

医疗红包行为的社会危害性刍议

杨海涛,郭永胜,荣良忠

(徐州医学院社科部,江苏 徐州 221004)

摘要:立法将商业红包行为纳入“非国家工作人员受贿罪”,而医疗红包行为在恶化医患关系、破坏医疗秩序、侵犯医务人员的职务廉洁性和患者的公平治疗权利等方面的社会危害性并不亚于商业红包行为,却成了“漏网之鱼”。应当以医疗红包行为的社会危害性为逻辑起点,明确医疗红包行为具有民事、行政、刑事等多部门法的法律属性,采用民、行、刑等多部门法的调整手段予以治理。

关键词:医疗红包行为;社会危害性;法律规制

中图分类号: C913

文献标志码: A

文章编号: 1671-0479(2015)06-452-004

doi:10.7655/NYDXBSS20150609

自2014年5月1日始,全国医疗机构推行“红包协议”,引起了社会热议,其依据是卫计委的通知。探讨“红包”的法律规制问题,理论上需要探讨两个问题:一是医疗红包行为是否具有严重的社会危害性;二是医疗红包行为是否仅具有民(私)法的单一法律属性、是否仅可用私法手段予以调整。前者是讨论后者的逻辑起点。

为方便讨论,需要对相关范畴予以界定。“红包”本身不是一个规范性的法律用语,实体法律没有适用“红包”一词。由于“红包”的本质不在于静态的“物”,而在于“行为”,可以称之为“红包行为”。根据主体、行为特征的不同,可将“红包行为”分为两类:商业红包行为和医疗红包行为。商业红包行为指医药经营者给予医务人员合法劳动报酬以外的财物或利益的行为;医疗红包行为专指患方给予医务人员合法劳动报酬以外的财物或利益的行为^[1]。

一、关于医疗红包行为的法理思考

最高法院、最高检察院出台的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)将商业红包行为纳入非国家工作人员受贿罪,使关于商业红包行为的争议暂时告一段落。但《意见》“遗漏”了医疗红包行为,那么,医疗红包行为是否不具有严重的社会危害性?如果医疗红包行为

不具有社会危害性,则其将是游离于法律之外的道德问题;如果具有轻微的社会危害性,可以仅以私法予以调整;如果其具有明显的社会危害性,则可以纳入刑法、行政法、民法等予以规制。

二、医疗红包行为具有严重的社会危害性

(一)医疗红包行为不具有社会危害性的理论批判

持医疗红包行为不具有社会危害性或严重社会危害性的不乏其人,其理由主要包括:首先,感激说,医疗红包行为的原因出于患者的感谢。有官方调查结论为,2000年送“红包”各原因所占比率排列顺序如下:“出于感激”第一位,“希望医生认真看病”第二位,“医务人员暗示或索要”第三位,“其他因素”第四位^[2]。其次,报酬说,“医疗红包”为医务人员的劳动报酬。有学者指出,比较恰当的界定,应该是属于患者付给医师的额外报酬^[3]。第三,制度性原因说,将医疗红包行为的原因归咎于制度性低薪。如有观点认为,由于医疗服务价格过低,“红包”就成了价格监管制度的“额外补偿”。要根治“红包”问题,确定合理、科学、符合经济规律的价格政策是根本^[4]。第四,法不责众说,“红包”现象具有普遍性,法不责众。将一个领域内常常发生的行为定为犯罪,刑法根本无法追究,如果追究,则执法成本太高^[5]。

上述理由是站不住脚的,理由如下:首先,关于

基金项目:江苏省教育厅高校哲学社会科学基金项目资助(2013SJB820021)

收稿日期:2015-07-26

作者简介:杨海涛(1970-),男,山东人,副教授,徐州医学院社科部,主要从事卫生法研究。

感激说。如果医疗红包行为的原因出于患者的感谢,就会出现一个悖论,患者及社会对医务人员的角色期待与感谢行为的背反。根据社会角色理论,个体承担某一角色,首先遇到的是他人与社会对这一角色的期待,及社会公众对其行为方式的要求和期望。如果个体偏离角色期待可能招致他人的异议或反对^[6]。根据调查,73.5%的患者认为医生收红包是不合理的^[7],社会公众对医务人员的角色期待的内容之一应当是不收“红包”,而感激说却反映为可以收取“红包”,社会公众的意志和行为出现了明显的背反。另外,感激说也不能作为行为人为人免责的理由,例如,在许多“官商”结合、“官黑”结合的受贿案件中,行贿人的感激之情也是真挚的,但却为刑法所规制。

