

医疗 纠纷 非诉讼 处理机制 研究

YILIAO JIUFEN
FEISUSONG
CHULIJIZHI
YANJIU

主 编 蒲川
副主编 冯磊



西南师范大学出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

1544127

☆ 四川医事卫生法治研究中心资助



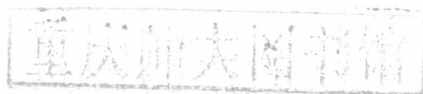
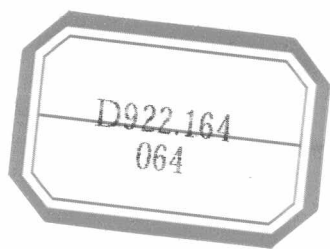
CS1705020 - 2

医疗纠纷非诉讼处理机制研究

主 编:蒲 川

副主编:冯 磊

D922.164
064



西南师范大学出版社
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

医疗纠纷非诉讼处理机制研究/蒲川主编. —重庆:
西南师范大学出版社, 2012. 7

ISBN 978-7-5621-5848-6

I. ①医… II. ①蒲… III. ①医疗事故—民事纠纷—
研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 142341 号

医疗纠纷非诉讼处理机制研究

主 编:蒲 川

副 主 编:冯 磊

责任编辑:杨景罡 马小波

封面设计:帖 鑫

出版发行:西南师范大学出版社

网址 www.xscbs.com

经 销:全国新华书店

印 刷:重庆市东南印务有限责任公司

开 本:890mm×1240mm 1/32

印 张:6.75

字 数:210 千字

版 次:2012 年 7 月 第 1 版

印 次:2012 年 7 月 第 1 次印刷

书 号:ISBN 978-7-5621-5848-6

定 价:18.00 元

引 言

在当下的中国,社会治理是一个十分有意义且又极具挑战的课题。随着经济社会的发展,各类社会冲突和纠纷不断出现,如何化解冲突和纠纷不仅考验着政府的执政水平,而且在一定意义上也决定着国家的未来走向。是沿用传统的社会治理手段压制和消弭冲突,还是正视冲突,建立规则,将冲突和纠纷的解决约束在法律的范围和框架内,关乎社会主义法治国家能否实现。

在我国医疗卫生领域的社会治理也是一样,当下医患矛盾不断升级,暴力冲突时有发生,不少地方出现“医闹”等社会现象。医疗纠纷解决的处理难度加大,在一定程度上阻碍了民众生命健康质量的提高与医疗卫生事业的进步。如何公平合理地解决医疗纠纷已成为当务之急,其关乎百姓的切身利益,也关乎社会主义和谐社会的实现。我国现行的《医疗事故处理条例》第46条规定:“发生医疗事故的赔偿等民事责任争议,医患双方可以协商解决;不愿意协商或者协商不成的,当事人可以向卫生行政部门提出调解申请,也可以直接向人民法院提起民事诉讼。”该规定奠定了我国医疗纠纷处理现有的“三辆马车”:当事人双方协商、行政调解、民事诉讼,但就目前而言,我国现行以协商解决、行政处理、诉讼解决为主的三种医疗纠纷的解决机制仍存在一些问题,有待于进一步的改革与完善。

就我国现有国情而言,大多数民众并非富足之辈,加之我国的医疗保险、医师责任保险等制度构建并不完善,更导致了冲突解决的复杂性,如何低成本高效率地利用现有的医疗纠纷解决资源成为难题。医疗纠纷的非诉讼解决方式(ADR)与法庭审判相比,具有花费低廉、耗时少、当事人心理压力较小、医患关系相对缓和等

