

优秀论文:医疗诉讼案件执业风险研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484487.htm 近年来，医患关系

呈现逐渐紧张之势，医疗诉讼案件急剧增多，医患双方对律师代理案件的法律服务需求也在不断增加，愈来愈多的律师参与代理医疗诉讼案件。但是，医疗诉讼案件有其自身的一些特点，且相关法律法规存在相互冲突，律师代理此类案件亦有很大的执业风险。如何正确认识并依法规避诉讼代理中的各种风险，减少当事人投诉，以获得最佳办案效果，即为作者撰写本文的目的。本文所称的医疗诉讼案件，系指患者及其家属（以下简称“患方”）因不满医疗机构及其医务人员（以下简称医方）提供的诊断、治疗和护理等医疗服务，以医疗侵权或医疗服务合同违约为由向人民法院提起的民事诉讼案件。本文所称的执业风险，系指律师在代理医疗诉讼案件过程中，因不了解此类案件的特点或相关法律法规等原因，未能获得当事人（主要是患方当事人）预期的目的而被当事人投诉甚至索赔的各种风险。一、医疗诉讼案件的特点

1、高度专业性，患方往往处于专业劣势：随着医学科学技术的发展，各种新的诊疗方法的出现，导致医疗行业内部分工高度专业化。医方系这些医学专业知识的占有者，而相反，患方往往缺乏相关的专业知识，导致患方在诉讼过程中处于明显的专业劣势地位，即使其代理律师具有医学教育背景或从业经验时亦是如此。尽管某些患者或家属因打官司而成为“医学专家”，但这种速成的“医学专家”根本无法与曾受过系统教育并拥有从业经验的医方相提并论。2、经济效益

差，律师不愿办理此类案件：尽管近年来医疗诉讼案件的标的不断增加，但是，当事人最终实际获得的赔偿数额却不高。与动辄数百万、千万或亿元以上的商事案件相比，代理医疗诉讼案件的律师收费是非常困难的，尤其是在当事人缺乏诚实信用观念时。目前，在我国，具有医学背景的执业律师并不少，但其绝大部分并不愿参与医疗诉讼案件代理，经济效益差是其主要原因。

3、审理难度大，法官不愿审理医疗案件：医学知识的高度专业性，导致审理法官难以根据自己的专业知识就案件事实进行实体判断，往往需要借助专业人士的帮助，即主要通过医学会鉴定或司法鉴定的鉴定结论来判断案件事实。而当案件存在多个相互矛盾的鉴定结论时，审理法官又往往不知所措。同时，此类案件审理时间长，审理周期多以“年”计算，而这又直接影响到法官的结案率及经济收入。另外，医疗诉讼案件的社会影响大，处理不好往往会影响社会稳定。因此，法院的法官均不愿审理此类案件。北京某法院曾尝试指定某几位法官专业从事此类案件审理，但最终因上述原因而不得不被迫停止。

二、医疗诉讼案件执业风险发生的原因

在医疗诉讼案件中，律师的执业风险主要来自其己方当事人，而且更多的是来自患方当事人。人的生命健康权是无价的，是无法用金钱来衡量的。患方当事人往往是医疗行为的受害者。法院判决医方赔偿的数额再多，也无法从根本上弥补患方当事人躯体及精神方面所受到的伤害。在医疗诉讼案件中，患方当事人往往对诉讼结果有较高的期望，而此类案件的审理结果往往是不确定的，受到各种因素的影响。同时，即使患方最终胜诉，但由于我国目前医疗损害赔偿数额相对较低，患方所能获得的实际赔偿往往低

于其起诉要求的金额。医疗诉讼案件旷日持久，长期的心理折磨往往导致患方当事人的心理被扭曲，甚至出现病态的偏执心理。因此，一旦诉讼结果因各种原因未能达到患方的期望值时，患方当事人往往将其怨恨和不满迁怒于其代理律师。律师代理患方诉讼时的执业风险，主要源于律师不熟悉医疗诉讼案件的特点及相关法律规定。例如，如果代理律师不熟悉此类案件赔偿数额不定且往往低于请求数额的特点，仍然按照诉讼标的确定律师收费，且未事先以明示方式告知患方当事人时，则完全有可能导致患方实际获得的赔偿不足以支付律师费的情形。在这种情况下，患方当事人就有可能产生强烈的不满情绪。尽管绝大部分患方当事人在聘请律师时表示其诉讼的目的就是为了讨个“说法”，但该“说法”并未完全排除预期的高额赔偿。相关法律规定不明确甚至相互冲突，也是导致律师执业风险的主要原因。医患纠纷现已成为我国焦点社会问题之一，引起了社会各界包括立法部门的高度重视。2002年9月1日，国务院颁布的《医疗事故处理条例》（以下简称《条例》）开始施行。《条例》较之1987年国务院颁布的《医疗事故处理办法》（以下简称《办法》）有了很大的进步，扩大了医疗事故的范围，确立了患方查阅和复制病历的知情权，明确了医患纠纷解决的途径。对于医疗事故技术鉴定，《条例》明确规定由相对中立的第三方中华医学会及各地医学会进行，改变了原来由卫生行政部门组织鉴定的规定。《条例》还明显提高了医疗事故的赔偿标准，最大限度地保护患方当事人的合法权益。需要说明的是，尽管《条例》较之《办法》加大了对患方当事人的法律救济，但是，由于《条例》系由卫生行政部门参与制订，因此，

