

论实施医疗责任强制保险的法理基础

徐喜荣

(广州医科大学 广东 广州 511436)

摘要: 近年来,我国的医疗纠纷猛于虎,医疗责任强制保险对于保障医患双方的合法权益具有重大价值,但我国仅以部委规章及各省地方性立法的形式实施医疗责任强制保险,潜存法理基础论证不足与形式合法性危机。纵观发达国家之立法,实施医疗责任强制保险已为国际立法趋势。我国对律师、会计师等十一类专业人士都已有国家层面的立法实施强制保险,医疗服务提供者显属专业人士,并主要涉及人身权益保护的问题,举轻以明重,更当实施强制保险。而且,鉴于实施医疗责任强制保险可以达到“保障医疗损害事故受害人依法得到赔偿,促进医疗活动安全”的公益目的,依据法律保留原则的要求,建议我国于行政法规层面制定一部统一的“医疗责任强制保险条例”。

关键词: 医疗责任强制保险;公益性;比例原则;法律保留原则

中图分类号: DF36 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2018)01-0117-13

Study on the Jurisprudential Basis on the Implementation of Compulsory Medical Liability Insurance

XU Xi-rong

(Guangzhou Medical University, Guangzhou 511436 China)

Abstract: In recent years, the medical disputes are very serious in China. It is important to implement the compulsory medical liability insurance for protecting the legitimate

收稿日期: 2017-11-06 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2017年12月6日数字出版,全球发行

基金项目: 2015年度教育部人文社会科学研究一般项目《医疗责任强制保险制度研究》(15YJCZH193); 2016年广东省优秀青年教师培养计划项目《医疗纠纷预防与处理法律制度研究》(YQ2015131); 2016年广东省普通高校特色创新项目(人文社科类)《全民基本医疗保险法律问题研究》(2016WTSC098); 广东省教育厅课题《医疗损害责任法律适用典型问题实证研究》(粤教科函[2014]65号)的阶段成果

作者简介: 徐喜荣(1982-),男,广东揭阳人,广州医科大学法学系副教授,法学博士,研究方向:民商法学、卫生法学。

rights and interests of doctors and patients. But it is insufficient jurisprudential basis and legitimacy crisis of legal forms through the form of ministries regulations and the provinces local legislation to implement the compulsory medical liability insurance in our country. Throughout the legislation of developed countries ,the implementation of compulsory medical liability insurance has become to the international legislation trend. There are national level legislations to implement compulsory insurance for lawyers ,accountants and other 11 class professionals. The health care providers are also specialist and involving the protection questions of personal rights and interests. So it also must take a compulsory insurance. And given the implementation of compulsory medical liability insurance can achieve the public welfare purposes that the medical injury accident victims can get the compensation according to law and promote the medical security. According to the principle of the law reservation , we must formulate a unified administrative regulation that is named of compulsory medical liability insurance regulations.

Key words: compulsory medical liability insurance; public welfare; proportionality principle; the principle of the law reservation

一、引言: 医疗纠纷猛于虎

近年来,我国各地的医疗纠纷异常严峻,暴力伤医事件从2000年以来总体呈上升趋势^[1]。为了应对高发的医疗纠纷,2016年国家卫生计生委员会等九部委共同发布了《关于印发严厉打击涉医违法犯罪专项行动方案的通知》(国卫医发[2016]34号),世界著名的医学杂志《柳叶刀》(Lancet)更是以“面临危机的中国新一代医生^[2]”、“中国的医生有未来吗?^[3]”等多篇评论性文章对中国的医疗机构与医务人员^①所面临的医疗纠纷风险与恶劣的医疗执业环境进行评析,认为中国的医疗机构已成为“危险场所”,成为“战场”,成为“堡垒”,而医生则成为“高危职业”,医患关系的不断恶化,对当代和未来的医疗服务提供者都造成了恶劣的影响。面对越来越高的医疗损害索赔频率和索赔金额,医疗损害责任风险已经严重困扰诊疗活动的所有参与者,甚至已经成为影响和制约我国医疗卫生事业发展的“瓶颈”。医疗责任保险作为世界各国预防和化解医疗纠纷的主要对策,对有效保障医患双方权益,构建和谐医患关系具有重要价值。根据经济合作与发展组织2006年对其中26个成员国的调查显示,美国、法国、德国、英国、澳大利亚、加拿大、奥地利、比利时、捷克共和国、丹麦、芬兰、匈牙利、冰岛、波兰、斯洛伐克共和国、西班牙、瑞典、新西兰等共计18个成员国为了解决本国的医疗纠纷问题,都立法实施了医疗责任强制保险,有效发挥了医疗责任保险的纠纷解决功能^[4],实施医疗责任强制保险已然成为国际立法趋势。由于我国医疗纠纷的频发,李克强总理在《2017年政府工作报告》中明确提出要“保护和调动医务人员积极性,构建和谐医患关系”。医疗责任保险作为构建和谐医患关系之重要举措,亦应加快研究建立相关制度,如国务院关于印发“十三五”深化医药卫生体制改革规划的通知(国发[2016]78号)即明确提出“加快发展医疗责任保险。”而“是否实施医疗责任强制保险”当为发展医疗责任保

① 以下如无单独使用医务人员、医疗机构等词,将以医疗服务提供者指代医疗机构与医务人员。

险之首当其冲的重要问题,因此,本文将基于对我国医疗责任保险实施模式的现状与问题进行考察的基础上,剖析实施医疗责任强制保险的法理基础。

二、我国医疗责任保险实施模式的现状及问题

按照保险的实施模式为标准,可以将保险分为自愿保险与强制保险。自愿保险之加入与否,完全听凭个人自由决定;强制保险,即政府或其他公共团体强制其人民或团体成员负有投保特定保险的义务。自愿保险是当事人自愿合意所成立之契约关系。强制保险之保险关系,则基于法律之规定而当然成立,因此,对被保险人而言,有加入保险之义务^[5]。

