·教育与管理·　　·医疗损害鉴定专题·

基于理论梳理的“医疗过错”鉴定原则与思路

王旭[1,2,3]，刘晓华[1,2,3]

1. 中国政法大学证据科学教育部重点实验室，北京 100088；2. 司法文明协同创新中心，北京 100088；3. 中国政法大学法庭科学标准研究中心，北京 100088

摘　要：目前，医疗纠纷仍然是社会焦点问题，有些甚至会演变为严峻的社会事件，在纠纷解决机制中，司法鉴定意见是重要的技术支撑。由于医学的高度专业性和复杂性，医疗过错的认定成为鉴定中的重点和难点问题。本文系统地梳理了医疗过错的概念、过错认定的5种法学理论学说，并指出我国现阶段的医疗损害司法鉴定应以“医疗水平”说为主导，以“谨慎的患者”标准说为补充，在形式上强化同行评议。同时，鉴定中需遵循7个主要原则：(1)以“诊疗义务”作为医疗过错判断的基本原则；(2)以是否尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务作为具体原则；(3)以诊疗常规、规范、指南为主要依据；(4)遵循“同行评议”原则；(5)“医疗紧急处置行为的宽泛性”原则；(6)“告知-知情-同意”原则；(7)“并发症的审查”原则。本文也针对上述原则提出了对应的鉴定思路，以期对医疗损害司法鉴定活动的规范化有所裨益。

关键词：法医学；医疗过错；司法鉴定；鉴定原则

中图分类号：DF795.1　　**文献标志码**：A　　**doi**：10.12116/j.issn.1004-5619.2022.220203

文章编号：1004-5619(2022)02-0166-07

Identification Principle and Thought of “Medical Malpractice” Based on Theoretical Analysis

WANG Xu[1,2,3], LIU Xiao-hua[1,2,3]

1. Key Laboratory of Evidence Science, Ministry of Education, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China; 2. Center of Cooperative Innovation for Judicial Civilization, Beijing 100088, China; 3. Forensic Science Standards Research Center, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China

Abstract: At present, medical disputes are still widely-concerned social problems and occasionally evolve into severe social events. In the dispute settlement mechanism, forensic identification opinion is the important technical support. Due to the high professionalism and complexity of medicine, the identification of medical malpractice has become major and difficult problem in the identification. This paper systematically analyze the concept of medical malpractice and five legal theories of malpractice determination, pointing out that China's forensic identification of medical damage should be led by the theory of “medical standards”, supplemented by “prudent patient” standard and strengthen “peer review” in form. At the same time, seven main identification principles should be followed in practice: (1) take “obligation of diagnosis and treatment” as the basic principle of medical malpractice identification; (2) take whether to fulfill the obligation of diagnosis and treatment corresponding to current medical level as the specific principle; (3) take diagnosis and treatment routine, norms and guidelines as the main basis; (4) the principle of “peer review”; (5) the principle of “the generality of medical emergency action”; (6) the principle of “notification-informed-consent”; (7) the principle of “review of complications”. This paper also puts forward the corresponding identification ideas in view of the above principles, hoping this helps standardize medical damage forensic identification activities.

Keywords: forensic medicine; medical malpractice; forensic identification; identification principle

基金项目：教育部人文社会科学规划资助项目(18YJA820018)；上海市刑事科学技术研究院现场物证重点实验室开放课题

作者简介：王旭(1968—)，女，主任法医师，教授，主要从事法医临床学及司法鉴定学的科研、教学和鉴定；E-mail：wangxu0409@126.com

引用格式：王旭，刘晓华. 基于理论梳理的“医疗过错”鉴定原则与思路[J].法医学杂志，2022，38(2)：166-172.

To cite: WANG X, LIU X H. Identification principle and thought of “medical malpractice” based on theoretical analysis[J]. Fayixue Zazhi, 2022, 38(2): 166-172.

