

# 医学实习生“准医生”法律地位的确定

费金玉

(安徽财经大学法学院,安徽 蚌埠 233000)

**摘要:**如今,医学实习生在医疗活动中占据重要角色,但相关法律对医学实习生法律地位的规定非常模糊,甚至基本处于空白。因此,文章从探索医学实习生实践中的困境入手,分析现有规定的不足,从实践案例和法理角度厘清医学实习生的医疗行为,提出“准医师”的概念,并从立法、引用行政处罚的方法以及从成立实习生基金等方面对如何确定医学生“准医生”的法律地位进行了研究。

**关键词:**医学实习生;准医生;非法行医;实习生基金

中图分类号:G642.44

文献标志码:A

文章编号:1671-0479(2017)03-212-006

doi:10.7655/NYDXBSS20170310

## 一、问题的提出

《中华人民共和国执业医师法》(以下简称《执业医师法》)第9条规定:具备以下条件之一,即具有医学专业本科以上学历,在执业医师指导下,且在医疗、预防、保健机构中试用期满一年的;取得执业助理医师执业证书后,且具有医学专科学历,在医疗、预防、保健机构中工作满两年的;具有中等专业学校医学专业学历,在医疗、预防、保健机构中工作满五年的,方可参加执业医师资格考试。由此可知,任何医生在获得执业医师资格证之前都需要在医疗等相关单位实习一段时间。而此次所探讨的主体是指在这一时间段内工作的医务人员,包括医学生和试用期医学毕业生。为方便论述,遂把以上人员统称为医学实习生。近年来有关医学实习生侵权的案例频发,如“北大教授熊卓为案”就引发了很大的争议,因参与抢救的医生是3名医学实习生,家属遂以3名医学实习生“非法行医”作为起诉的原因之一。试想,此类案件发生时,如若处理不当,则可能导致医学实习生的基本权利得不到保障,甚至使其身陷囹圄。

针对以上问题,周光权教授认为,公立医院的实习医生如果未取得医师执业资格,擅自从事医疗活动,并且情节严重,可以成为刑法中非法行医罪的主体。因为与江湖游医相比,公立医院里的非法

行医现象欺骗性更强,危害更大<sup>[1]</sup>。而学者童大煊认为非法行医的主要责任并不在于实习医生,而在于医院本身,没有医院的授意,医学实习生没有“擅自”从事医疗行为的可能<sup>[2]</sup>。很显然,以上观点都过于片面,一方面忽视了现有的医疗制度和医疗行为的特殊性,否认医学实习生应区别于其他的实习生;另一方面又过于极端,完全否认了医学实习生的责任问题。那么在法律上,医学实习生应当扮演怎样的角色呢?

在医疗实践中,由于医疗资源供不应求,以及医学教育的特殊性,任何一名合格的医生在成为医生之前,都需要到医院等实习单位进行临床实践学习;另一方面,由于制度的规定,即《执业医师法》第9条规定的报考条件使得临床实习成为了医学实习生迈向医生的必经之路。因此,医学实习生参与临床实践这一环节必不可少。除此之外,医学实习生在医院承担的工作任务较重,在他们工作种类和工作量加大的同时也加剧了其工作上的风险,而由该风险所造成的后果,医学实习生和患者都将无法承受。如何定义医学实习生从毕业实习到参加执业医师考试这段时间的法律地位是当务之急。

基于此,应当肯定医学实习生“准医生”的法律地位。运用立法手段确定其医疗行为的合法性与正当性,厘清医学实习生医疗行为的法律性质,一旦侵权该如何归责,从而将“合法行医”下的“非法行

收稿日期:2017-01-03

作者简介:费金玉(1992—),女,安徽淮南人,硕士研究生在读,主要研究方向为医事法学,刑法学。

医”拦在门外。引用行政处罚的方法对擅自行医造成非严重性损害后果的医学实习生进行处罚。成立医学实习生基金,确保有机构为医学实习生在“合法行医”下的医疗过错买单,保护医学实习生和患者的合法权益,维护我国医疗秩序的顺利运行。

