

“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 (下册) YILIAO SUNHAI SIFA JIANDING SHIWU·XIACE 医疗损害司法鉴定



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

第四篇

医疗损害司法鉴定实务

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

第十八章 医疗损害司法鉴定 种类、项目和内容

本章将医疗损害司法鉴定可能涉及的司法鉴定种类、项目和内容予以介绍,以便有关当事人在需要时参考。

第一节 法医临床司法鉴定

法医临床司法鉴定是指运用法医临床学的理论和技术,对涉及与法律有关的医学问题进行鉴定和评定。其主要内容包括:人身损伤程度鉴定、损伤与疾病关系评定、道路交通事故受伤人员伤残程度评定、职工工伤与职业病致残程度评定、劳动能力评定、活体年龄鉴定、性功能鉴定、诈病(伤)及造作病(伤)鉴定、医疗纠纷鉴定、致伤物和致伤方式推断等^①。

法医临床鉴定的对象是有生命的人体,鉴定的内容涉及人体生命存续期间所有与法律有关的医学问题,俗称活体损伤鉴定。与医疗损害责任纠纷有关的法医临床司法鉴定具体内容包括以下几个方面:

一、医疗损害责任纠纷的司法鉴定

医疗损害责任纠纷司法鉴定属于法医临床鉴定的范围。主要任务是为法庭审理医疗侵权损害赔偿提供证据。

医疗损害责任纠纷司法鉴定的事项由委托方决定,一般包括医疗机构在对患者提供诊疗护理服务的过程中是否存在医疗过失行为,是否造成患者不良的医疗损害后果,以及医疗过失行为与不良的医疗损害后果之间是否存在因果关系,医疗过失参与度,等等。

医疗损害责任纠纷司法鉴定意见作为证据,不具有当然的法律效力,必须经法庭审查判断才能作为证据予以采信。

法院遴选鉴定机构或鉴定人无地域、行政级别之分。一般由医患双方协商确定。协商不成的进行抽签、摇号或者由法院指定。

^① 霍宪丹:《司法鉴定通论》,法律出版社2009年版,第162页。

二、伤残程度评定

(一) 伤残的概念^①

残疾是指造成不能正常生活、工作和学习的身体上和(或)精神上的功能缺陷,包括程度不同的肢体残缺、感知觉障碍、内脏器官功能不全、精神情绪和行为异常、智能缺陷。

残疾,也就是伤残程度,通常反映的是永久性丧失劳动能力,具有永久性和不可逆性。

因此,医疗损害所致的伤残程度评定为法医临床司法鉴定的内容之一。

(二) 伤残程度评定的标准

1. 国家质量监督检验检疫总局发布的中华人民共和国国家标准《劳动能力鉴定 职工工伤与职业病致残等级》(GB/T16180—2006)。以下简称《工伤标准》。

2. 国家质量监督检验检疫总局发布的中华人民共和国国家标准《道路交通事故受伤人员伤残评定》(GB18667—2002)。以下简称《交通标准》。

3. 《普通人身伤害伤残程度鉴定标准(试行)》,其效力在法庭上常常遭到质疑。

4. 劳动和社会保障部颁发的《职工非因工伤残或因病丧失劳动能力程度鉴定标准(试行)》。

5. 中国残疾人联合会制定的《中国实用残疾人评定标准(试用)》。

6. 民政部发布的《革命伤残军人评定伤残等级的条件》。

7. 中国人民保险公司制定的《人身保险残疾程度与保险金给付比例表》等。

8. 卫生部发布的《医疗事故分级标准(试行)》,该标准中医疗事故一级乙等至三级戊等对应伤残等级一至十级。以下简称《医疗事故标准》。

(三) 常用伤残程度评定标准的差别

医疗损害赔偿责任赔偿纠纷的司法鉴定中,目前最常用的残疾评定标准主要有三个,即《工伤标准》《交通标准》和《医疗事故标准》。

1. 就标准的强制力来看,《交通标准》级别最高,为国家强制标准;《工伤标准》其次,为国家推荐标准;《医疗事故标准》级别最低,为部颁标准。

2. 就标准的内容来看,三大标准中伤残条款的级别有显著的区别,同种损伤结果依据不同的标准,评定的伤残结果差异明显,所谓的“同伤不同残”现象较为突出。整体来看,《医疗事故标准》最为严格,《交通标准》次之,《工伤标准》相对

