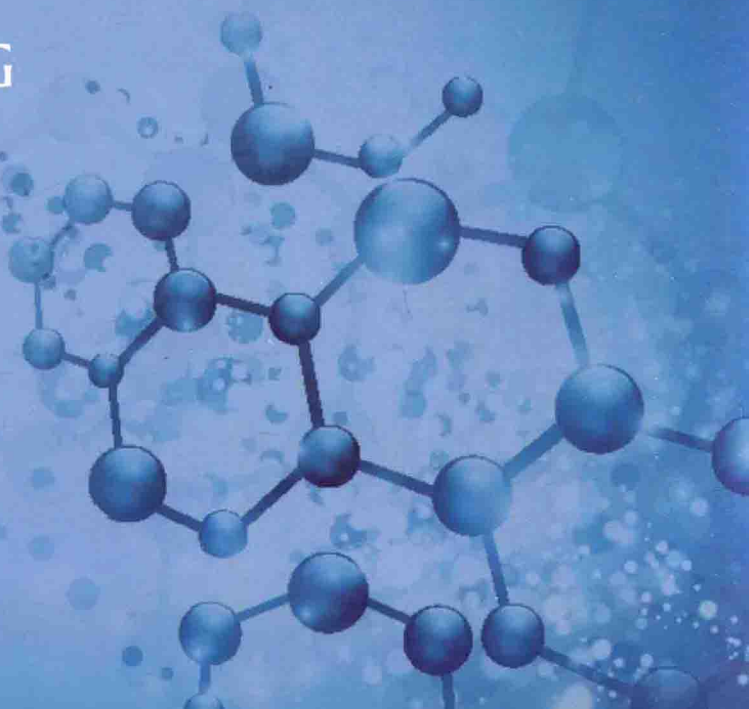


刘 鑫◎著

医疗损害 技术鉴定研究

YILIAO SUNHAI
JISHU JIANDING
YANJIU



中国政法大学出版社

医疗损害 技术鉴定研究

YILIAO SUNHAI
JISHU JIANDING
YANJIU

刘 鑫◎著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

医疗损害技术鉴定研究/刘鑫著. —北京：中国政法大学出版社，2014.8
ISBN 978-7-5620-5434-4

I. ①医… II. ①刘… III. ①医疗事故—伤害鉴定—研究—中国 IV. ①D923.84

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第152353号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 19.5
字 数 340千字
版 次 2014年8月第1版
印 次 2014年8月第1次印刷
定 价 48.00元



刘 鑫 中国政法大学证据科学研究院教授，硕士研究生导师，《证据科学》编辑部主任，中国政法大学医药法律与伦理研究中心主任。主要研究方向：医事法学、证据法学。

主要兼职：北京大学法学院硕士研究生导师；昆明医学院、广州医学院兼职教授。中国卫生法学会理事；中华医学会、北京市医学会医疗事故技术鉴定专家库成员；中国法医学会医疗损害鉴定专业委员会主任委员，中国法医学会法医学专家委员会副主任委员。

近年主要学术成果：

著作：《医院投诉管理工作指南》、《医疗利益纠纷——现状、问题与对策》、《医疗损害赔偿诉讼实务》、《侵权责任法医疗损害责任条文深度解读与案例剖析》、《医疗侵权纠纷处理机制重建——现行〈医疗事故处理条例〉评述》、《医事法学》等。

论文：《医疗过错鉴定规则体系研究》、《医疗损害鉴定之因果关系研究》、《违背患者意愿的救治行为法律分析》、《论我国患者隐私权的法律保护——以侵犯患者隐私权的民事责任为视角》、《论我国医疗损害技术鉴定制度构建》、《司法鉴定方法与技术准入制度研究》等。