《条例》仍带有明显的行政保护色彩，其本身还存在着许多先天的立法缺陷。例如，《条例》第49条第2款规定，不属于医疗事故的，医疗机构不承担赔偿责任。由于《条例》所定义的医疗事故概念的外延不周全，导致上述规定明显与我国《民法通则》规定的侵权赔偿原则相冲突。根据《民法通则》及相关民事法律规范，只要医疗机构存在医疗过失并且造成患者人身损害的后果，无论其行为是否构成医疗事故，医疗机构均应承担民事赔偿责任。鉴于此，在《条例》生效后，最高人民法院于2003年1月6日发布了《关于参照审理医疗纠纷民事案件的通知》，将医疗损害赔偿案件人为地分为医疗事故损害赔偿案件和非医疗事故损害赔偿案件。两类案件的审理程序、适用法律及赔偿项目计算完全不同，非医疗事故损害赔偿案件的赔偿数额明显高于医疗事故损害赔偿案件。在最高人民法院下发上述通知后，部分地方高级法院甚至中级法院为了便于医疗纠纷案件的审理，根据当地的实际情况，也分别发布了审理此类案件的内部指导意见。这些指导意见基本原则一致，但其具体规定又有较大的差异。因此，如果代理律师不了解上述法律规定，就有可能在案由、鉴定机构选择、适用法律方面做出不利于患方当事人的决定，引起当事人的不满和投诉。正是因为上述原因，在代理医疗诉讼案件时，律师规避上述执业风险关键，在于事先了解此类案件的特点及相关法律规定，同时充分地向患方当事人说明诉讼风险。

三、医疗诉讼案件的执业风险及规避

1、律师咨询及相关风险

从建设法制化国家角度来讲，当事人在认为其合法权益受到侵害时寻求法律救济，是社会进步的象征，医疗纠纷案件尤其如此。向当事人提供法律咨询，是律师主要

业务之一，医疗诉讼案件亦是如此。律师向医疗诉讼当事人提供法律咨询时，应当以稳定患方情绪并说服解释为主，避免医患矛盾激化。与此同时，律师应当及时提醒当事人进行封存病历以保全证据，防止相关证据灭失。对于患者死亡案件，律师应当告知患者家属尸体解剖的意义及其相应的法律后果。办理医疗诉讼案件时，代理律师应当特别注意医学判断与法律判断、客观分析与事故判断的关系。患方寻求律师帮助时，往往希望律师能够就事件是否构成医疗事故进行判断。但是，由于专业知识的局限，律师（包括专业从事医疗诉讼的律师）很难就具体案件中医务人员是否具有过失进行判断，因此，代理律师应当避免进行具体的医学判断，尤其是某一案件是否构成医疗事故，除非代理律师非常熟悉该案件所涉及的医学知识或具有相关的从业经历。代理律师应当建议患方首先寻求相关医学判断，即向有关医学专业人士咨询，以初步判断相关医疗行为是否存在瑕疵，并在此基础上决定是否提起诉讼。现实中，经常有律师在缺乏专业判断的情况下对案件作出了极其乐观的评估，而在案件审理结果并不满意时导致患方的不满和投诉。

2、利益冲突调查与说明

目前，我国专业代理医疗诉讼的律师相对较少，因此，这些律师同时接受医患双方咨询或委托代理的机率相对较高，容易导致当事人的利益冲突。因此，在接受医患双方法律咨询或委托代理前，律师应首先进行利益冲突调查，避免为现有或以往客户的对方当事人提供法律咨询或委托代理。利益冲突调查不应限于诉讼代理时，而应从接受当事人咨询（包括电话咨询）时开始。

3、受理前诉讼风险告知

医疗诉讼专业性强、持续时间长、结果不确定等特点，患方往往需要付出

大量的时间、精力和财力，而诉讼的结果却常常无法使患方完全满意。因此，在接受患方委托代理时，代理律师应当特别向患方当事人提示医疗诉讼的法律风险，必要时可向患方当事人出示书面的风险提示书并要求其签字。

