



依法建立中医医疗损害司法鉴定制度的思考

张静^{1,2} (1.上海中医药大学马克思主义学院,上海 201203;2.上海市捷华律师事务所,上海 200042)

摘要:通过一起已经生效的关于中医药的“477万天价赔偿案”所引发的争议,结合《中医药法》第五十一条之规定,进行分析。指出由于中西医在诊疗手段与方法上存在明显差异,因此有关中医药的医疗纠纷中,医方的医疗行为是否存在医疗过错,应当由具备中医药专业知识的人对其所涉的专业问题提出专业意见;建立独立的中医医疗司法鉴定损害鉴定机制,符合《中医药法》规定;仅有法是不够的,相关配套制度的建立和完善是《中医药法》能够切实履行的关键,更是中医药健康、可持续发展的需要。

关键词:中医药法;中医医疗损害;司法鉴定

中图分类号:D922.16

文献标志码:A

文章编号:1009-3222(2017)02-0109-05

2016年12月25日,十二届全国人大常委会第二十五次会议表决通过的《中医药法》,令广大中医药人无比振奋,许多文章标题用“喜大普奔”来形容中医人的激动心情^[1]。对该法的评价,仁者见仁,智者见智。笔者以为,纵观该法全文,有一条款非常重要,值得广大中医药人关注,即该法的第五十一条有关中医药鉴定之规定,其不仅关系到患者及广大中医药人的权利和义务,也关系到司法的公平、公正,更关系到我国中医药的健康、稳定、可持续发展。本文拟从一起已经生效的判决所引发的争议进行思考,结合《中医药法》第五十一条规定,提出相关建议,以期抛砖引玉。

1 案情简介

2011年10月25日,患者张某因胸闷气短浑身乏力,到北京某医药公司之中医诊所(以下简称医方)进行治疗,经诊断为“肝血虚,胸痹,心肾不交”,经治医师开具7日处方,内含半夏40g,夏枯草20g,生赭石30g等药物。服药7日后,患者再次前往医方就医,医师另开具1个

3日处方,内含半夏12g,生赭石30g等药物,并嘱“如效不显及时去医院就医”。张某自诉服用后症状加重后停药,此后不到10日张某入某医院检查,结果系双肾轻度弥漫性病变。之后张某分别至多家医院检查与治疗,被诊断为慢性肾功能不全尿毒症期、肾性贫血、肾性骨病、高血压Ⅱ期,进行每周3~4次血透及血滤透等治疗。于是,张某诉至法院,一审法院判决医方赔偿患者人民币477万余元。医方不服,提起上诉,二审维持原判^[2]。

2 双方主要争议

2.1 是否存在医疗过错

2.1.1 患方意见 患方认为医方开具的第一个7日处方内含具有肾毒性的药物半夏40g,超出《中华人民共和国药典》(以下简称《药典》)计量,同时医方在明知药方中夏枯草、生赭石等药物具有肾毒性的情况下,仅在超剂量半夏上方签字,未在其他超剂量药品上方再签字,不仅未对患者进行充分告知说明,而且在未进行肾脏功能检测的前提下超剂量用药,存在过错。

2.1.2 医方意见 医方认为处方上的“半夏”，实际应为“法半夏”，而不是有毒的“生半夏”，“法半夏”是经过炮制之后的半夏，是无毒的。医方向法院分别提供三位中医师书写的对医方药方的评价，并提交《药典》“凡例”部分第27条、《国家中医药管理局关于印发中药处方格式及书写规范的通知》第9条第7款，以证明药方无毒，医方行为符合中医诊疗常规。《药典》规定饮片用量是指导用量，而不是对最大用量的强制性规定，医生在诊疗过程中可以根据病人情况酌情增减，因此医方不存在医疗过错。

2.2 医疗与损害结果是否存在因果关系

2.2.1 患方意见 患方认为医方超剂量使用具有肾毒性的药物半夏、夏枯草、生赭石等药物，不进行充分告知说明，而且未进行肾脏功能检测，这一系列是导致张某肾损伤，造成尿毒症不良后果的直接原因。

2.2.2 医方意见 医方认为处方不存在问题，不会造成肾功能的损害。医方提供2份专家意见认为若患者因中医药物在此期间产生肾损害，一定是急性肾损害，不可能是慢性肾损害。从张某首诊至医院出具慢性肾病的诊断时间来看，依据病理特征和医学常规，说明张某在服药前肾功能就可能存在问题，以此证明医方医疗行为与张某肾损害不具有因果关系。但专家未出庭作证。

