

主编 / 刘鑫 孙东东 陈特

医疗损害赔偿 诉讼实务

Litigation and Trail
Practice of Medical Damage

- 关注医疗损害 解决实务难题
- 立足赔偿标准 探寻审判对策



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

医疗损害赔偿 诉讼实务

主 编 刘 鑫 孙东东 陈 特

撰稿人（以姓氏笔画为序）

马 辉	王秀红	邓 虹	刘博宇
刘芳丽	刘 鑫	孙东东	陈 伟
陈 特	杨 帆	杨鑫鑫	张宝珠
张 鹏	唐小侠	高鹏志	梁俊超
黄仙萍	曾跃萍	彭金香	

图书在版编目 (CIP) 数据

医疗损害赔偿诉讼实务 / 刘鑫, 孙东东, 陈特主编.

—北京: 中国法制出版社, 2012. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3287 - 0

I. ①医… II. ①刘… ②孙… ③陈… III. ①医疗事故 - 赔偿 - 民事诉讼 - 中国 IV. ①D922. 16

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 237678 号

策划编辑: 赵宏

责任编辑: 张婧

封面设计: 蒋怡

医疗损害赔偿诉讼实务

YILIAO SUNHAI PEICHANG SUSONG SHIWU

主编/刘鑫, 孙东东, 陈特

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 32

版次/2012 年 1 月第 1 版

印张/20.25 字数/312 千

2012 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3287 - 0

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66070046

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

前 言

由于医疗活动的专业性、隐蔽性特点，使得医疗侵权赔偿纠纷成为了当前最难处理的纠纷之一。这里所说的“难”，主要表现在以下几个方面：第一，医疗纠纷处理法律不统一，长期以来诉讼案由、法律适用、医疗鉴定呈现二元化的状态，使得医疗纠纷的处理变得扑朔迷离，难以把握和操作，以至于纠纷最终的处理结果充满了变数。第二，医疗纠纷中的医患双方力量对比悬殊。一般认为，在医疗活动中，医方处于优势地位，掌握着医疗主动权，掌握着技术优势，而患方处于被动地位，因此纠纷处理中相关部门往往出现向弱势群体——患方——倾斜的趋势。然而，世界是辩证的，矛盾是在变化发展的，矛盾双方的力量和地位之悬殊也会随着时间的变化而变化。当下，少数患者及其家属采取非理性的方式在医疗机构内暴力维权，给医疗机构施加压力，而医疗机构及其医务人员束手无策，在这样的情况下医患之间的力量对比悄悄地发生了微妙的变化。第三，医疗证据的特殊性导致医疗纠纷处理日益困难。医疗纠纷处理中虽然也会涉及其他纠纷面临的传统的人证、物证、视听资料等，但是更多的是与医疗活动密切相关的证据，包括可疑医疗物品、病历资料、检验报告、医疗技术鉴定结论等。面对这些证据如何取得、如何质证、如何认证、如何评价其证据能力和证明力等，都是医疗纠纷处理不可避免的问题。而这三个方面的“难”，核心的乃是医疗纠纷处理法律规范的模糊与缺位。

《侵权责任法》第7章的11个法条规定了医疗侵权处理相关的8项内容和9个概念。这8项内容是：（1）医疗损害赔偿以过错责任为一般原则，过错推定为例外；（2）医疗过错认定的基本原则；（3）医疗告知与说明制度；（4）患者病历知情权制度；（5）患者隐私权和个人信息保密制度；（6）特定情形下医方免责制度；（7）医疗侵权损害赔偿诉讼类型；（8）医方合法权益受法律保护。这9个概念是：医疗损害赔偿责任、知情权、同意权、替代医疗方案、当时医疗水平、符合诊疗规范的诊疗、合理诊疗义务、当时的医疗水平难以诊疗、过度医疗。虽然《侵权责任法》的出台，立法者的本意上就是要改变这种医疗纠纷处理

