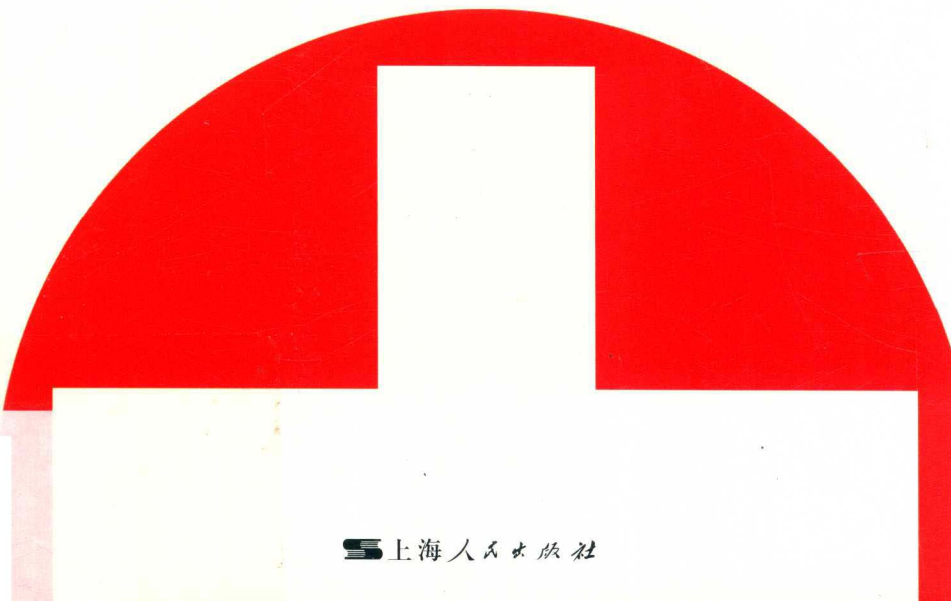


直击

医患纠纷

以医疗损害刑民两法衔接为视角

赖红梅◎著



上海人民出版社

直击 医患纠纷

以医疗损害刑民两法衔接为视角

赖红梅◎著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

直击医患纠纷:以医疗损害刑民两法衔接为视角/

赖红梅著. —上海:上海人民出版社,2019

ISBN 978-7-208-15726-2

I. ①直… II. ①赖… III. ①医疗事故-刑事犯罪-

刑法-研究-中国②医疗事故-民事纠纷-研究-中国

IV. ①D924.364②D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 031145 号

责任编辑 夏红梅

封面设计 零创意文化

直击医患纠纷

——以医疗损害刑民两法衔接为视角

赖红梅 著

出版 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号)

发行 上海人民出版社发行中心
印刷 上海商务联西印刷有限公司

开本 890×1240 1/32

印张 6.5

插页 2

字数 125,000

版次 2019 年 1 月第 1 版

印次 2019 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-15726-2/D·3381

定价 38.00 元

目 录

绪 论 - 1

第一章 医疗损害两法衔接的理论研究 - 9

第一节 医疗损害刑民法律责任衔接的提出及相关理论 - 9

第二节 医疗损害两法衔接的实践困境 - 17

第三节 完善两法衔接的实践价值 - 24

第四节 两法衔接的法理基础 - 28

第二章 两法衔接医疗过失行为认定研究 - 37

第一节 两法衔接医疗过失行为认定的概述 - 37

第二节 医疗过失刑法规制的必要性 - 52

第三节 医疗过失行为的刑民认定标准 - 60

第四节	医疗过失行为的刑民衔接	71
第三章	医疗损害两法衔接的损害事实研究	77
第一节	医疗损害事实的概述	77
第二节	医疗损害事实的实证研究	80
第三节	“严重损害就诊人身体健康”的认定	82
第四节	医疗损害事实的两法衔接	88
第四章	医疗损害两法衔接因果关系的研究	97
第一节	因果关系的概况	97
第二节	医疗损害刑民两法因果关系区分	109
第三节	医疗损害因果关系刑民中的衔接	115
第五章	医疗损害鉴定刑民衔接研究	123
第一节	医疗损害鉴定刑民两法现状	123
第二节	医疗损害鉴定两法衔接的困境	139
第三节	境外医疗损害鉴定两法衔接的考察	143
第四节	医疗损害鉴定两法衔接之思考	148
第六章	医疗损害两法衔接的立法研究	154
第一节	两法衔接立法现状分析	154
第二节	医疗损害刑民两法在立法上的不足	161

