

# 医学会作为医疗损害鉴定主体之探讨

蒋士浩

(江苏省医学会, 江苏 南京 210008)

关键词: 医学会; 医疗损害鉴定; 鉴定主体

中图分类号: D923.7

文献标识码: A

文章编号: 1671-0479(2013)02-127-004

doi: 10.7655/NYDXBSS20130209

在医疗损害鉴定问题上,《侵权责任法》没有作出明确规定。本文结合江苏省的实践,针对目前存在的医学会组织的医疗事故技术鉴定和法医类鉴定的“二元化”鉴定,对医学会作为医疗损害鉴定的主体进行探讨。

## 一、医学会组织医疗损害鉴定最具合法性

(一) 医学会组织医疗损害鉴定有法律依据

全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的规定》第一条提出,“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”

国务院《医疗事故处理条例》明确规定由医学会组织医疗事故技术鉴定工作。全国人大法工委《关于对法医类鉴定与医疗事故技术鉴定关系问题的意见》答复给卫生部:“《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第二条规定,国家对从事法医类鉴定的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度。医疗事故技术鉴定的组织方式与一般的法医类鉴定有很大的区别,医疗事故技术鉴定的内容也不属于法医类鉴定。但在医疗事故技术鉴定中涉及的有关问题如尸检、伤残等级鉴定等,属于法医类鉴定范围。对此类鉴定事项,在进行医疗事故技术鉴定时,由已列入鉴定人名册的法医参加鉴定为宜。”

2010年《侵权责任法》实施前夕,卫生部《关于做好<侵权责任法>贯彻实施工作的通知》规定“司法机关或医患双方共同委托的医疗损害鉴定,医学会应当受理”,最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的解释》规定“按照国家有关部门的规定组织鉴定”。

因此从上述规定看,医学会组织医疗损害鉴定是当然的。

(二) 医疗损害鉴定是一种特殊的司法鉴定

其特殊性体现在:一是在鉴定对象上,是针对具体个案的诊疗过程及具体诊疗行为,只有在诊疗过程和具体诊疗行为存在过失的情况下,才涉及对患者既存状态与过失行为之间因果关系的鉴定。二是在鉴定目标上,是对诊疗过程和具体诊疗行为的鉴定,不是伤残及后果鉴定,所以只有本专业专家才有能力进行鉴定,相关专业和法医在鉴定过程中只具有辅助意义。只有长期从事案件所涉专业的专家才可能具有对案件所涉及专业问题的鉴定能力。而医学会具有丰富的医疗专家资源,能满足各类不同专业对鉴定专家的特别要求,完全有能力承担这方面的鉴定任务。

医疗损害鉴定强调鉴定人必须具备相应的专业背景和专业知识,临床医学涉及几十个学科,上百个学组,任何司法鉴定机构都无法满足这样的要求。《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》只规定了三类司法鉴定实行登记管理制度,对实践中涉及的两百多种鉴定并未规定,法医类鉴定不能等同于医疗损害鉴定,建议在司法鉴定类别中增加“医疗损害鉴定”,并明确授权由医学会组织,明确医学会组织的医疗损害鉴定和法医类鉴定的分工,医疗过程中医疗行为是否存在过失的医疗争议的医疗损害鉴定由医学会组织鉴定,其他原因的人身损害鉴定由法医类鉴定。

(三) 法医类鉴定与医疗损害鉴定内容不同

法医类鉴定针对的是伤残和死因,主要是指对非医疗行为的人身损害后果因果关系的鉴定,是自

收稿日期: 2013-03-05

作者简介: 蒋士浩(1963-),男,江苏南京人,研究员,研究方向为医事法学。

然行为与人身损害结果之间的因果关系判断,如某人被撞伤,其伤残程度如何,不明原因的突然死亡就其死亡原因进行鉴定。《侵权责任法》医疗损害的鉴定是指在医疗过程中,由于医疗机构及其医务人员的过失导致人身损害后果之因果关系的鉴定,是医疗过失行为与人身损害结果之间的因果关系之鉴定。法医类鉴定机构鉴定人绝大多数都不在临床一线或不从事医疗临床工作,如何来鉴定医疗过程中的医疗过失与损害结果之间的因果关系,而且医学的发展日新月异,不能说法医学过医就是医学专家,而且还是医学通科专家,就能鉴定任何医学问题。因此法医类鉴定进行医疗损害鉴定,恰恰不符合全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定中第一条之规定(运用科学或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断)的要求。

