

广东律师系列丛书之十

GUANG DONG LAWYERS

医事纠纷律师实务 案例评析与诉讼指引



广东省律师协会 编

聚焦前沿问题 · 指引实务操作



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



医事纠纷律师实务

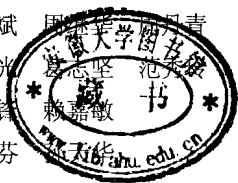
案例评析与诉讼指引



广东省律师协会 编

丛书主编： 欧永良
副主编： 黄思周 王 波
执行主编： 叶 港

本册主编： 宋儒亮
本册副主编： 柯 旭 陈国翔 周 菊 李立凯
编 委： 高文辉 刘孟斌 周志坚 范永健
乔 森 陈德光 赖嘉敏
程跃华 刘子健
编 辑： 徐敏彪 姚淑芬



法律出版社

LAWPRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

医事纠纷律师实务:案例评析与诉讼指引/广东省
律师协会编. —北京:法律出版社,2012. 10
(广东律师系列丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4087 - 5

I. ①医… II. ①广… III. ①医疗事故—民事纠纷—
案例—中国②医疗事故—民事诉讼—研究—中国 IV.
①D922. 16②D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 237869 号

医事纠纷律师实务:案例评析与诉讼指引
广东省律师协会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 薛 晗
装帧设计 马 帅

© 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 固安华明印刷厂
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 15.25
字数 413千
版本 2012 年 11 月第 1 版
印次 2012 年 11 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/info@lawpress.com.cn

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4087 - 5

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 序

一直以来,各方对医疗法治理论的研究成果和律师实务的操作技能有很多现实期待和迫切需求,对医疗侵权案如何能被正确引导、依法处理和案结事了也寄予厚望,但现实是医法研究仍比较薄弱、律师实务的处置仍比较简单和司法维权的力度仍比较有限,在践行以人为本、尊重保障人权和关注生命健康的今天,各方需求与专业供给之间差距更为明显,诉求也表现得更为强烈。

2006年10月12日,经认真商讨,以宋儒亮律师为发起召集人,联同李立凯、刘孟斌、周继华、周丹青、乔森和陈德光七名志同道合的律师,以书面方式向广东省律师协会提出了关于设立“医疗法律专业委员会”的申请。

2006年11月16日,根据《广东省律师协会业务委员会工作规则》第五条、第七条的规定,经广东省律师协会会长办公会同意,并经省律师常务理事会书面表决,同意设立“广东省律师协会医疗法律专业委员会”。

引领改革开放潮头的广东成立广东省律师协会医疗法律专业委员会是顺应现实之需、回应当前之举和指明方向之处,为广东专业律师进行医疗法治实践提供的一个舞台,表明律协是有眼界、眼光和眼力的。

律师协会医疗法律专业委员会从成立之日到如今,已走过五个年头,现在已是第二届了。老帮新、新尊老和新老共进已成委员新乐,理论研究和实务交流已成专业新标,案例研讨和同行切磋已成行业新态。代理的案例、办案的论文集结成书,既是往昔峥嵘岁月的一个缩影,也是专业委员会和委员们的业绩的一次亮相。

医疗法律专业委员会工作是一份让人不断形成新理念和不断产生新动力的事业。就“医”而言,一个人以患者身份从医院来到这个世界是幸福的,一个人以患者身份从医院离开这个世界也是幸运的;就“法”来说,一个人出生时有法律保护是幸福的,一个人死亡时也有法律保障更是幸运的。让人生和死都能同获医学保健和法律保障,既是当事人的福气,也是专业委员会的德性。从这个意义上,主张医与法的有机结合并贯彻和落实人性关爱、人文关怀、人道价值和人权保障的医疗法律专业委员会,其产生、存在和发展无论对个人还是家庭、对医院还是国家、对国家还是世界都是有价值感、有使命感和有责任感的。怀有这样的心愿,再阅读有如此理念、多有学医经历以及常年律师代理经验的委员们所撰写的集论文、案例和法律评议于一身的律师之作,会让您获得更多的法、理和情之收益。

