

医事民事诉讼 证据协力义务研究

翟宏丽 / 著

STUDY ON THE COÖPERATIVE
OBLIGATION TO PROVIDE EVIDENCE
IN MEDICAL CIVIL LITIGATION

当事人陈述义务的论述

证人义务

勘验协力义务

司法公正

提高诉讼效率

医疗损害鉴定义务

发现真实

医学文书提出义务



中国政法大学出版社

014035695

D922.164
134

医事民事诉讼 证据协力义务研究

翟宏丽 / 著

STUDY ON THE COOPERATIVE
OBLIGATION TO PROVIDE EVIDENCE
IN MEDICAL CIVIL LITIGATION



D922.164
134



中国政法大学出版社



北航

C1722925

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

医事民事诉讼证据协力义务研究 / 翟宏丽著. —北京: 中国政法大学出版社, 2014.3

ISBN 978-7-5620-5300-2

I. ①医… II. ①翟… III. ①医疗事故—民事纠纷—证据—制度—研究—中国 IV. ①D922.164②D925.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 037557 号

- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 9.375
- 字 数 200 千字
- 版 次 2014 年 3 月第 1 版
- 印 次 2014 年 3 月第 1 次印刷
- 定 价 29.00 元

摘要

近年来,我国的医疗纠纷形势严峻,医生和患者以及全社会都翘首企盼医疗纠纷的合理解决。医事民事诉讼作为医疗纠纷司法解决途径,在医疗纠纷的多元化解机制中具有重要地位。然而由于医疗活动的高度专业性,在医事民事诉讼中存在证据偏在、医患武器不平等严重问题,致使患方举证困难,我国医事民事诉讼的审理陷入了证据障碍的困境。本书从证据法学的视角,对医事民事诉讼中的证据障碍救助路径进行了探究,认为证据协力义务规范对于矫治医事民事诉讼中的证据偏在,纠正医患武器不平等、缓解患方举证困难,具有正当性和可行性。

本书内容共包括八章,第一章为医事民事诉讼证据协力义务概述。本章考察了域外证据协力义务的立法及实践状况,阐述了证据协力义务规范的含义和法律原理。第二章为构建我国医事民事诉讼证据协力义务规范的基本问题,论述了证据协力义务规范在我国医事民事诉讼中适用的现实根据、价值基础、性质界定等基本问题。证据调查协力义务为不负举证责任的当事人及当事人以外的第三人协助受诉法院进行证据调查的义务,简称证据协力义务。证据协力义务基于“发现真实”、“司法公正”、“提高诉讼效率”等价值基础,在医事民事诉讼中的适用具有正当性。

本书进而运用民事诉讼证据协力义务的一般理论,分析医事民事诉讼中具体证据方法的证据协力义务相关问题。在本书第三章医学文书提出义务、第四章医疗损害鉴定义务、第五章勘验协力义务、第六章证人义务、第七章当事人陈述义务中,论述了医事民事诉讼中具体证据方法的证据协力义务,析出医事民事诉讼中具体证据方法证据协力义务规范的特殊性,通过对医学文书阐明义务、医生当事人陈述义务、诉前勘验协力义务的提出,对医疗损害鉴定采司法鉴定一元化模式的可行性分析以及促进医生证人出庭作证措施的完善等,力求实现对医事民事诉讼中证据协力义务规范“具体法制”的制度体系设计。

第八章为证据协力义务的法律效果。本章主要探讨了对证据协力义务不履行法律后果的完善措施,旨在弥补医事民事诉讼证据协力义务的结构性缺失,以增加医事民事诉讼证据协力义务规范的可预测性。

目 录

摘 要	1
导 论	1
一、选题背景及研究意义	1
二、研究现状综述	4
三、研究方法	6
四、论文创新之处	6
第一章 医事民事诉讼证据协力义务概述	8
第一节 医事民事诉讼证据协力义务的含义	8
一、医事民事诉讼概念的界定	8
二、证据协力义务的含义	9
第二节 证据协力义务的法律原理	13
一、特定诉讼基本原则的采纳	13
二、诚实信用原则	15
三、武器平等原则	17
第三节 两大法系证据协力义务的历史演进	18
一、大陆法系证据协力义务的历史演进	18
二、英美法系对证据协力义务规范的借鉴趋势	23

