



中国民事诉讼法学研究会
Civil Action Jurisprudence Association of China

【第十四辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

【刊首语】

张卫平 共同前行——民法典的编纂与民事诉讼法的同步调整

【学理研析】

赵信会 论医疗侵权民事诉讼的举证责任分配

张剑文 涉外民事案件审限管理的去特殊化

张宝成 论人民调解保密原则

曹建军 论争点效理论对我国预决效力条款的比较法意义

【制度探究】

刘明生 台湾第三人撤销诉讼之现状与未来立法上之方向

史明洲 论虚假诉讼案外第三人的救济——解读第三人撤销之诉的日本法视角

章晶 涉外离婚诉讼管辖权制度之发展——中国现有规则之检视与重构

【实务探微】

蒲一苇 理想与现实：小额诉讼程序运行的困境与完善途径

况继明 民事再审案件管辖制度研究

刘东 P2P网贷纠纷中的诉讼程序探究

【青年论坛】

席璐 第四届“民事诉讼法学青年论坛”综述

陈慰星 新民事诉讼法修改前后的诉讼调解大数据分析
——以2011—2013年度的Q市面板数据为样本

郑金玉 我国第三人撤销之诉的实践运行——基于构成要件的实证研究和理论探讨

欧元捷 论民事诉讼主张责任法理

刘明生 辅助参加与法院职权通知之效力——以既判力与参加效之区辨为中心

任重 民事非讼标的初探

【紫荆沙龙】

郭翔 美国判决效力理论及其制度化借鉴——基于争点效力理论的分析

林剑锋 既判力作用范围相对性：法理依据与制度现状

曹云吉 第三届“紫荆民事诉讼青年沙龙”实录

附：书面评议意见

曹云吉 烟台大学民事诉讼法与民法专题研讨会纪要

【教学改革】

王次宝 民事诉讼法学教学改革畅想篇

中国民事诉讼法学研究会 主办

2015年11月



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

【第十四辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

回 中国民事诉讼法学研究会 主办

回 执行主编 任 重

回 2015年11月



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法研究. 第14辑/任重执行主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2015. 11
ISBN 978-7-5615-5799-0

I. ①民… II. ①任… III. ①民事诉讼法-中国-文集 IV. ①D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 258166 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

总编办电话:0592-2182177 传真:0592-2181406

营销中心电话:0592-2184458 传真:0592-2181365

网址:<http://www.xmupress.com>

邮箱:xmup@xmupress.com

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷

开本:787 × 1092 1/16 印张:19 插页:2

字数:406 千字

定价:66.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

▣ 《民事程序法研究》编委会

(以姓氏拼音为序)

蔡虹 蔡彦敏 姜建初 景汉朝 李浩 李仕春 刘荣军
潘剑锋 齐树洁 宋朝武 谭兵 汤维建 田平安 姚红
张晋红 张卫平 章武生 赵钢

▣ 编委会召集人

张卫平 李浩

刊首语

共同前行

——民法典的编纂与民事诉讼法的同步调整

■张卫平

当下,我国民法典的编纂正在如火如荼地进行,据说已经有了明确的时间表和路线图。作为一部私法大典,民法典的编纂无疑是我国法治建设中极其重要的一项社会工程。虽然就民法典编纂的社会条件而言,也许还未真正成就,但是法律本是一种调整社会的规范,是人们改造社会的工具和手段,因此,一部重要、科学的法律的制定或编纂必将有力地促进社会的发展,更有效地维护社会秩序,促进社会长治久安目的达成。也只有将民法典的精神和灵魂融入法制体系之中,我们的法制体系才是真正具有时代精神的法治体系,从而完成法制的华丽转身。

过往,法律的制定大都容易忽视法律之间的关联性,似乎法律的制定只是一项独立的工程,尤其是在学科人为分裂、隔离的情况下,法律制定成了这一专业领域知识专家、学者的独自作业,与其他领域的学者没有关系。例如前两年,在与民事诉讼法关系紧密的环保法、消费者保护法的制定中,民事诉讼法的学者就基本上没有参与。可以想象,由于法律之间、学科知识之间存在的内在联系,这种割裂必然导致法律制定的若干后遗症,存在因未能充分顾及它们之间的交互关联性而发生法律之间不契合、甚至矛盾冲突的现象,直接影响了法律实施的效果。

