

《侵权责任法》中医疗损害赔偿归责原则及举证责任分配探析

王文艳

(慈溪市人民法院, 浙江 慈溪 315300)

摘要:《侵权责任法》实施前, 医疗损害赔偿实行的过错责任原则及举证责任倒置规则因课以医疗机构较重的举证责任而饱受诟病。《侵权责任法》意图将举证责任在患方和医疗机构之间进行均衡, 但存在矫枉过正之嫌, 过错推定责任原则的作用十分有限。为确保公平公正, 应借鉴其他国家先进立法例, 减轻患者的初步证明责任, 以求平衡医患双方利益, 缓和医患双方矛盾, 更好地解决纠纷。

关键词: 医疗损害赔偿; 《侵权责任法》; 归责原则; 举证责任

中图分类号: D923.8 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-5124(2012)05-00103-05

医疗行为具有高度的专业性和复杂性, 医疗侵权相较于一般的侵权行为亦有其特殊性。作为决定最终责任承担的关键因素, 医疗损害责任的归责原则及举证责任分配引起了理论界和实务界的广泛关注, 归责原则的确定是侵权法的核心问题, 举证责任分配更是被诉讼法学界称为“民事诉讼的脊梁”, 在医疗损害赔偿诉讼中对这两个问题的探讨尤显必要。

一、《侵权责任法》实施之前医疗损害赔偿之归责原则及举证责任分配

(一) 过错责任原则及举证责任倒置概述

1. 医疗损害赔偿之归责原则——过错责任原则。过错责任原则, 又称过失责任原则, 它是以为行为人主观上存在过错为承担民事责任的基本条件和认定责任的准则。^{[1][27]} 行为人只有在主观上有过错的情况下, 才需要对损害结果承担民事责任, 否则不需承担民事责任。过错责任原则是归责原则体系最重要的一种。在《侵权责任法》颁布之前, 医疗损害赔偿案件因没有被列入《民法通则》特殊侵权的范围, 故属于一般的民事侵权纠纷, 医疗损害赔偿纠纷在当时立法制度的局限下, 只能按照一般民事侵权纠纷确定此类纠纷的归责原则为过错责任原则, 即在医疗损害赔偿

案件中, 医方承担责任的前提是其存在医疗过错。

2. 医疗损害赔偿之举证责任分配——举证责任倒置。在《关于民事诉讼证据若干规定》(以下简称《证据规定》)中, 最高人民法院鉴于当时的司法实践, 在明确医疗损害赔偿纠纷仍然属于一般民事侵权纠纷的前提下, 考虑到举证的难易以及使受医疗侵权行为损害的患者或其家属获得较多的赔偿机会, 体现法律的公正、公平, 在第四条第八项中规定: 因医疗行为引起的侵权诉讼, 由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。可以这样阐述举证责任倒置规则: 先验地假定加害人有过错, 受害人无需对加害人的过错承担举证责任, 但是加害人可以通过反证的方法证明自己没有过错从而不承担侵权责任。法律直接规定某些类别的案件适用过错推定的法则, 其意义在于在坚持过错责任原则的前提下, 通过举证责任倒置的技术方法, 减轻受害人的举证责任, 加重加害人的举证责任, 将利益的天平适当地向受害人倾斜。

在实行举证责任倒置的情形下, 患方举证的范围主要包括: (1) 在医疗机构就医的证据; (2)