近年来，随着我国经济的飞速发展以及社会的进步，民众的医疗观念不断革新，维权意识不断加强，对医疗服务的要求也越来越高，医疗纠纷仍然是社会关注的焦点问题，有些甚至会演变为严峻的社会事件。在纠纷解决机制中，将社会问题转化为法律问题，把法律问题转换成技术问题，以司法鉴定的方式辅助解决，是当前可行的纠纷解决路径，也成为我国社会治理现代化的新手段。

2021年4月1日，中华医学会施行了《医学会医疗损害鉴定规则（试行）》。2021年11月17日，司法部发布实施了《医疗损害司法鉴定指南》（SF/T 0097—2021）。由此可见，关于医疗损害司法鉴定，有关方面试图通过制度建设来推进医疗损害司法鉴定工作的规范化与标准化。

本文以医疗损害司法鉴定中医疗过错的评判为出发点，通过对医疗损害司法鉴定相关理论学说的梳理以及对司法鉴定实践的总结，探讨医疗损害司法鉴定中应遵循的鉴定原则，以期为客观、公正地评定医疗过错提供参考。

1　概念梳理

1.1　医疗过错

美国法中使用“medical malpractice”一词描述医疗过错。《元照英美法词典》对“malpractice”的定义是：专业人员的失职行为，通常指医务人员的失职或者不端行为，包括各种职业上的违法、不道德、不端行为，和对受托事项不合理地缺乏技能或诚信服务，致使被服务者遭受伤害、损失[1]。

日本法中使用“诊疗过误”一词描述医疗过错。若医务人员在诊疗过程中违反业务上必要的注意义务，引发患者生命、身体的侵害，最终致使患者人身伤亡的，属于诊疗过误。

在我国，对于医疗过错的界定有多种理论。一般认为，医务人员在开展医疗活动的过程中，应当按照当时的医疗水平提供医疗服务，或者按照医疗伦理、技术指引、管理规范、职业道德等给予诚信、合理的医疗服务，若在医疗活动中违反以上行为准则，则构成医疗过错[2]。

需要指出的是，医疗过错是构成医疗损害责任的前提，是承担民事责任和刑事责任的必备法律要件。传统的“医疗过错”包括故意和过失两种主观心态，若为故意，则属于故意伤害罪的范畴，即刑事处罚的范畴。因此，在民事赔偿责任方面，“医疗过错”等同于“医疗过失”，两者在概念、意义上几近相同。

医疗损害司法鉴定主要针对民事侵权责任方面，是关于医疗过错等专门性问题的技术判断，故本文论述中的“医疗过错”与“医疗过失”两个概念含义相同。

1.2　医疗损害后果

通过司法途径解决医疗损害侵权纠纷时，一般采用“溯因推理”（即以果索因）的方式来认定医疗过错。因此，准确把握医疗损害后果，对于认定医疗过错至关重要。由于疾病的自然发展以及诊疗行为本身的侵袭性、高风险性、结果不确定性，通常意义上的损害普遍存在。当患者自身疾病的自然转归与医疗过错同时存在时，准确界定损害后果的范围，也是鉴定的重点之一。

综合各国医疗侵权理论学说的主张及我国《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）、相关司法解释对于健康权、身体权的相关规定，一般认为，医疗损害后果是指在诊疗过程中，因诊疗行为的干预、介入导致患者出现的各种不良后果[3]。

《医疗损害司法鉴定指南》中，没有对医疗损害后果进行概念的释明，而是通过列举具体类型的方式明确其内涵，具体包括死亡、残疾、病程延长、病情加重或者其他损害、错误受孕、错误生产、错误生命、丧失生存机会或者丧失康复机会[4]。

1.3　医疗损害司法鉴定

医疗损害司法鉴定是指在诉讼活动中，鉴定机构及鉴定人运用科学技术和专门知识，对医疗机构及其医务人员在诊断、治疗、抢救、护理、管理等医疗活动中是否存在过错，有无损害后果，医疗过错行为与损害后果间是否存在因果关系，以及原因力大小等专门性问题进行鉴别和判断，并出具鉴定意见的司法活动[5]。

2　医疗过错评判的理论与学说

目前，在我国医疗损害“二元化”鉴定模式中，司法鉴定机构出具的医疗损害司法鉴定意见和各级医学会出具的医疗损害鉴定意见，均缺乏明确、统一的医疗损害鉴定标准。在个案中，鉴定人通常基于自己的相关知识、鉴定经验并结合具体案情出具鉴定意见。因此，梳理医疗过错的基本理论学说、明确医疗过错判断的原则对鉴定实践具有指导意义，有利于提高鉴定意见的科学性、适用性。

