

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学 号: X2007120049

UDC\_\_\_\_\_

论医疗侵权纠纷举证责任的分配

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论医疗侵权纠纷举证责任的分配

On the Distribution for the Burden of Proof to  
Medical Tort Litigation

李巧青

李巧青

指导教师

龚宇  
讲师

指导教师姓名: 龚宇 讲师

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2010年11月

论文答辩时间: 2010年 月

学位授予日期: 2010年 月

答辩委员会主席:\_\_\_\_\_

评 阅 人:\_\_\_\_\_

2010年11月

厦门大学

厦门大学博硕士论文摘要库

## 厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：李巧青

2010年11月8日

厦门大学博硕

# 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密（ ），在            年解密后适用本授权书。
- 2、不保密（）

作者签名：李巧青

日期：2010年11月8日

厦门大学博硕

## 内 容 摘 要

“举证责任乃诉讼中的脊梁”，医疗侵权纠纷的举证责任如何分配，一直都是法学界、医学界、司法界所关注的重点和争议的焦点，因此，如何合理分配医疗侵权举证责任是平衡医患双方利益的关键。《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）的出台，对医疗侵权纠纷的举证责任分配做出了新的规定。本文运用了比较分析法、价值分析法，对我国医疗侵权纠纷的举证责任进行了详细的评析。文章首先对医疗侵权、归责原则及举证责任的概念特点做了简要阐明，并提出笔者的论文观点：医疗侵权诉讼应当回归过错归责下的举证责任分配规则，法官可以在证明评价过程中通过表见证明、证明妨碍等心证规则与制度辅助处于弱势的患者。这一举证责任的分配规则体现了和谐处理正义与自由的关系的立法价值取向；文章在对各国医疗侵权举证责任的立法规定进行分析比较的基础上，对医疗侵权的举证责任进行详细的阐述分析，充分证明医疗侵权适用过错归责下的举证责任分配规则的合理性，是对医疗机构公益性回归的呼应，反映了时代发展的要求；最后笔者提出设立合理的医疗过错认定标准、完善现行医疗过错鉴定制度、引入专家辅助人制度、合理分配因果关系举证责任、建立强制医疗责任保险制、重视对证据的保存与收集等几点设想，旨在完善医疗侵权举证责任制度，以期构建一套适合我国国情的公平合理的举证责任分配体系。

本论文尝试对综合性问题进行研究，既探讨理论层面，也涉及实践方面，对其研究的意义主要表现在以下方面：1. 综合各方面的理论观点，以实现比较一致的理论观点，做到对具体规定的指导作用。2. 为医疗纠纷民事诉讼的司法审判提供参考。3. 对国家立法具有积极的意义。当司法实践中的做法与法律法规的规定脱节时，就需要从理论上提出相关立法建议，以供立法者借鉴合理成分。

**关键词：**归责原则；举证责任；过错责任



## ABSTRACT

Onus probandi is the backbone in lawsuit. The allocation of onus probandi in medical tort dispute is always the debatable focus of law circle, medical circle and judicial circle. Therefore, reasonable allocation is crucial to balance the benefits of hospital and patient. As the Tort Law of the People's Republic of China (TLPRC for short) is launched, it makes new regulations for the allocation of burden of proof. This essay discusses in detail about onus probandi in medical tort dispute in the way of comparative analysis and value analysis. It clarifies the concepts of medical tort dispute, imputation principle and onus probandi at the beginning, and leads to several viewpoints as: medical tort lawsuit should regress to follow the rules of the allocation of onus probandi in faulty liability. The judge can assist the disadvantaged patient under the principle and system of free intention such as primary-face proof and obstruction of evidence during the course of proof evaluation. The allocation of onus probandi follows the principle of value orientation in legislation while dispose justice and freedom in harmony. On the basis of comparative analysis of international legislation about onus probandi in medical tort, this essay specifies onus probandi and supports that the principle of onus probandi allocation in fault imputation works reasonably on medical tort, which responds the regression of non-profit medical institution and meets the requirement of society development. In the end, it is assumed that the consummation of the institution of onus probandi in medical tort can be achieved by establishing rational identification standard of medical fault, improving the current identification system of medical fault, introducing expert assessor system, allocating causality onus probandi reasonably, implementing compulsory Mechanism of Medical Liability Insurance, stressing preservation and collection of evidence and so on. It will be helpful to construct fair and reasonable allocation system of onus probandi with Chinese feature.

