

# 医政管理语境中“非法行医”之内涵及应然性分析

——以1978年以来国家卫生部相关文件为基础

顾加栋,雷海

(1.南京医科大学医政学院,江苏 南京 210029;2.南京市浦口医院院办,江苏 南京 210031)

**摘要:**自1978年以来,卫生部发布的直接指称“非法行医”的文件14件,涉及超越行医权限而违法行医的约29件。随着医生资质划分的细化,卫生部关于“非法行医”对象的规定也越来越广泛,但这些规定与“非法行医”的传统含义并不相吻合。由此导致大众对非法行医内涵的理解歧义,产生了“泛非法行医化”现象。

**关键词:**非法行医;应然性分析;卫生部

**中图分类号:** D922.16

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1671-0479(2013)05-383-004

**doi:** 10.7655/NYDXBSS20130501

2009年,“公益医院非法行医,北大教授惨死北大医院”<sup>[1]</sup>报道见诸媒体后,学术界开始关注医政管理中“非法行医”的应有涵义。医政管理的相关现状是:一方面,卫生部文件频频使用“非法行医”一词;另一方面,却从未有涉及“非法行医”定义、构成要件或者特征的文件出台,相关思路并不明晰。法律适用中的争议大量存在,“非法行医”的概念实际上被泛化。为此,本文拟以1978年以来卫生部批复等文件为对象,分析卫生行政部门关于“非法行医”的主流认识及其可能存在的不足之处。

## 一、“非法行医”医政管理的立法概况

与非法行医行政管理直接相关的立法的主要表现形式是卫生部的部门规章、批复、通知等。在其上位法层面,涉及到行医规范的法律、法规主要有四部:《执业医师法》、《乡村医生从业条例》、《医疗机构管理条例》、《医疗事故处理条例》,但在法律条文中使用“非法行医”一词的只有《医疗事故处理条例》一部法规。该《条例》第61条提及:“非法行医,造成患者人身损害,不属于医疗事故,触犯刑律的,依法追究刑事责任;有关赔偿,由受害人直接向人民法院提起诉讼。”其他三部法律、法规虽然也规定了违反医疗行业准入制度的法律责任,但均没有使用“非法行医”一词。自1978年以来,卫生部发布的与“非法行

医”及类似词语相关的规范性文件计18件,直接提及“非法行医”一词的有11件,此外,有3件虽然没有提及“非法行医”一词,但在文件中要求相关事项按照《医疗事故处理条例》第61条处理,所以也属于明确指称“非法行医”。其余文件则分别使用了“非法个体开业行医”、“无照行医”、“无证行医”、“非法医疗”、“非法执业”等词语。涉及行医资质或违法性的约29件(以法律出版社出版的《中华人民共和国卫生法规汇编》丛书为统计依据)。

## 二、对若干违法行为的“非法行医”属性判断

(一) 医疗机构未取得《医疗机构执业许可证》而行医的

行业准入是我国医政管理的一项基本制度。改革开放初期,医政管理的惩戒对象主要是未经批准私自开设的医疗机构,集中表现为“江湖郎中”、“游医”等私开诊所的行为。卫生部的相关文件着眼于查处医疗机构未获得许可的行医行为。凡是未取得执业许可证行医的被称为“无照行医”(《卫生部关于加强医疗工作管理的通知》、《医师、中医师个体开业暂行管理办法》)、“非法个体开业行医”(《卫生部关于允许个体开业行医问题的请示报告》)。此后,这一规则从未被改变。2004年启动的打击非法行医专项行动中,“无证行医”也是打击的重点之一。2004年9

收稿日期:2013-07-27

作者简介:顾加栋(1973-),男,江苏姜堰人,法律硕士,副教授。

月17日卫生部在《关于对农村非法行医依法监督工作中有关问题的批复》中直接指出：“无《医疗机构执业许可证》擅自执业的，为非法行医。”此外，具有资质的医务人员在本职工作之外应聘至无执业许可证的单位从事医疗活动的，卫生部认为也构成非法行医。2001年《卫生部关于对非法行医罪犯罪条件征询意见函的复函》指出，医师在“未经批准行医的场所”行医属于非法行医。