2.1　国外医疗过错评价的理论学说

国外医疗过错评价的主流学说主要有5个，具体如下。

2.1.1　“合理医师”标准

“合理医师”标准（Bolam标准）是英联邦国家首推的对医疗过错进行具体认定的标准及法律规则。“合理医师”标准认为，医师在诊疗过程中应履行应尽

的注意义务，若医师违反对患者负有的注意义务即构成医疗过错。而注意义务的确定通常采取“合理人”标准，在医患关系中，医师的注意标准需高于普通人，故演绎为“合理职业人员”标准，即“合理医师”标准[6]。司法实践中，法官通常根据行业专家的专业意见来界定注意义务的具体内涵，即通过评判受争议医疗行为与“医疗行业普遍做法”的一致性来判断受争议医师是否履行了必要的注意义务。需要指出的是，在判定医疗过错时，“合理医师”标准最终的判定原则是法律、行政法规、规章、行业惯例、诊疗常规及其他诊疗规范[7]。

总体来说，“合理医师”标准体现了对医疗行业观点的尊重，强调“结果不保证”“避免后见之明”的理念。

2.1.2 “谨慎的患者”标准

侵犯患者知情同意权的医疗纠纷案件日益增多，使得“合理医师”标准已不能满足法律实践需求。“合理医师”标准主张根据职业惯例来确定医务人员应当告知的信息范围，并判断其是否达到使患者“充分知情”的程度，但医疗知识的高度专业性可能导致患者难以判断医务人员是否遵循了职业惯例。“谨慎的患者”标准（prudent patient标准）主张不应基于职业惯例来确定医务人员应当告知的信息范围，而应该由患者知情同意权实际保障的权利（即根据充分知情权和自主决定权的实质需求）来决定告知义务履行的范围，即影响患者作出医疗决定的重要信息都应该告知，包括可能使患者拒绝医疗或者选择其他治疗方案的信息[8]。

关于告知义务的范围存在两种学说：（1）“合理患者”标准，亦称为客观标准，指对于可能影响患者作出医疗决定的重要信息均应告知，即针对所有与原告所处位置相同的患者，能够对其决定带来实质影响的风险，医方均应告知；（2）为“具体患者”标准，亦称为主观标准，主张应该根据患者的具体状况，来决定医务人员的告知范围，包括患者的年龄、智力、心理状态、治疗态度等因素[9]。

如果医务人员在诊疗过程中没有履行符合“谨慎的患者”标准的告知义务，则可以认定医务人员存在过错。

2.1.3 “医疗水平”说

日本在既往法律实践中主要根据临床医疗惯例的要求来认定具体医疗行为是否存在医疗过错。20世纪80年代起，随着日本侵权法理论的进一步发展和成熟，“医疗水平”说开始发展，该学说主张以“诊疗当时的临床医学实践中的医疗水平”作为医疗过错的认定标准，主张医生在进行医疗诊断和救治时，其技术、注意程度、态度均应不低于具有一般医疗专业水准的医生于同一情况下所应遵循的标准[10]。此处所指“医疗水平”是指医疗行为的有效性和安全性已经得到认可，并且该医疗行为已经成为诊疗当时临床实践中的通常选择[11]。如果医务人员在开展诊疗活动时未达到该医疗水平而导致患者身体或健康损害，应认定其存在过错。

在司法实践中，法官会对医方的具体状况，即该医疗知识的专业性、普及程度，医务人员的经验和级别，医疗机构的规模和性质以及所处地域等事项作出分析和考量，以更准确地认定医方应具备的医疗水平[12]。此点，值得鉴定时借鉴。

与“合理医师”标准相比，“医疗水平”说对有争议的诊疗方案在医疗领域的受认可程度、成熟程度和应用程度是否符合注意义务予以了界定。而“合理医师”标准对医师采用创新型、试验型疗法更包容，其指向的范围包括尚未成熟但普遍适用、风险及疗效尚不明确的治疗方案，只要这些方案是行业内通常水平的理性医师的合理选择即可[13]。

2.1.4 “被允许的危险”理论

19世纪末，德国发展出“被允许的危险”理论。该理论主张在必要的情况下，允许医方实施某种危险医疗行为以保证社会整体利益和科学的发展。由于患者疾病的自然转归和诊疗行为的侵袭性，加之医务人员可能会采取危险性较高、结果不确定性较强的治疗措施等，医疗行为本身具备一定程度的危险和某些难以预见的后果。通常，此类危险现实化的概率较低，但以现有的医疗技术也无法完全避免，所以，医疗行为本身伴随的合理危险应被允许。面对此类合理危险时，应降低对医务人员注意程度的要求，若医务人员遵守了相关防范危险的诊疗规范，尽到了最大的规避风险的义务，且在不良后果发生时全力救治，不应认定其存在医疗过错[14]。