^① 王旭:《医疗过失技术鉴定研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第253页。

宽泛。

如《医疗事故标准》中三级甲等医疗事故第33条规定：“双下肢肌力Ⅲ级（三级）以下，临床判定不能恢复。大、小便失禁。对应为六级伤残。”《交通标准》4.3.1.f)条规定——“偏瘫或截瘫（肌力3级以下）”和4.3.1.g)条规定——“大便或小便失禁，难以恢复”。分别构成三级伤残。《工伤标准》c)三级5)条规定：“截瘫肌力3级。构成三级伤残。”

如“一眼球摘除”，是一种比较恒定的残疾状态，以《工伤标准》可评定为五级，而以《交通标准》仅评定为七级，两者差距两个残疾等级。《医疗事故标准》规定双眼球结构损伤且达到一定严重程度才构成伤残，也就是说仅仅单眼球摘除或客观检查无光感、另眼正常不构成伤残。

再如“未育妇女单侧乳腺缺失”，《医疗事故标准》构成八级伤残，《工伤标准》构成七级伤残。“已育妇女单侧乳腺缺失”，《医疗事故标准》未予规定，即不能评定伤残；《交通标准》构成九级伤残；《工伤标准》构成八级伤残。

（四）医疗损害所致伤残程度评定标准的适用

在《侵权责任法》颁布前，我国司法实务实行三个双轨制构成的二元化结构的医疗损害责任体系，即医疗损害责任诉因的双轨制、医疗损害赔偿标准的双轨制、医疗损害责任鉴定的双轨制。对医疗损害责任实行三个双轨制的二元化结构的后果就是：分割完整的医疗损害责任法律制度，把一个完整的医疗损害责任制度人为地分为医疗事故责任和医疗过错责任，完全适用不同的法律规则，形成同样的医疗损害却得到相差悬殊的赔偿金的局面。

改革开放以来，国家行政法规始终坚持医疗损害赔偿标准的限制原则，认为其不能适用一般的人身损害赔偿标准。在《医疗事故处理条例》中规定一次性补偿方法及相应的赔偿标准，体现了这样的思想：在《医疗事故处理条例》中，尽管其规定的赔偿数额标准有所提高，但体现的仍然是限制赔偿思想。《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》为审理人身损害赔偿案件提供了法律依据，但其中关于人身损害赔偿的范围和计算基准较以前大为提高，使得赔偿额大幅增加，远远高于《医疗事故处理条例》规定的标准。而最高人民法院在司法解释中又确定对医疗事故赔偿纠纷应当参照《医疗事故处理条例》规定的标准办理。因此，对于医疗鉴定机构鉴定不构成医疗事故的医疗损害责任纠纷，或者患者不请求进行医疗事故鉴定的医疗损害责任纠纷，以医疗过错为由起诉，则可得到大大高于医疗事故标准的赔偿，因而形成了目前这种赔偿标准双轨制的畸形法律适用现象。^①

^① 杨立新：《侵权责任法》，法律出版社2010年版，第408页。

医疗损害属于普通人身损害,各省份在普通人身伤害案件伤残评定适用标准上不统一,一部分省份适用《工伤标准》,一部分省份适用《交通标准》,也有的省份适用其自制标准。不同的伤残评定医学标准,引发了“同种损伤、不同残疾等级”的鉴定结果。结合由于不同案件类型而迥异的赔偿方式,又使得“同种损伤、不同赔偿额”的问题尤为突出,带来了明显的司法不公。医疗过失不属于交通事故,也不属于工伤事故,因此,医疗损害鉴定属于普通伤害案件的鉴定范畴,也就是目前没有全国统一标准的情形。

普通伤害案件中,各省份中以套用《工伤标准》最为多见,其缘由为最高法院1999年法〔1999〕217号通知,即《关于印发〈全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要〉的通知》。刘家琛副院长在讲话中指出:“……在有关司法解释出台前,可统一参照《工伤标准》确定残疾等级。”

《工伤标准》是一个宽泛的标准,同种损伤,以工伤标准评定较其他标准级别要高。而与《医疗事故处理条例》相比,《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》规定的赔偿是一个更为全面的赔偿,两者结合,就是以—个宽松的标准乘以—个宽松的赔偿,其结果就是赔偿额的大幅增加^①。