优点,其有利于降低纠纷解决成本、合理分配司法资源,正逐渐成为许多国家和地区解决医疗纠纷的新选择。医疗纠纷的专业性和复杂性决定了其在事实和责任上对专业判断的依赖,此类纠纷通常不宜以诉讼作为主要处理方式,必须同时建立在行业利益与行业自律基础之上。由于医疗纠纷的专门化和日常化的特点,法院实际上无法承受为数众多的医疗纠纷带来的压力,目前世界上许多国家都在法院之外建立解决医疗纠纷的 ADR 机制,当然还需要法规政策、保险等配套支持。ADR 机制在西方近几十年的不断发展中吸取了各国丰富的司法经验,其成功实践表明了 ADR 对解决纠纷的普遍适用性。国外除了对 ADR 理论研究比较细化成熟之外,在专业的医疗纠纷领域也已有多年的实践经验,对于纠纷解决实务有很强的操作性和规范性,由于其实施方式有自身卫生制度的特色,我国不可盲目照搬。本研究希望通过对现有 ADR 理论及实践方式的研究,进一步探究我国医疗纠纷与 ADR 的契合点,借鉴国外的相关实践及分析我国部分地区的尝试,从程序角度整合革新我国现有的医疗纠纷 ADR 方式,并提出相应对策措施保障其公正性、合理性,以供学界参考。

本书是四川医事卫生法治研究中心重点研究课题“医疗纠纷非诉讼解决机制研究”的研究成果,同时也得到了重庆医科大学医学与社会发展研究中心的资助,使得本研究成果能够面世。在两年的研究过程中,笔者深感医疗纠纷处理机制的研究是一个涉及面广、极富挑战性的课题。对任何社会问题的解决,除了设立规则外,更为关键的是机制的构建。在我国现有的体制下,有时候即使规则和机制本身都完美无缺,但仍面临着民众的信任问题,后者是研究者有心却无力解决的问题。本研究的主要内容包括:医疗纠纷非诉讼解决机制的必要性、可行性研究;医疗纠纷非诉讼解决机制的比较法研究;人民调解制度研究;医事仲裁制度研究;医疗纠纷非诉讼处理机制的构建研究;强制医疗责任保险研究等。

目 录

引言	1
第一章 非诉讼解决机制概述	1
第一节 纠纷及非诉讼纠纷解决机制概述	1
第二节 非诉讼解决机制概述	4
第三节 非诉讼解决机制在我国纠纷解决中的可行性分析	7
第二章 我国医疗纠纷适用非诉讼解决机制的必要性分析	11
第一节 医疗纠纷的概念	11
第二节 我国医疗纠纷解决的历史与现状	14
第三节 医疗纠纷适用非诉讼解决机制的法律适用分析	22
第四节 医疗纠纷的非诉讼解决方式的必要性考量	27
第三章 医疗纠纷非诉讼解决机制的比较法研究	33
第一节 美国	33
第二节 日本	36
第三节 德国	37
第四节 法国	38
第五节 我国台湾地区	39
第六节 比较分析	39
第四章 非诉讼解决机制下第三方力量分析	42
第一节 医疗鉴定专家	42
第二节 医疗纠纷非诉讼解决机制下的多元调解者	52
第三节 其他可能涉及的第三方	57

第五章 人民调解制度研究	60
第一节 国内研究概况	60
第二节 人民调解制度主要研究内容	61
第三节 简单评价	68
第六章 仲裁制度概述	70
第一节 仲裁制度的概念	70
第二节 仲裁制度的特点及类型	70
第三节 仲裁制度的起源和发展	72
第四节 我国的仲裁制度	74
第七章 医事仲裁前置制度的可行性分析	77
第一节 医事仲裁制度概述	77
第二节 建立医事仲裁前置制度的必要性分析	81
第八章 我国医事仲裁前置制度的构建	88
第一节 医事仲裁制度的原则	88
第二节 医事仲裁组织	89
第三节 医事仲裁的范围	92
第四节 医事仲裁的程序	93
第五节 医事仲裁的监督	96
第六节 医事仲裁的救济途径	96
第九章 医事仲裁的公正性研究	98
第一节 医事仲裁仲裁人研究	98
第二节 医事仲裁专家咨询委员会研究	105
第三节 建立我国医事仲裁制度的司法建议	109
第十章 医疗责任保险概述	112
第一节 医疗责任保险的概述	112
第二节 医疗责任保险的模式	114
第三节 开展医疗责任保险的必要性	116

