

论违反医疗告知义务的侵权责任

武慧琴

(天津师范大学法学院,天津 300387)

[摘要] 我国《侵权责任法》将“信息告知”领域与“诊断治疗”领域的侵权责任进行了区别规定,在第55条中对违反医疗告知义务的侵权责任作了专门规定。该责任较之于“诊断治疗”领域的侵权责任存在着极大的特殊性,其法理基础在于保障患者的自主决定权,而归责原则依然是一般的过错责任原则。在侵权行为认定时,需坚持“患者标准”及主客观相结合的标准。在判定因果关系时,也需将单纯的知情权受侵害作为其责任构成要件中的“损害”来理解。

[关键词] 医疗伦理损害责任; 医疗告知义务; 患者自主决定权

[中图分类号] D923 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2014)04-0096-05

我国《侵权责任法》第55条彻底改变了医疗机构违反医疗告知义务仅需承担行政责任的局面,首次规定了医疗机构违反医疗告知义务的民事损害赔偿责任,这无疑是立法的一大进步,对保障患者的合法权益发挥着积极的作用。同时,该法将“信息告知”领域与“诊断治疗”领域的侵权责任进行了区分,对医务人员的信息告知义务作了单独规定,而不是淹没在一般性条款中,其最重要的体现就是第55条(告知义务)与第57条(诊疗义务)的并立。那么,“信息告知”领域的侵权责任具有哪些特殊性呢?本文拟就这一问题进行探讨。

一 医疗告知义务的法理基础

传统的医患关系模式是一种将患者视为孩童、以医学判断之优位而自居的“父权主义”模式^[1]。在这种模式下,医方仅需在“诊断治疗”领域承担侵权责任,即医方仅在侵害患者生命健康权时,才要承担侵权责任。因此,医生常会以保护患者生命健康权为挡箭牌,擅自将患者的医疗信息进行隐瞒。这样一来,一方面,患者的权利很容易受到医方的侵害;另一方面,患者也会因对诊断治疗行为的无知而难以接受医疗后果,与医方发生纠纷,导致医患之间矛盾冲突的频发。

为了改变传统医患关系模式中患者的弱势地位,缓解医患之间的紧张关系,现代的医患关系更加强调医生与患者之间地位的平等,在尊重医生专业判断的基础上,患者的自主决定权也越来越受到重

视。现代的医患关系模式已经发展成为一种以医患之间的合同关系为基础的信赖型医患模式^[2]。医生的告知义务正是顺应这种医患关系模式而产生的,其具有深厚的法理基础。

首先,医生的告知义务是保护患者自主决定权的前提,是意思自治原则的具体体现。患者的身体权与生命健康权是其享有的具有排他性的绝对权利,非经患者同意,任何人不得对其身体实施侵害行为。医方在处分事关患者生命、身体、健康等重大人格利益的事项时,不应单凭医疗机构一方的裁量,而应当充分尊重患者的自主决定权。而患者自主决定权之正确行使,又有赖于医务人员履行告知义务^[3]。在医疗过程中,所有的不利后果最终都要由患者承受,患者是医疗风险的最直接承担者。医方应当将医疗方案及可能的医疗风险告知患者,由患者作出是否接受治疗的判断。这是意思自治原则要求当事人作为自身利益的最佳判断者,对关系自身重大利益的事情独立作出判断的体现。

其次,医生的告知义务是诚实信用原则在医患领域的具体体现。诚实信用原则要求当事人诚实不欺,善意地行使权利,不损害对方的利益。具体到医疗行为中,患者基于对医生的信赖而将自己的身体托付给医生,医生从患者处得到信赖,就应该勤勉、谨慎、忠实,一切以患者利益为中心,尊重患者的自主选择,尤其是避免凭借其专业所长和当事人对医疗的不知情,在医疗时随意取舍^[4]。

最后,确立医生的告知义务是合理分配医疗风

险、公平保护医患双方的要求。医疗行为是专业性要求极高的行为,同时也是风险性极大的行为,受医疗技术水平以及患者的特殊体质等因素的影响,医疗行为导致患者身体遭受侵害的情况屡见不鲜。医生的告知义务能够将医疗风险在医患双方之间进行有机地分配,平衡双方的利益。一方面,医生的告知义务要求医生不得任意凭借自己的专业判断将医疗行为的不良后果转嫁到患者身上,而是给予患者对医疗风险说“不”的权利和机会。另一方面,医生的告知义务也为医方提供了减轻或免除责任的机会,若医生将医疗方案及医疗风险等信息告知了患者,而患者依然选择进行治疗时,患者就要自行承担相应的不利后果,医方便可以其告知义务的履行而主张减轻或免除对患者的侵权责任。因此,从公平的角度看,医生履行告知义务也是十分必要的。