《侵权责任法》专门在第七章中对“医疗损害责任”作出了明确规定,故在该法施行之后,相应的医疗损害赔偿纠纷案件的审判自然应当适用该法。此外,该法第一章第五条明确规定:“其他法律对侵权责任另有特别规定的,依照其规定。”据此,只有全国人大及其常委会制定的法律才能对侵权责任作出特别规定,行政法规及部门规章则无权对侵权责任另作规定。而由于《医疗事故处理条例》是行政法规而非法律,故在《侵权责任法》施行后,该条例第五章“医疗事故的赔偿”的相关规定自然也就不应成为法院审理医疗损害赔偿纠纷案件的法律依据。由此,在《侵权责任法》施行后,医疗损害赔偿纠纷法律适用或者说是赔偿标准将由“二元化”转变为“一元化”^②。

法律系为人之利益而制定。医疗损害责任的赔偿不应当单独制定标准,在具体实施中,因医务人员的医疗过失造成患者人身损害的,由所属的医疗机构承担损害赔偿责任;在确定赔偿标准上,实行统一的人身损害赔偿标准。应当特别注意的是,医疗损害责任的赔偿有自己的特点,为了保障全体患者的利益不受损害,应当对医疗机构的损害赔偿责任进行适当限制。兼顾受害患者、医疗机构和全体患者利益关系是医疗损害责任制度改革的基本要求^③。

鉴于上述情形,在目前情况下,如法院在委托书中明确指定适用标准的按法

① 王旭:《医疗过失技术鉴定研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第251页。

② 陈志华:《医疗损害责任深度释解与实务指南》,法律出版社2010年版,第131页。

③ 杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第413页。

院指定标准评定,如法院没有明确的,则按《工伤标准》评定。

(四) 伤残评定的原则和时机^①

残疾评定一般遵循如下原则:

1. 医疗终结原则。如前所述,残疾既然被界定为永久性丧失劳动能力,具有永久性和不可逆性,那么,残疾程度的评定应该在医疗终结后进行。

2. 预后评估原则。预后评估是指医疗终结后,在进行残疾程度评定的同时,对受害人的伤情发展予以评价和预测,必要时可就功能康复和择业方向提出指导性的参考意见。

3. 量化性原则。随着法制的健全和完善,以及社会的进步和科学技术的发展,残疾评定的标准或办法应尽可能地制定量化的指标,这不仅是鉴定规范的要求,也是赔偿理论所期望的,标准的量化性要求条款按等级划分、层次明确,设有编码序号,便于计算机统计管理。另外,赔偿费数额的计算,应与标准条款有机地结合在一起,以便掌握和推广使用。

4. 鉴定与评定相结合的原则。关于残疾程度的评定,首先应对损害状况及其程度进行鉴定。鉴定的内容主要是:(1)通过查阅病历资料,初检被鉴定人,从而明确损伤或疾病的诊断,必要时尚需进行辅助检查,如肌电图、CT、MRI、脑干听觉诱发电位、声阻抗、电测听、脑电图等。(2)进行功能状况的检查,如关节活动度、肌力、肌张力、神经反射、感觉等的检查和评价,以便明确功能障碍程度。其次是评定过程,参照有关标准,或结合日常生活动作评价方法,评定残疾等级(或百分率)。

5. 医疗、护理依赖原则。

6. 特殊群体原则。特殊群体主要指伤者年龄、性别和职业的特殊性。

应该说,残疾程度的评定是一件非常复杂而困难的工作,主要问题是必须掌握好鉴定的时机和对残疾评定标准进行全面理解,如评定的原则、方法和内容等。鉴定结论能符合每个被检查者的客观实际情况。在残疾程度评定中,尤其应该注意残疾评定时机的问题和残疾评定所适用的标准问题。

司法实践中,随着时间的推移,康复后代偿和适应能力在增强,不同时间作出的“残疾评定”可能是不同的,因此掌握好鉴定的时机是相当重要的。一般应在病情稳定、康复期后进行鉴定,能够比较接近实际情况。多数的鉴定标准均指出,“评定时机应以事故直接所致的损伤或确因损伤所致的并发症治疗终结为准”,难免会出现对“治疗终结”意见不一致,残疾评定过早,评估的结果偏高等情况。当然,有些损伤所致的后果(如外伤性继发性青光眼)是渐进性的,早期有时