医疗损害鉴定不能简单强调所谓的程序公正,鉴定人敢于负责就达到鉴定的目的;更应该要强调医疗损害鉴定的科学性,不能因为医学会组织鉴定,存在着本系统鉴定本系统,就否定医学会组织鉴定的公正性。而且法医类鉴定没有严格的听证过程,无专家组进行合议的程序,鉴定的提起多数是单方面申请等,这些问题的存在预示着法医类鉴定是不能进行医疗损害鉴定的。

#### (四)关于管理体制问题

中共中央政法委员会政法[2008]2号《关于进一步完善司法鉴定管理体制遴选国家级司法鉴定机构的意见》中明确“检察、公安和国家安全机关所属鉴定机构和鉴定人实行所属部门直接管理和司法行政部门备案登记相结合的管理模式。”中国人民解放军总政治部明确“军队所属司法鉴定人和司法鉴定机构实行军队直接管理与国家司法行政部门行业管理相结合的管理模式。”

建议参照公安、检察、部队系统,医学会组织的医疗损害鉴定实行卫生行政部门直接管理和司法行政部门备案登记相结合的管理模式。谁管鉴定机构是次要的,关键是要发挥目前现有的这支医疗事故技术鉴定队伍的作用。

建议卫生部能作出规定,中华医学会、省、市医学会设立“医学鉴定中心”,负责组织医疗损害鉴定工作。在机构性质、机构地位、人员编制、经费保障等方面予以明确。承担医疗损害鉴定等鉴定职能,医学鉴定中心的成立可以更好地发挥医学鉴定在社会管理,特别是在医疗纠纷处置、构建和谐医患关系中的积极作用。

## 二、彻底解决“二元化”鉴定问题

### (一)法律未解决“二元化”鉴定非常遗憾

《侵权责任法》对医疗损害责任要解决的5个问题(案由、责任构成、过错原则、赔偿标准、鉴定体制),其中前4个问题已经得到彻底解决,然而鉴定体制问题未能涉及,虽然有各种说法,认为鉴定体制属于程序问题,不在实体法范围内。但是国务院出台的《医疗事故处理条例》中同时明确了由各级医学会建立鉴定机构。《侵权责任法》“医疗损害责任”章节中第64条规定医疗机构及其医务人员合法权益的保护条款也属不妥,充分说明立法机关完全是在回避鉴定这一关键问题。由于2003年1月16日最高人民法院《关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的司法解释规定:“条例施行后发生的医疗事故引起的医疗赔偿纠纷,诉到法院的,参照条例的有关规定办理,因医疗事故以外的原因引起的其他医疗赔偿纠纷,适用民法通则的规定。”《医疗事故处理条例》实施以来的近十年,医疗纠纷赔偿民事案件一直存在着案由(医疗事故、医疗损害)二元化,赔偿(一般人身损害赔偿标准、特殊的医疗限制赔偿标准)的“二元化”和鉴定(医疗事故技术鉴定、法医类鉴定)“二元化”问题,造成了医疗纠纷赔偿案件审判中的混乱状况,引起了社会各界及医疗界的不满,希望能得到统一,遗憾的是《侵权责任法》出台未能对鉴定“二元化”的问题进行明确,如果“二元化”鉴定继续存在,必将造成医疗损害鉴定体系的混乱。