3 司法鉴定意见

法院委托司法鉴定所就医方对张某的诊疗行为是否存在医疗过错、医疗过错与张某损害后果是否存在因果关系及参与度等进行法医学鉴定。

鉴定意见认为未见医方对前来就诊的病人书写门诊病历，包括就诊时间、科别、中医四诊情况、必要的体格检查和辅助检查、诊断、治疗处置意见。仅在处方笺上记有诊断，诊断为“肝血虚、胸痹、心肾不交”。现有的鉴定材料中未见四诊记载，没有辨证分型，诊断依据不明确，病历采集过于简单，未尽合理注意义务。从用药处方看，某些中药所用剂量偏大，其中“半夏”为含毒性中药，其用量超出规定范围，其所用药

物直接造成肾损害的情况根据目前的研究结果和相关资料依据欠充分，不能确定；但加重肾损害/负担的可能性不能排除，应考虑存在一定缺陷。

对于医方行为与损害后果因果关系的参与度，鉴定意见认为医方的医疗过失与张某损害后果之间虽不排除具有一定因果关系，但具体参与度无法评估。

4 思考

判决书显示因为疑似超量使用中药半夏导致尿毒症医疗损害，法院判决医方承担477万元全额赔偿。判决生效后，整个医药界，尤其是中医界一片哗然，法院判决医方承担全责的证据是否充分？医方究竟应否承担这样的责任？还有人提出赔偿的数额问题，477万元是一个医生工作40年不吃不喝也可能挣不到的数^[3]。广大中医人较多关注的是该案最终以477万余元判决医方承担全部责任是否合情合理合法。

无争不成讼，诉讼双方存在争议理所当然；对鉴定意见各执己见也在情理之中。笔者重点关注的是：法律对司法鉴定是如何规定的？本案法院委托鉴定组织的性质，患方委托司法鉴定机构的鉴定人是否具有中医药专业知识？鉴定的专业依据是否符合中医诊疗常规？为何医方再三提供的中医专家意见未被法院采纳？庭审质证中医患双方争议较大的是医方提供的“半夏”到底是“生半夏”还是“法半夏”？为何双方会对“半夏”究竟是何种“半夏”各执一词？限于篇幅，本文仅对笔者思考的这些问题进行探讨。

4.1 鉴定机构的性质

4.1.1 司法鉴定作用及医疗纠纷鉴定的现状

司法鉴定是指在诉讼活动中，司法机关或当事人委托具有鉴定资格的鉴定人，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。

对于医疗纠纷的鉴定，当下有两种方式并存：其一是医学会的鉴定，其包括医学会的医疗事故鉴定和医学会的医疗损害鉴定；其二是法医学司法鉴定。目前，学界对此尚存不同意见。

一部分律师和学者认为目前只有医疗事故鉴定才是符合法律规定的;也有学者认为《中华人民共和国侵权责任法》颁布后,医疗损害鉴定应取代医疗事故鉴定;更多人认为《医疗事故处理条例》至今尚未废除,故当下既存在医学会医疗事故的鉴定,又存在医学会的医疗损害鉴定,还普遍存在法医学的司法鉴定。司法实践中,因医疗引起纠纷的鉴定各地区的处理不尽相同,目前尚无权威部门作出统一规定。

4.1.2 本案鉴定机构的性质 庭审中,法院委托北京两家司法鉴定机构进行鉴定。其中,北京某司法鉴定所出具的(2012)临鉴字第 0836 号司法鉴定意见书和给法院的回复函,均称医方的医疗行为已构成医疗过失,其与张某损害后果之间具有一定因果关系的可能性不能排除,评估意见倾向于具有一定因果关系。具体因果关系参与度无法评估。

法院委托的北京某司法科学证据鉴定中心对张某伤残等级、目前是否存在医疗依赖、医疗依赖期限、医疗依赖费用、是否需要增强营养及增强营养的标准进行鉴定。该鉴定中心作出了(京)法源司鉴(2014)临鉴字第 66 号法医学鉴定意见书。

由此可见,本案法院委托的鉴定机构有两家,均系法医学的司法鉴定。

4.2 法律对司法活动中的鉴定规定

我国现行的刑事诉讼法、民事诉讼法均对司法活动中的鉴定作出明文规定。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百四十四条规定:为了查明案情,需要解决案件中某些专门性问题的时侯,应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。

《中华人民共和国民事诉讼法》第七十六条规定:当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的,由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。

