

新时期

医疗事故综合防范 与处理实务全书

本书编写组编

中医古籍出版社

新时期医疗事故 综合防范与处理实务全书

本书编写组编

(中)

中医古籍出版社

第四节 医疗事故诉讼中应注意的几个问题

一、医疗事故诉讼的常见原因

医疗纠纷发生后,直接起诉到法院的非常少见,这不仅因为法院对于未经鉴定的纠纷一般不予受理,而且因为医患双方常常就纠纷的赔偿问题进行协商,以图通过“私了”方式解决纠纷。现实生活中也确实有相当一部分纠纷通过“私了”解决了,因此并未导致诉讼。真正走诉讼程序的,是那部分“私了”未达成一致或者根本未进行私下协商的医疗纠纷。医疗纠纷导致诉讼的常见原因有:

(一) 因医德医风导致诉讼

目前的医疗纠纷有相当一部分是由于医德医风问题引起。与技术原因所致的医疗纠纷不同,这种医疗纠纷常使患方气愤不已,对医方的所作所为无法原谅,所以诉诸法律者比较多见。患方打这种官司的目的,往往并不是为了钱,而主要是为了“出口气”,是为了让某些医务人员的道德行为或不正之风曝曝光。而私下和解达不到这个目的,于是患方常采用诉讼的方式。还有的患者不仅向法院提起诉讼,而且还将这些医德医风问题诉诸舆论部门,通过电视、广播、报纸等新闻媒介将某些医务人员的丑行公诸于众,以求扩大影响面。

这种诉讼的特点是,医方对患方身体上的伤害往往并不大,经鉴定也多数不是事故,但是由于医方的行为使患方精神上受到了一定程度的伤害,所以患方往往提出精神损害赔偿。

(二) 因非法行医导致诉讼

非法行医一般分两种情况,一种是行医者具备执业条件,但由于某种原因而并未办理营业执照,另一种是行医者既无医学专业知识,又无从事医疗工作的实际经验,纯属借行医骗钱的江湖骗子。这两种情况下造成病人死亡或使病人的健康受到损害的,不适用《医疗事故处理条例》的规定,而应该按照民法上的损害赔偿处理。因为民事损害赔偿的数额远高于《医疗事故处理条例》规定的补偿额,所以深谙此区别的患方往往直接起诉到法院。另外,非法行医者造成病人死亡或身体健康严重受损的,要按过失伤害或过失致人死亡处理,较之重大医疗事故的主要责任者更易被追究刑事责任。所以,通过诉讼程序处理的非法行医案也就更多。

非法行医者与病人发生医疗纠纷后,易于诉诸法律的另一个原因是,按国务院有关文件的规定,对无证行医的单位,各地区医疗事故专家鉴定组不予进行鉴定。这一“不予鉴定”表面上对患方不利,但事实上,正是这“不予鉴定”使得患方的合法权益得到了很好的保护。由于专家鉴定组的人选是由卫生行政部门提名的,且提名的范围又是本地区各医院的医生,所以专家鉴定组常对医院一方有不同程度的偏袒,所得出的鉴定结论也多数对患方不利。而这一不予鉴定,正好为患方消除了这一不利因素。所以,受到非法行医者伤害的患者,更愿意通过诉讼解决纠纷。而与此同时,法律对非法行医所导致的医疗纠纷几

乎百分之百地受理,从而进一步加大了此类案件的诉讼率。

(三) 私人诊所或私立医院的医疗诉讼

私人诊所虽然在法律上的地位和国立医院是平等的,但在患者的心目中,二者的区别却相当大。一个人与国立医院发生了医疗纠纷,他可能忍气吞声,不敢诉诸法律;而倘若是私人诊所对他的身体造成了伤害,哪怕是伤害并没有国立医院的伤害重,他也会据理力争诉诸法律的。患方之所以对两种医疗机构采取如此不同的态度,原因大致有以下几点:

(1) 私立医院或私人诊所没有国立医院尤其是大医院的显赫名声和地位。大医院的名声地位以及某些社会背景,往往令患方望而生畏,敢怒而不敢言。即使是非打不可的官司,也是小心谨慎,斟酌再三的。而对私人诊所,他们则没有这些顾虑,一有纠纷就上法院,毫不犹豫。

(2) 私人诊所没有“合同医院”的缘故。由于我国目前仍然实行公费医疗制度,每个国王医院都有一批医疗合同单位。这些合同单位的职工生了病,必须到其合同医院就医,否则便无法享受到公费医疗的待遇。所以,这些职工怕以后来看病时受到冷遇,即使和医院有了纠纷也多是默默忍受,不敢诉诸法律。另外,由于受理本地区医疗纠纷的法院,其合同医院往往也是与患者发生纠纷的医院,某些审判人员为自己将来就医方便,也尽可能不得罪合同医院。于是,法律的天平就常常偏向作为被告的医院一方,患方的合理要求往往得不到实现,诉诸法律的积极性自然要大大受挫。而私立医院则无“合同医院”一说,患者诉诸法律自然又少了一份后顾之忧。

(3) 法院判决私立医院的赔偿额往往要高于国立医院。虽然从道理上讲,医疗事故的赔偿标准不应因为医疗机构性质的不同而不同,私立医院应当与国立医院一样。但在实践中,往往并不是这样。有些法官认为私立医院、私人诊所收费高就该赔的多。也有的法官从保证国立医院的正常医疗活动着想,可赔可不赔的就不赔,可多赔可少赔的就少赔。而对私立医院或私人诊所则该赔多少就赔多少,严格按原则办事,没有钱就破产赔偿。由于私立医院或私人诊所发生医疗事故时,患方往往可以获得比较合理的赔偿,从而激发了患方诉诸法律的积极性。

以上三个原因决定了私立医院或私人诊所发生纠纷时多易导致诉讼。

(四) 因私下和解时补偿额过少导致的诉讼

以前,医院出了医疗事故后,对患方的补偿标准仍然是参照 1987 年国务院颁布的《医疗事故处理办法》,补偿额明显偏低,患方认为补偿额较之他们所受的伤害程度相差甚远,所以常起诉到法院。法院对此类案件的赔偿数额一般要比原《办法》规定的数额为高,赔偿的范围也较宽,包括医药费、营养费、交通费、误工损失等等,通常是参照民法的有关规定确定赔偿范围和数额。即使仍依原《办法》进行赔偿,也是考虑到 10 年前物价和如今物价的差距,合理地提高赔偿数额,有时甚至高出几倍、十几倍。

