

医疗告知义务的动态体系论

王 磊*

内容摘要:针对医疗告知义务的履行,既有方案在医师标准与病患标准之间游离不定,两者均是在预设医疗告知义务的某一价值立场后再实施法律评价的概念“推演”,难以调和医患利益冲突。为了消解医疗告知义务的解释难题,应该抛弃概念推演思维,站在功能性立场采取动态体系论的评价思路,根据个案情况浮动调整告知范围,从而避免医患利益孰高孰低的二律背反。法是多种要素相互作用的结果,当法律规则无法对现实社会发挥调整效益时,就需要回溯其背后的规范原理,医疗告知义务之下存在诊疗风险、诊疗紧迫性、病患对诊疗信息的知悉度、诊疗有效性四大规范要素,该等规范要素相互协调的结果映射出医疗告知的具体样态。其中,诊疗风险具有基础性的评价地位,是各规范要素发挥协调作用的支撑点,其他三个规范要素发挥辅助性的评价作用,根据诊疗风险确定医疗告知标准后进行再调节。医疗告知义务的履行标准在各个规范要素的协作与冲突之间得以形塑。

关键词:医疗告知义务 病患自决权 医师标准 病患标准 诊疗风险 动态体系论

中图分类号:DF51 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-4039-(2025)01-0171-185

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.2025.01.013

在传统的医患关系中,医务人员因为掌握着专业知识而具有更多话语权,不过,出于对病患的尊重,即使不具有专业医学知识,也应推定其能作出最有利于己的理性选择,纵使事实上病患未必能作出最佳选择,也要维持此种推定。如果不站在尊重病患理性抉择的立场,医疗自由和平等就没有存在的理由。^[1]是以,医学伦理中尊重病患自决权的主张演化为法学中的知情同意权,知情同意权要求医务人员实施诊疗活动须获得病患实质意义上的同意,以限制诊疗活动中非必要的“恣意”,从而成为制约医疗特权、追求医疗平等、推进医疗民主化的关键工具,意义可谓重若丘山。知情同意权之要旨在于病患与医务人员相互协作,通过意思协同实现病患自我决定的人格价值,其正确行使有赖于医务人员实质地告知诊疗信息,医务人员负有妥当告知必要医疗信息的义务,以保障病患在信息对称的前提下作出医疗决定。知情同意权从医务人员的告知到病患的同意应该是连续的过程,包括医务人员“告知”与病患“决定”的基本构造,两者搭建起知情同意权的双向结构,缺一不可。^[2]

*贵州大学法学院副教授。

本文系国家社科基金青年项目“侵权损害的限制赔偿原理及规范技术研究”(项目批准号:21CFX036)的阶段性研究成果。

[1]参见苏力:《医疗的知情同意与个人自由和责任》,载《中国法学》2008年第2期。

[2]不过,医疗告知义务还存在以确保诊疗效果为目的的类型,这无需病患同意,从而超出知情同意权的规范射程。医疗告知义务虽然主要用于回应病患知情同意的需求,但也不完全局限于此。

《民法典》第1219条第1款是医疗告知义务的规范基础,学界对此也著书立说,主要围绕两个方面展开讨论:其一,从条文构造来看,第1219条第1款有限列举医务人员的告知项目远远不能满足实务需求,司法实践中总会出现某一医疗信息是否属于披露范围的争议,如何确定医疗告知义务的履行标准有待进一步理清。^[3]其二,针对告知机制的运行原理,学界也没有作出更为精细化的回应,大多将重点放在“知情同意权”的“同意”之上,^[4]对落实“知情”的告知义务却少有抽丝剥茧之举,忽视了实践中经常出现的“未获得有效告知的同意”现象。^[5]纵使部分学者对医疗告知义务形诸笔墨,也将重点放在告知义务的类型及责任构成上。^[6]须知,告知义务作为知情同意权的前置性问题,是平衡医患矛盾的关键节点,不厘清其运作原理无益于调和尖锐的利益冲突,知情同意权也将沦为无本之木。为了夯实病患自决权之根基,本文将医疗告知义务的履行作为出发点,提出医疗告知的动态认定方案,以丰富知情同意权中“知情”一翼的内容,与“同意”一翼相互协作共同充实知情同意权的构架。