2.1.5 “善良管理人”标准

法国的侵权法将医疗过失分为“医学科学上的过失”和“医学伦理上的过失”，“医学科学上的过失”是指违反了医学专业知识或技术水准所要求的行为准则，“医学伦理上的过失”是指违反了医疗职业良知或职业伦理上所应遵循的行为规范或准则[15]。

医疗行为的复杂性决定了现行行为规范、准则难以涵盖所有的注意义务，所以理论上形成了医疗过失认定的客观标准，即“善良管理人”标准，此标准来源于罗马法确定的行为标准——“善良家父”标准。司法实践中，“善良管理人”标准是通过医疗领域中大多数医务人员的行为标准来认定受争议医疗行为是否存在医疗过错[16]，此标准是对医疗过错的抽象评估。

2.2 我国医疗过错评价可采纳的学说

前述国外医疗过错评价的学说，对我国医疗损害

司法鉴定实践具有一定的借鉴意义。

在我国，医疗过错的判断基准是医方是否尽到注意义务。医方的注意义务是专业人士的注意义务，是医学伦理学中的伦理道德义务演化而成的法定义务，要求医务人员具备合理的、谨慎的专业人士在相同或类似情形下应具备的技能，履行相应的义务[17]。

关于注意义务的内涵，目前主要有两种理论学说并行：一是医疗常规说，强调医疗行为是否违反法律、法规、诊疗护理规范等；二是医疗水平说，强调医疗行为是否符合当时的医疗水平。也就是说，在判断具体医疗行为是否存在医疗过错及其过错程度时，多数情况下仍然援引相对抽象、柔性、实际操作性不强的理论学说，而缺乏具体、明确的标准[18]。

笔者认为，在标准化建设时代，应以医疗常规说为基础，主要通过援引具体标准的方式辅以同行专家评议，即以“医疗水平”说来判断具体医疗行为是否存在过错，特殊案例以“谨慎的患者”标准为补充（如医疗美容纠纷）。希望以上思路可以成为我国现今医疗损害司法鉴定的理论学说与鉴定路径。

3　医疗过错评价的原则与鉴定思路

笔者数年前曾探讨过医疗过错评价的原则[19]。近年来，随着法律法规和实践需求的变化以及相关经验的积累，相关原则也需要与时俱进，适应实践的需求，故笔者对医疗过错鉴定应遵循的原则再次梳理如下。

3.1　以“诊疗义务”作为医疗过错判断的基本原则

上海市高级人民法院于2005年出台的《上海市高级人民法院医疗过失赔偿纠纷案件办案指南》（沪高法民一[2005]17号）中明确指出：“医方是否履行其应尽的注意义务是认定医疗过失行为的客观标准。”这里的注意义务即为诊疗义务。对于医方的诊疗义务，按照不同类别，建议鉴定思路如下：

（1）以医疗全过程为基础，将注意义务分为一般注意义务和特殊注意义务。一般注意义务是医务人员的主要义务，具体包括诊断、治疗、手术、注射、麻醉、抽血、输血、影像学检查等诊疗活动中的注意义务；特殊注意义务主要是说明义务、转诊义务、问诊义务等[20]。

（2）以医疗行为的性质为依据，将注意义务分为技术性注意义务和伦理性注意义务。技术性注意义务是指医方负有谨慎诊断、治疗，严格遵守诊疗规范等诊疗护理义务，并对患者及其家属负有告知、说明义务；伦理性注意义务指不得拒诊的义务、危急情形下的救助义务、“视病人如亲人”的关怀照顾义务、转诊义务、保密义务等。

医疗过错的本质属性是违反注意义务，通过前述对医方注意义务的类型化解读，笔者认为，在鉴定中可建立分阶段分析和审查的思路，尽可能全面地获取临床病历资料，重建医疗行为的“事实”，明确疾病发生和发展的过程，确定死亡、残疾等具体损害后果，通过法律法规、诊疗规范、教材、循证文献等，梳理出该案具体医疗情形下应当实施的医疗行为，将实际医疗行为与应当实施的医疗行为从知情同意、诊断、治疗、护理、管理等具体诊疗流程进行对比分析，从而明确是否存在医疗过错。当然，这是比较理想化的情形。

同时，在鉴定中，还应考量医疗过程中“应该被允许的风险”的范围，以免对医方过于严苛。

3.2　以是否尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务作为具体原则

医疗过失（过错）的认定，本质上是通过医学上的专业判断来辅助法律责任的分配，《民法典》第一千二百二十一条规定：“医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。”这表明，“是否尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”是判断医方医疗过错的原则，对这一原则有多种解读。