作为一项基本大法——民法典的编纂必须避免以往法律制定中的独立作业、孤军作战的情形。民法典的编纂可以说关乎所有其他重要或基本的法律——宪法、行政法、商法、刑法等。其中关系最为紧密的无疑是作为其私法程序基本规范的法律——民事诉讼法。没有其他任何法律与民法的关系能够堪比民事诉讼法与民法典的“亲密的关系”。按照马克思的说法——也是民事诉讼法学者经常说到的——“审判程序(程序法)和法(实体法)二者之间的联系如此密切,就像植物的外形和植物的联系,动物的外形和血肉的联系一样。”虽然马克思的这段话容易被理解为“内容与形式”的哲学关系,从而误读实体法与程序法的关系,错误定位程序法的工具性,但是无论如何两者的血肉关联是无法否认的。

展开民事诉讼法的构造,可以说民事诉讼法在所有方面都与民法息息相关——法院主管、管辖、诉讼标的、诉的类型、当事人、诉讼第三人、证据、证明责任、

001

保全与先予执行、非讼程序、判决效力、执行、仲裁等。在这些方面,民法典的相关规定往往决定了民事诉讼法的具体制度构成,最典型的就是民事诉讼中的正当当事人、共同诉讼和判决效力的主观范围和客观范围问题。正当当事人的确定、共同诉讼和判决效力的主客观范围在很大程度上是由实体法决定的。正是由于实体法与程序法的这种“连体性”,因此,民法典的编纂就不可能不关注民事诉讼法,忽视实现实体权利的程序,不与民事诉讼法保持协调而独自前行,而是必须与民事诉讼法牵手共同前行。

笔者认为,民法典的编纂在与民事诉讼法协调方面,至少应该注意以下几个问题:

其一,在民法典编纂中,注意与民事诉讼法在法律概念方面的一致性。

法律是由法律概念、术语构成的。虽然法律不同,但是使用的概念应该保持一致。如果作为如此紧密的法律——民法典与民事诉讼法在法律概念上缺乏统一性也就必然会导致混乱,影响法律的实施。对于相同含义的概念,使用的法律术语也应当相同,这是理所当然的。含义不同的概念应当使用不同的术语以示区别。例如,我们知道无论是民法典,还是民事诉讼法都必然涉及举证责任(证明责任)的问题。而举证责任(证明责任)又有行为意义上的举证责任和结果意义上的举证责任的区分。在民事实体法中所规定的大都是结果意义上的举证责任。例如《侵权责任法》中就使用“举证责任”来表示结果意义举证责任的含义。从民事诉讼法的角度考虑,为了区别两种含义的举证责任或证明责任,通常认为,行为意义上的举证责任可使用“举证责任”这一法律术语。相应地,作为结果意义上的举证责任使用“证明责任”的法律术语。从语义上,证明责任的概念也更能准确地表示其本质。我国有些地区例如台湾虽然依然使用“举证责任”的术语,但是这与其移植该制度的历史背景和习惯有关。由于我们并不是同时引入这两种不同含义的举证责任,因此容易引发混乱。因此,还是使用不同的表达方式比较妥当。对此,如果人们能够在编纂民法典中达成共识,并在民法典中率先使用“证明责任”,以此统一规范其他法律,包括民事诉讼法,那么将很有意义。

其二,民法典的编纂应照顾民事诉讼法的发展。

实体法在完善和发展,民事程序法也在完善和发展。民事诉讼法也需要经常修正以满足民事纠纷解决和民事诉讼法科学性的要求。对于民事程序法科学性的认识需要有一个过程和阶段。实体法的完善和发展需要关注意程序法的完善和发展。因此,民法典的编纂必须关照民事诉讼法的完善和发展,甚至要一定的“提前量”,超前预设某些制度。特别是注意民事诉讼法近期将有可能进行的制度修正。举例而言,最典型的是诉讼时效中断的规定与民事诉讼法关于起诉受理制度的规定。按照现在一些学者的民法典建议稿的规定,民法的时效中断因起诉而中断,但驳回起诉、撤诉和不予受理不在此限。这样的规定无疑是以现行民事诉讼法关于起诉受理制度的规定为前提的。但从改革修正的角度来看,现行民事诉讼法中的起诉受理制度(立案制度)已经滞后,是必须进行改革的。党的十八届四中全会决定已经在政治层面对此给予了肯定性的结论。在司法实践中,法院也已经按照这