医学在发展,法治在推进。医疗活动的终结不应再只限于医院,法院也成为医疗活动的终结之所。实验性临床医疗的采用、医学鉴定和司法鉴定的适用、告知说明和知情同意的履行、因果关系的法律认定、并发症认定的法律规制以及和解、调解和判决方式结案等法律行动,已证明了越来越多的国家权力、社会力量已渗透和介入到医疗活动之中,医疗活动已不再仅仅是医患双方你情我愿之私事了。医疗活动应当逐步适应这样的调整,医疗法治应当尽快引领这样的改变。带有这样的认识再阅读律师之作,会让您感叹医法有机结合所带给你的震动和震撼。

治国要依法,行医应先行。生命健康权是最基本的人权,医疗领域是最展现生命健康权变更之处。如同以性别为由,可将人分为男人和女人,以诊疗护理为由,可将人分为病之人和医之人,今天的医之人或早或晚定为明天的病之人。从依法行医角度,如果医疗领域的医之人和病之人能懂法、依法、用法和守法了,那么,公民、家庭、医院、行业、政府和国家也都应懂法、依法、用法和守法。培养具备“医术高明、医德高尚和医方懂法”三位一体知识结构之医之人,先通过他们的身体力行、榜样带动和依法行医的实践和成就,倒推和倒逼行政要依法并使之不断深入,再实现医之利益各相关方依法从业,进而更推动依法治国就成为可行之

路。最集中人权精髓的行医之处,既应是依法行政的最前沿,也应是依法行政的最先处。有这样的胸怀和眼界来看律师之作,会让您体悟到要先医师法治、医疗法治、再行政法治和达国家法治之用心,感受到依法在治病、治人、治家、治业、治政和治国在理念目标、实践路径、方式方法上的相通之感。

本书愿为医疗法治、行政法治和法治国家建设中的一捧土、一块砖、一道梁和一间屋。

治国要依法开始,行医应依法启动。应把鲁迅因弃医从文而没有走完的医之路,重新拾起来、连起来并走起来,加人权之素,添法律之料,医与法相融,手拉手,共努力,共建设。

医疗法律专业委员会能顺利成立,要感谢省律师协会原会长薛云华、原秘书长李国燊等律协领导;律师实务文集编撰出版,要感谢省律师协会欧永良会长、朱征夫副会长、叶港秘书长、刘玲副秘书长以及省律师协会业务部等工作人员的大力支持,要感谢医疗法律专业委员会第一届、第二届委员们的全力参与,要感谢廖俊律师、赖嘉敏律师助理、研究生郭祎、陈树鹏、胡战、邓小花、陈利、南俊、刘慧星、张慧玲、章玲等同道同学同事的倾力帮助,要感谢法律出版社薛晗编辑的有力指导。

医疗法律工作。分内之举,乐意之事,幸福之想,努力之处。

医疗法治前景。任重道远,思绪所到,真情所致,感慨之言。

是为前序。

广东省律师协会医疗法律专业委员会主任 宋儒亮 博士

二〇一二年六月一日

于黄华园

目 录

第一章 医疗损害赔偿

- 3 医疗损害及相关概念的含义、界定及对鉴定、判决的影响
——以临床并发症处理为例
- 16 不构成医疗事故不等于不存在医疗侵权
——李某等诉广东省广州市某医院医疗损害赔偿纠纷案
- 53 医院未尽到及时、必要、谨慎和注意义务被判承担医疗赔偿责任
——罗某、邓某、邓某某诉广东省湛江市某医学院某附属医院医
疗损害赔偿纠纷案

第二章 医疗损害赔偿的归责原则

- 77 论非医疗事故的医疗风险法律责任
- 82 漏诊能否被认定为医疗过错
——郭某、孔某诉广东省深圳市某区某医院医疗损害赔偿纠纷案
- 106 妇婴医院产检不到位成被告
——邓某某诉广东省广州市某妇婴医院医疗损害赔偿纠纷案
- 150 非医疗事故案的过错认定
——黄某诉广东省汕头市某医院医疗损害赔偿纠纷案