全国人大常委会法制工作委员会民法室[21]认为：“一个医务人员应当具有的诊疗水平，并非完全能够被法律、行政法规、规章以及诊疗规范的有关要求所涵盖。医务人员完全遵守了具体的操作规程，仍然有可能作出事后被证明是错误的判断，实施事后被证明是错误的行为。然而，医疗行为具有未知性、特异性和专业性等特点，不能仅凭事后被证明错误这一点来认定医务人员存在诊疗过错，不能唯结果论。关键要看是不是其他的医务人员一般不会犯这种错误。”

杨立新教授[22]认为：“医疗水平是指已由医学水平加以解明的医学问题，基于医疗实践的普遍化并经由临床实验研究的积累，且由专家以其实际适用的水平加以确定的，已经成为一般普遍化的医疗可以实施的目标，并在临床可以作为论断医疗机构或医师责任基础的医疗时的医疗水平。”这一观点与日本“医疗水平”说理论相类似。

以上观点均认可“当时的医疗水平”是确定医务人员注意义务的标准，并且强调了法律、行政法规、规章以及诊疗规范是确定当时医疗水平的重要依据。因此，对“是否尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”的鉴定思路，可考量如下：

（1）医学是一门开放的、快速发展的科学，医学理论和经验在不断更新和完善，而医学知识、经验、技术的传播和普及需要时间，所以医务人员采取的临床治

疗措施可能与理论上的“最优治疗方案”有差距。在审查医务人员“是否尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”时，应以当时的诊疗规范为基础，确定其应具备的诊疗水平。

（2）地域差异，医务人员资质、等级，医疗机构的规模、级别等外部因素，均会导致不同医疗机构及医务人员在“医疗水平”上的差距，当患者选择某机构及医务人员时，应推定其对于所选择机构及人员具备的医疗水平有合理预期，即不能期待（或要求）全科医生具有专科医生的专业能力，不能期待（或要求）以提供普通医疗服务为主的一般医院及诊所具备综合性三级甲等医院或专科医院的医疗水平。

（3）应尊重医务人员合理的自由裁量权。在鉴定中注重审查医务人员对治疗措施的选择是否建立在对可选择治疗措施的综合、全面的权衡之上，即医务人员是否充分考虑到了不同治疗措施的利弊、风险大小、成功可能性、经济效益、患者的具体状况等影响因素及其相互关系，是否充分履行相应的告知义务，若满足上述要求，则应尊重其自由裁量权，谨慎地认定医疗过错[23]。

3.3 以诊疗常规、规范、指南为主要依据

特别需要说明的是，现阶段，诊疗规范与指南是鉴定中评价医疗过错的主要依据。

《民法典》第一千二百二十二条第一项规定“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”导致患者在诊疗活动中受到损害的，“推定医疗机构有过错”。

实践中，即使对诊疗规范和指南进行限缩解释，相关文件仍数量庞大，其内容涉及多个领域、多种细分学科。

关于诊疗规范的形式，除了国家机关制定或认可的与诊疗活动有关的技术标准、操作规程等规范性文件外，一般还包括标准、操作规程以及医学教材、专著、期刊等，例如临床技术操作规范、诊疗规范、技术规范、技术管理规范、诊断指南和（或）规范、临床诊疗指南、临床路径、诊疗原则等。同时，数量繁多的诊疗规范由不同的主体制定、颁布，包括卫生行政部门、医学会及其下属分会、医学院校、专家组等，其效力等级有所差别。其中，效力等级最高的应是法律、行政法规、规章、技术管理规范、国家卫生标准和卫生行业标准中的强制性规范；其次是由中华医学会、中华口腔医学会和中华护理学会等组织专家编写出版的临床技术操作规范和临床诊疗指南，具有专业上的权威性和较强的参考性；医学教科书、医药专著及医学专业期刊与前述诊疗规范等相比，内容更加丰富，理念和技术更先进，但是其有效性未经临床实践验证和明确，具有一般的参考价值[24]。

在鉴定中，鉴定人需要对诊疗规范的内容、效力层级、适用的具体要求进行分析，结合鉴定对象的具体情况，明确应遵循的具体诊疗规范。鉴定中还需尊重医务人员合理范围内的自由裁量权，以免有碍医学的发展、进步。