4、诉讼时效审查和风险告知 医疗损害结果往往在医疗行为实施后数年才能显现或明显，患方起诉时间与医疗行为发生时间相距较远，而《民法通则》规定的人身损害诉讼时效为一年。另外，由于审理法官对有关法律条款的理解不同，导致对诉讼时效判断结果不相一致。因此，在代理患方诉讼时，代理律师应特别注意审查案件的诉讼时效，并应将审查的结果及诉讼存在的风险如实向当事人说明。

5、诉讼标的额及风险提示 鉴于医疗损害赔偿数额的不确定性，而律师收费又与诉讼标的相关，因此，为避免原告支出不必要的诉讼成本，引发其不满情绪，在确定原告的诉讼请求时，应当注意提醒当事人不要提出过高或不切合实际的赔偿额。在实践中，应尽可能与当事人共同讨论确定诉讼请求。实在无法确定时，可以在起诉时先提出较低的诉讼请求，待相关鉴定结论有利于患方时依法追加诉讼请求。

6、律师费的收取方式选择 医疗诉讼不同于普通诉讼案件，其最终赔偿额不确定，且与患方要求相差很大，而高额的律师费又往往会引起患方不满。因此，此类案件不宜完全采用按诉讼标的的收费方式。建议在风险提示的基础上协商收费。一般不提倡采用风险收费方式，除非医方存在医疗过失的证据充分，且患方有良好的信用。

7、案由的选择及风险提示 鉴于《医疗事故处理条例》与《民法通则》等民事法律规范存在诸多冲突，同时鉴于审理法官在法律条款的理解与适用方面存在相当的分歧，不同的案由将导

致法律适用的完全不同，因此，在代理患方诉讼时，应特别注意案由的选择。一般来讲，非医疗事故损害赔偿数额相对高于医疗事故损害赔偿纠纷案件。因此，建议代理患方诉讼时，一般选择非医疗事故损害赔偿案由。关于侵权之诉与违约之诉的选择。目前患者选择违约之诉现象增多，但两类诉讼各有利弊。作者认为，违约之诉主要适用于医患双方有明确医疗合同时，例如《试管婴儿辅助生育治疗协议》等。需要提示当事人注意的是，根据我国现有法律规定，违约之诉不适用举证责任倒置，该举证规则仅适用于医疗侵权案件。当然，司法实践中，法院审理医疗违约案件时，其判决往往还是按侵权案件处理。

8、诉讼证据的准备 医疗侵权案件实行举证责任倒置，即由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。需要注意的是，尽管医疗侵权案件实行举证责任倒置，但这并不意味着患方不承担任何举证责任，患方应当承担初步举证责任。在医疗侵权损害赔偿诉讼中，患者应当对其损害赔偿请求权的成立，负有初步的举证责任，即原告应当首先证明其与医疗机构间存在医疗服务合同关系，接受过被告医疗机构的诊断、治疗，并因此受到损害。

9、司法鉴定与医学鉴定 医疗诉讼案件具有高度专业化的特点，审理法官很难根据自己对医学知识的理解就案件事实作出实体判断，因此，此类案件往往需要通过鉴定才能查明案件事实。在司法实践中，由于最高法院尚未就医疗诉讼案件鉴定问题作出具有可操作性的司法解释，因此，此类案件的鉴定及其委托非常混乱，各地法院内部规定不相一致。代理律师应当了解当地法院的“土规定”并据此作出选择。

10、法律适用及其风险 《条例》与《

《民法通则》规定不一致，人为地将医疗纠纷案件分为两类，是导致医疗诉讼案件法律适用不同的根本原因。根据最高人民法院有关负责人答记者问时的观点，医疗赔偿纠纷应当区别情形分别适用《民法通则》和《条例》处理。在医疗服务过程中因过失致患者人身损害引起的赔偿纠纷，本质上属于民事侵权损害赔偿纠纷，原则上应当适用我国的《民法通则》处理，对不构成医疗事故的其他医疗侵权纠纷应当按照《民法通则》第106条和119条规定处理。不能因为医疗机构的过错行为不构成医疗事故，就不对受害人的损害承担赔偿责任。最高人民法院关于人身损害的司法解释适用于所有人身损害赔偿案件。医疗侵权属人身损害赔偿案件，因此，法院在审理医疗纠纷案件时，完全可以适用该解释而不论《条例》如何规定。与《条例》相比，司法解释确定的赔偿额相对提高，尤其是死亡案例。尽管存在上述诸多执业风险，但是，由于有着巨大的社会需求，因此，将会有愈来愈许多的律师参加医疗诉讼案件代理。律师代理医疗诉讼案件，对于缓解和及时化解医患矛盾，维护社会稳定和医患关系的和谐，具有非常重要的作用。与此同时，作为代理律师，亦应当在充分了解医疗诉讼案件特点及相关法律法规规定的基础上，在最大程度地保护当事人的利益的同时，学会保护自己。

100Test 下载
频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com