“难”的现状，然而，这 11 个法条所规制的这 8 项内容和 9 个概念却过分原则，其中所设计的专业名词术语很多更是第一次在民事法律甚至医事法律里面出现，从而出现了虽有相应的法律规定但却由于概念模糊、规定不明确或者过分原则，从而增加了司法操作的难度。于是，在《侵权责任法》出台之后，人们便翘首以待相关的司法解释诞生。不过，这种期待目前仍没有终结的迹象。

以农村包围城市中国革命经验在 20 世纪的中国新民主主义革命乃至中国解放战争中都发挥了重要的作用，时下，在中国法治化进程中这似乎也是一条非常实用的经验。在很多法律空白领域中，地方司法机关不自觉地按照这么一条轨迹在践行中国的法律——从地方制定司法指导文件入手，逐渐积累经验，最终催生最高人民法院制定相应的司法解释，或者推动最高立法机关做出相应的立法解释或者进行相应的立法。目前，在关于医疗损害责任司法解释没有出台之前，全国有部分省市高级人民法院已经开始制定相应辖区内法院审理医疗损害赔偿案件的司法指导文件。虽然这些司法指导文件不是司法解释，但由于上级法院有对下级法院进行审判业务指导的职能，因此，这些司法指导文件对辖区内的三级法院的审判人员审理医疗损害赔偿的专业案件就有当然的指导作用，有的审判人员甚至会直接按照司法指导文件规定的内容来裁判案件。

应该说这些地方高级人民法院制定的司法指导文件也是在对当地多年审理医疗损害赔偿案件进行调研的基础上，汇集了医疗纠纷领域的审判经验和研究成果基础上，在广泛征求意见甚至模拟试行的基础上，最终形成的规范性文件。毫无疑问，这些司法指导文件对于统一法官审理医疗纠纷案件的程序，规范法官对医疗纠纷案件的证据的审查、认证和法律适用，起着非常重要的作用。

本书立足于医疗损害赔偿纠纷案件的理论与实务，结合近年来最高人民法院颁发的与侵权法有关的司法解释及部分地方高级人民法院制定的与医疗损害责任有关的司法指导文件，对医疗损害赔偿纠纷案件处理中涉及的重大疑难问题进行研究，以期对人民法院审理医疗损害赔偿案件的司法实践提供参考，为下一步最高人民法院制定相关司法解释提供重要的理论依据。

本书会经常使用或者反复出现一些司法解释、地方司法指导文件，为行文和阅读简便而需要使用简称，为了便于读者理解，现将这些司法解释、地方司法指导文件的全称、简称对照如下，见表 1。

表1 本书使用的司法解释、地方司法指导文件的全称、简称对照表

全 称	简 称
《中华人民共和国民法通则》	《民法通则》
《中华人民共和国侵权责任法》	《侵权责任法》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》	《侵权法适用通知》
《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〉》	《人身损害赔偿解释》
《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〉》	《精神损害赔偿解释》
《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉》	《民事证据规定》
《医疗事故处理条例》	《条例》
《浙江省高级人民法院民一庭〈关于审理医疗纠纷案件若干问题的意见（试行）〉》	《浙江司法指导意见》
《江苏省高级人民法院〈关于做好〈侵权责任法〉实施后医疗损害鉴定工作的通知〉》	《江苏医疗鉴定通知》
《江苏省高级人民法院、江苏省卫生厅关于医疗损害鉴定工作的若干意见（试行）》	《江苏司法指导意见》
《上海法院关于委托医疗损害司法鉴定若干问题的暂行规定》	《上海司法指导意见》
《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指导意见（试行）》	《北京司法指导意见》

