

## 实证研究视角下对医疗损害责任“以鉴代审”论断的质疑

董春华

(华东政法大学知识产权学院,上海 200042)

**摘要:**法官过度依赖医疗损害鉴定进行审判的现象称为“以鉴代审”。实证数据表明,鉴定意见被采信的案例中,鉴定意见的责任类型对应的判决责任比例区间跨度大,法官不按照鉴定意见确定责任及比例的现象并不罕见。在无鉴定意见时,法官也会判决医疗机构承担责任。故认定我国医疗损害纠纷司法实践中普遍存在“以鉴代审”是误判。医疗损害鉴定意见只是一种证据,导致上述误判主要是因为法官视鉴定意见为规避绩效考核风险和规避当事人诘难的工具,当事人、相关研究者也起到推波助澜的作用。以技术型法官、专家辅助人取代鉴定人的路径并不奏效,应完善医疗诉讼裁判法官的考核机制,充分调动当事人参与鉴定程序。

**关键词:**以鉴代审;鉴定意见;专家辅助人;法律判断

**中图分类号:**DF8;DF795.4 **文献标志码:**A **doi:**10.3969/j.issn.1671-2072.2024.013

**文章编号:**1671-2072-(2024)1-0091-08

### Challenges on the Viewpoint on Replacement of Litigation by Forensic Appraisal in Liability of Medical Damages

DONG Chunhua

(Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** The phenomenon that medical appraisal is over dependent on by judges in medical damages litigation is labeled as the “replacement of trial by appraisal”. Nevertheless, empirical study indicates that in the cases where the appraisal opinions are adopted, the ranges of the portion of liability corresponding with the types of liability in the appraisal opinion are wide, it is not rare for judges to decide liability and its portion not relying on the appraisal opinion, and the medical institution can be held liable without appraisal opinion. This data make the statement of replacement unpersuasive. The medical appraisal opinion is only a kind of evidence, helping judges to make the facts clear. There is gap between the replacement statement and the real function of appraisal. The misunderstanding is brought by the judges intention to avoid risks from the performance review and complaint from the parties, the complaint from the parties and some researchers also intensify the misunderstanding. The approach to replace appraisers by technical judges and expert assistants does not work. The evaluation system for medical case judges should be improved, and the parties should be encouraged to participate in the appraisal procedure.

**Keywords:** replacement of trial by forensic appraisal; appraisal opinion; expert assistant; legal judgment

医疗损害案件审判离不开医疗专业知识,法官不是医疗技术专家,无法应对损害责任判断的棘手问题,因此,医疗损害鉴定在审判中发挥重要作用。鉴于医疗损害责任审判与医疗损害鉴定的密切关联,医疗纠纷审判往往被贴上“以鉴代审”的标签<sup>①</sup>,

“以鉴代审”意味着鉴定意见代替审判推理<sup>①</sup>。认定医疗纠纷司法实践“以鉴代审”有形成共识之趋势,但已有研究鲜有利用可靠性数据结合法教义学,探究医疗损害责任审判到底是否成为鉴定意见的傀儡。笔者以医疗损害责任为案由,以东部地区的北

收稿日期:2022-12-15

基金项目:国民卫生健康治理法治化研究(20&ZD187)。

作者简介:董春华(1980—),女,教授,博士,博士研究生导师,主要从事侵权法基本理论、医疗侵权、知识产权侵权研究。E-mail: dumer@163.com

①“以鉴代审”中的“鉴”指鉴定意见,“审”指法官审理案件。“以鉴代审”包括两个层面:对医疗纠纷判决的整体评价和对个案医疗案件的判断。本文不涉及个案是否“以鉴代审”,仅指对医疗纠纷司法实践整体评价层面上的“以鉴代审”。

京市海淀区、中部地区的河南省郑州市、西部地区的甘肃省兰州市为目标地区,在“中国裁判文书网”搜得939份判决书(时间分布见图1)并获得统计数据,分析研究“以鉴代审”的论断是否成立,以及鉴定意见在多大程度上影响了法官审判。试图探明的具体问题包括:医疗损害责任审判“以鉴代审”的论断何以产生?该结论为何是误判?鉴定意见应在医疗损害责任审判中居于何位?如何避免医疗损害责任审判被误解为“以鉴代审”?