^① 王旭:《医疗过失技术鉴定研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第261页。

并不影响视功能,但会逐渐导致视功能丧失。因此,鉴定人在鉴定残疾时应掌握好鉴定时机的问题。

三、劳动能力评定

(一)劳动能力的概念

劳动能力是人类进行劳动工作的能力,可分为简单劳动和复杂劳动、体力劳动和脑力劳动。按劳动所需技能的难易、复杂程度,通常将劳动能力分为一般性劳动能力和专业性劳动能力。

一般性劳动能力。相对比较简单的一般正常人所具有的体力和脑力劳动能力,包括吃饭、穿衣、扫地、做饭、买菜、搬运物体、售货、看门等。

专业性劳动能力。必须经过专业培训,掌握专门的知识才具有的劳动能力,如当医生、歌唱家、雕刻师等。

(二)劳动能力丧失的概念

劳动能力丧失,是指个人不能从事工作,甚至生活上还需别人经常性照顾的一种情形,是指机体与所从事的工作之间不相适应。劳动能力丧失,主要是机体疾病或各种损伤的结果^①。

影响劳动能力的因素很多,相同的因素对不同受害人的影响程度也不同。因此,在具体评价个人受损害后的劳动能力时,应当考虑受害人的年龄、性别、健康状况、受教育程度、专业技能、工作经验和社会地位等。相对而言,一般性劳动能力有共性评价指标,比较容易制定评判标准;专业性劳动能力种类繁多,人数少,评判困难,即使制定标准也不容易被大众所接受。除特别说明外,通常所说的劳动能力就是指一般性劳动能力。依据持续时间长短,劳动能力丧失可以分为暂时性劳动能力丧失和永久性劳动能力丧失。

暂时性劳动能力丧失。损害造成人体功能障碍,在一定时间内无法从事其受伤前的工作。从赔偿角度来看,实际上是休养时间,进行误工费赔偿。

永久性劳动能力丧失。损害造成的人体功能障碍经过治疗和休养后呈顽固性和永久性,使其不能胜任伤前的工作。

除特别说明外,通常所说的劳动能力丧失就是指永久性劳动能力丧失。

(三)劳动能力的鉴定标准

劳动能力鉴定是指当劳动者在生产工作中,由于各种原因,劳动能力遭受到不同程度的损害,导致劳动者部分、大部分或者完全丧失劳动能力,有关部门根据评残标准,运用劳动和社会保障的有关政策,运用医学科学技术的方法和手

^① 王旭:《医疗过失技术鉴定研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第255页。

段,对劳动者病伤后医疗康复程序和丧失劳动能力程度作出的鉴别和评定。

根据国家有关规定,劳动鉴定的范围主要是:职工因工负伤致残达到部分丧失劳动能力以上的,需要评定伤残等级的;因工负伤和因病、非因工负伤,达到完全丧失劳动能力的,要求退休或退职的。

我国目前实际没有劳动能力丧失程度的评价指标和体系,劳动能力鉴定主要是依据伤残评定标准进行鉴定的,鉴定的方法和要求也完全与伤残等级鉴定相同,医学鉴定人不对受害人的职业特点进行伤残等级调整。当伤残等级与其实际劳动能力下降程度严重不符时,可以按照《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》的精神,要求适当调整残疾赔偿金。

根据劳动和社会保障部、人事部、卫生部、中华全国总工会和中国企业联合会《关于劳动能力鉴定有关问题的通知》(劳社部发〔2003〕25号)规定,依据的标准是《工伤标准》和《职工非因工伤残或因病丧失劳动能力程度鉴定标准(试行)》(2002年4月5日劳动和社会保障部发布)。根据工伤标准评定为一至四级伤残者为完全丧失劳动能力;五至六级为大部分丧失劳动能力;七至十级为部分丧失劳动能力。但这种划分仍是以一般性劳动能力下降程度为依据的,没有考虑专业性劳动能力。年龄与劳动能力之间的关系我国目前尚无明确规定,例如60岁以上的老人是否属于丧失劳动能力没有具体规定。

对于因医疗损害纠纷所致当事人的劳动能力司法鉴定,主要根据以上标准和方法进行。当事人在医疗期内治愈或伤情处于相对稳定状态,或医疗期满仍不能工作的,应当进行劳动能力鉴定。

当事人丧失了劳动能力即等于在一定程度上失去了谋生能力,需要给予补偿,补偿的额度大小,则应视其伤残程度,即劳动能力丧失程度而定。在计算残疾赔偿金时,一般是按照伤残等级的一至十级对应赔偿总额的100%至10%。极轻度的劳动能力丧失,尚未构成伤残的,不能获得相应的赔偿。