第二章 构建我国医事民事诉讼证据协力义务规范的

基本问题·····	26
第一节 构建医事民事诉讼证据协力义务规范的现实	
根据·····	26
一、社会因素·····	26
二、医学伦理学的冲突·····	32
三、客观因素：证据障碍——我国医事民事诉讼的	
困境·····	35
四、制度背景·····	44
第二节 医事民事诉讼证据协力义务的价值基础·····	54
一、医事民事证据的含义·····	54
二、医事民事证据的特点·····	55
三、证据协力义务规范的功能·····	60
第三节 医事民事诉讼证据协力义务的种类及分类·····	65
一、医事民事诉讼证据协力义务的种类·····	65
二、医事民事诉讼证据协力义务的分类及意义·····	68
第四节 构建我国医事民事诉讼证据协力义务的原则·····	72
一、对域外相关制度的态度·····	72
二、我国医事民事诉讼证据协力义务的性质界定·····	73
第五节 证据协力义务履行费用请求权·····	76
一、证据协力义务履行费用请求权的含义及制定	
依据·····	76
二、医事民事诉讼证据协力义务履行费用请求权的	
“延伸”·····	78

第三章 医学文书提出义务	82
第一节 医学文书概述	82
一、医学文书的含义	83
二、我国医学文书法律制度	86
三、患者医学文书知情权	93
第二节 医学文书提出义务的发展	106
一、医学文书提出义务的含义	106
二、大陆法系国家和地区医学文书提出义务的立法趋势	107
三、我国医学文书提出义务现状	111
第三节 医学文书提出义务的内容	112
一、医学文书资料提出义务	113
二、医学文书阐明义务	117
第四章 医疗损害鉴定义务	132
第一节 我国医疗损害鉴定的现状及评析	132
一、医疗损害鉴定概述	132
二、我国医疗损害鉴定制度现状	134
三、医学会鉴定与司法鉴定的比较	139
第二节 医疗损害鉴定主体及鉴定的启动	148
一、鉴定主体的选择	148
二、医疗损害鉴定的启动	157
第三节 医疗损害鉴定义务的内容	160
一、鉴定人出庭义务	160
二、鉴定意见的提出义务	162
三、鉴定意见的阐明义务	170

第四节 医疗损害鉴定意见的证明效力	174
第五章 勘验协力义务	178
第一节 勘验协力义务的发展	178
一、大陆法系勘验协力义务的含义及范围	178
二、我国现行民事诉讼法上的勘验协力义务现状	181
第二节 诉前勘验协力义务在医事民事诉讼中的适用 ...	182
一、医事民事诉讼勘验标的物的易灭失性	182
二、诉前勘验协力义务的规定建议	184
第三节 《医疗事故处理条例》诉前证据保全制度的 评析	187
第六章 证人义务	192
第一节 证人的含义及证人资格	192
一、证人的含义	192
二、证人资格	193
第二节 证人义务的内容	195
一、证人出庭义务	195
二、证人证言义务	198
第三节 证人义务在医事民事诉讼中的适用	201
一、医方的“沉默共谋”	201
二、促进医生证人出庭作证的建议	203
第七章 当事人陈述义务	207
第一节 当事人陈述义务的含义	207
第二节 当事人陈述义务的内容	210
一、当事人出庭义务	210

二、当事人真实陈述义务	212
第三节 当事人陈述义务在医事民事诉讼中的适用	215
一、我国医事民事诉讼当事人陈述能力的缺失	215
二、完善当事人陈述能力的建议	217
第八章 证据协力义务的法律效果	224
第一节 证据协力义务法律效果概述	224
第二节 证明妨碍的含义	226
一、域外见解	226
二、我国见解	228
第三节 证明妨碍的构成要件	230
一、妨碍人违反证据协力义务	230
二、证明妨碍行为与证明不能或证明困难存在因果 关系	233
三、证明妨碍行为的可归责性	234
第四节 证明妨碍的后果	234
一、证明妨碍后果的实现方式	234
二、当事人不履行证据协力义务的后果	239
三、第三人未履行证据协力义务的后果	245
结 论	251
参考文献	254
附 录	267
后 记	286