## 二、医学实习生临床实践的现状与困境

### (一)样本来源

研究样本来源于中国经济与数据发展统计数据库。数据检索方法如下:进入中国经济与数据发展统计数据库,点击“统计数据分析”,地区参数选择“中国”,时间范围确定为“自2000年以来”,在检索指标关键词栏输入“医学毕业生”,出现71项指标供选择,在其中勾选“普通本、专科预计毕业生数(医学学科)”、“研究生毕业生数(医学)”、“科研机构研究生毕业生数(医学)”、“博士研究生毕业生数(医学学科)”4个选项,点击数据分析数表,即可生成以上四类人员随时间变化的数量变化曲线图。将“中国经济与数据发展统计数据库”作为样本来源,是因其具有权威性、全面性和便捷性。该数据库的数据皆为国家统计局历史及最新行业进度数据,年鉴资料的行业数据,依据的是《国民经济行业分类》国标(GB/T 4754-2011)。

### (二)总体数据

根据数量变化曲线图所示,普通本、专科预计毕业生数(医学学科)自2002年以来逐年显著增加;研究生毕业生数(医学)从2000年至2008年逐年小幅增加,2008年至2009年研究生毕业生人数稍有减少,2010年以后研究生毕业生人数明显大幅增加;科研机构研究生毕业生数(医学)自2000年至2009年没有变化,2009年以后毕业生人数陡增;博士研究生毕业生数(医学学科)自2000年至2006年大幅增加,于2007达到顶峰后略有减少,后趋于平稳。

### (三)样态分析

由于社会发展的需要和医疗卫生事业的兴起,医疗行业成为了热门行业,医疗专业也随之受到追捧,每年的医学毕业生在逐年增加,同时意味着每年的医学实习生也在与日俱增。在现行的教育制度下,每所医学院校的医学毕业生都需要完成在医疗等相关单位见习或者实习的任务。因此,我们可以通过每年医学毕业生的数量变化投射出每年医学实习生的数量变化。

根据中国经济与数据发展统计数据显示,从2000年至2015年,我国的医学实习生正在逐年大

幅增加。其中,硕士和博士研究生的毕业生数量增幅较大,普通本、专科毕业生数量增幅最大,且所占比重最高。每年医学实习生的群体绝大多数是学生群体。学生群体在社会上属于弱势群体,他们缺乏经济能力,很难为自己的过错承担经济方面的赔偿。

在医学实习生数量逐年递增的同时,又由于他们知识储备不足和技术能力有限,潜在的医疗风险也随之而来,由该风险带来的后果对医学实习生和患者都将不言而喻。如果不将医学实习生的医疗行为加以规制、法律地位加以确定,一旦患者受到医疗损害,那么任何处理结果都将面临很大的争议。一方面是大部分医学实习生没有经济赔偿能力,另一方面患者被侵害的权益急需得到赔偿,如何平衡医疗机构、医学实习生和患者三者之间的权益成为了法律上的空白。

## 三、医学实习生法律地位的立法缺失

法律规定在内容逻辑上存在矛盾,使医学实习生进退两难。《执业医师法》第9条明文规定了“具有高等学校医学专业本科以上学历,在执业医师指导下,在医疗、预防、保健机构中试用期满一年的才有资格参与执业医师考试”,然而《刑法》第336条第一款规定“未取得医师执业资格的人非法行医,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”,这一规定表明非法行医罪的主体是“未取得医师执业资格的人”。而医学实习生属于“未取得医师执业资格的人”这一范畴,亦即“医学实习生”和“未取得医师执业资格的人”是属种关系,“未取得医师执业资格的人”是属概念,“医学实习生”是种概念。如此,两条规定便存在矛盾,一方面法律规定要求医学实习生必须在医疗等相关单位实习一年才能获取执业医师资格,另一方面医学实习生在实习期间又存在非法行医的风险。

医学实习生在参与医师资格考试之前,在医疗等相关单位实习一定年限是必经之路。医学实习生在实习期间属于未取得医师执业资格的人,在未取得执业医师资格证之前,任何医疗行为都属于非法行医。即实习医生在实习过程中参与的临床实践活动,无论有无执业医师指导,实习医生的行为都是违法的。换言之,即便实习医生操作规范,但是只要患者死亡,患方都可以以非法行医把医学实习生作为起诉的对象。

