

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：X2006120026

UDC _____

廈門大學

硕士学位论文

我国现行医疗事故鉴定制度法律问题
探索

China's current system of legal Issues of Medical
Malpractices Expertise

陈志辉

指导教师姓名：夏雅丽教授

专业名称：法律硕士

论文提交日期：2010年04月

论文答辩时间：2010年05月

学位授予日期：2010年 月

答辩委员会主席：_____

评阅人：_____

2010年04月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：陈志辉

2010年4月10日

中文摘要

本文试着以诉讼中的医疗事故鉴定制度为出发点，概述我国现行医疗事故鉴定制度的现状，我国将医疗事故鉴定的性质确定为医疗技术鉴定，造成医疗事故鉴定问题丛生，导致医疗事故鉴定结论的真实性、合法性、关联性缺失，从而造成其可信性、可采性不能保证，医疗事故鉴定越来越受到质疑，医患矛盾激化。我国医疗事故鉴定制度改革的前提就是，确定医疗事故鉴定的性质为司法鉴定。笔者还观察了大陆法系其它国家及英美法系国家的司法鉴定制度，从中深受启发。同时分析了我国现行医疗事故鉴定制度存在的缺陷，借鉴外国鉴定制度，对我国医疗事故鉴定制度改革提出建议。

关键词：医疗事故鉴定制度；法律性质；改革

ABSTRACT

This article is trying to litigation in the medical identification system as a starting point, an overview of our current status of medical identification system, China will determine the nature of Malpractice for medical technology identification, identification of problems caused by medical malpractice, lead medical expert conclusion authenticity, legitimacy, lack of relevance, resulting in its credibility, can not guarantee admissibility, Medical Malpractice increasingly being questioned, patient intensification of conflicts. Identification system for medical malpractice reform is a prerequisite to determine the nature of medical forensic identification. I also observed other civil law countries and common law countries, judicial appraisal system, from inspired. Also analyzed our current medical system defects identified, learn a foreign identification system on the identification system for medical malpractice reform proposals.

Key words: Medical identification system; Legal nature; Reform

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 国内外医疗事故鉴定制度概况	2
一、我国医疗事故鉴定制度的现状	2
二、我国医疗事故鉴定的性质及重新定义	7
三、国外相关鉴定制度及给我们带来的思考	11
(一) 大陆法系国家鉴定制度	11
(二) 英美法国家鉴定制度	13
(三) 两大法系鉴定制度的优缺点	14
(四) 两大法系鉴定制度给我们带来的思考	15
第二章 我国现行医疗事故鉴定制度构建上的缺陷	16
一、医疗事故鉴定制度本身存在的缺陷	16
二、现行医疗事故鉴定制度与民事诉讼鉴定制度不相适应	18
三、现行医疗事故鉴定与当事人模式相背离	19
第三章 现行医疗事故鉴定制度的改革的方向及建议	21
一、现行医疗鉴定制度改革方向	21
(一) 医疗事故鉴定制度应与审判体制改革相适应	21
(二) 医疗事故鉴定制度改革应与证据法律制度相协调	21
(三) 强化医疗事故鉴定结论作为证据的对抗性	22
二、改革现行医疗事故鉴定体制的几点建议	22
结束语	25
参考文献	26

厦门大学博硕士学位论文摘要库

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 About Medical Malpractice system at home and abroad	2
Subchapter 1 Status identification system for medical malpractice	2
Subchapter 2 The nature of the identification system for medical malpractice and redefined	7
Subchapter 3 Identification of the system of foreign-related and bring us thinking	11
Section 1 of the civil law system of national identification.....	11
Section 2 of the common law system of national identification.....	13
Section 3 identification of system strengths and weaknesses of Two Schools	14
Section 4 of the two legal identification of the system has brought us.....	15
Chapter 2 Construction of our current medical system's deficiencies identified	16
Subchapter 1 Medical identification system for their own shortcomings	16
Subchapter 2 Identification of the existing medical system and civil identification system can not meet	18
Subchapter 3 Identification of the existing medical system and contrary to the party mode	19
Chapter 3 Medical Malpractice Reform the current direction and recommendations	21
Subchapter 1 Identification of the current health care system reform	21
Section 1 medical identification system should be compatible with the Judicial System.....	21
Section 2 Medical Malpractice Reform the legal system to be coordinated with the evidence.....	21
Section 3 strengthening the medical expert conclusion as evidence of the antagonistic.....	22

Subchapter 2 Medical Malpractice Reform the existing Suggestions	22
Conclusion	25
Bibliography	26

