

论《医疗事故处理条例》的立法缺陷 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_AE_BA_E3_80_8A_E5_8C_BB_E7_c122_483738.htm 2002年2月20日，国务院召开第55次常务会议，审议并原则通过了《医疗事故处理条例（草案）》。2002年4月15日，国务院公布《医疗事故处理条例》（以下简称《条例》），并定于自2002年9月1日起施行。《条例》的公布对此前强烈的修改现行1987年《医疗事故处理办法》的呼声作了一个明确答复。从公布后的反映来看，至少是从各种新闻媒体的报道角度来看，似乎好评如潮。报道称不少专家高度评价了这一条例，并对其中的特点或优点进行了列举和介绍，如医学会代替医政部门主持医疗事故鉴定、鉴定人员回避制度、鉴定人员收受财物按受贿罪处理、民事赔偿项目和标准等等。十年修法，人们总算长舒了一口气。但该《条例》是否真的随了人们的愿，在其正式施行之后，可以有效地解决现行医疗事故处理制度下固有的诸多顽疾呢？此前在2002年3月7日，有人曾撰文称《医疗事故处理条例（草案）》起草者是卫生部，参与反复讨论的主要是省、市卫生厅局的官员；而且卫生部在起草条例的几年中，除了几次羞羞答答的“讨论会”，没有见到公开、公正、必要、充分的立法听证，因此，人们仍然有充分的理由质疑其公正性乃至合法性。国务院在《条例》正式公布前是否对该意见予以了重视或解决了其中所反映的问题，我们不得而知。另外，根据有限的报道，仍有部分百姓对《条例》的颁布所可能带来的作用，持“说不清”的态度。如果《条例》的规定确实符合宪法、法律及现在的实际情况，或者具有

相当的前瞻性，这些意见确实无关于大局，无须考虑。然而，结合司法业务实践，笔者越是参详《条例》，就越觉得其中问题越多而且越严重。即使《条例》的公正性无需质疑，《条例》也存在着可操作性极差和与《立法法》、《刑法》、《民法》等其他法律、法规及相关司法解释不相衔接甚至是相冲突这两大立法缺陷，而且这两个缺陷在前述所谓的种种“特点或优点”中均存在。

一、《条例》中有关于医疗事故鉴定的各项规定缺乏有效的可操作性

《条例》第三章“医疗事故的鉴定”是人们最为关注的一章。通过新闻媒体所反映的普遍观点认为，这一章规定了由医学会代替卫生行政部门组织医疗事故鉴定，根本上地改变了现行医疗事故处理办法中所确定的医疗事故鉴定委员会由卫生行政部门组织，而主要人员又来自各医疗单位的这种既是运动员又是裁判员的“游戏规则”。从而可以保证鉴定的客观和公正，有利于快速、妥善、公平、合理地解决医患纠纷。根据有关报道对中华医学会的介绍，对于这个已有87年历史、现有78个专科分会、43万名会员、主办69种医学学术系列期刊的我国医学界的最高学术团体，笔者相信其应该有基础和实力组织疑难、复杂及有争议的医疗事故鉴定。笔者也希望中华医学会能够象其有关负责人对新华社记者所说的“将会客观、权威和公正地对待这项工作，不负国家和百姓的信任和厚望”。但问题是，《条例》所规定的医疗事故鉴定体系所固有的以下缺陷，恐难以实现众愿：