很显然,将非法行医行为与医学实习生进行临床实践活动等同,不仅有悖公平,更会使得临床实践的过程变得有名无实,医学知识也只会停留在书

本阶段。在每一名医学实习生对于医学实践活动的探索心生恐惧、蹑手蹑脚,甚至止步不前,深怕触犯“非法行医”的情况下,医疗行业的发展也可想而知。

虽然针对以上问题,我国《医学教育临床实践管理暂行规定》的第16条和第17条对医学实习生的医疗行为都有所规定,其中指出医学实习生在临床带教教师或指导老师的指导下参与医疗实践活动,不承担医疗事故或医疗纠纷责任。但是很明显,该条例存在模糊性,只是笼统的规定,忽视了医疗实践中可能存在的各种问题。例如,开完处方后指导老师忘记签字,或指导老师和院方推诿等,诸如此类情况发生时,依据以上两条条例,根本无法做出医学实习生是否承担责任的判断。因此,该条例不能完全起到保护医学实习生合法权益的目的。

如若没有专门的立法对医学实习生的医疗行为加以保护,那么其医疗行为的性质将存在模糊性,一旦产生医疗损害行为,其医疗行为就很难定性,甚至会因为《刑法》第336条的规定,而属于非法行医的范畴。因此,如何肯定其医疗行为的正当性,为其排除非法行医是重中之重。对于非法行医,更应从立法本意出发具体问题具体分析,不可望文生义,生搬硬套。所以,只有明确医学实习生的法律地位,才能切实保障医学实习生的合法权益。

#### 四、厘清医学实习生医疗行为的应然性

##### (一)实践中厘清医学实习生医疗行为的应然性

尽管在立法上对医学实习生所实施的医疗行为和责任承担进行了规制,但是由于现有规定具有模糊性,发生医疗损害后,医学实习生仍然会成为患者家属起诉“非法行医罪”的对象。

如2006年11月20日,19岁女大学生刘莉入住北大医院3天后死亡,其中有3名无证实习生参与了治疗,随后死者母亲周凤英以“非法行医”向法院提起诉讼,虽然法院未对“非法行医”进行确认,但原告赢得官司,获赔50余万元。再如,于2006年11月17日,19岁的曹某因发热、腹泻3日,伴牙龈出血、右肩右髋部出血点1日至某医院急诊科就诊,但终因患者病情危重于11月21日死亡。患者母亲蔡某向某法院提起诉讼。原告认为:院方的医疗行为存在过错,致使曹某死亡,且医院给曹某进行诊疗的3名医生尚未取得医师执业证书,医院存在非法行医行为,医院应当承担全部的赔偿责任。同时原告向卫生局提出了《行政处理申请书》,要求对医院及其3名工作人员的“非法行医”行为进行

调查,虽然卫生局下达了医院不存在“非法行医”的答复,一审法院最终采取了向专家咨询的方式分析被告的诊疗行为是否存在过错,但是最终仍判决被告按80%的责任比例给予赔偿。收到判决后,原告均向上一级法院提起上诉,后二审法院作出了驳回上诉,维持原判的终审判决。

从以上案例不难看出,原告起诉的共同点都是院方存在“非法行医”,虽然法院都对原告所谓的“非法行医”进行了回避,但是被告都以败诉告终。这样的结果对医疗机构着实不公平。诸如此类的案件还有很多,医疗机构因此成为替罪羊更是不胜枚举。

在实践中,大多患者认为,假如医务人员有非法行医行为,那么医疗机构一定侵权成立从而承担医疗赔偿责任。尽管医疗损害赔偿纠纷属于民事侵权,实际上,医务人员的医疗行为是否属于非法行医是不能作为判断医疗机构是否构成侵权之根据的。因为与患方树立诊疗关系的另一方是医疗机构,并非医务人员个人,医务人员与医疗机构和患方之间的医疗纠纷不存在相关性。即使医务人员存在非法行医,并不必然增加医疗机构承担赔偿责任的份额。

