

# 第5/2016號法律 —— 澳門特別行政區新醫療事故法律制度與舉證責任的動態分配：第一印象

Hugo Luz dos Santos\*

## 一、引言和第5/2016號法律 《醫療事故法律制度》的適用範圍

經過長時間和深入的立法辯論之後，澳門立法會根據《澳門特別行政區基本法》第71條（一）項創制了建立新醫療事故法律制度的第5/2016號法律。

在2016年8月12日通過的上述第5/2016號法律將會從公佈日起算180日之後生效（第5/2016號法律第43條）。<sup>1</sup>

該法律訂定醫療事故的法律制度，用它本身的字眼來說，目的是保障醫患雙方的合法權益（第1條）；為此，引出醫療行為（具爭議性）的概念<sup>2</sup>，就是，公共或私人領域具法定資格執業的醫療服務提供者，為着個人或群體的預防、診斷、治療或康復的目的而作出的事實（第2條）。

為適用該法律的規定，醫療事故是指因過錯違反醫療衛生方面的法規、指引、職業道德原則、專業技術知識或常規作出的醫療行為而損害就診者的身體或精神的健康的的事實，不論該行為屬作為或不作為（第3條）。

醫療服務提供者是指所有在公共或私人醫療領域從事預防、診斷、治療或康復活動的自然人及法人（第4條）。

而就診者是指接受醫療服務的人（第5條）。

---

\* 檢察院司法官。

1. 本文所引述的法律法規，除另有所指外，皆指第5/2016號法律。

2. 為節省篇幅和壓縮範圍，關於醫療行為的概念留待將來另一時機再行討論。

跟隨這條路線，本文將注意力聚焦於立法討論過程中引起較大爭議的具體問題，就是醫療服務提供者的責任問題（第20條）以及職業民事責任保險合同問題（第36條），而不為讀者提供憑細閱法規就可以很容易地得到一個總體視覺，原因是為了行文簡潔，總的來說就是為了使行文清楚明確。

## 二、新醫療事故法律制度中存疑的幾方面： 舉證責任問題和在未來的法律中作為保護就診者 方式的舉證責任動態分配的重要性

新的醫療事故法律制度旨在保障醫患雙方的合法權益（第1條）。

然而，醫療事故法律制度規定醫療服務提供者承擔的民事責任的模式（第20條）——因不法行為所生的民事責任——將就診者置於相對於醫療服務提供者而言屬不利的訴訟地位。

事實上，由於醫療服務提供者的民事責任受因不法事實所生民事責任的法律制度規範（第20條），這就將就診者置於一個易危的位置（一開始就是關於不法事實的證明方面），因為就診者必須證明符合非合同民事責任的全部要件，就是：1）事實屬自願、2）具有不法性、3）有過錯、4）造成損害及5）自願事實與損害的產生之間存在因果關係。基於可以理解到的，就診者一般都不掌握複雜的醫療工作，這就使證明變得十分困難或（近乎）不可能。

為減輕這種不平衡，其實可以考慮比較法所取得的一些成果，尤其涉及簡化受害人在因醫療行為而產生的民事責任方面的證明機制。

所指的簡化受害人提出證明的機制就是通過——就診者（較為）容易證明的——特定事實要素，使法官可以基於因醫療行為而產生民事責任的各項典型前提同時存在，憑思維推斷形成心證，而證明這些前提同時存在是較容易。<sup>3</sup>

3. 循此意義的有Pedro, Rute Teixeira：“證明涉及醫療專業民事責任行為因果關係的難處——從法律機制到有疑唯利受害人原則的介入”，載於《司法研習中心學刊》2011年第一季第15期，“以未成年為受害人的侵犯性自決罪和侵犯性自由罪”專題集，Almedina出版社，科英布拉，2013年，第28頁。

