

侵权责任法视域下医务人员行医权保障规范之完善

高雪娟

(福建中医药大学管理学院,福建 福州 350122)

摘要:行医权是医务人员在医疗活动中依法享有的与患方义务相对应的一项重要权利,具有丰富而多样化的权能。侵权责任法针对行医权,从归责体系、免责事由以及对“医闹”的禁止性规定等方面做了进一步的规范保障。侵权责任法对医务人员行医权的保障具有双重性、绝对性和私法性,具有鲜明的时代特征,同时也存在不合理因素和运行障碍,需要未来立法统一归责原则、具体化免责事由和规范化医闹责任类型,以及从司法上完善权利的救济机制。

关键词:侵权责任法;行医权;保障规范

中图分类号: D912.16

文献标志码: A

文章编号: 1671-0479(2015)04-279-004

doi: 10.7655/NYDXBSS20150407

行医权是医务人员在医疗活动中依法享有的与患方义务相对应的权利。目前,我国对该权利的规定主要体现在《执业医师法》、《侵权责任法》等法律法规中。其中《侵权责任法》专章规定了医疗损害责任,从全面和衡平的角度考量了医患双方的权责,对医务人员的行医权做出进一步的保障规范。行医权作为一项特殊的权利,没有也无法在侵权责任法中得到系统而全面的规制,根源于该部法律的立法初衷和根本目的是保护患者的绝对性权利。这样的制度设计引导学者们逐步关注医务人员的行医权问题,以便预防或减少医患之间的权利冲突与碰撞。侵权责任法对医务人员行医权保障机制既有闪光点又有不足与障碍,笔者通过分析背后的理论预设及制度安排,从立法与司法的层面提出一些思考和建议。

一、侵权责任法保障医务人员行医权的特征

(一)侵权责任法所保障的行医权是法益和法律权利的混合体

法益乃是法律保护之个人权益,只是这种受法律保护的利益比较宽泛,是一种概括的、不确定的利益,没有严格意义的规范上的界定,不具有具体的权利形态,而法律权利则是已经法律所直接规定并保护的具体权利。“行医权”中的诊疗权、检查权、处方

权等属于已为现行法律确认的法律权利,而获得保险权、指导实习医生权等属于尚未被法律明确,但又被法律界普遍认为应当予以保护的法益。可见,行医权的本质是一系列法律权利和法益的综合。尽管目前侵权责任法无法穷尽所有行医权的权能,但随着医疗法务的不断发展,未上升为法律权益的各项法益,将逐步踏入法律规范的视觉,日益形成完善成熟的权利体系。

(二)侵权责任法保护行医权的绝对性和私法性

通说认为,侵权法所保护的权利仅限于人格权、物权、身份权、知识产权等绝对权^[1]。绝对权也即绝对地对抗一切不特定义务人的权利。医务人员行医权的核心权利就是表现为医务人员在医疗活动过程中不受任何人的任何干扰,义务的对象就是不特定的任何人,此即保护的绝对性特征;此外,行医权是个集合性的概念,同时具有双重性,既包含有行政方面的公法权利,如强制隔离诊疗权、强制尸检权等权利,又包含有民事方面的私法权利,如普通的诊疗权、检查权等权利。由于侵权法是针对平等民事主体权利义务的规范,所以侵权责任法只规定和保护行医权权能中的私法权利,此即保护的私法性特征。

(三)侵权责任法对行医权的双重法律调整

所谓法律调整,是指法律作为一种手段,去调整

基金项目:2013年福建省中青年教育科研项目(社科A类)“侵权责任法视野下医务人员行医权问题的实证研究”(JA13169S)

收稿日期:2015-04-14

作者简介:高雪娟(1981-),女,福建龙海人,讲师,主要从事卫生法学教学科研。

它所保护的对象,以达到特定的目的。侵权法对医务人员行医权的规范主要通过直接调整和间接调整的双重调整方式,前者是法律直接规定医务人员的行为,如侵权法第55条规定了医务人员的告知说明义务;后者是法律规定其他人对医疗机构应当采取或不应当采取某种行为,这种行为会间接影响到医务人员行医权的行使,如侵权法第64条规定的他人不得干扰和妨碍医务人员的工作和生活。不管是直接调整还是间接调整,立法都无法穷尽实践中的所有情形,出现的具体类型和具体问题还需要司法解释加以解决。

