

论举证责任缓和在我国医疗损害诉讼中的构建

周志全

湘潭大学, 湖南 湘潭

收稿日期: 2022年11月21日; 录用日期: 2022年12月2日; 发布日期: 2023年1月5日

摘要

医疗损害诉讼的举证责任分配和证明标准是造成我国医患纠纷矛盾复杂的原因之一, 科学合理地划分医疗损害举证责任是对《民法典》侵权责任编关于医疗损害责任进行区分的有效衔接。从立法和司法解释的颁布来看, 我国医疗损害举证责任的分配经过了完全过错责任(一般举证责任)、举证责任倒置和过错推定三个阶段。但这些举证责任对某些医疗损害纠纷类型在诉讼中存在不适应性, 不合理地加大了患者或医院一方的负担。《民法典》侵权责任编对医疗损害责任具体区分为不同的类型, 加之理论和实践的成熟, 构建举证责任缓和制度具备了可行性。举证责任缓和的适用以医疗技术损害和医疗产品损害两个类型为限, 与司法解释的延续和鉴定意见、专家辅助人等制度的完善, 方能共同构筑一个中国特色的举证责任缓和制度。

关键词

侵权责任, 医疗损害, 举证责任缓和

The Construction of Relieving the Burden of Proof in China's Medical Damage Litigation

Zhiquan Zhou

Xiangtan University, Xiangtan Hunan

Received: Nov. 21st, 2022; accepted: Dec. 2nd, 2022; published: Jan. 5th, 2023

Abstract

The distribution of burden of proof and the standard of proof in medical damage litigation are one of the reasons for the complicated disputes between doctors and patients in China. Scientific and reasonable division of burden of proof for medical damage is an effective link to the division of medical damage liability in tort liability of Civil Code. Judging from the promulgation of legislation and judicial interpretation, the distribution of burden of proof for medical damage in China has

gone through three stages: complete fault liability (general burden of proof), inversion of burden of proof and fault presumption. However, these burdens of proof are not suitable for some types of medical injury disputes in litigation, which unreasonably increases the burden of patients or hospitals. The Tort Liability of Civil Code specifically divides the medical damage liability into different types, and with the maturity of theory and practice, it is feasible to construct the burden of proof mitigation system. The application of burden of proof mitigation is limited to two types: medical technology damage and medical product damage. Only with the continuation of judicial interpretation, the perfection of expert assistance and other systems can we jointly build a burden of proof mitigation system with China characteristics.

Keywords

Tort Liability, Medical Damage, Alleviation of Burden of Proof

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

当今医患矛盾复杂突出，医疗损害纠纷是司法机关和民众共同关注的热点问题之一。医疗损害责任的分配是医疗损害纠纷中的重要问题，而举证责任又是医疗侵权诉讼的重要一环，证明责任的合理分配起着平衡医患双方合理利益的重要作用，也体现着我国医疗改革的前进方向及其价值理念。合理地证明责任分配，不仅能够更有效地定分止争，以公正合理的裁判结果和可接受性平息医患双方的抵触对抗情绪，也有利于构建更为安定的社会主义和谐社会。

我国对于医疗损害责任的分配规则的调整经历了以下几个阶段：2002年以前，我国医疗损害责任实行完全的过错责任标准，即患者到医院的诊疗行为、受到损害、违法诊疗行为和因果关系四个要件均由患者举证证明。2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的出台改变了这一局面，举证责任由医疗机构承担，即医疗损害责任变为举证责任倒置。2010年《侵权责任法》颁布，从其条文设置上我们可以看出其设置了以过错责任为主但有所区分的归责原则，具体表现为：规定了“过错推定情形”（也有学者认为是过错推定^[1]）和医疗产品致害的无过错责任。2017年《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》（以下简称2017年司法解释）作了进步性的回应，如患者无法证明医疗机构的过错可提出医疗损害鉴定申请、医疗机构对不承担责任的抗辩事由举证等。这些规定具有一定意义上的举证责任缓和的缩影。2020年《民法典》颁布，其侵权责任编虽然对医疗损害责任相关规定做了一定用语表述上的修改，但比起原《侵权责任法》，其归责原则、举证责任分配均未发生实质上的变化。

2. 我国医疗损害举证责任的现状和问题

举证责任缓和，指诉讼中当事人一方因某些方面的障碍而举证困难，当提出的证据低于法定标准但已达到相当性标准时，视为举证责任已经完成而转由另一方承担举证责任^[2]。2017年司法解释所作的回应，可以认为是一种具有中国特色的举证责任缓和，但是与一般的举证责任缓和制度相比，实际上仅仅是一种补充与妥协。但我国现行法律并非完全没有举证责任缓和制度。根据最高人民法院2014年《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称2014年司法解释）的规定，消费者仅需要初