This essay tries to discuss comprehensive problems both in theory and in practice. The meaning of the discussion lists as below:

- 1). achieve mainly consistency after general theoretical viewpoints and then serve for specific regulations as a guide
- 2). provide reference to judicial adjudication in civil action about medical dispute
- 3). be referential with national legislation. The disconnection issue between legislative practice and law and regulations calls for useful suggestion in theory for legislators.

**Keywords:** Imputation principle; Onus probandi; Fault liability

目 录	
引 言 .....	1
第一章 我国医疗侵权举证责任的概述 .....	2
第一节 医疗侵权的概念与特点 .....	2
第二节 医疗侵权的举证责任与归责原则 .....	3
一、侵权归责原则的含义与学术观点 .....	3
二、医疗侵权举证责任的含义与立法规定 .....	4
第三节 《侵权责任法》引发的争议 .....	6
第四节 小结 .....	7
第二章 医疗侵权举证责任立法比较及借鉴 .....	9
第一节 域外医疗侵权举证责任立法规定 .....	9
一、美国：事实本身说明过失原则 .....	9
二、德国：“表见证明”理论及重大诊疗过失的举证责任转换理论 .....	10
三、日本：“大概推定”原则 .....	11
四、法国：双轨制原则 .....	11
五、韩国：双轨制原则 .....	12
第二节 比较法的思考及其借鉴意义 .....	12
第三章 我国医疗侵权举证责任的分配规则 .....	15
第一节 审视举证责任倒置的利弊 .....	15
第二节 医疗侵权的基本类型及举证责任的分配 .....	17
第三节 医疗侵权举证责任具体分配规则：举证责任缓和 .....	19
一、医疗技术侵权：过错责任及有条件的推定过错责任为补充之归责原 则下举证责任之分配 .....	20
二、医疗伦理侵权：过错推定归责原则下举证责任之分配 .....	23
三、医疗产品侵权：过错责任归责原则下举证责任之分配 .....	24
四、过度医疗及其举证责任分配 .....	25
五、医疗机构之免责的举证责任分配 .....	25

第四节	过错判断客观标准的关键词：“医疗水平相应的诊疗义务”	26
第四章	健全医疗侵权举证责任分配规则的具体设想	29
第一节	设立合理的医疗过错认定标准	29
第二节	完善现行医疗过错鉴定制度	30
第三节	引入专家辅助人制度	32
第四节	合理分配因果关系举证责任	33
第五节	建立强制医疗责任保险制	34
第六节	重视对证据的保存与收集	35
结    语		37
参考文献		38

## Contents

<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>Chapter 1 The summary of burden of proof in medical tort in China</b> ··	<b>2</b>
<b>Section 1 The concept and characteristic of medical tort</b> ·····	<b>2</b>
<b>Section 2 Burden of proof and imputation principle in medical tort</b> ·····	<b>3</b>
1.The meaning and academic viewpoint of imputation principle in medical tort·····	3
2.The meaning and legislative stipulation of burden of proof in medical tort··	4
<b>Section 3 Disputes caused by Tort Liability law</b> ·····	<b>6</b>
<b>Section 4 Summary</b> ·····	<b>7</b>
<b>Chapter 2 The current legislative comparson and comparison for the burden of proof in medical tort</b> .....	<b>9</b>
<b>Section 1 The legislative stiputation of burden of proof in medical tort abroad</b> .....	<b>9</b>
1.In America: fault principle is reflected by the fact .....	9
2.In German: the theory of primary-face proof and burden of proof transition theory when serious fault caused in diagnosis and treatment .....	10
3.In Japan: Probable Presumption .....	11
4.In France: Dual system .....	11
5.In South Korean: Dual system .....	12
<b>Section 2 reflection of comparison and referential meaning</b> ·····	<b>12</b>
<b>Chapter 3 The allocation principle of medical tort burden of proof in China</b> .....	<b>15</b>
<b>Section 1 Advantage and disadvantage survey on inversion of the Burden of Proof</b> ·····	<b>15</b>
<b>Section 2 The basic type of medical tort and the allocation of burden of proof</b> .....	<b>17</b>
<b>Section 3 The principles of allocating onus probandi in medical tort: ease the burden of proof</b> .....	<b>19</b>
1.Medical technology tort: difference between fault liability and deduced fault	

