



新版“律师业务必备”丛书

中华全国律师协会审定★中华全国律师协会民法专业委员会推荐

最·权·威·的·中·国·律·师·业·务·指·南

医疗纠纷案件律师业务

LEGAL PRACTICE OF MEDICAL MALPRACTICE CASES



主 编 陈志华

Editor-in-chief: Chen Zhihua



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



新版“律师业务必备”丛书

中华全国律师协会审定 ★ 中华全国律师协会经济专业委员会推荐

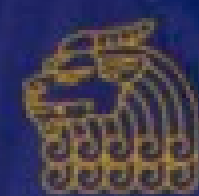
最·权·威·的·中·国·律·师·业·务·指·南

法律出版社决定从2006年起,结合中国律师面临的新的执业环境、执业领域以及执业发展需求,对原“律师业务必备”丛书进行改版,重新规划,陆续推出新版“律师业务必备”丛书。欣闻此事,我很高兴。法律出版社的这一举措,将是一次对我国优秀律师的优秀执业经验的集中总结,丛书的作者都是国内长期从事相关律师业务的资深律师,他们积累了丰富的实践经验,并且能够花费时间和精力进行认真总结,提供出非常宝贵的执业策略和操作指引,这些内容正是目前我国律师业务发展和业务水平提高过程中亟需了解和学习的内容,必将对我国律师的职业化发展和执业水平的提高起到良好的促进作用。

—— 中华全国律师协会会长 于宁

本书简介

医疗纠纷的处理不仅需要律师具有一定的医学知识,同时亦要求其熟悉相关法律规定,掌握一定的处理技巧。本书通过大量实例,在解析医疗纠纷案件特点及处理难点的基础上,详细介绍了律师在提供法律咨询、处理非诉业务、代理诉讼等法律服务时应注意的问题及实务操作技巧,包括咨询方法、证据保全措施、和解协议书的制作、诉讼证据的准备、案由的选择、当事人及诉讼标的的确定、举证责任分配、医疗事故技术鉴定及司法鉴定、医疗侵权的归责原则与责任认定、损害赔偿计算方法等。本书内容适于所有对此有兴趣的读者阅读,包括医患双方当事人。

 独角兽工作室
平面设计

ISBN 978-7-5036-6936-1



9 787503 669361 >

上架建议:律师业务·医疗纠纷

定价: 58.00元



新版“律师业务必备”丛书

中华全国律师协会审定★中华全国律师协会民法专业委员会推荐

最·权·威·的·中·国·律·师·业·务·指·南

医疗纠纷案件律师业务

主 编 陈志华



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

医疗纠纷案件律师业务/陈志华主编. —北京:法律出版社,2007.1

(新版“律师业务必备”系列丛书;5)

ISBN 978-7-5036-6936-5

I. 医... II. 陈... III. 医疗事故—民事纠纷—
案件—中国 IV. D922.165

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 155276 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/33.25 字数/568 千

版本/2007 年 1 月第 1 版

印次/2007 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/ yangyang@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/ www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939647

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-6936-5

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



新版“律师业务必备”丛书

总 序

2006年是我国实施“十一五”规划的开局之年，2006年也是中华全国律师协会成立20周年。律师业面临着很好的发展机遇。党的十六届五中全会提出我国今后五年经济社会发展的总体目标、指导方针和重大部署，进一步拓展了律师法律服务的广度和深度。

“十一五”规划建议明确提出要大力发展包括法律服务在内的现代服务业，将发展法律服务业纳入党和国家的工作大局，进一步提升了律师法律服务业的地位和作用。

司法部在《2006年中国律师业发展政策报告》中明确提出：2006年律师工作的指导思想和基本思路是：以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，认真贯彻党的十六大及十六届三中、四中、五中全会精神，贯彻落实科学发展观，以服务大局为中心，以改革创新为动力，以依法从严管理为保证，进一步增强律师工作服务经济社会发展的能力，继续完善律师制度，大力加强律师队伍建设，推动律师业更快更好地发展，为全面建设小康社会和构建社会主义和谐社会提供优质高效的法律服务。

为贯彻国家“十一五”规划和司法部律师业发展政策要求，法律出版社决定从2006年起，结合中国律师面临的新的执业环境、

执业领域以及执业发展需求，对原“律师业务必备”丛书进行改版，重新规划，陆续推出新版“律师业务必备”丛书。欣闻此事，我很高兴。法律出版社的这一举措，将是一次对我国优秀律师的优秀执业经验的集中总结。丛书的作者都是国内长期从事相关律师业务的资深律师，他们积累了丰富的实践经验，并且能够花费时间和精力进行认真总结，提供出非常宝贵的执业策略和操作指引，这些内容正是目前我国律师业务发展和业务水平提高过程中亟需了解和学习的内容，必将对我国律师的职业化发展和执业水平的提高起到良好的促进作用。我相信，本丛书的出版，能够启发大家的思路，开阔大家的视野，将对提升我国律师的总体业务水平，推动我国律师业务领域的扩展，向社会提供高质量的法律服务，产生积极的作用。

中华全国律师协会会长 于宁





新版“律师业务必备”丛书

出版者序

法律出版社新版“律师业务必备”丛书将于2006年以全新面貌展现在广大律师和法律职业者的面前了。

法律出版社的“律师业务必备”丛书是国内最早的围绕“律师业务”进行编辑规划的丛书，从20世纪80年代末开始出版以来已经陆续出版了近20个品种，是一套全品种、综合性的律师业务用书，有些品种长销10余年，几经修订，至今畅销不衰。其出版伴随了中国律师业的职业化发展进程，为中国律师在不同发展阶段提供了高质量的业务指导用书，得到了律师界的广泛认可，为中国律师事业做出了自己的贡献。

新版“律师业务必备”丛书将在坚持原版丛书编辑宗旨的基础上，紧密围绕“律师业务必备”的丛书主题，继续在中华全国律师协会的支持下，为中国律师和法律职业者提供更加专业化、职业化和国际化的业务指导用书。

新版“律师业务必备”丛书将具备以下一些新特点：

1. 紧密结合中国律师的业务服务领域进行选题规划，选题内容将更加明确和集中；
2. 以中国律师业务拓展较快，业务需求较多，专业化服务

要求较高的领域为重点，以为中国律师提供专项业务的专业化指导为目标；

3.以中国资深律师的业务经验总结为内容主体，提供高水平的业务策略和操作技巧指引；

4.由国内相关业务领域的资深、知名律师担任丛书的编著者；

5.丛书内容将结合中国律师业务发展的需要不定期修订和完善；

6.选题均由中华全国律师协会审定，由相关专业委员会推荐，以保证丛书质量，提高丛书的权威性，符合中国律师业务的发展需要。

法律出版社多年来一直致力于律师业务图书的出版工作，积累了丰富的出版经验和作者资源，近年来不断推出了新的律师系列丛书，并且加强了国外优秀律师实务图书的引进，开拓了中国律师的职业视野，提供了全新的职业理念，这是值得高兴的事情。

此次新版“律师业务必备”丛书的出版，是法律出版社进一步集中国内优秀的律师作者人才，总结国内律师的优秀执业经验，展现中国律师执业水平的新的努力。丛书的每一本书都将是倾力之作，每一位作者都不遗余力地贡献出了自己宝贵的执业智慧，有些著作甚至是作者花费了几年时间反复修改和完善的成果。“知人者智，自知者明；胜人者有力，自胜者强”，相信这套丛书将对广大律师和法律职业人士了解中国律师业务，开拓律师业务领域，提高自身执业能力起到重要的指导作用。

值此中华全国律师协会成立20周年之际，也谨以此丛书表示祝贺。



主编简介



陈志华律师

毕业于华西医科大学,医学学士、法医学硕士,曾专业从事司法精神病学鉴定工作。现任北京市律师协会医疗法律专业委员会主任,中国卫生法学会常务理事,北京市人大常委会立法咨询专家,中国医师协会道德建设委员会委员,中国消费者协会律师团成员,《证据科学》杂志编委,北京陈志华律师事务所主任。

陈志华律师办理过大量医疗卫生方面的法律事务,包括众多在国内具有重大影响的医疗纠纷案件,具有丰富的办案经验。曾应邀在全国30个省、自治区和直辖市的近百个城市,为医务人员进行法律培训;在北京大学法学院、中国政法大学讲解医疗纠纷案件诉讼实务;在北京等城市为执业律师进行医疗诉讼律师实务方面的继续教育培训。

陈志华律师曾参与卫生部教材《卫生法学》、《病历规范化书写与举证》、《医疗告知与维权指南》、《执业医师法律维权200问》等书籍的编写工作。其撰写的《强制治疗法律关系研究》、《医疗诉讼案件执业风险研究》曾被评为第四届、第五届中国律师论坛优秀论文。曾在《法律与医学》、《人民法院报》、《健康报》、《中国医学论坛报》、《中国医院》、《世界医学》等多种报刊杂志上发表过百余篇学术及科普文章。其所在律师事务所编辑出版的内部刊物《志华医学法律通讯》每期发行量已超过5000册。

陈志华律师曾应邀参加了我国《医疗事故处理条例》及其配套文件、《中华人民共和国初级卫生保健法》、《北京市精神卫生条例》、《人体器官移植技术临床应用管理暂行办法》、《中华人民共和国紧急状态法》多部法律、法规的立法活动,提供了宝贵的立法意见。

陈志华律师撰写了本书第二章、第四章第一节和第三节、第七章第三节、第八章、第十章、第十一章第六节、第十二章。

chenzhihua@vip.sina.com

作者简介

王岳律师*

中国医科大学医学学士,中国政法大学法律硕士、法学博士。北京市律师协会医疗法律专业委员会委员,中国卫生法学会理事,北京大学医学部法律事务小组主任,北京大学医学部卫生法教研室副主任,《中国卫生法制》杂志编辑部副主任、北京大学司法鉴定中心鉴定人,北京市兰台律师事务所律师。擅长处理医疗卫生方面的各种法律事务。撰写本书第一章、第七章第一节和第二节、第十一章第二节和第五节。

wangyues@vip.sina.com

王金云律师

山西医科大学医学学士、中国政法大学学士。北京市律师协会医疗法律专业委员会委员,中国卫生法学会会员,北京市大地律师事务所律师。曾代理过大量医疗纠纷案件,其中代理患者杨某诉某医院错误切除肾脏案曾引起社会广泛关注和影响。同时还擅长金融、公司、知识产权等方面法律事务。撰写本书第三章。

wang33660@163.com

李心研律师

具有医疗、法律双重教育背景,曾从事法医教学、法医实践工作。北京市律师协会医疗法律专业委员会委员、秘书长,中国卫生法学会会员,北京市宝华德律师事务所律师。办理过大量与损伤、医疗、中毒、精神病障碍相关的刑事、民事案件,如周某诉北京某医院医疗事故损害赔偿案等。撰写本书第四章第二节。

xy-1@163.com

李洪奇律师

北京医科大学医学学士,中国政法大学法学学士,英国诺丁汉大学经济法硕

* 本部分作者简介以其撰写章节次序排列。

士,北京市律师协会医疗法律专业委员会委员,中国卫生法学会会员,北京市中济律师事务所医药卫生法律部主任。代理过大量医药投资项目、医药合同纠纷、医药器械知识产权纠纷、药品器械产品质量纠纷、医疗纠纷、医疗损害、交通事故、人身伤害等案件。撰写本书第五章第一节、第十一章第四节。

lawyerlhq@vip.sina.com

王良钢律师

曾先后在南华大学、中南大学、中国政法大学学习医学、法学。北京市律师协会医疗法律专业委员会委员,中国卫生法学会会员,北京市京仁律师事务所合伙人。先后担任过政府、企业、医院、学校和个人的常年或专项法律顾问,在数十起医疗纠纷案中担任医方或患方诉讼代理人。擅长办理医疗卫生、知识产权等方面的法律事务。撰写本书第五章第二节至第五节、第十一章第一节。

bjwls@vip.sina.com

李虹律师

医学学士、法学学士、哲学硕士。北京市律师协会医疗法律专业委员会专业委员,中国卫生法学会会员,北京中医药大学文法系副教授,北京市惠诚律师事务所律师。办理过大量民事、经济纠纷案件,尤其擅长医疗纠纷案件的处理,熟悉相关的医疗卫生法律、法规。撰写本书第六章。

qiuhlh@21cn.com

唐泽光律师

毕业于医学院校,北京大学法学学士。北京市律师协会医疗法律专业委员会委员,中国卫生法学会会员,北京市金栋律师事务所合伙人。擅长处理医疗、保险、交通事故方面的法律事务,代理过大量具有重大影响的医疗纠纷案件,如全国首例试管婴儿案件。曾参与编写《财产损害赔偿纠纷》、《人身损害赔偿纠纷》等书籍。撰写本书第九章。

tangzeguang@sohu.com

孙桂玲律师

毕业于北京科技大学,具有医学和法学双重执业资格。北京市律师协会医疗专业委员会委员,中国卫生法学会会员,北京市盈科律师事务所律师。擅长处理涉及医疗纠纷、医师执业许可、医疗机构管理、食品卫生、药品管理、交通事故、产品责任事故等方面的法律事务。撰写本书第十一章第三节。

yingke1919@126.com

近年来,在我国社会经济快速发展的同时,医疗体制改革却相对滞后,造成了现有医疗服务模式与医疗服务需求的严重冲突。其最直接的表现形式就是医疗纠纷急剧增多,严重影响了医患关系的和谐。探索和构建完善的医疗纠纷处理机制,公正高效地解决医疗纠纷,缓解医患矛盾,一直是困扰我国立法机关、卫生行政部门、医疗机构以及法官、律师等实务界人士的难题。

处理医疗纠纷,要求实务操作者具有一定的医学和法学知识。但在实际工作中常常会遇到这样的情况:医疗机构及其医务人员缺乏法律知识,不知如何面对日益增多的医疗纠纷;患者不知如何寻求法律帮助以维护其权益,代之以各种非理性行为;缺乏医学知识的法官审理医疗纠纷案件举步维艰。然而,在医疗纠纷的实务处理方面,本书的作者却具有先天的优势。

我与本书作者有相似经历。我们都曾从事过医生职业,后来都弃医从法。对医疗法律的理论研究与实务处理充满兴趣。我与本书的作者,尤其是主编陈志华律师,经常在各种研讨会、学术会议、培训班上甚至在机场相遇,共同研究和探讨医疗领域的热点法律问题。我曾多次应卫生部、法院的邀请,协助处理疑难医疗纠纷,共同寻求解决纠纷的方法。同时,我还接受过北京市律师协会医疗法律专业委员会的邀请,为北京律师解析医疗纠纷处理的立法和司法难点。

我与本书作者也有不同的经历。目前,我主要从事医疗卫生法律的理论研究和教学工作,作为专家参与相关立法等工作。而本书作者们都是律师,他们主要是从事医疗纠纷处理的法律实务。我在与本书作者的长期接触中发现,他们在医疗纠纷处理的实务经验远

远超过本人。也正是基于这一原因,我经常将一些医疗纠纷的当事人直接介绍给本书的作者或医疗专业委员会的其他委员,因为他们在实务处理方面比我更专业。我亦曾邀请本书主编陈志华律师到北京大学法学院,为医师法专业的硕士研究生讲授医疗纠纷处理的法律实务,让学生们领略到了“实践是如何推动理论的发展的”。

在平时的工作中,经常有人请我推荐有关医疗纠纷处理实务方面的书籍。对此,我总是感到非常遗憾,因为我国目前有关这方面的专业书籍虽然有一些,但高质量的有限。因此,当听说北京市律师协会医疗法律专业委员会的委员准备编写一本医疗纠纷处理实务方面书籍时,我感到非常高兴。因为我相信,这些具有医学、法学教育背景和实务操作经验的律师撰写的书籍,定会受到人们的欢迎。

在本书中,作者通过大量实例,在解析医疗纠纷案件特点及处理难点的基础上,澄清了一些理论和概念,详细介绍了律师在提供法律咨询、处理非诉业务、代理诉讼等法律服务时应注意的问题及实务操作技巧,具有很强的实务可操作性。

本书的阅读对象不仅仅是律师,也包括面临医疗纠纷的患者及其家属、医疗机构管理者、卫生行政部门工作人员、医学会医疗事故鉴定办公室的工作人员、从事卫生法学研究的人员以及其他对医疗纠纷感兴趣者。相信无论哪方面的读者,在读完本书后,都会有所收获。

北京大学法学院教授 孙东东
2006年12月15日

前言：这本书能为律师带来什么

近年来,我国医患关系日趋紧张、医疗纠纷不断增多,已成为社会公众普遍关注的焦点之一,并严重影响社会的和谐与稳定。医患关系的和谐取决于多种因素,完备的法律制度及其良好的运行是其重要方面。这其中包括两个主要环节:一是立法,通过确定医患双方的权利与义务来分配正义,借以构建医患之间相对均衡的利益关系,并使医疗行为得以规范,减少不当医疗损害的发生;二是司法,通过事后的法律救济来实现正义,借以恢复失衡的医患之间的权利义务关系。

律师,作为法律专业人士,不仅可以通过参与立法活动,维护医患双方利益的平衡,更可以通过司法或准司法程序,为医患双方当事人提供专业法律服务,使得医患关系尽快趋于稳定。律师在协调医患关系、缓解医患矛盾、维护医患双方合法权益过程中,具有其他社会群体难以取代的重要作用。

然而,需要注意的是,医疗纠纷案件具有高度的专业性,审理难度大,诉讼周期长。同时,现有法律规定的相互冲突、法官认识程度的差异等,又导致此类案件的处理结果具有高度的不确定性,难以达到当事人尤其是患方期望的结果。实践中,时常有当事人因对律师提供的法律服务不满而向有关部门提出投诉,而这又影响了律师参与医疗纠纷处理的积极性,导致当事人极难找到可以胜任此类法律事务的律师。因此,帮助律师同仁了解医疗纠纷案件的特点,熟悉相关法律规定,掌握一定的处理技巧,即成为本书作者编著本书的初衷。

本书作者均为北京市律师协会医疗法律专业委员会的成员,执业律师,具有医学和法学双重教育背景,在医疗纠纷处理方面具有丰富的实务操作经验,办理过大量具有重大影响的案件。在本书四篇共十二章中,作者通过大量亲身经历的案例,详细讲解了律师在医疗

纠纷法律咨询、非诉代理、当事人确定、诉讼案由选择、诉前证据准备、赔偿数额计算等方面应注意的法律问题及实务操作技巧,提供了实践中常用的和解协议书、法律意见书、鉴定会陈述意见等法律文书的参考文本并加以详细说明。本书还详细介绍了我国目前法院审理医疗纠纷的基本思路,分析了现有法律规定冲突发生的原因及应对的办法。另外,本书还对部分特殊的医疗纠纷案件的处理及实务操作进行了分析和介绍。本书附录收录了律师在办理医疗纠纷案件时最常用的部分法律、法规和规范性文件,尤其具有参考价值的是部分地方高级人民法院下发的有关医疗纠纷案件审理如何适用法律的工作文件。

有关各章的内容简介,敬请阅读相关篇首介绍。

特别提示的是,由于我国现有法律规定的冲突和认识程度的差异,人们对医疗纠纷所涉及的部分理论和实践问题尚有不同的观点和看法,包括本书的作者之间。任何人都不能要求他人接受自己的观点,本书的写作亦是如此,例如本书多个章节谈及的医疗违约诉讼问题。对于观点的不同,本书已尽量加以注解,以帮助读者独立思考和选择。

在本书中,为行文方便,除非上下文有特别说明,则《条例》系指国务院发布并于2002年9月1日起施行《医疗事故处理条例》,《解释》专指最高人民法院发布并于2004年5月1日起施行的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》。在本书中,“患方”系指患者和/或其近亲属,“医方”系指各类医疗机构。另外,本书中“医务人员”主要指医生和护士,“医生”与“医师”系指同一群体,仅仅是因为人们习惯或场合不同而有不同的称谓。

尽管本书的主要阅读对象为律师,但并不仅仅限于律师。对于所有与医疗纠纷有关的患者、家属、各类医疗机构及其相关医务人员,本书的内容同时具有重要的参考和实用价值。尽管本书主要是从律师代理患方的角度写作,因为医疗纠纷处理程序多系因患方投诉或起诉而启动,但俗话说,知己知彼方能百战不殆,故本书对医疗机构尤其是专门处理医疗纠纷的人员来讲,较之患方更具有阅读和参考的价值。因为道理很简单,医疗纠纷对于患方来讲一次即足已,而医方却需要每天面对。

丛书总序

丛书出版者序

序

前言:这本书能为律师带来什么

第一篇 基础知识篇

第一章 医疗纠纷概述

第一节 医疗纠纷相关概念	3
一、医疗行为	3
二、医疗纠纷	5
三、医疗事故	6
四、医疗侵权	14
第二节 医患法律关系概述	15
一、医疗合同关系	15
二、无因管理关系	19
三、强制诊疗关系	21
第三节 国内医疗纠纷现状	22
一、医疗纠纷的成因	22
二、减少医疗纠纷之策	23
第四节 国外医疗纠纷现状	25
一、美国医疗损害赔偿法律制度窘境	26
二、美国医疗损害赔偿立法例概述	27
三、美国的专家过失标准	29

四、德国与日本的立法例	30
第二章 医疗纠纷案件律师实务基础	
第一节 医患双方的权利和义务	32
一、患者的权利	32
二、患者的义务	39
三、医疗机构和医务人员的权利	42
四、医疗机构和医疗人员的义务	43
第二节 医疗纠纷解决机制及其存在的问题	46
一、医疗纠纷案件的特点	46
二、医疗纠纷解决机制	47
三、我国目前医疗纠纷处理现状	47
四、对患方非理性维权行为的评价	49
五、医疗纠纷解决机制的完善	53
第三节 律师与和谐医患关系的构建	55
一、律师与社会正义的实现	55
二、律师与医患双方利益的均衡	56
三、律师与医方医疗行为的规范	56
四、律师与患方理性解决争议	57
五、律师与非诉法律咨询服务	58
六、律师与医疗纠纷案件代理	58

第二篇 非诉业务篇

第三章 医疗纠纷案件的律师咨询

第一节 稳定情绪与说服解释	65
一、医疗纠纷的负面效应	65
二、律师法律咨询的作用	67
三、律师法律咨询的技巧	68
四、律师咨询应掌握的原则	70
第二节 医学判断与法律判断	71
一、医疗行为的医学判断	71

二、医疗行为的法律判断	72
第三节 病历资料的复印与封存	74
一、客观性病历资料的复印	74
二、主观性病历资料的封存	76
三、代理律师应注意的问题	77
第四节 现场实物封存	80
一、现场实物的概念	80
二、现场实物封存措施	81
第五节 尸检及其法律意义	82
一、尸检的概念	82
二、尸检相关法律规定	83
三、尸检的法律意义	84
四、尸检存在的问题	86
 第四章 医疗纠纷案件的非诉代理	
第一节 代理当事人进行和解	89
一、和解的基本原则	89
二、和解协议书参考格式及说明	92
三、和解协议书制作实例	99
第二节 代理当事人出席鉴定会	102
一、详细了解案情	103
二、全面收集材料	103
三、精心准备材料	104
四、起草陈述意见	105
五、代理参加鉴定会	109
第三节 出具法律意见书	109

第三篇 诉讼业务篇

第五章 医疗纠纷案件的诉讼准备

第一节 医疗纠纷案件受理前审查	121
一、利益冲突调查与说明	121

二、受理前诉讼风险告知	124
三、起诉前诉讼时效审查	126
第二节 诉讼当事人的确定	128
一、患方如何确定原告	128
二、患方如何确定被告	130
三、医方如何确定被告	131
第三节 医疗纠纷诉讼的案由选择	133
一、医疗纠纷诉讼的案由种类	133
二、医疗纠纷诉讼案由的选择	134
三、医疗违约之诉与医疗侵权之诉	137
第四节 起诉前诉讼证据的准备	139
一、医疗纠纷诉讼证据准备要点	139
二、医疗侵权诉讼证据准备	139
三、医疗违约诉讼的证据准备	141
第五节 诉讼请求及标的额计算	141
一、诉讼请求的提出	141
二、诉讼标的额计算	142
三、诉讼请求的变更	143

第六章 医疗纠纷案件的举证责任

第一节 证据及举证责任分配	145
一、证据的概念	145
二、证据的种类	146
三、举证责任及分配原则	148
第二节 医疗侵权诉讼举证责任分配	150
一、法律规定及法理依据	150
二、患方的举证责任	151
三、医方的举证责任	155
四、举证期限及逾期举证后果	157
第三节 医疗违约诉讼举证责任分配	159
一、侵权责任与违约责任的竞合	159
二、患方的举证责任	159
三、医方的举证责任	160
第四节 病历及其证明效力	163

一、病历的概念和形式	163
二、病历的分类	165
三、病历的证明效力	166
四、病历证明效力的有限性	171
五、病历复印、封存与质证	173
第五节 教科书、医学文献的证明效力	175
第七章 医疗纠纷案件的技术鉴定	
第一节 医疗事故技术鉴定与司法鉴定	178
一、医疗事故技术鉴定	178
二、医疗纠纷司法鉴定	181
第二节 医疗事故技术鉴定程序	183
一、鉴定程序的启动方式	184
二、鉴定申请的受理	186
三、鉴定专家库与专家抽取	191
四、鉴定专家回避制度	193
五、鉴定材料的提交	195
六、鉴定费的承担原则	196
七、鉴定中的审查和调查	197
八、鉴定组成立及召开鉴定会	198
九、鉴定的依据、目的和原则	199
十、鉴定书的制作及规范	200
第三节 鉴定结论的法庭质证	201
一、鉴定结论的形式要件	202
二、鉴定结论审查与重新鉴定	203
三、鉴定人出庭接受质询	204
四、鉴定结论交叉询问技巧	205
第八章 医疗纠纷案件的法律适用	
第一节 我国医疗纠纷处理制度的历史沿革	207
一、我国医疗纠纷处理的发展阶段	207
二、《医疗事故处理办法》实施阶段	209
三、《医疗事故处理条例》实施阶段	215
四、法律规范冲突与法律适用“二元化”	216

第二节 医疗侵权的归责原则	222
一、民事责任与归责原则	222
二、医疗侵权的归责原则	224
三、司法实践常见的问题	225
第三节 医疗侵权责任构成要件	229
一、损害事实	230
二、医疗过错	231
三、因果关系	234
第九章 医疗损害赔偿及计算方法	
第一节 医疗损害赔偿概述	239
一、损害赔偿的概念	239
二、损害赔偿的法律特征	240
三、损害赔偿的基本原则	240
四、医疗损害赔偿特点和原则	242
五、美国医疗损害制度简介	244
第二节 依《条例》确定的赔偿项目	246
一、《条例》的相关规定	246
二、《条例》规定的赔偿项目	248
第三节 依《解释》确定的赔偿项目	249
一、《民法通则》的相关规定	249
二、《解释》的相关规定	251
第四节 具体赔偿项目及计算方法	252
一、《条例》和《解释》的共有赔偿项目	252
二、《条例》和《解释》的特有赔偿项目	264
第五节 几种特殊损害后果的赔偿项目计算	264
一、胎死官中如何计算损失?	264
二、延误治疗或误诊但不是损害后果直接原因,如何计算损失?	266
三、特教费是否应当赔偿?	267
第十章 医疗侵权的抗辩事由	
第一节 民事侵权抗辩事由概述	272
一、职务授权行为	273
二、正当防卫	273

三、紧急避险	274
四、当事人同意	274
五、自助	276
六、受害人过错	277
七、第三人过错	277
八、不可抗力	277
九、意外事件	278
第二节 并发症的归责与免责	278
一、并发症的概念	279
二、并发症的特点	279
三、并发症的归责与免责	280
四、医疗意外的归责与免责	284
第三节 手术同意书的法律效力	285
一、患者同意手术的授权意思表示	285
二、医生履行告知义务的书面证明	286
三、手术同意书不具有免责的效力	286
四、手术同意书应由患者本人签署	287
五、变更手术内容或方式应征得同意	288
第四节 医疗机构其他抗辩事由	288
一、患者的过错	289
二、第三人过错	294

第四篇 业务提高篇

第十一章 特殊类型的医疗纠纷案件

第一节 非法行医相关医疗纠纷	303
一、非法行医罪的法律适用	303
二、对非法行医的行政管理	310
三、非法行医案的民事诉讼	312
第二节 输血感染相关医疗纠纷	315
一、血液的法律属性	315
二、输血致患者感染的归责原则	316

三、输血感染案件举证责任分配	317
第三节 医疗器械相关医疗纠纷	320
一、相关案情简介	321
二、律师代理过程	321
三、法院审判结果	323
四、医院经验教训	324
第四节 药物不良反应医疗纠纷	324
一、药品不良反应的概念	324
二、药品不良反应与其他药物纠纷的区别	325
三、药品不良反应法律责任及免责事由	325
四、药品不良反应的应付策略	326
第五节 预防接种不良反应相关医疗纠纷	327
一、预防接种的法律关系	327
二、预防接种不良反应的概念	327
三、预防接种不良反应的救济	328
第六节 强制医疗相关医疗纠纷	331
一、强制医疗法律关系的概念	331
二、强制医疗法律关系的性质	332
三、强制医疗法律关系的主体	333
四、强制医疗的法律救济机制	335
第十二章 知情同意医疗纠纷案件律师实务	
第一节 侵害患者知情权案件及其类型	338
一、我国涉及患者知情同意权案件	338
二、美国涉及患者知情同意权案件	343
第二节 侵害患者知情权的法律分析	345
一、患者知情权是一项独立的人格权	345
二、患者的知情权、选择权和自决权	346
第三节 侵害患者知情权的侵权责任构成要件	347
一、行为违法	347
二、损害事实	347
三、因果关系	348
四、主观过错	349
第四节 侵害患者知情权的法律责任	350

一、侵害患者知情权的民事责任	350
二、侵害患者知情权的行政和刑事责任	352
第五节 中外典型知情同意案例分析	352
案例一 陈某某诉上海某医院侵害知情权案	352
案例二 秦某某诉镇江某医院侵害知情权案	358
案例三 张某某诉泉州某医院侵害知情权案	359
案例四 冷某诉镇江某医院医疗损害赔偿案	362
案例五 陈某诉上海某医院未告知导致误诊案	365
案例六 郁某诉楚州某医院侵害知情权案	366
案例七 摩尔诉韦伯医生未经同意拔牙案	368
案例八 坎特伯雷诉思朋斯医生、华盛顿中心医院案	370
案例九 杜鲁门诉托马斯医生医疗过失案	376
 附录 医疗纠纷案件常用法律规范性文件	
医疗事故处理条例(2002 年 9 月 1 日起施行)	383
医疗事故技术鉴定暂行办法(2002 年 9 月 1 日起施行)	392
医疗事故分级标准(试行)(2002 年 9 月 1 日起施行)	398
医疗事故争议中尸检机构及专业技术人员资格认定办法(2002 年 8 月 2 日起实施)	406
医疗事故技术鉴定专家库学科专业组名录(试行)(2002 年 9 月 1 日起施 行)	408
医疗机构病历管理规定(2002 年 9 月 1 日起施行)	411
病历书写基本规范(试行)(2002 年 9 月 1 日起施行)	413
重大医疗过失行为和医疗事故报告制度的规定(2002 年 9 月 1 日起施行)	419
卫生部关于对浙江省卫生厅在执行《医疗事故处理条例》过程中有关问题 的批复(2004 年 3 月 8 日)	422
卫生部关于如何认定不配合医疗事故技术鉴定方责任的批复(2004 年 6 月 25 日)	423
卫生部关于医疗机构不配合医疗事故技术鉴定所应承担的责任的批复 (2005 年 1 月 21 日)	424
国务院法制办公室对《卫生部关于〈医疗事故处理条例〉第六十条有关问 题的函》的答复(2004 年 3 月 22 日)	425

卫生部关于对执业医师行医有关问题的批复(2005年4月7日)	427
卫生部关于取得医师资格但未经执业注册的人员开展医师执业活动有关问题的批复(2004年6月4日)	428
卫生部关于医学生毕业后暂未取得医师资格从事诊疗活动有关问题的批复(2005年9月5日)	429
医师外出会诊管理暂行规定(2005年7月1日起施行)	430
最高人民法院关于参照《医疗事故处理条例》审理医疗纠纷民事案件的通知(2003年1月6日)	432
最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2004年5月1日起施行)	433
最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释(2001年3月10日起施行)	438
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定(2002年4月1日起施行)	440
最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件的法律适用问题答记者问(2004年4月12日)	450
北京市高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的意见(试行)(2005年7月13日)	454
上海市高级人民法院医疗过失赔偿纠纷案件办案指南(2005年9月20日)	458
上海市高级人民法院、上海市医学会关于人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定的若干问题的意见(2004年9月17日)	465
上海市高级人民法院关于人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定若干问题的补充意见(2004年9月17日)	467
重庆市高级人民法院审理医疗损害赔偿案件若干问题的意见(试行)(2004年2月19日)	469
山西省高级人民法院 山西省医学会关于医疗事故技术鉴定委托鉴定与受理等问题的若干意见(2003年7月)	478
安徽省高级人民法院《关于审理医疗赔偿纠纷民事案件的若干意见》(试行)(2003年12月31日)	480
河南省高级人民法院(民事审判第一庭)关于当前民事审判若干问题的指导意见(摘录)(2003年11月)	483
全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定(2005年10月1日起施行)	486
司法鉴定机构登记管理办法(2005年9月30日起施行)	489

司法鉴定人登记管理办法(2005 年 9 月 30 日起施行)	495
司法鉴定程序通则(试行)(2002 年 6 月 1 日起施行)	500
后 记	505

基础知识篇

❖ 本篇第一章详细介绍了医疗纠纷的相关概念,包括医疗行为的界定、医疗纠纷与医疗事故的概念和区别;介绍了医患法律关系概念、性质和分类,包括医疗合同关系、无因管理关系和强制医疗关系。本章还介绍了国内医疗纠纷现状及成因,提出了医疗纠纷的解决之道。最后,本章以美国、德国和日本为例,简要介绍了国外医疗纠纷现状及处理办法。

❖ 本篇第二章介绍了医患法律关系中医患双方的权利与义务,其中重点介绍了患者所依法享有的各项权利,因为大部分医疗纠纷系因医务人员对此缺乏了解所致。本章还特别介绍了人们所不熟知的医疗纠纷案件的特点,提示了医疗纠纷案件较难处理的深层次原因。本章还对目前普遍存在的患方的非理性维权行为(如“医闹”现象)发生的原因进行了深入分析,对我国现有医疗纠纷解决机制进行了客观的评价,提出其完善之策。最后,就律师在防范和处理医疗纠纷中的作用进行了理性分析,认为律师在和谐医患关系进程中可大有所为。

第一章 医疗纠纷概述

■第一节 医疗纠纷相关概念

一、医疗行为

医疗行为是与医疗纠纷密切相关的重要概念。一个浅显易懂的道理是：医疗纠纷往往是由于医疗损害引起的，而医疗损害必定是由医疗行为造成的，没有医疗行为就谈不上医疗纠纷了。这就有必要对医疗行为作出界定，即确定医疗行为的内涵及外延。虽然在《人类辅助生殖技术管理办法》、《医疗气功管理暂行规定》以及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》等法律法规及司法解释中出现过医疗行为一词，但始终没有准确定义。《执业医师法》将医师执业活动界定为“防病治病，救死扶伤”。但是，这种口号式的定义不足以准确描述医疗行为。作者认为，医疗行为可分为狭义医疗行为和广义医疗行为。

（一）狭义医疗行为

狭义医疗行为，是指医务人员通过检查，使用药物、器械及手术等方法，对疾病做出判断和消除疾病、缓解病情、改善功能、帮助患者恢复健康的活动。例如，我国台湾地区“行政院卫生署”1976年4月6日在卫生署医字第107880号函中指出：“凡以治疗、矫正或预防人体疾病、伤害残缺或保健为直接目的所为之诊察、诊断及治疗或基于诊察、诊断结果，以治疗为目的所为之处方或用药等行为之一部或全部之总称，为医疗行为。”^①

^① （台）李圣隆：《医护法规概论》，华杏出版股份有限公司1993年版，第54页。

(二) 广义医疗行为的定义

随着医疗技术的发展和民众生活观念的变化,狭义的医疗行为已不能适应医学的发展和对患者保护的需要。我国台湾地区学者蔡振修先生首先提出了广义医疗行为的概念。吴建梁先生也提出只有广义医疗行为才能涵盖所有医患间之行为。^①

作者认为,广义的医疗行为应包括:(1)诊疗目的性医疗行为。即上述狭义的医疗行为,也是范围最广的一类医疗行为。(2)不具治疗性医疗行为。实际上,“患者”或“病人”的称谓并不适合某些特殊的医疗服务接受群体。例如,我们不应将正常待产的孕妇称之为“患者”或“病人”。特别是随着医疗技术的发展,许多医疗领域的发展范围,已大大超越以诊疗为目的。例如仅以美容为目的的整形手术、变性手术、非治疗性堕胎手术。这些行为不仅不具有诊疗目的,甚至具有破坏目的。北欧部分国家的安乐死的立法,使医务人员承担起另外一种不具治疗性的医疗行为。“安乐死”逼近了医学伦理的核心,挑战了医师“必不将所学危害人类健康”的职业道德。(3)实验性医疗行为。使用危险与疗效均属未知的新药物或新技术,其目的主要是为了医学进步,而诊疗的目的居于次要地位。(4)侵袭性医疗行为。医疗本身带有某种程度的侵害性质已为医学界所接受。侵袭性医疗行为特指许多过去被用于治疗疾病的药物、检查或手术方法,随着经验及知识的积累,被发现对人体并不都是有利的医疗行为。如果此侵害性质超过诊疗所能产生的利益,则这种行为就应属于侵袭性医疗行为,这是很难用狭义医疗行为去界定的。

由整形美容手术造成毁容或容貌受损究竟是否属于医疗纠纷,是医疗侵权行为还是一般人身侵权行为,关键就在于该行为是否属于医疗行为。如果美容手术接受方去合法的医疗机构接受美容,医疗机构提供的是合法的医疗行为,发生不良后果符合医疗侵权构成条件的,即应按医疗纠纷和医疗侵权案件处理。按照《医疗机构管理条例》的规定,医疗机构是指经卫生行政部门审核合格,予以登记并发给医疗机构执业许可证的从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、门诊部、诊所、卫生所等。

如果美容手术接受者在不具有医疗机构执业许可证的美容院接受美容并发生不良后果,因美容手术操作者的行为不属于医疗行为,故不应属于医疗纠纷,而是一般的侵权纠纷。如果美容手术接受者在美容院接受“医学美容”,虽然为其实施美容处置的是省市大医院的医学美容专家,从表面上看,似乎属于医疗行为,但从

^① (台)吴建梁:“医师与病患‘医疗关系’之法律分析”,东吴大学1994年硕士论文,第114页。

实质上分析,在美容院为美容手术接受方实施美容手术的医务人员服务行为与其执业注册的医院已经脱离了联系,不再是医疗行为,故当属一般侵权纠纷。法院可根据《民法通则》第 119 条之规定,责令美容院赔偿美容手术接受者的医疗费用、交通费、继续治疗费、精神损害抚慰金等。

二、医疗纠纷

纠纷,是指“争执不下的事情”或“不易解决的问题”。这两个解释,前一个解释较为确切。有纠纷,必然存在争执。发生争执必然有两个或两个以上的人存在,争执的事情肯定与两方或多方的利益、观点、言语、行为等相关联。任何纠纷都是由于当事各方对同一事实在认识上有分歧形成争议。

医疗纠纷,泛指患者或其法定代理人与医疗机构或医务人员形成了医疗法律关系的基础上,就医疗行为的需求、采取的手段、期望的结果及双方权利义务的认识上产生分歧,并以损害赔偿为主要请求的民事纠纷。

应当注意的是,不是患者或其法定代理人对医疗机构或医务人员的所有不满而引起的纠纷都是医疗纠纷,只有患者或其法定代理人对医疗机构或医务人员的诊、治、护、管等工作不满而引发的争议才是医疗纠纷。如果患者对医疗机构或医务人员非诊治行为不满,对医院未经患者同意使用患者的形象进行医疗服务的对外宣传不满,对医院药品价格过高不满等,并不属于医疗纠纷。有些学者称后者为医患纠纷。

【案例 1-1】下岗职工某甲,在某医院就诊后,凭医生处方在药房领取了 8 盒口服抗生素,单价每盒 18 元。走出医院,某甲忽然想起要为其母买些保健品,于是径直走进医院对面的民康大药房。某甲无意中发现完全一样的口服抗生素,在民康大药房每盒只卖 12 元。某甲非常气愤,拿着发票找到该医院的院长,要求退钱。对于医疗机构药品的零售价不满,因属于对医疗机构或医务人员非诊治行为不满,即医患纠纷,而非医疗纠纷。

【案例 1-2】婴儿某乙,10 个月,高烧不退,其母连夜抱着患儿到市儿童医院急诊就诊。经值班医生诊断,确诊为肺炎。护士为某乙静脉点滴左氧氟沙星。其母因连日劳累趴在床边睡着了。醒后,其母发现某乙不在。经过几个月的寻找,某乙父母跑遍全国也没有找到自己的孩子。某乙父母以医院疏于管理为由,起诉至法院,要求支付相关费用和精神损失费。某乙父母起诉医院的理由是,医院疏于管理。鉴于医患双方已经形成了医疗法律关系,而某乙父母和医院在是否要保证患者在医院的人身安全这一问题上存在认识上的分歧,并由此产生争议,应属医疗纠纷。在本案中,医患双方就医院是否履行了特定附随义务——注意义务存在分歧。

【案例1-3】青年女工某丙在厂职工医院就诊,诊断为先天性处女膜闭锁,即民间所称的“石女”。医生将这一情况迅速传扬,一时间成为全厂的新闻。结果,某丙的男朋友与其告吹,所到之处引起窃窃私语,两次自杀未遂。最后某丙向法院提起民事诉讼。某丙与医务人员在形成了医疗法律关系的基础上,就医疗行为中是否要为患者保密的认识上产生分歧并形成纠纷。厂职工医院医生违背了医疗行为中医务人员应当尽到的保密义务,构成了对某丙隐私权和名誉权的侵害,应属医疗纠纷之范畴。

【案例1-4】某医院在抢救一外伤大失血患者某丁时,输入了300毫升A型血。伴随输血,某丁开始出现面部潮红、恶心、呕吐、寒战、高热、血压下降,最终经抢救无效死亡。某丁的家属认为输血反应是由于医院将血型搞错所致,应属于医疗事故,遂要求医院承担赔偿责任。医患双方因医疗行为发生的争议,在未经鉴定确定为医疗事故之间,在对事件的性质尚不能定论的情况下,应统称为医疗纠纷。因此,尽管医院确实由于搞错血型导致患者输血反应而死,但在调查和专家鉴定结论作出之前,只能称之为医疗纠纷而不能称之为医疗事故。

【案例1-5】一产妇某戊分娩后,胎盘残留并大失血。医院予输O型血500ml。在输血后的一次体检过程中,某戊被诊断患有丙型肝炎。某戊认为是医院提供的血液有问题,要求医院承担赔偿责任。经过所在地医学会组织的专家鉴定,认为献血者在献血时正处于丙型肝炎的窗口期,血站无法检验出献血者已被感染丙型肝炎,故属于无过错输血。《条例》第33条规定了不属于医疗事故的几类情况,包括无过错输血的情形。对于《条例》认定不构成医疗事故的医疗行为,如果符合医疗纠纷的定义,也可称之为医疗纠纷。

三、医疗事故

(一)医疗事故的定義

根据《条例》第2条之规定,医疗事故是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人身损害的事故。医疗事故,是个具有浓厚行政色彩的概念,是《条例》中特指的一类医疗纠纷。所谓“事故”,即意外的变故或灾祸。而现今的事故多指工程建设、生产活动、交通运输中发生的意外损害或破坏。之所以《条例》仍坚持采用“医疗事故”这一称谓,其原因就在于起草该行政法规的主要部门是卫生部,作为中国最高卫生行政管理机关的卫生部主要是从对医疗活动进行行政管理角度制定相关法律法规。

(二) 医疗事故的构成要件

所谓构成要件,就是缺一不可必须同时具备的必要条件。根据《条例》第2条的规定,“医疗事故”的构成要件至少应包括以下几方面内容:(1)主体要件,即构成医疗事故的主体是合法的医疗机构及医务人员;(2)行为违法性或不合理缺陷的要件。行为违法性,是指医疗机构及其医务人员违反了医疗卫生管理法则、行政法规、部门规章;不合理缺陷这是指医疗机构及其医务人员违反了诊疗护理规范、常规;(3)主观过错要件,即医疗事故的直接行为人在诊疗护理中存在过失;(4)损害结果要件,即患者要有“人身损害”的后果;(5)因果关系要件,这也是判定是否是医疗事故的一个重要方面。虽然存在过失行为,但是并没有给患者造成损害后果,这种情况不应该被视为医疗事故;而虽然存在损害后果,但是医疗机构和医务人员并没有过失行为,也不能判定为医疗事故。这种因果关系的判定,还关系到追究医疗机构和医务人员的责任,确定对患者的具体赔偿数额等问题。

《条例》在总结医疗事故处理的实践经验的基础上作出了新的规定,将因违反医疗卫生方面规定的过失行为导致的人身损害都定为医疗事故。根据原《医疗事故处理办法》(以下简称《办法》)的规定,“虽有诊疗护理错误,但未造成病员死亡、残疾、功能障碍的”属于“医疗差错”,不属于医疗事故。依《办法》的规定,“医疗差错”和医疗事故的主要区别是造成的后果不同。“医疗差错”所造成的后果属一般性的,未达到导致病员死亡、残疾、功能障碍的程度。《办法》把一些医务人员违反规章制度造成患者一般人身损害的医疗过失行为排除在医疗事故之外,导致在实践中造成患者一般人身损害的所谓“医疗差错”经过原鉴定体制下的医疗事故鉴定委员会鉴定不属于医疗事故,使得患者的权利无法得到有效的保护。

另外应当注意的是,《条例》将第四级医疗事故定义为:“造成患者明显人身损害的其他后果的。”这就又存在一个“空隙”,即“未造成患者明显人身损害的其他后果的”不构成医疗事故。该定义显然与《条例》第2条规定相矛盾,导致此类人身伤害无法归入任何一级医疗事故。

1. 医疗事故的主体构成要件

医疗事故的主体构成要件,是医疗机构及医务人员。医疗机构是指依照《医疗机构管理条例》的规定取得医疗机构执业许可证的机构。医务人员是从事医务工作的自然人,且必须经过考核和卫生行政机关批准或承认,取得相关资格的各级各类卫生技术人员。之所以强调行为主体只能是医疗机构及其医务人员,是因为如果造成患者人身损害的行为主体不是医务人员,则属于“非法行医”。我国《刑法》正是以是否取得医师执业资格,将医疗活动造成他人严重损害的犯罪行为划分成

“医疗事故罪”和“非法行医罪”。未取得医生执业资格非法行医造成就诊者人身伤害的行为也属于侵权行为,受害人及其家属可以依照《民法通则》的规定,向人民法院提起民事诉讼请求损害赔偿。正因为如此,《条例》第61条明确规定,“非法行医,造成患者人身损害,不属于医疗事故,触犯刑律的,依法追究刑事责任;有关赔偿,由受害人直接向人民法院提起诉讼”。

依据《条例》第60条的规定,所谓医疗机构,是指依照《医疗机构管理条例》的规定取得医疗机构执业许可证的机构。根据《医疗机构管理条例》和《医疗机构管理条例实施细则》,可以将我国的医疗机构分为:(1)综合医院、中医医院、中西医结合医院、民族医医院、专科医院、康复医院;(2)妇幼保健院;(3)中心卫生院、乡(镇)卫生院、街道卫生院;(4)疗养院;(5)综合门诊部、专科门诊部、中医门诊部、中西医结合门诊部、民族医门诊部等。《传染病防治法实施办法》确定了卫生防疫机构,包括卫生防疫站、结核病防治研究所(院)、寄生虫病防治研究所(站)等。医疗保健机构,包括医院、卫生院(所)、门诊部(所)、疗养院(所)、妇幼保健院(站)及与上述机构业务活动相同的单位。《医疗机构管理条例实施细则》第4条、第5条还分别规定:“卫生防疫、国境卫生检疫、医学科研和教学等机构在本机构业务范围之外开展诊疗活动以及美容服务机构开展医疗美容业务的,必须依据条例及本细则,申请设置相应类别的医疗机构。”“中国人民解放军和中国人民武装警察部队编制外的医疗机构,由地方卫生行政部门按照条例和本细则管理。”此外,依据《中外合资、合作医疗机构管理暂行办法》的规定,在我国成立的中外合资、合作医疗机构及其医务人员也是属于医疗事故的行为主体。

医务人员就是从事医务工作的自然人。《条例》并没有对医务人员的范围作出明确规定,但是在1988年卫生部颁布《关于〈医疗事故处理办法〉若干问题的说明》中对医务人员曾经作出过界定(此行政解释应随《办法》的失效而失效),该说明指出,“医疗事故的行为人必须是经过考核和卫生行政机关批准或承认,取得相关资格的各级各类卫生技术人员。因诊疗护理工作是群体性的活动,构成医疗事故的行为人,还应包括从事医疗管理、后勤服务的人员”。至于医务人员究竟应当包括哪些人在内,只能参考卫生部颁布的部门规章。1979年卫生部针对全民所有制机构和集体所有制机构中的卫生技术人员颁布了《卫生技术人员职称及晋升条例》,该条例第2条将“医务人员‘称为’卫生技术人员”,并根据业务性质将卫生技术人员分为四类:(1)医疗防疫人员(含中医、西医、卫生防疫、寄生虫、地方病防治工业卫生、妇幼保健等);(2)药剂人员(含中药、西药);(3)护理人员;(4)其他技术人员(含检验、理疗、病理、口腔、同位素、放射、营养、生物制品生产等)。1986年3月15日中央职称改革工作领导小组又颁布了《卫生技术人员职务试行条例》,该条例又将卫生技术人员划分为医、药、护、技四类:(1)医疗、预防、保健人员;(2)中药、西药人员;

(3)护理人员;(4)其他卫生技术人员。但是,依据该条例第15条的规定,“本条例适用于全民所有制卫生事业单位。企业单位和集体所有制单位可参照执行”。

随着经济的发展与法制的健全,我国相继颁布了一些对各种医务人员执业资格等问题加以规定的法律法规及部门规章。其中,1989年1月14日国家中医药管理局颁布的《中医师、士管理办法(试行)》第3条规定,“中医师、士是指从事中医医疗、教学、科研工作,并已取得中医师、士资格的人员”。第23条规定,“中医师、士不包括盲人按摩,浴池按摩、修脚人员(本办法颁发之前,在卫生系统内部的盲人按摩人员,按国家有关规定已取得技术职务者,予以承认)”。1993年卫生部颁布的《中华人民共和国护士管理办法》(以下简称《护士管理办法》)第2条规定,所谓护士系指按本办法规定取得《中华人民共和国护士执业证书》并经过注册的护理专业技术人员。1998年全国人大常委会颁布的《执业医师法》第二条规定,“依法取得执业医师资格或者执业助理医师资格,经注册在医疗、预防、保健机构中执业的专业医务人员,适用本法。本法所称医师,包括执业医师和执业助理医师”。

特别要强调,根据《执业医师法》第14条规定:“医师经注册后,可以在医疗、预防、保健机构中按照注册的执业地点、执业类别、执业范围执业,从事相应的医疗、预防、保健业务。”执业地点是专指医师执业的医疗、预防、保健机构及其登记注册的地址。所以,医生未经过单位,在其执业注册地点以外的医疗机构“走穴”的行为,也应视为非法行医行为。

经国务院第16次常务会议通过的《乡村医生从业管理条例》已于2004年1月1日起正式施行。该条例规定,条例公布前已取得县级以上地方人民政府卫生行政主管部门颁发的乡村医生证书的乡村医生,如果已取得中等以上医学专业学历,或者在村医疗卫生机构连续工作20年以上,或者按照省、自治区、直辖市人民政府卫生行政主管部门制定的培训规划,接受培训取得合格证书的,可以向县级人民政府卫生行政主管部门申请乡村医生执业注册,取得乡村医生执业证书后,继续在村医疗卫生机构执业。该条例还规定,对具有县级以上地方人民政府卫生行政主管部门颁发的乡村医生证书,但不符合规定条件的乡村医生,在该条例施行后6个月内,县级人民政府卫生行政主管部门应当进行有关预防、保健和一般医疗服务基本知识的培训,并根据省、自治区、直辖市人民政府卫生行政主管部门确定的考试内容、考试范围进行考试。培训并考试合格的才可以申请乡村医生执业注册。在2004年1月1日以后,未经注册的乡村医生再在村医疗卫生机构执业,也属于非法行医。

2. 医疗事故的主观过错构成要件

在判断医疗事故主观过错要件时,一定要铭记:“医疗事故必须是过失过错,但过失过错并不一定就是医疗事故。”通常的侵权责任都是过错责任,即要求侵权方在主观上存在过错。过错可分为故意过错和过失过错。医疗机构及其医务人员对

损害的发生具有主观上的过失,正是作为现代侵权法基本归责原则的过错责任的要求。医疗事故在主观上要求行为人存在过失过错,即医务人员应当预见自己的行为可能产生造成患者人身损害的后果,因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免的心理态度。如果是医务人员不能预见的情况,比如医疗意外,则不构成过失。过失,是行为人实施某种行为时的一种主观心理状态。与其并列的另一种心理状态是故意。但在医疗事故中是没有故意的,如果医生在实施诊疗行为时故意造成患者的死亡、残废等不良后果,就不是医疗事故了,应追究其故意伤害罪或者故意杀人罪的刑事责任。医疗事故的行为人主观心理状态又可细分为疏忽大意过失和过于自信过失两种情况。就是说,医生必须是基于疏忽大意或过于自信这两种心态下实施诊疗行为,造成了严重不良后果的,才能认定为医疗事故,因为这样才能促使医务人员认真负责地执行为患者提供诊疗服务的职责,才能更好地保护受过失行为损害的患者的合法权益。

疏忽大意的过失,是指在医疗事故发生中,根据行为人相应职称和岗位责任制要求,应当预见到和可以预见到自己的行为可能造成对病员的危害结果,因为疏忽大意而未能预见到;或对于危害病员生命、健康的不当做法,应当做到有效的防范,因为疏忽大意而未能做到,致使危害发生。通常表现为:(1)不执行或不正确执行规章制度和履行职责,对危重病员推诿、拒治;(2)对病史采集、病员检查处理漫不经心,草率马虎;(3)擅离职守,延误诊治或抢救;(4)遇到不能胜任的技术操作,既不请示,也不请人帮助,一味蛮干;(5)擅自做无指征或有禁忌症的手术和检查等。

过于自信的过失,是指行为人虽能预见到自己的行为可能造成病员的危害后果,但轻信靠自己的技术、经验或有利的客观条件能够避免,因而导致了判断上和行为上的失误,致使对病员的危害结果发生。通常表现为:遇到本不胜任的工作,自认为可以胜任,或自认为经验丰富,对病情分析不周密仅凭印象蛮干等。

【案例1-6】某医院外科病房护士,在给患者打针时,误将应注射给患者甲的青霉素注射给了患者某乙,而某乙从未注射过青霉素,结果导致某乙发生过敏性休克,经抢救无效死亡。经查,该护士在注射青霉素前没有按规定核对患者的姓名和床号。护士在注射青霉素时,应当预见到可能会打错针以致发生严重后果,但由于疏忽大意而没有预见到,以至于产生患者死亡的严重后果。该护士在主观上属于疏忽大意的过失。

【案例1-7】某医院药房管理不善,砒霜包装的标签丢失,而负责管理的药剂师,在接到内科提取芒硝的单据后,未做检验,就凭印象将芒硝发了出去,结果造成5人中毒、3人死亡的恶性事件。经查,该药剂师所发出的芒硝确实为砒霜,两种药的外包装瓶非常相似,且均有部分包装的标签在运输途中丢失。药剂师对没有标签的药发放出去可能发生严重后果是有预见的。但他认为自己经验丰富,不去检验,全凭印象,结果发生了患者中毒死亡的结果,这就是过于自信的过失。

【案例1-8】某普外医生,结婚不久双方因感情、性格等原因离婚。离婚后一年,前妻因阑尾炎来院诊治,并托付其前夫,为其手术主刀。前妻出院后身体健康,但一直未怀孕,为此虽去数家医院检查,未果。由此又引起前妻与再婚丈夫的离婚诉讼。前妻托人求专家检查,并告知了自己婚前曾怀孕堕胎的隐私。经专家鉴定:她的输卵管已被切断并已无法恢复。后经司法机关审理此案,查明是其前夫在阑尾炎手术中故意所为。据此,该医生以故意伤害罪被判处有期徒刑3年。虽然造成前妻不孕的不良后果的侵权行为,发生在医院的手术过程中,但由于医生在主观上是故意行为,而非过失行为,所以就不能再按医疗事故处理,而应按照故意伤害罪追究其相应的刑事责任。

3. 医疗事故违法性或不合理缺陷的构成要件

医疗侵害必须违反了医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规才可能构成医疗事故。在医疗事故认定中的违法性,主要是指法律、行政法规、部门规章;不合理缺陷是指违反诊疗护理规章制度和技术操作规程,这些可以是成文的,也可以是约定俗成在业内大家都在实践中普遍遵循的规则。

医疗机构及其医务人员对患者进行的医疗活动,小到注射、拔牙,大到截肢、器官移植、心脏手术,无不是对患者权利尤其身体权的侵害,而之所以这种行为不被认为是违法行为,就是因为获得了患者的同意,从而具有违法阻却事由。这样就要求医疗机构及其医务人员在从事医疗活动中必须履行对患者的说明义务。实际上,在“医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规”中包括了大量对医生在医疗活动中征得患者同意的说明义务的规定,例如《执业医师法》第26条规定,“医师应当如实向患者或者其家属介绍病情,但应注意避免对患者产生不利后果。医师进行实验性临床医疗,应当得到医院批准并征得患者本人或者其家属同意”。《条例》第11条规定,“在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者,及时解答其咨询;但是,应当避免对患者产生不利后果”。《医疗机构管理条例实施细则》第62条规定,“医疗机构应当尊重患者对自己的病情、诊断、治疗的知情权利。在实施手术、特殊检查、特殊治疗时,应当向患者做必要的解释。因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的,应当将有关情况通知患者家属”。如果医疗机构及其医务人员违反这些法定的说明义务,例如在没有告知患者的情形下进行临床试验性治疗,如果治疗失败造成患者损害,那么,即便是医疗机构及其医务人员本身没有任何过错(例如由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外的或现有医学科学技术条件下发生的无法预料或者不能防范的不良后果),也应当承担损害赔偿赔偿责任。如果治疗成功,也并不因此就使医疗机构及其医务人员行为的违法性受到任何影响,只是由于此时不存在损害从而无法成立侵权损害赔偿赔偿责任而已。因此,《条例》中“违反了医

疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规”的规定,既可以在大多数时候作为推定医疗机构及其医务人员的行为是否具有过失的标准,即产生举证责任倒置的效果(医疗机构或医务人员必须反证自己没有过失),也是对医疗事故行为必须具有违法性或不合理缺陷的要求。

所谓诊疗护理规范、常规,是指基于维护公民生命健康权的原则,在总结以往科学和技术成果的基础上对医疗过程的定义和所应用技术的规范或指南。关于诊疗护理规范、常规。通常分为广义和狭义两种。广义的诊疗护理规范、常规是指卫生行政部门(如卫生部、国家中医药管理局等)以及全国性行业协(学)会(如中华医学会等)制定的各种标准、规程、规范、制度的总称,如临床输血技术规范、医院感染管理规范、医院感染诊断标准、医院消毒卫生标准、医院消毒供应室验收标准、医疗机构诊断和治疗仪器应用规范等。狭义的诊疗护理规范、常规,是指医疗机构制定的本机构医务人员进行医疗、护理、检验、医技诊断及医用物品供应等各项工作应遵循的工作方法、步骤。狭义的诊疗护理规范和常规涵盖了临床医学二、三级专业学科和临床诊疗辅助专业,包括从临床的一般性问题到专科性疾病,从病因诊断到护理治疗,从常用的诊疗技术到高新诊疗技术等内容。从医疗实践看,最常用、最直接的是各种规章、诊疗护理规范、常规。这里需要注意的是,诊疗护理常规和规范,不仅包括那些以成文形式出现的,也包括尽管不成文,但在治疗活动中约定俗成的,实践中多数医疗机构及其医务人员通常遵循的诊疗护理惯例或者通行的做法。

4. 医疗事故的损害结果构成要件

构成医疗事故,主要是要存在过失的医疗行为,另外过失行为也必须要造成患者人身损害的后果,如果仅仅有过失,尚未造成对患者的人身损害,还不能构成医疗事故。所以是否有人身损害的后果,也是判断是否是属于医疗事故的一个至关重要的标准。

关于人身损害的程度,《条例》并未做明确的限定,没有沿用原先《办法》中对医疗事故后果只能是“造成病员死亡、残废、组织器官损伤导致功能障碍”的不合理规定,而是规定为“造成患者人身损害”。这种规定符合现代侵权行为法的基本要求。现代侵权法要求侵权行为成立的前提条件是发生现实的损害,侵权行为损害赔偿请求权以实际损害作为成立要件,有损害才可能有赔偿,如果没有损害则无赔偿。损害就是指因行为或者事件使某人受侵权法保护的权利和利益遭受某种不利影响的影响。所谓“造成患者人身损害”是指,医疗机构及其医务人员在医疗活动中侵害患者身体,对患者的生命健康权所造成的损害。所谓生命权,是自然人享有的任何人非依法律的规定不得非法剥夺自己生命的权利,健康权是指自然人享有的免受他人以任何行为和方式所进行的侵害而使自身处于健康状态的权利。

5. 医疗事故的因果关系构成要件

一因一果关系应该说属于最为简单明确的类型,现实生活中发生的大量医疗事故都是多方面因素共同发挥作用而形成的,也就是说更多的医疗事故是多因一果的因果关系。在医疗事故中,原因的区分对医疗事故责任的承担至关重要。

因果关系是任何一种法律责任的构成要件。法律中的因果关系是指行为人的不法行为与损害事实之间的因果关系。因此,无论是卫生行政部门认定医疗活动中发生的损害是否构成医疗事故从而作出行政处理,还是人民法院对医疗损害诉讼进行审理,都必须确定医疗机构及其医务人员的过失行为和患者人身损害之间具有因果关系。医务人员的过失行为和患者人身损害之间是否具有因果关系,也是判定医疗争议是否是属于医疗事故的一个重要方面。如果仅有过失行为,但过失行为未造成患者人身损害,或者仅存在患者人身损害的后果,但患者人身损害的后果不是由于医疗机构和医务人员的行为导致的,都不能判定为医疗事故。只有查明医务人员的过失行为和患者人身损害后果之间存在着因果关系时,医疗机构和医务人员才承担相应的法律责任。并且这种因果关系的判定,还关系到追究医疗机构和医务人员的责任确定和对患者的具体赔偿数额等问题。在一般的医疗案件中,这种因果关系并不难判断,例如外科医生在为患者做手术时,因为粗心大意将手术用的纱布遗忘在患者的腹腔内,导致患者腹腔感染出现腹膜炎,这属于简单的一因一果关系。但是在许多案件中,由于患者病情的复杂性、体质的差异性和医务人员的技术水平以及其他一些人为的原因,事故的发生多属于多因一果,要查明事故的因果关系就需要科学的分析和论证,确定主体的责任程度。

卫生行政管理部门在认定医疗活动中发生的损害事件是否构成医疗事故与人民法院对医疗损害赔偿诉讼进行审理之时,多采用相当因果关系说作为判定因果关系的依据。如果说某项事件与损害之间具有相当因果关系,则必须具备以下两个要件:其一,该事件是损害发生所必不可少的条件,即条件关系;其二,该事件实质上增加了损害发生的客观可能性,即相当性原则。相当因果关系说的重点在于注重行为人的不法行为介入社会的既存状态,并对现存的危险程度有所增加或改变。也就是说,如果行为人的行为增加了受害人现存的状态的危险,或者行为人使受害人暴露在与原本的危险不相同的危险状态之中,那么我们就认为行为人的行为与损害结果的发生之间具有相当因果关系。

例如,患者某甲因颅内异常住进某医院,诊断为左顶叶占位病,行左顶叶肿瘤切除术,手术中因病理误导,没有完全切除病变脑组织。患者6个月后又在一医院行脑脓肿切除术。医疗鉴定结论为:手术指征明确,手术取到部分病变脑组织,术中病理误导,导致第二次手术,患者现存的功能障碍,不能认定为完全由第一次手术所造成,尚存病变本身和第二次手术因素。但患者却只把第一家医院列为被

告,要求医院承担医疗事故的全部责任。法医鉴定认为,患者目前的身体状况既有其病变本身的原因,也有第二次手术的原因,同时患者脑手术后出现的有些损害后果属于术后并发症,第一家医院的医疗行为有过失,与损害后果有因果关系,是造成患者身体损害后果的部分原因。本案属于多因一果的医疗损害案件,即患者本身的病变、第一次手术和第二次手术偶合在一起。这就是需要将医疗过失行为对损害后果的责任参与程度进行了科学的、合理的划分。在医疗损害案件中,如患者虽然病情非常严重,可能在数月之后就会死亡,但无论如何不会在一周之间死亡,由于医生诊断治疗失误导致该患者在一周之内死亡的,我们认为此时医生诊断治疗失误的行为增加了患者现存的危险状态,因此其行为与患者的损害之间具有因果关系。

四、医疗侵权

正如前面所述,医疗事故是行政立法中对医疗纠纷中特定部分纠纷追究行政责任而界定的一个名词。而在民法领域中用来描述特定医疗纠纷所界定的对象更为准确的词应是“医疗侵权”或“医疗损害”。因为在民法尤其是侵权行为法领域中注重的不是对行为人所施加的行政管理,而是要求行为人应当尽到法律要求的相应义务以免给他人造成损害,如果行为人违反义务的行为造成他人损害,则应当承担赔偿责任。

所谓医疗侵权,属专家侵权行为的一种。在《布莱克法律词典》(BLACK'S LAW DICTIONARY)中,专家侵权行为被定义为:专业人士的不法行为或技能的不合理欠缺,通常用来指医生、律师和会计师的上述行为。因此,我们可以认为医疗侵权,是指医疗者违反法律、法规、规章或技能上的不合理欠缺,对患者所造成的人身伤亡、财产损失、肉体疼痛和精神痛苦以及对患者隐私权、名誉权等人格权利造成的侵害。必须指出的,我国与英美日诸国在医疗体制上的巨大差异,我国绝大多数医院是国立医院,医生的医疗行为属于执行职务的行为,依据我国《民法通则》的规定其民事责任应由医院承担。医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反法律义务而造成患者损害,患者因此享有损害赔偿请求权,此种损害事实因医疗活动而产生,所以称为“医疗侵权”或“医疗损害”。

由于《条例》是用行政法规规范民事责任问题,因此对“医疗事故”概念的界定,实质上就是对医疗事故行政责任与民事责任构成要件的界定。本来民事责任构成要件与行政责任的构成要件是存在一定的差异的,但由于长期以来我国经常是用行政管理法规来规范民事问题尤其是民事责任的问题,才造成了现在的这两种不同性质的责任即医疗事故民事责任与医疗事故行政责任在构成要件方面混同

的结果。

■第二节 医患法律关系概述

从法律的层面去分析每一社会现象,必须首先分析当事人之间是何种法律关系。所谓法律关系,是指运用法律规范调整人们在行为过程中结成的以具体权利和义务为内容的社会关系。不同的法律关系就意味着当事人之间的权利义务内容不同,当然认定法律责任的标准以及相应的赔偿也就不同。所谓医患法律关系,是指医务人员受患者委托或其他原因,在对患者实施诊断、治疗等行为过程中,与患者所形成的法律关系。

一、医疗合同关系

根据医患法律关系的成立要件、当事人权利义务及相应的法律责任,作者认为可将医患法律关系进一步细分为三类,即医疗合同关系、无因管理关系和强制诊疗关系。医患法律关系通常都表现为患者与医疗机构或医务人员之间的合同关系,该关系经由当事人的自由意思而成立,即医疗合同或诊疗合同。

(一)医疗合同的法律性质

医疗合同是一种以医疗行为为内容的合同。虽然医疗行为要求医护人员必须具有特殊技能、知识或技术,但也是以一定作为为其内容的,因此医疗合同本质上属于劳务合同的一种。通说将劳务合同根据其劳务给付目的、有无报酬或劳务供给者是否独立完成劳务等的不同,将劳务合同分为三种:即雇佣合同、承揽合同及委任合同。医疗合同属于哪种各国说法不一,莫衷一是。

我国台湾地区法学界主张委任合同说,认为医疗合同在一般情形下应为委任合同,只在患者与医师约定治愈疾病方给付报酬时,才将这一合同作为承揽合同对待。^①日本民法委任合同以法律行为为限,而医疗行为本质是一种事实行为,而非法律行为,故仅可称其为准委任。医疗合同与以物的给付为目的、内容确定、应该达成一定的结果的“结果债务”的合同不同,它是以医治伤病为目的,给予谨慎的注

^① 邱聪智:“医疗过失与侵权行为”,载《法律评论》第42卷第3期,第47页。

意、实施适当的诊疗行为本身为内容的“手段债务”。^① 所以日本学界以准委任合同说为通说。^② 德国民法中委任合同仅限于无偿行为,而医疗合同通常是有偿行为,故不能解释为委任合同,因此仅能解释为他人劳务的雇佣合同。在英美法上一般亦将医疗合同理解为雇佣合同。还有人认为,在医药不分业的国家,医疗合同的内容极为复杂,不能一概而论。一般门诊的医疗合同是委任与买卖的混合合同。住院期间的医疗合同,是委任、买卖与雇佣的混合合同。还有一种特殊的医疗合同,这是指患者接受实验性医疗的合同,这类合同是委任与赠与的混合。^③

笔者认为,上述学说都有缺陷。由于医疗行为的特殊性和专业性,且医务人员也要受医学伦理的规范,实难用债法中的任何一种单一合同类型来涵盖,医疗合同应按其合同内容而定其性质,不可一概而论:

(1)以一定手术的完成或痊愈作为给付报酬目的的合同,是以一定工作的完成作为报酬给付的条件,系有偿合同,且医务人员依其独立判断决定工作方法,完全吻合承揽合同的要件,故应认定为承揽合同。

(2)一般门诊医疗合同,因我国目前尚未采取医药分业制度,医疗机构除提供诊断或治疗行为外,同时还销售药品,故应系无名劳务合同与买卖合同的混合合同。

(3)住院医疗合同内容极为复杂,包括诊察及治疗的提供,病房及设备的租用,药品、器材、血液及餐饮的供应,护工的雇佣等,因此住院医疗合同应系无名劳务合同、租赁合同、买卖合同及雇佣合同的混合合同。

(4)病人接受实验性医疗,一方面是医疗院所提供实验性医疗服务,另一方面是病人免费接受医疗服务或受赠器官,故系无名劳务合同与赠与合同的混合合同。

(5)健康检查的目的仅在于判断健康情形及发现疾病,不以诊治疾病为内容,故较简单,是医疗供应者提供身体检查的劳务服务,故系无名劳务合同。

(二)医疗合同的特征

1. 医疗合同对缔约主体资格的限制性

市场经济下,合同主体的资格较宽松,政府基本上不做任何限制。但是由于医疗行为需要特别知识的性质,使其具有严格的排他性。这种限制性表现在医师名称使用及医师业务执行两个方面。医师名称使用指非领有医师证书或专科医师证书者,不得使用医师或专科医师名称;医师业务执行指不具合法医师资格者,被禁

① 高知地判昭和41年4月2日,医民集第2042页。

② 陈碧玉:《医疗事故致民事损害赔偿责任》,政大法研所65年,第8页。

③ 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版。

止擅行医师业务。因为医疗关乎患者的身体健康及生命安危,不具备专门医学知识不得为之,故以证照制度排除未受足够教育、训练者行医。

2. 公法上的规定对医疗合同的意思自治形成一定的限制

意思自治是民法的基本原则,双方当事人在订立合同时选择对方当事人、决定合同内容、修改变更合同等项权利,不受公法干涉。医疗合同作为私法上的合同,其当事人应享有这些意思自由。但由于医疗行为的道德性,使当事人尤其是医方的意思自治受到公法的约束。日本《医事法》规定,对于患者请求诊疗的要约,医师无正当理由不得拒绝,即使患者要求诊疗的疾病不属于该医师的专业领域,也不能拒绝。公法上“强制缔约义务”的规定是立足于医师负有治病救人的社会职责,为了充分保护患者的生命健康权。此外,在决定和变更合同内容上也对医方做出了限制。

3. 医疗合同在合法性的同时兼具道德性

医疗具有救死扶伤、治病救人的特性,医师的医疗行为必须受到医疗道德或医学伦理的规范。医学伦理起源极为久远,最著名的属《希波克拉底誓言》:“余必依余之能力与判断,以救助病人,永不存损害妄为之念。”这是每个医学院学生毕业时必须宣读的誓言。随着医学的发展,医学界对于医疗行为的规范有所充实与改进。世界医学协会1948年通过的《日内瓦宣言》,要求医师“吾必本良心与尊严而行医”,“吾最关心者,为病人之健康”。1964年的《赫尔辛基宣言》亦将“保卫人民之健康”作为医师的使命。

医疗道德规范作为行为者的自我约束机制和社会的评价体系,已大量上升为法律规范,医师的道德规范成为医师所负的法定义务,如诊疗义务、转诊义务、说明义务等。此外,新医学技术与观念的引入,在医学伦理领域中反映出新的问题。如优生保健、试管婴儿、脑死亡、安乐死、器官移植、艾滋病等,引起社会大众和立法者的严重关注和思考。

4. 诊疗债务的专门性和当事人双方的不对等

作为医疗合同给付内容的诊疗行为,要求高度专门性的知识和技术,这一特点决定了医疗合同的双方当事人能力上的不对等。作为一方当事人的医师是医学上的专家,而作为另一方当事人的患者则通常是缺乏医学知识的普通人,这就意味着作为合同当事人的患者,因不了解基于合同的医师所应该履行的债务即诊疗本身,而不能约定诊疗的具体内容,只能期待医师出于良心和道德实施医学上认为是适当的诊疗。

5. 诊疗债务的抽象性和手段性

医师所负的合同上的债务是诊疗本身,诊疗债务的抽象性表现为“进行医学上认为是适当的诊疗”。要评价诊疗是否适当,不能仅仅考虑各个诊疗行为本身,而

必须是对诊疗全过程进行考察和评价。而由于人体组织机能的复杂性及患者行为的不可预测性所导致的诊疗行为的不确定性,使得在诊疗全过程中所进行的各个具体的诊疗行为,都不是一开始就能具体地预定了的,医师只能根据某个时点、某个局面的实际情况,选择、实施适当的诊疗行为。

诊疗债务的手段性,指不管是诊疗的全过程还是各个具体的诊疗行为,一般都不是达成特定结果的“结果债务”,而只能是作为治疗疾病的手段。这一方面是因为诊疗行为具有不确定性;另一方面也是因为现代医学还不能征服所有的疾病。

6. 当事人之间有协力关系

任何合同的履行都需要双方当事人的互相合作,但在医疗合同中双方当事人的协力关系尤为重要。因为,诊疗是对作为合同当事人的患者自身进行的,为了进行适当的诊疗,需要患者的协力,如要求患者在医师问诊时正确详细地回答问题,患者在用药和保养方面遵从医嘱等。

7. 医师对患者自己决定权的尊重

由于医疗行为具有高度专门性的特点,医师在履约中具有高度裁量权。他们通常不需要按照患者的要求和指示来履行义务。由于诊疗是以患者自身不可替代的生命、身体为对象进行的,而且通常会对患者身体产生侵袭和痛苦,而双方又无法对医疗结果进行约定。随着社会文化、文明程度的提高和医学知识的普及,越来越多的病人要求参与医疗,尊重病人的自主权已成为医学道德的重要原则,成为构建现代医患关系的基础。病人不仅对自己疾病的病因,诊断方法、治疗原则以及可能的预后向诊疗医师要求“知情的权利”,而且对于医师治疗上的决定,还要行使同意或否决的“权利”,医师有义务尊重患者本人的自主权。这就是“知情同意”(Informed Consent)理论的出现。^①

(三) 医疗合同的成立与生效

《合同法》规定,当事人互相表示意思一致,无论其为明示或默示,合同即告成立。医疗合同的成立也如同上述,医疗需求者(主要为患者)作为要约人,医疗供应者(主要为医疗机构)为承诺人,其合同关系因需求者寻求医疗供应者的诊断、治疗或其他医疗行为,而医疗供应者同意对患者施以医疗行为的相互合意而成立。医疗需求者通常是通过“挂号”方式作出要约的意思表示。此处所指的挂号包括书面、口头、电话以及互联网等多种实现方式,均足以构成要约的意思表示,此要约的意思表示经医疗供应者表示接受后,即构成医疗供应者的“承诺”意思表示,此时合

^① 王泽鉴:《债法原理》,中国政法大学出版社2001年版。

同即告成立。一般言之,基于合同自由原则,医疗供应者对医疗需求者的要约,是否做出承诺,医疗供应者具有选择权,但下列情形则无拒绝的权利:

1. 对急危病症,不得无故拒绝或无故迟延。我国《执业医师法》第24条规定:“对急危患者,医师应当采取紧急措施进行诊治;不得拒绝急救处置。”所谓急危病症,是指病人的病症若不及时医治就会有生命危险的情形。对于急危病症,不仅医学伦理要求遇有紧急事件时,医师应尽其所能提供医疗服务,法律也规定医师不得无故拒绝或迟延。如有违反,《执业医师法》第37条规定,医师在执业活动中,由于不负责任延误急危患者的抢救和诊治,造成严重后果的,由县级以上人民政府卫生行政部门给予警告或者责令暂停6个月以上1年以下执业活动;情节严重的,吊销其执业证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

2. 对严重威胁人民生命健康的紧急情况,有服从有关机关指挥的义务。我国《执业医师法》第28条规定:“遇有自然灾害、传染病流行、突发重大伤亡事故及其他严重威胁人民生命健康的紧急情况时,医师应当服从县级以上人民政府卫生行政部门的调遣。”

3. 医疗机构与政府、企事业单位存在特约关系的,如医保定点医院,必须为每一有权在该处诊病的病患提供医疗服务,不得拒绝。

二、无因管理关系

我国《民法通则》第93条的规定,没有法定或约定的义务,管理他人事务的行为,就是无因管理。医疗事务的无因管理,是指医疗机构或医务人员在没有约定义务和法定义务情况下,为避免患者的生命健康利益受到损害,自愿为患者提供医疗服务的行为,因此行为在医患之间产生一种债权债务关系。医疗事务无因管理关系,主要是基于以下三种情形:(1)医务人员在医院外,发现患者而加以治疗;(2)对自杀未遂而不愿就医者,予以救治;(3)无监护人在场的情况下,医院针对无行为能力的“非急危”患者进行的诊疗行为。无因管理本应构成侵权行为,但因人类共同生活需要及社会公德的赞许,故法律赋予了无因管理行为阻却违法而成为合法行为。

无因管理的管理人本无管理本人事务的义务,但管理人一经管理,就应当管好,这是法律为保护民事主体的合法利益和维护社会经济秩序的必然要求,也是无因管理成为适法行为的必然结果。《民法通则》第93条没有规定无因管理人的赔偿义务,有人认为管理人无此义务。作者认为,管理人的赔偿义务依该法第106条第1款关于“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任”中的不履行其他义务而产生。确定赔偿义务,应当适用过错责任原则,管理人只对自己

管理的过错行为所致损害负责赔偿。确定管理人的过错,应以其是否已尽管理事务应尽的义务,其注意义务的标准,应以“善良管理人”的注意为准。

【案例1-9】2001年9月25日凌晨,孤身一人在广州做生意的陕西省村民某甲因乘出租车不付款,司机求助民警给予解决。民警见某甲精神异常,遂将其送到广州市精神病医院,诊断为“精神分裂症”。随后将其转送到临时收治“盲流”患者的广州白云精神康复医院。某甲住院后,拒绝进食。医护人员除对症治疗、护理外,采用鼻饲实施“支持疗法”,但每次都遭到某甲的强烈反抗。只要医护人员让他进食,某甲就大闹不已,还整日大呼小叫,多次与同室病人发生打斗。半月后,某甲出现频繁腹泻,大便呈红色胶胨状。医生考虑其患上“器质性精神障碍合并中毒性痢疾”,为防止颅内压增高出现意外,开始限制他的输液量。某甲身体每况愈下,17天后死亡。

某甲的尸体由中山医科大学法医鉴定中心解剖后,作出的结论为“因饥饿致死”,同时发现颅内有一个拳头大小、严重压迫脑组织的团块状灰白色肿瘤。根据尸检结果,死者家属以白云精神康复医院“对患者诊治及护理严重不负责”为由,将医院告上了法庭,索赔各种费用。广州市白云区法院经审理认为,在某甲住院期间,因拒绝进食处于饥饿状态,而医院没有采取正确的医疗措施,如未及时注射葡萄糖,导致其因饥饿而死亡。对某甲与同室病人发生打斗,医院也未及时采取措施,使其多次被打伤,加速了死亡。所以,医院存在重大过失。2003年4月30日,白云区法院作出判决:白云精神康复医院须赔偿某甲家人各类费用约10万元。

在本案中,作为私立医院的广州白云精神康复医院,并无法定义务为某甲提供医疗服务,那么医患双方之间是否存在约定义务呢?某甲属于无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病患者,并不能成为医疗合同的缔约主体,其缔约主体只能是某甲的监护人(所以在日本以及我国台湾地区称某甲为医疗服务接受者,而称其监护人为医疗服务需求者)。那么如何看待有关行政部门送某甲到医院的行为呢?作者认为,此种行为按我国现有的法律制度,不应属于行政行为。我们都知道,行政行为是要有明确法律依据的,正所谓“法无明文授权,政府不得为之”。所以,不能将行政部门送某甲的行为认定为行政行为。综上,可见医院是在没有法定义务和约定义务的情况下,为避免某甲生命健康利益受到损害,而提供医疗服务,应认定为无因管理。在本案中,医疗机构作为管理人应当承担如下义务:

1. 适当管理的义务。这一义务表现在三个方面:(1)管理人应不违背本人的意思进行管理,应依本人可得推知的意思管理,即根据具体情况,管理行为不得违背本人的可以推定而知的意思。显然救治某甲的行为,可以推定是其监护人的意思,所以医院的救治行为显然是不违背本人意思的。(2)管理人应依有利于本人的方法进行管理。所以医院对某甲的管理方法应当有利于某甲。但是,本案中医院采取的救治行为存在一定过错。而且,医院的管理方法是否有利于某甲,应以客观上

能否避免某甲利益受损失为标准。如果医院主观上认为其管理方法有利于某甲,则不能认为其管理是适当的。(3)应根据本人利益的需要进行继续管理。即如果医院停止或消极管理会使某甲利益受损,则医院就负有继续管理的义务,不得停止管理。显然,本案中的医院在此方面也存在着过错。

2. 管理人将管理事实通知本人的义务。管理人在管理开始后,应将管理开始的事实通知本人。如果管理人不知本人是谁,或不知本人的住址或因其他原因无法通知,则不负通知义务。如果等候本人的指示会使本人的利益受到损失时,则不应坐等指示,应直接管理。医院在某甲到达医院后,也应承担将管理事实通知某甲监护人的义务。

因此,如果在无因管理过程中,医院因故意或重大过失,造成某甲损害,则表明无因管理行为在性质上已发生了变化,即无因管理行为已转化为侵权行为,医院不再是为某甲利益而提供医疗服务,而是在不法侵害某甲权益,因此应负侵权责任。但是如何认定医院的无因管理行为已转化为侵权行为呢?笔者认为,关键是看医院的注意程度和过错程度。一方面,由于无因管理行为是一种受到法律鼓励的行为,从鼓励此种行为的角度出发,对医院在从事管理活动中应尽的注意程度的要求不应太高,在一般情况下,医院只要按照一个“善良管理人”所应尽的注意义务来处理事务,应认为已履行了其注意义务。在紧迫状态、不能延误时机的情況下,医院只要不具有恶意或者毫不顾及患者利益,即使具有一般的过失,也不应认为其已构成侵权。另一方面,由于在民法上注意义务的内容常常受利益关系的影响,医院在从事管理活动时,并非为自己谋取利益,而是为某甲利益而行为,所以对医院注意义务的要求不应太高。

也就是说,如果某甲处于非常紧急的状况,在此情况下,医院的医疗行为只要不具有重大过失,即使造成损害,也不应认为侵权。但从本案来看,如果“某甲身体每况愈下,17天后死亡”和“对某甲与同室病人发生打斗,医院也未及时采取措施,使其多次被打伤”等事实属实,则医院很难表明其已经尽到一个“善良管理人”的义务。因此,作者认为白云区法院作出判决也并无不妥。

三、强制诊疗关系

一般医患双方应当互有选择权,但在强制诊疗关系中,医患双方的选择权是受限制的。所谓强制诊疗关系,是国家基于“国家照顾义务”和对国民生命和身体健康的维护,在法律上赋予医疗机构或医务人员以强制诊疗和患者的强制受诊义务。同时,对于特定患者(如甲类和部分乙类传染病人、部分精神病人和酗酒者),法律也要求他必须接受医疗机构的强制诊疗。

■第三节 国内医疗纠纷现状

近年来,随着我国社会主义法治观念的树立,公民的法律意识正在逐步增强;同时,公费医疗制度的改革,使由此而引发的医患双方的矛盾也更为突出。医疗纠纷已经成为社会关注的热点和难点问题。20世纪90年代后期,全国各地的医疗纠纷呈现数量持续上升甚至膨胀、类型结构趋于复杂多样、诉讼案例数量剧增等新的变化趋势。

中国医师协会2002年对北京、四川等五省区的116家医院调查显示,近3年,平均每家医院发生医疗纠纷66起,发生打砸医院事件5.42件,打伤医师5人,单起医疗纠纷最高赔付总金额92万元,平均每起医疗纠纷赔付金额为10.81万元。另据卫生部办公厅信访处的统计,2005年上半年到卫生部上访反映医疗纠纷和对医疗事故技术鉴定不服的上访者分别占上访总批次、总人次的61.82%和53.35%。医患关系紧张已成为当今中国主要社会矛盾之一,人们为缓解医患矛盾进行了各种努力。然而,令人遗憾的是,近年来,医患关系并未按照人们的努力并期望的方向发展,医患矛盾依旧,暴力事件仍不断发生。

一、医疗纠纷的成因

医疗纠纷成因应当说多数是综合因素所致,引起医疗纠纷的因素大致可分为背景因素、医方因素、患方因素。

1. 背景因素

背景因素也可称为社会环境因素或深层次原因。医疗纠纷不论以什么形式表现出来,背景因素都在其中起作用,也就是说它对医方因素和患方因素都起着作用。

首先,在我国由计划经济向市场经济转型期间,社会保障体系特别是医疗保障体系不健全时存在两个问题:一是旧的医疗保障不复存在,新的医疗保障确实存在保障不够;二是受保障人群对新的医疗保障(包括商业保险)需要自己出钱构筑认识不足,心理承受力不足。这两个问题都会成为引发医疗纠纷的基础原因。也就是人们常说的“保一患”矛盾(基本医疗保险与参保职工的矛盾)转嫁成医一患矛盾,或曰社会机制问题。

其次,医疗机构一方面是“福利性的公益事业”受到严重低于成本的价格管制,

另一方面又完全“断奶”,同时“被推向市场,要引入竞争机制”。对于“救死扶伤”的不同理解,患者是不是消费者的争论,源自商业经营中“顾客就是上帝”翻版“病人就是上帝”等所引起的医务人员、病患及家属在思想认识上的不知所从,必然在日常的医疗服务活动中有所反映。有些认识上的误区甚至是医疗纠纷的直接起因。

第三,部分新闻媒体从自身利益出发不负责任的炒作,误导造成人们在此问题出现的认识误区也是医疗纠纷增多的重要原因。以至于在医疗纠纷中患方将“不如何如何我就找媒体给你们曝光”成为威胁医院的口头禅。

第四,由于社会变革造成人们心理承受发生问题及部分人对社会不满,转而把医院及医务人员当做“出气筒”和“唐僧肉”的不在少数。“要致富做手术,做了手术扯事故”并非空穴来风。甚至有些病患明说“你们那么大个医院,给一点算什么吗?”

2. 医方因素

医务人员中付出太多、不被人理解是较普遍的情绪,医生反对自己的子女学医做医生的情况非常普遍。医疗纠纷中按患方不满医方因素,可分为服务态度问题、价格问题、医疗效果及管理问题几方面。细分下来有服务水平低、医务人员缺乏耐心细致的工作作风、工作拖拉、对就诊患者漫不经心;上级医师对下级医师的某些问题指正其在某些方面处置不够妥当;病情解释或交代不清、违反医疗常规和制度;后勤保障措施不到位;病案缺陷;医院管理水平不高、记错账、技术水平不高及缺乏经验等。医方因素归结到一条就是未完全遵守国家卫生管理法律、法规、规章、技术规范及常规。

3. 患方因素

患方因素导致医疗纠纷的,有患者的个体差异而患方对此没有相应认识;因缺乏医学知识对疾病的复杂性认识不足;对医疗效果期望值过高,甚至有病人进医院等于进“保险箱”的认识误区;对医院规章制度理解不准确、有个别医疗纠纷因患者为满足某种需求而提出特别要求引起的、家庭经济或人际关系不良的情绪转移、患者及其家属持有不同心理等因素。患方因素中不排除少数在其他地方(包括非医疗服务行业)“闹事”尝到甜头的故意行为。

二、减少医疗纠纷之策

有许多人曾经认为医师责任保险是遏制、减少医疗纠纷的治本之策。作者认为这种观点是不对的。

医师责任保险,应当属于专家责任保险的一种。专家是指具有特定的专门技

能和知识,并以提供技能或知识服务为业的人员,主要包括律师、建筑师、医师、注册会计师、评估师、保险辅助人等。所谓专家责任(Professional Liability),是指提供专门技能或知识服务的人员,因其服务的疏忽或过失致人损害而应当承担的民事责任。医师对患者或第三人所承担的民事责任,之所以称之为专家责任,是由于医师的高度注意义务的违反,构成专家责任的基础,这与一般的民事责任不同。

专家责任保险,又称为职业责任保险,是指以提供专门职业服务的被保险人,因专家行为(Professional activity)致第三人损害而应当承担的赔偿责任为标的的责任保险。可见,专家责任保险以专家对其当事人或第三人应当承担的民事赔偿责任为保险标的。专家责任保险为一个相对较为具有时代性的保险(modern type of Insurance)。当医师违反注意义务而应当承担赔偿责任时,其所负担的赔偿责任为较严的责任,承担责任的基础在于高度注意义务的违反,即医师所提供的服务不符合医师团体所承认的合格的人所具有的合理技能或注意程度。医师提供服务不同于一般人提供服务,因为医师提供服务的注意程度应当更高,应当基于职业特性承担高度的专门的注意义务。医师具有一定的资格,较高的社会地位,报酬一般有保障,因为顾客的信赖而被委任处理事务,故医师应当承担与其地位和业务相称的、以信赖责任为基础的高度的注意义务。

2002年,美国医师责任险费飙涨引发争端。弗吉尼亚州有4家医院的外科医师,展开了为期1个月的歇业抗争,佛罗里达州也有高达44%的医师不再执行高风险性的医疗行为。全美有不少医师正准备歇业、避免高风险医疗,甚至退出市场,结果受害最深的便是无辜的民众,有些人为了与死神争分秒,往往得开个七八十公里路途,才能得到医疗服务。在其他州,相同议题也讨论得沸沸扬扬,许多执业医生酝酿歇业或减少服务项目已久。因为自2002年以来,医师责任险保费已调涨50%以上,造成年保费可能高达20万美金。

为留住医师并解决民众医疗需求问题,新当选的宾夕法尼亚州州长与保险当局等正为这个问题努力不懈。他们提出的解决方案包括:核准15家医疗责任保险公司成立,以及数项专为减轻保费飙涨与承保能量紧缩问题而设计的法案。另外,也有官员表示,民事过失责任应有所改变,医疗过失诉讼案件的惩罚性赔款应予以设限。

出现上述医师专家责任保险危机的因素有很多。首先,由于医药费用高涨,病人与医师之间关系疏忽了。一般人对现代医学产生奇迹式的幻想,甚而产生“医师绝无错误的印象”。病人认为一旦与其预期不符时,必兴诉讼,此为使得诉讼案件加多的原因之一。其次,民众权利意识增长。权利法则下,病人认为医师应对其本身所造成之错误予以补偿,病人认为保险公司有无限“财富”,以为保险公司乃给付损害赔偿的源泉,竭力运用权利以求“财富”。第三,原本原告应负的举证责任转移

于被告。第四,患者律师增多。美国由于人身伤害获赔金额往往较高,导致诱发律师对从事此方面诉讼非常积极。第五,因为法官与陪审团一向同情弱者,所以法院判决过失标准宽松。

那么,到底减少医疗纠纷的治本之药是什么呢?美国曾于20世纪70年代出版了一个小册子,名为《避免执业不当的诉讼之道》,提供了某些相当实际的医师执业指南内容,对预防医疗纠纷发挥极大作用。这些执业指南包括:(1)医师不应告诉病人或病人的律师他有专家责任保险;(2)医师应减少以电话指示病人或为病人诊断有关的疾病;(3)除非医师确定病人已受到相当的治疗,否则不应强索费用;(4)在核对医院检查结果,确认病人可以手术等有关事项确属无误后,方可进行外科手术;(5)医师应时常检查其设备状况;(6)医师应保持每一病患完整而精确的病历表;(7)医师对病情预后应避免过分乐观;(8)医师必须知道并遵守其对病人应尽的义务;(9)医师必须尽其可能对其病人尽到高度的注意义务等。

如法谚所云“无信任即无委托”,医患关系是一种源于委托的合同关系,所以信任是医患之间能否形成委托关系,能否形成稳固委托关系的关键。然而,国内医患之间正存在着严重的“信任危机”,所以医患之间所形成的委托关系就极其脆弱。减少医疗纠纷的治本之药,还当属医疗服务质量的提高,医疗卫生体制的改革。

■第四节 国外医疗纠纷现状

事实上,不仅在我国,即便在科学技术非常发达的国家,近些年来的医疗纠纷也是呈日益增长的趋势。例如,我们的近邻日本,一些医院最近连曝医疗事故丑闻案,令患者苦不堪言,甚至对医院望而生畏。^①据美国医学研究院的一份报告统计,美国每年死于医疗事故的人数达4.4万至9.8万,超过了因车祸、乳腺癌和艾滋病死亡的人数之和,每年造成的损失估计高达290亿美元。仅错开处方药这一项,每年就夺去7000多人的生命。这份报告使得克林顿总统大为震惊,为此,1999年12月,他承诺将在60天内紧急制定出一个向医疗事故开战的计划。该计划的具体目标为:在未来5年内要将因医疗事故死亡的人数减少一半。克林顿总统在2000年2月22日宣布,为把美国长期以来居高不下的医疗事故率降下来,政府将采取一系列强制措施,其中包括要求当事医院就所发生的医疗事故写出正式的调查报告

^① “日本‘白衣天使’令人生畏,医疗事故频发”,载 <http://www.sina.com.cn> 2000年3月22日。

并记录在案,已有 23 个州开始着手这项工作。对达不到要求的州,政府可能对其采取法律强制手段。^①

一、美国医疗损害赔偿法律制度窘境

美国的医疗损害赔偿制度也经历了一个逐步发展完善的过程,即使在今天,美国的医疗损害赔偿制度也在不断地进行改革。在美国的医疗损害赔偿制度中,1975 年加利福尼亚州《医疗损害赔偿改革法》(MICRA)意义重大。

在美国,人所共知医疗损害赔偿诉讼的赔偿数额是极高的。在医疗损害赔偿的项目中,分为一般性赔偿和特殊性赔偿。一般的损害赔偿,是指损害所造成的精神痛苦和疼痛损失的赔偿,对身体上的损害和精神上的损害的赔偿。特殊的损害赔偿,是指医疗费损失的赔偿、财产的损害赔偿等。高额的赔偿金给受害人带来的是损害赔偿请求权的满足,但是随之而来的就是医生费用的大幅度提高,医生转嫁这样的风险,因而就发生了患者医疗费用大幅度提高的后果。

在医疗损害赔偿问题上出现的如此恶性循环,产生了严重的问题。代表 93500 名美国家庭医生的家庭医生学会认为,医疗诉讼确实应当受限制,因为医疗诉讼确实提高了卫生保健服务的费用。美国卫生研究和服务行政部门(the Health and Services Administration)关于农村孕妇医疗保健的研究报告指出,就农村的具体情况而言,家庭医生比其他类别的保健医生更加适合于农村的具体实践。《问题已经解决了吗?》的研究报告显示,美国农村妇女寻求产前和产后保健在 1985 年到 1986 年显得极其困难,其原因就是同时期的此类诉讼过于膨胀。报告认为,即使美国家庭医生的总数已经达到饱和状态,产科医生和中年妇女的数量在全国范围内保持平衡,危机仍然不会得到解决。由于目前医疗责任保险的费用相当高,家庭医生经常选择放弃接生小孩的服务种类。也由于很少有医生从事产科保健,妇女的利益受到了很严重的损害。

1995 年,美国大部分家庭医生把产科作为他们服务的一部分,然而 2000 年时只有少数家庭医生继续从事产科服务。很多产科医生已经转行作其他的医疗工作。原因是,产科医疗过失诉讼被认为是美国最常见的,而且是最费钱的诉讼之一,在医疗损害赔偿制度中应该具有代表性。

无限制的医疗诉讼使医疗成本持续攀高,这样产生了至少三个结果:其一是使医疗费用不断增长;其二是使医生不能够安心执业,被诉讼所困扰;其三是使某些医生抛弃自己的职业,最终使病人求医无门。

^① 水灵:“克林顿宣布暂绝医疗事故”,载《北京晨报》2000 年 2 月 23 日。转引自 <http://www.sina.com.cn>。

同样的,如果医生不能承担高额专家责任保险费用,在他们不能够转移高额的诉讼费用的时候,高额的保险费就会产生和膨胀的医疗诉讼同样的结果——他们就往往会选择抛弃某些类别的服务,进而病人或者必须支付更高的医疗保健费用,或者很难在某些高风险的医疗行业得到相关服务。根据 Kenneth S. Abramowitz 在《纽约时报》2001 年 9 月 9 日发表的文章,医疗过失保险费的增长,正成为医疗费用增长的最重要因素。美国 Tillinghast-Towers Perrin 做的美国侵权成本报告显示,整个 2001 年美国总投保的侵权成本估计是 2054 亿美元。这比 2000 年估算的 1797 亿美元增长了 260 亿美元,增长了 14.3%。260 亿美元的增长额度是美国历史上最大的增长;14.3% 的增长率也是自 1986 年以来保险成本的最大增长率。

以上的这些数字一定会反映在医疗费用的膨胀中,而且医疗费用的膨胀反过来也导致个人损害赔偿请求额不断变高,巨额的医疗赔偿诉讼和高频率的医疗赔偿诉讼同样会对医生、病人、保险公司产生消极影响。高额的保险费引发的医疗责任制度危机反过来引发了责任保险业的二级危机。由于责任范围的扩大,保险商们不得不大幅度提高保险费;在城市繁华地区开业的医生每年要支付 10 万美元的医疗过失保险费,这种现象是司空见惯的。有时候保险公司就会放弃承保医疗责任险,这样就迫使被保险人要么自行保险,要么采取更加极端的措施,例如放弃自己的职业。^①

二、美国医疗损害赔偿立法例概述

在美国,处理医疗侵权引发的民事责任问题的方法,经历了一个从医疗者承担对公众的责任到承担对患者个人的默示合同责任,进而到现在对患者受害者承担侵权责任的演变过程。在现代合同法原则发展之前,一名外科大夫或内科医生必须对期望能获得专业技能给予充分注意。^② 因此,医生的职业被认为是公共性的,它的性质与运送人或旅店主不同。由于医生从事的是一种公共服务性职业,他要为所有的消费者提供服务,因此,法官认为医生在他的从事专门职业的过程中,由于未能运用合理的技能应承担的是对公众的责任而不是对患者个人的责任。

后来随着现代合同法的演进,法庭开始认为,医生的服务应遵循有效的合同并依据合同条款承担责任。^③ 对于早期的法庭来说,医生对患者的义务缘于因医患关系而生的合同之中。然而,即便法院将医生的责任建立在违反其应拥有并运用的

^① 杨立新、袁雪石:“论美国医疗损害赔偿制度改革及其借鉴意义”,载中国民商法律网, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13873>。

^② Gordon L. Ohlsson “Theories of Recovery” (Chapter VII) 8-9.

^③ Leighton v. Sargent, 27 N. H. 460, 59 Am. Dec. 388 (1853).

技艺及审慎注意的默示协议的基础上,也没有改变法律要求的技能及审慎注意义务的实际衡量标准。适当的注意水平从医生的责任被当做是对公众所负担的责任时起一直没有改变。医生可能仅仅因为他负有一项承诺——而法律将一项技能与审慎注意的义务附加其上——就承担责任。

在美国,现在几乎所有的医疗损害纠纷案件都被认为是过失侵权,并以过失侵权作为诉因。而且,所有的法院也都将“过失”看做是医疗损害案件的要旨,根本不去考虑当事人诉请中词汇的准确含义,即便过失侵权之诉与合同法有某种联系也是如此。由于医疗损害案件通常是产生于医生与病人之间的合意关系,因此仍有合同的因素涉及在内。^① 与美国其他侵权诉讼一样,医疗损害案件要求证明下列要素的存在:(1)存在侵权人对受害一方的义务;(2)侵权行为人违反了此种义务;(3)对原告的伤害非常可能是由于侵权人违反义务而引起的;(4)义务的违反使原告遭受了损害。

在医疗损害的诉讼实践中,当事人之所以大都依据“过失侵权责任”对医生提起诉讼,其原因主要有:首先,过失侵权责任与违约责任在赔偿范围上存在的两点差异:一是在美国大多数州,违约责任之诉不能要求惩罚性损害赔偿;而在过失侵权责任中则可以要求惩罚性损害赔偿;二是违约损害是将受害人置于如果合同得到完全的履行时的境地,而补偿性侵权损害赔偿则力图补偿受害人因加害人的侵权行为遭受的全部损失,这样在过失侵权之诉中受害人可以要求加害人就自己遭受的痛苦、伤痛等精神损害予以补偿。其次,侵权的诉讼时效期间的起算点比违约的起算点晚,违约责任诉讼时效的起算点是违约行为发生之时,而侵权的起算点是损害发生之时。^② 但无论合同责任与侵权责任在诉讼的实际效果上存在多大的差异,它们在要求医生负有的注意义务上都是相同的,即医生负有运用合理的技能以及尽审慎注意的义务。美国法院在处理医疗损害民事责任案件时,非常注意的是医生与患者之间的关系,而非医生与患者之间有无合同关系,因为无论是合同责任抑或过失侵权责任,责任产生的前提都是医生违反了具有合理的技能以及尽到审慎注意的义务,而这种义务是从医生与患者之间的关系中发展出来的。无论在针对医生的合同之诉还是侵权之诉中,明确医生所负有的合理技能与适当注意义务的性质及其程度才是问题的关键所在。^③

① Kennedy v. Parrott, 243 N. C. 355, 360, 90 S. E. 2d 754 (1956).

② 程啸:“论医疗损害民事责任的性质”,载中国民商法律网, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=8298>。

③ Gordon L. Ohlsson 8.03. “Creation of Physician’s Duty: The Physician – Patient Relationship”, Theories of Recovery (Chapter VIII) 8 – 16.

三、美国的专家过失标准

在传统的侵权法中,医疗失当是侵权法中过失的一部分,现在大有从侵权法中独立出去的趋势。下面介绍的案件就涉及了医疗失当的法律问题。

被告是一位医生,他要动手术切除原告的甲状腺。切除甲状腺的危险是会使再生的喉部神经受损,因为再生喉部神经穿过甲状腺,神经受损可能会导致病人失声。解决这个问题的一個方法是发现这些神经,并在切除甲状腺之前分离它们。而本案的情况是,原告以前接受过手术和治疗,结果出现了许多结疤组织。这样,被告没有去找这些神经,而是做了一个广度的切除,以避开神经可能会出现区域。但是事实上被告切除了那些神经,原告的声带萎缩。初审法院判定被告胜诉,上诉院维持初审法院的判决,最后上诉到伊利诺伊州最高法院。

原告的专家意见是贝格医生的证词,他检查了原告,发现原告的声带萎缩。他说,“我觉得可以接受的实践标准是,在任何情况下医生都必须确定和保存再生喉部神经”。他认为,在手术中存在着各种选择,但是他认为,在再生的喉部神经左边迂回不是一个合适的选择。他也说,他的看法是基于个人意见,而不是一般性的结论。在法庭审查这份意见的时候,被告方律师问贝格医生,有没有外科医学院告诉学生:当碰到粘连物的时候可以迂回神经?贝格医生的回答是“我所在的医学院没有教过,但是我不知道别的医学院或者其他培训中心怎么样,我只能够代表我自己发表我的看法”。被告律师向贝格医生读了一段医学教科书上的话,这段话是说,“故意暴露喉部神经”问题在医学界存在着大量不同的看法。教科书的总结是,在每个手术中,医生应该发现最适合他自己的方法。贝格医生说他不完全同意这个说法,但是他也表明,“是否暴露神经”决定于手术情况,医生所使用的技术和医生注意的程度。

大法官克鲁辰斯基说,医生行为的“注意标准”是医疗失当诉讼中的一个重要因素。按照本州的规则是,原告必须要通过专家的证词来一般地确定这个注意的标准。原告要证明,依照这个标准,医生是笨拙的和过失的,而他的笨拙和过失使原告受到了伤害。当然,如果一个外行都能够看出医生或者推断出医生明显存在着过失,那么也是判定医生过失的标准。前者称之为医疗专家证词标准,后者称之为“普通常识”标准或者“拙劣过失”标准。大法官说,为了保证专家证词更加准确和更加有效,在法庭上有必要对专家的证词进行审查。因此,专家的鉴定是可以质疑的证据,而不是实质性的证据。在本案中,原告指出他的专家证词应该是实质性的证据,但是大法官认为这种说法在本辖区和现阶段不适用。原告有义务来证明被告医生是医疗失当,但是他没有成功地证明这一点。原告的专家贝格医生只是

提出了他自己对这个问题的看法,而没有提出一个可以普遍接受的医疗注意标准或者技术标准。反观被告医生的证词,他却成功地确立了这个注意的标准。他说,原告事前做过甲状腺手术接受过治疗,因此分离她的喉部神经不是一个明智的做法,更保险的方法是避开喉部神经可能出现的区域。对此,另外一个叫做华士的医生也同意。对原告专家证词,被告称切除甲状腺之前确定和暴露再生喉部神经只是一个一般性的前提,但是,面对一个曾经做过手术和接受过治疗的病人,这个一般的前提并不总是好的和应该遵循的程序。

大法官总结说,原告仅仅举出一个医生的专家证词,称被告医生的做法不同于这个医生,这是不够的,因为医学不是精确的科学。它更像是一种职业,这个职业注定了在既定程序的框架内要应用个人的判断。不同的意见可以并存,也都可以称之为尽到合适的注意义务。基于上述的理由,大法官的最后结论是维持下级法院的判决。^①

本案涉及的法律问题是专家的过失标准,或者说是职业人员的职业标准。这类案件一般涉及的职业人员有医生、护士、建筑师、工程师、会计师和律师。一般而言,过失是一个普通理智和谨慎之人的行为标准。如果这个人是专门职业的从业者,那么当他们从事其职业活动的时候,就有他们自身的过失标准,这也是一个普通理智和谨慎职业者的标准。本案还涉及的一个问题是,专家的鉴定要有证明力,就必须是那个行业“一般被接受的标准”,而不仅仅是这个专家的个人意见。

四、德国与日本的立法例

在德国法上,追究医生等专家民事损害赔偿责任的一般的法律构成,也是民法上的契约责任与侵权行为责任,不存在特别法。关于医生等专家责任的民法契约责任和侵权行为责任,德国法与日本法有着大致相同的归责构造。即在契约责任上,成为债务人的专家由于违反契约上所课的义务,被追究债务不履行责任。同样在侵权行为责任上,以成为加害人的专家违反社会生活上的义务为起点,追究其过失责任。所以,两种责任同样以义务违反为责任根据,此义务系按照平均的专家那样做时,则肯定其责任。因此,虽说由于专家与普通市民相比在职务上被要求高度的注意义务,但如果尽了他所属专家集团平均人水平的注意,则不追究其责任。就这一点而言,与传统的契约责任和侵权行为责任并无不同。^②“这样,从专家性求得了专家一般负担这种高度的注意义务的根据。具有一定的资格,高社会地位及报

^① Walski v. Tiesenga, Supreme Court of Illinois, 1978. 72 Ill. 2d 249, 21 Ill. Dec. 201, 381 N. E. 2d 279.

^② [日]浦川道太郎:“德国的专家责任”,梁慧星译,载梁慧星著:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,第331-332页。

酬一般能保证,基于顾客的信赖,就其事务处理被委以高度裁量的专家,因此之故,应负与之相称的以信赖责任为根据的保证责任、高度的注意义务。这一点,不论专家的契约责任或侵权行为责任,一般应被认可。”^①

在德国法与日本法上,同样存在美国法上的情况,即医疗损害的受害人考虑到自己诉讼的实际情况,在发生以人身损害为中心的医生与有契约关系的患者之间的损害赔偿责任问题时,大半依据侵权行为责任处理。^② 由于日本民法在契约责任的损害赔偿中加入了精神损害赔偿的内容,将共同侵权行为者的连带责任的规定在契约责任中加以类推适用,并将侵权行为法上的过失相抵的规定扩大适用于契约法、在损害赔偿范围上也使两法实现趋同,这些变化已经使得契约责任与侵权责任的差异不断减少,它们的相同之处也越来越得到重视。日本学者奥田昌道将这两种损害赔偿责任的共同构成要件归纳为:(1)客观上义务的违反;(2)行为的违法性;(3)故意过失;(4)义务违反行为人对人格权或财产权的损害(即损害的发生);(5)侵害的法益在义务规范的保护目的范围内;(6)行为人具备责任能力。^③

① [日]能见善久:“论专家的民事责任——其理论架构的意义”,梁慧星译,载梁慧星著:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,第293~307页。

② [日]下森定:“论专家的民事责任的法律构成与证明”,梁慧星译,载梁慧星著:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,第309页。

③ 程啸:“论医疗损害民事责任的性质”,载中国民商法律网, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=8298>。

第二章 医疗纠纷案件 律师实务基础

■第一节 医患双方的权利和义务

医患法律关系属民事法律关系,医患双方依法享有相应的民事权利并同时承担一定的民事义务。所谓民事权利,是指法律赋予民事主体所享有的、为实现某项权益而为一定行为或不为一定行为的可能性。民事权利体现为一定的受法律保护的利益。所谓民事义务,是指义务人为满足权利人的利益而为一定的行为或不为一定行为的必要性。在医患法律关系中,如果医疗机构或医护人员未能尽到其应尽的注意义务,侵害了患者所享有的权利,则应承担相应的民事责任。现实生活中,绝大部分医疗纠纷都是由于患者认为医疗机构及其医务人员侵害了其权益或未能履行其应尽的义务所致。

一、患者的权利

关于患者的权利(Rights of Patients)在《世界人权宣言》中就有明确规定:“人人有权享有生命、自由与人身安全”,“个体患病、残疾或衰老时,有权享受保障”,“健康权是一种基本的人权”。被视为《世界人权宣言》之二的《经济社会文化权利国际条约》(1976 年生效)中规定,“本条约缔结国确认人人有权享受可能达到的最高标准之身体与精神健康”,“创造环境,确保人人患病时均享受医药服务与医药护理”。

虽然国际性文件及条约对患者的权利作出了原则性的规定,但是各国政府在法律制定中对患者的权利规定仍然显得犹豫不明,采取的是比较模糊的态度,表现为以《患者权利法》为直接明文规定的法律仍然少见。一般只能在国家宪法、医疗卫生法律法规、消费者权益保护法以及其他法律法规中寻找有关内容。因此,对于

就医者的权利予以法律全面、明确规定的形式出现,还需要社会各界的努力。

(一)生命健康权

我国《民法通则》第98条规定:公民享有生命健康权。生命健康权包括公民的生命权和健康权两项权利。

1. 生命权。是以公民的生命安全的利益为内容的人格权,任何人不得非法剥夺他人的生命,否则即侵害了公民的生命权,依法应承担相应的法律责任,包括刑事责任。医疗机构及其医务人员在为患者提供医疗服务过程中,应当尽到勤勉谨慎的特别注意义务,采用现代医学科学方法和技术,尽量拯救患者的生命,不得随意放弃治疗。

对于患者是否有自主决定其生命权的问题,即患者是否可以要求医护人员实施安乐死,已经成为法学界、医学界以及伦理界讨论的热点问题。所谓安乐死,是指对于某些患有绝症、濒临死亡的患者,无论其意识是否存在,在其自己或其家人的要求下,由医生采取一定的措施提前结束患者的生命,使其在无痛苦的状态中安详离开人世的行为。安乐死涉及的问题是多方面的,必须通过专门的立法加以规定。目前世界上只有极少数国家进行了相关的立法。如1976年9月30日,美国加利福尼亚州通过了世界上第一个安乐死法令——《自然死亡法》。我国第一例安乐死案件发生于1986年。但是迄今为止,我国尚无安乐死的专门立法。因此,目前在我国实施安乐死仍属违法行为。

【案例2-1】中国“安乐死”第一案。1986年6月23日,患者夏某因肝硬化晚期腹胀伴严重腹水,被送进陕西汉中市某医院。看着母亲痛苦不堪的惨状,患者儿子王某和妹妹觉得母亲既然痛苦得生不如死,那么就要求医生对其母实施安乐死。6月28日,在王某等一再的央求下,医生蒲某开了一张100毫升的复方冬眠灵处方,并注明是“家属要求安乐死”,王某在上面签了字。当天中午到下午,该院实习生蔡某和值班护士分两次给夏素文注射了冬眠灵。翌日凌晨5时,夏素文离开了人世。事后,患者的另一女儿对此不满,控告医生蒲某。同年9月,检察院以故意杀人罪将蒲某和王某批准逮捕,并于1988年2月向法院提起公诉。

1990年3月,汉中市人民法院对此案进行了公开审理,并报至最高人民法院。最高人民法院于1991年2月28日批复陕西省高级人民法院:“你院请示的蒲某、王某故意杀人一案,经高法讨论认为:‘安乐死’的定性问题有待立法解决,就本案的具体情节,不提‘安乐死’问题,可以依照刑法第10条的规定,对蒲某、王某的行为不做犯罪处理。”1991年4月6日,汉中市人民法院作出一审判决:“被告人王某在其母夏素文病危难愈的情况下,产生并且再三要求主治医生蒲某为其母注射药物,让其无痛苦地死去,其行为显属剥夺其母生命权利的故意行为,但情节显著轻微,危害不大,不构成犯罪。被告人蒲某在王

某的再三要求下,同其他医生先后向重危病人夏素文注射促进死亡的药物,对夏的死亡起了一定的促进作用,其行为已属剥夺公民生命权利的故意行为,但情节显著轻微,危害不大,不构成犯罪。依照《中华人民共和国刑法》第十条,宣告蒲某、王某二人无罪。”一审判决后,汉中市人民检察院对一审判决两名被告行为不构成犯罪提起抗诉;蒲某和王某则对一审判决认定其行为属于违法行为不服提起上诉。汉中地区中级人民法院于1992年3月25日二审裁定:驳回汉中市人民检察院的抗诉和蒲某、王某的上诉;维持汉中市人民法院的刑事判决。

另外,事隔近18年后,2004年5月,当初要求为母亲实施“安乐死”的王某患胃癌并转移,向医院提出安乐死,被医院拒绝。2004年8月3日,王某病逝。

2. 健康权。健康权是指公民以其机体生理机能正常运作和功能完善发挥,维持人体生命活动的利益为内容的人格权。任何人不得非法侵害他人的健康权。为此,在为患者提供医疗服务的过程中,医务人员必须严格按照诊疗护理常规,维护患者的生命健康,否则将承担相应的民事责任。在司法实践中,绝大部分医疗纠纷案件均涉及患者的健康权问题。

(二)身体权

身体权是自然人对其肢体、器官和其他组织的支配权及维护其完整权。尽管我国法律没有明确规定身体权,但一般认为身体权为独立的具体人格权,包括在《民法通则》第98条规定的生命健康权中。^①

身体权与健康权既相互联系,又有严格的区别。两者区别有三:首先,身体权以身体为客体,健康权以健康为客体;其次,身体权侧重强调身体组织的完整性,健康权则侧重于身体功能的完整性;第三,身体权是公民对自己身体组成部分的支配权,健康权则没有明显的支配性质。侵害身体权的损害事实,必须是身体构成的完整性、完全性受到损害,而对于身体机能运行的正常性及其整体功能的完善性没有明显影响,否则将构成对健康权的侵害。^②

在临床工作中,医疗机构及其医务人员侵害患者身体权的行为,主要表现为医生未经患者同意,切除了患者身体上的某一组织或器官,但该组织或器官的切除并未对患者的身体健康造成任何实质性的影响。由于法律知识的匮乏,医务人员对患者的该项权利往往缺乏足够的重视。

^① 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第164页。

^② 引注同上,第165页。

【案例2-2】某40岁左右中年妇女,因反复腹痛到某医院急诊。医生经询问病史、查体,高度怀疑宫外孕破裂,建议患者剖腹探查,患者同意并在手术同意书上签字。然而,医生在打开腹腔后,没有发现宫外孕问题。医生“不甘心”,扩大了手术范围,发现患者的阑尾表面发白,略有肿胀,但尚未达到阑尾炎的病变程度。考虑到阑尾本身无任何生理功能,将其切除不会对患者身体健康造成损害,且如果阑尾继续发炎则可能会导致二次手术,增加患者的疾苦,因此,医生在未经患者或其家属同意的情况下,切除了患者的阑尾。事后,患者对此表示不满,称医生擅自切除其阑尾的行为侵害了其身体权。

【律师点评】有时,医务人员往往会出于“好心”,在医疗活动中尤其是在手术过程中,未经患者或其家属同意而扩大手术范围,切除了患者身体上的某些组织或器官。尽管医生多是出于患者利益考虑,但其行为客观上侵害了患者本人对其组织器官的支配权和保持完整权,即身体权。如果医生的上述行为导致患者组织器官的功能障碍,则其行为侵害了患者的健康权。在本案中,人们通常认为阑尾是没有任何生理功能的退化了的器官,将其切除并不会导致健康受损。^① 尽管如此,本案医生未经患者或其家属同意而切除患者阑尾的行为,客观上侵害了患者的身体权。同时,本案的医生还侵害了患者的知情同意权。

与患者身体权相关的另外一项权利,是死亡患者家属所享有的尸体处分权。应当注意的是,身体权是患者所享有的权利,而尸体处分权是死亡患者家属享有的权利。在临床工作中,医务人员侵害家属尸体处分权,主要表现为医生在患者死亡后,未经其家属同意而摘取尸体上的某些组织或器官,或用于科学研究,或用于器官移植等。

【案例2-3】1998年10月,北京市发生一起眼球丢失案:医学博士高某为了医治病人,擅自摘取一名死者的眼球,移植给另外两位患者。事后,高某被公安机关以盗窃侮辱尸体罪刑事立案。这是建国以来被发现的第一起擅取眼球案,涉及医学、法律、道德、伦理等诸多方面问题,因而引起了社会的广泛关注。然而,对于此案,高某却认为“没有征得家属的同意,我觉得这种方式是不妥当的。但是,要完全说是我彻彻底底的错误,那我还没有这种意识”。1998年10月26日,眼科界五名人大代表,致函北京市政法机关,认为对高某的行为以触犯法律定罪欠妥,希望量刑时予以考虑。1999年3月,北京市西城区检察院作出不予起诉决定。

^① 当代科学家对阑尾的看法在若干年前已有变化。有研究表明,阑尾本身有丰富的淋巴组织,它能分泌免疫物质,可以杀死引起腹腔疾病的细菌,更能增强人体对癌症的抵抗力。尸检发现,已被切除阑尾的人,得肠癌的几率要比没切除者高40%;得其他癌症而死的,也是被切除阑尾的人比例高。阑尾的免疫能力在12—30岁时达到高峰,60岁以后逐渐消失。人们由此推测,老年人的癌症增多,大概与机体免疫力下降,包括阑尾功能消失有关。

【律师点评】人具有社会属性和自然属性两方面的属性。人活着的时候,是生命的载体,具有人格权,享有民事权利,其社会属性占主导地位。因此,活着的人不能作为民法上的物,成为民事权利的客体,而只能作为民事主体参与民事活动。但人一旦生命结束,其民事权利能力终止,社会属性消灭,其尸体就转化成了一种纯自然的物。作为尸体一部分的脏器,在科学发展的今天,可以用来制作标本供教学和科研之用,亦可成为器官移植的重要来源,体现一定的价值,这样死者的脏器就能成为民事权利的客体。亲属与死者之间存在血缘关系,与死者有着一种难以割断的亲情。因此,患者死后,其亲属对死者尸体享有所有权,他们可以根据死者的遗嘱或本人的意愿,将尸体献给某一医疗单位作为教学或科研之用,也可以将死者尸体火化后留存骨灰或入土安葬,以寄托亲属对死者的哀思。可见,如何处理死者尸体,其权利属于亲属,其他任何人或单位无权擅自处理。

因此,作为临床医师,应特别注意尊重患者家属的尸体处分权,包括尸检应当经死者近亲属同意并签字;未征得患者生前同意或死后家属同意,不得摘取患者身体上的任何器官或脏器用于科研、教学,更不得用于器官移植,否则将承担相应的民事责任和行政责任,有时甚至将承担刑事责任。

(三)隐私权

隐私权是自然人享有的对其个人的、与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的具体人格权。公民个人对于自己的隐私享有维护其不受侵犯的权利。我国《民法通则》对隐私权未作出明文规定,但在最高人民法院有关名誉侵权的司法解释中有相关规定,我国目前按照名誉权对隐私权进行法律保护。

患者在就医过程中,出于诊断和治疗的需要,会向医务人员提供大量的个人信息,如现病史、既往史、家族史、生活史及婚姻家庭状况等。同时,患者在接受检查和治疗过程中很可能会暴露自己身体隐私部位,对于某些疾病的诊断(如性病、艾滋病)不愿让他人知晓等。上述信息均属患者的个人隐私,未经患者明示同意,医疗机构及其医务人员不得向他人透露。我国《执业医师法》规定,医师在执业过程中,不得泄露患者的隐私。《传染病防治法》规定,医务人员未经县级以上政府卫生部门批准,不得将就诊的淋病、梅毒、麻风、艾滋病病人和艾滋病病原携带者及家属的姓名、住址和个人病史公开。保护病人的隐私,实际是尊重病人的人格。隐私资料的公开将严重地侵犯患者的名誉权、人格权,给患者的政治生命、工作、家庭生活、爱情等方面造成经济上和精神上的损害。

对于患者隐私权的保护,医务人员在临床工作中应注意以下几个方面:(1)除法律法规规定外,未经患者同意或患者亲属同意,患者的病历资料不得交于其他人或组织阅读;(2)临床医学报告及研究,未经患者本人同意,不得用真实姓名和真实

病历方式对外公开报道,也不得作为文学作品的方式报道;(3)临床医学摄影资料应充分征求患者同意。不得随意拍摄可暴露患者身份或特征的资料,更不能将能暴露患者身份或特征的医学摄影资料作为艺术摄影作品对外公开。患者坚持要求取回摄影底片的要求,应当予以尊重;(4)临床手术直播或电视播放必须征得患者及其亲属的同意及授权书,并应坚持尽量避免暴露患者身份或隐蔽部位的原则。

在保护患者隐私权方面争议比较大的,是如何对待临床教学中涉及的患者个人隐私问题。出于培养医学人才的目的,医学院校经常会带学生进行临床教学,包括在大量学生在场的情况下对患者身体进行检查或相关治疗。这个问题日益引起人们的重视。作者认为,在临床教学情况下,如果检查和治疗将涉及患者个人隐私,则应征得患者本人的同意,同时告诫学生负有保密的义务。

【案例2-4】2003年9月,原告张某在朋友的陪同下到被告某医院做人工流产,被告组织了八九名见习学生观摩手术过程。张某在麻醉剂的作用下一一直处于睡眠状况。醒来后从朋友口中得知,自己在手术台上做人流的整个过程被人观摩,张某感到羞辱难当。在与医院协商未果的情况下,一纸诉状将医院告上法庭,要求医院赔礼道歉并赔偿精神损失2万元。医院在法庭上辩称,作为教学医院,教实习医生是其工作,属于公益事业范畴。实习医生具有特定的身份,病人就医,就代表接受了医院的医疗方式。医院安排实习观摩符合国际上的医疗教学惯例,目前也没有法律、法规约束不让实习医生做这样的见习。医院对原告张某所做的检查及治疗都严格保密,并没有对她的社会评价和名誉造成损害,没有侵害原告的隐私权。

法院经审理后认为,根据本案查明的事实,原告并没有同意被告组织学生观摩其人工流产手术。公民不愿公开同时又无害于社会利益且不违反法律的一切信息,均属于隐私权的内容。妇女的人工流产属于个人隐私,人体的生殖器官更是典型的隐私权客体的内容,医院的治疗人员接触患者隐私部位,不存在侵犯隐私权的问题。观摩的见习医生尽管被称为“医生”,但按照《执业医师法》的规定,他们不是真正意义上的医生,对于原告来说,他们属于与治疗活动无关的人员。被告声称,医学教学是公益事业,被告有权组织见习学生观看妇女流产手术,否则医学教学将无从进行。法院认为,被告将医学教学和保护隐私权对立起来,显然是错误的。其实,保护隐私权和医学教学并不矛盾。医院完全可以采取协商和补偿的方式解决;同时,医学教学也并非像被告所说,是一种完全的公益事业。大学教育已经不是义务教育,医学院要收取学费,而医学院与教学医院之间,因教学观摩问题也要产生经济关系,并不是无偿的。因此,让作为患者的原告无偿牺牲隐私为被告提供医学教学的人体教材,有失公允。综上,被告不经原告同意擅自组织见习学生观摩原告人体流产的行为,侵犯了原告的隐私权,根据法律有关规定,判决被告赔偿原告精神损失抚慰金人民币1万元,驳回原告要求被告返还医疗费费的诉讼请求。一审判决后,被告不服向上级法院提起上诉,2004年7月二审法院驳回了被告的上诉,维持原判。

(四)平等医疗保健权

我国《宪法》第45条规定,中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。《宪法》的规定表明我国公民患有疾病或损伤时,享有从医疗保健机构获取医疗保健服务的权利。

根据我国的具体国情,公民的医疗保健权并非完全是无偿获取医疗保健权的权利。按照有关的医疗卫生保健法律法规的规定,在计划生育、母婴健康保健、预防保健、某些传染病治疗中,除部分特定人群享有无偿获取医疗服务的权利外,一般我国公民在日常健康保健、疾病治疗过程中应当按国家规定的物价标准交纳医疗服务费用。同时,对就医者享有的医疗保健权应给予高度的认可和保护,任何医疗单位不得借故推辞前来就诊的患者,或拒绝向危重患者提供医疗服务。

(五)知情同意权

知情同意权,是指患者有权知晓自己的病情、医生拟采取的医疗措施以及这些医疗措施可能导致的各种不良后果,并在此基础上以决定是否同意上述医疗措施的权利。在医疗活动中,患者知情不是目的,而是其行使选择权和自决权的前提,在充分知情的基础上做出自我选择和决策,以保护其人身权和财产权是其知情的最终目的。侵害患者知情权的行为,实质上是侵害了患者的选择权和自决权,从而直接或间接地侵害了患者的生命健康权。即如果医生告知了患者有关信息,则患者可能会描绘接受医生建议的医疗措施,重新做出选择和决定,以避免其身体健康受到损害。当然,在实践中,确定患者是否会接受或拒绝医疗措施,即医生未告知与患者损害后果之间是否具有因果,有时是非常困难的。

最初的知情同意权仅仅是作为一项有利于达到医疗目标的措施才被实施的,并不是出于对患者人格尊严或个性化权利的尊重。现代意义的知情同意是鉴于第二次大战后对德国法西斯的暴行审判而出现的。1946年在纽伦堡审判期间发现纳粹医生未征得受试者同意强迫他们接受野蛮的不人道的试验,严重危害了受试者的健康和生命。因此,在审判后通过的《纽伦堡法典》中规定:“人类受试者的自愿同意是绝对必要的;应该使他能够行使自由选择的权利,而没有任何暴力、欺骗、欺诈、强迫、哄骗以及其他隐蔽形式的强制或强迫等因素的干预;应该使他对所涉及的问题有充分的知识和理解,以便能够作出明智的决定。”随后,西方国家普遍接受了不取得病人当事人在自由意志下的知情同意,就不许对他们进行任何医学实验。此后该原则由人体实验扩大到治疗,并包括在病人的权利之中。1973年美国医院联合会通过的《病人权利法案》以及1974年美国卫生、教育、福利部以法律形

式颁布的《病人权利》中,都明确地规定了病人知情同意的权利。

(六)患者的其他权利

患者的自主权。是指患者自主决定是否接受医疗服务的权利,是他人对患者个人自主选择权利的尊重。但是,患者自主权的行使受到多方面因素的限制,如患者自己的意识状态、社会伦理道德的约束、与社会公共利益的冲突等。例如,在患有烈性传染病的情况下,患者必须接受强制治疗而没有选择的权利,因为这是出于对社会公共利益的保护。再如患者拒绝治疗是其行使自主权的表现,但在如果拒绝治疗就可能导致死亡的情况下,自主权的行使又会与医务人员治病救人的伦理道德观念相冲突,并可能会影响到其他人的利益。因此,患者的自主权是相对的。

患者的请求权。主要是指当患者认为其合法权益受到侵害时,向卫生行政管理部门投诉或向人民法院起诉,要求医疗机构及其医务人员赔偿其财产和精神损失的权利。请求权是患者所享有法定的权利,我国《民法通则》、《医疗事故处理办法》等都有具体的规定。有关知情同意的医疗纠纷案件的处理,详见本书第十二章。

二、患者的义务

对于患者的义务,在我国卫生法律法规中较少给予明确,但从权利义务相对性来说,没有独立的不须承担义务的权利。

(一)遵守医疗机构规章制度义务

患者由于疾病因素或恢复、维持健康状况就医,而医疗机构则是通过正常的医疗管理制度的运行来保证就医者的就医权利得到实现。因此,患者就医时必须自觉遵守医院的规章制度。如门诊挂号制度、进出院登记制度、医院探视制度、急诊制度以及维持医疗机构的清洁、安静、秩序的有关规定。任何人不得利用特权故意破坏医疗机构的规章制度,干扰、破坏医疗机构医疗服务行为的正常进行。更不能有意滋生闹事、毁坏医疗机构的公有财产和给医疗服务人员造成人身伤害。

遵守医院的规章制度,不仅是就医者的自觉公德行为,而且也是法律规定的义务。如果违反有关的医院规章制度,将可能受到行政法规或刑事法律的处罚。我国《民法通则》第7条规定,民事活动应遵守社会公德,不得损害公共利益。医院是为患者提供医疗服务的特殊公共场所,其工作秩序直接关系到诊疗工作能否正常进行。卫生部、公安部1986年就发布了《关于维护医院秩序的联合通

告》，严禁以“医疗事故”为借口在医院无理取闹；对寻衅滋事、打砸医院、殴打和侮辱医务人员的人，公安机关应予以治安处罚；情节严重、触犯刑律的，依法追究刑事责任。1990年12月，卫生部、公安部又发布《关于加强医院治安保卫工作的通知》，要求公安机关加强对医院治安保卫工作的检查和指导，及时查处发生在医院的刑事和治安案件。2001年8月，卫生部、公安部针对北京协和医院专家被患者家属打伤事件发布通告，规定对在医疗机构内寻衅滋事、在医疗机构内故意损坏公私财物、侮辱、威胁、恐吓、殴打医务人员及其他扰乱医疗机构正常诊疗秩序的行为，由公安机关依据《治安管理处罚条例》予以处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

【案例2-5】2003年11月17日上午9时许起，林某以其亲属在福建某医院没被及时抢救而死亡为由，伙同50余人堵塞在医院门口，把残疾人（死者儿子）抬放于大门外，阻止就诊病人从医院大门进入；同时散发严重歪曲事实、有损医院声誉的宣传材料，并敲打诊室大门。虽公安执法人员多次劝阻制止，林某仍带头起哄、辱骂医院，扰乱了医院的正常工作秩序。医院向公安机关提出控告，林某被拘捕并被提起公诉。法院经审理后认为，被告人林某的行为已构成聚众扰乱社会秩序罪。鉴于被告人林某归案后能如实供述犯罪事实，认罪态度较好，法院予以酌情从轻处罚，以聚众扰乱社会秩序罪判处有期徒刑1年。

（二）尊重医务人员人格的义务

医务人员是提供医疗服务行为的主体，他们的工作、人格与就医者的人格一样都必须得到尊重。尊重医务人员的人格与工作也是保证医疗服务工作能够得到正常进行的基础。因为医疗服务者的情绪、判断能力都与作出正确医学诊断、检查与治疗行为有关。

近年来，个别患者及家属打砸医院、殴打、杀害医务人员的事件屡有发生。这些事件的发生，严重干扰了医疗机构的正常工作秩序，引起了医务人员的严重不安，直接影响了就医者的正常就医活动。这种事件的发生，也表明医患关系出现明显的冲突。应该承认，现在存在的医德医风低下、轻视就医者权益、向就医者索要红包的现象已经不是局限在个别医务人员之中，而成为应该高度重视的问题。但是，就医者依照法律规定、依照行政规定，依法监督医务人员的医疗服务工作、保护自己的就医权利，也是尊重医务人员人格与工作的具体体现。尊重医务人员的人格与工作不但是就医者的自觉公德行为，也是有关法律法规规定的法定义务。《执业医师法》第3条规定：全社会应当尊重医师。卫生部、公安部于2001年8月7日联合发布的《通告》（卫通[2001]12号）第3条规定：全社会应当尊重医务人员，医

务人员依法履行职责受法律保护;第4条规定:医务人员与患者之间要建立相互理解、相互信任的良好医患关系;第5条规定:侮辱、威胁、恐吓、殴打医务人员、非法限制医务人员人身自由的行为,由公安机关依据《治安管理条例》予以处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

【案例2-6】2005年8月30日,北京海淀区人民法院一纸判决“洗刷”了屈大夫的“非礼嫌疑”。2004年12月10日,因被指对女患者周某行为不端,屈大夫被身为武术教练的周某前夫段某打伤。法院在判决书中认为,屈大夫并没有侵犯周某的人身权利,段某需赔偿屈大夫7万余元。

法院认为,事发后,周某既没有向警方,也没有向其前夫和陪同的朋友提到大夫的所谓“不端行为”,而且段某与屈大夫发生争执也和这些没有直接关系,所以不能只根据其单方陈述来认定屈大夫有重大过错。法院同时认为,屈大夫让周某脱去衣服,是根据X射线拍摄需要做出的特定要求,目的是为保证检查结果的准确性,而且该行为发生在医疗检查摄影室这一特定地点,并未构成对周某人身权利的侵害。

(三)诊疗协力义务(不真正义务)

寻医就诊是患者的自由选择,而且医疗服务活动是需要医务人员与就医者相互配合才能顺利开展。为了达到求医目的,患者应配合医师诊疗的需要,力求治疗效果之完美。例如,据实告知症状、据实回答医师之问诊,按时服药、按时就诊等。国内外学者大都将此称为诊疗协力义务。如果患者不给予协力,医师即使有再高明的医术也无法实现合同的目的。

诊疗协力义务可以视为一种“不真正义务(对己义务)”。^① 不真正义务的主要特征是“相对人通常不得请求履行,而其违反亦不发生损害赔偿赔偿责任,仅使负担此义务者遭受权利减损或丧失之不利益而已”。^② 我国《民法通则》第131条规定:“受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任。”这就是过失相抵。因此,当医师被判定有医疗过失时,可以主张患者未尽此种不真正义务,致使损害产生或扩大,患者亦有过失。

(四)接受强制治疗的义务

强制性治疗是针对就医者患有医疗法律法规规定必须对患者的人身自由加以限制,进行专门性隔离治疗的一种特殊行为,其目的是为了保证社会的安全与社会

^① (台)吴建梁:“医师与病患‘医疗关系’之法律分析”,东吴大学1994年硕士论文,第51页。

^② (台)王泽鉴:《民法学说与判例研究》(4),中国政法大学出版社1998年版,第104页。

生活的有序稳定。因此,患者必须以国家与社会的安全与稳定为第一利益,自觉履行该项义务。患者家属也有积极配合患者履行该项义务的责任。接受强制性治疗不仅是患者的自觉义务,也是国家法律规定应该履行的义务——即法定义务。例如,对于患者患有严重的精神疾病和严重传染病,因存在对他人和社会构成危害性,为防止出现暴力行为和疾病蔓延,法律规定患者必须接受强制治疗。法律不仅对患有严重传染病的患者规定强制接受治疗的义务,而且为了疾病控制与预防,对于可疑患有严重传染病的人或人群,也规定有接受强制检查、诊断与治疗的义务。例如:我国《传染病防治法》、《性病防治管理办法》、《结核病防止管理办法》、《国境卫生检疫法》等法律法规均对强制性治疗作了专门性规定,《强制戒毒办法》对药物成瘾者的强制戒毒治疗进行了规定。

(五)支付医疗费用的义务

我国医院基本上都实行有偿服务,所以患者要相应地支付报酬。然而,我国许多医院都出现过患者未经允许就悄悄出院,以逃避巨额的医疗费用的现象。有时虽然找到了患者,却因其家徒四壁,而无法讨回这笔费用,只好内部消化。也许在医疗保险比较发达的国家不至于出现如此道德与法律的困境。

【案例2-7】王某因车祸造成多脏器损伤,生命垂危,被送至某医院。经医院精心治疗,王某脱离了生命危险并逐渐恢复健康。入院初期,王的家人陆续交了一部分钱,到后来即以向肇事者要钱为由,拖欠医疗费。3个月后,王某在基本痊愈时,乘着医务人员不备,带上随身物品不辞而别。此后,医院医务人员通过电话联系、上门做工作要求王某偿还拖欠的医疗费,但王以各种理由进行搪塞,无奈之下医院只得向法院起诉。

法院经审理后认为,病人到医院就医,虽然没有书面合同,但病人与医院的医疗服务合约已经形成。救死扶伤是医生的职责,作为病人除了积极配合医生治疗外,还应该积极履行自己义务,即按规定交纳费用。病人拖欠医疗费是一种违约行为。经法院调解,王某与医院达成协议:分期给付剩余的医疗费用24658.60元,同时承担本案的诉讼费用1544元。

三、医疗机构和医务人员的权利

根据我国《执业医师法》、《护士管理办法》等有关法律法规的规定,医疗服务提供者在临床医学活动中,享有一些法定权利。这些权利中一些与医务人员的自身利益密切相关,如医学继续教育权、合法收入享有权、参与医疗管理的民主权等。另外,一些权利与患者密切相关。此外,医务人员的权利可以来源于医疗合同,因为权利与义务是相互对应的。医务人员有履行医疗合同的义务,同时,也应该享有

相应的权利。医务人员与就诊患者相关的权利包括:(1)治疗权。执业医师的专业活动就是利用自己的专业知识与技能为患者恢复或维持健康提供治疗行为,这是执业医师最基本的职业权利。治疗权又包含有:疾病调查权、自主诊断权、医学处方权、强制治疗权和紧急治疗权。(2)特殊干预权。通常,医务人员的一般权利服从于患者权利的基本要求,但在特殊情况下,需限制患者的权利,以达到完成医务人员应对患者尽的义务和对患者根本权利负责的目的,这种权利就是特殊干预权。(3)医学研究权。医学研究权,是指医务人员在医学实践中,对疾病的治疗与预防进行研究的权利。(4)人格尊严权。医务人员与患者一样,其人格理应受到保障,这也是正常进行医疗服务活动的基础。

四、医疗机构和医务人员的义务

民法债之关系建立在给付义务上,给付义务可分为主给付义务、从给付义务和附随义务。在医疗服务合同中,医疗机构及其医务人员的主给付义务是诊疗义务,从给付义务是保存病历义务、为取得有效承诺之说明义务、转诊义务、填写及提供各种检查报告资料的义务。随附义务有保护义务、疗养指导之说明义务、保密义务等。

(一)诊疗义务

诊疗义务,是指医师根据患者的要约,运用医学知识和技术,正确地诊断患者所患的疾病,并施以适当的治疗。这里所说的诊疗是指广义上的诊疗,包括诊断、治疗、麻醉、手术、输血等具体的诊疗过程。对于具体的患者应给付什么样的诊疗义务,则是根据病情而决定的。医师不能为创收,对患者给付不必要的诊疗。该给付义务一般都不是达成特定结果的“结果债务”,而只能是作为治疗疾病的“手段债务”。这一方面是因为诊疗作为具有不确定性,另一方面也是因为现代医学还不能征服所有的疾病。

【案例2-8】2003年5月27日,洪某和妻子赖某到某县妇幼保健院进行妊娠产前检查,胎儿被怀疑为“腹水畸形”,后在某县医院确诊。经医院建议,他们决定引产,并于同年5月28日入住某县医院。5月29日,他们在医院出具的《医院手术同意单》上签名。医生对产妇注射了一定剂量的“利凡诺”进行引产手术。5月30日13点40分,产妇却顺利分娩出一个活体女婴,且外观完好。B超检查确认其“腹水畸形”。洪某和赖某认为缺陷女婴根本不该出生,这是医院手术上的失误,医院应承担责任。因此,洪某夫妇向法院提起诉讼,要求医院赔偿10万余元。

法院认为,洪某夫妇与某县医院形成了医疗服务合同的事实清楚,证据充分。医疗服务合同的性质是服务性的,它只要求医疗机构提供就医者需求的医疗服务,一般情况下不能保证达到就医者提出的标准和要求,只能按照医学标准和规范提供力所能及的服务。虽然原告的胎儿出生后为活体,未达到原、被告双方追求胎儿死亡的目的,但是医疗服务合同的目的并不是医疗服务合同的内容,被告不可能在医疗服务合同中承诺医疗服务的结果,即引产胎儿死亡的结果。洪某夫妇未提供证据证明医院在医疗服务过程中存在违约行为,因而他们要求的医院违反引产约定即在履行医疗服务合同中有违约行为,证据不足,其要求医院承担违约责任的请示不予支持。再者,女婴活体出生后即享有人人的生命权,任何人都无权剥夺其生存的权利,作为女婴的父母理所当然应承担其法定抚养责任,也包括对孩子先天病患的医治责任。据此,法院判决驳回原告的诉讼请求。

(二)制作、保存病历的义务

我国《医疗机构管理条例》第53条规定:“医疗机构的门诊病历的保存期不得少于15年;住院病历的保存期不得少于30年。”我国台湾地区“医疗法”第48条规定,医院、诊所之病历,应指定适当之场所及人员保管,并至少保存10年。病历内容应清晰、翔实、完整。医院之病历并应制作各项索引及统计分析,以利于研究及查考。由上述明文规定可知,制作和保存病历是医院或诊所的给付义务。

目前关于病历的所有权归属问题仍有争论。有谓患者所有,有谓医师或医院所有。德国联邦最高普通法院1962年11月6日的判决认为,患者对于病历没有所有权。无论病历属谁所有,其对于患者的重要性是毋庸置疑的。从患者的继续治疗方面来说,病历是转诊时其他医师诊断的依据和参考,对于同一医师继续诊疗或将来诊疗,病历也是重要的资讯来源。从病历具有诉讼上的证据功能来说,病历能提供据以认定医疗过失和因果关系的基本事实。如果医疗机构丢失、毁损病历,则可能导致法庭败诉的法律后果。

(三)为取得患者有效承诺的说明义务

为取得患者有效承诺的说明义务,是指医务人员为取得患者对其将对患者实施的医疗行为的有效同意,而对该医疗行为有关事项进行说明的义务。此种说明义务的对象是医疗过程中具有严重侵袭后果的行为,即该医疗行为可能带来危及生命、损害身体机能及使身体外观发生重大改变等后果时,医师对患者就该医疗行为的侵袭范围、程度以及危险发生的可能性等进行具体的说明。而一般医疗过程中常常实施的没有严重侵袭后果的医疗行为,则可不作说明,如对一般检查、注射

和用药等。

(四)转诊义务

我国台湾地区“医疗法”第50条第(1)项规定:“医院、诊所因限于设备及专长,无法确定病人之病因或提供完整之治疗时,应建议病人转诊。但危急病人应依第43条第(1)项规定,作适当之急救处置,始可转诊。”我国《医疗机构管理条例》第31条只规定了对危重病病人的转诊义务。

在现实中,我们要注意一种现象:有的医院确实没有能力医治患者的疾病,却有意拖延,耽误了患者的病情,这时患者尽管没有终止契约之意思表示,但如果导致了不良的后果,则应以违反转诊义务为由追究原医院的责任。

(五)附随义务

1. 医疗注意义务

医疗注意义务是医务人员应履行的一种法定义务,是确保医疗行为合法性的重要依据之一。没有重视和履行医疗注意义务则易导致过失行为。医疗注意义务包括一般注意义务和特殊注意义务。

一般注意义务,也称善意注意义务或保护义务,是指医务人员在医疗服务过程中对患者的生命与健康利益的高度责任心,对患者的人格尊重,对医疗服务工作的敬业、忠诚和技能的追求上的精益求精。由于医师具有专业知识、技术及经验,而患者几乎无一具备,基于保护患者及维持公平,依诚信原则而认为医师方面不得任意终止医疗关系。保护患者安全,主要是保护患者免于危险,如地板、楼梯的安全措施,使患者免除跌倒的危险,避免病人遭受其他疾病的感染等。此外,还应包括患者死亡后对其遗体的保护义务,如未经患者生前遗嘱或亲属同意,不得解剖、摘取器官等。

特殊注意义务是指在具体的医疗服务过程中,医务人员对每一环节的医疗行为所具有的危险性加以注意的具体要求。从医疗合同的成立而言,医务人员对于患者具有提供医疗服务的义务,并且对于患者所发生的疾病以及疾病治疗所引起生命健康上的危险性,具有预见和防止的义务,也即高度危险注意的义务。

2. 疗养指导的说明义务

在日本学说中,此项义务被称之为“为回避不良结果的说明”。医师为使其医疗服务获得预期效果,关于服用药品之方法、饮食上禁忌、病情及预后等应详细告知患者,使患者有所了解及遵循。

3. 保密义务

在美国法上,由于医患关系属信任关系,所以医师对于患者负保密义务,对于此义务的违反可依侵权行为法或契约法请求损害赔偿。我国《合同法》第60条第2款规定:“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”我国1999年5月开始实行的《执业医师法》第22条第(3)项也规定了医师应“保护患者的隐私”。

■第二节 医疗纠纷解决机制及其存在的问题

一、医疗纠纷案件的特点

1. 高度专业性,患方往往处于专业劣势

随着医学科学技术的发展,各种新的诊疗方法的出现,导致医疗行业内部分工高度专业化。医方系这些医学专业知识的占有者,而相反,患方往往缺乏相关的专业知识,导致患方在诉讼过程中处于明显的专业劣势地位,即使其代理律师具有医学教育背景或从业经验时亦是如此。尽管某些患者或家属因打官司而成为“医学专家”,但这种速成的“医学专家”根本无法与曾受过系统教育并拥有从业经验的医方相提并论。

2. 审理难度大,法官不愿审理医疗案件

医学知识的高度专业性,导致审理法官难以根据自己的专业知识就案件事实进行实体判断,往往需要借助专业人士的帮助,即主要通过医学会鉴定或司法鉴定的鉴定结论来判断案件事实。而当案件存在多个相互矛盾的鉴定结论时,审理法官又往往不知所措。同时,此类案件审理时间长,审理周期多以“年”计算,而这又直接影响到法官的结案率及经济收入。另外,医疗诉讼案件的社会影响大,处理不好往往会影响到社会稳定。因此,法院的法官均不愿审理此类案件。北京某法院曾尝试指定某几位法官专业从事此类案件审理,但最终因上述原因而不得不停止。

北京市高级人民法院经过调研,认为医疗纠纷案件普遍存在案件处理难度大、审理周期长的特点。一方面,医疗纠纷的焦点是对医疗机构及医务人员的医疗行为是否存在过错、医疗行为与损害结果之间是否存在因果关系等问题进行审查和认定,势必要涉及医学领域的专门问题。在大多数法官都缺乏医学专业知识的客

观情况下,证据的判断和采信,案件审理的快慢,必然需要建立在各种复杂的鉴定基础之上。另一方面,由于医疗纠纷事关医患双方重大利益,诉讼过程中,双方矛盾往往非常激烈,任何一个微小的细节和程序都须逐一核实清楚。因此,大多数医疗纠纷案件都很难在法定审限内审结。

3. 经济效益差,律师不愿办理此类案件

尽管近年来医疗诉讼案件的标的不断增加,但是,当事人最终实际获得的赔偿数额却不高。与动辄数百万、千万或亿元以上的商事案件相比,代理医疗诉讼案件的律师收费是非常困难的,尤其是在极少数当事人缺乏诚实信用观念时。目前,在我国,具有医学背景的执业律师并不少,但其绝大部分并不愿参与医疗诉讼案件代理,经济效益差是其主要原因。

二、医疗纠纷解决机制

所谓医疗纠纷解决机制,系指医患双方当事人解决纠纷的方法或途径。根据《条例》第46条的规定,医患双方发生医疗事故的赔偿等民事责任争议时,可以通过三种方式加以解决,即双方协商解决、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。

实践中,根据当事人是否诉诸法院解决争议,我们还可以将纠纷解决机制分为非诉讼解决机制及诉讼解决机制。非诉讼解决机制,又称代替性解决机制(Alternative Dispute Resolution, ADR),包括医患双方协商解决、卫生行政部门调解、第三方调解(如人民调解委员会的调解或其他单位、个人的调解)以及医疗纠纷仲裁等。诉讼解决机制,主要是指民事诉讼,但有时也可发生行政诉讼或刑事诉讼。例如,当事人可因卫生行政部门未能尽到医疗事故技术鉴定的形式审查义务,^①以卫生行政部门不作为而向人民法院提起行政诉讼。又例如,患方可以医疗事故发生后,以医疗事故罪向公安机关控告责任医生。

三、我国目前医疗纠纷处理现状

据卫生部办公厅信访处的统计,2005年上半年,到卫生部上访反映医疗纠纷和对医疗事故技术鉴定不服的上访者分别占上访总批次、总人次的61.82%和

^① 《条例》第41条规定,卫生行政部门收到负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会出具的医疗事故技术鉴定书后,应当对参加鉴定的人员资格和专业类别、鉴定程序进行审核;必要时,可以组织调查,听取医疗事故争议双方当事人的意见。第42条规定,卫生行政部门经审核,对符合本条例规定作出的医疗事故技术鉴定结论,应当作为对发生医疗事故的医疗机构和医务人员作出行政处理以及进行医疗事故赔偿调解的依据;经审核,发现医疗事故技术鉴定不符合本条例规定的,应当要求重新鉴定。

53.35%。医患关系紧张已成为当今中国主要社会矛盾之一,人们为缓解医患矛盾进行了各种努力。然而,令人遗憾的是,近年来,医患关系并未按照人们的努力和期望的方向发展,医患矛盾依旧,暴力事件仍不断发生。

【案例2-9】2004年2月11日上午8时10分,四川大学华西医院普外一科全体医护人员正在医师办公室召开例行晨会。一中年妇女头裹围巾,冲进办公室,掏出早已准备好的菜刀砍向了毫无防备的该科主任李宁教授,致使李教授前额、左前臂刀伤、前额粉碎性开放性骨折、脑震荡和失血性休克等。经查,该妇女系某肝癌患者的妻子,杀人动机是对其认为李宁教授的治疗方法不当,因此怀恨在心。据了解,这并不是该院发生的第一起医生被伤害案件。2001年,该院门诊部耳鼻喉科医生、医学博士在上班时被歹徒追杀,被连砍13刀,造成左眼失明、四个手指被砍掉,最后完全丧失工作能力。2002年以来,该院有23起医护人员生命安全受威胁和直接冲击的事件,其中直接伤害医护人员安全的有7起,造成严重伤害的有2起。仅2003年春节期間,就有6起对医院、医生安全进行威胁的事件发生,其中包括威胁要炸医院住院部大楼、要杀医生等。

【案例2-10】2004年10月21日,南京市妇幼保健院出现一起大规模医患冲突事件。当天,3起医疗纠纷的患者代表分别带来数十人,与医院进行谈判。但是,双方经谈判未能达成一致,继而出现患方在医院封堵冲撞事件。这是该院历史上第一次大规模的集团化冲突事件。当地卫生行政官员表示,2004年以来南京地区大规模医院冲突事件迅速增加,发生在妇幼保健医院的这起联合冲突事件,也是南京医疗纠纷事件中出现的首起集团化事件,令人担忧和警惕。在目前的医疗纠纷中通过正常途径解决的不到10%,而90%以上的纠纷出现冲突事件。

【案例2-11】2005年2月28日,中国传统的新春佳节刚过。在这天上午,一位患者家属因不满医院的治疗结果,持刀将北京积水潭医院手外科的两位医生扎伤。其中一位医生左侧胸壁被刀刺伤深5厘米,另一位医生右侧胸壁贯通伤并造成血气胸。庆幸的是,两位医生经抢救治疗后已重返手术台。

【案例2-12】2005年8月12日,福建中医学院附属“国医堂”内,一位50岁的福建中医学院临床基础学教授、博士生导师,享受国务院特殊津贴的专家,被一位患者连砍数刀,最终因失血过多抢救无效身亡。然而耐人寻味的是,事发后,互联网上却出现了大量对医生的质疑和批评之音。社会心态的扭曲,使得人们不得不再次审视医患关系紧张的严峻性。

【案例2-13】2006年7月,我国各大媒体均报道了近期在昆明出现的职业“医闹”现象。“医闹”团体往往和出现了医疗纠纷的患者家属相互利用,或是在医院门前聚众静坐,或是在医院拉起横幅要求赔偿,严重的还将死者或伤者抬到医院门诊大厅扰乱就诊秩序。在患方当事人获得了医院的赔偿后,“医闹”者与其分红。2006年6月,昆明连续有3家医院就分别遭到了“医闹”。职业“医闹”的出现,使得人们再次审视我国现有医疗纠纷解决机制。

从前两年相关报道中的“医托”、“医霸”，再到前面报道中的“医闹”现象，不得不引发人们的深思。当一种社会关系发展到可以催生出新职业，并且当这种新的职业反过来可以彻底摧毁原来的社会关系，可能影响到行业发展、社会稳定的时候，这也应当是要求我们整个社会必须给予应有的关注、并应当采取足够力度的措施加以解决的时候了。

事实上，这两年卫生部在全国医疗系统内实施的“医疗服务质量监管年”以及近期正方兴未艾在医疗领域的“反商业贿赂”等全国性的“运动式”的执法活动等，都是国家相关主管部门面对这一挑战并采取的相关的应对措施的一部分。“医托”、“医闹”现象一方面显现了近年来医患关系的紧张、严峻的程度；另一方面，它更是体现出现行的医患纠纷解决机制在制度设计方面存在的问题。而且，这些问题现在还没有引起学者们或者社会更为普遍的关注。

《条例》实施近4年，但是，医患矛盾并没有如人们所想像的那样得到缓解，反而有愈演愈烈的征兆。医患暴力冲突大幅度增加，部分地区呈现集团化冲突趋势，黑社会势力也开始以帮助患者维权的名义介入医患纠纷，使得问题变得更为复杂。医务人员普遍感到缺乏安全感，工作时提心吊胆，生怕出现医疗差错或事故而导致患者的不满，甚至有许多医生“希望‘非典’再次来临”。

四、对患方非理性维权行为的评价

所谓患者的非理性维权行为，系指在医患双方发生争议后，患方不愿通过正常的途径解决纠纷，如申请医学会鉴定、第三方调解、法院诉讼等，而是采取非理性的方式维权，要求“私了”。例如，反复纠缠医生或医院管理者；辱骂、殴打甚至严重伤害医务人员；在医院内设置灵堂、拒绝火化尸体、冲击或打砸医院；到政府部门门前示威、上访等。“私了”，这种《条例》规定的一种有效的民事纠纷解决机制，却在医患纠纷的解决出现了异化，医院非常害怕患者提出“私了”的要求。那么，为什么患者不愿到医学会进行鉴定？为什么不愿到法院打官司？患者采用暴力维权的根本原因是什么？

我们注意到，医患矛盾并不是孤立存在的，它是中国目前各种社会矛盾的组成部分。我们所处的是一个急剧变革的时代。每一次重大的社会变革，都会引发社会成员对正在或即将变革的社会结构产生个人的重新定位和诉求。旧的制度被废弃，新的制度正在建立和完善，而在这种制度变革过程中必然会产生各种矛盾冲突。因对服务者的提供服务不满意而采用暴力方式维权的现象并非仅出现在医疗服务领域。而且，近年来，民众维权已开始呈现集团化、规模化趋势，如经常出现的数十人、数百人甚至更多的人联合上访等。采用有组织的对抗行为来维权的现象

也不断出现。例如,我们近年来经常听说大量乘客因不满航班晚点,采取强占飞机、拥堵登机口、拒绝下飞机等方式要求航空公司支付赔偿金;客人在饭店就餐时不幸意外死亡,其家属将整个饭店强占而要求赔偿等。