3.4 遵循“同行评议”原则

医疗损害司法鉴定中的同行评议，是指在医疗损害司法鉴定活动中，由受托机构（医学会或司法鉴定机构）组织该鉴定事项所涉学科领域相关临床医学专家或其他专业人员，对医疗行为进行综合评定的行为。

《医疗纠纷预防与处理条例》第三十四、三十五条，《医学会医疗损害鉴定规则（试行）》第三、四、五、十四、十五、二十三条都涉及同行评议原则。同行评议可以在某种程度上保证鉴定意见的专业性、科学性、合理性，避免“外行评价内行”的弊端。

在医疗损害司法鉴定中，要落实同行评议原则，首先要保证专家的专业性，从专家的技术级别、行业知识、实践经验、职业道德等维度综合考察，组建具备高水平专业素养的专家库。其次，需保证专家的中立性，避免行业内的保护性倾向。再次，要保证专家队伍的知识结构全面性，尽可能多方面、多角度、多视野地对鉴定内容展开探讨、论证。

3.5 “医疗紧急处置行为的宽泛性”原则

“医疗紧急处置行为的宽泛性”原则，是指医务人员在对患者进行紧急处置时，诊疗时间短暂，在治疗方案选择、技术操作施行上可能不够完善，在这种情况下，即使对患者病情研判不够准确全面、技术准备工作不够周全，也可以不认定医务人员存在过错。

除上述情况之外，在紧急情况下对患者实施的非本专业的医疗行为，也应比照该专业领域内的通行标准有所降低；对于某些特定的新发疾病，仍缺乏由临床实践验证过其安全性、有效性的诊疗方法，即“当时的医疗水平”仍不明确时，在鉴定中也应适用此原则。着重考察医务人员是否尽到“最善的注意义务”，同时容许具有尝试性特征的治疗方式存在。

3.6 “告知-知情-同意”原则

知情同意权是指患者有权获得自己的病情信息并选择所施行的治疗措施的权利。“知情同意”作为患者的基本权利已广泛被医学界所尊重，因此，告知义务的履行是鉴定中重点考核的内容。

对“告知-知情-同意”的审查，鉴定思路如下：

（1）审查医务人员是否向患者说明病情和医疗措施。具体说来，病情包括疾病的名称、性质、诊断依

据、严重程度、发展变化趋势、不治疗的后果等；医疗措施包括可供选择的医疗措施的具体内容、预期效果、成功概率、可能出现的并发症及其他风险等，以及根据患者的具体情况拟采取的医疗措施的具体内容、治疗效果、可能出现的并发症和风险以及不采取相应医疗措施的后果等。

（2）在需要实施手术、特殊检查、特殊治疗前，医务人员除了履行前述说明义务以外，还应当向患者说明手术、特殊检查、特殊治疗的医疗风险和替代医疗方案等情况。其中，医疗风险包括治疗过程中可能出现的并发症、不良反应、后遗症等；替代医疗方案包括可选择的治疗方案及其预期效果、成功可能性大小、潜在风险等。对于特殊检查、特殊治疗，一般指下列情形：①有一定危险性，可能产生不良后果的检查和治疗；②由于患者体质特殊或者病情危笃而具有较大危险性的检查和治疗；③临床实验性检查和治疗；④可能对患者造成较大经济负担的检查和治疗。

3.7 “并发症的审查”原则

并发症是临床上常用的词汇，也是医疗纠纷中最常提及的问题。根据世界公认的权威《韦氏医学词典》（*Merriam-Webster's Medical Dictionary*）的解释，并发症（complication）是指在某种原发疾病或情况发展进程中发生的，由于原发疾病或情况或其他独立原因所导致的继发疾病或情况。并发症可能是某原发疾病所致，也可能是因为诊断、治疗措施所带来的手术风险，还可能是不当的医疗行为所导致，具有不确定性、相对可预见性和相对可避免性。

在鉴定中，对并发症的审查，具体可从4个方面进行分析[25]：

（1）医务人员是否尽到风险预见义务。随着医学的发展和检查手段的进步，具备专业知识、经验的医务人员有一定能力并尽最大可能对患者的病情进行谨慎地分析，预见并发症的类型、引发机制、并发概率、防范措施等，从而有效防范并处置并发症。具体鉴定时，常常反映在术前讨论没有涉及并发症的考量，相关检查、诊断不充分等。