步举证证明因食品或药品受损即可请求侵害者承担侵权责任¹。从“初步”一词可以看出，该规定确立了食品药品损害领域因果关系的举证责任缓和规则，已经取得了较强的实效，可以认为是食品药品范畴内的举证责任缓和制度[3]。

除了食品药品致害领域，由于《民法典》的修改内容并未对原《侵权责任法》医疗损害责任归责原则相关的问题做出改变，因此我国现行的医疗损害责任归责原则仍与原来一致，其举证规则也仍然依2017年司法解释进行。在现行举证规则下，问题主要有二：其一，非完全意义上的举证责任缓和不能妥善解决患者基于弱势地位方带来的证明因果关系和过错难的问题；其二，不加区分地统一适用过错推定原则进行证明责任的划分，与由原《侵权责任法》演变而来的《民法典》侵权责任编规定的多元化的归责原则衔接存在不协调之处，不利于切实平衡不同情形下医患双方的举证负担和利益。

2.1. 非完全意义的举证责任缓和功效尚浅

根据2017司法解释的规定，患者如果对医疗机构的过错和因果关系两个要件举证不能时，可以提出医疗损害鉴定申请。首先，该规定对于患者承担的举证责任要求为或举证或申请鉴定的可选择性，申请鉴定并非强制性规定。但该司法解释并未对申请鉴定后是否降低证据的证明力度作出安排，即无论是否申请鉴定，举证的证明标准仍需达到一般证据标准的高度盖然性。该规定的价值在于，减轻了患者基于缺乏专门医学知识和掌握病历资料的弱势地位带来的举证责任负担，比之完全由患者当事人一方自行收集证据和提出证明有一定的进步性。

但是，该规定与完全意义上的举证责任缓和相比，沾之似之而仍未及之。完全意义上的举证责任缓和首先是一种举证责任的转移，即达到一定标准后转由对方(医疗机构)承担不存在过错和因果关系的证明。转移并非意味着因果关系的成立以及医疗机构存在过错，结论仍需视医疗机构方的举证证明程度。而司法解释虽然规定了可以申请鉴定，但是举证责任负担未发生转移，患者的举证结果完全依赖于鉴定结果。如果鉴定结果直接导向患者一方的主张，若无程序瑕疵则可以直接认定因果关系成立或者医疗机构存在过错。反之，则患者的主张将不成立。其次，举证责任缓和是一种证明标准的相对降低，在举证责任缓和下，患者对上述两个要素的证明只需要达到相当性标准，即足以引起一般人与法官的生活经验判断的认可标准。而司法解释的规定下，即使申请鉴定，其证明标准也并未降低，患者方举证仍需达到高度盖然性标准。虽然鉴定结果具有科学上的客观性，但根据个案的不同也会有鉴定程度上的差别，因此保障力度较之举证责任缓和相对更低，患者一方的举证负担仍然过重，不能有效改善医疗损害诉讼中患者一方因果关系和过错证明困难的窘境。

最后，虽然从2014年司法解释我们可以得出，我国在食品药品领域规定了举证责任缓和制度，但是“药品”在医疗损害的类型中过于狭小，其仅仅属于《民法典》第1223条医疗产品所列情形中的其中一项，其余的医疗损害情形较之药品致害的认定更为复杂，仍具有构建举证责任缓和的必要。

2.2. 不加区分的过错归责举证难平权益

除了医疗产品致人损害适用无过错责任原则进行举证责任分配外，司法实践中通常以过错责任的归责原则来分配其余所有医疗损害诉讼的举证责任是不妥当的。其结果表现为除医疗产品致人损害的情形外，其余情形都将导向2017年司法解释的特色性举证责任缓和。这不仅与我国现行法律规定的医疗损害责任体系不协调，也不利于保障在具体情形下医患双方的权利平衡。

我国《民法典》侵权责任编确立的是多元化的归责原则体系，并不宜将所有问题都一刀切。因为根

¹参见《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》：“消费者举证证明因食用食品或者使用药品受到损害，初步证明损害与食用食品或者使用药品存在因果关系，并请求食品、药品的生产者、销售者承担侵权责任的，人民法院应予支持”。