收稿日期: 2011-12-21

作者简介: 王文艳(1986-), 女, 江苏东台人, 代理审判员, 主要研究方向: 民商法学。E-mail: wwyhhu@163.com

就医后产生损害后果的证据。医方举证的范围包括:(1)不存在医疗过错;(2)医疗行为与损害后果之间不存在因果关系。

(二) 举证责任倒置之辩证分析

举证责任倒置于患者方无疑是福音,它解决了医患双方在医疗诉讼中武器不对等的问题,大大提高了患者在医疗损害发生时获得赔偿的几率,《证据规定》从救济患者举证角度,力度是相当大的。^[2]笔者认为,医疗损害赔偿纠纷实行举证责任倒置,立法者无外乎基于以下几点考虑:(1)医疗活动的专业性和复杂性。医疗活动是一种专业性很强的活动,患者对诊疗行为、诊疗过程、医疗机构的管理模式以及相关的法律法规都缺乏足够的认识。(2)医疗活动的风险性和不确定性。目前,医学科学仍处于经验科学的阶段,如对某些疾病尚无有效的治疗方法,对各种疾病与其临床表现之间的因果关系尚无清晰认识,诊疗活动受医务人员医疗水平、治疗方法、仪器设备、药剂等因素的影响,医疗行为始终存在一定的风险性和不确定性。(3)迈克尔·贝勒斯曾说过:“举证责任应由提出争执点的当事人承担,但因对方当事人有取得和控制证据的特殊条件而由其举证有失公平的除外。”^{[3][4]}在实践中,很多情况下,证据多掌握在医方手中,患者所能做到的,大致也就是保存病历、医疗费发票、费用清单等书面证据以提交,而确定诊疗行为有无过错的关键证据,如门诊病历、住院志、病理资料、疑难病例讨论记录等都在医方手中,故医方具有取得和控制证据的优势,由其承担举证责任亦符合法律的公平正义理念。

举证责任倒置规则却长期以来饱受医疗机构的诟病,原因主要有:(1)医疗行为本身就是具有一定的风险性和不确定性,患者损害后果的发生可能是多方面原因造成的,如果不问缘由概由医方承担责任,有违公平正义之嫌;(2)医疗行业的发展是人类对自身身体认识的不断深化的过程,需要不断探索,如果对医疗人员动辄归责,医方承担过重的责任,将不利于医疗事业的长足发展和人类整体医疗水平的提高;(3)患者承担较轻的举证责任,使得大量医疗纠纷诉讼涌向法院,医方为避免承担不利后果,在平时的诊疗活动中,对患者实行大治疗、保守治疗,最终

的受害者还是患者。

二、《侵权责任法》中归责原则及举证责任分配

(一)《侵权责任法》之条文规定

在归责原则上,《侵权责任法》第七章第五十四条旗帜鲜明地规定了医疗损害赔偿实行的是过错责任原则为主、过错推定责任原则为辅的归责原则,该条规定:患者在诊疗活动中受到损害,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。第五十八条规定:患者有损害,因下列情形之一的,推定医疗机构有过错:

(一)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;(二)隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;(三)伪造、篡改或者销毁病历资料。

从这两条可以看出来,《侵权责任法》在归责原则及举证责任分配上对医患双方进行了平衡,既课以患者一定的举证责任,避免医方过大的举证压力,又充分体谅患者举证之不易,将三种情形下的举证责任分配给医方,较之以往的举证责任倒置,《侵权责任法》将举证责任向患者倾斜的幅度较大。

(二)《侵权责任法》对归责原则及举证责任分配之调整

归责原则决定举证责任。《侵权责任法》虽规定了归责原则,但对于举证责任的承担《侵权责任法》却付之缺如。根据“谁主张谁举证”的民事诉讼法原则来推定,应由患者一方证明医方存在着过错,但是,考虑到患者举证的困难,如若彻底颠覆《证据规定》中的举证责任倒置的格局,对于通过医疗损害赔偿诉讼来获取赔偿的患者来说,无疑是个巨大的负担,为缓和新法适用对旧法的冲击,《侵权责任法》第五十八条规定了在三种情形下,可推定医疗机构有过错。

在适用过错推定责任原则的情形下,患者承担的证明责任包括:患者就医的事实、就医后发生损害的事实以及医疗机构及医务人员有违反了法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的行为或者医疗机构存在伪造或拒绝提供病历资料等行为。