第十一章	国外开展医疗责任保险具有代表性的国家的情况	120
第一节	美国	120
第二节	英国	121
第三节	日本	123
第四节	比较分析	123
第十二章	我国实行强制医疗责任保险制度具有代表性的省市的情况	125
第一节	云南	125
第二节	上海	126
第三节	深圳	128
第四节	北京	129
第五节	比较分析	130
第十三章	重庆市部分医疗机构和医务人员对医疗责任保险及相关问题的认识的调查	133
第一节	调查方法及内容	133
第二节	调查结果及分析	134
第十四章	重庆市实施强制医疗责任保险立法可行性分析	142
第一节	重庆市建立强制医疗责任保险制度的原因分析	142
第二节	重庆市建立强制医疗责任保险制度的立法模式	152
第十五章	医疗纠纷第三方处理机制——非诉讼解决机制的实践考察	163
第一节	第三方处理的理论基础	163
第二节	第三方处理纠纷:美国的经验及其借鉴	164
第三节	第三方处理医疗纠纷的国内典型样本研究	170
第四节	我国第三方处理纠纷的特色	173
第五节	我国第三方处理机制中存在的问题及其完善	175

第十六章 重庆市部分医务人员和患者对医疗纠纷非诉讼处理机制的调查	178
第一节 调查目的、对象、内容、方法	178
第二节 调查结果及分析	179
第三节 重庆实施医疗纠纷第三方处理机制的建议	186
第十七章 医疗纠纷非诉讼处理机制的公正性研究	189
第一节 现有纠纷处理方式的公正性考量	189
第二节 实现医疗纠纷非诉讼处理方式公正性的影响因素分析	190
第三节 对现有的医疗纠纷非诉讼处理方式公正性实现的思考	192
参考文献	196
后 记	201

第一章 非诉讼解决机制概述

第一节 纠纷及非诉讼纠纷解决机制概述

一、纠纷的概念

由于情感恩怨、利益归属及价值取向等因素的存在,人类社会从其产生的那一天开始,便伴随着各种不同的纠纷和冲突。^① 纠纷的产生,意味着一定范围内平衡状态或秩序被打破,而所谓秩序,博登海默认为是“社会进程中存在的某种程度的一致性、连续性和确定性”^②。纠纷的产生和解决是一个动态的社会过程。纠纷一方面是对秩序的破坏,而另一方面,对于社会的发展而言,它代表了新的理念、行为方式及新的利益,可能成为权利与法的发展契机,甚至可能成为社会变革的先导和动力。与大规模的社会冲突不同,纠纷通常表现为具体的利益冲突或权利实现障碍,是对正常秩序的破坏或局部权利义务关系的重组。^③ 可见,纠纷是无法杜绝的,存在于人类社会活动和社会关系之中,人们可以通过相应的认识和技巧进行预防,或者在纠纷发生之后找到合适的解决之道使之达到新的平衡状态。

二、纠纷解决的相关理论

纠纷解决的目的是通过一系列的规则、行为和程序,消除纠纷,恢复和建立秩序。法人类学根据实证研究,将纠纷的过程分为三个阶段。第一阶段为“不满”,是冲突发生的前奏——当事人认为自己的权益受到了侵害,产生不满情绪,并可能采取某些单方面的行动。如此时对方采取针锋相对的

① 李祖军. 民事诉讼目的论. 北京: 法律出版社, 2000. 24

② [美]博登海默著, 邓正来译. 法理学—法律哲学与法律方法. 北京: 中国政法大学出版社, 1999. 219

③ 范愉. ADR 原理与实务. 厦门: 厦门大学出版社, 2002. 41

态度和行动,则纠纷就进入了第二阶段,即“冲突”阶段。“冲突”是一个双向的、纠纷双方之间相互作用的过程,往往由双方一系列的对抗或争斗行为组成。当冲突无法由双方自行解决,不得不由第三方介入纠纷解决,或当事人直接请求第三方介入的情况下,就进入了三方的“纠纷解决”阶段。第三方的介入可能有多种形式,从高度制度化的诉讼程序,到邻里介入的劝解都属于此列。纠纷解决中的第三方地位及其作用形式,在决定纠纷解决方式的性质属公力救济或私力救济方面是一个最关键的因素。

