

保护道歉规则在医疗纠纷中的 确立与运用

陈云良*

摘要 医疗道歉的法律性质属于证据。由于其主张的是对己方当事人不利的事实,因此构成诉讼外自认或者诉讼自认。保护道歉规则的目的在于揭露医疗错误以保护患者的健康权,其对医疗纠纷预防和处理制度、侵权法和民法总则的有效实施都具有促进功能,可能减损的法益少于其必然增加的法益,且有助于修复和维持正常的医患关系,因此是可欲的。在保护范围上,存在部分道歉和全部道歉的区别。在模式上,存在证据规则型概括保护模式、意思通知型具体保护模式和意思表示型个案保护模式。我国应当确立针对全部道歉的意思通知型保护道歉规则,将诉讼外医疗道歉纳入保护范围。

关键词 医疗道歉 保护道歉规则 证据 自认

一、保护道歉规则的缘起

道歉本属于道德范畴,但存在被法律调整的潜在可能。^{〔1〕}就形式而言,道歉是基于人的意志作出的,因此是一种行为而非事件。但作为一种行为,道歉并不必然包含设立、变更、终止某种特定法律关系的效果意思。作为民事责任承担方式的赔礼道歉,需要把冒犯别人的内疚感表现于外部,而其消灭民事责任的效果则是由法律直接规定的,此时道歉可以被定性为准法

* 广东外语外贸大学法学院教授。本文系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“基本医疗服务保障法制化研究”(项目批准号:14JZD025)阶段性成果。

〔1〕 参见郝维华:“加拿大—中国道歉法的比较分析”,《比较法研究》2011年第6期,第65—74页。

律行为。^{〔2〕}另外,道歉也可以具有其他法律意义。例如,当民事主体侵害了他人的财产权时,侵权人仍然可以作出道歉,而道歉中包含和解的意思表示,也可以因为被侵权人的合意而发生合同效力。^{〔3〕}这种情况下将道歉认定为法律行为也并无不妥。由此可见,道歉在形式上有三种可能:不受法律调整的行为、准法律行为和法律行为。就内容而言,道歉总是可以解释为事实陈述和歉意表达两个部分,具体或者概括地指向可能导致或者确定导致了负面后果的、已经完成的行为。负面后果有可能是法律所不理会的琐碎之事,此时道歉所指向的过去行为就没有法律意义。但是当存在民事权益受到不法侵害的可能性时,前述行为就应受到程序法调整。

医疗道歉是一种具有法律意义的道歉形态。首先,医疗道歉是对医疗错误(medical errors)作出的陈述。如果不存在医疗错误,即患者病情好转或者完全康复,且理论上不存在更好的治疗方案,医疗服务者是否道歉都不会产生民事责任的争议,法律也没有必要将道歉纳入调整范围。医疗错误不等于实体法意义上的“医疗损害”,前者属于事实问题,它强调结果的负面性与回避可能性,与医疗错误/患者安全报告制度(Medical Error/Patient Safety Reporting System)是直接相关的;^{〔4〕}而后者则属于法律问题,它与侵害行为、因果关系与过错相关联,共同构成承担民事责任的责任成立要件。其次,医疗道歉的内容可以被用于证明患者损害与医疗错误存在因果关系,以及医疗机构及其医务人员(以下统称“医疗服务者”)存在过错。在医疗过失案件(medical malpractice cases)中,原告必须举证证明:①诊疗行为适用的标准;②被告行为违反了这一标准;③原告受到损害;④违反诊疗义务与损害之间存在近因。医务人员对上述内容的承认可以被原告作为证据材料,进而有可能构建一个初步证明的案件(prima facie case),也就是说,原告提出的证据达到了足以支持其诉讼请求的最低限度,从而可以将案件交付陪审团裁断。^{〔5〕}最后,医疗道歉即使是在庭外作出的,也不属于传闻证据(hearsay),不受传闻证据排除规则的保护,因此需要单独立法。按照美国《联邦证据规则》第801条的规定,传闻证据排除规则不排除对方当事人或者其他代理人、雇员的陈述,无论这种陈述是否当庭作出。医疗道歉的行为人即医务人员,通常正是作为责任主体的对方当事人或者其他代理人、雇员。因此传闻证据排除规则原则上不适用于医疗道歉。

由上述分析可知,医疗道歉不仅仅是医疗服务者为了化解与患者及其利害关系人的矛盾所进行的行为,更是普遍地具有证据资格、应当受到民事诉讼法调整的行为。医疗道歉通常不

〔2〕 参见常鹏翱:“对准法律行为的体系化解读”,《环球法律评论》2014年第2期,第47—64页。

〔3〕 参见张红:“不表意自由与人格权保护——以赔礼道歉民事责任为中心”,《中国社会科学》2013年第7期,第109—127页。

〔4〕 参见兰礼吉、李琰:“医疗安全:意思更新与措施的革命”,《医学与哲学(临床决策论坛版)》,2006年第6期,第6页。

〔5〕 薛波主编:《元照英美法词典》,北京大学出版社2017年版,第1088页。

包含和解的意思表示,故不直接产生民事实体法上的法律效果。然而作为程序法上的证据,诉讼外医疗道歉可以引起原告举证责任完成或初步完成、被告败诉风险增加的效果;如果发生在诉讼中,其道歉就可以认定为当事人自认。^{〔6〕}对于当事人而言,自认将使举证责任由原告转移给被告;对于法院而言,在自认的事实范围内,法院不再审查这一事实,^{〔7〕}除非当事人存在涉嫌恶意诉讼等行为,有违反诚信原则的可能。^{〔8〕}根据“禁反言”的法理,自认一旦作出,原则上不得撤销。但考虑到存在意思瑕疵的可能,因此也不排除个案认定中可撤销的例外。^{〔9〕}总而言之,医疗道歉在性质上属于证据。保护道歉规则旨在排除医疗道歉的证据能力,构成例外规定,故有特别阐明其原理之必要。

保护道歉规则肇始于美国。早在1983年,日本东京工业大学人类学教授我妻洋与美国加利福尼亚大学洛杉矶分校法学教授罗塞特(Arthur I. Rosett)在一篇比较日本和美国对合同法的文化态度的论文中,就讨论了道歉在日本社会的文化含义。^{〔10〕}1986年,二氏再次撰写论文,将道歉含义的比较扩展到整个法律与文化领域,特别强调了道歉在正式的法律纠纷解决过程中的关键地位。道歉可能是一种抗辩,可能被采纳为证据,也可能作为填补损害的方式。普通法上的救济有时并不能填补所有损害,而道歉可能是认识和修复人际关系的至关重要的要素。^{〔11〕}关于道歉的法律意义的研究在美国法学界引起讨论的热潮。^{〔12〕}在这样的社会思潮下,美国马萨诸塞州于1986年制定了第一部“道歉法”。^{〔13〕}提案最初是由马萨诸塞州参议员萨尔通斯泰尔(William L. Saltonstall)所提出,起因是其女儿死于一场交通事故。萨氏认为肇事车辆驾驶人希望道歉,但是惧怕因此承担责任,所以主张应当通过保护促进道歉,使侵权人

〔6〕 参见黄忠:“赔礼道歉的法律化:何以可能及如何实践”,《法制与社会发展》2009年第2期,第125—126页。

〔7〕 陈界融:“论自认的效力”,《政治与法律》2003年第4期,第51—52页。

〔8〕 翁晓斌:“民事诉讼诚信原则的规则化研究”,《清华法学》2014年第2期,第42—46页。

〔9〕 霍海红:“我国自认撤销规则的反思与重构”,《法商研究》2011年第6期,第82—89页。

〔10〕 See Hiroshi Wagatsuma and Arthur Rosett, “Cultural Attitudes Towards Contract Law: Japan and the United States Compared”, *Pacific Basin Law Journal*, Vol.2, 1983, p.90.