一要求,利用制度的灰色空间以打擦边球的改革方式进行了调整。依照民事诉讼关于起诉的一般理论以及四中全会决定的要求,现行制度主要修正的是起诉条件,即在法律上降低对起诉条件的要求,将原本属于诉讼要件的内容从起诉条件中剔除,移到立案以后(诉讼系属之后)进行审查。如此一来,由于对起诉条件的要求降低,立案登记制就有了可能。修改以后的起诉制度和立案制度就可能不再是驳回起诉,而是在立案以后对于不符合诉讼要件的,裁定驳回起诉,驳回起诉的情形将不会发生。不予受理这种具有中国特色的制度也将不复存在。因此,民法典的编纂必然要与这种改革趋势同步。如果同步,那么关于诉讼时效中断的规定就应当是“诉讼时效因提起诉讼上的请求而中断,但驳回诉以及撤诉不在此限”。这就回归到了大陆法系国家民法典关于诉讼中断的一般规定。实际上,在我国法治发展的轨迹上,消解所谓“中国特色”也许恰恰是法治建设的必要作业。因为所谓的特色正是原有法制滞后的结构或制度的反映。

其三,民法典与民事诉讼法中关于诉讼程序规范的布局问题。

人们不大可能将程序内容完全从实体法规范中切割出去。对于基本法或基础性的法律而言,仅仅规定实体内容的实体法并不多。作为民事基本法的民法典也不可能不对诉讼程序的某些问题作出规定。实体法需要对基本的实体法律命题作出规定,也要对特殊的实体法律命题作出规定,而这些特殊的实体法律命题的实现程序就可能需要在实体法中具体加以规定。民事诉讼法通常而言是一般程序的规定,不大可能对某种特殊的请求权实现程序一一作出规定,如果那样规定,民事诉讼法将变得异常臃肿和庞杂。当然,某些诉讼类型有可能由民事诉讼法加以规定。例如家事诉讼、票据诉讼、知识产权诉讼、海事诉讼等。关于特殊请求权实现的规定,例如关于形成诉权的规定,民法典就应当明确哪些情形应当通过法院或仲裁形成新的法律关系。至少关于身份关系的形成应予明确规定。因为只有法律明确规定需要通过诉讼程序才能形成新的法律关系。再如,关于证明责任分配问题。关于诉讼程序方面,应当充分考量哪些请求权的程序行使应当规定在民法典中。以笔者的认识而言,程序中的某些特殊情形应当在实体法中加以规定,例如,关于占有之诉、代为诉讼等。对于我国而言,哪些诉讼程序性问题应该规定在实体法中,哪些应当规定在民事诉讼法中,包括单行程序法中,是一个值得研究的问题。从各国民法典的规定来看,情形各有不同。相信这些规定都反映了不同的历史、理念和认识。法典的编纂是理性的,我们必须有自己如此布局和规定的根据和理由。

基于以上方面的原因,民法典的编纂不能抛开民事诉讼法的调整独自进行,需要民事诉讼法的修正与民法典编纂同步进行。考虑到全面修改民事诉讼法所需要的投入太大,立法的中心是民法典的编纂,因此,可以考虑民事诉讼法与民法典交集的那部分内容随民法典的编纂进行调整。民事诉讼法修改的重点和视角是民法典与民事诉讼法之间的相互协调同步。

如此说来,民法典的编纂作为一场战略性的战役,就不是民法学者自己的战斗,还需要民事诉讼法学者以及其他法学学者,甚至人文学者如语言学家等的协同作战。引用原央视著名足球评论员黄健翔先生特别煽情的一句话:“你不是一个人

在战斗！”对于民法典的编纂，我们的确应当共同前行，共同担当。由于受制于社会发展和社会形态的原因，也许我们难以制定出比肩历史上那些伟大民法典的民法典，但我们应尽可能制定出一部相对科学，吸收了人类共同法律智慧的民法典。为此，民事诉讼法学者理当责无旁贷。

2015年7月23日于成都水乡石隐圆书斋



目 录

■ 刊首语

- 001 张卫平 共同前行
——民法典的编纂与民事诉讼法的同步调整

■ 学理研析

- 001 赵信会 论医疗侵权民事诉讼的举证责任分配
013 张剑文 涉外民事案件审限管理的去特殊化
023 张宝成 论人民调解保密原则
030 曹建军 论争点效理论对我国预决效力条款的比较法意义

■ 制度探究

- 047 刘明生 台湾第三人撤销诉讼之现状与未来立法上之方向
073 史明洲 论虚假诉讼案外第三人的救济
——解读第三人撤销之诉的日本法视角
088 章 晶 涉外离婚诉讼管辖权制度之发展
——中国现有规则之检视与重构

■ 实务探微

- 111 蒲一苇 理想与现实:小额诉讼程序运行的困境与完善途径
朱秋燕
126 况继明 民事再审案件管辖制度研究
132 刘 东 P2P 网贷纠纷中的诉讼程序探究