其次,关于报酬说。将“医疗红包”解释为医务人员的劳动报酬,不能解释三个现象:一是只有部分医务人员能够收取红包,而同样付出劳动的其他医务人员则没有收取“红包”的机会;二是无“红包”情形下医务人员仍应提供合格医疗服务,而不能降低医疗服务的质量;三是如果“医疗红包”是劳动报酬,那么,其他行业中,如记者、教师等收取的“红包”同样可以解释为劳动报酬,这样的假设其结果是不可想像的。另外,报酬说不能解释商业红包行为和医疗红包行为的区别对待问题,既然医务人员过低的报酬需要补偿,那么补偿的途径至少可以通过两个途径得以实现,即医疗红包行为和商业红包行为,如果医疗红包行为可以定性为一种“合理的补偿”,那么,商业红包行为(构成非国家工作人员受贿罪)为何不可呢?

再次,关于制度性原因说。不可否认,我国现有的收入分配机制存在诸多不合理之处,给予医务人员较高的薪酬有一定的合理性,但收入分配制度不合理不能成为医疗红包行为合法合理的理由。制度问题应通过制度改革解决,而不是不择手段。俗语说得好:“君子爱财,取之以道”,例如,不能抢劫银行。目前,收受红包和回扣等行为并不只是医疗行业独有的现象,如记者、教师、会计师、裁判员、导演、律师等职业中也存在着“红包”现象,但是“制度”皆不能成为收取“红包”的正当理由。

最后,关于法不责众说。行为的普遍性不能成为免责的绝对理由,例如,“三聚氰胺”事件中,有22家企业69批次产品三聚氰胺检测为不合格,涉及伊利、蒙牛等知名品牌^[8],可谓具有行业的普遍性,但仍可构成生产、销售有毒有害食品罪。同样,2003年有报道称,世界卫生组织表示,中国官方估计目前有

600万名性工作者^[9],比当年的全国卫生人员总数还多,行为的普遍性同样不能成为免责的理由。

(二) 医疗红包行为具有严重的社会危害性

医疗红包行为具有严重的社会危害性,这是一个社会常识,不容置疑。严重的社会危害性是犯罪的本质特征,《意见》把商业红包行为纳入非国家工作人员受贿罪,而医疗红包行为在恶化医患关系、破坏医疗秩序、侵犯医务人员的职务廉洁性和患者的公平治疗权利等方面的社会危害性并不亚于商业红包行为。

1. 恶化了医患关系

“红包”引发了系列社会事件,加剧了医患冲突,“红包”问题已成众矢之的。如2004年无锡“急退红包”事件,患方指责医方“红包送了,人却死了”;2005年苏州“院长红包”事件,村民、患者、医生纷纷举报院长收受红包;2010年深圳“产妇肛门被缝”事件,“索要红包”直接导致患方质疑医方“缝肛”报复;2014年“医生教学生收红包”事件……而在这诸多热点事件中,“红包”无不成为事件发酵的“种子”。2010年,中纪委副书记马馥曾指出,老百姓对于医务人员收受红包等问题仍然意见很大。

2. 破坏了医疗秩序

首先,使诊疗价格体系陷于混乱。依法理,为降低交易成本,规范诊疗行为,提高诊疗效率,诊疗合同应确定医患双方的权利和义务,否则,诊疗行为及诊疗秩序将陷于混乱。因而作为诊疗合同必备条款的诊疗价格须具有确定性,而“红包”作为合法劳动报酬以外的“礼物”,天然具有不确定性,恰恰破坏了诊疗价格的确定性。其逻辑关系可以用一个公式来表示:确定的诊疗合同价格+不确定的红包=不确定的患者支付。于是,可能的情况是,患者将展开送红包的“军备竞赛”,而医务人员则欲壑难平。

其次,医疗红包行为造成医务人员权责不一致。一般而言,作为诊疗合同的双方主体应为患者和医疗机构,由医疗机构对患者履行义务并承担责任,而实践中,红包往往支付给掌握一定职权的医务人员个人,这样就掩盖了诊疗行为实质为职务行为的性质,造成医务人员权责不一致。而现代社会,完成一个完整的诊疗过程往往需要医药护技等多方协作,医疗行为具有整体性,非医务人员个人所能全部完成。

第三,破坏医疗机构的收入和分配制度。由于收受红包的主体为部分医务人员,必然造成医疗机构内部收入分配不均衡问题,同时,又由于医疗红包行为具有隐蔽性,难以在医疗机构内部予以公平分配,