事實上，這些機制與輔助法官在選擇對事實的“最佳”陳述方式<sup>4</sup>的複雜的程序中的事實推定<sup>5</sup>非常類似，事實推定涉及“合理說明理由的推論網”。在這個背景下，在其他法律體系<sup>6</sup>之中求諸經驗法則都有其重要性，意大利的來源於“*id quod plerumque accidit*”規則<sup>7</sup>；德國的來自第一表證（*Anscheinbeweis*）<sup>8 9</sup>；法國的來自“*res ipsa loquitur*”或過分的損害<sup>10</sup>以及“*graves, precises et concordantes*”推定（《Code

- 
4. 關於事實推定方面，明確指明是它的運行。循此意義的，參看Silva, João Calvão Da： “事實推定與民事訴訟法典第712條、第722條和第729條”，載於《立法與司法見解學刊》第135年，3935，2005年11月及12月號，Manuel Henrique Mesquita社長，科英布拉，科英布拉出版社，2006年，第127-128頁。
  5. 循此意義的有Pedro, Rute Teixeira：“證明涉及醫療專業民事責任行為因果關係的難處——從法律機制到有疑唯利受害人原則的介入”，同前著，第28頁。
  6. 關於這方面，在因醫療行為而產生的民事責任範圍內的，參看Barbosa, Mafalda Miranda：“葡萄牙關於醫療民事責任的司法見解：業務現狀”，載於《私法學報》第38期，2012年4月至6月號，法學研究中心，科英布拉，科英布拉出版社，2012年，第23-24頁。
  7. 循此意義的，例如por todos意大利學說，參看Quadri, Enrico：“Profili della Responsabilità Medica com particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive”，載於《RcP》第69期，2004年，第328-335頁。
  8. 循此意義的，參看Monteiro, Jorge Sinde：《因顧問、勸諭或信息而產生的責任》，博士論文，《學位論文集》，科英布拉，Almedina出版社，1989年，第247頁，注429。
  9. 與此有很大關係的關於在醫療民事責任中履行舉證責任的德國學說，參看Graf, Ute：《Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess》，VVF，München，2014年，第234頁。基於事情的典型過程，並基於事實推定或自然推定所獲的第一表證，就是按照生活的經驗通常都會發生的情況，就是從所推定的事實的真相可以推論得到的情況。就是說，基於共同的經驗法則或技術規則，在某一事實與其成因之間存在着典型的可證明的關係。從已知的結果出發，按照像真性的理念，認定導致事實出現的典型一般過程獲證實。在自由評價證據方面，表證就是如此進行；循此意義的，參看Luís Filipe Sousa：“醫療民事責任中的舉證責任。與此類型訴訟的程序步驟相關的程序問題（管轄權、訴訟之調查和鑑定證據）”，載於《司法研習中心學刊》2011年第二季第16期，“經濟和金融犯罪與有組織犯罪”專題集，科英布拉，Almedina出版社，2013年，第78頁；同樣循此意義的，參見João Calvão da Silva：《生產者的民事責任》，博士論文，《學位論文集》，Almedina出版社，科英布拉，1990年，第388頁。
  10. 按照此理論，當事實基於它發生的情節而不辯自明時，就不需要由人們證實。如在實施醫療行為後，病人蒙受過大損害，且只可將之解釋為操作失誤的結果的話，推定為醫療過失。如果損害屬於一般情況和經驗準則的例外情況，致使損害按照科學發展狀況和發生的時間和地點等情節憑歸納而顯出採用的方法存有不足之處或未有盡力時，則推定為造成損失者的過錯。就是說，醫療服務提供者須負責平息對各項事實的

Civil》第1353條<sup>11</sup>；最後就是源自喪失機會理論。<sup>12 13</sup>

澳門《民法典》規定的舉證方式本身，在一定程度上加劇了新醫療事故法律制度交由就診者負責提出證據方面的不平衡，而Leo Rosenberg的規範理論就是訂定相關舉證方式的底蘊。