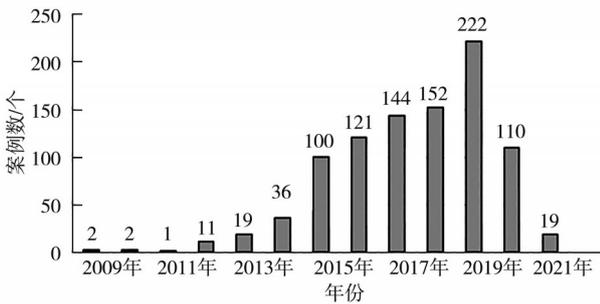


图1 样本案例的时间分布情况  
Fig. 1 Time distribution of sample cases

## 1 “以鉴代审”论断的生成路径

### 1.1 鉴定意见进入医疗损害责任诉讼的规范演变

20世纪80年代,我国医疗领域的规范性文件开始对医疗事故鉴定作出规定,影响最大的是国务院于1987年发布的《医疗事故处理办法》(国发[1987]63号,以下简称《办法》),专章规定了医疗事故鉴定。但这些文件均未规定被鉴定为医疗事故的案件在诉讼中应该如何确定原告的赔偿。2002年,国务院发布的《医疗事故处理条例》(国务院令 第351号,以下简称《条例》),专章规定了医疗事故的技术鉴定和医疗事故致害的民事赔偿责任,医疗行为构成医疗事故是民事赔偿的前提,而是否构成医疗事故取决于医疗事故鉴定。虽然没有规范性文件明确司法鉴定意见可作为原告获赔的依据,但司法鉴定意见常常成为医疗纠纷判决的依据,且医疗诉讼中的司法鉴定没有因《条例》的实施而减少,反而呈上升趋势,成为医疗事故鉴定出现争议后的主要救济手段<sup>[2]</sup>。2009年通过的《侵权责任法》专章规定医疗损害责任,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》(法发[2010]23号)规定了医疗损害鉴定的启动。《侵权责任法》全面规定了医疗损害责任,

将医疗鉴定统一为医疗损害鉴定,随着医疗损害责任民事赔偿案件的激增,医疗损害鉴定在审判中的作用凸显。

规范性文件除了规定医疗鉴定在医疗侵权诉讼中的地位及启动程序外,还规定了鉴定书的内容,与侵权责任有关的是过错和因果关系。《条例》第三十一条规定,医疗事故技术鉴定书包含医疗过失行为与人身损害后果之间是否存在因果关系以及医疗过失行为在医疗事故损害后果中的责任程度。《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2017]20号,以下简称《医疗损害责任纠纷司法解释》)第十一条规定鉴定书的内容包括实施诊疗行为有无过错、诊疗行为与损害后果之间是否存在因果关系。

### 1.2 学者误判导致“以鉴代审”论断的流行

在绝大多数医疗损害责任案件中,随着医疗损害鉴定成为判定过错和因果关系之必需,当事人及不少学者表达了对鉴定意见的不满<sup>[3]</sup>。我国立法已对鉴定制度进行了多项改革,医疗损害鉴定实践也不断在改观,但被严重批判的医疗损害鉴定催化了“以鉴代审”论断的形成。

(1)医疗损害鉴定存在不足。医疗事故鉴定和司法鉴定在我国经历了从无到有、从简单定性到基本包含案件事实要素的过程,立法和操作层面不断改进,但仍存在不足。医疗损害鉴定结果具有主观性,确实导致了一些不公。有学者<sup>[4]</sup>甚至提出,鉴定问题已严重影响司法裁判的效率与公正。医疗损害鉴定在公信力、中立性与权威性等方面的不足导致公众的不信任,极大影响医疗纠纷解决的效果<sup>[5]</sup>。

(2)“以鉴代审”论断逐渐成为主流观点。现代司法的尴尬是只接受过法律训练的法官,要面对越来越多只有专家才能理解的专门知识<sup>[6]</sup>。医疗损害鉴定是患方所依赖的重要证据,法官一般也将鉴定意见作为裁判依据<sup>[7]</sup>。针对鉴定意见在医疗纠纷案件审判中起重要作用的现象,不少学者指出,司法实践中出现了诸多“以鉴定意见代替审判过程”的现象,司法裁判的结果与鉴定意见几乎呈现一一对应的关系<sup>[8]</sup>。法官审判过度依赖司法鉴定意见,“以鉴代审”现象十分突出,法官以专业知识局限为由放弃了对鉴定意见的审核<sup>[9]</sup>,用鉴定机构的鉴定工作完全取代本应由法院主导实施的对案件事实的审理、认定及适用法律工作,严重侵害了法院的司

法判断<sup>[9]</sup>。当事人甚至也认为,打赢医疗纠纷官司的“主战场”不在法院而在鉴定机构,这在很大程度上扭曲了司法鉴定原有的功能和定位,异化了司法裁判自身的特质,损害了鉴定的中立性和司法的权威性<sup>[10]</sup>。虽然上述对“以鉴代审”的认知有不同程度的差别,有的强调过度依赖医疗损害鉴定意见,有的强调“以鉴代审”是鉴定意见代替审判过程<sup>[11]</sup>,但从以上评论可得出的基本判断是“以鉴代审”论断已逐渐成为学者评判医疗损害责任司法实践的标签,且有形成主流之趋势。

## 2 样本统计数据对“以鉴代审”论断的冲击

学者对医疗纠纷审判与医疗损害鉴定之关系的批判,似乎让人觉得医疗纠纷实践已经到了不改革无以为继的程度。样本案例统计数据揭示法官并未成为医疗损害鉴定意见的傀儡,“以鉴代审”的标签并不恰当。