《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》第17条第2款规定:“受害人因伤致残的,其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失,包括残疾赔偿金,……”第25条规定:“残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级,按照受诉法院所在地……计算。”根据上述规定,受害人只能就丧失劳动能力程度或者伤残等级其中一项提出索赔要求,不能提出两项要求。

四、误工时间评定

(一)误工时间评定的相关法规

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》

第143条规定:“受害人的误工日期,应当按其实际损害程度、恢复状况并参照治疗医院出具的证明或者法医鉴定等认定。”

《最高人民法院关于审理人身赔偿案件适用法律若干问题的解释》第20条第2款规定:“误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的,误工时间可以计算至定残日前一天。”

公安部发布《人身损害受伤人员误工损失日评定准则》(GA/T521—2004)(以下简称《准则》)于2005年3月1日起实施。《准则》规定了人体损伤后受伤人员误工损失日评定的原则、方法和内容,为人身损害赔偿案件中人体损伤后误工时间的计算提供了标准依据。

另外各地也根据当地的实际情况制定相应标准,如北京市司法鉴定业协会制定的《人身损害受伤人员误工期、营养期、护理期评定准则(试行)》自2011年3月1日起执行。

(二)误工时间的概念和评定注意事项

误工时间是计算误工费的一个要件,关系到误工费的多少,涉及人身损害赔偿关系中有关当事人的利益,但误工时间尚没有统一的规范性的概念。从以上规定可以看出,有误工时间、误工日期、误工损失日、治疗终结时间、临床治愈时间、休治时间、休养时间等不同表述,其含义接近又有所不同,对误工时间的评定造成混乱。

公安部发布的《准则》“3.1 人身损害受伤人员误工损失日”的概念为:“人体损伤后经过诊断、治疗达到临床医学一般原则所承认的治愈(即临床症状和体征消失)或体征固定所需要的时间。”

《交通标准》“2.7 治疗终结”的概念为“临床医学一般原则所承认的临床效果稳定”。“3.2 评定时机”规定:“评定时机应以事故直接所致的损伤或确因损伤所致的并发症治疗终结为准。对治疗终结意见不一致时,可由办案机关组织有关专业人员进行鉴定,确定其是否治疗终结。”

北京市司法鉴定业协会《人身损害受伤人员误工期、营养期、护理期评定准则(试行)》“3.1 误工期”的概念为:“误工期(亦称休息期、医疗休息期),是指人体损伤后经过诊断、治疗达到临床医学一般原则所承认的治愈(即临床症状和体征消失)或体征固定所需要的时间。”

以上文字所表述的应为医疗时限的内容,但通常情况下,临床治愈即不需要继续治疗,并不等于其机体就已恢复正常水平。如外伤致肝破裂,临床进行肝破裂修补术后,切口愈合即可认定为临床治愈。但损伤所致的脏器损伤、机体机能的修复需经过一段时间的休养方能恢复至伤前水平。故将临床医学一般原则所承认的治愈时间定为误工时间欠妥当。

《最高人民法院关于审理人身赔偿案件适用法律若干问题的解释》未对定残日概念和具体定残日进行明确,且《最高人民法院关于审理人身赔偿案件适用法律若干问题的解释》中没有明确规定定残日的时间,不能确定是医疗终结时间还是受害人鉴定伤残时间。伤残误工计算至定残日前一天的规则,是建立在争议很大、认识极不统一又无法律规制的“临床治疗终结”上,缺乏科学性。误工费该如何计算,没有统一裁判尺度。为当事人恣意规避法律提供了巨大空间,当事人完全可以在法律规定的诉讼时效内,尽量拖延申请评残的时间。甚至有可能通过主张权利导致时效中断的办法,拖延数年评残,以延长误工计算的时间,其所主张的误工时间可能超出其他同种伤害案件的数倍。此种情况下,普通法官很难核定合理的误工计算时间。

公安部《准则》是目前操作性较强的一个标准,但也存在一定缺陷。如同一部位、不同程度的损伤,其治疗措施和所造成的后果不同,误工时间就应因程度而异,不能概括为某一具体日期。以腰椎为例,椎体前缘轻微压缩性骨折与椎体粉碎性骨折统一为120日就有失公平。如胫骨中下1/3骨折因该部位由于解剖特点血供较差,就比中上1/3骨折愈合时间长。有骨质缺损的粉碎骨折比稳定性好的横断骨折愈合时间长。