■ 青年论坛

- 143 席 璐 第四届“民事诉讼法学青年论坛”综述
147 陈慰星 新民事诉讼法修改前后的诉讼调解大数据分析
——以 2011—2013 年度的 Q 市面板数据为样本
150 郑金玉 我国第三人撤销之诉的实践运行
——基于构成要件的实证研究和理论探讨

- 154 欧元捷 论民事诉讼主张责任法理
- 157 刘明生 辅助参加与法院职权通知之效力
——以既判力与参加效之区辨为中心
- 163 任重 民事非讼标的初探

■ 紫荆沙龙

- 169 郭翔 美国判决效力理论及其制度化借鉴
——基于争点效力理论的分析
- 204 林剑锋 既判力作用范围的相对性:法理依据与制度现状
- 221 曹云吉 第三届“紫荆民事诉讼青年沙龙”实录
- 246 附:书面评议意见
- 270 曹云吉 烟台大学民事诉讼法与民法专题研讨会纪要

■ 教学改革

- 285 王次宝 民事诉讼法学教学改革畅想篇

学理研析

论医疗侵权民事诉讼的举证责任分配

■ 赵信会*

虽然各地正在或者已经开始了化解医患矛盾、实现医患关系和谐的积极探索,并取得了一定成效,但是医患之间的非良性关系仍未得到根本改善。应当说建构或者营造和谐的医患关系是一项宏大的系统工程,需要社会各界从多角度进行努力。本文试图探索医患关系的现状与举证责任分配制度之间的内在关联性,并试图以举证责任分配制度的改革助力和谐医患关系的建构。

一、医患纠纷举证责任分配制度的沿革

我国医患纠纷民事诉讼中的举证责任分配制度的历史沿革,自改革开放以来大体经过了三个历史阶段:

(一)患者承担全部举证责任的阶段

此阶段大体是从改革开放到最高人民法院2001年的《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》)实施时,有学者将其概括为“谁主张、谁举证”的阶段,医疗侵权并未被作为特殊侵权形式,而是和其他民事侵权一样,在责任追究上采取一般过错原则。^①其主要特点有:

其一,民事实体法采取一般过错原则。换句话说,患者或其亲属的民事赔偿要求只有在医院及其医护人员有过错时,才能得到支持,医疗机构及其医护人员只要

* 赵信会,法学博士、博士后,现为山东财经大学法学院教授、硕士生导师,山东省重点学科民商法学学科负责人、山东省特色专业法学专业负责人。本文得到山东省法学会重点课题“和谐医患关系实现的法治化路径研究”[SLS(2014)E12]支持。

^① 徐正东:《我国医疗纠纷举证责任分配制度演变及其述评》,载《四川警察学院学报》2011年第3期。

履行了审慎义务、注意义务,就不存在承担赔偿责任的可能。这种规定,可在较大程度上提高了医疗机构及其医护人员进行医学技术探索和改革的积极性,并可以无后顾之忧地将新治疗方法、治疗器械、药品用于临床,从而有利于医疗事业之对人类总体福祉的追求与满足。此与其时团体本位意识或集体本位文化有一脉相承的关系,具体说来,其时社会管理追求的基本价值目标是集体利益、团体利益,而不是个人利益与个体价值。

其二,在民事诉讼中采取“谁主张、谁举证”的原则。具体说来,患者或其亲属必须对所有民事侵权要件事实,包括民事侵权中的过错事实承担举证责任。按照民事实体法的规定,在医疗民事侵权案件中,原告必须举证证明医疗机构及其医护人员实施了医疗侵害行为、存在主观过错,同时还应当提供证据证明患者所遭受损害以及该损害与被告侵害行为之间的因果关系。

其三,患者或者其亲属的举证能力较低。一方面,医患纠纷涉及的问题具有非常强的专业性,医患双方在此专业知识的享有方面并不平衡,其中医疗机构及其医护人员具有相对于患者及其亲属的明显优势。加之,患者及其亲属透过其他途径获取医学专业知识的可能性非常小。在信息闭塞、交通不便的情况下,患者及其亲属很难如现代一样可就此种专业问题向专业机构及相关专家咨询。另一方面,医患双方就整个诊疗过程的信息掌握不平衡,医疗机构及其医护人员直接实施诊疗行为,能够直接掌握诊疗的全面信息和具体信息,而患者及其亲属,特别是患者的亲属往往被隔离于诊疗过程之外,缺乏对诊疗过程的了解。而且《医疗事故处理办法》(以下简称《办法》)仅规定了对医疗机构及其医护人员丢失、篡改病历等行为应当承担的责任,并未规定医疗机构及其医护人员对患者或者其亲属的信息获取的协助义务。^① 医疗机构及其医护人员对患者或者其亲属的风险告知书,也是晚近出现的现象或者制度,在当时的时代背景下,并没有所谓的风险告知书。