中国的医疗责任保险产生于20世纪80年代,1988年,广西壮族自治区卫生厅与中国人民保险公司广西分公司共同协商,决定由该公司在广西全区开办医疗事故责任保险,保险条款和保险费率报经当时的保险管理机关——中国人民银行广西分行批准后,由上述两个单位联合发文施行,这是我国在全省(区)范围内,在各级医疗单位和乡村(个体)医生中开展医疗责任保险的先例^[6]。随后,部分省市相继以政府规范性文件来推动医疗责任保险在当地的开展,如云南、上海、深圳、北京等地开始进行医疗责任保险的试点推行。2014年7月9日,国家卫生计生委等五部委则发布了《关于加强医疗责任保险工作的意见》^①(以下简称《意见》)中提到,“到2015年底前,全国三级公立医院参保率应当达到100%;二级公立医院参保率应当达到90%以上。”《意见》的用词为“应当达到”,具有明显的“强制参保”要求。2016年12月27日,《国务院关于印发“十三五”深化医药卫生体制改革规划的通知》(国发[2016]78号)则提出“到2020年,医疗责任保险覆盖全国所有公立医院和80%以上的基层医疗卫生机构。”根据国家卫计委2017年2月发布的通报显示,截至2016年底,全国已经有七万余家医疗机构参加了医疗责任保险,并将继续推进医疗责任保险县级医院全覆盖^②。可见,基于维护医患双方合法权益和医疗秩序稳定的公共利益考虑,我国相关政府部门即作为制度变迁的主体在不断地推动医疗责任保险制度的建立。根据我国各省市医疗责任保险的相关立法与政策规定,我国医疗责任保险的实施模式呈现出多数省市“对公立医院实施地方性医疗责任强制保险”的基本态势。

(一)多数省市对公立医院实施强制保险,对非公立医院则实施自愿保险

我国多数省市通过地方立法强制公立医院购买医疗责任保险,对非公立医院则实施自愿保险。如《上海市医患纠纷预防与调解办法》(2014年上海市人民政府令第12号)第9条第2款规定“本市公立医疗机构应当参加医疗责任保险,按照有关规定计提的医疗风险基金,应当用于参加医疗责任保险。”《北京市实施医疗责任保险的意见》(京卫法字[2004]27号)第2条规定“凡本市行政区域内的医疗机构均可按照本意见的规定参加医疗责任保险。本市行政区域内国有非营利性医疗机构必须按照本意见的规定参加医疗责任保险。”《河南省实施医疗责任保险工作方案(试行)》(豫卫医[2010]212号)第2条规定“全省范围内县(市)级以上公立医疗机构必须参加医疗责任保险,并鼓励支持其他各级各类医疗机构参加

① 参见《关于加强医疗责任保险工作的意见》(国卫医发[2014]42号)。

② 参见《国家卫生计生委办公厅关于2016年维护医疗秩序工作情况的通报》(国卫办医函[2017]66号)。

医疗责任保险。”此外,浙江^①、甘肃^②、广西^③、海南^④、天津^⑤、重庆^⑥、陕西^⑦、江苏^⑧等十余个省市明确对公立医院或二级以上的公立医院提出强制购买医疗责任保险的要求。

(二) 少数省市实施“鼓励性”医疗责任自愿保险

实施“鼓励性”医疗责任自愿保险是指以鼓励性的表述引导医疗服务提供者投保医疗责任保险。如《四川省医疗纠纷预防与处置暂行办法》(川综治委〔2012〕7号)第30条规定:“各级卫生行政部门应当加强对医疗机构参加医疗责任保险的督促指导。在坚持“保险自愿”原则基础上,组织公立医疗机构参加医疗责任保险,鼓励和支持其他医疗机构参加。”《广东省医疗纠纷预防与处理办法》(2013粤府令第186号)第9条“鼓励和支持医疗机构参加医疗责任保险,鼓励患者参加医疗意外保险。卫生行政部门应当引导医疗机构参加医疗责任保险。”此外,类似规定的还有湖南^⑨、福建^⑩等省市。可见,上述省份并未使用“应当”、“必须”等强制参保用语,而是使用了“鼓励”、“支持”等倾向性的自愿保险模式。

总体而言,我国目前医疗责任保险的实施模式,是一种以对公立医院实施“地方性强制保险”为主的模式,显现出医疗责任保险强制实施的倾向。虽然地方性医疗责任强制保险符合国际立法趋势与《意见》的要求。但根据《保险法》第11条第2款^⑪的规定,实施医疗责任强制保险应当以法律、行政法规层面的立法来推行,以部委规章、地方性法规或规范性文件的方式来施行医疗责任强制保险,存在违反立法法、立法效力低下、缺乏一致性与稳定性的问题。而且,实施医疗责任强制保险的目的是否正当?强制之手段是否合理?如何立法方能使医疗责任强制保险具有合法性?这些都是实施医疗责任强制保险所必须回答和论证的基础性问题,如此,方能消弭对实施医疗责任强制保险的质疑。