liability upon some conditions·····	20
2. Medical moral tort; the allocation of burden of proof upon the principles of deducing fault liability·····	23
3. Medical product tort: the allocation of burden of proof upon the principles of deducing fault liability ·····	24
4. Overtreatment and its allocation of burden of proof ·····	25
5. The allocation of burden of proof about medical institution with impunity ·····	25
<b>Section 4 The key word of objective criterion about fault judgement:</b>	
<b>“medical service should be correspond medical resource” ·····</b>	<b>26</b>
<b>Chapter 4 The conceive about consummating the principle of allocating the burden of proof in medical tort ·····</b>	<b>29</b>
<b>Section 1 Establishing rational standard of medical fault ·····</b>	<b>29</b>
<b>Section 2 Improving the current identification system of medical fault ·····</b>	<b>30</b>
<b>Section 3 Introducing expert assessor system ·····</b>	<b>32</b>
<b>Section 4 Allocating causality onus probandi reasonably ·····</b>	<b>33</b>
<b>Section 5 Implementing compulsory Mechanism of Medical Liability Insurance ·····</b>	<b>34</b>
<b>Section 6 Stressing preservation and collection of evidence ·····</b>	<b>35</b>
<b>Concluding remarks ·····</b>	<b>37</b>
<b>References ·····</b>	<b>38</b>

廈門大學博碩

## 引 言

近年来，医疗纠纷已成为社会普遍关注的热点问题，通过诉讼解决医疗纠纷是最公正、有效也最为医患双方所认可的方式，用法律手段公平、合理解决纠纷的前提就是通过立法合理的分配举证责任，因为诉讼的成败在于证据，举证的前提是负有证明的责任。实践中，由于医疗行为的特殊性，医疗侵权定性难，举证难，法院要做出判决更难。特别是在医疗行为是否对患者造成侵权的认定上，如果双方当事人都拿不出有力证据证明自己的主张时，该由谁来承担举证责任、案件如何判决，即医疗侵权诉讼中的举证责任如何分配，这成为法律界、医疗界甚至社会各方关注的热点问题。

民事诉讼中举证责任的分配更被誉为民事诉讼理论“王冠上的明珠”，对于医疗侵权纠纷案件的举证责任如何分配，到底是由患者举证还是由医方举证也一直是社会各界争议的热点，其关系到能否公平合理地解决纠纷、能否妥善处理医患冲突和缓解医患矛盾，因而对于医疗侵权纠纷的举证责任如何分配是民事诉讼法学界研究的一个重点，学生基于此选择了这一课题，试图从法学角度和医学角度来研究医疗侵权纠纷中的举证责任分配，以期对合理分配医患双方举证责任、构建和谐医患关系做出一点贡献。《侵权责任法》确定了医疗侵权引起的侵权诉讼以过错责任原则为主，过错推定责任原则为补充，并在第五十八条中以列举的方式将适用过错推定责任原则的情形限定为三种，为解决医疗纠纷提供了重要的法律依据，将为司法实践提供可操作的认定标准。笔者在全面分析医疗侵权的归责原则与举证责任的基础上，从法理上的价值取向出发，并结合域外美、德、日等国对于医疗侵权纠纷举证责任分配的规定，构建出一套适合我国国情的医疗侵权纠纷举证责任分配体系，对医疗侵权纠纷举证责任制度本身提出了完善之策。这也是当今医患时代对和谐社会的要求，也就是在贯彻民法保护弱者利益的理念与促进医学科学的发展之间求得平衡。

## 第一章 我国医疗侵权举证责任的概述

### 第一节 医疗侵权的概念与特点

从语义学角度看，医疗侵权即是指医患双方因医疗活动而产生的侵权活动。从法律范畴角度看，医疗侵权是医疗纠纷的一种类型，医疗侵权纠纷属于侵权之债，适用侵权责任的相关法律规定，举证责任也参考侵权之债的举证责任规则。产生的是侵权责任，而因身体受到伤害提起的侵权诉讼的诉讼时效是一年，侵权责任不仅赔偿财产损失，还赔偿非财产的人身损失，因而侵权责任较违约责任更为全面，更有利于保护受害人的利益。由于医疗侵权纠纷中采用的就是侵权责任承担方式，因而为了更加保护受者患者的利益，在实践中，对医疗纠纷多定论为侵权性质的纠纷，本文主要研究的也是医疗侵权纠纷的举证责任相关问题。医疗侵权纠纷是指因医方的医疗活动对患方产生的生命、身体、健康损害而形成的侵权纠纷。