〔11〕 Hiroshi Wagatsuma and Arthur Rosett, “The implications of apology: Law and Culture in Japan and the United States”, *Law and Society Review*, Vol.20, 1986, p.461.

〔12〕 See Hilary K. Josephs, “The Remedy of Apology in Comparative and International Law: Self-Healing and Reconciliation”, *Emory International Law Review*, Vol.18, 2004, p.53. See also Max Bolstad, “Learning from Japan: The Case for Increased Use of Apology in Mediation”, *Cleveland State Law Review*, Vol.48, No.3, 2000, p.545. See also Ilhyung Lee, “The Law and Culture of the Apology in Korean Dispute Settlement (with Japan and the United States in Mind)”, *Michigan Journal of International Law*, Vol.27, No.1, 2005, p.1.

〔13〕 See Nancy L. Zisk, “A Physician’s Apology: An Argument against Statutory Protection”, *Richmond Public Interest Law Review*, Vol.18, No.3, 2015, p.375.

作出的道歉不至被用于民事诉讼。^[14] 随着保护道歉制度的发展,人们逐渐将重点转移到医疗领域,并出现了专门针对医疗道歉的保护立法。其中,美国科罗拉多州 2003 年的保护道歉规则最为典型。科罗拉多州道歉法的立法目的就是为在发生医疗错误的情况下,促进医生与患者之间持续的公开和信任。^[15] 亚洲地区最早确立保护道歉规则的是中国香港。2017 年 7 月,香港立法会通过了香港法例第 631 章《道歉条例》(Apology Ordinance),目的在于“提倡和鼓励作出道歉,以期防止争端恶化,促进和睦排解争端”,其中规定道歉原则上不能用于对道歉者的不利证据,除非在没有其他证据等特殊情形下,在顾及公共利益或公正原则的基础上酌情处理。这一条例明确禁止在广泛的适用程序中将道歉中的事实陈述作为过错证据,以此为道歉提供迄今为止最清楚和全面的保护。^[16] 截至目前,美国共有 39 个州以及华盛顿特区制定了保护道歉规则。^[17] 另外,加拿大、澳大利亚等国家和地区也出现了相关立法。

二、保护道歉规则的必要性考量

(一)目的视角下保护道歉规则的必要性

保护道歉规则的目的必须置于卫生法的体系框架下,才能获得清晰的认识。与卫生法的其他制度相似,保护道歉规则的逻辑起点也是健康权的保护。如前所述,医疗道歉是针对可能存在的医疗错误作出的,而医疗错误可能已经造成了患者的人身损害或者现实地威胁着患者的人身安全。保护医疗道歉,直接目的有二:从医疗服务者一侧来看,道歉是为了促进医方揭露医疗错误,尽早地发现问题、解决问题;从患者一侧来看,道歉是为了加强患者与医疗服务者的沟通,预防医患矛盾激化,缓解紧张的医患关系。两方面的根本目的都在于《基本医疗卫生与健康促进法》第 3 条第 1 款规定的“以人民为中心,为人民健康服务”——医疗服务者大可不必为诉讼风险而选择“防御性医疗”,患者也能因医疗服务者的真诚而加强信任关系,二者共同致力于挽回已经造成的损失,或者防止损害进一步扩大,这正是保护患者健康权的应有之义。那种认为保护道歉规则只是为了豁免医务人员道歉可能引发的法律责任,从而使他们更加频繁和不假思索地对患者道歉的观点,是未经反思和不够明智的。因为医疗服务虽然可以被称为“服务”,但它是偏重科学性而非审美性的活动。要求医务人员仅仅因为同情患者的境遇就

[14] See Lee Taft, “Apology Subverted: The Commodification of Apology”, *The Yale Law Journal*, Vol.109, 1999, p.1151.

[15] See Jonathan R. Cohen, “Toward Candor after Medical Error: The First Apology Law”, *Harvard Health Policy Review*, Vol.5, No.1, 2004, p.23.

[16] Gilberto K. Leung, Gerard Porter, “New Hong Kong Statute Protects Factual Statements in Medical Apologies From use in Litigation”, *Medico-Legal Journal*, Vol.86, No.4, 2018, p.198.

[17] Adam C. Fields et al., “Apology Laws and Malpractice Liability: What Have we Learned?”, *BMJ Quality and Safety*, published online first: 19 June 2020. doi: 10.1136/bmjqs-2020-010955.

要作出道歉,非不会对增进患者健康有所助益,还有可能降低这种高度专业化的活动的严谨性,使患者抱有不合理的期待,将一切归咎于医疗服务者,结果有可能得不偿失。因此,把握好直接目的(促进揭露医疗错误、促进医患沟通)与根本目的(保护患者健康权)之间的关系,对于理解保护道歉规则的本旨与核心至关重要。

这两个目的表面上存在矛盾:保护道歉规则的出发点是保护患者的利益,然而从方式上看,它受益的直接主体却是作为对方当事人的医疗服务者。从当事人主义模式主导下民事诉讼的对抗式辩论原则来考察,^[18]这种制度设计似乎南辕北辙。然而这种理解只是基于一般的诉讼法结构,得出的结论难免会与实际情况存在偏差。由于医患之间信息不对称不可克服,以及医疗损害中风险和损失难以外在化,因此运用处理一般民事纠纷的控制模式解决医患纠纷也容易产生过度威慑,这种严格化趋势不利于医患关系的正常发展。^[19]医患关系以合同关系为常态,医疗服务合同可类推适用委托合同的规定,以当事人之间极强的人格信任关系为必要。^[20]医疗服务者受患者或其利害关系人委托,为患者最大利益服务。在医疗服务者和患者存在明显信息不对称的现实下,鼓励医务人员揭露医疗错误是防止损害继续扩大的一种次优解。^[21]法律不能期待一个理性人在承认错误的同时担心这一行为将引起进一步的不利法律后果,而除了通过这个人的陈述,这一错误将难以被发现。发现医疗错误对于及时纠正不利后果,乃至对患者获知其得到救济的依据,有着不容小觑的意义。^[22]尽管医患关系在形式上可以纳入合同法的调整范围,然而法律绝不当像典型的买卖合同一样强调医患之间的利益对立,在疾病面前二者具有相同的目的。^[23]因此,增加医务人员的利益不仅不必然减少患者的利益,相反,通过制度的合理设计,患者的合法权益将获得更好的保护。

保护道歉规则将医患之间的利益对立和紧张关系暂且搁置,从而使得共同应对疾病危害、保护患者生命健康的主题得以彰显。例如,在新型冠状病毒疫情中,由于该传染病病种在2019年12月才被人类认识,因此出现医疗错误几乎是不可避免的,这时保护道歉制度在两个目的的统一方面就表现得尤为典型。2020年4月11日,日本爱知县发生新型冠状病毒PCR检测失误,导致24名本来是阴性的受检人员被误判为阳性。爱知县卫生技术人员和卫生行政

[18] 参见冯珂:“从权利保障到权力制约:论我国民事诉讼模式转换的趋向”,《当代法学》2016年第3期,第27—37页。

[19] 伍德志:“论医患纠纷中的法律与信任”,《法学家》2013年第5期,第1页。

[20] 参见刘勇:“论医疗合同中的医师说明义务”,《南京社会科学》2009年第7期,第125—128页。

[21] See Rebecca Dresser, “The Limits of Apology Laws”, *Hastings Center Report*, Vol.38, No.3, 2008, pp.6—7.