另外,对于不属于医疗事故的医疗差错之类,按原《办法》是没有经济补偿的,而这类案件诉诸法律后,则多数可以获得赔偿,所以因医疗差错而诉诸法律者时有发生。而且由于某些医疗事故技术鉴定委员会常采用大事化小、小事化了的态度,明明是事故却只定成差错,导致医疗差错案在医疗纠纷中占有相当的比例。差错案绝对数量的增加和差错案只有诉诸法律才可能获赔的事实,进一步导致了医疗纠纷诉讼案的增加。

（五）因对鉴定不服而提起诉讼

《医疗事故处理条例》规定：“病员及其家属和医疗单位对医疗事故或事件的确认和处理有争议时，可提请当地医疗事故专家鉴定组进行鉴定，由卫生行政部门处理。对医疗事故专家鉴定组所作的结论或者卫生行政部门所作的处理不服的，病员及其家属和医疗单位均可在接到结论或者处理通知之日起15日内，向上一级医疗事故专家鉴定组申请重新鉴定或者向上一级卫生行政部门申请复议；也可以直接向人民法院起诉”。

由上述条款可知，对鉴定不服的既可以申请重新鉴定，也可以直接向法院起诉。由于专家鉴定组的鉴定通常是倾向于医院，对此不服的绝大多数是患方。患方明知申请复议或重新鉴定对自己有利的可能性不会太大，因此绝大多数都选择了直接去法院起诉。这就使实践中这类因对鉴定结论不服而导致的诉讼在医疗纠纷中占有相当大的比例。加之有些法院对没有经过鉴定的医疗纠纷不予受理，于是就产生了这样的现象，在某些法院内，几乎百分之百的医疗纠纷诉讼都是因对鉴定结论不服才被法院受理。

二、医疗诉讼的证据和证人

（一）医疗诉讼的证据

由于绝大部分的病案材料都由医院保管，所以，患者在医疗纠纷发生后，想要通过病案材料取得有利于自己的证据，实在是难上加难。这就要求患方从医院就诊时开始，就注意保留和收集自己所能拿到的任何证据，以备后患。通常情况下，医疗诉讼需要以下几方面的证据：

1. 门诊及住院病历

门诊病历是患者来医院就诊时最原始的证据材料，上面记载病人的主诉、医生的查体、诊断及最后的处理意见等。从该病历手册中，可以看出病人来医院就诊的主要原因，来院时的基本病情，以及医生对患者进行了哪些检查处置等等。该询问的病史没有询问；该做的检查项目没有做；该诊断出来的疾病没有诊断出来；以及该进行的治疗没有进行或治疗错误，都属医生的过失。只有掌握了这些过失的证据，患方才能在医疗诉讼中立于不败之地。

至于住院病历，由于平时都由医院保管，除非有特殊检查时，患方才可能拿到，所以，一般情况下，要想取得住院病历中的证据，对患方来说难度较大。

2. 化验单及各类检查结果

化验单以及各辅助科室的检查结果（包括心电图、脑电图、B超结果、X片等）均是来院就医时患者病情的原始依据。这些依据是医生诊断的重要参考资料。对这些资料反映出来的异常情况未予以重视，或虽已注意到，但因技术原因，未能将此异常指标和病人所患疾病联系起来，造成漏诊或误诊的，均属医疗失误。

另外，患者来医院就医是为了解除病痛，如果来院之初的化验结果并未出现某项异常，而经过一段时间的住院治疗后，反倒出现了该项检查结果的异常，而根据医学常识，该项异常又并非病人本身疾病所致，那么医院对此就该承担责任。如：某病人因急腹症被收住院，入院前门诊化验肝功正常，澳抗（-）。患者住了一个月院后准备出院，可一化验，肝功出了问题，澳抗变成了（+），几项肝功指标也都出现了不同程度的异常，诊断

为丙型肝炎。患者咨询了有关专家,得知丙型肝炎多数是经血行传染的,而该院在给病人做急腹症手术时,又恰恰输过血,所以高度怀疑是所输血液中含有丙肝病毒。医院为逃避责任销毁了病人入院前在门诊查的肝功化验单,辩称该病人来院时已感染了丙肝病毒,因来院时是急腹症,所以医院没有来得及查肝功。没有肝功正常的化验单便无法证明患者是因术中输血感染上了丙肝。病人称他人入院前查过肝功,结果全部正常,并拿出了化验单复印件。原来,家属在将门诊病历和化验单交给住院医之前,就把所有的资料全部复印了一份。证据确凿,医院不得不承认了自己的失误。

通常情况下,人们比较重视有异常的化验单和检查结果,而对于结果正常的化验单等则一般认为保留的意义不大,所以在给医生看过之后往往就随手扔掉了。而本案的病人家属却是个有心人,他不仅复印了病历,而且复印了结果正常的化验单,才使得他在这场医疗纠纷中取得了胜利。

妥善地保管好一切病案材料,并在纠纷发生时如实地提供所有材料,本是医院的职责。然而在医德滑坡的今天,像上例那样的医院不在少数。所以,为使自己的合法权益得到有效的保护,患者必须处处留心,注意保存好一切就医材料,使自己在可能发生的医疗纠纷中立于不败之地。

3. 处方、药品及药品包装袋

由于用错药、发错药而发生的医疗纠纷虽然在整个医疗纠纷中所占比例不大,但其后果往往是非常严重的。有的患者因吃错了药而加重了病情,有的则命赴黄泉。对于这样严重的医疗事故,医院是应当承担责任的。然而,如果患者手里没有证据,让医院承担责任恐怕就不是一件容易的事了。取得这种证据的可靠方法是留好处方笺的底方(或复印件)、剩余药液及药品包装袋。处方可以证明医生是否用错了药,而剩余药品及包装袋则用于医生没开错药而药房发错了药的情况下。