医疗侵权具有较一般侵权行为特殊之处，其特点表现为以下三方面：第一，主观过错不同。医疗行为的最终目的是为了保障患者生命健康权，医生的医疗侵权行为是基于客观上的疏忽，而非主观上的故意。因此医疗侵权行为只能是法律规定的过失行为，与一般人身侵权行为中含有主观故意有着本质区别。第二，行为性质不同。医学是一门探索性学科，本身存在技术缺陷，这是医疗服务行业区别于其他服务行业的一个重要特征，当代医学为患者所提供的医疗服务中，有相当部分属于“缺陷服务”，并且随着技术发展和医学进步，缺陷服务在所有医疗服务中所占的数量越来越大，所占的比重越来越大。现有的医疗技术均具有双刃剑的特点，有相当部分属于“缺陷服务”，也是一种伤害性的治疗手段，但却可以实现部分治愈疾患的目的。许多患者不能等待需要治疗，所以社会接受这种缺陷医疗技术，即所谓的“两害取其轻”这一特别原则。<sup>①</sup>而这一点正是医疗诊疗行为区别于所有其他领域的“特殊性”所在，也是我们认为医疗法律关系区别于所有其他法律关系的特殊性所在。第三，法律因果关系不同。医疗诊疗过程受医学发展水平、医疗技术的局限、患者自身体质因素、

<sup>①</sup> 郑雪倩，刘宇，韩茵. 医疗侵权的归责与举证[J]. 中国医院, 2009, 13(7):2-3.

疾病复杂、多样性等多种因素影响，因此，在目前医学科学的条件下，即便是有丰富经验的医学专家团，准确恰当的评估和认定某些医疗后果是否存在法律因果关系，往往都是十分困难的。

因此医疗侵权行为的特殊性与一般人身侵权不同，也与《民法通则》中规定的特殊侵权是不同的，不能简单照搬其中规定的特殊侵权的归责原则和所适用的举证责任分配方法。

## 第二节 医疗侵权的举证责任与归责原则

### 一、侵权归责原则的含义与学术观点

医疗侵权责任的归责原则，是指确定医疗机构承担医疗侵权责任的一般准则，是在受害患者的人身侵权事实已经发生的情况下，为确定医疗机构对自己的医疗行为所造成的侵权是否需要承担赔偿责任的准则。广而言之，侵权责任归责原则是侵权行为法的统帅和灵魂，是侵权行为法理论的核心。归责是行为人因其行为和物件致他人侵权的事实发生后，应依何种根据使其负责。此种根据体现了法律的价值判断，即法律应以行为人的过错还是以已发生的侵权结果为价值判断标准，抑或以公平考虑等作为价值判断标准，而使行为人承担侵权责任。归责原则的采用直接影响着侵权诉讼中当事人举证责任的分担，两者关系密不可分。因此在论及举证责任前，有必要对归责原则作一个简要阐述。在我国民法学界，对于医疗侵权责任适用何种归责原则的意见，主要有以下三种立场：

#### （一）过错责任原则说

过错责任又称过失责任，是指以行为人的过错作为归责的根据和最终要件，并依据过错的程度确定行为人的责任范围和形式。过错责任是在否定根据侵权事实归责的结果责任原则基础上形成和发展起来的。这种学说认为，医疗侵权责任的归责原则同样是过错责任原则，尽管其过错的认定，多数采取过错推定的方式，但由于过错推定并不是一个归责原则，而是上述过错责任原则下的一种证据法则，不是固有的实体法原理。因此，我国医疗侵权责任的归责原则并不是过错推定原则，而是过错责任原则。德国学者耶林曾经指出：“使人

担负侵权赔偿的，不是因为有侵权，而是因为有过失。其道理就如同化学上的原则，使蜡烛燃烧的不是光，而是氧气一样浅显明白。”