【案例2-14】据《京华时报》报道,2004年11月11日下午,南方航空公司由北京飞往哈尔滨的CZ6204次航班因故推迟起飞,部分乘客在索赔未果的情况下,先堵住南航一架飞往三亚的飞机的登机口,又试图登上一架飞往长沙的飞机,导致这两次航班也被迫晚点。

在医疗服务方面,原来许多人享有公费医疗,而且医疗费用较低,个人支付的费用很有限,因此,医患矛盾并不突出,这就能够解释目前部分仍享有公费医疗的患者与医院发生激烈冲突的几率低于一般患者。然而,随着原有的公费医疗正在逐步被社会基本医疗保险所取代,或全部由个人全部承担,医疗费用的增长使得人们看病的成本不断上涨,个人就医承担的费用也在不断增加。人人享有健康,这是我国宪法规定的公民法定权利。但是,医疗成本的增加使得患者的就医权无法得到完全实现,仍有部分患者因经济原因而无法得到医疗服务。这是一个无法回避的社会现实问题,理应通过政府补助、社会救助等形式而加以妥善解决。但是,政府因财政匮乏而无力解决或完全解决。在这种情况下,患者则将矛盾转向了医院,要求医院支付本应不属医疗事故赔偿范围的不合理的费用,而当这些要求无法得到满足时,非理性的暴力行为便发生了。这就是患方暴力维权行为频发的深层次社会原因。

患者不愿打官司而采用私力救济方式维权的第二个原因,是采用公力救济的成本过高,而且缺乏有效的司法保护。民事权利保护方法分公力救济和私力救济。私力救济指权利主体在法律许可范围内,依自身实力,通过实施自卫或自助行为救济被侵害的民事权利。诉讼法学者一般认为,私力救济包括自决与和解,自决指纠纷主体一方凭借自己的力量使对方服从,和解指双方相互妥协和让步,两者皆依自身力量解决争议,无需第三者参与,也不受任何规范制约。公力救济,指国家机关依权利人请求运用公权力对被侵害权利实施救济,包括司法和行政救济,其中最重要的形式是民事诉讼。私力救济是权利人未借助国家公力,而以自己力量保护自己或他人权利的合法行为。因此,采用私力救济方式保护自己的权益本身无可非议,《条例》中规定的医患双方协商解决争议的方式,即属典型的患方私力救济方式。如果医患双方能够本着解决争议的诚意,在合理合法的限度内,通过协商的方式解决争议,本应得到提倡。

但是,在现实生活中,良好设计的制度并不意味着能够得到良好地执行。目

前,我国医患双方“私了”解决的方式被患方不断出现的非理智行为所异化,已经丧失了其本身应有的作用。其中原因之一,是患方认为采用公力救济的成本过高,申请鉴定、请律师打官司等均需高额的付出,且需付出相当高额的时间和人力成本。而私力救济的成本、效率均优于公力救济;其二,是患方认为医学会鉴定很难得到公正的鉴定结论,医学会鉴定尚未树立其应有的公信力,而现实情况亦确实如此;其三,是患方对法院审判的公正性缺乏信心,尤其是在面对规模较大且具有一定地位的医院时。而且,患方认为即使法院判决其胜诉,但限于目前的损害赔偿制度,其损失仍然无法得到有效的赔偿,其权益无法得到保障。相反,患方认为采用私力救济甚至是暴力维权方式,往往能够使其得到较之公力救济更多的赔偿。在利益的驱动下,患方的选择变成了必然的方式,而屡屡得手的私力救济(往往是暴力方式)又使得后来的患者纷纷效仿,构成了一种恶性循环。另外,在患方采用暴力维权的案例中,有相当一部分是医院本无任何医疗过错,但是,由于患方对医疗结果缺乏心理预期和理解,且其自身生活的困难,使得其希望通过这种方式得到额外的补偿。这就是为什么在与患方“私了”时,许多医院非自愿支付金钱,是出于“对患者的同情”、“患者经济困难的考虑”、“人道主义的补助”等。双方协商或“私了”的基本原则是自愿,但在现实生活中,医院在与患方“私了”时,绝大多数情况下是出于不情愿,是医院一种无奈而迫不得已的选择。也就是在此过程中,“私了”这种良好的制度不断地被异化。

部分患者及家属偏好采用非理性维权行为的另一原因,是其这种行为没有得到有效的制止。各级政府部门、公安机关息事宁人的态度,无形中是在鼓励其采用这种行为维权。在现实生活中,经常有患者家属拒绝将死亡患者的尸体火化,甚至拒绝将尸体搬出病房,而在医院门诊大厅、病房开设灵堂的事件经常出现。而天天到医院办公室、病房要求“私了”,使得医院的正常工作秩序无法维持的情况,在全国每家医院均发生过。当医院寻求“110”公安介入时,公安人员往往以各种理由而拒绝。例如:“病人终究是死在你们医院,赔点钱算了。”“他们又没有把你们的人打伤,我们不好办。”甚至有公安人员出于“好意”,而建议“你们想办法挑斗对方将你们的人打伤,我就好管了。”而当医院转而寻求当地政府的帮助时,政府的态度则是“稳定压倒一切,安定团结是处理问题的基本宗旨。”“无论如何都不能出现患者家属上访的情况。”我们的社会需要稳定,但这种稳定必须建立在对各方权利尊重的基础上,无视任何一方的权利则可能产生新的社会矛盾,反而不利于社会的长期稳定。现实中,在保持社会稳定的要求下,医院及医务人员的合法权益往往被牺牲。

【案例2-15】2004年6月初,一位患者在某医院因医治无效死亡,其家属与医院就死因发生争议,提出高额的赔偿要求。医院认为其医疗行为并无任何过错,如果家属有异议,可以申请鉴定或到法院起诉,但均被家属拒绝。同时,家属拒绝将患者尸体火化,甚至拒绝将尸体挪至太平间,而是将尸体一直存放在病房内。由于当时天气炎热,存放在病房内的尸体开始腐烂,导致其他病人无法在病房内继续治疗而转至他院。家属还在医院大厅内开设灵堂,使得医院根本无法正常开诊。在此过程中,患方家属曾将该院院长挟持限制人身自由长达近20个小时。医院寻求公安介入,但公安机关在按常规到现场巡视一圈后,认为目前不好处理。医院寻求当地政府帮助,而当地政府认为一切应以稳定为原则,不宜将矛盾激化,建议医院与患方尽可能通过协商解决纠纷。但是,医院对政府的建议无法接受,认为其行为不存在任何过错,患方的要求是无理的。由于相持不下,政府为了地方稳定,向医院“借款”数万元,交给患者家属,纠纷才就此平息。当院长要求公安机关对患者家属限制其人身自由的行为加以制裁时,公安机关反而劝院长“忍忍算了”。最终该院长向当地政府提出了辞职申请。

医院是为患者提供医疗服务的特殊公共场所,其工作秩序直接关系到诊疗工作能否正常进行。卫生部、公安部1986年就发布了《关于维护医院秩序的联合通告》,严禁以“医疗事故”为借口在医院无理取闹;对寻衅滋事、打砸医院、殴打和侮辱医务人员的人,公安机关应予以治安处罚;情节严重、触犯刑律的,依法追究刑事责任。1990年12月,卫生部、公安部又发布了《关于加强医院治安保卫工作的通知》,要求公安机关加强对医院治安保卫工作的检查和指导,及时查处发生在医院的刑事和治安案件。2001年8月,卫生部、公安部针对北京协和医院专家被患者家属打伤事件发布通告,规定对在医疗机构内寻衅滋事、在医疗机构内故意损坏公私财物、侮辱、威胁、恐吓、殴打医务人员及其他扰乱医疗机构正常诊疗秩序的行为,由公安机关依据《治安管理处罚条例》予以处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。实际上,对患方的非正常“维权”行为并非无“法”处理。

然而令人感到惊讶的是,目前,部分医院因遭遇患方暴力行为时寻求国家公力救济不成,也开始转而寻求各种私力救济,或成立“医生自卫队”、“医院护卫队”,或寻求社会民间力量的帮助,其中包括黑社会组织。作者曾听说在湖南某地,由于医务人员屡屡受到患者的暴力伤害,部分医院成立了“医生自卫队”,配备有自卫器械(如木棍、铁管等),其职责是在医生受到伤害时进行自卫,维护医院秩序。该院院长说,自从成立“医生自卫队”之后,医院受冲击及医生受伤害的情况明显减少。作者很难对这种行为进行评价,反而为我们的医生感到悲哀:让拿手术刀的医生们拿起砍刀进行自卫,能说是我们社会的文明进步吗?公力救济的缺位,非理性维权现象的出现,无论是对于医生还是患者,都是一种非正常的维权方式,是社会文明

的倒退,使现代人又再次回到远古的丛林时代。

患方非理性维权行为增多的原因是多方面的,值得我们继续进行深入的研究和思考,找到切实可行的医疗纠纷解决办法。但是,有一点可以肯定的是,拳头并不能解决问题。

五、医疗纠纷解决机制的完善

《条例》作为行政法规,其规范的范围是有局限性的,主要针对的是医疗事故的行政解决机制。受传统的医疗体制的影响,医患关系的行政色彩一直影响着医疗纠纷法律定性和立法工作。从1987年6月29日国务院颁布的《医疗事故处理办法》到2002年9月1日国务院颁布的《条例》,都是从行政的角度规范医疗纠纷的处理,而民事法律规范甚至在民事理论研究里,都缺乏医疗纠纷解决机制的内容。这种对行政解决机制和行政法律规范的过度依赖,也是目前我国医疗纠纷相关的法律规定存在着“二元化”(《条例》与《民法通则》及其相关法律法规严重矛盾)的重要原因。

在医疗服务合同关系中,医患之间产生的医疗纠纷属于民事纠纷。因此,医疗纠纷的解决机制适用民事纠纷的解决机制。从上面的分析中我们可以看出,目前《条例》提出的三种解决机制都存在着一定的不足。在现代法治理念下,法律应当制定多元的合理有效的纠纷解决机制供当事人双方选择,以达到有效解决纷争的立法目的。医疗咨询服务公司、医疗纠纷调解中心及医疗纠纷仲裁等,均是有益于医疗纠纷处理的尝试。

近年来,我国部分城市出现了专门调解医疗纠纷的、以公司制方式运营的营利性咨询服务机构。^①然而,其运作的效果尚难以令人乐观,呈现“一头冷一头热”现象,即患者咨询多,而医疗机构咨询或求教的情况极少。由于其客户主要是患者及其家属,公司也主要是代理患方与医方谈判,因此,这类机构难以得到医疗机构的信任,甚至被医疗机构认为是挑拨患方找事。^②

2004年底,为了配合医疗责任保险业务的实施,北京市分别成立了北京卫生法研究会医疗纠纷调解中心和北京医学教育协会医疗纠纷调解中心,分别承担中

^① 2004年11月1日,天津市金必达医疗事务信息咨询服务有限公司正式成立,专门从事有关于医疗纠纷诉前调解与研究。详见<http://www.jinbida.org.cn/gywm.asp>;2004年12月,专业从事医患纠纷调解工作的江苏民康医患纠纷法律咨询服务所在南京成立。详见<http://news.sina.com.cn/c/2004-12-28/01105347132.shtml>。

^② 新华社记者孟华、刘海峰:“闹医院不如找中介?民间中介机构试解医患死结”,载http://news.xinhuanet.com/focus/2005-05/17/content_2963481.htm。

国人民保险公司北京分公司参保医院和太平洋保险公司参保医院与患者之间的“医疗纠纷”的调解工作。据其负责人介绍,两家医疗纠纷调解中心是专业从事医疗纠纷调处和医疗过失防范的卫生法律服务机构,是独立于患方、医方和保险公司之间的第三者,而非保险公司参加组建的调处机构。尽管医疗纠纷调解中心受保险公司委托,受理参保医疗单位与患者之间的医疗纠纷,但它绝对不是附庸,不会因此而偏向于保险公司和医院,而是在公平公正的原则下为医院和患者解决矛盾。所以一旦发生医疗纠纷,患者完全可以主动寻求医疗纠纷调解中心的帮助。自2005年1月1日正式运行以来,两家调解中心调解了大量的医疗纠纷案件,逐渐形成了“有了纠纷不找医院,找调解中心,调解不服找法院”的良性运转机制,得到了医患双方的信任。此类非营利性医疗纠纷调解中心的出现,为医疗纠纷找到了一条新解决途径。

另外,学术界还建议设立医疗纠纷的仲裁制度。对此,有两种不同的观点。一种观点认为,医疗仲裁制度的设立,符合我国目前现有的仲裁法律制度,可利用现行的仲裁制度进行仲裁。另一种观点认为,医疗纠纷仲裁制度不适用现有的仲裁制度。医疗纠纷属于侵犯人身权的范围,而《仲裁法》的受案范围并不包含人身损害赔偿纠纷,医疗纠纷不在此列,因此,需构建特别的仲裁机构,即医疗纠纷仲裁委员会。

仲裁是国家认可的处理民事争议的一种方式,也是一种法律制度。是指发生争议的双方当事人,根据其在争议发生前或争议发生后所达成的协议,自愿将该争议提交中立的第三者进行裁判的争议解决制度和方式。仲裁是介于“私了”(双方协商)和“官了”(民事诉讼)之间的准司法制度。在医疗纠纷领域内适用医疗仲裁制度有着其他纠纷解决机制难以达到的优势:(1)自愿性。医疗纠纷发生前或发生后的书面仲裁协议是医疗纠纷仲裁的基石,是否仲裁、由谁仲裁以及仲裁人员如何产生等,都可由医患双方在自愿的基础上协商确定。(2)权威性。由医学专家、法医、法律工作者等组成的医疗纠纷仲裁庭,可以解决医疗纠纷处理领域的医学专业问题和难点,具有较强的权威性和专业性,从而克服了医疗纠纷民事诉讼往往需要借助鉴定结论予以裁判的被动局面。当然,仲裁庭亦可依法就专业问题委托鉴定以认定案件事实。(3)快捷性。仲裁实行一裁终局制度。在仲裁裁决作出后,当事人就同一医疗纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。由于实行一次裁决,因此,仲裁可以为当事人节省大量的时间和精力,避免了医疗诉讼周期过长的弊端。(4)保密性。在医疗服务逐渐走向市场的今天,医疗机构之间的竞争也日益激烈,医疗机构也往往不愿将其与患者产生的纠纷公之于众。仲裁一般以不公开审理为原则,而且应根据当事人的医疗仲裁协议,裁决可以不写明争议事实和裁决理由。由此可见,医疗纠纷仲裁对医患双方的隐私权

的保护是非常有利的。

目前,我国部分省市的仲裁委员会积极地进行了医疗纠纷仲裁的探索和研究工作。例如,洛阳仲裁委员会早在2002年,就联合洛阳市卫生局下发文件,规范医疗格式合同文本,为解决医疗纠纷打下基础。近几年来,洛阳仲裁委员会妥善处理医患纠纷共10余起。有的案件当天立案,当天组庭,当天审理,当天裁决,当天履行,效果非常好。另外,近年来,合肥仲裁委员会和合肥市卫生局合作,对15起医患纠纷进行了仲裁,全部获得成功。

■第三节 律师与和谐医患关系的构建

近年来,我国医患关系日趋紧张,医患双方互不信任,暴力事件不断发生,已成为社会公众关注的焦点之一,并严重影响到社会的和谐与稳定。与此同时,现有医疗纠纷解决机制并不能快速而有效地解决医患矛盾。律师,作为掌握着丰富法律知识,同时又在执业中触及社会矛盾脉搏的专业群体,担负着维护人权、维护正义的社会职责,在协调医患关系、缓解医患矛盾、维护医患双方合法权益过程中,具有其他社会群体难以取代的重要作用。

一、律师与社会正义的实现

我们所要建设的社会主义和谐社会,应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。公平正义是建设和谐社会最基本的原则。简单地讲,“公平正义”即是社会不同群体的利益得到妥善协调,社会矛盾得到正确处理,社会公平和正义得到切实维护和实现。

一个国家对社会正义的追求和定位靠良好的立法予以固定和表达,以规范不同利益群体的权利和义务,使之处于相对平衡状态。但这仅仅是静态的正义,一旦社会利益失衡或某一方权益遭到破坏,就需要制定的法律得以良好的运行,以对失衡的利益给予纠正,最终实现社会正义。

在医疗领域内,医患关系的和谐取决于多种因素,完备的法律制度及其良好的运行是其重要方面。这其中包括两个主要环节:一是立法,通过确定医患双方的权利与义务来分配正义,借以构建医患之间相互妥协、相对均衡的利益关系,并使医疗行为得以规范,减少医疗损害的发生;二是司法,通过事后的法律救济来实现正义,借以恢复失衡的医患之间的权利义务关系。

律师,作为法律专业人士,通过参与立法与司法活动,向医患双方提供法律宣传与咨询、非诉讼代理等服务,使得医患双方对于其行为进行自我规范,保持其相互之间的利益均衡。律师更可以通过提供医疗诉讼代理服务,影响法官的裁判,以恢复业已失衡的医患利益关系。在构建和谐社会过程中,律师可以审时度势,趋利避害,为当事人争取其利益最大化。因此,律师是维护社会和谐、均衡社会群体利益的重要力量。

二、律师与医患双方利益的均衡

立法即制定法律规则,是一个权利义务分配的复杂过程,是制度的理性构建过程。医患矛盾解决机制的立法是医患关系和谐的前提和基础,因为立法价值的良恶、权利与义务分配状态的多少、质量的高低,都对医患关系的和谐产生巨大的影响。也正基于此,我们说“立法是静止的正义”。医患之间权利义务分配不均将直接导致医患关系的失衡。

“法律从来都是经验,而不是逻辑。”法律不是法学家主观创造出来的,它来自于法律关系主体的实践活动,而律师正是辅助其参与这一活动的重要角色。律师制度系国家上层建筑的重要组成部分,是国家政治结构中不可或缺的重要组成部分。崇尚民主法治的天然本性,尊崇法律、熟知法律的基本素质,对民主政治具有的与生俱来的亲和力,对社会关系稳定、有序追求的自觉性,都决定了律师在推动制度创新、依法治国的政治领域中能够大有作为。

律师,尤其是具有医学知识的专业律师,通过与医患双方当事人的广泛而深入的接触,对于医患双方的利益冲突与失衡状态有着深刻的体会,知晓其发生的原因及利益冲突的焦点所在。在帮助当事人解决争议过程中,律师须深入研究相关法律,尤其是法律之空白点或“灰色地带”,以最大限度地维护其当事人的利益,而这一点正是立法者所迫切需要的立法背景资料。律师可通过关注、援助和研究个案,促进司法改革和法律完善。律师撰写的办案经历、学术研究文章、立法建议等,是政府立法者制定、完善医疗纠纷处理法律制度的重要依据。律师、律师协会及其相关专业委员会,可以主动参与法律的制定,将其在医疗纠纷处理过程中收集的、有利于平衡医患之间权利义务关系的感性认识上升为理性的思维。律师在医疗纠纷处理机制的立法方面所作的贡献,将有利于医患双方权利和义务的制衡。

三、律师与医方医疗行为的规范

医疗损害重在预防。医患矛盾的焦点往往是医疗行为是否符合诊疗常规和护理规范(即医疗行为是否存在过错)以及医疗行为与患者人身损害后果之间是否存

在因果关系。尽管医疗行为具有相当的侵袭性和破坏性,且往往成为医方辩解的理由,但鉴于其范围的不当扩大与滥用将可能导致医患双方的权利失衡,因此,立法者不得不对此加以限制,以最大程度地减少不当医疗损害的发生。国家立法机关、政府组织、行业组织等制定的医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,即是判断医疗行为是否合法的主要依据。

律师可以通过典型案例的剖析与总结,宣讲法律知识,提高医务人员的法律意识,树立依法行医的观念。在医疗管理活动中,律师可以协助医疗机构制定各项规章制度,建立医疗风险预警与处理机制,减少不当医疗损害的发生。

四、律师与患方理性解决争议

协商解决争议,即“私了”,是我国医疗纠纷的主要解决方式,绝大部分医疗纠纷是通过此种方式解决的。作为一种代替性争议解决机制,协商解决对于快速解决争议、恢复失衡的医患关系具有极其重要的作用。但是,目前我国,协商解决机制有被“异化”的趋势,取而代之的是患方各种形式的非理性维权行为,导致医方“闻私了而色变”。患方非理性维权行为的发生原因是多方面的,而法律知识欠缺、对正常解决争议方式缺乏信心是其重要原因。

律师历来被社会誉为“公平正义”的化身,“扶弱助良”的天使。律师所具有的独立地位、中介功能,决定了律师在协调医患关系,疏导患方的不满情绪,化解医患矛盾中必然大有作为。

律师尊崇的是事实和法律,致力追求的是国家法律的正确实施和社会关系的有序、稳定,这就决定了律师在解决医患矛盾中的基本功能应当表现为息纷止争。诉讼不是解决医患矛盾和纠纷的唯一途径,更不是首选手段,调解、仲裁等非诉讼手段在解决医疗纠纷中的作用日益凸显。律师应当基于当事人的信赖,更多地发挥出引导、协调的功能,将法治精神和人文精神有机地结合起来,充分发挥律师制度疏导和解决社会矛盾的“调节器”和“减压阀”的作用。

律师及时介入医疗纠纷,对于患方稳定情绪、恢复理性,具有他人难以替代的作用。一方面,律师可以通过对法律知识的宣讲和理性的分析,树立患方对法律的信任,消除其不现实的观念,以达到依法解决争议的目的,从而亦间接保障了社会的稳定与和谐,因为和谐社会必定是一个法治的社会;另一方面,律师通过对医疗活动的详细了解,分析医疗行为的合法性与正当性,为患方提供解决争议的法律意见,以避免浪费不必要的时间和精力。不管按哪种方式解决,医疗纠纷的最终落脚点还是损害赔偿的问题,协商解决也不例外。在双方协商的过程中,律师可以对医院的过失责任程度与疾病参与度之间的比例、赔偿项目、计算方式等提供专业意

见,同时对患方提出的非理性的要求给予合法化引导,从而平衡医患双方的利益关系。

五、律师与非诉法律咨询服务

医疗纠纷的处理具有高度专业性,包括医学知识的专业性和处理程序的专业性。在此过程中,富有经验的律师往往可以为当事人提供专业意见,以最大程度地维护其当事人的合法权益。

在医疗纠纷发生后,律师可以为患方提供诸多专业法律服务。其一,律师可以提示当事人及时提出封存病历资料的要求,防止医疗机构对病历加以涂改、隐匿、销毁等,以保全最重要的证据。病历记载了医务人员为患者诊疗护理的整个经过,是判断医疗行为是否存在过失的重要依据,也是医疗诉讼案件的重要证据。因此,及时封存病历,对固定医疗行为发生时的状况至关重要;其二,在患者死因不明时,律师可提示当事人及时进行尸检,以防止事后因其不同意解剖尸体而承担不利的法律后果;其三,在决定诉诸法律之前,律师可以指导当事人咨询医学专家进行医学判断,以避免不必要的诉讼。在此基础上,律师还可根据相关法律进行法律判断,以初步评估诉讼之可能结果。

同样,在纠纷发生后,律师为医方提供的法律服务亦至关重要。律师可提示医方不得以各种形式对病历进行“修改”、“补充”、“规范”和“完善”。当然,依照病历书写规范而进行的修改、补记是允许的,但是,此种补记与修改必须是依法进行的。在患者死亡时,律师可提示医院应向患者家属建议进行尸检。尽管法律规定尸体的条件是“医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议”时,但法律并未对应由谁提出尸检作出明确规定,且不同的法官对此有不同的理解。因此,律师可建议医院及时向患方提出尸检建议,以避免不必要的法律风险。在发生医疗争议时,医院同样涉及证据保全问题。例如,疑似输液、输血、注射、药物等引起不良后果的,医患双方应当共同对现场实物进行封存和启封,封存的现场实物由医疗机构保管。

六、律师与医疗纠纷案件代理

司法解决是权利救济的最终方式。在司法审判活动中,律师可以通过代理当事人参加诉讼,提供法律服务,影响法官的裁决结果,从而对平衡双方的权利义务发挥作用。现实中,鉴于法庭诉讼高度专业性与技术性,医患双方在通过司法途径恢复受侵害的权利时,亟须律师的协助,使其法定权利变为现实利益。律师在此过程中的作用即是“维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施”。

1. 诉讼方案的制定及对策

法律适用的“二元化”,《条例》与《民法通则》等民事法律规范的冲突,使得医疗诉讼的结果变得极其不确定。因此,熟悉医疗诉讼的专业律师可以通过制定相应的诉讼方案,最大限度地维护己方当事人的合法权益,其中最重要的就是案由的选择与抗辩。

目前,人们公认医患双方是合同关系,存在医疗服务合同。医方既可因没有履行或没有适当地履行合同义务而构成违约,也因医疗过错造成损害后果而构成侵权。前者是违约之诉,而后者是侵权之诉,两者的归责原则、举证责任、赔偿范围等均有所不同。医疗侵权之诉适用举证责任倒置,而违约之诉则不适用此规则。两种案由对于患方各有利弊,律师可根据案件实际情况帮助患方当事人做出选择。在此基础上,律师还可以帮助当事人进一步选择医疗事故损害赔偿纠纷或非医疗事故损害赔偿纠纷之案由。当然,患方一般首选方案是后者,因为如此可以最大限度地获得更高的赔偿。相应的,律师亦可帮助其医方当事人做出相应的抗辩,其主要依据则是最高人民法院的相关司法解释、通知或文件等。

2. 诉讼证据的准备与质证

医疗侵权案件实行举证责任倒置,但并不意味着患方不承担任何举证责任。律师可提示患方:(1)患方应就医疗服务合同的成立提供相关证据,如挂号单、病历、诊断证明、医疗费收据等;(2)患方应提供证明医疗损害后果存在的证据,如相关病历、诊断证明书等;(3)患方应提供经济损失的索赔依据,如医疗费、误工费、护理费、交通费等。

在代理医方准备证据时,应提示医方病历仅能证明其为患者提供医疗服务的过程,而不能直接证明医方的医疗行为不存在过错。因此,医方除向法庭提供病历外,还应提供其他可证明其不存在医疗过错及因果关系的证据。需要注意的是,法官不是医学专家,因此,大量的医学文献、教科书以及诊疗护理常规可能无法达到证明医方无过错的目的。在举证期限内及时提出鉴定申请,是医方举证的最简单方式。提交鉴定申请书也是一种举证方式,因为证据规则规定,对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人,如果在法定期限内没有提出鉴定申请,导致最后案件事实无法查清,将承担不利于自己的法律后果。

当律师代理患方对病历的真实性提出异议时,亦应对此承担举证责任。作为患方的代理律师,可以把病历的逻辑顺序是否合理或语言描述是否恰当作为合理怀疑其真实性的突破口,因为“修改”后的病历往往造成欲盖弥彰的现象。另外,对病历真实性的质证应在法院委托鉴定之前进行。

3. 鉴定机构选择及结论质证

在医疗纠纷诉讼过程中,出于各自利益的考虑,医方往往要求委托医学会进行医学鉴定,而患方则多希望委托进行司法鉴定。从广义的角度来讲,这里的医学鉴定与司法鉴定,均属司法鉴定范畴,但其鉴定结果却往往大不相同。在诉讼过程中,律师可帮助当事人选择最合适的鉴定机构,以争取最有利于己方当事人的结果。同时,律师还可帮助当事人审查鉴定程序是否合法,例如医学专家的构成、主要专家的学科确定、有没有违反回避原则、有没有鉴定人签字等。在法庭质证过程中,律师可协助当事人对鉴定结论的内容进行实质审查,对其结论是否具有充分的科学依据进行质证。

4. 医疗风险告知与并发症归责

实践中,医生往往忽视医疗风险的告知,尤其是在目前医疗市场化的情况下,院方可能会有意夸大医疗的结果。因此,作为患方的代理律师,应特别注意医生是否履行了告知义务,以保护患者知情同意权。在涉及并发症的案件中,律师应注意审查医务人员是否履行了风险预见义务、风险告知义务、风险回避义务及医疗救治义务。医方只有在尽到上述全部义务的情况下,才能以并发症作为其免责条件,否则,医疗机构将承担医疗侵权责任。

对于手术同意书等知情同意文件的法律性质,人们还有不同的观点和看法。作者认为,手术同意书的基本性质是风险告知书,而不是合同或协议,因此不存在所谓的“霸王条款”问题。手术同意书在法律上代表患者同意接受医方建议采取的医疗措施,证明医方履行了法定告知义务,但不具有免除医疗机构过失责任的法律效力。

5. 保护当事人利益与司法公正

在2005年8月初召开的全国高级法院院长座谈会上,最高人民法院院长肖扬明确指出,维护法律的尊严,要求法院正确处理法律效果与社会效果的关系。司法可以促进社会和谐,但和谐不是不要正义,不是不顾原则。我们所追求的和谐必须是公平的和谐,正义的和谐,不论是判决也好,还是其他的纠纷解决方式,如司法调解,都不能牺牲公平和正义来求得短暂的和谐。不遵守法律,不讲原则,没有标准,和谐也不会长久,甚至司法的软弱会助纣为虐,导致更多纠纷的发生。

基于上述原因,在当事人的合法权益因各种原因受到侵害时,当法院判决出现明显不公时,律师无论代理医方还是患方,均应采取各种积极可行的措施,以最大限度地维护当事人的合法权益,维护社会正义。

救死扶伤是医生的天职,医患之间的共同“敌人”是疾病,医患之间没有根本性的冲突。在医患纠纷前阶段,律师可以积极引导医疗机构的医疗行为,使其规范

化、合法化,以避免医疗损害,保证患者安全。在纠纷发生后,律师可以通过法律的正确适用,找到医患之间权利义务关系的平衡点,妥善化解医患矛盾。同时,律师还可积极参与立法活动,均衡医患双方的利益关系。在协调医患关系、缓解医患矛盾、维护医患双方合法权益过程中,律师可以起到其他社会群体难以发挥的重要作用,具有相当的职业魅力和施展机会。

非诉业务篇

❖ 法律咨询是律师的传统业务,也是律师参与医疗纠纷案件处理的首要工作。为此,本篇第三章在介绍医疗纠纷给医患双方及社会和谐带来的负面效应后,着重介绍了律师提供法律咨询的技巧,提出了独特的“望、闻、问、切”法。同时,建议律师提供咨询时,除非您是咨询事项所涉医学方面的专家,否则应避免对具体医疗行为进行医学判断,而应将重点放在对医疗行为的法律判断方面。鉴于当事人法律咨询的问题往往会涉及病历复印与封存、现场实物封存与保管以及尸检检验等问题,而上述事项又直接与其后的非诉调解或法院诉讼结果有关,故作者将与前述事项相关的律师实务内容置于本章中一并讨论。

第二篇

❖ 任何国家和政府均鼓励民事纠纷的当事人基于合理合法的原则处理纠纷,使不稳定的社会关系尽快趋于稳定,医疗纠纷也不例外。现实生活中,绝大部分医疗纠纷是通过医患双方非诉讼协商方式解决的。在此过程中,律师可以起到其他社会群体所无法比拟的作用。鉴于此,本篇第四章通过具体实例,详细介绍了医患双方和解的概念和原则,提供了和解协议书的参考格式,并对其条款设计及应注意的问题进行了详细的说明。本章还介绍了律师如何帮助当事人准备鉴定材料、起草鉴定会陈述意见、代理当事人参加鉴定会,提示了应注意的问题。最后,本章通过实例,介绍了有关医疗纠纷案件法律意见书的制作方法。

第三章 医疗纠纷案件的律师 咨询

■第一节 稳定情绪与说服解释

医生与患者本身就是一对矛盾的共同体,治病救人与得病求医对于医患双方都是天经地义的事情。但是,这一过程十分复杂,绝不像一般商品交易那样直观与简单,它不仅会受到医疗科技水平发展的客观局限,也会受到医生医术的影响。当治疗效果没有达到患者的预期目标时,医患双方就可能会因此而发生争议。由于医疗纠纷涉及患者的身体健康、生命存否等重大敏感问题,故此类案件常常会引起社会的广泛关注,并成为人们的热点、焦点话题。正是因为如此,就要求我们必须认真对待,慎重把握。倘若稍有不慎,处理不当,即使一件普通的医疗纠纷,也会给当事人双方都带来极大的伤害,甚至危害社会。

律师,作为专业法律工作者,一方面,职业的特殊性决定了其在解决医疗纠纷中必定起着不可或缺的重要作用。但是,另一方面,医疗纠纷的专业性很强,涉及极其复杂的医学和法律问题,且我国有关此类案件的法律、法规尚不完善甚至相互冲突,无疑给执业律师带来了新的挑战。因此,如何合理地利用社会的各种力量,准确运用相关的法律规定,维护当事人的合法权益,捍卫社会的公正与公平,切实解决好这种纠纷,就成为摆在执业律师面前的一道新课题。

一、医疗纠纷的负面效应

平心而论,任何一家医院、任何一位医生,都希望能够做到“手到病除”,“妙手回春”,任何一位患者、任何一位患者家属都希望自己和亲人能通过治疗平安健康、生命无虞。从这个角度讲,医患双方的愿望是高度一致的。但是,美好的愿望不能代替现实,甚至会与现实大相径庭,出现人们意想不到的结果,或者发生人们不愿

看到的事情。一旦事与愿违,医患双方可以在此高度一致的美好愿望的基础上,求同存异,协商解决,寻找双方都可以接受的结果。协商无果,当事双方运用法律手段维护自身的合法权益,就成为了一种正确的解决途径。

然而,无论如何,医疗纠纷一旦发生,必然会给社会、医疗机构及患者都带来许多不良影响。如果再处理不当,甚至会给双方造成更大的伤害,产生严重的社会后果。在现实生活中,医疗纠纷可以带来众多的社会负面效应。

1. 影响社会稳定,增加社会负担

首先,医疗纠纷的增多影响社会的稳定,不利于和谐社会的构建。医疗纠纷与其他纠纷不同,常常伴随着患者的生命健康受损,使患者及其整个家庭的正常生活受到重大影响。因此,患方的反应一般比较强烈,有时还会采取一些较为冲动或激烈的方式来处理。例如,在患者死亡后,家属拒绝火化尸体,或尸体放到病房内。部分患者为了得到赔偿,长期在医院领导办公室闹事,严重时殴打主治医生或护理人员等。这些不当行为必然会严重影响医疗机构正常的工作秩序。尤其是近年来,因医疗纠纷引发刑事犯罪的案件也是屡见不鲜,令人震惊,并造成了不良的社会影响,危及社会稳定。

其次,医疗纠纷的增多,会增加社会负担,造成社会资源的损耗。医疗纠纷发生后,医疗机构应按规定上报卫生行政部门,卫生行政部门要进行监督管理。如果当事人要求行政部门处理,卫生行政部门还要对纠纷进行调查,必要时还需要进行医疗事故技术鉴定。医疗纠纷处理完毕,卫生行政部门还需对相关责任人做出处理。医疗纠纷案件的增加,必然无形中增大卫生行政部门的工作量,使得卫生行政部门把大量的人力、物力、财力用于调解和处理各种医疗纠纷,造成社会资源的极大损耗。

第三,医疗纠纷的增多,也加重了法官的工作负担,加大了法院的运作成本。医疗纠纷的增多,本身加大了法院的办案数量,而目前我国大多数法院还没有设立专门的法庭,大多数法官对于医学知识不甚了解。为了使案件审理得尽量准确公正,法官不得不花费大量的精力和时间了解医学知识,弄清案件事实。因此,法官办案难度加大、法院运作负担加重在所难免。

2. 引发信任危机,不利于我国医疗卫生事业的健康发展

医疗纠纷的不断增多,必然使得医患之间出现严重的信任危机,患者对医生的治疗措施持怀疑和不放心的态度,甚至还出现了有些患者要求将手术过程全部录像,以备出现问题后作为证据的现象。这种信任危机的出现,又无形中加大了医患双方情绪上的互相抵触,即使遇到一个正常的小问题、小摩擦也会爆发并演变成大矛盾、大纠纷。医疗纠纷发生后,医务人员往往又成为指责、攻击的对象,遭到辱骂甚至殴打。面对这种情况,医务人员在工作中战战兢兢,只求平稳,不求创新,严重

挫伤了医务人员进行医学科学探索的积极性。医疗事故被认定后,常常伴随着医疗机构的巨额赔偿,这更会给医疗机构带来巨大的经济压力,使医疗机构的发展受到经济上的制约,这些都严重阻碍了医疗卫生事业的健康发展。

3. 患者及其家属遭受经济及精神损失

医疗纠纷的主要受害者必定是患者及其家属。医疗损害不仅会造成患者死亡、残疾、器官功能障碍等身体上的伤害,更会给患者及其家庭带来巨大的经济负担。按照我国目前医疗行业收费的普遍现状,发生医疗损害后,巨额的后续治疗费用往往会使一般的患者家庭陷入困境,举步维艰。患者的死亡或伤残,使得患者本人或其家属在承受巨大的肉体痛苦的同时,还必然要承受巨大的精神打击。医疗纠纷案件的审理周期较长,过程极其复杂。为了使医疗纠纷得到最终的解决,患者及家属必然会全身心地投入其中,倾其所有的精力、物力与财力,旷日持久地奔波交涉,这些无论是在经济上还是精神上都给患者及家属带来巨大的伤害。

既然医疗纠纷的出现,无论是给患者、医院,还是社会都带来了巨大的危害,那么谨慎防范、妥善处理、避免事态扩大,将纠纷提前消灭在萌芽状态,化干戈为玉帛,应是纠纷出现之初的第一选择。

二、律师法律咨询的作用

医患双方一旦发生了医疗纠纷,无论是友好协商解决,还是走诉讼之路,当事人双方为了实现各自的目的,达到各自利益的最大化,一般情况下都会提前进行法律咨询,寻求专业律师的法律支持。而在这其中,律师大有作为。

1. 为当事人提供专业法律服务

为医疗纠纷中的当事人提供专业的法律服务,是律师作为一个法律工作者的首要职责。鉴于医疗纠纷的复杂性和专业性,律师在处理医疗纠纷时,不仅要精通相关的法律法规,而且要了解医学方面的知识和程序。具备较为丰富的医学知识,掌握一定的医疗程序,也是对律师有别于其他案件所提出的更高要求。

医疗纠纷发生后,律师可以在以下方面提供专业法律服务:

(1)解答当事人的法律咨询。这一过程十分重要,不得轻视。律师应本着实事求是的原则,解答当事人的咨询,向当事人宣讲法律知识,为当事人解疑释惑。

(2)帮助当事人及时采取证据保全措施。当事人,特别是患方当事人一般是缺乏法律知识的群体,由于种种原因,他们往往或因情绪激动而忽略相关证据的收集和保存,或因法律知识的欠缺而在证据收集与保存中不得要领,本末倒置。对此律师应该及时提醒当事人,并为其提供专业服务,帮助当事人及时采取正确的证据保全措施。

(3)对案件的性质做出初步判断,为当事人选择处理案件的最佳方式。律师在对案件的事实进行深入分析的基础上,可以对案件的性质做出一个初步、客观判断,帮助当事人理智地对待纠纷,并为当事人就解决和处理纠纷选择一种较佳方式与途径。

2. 促进双方协商解决

律师作为专业人员,在执业过程中,必然会与医患双方的当事人进行广泛的接触,对医患双方的矛盾焦点深有体会,在帮助当事人解决医疗纠纷时,能够分别站在医患双方的不同角度考虑问题,从专业的角度指出医方的不足之处及患方要求不合理的地方。在此基础上,多与当事人双方进行沟通,可能比医患双方进行面对面的协商更容易让彼此接受。医患双方有可能会在律师晓之以理、动之以情的真诚调解中,理智地对待纠纷,避免矛盾的进一步激化,并在此基础上达到协商解决的理想结局。医疗纠纷的协商解决,可以降低双方当事人的处理成本,减少医疗纠纷给社会带来的危害,对医患双方均非常有利。

3. 稳定当事人情绪

医疗纠纷中,患方当事人一般情绪往往比较激动,这对纠纷的理性分析与解决都是一种不利因素。律师在医疗纠纷案件的咨询过程中,尤其要注意这种情况,需要冷静把握,细心观察,平和应对,多做稳定当事人情绪的安抚工作,这对于缓解医患矛盾、维护社会的稳定和促进医患关系的和谐,都具有非常重要的作用。律师由于在执业中处于相对独立的地位,通过对案情的理性分析及对法律知识的宣讲,较为容易得到当事人的信任。这种信任对于律师在咨询中,及时疏导患者的不满情绪,化解其心中的愤懑,消除其不切实际的想法,使其恢复理性,促进纠纷最终的理性解决十分有利。在多年来的法律咨询实践中,作者深深地感到,只要律师做个有心人,真诚地为当事人排忧解难,从大局出发多做劝解说服工作,很多当事人的过激行为是可以提前化解的,从而间接地为保证社会的和谐与稳定做出自己应有的贡献。

三、律师法律咨询的技巧

所谓的咨询技巧,就是律师在咨询过程采取的行之有效的方式或方法。律师介入医疗纠纷的处理,首先要面对当事人的咨询。律师能否为当事人提供正确的咨询意见,会对案件的发展及其处理产生重大的影响。如果处理不当,不仅会给当事人带来不利的后果,而且有可能给律师本人带来风险。现实中常有律师在接受咨询时对案件做出了乐观的评估,而审理结果却令当事人不满意而导致当事人投诉的案例。因此,律师应当高度重视对当事人的咨询服务,注意方式

方法,讲究谈话的艺术。作者根据多年的办案经验,总结出一些咨询的技巧,供大家参考。

中国传统医学讲究“望,闻,问,切”,认为这四个步骤既是一个医生的基本功,也是治病救人过程中所应采取的必需手段。作者认为,律师在接受咨询时也应该像医生看病一样,采取“望、闻、问、切”四个步骤。

1. “望”——仔细观察,悉心查看

医疗纠纷案件的当事人特别是患方当事人,由于受到不同程度的伤害及个人的性格特点不同,情绪表现有很大差异。律师在与当事人的接触中应仔细观察其表现,并根据每个人的性格特点采取不同的措施,力求最大程度地掌握案件的真实情况。例如,有的当事人在受到伤害后性格忧郁,不能主动对案件进行全面陈述。此时,律师应积极引导,主动提问,帮助当事人对案件事实进行回忆并陈述。有些当事人情绪比较激动,对自己有利的情节反复地述说,而忽略了他自己认为不重要的情况。此时,律师应引导他叙述案件的所有细节,以便全面掌握案件事实,为正确分析案情奠定扎实的基础。

此外,当事人在咨询时常常会提供一些书面资料,如病历等。对于当事人提供的这些资料,律师也应当认真查看。虽然这些资料大多不尽完整,但也会客观地反映案件的主要事实。律师可以通过认真查看,大致了解这些资料能否与当事人的陈述相互印证,从而帮助律师对案情做出比较正确的判断。

2. “闻”——认真倾听,了解过程

学会倾听,对于律师来讲十分重要。一方面,只有认真听完当事人的述说,才会得到当事人的信任,否则即使你在此后做出的法律分析完全正确,也会因为当事人认为你并不了解案情而对你增加不信任感;另一方面,患者大多是案件的受害人,精神及肉体都承受着巨大的痛苦,述说也许是他们宣泄情绪的一种方式。让他们尽情地讲述,使他们的情绪得到调整,也有利于双方进一步的交流。因此,即使当事人有时说话比较啰唆,甚至语无伦次,律师也不要轻易打断他们的谈话,要认真倾听当事人的述说。

当然,律师在倾听当事人的述说时,不只是一个一般的听众,应当在当事人的述说中发现案件的疑点及重点,并做好记录,把好脉搏,理清思路,以便下一步向当事人进行有的放矢的提问。

3. “问”——针对疑点,及时发问

在咨询中,律师还应该对需要进一步了解的案件事实向当事人提问。当事人陈述时,律师应该对案件的重点、疑点问题或当事人没叙述清楚的情况做好记录,当事人谈完后,及时就相关问题进行详细询问。通过询问,有可能发现解决纠纷的关键所在,为案件得到合理的解决提供正确的思路。

【案例3-1】作者曾办理过这样一个案件:某当事人来所咨询,称他爱人因急性腹痛到某医院就诊,被诊断为胆结石,并做了胆囊切除术。术后患者返回病房时头脑清醒,还与家人做了简单交流。20分钟后,患者突然出现呼吸困难并昏迷。经气管切开等一系列抢救措施后,患者虽然保住了性命,但成了植物人状态,经一年多的治疗没有好转,患者家属多次与院方交涉均未达成协议,无奈寻求律师帮助。听完当事人的陈述,作者感觉患者术后突然出现呼吸困难并昏迷,可能与院方术后采取的治疗措施有关。经询问,患者家属回想起,回到病房后,医生曾从静脉输液的小壶给患者加了一些药,之后不久,患者就出现呼吸困难。查阅患者病历,发现医生给患者输入的是杜冷丁,且用量明显超过了规定的剂量。杜冷丁是一种止痛药,多在术后患者伤口疼痛时使用,但过量时有抑制呼吸的副作用。患者术后不久,麻醉药的药效还没消失,患者未出现明显疼痛症状,按说不应使用止痛药,但院方不仅错误地使用了药物且用量超过了规定的剂量,对造成患者损害后果具有不可推卸的责任。当事人听了这些分析,再次与院方进行交涉,院方终于承认了自己的过错,并承担了相应的赔偿责任。

对于类似案例,律师固然要具备一些医学知识,但是及时发现疑点、难点并提问同样重要。也许这些疑点、难点问题就是整个案件的关键所在。大多数情况下,律师对于案件中某些疑点的确立,是刹那间即兴而生的,对此律师不可马虎大意,一定要及时发问或者记录下来后问,否则这些疑惑稍纵即逝,有可能错失良机。

4. “切”——理清思路,做出判断

通过为案件把脉,对案情做出初步分析。通过以上三个步骤的工作之后,律师一般会对案件事实有了一个初步了解,对此律师应基于这些事实,根据自己的法律知识及社会经验,对案件做出初步分析,并为当事人指出下一步应采取的应对措施。对于事实清楚、证据确凿的案件,应协助当事人确定解决纠纷的最佳方案;对于尚不能定性的案件,应告之当事人继续采取的有效措施,如封存病历、收集证据等,为纠纷的解决做好充分的准备。律师在这个环节要谨慎小心,思路清晰,心中有数,不清楚有疑惑的地方一定要再次询问求证,拿不准的不能贸然做出决断,要多个角度思考问题,多种方式加以判断,力求做到全面、准确。

“望、闻、问、切”只是一些最基本的技巧,律师在咨询过程中可以灵活掌握,扬长避短,酌情发挥。

四、律师咨询应掌握的原则

律师进行咨询时,除应掌握一定的技巧外,还应注意把握以下几个原则:

1. 客观公正,不能偏听偏信

任何一方当事人向律师咨询时,都难免会强调对自己有利的事实和理由,而对

自己不利的情况则会不由自主地不愿提及或者尽量少提及。此时,律师应站在客观的角度全盘考虑问题,正确判断,不能投其所好,偏听偏信而不及其余。

2. 实事求是,不能过分炫耀

律师接受当事人的咨询,应本着事实求是的态度,对案件事实做出客观的分析,而不能为了揽案,做出不切实际甚至虚假的判断,甚至大肆炫耀,夸大其词。对于自己不能确定的案件,不能盲目定性。对于有些仅是患者的错误理解或由于院方的态度问题而实际院方不存在过错的纠纷,应客观地向患方讲清楚,以免误导当事人。

3. 息纷止争,不能激化矛盾

律师的社会责任要求律师应当为社会化解矛盾,排解纠纷,律师在处理医疗纠纷过程中也应牢记这一职责。在医疗纠纷处理过程中,律师应充分发挥中介功能,通过对案情的理性分析,多做稳定当事人情绪的益事,多做沟通劝和的好事,争取当事人理性地处理纠纷,采用合法的手段维护自己的合法权益。那种夸大矛盾、激化情绪,甚至是煽风点火、挑拨离间的做法,有悖于律师的职业道德。

■第二节 医学判断与法律判断

医疗纠纷案件的当事人,特别是患方当事人,在寻求律师帮助时,最关心的问题就是医疗机构的行为是否构成医疗事故,希望律师对案件的性质及诉讼前景做出判断。但医疗行为具有很强的专业性,要想对医疗行为的性质做出认定,不仅需要进行法律判断,而且常常需要医学判断作为基础,必须从医学及法律等多个方面进行综合分析,才能得出比较准确的结论。

一、医疗行为的医学判断

尽管《条例》对医疗事故的构成要件作了明确规定,但是由于医疗行为的专业性和特殊性,要想认定医疗行为是否存在过失、过失行为与损害后果之间是否存在因果关系,常常会涉及非常专业的医学知识,特别是在一些患者病情复杂的案件中,损害后果的发生可能涉及患者的自身状况、医生的治疗手段、护士的护理措施等多种因素,这些都会增加医疗事故的认定难度。

律师不是医学专家,由于专业知识的局限,即使是有从医经历的律师,也很难对所有案例中医疗行为的过错做出准确分析与判断。因此,律师在提供医疗纠纷案件的法律咨询时,应当建议当事人先寻求医学上的帮助,找医学专业人士进行医

学咨询,从医学的角度分析医疗行为是否存在瑕疵,并在此基础上确定解决纠纷的办法及要求赔偿的数额,以保证当事人合理的诉讼成本。当事人在寻求医学帮助时,应找与自己所涉案件专业相同的医学专家进行咨询,因为这些专家长期从事这一专业,对这类疾病的诊断标准、治疗措施比较熟悉,判断起来比较容易些,也具有一定的准确性。

【案例3-2】2004年5月20日,患者王某(女,42岁)因月经过多伴不规则阴道出血3个月到某医院就诊,入院后被诊断为“子宫肌瘤”,并于2004年5月27日行子宫全切及双附件切除术。术后患者情况良好,医院给予抗感染等对症治疗。术后第5天,患者上厕所时突感心前区剧烈疼痛伴大量出汗,不久即晕厥。医生立即给予吸氧、心脏按压及其他抢救措施,但终因抢救无效患者死亡。经尸检,患者的死亡原因是“急性心肌梗塞”。

患者死亡后,其家属认为,医院在对患者的治疗过程中态度粗暴、护理不到位、缺乏应有的责任心,存在明显过错,遂将医院告到法院,要求承担赔偿责任。法院审理认为,患者王某因“子宫肌瘤”到被告处就诊,被告对其诊断明确,手术正确。患者心肌梗塞发作后,医院抢救及时,治疗措施并无不当,原告要求被告承担赔偿责任无法律依据,因此驳回了原告的诉讼请求。

在本案中,患者突发心肌梗塞是其死亡的主要原因,但医院在处理该病人时抢救及时,措施得当,患者最终死亡是其疾病的自然转归,医院不存在过错。医院方面虽然在对患者治疗过程中态度不好,存在不当之处,但这并不是导致患者死亡的原因,与患者死亡之间无因果关系,因此不应为患者的死亡承担责任。如果本案患方在诉讼之前请教有关医学专家进行医学方面的判断,而不仅仅是因为医生态度不好而盲目起诉,则可以避免不必要的诉讼成本支出,节省时间和精力。

近年来,我国有些地区还出现了一些民间医疗纠纷咨询服务机构,这些机构大多由医务人员组成,专门为医疗纠纷的当事人提供医学分析。这些机构的出现,在一定程度上满足了社会需求和市场需求,且对医疗纠纷解决机制的完善具有一定的启示作用。但是,不可否认,这些机构毕竟还属于一种新的行业,其性质目前尚未得到相关部门的认可,其作用仍有待时间的考验。

二、医疗行为的法律判断

《条例》第2条规定:“本条例所称医疗事故,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人身损害的事故。”

要认定医务人员的行为有过失,需要有一定的判断标准。而确定医务人员的过失,通常情况下要考虑两方面的标准:一是违反医疗卫生管理的法律、行政法规、

部门规章和诊疗护理规范、常规的标准;二是医务人员的专业技能标准。前者大多有法律明文规定,判断起来比较容易,后者则要考虑多方面的因素方能做出判断。

医疗行为具有很强的专业性,国家对医务人员规定了执业的资格条件,医务人员必须达到这些条件,才能从事这种职业,因此医务人员具备一定水平的专业技能也是其应尽的义务。这一义务要求医务人员的行为必须符合自己的其他同行在相同情形下应采取的技能与注意义务,如不符合就可能有过失。但是,律师在提供法律咨询意见、确定医务人员是否存在医疗过失时,应注意以下几个因素:

1. 地理范围

我国的地域广阔,各地经济、文化发展状况存在很大差异。各地医疗水平无论是在硬件设施还是医疗技术上都有很大差异。特别是在一些偏远的农村,医务人员受各种条件的限制,对现代医学知识的了解与掌握,不可能与技术发达地区医生的水准一致。因此,判定医生是否尽到注意义务,应以同地区或类似地区的医疗专业水准为依据。

2. 医疗机构的级别

我国根据医疗机构的医疗设备水平、医师专业水平等条件的不同,将医疗机构分为不同的等级。医院等级评定,采用三级九等制划分等级,其中三级甲等医院为最高级别。有些地区根据医院的等级不同,采取不同的收费标准,级别高的医院,其挂号费、诊疗费等标准高于其他低级别的医院。因此,作者认为,高级别的医院的医疗、护理能力及注意义务也应高于低级别的医院。比如一个乡镇卫生院对肝癌的误诊与一个三级甲等医院对肝癌的误诊,过错责任就有明显的不同。

3. 专业资格

随着医疗事业的不断发展,医疗行为的分工也越来越细,不仅有专科医生,还出现了各种专科医院,这些专业资格大都经过了国家有关部门的评审及认定,患者对其信任度更高。因此,专科医院及专科医师对其专门领域内的注意义务标准要高于一般医师的注意义务。

4. 医务人员的级别

国家要求医务人员执业必须取得执业资格,并且根据个人的执业能力不同,认定了不同的职称,如主任医师、主治医师、医师等。有些医疗机构还根据医务人员的级别不同,采取了不同的收费标准,如专家挂号费、点名手术费等。一般来讲,患者对于高级别的医务人员有更高的信任度。因此,不同级别的医务人员,其执业的要求也不同,高级别的医务人员应有同自己的等级相符的注意义务。

■ 第三节 病历资料的复印与封存

医疗纠纷发生后,当事人维权的关键问题之一是证据的收集。当事人必须依法提供证据,以完成自己的举证责任。医疗纠纷引起的侵权案件实行举证责任倒置,并不是说患方就不需要承担任何举证责任。法律规定医疗侵权案件实行举证责任倒置,是要求医疗机构就医疗行为与损害后果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任,而医疗机构是否实施了医疗行为,以及给患者造成了什么样的损害后果,仍需要患方承担举证责任。因此,当医疗纠纷发生后,律师应当特别提示双方当事人加强证据意识,积极收集证据,依法完成举证责任,以更好地维护自己的合法权益。

病历资料是患者在医疗机构接受诊断、治疗、护理等过程的原始记录,是经医务人员收集、整理、加工后形成的医疗档案,它不仅是患者疾病诊治过程的全面记录,而且具有法律意义。当发生医疗纠纷时,病历资料对于认定医疗机构是否存在过失及医疗行为与损害后果之间是否存在因果关系有着重要的证明作用,且是其他任何证据所无法替代的。因此,在医患双方就医疗行为发生争议时,及时复制、封存病历资料,对于保持病历资料的真实性至关重要。在现实生活当中,很多当事人因缺乏证据保全意识,证据收集不当致使自己陷入被动局面。对此,律师应提示当事人加以充分的注意。

【案例3-3】有位患者找律师咨询时称,2004年5月,他因急性腹痛到某医院就诊,医生体检发现其右下腹有压痛、反跳痛,于是未按规定做相应的辅助检查就将患者确诊为“急性阑尾炎”,并做了“阑尾切除术”。术后患者腹痛不见好转,病理检查报告称切除的阑尾未见异常。后经B超等其他辅助检查发现,患者真正的病因是输尿管结石。患者认为医生给他做阑尾切除术属于误诊误治,欲要求医院进行赔偿。律师要求他提供病历资料,患者到医院复印病历时发现,病理诊断报告已变成了“急性阑尾炎”,自己的维权之路陷入困境。这个案例提示我们,在医疗纠纷中及时进行证据保全对于案件的处理起着至关重要的作用。

一、客观性病历资料的复印

1. 客观性病历

客观性病历是指记录患者的症状、体征、病史、检查结果、医嘱等客观情况的

资料,包括患者进行手术、特殊检查以及其他特殊治疗时向患者交代情况、患者或其家属签字的医学文书资料。客观性病历包括门诊病历、住院志、体温单、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理资料、护理记录以及国务院卫生行政部门规定的其他病历资料等。

《条例》第10条规定:“患者有权复印或者复制其门诊病历、住院志、体温单、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理资料、护理记录以及国务院卫生行政部门规定的其他病历资料。患者依照前款规定要求复印或者复制病历资料的,医疗机构应当提供复印或者复制服务并在复印或者复制的病历资料上加盖证明印记。复印或者复制病历资料时,应当有患者在场。医疗机构应患者的要求,为其复印或者复制病历资料,可以按照规定收取工本费。具体收费标准由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级卫生行政部门规定”。

按照这一规定,对于客观性病历资料,患方当事人可以采取复印或复制的办法进行证据保全。《条例》没有对患者要求复印或复制病历的时间加以限制,因此,当患者提出复印病历的要求时,无论是否发生医疗纠纷,医疗机构都应该提供复印或复制服务。同时,复印时应注意资料的完整,化验单应当逐张复印。对于特殊的影像资料,如X光、CT(电子计算机断层扫描检查)片、MRI(核磁共振检查)光,由于无法进行复印,故可采用复制的方法取得(但是并非所有医疗机构均有复制这类资料的能力)。

2. 具体操作方法

(1) 申请人(患者或其家属)向医疗机构的相关部门(大多数为医院的医务处或医务科)提出复印或复制病历的申请。

(2) 申请人复印或复制病历时应持有效证件:①申请人为患者本人的,应当提供其有效身份证明;②申请人为患者代理人的,应当提供患者及其代理人的有效身份证明、申请人与患者代理关系的法定证明材料;③申请人为死亡患者近亲属的,应当提供患者死亡证明及其近亲属的有效身份证明、申请人是死亡患者近亲属的法定证明材料;④申请人为死亡患者近亲属代理人的,应当提供患者死亡证明、死亡患者近亲属及其代理人的有效身份证明,死亡患者与其近亲属关系的法定证明材料,申请人与死亡患者近亲属代理关系的法定证明材料;⑤申请人为保险机构的,应当提供保险合同复印件,承办人员的有效身份证明,患者本人或者其代理人同意的法定证明材料;患者死亡的,应当提供保险合同复印件,承办人员的有效身份证明,死亡患者近亲属或者其代理人同意的法定证明材料。合同或者法律另有规定的除外。

(3) 复印或复制病历时,医患双方应同时在场。在场人应为完全民事行为能力人。

(4) 复印或者复制的病历资料经申请人核对无误后,医疗机构应当加盖证明印记。在复印病历的首页及重要的病历内容上直接加盖确认章,其他病历可加盖骑缝章。

二、主观性病历资料的封存

1. 主观性病历资料,是指医疗活动中医务人员通过对患者病情发展、治疗过程进行观察、分析、讨论并提出主观诊治意见等而记录的资料,它反映了医务人员对患者疾病及其诊治情况的主观认识。主观性病历资料包括死亡病例讨论记录、疑难病例讨论记录、上级医师查房记录、会诊意见、病程记录五类。

需要注意的是,《条例》第16条对主观性病历资料范围采用的是穷尽式列举方式,即除了该条所规定的五类病历资料外,其余病历资料均应属客观性病历资料。然而,作者注意到,卫生部、国家中医药管理局发布的《医疗机构病历管理规定》第19条规定扩大了主观性病历资料的范围,在《条例》第16条规定的五类主观性病历资料之外,增加了一个“等”字。与此相反,《医疗机构病历管理规定》第15条却缩小了客观性病历资料的范围,将《条例》第10条中“国务院卫生行政部门规定的其他病历资料”这一概括性规定仅确定为“出院记录”。^① 根据法律解释不得任意进行扩大或缩小解释的基本原则,上述规定的合法性是应受到质疑的,因为其规定限制了患方可以复印的病历范围。

《条例》第16条规定:“发生医疗事故争议时,死亡病例讨论记录、疑难病例讨论记录、上级医师查房记录、会诊意见、病程记录应当在医患双方在场的情况下封存和启封。封存的病历资料可以是复印件,由医疗机构保管”。根据本条规定,可以对主观性病历资料采取封存措施以保全证据。

2. 具体操作方法

(1) 申请人(患者或其家属)向医疗机构的相关部门提出封存病历的申请;

(2) 申请人持有效的身份证明(同复印病历时的规定);

(3) 医患双方当事人同时在场,且在场的人员应为完全民事行为能力人,双方最好在2人以上;

(4) 封存的病历资料可以是原件,也可以是复印件。对于没有条件进行X线摄片、CT片、MRI片、DSA片复制的和没有可能进行复制的(如病理切片)相关资料

^① 详见卫生部、国家中医药管理局于2002年8月2日发布的《医疗机构病历管理规定》第15条、第19条。

亦应进行封存;

(5)将要封存的病历装入信封,并贴上封条;

(6)在封条上签字、盖章,并注明封存日期、封存内容、封存页数。如果可能,医患双方最好就病历封存过程及封存内容等签署备忘录;

(7)封存的病历由医疗机构保管;

(8)封存的病历应在医患双方共同在场的情况下才能解封。如果医院单方拆封病历,则应承担不利的法律后果。

【案例3-4】怀孕38周的崔某来到医院待产。产科医生检查后认为:“胎位为正常头位、胎心正常;宫口未开,胎膜未破。”经崔某同意,决定实施剖腹产手术。在崔某上手术台后医院突然停电,1个多小时后才恢复供电。但是,由于麻醉时间过长,胎儿死亡,且崔某的子宫亦被切除。崔某在身体恢复之后,认为自己的孩子死亡和子宫被切除,是由于医院停电之后没有及时转院、延迟了救治时间而造成的。崔某以人体受到损害需要赔偿为由,把医院告上了法庭。在此之前,医患双方已经当面把病历等相关资料进行了袋装封存。

然而,在法庭上,崔某发现原已由双方共同封存的病历袋已被医院私自拆封,并有涂改的嫌疑,于是提请法庭对此进行文检鉴定。《文检检验报告》结论为:封存的病历袋被打开过,其中的病历有被后来改过的痕迹。由于医患双方对病历有异议,医学会拒绝对此案进行医疗事故鉴定。同时,新生儿尸检报告结论则证明孩子是生出来以后死亡的。鉴于因病历不真实无法进行医疗事故技术鉴定,法院多次组织双方调解,最终,医院同意赔偿崔某人身伤害损失和经济损失共计20.6万元。

三、代理律师应注意的问题

作者在处理医疗纠纷过程中常常发现,无论是医方当事人还是患方当事人,在复印或复制病历时存在一些错误的做法。这些做法对医疗纠纷的解决极为不利,甚至直接导致当事人自己败诉,代理律师对此应当引起高度重视。

(一)代理患方时应注意的问题

1. 保存好自己持有的门(急)诊病历

随着人们法律意识的不断增强,患方当事人对病历资料也越来越重视。但是,有些患者及其家属把注意力全部集中在医疗机构掌握的病历上,对自己掌握的门(急)诊病历却常常忽视,往往是复印、封存好医疗机构掌握的病历之后,却发现自己掌握的门(急)诊病历丢失了。其实,门(急)诊病历是患者就医的第一手资料,它真实地反映了患者就医时的病情及医疗机构的诊治过程。如果患者不住院治

疗,门(急)诊病历就成了患者就医过程中唯一的病历资料,发生医疗纠纷时,可以成为重要的证据。如果患者住院治疗,门(急)诊病历可以与患者的入院病历相互印证,成为病历资料中不可缺少的一部分。因此,律师应提示患方特别注意保存好门(急)诊病历。

2. 及时全面地掌握病历资料

病历资料在医疗纠纷中起着其他证据不可替代的作用,无论是做医疗事故技术鉴定还是进行诉讼,都是不可缺少的证据资料,尤其是对案件性质的认定起着极其重要的作用。因此,一旦发生医疗纠纷或患者对医疗行为有疑义时,律师应提示当事人及时复印并封存病历,最大程度地固定医疗原始记录,避免医疗机构篡改病历及自己产生不必要的疑虑。如果患者仍在治疗中,为了不影响医务人员的正常工作,可以将病历复印件封存。患方在复印及封存病历时,应当尽量全面掌握病历资料。有些患者及家属只复印或封存自己认为重要的病历资料,而对自己认为不重要的则不采取措施。其实,病历资料是一个集医疗、护理、检查等行为于一体的整体资料,且这些资料之间相互印证,相互制约,仅凭部分病历,有时无法做出准确判断,必须对全部病历资料进行综合分析,才能找到问题的焦点。因此,律师应提示患方尽量全面地复印、封存病历资料。

3. 获取病历资料的手段应合法

在医疗纠纷案件中,患者无论身体上还是精神上都会受到不同程度的伤害,病人及家属情绪比较激动,尤其是当复印病历的要求被拒绝时,一些患者及家属为了获取病历资料,不惜采取抢夺或盗窃的过激手段。患方这种不理智的做法,对自己十分不利。

根据我国法律规定,合法的证据才具有证明力。证据合法不仅要求证据的主体合法、形式合法,而且收集证据的手段也必须合法,以侵害他人的合法权益或者违反法律禁止性规定取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。患方通过抢夺、盗窃等手段获取的病历,由于其获取的手段违法而失去证明力,如果因此致使医疗机构的过错无法认定,则患方有可能承担败诉的后果。另外,患方抢夺、盗窃病历资料的情节严重时,还可能因构成刑事犯罪而承担刑事责任。因此,律师应建议患方当事人理智地对待医疗纠纷,当保全病历的申请被医疗机构拒绝时,可以向卫生行政部门提出申请,要求卫生行政部门作出处理。

4. 正确对待“可疑”病历

医疗纠纷案件中,常有一些患者发现病历资料“可疑”,怀疑病历已做过篡改,并认为篡改过的病历没有任何价值了,所以不采取任何措施。其实,患方的这种做法同样是错误的。

首先,有些“可疑”病历只是医生对病历资料进行正常修改,不影响病历资料的

真实性。《病历书写基本规范(试行)》中规定,病历书写中出现错误时,可以用双线划在错字上进行修改,且上级医务人员有审查、修改下级医务人员书写病历的权力。当然,这些修改必须按规定的方式进行,不得采用刮、粘、涂等方法掩盖或去除原来的字迹,应注明修改日期,保持原记录清楚可辨。如果医务人员是按规定修改病历,则病历的真实性不会受到影响。

其次,不及时复印和封存病历,会使病历资料仍处于不“安全”的状态,可能会给有些医疗机构留下更多篡改和伪造病历的时间。

第三,及时复印、查封“可疑”病历,可以从中发现破绽。病历资料是一个完整的逻辑体系,涉及医疗、护理、检验、医技等资料,并非由医生个人独立完成。病历资料中既包括入院病历、病程记录、疑难病历讨论记录、上级医师查房记录、出院记录等医生书写的病历资料;也包括护士制作的护理记录、体温单;还包括检验及医技科(室)出具的检验报告;当医疗机构对患者实施手术或其他特殊治疗时,还要有患者及家属签字的同意书;病人出院时医院还要给病人一份住院收费的明细单等;所有这些内容共同组成了一个完整的逻辑体系。如果医院篡改病历,难免会留下漏洞,有经验的律师可以从中找出破绽。如果医疗机构篡改病历的事实得到有关部门的认定,则有可能导致医疗机构败诉,并可追究相关责任人的刑事责任,这对患方当事人是非常有利的。

第四,复印的“可疑”病历,可以作为患方咨询时的重要材料。即使医疗机构篡改了病历,也只能对部分病历进行篡改,不可能更改所有的病历资料。因此患方当事人进行咨询时,律师仍然可以从病历中,大致了解患者的基本病情及治疗情况,并可以估算赔偿的大致数额。

正因为如此,即使患方当事人发现病历可疑,律师亦应提示其不能掉以轻心,应及时采取证据保全的各种措施。

(二)代理医方时应注意的问题

病历是患者疾病诊治过程的全面记录,它真实地反映了患者疾病发生、发展及治疗的全过程,有利于各级医务人员及时掌握患者病情、采取有效的治疗措施,当发生医疗纠纷时,它更具有了特定的法律意义,成为处理纠纷的重要证据。因此,及时、准确地完成病历记录是对医务人员的基本要求。

《病历书写基本规范(试行)》中明确规定:“病历书写应当客观、真实、准确、及时、完整。”如果医务人员病历记录不符合要求,不仅违反了《病历书写基本规范(试行)》的规定,而且有可能使医疗机构在处理纠纷时处于被动,甚至直接导致医疗纠纷的发生。

【案例3-5】某老年患者在某医院住院11天后死亡。医患双方发生争议后,发现患者死亡前44小时,医生没有病程记录;在病程记录中,没有呼吸机使用参数记录;护士多次使用吗啡而没有医生医嘱。同时发现医院在事后伪造、篡改、涂改重症护理记录。事后,患者家属与医院发生长达多年的诉讼。

【案例3-6】某39岁患者住入某医院,入院诊断“肝硬化”。某医院给予保肝、调节免疫、支持疗法等治疗后病情好转。在准备出院前一天,在静滴“胸腺肽”时,患者出现畏冷、胸闷不适、腹胀等症状。医生给予相应检查及对症处理,患者病情好转,当晚自行回家。次日晨,家属扶送病人来院。当时,患者全身紫绀、呼吸急促,血压70/50mmHg,述一夜无排尿。结合辅助检查,考虑休克和肾功衰竭。最终,患者经积极抢救无效死亡。医学会鉴定时发现,医生的病程记录对病情变化、处置措施及治疗效果等均未详细记录,特别是在病情异常时,未记录患者不得离院以免影响观察抢救等情况。医学会鉴定结论为本案构成一级甲等医疗事故,医院负次要责任。

【案例3-7】某患者因发热一天到某医院就诊,被诊断为“上呼吸道感染”,医生给予头孢拉定静脉滴注。4小时后患者死亡,双方发生纠纷。经查:病历中无相关病情告知内容及患者签字,无医生观察记录。司法鉴定确认“医方存在明显过错”。法院据此判决医院败诉。

现实中因为病历书写不当产生医疗纠纷的情况很多,如医务人员修改病历不规范,患者误以为医生篡改了病历,或者因为病历记载缺项或检查报告丢失等,从而引发纠纷。这些纠纷不仅给医疗机构增加了工作负担,而且有可能使医疗机构承担赔偿责任。因此,医务人员要按《病历书写基本规范(试行)》的要求,及时、准确地书写病历。在医疗纠纷发生后,律师应特别提示医疗机构及其医务人员不得以任何方式涂改病历,更不能仿造、隐匿或者销毁病历资料。

■ 第四节 现场实物封存

一、现场实物的概念

现场实物,是指医疗活动中可能造成患者人身损害的可疑物品。患者在医疗机构就诊过程中,医疗机构必须采取相应的治疗措施,如口服药品、注射用药、输液、输血、手术等。当治疗措施中使用的物品可能成为导致患者损害的原因时,这些物品就成为现场实物证据。现场实物一般包括:药品、输液和

输血残留液及容器、注射器以及服药使用的器皿等。律师应提示医患双方及时对这些证据采取保全措施,从而为之后案件的处理提供真实的证据资料。

《条例》虽然规定了对疑似输液、输血、注射、药物等引起不良后果的,医患双方应当共同对现场实物进行封存和启封,必要时进行检验,但是对究竟谁应主动提出封存、未封存实物的责任由谁来承担等这些问题,《条例》并未作明确规定。由于各地法院对这些问题的理解不同,常有一些法院将未封存实物的责任归责于医疗机构,有些医疗机构因此承担了败诉的后果。

【案例3-8】某患儿因为咳嗽、发烧到某医院就诊,入院第二天孩子输液时突然出现抽搐及口鼻出血,经抢救无效死亡。医患双方当时均未提出对患儿输液的残留物进行封存检查。患者家属起诉后,经医学会鉴定认为,院方抢救过程中无违规行为,不构成医疗事故。而审理此案的法官却认为,在医患纠纷中,患者总是被动一方,举证比较困难,且根据医疗行为引起的侵权纠纷实行举证责任倒置,医院应对自己没有过错及医疗行为与损害后果之间不存在因果关系进行举证。由于院方未对当时使用的药品及液体进行保留和封存,无法证明治疗行为不存在过错,最终法院认定,在诊疗过程中医院存在过错,判决医院赔偿患者各种损失共21万元。

因此,作为医方代理律师,应提示医疗机构从这个案例中吸取经验教训。在法律未作出明确规定之前,为了避免承担不利的后果,当遇到因疑似输液、输血、注射、药物等引起不良后果的,医疗机构应主动要求对残余物进行封存、检验,尽量完善自己的举证责任,避免不必要的法律风险。

二、现场实物封存措施

1.《条例》第17条规定:“疑似输液、输血、注射、药物等引起不良后果的,医患双方应当共同对现场实物进行封存和启封,封存的现场实物由医疗机构保管;需要检验的,应当由双方共同指定的、依法具有检验资格的检验机构进行检验;双方无法共同指定时,由卫生行政部门指定。疑似输血引起不良后果,需要对血液进行封存保留的,医疗机构应当通知提供该血液的采供血机构派员到场。”本条所指的不良后果是指引起患者死亡、残疾、组织器官损伤、功能障碍以及其他明显人身损害的结果。

当怀疑损害后果是由于输液、输血、注射、药物等引起时,在医患双方共同在场的情况下,应立即对输液器、注射器、残存的药液、血液、药物以及服药使用的器皿等现场实物进行封存,同时还要封存同批号同类物品,以便检验时做好对照。由于血液的质量涉及医疗机构和采供血机构中的多个环节,包括血液采集、检验、分

离、包装、贮存、运输、使用等,而输血引起不良后果可能由上述任何一个环节引起。因此,为了保证结论的客观、公正,对疑似输血引起不良后果需要对血液等标本进行封存时,医疗机构还应当通知提供血液的采供血机构派员到场,由三方共同封存。需要对上述物品进行检验时,医患双方当事人应共同将封存物品送具备资格的相应检验部门检验,并共同对送检物品启封。为了保证检验结果的真实性,封存物品保存需要具备一定的条件,如无菌、冷藏等,以保持封存物品的初始状态,因此《条例》规定由医疗机构保管封存物品。

2. 具体操作方法

- (1) 医患双方均可提出封存现场实物的请求;
- (2) 封存物品时,双方当事人应共同在场。在场的双方当事人应具有完全民事行为能力,最好在二人以上;
- (3) 封存时,应严格按照无菌技术规范进行操作,防止再次污染;
- (4) 患方应在输液、输血药物标签上签字,瓶口处应加贴封条,双方签章。对输液皮条、针筒、安瓿、针剂等用公文袋封存。医患双方应在公文袋缝隙处加贴封条,并在封条骑缝处签字盖章;
- (5) 患方可要求医疗机构出具书面封存证明,证明上应载明封存资料的内容、数量、封存日期以及封存物由谁保存等内容;
- (6) 对封存物品进行检验时,检验机构应由医患双方共同指定,而且指定的检验机构必须是依法具有检验资格的机构,否则,出具的检验报告无效。当双方无法共同指定时,由卫生行政部门指定;
- (7) 对封存的物品解封时,也须医患双方当事人都在场。

■ 第五节 尸检及其法律意义

医学是一门非常复杂的自然科学。由于致病原因的千变万化及个人体质的千差万别,有些患者的死亡原因仅凭医务人员的临床检验还无法确定。当遇到因患者死亡引起的医疗纠纷时,如果患者的死亡原因不能确定或者医患双方对患者的死亡原因有异议,常需要采取尸检的办法来查明患者的死亡原因。尸检可以为正确解决医疗纠纷提供事实根据和科学依据。

一、尸检的概念

尸检,是指对已经死亡的机体进行解剖、检验,以查明死亡原因的一种科

学手段。对于死因不明的患者进行尸检,无论是在医学上还是法律上都有非常重要的意义。通过尸检可以明确患者的死亡原因,对医务人员诊疗、护理实践进行反馈和检验,对临床诊断进行印证,达到明确诊断的目的,同时还可以解决临床疑难问题,为医学实践提供宝贵经验。尤其是当发生医疗纠纷时,尸检结果就具有了重要的法律意义,可以为医疗事故技术鉴定及司法裁判提供直接的证据。

二、尸检相关法律规定

《条例》第18条规定:“患者死亡,医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议的,应当在患者死亡后48小时内进行尸检;具备尸体冻存条件的,可以延长至7日。尸检应当经死者近亲属同意并签字。尸检应当由按照国家有关规定取得相应资格的机构和病理解剖专业技术人员进行。承担尸检任务的机构和病理解剖专业技术人员有进行尸检的义务。医疗事故争议双方当事人可以请法医病理学人员参加尸检,也可以委派代表观察尸检过程。拒绝或者拖延尸检,超过规定时间,影响对死因判定的,由拒绝或者拖延的一方承担责任。”根据这一规定,在进行尸检时应注意以下问题:

1. 尸检的前提

患者死亡后,并不是所有死亡患者的尸体都必须进行尸检,只有当医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议的,才进行尸检。无论哪一方当事人对死因有异议,都可以提出尸检的请求,但医疗机构提出尸检要求的,要征得患者近亲属同意并签字。

2. 尸检的时间

患者死亡后,应当在48小时内进行尸检,具备尸体冻存条件的,可以延长至7日。《条例》之所以对尸检时间作出这样的规定,这是因为:人体是一个有机体,当人体死亡后,尸体会发生化学性、物理性及生物性等一系列的变化,如组织自溶、腐败等,这些变化会使尸检结果失去可靠性,时间越长,尸检结果的可靠性越差。因此,患者死亡后对需要进行尸检的,应尽快进行,最迟不能超过48小时。具备尸体冻存条件的,可以延长至7日。

3. 尸检的机构及人员

尸检应当由按照国家有关规定取得相应资格的机构和病理解剖专业技术人员进行。由于尸检具有很强的专业性,我国对于进行尸检的机构及人员都作了严格规定。

卫生部《医疗事故争议尸检机构及专业技术人员资格认定办法》中规定,可

以进行尸检的机构包括:(1)卫生行政部门批准设置具有独立病理解剖能力的医疗机构;(2)设有具备独立病理解剖能力的病理教研室或法医教研室的医学院校,或设有医学专业的并具备独立病理解剖能力的病理教研室或法医教研室的高等普通学校。承担尸检工作的专业技术人员应符合下列条件:(1)具有良好的业务素质和执业品德;(2)受聘于《医疗事故争议尸检机构及专业技术人员资格认定办法》第4条规定的机构;(3)具有病理解剖专业初级以上技术职务任职资格;(4)省、自治区、直辖市卫生行政部门规定的其他条件。主检人员除符合上述第(1)一(2)条件外,还应当在取得病理解剖专业中级以上技术职务任职资格后,从事本专业技术工作2年以上。此外该办法还对尸检机构应具备的条件等作了详细规定。尸检必须由上述有资格的机构及人员进行,其结果才具有法律效力。

为了保证尸检的客观性、准确性,当事人可申请法医病理学人员共同参加尸检。为了保证尸检的公正性,双方当事人提出尸检申请时,可以要求派代表观察整个尸检过程。

4. 拒绝尸检的法律后果

由于尸体不能长期保存,因此患者死亡后必须及时进行尸检,否则会影响对死因的判断,对于拒绝或者拖延尸检,超过规定时间,影响对死因判定的,《条例》规定由拒绝或者拖延的一方承担责任。此时,拒绝或拖延的一方有可能承担败诉的风险。

三、尸检的法律意义

1. 为解决医疗纠纷提供重要证据

尸检的目的是为了查明患者死亡的原因,通过对患者死因的认定,可以间接地检验医疗机构及其医务人员的医疗行为是否存在过错,或医疗行为与患者死亡之间是否存在因果关系,明确双方的争议是否属于医疗事故以及医患双方在事故中各自的责任大小。当进行医疗事故技术鉴定或医疗纠纷诉讼时,尸检结果是重要的证据,可以起到其他证据无法替代的作用。在有些案例中,尸检是必不可少的程序,不做尸检,很难做出准确判断。下面这个案例,便很具有代表性。

【案例3-9】孕妇王某临产到某医院妇产科住院待产,当晚9时多,自然分娩一男婴。1个小时后,产妇突然出现胸闷、心悸、阴道出血等症状,经抢救无效死亡。医院死亡报告中最后诊断为:产后大出血,失血性休克。但未对患者尸体进行尸检。

患者家属认为,患者的死亡与医院的处理不当有关,遂与医院交涉,要求医院承担责任。医院则认为,医生对患者抢救及时,符合医疗常规,不构成医疗事故,不应承担任何责任。一怒之下,患者家属把医院告上法院,要求医院赔偿各种损失共计22万元。法院委托某区医学会进行医疗事故技术鉴定,鉴定时专家认为,产后大出血只是患者出现的一个症状,而引起产后大出血的原因有很多,如子宫收缩无力、胎盘剥离不全、产道损伤、产妇患有全身出血性疾病、产科的弥漫性血管内凝血(DIC)等都可以造成产后大出血。医院是否应该承担责任,主要看医院在给患者的治疗过程中是否存在过错,但死者到底是何原因引起大出血,医院采取的治疗措施是否正确,没有尸检报告无法作出认定。医学会最后作出无法确定是否构成医疗事故的鉴定结论。

法院据此审理后认为,产妇死亡后没有进行尸检,不能查明死亡原因,医院对其医疗行为与产妇死亡之间不存在因果关系,不能提出有说服力的证据,由此应当承担相应的法律责任。死者家属对产妇的死亡未及时提出异议,造成证据灭失也有一定的过错,因此也应承担相应的法律责任。于是法院判决医院承担患者死亡有一定的责任,法院最终判决医院赔偿原告各项损失的50%。

在本案中,由于没有对患者的尸体做尸检,患者的死亡原因不能确定,致使医疗事故技术鉴定没能得出结论,给法官审理案件带来了很大的困难。法院最终判决,医患双方各承担责任的50%,实属无奈之举。如果本案做了尸检,明确了患者的死亡原因,完全能够认定医疗机构的行为是否构成医疗事故,案件的审理也就会简单得多。因此,对于死因不明的患者,律师应及时提示当事人提出尸检申请。

2. 尸检不同于医疗事故技术鉴定

由于尸检在解决患者死亡引起的医疗纠纷中非常重要,所以有些人认为做了尸检就不用做医疗事故技术鉴定了,其实这种想法是错误的。尸检与医疗事故技术鉴定完全不同,尸检不能代替医疗事故技术鉴定。

首先,两者的鉴定机构不同。尸检机构是按照国家有关规定取得相应资格的机构。这些机构必须具有独立的病理解剖能力,参加尸检的人员仅限于病理解剖人员。而进行医疗事故技术鉴定的机构是各级医学会,参加医疗事故技术鉴定的人员是不同专业的医疗卫生技术人员,包括临床各科室的医生,护理人员以及其他技术人员及法医。

其次,时间的要求不同。由于尸体的特殊性,对尸检的时间有严格的要求,尸检必须在患者死亡后48小时内进行,具备尸体冻存条件的,可以延长至7日。而医疗事故技术鉴定没有严格的时间限制,只要案件没有超过行政处理的时限及诉

诉讼时效的要求,在正常处理医疗纠纷时,双方当事人随时都可以申请医疗事故技术鉴定。

第三,鉴定的内容不同。尸检只对患者的死亡原因做出认定,并不就医疗机构对于患者的死亡是否有责任发表意见。而医疗事故技术鉴定是对整个医疗活动过程的正确与否进行认定,其鉴定内容包括:医疗行为是否违反了医疗卫生管理的法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规;医疗过失行为与人身损害后果之间是否存在因果关系;医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度;医疗事故等级;等等。

第四,两者的法律意义不同。尸检报告只是患者死亡原因的一个客观反映,它并不对造成这种后果的原因进行探究,它可以成为医疗事故鉴定及进行诉讼时的一个重要证据,但不能直接认定医疗机构的过错。而医疗事故技术鉴定则要对医疗行为是否构成医疗事故做出直接认定,鉴定结论不仅可以成为解决医疗纠纷的重要证据,也可以成为卫生行政部门对医疗事故责任人进行行政处罚的依据。

通过以上分析,我们可以看出,尸检与医疗事故技术鉴定并不相同。在处理医疗纠纷时,律师应提示当事人根据案件的具体情况,及时申请尸检及医疗事故技术鉴定,以保证案件能够得到妥善处理。

四、尸检存在的问题

由于医患双方对于尸检的理解不同,在尸检问题上,双方都存在一些错误的认识和做法。有时,这些错误会给当事人造成不可弥补的损失,应当引起足够的重视。

1. 患方当事人拒绝尸检

患者死亡后,家属出于对死者的尊重或受传统观念的影响,不愿意死者的尸体受到破坏,所以面对医疗机构进行尸检的请求,常采取拒绝的态度。患者家属的心情我们可以理解,但这种做法对自己维权非常不利。审判实践中就不乏因患者家属拒绝尸检而承担败诉后果的案例。

【案例3-10】2003年8月12日,患者李某因发热、呕吐到某医院就诊。医生检查后,决定将患者留院观察,并给患者进行输液治疗。治疗过程中,患者突感不适,眼前一黑昏了过去。医生立即予以胸外心脏按压及其他抢救措施,但患者还是因抢救无效死亡。患者死亡后,医院为了查明死亡原因,向患者家属提出尸检的要求。但患者家属认为,医院将病人治死一定要承担责任,不需要进行尸检,拒绝了院方的要求。随后患者家属以医院治疗中存在过错为由,向法院提起诉讼,要求医院赔偿医药费、死亡赔偿金、精神损害抚慰金等损失,共计21.85万元。

患方起诉后,医院申请医疗事故技术鉴定。但医学会认为,因死者未作尸检,死因不明,无法认定医院在治疗过程中是否存在过错及与患者死亡之间是否存在因果关系,因此无法认定是否构成医疗事故。法院审理认为,患者死亡后,医院主动申请尸检以判定死因,但死者家属拒绝尸检,以至于患者的确切死因不明确,无法通过医疗事故技术鉴定确定医疗行为与患者死亡之间有无因果关系,由此造成的后果由原告方承担,并判决医院不承担赔偿责任。

本案中,法院的判决并无不当。因为《条例》第18条规定:“拒绝或者拖延尸检,超过规定时间,影响对死因判定的,由拒绝或者拖延的一方承担责任”。本案由于原告方拒绝尸检,导致患者的死因无法判定,无法对医院的过错做出认定,所以患者家属承担了不利的诉讼后果。

对此,律师应建议患者家属在患者死亡时理智地对待尸检问题。对于死因不明或对患者的死亡原因有异议时,律师应提示当事人主动提出尸检的请求,并积极配合进行尸检,为之后解决医疗纠纷保全证据,最大限度地维护自己的合法权益。

2. 医疗机构不主动提出尸检请求

《条例》中虽然规定患者死亡时,对死因不明或对死因有异议的,医患双方当事人均可提出尸检的请求,但对于尸检应该由谁先提出、未进行尸检的法律后果由谁来承担等问题未作明确规定。

患者死亡后,家属往往处于悲痛之中,再加上医学及法律知识的欠缺,很难及时提出尸检请求。而医疗机构也认为,自己没有主动提出尸检的法定义务,也不提出尸检的请求,使尸体错过了尸检的时间。一旦发生医疗纠纷,那么由谁来对患者的死亡原因承担举证责任,就成了解决纠纷的焦点。

由于医疗侵权纠纷案件实行举证责任倒置,即由医疗机构对医疗行为不存在过错及医疗行为与损害后果之间不存在因果关系承担举证责任,所以现实中常有因为医疗机构未主动提出尸检而承担了不利后果的案例,代理医疗机构的律师对此应引起重视。下面这个案例就是类似判决的一个典型。

【案例3-11】患者王某(女,67岁),因患乳腺癌于2001年12月6日入住某医院治疗。2001年12月13日,医院为其行乳腺改良根治术。术后给予抗感染、复方丹参静滴等处理。同月18日晨,王某起床活动时突发神志不清、二便失禁、呼吸深慢、血压降低,经抢救无效死亡。医院出具的死亡医学证明书上写明的死亡原因为“心脑血管意外”。后王某遗体被家属火化。

医院在其做出的鉴定意见书中认为,王某肺栓塞的可能性大,医院的医疗行为无过失,与患者的死亡无因果关系。而患方家属认为,王某死因不明,作为医疗机构,在患者死亡时应确定死亡原因,如不能确定,即应告知家属进行尸检,因此医院应对死亡原因不明承担责任。另王某手术后,医院护理工作不到位,预防术后并发症的措施亦不到位。故家属起诉至法院,要求医院应对王某的死亡负全部责任,赔偿医疗费 9568.58 元、护理费 1800 元、丧葬费 1200 元、运尸费 3400 元、亲属交通费 600 元、精神损害抚慰金 91800 元。

医院答辩认为,医院对王某的护理不存在失职,预防并发症的措施亦符合医疗常规。王某死亡系心血管意外所致,与医院的医疗行为无因果关系,医院的医疗行为不存在过错。医院出具的死亡证明书“心脑血管意外”与自行做出的鉴定意见“肺栓塞可能性较大”并不矛盾。一审诉讼期间,法院委托该市某区医学会进行医疗事故技术鉴定,但因无法确定王某的死因而无法鉴定。

一审法院判决认为:原告对死因虽未提出异议,但考虑到其医学知识的欠缺及对医院的信任,故不宜认定患方对未进行尸检负有责任。医疗纠纷案件,医方对于其医疗行为无过错及与损害后果无因果关系承担举证责任。本案无法进行相关鉴定的原因在于不能确定王某的死因,被告医院方陈述的死亡原因均不能被法定鉴定机构确认,根据证据距离原则,医方作为医疗资源优势一方,其较患方更易举出相关死因的证据,故王某死因的举证责任应由被告承担。现被告所举死亡医学证明书及其自行出具的鉴定意见,均不能为法医鉴定机构确认,亦无法为法院所采信,进而导致关于其医疗行为有无过错及与王某死亡有无因果关系的鉴定无法进行。因此,根据过错推定原则,法院确认被告对王某术后的医护行为存在过错,与其死亡存在因果关系。故被告应承担相应的民事责任,赔偿原告医疗费 9568.58 元、丧葬费 1200 元、运尸费 3400 元、精神损害抚慰金 50000 元。

一审宣判后,原、被告均不服,分别向该市中级人民法院提起上诉。二审人民法院经过审理认为:由于被告未能提供尸检鉴定,不能完成自己的举证责任,应当承担侵权的民事责任;但王某肿瘤的手术费应由患方承担,为抢救王某的医疗费应由肿瘤医院承担,其他均维持一审判决。

虽然对于本案的判决结果目前尚存在争议,但医疗机构应当从本案中吸取教训。对于因患者死亡引起的医疗纠纷,医疗机构律师应提示其己方当事人主动提出尸检或告之患者家属进行尸检,说明进行尸检的重要性及不进行尸检的法律后果,并在病历上做好记录,无论患者家属同意还是拒绝,均应记录在案。如患者家属拒绝尸检,要让患者家属签字,同时可向当地卫生行政部门通报,必要时可以申请公证,以便以后进行举证。这些做法,可以使医疗机构完善自己的举证责任,避免承担不利的诉讼后果。

第四章 医疗纠纷案件的非诉代理

从律师实务角度,根据医疗纠纷案件是否进入诉讼程序,可以将其分为医疗纠纷非诉案件和诉讼案件。在非诉阶段,律师主要是向当事人提供法律咨询意见,根据当事人的请求出具法律意见书,代理当事人进行协商,起草和解或调解协议书,准备鉴定材料,代表当事人参加鉴定会等。律师在非诉阶段提供的法律服务,对于医疗纠纷的圆满解决具有非常重要的作用。

■第一节 代理当事人进行和解

所谓和解,或协商解决,即人们通常所说的“私了”,是指医患双方在争议发生后,通过谈判的方式,就有关医疗争议的解决达成一致意见,并最终签订和解协议书的争议解决方法。尽管对于医患纠纷的解决,除“私了”以外,还有卫生行政部门调解和法院诉讼等方式,但是,在现实生活中,绝大部分医患纠纷是通过“私了”方式解决的。其中的原因既有“私了可以不伤和气”、“上法院毕竟不光彩”等一些传统观念对人的禁锢,也有行政管理、地方政府维护社会稳定等因素的影响。近年来医患纠纷呈不断上升的趋势,而一些媒体对法院裁决医患纠纷时的赔偿问题进行宣传报道,使医院在处理医患纠纷时似乎更愿意选择“私了”的方式。实践证明,依法进行的“私了”是一种便捷有效的非诉讼争议解决方式。

一、和解的基本原则

协商解决是私法自治原则的具体体现。根据该原则,包括医患双方在内的民事主体,可以在符合法律规定的范围内自由处分自己的民事权利。因此,对医疗事

故的赔偿等争议,医患双方可以通过自行协商的方式加以解决。但是,“私了”不能是无原则的,必须符合法律的规定。

1. 合法原则

根据我国法律规定,以下列方式达成的“私了”协议无效:(1)损害国家、集体或者第三人利益;(2)以合法形式掩盖非法目的;(3)损害社会公共利益;(4)违反法律、行政法规的强制性规定。在实践中,如果国有医院的管理者无原则地答应患方提出的索赔要求,可能会因导致国有资产的流失而构成渎职。

2. 诚实信用原则

所谓诚实信用,是指民事主体在从事民事活动时应当诚实守信,以善意的方式履行其义务,不得滥用权利规避法律规定或合同约定的义务。医患双方在达成“私了”协议后,均应严格按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除“私了”协议。实践中,最常见的问题是患方反悔而提起诉讼。

【案例4-1】某患者死亡后,经医疗事故技术鉴定为一级医疗事故。患者家属与医院在当地政府及有关部门人员的参与下,达成了调解协议,医院补偿患方医疗费和部分丧葬费共计18500元。事后,患方反悔,向法院提起诉讼,要求医院再赔偿74560元。法院认定:双方经当地政府调解,自愿达成协议,不违反法律、法规强制性规定,未损害原告的合法权益,应为合法有效。原告称协议显失公平,意思表示不真实,受到被告欺诈、胁迫的理由无事实依据,不予采信。原告在被告自觉履行了协议,其合法权益和协议约定的权利实现后,又向法院起诉要求被告支付高额赔偿的诉讼,实属不当,有违民事行为应当诚实信用的原则,其诉讼请求不应予以支持。

【案例4-2】产妇曹某失血感染死在了医院,家属与医院发生争议。双方协商解决并达成协议,家属领取了医院根据调解协议支付的死亡补偿金(8000元),但不久还是将该医院告了法庭。法院经审理后认为,曹某死亡后,双方在未明确事故原因及责任的情况下,即在某市市中区卫生局的主持下达成了补偿协议,该书面协议对补偿的原因、项目等问题均未明确规定。因此原告以自己的行为有重大误解及协议内容显失公平为由,要求撤销该协议的请求,法院应当支持。最后判决认定原协议内容显失公平,故撤销原协议,被告赔偿经济损失3万余元。

法院经审理后认为,双方经当地政府调解,自愿达成协议,不违反法律、法规强制性规定,未损害原告的合法权益,应为合法有效。原告称协议显失公平,意思表示不真实,受到被告欺诈、胁迫的理由无事实依据,不予采信。原告在被告自觉履行了协议,其合法权益和协议约定的权利实现后,又向法院起诉要求被告支付高额赔偿的诉讼,实属不当,有违民事行为应当诚实信用的原则。因此,原告诉讼请求缺乏事实和法律依据,故予驳回。

需要注意的是,根据我国相关法律规定,下列调解协议,当事人一方有权请求人民法院变更或者撤销:(1)因重大误解订立的;(2)在订立调解协议时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的调解协议,受损害方有权请求人民法院变更或者撤销。

3. 自愿原则

协商必须建立在双方当事人完全自愿的基础之上,任何一方或第三方均不得强迫另一方接受协商解决方式。但是,在现实中,医院与患者进行协商经常不是自愿的,多是因为患者不愿通过鉴定或法院诉讼方式解决纠纷而被迫进行“私了”。有时,当地政府、卫生行政部门等出于社会稳定的考虑而要求医院“私了”。

【案例4-3】患者金某在某医院接受前列腺摘除手术。在麻醉给药后约5分钟,患者突然心跳骤停。医护人员紧急抢救了一个多小时,最终抢救无效,患者死亡。手术意外出现在麻醉阶段,是患者自身体质有问题,还是麻醉师的操作有误,医院该承担什么责任,当时尚无法判定。但是,死者家属却缺乏冷静的处理态度。他们将麻醉师拖进手术室,让其在死者面前默立了整整8个小时。家属还找到医院院长,让他立即签写医疗事故责任书,院长认为医疗事故的认定应该是通过医学会鉴定,因此拒绝签署。后经当地政府有关部门协调,医患双方同意进行医疗事故技术鉴定。但是,第二天家属召集了100多人来到医院,声称不再进行医学鉴定,要求医院赔偿74万元。院长未答应,被家属连推带搡地从楼上拖到医院的大院里,同时多名医生被打。家属还把医院当做祭奠亲人的地方,在医院大门口张贴言辞过激的标语,在医院里安置花圈、白幡、棺材。当天晚上,县里组成了工作组入住医院,并由卫生局副局长暂任医院院长一职。随后,经过3天的协商,医患双方决定走法律诉讼的道路。在医院拿出5万元钱的丧葬费后,死者家属才把死者尸体拉出了手术室,清除了摆在医院里的白幡、花圈等。同时,当地政府出具了一份《县委、县政府关于处理这次医疗意外的基本意见》,让双方签字。对此,医院却有不同看法,特别是意见书中最后一条说:关于县医院预付的5万元相关费用问题,待法院判决后,以判决医院应承担的金额为准,多退少补。尽管医院对该意见有不同看法,但是医院的党组成员都被迫在意见书上签了字。

上述案件揭示了目前的一种普遍现象,即医患双方发生医疗争议后,患方往往不通过正常的法律途径寻求解决办法,而是采用干扰医院工作秩序、威胁医务人员人身安全,甚至犯罪的方式来“维权”和“私了”。这种现象的产生有多种原因,相关部门执法不力是主要因素之一。实际上,对患方的非正常“维权”行为并非无法“法”处理。2002年4月,北京协和医院专家被打一案的打人者被法院以故意伤害罪判处有期徒刑1年并赔偿受害医生的经济损失。之后,北京3起无端殴打医务

人员的案件也受到法律的严肃处理。2002 年底,天津 6 名因医患纠纷而聚众大闹医院的人被依法起诉,被控告的罪名是“聚众扰乱社会秩序罪”。因此,在“私了”过程中,如遇患方采取过激的方式时,律师可建议医院主动与执法部门联系,以维护自身的合法权益。同时,律师亦应提示和引导患方通过理性、合法的方式解决纠纷。

4. 采用法定形式

《条例》第 47 条规定,双方当事人协商解决医疗事故的赔偿等民事责任争议的,应当制作协议书。协议书应当载明双方当事人的基本情况和医疗事故的原因、双方当事人共同认定的医疗事故等级以及协商确定的赔偿数额等,并由双方当事人在协议书上签名。

需要注意的是,《条例》的规定与现实情况存在很大的出入。如果严格按照上述法律规定,目前许多医院与患方签订的“私了”协议均存在缺陷。因为,在这些协议书中,医院往往不愿承认已构成医疗事故,而有时也确实不构成医疗事故,医院仅仅是出于无奈而被迫与患者“私了”。在这种情况下,如果患方反悔而告到法院,双方签订的“私了”协议很可能会因为缺乏法定形式要件而被法院认定为无效。

如何解决上述问题呢? 作者认为可以分别情况加以处理。如果医疗事件已经当地医学会组织的医疗事故技术鉴定,认定构成医疗事故,则医患双方应当在“私了”协议中明确加以说明;如果医疗事件没有经过医学会鉴定或其他形式的鉴定,但双方经过协商一致认定为医疗事故,亦应将双方认定的结果写入协议;如果患方认为是医疗事故,而医方认为不构成医疗事故,但是出于各种考虑而自愿或非自愿地同意向患方支付一定数额的补偿,则可以不在协议中谈及医疗事件是否构成医疗事故,而可以仅就某医疗争议的解决方案进行协商并签订协议,因为这种情况似乎可以被视为“非医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷”。

二、和解协议书参考格式及说明

对于和解协议书的格式,没有法律的强制性规定。在此,作者提出如下参考格式并结合实例加以简要说明。

和解协议书

甲方：×市××医院

乙方：李××

鉴于患者李××曾于×年×月×日至×年×月×日在甲方处住院治疗，甲、乙双方因患者医疗问题发生争议。经×市医学会鉴定，本病例构成×级×等医疗事故，双方均愿通过协商解决有关赔偿问题；

故，甲、乙双方本着平等、自愿、诚实信用的原则，根据《医疗事故处理条例》及相关法律法规，经充分协商，达成本协议如下，共同遵照执行。

第一条 本协议中相关数据如下：

(1) ×市×年度职工平均工资： 元。

(2) ×市×年度城镇居民平均生活费： 元。

(3) ×市城镇居民最低生活保障金： 元。

第二条 赔偿项目及计算方法(略)。

第三条 甲方同意于本协议生效后×日内向乙方一次性(或分期)支付本协议第二条规定的款项。

第四条 在甲方依本协议约定支付全部款项后，甲、乙双方因患者医疗问题引起的所有争议即告终结，乙方不得再以任何理由和任何方式向甲方主张权利，否则乙方应无条件返还甲方已支付的全部款项，且不得以本协议作为其主张权利的依据。

第五条 本协议一式两份，甲、乙双方各执一份，自双方授权代表签字盖章(并公证)之日起生效。

甲方：×市××医院

乙方：

代表：

日期：

日期：

在和解协议书格式中，应注意以下几点：

1. 对于协议的名称，可以为“和解协议书”，也可称“协议书”或“调解协议书”。

2. 对于乙方的名称及签字者，由于涉及主张权利的主体问题，因此应当特别加以注意。如果患者仍健在，则为患者本人；如果患者死亡，则为其近亲属，包括其配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。根据我国《继承法》的规定，配偶、子女、父母为第一顺序继承人，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺序继承人。最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的

解释》第7条规定,自然人因侵权行为致死,或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害,死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,列其配偶、父母和子女为原告;没有配偶、父母和子女的,可以由其他近亲属提起诉讼,列其他近亲属为原告。参照上述法律规定,如果患者死亡,第二顺序继承人只有在患者没有第一顺序继承人的情况下,才能向医院主张权利。除此之外,患者的其他亲属是无权向医院主张权利的。实践中,如果患者的多个近亲属向医院主张权利,医院可以要求其共同授权一位代表签字,同时还应注意防止他人冒充签字并领取款项情况的发生。

【案例4-4】患儿王某因阑尾炎入某医院接受手术治疗,术后10天因治疗无效死亡。患儿家属与医院就是否构成医疗事故发生争议。经省医疗事故技术鉴定委员会鉴定,认为本案构成一级医疗事故。在当地卫生局的组织下,患者父母与医院双方达成调解协议,医院补偿患者父母13000元。协议书中的患方名称为患儿的父亲王某,但是在协议书上和领取补偿款项收条上签字的人,不是王某,而是其侄子。后来,患儿父母以补偿款项过低为由诉至法院。法院判决认为,某医院与患儿父母达成调解协议,但该协议显失公平且不能认定为患者父母的真实意思表示,故该调解协议无效。法院判决医院应向患儿父母支付37411元。

3. “鉴于”条款的目的是说明签订协议的背景。实践中,由于多种因素的影响,医院有时在不构成医疗事故的情况下,可能会自愿或非自愿地与患方“私了”。此时,鉴于条款可以进行相应的修改,例如:

【案例4-5】鉴于患者××曾于×年×月×日至×年×月×日在甲方处住院治疗,甲、乙双方因患者医疗问题发生争议,但均愿通过协商解决;故,甲、乙双方本着平等、诚实信用的原则,根据《医疗事故处理条例》及相关法律法规,经充分协商,达成本协议如下,共同遵照执行。

4. 第1条中当地年度职工平均工资和城镇居民平均生活费,可以从当地的统计局获取,对于城镇居民最低生活保障金,可向当地的民政部门咨询。之所以列明上述项目,是因为在协商过程中,医患双方往往会因此而发生争议。

5. 第2条是赔偿项目及数额计算条款,其计算的主要依据是《条例》的第50条和第51条。在实际书写时,建议逐项列明并分别计算,最后进行合计。在此,特别提请注意的是,在医患双方谈判时,切忌无目标地“砍价”,应当在依法律规定逐项计算的基础上加以妥协或让步,以提高谈判的效率,亦便于双方接受。例如:

【案例4-6】某患者死亡后,其家属与医院发生争议,要求医院赔偿200余万元。在双方就事件性质、原因及医院责任程度达成一致的基础上,医患双方在代理律师的帮助下进行了多次协商,逐项计算赔偿数额。医院在被抚养人生活费、精神损害抚慰金等项目上做出了让步。最终,患方同意医院一次性支付11万元了结纠纷并签订了和解协议。

6. 第3条为支付条款,包括支付的期限和方式。对于数额较小的赔偿,可以在双方签订协议的当时支付,而对于数额较大的款项,则需要医院事先向银行申请提取现金,因此,医患双方可以约定在协议生效后数日内或数个工作日内支付。在一般情况下是一次性支付赔偿或补偿款项。但是,有时根据案件的具体情况,则医院可以提出分期支付以争取主动,防止患方在领取款项后反悔或不履行协议约定的义务。例如:

【案例4-7】某死亡患者的家属与医院发生争议,将死者尸体放在医院停尸间内拒绝火化,同时提出了高额的索赔要求。后经医患双方长达一个多月的协商,最终就争议的解决达成了一致意见,医院同意“补偿”患者家属一定数额的款项。鉴于死者尸体尚未处理,因此医院在律师的帮助下提出分期支付,制定了如下协议条款:甲方(医院)于本协议生效之日先期支付20%,剩余款项于乙方(患者家属)将患者尸体火化后3日内支付,乙方应出示殡仪馆火化证明。乙方应于本协议生效后3日内将患者尸体移出甲方医院并火化,否则甲方有权拒绝支付剩余款项,且乙方应无条件返还甲方已支付的款项。

7. 第4条系禁止反言条款。所谓禁止反言,也被称为“禁止否认”或“不得自食其言”,是诚实信用原则的延伸。根据诚实信用原则的要求,当事人在行使民事权利时应当符合法律的规定和基本的道德规范,所陈述的事实和所主张的权利应当诚实。但是,诚信原则仅仅是人们的一种行为规范,它本身并没有对违反诚信原则的当事人如何处理作出规定,而“禁止反言”原则对诚实信用原则做了延伸性处理。“禁止反言”原则不但要求民事活动的当事人恪守信用、诚实、客观,而且要对不履行诚信原则的当事人作出“禁止反言”的不利裁决,使其自食其果。因此,“禁止反言”原则是对诚信原则在司法实践中的延伸。

在实践中,经常出现患方反悔而向法院提起诉讼的情况,并且患方往往以双方签订的协议作为其证据,使医院一方在诉讼中处于被动的地位。禁止反言条款正是为此而专门制定的。它要求患者做出放弃诉权的承诺,对其今后诉权的行使加以限制,除非其能够提出足够的证据证明“私了”协议无效或可撤销之法定情形。当然,如果患方反悔,该项条款并不能限制患方行使诉权。但是,如此规定的目的

是,如果患方反悔而行使其诉权,其法律后果是应无条件返还医方已支付的全部款项。尽管要求患方返还款项在其实际操作上存在很大的困难,多数情况下是不可能的,但是,该条款至少可以避免将医方支付的款项认定为“出于人道的无偿赠与”。

【案例4-8】某医院与患者就医疗问题发生争议。医院认为不存在医疗过失,不同意患者提出的索赔要求。但是,由于患者及其家属多次在医院内闹事,严重影响了医院的正常医疗工作,因此,医院在迫于无奈的情况下,同意了患者提出的“给予解决补助费用28000元”的“申请”,同时声明该款项的支付“与在我院治疗期间医疗无关”,患者“不得以任何借口同我院发生医疗纠纷”。事后患者反悔,起诉至法院。经医学会鉴定,本病例确属医疗事故。在计算赔偿额时,医院要求扣除已支付的28000元。但是,患者提出该款项为“出于人道的无偿赠与”,且与“治疗期间医疗无关”,因此不应计算在赔偿额内。患者的如此抗辩导致医院在法庭上处于非常不利的地位。

该条款的另外一层含义,是指在医患双方协商过程中,医方所做出的让步或妥协不构成自认,不得作为患方在法庭上向医方主张权利的依据。所谓自认,系法律术语,是指一方当事人对不利于自己的事实的承认。例如,医院在“私了”协议中承认存在医疗过失。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第67条规定,在诉讼中,当事人为达成调解协议或和解的目的做出妥协所涉及的对案件事实的认可,不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。但是,上述法律规定仅适用于在诉讼过程中医患双方的妥协与让步,而不适用于诉讼以外的情形。因此,为避免患方以医院已在“私了”协议中承认存在医疗过失而主张权利,有必要通过协商对患方的该项权利加以适当的限制。

8. 避免出现“开放式赔偿条款”。所谓“开放式赔偿条款”,是指在部分赔偿项目的数额无法确定时,例如脑瘫患儿的今后治疗费、护理费等,在“私了”协议中出现的赔偿范畴及数额缺乏限制或约定不明确的协议条款。这种缺乏限制或约定不明确的“开放式赔偿条款”,在患者事后反悔的法院诉讼中,经常使医院处于不利的境地。

【案例4-9】1999年8月18日,湖北省高级人民法院就“龙凤胎”诉被告湖北某医院医疗人身损害赔偿纠纷一案作出终审判决,判令被告医院向原告“龙凤胎”支付后续治疗康复费、护理费、残疾生活补助费、精神损失费等计人民币290余万元。尽管终审判决较之原审判决的383万余元减少了近100万元,但该案的赔偿额还是创下了当时中国医疗赔偿的最高纪录,被称为“中国医疗赔偿第一案”。

【律师点评】对于法院的判决,医疗界人士深感愤慨,普遍认为判决不公正。但是,医务人员在表达自己不满的时候,很少有人知道在法院诉讼之前,医患双方曾签订过一份“私了”协议书。在该协议书中,医院承认此病例为医疗差错,退还患方已缴纳的医疗费,补偿患者1万元。同时,在该协议书中,医患双方约定:“乙方大双、小双今后出现的病症,经专家确认(不限制乙方指定的医院)属此次疾病造成的后遗症,甲方负责专家确认费、诊疗费和作相应的赔偿。”

本案中的有关后遗症赔偿条款,是一个典型的“开放式赔偿条款”。何为“专家”?是副主任医师还是主任医师?而且“确认”时不限制患方指定的医院。“后遗症”概念的外延?“相应的赔偿”的赔偿范围如何界定?所有这些关键的内容在协议中均没有体现,以致医院在诉讼中处于不利的境地,也是医院败诉的主要原因之一。

二审法院在上述“龙凤胎”案的终审判决中写道:被告与双胞胎婴儿的法定代表人在被告护理双胞胎婴儿的医疗差错行为发生后,达成了书面协议,该协议不违反法律禁止性规定,且该协议书签订后,被告依约退还了双胞胎婴儿的住院诊治费,支付了补偿费,该协议已实际履行,是双方当事人的真实意思表示,为有效协议。被告提出的主张(脑瘫非温箱断电所致和要求对病因进行鉴定),既是对被告医疗事故技术鉴定委员会鉴定结论的否认,亦是对双方原已达成并已实际履行的有效协议的反悔,此行为违反了诚实信用原则,法院不予支持。一审法院根据该有效协议确定的赔偿原则,对被告愿意承担的双胞胎婴儿属此次疾病造成的后遗症的诊疗费,组织有关专家进行鉴定,测算出具体的赔偿数额并无不当。一审法院确定赔偿数额中的计算有误部分,本院予以纠正。据此,二审法院作出了终审判决。

9. 特别约定条款

(1) 保密条款

有时,医疗机构出于声誉等方面的考虑,在与患方达成和解时,要求患方对所涉纠纷包括和解协议内容予以保密。在这种情况下,医患可以在和解协议中特别约定保密事项。例如:

自本协议生效之日起,乙方、乙方委托代理人及乙方的其他亲属,不得向包括新闻媒体在内的任何第三方透露双方的医疗争议及本协议内容,否则乙方应向甲方返还甲方已支付的全部款项。

(2) 自愿条款

有时,患方可能会在与医疗机构和解后反悔,且其理由主要是对协议内容有重大误解、赔偿或补偿数额显失公平等。鉴于这种情况,双方可以在协议书中就是否存在上述情况加以说明或确认,以避免事后不必要的争议。例如:

甲、乙双方确认,本协议系双方在其代理律师参与下充分协商的结果。在此过程中,不存在任何欺诈、胁迫、显失公平、重大误解、乘人之危等情形。

当然,对于此类确认条款的法律效力尚存在争议。有人认为,如果患方事后反悔向法院提起诉讼,在没有进行医疗事故技术鉴定前,尚难以认定协议是否显失公平或当事人是否有重大误解。

(3) 全部协议条款

有时,在和解过程中,医患双方可能会有大量的往来信函、传真、电话交谈、交换的协议文本等。为了避免事后双方就协议内容的完整性等发生不必要的争议,故可以借鉴涉外合同文本中的全部协议条款。例如:

本协议构成甲、乙双方就本案医疗争议达成的全部协议,取代以前双方所有的往来信函(包括电子邮件、传真)、谈判、会谈、电话交谈、备忘录等。

10. 协议公证与当事人反悔。根据2006年3月1日开始施行的《公证法》第2条规定,公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请,依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。公证事项分为法定公证事项和自愿公证事项。法定公证事项是指法律、行政法规规定应当公证的事项,未经公证的不发生相应的法律效力。法定公证事项以外的事项,均属自愿公证事项。根据我国现有法律规定,医患双方签订的和解协议书属自愿公证事项,因此,只要医患双方当事人在协议书上签字盖章,该协议即具有法律效力,双方当事人均应自觉履行。

然而,由于公证的作用在于预防纠纷,减少诉讼,而且公证证明又具有法定证据、强制执行、法律行为成立要件等三方面的效力;对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。因此,只要公民、法人或其他组织认为需要,则所有的法律行为、法律事实和法律文书都可以申请办理公证,医疗纠纷亦是如此。为了避免和解后任何一方以存在欺诈、胁迫等情形反悔而要求撤销协议,减少不必要的争议,故建议医患双方当事人就争议解决达成一致后,在条件允许的情况下,到公证处就协议签订过程进行公证。当然,尽管协议经过公证,但仍无法限制任何一方寻求反悔而行使诉权。

11. 当事人反悔与司法确认。医患双方和解的最主要的法律风险是当事人事后反悔而向法院提起诉讼。那么,如何避免当事人事后反悔而使和解归于无效呢?在实践中,可以采用法院司法确认的方式,即在医患双方就医疗争议的解决达成一

致意见后,由一方当事人(通常是患方)向法院提起诉讼,然后由法院通过简易程序确认双方已达成的和解协议内容合法有效,出具民事调解书。调解书经双方当事人签收后,即具有法律效力。该民事调解书与法院的民事判决书具有同等的法律效力。如果任何一方当事人事后以同样的事实和理由再次向法院提起诉讼,法院则可依据“一事不再理”原则驳回原告的起诉。

所谓一事不再理原则,是指法院的判决书、调解书生效后即具有法律上的效力,当事人不得就同一事实、同一诉讼标的再行起诉。其含义包括两个方面:第一,当事人不得就已经向法院起诉的案件再重新起诉;第二,判决生效之后,就产生既判力,当事人不得就双方争议的法律关系,向本法院和其他法院再行起诉。该原则的法理依据是我国《民事诉讼法》第111条第(5)项规定,即“对判决、裁定已经发生法律效力的案件,当事人又起诉的,告知原告按照申诉处理,但人民法院准许撤诉的裁定除外”。

三、和解协议书制作实例

实例一:

【案情简介】某医院在为58岁的患者赵××进行支气管镜检查时,因操作失误,将支气管镜头部的毛刷脱落遗留在患者的支气管内,导致患者部分肺不张。患者与医院就此发生争议,并一直滞留在医院。经医患双方多次协商,最终达成和解并签订了和解协议书。

【协议文本】

和解协议书

甲方:××市××医院

乙方:赵××

鉴于乙方(患者)曾于200×年×月××日在甲方处接受检查,甲、乙双方因异物遗留问题发生争议,且均愿通过协商解决。

故,甲乙双方本着平等、自愿、公平、诚实信用的原则,就有关医疗赔偿问题,根据《医疗事故处理条例》及相关法律法规规定,经充分友好协商,达成协议如下,双方共同遵照执行。

第一条 甲、乙双方经协商确认以下事实:

1. 根据《医疗事故处理条例》及《医疗事故分级标准(试行)》的规定,双方确认本病例构成三级丁等医疗事故,乙方对应的伤残等级为九级。

2. 在事故发生后,乙方在甲方处治疗时间为××天,另行肺段切除术治疗的预计住院时间为××天,手术出院后康复时间为××天。

3. 在事故发生后,双方协商处理阶段时间为××天,参与处理的相关家属人数为×人。

4. 乙方住所地××市至××市往返差旅费:×××元/人,乙方及家属每人按两次往返计算。

第二条 相关数据及来源:

1. ××市200×年度职工平均工资:24045.00元;

2. ××市200×年度居民平均生活费:11123.8元。

以上数据来源于××市统计局。

第三条 甲方同意向乙方支付以下赔偿:

1. 今后肺段切除术住院医疗费:20000元;

2. 误工费:4611.6元;

3. 住院伙食补助费:800元;

4. 陪护费:2635.2元;

5. 残疾生活补助费:37820.92元;

6. 交通费:4000元;

7. 住宿费:5700元;

8. 家属误工费:10013.76元;

9. 精神损害抚慰金:20000元。

以上合计人民币:105581.48元(大写:壹拾万伍仟伍佰捌拾壹元肆角捌分)。

第四条 甲方减免乙方自200×年×月××日至200×年××月×日在甲方处的医疗费用。

第五条 乙方同意自行择期并选择医院进行肺段切除手术治疗,并自行承担因手术延误、取消及手术而产生的相应风险。

第六条 在本协议签订之日,甲方向乙方支付赔偿款20000元(大写:贰万元整)。在乙方办理出院手续后当天,甲方一次性支付余款。

第七条 在甲方依本协议支付全部款项后,甲、乙双方因医疗问题引起的所有争议即告终结,乙方不得再以任何理由和任何方式向甲方主张权利,否则乙方应无条件返还甲方已支付的全部款项,且不得以本协议作为其主张权利的依据。

第八条 本协议一式两份,双方各执一份,自双方授权代表签字之日起生效。

甲方:××市××医院

乙方:

授权代表:

授权代表:

日期:

日期:

实例二:

【案情简介】产妇李××在某民营医院经剖宫产下一男婴张××。但是,医院在手术过程中,因手术医生操作不当,导致张××左前臂骨折,医患双方因此而发生纠纷。在代理律师的参与下,医患双方经多次协商,最终就争议的解决达成一致意见并签订了和解协议书。

【协议文本】

和解协议书

本协议由以下双方于200×年×月×日在中国北京签订。

甲方:××市××医院

地址:××市××区××大街×号

法定代表人:

乙方:张××,男,2003年1月5日生,现住××市××区××小区×号楼×××号。身份证号码:

法定代理人:李××,女,1971年4月20日生,汉族,住址同上。系张××之生母。身份证号码:

法定代理人:张××,男,1969年8月10日生,汉族,住址同上。系张××之生父。身份证号码:

鉴于乙方于2003年1月5日在甲方处出生,甲、乙双方就甲方的医疗行为发生争议,但双方均愿通过友好协商解决争议。

故,甲、乙双方本着平等、自愿、诚实信用的原则,根据我国有关法律规定,在双方代理律师的参与下,就上述医疗争议经充分协商达成一致,签订本协议,双方共同遵守执行。

第一条 甲方同意按本协议规定向乙方支付补偿费。该补偿费包括但不限于根据我国现有法律甲方可能应向乙方支付的下述全部费用:乙方已发生的医疗费、护理费、交通费、住院伙食补助费、营养费、精神损害抚慰金等费用。

第二条 在本协议签订生效后3日内,甲方向乙方支付人民币××万元整,以作为本协议第一条规定的补偿费。

为便于甲方向乙方支付本协议规定款项,甲方将其应付款项汇入乙方指定的下述银行账号。在甲方将应付款项汇入乙方指定账号后,甲方即已完全履行了本协议规定的付款义务。

开户银行:

户 名:

账 号:

第三条 在甲方依本协议约定支付全部款项后,甲、乙双方因甲方的医疗行为而引起的所有争议即告终结,乙方不得再以任何理由和任何方式向甲方主张任何权利,否则乙方应无条件返还甲方已支付的全部款项,且不得以本协议作为其主张权利的依据。

第四条 自本协议生效之日起,乙方、乙方委托代理人及乙方的其他亲属,不得向包括新闻媒体在内的任何第三方透露双方的医疗争议及本协议内容,否则乙方应向甲方返还甲方已支付的全部款项。

第五条 本协议构成甲、乙双方就本案医疗争议达成的全部协议,取代以前双方所有的往来信函(包括电子邮件、传真)、谈判、会谈、电话交谈、备忘录等。

第六条 甲、乙双方确认,本协议系双方在其代理律师参与下充分协商的结果。在此过程中,不存在任何欺诈、胁迫、显失公平、重大误解、乘人之危等情形。

第七条 如果甲、乙双方因履行本协议发生争议,应首先通过友好协商解决。如果协商不成,双方同意将因本协议引起的或与本协议有关的任何争议(但不包括甲方的医疗行为评价及补偿数额的认定),均提请北京仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有约束力。

第八条 本协议一式两份,甲、乙双方各执一份,自甲方授权代表及乙方法定代理人签字之日起生效。

甲方:××市××医院(盖章)

授权代表(签字):

乙方:张××

法定代理人李××(签字并捺手印):

法定代理人张××(签字并捺手印):

■第二节 代理当事人出席鉴定会

医疗纠纷案件区别于其他案件最突出的特点是其高度专业性,患方因缺乏医学知识而往往处于专业劣势地位,很难就医方具体的医疗行为做出判断。同时,由于医患双方在医疗信息方面严重的不对称,患方对医疗行为特点的不了解,使得医患双方经常为医疗机构是否存在医疗过失、医疗行为与患者损害后果之间是否存

在因果关系发生争议。不仅患方如此,在诉讼案件中,审案法官也很难根据其对医疗知识的了解就案件事实做出判断。因此,无论是非诉案件还是诉讼案件,就案件涉及的专业问题进行鉴定就成为医疗纠纷处理的关键。

目前,在我国,医疗纠纷案件的鉴定主要分为两类:一类是医学会组织的医疗事故技术鉴定,主要判定具体病例是否构成医疗事故;另一类是各类司法鉴定机构组织的司法鉴定,主要判定医疗机构的医疗行为是否存在过错,如果存在过错,则该过错是否与患者损害后果之间存在因果关系。后者通常被称为过错鉴定。医学会鉴定既可以在非诉阶段进行,也可在诉讼阶段进行,而司法鉴定一般是在诉讼阶段进行。当然,医患双方在非诉阶段经协商一致,也可共同委托司法鉴定机构进行司法鉴定,而某些司法鉴定机构也接受医患单方(通常是患方)委托的鉴定,但后者的鉴定结论往往会受到对方当事人的质疑,而且法院较少采信医患单方委托鉴定的鉴定结论。

无论是医学会鉴定还是司法鉴定,均要求医患双方当事人了解相关的法律规定、鉴定程序及规则。而且,在鉴定材料准备、鉴定主要学科确定、专家抽签、鉴定会陈述方面,亦要求双方当事人掌握一定的技巧。这就为律师提供了新的执业空间,拓展了律师的执业范围。无论非诉阶段的鉴定还是诉讼阶段的鉴定,律师均可以为当事人提供专业的法律服务,争取有利于己方当事人的鉴定结论,以维护其合法权益。

在详细了解案情的基础上,为当事人准备鉴定材料,代表当事人出席鉴定会,陈述己方意见,回答专家提问等工作,是处理医疗纠纷案件律师最为重要的工作内容之一。

一、详细了解案情

详细了解案情是最基础的工作,也是为当事人争取期望结果的前提条件。在实践中,律师应当在鉴定前向当事人详细了解具体案情,包括医疗机构的诊断、治疗和护理等方面。在了解案情时,律师应特别注意排除当事人的情绪化因素,要求其客观陈述其所闻所见,保证其陈述内容的真实性。

二、全面收集材料

在详细了解案情的基础上,律师应当帮助当事人全面收集与案件有关的所有材料,尤其是不利于己方当事人的材料。当事人并非法律专家,普遍缺乏证据意识,往往会根据其自己的想法提供材料,其结果是可能遗漏部分其认为不重要但实际却具有重要价值的材料。因此,律师应当注意提示有关当事人其掌握的所有材料,并根据审查结果提示当事人提供补充材料。

在鉴定过程中,无论是医学会鉴定还是司法鉴定,病历均是最为重要的鉴定资料,也是当事人准备书面陈述意见或答辩意见的基本依据。在诉讼阶段,患者可以

依法查阅、复印或复制由医疗机构保存并持有的全部病历资料。然而,在非诉阶段,由于法律规定的限制,患方往往只能得到客观性病历资料,而无法取得主观性病历资料,包括死亡病例讨论记录、疑难病例讨论记录、上级医师查房记录、会诊意见、病程记录。一般情况下,仅根据客观性病历难以判断医疗机构的医疗行为是否存在过错以及是否存在因果关系。如此情形导致患方在非诉阶段的鉴定过程中处于非常不利的地位,患方代理律师需要付出更多的努力以从有限的病历资料中寻找医疗机构可能存在的瑕疵。

三、精心准备材料

医学会鉴定专家或司法鉴定人进行鉴定的主要依据之一是医患双方提交的鉴定材料。材料是否充分、分类是否清楚、编排是否科学,均可能会影响鉴定专家或鉴定人对事实的判断,制作精美的鉴定材料可以在其心目中留下深刻的印象。在实务中,作为医患双方的代理人,律师可参照准备法庭诉讼证据的方式准备鉴定材料,例如下述案例。

【案情简介】患者(男,67岁)因“间断发热8天”到北京某医院住院治疗。入院诊断为右下肺部感染;肺部肿瘤?肺结核?住院期间,医院给予患者抗炎、补液、营养支持等治疗。23天后患者出院,医院出具的出院诊断为发热待查。出院后,患者的病情急剧恶化,后经多方求医,最终被确诊为原发性小血管炎,双肾损害、肾功能衰竭,只得终日靠血液透析维持生命。患者认为北京某医院存在一系列的医疗过失,并与患者后期出现的肾功能衰竭有直接的因果关系。医患双方发生纠纷,以下系患者代理律师为其准备的医学会鉴定材料目录,仅供读者参考。

患者提交的医学会鉴定材料目录

编号	证据名称	种类	页数	证明事项
1	北京某医院住院病历首页	书证	1	患者在北京某医院处接受过治疗,医院未做出正确诊断。
2	北京某医院入院记录	书证	2	患者入院时的基本情况:右下肺部感染;肺部肿瘤?肺结核?
3	北京某医院尿常规化验单	书证	5	患者入院后出现血尿,且持续存在并迅速加重,但是北京某医院未予重视,没有及时查找原因。
4	北京某医院B超诊断报告单	书证	1	患者双肾B超诊断显示双肾实质回声增强,患者肾脏已发生实质性病变,但是北京某医院未予重视,没有及时做出诊断并治疗。

续表

编号	证据名称	种类	页数	证明事项
5	北京某医院诊断证明书	书证	1	北京某医院存在误诊,并进行了错误的治疗。
6	哈尔滨医科大学附属第二医院入院病历记录(两次)	书证	6	患者自北京某医院处出院后,住入当地医院时的情况:慢性肾炎;慢性肾功能不全;尿毒症。患者双肾功能出现不可逆的损害,系该院医疗过失所致。
7	北京大学第一医院诊断书	书证	1	患者被诊断为 ANCA 相关性小血管炎;慢性肾功能不全;尿毒症以及住院治疗情况。证明医院存在误诊的医疗过失。
8	黑龙江省医院出院诊断证明书	书证	1	患者入院诊断:小血管炎;ANCA 肾炎;慢性肾衰;慢性肾衰尿毒症;尿毒症性脑病;高钾血症;代谢性酸中毒;肾性高血压;患者出现多种并发症。证明患者双肾功能出现不可逆的损害,系医院医疗过失所致。

四、起草陈述意见

陈述意见,系指医患双方向医学会或司法鉴定机构提交的书面意见,其内容包括患者在医疗机构的诊治经过、患者目前的损害后果、医疗机构是否存在医疗过错及该过错与损害后果是否存在因果关系等事项的观点或看法。实践中,人们往往称患方提交的书面意见为“陈述意见”,称医方提交的书面意见为“答辩意见”,两者性质基本相同。

在鉴定机构受理鉴定委托后,除前述鉴定材料外,鉴定机构通常要求医患双方提交书面陈述意见或答辩意见,并在鉴定会前递送给鉴定专家或鉴定人,以便其提前了解案件情况及医患双方的基本观点。由于鉴定专家或鉴定人日常工作较忙,阅读鉴定材料的时间有限,因此,医患双方在准备陈述意见或答辩意见时,应当特别注意简明扼要、条理清楚、便于阅读。同时,与无任何医学专业知识的法官不同,鉴定专家或鉴定人均具有丰富的医学或法医学专业知识,因此,医患双方可以在陈述意见或答辩意见中适当地适用专业术语或名词,就争议问题进行较为深入的专业分析。由于部分司法鉴定机构采用书证审查方式,即不召开鉴定会或听证会,鉴

定人仅仅根据委托人提供的鉴定材料进行鉴定,因此,当事人提交的书面陈述意见和答辩意见至关重要。

以下举例说明陈述意见的制作方法,仅供各位读者参考。

【案情简介】原告(男,27岁,职业画家)因“咳嗽、咳痰伴发热一周”到被告某医院处就诊,被确诊患有继发性肺结核病,被告开始采用2HREZ/4HRE方案为原告进行化疗。服药5个月后,原告开始出现左眼视力下降、视物模糊等症状。原告到北京同仁医院就诊,诊断视网膜炎。次日,原告到被告处就诊,被告认为视力障碍是化疗药物乙胺丁醇所致,当日停用该药。但是,停药后原告视力仍在继续下降,被诊断为乙胺丁醇所致的视神经炎。为此,原告先后在北京大学人民医院、中国中医研究院眼科医院住院治疗。但是,治疗效果不佳,出院时视力已降至左眼0.04、右眼0.06,矫正无提高,双眼基本失明。原告认为其失明是被告医疗过失所致,向法院提起诉讼。法院根据原告的申请,委托北京某司法鉴定机构进行鉴定。以下是原告代理律师起草的鉴定陈述意见,供各位读者参考。

原告陈述意见(要点)

基本观点:被告在为原告诊疗过程中,存在一系列的医疗过失,包括没有履行风险预见义务、风险告知义务、风险回避义务以及医疗救治义务,严重侵害了原告的知情权和自我决定权,并直接导致原告双目失明的损害后果。

一、基本诊疗经过(略)

二、原告药物性视神经炎诊断明确

1. 原告临床表现符合视神经炎。原告既往视力正常,即使在服药5个月刚开始出现视力下降、视物模糊时检查,左右眼还分别是0.9和1.0的视力。从视物模糊到明显视力减退的临床发展过程,符合视神经炎的临床诊断标准。

2. 体格检查和相关客观检查资料支持药物中毒性视神经炎的诊断。4月初,原告出现视力下降等症状后,分别到北京同仁医院、北京大学人民医院、中国中医研究院眼科医院进行了全面的检查,检查中发现视力急剧下降,但角膜、晶体、玻璃体、视网膜等结构没有明显病变,电生理检查左眼8×8、16×16、P100波形差,各波均未引出。上述检查排除了视力下降的其他原因,并且明确了病变为视神经损伤所导致。北京大学人民医院和中医研究院眼科医院等医院,均明确诊断为药物(乙胺丁醇)中毒性视神经炎。

3. 虽然乙胺丁醇导致的视神经炎一般在超过25mg/kg情况下容易发生,但并没有排除低于这个剂量使用下不会发生,不排除导致视神经不可逆性损伤的情况。《药物不良反应》第213页明确指出,乙胺丁醇可能导致不可逆的视神经萎缩。

三、被告没有全面履行其法定义务,包括风险预见义务、风险告知义务、风险回避义务以及医疗救治义务,严重侵害了原告的知情权和自我决定权,并直接导致原告双目失明的损害后果

1. 被告没有尽到风险预见义务,没有预见到乙胺丁醇可能导致视神经炎。结核病化疗药物可以产生多种毒副作用,包括肝肾脏功能损害、白细胞减少、尿酸增高、过敏反应和视神经炎等症状,其中乙胺丁醇最突出的毒副作用就是视神经炎,可以产生不可逆的视神经萎缩。但是,在本案中,被告对该严重并发症没有预见。

2. 被告没有尽到风险告知义务,未将可能发生视神经炎的风险明确告知患者,侵犯了患者的知情权,致使患者丧失了选择权。

我国《医疗事故处理条例》第11条明确规定,在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者。肺结核病的化疗疗程长,药物毒副作用多,存在可能会产生视神经炎这样严重药物毒性反应的医疗风险,属于医务人员法定的告知内容。

在医疗活动中,患者享有法定的知情权,但是知情不是目的,而是其行使选择权和自决权的前提,在充分知情的基础上做出自我选择和决策,以达到保护其人身权和财产权是其知情的最终目的。侵害患者知情权的行为,实质上是侵害了患者的选择权和自决权,从而侵害了患者的生命健康权。即如果医生告知了患者有关信息,则患者可能会重新做出选择和决定,以避免其身体健康受到损害。

本案中被告没有预见到正常剂量下使用乙胺丁醇仍然可能发生视神经炎的可能性,当然也就无从告知。被告所提出的证明自己已经告知的三个证据中都没有明确提出发生视神经炎这个严重并发症的可能性:

(1) 患者签字的抗结核药免费申请表:这个表仅仅说明了有药物不良反应应当及时向医生报告,但无法说明被告已经告知出现视神经炎的风险;

(2) 患者签字的协议书:这个协议书要求患者严格按照医院的要求进行化疗,是被告按期发药和患者按期服药的协议,没有关于药物毒副作用的告知;

(3) 结核病人访视记录卡:首先,访视卡中医生签名处为空白;其次,访视卡仅笼统地“告知用药后的副作用”,没有具体指出视神经炎这样严重的毒性反应;再次,从表格的设计上看,访视者、记录人应当是两个人,而本记录是一个人完成;最后,访视记录没有患者本人签字,无法证明被告履行了告知义务。因为化疗药物疗程长,药物出现毒副作用的情况较多,诊疗常规要求化疗时患者应当签字同意。《病历书写基本规范》第10条明确规定,化疗等特殊治疗应当取得患者书面签字。被告的行为违反了上述规定。

原告系是职业画家,丧失视力就等于失去了工作和未来。如果被告及时告诉原告乙胺丁醇可导致严重的视神经炎,则原告定会考虑重新选择方案,以减少发生视神经炎并发症的风险。然而,由于被告没有告知,导致原告做出了错误的选择,且这种选择导致严重的损害后果。

3. 被告没有尽到风险回避义务,没有定期检查眼部情况,违反了使用该药物的基本诊疗常规。《中华人民共和国药典》(2000年版)在关于乙胺丁醇的使用说明中明确指出:“治疗期间应当检查视力、视野、红绿鉴别力等,在治疗前和疗程中每日检查一次。”

药典在指导临床合理用药方面是国家标准。《结核病病例发现和化学治疗问答》第117页明确指出:“应该对使用乙胺丁醇的每个病人事先讲清楚,如出现视力症状时,应该及时做眼科检查。”本案中,被告在长达5个月的治疗中,没有对原告进行过视力检查,也没有告知原告检查视力。甚至在原告出现视神经炎症状到被告就诊后,被告仍然坚持该剂量下使用乙胺丁醇不需要进行眼部检查。

4. 被告没有尽到医疗救治义务。在原告在已经出现视神经炎症状的情况下,被告仍没有给予足够重视和合理的处理,导致病情进一步加重,存在疏忽大意的过失。

化疗5个月后,原告出现视力下降、视物模糊症状。按照化疗协议书的要求,原告立即报告给医生,而被告除采取停药外,没有采取其他任何积极的措施,仅仅告诉原告“不适随诊,并一个月后复查”。《临床用药手册》第141-142页指出,使用乙胺丁醇一旦发生视神经炎,必须立即给予大剂量维生素B₁、烟酰胺及其他血管扩张药物治疗。在出现视力损害的情况下,被告虽然考虑为药物产生的毒性作用,但认为停药后就能恢复,所以仅采取了停药处理,而没有进一步重视和处理。

综上所述,被告的一系列过失导致原告出现视神经炎并且日益加重,被告的过失行为和原告的健康损害后果之间存在直接的因果关系。恳请司法鉴定机构给予公正的鉴定,并就目前原告的伤残等级给予评定,对原告今后的治疗费用给予合理评估。

原告:××

委托代理人:×××律师

2005年×月×日

五、代理参加鉴定会

鉴定会,又称鉴定听证会,系指鉴定机构组织的医患双方当事人、鉴定专家或鉴定人到场参加的专门会议。鉴定会一般可分为两个阶段:一是鉴定专家或鉴定人听取双方陈述及答辩意见,向医患双方当事人发问;二是鉴定专家或鉴定人根据鉴定材料及双方的陈述和答辩进行讨论,发表意见并做出鉴定结论。根据现有鉴定规则,当事人只能参加第一阶段会议,第二阶段会议不公开,当事人不能参加。

各地医学会制定的鉴定会规则不尽相同,但基本原则包括:(1)各方发言时间一般不超过20分钟,由各方一人主要发言,其他人可以补充,但不得重复前面的发言;(2)陈述发言前,首先要报告姓名、职业、工作单位、与当事人的关系,所有发言人的发言时间均计入20分钟内;(3)陈述时不得应用侮辱、谩骂等激烈言辞,不得谈论与本案无关的话题;(4)医患双方当事人应保持冷静,不能直接向对方提问,不得打断对方发言,待对方发言结束后可举手示意主持人,经主持人允许后方可发言;(5)为保证专家有充分的分析和讨论时间,主持人有权阻止就某一问题的重复发言;(6)双方当事人必须如实回答专家的询问;(7)当主持人宣布专家询问结束,医患双方应同时退场,任何一方均不得在会场内、外停留。

由于鉴定会陈述时间有限,因此,当事人应特别注意时间的合理安排。代理律师应作为主要发言者,并留下一定时间由当事人进行补充。在鉴定会上,应注意不要过度情绪化,否则会影响鉴定会的效果。患方当事人不要使用过激的语言攻击医方当事医务人员的人格,因为鉴定专家本人也是医生。医方人员在陈述和回答专家提问时,应当特别注意谦虚,尽管有时医方人员的学术水平远高于鉴定专家。同时,医方参加者还要注意尽量不要与鉴定专家发生争论或辩论,因为最终的鉴定结论是由鉴定专家来决定,一时的痛快可能导致不愿看到的鉴定结果。

■第三节 出具法律意见书

根据当事人的请求,依据当事人提供的有关案件材料和相关法律规定,向当事人出具法律意见书,是律师的一项重要非诉业务。在医疗纠纷案件中,医患双方当

事人均会提出各种各样的法律问题,甚至会要求律师出具法律意见书以作为其决策的依据。

在出具体法律意见书时,律师应当以相关证据可以证明的事实即法律事实为依据,以法律为准绳,在综合分析的基础上,就当事人提出的问题发表自己的观点和看法,供当事人参考。另外,律师就医疗纠纷案件发表法律意见时,还应特别注意医学判断和法律判断的关系。医疗纠纷案件最大的特点,是其高度专业性。因此,除非办案律师对案件涉及的医学问题有所了解或咨询过有关医学专家,否则不宜就具体医疗行为是否存在过错发表看法,尤其不建议就案件是否构成医疗事故下结论。律师应当发挥其通晓法律知识的特长,就案件涉及的法律问题发表意见,例如纠纷处理程序、当事人应准备的证据、赔偿数额计算等。以下是一个具体实例,供律师读者参考。

【案情简介】患者吴某在工作中左腿受伤被送至某医院救治。但是,医院在治疗中出现明显过失,导致患者双侧下肢截肢。医院承认其过失并愿承担赔偿责任,但是由于工伤因素等影响,医患双方未能达成一致。吴某妻子来到某律师事务所,请求律师就本案赔偿问题出具法律意见书,以作为吴某向法院索赔的依据。

特别说明:该法律意见书制作于2003年6月,其法律意见仅适用当时的法律规定。本书示例主要是说明法律意见书的写作方法,其法律意见并不代表本书作者的观点。

法律意见书

本律师接受陈××女士的委托,根据其提供的案件材料和我国有关法律规定,就患者吴××先生(陈××之夫)与某医院医疗纠纷一案相关问题,提出如下法律意见,供陈××女士参考。

一、关于工伤保险待遇与医疗事故赔偿

1. 相关法律规定

1997年6月6日《劳动部办公厅对〈关于工伤确认等问题的请示〉的复函》(劳办发[1997]51号)(以下简称《复函》)第4条规定,“除道路交通事故外,职工工伤涉及其他民事伤害赔偿的……其民事伤害赔偿和工伤保险待遇的处理问题,也应参照《试行办法》第28条的规定办理。”

上述《试行办法》是指原劳动部于1996年8月12日发布的《企业职工工伤保险试行办法》(劳部发[1996]266号)。该《试行办法》于1996年10月1日起施行,其中第28条规定:

“由于交通事故引起的工伤,应当首先按照《道路交通事故处理办法》及有关规定处理。工伤保险待遇按照以下规定执行:

(一)交通事故赔偿已给付了医疗费、丧葬费、护理费、残疾用具费、误工工资的,企业或者工伤保险经办机构不再支付相应待遇(交通事故赔偿的误工工资相当于工伤津贴)。企业或者工伤保险经办机构先期垫付有关费用的,职工或其亲属获得交通事故赔偿后应当予以偿还。

(二)交通事故赔偿给付的死亡补偿费或者残疾生活补助费,已由伤亡职工或亲属领取的,工伤保险的一次性工亡补助金或者一次性伤残补助金不再发给。但交通事故赔偿给付的死亡补偿费或者残疾生活补助费低于工伤保险的一次性工亡补助金或者一次性伤残补助金的,由企业或者工伤保险经办机构补足差额部分。

(三)职工因交通事故死亡或者致残的,除按照本条(一)、(二)项处理有关待遇外,其他工伤保险待遇按照本办法的规定执行。

(四)由于交通肇事者逃逸或其他原因,受伤害职工不能获得交通事故赔偿的,企业或者工伤保险经办机构按照本办法给予工伤保险待遇。

(五)企业或者工伤保险经办机构应当帮助职工向肇事者索赔,获得赔偿前可垫付有关医疗、津贴等费用。”

2. 分析意见

原劳动部《复函》中规定的“其他民事伤害”应当包括医疗事故损害,因此将《试行办法》第28条中的“交通事故”替换为“医疗事故”,该条规定即可适用于本案。根据上述规定,本案所涉及的工伤待遇与医疗事故赔偿的处理原则是:

(1)先解决医疗事故赔偿问题,后处理工伤保险待遇;

(2)如果医院已支付医疗费、护理费、残疾用具费、误工工资,则企业或者工伤保险经办机构不再支付相应待遇;

(3)如果医院支付的残疾生活补助费低于工伤保险的一次性伤残补助金,则由企业或者工伤保险经办机构补足差额部分;

(4)除上述医疗费、护理费、残疾用具费、误工工资、残疾生活补助费外,患者仍可享受《试行办法》规定的其他工伤保险待遇。

3. 问题解答

问:因是工伤起因,那么医院有无权利将双腿的所有费用分开赔付,即左腿走工伤,右腿走医疗事故?

答:该问题实际上涉及医院的责任程度,又称为损伤参与度,是一个非常复杂的问题。其一,对于医疗损害后果,医院应承担何种比例的责任,在实践中往往需要通过专门的医学或法医学鉴定才能确认。在本案中,尽管陈是因工伤入院治疗,但是工伤的后果是不确定的,有可能经过适当的治疗而不会留下残疾(至少存在这种可能性)。其二,人的身体是一个整体,不应当将各组织器官分解而单独计算其功能,各组织器官之间需要相互配合以完成复杂的功能活动。在本案中,对于患者的下肢行走功能(当然还有其他功能),单侧足部受损与双侧下肢截肢导致的功能损害是有很区别的,前者有可能不会影响到其行走或影响较小,但后果的影响则是患者根据无法行走(借助残疾用具时除外)。

因此,本律师认为医院的说法是不能成立的。但是,需要提醒注意的是,在实践中,曾有部分法院采取如下的方式确定医院应承担的责任:分别计算单侧左足受损和双侧下肢截肢的伤残程度及残疾生活补助费,然后判令医院承担残疾生活补助费的差额部分。鉴于责任程度的认定比较复杂,故建议在双方无法达成一致时,可以申请医疗事故技术鉴定或法医学鉴定。

问:如果在今后的假肢更换和维修、保养过程中,所在单位因左腿有工伤因素,负责了差旅费、住宿费,那么医院是否赔付此项费用?

答:此种情况不应发生。第一,根据上述有关工伤处理的劳动法规,当工伤与医疗事故同时存在时,首先解决医疗事故赔偿问题;第二,根据《医疗事故处理条例》第52条规定,“医疗事故赔偿费用,实行一次性结算”,即在医患双方就赔偿问题达成协议后,医院应将包括假肢更换和维修、保养中发生的所有赔偿费用一次性支付给患者,此等费用属于残疾用具费的一部分(详见下述)。

二、关于医疗事故赔偿费用的计算

说明:下述对本案医疗赔偿费用的计算,系根据陈××提供的资料和数字,并基于如下假设:

(1) 本案已构成医疗事故,且医院应承担完全责任;

(2) 医患双方同意按下述标准计算相关赔偿项目:

2001年度某市职工平均工资:699元/月,8388元/年;

2001年度某市城镇居民平均生活费:350元/月,4200元/年;

2001年度某市城镇居民最低生活保障金:176元/月,2112元/年。

根据《医疗事故处理条例》第50条、第51条规定,本案应计算的赔偿项目及标准如下。鉴于部分赔偿项目的计算尚缺乏相关资料,故仅列出了其计算公式。

1. 医疗费

医疗费系指患者因医疗事故的发生而支出的医疗费用,包括已发生的医疗费用和继续治疗时将发生的医疗费用。据了解,本案已发生的医疗费已由患者所在单位报销,因此,本案不涉及该费用的计算与赔偿问题。但是,我国部分法院在司法实践中支持患方提出的已报销医疗费的索赔要求。例如,北京市高级人民法院在2000年7月11日下发的《关于审理人身损害赔偿案件若干问题的处理意见》中规定,“受害人的损害赔偿请求权不因其所在单位已垫付或报销医疗费而消灭,受害人仍得以自己名义请求侵害人支付医疗费。作出生效裁判的法院可将处理结果告知受害人所在单位。”

在此需要特别说明的是继续治疗费问题。

(1)根据患者吴××先生目前的情况,需要特别护理。由于《医疗事故处理条例》第50条第4项的“陪护费”仅指住院期间发生的陪护费用,而《条例》也没有特别规定出院后的护理费问题,因此,在司法实践中,人们将出院后需要的护理费列入继续治疗费中,即继续治疗费不仅包括医疗费,还包括护理费用等。

(2)关于护理费的计算,有关工伤保险的劳动法规、规章有明确的规定。例如,《企业职工工伤保险试行办法》第20条规定,“工伤职工经评残并确认需要护理的,应当按月发给护理费。护理等级根据进食、翻身、大小便、穿衣及洗漱、自我移动五项条件,区分为全部护理依赖、大部分护理依赖和部分护理依赖三个等级。护理等级由劳动鉴定委员会评定。工伤护理费依照上述护理等级分别按上年度当地职工月平均工资的百分之五十、百分之四十、百分之三十发给”。

但是,对于因医疗事故而发生的今后护理费问题,我国现有法律法规没有明确规定计算方法,^①实践中做法亦不统一,主要涉及护理年限及支付标准。对于护理年限,有按平均寿命计算者,亦有按20年计算者;对于支付标准,有按职工平均工资计算者,亦有按平均生活费、最低生活保障金标准计算者。

对于本案,本律师认为可向医院提出:(1)护理年限按平均寿命计算,即平均寿命75岁减去吴××目前年龄34岁,为41年;(2)支付标准可参考《条例》第50条第4项,即按2001年度某市职工平均工资8388元/年计算。如此计算的护理费参考数额为343908元。

^① 说明:该法律意见书制作于2003年6月,当时最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》尚未颁布。后者对护理费等赔偿项目已有明确规定,其他赔偿项目亦同。

但是,根据本律师的实务经验,上述护理费数额明显偏高,法院审理时有可能会按照20年或平均寿命、当地平均生活费或最低生活保障金的组合方式进行计算。例如,按20年的平均生活费(4200元/年)计算,护理费参考数额为84000元;按41年(平均寿命)的平均生活费计算,护理费参考数额为172200元。

上述计算方法及数额仅供参考,可根据情况与医院进行谈判。

2. 误工费

误工费系指患者因治疗医疗事故造成的损害后果耽误其工作而损失的收入。据了解,该项费用已由患者所在单位支付。

3. 住院伙食补助费

住院伙食补助费是指患者因发生医疗事故而在医疗机构住院治疗时,医方应支付给患者的膳食补助费用,具体数额是按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差伙食补助标准计算。

住院伙食补助费参考数额:1800元(15元/天×120住院天数)

4. 陪护费

陪护费是指患者在因医疗事故接受住院治疗期间确需专人陪护而发生的相关费用,具体数额应按照医疗事故发生地上一年度职工年平均工资计算。

陪护费参考数额:4010元(699元/月÷20.92月平均工作日×120住院天数)

5. 残疾生活补助费

残疾生活补助费是指患者因医疗事故全部或部分丧失劳动能力时应获得的生活费用,具有明确的补偿性。《条例》规定,残疾生活补助费计算方法是:根据伤残等级,按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算,自定残之月起最长赔偿30年;但是,60周岁以上的,不超过15年;70周岁以上的,不超过5年。据此,本案残疾生活补助费的计算公式为:

平均生活费(4200元/年)×赔偿年限(30年)×赔偿系数(待定)

赔偿系数由伤残等级所决定,例如1级伤残的赔偿系数为100%,2级伤残的赔偿系数为20%,其他与此类推。同时,根据卫生部于2002年7月31日发布的《医疗事故分级标准(试行)》规定,该标准中医疗事故等级与伤残等级相对应,即一级乙等医疗事故患者的伤残等级为1级,二级甲等为2级伤残,二级乙等为3级伤残,以此类推,共10级。另外,需要注意的是,工伤伤残评定标准不同于医疗事故伤残评定标准,一般来说,前者的等级高于后者。

鉴于伤残等级(包括医疗事故等级)评定系一项专业工作,故本律师无法对本案患者的伤残等级进行评定,建议向当地法医学鉴定机构咨询或申请鉴定,亦可通过医疗事故技术鉴定解决这一问题。

6. 残疾用具费

残疾用具费是指患者因医疗事故导致丧失部分生理功能而需配置补偿功能器具时支出的费用。《条例》规定该项费用应凭医疗机构证明,按照普及型器具的费用计算。《条例》没有对“普及型器具”的外延加以明确界定,通常情况下是按照国产相关器具价格进行计算。本项费用除残疾用具本身的购置费用外,还应包括安装、维护、更换费用,以及为此而发生交通、住宿、伙食等费用。

假肢相关费用:在本案中,据陈××女士介绍,患者目前安装的假肢(3.6万元/副)系进口产品,国产产品一般为6000—8000元/副。根据法律规定,一般情况下,应安装国产产品或普及型产品。但是,鉴于目前陈××女士未提供国产产品的使用年限、维修费用等资料,故在此暂按上述进口产品进行计算,对于国产产品则可套用相应计算公式以确定具体数额。

(1)假肢及安装费:每副假肢3.6万元,每4年更换一次,按平均寿命41年计算,需更换10次,总费用为36万元

附:计算公式:每副假肢费用×更换次数

(2)假肢保养费:每年保养一次,每次200元,41年,总费用为8200元

附:计算公式:每次保养费用×保养次数

(3)交通费:

单次:133元(硬卧)×2(往返)×2(人)=532元

总计:532元/次×41次(每年一次)=21812元

(4)住宿费:

维护:60元/天×2(天)×2(人)×31次=7440元

更换:60元/天×30(天)×2(人)×10次=36000元

(5)伙食补助费:

维护:15元/天×2(天)×2(人)×31次==1860元

更换:15元/天×30(天)×2(人)×10次==9000元

其他残疾用具费用:

(1)拐杖:200元/支×更换次数(平均寿命41年÷折旧年限)

(2)轮椅:1000元/辆×更换次数(平均寿命41年÷折旧年限)

7. 被抚养人生活费

以死者生前或者残疾者丧失劳动能力前实际扶养且没有劳动能力的人为限,按照其户籍所在地或者居所地居民最低生活保障标准计算。对不满16周岁的,扶养到16周岁。对年满16周岁但无劳动能力的,扶养20年;但是,60周岁以上的,不超过15年;70周岁以上的,不超过5年。具体计算如下:

(1) 小孩抚养费: $2112 \text{ 元/年} \times (16 \text{ 岁} - 5 \text{ 岁}) \div 2 (\text{抚养义务人数}) = 11638 \text{ 元}$

注:小孩抚养义务人为2人,即其父母。

(2) 母亲赡养费: $2112 \text{ 元/年} \times (75 \text{ 岁} - 66 \text{ 岁}) \div 4 (\text{赡养义务人数}) = 4752 \text{ 元}$

注:母亲赡养义务人为4人(兄弟姐妹)

8. 交通费

交通费是指患者因医疗事故必需乘坐交通工具治疗疾病而实际支出的费用。据陈××女士介绍,该项费用(2000元)已由单位报销。

9. 住宿费

住宿费是指患者因发生医疗事故后在治疗过程中必需支付的住宿费用,例如因当地医院诊疗水平问题而需到外地就医治疗。该项费用按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差住宿补助标准计算。

据陈××女士介绍,该项费用已由单位报销。

10. 精神损害抚慰金

是指患者因医疗事故承受精神创伤而应获得的以货币方式支付的精神补偿,是医疗机构承担医疗事故民事责任的一种重要方式。按照《条例》规定,精神损害抚慰金按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。造成患者残疾的,赔偿年限最长不超过3年。

精神损害抚慰金参考数额: $4200 \text{ 元/年} \times 3 \text{ 年} = 12600 \text{ 元}$ 。

问题解答:

问:精神损失的赔偿,除《医疗事故处理条例》中规定的,是否还可以依照《消费者权益保护法》要求精神损失赔偿,或《民法》中的侵权要求赔偿?

答:根据最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第9条关于精神损害抚慰金支付方式的规定,患者不能再依据《消费者权益保护法》或《民法通则》要求其他精神损害赔偿。

11. 家属处理医疗事故费用

除上述针对医疗事故直接受害者的赔偿外,《条例》还规定了对参加医疗事故处理的患者的赔偿项目及计算方法。参加医疗事故处理的患者近亲属所需交通费、误工费、住宿费,参照《条例》有关规定计算,计算费用的人数不超过2人。

具体的计算方法是,患者有固定收入的,按照本人因误工减少的固定收入计算,对收入高于医疗事故发生地上一年度职工年平均工资3倍以上的,按照3倍计算;无固定收入的,按照医疗事故发生地上一年度职工年平均工资计算。

本案相关费用计算方法如下:

交通费:与医院交涉所支出市内交通费用。可根据实际发生情况进行计算。

误工费:陈××(妻子):800元/月(工资)×2.5个月(误工时间)=2000元。另外一人的误工费,可参照上述公式进行计算。

住宿费:因在当地进行交涉,故未发生。

特别说明:上述费用是指患者家属为解决医疗事故纠纷而发生的费用,不是指因陪护患者治疗而发生的费用。

问:如双方协商,是否需要申请医疗事故鉴定?