爭論，因應就診者所受損害的提出合理解釋；參看Luís Filipe Sousa：“醫療民事責任中的舉證責任。與此類型訴訟的程序步驟相關的程序問題（管轄權、訴訟之調查和鑑定證據）”，同前著，第78頁；Rute Teixeira Pedro：《醫生的民事責任。關於機會喪失的概念和對受害病人保護的反思》，碩士論文，科英布拉，科英布拉出版社，2008年，第347頁；西班牙學說方面，參見Núria Fachal Noguier：“Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica: cuestiones polémicas”，載於《Objeto y carga de la prueba civil》，Bosch Procesal，2007年，第208頁。

11. 循此意義的且全體都引述的法國學說，參看Jourdain, Patrice：“Responsabilité Civile”，載於《Revue Trimestrielle de Droit Civile》，2008（7/9），2008年，第492頁及續後各頁。
12. 事實上，喪失機會這個概念廣為人知，在其他法律體系，尤其法國和意大利體系都廣獲採納，在因果關係層面上，這個範圍內的問題就是要了解第三人行為的內容對達成最終結果而言，是否必不可少的條件（*conditio sine qua non*）；從另一角度來看，必不可少的條件是否建基於目前達成有關最終結果的可能性。如選擇第二項假設，將注意力從（不確定的）最終結果的層面轉移到可以達成相關最終結果既有的可能性的（確定的）境地，關於因果關係的答案就會大不相同；Rute Teixeira Pedro：《醫生的民事責任。關於機會喪失的概念和對受害病人的保護的反思》，科英布拉大學法學院生物醫學法律中心文集，第15期，碩士論文，科英布拉，科英布拉出版社，2008年，第227頁及續後各頁；Hugo Luz dos Santos：“澳門特別行政區和葡萄牙公司行政管理機關成員的忠誠義務（或深或淺的一些注釋）”，載於《公司法學刊》第7年第14冊2015年10月，科英布拉，Almedina出版社，2015年，行將付梓；德國理論方面，例如：por todos公開聲稱贊成接受喪失機會的有Helmut Koziol：“Schadenersatz für den Verlust einer Chance?”，載於《Festschrift für F. STOLL zum 75》，Geburstag, Tübingen, Mohr Siebeck，2007年，第233-250頁；Rui Cardona Ferreira：《積極合約利益與喪失機會（尤其公共合約中）的賠償》，碩士論文，科英布拉，科英布拉出版社，2011年，第300-338頁。
13. 依上文所述（之前的注腳），了解到“法國司法見解不單將喪失機會認定為損害，而且將單純製造風險都認定為是損害”的原因，參看Lôis Raschel：“La délicate distinction de la perte de chance et du risque du dommage”，載於《J.C.P.》，2010年，第763頁及續後各頁。循此意義，最近期且屬醫療民事責任框架的法國司法見解承認因喪失機會活得更久的要求彌補權（*perte de chance de n'avoir vécu plus longtemps*）；循此意義的有2007年3月13日*Cour de Cassation Française*的合議庭裁判，網址：[www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)。循此意義的，最近期且重申喪失機會損害的可賠償性的有2013年12月19日法國最高法院（*Cour de Cassation, première chambre civile*）的合議庭裁判，網址：[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/)。

事實上，澳門《民法典》跟隨德意志《民法典》（BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*）的典範<sup>14</sup> <sup>15</sup>，關注以清晰的方式界定創設權利之事實與障礙事實的分別（澳門《民法典》第一款和第二款）。

按照以Leo Rosenberg為主要倡導者的所謂規範理論，必須將實體法的規範區分為“規則規範”和“例外規範”，當“例外規範”通過“除外”、“不在此限”、“除非”、“但”等字詞引入時，區分工作是很容易的。例子有澳門《民法典》第493條第三款、第495條、第498條、第502條第一款、第902條第一款、第904條第一款所載的規定，本文亦不盡數列出。

縱使在澳門《民法典》作此區別的情況中，解釋者的工作變得容易，然而，當法律沒有區別哪些是“規則規範”，哪些是“例外規範”的情況下，以及，即使作出了區分，但法律最終規定由較弱的訴訟當事人（就診者）就其主張的創設權利事實，也就是醫療服務提供者做成的醫療事故（不法事實）負有舉證責任時，基於證明的內在困難，舉證變得十分困難或甚至不可能，這時的困難才真正出現。