第三节 医疗损害两法衔接的立法完善 - 166

第七章 完善两法衔接的路径 - 175

第一节 两法衔接的原则适用 - 175

第二节 两法衔接的医疗过失行为认定 - 180

第三节 因果关系认定的两法衔接 - 183

第四节 医疗损害事实的两法衔接 - 186

第五节 两法衔接鉴定的认定 - 191

第六节 两法衔接的立法完善 - 193

参考文献 - 197

绪 论

一、选题缘由

医疗技术的进步是人类文明的璀璨标志，医学领域的蓬勃彰显了在医学伦理的支撑下，人类揭示自然规律、创造生命奇迹的伟大力量。以契约为基础的医患关系随社会分工的发展与制度的细化，日益呈现出复杂的关系态势：医患关系已由医院（从医者）与患者的单纯二元互动模式转向为医院、患者、仲裁机构、保险单位等多主体的多维互动机制。伴随社会保障机制的日臻完善，当代社会展开了横纵多维度的权益保护救济网。医患关系为权益保障网的重要一环，法律制度作为权益保障的核心形式，其自然引发了时代性的医疗科学与社会科学的交融，于是便出现了“当法律遇见医疗”。一方面，制度持续完善、人类维权意识攀升；另一方面，生命的未知、科学的奥秘、医疗制度与组织形态的复杂必然招致医疗领域中错误机会的增加，因此，不期而然却又安之若命的医疗关系、医患纠纷成为当代权益纠纷中异军突起的凶猛力量。有著名的经济学家预言，未来 20 年内，医患纠纷将成为中国社会面临的诸多挑战中最为关键的挑战之一。

将平等主体间的权益关系诉诸民法（侵权法）、刑法的制度规定以寻求保障与救济，是当代世界范围内的通行之策。关于医患关系，我国亦在刑法、侵权法及其他相关条例中分别予以规制。因此，如何通过部门法的理性操作，实现对医疗的谦抑规制、维护医疗消费者与医疗服务提供者之间的权利平衡，落实医疗领域中关于罪与非罪、罪与一般侵权、侵权与合法行为的制度与实践的科学区分，则是法律工作者在医疗领域内的任务核心。

现实中医疗纠纷大多是通过民事诉讼途径予以解决，其中不乏应当追究刑事责任的情况，但面对司法实践中出现的大量疑难问题，对医疗犯罪行为准确追究刑事责任仍然十分困难。国家对医疗刑事责任的相关规定“形同虚设”，呈现出“去刑化”与“除罪化”的倾向。对医疗犯罪的研究还十分薄弱，在司法实践中，由于医疗犯罪的罪名规定相当模糊、司法解释没有进一步跟进、理论与实务研究相对薄弱等原因，司法适用中的争议颇多，这也在一定程度上影响了医疗损害刑民两法衔接工作的有效开展。医疗损害两种责任之间不是简单的区分，它们之间存在一定的相互衔接的灰色地带，因此，对医疗损害的民事侵权责任与刑事责任衔接的研究，将会逐渐清晰医疗侵权与医疗犯罪之间的联系和区别，在立法和司法实践中使之更量化、明确化、规范化，有利于维护惩治力度，进一步规范医务人员的行为，保护广大患者的生命和健康，维护正常的社会医疗秩序，从而对促进社会的和谐发展和安定局面起到重要的

作用。

笔者作为上海市医学会专家库的法医类专家，华东政法大学法医临床的司法鉴定人，每年平均能参加全国和上海市几十起医疗伤害鉴定案件，追踪了一些疑难案件经司法鉴定后法院对鉴定意见书的采纳情况，及最终的判决情况。在整个过程中，笔者发现目前我国医疗损害从当事人申请到鉴定到最后的判决，在法律适用及司法实践方面确实存在一些问题。主要集中在以下几个方面：