近年来医疗纠纷案件增长较快，医疗纠纷形势日益严峻。由于医疗纠纷案件的专业性极强，案件处理工作变得异常困难。无论是医患双方自行和解、第三方介入的调解，还是仲裁机构的裁决、人民法院的裁判，都绕不开医疗行为的技术判断，即医疗行为是否存在过错，医疗行为与损害后果之间是否具有因果关系，患者的损害结果是否存在及严重程度等。由于这些问题不是法律问题而是诉讼法上所称的专门性问题，因而需要启动鉴定程序予以解决。本书正是以解决这些问题为核心，从医疗损害技术鉴定的主体、医疗损害技术鉴定的程序、医疗损害技术鉴定的方法等方面进行系统研究，并针对医疗过错、因果关系判断以及病历法律评估等具体的专门性问题的鉴定原则、鉴定方法、鉴定要求等提出了独到的见解。书中资料翔实，观点系统、新颖，涉及的鉴定理论和方法具有很强的科学性。本书具有很强的理论学术价值， also 具有很强的实践指导意义，适合从事医疗侵权理论研究的专业人士和医疗纠纷处理实务人员阅读。

策划编辑：彭 江
执行编辑：于函玉
封面设计：青溪文化

本成果系教育部长江学者和创新团队发展计划资助项目(IRT0956)



前言

站在 20 世纪思考证据法的未来，很大程度上就是要探讨正在演进的实施认定科学化问题。伴随着过去 50 年惊人的科学技术进步，新的事实确认方式已经开始在社会各个领域（包括司法领域）挑战传统的事实认定法。

——米尔建·R. 达马斯卡 (Mirjan R. Damaska)^[1]

近年来医疗纠纷成为一个非常敏感且人人关注的社会话题，医疗纠纷案件的发生率非常高，基本上所有医疗机构、所有医务人员都曾经经历过医疗纠纷。医疗纠纷具有普遍性的特点。曾经有学者说过，医疗纠纷在我国无处不在，有医疗服务的地方，就会有医疗纠纷。过去，我们常说，医疗纠纷是人们受到经济发展水平的影响，是人们过度追逐经济利益的结果，但事实并非如此。医疗纠纷不仅局限在经济发达的“北上广深”及东部沿海城市，在我国经济欠发达的中西部地区也大量存在。因此可以说，医疗纠纷尤其是医疗事故，与医疗机构及其医务

[1] [美] 米尔建·R. 达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 200 页。

人员的医疗水平没有太直接的关系。

医纠、医闹、医暴，一系列冲击人们眼球的新词汇近年来在媒体上闪现，标志着医患关系和医疗场所的安全性问题被一步一步推向新高。当前医疗纠纷发生的频率之高，医疗纠纷发生的覆盖面之广，几乎涉及所有医疗机构，这种情况是我国任何一个行业纠纷状况难以比拟的。医疗纠纷发生的这种普遍性，说明医疗纠纷的发生与医疗体制和其他相关制度有着密切关系。医疗纠纷的发生不全是医院的错，也不全是医务人员的错，更不全是患者的错。但是医疗暴力事件、医闹事件却是患方的错。医疗场所暴力事件与医疗纠纷有关联，但又不是是一种简单的关联，医疗场所暴力事件更多地反映了医疗机构及其医务人员的弱势以及我国今天的法治困境。

在美国，医疗纠纷的数量也是居高不下，据美国保险监督官协会（National Association of Insurance Commissioners）之统计资料显示，从1995年到2000年的医疗纠纷发生情况为：1995年90 212例、1996年84 741例、1997年85 613例、1998年86 211例、1999年89 311例、2000年86 480例，平均每年87 094例。诉讼占发生总数的3%~5%。^[1]英国公民医疗服务诉讼委员会（National Health Service Litigation Authority）2010年的报告及统计显示，2006~2009年，医疗过失诉讼案件数由2005年的5602件上升到2009年的6038件，增长了8.7%。然而从2007~2009年，案件数却增加了12.2%。^[2]德国过去15年间，平均每年约一万件医疗民事案件。^[3]日本进入民事诉讼的案件，1998年大约610件，到了2004年为近年来的最多，达到1100件，平均每年约933件。^[4]

在我国台湾地区，根据台湾“卫生署”的统计，从1987年到2002年，委托“卫生署”医事审议委员会进行鉴定的医疗纠纷案件从145件增加到379件。在医疗纠纷发生的形式方面，患方采用的手段不亚于大陆地区。2001年1月1日至2004年12月31日台湾出版的报纸新闻，以有电子资料查询功能的报纸为限，包括《中国时报》、《联合报》、《民生报》、《苹果日报》、《中时晚报》，共102则

[1] See National Medical Malpractice Statistics, <http://www.medicalmalpractice.com/National-Medical-Malpractice-Facts.cfm>.