医疗纠纷是一种特殊的纠纷类型,但就其在纠纷解决共性方面,也会经历如上的三个阶段。第一、二阶段是医疗纠纷必然经历的过程,损害或争议较小的医疗纠纷可能在第二阶段通过双方的沟通协商方式进行解决,但是因为医疗技术的复杂性以及侵害人体健康的特殊性,在经历了“不满”与“冲突”对抗之后,一般更倾向于较为慎重的解决,因此大多数医疗纠纷可能步入第三阶段,即第三方(调解者、鉴定者等)介入共同进行解决。本文主要从非诉讼纠纷解决机制对医疗纠纷的解决进行探讨,除了行政调解这一依附政府部门的方式以外,主要进行属于私力救济及社会救济范畴的探讨。私力救济及社会救济较之公力救济而言,自主性及灵活性较强,但是在公平公正性方面可能会有所缺失,因为不能保证每个纠纷的涉及者都是“理智人”或诚信之人。纠纷发生后,虽然彼此都想尽快回复到以前的平衡状态,但面对回复平衡所需要付出的代价和价值方面,双方实际上处于一种博弈状态,各自利益的倾向性很大程度上成为阻碍纠纷和解的分离力。因此,无论是最后自行达成合理纠纷解决协议抑或是试图通过非诉讼的纠纷解决机制解决,医疗纠纷处理过程中仍会有困难。

三、非诉讼的纠纷解决机制理论

美国著名社会学家布莱克认为,现代社会除了诉讼之外还有以下的纠纷解决机制:(1)自我帮助。即通过单方面的攻击性行为使不满情绪得以表达的解决方式。该方式可能表现为:直接的非难、嘲笑、骚扰、毁坏财产或者暴力(包括自杀)。在这些方式中,报复是较常见的手段。(2)逃避。它可能是单方面产生于受侵害方或侵害方,也可能在两方面同时发生。包含彼此不再打交道,或者减少相互间的交往和联系,是对互动过程的削弱和剥夺。(3)协商。是一个相互妥协的过程,它广泛地产生于不同的社会情境中,是

当今社会一种主要的非诉讼解决机制。(4)第三方的调解。这里的第三方是指调解者、仲裁人、法官及其他调解机构。调解普遍地存在于历史的各个时期,因为它不需要任何的强制,并乐于在一种无政府介入的情境下进行。(5)忍让。当产生不满与抱怨时,装成什么也没有发生的样子,什么也不做,但这本身就是对冲突纠纷的一种反应,即忍让。^①也有学者认为,纠纷解决的价值取向是要消除纠纷的状态,使纠纷当事人的持续对抗行为丧失社会正当性,从这个角度来分析,上述的逃避和忍让,本质上不应视为纠纷的解决方式。因为所谓避让,是指纠纷发生以后,一方当事人主动放弃争执,从而使纠纷归于消灭的行为。避让的特点,在于一方当事人主动放弃争执,在程序上无作为的行为要求,在结果上当事人争执的权利义务关系未发生变化。^②

笔者认为所谓的逃避和忍让属于纠纷单方或者双方处理纠纷的一种消极方式,其直接导致的结果是纠纷解决被搁置,即双方对此纠纷不再追究而保持纠纷产生后的破局,这种纠纷发生后的“冰冻”状态从广义而言也应属于纠纷的解决,因为事态发展不再向前或者回归,而是保持某种状态不变。但是,用逃避和忍让的方式来解决纠纷是不值得提倡的,因为这种消极正如学者们分析的丧失了社会的正当性,而当公正正义被广范围阻隔的时候,人们内心的不平无法得到平复和宣泄,整个社会也将趋向动荡。就自我帮助这种方式而言,近年来出现的医疗纠纷的新名词“医闹”,能够比较形象地体现此种方式。一般为患方,有些甚至倚仗部分暴力组织的人员,采取不冷静的方式,攻击医务人员和扰乱医院的正常诊疗秩序,希望通过此种方式来恫吓医院以取得自己对医疗纠纷解决的期许结果。这种方式比起逃避、忍让等消极方式而言,是一种过于亢进的纠纷解决方式,类似于蛮荒时期的“以牙还牙”,远远偏离了现代社会文明进步的理念,也是不值得提倡的。所以,非诉讼解决方式是解决医疗纠纷的恰当选择,主要有共同协商以及借助第三方力量进行调解的方式。国外涉及第三方力量的有多种组织形式,有些通过仲裁机构或民间力量或法院附设的组织来进行,因而出现了多种诉讼外纠纷解决方式,具体方式将在后面的章节中论述。