(四)体现利益衡量的原则

责任即意味着利益,有责任即有利益。目前,我国有些卫生法律法规和政策文件已经论及医疗损害责任和医务人员合法权益的衡平,强调在医疗环境保护和医疗体制建设中实现利益的公平和利益的增进。医疗行为本身充满着许多不可预知的风险和结果,过多地课以责任和义务可能导致被告的一些破坏性行为,将促进一些不必要的注意,如“防御性医疗”。实际上,侵权责任法不会期望任何一个合理的医务人员采取预防措施去避免每一个刻意想到的风险,这将牺牲公益或导致社会资源的巨大浪费。医疗损害责任中的过错归责原则和免责事由充分体现了利益衡量原则。只有做到责任公平和利益公平,并且实现利益增进,才能发展和繁荣医疗卫生事业,促进医患双方的协调发展。

二、侵权责任法中保障行医权的规范依据

(一)过错责任为主的归责体系

医疗侵权案件中的归责原则是医患双方权利义务衡平的结果,是实现侵权救济公正公平的关键要素。医疗行为作为一种特殊的服务,与一般的合同行为相比,由于现有医疗技术的限制以及服务对象的个体差异性、疾病的自然转归等多种原因,医务人员在合同上并不能保证诊疗的成功,即使他以明确承诺的方式表达了这一层意思;医务人员在合同中的义务仅是合理善意的注意义务。如果单纯课以无过错责任或过错推定,医务人员将无法潜心医术,造成医疗资源浪费或徒增医疗费用。有基于此,侵权法改变过去过于苛责医方的过错推定原则,确立了过错责任为主的原则体系,体现责任公平和利益公平。

(二)医疗侵权损害责任的免责事由

医疗损害抗辩事由,系指在医疗损害责任纠纷中,被告医疗机构就其医疗行为不构成民事侵权、不

承担或减免承担民事责任而提出的事实。作为归责原则的例外规定,体现的是立法层面上的分配正义,免责事由必须由法律作出特殊规定。侵权法主要规定了患者有损害,因患方或第三方问题,或者紧急医疗救治中合理诊疗亦或当时医疗水平限制等三方面因素所导致的损害,则医疗机构及其医务人员对于其过错之外的部分,不予以承担责任。医疗领域的高度技术性、风险性和有限性决定了医务人员在面对一些特殊医疗情形时的不可控和无奈。

(三)关于“医闹”法律责任的规定

侵权法第64条原则性地规定了对“医闹”的处理,立法的出发点和目的都很明确,这是对医务人员行医权直接的概括性保护,强化了人们对保护医务人员合法权益的意识,起到一定的警示作用。这也是侵权责任法对医疗损害责任在立法上的一个小创新,因为它实际上扩大了医疗损害责任的内涵,扩大了医疗损害责任受害主体和侵害主体的内涵,也即,把所谓的“医闹”纳入属于医疗损害责任调整的范畴,在大致思路和方向上,为解决“医闹”初步指明了一条民事方面的救济路径。

三、行医权保障规范的障碍分析

(一)对过错推定责任和无过错责任的质疑

证据法意义上的推定,是以某一既定的事实为前提,依照符合常规的逻辑,推断出另一个相关的事实,二者应当存在一定的联系^[2]。一般认为,推定仅适用于既定事实与推定事实间存在非必然关系,否则无从也无需推定。从侵权法第58条的过错推定来看,基础事实即是“患方或第三方原因”等三种情形,推定事实即是“医疗机构存在过错”。实际上,这里既定事实一旦被证实,推定“医疗机构存在过错”这一事实则自动获得证明,也就是二者存在必然关系,无须推定。

此外,侵权法对医疗产品损害课以无过错责任,是出于方便患者行使求偿权,保障其能够获得更好的法律救济。但是,将这种产品领域的危险扩散理论扩展到医疗服务领域,也将导致一些不良影响,比如无过错责任的适用可能会导致医师的“防御性医疗”,对患者和社会带来不利;无过错责任所增加的医疗服务成本将会转嫁给患者承担等等。这些做法显然会造成公共医疗资源的浪费,最终不利于患者整体福利的增进。