4. 手术中的切除组织

一般情况下,手术过程中或手术结束后,术者都要把术中切除的组织展示给病人或家属过目。由于所切除的多是病变或受伤的组织,在外观上使人产生不愉快的感觉,所以很多患者或家属往往并不细看,再加上家属中多是外行,对究竟是否该切并不清楚,所以术后的过目多数情况下只是走过场。事实上,这一切除组织是医疗纠纷中最直接最重要的证据。国外有些人非常重视这一证据的保存问题。甚至在术前专门准备了一个器皿来装切除组织,并像对待纪念品一样,将此类器官或组织长期保存下去。和这些外国人比起来,我国公民的证据意识显然太淡薄了,而某些医院正是利用了多数患者的这一疏忽,掩盖了其术中出现的某些失误。如有些医生切除了不该切的组织之后,怕患者家属中一旦有位内行,看出破绽,所以索性不向患方出示这一切除组织,遇到患方索要时,就推说顺手扔掉了或做病理解剖了。而家属也多不追究。偶尔遇到一位坚持索要的,就张冠李戴,随便找一个从其他病人身上取下的病变组织蒙骗患方。在这种情况下,如果患方有所警觉,只要拿走这一组织,做一下血型或其他方面的鉴定,就可以弄清到底是否自己的组织。可遗憾的是很多患者既无此警惕,也不懂得这些医学常识,所以医生的失误也就蒙混过去了。

术中切除组织的索取和保存是获得术中失误证据的主要渠道,患者若想在术中医疗纠纷诉讼中获胜,非对此给予重视不可。

5. 输血、输液反应的剩余液

因输血、输液反应而发生的医疗纠纷在实践中占有相当大的比例。这种纠纷最重要的证据就是剩余液，所以患方在输血或输液反应发生后，应注意保存静脉点滴剩余液和剩余的血液。即使所剩无几，甚至仅剩个空瓶时也不能放弃。由于输液反应发生的速度往往非常快，患方没有思想准备，精神上极度紧张，只顾照看病人而忘了证据的保存问题。某些医务人员为了掩盖自己的失误，常趁此混乱之机，将输液瓶取走，将剩余液体冲洗干净，使这起输液反应无据可查。患方明知医院有失误，可是口说无凭，到头来，自己的合法权益仍然无法得到保护。所以，保存好输血、输液反应的剩余液，对于输液反应纠纷是至关重要的。

6. 死者尸体

对于死亡医疗纠纷而言，尸体是最有力的证据。然而，患方却常常忽略了这一点。亲人死了，家属们明知医院有责任，却想先办完了后事再和医院打官司。殊不知尸体一经火化，很多证据也就随之消灭，其余的病历资料又都在医院手里。而医院知道尸体火化后已无对证，篡改病历也就没有了后顾之忧，患方明知病历被篡改了，却因为没有了证据而无法诉诸法律。

由于尸证对于死亡医疗纠纷的重要，所以有些医院在尸体火化之前，往往对患方百般安慰，尽量照顾，甚至态度诚恳地承认医院有一定的过失，并允诺给予患方一定程度的补偿。可尸体一经火化，医方则马上换了一副面孔，已承认的过错重新推翻，尸体火化前答应条件也想赖账。患方催急了，医方就提出上法院。可尸体已经火化，患方已丧失了最有力的证据，何以上法院？所以患方除后悔之外，对医院已毫无办法。

另外，有些患方受传统习俗的影响，不愿意接受尸体解剖。尤其当患者是自己的长辈时，就更把解剖尸体当作大逆不道的不孝之事。而有些医院正是利用了家属这种“死要全尸”的旧观念，来掩盖一些医疗事故的。通常情况下，对于“死因不明”者，要想明确医院是否应负责任，“尸检”是必不可少的。由于尸检为“死因不明”者所必须，所以有的医院对于某些基本上可以明确诊断，甚至很明显是因医务人员过失造成死亡的事故也冠以“死因不明”，由于在“死因不明”时只有经尸检才能确定其是否属于事故，而实践中很多家属又不同意尸检，于是很多事故也就因此而不了了之。事实上，以处理事故责任者的实际行动来告慰死者的在天之灵，才是真正的孝道。所以，家属应当冲破旧思想的束缚，在不经尸检就无法明确死因的情况下，果断地接受尸检，以查清医院到底该对患者的死亡有什么责任，取得充分的证据材料，为以后的医疗诉讼奠定基础。

（二）医疗诉讼证人

证人出庭作证是法律赋予公民的一种法律义务。只要是了解有关案情的人，都应依照人民法院的传唤出庭提供证言。

那么，哪些人可以出庭作为证人呢？我国《民事诉讼法》第70条规定：“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。不能正确表达意志的人，不能作证。”根据上述规定，可以出庭作证的人必须是本案以外的人，又必须是知道案件情况的单位和个人。可见，证人的范围是：案外人，了解情况的法人（组织）和公民个人。

一般来讲，具有民事行为能力是证人必须具备的条件，没有民事行为能力的人一般不

能作为证人。因为证人也是民事诉讼法律关系的主体，他要接受人民法院的通知出庭作证，享有一定的诉讼权利，也要履行法律规定的诉讼义务，要实事求是地陈述自己了解的案件事实，不得作伪证。因而，证人只有具有民事行为能力，他的行为才具有法律意义，他提供的证言才能作为人民法院定案的根据。

《民事诉讼法》规定：“不能正确表达意志的人，不能作证。”那么，不能正确表达意志的人包括哪些人呢？根据《民法通则》规定，不满10周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无行为能力人，可以视为不能正确表达意志的人，他们不能出庭作证。因为这些人或因年龄小、智力发育水平尚低，或因精神上的严重障碍，如精神病患者、白痴等，他们对事物缺乏理解和判断能力，也不能理解自己行为的法律后果，法律规定这些人是无民事行为能力人，也就不能作为证人参加民事诉讼活动。但是，生理上有某些缺陷，不影响正常感知和表述特征事实的人，仍然可以作为证人。例如，盲人只是看不见，但他可以证明亲耳听见的事实；聋哑人可以用哑语或文字、符号表述他所目睹案件的事实；儿童能否作为证人，要视其智力发育程度和待证事实的复杂程度确定，对于与某一儿童理解能力和表达能力相适应的案件事实，该儿童是可以作证的。

诉讼代理人不能兼作证人。诉讼代理人不能作为自己所代理案件的证人，如果诉讼代理人了解案件的重要事实，必须出庭作证，也可以允许其作为证人出庭作证，但应通知被代理人终止这种诉讼代理关系。因为，作为证人陈述的事实可能和诉讼代理人的身份相矛盾，影响其证言的真实性和可靠性。

与当事人有身份关系的人可以作证，但对证人的证言要多加分析。《民事诉讼法》规定，凡是知道案件情况的人都有义务出庭作证，不能因为这些人于当事人有某种特殊关系，就不允许他们作证。但是，也应看到，他们同当事人有着某种特殊关系，在作证时也可能故意夸大或缩小事实，偏袒一方，甚至可能故意作伪证。因此，在审查判断证据时，对这些人的证言，要特别注意审查，辨别真伪。