据现行法律规定，并非所有医疗损害的侵权纠纷都涉及到专业的医学知识和技术。在医疗损害责任中还有包括诸如违背医师管理性规定、操作规范或者告知义务等情形，该类侵权行为有的不涉及专业医学知识或者高度的医疗技术，并无减轻举证责任和负担的必要，从公平合理划分医患双方权利义务的角度考虑，适用一般的过错原则相关的举证责任分配和证明标准即可。需要说明的是，此处的一般标准应当是高于2017年司法解释的标准，因为虽然司法解释规定了选择性的举证权利，但是也是一定程度上对患者方举证责任的减轻，而一般性的标准对举证责任并无减轻。

3. 构建举证责任缓和的焦点与重心

我国司法解释和相关规定出现举证责任缓和的痕迹但又未作明确具体的规定原因是多方面的。从2017年司法解释中至少可以窥见，立法者是有意识地在进行该方面的调整，以减轻一般过错标准下患者举证证明过错和因果关系的困难的问题。笔者认为，这主要是基于立法必要性和医疗侵权行为多样而未作明确具体划分带来的原因，但如今这两个问题已经较大程度得以解决。

3.1. 立法进程的时机成熟

从立法过程来看，《侵权责任法(草案)》二审稿曾经就举证责任缓和制度做出过具体规定，即患者之损害可能是诊疗行为造成的，若无相反证据则推定诊疗行为与损害结果之间具有因果关系。“可能”与相反证据均体现了举证责任缓和规则的内涵。但因种种原因该条文在二次审议中被删除^[4]。笔者认为，最大的原因可能是当时对于举证责任缓和的立法条件不成熟。理由是：第一，《侵权责任法》的编纂重心在于对各类侵权行为进行系统性体系性的划分与确立，举证责任缓和属于对个类侵权行为的“规定之中的进一步规定”，在前者之规定尚需讨论的前提下讨论其进一步规定，实属越俎代庖、时机尚早。第二，我国原《侵权责任法》规定的是多元化的医疗损害情形和归责原则，如果简单将草案的原条文规定于医疗损害的一般规定中，可能会产生体系上的混乱和冲突，也与举证责任缓和的理念不符，因为并非所有过错责任的情形都适于举证责任缓和。再者，举证和证明标准相关的问题可以在侵权责任法实施之后，根据现实情况通过司法解释进行补充安排，2017年司法解释也是在此考虑下诞生的。

但是，上述过往现在都已经成为序章，进行细化区分的时机已经成熟。一方面，目前我国已经经历了原《侵权责任法》的实施历程直至现《民法典》侵权责任编的问世，医疗损害举证责任已经有了丰富的司法实践，理论界和实务界对此有了较深的认识，其暴露出来的问题也可见一斑，讨论举证责任缓和的条件已经成熟。另一方面，在我国医患纠纷矛盾突出的时代背景下，2017年司法解释规定的带有浅尝辄止色彩的举证责任缓和已经不能适应时代的需要。适逢《民法典》侵权责任编医疗损害责任司法解释尚未作出安排的现实下，完全意义上的举证责任缓和制度的建立值得重新提上日程。

3.2. 医疗侵权情形及其归责原则的划分

明晰医疗损害责任的各类情形及其归责原则，对于构建举证责任缓和制度具有重要意义。我国尚未规定完全意义上的举证责任缓和制度，一部分原因正是基于医疗损害侵权责任的多元性。如果医疗侵权行为的类型和归责原则不明确，就无法对举证责任缓和适用的范围和界限做出界定，此亦举证责任缓和制度构建的轴心。

关于医疗损害责任具体情形的分类，比较有代表性的观点是杨立新教授的划分，他将其划分为医疗技术损害、医疗伦理损害、医疗产品损害和医疗管理损害四类^[5]，学界大多认同此种划分，笔者也持肯定态度。其中，医疗技术损害，是指有关病情的检验、诊断、治疗方法的选择，治疗措施的执行、追踪，与当时的医疗技术水平不相符的致害情形。医疗伦理损害，是涉及患者的知情同意、告知义务等与职业

伦理和良知有关的过失行为造成的损害。医疗产品损害，顾名思义指医疗器械、药品、血液等医疗产品带来的损害。医疗管理损害，是指医疗机构和医务人员违背医政管理规范和医政管理职责的要求，造成患者受到的损害。如违反紧急救治义务、违反病历资料管理职责、救护车急救不及时、违反管理职责致使产妇抱错孩子、擅离职守等产生的致害责任。