必然会造成医疗机构内部利益冲突。

另外,根据2010年《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第十条,非国家工作人员受贿罪的立案标准为“5 000元以上”,可见,立法者认为,对医疗秩序的破坏,并非巨额财物才会造成。而实践中,部分医务人员收取的“医疗红包”的数额不止于此。

3. 侵蚀了医务人员的职务廉洁性

医乃仁术,社会称医务人员为“白衣天使”,医疗红包行为与“白衣天使”的社会角色期待格格不入,有乘人之危之嫌。执业医师法规定:“医师应当具备良好的职业道德和医疗执业水平”,“医师不得利用职务之便,索取、非法收受患者财物或者牟取其他不正当利益”,保持职务廉洁性已经成为医师的法律义务,而不再是游离于法律之外的道德义务。实践中,患者支付红包通常为达到两个目的:一是希望医务人员认真诊疗,买安全;二是为换取某种特殊利益,如及时诊疗、特殊照顾。无论是哪种目的,都是对“白衣天使”救死扶伤神圣职责的亵渎。提供合格的医疗服务,是医务人员法定义务和约定义务,是医务人员职务行为的应然要求,而不应当附加任何不正当的条件。

4. 侵犯了患者的公平治疗权利

俗话说,“吃人家的嘴软,拿人家的手短”,医务人员收取红包,必然会面临一个问题:如何为“无红包”、“低红包”患者提供同质的合格医疗服务?医疗机构的医疗资源具有有限性,这种有限性决定了患者获取医疗资源时具有获取时间上的顺序性和获得资源的差异性,可以想见,在“看病难,看病贵”的今天,那些“无红包”、“低红包”患者将面临不公平的待遇。如果医疗红包行为具有补偿医务人员等益处的话,与其具有的社会危害性相比,也是不可同日而语的。

综上所述,医疗红包行为具有社会危害性,其本质是“职权寻租”,是医务人员滥用权利的表现,不仅仅是一个道德问题,应当受到法律的规制。接下来的问题是:应受何种法律关系的规制?

三、医疗红包行为的法律属性

医疗红包行为具有严重的社会危害性,那么,医疗红包行为的法律性质是什么?应当受到何种部门法律的规范?宪法、民法、行政法还是刑法?

(一) 医疗红包行为具有单一法律属性是一个误区

因为具有严重的社会危害性,医疗红包行为可以同时成为民事、行政、刑事等部门法律关系的客

体。作为平等主体间的民事法律关系的客体,可以置于赠与合同、不当得利之债、侵权行为之债等法律关系中予以讨论;作为调整行政主体与相对人之间的行政法律关系的客体,可以作为违法行为予以讨论;作为刑事法律关系的客体,可以作为犯罪行为予以讨论。应当避免一个误区,即如果医疗红包行为属于民事法律调整的范畴,则排斥行政、刑事等法律部门的介入。

(二) 医疗红包行为为宪法所规范

我国宪法第五十一条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”医疗红包行为具有严重的社会危害性,显然突破了自由和权利的合法界限,属于权利滥用,为宪法所规范。

(三) 医疗红包行为超出了民法规范的范畴

有观点认为,行医权是一种“私权力”^[10],意欲将医疗红包行为纳入到“私法自治”的范畴,从而排除公法干预。值得注意的是,医疗红包行为超出了民法规范的范畴。

医疗红包行为是无效的民事行为。《民法通则》第五十八条明确规定:“下列民事行为无效:……(五)违反法律或者社会公共利益的”;《合同法》第五十二条明确规定:“有下列情形之一的,合同无效:……(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定”。《执业医师法》第二十七条明确规定:“医师不得利用职务之便,索取、非法收受患者财物或者牟取其他不正当利益。”由此可以得出结论,医疗红包行为是无效的民事行为,非属不当得利或赠与合同所规范,其“红包”作为非法财物应予没收。

应当强调的是,即使医疗红包行为属于民法所规范,也不能绝对排斥公法的介入。私法与公法不是绝对对立的,而是存在着交叉。如财产犯罪都具有双重性质,一是违反了刑法,二是违反了民法。

(四) 医疗红包行为为行政法所规范

正是基于医疗红包行为具有社会危害性,《执业医师法》在“法律责任”一章中将其规定为行政违法行为。但遗憾的是,对于医疗红包行为的行政法规范,仍然存在两个缺憾:一是适用范围过窄,《执业医师法》仅适用于执业医师,而医疗红包行为的主体显然不止于医师,而应包括利用职务之便收取医疗红包的相关医务人员,如管理人员、护士及其他卫生技术人员;二是即便是《执业医师法》,其法律规定的可操作性亦不强,如:何为“情节严重”、“非法收受”、“不正当”?该法并没有作出明确规定。法律规定的模