在医疗民事官司中，证人的权利是：

- (1) 出庭作证，有使用本民族语言文字陈述的权利。
- (2) 有要求查阅、宣读或修改询问笔录的权利。
- (3) 有向有关当事人要求偿付出庭作证的差旅费和误工报酬的权利。

证人的义务有两项：

(1) 证人依法出庭作证是一种法律义务。只要接到人民法院的正式传唤，就必须到庭，不允许以种种理由或借口不到庭；

(2) 证人出庭作证必须据实陈述，这也是一种法律义务。证人出庭如实作证，乃至当面与当事人质证，据实陈述自己所了解的案件事实，不允许持有偏见、胡编乱造、随意夸大或缩小事实。如果证人故意隐瞒或故意作伪证，必须依法承担相应的法律责任。

三、医疗官司中的律师

(一) 律师的聘请

在打医疗民事官司中，一般情况下，都由当事人自己亲自参加诉讼活动，依法行使诉讼权利，履行诉讼义务。但有时，民事诉讼当事人不便进行诉讼，或者为了得到他人给予

法律上的帮助,更好地维护自己的合法权益,可以聘请律师作为诉讼代理人,代替自己进行特定的诉讼行为。

《民事诉讼法》第58条规定:“当事人、法定代理人可以委托1~2人作为诉讼代理人。律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民,都可以被委托为诉讼代理人。”《民事诉讼法》这一规定,说明当事人、法定代理人可以委托1~2人代为诉讼,但不得超过两人。这样有利于委托人行使代理权,有利于人民法院维护诉讼秩序,保障诉讼顺利进行。

其中,律师是委托代理人之一,因此,医疗民事诉讼当事人可以聘请律师作为诉讼代理人。

律师是国家的法律工作者,与其他诉讼代理人相比,他们有娴熟的法律知识和技巧。在民事诉讼中,他们能够正确解释法律,帮助诉讼当事人正确理解其诉讼权利和义务的意义,选择正确的诉讼行为,对于审判机关的不当诉讼行为,能及时发现并提出纠正意见。在律师的帮助下,诉讼当事人的民事权益会得到应有的尊重与保护。

诉讼当事人怎样聘请律师呢?一般来讲,可以通过亲朋好友的介绍找到律师,也可以直接到律师事务所或法律咨询服务部门等单位聘请律师。这些单位都有律师值班,接待诉讼当事人。

当事人聘请律师作为诉讼代理人,是一种委托代理法律关系。也就是说,律师作为委托代理人是受当事人、第三人、法定代表人、诉讼代表人、法定代理人的委托代为诉讼的。它具有以下特点:

(1) 代理人的代理权是委托人授权产生的。这是区别于法定代理人、指定代理人的重要标志。

(2) 代理权限范围和事项,一般都由委托人来决定。

(3) 必须向人民法院提交授权委托书。授权委托书是委托和接受委托的证明文书,是委托代理人代理诉讼行为的依据。因此,委托代理人在代理诉讼时,必须提交授权委托书。

委托代理是一种双方法律行为,被代理人提出委托,代理人接受委托,双方合意,委托代理关系才能成立。因此,当事人找到律师后,就应向律师提出委托事项和代理权限范围,经过双方交谈同意后,随即在律师事务所办理授权委托书,并交纳一定的诉讼代理费。授权委托书必须证明委托事项和权限,以证明委托行为是真实的、合法的。律师在法院开庭审理前必须向人民法院提交由委托人签字或盖章的授权委托书。

委托代理因代理权限的不同,可以分为两种:即一般委托代理和特别委托代理。一般委托代理的代理人(律师)只能代理被代理人的诉讼行为,而无权处分诉讼权利和实体权利;特别委托代理除代理被代理人的诉讼行为外,可以根据被代理人的特别授权处分诉讼权利和实体权利,如代为当事人承认、放弃或者变更诉讼请求,进行和解,提出反诉或者上诉。如果授权委托书只写“全权代理”而无具体授权的,诉讼代理人只享有一般委托代理权限,无权代为承认、放弃、变更诉讼请求,进行和解,提起反诉或者上诉。因此,当事人委托律师作为诉讼代理人,必须在授权委托书上写明委托事项和权限,切忌写得抽象、笼统,如“全权代理”或“部分代理”等等。

（二）医疗诉讼对律师的特殊要求

目前，人们聘请律师的趋势多是奔其“名气”，谁名气大就聘请谁，以为只要聘请了“名律师”，官司就肯定能赢。对于其他类官司而言，这种想法也可能是正确的，但对于医疗纠纷诉讼而言，这种只图律师的名气，而不考虑其是否具有医学专业知识的做法，则必将使胜诉的可能性大大减少。这是由医疗纠纷案本身的专业特点所决定的。

1. 诉前咨询需要律师具有医学专业知识

通常，患方最初找到律师时，只是咨询一下自己的官司该不该打、能不能打。因为他们只是模糊地感觉到医院在诊疗过程中可能有某种过失，但是否真的，或是有哪类过失，患方并不清楚。此时，如果律师具有医学专业知识，则可以从患方的陈述中，发现医院在诊疗过程中的一些失误，从而确定医院在本案中是否应负责任，患者起诉后能否胜诉，会获得多少赔偿等等。反之，如果律师并不具有医学专业知识，则对患方的陈述常常很茫然，最后势必出现两种情况，一种情况是：由于律师不懂医学知识，对于某些明显的失误也不曾发现，所以使得本来胜券在握的案件因为不知医院有失误而未予起诉，白白失去了本来可以获得的赔偿。另一种情况是：医方本无过错，而律师不了解医疗纠纷案件的特殊性和医疗活动的基本特点，仅凭代理其他类型案件的经验，认为医院应当承担责任，于是，盲目地让患方诉诸法律，结果使患方不仅没有获得经济上的赔偿，反而还要自己承担律师费、鉴定费、诉讼费等项额外的费用，给患方带来不应有的损失。所以，欲进行医疗纠纷诉讼的患方在起诉前必须找到一位具有医学知识的律师或其他公民对医疗纠纷案件做一个初步的分析，以决定是否诉诸法律。