① 参见《浙江省医疗纠纷预防与处理办法》2010年浙江省人民政府令第269号。

② 参见《甘肃省实施医疗责任保险工作方案(试行)》(甘卫医管发〔2010〕452号)。

③ 参见《广西壮族自治区人民政府办公厅关于开展医患纠纷人民调解工作的意见》(桂政办发〔2012〕321号)。

④ 参见《海南省卫生厅、中国保险监督管理委员会海南保监局关于在全省公立医疗机构统一推行医疗责任保险制度的通知》琼卫法规〔2010〕21号。

⑤ 参见《天津市医疗纠纷处置办法》2008年津政令第15号。

⑥ 参见《重庆市卫生局、重庆保监局关于在全市二级以上公立医疗机构统一推行医疗责任保险的通知》,渝卫〔2011〕116号。

⑦ 参见《陕西省推进医疗责任保险工作方案(试行)》,陕卫医发〔2014〕296号。

⑧ 参见《江苏省医疗纠纷预防与处理条例》(2017年江苏省人大常委会公告第57号)第50条规定“公立医疗机构应当参加所在地人民政府建立的医疗责任风险分担制度。鼓励非公立医疗机构参加所在地人民政府建立的医疗责任风险分担制度。”

⑨ 《湖南省医疗纠纷预防与处理办法》(2012年湖南省人民政府令第263号)第8条“鼓励实行医疗责任保险制度。支持保险公司开展医疗责任保险。县级以上人民政府卫生行政部门应当鼓励、指导医疗机构投保医疗责任保险。”

⑩ 《福建省医疗纠纷预防与处理办法》(2016年福建省人民政府令第174号)第45条“县级以上人民政府卫生计生行政部门应当积极推动公立医疗机构按规定参加医疗责任保险,鼓励非公立医疗机构参加医疗责任保险,医务人员参加执业责任保险,患者参加医疗意外保险。”

⑪ 《保险法》第11条第2款,“除法律、行政法规规定必须保险的外,保险合同自愿订立”。

三、实施医疗责任强制保险之目的正当性: 增进公共利益

公民的财产权是受《宪法》保护的基本权利,各国都非常重视对公民财产权的保护。但“基本权利的行使须顾虑到社会共同利益的需要,并同时尊重其他个人所相同拥有基本权利之需要;另一方面,倘基本权利行使没有界限,国家反将无从完成其平等保障每一人民基本权的任务,因为没有限制的基本权行使实无异于基本权的相互干扰与妨碍,最后势必造成强凌弱、众暴寡,唯有实力的强者始拥有基本权的危险后果。”^[7]因此,为了维持社会秩序,避免其他社会成员的自由遭受不法侵害及增进公共利益之目的,对一定权利进行限制乃不可或缺的手段,但对于人民之受宪法保障的基本权利亦势必产生一定程度的侵害。具体就实施医疗责任强制保险而言,医疗服务提供者所享有的购买保险的自由选择权就受到了一定的限制,取而代之的是医疗服务提供者应当购买医疗责任保险的义务,这将强烈冲击医疗服务提供者的个人财产自由及选择权利,终将成为医疗责任保险领域中颇具争议的话题。那么,实施医疗责任强制保险的目的是否具有正当性?是否有利于促进公共利益呢?

公共利益是法律追求的基本价值,无论公共利益的定义方式如何变化,其基本的共同因子就是“大多数人的利益”。在自愿保险中,投保人投保相关保险主要是基于自身的财务能力与危险分散计划来作出是否购买保险的决定,保险人则基于营利性的考虑来拟定保险费率与合同条款,并决定是否承保可能出现的风险。因此,自愿保险主要是双方当事人基于个人利益的考虑而订立的。而强制保险之立法背后均有其特定的政策考量,立法者一般是基于对公众利益的考虑而制定强制保险法,以此达到特定的政策目的,例如我国实施的机动车交通事故责任强制保险,其强制的主要目的即为有效救济因高发的道路交通事故所可能造成的社会大众的损害,并促进道路交通安全^①。

与道路交通事故相比而言,在医疗服务活动中,可能遭受医疗服务提供者之过失行为侵害的第三人不可谓不是大多数人,因为人的一生不可能不与医疗活动打交道。根据国家卫生计生委规划与信息司于2017年8月18日发布的《2016年我国卫生和计划生育事业发展统计公报》显示,仅“2016年,全国医疗卫生机构总诊疗人次即达79.3亿人次,2016年居民到医疗卫生机构平均就诊5.8次”。医疗行业作为一个公认的高风险、高技术和高责任的行业,每一位接受医疗服务的患者都有可能受到医疗过失行为的侵害。根据美国医学研究院(IOM, the Institute of Medicine)1999年发布的《孰能无错——创建更加安全的医疗卫生保健系统》(To Err is Human: Building a Safer Health System)的报告显示:美国每年估计有98000人死于可以预防的医疗差错。这个数字远远超过了美国每年死于车祸(43458人)、乳腺癌(42297人)、艾滋病(16516人)的人数。这些医疗差错所造成的收入损失、伤残和医疗护理的总费用每年达到290亿美元^[8]。因此,实施医疗责任强制保险不仅系保障医疗服务提供者在保险事故发生时,其总财产可受有一定程度之保障,同时亦保障潜在的可能因医疗服务提供者之医疗活动而受有损害之患者,甚至为保障受害患者,而规定特别的法律制度,如赋

① 《机动车交通事故责任强制保险条例》第1条规定“为了保障机动车道路交通事故受害人依法得到赔偿,促进道路交通安全,根据《中华人民共和国道路交通安全法》、《中华人民共和国保险法》,制定本条例。”

予患者对保险人的直接请求权,使受害患者能够获得保险的保障,及时获得救济。因此,实施医疗责任强制保险具有明显的维护社会稳定、保护公共利益的功能。

而且,要求医疗服务提供者投保医疗责任保险,就等于医疗责任保险公司介入了医疗服务提供者的执业活动,由此可以强化医疗服务提供者的执业保护意识,规范医疗行为。因为“保险公司为了降低医疗过失诉讼而有极强的动力去监督医疗服务提供者改变他们的诊疗方法,保险公司将根据其所承保的医疗服务提供者的医疗过失记录来确定医疗责任保险费率,通过降低医疗过失的发生来达到降低医疗责任保险费率的。”^[9]因此,实施医疗责任强制保险不仅使患者的损害赔偿金有了保障,分散了医疗服务提供者的执业风险,更起到了减少医疗损害事件发生的功能。可见,实施医疗责任强制保险有如实施机动车交通事故责任强制保险一般,其强制的主要目的即为“保障医疗损害事故受害人依法得到赔偿,促进医疗活动安全。”

