

·学术争鸣·

本文引用:刘大华,曹书华.论中医医疗过错鉴定体系构建的相关问题[J].湖南中医药大学学报,2018,38(1):103-105.

论中医医疗过错鉴定体系构建的相关问题

刘大华¹,曹书华²

(1.湖南中医药大学,湖南长沙410208;2.湖南锐杰律师事务所,湖南长沙410000)

[摘要] 目前医疗事故技术鉴定逐渐丧失了话语权,医疗过错司法鉴定意见已成为影响司法判决的最主要证据。当前中医药行业在司法鉴定体系中少有话语权,一旦发生纠纷或技术争议,只能依靠现代医学的司法鉴定体系判断医疗过错,制约了中医药行业的发展并影响到中医从业人员的职业安全。因此,迫切需要构建中医医疗过错鉴定体系。本文从中医医疗过错鉴定理论、标准、机构、人员(法医)4方面提出体系构建的思路,同时就一些重要的问题和困难展开讨论。

[关键词] 中医;医疗过错;鉴定体系

[中图分类号]R2-0

[文献标志码]A

[文章编号]doi:10.3969/j.issn.1674-070X.2017.01.027

Construction of Medical Negligence Identification System in Traditional Chinese Medicine

LIU Dahua¹, CAO Shuhua²

(1. Hunan University of Chinese Medicine, Changsha, Hunan 410208, China; 2. Ruijie Law Firm, Changsha, Hunan 410000, China)

[Abstract] Medical accident technical identification gradually lost the right to speak, medical fault forensic opinion has become the most important evidence of judicial decisions. At present, the Chinese medicine industry does not have any right to speak in the forensic system. In the event of a dispute or technical dispute, it can only rely on the forensic system of modern medicine to judge the medical fault, seriously threaten the development of the Chinese medicine industry and the occupational safety of its employees. There is an urgent need to construct a system of TCM medical fault identification. This paper puts forward the design of system construction from the four aspects of TCM medical fault identification theory, standard, institution and personnel (forensic medicine), and discusses some important problems and difficulties at the same time.

[Keywords] traditional Chinese medicine; medical negligence; identification system

中医学与现代西医学属于完全不同的科学体系,他以古代朴素的唯物主义构建理论基础,以质朴的辩证法构建思维模式。中医是传统文化还是科学?这样的质疑声仍不绝于耳。否定中医学是科学的这些人最重要的理由之一,就是中医学在某些方面无法证伪。虽然中医好的疗效足以让中医从业人员回应这种质疑,但也不得不正视证伪问题的存在。

当然,除了组方用药缘于流派的影响难分对错之外,中医并非不可证伪,比如药剂师抓错了药或

针灸师针刺失误,导致他人伤害,这些都是很容易证伪的。证伪其实不仅涉及到中医是否属于科学的问题,证伪的标准实际上也构成从业人员的行为准则,更重要的是,它还是处理医疗损害纠纷的唯一的准绳,因为无论是侵权责任法,还是医疗事故处理条例,对医疗损害纠纷的归责原则都是依据过错责任原则,因此什么是过错,怎样去认定过错,就是非常关键的问题了。本文将围绕中医医疗过错鉴定体系的构建展开讨论。

[收稿日期]2017-07-10

[作者简介]刘大华,男,中西结合硕士研究生,副主任医师,法学副教授,硕士研究生导师,执业律师,主要从事卫生法研究,E-mail:963095261@qq.com。

1 中医医疗过错鉴定体系概述及构建的必要性

本文所称“鉴定体系”主要包括鉴定的理论、标准和专门的司法鉴定机构及专业的法医(鉴定人)。

在侵权责任法生效以前,医疗事故处理条例倚其特别法的优势地位而设计的医疗事故技术鉴定体系,几乎垄断了医疗损害案件的鉴定市场。“对于患者来说,当面临医疗事故的情况下,要求用现代医学鉴定的标准无疑是首选的。而对于医方来说,在举证责任倒置的法律环境下,有数据有理论依据并且具有法律标准的现代医学诊断,才是对其最有利的选择。然而,中医的鉴定内容在某些方面不属于医疗事故鉴定领域的范畴,中医与西医学医理的不通约性造成了在鉴定上的错搭。以现代医疗器械和《药典》数据规范的现代医学鉴定仍然把握着医学和法律的大门。医疗事故技术鉴定标准的双重性质以及鉴定标准对西医的偏倚,使得医患关系在医疗事故发生时必须依附于这样的标准,而作为理论体系几乎完全不同的中医也必须同样受到西医标准的比较和限定,十分不利于中医医疗事故的鉴定。”^[1]