[22] 参见满洪杰:“医疗道歉法与医疗纠纷解决机制的发展——美国经验与中国进路”,《当代法学》2017年第6期,第89—98页。

[23] 参见陈化、刘俊荣:“从知情同意到共同决策:临床决策伦理的范式转移——从Montgomery案例切入”,《医学与哲学(A)》2017年第10期,第16—19页。

人员发现失误后迅速向患者以及社会公众道歉。^[24]日本虽然没有明文规定保护道歉制度,但是其文化足以保障医疗道歉行为被广泛地采用和接纳。中国的医疗资源分布不均,医疗水平整体尚逊色于日本,出现医疗错误的情况自然不在少数,但是在我国医疗道歉的事迹却凤毛麟角,这不是因为我国的医务人员比日本的更少犯错,而是因为我们的法律制度让隐瞒医疗错误的人获得了更多利益,让作出医疗道歉的人承担了更多的不利。我们需要通过保护道歉规则鼓励医疗服务者争取患者理解的努力,只有敢于揭露真相,才有可能及时纠正错误,避免对患者造成更大的损失。

(二)功能视角下保护道歉规则的必要性

以鼓励医务人员揭露医疗错误为直接目的,由此可以引申出保护道歉规则的诸多功能。其中首要的是对于医疗纠纷预防和处理的意義。医疗纠纷比起其他民事纠纷更加棘手之处在于患者对于医务人员的期待通常是高于一般人的注意义务的。于是,在长期的医疗活动实践中,从一般公众到医疗行业共同体都对医生形成了刻板印象,使其戴上“永不犯错的面具”(the mask of infallibility)。^[25]美国医生希尔菲克(David Hilfiker)解释了之所以医患双方都愿意维持这种不现实的期待,是因为“我们没有准备好面对我们的错误,我们不知道如何应对它们。医生并非独自怀着完美形象的期待。患者也期望医生能够完美。或许患者不得不考虑他们的医生并不比常人更少犯错:然而一个生病或者受伤的患者要如何信赖一个令他们担忧的医生呢?”^[26]这种自巫医时代起流传下来的神化医生的子遗,导致医患双方不能理性地看待医疗错误。美国学者杰伊·卡兹(Jay Katz)指出在这种医疗父权主义模式营造的共同幻象中,治疗结果的不确定性被掩盖,而要想改变这一点,应当建立医患共同决定的关系模式。^[27]如今的科技发展已经使这种幻象难以为继,坦诚与沟通才是重塑医患关系的不二之选。保护道歉规则使医患双方更少地纠结于认定一个既成事实的原因上,而将重心引向解决争议,使医患关系尽早重回正轨。即便医疗服务者错误地估计了医疗行为在损害后果中发挥的作用,医疗道歉中医务人员对己方医疗行为的事实认定也不能决定判决书中法院对医疗行为的事实认定:前者无需充分的证据,仅需要合理的怀疑即可,出现认识错误也更容易被纠正、容忍和理解;后者须达到法定的证明标准,出现认定错误则需要通过严格的程序才能纠正,而且基于错误的事

[24] “検体の抽出時に混入か 愛知 PCR 検査、24 人誤判定で”,载朝日新闻网, <https://www.asahi.com/articles/ASN4F6JK4N4FOIPE00W.html>, 最后访问日期:2020年9月25日。

[25] Jay Katz, *The Silent World of Doctor and Patient*, New York: The Free Press, 1984, pp.166, 198.

[26] David Hilfiker, *Healing the Wounds: A Physician Looks at his Works*, New York: Pantheon, 1985, pp.76-77.

[27] Katz, *supra* note 25, pp.142-143.

实认定作出的判决可能损害司法权威。^{〔28〕}

保护道歉规则对于侵权法目的的实现与功能的发挥也是必不可少的。侵权法的功能在不同学派有不同的解读。自然法学派认为,侵权法的主要目标在于填平被侵权人由于侵权人有过错的侵害行为所导致的合法权益损害,使之尽可能恢复到侵权行为未发生之前的利益状态。^{〔29〕}法经济学派则认为,侵权法无论是采取损害赔偿的方式还是责任保险的方式,都是为了提高整体的效率。^{〔30〕}但无论哪个学派,都会赞同医务人员揭露医疗错误。对于持矫正正义论的自然法学派而言,一个未被发现的错误是无从被法律矫正的,因此作为前提,揭露医疗错误是提供救济的根基,减轻责任总比放任责任者更有可欲性。而对于持效用最大化的法经济学派而言,在发现医疗错误上花费更加巨大的成本无益于建立一个更有效率的救济体系,更何况发现医疗错误对于预防未来可能发生的同类错误而言,其价值远甚于个案中患者的沉没成本。在医疗损害责任的认定中,由于信息不对称,原告最难证明的就是人身损害与医疗行为之间的因果关系以及医务人员的过错,于是这一类案件大量依靠医疗损害鉴定。而医疗损害鉴定也并非完善的对策,一些关键问题仍然成为争议焦点。尤其是在鉴定主体的选择上,同行评议虽然更为专业,然而由于行业内部利害关系的广泛存在,在程序上却可能造成有违公正的结果;而司法鉴定虽然更容易做到利益上的不偏袒,但是“隔行如隔山”,作出的评价从技术上来讲难免不够合理,因此需要从制度设计上缓和各种价值追求的内在矛盾。^{〔31〕}而医疗道歉即便不能直接作为证据,却也能为原告提供取得相关证据的线索,这无疑兼顾了专业性与公正性。由此可见,保护医疗道歉可以促进侵权法的规范得以适用于个案,从而使医疗损害责任的规定由“纸上的法”向“活的法”转变。

保护道歉规则也是促进民法规范在医患关系中正常运转的关键。医患关系无论是由合同、无因管理抑或(在非正常情形下)侵权行为等债因所引起,都是一种以行为给付为内容的债权债务关系。作为平等主体之间的民事法律关系,其应当符合意思自治原则,拒斥国家公权力的恣意干涉。在医疗道歉中,作为债务人的医疗服务者虽未完全履行其债务,但是医疗道歉这

〔28〕 司法权威是一种正当权威,它是权力与正当性的结合,是事实性与规范性的统一,是司法权的排他性与道德性、知识优越性的结晶。其中“知识优越性”是必要条件之一。参见李桂林:“司法权威及其实现条件”,《华东政法大学学报》2013年第6期,第4—14页。

〔29〕 参见(古希腊)亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2003年版,第136—140页。

〔30〕 参见(美)兰德斯、波斯纳:《侵权法的经济结构》,王强、杨媛译,北京大学出版社2005年版,第4—10页。

〔31〕 参见肖柳珍:“统一医疗损害鉴定的共识及对策研究——以三部门颁发文件的问题为视角”,《证据科学》2018年版第4期,第441—452页。

一行为旨在防止损害扩大或者改善患者健康状况,就其目的而言还是归属于第一性义务^[32]的框架之内的。既然如此,保护道歉规则比允许将医疗道歉作为证据更符合意思自治原则的要求,因为将医疗道歉作为证据进行裁判的结果无论多么公正,都是通过强制性规则得出的、限制了当事人意思自治的第二性义务。^[33]当然,保护道歉规则相对于民法对待侵权行为发生后的一般规则而言,是扩大了医患双方意思自治的范围的。对于法律对一般侵权行为和其他特殊侵权行为的规定而言,道歉之所以这样规定,是因为医患关系所涉及的事务与利益对于个人而言是非常私密和重大的。类似地,在对婚姻关系的规定中,也可以看到法律对重要的私人法益的调整,往往会设置更多保护当事人合意设立、变更和终止民事法律关系的制度,且多通过当事人和解、调解委员会调解、诉讼调解等纠纷解决机制避免直接适用强制性规范。通过各方参与主体在不违反法律原则下的博弈和妥协形成更加稳定的秩序,这样的制度设计更有利于市民社会自主调节能力的形成和提升,有效降低国家实施法律的成本。

