

司 法 鉴 定 研 究 文 丛

华东政法大学主办

杜志淳 主编



15

医疗损害司法鉴定 质量控制研究

张纯兵/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

41
中央财政支持地方高校发展专项资金项目《司法鉴定重点学科建设》项目资助
上海地方本科院校“十二五”内涵建设项目“高水平特色法学学科建设与

上海市教委

: J51102)

司 法

丛 书

华东政法大学主办
杜志淳 主编



15

医疗损害司法鉴定 质量控制研究

张纯兵/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

医疗损害司法鉴定质量控制研究 / 张纯兵著. —北京: 法律出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0291 - 5

I. ①医… II. ①张… III. ①医疗事故—司法鉴定—质量控制—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 280918 号

医疗损害司法鉴定质量控制研究

张纯兵 著

编辑统筹 财经出版分社
策划编辑 沈小英 吴 镝
责任编辑 吴 镝
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 24.5

字数 428 千

版本 2016 年 12 月第 1 版

印次 2016 年 12 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0291 - 5

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

医疗损害的认定涉及医学科学技术的专门性问题,且这类案件的争议事实超出了具有一般知识或普通经验者的认识或判断能力,在长期的实践发展中,我国存在医疗事故技术鉴定、医疗损害司法鉴定等不同处置模式。随着不同处置模式利弊的明晰化,以及《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)的实施,我国医疗侵权损害赔偿案件中,鉴定“二元化”机制已不具备法律基础,现已初步形成的统一的医疗损害司法鉴定模式也正逐渐被社会各界所认同。

鉴定意见作为法定证据形式之一,必须具备证据的证据能力和证明力,医疗损害司法鉴定质量是其具有证据能力和证明力的内在保障。医疗损害司法鉴定作为鉴定实务,其鉴定质量的保障必须依靠相对完善的质量控制理论来指导。司法鉴定意见作为科学证据,技术方法的有效性和可靠性是鉴定意见客观性、科学性的重要保障。由于保障医疗损害司法鉴定意见科学性的规范不完善,严重损害了鉴定意见的客观性,并降低了鉴定意见的证据效力,使鉴定意见证据在诉讼中的公信力有所不足。虽然鉴定意见的科学性应该受到推崇,但也不能对司法鉴定的科学性不加辨析地盲目信任,客观对待鉴定意见,正确审查和运用鉴定意见,必须建立医疗损害司法鉴定质量控制体系,为鉴定意见的审查提供客观依据,从鉴定意见的内在形成机制上建立切实可行的质量控制体系势在必行。

本书从我国医疗损害司法鉴定的现状出发,对当前医疗损害司法鉴定存在的问题,如医疗损害司法鉴定的法律规范尚不健全、医疗损害司法鉴定主体的管理体制尚不完善、保障医疗损害司法鉴定科学性的技术规范欠明确等进行全面分析,从而完善医疗损害司法鉴定质量控制理论,初步构建医疗损害司法鉴定质量控制体系,建立有利于医疗损害司法鉴定质量控制的理论体系,在鉴定实务中对操作规范和技术规范的运用提供指引,为医疗侵权损害案件司法审判提供科学依据,更好地正确处理医疗侵权损害赔偿纠纷案件,保障医患双方的合法权益、促进医疗卫生事业健康发展及司法公正。

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 研究背景及研究意义	(1)
一、研究背景	(1)
二、研究目的及意义	(3)
第二节 国内外文献综述	(5)
一、国外文献研究综述	(5)
二、国内文献研究综述	(7)
第三节 主要研究内容	(14)
一、医疗损害司法鉴定现状及存在的问题	(14)
二、医疗损害司法鉴定质量影响因素及控制理论	(15)
三、医疗损害司法鉴定质量控制的途径和方法	(15)
第二章 医疗损害司法鉴定及存在的问题	(17)
第一节 医疗损害司法鉴定历史变迁及特性	(17)
一、医疗损害的界定	(17)
二、医疗损害司法鉴定的界定	(19)
三、医疗损害司法鉴定的历史变迁及法律基础	(21)
四、医疗损害司法鉴定的特性	(23)
第二节 我国医疗损害司法鉴定的现状及存在的问题	(25)
一、我国医疗损害司法鉴定的现状	(25)
二、我国医疗损害司法鉴定存在的问题	(28)
第三节 域外相关国家医疗损害处置机制对比分析	(32)
一、英美法系相关国家的医疗损害处置机制	(32)
二、大陆法系相关国家的医疗损害处置机制	(33)
三、两大法系相关国家医疗损害处置机制利弊分析	(33)
第三章 医疗损害司法鉴定质量的影响因素及控制途径	(35)
第一节 医疗损害司法鉴定质量控制的必要性	(35)
一、满足法律对医疗损害司法鉴定意见证据要求的需要	(35)
二、医疗损害司法鉴定意见主观性合理规避的需要	(35)