治疗医院出具的休息证明与误工时间(误工费)有很密切的联系,但又有着本质的区别。休养时间实际上是指因伤情治疗需要,受害人暂时不宜从事对损伤恢复不利的活动。临床医师给出的休养时间是纯粹的医患之间的建议,多不会引起纠纷。但是,一旦涉及人身损害赔偿时,将休养时间与误工时间等同就会产生误解。从赔偿医学的角度出发,休养时间鉴定实际就是误工时间鉴定。由医疗机构的病休证明决定误工时间的长短存在以下问题:

1. 由于个体差异的存在,我国医学界尚无针对不同疾病或损伤的统一休养时间规定或标准。各医疗机构只能进行宏观管理,规定门诊病人一次最多能出具多长时间的病休,住院病人一次最多能开具多长时间的病休,以利于医师根据复查结果进行病休时间的调整。所以,一张病休证明并不能证明受害人所需的全部休养时间。

2. 医师开具病休证明除了根据病情变化外,在很大程度上受病人的主诉症状所左右。临床医师一般十分相信受害人的主诉症状,当就诊目的不单纯是治疗而夹杂有赔偿因素时,主诉症状具有很大的不确定性和欺骗性。

3. 由于医疗机构从业人员素质良莠不齐,有些受害人要求医生多开休养证明,托熟人、找关系,医生因惧怕病人的纠缠,在开具体养证明时随意性很大。

4. 医师完全依据病情确定休养时间,一般不考虑职业特点。而误工时间则具有法律含义,需要结合受害人的职业特点。例如,同样是股骨骨折,钢板内固

定,教师受伤导致的误工显然比一个建筑工人误工时间短^①。

综上所述,分析损伤对劳动能力的影响因素,误工时间的概念应表述为:人体损伤后,因损伤致劳动能力受限至恢复伤前水平所需的时间;因伤致残的,在伤残评定做出之前的期间。

误工时间的评定一般参考公安部《准则》规定的同类损伤平均所需休养时间,再以被鉴定人的原发性损伤及后果为依据,包括损伤当时的伤情、损伤后的并发症和后遗症等,并结合治疗方法及效果,全面分析个案的年龄、体质及职业特点等因素,进行综合评定,做到形式上、程序上、实质上和法律上的公正。

五、医疗依赖和后续治疗费评定

(一)医疗依赖评定

《工伤标准》4.1.3规定:“医疗依赖指工伤致残于评定伤残等级技术鉴定后仍不能脱离治疗者。”

医疗依赖分为两级:

“特殊医疗依赖是指工伤致残后必须终身接受特殊药物、特殊医疗设备或装置进行治疗者”,如慢性肾功能衰竭患者需终身接受血液透析、肾移植患者需终身服用抗免疫药物、尿崩症患者需终身激素替代疗法。其费用根据患者的实际病情结合临床常规治疗方案评定。

“一般医疗依赖指工伤致残后仍需接受长期或终身药物治疗者”,如截瘫需长期卧床患者容易发生坠积性肺炎、尿路感染、压疮等并发症,如不予评定会损害患者的利益,但这些并发症是否一定发生、何时发生难以确定,因此其费用难以评定。可以根据其实际发生费用为据核实,在鉴定中对该类费用留有解决的后路。

(二)后续治疗费评定

“后续治疗费”是指“对损伤经治疗后体征固定而遗留功能障碍确需再次治疗的或伤情尚未恢复需二次治疗所需要的费用”^②。

伤残评定一般在治疗终结后进行,因此不应再有后续医疗费。若伤残经过后续治疗后能得到明显好转,则进行后续治疗应无异议,但伤情或病情的明显好转则可能使其伤残等级降低。若伤残没有治疗的必要,或虽经努力治疗仍无法起到比较明显的效果,其后续治疗的合理性和价值就不太大,一般情况下不予进行后续治疗费的评定。

^① 武汉大学法医司法鉴定所:《休养时间鉴定》,载 <http://wbm.whu.edu.cn/sfjds/Service.asp?s=43>。

^② 最高人民法院研究室:《最高人民法院司法解释理解与适用(2001)》,中国法制出版社2002版。

但患者确实存在需二次手术的情形,如内固定术后钢板二次手术取出的费用,如待患者钢板取出后再进行伤残评定,需等待一年的时间,不利于案件的及时解决或不利于患者得到赔偿,对确需在半年、一年甚至更长时间后进行二次手术的患者,可以在伤残评定的同时评定其二次手术费用。