因此,实施医疗责任强制保险保护的主体是社会大多数人的利益,从此意义而言,实施医疗责任强制保险承担的是一种广义的社会责任,医疗责任强制保险应界定为一种具有明显社会公益性的责任保险。正如美国肯塔基(Kentucky)州在制定医疗责任强制保险的立法时,立法者对立法目的表述即为“通过对医疗损害责任索赔制度的改革,以促进对居民的医疗服务和公共福利(general welfare),实施医疗责任强制保险可以降低医疗责任保险的成本与提高医疗服务提供者对医疗责任保险的普及性,并保证医疗损害责任判决或和解能够得到满足。”^①可见,尽管医疗责任强制保险涉及对医疗服务提供者之财产权和选择权的限制,但是承认其合法性仍是必要的,根源在于推行医疗责任强制保险的目的主要是为了增加和维护社会的公共利益,目的具有正当性。

四、实施医疗责任强制保险的手段合理性:遵循比例原则

比例原则从最初警察法上的概念,不断扩张至整个行政法领域,并逐步发展为宪法位阶的基本原则,在基本权利保障、规范公权力运行等领域发挥着至关重要的作用,堪称“公法里的‘帝王条款’。”^[10]比例原则作为保障人民基本权利之原则,系指国家在涉及人民基本权利的公权力行为中,其意图实现之“目的”与公权力行使之“手段”间,有无适当合理的“比例”关系而言。以此为基础,应可得出“目的与手段间”、“各种可选择之手段间”以及“受牺牲之基本权利与欲实现的公共利益间”三组对照性要素,据以掌握、理解、并进而判断前述之“合比例关系”是否具备^[11]。按照通说,比例原则包括三个子原则:(1)妥当性,即所采取的措施可以实现所追求的目的;(2)必要性,即除采取的措施之外,没有其他给关系人或公众造成更少损害的适当措施;(3)相称性,即采取的的必要措施与其追求的结果之间并非不成比例。”^[12]由于财产自由处分权并非宪法中所保障的“绝对”不可侵犯的权利,而是在一定范围内授权立法者可以限制财产自由处分权以达到公益目的,但为?遏制立法者滥用权力侵害人权,故运用比例原则在公权力为公益需要而侵犯人民权利时,用以保障民众的权利。因为“如果对基本权利的限制本身不加任何限制,允许公权力用限制的方式掌控公民的基本权利,势必会导致公民的基本权利被过度侵害,甚至被排除和掏空。”^[13]比例原则既然是以保

① Ky. REv. STAT. § 304.40 - 250 (Supp. 1976) .

障人民的基本权力为目标,因此在审查实施医疗责任强制保险时,也必须以比例原则加以检验,始能保障医疗服务提供者的财产自由处分权不被国家公权力任意侵害。若为了实现对医疗损害风险的有效分散而给医疗服务提供者加上不成比例的负担,便会与伦理考量相冲突,在法治社会中也不会被接受。对于实施医疗责任强制保险是否符合比例原则,应当以比例原则的三个次级原则,即妥当性原则、必要性原则和相称性原则对实施医疗责任强制保险进行全面考量。

(一) 实施医疗责任强制保险的妥当性原则考量

所谓妥当性原则,是指公权力机关在执行职务时,面对多种选择,仅得选择能够达成所追求的目的之方法为之,即目的和手段之间必须是妥当的。如果公权力措施增加目的达成之困难或根本毫无效果、甚至是有害的,根本无法达成所追求之目的,则该措施欠缺妥当性。更进一步来说,在判断所采取的手段是否有助于目的之达成?是否属必要、最小侵害手段?以及是否所追求公益大于所牺牲的私益。具体到医疗责任保险领域,即要求实施医疗责任强制保险有助于公益目的之达成。如上文所述,人的一生不可能不与医疗活动打交道,实施医疗责任强制保险保护的對象是社会大多数人的利益。如果实施医疗责任自愿保险,则有些医疗服务提供者基于对投保成本的考虑,或者抱着侥幸心理认为自己不会出现医疗事故而选择不投保,如此将可能出现部分医疗服务提供者对自己的风险预估不足,个体的赔偿能力又有限,受害第三人即可能无法获得充足赔偿。若要求医疗服务提供者必须投保医疗责任保险,则可保证每一位医疗服务提供者都有法定的最低限度的偿付能力,在发生医疗损害责任时,受害第三人至少在保险金额范围内获得基本保障,有助于公益目的的达成。

而且,随着社会公益化程度的日益提高,强制责任保险将具有更为广泛和重要的适用价值^[14]。对我国现行立法进行考察,我国目前对大部分的专业机构或专业人士都要求其购买职业责任保险或建立执业风险基金,如我国《合伙企业法》第59条即明确要求以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的特殊普通合伙企业必须办理职业保险^①。《律师事务所内部管理规则(试行)》第49条“律师事务所应当参加当地司法行政机关或者律师协会组织的执业责任保险。”《会计师事务所分所管理暂行办法》第11条“会计师事务所应当统一购买职业责任保险或计提职业风险基金。”除此之外,公证机构^②、司法鉴定机构^③、资产评估机构^④、

① 《合伙企业法》第59条规定“特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险。执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理。具体管理办法由国务院规定。”

② 《公证法》第15条“公证机构应当参加公证执业责任保险。”