① 何平. 浅议纠纷及其解决机制. 四川行政学院学报, 2003(3): 15

② 潘剑锋. 民事纠纷解决方式与民事纠纷的适应性. 现代法学, 2000(6): 36

第二节 非诉讼解决机制概述

一、ADR 的定义

ADR(Alternative Dispute Resolution)直译为替代性纠纷解决方式,这一概念源于美国在 20 世纪 30 年代劳动纠纷的解决,后来逐步发展为各种诉讼外纠纷解决方式,现已引申为对世界各国普遍存在着的、诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决程序或机制的总称。美国 1998 年在《ADR 法》中对其定义为:“非诉讼纠纷解决方法包括任何主审法官宣判以外的程序和方法,在这种程序中,通过诸如早期中立评估、调解、小型审判和仲裁等方式,中立第三方在争论中参与协助解决纠纷。”解决纠纷是 ADR 的基本功能,从对法院审判或判决的替代性,及以当事人的自主合意和选择为基础的选择性对 ADR 进行界定。ADR 方式除了西方国家 20 世纪逐步发展起来的现代 ADR,也包括一些国家基于传统形式建立、发展并纳入现代纠纷解决机制的各种纠纷解决方式。^①

ADR 是一个总括性、综合性的概念,其内涵和外延难以准确界定。学界对其定义主要归纳为以下三种学说:广义说、狭义说与搁置说。区别在于:广义说认为 ADR 应该包括仲裁、谈判等诉讼以外的各种纠纷解决方式;狭义说则认为应把法院诉讼调解、谈判等排除在外;搁置说则认为 ADR 的范围之争无关紧要。目前大多学者认为 ADR 最主要的形式有调解、仲裁、谈判及其派生形式^②,派生形式主要包括早期中立评价、中立专家事实发现、简易陪审团审判、小型审判、聘请法官、调解—仲裁等^③。笔者采广义说,首先,因为 ADR 概念的提出主要来源并发展于西方,而西方从 ADR 的理论和实务研究角度主要从诉讼以外的相关途径进行界定,无一例外包含了仲裁等形式;其次,就其功能而言,学界普遍对 ADR 快捷地解决纠纷的功能没有异议,ADR 也是随着形势的发展而不断发展,内涵也不断在扩张,所以对于 ADR 的理论和实践,无论国外还是国内,内容与形式也是千差万别

① 范愉. 非诉讼程序(ADR)教程. 北京:中国人民大学出版社,2002. 21

② 范愉. ADR 原理与实务. 厦门:厦门大学出版社,2002. 95

③ 范愉. 非诉讼纠纷解决机制研究. 北京:中国人民大学出版社,2000. 201

的,广义说更能概括各国现状;再次,从未来发展角度而言,随着 ADR 在各个特殊领域包括医疗领域的应用,更多的方式被创造挖掘,广义说有利于 ADR 理论体系的完善和扩充。

二、ADR 的发展背景

现代 ADR 的主要来源有三类:以美国为代表的现代 ADR;以中国调解制度和日本调停制度为代表的传统型的调解、仲裁;苏联东欧社会主义国家的非诉讼程序等。^① 美国自 20 世纪 70 年代以来,针对诉讼极端频繁的弊病,兴起了 ADR 运动(Alternative Dispute Resolution Movement),试图跨出现存法庭制度范围,寻找其他实用的解决纠纷的办法。根据一篇调查研究显示,在 2545 位被调查的法官之中,很大一部分(75%以上)认为自己在这种庭外协定中做了“干预”(Intervention),促成了其事。此外,庭外协定占了诉讼案件解决方式的很大比例:据估计,所有案件中只有 2% 进入正式的庭审^②。在美国的影响下,ADR 在日本、澳大利亚等国也得到了充分发展。在日本,法院附设的调解经过自我更新已经成为了一项充满活力的制度。1994 年,日本通过民事调解解决的案件有 120000 件,通过家事调解处理的案件有 100000 件,而民事诉讼案件不过 380000 件,调解和诉讼的比例超过 1:2。而且,在日本,调解的成功率也是相当高的,民事调解是 50%,家事调解是 45.7%。^③ 在韩国,根据其《医疗服务法案》第 54 条第 2 款,自 1982 年建立的医疗检查与调解委员会,主要调解医疗服务的纠纷,由卫生福利部与地方政府组织。2001 年,韩国提出“调解优先原则”,使医疗纠纷的调解制度真正在实践方面得以发挥功能,以调解方式平息医疗纠纷的案件比例达到 70% 左右。^④