诸如此类的案件频发,虽然通常情况下法院会根据实际情况认定该医疗行为不属于非法行医,但是医疗机构依然会因此承担绝大部分的医疗损害赔偿责任。这样模糊的回避方式给医疗机构带来巨大经济负担的同时,也影响医疗卫生事业的健康发展。追究造成现状的原因,在于没有对医学实习生的医疗行为进行定性,且由每种医疗行为所对应承担的责任不明确导致。因此,厘清医学实习生医疗行为的性质,是保障医学实习生法律地位的前提。

##### (二)厘清医学实习生医疗行为

首先,在我国的相关法律规定中,并没有对“医疗行为”进行具体的规定,而是以“诊疗活动”代替“医疗行为”被多次使用。有日本学者认为,医疗行为指以疾病的预防,患者身体状况的把握,疾病以及障碍的发现、治疗,以及因疾病引起痛苦的减轻,患者身体及精神状况改善等为目的对身心所为的诊疗治疗行为<sup>[3]</sup>。因此,医疗行为是一门复杂的科学实践活动,从诊断到治疗并不能保证百分百的准确无误,医学实习生在诊疗活动中出现失误在所难免。

其次,医学实习生的医疗行为具有合法性与必要性。《执业医师法》第9条规定,具有高等学校医学专业本科以上学历,在执业医师指导下,在医疗、预防、保健机构中试用期满一年的,才可以申请执业

医师资格考试。实践中,医疗行为也是一种复杂而慎重的实践活动,医学实习生需要大量的临床实践,才有可能成为一名合格的医生。由于法律规定与实践需要,医学实习生实施医疗活动既有合法性,又有必要性。再次,医学实习生的医疗行为具有非盈利性。医学实习生的临床实习是在教育主管部门的许可下进行的临床实践行为。他们没有工资收入,只是以学习临床实践技能,完善自身所学为目的。既没有盈利的目的,也没有盈利的可能,与医生的从业行为有着最本质的区别。

除此之外,还需正确区分医学实习生的医疗行为与医疗侵权行为,而明确免责事由,是排除医疗侵权行为的关键。在实际医疗活动中,除了有责任主体对医疗损害担责的情形,也会存在不构成医疗事故的情形。

依据相关免责条款的法律规定,免责事由可以分为以下几种情形:①不可抗力造成的医疗损害:在诊疗过程中,如果医学实习生尽到了注意义务和说明义务,且患者本人也不存在过错,所造成的损害是由于不可避免的原因造成,如并发症,那么就不存在侵权行为。②紧急避险造成的医疗损害:在时间紧迫患者存在生命危险的情况下,医师不能做到全面准确的判断,但是采取了在当时环境下最有效最有利的医疗措施并尽到了告知义务,那么造成的不良后果不属于医疗事故。③医疗水平的限制:限于当时的医疗水平,对于当时难以诊疗的病症,后来有了治疗方法,不能据此追究医务人员或者医疗机构的责任。④第三人过错导致的医疗损害:由于第三人的侵权行为导致的医疗损害,不属于医疗事故,应当由第三人承担侵权责任。⑤受害人过错导致的医疗损害:如患者或其对诊疗行为不配合,没有尽到如实说明的义务,如隐瞒药物过敏史等,所造成的损害应由受害方自身承担。只有排除免责事由,才能根据具体的侵权行为,进行合理的处罚。

退一步说,医学实习生的医疗行为无论是否属于侵权行为,都不应当受到刑法的调整。从法理学的角度来说,医学实习生所代表的医方与患方之间的法律关系应该属于独立的医事法的调整,即社会法法域<sup>[4]</sup>。无论是公法、私法还是社会法法域,都是为了追求社会价值——公正。公平正义带有人类自身认知的感情色彩,体现着人性。医生的从业行为尚且未受公法的调整,倘若将医学实习生的医疗行为归于公法调整,不免有失公正,伤害一大批医学学子的成医济世之心。

