

# 医疗侵权诉讼举证责任研究

杨燕

(武汉大学 法学院,武汉 430072)

**摘要:**《侵权责任法》明确了医疗侵权的过错归责原则,除特殊情形外,应当由原告承担过失的举证责任,从而最高人民法院《证据规定》确定的过错要件的举证责任倒置规定不再适用。德国的表见证明和英美法系国家的过失推论原则,在肯定医疗侵权过错责任的前提下,缓和了因信息不对称导致的原告过错要件举证负担的过重,而表见证明更切合我国的实际。因果关系要件的举证仍沿用举证责任倒置,但举证责任倒置对医疗机构的诉讼压力过大,造成过度医疗的发生,有条件的因果关系推定更能保证举证责任在当事人之间的合理分配。

**关键词:**举证责任;举证责任倒置;表见证明;过错推定

**中图分类号:**D915

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-8580(2011)01-0053-05

随着医疗科技水平的提高、各种类型的医疗机构的增加、人民生活水平的提高和就医人数的增加,医患纠纷开始大量涌现。但由于医患关系双方信息不对称和医疗法律制度不完善,医疗纠纷常常暴露出受害人维权难,而医疗人员也百口莫辩的问题。举证责任的合理分配是实现双方当事人公平诉讼的手段,在医疗侵权诉讼中合理分配医患双方的举证责任,尤其是原告即受害人的举证责任,既关系到原告生命健康权的保护,又关系到医疗行为的自主性和医疗水平的向前推进。

## 一、医疗侵权诉讼举证责任的特殊性

### (一)医疗侵权诉讼原告举证困难

原告举证困难是医疗侵权诉讼的核心问题,造成其举证困难的首要因素是医患双方信息的不对称,导致信息不对称的主要原因如下:

首先,医疗行为的专业性。医生从专门的医学院毕业到可以独当一面地治病救人,不仅需要医学院刻苦攻读,同时还要在医院临床实习。可见一个医生需要花费相当长的时间才能熟悉医学知识,获得相关的技能和经验。患者要在短时间内正确理解医生的诊断行为和医疗专业术语,显然是不现实的。

其次,医疗行为发生的秘密性。医生在为患者实施治疗时,通常是依靠自己的知识与经验自主判断,同时为了保护患者的隐私,医生和患者是“一对一”的模式,

往往没有无关的第三人进入医疗现场。因此,依靠第三人证明存在困难。即使治疗需要其他医务人员的配合,但医务人员作为利益共同体,难免“沉默共谋”,而不愿相互作证。此外,在全身麻醉后进行手术的情形下,患者根本看不到医疗行为的发生,要对自己不知道的事情进行举证则是不可能的。

再次,医疗侵权对医疗记录和鉴定的依赖性。治疗期间的诊断记录对于判断被告是否构成侵权有至关重要的作用,但这些资料通常保存在医院,非原告能力所及。且被告本身是这些材料的制作人,影响了证据的客观性。医疗行为发生的秘密性导致对医疗过失和因果关系的判断依赖于第三方的鉴定结论,但“法官关于医学之专业能力不足,而因其欠缺医疗专业知识,对于医师所为陈述或鉴定人之意见乃无审查与监控之能力,对于病人困难因专业知识落差而造成之诉讼上不平等,即可能因此而无法借由法律阐明而获得部分救济<sup>[1]</sup>”。

由于以上因素的干扰,医疗侵权诉讼中被告的过失和损害行为与结果之间的因果关系的证明,原告心有余而力不足。

### (二)加重被告举证责任的必要性分析

举证责任的核心意义在于确定当案件事实真伪不明时,哪一方当事人应承担败诉的危险,不仅关系到当事人的诉讼利益,也关乎当事人的实体权益。侵权行为

收稿日期:2010-07-17

作者简介:杨燕(1987-),女,江苏苏州人,主要研究方向为诉讼法。

法的功能主要在于填补受害者的损失和抑制侵权行为,如果仍然按照一般原则分配举证责任,可能会影响到侵权行为法功能的实现,侵权损害赔偿所追求的公平正义价值就会落空。在医疗侵权诉讼中加重被告的举证责任有其必要性和合理性<sup>[2]</sup>。

在医疗侵权诉讼中,被告不仅具有专业知识上的优势,通常也控制着能够证明过失和因果关系的证据,原告则恰恰相反。证据偏向一方必然导致证明能力的不对等,让证明能力弱的一方负担过多过强的举证责任是有违公正公平,加重被告的举证责任能够平衡双方举证能力的强弱。