厦门大学博硕士论文摘要库

引 言

医疗纠纷已经成为当前诉讼法律业务的一大领域，而医疗纠纷又主要集中在医疗侵权纠纷与医疗服务合同纠纷中。在医疗侵权纠纷中，医疗事故鉴定不仅是医疗机构利用当前法律适用二元化寻求自身保护的主要方式方法，而且也成为法院处理医疗纠纷的必经程序和认定事实的主要依据之一。因此，医疗事故鉴定的科学性、公正性、合法性就成为其可信性、可采性的重要根据。但是，由于我国现行医疗事故鉴定法律制度存在着严重的先天性不足的缺陷，造成医疗事故鉴定问题丛生，导致其科学性、公正性、合法性都无法保证，从而造成其可信性、可采性不能保证，医疗事故鉴定越来越受到社会各界广泛的质疑。多次进行鉴定不仅进一步增加了患方索赔的负担，更进一步激化了医患矛盾，使医患矛盾扩展到司法领域，形成司法领域基于鉴定制度缺陷导致的不公正现象，给社会带来许多不良影响，形成许多不安定因素。本文以诉讼中的医疗事故鉴定制度为出发点，试分析我国的医疗事故鉴定制度的缺陷，尝试对其进行修正，在必要时进行改革。

第一章 国内外医疗事故鉴定制度概况

一、我国医疗事故鉴定制度的现状

(一) 医疗事故鉴定制度立法上的现状

尽管我国关于医疗事故的法律规定比以前取得了较为明显的进展，但我国现行医疗事故鉴定制度的立法现状却更不容忽视。具体而言，主要可以概括为以下三个方面：

1. 存在多处法律冲突

《医疗事故处理条例》规定与《刑法》相悖。《医疗事故处理条例》第五十七条规定“参加医疗事故技术鉴定工作的人员违反本条例的规定，接受申请鉴定双方或者一方当事人的财物或者其他利益，出具虚假医疗事故技术鉴定书，造成严重后果的，依照刑法关于受贿罪的规定，依法追究刑事责任”。这一条是被有关专家及新闻媒体所称赞的优点或特点之一。从这一条内容规定本身看，确实具有一定的强有力的监督效果。但是，当我们从《刑法》角度来看此规定时，此规定就变得是那么地苍白无力。根据《刑法》第三百八十五条关于受贿罪的规定，构成受贿罪的主体必须是国家工作人员。参加医疗事故技术鉴定工作的人员显然不是《刑法》第九十三条第一款明确规定的国家工作人员。因为中华医学会及其各地分会作为学术性团体，仅仅是社团法人。中华医学会及其各地分会依据《医疗事故处理条例》接受医患双方共同委托负责医疗事故鉴定工作，只是一种履行被委托事项的民事法律行为。显然，《医疗事故处理条例》第五十七条对所规定的行为定性错误，即使参加医疗事故技术鉴定工作的人员从事了这样的不当行为，依法也不构成受贿罪。

《医疗事故处理条例》规定与《民法通则》及其相关规定冲突。《医疗事故处理条例》规定了11个赔偿项目和赔偿标准。在这些赔偿项目中，有关于精神抚慰金的规定与《民法通则》及其相关规定相悖，仍将引起巨大的争议。《医疗事故处理条例》规定，“精神损害抚慰金：按照医疗事故发生地居民平均生活费计算。造成患者死亡的，赔偿年限最长不超过6年；造成患者残疾的，赔偿年

限最长不超过3年”。在此之前，最高人民法院根据《民法通则》等有关法律规定，针对精神损害问题出台了法释（2001）7号《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》。该解释规定精神损害赔偿数额的确定因素中除“受诉法院所在地（一般而言，同于《医疗事故处理条例》规定的医疗事故发生地）平均生活水平”外，还包括侵权人的过错程度、侵害的手段、场合、行为方式等具体情节及侵权行为所造成的后果等五项因素。在此之后，最高人民法院又出台了《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，明确规定受害人或者死者近亲属遭受精神损害，赔偿权利人向人民法院请求赔偿精神损害抚慰金的，适用《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》。而《医疗事故处理条例》规定的精神抚慰金仅仅考虑了受诉法院所在地/医疗事故发生地居民年平均生活水平这一个因素，并且又针对造成患者死亡和残疾两种情况分别加以时间限制。这种规定不仅与前述最高人民法院该司法解释的规定和原则有冲突，而且明显不合理、不公平。