答:如果双方能够就赔偿数额达成一致,则不需要申请医疗鉴定。如双方就伤残等级、医院责任比例等存在异议,则可申请医疗事故技术鉴定,亦可直接向人民法院起诉,在法院审理中解决相关问题。

以上法律意见仅供参考。

北京×××律师事务所

×××律师

2003年6月××日

诉讼业务篇

❖ 通过非诉和解的方式解决民事纠纷是人们普遍的愿望,但并非能够完全实现。当医患双方无法通过和解的方式解决其争议时,法院诉讼就成为其无奈的选择。代理当事人诉讼是律师最传统的法律业务,但医疗诉讼却有其本身的特点和诉讼技巧。代理律师均希望通过其努力达到当事人满意的结果。如何实现这一愿望呢?本篇各章将对此加以详细介绍。

❖ 不打无准备之仗,医疗诉讼亦是如此。鉴于医疗诉讼多以患方为原告,故本篇第五章主要介绍了律师代理患方起诉前应做的各项准备工作。(1)利益冲突在其他律师业务领域并不常见,而在医疗诉讼中却经常出现,其主要原因是我国目前可办理此类诉讼案件的专业律师过少。因此,律师在接受委托前应首先进行利益冲突调查。(2)医疗诉讼较之其他诉讼案件的特点之一,是其结果的高度不确定性,而患方却总抱以极高的期望。为此,代理律师应特别注意向当事人提示诉讼风险。(3)医疗损害后果往往滞后于医疗行为发生之时,有时甚至长达20年,而法律可保护患者权益的期限往往是有限的。因此,诉讼时效的审查和风险提示亦是诉前代理律师的工作之一。(4)当事人是否适格将直接决定其是否有资格主张权利。医疗损害所涉人员并非均能成为原告,也并非所有医生或医疗机构均是被告。因此,代理律师在起诉前应特别注意当事人适格性的审查,以避免被法院驳回起诉的不利结果。(5)法律适用的“二元化”

第三篇

导致不同的案由可能会出现完全相反的诉讼结果,医疗侵权诉讼与医疗违约诉讼、医疗事故损害赔偿诉讼与非医疗事故损害赔偿诉讼案由的选择,往往使代理律师不知所措。为此,本章将提出一些建议。(6)查明法律事实是法院审理的重点工作,而法律事实又是有证据可以证明的事实,依法提供证据证明其主张是当事人的诉讼义务。因此,代理律师应协助当事人根据具体案件准备相关证据,以最大程度地维护当事人的利益。(7)当事人提出的诉讼请求并不一定被法院全部接受,医疗诉讼尤其如此。诉讼标的高低又直接与代理律师的服务费用相关,而经常有当事人为此提出投诉。鉴于此,本章将介绍如何确定诉讼标的大小,何时可以变更诉讼请求以规避法律风险。

◆ 举证责任的分配可直接决定当事人实体权利的实现。尽管医疗侵权案件实行举证倒置已有法律的明确规定,但并非所有举证责任均由医疗机构承担。为此,在本篇第六章中,作者将向您介绍证据的概念、种类及举证责任分配的一般原则,通过实例详细说明医疗侵权案件中医患双方举证责任的分配。本章还将为您分析病历在医疗诉讼中的作用及其证明效力的有限性,介绍教科书、医学文献的证明效力。在此需要特别说明的是,尽管本章还介绍了医疗违约诉讼的举证责任分配,但对此我国法律尚无非常明确的法律规定,司法审判人员的做法亦不统一,甚至本书作者之间亦有不同的观点和看法。因此,该部分内容仅供读者参考,而本书不同作者持不同观点这一点亦请您加以谅解。

◆ 医疗纠纷案件高度的专业性,导致审理此类案件的法官通常难以根据其了解的医学知识对案件事实做出实体判断,故而技术鉴定就成为医疗诉讼的重点。本篇第七章将向您详细介绍鉴定的概念、医疗事故技术鉴定与司法鉴定的异同点,详细介绍医疗事故技术鉴定的相关法律规定及其具体操作程序。本章还从实务的角度,介绍如何对于己不利的鉴定结论进行法庭质证以及质证的重点和技巧。最后,本章还简略介绍了目前只能在国外法庭上才能见到的交叉询问及其技巧,供读者参考,因为作者相信这种情况终会出现在中国的法庭上。

◆ 目前医疗纠纷案件审理过程中呈现的混乱状态,其原因之一,是我国目前相关法律法规规定的冲突,现有法律适用的“二元化”,并且这种状况可能还会持续相当长的时间。医疗纠纷案件应如何适用法律,即是本篇第八章将要向您介绍的内容。本章回顾了我国医疗纠纷处理法律制度的历史沿革,重点介绍了《医疗事故处理办法》和《条例》实施阶段的情况,以帮助读者深入理解目前法律适用问题的由来。本章还通过具体实例,详细介绍了医疗侵权的归责原则以及司法实践中存在的问题,介绍了医疗侵权责任的构成要件。

◆ 尽管许多原告述其起诉的理由是为了“讨个理”而非为了“钱”,但是不可否认的是,这种“理”最终大部分需要通过金钱补偿来实现。因此,赔偿数额的计算成为代理律师的重要工作。本篇第九章介绍了损害赔偿的概念、法律特征及其原则,探讨了医疗损害赔偿的特点及其应遵循的原则。本章分别介绍了《条例》和《解释》有关医疗损害赔偿的具体规定及其异同点,详细介绍了每项赔偿的具体计算方法及实务中应注意的问题。最后,本章还介绍了几种特殊损害后果的赔偿项目的计算方法。

◆ 并非所有医疗损害后果均是医疗过失所致,其中既有现有医学科学技术发展水平、患者个体差异及疾病性质等因素影响,亦有患者本人及第三人过错因素,还有人们尚难以抗拒的其他因素等。在医疗纠纷诉讼中,医方可能会以各种理由提出抗辩。鉴于此,本篇第十章详细地介绍了医方在诉讼中可能提出的抗辩理由并加以分析,重点介绍了临床并发症的免责条件、手术同意书的法律效力、医方是否可以据此免责等。本章还对因患者过错及第三人过错致患者损害的责任承担进行了讨论。

第五章 医疗纠纷案件的 诉讼准备

■第一节 医疗纠纷案件受理前审查

并非所有医疗纠纷案件均可通过非诉讼的方式解决。如果医患双方就有关医疗争议无法通过协商的方式达成一致,则可能会走上法庭引发诉讼。代理诉讼是律师最为传统的业务,也是绝大多数律师的主要日常工作。鉴于医疗纠纷案件具有不同于其他民商事案件的特点,因此,律师在决定受理案件之间尚需注意几个问题,包括利益冲突调查与说明、诉讼风险告知、诉讼时效审查等。另外,代理律师还应注意代理过程中可能发生的执业风险。

一、利益冲突调查与说明

利益冲突,系指在律师执业过程中,由于某些与其本人或事业有重要利害关系因素,或者因为其他重要原因致使该律师无法公正地履行其法定或约定的职责,存在损害委托人或他人利益的可能。^①

在较发达国家,利益冲突制度已经相当完善,表现形式多种多样。有的归属道德标准,有的属于执业规范,有的则是法律法规,而且覆盖广泛,涉及包括律师行业在内的社会生活的各个层面。建立和完善律师执业利益冲突制度是各国法律体系建设的重要议题。我国对此在有关的法律、规章和规范性文件中作出了具体的

^① 在英美法系中,利益冲突的法律定义是:“Conflict of Interest refers to a situation when someone, such as a lawyer or public official, has competing professional or personal obligations or personal or financial interests that would make it difficult to fulfill his duties fairly.”

规定。例如:

《律师法》第34条规定:“律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人。”司法部在《关于同一律师事务所的律师不宜担任同一案件原被告代理人的批复》(2001年8月9日 司复[2001]12)中规定,同一律师事务所的律师分别担任同一案件原被告双方代理人的行为,属于双重代理,应予禁止;在县(市)里只有一个律师事务所的情况下,律师事务所可以接受委托,担任同一案件双方当事人的代理人,但必须事前告知双方当事人,征得双方当事人的书面同意,并指派不同的律师进行代理。中华全国律师协会《律师执业道德和执业纪律规范》(2001年11月26日修订)第28条规定:“律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人。同一律师事务所不得代理诉讼案件的双方当事人,偏远地区只有一律师事务所的除外。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第35条规定:“在共同犯罪的案件中,一名辩护人不得为两名以上的同案被告人辩护。”

近年来,我国各地律师协会、律师事务所纷纷制定了有关利益冲突的工作制度。2001年6月27日,北京市律师协会率先施行《北京市律师业避免利益冲突的规则(试行)》(以下简称《规则》)。《规则》将“利益冲突”定义为:同一律师事务所代理的委托事项与该所其他委托事项的委托人之间有利益上的冲突,继续代理会直接影响到相关委托人的利益的情形;将“利益冲突行为”定义为:同一律师事务所或者同一律师已经或者拟代理的两个或者两个以上的委托人之间存在相悖的利益关系,但仍然接受委托代理的行为。《规则》要求律师事务所和律师在承办法律事务过程中,应当恪守执业纪律和职业道德,避免因利益冲突而给委托人造成损害。在接受委托之前,律师事务所应当进行利益冲突查证。只有在委托人之间没有利益冲突的情况下才可以建立委托代理关系。委托人之间存在利益冲突,律师应当向拟委托的委托人明示,在取得相关委托人书面同意给予豁免后,方可报律师事务所与委托人建立委托代理关系。《规则》还对以下几类利益冲突情况作出了强制性规定:

1.《规则》第9条规定:同一律师事务所的律师在承办法律事务过程中,不得从事下列利益冲突行为:(1)在同一诉讼或者仲裁案件中,同时接受对立双方委托的;(2)在同一诉讼或者仲裁案件中,曾在前置程序中代理一方,又在后置程序中接受对立方委托的;(3)在担任常年或者专项法律顾问期间及合同终止后一年内,又在诉讼或者仲裁案件中接受该法律顾问单位或者个人的对立方委托的;(4)在同一非诉讼法律事务中,法律、行政法规明确规定不得同时接受对立双方或者利益冲突各方委托,而接受了委托的;(5)律师或者其近亲属与承办的法律事务的委托人有利益冲突的。

2.《规则》第10条规定:同一律师在承办法律事务过程中,不得从事下列利益

冲突行为:(1)在同一诉讼或者仲裁案件中,同时接受非对立但存在相互利益冲突的两方或者两方以上委托的;(2)在同一诉讼或者仲裁案件中,曾在前置程序中代理一方,又在后置程序中接受非对立但存在相互利益冲突的另方委托的;(3)在担任各类诉讼代理人、仲裁代理人、非诉讼代理人期间及合同终止后一年内,又在其他诉讼或者仲裁案件中接受以该委托人为对立方的他人的委托的。

3.《规则》第11条规定:同一律师在承办法律事务过程中,从事下列利益冲突行为,必须向拟委托的委托人说明,并且取得相关委托人的书面同意:(1)在同一非诉讼法律事务中,同时接受可能会有利益冲突的两方或者两方以上的委托,办理无事实争议的具体性事务;(2)在同一非诉讼法律事务中,同时接受可能会有利益冲突的两方或者两方以上的委托,进行协调、调解工作;(3)在同一非诉讼法律事务中,曾经建立过委托代理关系,又接受对立方或者利益冲突方的委托的,但仅提供过法律咨询意见的除外;(4)在同一诉讼或者仲裁案件中,曾经建立过委托代理关系,又接受对立方或者利益冲突方的委托的,但仅提供过法律咨询意见的除外。律师向委托人履行了本条所列告知义务,而相关委托人未在合理时间内提出书面异议的,视为已经取得了相关委托人的同意。

4.《规则》第12条规定:同一律师事务所的不同律师,从事第10条和第11条所列利益冲突行为,必须向拟委托的委托人说明,取得相关委托人的书面同意,并且应当在相关律师之间设立防火墙,以防止因利益冲突而给相关委托人造成损害。

之所以强调医疗纠纷案件诉讼受理前的利益冲突调查与说明,是因为目前我国熟悉医疗纠纷法律事务的律师不多,具有医学教育背景并专业从事医疗纠纷法律事务的律师更少。如此情形,导致这些专业律师经常会收到来自同一案件医患双方当事人的法律咨询或代理要求,导致当事人之间的利益冲突。因此,经常从事医疗纠纷法律事务的律师或律师事务所,应当建立完善的利益冲突查证制度,包括日常法律咨询登记制度、案件登记制度、法律顾问登记管理制度等。在接受咨询时(含电话咨询),应当详细记录当事人的姓名、涉案的医疗机构名称等,以便于今后的利益冲突查证工作。在接受当事人委托之前,应当首先进行利益冲突查证,以维护委托人的利益。

尽管现有执业规范没有禁止律师为曾接受咨询者的对方当事人提供代理服务,但是,鉴于医疗纠纷案件双方当事人间强烈的利益冲突和情感冲突,作者建议律师在接受委托时应当特别慎重。例如,某律师曾为某医疗纠纷案件的患方当事人提供过法律咨询,但因各种原因没有接受其委托代理诉讼。过后,同一律师又接受了该案件医疗机构的委托,代理其参加了诉讼活动。为此,患方向该律师所在地的律师协会提出投诉,认为该律师的行为损害了其利益。

二、受理前诉讼风险告知

1. 诉讼风险

诉讼风险,是指参与诉讼的各当事人因某种特定原因无法达到诉讼目的,最终承担不利法律后果的可能性。医疗诉讼专业性强、持续时间长、结果不确定,患方往往需要付出大量的时间、精力和财力,而诉讼的结果却常常无法使其完全满意。在律师实务中,已有患方当事人因不满诉讼结果而状告其代理律师的情况出现。因此,律师在接受患方委托代理时,应当特别向其提示医疗诉讼的法律风险,必要时可在向患方当事人出示书面的风险提示书或委托代理协议中特别提出。例如:

甲方(患方当事人)确认:在甲、乙双方签订本协议前,乙方已向甲方充分说明了本案的诉讼风险及可能存在的各种结果,甲方表示理解并愿承担相应风险。乙方代理律师将尽职维护甲方的合法权益,但对诉讼结果不做任何承诺。

医疗纠纷案件的诉讼风险主要包括:原告或被告主体不适格、诉讼地域管辖、超过法定诉讼时效期间、已和解案件诉讼风险、诉讼请求过高导致诉讼费损失、逾期改变诉讼请求不被受理、无法证明损害后果、无法提供索赔依据等。

例如,按照《民事诉讼法》第108条规定,起诉必须符合下列条件:原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;有明确的被告;有具体的诉讼请求和事实、理由;属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。在医疗诉讼中,代理律师应当注意帮助当事人审查和确定原告是否与本案具有直接利害关系,被告主体是否适格等,否则可能导致原告起诉被法院驳回。

【案例5-1】患者徐某(男,59岁)因一氧化碳中毒被送至被告某医院治疗。出院后,患者出现智力下降、反应迟钝,被送至另一医院治疗,并逐渐进入植物状态。徐某妻子张某认为被告医院未采取必要的治疗措施,没有进行针对性的治疗,导致错过最佳治疗时机,存在医疗过错。张某以自己的名义向法院提起诉讼,要求被告承担民事赔偿责任。法院经审理后认为,起诉应当符合一定的条件。原告应当是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。本案原告张某所称受害人徐某现处于植物人状态,但其仍具有民事权利能力,属直接利害关系人。原告张某系徐某之妻,与本案无直接利害关系,其作为原告起诉不符合法律规定。据此,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第108条之规定,裁定如下:驳回原告张某的起诉。

2. 关于已和解案件的诉讼风险

和解,是指民事纠纷的双方或多方当事人,经过协商谈判,就争议事项达成一

致的过程。和解是解决民事纠纷的重要途径之一。根据其与诉讼程序的关系,和解可以分成两种:诉讼前和解与诉讼中和解。由于在和解过程中,患方往往承诺在协议得到执行后不再向法院起诉主张权利,因此,如果患方反悔提起诉讼,尽管其享有诉权,但其胜诉权则可能已丧失。

【案例5-2】2004年4月的一天,吕某因身体不适到医院就诊,在门诊接受检查后,医生为吕某开具了处方。为了省钱,吕某拿着处方到一家平价药店买了药,然后到社区诊所进行治疗。同年7月,吕某突发脑溢血,在被送往医院途中停止了呼吸。之后,吕某的家人以“处方不正”为由多次找医院说理。经过协商双方达成一份协议,约定吕某家人“将原就诊医疗处方原件交给医院。医院补偿其精神损失6000元。”双方履约并当场销毁了处方原件。不想过了一段时间,吕某家人又将医院告上法庭,要求其返还原就诊处方原件。

法院审理后认为,每一个公民及组织在从事民事活动中都应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。原告吕某的家人与医院发生的纠纷,已经经过相关部门的调解,得到了实际解决,原告方也表示不再为此有任何纠葛。然而,原告在明知其所主张返还的处方原件已不存在的情况下,仍坚持要求被告医院返还原物,这一诉讼请求,既无事实根据,也无法律依据,法院不予支持。

3. 关于逾期改变诉讼请求的风险

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第156条规定:在案件受理后,法庭辩论结束前,原告增加诉讼请求,被告提出反诉,第三人提出与本案有关的诉讼请求,可以合并审理的,人民法院应当合并审理。然而,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第34条规定:当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的,应当在举证期限届满前提出。法律规定的不一致,可能导致当事人逾期变更请求的申请不被法庭接受。

在部分医疗纠纷案件诉讼过程中,患方代理律师出于因审理结果不确定而为当事人节省诉讼费用的考虑,在起诉时仅提出数额较低的诉讼请求,准备在鉴定结论做出后根据具体情况再增加诉讼请求。此种方法往往被代理律师视为诉讼技巧。然而,如此技巧也可能使当事人面临其变更诉讼请求不被受理的法律风险。诚然,医疗纠纷案件有其特点,即诉讼结果往往根据鉴定结论而确定,在鉴定前,当事人无法获得鉴定结论,因而无法提出具体的赔偿数额,例如伤残赔偿金、今后治疗费、护理费等。因此,法庭在审理在医疗纠纷案件时,对患方变更诉讼请求的要求并不严格。尽管如此,代理律师仍应特别注意风险告知。

4. 关于举证不能的风险

医疗侵权案件实行举证责任倒置,即由医疗机构就医疗行为与损害结果之间

不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。但是,法律如此规定并不意味着患方不承担任何举证责任。患者应当对其损害赔偿请求权的成立,负有初步的举证责任。即原告应当首先证明其与医疗机构间存在医疗服务合同关系,接受过被告医疗机构的诊断、治疗,并因此受到损害。如果患者不能对上述问题提供证据予以证明,其请求权是不能得到人民法院支持的。

5. 关于证人不出庭作证的风险

除属于法律和司法解释规定的证人确有困难不能出庭的特殊情况外,当事人提供证人证言的,证人应当出庭作证并接受质询。如果证人不出庭作证,可能影响该证人证言的证据效力,甚至不被采信。在医疗纠纷案件诉讼过程中,医患双方往往向法庭提供证人证言以证明其诉讼主张,尤其是患方当事人。但是,如果证人不能出庭作证,则其证人证言有可能不会得到法庭的采信。因此,在受理案件前,律师应当告知当事人证人不能出庭的法律后果。

三、起诉前诉讼时效审查

1. 诉讼时效的概念

诉讼时效,是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利,当时效期间届满时,即丧失了请求人民法院依诉讼程序强制义务人履行义务权利的制度。诉讼时效是权利人行使请求权,获取人民法院保护其民事权利的法定时间界限。它包含两层意思:一是权利人在此时间内享有依诉讼程序请求人民法院予以保护的权力;二是这一权利在此时间内连续不行使即归于消灭。

根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第153条的规定,权利人在超过诉讼时效期间后起诉的,人民法院仍应予以受理,不得以诉讼时效届满为由不予受理。诉讼时效届满,导致权利人的胜诉权消失,人民法院不再予以强制保护。但是,权利人基于民事法律关系所享有的民事权利(实体权利)仍然存在,所以,义务人在诉讼时效届满之后自愿向权利人履行义务的,权利人仍然有权接受,不受诉讼时效的限制。

2. 诉讼时效的种类

根据我国《民法通则》的规定,诉讼时效分为普通诉讼时效、特殊诉讼时效和最长诉讼时效。普通诉讼时效,又称一般诉讼时效,是指在一般情况下普遍适用的诉讼时效。根据我国《民法通则》第135条的规定,普通诉讼时效的期间为2年。特殊诉讼时效是普通诉讼时效的对称,是适用于法律规定的特定民事法律关系的诉讼时效。特殊诉讼时效不同于普通诉讼时效,并非统一的,而是针对具体民事活动的调整需要,分别规定了不同的诉讼时效期间。最长诉讼时效是指

对于各类民事权利予以保护的最长时效期间。《民法通则》第137条规定,从权利被侵害之日起超过20年的,人民法院不予保护,即我国最长诉讼时效期间为20年。

医疗侵权案件属人身伤害案件,根据《民法通则》第136条的规定,适用1年的特殊诉讼时效。但是,如果患方以医疗服务合同违约提起诉讼,则适用2年的普通诉讼时效。

3. 诉讼时效中止

诉讼时效中止,是指在诉讼时效进行期间,因发生法定事由阻碍权利人行使请求权,诉讼依法暂时停止进行,并在法定事由消失之日起继续进行的情况,又称为时效的暂停。我国《民法通则》第139条规定:“在诉讼时效期间的最后6个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止,诉讼时效从中止时效的原因消除之日起继续计算。”

同时,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第172条规定,在诉讼时效期间的最后6个月内,权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人,或者法定代理人死亡、丧失代理权,或者法定代理人本人丧失行为能力的,可以认定为因其他障碍不能行使请求权,适用诉讼时效中止。

4. 诉讼时效中断

诉讼时效中断,是指已开始的诉讼时效因发生法定事由不再进行,并使已经经过的时效期间丧失效力。我国《民法通则》第140条规定:“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起,诉讼时效期间重新计算。”诉讼时效可因法定事由而中断,从中断时起,诉讼时效期间重新计算。例如,在纠纷发生后,患方向法院提起诉讼、与医院进行交涉或医院同意(或部分同意)患方的赔偿要求等,均可导致诉讼时效期间重新进行计算。

5. 诉讼时效期间的起算

由于超过法定诉讼时效期间的法律后果是消灭权利人请求人民法院保护的權利,因此,诉讼时效期间的起算时间就直接关系到权利人的切身权益。我国法律规定,诉讼时效期间从当事人知道或者应当知道权利被侵害时起计算。人身损害赔偿的诉讼时效期间,伤势明显的,从受伤害之日起算,伤害当时未曾发现,后经检查确诊并能证明是由侵害引起的,从伤势确诊之日起算。例如,对于手术遗留纱布、手术器械而引起的案件,诉讼时效是从患者事后知道其体内被遗留纱布或手术器械之日起计算。

【案例5-3】1990年初,患者肿瘤在某医院住院并接受手术治疗。术后半年,X光照片显示在患者下腹部原手术部分有一根手术缝合针。患者找到医院要求取出该针,医院告知目前无法取出,患者未再提出异议。1994年,患者曾因腰痛等再次到该医院复查。2000年,患者诉至法院,要求医院取出遗留的手术缝合针,并赔偿经济损失17万元。

法院经审理认为,因身体受到伤害到人民法院诉讼,请求赔偿的诉讼时效期间为1年。人身损害赔偿的诉讼时效期间,伤情明显的,从受伤之日起计算;伤害当时未曾发现,后经检查确诊并能证明是由于侵害引起的从伤势确诊之日起计算。原告在手术后半载即已知道其体内遗有手术缝合针。1994年复查后,其麻木、疼痛等损害后果已被其发现,而原告直至2000年以后才向被告主张权利,故原告的起诉已超过诉讼时效期间,现再以缝合针留在其体内造成麻木、疼痛为由,要求被告承担其提出的民事责任,本院不予支持。判决驳回原告的诉讼请求。

■第二节 诉讼当事人的确定

民事诉讼的当事人,是指以自己的名义就特定的民事争议要求法院行使民事裁判权的人及相对人。^① 医疗纠纷诉讼的当事人通常与普遍民事诉讼的当事人没有区别,即包括原告、被告、第三人。^②

确定医疗纠纷民事诉讼的当事人,通常是不难的,绝大多数医疗纠纷诉讼的原告是患者或者死亡患者近亲属,被告是医疗机构。人们通常将前者简称为患方,后者简称为医方。在部分医疗服务合同纠纷中,医方可以是原告,患方是被告。在医疗纠纷案件中,诉讼当事人的确定与法院地域管辖、鉴定机构选择、回避等有直接关系,与举证责任、诉讼时效等方面有间接关系,有时可能还会影响到起诉受理和诉讼请求成立与否。因此,代理患方的律师应当在起诉前认真分析、慎重考虑。

一、患方如何确定原告

如果患者没有死亡,则其本人是医疗纠纷民事诉讼的原告。如果患者处于植物人状态或无行为能力、限制行为能力,则由其监护人作为法定代理人代为诉讼。

^① 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2000年版,第95页。

^② 如果我们将医疗事故罪和非法行医罪也纳入医疗纠纷范畴,被害人及其法定代理人或者近亲属既可以参加刑事诉讼,成为附带民事诉讼的当事人(原告人)。

如果患者死亡,其继承人是医疗纠纷民事诉讼的原告,但并不是他所有的继承人都 是适格原告。

(一)患者死亡时原告的确 定

1. 患者死亡可能有两种情况:一是在诉前死亡;二是在诉中死亡。两种情况的相同之处,是患者的继承人可成为医疗纠纷民事诉讼的原告。这里所称的继承人是法定继承人,而且在有第一顺序继承人时,第二顺序继承人不是适格原告。两种情况的不同之处,是继承人作为原告参加诉讼的时间不同。患者在诉中死亡,实际上就是原告在诉中死亡,这时发生诉讼中止。根据我国《民事诉讼法》第136条第1款第(1)项和第137条第(1)项的规定,需要等待继承人表明是否参加诉讼。如果继承人参加诉讼则恢复诉讼,如果继承人放弃诉讼则终结诉讼。

2. 关于患者死亡时被扶养人的原告主体资格。被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。《民法通则》所规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。如果被扶养人是法定继承人中的第一顺序或者在没有第一顺序继承人时为第二顺序,其诉讼权利是完整的。如被扶养人仅为近亲属,不属于上述继承人,其原告的地位是没有问题的,但其可实现的权利,可能仅限于要求被扶养人生活费。^①

(二)胎儿的诉讼地位问题

我国《民法通则》第9条规定:“公民自出生时起死亡止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第1条规定:“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准;没有户籍证明的,以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的,参照其他有关证明认定。”我国《继承法》第28条规定:“遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。”

上述规定未能解决尚未取得出生户籍证明或出生证明的胎儿的民事权利问题。在医疗纠纷尤其是产科医疗纠纷中,胎儿的出生时间、死体与活体的确定都是至关重要的实体问题。出生时间的医学和法律标志往往会成为争议的焦点。对于出生时间,医学界并无定论。法学界有一部露出说、全部露出说、断脐带说、初啼

^① 现实中可能出现的情况比较复杂且有争论,故仅供参考。

说、独立呼吸说等。^①

作者认为,脱离母体、自主呼吸是确定胎儿出生时间的两要素。其中脱离母体(成其为“出”)以断脐为标志(特殊情况先行断脐时,以全部露出为标志),自主呼吸(成其为“生”)则包括胎儿自然出现的自主呼吸和经常规处理或抢救后出现的自主呼吸。因此,一般情况下,胎儿脱离母体自主呼吸的时间就是胎儿出生时间(两者存在较大时间差时,以出现自主呼吸的时间为出生时间),^②就是公民民事权利能力开始的时间。现实中可以出现以下几种情况:

1. 出生前胎儿死亡。因胎儿未出生,没有民事权利能力,胎儿不是权利主体,产妇可以就其生产过程中受到的医疗损害作为原告提起诉讼,但就胎儿的权利提出的诉讼请求将会被驳回。

2. 出生后胎儿死亡。由于该新生儿已出生,是权利主体,具有民事权利能力,因此,父母可作为其继承人成为原告,并就新生儿的权利提出诉讼请求。

3. 未出生胎儿(遗腹子)。未出生胎儿的父亲因医疗纠纷死亡,如果其母亲或其他权利人在胎儿未出生前提起诉讼,因该胎儿尚无民事权利能力,不能成为原告,故他的权利将得不到法律保护。因此,恰当的方法是,待胎儿出生后再提起诉讼或在诉讼期间胎儿出生时立即增加原告。如在医疗纠纷中遇到脑死亡或植物人母亲腹内胎儿的情况,也应对胎儿的权利做出妥善的诉讼安排。

二、患方如何确定被告

在司法实践中,患方可视下列不同情形确定被告:

1. 涉及一家医疗机构的,当以该医疗机构为被告;
2. 涉及两家以上医疗机构的,可以形成医疗服务关系的全部医疗机构为共同被告;
3. 涉及外聘医师会诊或手术的,如外聘医师履行了正常手续,则可以聘请和被聘医疗机构为共同被告;如外聘医师未履行正常手续,则可以聘请医疗机构和被聘医师为共同被告;^③
4. 涉及远程医疗的,可以就诊医疗机构和提供远程医疗服务的医疗机构为共同被告;

^① 张俊浩主编:《民法学原理》(修订第3版),中国政法大学出版社2000年版,第98页。

^② 因我国尚未对脑死亡立法,医学界也没有一致的脑死亡评判标准,确定出生时间时,目前不需要对胎儿的脑功能进行评判。

^③ 由于根据现有法律规定,医疗机构是民事赔偿责任主体,因此,对于外聘医师能否成为此类案件的被告,人们还有不同的观点。

5. 涉及输血(包括血液制品)、医疗器械或药品的案件,可以医疗机构、血站、医疗器械和药品生产和/或销售企业为共同被告,也可选择其一为被告;^①

6. 涉及科室外包、合作项目的,可以医疗机构为被告,也可以医疗机构和承包人、合作方为共同被告;

7. 涉及企业职工医院的,可以职工医院和企业为共同被告;

8. 发生在派遣的医疗队中的情况比较复杂,可参考以下方法确定被告:(1)如医疗队系配合当地医疗机构工作,可以当地医疗机构为被告;(2)如医疗队系配合当地医疗机构工作,且由单一的医疗机构成员组成和派遣,可以当地医疗机构为被告,或以当地医疗机构和派遣医疗队的医疗机构为共同被告;(3)如医疗队系独立工作,且由单一的医疗机构成员组成,可以组成医疗队的医疗机构为被告;(4)如医疗队系独立工作,且由多个医疗机构成员组成,可以派遣医疗队的机关为被告。^②

在确定被告及共同被告排序时,患方及其代理人应当考虑下列因素:(1)被告与原告是否存在权利义务关系,存在何种权利义务关系;(2)各被告间的法律关系和各自所应承担的责任;(3)被告的排序,会影响管辖法院和鉴定机构的选择;(4)被告不同,案由可发生变化,影响举证责任分配;(5)被告不同,案由可发生变化,诉讼时效不一样;(6)被告不同,执行判决的能力各异。

【案例5-4】患者王某因车祸报120(市急救中心),120通知甲医院派出救护车。甲医院将王某运送到乙医院救治,王某不幸身亡。原告认为市急救中心指挥调度失误,甲医院运送病人未遵循就近原则,乙医院抢救不力,并认为主要责任是甲医院,欲起诉三家医疗机构。这三家医疗机构的住所地分别在该市不同的三个区,原告选择了与自己住所地位于同一区的市急救中心为第一被告。如此选择,一是方便了就近诉讼;二是使首次鉴定不在甲医院和乙医院住所地的医学会进行,尽可能排除其他因素对医学会鉴定结论的影响。

三、医方如何确定被告

就医方而言,多数情况下只有在医疗服务合同纠纷诉讼中作为原告,这时的被告自然是患方。这类案件主要是追讨医疗欠费案件和解除医疗服务合同案件。

医疗欠费之服务合同纠纷不同于其他服务合同纠纷。一是双方的权利义务不清晰。医疗服务合同双方并没有签订书面合同,是事实上的合同关系。法律对医患双方的权利义务规定甚少,服务的价格又不够透明,这就使得医方在证明自己收

^① 应当注意的是,不同被告案件的举证责任可能存在差异。

^② 在学术讨论和司法实践中对此有不同看法和做法。

费的合理性方面存在困难。二是可能要进行医学鉴定。在此类诉讼中,作为被告的患方通常会提出医方存在过错导致人身损害和/或违约增加了医疗费用,而这是法官不能直接做出判断的事实,因此,通常需要进行医学鉴定。^①

除上述原因外,患方执行判决的能力、社会舆论对弱者的天然同情以及国有医院所有权人的缺位,都影响了医疗机构主张权利的积极性。因此,在实践中,医方因患方单纯欠费而起诉的情况并不多见,尤其是国有大型医院。医疗欠费问题始终没有得到很好的解决。

解除医疗服务合同之服务合同纠纷,通常发生在患者及其亲属认为疾病未愈拒绝出院时,或者患者及其家属与医疗机构发生医疗纠纷而占据病床或病房拒绝出院(无论其是否支付医疗费用)时。在这种情况下,医疗机构可以患者为被告向人民法院提起诉讼,要求解除医疗服务合同。当然,对患者占据医疗机构其他场所(如办公室、值班室等)的或者其亲属占据病床、病房、其他场所的,医疗医疗机构可向公安机关报案,要求按《治安管理处罚法》第23条处理。^②

医方在确定被告时,应当将患方做广义的理解,下列自然人和法人(组织)都可以成为被告:(1)患者本人;(2)患者的监护人,包括《民法通则》第16条、第17条规定的自然人、单位、组织;(3)负有承担医疗费用义务的机构,如患者的单位、保险机构等;(4)如患者是因他人加害(如伤害、事故等),在一定条件下,医方可向加害人追偿。

在以患方为原告的医疗纠纷诉讼案件中,医方的诉讼地位也不是一成不变的。在医疗服务合同纠纷中,如果患方存在欠费情况,则医方可以提出反诉,成为反诉之原告,这时患方是反诉之被告。^③

如果以患方为原告的医疗纠纷诉讼案件涉及输血(包括血液制品)、医疗器械和药品产品质量问题等方面,医方则可向人民法院申请追加血站、生产和/或销售企业为被告或第三人。如果医方申请被人民法院驳回,则医方可以血站、生产和/或销售企业为被告提起新的诉讼。

① 如果作为被告的患方仅仅是提出医疗过失抗辩而未提出反诉,则一般不需进行医学鉴定,但法院会要求患方另行起诉,主张权利。

② 《治安管理处罚法》第23条规定:有下列行为之一的,处警告或者200元以下罚款;情节较重的,处5日以上10日以下拘留,可以并处500元以下罚款:(一)扰乱机关、团体、企业、事业单位秩序,致使工作、生产、营业、医疗、教学、科研不能正常进行,尚未造成严重损失的;聚众实施前款行为的,对首要分子处10日以上15日以下拘留,可以并处1000元以下罚款。

③ 在医疗侵权案件中,如果医方以患方欠费为由提出反诉,则可能因不具备牵连性或非同一法律关系而被法院不予受理,医方应另行起诉。

■第三节 医疗纠纷诉讼的案由选择

医疗纠纷诉讼案由的选择和确定,对诉讼的影响是多方面的,包括法律的适用、鉴定与否及鉴定方式、举证责任的分配、承担民事责任的方式、赔偿的数额、诉讼时效等。因此,代理律师在诉前应慎重分析研究案件当事人之间实际存在的法律关系,正确选择和确定案由。

一、医疗纠纷诉讼的案由种类

目前,患方起诉案由和我国各级受理医疗纠纷案件的案由非常混乱。“人身损害赔偿”、“医疗赔偿”、“医疗事故赔偿”、“医疗事故损害赔偿”、“医疗纠纷”、“医疗引起的人身损害赔偿”、“医疗损害赔偿”、“医疗意外死亡纠纷”、“医疗服务合同”、“医患合同纠纷”、“医疗产品质量纠纷”等各种案由名称均可见诸于法律文书。出现这种混乱原因,一方面是当事人在起诉时,不清楚或暂时不能确定案件各方的法律关系,更重要的是各地法院法官对医疗纠纷案件认识的不统一。

最高人民法院在《民事案件案由规定(试行)》中,将民事案件分为4部分54类300种,在种案由下还有若干项。涉及医疗纠纷的案由有服务合同纠纷之医疗服务合同纠纷、人身损害赔偿纠纷之医疗事故损害赔偿纠纷两项。

最高人民法院在《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》中,将医疗事故引起的医疗赔偿纠纷与医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷分列。在地方人民法院的工作文件中,对由非医疗事故引起的医疗损害赔偿纠纷的内涵和外延各有不同规定。如北京市高级人民法院规定:“医疗损害赔偿纠纷包括医疗事故损害赔偿纠纷和一般医疗损害赔偿纠纷。一般医疗损害赔偿纠纷指因医疗事故以外的原因引起的医疗损害赔偿纠纷,包括不申请进行医疗事故技术鉴定、经鉴定不构成医疗事故以及不涉及医疗事故争议的医疗损害赔偿纠纷。”^①安徽省高级人民法院规定:“医疗事故以外的其他医疗赔偿纠纷包括以下纠纷:(1)因医疗故意行为引起的赔偿纠纷;(2)医疗机构的诊疗、护理行为造成患者伤害虽不构成医疗事故,但确因其诊疗、护理行为存在过失引起的赔偿纠纷;(3)其

^① 详见北京市高级人民法院《关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的意见(试行)》(京高法发[2005]157号)。

他违反医疗方面法律、法规的行为引起的赔偿纠纷。”^①

从上述最高人民法院和地方高级人民法院的规定来看,我们可以将医疗纠纷的案由归纳为两种三类:第一种是医疗服务合同纠纷;第二种是医疗损害赔偿纠纷,其中包括医疗事故损害赔偿纠纷和其他医疗损害赔偿纠纷两项。^②

最高人民法院在《关于印发〈民事案件案由规定(试行)〉的通知》中规定,“第一审法院立案时可根据当事人的起诉确定案由。当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不符时,结案时以法庭查明的当事人之间实际存在的法律关系作为确定案由的依据。”也就是说,在诉讼中有立案案由与结案案由之分,前者是根据当事人的起诉确定,后者是以实际存在的法律关系确定。

由于法学界和司法界对“诉审一致”原则存在分歧,实践中,人民法院审理包括医疗纠纷在内的民事案件时,并不总是以原告的起诉案由为限,法院在立案审查和案件审理过程中,改变案由和扩大或缩小审理范围,都是常见的现象。对于当事人来说,因对事实认识 and 法律知识理解不够,在起诉时认识反映当事人之间实际存在的法律关系有时是困难的。有些案件也确实需要通过诉讼中的法庭调查,来正确认识当事人之间实际存在的法律关系。

二、医疗纠纷诉讼案由的选择

由于医方在大多数情况下是被告,而且在作为原告起诉时的案由通常是医疗服务合同纠纷,诉前对案由没有多少选择余地,因此,作者主要讨论患方对案由的选择。患方在案由的选择方面,拥有较大的空间和较多的主动权。

(一)医疗服务合同纠纷

学术界对医患关系是不是合同关系存在截然不同的看法。在司法实践中,主流意见认为医患之间存在事实上的医疗服务合同关系,医疗纠纷发生的前提是医患双方存在医疗服务合同关系。因此,从理论上讲,所有的医疗纠纷都是医疗服务合同纠纷。然而,司法实践中有一种倾向,那就是不考虑在当事人之间是否存在合同关系,都作为侵权来对待。^③在医疗纠纷案件审理中,这一倾向更加明显。

当事人和不少法律专业人士对医疗服务合同纠纷存在这样的认识误区,因合

^① 详见安徽省高级人民法院《关于审理医疗赔偿民事案件的若干意见(试行)》(皖高法[2004]11号)。

^② 有人认为与医疗事故损害赔偿相对应,其他医疗损害赔偿应称为非医疗事故损害赔偿,作者认为使用非医疗事故损害赔偿可能会产生误解。

^③ 王利民:“侵权与违约的区分标准”,2001年9月10日在逸夫国际会议中心的演讲稿。

同纠纷不能请求精神损害赔偿,所以,对于同一案件,以医疗服务合同纠纷为案由起诉,请求赔偿数额和实际赔偿金额要低于以医疗损害赔偿纠纷为案由起诉。这也是以医疗损害赔偿纠纷为案由起诉远多于以医疗服务合同纠纷为案由起诉的原因之一。

我国《合同法》第113条确定的违约赔偿原则是完全赔偿原则,也称为全部赔偿原则。^① 完全赔偿的范围包括直接损失(即所受损害)和间接损失(即所失利益)。^② 当患者因医疗过错行为致残时,适用《合同法》完全赔偿原则计算的赔偿金额,有时要高于适用《条例》和《解释》计算的赔偿金额。原因是《条例》和《解释》对残疾赔偿金(残疾生活补助费)规定了赔偿年限,而《合同法》没有规定,实践中可以预期寿命与实际年龄之差为赔偿年限。

在精神损害抚慰金普遍不高的现阶段,放弃精神损害赔偿要求,以医疗服务合同纠纷为案由起诉,请求赔偿数额和实际赔偿金额,完全可能高于以医疗侵权赔偿纠纷为案由起诉的案件。如此起诉的主要风险在于受诉人民法院的法官对《合同法》第113条和违约归责原则持何种理解。

(二)医疗损害赔偿纠纷

医疗纠纷多是因患者在接受诊疗护理过程中出现的某种后果,被患方认为其生命健康权受到医方侵害而要求医疗损害赔偿所引起。因医疗损害赔偿纠纷有医疗事故损害赔偿纠纷和其他医疗损害赔偿纠纷两类案由,因此,代理律师应对起诉前已了解的情况、收集的证据进行分析后,再对案由进行选择。

1. 根据起诉前医疗事故技术鉴定的情况选择案由

(1)如果诉前已进行医疗事故技术鉴定,鉴定结论为构成医疗事故,则可以医疗事故损害赔偿纠纷起诉;

(2)如果诉前已进行医疗事故技术鉴定,鉴定结论为不构成医疗事故,但鉴定分析指出医方存在某种过错、不足或缺陷等,则可以其他医疗损害赔偿纠纷起诉;

(3)如果诉前已进行医疗事故技术鉴定,鉴定结论为不构成医疗事故,且未指出医方存在诊疗护理过错、不足或缺陷等,则可以其他医疗损害赔偿纠纷起诉;

(4)如果诉前已进行医疗事故技术鉴定,但根据《条例》第33条第(1)项至第(4)项认为不构成医疗事故,则可以其他医疗损害赔偿纠纷起诉;

(5)如果诉前未进行医疗事故技术鉴定,但有明显的损害结果,虽难以对是否构成医疗事故作出较准确的判断,可以其他医疗损害赔偿纠纷起诉;

^① 刘凯湘主编:《民法学》,中国法制出版社2000年版,第610页。

^② 崔建远主编:《合同法》(第2版),法律出版社2000年版,第285页。

(6) 如果诉前未进行医疗事故技术鉴定,且无明显的损害结果,不宜以医疗损害赔偿纠纷为案由;

(7) 如果诉前经过首次和再次医疗事故技术鉴定,一般以再次鉴定的结论为依据,选择起诉案由。

2. 根据预期获偿的金额选择案由

由于对医疗损害赔偿纠纷的法律适用存在“二元化”的现象,即审理医疗事故损害赔偿纠纷参照《条例》,审理其他医疗损害赔偿纠纷适用《民法通则》,^①因此,在计算赔偿数额时存在两种标准,即医疗事故损害赔偿纠纷参照《条例》的规定计算,其他医疗损害赔偿纠纷依照《解释》的规定计算。

在大多数情况下,按《解释》的规定计算出来的数额要高于按《条例》的规定计算出来的数额,尤其是在患者死亡的情形,因《条例》未规定死亡赔偿金。但是,在下列情形可出现相反的计算结果:患者残疾,尤其是60周岁以下者。关于残疾赔偿金或残疾生活补助费的赔偿年限,《条例》规定为最长30年,《解释》规定为20年。尽管两者分别以年平均生活费与人均可支配收入(农村为人均纯收入)为计算基数,年平均生活费用低于人均可支配收入,但赔偿年限的不同,前者的赔偿数额可能高于后者。

【案例5-5】以北京市城镇居民为例,2004年的年平均生活费(等于人均消费性支出)为12200.4元,人均可支配收入为15637.8元,乘以不同的年限数,以医疗事故损害赔偿纠纷为案由的预期获偿金额为366012元,以其他医疗损害赔偿纠纷为案由的预期获偿金额为312756元。

《条例》对精神损害抚慰金的赔偿有具体的计算方法,《解释》和最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》均无具体的计算标准。这时,需要根据侵权人的过错程度,侵害的手段、场合、行为方式,侵权行为所造成的后果,侵权人的获利情况,侵权人承担责任的经济能力和受诉法院所在地平均生活水平六因素确定精神损害抚慰金数额。

因存在有标准与无标准(或称标准不明确)的区别,医疗事故损害赔偿纠纷可相对准确地计算预期获偿的金额,其他医疗损害赔偿纠纷则难以计算预期获偿的金额。这时除要考虑上述因素外,更实用、有效的办法是参照当地法院的工作文件和当地法院的在先判例,来选择案由。

作者认为,代理律师在诉前分别按两种不同标准全面计算预期获偿金额是非

^① 参见最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》第1条第1款、第3条。

常有必要的,这对案由选择肯定是有帮助的。

三、医疗违约之诉与医疗侵权之诉

(一)医疗违约之诉与医疗侵权之诉的概念

医患双方在医疗活动中,一方行为因违反合同义务,对另一方造成损害,产生合同之债,受害方对加害方提起民事诉讼,要求加害方承担违约责任,是医疗违约之诉。我国《民法通则》第106条第1款是违约责任最基本的法律规定。在实务中,医疗违约之诉即为医疗服务合同纠纷民事诉讼。

医患双方在医疗活动中,一方行为因违反法定义务,对另一方造成损害,产生法定之债,受害方对加害方提起民事诉讼,要求加害方承担侵权责任,是医疗侵权之诉。我国《民法通则》第106条第2款是侵权责任最基本的法律规定。在实务中,医疗侵权之诉即为医疗损害赔偿纠纷民事诉讼,包括医疗事故损害赔偿纠纷和其他医疗损害赔偿纠纷民事诉讼。

(二)医疗违约之诉与医疗侵权之诉的特点

医疗违约之诉和医疗侵权之诉的本质特征与民事诉讼中的其他违约之诉和侵权之诉是一样的,但因医疗活动的特殊性和我国医疗卫生法律制度的现状,决定了它们具有自身的特点:

1. 医疗服务合同是无名合同,双方的权利义务除某些特殊的医疗服务可以合同约定(明示)外,大多数情况下是以医疗服务行业的习惯默示。由于医方相对患方而言对服务的理解和信息的掌握拥有更大的主动权,因此,医疗服务合同中医方的约定义务和患方的权利并不总是清晰、明确的,诉讼中对医方的违约认定存在一定困难。

2. 医方的法定义务散见于我国的医疗卫生法律、行政法规、部门规章之中,且不够全面。诊疗护理规范、常规是医疗卫生界公认的行业惯例,在行业内具有一定强制性,但其绝大多数并没有形成规范性文件,这就使医疗侵权之诉的非医方诉讼参加人和审理法官对侵权事实无法直接做出判断,往往需要通过鉴定来确定。

3. 不伤害患者并有益于患者,是医疗服务的道德和法律底线,认定医方行为违约和侵权都应以此为基础。

(三)医疗违约之诉与医疗侵权之诉的区别

医疗违约之诉与医疗侵权之诉在许多方面存在不同,主要区别如下:

1. 归责原则不同

医疗违约之诉采用无过错责任原则,只要当事人不履行合同义务或履行合同义务不符合约定,无论其有无过错,只要没有免责事由,就要承担违约责任。医疗侵权之诉一般采用过错责任原则,医疗机构只有在其存在过错的情况下才有可能承担民事责任。

2. 举证责任不同

在医疗违约之诉中,原告需证明其与被告存在医疗服务合同关系;不履行合同义务的,由负有履行义务的当事人承担举证责任;履行合同义务不符合约定的,谁主张谁举证。

在医疗侵权之诉中,患方需要证明与医方存在医疗服务合同并发生了医疗损害;医方对医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。即举证责任倒置,或被称为举证(证明)责任转移。

3. 赔偿范围不同

医疗违约之诉与医疗侵权之诉的主要区别是前者不能主张或主张也不被认可精神损害抚慰金,后者可主张且通常会得到法院支持。对财产(物质)损失的赔偿范围二者基本一致,但在计算中会存在数额差异。

4. 诉讼时效不同

医疗违约之诉的诉讼时效期间为2年,医疗侵权之诉的诉讼时效期间为1年。

5. 承担责任的方式不同

医疗违约之诉与医疗侵权之诉承担责任的主要方式均为财产责任——赔偿损失,但医疗违约之诉的解除合同为非财产责任。在医疗侵权之诉涉及姓名权、肖像权、名誉权、隐私权时,承担责任的方式包括停止侵害,消除影响、恢复名誉,赔礼道歉。在涉及生命健康权的医疗侵权之诉中,如果单纯主张赔礼道歉,通常会因无法法律依据而被驳回。

(四)具体案件诉讼案由的选择

当行为人的行为既符合违约责任的构成要件,又符合侵权责任的构成要件,就属于违约责任与侵权责任的竞合;相对受害人来说,则是请求行为人承担责任之请求权竞合。代理律师应当根据案件的具体情况,结合两类诉讼不同的特点,选择对当事人最为有利的案由。

在医疗纠纷民事诉讼中,受害人不能双重请求,只能选择其一主张权利,相对人只承担违约责任或侵权责任,而不承担双重责任。理论上认识的分歧和实践中处理的不同,使得医疗违约与侵权竞合的问题变得不够清晰,将医疗纠纷案件一律

作为侵权案件处理是比较普遍的现象。其原因包括:(1)《条例》对造成医疗事故的行为赋予了侵权行为的特征,而对因违约产生的医疗事故没有界定;(2)最高人民法院有关民事赔偿的解释,只规定侵权赔偿的计算,而无违约赔偿的计算;(3)侵权赔偿可以主张精神损害抚慰金,而违约赔偿不能主张精神损害抚慰金;(4)医疗服务合同双方的权利义务不够明确。

■第四节 起诉前诉讼证据的准备

一、医疗纠纷诉讼证据准备要点

证据是认定案件事实的根据。在起诉前尽可能全面地收集证据,是代理律师最重要的任务之一。确定被告、第三人,选择案由,确定诉讼请求和标的额,以及决定起诉与否或对诉讼结果的预期,均依靠对证据的收集、分析和判断。

证据要具备客观性、关联性、合法性要件,证据的形式符合法律规定。代理律师应帮助当事人根据不同医疗纠纷案件的举证责任分配,重点地收集自己举证责任范围内的证据,对其进行分析判断,决定证据的取舍和使用。

从开始就医就注意保留证据当然是谨慎的做法,但这可能有损医患之间起码的互信关系。事实上,大多数人是在发生了损害结果后,才注意收集证据的,但这时有些证据可能已经灭失。

病历是医疗纠纷案件最重要的证据。当事人遗失、涂改、伪造、隐匿、销毁、抢夺病历,或以其他不正当手段改变病历资料的内容的情况并不鲜见。因此,及时复印或复制、封存病历资料对医患双方都是必要的。

关于医学知识的准备。人民法院在审理医疗纠纷案件时,一般不会对医学事实直接审查和判断。但无论是医疗事故技术鉴定还是法医鉴定,均要听取当事人双方的陈述意见,因此,相关医学知识的准备是必要的,尽管这对患方当事人来说无疑是很困难的。代理律师可通过向医学专业人士咨询,获取必要的医学知识。

二、医疗侵权诉讼证据准备

医疗侵权之诉,患方需要证明与医方存在医疗服务合同并发生了医疗损害;医方对医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。诉前证据准备应以此证据责任分配为依据。

（一）患方的证据准备

1. 证明存在医疗关系的证据

交费单、挂号单等诊疗凭证及病历、出院证明等证据可以证明医疗关系存在；化验单、检查报告、处方等其他证据也能证明存在医疗关系。

2. 证明存在损害结果的证据

主要是病历、诊断证明、死亡证明等。无论是医疗过程中发生的损害，还是医疗终结后仍存在的损害，均属于医疗损害。而且对于患方来说，并不苛求其在起诉时，对损害有科学、客观的认识，只要其认为某一结果属于医疗损害即可。至于该结果最后如何认定，那是鉴定和审理要解决的问题。因此，医疗过程中出现的不良反应、并发症、后遗症、伤残、死亡及误诊、漏诊引起的后果等，均可作为患方起诉的“损害结果。”

3. 证明物质损失的证据

主要是误证明、医疗费和其他费用凭证，赔偿权利人的身份证明。

4. 其他证据

证明医疗行为存在过错虽不是患方的举证责任，但准备证明医疗过错行为的证据，对主张的成立、诉讼请求的实现是有利的，也是必要的。

患方在诉讼前通常无法收集到主观病历，对案件事实的判断肯定是不全面的。即使如此，患方也不可采取盗、抢等非法或不正当手段获取病历，否则将可能承担不利的诉讼后果。

（二）医方的证据准备

医方准备的证据主要是病历资料 and 共同封存的实物，如患者的医疗过程涉及其他医疗机构，也包括其他医疗机构的病历资料。对卫生行政部门颁布的有关诊疗护理规范、常规的规范性文件，可作为说明性书证准备。需要注意的是，一般病历资料并不能单独证明医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在过错。因此，申请医疗事故技术鉴定通常被认为是医方的举证义务。

医方在准备病历时，要注意保证病历的原始状态。医方任何改变病历资料内容的行为，导致医疗行为与损害结果之间因果关系不明或有无医疗过错无法认定时，将承担不利的诉讼后果。

在涉及输血、医疗器械和药品的医疗纠纷中，医方应准备证明血液及制品、医疗器械和药品来源的证据（产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任）。如果纠纷涉及医疗机构和医护人员执业的合法性，医方应准备证明其机构和人员

合法执业的证据。

三、医疗违约诉讼的证据准备

医疗违约之诉,原告需证明其与被告存在医疗服务合同关系;不履行合同义务的,由负有履行义务的当事人承担举证责任;履行合同义务不符合约定的,谁主张谁举证。

在患方为原告的医疗纠纷违约之诉中,常见的情形是因患方认为医方履行合同义务不符合约定,这时患方应准备证明医方违约的证据,医方应准备证明无违约的证据,其他证据准备与医疗纠纷侵权之诉没有什么区别。

在医方为原告的医疗纠纷违约之诉中,如解除医疗服务合同诉讼,医方需准备证明其与患者存在医疗服务合同关系的证据,并准备证明应当解除合同的证据。单纯以欠费证据解除合同,很难得到裁判支持,医方应准备患者疾病痊愈或无继续治疗必要,本合同项下的医疗可以终结的证据。

医疗纠纷违约之诉通常也需要进行鉴定,但这时的鉴定,应当遵循谁主张谁举证的原则,谁举证谁申请,不再是医方一方的义务。

■第五节 诉讼请求及标的额计算

一、诉讼请求的提出

医疗纠纷民事诉讼的诉讼请求,应当根据案件事实、诉讼案由和《民法通则》规定的承担民事责任的方式提出。对于当事人和代理人来说,诉讼请求的提出应当遵循以下原则。

1. 实事求是

以真实有效的证据为事实基础,分析当事人之间存在的法律关系,确定案由,提出诉讼请求。不要提出不现实的诉讼请求,在明知诉讼请求不能实现的情况下,不要以不合理的请求作为调解、和解的筹码。

2. 符合法律规定

诉讼请求中要求被告承担责任的方式要符合法律规定。诉讼标的(赔偿项目和数额)的计算要有事实和法律依据。要注意医疗违约之诉与医疗侵权之诉在法律适用方面的差异。将所有的医疗纠纷均视为侵权之诉,并不是明智的选择。

3. 有利于委托人

代理人尤其是律师,应当从法律专业知识和技能方面,为提高诉讼的效率和保护委托人的利益,做出有利于委托人的安排,在诉讼请求中体现和满足委托人的全部合理要求。但代理人不应为谋取自身经济利益而运用“诉讼技巧”。

二、诉讼标的额计算

具体的计算方法详见本书第九章。本节只介绍与标的额计算有关的几个问题。

1. 根据事实和法律规定计算

只有根据事实和法律规定计算出来的标的额,才可能得到裁判支持。正确适用法律可以使当事人的合法权益得到更充分的保障。

2. 标的额的动态计算

起诉标的额不是一经提出就一成不变的,诉讼进行过程中发生的事件将使标的额发生变化,可以适时进行调整(重新计算)。调整标的额关键时点有:

(1)在举证期限内,收集到新证据时。如新证据能证明损失的变化,应根据证据调整标的额;

(2)收到鉴定结论时。根据是否构成医疗事故、事故等级、医疗行为是否存在过错以及医疗行为与损害结果的因果关系、责任程度、残疾等级、过错参与度等调整标的额;

(3)在诉讼中有新的费用产生时,如新发生的医疗费用;

(4)原告身份发生变化时。在诉讼中原告的身份由农村居民变为城镇居民,或相反,均需调整标的额;

(5)患者在诉讼中死亡,其继承人参加诉讼时。需要根据患者死亡这一事实调整标的额;

(6)诉讼中用新的实体权利主张替代原来实体权利主张(变更诉讼请求)时;

(7)一审法庭辩论终结前。《解释》第35条第2款规定:“‘上一年度’,是指一审辩论终结时的上一统计年度。”对于跨年度的诉讼,注意在一审法庭辩论终结前调整标的额;

(8)统计年度报告公布时。国家公布正式统计报告(数据)和地方法院公布审判年度参照指标,通常在每年的4月底至5月上中旬,对于跨越该时间段的诉讼,注意调整标的额。

3. 标的额与诉讼费用

标的额大小与管辖法院及诉讼费用(包括法院的诉讼费和律师代理费)的负担

有密切关系,这也是计算标的额时,应考虑的因素。

4. 精神损害抚慰金的计算

《条例》对精神损害抚慰金的计算有明确的规定,在医疗事故损害赔偿纠纷中可按规定计算。其他医疗损害赔偿纠纷所适用的法律中,均未对精神损害抚慰金的计算作出明确规定。这一方面使计算精神损害抚慰金缺乏尺度,另一方面也为计算精神损害抚慰金提供了空间。

5. 各方当事人均应计算

在诉讼中包括原告、被告、第三人在内的各方当事人均应计算标的额,以对预期获偿额、预期给付额有充分的估计,为调解、和解提供数额上的参考。

三、诉讼请求的变更

在民事诉讼法学中,变更诉讼请求是指在案件审理过程中,当事人用新的实体权利主张替代原来实体权利主张的一种诉讼行为。^①它与放弃诉讼请求(非撤诉)、增加诉讼请求是并列的概念。但是,我国《民事诉讼法》及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》有关审理程序的规定中,均无变更诉讼请求一说。而在司法实践中,通常将放弃诉讼请求、增加诉讼请求、甚至还将诉讼请求额的变化均视为变更诉讼请求的诉讼行为。也就是说,在实践中所说的“变更诉讼请求”比诉讼法学定义的“变更诉讼请求”要宽泛许多,本书也是在此意义上使用。

(一)变更诉讼请求的常见情况

在医疗纠纷民事诉讼中,变更诉讼请求是经常发生的。包括:

1. 当事人对案由的再选择,或是根据人民法院审理确定的案由对诉讼请求的调整;
2. 由于以侵权代违约的倾向存在,违约与侵权竞合在医疗纠纷中的客观存在,在医疗纠纷民事诉讼中,出于对举证责任分配和精神损害赔偿的考虑,将医疗服务合同纠纷变更为医疗损害赔偿纠纷的居多;
3. 因诉讼时效原因,尤其是一方当事人在医疗侵权之诉中以诉讼时效抗辩时,另一方当事人将医疗损害赔偿纠纷变更为医疗服务合同纠纷;
4. 在医疗损害赔偿纠纷中,因医疗事故技术鉴定结论不构成医疗事故时,当事人将医疗事故损害赔偿纠纷变更为其他医疗损害赔偿纠纷;或医疗事故技术鉴

^① 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2000年版,第35页。

定结论构成医疗事故时,当事人将其他医疗损害赔偿纠纷变更为医疗事故损害赔偿纠纷。

(二)变更诉讼请求的注意事项

1. 变更诉讼请求应符合案件实际存在的法律关系。变更诉讼请求不应是单纯的趋利性选择,更不应凡医疗纠纷就往侵权上靠。选择医疗违约之诉与医疗侵权之诉和对其进行变更,应以案件实际存在的法律关系为准。当出现竞合时,则从有利于诉讼和利益保护的角度考虑。

2. 变更诉讼请求应在规定的时间提出。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第156条规定:“在案件受理后,法庭辩论结束前,原告增加诉讼请求,被告提出反诉,第三人提出与本案有关的诉讼请求,可以合并审理的,人民法院应当合并审理。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第30条规定:“债权人依照合同法第一百二十二条的规定向人民法院起诉时作出选择后,在一审开庭以前又变更诉讼请求的,人民法院应当准许。”

但是,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第34条第3款规定:“当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的,应当在举证期限届满前提出。”第35条规定:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第34条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的,人民法院应当重新指定举证期限。”

上述司法解释对变更诉讼请求的时间作了不同的规定,在实践中也造成了一些混乱。因此,在起诉时根据案件事实,准确把握法律关系,提出全面而且适当的诉讼请求,是避免变更诉讼请求导致诉讼风险产生的最好办法。在医疗纠纷案件的审理之始,相当多的法官要求当事人明确案由,对诉讼请求进行确认。当事人这时确认起诉案由和诉讼请求,并不影响其在诉讼中行使变更诉讼请求的诉讼权利。

第六章 医疗纠纷案件的 举证责任

所谓打官司就是打证据,这话不无道理。现代法制条件下,法官审理案件必须以法律事实为依据,而法律事实的存在与否必须依靠证据来证明。因此,证据制度已成为民事诉讼的重要制度,而举证责任的分配又被认为是证据制度的核心。本章将主要介绍医疗纠纷案件的证据、举证责任分配以及相关问题。同时,还将就病历、教科书及医学文献在医疗纠纷诉讼案件中的证明效力及其局限性进行讨论。

■第一节 证据及举证责任分配

一、证据的概念

什么是证据?这是一个看似简单但却又十分复杂的问题,证据学家们亦为此而争论不休。我国《刑事诉讼法》第42条规定,证明案件真实情况的一切事实,都是证据。我国学者关于证据概念的定义大多来源于该法律规定,即“证据就是证明案件真实情况的事实。”^①然而,不能证明案件真实情况的事实就不是证据吗?研究该问题的现实意义是,在医疗纠纷案件的诉讼过程中,医患双方均有可能向法庭提供各种教科书、医学文献、个人专著等作为证据,以证明自己的主张,即医疗机构存在或不存在医疗过错,患者损害后果与医疗行为是否存在因果关系。如果依据上述关于证据的定义,则这些材料均不属于证据范围,因而也不可能得到双方质证和法庭认证。这种结论显然是与现实情况脱离的。

关于证据的定义,作者赞同何家弘教授的观点,即证据就是证明的依据。从法律的角度界定,证据就是证明案件事实或者与法律事务有关之事实存在与否的根

^① 江伟主编:《证据法学》,法律出版社,1999年版,第206页。

据。无论这“根据”是真是假或半真半假,均是证据。同时,证据和定案根据是两个既有联系又有区别的概念。一般来讲,定案根据都是证据,但是证据并不一定都能成为定案根据。^① 据此,在医疗纠纷诉讼过程中,医患双方均可将教科书、医学文献、个人专著等作为证据向法庭提交。然而,这些证据能否成为法庭定案的根据,则需经过双方质证和法庭认证才能确定。

实际上,在一般情况下,受知识结构、医疗知识的高度专业性等因素影响,法官缺乏对医疗问题进行自主判断的能力,因而必须借助医学专家(部分情况下包括法医学专家)的力量进行审理,通过医疗事故技术鉴定的方式确认医疗机构是否存在医疗过错。因此,在审判实践中,法官很难单独对教科书、医学文献、个人专著等证据的证明效力做出认定。对此,医患双方均应加以特别注意。

二、证据的种类

根据我国《民事诉讼法》第63条的规定,民事诉讼证据有下列几种:(1)书证;(2)物证;(3)视听资料;(4)证人证言;(5)当事人的陈述;(6)鉴定结论;(7)勘验笔录。

1. 书证

是指以其内容来证明待证事实有关情况的文字材料。凡是以文字来记载人的思想和行为以及采用各种符号、图案来表达人的思想,其内容对待证事实具有证明作用的物品都是书证。在医疗纠纷案件中,当事人提交的证据大多属于书证范畴,其中最为重要的是患者就医的各种病历资料。在医疗纠纷案件的司法审判中,病历资料对于证明医疗机构的医疗行为不存在过错及不存在因果关系的作用,是其他任何证据所不能替代的。关于病历作为证据及证明效力的有限性,我们将在本章第四节专门加以讨论。

2. 物证

是指能够以其存在形式、外部特征、内在属性证明待证事实有关情况的物品或者痕迹。物证与书证既有区别又有联系。在某些情况下,根据与案件的联系和所证明的案件事实,同一物品可以同时具备书证与物证的特征,既可以作为书证,又可以作为物证。在医疗纠纷案件中,最常见的物证是导致患者不良反应的血液、药液、注射器、输液器等实物。

3. 视听资料

是指通过录音、录像、电子计算机及其他电磁方式记录存储的信息来证明待证

^① 何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第92页、第99页。

事实有关情况的资料。视听资料是我国诉讼法规定的一种独立的证据形式,国外多将视听资料划入书证的范畴。该类证据主要以录音资料、录像资料、电脑贮存资料等为其表现形式。在医疗纠纷案件中,医患双方当事人提供的视听资料主要是各类录音资料(如患方录制的谈话录音)、录像资料(如医院拍摄的医患双方协商经过)等。另外,医方提供的以纯数字方式存储的电子病历(如磁盘、光盘,而非纸制打印件)亦被认为属视听资料之范畴。

关于录音证据,最高人民法院曾在1995年规定,未经对方同意私自录制的谈话录音资料,不具有合法性,因此,不能作为证据使用。但是,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条规定,以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定事实的依据。该司法解释确立了非法证据的排除规则,即除了以侵害他人合法权益(如违反社会公共利益和社会公德侵犯他人隐私权)或者违反法律禁止性规定的方法(如擅自将窃听器安装到他人住处进行窃听)取得的证据外,其他情形不得视为非法证据。这意味着,以往不被法庭采用的一些证据,如私下录制的录音录像资料等具有合法性,可以在法庭上作为证据使用。因此,患方在协商过程中(还可能在其他时候)私自录制的视听资料可以作为合法证据在法庭上使用。

鉴于视听资料可以作为合法证据使用,因此,医患双方应了解如何对这些证据进行审查和质证。视听资料,包括通过录音、录像、照相方法记录的声音、图像及电子计算机储存的信息资料等,具有直观性强、信息量大、精密度高,动作、形态具有连续性等特点。因此,在审查视听资料时应当首先注意审查视听资料是否为原件,是否经过编辑或伪造,尤其是数码机器录制的资料。在必要时,可申请将视听资料送技术部门鉴定以确定真伪。其次,注意审查视听资料与案件事实有无内在联系,将视听资料与其他证据联系起来分析内在联系,是审查视听资料真伪的重要方法之一。再次,根据司法实践,存有疑点的视听资料不能单独作为认定案件事实的依据,只有当视听资料证明的事实与其他证据相印证时,才能作为认定案件事实的依据。

【案例6-1】在北京市首例性骚扰案中,法院经审查认为,原告提供的电话录音内容不清楚,只能分辨出原告讲话的内容,无法分辨被录音人的声音。其所提供的所有被录音者,又无一人到庭证实其所提供的录音证据所要证明的内容。为原告提供证言的人因为不能出庭作证,法庭无法核实其真实性。

4. 证人证言

是指证人就其所感知的案件情况向人民法院所做的陈述。凡是知道案件情况

的单位和个人,除不能正确表达意志者外,均可成为证人。因此,在医疗纠纷案件审理过程中,患者家属(非诉讼当事人)、医务人员、其他病人等均具有证人资格,可就其知道的案件事实出庭作证,但其证言能否被法庭采信而作为认定事实的依据,则需经法庭质证并由法官综合认证后才能确定。

5. 当事人陈述

是指当事人在诉讼中就有关案件的事实情况向法院所做的陈述。当事人陈述包括当事人对案件事实的陈述和对案件事实的承认两种情况。后者又称为当事人自认,即当事人对事实的承诺,是与认诺(即对诉讼请求的承认)相对的一个概念。诉讼上的自认,是指当事人在诉讼过程中向法庭承认对方当事人所主张的不利于己方的事实。当事人陈述作为证据形式最显著的特点就是具有“两重性”,即真实性与虚假性并存。因此,我国《民事诉讼法》第71条规定,人民法院对当事人的陈述,应当结合本案的其他证据,审查确定能否作为认定事实的根据。

6. 鉴定结论

是指鉴定人接受委托或聘请,运用自己的专门知识或技能,对案件中某些专门性问题进行分析、判断后所作出的结论性意见。被聘请的具有专门知识或技能者称为鉴定人,鉴定人对专门问题所做的分析、判断活动称为鉴定,鉴定结论是鉴定人基于鉴定活动而作出的结论性意见。鉴定结论是医疗诉讼案件中最重要证据形式,是法庭进行实体判断的最主要依据。在司法实践中,与医疗纠纷案件有关的鉴定主要有两类:一类是医学会医疗事故技术鉴定;另一类是司法鉴定。

7. 勘验笔录

是对勘验活动的过程及所发现事实的客观记载。勘验,是对与案件有关的场所、物品、尸体、人身等进行观察、检验,以便发现和收集证据、了解案件有关情况的活动。在医疗纠纷案件中,勘验笔录作为证据形式的情形并不多见,主要出现在一些特定案件中,如卫生行政部门对涉及非法行医场所的勘验。

三、举证责任及分配原则

自罗马法以来就有举证责任的概念,它最早的含义是指主观举证责任,即当事人负有提供证据证明其主张的事实存在的责任。如罗马法中“原告不举证证明,被告即获胜诉”,“为主张之人有证明义务,为否定之人则无之”以及我国《民事诉讼法》第64条“谁主张,谁举证”的原则。主观举证责任是从当事人举证活动的角度进行分析,反映了举证责任的诉讼内容。但是,它不能解决当事人对其主张已提供证据,但事实仍然真伪不明时,法官应如何裁判的问题。1883年,德国法学家尤理乌斯·格拉查(Julius Glaser)首先提出客观举证责任的概念,即在事实真伪不明

时,由承担举证责任的一方当事人承担不利诉讼的后果。举证责任的这一含义从争议事实处于真伪不明时法官如何适用实体法的角度进行分析,反映了举证责任的实质。目前,举证责任包括主观责任与客观责任的观点已为各国司法界普遍接受。在我国,于2002年4月1日起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定:“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果”。这一规定第一次以司法解释的形式明确肯定了民事举证责任的双重含义,弥补了我国《民事诉讼法》第64条仅规定主观责任的不足。

所谓举证责任的分配,是指举证责任在当事人之间的分配,即民事诉讼中原被告双方各自应就哪些事实承担举证责任。由举证责任的概念可知,在事实真伪不明时,将由负举证责任的一方当事人承担不利诉讼的后果。因此,在民事诉讼中,举证责任的分配是否合理,将直接影响到当事人在诉讼中的成败。那么,举证责任应当按照什么标准分配才是公正合理的呢?一直以来,这都是诉讼法学家们探讨的重要问题。

现代举证责任分配的学说众多。在德国、日本以及我国台湾地区民事诉讼理论界影响最大、长期居于支配地位的学说是经罗森贝克的发展和完善的规范说,属于法律要件分类说。罗森贝克从民法规范出发,认为凡是主张权利存在的当事人,应当对引起权利发生的法律要件存在的事实负举证责任,而否定权利存在的当事人应当对妨碍权利发生的法律要件、或引起权利消灭的法律要件、或制约权利行使的法律要件存在的事实负举证责任。在此基础上,罗森贝克进一步将民事举证责任的分配规则分为两类,即基本规则和特别规则。所谓基本规则是指法律无明文规定的举证责任分配规则,即学者们所创造的举证责任分配理论及其相应规则。在大多数民事诉讼中,依据法律要件分类说所确定的原则进行举证责任分配是公平、合理的,但是,在某些特殊的侵权诉讼中,如果仍然适用这些一般原则,就可能使审判结果不能获得实质上的公平,从而背离人类对正义这一崇高价值目标的追求。因此,各国法律在民事举证责任的基本规则之外,还有所谓特别规则即举证责任倒置,是指不依据法律要件分类说所规定的分配原则进行举证责任的分配。例如,在某些侵权诉讼中,通过法律明文规定将引起权利发生的某些法律要件事实由对方证明其不存在。例如最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条所规定的包括医疗侵权诉讼在内的8种侵权诉讼中举证责任在当事人之间的分配规则,即我们通常所说的举证责任倒置。

■第二节 医疗侵权诉讼举证责任分配

一、法律规定及法律依据

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第(8)项规定：“因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害后果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任”。也就是说，在医疗侵权诉讼中实行举证责任倒置。对于这一规定，很多人不理解，并且错误地认为患方不需要承担任何举证责任。对此，最高人民法院民一庭负责人在答《人民法院报》记者问时，明确指出这条规定至少包含以下三层含义：^①

1. 患者应当承担初步举证责任。在医疗侵权损害赔偿诉讼中，患者应当对其损害赔偿请求权的成立，负有初步的举证责任。即原告应当首先证明其与医疗机构间存在医疗服务合同关系，接受过被告医疗机构的诊断、治疗，并因此受到损害。如果患者不能对上述问题提供证据予以证明，其请求权是不能得到人民法院支持的。

2. 举证责任是可以转移的。如果患者对损害赔偿请求权成立的证明达到了表见真实的程度，证明责任就向医疗机构转移。也就是说在这样的情况下，医疗机构应当提供证据反驳原告的诉讼请求，即医疗机构应当证明其医疗行为与损害结果之间不存在因果关系或者其医疗行为没有过错，这是合情合理的。如果医疗机构提不出具有合理说服力、足以使人信赖的证据，医疗机构就要承担败诉的结果。因此，从这种意义上讲，“医疗侵权”的举证责任并非倒置，而是举证责任转移的法律后果。

3. 确定证明责任转移的依据。确定由医疗机构对不存在因果关系和不存在医疗过错承担证明责任，主要是基于以下三点考虑：首先，患者的医学知识非常有限，并且其治疗过程也是处于被动服从的地位；医疗机构则通过检查、化验等诊疗手段掌握和了解患者的生理、病理状况，制定治疗方案、熟悉治疗过程。如患者因手术治疗过错造成损害的，其在手术过程中一直处于麻醉的状态，对医疗过程是不可能知道的。因此，依据公平和诚实信用原则，应当由医疗机构承担举证责任。

^① “最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件的法律适用问题答记者问”，载《人民法院报》2004年4月12日。

其次,按照举证责任的实质分配标准,举证责任应当由距离证据最近或者控制证据源的一方当事人负担。诊疗过程中的检查、化验、病程记录都由医疗机构方面实施或掌握,医疗机构是控制证据源、距离证据最近的一方,由其承担举证责任,符合举证责任分配的实质标准。再次,对因果关系和医疗过失的认定,涉及医学领域中的专门问题,一般都要通过鉴定才能认定。因此,在这样的情形下,医疗机构所需要做的,不过是申请鉴定、启动鉴定程序。这种意义上的“举证责任倒置”,对医疗机构而言并没有过分加重其负担,也不会出现所谓“举证责任之所在,即败诉之所在”那样一种证明责任分配的风险。所以,我们不赞成在医疗侵权证明责任负担的问题上,过分夸大其“举证责任倒置”的作用。从严格意义上说,举证责任倒置的前提是过失推定、因果关系推定,而医疗事故诉讼中对因果关系和医疗过失的认定最终依据鉴定结论,推定的作用极其微弱,完全没有必要对这个问题过度地担心。

二、患方的举证责任

尽管根据最高人民法院的司法解释,医疗侵权案件实行举证责任倒置,即由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任,但这并不意味着患方不承担任何举证责任。在医疗侵权案件中,患方应就患者与医疗机构形成医疗服务合同关系及因医疗行为受到损害承担举证责任。另外,患方还应就索赔主张提供证据。

1. 患方应证明医疗服务合同关系的存在

患方向医疗机构主张权利并要求其承担民事责任的前提条件,是患者曾在该医疗机构就诊,并与医疗机构之间形成了医疗服务合同关系。在一般情况下,患方完成这一举证任务并不难,患者在医疗机构就诊的病历、诊断证明书、交费单、挂号单等诊疗凭证,均可以证明医患之间医疗服务合同关系的存在。然而,在某些特殊情况下,患方的举证则可能面临一定的困难。

(1) 患者使用假名就医。当患者患有某些特殊疾病(如性病)或接受美容手术时,患者出于保护个人隐私的考虑,不愿使用其真名,往往临时编造假名就医。当患者与医疗机构发生医疗争议后,如果医患双方协商不成,患者选择向法院提起诉讼,则患者必须使用与其身份证件相符的真名,否则其起诉将不予受理。在这种情况下,医疗机构作为被告很可能会以原告姓名与患者姓名不符为由提出抗辩,辩称医疗机构从未为起诉的原告提供过医疗服务,被告与原告之间不存在医疗服务关系。此时,原告应首先举证证明其就是在该医疗机构接受过医疗服务的患者,否则法院将可能会直接驳回原告的起诉。这也是目前倡导看病实名制的原因之一。

(2) 患者使用他人姓名就医。这种情况往往发生于被借用姓名者享有医疗保险时。患者为了搭医保便车,以减少医疗费用的支出,在就医时使用他人姓名,甚至在接受手术时亦使用他人姓名。在这种情况下,一旦医患双方医疗纠纷,患者不仅难以有效地主张权利,而且还可能面临医保部门的调查,严重时可能会与借用姓名者因合谋骗保而受到法律处罚,甚至被追究刑事责任。

(3) 患者利用熟人关系就医。在这种情况下,由于患者与医生之间存在直接或间接的朋友或熟人关系,所以患者很可能没有挂号,医生也没有撰写病历或开具处方,患者也没有在医院购买药物。事后,当患者认为医生的医疗行为存在过错时,却突然发现无法证明其曾在该医院就医,故而无从证明医疗服务合同关系的成立,无法主张权利。

上述三种情况均属违规行为,患者在就医时应当予以避免。如果发生了上述情况,那么,患者就应充分举证以证明其曾在该医疗机构就医。在现实生活中,患者能够提出的证据,主要是证人证言或医疗机构的自认。然而,如果医疗机构拒绝自认,那么患者仅依据证人证言以确定医疗服务合同关系是非常困难的,法庭需要通过对案件证据的综合分析才能加以确认。

【案例6-2】患者张某(女,41岁),曾因鼻咽癌于2002年两次在被告某医院住院治疗,效果良好。出院后,张某在被告医院接受门诊治疗。2003年12月1日,张某未经门诊挂号,由家属陪同直接到被告医院病房找医生咨询。有关医生根据检查结果及患者临床表现,建议其在急诊室留观,但患者及家属坚持要求回单位医院治疗。患者离开后又到其他医院接受治疗,并终因病情加重,抢救无效,于同年12月3日死亡。事后,患者家属向法院提起诉讼,认为被告医院推卸责任、拒收病人,没有让患者留院治疗,致使患者无法得到正确的治疗,应当承担民事赔偿责任。

被告医院认为,医疗服务合同关系得经患者挂号就医而成立。对于未经挂号的患者,医生仅能提供建议性咨询意见,医患之间并未形成正式的医疗服务合同关系。尽管如此,被告有关医生还是特别建议患者急诊留观。但是,患者并未听从被告医生的建议而离开医院,故因此而产生的相应后果应由患者承担。

法院经审理后认为,2003年12月1日,患者去被告医院时并没有挂号,而是直接去病房找医生开检查单。当时,患者只做了X线检查,但没有按医生所开检查单做全部检查就回家了。由此可见,患者当时去被告医院找医生只是进行咨询,是否按医生的意见办完全由患者自己决定,医生并不能掌握。原告认为被告医院拒收病人住院,缺乏事实依据。法院判决驳回原告的诉讼请求。

【案例6-3】1998年12月24日,原告患者魏某(男,11岁)因“右睾丸有时上隐”到被告医院处就诊。经被告医生何某检查后,诊断为隐睾。同年12月28日,原告在被告医院处接受了一期手术治疗,由医生何某主刀。1999年1月6日,原告出院,医生何某医嘱半年后

行二期断蒂手术。同年7月中旬,原告父母领其到被告处由何某做了二期手术,但没有病案记录。原告提出当时何某是利用值班时间在被告手术室做的手术,何某还收了原告100元钱。在庭审中,何某不承认曾为原告行二期手术。2002年2月27日,原告在被告医院处经检查诊断为左睾丸移位。次日,原告父母领其找到何某,何某为原告进行了检查并在其门诊医疗手册上写道:左股内侧肿物3年;3年前曾因左隐睾经院行一期索引术,半年后二期断蒂。此后,原告父母经常到被告处找何某,要求重新接好离断的精索,并将睾丸放回阴囊内,并与何某发生争议。何某为化解矛盾,通过本院医生赵某与原告家人联系和解。2002年4月14日上午,原告父母及其亲属、朋友十余人在当地某公司办公室与何某进行了私下谈判,但双方未能就赔偿事宜达成协议。为此,原告向法庭提供了当时谈判的录音磁带。在本案审理过程中,法院委托当地医学会对本案进行了医疗事故技术鉴定,结论为构成三级丁等医疗事故,被告医院承担完全责任。

法院经审理后认为,关于原告接受二期手术的责任医院和责任医生问题,虽然没有书面证据直接证明,但:(1)有原告病案关于该手术需两期完成和已做一期手术的记载;(2)有证人闫某(原告之姨、被告医院之护士长)、李某(闫某爱人同学之妻)当庭作证接受质询,证明何某于1999年7月中旬的一个晚上,利用值班时间在被告手术室为原告做了二期手术的证言;(3)有何某于2002年2月28日在原告门诊医疗手册上记载的对原告治疗过程和诊断结果;(4)有2002年4月14日原告家人及其亲属、朋友与何某私下谈判的在场多位证人的证人证言;(5)有何某亲口承诺给原告1万元经济补偿的事实等。上述证据已形成证据链条,故对何某在未办理任何手续的情况下,违反被告院规和手术操作规程,擅自在被告手术室为原告做二期断蒂手术的事实,应予确认。何某给原告造成的人身损害是其利用被告外科医生的身份,在被告的手术室里造成的,故被告应对何某的行为和后果承担责任。法院判决被告赔偿原告各项损失合计13808元。

【律师点评】以上两个案件有一个共同的特点,即患者就诊时均未挂号,接诊医生都没有书写病历。两个案件的原告在主张权利时均遇到了困难,即如何证明患者与医疗机构之间形成了医疗服务关系。然而,两个案件的判决结果却完全相反。在第一个案件中,被告抗辩的基本观点是,患者来到被告处时没有经过挂号程序,被告医生提供的仅仅是咨询服务,而非正式的医疗行为,且患者也没有按照医生的建议行事。因此,被告与患者并没有形成医疗服务合同关系。尽管该案法院判决词并没有完全采信被告的抗辩理由,但实际上认定了被告与患者之间不存在医疗服务合同关系,因此,法院认定原告的诉讼请求缺乏事实和法律依据。

相比较而言,第二个案件则较为复杂。在该案中,被告否认曾为原告行二期手术,原告也没有任何直接证据证明曾在被告医院处接受了二期手术。然而,该案原告在诉讼中提供了大量间接证据,包括手术医生书写的住院病历及门诊手册、多人的证人证言、谈判的录音磁带、手术医生的自认(愿私了解决纠纷)等。如果原告仅单独提供上述证据中的某个证据,如证人证言,则法院仍难以据此对案件事实做出认定。然而,原告提供的大量间接证据相互印证、环环相扣,形成了相对完整的证据链条,已能够证明何某为原告实施二期手术这一事实。

患者就医时“挂号”这一简单的行为,具有非常重要的法律意义。它是患者向医疗机构提出的“要约”,医疗机构接受患者挂号即为“承诺”,医患之间的医疗服务合同关系即告成立。尽管挂号并非唯一的要约形式,但在一般情况下,却是对患者就医的基本要求。在寻求朋友、熟人关系看病方便的同时,患者亦承担着一定的风险,即事后难以主张权利。或许这正是“风险与收益成正比”的一种表现形式。

在当今中国社会,医生根本无法完全杜绝朋友、熟人图方便看病。然而,近年来,因熟人看病引发的医疗纠纷愈来愈多,且多以医疗机构败诉为终,其原因主要在于医生的医疗行为不规范。因此,医生需要注意的是,在接待朋友、熟人看病时,应尽可能使自己的医疗行为正规化,以避免不必要纠纷的发生。

2. 患者应证明医疗损害后果的存在

医疗损害赔偿系基于患者生命健康受到损害的客观事实。损害事实的存在,是确定医疗机构侵权责任的重要构成要件。无损害即无赔偿。如果医疗机构存在医疗过错,但并没有对患者的生命健康造成任何损害,则医疗机构不承担损害赔偿责任。

在医疗纠纷案件中,一般情况下,患方证明已发生的医疗损害后果并不难。患者的死亡证明书、诊断证明书、病历记录等均可证明损害后果的存在。但是,对于尚未发生的损害后果,患方则将面临举证的困难。

3. 患方应就其赔偿请求承担举证责任

在医疗纠纷案件中,患方除应证明其与被告医疗机构存在医疗服务合同关系并因此受到损害后,还应就其赔偿请求承担举证责任。患方作为原告,应向法庭提供证据,证明其各项赔偿请求的事实依据。对于该事项,实行“谁主张,谁举证”的举证规则。如果患方未能就其赔偿请求提供充分的证据,则其请求将不会得到法院的支持。

【案例6-4】2001年9月,原告张某因“附件发现肿物2年半,痛经1年”到被告某医院就诊并住院治疗。被告根据患者病史、妇科检查以及B超检查结果,诊断为“子宫内膜异位症”。在向患者家属详细交代病情并取得其签字同意后,被告为患者施行了半根治术(全子宫切除+右附件切除+病灶切除术)。术后两个月,患者到被告处复查,未发现明显异常。其后,患者因下腹痛、肛门坠痛、脓血便等,先后到多家医院治疗。2002年8月,患者在另一家医院接受了子宫内膜异位症根治术。2003年8月,患者向当地法院提起诉讼,认为被告医院的术后处理违反了医疗常规和医疗原理,没有医嘱其服用避孕药,导致其病情复发。患者要求被告医院赔偿其各项损失共计89万元。

在审理过程中,法院根据被告医院的申请,委托当地医学会就本案进行了鉴定。经区、市两级医学会鉴定,结论认为该病例构成4级医疗事故,医方承担轻微责任。在审理过程中,患方没有向法院提供其误工费、陪护费、今后治疗费等索赔项目的事实依据,但向法院书面保证在各项损失一次性解决后,不再追究被告的责任。

法院认为,原、被告为医患关系,该病例经医疗事故部门鉴定,被告在原告的治疗中构成医疗事故,被告应承担民事责任,赔偿原告医疗费、误工费等经济损失。对原告要求今后治疗费、误工费、陪护费、抚慰金等赔偿数额问题,原告请求一次性解决,以后不再追究。为有利于彻底解决纠纷,本院应予准许。被告应赔偿原告今后一次性各项损失。法院判决被告医院承担完全责任,赔偿原告医疗费、误工费、住院伙食补助费、陪护费、交通费共计114592.26元。同时,判决被告一次性给付原告今后治疗费、误工费、陪护费、抚慰金计40万元。

被告医院不服原审判决提起上诉。被告认为原审判决判令其承担完全责任、向原告支付40万元今后治疗费等费用缺乏充分的事实和法律依据,故请求撤销原审判决并依法改判。二审法院经审理后认为,原审判决认定事实不清,适用法律错误,裁定撤销原审判决,发回重审。

【律师点评】本案争议的主要焦点,是被告的责任程度及原告的赔偿请求是否具有事实依据。在医疗侵权案件中,今后治疗费等费用的赔偿,应以患者确需进一步治疗为前提条件,且患者应承担举证责任。但是,在本案中,两级医学会的鉴定结论均认为原告在经过两次根治手术后,无需再进一步治疗。同时,原告也未提供任何证据证明今后治疗费发生的必然性。原审判决判令被告“一次性给付原告今后治疗费、误工费、陪护费、抚慰金等计40万元”,但是,却未说明如此高额赔偿的事实依据。40万元到底是如何计算出来的呢?原审判决没有给予任何说明。法院如此判决,难以以理服人,二审法院裁定撤销原审判决、发回重审是完全正确的。

三、医方的举证责任

根据最高人民法院司法解释的规定,在医疗侵权案件中,医疗机构应就其医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。因此,在医疗侵权案件中,医疗机构应举证证明其不存在医疗过错,医疗行为与患者的损害后果之间没有因果关系。

按照一般的举证责任原则,医疗损害赔偿案件的原告如欲要求法院支持其诉讼请求,判令被告医疗机构承担侵权责任,则不仅要证明存在客观的损害事实和医务人员的主观过错,还要证明医务人员的过错行为与损害后果之间具有因果关系。但是,这种证明责任的分配对患者及其家属来讲是非常不公平的。首先,医疗是一门专业性极强的行业,一般患者或家属不具备医学专业知识,因而无法判断或正确

判断医疗机构及其医务人员是否存在医疗过错,更难证明医疗行为与损害后果之间的因果关系,因为有时连医务人员甚至医学专家都很难判断某些情况的因果关系。其次,由于患者据以证明医疗机构医疗过失的最重要的证据——病历资料是由医疗机构所掌握,因此在这种情况下,患者根本无法履行其举证义务。尽管《条例》规定,患者将有权复印其部分(非全部)病历资料,但实际上患者仍然难以就医疗机构是否存在医疗过错和医疗过错与损害后果之是否存在因果关系进行举证证明。

公平和正义是司法审判追求的终极目标,也是医患双方共同期望的结果,而不仅仅是患者的要求。诉讼当事人实体权利的实现,必须借助于公平的司法审判程序,而举证责任的分配则是其重要组成部分。不应否认,在医疗损害赔偿纠纷案中,医患双方的诉讼地位实际上是不平等的,如果仅仅因为患者在诉讼过程中的弱势地位而使其承受败诉的法律后果,确有违公平与正义之主旨。正因为此,目前许多国家在医疗损害赔偿案件中,均要求医疗机构承担较重的举证责任,如英美国家实行的“事实本身说明过失原则”、德国的“表见证明理论”、日本的“大概推定原则”等。因此,在医疗损害赔偿案件中实行举证责任倒置,科以医疗机构较重的举证责任,并非中国法院之独家创举。

我国以往法律对此没有明确规定此类案件的举证责任分配,但实际不为一般人所知的是,我国法院以往在审理此类案件时,均在自觉或不自觉地适用举证责任倒置原则。如在湖北“龙凤胎案”的审理过程中,人民法院即明确地适用了这一原则,认为被告医院未能提供充足的证据证明原告双胞胎脑瘫的损害后果与温箱断电无因果关系,故推定被告有过错,应承担民事赔偿责任。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》明确规定了在医疗损害赔偿案件中,适用举证责任倒置原则,即由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。应当注意的是,该司法解释实际上过分地加重了医疗机构的举证责任。因为根据过错责任原则,被告只要证明其没有过错即可免责。但是,该司法解释在要求医疗机构证明其没有过错的同时,还要求其证明医疗行为与损害后果之间无因果关系,这是非常不合理的。同时,该司法解释混淆了正常医疗行为与违法医疗行为之间的区别,因为正常的医疗行为亦可能对患者造成损害的后果。

既然医疗损害赔偿案件的举证责任倒置是必要的,同时又是不可避免的,那么如何正确面对这一问题就成为临床医生应当考虑的问题。作者认为,作为临床医生应当首先认识到这一举证原则适用的必要性和强制性。适用该原则的主旨并不像人们所想像的那样,并非有意针对医生或医疗机构,因为作为医生本人来说,也会有患病的那一天,也很有可能会遇到医疗纠纷。其次,临床医生应当认识到,只

要在为患者诊断和治疗过程中,严格遵守了法律、法规和卫生部颁布的部门规章、操作常规和规范,即医务人员没有医疗过错,那么在诉讼过程中就会处于不败之地。追究医务人员或医疗机构民事责任的前提是医疗过错的存在,如果没有医疗过错,即使出现损害后果也不会承担责任,如医疗意外、难以避免的并发症、无过错输血等情况。为此,卫生部委托中华医学会制定各临床科室相应的诊疗常规和规范,这是一项人们以往没有注意到的其重要性的系统工程,对于保护医务人员的合法权益具有非常重要的意义。

另外,临床医生应加强尊重患者权利的意识。在患者所享有的各项权利中,知情同意权是其中最重要的一项权利,新《条例》对此加以了特别的规定。《条例》第11条规定,在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者,及时解答其咨询。在医务人员如实告知的情况下,患者或家属具有相对的选择权,即可同意治疗或拒绝治疗。应当引起注意的是,尊重患者的知情同意权不仅仅是对患者合法权益的保护,更重要的是可以减少医务人员的执业风险,避免不必要的法律纠纷。例如某患儿临床诊断为败血症,血培养细菌药敏试验仅对丁胺卡那敏感,对其他抗生素无效。如果使用丁胺卡那,则可能导致患儿耳聋,但若不使用该药物,就可能导致败血症不能得到控制,患儿可能就会死亡。在这种情况下,临床医生应如何处理? 作者认为,在这种情况下,医生首先应如实向患者家属说明患者的病情,包括血培养及药敏试验的结果,然后向患者家属介绍目前根据患者病情及血培养结果可采取的治疗措施及可能出现的不良后果,让患者家属进行选择。医生应当将上述过程如实记载于病历中,然后让患者家属在病历上签字。特别提醒注意的是,无论患者家属是接受丁胺卡那治疗还是拒绝治疗,均应在病历中加以详细记载。如此处理,即使今后发生了医疗纠纷诉之法院,临床医生亦能为自己进行辩护并将被免除责任。

在司法实践中,医疗机构主要提交病历以证明为患者提供医疗服务的过程;提出鉴定申请,以证明其医疗行为不存在过错,医疗行为与损害后果之间不存在因果关系。另外,医疗机构往往向法庭提供诊疗常规、医学文献、教科书、医学专著等作为证据。鉴于病历、鉴定在医疗纠纷案件中的重要作用,本文将在下面的章节中对此加以详细讨论。

四、举证期限及逾期举证后果

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》,当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料,当事人在举证期限内不能提交的,视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料,人民法院审理时不组织质证。至于举证期

限的确定,可以由当事人协商一致,并经人民法院认可;人民法院指定举证期限的,指定的期限不得少于30日,一般自当事人收到受理案件通知书和应诉通知书的次日起计算。另外,经当事人申请,人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据,证据较多或疑难复杂的案件人民法院应当组织当事人在答辩期届满后开庭审理前交换证据,交换证据之日举证期限届满。

鉴于举证期限的规定及逾期不举证的法律后果,律师应提示当事人双方对此加以重视,其中特别是医方。因为在医疗纠纷案件中,进入司法程序后,患者的初步举证责任已经完成,接下来证明医疗行为无过错以及患者的损害后果与医方的医疗行为之间无因果关系的证明责任是由医疗机构承担的。如果医疗机构不在举证期限内提出进行医疗损害责任鉴定申请,并提交病历等相关证据材料,就可能导致举证不能的后果。其中要特别注意的是,病历应包括客观病历资料和主观病历资料。部分律师认为,包括病程记录在内的主观病历资料只有在医疗事故技术鉴定会的时候才能提交,这一认识主要是基于《条例》中有关医疗事故的行政处理程序的规定。但是,在医疗纠纷引起的诉讼中,由于已经进入司法程序,所以应该遵循司法程序中有关民事诉讼证据的规定,凡是作为证据提交的资料都必须向法庭和对方当事人各提交一份,并需要对其真实性、关联性和合法性进行质证。如果在举证期限内拒不提交,就可能导致举证不能的后果,并承担相应的赔偿责任。

【案例6-5】2002年12月18日,原告胡某某在被告某医院出生后,即被诊断为左臂丛神经损伤,后又发现睾丸血肿。被告随即建议原告的父母带其到上级医院检查治疗。根据被告的建议,原告先后在章丘市妇幼保健站、济南儿童医院住院治疗38天,花费医疗费等费用一万余元。原告认为其损害结果的发生,是由于被告的医疗过错行为引起的,故要求被告赔偿医疗费一万余元及精神损害抚慰金3万元。被告则认为,在对原告的整个接生过程中,均按常规、正确的助产技术给予助产,没有违规操作,不存在医疗过失问题,不同意承担赔偿责任。

法院经审理认为,被告对原告在被告处出生时形成的损害事实及因此而支付的医疗费等并无异议,只是认为自己在对原告接生过程中无过错而不同意承担赔偿责任,并提供了住院病历和相关的医学文献资料。经质证,原告法定代理人对被告的主张及依据予以否认。为此,本院明示被告是否提出鉴定申请,被告认为就现有的举证材料,足以说明其没有责任,所以不申请鉴定。经征询原告法定代理人意见,其亦不申请鉴定。据此,依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的相关规定,以被告负有举证责任和需要鉴定无正当理由不提出鉴定申请为由,就原告主张的医疗费等损失,判决原告胜诉。

■第三节 医疗违约诉讼举证责任分配^①

一、侵权责任与违约责任的竞合

医疗纠纷案件除了按照医疗侵权诉讼模式处理外,还可按照医疗违约诉讼模式进行处理。这是因为,医患之间的关系本质上是一种医疗服务合同关系。作为合同关系,如果合同一方出现违约行为,包括不履行合同义务或履行合同义务不符合约定,那么,违约方将承担相应的违约责任。在这里,履行合同义务不符合约定即不完全履行包括两种形式:一种是瑕疵履行,一种是加害给付。前者是指履行合同义务的行为使债权人的履行利益遭受了损害;后者则更进一步损害到了债权人的固有利益,并有可能同时符合侵权责任的构成要件,从而引发违约责任与侵权责任的竞合。

当出现违约责任与侵权责任竞合的情形时,根据《合同法》的规定,当事人可择其一选择之,即当事人可选择适用医疗违约之诉或医疗侵权之诉,这种情形在理论上称之为违约责任与侵权责任的竞合。发生责任竞合时,权利人主张不同的责任,将可能发生不同的法律后果。在医疗纠纷案件中,在某些场合,当事人选择侵权责任对其主张权利有利;在另一些场合,选择违约责任可能对其主张权利更为有利。究竟选择何种模式进行诉讼,还要根据具体的案情来确定。

二、患方的举证责任

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条规定:“在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任。”在医疗服务合同中,医疗机构承担违约责任的前提条件是有效的医疗服务合同成立。因此,作为患方首先需要证明有效的医疗服务合同成立。一般来说,在该医疗机构就诊的病历资料,交费单据,诊断证明等均可作为证据证明医疗服务合同关系的成立。其次,患方需证明患者在该医疗机构

^① 目前,关于医疗违约诉讼的举证责任分配,无论是在理论界还是实务界,人们有不同的观点和看法,包括本书的不同作者。因此,本书有关部分内容仅供读者参考。

接受诊疗时受到了伤害,造成了损害事实,如患者出现了死亡、伤残或其他损害后果,并引起了相应的医疗费,交通费,丧葬费等各项损失。当患方提出证据证明了以上两个方面事实时,即完成了初步举证责任,接下来的证明责任就转移到了医方。

三、医方的举证责任

作者认为,在医疗违约之诉中,医方承担的举证责任与侵权之诉中承担的举证责任并无本质区别。在医疗服务合同中,医疗机构承担违约责任的必要条件是医疗机构在履行医疗服务合同的过程中存在医疗违约行为。所谓医疗违约行为,包括不履行医疗合同义务或履行医疗合同义务不符合约定。在医疗服务合同中,当患者来到医疗机构挂号看病,医疗机构也接受对患者的诊疗,并出示挂号凭证时,医疗服务合同成立。但是,医疗服务合同并未对医疗机构的合同义务作出明确具体的约定,这实际上是将医疗机构的责任建立在违反默示协议的注意义务的基础上。也就是说,医疗机构的合同义务相当于医疗卫生法律、行政法规、部门规章、地方性法规以及诊疗护理常规所要求的技能和注意义务,即法定义务。因此,在判定医疗机构是否违约时,考察的因素实际上与医疗侵权诉讼中无实质性区别,仍然是医务人员的医疗行为是否存在违反医疗卫生法律、行政法规、部门规章、地方性法规以及诊疗护理常规所要求的技能和注意义务的行为,病人的损害后果是否由医疗机构的违约行为所引起。因此,在医疗违约诉讼中,医方需证明自己不存在医疗违约行为。为此,医方同样需要证明医务人员的医疗行为不存在过错,以及患者的损害后果与医疗行为之间不存在因果关系。

【案例6-6】原告妻郑某与夫陈某因结婚7年未育到江苏某医院就医,并称与人民医院约定通过“单精子卵腔内注射”技术(以下简称ICSI技术)实施人工辅助生育。但是人民医院擅自改变治疗技术方案,实际采取了“体外受精和胚胎移植”技术(以下简称IVF技术)并导致治疗失败。故请求按照《合同法》、《消费者权益保护法》及《民法通则》的规定,判令人民医院双倍赔偿医药费2.5万元、误工费1392.50元、精神损害抚慰金1万元并公开赔礼道歉。

被告医院辩称:IVF技术和ICSI技术都是人工辅助生育的技术手段,两者有不同的适应症。原、被告之间并没有明确约定采取何种技术。我院根据原告当时的情况决定采取IVF技术符合医疗常规,因此在治疗过程中不存在任何过错。原、被告之间不是普通的消费者与经营者的关系,本案不应适用《消费者权益保护法》。原告以违约为诉由,要求我院承担精神损害赔偿亦没有法律依据。

法院经审理查明:两原告系夫妻关系,因生育障碍到人民医院就医。2002年9月9日,两原告与人民医院签订了《试管婴儿辅助生育治疗协议和须知》(以下简称《协议和须知》)。人工辅助生育存在多种治疗技术,IVF和ICSI都是人工辅助生育的技术手段,《协议和须知》中没有明确约定人民医院将采取哪一种技术为原告进行治疗。但原告郑某交纳的检查费为5400元,与被告医院举证的ICSI技术的收费标准中前三项相加的数额相符,而原告郑某交费时ICSI技术的收费项目中最后一项相应的医疗措施尚未进行。被告医院的诉讼代理人在庭审中亦认可该医院按照ICSI技术的收费标准收取了医疗费。被告医院举证的2002年9月9日“IVF促排卵治疗记录单”中也记载了“拟行治疗”为“ICSI”。因此,虽然原、被告双方没有书面约定采取何种技术进行治疗,但是综合分析以上证据可以认定,原告已知悉存在两种不同的治疗技术手段,其交费的行为应当认为是对治疗技术方案做出的选择,人民医院收费的行为应当认为是对原告选择的确认,因此亦可以推定,原、被告之间已经就采取ICSI技术进行人工辅助生育治疗达成合意,被告医院有义务按照ICSI技术为原告进行治疗。

2002年9月25日,原告郑某向被告医院交纳了检查费5400元,同日该医院对原告郑某进行了采卵手术并采集了原告陈某的精子。医务人员在观察了陈某的精子后,认为适宜按照IVF技术进行治疗,遂按照IVF技术操作,但是最终治疗未获成功。另查明,两原告向被告医院支付检查费、医药费等共计人民币6072元(包括上述5400元),为促进排卵,两原告在院外购买药品支出人民币5362.05元,两项合计11434.05元。

法院审理认为:首先,原告主张本案应当适用《消费者权益保护法》,但《消费者权益保护法》侧重于通过规范经营者的行为,保护消费者在购买、使用商品和接受服务时应享有的权益。该法中所指的服务,是经营者为获取经济利益而提供的商业性服务。法院向被告所在地的卫生行政机关调取的证据表明,被告医院不是以盈利为目的的机构,不属于经营者,被告医院向社会公众提供的是公共医疗卫生服务,而不是商业服务,故本案不应适用《消费者权益保护法》。其次,本案原告提起违约之诉,应该先确定双方之间是否存在合同关系及合同是否生效。医疗服务合同在患者向医院提出进行诊查、治疗的请求,并经医方做出承诺时成立。本案被告已经收取了原告交纳的医疗费,两原告与被告签订了《协议和须知》,被告也对原告进行了治疗,应当认定双方之间的医疗服务合同已经成立并生效。我国《合同法》第60条规定:“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”医疗服务合同以为患者治疗疾病为目的,医院一方应当以足够的勤勉和高度的注意谨慎行事,又由于医疗行为具有高度的专业性,因此医院在履约中具有较高的裁量权。但医院与患者在医疗服务合同关系中是平等的民事主体,且医疗行为的实施结果会对患者的身体造成直接影响,若完全不考虑患者的选择权明显有失公平。在医疗服务合同中,医院负有对医疗方案的说明义务,而患者享有对医疗方案一定的选择权。在实施医疗方案之前,除非在紧急情况下,医院有义务就该医疗方案向患者或其代理人进

行充分的说明。患者有权充分了解医疗方案可能给自己带来的后果,有权对医疗方案进行选择。对患者选择权的尊重应体现于存在两个以上治疗方案的场合,医院应该就几种不同治疗方案的利弊对患者进行充分说明,并以患者的决定为准选择治疗方案。本案中人工辅助生育存在 ICSI、IVF 等多种治疗技术。原、被告已经约定采取 ICSI 技术,如果医务人员在治疗过程中认为原告的状况更适合采取 IVF 技术,在条件允许的情况下,应当向原告予以说明,并就治疗技术方案的改动征求原告的意见。但被告的举证只能证明原告知悉治疗技术的改动,不能证明被告已经就该改动取得了原告的同意,故应当认定其行为构成违约,应当承担相应的责任。

我国《合同法》第 107 条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”本案中,原告为履行医疗服务合同而付出的医疗费属于其损失,具体范围包括原告向人民医院支付的检查费、医药费以及原告在院外购买药品支出的费用,被告应当予以赔偿。但是原告提供的误工费证据仅有其工作单位出具的证明,而非当时未领取有关款项的证据。因此应认为原告对于自己提出的误工费赔偿请求未能提供充分证据,故该诉讼请求不予支持。

关于原告要求被告给予精神损害赔偿的诉讼请求,因本案为合同违约之诉,依据《合同法》第 107 条、第 113 条第 1 款的规定,合同当事人未适当履行合同义务的,应当承担赔偿损失等违约责任。损失赔偿的数额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失,亦不包括精神损害赔偿,故本案对要求被告承担精神损害赔偿不予支持,亦不支持要求被告公开赔礼道歉的请求。据此,一审法院判令被告医院向两原告赔偿医疗费人民币 11434.05 元,驳回两原告的其他诉讼请求。

一审宣判后,被告医院不服,向中级人民法院提起上诉。二审法院经审查,对一审法院查明的事实予以确认。并认为,履行医疗服务合同时,在非紧急情况下,医院在未经过患者或其代理人同意的情况下,擅自改变双方约定的医疗方案,属于《合同法》第 107 条规定的履行合同义务不符合约定的行为。在本案中,被告医院在为两原告进行治疗过程中,未出现需要紧急抢救等非常状态的情况下,未经两原告同意,擅自改变治疗方案。被告医院的行为,属于履行合同义务不符合约定,由此造成合同相对方的损失,依法应当承担赔偿损失的责任,一审法院对违约责任和具体损失的认定是正确的,据此所作的判决并无不当。被告医院上诉理由不足,故不予支持,并作出驳回上诉,维持原判的决定。

■第四节 病历及其证明效力

一、病历的概念和形式

1. 病历的概念

所谓病历,是指医务人员在医疗活动过程中形成的文字、符号、图表、影像、切片等资料的总和,是对患者的疾病发生、发展情况和医务人员对患者的疾病诊断、治疗及护理医疗活动情况的客观记录。

2. 病历的形式

文字病历是最常见的病历形式,包括医务人员书写的各类入院记录、病程记录、护理记录、检查报告单等。以符号、图表方式书写的病历在医疗活动中亦很常见,如手术记录中的手术示意图、麻醉记录及体温单中的体温、呼吸、脉搏、血压等符号、图表记录。除此之外,还应特别注意影像资料、病理切片也是病历的重要组成部分。医学影像资料包括各种X光检查胶片、CT(电子计算机断层扫描检查)胶片、MRI(核磁共振检查)胶光、超声检查照片以及其他采用各种现代化成像技术显示的人体解剖、生理、生化及病理情况的资料。

病理切片,是指将来自患者的病变组织经特殊制作过程而形成的供显微镜下观察的实物标本,是病理医生赖之做出病理诊断的最重要依据,也是病历的重要组成部分。从证据学理论角度分析,病理切片应属物证书证同体,即同时具备物证与书证的属性。病理切片源自患者机体,故可以作为与案件有关的物证。同时,根据病理切片显微镜下的观察结果而制作书面病理检查报告单,又可证明患者所患疾病的病理诊断,故又属于书证之范畴。临床实践中,医疗机构往往忽视了病理切片的重要作用,在法庭诉讼的举证期限内没有及时提交病理切片,导致其举证的被动局面。

与病理切片有关的资料还包括病理组织。所谓病理组织,系指医生在各类手术或检查中从患者机体上切除的组织或器官,也包括在尸检过程中切除并保留的组织或器官。尽管我国现有法律法规没有将源自患者机体的病理组织作为法定病历,但是,在某些特定案件中,病理组织对案件事实的认定具有极其重要的作用。

【案例6-7】例如,在某医疗纠纷案件中,患者临床诊断为臂丛神经鞘瘤。在手术后,患者出现了患侧上肢运动功能障碍,并与某医院发生纠纷。在与医院协商解决失败后,患者向人民法院提起诉讼。在诉讼中,医院发现其保存的该患者的住院病历全部丢失,导致医院无法举证证明其为患者提供诊断治疗的过程,进而无法证明其医疗行为不存在过错。根据举证责任倒置的证据规则,医院将承担举证不能的法律后果,承担患者损害后果的全部赔偿责任。这时,医院突然想起其病理科仍保留着手术中切除的该患者的病理组织蜡块。医院向法院提交了该病理组织蜡块。经再次病理学检查,发现该患者的肿瘤组织与臂丛神经纤维粘连密切,手术医生难以在不损伤神经纤维的情况下完整剥离或切除肿瘤组织。据此,医院提出患者术后因神经损伤导致的运动功能障碍系难以完全避免的并发症。人民法院经咨询有关医学专家后,采信了医院的抗辩理由,最后判决医院仅承担部分赔偿责任。在本案中,医院保留的病理组织蜡块对于其减轻赔偿赔偿责任起到了极其重要的证明作用。

3. 关于电子病历

近年来,在我国部分医疗机构中出现了采用电子计算机录入并以数字方式保存的病历,人们习惯称之为电子病历。然而,这种先进的病历书写及存储方式仍存在诸多尚未完全解决的问题,其在法庭上的证据效力仍然在不断地受到质疑。

【案例6-8】在辛某等诉北京某医院医疗赔偿案中,原告方对被告医院提供的“电子病历”的真实性提出了异议。认为院方提供的证据中打印的医嘱单、手术记录,都是用电子文本生成的。电子病历是基于电子文本输入软件设计制造的,这些通用软件具有可修改性,曾经修改的日期、内容等经过覆盖,无法查询原始记录。因此,电子病历违反了卫生行政部门对病例的规定,也不符合法律对证据的基本要求。原告要求对被告提供的“电子病历”不予确认。本案被媒体称为“我国电子病历第一案”。

关于电子病历的概念,尚无法定定义。上海市在《上海市电子病历管理办法(草案)》^①中规定,电子病历,系指使用计算机信息技术建立、存储、传输和调用的数字化医疗记录。电子病历应包括传统病历的所有信息,并能够等同实现传统病历的全部功能。该草案同时规定,在尚未具备安全实施电子病历条件的医疗机构,可以使用电子病历率先实现医院内部的医疗信息无纸化传递和医疗信息共享,但病历文书必须按照规定的时间定时打印,按照手写病历的管理要求归档保存。在该阶段,打印病历文件与手写病历具有同等法律效力,但电子病历无法律效力。当条件成熟后,可按照本管理办法逐步过渡到电子病历。

^① 源自 <http://www.chinaeclaw.com/readArticle.asp?id=6044>。

从证据学角度研究,电子病历成为法律所认可的证据,应首先符合证据的合法性标准,包括主体合法、形式合法和程序合法。主体合法是指证据的形成主体必须符合有关法律的规定;形式合法是指证据的形式必须符合有关法律的规定,例如必须以书面形式、当事人签字等;程序合法是指证据的收集程序或提取方法必须符合法律的有关规定。电子病历的合法性主要涉及形式合法性审查。

根据2004年8月28日由十届全国人大十一次会议通过并已自2005年4月1日起施行的《电子签名法》第2条规定,电子病历应属“以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息”,即数据电文。电子病历作为证据,还应符合该法所规定的书面形式要求,即能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用,且能够可靠地保证自最终形成时起,内容保持完整、未被更改。同时,电子病历的保存还应符合该法的文件保存要求:(1)能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用;(2)数据电文的格式与其生成、发送或者接收时的格式相同,或者格式不相同但是能够准确表现原来生成、发送或者接收的内容;(3)能够识别数据电文的发件人、收件人以及发送、接收的时间。

此外,《电子签名法》还规定,审查数据电文作为证据的真实性,应当考虑以下因素:(1)生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性;(2)保持内容完整性方法的可靠性;(3)用以鉴别发件人方法的可靠性;(4)其他相关因素。然而,我国目前医疗机构使用的电子病历系统还无法满足上述法律要求,因此,医疗机构在诉讼中提供的电子病历的合法有效性仍在不断地受到患方当事人的质疑。

二、病历的分类

病历可以有多种分类方法。实践中最常见的分类,是将病历分为门(急)诊病历和住院病历。门(急)诊病历内容包括门诊病历首页(门诊手册封面)、病历记录、化验单(检验报告)、医学影像检查资料等。住院病历内容包括住院病案首页、住院志、体温单、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查(治疗)同意书、手术同意书、麻醉记录单、手术及手术护理记录单、病理资料、护理记录、出院记录(或死亡记录)、病程记录(含抢救记录)、疑难病例讨论记录、会诊意见、上级医师查房记录、死亡病例讨论记录等。

除上述分类方法外,《条例》提出了一种新的分类方法,即按照病历内容是否有医生分析与判断内容,分为主观性病历资料和客观性病历资料。所谓客观性病历资料,是指记录患者的症状、体征、病史、辅助检查结果、医嘱等客观情况的资料,还包括为患者进行手术、特殊检查及其他特殊治疗时向患者交代情况、患者或其近亲属签字的医学文书资料。所谓主观性病历资料,是指在医疗活动中医务人员通过

对患者病情发展、治疗过程进行观察、分析、讨论并提出诊疗意见等而记录的资料,多反映医务人员对患者疾病及其诊治情况的主观认识,不同的医师、病程的不同时期均可能会出现不同结果,甚至出现相反的观点或意见。

根据《条例》第10条、第16条的规定,客观性病历资料包括门诊病历、住院志、体温单、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理资料、护理记录以及国务院卫生行政部门规定的其他病历资料;主观性病历资料包括死亡病例讨论记录、疑难病例讨论记录、上级医师查房记录、会诊意见、病程记录。

需要注意的是,《条例》第16条对主观性病历资料范围采用的是穷尽式列举方式,即除了该条所规定的5类病历资料外,其余病历资料均应属客观性病历资料。然而,作者注意到,卫生部、国家中医药管理局发布的《医疗机构病历管理规定》第19条的规定扩大了主观性病历资料的范围,在《条例》第16条规定的5类主观性病历资料之外,增加了一个“等”字。与此相反,《医疗机构病历管理规定》第15条却缩小了客观性病历资料的范围,将《条例》第10条中“国务院卫生行政部门规定的其他病历资料”这一概括性规定仅确定为“出院记录”。^① 根据法律解释不得任意进行扩大或缩小解释的基本原则,上述规定的合法性是应受到质疑的,因为其规定限制了患方可以复印的病历范围。

三、病历的证明效力

病历是一种重要的书证^②。在医患之间就患者的诊断、治疗和护理等问题发生争议时,病历对于认定医疗机构是否存在医疗过错具有其他证据难以替代的证明作用。正因为此,卫生部及国家中医药管理局分别于2002年8月19日和8月23日发布了《病历书写基本规范(试行)》和《中医、中西医结合病历书写基本规范(试行)》,旨在规范医务人员的病历书写行为,提高病历和医疗服务质量,防范医疗纠纷和医疗事故的发生。

《病历书写基本规范(试行)》首次明确提出了病历书写的基本原则,即客观、真实、准确、及时和完整。然而,在医疗纠纷案件处理过程中,患者经常会对医疗机构提交的病历内容的真实性、准确性、完整性等提出异议,而医疗机构亦经常因此在诉讼中处于不利的地位,甚至因病历不真实等而被判决败诉。

1. 医疗机构因病历不真实而被判决败诉

病历书写的客观和真实原则要求病历记载的内容应当是真实的,医务人员不

^① 详见卫生部、国家中医药管理局于2002年8月2日发布的《医疗机构病历管理规定》第15条、第19条。

^② 部分病历资料亦具有物证的属性,如病理切片等。

得涂改和伪造病历。书写过程中出现错字时,应当用双线划在错字上,不得采用刮、粘、涂等方法掩盖或去除原来的字迹。上级医务人员修改下级医务人员书写的病历时,应当注明修改日期、修改人员签名,并保持原记录清楚、可辨。由此可以看出,涂改与修改的主要区别在于前者使人无法了解原来的内容。

以下是几例因医疗机构提供病历不真实而被法院判决败诉的案件。

【案例6-9】2001年12月8日,患者关某在某医院就医时死亡。事后,关某家属查阅了原始病历并对其进行了复印。但当家属后来再次查阅病历时,发现院方有关人员对病历进行了改动。关某家属将医院告上法院。

法院判决认为,医院在对关某进行治疗过程中以及治疗完毕后,违反病历书写规定,擅自涂改、修改病历,并且医院所提交的病历中的死亡记录(报告)表与患者家属所提交的复印件不一致。依据法律有关规定,由于医院所提交的病历存在涂改等现象,从而不能反映医院在对关某进行治疗的真实情况,故医院所提供的病历不具备证据的客观性与真实性,医院不能据此来证明其在给关某进行治疗的过程中不存在医疗过错,依法应承担举证不能的法律责任。法院最终判定医院赔偿关某家属经济损失3万余元。

【案例6-10】2000年7月6日,孕妇唐某因腹部疼痛到某妇产医院急诊。医院经检查,诊断为先兆早产、胎儿宫内窘迫,将唐某收入高危病房观察治疗。事后,医患双方发生纠纷。唐某诉称,住院后她腹中胎儿多次出现胎心异常,医护人员未能正确诊断并采取有效的抢救措施,未按医疗护理规定严密监测变化情况,失掉最后抢救机会,致使发育正常的孩子胎死腹中。唐某还认为,医院为了达到逃避责任的目的,事后竟对原始病历进行篡改和伪造。而医院辩称,病人住院后,医院按常规监护治疗并多次向家属交代病情,还征求分娩方式并讲明利害关系,但家属拒绝手术仍要求继续观察。该病例胎儿属于正常死亡,医院无任何过错。医院要求唐某偿还拖欠药费、存尸费,立即处理掉婴儿尸体。在法庭质证过程中,医院承认修改过病历,但认为这是规范病历,不是伪造和篡改。

法院经审理认为,病历是患者病情发展的真实记录,是认证医疗过失的重要依据,严禁涂改伪造。由于医院改动病历,使原始证据灭失,导致不能查明本案事实,对此医院承担全部责任。据此,判决医院赔偿唐某经济损失、精神损害抚慰金2万余元,同时判令唐某在10日内将婴儿尸体取走。

【案例6-11】2001年10月2日,某七旬女性患者从楼下摔下,送至桂林市某医院,于次日死亡。医患双方发生争议。原桂林市医疗事故技术鉴定委员会经鉴定认定:医院对患者姜玉琴的治疗无原则性错误,但对患者病情估计不足,对脑挫伤、急性脑肿胀漏诊,没有及时向二线医师报告病情。造成患者死亡的主要原因是年迈老人颅脑外伤后疾病本有的危重性必然结果。同时,医院存在病历涂改现象。鉴定结论为不构成医疗事故。患方不服,提出再次鉴定申请。

2002年9月9日,广西医学会受理再次鉴定申请。在鉴定过程中,院方称其之所以对病历进行涂改是为了“完善”病历,至于有些方面存在漏诊,是因为当时情况很紧急,估计不准。医学会经鉴定认为,医院存在以下违法、违规问题:对医疗文件涂改、伪造化验单;医生观察病情不够细致,病情变化时未能及时调整治疗措施,医护人员未能及时逐级汇报病情;非抢救时间开口头医嘱、护士代开医嘱等,与患者死亡有一定关系。但患者的死因由于是对冲性脑挫伤、脑肿胀等,因而医、护人员违规的过失行为在这起医疗事故中仅起轻微作用。鉴定结论为一级甲等医疗事故,医院负轻微责任。

法院认为,根据《执业医师法》的规定,医师实施医疗、保健措施,签署有关医学证明文件,必须亲自诊查,不得隐匿,伪造或者销毁医学文件及有关资料。《条例》也规定,严禁涂改、伪造、隐匿、销毁或者抢夺病历资料。医院涂改医疗文件,伪造化验单是一种违法行为,显然是在逃避责任。根据广西医学会鉴定结论,本案构成一级甲等医疗事故,医护人员的违规事实与患者的死亡有一定的关系。据此,法院判决医院赔偿患者家属精神损害抚慰金、陪护费、鉴定费等共46017.8元。

客观和真实是病历书写最基本的要求,它要求病历记载的内容应当是真实的,不得涂改和伪造病历。然而令人遗憾的是,我国许多医务人员在医疗纠纷发生后所做的第一件事,即是查看病历记载是否“完善”,如不完善则“抓紧完善”。正是由于上述现象的普遍存在,导致患方对医院提供的病历真实性提出异议。在以往,由于患方缺乏相关的足够证据证明病历的不真实性,因此,法院极少认定患方的主张,这在客观上又进一步助长了医务人员“完善病历”的不良习惯。

然而,随着患方举证能力的增强,上述情况正在逐渐得到改变。在法庭上,患者提供的证据可能是病历复印件,也可能是谈话录音或证人证言,还可能包括未“完善”前的病历复印件,而且大多是在医院未察觉的情况下取得的。由于医院不能提供客观真实的病历,因此,法院将无法根据医院提供的病历进行鉴定,无论是医疗事故技术鉴定还是司法鉴定。由于无法进行鉴定,导致医院不能证明其不存在医疗过错以及医疗行为与损害后果不存在因果关系,其最终结果是医院承担举证不能的法律后果。

鉴于病历在诉讼中的重要作用,因此,律师应提示医疗机构特别加强病历书写规范的教育。医务人员不得违规对病历进行涂改和伪造,也不要再对病历进行任何“修改”,避免画蛇添足,使问题复杂化,否则可能会因提供的病历不真实而承担不利的法律后果。特别要注意的是,在医患双方发生争议后,医务人员最好不要再对病历内容进行任何形式的修改,包括“整理”或“完善”病历。

2. 医疗机构因病历内容不准确而被判决败诉

病历书写的准确原则要求病历记载的内容应当准确无误,文字工整,字迹清

晰,表述准确,语句通顺,标点正确。实践中经常出现的问题是描述不准确,关键字出现错误,导致所要表达的内容完全相反。例如将“左”和“右”相混、异博定药物剂量“半片”与“4片”相混等。

【案例6-12】某医院放射科技师给一头部枪伤病人拍摄头颅片时,由于精神不集中,错误地将标志铅字“右”放在了左侧,拍片后又没有写明照片条件,医生在写报告时也没有进行查对,报告为:“右侧颅内发现金属异物”。结果,脑外科医生按此报告在头颅右侧开颅检查,但未能找到异物。双方发生纠纷,患方诉至法院,医院败诉。

【案例6-13】某病理科医生在为某乳腺肿块性质的病人书写病理检验报告时,与同事聊天,误将“乳腺癌”写成“乳腺癌”,且未进行核对。临床科室因此而制定了扩大范围的手术方案,给病人实施了根治手术。结果术后再次进行病理检查结果是腺瘤,找出原来的病理切片重新检查仍然是腺瘤。事后,患者提出索赔并要求“恢复原状”。经法院审理,医院被判决承担民事赔偿责任。

【案例6-14】某卵巢囊肿女性病人在某医院接受了手术。医生在术中手术切除一侧卵巢和输卵管。然而,手术医生在书写手术记录时,使用了电子病历中的手术记录模版,但没有更改原模版中的“双侧附件探查正常”描述。事后,病人以此提出异议:既然手术发现双侧附件正常,为什么要切除一侧附件?在诉讼中,由于医院无法提供合理的解释及证据,法院判决医院赔偿患者8万元。

医务人员在其执业过程中难免会出现各种错误。但是,在上述案件中,医务人员发生的错误均属“低级错误”。只要医务人员加强责任心,严格遵守病历书写规范,则上述低级错误是完全可以避免的。

3. 医务人员因未及时书写病历而与患方发生纠纷

“及时”原则要求医务人员应当在规定的时间内完成病历内容的书写。例如,应当在患者入院后24小时完成入院记录,对病危患者应当根据病情变化随时书写病程记录,每天至少1次,记录时间应当具体到分钟。对病重患者,至少2天记录一次病程记录。对病情稳定的患者,至少3天记录一次病程记录。对病情稳定的慢性病患者,至少5天记录一次病程记录。同时,规范还规定如果因抢救急危患者而未能及时书写病历时,可以在抢救结束后6小时内据实补记并加以说明。

【案例6-15】某老年患者在某医院住院11天后死亡。医患双方发生争议后,发现患者死亡前44小时,医生没有病程记录;在病程记录中,没有呼吸机使用参数记录;护士多次使用吗啡而没有医生医嘱。同时发现医院在事后后伪造、篡改、涂改重症护理记录。事后,患者家属与医院发生长达多年的诉讼。

【案例6-16】某39岁患者住入某医院,入院诊断为“肝硬化”。某医院予以保肝、调节免疫、支持疗法等治疗后病情好转。在准备出院前一天,在静滴“胸腺肽”时,患者出现畏冷、胸闷不适、腹胀等症状。医生给予相应检查及对症处理,患者病情好转,当晚自行回家。次日晨,家属扶送病人来院。当时,患者全身紫绀、呼吸急促,血压70/50mmHg,述一夜无排尿。结合辅助检查,考虑休克和肾功衰竭。最终,患者经积极抢救无效死亡。医学会鉴定时发现,医生的病程记录对病情变化、处置措施及治疗效果等均未详细记录,特别是在病情异常时,未记录患者不得离院以免影响观察抢救等情况。医学会鉴定结论为本案构成一级甲等医疗事故,医院负次要责任。

【案例6-17】某患者因发热一天到某医院就诊,被诊断为“上呼吸道感染”,医生给予头孢拉定静脉滴注。4小时后患者死亡,双方发生纠纷。经查:病历中无相关病情告知内容及患者签字,无医生观察记录。司法鉴定确认“医方存在明显过错”。法院据此判决医院败诉。

【案例6-18】患者鄂某因菌痢住某医院内科治疗。入院后,医生予经口服磺胺脒\鲁米那痢特灵等药物治疗。服药后当天,患者即出现全身皮疹。主管医生陈某,住院医师张某均认为系药物过敏性皮炎。但陈某未在病历上做记录,未注明是何种药物过敏,改用其他药物治疗。5天后,患者病情好转,过敏性皮疹消失。后因患者睡眠不好,夜班值班大夫给予患者鲁米那0.06g口服。当晚,患者再度发生全身性皮疹,渗出严重,烦躁不安。次日上午,主管医生陈某在听取了夜班医师的汇报后,又指示护士给患者肌肉注射鲁米那0.1g,导致患者皮疹加剧,全身红肿,大量炎性渗出物,体温39℃,病情危重。虽立即采取抢救措施,但患者终因药物过敏性休克而死亡。事后,医患双方发生纠纷,公安机关亦予以刑事立案。

法院经审理后认为,被告人陈某身为主管医师,在患者入院治疗后发生第一次全身性皮疹后,即已肯定为药物性过敏皮疹,但不在病历上做出记录和过敏药物的标记,以致造成夜班值班医师从病历上无据可考,再次使用鲁米那0.06g,发生更严重的全身性皮疹。当第二天上午交接班,夜班值班医师详细汇报病人的病情后,陈某又指使护士肌肉注射鲁米那0.1g,造成患者药物性过敏性休克,全身红肿,严重渗出,生命垂危而又未能引起重视,待家属探视时发现患者垂危,经叫医生才来抢救,终因抢救无效死亡。法院判处被告人陈某有期徒刑2年,缓刑2年。

【案例6-19】某胃溃疡穿孔患者到某医院就诊。医生告知须急诊手术,并及时完成病历书写和术前谈话。但是,在手术签字时,家属犹豫不决,4小时后才同意进行手术。但因手术时间延误,已失去行胃大部切除术条件。第2天,患者家属向医院投诉,称医生“故意拖延”时间,导致治疗延误。经查:在原始病历中,医生详细记录了患者入院时间、首次病历书写时间、完成术前谈话时间、请患者家属手术签字时间、患者家属最后同意手术的签字时间。事实证明:医生在治疗方面不存在任何医疗过失,实系患方原因导致患者病情恶化。事后,患方未再提出异议。

及时书写病历是对医务人员最基本的要求。对于病历书写时限,病历书写规范有着极其严格的要求。然而,在现实工作中,医务人员因各种原因未能及时书写病历的现象仍屡见不鲜。没有按照规范及时书写病历,不仅医疗机构会因举证不能承担不利的法律后果,而且如果造成了严重的后果,相关的临床医生还可能会受到刑事处罚。相反,如果医生严格遵守书写规范,则将在纠纷处理中立于不败之地。

四、病历证明效力的有限性

山东某地法院在某医疗诉讼案的判决书中写道:被告医院仅举证原告在其住院就诊的病历及有关的理论知识,该证据仅能证明被告对原告进行治疗的过程及有关的手术记录,而不能确凿证明被告对原告的治疗行为与所发生的损害后果之间不存在因果关系及不存在过错。人民法院并非专门的医疗机构,也不具有专业的医疗知识,它本身不能认定被告的医疗行为是否符合治疗的操作规程,被告的医疗行为是否无过错,是否与原告受到的损害有因果关系,有赖于有关机构客观、公正的鉴定。因此,被告应承担举证不能的法律责任。

在医疗纠纷案件诉讼过程中,医疗机构最主要的举证方式是向法院提交患者就诊的病历,以期证明医疗机构的医疗行为不存在过错,患者的损害后果与医疗行为之间不存在因果关系。毫无疑问,病历能够证明医疗机构为患者提供医疗服务的经过。然而,病历本身能否证明医疗机构的医疗行为不存在过错、医疗行为与损害后果之间不存在因果关系呢?我们先来看两个案例。

【案例6-20】原告患者张某因“梗阻性黄疸”入被告某医院住院治疗,术后发生“胆道手术后肠痿”,与被告医院发生纠纷。经协商不成,原告向人民法院提起诉讼。在庭审中,被告从医学专业角度进行了详细的答辩,并提交了原告的病历,以证明为患者治疗的经过及其医疗行为不存在过错。然而,法官认为本案涉及医学专业问题,自己没有能力对此作出判断,故要求被告申请进行鉴定。然而,被告认为本案涉及的医学专业问题非常简单,根本不需要鉴定。因此,被告拒绝申请鉴定并拒绝交费。

一审法院经审理后认为,由于被告在给原告实施手术过程中存在过错,致使原告手术后出现了“胆道手术后肠痿”,被告应承担相应的民事责任。被告辩称其不存在过错,但被告对其主张未能提供有效的证据,无法证明其行为无过错,故其主张不能成立。法院判决被告败诉。被告不服,提起上诉。在二审期间,被告申请鉴定,并提出病历可以证明其医疗行为不存在过错。

二审法院经审理后认为,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第25条规定,当事人申请鉴定,应当在举证期限内提出。在原审法院审理期间,原审法院在立案后,已将举证须知告知上诉人医院,但医院未在举证期限内提出鉴定,视为医院对该项权利的放弃。上诉人医院在二审期间提出鉴定请求不属二审新证据范围。因此,上诉人的鉴定申请,本院不予支持。上诉人医院认为提出病历就是证据,能证明医院无过错。本院认为,病历是一种病程记录,只能说明患者在医院就诊时,医院在给患者治疗期间所能证实的治疗、用药、护理的全过程,不能证实上诉人在治疗期间其行为不存在医疗过错。由于上诉人医院没有提供足够的证据证明其医疗行为与损害后果不存在因果关系,因此,上诉人的上诉理由不能成立。原审判决认定事实清楚,适用法律正确,判决驳回上诉,维护原判。

【案例6-21】患者李某因患慢性阑尾炎急性发作,入住被告某医院,接受了手术治疗。因术后出现窦道并有脓性分泌物溢出,患者及其家属与被告发生纠纷,多次与被告交涉,并再次入住被告医院。因暂时无法手术,患者出院。次日,因腹部疼痛难忍,精神上对能否医治怀有恐惧,患者自杀身亡。20天后,患者母亲去世。事后,患者家属向法院提起诉讼。被告在庭审中明确表示不申请鉴定,但事后又提出了鉴定申请,法院没有同意。

法院经审理后认为,本案属于因医疗行为引起的医疗侵权损害赔偿纠纷。按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》,对于过错和因果关系两项事实实行举证责任倒置原则,即应由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。被告没有充分的事实和理由说明在对患者整个治疗过程中不存在过错。被告在庭审中所提供的二组住院病案记载,只是完成了意义上的举证责任。被告已在庭审中明确表示不申请鉴定,且后被告的鉴定申请并不是在法定举证期限内提出。同时,原告不同意进行鉴定,并不愿提交有关材料或陈述意见、参与抽取专家成立鉴定组等工作,致使医学会无法对此作出相关鉴定书。因此,被告应承担相应举证不能的法律后果。据此,法院判决被告败诉。

上述两个案件的共同特点,一是被告医院在法定的举证期限内没有提出鉴定申请;二是被告医院均提出病历资料可以证明其不医疗行为不存在过错,医疗行为与损害后果之间不存在因果关系。两家法院均以被告医院举证不能判决医院败诉。法院的判决是否正确呢?

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第25条规定:当事人申请鉴定,应当在举证期限内提出。符合本规定第27条规定的情形,当事人申请重新鉴定的除外。对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人,在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。在医疗侵权案件中,医疗机构对其医疗行为不存在过错及不存在因果关

系承担举证责任,即所谓的举证责任倒置。由于医疗行为的高度专业性,法官很难根据医患双方提供的关于医疗机构是否存在医疗过错及因果关系独立作出判断,因此,法官在医疗侵权案件中往往需要依据鉴定结论才能对案件事实作出认定。根据法律规定,在这种情况下,提出鉴定申请是被告医疗机构的义务。如果医疗机构在法定期限内没有提出鉴定申请,导致对医患双方争议的事实无法通过鉴定结论予以认定,那么,医疗机构就应承担举证不能的法律后果。

在上述两个案件中,被告医院均认为病历可以证明其不存在医疗过错及因果关系。然而,病历仅仅是对患者的疾病发生、发展情况和医务人员对患者的疾病诊断、治疗及护理医疗活动情况的客观记录,只能证明医疗机构为患者治疗的经过。鉴定时,专家们将病历记载的医疗行为与临床诊疗常规相对比,并据此对医疗机构的医疗行为是否违规进行判断。病历本身并不能证明医疗机构的医疗行为不存在过错,也不能证明医疗行为与损害后果之间不存在因果关系。据此,作者认为上述两个案件的法院判决是正确的。

最高人民法院有关人员曾明确提示医疗机构如何应对举证责任倒置。他们认为,对因果关系和医疗过失的认定,涉及医学领域中的专门问题,一般都要通过鉴定才能认定。因此,在这样的情形下,医疗机构所需要做的,不过是申请鉴定、启动鉴定程序。病历的证明效力是有限的。在医疗侵权诉讼中,在法院规定的举证期限内及时提出鉴定申请,既是医疗机构的义务,亦是其法定的权利。充分行使法律所赋予的权利并履行法定义务,是医疗机构避免承担举证不能法律后果的最佳防范措施。

五、病历复印、封存与质证

(一)病历复印、复制与封存

如上所述,病历是医务人员在通过问诊、查体、辅助检查以及诊断、治疗、护理等医疗活动获得有关资料的基础上进行归纳分析整理形成的医疗活动记录。它是对诊疗活动的原始记载,基本上能够反映医护人员在诊疗护理过程中是否存在违反临床诊疗护理常规和技术操作规程的行为,因此也是进行医疗损害赔偿责任鉴定的主要依据,是医疗纠纷案件处理中最关键、最重要的证据资料。而根据《医疗机构病历管理规定》,住院病历由医疗机构负责保管。因此,对患方来说获得一份客观真实的病历记录就成为医疗纠纷案件处理中最终取胜的前提条件和基础,是至关重要的一个环节,这就对患方提出了一个证据保全的问题,即病历封存。

患方在复印和封存病历过程中要注意以下问题:

1. 对患方来说,医疗纠纷发生后应及时提出复印和封存病历的要求。不仅如此,一旦向医疗机构提出复印和封存病历的要求,就应该尽快完成,不能给对方修改病历的时间和机会,否则不但没有达到防止病历被修改的目的,反而提醒对方并给对方以修改的机会。因此,作为患方的律师,在选择封存和复印病历的时间上应注意不给对方拖延的机会和借口,如最好不要在下午快下班时,特别是周五的下午。另外,应按照《医疗机构病历管理规定》的要求携带相关证件,以免给医疗机构拖延时间的借口。

2. 封存和复印病历后,并不代表病历就是客观真实的,无论是复印或是封存的病历都只是对复印或封存当时病历状态的一个固定,只能防止复印或封存之后的病历不被随意修改,但并不代表封存或复印之前的病历就一定是对患者病情的客观真实记载。因此,就算是患者封存和复印了相关病历,患方在进行医疗损害责任鉴定之前仍然应提出对病历的真实性进行质证。

(二)病历真实性质证及技巧

1. 质证及其内容

质证是指在审判人员的主持下,由案件的一方当事人对对方提交到法庭的证据材料进行审查、核对、辨认等,从而对其真实性、合法性和关联性进行判断,对无异议的证据材料予以认可,有异议的提出质疑和询问,进行对质核实,以确认其证明力的诉讼活动。在民事审判实践中,质证是一个极其重要的程序,也是当事人法定的诉讼权利。质证可以充分发挥当事人在民事审判中的作用,通过一方当事人对另一方当事人提交的证据材料进行审查和核实,帮助法庭查明事实真相,从而为作出正确的裁判奠定基础。

正因为如此,《民事诉讼法》第66条规定,证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第47条规定,证据应当在法庭上出示,由当事人质证。未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据。第50条规定,质证时,当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性,针对证据证明力有无以及证明力大小,进行质疑、说明与辩驳。可见,我国法律及相关司法解释对证据的质证及其内容进行了规定。

所谓真实性是指证据所反映的内容应当真实客观。这是对证据最基本、最本质的要求,虚假的证据对案件事实的证明是没有意义的,就不具有证明力,也就不可能被法庭采纳;所谓关联性是指证据与案件事实之间应该存在客观的联系。否则的话,一个证据即使是真实的客观的,如果它与案件事实无关,那么这个证据对证明案件事实就没有帮助,就不具有证明力,也就不会被法庭认可和采纳;所谓合

法性是指证明案件事实的证据必须是符合法律规定的程序和方法取得的具有合法形式和合法来源的证据。如果取得证据的程序或方法、形式、来源不合法,就可能不被法庭采纳。质证正是通过对证据真实性、合法性和关联性的考察和判断,从而确认证据是否具有证明力以及证明力的大小。

2. 病历真实性质证

根据《医疗机构病历管理规定》,住院病历由医疗机构保管。而病历是医务人员通过问诊、查体、辅助检查以及诊断、治疗、护理等医疗活动获得有关资料的基础上进行归纳、分析、整理形成的医疗活动记录,它是对诊疗活动的原始记载,是进行医疗损害责任鉴定最主要的依据,也是医疗纠纷案件处理中最重要的证据材料。因此,在医疗纠纷案件的处理中通过质证对病历的真实性进行确认就成为非常重要的问题了。一般来说,患方在对病历的真实性进行质证的过程中需注意以下几个方面的问题。

(1)在对病历进行审查时应尽可能查看病历原件。即使是病历已经封存的情况下,由于封存病历只能使病历在封存之后的状况被固定,封存之前病历的真实性是否存在疑问尚不可知,因此,在对病历进行质证时应尽可能查看原件。只有对原件进行检查和核实,才可能发现病历是否进行过删改和变动,复印件是很难发现问题的。

(2)在对病历进行审查时应着重审查案件的焦点部分。病历资料一般包括众多的内容,特别是疑难、复杂的病例,病人住院时间长,病历资料长达五六百页,甚至更多。面对如此众多的病历资料,如果每一页都仔细的研究,一是时间问题,更重要的是面面俱到的同时,可能反而忽略了对重要资料的研究。因此,作为患方的律师,应具有从众多的问题中抓住主要问题的能力,着重审查案件的焦点部分,这样可起到事半功倍的效果。

(3)在对病历进行审查时针对关键问题和可疑情况应进行逻辑分析和前后对比,以便更好地发现问题。在对病历进行审查时,不仅要着重审查案件的焦点部分,而且对其中的关键问题和可疑情况更应当给予重视。具体来说,在对关键问题和存在可疑情况的病历资料进行审查时,应注意对病历资料进行前后对比分析和研究,看它们之间是否相吻合,是否有相互矛盾之处,从而更好地找到问题的突破口。

■第五节 教科书、医学文献的证明效力

教科书、医学文献能否作为认定事实的依据,主要取决于该证据的关联性。所

谓证据的关联性,是指证据与待证的案件事实或其他争议事实具有一定的联系,必须对证明案件事实或其他争议事实有确实的帮助。因此,证据的关联性又可以称为证据的“证明性”。在医疗纠纷案件诉讼过程中,当事人对于对方提供的教科书、医学文献等资料的真实性往往没有异议,而是对其与案件的关联性有异议。

关于教科书的证明效力,人们的观点不尽相同。医学教科书是有关机构专门编写的学生学习用书,其内容涵盖了医学生应当掌握的基本医学知识,代表了某一领域普遍公认的观点,同时也是医务人员医疗行为的基本指南。因此,教科书可以作为医务人员证明其医疗行为不存在违规之处的初步证据,与待证事实之间具有一定的关联性。之所以称为初步证据,是因为患者的具体情况千变万化,教科书尚无法充分证明医务人员的具体医疗行为不存在医疗过错,医疗行为是否存在过错尚需要通过专家咨询、医学或法医学鉴定的方式加以确定。另外,由于医学的高度专业性,要求普遍缺乏医学知识的法官就教科书内容与待证事实之间的关联性进行认定也是非常困难的,从而导致法官普遍认为这些证据不具有关联性。导致医院使用教科书证明其不存在医疗过错的另外一个原因,是目前我国缺乏统一诊疗技术操作常规和规范,使得医院无法提供充分的证据证明其医疗行为符合常规和规范。

本书所称医学文献,系指发表在国内外各类医学专业杂志上的医学研究论文、综述、报告等。医学文献与教科书的主要区别,在于医学文献的内容多带有研究和探讨性质,并未完全被业界所普遍公认。关于某一问题,不同研究者可以得出不同甚至完全相反的结论。正是由于这一特点,因此,医学文献与案件待证事实之间的关联性较差,其证明力亦较弱。

【案例6-22】原告金某在被告医院接受了包皮环切手术后出现阴茎勃起障碍。原告认为系医院医疗过失所致,向法院提起诉讼。法院委托的司法鉴定机构认为,金某所患阳痿,根据现有材料,应考虑系医院在对其做包皮手术失误所致,故应承担过错责任。医院对该鉴定结论有异议,认为根据教科书的记载,包皮切除术不可能造成阳痿,被告在手术中无过错,原告的阳痿属自身的心理障碍,要求进行重新鉴定。被告向法庭提交了《泌尿外科手术并发症》、《中华男性学》、《男性生殖器官应用解剖》、《泌尿外科手术图解》等医学书籍。法院根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》认为,对于原告阳痿的原因,尽管被告提供了较多的学术上的资料,但学术资料仅对分析认定案件事实有一定的参考作用,毕竟不是案件的事实,缺乏客观性和关联性,被告的请求不符合重新鉴定的条件。法庭当庭驳回了被告重新鉴定的申请。

在另外一起因使用药物不当导致患者过敏死亡的医疗侵权案件中,法院对医院提交的医学书籍等证据作出了如下认定:

本院认为,在审理期间,被告医院仅以《医用药理学》、《现代临床药物手册》、《新编药物手册》、《现代药理学》等教科书及《新英格兰医学杂志》上关于阿霉素的药理说明证明患者的死亡与其过量使用阿霉素有关。由于这些教科书及专业杂志上关于阿霉素的说明仅称使用过量可导致心脏毒性,并不能说明必然导致死亡,且这些教科书对于本案缺乏直接的关联性,故被告所举这些证据的效力尚不足以证明其主张。

尽管如此,医学文献在某些案件中可能具有较强的证明力,法院可以依据得到普遍公认的医学文献直接作出判决。

【案例6-23】2002年9月10日,已属再次生育的熊某自觉到某地计生站施行结扎手术。计生站采用我国绝育手术中广泛采取的抽心近端包埋法给她施行了结扎手术。然而,2004年5月,熊某被发现再次怀孕,并接受了药流手术。2005年8月,熊某以计生站手术过错导致怀孕受到损害为由向法院提起民事诉讼,请求判令被告赔偿误工费、精神损失费等经济损失共6760元。

法院经审理认为,熊某到计生站施行结扎手术,双方成立有效的计划生育技术服务合同关系。计生站在施行结扎手术过程中,按照规范的手术常规进行操作,未出现差错,已经全面依约履行合同义务,没有违约。根据国家计生委科学技术研究所人类生殖健康培训中心文献资料:女性绝育手术失败率为2%—5%,即允许手术失败率在这个幅度范围内。因此,熊某在时隔近两年后的2004年5月受孕不能认定是结扎手术引起的。法院据此认为熊某的诉讼请求,没有事实和法律依据,判决驳回了其诉讼请求。

【案例6-24】2000年5月,原告陈某到被告医院处接受剖宫产加输卵管绝育术。被告以抽芯包埋法进行双侧输卵管结扎术,术中切除双侧输卵管峡部各1厘米。2002年12月,原告被发现再次怀孕,故起诉至法院,要求被告赔偿经济损失494元,精神损失2000元。在诉讼过程中,被告提供的相关医学资料显示,采用此种方法避孕的失败率为1.5%—17.1%。

法院经审理认为,被告医疗行为不存在过错,原告亦无过错。鉴于双方存在真实的医疗服务关系,原告的再孕这一事实的发生与原告的正常夫妻生活和被告符合操作规范的手术下难以避免的再孕率均有一定的关联,故对于原告没有实现终止妊娠的手术目的,产生的因再孕、流产及误工而引起的实际损失,应基于公平责任的原则,由双方共同负担。法院判决被告赔偿原告经济损失514元。

上述两个案件的最终判决结果不同,但却有一个共同的特点,即法院认可了被告提交的医学文献的证明效力,并据此作出原判决。因此,医学文献因其内容、具体案件不同,会有不同的证明效力。

第七章 医疗纠纷案件的技术鉴定

■第一节 医疗事故技术鉴定与司法鉴定

一、医疗事故技术鉴定

(一)医疗事故技术鉴定的概念

医疗事故技术鉴定,是指由医学会根据有关法律规定,组织有关临床医学专家和法医学专家组成的专家组,运用医学、法医学的知识和技术,对涉及医疗事故争议处理的有关专门性问题进行检验、鉴别和判断并提供鉴定结论的活动。

(二)医疗事故技术鉴定的特点

1. 医疗事故技术鉴定的目的,主要是为卫生行政部门处理医疗事故时遇到的专门性问题提供专业技术服务。^① 包括:(1)判断医疗行为是否具有违法性,即是否违反了医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规;(2)判断医疗过失行为与人身损害后果之间是否存在因果关系;(3)确定医疗过失行为在损害后果中的责任程度;(4)确定医疗事故等级;(5)对患者提出医疗护理医学建议。这些专门性问题是卫生行政部门处理医疗事故争议的前提与基础。

2. 鉴定机构选择具有高度的专属性。根据《条例》第20条的规定:卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告或者医疗事故争议当事人要求处理

^① 在医疗纠纷案件审理过程中,医学会组织的医疗事故技术鉴定也可作为司法审判活动提供服务。

医疗事故争议的申请后,对需要进行医疗事故技术鉴定的,应当交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定;医患双方协商解决医疗事故争议,需要进行医疗事故技术鉴定的,由双方共同委托负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。可见,医疗事故技术鉴定只能由医学会组织的医疗事故技术鉴定专家组来完成,不存在选择其他鉴定机构的可能。

3. 鉴定结论以医学会的名义发出,不实行鉴定人个人负责制。因此,一般难以追究鉴定人的法律责任。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第29条规定,审判人员对鉴定人出具的鉴定书,应当审查其是否有对鉴定人鉴定资格的说明、鉴定人员及鉴定机构签名盖章。从这点讲,医学会出具的医疗事故技术鉴定书不符合我国《民事诉讼法》所规定的鉴定结论的形式要件。

4. 医疗事故技术鉴定对证据要求较为宽松。表现为缺乏鉴定资料 and 材料严谨的保全、固定与保存制度,原始鉴定材料与资料被涂改、遗失、毁损的情况时有发生。

(三) 医疗事故技术鉴定机构

医疗事故技术鉴定机构是根据行政级别、按照设区的市、省辖的县(市)、省(自治区、直辖市)直接管辖的县、省级、全国层次而设置的。

科学公正的医疗事故鉴定是处理医疗事故的关键,而负责医疗事故技术鉴定工作的鉴定机构是否能保持中立地位是其能否提供科学公正鉴定结论的前提。根据1987年国务院颁布的《医疗事故处理办法》的规定,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技术鉴定委员会进行鉴定,由卫生行政部门处理。可见,在原有体制下,医疗事故技术鉴定委员会是医疗事故的鉴定机构。省(自治区)分别成立省(自治区)、地区(自治州、市)、县(市、市辖区)三级医疗事故技术鉴定委员会。直辖市分别成立市、区(县)二级医疗事故技术鉴定委员会。原有的体制下,医疗鉴定机构是政府的下设机构,医疗事故鉴定委员会隶属于政府。按照这种模式,鉴定委员会是代表政府行使权力,直接归属于政府的卫生行政部门管理。这样,很难保证鉴定委员会的独立性和中立性,也很难排除鉴定行为的行政性质。因此,长期以来公众对这种医疗事故技术鉴定体制意见很大。人们普遍认为,卫生行政部门是医疗机构的上级主管部门,是“老子”与“儿子”的关系,“儿子”出了事,哪有“老子”不帮忙的。这种老的医疗事故鉴定管理模式导致了公众对医疗事故技术鉴定委员会出具的鉴定结论不信任。

《条例》将医疗事故技术鉴定的组织权,交给了中立性较强的社会团体——医学会。负责医疗事故技术鉴定工作的医学会,是指按照国务院1998

年颁布的《社会团体登记管理条例》，经县级以上人民政府民政部门审查同意、登记成立的医学社会团体，即由医学科学工作人员、医疗技术人员等中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿、按照其章程开展活动的非营利性医学社会组织。国家机关以外的医学科研组织、医疗机构等可以作为单位会员加入医学社会团体；医学科研人员和医务人员可以作为个人会员加入医学社会团体。医学会同其他社会团体一样具备法人资格，属于社会团体法人，具有很强的中立性，同时又对医疗行业和医学科学十分了解。医学会不从事营利性经营活动，这样由医学会负责医疗事故技术鉴定工作，既能满足鉴定工作高度科学性、复杂性的要求，又有利于保证医疗事故技术鉴定机构的独立和中立，鉴定结论的科学、客观和公正。由此可见，由医学会作为医疗事故技术鉴定机构较之以往模式而言是一大进步。

承担医疗事故技术鉴定组织工作的医学会分为以下四类：(1)设区的市级地方医学会；(2)省、自治区、直辖市直接管辖的县(市)地方医学会；(3)省、自治区、直辖市医学会；(4)中华医学会。第(1)类和第(2)类地方医学会负责组织本地区内医疗事故争议的首次技术鉴定，第(3)类地方医学会负责本行政区域内当事人因对医疗事故争议首次技术鉴定不服而提起的再次鉴定。按照《条例》第21条的规定，第(4)类中华医学会不负责一般意义上的重大医疗过失行为、医疗事故争议的技术鉴定，它组织的技术鉴定也不是任何重大医疗过失行为、医疗事故争议的必经程序。中华医学会组织的医疗事故技术鉴定应当符合以下特征：(1)属于疑难、复杂的医疗事故争议；(2)在全国具有重大影响的医疗事故争议；(3)必要时由中华医学会组织技术鉴定的医疗事故争议。中华医学会作为鉴定的组织者，应该接受谁的委托呢？《条例》未作说明，但在实践中，中华医学会一般只接受省级以上政府部门或司法机关的委托进行鉴定，包括：(1)国务院卫生行政部门；(2)省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部；(3)公安部、最高人民法院、最高人民检察院；(4)省、自治区、直辖市的公安机关、高级人民法院、高级人民检察院。

应当注意的是，并非所有的医学会均可以作为医疗事故技术鉴定的主体。首先，必须是依法登记成立的医学社会团体；其次，受其所在地行政区域的级别限制。如县或者县级市地方医学会，虽然是经过县级以上地方人民政府民政部门审查同意、依法登记成立的医学社会团体，但如果其所在地的县或县级市是不属于省、自治区、直辖市直接管辖的，该地方医学会也不能成为负责医疗事故技术鉴定工作的主体。

二、医疗纠纷司法鉴定

(一) 司法鉴定的概念

根据第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议于2005年2月28日审议通过并于2005年10月1日起施行的《关于司法鉴定管理问题的决定》第1条规定,司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。依此规定,只有人民法院因诉讼需要而决定进行的鉴定,才叫司法鉴定。在医疗纠纷案件中进行司法鉴定的目的主要是:(1)是否存在损害事实;(2)医疗行为是否存在过错;(3)损害事实与医疗过错行为之间是否存在因果关系。

医疗事故技术鉴定的性质是行政鉴定,司法鉴定则是人民法院在诉讼活动中为调查收集证据而进行的专门鉴定活动。司法鉴定在某些情况下比医疗事故技术鉴定更具证明力。在因医疗事故而引发的民事诉讼中,人民法院可以采信医疗事故技术鉴定结论,将其作为证据,也可以否定这种鉴定结论而重新进行司法鉴定,并以此为基础作出判决。

(二) 医疗事故技术鉴定与司法鉴定的区别

无论是医疗事故技术鉴定还是司法鉴定,都属于鉴定。但两者之间的区别很明显:

1. 鉴定性质不同。医疗事故技术鉴定在其性质上,属于行政鉴定;^①而司法鉴定则是一项诉讼活动。

2. 鉴定的目的不同。医疗事故技术鉴定主要是为医疗卫生行政部门处理医疗纠纷与医疗事故提供事实依据;^②司法鉴定是为医疗损害赔偿民事诉讼、涉嫌医疗事故罪和非法行医罪的刑事诉讼等提供事实依据。由此可见,司法鉴定比医疗事故技术鉴定的适用范围要广。

3. 鉴定的启动权不同。医疗事故技术鉴定的启动权在于医疗卫生行政部门和

^① 最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》第2条规定,人民法院在民事审判中,根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗事故司法鉴定的,交由条例所规定的医学会组织鉴定。因此,法院在审理医疗纠纷案件过程中委托医学会进行的鉴定,已不再是单纯的行政鉴定,而属于广义司法鉴定的范围,即上述通知中所说的“医疗事故司法鉴定”。

^② 同上注。

医疗事故争议双方当事人；^①而司法鉴定的启动权在法院及双方当事人。

4. 鉴定的委托方式不同。医疗事故技术鉴定的委托方式有两种：一是卫生行政部门转交；二是当事人双方共同委托。^②而司法鉴定则是由法院统一对外委托。

5. 受理鉴定的权限不同。医疗事故技术鉴定只有在卫生行政部门移交和双方当事人共同委托医学会两种情形下，医学会才有受理权限；^③而司法鉴定的权限范围十分广泛，只要在诉讼过程中需要鉴定，都可以采取司法鉴定的方式进行。

6. 鉴定主体的范围不同。医疗事故技术鉴定只能由医学会组织医疗事故技术鉴定专家组进行；司法鉴定则由司法机关交由依法成立的鉴定机构进行。

7. 鉴定主体的责任方式不同。医疗事故技术鉴定由医学会出具鉴定书，专家组成员无须在鉴定书上签名盖章；司法鉴定实行鉴定人负责制度，鉴定人应当独立进行鉴定，对鉴定意见负责并在鉴定书上签名或者盖章。多人参加的鉴定，对鉴定意见有不同意见的，应当注明。

（三）全国人大关于司法鉴定管理问题的决定

长期以来，我国的司法鉴定活动缺少相关的法律规定，司法鉴定管理体制混乱，鉴定机构重复设置，鉴定人员专业技术水平参差不齐，重复鉴定层出不穷，司法鉴定行业处于无序或失序状态。这些问题严重地影响了司法鉴定的客观性、科学性和权威性，在一定程度上影响了司法公正，也浪费了相当多的司法资源。鉴于此种情况，对我国现行司法鉴定体制进行了重大改革，规定人民法院和司法行政部门不得设立鉴定机构；实行司法鉴定人的准入制度，对从事司法鉴定业务的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度；司法鉴定实行鉴定人负责制度等。在《关于司法鉴定管理问题的决定》生效后，原来我国各级人民法院设立的鉴定机构已被全部取消，司法行政部门对其他鉴定机构进行了重新登记并予以公告。《关于司法鉴定管理问题的决定》对于进一步规范司法鉴定管理工作，解决当前司法鉴定中存在的突出问题，保障诉讼活动的顺利进行，树立人民法院中立、公正的司法形象具有重大意义。

《关于司法鉴定管理问题的决定》对我国现行的医疗事故鉴定体制是否会产生

① 《条例》第20条规定，卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告或者医疗事故争议当事人要求处理医疗事故争议的申请后，对需要进行医疗事故技术鉴定的，应当交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定；医患双方协商解决医疗事故争议，需要进行医疗事故技术鉴定的，由双方当事人共同委托负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。

② 根据《医疗事故技术鉴定暂行办法》第13条规定，医学会受理由司法机关委托的医疗事故技术鉴定申请。

③ 同上注。

影响呢?中国政法大学刘鑫教授认为,目前《关于司法鉴定管理问题的决定》不会直接影响我国现行的医疗事故技术鉴定体制。^①因为我国现行的医疗事故技术鉴定体制是根据《条例》及《医疗事故技术鉴定暂行规定》设立的,是为解决医疗事故争议行政处理服务的。即使是为司法审判服务,也涉及医疗事故犯罪、医疗事故争议处理行政诉讼和医疗事故损害赔偿。因此其组织形式、鉴定人员选任、鉴定程序、鉴定方法以及鉴定内容都是特定的,与《关于司法鉴定管理问题的决定》第2条第1款所规定的3类鉴定明显不符(关于这3类鉴定的解释,参见《关于司法鉴定管理问题的决定》第17条)。那么医疗事故技术鉴定是否属于《关于司法鉴定管理问题的决定》第2条第1款中所说的第4种情况“根据诉讼需要由国务院司法行政部门商最高人民法院、最高人民检察院确定的其他应当对鉴定人和鉴定机构实行登记管理的鉴定事项”呢?当然也不是,因为这种情况属于立法中的“兜底”条款。这是为了将来因审判工作需要增加新的鉴定项目纳入到司法行政机关管理,由司法部商最高人民法院、最高人民检察院确定。