2 医疗损害司法鉴定质量控制研究

三、规范医疗损害司法鉴定执业活动的需要	(36)
四、医疗损害司法鉴定质量持续提高的需要	(36)
五、医疗损害司法鉴定质量控制理论系统研究的需要	(37)
第二节 司法鉴定质量影响因素	(38)
一、质量控制相关概念	(38)
二、司法鉴定质量影响因素分析	(40)
第三节 医疗损害司法鉴定质量的影响因素	(44)
一、鉴定机构的中立性	(44)
二、鉴定主体的独立性	(45)
三、鉴定方法的科学性	(46)
四、鉴定能力的适宜性	(49)
五、鉴定活动的规范性	(50)
第四节 医疗损害司法鉴定质量控制的主要途径	(51)
一、健全司法鉴定管理制度	(51)
二、鉴定技术规范完善	(52)
三、参与司法鉴定能力验证	(53)
四、通过实验室认可和鉴定机构资质认定	(54)
五、健全司法鉴定意见审查采信制度	(55)
第四章 医疗损害司法鉴定管理体系的完善	(57)
第一节 健全医疗损害司法鉴定管理制度	(57)
一、域外相关国家医疗损害司法鉴定管理制度评析	(57)
二、我国医疗损害司法鉴定管理制度现状	(60)
三、医疗损害司法鉴定管理制度的借鉴与完善	(61)
第二节 设置专门医疗损害司法鉴定机构	(63)
一、医疗损害司法鉴定机构中立性的保障	(63)
二、医疗损害司法鉴定机构逐利性的控制	(64)
三、医疗损害司法鉴定机构的选任规则	(67)
第三节 医疗损害司法鉴定人的选任规则	(69)
一、医疗损害司法鉴定人准入条件	(69)
二、医疗损害司法鉴定人技术能力考核评价制度的确立	(69)
三、医疗损害司法鉴定人退出制度的确立	(71)
四、医疗损害司法鉴定人权利义务的规范	(74)
第四节 医疗损害司法鉴定程序设计	(76)

一、医疗损害司法鉴定受理过程的控制	(76)
二、医疗损害司法鉴定实施过程的控制	(78)
第五章 医疗损害司法鉴定技术规范完善	(81)
第一节 医疗损害司法鉴定技术规范的功能与作用	(82)
一、在医疗损害司法鉴定中进行定性评判	(82)
二、在医疗损害司法鉴定中进行定量判定	(84)
三、为医疗损害司法鉴定意见的科学性提供保障	(85)
四、技术规范的完善是鉴定质量控制的有效途径	(87)
第二节 医疗过失判定规则及注意的问题	(88)
一、医疗过失的界定	(88)
二、医疗过失的判定标准	(89)
三、评判医疗过失需考虑的因素	(109)
第三节 损害后果判定规则及完善建议	(122)
一、对损害后果的再认识	(122)
二、损害后果判定规则的完善	(124)
第四节 因果关系分析及参与度判定规则	(133)
一、因果关系分析的理论基础	(133)
二、法医学因果关系分析基本理论及其局限性	(136)
三、因果关系分析与参与度判定的关系	(139)
四、因果关系分析及参与度判定中的问题	(140)
五、因果关系及参与度判定规则的完善	(143)
第六章 医疗损害司法鉴定质量外部控制机制的健全	(150)
第一节 司法鉴定机构认证认可	(150)
一、认证认可制度概述	(150)
二、医疗损害司法鉴定机构认可的法律依据	(151)
三、医疗损害司法鉴定机构认可的必要性	(151)
四、医疗损害司法鉴定机构质量管理体系的建立	(153)
五、医疗损害司法鉴定质量管理体系的运行	(154)
六、医疗损害司法鉴定质量管理体系的持续改进	(156)
第二节 医疗损害司法鉴定机构参与能力验证	(157)
一、医疗损害司法鉴定能力验证的方案类型	(157)
二、医疗损害司法鉴定能力验证方案设计	(157)
三、医疗损害司法鉴定机构能力验证的意义	(158)