当事人未申请鉴定,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。

由此可见,两大诉讼法在查清案情需要的情况下,可以就专门性问题聘请具备资格的、有专门知识的人进行鉴定。

4.3 本案法医鉴定是否符合鉴定的专业性要求

鉴定意见是有鉴定资格的专业人员就案件中的专门问题向司法机关提供的结论性意见。鉴定意见与案件事实有关,是司法机关查明案件事实的重要依据,是鉴定人在观察、检验、分析等科学技术活动基础上提出的主观认识和结论性意见。其作为证据的一种,与证人证言、勘验检查笔录还是有区别的^[4]。

本案中,法医鉴定是否符合鉴定的专业性要求,取决于鉴定意见是否客观、专业地分析了中医医疗行为是否存在过错。因为这是本案争议要点,也是司法机关判定案件的重要基本事实。因此应当由具备中医药专门知识的人士,运用中医药专业知识,对中医医疗行为是否存在过错,以及医疗过错与损害后果是否存在因果关系及参与度等方面进行分析、研究、鉴别。因此,本案司法鉴定人员是否具备中医药专门知识,是本案司法鉴定是否具有专业性、鉴定意见是否具备公信力的关键。

目前我国的司法鉴定组织中的法医的专业背景基本上均是西医,尚无专门的中医医疗损害司法鉴定。倘若本案两个司法鉴定组织中是由专门的中医药鉴定资格的专业人员,运用中医药理论、知识、经验,对本案进行鉴定,那么鉴定才可能是客观公正的。

4.4 医方的中医专家意见未被法院采纳的原因

根据《中华人民共和国民事诉讼法》规定,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。案件审理过程中,医方一审中向法院提交了三份分别由退休中医孙某某、中医王某某、中医葛某某书写的对药方的评价,二审中提交了两份中医专家意见,以证明医方药方不可能造成张某的尿毒症损害。一审判决书认为医方提供的三位中医对药方所作的评价属于证人证言。如果该证据属于证人证言,那么,根据民事诉讼法

的规定,证人证言应当出庭作证,并由当事人互相质证。由于三位证人均未出庭作证,故法院对不予出庭的证人证言不予采信,也符合法律对证据采信的要求。

但笔者以为本案中三位中医对药方所作的评价和两位中医专家意见,均不属于证人证言,而应当属于具有专门知识的人对药方所涉的专业问题提出的专业意见。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》,当事人可以在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人出庭,代表当事人对鉴定意见进行质证,或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见,视为当事人的陈述。人民法院可以对出庭的具有专门知识的人进行询问。经法庭准许,当事人可以对出庭的具有专门知识的人进行询问,当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质。因此,笔者认为这些具有专门知识的中医及中医专家未按法律规定出庭作证,接受询问,的确也是他们的专业意见失去证明力的主要原因。尽管可能会有种种原因导致他们未能出庭,但实为一大遗憾。

5 建议

5.1 依法建立中医医疗损害司法鉴定制度

有关中医药的医疗纠纷,相关鉴定应当由具备中医药专门知识的人组成专门组织进行鉴定,如果没有专门组织,也应当有中医药专家参加鉴定并主导。

《中医药法》为开展与中医药有关鉴定活动提供了法律依据,第五十一条规定:开展法律、行政法规规定的与中医药有关的评审、评估、鉴定活动,应当成立中医药评审、评估、鉴定的专门组织,或者有中医药专家参加。

上述条款内容可以理解为一切与中医药有关的评审、评估、鉴定活动,应当成立中医药评审、评估、鉴定的专门组织,或者有中医药专家参加并主导。其表达两层含义:

其一是有关中医药有关的评审、评估、鉴定活动应当成立专门组织;

其二是若不具备专门组织,有关中医药鉴定应当有中医药专家参加。

据了解,医学会的中医医疗损害鉴定或医疗事故鉴定,会有中医药专家参加,但全国范围内的司法鉴定目前尚无专门的中医药司法鉴定,《中医药法》规定与中医药有关的鉴定应当成立专门组织或有中医药专家参加,故此类司法鉴定也应有中医药专家参加。可见,依法建立中医医疗损害司法鉴定制度,是正确贯彻实施中医药法的具体体现。

因此,中医药人应顺势而为,依法在条件成熟地区试点成立中医药医疗损害司法鉴定机构,为中医药医患纠纷公平公正处理、客观专业地评判中医药案件创造条件。

5.1.1 法的权威在于贯彻实施 其实,在《中医药法》颁布之前,《中医药条例》已对与中医药有关的评审或鉴定活动作了规定。

《中医药条例》第三十条规定:与中医药有关的评审或者鉴定活动,应当体现中医药特色,遵循中医药自身的发展规律。

中医药专业技术职务任职资格的评审,中医医疗、教育、科研机构的评审、评估,中医药科研课题的立项和成果鉴定,应当成立专门的中医药评审、鉴定组织或者由中医药专家参加评审、鉴定。