六、护理期限及人数评定和护理依赖评定

(一)护理期限和人数评定

护理费是指受害人因遭受人身损害,生活无法自理,需要他人护理而支出的费用。护理费与护理期限和人数有关。

护理期限和人数依据护理期间的不同,分为三类:受害人在治疗期间,需要他人帮助的护理期限和人数;受害人在伤情治愈后的康复期间,需要他人帮助的护理期限和人数;受害人因残疾而永久性丧失生活自理能力,需要他人长期持续帮助的护理期限和人数。

护理期限和人数评定主要是指前两类情况,第三类情况需要进行护理依赖评定。

护理期限和人数根据患者伤情、病情和生活自理范围评定。

(二)护理依赖评定

护理依赖评定的相关法规有《工伤标准》和《人身损害护理依赖程度评定》(GA/T800—2008),后者可操作性更强。有关内容摘录如下:

1.《工伤标准》:

“4.1.4 护理依赖

“指工伤致残者因生活不能自理,需依赖他人护理者。生活自理范围主要包括下列五项:

“a)进食;

“b)翻身;

“c)大、小便;

“d)穿衣、洗漱;

“e)自主行动。

“护理依赖的程度分三级:

“a)完全护理依赖 指生活完全不能自理,上述五项均需护理者;

“b)大部分护理依赖 指生活大部不能自理,上述五项中三项需要护理者;

“c)部分护理依赖 指部分生活不能自理,上述五项中一项需要护理者。

“2.《人身损害护理依赖程度评定》(GA/T800—2008):

“2.3 日常生活活动能力

“人体日常生活必须反复进行的、基本的、具有共同性身体动作的能力。包括:进食,床上活动,穿衣,修饰,洗澡,大、小便及行走等。

“2.4 日常生活自理能力

“人体在正常思维支配下,为满足基本生理、生活需要,必须反复进行的一系列身体动作或活动的的能力。包括:进食、更衣、修饰、整理个人卫生、使用日常生活工具、自主外出行走等。

“2.7 日常生活自理能力丧失

“精神障碍者因感知、思维、情感、行为、意志、智力等出现异常,部分或全部丧失料理自己日常生活能力。

“2.8 护理依赖

“躯体残疾者和精神障碍者需经他人护理、帮助以维系日常生活。

“3.4.1 护理依赖程度等级

“护理依赖程度分以下三级:

“a)完全护理依赖;

“b)大部分护理依赖;

“c)部分护理依赖。

“4.2 护理依赖程度评定

“4.2.1 护理依赖

“4.2.1.1 日常生活活动能力项目总分为 100 分。

“4.2.1.2 总分值在 61 分以上,日常生活活动基本自理,为不需要护理依赖。

“4.2.1.3 总分值在 60 分以下,为需要护理依赖。

“4.2.2 护理依赖程度

“4.2.2.1 总分值在 60 分—41 分,为部分护理依赖。

“4.2.2.2 总分值在 40 分—21 分,为大部分护理依赖。

“4.2.2.3 总分值在 20 分以下,为完全护理依赖。

“附录 A(规范性附录)损伤参与度

“A.1 损伤参与度

“指损害因素对护理依赖后果作用的大小。

“A.2 损伤参与度的表示及划分比例

“A.2.1 损伤参与度采用百分比表示,分为:100%,75%,50%,25%,0 五种。

“A.2.2 完全由损害因素及其并发症、后遗症造成,其原有疾病或残疾与所需护理依赖后果无因果关系的,损伤参与度为 100%。

“A. 2. 3 主要由损害因素及其并发症、后遗症造成,其原有疾病或残疾对所需护理依赖后果只起到加重和辅助作用的,损伤参与度 75%。

“A. 2. 4 损害因素及其并发症、后遗症与其原有疾病或残疾共同造成护理依赖后果,且作用相当,难分主次的,损伤参与度为 50%。

“A. 2. 5 主要由原有疾病或残疾造成,损害因素及其并发症、后遗症对所需护理依赖后果只起到加重和辅助作用的,损伤参与度为 25%。

“A. 2. 6 完全由原有疾病或残疾造成,损害因素及其并发症、后遗症与所需护理依赖后果无明确因果关系的,损伤参与度为 0。

“附录 B(资料性附录)