（1）有案不移：医疗纠纷发生后，患者或其家属大多希望得到经济上的补偿，对是否追究当事人的刑事责任既缺乏法律意识，也缺乏强烈的愿望。此外，医疗机构也从维护医院的声誉和保护医务人员的角度出发，宁愿息事宁人。再者，有关医疗损害刑事责任在《刑法》中规定得过于简单，而且相关概念也缺乏相应的司法解释，不利于执法机关追究医疗事故罪的刑事责任。

（2）医学知识和法律判断跨度的困境：由于司法人员缺乏医学知识，法官在裁判中对鉴定书的依赖性过强，成为认定因果关系的重要依据，但鉴定意见书只是证据的一种，且需要质证。对于法律的评价须由法官来评判，否则“鉴定人”成为了“法官”。

（3）民刑定性标准缺失：在审判中有时性质较为相似的案例，不同的法院会判定不同的结果，有的法院认为是刑事案件、有的法院认为是民事案件，没有一个统一规范的定性标

准。比如笔者经历了这样两个案例，判例一：患者李某入院后，被告医院在未进行病理诊断的情况下，单凭病史及术中肿物大体表现，临床诊断为“小肠恶性肿瘤”，导致误诊，引发患者并发症死亡。经鉴定，被告在诊疗过程中存在严重违反医疗常规的误诊、误治行为，且与死亡结果存在直接的因果关系。法院认定被告人严重不负责任，且与死亡结果间存在直接因果关系，构成医疗事故侵权，被告承担民事赔偿责任。判例二：2010年9月2日，被告戴某因过失，将A型血错配给B型血的被害人，抢救无效，被害人死亡。经鉴定，被害人生前输入的异型血与死亡结果具有直接因果关系。经法院认定，被告人严重不负责任，造成被害人死亡，成立医疗事故罪。

在判例一与判例二中，法院均采用了鉴定结论所示的因果关系，对主观过失则均表述为严重不负责任。在相同的主观过错与事故参与度下，案件性质为何完全相反，笔者表示存疑。

司法实践中关于医疗事故的刑事、民事判决，缺乏主观过失说理、因果关系认定标准比较混乱、定性标准缺失等问题，这也是促使笔者进行研究的主要原因。为了了解更多的医疗损害的判例，笔者以中国法院网为检索媒介，以刑事文书作为检索类型，年份跨度以2009年至2013年为区间，以“医疗事故”作为检索关键词，获得有效刑事判决共计5例；同时以普通民事文书为检索类型，以“医疗事故”“医疗侵权”为检索关键字，搜索结果共计23551条民事判例。

通过这些实证的分析，笔者发现医疗损害刑事案件被告人

均造成了被害人死亡的严重后果占绝大多数，但宣告刑都比较轻，法院在判决因果关系时，鉴定意见是法院最重视的证据。

本书中我们将深入系统研究医疗损害中的刑法立法理论，以建构起具有中国特色的医疗事故刑法理论，为中国法制服务。因此，从这个角度讲两法衔接的研究既能为医疗犯罪也能为医疗侵权的研究提供新视阈，有利于丰富和深化我国刑事医疗基础理论研究。

二、总体思路

两法的衔接是一个系统工程，不仅涉及程序衔接，还涉及实体衔接，而且后者是前者的基础和前提。医疗民事责任（侵权责任）是不构成犯罪的行为，刑法针对的是构成犯罪的严重违法行为，看起来医疗民事责任与刑事责任之间似乎不应产生衔接与冲突，但是两者也存在不可分割的内在联系，在调整范围、调整对象上还可交叉和相互转化，因此这也决定了两者之间的衔接关系。本书主要从立法、司法实践方面，从医疗损害的民事责任和刑事责任的构成要件方面来研究两法的衔接机制。论述了当前两者衔接的实际困境，进而对相关的理论问题进行阐述，指出两者衔接是一个涉及实体法与程序法，刑法与民法，刑事违法行为与民事违法行为的体系性问题。对大量的实证数据和案例进行深入分析，以点带面，从具体到一般，进一步论证两法衔接的问题。最后，结合我国的实际情况，并借鉴中外理论，提出完善医疗侵权与医疗刑事犯罪有效的衔接