1、医学会并非负责医疗事故鉴定的唯一合法机构，多头鉴定仍不可避免

《条例》第20条规定“卫生行政部门接到医疗机构关于重大医疗过失行为的报告或者医疗事故争议当事人要求处理医疗事故争议的申请后，对需要进行医疗

事故技术鉴定的，应当交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定；医患双方协商解决医疗事故争议，需要进行医疗事故技术鉴定的，由双方当事人共同委托负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定”。根据此条款的语言表述，医学会仅仅是在卫生行政部门对医疗事故争议进行行政处理过程中单方委托时或医患双方在协商解决争议过程中共同委托时才介入到对相关的医疗事故争议的鉴定工作中来，那么，就必然地产生以下问题：1) 医疗事故争议在行政处理或当事人协商处理过程中，在以下情况下能否或只能由医学会鉴定？A、当事人在将争议提交卫生行政部门处理后不同意将争议提交医学会进行鉴定；或在卫生行政部门将争议提交医学会进行鉴定之后、鉴定结论尚未作出前反悔；或对医学会组织的首次鉴定结论不服而又不想继续由医学会再次鉴定；B、当事人在协商处理过程中未就共同委托医学会鉴定达成一致意见；或当事人在共同委托医学会进行鉴定之后、鉴定结论尚未作出前一方反悔要解除委托；或当事人对所委托的医学会作出的首次鉴定结论不服而又不想继续委托医学会再次鉴定。2) 当事人对医疗事故争议不选择行政处理也不进行协商解决而直接进入诉讼程序，或者在行政处理或双方协商解决未果后进入诉讼程序，法院是否在一方当事人不同意或双方当事人均不同意的情况下也只能委托医学会进行鉴定？对这两个问题，从《条例》中我们无法直接找到答案。而要回答这两个问题，我们首先将《条例》与1987年国务院《医疗事故处理办法》进行一下对比。1988年5月10日卫生部发《关于若干问题的说明》中明确地对“医疗事故鉴定委员会的性质”加以了规定，“它是本地区医疗事故技术鉴定的唯一

合法组织，只有它的鉴定结论才能作为认定和处理医疗事故的依据”。而对于医学会的性质，《条例》中并没有相同或类似的规定。前者本身已明确地否定了当事人及法院对是否由医疗事故鉴定委员会负责鉴定进行选择的权利（法院在实际操作中并未受此限制是另外一个法律问题），而后者却自行作出了选择，并留下了前述两个问题，两种不确定的情况。同时，医疗事故鉴定委员会是专门为解决医疗事故鉴定而设立的机构，而医学会如前所述其本身只是一个学术性机构。很显然，《条例》语言表述上的变化，直接反映出医学会在依据《条例》负责鉴定时，就其性质而言，并不具备“医疗事故鉴定委员会”所享有的法定的和唯一的医疗事故技术鉴定机构的性质。在此结论基础上我们再回过来看前面的两个问题。我们首先看第二个问题。《民事诉讼法》第72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”。显然，既然医学会就《条例》对其性质之规定而言并非法定鉴定部门，也就仅仅是人民法院可以指定的鉴定部门之一而已。在诉讼过程中，不仅当事人可以协商选择医学会之外的具有医疗事故技术鉴定资格的机构，人民法院也可以指定医学会之外的具有医疗事故技术鉴定资格的其他机构。而根据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26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，除非具有医疗事故技术鉴定资格的仅仅有医学会一家，人民法院别无选择，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，人民法院也应该从医学会之外的具有医疗事故技术鉴定资格的其他机构中指定鉴定机构。解决了第二个问题后我们再来看第一个问题。既然医学会就《条例》对其性质之规定而言并非法定鉴定部门，那么，虽然《条例》第20条规定卫生行政部门在对医疗事故争议进行行政处理过程中对需要鉴定的争议"应当"交由医学会鉴定，即使此时我们不能选择其他鉴定机构，但是否进行行政处理的决定权却在于当事人自己，因此，当事人不仅可以通过不选择行政处理事先回避医学会的鉴定，而且可以通过申请终止行政处理或直接依据《条例》第40条规定通过向法院起诉强行终止行政处理的方式以回避医学会的鉴定，无论是医学会的首次鉴定还是再次鉴定。更何况，如前所述只要选择诉讼就可以回避医学会的鉴定。对于当事人双方协商一致共同委托鉴定的情况就更加明确。既然医学会就《条例》对其性质之规定而言并非法定鉴定部门，那么就并非只能委托其一家，即使业已委托也当然可以在对医学会承担违约责任的前提下解除委托。显然，由于医学会并非负责医疗事故鉴定的唯一的合法机构，按照《条例》本身规定及其他有关于鉴定的规定，无论是当事人还是法院，无论是恶意还是善意，均可以轻而易举地将医学会除排在具体案例之外。从另外一个意义上讲，《条例》的适用也就因此被排除在外。在这种情况下，特别是在诉讼中，其他具备鉴定资格的机构就完全可以合法地参与到鉴定工作中来。而事实上，无论是根据最高人民法院《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》、司法部《司法鉴定机构登记管理办法》及其他法律法规规定，无论是人民法院还是司法行政机关，无论是此前或此后，均确定