第三章 医疗损害赔偿的举证责任

- 165 论医疗侵权之因果关系
《手术同意书》的真伪判定
- 182 ——李某某、郑某甲、郑某乙、郑某丙诉广东省广州市某医院医
疗损害赔偿纠纷案
- 209 试管婴儿手术纠纷案的艰难举证
——姜某诉广东省汕头市某医院医疗损害赔偿纠纷案

第四章 并发症风险下的医疗损害责任

- 259 论并发症的归责与免责
并发症不属于医疗损害?
- 268 ——闫某诉广东省广州市中山大学附属某医院医疗损害赔偿纠
纷案

第五章 医疗产品损害责任认定

- 291 由一起因医疗器械数量引发争议案谈说明义务的履行和律师的
作用
- 296 “杜冷丁”究竟该不该用
——方某诉广东省揭阳市某医院医疗服务合同纠纷案

第六章 医事行政法律关系问题研究

- 341 由央视《焦点访谈》曝光的非法行医案谈民营医院的法律监管
- 348 医疗门诊紧急接生是急诊还是超范围在执业
——某医疗门诊诉广东省广州市某区卫生局行政赔偿纠纷案

- 371 | 卫生局不处理伪造、篡改病历行为被诉行政不作为
——罗某某等诉广东省清远市某县某人民医院医疗损害赔偿纠纷案

第七章 医疗事故技术鉴定和司法鉴定机制

- 415 | 医疗事故技术鉴定与司法鉴定的选择
——汤某诉广东省广州市某医院医疗损害赔偿纠纷案

第八章 医疗损害赔偿纠纷的法律救济

- 441 | 浅谈医疗纠纷的原因与律师参与调解的策略
- 446 | 律师代理医方参与医疗纠纷案件调解中的技巧与注意事项
- 451 | 陪护员与陪护业间之民事法律关系研讨
- 459 | 执业医师缘何“一只脚在医院,另一只脚在法院”
——兼评医疗损害争议处理行司法审查之必然性

后记

第一章 医疗损害赔偿

医疗损害及相关概念的含义、界定及对鉴定、判决的影响

——以临床并发症处理为例

不构成医疗事故不等于不存在医疗侵权

——李某某诉广东省广州市某医院医疗损害赔偿纠纷案

医院未尽到及时、必要、谨慎和注意义务被判承担医疗赔偿责任

——罗某、邓某、邓某某诉广东省湛江市某医学院某附属医院医疗损害赔偿纠纷案

医疗损害及相关概念的含义、 界定及对鉴定、判决的影响

——以临床并发症处理为例

进行医疗损害赔偿诉讼常需处理与其相关的众多法律难题,较突出的有并发症、当时的医疗水平、医疗过错、鉴定、说明、不可抗力、自由裁量等难题。代理好医疗损害赔偿,须处理好这些相关难题,而难题需要多方参与研讨。为此,针对代理医疗损害赔偿诉讼中需解决的种种难题,广东省律师协会医疗法律专业委员会召开了“临床并发症——含义、界定及对判决的影响”研讨会。来自律师事务所、省委党校、高等院校、人民法院、公安机关、医院、新闻媒体等单位的约40名代表参加了会议。研讨会分为主题发言、评议和总评三个阶段进行,其间,针对议题还专设了自由提问与答疑程序。

一、“并发症”及其相关概念的医学解读

主题发言阶段。研讨会先由全国高等医学诊断学指导委员会委员汤美安教授就“‘并发症’及其相关概念的医学解读”作主题发言,认为对于“临床并发症”的概念,医方是从两方面界定,一是从对疾病诊断的角度,二是从诊疗操作的角度。从疾病诊断来讲,“并发症”是指原发疾病的发展导致肌体、脏器的进一步损害,其关键词为损害;从诊疗操作而言,“并发症”是指在进行某操作的过程中,包括手术、诊疗穿刺等操作过程中出现的继发损害,关键词也是损害。所以,在诊断疾病或者是诊疗操作方面都可能出现并发症。在关于“并发症”的认定和评定上,汤