第一章 侵权责任法对医疗损害赔偿诉讼的影响

第一节 医疗损害赔偿制度的统一 / 1

案例 1 分别依据《医疗事故处理条例》和《民法通则》判决案件 / 7

案例 2 适用《人身损害赔偿解释》获赔案件 / 8

第二节 举证责任倒置的变更 / 9

案例 3 某医院转抄医嘱病历失真致鉴定不能 / 13

第二章 医疗损害赔偿诉讼难题及审判对策

第一节 医疗损害赔偿诉讼难题 / 14

第二节 医疗损害赔偿立法与司法现状 / 20

第三节 医疗损害赔偿难题的地方司法策略 / 23

第三章 医疗过错与免责认定

第一节 医疗损害责任构成 / 48

案例 4 杨某等与某市妇幼保健院医疗侵权赔偿纠纷上诉案 / 52

第二节 医疗过错认定标准 / 55

案例 5 乡镇卫生院医疗水平判断案 / 67

案例 6 从某与南京某医院因错误手术损害赔偿纠纷 / 68

第三节 医疗损害的抗辩事由 / 70

案例 7 江某与北京某医院医疗事故赔偿纠纷 / 86

案例 8 某肿瘤患者自杀医疗机构无责案 / 87

第四章 医疗损害赔偿案件起诉的基本问题

第一节 起 诉 / 89

案例 9 如何确定不当出生之诉的原告? / 111

2 医疗损害赔偿诉讼实务

案例 10 刘女士诉深圳北京两医院案 / 113

案例 11 齐齐哈尔第二制药有限公司亮菌甲素注射液致患者死亡案 / 114

第二节 法律溯及力与诉讼时效 / 116

案例 12 许某诉某大学附属医院的诉讼时效问题 / 122

案例 13 周某诉某医院输血致丙肝感染案 / 124

第五章 医疗侵权诉讼的举证责任分配

第一节 医疗损害责任的归责原则体系与举证责任原则 / 126

案例 14 因医疗机构病历缺陷实施过错推定案 / 140

第二节 医疗损害赔偿纠纷案件举证责任的最新规定 / 141

案例 15 医疗机构未告知患方尸检承担责任案 / 149

第六章 医疗文书的证据问题

第一节 医疗文书的范围 / 152

第二节 病历的提供、查阅与封存 / 154

案例 16 某医院丢失患者病历引发纠纷 / 166

案例 17 南京“天书病历”案 / 167

第三节 病历的证据学审查 / 169

案例 18 病历被篡改 68 处致使鉴定无法进行的案例 / 188

案例 19 电子病历遭受患者质疑的案例 / 189

第七章 医疗损害技术鉴定

第一节 医疗损害鉴定的启动 / 191

案例 20 法医鉴定补充医学会鉴定案 / 202

第二节 医疗损害鉴定的若干疑难问题 / 204

案例 21 医疗事故鉴定与法医鉴定结论不一致案 / 212

第八章 赔偿标准及计算

第一节 赔偿标准的一元化 / 215

第二节 具体赔偿范围和计算方式 / 220

案例 22 医疗费用须凭据支付 / 224

案例 23 治疗原发病的费用不在赔偿之列 / 225

案例 24 患方设立陷阱获取医方提供的陪护证明 / 227

案例 25 交通费审查实例 / 228

案例 26 住宿费审查实例 / 231

案例 27 致残的医疗损害赔偿项目 / 234

案例 28 被扶养人生活费计算错误案 / 237

案例 29 致患者死亡的医疗损害赔偿项目 / 240

案例 30 医疗损害精神损害赔偿 / 247

第三节 可能发生重复赔偿的情况 / 254

案例 31 后续治疗费的赔偿条件 / 269

案例 32 死亡赔偿金和精神损害赔偿金可以同时赔偿 / 271

附录：相关司法解释和地方法院审判工作指导文件

最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定 / 275

(2001 年 12 月 21 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 / 284

(2003 年 12 月 26 日)

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 / 290

(2001 年 3 月 8 日)

最高人民法院关于适用《中华人民共和国侵权责任法》若干问题的通知 / 291

(2010 年 6 月 30 日)

浙江省高级人民法院民一庭《关于审理医疗纠纷案件若干问题的意见(试行)》 / 292

江苏省高级人民法院关于做好《侵权责任法》实施后医疗损害鉴定工作的通知 / 295

(2010 年 7 月 9 日)