### 2.1 判决责任比例跨度远超出医疗损害鉴定意见

过错参与度是法医学概念,鉴定类的规范性文件通常用责任程度或原因力大小进行表述。《医疗事故技术鉴定暂行办法》、中华医学会《医学会医疗损害鉴定规则(试行)》《江苏省医疗纠纷预防与处理条例》和司法部《医疗损害司法鉴定指南》等鉴定类文件明确对责任程度或原因力进行程度划分,大体划分为完全责任(原因)、主要责任(原因)、同等责任(原因)、次要责任(原因)、轻微责任(原因)和无关。我国学者习惯于采用六级分类标准:100%、75%、50%、30%、10%、0<sup>[12]</sup>。综合所有样本案例鉴定意见的表述大体将医疗过错判定为完全责任100%、主要责任60%~90%、同等责任40%~60%、次要责任20%~40%、轻微责任0~20%。司法鉴定意见对过错参与度的表述有三种形式:给出责任程度,如主要责任;给出参与度比例的确定数值;给出比例区间,如25%~35%<sup>[13]</sup>。样本案例所涉鉴定意见还认定轻微-次要、次要-同等、次要-主要等复合型责任类型,认定轻微、次要、同等、主要和全部责任类型的案例共589件,占比62.7%,以下仅以轻微、次要、同等、主要责任类型为统计对象。

(1)鉴定意见为轻微责任程度法院判决的责任比例范围。共有133份判决书的鉴定意见为轻微责任程度,其判决所涉责任程度区间见图2。按照鉴定

行业形成的分类法标准,鉴定意见为轻微责任的比例范围通常为0~20%。从133个案例的统计数据来看,判决责任比例小于20%的案例有93个(69.9%),判决责任比例为20%的案例有34个(25.6%),判决责任比例高于20%的案例有6个(4.5%)。所有案例的判决责任比例区间为5%~30%。

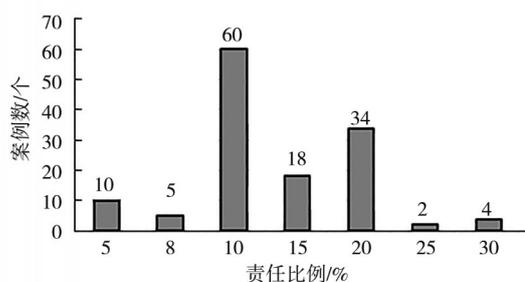


图2 鉴定轻微责任法院判决的责任比例区间  
Fig. 2 The range of liability proportion of minor liability judged by courts

(2)鉴定意见为次要责任程度法院判决的责任比例范围。共有175个案例的鉴定意见为次要责任程度,其判决所涉责任程度区间见图3。按照鉴定行业形成的分类法标准,鉴定意见为次要责任的比例范围通常为20%~40%。从175个案例的统计数据来看,判决责任比例大于20%小于40%的案例有115个(65.7%),判决责任比例为20%的案例有9个(5.1%),判决责任比例为40%的案例有46个(26.3%),判决责任比例在20%~40%之外的案例有5个(2.9%)。所有案例的判决责任比例区间为15%~100%。

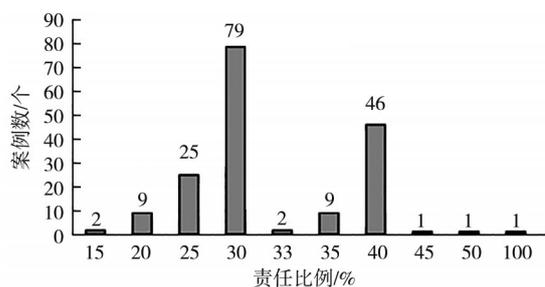


图3 鉴定次要责任法院判决的责任比例区间  
Fig. 3 The range of liability proportion of secondary liability judged by courts

(3)鉴定意见为同等责任程度法院判决的责任比例范围。共有147个案例的鉴定意见为同等责任程度,其判决所涉责任程度区间见图4。按照鉴定行业形成的分类法标准,鉴定意见责任为同等责任的比例范围通常为40%~60%。从147个案例的统

计数据来看,法院判决责任比例大于40%小于60%的案例有134个(91.2%),判决比例为40%的案例有3个(20%),判决比例为60%的案例有7个(4.8%),判决比例在40%~60%之外的案例有3个(20%)。所有案例判决的责任比例区间为30%~70%。

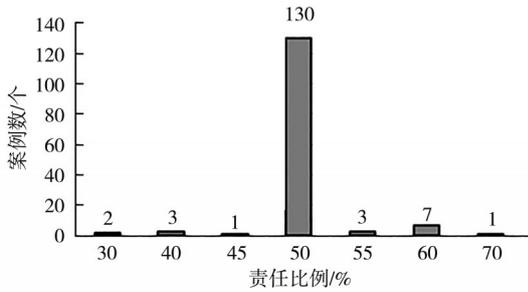


图4 鉴定同等责任法院判决的责任比例区间  
Fig. 4 The range of liability proportion of equal liability judged by courts