4 医疗损害司法鉴定质量控制研究

第三节 医疗损害司法鉴定意见审查与应用的完善	(159)
一、医疗损害司法鉴定意见的证据性质	(159)
二、医疗损害司法鉴定意见与医疗事故技术鉴定结论的差异	(161)
三、医疗损害司法鉴定意见采信规范化	(164)
四、医疗损害司法鉴定意见的质证与认证	(169)
五、完善司法鉴定人出庭及专家辅助人制度	(174)
第七章 结 语	(186)
参考文献	(189)
附录一:《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》 释义	(193)
附录二:司法鉴定执业分类规定(试行)	(228)
附录三:司法鉴定程序通则	(231)
附录四:司法鉴定机构登记管理办法	(238)
附录五:司法鉴定人登记管理办法	(245)
附录六:人民法院对外委托司法鉴定管理规定	(251)
附录七:医疗事故处理条例	(253)
附录八:医疗事故分级标准(试行)	(264)
附录九:残疾程度评定参照标准对比	(274)
附录十:医疗损害司法鉴定技术指南	(312)
附录十一:医疗事故技术鉴定暂行办法	(345)
附录十二:人身损害护理依赖程度评定	(352)
附录十三: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	(361)
附录十四: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	(367)
附录十五:最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	(369)
后 记	(381)

第一章 绪 论

第一节 研究背景及研究意义

一、研究背景

近年来,医患矛盾已成为社会主要矛盾之一,医疗损害民事赔偿纠纷在民事诉讼中所占比例呈逐渐上升趋势。但医疗损害的认定涉及医学科学技术的专门性问题,且这类案件的争议事实超出了具有一般知识或普通经验者的认识或判断能力,在长期的实践发展中,我国存在医疗事故技术鉴定、医疗损害司法鉴定等不同处置模式,随着不同处置模式利弊的明晰化,以及《侵权责任法》的实施,表明我国医疗损害赔偿案件中,鉴定“二元化”机制已不具备法律基础,现已初步形成了医疗损害司法鉴定的统一模式,这一模式也正逐渐被社会各界所认同。而鉴定意见作为法定证据之一,必须具备证据的证据能力和证明力,医疗损害司法鉴定质量是其具有证据能力和证明力内在保障。因此,医疗损害司法鉴定质量保障也成为近年来讨论的一个热点问题,但有关问题的研究绝大多数着重于鉴定体制的批评与设计、鉴定程序的合法性等,而从司法鉴定管理、实施程序、鉴定方法、技术标准、鉴定意见审查等角度,进行医疗损害司法鉴定质量控制的研究尚且不多,针对医疗损害司法鉴定的科学性、客观性、合法性,进行质量控制的研究则更少。现实中,医疗损害司法鉴定还存在很多问题。

(一) 医疗损害司法鉴定程序欠完善,难以完全适应现实需要

针对司法鉴定,我国已制定了相应的法律法规,明确了鉴定的程序问题,但医疗损害司法鉴定尚且不能完全满足现实需要,在鉴定的申请、决定、委托、受理、实施、鉴定意见出具等程序问题上还存在一些欠完善之处,这对医疗损害司法鉴定的质量控制带来一定不利影响,有必要对医疗损害司法鉴定从程序上加以完善,以保障鉴定质量的持续改进,促进司法鉴定公信力的提高,加强鉴定意见证据的效能。^{〔1〕}

〔1〕 杨媚:“医疗鉴定制度研究——以‘于某与某医院医疗损害赔偿纠纷’为例”,中南大学2011年硕士学位论文。

2 医疗损害司法鉴定质量控制研究

(二) 医疗损害司法鉴定主体的管理制度尚不完善

我国已存在针对鉴定机构和鉴定人进行管理的法律、法规,但在鉴定机构和鉴定人的准入、考核评价、能力培训、退出等制度的规定上还不完善。虽然《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》(以下简称《决定》)明确了鉴定机构和鉴定人的准入条件,但对医疗损害司法鉴定而言,该准入标准明显低于现实需要;虽有一些培训机制,但执行中还存在诸多问题;鉴定质量评价及鉴定主体的退出机制尚且缺乏,难以满足定期培训、能力持续提高、鉴定质量持续改进的客观要求。因此,为保障医疗损害司法鉴定质量,并对鉴定质量进行有效控制,亟需统一鉴定主体的准入标准,完善培训机制及评价考核机制,制定明确的退出机制,以促进鉴定质量持续改进。

(三) 医疗损害司法鉴定技术规范欠明确,科学性难以完全保障

医疗损害民事赔偿案件中,法官对高度专业化的医学科学知识无法直接做出认定。很多情况下,必须借助于该领域具有专门知识和技能的鉴定人参与诉讼活动,并形成鉴定意见。在鉴定意见的形成过程中,判断诊疗行为是否存在过错及过错程度、与损害后果的因果关系等技术标准尚不系统明确,致使鉴定意见的科学性显现不足,存在鉴定争议大、重复鉴定多等问题。因此,有必要对医疗损害司法鉴定的技术标准加以明确,以促进鉴定科学性的提高,使鉴定质量得以改进。