二 违反医疗告知义务侵权责任的归责原则

侵权责任归责原则是侵权责任法的统帅和灵魂,是侵权责任法理论的核心^[5]。在《侵权责任法》出台后,有学者主张应区别不同类型的医疗损害责任,分别适用不同的归责原则,其中医疗伦理损害责任(包括违反告知义务的损害责任)应适用过错推定责任原则,在医方未履行告知义务时,即推定医方存在过错^[6]。也有学者持不同观点,认为医疗告知义务的侵权责任的规则原则是过错责任原则,如果医方没有尽到应尽的告知义务,即认定其有过错,而非推定其有过错^[3]。

笔者也认为医疗告知义务的侵权责任的规则原则应是过错责任原则,其理由在于:

首先,根据《侵权责任法》第6条之规定,适用过错推定责任原则应当有法律的明确规定。《侵权责任法》中关于过错推定原则的表述方式大致有三种:第一种是法律先要求其承担责任(推定其过错),后面加一个但书条款“尽到责任、证明自己没有过错的除外(不承担责任)”,如第38条、第81条;第二种是直接规定“不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任”,如第83条、第88条、第90条、第91条第2款;第三种是法律直接规定“推定行为人有过错”,如第58条。而规定医疗告知义务侵权责任的第55条却没有采用上述任何一种表述方式,故其不属于适用过错推定原则的责任范畴。

其次,《侵权责任法》第54条规定:“患者在诊疗活动中受到损害,医疗机构及其医务人员有过错的,由医疗机构承担赔偿责任。”笔者认为,该条是医疗损害责任的一般条款,其在医疗侵权领域具有

相当的统治力,无论是在传统的“诊断治疗”领域还是在“信息告知”领域,都应当适用该条所确立的过错责任原则。那么,在这个一般条款存在的情形下,为什么还要有第55条和第57条呢?这就涉及到第54条和第55条、第57条之间的关系问题。

笔者认为,第54条是从总体上确立了医疗损害责任的一般归责原则——过错责任原则,而第55条和第57条则分别是“信息告知”领域和“诊断治疗”领域中的一个客观化的判断过错的标准。之所以有这样的立法安排,原因就在于,医疗领域是一个专业性非常强的领域,对于医疗“外行人”的法官来说,让其对医务工作者的医疗行为中是否存在主观过错进行判断具有相当的困难性,于是,法律选择为其提供客观化的标准。行为人一旦违反这些具体的、描述性的、可作为行为标准的保护性法律,就可以直接认定其有过错^[7]。也就是说,一旦医务人员违反了第55条和第57条之规定,即可认定其存在过错。这是“违法视为过失”^[8]理论在医疗损害责任领域的具体应用。

最后,立法机关在解释医疗损害责任时提出,医疗损害责任一般适用过错责任归责原则,只有在医务人员有违规治疗行为或者隐匿、拒绝提供与纠纷有关的病历资料,伪造、篡改或者销毁病历资料的,才推定医疗机构有过错^[9]。也就是说,立法机关的立法本意就认为该条的归责原则是过错责任原则。

三 违反医疗告知义务侵权责任的构成要件

在明确违反医疗告知义务侵权责任实行过错责任原则的基础上,结合我国《侵权责任法》中关于侵权责任构成要件的理论,可以得出,违反医疗告知义务侵权责任的构成要件包括侵权行为、过错、损害以及行为与损害之间存在因果关系四个方面。但是,该责任中的过错认定与诊疗领域的侵权责任中的过错认定无异,研究价值不大,故本文着重研究该责任的其他三个构成要件。

(一)违反医疗告知义务侵权责任的侵权行为

我国《侵权责任法》第55条列举了医务人员的具体的告知内容,即一般情况下的告知内容包括患者的病情和医疗措施,特殊情况下的告知内容还扩展至医疗风险、替代医疗方案等。这些内容的范围非常广泛。在实践中,经常会涉及到某一具体的信息(如某种手术风险)是否属于医方告知义务的范围中的问题。那么,以谁的视角来决定、根据什么标准来决定某一条风险/信息是否应属于医生的告知内容?而对于这些问题,第55条并不能解决。因