尽管《关于司法鉴定管理问题的决定》对医学会组织的医疗事故技术鉴定没有实质性的影响,但是,由于在医疗纠纷案件诉讼过程中,当事人(多为患方)经常会出于各种原因选择申请司法鉴定,因此,《关于司法鉴定管理问题的决定》对人民法院审理医疗纠纷案件还是有重大影响的。在目前还难以预见的相当长一段时间内,还会存在医学会医疗事故技术鉴定与司法鉴定并存的现象。

■第二节 医疗事故技术鉴定程序

最高人民法院曾于2001年11月16日颁布了《人民法院司法鉴定工作暂行规定》,2002年3月27日又颁布了《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》并于2002年4月1日起开始施行。上述规定中有关于人民法院司法鉴定程序的较为详细的规定。但是,随着全国人大《关于司法鉴定管理问题的决定》的颁布,最高人民法院于2005年7月14日下发了《关于贯彻落实〈全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定〉,做好过渡期相关工作的通知》。该通知指出,为贯彻落实《关于司法鉴定管理问题的决定》精神,按照中央关于司法体制和工作机制改革的部署,最高人民法院在组织实施司法鉴定制度改革的同时,将组织开展加强人民法

^① 刘鑫:“新司法鉴定管理决定对医疗纠纷鉴定的影响”,载《中国医学论坛报》2005年3月31日。

院司法技术工作的调研活动,并着手研究制定《人民法院司法技术工作管理规定》,争取在2005年10月1日前颁布实施,同时废止《人民法院司法鉴定工作暂行规定》和《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》。因此,我国现有法律对司法鉴定程序没有明确的规定。在司法实践中,鉴定机构从事的司法鉴定工作正在借鉴医疗事故技术程序,如召开医患双方参加的听证会等。鉴于此,本书主要介绍医疗事故技术鉴定程序。

一、鉴定程序的启动方式

鉴定启动权,指当事人或法律规定有鉴定权的行政、司法部门发起医疗事故鉴定活动的权利,是鉴定权付诸实施的法律前提,也是委托鉴定的法律依据。医疗事故技术鉴定可以通过卫生行政部门移交鉴定、双方当事人委托鉴定和人民法院委托鉴定三种方式启动。

《条例》明确了两种启动方式:卫生行政部门移交鉴定和医患双方共同委托鉴定。《条例》第20条规定:卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告,或者医疗事故争议当事人要求处理医疗事故争议的申请后,对需要进行医疗事故技术鉴定的,应当交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定;医患双方协商解决医疗事故争议,需要进行医疗事故技术鉴定的,由双方当事人共同委托负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。因此,两种启动方式都是法定有效的。第三种方式,就是法院在案件审理过程中,根据我国《民事诉讼法》的规定委托医学会进行医疗事故技术鉴定,从而启动鉴定程序。

1. 由卫生行政部门移交医学会鉴定

由卫生行政部门移交医学会鉴定有两种情况:(1)卫生行政部门在医疗机构发生重大医疗过失行为后的移交鉴定。《重大医疗过失行为和医疗事故报告制度的规定》第3条规定,医疗机构发生重大医疗过失行为的,应当在12小时内向所在地卫生行政部门报告,卫生行政部门在接到报告后应当立即组织人员进行调查。《条例》第36条规定,在调查核实的基础上,对于无法判定是否属于医疗事故,或者无法认定重大医疗过失行为与患者人身损害之间是否存在因果关系以及损害程度和医疗方的责任程度的,卫生行政部门应当交由负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。在这种情况下,卫生行政部门的移交鉴定是履行监督管理职权的主动行为,这种启动方式可以防止或减少医疗机构规避医疗事故技术鉴定以掩盖医疗事故情形的发生。应当注意,重大医疗过失行为是指《条例》第14条规定的3种情况之一:①导致患者死亡或者可能为二级以上的医疗事故;②导致三人以上人身损害后果;③国务院卫生行政部门和省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部

门规定的其他情形。根据卫生部颁布的《重大医疗过失行为和医疗事故报告制度的规定》第4条规定:重大医疗过失行为导致3名以上患者死亡、10名以上患者出现人身损害的,医疗机构应当立即向所在地县级卫生行政部门报告,地方卫生行政部门应当立即逐级报告至卫生部;中医、中西医结合、民族医疗机构发生上述情形的,还应当同时逐级报告至国家中医药管理局。

(2)医患双方当事人要求卫生行政部门处理的移交鉴定。这里说的当事人,指的是医患双方的一方或双方,即要求移交鉴定的申请可以是患方提出的,也可以是医方提出的,还可以是医患双方共同提出的。患方不仅包括患者本人,若患者死亡或为无民事行为能力、限制民事行为能力人时,其近亲属和单位也可以提出申请。卫生行政部门经审查予以受理后,对于需要进行医疗事故技术鉴定的,应当自作出受理决定之日起5日内将有关材料交由负责医疗事故技术鉴定的医学会组织鉴定。在这种情况下,只要医患双方对争议的事实或应属的医疗事故等级认识不一致,或者有任何一方提出要求鉴定的,卫生行政部门就应当移交医学会鉴定。

上述两种情况,都要求具备一个条件,即卫生行政部门认为需要进行医疗事故技术鉴定。只有对医疗纠纷无须经过专家鉴定,平常人即可作出正确结论时,亦即对事实清楚、情节简单、争议不大、不涉及判定残疾程度和医疗行为在医疗损害后果中责任程度的,可以自行判定是否属于医疗事故,才不需要移交医学会进行鉴定。绝大多数情况下,由于医疗事故的技术鉴定具有很强的专业性、技术性、复杂性等特点,卫生行政部门难以判定医疗纠纷是否属于医疗事故,因此,都需移交医学会进行鉴定。负责移交鉴定的“卫生行政部门”,是医疗机构所在地的县级人民政府卫生行政部门,医疗机构所在地是直辖市的,由医疗机构所在地的区、县人民政府卫生行政部门负责移交医学会进行鉴定。

2. 由医患双方共同委托医学会鉴定

在双方协商的过程中,对于未能达成一致认识的事项,如发生患者人身损害的原因、损害程度、医疗方的责任程度等,双方同意在医疗事故技术鉴定的基础上再协商解决。这样,由医患双方共同向承担首次医疗事故技术鉴定工作的地方医学会提出委托鉴定的申请,开启医疗事故技术鉴定程序。此种方式启动鉴定须同时具备四个条件:(1)对医疗事故争议,当事人不提请卫生行政部门处理,而是由双方当事人协商解决;(2)由医患双方共同提出医疗事故技术鉴定的申请;(3)医患双方按照鉴定机构的要求提供鉴定所需要的病案资料、实物等;(4)配合鉴定机构的调查,如实提供相关情况。

3. 医疗事故技术鉴定应否允许当事人一方委托鉴定

作者认为,答案应当是否定的,即医疗事故技术鉴定不应允许当事人一方委托鉴定,而只能由当事人一方或双方提出申请,由人民法院统一委托鉴定。

(1) 医疗事故技术鉴定作为一种特殊的鉴定,应当更为规范。这种特殊性主要表现在两方面:首先,由于医疗关系涉及极广,又涉及患者最基本的生命健康以及相关权益,较之其他争议,医疗事故争议的社会关注程度更强,并容易产生激烈冲突和社会问题。医疗事故技术鉴定是医疗事故争议中的根本焦点,在程序上应采取较严格的方式和较统一的机制,以避免在鉴定这一问题上产生更多的争议。显然,由当事人一方委托鉴定较之由人民法院统一委托鉴定更容易出现上述情况,其结果是影响程序的公正与诉讼的效率。其次,与其他多种鉴定不同,为保证鉴定结论的权威性,医疗事故技术鉴定机构是唯一的,是否构成医疗事故只能由医学会组织专家鉴定组进行。而其他鉴定,往往针对同类事项存在着多个鉴定机构,这些鉴定机构多因行业不同而设立,鉴定范围交叉、重合,在法律上通常不存在着鉴定权威性上的高低上下之分,因而当事人各方委托不同鉴定机构鉴定有其客观基础。而在医疗事故技术鉴定的情况下,如允许当事人一方委托鉴定,必然损害医疗事故技术鉴定的权威性,同时导致因同一鉴定机构就同一问题进行两个鉴定所产生的矛盾或浪费,最终增加医疗事故争议的解决难度与成本。

(2) 行政处理对医疗事故技术鉴定的委托进行了限制。《条例》第20条明确规定了委托医疗事故技术鉴定的两种方式,而未规定当事人一方有权委托鉴定。同时,卫生部《医疗事故技术鉴定暂行办法》第13条规定,当事人一方直接向医学会提出鉴定申请的,医学会不予受理。这体现了对医疗事故技术鉴定的规范。由此,在诉讼中解决同类问题也应借鉴这一做法,避免当事人的单方委托鉴定。否则,如医疗事故争议经由行政处理而进入诉讼,必然在委托鉴定的方式上存在着不衔接。

(3) 从鉴定的规范考虑,双方共同委托鉴定或由人民法院统一对外委托鉴定应当是发展趋势,是维护鉴定秩序、公正和迅速解决纠纷的客观需要。我国鉴定体制的完善应当有两个方面:一是鉴定机构由不同行业的多元化走向社会范围内的统一化,由此增强鉴定机构的中立性和权威性,同时减少因多头鉴定所带来的鉴定成本的耗费与时间的拖延;二是各方委托鉴定转向共同委托鉴定或共同委托法院进行鉴定,由此减少当事人双方在鉴定上的拉锯,从根本上维护当事人的合法权益。

二、鉴定申请的受理

(一) 鉴定的受理条件

医学会收到医疗卫生行政部门移交的或医疗事故争议双方共同委托的医疗事

故技术鉴定后,对符合受理条件的,应当受理。并且,受理医疗事故技术鉴定的医学会应当自受理医疗事故技术鉴定之日起5日内,通知医疗事故争议双方当事人按照《条例》第28条的规定提交医疗事故技术鉴定所需的材料。医疗事故争议的双方当事人应当自收到医学会的通知之日起10日内提交有关医疗事故技术鉴定的材料、书面陈述及答辩。对不符合受理条件的,医学会不予受理。不予受理的,医学会应说明理由。

《医疗事故技术鉴定暂行办法》第13条规定,有下列情形之一的,医学会不予受理医疗事故技术鉴定:(1)当事人一方直接向医学会提出鉴定申请的;(2)医疗事故争议涉及多个医疗机构,其中一所医疗机构所在地的医学会已经受理的;(3)医疗事故争议已经人民法院调解达成协议或判决的;(4)当事人已向人民法院提起民事诉讼的(司法机关委托的除外);(5)非法行医造成患者身体健康损害的;(6)卫生部规定的其他情形。

(二)鉴定与起诉的关系

《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。”按照该规定,在发生医疗事故的赔偿等民事争议后,医患双方有三种救济途径:(1)双方自行协商。《条例》第47条对该种方式作了进一步规定。按照该规定,双方当事人可通过自由的讨价还价来商谈是否属于医疗事故、是否需要委托医学会进行鉴定、医疗事故属于几级、赔偿的数额是多少等。(2)如果双方不愿意协商解决或协商解决不成的,医患双方中任何一方都可以向卫生行政部门提出调解申请,由卫生行政部门主持调解。《条例》第48条对该种方式也作了进一步规定。按照该规定,申请卫生行政部门调解以医疗事故确定为条件,也即须经医疗事故技术鉴定书确定医疗事故及其等级才能调解,即只能就医疗事故的民事赔偿责任进行调解。(3)如果双方不愿意协商解决或者协商解决不成,且不同意由行政部门调解或者调解后对行政调解结果反悔的,当事人可向人民法院提起民事诉讼。从以上不难看出,在发生医疗事故的赔偿等争议后,上述三种方式在法律上是平行的,医患双方均可做出选择,可不经协商、不经卫生部门调解而直接向法院提起民事诉讼。

《条例》第40条规定:“当事人既向卫生行政部门提出医疗事故争议处理申请,又向人民法院提起诉讼的,卫生行政部门不予受理;卫生行政部门已经受理的,应当终止处理。”可见,在医疗事故的争议处理中,司法救济优先于行政救济,即法院管辖权能够排斥卫生行政部门的管辖权。如选择行政救济,患者要按照《条例》

的规定,先由医学会组织医疗事故技术鉴定,然后再进行行政处理,并可通过行政调解解决赔偿等民事争议。而司法救济是不以医疗事故技术鉴定为前提的,亦不以委托鉴定为前置程序。

按照传统诉权理论,诉权分为程序意义上的诉权和实体意义上的诉权两类,前者主要是起诉权,后者是期待胜诉权。起诉权是当事人将案件提交审判并启动诉讼程序的权利,期待胜诉权是当事人因其主张具有证据支持和诉请具备实体法上的理由而期待获得胜诉的权利。由于起诉权对保护当事人权益极为重要,通常所说的保护诉权指的就是保护起诉权。起诉权的要件与期待胜诉权的要件不同。起诉权是当事人权益的基本保障,并常常被当做是宪法应当保障的基本权利之一,只要存在一个现实的争议即可起诉而不受限制。起诉权的要件也就是起诉条件,对起诉权的保护也体现在起诉条件上。在我国,起诉条件具体体现在《民事诉讼法》第108条的规定上。而期待胜诉权则是实体审理的范畴,依赖于当事人在诉讼程序的运用中就其主张、诉情、反驳、抗辩等提供证据与法律上的支持。因此,起诉权与期待胜诉权不同,不能将期待胜诉权的要件与起诉权的要件混淆,否则必然限制当事人的起诉权,使争议不能顺利进入司法救济渠道。就医疗事故争议而言,同样如此。当事人只要表明存在着一个现实的医疗事故争议有待解决,即有起诉权。换言之,只要符合起诉条件,即有起诉权。是否有医疗事故技术鉴定结论则属于审理中能否胜诉的问题,而不应作为提起医疗事故赔偿诉讼的条件。

应当注意的是,医学会所组织的医疗事故技术鉴定是卫生行政部门处理医疗事故争议的重要依据。在行政处理程序中,我们可以认为,中华医学会是最高级别的医学会,中华医学会负责组织的首次鉴定,也就是对特定医疗事故争议的最高级别鉴定,因而不存在再次鉴定的问题。但是,如果人民法院在案件审理过程中认为针对中华医学会的鉴定,有再次鉴定的必要,仍然可以委托任何具有鉴定条件的医学会进行再次鉴定。在司法程序中,鉴定是没有级别限制的,绝不能说省级鉴定的法律效力就高于市级鉴定,更不能说中华医学会的鉴定是最高级别的鉴定。

当然,按照《条例》第42条的规定,仍然存在着卫生行政部门对中华医学会医疗事故技术鉴定的审核问题。如经审核发现中华医学会所组织的医疗事故技术鉴定不符合《条例》的规定,就存在着对医疗事故争议重新组织鉴定的问题。在人民法院委托中华医学会鉴定的情况下,按照《民事诉讼法》第63条的规定和最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第27条的规定,也存在着人民法院对医疗事故技术鉴定结论的审查问题。在医疗事故技术鉴定存在着需要重新鉴定的法定情形时,也存在着中华医学会对医疗事故争议重新组织鉴定的问题。

(三)再次鉴定与重新鉴定

所谓医疗事故技术鉴定的再次鉴定,是指收到首次医疗事故技术鉴定书后,医疗事故争议双方的任何一方当事人对首次医疗事故技术鉴定结论不服,在法定的期限内(自收到首次医疗事故技术鉴定书之日起15日内),向原受理医疗事故争议处理申请的卫生行政部门提出再次鉴定的申请,申请由省、自治区、直辖市医学会组织的鉴定;或由医疗事故争议的双方当事人共同委托省、自治区、直辖市医学会组织的鉴定。重新鉴定是因原有鉴定违反程序性规定被推翻而需要重新鉴定。两者的主要区别是:再次鉴定是对鉴定的实体内容不服而提起的鉴定;重新鉴定不涉及鉴定的实体内容,只是因原有鉴定违反法定程序而需要重新按照法定程序进行鉴定。

可见,提请再次鉴定是医疗事故双方当事人共同享有的权利。《医疗事故技术鉴定暂行办法》第40条规定,提起再次鉴定的途径有两个:(1)一方当事人向原受理医疗事故争议处理申请的卫生行政部门提出;(2)双方当事人共同委托组织再次鉴定的医学会。卫生部在《关于对浙江省卫生厅在执行〈医疗事故处理条例〉过程中有关问题的批复》(2004年3月8日)还规定:(1)由双方当事人共同委托,首次鉴定后一方当事人对鉴定结论不服,再次鉴定可以由双方当事人共同委托,也可单方向卫生行政部门提出再次鉴定申请;其中一方当事人对首次鉴定结论持有异议,提出再次鉴定申请,另一方当事人不予配合,影响医疗事故技术鉴定的,按照《条例》第30条的规定,由不予配合的一方承担责任;(2)法院已审结,检察院再次提出申请鉴定,可予以受理;(3)病人治疗未终结的,是否受理医疗事故技术鉴定应视具体情况而定。

那么当事人不服首次医疗事故技术鉴定,申请再次鉴定是否有实质性条件呢?这个问题的实质是医疗事故技术鉴定的效力终级制度。所谓事项处理的效力终级制度,即特定事项的处理经过几级在法律上即为终局,当事人不得再提异议的制度。按照《条例》的规定,我国医疗事故技术鉴定的效力终级实行两级鉴定制度,更准确地讲,是有补充的两级鉴定制度。这种两级鉴定制度可依照两审终审制形象地称之为“两鉴终鉴”制。当事人不服首次医疗事故技术鉴定,可以当然地申请再次鉴定,只需符合相应的形式要件而无实质条件的要求。具体地说,《条例》第21条规定:“设区的市级地方医学会和省、自治区、直辖市直接管辖的县(市)地方医学会负责组织首次医疗事故技术鉴定工作,省、自治区、直辖市地方医学会负责组织再次鉴定工作。必要时,中华医学会可以组织疑难、复杂并在全国有重大影响的医疗事故争议的技术鉴定工作。”《条例》第22条规定:“当事人对首次医疗事故技

术鉴定结论不服的,可以自收到首次鉴定结论之日起15日内向医疗机构所在地卫生行政部门提出再次鉴定的申请。”按照上述规定,市级地方的医学会、省级直管的县(市)级地方的医学会负责组织首次医疗事故技术鉴定,当事人不服首次医疗事故技术鉴定结论的,在法定期限内向法定部门申请再次鉴定的应予受理。

关于重新鉴定^①与再次鉴定的效力问题。根据《条例》的规定,之所以进行重新鉴定是因为原鉴定的程序方面存在问题,因此,原鉴定自然无效,重新鉴定结论有效。一般地讲,卫生行政部门对发生医疗事故的医疗机构和医务人员进行行政处理时,应当以最后的医疗事故技术鉴定结论作为处理依据。所以,在行政处理时,再次鉴定的效力高于首次鉴定。

值得注意的是,重新鉴定是针对原鉴定而言的,即原鉴定既可以是首次鉴定,也可以是再次鉴定。只要卫生行政部门认为鉴定存在鉴定程序方面的问题、需要重新鉴定的,组织原鉴定的医学会就必须重新组织鉴定。因此,首次鉴定和再次鉴定都存在重新鉴定的可能。再次鉴定是针对首次鉴定而言,其产生的原因和提起途径也与重新鉴定完全不同。若对再次鉴定仍不服怎么办?当事人是否能直接委托中华医学会组织第三次鉴定呢?从现有法规和规章的规定来看,是不行的。根据有关规定,“必要时,对疑难、复杂并在全国有重大影响的医疗事故争议,省级卫生行政部门可以商请中华医学会组织医疗事故技术鉴定”。由此可见,对再次鉴定仍不服,当事人只能向省级卫生行政部门提出申请,由省级卫生行政部门判定此医疗事故争议是否“属于疑难、复杂并在全国有重大影响的医疗事故争议”以及有无必要提请中华医学会进行第三次鉴定。

(四)鉴定程序的中止与终止

中止鉴定是指在医疗事故技术鉴定过程中,因出现法定事由而使鉴定活动难以继续进行,受理鉴定的医学会暂时停止鉴定程序的制度。《医疗事故技术鉴定暂行办法》第16条规定,有下列情形之一的,医学会中止组织医疗事故技术鉴定:(1)当事人未按规定提交有关医疗事故技术鉴定材料;(2)提供的材料不真实;(3)拒绝缴纳鉴定费;(4)卫生部规定的其他情形。

中止鉴定只是鉴定活动的暂时停止,待造成中止鉴定的因素消失后,鉴定将继续

^① 本处所述重新鉴定,系指《条例》第39条规定的重新鉴定,不同于诉讼中任何一方当事人对鉴定结论有异议而提出的重新鉴定。《条例》第39条规定:医学会对经卫生行政部门审核认为参加鉴定的人员资格和专业类别或者鉴定程序不符合规定,需要重新鉴定的,应当重新组织鉴定。重新鉴定时不得收取鉴定费。如参加鉴定的人员资格和专业类别不符合规定的,应当重新抽取专家,组成专家鉴定组进行重新鉴定。如鉴定的程序不符合规定而参加鉴定的人员资格和专业类别符合规定的,可以由原专家鉴定组进行重新鉴定。

续进行。卫生部在《关于对浙江省卫生厅在执行〈医疗事故处理条例〉过程中有关问题的批复》(2004年3月8日)中规定,因医患双方或单方多种因素而中止的案件,其中止的时限为直至造成中止该案件的因素消失的时间段。

终止鉴定是指在医疗事故技术鉴定过程中,由于法定的原因使鉴定无法继续进行或进行下去没有意义,从而结束鉴定程序的制度。终止鉴定和中止鉴定,虽然都是停止鉴定活动,但两者有根本的区别,表现在:终止鉴定是永远停止,不再恢复鉴定程序;而中止鉴定是暂时停止,待障碍消除后可恢复鉴定程序。

《医疗事故技术鉴定暂行办法》第38条规定,因当事人拒绝配合,无法进行医疗事故技术鉴定的,应当终止本次鉴定,由医学会告知移交鉴定的卫生行政部门或共同委托鉴定的双方当事人,说明不能鉴定的原因。《医疗事故技术鉴定暂行办法》第44条规定,在受理医患双方共同委托医疗事故技术鉴定后至专家鉴定组作出鉴定结论前,双方当事人或者一方当事人提出停止鉴定的,医疗事故技术鉴定终止。

关于终止鉴定的法律后果,卫生部在《关于如何认定不配合医疗事故技术鉴定方责任的批复》(2004年6月25日)中规定:在医疗事故技术鉴定中,如果患方不予配合,影响医疗事故技术鉴定,造成医疗事故技术无法进行的,可以视其放弃医疗事故技术鉴定。如果医疗机构不予配合,影响医疗事故技术鉴定的,承担医疗事故责任。

三、鉴定专家库与专家抽取

根据《医疗事故技术鉴定暂行办法》的有关规定,医学会应建立专家库,并根据医疗事故争议所涉及的学科专业确定专家鉴定组的构成和人数,由专家鉴定组对医疗事故进行鉴定。

按照《条例》的规定,由医学会负责组织医疗事故技术鉴定工作,这与原来由卫生行政部门领导下的医疗事故技术鉴定委员会承担鉴定工作相比,更为科学和公正。因为,医学会是一个独立的社会团体法人,与其他任何机关和组织都没有管理上、经济上的必然联系和利害关系,由其负责组织医疗事故技术鉴定能最大限度地保证鉴定的中立性和公正性。应当注意,我们要区分医疗事故技术鉴定的组织权与实施权。医学会负责有关医疗事故技术鉴定的事务性组织工作,因此具有医疗事故技术鉴定的组织权。但医学会不是鉴定工作的主体,具体的技术鉴定并不是由医学会来做,因此并不具备医疗事故技术鉴定的实施权。

根据《条例》的规定,专家库是由负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会来组织建立的。由医学会对专家库成员候选人进行审核。审核合格的,予以聘任,并

发给中华医学会统一格式的聘书。专家库成员聘用期为4年,聘用期满需继续聘用的,由医学会重新审核、聘用。专家库应依据《医疗事故技术鉴定专家库学科专业组名录(试行)》中的学科专业组名录设置学科专业组。医学会可以根据本地区医疗工作和医疗事故技术鉴定实际,对本专家库学科专业组的设立予以适当增减和调整。但由于涉及死亡鉴定与人身伤残程度鉴定必须有法医参加,而这两类鉴定也是医疗事故技术鉴定中最常遇到的,因此,入选专家库的专家应包括两类人员:一类是医疗卫生专业技术人员;另一类是法医人员。入选专家库专家的资格条件:具备下列条件的医疗卫生专业技术人员可以成为专家库候选人:(1)有良好的业务素质和执业品德;(2)受聘于医疗卫生机构或者医学教学、科研机构并担任相应专业高级技术职务3年以上;(3)健康状况能够胜任医疗事故技术鉴定工作。符合前述第(1)项、第(3)项规定条件并具备高级技术职务任职资格的法医可以受聘进入专家库。负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会依照《条例》规定聘请医疗卫生专业技术人员和法医进入专家库,可以不受行政区域的限制。负责首次医疗事故技术鉴定工作的医学会原则上聘请本行政区域内的专家建立专家库;当本行政区域内的专家不能满足建立专家库需要时,可以聘请本省、自治区、直辖市范围内的专家进入专家库。负责再次医疗事故技术鉴定工作的医学会原则上聘请本省、自治区、直辖市范围内的专家建立专家库;当本省、自治区、直辖市范围内的专家不能满足建立专家库需要时,可以聘请其他省、自治区、直辖市的专家进入专家库。

医疗事故技术鉴定是由双方当事人从医疗事故技术鉴定专家库中随机抽取若干名专家组成专家组,由专家组来完成鉴定工作的,因此专家组才具备医疗事故技术鉴定的实施权。专家鉴定组是由医患双方在医学会的主持下从专家库随机抽取的相关专业的专家组成的,是一个临时性的小组,其成员也是非固定的。由于医学分科很细,某一学科的医学专家并不一定是另一学科的专家,因此,有必要对医疗事故技术鉴定专家库里的专家按学科专业分组,当某患者因治疗某种疾病发生医疗事故时,最好从相关专业的学科组中选取专家。根据卫生部、国家中医药管理局2002年8月2日发布的《关于印发〈医疗事故技术鉴定专家库学科专业组名录(试行)〉的通知》,医疗事故技术鉴定专家库分为二十六类学科专业组,有些类别中还分为二级学科组,当患者发生医疗事故需要鉴定时,最好从相关专业组中选取医学专家,并选择一定数量的法医学专家。如果所要鉴定的问题涉及多个专业,为保障鉴定结论的全面性,就需要选取多个专业的专家共同参加鉴定组。按照《条例》的相关规定,在组成鉴定组时,鉴定案件所涉及的主要学科的专家一般不少于鉴定组成员的1/2。

鉴定主要学科的确立往往会间接影响鉴定结论。《医疗事故技术鉴定暂行办

法》没有规定由谁来具体操作、如何操作,这给实际工作带来很大的麻烦。在实践中,基本上由医学会来行使这种权利。从公平、客观和科学的角度讲,医学会可以自行确定医疗事故具体争议案件鉴定所涉及的学科范围,但是当事人提出异议的,应该认真听取当事人的意见。医学会在听取双方当事人意见后,如果认为没有必要更改或者添加新的学科,可以将意见明确告诉双方当事人。作者认为,当事人如果仍然坚持自己的意见和观点,应该允许当事人向上级医学会申请复议一次,以保证当事人的合法权益。这个问题如果医学会处理得不好,有可能影响医疗事故技术鉴定的质量。

【案例7-1】患者王某因烫伤而被送至被告某医院烧伤科救治,后呈植物人状态。家属认为患者目前的状态是医院没能及时施行气管切开术所致,故向法院提起诉讼。当地市医学会组织专家经过鉴定认为,医院对患者王某的气管切开时机选择未违反诊疗原则,医院的医疗行为与患者成为植物人之间没有因果关系。王的家属对此鉴定不服并申请再次鉴定。当地省医学会鉴定后认为,患者属于吸入性损伤;该患者在伤后12小时前已发生明显的呼吸道梗阻征象,有气管切开的适应症,但医院气管切开却延误至伤后20小时进行;由于延误气管切开,缺氧时间太长,颈部肿胀严重,手术难度增大,加上术中窒息,使脑缺氧加重,意识障碍加深,直至昏迷,是造成植物人状态这一后果的主要原因,延误气管切开与植物人状态存在因果关系。鉴定结论为本案构成一级乙等医疗事故,医方承担主要责任。

庭审中,医院认为省医学会鉴定程序违法,不符合《条例》有关规定:气切手术是耳鼻喉科的范畴,根据《条例》规定,耳鼻喉科专家应占半数以上,而该专家组7人中只有2人是耳鼻喉科专家,烧伤科却占了4人。患方则认为,无论是烧伤病学方面的专著还是全国各大医院,都将“吸入性损伤”归为烧伤病的诊疗常规,因此,鉴定专家组7名成员中有4人是烧伤科专家符合《条例》规定。

四、鉴定专家回避制度

医疗事故技术鉴定中的回避,是指参加鉴定工作的专家鉴定组成员如果与医患双方当事人有利害关系或者有其他关系,可能影响到鉴定工作的客观公正时,应当自动申请或者依照医患双方中任何一方当事人的申请,退出专家鉴定组鉴定工作的一种制度。回避的方式有两种:一种是鉴定组成员自行回避,即专家库中的鉴定专家在被当事人抽取作为专家鉴定组成员后,如果认为自己同被鉴定案件的当事人有利害关系或者有其他关系,应当主动要求退出鉴定组,不参加对该案件的鉴定工作。自行回避是鉴定组成员应当履行的一项义务,因为当事人可能对鉴定组成员的一些个人社会关系情况了解不够,在有需要回避的事项时,鉴定组成员应主

动提出回避。第二种是当事人申请回避,即医患双方当事人认为已经被抽取作为专家鉴定组成员的鉴定专家与案件当事人之间有利害关系或者有其他关系,可能影响对案件的公正鉴定而提出申请要求其退出该案鉴定组。申请回避是医患双方当事人均享有的一项重要权利。当事人向负责组织医疗事故技术鉴定的医学会提出申请时,可以采取提交书面申请书的形式,也可以口头提出申请回避的要求。

实践中,提出回避申请的往往是患方。按照《条例》的规定,专家鉴定组成员有下列情形之一的,应当回避,当事人也可以申请其回避:

1. 是医疗事故争议当事人或者当事人的近亲属的

如果专家鉴定组成员是医疗事故争议的当事人或者近亲属,将会出现“自己为自己鉴定”或者“自己为自己人鉴定”的情况,故必须回避。首先,这里的当事人是指因发生医疗事故争议的双方,既包括医疗机构,也包括患者。由于医疗机构是法人组织,因此专家鉴定组成员作为医疗机构这一方的当事人,则可以理解为是医疗机构的员工。其次,这里的近亲属是一个法定概念,一般指最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第12条规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

2. 与医疗事故争议有利害关系的

这里说的与医疗事故争议有利害关系,一般是指医疗事故技术鉴定的结论可能直接或者间接地损害专家鉴定组成员的经济利益、学术地位、名誉声望等,包括参加过引发医疗事故争议的医疗行为的会诊、医疗事故争议初级鉴定等。一般而言,只要是在该争议被鉴定之前,曾经参加过该医疗事故的某一阶段的相关工作,就应当回避。因为在这样的情况下,鉴定结论在某种程度上可能会或多或少、或直接或间接地对鉴定组该成员产生一些经济利益上或名誉声望上的不利影响。

3. 与医疗事故争议当事人有其他关系,可能影响公正鉴定的

这里说的其他关系,是指上述两种关系以外的其他比较亲近或者密切的关系。如上述近亲属以外的其他亲属、邻居、师生、同学、战友、过去的同事和上下级关系等。需要指出的是,不是所有这种关系都应当回避,必须是能够影响案件公正处理的,才应当回避。至于是否能够影响到鉴定的公正进行,不能凭主观判断和推测,而是应当以事实为根据,来分析、认定这些关系是否能够影响到鉴定的公正进行。

实践中,医患双方经常发生争议的是上述第三种情形,即如何确定鉴定专家“与医疗事故争议当事人有其他关系,可能影响公正鉴定”。例如,与当事医院同属某一医院集团的医疗机构的鉴定专家是否应当回避?与当事医院同属某一医科大学系统附属医院的鉴定专家是否应当回避?作者认为,上述情形的关键在于审查这种关系是否会影响到鉴定专家的公正鉴定。无论存在何种关系,如果鉴定专家难以作出公正的鉴定结论,那么该专家即应回避。然而,如此确定方式缺乏现实可

操作性。因此,作者建议,在上述情况下,为尽可能地保证鉴定结论的公正性,相关医院的鉴定专家应当回避。

目前对于当事人的回避申请是否同意,尚缺乏有效的救济措施。在诉讼制度和行政处理程序上,对于当事人提出的回避申请,一般都给予当事人一次复议的机会。《医疗事故技术鉴定暂行办法》没有规定复议的程序,但是从保障当事人的合法申辩权的角度考虑,加之有人认为医学会履行的是一种准行政行为(或者叫做法律授权执行的行政行为),因此,作者认为可以参照行政法上的规定,允许当事人就驳回的回避申请提请上级医学会进行复议,不应武断地剥夺医疗事故争议当事人的申辩权。

五、鉴定材料的提交

《医疗事故技术鉴定暂行办法》第12条第1款规定,医学会自受理之日起5日内通知医疗事故争议双方当事人。通知送达通常采用挂号邮寄或者直接送达方式,必要时同时电话通知或者发送电子邮件通知。在受理通知书中,应告知双方当事人提交医疗事故技术鉴定所需要的材料、被申请人答辩书以及提交其材料与答辩书的规定期限。

《医疗事故技术鉴定暂行办法》第12条第2款的规定,当事人应当自收到医学会的通知之日(通知之日,按当事人签收通知书之日计算)起10日内提交有关医疗事故技术鉴定的材料、书面陈述及答辩。书面陈述及答辩,是指医疗事故争议技术鉴定的被申请人收到医学会受理医疗事故技术鉴定的通知及申请人的申请书副本,在法定期限内,就申请书中提出的事实、理由及鉴定请求,进行陈述和辩驳的书状。

医患双方应提交一切与医疗事故技术鉴定有关的材料。否则,医方将可能承担行政责任或民事责任,患者有可能承担鉴定被终止的责任。鉴定费应由提出鉴定申请的当事人一方或双方共同预先缴纳。

鉴于病历资料由医疗机构管理,医疗方提交材料的义务也相对较重。根据《条例》的相关规定,医疗机构应提交以下材料:(1)住院患者的病程记录、死亡病历讨论记录、疑难病历讨论记录、会诊意见、上级医师查房记录等病历资料原件;(2)住院患者的住院志、体温表、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理资料、护理记录等病历资料原件;(3)抢救急危患者,在规定时间内补记的病历资料原件;(4)封存保留的输液、注射用物品和血液、药物等实物,或者依法具有检验资格的检验机构对这些物品、实物作出的检验报告;(5)在医疗机构建有病历档案的门诊、急诊患者的病历资料;

(6)与医疗事故技术鉴定有关的其他资料。

在医疗机构建有病历档案的门诊、急诊患者,其病历资料由医疗机构提供;没有在医疗机构建立病历档案的,由患者提供,如果患者死亡的,由其近亲属提供。医患双方当事人应当依照《条例》的规定提交相关材料。《医疗事故技术鉴定暂行办法》第16条规定,当事人未按规定提交有关医疗事故技术鉴定材料的,或提供的材料不真实的,医学会有权中止组织医疗事故技术鉴定。医疗机构应当提交完整的、真实的、原始的病历资料,并且只要是与医疗事故技术鉴定有关的,都应当提交,这是医疗机构的法定义务。

当事人双方应当根据医学会的通知,在法定的时间内,提交有关医疗事故技术鉴定所需的材料、书面陈述及答辩意见。同时,对医疗机构提供鉴定材料提出了更为严格的要求和相应的法律后果,即医疗机构无正当理由未按规定如实提供相关材料,导致医疗事故技术鉴定不能进行的,应当承担医疗事故责任。

卫生部在《关于医疗机构不配合医疗事故技术鉴定所应承担的责任的批复》中(2005年1月21日)还规定:(1)医疗机构违反《条例》的有关规定,不如实提供相关材料或不配合相关调查,导致医疗事故技术鉴定不能进行的,应当承担医疗事故责任。患者向卫生行政部门提出判定医疗事故等级及责任程度请求的,卫生行政部门可以委托医学会按照《医疗事故分级标准(试行)》,对患者人身损害的后果进行等级判定,若二级、三级医疗事故无法判定等级的,按同级甲等定。责任程度按照完全责任判定。(2)医疗机构无故不参加随机抽取专家库专家的,由负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会向患者说明情况,经患者同意后,由患者和医学会按照有关规定随机抽取鉴定专家进行鉴定。(3)医疗机构有上述情形之一,而对判定或者鉴定结论不服,提出医疗事故技术鉴定或者再次鉴定申请的,卫生行政部门不予受理。

六、鉴定费的承担原则

鉴定费是负责组织医疗事故技术鉴定的医学会因向当事人提供医疗事故技术鉴定服务而收取的费用。不预先交纳鉴定费的组织和个人,拒绝缴纳鉴定费的,医疗事故技术鉴定机构可以不受理鉴定委托或者申请,责任由不按规定预缴鉴定费的组织和个人承担。根据《医疗事故技术鉴定暂行办法》第14条,目前,医疗事故技术鉴定的缴费方式分几种情况:(1)对于卫生行政部门移交医学会进行医疗事故技术鉴定的,由提出医疗事故争议处理的当事人预先缴纳鉴定费。如果是患方提出的,由患方预缴鉴定费;如果是医方提出的,则由医方预缴鉴定费。(2)对于医疗事故争议双方当事人(医患双方)共同委托医学会进行医疗事故技术鉴定的,由医

患双方当事人协商预先缴纳鉴定费。对于上述两种方式提起的医疗事故技术鉴定,经鉴定属于医疗事故的,鉴定费由医疗机构支付;经鉴定不属于医疗事故的,鉴定费由提出医疗事故争议处理申请的当事人支付。(3)县级以上地方卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告后,对需要移交医学会进行医疗事故技术鉴定的,鉴定费由医疗机构支付。(4)在诉讼过程中,如果人民法院认为需要进行鉴定,指定医学会鉴定的,一般要由医患双方共同支付鉴定费用。(5)医患双方争议的案件经过技术鉴定后,如确认属于医疗事故的,鉴定费用由医疗机构支付;如果不属于医疗事故的,鉴定费用由提出医疗事故处理申请的一方支付。通过诉讼途径解决医疗事故争议的,一般要根据医患双方各自承担的法律责任来分摊鉴定费用。

关于鉴定费用的收费标准,《条例》没有具体规定,而是规定鉴定费用标准由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级财政部门、卫生行政部门规定。鉴定费用制定标准的授权,是出于我国各地区经济发展不平衡的现状考虑。有关部门在制定鉴定费用标准时应当具体参考本行政区域的经济状况、当地人民群众的生活水平和经济承受能力、医疗事故技术鉴定工作所需要的成本等因素。

应当注意,鉴定费只限于鉴定机构和专家鉴定组开展职权内的有关鉴定事项支出。不包括应医患双方的要求或者鉴定工作需要,另行委托其他法定专门机构进行转制鉴定所需费用的支出,如《条例》第17条规定中有关事项的检验;对病历资料的真实性进行交检;尸检或者其他病理检等所需的费用。这些费用,当事人应当另行支付。

七、鉴定中的审查和调查

1. 查明当事人双方争议的事实

案件事实是鉴定的基础。在鉴定工作中,应当查明以下事实:(1)患者在接受诊疗的过程中发生人身损害的事实;(2)患者受到人身损害与医疗机构的医疗行为之间是否存在因果关系。这种因果关系事实是医疗事故的必备要件,只有确认医疗机构的医疗行为与患者的人身损害之间有因果关系,才有进一步鉴定的必要;(3)有关医护人员对于损害的发生是否有过错。医疗机构承担医疗事故责任需要有过错,所以在鉴定过程中要查明该项事实;(4)与医疗事故相关的其他事实真相。

2. 查明事实的方式

在鉴定工作中查明事实的方式有两种:审查和调查。

审查,是指专家鉴定组对医患双方当事人提交的材料进行真实性、完整性、关联性、合法性检查与核对。根据《条例》的规定,患者提交的材料包括:(1)医疗事

故技术鉴定申请书;(2)自己保存的原始病历资料;(3)医疗机构复制或者复印的病历资料;(4)进行尸检的,提供尸解报告;(5)病历治疗的各项检验报告;(6)其他相关证据。医疗机构提交的材料包括:(1)申请书;(2)答辩书;(3)《条例》第28条规定的材料;(4)病历资料以外的专项检验报告;(5)其他相关证据。审查的内容还包括医疗事故技术鉴定自行调查取证的材料。属于再次鉴定的,医患双方应当提供首次鉴定结论的影印件。

调查,是指专家鉴定组为查明争议事实,在鉴定过程中就与争议有关的问题向医患双方进行询问、了解,并对医患双方的陈述及答辩进行核实。承担鉴定组织工作的医学会可以:(1)询问证人及当事人,即通过对知情的证人和当事人进行询问并以笔录、录音等方式固定询问内容。(2)收集有关物证,即收集与医疗事故争议有关的现场遗留物、原始物品及其他各种实物并予以妥善保管,如药品、血液、组织、器官、尸体、医疗器械等。(3)进行技术鉴定或者检验,即对有关物证适用专门技术或者委托其他专门机构进行技术鉴定或者检验,如药品检验、组织器官检验、尸检、医疗器械检测等。(4)调取原始书证,即向当事人、证人调取能够反映医疗事故争议事实的原始记录、单据、有关技术资料等。这里要注意,医学会进行调查取证时不得少于2人。《医疗事故技术鉴定暂行办法》第28条规定,调查取证结束后,调查人员和调查对象应当在有关文书上签字。如调查对象拒绝签字的,应当记录在案。在鉴定程序中,是医学会而不是鉴定组享有调查取证权。医学会可以采取询问证人及当事人、收集物证、进行检验、调取原始书证等方法行使调查取证权,有关单位和个人应当配合。当事人任何一方不予配合,影响鉴定工作进行的,由不予配合的一方承担责任。

八、鉴定组成立及召开鉴定会

《医疗事故技术鉴定暂行办法》第29条规定,医学会应当在医疗事故技术鉴定7日前,将鉴定的时间、地点、要求等书面通知双方当事人。双方当事人应当按照通知的时间、地点、要求参加鉴定。依据《医疗事故技术鉴定暂行办法》第30条、第31条的规定,医学会在医疗事故技术鉴定7日前同时书面通知专家鉴定组成员。专家鉴定组成员接到医学会通知后认为自己应当回避的,应当于接到通知时及时提出书面回避申请,并说明理由;因其他原因无法参加医疗事故技术鉴定的,应当于接到通知时及时书面告知医学会。专家鉴定组成员因回避或因其他原因无法参加医疗事故技术鉴定时,医学会应当通知相关学科专业组候补成员参加医疗事故技术鉴定。专家鉴定组成员因不可抗力因素未能及时告知医学会不能参加鉴定,或虽告知但医学会无法按规定组成专家鉴定组的,医疗事故技术鉴定可以延期进行。

专家鉴定组组长由专家鉴定组成员推选产生,也可以由医疗事故争议所涉及的主要学科专家中具有最高专业技术职务任职资格的专家担任。《医疗事故技术鉴定暂行办法》第33条规定,鉴定由专家鉴定组组长主持,并按照以下程序进行:(1)双方当事人在规定的时间内分别陈述意见和理由。陈述顺序为先患方,后医疗机构。(2)专家鉴定组成员根据需要可以提问,当事人应当如实回答。必要时,可以对患者进行现场医学检查。(3)双方当事人退场。(4)专家鉴定组对双方当事人提供的书面材料、陈述及答辩等进行讨论。(5)经合议,根据半数以上专家鉴定组成员的一致意见形成鉴定结论。专家鉴定组成员在鉴定结论上签名。专家鉴定组成员对鉴定结论的不同意见,应当予以注明。(6)形成医疗事故技术鉴定的鉴定书。医疗事故技术鉴定书应当根据鉴定结论作出,其文稿由专家鉴定组组长签发,加盖医学会医疗事故技术鉴定专用印章。讨论确定的鉴定结论笔录应由鉴定组的成员签名留存。医学会应当及时将医疗事故技术鉴定书送达移交鉴定的卫生行政部门,经卫生行政部门审核,对符合规定做出的医疗事故技术鉴定结论,应当及时送达双方当事人;由双方当事人共同委托的,直接送达双方当事人。

《条例》第27条规定,负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会应当自接到当事人提交的有关医疗事故技术鉴定的材料、书面陈述及答辩之日起45日内组织鉴定并出具医疗事故鉴定书。

九、鉴定的依据、目的和原则

鉴定的依据将直接影响鉴定的结论。因此,《条例》规定专家鉴定组进行鉴定时,应依照医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理技术规范、常规,运用医学科学原理和专业知识,独立进行鉴定,对医疗事故进行鉴别和判定,其目的是为处理医疗事故争议提供医学依据。

中国政法大学常林教授认为,鉴定专家在鉴定时应注意以下三项原则:一是医疗水平原则。设定医疗水平原则,是要求参加鉴定的专家应从国情出发,充分考虑各地区、各级医院的客观情况和现时的技术水准。该原则一般又分为医院等级与专科技术相结合原则、医疗当时水平原则和医疗地域性原则三个原则。二是病情紧急性原则。由于病情危重,医师在紧急状态下能够达到的注意程度与一般情形下的注意程度具有本质的区别。病情紧急性原则相对其他原则具有强烈的排他性,是鉴定时的首选原则。医师以保证患者生命权为最主要目的时,有时即使出现差错,也应考虑免责。三是医学技术有限性原则。该原则具体表现在两个方面:(1)医师裁量权原则,即由于现代医学还处于经验医学阶段,在医疗活动中有许多不确定性问题和尚未解决的问题,那么就on应该允许医师依据某种学说、或理论、或

自己的经验,在临床治疗时,对采用的方法和措施有一定程度的自由裁量权。
(2)医疗尝试原则。主要是指对罕见疾病或已知疾病的未知领域进行以挽救生命为目的的医疗尝试和试验性治疗。^①

十、鉴定书的制作及规范

医疗事故技术鉴定书一般应包括上访当事人的情况和要求、鉴定过程的说明、医疗行为是否存在过失、过失与损害之间是否有因果关系以及医疗过失行为的责任程度等内容。医疗事故技术鉴定书是具有法律效力的文书,内容要合法,格式要规范,语言要准确、严谨,条理清楚。按照《条例》第31条的要求,鉴定书除应载明鉴定的时间、地点、鉴定组成员外,还包括以下几个方面的内容:

1. 双方当事人的基本情况及要求。包括当事人姓名、性别、年龄、住址、身份证号码、简要的治疗经过、陈述的主要意见、理由、申请鉴定时间等,医疗机构要载明医疗机构名称、地址、《医疗机构许可证》代码,医务人员要载明专业、专业技术任职资格、合法执业资格证书代码。

2. 当事人提交的材料和负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会的调查材料。这一部分应当把当事人提交的材料,不论书证、物证、人证等都要记载在案,材料的名称、数量、形式、提交方等都要记载清楚。医学会行使调查取证权所调查到的材料也应记明。

3. 鉴定过程的说明。主要是对鉴定程序的合法性进行说明。包括鉴定专家的资格是否合法,鉴定专家是否由医患双方当事人在医学会主持下随机从专家库中抽取,鉴定专家的人数和专业是否符合规定,是否实行回避原则,双方当事人是否到场陈述等。

4. 医疗行为是否违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规。应当载明医疗过程中的具体医疗行为违反了何部法律、法规、规章、常规、规范,要指明违反了何条何款。

5. 医疗过失行为与人身损害后果之间是否存在因果关系。应说明医疗过失行为与人身损害后果之间是否存在直接的必然联系,即损害后果是否由医疗过失行为直接引起。在医疗纠纷案件中,因果关系往往是错综复杂的,某一原因可能产生多种损害后果,某一损害结果的发生又可能缘于各种原因。损害结果的发生可能是一个人的过失行为直接造成的,也可能是多个人的过失行为造成的,还可能是医疗过失行为和疾病发展的共同结果。因此,这一部分应当载明医务人员在诊疗过

^① 常林:“医疗事故技术鉴定需遵循的原则”,载《中国医学论坛报》2003年7月10日。

程中的医疗行为是否存在医疗过失,如果存在医疗过失,要以医学科学原理分析这一过失行为与损害后果之间是否存在直接的因果关系。

6. 医疗过失行为与在医疗事故损害后果中的责任程度。根据《医疗事故技术鉴定暂行办法》第36条的规定,这一部分应当记载医疗过失行为和患者固有疾病的预期后果在造成最终损害后果中的责任程度。专家鉴定组应当综合分析医疗过失行为在导致医疗事故损害后果中的作用、患者原有疾病状况等因素,判定医疗过失行为的责任程度。医疗事故中医疗过失行为责任程度分为:(1)完全责任,指医疗事故损害后果完全由医疗过失行为造成。(2)主要责任,指医疗事故损害后果主要由医疗过失行为造成,其他因素起次要作用。(3)次要责任,指医疗事故损害后果主要由其他因素造成,医疗过失行为起次要作用。(4)轻微责任,指医疗事故损害后果绝大部分由其他因素造成,医疗过失行为起轻微作用。

7. 医疗事故等级。如已确定为医疗事故,这一部分应根据《医疗事故分级标准》明确医疗事故的等级。医疗事故技术鉴定只作出属于医疗事故的结论而不明确事故等级,则属于无效鉴定。

8. 对医疗事故患者的诊疗护理医学建议。如果医疗事故中医疗过失行为已经给患者造成损害后果并需要后续治疗,这一部分应当提出适宜的、合理的诊疗护理建议,以减轻对患者造成的损害后果。

《医疗事故技术鉴定暂行办法》第35条第2款规定,经鉴定为医疗事故的,鉴定结论应当包括上述第4—8项内容;经鉴定不属于医疗事故的,应当在鉴定结论中说明理由。医疗事故技术鉴定结论应当便于医疗事故争议的处理和医疗损害赔偿的确定。这里的处理包括卫生行政部门的处理、当事人双方的协商以及人民法院的司法审判。

■第三节 鉴定结论的法庭质证

鉴定结论是鉴定人根据委托人提供的鉴定资料,利用其具有的专业知识,就案件中涉及的专业性问题进行分析,结合相关科学原理做出的一种判断。因此,鉴定结论在证据的理论分类上属于人证或者言词证据。由于言词证据常常受到陈述者主观和客观因素的影响,因此,需要对影响其判断的可靠性的各种因素进行审查。根据我国诉讼法的规定,鉴定结论和其他证据一样,都必须在法庭上经过质证,才能作为定案的依据。因此,鉴定结论没有预定的证明力,同样需要结合其他证据对其可靠性进行审查,并综合全案证据对鉴定结论的证明力大小进行判断。

医疗损害赔偿纠纷与普通民事纠纷最主要的不同之处,在于前者涉及案件事实分析判断的高度专业性。在一般情况下,由于知识结构、医学知识的高度专业化等因素影响,法官缺乏对医学专业问题进行自主判断的能力,因而必须借助专家(包括医学专家和法医学专家)的力量进行审理,通过医疗事故技术鉴定或法医学鉴定的方式,确认医疗机构是否存在医疗过错及因果关系。因此,医疗事故技术鉴定结论或法医学鉴定结论的审查成为法庭审理此类案件的重点。代理律师对此应予以特别的重视。

一、鉴定结论的形式要件

我国《民事诉讼法》第72条规定,鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论,在鉴定书上签名或者盖章。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第29条规定,审判人员对鉴定人出具的鉴定书,应当审查是否具有下列内容:(1)委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容;(2)委托鉴定的材料;(3)鉴定的依据及使用的科学技术手段;(4)对鉴定过程的说明;(5)明确的鉴定结论;(6)对鉴定人鉴定资格的说明;(7)鉴定人员及鉴定机构签名盖章。

《条例》对医学会出具的医疗事故技术鉴定书的内容亦作出了明确规定。对比我国《民事诉讼法》、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》与《条例》对鉴定书的形式要求,其最主要不同之处在于前两者要求所有鉴定结论必须由鉴定人签名,而后者却没有此项规定。《民事诉讼法》是由全国人大颁布的规范性文件,根据我国《立法法》的规定,其法律效力高于由国务院发布的《条例》。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》是最高人民法院正式颁布实施的司法解释,对法院审理案件具有约束力。如果医学会出具的医疗事故技术鉴定书没有参加鉴定的专家签名,那么根据《民事诉讼法》及《关于民事诉讼证据的若干规定》的规定,该鉴定书因不具备法定形式要件而不具有证明力,不能作为法庭认定事实的依据。然而我国目前的实际情况是,尽管医学会出具的鉴定书没有鉴定专家的签名,但是法庭却很少因此而不采信医疗事故技术鉴定书。其常见的做法是对该问题“视而不见”,或直接采信并作为判决依据,或另行委托司法鉴定并直接采信其结论。

【案例7-2】在辽宁某患者诉某医院医疗损害赔偿纠纷一案中,当地医学会接受法院的委托,对该案是否构成医疗事故组织专家进行了鉴定,其结论为不构成医疗事故。在法庭上,患方提出医学会出具的鉴定结论没有鉴定人签字,因此该鉴定结论不具备法定形式要件,不能作为本案认定事实的依据,同时提出了司法鉴定的申请,法庭接受了患方的申请,委托某司法鉴定机构进行鉴定,其结论为医院在为患者诊疗过程中存在医疗过错。法庭据此司法鉴定结论判决医院败诉。

【案例7-3】北京某医院系三级甲等医院,平均每年涉及数十起医疗诉讼案件,其中绝大部分案件经医学会鉴定不构成医疗事故。在某起医疗损害赔偿纠纷一案的审理过程中,医院对当地医学会出具的已构成医疗事故的鉴定结论不服,提出该鉴定书上没有鉴定专家的签名,因此不具有法定形式要件,要求法庭对该鉴定结论不予采信。审理法官反驳道,如果严格依此原则进行审理,那么该医院涉及的其他案件中的医学会鉴定结论均不具有证据效力,其结果将导致医院败诉。医院无语以答。

二、鉴定结论审查与重新鉴定

在法庭审理中,对各种鉴定结论的审查,主要是从鉴定的主体是否具有鉴定资格、鉴定的程序是否合法、鉴定书是否具有法定形式要件、鉴定结论是否具有充分的科学依据等方面进行。

根据《条例》及其相关配套文件的规定,医学会有权根据法庭或当事人的委托或请求,对医疗争议案件是否构成医疗事故进行技术鉴定,因此,医学会具有法定的鉴定资格,双方当事人亦很少对此提出异议。但是,在医疗诉讼案件中,除了医学会组织的鉴定,当事人或法庭还可能会委托其他司法鉴定机构进行鉴定,此时应注意对鉴定机构或者鉴定人是否具有鉴定资格进行审查。根据我国有关法律规定,鉴定机构应当经有关部门批准而依法成立,否则不得从事鉴定工作。从事鉴定工作的具体人员,亦应当取得相关的鉴定资格证书,鉴定机构出具的鉴定书中应当附有对鉴定人鉴定资格的说明。《条例》还规定,卫生行政部门收到负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会出具的医疗事故技术鉴定书后,应当对参加鉴定的人员资格和专业类别进行审核。

程序公正是实体公正的前提条件。鉴定应当依法定程序进行,程序违法的鉴定结论不能作为认定事实的依据。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》规定,对于程序严重违法的鉴定结论,当事人有权申请重新鉴定。《条例》规定,医学会出具的鉴定书应当包括对鉴定过程的说明。卫生行政部门应当对其移交鉴定的鉴定程序进行审核;如果鉴定程序不符合《条例》的规定,应当要求医学会重新鉴定。

在医学会组织的鉴定中,程序问题主要涉及专家鉴定组的构成和人数、鉴定专家的回避等。根据《医疗事故技术鉴定暂行办法》第17条的规定,医学会应当根据医疗事故争议所涉及的学科专业,确定专家鉴定组的构成和人数;专家鉴定组人数应当为3人以上单数;医疗事故争议涉及多个学科专业的,其中主要学科专业的专家不得少于专家鉴定组成员的1/2。

对于重新鉴定,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第27条规定,当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定,提出证据证明存在下列情形之一的,人民法院应予准许:(1)鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的;(2)鉴定程序严重违法的;(3)鉴定结论明显依据不足的;(4)经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。对有缺陷的鉴定结论,可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的,不予重新鉴定。《关于民事诉讼证据的若干规定》第28条规定,一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论,另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的,人民法院应予准许。

三、鉴定人出庭接受质询

鉴定人出庭作证是一项诉讼活动,是由诉讼法所规定的参与诉讼的行为,是为法庭提供科学证据活动的重要环节。鉴定人出庭作证是确认鉴定结论的重要程序。司法人员对鉴定结论审查和确认的方法很多,但通过鉴定人出庭确认证据是其中最重要的方法。同时,鉴定人出庭作证是鉴定人的义务,是其鉴定工作的继续。

根据我国法律规定,鉴定结论仅属证据的一种,对鉴定结论的认定,需要经过双方当事人法庭上进行质证。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第59条规定,鉴定人应当出庭接受当事人质询;鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经人民法院准许,可以书面答复当事人的质询。鉴定结论作为一种证据,未经法庭质证不得作为定案的根据。实践中,司法鉴定机构的鉴定人出庭接受质询早已出现,并正在逐渐增多。

【案例7-4】2004年3月10日下午,山东省滨州市某区法院第四法庭,原告患者王某诉被告某县医院医疗损害赔偿纠纷一案正在开庭审理。当审理法官要求被告就其医疗行为与损害后果不具有因果关系以及不存在医疗过错进行举证时,被告代理人向法院提交了一份医疗事故技术鉴定申请书,要求法院依法委托山东省滨州市医学会,就本案是否构成医疗事故进行技术鉴定。但是,法官当庭驳回了被告医院的申请,其理由是:医学会出具的鉴定书没有鉴定人(专家)签名,不符合法定的形式要件,同时由于鉴定人(专家)从来不出庭,当事人无法对鉴定结论进行质证,因此,该法院对于其审理的所有医疗纠纷案件不再委托当地医学会进行鉴定,而是委托司法鉴定机构进行司法鉴定。

【案例7-5】浙江患者蒋某因牙齿矫正问题与某医院发生争议,经当地原区、市两级医疗事故技术鉴定委员会鉴定,其结论均认为不属于医疗事故。患者不服,于2002年7月向当地中级人民法院提起诉讼。在审理过程中,法院根据患者的要求,委托上海司法部司法鉴定中心对其伤残等级、医院在治疗过程中是否存在医疗过错、医院的正畸行为与其伤残后果之间是否存在因果关系进行鉴定。该中心出具了鉴定报告,认为医院在诊治过程中存在一定不足,但目前无证据显示该医疗不足与蒋目前的临床表现存在直接因果关系,但也不能完全排除两者之间存在着一定的联系。一审法院据此驳回了患者的诉讼请求。患者不服,提起上诉。二审法院在审理过程中根据患者的申请,通知司法部司法鉴定中心的鉴定专家出庭接受质询。2003年8月29日,司法部司法鉴定中心的鉴定专家出庭接受了双方当事人、法庭的质询。鉴定专家就鉴定的依据、外科专业法医是否有权对口腔科医疗事故进行鉴定、鉴定程序、鉴定结论进行解释和说明。

然而,与上述情况形成鲜明对比的是,医疗事故技术鉴定的专家出庭率却极低,使得对其鉴定结论的质证失去了其应有的法律意义,导致法庭无法对鉴定结论进行有效审查。这正是前述法院不再委托医学会进行鉴定的理由之一。令人可喜的是,目前已有医学会派鉴定专家出庭接受质询的报道。

据新华网报道:2003年10月14日,济宁市中级人民法院民事审判庭,山东省医学会的鉴定专家首次出庭接受法庭质询。该案原告王某因车祸多次入某医院治疗,认为医院的诊疗过失造成其左腿功能障碍。经山东省济宁市医学会鉴定,认为不构成医疗事故。患方不服,向山东省医学会提出再次鉴定申请。省医学会经鉴定,认为院方存在漏诊,本案为四级医疗事故,院方负主要责任。医患双方对赔偿达不成协议,患方向法院提起诉讼。在审理过程中,法庭要求省医学会鉴定专家组代表和省医学会成员出庭作证。

在法庭上,鉴定专家组的两位代表对原告双方提出的种种质疑进行了回答,突出强调证实了院方的确存在漏诊,四级医疗事故的鉴定结论是正确的。省医学会医疗事故鉴定办公室负责人作为鉴定组织者出席了庭审。

四、鉴定结论交叉询问技巧

所谓“交叉询问”,是指在对抗式审判中,控辩双方主动调查证人证言的一种方式。交叉询问一般按照主询问,反询问,再询问和再反询问的顺序进行。在大陆法系国家,对鉴定人询问一般在立法上规定准用对有关证人的询问。英美法系国家在对鉴定人(专家证人)的询问中明显划分主询问与反询问,为双方当事人就鉴定

事项建立了一种对抗性机制。交叉询问是对抗式审判的核心。

主询问是当事人及其律师对自己提供的鉴定人进行询问,一般侧重鉴定人的专业水平、技能、丰富的工作经验以及良好的教育,询问鉴定意见的理论根据以及检测实验结果,对此鉴定人可以借助文献资料、幻灯和图片进行详细的论述。在反询问中,除对鉴定人资格等进行攻击外,经常提出在某领域和文献上与鉴定人意见相对立的权威性资料等。

我国尚无完善的立法对交叉询问的质证程序加以规范。在对鉴定人的法庭质证过程中,可以采用交叉询问的方式进行。具体方法及规则可以参考证据学专家毕玉谦先生提出的下列建议:

1. 主询问应仅限于与案件有关的事实。当事人的询问与已经进行的询问相重复时,涉及与争执点无关的事项时,或者认为有特别必要时,法庭可以限制或者制止其询问。

2. 在主询问中不得提出诱导性问题,除非证人为未成年人、胆怯受惊者、年老或者记忆力衰退者。

3. 反询问是旨在证实或者审查证人陈述的真实性与可靠性是否受到任何利益或者偏见的影响,因此,允许询问人提出诱导性问题。

4. 反询问应限于证人在主询问中所涉及陈述的范围或者与此有关的任何事项。

5. 反询问应限于与案件事实有关的事项。法庭在反询问中可以制止一切与案件无关的问题或者使证人感到难堪的事项等不适当的询问。

6. 各方当事人都可以对鉴定专家进行反询问。

7. 再询问应限于反询问中出现的事项。未经法庭的许可,不得引进新的事项,除非由于对方的反询问引出了新的事项,造成了此种询问的必要。

8. 当证人不能完全地回忆起被询问的事项,并且有关的提问或者其他唤起记忆的方式,将有助于唤起他的记忆而不至于促使他误入歧途或者作虚假陈述时,当事人可以就任何问题向证人提问或者借助任何书证、物证等来唤起其记忆。

9. 当对证人的询问的事项与待证事实无关,或者容易产生误导、混乱,或者造成不必要的拖延、浪费时间或者重复赘述时,或者使证人处于极度难堪以及有伤社会风化时,法庭应当及时予以限制或者制止。

第八章 医疗纠纷案件的法律适用

第一节 我国医疗纠纷处理制度的历史沿革

任何国家法律制度的变迁与演变均与其社会 and 经济发展相适应,我国医疗纠纷处理法律制度也是如此。目前,在医疗纠纷处理的司法实践方面遇到的最主要问题,是《条例》与《民法通则》之间的冲突。然而,这种法律适用的冲突并非仅在近期才出现,因为在原《医疗事故处理办法》施行阶段,这种法律冲突即一直存在,且比目前的冲突更为激烈。因此,在研究我国现有医疗纠纷案件的法律适用及存在的问题之前,有必要回顾一下我国医疗纠纷处理法律制度的历史沿革,这将有助于对现有法律制度的理解与适用。

一、我国医疗纠纷处理的发展阶段

自中华人民共和国成立以来,有关医疗纠纷处理法律制度的发展可以分为以下五个阶段:^①

1. 第一阶段(1950—1959 年)

这一时期侧重于法律裁决,直接由司法部门处理,不经医学事故技术鉴定。法院可以传讯医生、护士,按当时刑律给医务人员判刑。如此处理,导致常常出现定性不准、量刑过重,并使医务人员产生恐惧心理,怕担风险。

2. 第二阶段(1959—1977 年)

这一时期主要由卫生行政定性处理,法院一般不参与。即使医院或家属向法

^① 高也陶等著:《中美医疗纠纷法律法规及专业规范比较研究》,南京大学出版社 2003 年版,第 78 ~ 81 页。

院提起诉讼,法院也不受理。尤其是在“文革”期间,对专业知识的轻视、无政府主义,部分医院屡被冲击,对于纠纷无人裁决过问,医疗纠纷处理处于某种真空状态。

3. 第三阶段(1978—1997 年)

“文革”以后,各地卫生行政部门及公安部门为了维护医疗秩序,纷纷制定有关医疗事故及纠纷的处理办法或规定。在此基础上,经司法与卫生部门共同努力,国务院于1987年6月29日发布了《医疗事故处理办法》,就医疗事故的处理程序做出了明确的规定。

4. 第四阶段(1997—2002 年 3 月)

1997年3月14日,第八届全国人民代表大会第五次会议修订通过了《中华人民共和国刑法》,并于同年10月1日起施行。新《刑法》增加了医疗事故罪,其第335条规定,医务人员由于严重不负责任,造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的,处3年以下有期徒刑或者拘役。新《刑法》改变了原刑法对医疗人员严重不负责任行为的刑事处罚不明的状况。在一阶段,由于公民法律意识的提高,更加凸显了医疗纠纷处理制度的不完善,人们强烈要求对《医疗事故处理办法》进行修订。

5. 第五个阶段(2002 年 4 月起至今)

2002年是我国医疗纠纷处理法律发生重大变化的一年。2002年4月1日,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》开始生效。该司法解释第一次明确规定了医疗侵权案件举证责任倒置的证据规则,即由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。这一证据规则的实施,完全改变了患方在法庭上的被动地位,有利于维护其合法权益。

在2002年发生的另一重大事件,是《条例》的颁布和实施。鉴于《医疗事故处理办法》存在的诸多问题,卫生部从1996年即开始着手进行《医疗事故处理办法》的修订工作,几易其稿并公开征求各界意见。2002年2月20日,国务院会议讨论通过了《医疗事故处理办法》修订草案并将《医疗事故处理办法》名称变更为《条例》。2002年4月14日国务院正式颁布了《条例》,并于2002年9月1日开始实施。

由于上述两个有关医疗纠纷处理的法律规范的颁布和实施,法院受理的医疗纠纷案件数量明显增多,医疗机构败诉的比例也明显升高。然而,尽管如此,随着时间的推移,法律规范之间的相互冲突亦日益突出。

在我国医疗纠纷处理法律制度的历史沿革中,《医疗事故处理办法》和《条例》是最重要的两个法律规范。因此,我们有必要对其加以详细介绍和分析,以便于理解目前医疗纠纷处理面临的问题。

二、《医疗事故处理办法》实施阶段

1987年国务院发布的《医疗事故处理办法》，是我国第一部专门处理医疗纠纷的行政法规。与其相配套的，还有卫生部于1988年3月30日发布的《医疗事故分级标准（试行）》，1988年5月10日下发的《关于〈医疗事故处理办法〉若干问题的说明》。

医疗事故本身是个行政概念，具有浓厚的行政认定的色彩。根据《医疗事故处理办法》的规定，所谓医疗事故，是指在诊疗护理工作中，因医务人员诊疗护理过失，直接造成病员死亡、残废、组织器官损伤导致功能障碍的情形。《医疗事故处理办法》还规定，虽有诊疗护理错误，但未造成病员死亡、残废、功能障碍的情形系医疗差错，不属于医疗事故。《医疗事故处理办法》所规定的医疗事故定义过于狭窄，其结果是许多应当构成医疗事故的情形而最终经鉴定不构成医疗事故，患者的权利无法得到有效的依据。

【案例8-1】1993年12月22日，在山东省潍坊某医院发生了一起做错手术病人的事件。一位身体健壮只是扁桃体发炎的5岁男孩被错误地做了开胸大手术，错输了血，错用了药物；而另一位应做此手术的男孩却被实施了对心脏病患者来说危险极大的扁桃体切除术。这一切皆由医院工作人员的粗心大意无视规范而起。但是，据事后未经证实的消息来源，该案最终未被定为医疗事故，仅定性为医疗差错，其理由据说是虽然存在过错，但没有造成严重后果。实质上，医疗差错与医疗事故仅有损害程度上的差异，在侵权责任承担方面没有区别，且根据目前的法院审案思路，医疗差错的赔偿有可能高于医疗事故赔偿。

根据《医疗事故处理办法》的规定，如果医疗机构的医疗行为造成患者人身伤害的损害后果，由医疗机构给予一定的经济补偿，而非民事赔偿，而且补偿的数额非常低。例如《北京市〈医疗事故处理办法〉实施细则》规定的补偿费标准为：经济补偿费标准：一级医疗事故，补偿人民币4000元至6000元；二级医疗事故，补偿人民币5000元至8000元；三级医疗事故，补偿人民币3000元以下。

在《医疗事故处理办法》颁布实施后，人民法院处理医疗纠纷案件遇到的第一个问题，就是患方是否享有向法院直接起诉以寻求司法保护的权利，医疗事故技术鉴定是否为医疗纠纷法院诉讼的前置程序。这种争议皆来源于《医疗事故处理办法》第11条的规定。该条款规定，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技术鉴定委员会进行鉴定，由卫生行政部门处理。对医疗事故技术鉴定委员会所作的结论或者对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书之日起15日内，向上一级医疗事故技术鉴定委员会申请重新鉴定或者向上一级卫生行政部门

申请复议;也可以直接向当地人民法院起诉。

基于上述规定,人们普遍认为医疗事故技术鉴定是法院诉讼的前置程序,不仅医疗机构出于自身保护的原因如此认为,而且许多患者及其家属亦持如此观点。当时,部分法院甚至明文规定,没有医疗事故技术鉴定结论,法院不受理医疗纠纷案件。然而,当我们仔细分析该法律条款时发现,该法律本身并无医疗事故技术鉴定程序前置之意。其一,该条款采用的是选择性法律规范,即病员及家属在医疗纠纷发生后,“可提请”当地医疗事故鉴定委员会鉴定,而非“应当提请”或“必须提请”医疗事故鉴定。其二,各级医疗事故鉴定委员会不是我国法定的仲裁机关,其鉴定结论并非仲裁裁决,只是对双方争议的某些事实的认定,系属我国《民事诉讼法》所规定的7种证据之一,即鉴定结论。医疗事故鉴定只能作为法院审查认定事实的证据,是否作为确定医疗单位承担赔偿责任的依据,应当经过法庭质证。其三,医疗事故鉴定结论作为一种证据形式,其本身并不具有可诉性,这是由其证据属性所决定的,因此如果对鉴定结论不服,是不能以医疗事故鉴定委员会为被告向人民法院提起诉讼。事实上,如果患者或家属如因对鉴定结论有异议向人民法院起诉的,人民法院将不予受理。其四,医疗事故鉴定程序前置是对当事人诉讼权利的限制,不利于保护当事人的合法权益。将医疗事故鉴定结论作为法院立案的条件,甚至要求只有在医疗事故鉴定认定是医疗事故时才予立案,实际上是对当事人诉讼权利的侵害。前置程序的理解从表面上保护了医疗机构及其医务人员,减少了医疗诉讼案件数量,但另一方面却严重地限制患方当事人所依法享有的寻求司法救济的权利。

鉴于上述情况,最高人民法院在《医疗事故处理办法》实施后曾多次发布司法解释,就医疗事故技术鉴定结论的性质、起诉受理、适用法律等问题进行了说明。

1989年10月10日,最高人民法院在《关于对医疗事故争议案件人民法院应否受理的复函》中指出,医疗事故技术鉴定委员会所作的医疗事故鉴定结论,系卫生行政部门认定和处理医疗事故的依据。病员及其亲属如果对医疗事故鉴定结论有异议,可以向上一级医疗事故技术鉴定委员会申请重新鉴定,如因对鉴定结论有异议向人民法院起诉的,人民法院不予受理。如果当事人对卫生行政机关作出的医疗事故处理决定不服依法向人民法院提起行政诉讼的,人民法院应当受理。当事人仅要求医疗单位赔偿经济损失向人民法院提起诉讼的,应依照《民事诉讼法(试行)》的规定,按民事案件立案受理。

前述复函第一次明确提出,医疗事故技术鉴定委员会所作的医疗事故鉴定结论是卫生行政部门认定和处理医疗事故的依据,其言外之意即医疗事故鉴定结论不是人民法院审理医疗纠纷案件的唯一依据。但这种欲言又止的行文方式仍然无法解决司法实践中遇到的问题。尽管该复函规定当事人仅以民事赔偿为由向人民法院提起诉讼的,应依法按民事案件立案受理,但是,根据其前后文,仍然没有明确

当事人是否可以不经医疗事故技术鉴定而直接向法院提起诉讼。

1990年11月7日,最高人民法院在《关于当事人对医疗事故鉴定结论有异议又不申请重新鉴定而以要求医疗单位赔偿经济损失为由向人民法院起诉的案件应否受理的复函》中规定,当事人对医疗事故鉴定结论虽有异议,但不申请重新鉴定,而以要求医疗单位赔偿经济损失为由向人民法院起诉的,如符合《民事诉讼法(试行)》第81条规定,人民法院应作为民事案件受理。同样,本复函仍然没有明确当事人是否可以不经医疗事故技术鉴定而直接向法院提起诉讼。

2001年1月19日,最高人民法院研究室《对广东省高级人民法院粤高法(2000)20号请示复函》中,第一次就人民法院可否受理当事人直接受理未经医疗事故技术鉴定委员会鉴定的医疗损害赔偿案件做出明确指示,即人民法院可以受理余××、邱××起诉的医疗损害赔偿案件,^①医疗事故技术鉴定非医疗损害赔偿案件的必经程序。

【案例8-2】1999年6月10日19时,广东省某医院护士邱××因临产来到广州市某医院,并于当晚22时50分进入产房。鉴于胎膜早破、胎儿较大、胎心监护仪多次发出警报以及宫缩乏力等情况,产妇邱××多次请求医生实施剖腹产,但始终未能得到同意。次日凌晨3时半,医院通过产钳助产,婴儿虽产出,但没有正常呼吸。凌晨4时,医生宣布婴儿死亡。经中山医科大学法医鉴定中心尸检,婴儿死亡原因是吸入羊水造成窒息。

邱××及其丈夫认为,造成婴儿死亡是由于广州市某医院医务人员的一系列过失所致。2000年4月13日,他们向广州市越秀区人民法院提起民事诉讼,要求广州市某医院承担法律责任。越秀区法院对邱××的诉讼不予受理,理由是未经医疗事故鉴定。邱××夫妇不服,遂向广州市中级人民法院反映,中院的答复与越秀区法院相同:必须先进行医疗事故鉴定,法院才能受理。万般无奈之下,邱××夫妇只好上书广东省高级人民法院,指出越秀区法院及广州市中级人民法院的做法与《民事诉讼法》第108条相抵触,申请广东省高级人民法院对此予以纠正。广东省高级人民法院有两种截然不同的观点:一种观点认为,当事人的起诉符合《民事诉讼法》的规定,法院应予以受理。另一种观点认为,医疗事故鉴定是法院受理当事人起诉的前提条件,没有“事故鉴定”法院不应受理。由于意见不统一,广东高院于2000年6月26日向最高人民法院发函请示。最高人民法院经研究,于2001年1月19日复函广东省高级人民法院:同意广东省高级人民法院第一种意见,法院可以受理。

然而,邱××夫妇因担心案件超过诉讼时效,已于2000年7月向广州市医疗事故鉴定委员会申请进行了鉴定,结论是“不属于医疗事故”。而后,邱××夫妇向法院提起了民事诉讼。

这是一个不为人们所熟知的但却具有重大意义的医疗纠纷案件。最高人民法

^① 本文作者曾作为原告的委托代理人,参加了本案的审理过程。

院中国应用法学研究所研究员杨洪逵曾对本案评述道:

这个问题的发生与长期以来普遍存在的对医疗事故鉴定及医疗损害纠纷处理的性质认识偏差不无关系。无论是医患关系还是人身损害,都属于平等主体之间的民事法律关系,因而,医患双方发生的争议就是民事争议,是当事人有权直接向法院起诉的民事诉讼。当事人不寻求卫生行政部门处理而直接向法院起诉赔偿,是当事人应有的权利,法院没有理由以未经过卫生行政部门处理而拒绝受理当事人提起的民事诉讼。^①

在当时的环境下,不仅当事人向法院起诉的权利受到极大的限制,而且在损害赔偿方面亦无法得到有效的救济,所谓的“经济补偿”根本不足以弥补当事人因医疗事故所遭受的经济和精神损失。我国最高司法机关已注意到法律适用方面存在的这一问题。

1992年3月24日,最高人民法院在《关于李新荣诉天津市第二医学院附属医院医疗事故赔偿一案如何适用法律问题的复函》中指出,我们认为:《医疗事故处理办法》和《天津市医疗事故处理办法实施细则》,是处理医疗事故赔偿案件的行政法规和规章,与《民法通则》中规定的侵害他人身体应当承担民事赔偿责任的基本精神是一致的。因此,你院应当依照《民法通则》、《医疗事故处理办法》的有关规定和参照《天津市医疗事故处理办法实施细则》的有关规定,根据该案具体情况,妥善处理。

杨立新教授认为,上述复函的要领有三点:一是强调《医疗事故处理办法》等行政法规、规章与《民法通则》的基本精神一致,都可以适用。二是适用的原则是依照《民法通则》、《医疗事故处理办法》和参照地方政府的实施细则,前者为依照,后者为参照,适用效力并不相同。同时,《医疗事故处理办法》并未规定具体的赔偿数额,同时又以《民法通则》作为“依照”之首,其含义是相当明确的。三是要根据案件的具体情况妥善处理:如果按照一次性限额赔偿能够保护受害人权益的,可以使用这种方法;如果用这种方法不能全部赔偿受害人的损失,则应适用《民法通则》第119条。^②然而,在司法实践中,并不是所有的法官均能达到杨立新教授对上述复函的理解水平。既然是“基本精神一致”,那么,无论是适用《民法通则》还是《医疗事故处理办法》均是正确的。然而,补偿与赔偿数额之差有时可以达到百倍之多,此时,该适用哪个呢?因此,有学者曾评价上述复函“跟没说一样”。但是,尽管“跟没说一样”,但是毕竟比“没说”要好一些,因为在天津李新荣一案中,如果没有

① 张建国:“法律不容任意曲解——访最高人民法院法学家杨洪逵”,载《中国医药报》2000年3月11日。

② 杨立新:“医疗事故处理条例的新进展及审判对策”,载《人民法院报》2002年5月17日。

最高人民法院的上述复函,则法院没有足够的勇气按照《民法通则》作出判决。

【案例8-3】女工李新荣,30岁,因咽部异物感,伴声音嘶哑、语言不清、吞咽和呼吸困难数月,于1984年8月21日入天津市韶山医院(现为天津医科大学第三医院)住院治疗。李新荣入院后,经过间接喉镜检查,医生发现她的舌根部有一半球状肿物,约2cm×2cm×2cm大小,使喉入口部变窄。取部分组织分别送外院进行病理活检,一家报告为付节瘤,另一家认为是血管内皮肉瘤。由于这两种瘤均属低度恶习性肿瘤,当时负责治疗的该院耳鼻喉科主任杨××认为应手术切除肿瘤。在家属签字同意后,于1984年10月10日由杨××、本院口腔×主任以及天津口腔医院的×主任一起顺利地实施了手术。术后将大标本分送两家医院进行病理检查,报告分别是:“舌根部异位结缔性甲状腺肿”以及“甲状腺瘤、来自异位甲状腺部分细胞有异形性变”。术后1个月,李新荣出现了浑身无力、手足冰凉的症状。经吸碘试验及甲状腺扫描检查,医生考虑为“甲状腺机能低下”,给予服甲状腺素片、支持疗法对症治疗,1985年1月21日在病情稳定的状况下出院。

李新荣出院后,曾几次出现月经周期紊乱、子宫出血症状,在天津医学院附属医院妇产科治疗过。1989年夏,病员及其家属多次找医院交涉,要求院方承担责任,其理由是甲状腺被切除,已丧失甲状腺功能,内分泌紊乱。与此同时,病员及其家属向天津市卫生局提交医疗事故鉴定申请。天津市医疗事故鉴定委员会对本案进行了鉴定,经分析认为:“为抢救治疗病人行肿物切除的可行的……异位甲状腺临床极为少见,事前难以预料,况术前做活检病理……加之异痊甲状腺的组织细胞也随之有所变异……。”据此,于10月16日作出了“此例不属医疗事故”的鉴定结论。病员不服这一鉴定结论,于1990年2月向天津市河西区人民法院起诉。

法院处理:天津市河西区人民法院受理本案后,委托天津市卫生局对该案鉴定组织复议。技术鉴定委员会再次进行了讨论,认为“……由于手术造成甲状腺缺如……没有考虑到异位甲状腺的可能性,术前未能做甲状腺扫描、吸碘试验,因此选择了不适当的方式……”所以,推翻了鉴定结论,于1990年8月4日作出了“此例定为二级医疗技术事故”的复议结论。基于这一结论,参照《医疗事故处理办法》及其天津市实施细则,判决医院一次性给付李新荣经济补偿费5000元及手术到判决生效之日的医疗费用。病员对这一判决不服,向天津市第一中级人民法院提出上诉。

天津市第一中级人民法院认为此案的处理较为复杂且意义重大,特向最高人民法院请示。最高人民法院于1992年3月24日作出复函:“《医疗事故处理办法》和《天津市医疗事故处理办法实施细则》,是处理医疗事故赔偿案件的行政法规和规章,与《民法通则》中规定的侵害他人身体应当承担民事赔偿责任的基本精神是一致的。因此,你院应当依照《民法通则》、《医疗事故处理办法》的有关规定和参照《天津市医疗事故处理办法实施细则》的有关规定,根据该案具体情况,妥善处理。”此外,法院还带李新荣到设在上海司法部司法科学技术研究所进行了鉴定,结论为:“上诉人李新荣目前甲状腺及甲状旁腺缺如。”距判决最近(1996年7月9日)的医学诊断是:“甲状腺功能低下并肾上腺上质功能减退。”

综上所述,法院认为,原审法院判决除补偿 5000 元外,其他经济损失根据劳动保护的有关规定解决是错误的。依据《民法通则》第 119 条,“侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用”的规定,对李新荣 12 年来治疗、住院的费用、误工损失费、陪伴费、营养费以及今后 20 年的上述费用,应由天津医科大学第三医院赔偿。但考虑到有其看病的因素亦不好分割,故医院承担医药费用的 90% 为宜。1996 年 8 月 12 日,天津市第一中级人民法院作出终审判决:一、撤销河西区人民法院原判。二、天津医科大学第三医院赔偿李新荣自 1984 年 10 月到 1996 年 7 月医药费的 90% 及陪伴费、营养费、误工损失费,计 218023.14 元。三、天津医科大学第三医院赔偿李新荣今后 20 年医药费用的 90% 及陪伴费、营养费、误工损失费,计 356304 元。上述费用本判决生效后一次性给付李新荣。

这是在我国医疗纠纷处理法律制度演变过程中具有极其重要意义的一个案件。上述案件的审理过程持续了 6 年之久,凸显了《医疗事故处理办法》规定的经济补偿原则与《民法通则》规定的民事赔偿原则之间的冲突。目前医疗纠纷处理所面临的法律适用的冲突在当时即已显现,并随着时间的推移而日益加剧。

在《医疗事故处理办法》实施期间,各地审判机关也已注意到了《医疗事故处理办法》与《民法通则》之间的冲突,部分法院医疗纠纷案件的立案受理、鉴定、举证责任、法律适用等问题进行了积极的探索,其中最为突出的是泸州市中级人民法院。

1999 年 11 月 5 日,泸州市中级人民法院下发了《关于审理医疗损害赔偿案件的若干意见(试行)》。该意见较之过去有几个方面的突破:一是受案范围扩大。以前只有医疗事故鉴定委员会鉴定为医疗事故,且医疗单位未做民事赔偿,患者要求起诉的,法院才能受理。该意见规定,只要受害人因医疗行为受到人身损害或医疗费用等损失,就可向法院提请诉讼。二是适用法律有所突破。除过去适用的《民法通则》、《医疗事故处理办法》及各地《医疗事故处理办法》实施细则外,又增加了《消费者权益保护法》及《合同法》。三是鉴定部门增多。省、地、县三级医疗事故技术鉴定委员会的鉴定结果不再是处理医疗事故的唯一依据,法庭科学技术鉴定所的鉴定结论均为诉讼证据,两者没有级别、证明力大小之分,具体采用何种结论,由法庭确定。四是证明责任分配。意见明确规定,医方对自己是否有过错和违约行为,对医疗损害的结果关系负证明责任;患方对损害事实负证明责任。这一规定与后来最高人民法院关于医疗侵权案件实行举证责任倒置的规定基本一致。五是提出了民事赔偿的概念。医疗损害赔偿范围包括:医疗费、护理费、营养费、续医费、丧葬费、死亡补偿费、伤残者生活补助费、被扶养人生活费、精神抚慰费等。

泸州市中级人民法院的上述“司法解释”在社会各界引起了广泛关注和反响。

尽管人们对于地方中级法院是否有权制定“司法解释”充满了疑问,但是,在与国家法律不存在冲突的情况下,根据当地的实际情况制定法院内部的“工作文件”也不违法。更重要的是,该意见所体现的司法审判理念,而这又导致其影响范围远不止当地的司法审判。现在让我们回头再来研究泸州市中级人民法院的上述意见,发现其提出的意见基本上已被现行立法和司法实践所接受和认可,尽管我们还需进一步的研究和探索。

三、《医疗事故处理条例》实施阶段

在当时的历史条件下,《医疗事故处理办法》的实施对医疗纠纷的处理、维护医患双方合法权益和社会的稳定起到了积极的作用。但是随着社会和经济的发展,法制体系的逐步完善,人们法制观念的不断增强,《医疗事故处理办法》存在的问题愈来愈引起人们的重视。这些问题包括:(1)医疗事故定义界定范围过窄,不利于保护患者的合法权益;(2)医疗事故技术鉴定由卫生行政机关组织,鉴定程序缺乏规范性和应有的透明度,患者的权益无法得到保证,其做出的鉴定结论缺乏应有的公信力并直接影响其法律效力;(3)过度保护医务人员的利益,对患者提出了许多不合理的限制,如禁止患者阅读和复制病历资料;(4)一次性经济补偿与民法规定的损害赔偿相冲突,标准低,根本达不到补偿患者损失的目的;(5)行政处理与司法诉讼的衔接不规范,导致行政处理与司法审判在适用法律上的冲突,引起新的矛盾。这就是制定《条例》的主要原则。

《条例》对原来的《医疗事故处理办法》进行了重大的修改,扩大了医疗事故的范围;要求充分尊重患者知情权,允许患者复印部分病历资料;由医学会组织鉴定,改变了以往“老子给儿子鉴定”的情况,鉴定程序更加公开、透明;医疗事故的赔偿数额明显提高,部分项目甚至高于同期的交通事故赔偿;同时,加大了行政处罚力度。

根据《条例》规定,医疗事故是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人身损害的事故。根据对患者人身造成的直接损害程序,医疗事故分为四级:一级医疗事故是指造成患者死亡、重度残疾的;二级医疗事故是指造成患者中度残疾、器官组织损伤导致严重功能障碍的;三级医疗事故是指造成患者轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍的;四级医疗事故是指造成患者明显人身损害的其他后果的。

近年来,一些法院的调研结果颇耐人寻味:从《条例》实施以来,各地法院受理的医疗纠纷案件虽然都有不同幅度的上升,然而统计资料却表明,患方胜诉率不仅没有明显上升,反而出现了不同幅度的下降。以南京为例,自2002年9月1日《条

例》实施以来,南京市两级法院每年受理的医疗纠纷案件近200起。其中南京市鼓楼区人民法院辖区大医院多,医疗事故争议案件占全市法院受案数的一半以上,2004年1月至10月底,该院已审结这类案件63起,其中八成被鉴定为不构成医疗事故。医患纠纷,从2002年1月1日前的患方胜诉率90%,下降到现在的20%,这个巨大的落差仅仅过了两年时间。威海市中级人民法院的调研也显示,山东法院判决医疗方承担赔偿责任的比例也不高。从2002年到2005年10月底,威海中院共受理医疗纠纷案件70件,其中判决医院承担不同程度赔偿责任的17件,占判决案件的37%。判决驳回原告诉讼请求的29件,占判决案件的63%。业内人士分析,这种局面的出现,一方面可能是患者及家属对疾病的突发性、多样性特征缺乏客观认识,过于主观和简单地将患者死亡或病情恶化等情形归咎于医方的误诊误治;另一方面,也与医疗纠纷案件审理中存在的审限内难审结、医疗鉴定难采信、责任分担难认定、法律难适用等“四难”现象具有紧密联系。^①

四、法律规范冲突与法律适用“二元化”

《条例》是国务院颁布的行政法规,其作用范围主要是医疗纠纷的行政处理。尽管《条例》较之《医疗事故处理办法》加大了对患方当事人的法律保护。但是,由于《条例》系由卫生行政部门参与制定,因此,《条例》仍带有明显的行政保护色彩,其本身还存在着许多先天的立法缺陷。例如,《条例》第49条第2款规定,不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任。由于《条例》所定义的医疗事故概念的外延不周全,导致上述规定明显与我国《民法通则》规定的侵权赔偿原则相冲突。根据《民法通则》及相关民事法律规范,只要医疗机构存在医疗过失并且造成患者人身损害的后果,无论其行为是否构成医疗事故,医疗机构均应承担民事赔偿责任。

医疗侵权涉及患者的生命健康权和财产权。由于缺乏对医疗侵权行为的深入研究,我国制定医疗损害侵权领域内的民事法律规范的时机尚不成熟,因此,先以制定行政法规的方式予以规范可为立法权宜之计。但是,由于《民法通则》与《条例》的法律位阶不同,也由于《条例》本身仍然摆脱不了行政法规的局限性,因此,导致两者之间在适用时继续存在难以弥合的冲突。

鉴于此,在《条例》生效后,最高人民法院于2003年1月6日发布了《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》,将医疗损害赔偿案件人为地分为医疗事故损害赔偿案件和非医疗事故损害赔偿案件。两类案件的审理程序、适用法律及赔偿项目计算完全不同,非医疗事故损害赔偿案件的赔偿数额明显

^① 张先明、赵芳:“从医患纠纷看医疗问题(六) 审理:法院有‘四难’”,载 <http://www.court.gov.cn/news/bulletin/region/200601240004.htm>。

高于医疗事故损害赔偿案件。同时,由于最高人民法院关于人身损害的《解释》适用于所有人身损害赔偿案件,而医疗侵权属人身损害赔偿案件,因此,法院在审理医疗纠纷案件时,完全可以适用《解释》而不论《条例》如何规定。与《条例》相比,《解释》确定的赔偿额相对提高,尤其是死亡案例。

2002年4月1日起生效的关于医疗侵权案件适用举证责任倒置的规定,曾在我国医疗界引起了一场不亚于七级地震的震荡。如果说举证责任倒置仅仅解决了责任定性问题,那么,在相隔两年后的2004年5月1日生效的关于人身损害赔偿的司法解释,则主要解决了定量问题,而且给医疗界带来了更为猛烈的冲击。

在2003年年底,最高人民法院正式发布了《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》^①,并于2004年5月1日起施行。该《解释》主要是针对我国以往没有统一的人身损害赔偿标准而制定,其特点是详细列明了人身损害的赔偿项目、详细计算方法及适用标准。鉴于《解释》规定的赔偿标准从总体上讲明显高于《条例》的赔偿标准,因此,患方多选择适用该司法解释计算赔偿数额。

在《解释》生效后,在医疗损害赔偿纠纷案件中,到底是适用《条例》还是《解释》,已成为司法审判的难点。关于如何适用《条例》和《解释》,最高人民法院发言人认为:(1)《条例》是对构成医疗事故如何处理所作的特别规定,人民法院在处理因医疗事故引起的民事赔偿纠纷时,应当优先适用《条例》的规定,即参照《条例》的规定确定损害赔偿的数额。(2)鉴于人身损害赔偿司法解释对赔偿的标准做了一些调整,赔偿的数额比《条例》规定的赔偿数额高,所以因医疗事故受到损害的患者,可能会以一般的医疗纠纷向法院起诉。在这种情况下,如果医疗机构提出不构成一般医疗纠纷的抗辩,并且经鉴定能够证明受害人的损害确实是医疗事故造成的,那么人民法院应当按照《条例》的规定确定赔偿的数额,而不能按照《解释》的规定确定赔偿数额。如此审理,再次突出了医疗赔偿案件审理法律适用的二元化问题。^②

最高人民法院出台《通知》、发表负责人公开答记者问题的目的,是为了解决《民法通则》和《条例》之间的冲突,保证相同的医疗纠纷经不同的途径处理后其结果能基本一致,保证适用法律依据的统一性。然而,由于在实践中难以区分两类案件,而适用法律的不同又导致赔偿数额的巨大差异。因此,患方在起诉时多选择回避医疗事故赔偿纠纷之案由,而选择非医疗事故赔偿纠纷,以期赔偿更高的赔偿。如此结果是《条例》在司法实践中被架空,法官在判决时可视《条例》而不见。在司

^① 在本书中,为行文方便,除非上下文有特别说明,将该解释简称为《解释》。

^② 王连印:“最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件的法律适用问题答记者问”,载《人民法院报》2004年4月12日。

法实践中,大部分的医疗损害赔偿纠纷是按《民法通则》及《解释》处理的,而这又违背了制定《条例》的初衷。

人为地将医疗损害赔偿纠纷分为两类,规定分别适用《条例》和《民法通则》,从而形成了所谓的医疗纠纷处理的法律适用的“二元化”,是导致医疗诉讼案件法律适用不同的主要原因。这种法律适用不同造成的赔偿数额差异在患者死亡的案件中表现最为突出,医院是否支付死亡赔偿金成为医患双方争议的焦点。某法院法官曾在某患者死亡的医疗纠纷案件重审判决书中,对上述法律适用“二元化”问题进行了长篇分析,现摘录如下:^①

本案庭审归纳的争议焦点是:被告县×医院应否向原告杨×支付死亡赔偿金?原告认为,被告因医疗侵权行为导致患者死亡,按照《民法通则》和最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定,被告应当支付死亡赔偿金;而被告则认为,本病例属于医疗事故,《医疗事故处理条例》未规定“死亡赔偿金”项目,故其不应支付死亡赔偿金。

这一争议焦点,涉及若干类似案件的法律适用问题,基层司法者面临着机械司法与能动司法的思维转换,面临着法律解释方法与裁判方法的调整更新,到底如何裁判才算公平正义,正是本案的难点之所在。同时,也正是本案裁判的司法意义之所在。

本院经重审认为:

被告县×医院针对原告杨×丈夫刘洋实施的医疗行为,经市、省两级医学会鉴定,均确认“医疗过失行为与患者的死亡存在直接因果关系”、“属于一级甲等医疗事故,医方承担主要责任”,故被告县×医院应当依照法律、行政法规、司法解释的具体规定,承担与其医疗过错程度相适应的民事侵权赔偿责任。分述如下:

一、原告杨×诉讼请求之中,对照《医疗事故处理条例》第五十条有着明确规定的赔偿项目,被告县×医院可以按照该条确定的赔偿标准予以赔偿。

1. 医疗费、交通费、住宿费、丧葬费项目,在《医疗事故处理条例》第五十条第(一)项、第(七)项、第(九)项、第(十)项和第五十一条中有明确规定。本案中,这四个赔偿项目的基数,可以按照原、被告双方认可的数额确定。

2. 精神损害抚慰金项目,《医疗事故处理条例》第五十条第(十一)项作了明确规定。精神损害抚慰金计算公式是:本地居民年平均生活费(本案中,可参照2004年度本省城镇居民生活消费支出数据7332元)×赔偿年限,赔偿年限≤6年。

^① 源自中国法院网:<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=208526>。

二、原告杨×诉讼请求之中,对照《医疗事故处理条例》第五十条没有规定的赔偿项目,即“死亡赔偿金”项目,被告县×医院应当按照《民法通则》第一百一十九条以及最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十七条、第二十九条确定的赔偿标准予以赔偿。

近年来,医院与患者之间的医患矛盾渐趋凸显,医疗纠纷案件数量逐步上升。国务院颁布的《医疗事故处理条例》自2002年9月1日实施以后,特别是最高人民法院2003年1月6日发出《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》以后,医疗纠纷案件审理实践中一度出现了适用法律“二元化”现象:对于医疗事故引起的医疗赔偿纠纷案件,适用《医疗事故处理条例》;对于非医疗事故引起的医疗赔偿纠纷案件,则作为一般的人身损害赔偿案件,适用《民法通则》及相关司法解释。

《医疗事故处理条例》与《民法通则》规定的赔偿项目、赔偿标准是不一致的:前者的赔偿项目比后者少,典型的缺少项目是死亡赔偿金;相同项目或类似项目的赔偿标准,前者大多数比后者低。自最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》于2004年5月1日实施以后,又进一步扩大了它们的差距。这样适用法律“二元化”现象的直接后果往往就是,导致两种类型的医疗纠纷案件裁判结果明显有失公平:医疗行为构成医疗事故,医院过错程度较重,但赔偿数额较少;医疗行为不构成医疗事故,医院过错程度较轻,但赔偿数额较多。这种不公平的处理结果,背离了类似案件类似处理的裁判原则,背离了重错重处、轻错轻处的裁判尺度,背离了强调“公平正义”价值追求的社会主义法治理念,也降低了医疗纠纷案件裁判的群众认同度和社会公信力。法院无法自圆其说、令人信服地向人民群众和社会各界解释两类医疗纠纷案件重错轻处、轻错重处的合法性、合理性,法院不应说出“这是合法不合理”之类的推诿之辞。法院办案既不能恣意,也不能机械,应当体现法律的精髓,应当符合群众要求公平对待的朴素情理。最高法院有司法者曾精辟地指出:“一个优秀的法官,应当能够正确地把握法律制度所预设的价值追求,并将自己对法的价值的认识融于法律的解释之中,以作出符合法的价值精神的公正裁判。但是,我国现阶段的执法者,还有相当一部分不具有较高法的价值修养,因而时常出现实施具体的法律制度和规范时,背离了法的价值精神。当这种情况出现时,虽然他们感到似乎存在某种问题,实施法律的结果有悖于生活之情理,但由于他们缺乏法的价值修养,并不能清楚地认识到问题的存在。于是,便感叹:合法不合理!甚至还标榜自己是严格的执法者。”“合法的应当是合情理的,这取决于

法官怎样去理解法律,如何把握法的价值。将法律规范适用于处理具体的案件,并不是一个死板、机械的过程,而是一项创造性的活动。真正理解和把握了立法的精神和价值,就能够……正确地解释和运用法律,作出合乎法律又合乎情理的公正裁判。”

如何消解医疗纠纷案件适用法律“二元化”现象,医疗界倾向于医疗纠纷案件一律适用《医疗事故处理条例》,基层司法界倾向于医疗纠纷案件一律适用《民法通则》和《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》,法学界尚无定论,最高立法机关和最高司法机关亦未一锤定音。然而,法院不能因为某个争议问题缺乏最高决策机关的权威性结论而拒绝作出裁判,法院必须保障当事人就其争议能够及时获得裁判的权利。鉴此,本院在重审本案过程中,经过慎重考量、权衡利弊,秉承司法功能应在谦抑与能动之间寻求平衡、寻求更优的价值取向,谨提出如下解题思路:

1. 司法判断的价值基础:患者的生命健康权重于医院的运行发展权。

国务院《医疗机构管理条例》规定医院的宗旨是,救死扶伤,防病治病,为公民的健康服务。从国家和社会的角度看,医院必须保障患者的生命健康权;从患者的角度看,医疗行为造成人身损害赔偿的项目、标准,不应少于、低于一般人身损害赔偿案件中的项目、标准;而从医院的角度看,医学具有特殊性,医疗具有风险性,医院具有公益性,赔偿项目增多、标准增高必然加大医院的运行成本,不利于医院的正常运转和发展。司法者裁判医疗纠纷案件时的着眼点,不应从医患一方的角度看,而应从国家和社会的角度看,设立医院的根本价值就在于保护患者的生命健康,患者的生命健康权始终重于医院的运行发展权,不能把牺牲人民群众的健康利益作为医疗事业的发展成本。这也是以人为本的体现。况且,卫生部、国家中医药管理局也都强调医院“以病人为中心”。基于这一价值基础,司法者裁判医疗纠纷案件时选择适用的法律依据及其赔偿项目、标准应当有利于患者。

因此,本案例中原告索赔的“死亡赔偿金”项目,既然《医疗事故处理条例》未作规定,那么被告县×医院就应当按照《民法通则》以及最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》确定的赔偿标准予以赔偿。《民法通则》第一百一十九条规定“侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用;造成死亡的,并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用”。该条中后一个“等费用”,最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十七条第三

款已将其明确包括“死亡补偿费”(即死亡赔偿金)在内。该解释第二十九条确定死亡赔偿金的一般标准是,按照年度居民人均可支配收入计算20年。本案中,死亡赔偿金计算公式是:2004年度本省城镇居民人均可支配收入10482元 $\times$ 20年=209640元。

2. 理论分析的基本结论:医疗事故引起的医疗赔偿纠纷案件,尤其是此类案件中的“死亡赔偿金”项目,适用《民法通则》及相关司法解释,合乎法理。

(1)两种类型医疗纠纷案件的法律适用应当统一,既是大势所趋,也已成为各界共识。道路交通事故赔偿案件与非道路交通事故赔偿案件也曾经长期存在法律适用不统一的问题,随着最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的出台而得到圆满解决,这应成为解决两种类型医疗纠纷案件法律适用不统一问题的有益借鉴。

(2)《民法通则》是基本法律,《医疗事故处理条例》是行政法规,行政法规的效力层次低于法律。最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》中,措辞是“参照”而不是“依照”、“按照”,给司法者留有适度自由裁量的余地。况且,该通知本身亦突破了《医疗事故处理条例》的有关规定,例如,《医疗事故处理条例》第四十九条第二款规定“不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任”,而该通知则规定“因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷,适用民法通则的规定”。

(3)有无死亡赔偿金,是两种类型医疗纠纷案件法律适用“二元化”的典型差异。根据最高人民法院2001年3月8日发布的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第九条规定,精神损害抚慰金包括死亡赔偿金。《医疗事故处理条例》据此未将死亡赔偿金单列。后出台的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》将死亡赔偿金作为财产损害赔偿项目单列,故司法者应对《医疗事故处理条例》中的精神损害抚慰金的外延与标准予以扩大解释。

据了解,《医疗事故处理条例》不尽完善问题已经引起高层重视,卫生部已在酝酿适时修改《医疗事故处理条例》。

(4)《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》出台时间在《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》之后,司法解释的效力也高于通知,况且该解释第三十六条第二款特别言明:“在本解释公布施行之前已经生效施行的司法解释,其内容与本解释不一致的,以本解释为准。”

3. 医院解困的有效途径:积极参加医疗责任保险。

尽管医学具有特殊性、医疗具有风险性、医院具有公益性,但压降医疗损害赔偿的项目、标准,并不利于化解医患矛盾。医患矛盾的缘由往往在于,一些医护人员水平不高、责任心不强;医患双方信息不对称,患者知情权不受尊重;病历书写不规范、保管不妥善,埋下纠纷隐患;医疗收费偏高、服务质量不高;以及患者一方不能客观看待病情等因素。这些因素,往往与医院管理不力密切相关,医院管理问题近年来逐步凸显。为了切实化解医患矛盾,医院应以病人为中心,除采取提高医疗水平、改进医疗作风、加强医疗责任等必要措施之外,最有效的方法莫过于参加医疗责任保险,主动、广泛、深入地参加医疗责任保险,通过医疗责任保险分散医院和医生的执业风险,让患者及时获得足额的赔偿金,进而缓和医患冲突,维护医院正常秩序。这是本院对包括本案被告县×医院在内的各类医疗机构的有益建议。

如果法院不积极改变较长一段时期以来医疗事故案件医院错重赔少、其他医疗纠纷案件医院错轻赔多的不合理状态,仍然一味机械地作出背离立法精神、背离公平要义的裁判,那么,既不利于患者权益的平等保护,也不利于医院管理的司法促进,甚至可能产生极个别医院、极个别医生为少赔而故意将小错加重成事故的负面效应。医疗纠纷案件的裁判应当避免此类不利后果,这是不言而喻的道理。

尽管医疗纠纷案件适用法律“二元化”现象的最终解决,有待于最高决策机关作出统一规定,但在统一规定出台之前,基层司法者必须以合乎法理、合乎情理的思路来先行裁判医疗纠纷案件。

基于上述分析,被告县×医院关于不同意支付死亡赔偿金的辩解意见及其理由,本院不予采纳。

■第二节 医疗侵权的归责原则

一、民事责任与归责原则

(一)民事责任

所谓民事责任,是指民事主体违反民事义务而依法应承担的民事法律后果。

民事责任以民事义务的存在为前提(如医疗机构及时救治危急患者的义务),以财产责任为其承担责任的主要形式,并以恢复受害人的民事权益为目的。民事责任是一种独立的法律责任,不同于刑事责任和行政责任。对于某一违反法律规定的行为,可以同时要求行为人承担民事责任、行政责任,甚至刑事责任。例如,由于医务人员严重不负责任造成患者死亡或其他严重后果时,可以在追究医务人员刑事责任的同时,要求医疗机构及其医务人员赔偿患者及其家属的经济损失,卫生行政管理部门亦可对医务人员处警告直至吊销执业证书的行政处罚。

民事责任可以分为侵权的民事责任和违反合同的民事责任。在医疗损害赔偿案件中,经常会出现侵权责任与违约责任的竞合,在此情况下,受害人可以自主选择要求对方承担侵权责任或违约责任。由于医疗损害主要是对患者人身的伤害,且司法实践中患方多选择医疗侵权案由,因此,本书重点讨论侵权民事责任问题。

(二)侵权行为的归责原则

侵权行为归责原则是指在行为人的行为或物件致他人损害的情况下,根据何种标准和原则确定行为人的侵权民事责任。一定的归责原则决定着侵权行为的分类,也决定着责任构成要件、举证责任的负担、免责条件、损害赔偿的原则和方法、减轻责任的根据等。^①

侵权行为归责原则是侵权行为法理论的核心,是司法审判人员处理侵权纠纷的基本准则。对同一行为,适用不同的归责原则,行为人承担的责任可能完全不同。然而,归责原则又是一个非常复杂的理论问题,不同学者对此有不同或甚至相反的观点和看法。归纳来讲,可以分为一元论、二元论和三元论等几类。

一元论观点认为,侵权行为法只有一个归责原则,即过错责任原则。持这种观点的学者认为,“无过失责任原则”似是而非,根本不存在,在理论上是错误的,在实践中是行不通的。它造成了侵权责任理论和实践一定程度的混乱。^②

二元论观点认为,侵权行为法的归责原则为过失责任原则和无过失责任原则,而公平责任原则能否作为一种独立的归责原则还有待商榷。认为当今世界上侵权责任原则呈现二元化归责原则制度,而不是单一的无过失责任原则。^③

三元论观点又分为三种:第一种认为我国民事法律制度中同时存在三个归责

^① 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第27页。

^② 张佩霖:“也论侵权损害的归责原则”,载《政法论坛》(中国政法大学学报)1990年第2期,第5~11页。

^③ 米健:“再论现代侵权行为法的归责原则——兼答张佩霖先生”,载《政法论坛》(中国政法大学学报)1991年第2期,第22~26页。

原则,即一般损害适用过错责任原则,特殊侵权损害适用无过失责任原则,无行为能力人致人损害而监护人不能赔偿的特别案件适用公平责任原则。第二种观点认为,侵权法归责原则为过错责任原则、过错推定原则和公平责任原则,无过错责任不是一种独立的归责原则。第三种观点认为,侵权法归责原则由过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则构成,公平责任不是一种独立的归责原则,只是一种侵权责任形态。^①

二、医疗侵权的归责原则

尽管人们对归责原则的理论研究存在不同的观点和看法,但在我国司法实践中,一般将侵权行为的归责原则分为以下三类,医疗侵权应适用过错责任原则。

1. 过错责任原则,是指以过错作为归责的主要构成要件。《民法通则》第106条规定,“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任”。过错责任要求行为人尽到对他人的谨慎和注意义务,努力避免损害后果。按照过错责任原则,行为人仅在有过错的情况下,才承担民事责任。行为人没有过错,就不承担民事责任。

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第(8)项之规定,医疗侵权案件适用过错责任原则,即医疗机构应就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。对于医疗侵权案件,人们根据最高人民法院的司法解释,又认为其归责原则应属过错推定原则,包括过错推定和因果关系推定。

2. 无过错责任原则,是指即使没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,也应当承担民事责任。无过错责任是一种严格责任,因此,在法律没有明文规定或者特别规定的情况下,不得适用无过错责任原则。我国《民法通则》第106条第3款规定,没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。一般认为,《民法通则》第121—127条和第133条所列举的8种特殊侵权行为,适用无过错责任原则。

鉴于该原则的适用必须有法律的明文规定,而我国没有医疗侵权案件适用无过错的法律规定,因此,医疗侵权案件不适用无过错责任原则。

但是,也有律师同仁提出,与过错责任原则相比,无过错责任赔偿制度具有相对明显的优势,建议我国权衡两种法律原则的利弊,借鉴国外成功经验,尽快建立

^① 杨立新著:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第122~123页。

和完善无过错责任赔偿制度,解决医疗纠纷引发的各种社会问题。^①

3. 公平责任原则,又称衡平原则,是指当事人双方在对造成损害均无过错的情况下,由人民法院根据公平的观念,在考虑当事人的财产状况及其他情况的基础上,责令当事人对受害人的财产损失给予适当的补偿。从性质上讲,公平责任是以公平观念作为价值判断标准来确定责任的。但适用公平责任,并非仅依据道德观念。

一般来说,依过错责任和过错推定责任能够处理的案件,就应依过错责任和过错推定责任处理,而不能适用公平责任,除非法律有特别规定。需要注意的是,我国现有法律没有禁止公平原则在医疗侵权案中的适用。

【案例8-4】2000年5月,原告陈某到被告处接受剖宫产加输卵管绝育术。被告以抽芯包埋法进行双侧输卵管结扎术,术中切除双侧输卵管峡部各1厘米。2002年12月发现再次怀孕,起诉至法院,要求赔偿经济损失494元,精神损失2000元。另查:相关医学资料显示,采用此种方法避孕的失败率为1.5%—17.1%。

法院认为:被告医疗行为不存在过错,原告亦无过错。鉴于双方存在真实的医疗服务关系,原告的再孕这一事实的发生与原告的正常夫妻生活和被告符合操作规范的手术下难以避免的再孕率均有一定的关联,故对于原告没有实现终止妊娠的手术目的产生的因再孕、流产及误工而引起的实际损失,应基于公平责任的原则,由双方共同负担。法院判决被告赔偿原告514元。

对于公平责任原则的适用条件,我国现有法律没有作出明确的规定,一般认为应符合下述条件:(1)加害人的行为与受害人之损害存在因果关系。这是公平责任原则适用的首要条件。只有在加害人之行为与受害人之损害存在因果关系时,才能适用公平责任原则。并且,在受害人之损害由多个原因造成时,加害人的行为必须为损害的主要原因、直接原因或必然原因,若加害人的行为为受害人损害后果之次要原因、间接原因或偶然原因,则不能适用公平责任原则;(2)加害人和受害人均无过错;(3)对此种损害行为法律未规定无过错责任原则;(4)若加害人不承担民事责任则显失公平;(5)公平责任原则无免责事由且不适用精神损害赔偿;(6)公平责任中加害人的责任份额必须适当。

三、司法实践常见的问题

1. 过错推定出现错误

推定,是指根据已知的事实,对于未知的事实所进行的推断和确定。过错推

^① 李洪奇:“建议我国设立无过错责任赔偿制度处理医疗纠纷”,载 http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=6524。

定,也称为过失推定,是指如果原告能证明其所受的损害是由被告所致,而被告不能证明自己没有过错,则应推定被告有过错并应负民事责任。举证责任倒置与过错推定具有非常密切的联系,举证责任倒置是过错推定的重要特征。对于医疗侵权案件,根据最高人民法院的司法解释,医疗机构应当首先就其在医疗活动中不存在医疗过错承担举证责任。如果医疗机构不能提供充分的证据证明其不存在医疗过错,则可推定其存在过错,在符合侵权责任构成要件的前提下,医疗机构应当承担民事赔偿责任。如果医疗机构能够提供充分的证据证明其不存在医疗过错,则根据无过错无责任的过错责任原则,医疗机构对患者的损害后果不承担民事责任。然而,部分法院在审理案件过程中,错误地理解了过错推定的概念及其适用条件。

【案例8-5】2000年1月4日,原告刘某因停经42天在被告某卫生院门诊行取环+人流术。1月10日,原告因阴道出血较多,在被告处再行清宫术。1月16日晚,原告突感下腹部持续性钝痛,到当地另一家卫生院治疗。1月17日,原告前往上级医院就诊,B超检查报告:(1)子宫后方及两侧出血性包块;(2)宫腔内絮状回声:残留物并凝血块可能大;(3)右侧宫角肌层内条状强回声。1月18日,原告刘再次来到被告处就诊。该院根据B超检查报告,拟诊腹腔出血,当即将原告收住院。入院诊断为:腹腔内出血,子宫穿孔?宫外孕?中度贫血?当日下午行剖腹探查术。术中见子宫底前壁有一豌豆大浆膜下肌瘤,双侧输卵管增粗,呈紫蓝色。术中行双侧输卵管切除,左侧卵巢部分切除。术后病理报告:双侧输卵管急性出血性炎。1月24日B超复查诊断:子宫前壁小肌瘤。当日,被告卫生院院长向原告出具《说明》,内容为原告曾在该院做人流手术,目前出现腹腔内出血,需手术治疗,一切医药费由该本院承担。2000年2月1日,经当地政府协调,被告卫生院一次性补偿原告原告7000元。

2000年3月,原告向当地中级人民法院起诉,要求被告卫生院赔偿医疗费、营养费、护理费、误工费及精神损害损失100.1万元。原审法院根据当事人申请,先后委托县、市、省三级医疗事故技术鉴定委员会进行鉴定。上述鉴定机构均认定被告卫生院诊断明确,处理符合治疗原则,手术切除双侧输卵管及左侧部分卵巢有适应症,不构成医疗事故。原审法院认为三次鉴定均未对委托事项作出答复,故委托该院司法鉴定处对原告双侧输卵管炎病因及伤残等级进行鉴定。《法医学鉴定意见书》分析认为,该病病因多系综合因素引起,原告发病前短期内作过两次宫腔手术,故不能排除手术与该病的关联。

原审法院认为,被告卫生院手术切除病灶虽符合医疗原则,但对炎症的形成,未能提供相关证据证明其两次清宫手术无过错及清宫手术与炎症形成之间无因果关系。考量被告第二次手术未做记录,手术行为较为草率,结合司法鉴定结论,推定被告卫生院医疗行为存在过错并与炎症的形成具有因果关系。被告不当医疗行为对原告人身构成损害,属侵权行为,应由被告赔偿原告所受损失。判决被告赔偿原告医疗费、误工费、残疾者生活补助费、残疾赔偿金等合计29931元。被告卫生院不服原判,提起上诉。

二审法院认为,本案系医疗行为引起的侵权诉讼,上诉人卫生院应对医疗行为与原告双侧输卵管出血性炎症导致双侧输卵管切除及左侧卵巢部分切除的损害结果之间不存在因果关系,医疗行为不存在医疗过错承担举证责任。关于因果关系,三级医疗事故鉴定机构均未对原审法院委托事项作出鉴定,因此,医疗事故鉴定结论均不能证明上诉人的医疗行为与原告的损害后果之间不存在因果关系。据此上诉人有义务继续举证证明两次清宫手术与急性双侧输卵管出血性炎没有因果关系,或急性双侧输卵管出血性炎系原告自身疾患所致。二审中上诉人非但未对上述问题进行举证,而且对病因系被上诉人刘某本身体质和免疫力低下造成的主张,也未提供任何证据。关于医疗行为有无过错,虽然三级医疗事故鉴定结论均认为上诉人切除病灶器官符合医疗原则,但上诉人要想免责,还有义务举证证明该损害后果属于医疗意外,属于难以预料的并发症,或损害后果系患者和家属不配合治疗造成。二审中上诉人并未举证证明原告因早孕接受两次宫腔手术后出现的急性双侧输卵管出血性炎系医疗意外或难以预料的并发症,也未举证证明损害后果系原告或其家属不配合治疗所致,因此不能免除其应承担的全部侵权责任。况且,上诉人在第二次施行清宫手术中未做病历记录,切除病灶器官未经原告家属签字,有违操作规程,行为存在瑕疵,虽然两项瑕疵并不导致损害后果发生,但据此可以认定上诉人医疗行为存在过错。卫生院院长在原告器官切除当天向被上诉人出具的《说明》,亦可印证上诉人医疗行为存在过错,否则上诉人完全不必向原告承诺承担一切医疗费用。综上,原判决认定事实清楚,适用法律正确,所作判决恰当,上诉人的上诉理由不能成立。判决驳回上诉,维持原判。

在上述案件中,当事人双方争议焦点为:(1)被告卫生院的医疗行为有无过错;(2)被告卫生院的医疗行为与刘某器官切除的损害后果有无因果关系。对此,作者认为,本案经三级医疗事故鉴定机构鉴定,均认定被告卫生院不存在无医疗过错,法医鉴定虽认为诊疗行为与双侧输卵管炎的关系不能排除,但并未认定上诉人有医疗过错。因此,应当认定被告卫生院在为患者诊疗过程中不存在医疗过错。根据过错推定的一般规则,只有当被告不能举证无过错时,法官才可适用过错推定。在被告已向法庭提供充分的证据证明其不存在医疗过错的情况下,法院推定被告存在医疗过错缺乏法律依据。另外,对于因果关系的推定,应当建立在医疗机构不能证明其无过错的前提下,且此种因果关系应当是指医疗过错行为与损害结果之间的因果关系,而非无过错的医疗行为与损害后果间的因果关系。我国现有法律并没有规定医疗机构有“义务举证证明该损害后果属于医疗意外,属于难以预料的并发症,或损害后果系患者和家属不配合治疗造成”,因为由于科学技术条件的限制,疾病发生的原因有时是很难证明的。对此,即使法医鉴定亦不得不承认原告双侧输卵管炎“病因多系综合因素引起”。举证责任倒置并非是完全无条件的,对于证明事项,必须考虑到被告具有证明的可能性,否则法律将该责任施加于被告将是

不公平的。同时,鉴于举证责任倒置直接与被告的实体权利义务相关联,因此,其应由被告承担证明责任的证明事项必须是法定的,不得任意扩大倒置事项的范围。

2. 因果关系推定错误

因果关系推定,系指根据法律规定,当致害人不能提供充分的证据证明其行为与受害人损害后果之间无因果关系时,则推定其行为与损害后果之间具有因果关系。在医疗侵权案件中,当医疗机构存在医疗过错,且医疗机构不能提供证据证明医疗过错与损害结果之间不具有因果关系时,则推定医疗过错与损害后果之间存在因果关系,医疗机构应当承担过错责任。因果关系推定只能适用于过错责任原则,且只能在法律明确规定举证责任倒置时适用,不能适用基于衡平观念的公平责任原则。

诚如前述,医疗侵权案件没有排除公平原则的适用。基于多方面因素的考虑,近年来,法院适用公平责任原则的情形明显增加,并出现了一些问题。

【案例8-6】原告李某因双眼发痒、眼角分泌物多到被告某医院门诊。经检查,医院诊断为急性角膜炎,给予磺胺醋酰钠等磺胺类药物及其他抗菌素治疗。因病情未见好转,李某后到其他医院就诊,诊断为双眼干燥症。李某以被告医院用药不当引起干眼症为由,向法院提起诉讼。本案先后经过了3次医疗事故技术鉴定和2次法医学鉴定。最后一份由当地省高级人民法院司法鉴定中心出具的鉴定结论为:(1)眼干燥症病因较复杂,可由药物过敏引起,也可以是一些疾病的一种表现或结果。根据本案情况,不能排除患者因磺胺类药物过敏导致干眼症的可能;(2)被告医院在诊疗过程中无明显失误,不存在医疗过失。

一审法院认为,尽管被告无明显失误,但眼干症可由磺胺类药物过敏引起,因此,不能排除原告因磺胺类药物过敏导致双眼结膜角膜干燥症。根据省高院的鉴定结论和保护弱势群体合法权益的精神,被告应对原告承担一定的经济赔偿责任(可按30%)。判决被告赔偿原告经济损失2012.19元,精神损害抚慰金15000元。原、被告双方均不服,提出上诉。

二审法院认为,省高院的鉴定结论没有确定患者的眼干症与医院医疗行为存在因果关系,但也未否定。而医院又没有提供其他证据证明不存在因果关系,因此根据举证责任倒置的原则和省高院的鉴定结论,本院认为患者所患干眼症与医院用药有一定关系。医院在能够证明自己没有过错,但又不能证明其医疗行为与患者的损害后果之间没有因果关系的情况下,根据公平原则,医院应对患者受到的伤害承担适当的赔偿责任,原审法院判决医院承担30%责任基本合理。同时,鉴于医院不存在医疗过错,不属于非法侵害,因此不适用精神损害赔偿。判决撤销了精神损害赔偿部分,维持了经济损失的赔偿。

在上述案件中,法院同时适用了两个侵权行为的归责原则:过错责任原则和公平责任原则。在认定医院是否存在过错和医疗行为与患者损害后果是否存在因果

关系时,法院适用的是过错责任责任,并采用了举证责任倒置的举证规则。在医院充分举证不存在医疗过错的情况下,法院又同时适用因果关系推定和公平责任原则。作者认为这种适用法律的方法是错误的。(1)一般来说,在决定行为人是否应当承担责任方面,过错和公平责任常常是互相排斥的,在同一个案件中不能同时适用不同的归责原则。(2)公平责任原则的适用,必须首先建立在致害人(医院)的行为(医疗行为)与受害人(患者)的损害后果(干眼症)具有直接的因果关系基础之上,且这种因果关系不得采用推定的方法加以认定。然而,在本案中,法院以医院未能充分举证证明其医疗行为与患者干眼症之间不具有因果关系而推定“患者所患干眼症与医院用药有一定关系”,并在因果关系不明确的基础上适用公平责任原则缺乏法律依据。

■第三节 医疗侵权责任构成要件

侵权责任的构成要件,是指侵权行为人承担侵权行为责任的条件。行为人实施某种致人损害的行为以后,只有在符合一定的条件下才应承担责任,这些条件就是侵权责任的构成要件。责任构成要件是由归责原则决定的,它是归责原则的具体体现。

在侵权行为法理论界,一直存在着侵权责任构成要件的“四要件说”和“三要件说”之争。“四要件说”认为侵权责任的构成要件包括违法行为、损害事实、因果关系和主观过错。^①“三要件说”则认为侵权责任的构成要件包括损害事实、因果关系和过错。^②长期以来,“四要件说”是主流观点,其主要法律依据是最高人民法院于1993年发布的《关于审理名誉权案件若干问题的解答》。该解答第7条规定,是否构成侵害名誉权的责任,应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。然而,主观上的过错只有通过客观行为才能表现出来,能否成为一个独立的侵权责任构成要件引起了人们的争论。

作者同意“三要件说”理论。其原因之一,是该理论与我国现有法律规定和司法实践更为吻合,我们很难脱离行为人的具体行为分析其主观心理状态。在医疗侵权案件审理过程中,无“主观过错”往往成为医疗机构抗辩的理由,而患方却无相

^① 杨立新著:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第6章。

^② 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第3章。

应的证据加以反驳,因为他无法证明医务人员行为当时的心理状态,只能证明其当时的行为表现。之所以同意“三要件说”的另一理由,是基于我国法律现有的法律规定。《民法通则》第106条第2款规定,“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任”。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第(8)项规定:“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害后果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”在上述法律条款,均使用了“过错”一词。“过错”一词不仅是指行为人故意或过失的心理状态,更主要的是指行为人的外部客观行为,是过错责任原则下侵权责任的构成要件之一。

根据上述分析,基于医疗侵权案件适用过错责任原则,因此,在医疗侵权案件中,医疗机构承担医疗侵权责任的构成条件是:(1)医疗机构存在医疗过错;(2)患者具有一定的损害后果;(3)医疗过错与损害后果存在因果关系。只有同时具备上述全部要件,医疗机构才承担医疗侵权责任。

一、损害事实

损害事实,是指一定的行为致使权利主体的人身权利、财产权利以及其利益受到损害,并造成财产利益和非财产利益的减少或灭失的客观事实。损害事实是由两要素构成的:一是权利被侵害;二是权利被侵害而造成的利益受到损害的客观结果。^① 损害事实是确定责任的一个因素,是侵权责任构成的前提。

在民法上,一般可将损害分为财产损害、人身伤亡、公民生命健康权以外的人格权受到损害和精神损害。^② 在医疗侵权案件中,损害事实主要是指患者生命健康权受到侵害的客观事实,同时,也包括患者及其家属因生命健康权受损而遭受的精神损失。医疗侵权案件很少涉及患者单纯的财产损失,患方所主张的经济损失均是基于生命健康权受到损害而发生,如医药费、护理费、误工费、残疾赔偿金、死亡赔偿金等。在司法实践中,患方证明其遭受的人身损害并不难,较难确定的是精神损害及其程度,患方也较难举证证明。为此,法院往往采用推定的方式认定患者及家属遭受的精神痛苦,并采用酌定方式确定具体赔偿数额。

医疗损害赔偿系基于患者受到损害的事实,损害事实的存在是医疗机构承担损害赔偿责任的的前提条件。请求民事损害赔偿的基础是损害事实的存在,无损害即无赔偿。在医疗侵权案件中,患方对损害事实的发生负有举证责任。如果患方不能举证证明损害后果的存在,则其损害赔偿请求也无法得到法院支持。

^① 杨立新著:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第169页。

^② 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第58~59页。

【案例8-7】2005年7月8日,原告崔某(女,31岁)因怀疑其怀孕到被告医院就诊,被告经B超检查等诊断为子宫肌瘤,并开具了含有替硝唑、安宫黄体酮等药物的处方。原告未在被告处购药,而是自行到药店购买了上述药物。原告在被告处就诊及外购药物共花费238.10元。2005年7月14日、7月18日,原告分别到另外两家医院检查,确诊原告为正常怀孕。7月16日,原告再次到被告处检查,结果为宫内早期妊娠。被告承认误诊的事实,同意免费为原告做终止妊娠手术并进行了术前准备,拟定于7月20日手术。但原告事后反悔,未做手术,并向法院起诉,要求赔偿5万余元。在法院诉讼期间,原告向法院说明其仍未进行终止妊娠手术。

在审理过程中,法庭确定本案的争议焦点为:被告的医疗行为是否存在过错;原告是否存在健康权受到损害的事实;被告的医疗行为与原告的损害结果之间是否存在因果关系。被告辩称,原告没有提供充分证据证明其购买了相关药物;原告没有证据证明其确实服用了相关药物;原告如果确实服用了相关药物则应立即终止妊娠,否则对于扩大的损失,被告不予承担。

法院经审理后认为,被告存在误诊的医疗过失。原告在被告处看病所花医疗费及原告依被告所开药方购买的药品费用共计238.10元应由被告承担。原告在其他医院看病支出的医疗费系原告正常检查治疗费用,其看病及律师所发生的交通费,与被告误诊没有因果关系,故不予支持。鉴于原告到被告处就诊及协商解决问题,确实有交通费支出,故酌情考虑赔偿。就原告目前的状况,不构成精神损害;原告主张误工费,但未提供相关诊断证明,故不予支持。法院判决被告赔偿原告医药费238.10元,交通费50元。判决宣判后,原告在法定期限内没有提出上诉,原审判决生效。

在本案中,对于被告误诊这一事实,双方没有异议。本案争议的主要焦点是被告的医疗过失行为是否造成了相应的损害后果。被告根据本案证据提出原告根本没有购买有可能损害胎儿的药物,但没有提供相应的证据,法院未予采信。被告进而提出原告没有服用药物,其主要证据是原告在纠纷发生后不同意进行人工流产手术。被告提出这一证据并非直接证据,而是间接证据。对此抗辩,法院判决未置可否,既未认定原告服药,也未认定原告没有服药。然而,从原告事后没有就原审判决上诉这一事实,人们可以推测原告是否真的服用了有关药物。

二、医疗过错

何谓过错,法律没有明确的解释。有主观过错说和客观过错说之分,前者强调行为的主观心理状态,后者则强调客观行为表现。王利明教授认为,所谓过错,是指行为通过违背法律和道德的行为表现出来的主观状态。^①

^① 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第69页。

过错包括故意和过失两种形式。故意是指行为人预见到自己行为的结果,仍然希望或放任结果的发生。过失,是指行为人对自己行为的结果应当预见而没有预见,或者虽然预见到了却轻信此种结果可以避免。应当预见而没有预见称为疏忽大意的过失,已经预见而轻信可以避免则为过于自信的过失。在医疗侵权民事纠纷案件中不存在故意,如果医生在实施诊疗行为时故意造成患者的死亡、残废等不良后果,则可能构成故意伤害罪或者故意杀人罪,案件也演变成了刑事案件。过失行为是受行为人的意志支配和控制的。然而,从归责意义上说,民事过失的核心不在于行为人是出于疏忽或懈怠而使其对行为结果未能预见或未加注意,而在于行为人是否违反了对他人的注意义务,并造成对他人的损害。行为人对受害人应负的注意义务的违反,是行为人承担过失责任的根据。因此,过失是指行为人违反了其应尽的对他人的注意义务。^①

在医疗纠纷案件司法实践中,“过失”与“过错”往往被混用。实际上,过错包括了过失,但又不仅限于主观的过失心理状态,过错更多的是强调外部客观行为表现。在判断医务人员(主要是医师)是否存在医疗过错时,主要是审查其是否尽到了医务人员应尽的注意义务。

医师的注意义务,是指医师在实施医疗行为时,依据法律、法规、部门规章和临床诊疗技术操作常规和规范、行业惯例等要求,应当保持审慎注意的态度,以预见医疗行为的结果和避免不良结果发生的义务。医师的注意义务包括结果预见义务和结果回避义务。结果预见义务,是指医师集中注意力、保持足够的谨慎,以认识到自己的医疗行为可能产生的后果的义务。结果回避义务,是指医师基于对其医疗行为产生的危险方式和危险程度做出充分的认识和估计,并为避免该危险的发生采取适当措施的义务。^② 因此,所谓医疗过错,系指医师违反了其对患者应尽的注意义务,包括结果预见义务和结果回避义务。

判断医疗机构是否存在过错的主要标准,是有关医疗卫生管理法律、法规、部门规章及临床诊疗技术操作常规和规范,也包括基于医疗服务合同而产生特别约定义务。^③ 诊疗技术操作常规和规范不仅包括成文的,也包括约定俗成人们在实践中普遍遵循的不成文的各种惯例。上海市高级人民法院在2005年9月20日发布的《医疗过失赔偿纠纷案件办案指南》(沪高法民一[2005]17号)中,有关于医师注意义务的特别规定,现摘录如下:

① 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第72页。

② 李大平:“医师注意义务的概念及其与医疗过失行为的关系”,载 <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=26502>。

③ 例如,在医疗美容服务合同中,实施美容者与接受美容者就美容效果的特别约定等。

第三条 医方是否履行其应尽的注意义务是认定医疗过失行为的客观标准。它分为具体标准和抽象标准。法律和规章规定的医方各个医疗行为的注意义务是判断医疗过失行为的具体标准。医方对患者进行的医疗活动,是否达到与其资质相应的医疗水准,是否尽到符合其相应专业要求的注意、学识及技能,是判断医疗过失行为的抽象标准。

[说明] 医疗过失行为是根据当事医疗机构和医务人员的职称和岗位职责、其应具有相应的诊疗护理行为能力和注意义务,在具体的医疗活动中,因主观上缺乏必要的谨慎而未履行注意义务的一种行为状态。

医方在从事诊疗护理行为时,有法律法规、行政规章、部门规章和诊疗护理规范明确规定的,为医方应注意义务的具体内容,是判断医疗过失的依据。具体标准是判断某一具体医疗行为是否存在过失的依据,它在不同类型的医疗行为上略有不同,分为一般注意义务和特殊注意义务。前者包括就诊、诊疗、治疗、手术、注射、抽血输血、放射线治疗、麻醉、调剂制药、护理过程等过程中的注意义务,审判实践中可根据具体案情对照确定;后者包括说明义务、转医义务、问诊义务等。说明义务是指医方必须就患病状况、治疗方法、治疗所伴随的危险及治疗过程中的疗养方法、注意事项等对患者及其近亲属加以说明和指导的义务,目的在于得到患者的有效同意或回避已经预见到的不良结果,但在紧急状态或作出说明将对疾病的治疗产生不良影响以及法律加以特别规定的情况下,医方未履行相关说明义务不应认定为有过失。在所患疾病属医方专业领域外或病情发展超出医方的治疗能力情况下,医方还应有做出转诊指示的说明义务以及协助患者安全、及时转送至有条件医院的义务。在治疗过程中,医方应就患者的疾病症状、过往病史、药物过敏史及家族遗传史进行充分、适当的询问并加以甄别,但若病情危急,不采取措施将危及患者生命的情况下,也可省略问诊步骤,这是问诊义务履行中的例外。

同时,作为判断医疗过失的还有与具体标准对应的抽象标准,就是指其确定医疗行为所应具备的一般注意程度的标准,依该标准达不到注意程度的,认定行为存在过失。一般注意程度的标准就是日本松仓教授提出的“医疗水准”,在美国称之为医护人员职业行为标准,即医务人员于医疗之际,其学识、注意程度、技术以及态度,均应符合具有一般医疗专业水准的医务人员在同一情况下所应具备的标准,它是医务界公知公认的诊疗标准。

在缺乏法律、规章或规范的明确规定的情况下,应依据具体医疗行为发生时临床医学实践中的医疗水准,即一般医疗专业水准,作为确定医疗行为人注意义务的基准,并考虑医疗行为的专门性、地域性、紧急性等因素,综合判断某项具体医疗行为是否存在过失。

在实践中,由于我国尚无全国统一的诊疗护理技术操作规范和常规,因而导致在某些特定情况下,人民法院难以判断医疗机构是否存在医疗过错。在这种情况下,审判人员可以案件的具体情况,综合判断具体医疗行为是否存在过失。

【案例8-8】2005年3月4日凌晨2时许,怀孕40周的原告焦某到被告处急诊。检查发现胎儿已在宫内死亡,被告急行剖宫产术,娩出一男死婴,其全身高度浮肿,呈青紫色,似唐氏儿外貌。3月4日上午9时,被告向原告及其丈夫交代了病情,并建议其对死胎进行尸检,但原告不同意。3月7日,被告将死胎按照医疗废物自行处理。3月9日,原告要求取走死胎时得知被告已将死胎处理,双方因此发生纠纷。原告向法院起诉,要求被告公开赔礼道歉,赔偿经济损失及精神损失共计45000余元。

被告辩称:根据我国相关法律规定,人流、引产、胎死宫内娩出的死胎属病理性医疗废物,应由医疗机构按照规定集中处置,这是我国医疗机构长期以来的通行做法。死胎不属于我国法律规定的自然人,家属对自然人尸体享有的权利义务不适用于死胎。被告曾劝原告进行尸检,但原告明确表示不同意,也没有表示其自行处理死胎,因此,被告按规定处理死胎是符合法律规定的,故请求法院依法驳回原告的诉讼请求。

法院认为,目前对死胎如何处置,医疗机构管理部门尚无明确法律规定。根据我国现有法律规定,死胎不具有法律人格,不享有民事权利,故死胎不属于尸体,但其具有物的属性,应归娩出死胎的产妇所有,产妇享有对死胎的合法处分权。被告未经原告同意,按照医疗废物自行处理死胎,侵犯了原告的知情权,并给原告造成了一定的精神痛苦,故被告应承担侵权责任。考虑到对死胎的处理尚无明确规定,故赔偿数额应予适当酌定。判决被告书面致歉,赔偿精神损害抚慰金2000元。

这是一起曾引起社会广泛关注的案件。本案案情并不复杂,医院未经产妇同意处理了死胎。然而,在审理中,法院却难以根据现有法律认定医院存在过错,其主要原因是现有法律对死胎如何处理没有明确规定。死胎不应属于尸体,因为“死者”从未在自然界生存过。死胎也不应属病理性医疗废物,因为卫生部于2003年10月15日发布的《医疗卫生机构医疗废物管理办法》中并无死胎之专门规定。法院在审理案件过程中,依据法理认为死胎具有物的属性,其所有权归产妇所有。医院未经死胎所有权人同意,擅自处理死胎,构成侵权行为,其给所有权人造成的精神损失应予赔偿。

三、因果关系

侵权法中的因果关系,是指行为人的行为及其物件与损害事实之间的因果联系。^① 医疗侵权责任构成要件中的因果关系,是指医疗机构及其医务人员的医疗过

^① 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第60页。

错与患者损害后果之间的因果联系。

关于因果关系,主要有两种学说。一种是相对因果关系说,又称“相当说”、“相当条件说”。该学说认为,不应要求行为与损害结果之间具有直接因果关系,只要行为人的行为对损害结果构成适当条件,行为人就应当负责。另一种是必然因果关系说。该学说认为,只有当行为人的行为与结果之间具有内在的、本质的、必然的联系时,才具有法律上的因果关系。目前,在我国司法实践中,主要采用相对因果关系说理论。

因果关系是行为人承担侵权责任的构成要件之一。根据过错责任原则,行为人承担过错责任的条件包括过错、损害后果以及过错与损害后果之间的因果关系,缺少任何一个要件,行为人均不承担责任。过错是承担过错责任的前提条件。如果没有过错,尽管行为与损害后果之间具有因果关系,但行为人不承担过错责任,即所谓的无过错无责任。例如麻醉意外,麻醉师推注麻醉药物与患者呼吸、心跳骤停继而死亡之间具有直接因果关系。但经司法鉴定,认定麻醉师在麻醉过程中没有违反麻醉常规,已尽到应有的注意义务,则医疗机构不承担过错责任。相反,如果仅有过错,但过错与损害后果之间不存在因果关系,则行为人也不承担过错责任。例如下述案件。

【案例8-9】1999年8月6日晚11时许,原告王某因右手压轧伤去被告某医院治疗。经门诊接诊,原告被直接送入手术室。被告医生根据原告的伤情对其施行了指骨缩短缝合术,部分截除原告右手食、中、环、小指四个指头。2001年8月7日,原告以被告的医疗行为有过错为由,起诉要求被告赔偿经济损失38706元。此前,经医疗事故技术鉴定委员会鉴定,认为被告的医疗行为符合医疗常规,不属医疗事故。法院在受理该案后,委托有关机构进行了医疗过错责任鉴定。鉴定结论认为,院方在术前未做摄片检查,未向患者及家属作必要的解释工作并履行签字同意手续,存在过错。但同时认为,在当时当地条件下,院方选择保留手指一定长度的手术符合手外伤处理原则,未摄片并未影响以后的诊治,未造成不良后果。一审法院审理后认为,院方的行为虽有过错,但与王某实际损害后果无因果关系。据此判决驳回原告的诉讼请求。原告不服,提起上诉。二审法院判决驳回上诉,维持原判。

在医疗侵权案件,与因果关系联系密切的一个概念,是过错责任程度。所谓过错责任程度,是指在导致医疗损害结果发生的诸多因素中,医疗机构及医务人员的过失行为所占的比例。在确定医疗机构的赔偿责任时,应当充分考虑其责任程度的大小,合理确定赔偿额。之所以在医疗侵权案件中强调过错责任程度,主要原因在于医疗结果的发生往往是多种因素所导致,即人们常说的“多因一果”。除了医疗过错的作用外,患者原有疾病对损害后果的发生亦有影响。在这种情况下,如果不考虑原有疾病对损害后果发生过程中所起的作用,对医疗机构来讲则是不公平的。需要说明的是,无论是医疗事故技术鉴定还是司法鉴定,尽管鉴定结论为医疗机构承担部分责任(主要、次要或轻微责任),但这并不意味着患者本人有责任(患

方不配合治疗除外)。在一般情况下,对于疾病的发生和发展演变,患者是无法控制的,因而患者也就不存在承担责任的问题。对此部分损害后果承担责任者,应当是疾病,既不是患者,也不是医生。

关于过错责任程度的判定,《医疗事故技术鉴定暂行办法》第36条规定,专家鉴定组应当综合分析医疗过失行为在导致医疗事故损害后果中的作用、患者原有疾病状况等因素,判定医疗过失行为的责任程度。根据医疗过失行为造成的损害后果,过失责任程度分为:(1)完全责任,即损害后果完全由医疗过失行为造成;(2)主要责任,损害后果主要由医疗过失行为造成,其他因素起次要作用;(3)次要责任,损害后果主要由其他因素造成,医疗过失行为起次要作用;(4)轻微责任,损害后果绝大部分由其他因素造成,医疗过失行为起轻微作用。

在实践中,对完全责任的承担比例为100%,人们没有异议。然而,主要、次要或轻微责任的承担比例又是多少呢。对此,我国现有法律没有明确规定。在司法实践中,责任比例划分的一般原则是:主要责任70%—80%;次要责任承担30%—40%;轻微责任承担比例不超过10%—15%。在绝大多数情况下,由于法官对医学专业知识缺乏了解,因此,往往是按照鉴定结论确定的责任比例进行判决。但是,如此比例划分并不是绝对的。严格来讲,责任比例的确定应当是法院的职权,而非鉴定人。鉴定结论对责任比例的划分仅仅是法院确定医疗机构应承担责任的参考。例如下述案件。

【案例8-10】王某于2000年3月7日出生,出生后不久即因患“新生儿坏死性小肠炎、失血性休克、新生儿贫血”,在上海市某儿童医院行“肠坏死切除手术”。出院一段时间后,王某至其户籍所在地的某地段医院接种脊髓灰质炎三价混合疫苗。按规定,王某第三次接种的时间应为2000年7月10日,但其因短肠综合症、营养不良3次住院治疗,故直至2000年11月1日才至某地段医院接受第三次接种。第三次接种后不久,王某出现发热症状,入住上海市某儿童医院治疗,诊断结论为脊髓灰质炎病症。后国家脊髓灰质炎实验室、上海市脊髓灰质炎专家诊断小组均认定王某出现脊髓灰质炎病症,该病症与第三次接种有关。王某认为,某疾控中心对其指定医院的疫苗接种工作指导不力,使某地段医院违规操作,未在规定的时间内为其接种疫苗,致在接种后出现脊髓灰质炎病症。王某遂诉至法院,要求某疾控中心 and 某地段医院共同赔偿各项经济损失共计人民币360870元,并保留今后治疗的诉权。

一审审理中,就某地段医院在对王某实施接种过程中有无过错,法院委托了某法庭科学技术鉴定研究所进行了司法鉴定,结论为:王某所患疾病为脊髓灰质炎,与2000年11月1日的接种有关。某地段医院在对王某进行接种疫苗的时间上没有严格的把握,即第三次距第二次接种时间过长,超过一般要求所规定的4至6周时限,在时间上有增加接种危险的可能。因此,某地段医院在对王某实施预防接种过程中的缺陷,在王某所出现的不良后果中起少部分作用(过失参与度为10%)。一审法院认为,某法庭科学技术研究

所在其出具的鉴定报告中已明确了某地段医院的接种行为与王某目前的损害后果之间的因果关系以及某地段医院的责任参与度,故某地段医院应承担相应的民事赔偿责任(10%)。而某疾控中心对王某目前的损害后果没有管理或指导上的过错,故不应承担赔偿责任。据此判决某地段医院就相关损失承担10%的民事赔偿责任。

一审判决后,王某不服提起上诉,认为:某法庭科学技术鉴定研究所只能就接种行为与损害后果之间的因果关系以及某地段医院是否存在过错作出医学上的判断,至于某地段医院承担民事责任的份额,应由法院根据其过错程度予以确定,而不是由鉴定机构在鉴定结论中予以明确。故要求二审依法改判。

二审法院认为,虽然原审法院委托的鉴定机构认定某地段医院的责任份额为10%,但该鉴定结论仅是法院确认某地段医院承担多少责任的参考依据,而不是唯一依据。至于某地段医院承担责任的多少,则应根据其过错程度予以确定。综合本案的实际情况和某地段医院的过错程度,二审法院认定某地段医院承担55%的主要责任。

在上述案件中,一审法院认为,法官没有专业的医学知识和经验去判断某地段医院的过失行为对损害后果所起的作用,所以应当按照鉴定结论确定的责任参与度来认定某地段医院的民事责任。法院没有能力也没有必要擅自更改鉴定机构作出的专业评判。既然鉴定机构依其专业知识已认定某地段医院在对王某实施预防接种过程中的缺陷,在出现的不良后果中起少部分的作用(过失参与度10%),那么应以此为据,判决某地段医院承担对损害后果承担轻微责任(10%)。

二审法院则认为,某法庭科学技术鉴定研究所为本案所作的鉴定结论具有相当的权威性和重要性,但从证据的角度出发,该鉴定结论的性质仍是民事诉讼证据的一种,不能将该证据作为认定某地段医院在本案中责任大小的唯一依据。并且,鉴定机构出具鉴定结论的立足点是本专业领域,鉴定结论对于某地段医院的责任认定系从医学角度出发,没有从法律的角度研究双方当事人所处的地位并因此所负有的注意义务,因此具有自身不可避免的局限性和片面性。将医学层面上的责任简单等同于法律层面上的责任,仅从医学的角度来认定某地段医院所应承担的民事责任是有失偏颇的。该鉴定结论仅是法院确认某地段医院承担多少责任的参考依据,而不是唯一依据。至于某地段医院承担责任的多少,则应根据其过错程度予以确定。综合本案的实际情况和某地段医院的过错程度,应认定某地段医院承担主要责任。

另外,二审法院之所以认定某地段医院承担主要责任(55%),是基于以下理由:(1)当事人地位不平等。某地段医院系专业的接种单位,参与接种的医务人员均接受过培训,具备接种的专业知识和技术。而王某作为接种的对象,则没有接种的专业知识和技术;(2)当事人地位的不平等决定了接种单位应当向被接种者履行

相应的告知义务,而这种告知义务是较高的注意义务。而某地段医院未履行上述注意义务,在不了解王某特殊体质的情况下,仍然实施了超时接种的行为。某地段医院对上述注意义务的违反,构成重大过失。虽然从因果关系上,某地段医院超时接种的行为只是损害后果发生的间接原因,但是某地段医院在接种过程中存在重大过失,应当承担主要责任,而不是轻微责任。

第九章 医疗损害赔偿及计算方法

■第一节 医疗损害赔偿概述

在医疗损害赔偿案件中,解决问题的关键就是明确责任、确定损失。而损失的计算与赔偿不仅关系到如何更好地维护患者的合法权益,更大限度地补救和弥补其所遭受的损失,同时也涉及对医疗行业的发展和影响,进而会对医疗行业以及全部患者的切身利益产生影响,也会影响到司法和社会公平公正问题。所以,医疗损害赔偿制度非常重要。在讨论医疗损失赔偿及计算方法之前,我们有必要了解民事损害赔偿和医疗损害赔偿的概念、赔偿的基本原则以及赔偿法律制度的历史发展、社会根源,为代理律师正确处理医疗损害赔偿案件,为医疗损害赔偿制度的完善和发展,提供理论基础和正确的指引。

一、损害赔偿的概念

损害赔偿,按照一般的解释,是指当事人一方因他方的侵权行为或者违约行为造成损害,对方应该承担赔偿责任的民事责任。对权利人来讲,损害赔偿是保护其合法权益的重要手段,对义务人来讲,损害赔偿是承担民事责任的方式。

目前,对于损害赔偿的性质有不同的学说,比较集中的有两种。第一种是债权债务说,持这种观点的人认为,损害赔偿是在受害人和加害人之间形成一种以赔偿损失为标的的债务关系。受害人有权请求赔偿,而加害人有支付赔偿的义务,双方当事人之间权利义务关系构成损害赔偿之债。第二种是责任说,持这种观点的人认为,损害赔偿是一种民事责任,是当事人因侵权或违约导致对方当事人损害时,对受害人应该承担的民事责任。两种学说都有其各自道理,实际是从损害赔偿的不同阶段阐述了其性质。从本质上讲,损害赔偿具有双重属性,兼具有债和民事责

任的性质,从不同角度和损害赔偿的不同阶段,可以体现出不同的属性。在侵权或违约行为发生时,一方当事人享有要求对方赔偿的请求权,另一方当事人负有给付的义务,基于双方当事人之间的权利义务关系,具有债的性质。同时,当负有义务的一方当事人不能履行给付义务时,作为义务人就要承担损害赔偿的民事责任。所以,损害赔偿首先是一种债,当债不自动履行时,它就转变为一种责任。我国的《民法通则》也是将损害赔偿规定在“民事责任”一章中。从债和责任相互转化以及最终发展、我国法律的规定来看,损害赔偿是当事人一方因侵权行为或违约行为等对他方当事人造成损害时,在当事人之间产生请求赔偿权利和给付义务的债权债务关系,当债务人不自觉履行赔偿义务时,该种债务即转化为损害赔偿民事责任。^①

二、损害赔偿的法律特征

1. 损害赔偿具有补偿特性

损害赔偿的根本目的是为了弥补受害人的损害,使其尽量恢复到受侵害前的状态。损害赔偿兼具有制裁民事违法行为的功能和抚慰受害人的作用,但其根本目的是补偿受害人的损害。

2. 损害赔偿主要是通过给付财产来实现的

随着经济发展和人类文明的逐渐进步,废除了血亲报复和同态复仇制度,现代民法对于侵权行为主要通过给付金钱来实现制裁,同时通过给付金钱来补偿受害人。在损害的三种形式中,对于财产损失、精神损失、人身损害都是通过财产赔偿的方式来达到赔偿损失目的。

3. 损害赔偿具有相对性

因为损害赔偿是一种债,发生在特定的权利人和义务人之间,赔偿的权利主体和义务主体都是特定的,因而具有债的相对性特征。

三、损害赔偿的基本原则

损害赔偿的原则,是指依民事侵权归责原则和责任构成要件,在确定加害人应该承担责任的基础上决定赔偿范围的准则。因为损害赔偿主要是达到补偿受害人和抚慰的目的,同时又对侵权人的违法行为具有惩戒和抑制作用,损害赔偿的原则决定损害赔偿的目的。目前我国调整赔偿关系的损害赔偿原则,主要包括全部赔偿原则、惩罚性赔偿原则、财产赔偿原则、限额赔偿原则和过失相抵原则等。

^① 王利明、杨立新:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第316页。

1. 全部赔偿原则

全部赔偿原则是指侵权行为或违约行为的当事人,根据其行为所造成的实际损失大小,承担全部的赔偿责任。也就是造成损失多少,就要赔偿多少。全部损害赔偿包括积极损害赔偿和消极损害赔偿。积极损害是指因侵权或违约行为导致现有财产的直接减少和支出。消极损害是指因侵权或违约行为导致本来可以获得的利益丧失。实行全部赔偿原则,主要是从权利人的角度确定的,目的是最大限度地保护受害人的合法权益,使受害人的利益可以恢复或使受害人得到满足。

2. 惩罚性赔偿原则

惩罚性赔偿原则,是指通过损害赔偿除了达到补偿受害人的目的,更想通过损害赔偿惩罚和抑制加害行为的目的,从而对整个社会产生警示作用的一种原则。目前在我国,受经济发展水平和立法目的的影响,惩罚性赔偿原则应用并不广泛,比较典型的立法是《消费者权益保护法》第49条的规定。该条规定,“经营者提供商品或服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或接受服务的费用的一倍。”在2000年10月,浙江省通过了地方法规,医疗损害赔偿适用《消费者权益保护法》。这些法律法规的规定突破了我国以往以来一直采用的实际损失赔偿原则,在立法方面率先实现了惩罚性赔偿原则的适用,在社会经济快速发展的今天,社会财富在某些个体或部门迅速膨胀,同时对其他社会成员更具有侵害性和侵害范围、规模更加扩大的情况下,具有进步意义。

3. 财产赔偿原则

财产赔偿原则,是指侵权行为无论造成财产损害、人身损害还是精神损害,均以财产赔偿,不能以其他方式进行。确定财产损害赔偿原则,就是明确侵权行为造成的财产损害、人身损害及精神损害等一切损害都必须以财产的方式予以赔偿,不能以其他方式如支付劳务的方式代替财产赔偿。

4. 限额赔偿原则

限额赔偿原则,就是侵权行为或违约行为的当事人对于造成的损害承担有限的责任,由法律规定承担赔偿责任的最高限额,侵权人只在赔偿限额内承担责任,超过赔偿限额损失由被害人自己承担。限额赔偿原则一般是考虑侵权行为的性质和特殊情况,出于保护个别行业和从维护整个社会成员利益的目的制定的,但对被害人这个单独的个体来讲不尽公平。如目前正在实施的《条例》第50条第(11)项关于精神损害抚慰金的规定:“精神损害抚慰金按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。造成患者死亡的,赔偿年限最长不超过6年;造成患者残疾的,赔偿年限最长不超过3年。”

5. 过失相抵原则

过失相抵原则是指在加害人和被害人互有过失的情况下,通过比较双方的过

错程度,根据过错程度决定承担责任的范围。所以,过失相抵并不是将双方的过失互为抵消,而是应该区别当事人的责任以及确定该责任造成的后果范围,在应该承担的责任范围内,依法承担民事赔偿责任。通过过失相抵原则,可以公平地实现加害人对被害人的补偿,实现法律的公平与正义。

6. 衡平原则

衡平原则是指在确定损害赔偿范围时,必须考虑诸如当事人经济状况等诸多因素,使赔偿责任的确定更公正的原则。因为损害赔偿主要通过承担财产赔偿责任的形式来实现,当加害人经济状况很差,没有财产或财产很少的情况下,实施全部的财产赔偿实际是不可能的,同时也要考虑加害人的生存条件问题。但衡平原则并不是对全部赔偿原则的否定,而是全部赔偿原则的补充。适用衡平原则的前提是赔偿责任已经确定,只是根据个案情况,确定赔偿责任的大小。衡平原则的适用是在适用全部赔偿原则、财产赔偿原则和过失相抵原则之后,在已经确定赔偿责任并确定赔偿范围后,适用衡平原则确定赔偿责任的大小,以达到赔偿的社会公平公正。适用衡平原则要综合考虑各种因素,包括双方当事人的经济状况、社会地位、职业、当事人的需求、社会习俗、社会舆论等。适用衡平原则还要考虑为加害人保留必需的生活费用,不能引起负担赔偿责任使生活陷入贫困,但必要生活费用的保留,应当根据实际情况和当地的生活水平确定。我们日常生活中的大量民事赔偿调解协议,就是衡平原则的最好运用,既体现了当事人意思自治,又综合考虑了双方当事人的经济状况、给付能力等情况,结果更加客观公平,也容易被当事人接受。

四、医疗损害赔偿特点和原则

1. 医疗损害赔偿的概念

医疗损害赔偿,是指医疗机构或医务人员在实施医疗行为过程中,因为医疗不当行为,过失地造成患者人身伤害,应该依法承担的民事责任。作为专业探讨的医疗损害赔偿,其范围要比以上讲的损害赔偿窄得多。(1)它不包含故意导致的医疗伤害。从法律角度考虑,故意医疗伤害肯定要承担损害赔偿责任,但其不能按照医疗事故解决,也不能按照一般医疗损害解决,超出了我们讨论和解决的范围,我们探讨的医疗损害仅指过失医疗损害而言。(2)医疗损害赔偿必须发生在医疗行为过程中。如果患者造成了损害后果,但与医疗行为无关,如患者在医院看病时不慎摔倒造成外伤,不属于医疗损害赔偿,只是一般损害赔偿纠纷。(3)医疗损害赔偿不包括非法行医导致的损害赔偿,因为非法行医的主体不是医务人员,其造成的伤害只能按照一般损害赔偿解决。(4)医疗损害赔偿主要是指造成人身损害应承担

的赔偿责任。如果仅就直接造成患者财产损失,如多收医疗费、住院期间财产毁损,则属于一般民事纠纷。(5)患者或其亲属造成医生人身伤害或医疗机构财产损失,也不属于医疗损害赔偿范围。所以,我们探讨和研究的医疗损害赔偿是有范围的,是基于医疗损害赔偿的特殊性确定的一类赔偿。

2. 医疗损害赔偿的特点

医疗损害赔偿除具有损害赔偿的基本特征之外,还具有以下特点:(1)赔偿的权利主体和义务主体的确定性。医疗损害赔偿只是发生在医疗机构与患者或医生与患者之间,一般赔偿义务人是医疗单位和医生,赔偿权利人是患者一方。(2)医疗损害只能发生在医疗行为过程中,而且只有发生在医疗过程中的损害才能按照医疗损害赔偿来解决。

3. 医疗损害赔偿的基本原则

在医疗损害赔偿案件中,在确定赔偿时经常应用的原则是财产赔偿原则、全部赔偿原则、限额赔偿原则、过失相抵原则、衡平原则,这些原则的概念和特点在财产损害赔偿原则中已有阐述,所以不再赘述。本书仅就医疗损害赔偿案件中赔偿原则的选择适用应注意的两点做一说明。