江苏省高级人民法院、江苏省卫生厅关于医疗损害鉴定工作的若干意见(试行) / 296

(2010 年 10 月 11 日)

4 医疗损害赔偿诉讼实务

上海市高级人民法院关于印发《上海法院关于委托医疗
损害司法鉴定若干问题的暂行规定》的通知 / 298

(沪高法〔2010〕363号)

北京市高级人民法院《关于审理医疗损害赔偿纠纷案件
若干问题的指导意见(试行)》 / 309

(2010年11月18日)

后 记 / 315

第一章 侵权责任法对医疗损害赔偿诉讼的影响

近年来,我国的医疗纠纷有愈演愈烈之势,而不统一的医疗纠纷民事处理机制给这场医患博弈增加了悬疑和变数,医疗纠纷的民事处理成为最捉摸不定的事情。为此,医院管理、法律等专业领域的专家、学者在探索和寻找有效解决医疗纠纷的渠道上一直在不懈努力。2009 年底出台的《侵权责任法》可谓为这一问题的解决提供了契机。《侵权责任法》第七章构建了一整套有关医疗损害赔偿纠纷的司法处理制度,对于我国当前的医疗纠纷民事处理会产生深远的影响。本章将从宏观方面阐述《侵权责任法》对医疗损害赔偿诉讼的影响。

第一节 医疗损害赔偿制度的统一

【原理阐释】

一、医疗损害赔偿二元化现象的弊端

医疗损害赔偿纠纷一直是人民法院审理的一类疑难案件。由于国务院于2002年颁布了《医疗事故处理条例》,最高人民法院于2003年下发了《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》,在这两个规范性文件的指导下,人民法院在审理医疗损害赔偿纠纷案件的过程中,逐渐形成了由三个双轨制构成的二元化现象。^①具体表现在三个方面:一是诉讼案由的双轨制,既有医疗事故损害赔偿纠纷,也有医疗事故以外的一般医疗损害赔偿纠纷;二是鉴定的双轨制,既有由卫生行政部门指导的各级医学会组织进行的医疗事故技术鉴定,也有由统一在司法行政部门登记注册的司法鉴定机构组织进行的医疗损害过错鉴定;三是赔偿的双轨制,既有适用《医疗事故处理条例》进行的医疗事故赔偿,也有适用《民法通则》、《人身损害赔偿解释》进行的赔偿。

在《侵权责任法》颁布之前,由于二元化现象的存在,医疗损害赔偿案件的

^① 杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第407页。

处理在公正与效率问题上十分突出。这主要体现在两点,一是由于两类鉴定的存在,使得大部分案件经历多次鉴定,案件审理时间长,效率低下;二是由于《医疗事故处理条例》规定的医疗事故赔偿与法律、司法解释规定的人身损害赔偿相比项目少、标准低,使得实践中出现了赔偿的倒挂现象,即一些经鉴定不构成医疗事故但医院确实因其过错行为造成患者人身损害后果的,患者获得的赔偿数额反而要高于经鉴定构成医疗事故的患者的获赔数额,造成了极大的不公正。^①而且这种现象在全国范围内都普遍存在,引起了《侵权责任法》的立法者的注意。^②

二、《侵权责任法》对医疗损害赔偿制度的统一

为了解决医疗损害赔偿纠纷案件中的法律适用“二元化”带来的上述问题。《侵权责任法》设专章规定了医疗损害责任。《侵权责任法》已经于2010年7月1日实施,该法的实施,必将对人民法院审理医疗损害赔偿案件产生深远的影响。此外,最高人民法院也于2010年6月30日下发了《侵权法适用通知》,对《侵权责任法》的溯及力、医疗损害鉴定、被扶养人生活费等问题作出了原则规定。

