

# 以宪法原理重塑知情同意权的理念

## ——以“魏则西事件”为契机

曾日红

(南京医科大学医政学院,江苏 南京 211166)

**摘要:**在采取具有侵袭性的医疗措施之前,医疗方有充分告知的义务,患者相应地具有知情同意权。然而,由于医疗父权主义与商业化的存在,部分医疗方疏于履行告知义务,甚至有意屏蔽了一些真实信息,致使相关民事法律的规范意旨落空。事实上,知情同意权是将医疗知识和技术处于垄断地位的医方视为权力的一种并加以规制。为此,有必要从宪法学角度重新理解知情同意权。

**关键词:**医患关系;知情同意权;“魏则西事件”

中图分类号: D922.16

文献标志码: A

文章编号: 1671-0479(2016)03-205-004

doi: 10.7655/NYDXBSS20160309

### 一、“魏则西事件”中的“权力魅影”

“魏则西事件”,因网络媒体的介入而进入公众的视野。事件的大致经过是:21岁的魏则西,于2014年4月被检查出身患滑膜肉瘤,经百度搜索该病信息,查看到武警北京总队第二医院排名前列,且该院属三甲医院,其“生物免疫疗法”曾在CCTV做过专门报告。经咨询,医院告诉他们“生物免疫疗法”为“斯坦福技术”、“有效率百分之八九十,保命20年没问题”。为此,魏则西于2015年9月开始先后4次前往该医院接受该疗法,但花费20多万元无济于事,于2016年4月12日去世。因魏则西生前曾打听到“生物免疫疗法”是被国外临床淘汰的技术,便通过网络将其治疗之事公之于众,引起各方关注。随后媒体相继爆料,本次事件中主治魏则西的武警二院生物诊疗中心早已外包给“莆田系”,其网站域名属个人所有;而且相当数量的部队医院部分科室均被“莆田系”外包<sup>[1]</sup>。

有关“魏则西事件”的讨论,多集中于百度推广以资本论排名、莆田民间资本对医疗行业的不当进军,最后落脚于相关权力部门的监管问题上。虽然,“魏则西事件”是否属于医疗过错,还需进一步审查

医院治疗方案是否符合医疗规范以及医院是否已全面告知患者治疗风险等问题,但这一事件本身已然关乎患者知情同意权。

无疑,从民事法律领域看,知情同意权遵从了自然法中所谓的没有同意就没有合同的理念。但还需强调的是,医学知识和技术一直以来被认为是现代医疗保健系统的保证,而按照福柯的观点,权力就体现在医院的设备以及与医疗有关的工作中<sup>[2]</sup>。换言之,在与患者的民事关系中,医疗方因技术优势,使得其诊疗权具有某种“权力”的性质。如果医疗技术与商业资本相勾结,则其中的“权力魅影”会更大。为此,在研究知情同意的说明义务标准等更为细化的规则的同时,不能忽略了这一基本前提,即知情同意是用来保护基本人权的,其基本构想应是以权利对抗医疗“权力”,以及以权力对抗医疗“权力”。

### 二、以个人私权难以对抗医疗“权力”

“魏则西事件”中,医患双方一定也完成了告知手续。然而,事件也反映出,处于转型期的中国社会,由于医疗父权主义与商业化的存在,部分医疗方疏于履行告知义务,甚至有意屏蔽了一些真实信息,致使相关民事法律的规范意旨落空。

**基金项目:**国家社会科学基金项目“医患关系规制的法政策学研究”(15BFX033);江苏高校哲学社会科学研究项目“法政策学视野下医疗损害之非对抗式诉讼研究”(2015SJB161)

**收稿日期:**2015-05-29

**作者简介:**曾日红(1979-),女,湖南桂阳人,讲师,研究方向为医事法。

### (一) 医疗父权主义没有成为历史

众所周知,在医患关系中,患者知情同意权面临信息、能力及价值障碍,而医方存有相对应的优势地位。由于医患关系是一种特殊的契约关系,意思自治原则贯穿其中,而当事人双方的势力对比关系,自然会影响到权利自身的法律意义。至少在医疗技术层面,普通公民与强大的医疗方相比,其势单力薄的情形,犹如公民站在强大的公权力面前一般。另外,长期以来,处于城乡二元结构中的农村患者对于医疗父权主义的依赖心理依然存在。