(四) 鉴定意见审查机制欠完善,不能有效促进鉴定质量的持续改进。

鉴定意见作为法定证据形式之一,与其他证据相比,其证明力并没有高低之分。鉴定意见也并非天然的诉讼证据,须经过法定程序审查质证后才能作为判案的依据。司法实践中,在技术层面上保障鉴定意见的证明力及证据能力成为司法鉴定的首要任务,而鉴定质量是司法鉴定的生命,质量控制是质量保障的有效途径,鉴定质量的持续改进对保障鉴定意见证据的证明力和证据能力具有决定性意义。针对鉴定意见的审查,我国虽然规定了鉴定人出庭制度,而鉴定人出庭率尚很低。出庭质证时,由于缺乏明确的专家辅助人制度,没有相关专业人员的参与,只能从程序上针对程序合法性等问题进行质证,不能针对出具鉴定意见的科学理论基础、鉴定的方法等有关科学性的实质问题进行质证,鉴定意见的科学性、客观性等难以准确把握。因此,对鉴定意见的审查运用,鉴定人出庭制度与专家辅助人制度的结合就有了客观要求,并能反向促进司法鉴定质量的提高和持续改进。

(五) 从鉴定意见内在形成机制对鉴定质量进行控制的理论研究缺乏

目前,关于医疗损害的研究大多注重于医疗损害处置机制的构建,对医疗损害司法鉴定质量控制的研究尚欠缺。司法鉴定意见作为科学证据,科学的有效性和可靠性是鉴定意见客观性的必要条件。我国目前缺乏对司法鉴定质量进行控

制并保障鉴定意见科学性的规范,从而严重损害了鉴定意见的客观性,并降低了鉴定意见的证据效能,这使鉴定意见证据在诉讼中的公信力有所不足。在认定鉴定意见科学性标准方面,还存在一些欠缺,无法满足医疗损害司法鉴定质量控制和持续改进的需要。虽然鉴定意见的科学性应该受到推崇,但也不能对司法鉴定的科学性不加辨析地盲目信任,客观对待鉴定意见,正确审查和运用鉴定意见,必须从鉴定意见的内在形成机理上建立切实可行的质量控制体系,保障鉴定质量,并为鉴定意见的审查提供客观依据。

二、研究目的及意义

近年来,医患矛盾已成为社会主要矛盾之一,医疗损害民事赔偿纠纷在民事诉讼中所占比例呈逐年上升趋势。目前,我国以医疗事故技术鉴定作为调解、审判医疗侵权损害民事赔偿纠纷的主要依据。而随着法制建设的不断完善,特别是《侵权责任法》实施以来,医疗损害司法鉴定意见逐渐成为处理医疗纠纷的重要依据,且已被社会各界所认同。^{〔1〕}司法鉴定意见作为法定证据之一,必须具备证据的证据能力和证明力。因此,医疗损害司法鉴定质量控制成为研究讨论的一个热点问题。医疗损害司法鉴定质量控制有关问题的研究大多着重于鉴定体制与鉴定程序问题。结合司法鉴定机构认证认可和能力验证,从影响医疗损害司法鉴定质量的外部 and 内部因素对鉴定质量进行控制的研究尚且不多。为此,本书从影响医疗损害司法鉴定质量的外部 and 内部因素角度,对医疗损害司法鉴定质量控制理论及实施规则进行研究,主要具有以下目的和意义。

(一) 丰富医疗损害司法鉴定理论

医疗损害司法鉴定作为法医类司法鉴定的主要内容之一,也是医疗损害民事赔偿案件中涉及的技术问题的有效处置方式,人们的研究大多侧重于程序合法性方面。对医疗损害司法鉴定质量进行控制、保障鉴定意见科学性标准的规范方面,还存在一些欠缺,无法满足医疗损害司法鉴定质量控制和持续改进的需要。随着鉴定意见采信制度的完善,法律对鉴定意见证据的采信标准日趋严格规范,而医疗损害司法鉴定质量控制是保障法律对鉴定意见证据要求的有效途径。为避免对鉴定意见的科学性盲目信任,客观对待鉴定意见,正确审查和运用鉴定意见,必须建立医疗损害司法鉴定质量控制体系,保障鉴定质量,并为鉴定意见质量的审查提供客观依据,并从鉴定意见的内在形成机理上建立切实可行的质量控制理论体系。对医疗损害司法鉴定质量控制进行系统研究,有利于建立医疗损害司法鉴定质量控制的理论体系,丰富医疗损害司法鉴定理论。本书尝试从司法鉴定