导 论

一、选题背景及研究意义^{〔1〕}

近年来,医疗纠纷已成为国人关注的社会焦点问题之一。有关这方面的报道层出不穷,医患双方的对立情绪不断升级,医疗纠纷案件数量不断攀升,甚至在一定程度上影响了社会的和谐与稳定。^{〔2〕}中国的医生和患者以及全社会都翘首企盼医疗纠纷的合理解决。

医疗纠纷的解决机制,包括诉讼和非诉讼替代性纠纷解决机制,其中诉讼作为司法解决途径,由于国家公权力的介入,法院裁决的终局性和强制性,在多元化医疗纠纷解决机制中具有重要地位。^{〔3〕}

医事民事诉讼是指医患双方就医疗结果及其原因认识不一致的争议提起的诉讼,在医事民事诉讼中,人们往往把法院裁决作为获得公平正义的最终途径。作为当事人的医患双方追求的公平正义,也是司法审判追求的终极目标。然而我国医事民

〔1〕 本段参见笔者已发表的“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”一文中“问题的提出”部分内容,载《证据科学》2011年第3期。

〔2〕 参见笔者:“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”,载《证据科学》2011年第3期。

〔3〕 参见笔者:“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”,载《证据科学》2011年第3期。

事诉讼审理的现状却不容乐观。在医事民事诉讼中,由于医疗诉讼的高度专业性、复杂性,医事民事诉讼呈现出证据偏在、医患武器不平等的特点,使我国医事民事诉讼的审理陷入了证据障碍的困境。因此消除收集、审查、核实、认定证据中所遭遇的证据障碍成为了我国医事民事证据制度改革的中心任务。

证据是实现司法公正的基石,我国的医事民事证据制度,一直在为厉行推进以落实当事人举证责任为核心的证据规则的构建而作不懈的努力,从《关于民事诉讼证据的若干规定》到《侵权责任法》中关于医事民事诉讼证明责任的演变无疑为此种努力做了最好的注脚。^[1]然而一个不争的事实是,医事民事诉讼中,人们所期待的公平正义的裁判并没有真正实现。仅仅依靠证明责任分配法则并不能从根本上实现司法裁判的公平与正义。^[2]

举证、质证和认证构成事实认定的三个法定阶段,举证是质证和认证的前提,医事民事诉讼中,医疗行业的专业壁垒,证据持有的不平衡,以及医疗界的“沉默共谋”、“医药合谋”等导致患方举证困难,进而致使法院事实认定出现偏颇,医事民事诉讼陷入困境,裁判的公平正义更难以实现。^[3]由此在医事民事诉讼面临的诸多挑战中,患方的举证困难已然成为最引人注目的挑战之一。原因固然是多方面的,但笔者认为其症结关键在于,我国现行立法并未为双方当事人拥有的举证能力和手段提供制度性保障,这突出地表现在关于证据调查协力义务规范的结构性缺失,而致使举证人缺乏充足的证据收集手段和

[1] 参见笔者:“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”,载《证据科学》2011年第3期。

[2] 参见笔者:“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”,载《证据科学》2011年第3期。

[3] 参见笔者:“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”,载《证据科学》2011年第3期。

能力。^{〔1〕}2010年7月开始施行的《侵权责任法》第54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。”由此，在法律没有特殊规定的一般情况下，医疗损害责任归责原则适用“过错”责任原则，实行“谁主张，谁举证”，因此在当今《侵权责任法》医事民事诉讼举证责任分配规则的背景下，没有证据调查协力义务的规范，患方举证困难，原被告攻防失衡加剧，裁判的公平公正将无从谈起。因此，完善证据协力义务规范，对现今医事民事诉讼证据制度建设具有现实意义。^{〔2〕}