糊性,导致社会的法律期待、行政机关的法律适用均具有不确定性,需要增强法律的可操作性,以强化法律的指引、预测、评价作用。

(五) 医疗红包行为应为刑法所规范

医疗红包行为具有严重的社会危害性,理应受到刑法的规制。

首先,法律实践表明,在当前法律规制框架下,仅靠医务人员的道德自律、现行的行政法手段,不能很好地遏制医疗红包行为的泛滥。如前所述,医疗红包行为具有严重的社会危害性,应当将之纳入到刑法规制的范畴。

其次,商业红包行为的入罪为医疗红包行为的入罪提供了可比性参照。《意见》将商业红包行为规定为非国家工作人员受贿罪,而没有将医疗红包行为同时纳入,但这并不表明医疗红包行为不可以入罪。这两种行为具有如下共同性:第一,二者都利用了处方权等医务职权,皆属“职权寻租”行为;第二,二者都侵犯了医务人员的职务廉洁性;第三,二者都破坏了医疗秩序;第四,二者都恶化了作为整体的医患关系。从犯罪的本质——社会危害性而言,医疗红包行为的社会危害并不亚于商业红包行为,应当规定为犯罪,罪名亦为非国家工作人员受贿罪。

四、医疗红包行为的法律规制建言

医疗红包行为现象是医疗行业的一个痼疾,具有严重的社会危害性,这是解决此问题的逻辑起点。应当采取多部门法综合立法的系统手段予以治理,包括刑事、行政、民事手段。

关于刑事手段。所谓“刑乱世用重典”,鉴于医疗红包行为具有严重的社会危害性,应以刑罚手段对其规制,与商业红包行为同罪同罚,以避免产生二者的罪刑不均衡。具体做法可借鉴两高《意见》,用司法解释的形式将之纳入到“非国家工作人员受贿罪”,立案标准可参照两高的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》。

关于行政手段。对不构成犯罪的医疗红包违法行为,应给予罚款、吊销许可证或执照等行政处罚,对严重违法的行为主体,永久剥夺其从业资格。同时,修订《执业医师法》、《护士条例》等主体法,主体

范围应包括利用职务之便收取医疗红包的相关医务人员,如管理人员、护士及其他卫生技术人员等。去除“情节严重”、“不正当”等可操作性不强的要件,改为“在医疗活动中,利用职务之便,利用各种名义非法收受患方财物的”。

关于民事手段。根据《民法通则》以及《合同法》,医疗红包行为为“损害社会公共利益,违反法律、行政法规的强制性规定”的无效民事行为,行为主体应承担无效民事行为的相应后果。

参考文献

- [1] 杨海涛,李海洋. “红包”的概念、特征和法律属性[J]. 医学与哲学,2014,35(9):72-74
- [2] 孟开,孟祥栋,刘吉生. 辽宁省医疗机构1999年和2000年“红包”现象调查结果与分析[J]. 中国医院管理,2001,21(9):5
- [3] 刘丽杭. 非正式支付,“红包”与治理——基于国际医疗服务领域的实证分析[J]. 医学与哲学,2008,29(19):60-64
- [4] 段沁江. “红包”现象的经济学分析[J]. 卫生经济研究,2007(12):9
- [5] 吴凤清. 红包、回扣,离商业贿赂有多远[J]. 中国医院院长,2006(13):34
- [6] 中国就业培训技术指导中心. 中国心理卫生协会. 心理咨询师[M]. 北京:民族出版社,1999:112
- [7] 孔祥金,杜治政,赵明杰,等. 红包与医患诚信——全国10城市4000名住院患者问卷调查研究之七[J]. 医学与哲学,2011,32(9):34-48
- [8] 新华网. 婴幼儿配方奶粉三聚氰胺专项检查阶段性检查结果公布[EB/OL]. [2008-09-17]. http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-09/17/content_10047162.htm
- [9] 新明日报. 世界卫生组织:中国性工作者600万[EB/OL]. [2008-09-17]. <http://www.zaobao.com/special/newspapers/2003/08/xmrb190803b.html>
- [10] 赵菡,曹小燕. 卫生部肃整门风专题报道之(四)红包医生:法律怎就拿你没办法[J]. 医院领导决策参考,2004(13):6