了大量的其他具有法医学或临床医学鉴定资格的机构，而这些机构也一直在进行医疗事故鉴定，并且从有关方面反映的情况来看，有些机构的鉴定质量相当高-----至少以医患双方意见为标准。如果医学会不能通过自己的工作质量取得当事人的充分信赖，多头鉴定这一医疗事故鉴定中的顽疾就不可避免。

2、医学会鉴定不存在最终鉴定，重复鉴定也就是必然结果 1987年《医疗事故处理办法》第十三条规定"省、自治区、直辖市级鉴定委员会的鉴定为最终鉴定。它的鉴定，为处理医疗事故的依据。地区（自治州、市）、县（市、市辖区）鉴定委员会的鉴定，在没有争议的情况下，也是处理医疗事故的依据"。而《条例》第二十一条的规定则是："设区的市级地方医学会和省、自治区、直辖市直接管辖的县(市)地方医学会负责组织首次医疗事故技术鉴定工作。省、自治区、直辖市地方医学会负责组织再次鉴定工作。必要时,中华医学会可以组织疑难、复杂并在全国有重大影响的医疗事故争议的技术鉴定工作"。一经对比，我们就可以发现按照《条例》此规定必然产生以下问题：A、当事人对省、自治区、直辖市地方医学会负责组织的再次鉴定结论不服时，该再次鉴定是否作为最终鉴定处理？B、如果省、自治区、直辖市地方医学会负责组织的再次鉴定具有最终鉴定的法律效力，那么如何理解中华医学会在必要时组织疑难、复杂并在全国有重大影响的医疗事故争议的技术鉴定工作这一规定？同时，其所规定的"必要"的标准是什么？又由哪个机关来加以确定？C、如果省、自治区、直辖市地方医学会负责组织的再次鉴定不是最终鉴定，那么以下的鉴定工作程序如何进行？由哪一个或哪一级医学会负责进一步的鉴定？D、即使中华

医学会直接组织进行了鉴定，其鉴定是否就是最终鉴定？如果双方当事人仍不服，此时如何处理？事实上，医学会并不具备法定的和唯一的医疗事故技术鉴定机构的性质这一内在缺陷已决定了并非“只有它的鉴定结论才能作为认定和处理医疗事故的依据”，因此无论是首次鉴定，再次鉴定，还是中华医学会组织的鉴定均不具备最终鉴定的法律效力。在行政处理过程中或当事人协商解决过程中，如果当事人对所委托的医学会的首次鉴定不服或对再次鉴定不服的情况下，仍愿意委托医学会鉴定，就存在着第三次或第四次鉴定的可能性。如果医学会拒绝进行新的鉴定，如前所述，当事人也完全可以通过进入诉讼程序由新的鉴定机构重新鉴定。人民法院对于重复鉴定虽然加以了一定的限制，如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71条规定“人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论，当事人没有足以反驳的证据和理由的，可以认定其证明力”，第27条第2款规定“对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或补充质证等方法解决的，不予重新鉴定”。但这些限制仅限定于在诉讼过程中人民法院经当事人申请后所委托的鉴定。对进入诉讼程序之前业已经由医学会组织的首次鉴定、再次鉴定甚至是第三次或第四次鉴定，人民法院并不得以前述规定之要求或标准来限制或拒绝当事人申请人民法院委托鉴定的请求。1987年《医疗事故处理办法》及卫生部1988年所作的解释中对上述鉴定组织的性质或再次鉴定结论终局性两个问题均有明确规定，然而在司法实践中也未充分得到落实，鉴定工作极其混乱。而就《条例》而言，无论对医学会及其专家鉴定组的性质，还是对医学会组织鉴定的程序，均不如以往

的规定明确。最高人民法院新的证据规则的出台，对弥补《条例》的不足起了很大的作用，但即使如此，基于技术性因素或人为因素的影响，也并不足以完全排除再次或多次鉴定。以往所大量存在的一起医疗纠纷历经三、四次或更多次鉴定；从本省省级医疗鉴定委员会转至外地某医疗机构或学术机构鉴定，最终再转回到县级法院法医处鉴定；而且一拖数月或数年的这些情况，仍然无从避免。没有最终鉴定的效力，医学会组织鉴定只能是心有余而力不足。