保护道歉规则有助于医疗错误报告制度的建立和完善。医疗错误至少包括了三个维度:①损害本身的严重程度,包括未造成实际损害(例如仅仅是操作不规范)、可以恢复原状的损害、不可逆的损伤或者残疾以及死亡;②损害进程是潜在危险还是现实完成(未遂事故或者人身伤害);③对损害的可控程度或者结果回避可能性。^[34]现代医疗服务体系中,医疗服务的连续性大大降低,患者可以选择不同的医疗服务者,同一病程中参与主体可能是相当多的,再加上医学科学的发展至今仍然有较大局限性,医疗损害责任中因果关系的认定仍然是困扰理论界与实务界的重大复杂问题。想要获得一个原被告双方皆无异议的确定性结论,纵然不考虑成本问题,也不具有现实性。对医疗错误也有两方面的解读:个人进路和系统进路。前者侧重于将损害归咎于特定医务人员的行为,后者则将损害视为医疗服务系统本身不完善的产物。近年来,由于患者安全文化概念的提出和研究,^[35]传统的归责文化得到反思。人们开始意识到仅仅通过民事责任的方式提升医疗服务的质量收效甚微,只有通过医疗错误报告系统对于各类不良事件的收集、整理、分析、总结,形成评估、反馈、改进的良性循环,才能建立更加安全的医疗服务体制机制。为了患者安全的长远利益着想,应当适当放宽医疗道歉所指涉的医疗错误可能引起的法律责任。归责文化所引发的防御性医疗、医疗纠纷诉讼爆炸等问题,极大地增加了患者个人负担以及整个社会的成本。而只有将患者安全文化作为第一道防线,才能建

[32] 所谓“第一性义务”是指民事主体对他人承担的最初义务。参见张民安,丘志乔著:《民法总论》(第5版),中山大学出版社2017年版,第372页。

[33] 所谓“第二性义务”,是指民事主体违反最初义务时对他人承担的民事责任。同上注。

[34] Marlynn Wei, “Doctors, Apologies, and the Law: An Analysis and Critique of Apology Laws”, *Journal of Health Law*, Vol.39, No.4, 2006, p.123.

[35] Renata Teresa Morello et al., “Strategies for Improving Patient Safety Culture in Hospitals: A Systematic Review”, *Quality and Safety in Health Care*, Vol.22, No.1, 2013, pp.11-18.

立可持续发展的医疗服务系统模式。^{〔36〕} 研究发现,在美国,约 30% 的受访者表示充分的道歉和解释能够让他们放弃起诉医生。^{〔37〕} 24% 的患者会因为他们知道医生在面对问题时不能完全坦诚而起诉该医生,这一比例与患者因为医疗错误导致损害需要治疗费用而起诉该医生的比例相当。^{〔38〕} 保护道歉规则实施后,美国部分州的赔偿请求数量下降了 36%, 医疗损害责任诉讼下降到了实施前的 65%。尽管索赔和诉讼仍然存在,但是医院整体上节省了 60% 的赔偿开支,个案赔偿的平均水平也从 40 余万美元降低到 22.5 万美元。^{〔39〕} 我国台湾地区多年来的法制实践表明,归责文化不能从根本上消除医疗错误,在 3% 至 16% 的医疗不良事件中,仍然有过半数的事件是由于可避免的医疗过错产生的。^{〔40〕} 保护道歉规则聚焦于医疗错误为何发生,以及如何避免类似错误再次发生,这更有助于提高整体的医疗服务质量。

(三) 利益衡量视角下保护道歉规则的必要性

无论是目的视角还是功能视角,都是孤立地考察保护道歉规则的法律意义。然而仅仅说明保护道歉规则所具备的优点虽然是确立这一规则的必要条件,这一论证仍不充分。只有将保护道歉规则置于整个制度背景下,对可能减损的法益与其必然增进的法益进行利益衡量,才能够得出具有说服力的结论。^{〔41〕} 有学者指出,如果道歉无需承担固有的法律风险,那么道歉在道德层面的意义将被法律架空,道歉法将使道歉成为谋求和解的一种策略。^{〔42〕} 但一项实证研究表明,在美国,道歉法并没有阻碍患者寻求司法救济的途径,医疗服务者的道歉既有可能降低患者索赔和起诉的意愿,也有可能提醒患者医疗过失的存在,并促使不满的患者提起诉讼。^{〔43〕} 保护道歉规则虽然限制了患者的证据范围,但是依靠鉴定和专家证人仍然可以收集到较为有力的证据。而且有些国家和地区的立法也允许有条件地使用医疗道歉,例如对特定的陈述不予以保护,或者在没有其他证据可使用的前提下将医疗道歉作为证据。

〔36〕 参见冯倩、冯磊、李珞畅:“从医疗质量安全到患者安全:医疗风险治理的意思更新与政策优化”,《中国全科医学》2019 年第 8 期,第 1—5 页。

〔37〕 Charles Vincent et al., “Why do People Sue Doctors? A Study of Patients and Relatives Taking Legal Action”, *The Lancet*, Vol.343, No.8913, 1994, p.1612.

〔38〕 Gerald B. Hickson et al., “Factors that Prompted Families to File Medical Malpractice Claims Following Perinatal Injuries”, *The Journal of the American Medical Association*, Vol.267, No.10, 1992, p.1361.

〔39〕 Allen Kachalia et al., “Liability Claims and Costs Before and After Implementation of a Medical Error Disclosure Program”, *Annals of Internal Medicine*, Vol.153, No.4, 2010, pp.213—217.

〔40〕 杨秀仪、黄钰瑛:“当法律遇见医疗:医疗纠纷立法论上的两个主张”,《司法新声》2015 年第 7 期,第 10 页。

〔41〕 参见梁上上:“制度利益衡量的逻辑”,《中国法学》2012 年第 4 期,第 73—87 页。

〔42〕 Erin Ann O'Hara, “Apology and Thick Trust: What Spouse Abusers and Negligent Doctors might have in Common”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.79, 2004, p.1067.

〔43〕 Benjamin J. McMichael, “The Failure of Sorry: An Empirical Evaluation of Apology Laws, Health Care, and Medical Malpractice”, *Lewis & Clark Law Review*, Vol.22, 2018, p.1199.

毫无疑问,保护道歉规则可能使医务人员的道歉失去证据能力,一方面可以促进医疗服务者揭露医疗错误,另一方面将防止法院以这些陈述作为事实依据认定医疗损害责任成立。其可能减损的法益主要是作为原告的患者或其近亲属一方的个人利益。但是这种减损首先不是法律意义上的侵害,因为刑事诉讼法尚且不得强迫自证其罪,对于不构成犯罪的侵权人或者违约人而言更没有理由迫使其道歉,所以原告在取证程序中并没有要求医疗服务者作出道歉的程序权利(法律也赋予了原告一定的程序权利,如查阅、复制病历资料等)。其次,这种减损还仅仅是一种可能性,因为即使将医疗道歉作为证据使用,也不代表其证明力就足以达到优势证据标准,例如那些非言语性的陈述所传达的信息往往过于概括和模糊,还需要其他证据补强才能达到证明标准。最后,这种减损还有可能被增益所弥补,一方面医疗道歉可以使患者或其近亲属知道其请求权甚至是证据线索的存在,另一方面医疗损害鉴定等是证明因果关系和过错最主要的方式,纵使原告无法使用医疗道歉作为证据,也不至于陷入无证据可提供的境地。相比之下,保护道歉规则一方面直接降低了医患纠纷引起的诉讼成本,^[44]另一方面其所间接地增益的法益不仅仅包括患者的个人健康法益,更会产生正外部效应,增进族群甚至人类健康法益。^[45]这是因为医疗错误报告制度对于优化医疗服务系统而言是不可或缺的,一个更加安全的医疗服务系统意味着医疗错误量上的减少与质上的降低,这样每一个个体都有机会在这一制度下受益。因此,确立保护道歉规则符合各方法益,将促进整个法律制度良性发展。

如上所述,医疗道歉不仅可以保护患者本人利益,而且对于公共利益也会产生积极的影响。在新冠疫情中,医务人员曾经出现过许多在今天看来并不正确的判断。例如在新冠病毒是否具备传染病流行特征这个问题上,就经历了从“有限人传人”到“人传人”的变迁。作出这些判断的部分医学专家虽然大都修改了自己的结论,但是很少能够真诚地向公众、尤其是向因判断失误而没有采取适当的预防和治疗措施致使生命健康受损的人表达自己的歉意。也许从客观的角度来看,这种错误是因为时间和技术水平的限制,并非出于故意或者过失,但是这种缺乏承担任意愿的态度本身的危害可能更加巨大。一旦公民对医疗服务者失去信心,转而相信伪科学和阴谋论,那么整个公共卫生治理的大厦都会失去坚实的地基。风险社会中的公共卫生治理要面对的不止是实害和危险,更要把风险预防纳入法律的调整范围。保护道歉规则通过避免将高度不确定的风险全部分配给医疗服务者的方式,以解除医疗服务者作出道歉和其他积极举措的后顾之忧,使医患双方结成真正的利益共同体,以面向未来而非追究过去的态度化解这场信任危机,这毫无疑问是人类卫生健康共同体的应有之义。

[44] Benjamin Ho and Elaine Liu, "What's an Apology Worth? Decomposing the Effect of Apologies on Medical Malpractice Payments Using State Apology Laws", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol.1, No. 8, 2011, pp.79-199.