当然,过去的医疗事故技术鉴定,虽然没有中医学鉴定系统的理论体系及鉴定标准,但鉴定中通常会有中医学专家参加,这或多或少能够淡化中医医疗机构在医疗事故技术鉴定中的不利地位,给中医药从业人员提供一些行业内的理解和保护。

更严峻的形势出现在《侵权责任法》生效以后。最高人民法院以司法解释的形式,明确规定医疗损害纠纷既可以申请医疗事故技术鉴定,也可以申请医疗过错司法鉴定。因为医疗事故技术鉴定的行业保护色彩比较浓厚,而且其鉴定程序的设计及鉴定结论的形式与司法审判对证据的要求有一定的距离,所以可能出现既被患者当事人排斥也被司法审判者少关注,“以致医疗诉讼案件越来越多地选择司法鉴定,改变了原有医疗诉讼的格局;医疗事故技术鉴定受到巨大冲击”。^[2]绝大多数医疗侵权损害案件均依据医疗过错司法鉴定意见审判,这种情形对中医药行业非常不利——因为大多数司法鉴定中心的法医只有西医学的背景,都会以西医学的科学标准来评判医方的过错,而中医学与西医学不相通融之处甚多,很可能因为鉴定者知识的局限性或偏见而被误判,对中医药学科以及中医药的从业人员而言,这种局面显然是很被动的,甚至是危险的。

由此可见,构建中医学学科的鉴定体系既重要且迫切。更有价值的是中医医疗过错鉴定理论及标

准形成后,既可以为中医药从业人员提供行为指引,规范、提高中医学学科水平,也可以为中医学正名并提升其在医疗市场中的竞争地位,更可以有效保护中医药从业人员的合法权利。

2 关于中医医疗过错鉴定体系的构想

以下从理论依据、鉴定标准、鉴定人的培养、鉴定机构的规划和设置4个方面来讨论鉴定体系的构建。

2.1 构建鉴定的理论依据

作为行业的技术鉴定,首先应当具备辨识技术行为正当性的理论依据。要鉴定中医医疗的行为是否正当,是否属于医疗过错行为,首先就须明确哪些理论可以构成其行为正当性的依据。通常中医的处方行为,其理论大多来源于教科书、古代典籍、学术论文,也有来自祖传秘方、民间验方的,还有依据基础理论的随证加减。来自哪些文献的理论依据是合法的、权威的,可以视为医生行为正当性的依据,这是必须要解决的首要问题。

2.2 中医医疗过错行为的认定标准

西医学对医疗过错的认定是简单而直观的,只要是违反了法律法规、诊疗规范、常规的行为,就可以认定属于过错行为。但在中医药领域,这种判断标准很可能就会有问题。比如淮山剂量,药典上其常规用量是10到30克,如果某个处方中淮山用量达到了100克,若要简单鉴定其为行为过错,就显得勉强。又如制附子,属于有一定毒性的药物,药典常规用量为3到10克,而偶有中医医生,其处方用量达到了50克以上^[3],如果简单地将其鉴定为医疗过错,也肯定是不妥的。怎么认定此类突破了诊疗常规、规范的中医医疗技术行为,必须制定比较严格的认证规则,将有意识的、合理的技术创新与技术突破行为与真正的医疗过失行为相甄别,否则就不利于某些中医文化传统的传承,也会扼杀其学术创新。相反,如果放任医师无节制地僭越诊疗常规,以技术突破为名医疗过错开脱,那也是绝对不行的。所以,要尽快制定符合中医学科特点的医疗过错认定标准。

2.3 鉴定机构的规划和设置

司法鉴定机构是依法登记的,运用专业技术知识,依法定程序对专业技术纷争作出鉴别和判断的专门机构。因为目前医疗事故技术鉴定逐渐丧失了话语权,所以医疗过错司法鉴定意见已成为影响司法判决最主要的证据。中医医疗过错鉴定属于法医临床鉴定的范畴,而现存的司法鉴定机构大部分为现代医学理论体系下的鉴定机构,以中医学理论体

系为基础的司法鉴定机构目前还是空白。在这种现状下,如果将涉及中医药的医疗损害纠纷交由普通的司法鉴定机构来进行鉴定,很可能对中医药从业人员甚至整个中医药行业造成伤害,因此,组建中医药行业的专门的司法鉴定机构迫在眉睫。建议尽快规划、设置一批以中医药理论为基础、以精通中医药理论的法医为主要鉴定人的司法鉴定机构。

2.4 鉴定人的培养

据了解,目前全国范围内暂没有一所中医药大学设立法医专业,也就是说,科班出身的法医全部来自西医院校,这对于构建中医药领域的鉴定体系而言是一个大的障碍。因此,应争取在中医药大学开设法医专业,以解决中医药行业鉴定的人才缺口问题。当然,短期内在中医药大学开设法医专业困难很大,权宜之计不妨采取“西学中”模式,在现有法医人员中选取热爱中医药的人才进行培养,以解燃眉之急。