### (二)个人未取得医师资格或未进行执业注册而行医的

对医务人员的资格管理在《执业医师法》实施以后日臻完善。《执业医师法》实施之前，虽然医师资格考试制度及医师执业注册制度未曾实行，但是在1990年前后医师行医资质问题被逐步重视，并开始执行医务人员从业审查批准制度。1988年发布的《卫生部关于加强医疗工作管理的通知》及《医师、中医师个体开业暂行管理办法》中，要求医疗机构“不得聘用非专业人员从事医疗技术工作”、“不准用非医疗技术人员从事医疗技术工作”。1990年《卫生部关于对湖南省临武县卫生局〈关于医疗事故处理中几个问题的请示〉的答复》中，将未经卫生行政部门审查批准、擅自从事医疗活动的人员称为“无证行医者”，并将其从事医疗活动的行为称为“非法行医”。2004年《卫生部关于取得医师资格但未经注册的人员开展医师执业活动有关问题的批复》指出：“取得医师资格但未经医师注册取得执业证书而从事医师执业活动的人员在行医过程中造成患者人身损害的，按照《医疗事故处理条例》第六十一条的规定处理。”上文已经述及，该条规定“非法行医，造成患者人身损害，不属于医疗事故……”所以，无证行医属于非法行医的一种。同样，没有通过医师资格考试者行医的理所当然也属于非法行医。不过，卫生部似乎注意到，医务人员的顺利注册并不能完全为其本人左右。2007年《卫生部关于非法行医有关问题的批复》认为：“已取得《医师资格证书》，并具备申请执业医师注册条件的医师，非本人原因导致未获得《医师执业证书》前，在其受聘的医疗预防保健机构和工作时间内的执业活动不属于非法行医。”

医疗机构聘用无医师资格或未经注册医务人员的，卫生部要求按照《医疗机构管理条例》第四十八条规定处理(2004年《卫生部关于取得医师资格但未经执业注册的人员开展医师执业活动有关问题的批复》)，医疗机构不构成非法行医。

### (三)“跨地点”、“超范围”的行医行为

无论是医疗机构还是医务人员的行医权限都受

到执业地点、执业范围等方面的限制，不过《医疗机构管理条例》、《执业医师法》、《乡村医生从业条例》等法律、法规对这方面的规定并不完善。对跨地点、超范围行医行为性质的判断依赖于卫生部批复等相关规范性文件。

关于医疗机构“跨地点”、“跨范围”行医的问题，1998年《卫生部关于加强医疗机构聘用社会医务人员执业管理的通知》中提出，“医疗机构增加诊疗科目、变更执业地点”，必须“向原登记机关办理变更登记”。“擅自变更执业地点按非法执业论处”，“对于诊疗活动超出登记范围的，按有关规定严肃处理”。该文件最后还指出，“决不允许以罚款而认同非法行医”。此外，2004年《卫生部关于对农村非法行医依法监督工作中有关问题的批复》中也说，“医疗机构擅自变更执业地点的，按照《医疗机构管理条例》第四十四条处理”(该条是关于未取得许可证执业的处罚规定)。从上述两个文件看，卫生部明确将医疗机构“跨地点”行医视为非法行医。但1999年《卫生部关于医疗机构擅自变更执业地址问题的批复》却又认为，这类问题“可视具体情况，依照《医疗机构管理条例》第四十七条规定予以处罚”(该条规定是关于跨范围执业的处罚措施规定)。很明显，在医疗机构“跨地点”执业问题上，卫生部立法存在自相矛盾。关于“超范围”行医问题，上述两个文件并无界定，2005年《卫生部关于医疗事故争议中超范围行医性质认定问题的批复》则明确指出，“诊疗活动超出登记范围，不属于‘非法行医’”。

关于医务人员的“跨地点”、“跨范围”行医问题。医务人员“跨地点”行医一般有两种类型：擅自在家中行医及擅自到其他医疗机构行医。1999年《卫生部关于医师未经许可在家中行医导致纠纷是否受理鉴定的批复》明确规定，擅自在家中行医的属于“无照行医”。“无照行医”属于典型的非法行医。2005年《卫生部关于取得医师执业证书的医师在家中擅自诊疗病人造成死亡适用法律有关问题的批复》也要求按照《执业医师法》第三十九条(关于非医师行医的处罚规定)和《医疗机构管理条例》第四十四条(非医疗机构行医的处罚规定)予以处罚。2001年《卫生部关于对非法行医罪犯罪条件征询意见函的复函》指出，医师在“未经批准行医的场所”行医同样属于非法行医。对于医师其他的“跨地点”行医行为的法律属性，卫生部没有做出规定。对于医师“超范围”行医问题，未见到被作为非法行医看待的规范性文件。即使对于助理医师超出执业许可范围独立从事诊疗活动的，也并未被视为非法行医。2006年《卫生部关于