2. 尴尬的边缘化地位

尽管比《医疗事故技术鉴定暂行办法》有很大的进步，但《医疗事故处理条例》仍有着诸多不足：首先，《医疗事故处理条例》的法律属性使其中立性受到质疑。《医疗事故处理条例》是由国务院法制办会同卫生部起草，并最终由国务院颁布施行。就法律属性而言，应归属于行政法规。虽然在起草之时，考虑医疗事故的专业性，由卫生部起草较为合适。但在处理有关医疗纠纷时，因为《医疗事故处理条例》具有浓厚行政法规色彩，将它作为处理医患之间的医疗损害纠纷的重要法律依据，其中立性受到广泛质疑，普遍认为它难以平衡医患双方的利益。其次，《医疗事故处理条例》的法律位阶过低促使其边缘化。《医疗事故处理条例》属行政法规，其效力低于法律。因此在司法实践中，其效力无法与《民法通则》抗衡。虽然有学者提出《医疗事故处理条例》属于特别法，而《民法通则》及最高人民法院关于人身损害赔偿和精神损害赔偿的两个司法解释文件属普通法，按“特别法优于普通法”的原则，我们必须优先适用《医疗事故处理条例》的规定。但根据《中华人民共和国立法法》第八十三条和八十七条的规定“特别法优于普通法”是指同一位阶的法律、法规、规章等。如果特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定。而《医疗事故处理条例》性

质上是行政法规,《民法通则》则是国家基本法,两者法律位阶截然不同。因此,“特别法优于普通法”的原则不能适用于《医疗事故处理条例》与《民法通则》,上述观点也缺乏法理支撑。

此外,由于《医疗事故处理条例》只对构成医疗事故的医疗损害才赔偿,而且即使构成医疗事故,《医疗事故处理条例》所规定的赔偿也不如一般人身损害侵权赔偿。就赔偿范围而言,《医疗事故处理条例》与《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》(以下简称《解释》)相比,《解释》赔偿范围大于《医疗事故处理条例》,《医疗事故处理条例》中没有规定死亡补偿费,而这恰恰是医疗损害最严重的后果。就赔偿力度而言,酿成患者死亡的一级医疗事故,医疗机构所支付的赔偿金还不到造成患者中度伤残后果的二级事故的赔偿金额。法院在判决时,出于维护患者的利益,往往弃《医疗事故处理条例》而不顾,使《医疗事故处理条例》趋于边缘化,同时也出现同类纠纷适用不同法律,不仅浪费诉讼资源也有损法律的严肃性。

3、多头鉴定重复鉴定

《医疗事故处理条例》没有改变医疗事故鉴定缺乏公正性的问题,多头鉴定、重复鉴定仍然将不可避免。《医疗事故处理条例》对医疗事故鉴定规定的修改是最大的。鉴定由卫生行政部门组织改为由医学会组织;鉴定机构由医疗事故鉴定委员会改为专家鉴定组,鉴定方式明定为合议制,鉴定结论以专家鉴定组成员过半数通过;建立医疗事故鉴定专家库,专家鉴定组成员由双方在医学会主持下随机抽取,并可以有法医参加;改变鉴定机构等级,规定了鉴定的法定期限;此外还特别规定对医疗机构不提供鉴定材料导致鉴定不能进行的,由医疗机构承担责任。这些规定通过增加鉴定机构和鉴定程序的公开性和民主性,一定程度上改变了《医疗事故技术鉴定暂行办法》中卫生部门“既做运动员又做裁判员的游戏规则”,有助于提高鉴定结论的公正性。

但是这些规定并没有解决医疗事故鉴定缺乏公正性,以及多头鉴定、重复鉴定的问题。首先,即使没有部门保护,但行业保护问题仍然存在。《医疗事故处理条例》中组成“专家库”的人员与1987年《医疗事故处理办法》中医疗事故技术鉴定委员会组成人员的区别,仅仅是没有卫生行政管理干部。没有了卫生行政管理干部,并不能保证鉴定的客观、公正。因为在医疗鉴定中出现的底