## 五、重构医学实习生“准医生”地位的路径

### (一)医学实习生主体资格的重构

从医学实习生的医疗行为性质而言,其医疗行为为具有合法性和正当性,其行为当然不能认定为非法行医行为,也就不具备非法行医罪的主体资格。卫生部新闻发言人邓海华曾于2009年11月4日公开声明“非法行医罪的主体不包括医学生和试用期医学毕业生”<sup>[5]</sup>。在实践的相关案例中,法官也对此问题进行了刻意的回避。种种证据表明,医学实习生与非法行医并无关联,更不应当受到当事人对其关于非法行医罪的起诉。造成此问题的关键在于批复的效力低于法律,而法律又没有明确规定医学实习生属于“准医生”,其医疗行为不属于非法行医,并且又有《刑法》第336条的规定,使医学实习生与非法行医总是形影相随。因此,在实践中很难操作,往往引发争议。明确医学实习生主体资格,是确定医学实习生“准医生”地位的关键。

医学实习生主体资格存在争议的原因,究其根本在于相关法律法规的缺失。首先,应当在立法上明确规定其“准医师”的法律地位,而不仅仅是各方面的公告。这些公告是否具有法律效力暂且不提,其缺乏权威性的特点不言而喻。因此,在立法上将医学实习生“准医生”的法律地位明文规定出来,使医学实习生具有和普通医生同样的法律地位势在必行。

其次,除了立法外,也可对《刑法》第336条第一款进行修改,可改为“未取得医师执业资格的人(医学实习生除外)非法行医,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。”只有将该条款进行完善,才能彻底将医学实习生正当的医疗行为与非法行医剥离开来。

### (二)医疗侵权行为责任承担的重构

医疗侵权属于民事侵权中的一种侵权方式。同样,医疗侵权责任是民事侵权责任的一种,但是其具有特殊性,不同于其他的民事侵权责任。医疗侵权责任是指医疗机构及其医务人员对在诊疗活动中违反诊疗规范,侵犯患者生命健康权的行为承担不利的法律后果。《医学教育临床实践管理条例暂行规定》第17条规定,医学生和试用期临床毕业生在临床带教教师和指导教师指导下参与医学教育临床实践活动,不承担医疗事故或医疗纠纷责任。医学生和试用期医学毕业生未经临床带教教师或指导教师同意,擅自开展临床诊疗活动的,承担相应的责任。由此规定可知,医学实习生只有在临床

带教教师和指导医师的指导下行医,才不承担医疗事故或医疗纠纷责任。但是,医学实习生对脱离指导医师的指导,擅自开展临床诊疗活动所造成的损害责任,又该如何具体的承担,尚且没有明确规定。

基于此,有学者认为,如果将责任完全转移给医疗机构承担则有违公平原则<sup>[6]</sup>。更有学者认为,一旦患者在就医过程中发生医疗事故或者纠纷,承担责任的主体应该是医疗机构,倘若该纠纷是由医学实习生个人行为导致,医疗机构可以向医学实习生个人追偿,如果医学实习生擅自实施医疗行为造成重大伤亡事故,则直接上升为刑事案件<sup>[7]</sup>。也就是说,如果医学实习生擅自实施医疗操作造成损害后果的,在民事责任上由该医学实习生自行承担。医疗机构若代其承担后果,承担后果后可以向其追偿。如果该后果是重大伤亡事故,那么不仅有民事损害赔偿,更涉及刑事责任,即非法行医。以上观点虽言之有理,却避开了两个重要问题,即按此观点,如果医学实习生擅自实施医疗行为给患者造成了非严重性损害后果是否承担刑事责任的问题;以及公平原则在处理医疗损害赔偿方面的恰当理解。

针对以上问题,首先,应当理解什么是公平原则。公平原则的表现是当事人合理承担民事责任,是对在民事活动中处于优势地位的主体提出要求。医学实习生没有工资收入和劳动保障,属于弱势群体,没有承担医疗损害赔偿的能力。从医学实习生的经济能力和患者急需得到赔偿的实际情况出发,民事损害赔偿理应由医疗机构承担,以维持社会的稳定。但是,如以上学者所言,如若将责任完全转移给医疗机构,并非公平之举。杨立新教授<sup>[8]</sup>认为医学是通过医疗实践从而不断发展造福人类,不能对医疗机构科以过重的赔偿责任,应当保护好医疗机构的正当利益。