一、既有方案:在“理想”与“务实”之间徘徊

《民法典》第1219条第1款规定医务人员在诊疗活动中应当具体说明病情、医疗措施、医疗风险、替代医疗方案等信息。然而,上述规范指示的明确性有限,医务人员的告知义务应履行到何种详尽的程度,则未明示。例如,医务人员向病患告知要实施子宫内膜癌分期手术的“医疗措施”,却未详细告知该手术所要切除的病理组织范围,被认为违反告知义务。^[7]反之,医务人员实施冠心病介入手术时未告知使用何种手术植入性材料,纵使增加了病患的医疗费用成本,也不被认为违反告知义务。^[8]可见,病情、医疗措施、医疗风险等表述均是抽象的概念表达,具体到医疗实践会演化出无穷的信息链条,病患自主决定的基础在于掌握具有实质性影响力的信息,应如何确定医务人员的告知标准,会因立场的差异引发二律背反。

(一)取向于医疗特权的合理医师标准

一般而言,基于病患体质的特殊性、诊疗水平的差异性,医疗技术始终处于不断发展中,医务人员面对千变万化的疾病需要根据专业的医疗技术治愈疾病,医学知识的壁垒催生了专业权威。特别是在医疗技术飞速发展的当代,医学专业的知识壁垒对病患而言是不可逾越的,医疗技术的进步某种程度上继续深化了医患双方的权力不对等,^[9]从而孕育出注重专业权威性的医疗父权主义。医疗父权主义强调病患对医务人员的当然信任,疾病的诊疗属于医务人员的裁量范围,医务人员为了病患利益在社会认可的范围内具有医疗处理的权利。^[10]医疗告知被认为属于疾病诊疗的内容,因为医疗判断的专业化而具有裁量属性,只要没有逸脱合理的裁量范围,就不能认定医务人员违反告知义务。^[11]医疗

[3]医疗告知义务的履行标准既包括信息披露的详尽程度,也包括信息披露的范围。医疗人员的信息披露越详尽、信息披露范围越广,意味着医疗告知义务的履行标准越高。反之亦然。

[4]参见叶欣:《患者知情同意能力研判》,载《法学评论》2022年第2期。

[5]参见湖南省衡阳市中级人民法院(2016)湘04民终1680号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法少民初字第51号民事判决书。

[6]参见王竹:《解释论视野下的侵害患者知情同意权侵权责任》,载《法学》2011年第11期;周江洪:《违反医疗说明义务损害赔偿范围的界定》,载《法学》2011年第5期。

[7]参见北京市高级人民法院(2021)京民申2561号民事裁定书。

[8]参见广西壮族自治区高级人民法院(2020)桂民申3473号民事裁定书。

[9]参见严予若、万晓莉、陈锡建:《沟通实践与当代医患关系重构——一个哈贝马斯的视角》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2017年第3期。

[10]田中達也「患者の自己決定権と医師の裁量権の定義づけ」生命倫理11卷1号(2001年)115頁参照。

[11]土屋裕子「医療訴訟にみる患者の自己決定権論の展開と展望——最高裁平成17年9月8日判決を契機に」ジュリスト1323号(2006年)133頁参照。

父权式的告知模式建立在病患无条件信赖医学专业知识的推定之上,医务人员被认为会以最大化病患利益的方式实施诊疗活动,应将哪些信息告知病患也属于专业判断问题,要根据医疗人员掌握的医疗技术而定,此乃维护医学专业自主性与权威性的当然之义。因而,医疗告知义务是专业判断问题,无需揣测病患想知道何种信息,只需考虑一个理性的医师会告知病患哪些信息即可。^[12]