[45] 参见胡平仁:“卫生法学的逻辑起点与人文关怀”,《中南大学学报(社会科学版)》2014年第4期,第53-57页。

(四) 医患关系视角下保护道歉规则的必要性

被尊为“药王”的唐代名医孙思邈,在其《备急千金要方》一书中有“大医精诚”一篇,其中告诫医生“凡大医治病……先发大慈恻隐之心,誓愿普救含灵之苦”,“见彼苦恼,若己有之,深心凄怆”“人所恶见者,但发惭愧、凄怜、优恤之意”。^[46] 同情心是维系正常医患关系的要素,而道歉则是同情心的具体表达之一。医疗服务必须具备技术要素,但是技术要素不是全部,甚至在某些情形下不是主导。美国医生特鲁多(Edward Livingston Trudeau)墓志铭上的“偶尔治愈,常常帮助,总是安慰”,^[47]将医疗服务中伦理要素的重要性体现得淋漓尽致。也许未来技术的飞速进步将使医疗服务者的专业化水平发展到令今人瞠目结舌的高度,然而人毕竟是文化的动物,^[48]患者在面对疾病和死亡时对医疗服务者人文关怀的希求,是药品和医疗器械无法替代的。

医疗道歉是针对可能存在的医疗错误作出的,但这并不意味着此时医患关系就一定落入侵权法的调整范围,进而可以否认这是医患关系的一种常态。详言之,患者可能受到损害,这种损害既可以表现为病情加重,也可以表现为病情应当好转而没有好转。医疗服务者采取的诊疗方案完全可能在特定情形下并非最佳方案。但法律却没有理由认为满足前述条件就已经构成侵权责任,因为患者自身的体质具有不确定性,医疗服务者对诊疗方案的判断也不能通过实验去验证,而更多是一种理论上的反思。在不具备可预见性或者结果回避可能性的情形下,事后追认当时行为的不妥之处,并不意味着该行为就存在法律上的过失。我国《侵权责任法》第 57 条、《民法典》第 1221 条在过错的认定上采取的“当时的医疗水平”标准,并没有特别强调最适合患者特定情况的诊疗方案,医务人员的道歉行为既有可能是出于没有达标,也有可能是为了追求卓越。而且《侵权责任法》第 55 条规定的患者的知情同意权将诊疗方案的选择权交到患者手中,同时也就意味着相应的风险随之转移。所以,医疗服务者的道歉未必都是承认损害归因于或者归咎于诊疗行为,也有可能是在正常的医患关系下,通过道歉辅助医疗合同中主义务的履行,帮助患者战胜疾病、恢复健康。既然医疗道歉属于前者还是后者是存疑的,考虑到医患关系的特殊性,适用保护道歉规则鼓励医患关系良性发展就是合适的。这与《民法总则》第 184 条、《民法典》第 184 条规定的“好人法”条款鼓励没有约定救助义务的主体救助他人而免除其民事责任,存在一定的相通之处。

[46] [唐]孙思邈:《备急千金要方》,人民卫生出版社 1982 年版,第 1 页。

[47] Jill Gordon, “Medical Humanities: to Cure Sometimes, to Relieve Often, to Comfort Always”, *Medical Journal of Australia*, Vol.182, No.1, 2005, p.5.

[48] 参见(德)恩斯特·卡西尔:《人论》,甘阳译,上海译文出版社 2013 年版,第 107—120 页。

三、保护道歉规则的规范模式

医疗道歉应当受到法律保护,如何配置权利义务才能实现上述目的、功能以及不违反利益平衡原则,则是一项复杂的法律技术工程。设立保护道歉规则以美国各州的立法最为典型,而加拿大、澳大利亚等国家的立法也与美国模式大同小异,因此本文将以美国各州立法为例展开考察。除了对现实的立法进行探讨,本文还将讨论两种可能的模式,以期我国选择更适宜的方案提供理论基础。

(一)保护范围的选择

据笔者统计,美国50个州之中已有39个州针对医疗道歉进行了立法,1个联邦直辖特区即华盛顿哥伦比亚特区也制定了保护道歉规则,联邦层面并未对此进行立法。上述立法均为证据规则型概括保护模式。

这些规定的共性都是规定了医疗道歉的可采性(admissibility),但是法定排除证据能力的医疗道歉的内容、适用情形和适用对象的范围各不相同。某些州规定的范围较为保守,包括马萨诸塞州、德克萨斯州、加利福尼亚州等34个州和华盛顿特区采用了“部分”(partial)道歉保护规则。所谓部分道歉保护规则,就是指道歉所陈述的内容中,只有不涉及侵权责任构成要件的内容,才不会被用作对医疗服务者不利的证据。部分道歉保护规则通常采取正面列举加负面排除的表述方式。负面排除的通常是具有明确法律意义、可以证明构成要件的事实陈述,比如对于过错的承认。而正面列举的事项通常并没有确定地对应某一或者某些构成要件,尤其是一般善意感受(a general sense of benevolence),它几乎没有任何具体的指向性,甚至即使法律没有明文规定,也应当拒绝将其作为证明责任成立的证据。因为某个人事实上主动承认错误、承担责任,就推定法律上这个人构成错误、负有责任,这违背了无罪推定原则的法律精神。假如“一个人对他人的不幸遭遇表示同情就表明他/她应当向对方承担法律上的责任”这一命题成立,那么市民社会中的诚信就会被彻底摧毁。因此,部分道歉保护规则主要是宣誓性的,其内涵是可以直接从法理之中演绎出来的。值得注意的是,少数州规定的范围有所扩大,科罗拉多州、康乃狄克州、亚利桑那州、乔治亚州和南卡罗莱纳州5个州采用了“全部”(full)道歉保护规则。所谓全部道歉保护规则,是指对于医疗道歉所陈述的全部内容,无论是否涉及侵权责任的构成要件或者包含哪一或哪些构成要件,都不得用作对医疗服务者不利的证据。全部道歉保护规则对于被认定为医疗道歉的陈述,一律排除在可采的证据之外。这样的规定将构成一种法律上的优势地位,即同样是陈述与诊疗行为有关的事实,以道歉形式作出的陈述受到法律的特别保护,而不以道歉形式作出的陈述则可被用作对医疗服务者不利的证据。这种特别保护的理并非先天成立的,而是基于经济、政策等经验因素的考量,在医患双方信息不对称的前提下,提高保护力度对于促进法律有效实施的利益将超过可能被削弱或减少的合法权益。

只有在上述条件成立的情况下,这种特别保护才符合禁止权利滥用原则的要求,具备有限度的合理性。所以,全部道歉保护规则更多地出于法政策上的考量,只有在特定语境下才具有正当性。