《侵权责任法》抛弃了“医疗事故”的概念,在第七章专章规定了“医疗损害责任”,而不是此前医疗界曾经呼吁的“医疗事故责任”。从第七章的内容看,也没有关于医疗事故的任何规定。立法者及法学专家认为,《侵权责任法》对医疗损害责任的赔偿没有像《医疗事故处理条例》那样作出特殊规定,甚至该法第七章没有规定医疗损害应该如何赔偿。没有赔偿问题的特殊规定,就说明医疗损害赔偿与《侵权责任法》规定的产品责任赔偿、交通事故赔偿等一样,赔偿项目和赔偿标准等都统一适用《侵权责任法》的规定。^③

同时,由于法律不再采纳医疗事故的概念,因此,在民事审判领域,对于2010年7月1日以后发生的医疗损害赔偿纠纷案件,人民法院不再采用医疗事故损害赔偿纠纷的诉由,也不再委托医疗事故技术鉴定。^④在确定医疗机构医疗损害责任成立之后在确定具体赔偿标准上,人民法院也不再区分医疗事故的赔偿和

① 参见陈特:《医疗损害赔偿纠纷案件法律适用“二元化”问题的由来、弊病及解决》,载奚晓明主编:《民事审判指导与参考》(总第41期),法律出版社2010年版,第124-125页。

② 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第269-270页。

③ 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第269-270页;杨立新:《〈中华人民共和国侵权责任法〉精解》,知识产权出版社2010年版,第227-228页。

④ 刘鑫、梁俊超:《论医疗损害技术鉴定危机与改革》,载《证据科学》2010年第18卷第4期。

医疗事故以外的其他医疗损害的赔偿。从而实现了医疗损害赔偿法律制度的统一。

【实务问题及难点】

《侵权责任法》的颁布，从立法上统一了医疗损害赔偿法律制度，但是在司法实践中应该如何操作，在立法中并没有明确而具体的规定，因而留下了大量的司法实务问题需要进一步研究和规制。根据过去医疗损害赔偿二元化的表现，各地方最高审判机关也在积极研究和探索，针对诉讼案由、赔偿标准和赔偿比例等做了进一步明确的规定。

一、关于医疗损害赔偿纠纷案件的案由

在《侵权责任法》颁布之前，司法实践中各地对医疗损害赔偿纠纷案件的案由认识不一、做法不一。在法院已审结的与医疗相关的民事案件中，涉及的案由主要是医疗事故损害赔偿纠纷（或医疗损害赔偿纠纷）和医疗服务合同纠纷，还有追索医疗费纠纷、医疗美容纠纷、医用产品质量纠纷。此外，有的案件以人身损害赔偿为由起诉，实际上为医疗事故纠纷，还有的案件以财产损害赔偿为由起诉，实际上涉及医院在诊疗过程中有关药物质量和仪器的使用等问题。

从案件性质方面分析，人民法院受理的上述案件，大部分属于对医疗活动产生争议引发的医疗损害赔偿纠纷，另一些纠纷则属于非医疗纠纷，即医患双方对医疗活动本身没有争议而在其他方面产生争议，如患者因被医院的陈旧设备砸伤而与医院发生的争议。

2000年最高人民法院颁布的《民事案件案由规定（试行）》就医疗纠纷规定了两类案由：医疗事故损害赔偿纠纷和医疗服务合同纠纷。对医疗事故损害赔偿纠纷案由的确定主要根据是国务院《医疗事故处理条例》。

2008年最高人民法院发布了《民事案件案由规定》，该规定将关于医疗纠纷的案由修改为“医疗损害赔偿纠纷”和“医疗服务合同纠纷”。也就是说，将原来的医疗事故损害赔偿纠纷改变为医疗损害赔偿纠纷。原因是医疗事故损害赔偿纠纷这个案由未能完全体现医疗纠纷民事责任的性质。

根据《侵权责任法》的规定，在医疗侵权民事责任中不再使用医疗事故的概念，并单独设立“医疗损害责任”一章。为了适应这种立法上的变化，2011年2月18日，最高人民法院发布了《关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》，增加了“医疗损害责任纠纷”这一案由，并包括两个下级案由：“侵害患者知情同意权责任纠纷”和“医疗产品责任纠纷”。至此，我国医疗纠纷的案由体系初步