〔1〕 官健:“医疗纠纷鉴定体制的反思与重建”,西南政法大学2010年硕士学位论文。

启动、受理、实施及鉴定意见出具的角度,结合鉴定意见证据科学性、客观性的要求,以及司法鉴定认证认可的质量控制要求,将鉴定意见作为诉讼证据的法律问题与鉴定意见生成的自然科学应用问题更好的融合,解决有关理论与实践问题。从医疗损害司法鉴定质量控制的角度,对医疗损害司法鉴定涉及的人、机、料、法、环等因素进行剖析,以独特的视角提出医疗损害司法鉴定质量控制之建议,试图构建更加科学、客观、公正的医疗损害司法鉴定质量控制理论体系,提高鉴定质量,促进医疗损害司法鉴定健康发展。

(二)为医疗损害司法鉴定实务规范化提供指引

目前医疗损害司法鉴定案件逐年递增,医患双方对医疗行为的认识存在较大差异,往往在鉴定听证过程中各执己见。当前医疗损害司法鉴定尚无明确的操作规范及鉴定标准,为保障医疗损害司法鉴定质量,需在形成相对完善的医疗损害司法鉴定质量控制理论的基础上,完善符合现实要求的鉴定实务规范,以保障鉴定程序的合法性、鉴定材料的客观性和鉴定意见出具的科学性。本书以质量控制的外部因素和内部因素为切入点,构建医疗损害司法鉴定质量控制理论体系,并在鉴定实务中对操作规范和技术标准的运用提供指引。

(三)为医疗侵权损害案件司法审判提供科学依据

鉴定意见作为法定证据形式之一,合法性、客观性和科学性是鉴定质量的重要内涵,而鉴定质量是鉴定意见具有足够证据能力和证明力的根本,质量控制是保障鉴定质量的有效途径,建立鉴定质量控制体系,保持鉴定质量的持续改进对保障鉴定意见证据的证明力和证据能力具有决定性意义。只有建立完善的医疗损害司法鉴定质量控制体系,保持鉴定质量的持续提高,才能保障鉴定意见证据的证据能力和证明力,为司法审判提供科学准确的依据,也更加有利于司法正确处理医疗侵权损害赔偿纠纷案件,以缓解医患矛盾、化解医疗纠纷、保障医患双方的合法权益、促进医疗卫生事业健康发展、实现司法公正。

(四)为医疗损害司法鉴定质量控制的进一步研究提供支持

医疗损害司法鉴定质量控制研究尚处于初始阶段,理论内容尚不完善,从内部和外部因素上对鉴定质量进行控制的具体实施规则也有待改进。如当前尚处于起步阶段的鉴定意见审查制度,主要涉及鉴定人出庭制度和专家辅助人制度。我国虽然规定了鉴定人出庭及专家辅助人制度,但鉴定人出庭率尚很低。由于缺乏完善的专家辅助人制度,没有相关专业人员的参与,鉴定人出庭时只能从程序上针对合法性等表象问题进行质证,不能针对出具鉴定意见的理论依据的科学性、鉴定的方法的准确性、技术标准的可靠性等实质问题进行质证,鉴定意见的科学性、客观性难以充分保障。鉴定人出庭及专家辅助人参与质证等鉴定意见审查

的有效途径,既可以在一定程度上保障司法鉴定意见证据的证据能力和证明力,也可以反向促进司法鉴定质量的提高和持续改进。从而使鉴定意见证据真正发挥其应有的证据功能,帮助司法人员准确发现客观真实和认定案件事实。因此,通过对上述问题的初步研究,确立质量控制的初步规则,可以为医疗损害司法鉴定质量控制的进一步研究提供支持。

(五)为医疗损害司法鉴定质量持续改进提供建议

合法性、科学性、客观性是鉴定意见的内在自身要求,鉴定质量是医疗损害司法鉴定合法性、科学性、客观性的具体体现,质量控制则是达到上述要求的必然途径。完善医疗损害司法鉴定程序,可以保障医疗损害司法鉴定的合法性;完善医疗损害司法鉴定主体的管理机制以及鉴定技术标准和鉴定意见审查机制,可以有效保障鉴定意见的科学性,而鉴定程序和鉴定内在形成机制的完善,可以保障鉴定意见的客观性。因此,探讨现存医疗损害司法鉴定质量控制的理论和实务问题,建立初步的医疗损害司法鉴定质量控制体系,可以对医疗损害司法鉴定质量持续改进提供积极可行的建议。^{〔1〕}