通常情况下，责任心比较强的律师在遇到自己并不熟悉的医疗纠纷案件时，往往将该案介绍给具有医学知识的律师或曾代理过此类案件的公民，让患者找这些“内行”代理此案。与此相反，极少数责任心不强的律师为了捞钱不择手段，明知自己不能胜任此案却硬要“打肿脸充胖子”，结果因不懂医，既无法看懂病历，又无法对鉴定中的问题提出有利于当事人的观点，最后导致诉讼的失败。所以，当患方发现自己所咨询的律师是位并无医学知识的外行，但却口口声声说能打赢这场官司时，应果断地回绝他的“盛情”，而去另找一位具有医学知识的“内行”来代理这场医疗官司。

2. 病历资料的查阅需要律师是“内行”

查阅病历资料是医疗纠纷案件取得证据的关键步骤，只有走好了这一步，医疗纠纷案件的胜诉才有了基础。而这一步的顺利进行，则要求律师必须具有医学专业知识，否则，即使很多的证据摆在面前，律师也不认识，那么此案的胜诉也将无从谈起。当然，如果患者本人或其家属有一定的医学知识，或是其已拿到了一定的证据，那么律师的工作将轻松许多，但实践中，这样的事并不多见，所以，就要求律师一切从头做起。

笔者曾代理过这样一起医疗纠纷，第一次与委托人见面时，委托人仅提出其父死的太突然，怀疑医院有诊疗失误。但具体的证据却一无所有。死者是位 70 多岁的老人，因身患多种疾病，在这种情况下死亡是随时可能发生的，仅凭怀疑就起诉，实在太盲目。所以，笔者只好答应待看过病历再确定如何处理此案。次日，笔者来到当事医院查阅病历，发现医院已对患方有所准备。在死亡原因上，医生强调患者是因晚饭时吃了一个鸡腿后才导致的病情突然变化，以致最后抢救无效死亡。由于死者患有“高血压”和“冠状动脉粥样硬化性心脏病”及“心力衰竭Ⅲ级”等多种心血管疾病，过量的高脂肪、高蛋白饮食的

确可以使病情加重。而该鸡腿又是死者儿子送来的。所以医院强调此点的目的，无非是想把责任推给患方，并以此洗清自己。殊不知，这倒提醒了笔者去查阅长期医嘱。因为对于住院病人，医生应该在“长期医嘱”一栏写上“普食”“流食”“低蛋白饮食”“低盐饮食”等饮食注意事项的。对该病例而言，如果医生已经在长期医嘱中告知病人应“低蛋白饮食”（通常医生只须将此医嘱写在病历上，具体告知之事由护士去做），而患方依然要进食高蛋白，则由此产生的后果患者自己负责，但若医方忽略了此项医嘱，则责任应由医生负。查阅的结果是：医生并未下此项医嘱。再询问家属：医生是否口头说过应注意“低蛋白饮食”，家属均说未曾听说过。那么，医院的责任就显而易见了。继续查阅，又发现了新的问题，即尿量过少的问题。由于患者还患有前列腺肥大，因而常有排尿困难。再加上不习惯卧床排尿的因素，排尿量少是自然的。但是，从当天的液体进入量来看，病人体内的尿量一定远不止这些。经询问患者家属，果然证实患者死前一直高喊“要撒尿”！家属知道病人平时就排尿困难，提出让医生想办法。可医生却认为病人已意识不清，是在说“胡话”，并不是真的要排尿，所以一直没有采取任何的导尿措施。病人晚饭时已进食大量的液体（面片汤），饭后又开始输液，体内液体大量蓄积而无法排出，势必增加心脏负担；病人有尿排不出，紧张、焦急、烦躁，血压必然上升，从而增加了脑血管破裂的机率。所以，病人无论是死于“心力衰竭”还是“脑血管意外”（这两个死因是医院确认的），医院的“未予导尿”都是造成病人死亡的直接原因，因此医院必须对患者的死负责。医院见拿到了他们这么致命的证据，知道诉诸法律必输无疑，舆论曝光对医院的影响更大，于是赶忙提出赔偿方案，使本案很快得到了妥善解决。

3. 鉴定前的陈述需要律师具有医学知识

无论哪类案件，律师的及早介入对于委托人来说都是大有好处的。而对于医疗纠纷案来说，这种好处就更加明显。这是因为医疗纠纷的诉前鉴定对于案件的胜负意义重大，而具有医学知识的律师在鉴定前介入将对鉴定起到相当大的影响作用。

作为患方的代理人，笔者曾多次参加鉴定组的会前陈述工作，因此，对于患方非常需要一个具有医学知识的人为其申张正义之事感受颇深。一般情况下，医疗事故专家鉴定组正式鉴定之前，除了查阅有关的病历资料之外，还要听取医患双方的陈述。但由于时间有限，这种陈述被规定为几分钟或者十几分钟。双方各自只能在规定的时间内陈述，超过时间则进入下一个程序，自己的意见再重要也无机会表达。医方从事陈述的，多是本学科的专家学者，能够抓住案件的关键问题，在限定的时间内把自己的理由表达充分。而患方由于不具备专业知识，根本无法抓住重点，加上有些患者受到伤害后情绪异常激动，常常说一些冲动性的、与鉴定无关的语言，白白浪费了宝贵的时间。

此外，鉴定前还有两个必须程序，一个是医患双方的辩论程序，另一个是医患双方回答专家提问的程序。和会前陈述程序相比，这两个程序对不具备医学知识的患方来说，难度就更大了。因为会前陈述往往还可以提前请某位医务人员为自己准备好发言稿，届时照稿宣读就可以了。可后两个程序则只能靠自己的现场发挥。对于不具备医学知识的患方来说，自己的每句话都可能在不知不觉中被医方抓住，成为对医方有利的证据。所以，找一位具有医学知识的律师为其代理这一切，实乃患方胜诉所必须。

4. 开庭审理要求律师不能是“外行”