作为现代 ADR 三大主要来源之一的中国,其调解制度深深根植于中国历史和文化传统之中。中国的调解制度的适用基准是“情、理、法”的协调,符合儒家伦理。儒家的礼治思想在中国可以追溯到春秋战国时期,调解等非诉讼纠纷解决方式历经千年文化变迁,仍在现代乡村的民事纠纷解决中

① 范愉. ADR 原理与实务. 厦门:厦门大学出版社,2002. 20

② 黄宗智. 中国法律的现代性. <http://www.jcrb.com/zywfiles/ca559791.htm>. 2006-11-06

③ [日]小岛武司. 诉讼制度改革的法理与实证. 北京:法律出版社,2001. 179

④ 张虹. 对中国医疗纠纷调解机制的思考. 医学与哲学,2006(27):25

起着重要作用,这本身就蕴含着巨大的合理性。^①但是,在中国传统社会里,民众的权利往往被官府压抑,被官府掩盖,民众缺乏伸张自己权利的渠道,他们是被表达的群体。^②古代“无讼”思想认为诉讼是一种消极的社会现象,它偏离、扰乱了和谐的社会关系,而借助调解制度则扮演了“无讼”思想践行的工具,进而发展成为一种说教的过程,成为维护道德伦常的工具。中国古代的调解制度,虽然在乡绅和官衙的推动下,通过调解达到息讼的目的,但其弊端也显而易见,因为其实质以息讼为目的,对于正当利益的保护及公正方面过于概略模糊,一定程度上限制了人们捍卫自己权利的话语权,可见,中国古代的调解制度与经过发展逐渐完善的现代ADR概念及体系差距颇大。现代ADR充分体现了当事人自治,一定程度上缓解了司法资源的紧张,其在程序设计上进行发展改良,将日趋达到通过非诉讼方式获得公正解决纠纷的结果。

三、ADR 的类型及方式

从不同角度而言,对ADR的类型也有不同的划分。根据主持纠纷解决的主体或第三者,即ADR机关,可分为法院附设的,国家行政机关所设或附设的,由民间团体或组织、律师主持的,国际组织所设的非诉讼程序;根据启动程序,分为合意ADR、半强制ADR、强制ADR;根据处理结果的效力,分为终局性的与非终局性的ADR;根据ADR机构在纠纷解决过程中的作用,分为中立性和指导性的不同导向的ADR;根据处理的纠纷类型,分为一般性和特定纠纷的ADR,医疗纠纷属于特定纠纷的ADR;根据非诉讼程序起源和运作方式,分为传统型与现代型ADR。

有学者提出ADR方式主要有以下10种:(1)调解。ADR中最为常见和最重要的一种方式,是其他所有ADR形式的基础;(2)契约指定的调解。调解规则、调解员或调解小组的指定均应根据双方当事人约定的有约束力的条款来决定。这种程序无疑代表了介于普通调解与仲裁之间的一种解决争议的方式;(3)模拟诉讼形式的调解(又称微型审理);(4)由各方当事人的董事会代表直接进行的调解(“高级行政长官评估”程序);(5)律师或中立专家的联合磋商(早期审理评议);(6)仲裁/调解;(7)仲裁员的选择限于各方

① 范愉.非诉讼程序(ADR)教程.北京:中国人民大学出版社,2002.46

② 徐忠明.思考与批评:解读中国法律文化.北京:法律出版社,2000.102~103

当事人提出的要约之间的仲裁;(8)法院指定的调解或仲裁;(9)简易陪审团审判;(10)租借法官即雇请或租借退休法官处理私人案件。^①

四、ADR 的优势、缺陷

ADR 的优势表现在其基本上是以相对和平的方式解决纠纷,缓解了诉讼压力,弥补了诉讼的固有弊端,为合理构建现代社会多元化解决纠纷体系起到重要作用。其优点可以具体归纳为:能充分发挥作为中立调解人的专家在纠纷解决中的有效作用;以妥协而不是对抗的方式解决纠纷,有利于维护需要长久维系的合作关系和人际关系乃至社会的稳定;使当事人有更多的机会和可能参与纠纷的解决;有利于保护个人隐私和商业秘密;当处理新的技术和社会问题时,在法律规范相对滞后的情况下,能够提供一种适应社会和技术发展变化的灵活纠纷解决程序;允许当事人根据自主和自律原则选择适用的规范,如地方惯例、行业习惯和标准等;经过当事人理性的协商和妥协,可能达到双赢局面。