但从上述条款的语意上看,《中医药条例》似乎限制了鉴定的范畴,将其局限在中医药科研课题的立项和成果鉴定上,而对有关中医药的医疗纠纷的重要鉴定没有规定。虽然也没有禁止,但语焉不详,显然不足以支持建立中医医疗纠纷司法鉴定制度。

5.1.2 《中医药法》与《中医药条例》两个相关条款之比较 《中医药法》对中医药领域的鉴定活动提出了专业鉴定的要求,这一规定较之于之前的《中医药条例》,文字更为简练,内涵更为丰富。因为《中医药条例》仅将鉴定限制在科研课题的立项和成果的具体项目上,《中医药法》并未对鉴定限制其适用范围。因此,依法建立中医医疗损害司法鉴定制度应对可能产生的中医药的医患纠纷既是中医药法律的规定,也是

中医药医疗实践的需要。

5.2 加快进行中医医疗损害司法鉴定机制与模式的研究

5.2.1 建立中医医疗损害司法鉴定组织机构

无论是对中医医疗损害的司法鉴定,还是对中医医疗事故的技术鉴定,鉴定机构、鉴定模式应当体现中医药特色,遵循中医药自身的发展规律。随着中医药在国家医疗卫生体制中的作用日益加强,有关中医药的医疗争议或纠纷也可能越来越多,有关中医药的专业鉴定也会越来越多,中医药人应当充分做好准备迎接挑战。鉴于目前国内尚无专门的中医医疗损害司法鉴定组织,因此建立中医药医疗纠纷鉴定机制,成立相应的专业组织应对日益增多的中医药医疗纠纷已经迫在眉睫。

5.2.2 建立中医药鉴定人、鉴定机构登记制度

建立中医医疗损害司法鉴定制度,不仅应当遵循中医药自身的发展规律,同时也要符合2005年2月通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》,更要符合我国民事诉讼法、刑事诉讼法等有关规定。根据《关于司法鉴定管理问题的决定》,国家对从事司法鉴定业务的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度,因此,中医药组织应当适时请司法鉴定专业组织对符合条件的中医药专家进行司法鉴定的业务培训,在条件成熟时根据规定进行登记。

5.2.3 建立中医药鉴定人出庭质证制度 从事司法鉴定业务的中医药专家,在参加有关司法鉴定的业务培训后,符合条件的,由省级人民政府司法行政部门审核,可取得司法鉴定资格,从事司法鉴定业务。司法鉴定应实行鉴定人负责制度。鉴定人应当独立进行鉴定,对鉴定意见负责并在鉴定书上签名或者盖章。多人参加

的鉴定,对鉴定意见有不同意见的,应当注明。在诉讼中,当事人对鉴定意见有异议的,经人民法院依法通知,中医药鉴定人也应当出庭作证。

5.3 以司法鉴定的专业性、权威性促进相关行业的规范性建设

5.3.1 加强对中草药名称规范使用 鉴于本案对药方中“半夏”名称究竟是“生半夏”还是“法半夏”存在的争议,本文限于篇幅不再讨论。但仍建议《中华人民共和国药典》对产生争议的中医药名称进行规范和界定,以明确中医药饮片的准确涵义,以避免药方中饮片名称产生歧义。

5.3.2 加强对中医药诊疗常规的规范 由于医患双方的权利义务与鉴定、判决息息相关,而判决往往以医疗行为是否符合诊疗常规来判断医疗行为是否存在过错,本案司法鉴定的依据似乎是西医学的诊疗常规,故尽快建立符合中医药特点的中医药诊疗常规,包括问诊规范、病历规范、检查规范等诊疗常规,也是依法建立中医医疗损害司法鉴定的前提基础。

参考文献:

- [1]喜大普奔 我国首部《中医药法》今日通过五大亮点教你读懂[EB/OL].[2016-12-25].<http://app.dajiazhongyi.com/share/channel/thread/OT>.
- [2]北京永安堂医药连锁有限责任公司与张某医疗损害责任纠纷二审民事判决书[Z].北京市第二中级人民法院(2014)二中民终字第11726号民事判决书,2015-05-04.
- [3]李青.史上最贵的医疗赔偿——477万刺痛了谁?[EB/OL].[2015-07-10].<http://news.medlive.cn/all/info-news/show-80902>.
- [4]叶青.诉讼证据法学[M].第2版.北京:北京大学出版社,2013:90.