但是部分道歉保护规则并非本文旨在探讨的典型(狭义的)保护道歉规则。首先,部分道歉保护规则无法平衡医患之间信息不对称的局面,因其通常不保护涉及构成要件的道歉内容,即使存在医疗过失,医务人员的“免责范围”也仅仅是避重就轻地安抚患者情绪,甚至没有医学知识和技术的普通人也能做到这一点,这也就是大多数只规定部分道歉保护规则的州立法通常并不把保护范围限定在医疗道歉,而是囊括了各种道歉类型的原因之一。其次,部分道歉保护规则也不能增进患者安全。既然医务人员只是被鼓励表达与医疗错误、过失等无关的道歉,那么想要揭露风险的源头几乎是不可能的。一句简单的道歉可能会让患者的负面情绪有所缓解或减轻,但是对于保护患者已经被侵害的身心健康还远远不够,更无法持续地提升医疗服务质量。最后,部分道歉保护规则也难以真正起到保护医疗道歉的作用。即便不规定医务人员同情、怜悯、哀悼或者一般善意感受不应当作为证据,法官不应当也不可能仅凭医务人员的上述行为就认定其存在过错、应当负法律责任。这些陈述的证明力本来就是趋近于零,排除其证据能力对于促进医务人员揭露医疗错误而言意义不大。此外,如果从倡导性规范的角度来看,通过法律来教育医务人员保持同情心,可能并不比通过道德教化更有效果。因此,道歉保护规则应当对医疗道歉进行全面保护,才有可能实现其预设的目标。

(二)保护模式的选择

对医疗道歉的保护从理论上来看存在三种可能的立法模式,依据法定程度由高到低(或者意定程度由低到高)分别为:证据规则型概括保护模式、意思通知型具体保护模式、意思表示型个案保护模式。当然,目前普通法系国家和地区的立法实践并没有出现后两种模式,但是鉴于逻辑的周延性和理论的前瞻性,有必要对这三种模式加以探讨。

证据规则型概括保护模式排除医疗道歉的证据能力,符合法律规定的医疗道歉确定地引起相应的法律后果而无需考虑诉讼主体的主观要求,且除了在程序法上发挥效力并不涉及实体法上的权利。简言之,医疗道歉符合法定条件的,就不得被用作证据。法官径行适用这一规则,既不需要医疗服务者同意,也不理会医疗服务者反对。其具有以下特征:^[49]第一,强制性。此种类型的保护道歉规则属于强行性规范,对当事人、其他诉讼参与人和法院都具有约束力。这一规则应当被遵守,否则构成程序违法,可能导致原告提出的证据被非法证据排除规则否定,或者法院的判决被第二审程序或者审判监督程序推翻等与行为人预期不一致的法律后

[49] 胡军辉、邱亿成:“自认的性质”,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2005年第S1期,第195-196页。

果。第二,指引性。此种类型的保护道歉规则产生确定的指引,即通过设置法律义务,要求当事人、其他诉讼参与人和法院为或不为一定行为,明确义务和禁止的界限。这一规则明确排除了符合法定要件的医疗道歉的证据能力,为各方诉讼参与人的行为提供了规范性指引。第三,程序性。此种类型的保护道歉规则总体上隶属于程序法范畴,其内容属于绝对确定性规则,法官对事实要件和法律后果的认定没有判断余地与裁量空间。通过限制法官采纳证据的范围,使自由心证客观化,避免法官在事实认定过程中的恣意,实现保护证据规则的目的和功能。美国各州的立法基本上都可以归入这种模式,故此处不做赘述。

意思通知型具体保护模式是指对于符合客观要件的医疗道歉,只有当道歉者向法官为保护道歉的通知时,法官才对证据进行审查,确定是否适用保护道歉规则,排除告知所涉及范围内医疗道歉的证据能力。简言之,对于医疗道歉,符合法定条件的,当医疗服务者同意将其排除出证据范围的,不得被用作证据;医疗服务者不同意的,可以被用作证据。此种模式具有以下特征:^[50]第一,证据能力否认的程序由道歉者启动。证据规则模式下,法官对原告提交的证据中,属于法定医疗道歉范围的,应当主动适用保护道歉规则;在意思通知模式下,当道歉者将存在医疗道歉的事实通知法院时,法官才应当对是否存在符合法律规定的医疗道歉进行审查,作出排除或者不予排除证据能力的决定。第二,保护道歉意思通知须以特定的外部事实为基础。也就是说,从客观要件来看,证据规则模式和意思通知模式都以医疗道歉的形式、内容、对象等符合法定标准为前提,如果逾越了法定范围,对于不能被涵摄的部分,无论道歉者作出何种表示行为,都不会引起保护道歉规则的法律效果。第三,保护道歉意思通知须符合道歉者的意愿。^[51]道歉者的意愿不等于效果意思,而只要包含让法院将医疗道歉排除出证据之列的意向和愿望即可,不需要道歉者明确地追求特定的法律效果。但是对于道歉者的表示行为,还是存在类推适用意思表示规范进行效力判断的余地。例如医疗道歉的内容比鉴定意见或者其他证据对被告更有利时,若存在道歉者因单方错误或受欺诈、胁迫而为表示行为的情形,则其有权向法院请求撤销意思通知。又如道歉者恶意利用医疗道歉的方式隐藏关键证据,导致原告无法正常举证的,对于违反公序良俗或强制性规定的意思通知,法院可以宣告其无效,从而拒绝适用保护道歉规则。意思通知的典型就是“催告”,它表现出催告人希望对方为特定行为的意思,但是其法律效果并不受限于该意思,而是由法律直接规定,例如履行债务的催告有中断诉讼时效的法律效果,也可能产生设定履行期限或者解除权等法律效果。意思通知型具体保护模式下,当医疗服务者作为被告向法官表现出希望排除证据中的医疗道歉之后,将直接导致法官的证据排除义务,而受到保护的医疗道歉形式、内容、对象仍然由法官依据法律确定,道歉者对形式、内容、对象的意思不影响法官的决定。

[50] 章青山:“自认性质探究”,《法学论坛》2000年第6期,第100—105页。

[51] 常鹏翱,见前注[2],第47—64页。

意思表示型个案保护模式是指道歉者在保护道歉规则授权的范围内,可以对是否进行证据排除、排除的范围及于医疗道歉内容的全部还是部分作出意思表示,对于真实、自愿、不违法的意思表示,法官应当按照道歉者的效果意思认定相关的证据。简言之,对于医疗道歉,符合法定条件的,医疗服务者可以对是否排除出证据范围,部分排除还是全部排除出证据范围,作出意思表示。只要这种意思表示不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗,法官原则上应当承认其法律效力。与前述意思通知模式相比,意思表示模式有以下特征:^[52]其一,须有排除证据能力的效果意思。道歉者不仅应当知道其意思表示会引起排除医疗道歉证据能力的法律效果,还应当积极追求这种效果的发生。如果道歉者只是向法官表明其陈述属于医疗道歉,但是没有作出排除医疗道歉证据能力的意思表示,那么法官就不应当径行适用保护道歉规则。其二,保护范围由道歉者意思决定。在法定的医疗道歉保护范围之内,道歉者可以选取被排除证据能力的内容。比如道歉者可以排除对己方尤其不利的部分事实陈述,在衡量原因力或者过错大小之中发挥作用。^[53]意思表示型个案保护模式将赋予医疗服务者更大程度的自由。例如,医疗服务者可以选择将医疗道歉作为有利证据使用、当医疗道歉作为不利证据时则排除其证据资格,或者选择将医疗道歉中情感表达的内容作为证据使用、而将事实陈述的内容排除出证据范围,或者将对患者本人作出的医疗道歉和对患者近亲属作出的医疗道歉分别处理等等。