此,法律需要一个一般的判定标准。

1、以谁的视角来决定

医疗告知义务范围的标准问题,一般存在着以医疗行业为导向的“医生标准”和以患者为导向的“患者标准”。前者认为,在具体的医疗实践中,对患者告知的内容和程度,受患者的疾病症状、人格态度、理解能力等的影响,作出这种判断要求具有高度的医疗专业知识^[10]。因此,认定医生是否充分告知的标准,应当是一个专业的标准,需以医疗行业的常规作为某条医疗信息是否需要披露的参照。也就是说,医生应当告知患者一个一般的、谨慎的医疗从业者在相同或类似情况下会告知的全部信息。后者认为,医生的告知义务范围由患者对信息的需要为出发点,患者必须知道足够的能使自己作出正确选择的实质性信息^[11]。换句话说,医生如果没有告知患者在做出决定时需要知道的实质性的信息,就违反了医疗告知义务。

“医生标准”的好处在于,医生具有较高的专业水平,对应该告知患者什么信息、怎样告知患者信息有着更丰富的经验。同时,该标准以专家证言为基础,确定一个合理的医生应当告知的信息,不用探究具体患者的心理,易于操作。但是,该标准也存在着许多问题。首先,如果医生的告知标准普遍低下,就无法有利地保护患者,而且行业间的相互偏袒和包庇也可能会导致专家证言缺乏真实性和可靠性。其次,“信息告知”领域内含更多非专业知识的介入,并非完全由医学专业知识和专业判断所掌控,医生的专业知识和技能不再具有强大的统治力^[1]。而该标准却否定了患者自主决定的能力,使其丧失了自主选择的机会,与医疗告知义务侵权责任保护患者的自主决定权的根本目的相冲突。

因此,基于我国《侵权责任法》第 55 条保障患者自主决定权的立法目的及“信息告知”领域的特殊性,我国也应当采用“患者标准”来确定医疗告知义务的范围。这也是与国际上大多数国家的选择相一致的。

“患者标准”又可分为主观的“具体患者”标准和客观的“合理患者”标准。前者依照具体患者的特定需求而决定告知的内容和范围,而后者则以一位处于患者位置的合理之人的需求决定告知的内容和范围。

在采用“具体患者”标准时,信息是否达到应当告知的程度是由具体患者的证言证实的,通常的证据就是患者的事后声明,那么,毫无疑问,无论他当时如果被告知时会否同意,他都会在事后声明如果

他当时知道医生未告知的信息,他就会做出相反的决定。显然,这样的证据是具有极大的主观任意性的,可能导致医疗机构侵权责任的扩大化。同时,该标准要求医生必须探究每个患者的不同特质和心理,对医生提出了过高的要求,因此可操作性较差。

而“合理患者”标准却能够在保护患者利益的同时避免给医方施加过重的责任,实现双方利益的平衡。一方面,该标准以患者为出发点,比较全面地考虑了患者的利益,并且有效地减轻了患者的举证责任。另一方面,该标准有一个比较明确且客观的衡量尺度,不要求医生探究每个患者的不同心理,没有给医生施加过多的责任,具有较好的可操作性。因此,应当以合理患者的视角来决定某一条风险/信息是否属于医生应当告知的内容。

2、根据什么标准来决定

关于何种风险/信息应予披露,即什么水平的风险应启动医方的告知义务的问题,有学者主张“医疗机构告知义务的范围主要是对患者作出决定具有决定性影响的信息。”^{[12][13]}“通常情况下,若某一情况应为合理医师所知晓,且这一情况的告知与否有足以致具体患者作出不同决定之可能,则对这一情况,医方有充分说明之义务。”^[14]此即“决定性”标准。

也有学者对此问题提出了不同看法,主张应当借鉴澳大利亚和美国的做法,遵循“实质性”标准,即医务人员应披露的“实质性”信息应是那些对患者的医疗决定产生“重要性”影响的信息,而不是具有决定性影响的信息。但笔者却不主张作此区分,原因在于:

(1)缺乏具有可操作性的判定医疗信息“实质性”标准

持“实质性”标准主张的学者认为,我国应借鉴澳大利亚为“实质性”的判定建立的标准,即“如果,在特定案件的情形之中,处于患者位置的一个合理之人,如果得到风险警示,可能对风险附加重要性,或者,如果医疗执业人员意识到或应当合理地意识到特定患者,如果得到风险警示,可能对风险附加重要性,那么,该风险便是实质性风险。”^[15]该标准表面上看起来似乎非常完美,但实际上却依然非常抽象,究竟怎样判断“患者可能对风险附加重要性”又需要一个新的标准。因此,这样的标准在司法实践中的可操作性不强。