[2] Peter Vanezis, "Medical Responsibility and Liability in the United Kingdom", in Santo Davide Ferrara, *Malpractice and Medical Liability: European State of the Art and Guidelines*, Springer, 2013, p. 132.

[3] 王皇玉：“德国医疗刑法论述概说”，载《月旦法学杂志》2009年第170期。

[4] 根据日本最高法院网站数据统计。

医疗纠纷抬棺抗议新闻。^[1]可见台湾地区的医疗纠纷发生的情况也异常火爆,患方维权手段不亚于大陆地区。不过我国台湾地区的医疗纠纷发生情况也缺乏权威数据,以2001年为例,发生了大约4000件的医疗纠纷案件。鉴定结果为医师有疏失或者可能有疏失者不到两成;医师有疏失者占11.8%,可能有疏失者占6.5%,总计18.39%。在18.39%的被鉴定为医师有疏失或可能有疏失的案件中,最后判决医师有罪的只占4.7%。若依照哈佛研究所揭露之医疗伤害概率,来粗略地推估台湾地区之医疗过失伤害事故件数,以1998年为例,台湾地区急性一般病床住院2 251 889人次,按照3.7%的伤害概率,推估该年度有83 320人次受有医疗伤害。^[2]

我国大陆地区的医疗纠纷发生率,没有一个准确而权威的数据。不过可以通过进入法院民事诉讼的案件情况予以侧面说明。从2002~2009年全国医疗事故案件受理在8000~16 000起之间(见下表),如果按照实际发生医疗纠纷总数的5%进入诉讼推算,则我国的医疗纠纷实际发生的数量应当有16万~32万起之多。

2002~2009年全国医疗事故案件受理与结案数

年 份	案件受理数	案件结案数
2002	10 249	8 741
2003	9 079	9 046
2004	8 854	8 738
2005	9 601	9 029
2006	10 248	10 129
2007	11 009	10 477
2008	13 875	12 858
2009	16 448	15 757

[1] 邱玉蝉:“医病形象的媒体建构——医疗纠纷抬棺抗议新闻分析”,载《新闻学研究》2007年第93期。

[2] 杨秀仪:“论医疗纠纷之定义、成因及归责原则”,载《台湾本土法学杂志》2002年第39期。

二

其实,在人类社会中之所以会发生纠纷,与人们开展各种社会活动有着密切关系,只要各人的想法不一样,利益指向不同,就必然会发生纠纷。医疗活动是与人的健康和生命密切相关的活动,其中涉及健康和生命利益,同时还涉及经济利益,尤其在医疗服务社会化之后,医疗机构为了生存和发展需要利用医疗服务增加收入,加上管理体制的问题,医疗服务及与医疗服务相关的其他服务和物品的流通环节过多也增加运营成本,从而使患者在享受医疗服务的时候承担太多的经济负担。因此,在医疗服务过程中,医患双方的利益取向由共同对付疾病的一致性变为了为了经济利益的冲突性,从而就存在产生纠纷的基础。

引发医疗暴力的原因很多。一方面当前我国的医疗场所存在着多种容易引发纠纷和暴力的因素,主要体现在:医疗机构承担公民的健康保障工作,但又没有经费的保障和投入,医务人员还得设法挣钱养活自己;病人在医疗机构就医,至少得排3次队,所以常有“排队30分钟,看病3分钟”的感慨;患者看病就纷纷涌向大医院看专家,但大医院有限、专家数量有限,从而导致了就医难的现象;医疗机构又是一个人员集聚多的场所,但与商城、车站、码头相比,人员滞留时间长,与学校相比,人员构成复杂,场所开放;等等。这些因素使得就诊病人容易产生怨气,诱发纠纷。另一方面,病人缺乏医学知识,以为没有治不好的病。目前有的媒体也在做医学科普节目,但这些节目往往是一些“专家”出场,节目所介绍的病例往往是患者经过多方就医无效,最终找到专家一夜之间疾病痊愈,更是加深了患者认为没有治不好的病,只有不负责任的医生的观念。我国经济和社会发展迅猛,但人们的素质和守法意识提高速度缓慢,不遵守法律、不按规则办事的情况比比皆是,违法甚至犯罪的成本很低,容易滋生暴力宣泄情绪、不理性维权的现象。患者及其陪同人员身份复杂,患者常常因为醉酒、精神病或者纠纷受伤就诊,接诊医务人员却都是文弱书生,诊疗中常常受到威胁或暴力伤害。^[1]