### (二)“二元化”鉴定并存后果非常严重

医学会是一个公益性组织,社会法医类鉴定机构是市场化的营利机构,在利益的驱动下,社会法医类鉴定机构受理鉴定案件可以自由选择,很多鉴定又受申请鉴定当事人意志左右,结论的随意性过大,存在一些不规范的问题,这些都与社会法医类鉴定机构的市场化运作以及监管不到位有关,两种鉴定体制共存,必将导致医学会的鉴定不断无故蒙受所谓“不公正”的指责,并反复误导不明真相的社会及媒体。“二元化”鉴定不仅增加了医疗损害赔偿案件的审判成本,也必将使医学会陷入“吃力不讨好”的漩涡不能自拔,医学会最后不得不退出鉴定领域。设想一下如果所有医学会都退出鉴定,全部由社会法医类鉴定来承担,医疗纠纷的处置将会是何局面?

两种鉴定体制共存,必将造成鉴定规范标准和运用的多元化,甚至导致远离临床医学的客观规律,严重影响干扰医疗秩序和医疗工作的正常开展,不可能真正维护医患双方的合法权益。

医学会组织的鉴定不仅为司法审判提供医疗损害鉴定的证据,而且还为各级卫生行政部门提供医疗监管的依据,如果医学会这一主阵地退出鉴定或削弱鉴定,必将影响各级卫生行政部门对医疗质量、安全的监管,最终受害的仍然是患者及广大人民群众的利益。

### (三)应该明确医学会的主渠道职能

当前医患关系空前紧张,各种恶性纠纷和医闹事件频发,医疗机构及其医务人员对调解机构不分青红皂白一概“赔钱摆平”的做法已形成抵触,对社会法医类鉴定机构不考虑医学的复杂性和高风险,单纯以满足鉴定申请人意愿和单纯以患者的损害后果判定医方有责任的鉴定已多有怨言。强化法律在处置医疗纠纷中的作用已是社会和人民群众的共识,如何运用法律武器解决医疗纠纷,这是我们各级党委政府及有关部门需要认真对待的问题。医疗损害鉴定是法律解决医疗纠纷的重要依据之一,由于医疗损害鉴定在处理医疗纠纷矛盾中所起的关键性作用,因此不能将这一科学、严谨的评判职能交由目前社会诚信不佳、行政监管不可能到位的社会法医类鉴定机构来承担,否则将是对人民群众和医疗机构及其医务人员极其不负责任的一种做法。当前应该进一步强化政府主导作用,强化尊重法律法规、尊重医学科学规律、尊重医疗规范标准、尊重诉讼成本的价值导向,真正为事业着想、为社会着想、为人民群众着想,充分发挥具有多年组织医疗事故技术鉴定、积累大量经验并富有成效的医学会这一公益性组织的作用,使之作为医疗损害鉴定的主渠道。

## 三、医学会开展医疗损害鉴定 必须转变四个观念

虽然医疗损害鉴定与医疗事故技术鉴定本质上都是一致的,但是医疗事故技术鉴定与司法鉴定的相关规定不完全吻合,因此各级医学会开展医疗损害鉴定必需转变观念。

### (一)转变鉴定目标

医疗事故技术鉴定重点关注的是事故还是不构成事故,属于定性鉴定。而医疗损害鉴定必须针对委托鉴定事项,分析说明清楚,要有一说一,存在过错的必须说清楚,没有过错的也要说清楚,并且都要有明确的出处,属于定量鉴定。