(4)鉴定意见为主要责任程度法院判决的责任比例范围。共有128个案例的鉴定意见为主要责任程度,其判决所涉责任程度区间见图5。按照鉴定行业形成的分类法标准,鉴定意见为主要责任的比例范围通常为60%~90%。从128个案例的统计数据来看,判决责任比例大于60%小于90%的案例有88个(68.8%),判决责任比例为60%的案例有4个(3.1%),判决责任比例为90%的案例有12个(9.4%),判决责任比例在60%~90%之外的案例有24个(18.8%)。所有案例的法院判决责任比例区间为40%~100%。

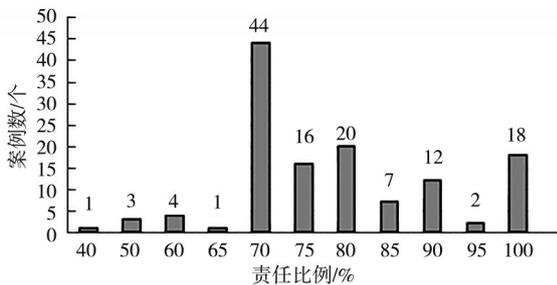


图5 鉴定主要责任法院判决的责任比例区间  
Fig. 5 The range of liability proportion of main liability judged by courts

以上数据显示,鉴定意见确实对审判起重要作用,特别是鉴定意见为同等责任、法院取中位数50%作为赔偿比例案例有130个,占同等责任案例总数的88.4%,统一程度之高确实令人瞩目。

但同样令人惊讶的是,每一责任类型的统计都有不超过10%的案例是在五级分类法责任范围之外,且有部分案件的判决责任比例严重偏离鉴定意见的范围,如次要责任的建议范围为20%~40%,但统计数据显示次要责任的判决责任比例为15%~100%,而集中于70%的主要责任,除了判决责任比例区间从40%至100%,还有18个案例在鉴定意见认定为主要责任的情形下判决100%的赔偿责任。这完美体现了法官在采信鉴定意见的前提下,最大可能地发挥了审判的能动性。

### 2.2 判决责任比例实质性改变医疗损害鉴定意见

鉴定意见是一种证据,法律并未明确规定法官采纳鉴定意见的标准,鉴定意见是否被采信取决于鉴定人资质是否合格、鉴定程序是否合法等。当事人可对鉴定程序和鉴定意见本身提出异议并加以证明,异议不成立,鉴定意见则应予采信。鉴于鉴定意见的专业性和相对客观性,在鉴定意见依法被质证、当事人无异议或异议不成立时,鉴定意见通常会被采纳作为查清事实的依据。除通过以上方式审查鉴定意见外,法官难以对鉴定意见进行实质性审查。但在鉴定意见并无形式瑕疵时,仍有8个被统计案件的法官作出了与鉴定意见明显不一致的判决结果(表1)。

表1 法院判决明显未遵守鉴定意见责任认定的案例统计  
Tab. 1 The statistics on court judgments not adhering to the forensic appraisal opinions on liability

鉴定意见	法院判决	案例数/个
医疗机构无过错	30%	1
医疗机构无过错	10 000元	1
医疗机构无过错或无因果关系	100%	1
医疗机构轻微责任	无责任	2
医疗机构25%的责任	60%	1
医疗机构80%的责任	50%	1
医疗机构全部责任	20%	1

表1中8个案例的鉴定意见并无形式上的瑕疵,当事人也未提出异议。法官严重偏离鉴定意见的理由是本案案情和其他证据。如“华某某与兰州某骨科医院”案<sup>②</sup>的鉴定意见明确,兰州某骨科医院过错责任程度为25%,在认定鉴定程序合法、采信

② (2016)甘0102民初2800号。

鉴定意见后,法院却指出,鉴定过程仅是学理性探讨,应基于庭审查明的事实并参考鉴定意见综合评定过错程度。鉴于主治医师未取得执业证书即开展执业活动,综合医学治疗过程的风险,酌定60%的责任比例。可见,即便在鉴定意见未被排除时,法官仍会依据案情和其他证据作出判决。法官不采信鉴定意见而独立分析并确定责任比例,是对“以鉴代审”论断最有力的反驳。虽然此类案例数量不多,仍表明法官断案的独立性和判决的能动性。

### 2.3 无鉴定但判决医疗机构承担赔偿责任

因各种原因无法获得鉴定意见时,原告因无法证明过错和因果关系而被驳回诉讼请求的案例有182个(19.4%),该结果与当下医疗损害责任的举证责任分配基本一致。按照“以鉴代审”论断的逻辑,法官在无鉴定意见时应全部直接驳回原告诉讼请求,但在案件因各种原因无法获得鉴定意见或根本没有鉴定时,仍有48个案件的法官根据在案证据和案件事实判决医疗机构承担赔偿责任(表2)。