(2)判定信息“实质性”与“决定性”的标准无法区分

持“实质性”标准主张的学者认为,“实质性”信

息标准低于“决定性”信息标准。在决定信息的“实质性”时,法官应考量医疗风险或损害后果发生的可能性和严重性、治疗的性质、医疗干预的必要性、患者信息的需求程度、是否存在医疗替代疗法等情形。问题在于,在判断信息的“决定性”时,法官也同样需要考虑这些情形。因此,两者在本质上并无不同。

此外,持“实质性”标准主张的学者对“实质性”的定义与持“决定性”标准主张的学者对“决定性”的定义并无实质差别。例如,有学者这样定义“实质性”标准,“即若某信息/风险会对相对人(患者)的判断和决定产生‘实质性’影响(如有可能拒绝医疗或选择不同治疗方案)的话,即说明此信息有披露必要。”^[15]从其定义来看,其与“决定性”标准一样,都从信息的告知与否则否有足以致使患者作出不同决定之可能的角度进行判断。这就表明,判定“实质性”与“决定性”的标准很多时候是统一的,两个标准实质上是殊途同归的,并没有必要严格区分“实质性”标准与“决定性”标准。

因此,不管适用何种标准,医生应当告知的内容就是那些影响患者作出接受与否决定的重要的信息。

(二)违反医疗告知义务侵权责任中的因果关系

因果关系是任何一种法律责任的构成要件,它要求行为人的不法行为与损害结果之间存在因果关系,唯有此,行为人才对损害结果负责^[16]。医方的违反医疗告知义务的行为与患者所受损害之间具有因果关系是其侵权责任的构成条件。但是,“信息告知”领域的侵权责任具有极大的特殊性,传统的判断因果关系的标准在这类侵权责任中可能遇到瓶颈。

通常来说,判断因果关系主要遵循“but for test”规则,即如果没有违反义务的行为,就不会有损害结果的发生。若将该规则运用于违反医疗告知义务侵权行为与损害结果之间因果关系的判断,那么,只有在如果患者被告知所实施疗法的“医疗风险”或“替代方案”,患者便会拒绝接受这一治疗从而使患者的损害不会成为现实的情形下,才能认定医方的违反告知义务的行为与患者损害之间存在因果关系。但是,在“信息告知”领域,存在这样的情形,即医生若遵守了告知义务将相关风险信息告知了患者,患者有可能不会断然拒绝相关治疗,而会三思而后行而作出推迟治疗的决定^[17]。而患者当下拒绝治疗并不意味着损害就不会成为现实,患者可能迟早还是会选择具有相同风险的治疗措施,使得

损害结果最终发生。那么,根据通常的因果关系判断标准,在这种情形下,医生的违反医疗告知义务的行为就与患者的损害之间不存在因果关系。因此,固守传统的因果关系判断标准,会使得医方非常容易从违反医疗告知义务的侵权责任中摆脱出来,该责任设立之初的保护患者自主决定权之目的就会遭到很大程度的侵蚀。

为了保护患者的自主决定权,使违反医疗告知义务侵权责任不流于形式,有国家开始在“信息告知”领域对传统的因果关系理论进行变通适用。当违反医疗告知义务的行为与损害之间的事实因果关系不能成立时,日本法的处理是,转换损害概念,以患者的自己决定的机会被剥夺作为损害内容,认定其与说明义务违反间的因果关系,肯定精神损害赔偿^[18]。

(三)违反医疗告知义务侵权行为所致损害结果

在我国《侵权责任法》颁布之前,司法实践中多认为单独的侵害患者知情同意权行为没有给患者造成损害后果。医方违反告知义务而给患者造成的损害,被理解为患者身体及精神的损害,而且精神损害依附于身体损害,如果不存在身体损害,则自然也不存在精神损害。学界也主张,尽管对知情权的侵害本身也是一种损害,但是《侵权责任法》要求的损害是物质损害和精神损害,因此,单纯的知情权受侵害不属于违反医疗告知义务侵权责任构成要件中的损害^[19]。但是,《侵权责任法》第55条为最大限度地保障患者的自主决定权,肯定了侵害患者自主决定权造成损害事实的客观性和独立性。因此,我国也应当借鉴日本的做法,对《侵权责任法》第55条第2款中的“医务人员诊疗活动中对患者未尽告知义务造成的患者损害”作出新的诠释。这里的“损害”应当包括造成患者人身实质性损害和造成患者精神性权利即自我决定权的损害^[20]。即该条款可以细分为两种情形:未尽告知义务造成患者的人身损害;未尽告知义务未造成人身损害但造成患者知情同意权损害。

在这样的解释论下,患者的知情同意权也能够得到更充分的保障。比如,在医生未履行告知义务径自对患者实施治疗,但有证据证明即使医生向患者进行了告知,患者也必然会选择同样的治疗措施情形下,若采用传统的“损害”及“因果关系”理论,医方的侵权责任是不成立的,而这样的结论显然对保障患者自主决定权极为不利。而在新解释论下,即使没有人身损害发生,自主权的丧失本身也被