民事诉讼理论上将不负举证责任的当事人及当事人以外的第三人协助受诉法院进行证据调查的义务总称为证据调查协力义务，简称证据协力义务。医事民事诉讼作为民事诉讼的一种，民事诉讼的证据协力义务规范同样适用于医疗纠纷诉讼，就目前民事诉讼法的规定看，证据协力义务规范基本在行为层面为我国现行法律、法规所肯定。然而任何一项实体法定义务的履行，若欠缺制裁手段作为保障，均难期待其有良好效果。^{〔3〕}我国民事诉讼法虽已直接或间接地规定了不负举证责任的当事人及第三人应负证据协力义务，但其并未完全就每种证据协力义务之违反应受到的制裁做出相应规定，因缺乏相应制裁性规范，我国民事诉讼法证据协力义务规范呈现出结构性的缺失。^{〔4〕}医事民事

〔1〕 参见笔者：“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”，载《证据科学》2011年第3期。

〔2〕 参见笔者：“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”，载《证据科学》2011年第3期。

〔3〕 参见笔者：“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”，载《证据科学》2011年第3期。

〔4〕 参见笔者：“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”，载《证据科学》2011年第3期。

诉讼中,同样面临证据协力义务规范在现行立法上的结构性缺失问题,导致当事人武器平等原则不能真正贯彻落实,直接影响了医事民事诉讼审判实践中法院对案件事实的认定,进而损害了裁判的实质真实。^[1]

医事民事诉讼作为民事诉讼的一个类型,医事民事诉讼中的证据协力义务规范必然具有民事诉讼中证据协力义务规范的一般特点,但是基于医事民事诉讼的高度专业性和证据偏在的特点,以及《侵权责任法》医疗损害归责原则的变迁和证据协力义务规范在结构上的缺失,学界应当做更为精细的研究,立法和实务应当有更先进的应对。在此背景下,立足于现实需要,从解决实际问题的角度研究医事民事诉讼中的证据协力义务规范,通过具体而微的制度设计,构建医事民事诉讼证据协力义务规范的“具体法制”,以期为法院裁判之实质真实提供理论依据,实属必要。

二、研究现状综述

日本民事诉讼理论上将不负举证责任的当事人以及当事人以外的第三人协助受诉法院进行证据调查之义务总称为证据调查协力义务,简称证据协力义务。占善刚所著《证据协力义务之比较法研究》^[2]一书引用了上述概念,并对每种具体证据方法的证据协力义务进行了比较法研究,该书对笔者的写作起到了很大的启发作用。总体上看,目前学界关于证据协力义务的研究相对滞后,以专著形式体现证据协力义务规范研究成果的,

[1] 参见笔者:“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”,载《证据科学》2011年第3期。

[2] 占善刚:《论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务》,中国社会科学出版社2009年版。

查阅文献所及仅为占善刚所著《证据协力义务之比较法研究》，其他具体证据方法证据协力义务研究成果所存文献载体形式，主要包括一些相关论题文章中所涉及证据协力义务问题。就已有的研究成果来看，主要是提及当事人陈述义务的文献，^{〔1〕}文书提出义务的文献，^{〔2〕}其他具体证据方法证据协力义务研究成果报道较少。

就医事民事诉讼而言，近年来，无论是立法还是理论，更多关注的是以证明责任为核心的证据制度构建，其中不乏论及举证责任的问题，但对实现举证责任的保障制度、证据收集手段以及证据协力义务规范的探讨却较少。较有代表性的研究成果为翟宏丽论文“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”^{〔3〕}，文章指出由于医疗活动的高度专业性，因而在医疗纠纷诉讼中存在证据偏在、医患武器不平等严重问题，证据协力义务是基于“准确”、“公证”、“和谐”、“效率”等价值基础，其在医疗纠纷诉讼中的适用具有正当性。建议通过医方的阐明病历义务，对证人、鉴定人违反证据协力义务的制裁等规范来弥补医事民

〔1〕 相关论文主要有：刘萍：“论民事诉讼当事人之诉讼促进义务”，载《天津大学学报》（社会科学版）2010年第1期。占善刚：“论民事诉讼中当事人之文书提出义务”，载《求索》2008年第3期。柯阳友、吴英旗：“民事诉讼当事人真实义务研究”，载《北京科技大学学报》（社会科学版）2005年第3期。沈冠伶：“论民事诉讼程序中当事人之不真陈述”，载《政大法学评论》第63期。石毅鹏：“当事人真实义务刍议”，载《河南公安高等专科学校学报》2007年第6期。