医疗父权主义,英文表达为“medical paternalism”。《希波克拉底誓言》等对医疗行业进行了高资质职业伦理的强化<sup>[3]</sup>,使医生得到了来自大众的敬仰与信赖,其被塑造成患者守护神的角色,能够替患者做主,被相信会依照专业知识为患者做出最好的医疗决定。此时,患者多表现为遵从医生的指示并对医生心怀感恩与尊敬。这就是运行长达几千年的医疗父权主义模式。

无疑,医疗父权主义在我国同样影响深远,不过是以另外的形式表现出来而已。且不说旧时的中医,在我国上个世纪五十年代到八十年代推行的合作医疗制度下中国农村,“赤脚医生”、“救死扶伤”一直被认为是医疗行业的关键词<sup>[4]</sup>。即便在今天的患者眼中,“公立三甲”医院、主任医师等名词特有的光环,即医生职业的神圣性、医疗技术的有效性、医生职业伦理的必要性,都是不可或缺的。而且,日益发展的医疗技术,让患者更加依赖掌握该技术的医务人员。所以,在今天的医患关系中,医疗父权主义仍然发挥着巨大的影响力。

### (二) 医疗父权主义在私法关系中的制度空间

知情同意权产生的背景是,医疗给付形态的变化、医患之间的陌生化和技术化,使得绝对医疗父权主义模式的正当性基础遭到破坏<sup>[5]</sup>。与医疗父权主义不同,现行知情同意权制度的设计是基于人性恶这一假定。如果医疗父权主义还广泛存在,知情同意便难以得到贯彻,或只能部分贯彻。有鉴于此,我们就不难理解,为什么即便1989年10月10日最高人民法院《关于对医疗事故案件人民法院应否受理的复函》已说明“当事人仅要求医疗单位赔偿经济损失向人民法院提起诉讼的,应依照《中华人民共和国民事诉讼法》规定,按民事案件受理”,但我国知情同意权的案例依然在很长一段时间鲜见于世。

或许有人以为,有关知情同意权民事责任立法与权利救济层面一直缺乏相应的规定,这一缺失直至《侵权责任法》出台之后才有根本的改观。但需指

出,这并非相关侵权案件鲜见的理由,理由恰好就是,医疗父权主义在法律制度中的依然存在且必然存在之事实使得知情同意这一权利相对化了。我国《医疗事故处理条例》第11条已规定,“在医疗活动中,医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者,及时解答其咨询;但是,应当避免对患者产生不利后果”;《执业医师法》第26条亦规定,“医师应当如实向患者或者其家属介绍病情,但应注意避免对患者产生不利后果。医师进行实验性临床医疗,应当经医院批准并征得患者本人或者其家属同意”,而且按照《侵权责任法》的规定,病患在就医时,可以口头、契约等方式,同意医生对其采取实质上“伤害身体”的诊疗措施;该法第55条还规定,“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。医务人员未尽到前款义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任。”无疑,这一条规定留下了较大的解释空间,并使得知情同意权的不确定性增加。且不论“特殊”二字的解释有赖于专业机构、专业人员、专业知识,作为但书条款的第56条规定,“因抢救生命垂危的患者等紧急情况,不能取得患者或者其近亲属意见的,经医疗机构负责人或者授权的负责人批准,可以立即实施相应的医疗措施”,更明确无疑地表达了现行法对于知情同意权适用范围的态度<sup>[6]</sup>。由此不难发现,我国现行的侵权责任法的规定同样绕不开医疗父权主义。

这并非批评立法不完善,单就立法本身而言,特别是规范语言表述形式,各国各地区的相关规定其实大同小异。例如,我国台湾地区的医疗法规定医院诊所遇有危急患者,应立即依其设备予以救治或采取一切必要措施,不得无故拖延;其合同法第46条第一项但书规定“情况紧急时之手术及麻醉,无需履行说明义务及取得患者之同意”<sup>[7]</sup>。可见,按照台湾地区的现行法,患者的决定权极有可能旁落至具有专业拥有资讯之医师手上,自决权亦将因医师专业之判断而落空,即医疗父权主义在台湾地区同样盛行。

私法规范层面的考察表明,知情同意权是与“参与模式”相对接的制度性协商和对话机制。知情同意的适用结果如何,尤其是对于一些关键问题如何理解,取决于参与各方能否理性沟通、有效沟通。秉持着医疗父权主义理念的医务人员,与抱着医疗父

权期待的患者参与沟通、协商,良好的结果将是显而易见的。而如果这一对话机制难以将商业化、私人恩怨等因素排除在外,则不良结果的出现也将是显而易见的。“魏则西事件”,至少暴露出资本运作、医疗商业化带来的部分弊端。