无疑,医务人员基于专业医学知识也许最有能力确认病患实施诊疗之前应该知悉哪些信息,没有专业知识的“外行”不具备识别重要医疗信息的能力,以“外行”视角判定医务人员的信息披露水平未必能最大化病患利益,合理医师标准具有其合理性。^[13]不过,医疗父权式告知模式预设的理性医师模型认为所有医务人员对告知范围能根据统一的临床诊疗规范达成一致,这一论断本身就与现实中参差不齐的医疗水平相违背。因为统一的临床诊疗规范意味着任何医学问题存在统一抑或是主流的临床诊疗规范,但这一论断能否成立本身就值得质疑,作为自然科学的医学专业更多面临着未知领域或科学争议,医学科技的发展难以形成完全统一的诊疗规范。^[14]为此,医疗信息披露是否存在所谓的“理性医师”模型本身就是不明确的,既然医疗告知义务的履行取决于医师群体内部的专业标准,医务人员违反告知义务后完全可以拿不存在的行业标准来开脱责任。^[15]

现实中纵使医务人员能对信息披露范围达成一致,但披露范围本身是站在医学专业的内部立场,医疗行业的专业意见发挥着决定性作用,医疗告知义务的判定是出于专业医务人员,从而形成取向于医疗特权的机制性保护。^[16]在我国,医疗纠纷案件几乎都会经过医疗鉴定,裁判结论对专业鉴定的倚重导致医疗鉴定成为关键,^[17]司法实践中法院对医疗告知义务的判断也会因为涉及专业技术问题而对司法鉴定颇为依赖,对鉴定意见的过度信任甚而催生了以鉴代审的现象,“专家意见”而非“法官心证”决定着医疗纠纷案件的最终结果。^[18]须知,医疗鉴定依托具有医学专业知识的中立专家,鉴定标准多是行业规范或临床专业经验,对医疗鉴定的倚重事实上就是对医学专业技术的倚重,从而与合理医师标准形成内在契合。司法实践过于依赖医学知识的现象内在蕴含着强烈的专业导向与父权色彩,某种程度上更倾向于医疗特权的维护,医疗鉴定中甚至会使用一些中性或含义不确定的表述来规避医疗机构的法律责任,^[19]对行业利益的维护可见一斑。此时如果再将目光拉回问题的原点就会发现,医疗告知义务的规范目的在于协助病患实质地享有知情权,但理性医师标准却以医学专业知识为基础倒向了维护医疗特权的封闭立场。告知义务的履行更像是医务人员的单向输入,病患仅仅是被动接收信息的角色,该范式使病患无法被告知充足的信息,难以通过“有意义的”医疗决策保障权利话语,^[20]“知情”与“同意”之间内在价值取向的失衡无法支撑起实质意义的知情同意权,两者在法理上呈现出南辕北辙之势。^[21]

(二)取向于实质同意的病患标准

鉴于合理医师的告知模型与病患自决存在内在价值冲突,医疗告知义务开始转向病患利益的维护,其立论基础在于,作为手段的告知义务应该受到“取得病患同意”的目的约束,医疗告知范围应站

[12] See *Culbertson v. Mernitz*, 602 N.E.2d 98 (1992).

[13] See Eric S. Fisher, *Informed Consent in Oklahoma: A Search for Reasonableness and Predictability in the Aftermath of Scott v. Bradford*, 49 *Oklahoma Law Review* 657 (1996).

[14] 参见曾见:《论“当时的医疗水平”的法律评价》,载《法学评论》2016年第4期。

[15] See *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 784 (1972).

[16] 参见赵西巨:《论知情同意法则的疆域拓展——医生对非医疗信息的告知》,载《东方法学》2010年第5期。

[17] 参见王成:《医疗侵权行为法律规制的实证分析》,载《中国法学》2010年第5期。

[18] 参见周敏、邵海:《医疗损害司法鉴定与司法裁判:背离困境与契合构想》,载《甘肃政法学院学报》2015年第3期。

[19] 参见肖柳珍:《医疗损害鉴定一元化实证研究》,载《现代法学》2014年第4期。

[20] See Elke Meeus, *Informed Consent: Oklahoma Pursues Its Sweeping Reforms of the Informed-Consent Doctrine. But What Are Its Limits*, 41 *Oklahoma City University Law Review* 531 (2016).