為減輕程序上和實體上的不公義，較近期的理論主張通過動態分配舉證責任學說來糾正這種（訴訟程序上的）的不平衡。

這樣，當（如果）事實（創設權利之事實或障礙事實）在訴訟程序的設計中擔當的性質使這些自然的事實變得不可能或困難，舉證責任的具體分配就因該獨立於這種性質。<sup>16</sup>

新醫療事故法律制度規定的舉證責任分配方式並沒有考慮，尤其通過舉證責任分配的效果來達到這種攤分的結果。隨之而來，分配予一方當事人（就診者）的舉證責任對此當事人是明顯困難的，甚至是

14. 範本式的闡述有Leo Rosenberg: 《Die Beweislast auf der Grundlage der bürgerlichen Gesetzbuches and der Zivilprozessordnung》, 5. Auflage, Beck, München, (1963), pp. 124-168.

15. 關於葡萄牙的學說，參看José Luís Bonifácio Ramos: “證據評價的混合體系”，載於《法律學刊》第146年第三冊，2014年，Jorge Miranda編輯，科英布拉，Almedina出版社，2014年，第572頁。

16. 阿根廷理論方面，參看W. Peyrano, Jorge: “La prueba difícil”，載於《Civil Procedure Review》, Volume 2, n.º 1, January/April, 2011, 2011年，第86-96頁。

幾乎不可能的，這顯示出要證明事實須付出高昂代價。<sup>17</sup> 主要基於這種原因，新醫療事故法律制度或應由舉證責任動態分配的理论引導。

濃縮來說，構成舉證責任動態分配運作基礎的概念是易於調查證據。

在易於調查證據的一般條款方面，這個條款暗含在某些情況下各方當事人提出證明的能力存在不平衡，而且這些情況是可以識別的<sup>18</sup>，這就可以將舉證責任分配予較容易提供證明的當時人。<sup>19</sup>

在上指的一般條款中，可以找到“接近性準則”和“對事實的控制”。最明顯可以發現一方當事人顯然接近和可以操控事實，利用比對方當事人（負舉證責任的當事人）有利的說法的情況，是因就不履行所謂“提供途徑義務”而造成損失的賠償的某些情況，因醫療事故而引致的民事責任，尤其涉及證明不法性<sup>20</sup>（不履行）<sup>21</sup>、過錯和因果關係<sup>22</sup>要件方面的醫療事故就是例子。故此，在這些情況中的舉證責

17. Micael Martins Teixeira：《舉證責任的動態分配》，同前著，第302頁。

18. 關於阿根廷的學說，參看Inés White：《Cargas probatorias dinámicas》，2012, p. 68.

19. 阿根廷學說有Abraham Vargas：《Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles》，2013, p. 10.

20. 其實，如認定醫療活動構成違反相關類別或專科的謹慎專業人員應遵守的專業守則（*leges artis*）的話，就可以肯定醫療活動的不法性，然而，如醫生在執行或履行其應負上的義務時，按照中等盡責、熱心或仔細的專業人員應有的盡責、小心或仔細程度行事，就不需再斤斤計較，因為這個判斷或須在過錯的層面加以考慮。歸根究底，不法性體現基於法律秩序命令發現的客體不相符，而過錯則體現在對受害人 / 債務人偏差行為主觀可譴責性的判斷；循此意義的有Filipe Albuquerque Matos：《醫療民事責任：醫療民事責任前提簡短的反思》，同前著，第62頁；肯定因不法事實而產生的民事責任存在不足，縱使所述涉及其他範疇，有Manuel Carneiro da Frada：“信任與民事責任原理”，科英布拉，2004年，第271頁及續後幾頁；關於德國學說，參看Fikentscher/Heinemann：《Schuldrecht》，13. Auflage, (2015)，第736頁及續後幾頁。

21. 似乎清楚的是，受害病人的不利地位源於“證明活動內在的困難”；循此意義的，還有Mafalda Miranda Barbosa：“葡萄牙關於醫療民事責任的司法見解：業務現狀”，同前著，第17頁。