(1) 保护患者利益与医疗科学发展并重原则

保护患者利益与医疗科学发展并重原则,实际就是损害赔偿衡平原则的应用。在我国患者还不能取得高额的医疗损害赔偿,原因主要有两点:第一,我国的医疗机构大部分属于公有,属于非营利性质,无法承担过高的损害赔偿;第二,过高的医疗损害赔偿会使医生出于保护自己的目的实施保护性医疗措施,降低其承担的责任风险,从而导致危重病人失去积极的救治机会,一些高科技的医疗手段难以应用,对医学发展不利。所以,在确定医疗损害赔偿时,既要考虑患者的需要也要考虑医疗行业的性质和发展,其综合利益的实现就是衡平原则的很好应用。

(2) 全部赔偿原则与限额赔偿原则并用

法律适用的不同,也会导致损害赔偿原则的不同。在医疗事故处理案件中适用《条例》,其中关于精神损害抚慰金的规定属于限额赔偿原则的应用。而在按一般医疗损害解决的医疗纠纷中适用《民法通则》和最高人民法院《解释》,其规定体现了全部赔偿的原则。

4. 医疗损害赔偿法律适用冲突

目前,在医疗损害赔偿案件中出现的法律适用两元化现象,导致同一个医疗纠纷案件基于同一个事实,仅因为诉讼案由的选择、鉴定机构的选择不同,导致最终法院判决不同。最主要的体现在医疗损害赔偿方面,因为适用法律的不同,针对损害的赔偿范围和标准的不同,患者最终取得的赔偿不同。有关医疗损害赔偿法律适用冲突的讨论,详见本书第八章。

五、美国医疗损害制度简介

1. 美国的非财产损害赔偿金限额制度

美国的医疗损害赔偿制度也是一个不断发展和变化的过程,在经历了无限制的医疗损害赔偿制度导致美国医疗损害赔偿法律制度陷入困境以后,其总体趋向是由全面赔偿原则向非财产损害限制赔偿原则转变,而财产损害赔偿不受限制。

在美国,在医疗损害赔偿的项目中,分为一般性赔偿和特殊性赔偿。一般的损害赔偿是指事故所造成的精神痛苦和疼痛损失的赔偿,对身体上的损害和精神上的损害的赔偿。特殊的损害赔偿是指医疗费用的损失赔偿、财产的损害赔偿等。医疗事故的受害人提起损害赔偿之诉,得到法庭的认可,就会得到相当金额的赔偿金。高额的赔偿金给受害人带来的是损害赔偿请求权的满足,但是随之而来的就是患者医疗费用大幅度提高。这样产生了至少三个结果:其一是使医疗费用不断增长;其二是使医生不能够安心执业,被诉讼所困扰;其三就是使某些医生抛弃自己的职业,最终使病人求医无门。

在医生和医疗机构执业风险大幅度提高的情况下,医疗保险制度引入到医疗损害赔偿中来,但无限制的损害赔偿同样会造成保险费的提高,高额的保险费也出现很多弊病。如果医生不能承担高额专家责任保险费用,在他们不能够转移高额诉讼费用的时候,高额的保险费就会产生和无限制的医疗损害赔偿同样的结果——医生就会选择抛弃某些类别的服务,进而使病人或者必须支付更高的医疗保健费用,或者很难在某些高风险的医疗行业得到相关服务。高额的赔偿和诉讼费用的增加导致医疗费用的膨胀,而且医疗费用的膨胀反过来也导致个人损害赔偿请求额不断变高,巨额的医疗赔偿和高频率的医疗赔偿诉讼同样会对医生、病人、保险公司产生消极影响。高额的保险费引发的医疗责任制度危机反过来引发了责任保险业的二次危机。

在经历了无限制的巨额医疗损害赔偿导致医疗行业陷入困境的情况下,美国对医疗损害赔偿制度进行了改革,其主要变化就是在2003年制定了一项限制医疗过失损害赔偿金的法案。该法案的核心条款,是将把因为医疗过失的一般损害赔偿即非财产损害赔偿的上限确定为25万美元,其目的是为了医生免于高额的损害赔偿金和保险费,进而使其能够正常执业。25万美元的非财产损害赔偿金限额的具体规定是将医疗过失造成的损害应区分财产损害(即特殊损害赔偿)和非财产损害(即一般损害赔偿)。其中非财产损害赔偿金的上限为25万美元,而且禁止例外规定,但是该法案不限制财产损害赔偿金。

非财产损害赔偿金限额的规定大幅节省了医疗保健成本费用,并且不会对医

疗保健制度产生负面影响。博彩式的医疗损害赔偿救济体系无助于医生履行义务,对减少病人的精神痛苦也是收效甚微。医疗错误发生后的支出费用并不能够增进病人的福祉。相反,无论什么非财产损害赔偿金都不能减少病人的疼痛和精神痛苦。因此,防止损害的发生具有特别的意义。非财产损害赔偿金的限额规定可以达到如下两个目标:其一,可以使病人能够继续得到适当的医疗保健。其二,不会降低医生的说明义务,也就是在医疗过程中的谨慎注意义务。在这个意义上,非财产损害赔偿金的限额规定可以减少医疗错误,减轻病人的精神痛苦。另外,25万美元的非财产损害赔偿金限额规定可以使可能支出的损害赔偿费用总额具有更强的预见性,为保险公司提供一个更容易预见的理赔金额范围,这也就保证了保险费率的稳定。

2. 美国的医疗损害赔偿定期金制度

定期赔偿金是指在确定医疗损害赔偿数额时,对于将来的无论是财产损害赔偿金还是非财产损害赔偿金,都采取在受害人有生之年定期支付,但是原告不能够超出实际需要请求损害赔偿金。实际上,裁定偿付将来损害的定期赔偿金有利于被告,将来医疗费用的定期赔偿金可以在病人死亡时终止给付。定期赔偿金或者通过和解的方式建立,或者通过审判的方式建立。创立定期赔偿金的立法目的是为了给受害人将来的损害以保障,但是还要避免在受害人过早死亡的情况下给其他人带来巨额的不当利益。

通过以上介绍,我们知道西方经济发达国家的医疗损害赔偿制度也有一个不断发展的过程。借鉴国外限额赔偿原则,只是说明我国对于医疗损害赔偿采取限额赔偿原则是正确的,但并不能说明现阶段实施的《条例》规定的限额赔偿的标准就是公正合理的。关于医疗损害赔偿的很多争议都与医疗事故赔偿数额较低有关。借鉴国外的经验,就是要确定一个合理的赔偿原则,同时应该确定一个合理的赔偿限额。应该说,无论从医患双方角度,还是从关系整个医疗服务的发展角度出发,制定一个赔偿限额是正确的,但制定这个限额应该考虑多种因素。要运用衡平原则,要听取各方的意见,最大限度地维护各方当事人的利益。对于目前经常出现的因为医疗不当导致的患者残疾赔偿数额巨大,而患者生存年限不确定的问题,可以参考国外的定期金制度,对于此类患者根据其需要分期给付。在最高人民法院颁布的《解释》中已有定期金的规定。该第33条规定:“赔偿义务人请求以定期金方式给付残疾赔偿金、被扶养人生活费、残疾辅助器具费的,应当提供相应的担保。人民法院可以根据赔偿义务人的给付能力和提供担保的情况,确定以定期金方式给付相关费用。但一审法庭辩论终结前已经发生的费用、死亡赔偿金以及精神损害抚慰金,应当一次性给付。”医疗事故损害赔偿也应采用定期金制度,使赔偿更加公平公正。

现阶段,我国的医疗损害赔偿制度虽然较以前有了很大发展,但因为立法还存在很多不完善的地方。审理医疗事故方面的专门立法——《条例》——也存在以上谈到的多种缺陷。在解决医疗事故赔偿问题时,有时还要借助其他法律、法规和司法解释。仅仅依靠《条例》来规范所有医疗行为,并通过《条例》法规解决所有医疗损害赔偿问题显然不可行。为了规范医疗行为,为医生创造一个良好的服务环境,更好地维护患者的合法权益,规范行政机关的管理,同时又能使医疗纠纷得到公平公正的解决,赔偿确定更加合理,应该制定一部《临床医疗法》,通过法律来规范临床医疗行为,调整医疗法律关系,将医疗损害赔偿真正纳入调整民事关系的根本大法——民法当中,达到定分止争的作用。

■第二节 依《条例》确定的赔偿项目

一、《条例》的相关规定

医疗损害赔偿是医疗纠纷中的最核心问题,关系到双方的切身利益,也关系到法律的公平公正。一方面,医疗损害直接侵害的是自然人的生命健康权,而这种权利的内涵和外延相当广泛;另一方面,医疗行为又有它的特殊性,是一项高风险的活动,受人员、设备、技术、客观环境条件、病人本身疾病和身体条件等多种自然和社会因素的影响。因此,在确定医疗损害赔偿数额时,必然要考虑多种因素,不能像解决其他损害赔偿,如交通事故那样简单应用单一的标准和项目,而是要综合分析确定赔偿数额,只有这样才能体现法律的公平公正。

《条例》第49条规定:“医疗事故赔偿,应当考虑下列因素,确定具体赔偿数额:(1)医疗事故等级;(2)医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度;(3)医疗事故损害后果与患者原有疾病状况之间的关系。不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任。”《条例》确定了在医疗事故损害赔偿中,确定具体赔偿数额的四个基本原则:(1)赔偿数额与医疗事故等级相适应;(2)赔偿数额与责任程度相适应;(3)赔偿数额考虑原有疾病的参与作用;(4)非医疗事故不赔偿原则。所以,在确定医疗事故损害赔偿数额时,要综合考虑这些原则和因素。

1. 赔偿数额与医疗事故等级相适应

《条例》根据对患者人身造成的损害程度,将医疗事故分为四级:一级医疗事故:造成患者死亡、重度残疾的;二级医疗事故:造成患者中度残疾、器官组织损伤

导致严重功能障碍的;三级医疗事故:造成患者轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍的;四级医疗事故:造成患者明显人身损害的其他后果的。这种分级标准直接反映了医疗过失行为对患者的伤害程度。医疗事故等级的合理确定,将直接影响到医疗事故的处理结果,关系到医患双方的合法权益。

为了科学合理地划分医疗事故等级,使医疗事故的解决更具有可操作性,卫生部于2002年7月31日发布了《医疗事故分级标准(试行)》。该标准将医疗事故分为四级十二等,即一级医疗事故分为甲等和乙等;二级分为甲、乙、丙、丁四等;三级分为甲、乙、丙、丁、戊五等;四级医疗事故未进行分等。同时规定,一级乙等至三级戊等对应伤残等级一至十级。第四级医疗事故,是指造成患者明显人身损害的其他后果情形。根据该《标准》的规定,医生错误地拔除健康恒牙、将纱布等异物遗留在患者腹中的未造成残疾等情形也将构成医疗事故。

2. 赔偿数额与责任程度相适应

医疗损害后果的发生往往并非医务人员的全部过失所致。医疗过失行为的责任程度,是指在导致患者人身损害后果中的诸因素中,医疗过失行为所占比重。医疗事故中医疗过失行为责任程度分为:(1)完全责任,指医疗事故损害后果完全由医疗过失行为造成。(2)主要责任,指医疗事故损害后果主要由医疗过失行为造成,其他因素起次要作用。(3)次要责任,指医疗事故损害后果主要由其他因素造成,医疗过失行为起次要作用。(4)轻微责任,指医疗事故损害后果绝大部分由其他因素造成,医疗过失行为起轻微作用。

医疗行为是一种高风险的执业活动,在实施正常的诊疗行为的同时也可以造成患者人身伤害,而且损害后果还可能又有患者的本身疾病因素的参与,所以在很多医疗损害赔偿案件中,都存在多因一果或多因多果等复杂情形。科学的划分医疗过失行为在医疗事故损害后果中的参与程度,是确定医方承担赔偿责任的数额以及患者得到公平合理赔偿的关键,任何不合理的划分都会损害双方的利益。

3. 赔偿数额考虑原有疾病的参与作用

患者原有疾病一般与医疗损害后果存在紧密和直接的关系,医疗损害后果往往是疾病和医疗过失行为共同作用导致的,当然还可能还有其他因素,但原有疾病对损害后果的造成往往是主要或决定的因素。因此,在考虑患者原有疾病因素时,应注意以下几个方面的问题:(1)患者原有疾病在发生发展过程中的必然趋势与医疗事故损害后果的关系。(2)患者原有疾病状况发展对现存损害后果的直接作用程度及过失行为之间的关系。(3)患者原有疾病状况的基础条件在静止状态与其现有损害的关系。如果患者原本就是残疾者,而医疗损害导致其残疾程度的进一步严重,在确定具体赔偿数额时应当减除原有残疾损失的份额。(4)患者原有疾病状况的危险性及其与医疗主体实施医疗行为的必然联系和客观需求,患者因医疗行

为的获益结果与损害结果的关系等。

综上,《条例》规定了在医疗事故中如何确定赔偿数额的基本原则、应该考虑的因素、它们之间的相互联系,遵循逻辑分析规律,有利于客观地确定当事人的责任。在实践中,我们确定医疗事故赔偿责任和计算赔偿损失时,要遵循以上原则,得出客观的符合实际的结论。

二、《条例》规定的赔偿项目

《条例》第50条规定了11个赔偿项目,前10项赔偿标准虽然与2004年5月1日实施的最高人民法院《解释》的相应赔偿项目有些出入,但总体差额不大,基本符合我国《民法通则》的规定。主要差别体现在两方面:(1)《条例》未规定营养费、死亡赔偿金赔偿项目;(2)《条例》规定的精神损害抚慰金属于限额赔偿。

在《条例》出台时,司法实践均把死亡赔偿金与精神损害抚慰金等同看待,认为具有同一性质。死者不具有物质方面的利益,其死亡只是造成亲属的痛苦,所以只能赔偿精神损害抚慰金。最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第9条规定:“精神损害抚慰金包括以下方式:(1)致人残疾的,为残疾赔偿金;(2)致人死亡的,为死亡赔偿金;(3)其他损害情形的精神损害抚慰金。”北京市高级人民法院《关于审理人身损害赔偿案件若干问题的处理意见》(2000年7月11日)第26条规定:“死者近亲属以受害人死亡给自己造成精神痛苦为由请求死亡赔偿金的,应予支持。赔偿金数额可根据致害行为的性质、致害人的过错程度、请求权人所受痛苦之程度以及其与死者的关系等酌定,但亦不得超过我市城镇职工上年平均工资的10倍。死者的近亲属限于死者的配偶、父母、子女、死者的配偶、父母、子女缺位的,形成赡养、抚养、扶养关系的其他近亲属有权请求死亡赔偿金。”

《条例》的制定受当时立法背景的影响,未规定死亡赔偿金,而是把死亡赔偿金和精神损害抚慰金等同看待,所以只规定了精神损害抚慰金。《条例》规定的精神损害抚慰金较低,属于限额赔偿。尤其对于造成患者死亡的医疗事故,仅按上年度居民平均生活费计算,最长赔偿6年。以北京为例,2005年居民平均生活费是13244元,导致患者死亡即使是医院的全部责任,按照2005年度居民平均生活费收入6倍计算,最多也只能得到79464元的精神损害抚慰金赔偿。而且,《条例》规定赔偿标准都是以事故地为标准,如果事故发生在经济水平较低的省市,如云南、贵州、河南等省,则赔偿数额更低。虽然生命不可以用金钱来衡量,但通常人们都会觉得,这样的赔偿与生命的失去太不对等了。所以,即使医疗事故赔偿应该考虑多种因素,采取限额赔偿原则,这样低的赔偿还是有失公允。

《条例》还规定了赔偿金的支付方法,其第52条规定:医疗事故赔偿费用,实行一次性结算,由承担医疗事故责任的医疗机构支付。医疗事故赔偿实行一次性支付,沿用了《医疗事故处理办法》的立法习惯和传统,同时立法可能考虑是限额赔偿,赔偿数额不会很大。但在致患者残疾的情况下,康复费用还是很惊人的,一次性支付可能超过医疗单位的负担能力,也不利保护患者本人利益。《条例》第52条的规定与人身损害赔偿司法解释确定的定期金相比,明显落后。

■第三节 依《解释》确定的赔偿项目

一、《民法通则》的相关规定

在医疗损害赔偿案件中,存在法律关系的竞和。依据患者的诉求,可以按违约进行诉讼,也可以按侵权进行诉讼。当事人的选择不但对诉讼程序、举证责任分配产生影响,同时也会对最终的赔偿结果产生影响。因为违约诉讼和侵权诉讼承担民事责任方式不同,具体的赔偿项目也不同。

根据目前法律规定,违约责任赔偿项目中不包括精神损害抚慰金赔偿。对于违约承担的民事责任,《民法通则》第111条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的,另一方有权要求履行或者采取补救措施,并有权要求赔偿损失。”同时第112条规定:“当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到的损失。当事人可以在合同中约定,一方违反合同时,向另一方支付一定数额的违约金;也可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。”医疗合同是一种民事合同。根据《民法通则》和《合同法》原理,在一方违约时,对方有权要求赔偿损失。此损失指物质损失,而非精神损失。所以,在医疗损害赔偿案件中,如果当事人选择了以违约案由诉讼,其主张精神损失赔偿是不会得到法院支持的。相反,侵权民事责任承担包含精神损害赔偿。因为举证责任分配的原因和赔偿的原因,患者在医疗损害赔偿中大多选择以侵权法律关系进行诉讼,所以本书重点介绍侵权损害赔偿法律规定和相关司法解释。

在医疗损害赔偿案件中适用的法律主要是《条例》和《民法通则》。《条例》主要适用于医疗事故损害赔偿,而《民法通则》及相关司法解释主要适用于非医疗事故或医疗事故以外的其他原因导致的损害赔偿。

《民法通则》是由全国人大制定的法律,是调整民事关系的基本法律,其他调整

民事关系的法律、法规都要与其相适应。《民法通则》规定了违约责任和侵权责任,在侵权责任中规定了民事损害赔偿基本原则、赔偿方式,并对赔偿范围作了原则性的规定。《民法通则》是调整民事关系的基本法律,其对损害赔偿规定不可能太详细,对于不同的人身损害赔偿以及具体的赔偿标准只能由其他法律、法规和相关司法解释进行调整。《民法通则》生效以后,最高人民法院在《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(1990年12月5日)中,第164条至第169条对损害赔偿的项目、标准、计算、支付方式进行了详尽解释。该司法解释对于解决民事损害赔偿起到了统一适用法律的积极作用。但由于法律关系的多样性以及立法不统一,很多法规或部门规章又规定了针对不同调整对象的赔偿规定,该司法解释还是难以处理所有损害赔偿问题,不能达到法律适用的统一。

在《民法通则》和上述司法解释实施以后,我国又出台了几部重要行政法规,其中都对损害赔偿进行了规定。

第一部行政法规是《道路交通事故处理办法》(1992年1月1日),其中,有关损害赔偿的规定集中在第36-39条。

第二部行政法规是《医疗事故处理办法》(1987年6月29日国务院发布),有关赔偿的规定是第18条:“确定为医疗事故的,可根据事故等级、情节和病员的情况给予一次性经济补偿。补偿费标准,由省、自治区、直辖市人民政府规定。”实践中,各级政府制定的补偿标准是相当低的,有的地方只有几千元。因为赔偿过低,难以让患者和司法实践所接受,很多法院审理医疗事故案件时参照《交通事故处理办法》。

第三部行政法规是《条例》(2002年9月1日实施),规定了11项赔偿,较《医疗事故处理办法》有了很大进步,并因此废止了《办法》。《条例》的规定在以上已有论述,在此不赘述。

同期,最高人民法院就人身损害赔偿针对不同的调整对象,也出台了一些新的司法解释,比较重要的是最高人民法院《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的意见》(2001年1月21日)。该解释对有关赔偿问题进行了专门规定。

正是因为以上多部门立法,所以,人身损害赔偿标准不一。同时,也因为立法不完善、赔偿的原则不统一,没有遵循全面赔偿原则,导致早期立法赔偿项目缺陷、赔偿数额较低。实践中针对不同损害赔偿标准很难掌握,出现了法律适用不统一的情况。为此,2003年12月4日,最高人民法院通过了《解释》,自2004年5月1日起施行。《解释》遵循了全面赔偿原则,对于赔偿范围、赔偿标准、赔偿方式都作了详细规定,起到了指导和规范民事赔偿的作用,是目前处理和解决民事损害赔偿问题的最主要法律性文件。

二、《解释》的相关规定

《解释》关于赔偿项目更加全面,赔偿标准均有提高,具体赔偿的法律适用规定得更加具体明确,体现了该司法解释的进步性和完善性。除此之外,该司法解释较以前的司法解释的重要改变主要体现在以下几个方面:

1. 死亡赔偿标准普遍提高,并可以适用被侵权人住所地和经常居住地标准

《解释》第17条规定了死亡赔偿金赔偿项目,又在第29条规定了残疾赔偿金按照上一年度居民可支配收入和农民纯收入计算,赔偿的标准以及赔偿的数额较以前的法规和司法解释有了很大提高,适应了社会经济水平的发展变化。同时考虑到被侵权人的实际生活水平,又在第30条规定当受害人住所或经常居住地收入水平高于受诉法院地水平时,可以按照受害人住所地或经常居住地水平计算,体现了法律在处理赔偿问题的公平公正。

2. 确定了死亡赔偿金和残疾赔偿金属于财产损失,可与精神损害抚慰金同时得到赔偿

《解释》第18条规定,致残的受害人或死亡的受害人亲属可以请求精神损害抚慰金。依其第31条的规定,残疾赔偿金和死亡赔偿金属于财产损害赔偿项目。该《解释》第一次通过司法解释的形式明确了死亡赔偿金和精神损害抚慰金的性质,死亡赔偿金和残疾赔偿金属于物质赔偿,而精神损害抚慰金才属于对死者亲属和患者的精神赔偿,两者不具有同一性质。最高人民法院的司法解释,适应了法律发展的潮流,体现了全面赔偿的原则,最大限度地保护了被侵权方的权利,具有重要的意义。

3. 精神损害抚慰金赔偿适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》

《解释》第18条规定精神损害抚慰金适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》确定。后者就具体赔偿数额未规定最高限额,只是规定精神损害的赔偿数额应考虑以下因素:(1)侵权人的过错程度,法律另有规定的除外;(2)侵害的手段、场合、行为方式等具体情节;(3)侵权行为所造成的后果;(4)侵权人的获利情况;(5)侵权人承担责任的经济能力;(6)受诉法院所在地平均生活水平。同时该解释第11条规定:受害人对损害事实和损害后果的发生有过错的,可以根据其过错程度减轻或者免除侵权人的精神损害赔偿责任。精神损害抚慰金的具体赔偿数额由法官根据个案情况行使自由裁量权确定。

4. 在残疾赔偿金、残疾用具费和护理费赔偿方面,充分保护被害人利益,可以根据被害人实际情况,延长给付期限

根据《解释》第32条的规定,被害人生存年限超过法院判决的给付期限后,被害人还有残疾赔偿金、残疾用具费和护理费需要的,还可以要求继续给付5至10年。

5. 残疾赔偿金、被抚养人生活费、残疾用具费可以以定期金的方式支付,但赔偿义务人需提供担保,执行中可以对给付数额进行调整

定期金的规定体现了法律的公平公正,也最大限度地保护了被害人利益。

《解释》是目前在人身损害赔偿方面规定的最具体最全面的一部司法解释,与精神损害赔偿司法解释的合并适用,遵循了《民法通则》第106条的规定,最大限度地保护了受害人的合法权益,体现了法律的公平公正,同时实现了在人身损害赔偿方面法律适用的统一。

■ 第四节 具体赔偿项目及计算方法

因为医疗事故损害赔偿和一般医疗损害赔偿适用法律不同,所以两者具体赔偿项目和标准也不同。《解释》是依据《民法通则》制定的有关人身损害赔偿的专门司法解释,对具体赔偿规定的比较详细。《条例》作为一部行政法规要服从《民法通则》的规定,在赔偿方面没有规定或规定得不太详细的方面,《解释》对《条例》的赔偿规定又具有补充作用。所以,不能绝对地将两个法律文件对立和分开。

一、《条例》和《解释》的共有赔偿项目

(一) 医疗费

医疗费是指患者接受诊疗发生的费用,分为门诊医疗费用和住院医疗费用。门诊医疗费包括挂号费、检查费、治疗费、医药费等;住院医疗费用包括住院费、药费、治疗费、会诊费、输血费、手术费等。除此之外,还包括门诊或住院治疗使用的材料费,如骨折病人外用的固定架、颈托、钢板等。医疗费的计算应注意以下几点:

1. 门诊医疗费以门诊医疗发票为准,并应附医疗处方、诊断证明和门诊医疗手册等,以证明与医疗损害有关;住院医疗费以住院发票为准,并提供住院药品清单、诊断证明和住院病例,以证明与医疗损害的关联性。

2. 必须是因医疗损害发生的医疗费,不包含治疗原发病或治疗与医疗损害无关的其他疾病的医疗费。例如,某患者为晚期肿瘤病人,在因化疗药物超量到某医院急诊接受治疗时,因医生治疗失误而死亡,经医疗事故技术鉴定确认为一级医疗事故。患者家属要求医院赔偿患者在此次治疗前于国外医院治疗肿瘤时发生的巨额医疗费用。法院认为该部分费用系患者治疗原发疾病而支出的费用,与医院的医疗过失行为不存在因果关系,故判决驳回其该项诉讼请求。

3. 转院医疗费应该提供转院证明,^①否则可能被认为属于自行扩大的损失而不予支持或仅部分支持;外购药品应有医生的诊疗意见;涉及多家医疗单位的,应该分别统计计算,提供医疗费总额和在每家医疗单位的医疗费数额。

4. 已经发生的康复治疗费可以计算在医疗费内。未发生的康复治疗费或继续治疗费,如患者提供了医疗单位的证明,可以作为医疗费一并计算并要求一次赔偿。继续治疗费以基本医疗费用计算。国务院于1998年发布了《关于建立城镇职工基本医疗保险制度的决定》,各地确定了基本医疗保险的服务范围和标准,制定了基本医疗保险药品目录、诊疗项目、医疗服务设施标准等。所以,在实践中,基本医疗费用可参照医疗机构所在省级城镇职工基本医疗保险范围确定。

司法实践中,已发生的医疗费相对容易计算,而继续治疗费则较为复杂。继续治疗费又包括今后必然发生的医疗费和可能发生的医疗费。对于将来必然发生的医疗费用,可以通过评估的方式加以明确,也可以由医疗机构出具相关诊断证明和治疗方案,并据此确定该项费用。例如,在著名的湖北“龙凤胎案”中,双胞胎患者的237万元后续康复治疗费即是通过法医鉴定加以确定的。对于今后可能发生的医疗费用,或者必然发生但目前难以确定的医疗费,由于判决时无法确定其具体数额,因此,受害人可以待该项费用实际发生后另行起诉主张权利。

(二)误工费

误工费是指患者因医疗损害而必须治疗或休息造成的误工损失。误工费的计算主要考虑两方面:一个是误工时间;另一个是本人收入状况。

关于误工费的计算,《解释》规定得比较详细。对于误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。对于收入状况,受害人有固定收入的,按实际减少的收入计算;无固定收入的,按照最近3年的平均收入计算;受害人不能证明最近3年的平均收入的,可以参照受诉法院所在地相同或相近行业上一年度职工的平均工资计算。

^① 目前在司法实践中,对转院证明要求并不严格。

《条例》规定：患者有固定收入的，按照本人因误工减少的固定收入计算，但对收入高于事故发生地上一年度职工年平均工资3倍以上的，按照3倍计算；无固定收入的，按照医疗事故发生地上一年度职工平均工资计算。

对于有固定收入的误工损失，《解释》未规定上限，体现了对于受害人的实际损失给予全面赔偿的原则，而《条例》规定了误工费赔偿上限，体现了限额赔偿的原则。对于误工时间的确定，虽然《条例》未作具体规定，但是医疗事故案件广义上来讲也属于人身损害案件，所以《解释》中关于误工时间的规定对于医疗事故案件可以直接适用。

对于误工费的计算要注意以下几点：

1. 误工费一般指受害人本人的误工损失，如果受害人是未成年人或退休人员，没有误工损失的，就不应该计算误工费。特殊情况就是监护人因照顾、护理和解决医疗事故而产生的误工损失，可以按照误工费主张，但不应和护理费等重复计算。

2. 误工费的计算必须提供误工损失的合法证明，主要包括被害人工作单位出具的被害人误工时间、收入状况、扣发收入数额的证明。如果被害人实际收入超过个人所得税标准，还应提供完税证明以证明其真实性。

3. 误工费属于直接损失，只能针对被害人因为误工而导致的直接工资或报酬收入的减少进行补偿，不包括对于被害人经营损失的补偿。

4. 误工费的赔偿属于差额补偿，如果被害人发生了误工但实际收入并未减少，则不能主张误工费赔偿。具体计算方法：被害人日收入损失×误工天数。

（三）住院伙食补助费

住院伙食补助费是指患者因医疗损害而在医疗机构住院治疗期间，赔偿人应支付给患者的膳食补助费用。《条例》和《解释》都规定按照国家机关一般工作人员的出差伙食补助标准计算，但《解释》增加了一个条款，就是受害人确有必要到外地治疗，因客观原因不能住院，受害人本人及其陪护人员实际发生的住宿费和伙食费，其合理部分应予赔偿。

在计算住院伙食补助费时应注意以下几点：

1. 住院天数以医院住院病例或诊断证明确定，不包含治疗原发病或与医疗损害无关的疾病住院治疗的天数。

2. 《解释》关于到外地治疗实际发生的住宿费和伙食费的赔偿规定对于处理医疗事故案件可以直接适用。在确定赔偿时，法院具有自由裁量权，但住宿费一般普通住宿标准考虑，伙食费参考国家工作人员出差伙食补助标准。同时在确定此项

赔偿时,法院会考虑患者是否需要到外地治疗。所以,被害人要提供相应证据,如转院证明或医生医疗建议等,以证明去外地治疗的合理性。具体计算方法:住院伙食补助标准×住院天数。

(四)护理费

护理费是指患者住院治疗和出院以后康复期间以及确定伤残生活无法自理期间,需要专人照顾、护理其生活而支付的费用。

《条例》使用的是“陪护费”,而且仅指住院期间的陪护费,按照事故发生地上一年度职工年平均工资计算。相反,《解释》对护理费进行了全面规定。对护理人员的收入状况,如果护理人员有固定收入,参照误工费来计算;护理人员没有收入或者雇用护工的,参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬计算。对于护理人数,原则为一人,有医疗机构的或鉴定机构的明确意见的,可以参照确定护理人员人数。护理期限计算到受害人恢复到生活自理能力时止,受害人不能恢复生活自理能力的,根据其年龄、健康状况确定合理护理期限,但最长不超过20年。《解释》对于护理费的规定比《条例》详细具体,具有可操作性,在处理医疗事故案件时,《解释》的相关规定可以直接适用。

对于该项赔偿,《解释》第21条还规定,护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定。护理人员原则上为1人,但医疗机构或者鉴定机构有明确意见的,可以参照确定护理人员人数。护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。受害人因残疾不能恢复生活自理能力的,可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限,但最长不超过20年。受害人定残后的护理,应当根据其护理依赖程度并结合配制残疾辅助器具的情况确定护理级别。

对于护理依赖程度,《解释》没有详细规定,实践中可参照《职工工伤与职业病致残程度鉴定》的相关规定。后者规定,护理依赖是指伤、病致残者因生活不能自理需要依赖他人护理者。生活自理范围主要包括下列五项:(1)进食;(2)翻身;(3)大、小便;(4)穿衣、洗漱;(5)自我移动。据此,护理依赖程度可分为三级:(1)完全护理依赖,指生活不能自理,上述5项均需护理者;(2)大部分护理依赖,指生活大部分不能自理,上述5项中有3项需要护理者;(3)部分护理依赖,指部分生活不能自理,上述5项中有1项需要护理者。《工伤保险条例》第32条规定,工伤职工已经评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的,从工伤保险基金按月支付生活护理费。生活护理费按照生活完全不能自理、生活大部分不能自理或者生活部分不能自理3个不同等级支付,其标准分别为统筹地区上年度职工月平均工资的50%、40%或者30%。

护理费的计算要考虑以下几点:

1. 护理人员有固定收入的应该提供护理期间误工损失证明。请护工或其他护理人员照顾的,应该提供支付护理费的有效证明,如雇用合同或收费票据等。
2. 住院期间需要专人护理应该有医院的诊疗意见,出院以后需要护理以及护理时间也要有医院的诊疗意见,如病例记载、诊断证明等。评残以后需要专人护理的,依法医鉴定意见和患者伤残等级确定。

(五) 残疾生活补助费

残疾生活补助费,是指患者因医疗事故或医疗过失而全部或部分丧失劳动能力时应获得的生活费用。本项赔偿的计算公式是:平均生活费/城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入 $\times$ 赔偿年限 $\times$ 伤残赔偿指数。对于该项赔偿,《解释》与《条例》存在以下不同之处:

1. 名称及性质不同

《条例》将该赔偿项目称为残疾生活补助费;而《解释》则称为残疾赔偿金。名称变化亦体现了该项赔偿性质的变化,即由精神损害赔偿转变了财产损害赔偿。

1993年,《消费者权益保护法》第一次提出了残疾赔偿金的概念,其性质多被认定为精神损害抚慰金。该法第41条规定,经营者提供商品或者服务,造成消费者或者其他受害人人身伤害的,应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用,造成残疾的,还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用。2000年修订的《产品质量法》亦沿用了该概念。该法第44条规定,因产品存在缺陷造成受害人人身伤害的,侵害人应当赔偿医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用;造成残疾的,还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用。最高人民法院《关于确定民事债权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第9条规定,精神损害抚慰金包括以下方式:(1)致人残疾的,为残疾赔偿金;(2)致人死亡的,为死亡赔偿金;(3)其他损害情形的精神损害抚慰金。据此,残疾赔偿金、死亡赔偿金的性质在司法上被确认为精神损害抚慰金。

1994年5月12日,全国人大通过的《国家赔偿法》第27条规定,侵犯公民生命健康权的,造成部分或者全部丧失劳动能力的,应当支付医疗费,以及残疾赔偿金;造成死亡的,应当支付死亡赔偿金、丧葬费。这是国家立法首次明确对残疾赔偿金、死亡赔偿金作出规定,即其性质为财产损失赔偿,而非精神损害抚慰。最高人民法院在此次制定《解释》的过程中,以《国家赔偿法》为依据,并采纳了专家学者的观点,将残疾赔偿金的性质由精神损害抚慰改为财产损失赔偿。

2. 计算标准不同

《条例》计算该项赔偿的标准为医疗事故发生地居民年平均生活费;《解释》为受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入。

平均生活费,是指统计部门公布的城镇居民家庭人均生活消费支出额,或者农民家庭人均消费支出额。例如,北京市 2004 年城市居民人均可支配收入 15637.8 元,人均消费支出(即平均生活费)为 12200.4 元;农民人均纯收入 7172 元,人均生活消费支出 4886 元。尽管人均可支配收入高于平均生活费,《解释》的计算标准高于《条例》,但根据《解释》计算的本项赔偿最终数额是否高于按《条例》计算的最终数额尚无法确定。因为《解释》是按 20 年计算,而《条例》最长可以计算 30 年。另外,对于受害者为农民的案件,由于农村居民人均纯收入低于城镇居民平均生活费,因此,按照《解释》计算的赔偿额可能低于按照《条例》计算的赔偿额。

《条例》规定,本项赔偿“按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算”。但是,在实践中,医患双方经常为该项赔偿的具体计算标准发生争议,主要表现在两方面:

(1) 该条规定没有说明按何年标准计算。是按照医疗事故发生时的上一年度计算,还是按照一审法院辩论终结时的上一年度计算。由于医疗损害发生时间与纠纷解决时间的间隔较长,有的甚至达 10 年以上,因此,按照不同时间标准计算的数额可以相差很大。实际上,此问题涉及损害赔偿计算的标准时规定。所谓损害赔偿计算的标准时,是指依据有关赔偿参数计算损害赔偿金额的大小时,应当以哪一时间点为标准进行计算。我国立法及司法实践对此从未明确界定。传统观点认为应当以侵权行为发生时作为损害赔偿计算的标准时。以往司法实践多是如此。《解释》鉴于涉及损害赔偿计算标准时的主要是残疾赔偿金和死亡赔偿金,其对赔偿权利人利益损失的填补主要是指向未来,因此,以最近实际填补时间的一审法庭辩论终结时作为损害赔偿计算的标准时。^①

(2) “居民”含义不清。在以往,人们称住在城镇者为“城镇居民”,住在农村者为“农民”。如此推理,《条例》中的居民应为“城镇居民”之意。然而,近年来,我国各地统计公报称农民称为“农村居民”,以与“城镇居民”相对应。那么,《条例》中的“居民”到底是“城镇居民”还是“农村居民”呢?从最大限度保护受害者权益的理念出发,应按“城镇居民”标准计算本项赔偿。

3. 赔偿年限不同

《条例》规定,自定残之月起最长赔偿 30 年;但是,60 周岁以上的,不超过 15

^① 陈现杰:“关于人身损害赔偿司法解释中损害赔偿金计算的几个问题”,载《法律适用》2004 年第 4 期,第 9~12 页。

年;70周岁以上的,不超过5年。《解释》规定,自定残之日起按20年计算。但60周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;75周岁以上的,按5年计算。相比较而言,《解释》较之《条例》更具有可操作性,因为后者的规定在实践中经常导致争议。例如,患者目前为58岁,按照《规定》该赔偿多少年呢?患方往往要求按30年计算,而医方认为不合理,但却无法提供据以抗辩的法律依据。据参与《条例》立法者的解释,本项赔偿应根据伤残的等级确定具体的赔偿年限,残疾程度严重的赔偿年限多,反之亦然。^①然而,殊不知如此规定不仅没有法律依据,而且混淆了伤残等级与赔偿年限的关系,使得简单的问题更加复杂化。实践中,解决这一问题最简单的办法,是用75岁的平均寿命减去患者的实际年龄,即可得出患者的预期寿命。如果预期寿命高于30年,则按30年计算,如果预期寿命低于30年,则按该预期寿命计算。

根据计算公式,本项赔偿的另一参数是伤残赔偿指数。根据《中华人民共和国国家标准道路交通事故受伤人员伤残评定》(GB 18667—2002)规定,伤残赔偿指数是指伤残者应当得到伤残赔偿的比例,以伤残者的伤残程度比例作为伤残者的伤残赔偿比例。

根据与《条例》同时生效实施的《医疗事故分级标准(试行)》的规定,医疗事故的等级与伤残等级具有对应关系,即医疗事故一级乙等至三级戊等对应伤残等级一至十级。一级乙等医疗事故患者的伤残等级为一级,二级甲等为二级伤残,二级乙等为三级伤残,以此类推。一级伤残赔偿系数为100%,二级伤残为90%,以此类推,十级伤残的赔偿系数为10%。

在司法实践中,当医疗事故等级确定后,患者的伤残等级即相应地确定,没有必要再进行伤残等级鉴定。然而,由于伤残等级评定标准之间存在的差异,患方为了能够获得更多的赔偿,往往会再申请进行伤残等级评定的法医学鉴定。之所以如此,是因为法医鉴定机构一般是依据《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》进行评定,其评定的伤残等级高于依《条例》确定的伤残等级。另一原因,是我国目前尚无统一的伤残等级评定标准。

关于本项赔偿,《解释》还规定,受害人因伤致残但实际收入没有减少,或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的,可以对残疾赔偿金做相应调整。

^① 《医疗事故处理条例》起草小组编写:《医疗事故处理条例释义》,中国法制出版社2002年版,第147页。

（六）残疾用具费

残疾用具费是指患者因医疗损害造成残疾需要配置辅助功能的器具所发生的费用,如假肢,义眼、轮椅等,包括安装更换费用。在司法实践中,有时本项赔偿的数额可能会远高于其他赔偿费用的总额。

《条例》对残疾用具费规定:“因残疾需要配置补偿功能器具的,凭医疗机构证明,按照普及型器具的费用计算。”《解释》第26条对残疾用具费规定:“残疾辅助器具费按照普通适用器具的合理费用标准计算。伤情有特殊需要的,可以参照辅助器具配制机构的意见确定相应的合理费用标准。”《条例》与《解释》关于残疾用具费的规定基本一致,在主张赔偿时应提供需要使用残疾用具的医疗证明、普通器具价格的材料、安装更换费用证明以及使用周期的医疗建议等证明材料。

（七）丧葬费

丧葬费是指被害人死亡后,为处理丧葬事宜支出的合理费用,包括:尸体存放费、运尸费、火化费、殡葬用品费等。

《条例》第50条第(7)项规定:“丧葬费按照医疗事故发生地规定的丧葬费补助标准计算。”《解释》第27条规定:“丧葬费按照受诉法院所在地上一年度职工月平均工资标准,以6个月总额计算。”

因为丧葬事项种类繁多,各地习俗有很大差别,尤其是保留很多旧俗的农村地区,丧葬费用惊人,对于如何确定丧葬活动所需要的合理开支很困难。《条例》未规定具体标准,实践中判决标准不一,有时造成了赔偿权利人的利益得不到充分保护,有时又过于加重了医疗单位的责任。《解释》对丧葬费的赔偿规定了具体标准,使法院判决实现了统一,同时赔偿权利人不用再向法院提供丧葬费开支的证据,减轻了当事人的举证责任。

（八）被扶养人生活费

被扶养人生活费是指被害人因医疗损害死亡或残疾以后,对于依靠被害人生活者给予的生活费补偿。

《条例》第50条第(8)项规定:“被扶养人生活费以死者生前或者残疾者丧失劳动能力前实际扶养且没有劳动能力的人为限,按照其户籍所在地或者住所地居民最低生活保障标准计算。对不满16周岁的,扶养到16周岁。对年满16周岁但无劳动能力的,扶养20年;但是,60周岁以上的,不超过15年;70周岁以上的,不

超过5年。”

《解释》第28条规定：“被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被扶养人为未成年人的，计算至18周岁；被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算20年。但60周岁以上的，年龄每增加1岁减少1年；75周岁以上的，按5年计算。”

《解释》还规定，“被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。被扶养人还有其他扶养人的，赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分。被扶养人有数人的，年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额”。

对于本项赔偿，《解释》和《条例》存在两点不同之处：

1. 计算标准不同。《条例》规定按照其户籍所在地或者住所地居民最低生活保障标准计算；而《解释》规定按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。一般情况下，城镇居民人均消费性支出高于居民最低生活保障金，但农村居民人均生活消费支出不一定高于居民最低生活保障金。

2. 被抚养人抚养年限不同。《条例》规定，对不满16周岁的，抚养到16周岁。对年满16周岁但无劳动能力的，抚养20年；但是，60周岁以上的，不超过15年；70周岁以上的，不超过5年。《解释》第28条规定，被扶养人为未成年人的，计算至18周岁；被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算20年。但60周岁以上的，年龄每增加1岁减少1年；75周岁以上的，按5年计算。《解释》规定的抚养年限高于《条例》。

在实际计算本项赔偿时，还应注意以下问题：（1）被抚养人的范围。《条例》规定，以死者生前或者残疾者丧失劳动能力前实际抚养且没有劳动能力的人为限。《解释》规定，被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。目前具有劳动能力但将来丧失劳动能力者不属被抚养人范围。例如5岁未成年患者因医疗过失死亡，其40岁的父母具有劳动能力，则其父母不属于被抚养人范围，即预期抚养费不予支持。（2）多个抚养义务人问题。当存在多个扶养义务人时，医疗机构仅赔偿患者应承担的抚养费份额。例如，患者兄弟姐妹三人，母亲已去世，父亲健在，受患者生前抚养且无劳动能力。在此情况下，由于患者父亲的抚养（实为赡养）义务人为三人，因此医疗机构只承担1/3的抚养费份额。（3）多个被抚养人问题。当存在多个被抚养人时，医疗机构承担的年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居

民人均年生活消费支出额。(4)扶养人部分丧失劳动能力程度时的赔偿。对于部分丧失劳动能力者(例如10级伤疾)是否需要支付被扶养人生活费,《条例》没有明确规定。《解释》规定,被扶养人生活费应当根据扶养人丧失劳动能力程度确定,但是,没有规定具体的计算方法。

《工伤保险条例》第21条规定,职工发生工伤,经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的,应当进行劳动能力鉴定。第22条规定,劳动能力鉴定是指劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定。劳动功能障碍分为十个伤残等级,最重的为一级,最轻的为十级。生活自理障碍分为三个等级:生活完全不能自理、生活大部分不能自理和生活部分不能自理。劳动能力鉴定标准由国务院劳动保障行政部门会同国务院卫生行政部门等部门制定。劳动和社会保障部、人事部、卫生部、中华全国总工会、中国企业联合会于2003年9月26日下发的《关于劳动能力鉴定有关问题的通知》(劳社部发[2003]25号)规定,劳动能力鉴定应按照国家劳动保障行政部门会同国务院卫生行政部门等部门制定的劳动能力鉴定标准执行。在该标准颁布前,暂按照《职工工伤与职业病致残程度鉴定》(GB/T16180-1996)执行。因此,在司法实践中,法官可参照上述规定确定患者的丧失劳动能力程度,以确定被抚养人生活费的具体数额。

(九)交通费

交通费是指被害人因医疗损害就医而发生的乘车费用,属于实际损失。

《条例》第50条第(9)项规定:“交通费按照患者实际必需的交通费用计算,凭据支付。”《解释》第22条规定:“交通费根据受害人及其必要的陪护人员因就医或者转院治疗实际发生的费用计算。交通费应当以正式票据为凭;有关凭据应当与就医地点、时间、人数、次数相符合。”

《条例》与《解释》的基本精神一致,具体计算此项赔偿时应注意以下几点:

1. 交通费凭票支付,而且以一般交通工具为准。一般交通工具主要是指城市公交车、电车、地铁、异地治疗乘坐火车等大众交通工具,特殊情况下乘坐出租车、飞机应该是病情需要,而且具有合理性。

2. 交通费主要指被害人就诊交通费,因行动不便和需要人照顾,也包括陪护医疗的人员的交通费。

3. 交通票据必须与就诊的时间、地点、人数相吻合。

(十)住宿费

住宿费是指患者就医和处理患者死亡善后事宜产生的住宿费用。《条例》第

50 条第(10)项规定:“住宿费按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差住宿补助标准计算,凭据支付。”《解释》对赔偿标准未作具体规定。

在计算此项损失是注意以下几点:(1)患者住宿费是因异地治疗产生的,必须提供异地治疗的必要性证据,如医院的转院证明等;(2)住宿费的产生应具有合理性,如没有床位住不上院等;(3)《条例》规定住宿费标准按国家一般工作人员出差住宿补助标准确定。《解释》未规定具体标准,上述标准具有参照作用。同时法院会考虑当事人的实际开支,根据就医地点经济水平,在合理的范围自由裁量确定。

(十一)精神损害抚慰金

精神损害抚慰金是指被害人及其近亲属因为医疗损害而遭受的身体上和精神上的痛苦,为抚慰被害人和其亲属而由加害人承担的赔偿金。

《条例》第 50 条第(11)项规定:“精神损害抚慰金按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。造成患者死亡的,赔偿年限最长不超过 6 年;造成患者残疾的,赔偿年限最长不超过 3 年。”

《解释》第 18 条规定:“受害人或者死者近亲属遭受精神损害,赔偿权利人向人民法院请求赔偿精神损害抚慰金的,适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》予以确定。”

最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第 10 条规定,精神损害的赔偿数额根据以下因素确定:(1)侵权人的过错程度,法律另有规定的除外;(2)侵害的手段、场合、行为方式等具体情节;(3)侵权行为所造成的后果;(4)侵权人的获利情况;(5)侵权人承担责任的经济能力;(6)受诉法院所在地平均生活水平。法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等有明确规定的,适用法律、行政法规的规定。

需要特别说明的是,如果患者仍然存活,则《解释》与《条例》关于本项赔偿的规定没有原则变化。但是,如果患者死亡,《解释》则增加了一项死亡赔偿金的赔偿项目。在以往,根据最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第 9 条的规定,死亡赔偿金即精神损害抚慰金,系属精神损害赔偿。但是,随着《解释》的实施,死亡赔偿金的性质已由精神损害赔偿转变为财产损失赔偿(具体介绍详见残疾生活补助费部分)。《解释》第 36 条规定,在本解释公布施行之前已经生效施行的司法解释,其内容与解释不一致的,以本解释为准。因此,最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第 9 条中残疾赔偿金、死亡赔偿金即精神损害抚慰金的规

定已经失效。

司法实践中,对于精神损害赔偿的赔偿权利人还有不同认识。例如,脑瘫小儿患者的父母、处于植物状态患者的亲属,承受着巨大的精神痛苦。他们是否有权主张精神损害赔偿呢?《解释》第1条规定,“赔偿权利人”是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属。该规定实际上是确立了仅赔偿直接受害人原则,司法实践亦是如此。

【案例9-1】1996年3月的一天,6岁女孩黄某因腹痛到某市医院就诊,诊断为急性化脓性阑尾炎。在急诊手术中,医生误将患者的子宫当成病变阑尾而全部切除。经当地医疗事故鉴定委员会鉴定,本例被认定为二级医疗事故。医患双方协商解决未果,患者黄某及其父母以原告身份向当地中级法院提起诉讼。除医疗费、残疾生活补助费等赔偿要求外,原告还要求医院赔偿精神损失费50万元。

在案件审理过程中,医院提出患者父母不能作为本案的原告,要求赔偿精神损失费无事实和法律依据。一审法院认为,在本案中,原告患者黄某的损失除物质方面外,还包括精神损失,即实际存在的无形的精神压力与痛苦,必须给予抚慰与补偿。同时,被告的行为给患者的父母也造成了精神痛苦,亦应给予一定的精神补偿。故判决医院在给付原告经济损失的同时,还应赔偿原告患者黄某精神损害赔偿金5万元,赔偿患者父母精神损害赔偿金各1万元。双方均不服一审判决而向当地高级法院提起上诉。

二审法院认为,患者黄某作为医疗事故的受害人,有权要求医院赔偿精神损害。由于这种损害的后果是严重而久远的,因此,一审法院判决确定的精神损害赔偿额偏低,不足以对患者黄某的精神损害进行抚慰,应予变更。患者父母因本起医疗事故也受到了物质损失和精神方面的打击,根据我国《民事诉讼法》的规定,有权以原告的身份向人民法院提起赔偿诉讼。但是,患者父母不是医疗事故的直接受害人,其要求医院给予精神损害赔偿,不符合我国民法确立的人身损害赔偿原则,故对其请求应予驳回。法院终审判决医院向患者本人支付精神损害赔偿金15万元,同时驳回患者父母要求精神损害赔偿的诉讼请求。

本案涉及精神损害赔偿请求主体范围问题。根据我国现有法律规定,侵权损害赔偿只赔偿直接受害人,对间接受害人一般不予赔偿。之所以如此规定,是因为间接受害人的范围往往难以确定,同时赔偿范围过宽则会加重侵害人的负担,可能会造成利益的失衡,形成新的不公平。例如,在本案中,直接受害人为患者黄某,有权要求精神损失赔偿。尽管患者父母亦因该起医疗事故而在精神上受到损害,但是属于间接受害人,根据只赔偿直接受害人的法律原则,其无权要求精神损害赔偿,因此,二审法院驳回了其精神损害赔偿的诉讼

请求。

但是,如受害人死亡,其亲属则有权要求侵害人(如医院)赔偿精神损失,但是应注意其请求主体的范围同样有法律限制。根据最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第7条的规定,如果患者因医疗事故而死亡,或者患者死亡后其人格或者遗体遭受侵害,患者的配偶、父母和子女有权向人民法院起诉请求赔偿精神损害;如果患者死亡且没有配偶、父母和子女,患者的其他近亲属有权请求赔偿精神损害。

二、《条例》和《解释》的特有赔偿项目

以上是《条例》和《解释》共有的赔偿项目。除了这些赔偿项目之外,《条例》第51条还规定:“参加医疗事故处理的患者近亲属以及参加丧葬活动的患者的配偶和直系亲属所需交通费、误工费、住宿费,参照《条例》第50条的有关规定计算,计算费用的人数不超过2人”因为此项赔偿可以参照以上项目计算,在此不赘述。

在《条例》规定的赔偿项目之外,《解释》还规定了营养费、死亡赔偿金赔偿项目。关于死亡赔偿金详见前述。营养费,是指被害人因为医疗损害导致身体受伤,为配合治疗尽快康复需要在饮食外添加营养而支付的费用,如食用一些肉、蛋、奶、补钙剂或其他营养品。对于营养费的赔偿,《解释》第24条规定:“营养费根据被害人伤残情况参照医疗机构的意见确定。”实践中主张此项赔偿应该提供医疗机构出具的病人需要加强营养的治疗意见。

■第五节 几种特殊损害后果的赔偿项目计算

一、胎死宫中如何计算损失?

随着生活水平的提高,人们越来越关注生存质量和身体素质,提倡优生优育,因分娩引发的医疗纠纷越来越多。在这类医疗纠纷案件中,孕产妇在怀孕期间因为医院存在诊疗不当导致流产或胎儿死在母体子宫内时,医院承担什么责任?如何计算损失?

【案例9-2】马某,女,32岁。马某于2002年8月19日到北京某医院检查,诊为妊娠40天,自2002年8月22日开始在某医院做围产期保健检查,至2003年4月3日,共检查11次,每次某医院医生均告知胎儿和申请人正常。2003年4月3日马某已怀孕39周,已到预产期,经B超检查,医生估计胎儿8斤多,医生告诉马某肚子痛了再来住院生产。2003年4月5日和6日马某感觉胎动较平时少,2003年4月7日去某医院,经B超检查,诊为胎死腹中,羊水过多。2003年4月8日马某住进某医院做引产,4月12日引产,娩出一男婴死体,重5490克,马某于4月17日出院,出院诊断为妊娠糖尿病、妊高症(中度),5月12日胎儿尸检结果为:宫内乏氧窒息。马某出院后复印病例时,才知道2003年1月20日检查时空腹血糖15.46,2月24日尿糖4个加号,但医生根本未予重视,此后也未予任何治疗。

马某认为,2003年1月20日自己已患妊娠糖尿病,妊娠糖尿病可以导致巨大儿和新生儿猝死,但因为某医院医生对患者严重不负责任,漏诊并姑息治疗,导致马某妊娠糖尿病持续发展,最后导致胎儿巨大,胎死腹中的后果,给马某带来巨大精神伤害和无法弥补的损失,并致遗留糖尿病迁延不愈的后果和遗留终生糖尿病的隐患,严重侵害了原告健康,同时增加了再次怀孕的危险性。再有,在2003年4月3日,马某妊娠已39周,在巨大儿、血压高、妊娠糖尿病的情况下,应及时结束妊娠,但某医院未予正确处理,仍让马某自然分娩,延误了诊治,最后导致宫内缺氧,胎死腹中的后果。为此要求医院赔偿医疗费、住院伙食补助费、营养费、护理费、误工费、交通费合计28843.5元,并要求赔偿精神损害抚慰金218520元。

本案在审理过程中委托某法庭科学鉴定研究所鉴定。鉴定结论认为医院存在以下问题:(1)马某在怀孕35周之前数次在医院检查反映出血糖、尿糖增高的情况,医院没有对其糖尿病及时作出诊断,以至于不能及时采取相应的处理措施。(2)马某3月17日、18日、24日胎心监护异常,表现为窄幅,无反应型,医生没有引起重视,没有及时收住院并适时终止妊娠。医院的问题与马某的损害后果的关系:妊娠期糖尿病属高危妊娠,发生巨大儿、畸形儿和死胎的风险高,故应及时诊断、及时处理,一般在35周前应住院严密监护。在马某妊娠期糖尿病的诊治及产前监护过程中医院存在过失,与其损害后果的出现有较为密切的关系,医疗过失参与度为E级(E级责任程度为大部分)。

法院判决:医院赔偿医疗费、住院伙食补助费合计5712.67元,赔偿精神损害抚慰金71217元。

本案的争议焦点,是对于胎儿死亡这种损害后果,如何确定损失数额?本案原告主张胎儿虽未出生,还不属于法律规定的“人”,不具有法律规定的民事权利能力,但因为胎儿已经足月妊娠,如果不是医院诊疗不当,完全可以正常出生,成为一个具有民事权利能力的“人”。因此,原告可以请求精神损害抚慰金。另外,本案马某属于高龄妊娠,怀孕生育子女对其本人具有一定的危险,马某冒着生命危险怀孕生育子女,但因为医生的过失使其痛失一个健康的男孩,胎儿死亡给产妇带来巨大

的痛苦。基于以上两点原因,在确定精神损害抚慰金时应该参照死亡赔偿金数额支付精神损害抚慰金。根据《解释》的规定,死亡赔偿金按上年度居民可支配性收入计算,赔偿20年。2005年度居民可支配性收入是15637.8元,按20年计算,死亡赔偿金为312756元,因责任程度为E级,故原告按照死亡赔偿金的70%主张的精神损害抚慰金。被告主张胎儿不是“人”,不能计算死亡赔偿金,而且胎儿死亡后果并不严重,也不同意支付精神损害抚慰金。最终法院判决被告赔偿原告精神损害抚慰金7万余元。虽然法院在判决书中未写明具体的判决依据和理由,但确定这个数额应该是充分考虑了原告意见。

作者认为,即将出生的胎儿与刚刚受孕的胚胎确实存在着差别,不仅仅指生理上的发育程度,更主要的是成年父母此时都会把他看待成为发育健全的孩子,与出生的孩子没有太大差别。此时胎儿死亡,对父母感情上的打击不小于已经出生的孩子死亡造成的后果。虽然根据法律规定,出生后死亡的,责任人要赔偿死亡赔偿金,同时要支付精神损害抚慰金,胎儿死亡不承担死亡赔偿金。但在确定此类案件赔偿数额时,应该充分考虑足月妊娠胎儿死亡对孕产妇的巨大伤害,在确定精神损害抚慰金额是应当考虑死亡赔偿金的数额。本案原告的主张理由是正当的,法院支持7万余元的精神损害抚慰金赔偿是公正的。

二、延误治疗或误诊但不是损害后果直接原因,如何计算损失?

医疗损害赔偿案件广义来讲还是属于人身损害赔偿案件。作为一种侵权纠纷,侵权责任的构成必须符合侵权的构成要件,即:侵害行为存在、主观过错、损害结果、侵权行为与损害后果存在因果关系。作者认为,如果延误治疗或误诊与损害结果无直接因果关系,则只应赔偿患者因延误治疗和误诊而增加的费用。

【案例9-3】原告因左髌关节疼痛在当地治疗效果不佳,受被告广告宣传的影响,于2003年7月9日就诊于被告医院。被告诊为双侧股骨头坏死,当日收原告住院治疗,给予服被告自制的中药治疗。原告于2003年12月18日出院,出院后遵医嘱继续服用被告给开的中药,直至2004年5月经北京积水潭医院检查,原告左侧下肢已短缩畸形,原告病情已无痊愈可能,只能行手术治疗,最后在积水潭医院做了髌关节置换手术,医疗费开支近5万元。原告认为被告治疗不当,迁延了治疗,加重了原告的病情,使原告失去了最佳治疗时机,扩大了医疗开支,增加了原告的身心痛苦和经济负担,为此,要求被告赔偿医疗费83483.73元、误工费20100元、护理费5305元、住院伙食补助费5160元、营养费

7860 元、交通费 1000 元、精神损害抚慰金 50000 元。被告人认为自己不存在诊疗失误,也不存在延误治疗,原告股骨头、股骨颈坏死、吸收是病情的自然发展,被告对原告的治疗取得了显著效果,所以不承担赔偿责任。

诉讼过程中,法院委托某法庭科学技术鉴定研究所进行鉴定,鉴定意见为:“被告对原告的治疗行为中存在漏诊、误诊、未充分告知等不当;被告的漏诊导致原告左股骨颈骨折未得到有效治疗,显著增加了原告的痛苦及治疗费用;原告 2003 年 7 月与被告处就诊时不宜保守治疗,医师未充分告知保守治疗的局限性,会影响原告对治疗方式的选择。”

法院经过审理认为,被告因其过错应当退还原告在被告处住院产生的医疗费用,并赔偿原告住院期间的伙食补助费。对于原告产生的收入损失和交通损失,酌情判处。原告现有证据无法证明其在积水潭医院治疗原发病的基础上、额外增加的治疗费用的数额;亦无法证明其最终的损害结果,故对原告要求的在该院治疗费用及精神损失费的诉讼请求不予处理。为此,法院判决被告医院退还原告医疗费 38877.37 元、赔偿误工费 13000 元、赔偿护理费 3000 元、赔偿住院伙食补助费 3200 元、交通费 100 元。

本案争议的焦点是赔偿的范围。原告主张被告赔偿全部的医疗损失,包括在被告处治疗期间发生的医疗损失和在积水潭医院住院治疗的费用,并要求被告赔偿精神损害抚慰金。就本案来讲,原告在去被告处治疗之前,已在积水潭医院检查过,因为左髋关节股骨头坏死和股骨颈骨折,医生建议手术治疗。但原告受被告保守治疗可以痊愈的宣传影响,又决定在被告处中医保守治疗,最终也未治愈,还是实施了髋关节置换手术,手术后活动自如。也就是说,原告髋关节置换的后果是其自身疾病造成的,对此被告不应承担责任,也不应该承担置换手术的费用。但被告确实存在漏诊、误诊、未充分告知等过错,确实增加了原告的痛苦和治疗费用,所以被告应该赔偿在其处治疗产生的费用。在本案中,如果原告确实有证据证明被告的治疗加重了损害后果而且增加了手术费用,被告应该承担相应赔偿责任。本案关于精神损害抚慰金未支持,作者认为不妥。即使原告髋关节置换的后果不是被告造成的,但被告误诊、漏诊 1 年多,疾病本身的摧残和被告治疗也对原告造成了很大的伤害,原告承受了很长时间的痛苦折磨,被告也应承担精神抚慰责任。

在此类案件中,在确定具体赔偿范围时,要考虑损害行为与损害后果的关系,如果不存在直接的因果关系就不应当承担赔偿责任。

三、特教费是否应当赔偿?

近年来,对于因医疗行为致残的患者,尤其是脑瘫患儿,在解决民事赔偿时,经常提出要求特殊教育费赔偿。其理由是患者年纪小,智残以后不能像正常儿童一样学习生活,需要送到专门的学校进行特殊辅导教育,因此会造成教育费用的增

加,为此要求赔偿。但此种赔偿是否有法律根据? 应否赔偿?

【案例9-4】原告母亲因先兆临产于1996年11月住被告处治疗,医生为助产使用了催产素、胎头吸引术,后出现滞产转上级医院实施刨宫产手术,原告出生时出现重度窒息、新生儿缺血缺氧性脑病、新生儿颅内出血、新生儿吸入性肺炎,转入儿科抢救治疗。2004年2月,原告经首都儿科研究所诊断为:“癫痫、智力低下”。为此原告以被告存在错误诊断、错误操作之原告脑部受损为由将被告诉至法院,要求被告赔偿医疗费、陪护费、住院伙食补助费、营养费、今后营养费、交通费、鉴定费、残疾生活补助费、今后治疗费、今后监护费、复印费、特校教育费、被抚养人生活费、处理医疗事故误工费、精神损害抚慰金等合计1924466.29元。本案在诉讼中经医学会鉴定,认为被告对产妇病情估计不足,使用催产素不当,使用胎吸助产处理不当,造成滞产,引起宫内窘迫,新生儿窒息;患儿出生时存在明确的重度窒息、颅内出血、缺血缺氧性脑病,与患儿目前的智力低下、癫痫有一定的因果关系;在新生儿抢救关键时期,原告亲属放弃治疗,丧失了对新生儿窒息的早期抢救机会,与患儿的智力低下和癫痫有一定关系;最后确定本案属于三级乙等医疗事故,院方承担主要责任。经法院审理,判决被告赔偿医疗费、陪护费、住院伙食补助费、交通费、鉴定费、残疾生活补助费、今后治疗费、处理医疗事故误工费、精神损害抚慰金234053元。一审判决以后原告不服上诉至中级人民法院,二审维持了一审判决。

本案原告提出的赔偿数额较高,很多赔偿项目没有法律规定,对于这部分赔偿,法院没有支持。法院的判决符合法律规定,是正确的。在这部分赔偿项目中,作者比较关心的是特校教育费的赔偿,虽然未被法院采纳,但仔细研究,在法律角度可能有它的特殊意义。目前我国法律关于赔偿的规定都注意被害人的直接损失,而赔偿也主要起到填补作用,尽量填补被害人的损失。在人身损害中,这种损失的填补主要集中在被害人物质损失及身体活动功能的恢复上,如赔偿已经发生的医疗费、承担恢复身体运动功能的继续治疗费。但很少有人考虑对于智力残疾被害人智力衰退的恢复治疗是否应该赔偿。作者认为只要是存在损害后果,不管是运动方面还是智力方面的治疗和恢复,因此产生的费用都应该得到赔偿,这样才符合全面赔偿的原则,才客观公正。但在目前情况下,尽管患者主张的特教费赔偿的解释接近合理,客观上也可能确实造成此项费用支出,但是因为法律在医疗事故赔偿中还没有关于教育费的赔偿项目,故此项请求一般难以得到法院支持。

《解释》与《条例》赔偿项目对比表

赔偿项目	《解释》	《条例》	备注
医疗费	根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证,结合病历和诊断证明等相关证据确定。赔偿义务人对治疗的必要性和合理性有异议的,应当承担相应的举证责任。医疗费赔偿数额,按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定。器官功能恢复训练所必要的康复费、适当的整容费以及其他后续治疗费,赔偿权利人可以待实际发生后另行起诉。但根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用,可以与已经发生的医疗费一并予以赔偿。	按照医疗事故对患者造成的损害进行治疗所发生的医疗费用计算,不包括原发病医疗费。结案后确实需要继续治疗的,按照基本医疗费用支付。	两者无原则性区别,但《解释》更为具体,更具有可操作性。
误工费	根据受害人的误工时间和收入状况确定。误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的,误工时间可以计算至定残日前一天。受害人有固定收入的,误工费按照实际减少的收入计算。受害人无固定收入的,按照其最近三年的平均收入计算;受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的,可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。	有固定收入的,按照本人因误工减少的固定收入计算;收入高于医疗事故发生地上一年度职工平均工资3倍以上的,按照3倍计算;无固定收入的,按医疗事故发生地上一年职工平均工资计算。	《条例》是限额赔偿,而《解释》是差额赔偿,没有限额。
护理费	根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定。护理人员有收入的,参照误工费的规定计算;护理人员没有收入或者雇佣护工的,参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算。护理人员原则上为一人,但医疗机构或者鉴定机构有明确意见的,可以参照确定护理人员人数。护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。受害人因残疾不能恢复生活自理能力的,可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限,但最长不超过二十年。受害人定残后的护理,应当根据其护理依赖程度并结合配制残疾辅助器具的情况确定护理级别。	按照医疗事故发生地上一年职工年平均工资计算。	《条例》称陪护费,与《解释》的护理费有一定的区别,后者范围较宽。

续表

赔偿项目	《解释》	《条例》	备注
交通费	根据受害人及其必要的陪护人员因就医或者转院治疗实际发生的费用计算。交通费应当以正式票据为凭;有关凭据应当与就医地点、时间、人数、次数相符合。	按照患者实际必需的交通费用计算,凭据支付。	两者没有原则区别,但《解释》更为具体。
住宿费	受害人与陪护人去外地治疗,因客观原因不能住院,实际发生的合理的住宿费和伙食费应予赔偿。	按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员出差住宿补助标准计算。	两者没有原则区别。
住院伙食补助费	参照当地国家机关一般工作人员出差伙食补助标准确定。	按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员出差住宿补助标准计算。	两者没有原则区别。
营养费	根据受害人伤残情况,参照医疗机构的意见确定。	无	《条例》无此赔偿项目。
残疾赔偿金	根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级,按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准,自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;七十五周岁以上的,按五年计算。受害人因伤致残但实际收入没有减少,或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的,可以对残疾赔偿金作相应调整。	按照医疗事故发生地居民平均生活费计算。自定残之日起最长赔偿30年,但是60周岁以上的,不超过15年;70周岁以上的,不超过5年。	《条例》称为残疾生活补助费。该项赔偿系物质损失赔偿,非精神损害抚慰。
残疾辅助器具费	按照普通适用器具的合理费用标准计算。伤情有特殊需要的,可以参照辅助器具配制机构的意见确定相应的合理费用标准。辅助器具的更换周期和赔偿期限参照配制机构的意见确定。	凭医疗机构证明,按照普及型器具的费用计算。	《条例》称为残疾用具费。两者无原则性区别。
丧葬费	按照受诉法院所在地上一年度职工月平均工资标准,以6个月总额计算。	按照医疗事故发生地规定的丧葬费补助标准计算。	《解释》规定标准较高,且更为具体。

续表

赔偿项目	《解释》	《条例》	备注
被抚养人生活费	根据扶养人丧失劳动能力程度,按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被抚养人为未成年人的,计算至十八周岁;被抚养人无劳动能力又无其他生活来源的,计算二十年。但六十周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;七十五周岁以上的,按五年计算。被抚养人还有其他扶养人的,赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分。被抚养人有数人的,年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额。	按照被扶养人户籍所在地或者居所地居民最低生活保障标准计算。对不满16周岁的,扶养到16周岁。对年满16周岁但无劳动能力的,扶养20年;但是,60周岁以上的,不超过15年;70周岁以上的,不超过5年。	《解释》规定标准较高,且更为具体。
死亡赔偿金	按受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准,按二十年计算。但六十周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;七十五周岁以上的,按五年计算。	无。	《条例》无此赔偿项目。该项赔偿系物质损失赔偿,非精神抚慰。
精神损害赔偿金	适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》予以确定。	按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。造成患者死亡的,赔偿年限最长不超过6年;造成患者残疾的,赔偿年限最长不超过3年。	精神损害赔偿金与死亡赔偿金或残疾赔偿金性质不同,可同时计算。

第十章 医疗侵权的抗辩事由

第一节 民事侵权抗辩事由概述

抗辩事由,是指被告针对原告的诉讼请求而提出的证明原告的诉讼请求不成立或不完全成立的事实。在侵权法中,抗辩事由是针对承担民事责任的请求而提出来的,所以,又称为免责事由或减轻责任事由。抗辩事由可分为两类,即正当理由和外来原因。所谓正当理由,是指损害确系被告的行为所致,但其行为是正当的、合法的,包括职务授权行为、正当防卫行为、紧急避险行为、受害人承诺行为和自助行为等。所谓外来原因,是指损害并不是被告的行为造成的,而是由一个外在于其行为的原因独立造成的,如意外事件、不可抗力、受害人过错和第三人过错等。^①有学者将抗辩事由之正当理由称为一般抗辩事由,将外来原因称为特别抗辩事由。^②

与抗辩事由相关的另外一个概念是阻却违法事由。所谓阻却违法事由,是指行为虽造成他人损害,但依法能够排除行为违法性的法定的客观事实。它具有排除行为违法性,抗辩侵权责任构成的作用。阻却违法事由是抗辩事由的基本形式,又称抗辩的正当理由,具有完全否定侵权责任的效力。只有在某些不完全的阻却违法事由情况下,才发生减轻民事责任的效力。^③

所谓医疗侵权抗辩事由,系指在医疗侵权民事诉讼中,被告医疗机构就其医疗行为不构成民事侵权、不应承担民事责任而提出的事实。医疗侵权抗辩事由与一般民事侵权的抗辩事由基本相同,但又有其特点。现简述如下:

① 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第76页。

② 杨立新著:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第253页。

③ 同上注,第168~169页。

一、职务授权行为

所谓职务授权行为,又称依法执行职务,系指依照法律的授权或者法律规定,在必要时因行使职权而损害他人的财产和人身的行为。职务授权行为的构成条件,包括行为须有合法授权、执业职务行为合法且该职务行为须属必要。

在医疗侵权案件中,被告以职务授权行为作为抗辩事由的并不多,主要见于因防治特定的传染性疾病而对传染病患者的人身自由加以限制并进行强制治疗、对患者被污染的物品强制进行处理、对死亡传染病患者的尸体强制进行火化或解剖检验等情形。例如,我国《传染病防治法》第39条规定,医疗机构发现甲类传染病时,应当及时采取下列措施:(1)对病人、病原携带者,予以隔离治疗,隔离期限根据医学检查结果确定;(2)对疑似病人,确诊前在指定场所单独隔离治疗;(3)对医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人的密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。该法第46条还规定,患甲类传染病、炭疽死亡的,应当将尸体立即进行卫生处理,就近火化。患其他传染病死亡的,必要时,应当将尸体进行卫生处理后火化或者按照规定深埋。为了查找传染病病因,医疗机构在必要时可以按照国务院卫生行政部门的规定,对传染病病人尸体或者疑似传染病病人尸体进行解剖查验,并应当告知死者家属。同时,根据该法第12条规定,卫生行政部门以及其他有关部门、疾病预防控制机构和医疗机构因违法实施行政管理或者预防、控制措施,侵犯单位和个人合法权益的,有关单位和个人可以依法申请行政复议或者提起诉讼。

有学者认为“外科医生对外伤患者做必要的截肢手术”行为系职务授权行为。^①对此,作者有不同看法。首先,此类行为并没有明确的法律授权,除非对法律的概念作广义理解或扩大性解释,即不仅包括医疗卫生管理法律、行政法规,还包括卫生部部门规章及诊疗护理规范、常规。其次,外科医生为患者实施截肢手术,应基于患者病情的需要,即要有截肢手术的适应症。再次,外科医生在实施截肢手术前,须征得患者本人或其家属的同意,签署手术知情同意书,否则无法构成有效的阻却违法事由。因此,作者认为,“外科医生对外伤患者做必要的截肢手术”不能作为职务授权行为进行抗辩,但可以受害人同意作为抗辩事由。

二、正当防卫

所谓正当防卫,系指当公共利益、他人或本人的人身或其他利益受到不法侵害

^① 杨立新著:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第254页。

时,行为所采取的一种防卫措施。我国《民事通则》第128条规定,“因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。”在医疗侵权案件中,医疗机构极少以正当防卫作为抗辩事由。但是,当医务人员受到来自患方的不法侵害时,如患者或者家属因医疗纠纷而实施伤害行为时,医务人员可以依法行使正当防卫权利。

三、紧急避险

所谓紧急避险,系指为了使公共利益、本人或他人的合法权益免受更大的损害,不得已而采取的造成他人少量损失的紧急措施。紧急避险是一种合法行为,是在两种合法利益不可能同时都得到保护的情况下,不得已而采用牺牲其中较轻的利益、保全较重大的利益的行为。^①紧急避险抗辩事由的成立须具有一定的条件,包括:(1)危险正在发生,并威胁公共利益、本人或者他人利益;(2)采取避险措施须为不得已;(3)避险行为不得超过必要的限度。

《条例》第33条第(1)项规定,在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果的,不属于医疗事故。此系紧急避险抗辩事由在医疗侵权案件中的适用。紧急情况,一般是指患者因疾病发作、突然外伤受害及异物侵入体内,身体处于危险状态或非常痛苦的状态。在临床上,紧急情况通常表现为急性外伤、脑挫伤、意识消失、大出血、心绞痛、急性严重中毒、呼吸困难、各种原因所致的休克等。医疗机构及其医务人员在采取紧急治疗措施时,很可能造成一定的不良后果,例如心跳骤停时因胸外按摩致肋骨骨折合并小量血气胸,窒息时无气管切开条件,因未消毒医用针头刺入气管致感染等。在这种情况下,尽管医务人员采取的紧急医疗措施对患者造成了一定的损害后果,但这种损害后果相对患者生命来讲又是较轻的损害,且采取紧急医疗措施是为了挽救患者的生命,因此,该行为可构成紧急避险之抗辩事由。

根据紧急避险理论,医疗行为构成紧急避险须符合下列条件:(1)必须是紧急情况,患者存在生命危险;(2)紧急医疗措施应当限于迫不得已,尽管可能造成损害后果,但别无选择;(3)紧急救治措施对患者造成的损害在合理限度之内。

四、当事人同意

所谓当事人同意,有学者称为当事人承诺,是指受害人事前明确做出自愿承担某种损害后果,且不违背法律和公共道德的意思表示。受害人同意具有如下特点:(1)受害人愿意承担某种损害后果,凡是因欺诈、胁迫、重大误解等原因而做出同意

^① 杨立新著:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第257页。

的意思表示的,不能视为同意;(2)构成受害人的同意必须要受害人明确作出意思表示,不能根据推定方式来判断受害人同意;(3)受害人愿意承担损害后果不得违背法律和公共道德;(4)受害人的同意必须在损害发生之前做出。^①

一般认为,受害人对侵害其财产权的同意,可以构成行为人免责的抗辩事由,而对于其人身权侵害的同意,是否能构成行为人的抗辩事由,则要根据具体情况决定。如果受害人同意的意思表示违背法律和公共道德,则不构成受害人同意,也不能成为行为人的免责事由。例如,在临床工作中,患者要求医生注射致死药物以安乐死,因该患者的要求不符合法律和医生的职业道德,因此,如果医生注射了药物导致患者死亡或采用其他方式帮助其死亡,则医生无法以患者同意而要求免责,而且还可能构成刑事犯罪。

在实践中,经常遇到事先免责条款的法律效力问题。所谓事先免责条款,是指双方当事人预先达成合意,免除将来可能发生损害的赔偿责任。事先免责条款又分为合同的免责条款和侵权行为的免责条款。对于为侵权行为事先免责条款的法律效力,有有效说、相对无效说和绝对无效说。我国《合同法》第53条规定,合同中的下列免责条款无效:(1)造成对方人身伤害的;(2)因故意或重大过失造成对方财产损失的。此项法律规定确立了合同中约定的人身伤害免责条款无效的原则。也正是基于此原则,在临床工作中,手术同意书或类似知情同意书中免责条款不具有免责的法律效力,不能免除医务人员因医疗过失造成患者人身伤害而应承担的法律责任。

然而,我国《合同法》所确立的人身伤害免责条款无效原则应属相对无效,而非绝对无效,亦非适用于一切人身伤害的侵权免责条款场合。例如,在拳击、散打竞赛运动中,只要运动员没有违反比赛规则、职业道德而加害对方的故意,则对于运动中对方的人身伤害结果不承担侵权的民事责任。又如在临床药物试验过程中,患者在充分知情的前提下自愿同意采用试验性药物进行治疗,只要医生严格遵守试验规程,尽到了充分的注意义务,不存在医疗过错,则尽管患者可能因药物问题而受到人身伤害,则医疗机构不承担基于过错责任原则的侵权民事责任。在这种情况下,患者可以依相关法律规定或试验双方的事先约定而获得应的补偿。

对于上述两种情况,有学者又将其称为受害人甘冒风险。所谓甘冒风险,是指明知道风险而自愿冒险,发生损害后果后应当自负的规则。它也是一种抗辩事由,与受害人承担或同意有某些相似之处。构成甘冒风险的要件是:(1)受害人明知风险存在,风险具有现实性;(2)受害人自愿参加具有这种风险的活动,并非被人所强

^① 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第83页。

迫;(3)风险已经发生,造成了受害人的损害;(4)造成风险损害的人没有过错,即没有加害的故意,也不具有疏忽或者懈怠。^① 此类甘冒风险的情形在临床工作中是很常见的,尤其是对于某些疾病的治疗具有高风险时。例如,已年过八旬且患有严重糖尿病、心脏功能较差的白内障患者坚决要求进行手术,以改善生活质量。如果事先医生已充分地向其告知了手术的风险,包括术中、术后可能出现的其他不良后果,且医生在手术中已尽到注意义务,则医生对术中现实发生的不良风险不应承担责任。适用患者甘冒风险进行免责抗辩成功的关键,是医疗机构及医务人员的医疗行为不存在过错,否则不能构成其免责事由。

关于患者请假条免责声明的法律效力。在临床工作中,经常会遇到患者在住院期间因各种原因书面请假回家,并承诺在离院期间发生的一切后果由其自行承担。对于此类免责声明的法律效力,人们有不同的观点,多数人依据我国《合同法》规定而认为该类免责条款无效。但是,作者并不这样认为。一般情况下,患者在离院期间可能遇到的风险有两类:一类是因自身疾病突然变化而出现不良后果,甚至因病而死亡;另一类是因他人原因而受到伤害,如遇交通事故而受到伤害等。如果医生在患者离院前向其充分告知了可能发生的上述两类风险,尤其是第一类风险,而患者仍然因各种原因(如看望病重的亲属等)而坚决要求出院,则医疗机构对患者受到的伤害不应承担责任。患者签署的免责声明可以构成受害人同意或承诺,医疗机构可以此进行免责抗辩。我国《合同法》关于合同中“造成对方人身伤害的”免责条款无效,应当是指合同的当事人造成对方人身伤害时不能免责,而非指他人或其他原因造成对方人身伤害时,合同当事人不能主张免责。

五、自助

自助,是指权利人为保护自己的权利,在情事紧迫而又不能及时请求国家机关予以救助的情况下,对他人的财产或自由施加扣押、拘束或其他相应措施,而为法律或社会公德所认可的行为。^② 在临床实践中,医疗机构采取自助行为的情形非常少见。需要说明的是,如果患者死亡家属拒绝交纳拖欠医疗费用时,医院不得以扣押患者尸体或拒绝开具死亡证明书等方式作为其自助手段,因为该手段不符合自助所要求的情事紧迫要件,医院完全可以在事后通过法律途径主张权利。同样的,患者在与医疗机构就医疗服务发生争议时亦不得以拒绝出院,或者死亡患者家属以拒绝火化患者尸体的方式主张权利,因为这种所谓的自助方式违反了法律规定。

^① 杨立新著:《侵权法论》,人民法院出版社,2005年版,第263页。

^② 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社,1996年版,第76页。

六、受害人过错

所谓受害人过错,是指损害的发生或扩大不是由于行为人的过错,而是由于受害人的过错而发生。受害人过错又可分为故意、重大过失及一般过失。过错形式不同,行为人是否承担责任,则应根据具体情况决定。我国《民法通则》第131条规定,“受害人对于损害的发生也有过错的,可以减轻侵害人的民事责任。”《条例》第33条第(5)项规定,因患方原因延误诊疗导致不良后果的,不属于医疗事故。最高人民法院《解释》第2条规定,受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的,依照《民法通则》第131条的规定,可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害,受害人只有一般过失的,不减轻赔偿义务人的赔偿责任。适用《民法通则》第106条第3款规定,确定赔偿义务人的赔偿责任时,受害人有重大过失的,可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。有关受害人过错在医疗侵权案件中的应用,请详见本章第四节。

七、第三人过错

所谓第三人过错,系指除行为人及受害人之外的第三人对受害人受到的损害具有过错,包括第三人的故意和过失。第三人过错可以作为行为人减轻或免除民事责任的抗辩事由。有关第三人过错在医疗侵权案件中的应用,请详见本章第四节。

八、不可抗力

所谓不可抗力,是指人力所不可抗拒的力量,包括自然原因中地震、台风、洪水海啸和社会原因如战争等。我国《民法通则》第153条规定,本法所称的“不可抗力”,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。第107条规定,因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的,不承担民事责任,法律另有规定的除外。《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。”《条例》第33条第(6)项规定,因不可抗力造成不良后果的,不属于医疗事故。

鉴于不可抗力的发生不以人们的意志所支配,因此,如果患者所受损害后果确系不可抗力因素所致,则可部分或全部免除医疗机构的民事责任。但是,在医疗纠纷案件的司法实践中,医疗机构以不可抗力作为其免责或减轻责任抗辩事由获得成功的几率并不高,且经常混淆了不可抗力与意外事件(医疗意外)之间的区别。

例如,在下述案例中,法院判决认定医院救护车故障不构成不可抗力。

【案例 10-1】2001 年 11 月 21 日上午 9 时 25 分,75 岁的患者谭某突然晕倒,同事立即拨打“120”急救电话求救。但是,从仅 4 公里外的被告某医院出发的救护车于近 50 分钟后才赶到,此时,患者已经死亡。事后查明,被告在接到“120”通知后即派车,但该院唯一的救护车却突然打不着火了。为此,患者家属向法院起诉,要求被告急救中心、被告某医院赔偿死亡赔偿金、丧葬费等近 19 万元。被告急救中心认为其已完全依法履行了指挥职能,不存在失职与过错,因此不应承担责任。被告某医院认为,他们目前就只有一辆救护车,是 1992 年靠财政补贴买的,医院对其尽到了经常维护、定期保养的职责,而且在这 10 年的运行中,发生执行任务前的突发故障仅仅一次。对于这次打不着火,属于不可抗力,属于法定免责情况。另外,谭某死于急性心脑血管意外,这种病发病突然、致死率极高,就算救护车及时赶到,抢救也来不及。因此,谭某的死亡与救护车迟到没有必然的因果关系,完全是他本身疾病发作而死。

法院经审理认为,本案中,被告急救中心作为全市急救医疗的指挥中枢,确实已经履行了自己的职责,不存在失职情况,不负民事赔偿责任。但是,被告某医院作为负有社会急救义务的医疗机构,应该时刻做好出救准备,并理应事先预见车辆突发故障。将车辆打不着火认为是“不可抗力”不能成立。被告某医院的延迟出救违反了及时救护的工作原则,是属于履行急救义务上的过错行为。同时,法院也认为,谭某的死确因自身疾病发作所致,与出救延迟无必然因果关系。法院判决被告某医院承担 30% 的责任,赔偿死者家属 1.5 万元。

九、意外事件

所谓意外事件,是指非因当事人故意或过失而偶然发生的事件。对于意外事件,我国《民法通则》没有相关规定,没有将其确定为免责事由,但在《条例》中,将医疗意外造成患者损害后果排除在医疗事故以外。该《条例》第 33 条第(2)项规定,在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外的,不属于医疗事故。但是,医疗意外并非医疗机构的绝对免责事由。如果医务人员在医疗意外发生后救治措施不力,则应承担相应的民事赔偿责任。有关医疗意外的归责与免责条件,将在下节中详细讨论。

■ 第二节 并发症的归责与免责

在医疗事故技术鉴定和医疗损害赔偿案件审理过程中,医疗机构往往将损害

后果的发生归因于难以避免的并发症,以此达到免责的目的。1987年颁布的《医疗事故处理办法》第3条曾规定,在诊疗护理过程中发生难以避免的并发症的情形不属于医疗事故。但是,自2002年9月1日起实施的《条例》对并发症是否属于医疗事故未作出明确规定。那么,并发症是否应当属于免责事由呢?

一、并发症的概念

我国现行的法律法规和医学书籍没有对“并发症”这一重要概念作出明确的定义,其内涵和外延认识不清。有学者认为,并发症是指在诊疗护理过程中,病员发生了现代医学科学技术能够预见但却难以避免和防范的不良后果,而这种不良后果的发生与医务人员是否存在医疗过失无直接的因果关系,并将此类医疗纠纷归入无过失医疗纠纷之列,即医疗机构不应承担法律责任^①。对此,作者认为,有时并发症的发生不能完全归因于客观原因,并非医疗机构对所有并发症的发生均不承担责任。正如有学者指出的那样,并发症发生的原因,有的是因疾病本身的病理生理过程所导致,有的是因诊断、治疗方法所引起的,而有的并发症是可以通过慎重选择个性化的治疗方法得以避免,或在发生后采取措施治疗不致造成严重后果^②。

人们对并发症是否免责的观点分歧主要源于对并发症概念的理解不同。如何科学地定义并发症这一重要概念是研究并发症相关法律问题的基础。根据世界公认的权威《Merriam - Webster 医学辞典》的解释,所谓“并发症”(complication),是指在某种原发疾病或情况(condition)发展进程中发生的、由于原发疾病或情况,或其他独立原因所导致的继发疾病或情况。作者认为这一定义揭示了并发症的发生原因,对于如何认识并发症有着重要的指导意义。从该并发症的定义可以看出,并发症的发生原因是多方面的,可能是因为原发疾病所导致。例如慢性糖尿病导致视网膜病变、肠梗阻导致小肠坏死等;也可能是因为诊断、治疗措施方法所导致,如食管胃结肠术后出现吻合口瘘、甲状腺手术导致喉反神经损伤等;还可能是不当的医疗行为所导致,如处理肩难产时手法不当可能会造成新生儿臂丛神经损伤。

二、并发症的特点

1. 可预见性

从临床实践来看,绝大部分并发症是可以预见的。可预见性是并发症的一个重要特征,同时也是并发症与医疗意外的主要区别之处,因为后者常常是难以预见

① 刘革新主编:《医与法》,中国人民公安大学出版社1997年版,第84~85页。

② 何颂跃主编:《医疗纠纷与损害赔偿新释解》,人民法院出版社2002年版,第33页。

的,当然这种区别是相对的。

2. 发生不确定性

并发症是否发生,与现代医学科学技术发展水平、医务人员的诊疗水平、医疗条件、患者的自身体质及地域等诸多因素密切相关,这也正是并发症较之医疗意外更为复杂的原因之一。

3. 相对可避免性

并发症并非完全不可避免。随着医学科学技术的发展,人们对疾病认识程度的提高,愈来愈多的并发症通过医务人员的积极努力得以避免发生,使患者得以康复或病情得到缓解,这也是医学科学追求的终极目标。正是因为这一特点,国外有学者甚至将并发症归入“可防范风险”(Normally Prevented Risks)之列^①。

正是由于并发症的相对可预见性、不确定性和相对可避免性,引申出了临床发生并发症是否属于医疗事故以及医务人员是否承担责任的问题。

三、并发症的归责与免责

目前,我国法律对医疗损害的归责采用过错责任原则,即医疗机构及其医务人员只有在对医疗损害的发生存在医疗过错的情况下才承担民事责任,无过错无责任。医疗过错是指医务人员主观上存在过失(包括疏忽大意和过于自信两种形式)、客观上实施了违反医疗卫生管理法律法规及诊疗护理技术操作常规或规范的行为,主观的过失是通过客观的行为表现出来的。从行为人应对他人尽到注意义务的角度分析,医疗过失是指医务人员在为患者诊疗护理过程中未能履行或适当履行其应尽的注意义务。临床医务人员的注意义务包括结果预见义务和结果回避义务。前者指医务人员应对将发生损害后果有预见的义务;而后者是指医务人员有采取措施避免这种损害后果发生的义务。如果应当预见损害发生而没有预见或已经预见而没有采用有效措施加以避免损害发生,就可认定医务人员存在医疗过失,当然难以避免的损害情形除外。因此,在判断医务人员是否应对患者并发症的发生承担责任时,应注意研究其是否对这种并发症的发生尽到了应尽的注意义务,包括结果预见义务和结果回避义务。具体可从以下4个方面加以分析:

1. 医务人员是否尽到风险预见义务

正如上述,并发症一般情况下是可以预见的,如股骨远端骨折可能会导致腓动脉损伤、食管癌切除术并食管胃吻合术后可能会发生吻合口瘘、甲状腺手术可能会损伤喉返神经等。如果应当预见而未能预见到并发症的发生,则说明医务人员未

^① 详见 <http://biotech.law.lsu.edu/Books/aspen/Aspen-Normally.html>。

能尽到结果预见义务而构成医疗过失。

【案例10-2】2000年8月9日,女婴母亲彭某先兆早产住进合肥某医院待产,妇产科医生对其先予观察。其间,彭及家人曾提出行剖宫产,因彭剖宫产指征不明确,故此请求没有被采纳。8月10日,彭某在生产过程中发生肩难产,产科医生采取产钳术助产,因产伤造成女婴右臂丛神经受损。事后,医患双方发生纠纷,医疗事故技术鉴定结论为不属于医疗事故。但鉴定分析认为,医方存在对孕妇86KG、腹围+宫高155cm等项指标提示胎儿较大认识不足,造成对胎儿体重估计误差。法医学鉴定结论认为,根据被鉴定人女婴母亲产前检查、入院检查时的体重、身高、腹围、宫高及产程等情况,提示胎儿较大,若接产人员能正确估计胎儿体重,采取剖宫产术结束分娩,则可以避免被鉴定人右臂丛神经受损的严重后果。鉴于医院未能尽到风险预见义务,法院判决医院承担部分责任,赔偿原告8.6万元。

2. 医务人员是否尽到风险告知义务

《执业医师法》第26条规定,医师应当如实向患者或者其家属介绍病情。《条例》第11条规定,在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者。上述法律条款规定了医务人员的告知义务。如果医务人员未能向患者或家属告知其治疗措施可能带来的医疗风险,则可以认定其违反了法定的告知义务而构成医疗过失。

【案例10-3】例如,某年轻女性患者因左眼复发性结膜囊肿到上海某医院接受手术治疗,出院时发现左眼无法睁开,经再次手术治疗仅略有好转。经当地医疗事故鉴定委员会鉴定认为医院的诊断和治疗并无不当,左眼上睑下垂属术后并发症,故不属医疗事故。患者不服,向当地法院提起诉讼,认为医院未在手术前告知可能引起后遗症,请求法院判令医院承担过错赔偿责任,赔偿包括精神损失费在内的各项损失共计25万元。法院审理后认为,鉴定部门的结论不能证明医院有过错,故一审判决驳回其起诉。患者向当地中级法院提起上诉。中院经审理认为,在医疗关系中,患者享有两项基本权利:(1)充分了解医疗活动所含风险的权利;(2)获得适当、合理治疗的权利。医院相应负有两项义务:(1)详尽告知患者手术及特殊治疗的风险,并征得患者对该治疗手段的同意;(2)进行适当、合理的治疗。被告医院术前与患者家属谈话笔录只对术后肿瘤界限不清、分离困难;术中出血,术后感染;术后睑球粘连;误伤眼球内其他组织等可能发生的问题加以说明,并未将术后可能发生提上眼睑肌断裂的并发症告知患者。因此,该医院未完全明示术后风险,致使患者丧失了选择手术与否的机会,并造成严重后果,应承担民事侵权责任。但由于患者的损害状态系多种因素造成,如自身病因导致了手术和手术并发症,她也在客观上选择了手术,因此,法院认为医院应承担80%的赔偿责任,判决改判医院赔偿患者医疗费、误工费、残疾者生活补助费、车旅费、精神损失费共计6万余元。

3. 医务人员是否尽到风险回避义务

即医务人员采取了相应的诊疗措施以尽可能避免并发症的发生,即是否履行了结果回避义务。并发症的相对可避免性决定了在一定的条件下,只要医务人员加以充分的注意并采取积极有效的防范措施,并发症在一定程度上是可以避免的。例如在剖宫产手术中,手术医生应特别注意防止损伤患者的输尿管。再如,在甲状腺切除手术中,经常发生喉返神经损伤,其发生率约为0.5%,大多数是因手术处理甲状腺下极时,不慎将喉返神经切断、缝扎或挫夹、牵拉造成永久性或暂时性损伤所致。少数也可由血肿或瘢痕组织压迫或牵拉而发生。因此,在进行手术时,要求手术医生对甲状腺周围的神经予以充分的注意,以避免造成神经损伤。据报道,北京某医院由于耳鼻咽喉—头颈外科医师非常熟悉颈部和甲状腺的解剖,因此他们在行甲状腺肿瘤手术时,喉返神经损伤和甲状旁腺功能损伤的发生率几乎为零。但是,应当注意的是,并发症的可避免性是相对的,在临床实践中,有时即使医务人员对并发症予以充分的注意并采取预防措施仍难以避免并发症的发生。例如,如果甲状腺肿物与周围神经粘连非常密切,则在切除过程中将难以避免神经损伤的发生。还有,在腹肠手术后出现的肠粘连等并发症则是临床难以避免的。在上述情况下,只要医务人员能够证明其在手术中严格遵守了技术规范,并对不良后果的发生给予了充分的注意,那么即使发生了并发症,医务人员因对其发生不存在过失而无需承担责任。

【案例10-4】1996年7月1日,沈某在某医院经阴道分娩生下原告田某,田某出生后即发现左上肢肌力差左腕下垂,诊断为左臂丛神经麻痹。医疗事故鉴定认为,田某左臂丛神经麻痹是由于沈女士分娩过程中胎儿发生肩难产所致,属于分娩并发症。然而,法医学鉴定认为,根据现有医院在接产过程中处理方法的选择及发生肩难产后实施旋肩法的手法,确有操作不当的过错,此过错可以导致田某左臂丛神经麻痹,应承担相应责任。最后,法院判决医院赔偿原告15000元。

4. 医务人员是否尽到医疗救治义务

在并发症发生后,医务人员是否采取积极的治疗措施以防止损害后果的扩大。还是以甲状腺中喉返神经损伤为例。因切断、缝扎导致的喉返神经损伤属永久性损害,而因挫夹、牵拉、血肿压迫所致者多为暂时性的,经过适当的理疗等及时处理后,一般可能在3—6个月内逐渐恢复。因此,对于后者,医务人员应当采取积极有效的治疗措施,以最大程度地减少并发症的损害后果。

【案例 10-5】某女性患者因食管癌于 2000 年 4 月 20 日入住山东某市医院。经术前常规检查后,于同年 4 月 26 日行经左胸中段食管癌切除并颈部食管、胃吻合术。术后采取胸腔闭式引流等措施。5 月 2 日查体发现患者“右肺呼吸音粗,左肺呼吸音弱”。当日申请胸部透视,并于次日进行检查,发现“左胸腔大量积液”,但经治医生未进行任何处理。5 月 4 日,进行 B 超检查,显示患者“左胸腔大量积液”。结合其他检查,经治医生认为患者已出现吻合瘘,开始进行相应的处理。但是,患者病情持续恶化,最终因抢救无效于 2000 年 7 月 21 日死亡。患者家属认为医院工作人员在患者手术后,护理不周,引流管引流不畅,未能引出胸腔内的积液,引起感染,造成吻合口瘘,并直接导致患者死亡。医院认为其不存在医疗过错。医患双方就此发生争议,患者家属向当地人民法院提起诉讼,要求医院承担过错责任,赔偿经济及精神损失近 40 万元。

法院在审理过程中,根据原告方的申请,委托北京某司法鉴定机构对本案进行了法医学鉴定。鉴定意见认为,吻合口瘘是食管癌切除术后常见的并发症,其发生原因是多方面的。尽管人们进行了大量的研究以防止吻合口瘘的发生,如采用吻合器等,但是仍然难以完全加以避免。吻合瘘一旦形成,治疗上非常困难,死亡率很高。但是,如果能够早期发现,治愈的可能性将有一定程度的提高。医院对患者的诊断、手术治疗没有原则的错误,但是对于其吻合口瘘的发现延迟,此为医院医疗行为中的缺陷。由于吻合口瘘发现延迟使得治疗不及时,导致病情没有得到及时控制,从而丧失了吻合口瘘得以及早治疗的机会。从临床资料来推测,患者死于肿瘤转移、恶病质合并感染导致多器官功能衰竭。在死亡结果中,肿瘤转移是主要因素,感染为次要辅助因素,感染本身仅仅是加速恶病质的发生,加快死亡进程。法院根据法医学鉴定意见,认为医院存在一定的医疗缺陷,且该缺陷与患者死亡具有一定的联系,应承担相应的民事责任。同时法院还认为,由于医院的医疗缺陷与患者死亡之间的联系是间接的,因此医院只承担次要责任。法院判决被告医院向原告患者家属赔偿医疗费、护理费、丧葬费、死亡补偿费等合计人民币 35000 余元。

【案例 10-6】某男性患者,胆囊切除术后 9 年,反复上腹疼痛、黄疸、胆总管扩张入院。当天行 ERCP 示胆总管下段结石,即行手术。术后出现腹痛、背痛,予杜冷丁、非那根肌注缓解。术后 48 小时 CT 示:重症胰腺炎。予对症处理,未缓解。术后 19 天腹腔穿刺抽出脓性液体,术后 23 天剖腹探查,见腹腔大量陈旧性血性液体、胰头体部网膜包裹,腹内大量黑色絮状坏死组织。术后 34 天死亡。

事后,两次医学会鉴定均认为:在患者 ERCP + EST 术后发生急性胰腺炎,系难以避免的并发症。但是在该并发症发生后,医院处理欠规范,使急性胰腺炎未得到及时诊断及治疗,导致重症胰腺炎。当合并严重腹腔感染并经非手术治疗病情未得到控制、出现重要器官功能损害时,又贻误了最佳手术时机,以致腹腔出现难以控制的感染及脓毒血症,并发静脉出血、多器官功能衰竭死亡。鉴定结论:医院医疗过失与患者死亡有直接因果关系,一级甲等医疗事故,医院承担主要责任。

因此,医务人员是否应对并发症的发生承担责任,其判断的主要依据是其是否履行了应尽的注意义务,是否严格遵守了诊疗护理技术规范或常规。医务人员对并发症承担责任的前提是医疗过错或过失的存在。如果并发症的发生是在现有医学科学技术条件下不能防范或难以避免的,那么医务人员是不承担过错责任的。从这一点来讲,《条例》第33条已有明确的规定,尽管该条款并未直接使用“并发症”这一术语。

四、医疗意外的归责与免责

与医疗意外相关的民法概念是意外事件,医疗意外应属于民法中意外事件的一种。所谓意外事件,是指非因当事人故意或过失而偶然发生的事件。作为免责事由的意外事件,应具备如下条件:(1)意外事件必须是不可预见的。例如,青霉素皮试阴性的患者突然发生了过敏反应,而这是医务人员事先不可预见的。需要注意的是,医疗意外与并发症的区别之一,即是其不可预见性,而后者一般是可以预见的。(2)损害的发生须归因于行为人自身以外的原因,且行为人已尽到充分的注意义务。(3)必须是偶然发生的事故,并不包括第三人的行为。意外事件作为免责事由,仅适用过错责任。

在因医疗意外而引发的医疗损害赔偿纠纷案件中,医疗机构如欲以医疗意外进行免责抗辩,则应证明两个事实:(1)医疗损害的发生归因于医疗机构和医务人员自身以外的原因,即非医疗过失所致,而是由于患者自身体质或病情的原因;(2)医疗机构和医务人员已经尽到了他们应当和能够尽到的注意义务,不存在医疗过错。如果医疗机构不能证明其已履行应尽的注意义务,则应根据其过失的大小承担相应的法律责任。

【案例10-7】2002年7月19日,小学生隋某因慢性鼻炎、增殖性肥大在该医院耳鼻喉科门诊,医院予以鼻甲醋酸泼尼松龙封闭治疗,无反应。2002年7月23日上午,隋某来医院接受治疗,方案同上,注射后约10分钟,隋某右眼肿胀,视力下降,经门诊诊断为右眼底视网膜中央动脉栓塞,收住院治疗,出院后隋某右眼视力0.25(原为1.5)。经两级医疗事故鉴定委员会鉴定,发生右视网膜中央动脉阻塞属医疗意外,本事件不构成医疗事故。法院根据有关法律规定,判决驳回隋某的诉讼请求,隋某不服提起上诉,上级人民法院判决驳回上诉,维持原判。

【案例10-8】杜某于2002年10月18日到被告医院妇产科门诊产前检查,一切正常,预产期为10月20日。10月19日产妇入住被告医院妇产科待产。办完入院手续,检查产妇肝功、血、尿等功能均为正常,彩超显示原胎儿有脐带绕颈两周、绕腹一周等症状。10月20日晚,产妇在分娩时突然出现胸闷、口唇发紫、呼吸困难,经抢救无效而死亡。死

亡原因为羊水栓塞致死。事后,医患双方发生纠纷,患者家属诉至法院。被告辩称:产妇杜某自入院后,院方及时对其做了全面检查,肝功、血、尿、胎心音一切正常,彩超显示脐带绕颈两、绕腹一周。此症并非剖宫产手术指针,产妇及家属也未提出做剖宫产手术。造成产妇及胎儿死亡是羊水栓塞所致,即使剖宫产也未能够排除,况且院方在抢救过程中采取了吸氧、解痉、扩容、升压、抗休克等针对羊水栓塞的应急方案,措施得力,方案正确,治疗无误。故院方不应承担责任。

法院经审理认为,产妇杜某入住医院待产与被告方形成了医疗服务合同,产妇因羊水栓塞而死亡,胎儿未成活。经该县医疗事故技术鉴定委员会鉴定属于医疗意外(羊水栓塞是一种产妇在分娩过程中突发的严重并发症,死亡率极高)。医院虽无明显过错,但产前诊断已发现原胎儿有脐带绕颈两周、绕腹一周,羊水稍偏高,胎头高浮等症状,应当预见阴道分娩可能会发生危险,但未能预见与采取相应措施,存在失误。依据《民法通则》第132条、《民事诉讼法》第64条之规定,判令被告医院赔偿原告医疗费、死亡补偿金等34000元,驳回原告的其他诉讼请求。

■第三节 手术同意书的法律效力

所谓手术同意书,是指手术前医生向患者告知拟施手术的相关情况,并由患者签署同意手术的医学文书。与手术同意书相类似的医学文书还包括特殊检查、特殊治疗、实验性临床医疗同意书等,后者是指在实施特殊检查、特殊治疗及实验性临床医疗前,医生向患者告知相关情况,并由患者签署同意检查、治疗的医学文书。由于上述医学文书具有相同的法律属性,故本书为叙述方便,将上述文书统称为手术同意书,并就相关法律问题进行分析。

一、患者同意手术的授权意思表示

手术的目的治疗患者的疾病以使其恢复健康。但是,正如其他医疗措施一样,手术在治疗患者疾病的同时,也会给患者的身体造成一定的损害后果,不同程度地破坏患者组织器官的完整性和功能,有时还可能会危及患者的生命,此即手术的风险性。特殊检查、特殊治疗和实验性临床医疗亦存在这个问题,即均具有一定的侵入性和破坏性,可能会给患者造成损害后果。如果医生未经患者同意而为其进行手术,就有可能会因侵害了患者的身体健康权而受到患者的指控,承担相应的民事责任甚至是刑事责任,当然特殊情况除外。因此,从法律的角度分析,患者

签署手术同意书实际上是一种授权行为,即患者允许医生在其身体上开刀以治疗疾病,使医疗机构及其医务人员实施的具有一定破坏性的手术行为合法化。为此,《医疗机构管理条例》第33条明确规定,医疗机构施行手术、特殊检查或者特殊治疗时,必须征得患者同意。

二、医生履行告知义务的书面证明

知情同意权,是指患者知晓自己的病情,并据此对医务人员所采取的医疗措施决定取舍的权利。知情同意的实质是患方在实施其自主权的基础上,向医方进行医疗服务授权委托的行为,是患者充分行使自主权的前提和基础。相对于患者的知情同意权,医务人员应履行如实告知义务。《执业医师法》第26条规定,医生应当如实向患者或者其家属介绍病情,医生进行实验性临床医疗,应当经医院批准并征得患者本人或者其家属同意。《条例》第11条亦规定,在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者,及时解答其咨询。因此,如实告知是医务人员法定的义务,而知情同意是患者享有的法定权利。

根据2002年9月1日开始施行的《病历书写基本规范(试行)》第24条和第25条规定,手术同意书的内容应当包括术前诊断、手术名称、术中或术后可能出现的并发症、手术风险、患者签名和医师签名等。特殊检查、治疗同意书的内容应当包括特殊检查和治疗项目名称、目的、可能出现的并发症及风险、患者和医师签名等。从上述法律规定和临床实践来看,手术同意书的主要内容即是医务人员应当如实向患者告知的内容,是医务人员履行其告知义务和患者行使知情同意权的书面证明。根据这一特点,医生在为患者施行手术前,必须与患者签署手术同意书。

三、手术同意书不具有免责的效力

正如上述,任何手术均具有一定的风险,患者对于是否愿意承担这种风险享有自主选择的权利。风险是客观存在的,因此在临床工作中,一些医务人员在手术同意书中向患者特别提示了这种风险的存在,同时要求患者自己承担这种可能出现的风险。例如,有的手术同意书中载有“如出现以上问题,医院概不负责”或“医院不承担任何责任”等免责条款。那么这种免责条款是否具有法律效力呢?

手术同意书具有合同或协议的某些特点,因此人们有时又将手术同意书称为“手术协议书”。我国《合同法》第53条规定,合同中有关造成对方人身伤害的免责条款无效。因此,上述手术同意书中“医院概不负责”或“医院不承担任何责任”部分因违反了法律禁止性规定而归于无效。如果医务人员在为患者手术过程中存

在医疗过错并造成了患者人身损害的后果,那么医疗机构仍应承担相应的民事责任。手术同意书不具有免除医务人员因医疗过错而给患者造成损害后果应承担的民事责任的法律效力。另外,有时医疗机构为达到免责的目的而对手术同意书进行公证或律师见证,但是这种公证或见证只是对医患者签署手术同意书的过程和双方签字进行公证或律师见证,同样无法达到免除医疗过错责任的目的。诚然,通过对签署手术同意书的过程进行公证或律师见证可以达到证明医疗机构或医务人员已履行告知的目的,但是从法律的角度讲,未进行公证或见证程序仍然可以达到这一目的。况且,手术前进行手术同意书的公证或律师见证将会花费大量的时间和精力,因此不可能大面积普及这种方式。

四、手术同意书应由患者本人签署

以往,由于中国文化背景和传统意识的影响,手术同意书多是由患者家属签署。在1982年卫生部发布的《医院工作制度》第40条“施行手术的几项规则”中规定,实行手术前必须由病员家属或单位签字同意。《医疗机构管理条例》第33条亦规定,医疗机构施行手术、特殊检查或者特殊治疗时,必须征得患者同意,并应当取得其家属或者关系人同意并签字。但是,随着社会的进步,人们自我意识的提高,要求医疗机构及其医务人员应当充分尊重患者本人的意志和权利,因此手术由患者家属签字的制度亦逐渐暴露出其弊端,相关案例亦不断出现。例如,据报道,一位29岁的女病人术后换药时,突然发现自己右侧乳房被完全切除了,顿时号啕大哭,指责医生为什么不经过她本人同意就切除。医生一再解释,不切除乳房会危及生命,而且术前已经听取了丈夫的意见并签字同意,然而她仍然不能平息愤怒,并声称如果术前知道病情,宁死不会同意切除乳房,丈夫也无权决定。

针对这种情况,卫生部在《病历书写基本规范(试行)》第10条中明确规定,对按照有关规定需取得患者书面同意方可进行的医疗活动(如特殊检查、特殊治疗、手术、实验性临床医疗等),应当由患者本人签署同意书。患者不具备完全民事行为能力时,应当由其法定代理人签字;患者因病无法签字时,应当由其近亲属签字,没有近亲属的,由其关系人签字;为抢救患者,在法定代理人或近亲属、关系人无法及时签字的情况下,可由医疗机构负责人或者被授权的负责人签字。同时,根据法律规定,为避免因手术签字而给患者造成不良影响,上述规范还规定,因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的,应当将有关情况通知患者近亲属,由患者近亲属签署同意书,并及时记录。患者无近亲属的或者患者近亲属无法签署同意书的,由患者的法定代理人或者关系人签署同意书。

手术患者本人签字对人们传统的观念造成了极大的冲击,需要医患双方及全

社会的理解与支持,因为其最终的目的是尊重患者本人的自主选择权利。实际上,在上述规范实施前,北京、上海等地的部分医院已经开始实行这一制度,如对于切除患者子宫、卵巢、乳腺等特殊生理器官的手术,要求必须由患者本人签字。在临床实践中,亦有部分医院实行了患者授权签字制度,即由患者签署书面的授权委托书,载明由患者指定的被授权人代为签署手术同意书。这种方式即尊重了患者的权利,同时也有效避免了因签署手术同意书而可能给患者造成的不良影响。

五、变更手术内容或方式应征得同意

需要注意的是,在手术过程中可能出现临时变更手术内容或方式的情况。如剖腹探查术,预定的手术名称与医生在开腹后的情况不相符,需要追加或临时变更手术内容和方式。在这种情况下,医疗机构及其医务人员仍应征得患者本人的同意,在患者无法行使该项权利时,应及时征得患者家属的同意。因医务人员未能及时履行相关手续而出现医疗纠纷的案件不断发生。例如,某位26岁的女演员被确诊为右乳腺癌,住入医院。经常规术前检查并征得患者及家属同意后实施右侧乳腺切除和周围淋巴结清扫术。在手术中,医生对左侧乳腺也进行了探查,切取部分组织进行快速冷冰检查,结果发现左侧乳腺亦存在问题,有癌变可能。术者在征得患者本人或家属的同意的前提下,进行了左侧乳腺切除术。术后医患双方发生争议。

在临床手术时,有时需要医生当机立断并做出处理,无法及时征得患者本人或其家属的同意。在这种情况下,可以预先签署相关的文件。例如,日本的手术同意书中往往含有这样的内容:“我同意接受上记的手术。此外,对于依据多数医师判断采取认为适当且必要的追加手术,或者手术变更情况也表示同意。”在美国,手术同意书亦有类似约定:“我特同意医师及助手们不受现在难以预测的状态所导致的情况所约束,在手术的过程中,实施预定手术,或与其相异但认为属于必要或者系我们期望的手术或治疗。”国内的医疗机构可以借鉴上述国外的做法,在手术同意书事先印上有关内容,以避免纠纷的发生。

■ 第四节 医疗机构其他抗辩事由

除前面讨论的临床并发症、医疗意外等事由外,在医疗损害赔偿纠纷案件中,医疗机构常见的抗辩事由还包括患者的过错、第三人过错等。现简述如下。

一、患者的过错

患者的过错在民事侵权抗辩事由中称为受害人过错。在医疗实践中,患者的过错大多表现为其不配合医疗活动,如隐瞒病史、拒绝治疗、不按时就诊服药等。医疗服务活动需要就医者与医务人员相互配合才能顺利开展。如果患者或者家属不配合治疗,导致不良后果的发生,医疗机构不承担或者在其有过错的情况下承担部分民事责任。

【案例10-9】2000年11月11日,张某不慎误咽一根鱼刺,3个多小时后因感到胸骨后疼痛,来到南京某医院(以下简称医院)就诊,门诊检查为:咽部充血,扁桃体I°肿大,未见异物,咽反射敏感。随后,进行了食道钡餐透视。钡餐检查结果为:食道近端钡剂稍停顿,未见明显异物影,请结合临床。当天初步诊断为:食道损伤?医生给予了抗感染等治疗。11月13日,张因治疗效果不显著又至医院复诊,门诊诊断为:食道异物?食道损伤感染。考虑到食道钡透未见异物,医生建议张做食道镜检查,检查前医生向张交代了检查可能发生的情况并征得张签字同意后,为张做了食道镜检查。插入食道镜后见食道下段近贲门处有一扁细鱼刺样异物,予取出(未见异物)。医生拟再次检查,张拒绝。张喝水后称症状明显缓解消失。医生嘱其随诊,如症状持续或加重即再次就诊,并嘱继续服用消炎药。11月18日19时50分,张由妻子陪同又到医院五官科看急诊;同日20时,转至医院外科就诊,外科急诊记录:右肩部肌肉疼痛1周,给予“好得快”1支。11月23日,张再次到医院门诊,诊断为食道损伤、食道炎。医生嘱住院治疗,当天张未住院。11月24日,张因“食透镜术后胸骨区疼痛10天,咽痛、声嘶2天”住入医院。入院诊断为:急性喉炎、食道炎。诊疗计划为:(1)抗炎消肿治疗;(2)支持对症处理;(3)行相关各项检查,包括纤维喉镜、食道镜以排除异物的可能……11月25日,张一般情况尚好,体温正常,晨自诉胸前、咽喉部疼痛,只能进稀软食物,后一度疼痛难忍。下午,经医生再三动员后行纤维喉镜检查,检查见:左侧破裂及声带部位固定,梨状窝滞留脓性分泌物。予用小组织钳夹取,并进而将纤维支气管镜伸入食道检查,因遭张拒绝,无法进一步检查。由于发现声带麻痹,有可能食道入口处藏有异物或特发性神经炎,张声嘶是近3日始有的,因此后者亦不能完全排除。根据张的病史、症状、体征,医生坚持认为应行食道镜检查,但张自始至终却予拒绝。后医生拟向张的家属交代病情,张亦拒绝通知,坚持要消炎治疗。11月26日7时20分,张在进行雾化吸入时突然口吐鲜血倒地;7时50分,张经抢救无效死亡。

2000年11月28日,当地公安局法医中心对张某尸体进行解剖,病理诊断为:(1)食道第二狭窄左前壁急性出血性溃疡伴食道周围炎;主动脉弓末端动脉壁全层炎;食道—主动脉瘘伴出血和血栓样物形成——符合食道穿孔。(2)两肺淤血水肿。左肺胸膜粘连。(3)脑水肿。(4)急性脾炎。(5)慢性浅表性胃炎。(6)胰腺自溶。2001年6月11日,当地省医疗事故技术鉴定委员会出具张某医疗事件技术鉴定报告书,报告中的“分析意见”为:(1)食道异物致食道炎,继发穿孔、纵隔炎(主动脉炎)、食道——主动脉瘘,大出

血死亡,诊断明确。(2)南京市某医院对首诊钡透报告未引起足够重视,处理不充分,治疗中未禁食,对病情发展潜在的凶险性认识不足,未做进一步确诊检查,病历书写也欠规范。诊疗中存在严重医疗缺陷。对该事件的“鉴定结论”是:本事件不构成医疗事故。

事发后,张某的家人找到了医院,围绕“善后”事宜多次与医院就赔偿问题进行了交涉,但终因双方分歧较大,协商不成。2001年9月18日,张的妻子及父母向提起法院起诉。原告认为在张门诊及住院期间,由于该院不负责任、诊疗技术差,没有能采取有效措施,延误病情,在明知患者可能会出现危急症状的情况下,却因疏忽大意而未能采取有效的抢救措施,导致张死亡。要求医院赔偿54万余元。被告医院辩称,张某致死原因是食道穿孔及主动脉破裂,并非人们认为或媒体报道的鱼刺卡死,这种病情几乎无存活希望。抢救时医院已尽到了救死扶伤的责任,至于张从鱼刺卡喉至食道穿孔、动脉破裂死亡的15天时间里,虽多次到医院就诊,但其不愿配合医生做食道镜检查(这种检查是目前最准确、最适当的检查方法)是医院无法明确诊断治疗难以正常进行的主要原因,医院整个诊疗过程是符合医疗规程的。省医疗事故技术鉴定委员会鉴定报告认为,该事件不构成医疗事故,但医院在诊疗中存在严重医疗缺陷。医院尊重该鉴定报告,请求法院依法确定医院该承担的责任。

一审法院经审理认为,江苏省医疗事故技术鉴定委员会对张某医疗事故的最终鉴定结论为不构成医疗事故,但同时指出该医院在诊疗中存在着严重医疗缺陷,故认为该医院在诊疗中存在过错,应承担大部分民事责任。因张某多次拒绝再做食道镜检查,这也确实是医院无法最终确定并对症治疗的主要原因,故张某本人也有过错。考虑到张某不懂医学,认识不到拒绝做食道镜检查可能导致的严重后果,本院认为其不配合诊治应承担小部分民事责任。判决被告支付三原告医疗费、交通费、丧葬费、鉴定费、死亡赔偿金合计107782.01元;分别支付张某父亲、母亲被扶养人生活费10240元和12160元。

一审宣判后,三原告不服判决,又向中级人民法院提起上诉。二审法院经审理认为,患者张某因咽部误入鱼刺,胸骨后疼痛多次至医院就诊,双方形成医疗服务合同关系。在医疗活动中,医院对首诊钡透检查报告未引起足够重视,处理不充分,治疗中未禁食,对张某病情发展潜在的凶险性认识不足,未做进一步确诊检查,存在医疗过失行为,该过失行为与张某的死亡之间有因果关系,故医院对张某死亡的损害后果负有民事责任。但张某拒绝接受食道镜检查,客观上造成医务人员确诊困难,致损害后果的发生亦有一定的责任,故可适当减轻医院的民事责任。三上诉人主张医院以张某拒绝接受食道镜检查负有全部责任,由于医院作为提供医疗服务的一方,没有张某的同意,无权强制侵入张某的身体行食道镜检查,且医学文献记载和临床实践证实食道镜检查及异物取出术一般在表面麻醉下进行,医院对张某实施表面麻醉符合医疗常规,并无不当,故本院对该主张不予采纳,三上诉人主张导致张某死亡的损伤系医源性伤害,但未提供足以令人信服的证据推翻医疗事故技术鉴定报告中关于张某是因食道异物致食道炎,继发穿孔、纵隔炎(主动脉炎)、食道——主动脉瘘,大出血而死亡的认定,故本院对该主张亦不予采纳。原审判决确认的损失数额基本合理,双方当事人均未提出异议,本院予以采纳。综上所述,判决驳回上诉,维持原判。

本案系典型的医患双方混合过错案例。所谓混合过错,在大陆法系称为与有过失,在英美法系称之为共同过失。系指侵权行为所造成的损害后果的发生与或扩大,受害人也有过错,受害人的行为与行为人行为均具有原因力。^①混合过错的法律后果是过失相抵,即指损害赔偿之债中,由于混合过错的成立,而减轻行为人的赔偿责任。对此,我国法律已有明确的规定。在本案中,医疗事故技术鉴定认定被告医院存在医疗过错,因此,被告应承担相应的民事责任。但是同时,患者对损害后果的发生亦有过错。患者拒绝接受食道镜检查,客观上造成医务人员确诊困难,致损害后果的发生亦有一定的责任,故可适当减轻医院的民事责任。本案法院之所以判决医院承担主权责任,主要是考虑到张某不懂医学,认识不到拒绝做食道镜检查可能导致的严重后果。如果本案医生有证据证明其向患者详细说明了拒绝检查的后果,则应由患者承担主要责任。

与受害人过错相关的另一概念是受害人自己负责。所谓受害人自己负责,是指损害的发生,是由受害人的故意或过失所引起的,行为人根本没有过错的行为形态。受害人过错的法律后果,是受害人自己承担损失,行为人不承担任何责任。在临床工作中发生的患者自杀即涉及受害人自己负责。如果医疗机构对于患者的自杀不存在医疗过错,完全是因患者自己选择的结果,则医疗机构不承担责任。然而,如果医疗机构对于患者的自杀具有过错,则医疗机构应承担相应的民事责任。例如,抑郁症精神病患者在住院期间上吊自杀,事后查明医院护士没有按照巡视病房,则医院应承担过错赔偿责任。

【案例 10-10】姜某生前系某矿务集团工人。2002 年 2 月 16 日,姜某在工作时被砸伤,然后被工友送至矿门诊所医治,后被转至某矿务集团总医院。2002 年 5 月 25 日,姜某从医院的病房楼上跳楼自杀身亡。2002 年 8 月 7 日,姜某之妻等遗属具状将某矿务集团总医院(第一被告)和某矿务集团某煤矿(第二被告)共同起诉到人民法院。原告认为因两被告未提供应有的服务,致使姜某自杀身亡,给原告及其家人造成了巨大的精神痛苦和一定的经济损失,请求判令被告赔偿原告的经济损失 7474 元、精神损失 5 万元。

第一被告某矿务集团总医院辩称,死者姜某因外伤于 2002 年 3 月 7 日入住我院,2002 年 5 月 25 日跳楼身亡。在姜某入住我院治疗期间,诊断明确,处理得当,符合医疗原则,并无护理过错,因而对患者的死亡不应承担任何法律责任,故请求法院依法驳回原告的诉讼请求。第二被告某矿务集团某煤矿则认为,本案系医疗服务合同纠纷,原告将煤矿列为被告没有任何事实和法律依据,即便是护理问题也与煤矿无关,矿上没有法定或约定的护理义务。况且,姜某系自杀身亡,死亡原因来自其本人,这也与矿上无关,故请求法院依法驳回原告对第二被告的诉讼请求。

^① 杨立新著:《侵权法论》,人民法院出版社 2005 年版,第 564~565 页。

法院经审理认为,姜某与某矿务集团总医院之间系以医疗服务为内容的合同关系。医院的责任在于提供科学完善的医疗服务,而对姜某的人身安全并不负有监护义务。况且姜某为完全民事行为能力人,不可能也无需对其进行人身监护。无论是第一被告某矿务集团总医院,还是第二被告某矿务集团某煤矿都只负有对其生活上的照顾及医疗上的护理义务,被告某矿务集团总医院并无违约责任。此外,姜某死亡的直接原因是跳楼自杀,是其对自己生命健康权的放弃,并非被告诊疗护理中的过错所致。即使两被告在日常的管理和护理过程中存在某些瑕疵,也不是姜某自杀身亡不可或缺的构成条件,与其死亡之间不存在必然的因果关系。因此,两被告承担侵权赔偿责任的理由亦不能成立。综上,原告的诉讼请求依法不予支持。考虑到姜某的死亡给原告所带来的精神痛苦,出于人道主义,被告应适当承担诉讼费用。法院判决驳回原告的诉讼请求。案件受理费2240元,原告负担240元,两被告各负担1000元。原告不服一审判决,以某矿务集团总医院与某矿务集团某煤矿对姜某的死亡应负违约赔偿责任为由向某市中级人民法院提出上诉。

中级人民法院经审理认为,上诉人虽主张二被上诉人未尽到护理义务,未提供应有的服务,导致姜某跳楼自杀身亡,但未提供相应的证据证实。法院经调取姜某住院期间的病程记录,某矿务集团总医院对姜某的病情治疗方案并无不妥。况且,姜某作为一个完全民事行为能力人,无需对其进行人身监护,其死亡原因是跳楼自杀,并非是医院治疗或某矿务集团某煤矿护理中的过错所致,故二被上诉人不应对其死亡承担违约赔偿责任。因此,上诉人的上诉请求,依法不予支持。法院判决驳回上诉,维持原判。上诉案件受理费2240元由原告负担240元,某矿务集团总医院和某矿务集团某煤矿各负担1000元。

【案例10-11】2004年1月29日,患者陈某因平时“多疑、情绪低落、想死半年”等原因,被丈夫送至南京某医院住院治疗。经诊断,陈某患有抑郁症。由于丈夫不同意院方提出的电休克疗法,陈某的治疗一直以药物为主。为防不测,平时,由被告负责对陈某24小时监控、护理。3月3日早晨7点多钟,丈夫接到被告通知,说陈某用绳子在被告病房的窗户上吊,经抢救无效死亡。后经市公安局法医中心检验,陈某的死因为自缢。事发后,双方就赔偿问题没能达成一致,丈夫将该被告诉至鼓楼区法院,索赔22万余元。

原告认为对陈某实施24小时监控、护理,保证其人身安全,是被告事先答应的,也是其职责所在。被告明知陈某入院时有自杀倾向,而疏于对其管理,导致她自缢身亡,应承担赔偿责任。被告则认为陈某是死于自缢,被告对陈某的诊治和护理符合操作规定,在患者自缢后抢救又非常及时。因此,被告已尽到了相当的注意义务,不存在疏于防范和过失。陈某的死因是自杀,是其自身疾病所致。患者生前求死欲望很强,被告无论怎样防范,都不能阻止其自杀。而实际上,患者在医院自杀,更是原告造成的。电休克疗法是治疗抑郁症的最有效方法,但原告不同意被告这么做,致使陈某的抑郁症失去了治愈可能性,并导致陈某自杀。被告不存在过错,不应承担赔偿责任。

法院审理后认为:陈某自杀身亡的结果有主、客观两方面原因。主观原因其有求死欲望,而这种欲望的产生,是由于抑郁症自然发展的结果。客观原因是原告防范管理不力,事发后未能及时尽力抢救。但一个人如果想死,他人无论如何防范都不能阻止。因此,原告以损害结果的出现,苛求被告承担全部赔偿责任是不公平的。据有关医学文献记载,电休克疗法是治疗抑郁症的最有效的方法,但原告阻止了被告这么做,致使陈某的抑郁症失去了治愈的可能性,在一定程度上,也造成了陈某的自杀后果。因此,在责任分摊上,被告对陈某的自杀,应承担30%的赔偿责任。法院依据《民法通则》、最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定,法院判令被告给付原告丈夫死亡赔偿金61173.36元、丧葬费2688.08元、精神损害抚慰金3000元。

上述两个案例均涉及患者在医院内自杀,但法院判决结果不同。在第一个案例中,死者为普通躯体疾病患者,具有完全的民事行为能力,其自杀系自己选择的结果,属典型的受害人自己负责之情形。同时,被告在诊疗过程中不存在医疗过错,因此,被告对患者自杀的结果不应承担民事责任。第二个案例则不同,患者系精神疾病患者,强烈的自杀倾向是抑郁症患者的症状之一,也是家属将其送至精神病医院就治的主要原因。精神病医院不同于普遍的综合性的医院,其治疗对象包括具有自杀倾向的抑郁症患者。对于这类患者,精神病医院及其医护人员应当尽到特别的注意义务,按照诊疗常规采取各种方法防止患者自杀情况的发生。当然,正如法院判决所述,如果一个人想死,则他人无论如何防范都难以完全阻止。在本案中,经法院审理查明被告在防范患者自杀方面存在欠缺,且事后治疗措施存在不力之处,因此,被告应当承担赔偿责任。但是,由于原告在患者自杀发生方面亦存在过错,拒绝采用对治疗抑郁症最有效的电休克疗法,与患者自杀具有一定的因果关系。鉴于本案原被告双方对患者自杀均有过错,且原告拒绝电休克治疗的过错较大,因此,法院判决被告承担次要责任。

然而,对于精神病人在精神病院自杀引起的纠纷,还涉及精神病人监护权及监护职责的争论。对此,作者同意某中级法院在某精神病人住院自杀案二审判决中的分析意见:

本案原审原告在起诉时称,原告将精神病人送至被告处进行诊治时,在患者与医院之间便产生临时监护关系,医院方应承担对患者的监护职责。由于其未尽到监护义务,造成患者死亡,应对此承担监护责任。而医院则辩称医院依法不应成为精神病人的监护人,监护权并未转移,其不承担监护责任。对此二审认为:第一,监护具有法定性。我国《民法通则》既明文规定“监护职责”,同时

又规定“监护人依法履行监护的权利,受法律保护”。由此可以看出,监护作为民事权利义务的结合体,集监护权与监护职责于一身。监护的权利义务双重属性和不可分离性,意味着监护责任的转移必须以监护权的转移为前提。第二,监护职责的变更与监护人的变更是密切相关的,而且必须遵守严格的法律程序而不能随意约定或推定变更。第三,最高人民法院在司法解释中规定的是“监护职责”的委托而非监护责任的转移,监护职责与监护责任并非同一概念,且该司法解释本身已表明监护职责的转移并不必然导致监护责任的转移。故一审判决以医院方为临时监护人而承担责任的认定无法律依据。

二、第三人过错

在医疗实践中,与第三人过错有关的医疗纠纷案件主要涉及患者在就医期间因第三人原因致人身伤害或财产损失的情形,包括患者受到他人的人身伤害、婴儿被盗、财物被盗等。在这种情况下,即涉及医疗机构是否应就第三人过错造成的损害后果承担责任的问题。首先,让我们看几个案例。

【案例 10-12】徐某系遵义县某国有企业职工,与其妻胡某结婚后长期感情不和,便向胡某提出离婚,遭到拒绝。1995 年 10 月 3 日,徐某被胡某娘家数人打伤,被送进遵义县某医院住院治疗。次日上午 11 时许,胡某带着一瓶“饮料”来到病房“看望”徐。正当徐深感受宠时,胡却将“饮料”瓶中浓硫酸倒向徐的面部,徐被严重烧伤。后经遵义市中级人民法院法医鉴定,徐面颈部被硫酸烧伤后左耳已经萎缩,左面部疤痕达 80% 以上,颈部及右面部形成大片疤痕。法医鉴定结论为:徐某所受伤情为重伤,伤残等级为四级。烧伤治愈后,徐某并没有起诉胡某,而是将遵义县某医院告上法庭。徐某认为医院有义务对病员的生命财产安全给予特殊的保护,也应当预见到病员有遭受外来侵害的可能性。然而,由于医院方面存在疏漏,未能采取有效措施保障他的人身安全,导致其在住院期间遭到他人严重伤害,因此,医院应当对自己受到的伤害承担责任。徐某要求医院赔偿其经济及精神损失 34 万元人民币。2002 年 3 月 18 日,贵州省遵义县人民法院公开开庭进行了审理。

【案例 10-13】原告马某与刘某系夫妻关系。2000 年 1 月 22 日,刘某因临产住进被告山东某医院妇产科。马某作为病员家属与被告医院签订了一份《医患合约》,并交纳了 900 元的医药预收费,办理了相关的住院手续。23 日凌晨,刘某在被告医院生下一健康男婴。分娩后,刘某即与其子同室住养,丈夫马某陪床护理。24 日上午,护士在准备给婴儿打针时,因婴儿被抱去洗澡而未打成,但护士未告知原告何时补打针。中午 11 时许,马某

外出为妻子买饭。11时30分左右,一名穿医护人员服装的青年妇女借口给婴儿打针而将婴儿抱出。11时50分左右,值班护士在给婴儿量体温时发现原告之子不在,曾感到意外,并曾向他人询问。12时左右,马某回来后,发现孩子长时间未归,遂产生不解,并向值班护士反映,值班护士及医生称并未抱走孩子打针,众人遂四处查找但均未果。孩子被抱走前后,医院正值中午亲属探视时间,进出人员较多,而当时该院住院大楼门口无保安人员或门卫值班。马某等人发现孩子丢失后,即向当地公安机关报案,公安机关已立案侦查。原、被告双方及原告家人等也曾长时间多方进行查找,但均未果。马某等人曾多次要求医院处理并赔偿,因双方意见分歧较大而未果。马某与刘某遂向法院提起诉讼,要求被告医院赔偿其经济及精神损失20余万元。

【案例10-14】2003年7月6日,原告李某入住被告某医院。入院当天,双方签订了《住院治疗协议书》。该协议第8条约定,“为使患者及监护人的财产不受损害,患者的现金应自行或由监护人存入银行。患者也不应在住院期间携带或滞留贵重物品,对此监护人应采取谨慎的相应措施。”与此同时,原告还按照被告医院规定领取了一把床头柜钥匙。同年8月3日晚11时,李某将其摩托罗拉V6型手机放在枕边便倒头大睡。次日早晨5时许,一觉醒来的李某才猛然发现手机不在了。李某认为自己在该医院接受治疗,并按规定交付了治疗费,这就表明自己与该医院之间已形成了有偿医疗服务关系,院方不但应为自己提供有效治疗,也应该提供安全的住院养病环境,正是由于该医院内部管理不到位,才造成自己手机被盗的。为了维护自己的合法权益,李某诉至法院,要求该医院赔偿其经济损失700元。某医院则认为,院方与李某是医疗服务合同关系,自己的义务是提供医疗服务,而不是提供财产保管。所以对李某的经济损失院方并没有赔偿责任,因此请求法院依法驳回李某的诉讼请求。

以上三个案例均涉及一个共同的,但又非常敏感的话题,即当患者在医院内就医时受到第三人伤害,包括被他人故意伤害致伤或死亡、产妇婴儿被盗、个人财物被盗等,医院是否应对患者及其家属因此而产生的经济和精神损失承担赔偿责任。从法律的角度来讲,即医院是否应对患者承担安全保障义务,保证患者在就医期间不受到非医疗行为以外的其他伤害。实际上,此类案件并非只发生在医院内,顾客在餐馆内就餐时财物被盗或受到伤害、住宿时被他人伤害甚至杀害等恶性案件亦时有所闻。例如2002年8月中央电视台《夕阳红》栏目女主持人沈旭华在酒店就餐时坠楼身亡事件。

所谓安全保障义务,系指从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人和其他组织,应尽的合理限度范围内的使他人免受人身损害的义务。以往,我国法律对此缺乏明确的法律规定,从而导致此类案件的审理缺乏相应的法律依据,受害人及经营者、社会活动组织者的合法权益均无法得到法律的保障。

社会活动组织者的安全保障义务,其设立基础是社会群体之间的利益平衡,其基本宗旨是弘扬和合理分配社会正义。当人们在社会活动中受到他人的伤害时,应当首先向行为人即犯罪嫌疑人追偿,但实际上因各种客观原因其追偿权往往得不到实现。因此,社会活动组织者得在一定程度和范围内承担过错责任,“替人受过”。对此,身在其中的社会活动组织者深感不公。但是,法律设立的目的除了保护当事人的合法权益外,还有一个平衡社会群体间利益、保持社会稳定的任务。在这种情况下,社会活动组织的安全保障义务的设立即成为了一个讨论的话题。

基于此种现实,最高人民法院在2003年12月26日发布的并已于2004年5月1日施行的《解释》中规定:从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。因第三人侵权导致损害结果发生的,由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的,应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后,可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的,应当将第三人作为共同被告,但第三人不能确定的除外。

上述司法解释以一般安全注意义务理论和我国目前的社会发展程度为基础,规定了经营者或其他社会组织者的安全保障义务。根据该司法解释,从事社会活动的人应当对相关公众的人身安全承担合理的保障义务。具体分为两种情况:(1)如果相关从事社会活动的人疏于恪守安全保障义务的不作为导致受害人的损害发生,其应承担直接的损害赔偿赔偿责任。(2)如果受害人的损害系由第三人的侵权行为所致,安全保障义务人有过错的,应当承担补充赔偿责任,其范围应当与其能够防止或者制止损害的范围为限。在承担了相应的补充赔偿责任后,安全保障义务人可以向实施侵权行为的第三人追偿。

医疗机构从事的医疗活动系属社会活动,因为社会活动并不以是否赢利为标准,因此,医疗机构属于上述司法解释中社会活动组织者,适用该司法解释的规定,应当对在其处就医的患者承担相应的安全保障义务。安全保障义务作为医疗服务合同的附随义务,不同于医疗机构的医疗注意义务。如果医疗机构在此方面存在不作为并造成患者人身损害,则将承担相应的赔偿责任。例如,在前述第二个案例中,法院判决认为:

原告刘某因临产住进被告医院事实清楚,双方当事人之间已形成医疗服务合同关系。自住院起,刘某作为特殊患者,其本人及其所生婴儿的健康及安全即应由提供服务的医院负责。刘某在住院期间其亲生男婴被人骗偷,这一事实

已经公安机关初步查明,但除犯罪嫌疑人的主观犯罪行为外,医院的过错亦是事件发生的主要原因:在婴儿因洗澡而未能按时打上针后有关医护人员并未告知需何时补打或已经打过、虽在探视时间但未对进出妇产科病房重地的探视人员进行必要的审查与登记、未对工作人员进行必要的警惕教育以致不明身份之人身穿医护人员的特种服饰自由进出于产妇病房、在婴儿被骗抱前后住院大楼门口竟无保卫人员进行值班和盘查等。被告一系列的管理不善使婴儿被骗抱这一偶然变成了必然,婴儿的丢失已使双方当事人之间的合同无法按原约继续履行,所丢失的婴儿短时间内甚至永远已无法追回,且即使最终婴儿能被追回,两原告的精神创伤和心理上的影响也亦实际造成,因被告管理不善行为已对两原告的亲权等合法权益构成侵害,依法依理被告医院均应对此特殊侵权行为承担责任。虽然两原告尤其是作为法定监护人的婴儿之母刘某在婴儿被骗偷这一事实客观上存有过失,诸如缺乏必要的谨慎与警惕而盲目轻信大意等,但这一过失相对于医院的过错已明显轻微,且刘某作为产妇和被动的接受服务者,已尽到了自己应有的注意和普通义务,故两原告的微小过失依法可予免责。被告医院因过错而应承担的民事责任应主要是一种损失的赔偿,赔偿的范围亦应与两原告所遭受的损失基本相当。原告因失子所遭受的损失,主要是一种精神上的痛苦和创伤,故该赔偿应是一种精神抚慰的金钱反映,因此,两原告请求赔偿精神损失费等项理由正当。法院判决被告赔偿原告马某、刘某因婴儿丢失所造成的精神损失共计5万元(内含医院已付款1万元),经济损失4822.30元。

近年来,由于计划生育人口及独生子女政策的实施,医院内男婴被盗的事件时有发生。对此,医疗机构尤其是母婴保健机构、医院产房和母婴同室的病房,应当严格加强管理。某地卫生行政部门曾针对当地频繁发生的婴儿被盗事件专门下发紧急通知,要求各医院一定要加强对爱婴区的管理,工作人员要持牌上岗,探视母婴必须持探视证才能进入爱婴区。部分医院还在爱婴区安装了闭路电视监视系统,安排保安24小时轮流守护,没有出院证明谁也不能把婴儿抱出爱婴区。

但是,医院对其承担的安全保障义务应当是在“合理限度范围内”,其对第三人造成的损害的赔偿责任以“能够防止或者制止损害的范围”为限。在医疗服务合同关系中,医院的主要义务是医疗服务,提供诊疗护理,治疗患者的疾病,安全保障义务是其附随义务,是一般性的保护,而非全方位、全日候的特殊性保护。医院是个开放的公共场所,鉴于其本身的服务范围及承担的社会责任特点,医院不可能像机场一样对所有就医者进行安全检查,也不可能对所有进入病房的探视者进行身份

验证,这就导致其对相关场所的控制能力降低,不可能完全避免所有第三人伤害事件的发生。在确定医疗机构是否应对患者对受到的第三人伤害承担补充赔偿责任,其最关键的是判断医疗机构在安全保障方面存在过错。只有在医疗机构在管理方面存在过错时,医疗机构才承担相应的赔偿责任。医疗机构在承担此种补充赔偿责任后,还可以依法向第三人追偿。

据了解,在前述第一个案例中,经法院审理查明,犯罪嫌疑人胡某到病房时正值探视高峰期。法院认为,基于胡某为患者妻子这一特殊身份,医院管理者(病房门卫或保安)没有正当理由拒绝她的探视请求,也没有理由对探视亲属的物品进行安全检查,更不能在妻子探望丈夫时进行监视。在本案中,医院已尽到了其应尽的安全保障义务,不存在过错,对于患者所受到的伤害,理应由行为人承担。因此,法院驳回了原告的诉讼请求。

对于第三个案例,法院经审理认为:

李某与某医院是医疗服务合同关系,双方签订的《住院治疗协议书》是明确双方权利义务的法律依据。李某在住院期间,携带手机进入病室,并且没有采取相应措施,入睡前也没有将手机锁入床头柜,造成手机丢失,违反了协议第8条的规定,应当承担相应的责任。李某提出的要求某医院赔偿其700元经济损失的请求,由于没有法律依据,不予支持。据此,一审法院驳回了李某的诉讼请求。

除上述防止或制止第三人侵害义务的安全保障义务外,医院还应当保证其建筑物、配套服务设施、设备安全可靠,其安全性能符合国家强制性标准。如儿童病房防护设施的设计是否符合标准、电梯具有通过安全检验等。医院应经常对其各种设施和设备定期进行检查、维护和保养,以保证其安全使用,处于良好运行状态。其次,当存在危险因素时,应当采取措施及时加以消除或设立明显的警示标志,以防止他人受到伤害,如在落地透明玻璃上描绘图案或其他标志,在较滑的地板上设置警示标志,在收费厅等窃贼较多的地方设置防盗警示牌等措施。

【案例10-15】病人郝某因癌症住进河北省某医院。治疗一段时间后,郝某准备出院回家疗养,但是还没等他办理出院手续,一件意外的事情发生了。一天凌晨4时,郝某未按传呼器也未叫醒陪护的女儿就自己下床了,结果摔倒在病房内,郝某及家人认为这是因为地面光滑所致。郝某被诊断为左侧骨骨折,其摔伤后继续住院治疗,后因各种原因,郝某去世,包括治疗骨折病在内的各种费用共计34348元。郝某死后,郝某的家人要求医

院赔偿费用 100025 元。双方协商未果,郝某的家人将某医院告上法庭,要求医院承担民事赔偿责任。

法院认为:患者在医院交钱就医,即是接受服务,本案应适用《消费者权益保护法》的有关规定。某医院的房屋地面是水磨石地面,地面光滑是导致郝某摔伤的主要原因,某医院是有责任的。郝某家人要求某医院赔偿,应予支持。某医院应赔偿患者家属医药费,护理费,营养费等。因郝某是癌症晚期患者,摔伤后死亡,有其自身疾病的因素,某医院可赔偿上述费用的一半。郝某摔伤后,势必对其本人及家属造成身体及精神上的痛苦,郝某家人要求精神赔偿,应予支持。法院判决某医院赔偿郝某医药费、护理费等共计 21146 元,精神损害抚慰金 10000 元。

业务提高篇

◆ 随着医学科学技术的发展,人们法律意识的提高,各种新型的医疗纠纷案件不断出现。本篇第十一章对部分特殊类型的医疗纠纷案件进行了初步讨论,涉及非法行医、输血感染疾病、医疗器械产品质量、药物不良反应、预防接种以及强制医疗引发的医疗纠纷等。之所以将其归入提高篇讨论,其主要原因是此类案件的处理往往较为复杂,司法审判不统一,甚至部分案件因缺乏相关法律规定而致法院暂不受理(如因强制治疗“非典”病人而引发的医疗纠纷案件,目前我国法院暂不受理)。本章作者的观点或实务操作方法均具有一定的探索性,仅供参考。对于这一点,敬请读者加以特别注意。

❖ 在我国,涉及患者知情同意权案件是随着患者自主意识的提高而于近几年才逐渐出现的。在司法实践中,单纯以医方侵害知情权为由提起的诉讼并不多见,但在某些特定案件中,却是律师另辟蹊径代理患方取胜的最佳选择。为此,本篇第十二章详细介绍了国内外侵害患者知情权的案件类型、患者知情权的法律性质、医方承担侵权责任的构成要件及法律责任。本章最具特色之处,是详细介绍了国内外有关侵害患者知情权的典型案例,包括基本案情、争议焦点、法院判决结果及案例点评等。

第十一章 特殊类型的医疗 纠纷案件

■第一节 非法行医相关医疗纠纷

非法行医是一个非常宽泛的概念。在分别追究非法行医行为人的刑事责任、行政责任、民事责任时,对非法行医的界定各有不同。如承担非法行医刑事责任的主体只能是自然人,而承担行政责任和民事责任的主体可以是法人、非法人单位和自然人。在客观方面,承担非法行医民事责任,行为人的行为必须造成人身和/或财产损害后果,而承担刑事责任和行政责任,并不以造成人身和/或财产损害后果为要件。非法行医的共同之处是故意违反国家法律、法规、卫生行政规范性文件,妨害行医管理秩序的行为。因此,非法行医案件的法律适用,在追究行为人刑事责任、行政责任、民事责任时各有不同。

一、非法行医罪的法律适用

(一)非法行医的认定

我国《刑法》第 336 条第 1 款规定了非法行医罪为“未取得医生执业资格的人非法行医、情节严重的”。在我国《执业医师法》施行前,因缺乏法律规定和司法解释,对这一罪状中“未取得医生执业资格的人非法行医”的理解是模糊不清的。在《执业医师法》施行后,对“情节严重”的认定,仍有不同看法。

1. “未取得医生执业资格的人”,即犯罪主体的认定

(1)《执业医师法》第 8 条规定:“国家实行医师资格考试制度。”第 12 条规定:“医师资格考试成绩合格,取得执业医师资格或者执业助理医师资格。”第 13

条第1款规定:“国家实行医师执业注册制度。”第14条第2款规定:“未经医师注册取得执业证书,不得从事医师执业活动。”因此,《刑法》规定的“未取得医生执业资格的人”应当包括:未取得执业医师资格或者执业助理医师资格的人、虽取得执业医师资格或者执业助理医师资格但未经医师注册取得执业证书的人。

(2)根据《执业医师法》第16条注销注册、第36条吊销执业证书的人,以及根据第37条责令暂停执业活动或吊销执业证书者,也属于《刑法》规定的“未取得医生执业资格的人”。

(3)军队人员和地方医师在军队行医不符合《中国人民解放军实施〈中华人民共和国执业医师法〉办法》的;境外(包括外国和港澳台)人员行医,不符合《外国医师来华短期行医暂行管理办法》的人,都是《刑法》意义上的“未取得医生执业资格的人”。

(4)对以不正当手段取得医师执业资格的人,应当视为“未取得医生执业资格的人”。

(5)下列情况不属于《刑法》“未取得医生执业资格的人”:①在《执业医师法》颁布之日前按照国家有关规定取得医学专业技术职称和医学专业技术职务的人员,虽未参加医师资格考试,但经县级以上卫生行政部门认定,取得相应的医师资格,并经注册取得执业证书的人;②不具备执业医师资格或者执业助理医师资格的乡村医生,符合《乡村医生从业管理条例》第10条或第12条规定取得执业注册的人;③《中国人民解放军实施〈中华人民共和国执业医师法〉办法》第20条规定的在军队基层单位从事预防、保健和一般医疗服务的卫生员,虽不符合《执业医师法》的执业规定,但符合中国人民解放军总后勤部制定的管理办法的。

2. “非法行医”行为的认定

并不是所有的不合法的行医行为都属于刑法调整的范畴。《刑法》意义上的非法行医行为已有明确法律规定的有以下两种情形:(1)“未取得医生执业资格的人”从事医师执业活动;(2)已取得医生执业资格的人未经批准擅自开办医疗机构行医。

目前对非法行医主体的认定存在的争议主要有:(1)未取得医生执业资格的人,是仅指未通过执业医师资格考试,未取得执业医师资格的人;还是包括通过执业医师资格考试,而未取得医师执业执照的人。(2)已取得医师执业资格,但未按注册的执业地点、类型、范围行医的人,是否成为本罪的主体。(3)医生以外的人员,如护理、检验、药剂人员行医,能否认定为本罪的主体。

因此,下列情形在司法界和理论界尚有争论,但存在被追究刑事责任的可能

性:(1)已取得医生执业资格的人,未按照注册的执业地点、执业类别、执业范围执业的;(2)已取得医生执业资格的人,注册后在医疗、预防、保健机构中执业满5年,未经批准个体行医的,或不符合个体行医规定,以不正当手段取得批准的;(3)执业助理医师未在执业医师的指导下,在医疗、预防、保健机构中独立执业的,《执业医师法》第30条第2款规定的情形除外;(4)医学生在未在执业医师的指导下,在医疗、预防、保健机构独立执业的;(5)已取得医生执业资格的人,在他人未经批准开办的医疗机构行医的等。

作者赞同将未取得医生执业资格理解为对非法行医的一种限制的观点。^①对已取得医生执业资格的人的定罪量刑应当慎重,对上述几种情形应当从行政管理上规范,而不宜单纯追究行为人的个人责任。

【案例 11-1】67 岁的北京某妇产科退休医师赵某,在未取得卫生行政部门颁发的医师执业证书和家庭接生许可证情况下,于 1999 年曾为外地来京人员王某接生并从中牟利。2002 年 7 月 20 日左右,经王某丈夫介绍,孕妇张某的丈夫为节省开支,与赵某联系在家中给妻子接生。赵某答应后,让仅有护士执业资格的儿媳刘某到张暂住处做产前检查。同年 8 月 1 日凌晨 1 时许,张临产,其丈夫打电话给赵某,让其到家中接生,赵某仍指使刘某前往张家接生。接生过程中,刘某对张存在头盆不称的情况缺乏认识,错误地给张使用催产素,并指使张亲属用毛巾赶压张腹部助产,还拒绝亲属提出到医院就诊的要求。至凌晨 5 时许,张未能顺产,且表示腹部疼痛,刘某将赵某叫到张暂住处。在初步检查后,赵某让将孕妇张某送往医院,同时索要了 200 元接生用药和交通费。凌晨 6 时许,张某被送至医院。医院对张某抢救无效死亡。

法院经审理认为,刘某为获取私利,违反国家医师法及医疗机构管理条例,未取得医师执业资格为她人接生,进行非法行医;赵某为获取私利,指使没有医师资格、执业资格的刘某为她人非法接生,二被告人的行为均已构成非法行医罪,依法应予惩处。法院以非法行医罪分别判处二被告人 11 年有期徒刑,罚金 2 万元,剥夺政治权利 2 年;二被告人共同赔偿附带民事诉讼原告人 5.8 万余元的判决。

在本案中,尽管被告人赵某原为合法的执业医师,但其在退休后未经卫生行政部门批准非法开办诊所,且未进行执业医师注册,其行为显然违反了《医疗机构管理条例》及《执业医师法》的规定,已构成非法行医罪。被告人赵某仅有护士资格,没有医师执业资格,更没有医师执业证书,且未取得《母婴保健技术考核合格证书》,其行为已构成非法行医罪。

^① 高铭喧主编:《新编中国刑法学》(下册),中国人民大学出版社 1998 年版,第 894 页。

【案例 11-2】程某参加工作后一直在医院从事妇产工作,1996 年 6 月取得妇产科医生资格,1997 年 6 月 1 日,当地卫生局向其颁发《母婴保健技术考核合格证书》。1998 年程某办理内部退养手续。同年 6 月 1 日,经当地卫生局批准,她在家中开办了“程医生诊所”并取得了《医疗机构执业许可证》。1999 年当地卫生局将该诊所执业许可证收回。但卫生行政机关未作出停业、注销、吊销程某的《医疗机构执业许可证》的具体行政行为。2000 年 12 月 30 日,江西省卫生厅签发了程某的《医师资格证书》。

2001 年 11 月 16 日早晨 6 时许,产妇袁某的丈夫将妻子送到程家,由程某为产妇做检查,认为即将分娩,即做接生的准备工作。袁某于下午 2 时许产下一男婴。产后,她感不舒服,程某为产妇缝扎并注射缩宫素和使用止血药后仍不能有效止血。此后,程某叫丈夫拨打“120”急救电话,当地人民医院救护车赶来后,立刻将袁某送往德安县人民医院抢救。下午 4 时许袁某经抢救无效死亡。当晚,袁某之夫到公安机关报案。2001 年 11 月 18 日,当地公安分局法医尸表检查,结论为产后大出血、失血性休克死亡。

原审法院认为,被告人程某未取得医师执业资格,私自为她人接生,造成了被害人袁某死亡的严重后果,其行为构成非法行医罪。故依法判决程某有期徒刑 6 年,并处罚金 1000 元,另外赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计 134028 元。一审宣判后,程某不服,向中级法院提起了上诉。

中级法院二审后认为,上诉人程某在《执业医师法》颁布实施前经当地卫生行政主管部门批准开设了诊所。《执业医师法》实施后,当地卫生行政主管部门虽然为整顿医疗机构而收回了上诉人的《医疗机构执业许可证》,但并未作出停业或注(吊)销上诉人《医疗机构执业许可证》的具体行政行为,亦未告知上诉人在整顿期间不得行医,且在整顿期间江西省卫生厅已发给上诉人《医师资格证书》,上诉人具备《执业医师法》第 13 条规定的申请《医师执业证书》的资质,故上诉人程某开设诊所行医的行为主、客观方面均不具备非法行医罪的构成要件,不构成非法行医罪。

另外,程某 1997 年 6 月 1 日经考试合格取得《母婴保健技术考核合格证书》,其进行助产接生符合《母婴保健法》规定。在为产妇袁某助产接生过程中是否存在违反规章制度和助产接生常规等严重不负责任的行为,无足够证据证实。原审判决把上诉人程某的助产接生行为视为非法行医行为,并认定其行为造成产妇死亡的严重后果,构成非法行医罪,既不符合法律规定,亦缺乏事实依据。再者,原审判决依据卫生部《母婴保健法实施办法》,认定上诉人程某是在《母婴保健技术考核合格证书》未在 3 年期满后重新审核认可的情况下私自接生,与国务院颁布实施的《母婴保健法实施办法》不符,亦缺乏法律依据。因此,原判适用法律不当,定性错误,应予纠正。本案虽然没有足够证据证实上诉人程某的助产接生行为与袁某的死亡有刑法上的因果关系,但程某为产妇助产接生中,婴儿娩出后,用羊肠线为产妇的会阴部进行了缝合,从事后法医对尸表检查意见书中可知,缝合的 3 针有 2 针已脱落。由此可见,其在操作过程中有不当之处,负有过错责任。对被害人死亡给附带民事诉讼原告人造成的经济损失应承担赔偿责任。但原审判决赔偿死亡补偿费一项与法律规定不符,应予纠正。

二审判决撤销原一审刑事附带民事判决,改判被告女医生程某无罪,由程某赔偿附带民事诉讼原告人丧葬费、抚养费、抚育费等经济损失 32028 元。

本案与前述案件有相似之外,即被告人均为退休医生并开办了诊所。但两案的判决结果却完全不同。在本案中,由于被告人开办诊所经过了卫生行政部门审批并取得了《医疗机构执业许可证》,同时,被告人还获得了《母婴保健技术考核合格证书》。尽管在事件发生时,当地卫生局已将该诊所执业许可证收回,但卫生行政机关未作出停业、注销、吊销程某的《医疗机构执业许可证》的具体行政行为,因此,二审法院认定被告人开设诊所行医的行为主、客观方面均不具备非法行医罪的构成要件,不构成非法行医罪。当然,对于本案的判决,人们也有不同的意见,主要集中在对卫生局收回诊所《医疗机构执业许可证》的行为该如何认定。从本案介绍的情况来看,尚无法确定卫生行政部门撤销了行政许可,而在整顿期间江西省卫生厅已发给被告人《医师资格证书》,是否意味着卫生行政部门同意其行医呢?

