

“十二五”国家重点图书出版规划项目

卫生法学系列丛书

总主编 吴崇其

主 编 冯正骏

实务 (上册) YILIAO SUNHAI SIFA JIANDING SHIWU·SHANGCE

医疗损害司法鉴定



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

医疗损害司法鉴定实务

主 编 冯正骏

副主编 时利民 陈学刚 薛 鹏

主 审 王维嘉



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

医疗损害司法鉴定实务 / 冯正骏主编. —杭州 :
浙江工商大学出版社, 2015.3

(卫生法学系列丛书)

ISBN 978-7-5178-0675-2

I. ①医… II. ①冯… III. ①医疗事故—伤害鉴定—
中国 IV. ①D923.8

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 231795 号

医疗损害司法鉴定实务

冯正骏 主编

责任编辑 郑建 黄静芬 尹洁 梁春晓 徐佳

封面设计 王妤驰

责任印制 包建辉

出版发行 浙江工商大学出版社

(杭州市教工路198号 邮政编码 310012)

(E-mail: zjgsupress@163.com)

(网址: <http://www.zjgsupress.com>)

电话: 0571-88904980, 88831806(传真)

排版 杭州朝曦图文设计有限公司

印刷 浙江云广印业股份有限公司

开本 710mm×1000mm 1/16

印张 49.75

字数 920 千

版印次 2015年3月第1版 2015年3月第1次印刷

书号 ISBN 978-7-5178-0675-2

定价 88.00 元(上、下册)

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江工商大学出版社营销部邮购电话 0571-88904970

“卫生法学系列丛书”总主编

吴崇其

“卫生法学系列丛书”副总主编

徐勤耕	张以善	刘 群	王 毅	蒲 川
张 静	张际文	田 侃	石俊华	罗 刚
王 萍	赵 敏	李冀宁	邓 虹	郑雪倩
陈志华	王梅红	仇永贵	石 悦	杨淑娟
丁朝刚	冯正骏	戴金增	解 放	胡晓翔
崔高明	古津贤	王国平		

“卫生法学系列丛书”工作指导委员会

名誉主任 韩启德

主 任 陈 竺

副 主 任 李清杰 任国荃 孙隆椿 张雁灵 高春芳

秘 书 长 吴崇其

委 员 (以姓氏笔画为序)

于文明 卫俊材 马跃荣 王 茜 王 磊 王开平

王贺胜 王晨光 勾清明 申卫星 托马斯·努固齐

刘 群 许树强 李国坚 肖泽萍 时利民 吴崇其

沙玉申 宋明昌 张际文 林长胜 金大鹏 赵同刚

姜 虹 钱昌年 徐勤耕 高 枫 高春芳 黄曙海

潘学田 霍宪丹

“卫生法学系列丛书”编纂委员会

主 任 高春芳

执行副主任 吴崇其

副 主 任 (以姓氏笔画为序)

王海涛	田 侃	冯正骏	刘 沛	刘本仁	苏 俊
杜 春	李 冰	李春生	李瑞兴	杨晓萍	吴擎天
何 山	张 愈	张 静	张以善	陈志荣	陈晓枫
范菊峰	赵 宁	俞桑丽	徐景和	高江苓	桑滨生
常 林	扈纪华	程文玉	蒲 川	廖小平	

成 员 (以姓氏笔画为序)

丁朝刚	于慧玲	马立新	王 岳	王 萍	王光秀
王仰玉	王安富	王丽莎	王国平	王国芬	王振江
王维嘉	王梅红	王潮临	仇永贵	邓 虹	古津贤
石 悦	石东风	石俊华	卢钟山	史 敏	代 涛
乐 虹	冯秀云	毕玉国	吕志平	朱兆银	刘 博
刘革新	刘晓程	那述宇	严桂平	苏玉菊	杜仕林
李水清	李玉声	李侯建	李海军	李冀宁	李耀文
杨 平	杨淑娟	何昌龄	谷 力	张云德	张世诚
张立鸣	陈志华	陈健尔	罗 刚	罗思荣	郑雪倩
赵 敏	胡龙飞	胡晓翔	施春景	姜柏生	姜润生
贾淑英	唐乾利	黄彤文	曹文妹	龚向前	章志量
葛建一	蒋 祎	覃安宁	舒德峰	温日锦	解 放
樊 荣	樊静平	戴金增			