护现象多数时候实际上是一种行业保护，而非部门保护。这是一个无法回避的事实。在人员的组成上，专家鉴定委员会与医疗事故技术鉴定委员会并无多少本质区别。《医疗事故处理条例》第 22 条规定，专家库由“受聘于医疗卫生机构或医学教学、科研机构”的和具备其他条件的医疗卫生专业技术人员组成。这些医疗卫生专业技术人员不少曾担任过医疗事故技术鉴定委员会的组成人员。反观中华医学会，其 43 万会员中可能成为“专家库”的部分会员，大多是“受聘于医疗卫生机构或医学教学、科研机构”的医疗卫生专业技术人员，不少曾担任过医疗事故技术鉴定委员会的组成人员。换言之，如果作为医疗事故技术鉴定委员会的委员由于行业保护不能依法客观、公正地从事鉴定工作，作为专家鉴定组成员就可以保证依法客观、公正地进行鉴定？这一“换汤不换药”的事实很难让人信服。其次，医学会并非负责医疗事故鉴定的唯一合法机构，多头鉴定、重复鉴定仍然将不可避免。《医疗事故处理条例》把医疗事故的鉴定机关由医疗事故鉴定委员会转到医学会，那么法院是否有权组织专家进行医疗事故鉴定（司法鉴定）呢？《医疗事故处理条例》没有规定，笔者认为答案应是肯定的。查清事实是法院的职能，法院有权组织专家鉴定。《民事诉讼法》第七十二条规定，“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”2002 年 4 月 1 日起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十六条之规定，“当事人申请鉴定经人民法院同意后，由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员，协商不成的，由人民法院指定”。显然，除非具有医疗事故鉴定资格的仅仅只有医学会一家，人民法院别无选择。否则，如果在诉讼过程中一方当事人不同意或双方当事人均不同意由医学会负责鉴定，人民法院就应该从医学会之外的具有医疗事故鉴定的其他机构中指定鉴定机构。同时还需指出的是医学会组织的医疗事故鉴定并不是法院组织鉴定的前置程序，法院既可以对医学会组织医疗事故不公正鉴定作出补救措施，也可以直接组织专家鉴定组进行医疗事故鉴定。这样，多头鉴定、重复鉴定仍不可避免。

（二）我国医疗事故鉴定制度司法实践中的现状

1. 我国的医疗事故鉴定由医学会垄断鉴定。根据原《医疗事故处理办法》确定的医疗事故鉴定制度，是由政府的卫生行政主管部门组织医疗事故鉴定委

员会，医疗事故鉴定委员会分为三级，省级的医疗事故鉴定委员会是最终的鉴定。对医疗事故鉴定结论，法官无权进行司法审查，只能按照它的鉴定结论认定事实，医疗事故鉴定结论认为构成责任事故或者技术事故的，法院依此做出赔偿的判决；只要医疗事故鉴定委员会做出不是或者不属于医疗事故甚至是构成医疗过错的鉴定结论，法官就都无权判决构成医疗事故而确定医院承担损害赔偿赔偿责任。

《医疗事故处理条例》实施之后，医疗事故鉴定不再由政府组织，而是由医学会组织医疗事故鉴定的专家库，需要进行医疗事故鉴定时，由医学会负责，随机抽取鉴定专家组成鉴定组，做出鉴定。^①鉴定级别原则上分为县、地区（市）和省三级，中国医学会在必要时也可以组织鉴定。

根据以上情况可以看出，我国医疗事故鉴定制度存在的最大问题，就是垄断经营，不论过去是由政府组织进行医疗事故鉴定，还是现在由医学会组织的医疗事故鉴定，事实上都是由医疗系统的“医疗人”垄断了这种鉴定，而法官无权组织医疗事故的专家鉴定。^②

2. 鉴定人的责任不明。医疗事故鉴定是由集体负责，原来称为鉴定委员会，现在则称为鉴定组，因此，鉴定结论不是由专家个人负责，而是由集体负责，而集体负责的最根本问题就是无法追究个人的责任，也就出现了法律上可以追究责任而在实际上并不能追究责任的现实状况。

3. 鉴定监管缺失。鉴定专家不是对法律负责，不是对法院和法官负责，而是对政府或者医学会负责，也就是对医疗机构或者医疗机构的管理者负责，当出现鉴定专家作弊或者错误鉴定的时候，也就不能追求其个人的法律责任。

4. 鉴定结论具有排它性。现行的医疗事故鉴定将医疗事故鉴定排除在司法鉴定之外，法律无法进行约束，因而使医疗事故鉴定成为医学界的“专利”，事实上排除了司法的审查和约束。^③

现行医疗事故鉴定制度，既不符合司法活动的规律，也不符合民事诉讼制度的本质要求，正因为如此，在现实生活中才不断出现医疗事故鉴定作弊、包庇医生、损害患者利益的事件，使医疗事故鉴定制度失去了其应有的权威性，

^①刘鑫. 从《医疗事故处理条例》看医疗事故处理的几大变化[J]. 法律与医学杂志, 2002, (2): 13-14.

^②杨莉. 医疗事故鉴定制度研究(硕士学位论文)[D]. 北京: 中国政法大学, 2006. 3-4.

^③孟洁、罗雨蓉. 医疗事故鉴定结论在民事诉讼中的地位探讨[J]. 现代实用医学, 2007, (4): 25.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库