加重被告的举证责任还有利于提高医疗工作人员在医疗过程的注意义务,病患的生命健康权可以得到更好的保障。医生一职有公益性和利他性,与病人之间存在着特殊的信赖关系。基于这种信赖关系,患者得以克服因对医疗专业知识的无知而相信医生的资质、能力和经验,将自己的生命健康托付,医生在治疗过程中自应尽充分的注意义务保护患者的生命健康,而人皆存在趋利避害的本性和惰性以及一定的侥幸心理,对医生苛以更重的举证责任,正是为了避免这些人性的弱点削弱医生悬壶济世的决心。

## 二、医疗侵权诉讼举证责任的比较法分析

医疗侵权诉讼中当事人证明能力的强弱显而易见,各国均采用一定的方式加重被告的举证责任,对原告进行救济。

### (一)大陆法系国家

德国的“表见证明”理论和日本的“大概推定”理论是大陆法系国家在医疗侵权诉讼中减轻原告举证责任的主要方式,由于“大概推定”理论在日本法中受到重视主要是受德国表见证明的影响,且两者的内涵在本质上相同,限于篇幅,笔者仅分析德国在医疗侵权诉讼中举证责任分配理论。

#### 1.表见证明

表见证明最初只适用于解决被害人对故意过失举证难的问题,后来扩张至因果关系证明领域。所谓“表见证明”,是指以具有高度盖然性的经验法则(“定向事实经过”)为基础,从加害的客观的事情抽象地推断出过失这样的要件事实<sup>[3]291</sup>。“高度盖然性的经验法则”即所谓“定向事实的经过”是理解该定义的关键,德国学者普维庭认为,经验规则理论上可以分为四类:生活规律(即自然、思维和检验法则)、经验基本原则、简单的检验规则和纯粹的偏见。法官根据生活规律获得的心

证是必然的,不可能通过反证推翻,不属于表见证明的领域。而简单的检验规则以较低的盖然性为标志,不能独立地帮助法官形成完全的心证。纯粹的偏见不具备盖然性,在判决中不应有其位置。因此,可以构成表见证明的经验法则就只有经验基本规则(如果……则大多数情况下是)<sup>[4]155-160</sup>。

表见证明的本质主要有证明责任说、证明评价说、证明尺度说,其中证明评价说是通说。该说认为借助于具有高度盖然性的经验规则,法官可以对某个生活事实形成完全的心证,表见证明在证明评价的范围内。证明责任的主要功能在于当诉讼结束时若某要件事实真伪不明,谁应承担败诉风险。而表见证明则侧重于帮助法官对诉讼过程中的要件事实形成心证,两者的差别是比较明显的。证明尺度说认为表见证明是降低证明尺度的一种手段。证明尺度是证明案件事实应达到的程度,只有当对案件事实的证明达到了法律规定的证明标准,法官方可形成认定某一事实真假的心证,“证明尺度的减弱总是按照法律的规定并建立在实体法的内涵和目的的基础上的,而不是通过表见证明的应用来降低证明尺度”<sup>[4]162</sup>。

由于表见证明属于证明评价的范畴,因此其并不改变当事人之间举证责任的分配,只是允许法官结合案件情况,根据具有高度盖然性的经验规则推断被告的过失,这种推断仅减轻原告的举证责任,而非举证责任倒置,需要被告承担证明过失不存在的举证责任。据此,若被告提出反证动摇法官的心证,表见证明即丧失其过失推断的效果。

#### 2.重大医疗过失举证责任的转换

德国联邦最高法院近20年来对于医师执业治疗业务加害于病人的损害赔偿判例,均认为若医师的治疗行为有重大失误以致造成病人身体健康受伤害者,应由加害人就其失误行为与损害之间无因果关系的事实负举证责任<sup>[3]315</sup>。

适用因果关系举证责任转换的前提是存在重大医疗过失,德国判例以“严重的技术过失”来解释何谓“重大医疗过失”,而原告对存在重大医疗过失承担举证责任。重大医疗过失举证责任的倒置与表见证明的区别在于:表见证明并不转移客观的证明责任,被告只要能够提供反证动摇法官的心证即可;举证责任倒置则要求被告提供本证证明医疗行为与损害之间不具有因果关系方可避免败诉的后果。

### (二)英美法系国家

英美法系国家将举证责任分为“证据提出责任”和“说服责任”,分别类似于大陆法系国家所称的“主观的举证责任”和“客观的证明责任”,举证责任的分配主要指的是“说服责任”的分配。不同于规范出发型的大陆法系,英美法系事实出发型的诉讼模式并不预先设置举证责任的分配规则,在审判实务中主张综合考量案件的各个因素,个案决定举证责任的分配。美国学者经过总结认为需要考量的因素包括政策、公平、证据所持或证据距离、方便等等<sup>[9]</sup>。涉及到医疗侵权诉讼主导举证责任分配的原则为“事实自道缘由”(Res Ipsa Louquitur)。