表2 无鉴定意见但有判决责任结果的案例统计  
Tab. 2 The statistics on court judgments deciding liability without appraisal opinions

无鉴定的原因	案例数/个
推定过错	7
举证责任倒置	2
案情简单	20
未签手术书	1
退鉴或不受理,法官自行判决	18

上述无鉴定意见的原因中,推定过错、举证责任倒置、案情简单、未签手术书等所涉案情,本质上无需鉴定意见,法官完全可依据法律规则判断责任构成并分配责任。但有18个案例不属于上述原因而无需鉴定,恰恰相反,这些案件非常需要鉴定意见厘清事实,但因为鉴定内容超出鉴定机构的鉴定能力,或者鉴定材料不充分,鉴定机构选择退回或根本不予受理。根据一般证据规则,关键性证据不能有效证明过错和因果关系时,法官驳回原告诉讼请求并无不妥,确实有50个案例属于该种情况。但仍有18个案件的法官,在无鉴定意见确定是否有医疗过错和因果关系的情形下,经分析认定医疗机构

承担赔偿责任。考察这些案例发现,断案法官不依靠鉴定意见时判决书的分析更加谨慎和细致,如在“郭某诉中国人民解放军总医院某医学中心”案<sup>③</sup>中,因疾病类型属于精神障碍,两家鉴定机构均以超出能力为由不予受理鉴定请求。依据已有事实证据,借助类案专家意见,法官根据法律规定综合认定医疗机构承担90%的责任,其论证非常细致、逻辑也很清晰。该案判决生动地展示了无鉴定意见时法官判决医疗损害责任案件的精彩过程。

### 2.4 统计数据对“以鉴代审”论断的回应

从鉴定意见影响司法判决的角度来看,鉴定意见在医疗审判中占有重要地位,样本案例数据统计的确证实了这一结论。但案例数据的细致比较对“鉴定意见代替审判”这一评判造成了冲击。在鉴定意见被采纳的案例中,判决责任比例区间差可达85%,这恰恰说明法官在采信鉴定意见的外表下充分利用法律技术审判案件。在鉴定意见未被否定、法官却严重偏离鉴定意见的案例中,法官依据其他证据证明判决偏离鉴定意见的正当性,更是法官能动审判的体现。在没有鉴定意见法官仍判决医疗机构承担责任的案例中,法官谨慎地审查证据,甚至旁征博引以使判决结论更有说服力,这是法官利用法律技术断案最精彩的体现。基本可以得出的结论是医疗判决结果与鉴定意见并非一一对应的关系。鉴定意见认定无过错或不构成医疗事故,法官仍可能判决医疗机构承担责任,判决责任比例与鉴定意见绝非明显的对应关系<sup>[14]</sup>。因此,我国医疗损害责任司法实践“以鉴代审”论断是一种误判。

## 3 医疗损害鉴定意见地位的比较

### 3.1 鉴定意见的应然定位

(1) 医疗损害鉴定意见的性质。作为一种证据,鉴定意见均不存在立法、实践和学理的争议<sup>[15]</sup>。医疗损害鉴定意见是具有医学、法学、法医学等专门知识的人,对医疗损害案件中需要解决的某些专门性问题进行分析、鉴别后所提供的意见<sup>[16]</sup>。其不是对事实的客观性描述,是鉴定人在感性认识的基础上依靠专门知识获得的理性认识结果,本质上是一种主观的表达。

(2) 鉴定意见在诉讼法中的定位。我国《民事

③ (2021)京0108民初8735号。

诉讼法》历来将鉴定结论或鉴定意见列为一种证据,鉴定的价值仅是证明案件事实。虽然法官审判时可能对不同证据的证明力存在厚此薄彼的做法,但诉讼法从未明确规定不同证据类型效力的优先性,鉴定机构作出的鉴定意见并无优先效力。在需要对鉴定意见作出解释时,鉴定人也必须出庭接受质证,否则影响鉴定意见的采信。这主要是因为鉴定人不仅有作为普通人的弱点,也有作为专家可能存在的专业性偏见,任何鉴定制度都不可能完全杜绝鉴定意见的偏差,程序上的制度设计是为了使鉴定意见无限接近真相。

### 3.2 鉴定意见的实际地位

(1)无优先证据效力的鉴定意见实际上获得了优先的证据效力。在需要鉴定意见证明医疗过错和因果关系的绝大多数案件中,鉴定意见都是关键性证据,唯一性让其获得了证据效力的优先地位。虽然鉴定意见仅是证据的一种,但其从产生就有着天然的优势,作为医学外行的法官需要鉴定意见的帮助。鉴定人的“专家”身份及其携带的超越常人智能的科技因素或者专门知识,使鉴定意见在司法实践中发挥了异乎寻常的作用<sup>[7]</sup>。鉴定意见的中立性也使其在各种证据中脱颖而出。在涉及医疗损害鉴定意见专业性与中立性的评价中,法官优先考虑中立性<sup>[8]</sup>。鉴于鉴定意见的专业性和中立性,在面对较复杂、无法依据一般证据厘清事实的情形时,法官更愿意依据鉴定意见作出判断,这使鉴定意见实际上获得了优先性。