“护理依赖赔付比例

“护理依赖赔付比例是指各护理依赖程度等级所需护理费用的比例,分以下三等:

“a)完全护理依赖 100%;

“b)大部分护理依赖 80%;

“c)部分护理依赖 50%。

“附录 C(资料性附录)

“护理依赖程度的表述

“C. 1 护理依赖后果完全是由损害因素及其并发症、后遗症造成的,直接书写所需护理依赖的程度。如李某某需要完全护理依赖;张某某需要大部分护理依赖;赵某某需要部分护理依赖。

“C. 2 护理依赖后果是由于损害因素及其并发症、后遗症与原有疾病或残疾共同造成的,必要时在所需护理依赖程度之后,加上损害因素所占损伤参与度的百分比。如李某某需要大部分护理依赖,损伤参与度为 50%。表示该被评定人所需大部分护理依赖,其 50%是由于损害因素造成的。

“C. 3 护理依赖后果完全是由于原有疾病或残疾造成的,损伤参与度为 0,必要时说明损害因素与护理依赖无因果关系。”

《最高人民法院关于审理人身赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 21 条第 3 款规定:“受害人因残疾不能恢复生活自理能力的,可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限,但最长不超过二十年。”第 32 条规定,超过确定的护理期限,赔偿权利人向人民法院起诉请求继续给付护理费的,人民法院应当受理。赔偿权利人若需继续护理的,人民法院应当判令赔偿义务人继续给付相关费用五至十年。

定残后的护理费从法理上讲属于将来发生的财产损失,即随着护理的延续

而产生的损失。对将来发生的财产损失,《最高人民法院关于审理人身赔偿案件适用法律若干问题的解释》赋予了法官很大的自由心证和自由裁量权,法官对该项自由裁量权的行使,审判实践中可以从以下几个方面来把握:

第一,对受害人因残疾不能恢复生活自理能力的护理费的赔偿,要征求赔偿义务人的意见,如果其愿意一次性赔偿,法院可以判决不超过20年的一次性赔偿。

第二,如果赔偿义务人不同意一次性赔偿,则不宜判决一次性赔偿20年的护理费。其理由是:(1)如果一次性赔偿,受害人提前取得了将来发生的财产损失的赔偿款,实际同时占有了赔偿义务人赔偿款的预期利息,虽然司法解释采取了定型化赔偿的方式,不计算提前占用资金的利息,但在实际适用时,仍然应该考虑公平的问题,否则就会导致利益失衡。(2)如果一次性赔偿,可能造成执行困难或实质上的不公平。过大的一次性赔偿金额,往往使赔偿义务人无力承担,导致判决难以执行,实际损害了司法的权威,也容易加深受害人与赔偿义务人的矛盾,导致不稳定因素的出现。一次性赔偿判决后,可能会出现执行过程中或者执行完毕后不久,受害人死亡的情形,因为法院判决赔偿义务人一次性给付后,即产生既判效力,受害人获取这笔款项后,所有权即发生转移,其如何使用,在几年内使用,是受害人自己的权利,赔偿义务人在受害人死亡后,无权再要求索回,这就产生了实质上的不公平。

如果法官行使自由裁量权决定不采用一次性赔偿,则应根据受害人的年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限。如果受害人年龄不大,健康状况较好,生命体征稳定,可先合理确认10年的护理期限。如果受害人年龄较大,健康状况不是很好,生命体征不够稳定,则可先合理确认5年的护理期限。

七、残疾辅助器具评定

(一)残疾辅助器具的概念、作用和种类

1. 残疾辅助器具的概念。

残疾辅助器具是因伤致残的受害人为补偿其遭受创伤的肢体器官功能、辅助其实现生活自理或者从事生产劳动而购买、配制的生活自助器具。

2. 残疾辅助器具的作用。

根据残疾辅助器具不同的种类和使用的部位,它们的作用也有所区别,主要分为代偿功能、辅助生活、康复训练等。

(1)代偿功能类的辅助器具主要包括假肢、各类轮椅、助听器等。

(2)辅助生活类的辅助器具主要有各类助行器具、生活自助器具和残疾人专用的学习器具等。例如,各类拐杖、助行架,能够帮助肢体残疾人支撑和步行。