不过,该阶段医患纠纷的发生率呈现出较大的波动性。具体来说前期医患纠纷数量相对较少,社会影响也不大,医患矛盾远未成为备受关注的社会问题。学者对之的研究可间接表明此种不稳定的发生率。中国知网上显示的研究文献表明了这一点。1979年出现首篇涉及医疗纠纷的研究文献,其主要研究的问题也不是医疗纠纷,而是检察制度;1980年有2篇直接研究医患纠纷的文献,其中1篇是对日本医疗纠纷的介绍;1989年关于医疗纠纷的研究文献有8项;20世纪80年代的所有涉及医疗纠纷的文献共有43篇,其中直接以医疗纠纷为论题的仅有17篇;而到1995年,关于医疗纠纷的文献有54篇,比20世纪80年代全部的研究文献还多,而且多直接以医疗纠纷为论题;到世纪之交,关于医患纠纷的研究文献数量井喷式地增长,1999年为247篇,2000年为284篇,2001年为411篇,2002年为654篇。

中华医院管理学会为进一步了解医院中医疗纠纷和侵权事件的发生状况,对全国326所医院进行了多项选择式的问卷调查。调查结果显示,医疗纠纷发生率

^① 参见《办法》第23条。

高达 98.4%。调查发现,医疗纠纷发生率与医院床位和住院病人数及手术人次呈正相关的发展趋势,三级医院的医疗纠纷多于二级医院,二级医院多于一级医院。调查数据显示,一级、二级和专科医院的医疗纠纷大多数在每年 10 例以下,三级医院大多数在每年 10 例以上,24.5%的三级医院超过了每年 30 例。学者对湖北省 1991 年至 2001 年 7 月发生的医疗纠纷的调查也显示,此一期间湖北省发生围攻医院、殴打医务人员的事件为 568 起,其中 398 名医务人员被打,致残 32 人。^①

前期医患纠纷数量较少的重要原因在于改革开放之初,公民权利意识和法律意识还未明显增强,在政府与个人、国家与公民关系模式中,对政府管理或政府处罚有明显的依赖和信任。医疗事故经过卫生行政部门处理和医疗事故赔偿之后,认可行政权威的患者及其亲属一般都自觉或非自觉、自愿或者非自愿地接受了行政机关的处理结果。公民的诉讼意识或对民事诉讼的认识还不十分科学,总体上认为诉讼是不光彩的、丢人的事情。在此背景下,医疗纠纷不可能成为显性的社会问题。经过 10 年左右的改革开放以及思想解放,公民的权利意识、法律意识明显增强,开始有相当数量的公民积极地以法律武器维护其个人权利。中华医院管理学会对全国 326 家医院的多项选择式的问卷调查结果也表明权利意识的提升是导致医患纠纷增加的重要社会因素。在第一大类“社会因素”选项中,63.5%的人选择了“全民法律意识提高快,自我维权保护意识普遍上升”导致医疗纠纷多发;选择“由于新闻媒体炒作,制造轰动效应,误导病人和家属”的有 88.6%;选择“由于医疗保障制度改革,使病人自负药费比例增加引发纠纷”的有 34.77%。同时,权利意识的增强也伴随着诉讼文化的演变与改革,传统厌讼文化的影响范围开始逐渐缩小,一般公民对诉讼当事人和诉讼事件的绝对消极、负面评价也在悄然改变。

(二) 医疗机构承担无过错和无因果性的证明责任

该阶段从《证据规定》的实施,到《侵权责任法》的正式实施,学者也称之为举证责任倒置阶段。其特点主要是:

其一,医患侵权民事诉讼中采过错推定原则。《证据规定》第 4 条第 1 款第 8 项规定,医疗机构应就医疗行为不存在过错以及该过错与患者损害无因果关系承担举证责任。过错推定责任与过错责任的相似性或者共同之处在于,其没有采取严格的责任条件,均强调主观过错是追究行为人民事责任的必要条件。不过,过错推定原则,实实在在地改变了过错责任原则所确立的举证负担规定,将证明过错存在与否的责任由受害人转移至侵权人。据此,如果医疗机构及其医护人员不能举证证明其医疗行为没有过错,则推定其存在过错。这实际上增加了医疗机构及其医护人员以更多的、更审慎的注意义务。适用过错推定原则,患者及其家属对医疗机构有无过错以及该过错与患者损害间是否有因果关系,不承担证明责任,其仅在反驳被告举证的情况下,才有提出反证的必要。加之,医疗机构及其医护人员证明自己