作为律师，法律知识很重要，但是作为代理医疗纠纷的律师而言，医学知识则比法律

知识更重要。这一结论，仅从医方出庭时的阵容即可得到证实。

一般情况下，医方出庭的人员，除了律师之外，是必有一名医务人员的。有时甚至挤掉了律师，而将有限的两个代理人的名额全部给予医务人员。有人以为医院可能出于经济上的原因而不愿聘请律师，事实上，现在几乎所有的医院都有自己的常年法律顾问，负责医院所有的法律问题。有了案件，根本不必再去聘请其他律师。之所以不让自己的法律顾问出庭，完全是因为医务界的“内行”在这类案件的审理过程中所起的作用将超过律师（当然，律师若同时具有医学知识则另当别论）。这是因为医疗纠纷作为一种技术性很强的案件，其审理过程中常发生一些与其他类案件完全不同的情况。在一般的民事或经济案件中，法官处于绝对的主导地位，原被告任何一方的强词夺理都无法迷惑法官，法官运用自己掌握的法律知识和审判经验，可以随时调整航向，以避免任何一方将案件的审理引入歧途。而在医疗纠纷案件的审理过程中，由于法官和患者一样，通常是医学上的“外行”，所以，整个法庭实质上就被医方这一惟一的技术权威所独家垄断。医方说的医学理论，“行话”“术语”，患者不懂，法官也不懂。因为不懂，患方就无法反驳，而法官也就只能听信医方的一面之词，最终造成了医方主宰了审判，法院只能被医方牵着鼻子走的局面。这种局面带给患方的只能是诉讼的失败。所以，患方要想在医疗纠纷诉讼中获胜，就要聘请一位具有医学知识的律师与医方的技术力量抗衡，以扭转医方一家垄断审判的局面，为自己讨回公道。

从上述几个方面可以看出，医学知识在医疗纠纷案件的每一阶段都是极为重要的。所以，聘请一位具有医学知识的律师是医疗纠纷案获胜的基本保证。然而，就我国目前的情况而言，同时具有法学和医学两方面知识的律师是为数极少的。患方想在庞大的律师队伍中找到这样一位律师，其难度是可想而知的。在这种情况下，患方不妨聘请一些既具有法律知识，又具有医学知识的公民为其代理医疗纠纷案件。因为按法律规定，任何公民接受了他人的委托之后，都可以以代理人的身份参与民事诉讼。而且在所有的民事诉讼中，公民代理人和代理此案的律师是享有同等权利的。即，具有医学知识的公民不会因不具有律师身份而使患方的合法权益得不到有效的保护；反之，具有律师身份的代理人倒可能因不具有医学知识而使本该胜诉的案件，最后却以失败告终。所以，准备打医疗官司的患者在聘请律师或公民代理人时，务必密切关注“医学知识”这一对案件的胜负起着决定性作用的重要因素，以确保自己的合法权益得到充分有效的保护。

（三）律师的作用

律师接受委托后有以下几方面的职责：

（1）撰写有关法律文书，如起诉书或答辩书等。

（2）了解案情。律师接受当事人委托以后，取得了诉讼代理人的地位，具有了一定的诉讼权利和义务，为了正确履行职责，保护被代理人的合法权益，首要的工作是要了解和熟悉案情。了解和熟悉案情一般需要听取被代理人对案情的详细叙述；查阅案件卷宗材料等。

（3）调解。合理解决当事人之间的纠纷是律师的责任和目的。因此，代理律师在熟悉案情的基础上，应及时掌握促使双方和解的条件和契机，不失时机进行调解或配合法院进行调解。代理律师的调解要查明事实真相、分清责任的基础上进行，不能无原则地和稀泥。调解时，应当对委托人讲述调解的意义及有关法律规定，帮助当事人提出合理要求，

拟定调解方案，促使双方达成和解协议。

(4) 开庭准备。律师在熟悉案情后，如果双方当事人未能达成协议，就要为开庭审理作准备。准备内容包括全面分析研究案件材料，撰写代理词及其他法律文书，以及预测法庭审理中可能出现的问题等。

(5) 参加法庭审理。法庭审理是指法院在完成必要的准备工作之后，在法庭对民事案件进行审查处理等活动。法庭审理一般包括审理开始、法庭调查、法庭辩论、合议庭评议和宣判等。此外，把案情如实地详尽地向律师介绍清楚，不能隐瞒事实真相，更不能用编造的“案情”去欺骗律师。律师听取并研究了案情后，如同意接受委托，要同律师协商并确定代理的事项，代理权限的范围以及代理期限。其中委托权限要具体写明是特别代理（有的叫“全权代理”），还是一般代理（有的叫“部分代理”）。特别代理还要具体写明委托代理哪些权利。例如是否可以和解、让步的最低限度，是否可以全部或部分承诺，或放弃诉讼请求以及是否可以将代理权转委托他人等。

代理的期限一般从起诉、应诉开始，到审理终结下发判决书或裁定书为止（至于上诉或申诉等诉讼阶段，还需聘请律师的；需要另行签订委托合同书）。双方协商一致后要签订委托书。委托书一式两份，一份留律师事务所，一份交受理案件的法院，经法院准许后，代理关系随即成立。

委托律师代理诉讼应当签订委托代理合同。委托代理合同是委托人与律师事务所（或法律顾问处）签订的关于律师代理民事诉讼权利义务关系的协议。它是律师代理民事诉讼的基础性文件。委托代理合同包括以下内容：

- (1) 委托人的姓名及案由；
- (2) 律师事务所指派参加为所欲为的律师姓名；
- (3) 委托代理权限；
- (4) 委托双方的权利、义务；
- (5) 代理律师违约责任。

当事人除了与律师事务所签订委托代理合同外，还应出具授权委托书。所谓授权委托书是当事人单方面出具的证明律师代理权范围的法律文书。民事诉讼法规定，委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权。授权委托书的内容包括：

- (1) 授权委托人的姓名、住址等；
- (2) 代理律师的姓名、工作单位、住址；
- (3) 代理权限。如果代理有特殊授权，在授权委托书中要一一列举。授权委托书填制后，由当事人递交法院，作为律师行使代理权的依据。

按规定，当事人不论胜诉还是败诉，委托律师担任诉讼代理人都要向律师事务所交纳一定的报酬。

(四) 律师费用

在医疗损害赔偿案件中，受害人因诉讼所支出的律师费用是否应该算入损害额中，与一般民事诉讼中的损害赔偿的机理基本相同。当事人委托律师参与或代理民事诉讼，是当今民事诉讼的潮流。关于律师费用是否可向败诉方请求赔偿，各国立法和判例进行了不同

的规制。

1. 德国法制

在德国, 律师是独立的司法机关, 除了区法院外采律师强制主义, 其报酬由法律规定。在德国的普通民事诉讼(包括区法院)中, 律师费用包含在诉讼费用中由败诉者承担。败诉当事人应负担的律师费用是一名律师的手续费(佣金)及律师垫付的费用。关于负担费用的范围由联邦律师手续费法规定。此外, 在德国因为禁止成功报酬的约定, 所以不管胜败, 律师都可以取得由法律规定的一定的手续费。这种律师手续费额是最低线, 律师还可以和委托人约定法定额以上的报酬。但是超出法定额以上的部分不能从败诉者处收回。而且, 律师接受该法定额以下的手续费就会受到律师会的惩戒。在和解成立时, 律师手续费就加上一单位的和解手续费。