〔2〕 相关论文主要有：毕玉谦：“民事诉讼文书提出协力义务与立法设计”，载《人民法院报》2010年12月29日（007）。熊跃敏：“日本民事诉讼的文书提出命令制度及其对我国的启示”，载《诉讼法论丛》第7卷，法律出版社2002年版。黎署宁、张芸：“论书证收集的程序保障”，载《西北师大学报（社会科学版）》2004年第3期。包冰锋：“我国台湾地区文书提出命令制度探讨——兼论与日本相关制度比较”，载《海峡法学》2011年第4期。

〔3〕 翟红丽：“论医疗纠纷诉讼中的证据协力义务”，载《证据科学》2011年版第3期。

民事诉讼中证据协力义务的结构性缺失,以增加医事民事诉讼中证据协力义务规范的可预测性。但该文也仅是对医事民事诉讼中的证据协力义务规范的初步探讨。如果说,我们已经感受到了医事民事诉讼的特殊性,进而在一些方面对医事民事诉讼中证据协力义务问题进行了一些有益的思考和探索,那么,我们需要以此为基础,继续深入,揭示医事民事诉讼中证据协力义务规范的全貌,为法院裁判之实质真实提供理论支持,借此期冀实现正义于医患之间。本课题的选题正是基于这一考量。

三、研究方法

本课题研究路径有二:第一,对应和验证,运用民事诉讼中证据协力义务的一般理论分析医事民事诉讼证据协力义务相关问题。第二,析出医事民事诉讼中具体证据方法证据协力义务规范的特殊性,从一般证据协力义务规范到特殊证据协力义务规范,从对医事民事诉讼中证据协力义务规范的剖析和构建中,深化对医事民事证据制度的理解,丰富医事民事证据制度研究。

在研究方法上,本书以规范分析的方法作为首要的研究方法,以准确把握证据协力义务规范的具体内容,同时采用历史研究和比较研究的方法,不仅纵向厘清证据协力义务规范的源流和脉络,而且结合域外立法经验,探究医事民事证据协力义务规范取舍的缘由。最后本书还运用案例分析的方法,试图发现医事民事诉讼证据协力义务在现实中的实际运用情况,揭示出文书的法律与现实的法律之间的差距,以为立法提供可以依靠的论据。

四、论文创新之处

前人的研究成果为本书的写作提供了宝贵的素材,本书将

民事诉讼理论上的证据协力义务的既有研究模式和相关研究成果运用于医事民事诉讼研究的过程中,在观点或论证方面如果有所创新,那可能是基于以下几个方面:第一,对相关医事民事证据制度法律渊源的整理和概括;第二,证据协力义务规范一般理论在医事民事诉讼中的具体运用剖析;第三,医学文书阐明义务的提出,丰富了文书提出义务的范围和内容;第四,对在医学会基础上构建一种新型医疗损害鉴定一元化模式的可行性研究,为消除目前医疗损害鉴定二元化的现状提供依据;第五,促进医生证人出庭作证措施的提出,以完善证人义务;第六,就医事民事诉讼中被告为医疗机构,具体实施医疗行为的医生可能不出庭的问题,提出了医生当事人陈述义务;第七,就医事民事诉讼物证的易灭失性,提出了医事民事诉讼前勘验协力义务的规定建议;第八,提出对证据协力义务不履行法律后果的完善建议,以弥补医事民事诉讼证据协力义务的结构性质缺失,增加医事民事诉讼证据协力义务规范的可预测性;第九,本研究是法学和医学的交叉学科研究成果,既有法学理论和实践的探索,也有医学知识和经验的应用,为丰富医事民事证据研究起到了抛砖引玉的作用,同时本研究亦是外在的法律规范进入医界,评判医疗行为的是非对错,因此对医界医疗行为的反省,亦将有所裨益。