(二)免责条款的不合理因素分析

侵权法第60条针对医疗损害的免责规定似乎更属于责任不成立的抗辩,条款中第二、三项的规定

实际上隐含了这样一个前提,即医疗机构及其医务人员本身无过错,尽到了法定的合理注意义务,否则也要承担与其过错相应的责任。所以该条实属医方责任不成立的抗辩事由,而非医方依据归责原则应当承担责任但依法律公平观念免于承担责任的免责事由。责任不成立的抗辩事由可以直接根据责任构成要件判定,除为强调之用一般不宜再做法律特别规定,否则是对立法资源的浪费。在医疗损害案件中,倘若由于医疗水平的限制、紧急救治或意外事件而导致损害发生,那么被告只需根据过错责任构成要件,以没有因果关系或自己没有过错为由拒绝承担责任即可。

(三)对制裁“医闹”的警示性规定

“医闹”是个复杂的社会问题,侵权法的有关规定简单笼统,在司法实践中也没有依据该规定针对“医闹”而提起的医疗损害赔偿诉讼。

这样的规定仅仅是一种警示,由于没有配套的制裁措施,起不到真正的约束作用。倘若医务人员的行医权受到侵犯后不能及时得到法律的救济,则将影响安全稳定的医疗秩序的形成和医疗卫生事业的建设,也将制约法律对患者权益保障作用的发挥,最终将影响患者的根本利益。侵权责任法对行医权的保障规定如果不够明确具体,无法落实为司法裁决依据,行医权的保障无疑将成为一纸空文。

四、完善建议

(一)归责原则的统一

如前所述,对于侵权法第58条的规定,理论上的推定并不存在。即使理论上的推定成立,那么此情形下的推定也是可以反驳的,其法律效果与《证据规则》中的“谁主张谁举证”的举证分配规则并不存在本质差异。此外,杨立新教授在侵权法草案建议稿中指出若存在该条规定之情形,法院即可直接认定医疗机构有过错。对此,笔者持赞同意见。

至于医疗损害产品的责任立法,笔者认为可以借鉴“英美法中的商品与服务的二分法”,即英美法在服务业者责任的归责原则上,区分了商品与服务,区分了商业交易行为和专门执业人员之服务。针对不同情形,适用不同的归责原则。英国法院认为,当服务提供者同时提供服务与商品,并与被服务者存在商业合同关系,则启动默示担保责任^[3]。美国侵权法重述第402节对产品出卖人的界定也限于商品与服务并存的场合,比如美容医疗,其理由是美容服务并非必须,即使必须也与其提供的美容产品紧密关联并从中获利,课以无过错责任并不为过。对于

专职服务人员,若其服务为社会所需且具有社会公益,理应课以过错责任。据此,对于我国医疗产品损害的归责原则,可以借鉴此“二分法”区分为两种责任形式:无过错责任与过错责任,前者主要适用于产品交易与服务并存的医疗行为,后者适用于医务人员纯粹以医疗服务为目的而使用医疗产品的场合。

总之,医疗损害责任的归责原则一般仅限于过错责任原则。这应当是医疗领域普适性原则^[4]。虽然,在归责原则、责任构成上,医疗侵权与一般侵权存在不同之处,但仍不宜归入特殊侵权类型。过错推定或者无过错责任不宜扩展到医疗服务领域,毕竟医疗服务具有公益性质,不同于纯私法领域的商品交易,同时,整个医疗服务的过程和结果都充满着风险性和不确定性,加之有限的医疗资源,对医务人员不可过于苛责。

(二)免责事由的具体化和规范化

医疗损害抗辩事由是医疗机构及其医务人员在医疗侵权诉讼中据以抗辩的实体法依据,对于侵权法总则中规定的各项免责事由,仅“受害人过错和第三人过错”这两类别在医疗损害免责事由中加以特别规定,其他事由并未提及,而是增加规定了“紧急救治”和“医疗水平”的免责。如前所述,“紧急救治”和“医疗水平”的免责规定并不贴切,归入不构成责任的抗辩更为恰当。实际上,其他免责事由中的医疗意外、紧急避险以及职务授权等事由更应在医疗损害中具体阐明。比如医疗意外事由,王敏诉榆次中医骨伤专科医院人身损害赔偿案^[5],该案当事人双方对于患者王敏无法吸收“可吸收骨折内固定螺钉”这一医疗意外均无过错,法院却依据民法中的公平原则,判决医方承担一半法律责任。然而,这样的判决结果是否合理存有争议。又如紧急避险事由,当隐私权与生命权发生冲突时,医生为了挽救患者生命而侵害患者隐私权的做法是否可以免责也存在争议。而职务授权事由,如防疫医疗队对传染病患者采取的强制医疗措施致传染病患者权益受到损害,或为了消灭急性传染病而将患者所用的带菌衣物烧掉,是否可以免责或减责,责任如何承担等等一系列问题均需法律加以明确规定。