(2)鉴定意见采信率之高与判决责任比例区间大所体现的张力。统计显示,鉴定意见被采纳的案例和因无鉴定意见驳回原告诉讼请求的案例共占比90%。但同时,在鉴定意见被采纳的案例中,判决的赔偿责任比例跨度非常大,如在鉴定意见为次要责任的案例中,虽然判决责任比例为30%和40%的案例占绝大多数,但鉴定意见为次要责任的判决责任比例区间为15%~100%。轻微责任、同等责任和主要责任的判决责任比例区间分别为5%~30%、30%~70%和40%~100%。这意味着鉴定意见都为次要责任的案例中,法官既可能判决15%的责任比例,也可能判决100%的责任比例,这样的区间差足以说明法官在医疗损害案件审判中有充分的能动性。

(3)鉴定意见给出过错责任程度的具体量化并非逾越司法裁判之界。司法实践中有一定比例的

鉴定意见直接给出具体过错责任程度或者原因力大小数值。针对此种现象,有学者提出,此类鉴定意见逾越司法裁判;甚至有学者<sup>[9]</sup>认为,法官更多地直接依据鉴定意见所认定的医疗损害参与度完成责任范围认定,而较少或者说几乎没有结合其他个案因素进行进一步的价值判断。鉴定人确实依法被要求对诊疗行为是否存在过错以及过错与损害后果的因果关系作出量化认定。但鉴定意见中存在的具体过错参与度或原因力大小并不能说明鉴定逾越司法裁判之界<sup>[8]</sup>。鉴定书是否包含过错责任程度或原因力大小并非鉴定机构随意决定,是根据相关法律规定给出责任程度,比较谨慎的鉴定机构会在鉴定意见中声明鉴定意见仅供参考。另外,鉴定意见的过错责任程度或原因力大小仅是技术性判断,转化成法律术语则是事实性因果关系层面下过失行为所发挥作用之比例。过失诊疗行为与损害后果到底是否存在法律因果关系以及赔偿责任比例是多少,是法官依据包括鉴定意见在内的证据进行法律判断的结果。法律上的因果关系主要涉及的是责任认定及其责任程度划分问题,需要在医疗鉴定的事实因果关系及其原因力大小的基础之上,综合考虑社会公平正义等因素依法综合评判<sup>[20]</sup>。作为一种医学证据,鉴定意见只对相关损害后果的事实因果关系及其原因力的大小进行分析和评估,不涉及法律因果关系的认定。

### 3.3 导致“以鉴代审”之假象及形成“以鉴代审”论断的动因

鉴定意见影响的广泛性给人“以鉴代审”的印象,数据统计以及鉴定意见并未偏离轨道的事实都表明,“以鉴代审”的论断不成立。法官、当事人直接导致“以鉴代审”假象的发生,学者则将其上升到理论高度,进而形成有影响的论断。

(1)法官规避风险促成“以鉴代审”的假象。医疗损害责任纠纷有两大特点:需要审判者对复杂的医疗技术进行判定;容易引发医患矛盾甚至导致医闹。作为专业性判断的鉴定意见确实能帮助法官弄清事实,解决法官缺乏专业知识的难题,也是法官规避风险的有效工具。鉴定意见还可以转嫁事实认定错误的风险和导致医患关系紧张的风险,饱受当事人之苦与面临司法责任之累的法官,有可能把当事人对审判的不满,引向当事人对鉴定意见及其鉴定人的不满<sup>[21]</sup>。在被当事人诘问判决结果的

依据时,法官告知当事人判决是依据鉴定意见作出,案件的矛盾就被顺理成章地转嫁给鉴定机构和鉴定人。法官的代价是被指责借助“科学证据”的华丽外衣,达到转嫁矛盾、规避风险的目的<sup>[22]</sup>。

(2)少数诉讼当事人谋求利益异化加重“以鉴代审”的假象。在法官利用鉴定意见规避风险的同时,获得不利鉴定意见的患者往往利用各种手段抗拒不利鉴定结果甚至迫使鉴定机构撤销鉴定意见,并寻求重新鉴定。少数当事人经常利用“闹鉴”达到上述目的,把自己扮演或臆想为走投无路的冤屈者,纠缠并非国家机关公职人员的鉴定人。被纠缠无奈的鉴定机构或鉴定人,无奈选择找理由撤回鉴定意见,或向法院发函建议启动重新鉴定程序<sup>[21]</sup>。但鉴定机构的自保之举,让当事人体会到鉴定意见独一无二的重要性以及用非常规手段“捏软柿子”的好处。当事人的异化举动使鉴定机构或鉴定人角色与功能也产生异化,扭曲了鉴定立场的中立性和辅助审判的根本目的。