第二节 国内外文献综述

一、国外文献研究综述

(一)国外医疗损害司法鉴定质量控制研究成果综述

关于医疗过错认定,日本采用松仓丰治等人大力提倡的医疗水准说,以当时普遍实践的医疗水平为准,要求医师尽到万全之注意或最善之注意义务。^{〔2〕}目前,我国普遍接受把“医疗水准”作为判断医生注意能力之标准;韩国考虑医学水平、医师的裁量范围、设施状态、地域性、紧急性等多方面因素,来判断医师的最善注意或高度注意义务;英国采用“Bolam 测试标准”,医师的行为需要符合“负责任医护人员”的标准,或者说满足平均水平的“合理医师”的要求;法国的司法实践遵循“善良管理人”标准,作为医疗领域中大多数医生的行为标准;美国的判断标准是,在当时医疗水平下一般医师应具有的正常技术水准,即医疗常规标准,以及

〔1〕 宁聪:“论我国司法鉴定的监督”,西南政法大学2011年硕士学位论文。

〔2〕 [日]松仓丰治著:《怎样处理医疗纠纷》,郑严译,法律出版社1982年版。

合理谨慎的注意义务。^{〔1〕}

关于医疗水平的认定标准,19世纪80年代,为了保护偏远地区以及小城市的医务人员,美国实行地区标准。随着社会经济的发展和医疗事业的进步,美国逐渐通过判例的方式改采用全国统一标准。1968年马萨诸塞州高等法院在一项判决中认为,随着交通、通信的发展,医疗技术逐步标准化,城乡差别不再明显,医疗标准应当一致。这一观念被其他州广泛接纳,在认定医疗水平时逐步采用全国统一标准。事实上,目前各国普遍实行国家统一标准。

医疗过错行为参与度,即疾病参与度、损害参与度,是厘清医疗损害责任的关键。1969年日本的野村好弘提出应采用定量比例制的方法,来判断外因和损害之间的因果关系。1980年日本法医学教授渡边富雄提出了“事故寄与度”的概念,针对因果关系判断提出了具体的11项分类标准,即渡边标准。1990年吴军等在日本赔偿医学杂志上发表文章,提出按作用力大小比率100%、75%、50%、25%、0这五个等级标准确定因果关系赔偿比率的构想。到了1994年大阪大学若杉长英教授在上述两人研究的基础上提出了明确、具体的五级分类标准,即若杉标准,包括直接导致、主要导致、共同作用、诱发因素、与外因无关,确定外因在损害结果中的参与程度,这五级分类被人们广泛接受,目前我国基本采用了若杉标准。

两大法系对因果关系的认定,皆实行“两段论”,即首先确定事实上的因果关系,然后确定法律上的因果关系。就法律因果关系而论,英美侵权法采用“合理预见理论”,通过“蛋壳脑袋案”总结了“蛋壳脑袋规则”,即如果侵权行为人违反了通常注意义务,就应该承担相应的责任。大陆法系国家采用“相当性原则”,来判定法律因果关系,只要损伤行为人的行为增加了病人的危险,行为与后果之间就具有相当因果关系。

在专家证言的可靠性标准方面,美国1923年通过Frye v. United State案确立了“普遍接受”标准,作为判断科技证据可采性的标准。此后,Frye标准在实践和理论中的不足逐渐浮现,1993年美国最高法院裁定用Daubert标准代替Frye标准,即科学技术知识只要具有可靠性、合理性和相关性,则具有可采性。

(二)国外医疗损害司法鉴定质量控制研究评析

英美法系国家秉承当事人主义,实行专家证人制度,采取对抗制诉讼模式;大陆法系国家采取职权主义模式,实行鉴定人制度,鉴定人被称为“法官的助手”。

〔1〕〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(下),张新宝、焦美华译,法律出版社2001年版。

国外先进国家的法律体系较为完备,医疗损害司法鉴定方面的研究也起步较早,理论研究成果和具体案例判定被有效运用于司法实务中,构建了完善的司法鉴定质量控制体系。不同国家基于自己的鉴定实践,有着明确规范的鉴定制度、技术标准、操作流程,能够很好地控制医疗损害司法鉴定质量,鉴定结果能够让当事人信服,并没有出现明显的医闹现象以及虚假鉴定、重复鉴定现象。事实上我国一直在借鉴国外的医疗损害司法鉴定制度,从国外的理论研究和鉴定实践中汲取营养,改革和健全我国的医疗损害司法鉴定质量控制体系。总的来看,两大法系都有着成熟的司法鉴定体制,都采用同行评价的原则,严格管理鉴定机构及鉴定人,鉴定程序和鉴定技术严格规范,当然也都有着鉴定体制固有的缺陷。近年来,大陆法系和英美法系相互借鉴、交叉融合,在实践中不断完善,目的就是不断改进鉴定体系中的不足,提高医疗损害司法鉴定质量,有效保障当事人权利,充分确保司法公正。