【案例 11-3】2002 年 3 月 22 日晚,辽宁大石桥市某美容院发生一起美容致死案。该院经营者顾某从沈阳请来纪某、曹某为 40 岁的崔某做吸脂手术。当晚 7 时许,纪某为崔某注射麻药后,曹某开始手术,因发现崔某呼吸异常,便将崔某送到医院抢救,后因抢救无效死亡。经过有关部门鉴定:崔某因异丙芬用药过量引起呼吸抑制,呼吸功能障碍导致肺、心、脑等多脏器功能障碍死亡。

法院经审理认为:顾某在未取得医生执业资格及医疗执业许可证的情况下,擅自开办医疗机构进行医疗美容手术,被告纪某、曹某虽取得医生执业资格,但明知顾某开办的美容院无合法证件,为与其谋取共同的非法利益,在非医疗机构共同进行医疗美容手术,并致人死亡结果。为此,三被告人的行为均构成非法行医罪。依法判处曹某有期徒刑 10 年、纪某 12 年、顾某 10 年。

本案涉及医师的兼职和“走穴”问题。医生兼职,系指医生利用业余时间,在其《医师执业证书》载明的执业地点以外的其他地点从事医疗活动,“其他地点”可能是本地或异地的医疗机构,同时可能是一个或多个医疗机构。根据《医师执业注册暂行办法》第 2 条的规定,执业地点,是指医师执业的医疗、预防、保健机构及其登记注册的地址。医生兼职的法律规范术语应为“医生多地点执业”。

目前,人们往往将医生兼职称为“走穴”,且带有明显的贬义。但是,实际上“兼职”与“走穴”有着完全不同的语义。根据《高级汉语大辞典》的解释,“兼职”,系指一人同时担任两个或两个以上的职务。“走穴”,系江湖艺人术语,本作走趸。卖艺的生意叫穴。走穴旧时指江湖艺人来回游走、身无定所的演出,现各类演员临时搭班子辗转各地演出,也沿用走穴之称。人们之所以将医生兼职称为走穴,源于目前日益增多的因医生外出兼职引发的各类医疗纠纷。

2002 年底,卫生部新闻发言人明确表示,“走穴”行为与允许医生兼职有本质

区别。2000年中组部、人事部、卫生部联合下发的《关于深化卫生事业单位人事制度改革的实施意见》提出,“医疗机构可根据工作需要采取专职与兼职相结合的方式,聘用部分兼职技术骨干。医疗机构要根据医疗工作的特点,制定兼职管理规定,加强对兼职人员的管理”,明确允许医生兼职。允许医生兼职并不等于医生可以“走穴”。目前社会上出现的个别医务人员未经单位批准而外出行医的现象,有人称之为医生“走穴”。“走穴”是未经允许的个人行为,违反《执业医师法》的有关规定,卫生部坚决反对医生“走穴”行为。

引发兼职医生刑事责任的根本原因在于我国相关法律规定的不明确。我国《刑法》第336条规定,未取得医生执业资格的人非法行医,情节严重或造成严重后果的,应承担刑事责任。但是,何为刑法意义上的“医生执业资格”,现有法律没有明确的规定。根据《执业医师法》及其相关法规的规定,取得《医师资格证书》者,必须按照《执业医师法》以及《医师执业注册暂行办法》的规定,经注册取得《医师执业证书》后,方可按照注册的执业地点、执业类别、执业范围,从事相应的医疗、预防、保健活动。如果医师变更执业地点等注册事项的,应当到注册主管部门办理变更注册手续。那么,如果持有《医师执业证书》的兼职医生没有在异地办理变更手续而从事医疗活动,是否视为刑法意义上的“未取得医生执业资格”呢?有的地区采取对兼职医生进行备案制度。但是备案和审批不是一回事,备案只表明兼职者通知了当地卫生行政机关其在此地行医,并不意味着该医生取得当地执业资格,所以这样的做法也不规范。《医师执业注册暂行办法》中提到,医师执业地点在两个以上的管理规定另行制定,但是目前这一规定还没有出台。

法律规定的不明确,造成现实的执法混乱,仅仅发布部门规章尚难以规避医生兼职时面临的所有法律风险。在这里需要注意的是,《刑法》和《执业医师法》均是由全国人大颁布的法律,其法律效力高于卫生部发布的行政规章,因此,不能用卫生部的行政规章解释《刑法》中的相关概念。对于该问题的解决办法,可由全国人大对《刑法》中非法行医罪的犯罪构成进行立法解释,或是由最高人民法院发布相关司法解释,^①规定何种情况属于“未取得医生执业资格”。这也正是卫生部关于多地点执业规定迟迟不能出台的原因之一,也是目前人大常委会准备对《执业医师法》进行修订的主要动因。

^① 据新华社2005年5月30日报道:2005年5月28日,最高人民法院在郑州召开了《关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》征求意见座谈会,就非法行医罪的认定进行了研讨。即将出台的这一司法解释对于“未取得医生执业资格”等5种情形,将作出新的规定。对于“情节严重”的认定,则列举了非法行医累计1个月以上的;违法所得数额累计在1万元以上的;给就诊人造成直接损失累计在2000元以上的,造成3名以上就诊人轻度残疾、器官组织损伤导致功能障碍的等8种情形。但是,至本书截稿之日,上述司法解释尚未出台。详见 http://www.ha.xinhuanet.com/add/hnnews/2005-05/30/content_4331307.htm。

【案例 11-4】原告患者周某某,因病于 2005 年 9 月 9 日入住被告某医学院附属医院心内科治疗。院方录用的医学院校毕业生唐某某、程某等人在为患者诊疗时尚未取得执业医师资格,对患者作医嘱时却均以医师名义签名。在没有上级医师签名的情况下,将医嘱交护士用药输液。两天后,患者病情加重,不能自主呼吸,后转入 ICU 病房继续治疗,一直重度昏迷,被确认处于脑死亡状态。其后,原、被告双方共同委托遵义市医学会进行医疗事故鉴定,结论为“患者发生的不良后果,是现有医学科学条件下所发生的无法预料的后果,医方在诊疗过程中存在不足,但与患者出现的不良后果无直接因果关系;该医疗争议不属于医疗事故。”随后,患者方向法院提起诉讼,有关方面在诉讼中一致确认原告系一级伤残。

法院审理认为,根据有关规定,医学院校毕业生在医疗机构试用,可以在上级医师的指导下从事相应的诊疗活动,不属于非法行医;处于试用期的医师开具处方,须经所在医疗机构有处方权的执业医师审核,并签名或加盖专用签章后方有效。此案中处于试用期的医生却独自以自己的名义作医嘱,出具处方,没有上级医师签名认可,应属于非法行医。非法行医行为使患者丧失了执业医师为其治疗的机会,而且行医人员不具备行医资格实质上增加了损害发生的可能性。法院认为,医学会作出的关于该争议不属于医疗事故的鉴定对此案并无法律意义。此案中非法行医行为与患者损害之间的相关因果关系成立,医院应负民事赔偿责任。法院遂判决医院赔偿患者误工费、护理费、残疾赔偿金、精神损害抚慰金等共计 26.7 万元。

本案在实践中非常具有典型性。卫生部在《关于取得医师资格但未经注册的人员开展医师执业活动有关问题的批复》(2004 年 6 月 4 日)中规定,在教学医院实习的本科生、研究生、博士生以及毕业第一年的医学生可以在执业医师的指导下进行临床工作,但不能单独从事医师执业活动。卫生部《关于医学生毕业后暂未取得医师资格从事诊疗活动有关问题的批复》(2005 年 9 月 5 日)规定,医学专业毕业生在毕业第一年后未取得医师资格的,可以在执业医师指导下进行临床实习,但不得独立从事临床活动,包括不得出具任何形式的医学证明文件和医学文书。未取得医师资格的医学专业毕业生违反规定擅自在医疗机构中独立从事临床工作的,按照《执业医师法》第 39 条的规定处理;造成患者人身损害的,按照《医疗事故处理条例》第 61 条的规定处理。

尽管《执业医师法》、国务院行政法规及卫生部规章等,均严格禁止本科生、研究生、博士生以及毕业第一年的医学生等单独从事医师执业活动,不得出具任何形式的医学证明文件和医学文书,但是,现实与法律规定却相差甚远,尤其是在教学医院、偏远地区医院。这种现象发生的原因是多方面的,其中卫生行政部门监管不力、医疗机构管理制度缺位、上级医师缺乏责任心、工作繁忙及时间差等,均是其发生的原因。然而,这种“非法行医”绝不同于刑法意义上的“非法行

医”，行为人不具有非法行医的主观恶性，不宜以《刑法》进行调整。这也是我国刑法立法政策使然。因此，本案没有按照刑事的“非法行医罪”来进行审理，而是将试用期医生独自开医嘱、出具处方等行为认定为民事过错之一，并据此判决医院承担民事责任。

（二）情节严重的认定

对非法行医罪中“情节严重”的认定，尚无司法解释，也无统一的标准。以下是不同学者的看法：

有人认为：情节严重，一般是指经卫生行政主管部门多次制止仍一意孤行，长期从事非法行医活动的；非法行医造成多人身体受到较轻伤害的；非法行医骗取钱财数额较大的；使用伪劣药品蒙骗就诊人的；利用非法行医调戏、侮辱、猥亵妇女、儿童的等。^①

有人认为：情节严重，主要是指没有基本的必要的医疗知识假冒医生行医的；医疗条件根本不符合国家规定的医疗机构基本标准的；非法行医，不听劝阻、屡教不改的；伪造、涂改、转让、非法获取《医疗机构执业许可证》、医生技术资格等证明，以掩护非法行医的；使用非卫生技术人员从事医疗技术工作的；自订收费标准，乱开处方，谋取不法利益，数额较大的；作风恶劣，不负责任或者违反有关医疗法律、法规、技术规范的；造成医疗责任事故的等。^②

作者并不完全同意上述看法，上述情形中的有些行为构成其他犯罪；有些行为是单位行为，而非法行医的犯罪主体是自然人。

（三）对非法行医罪的量刑

我国《刑法》第336条第1款规定：“未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处10年以上有期徒刑，并处罚金。”

二、对非法行医的行政管理

2004年4月14日，针对近年来各地非法行医事件不断增多，严重影响就医者的生命健康，因此，卫生部发布了《关于开展严厉打击非法行医专项整治工作的通

① 高铭喧主编：《新编中国刑法学》（下册），中国人民大学出版社1998年版，第894页。

② 颜茂昆等著：《刑法适用新论》（下册），吉林人民出版社2001年版，第1556～1557页。

知》，决定在全国范围内深入开展严厉打击非法行医、整顿和规范医疗服务市场的专项整治工作。重点开展对非法行医和医疗机构聘用非医务人员行医、出租科室、外包科室的治理整顿。对未经执业注册、未取得《医师执业证书》人员行医的，要依法予以严肃处理；对聘用上述人员行医或出租诊室、外包科室的医疗机构，要依法予以查处，并追究有关责任人的责任。构成犯罪的，要依法移送公安、司法机关追究刑事责任。要重点查处大案、要案，建立联合办案、协作办案的制度和机制，强化对跨区域违法行为的查处，打击流窜作案活动。对纵容、庇护甚至直接参与违法活动的卫生行政人员和医疗机构负责人，要及时移送纪检监察部门处理；涉嫌犯罪的，移送公安、司法机关查处。

据不完全统计，截至2005年12月31日，各地取缔无证行医9.5万户次，查处聘用非卫生技术人员行医的医疗机构、计生机构3万户，清理出租、承包科室医疗机构3369户，查处擅自开展性病诊疗机构2732户，查处非法鉴定胎儿性别和开展选择性别终止妊娠手术的机构522户，查处超范围开展诊疗活动的计生机构492户，查处医疗机构和计生机构其他违法行为4.6万户；没收药品、器械22万箱（件），没收违法所得4558万元，罚款1.17亿元，警告、责令改正7.7万户，吊销医师执业证书660人，吊销医疗机构执业许可证1700户，暂停机构执业1.2万户，暂停人员执业2.7万人；向公安、工商、药监等部门移送案件4066件；追究刑事责任157人；对181名有关卫生行政部门、违法违规医疗机构负责人和相关责任人员给予了党纪政纪处分。^①

【案例11-5】2005年12月11日，宿州市立医院与没有医疗资质的上海舜春扬违规合作，聘用上海第九人民医院医生徐庆，在没有经过上海第九人民医院允许的情况下，为10名白内障患者做了超声波乳化白内障手术，术后，10名患者术部眼球受到严重感染。10人被送往上海耳鼻喉科医院救治之后，为挽救患者生命，9人的感染眼球被摘除。经安徽省卫生厅初步调查认为：这一事件是宿州市立医院管理混乱，与非医疗机构违法、违规合作，严重违反诊疗技术规范并造成严重后果、社会影响极坏的医源性感染事件。事后，当地卫生局、医院领导及相关科室负责人分别受到了党纪处分、停止执业活动等处罚。

2006年，全国范围内的打击非法行医的专项行动继续进行。打击的重点：一是严厉打击无证行医行为；二是严肃查处医疗机构聘用非卫生技术人员行医的行为；三是严肃查处医疗机构出租、承包科室的行为；四是严肃查处非法从事性病诊疗活动的行为；五是严肃查处利用B超非法鉴定胎儿性别和选择性别的终止妊娠

^① 全国打击非法行医专项行动领导小组办公室：《简报》（第51期）2006年1月10日。

手术的行为。^①

从卫生行政管理角度看,非法行医的案件是大量存在的,非法行医的外延要比非法行医罪宽泛得多,法律、行政法规和大量的卫生行政部门的规范性文件均在处理非法行医案件中适用。因本书的主要读者不是卫生行政管理人员,故从略。

三、非法行医案的民事诉讼

(一)非法行医的常见表现

非法行医案件是人身和/或财产损害赔偿案件中的一种。非法行医常见的表现有:

1. 违反《执业医师法》的规定

包括:(1)未取得医生执业资格的人从事医师执业活动的;(2)未经批准擅自开办医疗机构行医的;(3)已取得医生执业资格的人,未按照注册的执业地点、执业类别、执业范围执业的;(4)已取得医生执业资格的人,注册后在医疗、预防、保健机构中执业满5年,未经批准个体行医的,或不符合个体行医规定,以不正当手段取得批准的;(5)执业助理医师未在执业医师的指导下,在医疗、预防、保健机构中独立执业的,但《执业医师法》第30条第2款规定的情形外;(6)医学生未在执业医师的指导下,在医疗、预防、保健机构独立执业的;(7)已取得医生执业资格的人,在他人未经批准开办的医疗机构行医的;(8)军队医疗机构未经军区级单位后勤(联勤)机关卫生部门审核、批准擅自聘用地方医师的。

2. 违反《医疗机构管理条例》的规定

包括:(1)未取得《医疗机构执业许可证》擅自执业的;(2)逾期不校验《医疗机构执业许可证》仍从事诊疗活动的,或者拒不校验的;(3)出卖、转让、出借《医疗机构执业许可证》的;(4)诊疗活动超出登记范围的;(5)使用非卫生技术人员从事医疗卫生技术工作的;(6)出具虚假证明文件的。

3. 违反《母婴保健法》的规定

(1)未取得国家颁发的有关合格证书,从事婚前医学检查、遗传病诊断、产前诊断或者医学技术鉴定的;(2)未取得国家颁发的有关合格证书,施行终止妊娠手术的;(3)未取得国家颁发的有关合格证书,出具有关医学证明的;(4)出具有关虚假医学证明或者进行胎儿性别鉴定的。

^① 卫生部等七部委(卫监督发[2006]140号):“关于进一步加强全国打击非法行医专项行动的通知”。

4. 违反《乡村医生从业管理条例》的规定

(1) 未经注册取得乡村医生执业证书或以不正当手段取得乡村医生执业证书执业的;(2) 乡村医生执业证书有效期满未予再注册的;(3) 乡村医生变更执业的村医疗卫生机构,未办理变更执业注册手续的;(4) 乡村医生执业活动超出规定的执业范围,或者未按照规定进行转诊的;(5) 乡村医生违反规定使用乡村医生基本用药目录以外的处方药品的;(6) 乡村医生在执业活动中,违反规定进行实验性临床医疗活动,或者重复使用一次性医疗器械和卫生材料的。

5. 违反卫生行政部门的规范性文件

(1) 医师未经所在医疗机构批准,擅自外出会诊的;(2) 会诊邀请超出本单位诊疗科目或者本单位不具备相应资质,本单位的技术力量、设备、设施不能为会诊提供必要的医疗安全保障,会诊邀请超出被邀请医师执业范围,省级卫生行政部门规定的其他情形,医疗机构提出会诊邀请的;(3) 有会诊邀请超出本单位诊疗科目或者本单位不具备相应资质,会诊邀请超出被邀请医师执业范围,邀请医疗机构不具备相应医疗救治条件,省级卫生行政部门规定的其他情形,医疗机构派出医师外出会诊的;(4) 境外医师来华短期行医未经所在地设区的市级以上卫生行政部门注册,取得《外国医师短期行医许可证》的;(5) 境外医疗团体应邀或申请来华短期行医的,未经邀请或合作单位所在地的省、自治区、直辖市卫生行政部门依照规定进行审核,报卫生部审批的;(6) 未经护士执业注册或者非法取得《中华人民共和国护士执业证书》从事护士工作的;(7) 未经卫生行政部门许可,擅自开展性病专科诊治业务的;(8) 未取得《医疗机构执业许可证》并经登记机关核准开展医疗美容诊疗科目的;(9) 美容医疗机构和医疗美容科室未经批准擅自扩大诊疗范围,开展未向登记机关备案的医疗美容项目的;(10) 未经卫生行政部门核定并办理执业注册手续的人员从事医疗美容诊疗服务,或未取得主诊医师资格的执业医师,不在主诊医师的指导下从事医疗美容临床技术服务工作的。

上述非法行医行为并未涵盖非法医疗行为的全部,其中的某些行为,如果细分的话还可有不同表现形式。如“出卖、转让、出借《医疗机构执业许可证》”可以是直接地,也可以是间接地以出租房屋、承包科室、项目合作等形式,来实现《医疗机构执业许可证》的出卖、转让、出借而获利。常见的情形有:(1) 医疗机构将医疗场所、发票收据、医疗文书、医疗设备等出租给其他组织或个人,并以该医疗机构名义开展诊疗活动,医疗机构收取租金的;(2) 将科室等承包给其他组织或个人并以该医疗机构的名义开展诊疗活动,医疗机构收取定额费用的;(3) 挂靠并使用该医疗机构的处方、收据及医疗文书等开展诊疗活动,该医疗机构收取管理费的;(4) 以场所、设备、人员、收据、处方、医疗文书等有形资产和医院名称等无形资产为资本投资与其他组织或个人合资合作设立非独立法人资格的营利性“门诊”、“中心”、“项

目”,并以该医疗机构名义开展诊疗活动,该医疗机构收取管理费的或者双方按比例分利的;(5)外包科室和出租科室,与其他组织、个人合资合作举办非独立法人资格的营利性“科室”、“病区”、“中心”、“项目”等。

(二)非法行医案件与医疗纠纷案件的区别及诉讼选择

非法行医与医疗纠纷从表面上看都发生在医疗活动中,但其本质的区别是前者医疗活动是非法的,其具体的医疗行为无论其正确恰当与否,均不影响其非法的定性。而后者是在合法的医疗活动,其具体的医疗行为可能存在违法、违规,只是合法医疗中的过错。

1. 非法行医所引起的民事诉讼和因非法行医罪刑事诉讼受害人提出的刑事附带民事诉讼(或另行提起的民事诉讼),与医疗纠纷案件存在以下不同:

(1)医疗纠纷案件的被告通常是合法的医疗机构,而非法行医案件的被告更多的是未取得医生执业资格的人和未经批准开办的非法医疗机构;

(2)医疗纠纷案件的案由可分为医疗服务合同纠纷和医疗损害赔偿(包括医疗事故损害赔偿和其他医疗损害赔偿)纠纷,可能是违约之诉,也可能是侵权之诉;而非法行医案件的案由是人身损害赔偿纠纷和财产损害赔偿纠纷,毫无例外是侵权之诉;

(3)医疗纠纷案件的鉴定方式有医疗事故技术鉴定和司法鉴定两种;而非法行医案件的鉴定方式只有司法鉴定;

(4)医疗纠纷案件中医疗损害赔偿纠纷的举证责任倒置;而非法行医案件遵循“谁主张,谁举证”的原则;^①

(5)医疗纠纷案件赔偿适用《民法通则》、《合同法》、《条例》、《解释》;而非法行医案件赔偿适用《民法通则》和《解释》;

(6)医疗纠纷案件的赔偿,只要不是全部责任,通常是部分赔偿,且受免责事由和免责条款调整;而非法行医通常要承担全部赔偿责任,任何免责条款都是无效的;

(7)诉讼前,医疗纠纷案件,卫生行政部门可根据当事人的申请进行调解;而非

^① 然而,如果在涉及非法行医行为的民事赔偿案件中,要求就医者或其家属证明非法行医行为与就医者之间的因果关系是非常困难的,而且也不具有合理性。最高人民法院《关于民事诉讼的若干规定》第7条规定,即在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。因此,在司法实践中,法院在审理此类案件时,可根据上述法律规定,要求非法行医者就其非法行医行为与就医者损害后果之间没有因果关系承担举证责任,否则将承担不利的民事赔偿法律后果。

法行医案件,卫生行政部门一般不参与调解。

2. 在实践中,有些案件尤其是涉及合法的医疗机构有非法行医情形的案件,当事人及代理人可从以下几方面来选择诉讼方向:(1)非法行医行为不是造成损害后果的主要原因时,将该行为作为其过错之一,以医疗纠纷案件对待;(2)合法医疗机构与非法行医行为人为共同被告时,无论是医疗纠纷案件,还是非法行医案件,可诉请两者承担连带责任;(3)从已掌握的证据和可能收集到的证据来考虑诉讼方向;(4)从诉讼的效率和预期获偿金额来考虑诉讼方向。

■第二节 输血感染相关医疗纠纷

人类对输血的认识过程颇具戏剧性,可谓一波三折。1667年德尼医生首先使用牛犊血治疗患者,到1670年法国下令禁止输血。在兰德施泰纳发现血液的不同分型,理查德·莱维松发现柠檬酸钠可防止凝固后,输血才成为比较安全可行的治疗手段。然而,输血在挽救患者生命健康的同时,也给患者和医疗机构带来了极大的风险。在医疗纠纷中不乏出现因输血而造成院内感染。

一、血液的法律属性

关于血液法律属性的确定,直接关系到输血致患者感染案件的法律适用问题。有学者认为血液是产品,血站是产品的生产者,医院是产品的销售者。为患者输血使其感染,医院和(或)血站应承担产品质量责任。支持该观点的理由是:(1)从血液自供血者体内抽出,经检验、离心沉淀分离等环节,是一个被加工、制作的过程。血液是通过离心机等设备,用物理、化学等手段离心、分层、提取的结果,是加工制作的产物;(2)血站按一定的价格,将血液交付医院,这是一个等价有偿的交换行为;(3)《药品管理法》第102条的规定血液制品属于药品,药品属于产品的范畴。

作者对上述观点持不同看法。我国《民法通则》第122条的产品质量责任条款并未明确产品的定义,但《产品质量法》第2条第2款规定,产品是指经过加工、制作,用于销售的产品,但不包括建筑工程和军工产品。可见在我国法律层面的产品,主要包括工业产品和农副产品,且应具备两个条件:(1)经过加工、制作。所谓加工、制作,是指改变原材料、毛坯和半成品的形状、性质或表面状态,使之达到规定的要求。未经加工、制作的自然物,如种植的水果、蔬菜,饲养的鱼、鸡不是产品,但应属于《消费者权益保护法》所提及的商品范畴。(2)用于销售,即生产加工产

品是为了将之使用价值让度于他人,自身取得价值,以谋取利益。

应当承认,血液尤其是成分血是对人体血液加工、制作的结果,但认为血站加工、制作临床用血的目的是为了销售,则不妥当。《产品质量法》要求产品满足的“用于销售”之条件,实质上是要求生产产品的目的是通过销售而赢利,“销售”是实现赢利的手段和形式。血站加工、制作临床血液,通过医院供病人使用,表现为销售,但此种销售的目的绝非赢利。首先,根据《献血法》、《采供血机构和血液管理办法》的规定,血站是采集、提供临床用血的机构,是不以营利为目的的公益性组织。其次,输血是医疗救治的重要手段,不同于商品买卖关系。血液的提供和使用,绝非市场行为。特别是《献血法》所确定的无偿献血制度,意味着医院临床用血主要来源于无偿献血,由血站统一采集,不以营利为目的。公民临床用血时,只交付用于献血者的营养补偿费,血液检验、包装、储藏等环节的费用。第三,鉴于血站的公益性,美国法律也明确将血液排除在严格产品责任法中的产品之外。美国《统一产品责任示范法》第102条规定:“产品是真正有价值的,为进入市场而生产的能够作为组装整件或者作为部件、零售交付的物品,但组织、器官、血液成分除外。”第四,《药品管理法》所提及的“血液制品”,是指药品生产企业以赢利为目的,用物理、化学手段对全血、成分血进行加工而获得的物品,如白蛋白、纤维蛋白源等。临床使用的全血及成分血不属于血液制品的范畴。

可见,不能将血液当做产品或商品,而其只属于法律上“物”的范畴。在审理因输血致患者感染的案件时,主要依据参照《献血法》、《采供血机构和血液管理办法》、《血站管理办法(暂行)》、《血站基本标准》、《供血者健康检查标准》、《医疗机构临床用血管理办法》、《输血技术规范》等法律法规、规章及技术规范,而不能适用《产品质量法》、《药品管理法》及《消费者权益保护法》。

二、输血致患者感染的归责原则

输血致患者感染往往构成了侵权责任和违约责任的竞合。从有利于患者的角度,选择侵权责任来进行救济更为合适。而在侵权行为法当中,归责原则是一个核心问题,但法学界对此各持其据。作者认为,根据我国目前的实际情况,因输血致患者感染应适用过错推定原则较为合理。理由如下:

1. 不宜适用无过错责任原则。从理论上,无过错责任原则的基本思想并非对不法行为进行制裁,而是在于对不幸损害的合理分配,它是以完善健全的保险制度为基础,并通过保险制度而实现损害分配的社会化。所以无过错责任一般适用于意外灾害,例如工业灾害、交通事故等案件,在我国民法中就只适用于某些高度危险作业。这些危险作业都有如下特点:(1)是合法而必要的;(2)意外事故发生频

繁;(3)损害巨大,受害者众多;(4)事故的发生多为技术缺陷的结果,难以防范;(5)加害人是否有过失,被害人难以证明。临床输血并不属于高度危险作业,也不具有上述特点,且各国也没有适用无过错责任的立法例。在医患法律关系中,无论是诊疗的全过程,还是各个具体的诊疗行为,一般都不是达成特定结果的“结果债务”,而只能是作为诊治的手段。这是因为诊疗行为具有不确定性,并且现代医学还不能征服所有疾病。在临床输血过程中,由于抗体产生之前为抗原,在抗原产生但未形成抗体之前,通过现有的科技设备,不能检测丙肝病毒,在世界医学领域,都允许一定范围内的丙肝病毒漏检率,我国允许的漏检率为3%。正是由于“窗口期”以及“漏检率”的客观存在,绝对安全的血液估计只占所输血液的40%左右。因此,如果适用无过错责任的话,恐怕结果就是医院办不下去了。

2. 如果采用过错责任原则,在举证责任上对患者来说有一定的难度。医疗护理行为对于普通人来说,是非常专业化的。若要求患者及其家属对这种专业行为指出错误并举证证明,无疑是非常困难而且有悖常理的。切不可援引《条例》中关于无过错输血不属医疗事故的规定,因为那只是卫生行政部门认定医疗事故的依据,而非法院认定输血致患者感染案件的依据。

综上所述,因输血致患者感染应适用过错推定原则。即医院或血站不能证明自己没有过错,则推定医院与血站有过错并应承担连带赔偿责任。血站或医院中的一方作出赔偿后,无过错方可向有过错方追偿相应损失。如果血站和医院均能证明自己履行了法定义务,对患者的健康受到损害没有过错,但不能证明患者在输血前已经感染上了病毒,或患者通过其他渠道感染的,应由血站、医院和患者按照公平原则分担民事责任。

三、输血感染案件举证责任分配

在输血致患者感染的案件中,关于所输血液是否已被感染的举证是关键。患者应举证证明曾输过血站提供的血液,并在一定期限内(该期限为病毒潜伏期,一般为2周至6个月)被感染,而作为医院和血站则应举证输血行为与损害后果间无因果关系,且无过失行为。

(一)关于输血行为与损害后果间因果关系的举证

只要病人能证明输血后一定时间内被感染(比如丙肝感染),血站或医院欲免责,只能通过反证自己已尽检测(查)义务而表明主观上无过失。反证的第一步是:对血液标本或献血者的血液重新进行检验。血液重新检测,应由法院指定的机构或双方共同委托的机构予以鉴定。血站是利害关系人,其事后单方作出的检测,不

宜作为定案证据予以采信。若血液中存在病毒阳性抗体,则表明血站未尽谨慎检测义务。反证的第二步是:尽管在对输血者再次检测时,发现病毒阳性抗体,血站仍可举证献血时,血液中的丙肝病毒的抗体尚未产生,以表明自己主观上无过失。法院在审判输血致患者感染案时,只要病人能够举证证明曾输过血站提供的血液,并在一定期限内感染上丙肝,且血站未能举证证明所输入的血液中不存在病毒,未能举证证明丙肝是通过其他途径感染的,或未能举证证明当时血液中的病毒通过现有技术和设备不能检测出来(如血液标本未被保留或献血人无法查找),则法院可认定输血同感染病毒之间具有因果关系。

有观点认为,输血只是感染丙肝的一种途径,不是唯一途径,因此,如果病人不能举证证明直接因果关系,则血站不承担责任。这种观点受必然因果关系理论的影响。该理论认为:侵权行为或违约行为同损害结果之间应当具有内在的、本质的、必然的联系。但是,近几年来在司法实践中,必然因果关系理论逐渐被“相当因果关系理论”代替。必然因果关系是哲学上的因果关系理论,注重的是事物之间的逻辑联系。而在现实中,受制于人的知识、经验和能力,难以把握某一特定行为同某一特定结果之间是否存在的客观的、本质的、必然的联系。因此,在审判过程中,法官难免不受制于自己的知识经验和认识水平,认识和判断某一具体行为和损害结果之间存在着“客观的、本质的、必然的联系”。而根据相当因果关系理论,法官只需依一般社会见解,按照当时社会所能达到的知识和经验,判明原因事实同损害结果之间在通常情形下存在联系的可能性,而客观上,这种原因事实已经发生了这样的结果。必然因果关系理论超越特定时代的知识、水平和人的认识能力,要求法官处理每一件具体案件,都要掌握本质的、必然的联系,恰恰违反了唯物辩证法。根据相当因果关系理论去认定输血同感染丙肝之间的因果关系,只要患者举证证明曾输过血站提供的血液,并在丙肝潜伏期内(一般为2周至6个月)感染上丙肝,而血站不能举证证明丙肝是通过其他途径感染的,就可以认定输血同感染丙肝之间具有因果关系。

(二)不存在过失行为的举证

在实践中,输血感染者起诉时通常将血站和医院列为共同被告,这便涉及血站和医院对各自行为不存在过失的举证问题。血站应充分举证自身采供血已经严格遵守各项技术操作规程和制度,包括:(1)采血前,必须按照《献血者健康检查标准》,对献血者进行健康检查,健康检查不合格的,不得采集其血液;(2)对采集的血液进行检验,检验时必须使用合格的诊断试剂,保证血液质量;(3)在采集检验标本、采集血液和成分血分离时,必须使用合格的一次性注射器和采血器材,用后及

时销毁,避免交叉感染;(4)应当保证发出的血液质量、品种、规格、数量无差错,未经检验或者检验不合格的血液不得向医疗机构提供。

同样,医院也应充分举证对输给病人的临床用血已经尽到谨慎核查义务。《献血法》第13条规定,医疗机构对临床用血必须进行核查,不得将不符合国家规定的血液用于临床。可见,医疗机构对血站提供的血液不再进行检测,但必须进行核查。根据《医疗机构临床用血管理办法》和《输血技术规范》的规定,医疗机构的核查义务应从两个方面来理解。首先,输血科(血库)在发血时要尽到对血袋包装的核查义务:(1)血站名称及其许可证号;(2)献血者姓名、血型;(3)血液品种;(4)采血时期及时间;(5)有效期及时间;(6)血袋编号;(7)储存条件。同时,如果发现血袋有下列情形之一的,一律不得发出:(1)标签破损、字迹不清;(2)血袋有破损、漏血;(3)血液中有明显凝块;(4)血浆呈乳糜状或暗灰色;(5)血浆中有明显气泡、絮状物或粗大颗粒;(6)未摇动时血浆层与红细胞的界面不清或交界面上出现溶血;(7)红细胞层呈紫红色;(8)过期或其他须查证的情况。其次,从输血科(血库)取血后的医务人员,在输血前核查的内容主要包括:(1)确定病人的资料,包括病人姓名、住院号、病床床号等,更重要的是对病历、血型配型标签以及定血单的核对,从而确认血液的血型和病人是否相符;(2)核查血液(外包装)上国家规定的内容,核对血液的有效期限;(3)核对后应在病历中记录输血日期、输血时间、输注的血液的单位数、输注的血液的编号,以备查对;(4)在病历上签字。如发现上述内容不符的血液,不得用于患者。

【案例11-6】输血感染艾滋病案例

1996年2月17日,李某在其家单元楼上玩耍时,不慎坠地受伤,被送入某县人民医院抢救治疗。在该院住院抢救治疗期间,输原某县血站供全血400ml(为三名献血员血液)。因治疗效果不佳,后转入其他医院治疗,同年3月12日出院。同年3月28日,李某以“发热5天,皮肤黄染3天”为由再次到某县人民医院就诊,儿科以“黄疸肝炎”收住院,3月29日、30日,其父为其输血两次,共计200ml。3月31日转某市中心医院传染科。4月2日在给李某作血液检验时,发现李某艾滋病毒抗体初筛呈阳性,4月3日某市中心医院对李某父母血液进行艾滋病毒抗体检测,结果均呈阴性。之后李某血样报国家指定的艾滋病检测实验室确认,经确认,李某确实感染上了艾滋病毒。事件发生后,有关当事方就如何解决这一问题多次进行协商,但一直未有结果。

1998年10月17日,李某向某市中级人民法院提起民事诉讼,要求某县人民医院和某县卫生局赔偿其今后治疗费用1050万元(每年治疗费25万元,按50年计,为1050万元),赔偿精神损失费50万元,共计1100万元。

某市中级人民法院一审认为:公民的生命健康权应受法律保护,本案原告感染艾滋病毒,侵权者依法应予赔偿。本案原告在感染艾滋病毒时只有6岁,可排除性传播这一

途径;又根据对其父母的两次艾滋病毒抗体检测均呈阴性这一事实,也可以排除母婴传播这一途径;则其传播途径只能是血液传播。在此,适用举证责任倒置,被告若举不出原告感染由血液传播之外的其他途径,则应推定为输入了含有艾滋病毒的血液。

对此,某县卫生局认为,在原来事件的处理过程中,对原告所用的原三名献血者的血液,委托某市卫生防疫站再次进行了检测,HIV呈阴性,因此原血站提供的血液是合格的,但某县卫生局未能提供原某县血站原三名献血员的献血档案(内含献血员的献血证、身份证、照片、体检表),这样就难以证明在采血过程中对三名献血员的身份是否进行了核对,照片是否进行了核对,体检表是否是本人的,难以保证所采的血液与原三名献血员相一致。就会出现此献血员用彼献血证的情况,从而为不良血液进入血库有了可乘之机,因此难以认定血站所供血液为合格血液。原某县血站应承担提供不合格血液所造成的侵权责任,依法应赔偿李某的医疗费及精神抚慰金,但由于原某县血站是依法批准成立的独立事业法人,且已被撤销,则应以其现自有的全部财产113754元承担民事责任。某县卫生局作为原血站的上级主管部门,在血站的成立撤销过程中虽无过错,但作为原血站财产的主管部门,应负责原血站的善后处理。

某县人民医院属医疗机构,非血液制品的制造人,对血液制品的内在质量既无检测条件且依照有关规定也无检测义务,其主要职责是对血液的有效期、型号进行核对,血液是否凝聚或溶血。本案中以某县人民医院举证的护士交班报告、当班护士的当庭证言、记载核对情况的病历被卫生部门调走以及输血惯例来看,该医院尽到了核查责任,没有过错。因此,某县人民医院医疗行为对造成输血感染无直接因果关系,不应负民事责任。

法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第119条、《中华人民共和国民事诉讼法》第19条之规定,作出(1998)×民初字第109号民事判决书,判决:一、某县卫生局以原某县血站的财产作价113754元,赔付给李某,不再承担其他民事责任。二、某县人民医院不负民事责任。

一审宣判后,原告李某不服,向省高级人民法院提起上诉。省高级人民法院经二审开庭审理,作出(2000)×法民终字第340号民事调解书,内容为:双方当事人自愿达成协议如下:一、经李某和某县卫生局双方同意,卫生局同意补偿给李某38万元。二、履行期限,在本调解书生效后一个月内,卫生局支付给李某10万元(含已先予执行的2万元);2000年12月31日前支付18万元;2001年6月30日前支付10万元。三、原某县血站的设备财产由某县卫生局交由李某自行处分。

■第三节 医疗器械相关医疗纠纷

医疗损害结果的发生与多种因素有关,包括医生的医疗过失、医疗行为本身因

素、患者的个体素质以及医疗器械的使用等。近年来,医疗器械大量用于临床医疗工作,给患者身体康复带来了益处,但同时也因其质量等原因引发了医患之间的纠纷。医疗器械相关医疗纠纷案件不仅与医生的医疗行为有关,也与医疗器械的产品质量有关。单纯的医疗器械产品质量纠纷的举证责任有其不同于一般医疗侵权纠纷。鉴于此,本节将通过律师代理具体案件过程的介绍,就有关问题进行讨论。

一、相关案情简介

2001年7月16日,原告张某因骑车不慎摔倒,感觉左腿疼痛,活动受限,到被告医院门诊就诊。X光照片结果显示“左股骨颈闭合性骨折”,患者被收入住院治疗。同年7月19日,医院为原告实施了硬膜外麻醉下“切开复位空心钉内固定术”,同年8月7日出院。出院不久,原告感觉左腿疼痛并逐渐加重,经几次复查无结果。2002年5月,原告在拍片复查时,得知医院在手术时安置原告体内空心钉断裂。但是,医院当时未予积极救治,仅告知回去休养,不会影响功能。之后,原告病情继续加重,最后左腿疼痛难以忍受,生活不能自理。2003年4月2日,原告在家属陪同下到北京积水潭医院就诊,被诊断为“骨折术后股骨头坏死”。同年5月12日,原告在北京积水潭医院住院治疗期间,接受了“人工全髋关节置换术、取螺钉两枚(断钉一枚)”。在术中,医患双方对取出的空心钉进行了封存。同年5月19日,原告出院。事后,医患双方在赔偿事宜协商未果的情况下,原告以医疗产品质量侵权纠纷将被告诉至法院,认为被告使用劣质空心钉,造成原告严重的人身损害结果。依据《民法通则》及《产品质量法》的相关规定,请求人民法院判令被告赔偿286732.58元。

二、律师代理过程

1. 诉讼案由选择

本案代理律师在接受原告委托后,就本案的案由选择进行了充分的考虑。当时,律师曾考虑了以下三种案由:

(1) 医疗服务合同纠纷。本案原告张某与被告医院存在医疗服务合同关系,其服务合同合法有效。在合同履行过程中,医院由于提供不合格产品骨穿钉,出现异常断裂,又因未予积极救治,造成张某最后出现股骨头坏死,以至于构成八级伤残等损害后果,属严重违约行为,应承担违约赔偿责任。

(2) 医疗侵权纠纷。原告张某认为医院提供不合格产品骨穿钉,出现异常断裂之后未予积极救治的行为,严重违反卫生法律法规及诊疗常规,属医疗侵权行为。该行为与张某最后出现股骨头坏死,以至于构成八级伤残等损害后果存在因果关系,应承担侵权赔偿责任。

(3) 医疗产品质量纠纷。原告张某认为医院及生产厂家严重违反产品质量法律法规,向其提供缺陷产品骨穿钉。由于医院的侵权行为造成张某最后出现股骨头坏死,以至于构成八级伤残等损害后果,应承担侵权赔偿责任。

不同案由的选择会有不同的诉讼赔偿主体,诉讼中会涉及不同的鉴定机构,审判会导致不同的法律适用。代理律师经仔细研究并与当事人交换意见,决定以第三种案由,即以医疗产品质量纠纷案由立案。然而,在立案过程中,原告却遇到了麻烦。法院立案庭法官认为,患者起诉医院时应以医疗损害赔偿纠纷或医疗服务合同纠纷立案。但是,原告在律师的支持下坚持要求以医疗产品质量纠纷案由立案。后经法院立案庭合议后,本案得以正式受理。

2. 赔偿义务主体确立

在明确以医疗产品质量纠纷立案后,律师认为本案应适用《产品质量法》。广义产品质量法是调整产品质量法律关系的所有法律规范的总和,狭义的产品质量法是指《产品质量法》这部单一法典。广义的产品质量法调整的是两种社会关系:一是产品质量监督管理关系;二是产品质量责任关系。而狭义的产品质量法侧重于对产品质量责任关系的规范和调整。

产品质量责任关系是指产品的生产者、销售者与用户、消费者之间在产品质量责任方面产生的法律关系。《产品质量法》第43条规定:“因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的,受害人可以向产品的生产者要求赔偿,也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任,产品的销售者赔偿的,产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者责任,产品的生产者赔偿的,产品的生产者有权向产品的销售者追偿。”

在本起医疗产品质量纠纷案件中,产品生产者就是骨穿钉的生产厂家,销售者是被告医院。本案的赔偿主体责任为生产厂家与医院,两者均应成为被告,并承担连带赔偿责任。否则,如选择单一主体生产厂家或医院为被告,难以避免诉讼当中相互推脱责任。另外,医院与生产厂家作为共同被告,增大了赔偿能力。除此之外,在医疗产品质量纠纷中,患者的救济途径除到法院进行诉讼以外,还可以通过技术监督行政部门依法行使行政权力,使受损的权利得以恢复。

在立案之前,代理律师曾经去医院调查骨穿钉生产厂家的厂名、厂址等基本情况,但医院未予配合,不提供有关信息,导致原告只能单独起诉医院,并拟在庭审中视情况追加生产厂家列为共同被告。但遗憾的是,被告始终不能提供空心钉的生产厂家名称以及相关资料。

3. 归责原则及举证责任分配

(1) 归责原则

因缺陷产品致人损害的责任是一种特殊的侵权责任,不同的责任主体承担不

同类型的赔偿责任。在归责原则上,此类纠纷采取二元归责原则,即既适用无过错责任原则,也适用过错责任原则,但以无过错责任原则为主导的归责原则。其中,按照《产品质量法》的要求,无过错原则适用下列情形:①生产者和销售者的直接责任(表面责任)。无论是缺陷产品的生产者或销售者,对直接责任的承担均适用无过错责任原则。换言之,只要使用、消费缺陷产品而受到损害的受害人向该产品的生产者、销售者主张赔偿,生产者和销售者不得以无过错主张免则,受害人也无须证明生产者和销售者的过错。②生产者的最终责任(实质责任)。无过错的销售者向受害者承担直接责任后,可以向生产者追偿,由生产者承担最终责任。销售者只需证明缺陷、损害以及两者之间的因果关系,而无需证明生产者的过错。

按照《产品质量法》的要求,过错责任原则主要适用销售者的最终责任。因销售者过错使产品存在缺陷,销售者承担最终责任。如销售者承担了直接责任,则不得向生产者追偿。但是销售者不能证明缺陷产品的供货者,销售者被视为生产者,其最终责任的承担由适用过错原则转化为无过错责任原则。

在本案审理过程中,医院曾向法庭递交医疗产品质量鉴定申请,但却无法提供关于断钉的详细材料(如产品名称、生产厂名和厂址、产品规格等级、生产厂家许可证号、注册证号、产品生产依据质量标准等)。法院向天津医疗器械质量监督检验中心咨询,被答复因无上述资料而无法进行鉴定。

(2) 举证责任分配

按照《民事诉讼法》及最高人民法院《关于民事诉讼证据若干规定》的第4条第(6)项规定:因缺陷产品致人损害的侵权诉讼由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任。作者认为,这是举证责任的正常分配,不是举证责任倒置。在因缺陷产品致人损害的侵权诉讼当中,受害人需要就投入流通时的产品存在缺陷、使用缺陷产品所到所导致的死亡、人身伤害以及产品以外的其他财产损害、产品缺陷与受害人之间的因果关系等权利发生要件事实进行举证,产品生产者要想免责,应就法律规定的免责事由承担举证责任。

在本案审理过程中,原告举证证明因使用被告提供的空心钉断裂,造成其出现股骨头坏死,构成八级伤残等损害后果,完成了举证责任。按照举证责任分配,被告需向法庭递交医疗产品质量鉴定申请,同时提供鉴定所需的相关材料,因其不能提供鉴定资料,导致无法鉴定,最后败诉。

三、法院审判结果

法院经审理后认为,医疗机构在为患者诊治过程中使用的医疗器械应是安全的、有效的,以使患者得到良好救治。被告现不能提供实施手术过程中使用空心钉

的产品名称、生产厂名和厂址、产品规格等级、生产厂家许可证号、注册证号等内容。被告对植入原告体内的空心钉折断,不能举证证明提供的空心钉质量合格,亦不能证明该空心钉折断非质量缺陷所致,在此应对原告合理的经济损失予以赔偿。依据《产品质量法》第27条、第44条,《民法通则》第106条、第119条规定,判决如下:(1)被告医院赔偿原告医疗费、误工费、交通费、住院伙食费等共计164418元,于判决生效后7日内执行;(2)驳回原告其他诉讼请求,案件受理费由被告承担4798元,原告承担2013元,鉴定费500元由被告医院承担。一审法院判决后,双方均未提出上诉,判决生效。

四、医院经验教训

本案例当中,代理律师认为医院应当汲取一定的经验教训。医疗机构为患者提供诊疗服务时,应当时刻加强管理,不但保管好记录诊疗过程的病历资料,还要保管好与医疗行为相关的其他资料。在本案中,医院如能保留产品的生产厂家的资质及产品合格凭证等相关资料,则产品质量鉴定可以进行。即便鉴定结论出现了涉案产品存在缺陷的结论,承担赔偿责任后,还可以依法向生产厂家追偿,这样完全规避了不必要的医疗风险。

■第四节 药物不良反应医疗纠纷

统计数字表明,2002年全国各级人民法院受理的医疗诉讼案件多达170万件,其中涉及药物纠纷的占37%,药品生产、经营企业成为被告已不鲜见。

依照我国现行法律和法规,大多数药物纠纷案件都不会简单地归责于药品生产经营者,而是要以过错行为、损害结果以及两者因果关系为逻辑前提,根据具体情节定案归责。概括而言,只有两种情况下生产经营者才有可能承担法律责任:一是药品质量有瑕疵;二是药品发生了不良反应。从司法实践看,药品质量责任比较容易认定,只要证明存有质量问题,就应依照我国《民法通则》和《产品质量法》等法律法规有关规定追究生产经营者的法律责任,人民法院依据不同的损害结果予以判决;然而,药品不良反应则不同,需要认真鉴别和论证,才能认定生产经营者是否承担不利法律后果。

一、药品不良反应的概念

1999年,国家药品监督管理局和卫生部联合发布《药品不良反应监测管理办

法(试行)》,把不良反应定义为:“主要是指合格药品在正常用法用量下出现的与用药目的无关的或意外的有害反应。”这一法定概念包含三个要素:一是药品必须合格。假冒伪劣药品及其他不合格药品的人身损害不能认定为“不良反应”;二是用药必须严格符合药品明示的规定,或遵守医师的正确医嘱。不正常、不合理的用药不在此列;三是发生了有害反应,且这种有害反应是与治疗目的无关的或者是出乎事先预料的。以上三要素缺一不可,必须同时满足才可鉴定为药品不良反应。

二、药品不良反应与其他药物纠纷的区别

医疗诉讼的原因大致有两种,即医疗纠纷和药物纠纷。医疗纠纷主要针对医疗机构和医务人员,药物纠纷主要针对生产经营企业,两者有时会出现一案并存的情况,特别是涉及药物治疗的纠纷。药物纠纷可分为由药物本身引起和因药物使用引起的两类纠纷。药物本身问题包括药品质量问题、药品不良反应及上市前临床实验中未显现的其他问题;药物使用问题包括运输储藏造成的药品变质失效,临床或 OTC 用药不合理(如对因对症、配伍禁忌、用法用量等问题)以及其他外部原因。可见,药品不良反应属于药物纠纷中的药物本身问题,是药物纠纷的下位概念,两者不属同一层面。由于药品不良反应是限于科技发展水平所不能认识和解决的问题,而其他药物纠纷则多是人为过失所致,因此有必要对药品不良反应进行更狭义、更周延的界定,严格区分药品不良反应和其他形式的药物纠纷,以利于法律责任的认定。

三、药品不良反应法律责任及免责事由

1. 单纯的药品不良反应一般不负法律责任

按照药品不良反应的法定概念,药物纠纷案件一经鉴定为“不良反应”,实际上已经排除了人为过失和过错。由于药品不良反应在我国民法上不属于严格过错责任和推定过错责任范畴,只能适用过错责任原则或公平过错责任原则,因此生产经营者只要没有过错,就不必承担法律责任。在特殊情况下,人民法院行使自由裁量权,根据实际情况,由当事人分担民事责任,但这不具普遍性。我国药政法规规定了一些生产、经营者可以免责的条款。例如,1999 年《监测管理办法(试行)》规定,“药品不良反应报告的内容和统计资料是加强药品监督管理、指导合理用药的依据,不是医疗纠纷、医疗诉讼和处理药品质量事故的依据”。这一条体现了现行法律法规不支持单纯以药品不良反应提起医疗诉讼的原则立场。《条例》也规定,“在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗以外的”和“在现有医学科学技术条件下,发生无法预料或者不能防范的不良后果的”不是医疗事

故,从理论上把不良反应排除在医疗事故之外。《条例》同时规定,“不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任”。

2. 药品生产、经营者必须严格履行报告义务

我国对药品不良反应实行逐级、定期的报告制度。2001年新修正的《药品管理法》规定,“国家实行药品不良反应报告制度。药品生产企业药品、经营企业和医疗机构必须经常考察本单位所生产、经营、使用药品质量、疗效和反应。发现可能与用药有关严重不良反应,必须及时向当地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门和卫生行政部门报告”,“对已确认发生严重不良反应药品,国务院或者省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门可以采取停止生产、销售、使用紧急控制措施,并应当在五日内组织鉴定。自鉴定结论作出之日起十五日内依法作出行政处理决定”。可见,药品生产经营企业的法定义务是建立健全不良反应的反馈、报告机制。

3. 药品生产、经营者承担过错责任

遇有下列情形之一的,由过错行为和损害事实的生产经营者则要承担行政责任和法律责任:(1)发现药品不良反应应报告而未报告的;(2)药品使用说明书上应补充注明的不良反应而未补充的;(3)未按规定报送或隐瞒药品不良反应资料的。

四、药品不良反应的应付策略

随着人们法律意识的提高,医疗诉讼案件逐渐增多。作者认为,药品生产经营者面对涉及药物的医疗诉讼时应注意以下三个方面:

1. 应诉答辩时认真分析纠纷的类别和本质,区别药品不良反应纠纷与其他药物纠纷。

2. 证明自己履行了法定义务以及商业行为中没有过错和不足,同时证明对方当事人或第三人存有过错。

3. 掌握必要的法律知识。我国已初步建立了一套以《药品管理法》为法律、配以行政法规、地方法规以及部门规章的药事法律体系,药品不良反应的管理亦已纳入法制化轨道。但不能否认,现在的法律体系尚不健全,某些法律规定互相冲突,造成法律适用困难,甚至是法律盲区。只有系统研读药政法律法规,通解其立法本意,依法行事,才能真正保护自身的合法权益。

■第五节 预防接种不良反应相关医疗纠纷

有关预防接种不良反应的立法最早见于1980年卫生部颁布的《预防接种后异常反应和事故的处理试行办法》(以下简称《试行办法》),但是当时着重于预防接种异常反应和事故的处理。为充分发挥生物制品在防病灭病工作中的作用,1982年卫生部颁布的《全国计划免疫工作条例》,也再次提及了关于预防接种异常反应的诊断与处理问题。全国各省、自治区、直辖市也纷纷出台了地方法规或地方政府规章。但是上述规定,特别是关于预防接种后异常反应的赔偿办法已经明显与目前社会的实际情况不相匹配了。因预防接种不良反应发生的医疗纠纷时有发生,但是因为相关的法律问题缺少理论层面的探讨,也缺少明确法律依据,导致司法实践中量裁不一。

一、预防接种的法律关系

预防接种的法律关系比较特殊。因为医疗法律关系一般都是平等民事主体间发生的,符合民法所规定法权模型要求的,具有民事权利义务内容的民事法律关系。但预防接种的法律关系,视其是否出于自愿,是否为有偿接种而有所不同。根据《全国计划免疫工作条例》第5条的规定,中华人民共和国居民均应接受预防接种。居住在我国的外国人、华侨、港澳同胞可根据本人申请,经当地卫生行政部门同意,进行预防接种。所以我国绝大多数情况下,预防接种是国家基于医疗的特殊性和对国民生命与身体健康的维护,在法律上赋予疾病控制机构或医疗机构以强制接种权力和公众强制接种义务的特殊法律关系。此为公权力的行使,疾病控制机构或医疗机构仅为国家的使用人、代理人。医疗法律关系是存在于国家和公众之间的,这种法律关系可称之为强制医疗关系。

当然,如果公众基于自愿要求接种非强制性疫苗,例如乙型肝炎疫苗、流行性感冒疫苗等,则此时的法律关系是医患双方间的人身关系和财产关系与民事法律形式相结合的产物,本质上是受民法保护的民事关系。

二、预防接种不良反应的概念

预防接种使用的疫苗,对机体来说是一种异物,接种后会引起机体一系列的生理病理及免疫反应。在这些反应过程中所表现出来的临床症状,称为预防接种反

应。《预防接种后异常反应和事故的处理试行办法》将预防接种反应分为:(1)一般反应和加重反应:由于疫苗本身的特性引起的反应,其性质和强度随制品而异。最常见的是发热反应、局部的红肿反应或种痘后的发痘反应等。加重反应只是一般反应的加重或发生的比例略多一些,均属正常反应。(2)异常反应:指同一批疫苗同时接种很多人,只在极个别人中发生的一类反应。其特点为:与疫苗种类有一定联系,但只发生于个别人(与个人体质有关);反应性质、临床表现与一般反应不同;反应程度比较严重,必须及时就医诊治。

根据《药品管理法》的规定,用于预防接种的疫苗属于广义药品的范畴。预防接种不良反应概念的提出,无疑是受预防接种不良反应概念的影响。参照1999年国家药品监督管理局与卫生部颁布的《预防接种不良反应监测管理办法》,作者认为,预防接种不良反应是指合格生物制品在正常用法用量下接种于人体后,人体在产生有益预防保护反应的同时或之后,发生对机体有损害的反应。预防接种不良反应,应当包括上述的预防接种一般反应、加重反应和异常反应,因为它们都是正常用法用量下出现的与接种目的无关的或意外的有害反应。应注意预防接种不良反应与预防接种事故是完全不同的概念。预防接种事故是指接种人在预防接种中,违反预防接种法律、行政法规、部门规章和技术操作规范、常规,过失造成被接种人人身伤害的事故。

三、预防接种不良反应的救济

(一)预防接种不良反应的赔偿主体

预防接种不良反应所导致的责任,其所造成的损失应由被接种人、生产企业、医疗机构还是由国家等谁来承担,值得探讨。作者认为,疫苗本身存在不可避免的毒副作用,公众买疫苗、接受接种是一种遵从医嘱、个人对疫苗质量又无法鉴别的被动消费者,被接种人本身不存在着过错,且其又无分散损失的能力,因此损失不应由被接种人来承担。

如前所述,既然是强制诊疗关系,国家是否应承担侵权责任呢?我国的《国家赔偿法》主要针对的是具体行政行为违反法律而应向受害人承担的赔偿责任。根据《国家赔偿法》第2条的规定,国家赔偿是指依照国家赔偿法的规定,通过法定赔偿义务机关对国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成的损害所给予的赔偿。而预防接种不良反应主要是指合格疫苗在正常用法用量下出现的与接种目的无关的或意外的有害反应。因此不存在国家机关的违法行为。另一方面,如果疫苗发展危险的责任全部由国家来承担,将使

得国家行政管理更加趋向于保守,如可能导致新药的研制批准过于严格,不能促进新药的发展,影响医学事业的发展以及消费者的利益。

如果将预防接种不良反应归于产品缺陷而引起的产品责任,必然适用无过错责任原则,势必导致药品生产企业承担责任,可能导致生产企业负担过重(如美国1支百白破“DPT”在市场上售价为11.5美元,其中保险费就占了8美元),影响其新药的创新积极性。为了既鼓励医药企业的创新积极性,又能保护消费者的权益,作者认为,不应使生产企业承担无过错的产品损害赔偿赔偿责任较为合理。因此,在我国亟待建立预防接种不良反应补偿救济机制,以降低因预防接种不良反应给各方当事人带来的经济损失或风险。

(二)预防接种不良反应补偿救济机制主要内容

世界各国关于预防接种不良反应补偿救济的方式各不相同。日本《药品受害救济、研究开发、产品评审组织法》确立有药品研究开发和药害事件救济基金制度,先向生产企业和经营企业征收捐款以成立基金会,除可对用药人补偿,也可以减轻生产企业的负担,办理不良反应救济的同时,也推广新产品的研发。美国1986年制定的《国家儿童疫苗伤害法》确立了疫苗安全及被接种人基金补偿形式。瑞典有集团保险制度形式,我国台湾地区实行救济基金补偿形式。结合我国国情,可以借鉴日本、我国台湾地区的做法,建立“预防接种不良反应研发和救济基金”,设立“预防接种不良反应研发和救济基金会”。使这一制度既能促进新产品的研发,又能保护消费者权益。

1. 预防接种不良反应救济给付条件

救济给付必须是针对疫苗的严重不良反应。根据严重不良反应的含义以及参考各国救济制度的有关规定,作者认为,救济给付必须符合以下条件:(1)疫苗必须经行政管理部门审批并合法登记;(2)疫苗使用方式正确,无接种过失或明显缺陷;(3)疫苗生产企业、经营企业、疾病控制机构或医疗服务机构、医师都无法律责任或责任不明确;(4)损害严重性达一定程度(可比照《条例》定级标准)。

如有以下情况是不能申请救济给付的:(1)有事实足以认定预防接种不良反应的发生,是由于接种人、被接种人、疫苗生产企业或进口商、医师或他人的责任造成;(2)因接受预防接种而受到损害,但是通过诉讼途径已经获得救济;(3)同一法律事实已获赔偿或补偿(但不含人身保险给付在内);(4)预防接种不良反应未达死亡、障碍或严重疾病的程度;(5)因使用试验用疫苗而受害;(6)常见且可预期的预防接种不良反应。

同时要注意救济给付不以过失为要件,不需证明疫苗生产企业存在过失,以避

免被接种人举证负担过重,放宽救济给付条件,受害人可以另行以司法诉讼求偿。但应注意同一法律事实不能重复受偿。

2. 预防接种不良反应救济补偿范围

预防接种不良反应救济制度重在迅速补偿损害,降低各方无过错当事人的经济损失和风险。在德国,救济制度适用于死亡或健康受到损害时,赔偿范围仅限于财产上损害,精神慰抚不能请求赔偿,并设有赔偿上限。在日本,给付范围分为医疗费用、交通费、住宿费、残疾生活补助费、残疾儿童养育费、死者子女抚养费、一次性补助费、丧葬费等共8项,但不包含精神补偿费用。在美国,精神补偿金可达25万美元。身体残废或功能障碍者可另外请求医疗费用、工资损失。在瑞典,有关救济给付范围比美国大,一般病人可以获得补偿包含收入损失、医药费用、精神损害,给付金额按照个人状况、药品、年度,定有上限,保险公司所给付的费用,如果已经由其他救济制度获得给付的,必须予以扣除。

作者认为,我国在设定救济补偿范围时应考虑与民事赔偿制度的联系与区别,同时要符合我国的经济现状。应考虑以下几点:(1)补偿范围重在补偿因重大生命、身体及健康导致财产上的损害而不是赔偿损害,因此其范围应包括医药费、残疾生活补助、抚养老、丧葬费等,对于非财产上的精神损害赔偿应由司法诉讼救济,不应属于该救济范围。(2)各项救济给付额,应该按照残障程度等级分别给付,以便利于计算及支付。(3)救济给付额度,国家可以规定起付标准,具体数额各省可以根据当地经济状况来确定。

3. 预防接种不良反应研发和救济基金的资金来源

作者认为,在设计资金来源时既要考虑到疫苗生产企业的经济承受能力,又要防止其因基金损失分散功能,而降低对药品质量的注意。预防接种不良反应补偿基金的来源可以是3个方面:(1)疫苗生产商或进口商的药品保险费。经过核准登记的疫苗生产企业或进口商,按实际销售额的一定比例计算,逐年支付,对于前一年已发生预防接种不良反应的,第二年应增加支付额,以防止其因基金损失分散功能而降低注意。(2)政府补助。因基金运作具有社会公益目的,因此政府应给予一定的补助。(3)社会捐助。

4. 管理与审核

日本、瑞典等国都设有“不良反应伤害委员会”以及“给付委员会”。比较各国不良反应救济组织,我国预防接种不良反应研发和救济基金可以由政府与企业共同管理。同时,还应在目前医学会中设立预防接种不良反应技术鉴定专家组。该专家组与预防接种不良反应研发和救济基金应是委托服务关系。

5. 申请救济给付的程序

申请救济给付时,应填写申请书并附相关资料,向预防接种不良反应的救济基

金会提交。申请人向基金会提出申请救济给付,经预防接种不良反应技术鉴定专家组鉴定后,由基金审核委员会审核,决定给付。当然,被接种人也可以另行请求司法救济。

■第六节 强制医疗相关医疗纠纷

在2003年我国防治传染性非典型肺炎(以下简称非典)过程中,对非典患者实施强制隔离治疗,是防止非典疫情扩散的重要措施,但同时也引发了人们对医患关系的重新思考,甚至有学者提出“我们需对医患关系有个新认识,它们之间绝不是一个纯民事关系”。^①因强制治疗而产生的医患关系是否属于民事法律关系,与普通医患关系有何区别,在强制治疗过程中发生医疗事故或医疗损害,患者如何寻求法律救济,应适用何种法律和程序等,不仅具有理论研究价值,更具有非常重要的现实意义。

一、强制医疗法律关系的概念

法律关系,是指法律规范在调整人们行为过程中所形成的权利和义务关系,是社会关系的一种特殊形态。医疗法律关系,是指医务人员受患者的委托或其他原因,对患者实施诊断、治疗等行为所形成的法律关系。在一般情况下,医疗法律关系是医疗机构或医务人员与患者之间的契约关系,该关系经由双方当事人的自由意思而成立,即医疗契约或诊疗契约,医患双方的法律地位是平等的,因此应属民事法律关系,受民事法律规范的调整。现实生活中,绝大多数医患关系属于民事法律关系,双方在发生纠纷时可依《民事诉讼法》提起民事诉讼,法律在审理时适用民事法律规范。因此,作者认为,前述学者将所有医患关系排除在民事法律关系之外的观点是不能成立的,系属以偏概全。

但是,在普通医患关系之外,确实存在着一类特殊的医患关系,即强制医疗法律关系,其基本特征是双方法律地位的不平等性。所谓强制医疗法律关系,系指医疗机构或医务人员基于国家法律的授权或行政机关的委托,对特定人群患者实施强制性治疗而产生的法律关系。强制性治疗的根本目的在于维护社会公众利益,接受强制性治疗不仅是患者的自觉义务,也是国家法律规定应该履行的义务——

^① 胡建森:“非典提出法制新课题”,载《法制日报》2003年5月8日第7版。

法定义务。例如,对于患有甲类法定传染病的传染病患者,因其所患疾病可能会对公共卫生安全构成严重威胁,因此为防止传染病疫情的扩散,法律规定患者必须接受强制治疗。法律不仅对患有严重传染病的患者规定强制接受治疗的义务,而且为了疾病控制与预防,对于某些可疑患有严重传染病的人或人群,也规定有接受强制检查、诊断与治疗的义务。《传染病防治法》、《性病防治管理办法》、《结核病防治管理办法》、《国境卫生检疫法》等法律法规均对强制性治疗作了专门性规定,《强制戒毒办法》对药物成病者的强制戒毒治疗也进行了规定。因此,强制治疗不仅仅是针对传染病患者而言,而且还包括患有其他特定疾病(如性病、毒瘾)的个体,但为讨论方便,本书主要以强制治疗传染病患者为例。

二、强制医疗法律关系的性质

强制医疗法律关系不同于一般医疗法律关系之处,在于前者有国家公权力的介入,完全排除了医患双方当事人意思自治,患者没有选择是否接受治疗的权利,同时医疗机构必须依法承担救治患者的义务。

根据我国《传染病防治法》的规定,强制治疗是国家基于传染病的特殊性和维护社会公众利益的需要,在法律上赋予医疗机构强制治疗某些特定传染病患者的权力。此为国家公权力的行使,医疗机构根据法律的授权(实际是根据卫生行政部门的委托)而享有对特定患者进行强制医疗的特别权力。因此,有学者认为,“强制治疗应属公法关系,与一般医疗关系不同,患者之接受治疗并非出于自由意思,而是具有义务性和强制性,应属公权力之行使。可见,强制诊疗和强制治疗都是公法上的义务,不过,前者是强制医师,后者是强制患者”。^① 作者同意这种观点。

强制治疗的强制性还在于,在某些特殊情况下,医疗机构或医务人员必须无条件地服从政府的安排,患者入院、转诊、出院等一般医疗事项的决定权完全由政府行使,医疗机构及其医务人员没有选择的权利。例如,根据北京防治非典型肺炎联合工作小组发布的《关于非典型肺炎病人和疑似病人转诊的暂行规定》,非典型肺炎病人的转诊工作由北京非典型肺炎医疗救治指挥中心统一指挥、统一安排和统一调度,任何医院都不得自行联系转送。非典患者入院及出院亦是如此。

对于因强制治疗传染病患者而引发的法律关系,德国学者奥托·麦耶教授曾提出过特别权力关系理论。^② 所谓特别权力关系,系相对于公民与国家之间存在的一般权力关系,所产生的一种特殊公法上的权利与义务的关系。某些特定身份的公民基于特别的法律规定,与国家及其他行政主体产生一种特别的权力关系,例如

^① 龚塞红:《医疗损害赔偿立法研究》,法律出版社2001年版,第72页。

^② 陈新民:《中国行政法学理论》,中国政法大学出版社2002年版,第63页。

传染病患者依传染病防治法律而被强制送入医院进行治疗而与传染病院产生的法律关系。^① 特别权力关系的特点,与其他公权力行政关系一样,表现为当事人之间的不平等性,但这种不平等性在特别权力关系中更为严重。由于义务的不确定性、无“法律保留原则”的适用以及缺乏法律救济途径等,特别权力关系理论与法治行政原则相悖,因而使得该理论受到现代行政法学的全面批判。但是,尽管如此,特别权力关系理论的影响仍持续存在,有学者认为该理论在某些领域还有一定的适用性。例如,马怀德教授认为,学校等事业法人与其利用者之间的关系与大陆法国家公务法人与其利用者的关系非常类似,理论上仍属于特别权力关系。^②

作者认为,因强制治疗而产生的强制医疗法律关系与一般行政法律关系确有不同之处,其最大的区别在于,在强制医疗过程中,除限制患者人身自由这种行政强制措施外,还存在着为患者提供医疗服务等民事活动。但是,强制治疗过程中民事活动的存在,并不能从根本上改变强制医疗法律关系的基本特点,即公法关系。由于我国法律不承认特别权力关系的存在,因此,根据我国现有法律关系的分类,强制医疗法律关系只能被归入行政法律关系范畴。

三、强制医疗法律关系的主体

法律关系主体是指法律关系的参加者,即在法律关系中享有权利或承担义务的人,包括自然人和法人。根据前述,强制医疗法律关系应属行政法律关系范畴,而行政法律关系的主体包括行政主体和行政相对人。鉴于强制医疗法律关系中行政相对人的范围比较明确,即为感染传染病的患者(部分情况下也包括疑似患者),因此,本书将主要研究和探讨行政主体的范围。之所以如此,不仅仅是因为行政主体在强制治疗中处于主导地位,更重要的是为了确定强制治疗法律后果的承担者,确定行政诉讼中的被告。

行政主体,系指依法拥有独立的行政职权,能代表国家,以自己的名义行使行政职权以及独立参加行政诉讼,并能独立承受行政行为效果与行政诉讼效果的组织。^③ 作者认为,强制医疗法律关系的行政主体是各级地方人民政府或卫生行政部门,各级医疗机构系受政府或卫生行政部门委托实施强制治疗的行为主体而非行政主体,也不属于授权行政主体,强制治疗的法律后果应由政府或卫生行政部门承担。理由简述如下。

① 陈新民:《中国行政法学理论》,中国政法大学出版社2002年版,第63页。

② 马怀德:《行政法制度建构与判例研究》,中国政法大学出版社2000年版,第331页。

③ 胡建森:《行政法学》,法律出版社1998年版,第143页。

1. 医疗机构是行为主体而非行政主体

行为主体,系指虽无法律上的名义,但直接参加、具体实施行政行为的组织或个人。行政主体能够以自己的名义行使行政职权,而行为主体只能以别人(行政主体)名义行使职权。“以自己的名义”,是指能以自己的名义对外行文,能以自己的名义作出处理决定,并能以自己的名义参加诉讼活动。^①在强制治疗过程中,医疗机构不具备上述行政主体的特征,而应属于行为主体。

以转运非典病人为例,根据北京防治非典型肺炎联合工作小组发布的《关于非典型肺炎病人和疑似病人转诊的暂行规定》,市卫生局派驻各定点医院的督导员应在当日17时之前确认次日各定点医院可接收病人的床位数并签字确认。若转诊组与定点医院协调时数目有出入,以市卫生局督导员确认空床位数和转诊时间为准发送病人。确认空床位后,由指挥中心调配转诊名额,并通知转出医院,转出医院负责及时向指挥中心传送病历摘要。指挥中心收到病历摘要后,经审核认可,通知急救中心派车,同时发转院通知单给转出医院,由急救中心将病人安全送至接收医院。可以看出,在上述转运过程中,医院仅仅是根据市卫生局要求具体实施转运病人任务,而对是否转出病人、将病人转至何处,医院均无决定权。

2. 医疗机构非授权行政主体

所谓行政授权,是指法律、法规将某项或某一方面的行政职权的一部分或全部,通过法定方式授予某个组织的法律行为。行政授权的法律后果,使被授权的组织取得了所授予行政职权的主体资格,成为该项行政职权的法定行政主体。所谓行政委托,是指行政主体将其职权的一部分,依法委托给其他组织或个人来行使的法律行为。行政委托的对象可以是另一行政主体,也可以是其他社会组织,在特定情况下,也可以是法定的个人,但均不会因此而发生职权及职责的转移,被委托组织也不能因此而取得行使被委托职权的行政主体资格。

有人认为,根据我国《传染病防治法》第12条和第39条规定,^②法律已授予医疗机构对传染病患者实施强制治疗的权力,因此应属授权行政主体。作者认为,《传染病防治法》第12条确有授予医疗机构及其医务人员对传染病患者实施强制

^① 胡建森:《行政法学》,法律出版社1998年版,第144~145页。

^② 《中华人民共和国传染病防治法》第12条规定,在中华人民共和国领域内的一切单位和个人,必须接受疾病预防控制机构、医疗机构有关传染病的调查、检验、采集样本、隔离治疗等预防、控制措施,如实提供有关情况。疾病预防控制机构、医疗机构不得泄露涉及个人隐私的有关信息、资料。该法第39条规定,医疗机构发现甲类传染病时,应当及时采取下列措施:(1)对病人、病原携带者,予以隔离治疗,隔离期限根据医学检查结果确定;(2)对疑似病人,确诊前在指定场所单独隔离治疗;(3)对医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人的密切接触者,在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。医疗机构发现乙类或者丙类传染病病人,应当根据病情采取必要的治疗和控制传播措施。

治疗权力之意,但是其法律意义在于使医疗机构或医务人员对患者实施的强制治疗手段合法化,正如医生在为患者实施手术前必须得到患者同意,其目的在于使具有一定侵害性的医疗行为(手术)合法化。关于《传染病防治法》第39条,作者认为与其说是授权,不如说是为医疗机构设立了法定义务。《传染病防治法》第7条规定,即医疗机构承担与医疗救治有关的传染病防治工作和责任区域内的传染病预防工作;城市社区和农村基层医疗机构在疾病预防控制机构的指导下,承担城市社区、农村基层相应的传染病防治工作。《传染病防治法实施办法》第5条的规定,各级各类医疗保健机构承担传染病防治管理的责任和范围,由当地政府卫生行政部门确定。因此,对传染病防治进行管理是医疗机构的法定任务。

有学者认为,“在这次抗击非典的战斗中,基于传染病防治法的授权,医疗机构不再是一个纯粹的民事主体,它在传染病防治中恰恰是‘授权行政主体’,它对SARS病人及疑似病人拥有行政管理权,特别是实施紧急强制措施的权力”。^①对此,作者有不同观点。根据我国部分地方政府发布的有关防治非典的通告或决定内容以及实施运作程序来看,医疗机构没有实施紧急强制措施的权力。例如,北京市政府于2003年4月23日发布的《关于对非典型肺炎疫情重点区域采取隔离控制措施的通告》第3条规定,需采取隔离措施(包括强制隔离治疗)的人员和场所,由市或区县卫生行政部门根据切断非典型肺炎传播的需要确定,并予以公告和组织实施。

因此,在防治非典过程中,医疗机构及其医务人员系根据政府或卫生行政部门的委托,对被实施强制治疗的非典患者进行管理,同时提供医疗救治服务,对强制治疗措施本身没有决定权,亦不应承担相应的法律后果。医疗机构是强制治疗的具体实施者,是行为主体,而强制治疗的行政主体为政府或卫生行政部门。为此,有学者认为,强制医疗法律关系应存在于国家和患者之间,医师仅为国家使用人。^②作者同意这一观点。

四、强制医疗的法律救济机制

根据现代法治原则,传染病患者在履行接受强制治疗法定义务的同时,亦享有相应的权利,其中包括寻求法律救济的权利。在强制治疗过程中,通常会出现两类纠纷:一是患者对强制治疗措施本身不服,认为侵害了其人身自由权,例如原先被“确诊”的非典患者在进入隔离病房后又被排除了非典诊断,故而认为隔离治疗缺乏法律依据,要求解除隔离出院。二是患者认为医务人员的医疗行为存在过失,侵

^① 胡建森:“非典提出法制新课题”,载《法制日报》2003年5月8日第7版。

^② 龚塞红:《医疗损害赔偿立法研究》,法律出版社2001年版,第16页。

害了其生命健康权,例如认为医务人员治疗错误使用药物导致其身体受到伤害,要求损害赔偿。

有人认为,对于第一类纠纷,患者可以具体行政行为违法为由提起行政诉讼,被告为政府或卫生行政部门,实体法适用行政法律规范;对于第二类纠纷,由于医疗服务本身系一般民事活动,因此,患者可以医疗侵权为由提起民事诉讼,实体法适用民事法律规范。这种观点充分注意到了强制治疗措施本身和医疗服务的区别,因此有一定的道理。但是,作者对此持有不同意见。医疗服务确实属于民事活动,但是根据传染病防治法律实施的医疗服务与一般医疗服务存在本质的区别,即医疗机构及其医务人员是根据政府或卫生行政部门的委托提供医疗服务,是一种委托行政行为,因此强制治疗的法律后果应由委托者承担。患者应以政府或卫生行政部门为被告,在提起行政诉讼的同时,可以就其受到的人身损害要求国家赔偿(行政赔偿)。另外,将单一的法律行为分割成两个不同的法律领域(公法或私法)及两个不同的救济途径,如果没有法律的明确规定,在行政诉讼和民事诉讼的过程中,两个诉讼程序的法官对此同一事件之见解互异时,反而会使问题变得更为复杂,也造成法官见解的互相矛盾。^①

在国外,对于因政府强制实施传染病防治措施而受到伤害的受害者,普遍采用国家赔偿或补偿的办法。例如,接种疫苗是预防某些传染病的重要手段,我国也实行强制预防接种制度。^②但是,由于疫苗本身的特性,接种疫苗可能会给接种者造成不良后果,使其身体健康受到损害。为此,美国联邦政府于1986年制定了“国家疫苗伤害补偿计划”(National Vaccine Injury Compensation Program),对因接种疫苗而受到伤害者给予国家补偿。因此,有中国学者提出,患者的强制治疗义务是国家公权力的行使,我国关于强制治疗尤其是预防接种的损害赔偿,可以适用《国家赔偿法》第3条第(5)项“造成公民身体伤害或者其他违法行为”和第27条的规定,对接受强制治疗的患者所受到的损害实行国家赔偿。^③对于具体救济程序,有学者提出,如果医院由于主观过错,违法地实施了隔离治疗、检验取证等行为,有关当事人可以依据法律规定提请行政复议,在不服行政复议的情况下还可以提起

① 陈新民:《中国行政法学理论》,中国政法大学出版社2002年版,第23页。

② 《中华人民共和国传染病防治法实施办法》第11条规定,国家实行有计划的预防接种制度。中华人民共和国境内的任何人均应按照有关规定接受预防接种。该办法第12条规定,国家对儿童实行预防接种证制度。适龄儿童应当按照国家有关规定,接受预防接种。适龄儿童的家长或者监护人应当及时向医疗保健机构申请办理预防接种证。托幼机构、学校在办理入托、入学手续时,应当查验预防接种证,未按规定接种的儿童应当及时补种。

③ 龚塞红:《医疗损害赔偿立法研究》,法律出版社2001年版,第74页。

行政诉讼。如果给当事人造成损失的,应当由政府来承担国家赔偿责任。^① 作者同意上述观点。

当然,作者也意识到中国的法律制度与美国不同,以政府或卫生行政部门作为被告提起行政附带民事赔偿诉讼,目前在具体实施过程中还存在程序上的障碍。因为我国行政诉讼程序仅对行政主体作出的具体行政行为本身的合法性进行审理,而尚无法直接审理强制治疗过程中存在的医疗过失问题。^② 同时,我国现有法律没有对因政府采取传染病防控措施(包括强制治疗)而受到伤害者如何赔偿或补偿作出明确规定。

但是,由于医疗机构在强制治疗传染病患者过程完全处于被动的地位,缺乏任何自主选择的权力,因此,判令医疗机构对强制治疗造成的不良后果承担责任,会造成对医疗机构利益的侵害。作者建议,在我国目前法律制度下,对于因强制治疗过程中因存在医疗过失而引发的纠纷,患者(包括其家属)可以医疗机构为被告提起民事诉讼,在法院判决医疗机构承担民事赔偿责任后,医疗机构有权要求政府或卫生行政部门给予补偿。政府或卫生行政部门可以设立专门的补偿评审委员会或工作小组,对医疗机构提出的补偿申请进行审议并作出补偿决定。对于上述补偿决定不服,应允许医疗机构提出复议或寻求其他法律救济。需要注意的是,这仅仅是一项过渡措施,最终的解决办法应是通过立法明确规定强制治疗法律责任的承担者。

^① 莫纪宏:“如何依法防治非典——有关传染病防治法几个问题的问答(八)”,载《光明日报》2003年5月23日。

^② 《中华人民共和国行政诉讼法》第5条规定,人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。

第十二章 知情同意医疗纠纷 案件律师实务

在我国,与社会经济发展和人们权利意识的提高相适应,因知情同意而引发的医疗纠纷案件是近几年才逐渐出现的。在司法实践中,单纯以医疗机构及其医务人员是否侵害了患者的知情同意权提起诉讼,往往是在无法认定医疗机构的医疗行为本身存在过错的情况下,律师代理患方诉讼以取得胜诉的最后选择。^①

■第一节 侵害患者知情同意权案件及其类型

一、我国涉及患者知情权案件

我国第一例涉及患者知情权的医疗纠纷案件发生于何时,目前缺乏相关权威资料。根据作者在互联网上的搜索结果,关于此类案件的新闻报道开始出现于2000年,但是报道的案件事实最早发生于1990年。在近几年,许多新闻媒体还相继报道了发生于当地的“首例”侵害患者知情权案件。如2000年8月15日,北京的《百姓信报》以“病人死得不明白 医生没提要尸检——依法追究医院‘不告知责任’”为题,报道了发生于北京的“我国第一例因为没有履行告知义务而承担法律责任”的案件。^②

根据现有资料,我国目前涉及患者知情权案件主要有以下几种类型:

1. 与手术有关的知情同意案件

这是我国目前最多的一类涉及患者知情权案件,其主要表现形式包括医生在

^① 当然,这种说法并不一定准确。实践中,单纯的知情同意案件是比较少见的,大多数情况下混杂有其他医疗问题。

^② 详见2000年8月15日北京《百姓信报》。

手术前未履行告知义务、未充分告知术后并发症、手术中擅自扩大手术范围、未经患者本人同意而进行手术等。例如:

【案例 12-1】一位 29 岁的女病人术后换药时,突然发现自己右侧乳房被完全切除了,顿时号啕大哭,指责医生为什么不经过她本人同意就切除。医生一再解释,不切除乳房会危及生命,而且术前已经听取了她丈夫的意见并签字同意,然而她仍然不能平息愤怒,并声称如果术前知道病情,宁死不会同意切除乳房,丈夫也无权决定。^①

2002 年 12 月 2 日《重庆晚报》以“病人从手术台逃走 医患双方法庭辩论知情权”报道的一起案件,更加令人感到手术需经患者同意问题的严重性。

【案例 12-2】2002 年 1 月 11 日,原告郭某因腹痛到重庆某医院检查并住院观察,诊断为胆囊炎,须当天手术。郭某不同意,医生说“今天必须动手术,否则明天就不行了。”郭上手术台后,听到医生私下交谈“切上腹还是下腹”时才知要动手术。他又惊又怕,突然跳下手术台,拖着输液管飞快逃出手术室。事后,郭某以医院侵犯其健康权和知情权为由提起诉讼,要求赔偿精神损失及医疗费计 2.5 万元。在法庭上,被告医院认为,手术是经患者家属同意并签字后实施的,没有侵害患者知情权和健康权。法院在查明事实的基础上作出一审判决,驳回了郭某的诉讼请求。

2. 与特殊治疗有关的知情同意案件

这是另外一类较为常见的涉及患者知情权案件,主要涉及肿瘤、白血病等恶性疑难疾病的放射治疗和化学药物治疗,也包括一些较为简单的小手术治疗,如痔疮药物局部注射等。主要表现在治疗前未明确告知患者可能出现的并发症等。

【案例 12-3】1998 年 8 月 5 日,原告之女因血小板减少入住被告南京某医院,诊断为“特发性血小板减少性紫癜”。在没有向患者说明副作用及相应后果的情况下,该医院即采用大剂量甲基强的松龙激素对其治疗,引起患者肺部霉菌感染、脑梗塞和继发性糖尿病,并因医治无效于同年 9 月 25 日死亡。原告诉至法院要求被告赔偿各种经济损失 60 万元。

法院经审理认为:在医院对患者进行具有侵袭性的手术或特殊治疗时,患者应享有在接受治疗前从医生那里得到有关治疗的疗效、危险性等情况说明的权利,并依此作出是否接受该项治疗的决定。在本案中,被告未向患者告知特殊药物治疗的疗效、副作用及可能引起的严重后果,违反了作为医疗单位应尽的告知、说明义务,致使原告丧失了医疗方案的选择权。法院认定被告具有过错,且与患者的死亡结果有因果关系,应承担损害赔偿的民事责任。故判决被告赔偿原告医疗费、精神损害赔偿金、丧葬费等共计 11.8 万元。

^① 胡德荣:“病人手术 本人签字”,载《健康报》2002 年 3 月 18 日。

3. 与特殊检查有关的知情同意案件

各项特殊检查的主要目的是为了查明疾病原因,明确疾病诊断,以指导临床治疗工作。另外,与生育有关的产前特殊检查还具有优生优育目的,下面的案例即是一例因产前诊断检查而引发的知情同意案件。随着国家独生子女政策的实施,与产前检查有关的医疗纠纷亦在不断增多。

【案例 12-4】原告李某因怀孕自 2000 年 8 月起开始在被告北京某区妇幼保健院接受定期的产前检查。2001 年 1 月,原告在该院生下一“左前臂不健全”男孩。2002 年 1 月,原告向法院起诉称:被告医护人员未履行对孕妇的告知义务,没有明确告知原告孕后 20 周时应做一次 B 超检查,从而未及时发现胎儿四肢存在的缺陷,请求法院判令被告赔偿医疗费经济损失 65 万余元、精神损失费 20 万元。

法院经审理认为,被告在产前检查过程中,未告知原告应在其孕后 20 周时进行一次 B 超检查,未尽到告知义务,结果导致原告错过了检查胎儿肢体是否健全的最佳时机,失去了通过检查发现胎儿肢体缺损的可能性。对此,被告应适当承担责任。判决被告退还原告医疗费 2000 元,给付精神损害抚慰金 4000 元。

4. 与尸检有关的知情同意案件

在临床上,尸检检查的主要目的是为了查明患者死亡的原因。对于疑难病症,尸检检查还具有一定的科学研究目的。当医患双方不能确定患者死亡原因或者对患者死亡原因存在异议时,应当及时进行解剖检查。但是,令人遗憾的是,我国现行相关法律法规并未明确规定医疗机构是否具有告知患者家属进行尸检检查的法定义务。这种情况导致医疗机构义务的不明确,从而也引发了纠纷。在下述案例中,法院依据医疗机构所在地卫生行政部门的规定,认定医疗机构负有告知义务。

【案例 12-5】1996 年 1 月 12 日,原告之母在被告北京某医院做双下肢大隐静脉高位结扎及剥脱手术,术后第 7 天突然死亡。尸体火化之后,原告对患者死因有怀疑,向法院提出诉讼,认为被告在术后护理用药方面存在严重问题。一审判决原告败诉。原告不服,提起上诉。

二审法院经审理查明,根据北京市卫生局有关规定,临床诊断不能明确死因时,被告医院有义务告知家属应在患者死亡 48 小时内进行尸检,但被告未履行该项义务。同时,被告对患者的术后处理和药物治疗方面存有不当之处,有促发和加重患者静脉血栓形成的可能。据此,法院判决被告赔偿原告精神损失及经济损失 5 万元。

实践中,还有与尸检有关的另外一类知情同意案件,即患者家属认为尸检机构在尸检后,将死者的部分脏器取走而未告知家属,侵害了患者家属的知情权。造成如此现象的原因,同样是我国现行法律规定的不明确。卫生部于 1979 年 5 月 21

日发布的《解剖尸体规则》第7条规定,凡病理解剖或法医解剖的尸体,可以留取部分组织或器官作为诊断及研究之用,但应以尽量保持外形完整为原则。如有损害外形的必要时,应征得家属或者死者生前单位的同意。但是,该规则仅规定在有可能损害尸体外形时,解剖人员应履行告知义务,而对留取部分组织或器官作为诊断及研究之用是否应履行告知手续,没有作出明确规定;同时,也没有明确“部分组织或器官的范围”。

5. 与病历有关的知情同意案件

这是一类我国特有的知情同意案件,其发生的根本原因在于卫生部于1988年发布的《关于〈医疗事故处理办法〉若干问题的说明》。该说明规定,病人所在单位、病人、家属、事故当事人及其家属不予调阅病历。在我国,病历问题是一个人为使之复杂化的问题,同时又是一个沉重的话题。以往,许多医疗纠纷均是因此而产生,甚至因此而发生恶性事件。自2002年9月1日起,患者及其家属根据《条例》的规定,已享有病历的知情权。但是尽管如此,仍难以保证医患双方今后不再因病历而产生纠纷,因为目前患者对病历的知情权是不完整的,所谓主观性病历资料仍然拒绝患者查阅。已经有人开始质疑《条例》相关规定的合法性,因为《执业医师法》明确规定患者享有知情权,而且没有限定其范围。

【案例12-6】2000年9月,患者陈某因患肾功能衰竭和冠状动脉粥样硬化,在被告广州某医院实施同种异体肾移植手术。术后患者出现心肌梗塞病危,于9月27日死亡。死亡当天下午5时,被告向患者家属提供了一份死亡报告表,但致死原因一栏空白。10月18日,被告答复说患者死于心源猝死,但拒绝家属查看病历。当家属要求被告提供收费明细表时,被告只提供了一天的医疗收据明细账。家属们再次要求查询及复印患者接受治疗直到死亡过程的病历,但均被拒绝。

2000年12月,患者家属陈某等向法院提起诉讼,认为被告侵害了原告的知情权。原告认为,在医疗过程中,患者是消费者,医院是提供医疗服务的经营者,消费者享有知悉其接受的服务的真实情况的权利。《执业医师法》、《医疗机构管理条例实施细则》等法律法规的众多条款中明确规定,患者有知情权。而且,《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第25条明确规定患者有知情权。但本案至诉讼前,被告未履行告知患者的治疗情况、收费情况、原告有权要求尸检等义务。要求法院判令被告提供患者病历,告知详细治疗过程及死亡原因,告知收费的明细清单,告知对患者施行肾移植手术具有安全性的依据和进行的肾移植手术及抢救措施符合操作规范。被告认为,医院与患者之间是一种医疗服务合同关系,非消费者与经营者的关系。原告以《消费者权益保护法》作为依据要求医院履行告知权无据。专门调整医疗服务合同关系的《医疗事故处理办法》并未对患者的知情权加以明确规定。即使如此,被告仍履行了基本的告知义务。

卫生部《关于〈医疗事故处理办法〉若干问题的说明》明确规定,病人及其家属不能查阅病历,故医院未给原告提供病历。

法院审理认为,医院与患者之间的关系属于《消费者权益保护法》调整的范畴。原告作为患者的继承人有要求医院告知患者接受服务情况的权利,但原告的知情权不是无限的,而只有在法律规定范围内的请求方能予以保护。被告不提供病历给原告,符合卫生部《关于〈医疗事故处理办法〉若干问题的说明》关于病历查阅的规定,原告要求医院提供于法无据,法院不予支持。法院判决驳回了原告的诉讼请求。

目前,在这里讨论法院上述判决适用法律是否正确已没有实际意义,因为根据《条例》的规定,患者及其家属已有权复印客观性病历资料,对此已不需要通过诉讼解决。但是,正如上述,病历知情权问题仍然存在,医患双方仍可能会因此发生纠纷。信息的公开化,充分尊重患者的知情权,将有利于医患双方的理解与沟通,亦有利于纠纷的化解。

6. 与医疗费用有关的知情同意案件

此类案件并非严格意义上的知情同意案件,但是由于能否承担相应医疗费用将直接影响患者决定是否接受治疗或检查,因此,从广义角度,亦应属知情同意案件。此类案件主要表现形式有:医生在实施价格较为昂贵的检查或治疗前,未征得患者或医疗保险机构的同意;在患者预付的医疗费用不足时,未能及时通知患者补交费用,以至于费用超出患者的预期;拒绝患者或家属提出的查阅医疗费用明细而引发的纠纷等。

【案例 12-7】患者张某因重病住院,交纳了住院押金 1 万元。一周后,张某医疗费已大额透支。患者女儿王某按照医院要求在《结算保证书》签了字。次日,医院再次向患者下发通知,要求其追交医药费 2 万元,并告知彻底治愈还须手术,全部费用为七八万元。患者无法承受医疗费用,自动出院,几天后去世。由于王某迟迟未结账,医院起诉到法院,要求王给付剩余欠款。庭审中,王某认为,之所以出现押金严重透支完全是由于医院未及时履行告知义务所致,由此而产生不利的法律后果,理应由医院自行承担。

法院认为,王某在其母与医院医疗服务合同中作为担保人,在其母未履行债务的情况下,有义务代为偿还债务。王某以医院未及时履行费用告知义务侵犯其知情权及其未继承其母遗产,不应替其母承担债务作为不履行担保义务的抗辩理由,没有事实及法律依据。作为医疗机构,医院在患者所花治疗费用超出其预交的押金时,未及时履行费用超支告知义务,的确违反了有关法规,在今后工作中应当引起注意。考虑到王某已下岗,经济有困难,法院可给其一定偿还期限。最后法院判决王某自判决生效之日起 6 个月内,偿还医院人民币 28984.43 元。

7. 其他原因引起的知情同意案件

例如,部分地方医院出于同业竞争、保护中医秘方知识产权等目的,采用只有其内部工作人员才知其意的“保密处方”,引起患者的不满和投诉。患者认为医院的这一行为侵害了其应享有的知情权。

二、美国涉及患者知情同意权案件

美国是世界上最早和最常引用知情同意理论审理医疗纠纷案件的国家。之所以如此,是与美国医疗诉讼证据制度密切相连的。美国法院在审理医疗诉讼案件时,作为原告的患者需要提出证明医生存在过失的初步证据,一般需要提供专家证言,而后才能将案件提交陪审团进行审理。但是,对于大多数原告来说,满足上述要求往往是非常困难的。相反,患者以医生违反告知义务而提起诉讼则相对容易,且有些法官认为对此不需要原告提供专家证人,因为医生是否违反告知义务,与其说是医学专业问题,不如说是法律判断问题。因此,原告往往以此作为诉由而提起诉讼,从而导致此类案件的增多。例如,在1990年进行的一项有关知情同意案件的回顾性定量研究项目中,美国学者 Jon F. Merz 曾研究了两组涉及知情同意的医疗诉讼案件:一组为450例判决书已公开出版的案件,且以上诉案件为主;另一组为187例案件摘要已公开出版的案件。上述两组案件均以患者主张知情同意权为主,且相互之间没有重复。^①

在美国,涉及患者知情同意权的案件类型多种多样,但主要分为两类。在第一类案件中,患者或家属单纯以医院或医生未经其同意实施医疗行为而提起诉讼,此类案件又称为“殴打”(Battery)侵权案件。由于此类侵权的法律责任较重,导致法院将其仅限于完全没有获得患者同意的情形。第二类案件是医疗过失案件,即将医生未告知相关信息定性为医疗过失,绝大多数涉及知情同意的案件属于此类。同时,美国此类案件的审理亦经历了不断发展的过程,且对患者知情权的保护范围不断扩大。

1914年,美国联邦最高法院法官卡多佐(Benjamin Cardozo)在 *Schloendorff v. Society of New York Hospital* 一案的判决书中写道,每一个成年的、精神健全的人有权决定对他的身体应做些什么,外科医生应对没有得到病人的同意便进行手术造成的人身损害承担损害赔偿责任。但是,需要注意的是,上述判决中引用的“同意”完全不同于现代意义的“知情同意”,其仅仅是要求医生在为患者手术须征得患者的同意,即患者“单纯”(bare bones)同意接受治疗。

^① Jon F. Merz: An Empirical Analysis of the Medical Informed Consent Doctrine: Search for a “Standard” of Disclosure. Risk Vol. 2:27 (1991) Also available at <http://www.piercelaw.edu/risk/vol2/winter/merz.htm>.

美国第一例医疗知情同意案件发生于1957年,即由美国加利福尼亚州上诉法院审理的 *Salgo vs. Leland Stanford Jr. , University Board of Trustees* 案件。在该案的判决中,法官首次引入了知情同意(informed consent)的概念,认为医生除了告知患者治疗措施的本质外,还应当告知患者治疗措施可能存在的风险(如并发症),尽管有时这种风险发生几率是非常微小的。如果医生告知不当,医生则应承担医疗过失责任。

【案例12-8】*Salgo vs. Leland Stanford Jr. , University Board of Trustees* (317 P.2d 170, 1957)

在本案中,患者 *Salgo* 在接受了胸主动脉造影检查后出现了双下肢瘫痪。医生事先没有向其告知该项检查可能存在的这一风险。医生在法庭上辩解说,如果将所有可能发生的并发症告知患者,他可能会因为过度恐惧而拒绝接受治疗。布拉德利(*Brady*)法官驳回了医生的辩解,认为:如果医生隐瞒了任何构成其患者同意预期治疗基础所必需的事实情况,则医生违反了对其患者的义务并承担责任。……在讨论风险因素时,自我决定权的使用必须与知情同意所必需的事实情况的完全披露相一致。

继 *Salgo* 案之后,美国医疗诉讼历史上具有里程碑意义的案件是发生于1960年的 *Natanson v. Kline*。该案件将告知的范围确定于一个普通医生(a reasonable medical practitioner^①) 在相同或相似情形下可能披露的信息,确立了告知范围的“职业标准”(professional standard)。

【案例12-9】*Natanson v. Kline*, 186 Kan.393, 350 P.2d 1093 (1960)

在本案中,乳房被切除的 *Natanson* 夫人在术后接受钴放射治疗时受到严重灼伤。医生没有告知患者该项治疗可能存在的风险或其他替代治疗方法。法院判决认为,医生有义务用简单易懂的语言向患者披露并解释疾病的性质、预期治疗方法、成功的几率或替代治疗方法,以及可能出现不良后果的风险和患者体内无法查见情况的风险。

美国另一具有里程碑意义的医疗知情同意案件是1972年的 *Canterbury v. Spence* 案。对于披露的范围,本案的审理法官拒绝了上述 *Natanson* 一案的职业标准,认为该标准“带有时代错误的家长作风”,披露的范围不应基于某一特定地区从业者可能披露的信息范围。同时,基于患者主张期望的主观标准(subjective standard)亦被法庭拒绝。最后,法庭将披露的范围确定为对处于患者地位的普通人作出决定具有实质意义的信息,此即“谨慎的病人标准”(prudent patient

^① 对于“a reasonable person”一词,人们通常直译为“一个合理的人”。但是在法律文件中,“a reasonable person”系“普通正常人”之意。本文采纳了该翻译方法,将“reasonable medical practitioner”译为“普通医生”。

standard)或“实质性风险标准”(materiality of risk standard)。

■第二节 侵害患者知情权的法律分析

从法律的角度讲,知情权作为公民一项重要的法定权利,包括行政知情权、司法知情权、社会知情权以及个人信息知情权等。患者知情权系属个人信息知情权范畴,是指患者知悉与其生命健康相关信息的权利,属于患者人身权的组成部分。因此,侵害患者知情权的行为,其本质上是侵害了患者就其与生命健康相关事项进行自我选择或决定的权利,从而直接或间接地侵害了患者的生命健康权。

一、患者知情权是一项独立的人格权

根据我国法律规定,公民的民事权利包括人身权和财产权。人格权是人身权的重要组成部分,可以分为一般人格权、生命健康权和其他人格权。而从人格权是否具有具体性,又可以分为具体人格权和一般人格权。我国《民法通则》规定的具体人格权,包括生命权、健康权、身体权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权和婚姻自主权等。《民法通则》未明确将公民或患者的知情权列入其中,但是,这并不意味着患者知情权不受法律保护;恰恰相反,保护患者知情权具有明确的法律依据。

在以往,人们认为知情权尚不构成独立的具体人格权,而是将其列入一般人格权中的人格利益加以保护。^①例如,民法学家杨立新教授认为,知情权并不是一种人格权,而是一种人格利益,如果受到损害,没有具体的规定可以引用,但可以依照最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》中的对其他人格利益的规定进行保护。同时认为,知情权最有可能成为一个独立的人格权利。^②的确,在我国现阶段,作为普遍意义上的公民知情权尚缺乏明确的法律规定,但是,患者知情权作为一项法定权利已经受到我国现有法律的保护。《执业医师法》第26条明确规定,医师应当如实向患者或者家属介绍病情。该法律从人大立法的层面确立了患者知情权的法律地位,明确了医务人员的告知义务。同时,国务院颁布的《条例》第11条亦明确规定,在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者。这一行政法规更是将法律所

^① 杨立新:《侵权法论》(下册),吉林人民出版社2000年版,第811页。

^② 摘自杨立新教授2001年5月11日在中国人民大学的演讲稿。全文见下列网址:<http://www.cnlawschool.com/research/display0303.asp?Id=7>。

规定的患者知情权的内容加以具体化,更加具有可操作性。上述法律和行政法规为法院确认侵害患者知情权的侵权行为提供了明确的法律依据。

在此需要说明的是,我国的立法体系是一个整体,在宪法关于人格尊严保护的原则指导下,《民法通则》和各单行法对人格尊严的法律保护规定,有相互修补作用,作为一个完整的一般人格权的法律体系。单行法中关于民事权利的规定,系民法的特别法规范,属于民事法律规范整体的一部分。^① 上述相关法律和行政法规中关于患者知情权的法律规定,已经成为我国相关民事法律规范的组成部分,患者知情权系其享有的法定权利。据此,人民法院在审理涉及患者知情权的医疗纠纷案件中,可以直接引用单行法律的法律条文,例如《执业医师法》第26条、《条例》第11条等。

据此,可以认为,患者知情权在我国已经成为一项独立的民事权利,系公民依法享有的人身权或人格权的组成部分。任何侵害患者知情权并造成损害后果的行为,均可构成对患者人身权利的侵害,依法应承担相应的法律责任。

二、患者的知情权、选择权和自决权

患者的选择权系指患者在知情的前提下,自我选择接受或拒绝医疗服务的权利,而自决权(patient's right to self-determination)则是指头脑正常的成年患者在自我选择的基础上,对自己的身体和财产所享有的自我决定权。患者的自决权包括两个方面:第一是患者对自己的身体有自主权,有权获悉自己身体的真实状况,同意或拒绝对他的身体作医学检查和治疗;第二是患者在接受医疗技术服务时,对自己的财产享有自主权。^②

在医疗活动中,患者知情不是目的,而是其行使选择权和自决权的前提,在充分知情的基础上做出自我选择和决策,以保护其人身权和财产权是其知情的最终目的。侵害患者知情权的行为,实质上是侵害了患者的选择权和自决权,从而直接或间接地侵害了患者的生命健康权。即如果医生告知了患者有关信息,则患者可能会描绘接受医生建议的医疗措施,重新做出选择和决定,以避免其身体健康受到损害。当然,在实践中,确定患者是否会接受或拒绝医疗措施,即医生未告知与患者损害后果之间是否具有因果,有时是非常困难的。

① 杨立新:《侵权法论》(下册),吉林人民出版社2000年版,第809页。

② 何恬:“患者的自决权和医生的告知义务”,载《法律与医学》2002年第3期,第145页。

■第三节 侵害患者知情权的侵权责任构成要件

侵权责任的构成要件,是指侵权行为人承担侵权责任的条件。医疗机构及其医务人员在医疗活动中违反告知义务,并不意味着其应承担侵权责任,只有在其行为符合一定条件时,医疗机构才能承担责任,这些条件就是侵害患者知情权侵权责任的构成要件。

在美国此类案件的审理中,作为原告的患者如欲获得损害赔偿,则应当证明医生的过失行为符合下述条件:(1)医生具有告知特定信息的义务;(2)医生违反了告知义务,没有向患者告知特定信息;(3)如果医生告知了特定信息,患者可能会拒绝医生建议的医疗措施,且该医疗措施与患者受到的损害具有事实上的因果关系;(4)存在损害事实。

上述侵权责任认定原则与我国民事侵权责任构成要件的原理基本一致,即只有在医务人员的行为同时具备行为违法、损害事实、因果关系和主观过错的情况下,医疗机构才能承担责任。

一、行为违法

行为违法,是指医务人员在医疗活动中,违反了国家法律、行政法规、卫生部规章以及诊疗操作的技术常规和规范,未履行告知义务。

根据我国有关法律规定,在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者。向患者告知有关信息是医务人员的法定义务,但是我国现行法律没有明确规定告知的具体范围,从而导致对行为违法性认定的困难。告知范围的确定,不仅是我国目前面临的困难,也是世界各国共同面临的尚未完全解决的难题。

一般认为,患者的自我决定权决定了披露义务的范围。只有在病人拥有足够的可使其做出深思熟虑选择的信息情况下,该项权利才能得到有效行使。医生告知的范围必须根据病人的需要来确定,而这种需要是对病人决策有重要作用的信息。因此,决定是否告知某一特定风险信息的标准是其对病人决策是否具有实质性影响,即所有潜在影响病人决策的风险都必须披露。

二、损害事实

损害事实,是指一定的行为致使权利主体的人身权、财产权受到侵害,并造成

财产利益和非财产利益的减少或灭失的客观事实。^① 损害主要包括财产损失、人身伤害和死亡、其他人格权遭到侵害以及精神损害等。损害事实作为确定责任的一个因素,是侵权责任构成的前提。由于侵权责任的主要功能在于对受害人进行补偿,因而它应以损害赔偿为主要形式,而这种形式的适用是以损害的确认为前提的。^② 因此,有时尽管医务人员没有履行告知义务,但尚未造成患者任何形式的实质损害(包括精神损害),那么医疗机构也不承担损害赔偿责任。

在侵害患者知情权的情形,损害事实主要包括人身伤亡和精神损害。人身伤亡常常直接引起财产损失,但人身伤亡本身是指公民的生命健康权受到侵害。在实践中,人身伤亡的损害事实不难确定,但精神损害的事实则比较困难,有时审判人员采取推定的方式确定。如年轻未婚女性患者面貌重度毁损,无疑将影响其今后的生活质量和发展轨迹,对其一生的负面影响将十分巨大,造成其精神上的伤害。在此情况下,法庭并不需要患者提供相应的证据加以证明,因为精神伤害往往是难以通过客观的证据得到证明的。

三、因果关系

侵权行为构成要件中的因果关系,是指违法行为与损害事实之间内在的必然联系。医生未履行告知义务并不能单独构成对患者的侵权责任。如一般医疗过失案件,医生未告知或未适当告知的违法行为必须与患者受到的损害后果具有因果关系,无论是直接的还是间接的。

如何确定医疗知情同意案件中未告知与损害后果之间因果关系呢?美国法庭在审理此类案件时,一般要求作为原告的患者确定医生未告知与损害后果之间具有“决定性因果关系”(decisional causation),即如果医生告知了特定信息,患者可能会拒绝医生建议的医疗措施。对于这一点,又有客观标准与主观标准之分。所谓客观标准(objective standard),是指如果告知了有关信息,处于患者地位的普通人可能会拒绝医生建议的医疗措施。所谓主观标准(subjective standard),指如果患者被告知有关信息,他或她可能不会接受医生建议的医疗措施。美国大多数州的法院采用客观标准来确定未告知与损害后果之间的因果关系。例如美国法官在坎特伯雷诉思朋斯医生、华盛顿中心医院案^③的判决书中写道:

① 杨立新:《侵权法论》(上册),吉林人民出版社2000年版,第191页。

② 王利明、杨立新:《侵权行为法》,法律出版社1996年版。

③ Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772(D. C. Cir. 1972).

我们相信,在客观基础上解决因果关系问题会更好:根据假如所有具有重要意义的危险均被适当告知,那么处于病人地位的谨慎的人会作出什么决定。如果有理由认为披露已导致病人因可造成损害的风险或危险的披露而放弃治疗,那么则存在因果关系。病人的证词与此类评价相关,但不会威胁到证据认定。同时,由于证词只有在与事实认定者对证词合理性的看法相一致的情况下才只能得到评价,因此,要求适用因果关系验证客观标准的理由充分了。无论如何,该标准可以简化事实发现程序,更加确保事实的真实性。

上海市第一中级法院在一起侵权患者知情权案件^①的判决中,是这样论述医生违反告知义务与患者损害后果之间的因果关系的:

虽然造成原告目前损伤的直接原因为被告医院的手术,但由于本案手术系在原告未充分了解手术后果的情况下实施的,原告丧失了选择手术与否的机会,从而丧失避免风险发生的选择权,致使医疗活动不恰当地进入手术过程,使得术后并发症——提上睑肌断裂的危险由理论上的可能性转化为现实的可能性。而该现实的可能性与手术过程的结合对原告导致的伤害就成为其丧失选择权的必然后果。所以侵犯原告知情权与原告目前所受损害结果之间具有内在必然的联系,双方之间为间接因果关系。

四、主观过错

主观过错,是指行为人进行违法行为时主观心理状态。主观过错分为故意和过失两种基本形态。故意,是指行为人预见到自己行为的结果,仍然希望或放任结果的发生。过失,是指行为人对自己行为的结果,应当预见或者能够预见而没有预见;或虽然预见到了却轻信此种结果可以避免。应当预见或能够预见而没有预见,称为疏忽;已经预见而轻信可以避免,称为懈怠。医生违反告知义务是一种过失行为,其违反了对于患者其应尽的注意义务。

在某案件中,原告认为医院未履行告知义务,侵害了其知情权,同时构成了欺诈。这种说法是不能成立的,因为医生没有履行告知义务是一种过失行为,医生主观上不存在故意,而欺诈则为一种行为人主观上存在故意的行为,两者的法律性质完全不同。因此,在现实生活中,医疗侵权案件是以行为人主观存在过失进行审

^① 参见本章第五节案例一。

理,否则其法律后果的发生将发生变化,因为故意伤害他人身体的行为将有可能构成犯罪。

■第四节 侵害患者知情权的法律责任

医生违反法定的告知义务并造成患者损害后果,医疗机构及其医务人员依法应承担相应的法律责任,包括民事责任、行政责任与刑事责任。

一、侵害患者知情权的民事责任

民事责任是民事主体违反其应尽的民事义务而在法律上应承担的后果。侵害患者知情权的法律责任主要是民事责任,而民事责任又可分为合同违约责任和侵权责任。

1. 违约责任与侵权责任的竞合

在医疗损害赔偿诉讼案件中,经常发生违约责任与侵权责任的竞合。所谓责任竞合,是指由于违反某种民事义务的行为,在民法上常常符合多种责任的构成要件,从而在法律上导致多种责任形式并存和相互冲突的现象。从权利人(受害人)的角度来看,因违法行为人行为的多重性,使其具有因多重发生的违法行为而产生的多项请求权,因此责任竞合又称为“请求权竞合”。在因医生违反法定告知义务而发生的侵害患者知情权案件中,同样存在医疗服务合同违约责任与侵害患者生命健康权侵权责任的竞合。在此情况下,作为患方,享有责任竞合时的请求选择权,既可以基于医院的违约行为提起违约之诉,也可以基于侵权行为提起侵权之诉。

在我国法院审理此类案件过程中,法院首先认定医疗机构与患者之间存在医疗服务合同关系,这也是法院受理医疗损害赔偿案件并判决医疗机构承担民事责任的前提条件。但是,在适用实体法时,法院则多按照侵权行为判决医疗机构承担侵权责任,因为侵权责任更有利于保护受害者的利益。如果判决医疗机构承担违约责任,则患者及其家属将无法主张精神损害赔偿。因此,本书将从侵权行为法的角度研究侵害患者知情权时应承担的法律责任。

2. 损害赔偿的当事人

损害赔偿是侵权人承担侵权责任的主要方式,是指当事人一方因侵权行为而对他方造成损害时应承担补偿对方损失的民事责任。损害赔偿是医疗机构承担侵

害患者知情权民事责任的主要方式。损害赔偿当事人包括赔偿权利主体和赔偿义务主体。

主张损害赔偿的权利主体是受害人,包括患者本人、近家属及利害关系人。在医疗损害赔偿诉讼中,患者健在时,患者本人为原告;如患者死亡,其近亲属可成为原告,依法行使请示赔偿财产损失和精神损失的权利。承担损害赔偿责任的义务主体是致害人,在我国现阶段为医院机构,医务人员个人不是赔偿义务主体,不具有被告主体资格,不能成为适格的被告。

3. 损害赔偿的范围

侵害患者知情权案件属人身伤害案件,如果构成医疗事故,则属于医疗事故损害赔偿案件。在具体审理过程中,法院可以依据《条例》第50条、第51条的规定确定医疗机构应承担的损害赔偿范围。具体的赔偿项目及计算方法,详见本书第十章。

4. 关于精神损害赔偿

此处讨论的精神损害赔偿,专指尽管医生违反了告知义务,但未造成患者除精神损害之外的其他损害后果的情形,医疗机构是否应向患者支付精神损害抚慰金问题。

【案例 12-10】某医院在为患者剖宫产时,发现其右侧卵巢异常,仅有少许正常组织,临床诊断良性畸胎瘤,故在未经患者及家属同意的情况下切除了右侧卵巢。患者以侵害知情权和身体健康权为由诉至法院,要求医院赔偿经济损失 32 万元、精神损失 30 万元。法院经审理认为,尽管经法医鉴定,被告的手术选择和后果未造成不良损害,但是,被告医生违反了告知义务,使患者对自己生理疾患缺乏了解,丧失了选择自己认为的最佳治疗方案的机会,由此造成患者精神上不明真相的压力,要求精神赔偿是合理的。法院判决医院赔偿患者精神损失费 1 万元,同时驳回了其他诉讼请求。

在上述案件中,被告医生未经患者及其家属同意,在手术中擅自切除了此患者的一侧卵巢,但并未造成对患者健康的伤害,未造成除精神损失之外的其他损害后果。尽管如此,法院仍然判决医院承担损害赔偿责任,赔偿患者的精神损失。之所以如此判决,是因为卵巢是女性重要的性生理器官之一,对于女性性别的认知具有重要的意义。卵巢的缺失(尽管是一侧的)将会在患者心理造成极大的心理压力,而这种不正常的心理压力本身即是一种精神伤害。因此,尽管有时医生违反告知的行为没有造成任何有形可见的损害后果,但是如果患者可以举证证明或依推论证明精神损害的存在,且与医生的不告知有因果关系,那么医疗机构仍应承担损害赔偿责任,赔偿患者的精神损失。

二、侵害患者知情权的行政和刑事责任

《民法通则》第110条规定,对承担民事责任的公民、法人需要追究行政责任的,应当追究行政责任;构成犯罪的,对公民、法人的法定代表人应当依法追究刑事责任。《条例》第56条规定,医疗机构违反《条例》规定,未如实告知患者病情、医疗措施和医疗风险的,由卫生行政部门责令改正,对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分或者纪律处分。《刑法》第335条规定,医务人员由于严重不负责任,造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的,处3年以下有期徒刑或者拘役。

因此,对于违反法定告知义务者,可要求其同时承担民事责任和行政责任,甚至刑事责任。例如,医务人员严重违反诊疗和规范,造成患者死亡或其他严重后果,受害人可以要求其承担民事赔偿责任,医院当地的卫生行政部门可以给予吊销《执业医师证书》的行政处分,司法机关还可以依法追究其刑事责任。此种现象称为规范竞合,即同一法律事实的出现引起两种以上法律关系的产生,符合数个法律规范的要件,致使该数个规范皆可适用的现象。因此,当医务人员在医疗活动中违反告知义务,侵害了患者知情权时,医务人员可能因此而同时承担民事、行政和刑事责任。

■第五节 中外典型知情同意案例分析

案例一 陈某某诉上海某医院侵害知情权案

【基本案情】

1999年6月21日,原告陈某某(女,1975年出生)至上海医科大学附属眼耳鼻喉科医院就诊,诊断结论为:左眼复发性结膜囊肿(术后复发),需手术摘除。原告于同月24日在被告医院行左眼脂肪瘤摘除术。1999年7月2日,原告出院。术后原告感到左眼上睑下垂,不能睁眼,遂又于同年10月19日再次至被告医院就诊,被收治入院,并于同月22日施行左眼上睑下垂矫正术。术后,原告左眼能微睁,但仍受限。同月26日,原告出院。随后,原告至上海医科大学附属华山医院就诊,被告知其左上睑下垂系提上睑肌损伤所致。原告遂以被告医院在治疗过程中有过错为由,向上海市长宁区医疗事故鉴定委员会申请进行医疗事故鉴定,该委员会于2000年8月28日出具鉴定书,内容为:(1)被告医院的诊断和治疗原则并无不当;(2)病员目前左眼上睑下垂属术后并发症。鉴定结论为:本医

疗事件不属于医疗事故范畴。原告收到鉴定书后未申请复议,其于2000年10月24日诉诸原审法院,认为被告医院在术前未向本人告知术后有关并发症,且在手术中割断了提上睑肌,要求被告医院承担过错的赔偿责任,赔偿医疗费3888元、误工费10000元、残疾者生活补助费178571元、精神损失费50000元、交通住宿费7541元,共计人民币250000元。原审审理过程中,原审法院就被告医院在为原告施行手术过程中是否具有过错以及过错程度等内容委托上海市长宁区医疗事故鉴定委员会补充鉴定,该鉴定委员会出具的补充意见为:(1)原告术后左眼上睑下垂属手术并发症,被告医院在手术过程中无不当;(2)被告医院手术前谈话记录不够完善,但与治疗过程和结果无直接关联。审理中,被告医院表示愿意基于人道主义角度,赔偿原告人民币30000元。

原审法院审理后认为,在医疗纠纷中,损害事实、因果关系、行为人具有过错及不当行为系医疗单位承担侵权损害赔偿责任的四个必备条件,缺一不可。但根据鉴定部门出具的鉴定结论不能证明被告医院在手术过程中具有过错,故原告要求被告医院承担赔偿责任的要求难以支持,鉴于被告医院在原审审理过程中愿意赔偿原告人民币30000元,于法无悖,可以准许,原审法院遂依照《中华人民共和国民事诉讼法》第98条、第106条之规定判决:(1)原告要求被告医院赔偿医疗费、误工费、残疾者生活补助费、交通住宿费的诉讼请求,不予支持;(2)被告医院赔偿原告人民币30000元。案件受理费人民币6260元,由原告负担。

判决后,原告不服,上诉至上海市第一中级人民法院,要求法院判令撤销原审判决,支持其在原审时的诉讼请求。

在二审过程中,原告诉称:首先,被告医院在实施医疗行为过程中有过错,而医疗行为是否有过错并非以是否构成医疗事故作为衡量标准;其次,被告医院未向原告告知术后会产生目前的并发症,剥夺了原告对病况及手术后的知情权;第三,此次事故使原告精神备受打击,同居5年的男友弃她而去,由于目前无法自食其力而失去对女儿的抚养权,故要求支持其关于精神损失费的补偿要求。原告在二审审理过程中提供了温州某区法院案由为解除非法同居关系的判决书,以说明自己所受精神痛苦之事实。

被告医院则表示不同意原告的上诉主张。其辩称:首先,手术是在告知病人有风险的情况下施行的,并且其已将手术后各类风险告知原告,故原告应当承担目前手术并发症的风险后果;其次,被告医院在诊疗过程中没有不当之处。但被告医院仍然表示愿意在确认其无过错的前提下对原告进行适当的补偿。对于原告提供的判决书,被告医院认为和本案没有关联。

就原告提供的证据材料,二审法院作如下认证:该份判决书反映了原告和男友解除非法同居关系及女儿归男友抚养的事实,但此解除非法同居关系系原告作为原告提出,并且在整个判决书中也未反映由于原告容貌毁损而招致男友遗弃以及没有经济能力而放弃女儿抚养之事实,故此判决书与原告旨在证明的对象缺乏足够的关联性,二审法院不作定案依据采纳。

【争议焦点】

被告在诊治过程中是否存在医疗过错,是否侵害了原告的知情权,是否造成了相应的损害后果。

【法院判决】

二审法院经审理查明,原审认定事实无误,双方当事人对此均无异议,二审法院予以确认。二审法院另查明,被告医院在为原告施行左眼脂肪瘤摘除术前,未明确将术后可能产生提上睑肌断裂的并发症告知原告。此节事实由被告医院在术前与患者家属陈某的谈话笔录佐证。该笔录内容为:“对手术操作后可能发生的问题加以说明:(1)术中肿瘤界限不清,分离困难;(2)术中出血,术后感染;(3)术后睑球粘连;(4)误伤眼球内其他组织,影响视力。”二审法院又查明,原告因左眼脂肪瘤摘除术而花费医疗费2050.48元,因左眼上睑下垂矫正术花费医疗费1837.83元。原告每月收入为人民币2000元,此由原告工作单位出具的工资证明材料佐证。被告医院虽认为原告工资过高,但又表示鉴于该工资情况已由有关单位证明,故可以由法院决定。二审法院再查明,温州至上海的火车票价为单程167元。二审法院在审理过程中,委托上海市高级人民法院法医鉴定室就原告伤情进行鉴定,结论为:原告左眼上睑重度下垂,容貌毁损。构成九级伤残,一般可酌情予休息5个月左右。

二审法院认为,医院作为从事医疗服务这一特殊行业的机构,其执业活动不但应当以救死扶伤、防病治病为宗旨,还应当遵循有关法律、法规的规定,以保证患者的基本权利不受侵犯。在医疗关系中,患者享有的基本权利主要有两点:其一,充分了解医疗活动所含风险的权利;其二,获得适当、合理治疗的权利(合理与否以现有医学水平及有关法规、操作规程为判断标准)。基于此,在医疗活动中,医疗行为的实施者负有两项基本义务:一是详尽告知患者手术及特殊治疗的风险,并征得患者对该治疗手段的同意;二是进行适当、合理的治疗。医疗机构在违反该基本义务时,应当承担相应的法律责任。

基于上述权利义务关系,被告医院与原告之间的医疗活动存在两个相对独立的阶段,即手术前的告知阶段和手术实施阶段。被告医院在以上两个阶段的行为中是否存有过错是本案主要的争议焦点。首先,就手术治疗过程而言,由于医疗手术具有较强的专业性,对该行为是否适当的判断,除依照一般常理及当事人提供的证据材料以外,还需由相关的权威部门做出公正的鉴定。本案无论从二审法院查明的事实还是从医疗事故鉴定委员会的鉴定结论均无法证实被告医院在为原告施行手术过程中存有不当行为,故原告关于被告医院在手术治疗行为中具有过错的主张依据不足,二审法院不予支持。其次,关于术前告知行为,由于医疗机构对患者施行手术是在一定程度上“破坏”人体而达到治疗效果,所以医院实施手术前应在有条件的情况下取得患者的同意。患者对手术的同意及对手术后果的接受应当建立在对手术风险充分认识的基础之上,否则不能视为真正意义上的同意,医疗机构应当承担相应的责任。本案中,被告医院与患者原告家属术前谈话笔录中记载的前三点告知内容指向明确,并未提及手术可能会影响提上睑肌,而原告提上睑肌断裂亦非眼球内部伤害,所以也不属于谈话记录中的第四点告知内容。另外,

上海市长宁区医疗事故鉴定委员会的补充意见明确指出该谈话记录不完善,由于医患双方当初动态的谈话不能再现,而谈话记录则可以认定为是医患之间谈话的静态留存,所以可以据谈话笔录记载及鉴定委员会的结论认定当初医患双方的术前谈话告知内容不完整,其缺陷就在于没有将施行手术可能导致提上睑肌断裂的后果告知原告。虽然被告医院在庭审中坚持认为已将提上睑肌断裂的术后并发症告知患者,但由于被告医院的此主张缺乏相应的依据佐证,二审法院不予采信,故被告医院在履行手术风险告知义务过程中有瑕疵。

由于被告医院未完全向原告明示术后风险,致使原告丧失选择手术与否的机会,并造成严重后果,所以被告医院应当就此承担民事侵权责任。被告医院的行为符合侵权责任的四个构成要件:(1)行为人行为违法。即行为人的行为(包括作为与不作为)违反了法律规定的义务,并侵犯了他人的合法权益。国务院颁发的《医疗机构管理条例》中明确规定:医疗机构施行手术时必须征得患者同意。此条款为医院负有法定告知义务的一般规定。而医院在从事治疗患者疾病的工作过程中,应当依照《民法通则》的精神,遵守诚实信用原则,向患者如实告知治疗方案以及该方案将可能导致的后果。综合以上两方面法律法规的精神,可以确定,明确告知患者手术真实情况是医院的法定义务;同时原告作为患者,享有对治疗后果的知情权,在此基础上权衡利益轻重以选择是否接受治疗。此知情权虽没有在《民法通则》上予以明确规定,但此项权利是公民人身权应有之内涵,且《消费者权益保护法》已将此权利法定化,可以推定知情权符合《民法通则》基本的立法精神,应受法律保护。所以,被告医院未充分告知手术风险不但违背其自身法定义务,而且还侵犯了原告的法定权利,其行为具有违法性;(2)行为人本身有过错。过错是行为人进行违法行为时故意或过失的心理状态。其中过失是行为人对自己行为的结果应当预见而没有预见,或者轻信可以避免,过失过错实际上是行为人对自己注意义务的违反。被告医院在给原告实施手术前,凭其专业能力应当能够预见手术所可能发生的风险,然而被告医院却没有将该风险充分告知原告,违反了基本的注意义务,其过错是显而易见的;(3)有损害后果。目前原告构成九级伤残,精神上承受了巨大的痛苦,为此花费了一定的医疗费、交通费,并发生误工损失,损害后果十分明显;(4)行为和损害后果之间存在因果关系。所谓因果关系是侵权行为和损害后果之间内在的必然联系。虽然造成原告目前损伤的直接原因为被告医院的手术,但由于本案手术系在原告未充分了解手术后果的情况下实施的,原告丧失了选择手术与否的机会,从而丧失避免风险发生的选择权,致使医疗活动不恰当地进入手术过程,使得术后并发症——提上睑肌断裂的危险由理论上的可能性转化为现实的可能性。而该现实的可能性与手术过程的结合对原告导致的伤害就成为其丧失选择权的必然后果。所以侵犯原告知情权与原告目前所受损害结果之间具有内在必然的联系,双方之间为间接因果关系。综上所述,被告医院侵犯了原告的知情权,应当承担相应的侵权赔偿责任。

由于原告目前损害状态系多种因素造成,包括自身病因导致手术、手术并发症以及原告客观上选择手术,而选择手术与否和目前遭受损害之间事实上存在一定的或然性,故本案可考虑以上种种因素,由被告医院承担损失后果80%的赔偿责任。而损失范围当依照法律规定并结合原告的诉讼请求从以下几方面界定:(1)医疗费。由于被告医院在施行左眼脂肪瘤摘除手术过程中并无不当,且此手术有手术指征,故原告要求被告医院承担因左眼脂肪瘤摘除术医疗费用的赔偿责任依据不足。而左眼上睑下垂矫正术为被告医院弥补前次手术并发症而施行,据此手术而发生的医疗费应属损害后果范围,计人民币1837.83元。被告医院应承担其中的80%的赔偿责任,计1470.26元。(2)误工费。误工费的计算应当根据当事人实际误工事实,并参照法医鉴定的合理休息时间予以确定。原告主张每月误工费2000元,且有相关证据证明,被告医院虽认为该工资过高,但无相反资料推翻原告单位证明材料,被告医院的辩称意见,二审法院不予采纳。对原告主张的10000元误工损失,二审法院根据原告提供的证据并参照法医鉴定的结论予以认可,按照责任比例由被告医院承担赔偿数额人民币8000元。(3)残疾者生活补助费。根据法律规定,侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿残疾者生活补助费。残疾者生活补助费的计算应以权威部门确立的伤残等级,并根据致害当地的生活水平综合评判,据此,原告九级伤残的残疾者生活补助费为人民币27279.76元。被告医院应当支付给原告其中的21823.81元。(4)差旅费。因左眼上睑下垂而施行手术所发生的差旅费应当属于原告目前损害后果的合理损失范围。由于原告为治疗从温州来沪多次,且人员各异,故其提供的交通费、住宿费单据复杂,此笔损失费由二审法院根据实际情况,并比照一般公差人员标准予以酌定人民币1368元。交通费:交通工具以火车、人员以两人、次数来回一次计为 $167 \times 2(\text{来回}) \times 2(\text{人数}) = 668$ 元,住宿费:自原告收治入院至出院止共7天计为 $100(\text{每天住宿费}) \times 7(\text{天数}) = 700$ 元。上述两项费用,被告医院承担1094.40元。(5)精神损失费。侵权人对过错行为造成的损害后果应当承担赔偿责任,这种后果不但包括财产损害赔偿,还应当包括非财产损害赔偿。原告年轻未婚,现面貌重度毁损无疑将影响其今后的生活质量和发展轨迹,原告目前状态对其一生的负面影响将十分巨大,所以被告医院在前述4项财产损害赔偿后尚不能弥补原告在精神上的伤害与苦痛。虽然被告医院在本案的审理过程中曾有对原告进行补偿的表示,且此表示也反映了被告医院解决问题的诚意,但此尚不足以抚平原告的心灵,故二审法院酌情判令被告医院另行支付原告精神损失费30000元以抚慰其精神创伤并给予被告医院未充分履行告知义务以警戒。

综上所述,原审法院所作判决适用法律不当,二审法院予以改判。原告的上诉请求,二审法院部分予以支持。鉴于原告所遭受的损害后果,其诉诸法院寻求保护并提出了过高的诉讼请求尚在情理之中,故二审法院在核定诉讼费用的承担时兼顾此因素酌情考虑。据此,依照《民事诉讼法》第153条第1款第(2)项、《民法通则》第98条、第119条之规定,判决如下:一、撤销原审;二、被告医院于本判决生效后十日内赔偿原告医疗费、误工费、残疾者生活补助费、车旅费、精神损失费共计人民币62388.47元。一、二审案件受理费人民币12520元,由原告承担3000元,被告医院承担9520元。

【案件评析】

虽然在本案审理之前,我国新闻媒体已有法院审理同类案件的报道,故本案尚不足以成为我国第一起侵害患者知情权的医疗损害赔偿案件。但是,本案却是一起将在我国医疗纠纷诉讼史上具有重要意义的案件。在本案的审理过程中,二审法院并未就事论事,而是根据我国有关的法律规定,认真地听取了原告提出的事实和理由,并就本案涉及的患者知情权保护等法律问题召开了有民法学家参加的专家讨论会,进行了大量的理论研究工作。在本案的判决中,法官就患者是否享有知情权、医生未履行告知义务是否属于医疗过错、侵权行为构成要件及责任承担等法律问题进行了详细缜密的分析,并在此基础上作出了公正的判决。

在本案判决中,法官认为:第一,根据我国有关法律规定,明确告知患者手术真实情况是医院的法定义务,同时患者享有对治疗后果的知情权,并在此基础上权衡利益轻重以选择是否接受治疗。同时提出,患者知情权是公民人身权的组成部分,是一种与公民生命健康权相关的人格权利。第二,侵害患者知情权的实质是侵害了患者的选择权,即被告医院未完全向原告明示术后风险,致使原告丧失选择手术与否的机会,并造成严重后果。第三,医生未履行法定告知义务,侵害患者知情权本身就是一种医疗过错。认为,医院在医疗活动中,其执业活动不但应当以救死扶伤、防病治病为宗旨,还应当遵守有关法律、法规的规定,以保证患者的基本权利不受侵犯。在此方面,法官扩展了人们的思路,其观点与《条例》的有关规定完全一致。第四,侵害知情权的行为属民事侵权行为,其责任承担与否应基于该行为是否符合侵权责任的构成要件,即行为人行为违法、行为人本身有过错、有损害后果、行为和损害后果之间存在因果关系。因此,侵害了患者知情权并不必然承担损害赔偿责任,只有在侵权行为造成了患者财产损害和/或精神损害的情况下,行为人才承担损害赔偿责任。

该案判决对规范医务人员的医疗行为和加强自我保护亦具有警示作用。首先,在术前应明确向患者告知有关医疗风险,包括术中及术后可能出现的不良后果,如难以避免的并发症等。其次,应当注意详细记载术前谈话的内容。正如判决中所述,由于医患双方当初动态的谈话不能再现,而谈话记录则可以认定为是医患之间谈话的静态留存,这正是要求书面详细记载谈话内容的证据学意义之所在。第三,应当注意书面记载的方式。在本案中,被告在说明术可能出现的问题时,采用了穷尽式列举的方式,而正是这种不当的记载方式导致事后被法庭认定为在告知方面存在瑕疵。众所周知,医疗行为的结果具有相当程度的不确定性,任何人均无法详尽列举医疗行为可能导致的所有不良后果。在此情况下,应当采取非穷尽式列举方式,附加“兜底式条款”,即在列举主要问题后,增加“其他可能再现的不良后果”等类似内容。如果本案谈话记录中载有上述条款,则最终的判决结果可能是完全相反的,至少被告有较大的抗辩空间。

案例二 秦某某诉镇江某医院侵害知情权案

【基本案情】

原告7岁女孩秦某某在上小学之前曾突然发了一次高烧,后经治疗得以康复。但不久其父母就发现,自打退烧以后,原告的左眼看东西来总有点斜。2001年4月,父母将原告带至被告镇江市某医院就诊,被诊断为“左眼外斜视”,需住院接受治疗。主治医生认为“患儿病史已长达6个月,病情稳定,故拟手术治疗,解决美观问题”。随即父母便在手术意见书上签了字,该意见书对术中及术后可能发生的并发症及意外情况等均做了说明。

同年4月11日,被告为原告施行了“左眼外直肌后徙术”。但是,术后原告的眼睛却并无太大改观。父母心想,也许再恢复一段时间就会好的,于是他们便为女儿办理了出院手续。同年5月,因原告左眼仍无改善,遂被父母再次带到了被告处,被诊断为“左眼动眼神经麻痹及左眼麻痹性外斜视”,接受了第二次手术“左眼内直肌缩短术及右眼外直肌后徙术”。但是,术后原告仍无明显改善。

因手术效果不佳,原告父母向当地医疗事故技术鉴定委员会提出申请,要求进行医疗技术鉴定。医疗事故技术鉴定委员会经分析后认为:患儿出院时左眼眼位照影正位,术后半个月左眼又有外斜。这种情况是麻痹性斜视手术后可能出现的;麻痹性斜视病人手术后眼位有时不能一次矫正到位,往往还需经过多次手术。被告对患者的疾病诊断明确,治疗措施基本正确、及时、有效,故本病例不构成医疗事故。

对该结论父母甚感不满,以原告法定代理人身份于2002年6月向镇江市京口区人民法院提起诉讼,要求被告赔偿其女医疗费、护理费及营养费等共计5774.9元。

【争议焦点】

被告是否存在医疗过错,是否侵害了原告的知情权。

【法院判决】

案件审理期间,被告申请法院委托镇江市中级人民法院对被告在治疗中是否存在过错,原告的目前状况与被告手术有无因果关系等进行了法医学鉴定。结论是:(1)被告对原告的诊治基本符合诊疗规范;(2)原告目前状况与被告两次手术无因果关系。但是法院在审理中还了解到:麻痹性斜视的病情较为复杂,在目前的科学水平下,不可能通过一两次手术即能治愈,往往需经多次手术后才能改善。对此被告亦不否认。

2002年12月,法院作出一审判决,认为手术的目的是纠正原告左眼斜视,解决原告眼睛美容的问题,而原告经过两次手术,其病症并未得到纠正,更未能达到美容效果。被告虽在两次手术前均向原告家属交代了有关可能事项,其中包括“欠矫”、“过矫”可能,但对于麻痹性斜视病人可能出现的后果及可能需要多次手术的情节,被告却并未告知原告,而本案中当事人间的合同目的恰恰又是为了解决美容问题。因此,尽管经法医鉴定被告的诊治过程基本符合诊疗规范,本案原告目前状况也与被告手术无因果关系,但是不能免除被告因医疗合同而产生的相应义务,被告仍应对原告做相应补偿。法院判决被告赔偿原告人民币3000元整,原告的其他诉讼请求因无法律依据被驳回。

判决下达后,原、被告双方均不服,并向镇江市中级人民法院提起上诉,但在二审期间双方经调解当庭撤诉,按原判决执行。

【案件评析】

本案主要涉及医生应当告知的范围问题。在本案中,法院认为医院的过错主要在于,医院没有向患者家属告知麻痹性斜视患者可能出现的后果及可能需要多次手术情况,致使患者丧失了是否接受手术治疗的选择权利。

人们对于术后可能出现的后果属告知范围没有异议,但是术后可能需要多次手术治疗是否属于告知范围则观点不一。正如前述,关于医生应告知患者有关信息的范围,存在多种认定标准,如以医务人员的判断为主的“职业标准”,以患者自我判断为主的“主观标准”。对此,我国相关的法律规定不明确,只要求告知患者病情、医疗措施及医疗风险,但具体范围如何确定问题仍未解决。一般情况下,医生主要向患者告知医疗措施可能存在的风险,即风险告知。告知的范围应以对患者做出决策具有实质性影响的信息为限。患者在决定是否接受医疗服务时,除了考虑医疗本身的风险外,还会考虑自己的经济承受能力,而由于收入水平的限制,后者对患者决策的影响更大。从这一角度考虑,本案中患者术后需要多次手术的事实,则有可能成为患者选择是否接受手术的实质性因素。如果医院未将这一事实告知患者,从而影响了患者的决策,则将构成对患者知情权的侵害。正如本案法官在判决后接受采访时所述,本案中原告治疗的目的是为了解决眼部美观问题。如果被告事先将上述情况告诉原告,那么原告就可以在接受手术治疗或干脆放弃手术以免徒耗时间与金钱之间做出选择。正是基于上述理由,法院认定被告的行为侵犯了患者的知情权。^①

案例三 张某某诉泉州某医院侵害知情权案

【基本案情】

原告张某某诉称,他于1995年6月因一场交通事故导致右膝关节损伤,经治疗后已基本痊愈,但关节弯曲功能受限在30度内。1998年4月间,原告在得知被告泉州市某区中心卫生院(以下简称被告中心卫生院)有上海专家前来坐诊后,遂前往该院向当时在该院坐诊的“上海专家”医师咨询。咨询医师告知原告应施行“膝关节人工关节置换术”,并承诺术后右膝关节弯曲可恢复到90度的活动范围,同时保证20年内不会出现任何问题。原告即到该院住院手术,共花费医疗费42230.5元。但手术后原告的右膝关节功能并无完全好转,无法达到弯曲90度的活动范围。自2001年3月起,原告的右膝关节外侧反复出现伤口破溃,内有淡黄色液体渗出,膝关节内还有较多的异常骨化等后遗症。原告随即找到被告中心卫生院解决,而该以坐诊医生已回上海为由,答称无法为其解决上述问

^① “知情不告惹纷争患者起诉获补偿”,载《扬子晚报》2003年6月7日。

题。随后,原告先后到泉州市第一医院、驻军 180 医院等医院进行诊断及咨询后,得知年纪轻的人做膝关节人工关节置换术会出现较强烈的排异等后遗症。

据此,原告认为被告中心卫生院在为其做手术前未如实告知该医疗风险,故意隐瞒真相,诱骗原告同意做该手术,其行为侵犯了自己的医疗知情权,构成欺诈。原告请求法院根据《消费者权益保护法》第 49 条的规定判令被告中心卫生院及被告某区医院双倍赔偿医疗费共 84461 元,复诊费 8000 元,并为其治疗好伤口破溃等后遗症,两被告应承担连带责任。

被告中心卫生院辩称:在为原告进行手术前,医院就明确告知了相关的手术情况,不存在欺瞒现象。原告所花费用只有 18223.5 元,其余的款项系其委托医院购置“人工关节”的费用,不应计入医疗费用中。另外,原告主张按照《消费者权益保护法》不妥,应适用《民法通则》及《医疗事故处理办法》。同时辩称:原告自 1998 年 5 月 16 日出院,至今才向卫生院主张赔偿权利,其请求已超过法定诉讼时效,依法已丧失胜诉权。据此,该中心卫生院请求法院驳回原告的诉讼请求。

第二被告某区医院则辩称:原告当时前往被告中心卫生院治疗、手术时,该医院尚未成立,其与张之间不存在医疗服务合同关系,张所诉主体错误,依法应予驳回。

【争议焦点】

被告在医疗过程中是否存在医疗过错,是否侵害了患者的知情权。原告起诉是否超过诉讼时效。

【一审情况】

法院受理此案后开庭审理查明,原告因交通事故致右膝关节损伤,功能受限。1998 年 4 月,原告经咨询在被告中心卫生院短期坐诊的上海医师王某有关关节治疗事宜后,于同月 18 日在该院住院,经行“右膝关节人工关节置换术”后于同年 5 月 16 日出院,共花费医疗费 42230.5 元,其中购置人工关节费用为 24000 元。自 2001 年 3 月起,原告的右膝关节外侧反复出现伤口破溃,有淡黄色液体渗出,并出现关节僵硬症状。经泉州市第一医院、中国人民解放军第 180 医院、泉州市正骨医院、福建省人民医院等医院诊断,证实原告在手术约 3 年后,切口感染,人工关节间隙因钙化僵直而致功能障碍,上述几家医院的门诊费共为 7006.6 元。

法院还查明:原告虽然早在 1998 年 5 月 16 日就出院,并自 2001 年 3 月间即出现伤口破溃等伤情,但其直至 2002 年元月至 6 月才得到几家医疗单位的诊断,故其于同年 6 月 27 日起诉主张权利并未超过法定诉讼时效。

一审法院认为:原告与被告中心卫生院之间医疗服务合同关系有加盖该院收费专用章的收据及双方的陈述为证,足以认定。原告于 1998 年在被告中心卫生院做“右膝关节人工关节置换术”。自 2001 年起开始反复出现伤口破溃,有淡黄色液体渗出,并出现关节僵直症状,至今没有痊愈,有泉州市第一医院、中国人民解放军第 180 医院、泉州市正骨医院、福建省人民医院等医院的门诊病历为证,事实清楚,可以认定。原告请求法院判令被告中心卫生院赔偿其所支出的医疗费 42230.5 元及复诊费的请求应予支持,但根据其

所提供的发票,复诊费总金额应为7006.4元,因此,对原告请求法院判令被告中心卫生院赔偿8000元复诊费予以部分支持。由于本案不适用《消费者权益保护法》第49条的规定,原告请求法院判令被告中心卫生院加倍赔偿其所支出的医疗费用的请求,不予支持。原告请求法院判令被告中心卫生院应为其治疗好伤口破溃等后遗症的诉讼请求,不予支持。因当时被告某区医院尚未成立,原告与该医院不存在医疗服务合同关系,因此,原告请求法院判令被告某区医院承担连带赔偿责任的请求无法律依据,不予支持。

被告中心卫生院辩称原告的现状并非其手术的原因导致,未能提供证据证实,且在举证期限内也未申请医疗鉴定,根据国家有关司法解释,应承担举证不能的后果。被告中心卫生院辩称其所收取的费用中,有24000元系原告委托其代购人工关节,不应视为医药费,证据不足,不予采纳。据此,法院依法作出如下一审判决:一、被告中心卫生院应于本判决生效之日赔偿原告医药费42230.5元、复诊费7006.4元,两项合计49236.9元;二、驳回原告的其他诉讼请求。本案受理费3334元,由原告负担1354元,被告中心卫生院负担1980元。

宣判后,原告、被告均不服,分别向泉州市中级人民法院提起上诉。

【二审情况】

原告上诉称,原审判决在认定系被告中心卫生院的手术行为造成原告目前伤情的同时,却未判令该卫生院赔偿原告的误工费、护理费、伙食补助、继续治疗费等相关费用欠妥;原告若未能治愈残疾,被告中心卫生院还应按伤残等级赔偿原告伤残赔偿金。据此,原告请求二审法院增判被告中心卫生院赔偿原告自2001年至今及继续治疗期间的医疗费、误工费、护理费、伙食补助费、车船费等相关费用,并明确应按原告的伤残等级赔偿伤残补偿费。

被告中心卫生院上诉称,原告系以双方存在医疗服务合同为由诉至法院的,一审判决也以医疗服务合同纠纷为案由,但却适用《民法通则》的侵权条款进行判决,属适用法律错误;被告中心卫生院在一审中已举证证明讼争医疗费中有24000元属卫生院代原告购置人工关节的费用,原审判决认定24000元为被告中心卫生院收取的医疗费是错误的;被告中心卫生院已举证否认置换人工关节手术与原告目前伤情的因果关系,一审判决认定被告中心卫生院举证不能是错误的;此外,原告系1998年5月16日手术出院的,他直至2002年6月28日才起诉已超过诉讼时效。据此,被告中心卫生院请求泉州中院撤销一审判决,驳回原告的诉讼请求。

二审法院经审理后认为,一审法院原审判决认定事实清楚,适用法律正确。据此,二审法院于2003年3月20日作出如下终审判决:驳回原告及被告中心卫生院的上诉,维持原判;二审受理费人民币3334元,由上诉人原告与上诉人被告中心卫生院各负担1667元。

【案件评析】

本案原告是以侵害其知情权为诉由起诉,但在法院审理过程中,两级法院均是以被告医院在医疗活动中是否存在医疗过错进行实体审理,这是侵害患者知情权案件审理的一大特点。在大多数情况下,侵害知情权的最终法律后果是侵害了患者的生命健康权,而单纯以侵害知情权起诉主张精神损失赔偿的案件并不多见。

在本案中,原告认为医院未履行告知义务,侵害了其知情权,已构成欺诈的理由是不能成立的。未履行告知义务是一种过失行为,行为人主观上不存在故意,而欺诈则为一种行为人主观上存在故意的行为,两者的法律性质完全不同。因此,在现实生活中,医疗侵权案件是以行为人主观存在过失进行审理,否则其法律后果的发生将发生变化,因为故意伤害他人身体的行为将构成故意犯罪。

另外,在本案审理中,法院根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的有关条款,实行举证责任倒置,且在医院未能提供证据证明其不存在医疗过错的情况下,直接判决医院败诉。对此,作者有不同意见。根据最高人民法院的上述司法解释,举证责任倒置仅适用于因医疗行为引起的侵权案件,而不适用于医疗合同纠纷案件。在本案中,原告以医疗服务合同违约为理由,要求医院承担责任。在这种情况下,法院应向原告说明有关法律规定,告之如以合同违约起诉,则案件的实体审理将不适用举证责任倒置的证据规则,原告应承担相应的举证责任。当然,本案实际上存在违约责任与侵权责任的竞合问题。但是,对于审理过程中证据规则的适用应当如何进行,在原告没有提出明确要求的情况下,法院能否依职权而确定案件性质或案由,则是有待进一步商榷的。

案例四 冷某诉镇江某医院医疗损害赔偿案

【基本案情】

原告冷某诉称,1995年1月,原告在被告处剖腹生产,出院后感腹部疼痛,于当年3月又入住被告处,但未能治愈。原告长期受疼痛折磨,无法从事正常工作。2002年1月,原告因腹痛难忍,前往医院检查,B超显示原告左侧囊肿与包块达9.8厘米。原告此时才想起曾在被告处两次住院的情况,回家找出病历,发现1995年1月被告为原告实施剖腹产术时,未经原告同意,擅自切除了原告的左侧卵巢,结扎了原告左侧输卵管,导致原告左侧输卵管积水。被告的行为已导致原告残疾,给原告带来巨大的心理压力和精神损失。为此,原告要求被告赔偿医药费、营养费、残疾者生活补助费、残疾赔偿金、依靠受害人实际抚养者的必要生活费等费用计195110.09元,精神损失费40000元。

被告镇江市某医院辩称,医院在为原告施行剖腹产手术时,是严格按照手术程序进行的。在手术中,出于职业的习惯,医生检查原告了双侧附件,发现双侧卵巢略增大,上有数枚小米粒样血泡。因担心原告卵巢有病变的危险,故又为冷女士加行了左侧卵巢切除术和左侧输卵管结扎术。术后,手术医生将手术过程详细记载下来,并特别注明“经征求患者家属同意,故又行左侧卵巢切除术+左输卵管结扎术”。切除组织病理检验报告显示,“妊娠期结节性卵泡,膜细胞黄素化过度增生,卵巢囊状滤泡,卵巢白体黄体”。被告认为医生是在发现原告的卵巢有病变危险的情况下,征得原告家属的同意出于好心将其切除,并对手术过程做了详尽的记录。虽说没有患者家属的签字,但在当时的情况下,医方考虑更多的是患者当时的病情,手术记录、术后记录及出院小结对当时客观情况做出了真实反映。出院病历清楚地写明手术名称:剖宫产术+左侧卵巢切除术+左输卵管

结扎术。出院后,原告一直未对手术提出异议,事隔7年却要求赔偿,实在是没有道理。因此,被告医院辩称,根据有关法律规定,原告提出的诉讼,其时效已超过法律规定的诉讼时效期间。请求驳回原告的诉讼请求。

【争议焦点】

医院未经患者同意切除组织是否侵害了患者的知情权,是否应承担责任。本案原告起诉是否已超过诉讼时效期间。

【法院判决】

在诉讼过程中,法院委托江苏省镇江市中级人民法院鉴定中心就被告在原告手术过程中有无过错、手术与左侧输卵管积水有无因果关系及原告伤残程度进行了法医学鉴定。法医鉴定认为:医院在对冷女士施行剖宫产的同时行“左侧卵巢切除术+左输卵管结扎术”,虽在其手术记录中有“经征求患者家属同意意见”的记录,但无家属是否同意及签字,违反了《医疗机构管理条例》第33条的规定。根据医院切除卵巢的病理报告显示的结果,该卵巢应属正常妊娠之卵巢。原告的左侧卵巢切除构成八级伤残。医院在切除原告左侧卵巢的同时,施行了左侧输卵管结扎术,2002年1月冷女士因左侧输卵管积水施行了左侧输卵管切除术。根据现有资料,尚不能排除该输卵管积水与左侧输卵管结扎有关。鉴定结论为:冷女士的左侧卵巢切除为八级伤残;冷女士输卵管积水不能排除与左侧输卵管结扎有关。

法院经审理后认为,医院接受患者求诊并予以诊治,医患双方即形成医疗合同关系。医院及其医务人员在医疗活动中,应严格遵守医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规。被告对原告施行手术,却在病案中无患者或者家属的书面同意意见及签字,违反了《医疗机构管理条例》的规定,在医疗行为中存在过错。经法医学鉴定,被告存在过错的医疗行为与原告左输卵管积水之间的因果关系不能排除,故被告应对原告患左输卵管积水负损害赔偿责任。被告在原告的出院记录中已明确告知其左侧卵巢已被切除,原告收到被告的出院记录后,应当知道自己的权利受到侵害。事隔7年后,原告对因卵巢被切除而造成的伤残提出赔偿请求,但未能提供诉讼时效中止、中断的合法理由,诉讼时效已超过法律规定的诉讼时效期间,故原告要求被告对其伤残进行赔偿的相关请求本院不予支持。被告在出院病历中,虽然亦明确告知了左输卵管已被结扎,但输卵管结扎并不必然导致输卵管积水,因此,原告对因输卵管结扎而导致的输卵管积水的伤害,在原告明确知道之前,则属于不应当知道受到的侵害。2002年年初原告的疾病始确诊为左侧输卵管积水并进行治疗,因此,对因输卵管被结扎而导致输卵管积水的侵害提出赔偿请求的诉讼时效的起算点应为治疗结束之日。原告在治疗结束后1年内即提起了民事诉讼,未超过法律规定的诉讼期间,故关于原告左侧输卵管积水的诊治,被告应负民事赔偿责任。原告要求被告给付精神损害赔偿40000元,没有事实和法律依据,本院亦不予支持。

法院依据《民法通则》第106条第1款、第119条、第139条、第140条及《民事诉讼法》第128条之规定,作出一审判决,判决被告医院于判决生效后10日内一次性赔偿原告医疗费、营养费、误工费合计人民币5195.0元;驳回原告的其他诉讼请求。

一审宣判后,原告不服,上诉于镇江市中级人民法院。在二审阶段,被告和原告达成和解协议,被告一次性赔付原告3.3万元。

【案件评析】

“好心不得好报”的事情经常发生在涉及患者知情同意的医疗诉讼案件中。类似的案件还包括未经患者或家属同意,在实施胆囊手术时“好心”地切除了被发现已经发生病变的阑尾组织;在切除一侧病变乳房时对另一侧进行了探查,将该“病变组织”顺便切除,等等。此类案件的审理结果对医务人员的心理造成了极大的影响,进而严重影响了其为患者治疗的积极性。然而,这正是法律残酷之所在。因为根据法律规定,未经患者同意,医生不得对其进行手术,包括患者同意切除甲组织,则医生顺便切除其存在病变的乙组织的行为将构成侵权,除非存在紧急情况不得已而为之。对于本案,医务人员正确的做法,应当是重新获得患者或家属授权,履行告知和签字手续。

在本案判决中,法官根据《条例》的规定,提出医院及其医务人员在医疗活动中,应严格遵守医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,被告实施未经无患者或者家属同意的手术系违法行为,构成医疗过错。同时,判决论证了医疗过错与损害后果之间的因果关系。如此判决,说明法官已经深刻地理解了最高人民法院关于医疗侵权案件举证责任倒置的证据规则,因为该证据规则由于其语言表述的问题经常导致法官错误适用法律。侵权行为构成要件中的因果关系应是违法的医疗行为与损害后果之间的关系,而不是正常的医疗行为与损害后果之间的因果关系,因为正常的医疗行为(如手术治疗本身)可以导致损害后果,如器官被切除,至少是皮肤组织被破坏等。

本案的另一争议焦点是原告的起诉是否超过法定诉讼时效期间。我国《民法通则》规定,因身体受到伤害要求赔偿的诉讼时效期间为1年,自受害人知道或者应当知道其权利被侵害时起计算。医疗侵权案件系人身损害赔偿案件,适用1年的诉讼时效期间。在确定是否超过诉讼时效时,最重要的是确定受害人是何时知道或应当知道其人身权利受到侵害。在本案中,医院在交给患者的出院病历中明确写明了手术的名称为“剖宫产术+左侧卵巢切除术+左输卵管结扎术”,因此,可以推定原告已经知道或者应当知道其左侧卵巢被切除和左输卵管被结扎这一事实。根据上述法律规定,原告主张其左侧卵巢左输卵管被切除及结扎这一损害后果的起诉已超过1年诉讼时效期间。但是,上述行为导致的左侧输卵管积水事实的发生尚未超过1年,故原告主张对此损害事实的起诉没有超过法定诉讼时效期间。法院对本案诉讼时效的判决是正确的。

关于诉讼时效,作者在这里提出一个假设,如果在审理过程中原告不出示其持有的出院病历,那么医院应如何证明自己将有关事实告知患者了呢?