2. 法国法制

在法国, 最高法院采律师强制主义, 律师报酬, 原则上不包含在诉讼费用中。其报酬额, 由律师和委托人合意确定。在没有合意的场合, 考虑诸般事情根据习惯确定。报酬的一部分与诉讼的结果相连, 但禁止全面的成功报酬, 与此相关的估算也就无效。不过, 报酬的规制对象部分包含在诉讼费用中, 根据费用表决定。实际上, 这部分是极少的, 律师手续费一次是 58 法郎, 代理手续费的固定部分是诉讼额的 3% ~ 0.25% (根据递减制 - slide 制)。不能成为诉讼费用的报酬部分, 当事人即使胜诉了, 原则上也不能从对方处回收。但是, 可以请求基于侵权行为的损害赔偿, 在对方滥用诉权的场合, 可请求自己已负担的律师费用。不过, 关于对滥用诉权的侵权行为的认定, 判例一直来相当消极的态度, 要求以接近故意的重大过失为要件。这种情况最近有所缓和, 即使在接近通常过失的场合, 也认定其为侵权行为。当然, 其容许额一般都很低。

3. 英国法制

在英国; 不采律师强制主义, 律师费用原则上包含在诉讼费用中由败诉者负担。但在小额请求程序(以前是 1000 英镑以下, 1996 年 1 月提升到 3000 英镑以下)中, 不适用诉讼费用由败诉者负担的原则, 所以律师费用也不能由败诉者负担。沙律师和委托人之间如果没有关于律师报酬的特别的法的规制, 就根据契约决定, 一般采用小时报酬制。在费用显著过高时, 委托人有权利向法院请求征税(不过, 在实务上这种征税是很少的, 因为, 只要是在课税后没有减少 20%, 征税的程序所要求的费用, 由委托人负担)。以前, 英国不容许成功报酬制, 但 1990 年开始允许附条件报酬契约。按照这种附条件报酬制, 在败诉的场合, 报酬为零, 胜诉的场合, 报酬可增至税后金额的 100%。这个附条件报酬与美国的成功报酬制不同, 没有对诉讼额的百分之几的估算。其最终的基础是通常的报酬额, 胜诉了的场合, 可加倍给付。作为沙律师协会的法律协会推荐附条件的报酬契约的报酬额, 为诉讼额的 25% 以内。具体来说, 基于交通事故等侵权行为的人身损害赔偿请求诉讼的原告方利用这种制度的较多。如果是委托人败诉了, 向自己方的沙律师支付的费用为零, 应向胜诉当事人支付的诉讼费用不能免除。对此, 法律协会开发了一种诉讼费用保险, 从 1995 年开始实行, 保险费为 85 英镑, 保险金为 10 万英镑。依据这个保险, 对不能从对方回收的自己方的律师费用或者在败诉了的场合应向对方支付的诉讼费用进行补偿。不过, 能够利用这个保险的必须是法律协会的成员, 将利用资格限定在委托专门从事人身损害赔偿的沙律师进行诉讼的当事人。

4. 美国法制

美国不采律师强制主义, 律师的报酬根据当事人之间的契约决定, 以时间制或全面成功报酬制为主。在民事诉讼中律师费用以各自负担为原则。这可称之为美国规则。不过也有很多例外, 也就是说, 以败诉者负担为原则的场合决不是少数。首先, 根据契约约定律师费用由败诉者负担。如租赁契约、特许利用契约、银行交易契约、房屋租赁契约等, 律师的报酬金原则上由法院裁量。其次是根据制定法判定律师费用由败诉者负担。联邦法中有这样的规定的制定法在 100 个以上。在州一级也有相当数量的制定法。加利福尼亚州关于律师报酬有如下的规定, 即如果是有助于公益的诉讼和侵权行为的不当抗争, 法官可以根据申述或裁量, 判定由败诉者负担。

基于判例法而判定败诉者负担律师费用的场合也有。例如, 私人为原告为公益目的而提起诉讼胜诉了的场合, 法院判定被告支付原告的律师费用。还有当事人提起诉讼或防御是带有恶意或者是滥诉, 或完全没有理由, 或是迫害地进行的时, 作为惩罚, 法院能判定负担对方当事人的律师费用。在由自己负担已经进行了的诉讼, 给自己以外的一定的阶层或集团带来了利益或创造出、维持、增加了共通的财产的场合, 当事人能得到从共通的财产中支付的律师费用。基于制定法和判例法而承认的败诉者负担的场合的律师费用, 大多根据时间制计算, 即所需的时间乘以标准金额。

5. 日本法

根据日本民法及民诉费用法的规定, 除了法院判定选任律师的场合, 律师费用不包含在诉讼费用中, 胜诉的当事人不能从败诉当事人处回收律师费用。不过, 在实体法上, 将律师费用的一部分认定为损害。也就是说, 在基于侵权行为的损害赔偿请求诉讼中, 在判例上, 认为一定范围内的律师费用是和该侵权行为有相当因果关系的损害。不过, 在这样的实务下, 对原因行为存在过失责任的原告胜诉了的场合, 胜诉当事人的律师费用的回收一部分得不到承认, 原告全面败诉的场合, 被告已经支出的律师费用不能回收。被告必须对提起不当诉讼的原告, 从其他方面, 提起损害赔偿请求诉讼。

近几年来, 司法界和学术界对此问题出现了不同的看法。主要的观点是: 其一, 律师费用是否由败诉者负担; 其二, 律师费用是全部由败诉者承担, 还是一部由败诉者承担; 其三, 律师费用是基于和侵权行为本身成立相当因果关系的损害还是作为诉讼费用的一部分, 即律师费用诉讼化。