(3)部分学者提出并强调“以鉴代审”。医疗纠纷原本敏感,患者被天然地认定为弱势群体。审判中的鉴定意见起到多大程度的作用并非学者所控制,但将这种现象上升为学术研究的高度从而形成“以鉴代审论”,则是学者的“功劳”。有些实证研究选取样本有局限性,统计数据比较宏观,得出“鉴定意见与判决赔偿一一对应关系”的结论,实际上并未准确反映更大范围样本以及更细致数据对比的真实情况。有些研究在未对案例判决责任比例与鉴定意见责任类型或比例逐一进行详细对比的情形下,认定鉴定意见的医疗过错、因果关系和过错参与度的认同比例达到90%<sup>[23]</sup>。相比法官和当事人,“有理有据”的研究者更有影响力,变相夸大并“证实”了“以鉴代审”的确存在。

### 3.4 医疗损害鉴定意见理性定位的可能措施

(1)取代鉴定机构和鉴定人。为了改变容易造成“以鉴代审”假象的现状,不授人以把柄,是否可用其他制度取代鉴定制度?有两种可能的措施:技术型法官、专家辅助人取代鉴定人。技术型法官取代鉴定人的措施并不可行。医疗损害责任的专门性问题是事实问题而非法律问题,这个专门性问题并非一般的事实性问题,是通过科学、技术及其他专门性知识才能解决的非常识性问题,只有这样的超越常识和经验的事实问题,才会挑战法官的认知

能力<sup>[24]</sup>。这种知识挑战既无可能、更无必要通过优化法官群体的知识结构获得解决。在现代民事司法中,专门性问题涉及的知识浩如烟海,即便某位法官是受过训练的内行人,也无法对所有专业性问题都有足够的了解<sup>[25]</sup>。因此,利用技术型法官取代鉴定人在审判中的作用既不理性也不现实。专家辅助人取代鉴定人也很难实现<sup>[26]</sup>。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》规定了专家辅助人制度及功能,《民事诉讼法》重申其功能:就鉴定意见和专业问题发表意见。根据法律规定,专家辅助人在法庭上就专业问题提出的意见,视为当事人的陈述,我国专家辅助人制度明显吸收了英美法系专家证人最基本的对抗元素,但其绝非专家证人制度的全部移植<sup>[27]</sup>。我国专家辅助人的资格、启动条件、介入时间、质证规则、所负责任以及谁出专家费用仍旧模糊<sup>[28]</sup>,专家辅助人也只能就案件中的专门性问题进行解释说明,只能是对现有鉴定制度有益且必要的补充<sup>[29]</sup>,完全取代鉴定人显然并不现实。

(2)完善法官绩效考核、鼓励当事人充分参与鉴定程序。我国民事闹鉴的最初兴起,很大程度上肇始于法官规避风险<sup>[21]</sup>。法官推波助澜“以鉴代审”,来源于绩效考核和当事人的压力。针对医疗损害这种特殊类型的诉讼,对法官的绩效考核应该精细化,不能单纯以异议率和上诉率作为考核标准。针对鉴定中的一些问题,目前的司法鉴定规则与民事程序规范,几乎没有考虑规制法官行为,这是一个根本性错位<sup>[29]</sup>。因此,在提高鉴定意见核心质量的前提下,法律还应严格限制法官的程序权限,赋予当事人充分参与鉴定程序的权利和救济的可能。涉及一些关键性事项如鉴定人出庭、当事人针对鉴定意见质证时,减少法官的自由裁量权。

总之,法官以“以鉴代审”的负面评价作为代价,转嫁了复杂、专业且敏感的医疗诉讼可能带来的风险,当事人的异化行为加重了这一假象,学者则是“以鉴代审”论断的推动者。不可能通过技术型法官和专家辅助人取代鉴定人的路径纠正这一偏差,更理性的措施是完善法官医疗诉讼绩效考核制度,鼓励当事人充分参与鉴定程序。

## 4 结语

依据细致的数据统计和分析质疑“以鉴代审”的论断,不是为我国当下的医疗损害责任审判辨

护,也不是否认当下的医疗损害鉴定需要改进的必要性,而是试图客观地揭示鉴定意见是否以及多大程度上影响着医疗审判中的法官,进而决定当事人的命运。我们不该批判鉴定意见在医疗审判中发挥的重要作用,我们应该批判的是鉴定意见有明显的实质性错误或者程序性违法仍被采纳的情形<sup>[30]</sup>。法官利用符合法律规定也无异议的鉴定意见查清事实恰恰是建立鉴定制度之初衷。

鉴定意见表面上在医疗损害责任审判中发挥重要作用并不必然得出“以鉴代审”的结论,样本案例鉴定意见的责任类型所对应的审判责任比例区间之大,法官明确不采信鉴定意见,以及无鉴定意见也判决医疗机构承担责任,足以说明“以鉴代审”是误判。鉴定意见的实际地位被误判既有法官的推波助澜,也有当事人和一些学者的推动。不可能通过技术型法官和专家辅助人取代鉴定人的方式改变这一现状,可考虑从法官绩效考核、鼓励当事人充分参与鉴定程序入手。医疗损害诉讼的良性运转,离不开相关制度的完善,也需要法官、当事人和学者对医疗科学、鉴定意见、法律审判、证据规则抱有理性态度。