由此看来,医疗机构就是一个天然容易发生纠纷的场所,但又是一个缺乏保

[1] 刘鑫:“缓和医患关系要从制度上做手术”,载《小康》2014年第4期。

护的场所，加之社会发展过程中积淀下了各种纠纷、矛盾和怨气，在我国法治环境还没有达到一定水平，人们的素质和法律意识没有达到一定高度的情况下，医疗暴力事件就容易发生。彻底化解医疗纠纷，消除医疗暴力，将是一项长期而系统的工程，只有从制度层面进行彻底的外科手术式的改革，才能缓和医患关系紧张局面。医疗纠纷不可避免，当务之急是要阻止医疗暴力事件的发生，让医疗纠纷的处理和解决程序按照既定的规则有序进行，应当将医疗纠纷的处理向着秩序化、规范化引导。

三

医疗侵权诉讼属于专业性极强的诉讼，作为案件审理的法官难以知晓其中的专业问题，因此医疗侵权诉讼必然需要启动鉴定。

我国当前的医疗损害技术鉴定存在太多的问题，总体来看，存在医疗损害鉴定二元化模式，即医学会组织的医疗损害技术鉴定（有的地方医学会仍称之为医疗事故技术鉴定）和社会法医鉴定机构开展的医疗纠纷鉴定。当前，除了少数省、自治区、直辖市医学会仍然占据大量的医疗损害鉴定市场之外，大多数地方医学会的鉴定已经被边缘化，更多的医疗侵权案件需要启动医疗损害技术鉴定时则委托社会化的法医司法鉴定机构进行鉴定。纵观当前的医疗损害技术鉴定的情况，呈现出以下四个方面的趋势和特点：

第一，医疗损害技术鉴定市场化。自从全国人民代表大会常务委员会 2005 年 2 月 28 日颁布《关于司法鉴定管理问题的决定》以来，除了侦查机关仍保留拥有保障刑事案件侦查必需的鉴定机构外，大量的司法鉴定机构都已经社会化、私营化，司法鉴定机构的运行完全遵从市场需求，但司法鉴定市场又缺乏有效的行业自律和行政监管，使得司法鉴定活动的开展走向一种畸形的市场化，无序竞争、不正当竞争、乱收费、偏向鉴定的情况比比皆是。司法鉴定机构走入畸形的市场化，鉴定业者必然追求低投入、高收益。所以不需要硬件投入的鉴定项目大量开展，比如法医鉴定、文件检验等，其中医疗损害技术鉴定也是不需要硬件投入却可以获得高额回报的鉴定项目。2012 年全国司法鉴定机构完成司法鉴定案件总量为 1 505 869 件，其中法医临床学鉴定 910 472 件，占 60.46%，在各类鉴

定中排名第一。^{〔1〕}且在司法行政机关多年的统计数据中,法医临床学鉴定一直排名第一,其他需要大型设备的鉴定案件数则微乎其微。

第二,医疗损害技术鉴定外行化。医疗损害技术鉴定呈现二元化的模式,即医学会和法医鉴定机构都从事该领域的鉴定。在2005年以前,这种二元化的鉴定模式即已出现,但那时是医学会鉴定为主,法医鉴定为辅,两类鉴定机构处于一种医学会主导的状态。但是最近几年的情况明显向法医鉴定机构倾斜,有的地方医学会一年也仅有十几起鉴定,医学会的鉴定有被边缘化的趋势。司法鉴定是谙悉某一专业领域的专家用自己掌握的专业知识和技术对诉讼中涉及的专门性问题进行分析并提出专业性意见的活动。该定义用三个“专”表明了它的特质:专家、专业知识和技术、专门性问题。何为专家?只有掌握和了解某一领域的科学知识和经验的人才能称其为专家。当前假冒专家横行,伪劣专家泛滥,在司法鉴定领域进行鉴定的主体也出现滥竽充数的专家。从法律相关的意义来说,同行评议是判断科学证言可靠性的重要指征,^{〔2〕}司法鉴定强调同行评议。然而,当前我国的医疗损害技术鉴定却背离了同行评议的原则,现在从事医疗损害技术鉴定的基本上是法医,他们并非某一个临床专业领域的专家,即使法医在做出鉴定意见之前咨询了相关的专家,也背离了司法鉴定的亲历性原则,违背了鉴定人独立进行鉴定的要求。^{〔3〕}