基于医疗损害责任情形的划分，杨立新教授进一步将医疗损害责任归责原则划分为过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则。但与过错责任一元论者不同的是，此处的过错推定原则并非指《民法典》第 1222 条，而是指医疗伦理损害责任(第 1219、1226 条)的相关规定，并加之以基础性的过错责任原则和医疗产品责任之无过错责任原则。对于第 1222 条关于违反诊疗规范和隐匿、篡改、销毁或拒绝提供病历资料的相关规定，划分为过错责任。依此而进行推导，在举证责任的分配上，适于使用举证责任缓和制度的范围为医疗技术损害和医疗管理损害相关规定。

但是，如前所述，对于患者一方没有客观上缺乏专业医学知识和掌握病例资料的弱势地位产生的损害纠纷诉讼，不应当仅因其以过错而将其举证责任负担降低甚至倒置，仅仅违背医政管理的相关规定的医疗管理损害的范围正是如此。此外，笔者认为医疗伦理损害责任不应当认为是过错推定。其一，医疗伦理损害责任相关规定的法条表述与过错推定责任的法条格式表述不同，也不能体现举证责任分配的特殊规则。在我国侵权责任法上规定的过错推定责任条款，通常表述为某一侵害主体不能证明自己对其事项存在过错时，应当承担侵权责任，或者能够证明不存在过错时，减轻或不承担侵权责任。其二，医疗伦理损害责任的行为本身不具备专业技术和科学知识性，也不具备行为或物件的危险性，而仅是违反职业道德规范的行为，并未对患者施行治疗操作行为。其三，对于医疗机构违反医疗伦理的损害行为，受害患者通常也没有证明上的难度。因此医疗伦理损害责任适用作为一般规定的过错责任原则足以解决，无须有所偏袒而采取过错推定。如果将其视为过错推定，则一开始的举证负担主体便是医疗机构。

最后，由于药品已经被确立了举证责任缓和制度，整个医疗产品损害也应当具有构建举证责任缓和的合理性。医疗产品损害的范畴包括医疗器械、药品、血液等，在诊疗领域，应当认为该法条所列举的产品具有相当程度的功效、危险性和科学技术性，因此理论和司法实践中对其一并适应无过错责任的归责原则并无争议，故而一并建立举证责任缓和制度并无不妥。在当前的现实条件下，从范围上看，我国应当构建的是在医疗技术损害和医疗产品损害范围内的举证责任缓和制度。

4. 我国举证责任缓和制度的构想

4.1. 过错和因果关系的证明程度

关于认定医疗过错的标准问题，在学理上通常以医疗水准和医疗注意义务这两个理论为核心^[6]。所谓的医疗水准，即诊疗行为应当与“当时医疗水平”相适应，既应考虑社会平均诊疗水平，又需要根据不同的医院级别及地域划定相应的水平。一般来说讨论“医疗水平”的损害情形，是指其地域内的医院级别应当与其应有的医疗能力和设备相匹配的情况下发生的损害，而非指医院级别较低而因水平和能力不足以治疗重大疾病导致的损害。对于医院级别较低而无法诊疗超出其能力范围的情形，医生应当充分告知患者其能力范围和另寻合适的医疗机构就诊的建议。如果患者知悉后执意在该院继续诊疗，对于由此不能医治的损害范畴，应当认定医疗机构已经“尽到了医疗能力和义务”而无过错。另一方面，如果医生未告知其能力范畴和另寻就诊的建议，应当认为其违反的是“医政管理规范”，此种情形下过错明确，证据易于掌握，也无需纳入举证责任缓和的适用范围。医疗注意义务，即诊疗常规和诊疗规范规定的义务。在这里，注意义务的范围指的是诊疗常规和诊疗规范中涉及的“技术性”规定，即一般人通常难以或者无法知悉的操作或专业义务，否则也无需纳入举证责任缓和的范畴，其原因与上述医疗水平范畴的原因大抵相同。

首先，在过错标准上的“缓和”。在患方已提交证据证明了因果关系、损害事实等证据事实的前提下，患方如果能够证明在通常情况下，损害“非过错不致发生”，则法院根据个案需要可以推定医疗机构一方存在过错；若医疗机构一方举不出反证，则承担举证不力的法律责任。由于医疗产品适用的是无过错责任，无需对过错进行证明，因此只需要考虑其因果关系。

其次，对于因果关系的“缓和”。从2014年司法解释关于食品药品举证责任缓和的规定我们可以窥见，对于因果关系的举证仅需要达到“初步”的标准。所谓初步，即应当以一般人的视角来看，患者受到的损害与医疗机构的诊疗行为存在“可能性”，属于“相当程度”的证明标准。换言之，患者不必证明该损失必然(科学上的)由这一具体的医疗行为所导致，而只需证明此种行为通常情况下(常理上的)可能造成自己的人身受损即可。