③ 《司法鉴定机构登记管理办法》第18条“司法鉴定机构应当参加司法鉴定执业责任保险或者建立执业风险金制度。”

④ 《资产评估机构审批和监督管理办法》第46条“资产评估机构应当按规定提取和使用职业风险基金,购买职业责任保险,建立职业责任保障机制。”

税务师事务所^①、设计事务所^②、破产管理人^③、保险公估机构^④、保险经纪机构^⑤、保险专业代理公司^⑥等共计十一类专业人员或者专业机构都必须购买职业责任保险或建立执业风险基金。通过归纳可以得知,这十一类专业人员或专业机构主要涉及的是财产性权益的风险损失分担问题,而同属于专业服务机构或者专业人员的医疗服务提供者,其专业性当不比前述十一类专业人员的要求低,甚至可能更高;并且,医疗损害责任不仅涉及财产性权益风险的损失分担问题,更涉及人身性权益风险的损失分担问题,从权益位阶的角度而言,人身权要高于财产权;再者,从公益性的角度而言,医疗服务提供者所提供的医疗活动具有更明显的公益性,因此,举轻以明重,强制医疗服务提供者投保医疗责任保险的手段有助于保护社会大多数人之利益的公益目的之达成,其对于医疗服务提供者所引起之损害与其所欲达成的目的之间,尚不至于有极端不相称之情形,实施医疗责任强制保险符合妥当性原则之要求。

(二) 实施医疗责任强制保险的必要性原则考量

通过对实施医疗责任强制保险进行妥当性原则之考量后,可以认为实施医疗责任强制保险有助于公益目的之达成。相比其他十一类专业人士的强制投保要求,要求医疗服务提供者投保医疗责任强制保险亦非不当,然而,还须进一步讨论者为:实施医疗责任强制保险是否符合必要性原则?所谓必要性原则,亦有称为“最小限制原则”,系指立法者应在所有同样适合达成目的之限制基本权的手段中,选择对私人基本权限制最小者为之。如果别无其他相同有效而且对基本权未予限制或限制较小之手段可供选择时,则立法者所选择之手段即属必要。具体包括“相同有效性”与“最小侵害性”两个基本要求。就相同有效性要素在必要性原则的审查上,系指其他手段可以以相同的适合性程度来实现目的时,方得以列入比较是否为最小侵害手段。所列为比较之较温和的手段,对于目的之达成至少必须与立法者所选择之手段具有相同有效的程度,若其他手段在达成目的之效果上逊于立法者之手段时,即

① 《注册税务师管理暂行办法》第29条“税务师事务所应当依法纳税,并建立健全内部管理制度,严格财务管理,建立职业风险基金,办理职业保险。”

② 《私营设计事务所试点办法》第14条“私营设计事务所应当建立风险基金,或向保险机构投保职业保险。建立风险基金,每年提取的基金数,应当不少于业务收入的10%。在尚未建立设计保险的地区,私营设计事务所因设计错误而造成的质量事故,按国家有关规定进行赔偿。”

③ 《破产法》第24条第4款规定“个人担任管理人的,应当参加执业责任保险。”

④ 《保险公估机构监管规定》第42条“保险公估机构应当自办理工商登记之日起20日内投保职业责任保险或者缴存保证金。保险公估机构应当自投保职业责任保险或者缴存保证金之日起10日内,将职业责任保险保单复印件或者保证金存款协议复印件、保证金入账原始凭证复印件报送中国保监会。”第43条第1款“保险公估机构投保职业责任保险的,应当确保该保险持续有效。”

⑤ 《保险经纪机构监管规定》第39条“保险经纪机构应当自办理工商登记之日起20日内投保职业责任保险或者缴存保证金。保险经纪机构应当自投保职业责任保险或者缴存保证金之日起10日内,将职业责任保险保单复印件或者保证金存款协议复印件、保证金入账原始凭证复印件报送中国保监会。”第40条第1款“保险经纪公司投保职业责任保险的,应当确保该保险持续有效。”

⑥ 《保险专业代理机构监管规定》第39条“保险经纪机构应当自办理工商登记之日起20日内投保职业责任保险或者缴存保证金。保险经纪机构应当自投保职业责任保险或者缴存保证金之日起10日内,将职业责任保险保单复印件或者保证金存款协议复印件、保证金入账原始凭证复印件报送中国保监会。”第40条第1款“保险经纪公司投保职业责任保险的,应当确保该保险持续有效。”

使其能减轻侵害的强度,立法者之手段仍属合乎必要性原则^[15]。

对实施医疗责任强制保险是否符合必要性原则,首先须讨论的是,“在确实填补医疗损害受害人之损害的目的上,是否尚有其它可以替代医疗责任强制保险之方案?”例如对医疗损害责任之归责原则直接采取无过错责任原则、或是以保证金替代医疗责任强制保险等。但本文认为,对医疗损害责任的归责原则改采无过错责任原则,仅仅加重了医疗服务提供者的责任而不能确保受害人损害之填补,因为无过错责任还是由实施医疗服务活动的医疗服务提供者个体来承担风险,赔偿能力是有限的;而且,过于严格的归责原则会让医疗服务活动萎缩,因为医疗行为具有危险性、侵袭性的特征,医疗服务提供者并不能保证医疗行为的结果,实施无过错责任反而会引发医疗服务提供者实施防御性医疗行为,最终浪费医疗资源,损害患者及大多数人的公共利益。至于保证金制度,虽然对于医疗服务提供者而言或许较为有利,但是提供保证金或资力证明并不意味着加害人之赔偿能力即因而获得确保,更不等于可担保加害人之赔偿意愿,医疗损害责任的风险更是无法得以有效分散,并不利于医疗服务提供者和患者的保护,无法有效保护公共利益。