第三,医疗损害技术鉴定关键化。医疗损害赔偿案件属于专业性案件,其中的医疗专业技术问题应当启动鉴定,由相关的鉴定专家来提供鉴定意见,法官根据鉴定意见来认定案件事实,从而对案件进行裁判,这是医疗损害赔偿之诉的正常路径。法官裁判案件需要医疗损害技术鉴定意见,但不能唯鉴定意见为裁判依据,尤其是借助临床专家、专家辅助人便可以解决的专门性问题,就无需启动司法鉴定程序。如果医疗损害技术鉴定意见被推翻,也可以用其他专家证言作为裁判依据。然而,由于体制原因,现在法官对案件的裁判到了对鉴定意见依赖的程度,甚至鉴定意见存在明显的错误,也被法官毫不犹豫地用做裁判依据。有的法院的法官,甚至将医疗侵权案件的裁判权交由司法鉴定人,让鉴定意见左右司法

〔1〕 李禹、党凌云:“2012年度全国司法鉴定情况统计分析”,载《中国司法鉴定》2013年第4期。

〔2〕 Susan Haack:“同行评议与发表:对法律工作者的启迪”,王进喜译,载《证据科学》2014年第1期。

〔3〕 《司法鉴定程序通则》第4条:司法鉴定实行鉴定人负责制度。司法鉴定人应当依法独立、客观、公正地进行鉴定,并对自己作出的鉴定意见负责。

裁判结果。

第四，医疗损害技术鉴定偏向化。当前由于医疗纠纷向医闹乃至医暴转化的倾向非常明显，日益市场化、个体化的司法鉴定机构在从事医疗损害技术鉴定的时候，往往惧怕医闹、医暴的战场从医疗机构转向鉴定机构，因此，法医鉴定机构在出具医疗损害鉴定意见时往往会偏向患方。有学者统计某医疗机构医疗侵权案件的鉴定情况，全年48起委托社会鉴定机构进行医疗损害技术鉴定的案件，被鉴定为有过错的占了47起，这是一个多么惊人的比例啊！相反，我国台湾地区医事纠纷鉴定的情况则与大陆明显不同，以2001年发生的大约4000件以上的医疗纠纷案件来看，鉴定结果为医生有疏失或者可能有疏失者，不到两成。医师有疏失者占11.8%，可能有疏失者占6.5%，总计18.4%，在18.4%被鉴定有疏失的案件，最后判决医师有罪的只占4.7%。^{〔1〕}

四

纵观当前我国的医疗损害技术鉴定的现状，一方面，鉴定体制混乱，呈现了二元化的模式，且法医鉴定占据主导地位；另一方面，鉴定又缺乏相应的理论支撑。如此一来，医疗损害鉴定意见便呈现出杂乱无序，缺乏应有的科学性，有失公允的状态。作为鉴定体制，需要国家权力部门从制度设计层面加以改革，这将是一个长期而系统的工程，涉及面广，因此本书不作为重点讨论。但是，在具体的鉴定理论方面，我们是可以进行研究和探讨的。医疗损害技术鉴定亟须规范，本书正是从这个角度，对医疗损害技术鉴定的主体、鉴定的程序、鉴定的理论和方法、医疗过错之认定、医疗因果关系之认定、争议病历的评判等角度，对医疗损害技术鉴定中的关键性问题加以系统研究，以期起到抛砖引玉之功效。