### 1.事实自道缘由规则的起源与演变

Res Ipsa Louquitur 是拉丁语,其意是事实本身不言而喻,是指在某种意义上减轻原告负担的举证过失责任的法理,也被称为“过失推论规则”<sup>[6]</sup>,该规则最先在 1863 年英国 *Byrne v. Boadle* (本案的基本案情是原告在街上行走时被沿街商店里掉下来的面粉桶砸伤,原告当场失去知觉,除了看见木桶砸到他的证人证言之外,没有任何可以证明被告有过失的证据。法院根据该原则,认为应该看作是大致上提出了过失的证据,可以将案件交付陪审团审判,而不是驳回起诉)一案中作为证明过失而使用。适用该原则的基本要件通说为三要件说:(1)某一事件在无过失的情况下通常不会发生;(2)事件的发生必须是在被告或其代理人的排他控制下;(3)事件的发生非基于原告的自愿或故意行为<sup>[7]</sup>。尽管有些法院在适用这一原则过程中有一些变形,但这些变动都得是在以上得到普遍认可的要件之内的。

过失推论规则最初并不适用于医疗侵权诉讼,原因在于该规则的适用依赖于陪审团成员的常识(common knowledge),只有当被告的过失是如此的明显以至于任何一个普通人都认为其有过失时才有该规则适用的余地。而医疗侵权诉讼中,法院要求原告提供专家证言证明被告的过失,过失推论规则却允许陪审团从损害的情况证据推断被告的过失,让一个外行的陪审员来推断一个需要专家证据的主张是不协调的<sup>[8]</sup>。但是随着在医疗侵权诉讼中“沉默共谋”和医师之间不愿相互指证同行情况的出现,原告常常会因为无法提供专家证言证明被告过失而得不到应得赔偿。为了充分保障原告的合法权益,法院首先在过失非常明显的案件中适用过失推论规则,典型的例子是手术医生在患者体内遗留医疗器械或相关医疗物件的行为。后来法院进一步扩大了过失推论原则的适用范围,允许在原告可以同时采用专家证言和过失推论规则来证明被告的

过失,其理由在于专家证人的证言可以弥补陪审团成员在医疗专业知识上的不足,陪审团可以借助专家对被告过失的可能性评估而推断被告是否存在过失。

### 2.评析

过失推论规则在诉讼法上的效果主要有三种观点:第一,过失推断(Permissible inference)。即该规则允许原告在没有其他证据的情况下,由陪审团根据案件的情况推断被告是否有过失。在这一观点下,过失推论规则并不转移任何的证明责任,其效果仅限于避免原告因为没有实质的证据而被驳回起诉,他仍然冒着被陪审团认定被告没有过失的风险。第二,过失推定(Presumption)。即转移了“提供证据的责任”,如果被告没有提供证据动摇该推定,原告就会获得胜诉。第三,举证责任的转移。这里指的是“说服责任”的转移,被告承担证明自己无过失的责任<sup>[9]</sup>。目前的通说是第一种观点,虽然过失推论规则没有向被告转移任何的举证责任,但从该规则在实践中的运行情况来看,过失推论规则让陪审团容易对原告产生同情和怜悯,认为被告通常有强大的经济能力赔偿原告的损失,医疗侵权诉讼大量增长,赔偿的数额也明显增加:1993 到 1999 年间,医疗赔偿数额上涨了 60%,其中赔偿 10 万美元以上在总案件中所占比例从 1997—1998 年的 39% 上升到 1998—1999 年的 45%<sup>[7]</sup>。

过失推论规则让陪审团利用常识结合案件的各种情况判断被告是否存在过失,但医疗行为不可避免地带有风险性,该特殊性决定了在某些情况下即使被告已经尽了充分的注意义务,由于药理作用发生的概率性或者个人体质的特殊性等因素,损害结果的发生仍然可能无法避免。这些问题依靠专家鉴定尚无法有明确的答案,又何以仰赖仅具有常识的外行陪审团成员?因此,假如要在我国医疗侵权诉讼中借鉴该规则,也只能运用于过失非常明显的案件。另外,我国的审判组织与英美法系的陪审团存在差异,能否移植过失推论规则还要考虑到这一因素。