3、医学会组织鉴定的公正性缺乏保障

1) 即使没有部门保护，但行业保护问题仍然存在 《条例》中组成"专家库"的人员与现行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，是否就可以保证鉴定的客观、公正？1992年春以卫生部医政司特派观察员身份出席中国医学管理学会在洛阳召开"医疗事故纠纷防范与处理"讨论会的中国政法大学教授卓小勤在向记者回忆会议情景时指出，卫生部门某种程度上充当了"医疗鉴定委员会"的"替罪羊"，"说部门保护其实是老百姓的误解，在医疗鉴定中出现的庇护现象多数时候实际上是一种行业保护"；"每个医生都会有这样的顾虑，这次是别人出了事情，谁知道下次会不会出在自己身上呢"。这一观点是当时会议上反映的观点。问题关键在于这一观点不仅是一个普遍认同的观点，而且是一个无法回避的事实。《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有多少不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，有多少不是"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，有多少不曾担任过医疗事故技术鉴定委员会的组成人员？换言之，专家鉴定委员会与医疗事故技术鉴定委员会有多少本质区别？如果作为医疗事故技术鉴定委员会的委员不能依法客观、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"的事实如何让人信服？就在笔者撰写本文的过程中，一患者母亲带着患者去另外一所医院找医生就病情发展是否正常进行咨询，也被婉拒。这再一次说明了这种理想的天真。

2) 卫生行政管理机构等其他机构对医学会组织的专家鉴定组的影响仍不可避免 《条例》第22条规定明确规定专家库由"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。《条例》第五十七条规定则规定"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，……尚不够刑事处罚的，由原发证部门吊销其执业证书或者资格证书"。显然，当地卫生行政管理机构或其工作人员对当地医学会组织的鉴定施加不良影响仍然是轻而易举。即使是跨地区专家鉴定，地方保护所造成的影响也很难避免。

3) 对鉴定工作缺乏行之有效地监督机制，难以从根本上保证鉴定工作的公正性 无论是医学会组织鉴定，还是卫生行政管理部门组织鉴定，或其他机构负责鉴定，当事人所质疑的根本问题是鉴定工作的公正性。对公正性的保障，除了良心、职业道德、执业纪律外，那就是法律的约束。而真正能起到实际作用的，也只能是严格的法律的监督。而《条例

》的规定，明显缺乏有效的监督机制。《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；尚不够刑事处罚的，由原发证部门吊销其执业证书或者资格证书"。一个简单的问题，如果参加医疗事故技术鉴定工作的人员，非为接受他人财物或利益，或并没有实际接受他人财物或利益，如对患者或医疗机构泄愤报复，或者是受包括卫生行政部门人员在内的其他人员要求或胁迫，而出具虚假医疗事故技术鉴定书，并且造成严重后果，或未造成严重后果，或尚未造成严重后果，此时，他将会有什么责任？对于事实上普遍存在的鉴定人员在鉴定中由于往往颇多顾忌，坦率直陈者少，含混不清表态者多，从而使医疗事故的鉴定结论经常出现偏颇或模棱两可的情况，造成重复鉴定或补充鉴定，鉴定人员将会有什么责任？《条例》对此均无规定。如果此情况发生，依照《条例》无法处理。中华医学会对具备其会员资格的鉴定人员，也许可以从其对会员的有关规定予以取消会员资格的处理，但也很难讲，也存在着引发诉讼的隐患。对于作为专家库成员的法医的处理，就更是个法律问题。依对法官或国家工作人员的要求来处理他，显然不合适。他的行为只是他以一个"专家"的身份做出，此时，他并非法医，并非履行一个法医的职责。至于《条例》所规定的鉴定人员回避制度，比起1987年《医疗事故处理办法》，内容有所增加，但《民事诉讼法》及其相关司法解释已明确规定"回避制度"适用于包括鉴定人员，而且与《民事诉讼法》相比较，《条例》的规定明显

粗糙，可操作性差。《条例》此规定本身根本是画蛇添足。关键是，回避制度虽然存在，但并克服不了行业保护、行业保护及地方保护这些影响鉴定工作公正性的因素，也无法解决前条所述的障碍。