[21] 小室愛莉奈「医師の説明義務の再構成——自己決定権の観点から」立命館法政論集20号(2022年)122頁参照。

在病患的立场作出调适。病患标准说认为只要病患掌握其自认为需要的医疗信息,自主决定权就能得到充分保障,因为知情同意权的行使并非专业的医学判断,此点在医疗技术损害与医疗伦理损害的区分中就可以体现出来。相比于医疗技术过失是不符合医疗技术水准而产生的懈怠或疏忽,告知义务的违反是医务人员违反医疗良知与医疗伦理产生的过失,判断基准并非医疗科学依据或医学技术标准,^[22]无需站在以医学专业知识为基础的行业内部立场,而要站在病患的外部立场。所以,医疗告知义务的履行取决于理性病患需要获得何种医疗信息,披露该等信息后病患是否会作出相反的医疗决定,反之,医务人员所认为的信息披露必要性并无实质影响。^[23]例如,纵使医务人员认为茎突手术必须先行切除扁桃体、^[24]早期子宫内膜癌手术必然要切除子宫及其附件^[25]是医学常识,但病患却未必知悉,疏于告知该等事实就违背了告知义务。

如果进一步以具体病患为基准履行告知义务,就要求医务人员不仅要注意一般病患的通常信息需求,更要根据具体患者的年龄性别、文化程度、身心状况、人格信仰等因素去识别其需要何种信息才能作出实质同意。^[26]例如,针对医务人员未详细解释医学专业术语的指责,法院认为是否能够通过《手术治疗知情同意书》清楚了解手术相关信息应该以病患为准。^[27]有观点甚至指出,医务人员进行告知说明前需要确认病患希望了解的特别内容,把“确认患者意愿义务”作为告知义务的内容,以推动双方的理解达成一致。^[28]如此,具体病患说在合理病患的一般信息需求上还会结合具体病患的能力、年龄、身心状态等因素要求医务人员披露可能影响病患自主决定权的所有医疗信息,可谓最为契合知情同意权的告知标准。正是出于病患标准与知情同意权的契合,我国有学者主张应该摒弃合理医师原则转而采取病患原则。^[29]

医疗告知的病患标准避免了对医疗专业知识的不合理依赖,缓和了医疗特权对病患自决权的侵蚀,具有相当的积极意义,不过仍然面临批评。病患标准虽然更能发挥知情同意权的规范功能,但病患的信息需求到底为何却是不固定的,因为个体化的病患不存在统一的信息需求,这导致理性病患标准的内涵是空洞的,内涵的空洞催生了不确定性,医务人员在信息披露中可能根本不知道告知范围到底有没有满足病患的需求。此种不确定甚至使得理性病患与具体病患之间也存在混同或模糊,导致法院在认定医务人员告知范围时在两种标准之间常常陷入摇摆不定的状态。^[30]据此,病患标准或许最契合知情同意的目的,但该标准的失败之处在于医务人员几乎无法准确预测患者到底要知悉何种信息,相当于将告知范围诉诸医务人员的“揣摩”,然而,任何希望强化病患知情同意权的告知方案都应该解决好披露范围的明确性问题。^[31]除了规范内涵的模糊之外,病患标准还会给医务人员带来不必要的潜在负担,有判例就指出让医疗机构承担医疗行为的所有风险从表面上看似乎对患者有利,但医疗机构为了规避责任也可能会发生过度诊疗、防御性诊疗,既影响广大病患的利益,也不利

[22]参见杨立新:《中国医疗损害责任制度改革》,载《法学研究》2009年第4期。

[23]See Tye v. Beausay, 156 N.E.3d 331, 343 (Ohio Ct. App. 2020).