认为是一种单独的可获得赔偿的损害,因此,此时的医方就得因其行为导致患者自主权的丧失而承担赔偿责任。当然,此时医方承担的责任仅是《侵权责任法》第 22 条中所规定的精神损害赔偿赔偿责任。

四 结语

医疗告知义务作为患者自主决定权的实现基础,有其深厚的人身权理论渊源。医疗行为具有一定的侵害性,因此实施医疗行为应履行充分的告知义务,应经患者同意。我国《侵权责任法》第 55 条首次规定了医疗机构违反医疗告知义务的民事损害赔偿责任,并将“信息告知”领域与“诊断治疗”领域的侵权责任进行了区分。相较于“诊断治疗”领域的侵权责任,违反告知义务的侵权责任在其法理基础、归责原则、行为认定以及因果关系等方面都极具特殊性。只有正确理解和掌握这些特点,才能更好的保护患者的自主决定权。

[参考文献]

- [1] 赵西巨. 论违反告知义务之医疗侵权形态的特殊性[J]. 山东大学法律评论, 2009(8): 93-113.
- [2] 赵西巨. 从知情同意原则的历史渊源和发展轨迹看其所保护之权利及其性质[J]. 南京医科大学学报: 社会科学版, 2005(4): 304-308.
- [3] 梁慧星. 论《侵权责任法》中的医疗损害责任[J]. 法商研究, 2010(6): 35-39.
- [4] 江梦榕, 元培冰. 论医生的告知义务[J]. 人民司法, 2000(11): 36-42.
- [5] 杨立新. 医疗侵权法律与适用[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 47-48.
- [6] 杨立新. 论医疗损害责任的归责原则及体系[J]. 中国

政法大学学报, 2009(2): 62-72.

- [7] 叶名怡. 论违法与过错认定—以德美两国法的比较为基础[J]. 环球法律评论, 2009(5): 93-102.
- [8] 程啸. 侵权行为法中的过错与违法性[J]. 人大法律评论, 2003: 234.
- [9] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 115.
- [10] 杨丽红, 尹梅, 张雪, 等. 医疗伦理过失的认定标准及举证责任探析—以医生的告知义务为视角[J]. 中国医学伦理学, 2013(2): 217-219.
- [11] 廖焕国. 论医疗过错的认定—以医疗损害侵权责任的适用为视点[J]. 政治与法律, 2010(5): 18-26.
- [12] 高圣平. 《中华人民共和国侵权责任法》立法争点、立法例及经典案例[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 608.
- [13] 杨立新. 医疗损害责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 257.
- [14] 余明永. 医疗损害赔偿纠纷[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 231.
- [15] 赵西巨. 我国侵权责任法知情同意条款评析[J]. 中国卫生法制, 2010(3): 47-51.
- [16] 杨立新. 医疗损害责任构成要件的具体判断[J]. 法律适用, 2012(4): 19-27.
- [17] 赵西巨. 医疗过失与因果关系之认定: 英美法中的理论与具体规则[J]. 东方法学, 2011(1): 126-140.
- [18] 夏芸. 医疗事故赔偿法—来自日本法的启示[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 479.
- [19] 林文学. 《侵权责任法》医疗损害责任规定若干问题探析[J]. 法律适用, 2010(4): 21-24.
- [20] 杨立新. 《侵权责任法》改革医疗损害责任制度的成功与不足[J]. 中国人民大学学报, 2010(4): 9-16.

On Tort Liability Incurred by Violation of Medical Information Disclosure Obligation

WU Hui-qin

(Tianjin Normal University, Tianjin 300387, China)

Abstract: Chinese Tort Liability Law draws a distinction between the tort liability in information disclosure area and the tort liability in diagnosis area. Article 55 is a special provision which stipulates the tort liability incurred by violation of medical information disclosure obligation. In comparison with the tort liability in diagnosis area, the tort liability incurred by violation of medical information disclosure obligation has a huge particularity. Its distinctive rights basis is the protection of patients' right of self-determination. Its doctrine of liability fixation is the basic principle-doctrine of liability for damages. The Standard of Patients and Combination of Subjective and Objective Standard should be used to identify the infringement act. It's necessary to regard pure infringement of patients' right to be informed as the 'damage' in the constitutive elements of tort liability when predicating the cause-effect relationship.

Key words: the tort liability of damages for medical ethics; the informed obligation of the doctors; patients' right of self-determination