二、《条例》规定多处与《刑法》、《民法》、《立法法》等其他法律、法规、司法解释不相衔接甚至是相冲突

1、《条例》规定与《刑法》相悖

《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》角度来看待此规定时，此规定就变得是那么地苍白无力。根据《刑法》第385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93条第1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，其本身仅仅是社团法人。中华医学会及其各地分会依据《条例》接受卫生行政机构指派或接受医患双方共同委托负责医疗事故鉴定工作，也并不改变其并非国家机关这一法律性质。参加医疗事故技术鉴定工作的人员是否可以根据《刑法》第93条第2款规定"以国家工作人员论"？这一点有待商榷。但笔者以为不能按"以国家工作人员论"处理。因为，参加医疗事故技术鉴定工作的人员所从事的鉴定工作并非刑法所要求的"公务"。刑法对于"公务"没有作出明确的定义，但2000年4月29日全国人民代表大会常务委员会在《关于第93条第2

款的解释》中明确规定村民委员会等村基层组织人员构成"其他依法从事公务的人员"时所从事的工作必须是"协助人民政府从事的行政管理工作"。虽然主体不同，但是，我们可以从中清楚地看出刑法上对于第93条所要求的公务指的是人民政府的各种行政管理工作。反观《条例》，虽然这是一个行政法规，但对于组织医疗事故技术鉴定这一工作本身，并非一种特殊的政府行政管理工作，医学会组织鉴定也并非协助人民政府从事行政管理工作，否则这就成为一种可诉的具体行政行为，而不再是《民事诉讼法》所要求的鉴定，也就失去了医疗事故技术鉴定存在的意义。《条例》对于医学会负责医疗事故技术鉴定工作的有关规定，只能理解为是授予了其从事医疗事故技术鉴定工作的资格，而这一资格，如前所述，也并非唯一和排它的。医学会依据《条例》在接受卫生行政部门指派或医患双方共同委托组织医疗事故技术鉴定工作时，也并非协助人民政府从事行政管理工作，而只是一种履行被委托事项的民事法律行为。在诉讼过程中，医学会也可以受人民法院委托进行鉴定。此时，和其他具备鉴定资格的机构一样，这种民事法律行为的性质就更加明确。因此，从医学会专家库中所挑选出的参加医疗事故技术鉴定工作的人员，即使就其本职工作而言是国家工作人员，在具体鉴定工作中履行鉴定职责时，也并非行使公务并"以国家工作人员论"。显然，《条例》第57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，依法也构不成受贿罪。基于同样的原因，由于中华医学会及其各地分会仅仅是社团而非公司、企业，在此种情况下，即使是商业受贿罪，也同样构不成。这一问题就和前一段时间

轰轰烈烈进行讨论的中国足协的裁判"黑哨"一样，按照《刑法》罪刑法定的原则，在《刑法》作出相应的修改之前，不构成犯罪。

2、《条例》规定与《民法通则》及其相关规定冲突 《条例》第五章"医疗事故的赔偿"与1987年《医疗事故处理办法》相比，确实是一个全新的内容。该章第51条规定了医疗费、误工费、住院伙食补助费、陪护费、残疾生活补助费、残疾用具费、丧葬费、被扶养人生活费、交通费、住宿费、精神损害抚慰金等11个赔偿项目和赔偿标准。在这些赔偿项目中，有关于精神损害抚慰金的规定与《民法通则》及其相关规定相悖，仍将引起巨大的争议。《条例》规定，"精神损害抚慰金：按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。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，针对精神损害赔偿问题出台了法释（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》。最高人民法院该司法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《条例》规定的医疗事故发生地）平均生活水平"外，并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。现在《条例》规定的精神损害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。一个活着的人所遭受的精神损害远远大于死者亲属所遭受的损害。而对于活着的人，也屡屡不同。在很