执业助理医师独立从事诊疗活动发生医疗事故争议有关问题的批复》要求按照《执业医师法》第三十七条及《医疗事故处理条例》的规定处罚和处理。

(四)医学生、未取得医师资格的医学毕业生等人员的越权医疗行为

医学院实习生、见习生、进修生以及医疗机构中刚毕业未取得“处方权”的人员,《执业医师法》并未赋予他们在医疗机构中从事医疗活动的权利。但是临床实践是医学教育的一项重要内容,这是大家公认的。为了解决他们参与医疗的权利问题,2004年《卫生部关于取得医师资格但未经执业注册的人员开展医师执业活动有关问题的批复》第一次对此做了规定,这类人员可以参与医疗活动,但不能独立执业。后来又陆续有批复及规章出台。尽管批复等文件的合法性曾被个别学者质疑,不过,这种做法实际上是医学发展所必须的,未来不排除被更高层面的法律规范所替代。但是,卫生部在上述批复中同时强调,这类人员超越权限、独立行医的行为构成非法行医。

(五)合格医疗机构及医务人员医疗活动中的其他违法行为

一般认为,合格医疗机构的违法行为不属于非法行医。在打击非法行医专项行动启动之前,卫生部“非法行医”相关文件也从不涉及这类问题。但是,国家卫生部等部委2004年开始启动打击非法行医专项行动,随后出台的多个文件都将合格医疗机构内部的违法医疗活动也列为打击对象。2005年卫生部联合科技部等部委发布的《打击非法行医专项行动方案》当中,将“非法从事性病诊疗活动的行为、利用B超非法鉴定胎儿性别和选择性别的终止妊娠手术的行为”等也作为“非法行医专项行动”的打击对象。该方案确定的其他工作内容还包括:严厉打击无证行医行为;严肃查处医疗机构聘用非卫生技术人员行医的违法行为,清除医疗机构中的假医生;严肃查处医疗机构出租、承包科室的行为。这里,“非法行医”等同于“违法行医”了。

### 三、总结与评价

(一)“非法行医”立法溯源

在中国古代,统治者对医疗的安全性一直高度关注。据《周礼》记载,周朝就形成了以失误次数为

评判依据的医疗考核制度,所谓“十全为上,十失一次之,十失二次之,十失三次之,十失四为下。”(《周礼·天官冢宰》)但是,在清代末期之前,我国并没有形成体系化的医疗行业准入制度,这可能与中医的医学教育传统及行医的自身特性有关。医疗行业中通常只有良医与庸医之分,而无“合法行医”与“非法行医”之说。至清代末期,随着西方医学及相关法律制度的传入,“非法行医”之说才出现在《大清新刑律》之中。《大清新刑律》(草案)分则第二十五章“妨害卫生罪”的第296条规定:“未受公署之允准,以医为常业者,处五百元以下罚金。”根据该法条罪状的描述可以看出,“非法行医”的认定与医疗行业准入制度密切相关。两广总督在签注《大清新刑律》(草案)时就曾提出:“凡有习医已成欲以医为常业者,须由地方官会同医官考验合格,给以文凭方准行医。则此条规定凡未受公署之许可以医为常业者处五百元以下罚金尚属可行。若不求其本,虚悬此未受公署许可处罚之文,恐仍无益。”<sup>②</sup>可以看出,我国的“非法行医”立法源起于刑事法律,非法行医行为一开始被认为是社会危害性较大的犯罪行为。加之清朝时期乃至此后的民国时期,医师执业立法当中并没有执业类别与执业范围之说<sup>①</sup>,所以“非法行医”的内涵传统意义上更接近于未经批准进入医疗行业执业的行为,其根本在于行医主体身份违法的界定,而不是跨地点、跨范围、跨类别等具体的违法违规行。大众观念中的“非法行医”似乎受到了这种立法传统的影响,当人们听到“非法行医”现象时都会认为是严重违法的,态度上往往怒不可遏。而实际上,卫生部规范性文件中的“非法行医”与历史上典型“非法行医”含义已经不尽相同。