相比而言,虽然医疗责任强制保险对于医疗服务提供者有限制契约自由之不便,但其支出保费之同时,亦获得责任保险人之保险保障,而且,实施医疗责任强制保险至少具有以下三项功能:第一,实施医疗责任强制保险可以避免医疗服务提供者因缺乏经济实力而导致受害者应得的经济补偿无法兑现或将侵权行为的不利后果转嫁给社会承担的情况发生,确实维护受害人的合法利益;第二,实施医疗责任强制保险不仅可以分散医疗服务提供者的责任风险,增强其赔偿能力,更使医疗服务提供者能从烦琐的法律程序中解脱出来,使其更专心于医疗服务活动;第三,实施医疗责任强制保险,由医疗责任保险人提供一定的医疗纠纷处理服务,将可以使政府减少处理医疗纠纷的行政成本。在医疗责任强制保险中,保险事故、承保范围因其特定的政策目的而受到影响,强制医疗服务提供者投保的医疗损害责任范围应当以达到特定的政策目的为限,不能过度地对投保人的财产权造成影响。因此,实施医疗责任强制保险相比于其他的手段而言,在达到维护公共利益的同时又不至于对医疗服务提供者造成过大之不利影响,还可以给医疗服务提供者带来一定的保险保障,符合必要性原则的要求。

(三) 实施医疗责任强制保险的相称性原则考量

对实施医疗责任强制保险的相称性原则进行考量,是指因国家采取的方法所造成的人民基本权利之损害,是否与其所欲达成之公益目的显失均衡?所使用的手段与目的间必须成比例,不能为达成很小之目的而采取激烈手段使人民之损失过大。换言之,推行医疗责任强制保险必须与其所追求的目的之重要性、紧迫性相当。本文认为,由于医疗损害责任具有危害较大、赔偿较重、发生频率较高以及实施医疗责任自愿保险可能出现的逆选择的问题,实施医疗责任强制保险是符合相称性原则的要求的。

1. 医疗损害责任的危害较大

医疗服务活动的对象是人的生命和健康,作为人的最高权利的生命和健康权利决定了医疗服务活动具有较高的风险;而且,医疗服务活动并非所有疾病都能治愈,还处于不断的探索和创新过程之中,风险不可完全预估,具有极强的技术性,疾病的自然发展可能与

医疗损害混同,医疗损害责任不易界定。当医疗损害风险发生时,可能对患者的生命权、健康权造成直接损害,造成较严重的损害后果;并且,如果医疗服务提供者因承担医疗损害赔偿责任而破产,医疗服务提供者的解散或停业将严重影响到相关社区居民所能享受的医疗服务,实施医疗责任强制保险将有效地补偿患者的损害和避免医疗服务提供者的破产情形,实施医疗责任强制保险所追求的目的具有重要性。

2. 医疗损害责任的赔偿较重

根据2002年中华医院管理学会进行的全国性调查,全国每家医院由于医疗纠纷,平均每年被索赔的数额为21万^①。而根据国家卫生计生委规划与信息司发布的《2016年我国卫生和计划生育事业发展统计公报》显示,2016年末,全国医疗卫生机构总数达983394个,其中:医院29140个。根据此统计数据,全国一年针对“医院”之医疗纠纷的索赔金额可能就高达61.19亿元。而由湖北省武汉市中级人民法院审理的一起由于医院护理人员疏忽,没有发现温箱断电,致使双胞胎脑瘫的医疗损害责任纠纷中,法院判决的赔偿金额高达383.384955万元^②。深圳市罗湖区人民法院对该院2007年至2011年的关于医疗损害责任的裁判文书进行统计后发现,69.46%的案件的诉讼标的在50万以上^③。这些数据都为医疗损害责任赔偿较重的力证。

3. 医疗损害事件的发生频率较高

我国每年发生多少起医疗损害事件,又有多少医疗损害事件与医疗服务提供者的过失有关,我国没有具体的统计数据,但可以以医疗技术水平执世界牛耳的美国之统计数据作为参考。美国最著名的医疗损害事件统计非“哈佛研究”^④莫属。“1984年哈佛大学医疗事故调查组从纽约州的51家医疗机构任意收集了总数达30121件诊疗记录进行了各种审查和分析,最后得出了医疗上的“坏结果”和医生的“过失”的实际数据。考量到统计学上的可信度问题,对各种比率都进行了计算。最后,推定出了当时纽约州的医疗纠纷的概数。这次的调查结果为:医疗上的“坏结果”为1278件,占调查对象30195件诊疗记录中的3.7%(95%以上的可信度)。其中医生存在过失的件数为306件,占“坏结果”1278件中的27.6%(95%以上的可信度)。同年纽约州医院就诊患者达2671863人,因此,可以推定医疗上的“坏结果”

① 2002年中华医院管理学会对全国326所医院进行的问卷调查显示:在2000年,326所医院医疗纠纷索赔金额总计约6000万元左右,其中索赔数额为100万元以上的就占了11.5%,平均每所医院约21万元。当时全国共有县以上医院近2万所,按该调查平均索赔金额推算,全国医院一年医疗纠纷索赔金额高达42亿元,占全国县以上医院医疗收入的5.9%。参见杜海岚《遏制医疗纠纷上升势头,326所医院问卷调查综述》,载《法制日报》2002年2月21日第1版。

② (1998)武民初字第372号。

③ 深圳市罗湖区人民法院提供的关于该院的医疗损害责任纠纷的数据:诉讼标的在100万以上的有11宗,占13.58%;诉讼标的在50万元至100万元的有45宗,占55.88%;诉讼标的在10至50万元之间的19宗,约占23.46%;诉讼标的在10万元之下的6宗,仅占7.4%。参见游春亮《医患矛盾长年积累加大法院审理难度》,载《法制日报》2012年3月29日第4版。