因此,为了解决两难,催生出了医疗责任保险制度,但保险公司具有盈利性,此制度正处于起步阶段,由于对保险公司监管不足等,还存在很多缺陷,尚且不一。目前,成立医学实习生救济基金是最好的解决手段,既可以有效解决民事赔偿问题,又可以避免由保险公司和医疗机构的不对等性所产生的弊端。在民事损害赔偿方面,一旦损害责任由医学实习生承担,那么医疗机构可向该基金申请,由基金出资,承担医学实习生应当承担的民事责任。这样既可以对医学实习生起到保护作用,又可减少医疗机构方面的压力,不致影响医疗秩序。

其次,医学实习生如若擅自实施医疗行为给患者造成了非严重性损害后果,应当对此承担责任,

但并非刑事责任,可从行政角度进行处罚。由于现行的法律规定具有模糊性,并未将相应的责任具体化。因此,应当根据所致患者损害的严重性,对损害进行分级,借鉴行政处罚的种类,可对行为人进行警告、责令具结悔过、通报批评,行政拘留等。将惩罚教育与以人为本相结合,在保护医学实习生基本权益的同时,又能起到惩戒的作用,为孕育一大批杰出的医学人才保驾护航。

## 六、结 语

在经济水平逐年增高的今天,人们的卫生安全意识也在与日俱增,导致社会对医疗资源的需求大幅增加,行业风险也在加大。现有医疗体制还存在很多缺陷,由行业风险所带来的医疗损害之责任主体尚不明确。医学实习生也正处于尴尬的境地,部门规章与现有法律相抵触,法律与批复的较量,和现有法律规定的模糊性,都将是医学实习生成医之路上的绊脚石。

在医疗改革的大环境下,医学实习生的合法权益也应当受到重视。现存的有关医学实习生的法律规定只是存在个别的法律规范中,应当运用立法手段明文规定医学实习生“准医生”的合法地位,准确界定医学实习生医疗行为的正当性,为其在合法行医的情况下排除“非法行医”;引用行政处罚的方法对擅自行医造成非严重性损害后果的医学实习生进行处罚;成立医学实习生基金弥补医学实习生没有经济能力对患者进行民事损害赔偿的缺憾。只有切实保障好医学实习生的合法权益,才能造就未来一批优秀的医学人才,使我国的医疗卫生事业更好地进入良性发展的轨道。

## 参考文献

- [1] 南方周末(广州). 实习生行医:部门批复 VS 国家法律[EB/OL].[2016-11-01]. <http://news.163.com/09/11/12/11/5NTSV3QG00011SM9.html>
- [2] 童大焕. 大医院“非法行医”的法律之祸[J]. 中国质量万里行,2009,17(12):90
- [3] (日) 蒞立明,中井美雄. 医疗过误法[M]. 东京:青林书院,1996:31
- [4] 朱翠微. 法理学视域下的医患法律关系属性[J]. 医学与哲学,2013,34(472):75-78
- [5] 卫生部. 医学生临床实践活动不属“非法行医”[EB/OL].[2016-11-20]. [http://www.gov.cn/fwxx/jk/2009-11/05/content\\_1456857.htm](http://www.gov.cn/fwxx/jk/2009-11/05/content_1456857.htm)
- [6] 贺鹏. 医学实习生医疗侵权的责任分析[D]. 兰州:兰州

- 大学法学院,2011
- [7] 赵浩洲. 临床实习生的法律地位与实习权的保护[J]. 教育前沿,2015,10(34):281
- [8] 杨立新. 医疗损害责任的立法原则和基本类型[N]. 法制日报,2009-04-08(12)

## Definition of “preparatory doctor” legal status of medical interns

Fei Jinyu

(Law School, Anhui University of Finance and Economics, Bengbu 233000, China)

**Abstract:** Nowadays, medical interns play an important role in curative activities, but whose legal status is really awkward. Relevant laws are very ambiguous about medical interns' legal status, which are even in a blank condition basically. As a result, we should begin to explore the dilemma of medical interns' curative activity, analyse the lack of legislation to medical interns, define medical interns' curative activity from practical case and theory of law, and put forward the concept of preparatory doctor. At last, we study how to confirm the legal status of preparatory doctor for medical interns expressly by legislative way, quoting administrative penalty methods, setting up medical interns-fund and so on.

**Key words:** medical interns; preparatory doctor; illegal practice of medicine; medical interns-fund



欢迎投稿 欢迎订阅