(二)卫生部相关文件“非法行医”界定的得与失

对卫生部的上述二十余件规范性文件分析后可以发现以下几个特点。第一,随着医政管理法律制度的日臻完善,“非法行医”的判断标准越来越细化。即使取得执业许可证书的机构或者个人跨地点行医也被认为是非法行医。“非法行医”概念及至“打击非法行医专项行动”时被进一步泛化。第二,卫生行政部门对医务人员行医批准手续的要求胜过对其实际行医能力的考察,凡是没有什么特殊情况而又未履行相应注册手续的,即使具有医师执业资格甚至很高的技

<sup>①</sup> 1943年国民党政府颁布《医师法》。该法第5条规定:“经医师考试及格者,得请领医师证书”;第7条规定:“医师开业,应向所在地县市政府呈验医师证书,请求登录,发给开业执照”;第8条:“医师歇业、复业或移转时,应于十日内向该管官署报告。死亡者,由其最近亲属报告”。根据上述第8条的规定,医师执业地点移转的,应当报告。这就类似于现在我们常提及的“变更执业地点”。通过考察发现,民国时期的法律对医师执业范围和执业类别没有明确规定。

术能力,也不能免于被认定为非法行医<sup>[3]</sup>。相反,只要履行了相应的注册手续,本不具有独立执业资格的助理医师擅自独立执业的仍然不会被当做非法行医。第三,“非法行医”立法自始至终都是围绕行医主体的资质来进行的。不过,随着立法的进一步细化,主体的行医资格被进一步细化,主体资质与行为越来越难以区分。例如,在专项打击行动中,非法从事性病诊疗活动的行为、利用B超非法鉴定胎儿性别和选择性别的终止妊娠手术的行为均被认为是非法行医,这种判断的理论逻辑无非是,这类机构没有从事这类行为的资质。第四,国家对“跨地点”行医打击力度明显大于“超范围”行医的打击力度,前者往往被视为非法行医,而后者虽然也是对医疗秩序的破坏,而且可能对医疗安全危害更大,但并不被认为是非法行医。这种立法状况可能与我国“游医”屡禁不止的历史背景及现状有关。

上述分析可以看出,卫生部规范性文件中“非法行医”的内涵并不统一,且泛化“非法行医”的现象明显。诚然,无论是哪一类医疗违法行为都应当予以惩戒,但不是必定都要冠之以“非法行医”。上文已经述及,“非法行医”立法从清代起就侧重强调“医”的身份,不涉及具体违法行为。此外,非法行医还应当具有“行”的要件,“行医”即“以医为常业”。在现代汉语词义上,所谓非法行医也是指违反法律从事

医业(或做医生)<sup>[4]</sup>。所以卫生部个别文件将偶尔在家中从事医疗活动称为“非法行医”有违“行”的本意。当然,泛化非法行医的现象并不止这一点,将跨地点、跨类别、跨范围执业,乃至将正常行医中的其他违法现象视为非法行医的做法在卫生行政立法中都是存在的。上述诸多用词不严谨的立法产生了打击面过宽的后果,甚至也激化了患方对一些轻微医疗违法行为的抵触情绪。对公立医院中上述常见医疗违法行为除了应当与“非法行医”区别对待外,还要分析违法行为产生的制度原因,对跨地点执业等行为应当考虑社会的客观需要,在执业注册等方面做出更为合理的规定<sup>[5]</sup>。

#### 参考文献

- [1] 公益医院非法行医,北大教授惨死北大医院[EB/OL]. [2009-11-04]. <http://www.chinanews.com/jk/news/2009/11-04/1945655.shtml>
- [2] 单藕琦. 我国医师管理法规概述[J]. 中国医院管理, 1995,15(10):17-18
- [3] 卫生部关于医疗机构聘用外国医师有关问题的批复[Z]. 1999
- [4] 罗竹风. 汉语大词典(第三册)[M]. 上海:汉语大词典出版社,1989:923
- [5] 田 侃,朱晓卓. 试论医务人员兼职行为的法律规范[J]. 南京医科大学学报:社会科学版,2003,3(1):16-18