### （二）过错推定原则说

过错推定又谓过失推定，是指在侵权事实发生后，基于某种客观事实或条件而推定行为人具有过失，从而减轻或者免除受害人对过失的举证责任，并由被推定者负担证明自己没有过失的规则。该学说认为，过错推定原则不同于过错责任原则，是一个独立的归责原则，独立调整一些侵权行为类型，医疗侵权责任就是其中的一种。医疗侵权责任的归责原则具有特殊性，即不适用过错责任原则，而适用过错推定原则。其特点在于，其侵权责任构成的其他三个要件，即医疗行为的违法性、侵权事实和因果关系，是由受害者一方承担举证责任，而医疗过失要件要由法官进行推定，患者一方无须举证，医疗机构如果认为自己没有过错，则应自己举证，能够证明自己没有过错的，免除其赔偿责任，反之则应当成立侵权责任。

### （三）综合说

此学说认为，医疗侵权责任的归责原则并非实行单一的归责原则，而是二元的或者三元的归责原则体系，如同侵权行为法的侵权归责原则体系一样。对于一般的医疗侵权责任，应当适用过错责任原则；对于特殊的医疗侵权，则适用过错推定原则；而对于输血感染艾滋病病毒等医疗侵权责任，应当适用无过失责任原则。<sup>①</sup>

## 二、医疗侵权举证责任的含义与立法规定

所谓举证责任是当事人对诉讼中提出的事实主张提供证据加以证明并在不能证明时承担不利后果的责任。举证责任是民事证据制度中的核心主题，有关举证责任含义争议已久，在当前我国诉讼理论界，主要有三种学说：一是行为责任说，该说认为举证责任是指当事人提供证据的责任，是从主观意义讲的；二是结果责任说，该说认为举证责任是指当事人就其主张的待证事实处于真伪不明时所承担的不利诉讼结果，这是从客观意义讲的；三是双重含义说，该说认为举证责任应当包括行为意义上的责任和结果意义上的责任，即主观证明责任和客观证明责任，前者指当事人对其主张的事实负有提供证据证明的责任，

<sup>①</sup>王成. 论医疗侵权侵权行为归责原则的配置[J]. 证据科学, 2009, 17(3): 305-315.

后者指当案件事实处于真伪不明状态时，主张该事实的当事人就要承担相应的不利诉讼结果。举证责任的含义由起初的行为责任发展到现在的结果责任，经历了一个不断深化的过程。行为责任重在何人必须提供证据的问题。法院审理具体案件时，必然要确定本案诉讼应由哪一方当事人负责提出证据，应提出证据而不提出之人，其诉讼无证据支持其主张，应受败诉判决。结果责任重点在于当事人双方虽均以尽力提出证据，但法官仍然无法判断待证事实之真相，或由于当事人双方均提不出证据，致待证事实真伪不明的场合，法官应判决何方当事人败诉的问题。笔者认为医疗侵权纠纷中的举证责任是主观责任和客观责任的统一，承担举证责任的一方既要提供证据，也要承担举证不能即案件事实真伪不明的败诉后果。关于医疗侵权举证责任如何分配，我国司法实践中基本做法的立法依据有：

#### （一）最高人民法院之规定

2001年12月21日公布、2002年4月1日实施的最高人民法院《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）款明确规定，对医疗侵权纠纷的过错要件和因果关系要件进行推定，实行举证责任倒置，患者不必举证证明医疗机构的过失和因果关系，而由医疗机构举证证明自己没有过失以及医疗行为与侵权后果之间没有因果关系。据此，在全国法院对医疗侵权责任实行过错推定原则，患者起诉，只需证明医疗机构的行为具有违法性、就医期间造成人身侵权即可，其他的举证责任统由医疗机构一方负担。

#### （二）《侵权责任法》之明确规定

2009年12月26日，第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议审议通过了《侵权责任法》。《侵权责任法》对医疗侵权纠纷的举证责任做出了与《证据规定》之举证责任倒置截然不同的规定，新规定表现在第五十四条与五十八条，首先，它规定医疗侵权纠纷实行过错责任原则，由患者举证医疗机构及其医务人员有过错，这与《证据规定》中的过错推定责任原则形成了鲜明对比，过错责任原则要求患者举证，这样一下子又回到了2002年《证据规定》出台之前的由患者举证过错原则。其次，它在规定过错责任为原则之余，还规定有条件的适用过错推定责任原则，为解决患者某些时候举证困难问题，立法做出了弥补性规定，在法定三种情况下即“违反法律、行政法规、规章以及其

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

廈門大學博碩