### (二)转变鉴定内涵

医疗事故技术鉴定侧重于诊断治疗过程中技术鉴定,对违反法律、法规往往不予涉及或涉及较少。医疗损害鉴定涵盖所有医疗行为是否存在过错,对

《侵权责任法》中规定的是否违反法律、法规、医疗常规规范以及隐私保密、知情告知义务、应尽注意义务、过度医疗等,必须作出回答。

### (三)转变鉴定透明度

为了体现公平、公正,医疗事故技术鉴定在鉴定程序设置上采取了一系列措施,但在鉴定内容的公平公正方面缺少应有的制约措施。为了使医学会组织的医疗损害鉴定更有公信力,得到社会各方的认同,在强化自身制约、监督的同时,还必须敞开大门,让社会各方面广泛参与,实行案件审理法官、医疗专家代表、律师、人大代表、政协委员可以旁听鉴定会的制度,鉴定专家要在鉴定书上签名,并针对当事人的质疑,走向法庭接受质询。

### (四)转变鉴定模式

医疗事故技术鉴定工作中,办案人员对鉴定程序负责,特别强调鉴定程序的严谨、严格,而对鉴定内容,完全交由鉴定专家负责,鉴定专家临时抽签产生,由于不是职业从事鉴定工作,对要把握的鉴定原则、判断标准不能充分掌握,鉴定分析意见写的简单,不能满足人民法院审理医疗纠纷案件的需要。医疗损害鉴定对此要求更高,办案人员不仅要对相关程序负责,而且要围绕委托鉴定的争议要点,积极帮助鉴定专家提前准备有针对性的相关法律法规、医疗常规规范条款,整理鉴定专家的分析意见,制作完善的鉴定书。要做到受理准备充分、鉴定程序规范、分析表述详细,真正实现鉴定专家对医学会负责、医学会对当事人和委托单位负责的鉴定机制。

## 四、江苏省的主要做法

### (一)及时制定出台规范性文件

《侵权责任法》的出台实施,给我们鉴定工作带来了严峻的挑战,江苏省高级人民法院、省卫生厅以及省医学会领导高度重视,从战略高度把握大局,为确保各级人民法院有效审理医疗纠纷赔偿案件,充分发挥医学会组织医疗事故技术鉴定的优势,对医疗损害鉴定工作进行多次专题研究和广泛听取意见,明确江苏省医疗损害鉴定工作由医学会组织专家鉴定的主渠道。江苏省高院于2010年7月9日出台《江苏省高级人民法院关于做好〈中华人民共和国侵权责任法〉实施后医疗损害鉴定工作的通知》规定:医疗损害鉴定一般仍应委托医学会组织专家鉴定。2010年10月11日江苏省高院和省卫生厅联合出台了《江苏省高级人民法院、江苏省卫生厅关于医疗损害鉴定工作的若干意见(试行)》,对江苏省医疗损害鉴定工作如何开展作出了具体规定。文件出台

后,及时组织召开了贯彻“江苏省高级人民法院、江苏省卫生厅关于医疗损害鉴定工作的若干意见(试行)”全省培训会议,省卫生厅、省高级人民法院领导到会并提出工作要求。文件的出台和实施,为江苏省的医疗事故技术鉴定向医疗损害鉴定顺利转轨铺平了道路,这项工作也在国内开辟了先河。在此基础上,江苏省医学会受省卫生厅委托专门制定了《医疗损害鉴定实施细则(试行)》和《医疗损害鉴定专家管理暂行办法》。

2010年12月31日徐州市率先开展了江苏省第一例医疗损害鉴定,法院系统及社会反响较好,《江苏法制报》以“《侵权责任法》实施引发医疗官司新动向——我省首例医疗损害鉴定出炉”为题进行了报道。