### 三、以权力对抗医疗权力

“魏则西事件”的后续处理,必将涉及公权力的责任问题,从而引发宪法上的考问。虽然直接救济个人权利的宪法诉愿制度尚不存在<sup>[8]</sup>,但我国宪法同样具有捍卫基本法秩序的功能<sup>[9]</sup>。

#### (一)历史经验的昭示

虽然就公法原理而言,基本权利之成立,主要是用于防御公权力,而即便是公立医院,也并非严格意义上的公权力的代表。但医疗父权主义从侧面说明,知情同意权宪法属性的重要意义。事实上,人类早已付出沉重代价,对此命题作出论证。二战中,德国纳粹医生假借“发展医学科学的名义”对战俘实施秘密人体试验。这种人体试验与独裁专制相联,惨无人道,严重影响了社会大众对医生原本朴素的信任,使这一职业一度陷入“塔西佗陷阱”。在医疗过程中,医生作为治疗方案选择权主体之适格性受到根本的质疑,相应地,患者在医患关系中的主导性日渐增加<sup>[10]</sup>。1947年纽伦堡审判通过的《纽伦堡法典》就明确规定,“人体试验中受试者的自愿同意是绝对必要的。”该法典标志着,知情同意作为一项医疗法律规则在医学试验领域被认定下来。

在历史生活经验中,由于人体实验屡次在美丽的包装下遭致滥用,众多国际规范已注意及此。1973年,美国医院协会发表了全美最有名的《病人权利宣言》。该宣言列举的患者权利共12条,其中有9条涉及患者知情同意权。随后美国有13个州以法律形式颁布了《病人权利法案》,明确规定患者享有知情同意权。1979年,欧共体医院委员会通过《患者宪章》。1981年,世界医学会公布了《里斯本患者权利宣言》。1990年,美国国会立法正式通过了《患者自我决定法》,该法案的核心内容是,有决定能力的患者在被告知有关自己的病情、治疗的足够信息的前提下,有权自己决定是否接受治疗、选择治疗方案。美国这一系列行动极大推动了世界各国纷纷制定和公布有关患者知情同意权的典章。

治病救人是医学事业的根本目的,不过灾难性的医疗事件背后却常伴有公权力的魅影。二战期间,德日等法西斯国家曾经非法开展的人体实验,其背后掩藏着政治的黑手——这无疑是最为后人诟病之

处;而战后,陆续被媒体披露的美国等其他国家的人体试验事件,虽然国际舆论的焦点主要针对商业力量、试验手段残忍、程序违法等因素,但是较之于纳粹,美国研发活动背后的政治背景并不能彻底排除——按照美国人的说法一些实验旨在针对纳粹。历史经验表明,知情同意权在世界范围内广为普及的一个重要原因在于,具有侵害性的政治力量给人们造成的恐怖阴影无法排除。由此可见,即便舍去国家保护义务不论,仅从基本权利的防御功能观察,知情同意权可以被赋予宪法意义。

如前文所述,战争将很多问题以最为醒目的方式摆在世人面前。法律父权主义在医事法中被广为接受,与二次世界大战有关。这种法律父权主义假定患者是弱者,强行对医患关系进行干预。理论上,这一主义尊重患者的自决权,不对患者的任何真实的决定进行干预。相反,它只对因各种因素受到削弱的决定进行限制与干预,即对“强制、虚假信息、兴奋或冲动、被遮蔽的判断,推理能力不成熟或缺的结果”进行限制和干预<sup>[11]</sup>。于是,在这一理念的推动下,公权力大量介入私领域,特别是医疗部分。

#### (二)公权力在医患关系中的负担

知情同意权背后隐含着患者的自我决定权,而患者的自我决定权是一种人格权,是一种可以从国家宪法文字中找到落脚点的宪法权利。除去有关身体自由的消极权利之外,宪法第45条还作出有关物质帮助权的规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”此外,依照医事法律、刑事法律针对某些医师诊疗权涉及身体不受伤害权的约束,实质已将私法关系公法化。

有疑问的是,依照传统的公法与私法的区隔,基本权的效力可及于国家与公民之间,其功能在于保护个人的自由领域不受公权力侵犯。其是否可在私人间的法律关系产生效力,曾经是一个值得探讨的问题。如今,随着基本权利的第三人效力理论已经广为普及,问题转换为:在一个纯粹私人间医疗关系中,国家如何基于保护基本人权的义务,介入私人间之关系而保护基本人权,以免在私人间基本人权保障产生阴暗的角落。

为了回答以上问题,我们不妨借助德国的基本权利构造理论,尽管这样的分析在德国与我国具有的意义不尽相同。按照德国基本法,基本权利具有拘束司法权的效力,医生不可放弃的说明义务与病患

