学文书提出义务 188

一、医学文书提出义务的含义 188

二、医学文书提出义务的内容 189

第七章 医疗损害鉴定 193

第一节 医疗损害鉴定概述 193

一、医疗损害鉴定的含义 193

二、医疗损害鉴定意见的证据属性 195

第二节 医疗损害鉴定的比较法研究 198

一、域外法上的医疗损害鉴定理论与实践 198

二、我国医疗损害鉴定的演变及评析 199

第三节 完善我国医疗损害鉴定的建议 207

一、司法鉴定与医疗事故技术鉴定的取舍 207

二、医疗损害鉴定的阐明义务 216

第八章 医疗责任强制保险 219

第一节 医疗责任保险概述 221

一、医疗责任保险的含义 221

二、医疗责任保险人和投保主体 222

三、医疗责任保险标的 224

第二节 医疗责任保险的比较法研究 224

一、域外医疗责任保险理论与实践 224

二、我国医疗责任保险的演变及评析 237

第三节 构建我国医疗责任保险制度的建议 248

一、构建我国医疗责任保险制度的基本理念 248

二、我国医疗责任保险的实施建议 249

附 录 254

《中华人民共和国侵权责任法》节录 254

《医疗事故处理条例》 262

参考文献 278

后 记 295

导论

由一个公共事件进入

【案例0-1】^① 2011年9月15日,北京同仁医院耳鼻喉科主任徐文医生在自己的诊室被患者连砍17刀致重伤,引发全社会广泛关注,甚至惊动政府高层。媒体披露的这起恶性事件的原因始末,引起了笔者的关注:

2006年9月,王宝洛由徐文医生诊治喉癌,但手术结果让他失望。王认为同仁医院的手术失败导致自己残疾后,试图通过各种路径讨要说法,其妻说“一开始没打官司,先写信。卫生局、国务院……”无果后,2008年7月,再通过法律途径诉求。开庭后因医患双方就病历记录真伪问题存在争议,法庭宣布休庭,至案发时,三年时间过去了,仍未开庭。

王宝洛医疗官司的代理律师杨某在接受媒体采访时表示,9月15日上午她接到王的电话,要求催促

^① “同仁医院医生徐文被砍事件原因经过始末”,载 http://www.gugeshashou.cn/redian_news_view.php?id=19532, 最后访问时间 2012 年 2 月 10 日。

法官尽快开庭。杨给法官打电话后,法官不置可否。随后杨给王去电话,转述了法官的话。

“王宝洛当时很平静,说了句‘请您多费心’就挂了电话。”杨某说。下午4时许,发生了血案。

王妻说:“砍人肯定不该,但拖了三年的医疗官司,让王宝洛看不见希望”,于是他不等了……

北京同仁医院徐文医生被砍一案是近年来由医疗纠纷引发的严重刑事案件之一,围绕该案的讨论在医疗、法律、媒体以及社会各界一直没有停止。在这起由医疗纠纷引发的刑事案件中,医生被砍伤,患者被警方刑拘,医患双方没有赢家。中国的医生和患者,无疑已经承受了太多。人们扼腕长叹的同时,不禁要发出疑问:到底是什么原因导致了上述现象的发生?原因固然是多方面的。我们甚至完全可以将此现象归因于社会转型时期的阵痛,是改革必须付出的代价。然而,针对本案,正本清源,一个不争的事实浮出水面:患者王宝洛并没有一开始就选择“医闹”,而是寻求了法律的途径,问题是自2008年休庭至2011年案发时仍然没有结果,而该案的争点在于病历资料的真伪等证据问题,设想一下,如果法院能够尽早地依据证据认定案件事实,尽早地结案,是否可以避免这起血案的发生?笔者有理由认为,本案中,酿成血案的原因固然是多方面的,但从证据法的角度来看,案件事实认定赖以实现的证据障碍难咎其责。

作为一种解决医患之间争端的方式,医事诉讼的主要任务是查明案件事实并准确适用法律,而证据是查明案件事实最直接、最主要的手段,诉讼证据是医事诉讼活动的核心,在医事诉讼中处于举足轻重的地位。证据制度的完善与否,直接决定着医事诉讼公正与效率的实现程度,关系着医患权益的实现与保护,也影响着司法机关的权威和公信力的树立。因此,医事诉讼中的证据制度的构建和完善理应成为学界研究的重点,本书写作最初的动机也正是基于这一考量。