22. 比較法中，關於合同責任與非合同責任舉證責任的差別，德國學說的，參看Heinemann：《Beweislastverteilung》，(2015)，73-140。作同樣區分的有Rödl：《Die Spannung der Schuld》，Duncker & Humblot, Berlin, (2014)，Canaris，*Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf*, JZ (2004/5)，214-225，以及Lobinger：《Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten》，Mohr Siebeck, Tübingen, 2014。英國學說有Treitel：《The law of contract》，第13版，倫敦，Sweet & Maxwell，2015年，第780頁至第781頁。

任的動態分配就傾向於將舉證責任倒置<sup>23</sup> <sup>24</sup>，第5/2016號法律應跟隨此路向。

事實上，舉證責任分配的問題（通過動態分配）就是在不履行“提供途徑義務”的個案中出現，主要在提供醫療服務範疇內出現。

其實，在醫療服務的提供方面，特別是進行可能會造成嚴重損害的介入性醫療（尤其外科介入）時，出現證明不法性、過錯和因果關係方面的舉證困難，這是由於病人作為負舉證責任的當事人對於損害事實不接近和不能控制。相反，醫療服務的提供者則較為接近並且承擔介入方面的控制，有時甚至是絕對地控制，而病人尤其在麻醉之後就連親眼目睹都沒有可能。此外，醫療服務提供者顯然可以得到臨床資料和擁有涉及損害事實的技術知識，而就診者卻自始就沒有。<sup>25</sup>

因此，按照舉證責任動態分配準則，就證實不符合那些要素（不遵守因醫療行為而產生的民事責任要件，具體來說就是不法性、過錯和事實與損害的產生之間的因果關係）的舉證方面，舉證責任應由醫療服務提供者承擔。<sup>26</sup> 事實上，醫療服務提供者親歷外科介入的過程，操控這過程，對各種程序和外科介入可能產生的結果有更清楚的認識，自然具備更佳的條件提出連貫而有說服力的證據。例子是已經遵守了適用於相關個案的專業守則，已經盡了中等盡責、熱心的醫療

23. Micael Martins Teixeira：《舉證責任的動態分配》，同前著，第309頁。

24. 其實，不能忽略作為行外人的病人為證實醫生的責任的前提而面對的諸多障礙：一開始由取得臨床紀錄以至尋找專家所共同牽涉的費用。舉證責任的倒置明顯舒緩病人作為賠償之債的債權人的處境；循此意義的，參看Filipe Albuquerque Matos：“醫療民事責任：醫療民事責任前提簡短的思考”，載於《私法學報》第43期，2013年7月至9月，2013年，第65頁。

25. Micael Martins Teixeira：《舉證責任的動態分配》，同前著，第310-311頁。

26. 阿根廷上級法院一貫地重申此做法，1997年12月10日Corte Suprema de Justicia de la Nación的合議庭裁判(Ana Maria Pinheiro)就是典範。事實上，結合前一注釋所述的學說，可以凸出這項關於醫療行為民事責任（接生）的裁判中的這個段落：“在醫療操作失誤方面，原則上須遵守訴訟程序方面的古老格言：‘由行為人負起舉證責任（onus probandi incumbit actore）’；在這方面，亦須適用主觀過錯的法則。”然而，由於這些案件大部份都涉及非常困難證明的極端情況，“舉證責任的動態分配”或“舉證責任攤分”的概念就有巨大的重要性。這個概念將具備較佳條件在法庭上提出有利於獲得客觀真相的資料者（醫生或醫院，因他們擁有技術知識，而且直接參與造成損害的事實）負有舉證責任。

專業人員應有盡責、熱心而行事（沒有發現過錯和不法性），及 / 或所發現的損害並非全屬可預見或因為介入醫療以外的原因所造成（沒有發現因果關係）。如此，醫療提供者在舉證方面的更大便利不會因他負起對一項消極事實的舉證責任而受影響，因為，他可以通過較容易證實的某一積極事實（例如證實已遵守適用於相關個案的全部穩妥的做法）<sup>27</sup>來佐證因果關係並不存在，從而排除因不法事實而產生的非合同民事責任。