案例五 陈某诉上海某医院未告知导致误诊案

【基本案情】

原告陈某系进行性肌营养不良症(简称 DMD)基因携带者。该病的特点之一是女性携带者不会发病,而男性携带者的发病率为 50%。对于这种疾病,国际医学界目前仍然束手无策,找不到有效的治疗手段。1990 年 7 月,再次怀孕的原告担心胎儿携带 DMD 基因,尤其担心为男孩。在得知被告上海某医院能够鉴定胎儿是否带有 DMD 基因后,怀孕 5 个月的原告找到被告医院做检查。同年 9 月,被告派员陪同原告到徐州一家医院做穿刺抽取血样,带回上海做鉴定。10 月 10 日,被告出具了检验报告单,认为胎儿的相关指标均属正常,不带有 DMD 基因。在医生肯定答复下,原告在 1991 年 1 月产下一名男婴。

2000 年 10 月,原告发现这个儿子表现异常:上楼梯很累,经常无故摔跤。此事引起了原告的警觉,再次带儿子到被告医院做检查。被告确认原告的小儿子也患有 DMD 病症。

2002 年 4 月,原告向法院提起诉讼,要求被告医院赔偿经济损失人民币 93.76 万元、精神损失费 20 万元。原告认为,正是由于被告错误的化验结论和不负责任的态度,才导致她生下了儿子,给她和丈夫造成重大的经济和精神损失。

被告辩称,原告所述事实不实。当时被告是出于同情才免费为原告作基因鉴定。原告来被告处时已身怀六甲,实际上无法准确做基因鉴定。虽然被告出具的化验报告显示指标正常,但化验报告只能表明患病几率下降,不能表明完全正常。被告没有、也不可能向原告做出可以生育的承诺。做母亲的原告完全知道生育存在的风险,却未做人流手术。可见,生育的决定权在原告手中。所产下的后代患病,完全是原告自身带病所致,与被告无关。

【争议焦点】

被告的医疗行为是否存在过错,是否应当履行风险告知义务。

【法院判决】

法院经审理认为,被告在治疗过程上存在一定过错。首先,被告忽视了注意义务。原告有 DMD 家族遗传史,被告也知道原告怀孕 5 个月,产前诊断的准确率不高,但被告却对整个化验过程无任何记载,故难以排除化验本身存在问题。其次,被告方未尽到应尽的风险告知义务。被告在 1990 年左右成立了遗传学产前咨询课题组,说明他们对基因遗传问题仍处于研究阶段,而 DMD 产前诊断比基因鉴定的准确性更低。不确定性要求被告进行充分的风险告知,特别应对化验报告结果予以说明。审理中,被告方称已向原告进行了风险告知,可无法举证证明,故应承担举证不能的法律后果。

同时,法院还认为,原告应当对生下病孩负直接和主要责任,因为生育儿子的最终决定权在原告本人。任何医疗行为都存在风险和不确定性,胎儿基因化验单结论仅能作为一种参考,原告要结合自身情况作出最终决定。而原告的选择是相信化验单,结果生下了病孩,遗憾终生。

最后,法院判决被告赔偿原告陈某及其丈夫经济损失8万元、精神损害抚慰金2万元。

【案件评析】

本案主要涉及法律适用及法律的溯及力问题。

法律的溯及力,是指新的法律颁布后,对其生效前发生的法律事实、法律事件和法律行为是否适用,如果适用,该法就有溯及力;如果不适用,该法就没有溯及力。根据法学基本理论,法律一般没有溯及力,除非法律有特别规定。

本案被告未向原告披露有关风险是事实,但是,在事实发生的当时,被告是否负有法定的风险披露义务则是需要研究的问题。本案发生于1990年,当时规定医生负有法定告知义务的相关法律法规尚未颁布,如《执业医师法》是于1998年颁布的,《医疗机构管理条例》是于1994年发布的。其他当时相关的法律法规并未明确规定医疗机构的风险披露义务,尤其是相关检查结果确定性的告知义务。根据法不溯及的一般法学原则,本案被告没有法定的向患者告知检查结果可靠性的义务,不存在医疗过错,因而不应承担过错赔偿责任。

当前,在实施《条例》方面亦存在法律的溯及力问题。《条例》本身兼有实体规范和程序规范。《条例》中的实体规范不应该具有溯及力。因为人们不可能按照尚没有制定的法律、法规或者已经制定但没有生效的法律、法规来规范和调整自己的行为,如果用这种尚没有生效的法律、法规来衡量法律、法规未生效时间内的行为,对于行为人而言,在法律上有失公正。行为人只有在法律、法规生效之后,才能自觉地利用法律、法规来约束自己的行为。从这个意义上说,《条例》中涉及实体的问题,只能适用于2002年9月1日以后发生的医疗行为,而不能适用在这个时间前发生的医疗行为。

案例六 郁某诉楚州某医院侵害知情权案

【基本案情】

2000年12月,患者张某被诊断患有食道中段癌,医院建议其住院手术治疗,患者遂来到被告楚州某医院住院。术前,主刀医生向患者及家属说明了治疗方案和手术风险,但因经治医生的疏忽,忘记让患者及亲属签署手术同意书。2001年1月3日手术中,医生发现癌肿瘤已侵入患者的胸主动脉,如果继续手术将危及生命。医护人员将有关情况告知其妻郁某后,终止了手术。2001年7月,患者病逝。

2002年4月,原告郁某以被告医院侵犯了其知情权和选择权为由,向法院提起诉讼,要求被告赔偿其精神损害赔偿金及受害人医疗费等共计10万元。

原告认为,国务院1994年发布的《医疗机构管理条例》第33条规定:“医疗机构施行手术、特殊检查或者特殊治疗时,必须征得患者同意,并应当取得其家属或者关系人签字并同意。”而被告未如实告知也未征得患者亲属的同意,侵害了患者及其亲属的知情权及对医疗方案的选择权,依法应承担相应的民事责任。

被告辩称,楚州是全国食管癌的高发地区,手术切除是首选方案,临床切除率高达94.5%,故本院选择手术是正确的,在手术前也履行了如实告知的义务。

【争议焦点】

被告是否侵犯了患者的知情权和选择权,并导致患者加速死亡。

【法院判决】

法院经审理认为,患者到被告住院治疗,双方已形成医疗服务合同关系。医院应履行对患者说明病情、告知医疗方案等义务,患者也享有知情权和对治疗方案的最终选择权。本案中,患者主动到被告的胸外科住院进行手术治疗,手术医生向患者及其亲属说明了治疗方案和手术风险。术前,原告又委托他人请科主任主刀,床位医生也告知了手术的风险情况。患者配合进行了术前准备,原告也一直在医院陪护。上述事实说明,双方虽未签订书面手术同意书,但原告对手术风险是明知的,对手术也同意,原告诉称的事实不能成立。

法院认为,关于手术前未征得患者及亲属同意及签字的问题,属于医院行政过失。国务院《医疗机构管理条例》系为加强对医疗机构的管理而制定的行政法规。该条例第33条的规定,是对医疗机构的行政内部管理要求,而非针对医患双方权利义务的规定。故被告未与患者签订书面手术同意书,系被告管理制度不健全,其在今后的工作应予以改正。但被告应承担行政责任,而不是司法赔偿责任。原告要求被告赔偿损失的请求,无事实和法律依据,不予支持。

据此,法院作出判决:驳回原告郁某的诉讼请求。宣判后,双方均未上诉。

【案件评析】

本案涉及违法行为的民事责任与行政责任的承担问题。《民法通则》第110条规定,对承担民事责任的公民、法人需要追究行政责任的,应当追究行政责任;构成犯罪的,对公民、法人的法定代表人应当依法追究刑事责任。因此,对于违反者,可要求其同时承担民事责任和行政责任,甚至刑事责任。例如,医务人员严重违反诊疗和规范,造成患者死亡或其他严重后果,受害人可以要求其承担民事赔偿责任,医院当地的卫生行政部门可以给予吊销《执业医师证书》的行政处分,司法机关还可以依法追究其刑事责任。此种现象称为规范竞合,即同一法律事实的出现引起两种以上法律关系的产生,符合数个法律规范的要件,致使该数个规范皆可适用的现象。

因此,当医务人员在医疗活动中违反告知义务,侵害了患者知情权时,医务人员可能因此而同时承担民事、行政和刑事责任。在本案中,被告医院之所以未承担民事赔偿责任,并不是因为其不需承担,而是因为其行为尚不符合民事侵权责任的构成要件。一是,根据法院查明的本案事实,医务人员在术前已明确向患者告知了相关的手术风险,其缺陷仅在于未履行签字手续,但这不影响已告知风险这一事实。二是,上述医疗缺陷与损害后果不存在因果关系,患者的死亡系其自身疾病发展转归所致,并非其过失行为所致,这是法院判决被告不承担民事赔偿责任的主要依据。

案例七 摩尔诉韦伯医生未经同意拔牙案^①

(美国密苏里州上诉法院,1961年)

【基本案情】

原告露西尔·摩尔(Lucille Moore)43岁,已婚,有5个孩子。1957年11月29日,她因一颗上牙爆裂和另外一颗牙齿松动,咨询牙科医生马丁。在此之前,她已缺失了多颗后牙。当时,她还有相邻的6颗上牙和10颗下牙,均位于前部,没有什么问题。马丁医生“仔细”地检查了她的牙齿,建议她拔除6颗上牙,安装一副完整的上假牙。他还建议拔除2颗下尖牙并用假牙代替。原告同意该方案并“明白马丁医生将为她做一副完整的上假牙,并在8颗下假牙的后面安装部分下假牙以保持完整”。马丁给原告写了一份书面的假牙费用报价。他推荐原告找被告法雷尔·韦伯(Farrell Webb)医生和弗兰克·E.克勒(Frank E. Klee)医生拔牙,并准备了一张“推荐卡”(referral card),注明“拔除所有上牙和两侧下尖牙”。韦伯与克勒二人系合伙关系。

原告依约来到被告的办公室并向接待员提交了“推荐卡”。在经过牙齿X光检查后,她被带到一个小屋并躺下。一位护士出现了,原告受到一“击”,而后她感觉自己“什么也不知道了”(going out)。她提出“我能不能见一见做手术的医生?”韦伯医生出现了,非常短暂,但她却“愈来愈糊涂”。他们只谈论了她表哥最近去世的事,因为后者也是韦伯医生的朋友。“这是我们所有在一起的时间。”这时,她就想睡了。医生没有与她进行任何有关她牙齿的讨论。一会儿,一位办公室小姐进来了,在原告的口腔里放了一个体温表,并要求她在一张纸上签字,说那是“医生做手术的手续”。原告在法庭上作证说,“我看不见。我看见了行,但看不清字。我在她拿着的纸上签了字。我甚至不记得做过这事了。我记得的下一件事是当我醒来时,发现我的口腔是空的。我几乎要歇斯底里了”。

在“纸”的背面有被告称之为“图表”的文字、图形和标记,指出了已被标记拔除的牙齿。文件的该面从来没有向原告出示,X光片也从未向原告出示过。无论是医生还是技师都没有与原告谈论过X光片或她的哪些牙齿将被拔除。根据参与拔牙手术的被告助手的证词,两位被告均参与了手术。韦伯医生首先进入手术室,在图表上标记了将被拔除的牙齿,并对原告进行了全身麻醉。然后,他叫克勒医生进来并将工作交给了他。克勒医生拔除了原告的所有上牙,并进而拔除下牙。在拔除一、两颗下牙后,克勒停住了,并大声说:“这些牙都被拔除吗?”他转身,看了看图表,然后说,“噢,它们都被标记了”。他继续“手术”并拔除了原告口腔中所有剩余的牙齿。

当原告在恢复室里恢复知觉时,发现她的所有牙齿不见了。原告的女儿要求交还马丁医生的推荐卡,但被告知它已被锁起来了。目前,原告每天配戴全副假牙,精神一直处于抑郁状态,同时伴右手麻木,视物模糊。

^① Moore v. Webb, 345 S. W. 2d 239 (Mo. App. 1961).

原告向法院提起诉讼,认为被告在她处于麻醉状态下未经其同意拔除了她的8颗牙齿。经过审理,陪审团作出一审判决,判令被告赔偿5500美元。被告不服,提出上诉。被告辩称,没有证据显示:(1)拔除原告8颗牙齿时未经其同意;(2)她不想拔除这些牙齿;(3)被告未被告知她不想拔除这些牙齿;(4)这些牙齿不需要拔除。

【争议事项】

原告是否同意被告拔除她的8颗牙齿。

【法官意见】

法官认为,在确定本案定案证据充分性时,假定有利于原告的每一事实和情况是真实的,并做出有利于她的所有合理推论,而将不理睬任何于原告不利的证据和推论。本案证据足以支持陪审团认定原告不想拔除8颗下牙,而且她也没有同意拔除它们。法庭不考虑这些牙齿是否需要被拔除的问题。

法官进一步认定,当原告寻求被告的服务时,她未能得到有针对性的咨询意见。对此事的不满,可以从原告意识到她将被麻醉时的提问显示出来:“我能不能见一见做手术的医生?”但是,当医生出现的时候,双方的交流仅限于短暂的私人交流内容,并以注射硫喷妥钠引发原告全身麻醉结束。由于被告选择仅根据“推荐卡”接受原告的要求,因此,他们应受其内容的约束。该卡没有授予比“拔除所有上牙和两侧下尖牙”更大的权限。该卡的同意是有限的,仅限于特定的牙齿。它提示被告,原告只想拔除她的全部下牙和两颗下尖牙,同时避免其他牙齿被拔除。

在法庭上,被告坚持应作出有利于他们的裁决,因为原告签署了一份名为“手术同意书”(Permit for Operation)的文件,并载有下述文字:“特此证明,我,下述签字者,同意接受医生基于必要性或适当性而决定实施的任何手术,以及使用必要的局部或全身麻醉。我期望上述检查表所显示的拔除(Extraction)或手术(Surgery)。”被告辩称该手术同意书授权其拔除原告的全部牙齿。被告认为这是一份原告应当已经阅读的书面文件,并且原告不得反言。为支持其观点,被告引用了涉及商业合同的普通合同法和案例。

法官认为,本案问题不适用调整商业交易当事人关系的商业法,应当从存在于当事人之间的医生与病人关系的角度来考察,因为规范医生在从事专业服务时的责任和义务的规则和标准,适用于包括牙医在内的所有从医者。医生处于受病人依赖和信任的地位,即受托人地位。尽最大善意行事是其应尽的义务。这种义务来源于医生与其病人的关系并受法律约束,但不是雇佣法。法律对善意的苛求扩展至医生与病人的所有交易。患病者较之正常人更容易受到他人的支配和影响,而医生具有独特的机会影响其病人。因此,医生与病人之间的所有交易都应当受到法庭严格的审查,以确保这些交易的公正性。对于医生与患者签订的任何合同,规则要求医生有义务证明患者是在自愿和认真考虑基础上签订的,并且未受到任何不正当影响。

法官认为,本案中原原告签订的“手术同意书”未能通过上述规则的审查。有关此次交易有关的事实,否定了她是在理解的基础上签订该文件的说法,也否定了通过签订该文件表示其明示同意的说法。她处于麻醉剂的影响并将进入睡眠状态。她未戴眼镜,无法

阅读。护士告诉这仅仅是个手续,并拿着纸让原告签字。原告的签字确实附着于纸上,尽管原告不记得她是签在错误的位置。

但是,该“手术同意书”是份内容含混不清的文件。尽管该文件指明参见“上述检查表”,但其未能以任何可理解的方式显示被告将要拔除哪些牙齿的内容。现有证据足以证明文件上指明准备拔除牙齿的标记是韦伯医生在原告签字后加上的,而且是在其接受麻醉后。更为重要的是,当病人签署手术同意书时,她没有获得来自被告的任何有关手术性质的建议或信息。他们都没有检查或询问过她。她从未看到过其牙齿的X光片。被告向她隐瞒了构成其明确同意超出推荐卡授权拔除其他牙齿基础的所有事实。她不可能做出额外的明示同意。医生披露所有事实是病人知情同意所必需的。尽管假设原告阅读了该文件并理解与内容,但我们认为它仅仅是一份对推荐卡授权同意的书面确认,而不是拔除所有牙齿的全权授权。

【法院裁决】

维持原判。

案例八 坎特伯雷诉思朋斯医生、华盛顿中心医院案^①

(美国哥伦比亚区巡回上诉法院,1972年)

【基本案情】

1958年12月,时任联邦调查局打字员、19岁的原告坎特伯雷先生(Jerry W. Canterbury)开始感到肩胛骨之间剧烈疼痛。他咨询了两名普通医生,但他们开的药未能缓解他的疼痛。于是,他约见了本案被告神经外科医生思朋斯先生(William Thornton Spence)。思朋斯医生检查未见任何异常,X片也无异常,故建议原告到本案另一被告华盛顿中心医院(Washington Hospital Center)进行脊髓造影。1959年2月,华盛顿中心医院脊髓造影显示:第四胸椎区“填充缺损”(filling defect)。由于脊髓造影通常无法精确定位异常点,因此,有必要进行手术探查以查明原因。思朋斯医生告诉原告将不得不进行椎板切除术,切除椎骨的后弓部分,矫正他怀疑的一个碎片。原告对此建议既未表示反对,也未追问手术的确切性质。

在检查后的第二天,原告电话联系身在外地的母亲未果,但将思朋斯医生的电话留给了邻居。当坎特伯雷太太与思朋斯医生打电话时,思朋斯医生告诉她,之所以手术是因为怀疑有一个脊椎碎片。她问手术是否有风险,思朋斯医生说“不比其他手术更(复杂)”。他还说,他知道坎特伯雷太太并不富裕,因此,没有必要来华盛顿。在法庭审理中,关于在此次谈话中坎特伯雷太太是否同意手术的证词相互矛盾,但在手术前,原告显然未再与思朋斯医生交谈。

^① Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772(D. C. Cir. 1972).

1959年2月11日,思朋斯医生在华盛顿中心医院为原告实施了椎板切除术。坎特伯雷太太在手术的当天但是在手术结束后来到了华盛顿,并在医院签署了一份同意书(consent form)。手术发现原告多处异常:一根脊索肿胀并不能搏动,大量静脉弯曲肿胀积在一起,包围脊柱的硬膜外脂肪消失。医生用一根皮下注射针头刺入脊索抽吸可能出现的包囊,但未见任何液体。在缝合伤口时,思朋斯医生扩张肿胀部位的硬脑脊膜以减轻脊索的压力。

手术后第二天,原告基本恢复正常。思朋斯医生医嘱原告在床上大小便,但医院工作人员改为在床外大小便。护士给原告拿来了一个接便器,但未照顾原告。原告在准备排便时从床旁滑落,摔倒在地,没有人帮助他,病床也没有扶手以避免摔倒。几小时后,原告主诉腿不能动,而且呼吸困难,腰部以下似乎已完全麻痹。思朋斯医生当天晚上接到通知并赶到医院。坎特伯雷太太签署了另一份同意书,原告被再次推进手术室。思朋斯医生重新打开伤口,安装了一块支撑板以使脊索有更大的搏动空间。

第二次手术后,原告的肌肉控制力有所改善,但不能正常大小便。在医院里,他受到泌尿科专家的照顾。4月,他接受了膀胱结石手术,并于5月出院。8月,他再次因泌尿问题入院。出院后的几年里,他都由包括泌尿科医生在内的专科医生照看。在1968年法院审理时,他需要用拐杖行走,大小便失禁,戴着阴茎夹。

1963年3月10日,在距椎板切除术后4年、原告成年后差不多2年,原告向地区法院提起诉讼。原告指控思朋斯医生在椎板切除手术操作中存在过失,且未能提前告知可能出现的风险;指控华盛顿中心医院在术后护理中存在过失。被告均否认上述指控,且认为该诉讼已超过法定时效。

在法庭上,思朋斯医生作为反方证人,描述了两手术过程,认为原告的残疾源于其术前疾病。但是,他也提出,无论是他本人还是其他医生都无法肯定原告的病情到底是怎么回事。他承认,外伤可能是瘫痪的一个原因。他进一步认为,即使没有外伤,椎板切除术也可能导致瘫痪,一种他称为“极其微小可能性”的风险。他认为不宜与患者交流这种风险,因为这可能阻止患者接受必要的手术,而且还可能导致患者产生妨碍手术成功的不良心理反应。

法官同意了两被告要求直接作出判决的动议,认为原告未能提供任何证据证明思朋斯医生在诊断疾病和进行椎板切除术时存在过失,没有证据证明思朋斯医生的治疗与原告的残疾存在因果关系。尽管有证据显示医院在术后护理中存在过失,但是缺乏因果关系的医学证明,因而无法将针对医院的诉讼提交陪审团。

原告不服,提出上诉。

【争议焦点】

医生是否具有如实披露医疗风险的义务,本案被告在为原告治疗时是否存在医疗过错。

【法官意见】

在本案的判决书中,法官详细地论述了患者知情权的有关问题。

1. 医生的告知义务

法官认为,医生有义务以优良的医术治疗病人,但是精通诊断和治疗技术不是医生的全部职责。大量案例表明,在需要合理注意的紧急情况下,医生有义务向病人传达特定的信息。应有的注意(due care)要求医生认识异常体征并提醒病人加以注意;要求面对某种无法治疗疾病的医生告知病人有关情况;要求医生告知病人目前观察到的可影响其健康的所有限制因素,并告知病人未来应寻求的所有预防性治疗方法;要求医生告知病人需要或期望的所有可能优于目前被推荐治疗方法的替代疗法。总之,应有的注意义务要求医生警示病人预期治疗可能造成的危及其健康的所有风险。

决定是否需要实施某项特殊治疗的时刻将引发风险披露义务。对于经过训练而可以做出自我满意判断的医生来讲,答案似乎是明朗的,但自我决定其利益趋向的特权属于病人,而不是医生。为使病人可理解地制定其计划,病人有必要了解可选择的治疗方法及其危险。对这些方面的合理披露不仅是必需的,而且同样也是医生的义务。医生有义务提示隐藏在推荐治疗方法里的危险,这是应有注意义务的一个方面。医生有义务披露病人有权了解的所有信息。患者对医生的依赖是一种信任,具有超出一般军火交易涉及的更为传统的特定义务。从期望治疗的角度来讲,病人依赖医生以获取可影响其健康的信息是非常可怜的。正如前面所提及的,在本案发生之前,法院已认识到医生有责任满足病人对重要信息的需要。作为其全部义务的一部分,医生同样有义务合理披露与推荐治疗方法有关的其他选择及其可能存在的危险。

人们公认,医生在开始手术或其他治疗前,必须寻求并确保患者的同意。同样明确的是,有效的同意应完全出于病人自愿。医生未经病人同意而进行治疗可能构成侵权已成为固定的规则。很明显,如果医生未能首先为了启蒙患者而阐述各项选择和危险,那么一般是不可能获得有价值的同意的。因此,医生负有向病人进行适当披露的义务,以避免非授权治疗而引发的责任之痛。

2. 告知义务的理论

法官认为,告知义务已在美国大多数司法辖区内得到认可,但是其理论基础却区别很大。大多数法院根据向病人特别披露是否为社区执业医生的习惯而设定义务。如果是,医生可因无正当理由和损害性的未披露而承担责任,但是如果医生的不作为没有抛弃公认的执业习惯,则可能没有补偿。我们同意医生未遵守披露执业惯例可导致对病人承担责任,就像违反其他医疗惯例行为一样。但是,我们不同意病人起诉依赖于某一相关执业惯例的存在和未履行。

我们认为,接受医生披露义务来源于或受限于医疗惯例的观点存在很大的障碍。首先,所有可辨知的职业习惯的真实性是值得认真怀疑的,而这些职业习惯反映了业界有关与病人交流风险信息的一致观点。我们感觉到了危险:事实上根本没有惯例的情形可被作为保持沉默的辩护理由,同时,就所谓惯例作证的医生证人可仅陈述有关在特定情况下他们或其他人将会如何处理的个人观点。我们无法掩盖下述两者间的矛盾:一方面依赖有关披露的一般惯例;另一方面,却认识到病人的无数变量导致每个案件均不相同,

以至于只能根据每一特定情形的影响合理判定医生不作为。我们不能忽略的事实是,披露义务受制于医疗惯例是将披露的决定权不正当地单独归于医生。对病人某项特殊治疗自主决定权的尊重,需要法律为医生设定一套标准,而不是医生强加给他们的标准。

更为重要的是,大多数规则忽视了英美法法理中合理注意义务的等级以及职业惯例在等级结构中的位置。合理注意标准所要求的行为尺度在职业界和非职业界是不同的,职业惯例的角色也是如此。除极少数例外情况,社会要求负有注意义务的每个人应遵守最低的一般标准。衡量的标准是一个谨慎的普通人在相同或类似场合将会行使的注意程度。除此之外,法律要求从事需要特殊技能活动者的行为与承担的任务相一致。因此,治疗疾病的医生必须以比非医生更高的标准行事,以满足特别适用于医生的合理注意标准,即在医生自己的或类似的场所职业人士通常行使的注意和技术水平。职业人士采用的惯例对于确定注意和技术水平具有不容忽视的证据价值。

但是,我们提醒注意的是,特别医学标准(special medical standards)仅仅是将一般标准适用于那些需要如具有医学才能的普通正常人可能选择的方式行事的群体。相似的,当医生的活动不涉及运用其特有的医学技能时,则没有适用特别医学标准的基础。当对医生行为的质疑无法用特别标准衡量时,医疗惯例无法提供适当性检查,无论在适当标准下检验其关联性如何。正如我们将要看到的,决定披露病人病情及治愈机会时常是一个非医学判断,而且确实如此的话,是一个在特别标准范围之外的决定。实际情况是,职业惯例无法提供衡量医生履行合理告知病人与治疗有关的选择和危险责任的法律标准。

大多数规则与我们前面的观点相冲突在于,医疗惯例(无论其证明性如何)的展示并不能确定适用医疗过失补偿的标准。公认的医疗惯例在决定什么是衡量被控职业行为的特定标准及其行为是否符合标准时具有证据价值,但其本身并不能定义标准。我们认为,对于治疗案例,医生的行为通常由特定的应注意义务的医学标准来判定。我们未能在适用于未披露案件的不同规则中发现合理的推论,其适用标准与职业判断明显相分离。同时,可以肯定的是,在未披露案件中,标准在涉及复杂技术的领域并不总能起作用,它在无情适用合理注意社区标准时必须与医疗惯例相结合。

因此,为了研究告知义务,我们必须区分医患关系的一般标准和特殊标准。当需要做出医学判断且需适用特殊标准时,应赋予公认医疗惯例以应有的公正。但是,在其他情况下,适用普通注意义务的一般标准,且该标准由法律所规定。总之,医生的披露义务受制于适用类似场合的同一法律原则,仅可根据需要医学判断程度的不同进行调整。我们认为,衡量医生注意义务的标准是他人在这些情况下合理的行为方式。

3. 告知的范围

当客观情况需要医生履行对患者的告知义务时,下一个问题是法律要求医生披露的范围。法庭经常遇到这一问题,但是这些判决未能形成规范披露范围的统一标准。有人提出“完全”(full)披露,一个我们从字面不愿采用的标准。很显然,要求医生与其病人讨论推荐疗法的每一个风险(无论其多么微小或遥远)是不容许和不现实的,同时从病人的角度来看一般也是没有必要的。实际上,使用“完全”披露术语判决的认定的披露范围似

乎少于全部披露(total disclosure),留下应披露多少这一问题未回答。

我们推测,披露义务来源于医疗惯例和活动之外的现象。我们认为,后者不能确立义务的范围,正如其不能确立自身存在一样。从纯职业标准的角度定义范围会与病人自行决定预期治疗的特权相冲突。我们已经说过,这些特权是披露义务的根本基础,而且病人的知情权和医生相应的告知义务被淡化,以至特权的界限为医疗惯例所控制。

我们认为,病人的自我决定权决定了披露义务的范围。只有在病人拥有足够的可使其作出深思熟虑选择的信息情况下,该项权利才能得到有效行使。医生与患者交流的范围必须根据病人的需要来确定,而这种需要是对病人决策有重要作用的信息。因此,决定是否披露某一特定危险的标准是其对病人决策的实质性影响:所有潜在影响病人决策的危险都必须披露。而且,为了维护病人自我决定治疗的权利,法律本身应制定充分披露(adequate disclosure)的标准。

对于病人最理想的情况是,凡病人认为对决策具有重要作用的风险都应披露,无论其单独出现或与其他风险并存。但是,这一要求将导致医生猜测患者的心理,而患者的真实想法难以为医生所知晓。这将会对医疗从业者施加不合理要求,而医疗从业者同其他职业人士一样,其行为是从合理角度来衡量的。与传统过失原则相一致,医生未披露责任决定于事先认识而非后知之明。与其他过失一样,必须基于医生知道或应当知道病人信息需要,从医生披露合理性角度来研究未披露问题。

必然地,披露的范围首先取决于医生。一般情况下,只有医生处于判定特定危险的位置,他通常必须做出是否告知病人及告知范围的实质性判断。尽管他无法精确地得知什么是病人认为在作出决定时重要的信息,但是,基于其医学训练和经验,他能够意识到一般普通病人会如何反应。的确,基于其对病人背景和现状的认识或认识能力,较之其他被要求就不合理误断应承担的损害赔偿赔偿责任做出断定者,如律师,他处于有利的地位。

基于以上考虑,我们推导出法律所要求的风险披露范围。标准的范围不是基于病人或医生的主观想法,它属于与病人信息需要以及医生的合理误差有关的客观范畴。从更广泛方面来讲,我们同意“从医生知道或应当知道的病人角度,当普通人(reasonable person)在决定是否放弃预期治疗时对风险或诸多风险予以重视时,该风险即具有实质性意义”。

需要交流的重要信息包括预期治疗的固有和潜在危险、其替代治疗方法(如果有)以及如果病人未治疗而可能出现的后果。当然,影响医疗技术危险性的因素是损伤的概率和危害程度。某种很少发生的死亡或严重机能障碍可能非常重要,某种明显超出治疗潜在益处或现有疾病损害的潜在残疾可能必须与病人进行交流。

在重要与非重要之间没有明显的界限,答案是无论如何都必须遵守合理规则(rule of reason)。某些危险(如感染)存在于所有手术中,没有义务交流那些普通人一般知道的信息。甚至更明确地,医生没有责任讨论病人已经知道的危险,或对病人决定治疗没有明显实质意义的内容。如其他医疗惯例中划分可允许和非允许行为的规则一样,披露规则实质上是要求在特定场合审慎行事。

4. 告知规则的例外

法庭已经注意到一般披露规则的两种例外情况。每种均具有医生不披露的特权性质,其隐含的推理是明显的。的确,正如医生有权了解一样,每种情况仅仅是承认很大程度上是根据需行使特权的特定情况加以权衡。

第一种情况发生于当病人意识丧失或无法感知时,且不治疗的后果是明显的,超过了预期治疗带来的任何伤害。当此类紧急情况真实发生时,与病人协商的非现实性免除了征得同意的需要这一点是明确的。在此类情况下,根据现有法律,如果可能的话,医生应当努力取得病人亲属的同意。但是,如果时间如此紧迫以至无法进行讨论,很明显,医生应继续进行治疗。

第二种情况发生于当风险披露将导致对病人的损害以至从医学的角度无法实施或不可取。人们认为,病人有时在被告知后变得非常痛苦或情绪紊乱以至无法做出理性决定,使治疗复杂化或妨碍治疗,甚至对病人造成精神伤害。在这种情况下,法庭普遍认为医生具有向病人保密的特权,而且我们明确认为这种征兆可证明医生采取的其认为有医学根据的行为是正当的。关键的问题是,医生是否就某一合理的医学判断承担责任在于风险信息告知可能会威胁病人的健康。

但是,医生隐瞒治疗理由的特权必须谨慎地加以限制,否则会破坏告知规则本身。特权不接受家长式观念,这种观念认为医生可仅因告知可能会导致病人放弃医生认为确实需要的治疗而保持沉默。这种观点甚至为普通病人假定了不稳定性和反常性,且与病人应当且通常能够做出自我选择的基本原则相冲突。除根据医生合理预见病人对风险信息的反应是非常险恶的以外,不能考虑使用特权。而且甚至在这种情况下,为取得对预期治疗的同意而告知病人近亲属,可能是医生可做出的唯一选择。

5. 因果关系

正如违反其他义务一样,医生未履行披露义务并不能单独构成对病人的责任。应披露而未披露的风险应当具有实质意义,否则尽管不可原谅,但这种不作为不存在法律后果。风险的发生必须对病人构成伤害,因为与损害无关的过失是不可诉的(nonactionable)。如一般医疗过失案件,医生未适当披露与病人受到的损害必须具有因果关系。

因果关系存在且仅存在于对治疗中偶然发生的重大风险的披露已经导致病人做出相反决定的情形。如果病人知晓这是一种风险但已接受治疗,那么很显然,他不会提出异议。另外,披露的最根本目的是防止病人遭受他通过放弃治疗而可能避免的结果。更困难的问题是,有关因果关系的事实问题需要主观判断还是客观判断。

假定,根据事实认定者是否相信病人的证词,即如果他已知后来已造成损害的风险他是不会同意治疗的,问题将会得到解决。我们认为,将有关因果关系的事实结论简单地与对病人可信性的评价联系起来的办法是不能解决问题的。明确地,风险披露的目的是保护病人就预期治疗做出明智自我选择的权利,一种病人基于任何其喜好的理由而自由决定的权利。在开始治疗之前,当病人被充分告知有关风险并作出选择时,可以明确地说病人已做了他想做的。但是,当在治疗后的法庭上与公开声称未被告知的病人

探讨因果关系时,有关如果他已得知风险那么实际是否会拒绝治疗的问题是纯假设性的:从病人必须做出决定的角度,如果他知道了其不知道的事情,他会做出不同选择吗?病人提供的答案只是一种假设,可能已受到环境的影响,即未披露的危险事实上已成为现实。

我们认为,这种处理因果关系问题的方法不是最佳的(second - best)。它将医生置于病人的后见之明及痛苦的危险境地,将事实认定者置于决定病人针对假设的推测性回答是否可信的地位。它要求就已受到未披露风险事件影响的病人的证词单独做出主观判断。

我们相信,在客观基础上解决因果关系问题会更好:根据假如所有具有重要意义危险均被适当告知,那么处于病人地位的谨慎的人会做出什么决定。如果有理由认为披露已导致病人因可造成损害的风险或危险的披露而放弃治疗,那么则存在因果关系。病人的证词与此类评价相关,但不会威胁到证据认定。同时,由于证词只有在与事实认定者对证词合理性的看法相一致的情况下才只能得到评价,因此,要求适用因果关系验证客观标准的理由充分。无论如何,该标准可以简化事实发现程序,更加确保事实的真实性。

【法院裁决】

法院认为被告医生和医院是否存在过失应由陪审团裁定,且本案没有超过法定诉讼时效,因此,推翻原审判决,发回地区法院重审。

案例九 杜鲁门诉托马斯医生医疗过失案^①

(加利福尼亚高等法院,1980年)

【基本案情】

本案被告克劳德·托马斯(Claude R. Thomas)医生是一位全科家庭医生。1963年4月,原告的母亲丽娜·杜鲁门(Rena Truman)太太开始与托马斯医生接触。直至1969年3月,托马斯医生一直是杜鲁门太太和她两个孩子的家庭医生。杜鲁门太太不仅向托马斯医生寻求医学建议,而且还经常与其讨论私人事务。

1969年4月,杜鲁门太太向泌尿科专家凯西(Dr. Casey)医生咨询托马斯医生曾经给她治疗过的尿道感染问题。凯西医生检查时发现,杜鲁门太太阴道分泌物过多,宫颈重度糜烂,故建议她尽快去看妇科医生,并帮她预约了里特(Ritter)医生。1969年10月,里特医生发现杜鲁门太太的宫颈大部分正常组织已经被肿瘤所取代了,病情严重已致无法手术治疗,其他方法也不可能治疗成功。1970年7月,杜鲁门太太去世,当时她年仅30岁。

本案原告是杜鲁门太太的两个孩子。他们把其母的死亡归因于托马斯医生没有给他们的母亲进行宫颈涂片检验。在法庭上,专家证言显示,如果在1964年至1969年之间对杜鲁门太太进行了宫颈涂片检验,宫颈癌就可能已经被及时发现以保全性命。

^① Truman v. Thomas, 611 P.2d 902 (Cal. 1980).

尽管托马斯医生在1964年至1969年之间经常和杜鲁门太太见面,他没有对她进行宫颈涂片检验。托马斯医生证实他没有“特别地”(specifically)告知杜鲁门太太不进行宫颈涂片检验的风险性,而是说“你应当进行宫颈涂片检验。到现在我们也没有说可能是二期癌症或者经历癌症的各期。我认为这是众所周知的并且普遍接受的治疗方式,我认为病人自己有足够的自觉性。我们医生不是强制者,我们是忠告者”。然而,托马斯医生的病历档案上没有任何讨论或建议杜鲁门太太进行宫颈涂片检验的记录。

托马斯医生基本上未能描述与杜鲁门太太特别谈话的内容。例如,他证实在某个时期他“经常和杜鲁门太太见面,大约每周一次左右,我确信我的口头建议是,‘Rena,你应当进行宫颈涂片检验’。我确定我经常和她谈到这个问题,但是她不能认识到我们是希望她进行一次全面的检查,例如乳房检查、卵巢检查和宫颈涂片检查”。托马斯医生还证实,至少有两次做骨盆检查时,他劝说杜鲁门太太做检查,但是她拒绝了,她说无法负担费用。托马斯医生提出可以延期付款,但是杜鲁门太太想要付现金。

原告认为没有对杜鲁门太太进行宫颈涂片检验很大程度上导致了她的死亡。原告向法庭提出了两项陪审团指示(instructions),^①其阐述的理论认为托马斯医生应当为其过失负责。首先,他们请求向陪审团指示:“告知患者所有相关信息以使其作出接受或者拒绝医学检查的知情决定是医生的职责。如果处于患者地位的是一个具有合理谨慎的人,在其被告知不进行检查可能导致的风险后不会拒绝进行检查,那么如果医生没有告知患者所有相关信息,包括拒绝检查的风险,则医生应对患者拒绝检查所导致的所有损害后果承担责任。”其次,他们请求告知陪审团:“从法律上讲,医生没有对他的超过23岁的女性患者进行宫颈涂片检查,而该患者又已经将她本人的常规医学诊疗委托给这名医生,那么他应当为其未进行检查而可能导致的患者伤亡承担责任。”

但是,原告两项请求都被拒绝了。陪审团作出了一项特别裁决,认为托马斯医生不存在任何可能导致杜鲁门太太死亡的过失。原告不服,提出了上诉。

【争议事项】

医生未告知患者不同意医生建议的 checks 的实质性风险,是否违反了医生对其病人应尽的注意义务。

【法官意见】

1. 伯德(Bird)、托布里纳(Tobriner)、莫斯科(Mosk)和纽曼(Newman)4位法官的意见

本案的中心问题是:托马斯医生没有告知杜鲁门太太不进行宫颈涂片检查可能导致宫颈癌发展的潜在致命后果,是否属于没有尽到医生的职责。

^① 法官对陪审团的指示,是指法官向陪审团提供的关系他们的义务和作为、证据、当事人的证明责任、适用的法律原则的说明。在陪审团宣誓后,法官先给予初步的指示。在陪审团退庭进行评议之前,法官会就证据和适用法律作出详细的指示。在确定最后的指示时,法官会考虑双方律师所提供的建议性指示。

法官们引述了科博斯诉格兰特(Cobbs v. Grant, 1972)一案。在该案中,法庭论述了医生在与患者讨论被提议的医疗措施时,医生向其患者披露医学信息职责的范围。医患关系的某些基本特性被确认。“首先,患者通常是不具备医学知识的人,所以,除非在极少数的情况下,法院可以确认医生和患者的医学知识是不对等的。其次,一位心智健全的成年人在行使对其身体的控制权时,有权决定是否接受合法的医学检查。第三,患者有效的同意,必须是知情的同意。第四,缺乏医学科学知识的患者在做出决定时,对其医生会产生依赖和信任,从而产生了超越普通贸易关系的医生责任。”

鉴于这些因素,科博斯诉格兰特一案认为,“作为医生对患者全部职责的一部分,医生有义务合理披露与预期治疗措施相关的可选择方法以及每种治疗方法固有和潜在的风险。医生告知义务的范围以患者可以做出知情选择所需要的信息量为准。所有对患者决策具有重要意义的信息都应当告知患者”。重要的信息,是指医生知道或者应当知道的、处于患者地位的普通人认为对于决定是否接受医生推荐的检查和治疗方法起重要作用的信息。如果医生知道或者应当知道患者对于检查和治疗方法的特殊关注或者缺乏认识,医生需要披露的范围就可能扩大。

根据这些原则,科博斯诉格兰特一案认为,患者必须被告知的不仅包括“诊疗措施固有的风险,还包括拒绝诊疗措施可能产生的风险,以及治疗成功的几率。”不论治疗还是诊断检查均适用这项原则。一方面,向患者推荐没有风险(risk-free)诊疗措施的医生,可以在除必须遵守医疗惯例的情况下放弃与患者的讨论,并得到患者同意。如果患者表示他将拒绝这项没有风险的检查或治疗,那么医生就有了额外的职责:将一个普通人在作出拒绝诊疗决定前想要知道的所有实质性风险告知患者。另一方面,如果医生推荐的检查或者治疗其本身是有风险的,医生应当将拒绝进行诊疗的潜在的风险告知患者。

然而,在本案中,托马斯医生坚决认为科博斯案的原则不适用于他,因为医生只有在患者采纳其建议时才有告知的义务。该说法与科博斯案的原则不一致。在该案中,医生负有披露义务,以使患者可以有目的地行使决定其身体的权利。这项权利的重要性不应被其行使的方式所削弱。而且,披露的必要性不应因患者拒绝医生建议而降低。拒绝的决定不应当改变医患关系中的“信任性”(fiducial qualities),因为拒绝治疗的患者与同意治疗的患者同样缺乏医学知识。认为拒绝医生建议的患者负有询问其潜在后果义务的观点,与科博斯案的原则相悖。必须注意的是,托马斯医生不是在与杜鲁门太太进行普通交易。显然,依照科博斯案的原则,托马斯医生负有向杜鲁门太太提供所有与其决定相关的重要信息的义务。

托马斯医生还主张,根据法律规定,他没有向杜鲁门太太披露不进行宫颈涂片检查风险的义务,因为“这种风险是遥远的,且通常认为遥远的”。这种辩解是否成立,依赖于陪审团能否合理地判定风险信息对杜鲁门太太决策具有重要意义。

资料显示宫颈涂片检查是一种可以精确探测宫颈癌的方法。尽管当时杜鲁门太太患上宫颈癌的可能性并不大,但是托马斯医生知道未在早期检测到肿瘤就意味着死亡。这种情况不同于另外一些相对风险较小的一些检查和治疗方法,比如采血样。像采血样

这样的操作中的风险不是患者决定是否接受医生建议的核心问题。相反的,杜鲁门太太面临的宫颈癌风险不仅是严重的,而且也是托马斯医生推荐她进行宫颈涂片检查的基本原因。

托马斯医生认为这种风险是普通患者应当知道的,但是没有证据能够证明这种风险是否众所周知。对于医生没有告知患者这种风险的一般义务的证据是否充分,是陪审团来认定事实的问题。另外,即使假设这种告知不是通常所需要的,就本案的实际情况而言,托马斯医生也负有告知杜鲁门太太不进行宫颈涂片检查的风险的义务。

托马斯医生证实,他从没有特意告知杜鲁门太太宫颈涂片检查的目的。没有证据表明杜鲁门太太知道不进行这项检查的严重后果。然而,有证据表明杜鲁门太太曾经在某个场合说过她不接受检查是因为费用问题或者因为“她只是感觉不喜欢(宫颈涂片检查)”。在这种情况下,陪审团可以合理地得出这样的结论:托马斯医生有告知杜鲁门太太拒绝检查的风险的义务,因为托马斯医生没有理由假设杜鲁门太太了解她的决定可能带来的致命后果。因此,本院不能根据法律作出托马斯医生绝对不负有向杜鲁门太太告知可影响其生命的重要信息的义务。

原告请求的陪审团指示恰当地说明了医生有义务告知患者所有重要的信息。如果一个谨慎的处于患者地位的人,在被告知所有可能风险后就不会拒绝接受检查的话,那么违反该义务的医生就应当对任何可能的“法律后果”(legally resulting)负责。陪审团被告知:“损害的近因是在自然的先后顺序上引起损害的事件,没有它损害可能不会发生。”显然,如果陪审团得出结论,认为即使对其进行了充分的告知,杜鲁门太太可能还是会拒绝及时接受这个可能挽救其生命的检查,那么这一原则就不能被满足。因此,被拒绝的指示可能恰当地指出了,满足科博斯案建立的检测因果关系的谨慎的人原则对原告要求赔偿是必要的,但是不充分的。如果陪审团合理的得出结论,杜鲁门太太可能在被充足告知情况下不合情理的拒绝宫颈涂片检查,就可能无法发现近因了。尽管原告请示的指示表述不太通畅,但是,被拒绝的指示很好的反映了适用于本案事实的有关责任问题的法律和理论。

拒绝原告请求的陪审团指示,意味着陪审团无法认定托马斯医生未披露不进行宫颈涂片检查的危险是否违反了告知义务。因为该理论得到了资料的支持,因此,原审法院拒绝给予陪审团原告请求的指示是错误的,需要重新审理。

2. 克拉克(Clark)、理查森(Richardson)和曼纽尔(Manuel)法官的不同意见

三位法官认为,原告的要求将强加给医生难以承受的负担,以至于他必须向健康的患者(healthy patients)解释诊断性检查。为了承担这个新的义务,医生们将不得不花费更大一部分时间去向患者解释与诊断实验和检查目的相关的所有信息,而不是用这些时间来检查和治疗患者。这种负担是不合理的,原审法庭拒绝原告提出的陪审团指示是恰当的。而且,原告提出的指示混乱和错误。原告律师未能应法庭要求澄清该指示的情形排除了其就错误提出申诉的权利。

在决定是否应当为被告强加一项新的义务时,一个首要的考虑是“被告负担义务的范围和社会反响”。解释宫颈涂片检查的目的和不接受检查的潜在危险的负担看似不重,但是根据目前大多数人的意见而新强加给医生的义务则远不止此。指示要求医生应告知患者所有“可使患者作出有关接受或拒绝诊断性检查的知情决定的相关信息”。简而言之,该指示不仅适用于宫颈涂片检查,而且还适用于所有不及时治疗就会导致死亡或其他严重后果的疾病的筛查程序。

由此得到的结论是,大多数决定要求医生向他们的最近没有接受系统检查的患者解释胸部检查、血液分析、X线检查、心电图、尿样分析以及其他无数程序的纷繁事项。简而言之,要求医生提供给他的患者的信息范围覆盖了医生接受的医学教育的大部分。很多医学检查,比如像宫颈涂片检查,是为了筛查那些如果不及时发现就会致命的疾病的。向每个患者解释每个检查和治疗方法的目的将花费大量时间。

在现代社会里,极少有人(如果有的话)还不了解普查的目的是为发现严重疾病并得以及时治疗。尽管详细的解释可能会说服一些可能拒绝或拖延检查的患者接受检查,去进行系统的身体检查,但是,强加给医生的繁重义务将会导致医生对其他患者关心程度的降低。要求医生在医疗操作前花费大量时间向患者传授医学知识,将大幅度提高医学诊断的费用——社会公众最终不愿支付的费用。当求医者意识到不仅要为治疗付费,而且还要为冗长的有关检查特点介绍付费时,他们将会打消就医的念头。

当患者选择医生时,他或者她明显地信任这位医生并且准备接受该医生的建议。当医生开具诊断性检查时,患者知道该项检查是为了发现疾病。所以,有理由推定拒绝医生建议的患者了解潜在的危险性。而且,医患关系建立在信任的基础之上,强迫医生扮演强行出卖其服务的角色只能危及医患关系。

多数人以法律形式强加给医生的解释义务,给医生和社会都造成了不合理的负担,因此应当被拒绝。严格侵权责任没有扩展至职业服务领域。医疗实践中的一般义务要求确定医疗的社区标准,即本案中的适当义务。医生——或者至少立法机关——而非法官,都可以在平衡医患关系中发挥作用,确定医生在提供服务时应如何作为而不使患者远离所有的医疗服务,提高社区的诊断水平。在本案中,有关社区医疗标准的证据被适当采信,本案据此进行审理,我们不应推翻原审判决。

【法院裁决】

根据多数法官的意见(4:3),上诉法院撤销了原审判决,发回重审。

医疗纠纷案件常用 法律规范性文件

◆ 本附录收录了律师在办理医疗纠纷案件时最常用的部分法律、法规和规范性文件。首先,本附录收录了《医疗事故处理条例》及卫生部制定并发布的7个与其配套的部门规章,国务院法制办、卫生部就《医疗事故处理条例》具体适用问题作出的相关批复,以及卫生部有关医疗纠纷案件中经常涉及的医生执业问题的答复或部门规章。其次,本附录收录了与医疗纠纷有关的最高人民法院的司法解释或文件。另外,本附录还特别收录了部分地方高级人民法院有关医疗纠纷案件审理如何适用法律的工作文件。在此需要特别说明的是,前述法院工作文件大部分源自国际互联网,因此,敬请读者在引用前务必查阅其正式文件。

医疗事故处理条例

(2002 年 4 月 4 日国务院令第 351 号 自 2002 年 9 月 1 日起施行)

第一章 总 则

第一条 为了正确处理医疗事故,保护患者和医疗机构及其医务人员的合法权益,维护医疗秩序,保障医疗安全,促进医学科学的发展,制定本条例。

第二条 本条例所称医疗事故,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人身损害的事故。

第三条 处理医疗事故,应当遵循公开、公平、公正、及时、便民的原则,坚持实事求是的科学态度,做到事实清楚、定性准确、责任明确、处理恰当。

第四条 根据对患者人身造成的损害程度,医疗事故分为四级:

一级医疗事故:造成患者死亡、重度残疾的;

二级医疗事故:造成患者中度残疾、器官组织损伤导致严重功能障碍的;

三级医疗事故:造成患者轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍的;

四级医疗事故:造成患者明显人身损害的其他后果的。

具体分级标准由国务院卫生行政部门制定。

第二章 医疗事故的预防与处置

第五条 医疗机构及其医务人员在医疗活动中,必须严格遵守医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,恪守医疗服务职业道德。

第六条 医疗机构应当对其医务人员进行医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规的培训和医疗服务职业道德教育。

第七条 医疗机构应当设置医疗服务质量监控部门或者配备专(兼)职人员,具体负责监督本医疗机构的医务人员的医疗服务工作,检查医务人员执业情况,接受患者对医疗服务的投诉,向其提供咨询服务。

第八条 医疗机构应当按照国务院卫生行政部门规定的要求,书写并妥善保管病历资料。

因抢救急危患者,未能及时书写病历的,有关医务人员应当在抢救结束后 6 小时内据实补记,并加以注明。

第九条 严禁涂改、伪造、隐匿、销毁或者抢夺病历资料。

第十条 患者有权复印或者复制其门诊病历、住院志、体温单、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理资料、护理记录以及

国务院卫生行政部门规定的其他病历资料。

患者依照前款规定要求复印或者复制病历资料的,医疗机构应当提供复印或者复制服务并在复印或者复制的病历资料上加盖证明印记。复印或者复制病历资料时,应当有患者在场。

医疗机构应患者的要求,为其复印或者复制病历资料,可以按照规定收取工本费。具体收费标准由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级卫生行政部门规定。

第十一条 在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者,及时解答其咨询;但是,应当避免对患者产生不利后果。

第十二条 医疗机构应当制定防范、处理医疗事故的预案,预防医疗事故的发生,减轻医疗事故的损害。

第十三条 医务人员在医疗活动中发生或者发现医疗事故、可能引起医疗事故的医疗过失行为或者发生医疗事故争议的,应当立即向所在科室负责人报告,科室负责人应当及时向本医疗机构负责医疗服务质量监控的部门或者专(兼)职人员报告;负责医疗服务质量监控的部门或者专(兼)职人员接到报告后,应当立即进行调查、核实,将有关情况如实向本医疗机构的负责人报告,并向患者通报、解释。

第十四条 发生医疗事故的,医疗机构应当按照规定向所在地卫生行政部门报告。

发生下列重大医疗过失行为的,医疗机构应当在 12 小时内向所在地卫生行政部门报告:

- (一)导致患者死亡或者可能为二级以上的医疗事故;
- (二)导致 3 人以上人身损害后果;
- (三)国务院卫生行政部门和省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门规定的其他情形。

第十五条 发生或者发现医疗过失行为,医疗机构及其医务人员应当立即采取有效措施,避免或者减轻对患者身体健康的损害,防止损害扩大。

第十六条 发生医疗事故争议时,死亡病例讨论记录、疑难病例讨论记录、上级医师查房记录、会诊意见、病程记录应当在医患双方在场的情况下封存和启封。封存的病历资料可以是复印件,由医疗机构保管。

第十七条 疑似输液、输血、注射、药物等引起不良后果的,医患双方应当共同对现场实物进行封存和启封,封存的现场实物由医疗机构保管;需要检验的,应当由双方共同指定的、依法具有检验资格的检验机构进行检验;双方无法共同指定时,由卫生行政部门指定。

疑似输血引起不良后果,需要对血液进行封存保留的,医疗机构应当通知提供该血液的采供血机构派员到场。

第十八条 患者死亡,医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议的,应当在患者死亡后 48 小时内进行尸检;具备尸体冻存条件的,可以延长至 7 日。尸检应当经死者近亲属同意并签字。

尸检应当由按照国家有关规定取得相应资格的机构和病理解剖专业技术人员进行。承担尸检任务的机构和病理解剖专业技术人员有进行尸检的义务。

医疗事故争议双方当事人可以请法医病理学人员参加尸检,也可以委派代表观察尸检过程。拒绝或者拖延尸检,超过规定时间,影响对死因判定的,由拒绝或者拖延的一方承担责任。

第十九条 患者在医疗机构内死亡的,尸体应当立即移放太平间。死者尸体存放时间一般

不得超过2周。逾期不处理的尸体,经医疗机构所在地卫生行政部门批准,并报经同级公安部门备案后,由医疗机构按照规定进行处理。

第三章 医疗事故的技术鉴定

第二十条 卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告或者医疗事故争议当事人要求处理医疗事故争议的申请后,对需要进行医疗事故技术鉴定的,应当交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定;医患双方协商解决医疗事故争议,需要进行医疗事故技术鉴定的,由双方当事人共同委托负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。

第二十一条 设区的市级地方医学会和省、自治区、直辖市直接管辖的县(市)地方医学会负责组织首次医疗事故技术鉴定工作。省、自治区、直辖市地方医学会负责组织再次鉴定工作。

必要时,中华医学会可以组织疑难、复杂并在全国有重大影响的医疗事故争议的技术鉴定工作。

第二十二条 当事人对首次医疗事故技术鉴定结论不服的,可以自收到首次鉴定结论之日起15日内向医疗机构所在地卫生行政部门提出再次鉴定的申请。

第二十三条 负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会应当建立专家库。

专家库由具备下列条件的医疗卫生专业技术人员组成:

- (一)有良好的业务素质和执业品德;
- (二)受聘于医疗卫生机构或者医学教学、科研机构并担任相应专业高级技术职务3年以上。

符合前款第(一)项规定条件并具备高级技术任职资格的法医可以受聘进入专家库。

负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会依照本条例规定聘请医疗卫生专业技术人员和法医进入专家库,可以不受行政区域的限制。

第二十四条 医疗事故技术鉴定,由负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会组织专家鉴定组进行。

参加医疗事故技术鉴定的相关专业的专家,由医患双方在医学会主持下从专家库中随机抽取。在特殊情况下,医学会根据医疗事故技术鉴定工作的需要,可以组织医患双方在其他医学会建立的专家库中随机抽取相关专业的专家参加鉴定或者函件咨询。

符合本条例第二十三条规定条件的医疗卫生专业技术人员和法医有义务受聘进入专家库,并承担医疗事故技术鉴定工作。

第二十五条 专家鉴定组进行医疗事故技术鉴定,实行合议制。专家鉴定组人数为单数,涉及的主要学科的专家一般不得少于鉴定组成员的二分之一;涉及死因、伤残等级鉴定的,并应当从专家库中随机抽取法医参加专家鉴定组。

第二十六条 专家鉴定组成员有下列情形之一的,应当回避,当事人也可以以口头或者书面的方式申请其回避:

- (一)是医疗事故争议当事人或者当事人的近亲属的;
- (二)与医疗事故争议有利害关系的;
- (三)与医疗事故争议当事人有其他关系,可能影响公正鉴定的。

第二十七条 专家鉴定组依照医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,运用医学科学原理和专业知识,独立进行医疗事故技术鉴定,对医疗事故进行鉴别和判定,为处理医疗事故争议提供医学依据。

任何单位或者个人不得干扰医疗事故技术鉴定工作,不得威胁、利诱、辱骂、殴打专家鉴定组成员。

专家鉴定组成员不得接受双方当事人的财物或者其他利益。

第二十八条 负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会应当自受理医疗事故技术鉴定之日起5日内通知医疗事故争议双方当事人提交进行医疗事故技术鉴定所需的材料。

当事人应当自收到医学会的通知之日起10日内提交有关医疗事故技术鉴定的材料、书面陈述及答辩。医疗机构提交的有关医疗事故技术鉴定的材料应当包括下列内容:

(一)住院患者的病程记录、死亡病例讨论记录、疑难病例讨论记录、会诊意见、上级医师查房记录等病历资料原件;

(二)住院患者的住院志、体温单、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理资料、护理记录等病历资料原件;

(三)抢救急危患者,在规定时间内补记的病历资料原件;

(四)封存保留的输液、注射用物品和血液、药物等实物,或者依法具有检验资格的检验机构对这些物品、实物作出的检验报告;

(五)与医疗事故技术鉴定有关的其他材料。

在医疗机构建有病历档案的门诊、急诊患者,其病历资料由医疗机构提供;没有在医疗机构建立病历档案的,由患者提供。

医患双方应当依照本条例的规定提交相关材料。医疗机构无正当理由未依照本条例的规定如实提供相关材料,导致医疗事故技术鉴定不能进行的,应当承担责任。

第二十九条 负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会应当自接到当事人提交的有关医疗事故技术鉴定的材料、书面陈述及答辩之日起45日内组织鉴定并出具医疗事故技术鉴定书。

负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会可以向双方当事人调查取证。

第三十条 专家鉴定组应当认真审查双方当事人提交的材料,听取双方当事人的陈述及答辩并进行核实。

双方当事人应当按照本条例的规定如实提交进行医疗事故技术鉴定所需要的材料,并积极配合调查。当事人任何一方不予配合,影响医疗事故技术鉴定的,由不予配合的一方承担责任。

第三十一条 专家鉴定组应当在事实清楚、证据确凿的基础上,综合分析患者的病情和个体差异,作出鉴定结论,并制作医疗事故技术鉴定书。鉴定结论以专家鉴定组成员的过半数通过。鉴定过程应当如实记载。

医疗事故技术鉴定书应当包括下列主要内容:

(一)双方当事人的基本情况及要求;

(二)当事人提交的材料和负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会的调查材料;

(三)对鉴定过程的说明;

(四)医疗行为是否违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规;

(五)医疗过失行为与人身损害后果之间是否存在因果关系;

(六)医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度;

(七)医疗事故等级;

(八)对医疗事故患者的医疗护理医学建议。

第三十二条 医疗事故技术鉴定办法由国务院卫生行政部门制定。

第三十三条 有下列情形之一的,不属于医疗事故:

(一)在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果的;

(二)在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外的;

(三)在现有医学科学技术条件下,发生无法预料或者不能防范的不良后果的;

(四)无过错输血感染造成不良后果的;

(五)因患方原因延误诊疗导致不良后果的;

(六)因不可抗力造成不良后果的。

第三十四条 医疗事故技术鉴定,可以收取鉴定费用。经鉴定,属于医疗事故的,鉴定费用由医疗机构支付;不属于医疗事故的,鉴定费用由提出医疗事故处理申请的一方支付。鉴定费用标准由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级财政部门、卫生行政部门规定。

第四章 医疗事故的行政处理与监督

第三十五条 卫生行政部门应当依照本条例和有关法律、行政法规、部门规章的规定,对发生医疗事故的医疗机构和医务人员作出行政处理。

第三十六条 卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告后,除责令医疗机构及时采取必要的医疗救治措施,防止损害后果扩大外,应当组织调查,判定是否属于医疗事故;对不能判定是否属于医疗事故的,应当依照本条例的有关规定交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。

第三十七条 发生医疗事故争议,当事人申请卫生行政部门处理的,应当提出书面申请。申请书应当载明申请人的基本情况、有关事实、具体请求及理由等。

当事人自知道或者应当知道其身体健康受到损害之日起1年内,可以向卫生行政部门提出医疗事故争议处理申请。

第三十八条 发生医疗事故争议,当事人申请卫生行政部门处理的,由医疗机构所在地的县级人民政府卫生行政部门受理。医疗机构所在地是直辖市的,由医疗机构所在地的区、县人民政府卫生行政部门受理。

有下列情形之一的,县级人民政府卫生行政部门应当自接到医疗机构的报告或者当事人提出医疗事故争议处理申请之日起7日内移送上一级人民政府卫生行政部门处理:

(一)患者死亡;

(二)可能为二级以上的医疗事故;

(三)国务院卫生行政部门和省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门规定的其他情形。

第三十九条 卫生行政部门应当自收到医疗事故争议处理申请之日起10日内进行审查,作出是否受理的决定。对符合本条例规定,予以受理,需要进行医疗事故技术鉴定的,应当自作

出受理决定之日起5日内将有关材料交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定并书面通知申请人;对不符合本条例规定,不予受理的,应当书面通知申请人并说明理由。

当事人对首次医疗事故技术鉴定结论有异议,申请再次鉴定的,卫生行政部门应当自收到申请之日起7日内交由省、自治区、直辖市地方医学会组织再次鉴定。

第四十条 当事人既向卫生行政部门提出医疗事故争议处理申请,又向人民法院提起诉讼的,卫生行政部门不予受理;卫生行政部门已经受理的,应当终止处理。

第四十一条 卫生行政部门收到负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会出具的医疗事故技术鉴定书后,应当对参加鉴定的人员资格和专业类别、鉴定程序进行审核;必要时,可以组织调查,听取医疗事故争议双方当事人的意见。

第四十二条 卫生行政部门经审核,对符合本条例规定作出的医疗事故技术鉴定结论,应当作为对发生医疗事故的医疗机构和医务人员作出行政处理以及进行医疗事故赔偿调解的依据;经审核,发现医疗事故技术鉴定不符合本条例规定的,应当要求重新鉴定。

第四十三条 医疗事故争议由双方当事人自行协商解决的,医疗机构应当自协商解决之日起7日内向所在地卫生行政部门作出书面报告,并附具协议书。

第四十四条 医疗事故争议经人民法院调解或者判决解决的,医疗机构应当自收到生效的人民法院的调解书或者判决书之日起7日内向所在地卫生行政部门作出书面报告,并附具调解书或者判决书。

第四十五条 县级以上地方人民政府卫生行政部门应当按照规定逐级将当地发生的医疗事故以及依法对发生医疗事故的医疗机构和医务人员作出行政处理的情况,上报国务院卫生行政部门。

第五章 医疗事故的赔偿

第四十六条 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。

第四十七条 双方当事人协商解决医疗事故的赔偿等民事责任争议的,应当制作协议书。协议书应当载明双方当事人的基本情况和医疗事故的原因、双方当事人共同认定的医疗事故等级以及协商确定的赔偿数额等,并由双方当事人在协议书上签名。

第四十八条 已确定为医疗事故的,卫生行政部门应医疗事故争议双方当事人请求,可以进行医疗事故赔偿调解。调解时,应当遵循当事人双方自愿原则,并应当依据本条例的规定计算赔偿数额。

经调解,双方当事人就赔偿数额达成协议的,制作调解书,双方当事人应当履行;调解不成或者经调解达成协议后一方反悔的,卫生行政部门不再调解。

第四十九条 医疗事故赔偿,应当考虑下列因素,确定具体赔偿数额:

- (一)医疗事故等级;
- (二)医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度;
- (三)医疗事故损害后果与患者原有疾病状况之间的关系。

不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任。

第五十条 医疗事故赔偿,按照下列项目和标准计算:

(一)医疗费:按照医疗事故对患者造成的人身损害进行治疗所发生的医疗费用计算,凭据支付,但不包括原发病医疗费用。结案后确实需要继续治疗的,按照基本医疗费用支付。

(二)误工费:患者有固定收入的,按照本人因误工减少的固定收入计算,对收入高于医疗事故发生地上一年度职工年平均工资3倍以上的,按照3倍计算;无固定收入的,按照医疗事故发生地上一年度职工年平均工资计算。

(三)住院伙食补助费:按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差伙食补助标准计算。

(四)陪护费:患者住院期间需要专人陪护的,按照医疗事故发生地上一年度职工年平均工资计算。

(五)残疾生活补助费:根据伤残等级,按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算,自定残之月起最长赔偿30年;但是,60周岁以上的,不超过15年;70周岁以上的,不超过5年。

(六)残疾用具费:因残疾需要配置补偿功能器具的,凭医疗机构证明,按照普及型器具的费用计算。

(七)丧葬费:按照医疗事故发生地规定的丧葬费补助标准计算。

(八)被扶养人生活费:以死者生前或者残疾者丧失劳动能力前实际扶养且没有劳动能力的人为限,按照其户籍所在地或者住所地居民最低生活保障标准计算。对不满16周岁的,扶养到16周岁。对年满16周岁但无劳动能力的,扶养20年;但是,60周岁以上的,不超过15年;70周岁以上的,不超过5年。

(九)交通费:按照患者实际必需的交通费用计算,凭据支付。

(十)住宿费:按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差住宿补助标准计算,凭据支付。

(十一)精神损害抚慰金:按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。造成患者死亡的,赔偿年限最长不超过6年;造成患者残疾的,赔偿年限最长不超过3年。

第五十一条 参加医疗事故处理的患者近亲属所需交通费、误工费、住宿费,参照本条例第五十条的有关规定计算,计算费用的人数不超过2人。

医疗事故造成患者死亡的,参加丧葬活动的患者的配偶和直系亲属所需交通费、误工费、住宿费,参照本条例第五十条的有关规定计算,计算费用的人数不超过2人。

第五十二条 医疗事故赔偿费用,实行一次性结算,由承担医疗事故责任的医疗机构支付。

第六章 罚 则

第五十三条 卫生行政部门的工作人员在处理医疗事故过程中违反本条例的规定,利用职务上的便利收受他人财物或者其他利益,滥用职权,玩忽职守,或者发现违法行为不予查处,造成严重后果的,依照刑法关于受贿罪、滥用职权罪、玩忽职守罪或者其他有关罪的规定,依法追究刑事责任;尚不够刑事处罚的,依法给予降级或者撤职的行政处分。

第五十四条 卫生行政部门违反本条例的规定,有下列情形之一的,由上级卫生行政部门

给予警告并责令限期改正;情节严重的,对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分:

- (一)接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告后,未及时组织调查的;
- (二)接到医疗事故争议处理申请后,未在规定时间内审查或者移送上一级人民政府卫生行政部门处理的;
- (三)未将应当进行医疗事故技术鉴定的重大医疗过失行为或者医疗事故争议移交医学会组织鉴定的;
- (四)未按照规定逐级将当地发生的医疗事故以及依法对发生医疗事故的医疗机构和医务人员的行政处理情况上报的;
- (五)未依照本条例规定审核医疗事故技术鉴定书的。

第五十五条 医疗机构发生医疗事故的,由卫生行政部门根据医疗事故等级和情节,给予警告;情节严重的,责令限期停业整顿直至由原发证部门吊销执业许可证,对负有责任的医务人员依照刑法关于医疗事故罪的规定,依法追究刑事责任;尚不够刑事处罚的,依法给予行政处分或者纪律处分。

对发生医疗事故的有关医务人员,除依照前款处罚外,卫生行政部门并可以责令暂停6个月以上1年以下执业活动;情节严重的,吊销其执业证书。

第五十六条 医疗机构违反本条例的规定,有下列情形之一的,由卫生行政部门责令改正;情节严重的,对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分或者纪律处分:

- (一)未如实告知患者病情、医疗措施和医疗风险的;
- (二)没有正当理由,拒绝为患者提供复印或者复制病历资料服务的;
- (三)未按照国务院卫生行政部门规定的要求书写和妥善保管病历资料的;
- (四)未在规定时间内补记抢救工作病历内容的;
- (五)未按照本条例的规定封存、保管和启封病历资料和实物的;
- (六)未设置医疗服务质量监控部门或者配备专(兼)职人员的;
- (七)未制定有关医疗事故防范和处理预案的;
- (八)未在规定时间内向卫生行政部门报告重大医疗过失行为的;
- (九)未按照本条例的规定向卫生行政部门报告医疗事故的;
- (十)未按照规定进行尸检和保存、处理尸体的。

第五十七条 参加医疗事故技术鉴定工作的人员违反本条例的规定,接受申请鉴定双方或者一方当事人的财物或者其他利益,出具虚假医疗事故技术鉴定书,造成严重后果的,依照刑法关于受贿罪的规定,依法追究刑事责任;尚不够刑事处罚的,由原发证部门吊销其执业证书或者资格证书。

第五十八条 医疗机构或者其他有关机构违反本条例的规定,有下列情形之一的,由卫生行政部门责令改正,给予警告;对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分或者纪律处分;情节严重的,由原发证部门吊销其执业证书或者资格证书:

- (一)承担尸检任务的机构没有正当理由,拒绝进行尸检的;
- (二)涂改、伪造、隐匿、销毁病历资料的。

第五十九条 以医疗事故为由,寻衅滋事、抢夺病历资料,扰乱医疗机构正常医疗秩序和医疗事故技术鉴定工作,依照刑法关于扰乱社会秩序罪的规定,依法追究刑事责任;尚不够刑事处罚的,依法给予治安管理处罚。

第七章 附 则

第六十条 本条例所称医疗机构,是指依照《医疗机构管理条例》的规定取得《医疗机构执业许可证》的机构。

县级以上城市从事计划生育技术服务的机构依照《计划生育技术服务管理条例》的规定开展与计划生育有关的临床医疗服务,发生的计划生育技术服务事故,依照本条例的有关规定处理;但是,其中不属于医疗机构的县级以上城市从事计划生育技术服务的机构发生的计划生育技术服务事故,由计划生育行政部门行使依照本条例有关规定由卫生行政部门承担的受理、交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定和赔偿调解的职能;对发生计划生育技术服务事故的该机构及其有关责任人员,依法进行处理。

第六十一条 非法行医,造成患者人身损害,不属于医疗事故,触犯刑律的,依法追究刑事责任;有关赔偿,由受害人直接向人民法院提起诉讼。

第六十二条 军队医疗机构的医疗事故处理办法,由中国人民解放军卫生主管部门会同国务院卫生行政部门依据本条例制定。

第六十三条 本条例自2002年9月1日起施行。1987年6月29日国务院发布的《医疗事故处理办法》同时废止。本条例施行前已经处理结案的医疗事故争议,不再重新处理。

医疗事故技术鉴定暂行办法

(2002年7月31日卫生部令第30号 自2002年9月1日起施行)

第一章 总 则

第一条 为规范医疗事故技术鉴定工作,确保医疗事故技术鉴定工作有序进行,依据《医疗事故处理条例》的有关规定制定本办法。

第二条 医疗事故技术鉴定工作应当按照程序进行,坚持实事求是的科学态度,做到事实清楚、定性准确、责任明确。

第三条 医疗事故技术鉴定分为首次鉴定和再次鉴定。

设区的市级和省、自治区、直辖市直接管辖的县(市)级地方医学会负责组织专家鉴定组进行首次医疗事故技术鉴定工作。

省、自治区、直辖市地方医学会负责组织医疗事故争议的再次鉴定工作。

负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会(以下简称医学会)可以设立医疗事故技术鉴定工作办公室,具体负责有关医疗事故技术鉴定的组织和日常工作。

第四条 医学会组织专家鉴定组,依照医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理技术规范、常规,运用医学科学原理和专业知识,独立进行医疗事故技术鉴定。

第二章 专家库的建立

第五条 医学会应当建立专家库。专家库应当依据学科专业组名录设置学科专业组。

医学会可以根据本地区医疗工作和医疗事故技术鉴定实际,对本专家库学科专业组设立予以适当增减和调整。

第六条 具备下列条件的医疗卫生专业技术人员可以成为专家库候选人:

(一)有良好的业务素质和执业品德;

(二)受聘于医疗卫生机构或者医学教学、科研机构并担任相应专业高级技术职务3年以上;

(三)健康状况能够胜任医疗事故技术鉴定工作。

符合前款(一)、(三)项规定条件并具备高级技术职务任职资格的法医可以受聘进入专家库。

负责首次医疗事故技术鉴定工作的医学会原则上聘请本行政区域内的专家建立专家库;当本行政区域内的专家不能满足建立专家库需要时,可以聘请本省、自治区、直辖市范围内的专家进入本专家库。

负责再次医疗事故技术鉴定工作的医学会原则上聘请本省、自治区、直辖市范围内的专家建立专家库;当本省、自治区、直辖市范围内的专家不能满足建立专家库需要时,可以聘请其他省、自治区、直辖市的专家进入本专家库。

第七条 医疗卫生机构或医学教学、科研机构、同级的医药卫生专业学会应当按照医学会要求,推荐专家库成员候选人;符合条件的个人经所在单位同意后也可以直接向组建专家库的医学会申请。

医学会对专家库成员候选人进行审核。审核合格的,予以聘任,并发给中华医学会统一格式的聘书。

符合条件的医疗卫生专业技术人员和法医,有义务受聘进入专家库。

第八条 专家库成员聘用期为4年。在聘用期间出现下列情形之一的,应当由专家库成员所在单位及时报告医学会,医学会应根据实际情况及时进行调整:

- (一)因健康原因不能胜任医疗事故技术鉴定的;
- (二)变更受聘单位或被解聘的;
- (三)不具备完全民事行为能力的;
- (四)受刑事处罚的;
- (五)省级以上卫生行政部门规定的其他情形。

聘用期满需继续聘用的,由医学会重新审核、聘用。

第三章 鉴定的提起

第九条 双方当事人协商解决医疗事故争议,需进行医疗事故技术鉴定的,应共同书面委托医疗机构所在地负责首次医疗事故技术鉴定工作的医学会进行医疗事故技术鉴定。

第十条 县级以上地方人民政府卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告或者医疗事故争议当事人要求处理医疗事故争议的申请后,对需要进行医疗事故技术鉴定的,应当书面移交负责首次医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。

第十一条 协商解决医疗事故争议涉及多个医疗机构的,应当由涉及的所有医疗机构与患者共同委托其中任何一所医疗机构所在地负责组织首次医疗事故技术鉴定工作的医学会进行医疗事故技术鉴定。

医疗事故争议涉及多个医疗机构,当事人申请卫生行政部门处理的,只可以向其中一所医疗机构所在地卫生行政部门提出处理申请。

第四章 鉴定的受理

第十二条 医学会应当自受理医疗事故技术鉴定之日起5日内,通知医疗事故争议双方当事人按照《医疗事故处理条例》第二十八条规定提交医疗事故技术鉴定所需材料。

当事人应当自收到医学会的通知之日起10日内提交有关医疗事故技术鉴定的材料、书面陈述及答辩。

对不符合受理条件的,医学会不予受理。不予受理的,医学会应说明理由。

第十三条 有下列情形之一的,医学会不予受理医疗事故技术鉴定:

- (一)当事人一方直接向医学会提出鉴定申请的;
- (二)医疗事故争议涉及多个医疗机构,其中一所医疗机构所在地的医学会已经受理的;
- (三)医疗事故争议已经人民法院调解达成协议或判决的;
- (四)当事人已向人民法院提起民事诉讼的(司法机关委托的除外);
- (五)非法行医造成患者身体健康损害的;
- (六)卫生部规定的其他情形。

第十四条 委托医学会进行医疗事故技术鉴定,应当按规定缴纳鉴定费。

第十五条 双方当事人共同委托医疗事故技术鉴定的,由双方当事人协商预先缴纳鉴定费。

卫生行政部门移交进行医疗事故技术鉴定的,由提出医疗事故争议处理的当事人预先缴纳鉴定费。经鉴定属于医疗事故的,鉴定费由医疗机构支付;经鉴定不属于医疗事故的,鉴定费由提出医疗事故争议处理申请的当事人支付。

县级以上地方人民政府卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告后,对需要移交医学会进行医疗事故技术鉴定的,鉴定费由医疗机构支付。

第十六条 有下列情形之一的,医学会中止组织医疗事故技术鉴定:

- (一)当事人未按规定提交有关医疗事故技术鉴定材料的;
- (二)提供的材料不真实的;
- (三)拒绝缴纳鉴定费的;
- (四)卫生部规定的其他情形。

第五章 专家鉴定组的组成

第十七条 医学会应当根据医疗事故争议所涉及的学科专业,确定专家鉴定组的构成和人数。

专家鉴定组组成人数应为3人以上单数。

医疗事故争议涉及多学科专业的,其中主要学科专业的专家不得少于专家鉴定组成员的二分之一。

第十八条 医学会应当提前通知双方当事人,在指定时间、指定地点,从专家库相关学科专业组中随机抽取专家鉴定组成员。

第十九条 医学会主持双方当事人抽取专家鉴定组成员前,应当将专家库相关学科专业组中专家姓名、专业、技术职务、工作单位告知双方当事人。

第二十条 当事人要求专家库成员回避的,应当说明理由。符合下列情形之一的,医学会应当将回避的专家名单撤出,并经当事人签字确认后记录在案:

- (一)医疗事故争议当事人或者当事人的近亲属的;
- (二)与医疗事故争议有利害关系的;
- (三)与医疗事故争议当事人有其他关系,可能影响公正鉴定的。

第二十一条 医学会对当事人准备抽取的专家进行随机编号,并主持双方当事人随机抽取相同数量的专家编号,最后一个专家由医学会随机抽取。

双方当事人还应当按照前款规定的方法各自随机抽取一个专家作为候补。

涉及死因、伤残等级鉴定的,应当按照前款规定由双方当事人各自随机抽取一名法医参加鉴定组。

第二十二条 随机抽取结束后,医学会当场向双方当事人公布所抽取的专家鉴定组成员和候补成员的编号并记录在案。

第二十三条 现有专家库成员不能满足鉴定工作需要时,医学会应当向双方当事人说明,并经双方当事人同意,可以从本省、自治区、直辖市其他医学会专家库中抽取相关学科专业组的专家参加专家鉴定组;本省、自治区、直辖市医学会专家库成员不能满足鉴定工作需要时,可以从其他省、自治区、直辖市医学会专家库中抽取相关学科专业组的专家参加专家鉴定组。

第二十四条 从其他医学会建立的专家库中抽取的专家无法到场参加医疗事故技术鉴定,可以以函件的方式提出鉴定意见。

第二十五条 专家鉴定组成员确定后,在双方当事人共同在场的情况下,由医学会对封存的病历资料启封。

第二十六条 专家鉴定组应当认真审查双方当事人提交的材料,妥善保管鉴定材料,保护患者的隐私,保守有关秘密。

第六章 医疗事故技术鉴定

第二十七条 医学会应当自接到双方当事人提交的有关医疗事故技术鉴定的材料、书面陈述及答辩之日起45日内组织鉴定并出具医疗事故技术鉴定书。

第二十八条 医学会可以向双方当事人和其他相关组织、个人进行调查取证,进行调查取证时不得少于2人。调查取证结束后,调查人员和调查对象应当在有关文书上签字。如调查对象拒绝签字的,应当记录在案。

第二十九条 医学会应当在医疗事故技术鉴定7日前,将鉴定的时间、地点、要求等书面通知双方当事人。双方当事人应当按照通知的时间、地点、要求参加鉴定。

参加医疗事故技术鉴定的双方当事人每一方人数不超过3人。

任何一方当事人无故缺席、自行退席或拒绝参加鉴定的,不影响鉴定的进行。

第三十条 医学会应当在医疗事故技术鉴定7日前书面通知专家鉴定组成员。专家鉴定组成员接到医学会通知后认为自己应当回避的,应当于接到通知时及时提出书面回避申请,并说明理由;因其他原因无法参加医疗事故技术鉴定的,应当于接到通知时及时书面告知医学会。

第三十一条 专家鉴定组成员因回避或因其他原因无法参加医疗事故技术鉴定时,医学会应当通知相关学科专业组候补成员参加医疗事故技术鉴定。

专家鉴定组成员因不可抗力因素未能及时告知医学会不能参加鉴定或虽告知但医学会无法按规定组成专家鉴定组的,医疗事故技术鉴定可以延期进行。

第三十二条 专家鉴定组组长由专家鉴定组成员推选产生,也可以由医疗事故争议所涉及的主要学科专家中具有最高专业技术职务任职资格的专家担任。

第三十三条 鉴定由专家鉴定组组长主持,并按照以下程序进行:

(一) 双方当事人在规定的时间内分别陈述意见和理由。陈述顺序先患方,后医疗机构;

(二)专家鉴定组成员根据需要可以提问,当事人应当如实回答。必要时,可以对患者进行现场医学检查;

(三)双方当事人退场;

(四)专家鉴定组对双方当事人提供的书面材料、陈述及答辩等进行讨论;

(五)经合议,根据半数以上专家鉴定组成员的一致意见形成鉴定结论。专家鉴定组成员在鉴定结论上签名。专家鉴定组成员对鉴定结论的不同意见,应当予以注明。

第三十四条 医疗事故技术鉴定书应当根据鉴定结论作出,其文稿由专家鉴定组组长签发。

医疗事故技术鉴定书盖医学会医疗事故技术鉴定专用印章。

医学会应当及时将医疗事故技术鉴定书送达移交鉴定的卫生行政部门,经卫生行政部门审核,对符合规定作出的医疗事故技术鉴定结论,应当及时送达双方当事人;由双方当事人共同委托的,直接送达双方当事人。

第三十五条 医疗事故技术鉴定书应当包括下列主要内容:

(一)双方当事人的基本情况及要求;

(二)当事人提交的材料和医学会的调查材料;

(三)对鉴定过程的说明;

(四)医疗行为是否违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规;

(五)医疗过失行为与人身损害后果之间是否存在因果关系;

(六)医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度;

(七)医疗事故等级;

(八)对医疗事故患者的医疗护理医学建议。

经鉴定为医疗事故的,鉴定结论应当包括前款(四)至(八)项内容;经鉴定不属于医疗事故的,应当在鉴定结论中说明理由。

医疗事故技术鉴定书格式由中华医学会统一制定。

第三十六条 专家鉴定组应当综合分析医疗过失行为在导致医疗事故损害后果中的作用、患者原有疾病状况等因素,判定医疗过失行为的责任程度。医疗事故中医疗过失行为责任程度分为:

(一)完全责任,指医疗事故损害后果完全由医疗过失行为造成。

(二)主要责任,指医疗事故损害后果主要由医疗过失行为造成,其他因素起次要作用。

(三)次要责任,指医疗事故损害后果主要由其他因素造成,医疗过失行为起次要作用。

(四)轻微责任,指医疗事故损害后果绝大部分由其他因素造成,医疗过失行为起轻微作用。

第三十七条 医学会参加医疗事故技术鉴定会的工作人员,应如实记录鉴定会过程和专家的意见。

第三十八条 因当事人拒绝配合,无法进行医疗事故技术鉴定的,应当终止本次鉴定,由医学会告知移交鉴定的卫生行政部门或共同委托鉴定的双方当事人,说明不能鉴定的原因。

第三十九条 医学会对经卫生行政部门审核认为参加鉴定的人员资格和专业类别或者鉴定程序不符合规定,需要重新鉴定的,应当重新组织鉴定。重新鉴定时不得收取鉴定费。

如参加鉴定的人员资格和专业类别不符合规定的,应当重新抽取专家,组成专家鉴定组进行重新鉴定。

如鉴定的程序不符合规定而参加鉴定的人员资格和专业类别符合规定的,可以由原专家鉴定组进行重新鉴定。

第四十条 任何一方当事人对首次医疗事故技术鉴定结论不服的,可以自收到首次医疗事故技术鉴定书之日起 15 日内,向原受理医疗事故争议处理申请的卫生行政部门提出再次鉴定的申请,或由双方当事人共同委托省、自治区、直辖市医学会组织再次鉴定。

第四十一条 县级以上地方人民政府卫生行政部门对发生医疗事故的医疗机构和医务人员进行行政处理时,应当以最后的医疗事故技术鉴定结论作为处理依据。

第四十二条 当事人对鉴定结论无异议,负责组织医疗事故技术鉴定的医学会应当及时将收到的鉴定材料中的病历资料原件等退还当事人,并保留有关复印件。

当事人提出再次鉴定申请的,负责组织首次医疗事故技术鉴定的医学会应当及时将收到的鉴定材料移送负责组织再次医疗事故技术鉴定的医学会。

第四十三条 医学会应当将专家鉴定组成员签名的鉴定结论、由专家鉴定组组长签发的医疗事故技术鉴定书文稿和复印或者复制的有关病历资料等存档,保存期限不得少于 20 年。

第四十四条 在受理医患双方共同委托医疗事故技术鉴定后至专家鉴定组作出鉴定结论前,双方当事人或者一方当事人提出停止鉴定的,医疗事故技术鉴定终止。

第四十五条 医学会应当于每年 3 月 31 日前将上一年度医疗事故技术鉴定情况报同级卫生行政部门。

第七章 附 则

第四十六条 必要时,对疑难、复杂并在全国有重大影响的医疗事故争议,省级卫生行政部门可以商请中华医学会组织医疗事故技术鉴定。

第四十七条 本办法由卫生部负责解释。

第四十八条 本办法自 2002 年 9 月 1 日起施行。

医疗事故分级标准(试行)

(2002年7月31日卫生部令第32号 自2002年9月1日起施行)

为了科学划分医疗事故等级,正确处理医疗事故争议,保护患者和医疗机构及其医务人员的合法权益,根据《医疗事故处理条例》,制定本标准。

专家鉴定组在进行医疗事故技术鉴定、卫生行政部门在判定重大医疗过失行为是否为医疗事故或医疗事故争议双方当事人协商解决医疗事故争议时,应当按照本标准确定的基本原则和实际情况具体判定医疗事故的等级。

本标准例举的情形是医疗事故中常见的造成患者人身损害的后果。

本标准中医疗事故一级乙等至三级戊等对应伤残等级一至十级。

一、一级医疗事故

系指造成患者死亡、重度残疾。

(一)一级甲等医疗事故:死亡。

(二)一级乙等医疗事故:重要器官缺失或功能完全丧失,其他器官不能代偿,存在特殊医疗依赖,生活完全不能自理。例如造成患者下列情形之一的:

1. 植物人状态;
2. 极重度智能障碍;
3. 临床判定不能恢复的昏迷;
4. 临床判定自主呼吸功能完全丧失,不能恢复,靠呼吸机维持;
5. 四肢瘫,肌力0级,临床判定不能恢复。

二、二级医疗事故

系指造成患者中度残疾、器官组织损伤导致严重功能障碍。

(一)二级甲等医疗事故:器官缺失或功能完全丧失,其他器官不能代偿,可能存在特殊医疗依赖,或生活大部分不能自理。例如造成患者下列情形之一的:

1. 双眼球摘除或双眼经客观检查证实无光感;
2. 小肠缺失90%以上,功能完全丧失;
3. 双侧有功能肾脏缺失或孤立有功能肾缺失,用透析替代治疗;
4. 四肢肌力Ⅱ级(二级)以下(含Ⅱ级),临床判定不能恢复;
5. 上肢一侧腕上缺失或一侧手功能完全丧失,不能装配假肢,伴下肢双膝以上缺失。

(二)二级乙等医疗事故:存在器官缺失、严重缺损、严重畸形情形之一,有严重功能障碍,可能存在特殊医疗依赖,或生活大部分不能自理。例如造成患者下列情形之一的:

1. 重度智能障碍;

2. 单眼球摘除或经客观检查证实无光感,另眼球结构损伤,闪光视觉诱发电位(VEP)P100波潜时延长 $>160\text{ms}$ (毫秒),矫正视力 <0.02 ,视野半径 $<5^\circ$;

3. 双侧上颌骨或双侧下颌骨完全缺失;
4. 一侧上颌骨及对侧下颌骨完全缺失,并伴有颜面软组织缺损大于 30cm^2 ;
5. 一侧全肺缺失并需胸改术;
6. 肺功能持续重度损害;
7. 持续性心功能不全,心功能四级;
8. 持续性心功能不全,心功能三级伴有不能控制的严重心律失常;
9. 食管闭锁,摄食依赖造瘘;
10. 肝缺损 $3/4$,并有肝功能重度损害;
11. 胆道损伤致肝功能重度损害;
12. 全胰缺失;
13. 小肠缺损大于 $3/4$,普通膳食不能维持营养;
14. 肾功能部分损害不全失代偿;
15. 两侧睾丸、副睾丸缺损;
16. 阴茎缺损或性功能严重障碍;
17. 双侧卵巢缺失;
18. 未育妇女子宫全部缺失或大部分缺损;
19. 四肢瘫,肌力Ⅲ级(三级)或截瘫、偏瘫,肌力Ⅲ级以下,临床判定不能恢复;
20. 双上肢腕关节以上缺失、双侧前臂缺失或双手功能完全丧失,不能装配假肢;
21. 肩、肘、髋、膝关节中有四个以上(含四个)关节功能完全丧失;
22. 重型再生障碍性贫血(Ⅰ型)。

(三)二级丙等医疗事故:存在器官缺失、严重缺损、明显畸形情形之一,有严重功能障碍,可能存在特殊医疗依赖,或生活部分不能自理。例如造成患者下列情形之一的:

1. 面部重度毁容;
2. 单眼球摘除或客观检查无光感,另眼球结构损伤,闪光视觉诱发电位(VEP) $>155\text{ms}$ (毫秒),矫正视力 <0.05 ,视野半径 $<10^\circ$;
3. 一侧上颌骨或下颌骨完全缺失,伴颜面部软组织缺损大于 30cm^2 ;
4. 同侧上下颌骨完全性缺失;
5. 双侧甲状腺或孤立甲状腺全缺失;
6. 双侧甲状旁腺全缺失;
7. 持续性心功能不全,心功能三级;
8. 持续性心功能不全,心功能二级伴有不能控制的严重心律失常;
9. 全胃缺失;
10. 肝缺损 $2/3$,并肝功能重度损害;
11. 一侧有功能肾缺失或肾功能完全丧失,对侧肾功能不全代偿;
12. 永久性输尿管腹壁造瘘;

13. 膀胱全缺失;
14. 两侧输精管缺损不能修复;
15. 双上肢肌力Ⅳ级(四级),双下肢肌力0级,临床判定不能恢复;
16. 单肢两个大关节(肩、肘、腕、髌、膝、踝)功能完全丧失,不能行关节置换;
17. 一侧上肢肘上缺失或肘、腕、手功能完全丧失,不能手术重建功能或装配假肢;
18. 一手缺失或功能完全丧失,另一手功能丧失50%以上,不能手术重建功能或装配假肢;
19. 一手腕上缺失,另一手拇指缺失,不能手术重建功能或装配假肢;
20. 双手拇、食指均缺失或功能完全丧失无法矫正;
21. 双侧膝关节或者髋关节功能完全丧失,不能行关节置换;
22. 一下肢膝上缺失,无法装配假肢;
23. 重型再生障碍性贫血(Ⅱ型)。

(四)二级丁等医疗事故:存在器官缺失、大部分缺损、畸形情形之一,有严重功能障碍,可能存在一般医疗依赖,生活能自理。例如造成患者下列情形之一的:

1. 中度智能障碍;
2. 难治性癫痫;
3. 完全性失语,伴有神经系统客观检查阳性所见;
4. 双侧重度周围性面瘫;
5. 面部中度毁容或全身瘢痕面积大于70%;
6. 双眼球结构损伤,较好眼闪光视觉诱发电位(VEP) > 155ms(毫秒),矫正视力 < 0.05,视野半径 < 10°;
7. 双耳经客观检查证实听力在原有基础上损失大于91dbHL(分贝);
8. 舌缺损大于全舌2/3;
9. 一侧上颌骨缺损1/2,颜面部软组织缺损大于20cm²;
10. 下颌骨缺损长6cm以上的区段,口腔、颜面软组织缺损大于20cm²;
11. 甲状旁腺功能重度损害;
12. 食管狭窄只能进流食;
13. 吞咽功能严重损伤,依赖鼻饲管进食;
14. 肝缺损2/3,功能中度损害;
15. 肝缺损1/2伴有胆道损伤致严重肝功能损害;
16. 胰缺损、胰岛素依赖;
17. 小肠缺损2/3,包括回盲部缺损;
18. 全结肠、直肠、肛门缺失,回肠造瘘;
19. 肾上腺功能明显减退;
20. 大小便失禁,临床判定不能恢复;
21. 女性双侧乳腺缺失;
22. 单肢肌力Ⅱ级(二级),临床判定不能恢复;
23. 双前臂缺失;

24. 双下肢瘫;
25. 一手缺失或功能完全丧失,另一手功能正常,不能手术重建功能或装配假肢;
26. 双拇指完全缺失或无功能;
27. 双膝以下缺失或无功能,不能手术重建功能或装配假肢;
28. 一侧下肢膝上缺失,不能手术重建功能或装配假肢;
29. 一侧膝以下缺失,另一侧前足缺失,不能手术重建功能或装配假肢;
30. 双足全肌瘫,肌力Ⅱ级(二级),临床判定不能恢复。

三、三级医疗事故

系指造成患者轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍。

(一)三级甲等医疗事故:存在器官缺失、大部分缺损、畸形情形之一,有较重功能障碍,可能存在一般医疗依赖,生活能自理。例如造成患者下列情形之一的:

1. 不完全失语并伴有失用、失写、失读、失认之一者,同时有神经系统客观检查阳性所见;
2. 不能修补的脑脊液瘘;
3. 尿崩,有严重离子紊乱,需要长期依赖药物治疗;
4. 面部轻度毁容;
5. 面颊部洞穿性缺损大于 20cm^2 ;
6. 单侧眼球摘除或客观检查无光感,另眼球结构损伤,闪光视觉诱发电位(VEP) $> 150\text{ms}$ (毫秒),矫正视力 $0.05-0.1$,视野半径 $< 15^\circ$;
7. 双耳经客观检查证实听力在原有基础上损失大于 81dBHL (分贝);
8. 鼻缺损 $1/3$ 以上;
9. 上唇或下唇缺损大于 $1/2$;
10. 一侧上颌骨缺损 $1/4$ 或下颌骨缺损长 4cm 以上区段,伴口腔、颜面软组织缺损大于 10cm^2 ;
11. 肺功能中度持续损伤;
12. 胃缺损 $3/4$;
13. 肝缺损 $1/2$ 伴较重功能障碍;
14. 慢性中毒性肝病伴较重功能障碍;
15. 脾缺失;
16. 胰缺损 $2/3$ 造成内、外分泌腺功能障碍;
17. 小肠缺损 $2/3$,保留回盲部;
18. 尿道狭窄,需定期行尿道扩张术;
19. 直肠、肛门、结肠部分缺损,结肠造瘘;
20. 肛门损伤致排便障碍;
21. 一侧肾缺失或输尿管狭窄,肾功能不全代偿;
22. 不能修复的尿道瘘;
23. 膀胱大部分缺损;
24. 双侧输卵管缺失;

25. 阴道闭锁丧失性功能;
26. 不能修复的Ⅲ度(三度)会阴裂伤;
27. 四肢瘫,肌力Ⅳ级(四级),临床判定不能恢复;
28. 单肢瘫,肌力Ⅲ级(三级),临床判定不能恢复;
29. 肩、肘、腕关节之一功能完全丧失;
30. 利手全肌瘫,肌力Ⅲ级(三级),临床判定不能恢复;
31. 一手拇指缺失,另一手拇指功能丧失 50% 以上;
32. 一手拇指缺失或无功能,另一手除拇指外三指缺失或无功能,不能手术重建功能;
33. 双下肢肌力Ⅲ级(三级)以下,临床判定不能恢复。大小便失禁;
34. 下肢双膝以上缺失伴一侧腕上缺失或手功能部分丧失,能装配假肢;
35. 一髌或一膝关节功能完全丧失,不能手术重建功能;
36. 双足全肌瘫,肌力Ⅲ级(三级),临床判定不能恢复;
37. 双前足缺失;
38. 慢性再生障碍性贫血。

(二)三级乙等医疗事故:器官大部分缺损或畸形,有中度功能障碍,可能存在一般医疗依赖,生活能自理。例如造成患者下列情形之一的:

1. 轻度智能减退;
2. 癫痫中度;
3. 不完全性失语,伴有神经系统客观检查阳性所见;
4. 头皮、眉毛完全缺损;
5. 一侧完全性面瘫,对侧不完全性面瘫;
6. 面部重度异常色素沉着或全身瘢痕面积达 60%—69%;
7. 面部软组织缺损大于 20cm²;
8. 双眼球结构损伤,较好眼闪光视觉诱发电位(VEP) > 150ms(毫秒),矫正视力 0.05—0.1,视野半径 < 15°;
9. 双耳经客观检查证实听力损失大于 71dbHL(分贝);
10. 双侧前庭功能丧失,睁眼行走困难,不能并足站立;
11. 甲状腺功能严重损害,依赖药物治疗;
12. 不能控制的严重器质性心律失常;
13. 胃缺损 2/3 伴轻度功能障碍;
14. 肝缺损 1/3 伴轻度功能障碍;
15. 胆道损伤伴轻度肝功能障碍;
16. 胰缺损 1/2;
17. 小肠缺损 1/2(包括回盲部);
18. 腹壁缺损大于腹壁 1/4;
19. 肾上腺皮质功能轻度减退;
20. 双侧睾丸萎缩,血清睾丸酮水平低于正常范围;

21. 非利手全肌瘫,肌力Ⅳ级(四级),临床判定不能恢复,不能手术重建功能;
22. 一拇指完全缺失;
23. 双下肢肌力Ⅳ级(四级),临床判定不能恢复,大小便失禁;
24. 一髋或一膝关节功能不全;
25. 一侧踝以下缺失或一侧踝关节畸形,功能完全丧失,不能手术重建功能;
26. 双足部分肌瘫,肌力Ⅳ级(四级),临床判定不能恢复,不能手术重建功能;
27. 单足全肌瘫,肌力Ⅳ级,临床判定不能恢复,不能手术重建功能。

(三)三级丙等医疗事故:器官大部分缺损或畸形,有轻度功能障碍,可能存在一般医疗依赖,生活能自理。例如造成患者下列情形之一的:

1. 不完全性失用、失写、失读、失认之一者,伴有神经系统客观检查阳性所见;
2. 全身瘢痕面积50%—59%;
3. 双侧中度周围性面瘫,临床判定不能恢复;
4. 双眼球结构损伤,较好眼闪光视觉诱发电位(VEP) > 140ms(毫秒),矫正视力0.1—0.3,视野半径 < 20°;
5. 双耳经客观检查证实听力损失大于56dbHL(分贝);
6. 喉保护功能丧失,饮食时呛咳并易发生误吸,临床判定不能恢复;
7. 颈粘连,影响部分活动;
8. 肺叶缺失伴轻度功能障碍;
9. 持续性心功能不全,心功能二级;
10. 胃缺损1/2伴轻度功能障碍;
11. 肝缺损1/4伴轻度功能障碍;
12. 慢性轻度中毒性肝病伴轻度功能障碍;
13. 胆道损伤,需行胆肠吻合术;
14. 胰缺损1/3伴轻度功能障碍;
15. 小肠缺损1/2伴轻度功能障碍;
16. 结肠大部分缺损;
17. 永久性膀胱造瘘;
18. 未育妇女单侧乳腺缺失;
19. 未育妇女单侧卵巢缺失;
20. 育龄已育妇女双侧输卵管缺失;
21. 育龄已育妇女子宫缺失或部分缺损;
22. 阴道狭窄不能通过二横指;
23. 颈部或腰部活动度丧失50%以上;
24. 腕、肘、肩、踝、膝、髋关节之一丧失功能50%以上;
25. 截瘫或偏瘫,肌力Ⅳ级(四级),临床判定不能恢复;
26. 单肢两个大关节(肩、肘、腕、髋、膝、踝)功能部分丧失,能行关节置换;
27. 一侧肘上缺失或肘、腕、手功能部分丧失,可以手术重建功能或装配假肢;

28. 一手缺失或功能部分丧失,另一手功能丧失 50% 以上,可以手术重建功能或装配假肢;
29. 一手腕上缺失,另一手拇指缺失,可以手术重建功能或装配假肢;
30. 利手全肌瘫,肌力Ⅳ级(四级),临床判定不能恢复;
31. 单手部分肌瘫,肌力Ⅲ级(三级),临床判定不能恢复;
32. 除拇指外 3 指缺失或功能完全丧失;
33. 双下肢长度相差 4cm 以上;
34. 双侧膝关节或者髋关节功能部分丧失,可以行关节置换;
35. 单侧下肢膝上缺失,可以装配假肢;
36. 双足部分肌瘫,肌力Ⅲ级(三级),临床判定不能恢复;
37. 单足全肌瘫,肌力Ⅲ级(三级),临床判定不能恢复。

(四)三级丁等医疗事故:器官部分缺损或畸形,有轻度功能障碍,无医疗依赖,生活能自理。

例如造成患者下列情形之一的:

1. 边缘智能;
2. 发声及言语困难;
3. 双眼结构损伤,较好眼闪光视觉诱发电位(VEP) > 130ms(毫秒),矫正视力 0.3—0.5,视野半径 < 30°;
4. 双耳经客观检查证实听力损失大于 41dbHL(分贝)或单耳大于 91dbHL(分贝);
5. 耳郭缺损 2/3 以上;
6. 器械或异物误入呼吸道需行肺段切除术;
7. 甲状旁腺功能轻度损害;
8. 肺段缺损,轻度持续肺功能障碍;
9. 腹壁缺损小于 1/4;
10. 一侧肾上腺缺失伴轻度功能障碍;
11. 一侧睾丸、附睾缺失伴轻度功能障碍;
12. 一侧输精管缺损,不能修复;
13. 一侧卵巢缺失,一侧输卵管缺失;
14. 一手缺失或功能完全丧失,另一手功能正常,可以手术重建功能及装配假肢;
15. 双大腿肌力近 V 级(五级),双小腿肌力Ⅲ级(三级)以下,临床判定不能恢复,大小便轻度失禁;
16. 双膝以下缺失或无功能,可以手术重建功能或装配假肢;
17. 单侧下肢膝上缺失,可以手术重建功能或装配假肢;
18. 一侧膝以下缺失,另一侧前足缺失,可以手术重建功能或装配假肢。

(五)三级戊等医疗事故:器官部分缺损或畸形,有轻微功能障碍,无医疗依赖,生活能自理。

例如造成患者下列情形之一的:

1. 脑叶缺失后轻度智力障碍;
2. 发声或言语不畅;
3. 双眼结构损伤,较好眼闪光视觉诱发电位(VEP) > 120ms(毫秒),矫正视力 < 0.6,视野

半径 $< 50^\circ$;

4. 泪器损伤,手术无法改进溢泪;
5. 双耳经客观检查证实听力在原有基础上损失大于 31dbHL(分贝)或一耳听力在原有基础上损失大于 71dbHL(分贝);
6. 耳郭缺损大于 1/3 而小于 2/3;
7. 甲状腺功能低下;
8. 支气管损伤需行手术治疗;
9. 器械或异物误入消化道,需开腹取出;
10. 一拇指指关节功能不全;
11. 双小腿肌力Ⅳ级(四级),临床判定不能恢复,大小便轻度失禁;
12. 手术后当时引起脊柱侧弯 30 度以上;
13. 手术后当时引起脊柱后凸成角(胸段大于 60 度,胸腰段大于 30 度,腰段大于 20 度以上);
14. 原有脊柱、躯干或肢体畸形又严重加重;
15. 损伤重要脏器,修补后功能有轻微障碍。

四、四级医疗事故

系指造成患者明显人身损害的其他后果的医疗事故。例如造成患者下列情形之一的:

1. 双侧轻度不完全性面瘫,无功能障碍;
2. 面部轻度色素沉着或脱失;
3. 一侧眼睑有明显缺损或外翻;
4. 拔除健康恒牙;
5. 器械或异物误入呼吸道或消化道,需全麻后内窥镜下取出;
6. 口周及颜面软组织轻度损伤;
7. 非解剖变异等因素,拔除上颌后牙时牙根或异物进入上颌窦需手术取出;
8. 组织、器官轻度损伤,行修补术后无功能障碍;
9. 一拇指末节 1/2 缺损;
10. 一手除拇指、食指外,有两指近侧指间关节无功能;
11. 一足拇趾末节缺失;
12. 软组织内异物滞留;
13. 体腔遗留异物已包裹,无需手术取出,无功能障碍;
14. 局部注射造成组织坏死,成人大于体表面积 2%,儿童大于体表面积 5%;
15. 剖宫产术引起胎儿损伤;
16. 产后胎盘残留引起大出血,无其他并发症。

医疗事故争议中尸检机构 及专业技术人员资格认定办法

(2002年8月5日卫生部 国家中医药管理局
卫医发[2002]191号 自2002年8月2日起实施)

第一条 为保证医疗事故争议中尸检的科学性、准确性、时效性,根据《医疗事故处理条例》制定本办法。

第二条 本办法所称尸检,是指为了处理医疗事故争议,对死亡患者的机体进行解剖、检验,以查明死亡原因的手段。

第三条 患者死亡,医患双方当事人不能确定死因或者对死因有异议的,应当由具有本办法规定资格的尸检机构和专业技术人员进行尸检。

第四条 下列机构可以申请作为承担尸检任务的机构:

- (一)卫生行政部门批准设置具有独立病理解剖能力病理科的医疗机构;
- (二)设有具备独立病理解剖能力的病理教研室或法医教研室的医学院校,或设有医学专业的并具备独立病理解剖能力的病理教研室或法医教研室的高等普通学校。

第五条 承担尸检任务的机构应当具备下列条件:

- (一)至少具有2名按照本规定取得相应资格的病理解剖专业技术人员,其中至少1名为主检人员;
- (二)解剖室业务用房面积不少于15平方米;
- (三)具有尸检台、切片机、脱水机、吸引器、显微镜、照相设备、计量设备、消毒隔离设备、病理组织取材工作台、贮存和运送标本的必要设备、尸体保存设施以及符合环保要求的污水、污物处理设施;
- (四)省、自治区、直辖市卫生行政部门规定的其他条件。

第六条 承担尸检工作专业技术人员应具备下列条件:

- (一)具有良好的业务素质和执业品德;
 - (二)受聘于本办法第四条规定的机构;
 - (三)具有病理解剖专业初级以上技术职务任职资格;
 - (四)省、自治区、直辖市卫生行政部门规定的其他条件。
- 主检人员除符合上述(一)、(二)条件外,还应当在取得病理解剖专业中级以上技术职务任职资格后,从事本专业技术工作2年以上。

第七条 拟承担尸检任务的机构应当向所在地设区的市级卫生行政部门申请。申请时应

当提交下列材料:

- (一)申请书;
- (二)医疗机构的《医疗机构执业许可证》副本复印件或其他机构的有效证明文件;
- (三)病理解剖专业技术人员名单、专业技术职务任职资格证书复印件;
- (四)病理解剖设备清单和设施说明;
- (五)省级以上卫生行政部门规定的其他材料。

拟承担尸检任务的机构所在地是直辖市的,应当向直辖市卫生行政部门申请。

第八条 卫生行政部门自收到申请后,45日内对申请机构提交的材料进行审核、组织专家进行现场评估,符合本办法所规定条件的,予以认定、公告。设区的市级卫生行政部门应当将认定的尸检机构于认定后15日内报省级卫生行政部门备案。

第九条 确因尸检工作需要,在卫生行政部门认定的尸检机构以外的机构开展尸检,可以由卫生行政部门认定的尸检机构派出病理解剖专业技术人员进行。尸检时应当具备本办法第五条规定的条件。

第十条 根据实际工作需要,设区的市级以上卫生行政部门可以指定符合条件的医疗机构承担尸检任务;也可以会同同级公安、司法机关指定公安机关、人民检察院、人民法院设置的具有独立病理解剖能力的法医机构承担尸检任务。

第十一条 尸检按照规定收取费用。

第十二条 本办法由卫生部负责解释。

第十三条 本办法自2002年9月1日起施行。

医疗事故技术鉴定专家库 学科专业组名录(试行)

(2002年8月5日卫生部 国家中医药管理局
卫医发[2002]192号 自2002年9月1日起施行)

内科

呼吸内科专业

消化内科专业

心血管内科专业

神经内科专业

肾病学专业

血液内科专业

外科

普通外科专业

神经外科专业

泌尿外科专业

心胸外科专业

骨科专业

烧伤整形外科专业

妇产科

妇科专业

产科专业

计划生育专业

儿科

小儿外科

眼科

耳鼻咽喉科

口腔科

口腔内科专业

口腔颌面外科专业

口腔正畸专业

口腔修复专业
 皮肤科
 皮肤病专业
 性传播疾病专业
 医疗美容科
 精神科
 传染科
 肿瘤科
 急诊医学科
 康复医学科
 麻醉科
 医学检验科
 病理科
 医学影像科
 药学
 护理
 中医科
 中医内科专业
 中医外科专业
 中医妇产科专业
 中医儿科专业
 中医骨伤科专业
 中医肛肠科专业
 中医眼科专业
 中医耳鼻喉科专业
 中医皮肤科专业
 中医针灸科专业
 中医推拿(按摩)科专业
 民族医学科
 蒙医科专业
 藏医科专业
 维吾尔医科专业
 傣医科专业
 中西医结合科
 中西医结合内科专业
 中西医结合外科专业
 中西医结合妇产科专业

中西医结合骨伤科专业
中西医结合眼科专业
中西医结合耳鼻喉科专业
中西医结合传染科专业
中药学
法医

医疗机构病历管理规定

(2002年8月5日卫生部 国家中医药管理局
卫医发[2002]193号 自2002年9月1日起施行)

第一条 为了加强医疗机构病历管理,保证病历资料客观、真实、完整,根据《医疗机构管理条例》和《医疗事故处理条例》等法规,制定本规定。

第二条 病历是指医务人员在医疗活动过程中形成的文字、符号、图表、影像、切片等资料的总和,包括门(急)诊病历和住院病历。

第三条 医疗机构应当建立病历管理制度,设置专门部门或者配备专(兼)职人员,具体负责本机构病历和病案的保存与管理工作。

第四条 在医疗机构建有门(急)诊病历档案的,其门(急)诊病历由医疗机构负责保管;没有在医疗机构建立门(急)诊病历档案的,其门(急)诊病历由患者负责保管。

住院病历由医疗机构负责保管。

第五条 医疗机构应当严格病历管理,严禁任何人涂改、伪造、隐匿、销毁、抢夺、窃取病历。

第六条 除涉及对患者实施医疗活动的医务人员及医疗服务质量监控人员外,其他任何机构和个人不得擅自查阅该患者的病历。

因科研、教学需要查阅病历的,需经患者就诊的医疗机构有关部门同意后查阅。阅后应当立即归还。不得泄露患者隐私。

第七条 医疗机构应当建立门(急)诊病历和住院病历编号制度。

门(急)诊病历和住院病历应当标注页码。

第八条 在医疗机构建有门(急)诊病历档案患者的门(急)诊病历,应当由医疗机构指定专人送达患者就诊科室;患者同时在多科室就诊的,应当由医疗机构指定专人送达后续就诊科室。

在患者每次诊疗活动结束后24小时内,其门(急)诊病历应当收回。

第九条 医疗机构应当将门(急)诊患者的化验单(检验报告)、医学影像检查资料等在检查结果出具后24小时内归入门(急)诊病历档案。

第十条 在患者住院期间,其住院病历由所在病区负责集中、统一保管。

病区应当在收到住院患者的化验单(检验报告)、医学影像检查资料等检查结果后24小时内归入住院病历。

住院病历在患者出院后由设置的专门部门或者专(兼)职人员负责集中、统一保存与管理。

第十一条 住院病历因医疗活动或复印、复制等需要带离病区时,应当由病区指定专门人员负责携带和保管。

第十二条 医疗机构应当受理下列人员和机构复印或者复制病历资料的申请:

- (一)患者本人或其代理人;
- (二)死亡患者近亲属或其代理人;
- (三)保险机构。

第十三条 医疗机构应当由负责医疗服务质量监控的部门或者专(兼)职人员负责受理复印或者复制病历资料的申请。受理申请时,应当要求申请人按照下列要求提供有关证明材料:

- (一)申请人为患者本人的,应当提供其有效身份证明;
- (二)申请人为患者代理人的,应当提供患者及其代理人的有效身份证明、申请人与患者代理关系的法定证明材料;
- (三)申请人为死亡患者近亲属的,应当提供患者死亡证明及其近亲属的有效身份证明、申请人是死亡患者近亲属的法定证明材料;
- (四)申请人为死亡患者近亲属代理人的,应当提供患者死亡证明、死亡患者近亲属及其代理人的有效身份证明,死亡患者与其近亲属关系的法定证明材料,申请人与死亡患者近亲属代理关系的法定证明材料;

(五)申请人为保险机构的,应当提供保险合同复印件,承办人员的有效身份证明,患者本人或者其代理人同意的法定证明材料;患者死亡的,应当提供保险合同复印件,承办人员的有效身份证明,死亡患者近亲属或者其代理人同意的法定证明材料。合同或者法律另有规定的除外。

第十四条 公安、司法机关因办理案件,需要查阅、复印或者复制病历资料的,医疗机构应当在公安、司法机关出具采集证据的法定证明及执行公务人员的有效身份证明后予以协助。

第十五条 医疗机构可以为申请人复印或者复制的病历资料包括:门(急)诊病历和住院病历中的住院志(即入院记录)、体温单、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查(治疗)同意书、手术同意书、手术及麻醉记录单、病理报告、护理记录、出院记录。

第十六条 医疗机构受理复印或者复制病历资料申请后,应当在医务人员按规定时限完成病历后予以提供。

第十七条 医疗机构受理复印或者复制病历资料申请后,由负责医疗服务质量监控的部门或者专(兼)职人员通知负责保管门(急)诊病历档案的部门(人员)或者病区,将需要复印或者复制的病历资料在规定时间内送至指定地点,并在申请人在场的情况下复印或者复制。

复印或者复制的病历资料经申请人核对无误后,医疗机构应当加盖证明印记。

第十八条 医疗机构复印或者复制病历资料,可以按照规定收取工本费。

第十九条 发生医疗事故争议时,医疗机构负责医疗服务质量监控的部门或者专(兼)职人员应当在患者或者其代理人在场的情况下封存死亡病例讨论记录、疑难病例讨论记录、上级医师查房记录、会诊意见、病程记录等。

封存的病历由医疗机构负责医疗服务质量监控的部门或者专(兼)职人员保管。

封存的病历可以是复印件。

第二十条 门(急)诊病历档案的保存时间自患者最后一次就诊之日起不少于15年。

第二十一条 病案的查阅、复印或者复制参照本规定执行。

第二十二条 本规定由卫生部负责解释。

第二十三条 本规定自2002年9月1日起施行。

病历书写基本规范(试行)

(2002年8月19日卫生部 国家中医药管理局
卫医发[2002]190号 自2002年9月1日起施行)

第一章 基本要求

第一条 病历是指医务人员在医疗活动过程中形成的文字、符号、图表、影像、切片等资料的总和,包括门(急)诊病历和住院病历。

第二条 病历书写是指医务人员通过问诊、查体、辅助检查、诊断、治疗、护理等医疗活动获得有关资料,并进行归纳、分析、整理形成医疗活动记录的行为。

第三条 病历书写应当客观、真实、准确、及时、完整。

第四条 住院病历书写应当使用蓝黑墨水、碳素墨水,门(急)诊病历和需复写的资料可以使用蓝或黑色油水的圆珠笔。

第五条 病历书写应当使用中文和医学术语。通用的外文缩写和无正式中文译名的症状、体征、疾病名称等可以使用外文。

第六条 病历书写应当文字工整,字迹清晰,表述准确,语句通顺,标点正确。书写过程中出现错字时,应当用双线划在错字上,不得采用刮、粘、涂等方法掩盖或去除原来的字迹。

第七条 病历应当按照规定的内容书写,并由相应医务人员签名。

实习医务人员、试用期医务人员书写的病历,应当经过在本医疗机构合法执业的医务人员审阅、修改并签名。

进修医务人员应当由接收进修的医疗机构根据其胜任本专业工作的实际情况认定后书写病历。

第八条 上级医务人员有审查修改下级医务人员书写的病历的责任。修改时,应当注明修改日期,修改人员签名,并保持原记录清楚、可辨。

第九条 因抢救急危患者,未能及时书写病历的,有关医务人员应当在抢救结束后6小时内据实补记,并加以注明。

第十条 对按照有关规定需取得患者书面同意方可进行的医疗活动(如特殊检查、特殊治疗、手术、实验性临床医疗等),应当由患者本人签署同意书。患者不具备完全民事行为能力时,应当由其法定代理人签字;患者因病无法签字时,应当由其近亲属签字,没有近亲属的,由其关系人签字;为抢救患者,在法定代理人或近亲属、关系人无法及时签字的情况下,可由医疗机构负责人或者被授权的负责人签字。

因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的,应当将有关情况通知患者近亲属,由患者

近亲属签署同意书,并及时记录。患者无近亲属的或者患者近亲属无法签署同意书的,由患者的法定代理人或者关系人签署同意书。

第二章 门(急)诊病历书写要求及内容

第十一条 门(急)诊病历内容包括门诊病历首页(门诊手册封面)、病历记录、化验单(检验报告)、医学影像检查资料等。

第十二条 门(急)诊病历首页内容应当包括患者姓名、性别、出生年月、民族、婚姻状况、职业、工作单位、住址、药物过敏史等项目。

门诊手册封面内容应当包括患者姓名、性别、年龄、工作单位或住址、药物过敏史等项目。

第十三条 门(急)诊病历记录分为初诊病历记录和复诊病历记录。

初诊病历记录书写内容应当包括就诊时间、科别、主诉、现病史、既往史,阳性体征、必要的阴性体征和辅助检查结果,诊断及治疗意见和医师签名等。

复诊病历记录书写内容应当包括就诊时间、科别、主诉、病史、必要的体格检查和辅助检查结果、诊断、治疗处理意见和医师签名等。

急诊病历书写就诊时间应当具体到分钟。

第十四条 门(急)诊病历记录应当由接诊医师在患者就诊时及时完成。

第十五条 抢救危重患者时,应当书写抢救记录。对收入急诊观察室的患者,应当书写留观期间的观察记录。

第三章 住院病历书写要求及内容

第十六条 住院病历内容包括住院病案首页、住院志、体温单、医嘱单、化验单(检验报告)、医学影像检查资料、特殊检查(治疗)同意书、手术同意书、麻醉记录单、手术及手术护理记录单、病理资料、护理记录、出院记录(或死亡记录)、病程记录(含抢救记录)、疑难病例讨论记录、会诊意见、上级医师查房记录、死亡病例讨论记录等。

第十七条 住院志是指患者入院后,由经治医师通过问诊、查体、辅助检查获得有关资料,并对这些资料归纳分析书写而成的记录。住院志的书写形式分为入院记录、再次或多次入院记录、24小时内入出院记录、24小时内入院死亡记录。

入院记录、再次或多次入院记录应当于患者入院后24小时内完成;24小时内入出院记录应当于患者出院后24小时内完成,24小时内入院死亡记录应当于患者死亡后24小时内完成。

第十八条 入院记录的要求及内容。

(一)患者一般情况内容包括姓名、性别、年龄、民族、婚姻状况、出生地、职业、入院日期、记录日期、病史陈述者。

(二)主诉是指促使患者就诊的主要症状(或体征)及持续时间。

(三)现病史是指患者本次疾病的发生、演变、诊疗等方面的详细情况,应当按时间顺序书写。内容包括发病情况、主要症状特点及其发展变化情况、伴随症状、发病后诊疗经过及结果、睡眠、饮食等一般情况的变化,以及与鉴别诊断有关的阳性或阴性资料等。

与本次疾病虽无紧密关系、但仍需治疗的其他疾病情况,可在现病史后另起一段予以记录。

(四)既往史是指患者过去的健康和疾病情况。内容包括既往一般健康状况、疾病史、传染病史、预防接种史、手术外伤史、输血史、药物过敏史等。

(五)个人史、婚育史、女性患者的月经史、家族史。

(六)体格检查应当按照系统循序进行书写。内容包括体温、脉搏、呼吸、血压,一般情况,皮肤、粘膜,全身浅表淋巴结,头部及其器官,颈部,胸部(胸廓、肺部、心脏、血管),腹部(肝、脾等),直肠肛门,外生殖器,脊柱,四肢,神经系统等。

(七)专科情况应当根据专科需要记录专科特殊情况。

(八)辅助检查指入院前所作的与本次疾病相关的主要检查及其结果。应当写明检查日期,如系在其他医疗机构所作检查,应当写明该机构名称。

(九)初步诊断是指经治医师根据患者入院时情况,综合分析所作出的诊断。如初步诊断为多项时,应当主次分明。

(十)书写入院记录的医师签名。

第十九条 再次或多次入院记录是指患者因同一种疾病再次或多次住入同一医疗机构时书写的记录。要求及内容基本同入院记录,其特点有:主诉是记录患者本次入院的主要症状(或体征)及持续时间;现病史中要求首先对本次住院前历次有关住院诊疗经过进行小结,然后再书写本次入院的现病史。

第二十条 患者入院不足24小时出院的,可以书写24小时内入院出院记录。内容包括患者姓名、性别、年龄、职业、入院时间、出院时间、主诉、入院情况、入院诊断、诊疗经过、出院情况、出院诊断、出院医嘱、医师签名等。

第二十一条 患者入院不足24小时死亡的,可以书写24小时内入院死亡记录。内容包括患者姓名、性别、年龄、职业、入院时间、死亡时间、主诉、入院情况、入院诊断、诊疗经过(抢救经过)、死亡原因、死亡诊断、医师签名等。

第二十二条 病程记录是指继住院志之后,对患者病情和诊疗过程所进行的连续性记录。内容包括患者的病情变化情况、重要的辅助检查结果及临床意义、上级医师查房意见、会诊意见、医师分析讨论意见、所采取的诊疗措施及效果、医嘱更改及理由、向患者及其近亲属告知的重要事项等。

第二十三条 病程记录的要求及内容。

(一)首次病程记录是指患者入院后由经治医师或值班医师书写的第一次病程记录,应当在患者入院8小时内完成。首次病程记录的内容包括病例特点、诊断依据及鉴别诊断、诊疗计划等。

(二)日常病程记录是指对患者住院期间诊疗过程的经常性、连续性记录。由医师书写,也可以由实习医务人员或试用期医务人员书写。书写日常病程记录时,首先标明记录日期,另起一行记录具体内容。对病危患者应当根据病情变化随时书写病程记录,每天至少1次,记录时间应当具体到分钟。对病重患者,至少2天记录一次病程记录。对病情稳定的患者,至少3天记录一次病程记录。对病情稳定的慢性病患者,至少5天记录一次病程记录。

(三)上级医师查房记录是指上级医师查房时对患者病情、诊断、鉴别诊断、当前治疗措施疗效的分析及下一步诊疗意见等的记录。

主治医师首次查房记录应当于患者入院 48 小时内完成。内容包括查房医师的姓名、专业技术职务、补充的病史和体征、诊断依据与鉴别诊断的分析及诊疗计划等。主治医师日常查房记录间隔时间视病情和诊疗情况确定,内容包括查房医师的姓名、专业技术职务、对病情的分析和诊疗意见等。科主任或具有副主任医师以上专业技术职务任职资格医师查房的记录,内容包括查房医师的姓名、专业技术职务、对病情的分析和诊疗意见等。

(四)疑难病例讨论记录是指由科主任或具有副主任医师以上专业技术职务任职资格的医师主持、召集有关医务人员对确诊困难或疗效不确切病例讨论的记录。内容包括讨论日期、主持人及参加人员姓名、专业技术职务、讨论意见等。

(五)交(接)班记录是指患者经治医师发生变更之际,交班医师和接班医师分别对患者病情及诊疗情况进行简要总结的记录。交班记录应当在交班前由交班医师书写完成;接班记录应当由接班医师于接班后 24 小时内完成。交(接)班记录的内容包括入院日期、交班或接班日期、患者姓名、性别、年龄、主诉、入院情况、入院诊断、诊疗经过、目前情况、目前诊断、交班注意事项或接班诊疗计划、医师签名等。

(六)转科记录是指患者住院期间需要转科时,经转入科室医师会诊并同意接收后,由转出科室和转入科室医师分别书写的记录。包括转出记录和转入记录。转出记录由转出科室医师在患者转出科室前书写完成(紧急情况除外);转入记录由转入科室医师于患者转入后 24 小时内完成。转科记录内容包括入院日期、转出或转入日期、患者姓名、性别、年龄、主诉、入院情况、入院诊断、诊疗经过、目前情况、目前诊断、转科目的及注意事项或转入诊疗计划、医师签名等。

(七)阶段小结是指患者住院时间较长,由经治医师每月所作病情及诊疗情况总结。阶段小结的内容包括入院日期、小结日期、患者姓名、性别、年龄、主诉、入院情况、入院诊断、诊疗经过、目前情况、目前诊断、诊疗计划、医师签名等。

交(接)班记录、转科记录可代替阶段小结。

(八)抢救记录是指患者病情危重,采取抢救措施时作的记录。内容包括病情变化情况、抢救时间及措施、参加抢救的医务人员姓名及专业技术职务等。记录抢救时间应当具体到分钟。

(九)会诊记录(含会诊意见)是指患者在住院期间需要其他科室或者其他医疗机构协助诊疗时,分别由申请医师和会诊医师书写的记录。内容包括申请会诊记录和会诊意见记录。申请会诊记录应当简要载明患者病情及诊疗情况、申请会诊的理由和目的,申请会诊医师签名等。会诊意见记录应当有会诊意见、会诊医师所在的科别或者医疗机构名称、会诊时间及会诊医师签名等。

(十)术前小结是指在患者手术前,由经治医师对患者病情所作的总结。内容包括简要病情、术前诊断、手术指征、拟施手术名称和方式、拟施麻醉方式、注意事项等。

(十一)术前讨论记录是指因患者病情较重或手术难度较大,手术前在上级医师主持下,对拟实施手术方式和术中可能出现的问题及应对措施所作的讨论记录。内容包括术前准备情况、手术指征、手术方案、可能出现的意外及防范措施、参加讨论者的姓名、专业技术职务、讨论日期、记录者的签名等。

(十二)麻醉记录是指麻醉医师在麻醉实施中书写的麻醉经过及处理措施的记录。麻醉记录应当另页书写,内容包括患者一般情况、麻醉前用药、术前诊断、术中诊断、麻醉方式、麻醉期

间用药及处理、手术起止时间、麻醉医师签名等。

(十三)手术记录是指手术者书写的反映手术一般情况、手术经过、术中发现及处理等情况的特殊记录,应当在术后24小时内完成。特殊情况下由第一助手书写时,应有手术者签名。手术记录当另页书写,内容包括一般项目(患者姓名、性别、科别、病房、床位号、住院病历号或病案号)、手术日期、术前诊断、术中诊断、手术名称、手术者及助手姓名、麻醉方法、手术经过、术中出现的情况及处理等。

(十四)手术护理记录是指巡回护士对手术患者术中护理情况及所用器械、敷料的记录,应当在手术结束后即时完成。手术护理记录应当另页书写,内容包括患者姓名、住院病历号(或病案号)、手术日期、手术名称、术中护理情况、所用各种器械和敷料数量的清点核对、巡回护士和手术器械护士签名等。

(十五)术后首次病程记录是指参加手术的医师在患者术后即时完成的病程记录。内容包括手术时间、术中诊断、麻醉方式、手术方式、手术简要经过、术后处理措施、术后应当特别注意观察的事项等。

第二十四条 手术同意书是指手术前,经治医师向患者告知拟施手术的相关情况,并由患者签署同意手术的医学文书。内容包括术前诊断、手术名称、术中或术后可能出现的并发症、手术风险、患者签名、医师签名等。

第二十五条 特殊检查、特殊治疗同意书是指在实施特殊检查、特殊治疗前,经治医师向患者告知特殊检查、特殊治疗的相关情况,并由患者签署同意检查、治疗的医学文书。内容包括特殊检查、特殊治疗项目名称、目的、可能出现的并发症及风险、患者签名、医师签名等。

第二十六条 出院记录是指经治医师对患者此次住院期间诊疗情况的总结,应当在患者出院后24小时内完成。内容主要包括入院日期、出院日期、入院情况、入院诊断、诊疗经过、出院诊断、出院情况、出院医嘱、医师签名等。

第二十七条 死亡记录指经治医师对死亡患者住院期间诊疗和抢救经过的记录,应当在患者死亡后24小时内完成。内容包括入院日期、死亡时间、入院情况、入院诊断、诊疗经过(重点记录病情演变、抢救经过)、死亡原因、死亡诊断等。记录死亡时间应当具体到分钟。

第二十八条 死亡病例讨论记录是指在患者死亡一周内,由科主任或具有副主任医师以上专业技术职务任职资格的医师主持,对死亡病例进行讨论、分析的记录。内容包括讨论日期、主持人及参加人员姓名、专业技术职务、讨论意见等。

第二十九条 医嘱是指医师在医疗活动中下达的医学指令。

医嘱内容及起始、停止时间应当由医师书写。

医嘱内容应当准确、清楚,每项医嘱应当只包含一个内容,并注明下达时间,应当具体到分钟。

医嘱不得涂改。需要取消时,应当使用红色墨水标注“取消”字样并签名。

一般情况下,医师不得下达口头医嘱。因抢救急危患者需要下达口头医嘱时,护士应当复诵一遍。抢救结束后,医师应当即刻据实补记医嘱。

医嘱单分为长期医嘱单和临时医嘱单。

长期医嘱单内容包括患者姓名、科别、住院病历号(或病案号)、页码、起始日期和时间、长期

医期医嘱内容、停止日期和时间、医师签名、执行时间、执行护士签名。临时医嘱单内容包括医嘱时间、临时医嘱内容、医师签名、执行时间、执行护士签名等。

第三十条 辅助检查报告单是指患者住院期间所做各项检验、检查结果的记录。内容包括患者姓名、性别、年龄、住院病历号(或病案号)、检查项目、检查结果、报告日期、报告人员签名或者印章等。

第三十一条 体温单为表格式,以护士填写为主。内容包括患者姓名、科室、床号、入院日期、住院病历号(或病案号)、日期、手术后天数、体温、脉搏、呼吸、血压、大便次数、出入液量、体重、住院周数等。

第三十二条 护理记录分为一般患者护理记录和危重患者护理记录。

一般患者护理记录是指护士根据医嘱和病情对一般患者住院期间护理过程的客观记录。内容包括患者姓名、科别、住院病历号(或病案号)、床位号、页码、记录日期和时间、病情观察情况、护理措施和效果、护士签名等。

危重患者护理记录是指护士根据医嘱和病情对危重患者住院期间护理过程的客观记录。危重患者护理记录应当根据相应专科的护理特点书写。内容包括患者姓名、科别、住院病历号(或病案号)、床位号、页码、记录日期和时间、出入液量、体温、脉搏、呼吸、血压等病情观察、护理措施和效果、护士签名等。记录时间应当具体到分钟。

第四章 其 他

第三十三条 住院病案首页应当按照《卫生部关于修订下发住院病案首页的通知》(卫医发[2001]286号)的规定书写。

第三十四条 特殊检查、特殊治疗的含义依照1994年8月29日卫生部令第35号《医疗机构管理条例实施细则》第88条。

第三十五条 中医病历书写基本规范另行制定。

第三十六条 本规范自2002年9月1日起施行。

重大医疗过失行为和医疗事故报告制度的规定

(2002年8月19日卫生部 国家中医药管理局
卫医发[2002]206号 自2002年9月1日起施行)

第一条 为防范重大医疗过失行为和医疗事故的发生,正确处理医疗事故,不断提高医疗服务质量,根据《医疗事故处理条例》和《医疗机构管理条例》制定本规定。

第二条 卫生行政部门应当建立健全医疗事故报告制度。

医疗机构应当建立健全重大医疗过失行为和医疗事故报告制度。

第三条 医疗机构发生或发现重大医疗过失行为后,应于12小时内向所在地县级卫生行政部门报告。报告的内容包括:

- (一)医疗机构名称;
- (二)当事医务人员的姓名、性别、科室、专业、职务和/或专业技术职务任职资格;
- (三)患者姓名、性别、年龄、国籍、就诊或入院时间、简要诊疗经过、目前状况;
- (四)重大医疗过失行为发生的时间、经过;
- (五)采取的医疗救治措施;
- (六)患者的要求;
- (七)省级以上卫生行政部门规定的其他内容。

第四条 重大医疗过失行为导致3名以上患者死亡、10名以上患者出现人身损害的,医疗机构应当立即向所在地县级卫生行政部门报告,地方卫生行政部门应当立即逐级报告至卫生部;中医、中西医结合、民族医医疗机构发生上述情形的,还应当同时逐级报告至国家中医药管理局。报告的内容包括:

- (一)医疗机构名称;
- (二)患者姓名、性别、年龄、国籍、就诊或入院时间、简要诊疗经过、目前状况;
- (三)重大医疗过失行为发生的时间、经过。

第五条 医疗事故争议未经医疗事故技术鉴定,由双方当事人自行协商解决的,医疗机构应当自协商解决之日起7日内向所在地县级卫生行政部门作出书面报告。报告的内容包括:

- (一)双方当事人签定的协议书,载明双方当事人的基本情况和医疗事故的原因、双方当事人共同认定的医疗事故等级、医疗过失行为责任程度以及协商确定的赔偿数额等;
- (二)协议执行计划或执行情况;
- (三)医疗机构对当事医务人员的处理情况;

- (四)医疗机构整改措施;
- (五)对当事医务人员的行政处理建议;
- (六)省级以上卫生行政部门规定的其他内容。

第六条 医疗事故争议经医疗事故技术鉴定确定为医疗事故,双方当事人协商或卫生行政部门调解解决的,医疗机构应当在协商(调解)解决后7日内向所在地县级卫生行政部门作出书面报告。报告的内容包括:

- (一)医疗事故技术鉴定书;
- (二)双方当事人签定的协议书或行政调解书,载明协商确定的赔偿数额;
- (三)双方当事人签定的或行政调解达成的协议执行计划或执行情况;
- (四)医疗机构对当事医务人员的处理情况;
- (五)医疗机构整改措施;
- (六)对当事医务人员的行政处理建议;
- (七)省级卫生行政部门规定的其他内容。

第七条 医疗事故争议经人民法院调解或者判决解决的,医疗机构应当自收到生效的人民法院调解书或者判决书之日起7日内向所在地县级卫生行政部门作出书面报告。报告的内容包括:

- (一)人民法院的调解书或判决书;
- (二)人民法院调解书或判决书执行计划或者执行情况;
- (三)医疗机构对当事医务人员的处理情况;
- (四)医疗机构整改措施;
- (五)对当事医务人员的行政处理建议;
- (六)省级以上卫生行政部门规定的其他内容。

第八条 省、自治区、直辖市卫生行政部门应当将上一年度本辖区内发生医疗事故的有关情况汇总,于3月31日前上报至卫生部(见附表);其中中医、中西医结合、民族医医疗机构发生的医疗事故,也按附表要求汇总后报国家中医药管理局。上报的内容包括:

- (一)按医疗事故等级统计的医疗事故数量;
- (二)按医疗事故等级和解决途径(双方当事人协商、行政调解和民事诉讼)统计的医疗事故数量;
- (三)按医疗事故等级和医疗过失行为责任程度统计的医疗事故数量;
- (四)按医疗事故等级和首次鉴定、再次鉴定、中华医学会组织鉴定统计的医疗事故数量;
- (五)按医疗事故等级和医疗机构类别统计的医疗事故数量;
- (六)按医疗事故等级统计的医疗事故赔偿总金额,个案最高赔偿金额、最低赔偿金额;
- (七)按医疗事故等级和行政处理方式统计的对医疗机构的行政处理情况;
- (八)按医疗事故等级和行政处理方式统计的对医务人员的行政处理情况;
- (九)卫生部规定的其他内容。

第九条 卫生行政部门违反《医疗事故处理条例》和本规定的,按照《医疗事故处理条例》第五十四条的规定处理,并予以通报。

第十条 医疗机构违反《医疗事故处理条例》和本规定的,按照《医疗事故处理条例》第五十六条的规定处理,并予以通报。

第十一条 省、自治区、直辖市卫生行政部门可以根据本规定确定本辖区医疗事故的报告内容、程序和时间。

第十二条 本规定由卫生部负责解释。

第十三条 本规定自 2002 年 9 月 1 日起施行。

卫生部关于对浙江省卫生厅 在执行《医疗事故处理条例》 过程中有关问题的批复

(2004年3月8日卫生部 卫医发[2004]65号)

浙江省卫生厅:

你厅《关于在执行〈医疗事故处理条例〉过程中几个问题的请示》(浙卫[2003]56号)收悉。经研究,现批复如下:

一、由双方当事人共同委托,首次鉴定后一方当事人对鉴定结论不服,再次鉴定可以由双方当事人共同委托,也可以单方向卫生行政部门提出再次鉴定申请。

其中一方当事人对首次鉴定结论持有异议,提出再次鉴定申请,另一方当事人不予配合,影响医疗事故技术鉴定的,按照《医疗事故处理条例》第三十条规定,由不予配合的一方承担责任。

二、疑似输液、输血、注射、药物等引起不良后果的,医疗机构应提醒患方共同对现场实物进行封存。当时未对实物进行封存,实物被销毁,事后当事人一方或双方认为是输液、输血、注射、药物等引起的不良后果的,可对保留的血样及同生产批号的药物进行检定,检定结果作为医疗事故技术鉴定的材料之一。

三、在实际工作中,可根据鉴定需要,由医患双方随机等额多抽取几名专家作为候补专家,但应按抽取的顺序依次递补。

四、伤残等级一至十级分别对应医疗事故一级乙等至三级戊等所造成的损害情形。

五、因医患双方或单方多种因素而中止的案件,其中止的时限为直至造成中止该案件的因素消失的时间段。

六、法院已审结,检察院再次提出申请鉴定,可予以受理。

七、对医疗机构无患者就诊病历记录或病历丢失的,应按照《医疗事故处理条例》第二十八条的有关规定进行处理。

八、病人治疗未终结的,是否受理医疗事故技术鉴定应视具体情况而定。

九、由卫生行政部门委托的医疗事故技术鉴定,鉴定结论由卫生行政部门审核后发给双方当事人。

此复。

2004年3月4日

卫生部关于如何认定不配合医疗事故 技术鉴定方责任的批复

(2004年6月25日卫生部 卫政法发[2004]209号)

黑龙江省卫生厅:

你厅《关于如何认定不配合医疗事故技术鉴定方责任的请示》(黑卫医发2004[336号])收悉。经研究,批复如下:

在医疗事故技术鉴定中,如果患方不予配合,影响医疗事故技术鉴定,造成医疗事故技术鉴定无法进行的,可以视其放弃医疗事故技术鉴定。如果医疗机构不予配合,影响医疗事故技术鉴定的,承担医疗事故责任。

此复。

2004年6月25日

卫生部关于医疗机构不配合医疗事故 技术鉴定所应承担的责任的批复

(2005年1月21日卫生部 卫政法发[2005]28号)

黑龙江省卫生厅:

你厅《关于如何认定不配合医疗事故技术鉴定方事故等级和责任程度的请示》(黑卫医发[2004]606号)收悉。经研究,现对医疗机构不配合医疗事故技术鉴定所应承担的责任问题答复如下:

一、医疗机构违反《医疗事故处理条例》的有关规定,不如实提供相关材料或不配合相关调查,导致医疗事故技术鉴定不能进行的,应当承担医疗事故责任。患者向卫生行政部门提出判定医疗事故等级及责任程度请求的,卫生行政部门可以委托医学会按照《医疗事故分级标准(试行)》,对患者人身损害的后果进行等级判定,若二级、三级医疗事故无法判定等级的,按同级甲等定。责任程度按照完全责任判定。

二、医疗机构无故不参加随机抽取专家库专家的,由负责组织医疗事故技术鉴定工作的医学会向患者说明情况,经患者同意后,由患者和医学会按照有关规定随机抽取鉴定专家进行鉴定。

三、医疗机构有上述情形之一,而对判定或者鉴定结论不服,提出医疗事故技术鉴定或者再次鉴定申请的,卫生行政部门不予受理。

此复。

2005年1月21日

国务院法制办公室对《卫生部 关于〈医疗事故处理条例〉 第六十条有关问题的函》的答复

(2004年3月22日 国法函[2004]24号)

卫生部:

你部《关于〈医疗事故处理条例〉第六十条有关问题的函》收悉。经研究并征求国家计生委的意见,现答复如下:

《医疗事故处理条例》自2002年9月1日起施行,对发生在1990年3月29日的从宏香事件没有溯及力,繁昌县卫生局不宜受理从宏香关于计划生育技术服务事故争议处理的申请。根据国家计生委于1990年9月12日发布的《节育并发症管理办法(试行)》与《节育并发症鉴定办法(试行)》的有关规定,当事人如对鉴定结论所定并发症级别或者处理方式方法有不同意见,可以向省计划生育部门再次申请并发症鉴定,或者向人民法院依法提起诉讼。

附:

卫生部关于《医疗事故处理条例》 第六十条有关问题的函

(2003年12月2日 卫法监函[2003]288号)

国务院法制办:

近日,我部收到安徽省卫生厅《关于〈医疗事故处理条例〉第六十条如何理解执行的请示》(卫办秘[2003]563号),反映芜湖市繁昌县新林乡政府与计生部门组织该乡卫生院在村民从宏香家中为其实施计划生育绝育手术,后发生争议。为此,繁昌县、芜湖市计划生育科技专家委员会先后三次对其进行计划生育手术并发症鉴定,结论为节育手术并发症(三等),现从宏香向繁昌县卫生局申请计划生育技术服务事故争议处理。

《医疗事故处理条例》第六十条规定:“……县级以上城市从事计划生育服务的机构依照《计划生育技术服务管理条例》的规定开展与计划生育有关的临床医疗服务,发生的计划生育技术服务事故,依照本条例的有关规定处理;但是,其中不属于医疗机构的县级以上城市从事计划生育技术服务的机构发生的计划生育技术服务事故,由计划生育行政部门行使依照本条例有关规

定由卫生行政部门承担的受理、交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定和赔偿调解的职能……”条款中没有规定县级以上有关机构发生计划生育技术服务事故争议时的受理管辖部门,特对此请示。

请予批复。

卫生部关于对执业助理 医师行医有关问题的批复

(2005 年 4 月 7 日卫生部 卫政法发[2005]135 号)

四川省卫生厅:

你厅《关于执业助理医师行医有关问题的请示》(川卫[2005]25 号)收悉。经研究,现答复如下:剖腹探查手术面临的情况复杂多变,不应视为“一般执业活动”。在患者病情紧急,危及生命安全,且有剖腹探查手术指征,现场没有执业医师,会诊医师不能及时到达情况下,执业助理医师方可在乡村级医疗机构中实施剖腹探查手术。

此复。

2005 年 4 月 7 日

卫生部关于取得医师资格但未经 执业注册的人员开展医师执业 活动有关问题的批复

(2004年6月4日卫生部 卫政法发[2004]178号)

上海市卫生局:

你局《关于取得医师资格但未经执业注册的人员开展医师执业活动应当如何处理的请示》(沪卫法[2004]5号)收悉。经研究,现批复如下:

一、根据《执业医师法》第十四条第二款规定,取得医师资格的人员,“未经医师注册取得执业证书,不得从事执业活动。”

二、对于医疗机构聘用取得医师资格但未经医师注册取得执业证书的人员从事医师执业活动的,按照《医疗机构管理条例》第48条的规定处理。

三、对于取得医师资格但未经医师注册取得执业证书而从事医师执业活动的人员,按照《中华人民共和国执业医师法》第三十九条的规定处理。在教学医院实习的本科生、研究生、博士生以及毕业第一年的医学生可以在执业医师的指导下进行临床工作,但不能单独从事医师执业活动。

四、取得医师资格但未经执业注册取得执业证书而从事医师执业活动的人员在行医过程中造成患者人身损害的,按照《医疗事故处理条例》第六十一条的规定处理。

卫生行政部门对于取得医师资格申请医师执业注册的人员,应当按照《中华人民共和国执业医师法》规定的程序和时限及时进行审批。

2004年6月4日

—— 卫生部关于医学生毕业后暂未取得医师资格从事诊疗活动有关问题的批复

卫生部关于医学生毕业后暂未取得 医师资格从事诊疗活动有关问题的批复

(2005年9月5日卫生部 卫政法发[2005]357号)

河南省卫生厅:

你厅《关于医学生毕业后暂未取得医师资格从事诊疗活动有关问题的函》(豫卫函监督[2005]5号)收悉。经研究,现答复如下:

医学专业毕业生在毕业第一年后未取得医师资格的,可以在执业医师指导下进行临床实习,但不得独立从事临床活动,包括不得出具任何形式的医学证明文件和医学文书。

医疗机构违反规定安排未取得医师资格的医学专业毕业生独立从事临床工作的,按照《医疗机构管理条例》第四十八条的规定处理;造成患者人身损害的,按照《医疗事故处理条例》处理。

未取得医师资格的医学专业毕业生违反规定擅自在医疗机构中独立从事临床工作的,按照《执业医师法》第三十九条的规定处理;造成患者人身损害的,按照《医疗事故处理条例》第六十一条的规定处理。

此复。

2005年9月5日

医师外出会诊管理暂行规定

(2005年4月30日 卫生部令第42号)

自2005年7月1日起施行)

第一条 为规范医疗机构之间医师会诊行为,促进医学交流与发展,提高医疗水平,保证医疗质量和医疗安全,方便群众就医,保护患者、医师、医疗机构的合法权益,根据《执业医师法》、《医疗机构管理条例》的规定,制定本规定。

第二条 本规定所称医师外出会诊是指医师经所在医疗机构批准,为其他医疗机构特定的患者开展执业范围内的诊疗活动。

医师未经所在医疗机构批准,不得擅自外出会诊。

第三条 各级卫生行政部门应当加强对医师外出会诊的监督管理。

第四条 医疗机构在诊疗过程中,根据患者的病情需要或者患者要求等原因,需要邀请其他医疗机构的医师会诊时,经治科室应当向患者说明会诊、费用等情况,征得患者同意后,报本单位医务管理部门批准;当患者不具备完全民事行为能力时,应征得其近亲属或者监护人同意。

第五条 邀请会诊的医疗机构(以下称邀请医疗机构)拟邀请其他医疗机构(以下称会诊医疗机构)的医师会诊,需向会诊医疗机构发出书面会诊邀请函。内容应当包括拟会诊患者病历摘要、拟邀请医师或者邀请医师的专业及技术职务任职资格、会诊的目的、理由、时间和费用等情况,并加盖邀请医疗机构公章。

用电话或者电子邮件等方式提出会诊邀请的,应当及时补办书面手续。

第六条 有下列情形之一的,医疗机构不得提出会诊邀请:

- (一)会诊邀请超出本单位诊疗科目或者本单位不具备相应资质的;
- (二)本单位的技术力量、设备、设施不能为会诊提供必要的医疗安全保障的;
- (三)会诊邀请超出被邀请医师执业范围的;
- (四)省级卫生行政部门规定的其他情形。

第七条 会诊医疗机构接到会诊邀请后,在不影响本单位正常业务工作和医疗安全的前提下,医务管理部门应当及时安排医师外出会诊。会诊影响本单位正常业务工作但存在特殊需要的情况下,应当经会诊医疗机构负责人批准。

第八条 有下列情形之一的,医疗机构不得派出医师外出会诊:

- (一)会诊邀请超出本单位诊疗科目或者本单位不具备相应资质的;
- (二)会诊邀请超出被邀请医师执业范围的;
- (三)邀请医疗机构不具备相应医疗救治条件的;

(四)省级卫生行政部门规定的其他情形。

第九条 会诊医疗机构不能派出会诊医师时,应当及时告知邀请医疗机构。

第十条 医师接受会诊任务后,应当详细了解患者的病情,亲自诊查患者,完成相应的会诊工作,并按照规定书写医疗文书。

第十一条 医师在会诊过程中应当严格执行有关的卫生管理法律、法规、规章和诊疗规范、常规。

第十二条 医师在会诊过程中发现难以胜任会诊工作,应当及时、如实告知邀请医疗机构,并终止会诊。

医师在会诊过程中发现邀请医疗机构的技术力量、设备、设施条件不适宜收治该患者,或者难以保障会诊质量和安全的,应当建议将该患者转往其他具备收治条件的医疗机构诊治。

第十三条 会诊结束后,邀请医疗机构应当将会诊情况通报会诊医疗机构。医师应当在返回本单位2个工作日内将外出会诊的有关情况报告所在科室负责人和医务管理部门。

第十四条 医师在外出会诊过程中发生的医疗事故争议,由邀请医疗机构按照《医疗事故处理条例》的规定进行处理。必要时,会诊医疗机构应当协助处理。

第十五条 会诊中涉及的会诊费用按照邀请医疗机构所在地的规定执行。差旅费按照实际发生额结算,不得重复收费。属医疗机构根据诊疗需要邀请的,差旅费由医疗机构承担;属患者主动要求邀请的,差旅费由患者承担,收费方应向患者提供正式收费票据。会诊中涉及的治疗、手术等收费标准可在当地规定的基础上酌情加收,加收幅度由省级价格主管部门会同同级卫生行政部门确定。

邀请医疗机构支付会诊费用应当统一支付给会诊医疗机构,不得支付给会诊医师本人。会诊医疗机构由于会诊产生的收入,应纳入单位财务部门统一核算。

第十六条 会诊医疗机构应当按照有关规定给付会诊医师合理报酬。医师在国家法定节假日完成会诊任务的,会诊医疗机构应当按照国家有关规定提高会诊医师的报酬标准。

第十七条 医师在外出会诊时不得违反规定接受邀请医疗机构报酬,不得收受或者索要患者及其家属的钱物,不得牟取其他不正当利益。

第十八条 医疗机构应当加强对本单位医师外出会诊的管理,建立医师外出会诊管理档案,并将医师外出会诊情况与其年度考核相结合。

第十九条 医疗机构违反本规定第六条、第八条、第十五条的,由县级以上卫生行政部门责令改正,给予警告;诊疗活动超出登记范围的,按照《医疗机构管理条例》第四十七条处理。

第二十条 医师违反第二条、第七条规定擅自外出会诊或者在会诊中违反第十七条规定的,由所在医疗机构记入医师考核档案;经教育仍不改正的,依法给予行政处分或者纪律处分。

医师外出会诊违反《执业医师法》有关规定的,按照《执业医师法》第三十七条处理。

第二十一条 医疗机构疏于对本单位医师外出会诊管理的,县级以上卫生行政部门应当对医疗机构及其主要负责人和负有责任的主管人员进行通报批评。

第二十二条 医师受卫生行政部门调遣到其他医疗机构开展诊疗活动的,不适用本规定。

第二十三条 本规定自2005年7月1日起施行。

最高人民法院关于参照 《医疗事故处理条例》 审理医疗纠纷民事案件的通知

(2003年1月6日最高人民法院 法[2003]20号)

各省、自治区、直辖市高级人民法院,解放军军事法院,新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院:

2002年4月4日国务院公布了《医疗事故处理条例》(以下简称条例),自2002年9月1日起施行。条例对于妥善解决医疗纠纷,保护医患双方的合法权益,维护医疗秩序具有重要意义。现就人民法院参照条例审理医疗纠纷民事案件的有关问题通知如下:

一、条例施行后发生的医疗事故引起的医疗赔偿纠纷,诉到法院的,参照条例的有关规定办理;因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷,适用民法通则的规定。

人民法院在条例施行前已经按照民法通则、原《医疗事故处理办法》等法律、法规审理的民事案件,依法进行再审的,不适用条例的规定。

二、人民法院在民事审判中,根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗事故司法鉴定的,交由条例所规定的医学会组织鉴定。因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷需要进行司法鉴定的,按照《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》组织鉴定。

人民法院对司法鉴定申请和司法鉴定结论的审查按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的有关规定处理。

三、条例实施后,人民法院审理因医疗事故引起的医疗赔偿纠纷民事案件,在确定医疗事故赔偿责任时,参照条例第四十九条、第五十条、第五十一条和第五十二条的规定办理。

人民法院在审理涉及医疗事故民事案件中遇到的其他重大问题,请及时层报我院。

中华人民共和国最高人民法院

2003年1月6日

最高人民法院审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释

(2003年12月4日最高人民法院审判委员会第1299次会议通过
法释[2003]20号 自2004年5月1日起施行)

为正确审理人身损害赔偿案件,依法保护当事人的合法权益,根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民法通则)、《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民事诉讼法)等有关法律规定,结合审判实践,就有关适用法律的问题作如下解释:

第一条 因生命、健康、身体遭受侵害,赔偿权利人起诉请求赔偿义务人赔偿财产损失和精神损害的,人民法院应予受理。

本条所称“赔偿权利人”,是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属。

本条所称“赔偿义务人”,是指因自己或者他人的侵权行为以及其他致害原因依法应当承担民事责任的自然人、法人或者其他组织。

第二条 受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的,依照民法通则第一百三十一条的规定,可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害,受害人只有一般过失的,不减轻赔偿义务人的赔偿责任。

适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时,受害人有重大过失的,可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。

第三条 二人以上共同故意或者共同过失致人损害,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,构成共同侵权,应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。

二人以上没有共同故意或者共同过失,但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的,应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。

第四条 二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果,不能确定实际侵害行为人的,应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的,不承担赔偿责任。

第五条 赔偿权利人起诉部分共同侵权人的,人民法院应当追加其他共同侵权人作为共同被告。赔偿权利人在诉讼中放弃对部分共同侵权人的诉讼请求的,其他共同侵权人对被放弃诉讼请求的被告应当承担的赔偿份额不承担连带责任。责任范围难以确定的,推定各共同侵权人承担同等责任。

人民法院应当将放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人,并将放弃诉讼请求的情况在法律文书中叙明。

第六条 从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。

因第三人侵权导致损害结果发生的,由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的,应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后,可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的,应当将第三人作为共同被告,但第三人不能确定的除外。

第七条 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构,未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害,或者未成年人致他人人身损害的,应当承担与其过错相应的赔偿责任。

第三人侵权致未成年人遭受人身损害的,应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的,应当承担相应的补充赔偿责任。

第八条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员,在执行职务中致人损害的,依照民法通则第一百二十一条的规定,由该法人或者其他组织承担民事责任。上述人员实施与职务无关的行为致人损害的,应当由行为人承担赔偿责任。

属于《国家赔偿法》赔偿事由的,依照《国家赔偿法》的规定处理。

第九条 雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。

前款所称“从事雇佣活动”,是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围,但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的,应当认定为“从事雇佣活动”。

第十条 承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的,定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的,应当承担相应的赔偿责任。

第十一条 雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第三人追偿。

雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任。

属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的,不适用本条规定。

第十二条 依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者,因工伤事故遭受人身损害,劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的,告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害,赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿

——最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释

责任的,人民法院应予支持。

第十三条 为他人无偿提供劳务的帮工人,在从事帮工活动中致人损害的,被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的,不承担赔偿责任。帮工人存在故意或者重大过失,赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的,人民法院应予支持。

第十四条 帮工人因帮工活动遭受人身损害的,被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的,不承担赔偿责任;但可以在受益范围内予以适当补偿。

帮工人因第三人侵权遭受人身损害的,由第三人承担赔偿责任。第三人不能确定或者没有赔偿能力的,可以由被帮工人予以适当补偿。

第十五条 为维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害,因没有侵权人、不能确定侵权人或者侵权人没有赔偿能力,赔偿权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿的,人民法院应予支持。

第十六条 下列情形,适用民法通则第一百二十六条的规定,由所有人或者管理人承担赔偿责任,但能够证明自己没有过错的除外:

- (一)道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的;
- (二)堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害的;
- (三)树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害的。

前款第(一)项情形,因设计、施工缺陷造成损害的,由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。

第十七条 受害人遭受人身损害,因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入,包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费,赔偿义务人应当予以赔偿。

受害人因伤致残的,其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失,包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费,以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费,赔偿义务人也应当予以赔偿。

受害人死亡的,赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外,还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。

第十八条 受害人或者死者近亲属遭受精神损害,赔偿权利人向人民法院请求赔偿精神损害抚慰金的,适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》予以确定。

精神损害抚慰金的请求权,不得让与或者继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿,或者赔偿权利人已经向人民法院起诉的除外。

第十九条 医疗费根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证,结合病历和诊断证明等相关证据确定。赔偿义务人对治疗的必要性和合理性有异议的,应当承担相应的举证责任。

医疗费赔偿数额,按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定。器官功能恢复训练所必要的康复费、适当的整容费以及其他后续治疗费,赔偿权利人可以待实际发生后另行起诉。但根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用,可以与已经发生的医疗费一并予以赔偿。

第二十条 误工费根据受害人的误工时间和收入状况确定。

误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的,误工时间可以计算至定残日前一天。

受害人有固定收入的,误工费按照实际减少的收入计算。受害人无固定收入的,按照其最近三年的平均收入计算;受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的,可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。

第二十一条 护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定。

护理人员有收入的,参照误工费的规定计算;护理人员没有收入或者雇佣护工的,参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算。护理人员原则上为一人,但医疗机构或者鉴定机构有明确意见的,可以参照确定护理人员人数。

护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。受害人因残疾不能恢复生活自理能力的,可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限,但最长不超过二十年。

受害人定残后的护理,应当根据其护理依赖程度并结合配制残疾辅助器具的情况确定护理级别。

第二十二条 交通费根据受害人及其必要的陪护人员因就医或者转院治疗实际发生的费用计算。交通费应当以正式票据为凭;有关凭据应当与就医地点、时间、人数、次数相符合。

第二十三条 住院伙食补助费可以参照当地国家机关一般工作人员的出差伙食补助标准予以确定。

受害人确有必要到外地治疗,因客观原因不能住院,受害人本人及其陪护人员实际发生的住宿费和伙食费,其合理部分应予赔偿。

第二十四条 营养费根据受害人伤残情况参照医疗机构的意见确定。

第二十五条 残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级,按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准,自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;七十五周岁以上的,按五年计算。

受害人因伤致残但实际收入没有减少,或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的,可以对残疾赔偿金作相应调整。

第二十六条 残疾辅助器具费按照普通适用器具的合理费用标准计算。伤情有特殊需要的,可以参照辅助器具配制机构的意见确定相应的合理费用标准。

辅助器具的更换周期和赔偿期限参照配制机构的意见确定。

第二十七条 丧葬费按照受诉法院所在地上一年度职工月平均工资标准,以六个月总额计算。

第二十八条 被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度,按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被扶养人为未成年人的,计算至十八周岁;被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的,计算二十年。但六十周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;七十五周岁以上的,按五年计算。

被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。被扶养人还有其他扶养人的,赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部

——最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释

分。被扶养人有数人的,年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额。

第二十九条 死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准,按二十年计算。但六十周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;七十五周岁以上的,按五年计算。

第三十条 赔偿权利人举证证明其住所地或者经常居住地城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入高于受诉法院所在地标准的,残疾赔偿金或者死亡赔偿金可以按照其住所地或者经常居住地的相关标准计算。

被扶养人生活费的相关计算标准,依照前款原则确定。

第三十一条 人民法院应当按照民法通则第一百三十一条以及本解释第二条的规定,确定第十九条至第二十九条各项财产损失的实际赔偿金额。

前款确定的物质损害赔偿金与按照第十八条第一款规定确定的精神损害抚慰金,原则上应当一次性给付。

第三十二条 超过确定的护理期限、辅助器具费给付年限或者残疾赔偿金给付年限,赔偿权利人向人民法院起诉请求继续给付护理费、辅助器具费或者残疾赔偿金的,人民法院应予受理。赔偿权利人确需继续护理、配制辅助器具,或者没有劳动能力和生活来源的,人民法院应当判令赔偿义务人继续给付相关费用五至十年。

第三十三条 赔偿义务人请求以定期金方式给付残疾赔偿金、被扶养人生活费、残疾辅助器具费的,应当提供相应的担保。人民法院可以根据赔偿义务人的给付能力和提供担保的情况,确定以定期金方式给付相关费用。但一审法庭辩论终结前已经发生的费用、死亡赔偿金以及精神损害抚慰金,应当一次性给付。

第三十四条 人民法院应当在法律文书中明确定期金的给付时间、方式以及每期给付标准。执行期间有关统计数据发生变化的,给付金额应当适时进行相应调整。

定期金按照赔偿权利人的实际生存年限给付,不受本解释有关赔偿期限的限制。

第三十五条 本解释所称“城镇居民人均可支配收入”、“农村居民人均纯收入”、“城镇居民人均消费性支出”、“农村居民人均年生活消费支出”、“职工平均工资”,按照政府统计部门公布的各省、自治区、直辖市以及经济特区和计划单列市上一年度相关统计数据确定。

“上一年度”,是指一审法庭辩论终结时的上一统计年度。

第三十六条 本解释自2004年5月1日起施行。2004年5月1日后新受理的一审人身损害赔偿案件,适用本解释的规定。已经作出生效裁判的人身损害赔偿案件依法再审的,不适用本解释的规定。

在本解释公布施行之前已经生效施行的司法解释,其内容与本解释不一致的,以本解释为准。

最高人民法院关于确定民事侵权 精神损害赔偿若干问题的解释

(2001年2月26日最高人民法院审判委员会第1161次会议通过
法释[2001]7号 自2001年3月10日起施行)

为在审理民事侵权案件中正确确定精神损害赔偿责任,根据《中华人民共和国民法通则》等有关规定,结合审判实践经验,对有关问题作如下解释:

第一条 自然人因下列人格权利遭受非法侵害,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:

- (一)生命权、健康权、身体权;
- (二)姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权;
- (三)人格尊严权、人身自由权。

违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。

第二条 非法使被监护人脱离监护,导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害,监护人向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。

第三条 自然人死亡后,其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:

- (一)以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式,侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉;
- (二)非法披露、利用死者隐私,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私;
- (三)非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。

第四条 具有人格象征意义的特定纪念物品,因侵权行为而永久性灭失或者毁损,物品所有人以侵权为由,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。

第五条 法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院不予受理。

第六条 当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求,诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的,人民法院不予受理。

第七条 自然人因侵权行为致死,或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害,死者的配

——最高人民法院确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释

偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,列其配偶、父母和子女为原告;没有配偶、父母和子女的,可以由其他近亲属提起诉讼,列其他近亲属为原告。

第八条 因侵权致人精神损害,但未造成严重后果,受害人请求赔偿精神损害的,一般不予支持,人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

因侵权致人精神损害,造成严重后果的,人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外,可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。

第九条 精神损害抚慰金包括以下方式:

- (一)致人残疾的,为残疾赔偿金;
- (二)致人死亡的,为死亡赔偿金;
- (三)其他损害情形的精神抚慰金。

第十条 精神损害的赔偿数额根据以下因素确定:

- (一)侵权人的过错程度,法律另有规定的除外;
- (二)侵害的手段、场合、行为方式等具体情节;
- (三)侵权行为所造成的后果;
- (四)侵权人的获利情况;
- (五)侵权人承担责任的经济能力;
- (六)受诉法院所在地平均生活水平。

法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等有明确规定的,适用法律、行政法规的规定。

第十一条 受害人对损害事实和损害后果的发生有过错的,可以根据其过错程度减轻或者免除侵权人的精神损害赔偿责任。

第十二条 在本解释公布施行之前已经生效施行的司法解释,其内容有与本解释不一致的,以本解释为准。

最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定

(2001年12月6日最高人民法院 法释[2001]33号
自2002年4月1日起施行)

为保证人民法院正确认定案件事实,公正、及时审理民事案件,保障和便利当事人依法行使诉讼权利,根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)等有关法律的规定,结合民事审判经验和实际情况,制定本规定。

一、当事人举证

第一条 原告向人民法院起诉或者被告提出反诉,应当附有符合起诉条件的相应的证据材料。

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。

第三条 人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。

当事人因客观原因不能自行收集的证据,可申请人民法院调查收集。

第四条 下列侵权诉讼,按照以下规定承担举证责任:

(一)因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼,由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任;

(二)高度危险作业致人损害的侵权诉讼,由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任;

(三)因环境污染引起的损害赔偿诉讼,由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;

(四)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼,由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任;

(五)饲养动物致人损害的侵权诉讼,由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任;

(六)因缺陷产品致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证

责任;

(七)因共同危险行为致人损害的侵权诉讼,由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;

(八)因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的,从其规定。

第五条 在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任;主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。

对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。

对代理权发生争议的,由主张有代理权一方当事人承担举证责任。

第六条 在劳动争议纠纷案件中,因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的,由用人单位负举证责任。

第七条 在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

第八条 诉讼过程中,一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的,另一方当事人无需举证。但涉及身分关系的案件除外。

对一方当事人陈述的事实,另一方当事人既未表示承认也未否认,经审判人员充分说明并询问后,其仍不明确表示肯定或者否定的,视为对该项事实的承认。

当事人委托代理人参加诉讼的,代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外;当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的,视为当事人的承认。

当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意,或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的,不能免除对方当事人的举证责任。

第九条 下列事实,当事人无需举证证明:

- (一)众所周知的事实;
- (二)自然规律及定理;
- (三)根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则,能推定出的另一事实;
- (四)已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实;
- (五)已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实;
- (六)已为有效公证文书所证明的事实。

前款(一)、(三)、(四)、(五)、(六)项,当事人有相反证据足以推翻的除外。

第十条 当事人向人民法院提供证据,应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的,可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。

第十一条 当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的,该证据应当经所在国公证机关予以证明,并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证,或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的,应当履行相关的证明手续。

第十二条 当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料,应当附有中文译本。

第十三条 对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实,人民法院可以责令当事人提供有关证据。

第十四条 当事人应当对其提交的证据材料逐一分类编号,对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明,签名盖章,注明提交日期,并依照对方当事人人数提出副本。

人民法院收到当事人提交的证据材料,应当出具收据,注明证据的名称、份数和页数以及收到的时间,由经办人员签名或者盖章。

二、人民法院调查收集证据

第十五条 《民事诉讼法》第六十四条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”,是指以下情形:

- (一)涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实;
- (二)涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。

第十六条 除本规定第十五条规定的情形外,人民法院调查收集证据,应当依当事人的申请进行。

第十七条 符合下列条件之一的,当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据:

- (一)申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料;
- (二)涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料;
- (三)当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

第十八条 当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据,应当提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。

第十九条 当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据,不得迟于举证期限届满前七日。

人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的,应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。

第二十条 调查人员调查收集的书证,可以是原件,也可以是经核对无误的副本或者复制件。是副本或者复制件的,应当在调查笔录中说明来源和取证情况。

第二十一条 调查人员调查收集的物证应当是原物。被调查人提供原物确有困难的,可以提供复制品或者照片。提供复制品或者照片的,应当在调查笔录中说明取证情况。

第二十二条 调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的,应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的,可以提供复制件。提供复制件的,调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

第二十三条 当事人依据《民事诉讼法》第七十四条的规定向人民法院申请保全证据,不得迟于举证期限届满前七日。

当事人申请保全证据的,人民法院可以要求其提供相应的担保。

法律、司法解释规定诉前保全证据的,依照其规定办理。

第二十四条 人民法院进行证据保全,可以根据具体情况,采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。

人民法院进行证据保全,可以要求当事人或者诉讼代理人到场。

第二十五条 当事人申请鉴定,应当在举证期限内提出。符合本规定第二十七条规定的情形,当事人申请重新鉴定的除外。

对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人,在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。

第二十六条 当事人申请鉴定经人民法院同意后,由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员,协商不成的,由人民法院指定

第二十七条 当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定,提出证据证明存在下列情形之一的,人民法院应予准许:

- (一) 鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的;
- (二) 鉴定程序严重违法的;
- (三) 鉴定结论明显依据不足的;
- (四) 经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。

对有缺陷的鉴定结论,可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的,不予重新鉴定。

第二十八条 一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论,另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的,人民法院应予准许。

第二十九条 审判人员对鉴定人出具的鉴定书,应当审查是否具有下列内容:

- (一) 委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容;
- (二) 委托鉴定的材料;
- (三) 鉴定的依据及使用的科学技术手段;
- (四) 对鉴定过程的说明;
- (五) 明确的鉴定结论;
- (六) 对鉴定人鉴定资格的说明;
- (七) 鉴定人员及鉴定机构签名盖章。

第三十条 人民法院勘验物证或者现场,应当制作笔录,记录勘验的时间、地点、勘验人、在场人、勘验的经过、结果,由勘验人、在场人签名或者盖章。对于绘制的现场图应当注明绘制的时间、方位、测绘人姓名、身份等内容。

第三十一条 摘录有关单位制作的与案件事实相关的文件、材料,应当注明出处,并加盖制作单位或者保管单位的印章,摘录人和其他调查人员应当在摘录件上签名或者盖章。

摘录文件、材料应当保持内容相应的完整性,不得断章取义。

三、举证时限与证据交换

第三十二条 被告应当在答辩期届满前提出书面答辩,阐明其对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见。

第三十三条 人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。

举证期限可以由当事人协商一致,并经人民法院认可。

由人民法院指定举证期限的,指定的期限不得少于三十日,自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

第三十四条 当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料,当事人在举证期限内不提交的,视为放弃举证权利。

对于当事人逾期提交的证据材料,人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。

当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的,应当在举证期限届满前提出。

第三十五条 诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第三十四条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

当事人变更诉讼请求的,人民法院应当重新指定举证期限。

第三十六条 当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的,应当在举证期限内向人民法院申请延期举证,经人民法院准许,可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的,可以再次提出延期申请,是否准许由人民法院决定。

第三十七条 经当事人申请,人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。

人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件,应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

第三十八条 交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可,也可以由人民法院指定。

人民法院组织当事人交换证据的,交换证据之日举证期限届满。当事人申请延期举证经人民法院准许的,证据交换日相应顺延。

第三十九条 证据交换应当在审判人员的主持下进行。

在证据交换的过程中,审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷;对有异议的证据,按照需要证明的事实分类记录在卷,并记载异议的理由。通过证据交换,确定双方当事人争议的主要问题。

第四十条 当事人收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的,人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。

证据交换一般不超过两次。但重大、疑难和案情特别复杂的案件,人民法院认为确有必要

再次进行证据交换的除外。

第四十一条 《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的“新的证据”，是指以下情形：

(一)一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据；

(二)二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

第四十二条 当事人在一审程序中提供新的证据的，应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。

当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。

第四十三条 当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的，人民法院不予采纳。

当事人经人民法院准许延期举证，但因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为新的证据。

第四十四条 《民事诉讼法》第一百七十九条第一款第(一)项规定的“新的证据”，是指原审庭审结束后新发现的证据。

当事人在再审程序中提供新的证据的，应当在申请再审时提出。

第四十五条 一方当事人提出新的证据的，人民法院应当通知对方当事人在合理期限内提出意见或者举证。

第四十六条 由于当事人的原因未能在指定期限内举证，致使案件在二审或者再审期间因提出新的证据被人民法院发回重审或者改判的，原审裁判不属于错误裁判案件。一方当事人请求提出新的证据的另一方当事人负担由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失，人民法院应予支持。

四、质 证

第四十七条 证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。

当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以作为认定案件事实的依据。

第四十八条 涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。

第四十九条 对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：

(一)出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；

(二)原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。

第五十条 质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。

第五十一条 质证按下列顺序进行:

- (一)原告出示证据,被告、第三人与原告进行质证;
- (二)被告出示证据,原告、第三人与被告进行质证;
- (三)第三人出示证据,原告、被告与第三人进行质证。

人民法院依照当事人申请调查收集的证据,作为提出申请的一方当事人提供的证据。

人民法院依照职权调查收集的证据应当在庭审时出示,听取当事人意见,并可就调查收集该证据的情况予以说明。

第五十二条 案件有两个以上独立的诉讼请求的,当事人可以逐个出示证据进行质证。

第五十三条 不能正确表达意志的人,不能作为证人。

待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人,可以作为证人。

第五十四条 当事人申请证人出庭作证,应当在举证期限届满十日前提出,并经人民法院许可。

人民法院对当事人的申请予以准许的,应当在开庭审理前通知证人出庭作证,并告知其应当如实作证及作伪证的法律后果。

证人因出庭作证而支出的合理费用,由提供证人的一方当事人先行支付,由败诉一方当事人承担。

第五十五条 证人应当出庭作证,接受当事人的质询。

证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的,可视为出庭作证。

第五十六条 《民事诉讼法》第七十条规定的“证人确有困难不能出庭”,是指有下列情形:

- (一)年迈体弱或者行动不便无法出庭的;
- (二)特殊岗位确实无法离开的;
- (三)路途特别遥远,交通不便难以出庭的;
- (四)因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的;
- (五)其他无法出庭的特殊情况。

前款情形,经人民法院许可,证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。

第五十七条 出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人为聋哑人的,可以其他表达方式作证。

证人作证时,不得使用猜测、推断或者评论性的语言。

第五十八条 审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理;询问证人时,其他证人不得在场。人民法院认为有必要的,可以让证人进行对质。

第五十九条 鉴定人应当出庭接受当事人质询。

鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经人民法院准许,可以书面答复当事人的质询。

第六十条 经法庭许可,当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。

询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱及不适当引导证人的言语和方式。

第六十一条 当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的

专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的,有关费用由提出申请的当事人负担。

审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。

经人民法院准许,可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有案件中的问题进行对质。

具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。

第六十二条 法庭应当将当事人的质证情况记入笔录,并由当事人核对后签名或者盖章。

五、证据的审核认定

第六十三条 人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。

第六十四条 审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。

第六十五条 审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定:

- (一)证据是否原件、原物,复印件、复制品与原件、原物是否相符;
- (二)证据与本案事实是否相关;
- (三)证据的形式、来源是否符合法律规定;
- (四)证据的内容是否真实;
- (五)证人或者提供证据的人,与当事人有无利害关系。

第六十六条 审判人员对案件的全部证据,应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。

第六十七条 在诉讼中,当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可,不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。

第六十八条 以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。

第六十九条 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据:

- (一)未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言;
- (二)与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言;
- (三)存有疑点的视听资料;
- (四)无法与原件、原物核对的复印件、复制品;
- (五)无正当理由未出庭作证的证人证言。

第七十条 一方当事人提出的下列证据,对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的,人民法院应当确认其证明力:

- (一)书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本;
- (二)物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等;
- (三)有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件;
- (四)一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。

第七十一条 人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论,当事人没有足以反驳的相反证据和理由的,可以认定其证明力。

第七十二条 一方当事人提出的证据,另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的,人民法院可以确认其证明力。

一方当事人提出的证据,另一方当事人有异议并提出反驳证据,对方当事人对反驳证据认可的,可以确认反驳证据的证明力。

第七十三条 双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认。

因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的,人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。

第七十四条 诉讼过程中,当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据,人民法院应当予以确认,但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。

第七十五条 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。

第七十六条 当事人对自己的主张,只有本人陈述而不能提出其他相关证据的,其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。

第七十七条 人民法院就数个证据对同一事实的证明力,可以依照下列原则认定:

- (一)国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证;
- (二)物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言;
- (三)原始证据的证明力一般大于传来证据;
- (四)直接证据的证明力一般大于间接证据;
- (五)证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言,其证明力一般小于其他证人证言。

第七十八条 人民法院认定证人证言,可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析作出判断。

第七十九条 人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。

对当事人无争议的证据,是否采纳的理由可以不在裁判文书中表述。

六、其 他

第八十条 对证人、鉴定人、勘验人的合法权益依法予以保护。

当事人或者其他诉讼参与人伪造、毁灭证据,提供假证据,阻止证人作证,指使、贿买、胁迫他人作伪证,或者对证人、鉴定人、勘验人打击报复的,依照《民事诉讼法》第一百零二条的规定处理。

第八十一条 人民法院适用简易程序审理案件,不受本解释中第三十二条、第三十三条第

三款和第七十九条规定的限制。

第八十二条 本院过去的司法解释,与本规定不一致的,以本规定为准。

第八十三条 本规定自2002年4月1日起施行。2002年4月1日尚未审结的一审、二审和再审民事案件不适用本规定。

本规定施行前已经审理终结的民事案件,当事人以违反本规定为由申请再审的,人民法院不予支持。

本规定施行后受理的再审民事案件,人民法院依据《民事诉讼法》第一百八十四条的规定进行审理的,适用本规定。

最高人民法院民一庭负责人就审理 医疗纠纷案件的法律适用问题答记者问

(2004年4月12日《人民法院报》)

医疗纠纷应当区别不同类型分别适用法律

问:人民法院审理医疗纠纷案件,为什么有的案件适用《民法通则》,有的案件适用《医疗事故处理条例》,请问最高人民法院在医疗纠纷的法律适用问题上掌握的原则是什么?