#### 参考文献:

- [1] 吴运来. 医疗损害救济的合同路径研究——兼与侵权路径比较[J]. 北方法学, 2017, 11(5): 5-16.
- [2] 陈特. 关于医疗损害赔偿纠纷案件的审理情况、问题与对策[M]//北京市高级人民法院主编. 北京民事审判疑难案例与问题解析(第3卷). 北京: 法律出版社, 2007: 411.
- [3] 刘兰秋, 赵然. 我国医疗诉讼鉴定制度实证研究——基于北京市三级法院司法文书的分析[J]. 证据科学, 2015, 23(2): 224-238.
- [4] 王萍. 医疗损害鉴定意见存在问题与对策[J]. 证据规定, 2015, 23(1): 116-126.
- [5] 陈邦达. 医疗损害鉴定不信任问题研究——以上海市“一元化”模式为例[J]. 交大法学, 2019(2): 86-104.
- [6] [美] 米尔建·R. 达马斯卡. 漂移的证据法[M]. 李学军, 刘晓丹, 姚永吉, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 43-44.
- [7] 李博. 证明责任倒置在医疗侵权诉讼中的适用[J]. 中国法律评论, 2021(3): 202-210.
- [8] 周敏, 邵海. 医疗损害司法鉴定与司法裁判: 背离困境与契合构想[J]. 甘肃政法学院学报, 2015(3): 89-100.
- [9] 刘彦亭, 宋文华. 关于医疗损害责任纠纷案件的调研报告[J]. 山东审判, 2013, 29(1): 53-56.
- [10] 陈玉林, 冯宗美. 医疗损害鉴定制度改革构想——以《侵权责任法》为视角[J]. 中国司法鉴定, 2013(2): 112-116.
- [11] 杜闻. 论我国民事审判中技术陪审员及相关制度的构建[J]. 暨南学报, 2021, 43(2): 59-69.
- [12] 赵新河. 论医疗侵权方责任程度的确定[J]. 学习论坛, 2006(7): 78-80.
- [13] 魏洋, 程文玉. 四川省医疗损害责任纠纷司法鉴定现状的实证研究——基于中国裁判文书网2019年样本的分析[J]. 中国司法鉴定, 2020(6): 80-85.
- [14] 王晓燕. 20份医疗损害赔偿纠纷案件鉴定与判决书分析[J]. 医学与哲学, 2012, 33(2A): 55-57.
- [15] 汪建成. 司法鉴定基础理论研究[J]. 法学家, 2009(4): 1-27.
- [16] 莫洪宪, 余沁洋, 史为栋. 论医疗损害侵权纠纷诉讼中专家证据制度的完善[J]. 法律适用, 2011(6): 95-99.
- [17] 郭华. 司法鉴定制度改革的基本思路[J]. 法学研究, 2011, 33(1): 167-180.
- [18] 肖柳珍. 医疗损害鉴定一元化实证研究[J]. 现代法学, 2014, 36(4): 176-183.
- [19] 屈茂辉课题组. 医疗损害侵权责任认定中鉴定意见适用研究[J]. 政法论丛, 2019(4): 147-160.
- [20] 张新宝, 明俊. 侵权法上的原因力理论研究[J]. 中国法学, 2005(2): 92-103.
- [21] 陈如超. 民事司法中的当事人鉴及其法律治理[J]. 证据科学, 2015, 23(3): 309-326.
- [22] 邱爱民, 常林. 论法官直接认知与司法鉴定的界分[J]. 中国司法鉴定, 2010(3): 15-19.
- [23] 陈俊宏, 焦艳红. 医疗过错认定依据研究——基于相关民事判决书的实证分析[J]. 河南理工大学学报(社会科学版), 2021, 22(5): 21-26.
- [24] 陈如超. 法院的委托鉴定工作及其规范化——基于《关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》的分析[J]. 证据科学, 2021, 29(1): 5-18.
- [25] 朱富美. 科学鉴定与刑事侦查[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2006: 28-29.
- [26] 李学军, 胡园园. 民事诉讼专家辅助人的功能实现——以医疗损害责任纠纷案件展开[J]. 中国司法鉴定, 2021(1): 1-9.
- [27] 邢学毅. 论在医疗纠纷诉讼中推行专家辅助人制度[J]. 证据科学, 2009, 17(3): 346-356.
- [28] 毕玉谦. 辨识与解析: 民事诉讼专家辅助人定位的经纬范畴[J]. 比较法研究, 2016(2): 99-111.
- [29] 孟勤国. 司法鉴定规则应重在规范法官行为[J]. 法学评论, 2013, 31(1): 85-93.
- [30] 张亚梅. 裁判实践中“以鉴代审”问题探讨[J]. 中国律师, 2017(2): 90-92.

(本文编辑: 夏文涛)