二、国内文献研究综述

(一)国内医疗损害司法鉴定质量控制研究成果综述

2005年《决定》和2010年《侵权责任法》的出台,标志着我国医疗损害鉴定的发展,也成为我国医疗损害鉴定研究的两个分水岭,学者们深入研究医疗损害司法鉴定体制,结出了丰硕的成果。不少学者从医疗损害“二元化”鉴定体系入手,提出了很多真知灼见,如官健(2010)反思医疗纠纷“二元化”鉴定体系,提出二元归位论,即医疗事故技术鉴定回归行政管理、行业规范的职能,把医疗纠纷鉴定归于真正的司法鉴定,实现医疗纠纷鉴定一元化。在具体策略方面,设立独立的医疗纠纷司法鉴定业务,并建立鉴定人认证制度,完善鉴定程序、鉴定意见书,鉴定人按法官要求必须出庭作证,最终构建一种既对抗又制衡的医疗纠纷案件审理模式。^{〔1〕}朱烈宗(2011)分析比较医疗事故技术鉴定、医疗损害司法鉴定的不同和呈现的问题,提出了改革我国医疗损害鉴定制度体系的构想,就是把医疗损害技术鉴定界定为司法鉴定,建立规模化、集约化的医疗损害鉴定机构,明确鉴定人资格和责任,鉴定人出庭接受质证,引进专家辅助人制度,建设专业法官人才队伍,鉴定对象限于客观事实等。柳海梅(2012)分析我国医疗损害鉴定制度的现状及“二元化”制度存在的问题,建议将法医学鉴定机构、医学会合二为一,组建中立的医疗损害鉴定组织,同时统一鉴定人员的资格条件,加强鉴定材料真实性的审查,质证程序严格化,从严把握重新鉴定条件等。面对医疗损害鉴定双轨制所面临的困境,汪丽青(2012)认为应把医疗损害鉴定完全纳入司法鉴定管理体系,同

〔1〕 官健:“医疗纠纷鉴定体制的反思与重建”,西南政法大学2010年硕士学位论文。

时确定适格的鉴定主体、明确鉴定人的法律义务与责任、完善证据采信规则、确立异地鉴定制度、建立鉴定监督机制。杨小勇(2013)从《侵权责任法》实施以来的医疗损害法律实务入手,指出医疗损害司法鉴定已是必然趋势,但是目前专业性、权威性、公正性堪忧,为此必须改革和完善司法鉴定制度、鉴定程序,让鉴定机构和鉴定人各司其职、各负其责;可充分利用医学会的鉴定专家资源,赋予医学会医疗过错司法鉴定的资质,同时建立司法鉴定专家库制度,把医学会专家吸入司法鉴定队伍之中。^{〔1〕} 顾加栋、姜柏生(2014)针对现行鉴定制度的诸多缺陷,提出重构医疗损害鉴定制度,包括实行鉴定主体准入、鉴定人负责制,司法鉴定机构与医学会都可作为鉴定受托方,组建医疗损害鉴定专家库,推行医疗损害鉴定强制听证制度,完善鉴定人出庭制度、专家证人制度等。高硕(2014)从医疗损害鉴定的双轨制出发,分析了医疗损害鉴定中存在的问题,基于此,提出改革双轨制医疗损害鉴定模式,让两种鉴定模式各归其位,各司其职,在民事诉讼中排除医疗事故技术鉴定,让医疗损害司法鉴定充分发挥诉讼职能,并具体从改革临床专家见面会模式(听证会)、对鉴定人加强业务监督和管理、法官重视对鉴定意见的审查这几个方面论述了完善医疗损害鉴定的构想。^{〔2〕} 郭超群(2015)指出“二元化”的医疗损害鉴定模式已落后于当前的司法现实,医疗损害鉴定统一于司法鉴定是大势所趋,应把医疗损害鉴定纳入《侵权责任法》相关法律体系,由统一的法律来规范处理,实现医疗损害鉴定制度一元化。在此过程中,应有效利用医学会的鉴定资源,把医学会鉴定专家库纳入医疗损害鉴定专家库的体系设计之中。同时,必须重建医疗损害鉴定的价值论基础,以科学性、合法性为导向,实行鉴定程序改革,有效建立质证认证机制,补强医疗损害鉴定的证据能力。