因过错推定责任原则关乎举证责任的分配,医方如果不能证明其不存在第五十八条规定的

三种情形,法官可直接认定其存在过错,需要担责。因此,有必要对这三种情形进行分析讨论:从第二种情形来看,“隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料”的行为,应依照《证据规定》第五十七条关于“有证据一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立”的规定,判定医方存有“过错”;第三种情形中“伪造、篡改或者销毁病历资料”的行为更是表明了医方试图隐瞒医疗过错、推卸责任的主观心态,此两种情形下认定医方的过错较为容易,患者举证也一般不存在难度。但是,如何完成第一种情形的证明,对患者来说具有一定的难度。浙江省高院《关于审理医疗纠纷案件若干问题的意见(试行)》(以下简称浙江省高院《意见》)对医疗损害赔偿案件中的举证责任有较明确的规定。该意见第七条规定:患者一方起诉请求医疗机构承担侵权责任的,应举证证明患者到该医疗机构就医(包括隐名就医)、就医后发生损害的事实,并提供医疗机构的医疗行为有过错的初步证据。浙江省高院《意见》对《侵权责任法》过错推定责任原则中暗含的举证责任分配进行了明确,虽然只是以上级法院对下级法院审判指导文件的形式出现,该意见已然体现了一种进步,对下级法院审理此类纠纷具有一定的导向意义,但是遗憾的是,《意见》却没有对何为“初步证据”进行具体的阐述。从贯彻《侵权责任法》的角度来说,“初步证据”应是指能够证明医疗机构有第五十八条中的三种情形的证据。患者完成后两种情形的证明即可推定医方具有过错自不待言,但医方有“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”行为的“初步证据”的认定不仅对当事人是一项艰难的举证任务,对法官来说,亦是一项艰难的认证任务。同时,从立法逻辑上来看,无论是《侵权责任法》第五十四条中的“过错”,还是浙江省高院《意见》第七条中的“过错”,其外延应该广于《侵权责任法》第五十八条中推定医疗机构有过错的“第一种情形即‘违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定’的行为,否则,第五十七条将失去意义。在浙江省高院《意见》第七条的适用中,医疗行为有过错的‘初步证据’如

何认定判断是审判的关键,即患者需举证到何种程度即可被认为完成了举证任务,不再需要承担举证不能的法律后果,笔者认为,对此问题的回答有赖于准确厘定“医疗过错”的内涵,明确医方的行为是否构成医疗过错成为了审判的关键,也决定着患者和医方最终需要举证的内容。

(三) 医疗过错的认定

在医疗领域,医疗机构的诊疗义务即是医方注意义务的核心,是医疗过失的判断依据。诊疗义务指的是“医务人员在医疗活动中,应该具有高度的注意,对患者尽到最善良的谨慎和关心,以避免患者遭受不应有的危险或损害的责任”。^[4]在学术领域,诊疗义务的判断标准主要有两种观点:医疗常规说和医疗水准说。医疗常规说认为,如果违反了“医疗卫生管理法规、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规”,就可判定存在诊疗过失,其认定的依据是法典化的专业技术标准以及专家证言;医疗水准说认为,医方在进行诊疗行为时,除了要遵循专业的技术规范,还应达到当时的医疗水准,否则亦可认定存在诊疗过失。相较于医疗水准说,医疗常规说刚性、客观、具体,易于识别和可操作性强,因此在《侵权责任法》出台之前,我国对医疗机构注意义务的判断,通常是根据医疗常规说,《医疗事故处理办法》及《医疗事故处理条例》均以医方行为是否违反法律法规的规定来判断医方是否违反注意义务,《侵权责任法》在采纳医疗常规说的同时,兼顾了医疗水准说,如该法第五十七条、第六十条第一款第三项,均有“当时的医疗水平”的表述。