### 三、作為人格尊嚴保護機制（澳門《基本法》第30條） 和風險社會化機制的職業民事責任強制保險 （第5/2016號法律第36條第一款）

第36條第一款規定：“醫療服務提供者必須按照由補充性行政法規訂定的條款、條件、限制及金額訂立職業民事責任保險合同。”

這項立法方面的創新無疑值得鼓掌。

事實上，這項法律規定終於為1948年的《世界人權宣言》、《經濟、社會與文化權利國際公約》和《公民權利和政治權利國際公約》等非常重要的法律文件賦予，以及妥善地賦予有用的內涵。另外，在域內層面，這一條全面遵守了要求尊重人格尊嚴的澳門《基本法》第30條第一款的規定。

其實，第25條第一款規定：“人人有權享受為維持他本人和家屬的健康和福利所需的生活水準，包括食物、衣著、住房、醫療和必要的社會服務；在遭到失業、疾病、殘廢、守寡、衰老或在其他不能控制的情況下喪失謀生能力時，有權享受保障。”

同樣在普世範圍內值得一提的是《經濟、社會與文化權利國際公約》，條約第12條承認人人有權享有能達到的最高的體質和心理健康的標準，當中包括醫療護理和提供醫療護理所造成損害的賠償。

---

27. Micael Martins Teixeira：《舉證責任的動態分配》，同前著，第311頁。



最後，《公民權利和政治權利國際公約》第6條第一款亦將“人人有固有的生命權”置於恰當的高度。人權委員會一貫按照第6號一般性意見解釋本條，認為提供醫療護理和因醫療活動造成的或有損害的賠償，對保護生命權和隨之而來的人類尊嚴，屬最根本的要求。

人類的尊嚴（《基本法》第31條第一款）的基石在於承認個人是權利的基礎，意思就是每一個人都有優越的價值。

這種承認表現為，保護的義務和履行國際法規和澳門《基本法》宣示的立法指引的義務，採納適合於謀求達成尊重和保護對健康和醫療護理以及因醫療護理服務造成損失的賠償的權利<sup>28</sup>的目的的立法措施。

據此，本文認為在提供衛生護理服務方面，實行所謂的風險社會化<sup>29</sup>，這就是新醫療事故法律制度第36條規定的職業民事責任強制保險支柱。

風險社會化作為glorification of the individual<sup>30</sup>的否定，象徵着連帶責任的道德觀<sup>31</sup>，這種觀念主要係由對其他人的關注和明顯地對未來的關注<sup>32</sup>所引領，而第5/2016號法律將它置於適當的高度並以法律形式表達出來。

---

28. 準確循此意義的有José Joaquim Gomes Canotilho：“人的尊嚴與憲制化”，載於《向Jorge Miranda教授致敬的研究報告》第二冊（憲法與憲法司法），科英布拉，科英布拉出版社，2012年，第290頁。

29. 循此意義的葡萄牙學說，參考Henrique Sousa Antunes：《將不法利潤與處罰效果納入非合同民事責任的後果：因應損害而產生的正當性》，博士論文，科英布拉，科英布拉出版社，2011年，第564頁。

30. 在徵稅法論題範疇中，準確循此意義的有Joaquim Freitas Da Rocha：“可持續性與負責任公共財政。跨世代平等財政法的急需用性”，載於《向José Joaquim Gomes Canotilho教授致敬的研究報告：責任：過去與未來之間》，Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro策劃，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第623頁。

31. 準確循此意義的有Fernando José Bronze：“今天的責任（入門性的一些商榷）”，載於《向José Joaquim Gomes Canotilho教授致敬的研究報告》第一冊《責任：過去與未來之間》，Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro策劃，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第198頁。

32. 德國學說中，循此意義的有Jan Henrik Klement：《Verantwortung, Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht》，Tübingen，2006年，第261頁及續後幾頁。