笔者认为,在上述三种可能的方案中,意思通知型具体保护模式最能实现保护道歉规则的设立目的。首先,尽管大多数国家和地区的立法选择了证据规则模式,然而这种模式的目的和手段存在不匹配。一方面,保护道歉规则希望通过医患之间的真诚沟通及时防止医疗错误损害的扩大,并消除已经造成的不良影响。另一方面,证据规则又把医疗道歉一刀切地划到了证据之外,这种强制性规范容不得诉讼参与人有任何协商的余地,即使被告不介意原告将其道歉作为证据,也不能阻止这一规则的适用,这种处理方式没有道理的。其次,意思表示型个案保护模式虽然可以保留有利证据,但是证明力受到很多限制;虽然赋予了道歉者更多的自由,然而也会使保护道歉规则过于复杂。它既提升了道歉者行使权利的成本,因为其要作出完整的意思表示才能发挥法律效果,也提升了法院的司法成本,因为法院不仅要审查表示行为,还要确定法律效果。最后,意思通知型具体保护模式在尽可能保护道歉者权益的同时兼顾了立法和法律实施的成本。医疗道歉只要符合法定标准,都可以成为被排除证据能力的对象。法律赋予道歉者选择的权利,使得希望在法律上不受追究的道歉者与在道德上利他的道歉者的意愿都可以得到满足。意思通知不会给道歉者行使权利造成太大负担,但却可以便利法院认定

[52] 参见陈爱武:“自认权初探”,《河北法学》2002年1期,第95—99页。

[53] 参见《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》第12条:“鉴定意见可以按照导致患者损害的全部原因、主要原因、同等原因、次要原因、轻微原因或者与患者损害无因果关系,表述诊疗行为或者医疗产品等造成患者损害的原因力大小。”

事实和适用法律。由此可见,在保护模式的选择上,将保护道歉规则设定为意思通知,即道歉者以书面或者口头方式通知法院存在医疗道歉的,法院应当进行审查,对于符合法定医疗道歉标准的陈述,不得作为证据使用。

四、我国法上保护道歉规则的确立与运用

我国现行法上并没有可以完全代替或者涵盖保护道歉规则的法律制度。与这一规则功能及结构最相近的制度是民事诉讼中的自认制度的例外规则。2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第67条、2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第107条对这一例外规则都进行了规定。对比《证据规定》和《民诉法解释》,后者增加了新的内容,对自认的例外进行了限制。按照新法优于旧法的法理,自2015年2月4日起,对于此类陈述证据能力应当适用《民诉法解释》第107条进行判断。2019年修改的新《证据规定》在《民诉法解释》对自认的规则进行了细化。原则上,自认制度包括了两个方面的内容:一方面,一方当事人作出的自认一旦成立,则免除对方当事人的举证责任;另一方面,作出自认的当事人不得撤回自认。^[54] 自认的例外包括“涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实”,但是医疗道歉明显不属于这种情形;还包括“在诉讼中,当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实”,这种情形跟保护道歉制度存在交叉,然而两种制度的旨趣相异。^[55] 保护道歉制度不仅保护诉讼中的医疗道歉,更主要的是保护诉讼外的医疗道歉,从而促进医患双方以非讼方式化解矛盾;至于自认的例外中“为达成调解协议或者和解协议”这一目的的要件,则是保护道歉制度无需考虑的因素。因此,保护道歉制度中涉及诉讼外道歉的部分与我国民事诉讼法上的自认制度没有关联,涉及诉讼中道歉的部分也未必符合自认制度的要求,即便符合,也应当遵循“特别法优于一般法”的原则,优先适用保护道歉规则的规定。

(一)将诉讼外医疗道歉纳入保护范围

适用自认制度而非另行立法保护医疗道歉最大的漏洞,就在于医疗行为(可能的侵害行为)结束后、民事诉讼(起诉)开始前这段时间内发生的医疗道歉既有可能被作为证据使用,又不在《民诉法解释》第107条等能够覆盖的范围。详言之,要想使自认不被用作证据,必须满足下列条件。首先,必须在诉讼中作出自认。这也就意味着尚未进入诉讼程序之前的医疗道歉虽然不具有免除举证责任的效力,^[56]但仍然可以作为一般的证据使用。^[57] 其次,主观目的

[54] 翁晓斌,见前注[8],第40页。

[55] 邱星美、张红娇:“论民事诉讼自认制度之限制性规则”,《法律适用》2013年第3期,第60—61页。

[56] 参见宋朝武:“论民事诉讼中的自认”,《中国法学》2003年第2期,第115页。

[57] 参见杨夏:“诉讼外限制性自认的效力”,《人民司法(案例)》2018年第26期,第55页。

必须是为了达成调解协议或者和解协议。然而医疗道歉必然包含的仅仅是一种同情,未必具有前述特定目的。再次,其效力仅仅是排除为妥协作出的陈述被用作不利证据的可能。这比完全否定其证据能力更加有利于鼓励调解与和解,可以考虑在构建我国保护道歉规则时借鉴这一做法。最后,法律另有规定或者当事人均同意的情况下,该特定自认可以作为对陈述者不利的证据。如果按照证据规则来解释“法律另有规定”,这就不过是一个空白条款,有待于立法者进一步明确;但若将此种情形下保护自认的请求视为一种意思通知或者意思表示,那么这一限制条件就具备了可操作性,能够与公序良俗和强制性规范对接起来。“当事人均同意”表面上似乎与意思通知和单方意思表示不相容,但是既然其陈述是被用作不利证据的,那么作出自认的当事人的同意才是最主要的,即便对方当事人对可能自认的内容还是不满意,但部分自认终究是减轻了对方当事人的举证责任,法律没有必要多此一举要求双方同意。由此可见,无论如何扩大解释《民诉法解释》第107条,也无法补充这一不足。另外,在法律位阶的选择上,通过司法解释来确立是不合适的,因为保护道歉规则包含了法政策的考量,需要立法机关通过民主程序决定;通过行政法规确立同样不可行,因为保护道歉规则最重要的法律效果是在民事诉讼中体现的,会有行政机关干预司法机关之嫌。因此,只有通过法律确立统一的保护道歉规则才是可行的,有必要通过法律明文规定保护道歉规则,鼓励医务人员道歉并披露医疗错误,避免医患矛盾恶化。^[58]

(二)保护道歉规则的立法路径

《基本医疗卫生与健康促进法》第51条第1款明文规定:“医疗卫生人员应当弘扬敬佑生命、救死扶伤、甘于奉献、大爱无疆的崇高职业精神,遵守行业规范,恪守医德,努力提高专业水平和服务质量。”如前文所述,无论是从医德医风的角度,还是从提高专业水平和服务质量的角度,医疗服务者不能道歉、不敢道歉、不愿道歉,都是阻碍医患关系良性发展的绊脚石,也与《基本医疗卫生与健康促进法》保护公民健康权的立法宗旨相违背。保护道歉规则,形式上看属于程序法规则,内容上看属于医疗纠纷预防和处理方面的规则。在《民事诉讼法》中对其进行特别规定,会显得比较突兀,因为医疗损害责任纠纷只是众多民事纠纷中的一类。仅《民事案件案由规定》就列举了424种民事纠纷,其后最高人民法院还数次增加民事案件案由。而在《医疗纠纷预防和处理条例》进行规定也不妥当。因为《立法法》第8条规定“诉讼制度”必须通过法律规定,第9条规定“司法制度”不得授权国务院立法。保护道歉规则涉及证据制度,国务院制定的条例是无权插手这一领域的。通过司法解释确立这一规则虽然具备合宪性,但是最高人民法院难以单独制定保护道歉规则与其他医疗卫生制度的衔接机制。因此,在《基本医疗卫生与健康促进法》中规定原本是最为合适的。但是鉴于该法已经出台,只能期待在今后《基本