笔者认为,医疗常规说具有一定的客观标准,有利于判断,但是相对于不断发展的医学科学有一定的滞后性,医疗水准说充分考虑到医疗技术在当时的客观条件下所应该达到的水平,对医方提出了更高的要求,但是却没有统一的标准,难以适用。《侵权责任法》三次审议稿中曾规定在“判断医务人员注意义务时,应当适当考虑地区、医疗机构资质、医务人员资质等因素”,但后来通过时被删除。究其原因还是我国立法对医务人员的诊疗义务的判断更倾向于采取客观标准,医疗机构、医务人员的资质不应成为减轻其注意义务的理由。但是,完全采取一刀切的做

法也有失公正。我国幅员辽阔,各地医疗设备、医疗卫生条件、医务人员专业技术水准有较大的差异,应充分考虑到客观存在的差异性,在实践中应兼采两种学说的先进之处,在严格按照医疗常规说来界定医方的诊疗义务的同时,也应充分考虑到一定时期的医疗水平。在适用医疗水准说作为判断医方有无违反诊疗义务的时候,还要考虑到其他因素如地区差异、医务人员个人能力差异的影响。

综上,判断医疗机构是否违反注意义务应主要依据法律、法规、规章和诊疗操作规范来认定,并适当考虑医疗机构的资质、医务人员的知识、技能等相应专业、资质及地区差异等因素。

三、其他国家立法例之借鉴

(一) 德国

德国以判例形式确定了有条件地适用举证责任倒置,即只在以下情形下适用举证责任倒置:(1)须有重大诊疗过失的存在。重大诊疗过失是指明显违反医疗常规的过失;(2)诊疗过失必须达到足以引起损害后果的程度。相应地,患者需要证明的内容有:(1)医疗机构的医疗行为存在重大过失,所谓重大诊疗过失,是指明显违反医学界所公认的规范的行为;(2)这种重大过失有引起医疗损害后果发生的相当可能性。相较于我国的举证责任倒置,德国的做法更加合理。举证责任倒置不分缘由地由医方承担全部举证责任的做法虽然极大地保护了患者的权益,但也确实加重了医方的举证责任,患者亦需证明医疗机构存在重大过失并且这种过失具有引起损害后果发生的可能性。^[5]

(二) 美国

美国在医疗侵权领域适用“事实本身说明过失”原则,该原则成立要件一般有三个:(1)在一般情况下,非出于此过失,事故通常不会发生;(2)引起事故的工具、方法在被告即医疗机构的排他性控制之下;(3)原告对事故的发生主观上是不情愿的。该原则在诉讼法上的效果有三种学说:过失推论说、过失推定说、举证责任转换说,其中过失推定说是通说,即医疗机构无需就其过失负举证责任,但是必须就其在无过失的情形下损害仍有可能发生提出证据。该原则在美国医疗侵权领域多适用于手术中将异物残留于病

患体内以及手术时对远离手术部位的身体其他部分造成伤害。其他情形如病人在接受扁桃体切除手术时牙齿被击落、切除前列腺后造成性功能障碍等。^[5]

(三) 日本

日本民法理论上“过失的大概推定”原则,该原则的含义是指原告提出各种证据,只要达到能够使法院感到“非常像是有过失”的程度就可以,而被告方必须举证证明其“没有过失”使得法院确信其确没有过失。“过失大概推定”的目的,在于减轻被害人的举证责任,只要被害人举证达到使法官形成内心确信时,即完成证明责任。

四、举证责任分配制度的完善

(一) 过错推定情形下的举证责任分配之再思考

笔者认为,《侵权责任法》意图平衡医患双方的举证责任,减轻医方在举证责任倒置归责下的举证负担,但是此规定有矫枉过正之嫌。如前所述,应根据诊疗常规说,兼顾诊疗水准说来界定医务人员的注意义务,即医疗过错的主要表现是医务人员违反法律法规、规章及其他有关诊疗规范的规定,但是如果患者能提供医方有医疗过错的确实充分证据时,已经基本可以认定医方存有诊疗过失即构成过错,认定其侵权已无难事,此时医疗机构为抗辩而举出反证实属当然。在此种情形下,《侵权责任法》规定的过错推定责任原则的意义十分有限,患者承担的举证责任与实行过错责任原则下所需承担的举证责任并无二致,医方的举证责任实质减轻了,而患方却加重了。