（2）医务人员是否尽到风险告知义务，即医务人员是否充分告知诊疗活动的内容，以使患者获得适当、合理的治疗。

（3）医务人员是否尽到风险回避义务，即医务人员采取了相应的诊疗措施以尽最大可能避免并发症的发生。

（4）医务人员是否尽到医疗救治义务，即并发症发生后，医务人员是否采取积极的治疗措施以防止损害后果的扩大。

4　小　结

在医疗损害案件的处理中，鉴定意见已成为重要的技术性证据：一方面，其以专有的科学证据的形式展现了特有的证明价值；另一方面，又给其他证据之真实性、可靠性的鉴别提供了支撑。

本文针对医疗损害司法鉴定中医疗过错的认定问题，系统梳理了医疗过错认定的国内外主流理论观点，并指出以医疗常规说为主、辅以同行专家评议，即满足“医疗水平”说，来判断是否符合当时的医疗水平，特殊案例以“谨慎的患者”标准为补充（如医疗美容纠纷）。希望以上思路可以成为我国现今医疗损害司法鉴定的理论学说与鉴定路径。本文同时也给出了医疗损害司法鉴定需遵循的7个主要原则及鉴定思路，供同行们参考、斧正。

参考文献：

[1] 杨立新. 医疗损害责任构成要件的具体判断[J]. 法律适用，2012(4)：19-27.
YANG L X. The particular judgment of the constitutive elements of liability for medical damage[J]. Falü Shiyong，2012(4)：19-27.

[2] 常林. 法医法学[M].3版. 北京：人民卫生出版社，2016.
CHANG L. Forensic law[M]. 3rd ed. Beijing：People's Medical Publishing House，2016.

[3] 陈玉玲. 医疗纠纷预防与处理的理论与实务研究[M]. 南京：东南大学出版社，2017.
CHEN Y L. Theoretical and practical research on the prevention and resolution of medical disputes[M]. Nanjing：Southeast University Press，2017.

[4] 中华人民共和国司法部. 医疗损害司法鉴定指南：SF/T 0097—2021[S].2021.
Ministry of Justice of the People's Republic of China. Guidance for judicial expertise of medical malpractice：SF/T 0097—2021[S]. 2021.

[5] 汪建成. 司法鉴定基础理论研究[J]. 法学家，2009(4)：1-27. doi：10.16094/j.cnki.1005-0221.2009.04.001.
WANG J C. Research on the basic theories relating to judicial appraise[J]. Faxuejia，2009(4)：1-27.

[6] 张雪，尹梅. 医疗过失认定标准之比较与借鉴[J]. 学术交流，2013(7)：57-60. doi：10.3969/j.issn.1000-8284.2013.07.014.
ZHANG X，YIN M. Comparison and reference of medical negligence identification standards[J]. Xueshu Jiaoliu，2013(7)：57-60.

[7] 赵西巨. 关于我国医疗过失与因果关系之鉴定和认定的思考[J]. 证据科学，2011，19(4)：389-400. doi：10.3969/j.issn.1674-1226.2011.04.002.
ZHAO X J. Some reflections on how to establish medical negligence and causation in Chinese law[J]. Zhengju Kexue，2011，19(4)：389-400.

[8] 马齐林. 论医疗告知义务——以经济学和法学为视角[J]. 当代法学，2008，22(1)：84-90.

MA Q L. Medical disclosure: At the angle of economics and law[J]. Dangdai Faxue, 2008, 22(1): 84-90.

[9] 刘小红. 我国医疗侵权知情同意原则问题研究——以借鉴美国法为视角[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2014, 36(7): 74-82. doi: 10.3969/j.issn.1000-5072.2014.07.010.
LIU X H. Research on the principle of informed-consent in medical infringement in China -- From the perspective of reference to American law[J]. Jinan Xuebao (Philosophy and social sciences), 2014, 36(7): 74-82.

[10] 肖赣蘋. 医疗侵权中医疗过失认定标准研究[D]. 南昌: 南昌大学, 2005.
XIAO G P. The study of the standard that asserts medical fault in the medical tort[D]. Nanchang: Nanchang University, 2005.

[11] 朱冬. 作为医疗过失判断标准的"医疗水平"认定——来自美国和日本的经验与借鉴[J]. 辽宁医学院学报(社会科学版), 2011, 9(2): 17-19. doi: 10.3969/j.issn.1674-0416.2011.02.006.
ZHU D. On the recognition of medical standard as the criterion of medical negligence -- Experience and reference from US and Japan[J]. Liaoning Yixueyuan Xuebao (Social science edition), 2011, 9(2): 17-19.