在此基础上,还有一些学者把眼光放远到国外的医疗损害鉴定制度,如张叶青(2011)分析了我国医疗损害鉴定制度的“二元化”现状,比较英美法系、大陆法系医疗鉴定法律制度,思考完善我国医疗损害鉴定制度的途径,那就是应通过立法方式统一医疗损害鉴定制度:建立新的、统一的专家库和医疗损害鉴定机构,鉴定主体去行政化,保证鉴定主体的中立性;同时鉴定程序严格化,质证程序规范化,鉴定结论形式标准化等。^{〔3〕} 林静(2012)比较医疗事故技术鉴定、医疗损害司法鉴定的发展和存在的问题,借鉴英美法系的专家证人制度和大陆法系鉴定制

〔1〕 杨小勇:“法律实务视角下对医疗过错司法鉴定体制改革的思考”,载《医学与哲学》2013年第2期。

〔2〕 高硕:“对医疗损害鉴定存在的问题与完善的思考”,西南政法大学2014年硕士学位论文。

〔3〕 张叶青:“基于《侵权责任法》的医疗损害鉴定制度研究”,南京中医药大学2011年硕士学位论文。

度,建议尽快统一法规政策,完善现行医疗纠纷鉴定模式,建立新的医疗纠纷鉴定体制机制,建设国家级鉴定管理中心,下设各省市鉴定机构,同时加强鉴定队伍建设,健全鉴定人的准入和考核机制。刘晶晶(2012)分析“二元化”医疗鉴定模式存在的问题,以及国外医疗鉴定制度的经验借鉴,提出整合现有资源,设立独立于行政部门的鉴定机构,建立一元化的医疗损害鉴定制度;同时强化鉴定人的适格性,明确鉴定范围,设置具体评定标准,严格规定鉴定时间,规范鉴定文书格式,实行鉴定人出庭制度,完善鉴定人责任追究制度等。何琼(2012)分析医疗过错的认定及其障碍,借助具体案例,分析我国两种医疗损害鉴定制度的缺陷以及“二元化”弊端,并比较考察两大法系鉴定制度,提出打破目前双轨运行体制,把医疗损害鉴定定性为司法鉴定,构建统一的医疗损害鉴定体制,建立独立鉴定人名册制度,明确鉴定人责任,完善鉴定人回避制度,有序推行异地鉴定,健全鉴定意见的质证、认证和采信程序等。郑锋(2013)指出,在“二元化”医疗损害鉴定体制下,医疗损害技术鉴定缺乏形式正义,医疗损害司法鉴定缺乏实质正义,法官对医疗损害鉴定意见无力审核,生成了鉴定意见依赖症。对此的规制之道是借鉴日本医疗诉讼集中部模式,在医疗纠纷案件中推行集中管辖制度,以提高法官的证据评价能力;明确和规范启动、质证、审查、采信程序,确立错鉴追究制度,同时借鉴英美法系国家专家证人制度,推行专家辅助人制度。方瑞(2013)叙述了我国医疗损害鉴定制度的沿革,分析了“双轨制”格局下我国医疗损害鉴定制度的现状和存在的问题,从比较法角度考察了英美法系专家证人制度、大陆法系司法鉴定制度的特点及可借鉴之处,指出了完善我国医疗损害鉴定制度的具体措施,那就是以司法鉴定机构模式为核心,司法鉴定行政管理部门和医学会共同参与,建立独立的医疗损害鉴定机构,鉴定机构由各地司法行政机关管理,并且严格准入条件,加强业务培训,建立鉴定人员执业能力评估体系和科学统一的鉴定标准,同时完善医疗损害鉴定的程序、错鉴追究制度、鉴定意见的形式与内容等。^[1] 苗笛(2014)分析现行医疗纠纷鉴定“二元化”模式的成因及弊端,借鉴两大法系医疗纠纷鉴定模式的经验,提出统一我国医疗纠纷司法鉴定模式的路径,即设立专门的、独立的医疗鉴定机构,确定适格的鉴定主体,明确鉴定人的责任和义务,完善评定标准、鉴定意见的质证和审查程序。孙亭亭(2014)分析我国医疗损害鉴定体制的“二元化”现状与弊端,考查与评析国外相关制度,建议以《侵权责任法》为基础,出台相关的司法解释,构建一元化医疗损害鉴定模式。同时明确鉴定主体,优化鉴定程序,完善鉴定标准,建立鉴定材料审查制度、鉴定人错鉴追究制度,引入专

[1] 方瑞:“我国医疗损害鉴定制度的完善”,西南政法大学2013年硕士学位论文。