形成。分为一个三级案由“医疗损害责任纠纷”，三个四级案由“医疗服务合同纠纷”、“侵害患者知情同意权责任纠纷”、“医疗产品责任纠纷”。总的来说，主要包括两类案由，即医疗服务合同纠纷和医疗损害责任纠纷。但就医疗侵权纠纷来说，主要是“医疗损害责任纠纷”和其下的两个子案由：侵害患者知情同意权责任纠纷、医疗产品责任纠纷。

另外，由于有两个案由，这就涉及法院能否依职权改变案由的问题。一般来说，法院原则上不能依职权改变案由。但在审判实践中，当事人由于法律知识欠缺，在起诉时，确定的案由往往不可能完全正确，这就需要重新确定符合诉讼关系的案由。出现这种情况，法院应行使释明权，在法院行使释明权后，原告依然不申请改变案由，法院则应按照原案由继续审理，适用与该案由相适应的法律。由于《关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》将与有关医疗赔偿案件的案由确定为医疗损害责任纠纷和医疗服务合同纠纷，所以问题变得比较简单。原告要么选择医疗损害责任纠纷，要么选择医疗服务合同纠纷。如果原告选择医疗损害责任纠纷，那么法院适用侵权责任原理来审理；如果原告选择医疗服务合同纠纷，那么法院适用合同责任原理来审理。由于侵权责任和合同责任在时效、举证责任、损害赔偿额计算等方面的不同，原告要承受因自己选择案由而产生的相应后果。

关于案由，《浙江司法指导意见》第3条规定，患者一方因医疗行为而遭受损害，有权提起侵权责任之诉或违约责任之诉。患者一方主张医疗机构承担侵权责任的，案由为“医疗损害赔偿纠纷”；患者一方主张医疗机构承担违约责任的，案由为“医疗服务合同纠纷”。患者一方对侵权责任之诉与违约责任之诉未做出明确选择的，人民法院应当向其释明并要求其予以明确。释明后患者一方仍未明确选择的，应根据最有利于纠纷解决的原则依职权确定其请求权基础；但确因当事人不明确请求权基础而导致案件无法处理的，可裁定驳回起诉。

此外，《北京司法指导意见》第1条第1款明确规定：本指导意见所称医疗损害赔偿纠纷，是指患者一方认为在诊疗活动中受到损害，要求医疗机构承担侵权责任而引起的民事纠纷。

不过，在医疗纠纷诉讼中，我们经常看到有人主张以非法行医作为民事诉讼案由进行起诉，^① 2009年患者诉北京大学第一医院非法行医案，就是一个典型。那么是否可以非法行医作为案由提起侵权之诉呢？我们认为不可以，理由有二。第一，最高人民法院《民事案件案由规定》中就没有这么一个案由，最高人民法

^① 刘学文主编：《侵权案件立案标准》，人民法院出版社2009年版，第156-157页。

院发布这个有关民事诉讼案由的规范性文件，就是为了规范比较混乱的民事诉讼的案由，便于当事人起诉和法院审判，也便于人民法院对民事案件的统计和管理。为此，最高人民法院在发布《民事案件案由规定》时明确要求：第一审法院立案时应当根据当事人诉争的法律关系性质，首先应适用《民事案件案由规定》列出的第四级案由，第四级案由没有规定的，则适用第三级案由；第三级案由中没有规定的，则可以直接适用相应的第二级案由或者第一级案由。既然《民事案件案由规定》中没有非法行医这一案由，当事人又怎么能够按照非法行医来起诉呢？第二，非法行医是一个行政法上的概念，是卫生行政机关监管医疗执业的一个特殊名词，主要用于对未经许可人擅自开展医疗执业进行处理、处罚。非法行医必然带来卫生行政机关的行政处理甚至处罚，但只要没有造成患者的损害结果，一般而言并不发生民事赔偿问题。在正规医疗机构的诊疗过程中，即使医疗机构存在非法行医的现象，也仅仅可以据此认定医疗机构“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”，庭审中可以推定医疗机构存在过错而发生医疗过错的举证责任倒置，也不一定由医疗机构来承担侵权赔偿责任。