[12] 夏芸. 医疗事故赔偿法——来自日本法的启示[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 122-124.
XIA Y. Medical negligence compensation law -- Enlightenment from Japanese law[M]. Beijing: Law Press, 2007: 122-124.

[13] 赵西巨. 我国《侵权责任法》医疗损害责任一章之解读: 比较法的视角[J]. 私法研究, 2011, 10(1): 234-256.
ZHAO X J. Interpretation of the chapter of medical damage liability in Tort Liability Law: From the perspective of comparative law[J]. Sifa Yanjiu, 2011, 10(1): 234-256.

[14] 庄劲. 刑法上的危险责任[M]. 广州: 中山大学出版社, 2017: 116-117.
ZHUANG J. Dangerous liability in criminal law[M]. Guangzhou: Sun Yat-sen University Press, 2017: 116-117.

[15] 强美英. 论医疗过失的认定[J]. 法学杂志, 2010, 31(8): 48-51. doi: 10.16092/j.cnki.1001-618x.2010.08.009.
QIANG M Y. On determination of medical negligence[J]. Faxue Zazhi, 2010, 31(8): 48-51.

[16] MEDICUS D. 德国债法总论[M]. 杜景林, 卢谌, 译. 北京: 法律出版社, 2004: 242-243.
MEDICUS D. General theory of German debt law[M]. DU J L, LU C, transl. Beijing: Law Press, 2004: 242-243.

[17] 廖焕国. 论医疗过错的认定——以医疗损害侵权责任的理解与适用为视点[J]. 政治与法律, 2010(5): 18-27. doi: 10.15984/j.cnki.1005-9512.2010.05.007.
LIAO H G. On the identification of medical malpractice -- From the perspective of the understanding and application of tort liability for medical damage[J]. Zhengzhi Yu Falü, 2010(5): 18-27.

[18] 于佳佳. 论医疗过失的判断标准——解读《侵权责任法》第57条对医疗上注意义务的规定[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2016, 22(3): 61-69. doi: 10.3969/j.issn.1672-3104.2016.03.010.
YU J J. On the judgement standard in medical negligence: Interpreting Article 57 of the Tort Law about the doctors' duty of care in accordance[J]. Zhongnan Daxue Xuebao (Social science), 2016, 22(3): 61-69.

[19] 王旭. 医疗过失鉴定需遵循的原则[J]. 证据科学, 2010, 18(4): 434-443. doi: 10.3969/j.issn.1674-1226.2010.04.005.
WANG X. The basic principles on judging medical negligence[J]. Zhengju Kexue, 2010, 18(4): 434-443.

[20] 郭升选, 李菊萍. 论医疗注意义务与医疗过失的认定[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2008(3): 124-133. doi: 10.16290/j.cnki.1674-5205.2008.03.012.
GUO S X, LI J P. Medical duty of care and medical determination of negligence[J]. Falü Kexue (Xibei Zhengfa Daxue Xuebao), 2008(3): 124-133.

[21] 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 中华人民共和国侵权责任法: 条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 232.
Civil Law Office of the Committee of Legislative Affairs, the Standing Committee of the National People's Congress. Tort Liability Law of the People's Republic of China: Description of provisions, legislative reasons and relevant provisions[M]. Beijing: Peking University Press, 2010: 232.

[22] 杨立新. 论医疗过失赔偿责任的原因力规则[J]. 法商研究, 2008(6): 37-44. doi: 10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2008.06.005.
YANG L X. On the causative force rule of medical negligence compensation liability[J]. Fashang Yanjiu, 2008(6): 37-44.

[23] 曾见. 论"当时的医疗水平"的法律评价[J]. 法学评论, 2016, 34(4): 188-196. doi: 10.13415/j.cnki.fxpl.2016.04.020.
ZENG J. Legal evaluation of medical level for the moment[J]. Faxue Pinglun, 2016, 34(4): 188-196.

[24] 喻小勇, 田侃. 循证医学及其对医疗侵权法律适用的影响研究[J]. 证据科学, 2015, 23(3): 338-349. doi: 10.3969/j.issn.1674-1226.2015.03.006.
YU X Y, TIAN K. Study on evidence-based medicine and the application in the medical malpractice litigations[J]. Zhengju Kexue, 2015, 23(3): 338-349.

[25] 王旭. 医疗损害鉴定与技术标准研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2021.
WANG X. Research on identification and technical standards of medical damage[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2021.

(收稿日期: 2022-02-04)

(本文编辑: 王亚辉)