(二) 有条件地适用举证责任倒置

《侵权责任法》试图通过修改以往举证责任倒置的证明责任分配格局来平衡医患双方的举证责任,以此达到双方在诉讼中武器均衡的目的,并且规定了三种情形下适用过错推定责任原则来缓和旧法适用对旧法的冲击,但是,作用却十分有限。在医患纠纷举证责任的博弈中,患者始终处于弱势的地位,应从立法本意出发,减轻患者的初步证明责任,均衡双方的举证负担,可借鉴德国的有条件地适用“举证责任倒置”的做法。与我国医疗侵权纠纷诉讼无条件的一概适用

“举证责任倒置”不同,德国医疗损害纠纷案件在适用举证责任倒置规则时必须具备两个条件:

(1) 医疗机构有重大诊疗过失的存在;(2) 重大诊疗过失必须具有足以引起损害结果的可能性。相应的患者的证明责任也就是证明医疗机构的行为符合以上两个条件。至于诊疗过失是否足以引起损害后果,需要依赖医学专家的鉴定意见。因此,在审理医疗损害赔偿纠纷过程中,只要患者能够举证医务人员的诊疗行为严重违反了医务人员的注意义务,并且这种行为有引起损害后果发生的可能性,即可认定患者完成了初步的证明责任。

(三) 损害事实较为明显情形下的举证责任分配

所谓的损害事实较为明显的情形是指作为一个不具备专业医学知识的人即可从患者的损害结果中看出,医疗机构在实施诊疗行为的过程中具有明显的过错,是以一个正常的、理性的人

为标准来判断。此时,医疗机构不仅违反了法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定,更是背离了一般的医学常识,如拔错牙、截错肢等医疗事故即属此类,在此种情形下,可借鉴美国的“事实即说明本身”的规则,患者此时只需承担举证证明有损害后果的存在,无需举证医疗机构存在过错,除非医疗机构能够提出证据证明有其他合理的原因存在导致损害的发生,否则法院可直接推定医疗机构存在过错。

参考文献

- [1] 杨立新. 侵权法论[M]. 北京: 人民法院出版社, 2005: 127.
- [2] 张新宝, 明俊. 医疗过失举证责任研究[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2006(4): 112-124.
- [3] 最高人民法院侵权责任法研究小组. 中华人民共和国侵权责任法条文理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2010: 413.
- [4] 廖焕国. 论医疗过错的认定——以医疗损害侵权责任的理解决与适用为视点[J]. 政治与法律, 2010(5): 18-27.
- [5] 李晓农. 关于医疗事故损害赔偿中举证责任的比较法研究[J]. 中国卫生法制, 2005(5): 16-27.

A Study of the Principle of Imputation and Allocation of Burden of Proof in Medical Damage Compensation in the Tort Law

WANG Wen-yan

(Cixi People's Court, Cixi 315300, China)

Abstract: Before the implementation of the Tort Law, the principle of imputation in the medical damage compensation is the principle of fault liability. The burden of proof is “litigation burden of proof”. This allocation of the burden of proof suffered perennial criticism from medical institutions. The Tort law is intended to balance the burden of proof between the patients and the medical institutions. This article argues that the Tort Law seems to be defective for overcorrection and the role of the principle of presumption of fault liability is very limited. This article argues that to ensure fairness and justice, China should use the successful experience of legislations from other countries and regions, relieve the patients' initial burden of proof, so as to balance the interests of both doctors and patients, ease the contradiction and settle the disputes.

Keywords: medical damage compensation; the Tort Law; the principle of imputation; the allocation of the burden of proof

(责任编辑 王 抒)