教授总结并提出了8个是否:(1)是否符合从疾病诊断和从诊疗操作两个方面对“并发症”作出的定义?(2)是否一定出现?(3)是否难以避免?(4)是否属于医疗意外?(5)是否有一定的不良后果?(6)是否有一定损害及其是否可逆?(7)医方处理时是否有预见?(8)对发生损害是否进行恰当处理?

关于并发症引起不良后果是否应当免责问题,汤美安教授指出,应当具体分析,综合考虑医疗机构及医务人员在诊疗过程中是否合理预见及履行告知义务、操作或用药是否进行合理权衡、采取避免措施及出现并发症是否进行恰当、是否积极处理等方面来确定医方是否应就“并发症”引起的不良后果承担责任。

评议阶段。曹培杰律师指出,在医疗纠纷诉讼中,“并发症”经常被作为医方为自己行为进行辩解的一个理由,对诉讼和鉴定有着重要的影响。关于“并发症”的概念,曹律师认为系指由疾病自身病理发展衍生或诊治过程按医学技术操作规范要求而产生的难以避免的病理性症状。其包含疾病自身病理发展、符合医学技术操作规范要求及难以避免三个要素,并认为,三个要素有无是定义“并发症”的关键词,是确定“并发症”概念的核心要件,且三要素包含于汤教授总结的8个“是否”里,与汤教授对并发症的界定是一致的。

医学专家曾慧兰教授首先表示同意汤教授的观点,认为对产生“并发症”是否免责应当看具体情况,提出“并发症”发生存在两种情况:(1)必然发生,即因病情的自身发展而必然发生;(2)跟诊疗操作相关,即因诊疗操作而发生。实践争议或纠纷主要存在于第二种情形。同时,曾教授也指出在探讨并发症对诉讼和鉴定的影响时,不能单从医学概念解读来考虑,还应当结合整个并发症发生的过程,从而判断其有责或无责及对诉讼或鉴定会产生怎样的影响。

李建蓉律师发言指出,在诉讼实践中,医方通常是以知情告知书中所列举的“并发症”来提出抗辩的,但“并发症”的法律界定不很清楚,提出以下看法:(1)认为并发症是可以预见的,这与医疗意外是有区别的;(2)并发症发生存在不确定性,相对“医疗意外”更为复杂;(3)并发症相

对可以避免的。结合办案实践提出,从举证角度,若诉讼中医方欲证明诊疗过程中产生“并发症”属于应当免责的情形,应从以下几方面组织证据:(1)医方是否做到对风险的合理预见?(2)在预见到之后,是否与患者进行了全面沟通,是否尽到告知义务?(3)是否对风险进行积极的回避?(4)发生“并发症”时,医方是否采取积极措施防止损害的扩大?如果这几方面可以举证证明医方在诊疗过程中不存在过错,不应当追究医方的责任。作为医方,应当重视对规范的医疗文书的书写,这也是医方在产生医疗纠纷后最主要的举证手段。

王怀勇警官认为,医学界和司法界关于“并发症”界定都集中在是否从技术上难以避免损害的产生及从操作上是否违背了诊疗操作常规、规范而导致损害产生。他还提出,在临床当中,误诊和漏诊认定应当有针对性,是以现有理论水平、医疗条件及检查习惯来判断的,比如应当发现这个疾病但没有发现就应是漏诊;如果该疾病超出现有理论范畴,现有的医疗手段无法查明,而导致没有作出正确诊断则不应当界定为误诊或漏诊;同时还提到,在界定误诊与漏诊时应当考虑到疾病的发生和发展具有一定的过程。