答:医疗纠纷确实是近年来社会各界关注的焦点,由于医患双方的利益冲突,对医疗纠纷的法律适用也有不同的主张。人民法院审理医疗纠纷案件,应当依据我国现有法律、行政法规的规定,依法平等保护医患双方的合法权益,以实现社会的公平与正义。正确适用法律,确保执法标准的统一,始终是人民法院审理医疗纠纷案件掌握的基本原则。对审判实践中处理医疗纠纷案件适用法律的“二元化”现象,应当如何理解?我想从以下几个方面予以说明:

第一,医疗纠纷案件,实际上是因医疗过失致人损害这一特殊领域的侵权行为引发的民事赔偿纠纷。目前,根据我国的法律和行政法规的规定,医疗纠纷可以分为两类,一类是医疗事故侵权行为引起的医疗赔偿纠纷案件;另一类是非医疗事故侵权行为或者医疗事故以外的其他原因而引起的医疗赔偿纠纷案件。虽然这两类案件都与医疗行为有关,但是发生的原因不同,前者致害的原因以构成医疗事故为前提,而后者致害的原因是不构成医疗事故的其他医疗过失行为。

第二,医疗赔偿纠纷应当区别情形分别适用《民法通则》和《条例》处理。在医疗服务过程中因过失致患者人身损害引起的赔偿纠纷,本质上属于民事侵权损害赔偿纠纷,原则上应当适用我国的《民法通则》处理。为了妥善处理医疗事故纠纷,国务院于2002年4月4日公布了《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)。《条例》属于行政法规,其法律位阶低于《民法通则》;但由于《条例》是专门处理医疗事故的行政法规,体现了国家对医疗事故处理及其损害赔偿的特殊立法政策,因此,人民法院处理医疗事故引起的人身损害赔偿纠纷时应当以《条例》为依据。但是,对不构成医疗事故的其他医疗侵权纠纷应当按照《民法通则》第一百零六条和一百一十九条规定处理。

第三,受害人的损害必须给予救济。如果患者的生命或者身体健康因为医疗机构的过错行为受到了损害,致害人就应当对患者受到的损害承担赔偿责任。在有的情况下,虽然患者身体因医疗机构的过错行为受到了损害,但是经过鉴定医疗机构的行为不构成医疗事故的,当然不能作为医疗事故进行处理。但医疗机构仍应当对患者身体受到的损害承担医疗过失致人损害的民事赔偿责任。不能因为医疗机构的过错行为不构成医疗事故,就不对受害人的损害承担赔

——最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件的法律适用问题答记者问

偿责任。公民的生命健康权是人的最基本的权利,尊重保护人的权利这是我国宪法和法律确定的基本原则。不论什么性质的侵权行为,只要损害了公民的生命、健康,就应当给予经济赔偿,这既是我国法律给受害人最基本的救济方式,也是宪法中关于保护人的基本权利的具体体现。

综上所述,《条例》只是从特别规定的意义上解决了医疗事故这一特殊侵权类型纠纷的承担责任问题,对不属于医疗事故的一般医疗侵权纠纷,还是应当按照《民法通则》的有关规定处理。这里体现的适用法律的“二元化”,不是法律适用依据不统一,而是法律、法规在适用范围上分工配合的体现。

不构成医疗事故的其他医疗侵权应当适用《民法通则》

问:《医疗事故处理条例》第四十九条第二款规定:“不属于医疗事故的,医疗机构不承担赔偿责任。”《条例》的规定显然排除了医疗机构对非医疗事故的赔偿责任。对此,应当如何解释?

答:我认为这种理解是片面的或者说对《条例》第四十九条规定的理解是不正确的。因为:

第一,《民法通则》第一百零六条第二款关于“公民、法人由于过错……侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任”的规定,是我国民法确立的对侵权行为造成损害予以救济的基本原则,也是法治社会对人权提供的最基本的法律保障,作为行政法规的《条例》,不可能与民事基本法的这一基本原则相抵触。

第二,《条例》是处理医疗事故的特别规定,其适用的范围仅限于医疗事故而引起的人身损害赔偿纠纷。对因医疗事故以外的其他医疗行为引起的医疗纠纷,已经超出了作为处理医疗事故特别规定的《条例》的调整范围,因此,对这类纠纷的处理,不能适用《条例》的规定处理,而应当适用《民法通则》的相关规定处理。

第三,如果患者身体因医疗机构非医疗事故的行为受到了损害,医疗机构不承担民事赔偿责任,那就不仅违反了我国宪法确立的法律面前人人平等的原则,而且还会导致受害人受到损害没有人承担赔偿责任的局面,受害人因侵权行为受到损害,没有任何救济渠道,这也违背了公平正义的基本要求,也不可能为社会或者广大人民群众所认可。

综上所述,我认为《条例》调整的仅是医疗事故而造成的人身损害赔偿纠纷,而对不属于医疗事故的医疗行为造成的人身损害赔偿纠纷,自应当适用《民法通则》的有关规定处理。《条例》第四十九条第二款的规定,应当理解为,不构成医疗事故的,医疗机构不能按照《条例》的规定承担赔偿责任。但是,该条规定并没有免除其按照《民法通则》有关规定应当承担的侵权的民事赔偿责任。

医疗事故损害赔偿应当参照适用《条例》的规定

问:最高人民法院不久前公布了《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》,对人身损害赔偿的范围、标准作了统一的规定。与《医疗事故处理条例》比较,司法解释规定的赔偿标准较高,如果当事人按照一般医疗纠纷向法院起诉时,人民法院应当如何适用法律?

答:《条例》是对构成医疗事故如何处理所作的特别规定,人民法院在处理因医疗事故引起的民事赔偿纠纷时,应当优先适用《条例》的规定,即参照《条例》的规定确定损害赔偿的数额。为了贯彻执行《条例》,最高人民法院下发了《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》(以下简称《通知》)。《通知》已就上述法律适用问题作出了明确的规定,人身损害赔偿的司法解释与《通知》的精神是一致的。鉴于人身损害赔偿司法解释对赔偿的标准作了一

些调整,赔偿的数额比《条例》规定的赔偿数额高,所以因医疗事故受到损害的患者,可能会以一般的医疗纠纷向法院起诉。在这种情况下,如果医疗机构提出不构成一般医疗纠纷的抗辩,并且经鉴定能够证明受害人的损害确实是医疗事故造成的,那么人民法院应当按照《条例》的规定确定赔偿的数额,而不能按照人身损害赔偿司法解释的规定确定赔偿数额。

完善医疗风险分散机制 促进医学科学技术进步

问:鉴于医疗行为的风险性比较高,鉴于医疗行业属于具有公共福利性质的行业,是否应当对医疗赔偿金额进行限制,以推动医疗卫生事业的发展和医疗技术的进步,你对此有何评价?

答:《条例》对医疗事故损害赔偿标准的规定,不仅充分体现了上述原则,而且充分考虑了我国医疗机构的承受能力和我国经济的发展水平。保护受害人合法的民事权益与促进医疗技术的进步确实是一对矛盾,如何调整双方的利益冲突,涉及到在全社会分配公平与正义的问题,应当通过完善我国法律和相关制度的途径解决。我认为,在我国现有的法律框架内,为了实现既保护广大人民群众合法民事权益、又能够为我国医疗事业的发展和医疗技术的进步创造有利的环境的双重目的,医疗机构可以通过投医疗损害责任险或者设立损害赔偿基金的方式,以分散因医疗过错行为造成的风险,减轻因医疗机构承担的损害赔偿赔偿责任。因此,建议有关部门应当将进一步完善医疗事故赔偿的相关法律和相关机制,为公共医疗卫生事业提供必要和充分保障的问题列入重要的议事日程予以考虑。

正确认识医疗侵权举证责任倒置

问:在涉及医疗纠纷的诉讼中,医疗机构对最高人民法院《证据规定》中实行“举证责任倒置”的规定不理解,认为由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在过错承担举证责任不合理?不知最高人民法院如何看待这个问题?

答:民事诉讼中对举证责任的分配,通常遵循“谁主张,谁举证”的原则,由提出权利请求和事实主张的一方承担举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《规定》)第四条第二款第(八)项规定,“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系,及不存在医疗过错承担举证责任。”这条规定有以下三层含义:

第一,患者应当承担初步举证责任。在医疗侵权损害赔偿诉讼中,患者应当对其损害赔偿请求权的成立,负有初步的举证责任。即原告应当首先证明其与医疗机构间存在医疗服务合同关系,接受过被告医疗机构的诊断、治疗,并因此受到损害。如果患者不能对上述问题提供证据予以证明,其请求权是不能得到人民法院支持的。

第二,举证责任是可以转移的。如果患者对损害赔偿请求权成立的证明达到了表见真实的程度,证明责任就向医疗机构转移。也就是说在这样的情况下,医疗机构应当提供证据反驳原告的诉讼请求,即医疗机构应当证明其医疗行为与损害结果之间不存在因果关系或者其医疗行为没有过错,这是合情合理的。如果医疗机构提不出具有合理说服力、足以使人信赖的证据,医疗机构就要承担败诉的结果。因此,从这种意义上讲,“医疗侵权”的举证责任并非倒置,而是举证责任转移的法律后果。

第三,确定证明责任转移的依据。确定由医疗机构对不存在因果关系和不存在医疗过错承担证明责任,主要是基于以下三点考虑。首先,患者的医学知识非常有限,并且其治疗过程也是处于被动服从的地位;医疗机构则通过检查、化验等诊疗手段掌握和了解患者的生理、病理状

——最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件的法律适用问题答记者问

况,制定治疗方案、熟悉治疗过程。如患者因手术治疗过错造成损害的,其在手术过程中一直处于麻醉的状态,对医疗过程是不可能知道的。因此,依据公平和诚实信用原则,应当由医疗机构承担举证责任。其次,按照举证责任的实质分配标准,举证责任应当由距离证据最近,或者控制证据源的一方当事人负担。诊疗过程中的检查、化验、病程记录都由医疗机构方面实施或掌握,医疗机构是控制证据源、距离证据最近的一方,由其承担举证责任,符合举证责任分配的实质标准。再次,对因果关系和医疗过失的认定,涉及医学领域中的专门问题,一般都要通过鉴定才能认定。因此,在这样的情形下,医疗机构所需要做的,不过是申请鉴定、启动鉴定程序。这种意义上的“举证责任倒置”,对医疗机构而言并没有过分加重其负担,也不会出现所谓“举证责任之所在,即败诉之所在”那样一种证明责任分配的风险。所以,我们不赞成在医疗侵权证明责任负担的问题上,过分夸大其“举证责任倒置”的作用。从严格意义上说,举证责任倒置的前提是过失推定、因果关系推定,而医疗事故诉讼中对因果关系和医疗过失的认定最终依据鉴定结论,推定的作用极其微弱,完全没有必要对这个问题过度地担心。

司法正义的目标:人权保障与医学科学发展“双赢”

问:有的人认为,举证责任倒置会对医学科学进步和医疗事业发展造成消极的影响?你对此有何评价?

答:我认为这种观点也是不正确的。从证据规定实施后近两年的情况看,它对于提高医护人员的工作责任心,促进医疗技术的进步,尊重人的生命和身体健康,都产生了积极的影响,不仅受到社会广大人民群众的认可,也受到了许多医疗机构工作人员的好评。我认为,当前在处理尊重人民生命健康、保护患者受到损害后的合法民事权益与促进医疗事业发展、医学科学进步这对矛盾的问题上,我们不应当把重点过多的放到医疗机构应当如何不承担赔偿责任上,而应当立足于如何充分保护人的基本权利,并从相应的法律制度或者机制上分散医疗机构承担的风险,减轻医疗机构承担的赔偿责任上。只有这样,才能实现既在全社会分配了公平与正义,又能够科学的分散医疗机构承担的风险,为我国医疗事业的发展和医学科学进步提供良好法制环境的双重目的。因此,我在此也再次呼吁,我国应当尽快建立分散医疗机构承担医疗责任风险的相关机制。我也衷心地希望社会各界应当把关注的重点放到这个问题的解决上,只有这样,才能体现我国贯彻以人为本的理念对受害人的关爱,才能体现我国社会的文明和进步,才能比较科学地调整患者和医疗机构的利益冲突,实现患者和医疗机构的“双赢”。

北京市高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的意见(试行)

(2005年7月13日 北京市高级人民法院 京高法发[2005]157号)

为正确审理医疗损害赔偿纠纷案件,根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国民事诉讼法》、最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》及相关的法律、司法解释,结合我市审判实际,制定本意见。

一、一般规定

1. 本意见所称医疗损害赔偿纠纷,是指患者一方认为在医疗活动中因医疗侵权行为受到损害,要求医疗机构赔偿损失而引起的民事纠纷。

患者一方与美容医疗机构及开设医疗美容科室的医疗机构之间发生的医疗美容损害赔偿纠纷,适用本意见处理。因在非医疗机构进行美容引起的损害赔偿纠纷,按一般人身损害赔偿纠纷处理。

本意见所称患者一方,是指直接遭受人身损害的患者、依法由患者承担扶养义务的被扶养人以及死亡患者的近亲属。

2. 医疗损害赔偿纠纷包括医疗事故损害赔偿纠纷和一般医疗损害赔偿纠纷。

一般医疗损害赔偿纠纷指因医疗事故以外的原因引起的医疗损害赔偿纠纷,包括不申请进行医疗事故技术鉴定、经鉴定不构成医疗事故以及不涉及医疗事故争议的医疗损害赔偿纠纷。

二、诉辩事由

3. 发生医疗损害时,患者可以医疗事故损害赔偿纠纷为由起诉,也可以一般医疗损害赔偿纠纷为由起诉。

患者一方起诉时没有明确是要求医疗事故损害赔偿还是一般医疗损害赔偿的,应要求其予以明确。

4. 患者一方起诉要求医疗事故损害赔偿,经鉴定不构成医疗事故的,患者一方有权变更事实主张和诉讼请求。

患者一方以一般医疗损害赔偿纠纷起诉的,应准许医疗机构以双方争议属于医疗事故损害赔偿纠纷为由提出抗辩。

5. 患者一方因发生医疗损害而起诉要求损害赔偿的,以其就诊的医疗机构为被告。

患者一方认为损害是由两个以上的医疗机构造成的,可以两个以上的医疗机构为共同被告。

三、举证责任

6. 在医疗损害赔偿纠纷案件中,患者一方应当首先证明其与医疗机构之间存在医疗关系并

北京市高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的意见(试行)

发生医疗损害。医疗机构应就医疗行为与损害后果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

交费单、挂号单等诊疗凭证及病历、出院证明等证据可以用于证明医疗关系存在。患者一方提供不出上述证据,但有其他证据能证明医疗行为存在的,可以认定存在医疗关系。

7. 在医疗损害赔偿纠纷案件中,当事人应提交由其保存的所有涉案病历资料。

医疗机构制作的客观性病历资料与主观性病历资料均为证据材料。

8. 当事人对病历资料及其他进行医疗鉴定所需的材料的真实性、完整性有异议的,应当由人民法院先行组织双方当事人举证、质证。人民法院应根据举证、质证的具体情况经审查,确有必要,应告知当事人申请文件检验。经文件检验确认后,人民法院方可委托进行医疗鉴定。

9. 当事人遗失、涂改、伪造、隐匿、销毁、抢夺病历,或以其他不正当手段改变病历资料的内容,导致医疗行为与损害后果之间的因果关系不明或有无过错无法认定的,应承担不利的诉讼后果。

病历确有涂改但当事人主张该涂改并不影响病历实质内容的,应对涂改不影响病历实质内容承担举证责任,人民法院也可以通过采取咨询专家等方法加以认定。

一方当事人对对方保存或控制的病历的真实性、完整性提出合理质疑的,由保存或控制病历的一方当事人承担举证责任。

四、医疗鉴定

10. 对专门性问题,当事人双方有权申请进行医疗事故技术鉴定或者进行有关医疗过错、伤残等级的其他医疗鉴定。

医疗事故技术鉴定结论已经确定医疗事故等级的,因医疗事故等级与伤残等级存在对应关系,诉讼过程中不再进行伤残等级鉴定。

11. 当事人提交病历资料后,人民法院认为仍需要委托医疗鉴定的,应要求医疗机构或患者一方申请鉴定。

双方当事人均不申请鉴定,确有必要时由人民法院依职权委托鉴定。

12. 人民法院需要委托进行医疗事故技术鉴定的,应当委托医学会组织鉴定;需要委托进行其他医疗鉴定的,可以委托具有相应资质的鉴定机构组织鉴定。

13. 医疗损害赔偿纠纷案件的审判人员,可以参加涉案医疗鉴定会,并可以就有关问题向鉴定专家询问。

14. 当事人一方申请进行医疗鉴定的,鉴定费由该当事人预交;人民法院认为确有必要依职权委托医疗鉴定的,鉴定费由双方当事人预交。

15. 当事人没有明确是申请进行医疗事故技术鉴定还是其他医疗鉴定的,应要求其予以明确。

一方当事人申请进行有关医疗过错的司法鉴定,而另一方当事人申请进行医疗事故技术鉴定的,人民法院应当委托进行医疗事故技术鉴定,并要求提出医疗事故技术鉴定申请的一方当事人预交鉴定费。

人民法院已经委托进行有关医疗过错的司法鉴定并有鉴定结论,当事人又申请进行医疗事故技术鉴定的,是否准许,应从严掌握。

16. 医疗行为经鉴定构成医疗事故,当事人又申请就医疗过错进行司法鉴定的,不予支持。医疗行为经鉴定不构成医疗事故,当事人申请就医疗过错进行司法鉴定,人民法院认为有必要的,应予支持。

17. 首次医疗事故技术鉴定由人民法院委托各区、县医学会组织进行。

当事人对首次医疗事故技术鉴定结论不服的,可以自收到首次鉴定结论之日起15日内向人民法院提出再次鉴定的申请。再次鉴定委托市医学会组织进行。

18. 因当事人起诉,卫生行政部门终止对医疗事故争议的处理后,已有的医疗事故技术鉴定结论在诉讼过程中可以作为证据使用。

19. 对有缺陷的有关医疗过错、伤残等级的司法鉴定结论,可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的,不予重新鉴定。

当事人有证据证明有关医疗过错、伤残等级的司法鉴定结论有《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第27条第1款规定的情形之一的,可以申请重新鉴定。

当事人对有关医疗过错、伤残等级的司法鉴定结论申请重新鉴定的,应当在人民法院指定的合理期限内提出。

出现涉案病历被涂改或被修改的情形,患者一方提出异议的,人民法院应根据涂改或修改的具体情况审查;确有必要的,应当告知患者一方先行申请文件检验。

20. 医疗事故技术鉴定结论和有关医疗过错、伤残等级的司法鉴定结论均应当在法庭上出示,由当事人质证。医疗鉴定结论经法庭质证确认后,具有证据效力。

当事人对首次鉴定申请重新鉴定的,上述再次鉴定的申请期限中断,重新鉴定的申请被驳回或重新鉴定结论作出后,再次鉴定的申请期限重新计算。

五、赔偿责任

21. 确定医疗事故损害赔偿标准,应参照《医疗事故处理条例》第49条至第52条的规定;如参照《医疗事故处理条例》处理将使患者所受损失无法得到基本补偿的,可以适用《民法通则》及相关司法解释的规定适当提高赔偿数额。

确定一般医疗损害赔偿标准,应适用《民法通则》及相关司法解释的规定。

22. 患者一方起诉要求医疗损害赔偿,经鉴定不构成医疗事故,但医疗行为造成患者人身损害并且医疗机构确有过错的,医疗机构应承担相应的损害赔偿责任。

23. 确定医疗损害赔偿数额,应当综合考虑医疗过失行为在医疗损害后果中的责任程度、医疗损害后果与患者原有疾病状况之间的关系以及医疗科学发展水平、医疗风险状况等因素。

24. 必要的营养费以及因确需康复护理、继续治疗发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费的数额,依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》确定。

25. 有下列情形之一的,医疗机构能够将患者的病情、医疗措施、医疗风险告知患者或其家属并取得其同意而未告知的,应认定医疗机构违反了告知义务:

- (1) 对患者施行手术;
- (2) 对患者施行特殊检查或特殊治疗;
- (3) 对患者施行实验性临床检查和治疗;
- (4) 对患者施行其他可能产生严重后果的诊断、治疗活动。

26. 医疗机构违反告知义务使患者一方未能行使选择权,以致造成患者损害后果的,医疗机构应承担相应的损害赔偿责任。

没有损害后果,患者以违反告知义务为由要求医疗机构承担赔偿责任的,不予支持。

27. 人民法院的生效裁判对预期可能发生的损失已一并作出处理的,当事人不得再行起诉;未作处理的,患者因同一医疗损害发生新的损失后,可以另行提起民事诉讼。

28. 本意见自下发之日起试行,并由市高级人民法院负责解释。

上海市高级人民法院 医疗过失赔偿纠纷案件办案指南

(2005年9月20日 上海市高级人民法院
沪高法民一[2005]17号)

第一节 总 述

第一条 本章所指的医疗纠纷,是指患方认为医方在诊疗护理过程中存在医疗过失,并导致不良后果的发生,要求医方承担违约赔偿责任或侵权赔偿责任而产生的纠纷。

[说明]医疗纠纷与医患纠纷是两个不同的概念,医患纠纷指一切与医疗行为有关的民事纠纷,包括医疗纠纷和医患之间其他民事纠纷。医患纠纷、医疗纠纷中医方的医疗行为是指具有执业资格的医务人员在其执业地点(包括医疗、预防、保健机构)进行的诊疗护理服务活动。如医生晚上下班在医院不慎撞到患者,导致该患者骨折,既不属于医疗纠纷,也不属于医患纠纷,是一般的民事纠纷。不具有执业资格的人以及执业医师在非执业地点行医其主体不受医疗卫生法律法规调整,属于非法行医,与患者发生纠纷也不属于医疗纠纷及医患纠纷。医患之间其他民事纠纷,亦称非医疗纠纷,是指医患双方对诊疗护理服务活动即医疗行为本身没有争议,但发生与相关的其他民事纠纷,主要有医疗欠费纠纷、医方侵犯名誉权、肖像权的医患纠纷、因产品不合格产生的医患纠纷(例如某医院使用了具有合格证书且使用前经过检测正常的不合格心脏起搏器致人损害就不是医疗纠纷)等,它们的案由分别属于债务纠纷、名誉权纠纷、肖像权纠纷和产品质量纠纷,适用不同的法律规定。

目前,医疗纠纷实体法主要依据是《民法通则》第六章、《合同法》和《医疗事故处理条例》、最高法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》等。

第二条 因医方的医疗过失行为导致患者损害发生的,医方应当承担赔偿责任。

[说明]医疗纠纷主要源于医患双方对医疗后果及其原因在认识上的不同而产生,它可能发生于就医、医疗、护理、保健、医院管理等各个环节,经过客观、科学的医学鉴定,医疗纠纷可能是医方之过,也可能是非医方之过。据此,根据医方是否尽专家注意义务,是否存在医疗过失,分为医疗过失纠纷和非医疗过失纠纷。医疗过失纠纷包括医疗事故和医疗差错(也称医疗事故以外的过失)纠纷,指引起纠纷的原因来自医疗机构和医务人员的过失行为,严格意义上讲,这应称作医疗过错,包括医疗过失和故意,由于故意致人伤害或死亡,属刑法调整范围,其民事赔偿依据一般过错侵权责任处理,不适用本指南;非医疗过失纠纷,主要有医疗意外、不可避免的医疗并发症和疾病的自然转归。医方未尽其应尽的注意义务,可以认定为存在医疗过失,如因此

导致损害发生的,应承担赔偿责任。医方履行了相应的专家注意义务,不存在医疗过失,患者遭受的损失就不能认为是医疗过失所致,医方不需要承担赔偿责任。

医师、医务人员和其他工作人员在内,其在诊疗过程中产生的医疗过失行为,均系履行职务行为,应由当事医疗机构承担责任。

第三条 医方是否履行其应尽的注意义务是认定医疗过失行为的客观标准。它分为具体标准和抽象标准。

法律和规章规定的医方各个医疗行为的注意义务是判断医疗过失行为的具体标准。

医方对患者进行的医疗活动,是否达到与其资质相应的医疗水准,是否尽到符合其相应专业要求的注意、学识及技能,是判断医疗过失行为的抽象标准。

[说明]医疗过失行为是根据当事医疗机构和医务人员的职称和岗位职责、其应具有相应的诊疗护理行为能力和注意义务,在具体的医疗活动中,因主观上缺乏必要的谨慎而未履行注意义务的一种行为状态。

医方在从事诊疗护理行为时,有法律法规、行政规章、部门规章和诊疗护理规范明确规定的,为医方应注意义务的具体内容,是判断医疗过失的依据。具体标准是判断某一具体医疗行为是否存在过失的依据,它在不同类型的医疗行为上略有不同,分为一般注意义务和特殊注意义务,前者包括就诊、诊疗、治疗、手术、注射、抽血输血、放射线治疗、麻醉、调剂制药、护理过程等过程中的注意义务,审判实践中可根据具体案情对照确定;后者包括说明义务、转医义务、问诊义务等,说明义务是指医方必须就患病状况、治疗方法、治疗所伴随的危险及治疗过程中的疗养方法、注意事项等对患者及其近亲属加以说明和指导的义务,目的在于得到患者的有效同意或回避已经预见到的不良结果,但在紧急状态或作出说明将对疾病的治疗产生不良影响,以及法律加以特别规定的情况下,医方未履行相关说明义务不应认定为有过失。在所患疾病属医方专业领域外或病情发展超出医方的治疗能力情况下,医方还应有作出转诊指示的说明义务,以及协助患者安全、及时转送至有条件医院的义务。在治疗过程中,医方应就患者的疾病症状、过往病史、药物过敏史及家族遗传史进行充分、适当的询问并加以甄别,但若病情危急,不采取措施将危及患者生命的情况下,也可省略问诊步骤,这是问诊义务履行中的例外。

同时,作为判断医疗过失的还有与具体标准对应的抽象标准,就是指其确定医疗行为所应具备的一般注意程度的标准,依该标准达不到注意程度的,认定行为存在过失。一般注意程度的标准就是日本松仓教授提出的“医疗水准”,在美国称之为医护人员职业行为标准,即医务人员于医疗之际,其学识、注意程度、技术以及态度,均应符合具有一般医疗专业水准的医务人员在同一情况下所应具备的标准,它是医务界公知公认的诊疗标准。

在缺乏法律、规章或规范的明确规定的情况下,应依据具体医疗行为发生时临床医学实践中的医疗水准,即一般医疗专业水准,作为确定医疗行为人注意义务的基准,并考虑医疗行为的专门性、地域性、紧急性等因素,综合判断某项具体医疗行为是否存在过失。

第四条 医疗纠纷中患者一方对因医疗过失产生损害的,有权选择要求他方承担违约责任或者侵权责任。

患方经选择确定以其中一个请求权基础提起诉讼后,不得在诉讼终结后再以另一请求权基础提起诉讼,但允许其在举证期限届满前变更请求权基础。

[说明]责任竞合是医疗民事责任的一个重要特点。在医疗活动中,患方有权要求医方按照医疗科学和行业惯例、规定的要求,合理、谨慎地对就诊人诊断、治疗、护理;医方有向患方索取相应的医疗费用的权利,故医患双方之间存在互为对等给付的义务,双方构成合同关系。医方未履行法定或合同约定的义务,即构成违约,应当承担违约责任。在疾病治疗过程中,医方负专家之注意义务,如违反此注意义务,并产生损害结果,对患方负有侵权责任。此时,便产生医疗过失中的违约责任与侵权责任的竞合。但实际上医疗纠纷中,违约行为与侵权行为的指向为同一事物,即医方未履行其应尽的注意义务,存在医疗过失,故医疗纠纷按一般侵权原则处理,但不排除当事人选择合同之诉。

国际上对侵权责任和违约责任的竞合立法主要有三种,禁止竞合、允许竞合、限制竞合。《合同法》第122条及民事办案要件总则均采用限制竞合的做法,医疗纠纷中因医疗过失产生违约责任与侵权责任竞合时,同样采用限制竞合论,主要原因是由于违约之诉与侵权之诉在案件管辖、诉讼时效、举证责任、责任承担范围等方面都有不同,受害人提起何种之诉对案件的审理结果会产生重大影响。禁止竞合理论承认受害人提起违约之诉,这无疑剥夺了受害人提起侵权之诉的可能。允许竞合不加限制赋予当事人选择权,给予了当事人投机的机会,增加了法院的讼累。本着平衡当事人利益和减轻法院的讼累,防止受害人就同一事实提起两次诉讼,限制受害人的双重请求权,采用限制竞合是较为合理的。

第二节 医疗过失的违约责任

第五条 患方以医患双方存在医疗服务合同为由,主张医方存在医疗过失,构成违约的,应当举证证明:(一)双方存在有效医疗合同;(二)医方的医疗行为存在不符合医疗合同的约定、未履行其应尽注意义务的事实;(三)具体医疗违约责任承担方式所要求的事实。

[说明]根据合同法规定,考虑医疗合同的特殊性,医疗违约请求权的成立需具备以下要件:

1. 医疗合同已经成立并生效。患方的挂号行为构成要约,医方接受挂号构成一项承诺,这是医疗合同构成的一般情形;在不用挂号的诊所,患方的求诊构成一项要约,医师同意给予诊疗构成一项承诺,医疗合同就此成立;此外,特别是对于危重病人,医疗服务具有“准公共产品”的性质,医疗机构负有强制缔约的义务。
2. 医方具有违约行为。医方的违约行为不以是否达到期待的结果,治愈或患方病情好转为标准,而是以是否具有医疗过失、是否违反其应尽注意义务为标准。医方虽负有强制缔约的义务,一般情况下不得拒绝病人,但出现预约或已挂号的患者超过其所能承受的医疗能力,或出现疑难病症而受技术水平限制而无法承受,在履行说明义务、转诊义务后,医疗机构有权拒绝患方而不构成违约。
3. 违约方不具有免责事由。
4. 违约责任的承担方式符合合同约定或法律规定。如患方基于违约请求权要求医方赔偿的,还应当证明其受到损害与医方的违约行为存在因果关系。其中患者对其主张的事实应负举证责任,医方反驳的应就其反驳事实负举证责任。

需要注意的是,虽然也有些人认为违约责任是严格责任,守约方不需要就违约方存在过错等举证。但这并不意味着患方不需要提供任何证据。实际上,患方就自己与医院存在合同关系、医方诊疗存在过失造成自己损害等事实,仍然应当在起诉阶段尽到初步的举证义务。否则,人民法院就无法判断其是否具备诉的利益、是否为适格当事人等诉讼成立所必须考虑的因素。

也就是说,患者在起诉时的举证标准,起码要达到能使法官认为,依据他目前提供的这些证据,可以初步推断其主张的事实可能成立就可以了。至于其主张最终是否在以后的诉讼进程中得到支持,双方当事人会随着证据交换等诉讼的深入开展,进一步举证和反驳,进一步提供更多的证据。

第六条 医方否认患方违约请求权的,应举证证明根据医疗合同约定和法律规定的特定抗辩事由,该请求权已受制、阻碍及消灭的要件事实。

[说明]医方的抗辩事由通常有:

1. 医方未形成医疗合同;
2. 医方的医疗行为不具有医疗过失,符合法律法规和医学常规;
3. 医方的医疗行为具有免责事由。包括:(1)在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果的;(2)在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外的;(3)在现有医学科学技术条件下,发生无法预料或者不能防范的不良后果的;(4)无过错输血感染造成不良后果的;(5)因患方原因延误诊疗导致不良后果的;(6)因不可抗力造成不良后果的。

第七条 患方要求医方承担违约责任中,赔偿违约造成的损失以不超过合理预见的损失范围为限。条件允许的也可继续履行。

[说明]根据《合同法》第一百零七条,违约责任承担方式主要有继续履行、采取补救措施或者赔偿损失。赔偿损失是承担医疗合同违约责任最主要的形式。当事人一方违反合同义务时,应当对因此给他方造成的直接损失和可以预见的间接损失予以赔偿,以合理预见的损失为限,直接损失是指患方因医方的违约行为所造成的财产实际减少,如患者病情恶化而延长治疗期限所导致的治疗费用的增加;可以预见的间接损失指可得利益的损失,如患者因治病不能正常工作导致收入的减少。

同时由于医疗行为是一种带有人身性质的行为,医师不愿意继续为患者医疗的,继续履行变为不可能,但有些条件下医师所在的医疗机构愿意委派同样技能的医师继续为患者治疗的,继续履行也可成为承担违约责任的一种方式。这里条件允许的是指主客观条件,其中客观条件包括治疗方式、治疗手段、患者本身情况适宜。

第三节 医疗过失的侵权责任

第八条 患方认为医方存在医疗过失,导致不良后果产生,构成侵权的,患方应首先举证证明:(一)患方到医方就诊的事实;(二)因就诊造成损害的事实。

[说明]根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》规定:“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系,及不存在医疗过错承担举证责任”。因此,不少患者及其代理律师认为,在医疗侵权纠纷中,患方是无须举证的。实际上这也是一种误解。因为,只要是诉讼,就需要首先具备诉的基本要素。如具有诉的利益、是适格当事人等等。而患方要求医方承担责任,同样也要承担初步的举证责任。这一点和医疗违约纠纷一样。也就是说,患者在起诉时的举证标准,起码要达到能使法官认为,依据他目前提供的这些证据,可以初步推断其主张的事实可能成立就可以了。因此,在医疗侵权纠纷中,患方起码还要对

如下要件事实承担举证责任:(1)医方对其实施了医疗行为;(2)自己受到了损害。在具备这两个起码证据的基础上,基于损害和医疗行为的存在,推定是医疗行为造成自己损害(因果关系),并进一步推定医方诊疗行为存在过错(过失);而人身健康和生命权本身就是受法律保护不得侵害,侵害即为违法(不法性)。至此,侵权应有的基本要件才算基本具备,也才能推定侵权行为的成立,并要求医方承担侵权责任。否则,就等于允许任何人不需要任何理由和证据,都可以随意对医方提起诉讼。

第九条 医方否认患方侵权请求权成立的,应当举证证明其医疗行为与损害后果之间不存在因果关系及不存在医疗过失。

[说明]当患方对此损害赔偿请求权成立的证明达到了表见真实的程度,医方应当提供证据反驳患方的诉讼请求,即医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错,如医方提不出具有合理说服力、足以使人信赖的证据,医方就要承担败诉的后果。

实行举证责任倒置的依据是:患者的医学知识非常有限,并且其治疗过程中也是处于被动服从的地位;医方则通过检查、化验等诊疗手段掌握和了解患者的生理、病理状况,制定治疗方案、熟悉治疗过程,医方比患方更有能力提供其医疗行为实际状况,从公平和诚信原则出发,应由医方承担相应举证责任;其次,按照举证责任实质分配标准,举证责任应当由距离证据最近,或者控制证据一方当事人负担。诊疗过程中的检查、化验、病程记录都由医方实施或掌握,医方是控制证据源、距离证据近的一方,由其承担举证责任,符合举证责任分配的实质标准。

第十条 医疗侵权纠纷中,不良后果除明显系医方或患方过失所致而无须鉴定外,医疗过失及因果关系的鉴定一般由医方申请。医方拒绝申请鉴定的,应当承担举证不能的相应后果。

[说明]医疗过失及因果关系的认定涉及法医学、赔偿医学、临床医学、药理学等多种学科,且认定具有很强的专业性,仅凭法官的知识和社会经验对当事人提供的病历、诊断、医学文献及其陈述,就争议事实及责任做出评判是不客观的。因此,一般情况下,在医患双方就“医疗过失及因果关系”不能达成一致意见时,原则上需通过医疗纠纷的司法鉴定提供依据。

根据《关于民事诉讼证据的若干规定》规定:“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任”。因此,就医疗纠纷的鉴定原则上应由医疗机构在举证期限内提出,并在指定期限内提供相关材料,无正当理由不提出申请、不缴纳鉴定费用、不提供材料或拒绝配合鉴定,致使对案件事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。

第十一条 当事人对已作出医疗纠纷鉴定不服的,可申请重新鉴定,但应符合下列条件:

- (1)鉴定的机构或鉴定人员不具备相关鉴定资格;
- (2)鉴定程序严重违法的;
- (3)鉴定结论明显依据不足;
- (4)经质证认定不能作为证据使用的其他情形。

对有缺陷的鉴定结论,可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的,不进行重新鉴定。

[说明]双方当事人共同委托或行政部门指定鉴定得出的结论,是专门鉴定机构对损害事件进行技术鉴定所作出的认定,均为民事诉讼证据,属专家证言,具有证据的一般属性,属案件的

事实范畴,而不是法律范畴,法官必须对此进行审查,这是法官审理医疗纠纷的重要职责,法官应根据法律法规、法理和良知进行实事求是的审查,在鉴定人员、组织、程序及结论的合法性等方面作出自己的判断,如果符合证据的形式和实质要件,不出现最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七、二十八条规定的情形,一般不组织重新鉴定或者补充鉴定。但是为了最大限度地保证鉴定结论的真实性、准确性、科学性、公正性,以维护当事人的合法权益,在鉴定结论存在缺陷的情况下,出现不符合证据的形式和实质要件应允许进行重新鉴定和补充鉴定。重新鉴定是在其他补充鉴定救济手段用尽的情况下才考虑使用的方式,要从严把握,切实防止和避免不必要的重新鉴定。

第十二条 以下事由为医方举证不具有医疗过失情形的抗辩事由:

- (1)在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果的;
- (2)在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外的;
- (3)在现有医学科学技术条件下,发生无法预料或者不能防范的不良后果的;
- (4)无过错输血感染造成不良后果的;
- (5)因患方原因延误诊疗导致不良后果的;
- (6)因不可抗力造成不良后果的。

[说明]医疗活动是一种高度风险的活动,更多需依赖于医师发挥主观能动性进行探索和诊疗,加之诊疗对象和病症千差万别,虽然科学技术迅猛发展,但有些疾病现代诊疗技术仍然还是无法完全治愈的,并且在医疗活动中,某些不良后果的出现是根本无法预见,也是防不胜防的。有些情况下,医方不存在未尽注意义务的过失行为,进行医疗活动也可能发生患者人身损害的后果。这样的情形应当排除在医疗事故和医疗差错之外,医方不承担赔偿责任。这些事由如下:(一)医护人员按照医疗操作规范,在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取的紧急医学措施造成不良后果的。(二)在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外。医疗意外的发生是难以预料的,医护人员主观上不存在过失,不是医护人员本身和现代医学科学技术所能预见、防范和避免的。如医护人员抢救及时,措施得力或手术操作无误,但是患者仍死亡或遗留严重后遗症;诊断及手术适应证明确,操作无误,而在手术中或手术后发生意外呼吸、循环骤停及其他重要器官的功能衰竭等不良后果的。(三)无过错输血感染造成不良后果的。医护人员在给病人提供血源时,按照供血的有关规定进行查验,输血操作无误,而输血后病人仍出现了不良后果的,医护人员和医疗机构不承担医疗事故责任。(四)因不可抗力造成不良后果的。医护人员对于危重病症和疑难病症的病员,出于救死扶伤和人道主义精神,利用各种现代化医疗手段,采取各种治疗方案去救治病人,但绝大多数情况下不可抗力造成的死亡在所难免,这主要是疾病的自然转归所致。其次病人发生了现代医学科学技术能够预见,但却不能避免和防范的不良后果的,这种不良后果的发生与医护人员是否存在过失无直接的因果关系,也不应该承担赔偿责任。(五)因患者原因延误诊疗导致不良后果的。如病人对医疗行为不了解,不按医嘱服药或私自服药,不反映真实病状,不接受医护人员的合理治疗措施,私自外出,手术后过早进餐等,由于患者的原因而导致不良后果的,医护人员和医疗机构不应承担赔偿责任。

第十三条 因果关系的判断,通过直接因果关系、相当因果关系、复杂因果关系分析分别加以认定,并确定医疗过失原因力的大小。

[说明]现有的法律法规表明,医疗过失与损害结果的因果关系是医疗事故和医疗差错的重要构成要件。如过失行为与损害结果不具有因果关系,也不能构成医疗事故和医疗差错,医方不承担赔偿责任。由于人类生命结构与功能的高度复杂性、疾病发生、发展的多样性、人类认识的局限性、生命科学和医学还存在许多未知领域,造成多方面的原因影响医疗的实际效果,目前通常分医方的原因、患方自身的原因和致病因子的原因三大类。不同的损害结果有不同原因行为,有直接原因和间接原因、单一原因和共同原因、主要原因和次要原因。原因行为不同,医疗过失行为所承担的责任程度不同。简单的一因一果系医疗过失直接造成损害结果,医方承担全部的赔偿责任;多种原因共同作用形成的复杂因果关系,根据医疗过失原因力的大小,确定相应的赔偿责任;医疗过失行为实质上增加损害结果发生客观可能性和不可欠缺的条件系具有相当因果关系。根据医疗过失的参与度确定赔偿责任的大小。

第十四条 经鉴定,医疗过失行为被认定构成医疗事故的,按照《医疗事故处理条例》的规定进行赔偿;医疗过失被认定为医疗差错,可援引《民法通则》第106条、第119条的规定予以赔偿。

[说明]根据我国现行医疗纠纷民事责任的法律法规和司法解释,在医疗服务过程中因过失致患者人身损害引起的赔偿纠纷,系侵权损害赔偿,原则上应当适用《民法通则》处理。国务院颁布《医疗事故处理条例》属行政法规,其法律位阶低于《民法通则》,但由于《医疗事故处理条例》是专门处理医疗事故的行政法规,体现国家对医疗事故处理及损害赔偿的特殊立法政策,医疗过失行为被认定构成医疗事故的赔偿应当适用《医疗事故处理条例》;对于因医方的医疗过失行为造成患者的损害不构成医疗事故,当然不能作为医疗事故处理,不按《医疗事故处理条例》进行赔偿,但不能因医方的医疗过失不构成医疗事故,就免除侵权损害赔偿的民事责任,可按照《民法通则》第106条和第119条进行处理。

最高法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷案件的通知》规定,医疗事故侵权行为引起的赔偿应当适用《医疗事故处理条例》,非医疗事故侵权行为或医疗事故以外的其他过失引起的赔偿纠纷按照《民法通则》第106条和第119条进行处理。这不是法律依据的不统一,而是法律、法规在适用范围分工配合的体现。

第十五条 医方构成医疗过失赔偿的,应当赔偿患方医疗费、误工费、住院伙食补助费、陪护费、残疾生活补助费、残疾用具费、丧葬费、被扶养人生活费、交通费、住宿费、精神损害抚慰金等。

2005年9月20日

上海市高级人民法院、上海市医学会 关于人民法院委托医学会进行医疗 纠纷司法鉴定的若干意见

(2004年9月17日 上海市高级人民法院
沪高法民一〔2004〕32号)

根据国务院《医疗事故处理条例》、最高人民法院《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》、《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》和卫生部《医疗事故技术鉴定暂行办法》的规定,在征求本市各级法院及区县医学会意见基础上,上海市高级人民法院、上海市医学会就关于人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定的若干问题达成如下意见:

一、人民法院审理医疗纠纷民事案件中,当事人申请或者依职权决定进行医疗事故司法鉴定的,交由《医疗事故处理条例》规定的医学会组织鉴定。因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷需要进行司法鉴定的,应委托医学会参照《医疗事故处理条例》组织鉴定。医学会认为无法鉴定,根据案件实际情况,且确有鉴定可能的,人民法院可依据《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》另行组织鉴定。

二、根据上海地区的实际情况,人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定,由诉讼双方当事人协商选择区县医学会进行鉴定;双方当事人协商不一致的,由人民法院在本市区县医学会中指定,人民法院可以指定医疗机构所在地以外的区县医学会进行鉴定。

三、对于医学会的既有鉴定结论,符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条、第二十八条规定情形的,人民法院可委托医学会重新组织司法鉴定。

四、人民法院委托医学会进行司法鉴定,应出具委托鉴定函(委托鉴定函的内容详见附件1)。鉴定费用由人民法院预收后汇入医学会指定账户。

五、对于人民法院委托的司法鉴定,医学会应在收到委托函之日起五日内决定是否受理,并以《受理通知书》(附件2)[附《鉴定须知》(附件3)]或《不予受理通知书》(附件4)的形式,书面通知人民法院,人民法院将医学会的决定及时告知当事人。

六、人民法院委托医学会进行司法鉴定,医学会应当受理,对于不予受理的,医学会在《不予受理通知书》中说明理由。

七、医学会接受人民法院的委托后,以及医学会鉴定中需要补充材料时,应列出鉴定所需材料的清单,人民法院根据医学会所提供的清单,通知当事人提供相应证据材料,经质证、认证后交由医学会,医学会应出具《收取鉴定材料清单》(附件5)。

八、医学会收到鉴定材料和双方当事人提交书面陈述及答辩材料之日起45日内组织鉴定

并出具鉴定报告,如遇特殊情况可适当延长鉴定期限。

九、因鉴定需要与医疗争议有关的第三方医疗机构的病历资料,医学会应及时通知人民法院,人民法院根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》告知相关当事人提供证据,或由当事人申请人民法院调查收集该证据。

十、医学会应妥善保管人民法院移交的送鉴材料,对委托鉴定材料完整性负责。鉴定时若需耗尽检材或者损害原物,可能导致证据灭失的,应先行与人民法院协商。

十一、医学会应根据医疗争议所涉及的学科专业,确定专家鉴定组的学科组成(附件6)。医学会主持随机抽取专家鉴定组成员前,应将专家库相关学科专业组专家姓名、专业、技术职务、工作单位告知双方当事人。当事人要求专家库成员回避的,应说明理由。理由成立的,医学会应将回避的专家撤出,并经双方确认后记录在案。

十二、当事人拒绝配合鉴定致使鉴定无法进行的,医学会应及时通知人民法院,人民法院将拒绝配合鉴定的法律后果告知当事人。

十三、当事人拒绝参与随机抽取鉴定专家组成员的,人民法院认为应当继续鉴定的,医学会通知人民法院,由人民法院派出审判人员监督第二次随机抽取专家鉴定组成员工作,届时拒绝参与随机抽取鉴定专家组成员的一方当事人的抽取工作由医学会负责。

十四、医疗纠纷鉴定中出现特殊情况,医学会和人民法院应及时沟通,并协商解决有关问题。

十五、医学会认为应终止鉴定的,应向人民法院出具《终止鉴定通知书》(附件7),说明终止理由并退回有关鉴定材料。医学会根据鉴定的具体情况,合理收取费用。

十六、医学会的鉴定用语应规范、简洁、明确。鉴定报告应围绕人民法院委托鉴定的要求展开并阐述理由,同时应包括《医疗事故处理条例》第三十一条、《医疗事故技术鉴定暂行办法》第三十五条所规定医疗事故技术鉴定书所涉的主要内容。

十七、医学会向人民法院提交鉴定报告时,应同时递交医疗鉴定程序确认表(附件8)、医患双方随机抽取专家确认表(附件9)、医患双方鉴定会签到表(附件10)、专家签名的协议书(附件11)复印件。

十八、医疗司法鉴定过程中涉及医疗机构使用医疗用(产)品后有不良后果发生的,医学会仅对医疗行为作出鉴定。医疗用(产)品质量的鉴定应由其他专业鉴定机构进行。

十九、医学会将鉴定会的时间提前7日告知委托的人民法院。人民法院的案件审理人员可以列席会议。

二十、人民法院收到医学会的司法鉴定报告后,要求医学会就鉴定程序和鉴定结论补充说明时,医学会应在30日内就人民法院提出的问题做出书面回复。

二十一、法院在审理有关案件过程中,需调阅医学会的鉴定原始档案时,由两人以上的案件承办人员(至少有一名法官),凭法院出具的介绍信和工作证调阅。

— 上海市高级人民法院关于人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定若干问题的补充意见

上海市高级人民法院关于人民法院 委托医学会进行医疗纠纷司法 鉴定若干问题的补充意见

(2004年9月17日 沪高法民一(2004)33号)

一、各级法院受理医疗纠纷民事案件中,对于患者在医院就诊中因医疗行为造成的损害,是否构成医疗事故,一般需要通过鉴定才能得出结论,因此,无论当事人申请医疗事故鉴定,还是医疗差错等其他原因的鉴定,先委托医学会组织鉴定,根据鉴定结论及相关法律法规,认定医院的医疗行为是否构成医疗事故或其他行为。

二、由于高院和医学会商定,除当事人不配合或其他特殊原因外,医学会一般不拒绝鉴定,故对于医学会认为无法鉴定,法院应分析案件具体情况,一般情况下根据证据规则作出处理;如案件确有鉴定需要和可能的,可依据《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》另行委托市内外具有资质的鉴定机构组织鉴定。

三、双方当事人不能协商一致选择区县医学会进行鉴定时,原则上在医疗机构所在地以外区县医学会中指定(崇明法院除外)。一些案情复杂,当事人坚决不同意在区县医学会鉴定的,法院可以指定市医学会进行鉴定,但应当向当事人释明,市医学会鉴定后,不组织复核鉴定。经区县医学会鉴定后,当事人仍有异议,区县医学会补充说明能解释清楚的,一般也不再委托市医学会复核鉴定。

四、对于诉讼前既有的医学会鉴定结论,不轻易否定,一般不组织重新鉴定。只有符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条、第二十八条规定情形的,委托医学会重新组织司法鉴定。

五、因鉴定需要与医疗争议有关的第三方医疗机构的病历资料,医学会认为必不可少的,法院单独调取有困难的,可商请医学会协助。

六、鉴定时若需耗尽检材或者损害原物,可能导致证据灭失的,医学会与法院协商后,法院应先征求当事人意见,当事人同意的,采取影印或其他方式留样后进行鉴定,当事人不同意耗尽检材或者损害原物,可按证据规定处理。

七、当事人拒绝配合鉴定致使鉴定无法进行的,法院应将拒绝配合鉴定的法律后果告知当事人,当事人仍不配合的,原则上按证据规定处理。

八、根据目前医疗纠纷的现状,专家签名合议书原则上归存于副卷,是否允许当事人查阅,由各法院根据案件的具体情况处理。

九、法院的案件审理人员列席医学会的鉴定会时,可以就案件有关问题向专家咨询,但不得

就有关具体问题发表意见。

十、《关于人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定若干问题的意见》及《关于人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定的补充意见》于下发之日起实行。

重庆市高级人民法院审理 医疗损害赔偿案件若干问题的意见(试行)

(2004年2月19日市高级人民法院审委会

第二次会议讨论通过)

为了正确、及时审理医疗损害赔偿案件,化解医患矛盾,维护社会稳定,根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、国务院《医疗事故处理条例》和最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》的规定,结合本市实际情况,对审理医疗损害赔偿案件中的若干问题提出如下意见:

第一条 当事人隐匿真实姓名与医疗机构发生的医疗行为,不影响其本人在医疗纠纷发生后的诉讼地位和有关病历资料的真实性,但其应当对隐名事实负举证责任。

第二条 企业、事业单位内部设置的职工医院、卫生所(室),经卫生行政部门批准并领取了医疗机构执业许可证,面向社会收治患者,不具有法人资格的,在医疗损害赔偿案件中,应以该企业、事业单位为当事人。

第三条 乡镇卫生院、村(组)卫生室,由医生个人承包(挂靠)经营的,发生医疗损害赔偿纠纷时,医疗机构和承包(挂靠)人为共同被告,承包(挂靠)人负赔偿责任,发包(被挂靠)人负连带责任。

第四条 按照《医疗事故处理条例》的规定,在医疗事故鉴定过程中,双方当事人负有积极配合调查,如实提交鉴定所需材料的义务。负有举证责任的一方违反上述义务导致无法鉴定的,应当承担不利后果。

第五条 医疗机构按照《关于民事诉讼证据的若干规定》第四条(八)的规定,从医学科学的理论和规律上,就医疗行为是否存在过错或过错与损害结果是否存在因果关系进行了论证,举示了相关诊疗规范、操作规范、专家证人证言以及符合规范要求的病历资料,或者提交了有关机构关于医疗行为不构成“医疗事故”的鉴定结论之后,审判人员应当判断其是否对过错或因果关系已经完成了举证责任。

第六条 医疗纠纷发生时,医疗机构和患者享有对病历资料的共同封存和启封权。如一方不同意或不配合共同封存和启封,则应由其对病历资料的真实性异议负举证责任。

第七条 人民法院在审理医疗损害赔偿案件时,根据当事人申请和案件审理的需要,可以委托医疗事故鉴定或医疗过错鉴定。(具体规定参照本意见附件二和附件三)。

第八条 审判人员在医疗事故或医疗过错委托鉴定前,应当对当事人提交的病历资料、医疗机构资质等级的真实性进行质证。如有必要,病历资料的文证检验应在鉴定前完成,以保证

医学鉴定过程中,双方不对有关送检材料的真实性提出异议。

第九条 已经医学会鉴定为医疗事故的,人民法院可以认定医疗行为有过错,对当事人的赔偿请求予以支持。

当事人对医疗事故等级不服,向人民法院要求另行鉴定的,人民法院可以告知当事人按照《医疗事故处理条例》的规定,向有关医学会提出再次鉴定的申请。

第十条 已经医学会鉴定不属医疗事故的,当事人对医疗事故鉴定结论有异议要求重新进行事故鉴定,向人民法院起诉的,人民法院可以告知当事人按照《医疗事故处理条例》的规定,向有关医学会提出再次鉴定申请。

当事人对医疗事故鉴定结论虽有异议,又不申请重新鉴定,仅要求医疗机构赔偿经济损失的,人民法院可以按照《关于民事诉讼证据的若干规定》,确定鉴定结论的效力。

当事人以医疗行为存在过错为由,向人民法院起诉损害赔偿并提出过错鉴定的申请的,人民法院应当根据案件审理的实际情况和证据规则,决定是否进行医疗过错鉴定。

第十一条 未经医学会进行医疗事故鉴定,当事人直接向人民法院起诉损害赔偿时,人民法院可以根据当事人申请或按最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》精神,依职权委托医疗事故鉴定,也可依申请进行医疗过错鉴定。

第十二条 接受人民法院委托,向其出具医疗事故鉴定和医疗过错鉴定报告的有关机构或鉴定人,应当根据《关于民事诉讼证据的若干规定》第五十九条的规定,出庭接受当事人质询。当事人在庭前交换证据时,对鉴定结论无争议的除外。

第十三条 鉴定结论经法庭质证确认后,可作为定案证据使用。若符合《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条规定之情形的,当事人可以申请重新鉴定。

第十四条 医疗损害赔偿案件的审判人员,可以应邀旁听涉案医疗事故和医疗过错鉴定会,并就有关问题向鉴定专家提出询问。

第十五条 人民法院在民事诉讼中,对外委托的医疗事故鉴定,不适用《医疗事故处理条例》第二十一条、第二十二条和第四章的规定,其鉴定结论仅作为民事诉讼的证据之一。

第十六条 鉴定费实行谁申请谁预缴,谁败诉谁负担的原则。

人民法院依照最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》精神,依职权委托医疗事故鉴定的,按《关于民事诉讼证据的若干规定》第七条规定,决定鉴定费的预缴方。

第十七条 人民法院在认定医疗行为存在过错时,应当注意分析该过错在损害后果中的作用,以及医疗行为实施时特定的物质、技术条件,注意区分医疗行为的缺陷与医疗过错导致的损害后果的不同。医疗过错与损害后果没有因果关系的,医疗机构不应承担赔偿责任。

第十八条 医疗行为引起的侵权诉讼,适用过错归责原则。

患者和医疗机构对医疗损害的发生均存在过错的,应当按照过失相抵原则,由双方当事人根据过错程度分担责任。

患者和医疗机构对医疗损害的发生均无过错的,医疗机构不承担赔偿责任。

第十九条 审理医疗事故和医疗过错损害赔偿案件,可以参照《医疗事故处理条例》规定的赔偿范围和标准以及本意见附件一计算费用。

涉及医疗产品和医疗服务质量,以及其他因医疗事故以外的原因,引起的违约赔偿纠纷,适用《合同法》的有关规定。

以治疗疾病为目的的医疗损害赔偿,既包括医疗事故赔偿,也包括医疗过错赔偿,一般以侵权法律关系确定案由。

第二十条 《医疗事故处理条例》第五章所规定的医疗事故发生地上一年度职工年平均工资、国家机关一般工作人员的出差伙食费补助标准、居民平均生活费、丧葬费补助标准以及户籍所在地或者居所地居民最低生活保障标准,一律执行省、自治区、直辖市公布的统计数据。

第二十一条 本意见自本院通知下发时起执行。

附件一:

医疗事故损害赔偿计算方法

医疗事故损害赔偿计算表(1)

序号	赔偿项目	计算依据及公式
1	医疗费	按照医疗事故对患者造成的人身损害进行治疗所发生的医疗费用(不包括原发病医疗费用)计算,凭据赔偿,计算公式:医疗费用×医方责任程度。结案后确实需要继续治疗的,按照基本医疗费用赔偿,计算公式:续医费×医方责任程度。
2	住院伙食补助费	按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差伙食补助标准计算赔偿,计算公式:每天伙食补助费×应赔偿天数×医方责任程度。
3	陪护费	患者住院期间需要专人陪护的,按照医疗事故发生地上一学年度职工年平均工资计算赔偿,计算公式:年平均工资÷365×应赔偿天数×医方责任程度。
4	残疾用具费	因残疾需要配置补偿功能器具的,凭医疗机构证明,按照普及型器具的费用计算赔偿,计算公式:残疾用具费×医方责任程度。
5	丧葬费	按照医疗事故发生地规定的丧葬费补助标准计算赔偿,计算公式:丧葬费补助标准×医方责任程度。
6	残疾者生活补助费	计算方法和公式见表(2)
7	被抚养人生活费	计算方法和公式见表(2)
8	交通费	按照患者实际必需的交通费用计算,凭据赔偿,计算公式:交通费×医方责任程度。
9	误工费	患者有固定收入的,按照本人因误工减少的固定收入计算,对收入高于医疗事故发生地上一学年度职工年平均工资3倍以上的,按照3倍计算赔偿,计算公式:减少的固定收入×医方责任程度。无固定收入的,按照医疗事故发生地上一学年度职工年平均工资计算赔偿,计算公式:年平均工资÷365×应赔偿天数×医方责任程度。
10	住宿费	按照医疗事故发生地国家机关一般工作人员的出差住宿补助标准计算,凭据赔偿,计算公式:住宿费×医方责任程度。

续表

序号	赔偿项目	计算依据及公式
11	精神损害抚慰金	按照医疗事故发生地居民平均生活费计算。造成患者死亡的,赔偿年限最长不超过6年;造成患者残疾的,赔偿年限最长不超过3年。计算公式:精神损害抚慰金×医方责任程度。
12	其他人员交通费、误工费、住宿费	参加医疗事故处理的患者近亲属所需交通费、误工费、住宿费,参加丧葬活动的患者的配偶和直系亲属所需交通费、误工费、住宿费,均参照本表8、9、10项计算赔偿,计算费用的人数不超过2人。

医疗事故损害赔偿计算表(2)

(残疾者生活补助费)

序号	医疗事故等级	残疾者生活补助费计算公式	备 注
1	一级乙等 (一级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×100%×医方责任程度	本表参考卫生部《医疗事故分级标准(试行)》制定。 残疾者生活补助费应赔偿年数:自定残之月起最长赔偿30年,但60周岁以上的不超过15年,70周岁以上的不超过5年。
2	二级甲等 (二级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×90%×医方责任程度	
3	二级乙等 (三级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×80%×医方责任程度	
4	二级丙等 (四级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×70%×医方责任程度	
5	二级丁等 (五级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×60%×医方责任程度	
6	三级甲等 (六级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×50%×医方责任程度	
7	三级乙等 (七级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×40%×医方责任程度	
8	三级丙等 (八级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×30%×医方责任程度	
9	三级丁等 (九级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×20%×医方责任程度	
10	三级戊等 (十级伤残)	医疗事故发生地居民年平均生活费× 应赔偿年数×10%×医方责任程度	

医疗事故损害赔偿计算表(3)

(被抚养人生活费)

序号	被抚养人的范围	被抚养人生活费计算公式	备 注
1	死者生前实际抚养的、没有生活来源的人	户籍所在地或者居所地居民每月最低生活保障标准×应赔偿月数×医方责任程度	被抚养人生活费应赔偿月数:对不满16周岁的,赔偿到16周岁。对年满16周岁但无劳动能力的,赔偿20年;60周岁以上的,不超过15年;70周岁以上的,不超过5年。
2	残疾者丧失劳动能力前实际抚养的、没有生活来源的人	户籍所在地或者居所地居民最低生活保障标准×应赔偿月数×医方责任程度	

附件二:

关于医疗技术鉴定的程序性规定

一、委托

1. 人民法院在审理医疗纠纷案件时,需要对外委托医疗事故技术鉴定的,委托市内医学会进行。医疗事故以外的医疗技术鉴定,按照最高人民法院《人民法院司法鉴定工作暂行规定》委托人民法院司法鉴定机构进行。

2. 委托医学会进行医疗事故技术鉴定,应按照最高人民法院《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》以及本《意见》附件三的规定办理。

3. 委托进行医疗事故以外的医疗技术鉴定,应按《人民法院司法鉴定工作暂行规定》第十条规定办理。需委托本市以外鉴定机构鉴定的,由高级人民法院司法鉴定管理部门审批后进行。

二、送检

1. 人民法院委托医疗技术鉴定时,应提供载明鉴定目的、要求的委托书,必要的案情说明材料及完整的病历资料。

2. 医疗技术鉴定所需的全部材料,由委托法院用A4纸张单面复印多份送交鉴定机构(复印份数由鉴定部门根据案件具体情况确定)。鉴定机构经审查后认为所提供的材料不全,致使鉴定难以做出的,可不予受理。

3. 鉴定所需材料包括审判组织认定的事实经过及完整的病历资料。参照《医疗事故处理条例》第二十八条的有关规定,病历资料包括:①患者的门诊病历、入院病历、病程记录、体温单、医嘱单、护理记录、化验单及检验报告、医学影像学检查报告及原片(X、CT、MRI等)、特殊检查同意书、手术、麻醉同意书及记录、病理报告(必要时提供大体标本、组织蜡块、切片)、死亡讨论记录(行尸检者,应提供尸检报告、病理检验报告,必要时提供大体标本、组织蜡块、切片)、疑难病例讨论记录、会诊意见、上级医师查房记录等原件。②抢救急、危患者,在规定时间内(6h)补记的病历原件。③封存保留的输液、注射用物品、血液、药物等实物,或者依法具有检验资格的检

验机构对这些物品、实物做出的检验报告。④其他相关材料。

4. 双方当事人对送检材料真实性有异议,应当由审判组织先行组织双方当事人举证、质证,确认送检材料无异议后,再行委托鉴定。

5. 送交鉴定时应按规定同时缴纳必要鉴定费用,包括鉴定费、专家会诊费、交通费、误餐费、场地租用费等。

三、受理与实施

1. 医疗事故以外的医疗技术鉴定,原则上由本市中级人民法院的司法鉴定部门组织开展,有条件的基层法院可在上级法院指导下开展。

2. 人民法院司法鉴定部门应在收到材料5个工作日内做出是否接受委托的决定。决定接受委托的,向委托单位发出接受委托通知书;不接受委托的,发送不予接受委托通知书,并说明不予接受委托的理由。

3. 医疗纠纷案件的鉴定,原则上应组织相关学科单数医学专家组成专家组进行技术讨论。个别简单的案件可聘请相关专业的专家会诊(医学专家名册由高级人民法院统一制定)。

4. 司法鉴定部门在鉴定前应通知承办法官征询双方当事人是否申请医院回避的意见,承办法官将是否回避的决定书面告知鉴定部门。

5. 专家组成员从高级法院医学专家库成员中选取。

6. 医疗技术鉴定过程中需要组织专家讨论的,应通知案件承办法官及双方当事人参加。

7. 医疗技术鉴定会分当事人陈述、专家调查、专家讨论三个阶段进行,当事人参与前两阶段的鉴定过程。

四、鉴定书

1. 鉴定书用语应规范、简洁、明确,说明医疗机构存在的过错行为、损害后果、过错行为与损害后果之间的关系。

2. 医疗过失行为的责任程度分为:

(1)完全责任:指医疗损害结果完全由医疗过失行为造成。

(2)主要责任:指医疗损害结果主要由医疗过失行为造成,其他因素起次要作用。

(3)次要责任:指医疗损害结果主要由其他因素造成,医疗过失行为起次要作用。

(4)同等责任:指医疗损害结果是由医疗过失和其他因素共同造成且无法分辨主次作用。

(5)轻微责任:指医疗损害结果绝大部分由其他因素造成,医疗过失行为起轻微作用。

3. 司法鉴定部门的鉴定书由法医学鉴定人签名,法医学鉴定人应对鉴定结论的真实性负责。

五、出庭

1. 鉴定人有出庭接受质询的义务。当事人申请鉴定人出庭的,人民法院应当进行审查,确有必要的,应当通知鉴定出庭。

2. 鉴定人接到出庭通知后,应当做好资料和技术准备,准时出庭,就鉴定过程中的医疗技术问题回答当事人的提问,并向法庭阐明鉴定结论的科学性。

3. 鉴定人因出庭作证而支出的合理费用,由委托鉴定的人民法院预付给鉴定人。人民法院预付后可以根据实际情况向当事人收取。

六、其他规定

1. 鉴定人应当依据客观事实与科学,公正地进行医疗技术鉴定。
 2. 鉴定期限是指从接受委托之日起,到发出鉴定书之日止。医疗技术鉴定一般应当 30 个工作日内完成,疑难、复杂案例可在 60 个工作日内完成。
- 鉴定期间需补充材料的,鉴定期限从收到补充材料之日起计算。

附件三:

重庆市高级人民法院、重庆市医学会 关于医疗事故技术鉴定委托与受理若干问题的纪要

一、委托

1. 基层人民法院在审理医疗纠纷案件时,需要委托医疗事故技术鉴定的,原则上委托本辖区的区县医学会进行,特殊情况下可以在本市范围内跨区委托或委托重庆市医学会进行。中级人民法院和高级人民法院委托医疗事故技术鉴定的,原则上委托重庆市医学会进行鉴定。
2. 委托市内医学会进行医疗事故技术鉴定的,由各级人民法院司法鉴定管理部门统一对外进行。
3. 对重庆市医学会的医疗事故技术鉴定结论有异议,申请到中华医学会进行事故技术鉴定的,或者双方当事人协商一致要求到重庆市外的鉴定机构进行事故技术鉴定的,需经重庆市高级人民法院司法鉴定管理部门审批后再行委托。
4. 人民法院委托本市各级医学会进行医疗事故技术鉴定,应出具委托书。委托书的内容包括医患双方自然情况,案件基本事实,双方争议焦点,委托鉴定目的要求以及人民法院司法鉴定管理部门经办人的姓名、联系电话等。
5. 人民法院委托医疗事故鉴定时,应同时将原始病历资料、当事人申请鉴定的书面材料、起诉、答辩材料等相关资料移送医学会,同时交纳所需的鉴定费。

二、受理

1. 医学会对人民法院委托的医疗事故技术鉴定案件,应在收到材料之日起五日内决定是否接受委托并以书面形式函告委托的人民法院。同意接受委托的,发送《同意接受委托函》;不同意接受的,发送《不予接受委托函》,并说明不予接受委托的理由。
2. 人民法院的司法技术鉴定部门在收到医学会《同意接受委托函》或《不予接受委托函》后,应及时通知案件主审法官。
3. 不符合本附件第一部分所规定的委托程序,医学会可不予受理。

三、资料审查

1. 人民法院委托医学会进行医疗事故技术鉴定时,需移交给医学会的鉴定资料应先经人民法院组织质证、认证,经确认无异议后提交给医学会作为鉴定的依据。
2. 医学会对提交的鉴定材料应进行认真审核,需要补充有关材料的,应及时通知委托鉴定的人民法院。人民法院应将补充材料及时送交医学会。

3. 当事人如有医疗事故技术鉴定所需的补充材料,应先交到人民法院,由人民法院组织双方质证、认证后再提交医学会。医学会不接受未经人民法院质证确认的鉴定材料。

四、组织鉴定

1. 医学会应当依照《医疗事故处理条例》规定,完成人民法院委托的医疗事故技术鉴定的组织工作。

2. 医学会应将召开医疗事故技术鉴定会的时间提前三日告知人民法院。人民法院的案件主审法官,可以列席鉴定会,并可就有关问题向医学专家提出询问。

3. 医疗事故技术专家组鉴定后应出具《医疗事故技术鉴定书》,若鉴定为医疗事故,应明确医疗过失行为在医疗后果中的责任程度以及损害后果与原有疾病状况的关系。

医疗事故中医疗过失行为责任程度可以分为:

(一)完全责任:指医疗事故损害后果完全由医疗过失行为造成。

(二)主要责任:指医疗事故损害后果主要由医疗过失行为造成,其他因素起次要作用。

(三)次要责任:指医疗事故损害后果主要由其他因素造成,医疗过失行为起次要作用。

(四)轻微责任:指医疗事故损害后果绝大部分由其他因素造成,医疗过失行为起轻微作用。

五、审核

1. 人民法院收到医学会的《医疗事故技术鉴定书》后,应对鉴定程序、鉴定会组成人员以及专家组成人员资格等问题是否符合《医疗事故处理条例》的规定进行审查。

2. 人民法院对以上事项进行审查后,发现有不合《医疗事故处理条例》规定情形的,应将审查结果书面告知医学会,医学会应当做出合理说明。如有违反法律、法规的情形,人民法院可以要求医学会重新组织鉴定。

六、其他问题

1. 人民法院在民事诉讼中,对外委托医疗事故技术鉴定,不适用《医疗事故处理条例》第二十一条、第二十二条和第四章的规定,其鉴定结论仅作为民事诉讼证据。

2. 医学会应将组织医疗事故技术鉴定中出现的特殊问题及有关情况及时告知委托的人民法院,人民法院应当协助解决。

3. 各级医学会接受人民法院委托,组织进行医疗事故技术鉴定,除《医疗事故处理条例》规定必须当事人双方参加的事项外,医学会不直接接触双方当事人,双方当事人对组织鉴定的过程及鉴定结论如有异议,可向人民法院提出,由人民法院决定是否重新启动鉴定程序。

4. 医疗事故技术鉴定结论,作为人民法院审理医疗纠纷案件的证据之一。医疗事故技术鉴定人应当按照《关于民事诉讼证据的若干规定》要求出庭接受当事人质询。因特殊原因无法出庭的,经人民法院许可后可以书面答复当事人质询。出庭的鉴定人可以是该案鉴定组的负责人,也可以是鉴定组推荐的代表。

5. 鉴定人因出庭作证而支出的合理费用,由承担举证责任的一方当事人先行预付,由败诉一方当事人承担。

人民法院按照最高法院(2003)20号《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》,依职权委托医疗事故技术鉴定并通知鉴定人出庭作证的,其费用由人民法院在预收的诉讼活动费中垫支,诉讼终结后,由败诉一方当事人负担。

山西省高级人民法院 山西省医学会 关于医疗事故技术鉴定委托 鉴定与受理等问题的若干意见

(2003年7月 晋高法[2003]109号)

根据国务院《医疗事故处理条例》、最高人民法院《人民法院对外委托司法鉴定管理规定(试行)》和卫生部《医疗事故技术鉴定暂行办法》的规定,经山西省高级人民法院与山西省医学会研究,就医疗事故技术鉴定的有关委托、受理等问题提出如下意见:

一、委托

各级人民法院在审理医疗事故纠纷案件中,凡需要对外委托医疗事故技术鉴定的,应按下列意见办理:

1. 委托山西省医学会进行医疗事故技术鉴定的,统一送交山西省高级人民法院司法鉴定机构办理对外委托。
2. 委托各地市医学会进行鉴定的,应统一由当地中级人民法院司法鉴定机构办理对外委托。
3. 未设司法鉴定机构的地市中级人民法院及所属基层人民法院的医疗事故技术鉴定应送交山西省高级人民法院司法鉴定机构办理对外委托。
4. 对山西省医学会医疗事故技术鉴定结论有异议,要求重新鉴定的,或者双方当事人协商一致要求到山西省以外的鉴定机构进行鉴定的,由山西省高级人民法院司法鉴定机构统一办理对外委托。
5. 人民法院司法鉴定机构对外委托医疗事故技术鉴定,应出具委托书。委托书内容包括医患双方自然情况、基本事实以及医疗事故争议的要点,委托鉴定的要求以及人民法院司法鉴定机构经办人的姓名、联系电话等。
6. 人民法院司法鉴定机构委托医疗事故技术鉴定时,应同时将双方当事人提交给人民法院的原始病历、书面申请、答辩等有关材料移交医学会。并由人民法院司法鉴定机构负责收到医疗事故技术鉴定所需的鉴定费后转交医学会。

二、受理

1. 医学会对人民法院司法鉴定机构委托的医疗事故技术鉴定,应在五日内决定是否予以受理。并以《受理通知书》或《不予受理通知书》的形式书面通知委托人民法院的司法鉴定机构。
2. 人民法院司法鉴定机构在收到医学会《受理通知书》或《不予受理通知书》后,应及时通知有关人民法院或审判庭。
3. 不符合本意见第一部分所列委托程序的,全省各级医学会不予受理。

三、资料审核

1. 医学会应对委托鉴定材料认真审核。

2. 当事双方对医疗事故技术鉴定的补充材料应向原审判单位提出,由原审判单位组织进行质证确认后经人民法院司法鉴定机构转交医学会。人民法院司法鉴定机构、医学会不接受当事人提交的未经审判庭质证确认的任何鉴定资料。

3. 为保证鉴定会的有效,在确定专家鉴定组之前,医学会履行鉴定材料的确认程序,若材料不能确认,应及时通知人民法院司法鉴定机构,由人民法院司法鉴定机构通知审判庭负责质证确认。

四、组织鉴定

1. 医学会依照《医疗事故处理条例》要求完成鉴定组织程序,必要时人民法院司法鉴定机构可以派员参加,监督每一程序的进行。并有权对不符合《医疗事故处理条例》规定的程序提出意见。医学会有责任给予答复或说明。

2. 医学会应将召开医疗事故技术鉴定会的时间提前三天书面通知人民法院司法鉴定机构。人民法院司法鉴定机构认为必要时可派员列席鉴定会。

3. 《医疗事故技术鉴定书》是医疗事故技术鉴定结论的唯一形式。如鉴定为“医疗事故”则鉴定书将陈明其责任程度;否则,不对责任做出表述。根据《医疗事故处理条例》规定,医学会不出具“医疗差错责任”等其他形式的鉴定书。

五、审核

1. 人民法院司法鉴定机构收到医学会送达的《医疗事故技术鉴定书》后,有权对鉴定程序、鉴定会组成人员构成以及专家鉴定组人员资格是否符合《医疗事故处理条例》的规定进行审查。

2. 人民法院司法鉴定机构经对以上事项审查,认为有不符合《医疗事故处理条例》规定的情形,应书面将审核结果交送医学会,医学会应当做出说明。若实属违规,人民法院司法鉴定机构有权要求医学会重新鉴定。

3. 人民法院司法鉴定机构对《医疗事故技术鉴定书》内容不做审核。

六、其他相关问题

1. 医学会应将组织医疗事故技术鉴定中出现的特殊问题及有关情况及时通报人民法院司法鉴定机构,人民法院司法鉴定机构有责任配合协助解决。

2. 医学会将《医疗事故技术鉴定书》送达人民法院司法鉴定机构时,还应提供以下材料,以供审查:

(1) 受理鉴定日期;

(2) 收到人民法院司法鉴定机构移交的医患双方有关医疗事故技术鉴定材料的日期;

(3) 医患双方在医学会主持下随机抽取专家情况;

(4) 鉴定程序;

(5) 专家鉴定组人员资格。

3. 各级医学会接受人民法院司法鉴定机构委托,组织进行医疗事故技术鉴定,除《医疗事故处理条例》规定必须当事人双方参加的事项外,医学会不直接接触双方当事人。双方当事人对鉴定组织的过程及鉴定结论的任何问题,均应向人民法院提出,由人民法院通过人民法院司法鉴定机构与医学会协商解决。

安徽省高级人民法院《关于审理医疗赔偿纠纷民事案件的若干意见》(试行)

(2003年12月31日安徽省高级人民法院

审判委员会第78次会议通过)

为正确审理医疗赔偿纠纷民事案件,依法平等保护患者方和医疗机构的合法权益,根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国民事诉讼法》、国务院《医疗事故处理条例》、最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》及相关的法律法规,结合我省审判实践,制定本意见。

一、关于立案、受理

第一条 本《意见》所指的医疗赔偿纠纷民事案件包括医疗事故赔偿纠纷民事案件和医疗事故以外的其他医疗赔偿纠纷民事案件。

第二条 本《意见》所指的医疗事故以外的其他医疗赔偿纠纷包括以下纠纷:

(一)医疗故意行为引起的赔偿纠纷;

(二)医疗机构的诊疗、护理行为造成患者伤害虽不构成医疗事故,但确因其诊疗、护理行为存在过失引起的赔偿纠纷;

(三)其他违反医疗方面的法律、法规的行为引起的赔偿纠纷。

第三条 因非医疗机构的医用产品存在质量缺陷以及在非医疗机构进行医疗美容等引起的损害赔偿纠纷,按人身损害赔偿纠纷立案受理。

第四条 单位没有医疗机构执业许可证、个人行医没有医生执业资格证的诊疗行为引起的损害赔偿纠纷,按人身损害赔偿纠纷立案受理。

第五条 医疗机构起诉要求患者出院、终止医疗服务合同或者要求患者偿还拖欠医疗费用的,按合同纠纷立案受理。在已经审理的医疗赔偿纠纷案件中医疗机构将上述请求作为反诉提起的,告知医疗机构另案起诉。

第六条 从事计划生育技术服务的机构在计划生育服务中造成公民人身伤害,构成医疗事故的,按医疗事故赔偿纠纷立案受理;不构成医疗事故的,按医疗事故以外的其他医疗赔偿纠纷立案受理。

二、关于当事人

第七条 医疗赔偿纠纷民事案件,患者方起诉的,下列人员为原告:

——安徽省高级人民法院《关于审理医疗赔偿纠纷民事案件的若干意见》(试行)

(一)患者本人;

(二)患者死亡的,其同一顺序的法定继承人。但法定继承人明确表示放弃继承权的除外。

第八条 医疗赔偿纠纷民事案件,患者方起诉的,区别以下情形确定被告:

(一)医疗单位有医疗机构执业许可证和法人资格的,该医疗单位为被告;

(二)企、事业单位、国家机关设立的为内部职工服务的门诊部、诊所、卫生所(室),虽领有医疗机构执业许可证,但不具备法人资格的,以设立单位为被告;

(三)依法设立的不具有法人资格的个体、私营诊所,以医疗机构执业许可证或医生职业资格证上载明的单位或个人为被告;

(四)农村村民委员会将集体性质的村卫生室(所)发包给有医生职业资格证的人的,以村集体和个人为共同被告;个人以村卫生室的名义行医的,以个人为被告;

(五)使用他人执业许可证或职业资格的,以出借人和使用人为被告按本《意见》第四条立案受理。

三、关于举证责任

第九条 医疗赔偿纠纷案件,患者方对以下事实承担举证责任:

(一)在医疗机构接受过医疗;

(二)有具体的损害结果。

交费、挂号等诊疗手续及病历、出院证明等是证明医疗服务合同成立的有效证据。患者提供不出上述证据,但有其他证据能证明医疗行为存在的,也应该认定存在医疗服务合同。

第十条 医疗赔偿纠纷民事案件,医疗机构对以下事实承担举证责任:

(一)对患者的诊疗、护理不存在过错;

(二)医疗行为与患者主张的损害结果之间不存在因果关系。

医疗机构只提供患者的病历及医学教科书等,没有提供其他足以证明医疗行为不存在过错或医疗行为与损害结果之间不存在因果关系证据的,视为其没有完成举证义务。

第十一条 医疗机构以患者及其家属不配合治疗致损害结果发生为由抗辩其不存在医疗过错的,由医疗机构举证。

第十二条 有证据证明医疗机构有下列行为之一的,可以直接认定其存在过错:

(一)明显违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规的;

(二)涂改、伪造、隐匿、销毁病历资料的;

(三)未尽到必要的告知、说明义务的;

(四)违反医疗服务职业道德,对急、重、病危人拒绝诊治而贻误救治时间的。

四、关于医疗鉴定

第十三条 医疗赔偿纠纷民事案件在审理过程中需要进行鉴定的,应根据当事人的请求,决定是进行医疗事故鉴定还是进行有关医疗过错、伤残等级的司法鉴定。

对经鉴定不构成医疗事故,当事人要求就医疗过错、伤残等级进行司法鉴定的,人民法院应予支持。

当事人没有明确是进行医疗事故鉴定还是进行有关医疗过错的司法鉴定,应该要求其予以明确。

第十四条 认定医疗事故应当以国务院《医疗事故处理条例》中规定的医学会做出的医疗事故技术鉴定报告为准。

当事人有证据证明医学会的医疗事故技术鉴定报告有最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定情形之一,并申请重新鉴定的,人民法院应予准许。当事人不申请重新鉴定或者不愿预交鉴定费的,视为其放弃举证。

第十五条 原属市级地方医学会出具的鉴定报告,重新鉴定时,应委托省级地方医学会鉴定。

原属省级地方医学会出具的鉴定报告,可委托省级地方医学会重新鉴定;确有必要的,委托中华全国医学会进行鉴定。

第十六条 医学会不愿接受委托,或者接受委托后没有特殊原因三个月内不做出鉴定结论影响案件审理的,人民法院可以撤回委托,告知当事人有权申请进行司法鉴定。

第十七条 医学会做出的鉴定报告没有按《中华人民共和国民事诉讼法》第七十二条第三款的规定签名或盖章的,可以要求医学会补签。医学会不愿补签的,该鉴定报告不能作为有效证据使用。

出现前款情形后,审理中按照本《意见》第十八条重新组织鉴定。

第十八条 医疗事故以外的其他医疗赔偿纠纷需要进行司法鉴定,以及不构成医疗事故,当事人要求对医疗机构的诊疗护理行为是否存在过错或伤残的等级进行鉴定的,按照《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》组织鉴定。

五、关于赔偿责任

第十九条 当事人起诉到人民法院前,已与医疗机构就医疗赔偿争议的解决达成过调解协议,按合同纠纷处理,不再按医疗赔偿纠纷案件审理。当事人坚持要求按医疗赔偿纠纷审理的,判决驳回其诉讼请求。但调解协议无效或需要被撤销的除外。

第二十条 医疗事故赔偿按国务院《医疗事故处理条例》规定的赔偿项目和标准计算出赔偿总额后,按《条例》第四十九条第一款的规定确定医疗机构承担的赔偿数额。

第二十一条 医疗事故以外的其他医疗赔偿纠纷,按《中华人民共和国民法通则》及相关的司法解释规定的赔偿项目和标准计算出赔偿总额,结合医疗机构应承担的责任比例,确定赔偿数额。

第二十二条 患者原发性疾病是造成损害结果发生主要原因的,其本人应承担不低于60%的责任,但不得高于80%;为次要原因或非主要原因的,其承担的责任比例不低于30%,但不得高于50%。

第二十三条 医疗行为不存在过错或医疗行为与患者主张的损害结果之间不存在因果关系的,医疗机构不承担赔偿责任。

第二十四条 患者在多家医疗机构进行过治疗,其主张的损害结果无法确定由哪一家医疗机构造成时,由各医疗机构举证证明各自的诊疗、护理行为不存在过错与患者主张的损害结果不存在因果关系;不能确定的,各医疗机构对患者承担共同赔偿责任。

第二十五条 医疗损害赔偿纠纷案件的诉讼时效,从患者知道或应当知道被医疗机构有过错的诊疗、护理行为造成损害时开始计算。

河南省高级人民法院 (民事审判第一庭)关于当前 民事审判若干问题的指导意见(摘录) (2003年11月)

二、关于审理医患纠纷案件的意见

第三十七条 当事人既向卫生行政部门提出医疗事故争议处理申请,又向人民法院提起诉讼的,法院不予受理。

当事人仅要求认定医疗机构的行为构成医疗事故的,人民法院不予受理,应当告知当事人到有关部门处理;当事人要求医疗机构赔偿损失的,应当立案受理。

突发性、群体性的医患纠纷,人民法院不应作为民事案件受理。

第三十八条 医患纠纷中分为医疗事故纠纷和医疗过失损害赔偿纠纷两类案由。如存在请求权竞合的,应告知当事人选择其一。

第三十九条 在一般情况下,患者在一家医疗机构就诊发生争议而起诉要求损害赔偿的被告为就诊的医疗单位。有转院诊疗情况的,不同的医疗机构对同一患者实施诊疗造成医疗损害,应以致害的医疗机构为被告。但在转诊过程中,如果出现以下情形之一,当事人可以以实施诊疗的所有医疗机构为被告:

(一)前一医疗机构未适当地提供或移交自己进行诊断、治疗的内容等情报,后一医疗机构轻信前一医疗机构的诊断和治疗内容而发生医疗损害的;

(二)前一医疗机构未及时履行转诊义务,后一医疗机构亦存在医疗过失行为,而致发生医疗损害;

(三)医疗损害不能确认是由前一医疗机构还是后一医疗机构的诊疗行为引起的。

对被告的确定,应首先尊重当事人的选择权,因当事人自身法律意识上的局限性使其无法正确行使选择权时,法院可行使释明权告知其可选择的被告,当事人仍坚持起诉原起诉被告的,应当尊重其选择。

第四十条 患者应就侵权行为和损害后果提出证据;医院应就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系或不存在医疗过错方面提出证据。

医疗机构涂改、伪造、隐匿、销毁病历资料,导致认定医疗损害的因果关系及过错要件的证据不存在或证据不足的,应由医疗机构承担不利后果。

患者保存的门诊病历遗失或拒绝提供以及患者抢夺医院保存的病历资料等情况,造成医疗

机构举证困难的,应当按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第七条所确定的公平和诚实信用原则,重新调整举证责任的承担,由患者承担相关事实不能查明所导致的不利后果。

第四十一条 对是否存在医疗过失,以及医疗过失与损害后果是否具有因果关系,人民法院应根据诊疗护理用药等行为是否具有违章违规行为、是否具有违背医疗职业所要求的注意义务等行为,按照尊重医疗的原则加以确认。

虽然具有损害后果,但损害后果是由医疗意外、难以逆转的病情转归或者是由于难以避免的并发症所导致,而医疗行为没有过失的,对此后果不应判医疗机构承担责任。

发生医患纠纷后,患方聚众冲击哄闹医疗场所,或围攻、殴打、侮辱、谩骂、威胁、纠缠医务人员或医方管理人员,严重妨害医疗机构正常的工作秩序,或毁坏医疗机构财物、设备,给医疗机构造成损失的,医方有另行请求患方赔偿的权利。

发生不良医疗后果后,已经有医疗事故鉴定结论或其他相关证据证明医疗机构没有医疗过失,或医疗过失与不良医疗后果没有因果关系。患方仍然要求医疗机构承担赔偿责任的,患方应提供证据证明自己的诉讼请求,不能提供证据证明其诉讼请求的应判决驳回其诉讼请求。对是否具有医疗过失,以及医疗过失与不良医疗后果是否具有因果关系,不经鉴定不能认定的应由医疗机构提出鉴定申请并预支相关费用。在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。

第四十二条 医疗事故鉴定结论是专门的鉴定机构对医疗单位所致损害事实进行技术鉴定所做的认定意见,其性质是专家证言,属于民事诉讼证据的一种,应经法庭程序审查客观有效才能作为定案的依据。

人民法院应当根据医学理论、医疗技术要求、医疗操作规程及医疗人员在医疗过程中应尽的医疗职业上的注意义务,并根据审判实践经验、采信诉讼证据应遵循的规则等,审查、判断医疗事故鉴定结论的真实性和准确性。如果医疗事故鉴定人员、组织及鉴定程序及结论合法,则可以采纳鉴定结论作为确定各方当事人过错责任的依据。

第四十三条 对于已经进行医疗事故技术鉴定,且责任确定明确的,如果没有新的证据,一般不再作司法鉴定。但是,若存在以下情况,仍需进行司法鉴定:

(一)有证据证明医疗事故技术鉴定存在漏项,且当事人的申请涉及该漏项的;

(二)医疗事故技术鉴定部门以该纠纷已经超过医疗事故技术鉴定申请期等理由不予受理医疗事故鉴定申请,而人民法院必须依据相关鉴定才能确定医疗机构的责任的;

(三)医疗事故鉴定结论明显错误的;

(四)医疗事故鉴定程序违反公开公正原则的。

未经医疗事故技术鉴定,当事人起诉后也不同意进行医疗事故技术鉴定而申请司法鉴定的,仍应进行司法鉴定。

第四十四条 人民法院根据当事人的申请决定进行医疗事故技术鉴定的,交由《医疗事故处理条例》所规定的医学会组织鉴定;因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷需要进行司法鉴定的,按照《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》组织鉴定。

第四十五条 《医疗事故处理条例》实行后发生的因医疗事故引起的医疗赔偿纠纷,参照

—— 河南省高级人民法院(民事审判第一庭)关于当前民事审判若干问题的指导意见(摘录)

《医疗事故处理条例》的有关规定办理在确定医疗事故赔偿责任时,参照条例第49条、第50条、第51条和第52条的规定处理。

因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷,适用民法通则的规定医疗机构应依其过错程度承担适当的赔偿责任。

第四十六条 医疗机构提交的所有病历资料均为证据材料,患者作为一方当事人有权复印对方提交的所有证据材料。

第四十七条 当事人在医疗纠纷诉讼中请求精神损害赔偿的,精神抚慰金不宜过高。虽有医疗过失但过失达不到构成医疗事故程度的,一般不予判付精神抚慰金。

第四十八条 对医疗过失行为所造成的损害后果的赔偿,仅限于为挽回或补救医疗过失行为造成的损害后果所支出的费用。患者因治疗、其他疾病所应支出的费用,以及在出现医疗损害后果之前对症治疗所支出的各项费用,仍应由患者承担,不应判医方支付。

全国人民代表大会常务委员会关于 司法鉴定管理问题的决定

(2005年2月28日第十届全国人民代表大会常务委员会
第十四次会议通过 自2005年10月1日起施行)

为了加强对鉴定人和鉴定机构的管理,适应司法机关和公民、组织进行诉讼的需要,保障诉讼活动的顺利进行,特作如下决定:

一、司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。

二、国家对从事下列司法鉴定业务的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度:

(一)法医类鉴定;

(二)物证类鉴定;

(三)声像资料鉴定;

(四)根据诉讼需要由国务院司法行政部门商最高人民法院、最高人民检察院确定的其他应当对鉴定人和鉴定机构实行登记管理的鉴定事项。

法律对前款规定事项的鉴定人和鉴定机构的管理另有规定的,从其规定。

三、国务院司法行政部门主管全国鉴定人和鉴定机构的登记管理工作。省级人民政府司法行政部门依照本决定的规定,负责对鉴定人和鉴定机构的登记、名册编制和公告。

四、具备下列条件之一的人员,可以申请登记从事司法鉴定业务:

(一)具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的高级专业技术职称;

(二)具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的专业执业资格或者高等院校相关专业本科以上学历,从事相关工作五年以上;

(三)具有与所申请从事的司法鉴定业务相关工作十年以上经历,具有较强的专业技能。

因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的,受过开除公职处分的,以及被撤销鉴定人登记的人员,不得从事司法鉴定业务。

五、法人或者其他组织申请从事司法鉴定业务的,应当具备下列条件:

(一)有明确的业务范围;

(二)有在业务范围内进行司法鉴定所必需的仪器、设备;

(三)有在业务范围内进行司法鉴定所必需的依法通过计量认证或者实验室认可的检测实验室;

(四)每项司法鉴定业务有三名以上鉴定人。

六、申请从事司法鉴定业务的个人、法人或者其他组织,由省级人民政府司法行政部门审核,对符合条件的予以登记,编入鉴定人和鉴定机构名册并公告。

省级人民政府司法行政部门应当根据鉴定人或者鉴定机构的增加和撤销登记情况,定期更新所编制的鉴定人和鉴定机构名册并公告。

七、侦查机关根据侦查工作的需要设立的鉴定机构,不得面向社会接受委托从事司法鉴定业务。

人民法院和司法行政部门不得设立鉴定机构。

八、各鉴定机构之间没有隶属关系;鉴定机构接受委托从事司法鉴定业务,不受地域范围的限制。

鉴定人应当在一个鉴定机构中从事司法鉴定业务。

九、在诉讼中,对本决定第二条所规定的鉴定事项发生争议,需要鉴定的,应当委托列入鉴定人名册的鉴定人进行鉴定。鉴定人从事司法鉴定业务,由所在的鉴定机构统一接受委托。

鉴定人和鉴定机构应当在鉴定人和鉴定机构名册注明的业务范围内从事司法鉴定业务。

鉴定人应当依照诉讼法律规定实行回避。

十、司法鉴定实行鉴定人负责制度。鉴定人应当独立进行鉴定,对鉴定意见负责并在鉴定书上签名或者盖章。多人参加的鉴定,对鉴定意见有不同意见的,应当注明。

十一、在诉讼中,当事人对鉴定意见有异议的,经人民法院依法通知,鉴定人应当出庭作证。

十二、鉴定人和鉴定机构从事司法鉴定业务,应当遵守法律、法规,遵守职业道德和职业纪律,尊重科学,遵守技术规范。

十三、鉴定人或者鉴定机构有违反本决定规定行为的,由省级人民政府司法行政部门予以警告,责令改正。

鉴定人或者鉴定机构有下列情形之一的,由省级人民政府司法行政部门给予停止从事司法鉴定业务三个月以上一年以下的处罚;情节严重的,撤销登记:

- (一)因严重不负责任给当事人合法权益造成重大损失的;
- (二)提供虚假证明文件或者采取其他欺诈手段,骗取登记的;
- (三)经人民法院依法通知,拒绝出庭作证的;
- (四)法律、行政法规规定的其他情形。

鉴定人故意作虚假鉴定,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依照前款规定处罚。

十四、司法行政部门在鉴定人和鉴定机构的登记管理工作中,应当严格依法办事,积极推进司法鉴定的规范化、法制化。对于滥用职权、玩忽职守,造成严重后果的直接责任人员,应当追究相应的法律责任。

十五、司法鉴定的收费项目和收费标准由国务院司法行政部门商国务院价格主管部门确定。

十六、对鉴定人和鉴定机构进行登记、名册编制和公告的具体办法,由国务院司法行政部门制定,报国务院批准。

十七、本决定下列用语的含义是:

(一)法医类鉴定,包括法医病理鉴定、法医临床鉴定、法医精神病鉴定、法医物证鉴定和法医毒物鉴定。

(二)物证类鉴定,包括文书鉴定、痕迹鉴定和微量鉴定。

(三)声像资料鉴定,包括对录音带、录像带、磁盘、光盘、图片等载体上记录的声音、图像信息的真实性、完整性及其所反映的情况过程进行的鉴定和对记录的声音、图像中的语言、人体、物体作出种类或者同一认定。

十八、本决定自2005年10月1日起施行。

司法鉴定机构登记管理办法

(2005年9月29日司法部令第95号)

自2005年9月30日起施行)

第一章 总 则

第一条 为了加强对司法鉴定机构的管理,规范司法鉴定活动,建立统一的司法鉴定管理体制,适应司法机关和公民、组织的诉讼需要,保障当事人的诉讼权利,促进司法公正与效率,根据《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》和其他相关法律、法规,制定本办法。

第二条 司法鉴定机构从事《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第二条规定的司法鉴定业务,适用本办法。

第三条 本办法所称的司法鉴定机构是指从事《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第二条规定的司法鉴定业务的法人或者其他组织。

司法鉴定机构是司法鉴定人的执业机构,应当具备本办法规定的条件,经省级司法行政机关审核登记,取得《司法鉴定许可证》,在登记的司法鉴定业务范围内,开展司法鉴定活动。

第四条 司法鉴定管理实行行政管理与行业管理相结合的管理制度。

司法行政机关对司法鉴定机构及其司法鉴定活动依法进行指导、管理和监督、检查。司法鉴定行业协会依法进行自律管理。

第五条 全国实行统一的司法鉴定机构及司法鉴定人审核登记、名册编制和名册公告制度。

第六条 司法鉴定机构的发展应当符合统筹规划、合理布局、优化结构、有序发展的要求。

第七条 司法鉴定机构开展司法鉴定活动应当遵循合法、中立、规范、及时的原则。

第八条 司法鉴定机构统一接受委托,组织所属的司法鉴定人开展司法鉴定活动,遵守法律、法规和有关制度,执行统一的司法鉴定实施程序、技术标准和技术操作规范。

第二章 主管机关

第九条 司法部负责全国司法鉴定机构的登记管理工作,依法履行下列职责:

- (一)制定全国司法鉴定发展规划并指导实施;
- (二)指导和监督省级司法行政机关对司法鉴定机构的审核登记、名册编制和名册公告工作;
- (三)制定全国统一的司法鉴定机构资质管理评估制度和司法鉴定质量管理评估制度并指

导实施；

(四)组织制定全国统一的司法鉴定实施程序、技术标准和技术操作规范等司法鉴定技术管理制度并指导实施；

(五)指导司法鉴定科学技术研究、开发、引进与推广,组织司法鉴定业务的中外交流与合作；

(六)法律、法规规定的其他职责。

第十条 省级司法行政机关负责本行政区域内司法鉴定机构登记管理工作,依法履行下列职责：

(一)制定本行政区域司法鉴定发展规划并组织实施；

(二)负责司法鉴定机构的审核登记、名册编制和名册公告工作；

(三)负责司法鉴定机构的资质管理评估和司法鉴定质量管理评估工作；

(四)负责对司法鉴定机构进行监督、检查；

(五)负责对司法鉴定机构违法违纪的执业行为进行调查处理；

(六)组织司法鉴定科学技术开发、推广和应用；

(七)法律、法规和规章规定的其他职责。

第十一条 省级司法行政机关可以委托下一级司法行政机关协助办理本办法第十条规定的有关工作。

第十二条 司法行政机关负责监督指导司法鉴定行业协会及其专业委员会依法开展活动。

第三章 申请登记

第十三条 司法鉴定机构的登记事项包括：名称、住所、法定代表人或者鉴定机构负责人、资金数额、仪器设备和实验室、司法鉴定人、司法鉴定业务范围等。

第十四条 法人或者其他组织申请从事司法鉴定业务,应当具备下列条件：

(一)有自己的名称、住所；

(二)有不少于二十万至一百万元人民币的资金；

(三)有明确的司法鉴定业务范围；

(四)有在业务范围内进行司法鉴定必需的仪器、设备；

(五)有在业务范围内进行司法鉴定必需的依法通过计量认证或者实验室认可的检测实验室；

(六)每项司法鉴定业务有三名以上司法鉴定人。

第十五条 法人或者其他组织申请从事司法鉴定业务,应当提交下列申请材料：

(一)申请表；

(二)证明申请者身份的相关文件；

(三)住所证明和资金证明；

(四)相关的行业资格、资质证明；

(五)仪器、设备说明及所有权凭证；

(六)检测实验室相关资料；

(七)司法鉴定人申请执业的相关材料;

(八)相关的内部管理制度材料;

(九)应当提交的其他材料。

申请人应当对申请材料的真实性、完整性和可靠性负责。

第十六条 申请设立具有独立法人资格的司法鉴定机构,除应当提交本办法第十五条规定的申请材料外,还应当提交司法鉴定机构章程,按照司法鉴定机构名称管理的有关规定向司法行政机关报核其机构名称。

第十七条 司法鉴定机构在本省(自治区、直辖市)行政区域内设立分支机构的,分支机构应当符合本办法第十四条规定的条件,并经省级司法行政机关审核登记后,方可依法开展司法鉴定活动。

跨省(自治区、直辖市)设立分支机构的,除应当经拟设分支机构所在行政区域的省级司法行政机关审核登记外,还应当报经司法鉴定机构所在行政区域的省级司法行政机关同意。

第十八条 司法鉴定机构应当参加司法鉴定执业责任保险或者建立执业风险金制度。

第四章 审核登记

第十九条 法人或者其他组织申请从事司法鉴定业务,有下列情形之一的,司法行政机关不予受理,并出具不予受理决定书:

(一)法定代表人或者鉴定机构负责人受过刑事处罚或者开除公职处分的;

(二)法律、法规规定的其他情形。

第二十条 司法行政机关决定受理申请的,应当出具受理决定书,并按照法定的时限和程序完成审核工作。

司法行政机关应当组织专家,对申请人从事司法鉴定业务必需的仪器、设备和检测实验室进行评审,评审的时间不计入审核时限。

第二十一条 经审核符合条件的,省级司法行政机关应当作出准予登记的决定,颁发《司法鉴定许可证》;不符合条件的,作出不予登记的决定,书面通知申请人并说明理由。

第二十二条 《司法鉴定许可证》是司法鉴定机构的执业凭证,司法鉴定机构必须持有省级司法行政机关准予登记的决定及《司法鉴定许可证》,方可依法开展司法鉴定活动。

《司法鉴定许可证》由司法部统一监制,分为正本和副本。《司法鉴定许可证》正本和副本具有同等的法律效力。

《司法鉴定许可证》使用期限为五年,自颁发之日起计算。

《司法鉴定许可证》应当载明下列内容:

(一)机构名称;

(二)机构住所;

(三)法定代表人或者鉴定机构负责人姓名;

(四)资金数额;

(五)业务范围;

(六)使用期限;

(七)颁证机关和颁证时间;

(八)证书号码。

第二十三条 司法鉴定资源不足的地区,司法行政机关可以采取招标的方式审核登记司法鉴定机构。招标的具体程序、时限按照有关法律、法规的规定执行。

第五章 变更、延续和注销

第二十四条 司法鉴定机构要求变更有关登记事项的,应当及时向原负责登记的司法行政机关提交变更登记申请书和相关材料,经审核符合本办法规定的,司法行政机关应当依法办理变更登记手续。

第二十五条 司法鉴定机构变更后的登记事项,应当在《司法鉴定许可证》副本上注明。在《司法鉴定许可证》使用期限内获准变更的事项,使用期限应当与《司法鉴定许可证》的使用期限相一致。

第二十六条 《司法鉴定许可证》使用期限届满后,需要延续的,司法鉴定机构应当在使用期限届满三十日前,向原负责登记的司法行政机关提出延续申请,司法行政机关依法审核办理。延续的条件和需要提交的申请材料按照本办法第三章申请登记的有关规定执行。

不申请延续的司法鉴定机构,《司法鉴定许可证》使用期限届满后,由原负责登记的司法行政机关办理注销登记手续。

第二十七条 司法鉴定机构有下列情形之一的,原负责登记的司法行政机关应当依法办理注销登记手续:

- (一)依法申请终止司法鉴定活动的;
- (二)自愿解散或者停业的;
- (三)登记事项发生变化,不符合设立条件的;
- (四)《司法鉴定许可证》使用期限届满未申请延续的;
- (五)法律、法规规定的其他情形。

第六章 名册编制和公告

第二十八条 凡经司法行政机关审核登记的司法鉴定机构及司法鉴定人,必须统一编入司法鉴定人和司法鉴定机构名册并公告。

第二十九条 省级司法行政机关负责编制本行政区域的司法鉴定人和司法鉴定机构名册,报司法部备案后,在本行政区域内每年公告一次。司法部负责汇总省级司法行政机关编制的司法鉴定人和司法鉴定机构名册,在全国范围内每五年公告一次。

未经司法部批准,其他部门和组织不得以任何名义编制司法鉴定人和司法鉴定机构名册或者类似名册。

第三十条 司法鉴定人和司法鉴定机构名册分为电子版和纸质版。电子版由司法行政机关负责公告,纸质版由司法行政机关组织司法鉴定机构在有关媒体上公告并正式出版。

第三十一条 司法机关和公民、组织可以委托列入司法鉴定人和司法鉴定机构名册的司法鉴定机构及司法鉴定人进行鉴定。

在诉讼活动中,对《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第二条所规定的鉴定事项发生争议,需要鉴定的,司法机关和公民、组织应当委托列入司法鉴定人和司法鉴定机构名册的司法鉴定机构及司法鉴定人进行鉴定。

第三十二条 编制、公告司法鉴定人和司法鉴定机构名册的具体程序、内容和格式由司法部另行制定。

第七章 监督管理

第三十三条 司法行政机关应当按照统一部署,依法对司法鉴定机构进行监督、检查。

公民、法人和其他组织对司法鉴定机构违反本办法规定的行为进行举报、投诉的,司法行政机关应当及时进行监督、检查,并根据调查结果进行处理。

第三十四条 司法行政机关可以就下列事项,对司法鉴定机构进行监督、检查:

- (一)遵守法律、法规和规章的情况;
- (二)遵守司法鉴定程序、技术标准和技术操作规范的情况;
- (三)所属司法鉴定人执业的情况;
- (四)法律、法规和规章规定的其他事项。

第三十五条 司法行政机关对司法鉴定机构进行监督、检查时,可以依法查阅或者要求司法鉴定机构报送有关材料。司法鉴定机构应当如实提供有关情况和材料。

第三十六条 司法行政机关对司法鉴定机构进行监督、检查时,不得妨碍司法鉴定机构的正常业务活动,不得索取或者收受司法鉴定机构的财物,不得谋取其他不正当利益。

第三十七条 司法行政机关对司法鉴定机构进行资质评估,对司法鉴定质量进行评估。评估结果向社会公开。

第八章 法律责任

第三十八条 法人或者其他组织未经登记,从事已纳入本办法调整范围司法鉴定业务的,省级司法行政机关应当责令其停止司法鉴定活动,并处以违法所得一至三倍的罚款,罚款总额最高不得超过三万元。

第三十九条 司法鉴定机构有下列情形之一的,由省级司法行政机关依法给予警告,并责令其改正:

- (一)超出登记的司法鉴定业务范围开展司法鉴定活动的;
- (二)未经依法登记擅自设立分支机构的;
- (三)未依法办理变更登记的;
- (四)出借《司法鉴定许可证》的;
- (五)组织未取得《司法鉴定人执业证》的人员从事司法鉴定业务的;
- (六)无正当理由拒绝接受司法鉴定委托的;
- (七)违反司法鉴定收费管理办法的;
- (八)支付回扣、介绍费,进行虚假宣传等不正当行为的;
- (九)拒绝接受司法行政机关监督、检查或者向其提供虚假材料的;

(十)法律、法规和规章规定的其他情形。

第四十条 司法鉴定机构有下列情形之一的,由省级司法行政机关依法给予停止从事司法鉴定业务三个月以上一年以下的处罚;情节严重的,撤销登记:

- (一)因严重不负责任给当事人合法权益造成重大损失的;
- (二)具有本办法第三十九条规定的情形之一,并造成严重后果的;
- (三)提供虚假证明文件或采取其他欺诈手段,骗取登记的;
- (四)法律、法规规定的其他情形。

第四十一条 司法鉴定机构在开展司法鉴定活动中因违法和过错行为应当承担民事责任的,按照民事法律的有关规定执行。

第四十二条 司法行政机关工作人员在管理工作中滥用职权、玩忽职守造成严重后果的,依法追究相应的法律责任。

第四十三条 司法鉴定机构对司法行政机关的行政许可和行政处罚有异议的,可以依法申请行政复议。

第九章 附 则

第四十四条 本办法所称司法鉴定机构不含《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第七条规定的鉴定机构。

第四十五条 本办法自公布之日起施行。2000年8月14日公布的《司法鉴定机构登记管理办法》(司法部令第62号)同时废止。

司法鉴定人登记管理办法

(2005年9月29日司法部令第95号)

自2005年9月30日起施行)

第一章 总 则

第一条 为了加强对司法鉴定人的管理,规范司法鉴定活动,建立统一的司法鉴定管理体制,适应司法机关和公民、组织的诉讼需要,保障当事人的诉讼权利,促进司法公正和效率,根据《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》和其他相关法律、法规,制定本办法。

第二条 司法鉴定人从事《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第二条规定的司法鉴定业务,适用本办法。

第三条 本办法所称的司法鉴定人是指运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提出鉴定意见的人员。

司法鉴定人应当具备本办法规定的条件,经省级司法行政机关审核登记,取得《司法鉴定人执业证》,按照登记的司法鉴定执业类别,从事司法鉴定业务。

司法鉴定人应当在一个司法鉴定机构中执业。

第四条 司法鉴定管理实行行政管理与行业管理相结合的管理制度。

司法行政机关对司法鉴定人及其执业活动进行指导、管理和监督、检查,司法鉴定行业协会依法进行自律管理。

第五条 全国实行统一的司法鉴定机构及司法鉴定人审核登记、名册编制和名册公告制度。

第六条 司法鉴定人应当科学、客观、独立、公正地从事司法鉴定活动,遵守法律、法规的规定,遵守职业道德和职业纪律,遵守司法鉴定管理规范。

第七条 司法鉴定人执业实行回避、保密、时限和错鉴责任追究制度。

第二章 主管机关

第八条 司法部负责全国司法鉴定人的登记管理工作,依法履行下列职责:

- (一)指导和监督省级司法行政机关对司法鉴定人的审核登记、名册编制和名册公告工作;
- (二)制定司法鉴定人执业规则和职业道德、职业纪律规范;
- (三)制定司法鉴定人诚信等级评估制度并指导实施;
- (四)会同国务院有关部门制定司法鉴定人专业技术职称评聘标准和办法;

(五)制定和发布司法鉴定人继续教育规划并指导实施;

(六)法律、法规规定的其他职责。

第九条 省级司法行政机关负责本行政区域内司法鉴定人的登记管理工作,依法履行下列职责:

(一)负责司法鉴定人的审核登记、名册编制和名册公告;

(二)负责司法鉴定人诚信等级评估工作;

(三)负责对司法鉴定人进行监督、检查;

(四)负责对司法鉴定人违法违纪执业行为进行调查处理;

(五)组织开展司法鉴定人专业技术职称评聘工作;

(六)组织司法鉴定人参加司法鉴定岗前培训和继续教育;

(七)法律、法规和规章规定的其他职责。

第十条 省级司法行政机关可以委托下一级司法行政机关协助办理本办法第九条规定的有关工作。

第三章 执业登记

第十一条 司法鉴定人的登记事项包括:姓名、性别、出生年月、学历、专业技术职称或者行业资格、执业类别、执业机构等。

第十二条 个人申请从事司法鉴定业务,应当具备下列条件:

(一)拥护中华人民共和国宪法,遵守法律、法规和社会公德,品行良好的公民;

(二)具有相关的高级专业技术职称;或者具有相关的行业执业资格或者高等院校相关专业本科以上学历,从事相关工作五年以上;

(三)申请从事经验鉴定型或者技能鉴定型司法鉴定业务的,应当具备相关专业工作十年以上经历和较强的专业技能;

(四)所申请从事的司法鉴定业务,行业有特殊规定的,应当符合行业规定;

(五)拟执业机构已经取得或者正在申请《司法鉴定许可证》;

(六)身体健康,能够适应司法鉴定工作需要。

第十三条 有下列情形之一的,不得申请从事司法鉴定业务:

(一)因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的;

(二)受过开除公职处分的;

(三)被司法行政机关撤销司法鉴定人登记的;

(四)所在的司法鉴定机构受到停业处罚,处罚期未满的;

(五)无民事行为能力或者限制行为能力的;

(六)法律、法规和规章规定的其他情形。

第十四条 个人申请从事司法鉴定业务,应当由拟执业的司法鉴定机构向司法行政机关提交下列材料:

(一)申请表;

(二)身份证、专业技术职称、行业执业资格、学历、符合特殊行业要求的相关资格、从事相关

专业工作经历、专业技术水平评价及业务成果等证明材料;

(三)应当提交的其他材料。

个人兼职从事司法鉴定业务的,应当符合法律、法规的规定,并提供所在单位同意其兼职从事司法鉴定业务的书面意见。

第十五条 司法鉴定人审核登记程序、期限参照《司法鉴定机构登记管理办法》中司法鉴定机构审核登记的相关规定办理。

第十六条 经审核符合条件的,省级司法行政机关应当作出准予执业的决定,颁发《司法鉴定人执业证》;不符合条件的,作出不予登记的决定,书面通知其所在司法鉴定机构并说明理由。

第十七条 《司法鉴定人执业证》由司法部统一监制。《司法鉴定人执业证》是司法鉴定人的执业凭证。

《司法鉴定人执业证》使用期限为五年,自颁发之日起计算。

《司法鉴定人执业证》应当载明下列内容:

- (一)姓名;
- (二)性别;
- (三)身份证号码;
- (四)专业技术职称;
- (五)行业执业资格;
- (六)执业类别;
- (七)执业机构;
- (八)使用期限;
- (九)颁证机关和颁证时间;
- (十)证书号码。

第十八条 司法鉴定人要求变更有关登记事项的,应当及时通过所在司法鉴定机构向原负责登记的司法行政机关提交变更登记申请书和相关材料,经审核符合本办法规定的,司法行政机关应当依法办理变更登记手续。

第十九条 《司法鉴定人执业证》使用期限届满后,需要继续执业的,司法鉴定人应当在使用期限届满三十日前通过所在司法鉴定机构,向原负责登记的司法行政机关提出延续申请,司法行政机关依法审核办理。延续申请的条件和需要提交的材料按照本办法第十二条、第十三条、第十四条、第十五条的规定执行。

不申请延续的司法鉴定人,《司法鉴定人执业证》使用期限届满后,由原负责登记的司法行政机关办理注销登记手续。

第二十条 司法鉴定人有下列情形之一的,原负责登记的司法行政机关应当依法办理注销登记手续:

- (一)依法申请终止司法鉴定活动的;
- (二)所在司法鉴定机构注销或者被撤销的;
- (三)《司法鉴定人执业证》使用期限届满未申请延续的;
- (四)法律、法规规定的其他情形。

第四章 权利和义务

第二十一条 司法鉴定人享有下列权利：

- (一)了解、查阅与鉴定事项有关的情况和资料,询问与鉴定事项有关的当事人、证人等;
- (二)要求鉴定委托人无偿提供鉴定所需要的鉴材、样本;
- (三)进行鉴定所必需的检验、检查和模拟实验;
- (四)拒绝接受不合法、不具备鉴定条件或者超出登记的执业类别的鉴定委托;
- (五)拒绝解决、回答与鉴定无关的问题;
- (六)鉴定意见不一致时,保留不同意见;
- (七)接受岗前培训和继续教育;
- (八)获得合法报酬;
- (九)法律、法规规定的其他权利。

第二十二条 司法鉴定人应当履行下列义务：

- (一)受所在司法鉴定机构指派按照规定时限独立完成鉴定工作,并出具鉴定意见;
- (二)对鉴定意见负责;
- (三)依法回避;
- (四)妥善保管送鉴的鉴材、样本和资料;
- (五)保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私;
- (六)依法出庭作证,回答与鉴定有关的询问;
- (七)自觉接受司法行政机关的管理和监督、检查;
- (八)参加司法鉴定岗前培训和继续教育;
- (九)法律、法规规定的其他义务。

第五章 监督管理

第二十三条 司法鉴定人应当在所在司法鉴定机构接受司法行政机关统一部署的监督、检查。

第二十四条 司法行政机关应当就下列事项,对司法鉴定人进行监督、检查：

- (一)遵守法律、法规和规章的情况;
- (二)遵守司法鉴定程序、技术标准和技术操作规范的情况;
- (三)遵守执业规则、职业道德和职业纪律的情况;
- (四)遵守所在司法鉴定机构内部管理制度的情况;
- (五)法律、法规和规章规定的其他事项。

第二十五条 公民、法人和其他组织对司法鉴定人违反本办法规定的行为进行举报、投诉的,司法行政机关应当及时进行调查处理。

第二十六条 司法行政机关对司法鉴定人进行监督、检查或者根据举报、投诉进行调查时,可以依法查阅或者要求司法鉴定人报送有关材料。司法鉴定人应当如实提供有关情况和材料。

第二十七条 司法行政机关依法建立司法鉴定人诚信档案,对司法鉴定人进行诚信等级评

估。评估结果向社会公开。

第六章 法律责任

第二十八条 未经登记的人员,从事已纳入本办法调整范围司法鉴定业务的,省级司法行政机关应当责令其停止司法鉴定活动,并处以违法所得一至三倍的罚款,罚款总额最高不得超过三万元。

第二十九条 司法鉴定人有下列情形之一的,由省级司法行政机关依法给予警告,并责令其改正:

- (一)同时在两个以上司法鉴定机构执业的;
- (二)超出登记的执业类别执业的;
- (三)私自接受司法鉴定委托的;
- (四)违反保密和回避规定的;
- (五)拒绝接受司法行政机关监督、检查或者向其提供虚假材料的;
- (六)法律、法规和规章规定的其他情形。

第三十条 司法鉴定人有下列情形之一的,由省级司法行政机关给予停止执业三个月以上一年以下的处罚;情节严重的,撤销登记;构成犯罪的,依法追究刑事责任:

- (一)因严重不负责任给当事人合法权益造成重大损失的;
- (二)具有本办法第二十九条规定的情形之一并造成严重后果的;
- (三)提供虚假证明文件或者采取其他欺诈手段,骗取登记的;
- (四)经人民法院依法通知,非法定事由拒绝出庭作证的;
- (五)故意做虚假鉴定的;
- (六)法律、法规规定的其他情形。

第三十一条 司法鉴定人在执业活动中,因故意或者重大过失行为给当事人造成损失的,其所在的司法鉴定机构依法承担赔偿责任后,可以向有过错行为的司法鉴定人追偿。

第三十二条 司法行政机关工作人员在管理工作中滥用职权、玩忽职守造成严重后果的,依法追究相应的法律责任。

第三十三条 司法鉴定人对司法行政机关的行政许可和行政处罚有异议的,可以依法申请行政复议。

第七章 附 则

第三十四条 本办法所称司法鉴定人不含《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第七条规定的鉴定机构中从事鉴定工作的鉴定人。

第三十五条 本办法自公布之日起施行。2000年8月14日公布的《司法鉴定人管理办法》(司法部令第63号)同时废止。

司法鉴定程序通则(试行)

(2001年8月31日司法部司发通(2001)092号)

自2002年6月1日起施行)

第一章 总 则

第一条 为规范面向社会服务的司法鉴定活动,保证司法鉴定质量,实现司法鉴定的科学、客观、独立、公正,保障司法与仲裁活动的顺利进行,制定本程序通则(以下简称通则)。

第二条 本通则适用于面向社会服务的司法鉴定机构从事的各类司法鉴定活动。

第三条 本通则所指的司法鉴定机构是指按照《司法鉴定机构登记管理办法》的规定,取得司法鉴定许可证,并通过年度检验的司法鉴定机构。

第四条 本通则所指的司法鉴定人是指按照《司法鉴定人管理办法》的规定,取得司法鉴定人执业证书,并经年度注册的司法鉴定人。

第五条 司法鉴定机构和司法鉴定人应当严格按照登记管理机关所核定的司法鉴定业务范围、执业类别开展鉴定业务,不得从事未经登记管理机关核定的司法鉴定事项。

第六条 司法鉴定机构和司法鉴定人开展司法鉴定活动应当遵守有关法律、法规、规章和本通则的规定。

第七条 司法鉴定机构和司法鉴定人从事司法鉴定活动应当接受国家、社会和当事人、委托人的监督。

第八条 司法鉴定机构和司法鉴定人从事司法鉴定活动受国家法律保护。任何组织和个人不得进行非法干涉。

第九条 司法鉴定应当采用现代科学技术。有国家或者行业标准的,应当采用国家或者行业标准。

第十条 与案件有关的公民、法人和其他组织应当向司法鉴定机构如实提供鉴定材料。

第十一条 司法鉴定实行回避、保密、时限和错鉴责任追究制度。

第二章 回 避

第十二条 司法鉴定人具有下列情形之一的,应当自行回避;不自行回避的,委托人、当事人及利害关系人有权要求其回避:

- (一)是本案的当事人,或者是当事人近亲属的;
- (二)本人或者其近亲属与本案有利害关系的;
- (三)担任过本案的证人、勘验人、辩护人、诉讼代理人的;

(四)与本案当事人有其他关系可能影响司法鉴定公正的。

第十三条 司法鉴定人本人提出回避的,由其所在的司法鉴定机构决定。委托人、当事人及利害关系人认为司法鉴定人应当回避的,向司法鉴定人所在的司法鉴定机构提出申请,由司法鉴定人所在的司法鉴定机构决定。司法鉴定机构决定不回避的,申请人可以申请复议或者撤销鉴定委托。

第三章 司法鉴定的委托与受理

第十四条 司法鉴定机构接受司法机关、仲裁案件当事人的司法鉴定委托。

在诉讼案件中,在当事人负有举证责任的情况下,司法鉴定机构也可以接受当事人的司法鉴定委托。当事人委托司法鉴定时一般通过律师事务所进行。

第十五条 司法鉴定机构接受鉴定委托,应当采取书面形式。委托书应当载明委托事项、鉴定要求以及简要案情,并提供全面、客观、真实的鉴定材料。

因提供的鉴定材料虚假或者不完全而出现的错鉴,由委托人负责。

第十六条 司法鉴定机构收到委托书后,应对委托人的委托事项进行审核。

对于符合受理条件的,能够即时决定受理的,司法鉴定机构应当与委托人签订《司法鉴定委托受理合同》;不能即时决定受理的,应当向委托人出具《司法鉴定委托材料收领单》,在收领委托材料之日起7日内对是否受理作出决定。决定受理的,与委托人签订《司法鉴定委托受理合同》。对于不符合受理条件的,决定不予受理的,应当退回鉴定材料并向委托人书面说明理由。

对于函件委托的,司法鉴定机构应当在收到函件之日起7日内作出是否受理的书面答复。

第十七条 有下列情形之一的,司法鉴定机构不得受理:

- (一)委托要求超出本司法鉴定机构的业务范围、技术条件和鉴定能力的;
- (二)送鉴的鉴定材料不具备鉴定条件的,或者与鉴定要求不符的;
- (三)其他不符合法律、法规、规章和本通则规定的。

第十八条 司法鉴定机构可以向委托人公开其司法鉴定人的基本情况,供委托人进行选择。

第十九条 司法鉴定机构依法向委托人收取鉴定费用。

第四章 司法鉴定的实施

第一节 初次鉴定

第二十条 司法鉴定机构接受委托后,由司法鉴定机构指定的司法鉴定人、或者由委托人申请并经司法鉴定机构同意的司法鉴定人完成委托事项。

第二十一条 同一司法鉴定事项应由两名以上司法鉴定人进行。第一司法鉴定人对鉴定结论承担主要责任,其他司法鉴定人承担次要责任。

第二十二条 司法鉴定结论应当由本机构内具有本专业高级技术职务任职资格的司法鉴定人复核。复核人对鉴定结论承担连带责任。

第二十三条 司法鉴定文书由本机构内主管业务的负责人或者由其指定代行其签发的人

员签发。

第二十四条 司法鉴定从受理之日起一般应当在15日内出具司法鉴定文书。如确需延长的,经向委托人说明理由,可延长至30日。复杂、疑难案件的鉴定时限确需延长的,经司法鉴定机构负责人批准,并征得委托人同意,可再适当延长。延长期不得超过60日。

法医精神病鉴定及司法会计鉴定的时限可适当延长,一般应在受理之日起60日内完成。鉴定过程中需要补充鉴定材料所需时间,不计入鉴定时限。

第二十五条 作妇科检查时,须由女性司法鉴定人进行。无女性司法鉴定人时,须有女性工作人员在场。

对未成年人的检查,应有监护人在场。

第二十六条 现场勘验、尸检时,应通知委托人到场,并在勘验、解剖记录上签名。如委托人不到场,不影响现场勘验和尸检的进行。

第二十七条 司法鉴定机构对复杂、疑难的技术问题或者对鉴定结论有重大分歧意见时,应当由司法鉴定机构主管业务负责人主持会鉴,或者在听取有关专家意见后再作出结论,不同意见应当如实记录在案。

第二十八条 对涉及多学科知识和技术手段的司法鉴定,司法鉴定机构可聘请有关专家协助鉴定。专家意见应当记录在案。

第二十九条 司法鉴定过程中应当妥善保管送检材料,并依鉴定程序逐项建立档案。鉴定时若需耗尽检材或者损坏原物的,应当商请委托人同意。

第三十条 在鉴定过程中,出现下列情形之一的,应当终止鉴定:

- (一)委托人要求终止鉴定的;
- (二)出现不可抗力致使鉴定无法继续进行的;
- (三)确需补充鉴定材料而无法补充的;
- (四)发现自身难以解决的技术问题的。

终止司法鉴定,应当退回有关鉴定材料,并向委托人说明理由。

第二节 补充鉴定、重新鉴定、复核鉴定

第三十一条 有下列情形之一的,司法鉴定机构可以接受委托,进行补充鉴定:

- (一)发现新的相关鉴定材料;
- (二)原鉴定项目有遗漏。

第三十二条 补充鉴定可以由原司法鉴定人进行,也可以由其他司法鉴定人进行。补充司法鉴定文书是原司法鉴定文书的组成部分。

第三十三条 有下列情形之一的,司法鉴定机构可以接受委托,进行重新鉴定:

- (一)司法鉴定机构、司法鉴定人超越司法鉴定业务范围或者执业类别进行鉴定的;
- (二)送鉴的材料虚假或者失实的;
- (三)原鉴定使用的标准、方法或者仪器设备不当,导致原鉴定结论不科学、不准确的;
- (四)原鉴定结论与其他证据有矛盾的;
- (五)原司法鉴定人应当回避而没有回避的;

(六)原司法鉴定人因过错出具错误鉴定结论的。

重新鉴定所提供的鉴定材料必须是与初次鉴定相同的鉴定材料;鉴定材料有异的鉴定,不是重新鉴定。除第一项应由其他司法鉴定机构进行重新鉴定外,其他各项重新鉴定可由原司法鉴定机构进行。

重新鉴定应当由原司法鉴定人以外的司法鉴定人进行。

第三十四条 对鉴定结论有异议需进行复核鉴定的,其他资质较高的司法鉴定机构可以接受委托,进行复核鉴定。

复核鉴定除需提交鉴定材料外,还应提交原司法鉴定文书。

第三十五条 复核鉴定人须有不低于原司法鉴定人的专业技术职务的任职资格。

第三十六条 补充鉴定、重新鉴定、复核鉴定的其他事项适用初次鉴定的规定。

第五章 司法鉴定文书的出具

第三十七条 司法鉴定机构在法定或者约定的鉴定期限内完成司法鉴定后,应当按时出具司法鉴定文书。

第三十八条 司法鉴定文书是鉴定过程和鉴定结果的书面表达形式(包括文字、数据、图表和照片等)。

司法鉴定文书分为司法鉴定书、司法鉴定检验报告书、司法鉴定文证审查意见书、司法鉴定咨询意见书等。

第三十九条 司法鉴定文书的制作应当规范、标准。

司法鉴定文书不得使用文言、方言和土语,不得涉及国家秘密,不得载有案件定性和确定当事人法律责任的内容。

司法鉴定文书应当载明受理日期、委托人、委托事由、鉴定要求、送鉴材料情况、检验或者检查过程、鉴定(检验)结论或者审查(咨询)意见、鉴定(检验、审查、咨询)人以及其他应当包括的内容。

鉴定(检验、审查、咨询)人应当在司法鉴定文书上签名并注明专业技术职称,对鉴定结论进行复核的司法鉴定人应当在司法鉴定文书上签名。司法鉴定文书经签发人签发后加盖司法鉴定机构司法鉴定专用章。

第四十条 司法鉴定文书正本一式三份,其中一份交委托人,两份由司法鉴定机构存档。

第四十一条 司法鉴定文书有下列情形之一的,委托人有权要求司法鉴定人重新制作司法鉴定文书:

- (一)非正式印刷的;
- (二)鉴定文书有表述错误的;
- (三)不符合委托书要求的;
- (四)有其他明显差错的。

第四十二条 司法鉴定文书有下列情形之一的,司法鉴定文书无效:

- (一)司法鉴定机构超越司法鉴定业务范围的;
- (二)行为人不具备司法鉴定人执业资格或者超越执业类别的;

(三)未加盖司法鉴定机构司法鉴定专用章或者无司法鉴定人签名的;

(四)法律、法规有其他规定的。

第六章 司法鉴定人的出庭

第四十三条 司法鉴定人应当按照司法机关或者仲裁机构的要求按时出庭。

第四十四条 司法鉴定人出庭时,应当出示《司法鉴定人执业证书》。

第四十五条 司法鉴定人出庭时,应依法客观、公正、实事求是地回答司法鉴定相关问题。

第七章 附 则

第四十六条 本通则是司法鉴定的一般规则,各专业鉴定有特殊规定的,从其规定。

第四十七条 本通则由司法部负责解释。

第四十八条 本通则自2002年6月1日起施行。

后 记

2002年2月,北京市律师协会医疗法律专业委员会(当时名称为“医疗纠纷专业委员会”)正式成立。近5年多来,专业委员会组织过一系列有关医疗纠纷的学术理论研讨会、律师实务操作讲座、内部经验交流会等活动。委员们通过相互交流,学到了许多宝贵的处理医疗纠纷案件的办案经验和体会。在2003年,即有委员提出能否将这些经验和体会汇集成册,介绍给更多的全国律师同行共享。该建议得到了其他委员的共同响应,出版书籍的想法开始出现。

2005年11月,在天津第五届中国律师论坛上,专业委员会主任陈志华律师、秘书长李心研律师偶然遇见了法律出版社的潘洪兴、杨扬编辑,向其介绍了专业委员会准备出书的想法。两位编辑对此非常感兴趣,约定回京后详议。2006年1月,潘编辑及杨编辑专程来到北京陈志华律师事务所,与陈志华律师、李心研律师就书的结构、内容及写作计划等进行了详细讨论。2月底,写作提纲完成并发给专业委员会委员征求意见,由各位委员自愿报名参加写作,提出其愿承担写作的章节。在此基础上,确定了各章内容的写作者。4月7日,召开了第一次撰稿人会议。在会上,再次对章节内容、写作要求等进行了讨论。尔后,本书的写作工作正式开始。7月初,本书的各章节写作陆续完成,并由陈志华律师进行统稿。8月20日,将本书初稿正式交付法律出版社进行审查和编辑。

9月底,在太原召开的第六届中国论坛上,陈志华律师、李心研律师与杨扬编辑再次不期而遇。谈及书稿时,杨扬编辑的评价是“书写得非常好,出乎我的意料,因为我以前不知道医疗纠纷律师业务如此复杂”。杨扬编辑对本书的评价同样出乎我们的意料,因为作者在完成本书写作后最大的感受就是遗憾。由于时间有限,平时工作又很忙,作者还有许多自己的感受没有完全表达出来,还有许多理论与实务问题需要进一步研究和探讨。然而,这种遗憾只得待本书修订时再加以弥补了。对此,敬请本书的读者加以谅解。

在本书的写作过程中,法律出版社的杨扬编辑给予了许多帮助和鼓励,使得本书的写作与出版任务顺利完成。另外,北京大学法学院孙东东教授在百忙之中,欣

然为本书作序；中华全国律师协会民法专业委员会朱树英主任、李晓斌秘书长积极向同行推荐本书；北京陈志华律师事务所欧阳梅、钱黎小姐协助校对书稿等。在此，作者对上述及所有关心本书的朋友一并表示最诚挚的谢意。

2006 年 12 月 15 日于北京

[G e n e r a l I n f o r m a t i o n]

书名= 医疗纠纷案例律师业务

S S 号= 1 1 8 7 5 5 5 3

封面
书名
版权
前言
目录

	第一篇 基础知识篇
第一章	医疗纠纷概述
第一节	医疗纠纷相关概念
	一、医疗行为
	二、医疗纠纷
	三、医疗事故
	四、医疗侵权
第二节	医患法律关系概述
	一、医疗合同关系
	二、无因管理关系
	三、强制诊疗关系
第三节	国内医疗纠纷现状
	一、医疗纠纷的成因
	二、减少医疗纠纷之策
第四节	国外医疗纠纷现状
	一、美国医疗损害赔偿法律制度窘境
	二、美国医疗损害赔偿立法例概述
	三、美国的专家过失标准
	四、德国与日本的立法例
第二章	医疗纠纷案件律师实务基础第一节 医患双方的权利和义务
	一、患者的权利
	二、患者的义务
	三、医疗机构和医务人员的权利
	四、医疗机构和医疗人员的义务
第二节	医疗纠纷解决机制及其存在的问题
	一、医疗纠纷案件的特点
	二、医疗纠纷解决机制
	三、我国目前医疗纠纷处理现状
	四、对患方非理性维权行为的评价
	五、医疗纠纷解决机制的完善
第三节	律师与和谐医患关系的构建
	一、律师与社会正义的实现
	二、律师与医患双方利益的均衡
	三、律师与医方医疗行为的规范
	四、律师与患方理性解决争议
	五、律师与非诉法律咨询服务
	六、律师与医疗纠纷案件代理
	第二篇 非诉业务篇
第三章	医疗纠纷案件的律师咨询第一节 稳定情绪与说服解释
	一、医疗纠纷的负面效应
	二、律师法律咨询的作用
	三、律师法律咨询的技巧
	四、律师咨询应掌握的原则
第二节	医学判断与法律判断
	一、医疗行为的医学判断
	二、医疗行为的法律判断

第三节	病历资料的复印与封存	
	一、客观性病历资料的复印	
	二、主观性病历资料的封存	
	三、代理律师应注意的问题	
第四节	现场实物封存	
	一、现场实物的概念	
	二、现场实物封存措施	
第五节	尸检及其法律意义	
	一、尸检的概念	
	二、尸检相关法律规定	
	三、尸检的法律意义	
	四、尸检存在的问题	
第四章	医疗纠纷案件的非诉代理第一节	代理当事人进行和解
	一、和解的基本原则	
	二、和解协议书参考格式及说明	
	三、和解协议书制作实例	
	第二节	代理当事人出席鉴定会
	一、详细了解案情	
	二、全面收集材料	
	三、精心准备材料	
	四、起草陈述意见	
	五、代理参加鉴定会	
	第三节	出具法律意见书
	第三篇	诉讼业务篇
第五章	医疗纠纷案件的诉讼准备第一节	医疗纠纷案件受理前审查
	一、利益冲突调查与说明	
	二、受理前诉讼风险告知	
	三、起诉前诉讼时效审查	
第二节	诉讼当事人的确定	
	一、患方如何确定原告	
	二、患方如何确定被告	
	三、医方如何确定被告	
第三节	医疗纠纷诉讼的案由选择	
	一、医疗纠纷诉讼的案由种类	
	二、医疗纠纷诉讼案由的选择	
	三、医疗违约之诉与医疗侵权之诉	
第四节	起诉前诉讼证据的准备	
	一、医疗纠纷诉讼证据准备要点	
	二、医疗侵权诉讼证据准备	
	三、医疗违约诉讼的证据准备	
第五节	诉讼请求及标的额计算	
	一、诉讼请求的提出	
	二、诉讼标的额计算	
	三、诉讼请求的变更	
第六章	医疗纠纷案件的举证责任第一节	证据及举证责任分配
	一、证据的概念	
	二、证据的种类	
	三、举证责任及分配原则	
第二节	医疗侵权诉讼举证责任分配	
	一、法律规定及法理依据	
	二、患方的举证责任	

	三、医方的举证责任	
	四、举证期限及逾期举证后果	
第三节	医疗违约诉讼举证责任分配	
	一、侵权责任与违约责任的竞合	
	二、患方的举证责任	
	三、医方的举证责任	
第四节	病历及其证明效力	
	一、病历的概念和形式	
	二、病历的分类	
	三、病历的证明效力	
	四、病历证明效力的有限性	
	五、病历复印、封存与质证	
第五节	教科书、医学文献的证明效力	
第七章	医疗纠纷案件的技术鉴定第一节 医疗事故技术鉴定与司法鉴定	
	一、医疗事故技术鉴定	
	二、医疗纠纷司法鉴定	
第二节	医疗事故技术鉴定程序	
	一、鉴定程序的启动方式	
	二、鉴定申请的受理	
	三、鉴定专家库与专家抽取	
	四、鉴定专家回避制度	
	五、鉴定材料的提交	
	六、鉴定费的承担原则	
	七、鉴定中的审查和调查	
	八、鉴定组成立及召开鉴定会	
	九、鉴定的依据、目的和原则	
	十、鉴定书的制作及规范	
第三节	鉴定结论的法庭质证	
	一、鉴定结论的形式要件	
	二、鉴定结论审查与重新鉴定	
	三、鉴定人出庭接受质询	
	四、鉴定结论交叉询问技巧	
第八章	医疗纠纷案件的法律适用第一节 我国医疗纠纷处理制度的历史沿革	
	一、我国医疗纠纷处理的发展阶段	
	二、《医疗事故处理办法》实施阶段	
	三、《医疗事故处理条例》实施阶段	
	四、法律规范冲突与法律适用“二元化”	
第二节	医疗侵权的归责原则	
	一、民事责任与归责原则	
	二、医疗侵权的归责原则	
	三、司法实践常见的问题	
第三节	医疗侵权责任构成要件	
	一、损害事实	
	二、医疗过错	
	三、因果关系	
第九章	医疗损害赔偿及计算方法第一节 医疗损害赔偿概述	
	一、损害赔偿的概念	
	二、损害赔偿的法律特征	
	三、损害赔偿的基本原则	
	四、医疗损害赔偿特点和原则	
	五、美国医疗损害制度简介	

第二节	依《条例》确定的赔偿项目
	一、《条例》的相关规定
	二、《条例》规定的赔偿项目
第三节	依《解释》确定的赔偿项目
	一、《民法通则》的相关规定
	二、《解释》的相关规定
第四节	具体赔偿项目及计算方法
	一、《条例》和《解释》的共有赔偿项目
	二、《条例》和《解释》的特有赔偿项目
第五节	几种特殊损害后果的赔偿项目计算
	一、胎死宫中如何计算损失？
	二、延误治疗或误诊但不是损害后果直接原因，如何计算损失？
	三、特教费是否应当赔偿？
第十章	医疗侵权的抗辩事由第一节 民事侵权抗辩事由概述
	一、职务授权行为
	二、正当防卫
	三、紧急避险
	四、当事人同意
	五、自助
	六、受害人过错
	七、第三人过错
	八、不可抗力
	九、意外事件
第二节	并发症的归责与免责
	一、并发症的概念
	二、并发症的特点
	三、并发症的归责与免责
	四、医疗意外的归责与免责
第三节	手术同意书的法律效力
	一、患者同意手术的授权意思表示
	二、医生履行告知义务的书面证明
	三、手术同意书不具有免责的效力
	四、手术同意书应由患者本人签署
	五、变更手术内容或方式应征得同意
第四节	医疗机构其他抗辩事由
	一、患者的过错
	二、第三人过错
	第四篇 业务提高篇
第十一章	特殊类型的医疗纠纷案件第一节 非法行医相关医疗纠纷
	一、非法行医罪的法律适用
	二、对非法行医的行政管理
	三、非法行医案的民事诉讼
第二节	输血感染相关医疗纠纷
	一、血液的法律属性
	二、输血致患者感染的归责原则
	三、输血感染案件举证责任分配
第三节	医疗器械相关医疗纠纷
	一、相关案情简介
	二、律师代理过程
	三、法院审判结果
	四、医院经验教训

第四节 药物不良反应医疗纠纷

- 一、药品不良反应的概念
- 二、药品不良反应与其他药物纠纷的区别
- 三、药品不良反应法律责任及免责事由
- 四、药品不良反应的应付策略

第五节 预防接种不良反应相关医疗纠纷

- 一、预防接种的法律关系
- 二、预防接种不良反应的概念
- 三、预防接种不良反应的救济

第六节 强制医疗相关医疗纠纷

- 一、强制医疗法律关系的概念
- 二、强制医疗法律关系的性质
- 三、强制医疗法律关系的主体
- 四、强制医疗的法律救济机制

第十二章 知情同意医疗纠纷案件律师实务第一节 侵害患者知情权案件及其类型

- 一、我国涉及患者知情同意权案件
- 二、美国涉及患者知情同意权案件

第二节 侵害患者知情权的法律分析

- 一、患者知情权是一项独立的人格权
- 二、患者的知情权、选择权和自决权

第三节 侵害患者知情权的侵权责任构成要件

- 一、行为违法
- 二、损害事实
- 三、因果关系
- 四、主观过错

第四节 侵害患者知情权的法律责任

- 一、侵害患者知情权的民事责任
- 二、侵害患者知情权的行政和刑事责任

第五节 中外典型知情同意案例分析

- 案例一 陈某某诉上海某医院侵害知情权案
- 案例二 秦某某诉镇江某医院侵害知情权案
- 案例三 张某某诉泉州某医院侵害知情权案
- 案例四 冷某诉镇江某医院医疗损害赔偿案
- 案例五 陈某诉上海某医院未告知导致误诊案
- 案例六 郁某诉楚州某医院侵害知情权案
- 案例七 摩尔诉韦伯医生未经同意拔牙案
- 案例八 坎特伯雷诉思朋斯医生、华盛顿中心医院案
- 案例九 杜鲁门诉托马斯医生医疗过失案

附录 医疗纠纷案件常用法律规范性文件医疗事故处理条例（2002年9月1日起施行）

医疗事故技术鉴定暂行办法（2002年9月1日起施行）

医疗事故分级标准（试行）（2002年9月1日起施行）

医疗事故争议中尸检机构及专业技术人员资格认定办法（2002年8月2日起实施）

医疗事故技术鉴定专家库学科专业组名录（试行）（2002年9月1日起施行）

医疗机构病历管理规定（2002年9月1日起施行）

病历书写基本规范（试行）（2002年9月1日起施行）

重大医疗过失行为和医疗事故报告制度的规定（2002年9月1日起施行）

卫生部关于对浙江省卫生厅在执行《医疗事故处理条例》过程中有关问题的批复（2004年3月8日）

卫生部关于如何认定不配合医疗事故技术鉴定方责任的批复（2004年6月25日）

卫生部关于医疗机构不配合医疗事故技术鉴定所应承担的责任的批复（2005年1月21日）

国务院法制办公室对《卫生部关于〈医疗事故处理条例〉第六十条有关问题的函》的答复（2004年3月22日）

卫生部关于对执业医师行医有关问题的批复（2005年4月7日）

卫生部关于取得医师资格但未经执业注册的人员开展医师执业活动有关问题的批复（2004年6月4日）

卫生部关于医学生毕业后暂未取得医师资格从事诊疗活动有关问题的批复（2005年9月5日）

医师外出会诊管理暂行规定（2005年7月1日起施行）

最高人民法院关于参照《医疗事故处理条例》审理医疗纠纷民事案件的通知（2003年1月6日）

最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释（2004年5月1日起施行）

最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释（2001年3月10日起施行）

最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2002年4月1日起施行）

最高人民法院民一庭负责人就审理医疗纠纷案件的法律适用问题答记者问（2004年4月12日）

北京市高级人民法院关于审理医疗损害赔偿纠纷案件若干问题的意见（试行）（2005年7月13日）

上海市高级人民法院医疗过失赔偿纠纷案件办案指南（2005年9月20日）

上海市高级人民法院、上海市医学会关于人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定的若干问题的意见（2004年9月17日）

上海市高级人民法院关于人民法院委托医学会进行医疗纠纷司法鉴定若干问题的补充意见（2004年9月17日）

重庆市高级人民法院审理医疗损害赔偿案件若干问题的意见（试行）（2004年2月19日）

山西省高级人民法院 山西省医学会关于医疗事故技术鉴定委托鉴定与受理等问题的若干意见（2003年7月）

安徽省高级人民法院《关于审理医疗赔偿纠纷民事案件的若干意见》（试行）（2003年12月31日）

河南省高级人民法院（民事审判第一庭）关于当前民事审判若干问题的指导意见（摘录）（2003年11月）

全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定（2005年10月1日起施行）

司法鉴定机构登记管理办法（2005年9月30日起施行）

司法鉴定人登记管理办法（2005年9月30日起施行）

司法鉴定程序通则（试行）（2002年6月1日起施行）

后记