^① 姚澜:《刨根医患纠纷》,载《中国国情国力》2006 年第 12 期。

没有过错和患者及其亲属证明对方有过错存在同样的困难,并应当采取相似的途径予以证明,即必须透过医疗鉴定才能对之予以证明。这种情况即将诉讼天平向患者及其亲属倾斜,患者及其亲属胜诉的可能性增加。一方面,为保护病员依法享有的合法权利,在医疗侵权诉讼中采取举证责任倒置,在较大程度上可以缓解医患之间的矛盾,为病员实现其权利提供确实可行的救济途径。另一方面是对医疗机构及其医护人员的影响,在过错推定原则之下,医疗机构及其医护人员更多倾向于采取传统的、可为其他同行认可的诊疗方法、诊疗器械、诊疗药品治疗患者。否则,如果医疗机构及其医护人员采取有较大争议的、具有创新性的诊疗方法,即有可能在医疗鉴定中处于不利的地位,并可能被鉴定为有过错。事实上也有很多学者认为,《证据规定》之提出的举证责任倒置,在价值取向上体现了由团体本位、集体本位向个体本位、个人本位的转变。

其二,一定程度上赋予患者及其家属知情权。2002年9月1日实施的《医疗事故处理条例》(以下简称《处理条例》)规定了患者及其亲属的知情权。^①

虽然经过举证责任分配制度改革,医患纠纷解决的暴力化倾向仍非常明显,医患矛盾并未因举证责任分配制度的改革而得到解决。2006年中华医院管理学会对全国270家医院的调查也得出了相似的结论,调查显示被调查的三甲医院中,平均每年发生需要赔偿的医疗纠纷大体在100例左右,起诉到法院的有20~30例。^②其中相当数量的案件既未经诉讼方式解决,也未以其他理性、文明的方式解决,而采用相对血腥、暴力的方式解决。据统计2006年中国内地发生98310起严重扰乱医疗秩序的事件,打伤医务人员5519人,给医院造成的损失达2亿元人民币之多。^③新世纪之初,医患纠纷事件继续成为重要的社会问题,并有进一步激化之趋势。这种情况引起了各部门、各阶层的高度重视,理论界也有越来越多的人对之给予了关注。到2006年中国知网上发布的涉及医患纠纷的研究文献为1172篇,到《侵权责任法》实施的2010年,此类研究文献已多达1377篇,为关于医患纠纷研究的最高峰。其后的2011年相关研究文献为1377篇,2012年为1283篇,2013年为1187篇,2014年为1227篇。

应当说在举证责任倒置阶段,患者及其亲属承担的举证责任较轻,加之,《处理条例》又规定了医疗机构及医护人员在信息收集上的协助义务和信息披露义务。此时患者及其亲属透过民事诉讼的方式一般情况下可获得权利救济,因举证责任不能而承担败诉结果的可能性几乎不存在。不过,必须追问何以患者及其亲属仍然选择非理性方式解决其争端。我们认为,影响患者及其亲属纠纷解决方式选择的因素,除包括举证责任分配外,还包括其他多种因素,如诉讼周期、司法环境、鉴定制度等内容。如果对涉及医患纠纷的民事诉讼机制不进行系统的改革,则仅仅依靠举证责任分配制度改革,难以实现医患关系的和谐。

① 具体参见《处理条例》第10条第1款。

② 宋雪等:《CT科医患纠纷的预防措施》,载《承德医学院学报》2010年第2期。

③ 庞国明:《人民调解能否破解医患纠纷》,载《中国医药指南》2007年第6期。

(三)以过错责任原则为主、过错推定原则为辅的阶段

该阶段以2010年7月1日《侵权责任法》的正式实施作为标志,一直延续至现在。其主要特征有:

其一,医疗纠纷侵权采取过错责任原则。^①《侵权责任法》还将医疗机构及医护人员未尽到与当时的医疗水平相应或相当的诊疗义务的情形,作为医疗机构及其义务人员有过错的情形,要求医疗机构及其医护人员必须承担赔偿责任。^②