总评阶段。社科专家邓坤金教授总评发言指出,汤教授对“并发症”的解读,是一个比较有深度的解读,特别是她提出的8个“是否”对“并发症”问题不仅在医学理论上而且在实际运作过程当中都具有指导参考意义;其他几位评议人发言也非常精彩和热烈。邓教授认为:(1)有些并发症是难以避免的,医务人员的合理诊疗,只能延缓和推迟并发症,并不能完全阻止其发生的可能性。因此,不能一旦发生“并发症”的不良后果,就认为是医务人员操作过错造成。(2)因医务人员的过错或者药物、器械、输血而造成并发症的发生,将结合《侵权责任法》第54、58条的规定追究医方的责任。(3)并发症的医方免责情形应当符合《侵权责任法》第60条关于“患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗”、“医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务”、“限于当时的医疗水平难以诊疗”的规定。但对于即将实施的《侵权责任法》中有关“当时的诊疗水平”的规

定,邓教授认为尚缺乏可操作性,这将对认定“并发症”问题产生影响。

二、“临床并发症”——含义、界定及对鉴定、判决的影响

如何定义和界定“临床并发症”在司法实践中对于鉴定和判决有重要影响。

主题发言阶段。揭阳市律师协会副会长葛志坚律师指出:(1)“并发症”在《医疗事故处理办法》中有了规定,但在其后的《医疗事故处理条例》中没有出现,取而代之的是“在现有医学科学技术条件下不能预见难以避免”的描述。(2)其是一个医学名词,在发生医疗纠纷时,医方都以“并发症”作为不承担责任的免责事由提出抗辩。(3)“并发症”应分两种情形,一种是疾病的发展过程中,出现的与原发疾病相区别的其他继发损害,另一种是在疾病的诊疗过程中,由于诊疗、操作的原因而导致的不良后果。因人为因素造成的“并发症”并非难以避免,而是可以避免的。因此在诉讼和鉴定中,对于“并发症”是否应当免责,应区别对待。

评议阶段。黄宝浩律师认为,一方面,“并发症”在法律上尚无明确的界定,但在医学界已经有非常明确的定义。在医学上,“并发症”应当包括两种情形,即在疾病发展过程中产生和因诊疗、操作行为而引起,这对于从法律上理解“并发症”的含义或定义起到参照、影响的作用;另一方面,从“并发症”对诉讼或鉴定影响的角度考虑,可以从其对损害结果进行“原因力”讨论,根据其为主要原因、次要原因、无直接关系来判断其对判决、鉴定的影响。

刘子锋医师则认为,法律与医学之间是有界限的,“并发症”本身是一个医学的概念,没有必要从法律的角度来界定它。法律有法律的术语,医学有医学的术语,我们只需要找到“并发症”在司法当中代表的意义就可以了。刘医师认为“并发症”在法律上所代表就是“不利益”。而“不利益”概念与损害是相区别的,患者到医院就医首先是由于患者存在由原发疾病带来的“不利益”,而如果产生“并发症”则是另一个“不利益”,无论是由于原发症还是并发症,还是药物影响等等带来的“不利益”,在法律来看是没有区别的,因为看其有无法律责任要考察的是其是

否具备侵权的几项要素。从这个意义上见,没有必要在法律上追求一个医学术语——“并发症”的法律含义或概念。

周丹青律师指出,经过上述的讨论,在定义方面基本上已经形成了共识,即“并发症”包括两个方面:(1)在原发症基础上发展、发生了与原发疾病有关的其他继发证;(2)诊断治疗过程出现了因治疗手段,包括用药、手术、麻醉等操作中发生的不良后果。“并发症”具有以下特点:(1)具有可预见性,即根据现有医疗水平、经验是可以预见到,这区别于“医疗意外”;(2)原发病与并发症之间存在因果关系,这与“合并症”相区别;(3)具有可逆性,其症状可缓解或治愈,这与“后遗症”相区别。关于“并发症”的界定对诉讼,鉴定的影响,主要从并发症的预防、治疗的过程中去判断医方有没有尽到义务来区分医方是否应当承责。