途径。

三、研究现状

（一）国内两法衔接研究现状

中国古代法律制度以刑法为主线，且“诸法合体、刑民不分”的特点，使得中国古代的民法并不发达，长时间内没有民事责任的一般概念，也就更谈不上民事与刑事责任之划分。到了近代，随着经济不断发展和法律体系的完善，民事责任和刑事责任才按各自的社会功能加以区别。20世纪以来，随着人权保障观念的普遍认同，公法和私法相互融通和渗透，刑、民法律责任的交叉与衔接问题日益受到学界的关注。近些年，王继军、何帆、刘东跟、杨忠民、刘宇、于改之、孙笑侠、江伟、姚建龙、董秀婕等学者相继对刑法和民法涉及的两种责任进行了一些比较性的研究，对交叉及衔接的问题予以了探究。其研究主要集中在刑民衔接及交叉的类型；在诉讼程序中如何解决交叉和衔接问题；立法上如何应对两法的衔接问题；司法实践中如何进行两法的衔接；民事行为与刑事行为的区别与联系等。

现行法律文本中对于医疗损害民事责任的认定，在2010年颁布的《侵权责任法》中已作出了较为全面、系统的论述。但在刑法学界关于医疗犯罪的研究还是比较薄弱的，面对医患纠纷爆炸性增长及医疗技术突飞猛进的现状，目前的理论研究难于有效应对。当前，有关医疗犯罪研究的理论成果不多，

著作主要有：臧冬斌的《医疗事故罪研究》《医疗犯罪比较研究》，卢有学的《医疗事故罪专题整理》，刘维新的《医事刑事法初论》，杨丹的《医疗刑法研究》等；学术论文方面则有卢建平、田兴洪《医事犯罪理论研究述评》，莫洪宪、刘维新《医事刑法研究论纲》，谈在祥《我国刑事医疗过失犯罪判决的实证研究》等。可以说，这些成果对医疗犯罪的认定和刑法适用进行了一定的探索，但遗憾的是都没有涉及医疗损害的民事和刑事法律的衔接问题。

（二）境外两法衔接的研究情况

境外相关国家和地区对民法与刑法的衔接领域研究涉及的文章和论著非常有限，比如，日本的高桥则夫的《刑罚与损害赔偿——刑罚、民法中的行为规范与制裁规范》、西原春久的《民事责任和刑事责任》，论著方面有日本的美浓部达吉的《公法与私法》。

世界上大多数国家和地区就医疗犯罪在刑法典中的定位问题均未制定特别刑法，对医事犯罪的规定散见于各类判例法、刑法典中。在大陆法系各国（地区）刑事医疗过失的立法现状中，一般均以“业务过失致死伤罪”或“过失致死伤罪”规制医疗过失行为，德国法上对于医师的刑事过错责任就是依照一般的过失致死罪或过失伤害罪来处理，这属于刑法典中的“轻罪”，在分则中以“轻率”一词作为构成要件，轻率指一种显现特别高程度的注意义务违反的重大过失。日本和我国台湾地区医事相关犯罪主要在业务犯罪中加以探讨。美国主要在职业

犯罪中加以讨论。

但境外对医疗犯罪的研究取得了丰硕的成果。例如德国医疗犯罪的研究核心从传统的医师的义务、医疗过失等问题向尖端医疗技术延伸。而英美法系中，对医疗犯罪的研究主要集中在医疗过失、医疗行为不当等问题上，比如，《医疗过误法》(Margaret C.Jasper)《医疗过失》(Michael A.Jones)，对医疗不当行为追究法律责任也主要在民事方面，而刑事责任则并非研究重点。日本受德国和美国的影响在医疗犯罪方面有较深入的研究，具有代表性的著作有：齐藤诚二的《医事刑法的基础理论》、小林公夫的《治疗行为的正当化原理》等。