### 三、我国医疗侵权诉讼举证责任的分配及其完善

按照我国民法学界的通说,一般侵权行为的构成要件有四个:损害事实、违法行为、主观过错以及违法行为与损害结果之间的因果关系。在举证责任的分配规则上,我国也吸收了德国法上的当事人承担对自己有利的主要事实的举证责任。就一般的侵权案件,原告需要对侵权行为的四个构成要件承担举证责任。但医疗侵权行为信息不对称的特殊性决定了需要减轻甚至

免除原告对这些构成要件的举证责任。其中行为的违法性易于证明,由原告承担举证责任不存在争议,因此以下仅论述其他三个构成要件举证责任的承担。

### (一) 损害事实

依照举证责任的一般分配原则,原告对损害事实负有举证责任,受害人举证的内容包括具体数额、计算方法等。《侵权责任法》第16条规定:侵害他人造成人身损害的,应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用,以及因误工减少的收入。造成残疾的,还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的,还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。同时《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》对各项费用的计算给定了较为明确和易于操作的计算标准。但普通患者毕竟不是专业的计算人才,损害赔偿额的确定存在一定的难度。

根据德国民事诉讼法的规定,损害赔偿“其数额,亦不问其是否限于消极的损害,要之法院对于损害存否及其数额,均须斟酌一切之情事,以其自由心证而裁判之”<sup>[10]</sup>。台湾地区民事诉讼法第222条第2项也规定:“当事人已证明受有损害而不能证明其数额或证明显有重大困难时者,法院应审酌一切情况,以所得心证定其数额。”<sup>[11]</sup>由此可见,德国和我国台湾地区的民事诉讼法都赋予了法官损害赔偿额确定的自由裁量权,法官可以不受当事人提供证据的限制,甚至可以自行调查证据,根据自己获得的一切信息来确定赔偿额。

利用这一方法的益处在于,法官虽然是依靠自由心证的方式确定赔偿额,但原告仍然要负担一定的举证责任以帮助法官形成心证,另一方面又可能避免原告举证存在困难时遭受不利判决。比较我国目前由原告完全负担损害赔偿额的举证责任,让法官自由裁量的方法不仅能充分保障原告的合法权益,也能防止出现原告漫天要价的行为。

### (二) 过错

《民法通则》第106条确定了以过错责任为原则,无过错责任为例外的归责原则,也未将医疗侵权列为特殊侵权行为,因此医疗侵权实行过错归责原则。《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4条第8项规定:因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构不存在医疗过错承担举证责任,实践中根据此条,医疗诉讼采过错推定原则。过错推定原则虽然是过错原则的一种特殊表现形式,但在举证责任的分配上效果截然不同,过错推定发生举证责任倒

置的效果。然而,新制定的《侵权责任法》明确了医疗侵权的过错归责原则:患者在治疗活动中受到损害,医疗机构及其医务人员有过错的,由医疗机构承担赔偿责任,修正了《证据规定》中举证责任倒置的规定。

《侵权责任法》第58条规定了3种推定医疗机构存在过错的行为:(1)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;(2)隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;(3)伪造、篡改或者销毁病历资料。推定分为法律推定和事实推定,前者是指根据法律的规定,当基础事实存在即认定推定事实存在;后者指根据经验法则和逻辑法则从基础事实推论出的推定事实。毫无疑问,第58条是法律推定。在推定的情况下,当事人不需要就推定事实承担举证责任,但必须证明基础事实的存在,如果能够证明基础事实,就发生举证责任的倒置。但第58条第2项和第3项规定的两种行为,实际上是证明妨碍的行为。“证明妨碍”是指当不负举证责任的人,因其故意或者过失违反义务行为(包含不作为),使原本负有举证责任的人无法或不易提出证据时,在事实认定上,对于被妨碍当事人的主张做有利其之调整<sup>[12]</sup>。那么证明妨碍能否产生举证责任转换的效果呢?

证明妨碍的法律效果有举证责任转换说和自由心证说两种学说。按照举证责任转换说,“如果妨碍证明行为的对方当事人无法证明有与待证事实相反的事实存在,并使法官形成确信,即须将原举证人的主张视为真实。即使在法官依据其他证据方法对该待证事实完全无法得到心证的情形亦然。”<sup>[13]</sup>是否应赋予证明妨碍这样强大的效果是值得考虑的。根据《证据规定》第75条,证明妨碍的后果是法官“可以”推定原举证人的主张成立,而非必然,体现的是自由心证说,相较而言,自由心证说更合理一些。因此,证明妨碍并不能导致举证责任的转换,第58条规定的合理性值得商榷。即使认可这一推定的合理性,也有问题存在。医疗机构负责存放病历资料和相关的医疗记录,某一具体的医疗侵权诉讼涉及到多少医疗资料,只有被告才清楚,原告很难举证被告是否已经提供了全部的医疗资料。病历资料的伪造、篡改更是涉及到专业鉴定,既然原告对伪造、篡改承担举证责任,相应的鉴定费用也由原告承担,这一负担的增加很容易影响原告的诉讼积极性。至于第58条的第1项,仍然可以用原告专业能力的不足而论证其证明被告的行为违反相关的法律法规很困难。