其二,只有在特殊的情况下医疗侵权民事诉讼方采取过错推定原则。^③过错推定原则适用范围非常小,适用条件也非常严苛。有学者因此认为,此种所谓的过错推定仍是一般意义上的过错原则。“对于医方的第一种情形,患者要提出证据证明医方违反相关医疗法律法规等,这对患者来说是非常困难的。而且患者提出证据证明医方的这种违规行为,属于患者完成证明医方存在过错的证明责任,此种情形不属于推定医方存在过错,它的实质是过错的认定标准,因为医疗机构违反法律、行政法规、规章的行为本身就是一种过错。”^④而对于第二种和第三种情形,患者及其亲属想证明医疗机构及其医护人员有隐匿病历或者伪造、篡改病历等的行为也非常困难,而且学者认为隐匿病历、伪造、篡改病历,本身也不属于证明责任分配的范畴,而属于证明妨碍的范畴。^⑤

其三,特定情况下可免除医疗机构及其医护人员的赔偿责任。作为过错推定原则的对应,也体现医患双方法律上的平等,《侵权责任法》也规定在特定的情况下,可以免除医疗机构的赔偿责任。^⑥

其四,《侵权责任法》未涉及因果关系的举证责任分配。《侵权责任法》并未涉及医疗侵权中因果关系的证明。“如果说过错要件是个复杂的问题,那么因果关系则有过之而无不及,但是《侵权责任法》却未作出相关规定,不能不说是很大的遗憾。”^⑦对医疗侵权诉讼中因果关系的证明责任分配,理论观点有二:(1)认为应继续采用举证责任倒置的方法。按之,患者及其亲属仅需提供有因果关系的证据线索,并无须对之证明至法律规定的证明标准。诉讼开始后医疗机构及其医护人员应举证明不存在因果关系,否则即应承担败诉的结果。其理由是《证据规定》并未直接与《侵权责任法》冲突,因此有其适用空间。(2)认为对因果关系不能适用举证责任倒置,而须由患者或其亲属承担证明责任。其理由,一是《证据规定》作为司法解释,超越了民事实体法和程序法的规定,从立法权限及《立法法》看,司法解释

① 参见《侵权责任法》第54条。

② 参见《侵权责任法》第57条。

③ 参见《侵权责任法》第58条。

④ 洪冬英:《论医疗侵权诉讼证明责任》,载《政治与法律》2012年第11期。

⑤ 王国征:《医疗侵权证明责任的价值取向——兼评我国〈侵权责任法〉(草案)(二次审议稿)第58条》,载《政法论丛》2009年5期。

⑥ 参见《侵权责任法》第60条。

⑦ 洪冬英:《论医疗侵权诉讼证明责任》,载《政治与法律》2012年第11期。

无从获得这样的效力。更有学者认为最高人民法院以改革为旗号,是最大的违法者。二是从《侵权责任法》规定中可间接推导出患者承担证明责任的精神。《侵权责任法》于第一章一般规定之第2条中明确规定侵害他人民事权益的应当承担民事赔偿责任,从而将因果关系作为侵权诉讼的必要要件事实。换句话说,患者或其亲属或医疗机构及其医护人员必须对之予以证明,否则侵权赔偿的诉讼请求即无法得到人民法院的支持。而《侵权责任法》的其他各章规定的主要内容是过错的证明,这种证明既包括一般情况下受害人对过错要件的证明,也包括过错推定情况下侵害人对自己没有过错的证明,还包括特定情况下,即使不存在过错也需承担责任的规定。总之,《侵权责任法》没有涉及因果关系要件,这样该要件即应当采取“谁主张、谁举证”原则。

《侵权责任法》实施后医患矛盾仍是需要突出解决、急迫解决的问题。^①为实现医患关系的和谐,社会各界作出了多种努力,不过医患矛盾之解决,是在脱离举证责任制度改革背景下进行的。质言之,现行举证责任制度,在解决医患矛盾方面未发挥积极性,这与举证责任制度可以作为诉讼公正、公平的调节器,并可引导社会行为的制度功能相背离。^②

二、医患纠纷举证制度的域外考查

(一)英美法系国家的事实自证原则

英美法系的一般侵权案件以事实自证原则作为通常的举证责任原则。“事实自证原则”指的是出现严重后果的事实本身就能够证明造成该后果的行为具有过失,从而不再需要采取其他的相关证据进行证明。^③《美国侵权法重述》规定,根据事实自证原则,在侵权案件中认定侵害人存在过错,并作出过错推论须同时具备三个条件:其一,在通常情况下,如果不是由于某人的过失,事故就不会发生。判断一个事件在没有过失的情况下通常是否会发生,一般只需要根据人们对此类事件积累的相关经验和常识,这样的话作为非医学专家的患方即可予以说明,无须借助于具有专业知识的专家,缩减了医患双方专业知识上的不平等,降低了原告的举证困难和成本。其二,引起事故的中介是由被告排他性地控制的,也就是说不是因为被告之外的原因造成了事故,被告对事故的发生具有独家的控制权。其三,事故的发