3 存在的问题与困难分析

由于中医学科的特殊性,中医标准化问题一直是行业的难题,在行为正当性的标准体系尚不完整建立的情形下,要确立过错行为的认证标准,困难之大是可以想象的。下面就一些常见的困难和问题略作讨论。

3.1 构建理论及鉴定标准的困难

3.1.1 尚未构建诊疗规范和常规的技术争议问题的鉴定,是中医药过错鉴定的难点。中医有“同病异治、异病同治”之说,而且门派众多,用药风格迥异,难以形成统一的诊疗规范,如寒凉派和温补派就形同“水火”。虽然我国在中医数字化、标准化的方向上取得了一定的成绩,但距构建完整的标准化体系差距甚远。患者风寒表证时应该用麻黄汤还是桂枝汤,或麻黄桂枝各半汤,要鉴定孰对孰错就很困难。所以,鉴别哪些属于正当的学术流派之争,哪些属于医师的技术失误,是中医药鉴定的难点之一。不能把学术流派的差异鉴定为过错,又不能放过真正的医疗过错行为,这其中的鉴定理论及标准值得广泛而深入地研究。这个问题解决不好,就会陷入中医无法证伪的窘境,难免被人质疑其学科的科学性,所以尽管很难,但绝不可以放弃。

3.1.2 中医药治疗理念与现代西医学科学理论相分歧的问题。中西医因为理论体系的不同,在很多疾病的治疗方面有着明显的分歧,西医某些禁止的一些做法,在中医传统观念看来,恰恰是要求必须做的。比如关于骨伤之后的处理,西医主张手术治疗,对中医某些传统的手法复位予以否定^[9]。又如十八,

反,十九畏,在中医领域属于用药禁区,而某些医学科学研究结论认为并没有科学依据,以现有的研究结果来看,所涉及的十八反、十九畏不是绝对配伍禁忌^[9]。还有些经方、药物被西医学彻底否定,这种中西医明显分歧的理论,应该以哪个理论和标准来认定行为的正当性,这也是急需解决的重点问题。

3.1.3 部分中医医疗人员医疗水平发展滞后的问题。《中华人民共和国侵权责任法》第五十七条规定“医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任”,应该正视的事实是,部分中医医疗人员的医疗水平并没有随时代的进步而发展进步,因此,这部分中医的诊疗行为很难做到与当时的医疗水平相适应。比如用中药、针灸处理急腹症、休克等,在某些情况下是否妥当,这种处置手法以中医理论来判断并不存在错误,但如果处置失败是否属于医疗过错,都是目前不得不解决的问题。

3.1.4 中医医疗行为侵犯患者知情同意权的问题。《中华人民共和国侵权责任法》第五十五条规定“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其书面同意;不宜向患者说明的,应当向患者的近亲属说明,并取得其书面同意。”而对于某些疾病而言,中医治疗手段却应该归属于特殊治疗的范畴。比如说对早期恶性肿瘤患者,普通治疗方案一般是手术、放疗、化疗,如果单纯只给中药、针灸治疗,就应认定为选择了特殊治疗方案。在这种情形下中医师如果没有尽到对患者的说明义务,没有详细告知其特殊的医疗方案,是否应当认定为侵犯了患者的知情同意权呢?

3.2 设置鉴定机构及人才培养的困难

组建中医药专门的司法鉴定机构也有一些障碍和困难。根据安徽省医学会医疗事故技术鉴定办公室的统计,涉及中医的医疗事故纠纷,仅占全部案例的7.4%,数量远远低于西医。山东曾做过统计,在所调查的150例中医医疗纠纷中,仅仅有8例是单纯由中药引起的^[9]。由此可见涉及中医药的医疗损害纠纷本身并不多,如果设置中医药专门的司法鉴定机构,可能会面临着业务不饱和的问题,经济投入和产出的矛盾可能会凸显出来。要解决这个问题,需要行业管理者不计经济利益的得失,从有利于中医药事业发展的角度来做战略布局,当然,也可以设立司法鉴定实验室或研究所,争取国家的项目资助。

人才培养问题困难也不小。中医药大学要获批开设本科法医专业本身就不容易,又因为这个专业学生就业范围较窄,如果盲目开办(下转第109页)