综上,鉴于医疗风险的特殊性,侵权责任法一般条款中的免责事由仍需在医疗损害中进一步明确,同时对其在侵权法体系中的法律地位、界定范围、法律特性与类型以及在司法实践中的应用原则与应用方法等等加以具体化,以避免理论中的争议和司法实践的不统一。同时,对于目前医疗损害免责条款需要加以修正,对其中属于不构成责任的抗辩事由无

需法律再次明确。

(三)完善“医闹”的责任类型和救济机制

最经济完美的救济方式应当是建立相应的机制预防现实损害结果的发生。侵权之事后补救虽为必需,但最有效之根基在于其排除及预防功能^[6]。这种排除与预防不仅着眼于现实的损害,还要延及可能发生损害的现实危险^[7]。因此,侵权法要防止“医闹”,实现保护医务人员行医权这一目的,它的基本功能就不能只是填补损害,还应具有排除和预防功能。

所以,一要明确医务人员行医权的法律地位,在权益受到侵害时也可以医疗损害赔偿事由起诉患者,享有与患者同等的民事救济机制。英国学者约翰·福莱明认为,侵权法最基本的功能在于对侵权过错行为的一种补救,这种补救通过损害赔偿诉讼的方式加以解决^[8]。所以,第64条的规定要在司法实践中起到预防和警示的作用,它所调整的损害应该是可救济的损害。二要细化侵害行医权的类型和损害程度。患方的妨碍行为在实践中就有很多表现形式,比如围攻医院,殴打辱骂医护人员,占据病房等医疗场所,打横幅标语,播放噪音,狂呼口号,甚至抬棺抬尸游行等等,类型不同,危险性不同,危害性也不同。因而有必要对该条款的适用类型、范围、程度及责任进一步作出司法解释,使得法院在落实赔偿责任的时候变得切实具体,可操作性强。三是规定排除损害责任。排除损害责任,也即排除即将发生的损害或停止已经发生的损害,并对此承担预防性责任。传统理论认为,侵权行为产生的侵害有现实的实质性损害、实质损害威胁和实质妨碍三种形态。从时间进程上看,也有即将进行的、正在进行的和已经结束的三种侵权形态。不少“医闹”并不是一开始就产生现实的实质性损害,而主要表现为实质损害威胁和实质妨碍,要么正在进行,要么即将进行,无法启用填补损害机制,此时引入这一独立的责任形式,即排除损害责任,将起到一定的威慑作用。

侵权责任法的出台,虽然进一步规范和保障了

医务人员的行医权,但仍存在着些许不完善和运行障碍。法律应当是稳定的,但又应当不断改进自身来满足不断发展变化的现实需求。如何克服现存的障碍有赖于未来司法实践的推动,通过有关机关完善立法或司法解释的路径,更好地维护医务人员的合法权益。这种推动和完善往往局限于法律制度的一些特殊方面,或局限于一个特定框架的具体问题,比如前文对于归责原则、免责事由、“医闹”等的探究。此时,需要司法机关承担运用、推进现有法律制度并在公平正义的法理理念中加以衡平的任务,这便启动法律的有效性和实效性相结合的机制。法律的有效性是它授予医务人员以受到其他私人尊重的权利或权力,而且在它们遭受侵害时应当得到司法机关的保护;法律的实效性是它对医务人员行医权的保护规范在执法人员心中的确起到了影响作用并在对权利进行救济的过程中得到了良好的适用。

参考文献

- [1] 王泽鉴. 侵权行为法[M]. 第一册. 北京:中国政法大学出版社,2001:97
- [2] 张 榕. 证据法[M]. 厦门:厦门大学出版社,2007:137
- [3] 赵西巨. 医事法研究[M]. 北京:法律出版社,2008:151
- [4] 郭 靖,彭 露,姚 琳.《侵权责任法》对医疗机构防范医疗纠纷的启示[J]. 中国卫生事业管理,2005,24(1):130-132
- [5] 国家法官学院案例开发研究中心. 中国法院2012年度案例[M]. 北京:中国法制出版社,2012:18-20
- [6] 史尚宽. 债权总论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:207
- [7] 王利明. 民法·侵权行为法[M]. 北京:中国人民大学出版社,1993:407
- [8] 田土城. 侵权行为责任法的一般条款研究[J]. 河南省政法管理干部学院学报,2006(2):63-70