英 文 编 辑 (以姓氏笔画为序)

王 剑	李德明	吴擎天	顾良军
-----	-----	-----	-----

本书作者

主 编 冯正骏

副主编 时利民 陈学刚 薛 鹏

主 审 王维嘉

编 委 (以姓氏笔画为序)

王海燕	王维嘉	方普跃	尹春梅	田 丰
田慧双	冯正骏	冯喜平	母淑娟	吕 良
伦 杰	刘 虎	刘永梅	刘丽艳	刘宝刚
刘晓民	池婧涵	杜文建	李书杰	李茂利
杨立鹏	杨怡卓	肖凤芹	时利民	张 军
张 瑞	张艳平	张晓璇	张雪松	张淑霞
陈 明	陈 佳	陈学刚	国元新	罗 俊
周志东	徐璐璐	梅 春	梅 寒	崔晓东
薛 鹏	魏鑫凤			

序 一

当前,国家进入了社会转型的重要时期,既是发展黄金期,又是错综复杂矛盾的高发期。随着经济体制深刻变革、社会机构深刻变动、利益格局深刻调整、思想观念深刻变化,各类社会矛盾都有充分显现,新问题、新矛盾不断出现,其中医患矛盾也就成了社会的热点问题。这一矛盾的正当解决,不仅关系到医患双方合法权益的保护,也关系到医学科学事业的繁荣进步和卫生事业的健康发展,还关系到小康社会的建设与和谐社会的稳定。

随着《中华人民共和国侵权责任法》的颁布和实施,医疗损害走司法途径,已成了社会公知和医患理性维权的重要选择。为了维护医患双方合法权益,获取证据,认定证据,成了诉讼中日益彰显的锐利武器。医疗损害鉴定的二元化仍然没有得到解决,暴露出不少缺陷。监督机制、鉴定人素质、鉴定意见、鉴定的公正性与客观性等等都存在不同程度的问题,影响了鉴定的公平公正,妨碍了医患双方合法权益的有效保障,导致了医疗环境的混乱。

为提高医疗损害司法鉴定的社会可信度,医疗损害司法鉴定在体制上拟坚持一元化;设立的医疗损害司法鉴定机构必须保持中立,严格规避隶属上的任何姻缘关系;应当依法保护司法鉴定主管机关、医患双方的自主选择权;提高医疗损害司法鉴定机构准入门槛,实行分级管理,拟分为国家级、省级和市级三类;提高医疗损害司法鉴定人的准入门槛并实行专业管理;医疗损害司法鉴定应当拥有规模相当、门类齐全、学科阵营强大的咨询专家库,内存社会公认权威的专家团队;规范医疗损害司法鉴定的程序和鉴定意见书的格式、内容;加强监督机制,有效地进行损害鉴定追究责任制;建立完善的医疗损害鉴定标准;等等。

中国卫生法学会(以下简称学会)于1993年3月获民政部批准为司法部主管的第一个全国性民间法学专业社团。2011年5月,学会业务主管单位由司法部变更为中国法学会,其成员主要由原卫生部、国家计划生育委员会、国家药品监督管理局、国家中医药管理局、解放军总后勤部卫生部系统,以及大专院校、医疗机构、律师事务所、医药企业等单位中从事卫生行政管理、法律工作、教学研究

的专家、学者、律师及司法相关人员组成,会员单位遍布全国 29 个省、市、自治区。学会旨在进行卫生法学领域的理论研究、教学探索、法律服务等实际工作,充分发挥中介、桥梁和纽带作用,为促进卫生事业改革发展,医学科学繁荣,维护人的生命健康权益,构建和谐社会做着不懈的努力。

2013 年 5 月,中国卫生法学会在北京召开第四次会员代表大会。鉴于学会拥有医学、法学双学科复合型资深专家资源,是独立于医患双方的第三方,兼具公平、公正、中立性,学会计划开展医疗损害司法鉴定理论与实务研究,拟筹建医疗损害司法鉴定机构,依法进行医疗损害司法鉴定将作为今后重点工作之一。该项工作符合服务党和国家工作大局的方向,符合社会各方共同认知的需求,也符合学会维护医患双方合法权益的工作宗旨。学会拟在北京首先筹建“中国卫生法学会医疗损害司法鉴定中心”,主要开展医疗损害司法鉴定。待取得经验,再向全国逐步拓展。将要成立的“中国卫生法学会医疗损害司法鉴定中心”(以下简称医疗损害司法鉴定中心)具有以下优势:

1. 医疗损害司法鉴定中心是全国第一个专门从事医疗损害鉴定的司法鉴定机构,符合司法部关于鉴定机构向专业化发展,不搞小而全的方向。

2. 医疗损害司法鉴定中心与卫生行政部门和医疗机构无任何行政隶属关系,是独立于医患双方的第三方,保持公正、中立的立场,将致力于维护医患双方的合法权益。

3. 医疗损害司法鉴定中心的主要鉴定人从全国高等医学院校、三级甲等医院中遴选,吸纳全国各地优秀鉴定专家,组建大容量医学专家和法学专家的专家库,确保司法鉴定的科学性、客观公正性和专业性。

4. 医疗损害司法鉴定中心开展医疗损害司法鉴定理论与实务的研究,开展与世界法医学医疗损害司法鉴定机构的学术交流,探究医疗损害司法鉴定技术规范与管理经验,发挥引领和示范作用,创建有中国特色的医疗损害司法鉴定模式。

为促进卫生法学学科建设,促进医疗损害司法鉴定理论与实务的研究,有利于医疗损害司法鉴定实务开展,学会拟将组织相关专家编撰有关医疗损害司法鉴定技术的系列丛书。《医疗损害司法鉴定实务》为系列丛书之一,本书作者结合自己的临床经验、医院管理经验、司法鉴定经验及代理医疗纠纷案件经验,汲取大量国内外最新资料,系统全面地介绍了有关医疗损害责任纠纷各个方面的知识,试图从多专业、多学科角度使读者了解解决医患纠纷技术和方法的概貌,以供与医患纠纷有关的鉴定人、医患双方、律师和审判等人员参阅,具有一定的

参考价值。

建设法治国家,依法治国,构建和谐医患关系,需要良好的社会环境,需要科学、客观、公正地维护医患双方合法权益,组织医疗损害司法鉴定是学会的工作,学会的梦想是完善卫生法与生命伦理的学科建设,维护人的生命健康,保护生产力,发展生产力,实现中华民族伟大复兴。

吴崇其

2014年9月30日

序 二

中国卫生法学会(以下简称学会)拟组织有关专家编撰有关医疗损害司法鉴定技术系列丛书,值丛书之一《医疗损害司法鉴定实务》即将出版之际,学会委托我为丛书作序,欣然命笔。

医疗司法鉴定工作在促进社会公平正义、维护法律权威和化解社会矛盾中具有重要的意义,尤其是在围绕中心、服务大局中的作用不可替代。医疗司法鉴定既是一项科学实证活动,也是司法活动的有机环节,又是科学性和法律性的统一,能否为当事人和司法机关提供高质量、可信赖的司法鉴定服务,直接关系到人民群众合法权益的保护,关系到司法公正的实现,关系到全社会公平正义水平的提升。司法鉴定工作既是构建社会主义和谐社会的必然要求,也是构建社会主义正义的重要保障。

医患纠纷既是社会的热点矛盾之一,也是司法鉴定实务的热点和难点之一。“打官司就是打证据,打证据就是打鉴定。”公正、客观、科学的鉴定意见是化解医患纠纷的重要证据。司法公正是社会公正的最后一道防线。司法鉴定工作是司法制度的组成部分,开展司法鉴定工作是司法活动的重要保障。司法鉴定公正性原则是司法鉴定结论和司法鉴定活动所追求的目标之一,也是司法鉴定的最重要的原则。公正鉴定是司法公正的保障。公正是司法鉴定的灵魂,如果失去了公正,司法鉴定就失去了其应有的意义,司法公正也将无法保障。公正鉴定是司法鉴定公信力的来源。

医学是集自然科学与社会科学于一身的科学,也是一门高技术性、高经验性和复杂性的科学。医学科学有太多的未知领域,医疗行为具有比其他服务行业更多的不确定因素,每一项不确定因素均可能成为医疗风险的一个成因。这对于从事医疗损害司法鉴定的鉴定机构提出了更高的专业化要求,术有专长,学有专攻,只有专业化才有生命力,才有质量保证,才有竞争力。“同业专家评价”也是医疗损害司法鉴定应该坚持的一个重要原则。