[58] 参见王丽莎:“美国医师道歉制度及其对证据法的影响”,《证据科学》2014年第6期,第750—759页。

医疗卫生与健康促进法》修法或者有关医事法立法的过程中,确立这一规则,并建立完善的医疗服务质量反馈机制、医患沟通机制和医疗纠纷预防处理机制。

(三)保护道歉规则的规则内容

如前文所述,笔者认为保护道歉规则宜采用意思通知型个案保护模式,以避免证据规则型概括保护模式的不足。首先,立法应当明确可以给予保护的範圍。由医疗机构及其医务人员,向患者或者其近亲属作出的,针对医疗错误等不良后果的明示道歉(例如口头或者书面的同情、怜悯或者承认错误)以及默示道歉(例如手势或者身体姿势),无论是在诉讼外,还是在诉讼中,均应当认定为医疗道歉。其次,医疗服务者作为被告时,立法应当赋予医疗服务者向法官作出通知,排除医疗道歉证据效力的权利。医疗服务者希望适用保护道歉规则的,应当在举证期间内向法官作出通知。在过渡时期,司法政策也可以要求法官向作为被告的医疗服务者阐明保护道歉规则,询问其是否同意适用。法官收到医疗服务者明示的意思通知后,应当将所有医疗道歉排除出证据范围,在判决中不得考虑将医疗道歉本身或者其中陈述的内容作为证据。最后,保护道歉规则应当设置例外。第一,在原告举证过程中,对于某一方面没有别的证据,且通过其他合法途径也不能收集到相应证据,只有医疗道歉能够证明的,相应的医疗道歉可以作为证据。第二,医疗服务者以医疗道歉掩盖非法目的,或存在其他违反诚信原则行为,或者案件涉及国家利益、社会公共利益以及存在其他涉及公序良俗的情形的,法官在必要的情形下,在适当的范围内,可以将医疗道歉部分或者全部作为证据使用,但必须说明理由。第三,在诉讼中,医疗服务者为达成调解协议或者和解协议作出妥协而进行的医疗道歉,不得在后续诉讼中作为对其不利的证据,但是当事人均同意的除外。

(四)与医疗错误报告制度进行有效衔接

保护道歉制度与医疗错误报告制度针对同一个对象——医疗错误。二者既有区别,也有联系。二者的不同之处在于,保护道歉制度中,医疗服务者只要主观上认为存在或者可能存在医疗错误,就可以向患者道歉,侧重点在于预防医疗纠纷。医疗错误报告制度中,经调查客观上不存在医疗错误时,并不会引起进一步的法律后果;客观上存在医疗错误时,医疗机构应当制定并落实有针对性的改进措施。但是二者也存在联系。首先,医疗道歉虽然只是医疗服务者的主观认识,但是它提示可能存在医疗错误,这是医疗错误报告制度必须核实的。其次,医疗道歉是医疗服务者对患者承认错误的方式,医疗错误报告是医疗服务者自查与卫生行政部门监管相结合改正错误的方式,两者不可割裂。最后,规定了保护道歉规则的美国各州立法无不同时确立了医疗错误报告制度,使医疗错误不会仅仅因为一个道歉了事,还需要通过医疗错误报告推动医疗服务质量真正提高。正如前文所述,保护医疗道歉的目的最终还是在于保护患者健康,而医疗错误报告制度是构建一个更加安全的医

疗服务系统必不可少的一环。^[59] 2011年,原卫生部颁布《医疗质量安全事件报告暂行规定》(以下简称《暂行规定》),取代了2002年该部《重大医疗过失行为和医疗事故报告制度的规定》的部门规章。《暂行规定》所称医疗质量安全事件,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,由于诊疗过错、医药产品缺陷等原因,造成患者死亡、残疾、器官组织损伤导致功能障碍等明显人身损害的事件。虽然“医疗质量安全事件”比“重大医疗过失行为和医疗事故”的范围更广,但是报告对象还是限于至少构成民事责任且损害后果较为严重的情形。不过《暂行规定》第9条确立了“逢疑必报”的原则,使得归责的意味被淡化,也跟美国的医疗错误报告制度注重患者安全的思路同出一辙。但是由于医疗错误报告和医疗道歉都是医务人员向他人披露事实,如果向患者披露的事实不能作为证据,而向行政机关披露的事实可以作为证据,就会导致对于医务人员来说性质相同的行为,在法律上却获得截然相反的评价。且如果医疗错误报告制度是强制性的,报告信息又是可以向作为当事人的患者公开的,那么患者完全可以选择拒绝与医务人员进行沟通,径行寻求行政机关的帮助。这样一来,医务人员不仅要被迫道歉,还必须为此承担法律后果,严格遵守这样的法律制度是不具有期待可能性的。因此,作为医疗道歉必要的配套制度,保护道歉规则也应当防止医疗错误报告制度中的信息被用于追究责任,这样更有利于构建安全的医疗服务体制机制。

(五)以医疗道歉促进医疗纠纷预防和处理

根据美国的调查统计得出的结论,道歉对于产科和麻醉、不当管理或者误诊以及涉及婴幼儿的案件尤其有效。并且与未确立保护道歉规则的州相比,确立了此规则的州的每件医疗过失诉讼的诉讼标的额平均减少了32000美元(降幅高达12.8%)。^[60] 中国目前的医患关系不容乐观。根据央视《新闻1+1》栏目报道,2010年全国共发生医闹事件17243起,比五年前多了近7000起。从诉讼量来看,2006年到2016年,全国法院受理的医疗纠纷案件数量多了一倍。医疗机构或者医务人员存在过错只是导致医疗纠纷的原因之一,很多情况下,并非医务人员的过失而是其态度和沟通方式造成了患者的误解。由于没有保护道歉规则,医务人员在面对患者的询问时常常不愿或者不敢坦诚自己内心的想法,尤其是对于不能完全确定的推论和怀疑,选择三缄其口,加剧了患者的不信任。2019年4月上海仁济医院发生的医警冲突,一定程度上也归咎于医患之间不能相互理解,公安机关又以不恰当的方式进行介入,才导致了这场闹剧。2018年,国务院颁布实施了《医疗纠纷预防和处理条例》,鼓励医患双方建立对话机制,通过多种渠道化解医疗纠纷。该法规第17条规定“医疗机构应当建立健全医患沟通机制,对患者诊疗过程中提出的咨询、意见和建议,应当耐心解释、说明,并按照规定进行处理;对患

[59] 参见孙纽云:“我国患者安全管理与医疗风险预警监测体系建设的思考与设想”,《中国医院》2012年第10期,第2—6页。

[60] Benjamin Ho et al., supra note 44, p.179.

者就诊疗行为提出的疑问,应当及时予以核实、自查,并指定有关人员与患者或者其近亲属沟通,如实说明情况。”这种设想当然是有意义的,然而在保护道歉规则缺位的现状下,这一制度的运行必然会大打折扣。从熟人社会到陌生人社会,从高度信赖关系到一般的合同关系,医患之间的隔阂具有深刻的社会背景,并不是一条简单的法律规定就能够使双方坦诚相待。既然法律要求医务人员作出更多的妥协和让步,就应同时保护这种法律提倡的行为。医疗道歉只有在保护道歉规则的庇护下才能开启医患双方的破冰之旅。这绝不是多余的,而是医疗纠纷预防和处理制度不可或缺的基石。

Abstract: The legal nature of physician's apology is a kind of evidence. Since it acknowledges adverse facts, it should be deemed as an out-of-court admission or a self-admission. The purpose of developing rules on apology in medical law is to protect patient's right to health through disclosure of medical error. This law can effectively promote the implementation of regulation on the prevention and handling of medical disputes, tort law and general provisions of the civil law. In addition, the legal interest it protects is far more than that it might decrease. Furthermore, physician's apology can contribute to maintaining and restoring normal doctor-patient relationship. As a result, it is desirable. It can be divided into partial apology and full apology by the scope of protection. And there are three legislative models: general protection model as a rule of evidence, specific protection model as a notification of intension, and single-case protection model as declaration of will. It is better to choose the second one to protect the physician's apology out of the judicial proceedings.

Key Words: Physician's Apology; Apology Rule; Evidence; Self-admission

(责任编辑:王锡铤)