我国台湾地区由于近年来医疗纠纷的倍增，医疗纠纷解决刑事化是台湾地区的特色，催生了诸多涉及医疗犯罪的研究。蔡墩铭教授的《医事刑法要论》是其中的代表作，其系统地研究了诸如医师与刑法、医师的权利义务、医疗犯罪与尖端医疗等问题。除此之外台湾地区的其他学者还对某些特定问题进行探讨，代表作有曾淑瑜的《医疗过失与因果关系》，蔡振修的《医疗过失犯罪》。

第一章 医疗损害两法衔接的理论研究

第一节 医疗损害刑民法律责任衔接的提出及相关理论

一、医疗损害民事责任与刑事责任的内涵

（一）医疗损害民事责任的内涵及认定

医疗损害责任是指医疗机构及其医务人员在诊疗过程中由于过错使患者受到损害而应当承担的法律责任。

1. 医疗损害侵权责任

是指医疗机构及其医务人员违反医疗法律、法规的规定，实施违法诊疗行为造成了患者的损害后果的责任。近年来医疗纠纷逐年上升，受到社会各界的广泛关注。医疗事故一直是司法实践中的一个热点、难点问题。一方面涉及了医疗事故民事赔偿的责任认定和分配，另一方面涉及对于要追究刑事责任的医疗事故在责任认定和准确定罪量刑的问题。要妥善处理医疗纠纷，保护患者的合法权益，明确医疗损害责任变得相当重要。

我国的《民法通则》《侵权责任法》《刑法》《医疗事故处理条例》等法律法规分别对医疗损害赔偿责任和刑事责任作了规

定。其中《侵权责任法》第七章专章规定“医疗损害责任”，如第54条规定：“患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。”

2. 医疗损害侵权责任的构成

目前认为，医疗损害侵权责任的构成要件有四个：一是医疗机构和医务人员的诊疗行为；二是患者的损害；三是诊疗行为与损害后果之间的因果关系；四是医务人员的过错。¹

（1）医疗损害侵权责任的主体是医疗机构及其医务人员

《侵权责任法》规定的医疗损害责任的主体主要是医疗机构及其医务人员，《医疗事故处理条例》第60条第1款规定，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。医疗机构的医务人员是指在法定医疗机构中从事医务工作的人员。根据《侵权责任法》第64条规定，医疗机构及其医务人员的合法权益同样受法律保护。干扰医疗秩序，妨害医务人员工作、生活的，应当依法承担法律责任。也就是说，医疗损害责任的主体虽然既包括医疗机构及其医务人员，也包括非医疗机构及其医务人员，但是最主要的主体仍然是医疗机构及其医务人员。本书特将医疗损害侵权责任的主体限定为医疗机构及其医务人员，不将其他主体列入。

（2）医疗机构及其医务人员实施了违法诊疗行为

其诊断或者操作违反了法律、法规的规定。根据《侵权责

1. 郭明瑞、房绍坤主编：《民法》，高等教育出版社2003年版，第32页。

任法》第 57、63 条的规定，医疗机构应当承担赔偿责任的情况有：第一，医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的。第二，医疗机构及其医务人员不得违反诊疗规范实施不必要的检查。但是对于医疗机构实施的紧急救治行为，只要经过了一定的审批程序，就不能认定为违法诊疗行为，如《侵权责任法》第 56 条赋予医疗机构的紧急医疗措施权。

（3）违法诊疗行为造成了患者的损害，即造成医疗事故

《医疗事故处理条例》第 2 条对医疗事故的概念作了界定，凡医疗机构及其医务人员在医疗活动中违法或违章的诊疗行为，过失造成患者人身损害的事故，都属于医疗事故。

（4）违法诊疗行为与患者的损害、医疗事故之间具有因果关系

患者的损害必须与违法的诊疗行为之间存在因果关系。但是根据《侵权责任法》第 60 条规定，医疗机构免责的三个条款有：第一，对于患者或其近亲属不配合医疗机构进行正当有效的治疗，造成的损失（如果医疗机构或医务人员有过错的应当给予相应的赔偿）；第二，医务人员在抢救生命垂危的病患等紧急情况下已经尽到了合理的诊疗义务的；第三，限于当时的医疗水平难以诊疗的。

（5）主观过错

医疗损害责任，原则上实行过错责任，过错推定责任为例外。《侵权责任法》第 58 条规定了三种特殊的过错推定责任：