多情况下，随着时间的流逝，随着习惯和认可，肉体上和精神上的痛苦都会减少或消逝。但同样在很多情况下，恰恰相反。就如90年代中央电视台曾经报道的一起医疗事故，一个三五岁的小女孩被错误地切除了子宫。她当时不会为此感到精神上的痛苦，现在她十五六岁了也许仍没有感觉到或感觉很强烈，但显然，随着她年龄的继续增长，时间越长，这一医疗事故的后果给她带来的不幸就越明显，她所遭受的精神痛苦就越大。如果同样或类似的事发生在《条例》生效之后，按《条例》规定的处理方法，具备起码的公平吗？《条例》此规定不仅与民法平等、诚信的原则相冲突，而且明显地反映了一种利用行政立法权进行部门保护的倾向。虽然《条例》第四十八条规定“已确定为医疗事故的，卫生行政部门应医疗事故争议双方当事人请求，可以进行医疗事故赔偿调解。调解时，应当遵循当事人双方自愿原则，并应当依据本条例的规定计算赔偿数额”，根据此规定，前述赔偿项目及赔偿标准仅在由卫生行政管理部门在进行行政处理时适用，实际上仅是医患双方在卫生行政管理部门组织下进行协商解决时对确定赔偿数额的一个参考。但此前施行的前述最高人民法院法释（2001）7号《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第10条明确规定“法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等（即精神损害抚慰金）有明确规定的，适用法律、行政法规的规定”。显然，《条例》中关于精神损害赔偿的规定据此又成为《民法通则》的补充，直接作为人民法院处理民事赔偿问题时的依据。对此，我们无法判定《条例》的起草者的真正意图。但在客观上医疗机构可以有力地依据这一立法上的漏洞来实现自我保护。换言之，就精神

损害赔偿而言，人民法院在处理按件时必须"按照医疗事故发生地居民年平均生活费计算。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"。这必然在实践中引起新的不满和争议。

3、《条例》规定违反《立法法》《条例》第五十七条中有关于参加医疗事故技术鉴定工作的人员构成受贿罪的规定，不仅有违于《刑法》规定，更与《立法法》相悖。《立法法》在第8条中明确规定对于"犯罪和刑罚"等十个事项只能制定法律；在第9条中规定有关于"犯罪和刑罚"等事项即使尚未制定法律的，国务院不仅无权自行制定行政法规，全国人民代表大会及其常务委员会也不能授权国务院先行制定行政法规。《立法法》并在第42条中规定，对于法律的规定需要进一步明确具体含义或法律制定后出现新的情况需要明确适用法律依据的情况，由全国人民代表大会常务委员会解释。显然，《条例》第五十七条将所涉及的"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"情形，在并没有被《刑法》明确规定为构成"受贿罪"时，全国人民代表大会常务委员会也未作出相应的构成受贿罪的司法解释时，自行直接规定按受贿罪处理，已超出了自己的权限。《条例》在此犯了一个与最高人民检察院处理"黑哨"事件时相同的错误，甚至更糟糕，因为连类推后所应适用的罪名也确定错误。《条例》的规定根本是画蛇添足。如果要规定，只需规定"构成犯罪的，依法追究刑事责任"足以。《条例》中关于"医疗事故的赔偿"部分规定犯的也是同样的错误。医疗事故的赔偿作为医疗机构承担民事责任的一种方式，本来就不

是行政法规调整的范畴。更何况如前所述，其规定自身还存在着与民法相关规定的冲突。对此，《条例》只需规定“依据《民法通则》等相关规定处理”。三、对《条例》的再思考

医患双方，特别是患者一方，对鉴定机构、鉴定人员的独立性、公正性的信任是有效地解决医疗事故争议的根本。而要作到这一点，只能是通过严格、有效的监督保证鉴定机构、鉴定人员在鉴定工作中确实作到独立、客观、公正，从而赢得当事人的信赖。此时，无论是医学会、医疗事故鉴定委员会还是其他鉴定机构，均可以担当此职。否则，正如医疗事故鉴定委员会一样，即使被赋予法定的和唯一的医疗事故技术鉴定机构的性质，也并不能解决问题。就医学会而言，有限地取代医疗事故鉴定委员会的地位，并不足以担当重任：首先，从鉴定人员的角度讲仍然是“换汤不换药”，并不足以取得当事人的信任；其次，如果当事人对医学会不信任，如前所述，可以轻易地拒绝并排除医学会的鉴定。因此，建立全面、严格、有效的监督机制才是重中之重。二个月后，《条例》就将正式施行。十年修法，结果如此。感慨之余，无法奢望《条例》能被重新予以调整。但仍然希望国务院、医学会通过配套规定完善结构，加强监督力度，能借助人们对这一新的变化所产生的期盼，保证鉴定工作质量，取得人们的信任，从而从根本上实现《条例》制定的目的，已弥补上述立法之先天不足。

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