① 必须注意,当前的医患纠纷已经有了一定的缓和,当然此种缓和并不一定与《侵权责任法》的实施有牵连关系。国家卫生计生委宣传司司长毛群安说:“2014年,医患关系朝着好的方向转化。与2013年相比,不论是伤医事件发生率,还是医疗纠纷发生率,都有了明显的下降。”2014年,全国医疗卫生机构总诊疗量达78亿人次,比2013年增加5亿人次。同年,全国发生医疗纠纷11.5万起,较2013年下降8.7%。医疗服务量在增长,而医疗纠纷却在下降。白剑峰:《医患和谐是主流 用法治思维解决纠纷》,载《人民日报》2015年1月22日第9版。

② 洪冬英:《论医疗侵权诉讼证明责任》,载《政治与法律》2012年第11期。

③ 周翠:《〈侵权责任法〉体系下证明责任与减轻规范与德国法的比较》,载《中外法学》2010年第5期。

生不是原告的自愿行为或原告的过失所引起的。^① 该项原则在英美法系国家和地区的过失证明领域内发挥着极其重要的作用,到目前为止,美国已有 37 个州引用了这一原则用来减轻原告的举证负担,其中有 34 个州已将其运用到医疗侵权损害赔偿诉讼中。^②

简单地讲,侵权案件一般适用受害人举证的原则,但由于特定事实的发生,却要求侵害人必须提供一定的反证,^③来说明其已经履行了相关的注意义务。在通常诉讼中,被告的反证提出须具有特定条件,此种条件一般是裁判者形成了对主张者有利的心证,或者更精确地说主张者对案件事实的证明已达到证明标准,如不提出反证,裁判者即可能就争点事实作出对被告不利的判决。不过,此时反证之提出仍由当事人自主决定,其有是否提出反证的决定权。在事实自证原则下,该条件的适用则相对缓和,将前述条件概括起来即:按照经验,损害结果的出现肯定是由于过失造成的,同时其他的导致损害的原因已经排除。

关于事实自证原则的诉讼法效果,理论上形成了三种学说:其一,过失推断说。其认为适用了该原则可以使原告避免直接败诉,但陪审团并不一定会认定被告具有过失责任,被告也不需要进行反证来动摇法官的心证。其二,作为通说的过失推定说。其认为该原则的适用除了使原告避免直接败诉,并且需要被告提出反证就其无过失也可能发生损害的事实加以合理说明来动摇法官心证,但证明责任不发生转换,被告不需要就无过失负担证明责任。其三,举证责任转化说。其认为在事实自证原则下,过错与因果关系的举证责任将由主张者的对方承担。

(二)德国的表见证明理论

以法规出发的德国诉讼是通过判例逐步发展起表见证明这一制度的。在德国“表见证明”是指法院依据一般生活经验法则对一再重复出现的典型情事,借助于一定的客观存在的事实推断具体事实的证据制度。一般认为在证据提出及其评价过程中,表见证明是利用一般生活经验法则验证典型性事件并影响证据提出的制度。法院适用表见证明认定或评价案件事实时,遭受该认定不利的当事人有必要提出反证予以反驳该表见证明,并努力说明该表见证明在其案件中具有不适用性,或其与对方当事人之间争议的事实超出一般经验法则所体现的事实联系。

根据德国的通说和判例,表见证明并不会改变举证责任分配,只是减轻原告的举证负担。所以其本质是法官的证据评价问题,属于主观证明责任。^④ 在德国的民事诉讼中,一般适用表见证明原则对诉讼双方的证明责任进行分配。在一般诉讼程序中,当事人双方均需要就支持其行为的法律构成要件承担证明责任,被告方

① 龚赛红:《医疗损害赔偿研究》,法律出版社 2001 版,第 280 页。

② 丁中原:《医疗过失诉讼之研究》,台湾大学法律研究所 1991 年硕士论文,第 68~70 页。

③ 反证与本证的区别与划分主要依据提供证据的当事人与举证责任负担之间的关系而定,如果负有举证责任的当事人提供的支持其主张事实的证据为本证,相反如果当事人不负担举证责任,但其在特定的诉讼条件下,或者特定的诉讼程度下,提出的反驳对方举证,并使裁判者的心证向有利于自己方向发展的证据为反证。

④ 郑雪倩:《论医疗侵权中的相关问题》,载《中国医院》2005 年第 4 期。