分工专业化是司法行政部门实行宏观调控的一个重要内容。从事医疗损害司法鉴定的鉴定人应该完成从临床医师到鉴定人的角色转换,应是具备医学和法学知识的复合型专家,应该确立正确的思维模式,积极推进由“诊断思维”到“鉴定思维”的转变。医疗司法鉴定人要精通司法鉴定业务知识,熟练掌握鉴定

程序,严格把握鉴定标准,运用临床医学、法医学和赔偿医学等多学科知识对医疗损害责任纠纷进行综合性鉴定,确保能客观、科学、公正地得出让医患双方及公众信服的鉴定意见。

临床医学是一门经验科学,现代医学分科越来越细,不是该专科的医师很难诊治其病,也很难评估疾病演变过程的转归。从法医转型而来的鉴定人,应该学习对疾病发生过程的自然转归各种专业诊治技能的基本知识,掌握在临床医治过程中产生的并发症的知识,疑难复杂问题应该邀请该专业专家咨询把脉,确保鉴定意见具有坚实的科学基础和客观性。

《医疗损害司法鉴定实务》作者在总结自己司法鉴定经验的基础上,以法律与医学相结合的方法,对涉及医疗损害责任纠纷鉴定的各个方面予以详细介绍,并且在医疗损害司法鉴定实务中提出自己新的观点,如“医疗过失参与度七分法”和将“遗传基因”作为免责事由均为首次提出。本书以实用为前提,内容丰富,言简文秀,编排合理,逻辑性强,是一本可读而有益的参考书。

公开、公正、公信、公平,有法、有理、有据、有情,是为对医疗损害司法鉴定实务的期望。

常 林

2014年9月30日

前 言

2002年,我作为山东医学专家库成员,开始参与医疗事故的技术鉴定工作。2005年,我开始从事医疗损害侵权责任纠纷司法鉴定相关工作,10多年来处理了大量案例。在这个过程中,我查阅和学习了大量相关资料并结合自身实践进行了梳理。本书主要从医患纠纷处理,医疗损害司法鉴定和诉讼,医患双方及代理人、法官怎样正确面对医患纠纷等方面进行了阐述。通过本书,我们希望将自己的收获与心得与读者分享。

自1975年于青岛医学院毕业至今,我任外科医师9年、外科主任9年、副院长9年、调研员9年,其中从事医疗损害司法鉴定理论与实务的研究工作13年。

社会是一个大舞台,人们自觉或不自觉地扮演着各种角色。在家庭中,为人子女,为人夫妻,为人父母。在医学相关工作中,首先,自己是一名医师;其次,自己或家人则时为病人;再次,通过参与医患纠纷处理、鉴定和诉讼工作,对各种角色都有深刻的体验。

作为一名普通的外科医师,临床工作没有休息天,没有节假日,每时每刻“如临深渊、如履薄冰”,愧对的只有家人,深刻体验到一个有责任心的医师的艰辛。非常赞赏永州市中心医院骨科叶明主任的心声“因为我是医生,所以知道生命的可贵;因为我是医生,所以知道必须一切以病人的利益为中心;因为我是医生,所以知道救助病人,永不存私心杂念”。

作为病人和病人的亲属,我也深刻体会到疾病给病人带来的痛苦,病人面对疾病的无奈,求医问药的迫切心情和辛苦。通过作为代理人参与患方委托的医疗损害责任纠纷鉴定和诉讼,更加了解、熟悉鉴定和诉讼过程,对医疗司法鉴定工作有了更深刻的理解。虽然多数情况下当事人能够通过理性维权达到维护自己合法权益的要求,但仍能深刻体验到当事人“维权路漫长”的曲折。因此,在谴责“医闹”的同时,更应该保障患者理性维权之路各个环节的通畅。

医疗司法鉴定人首先要做到的是应该坚持公正中立的立场,这是法律和道德规定的基本要求。其次是坚持科学、客观、实事求是的科学精神。应该尊重和维护医患双方的合法权益,无论是患方还是医方,只要是符合法理的正确观点都要予以分析和采纳。