ADR 在实际运用中也存在某些固有弊端和被滥用的可能性,主要包括:某些 ADR 在实体法和程序两方面都缺乏规范性和制度的保障。缺少诉讼那样的正当性与权威性基础,更多地依赖当事人的自律。ADR 在追求低廉和迅速解决纠纷的同时,可能导致一些低质量甚至非正义的结果。ADR 滥用可能会侵害当事人的诉权,对国家司法权造成一定的侵蚀。过分发展或强调 ADR 可能会导致社会忽视审判的功能,乃至消除公民的权利意识和为实现自身权利而努力的斗志。^②

第三节 非诉讼解决机制在我国纠纷解决中的可行性分析

一、符合我国传统文化价值观念

我国利用调解手段来解决民事争议的传统由来已久,调解历来备受推崇,即使是在新民主主义革命时期,调解也是我党建立革命政权重要的统治

① 范愉,《非诉讼程序(ADR)教程》,北京:中国人民大学出版社,2002,89

② 范愉,《非诉讼纠纷解决机制研究》,北京:中国人民大学出版社,2000,101

工具之一,这一现象有其深刻的历史渊源。

调解在我国盛行有多方面的原因。首先,从民族性上讲,“中华民族具有能让任何国家都增色不少的平凡而又伟大的品质,所有这些品质又可归纳为一个词‘老成温厚’,是一种能使人在任何情况下都可获得宁静的文明。依据中国人的观点,和平主义不是什么高贵品德,只是一般的善行和常识而已。在异常精明的道家哲学中,宽容一词总是出现,宽容是中国文化最伟大的品质。中国有不少劝人适可而止的格言。中国的司法是一种艺术,不是科学。”^①平和的民族性格是我国调解盛行的基础,是当事人接受调解的潜在因素。其次,从文化传统上讲,对我国传统文化影响最深远的即儒家思想。儒家文化影响我国数千年,其影响深入到社会生活的各个方面。社会中个人观念的形成受诸多因素的影响,无论是社会大环境,或是个人生存的小环境,都受到儒家思想文化的影响。就大环境而言,作为社会主流的儒家思想均推崇“礼之用,和为贵,先王之道,斯为美”的观点;就小环境而言,个人出生在一个大家庭中,在“父慈子孝,兄友弟恭,妯娌相亲”的教导中成长,尊老爱幼、互相关心、互相帮助,有争执时互谅互让是中国的传统美德,也是道德教育的中心内容。调解回应了这种社会观念的要求。^②

一个民族的民族性和传统文化底蕴具有顽强的生命力和强烈的感染力,不会轻易消亡。中国人“老成温厚”的民族性、中庸和谐的传统思想仍然对社会纠纷的解决有着潜在的影响。因此,受文化传统影响,在遇到纠纷时选择调解是理所当然的。面对医疗纠纷解决的困境,选择调解的方式是对中国文化传统的回应。

每一种文明都有自己关于理想社会的设计,中国文明的理想是大同世界,用法律的话语来讲就是无讼之世。追求和谐统一,强调克己、宽容、谦让是中国文化的主线,也是中华民族的共同心理。在这样的文化背景下生存繁衍的中国人,选择司法外和解来解决大多数纠纷不仅是可能的也是必然的。^③诚如庞德所言,中国具有被接受为伦理习俗的传统的道德哲学体系,这种哲学体系可能被转化为一种据以调整关系和影响行为的公认理想。^④

① 林语堂. 中国人. 上海: 学林出版社, 1994. 56~91

② 宋朝武等. 调解立法研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2008. 38

③ 谈萧. 司法外和解制度研究. <http://article.chinalawinfo.com/Article-Detail.asp?ArticleID=30903>, 2006-10-23

④ 高道蕴, 高鸿钧, 贺卫方. 美国学者论中国法律传统. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 4