现在日本的司法界和学术界大多赞成律师费用一部由败诉者承担的办法。认为, “律师费用一部分, 如在法庭, 辩护活动所要求的最小限额费用的着手金, 由败诉当事人承担, 是一个具有合理性的选择”。因为如果说对当事人间任意地解决失败的事件大多选择诉讼的话, 对当事人来说, 那也是一个决定是非的必要的过程。而且, 律师费用的一部分由败诉者承担具有以下优点: 其一, 当事人越能获得有利的判决, 其所负担的律师费用就越少, 净收入的减少量(原告的情况)或支出额的比率增加就可少些。其二, 作为代理人的律师, 同样, 越能获得有利的判决, 报酬金就越多。因此, 一方面尽可能使代理人诉讼追行上的激励不与当事人的激励相背离; 另一方面, 也能矫正当事人的律师费用负担的不公正感(对如果胜诉了, 费用就会增加的不公正感)。

这一部分费用可以视为诉讼费用的一部分, 由败诉当事人负担。“当然, 如果恶意或重大过失提起诉讼的话, 提起诉讼者当然应当支付对方律师费用, 且该费用是作为基于侵

权行为损害的一部分。”

6. 我国台湾地区司法及学说

我国台湾地区司法判例，原采否定说，认为民事诉讼非采律师诉讼主义，当事人所支出的律师费用不在诉讼费用之内；后采肯定说，认为确为伸张权利所必要而支出的律师费用，可依侵权行为法律关系请求赔偿。学说上主张律师费用为诉讼费用之一种，应由败诉之当事人负担。

7. 我国司法实践及建立律师费用损害赔偿制度的必要性

我国民事诉讼法、行政诉讼法、刑事诉讼法均未涉及律师费用赔偿问题，其他法律、法规中也无规定。司法实践中一般认为，聘请律师非法律强制，取决于当事人的自愿，支出律师费用，是当事人自己行使权力的问题，不能令对方当事人赔偿。司法解释至今也未肯定律师费用赔偿。但在司法实践出现了将律师费用作为损害的一部分由加害方承担的案例。这预示着我国律师费用制度的重大变化，即由败诉当事人负担律师费用。

从以上对于世界各国的律师费用支付制度的剖析可以看出，部分律师费用由败诉当事人负担已成为潮流。只是因各自司法制度的不同，而使律师费用的赔偿额的确定有所不同。我国应顺应历史潮流，以立法的形式确立律师费用赔偿制度，以适应我国社会生活和司法实践中的违约、赖账、缠诉等问题。

第五节 医疗事故的抗辩

本节将实体法的抗辩权与诉讼法的抗辩权加以区分并明确指出本节所论述的医疗事故的抗辩事由是指诉讼法上的抗辩事由。

一、抗辩事由理论

(一) 请求权、诉讼法上的请求权与实体法上的请求权

“请求权是指请求他人为一定行为（作为和不作为）的权利。请求权的权利人自己不能直接取得作为该权利内容的利益，必须经过他人的特定行为间接取得。”按权利的作用来划分，民事权利可分为支配权、请求权、形成权、抗辩权，它们的区别主要表现在：

1. 产生的事实根据不同

实体法上的请求权并非都是依“违法”的事实产生的，如订立合同的行为、不当得利的行为等，这两种事实，并非违法的事实，但依法都使一方当事人产生实体法上的请求权。传统的民法理论认为侵权行为产生“侵权行为之债”，债权人因此而产生请求权，而根据民事责任理论，侵权行为产生的是责任，而非请求权。正如有学者所论述：“近现代民法将侵权行为规定为债的一种，这一民法体系有其历史渊源和理论根据，从民事责任制度理论上，侵权行为后果的实质是责任而不是债。”而诉讼法上的请求权——即诉权是依“违法”（有时是当事人认为违法）的事实产生的。根据民诉法理论，当事人起诉，必须提出诉讼请求和事实理由，其中的事实理由，即被告方违反法定或约定的义务的事实，如果没有这一“违法的事实”，原告就不会产生诉讼上的请求权。

2. 产生的法律依据不同

实体法上的请求权的法律依据是民事实体法,而诉讼法上的请求权的法律依据是民事程序法。

3. 权利性质不同

因二权利产生的法律依据分别是民事实体法和民事程序法,所以他们的性质有所不同,前者是民事实体权利,是典型的“私权”。后者是民事程序上的权利,是“公权利”。

4. 目的不同

实体法上请求权的目的是通过义务方履行义务而实现自己的利益,而诉讼法上请求权的目的在于通过要求对方承担民事责任而实现自己的权利。

5. 请求的对象不同

实体法上请求权的请求对象是义务方;诉讼法上请求权请求的对象是审判机关,通过审判机关的强制力来实现诉讼目的。

(二) 实体上的抗辩权与程序上的抗辩权

所谓抗辩权,是指对抗请求权或否认对方之权利主张的权利,又称异议权。请求权有实体的请求权与程序的请求权之分。抗辩权同样有实体与程序之分。

1. 实体上的抗辩权与程序上的抗辩权的区别

(1) 目的不同。实体抗辩权的目的在于对抗对方的实体请求权,实体抗辩权是依实体法规定,在法律事实发生后,一方当事人所享有的对抗相对方请求权的权利。例如《合同法》第66条规定:“当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行要求。”该条规定称为同时履行抗辩权。而引起抗辩权发生的事由统称为抗辩事由。行使诉讼的抗辩权的目的在于对抗对方的诉讼请求,即对方要求承担民事责任的诉讼请求,它通过提出实体上免责事由的发生、抗辩事由的发生、对方证据不足、诉讼时效已过等来对抗对方要求承担民事责任的诉讼请求。其目的旨在免除自己的民事责任。

(2) 产生的法律根据不同。实体抗辩权一般均由民事实体法规定,而诉讼的抗辩权有的由实体法规定,有的由诉讼法规定,例如,《合同法》第117条规定:“因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。”“本法所称不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”此条规定说明,如果发生不可抗力,即使没有履行合同,也不承担民事责任。《民事诉讼法》64条第一款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”这就是说,当事人提出诉讼请求时,有义务提出证据证明。如果没有证据、证据虚假或者不充分,就无法支持其诉讼请求,即要求对方承担民事责任。而相对方要免除自己的民事责任,就可以通过推翻对方的证据来达到目的。

2. 实体上的抗辩权与诉讼上的抗辩权的联系

(1) 二者可以相互转化。当一方提起诉讼时,另一方可以拿出具有实体抗辩权性质的证据来证明对方的实体的请求权尚未发生,己方没有违反法定或约定义务,所以就无权要求己方承担民事责任,从而使实体上的抗辩权转化为程序上的抗辩权。或者,当一方要求己方履行义务时,己方拿出“免责事由”发生的证据,来对抗对方实体上的请求权,从而使程序上的抗辩权转化为实体上的抗辩权。