在本书即将付梓之际,特别感谢世界医学法学协会副主席、中国卫生法学会

副会长兼秘书长、卫生法学系列丛书总主编吴崇其教授,本书中“遗传基因”作为免责事由的观点阐述是吴教授所倡导并在吴教授指导下完成的。吴教授还在百忙中抱病审阅本书主要内容,提出指导性修改意见。还要感谢北京司法鉴定业协会会长、中国政法大学证据科学研究院院长兼法大法庭科学技术鉴定研究所所长常林教授,本书中引用了常教授许多关于医疗损害司法鉴定的理念。承蒙两位法学大家在百忙中为本书作序,甚感荣幸。在鉴定实务和本书编写中,许多问题曾与山东省高级人民法院法医室主任苏宗岷主任法医师探讨,对苏主任的教益在此致以谢意。本书在编写过程中,参阅和引用了大量文献,在此谨向各位文献作者表示诚挚的谢意。本书中“案例分析”为本人直接参与处理的案例,“案例借鉴”为引用他人报道的案例。最后要感谢浙江工商大学出版社为本书的出版提供各方面的便利条件。

对临床医学我是相对比较熟悉的,在法学方面,自己虽然进行了大量的学习,但总的来说仍是不系统和不全面的,有的理解上可能存有偏差和谬误,书中错漏不周之处在所难免,衷心希望各位专家和同仁不吝赐教,惠予指正。

本书如对读者有所裨益,将欣慰至极。

冯正骏

2014年10月1日于北京

目 录

第一篇 医疗损害概述

第一章 医患纠纷概述	3
第一节 医患纠纷相关概念	3
第二节 医患纠纷处理历史回顾	9
第三节 《侵权责任法》实施对医疗损害责任制度的改革	16
第二章 医疗行为	19
第一节 医疗行为的概念	19
第二节 医疗行为的分类和范围	21
第三节 医疗行为的特征	22
第四节 医疗行为的嬗变和规范	28
第三章 医患关系	53
第一节 医患关系的概念	53
第二节 医患关系的基本模式	54
第三节 医患关系的法律性质	55
第四章 患者的权利和义务	64
第一节 患者的人身权	65
第二节 患者在医疗过程中的具体权利	90
第三节 患者的义务	103
第五章 医生的权利和义务	107
第一节 医生的权利	107

第二节 医生的义务	115
第三节 医患双方权利和义务的对立统一	139
第六章 医患纠纷解决机制	145
第一节 协 商	145
第二节 调 解	151
第三节 仲 裁	156
第四节 医疗责任保险	163
第五节 诉 讼	170
第六节 构建医患纠纷多元化解决机制	178

第二篇 医疗损害诉讼

第七章 医疗损害诉讼的基本原则	183
第一节 民事诉讼基本原则概述	183
第二节 民事诉讼共有原则	184
第三节 民事诉讼特有原则	186
第三节 医疗损害诉讼特有原则	197
第八章 证据和举证责任	200
第一节 民事诉讼证据概述	200
第二节 医疗损害案件证据	201
第三节 举证责任	205
第四节 举证时限	216
第五节 证据保全和证据交换	218
第九章 医疗损害诉讼的案由	220
第一节 案由概述	220
第二节 医患纠纷诉讼的案由	222
第三节 医疗损害责任纠纷与医疗服务合同纠纷的区别	225

第十章 医疗损害赔偿	233
第一节 医疗损害赔偿概述	233
第二节 医疗损害赔偿的范围和计算方法	237
第十一章 医疗损害鉴定	250
第一节 医疗损害鉴定二元化	250
第二节 医疗损害鉴定规范管理的构想	258
第三节 参加听证会的准备	264
第十二章 医疗损害诉讼的基本程序	272
第一节 医疗损害诉讼的前期准备	272
第二节 医疗损害诉讼一审基本程序	282
第三节 医疗纠纷诉讼二审基本程序	291
第四节 判决的执行	297

第三篇 医疗损害司法鉴定概述

第十三章 司法鉴定概念和原则	303
第一节 司法鉴定及其相关概念	303
第二节 司法鉴定的原则	317
第三节 司法鉴定的功能	320
第十四章 司法鉴定管理	322
第一节 司法鉴定制度	322
第二节 司法鉴定行政管理	323
第三节 司法鉴定行业管理	329
第四节 司法鉴定技术管理	332
第十五章 司法鉴定机构和鉴定人	334
第一节 司法鉴定机构	335