综上所述,《侵权责任法》的相关规定取代了《证据规定》举证责任倒置的规定,过错推定的三种例外情形

也因基础事实的难以证明而无法推定过错,原告就过失的举证负担沉重。德国的表见证明和英美法系国家的事实自道缘由规则存在差异,但在本质上都是通过结合案件的各种事实,利用经验法则推定被告的过失,降低原告的举证责任,同时也不过分增加被告的举证负担,可以说在当事人之间找到了很好的平衡。但事实自道缘由借助于陪审团的常识推断过失,在医疗专业领域盖然性标准较低,表见证明的高度盖然性更符合诉讼公正的要求,值得我国借鉴。

### (三)因果关系

《侵权责任法》对于因果关系的举证责任没有作出新的规定,因此仍可以沿用《证据规定》中因果关系举证责任倒置的规定。将因果关系举证责任倒置主要是考虑到医患双方信息的不对称,由原告负担完全的举证责任显然不公平。但也有学者提出完全将因果关系要件的证明责任推给医疗机构,就会使医疗机构陷入较为不利的诉讼地位中,甚至会形成防御性医疗行为,最终还是要将风险转嫁给全体患者负担,因而应当实行有条件的推定,即举证责任缓和,在受害患者一方对因果关系的证明达到一定程度时,推定因果关系,由医疗机构一方负责举证,推翻因果关系推定<sup>[11]</sup>。

因果关系举证责任倒置虽然提高了原告获得胜诉判决的概率,但确实给被告施加了很大的诉讼压力。为了避免医疗损害行为的发生,医疗机构对患者进行过度医疗,即使是对病因很明显的患者也要求其进行一系列不相关的检查,增加了患者的经济负担。

在对因果关系的举证责任进行分配时,盖然性的评估是很重要的因素,损害赔偿义务通常应当在没有加害行为就很可能不会发生损害结果的时候发生。医

疗行为与损害结果之间的因果关系也一定的特殊性,有些损害结果可能没有之前的治疗行为,但是由于药物未发现的作用或者人体的特殊反应而发生。因果关系举证责任倒置旨在保护患者的利益,但暴露的过度医疗的事实证明其似乎有些矫枉过正,有条件的推定因果关系可能是更合适的做法。

### 参考文献:

- [1] 姜世明. 医师民事责任程序中之举证责任减轻[G]. 月旦民商法研究, 北京: 清华大学出版社, 2005: 2.
- [2] 李浩. 举证责任倒置——学理分析与问题研究[J]. 法商研究, 2003, (4): 87-94.
- [3] 龚赛红. 医疗损害赔偿立法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [4] 汉斯·普维庭. 现代证明责任问题[M]. 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [5] 张卫平. 民事诉讼法必读资料[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 383.
- [6] 藤仓皓一狼, 木下毅, 高桥一修, 等. 英美判例百选[M]. 杨永庄, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005: 366.
- [7] Kimberly Haag, Res Ipsa Loquitur: A step along the road to liability without fault[J]. Brandeis Law Journal, 2003, 42(1).
- [8] Thomas A. Eaton, Res Ipsa loquitur and Medical Malpractice in Georgia[Z]. A Reassessment, 17 GA.L.Rev. 33, 42, 1982.
- [9] William L. Prosser. The Procedural Effect of Res Ipsa loquitur [Z]. 20 Minn.L.Rev, 1936.
- [10] 松冈义正. 民事证据论[M]. 张知本, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 68.
- [11] 杨立新. 医疗损害责任的因果关系证明及举证责任[J]. 法学, 2009, (1): 35-44.

责任编辑: 万东升

## The Burden of Proof in Medical Tort Suit

YANG Yan

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

**Abstract:** The Tort Liability Law adopts the fault liability principal as the imputation principal in medical tort. That means in most cases, the plaintiff should prove the fault of the defendant, rather than the defendant should prove they don't behavior falsely. The Prima facie Beweis is a good way to alleviate the plaintiff's burden of proof caused by the lack of information. As to causation, it is appropriate to shift the burden of proof to the defendant. However, presumption of causation in some cases can balance the burden of proof between the plaintiff and defendant better.

**Key words:** burden of proof; the shift of burden of proof; Prima facie Beweis; presumption of fault