### (二)建立新的医疗损害鉴定模式

我们在制定医疗损害鉴定相关文件时,保留了医疗事故技术鉴定中一些好的做法,同时在程序和形式等方面借鉴国家司法鉴定相关规定做了大胆改革,使我们的鉴定更贴近于司法审判的需要,实现让社会认可、让人民法院认可、让医患双方认可的目标。我们围绕委托和受理、材料质证、专家库的管理、医疗过错行为的原因力、专家署名、专家出庭、法官旁听鉴定会、补充鉴定等问题进行了一些列制度设计。进一步体现了鉴定形式的公开透明、鉴定程序的规范严谨、鉴定效果的科学公正。如委托和受理规定:一般应委托本行政区域内市医学会组织进行,当事人均同意委托其他司法鉴定机构进行鉴定的,应予准许;可以选择异地鉴定,省医学会可以直接组织鉴定和负责重新鉴定。专家库的管理规定:建立常任专家库和分类专家库,专家产生方式可以双方协商确定或随机抽取,建立专家动态管理制度。医疗过错行为的定性上引用了原因力大小的概念。一律要求鉴定专家在鉴定书上签名和出庭。鉴定材料一律由法院质证,医学会不得接受单方提交材料。医学会完成鉴定后,人民法院要求对相关事项进行补充鉴定或说明的,医学会应对相关事项进行补充鉴定或说明等。

同时我们强化对鉴定专家的培训。鉴定的实施者是鉴定专家,提高鉴定专家的鉴定水平是提高鉴定质量的重要途径,对专家进行有效培训是提高鉴定专家鉴定水平的重要方式。我们对医疗损害鉴定专家库中的候任专家进行了全面的免费培训,充分体现了医学会组织鉴定的公益性,达到参训率、参考率、考试合格率三个百分之百的目标。

进一步完善鉴定制度和鉴定流程。实行“专人办案责任制”;严格实行两个“确认”即对案件资料

的确认、对专科设置和产生专家方式的确认;两个“把关”即案件受理把关、鉴定会把关;两个“坚持”即坚持对患者进行现场体检、坚持安排法医参加鉴定会等。

### (三)医疗损害鉴定取得初步成效

2011~2012年江苏省13个市级医学会接受委托案例672例,完成鉴定537例,结论构成医疗损害后果80例,医疗损害率52%。省医学会完成鉴定的102例,结论构成医疗损害后果75例,医疗损害率为73%。与过去江苏省的医疗事故技术鉴定率市级38%、省级55%相比,医疗损害率有了较大幅度提高,双方当事人的满意度和法院的采信率都有了明显提高。

江苏省开展医疗损害鉴定的工作得到最高人民法院、卫生部和国内兄弟省市医学会的关注,2011年上半年卫生部来江苏省调研并召开研讨会,听取江苏省医疗损害鉴定工作的文件制定和工作开展的情况汇报。最高人民法院于2011年下半年在江苏省召开了由22个省市参加的《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(征求意见稿)》论证会,听取了江苏省医学会开展医疗损害鉴定工作的情况介绍,并实地考察观摩了江苏省医学会和常州市医学会召开的鉴定会,充分肯定了江苏省开展的医疗损害鉴定工作。中华医学会《医鉴工作通讯》全面报道了江苏省医疗损害鉴定有关文件制定和开展医疗损害鉴定工作的做法,部分省市医学会来江苏省进行交流考察。

### (四)主要体会及存在的问题

体会会有三点:一是医学会有能力组织医疗损害鉴定。2011年开展医疗损害鉴定,从最近江苏省卫生厅组织的全省医疗损害鉴定工作检查考核,各级人民法院反馈的信息,初次鉴定结论的采信率有了明显提高,申请重新鉴定的比率只有20%。二是发挥医学会组织医疗损害鉴定是正确的选择。医学会有十年医疗事故技术鉴定的经验,有丰富的各专业学科的专家资源,能明辨现有医学科学条件下所有医疗损害问题。三是只要始终抓住“两个增强”,即不断增强办案人员的办案水平,不断增强鉴定专家的责任意识,努力提高鉴定书质量,我们的鉴定就一定能得到社会、人民法院、当事人的认可。

当前存在的问题,一是迫切需要从国家法律层面上解决医学会进行医疗损害鉴定的资质,包括机构性质、经费渠道;二是迫切需要加强对鉴定专家的培训,使医学专家真正成为鉴定专家;三是迫切需要转变办案人员的观念,在鉴定文书上狠下功夫。