总评阶段。广州市萝岗区人民法院副院长刘治家总结指出,关于“临床并发症”的定义从医学上来说,在《中国医学大辞典》及医学教科书等都有相关的定义和分析,以医学辞典、医学书籍为代表的——强调并发症的客观性,也就是疾病的发展和治疗手段的介入而客观发生,这种定义范围广,是属于“广义的并发症”;从法律上对其的定义,是以法律学者为代表——强调并发症的主观性,也就是医师有没有过失或者难以避免和防范,这种定义范围窄,可以理解为“狭义的并发症”。同时,“并发症”首先是一个医学概念,其次才是研究“并发症”的相关法律问题,采用广义定义更符合“并发症”含义,法律界应尊重医学界关于并发症的惯用含义。人为地将“并发症”限制在“医院的有没有过失”或者“难以避免”等前提条件下,有本末倒置之嫌。法学界对“并发症”定义人为复杂化,将导致对“并发症”界定和认识的混乱和实践中的很多问题。

总评阶段。范秀玲律师总评发言认为,以上几位发言,从不同的角度解读了“并发症”的含义、界定,以及对司法实践中鉴定和判决的影响。她同意刘副院长的观点,“并发症”应当是一个医学概念,律师从事的医疗法律纠纷的业务其实是两个学科的交叉,法律界应尊重医学界,应当尊重自然科学医学对“并发症”的界定。但在一般司法判决中或者鉴定中,是否为“并发症”以及对判决结果是否有影响,往往还是落实到

医方有没有尽到合理的注意等义务来进行判断。

三、“并发症”与“医疗意外”区别及对认定医疗损害赔偿责任的 影响

“并发症”与“医疗意外”相互区别,对于认定医疗损害赔偿 responsibility 也将产生不同的影响。针对此议题,广东诺臣律师事务所律师李立作了主题发言;广州市律师协会医疗纠纷法律专业委员会秘书长程跃华律师、广州市萝岗区人民法院副院长刘治家进行了评议;广东省律师协会医疗法律专业委员会副主任陈国翔作总评。

主题发言阶段。李立律师指出:第一,医疗意外强调“不能防范”,而“并发症”强调“难以避免”。在《医疗事故处理条例》第33条里有“在现有医学科学技术条件下,无法预料或者不能防范的不良后果”的规定,这一条是关于“医疗意外”的定义,关键词是“无法预料”、“不能防范”。而对于“并发症”,根据刚才各位专家的总结,其关键词主要是“难以避免的”。第二,从字面上看,“难以避免”和“不能防范”是有区别的。但在实践中,这种区别是非常难以区分的。难以区分主要体现在两点:(1)法官与鉴定专家的认识不同;(2)不同地区、医院、医生对于医疗认识不同。这些认识差异将导致最终在认定“并发症”还是“医疗意外”产生不同争议,这也是要讨论“并发症”与“医疗意外”的区别的原因。第三,在定性上,对于是否是“并发症”,有三个方面可以作为定性方面的参考标准:(1)医学教科书里面对于并发症的界定;(2)司法鉴定里面也有相关的内容;(3)医疗事故技术鉴定里面也有相关的内容;从法律实践来看,对“并发症”与“医疗意外”的定性,最终还是由法院和法官通过判决来确定,医疗事故技术鉴定只是起到一个参考的作用。第四,在定责上,现有的法律已明确规定,医疗意外是免责的;但是就“并发症”是否免责的问题,《医疗事故处理条例》并没有明确的规定,这就由法官来裁判和确定。总之,从一个很开放的角度来讲,“并发症”认定以及对判决等影响存在变数,各种可能性都会发生,最终是不是已经尽到充分的注意义务等,需要通过庭审质证并由法官确定,不做“一刀切”的规定。在这个问题上,既要为医疗本身留有余地,也有必要保留法官自由裁量