④ 1989年8月,新英格兰医学杂志上一篇关于医疗损害与不当医疗的重要研究被发表,被称之为“哈佛研究(The Harvard Medical Practice Study)”。H. H. Hiatt, et al. . Special Report: A Study of Medical Injury and Malpractice, The New England Journal of Medicine, 1989, (7)。

件数为 98609 件,医生存在“过失”的件数为 27179 件。其次,“坏结果”与“医疗过失”的关系是“坏结果”的程度越高,“医疗过失”的比率也越高。具体地说,1 个月以下能治愈的医疗事故中,医生存在过失的比率为 22.2%,1 个月以上 6 个月以内能治愈的医疗事故中,医生存在过失的比率为 24.4%,需要 6 个月以上才能治愈的医疗事故中,医生存在过失的比率为 29.6%。患者 50% 以下的生理机能出现障碍的事故中,医生的过失比率为 22.8%,患者超过 50% 以上的生理机能障碍的事故中,医生的过失比率为 34.4%,死亡事故中医生的过失比率为 51.3%(状况不明的事故中医生的过失比率为 30.7%)。上述数据分析表明:在医疗事故中,不管发生怎样的“坏结果”,这一比率占全体患者数的 3.7% 是能够得以证明的。也就是说在 100 万医疗应诊人当中,会有 37000 人遇上“坏结果”。而因为医生的“过失”导致事故的比率占到 27.6%。”^[16]若以此数据放在我国的医疗服务水平与我国人均诊疗次数 5.8 次的医疗服务活动中,我国之医疗损害事件的发生总量可能比起美国是有过之而无不及的。然而,我们却不能因此而废弃了医疗服务活动,医疗损害责任风险可以说是医疗服务活动之宿命的弱点,实施医疗责任强制保险就成为了不可或缺的风险分散机制。

4. 医疗服务提供者的逆选择行为将使医疗责任保险制度难以为继

因规模小、费率结构不够透明、保险人的抗辩义务未能构建^[17]等问题,我国现行医疗责任保险无法有效满足医疗服务提供者的需求,造成医疗服务提供者投保意愿不高的“叫好不叫座”的窘境。在此背景下,若实施医疗责任自愿保险,医疗服务提供者的逆选择行为对于危险共同体之影响即相对增加,使得赔偿损失率居高不下,从而影响保险人之承保意愿。因为,如果医疗责任保险人不能区分医疗服务提供者的风险,而医疗服务提供者之间的风险差别很大,低风险者会觉得保费远大于他们期待的损失,这样他们就会放弃保险;随着低风险者的离开,保险人的风险将会增加,而为了避免损失,保险人则必须增加保费。保费的增加又将进一步失去相对低风险的被保险人,如果这一过程持续下去的话,医疗责任保险将不复存在。

可见,虽然实施医疗责任强制保险对于医疗服务提供者有限制契约自由之不便,但由于强制医疗服务提供者全体投保,随着医疗损害责任危险共同体成员的增加,将使相同保险内容之保费降低,由于保费的降低,医疗费用也将进一步降低,由此使得公众更容易获得医疗服务,实施医疗责任强制保险与其所欲达成之公益目的不会出现显失均衡,采取手段过于激烈、使得医疗服务提供者损失过大的问题,可见,实施医疗责任强制保险符合相称性原则的要求。

五、实施医疗责任强制保险之形式合法性:制定“医疗责任强制保险条例”

我国各省市开展医疗责任保险的主要目的是为了化解医患矛盾的坚冰。但实施至今,始终未能取得预期效果,医疗服务提供者未能实现从医疗纠纷中脱身的愿望,出现了“叫好不叫座”的局面。而法律制度的缺失是其中的基础性问题。通过考察我国全国层面的法律、法规与规范性文件,我国目前关于医疗责任保险的立法还处于追求“有法可依”的阶段。基

本的立法情况为:第一,法律层面没有立法,但人大代表积极提案^①;第二,行政法规或国务院颁布的规范性文件层面仅提及“试点”、“完善”,而无具体制度^②;第三,部委规章或者部委规范性文件层面,保监会、司法部、卫生和计划生育委员会都发布了相关规章或者规范性文件,但都浅谈即止。如保监会发布的相关规章或规范性文件中仅提及“积极发展医疗责任保险制度”^③;司法部发布的相关规章或规范性文件,仅提到“进一步健全和完善医疗责任保险制度”^④;卫生和计划生育委员会从2007年开始发布与医疗责任保险相关规章或规范性文件,但亦仅提及“积极推进”^⑤医疗责任保险制度,但“如何建立”、“如何发展”、“如何完善”则完全无具体制度可循。由于没有统一的法律制度,对医疗责任保险的实施模式、组织模式、承保范围、保险人与被保险人的权利义务等等一些基础性的法律制度没有作出明确统一的规定,也难怪各地的做法五花八门,因此,亟需对医疗责任强制保险制定一部统一的全国性法律法规。若要实施全国性的医疗责任强制保险,则应当具备“形式阻却违宪事由”,即要求国家必须有法律之依据,始得限制人民的基本权利,一般称为“法律保留原则”,在此基本权限制的关联中,又可称为干预保留。法律保留原则要求只有国家立法机关以制定法律的形式方能对公民的基本权利进行限制^⑥。我国《保险法》第11条第2款亦明确规定“除法律、行政法规规定必须保险的外,保险合同自愿订立。”因此,我国应于法律、行政法规层面对实施医疗责任强制保险进行规定,方能解决《意见》与各省立法的“违法之虞”。本文建议,由于我国《保险法》并未对强制保险有特殊的规定,关于医疗责任强制保险的内容亦非数个条文即可有完整的规范,且考虑到应对医疗责任强制保险与医疗纠纷之预防与处理做一全面整合,应以单行立法更为合适,因此,建议参照《机动车交通事故责任强制保险条例》,由国务院以行政法规的形式制定“医疗责任强制保险条例”,对实施医疗责任强制保险统一进行规范,化解实施医疗责任强制保险之形式合法性危机。