二、关于如何适用法律确定医疗损害赔偿项目和计算标准

《侵权责任法》虽然没有明确规定医疗损害赔偿范围和标准，但不明确规定就是说医疗损害赔偿范围和标准没有特别规定，与其他侵权类型完全一样。《侵权责任法》的颁布实施，解决了司法实践中赔偿标准“二元化”问题，不再区分医疗事故与非医疗事故，因此，人民法院在审理医疗损害赔偿案件时，应统一适用《侵权责任法》关于赔偿范围和标准的规定。

也就是说，在《侵权责任法》实施之后，患者一方当事人在与医疗机构发生医疗损害争议后，如果依据《侵权责任法》将医疗机构诉至法院的，在这种情况下，虽然《医疗事故处理条例》尚未被废除或者修改，但法院应当尊重《侵权责任法》的立法本意，不应再区分医疗事故与非医疗事故，而应统一适用《侵权责任法》关于赔偿范围和标准的各项规定。因为，只有坚持法律适用的一元化，才能提高医疗损害赔偿纠纷案件处理的效率，并保证所有医疗损害赔偿纠纷案件得到公平的处理。

对此，为贯彻《侵权责任法》的实施，各地的指导意见也根据《侵权责任法》的精神做出了相应的规定。例如，《北京司法指导意见》第35条规定，确定医疗损害赔偿，应统一适用《侵权责任法》及相关司法解释关于赔偿范围和标准的各项规定。《上海司法指导意见》第1条规定，2010年7月1日以前发生的医疗损害纠纷按当时的法律法规处理，2010年7月1日以后发生的医疗损害纠纷

适用《侵权责任法》及相关规定处理。

三、赔偿比例

赔偿比例是确定了侵权责任成立之后的又一个重要问题。不过关于这一问题的表述比较多,也比较混乱。有称“原因力”的,也有称“责任程度”的,还有称“参与度”的。我们认为,确定赔偿比例是审理案件的法官审判工作的分内之事,因此,法官在确定赔偿责任的时候,可以使用赔偿比例、责任程度等带有法律适用意义的表述方式。而在医疗损害鉴定过程中,由于鉴定人员只是从医学理论和技术层面判断过错医疗行为在损害后果产生方面的贡献程度,考虑的因素比较单一,往往不会考虑案件的其他具体事实和情节,是一种纯技术分析,因而表述为参与度、原因力等更合适。

医疗损害后果的发生往往与患者自身有直接或间接的关系,只要诊疗行为存在过错,所有损害后果都由医疗机构承担,是不合理的。应该考虑医疗机构过错程度和诊疗行为在损害结果发生中的原因力大小确定损害赔偿比例。审判实践中一般要根据鉴定结论认定的医疗过错行为在医疗损害后果中的参与程度来确定赔偿的比例。

例如,《北京司法指导意见》第36条规定,确定医疗损害赔偿数额,应当综合考虑医疗过错行为在损害结果中的责任程度、损害结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。

此外,《浙江司法指导意见》第19条规定,患者一方请求医疗机构承担损害赔偿责任的,人民法院应根据医疗损害后果、医疗过失行为在医疗损害后果中的责任程度及医疗损害后果与患者原有疾病状况之间的关系,并结合医疗科学发展水平、医疗风险、医疗条件及患者个体差异等因素,确定医疗机构的损害赔偿责任。

【法条链接】

《侵权责任法》

第54条 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。

《侵权法适用通知》

第1条 侵权责任法施行后发生的侵权行为引起的民事纠纷案件,适用侵权责任法的规定。侵权责任法施行前发生的侵权行为引起的民事纠纷案件,适用当时的法律规定。

第2条 侵权行为发生在侵权责任法施行前,但损害后果出现在侵权责任法施行后的民事纠纷案件,适用侵权责任法的规定。