4.2. 司法解释的延续和鉴定意见的完善

我国司法实践中对医疗损害的过错和因果关系认定十分依赖鉴定意见，这一现状是患者一方举证困难的地位和2017年司法解释的特色性缓和规定共同的产物。但是，构建举证责任缓和制度，并不意味着需要完全摒弃司法解释的通行做法，而可以予以改造，使之成为具有中国特色的举证责任缓和制度。

我国2017年司法解释规定的做法是给予了患者方举证困难时申请鉴定的权利，在实行举证责任缓和的情况下，该做法可以作为补充。具体言之，由于举证责任的“缓和”，如果患者一方自行举证证明达到了“相当性”、“可能性”的标准，即可将举证责任转移至医疗机构一方自不待言。但是，不应当排除其申请鉴定机构进行鉴定的权利。进言之，即使患者一方自行举证也难以达到缓和程度的标准，仍可以申请鉴定机构鉴定，如果鉴定机构的鉴定结果能够达到“相当性”、“可能性”的标准，也应当认为患者一方已经完成了举证责任。此种做法既能减轻患者一方自行收集证据、举证的能力困难，也不违背举证责任缓和制度的初衷，还能很好地实现新旧法(或者新旧司法解释)的良性衔接。

此外，我国目前对于医疗损害鉴定的机制仍存在一定的缺陷。无论是医学会的医疗事故鉴定还是司法鉴定，鉴定人员多为医学专业的专家，其作出之鉴定意见虽具有其科学性和客观性，但却不一定符合民事诉讼法律规范对证据的要求。举证责任缓和下的鉴定意见除了需要鉴定诊疗行为与损害结果的因果关系，也需要鉴定医疗机构或医务人员是否尽到了相应的注意义务。且医学会的鉴定结论多偏向于医疗机构一方。在举证责任缓和制下，对鉴定机构如何进行选择，以及证据的制作都均应加以规定或者完善。

4.3. 专家辅助人制度的完善

专家辅助人制度来源于英美法系国家，目前我国法律对该制度亦有规定，其目的是为了弥补诉讼当事人在某些专业性知识方面的不足。患者方在民事诉讼中之所以处于弱势地位，最大的原因还是在于对专业医学知识的缺乏。举证责任缓和制度也应当有专家辅助人制度作为补充。

具体而言，应该发挥其“专家”和“辅助”的双重功能。所谓“专家”，就是要使患者一方在诉讼过程中，对医学专业知识方面的缺陷得到弥补，以便清晰准确地进行理解相关概念和原理、表达、提出自己的主张和论证。所谓“辅助”，是指可以增强当事人对鉴定意见进行质证的能力，实现武器平等，在诉讼当中充分发挥庭审的作用。因此，该制度之完善对与举证责任缓和制度的构建具有补充功能。

5. 结语

医疗损害诉讼的举证责任及证明标准，应当体现我国的时代精神和价值。在平衡医患双方利益的同时，能够鼓励医疗事业的探索和前进。既要减少医疗机构因过于担心责任负担而采取防御性的医疗措施，又要能够保护特定情形下患者由于缺乏医疗科学技术知识而产生的证据收集、举证的弱势地位；科学地

确认和划定在各类医疗损害情形下医患双方责任的公平负担，而不是一味地偏袒任意一方，既要侧重保护患者利益、协调医患矛盾紧张的现况下又注重维护医疗机构作为特殊的社会福祉性营利机构的道德正义地位。

参考文献

- [1] 王利明. 侵权责任法研究(下册) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 384-386.
- [2] 艾尔肯. 医疗损害举证责任之缓和规则[J]. 北方法学, 2014, 8(5): 28-37.
- [3] 焦艳玲. 论食品药品侵权诉讼中因果关系举证责任的缓和[J]. 武汉理工大学学报(社会科学版), 2018, 31(4): 151-157.
- [4] 杨立新. 《侵权责任法》改革医疗损害责任制度的成功与不足[J]. 中国人民大学学报, 2010, 24(4): 9-16.
- [5] 杨立新. 《侵权责任法》规定的医疗损害责任归责原则[J]. 河北法学, 2012(12): 26-32.
- [6] 陈俊宏, 焦艳红. 医疗过错认定依据研究——基于相关民事判决书的实证分析[J]. 河南理工大学学报(社会科学版), 2021, 22(5): 21-26.