① 有三份全国人民代表大会教育科学文化卫生委员会关于人大代表议案审议结果的报告:(1)2007 审议结果:已在部分地区试点;(2)2008 年审议结果:认真研究代表议案提出的医疗责任保险制度的建议;(3)2009 年审议结果:建议全国人大常委会法制工作委员会和国务院及其有关部门认真研究议案提出的建立医疗责任保险制度。

② 如《国务院关于保险业改革发展的若干意见》(国发[2006]23号)提到:通过试点,建立统一的医疗责任保险。《中共中央、国务院关于深化医药卫生体制改革的意见》(中发[2009]6号)提到:完善医疗执业保险。

③ 如《关于保险业深入贯彻医改意见积极参与多层次医疗保障体系建设的意见》(保监发[2009]71号)第(十一)项:积极发展医疗意外伤害保险、执业医师责任保险、医疗机构责任保险等多种医疗执业保险,利用保险机制化解医疗风险,减少医疗纠纷,促进和谐医患关系的构建。

④ 《司法部、卫生部、保监会关于加强医疗纠纷人民调解工作的意见》(司发通[2010]5号)第七点:进一步健全和完善医疗责任保险制度。

⑤ 《卫生部关于改进公立医院服务管理方便群众看病就医的若干意见》(卫医管发[2010]14号)提到:积极推进医疗纠纷人民调解和医疗责任保险工作。

⑥ 我国的法律保留原则是在《立法法》中进行了规定,如《立法法》第8条规定了只能制定法律的事项;第9条规定了绝对属于法律调整范围的事项,同时授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先行制定行政法规。

结论

2016年3月16日通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》明确提出要“健全权益保障和矛盾化解机制”,医患矛盾是转型期社会矛盾在医疗卫生行业的集中体现,已出现了极其严峻的问题。《柳叶刀》杂志甚至对中国的医疗纠纷问题发出了“暴力伤医:为什么中国?为什么现在?下一步该怎么做?”^①的追问。笔者认为,实施医疗责任强制保险作为国际上通行有效的医疗纠纷预防和化解机制,不仅可以对医疗服务提供者提供充足的责任保险,合理地补偿所谓的“医源性伤害”;而且可以对医疗过失行为实现有效的遏制,对于病人的安全、对于医患之间的信任、对于医疗服务活动的顺利开展与可持续性发展都具有极其重要的作用,当为我国医疗体制改革成功与否的一项重要考核指标,因此,制定一部统一的“医疗责任强制保险条例”应为我国构建和谐医患关系之不可或缺的一环,是落实《“健康中国2030”规划纲要》之重要举措,系推进“中国健康事业的发展与人权进步”之不可阙如的立法。

参考文献:

- [1] 赵敏,姜锴明,杨玲玲,屈万勇.暴力伤医:大数据描述16年轨迹[N].健康报,2017-02-23(6).
- [2] Li Jie. New generations of Chinese doctors face crisis[J]. Lancet, 2012, (379).
- [3] An Jingang. Which future for doctors in China? [J]. Lancet, 2013, (382).
- [4] OECD. Policy Issues in Insurance Medical Malpractice prevention, insurance and coverage options [M]. OECD PUBLISHING, 2006. pp. 76-82.
- [5] 袁宗蔚. 保险学——危险与保险[M]. 北京:首都经济贸易大学出版社,2000. 129-130.
- [6] 史自强,许才德,范进南,等.对广西实行医疗事故保险的调查与评价[J].中国医院管理,1992(1).
- [7] 许宗力. 基本权的保障与限制·上[J]. 月旦法学教室,2003(11).
- [8] Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan, and Molla S. Donaldson. TO ERR IS HUMAN Building a Safer Health System [M]. National Academy Press, 2000. pp. 26-27.
- [9] Richard A. Posner. Economic Analysis of Law [M]. Aspen Publishers, 2007. pp. 203-204.
- [10] 陈新民. 德国公法学基础理论·下册[M]. 济南:山东人民出版社,2001. 389.
- [11] 蔡宗珍. 公法上比例原则初论——以德国法的发展为中心[J]. 政大法学评论,1999(62).
- [12] 哈特穆特·毛雷尔. 高家伟译. 行政法学总论[M]. 北京:法律出版社,2000. 238-239.
- [13] 赵宏. 限制的界限:德国基本权利限制模式的内在机理[J]. 法学家,2011(2).
- [14] 邹海林. 责任保险论[M]. 北京:法律出版社,1999. 76.
- [15] 张志伟. 比例原则与立法形成余地——由法律原则理论出发,探讨审查密度的结构[J]. 中正大学法学集刊,2008(24).
- [16] [日]植木哲,冷罗生,等译. 医疗法律学[M]. 北京:法律出版社,2006. 57-59.
- [17] 徐喜荣. 论医疗责任保险人的抗辩义务[J]. 河北法学,2017(8).

(全文共19 230字)

① 该文对2014年两会期间关于中国医改与医患关系进行了评论,认为恶化的医患关系对中国雄心勃勃的医改产生了显见的风险,并认为病人的不满不能认为是暴力伤医的原因,而应当作为体制缺陷而导致医患两败俱伤的表征,修复这个遭受破坏的医患关系应当成为医改的核心。See The Lancet. Violence against doctors: Why China? Why now? What next? Lancet, 2014(383).