同意权的必要原则,又可以从德国基本法第二条一般人格权条款中释出,已具有宪法位阶<sup>[7]</sup>。而在我国,虽然宪法尚不具备司法适用效力,但宪法规范依然可以发挥评价功能、指引功能,能够帮助我们分析复杂社会现实下的公权力所应担负的义务,为进一步规制医患关系提供规范指引作用。因此,这种分析同样不乏积极意义。

国家、加害者与被害者三者之间会形成一种“三角关系”(图1),而在此三角关系中,前面提到的基本权利之防御功能、基本权利之保护义务功能以及水平效力等问题,都有所体现<sup>[12]</sup>。

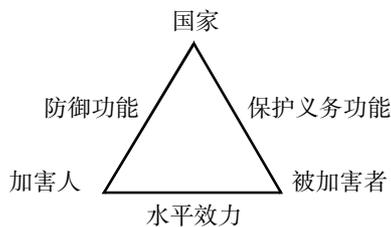


图1 规范结构示意图

鉴于人类历史上的教训,以及人类进入风险社会之后的现状,知情同意权担负着更为繁重的抵抗公权力侵害的功能。同时在知情同意纠纷中,作为医方“加害者”与“被害者”的患者方之间的关系是主干,是基础性的关系。国家对于患者的保护义务是绝对的,具体体现在改进医疗给付方式、提高医疗服务质量、事前对于医疗行业的严格监管,以及提供公正的事后救济等方面。

在医患关系中,诊疗活动受制于科技因素,而科技发展迅速并具有复杂、未知、不确定等特性。对此错综局面,立法者如果企图以法治国形式强化一般法律在医患关系中的适用,难免会出现捉襟见肘的情形;管理者如果不能洞悉医患关系背后的医疗父

权主义传统,特别是掺杂着资本运作的医疗父权主义,患者知情同意权将有可能形同虚设;裁判者如果不能把握知情同意背后的价值基础,并学会价值评判的基本思路,将无法真正从内部立场理解医患双方的观点,从而应对复杂的医疗纠纷。

#### 参考文献

- [1] 魏则西去世事件[EB/OL]. [2016-05-29].[http://news.sina.cn/news\\_zt/weizexi?vt=4&pos=108&wm=4007&from=timeline&isappinstalled=0](http://news.sina.cn/news_zt/weizexi?vt=4&pos=108&wm=4007&from=timeline&isappinstalled=0)
- [2] 汪民安. 福柯与哈贝马斯之争[J]. 外国文学, 2003(1): 3-11
- [3] (日)植木哲. 医疗法学[M]. 冷罗生, 陶芸, 江涛, 等译. 北京: 法律出版社, 2006: 133
- [4] 李德成. 合作医疗与赤脚医生(1955-1983)[D]. 杭州: 浙江大学, 2007
- [5] 赵西巨. 医事法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 56
- [6] 杨立新. 侵权责任法: 条文背后的故事与难题[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 202
- [7] 李震山. 从宪法观点论身体不受伤害权[M]//李建良, 简资修. 宪法解释之理论与实务(第二辑). 台北: 中研院社科所印行, 2000: 497-530
- [8] 韩大元. 论宪法诉愿制度的程序价值[J]. 学习与探索, 2007(1): 94-99
- [9] 童之伟. 宪法适用应依循宪法本身规定的路径[J]. 中国法学, 2008(6): 22-48
- [10] 曾日红. 反思法律对社会关系对立面的强化——从知情同意权切入[J]. 南大法律评论, 2011(2): 70-82
- [11] 苏永钦. 合宪性控制的理论与实际[M]. 台北: 月旦出版社, 1994: 25
- [12] 法治斌, 董保城. 宪法新论[M]. 台北: 元照出版公司, 2004: 198-200

## The concept of the informed consent must be remodeled by the constitutional principle

Zeng Rihong

(School of Health Policy and Management, Nanjing Medical University, Nanjing 211166, China)

**Abstract:** Before invasive therapy, the patients have the right of informed consent and the doctors are under the obligation to inform. However, due to the effect of the medical paternalism and commercialization, some doctors are used to making decisions for the patients. Therefore, the intention of the relevant civil law will fail. In fact, doctors who are in a monopoly position in the medical knowledge and technology are considered as a power to restrict. So informed consent should be a constitutional right, and it is necessary to understand this right from the perspective of constitutional law.

**Key words:** doctor-patient relationship; informed consent; “Wei Zexi event”