中国中西医结合学会基础理论专业委员会副主任委员单位、广东省中西医结合学会副会长单位,积极参加、组织国内及国际学术会议,掌握学科前沿动态及最新发展,扩大学术影响。

8 进一步加强学科队伍建设

目前本学科建设的队伍主要骨干成员有29人。年龄结构:20~30岁3人,31~40岁10人,41~50岁9人,50岁以上7人。职称结构:正高18人占62%,副高4人占13.8%,中级6人20.6%;45岁以下高级职称10人,占34.5%。学历结构:学士1人,硕士4人,博士24人。学缘结构:本校毕业9人占31%,非本校毕业20人占69%。学科整体素质较高,结构合理,协作精神好,课题、成果显著。在各上级机关的关心下,重点学科的人才培养卓有成效,建立健全了各种奖励和激励制度,大力建设和打造较强的导师队伍同时培养中青年学术骨干,突出强调对科技人才的规范管理,推动学科建设发展。今后将建立人才流动机制:对学科人员根据专业特点、研究任务调整任职岗位,优化学术队伍,做到人尽其用,积极引进本学科急需人才。还要完善人才培养机制,鼓励本学科人员进行继续教育学习,包括学历提高、进修、参加学术活动等学习方式;鼓励进行学科交叉,

鼓励出国深造。优化人才梯队,形成老、中、青结合,在年龄、职称结构、学历方面更为合理。积极培养后备学科带头人,积极创造条件让年青人申报课题,使其快速成长。

参考文献:

- [1] 赵春妮,吕志平.中西医结合导论[M].北京:人民卫生出版社,2010.
- [2] 秦裕辉,何清湖,李铁浪,等.加强综合改革,突出特色发展,切实提高人才培养质量——我校中医学专业人才培养改革的实践与思考[J].湖南中医药大学学报,2017,37(4):446-449.
- [3] 何清湖,孙相如,陈小平,等.“中医+”思维的提出及其现实意义探讨[J].中华中医药杂志,2016,7(31):2472-2475.
- [4] 贾钰华,周凤华,吕志平,等.从教学模式的转变谈中西医结合概论学生自主学习模式课程的研制[J].教育教学论坛,2016,(18):186-187.
- [5] 肖 炜,吕志平,蔡红兵.中西医结合专业建设情况的调查分析[J].广东药学院学报,2008,24(4):436-437.
- [6] 殷平善,吕志平,何清湖.浅论中西医结合研究与实践的基本思路[J].现代中西医结合杂志,2008,17(30):4691-4693.
- [7] 殷平善,吕志平,何清湖.再论中西医结合研究与实践的基本思路[J].现代中西医结合杂志,2008,17(33):5131-5134.
- [8] 殷平善,罗 仁.中西医结合学科建设的几点思考[J].中医药信息,2008,25(6):1-3.
- [9] 吕志平,殷平善.略论中西医结合医学的学科内涵建设[M].北京:中国医药科技出版社,2007:3-7.

(本文编辑 李 杰)

(上接第105页)与招生,而忽视学生的就业和职业发展问题,也会带来很大的麻烦。

4 结语

构建中医医疗过错鉴定的理论依据和标准及专门的鉴定机构对于中医药行业的可持续发展,以及中医药行业从业人员的职业安全均有重要的意义,也是保障人民身体健康、和谐调处医患矛盾,保护患者合法权益不可或缺的重要手段。鉴于中医药学科标准化建设的困难特殊性,构建中医医疗过错鉴定的理论和标准,困难是可以想象的,绝非仅有本文列举的几个重点问题要解决。本文仅以抛砖引玉的想法,对构建中医医疗过错鉴定体系做了初步的设想和论证,后面还有大量而艰巨的研究任务有待去完成。

《中华人民共和国中医药法》第五十条明确规定“国家加强中医药标准体系建设,根据中医药特点对需要统一的技术要求制定标准并及时修订。”可见立法者已经将中医药标准化体系的建设提升到了国家战略的高度。第五十一条又规定“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。”证明立法者已经重视到了鉴定机构的问题,为设立中医药专门鉴定机构给予了法律上的指引并提供了法律依据。有理由相信,在国家法律的倡导和鼓励下,通过全体中医药行业从业人员共同努力,一定能够逐步完成中医医疗过错鉴定体系的构建。

参考文献:

- [1] 洪郭驹.中医医疗事故技术鉴定与中医临床发展关系探究[J].中医药管理杂志,2013,21(3):229-231.
- [2] 李 佳,兰 青,叶树俊,等.法医学司法鉴定与医疗事故技术鉴定对医疗诉讼案件影响的比较[J].中国临床研究,2010,23(11):1052-1053.
- [3] 邓旭光,李莉芳,潘力毅,等.火神派医家超大剂量安全使用附子探密[J].深圳中西医结合杂志,2008,18(6):357-360,363.
- [4] 张永超.中医正骨医疗事故鉴定的尴尬[N].医药经济报,2015-01-14.
- [5] 高晓山,陈馥馨.近年来中药十八反、十九畏药理研究的进展与展望[J].中药药理与临床,1985:4-5.
- [6] 张 麟,张 怡.中医医疗纠纷的特点及原因分析[J].中医药临床杂志,2013,25(4):953.