刘鑫

2014年5月

〔1〕 林萍章：“由实证研究看台湾医疗过失的刑事责任”，载《长庚医讯》2008年第9期。

目 录

● 前 言	1
● 第一章 医疗损害鉴定概述	1
◎ 第一节 医疗损害鉴定概念与特点	1
一、医疗损害鉴定概念	1
二、医疗损害鉴定特点	3
◎ 第二节 医疗损害鉴定的意义	4
一、鉴定的本质	4
二、医疗损害诉讼中的疑难问题	7
三、鉴定是解决医疗损害诉讼纠纷的关键方法	12
◎ 第三节 医疗损害鉴定模式比较	13
一、英美法系医疗损害鉴定	13
二、大陆法系医疗损害鉴定	14
三、我国台湾地区的医疗损害鉴定	17
四、我国医疗损害鉴定的历史沿革	21
五、侵权责任法背景下对鉴定的要求	27
● 第二章 医疗损害鉴定主体	34
◎ 第一节 概 述	34
一、司法鉴定主体的概念	34

二、司法鉴定人	35
三、司法鉴定机构	40
◎ 第二节 医疗事故技术鉴定主体	46
一、民国时期医疗事故技术鉴定	46
二、医疗事故技术鉴定委员会时代	47
三、医学会主持医疗事故技术鉴定时代	48
◎ 第三节 医疗损害司法鉴定主体	55
一、法医从事医疗鉴定的历史渊源	55
二、法医鉴定机构	60
三、法医学司法鉴定人	63
◎ 第四节 医疗损害技术鉴定主体的设计	63
一、我国医疗损害技术鉴定的现状与困境	64
二、构建我国医疗损害技术鉴定制度的指导思想与 基本原则	69
三、我国医疗损害技术鉴定制度改革建议方案	77
◎ 第五节 构建科学合理的医疗损害鉴定主体体系	82
一、医疗损害技术鉴定主体选择困境	82
二、职业鉴定人的产生与职业鉴定人制度的困境	84
三、医疗损害技术鉴定主体模式的选择	87
● 第三章 医疗损害鉴定程序	93
◎ 第一节 概述	93
一、司法鉴定程序的概念	93
二、司法鉴定程序的特点	95
三、司法鉴定程序的内容	98
四、为什么要规制司法鉴定程序	99

◎ 第二节 医疗损害鉴定前程序	100
一、医疗损害技术鉴定启动	100
二、医疗损害技术鉴定人遴选	111
三、医疗损害技术鉴定专家的回避	121
四、医疗损害技术鉴定准备	126
◎ 第三节 医疗损害鉴定中程序	128
一、医疗损害技术鉴定风险提示	129
二、事实调查与举行鉴定会	131
三、检查当事人	138
四、会诊	139
五、研究推导鉴定结果	141
六、制作并发放鉴定文书	148
◎ 第四节 医疗损害鉴定后程序	151
一、鉴定意见的咨询	151
二、补充鉴定、重新鉴定和复核鉴定	152
三、鉴定人出庭作证	157
 第四章 医疗损害鉴定的技术和方法	163
◎ 第一节 医疗损害鉴定技术与方法概述	163
一、医疗损害鉴定技术与方法的概念	163
二、医疗损害鉴定技术与方法的特点	164
◎ 第二节 医疗损害技术鉴定技术与方法的范围	169
一、法律、法规等规范性文件	169
二、诊疗技术规范、技术指南、技术操作规程	170
三、技术标准	172
四、医学理论和知识	174
五、临床实践经验	175

六、其他边缘学科的理论 and 知识	176
◎ 第三节 医疗损害鉴定技术与方法准入	176
一、医疗损害鉴定技术与方法准入的概念	176
二、国外医疗损害鉴定技术与方法准入的概况	179
三、我国司法鉴定技术与方法准入的现状	182
四、建立适合我国国情的医疗损害鉴定技术与方法的准入体系	186
● 第五章 医疗损害之过错鉴定	192
◎ 第一节 医疗过错鉴定规则	192
一、医疗过错鉴定	192
二、原则与规则	193
三、医疗过错鉴定规则体系	194
◎ 第二节 当前医疗过错鉴定存在的问题	195
一、鉴定人处于业余状态	195
二、混淆医疗过错评价与医疗质量评价	196
三、医疗过错鉴定缺乏相应的规则	197
◎ 第三节 医疗过错认定的基本规则	198
一、医疗过错认定的基本原则	198
二、医疗过错认定的判断标准	200
三、医疗过错认定的操作要点	204
◎ 第四节 医疗过错认定的特殊规则	207
一、诊疗技术现有化规则	208
二、紧急处置规则	209
三、容许危险规则	210
四、两种学说并存的规则	211