[24]参见湖南省高级人民法院(2018)湘民再393号民事判决书。

[25]参见北京市高级人民法院(2021)京民申2561号民事裁定书。

[26]参见广东省广州市中级人民法院(2023)粤01民终20705号民事判决书。

[27]参见吉林省高级人民法院(2020)吉民申1109号民事裁定书。

[28]小島愛美「医師の患者及び家族等へ対するがん告知義務の検討:説明義務論の再構築を前提として」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル14号(2007年)183頁参照。

[29]参见赵西巨:《医事法研究》,法律出版社2008年版,第78页;黄芬:《告知后同意规则的法律构造》,载《时代法学》2012年第6期。

[30]See Vincent R. Johnson, *The Informed Consent Doctrine in Legal Malpractice Law*, 11 St. Mary's Journal on Legal Malpractice and Ethics 374 (2021).

[31]See Jaime Staples King and Benjamin W. Moulton, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, 32 American Journal of Law & Medicine 445 (2006).

于医学的发展,有损于全社会的利益。^[32]鉴于医疗行为的特殊性,从兼顾病患利益、医院利益、社会整体利益出发,医疗纠纷案件要防止过于严苛的责任认定标准。^[33]如果完全根据病患的具体情况认定告知标准,医务人员需要掌握每个患者的具体情况,可想而知该要求注定是沉重的负担,^[34]对医疗行业的发展未必有利。

综上所述,医疗告知义务的履行在医师标准与病患标准之间陷入游离不定、难以取舍的困境,之所以发生该困境,在于当前还没有下定决心在“务实”与“理想”的告知方案之间作出选择。单纯从保障知情同意权的维度来看,“理想”的医疗告知方案肯定是站在病患立场详尽告知影响医疗决定的所有信息,但在医疗资源配置本就不平衡的我国恐怕难以实现,也不利于医疗行业的发展。所以又不得不转向“务实”的医师标准,而医师标准与知情同意权之间又存在内在的不匹配,理论和实务之间的断层就此产生。^[35]

二、医疗告知义务的方法审视与更新

既有的医疗告知方案要么站在医方的立场,要么站在患方的立场,都给不出更好的解决办法,有鉴于此,在解决思路恐怕不得不摒弃既有方案的思维惯性,正视医患利益的对立性,以更具有统合性的路径对医疗告知义务的履行进行方法上的更新。

(一)既有告知方案的反思

如何消解医疗告知义务的游离不定可谓亟需解决的重要议题,在提出应对方案之前,尚需回答医疗告知义务为何会陷入窘境,探明“弊之所在”,方能有的放矢。既有医疗告知实践之鄙陋主要源于两方面的原因:

其一,在医疗领域,医务人员具有医疗服务提供者与病患代理人的双重身份,病患委托医务人员作出诊疗疾病的最佳决策虽然是一般推定,但也存在背离病患利益的道德风险,医务人员与病患本质上存在冲突与竞争。^[36]知情同意权的应用场景是“医师说明—病人理解—共同决定”的互动过程,医疗告知义务作为其中一环,蕴含着尖锐的利益冲突。医师标准也好,病患标准也罢,均站在择一的立场提出解决方案,从而将医疗告知视为单向的静态过程,忽视了医患利益的交互性,难以平衡内生的立场冲突,这是医疗告知义务无法定型的重要原因。医师标准或病患标准的思路均是通过某一预设的价值对医疗告知义务进行定型,然后实施法律评价的“推演”,形成概念决定功能的现象,忽视了医疗告知义务背后的规范功能,具有明显的概念法学色彩。事实上,知情同意权的实质化既不是医方的单方面告知,也不是病患的单方面理解,只有医患双方各自向对方展示自己的“意志”,相互协调才能形成价值共识,^[37]医疗告知义务的履行应站在该立场来凸显其功能性。也正是认识到既有告知标准的鄙陋,才出现了旨在平衡医患立场的折中说。但无论何种折中,究其实质都是企图融入各方的利益考量,避免利益取舍失衡造成的错乱,此种论调无疑值得肯定,也应该被视为正确的方向,但技术路径仍不尽人意,这又关涉到既有实践的第二个缺陷。

其二,无论是医师标准还是病患标准,事实上并未明确给出实际的操作方案,均是立场的“宣誓”而已,只回答了站在谁的立场对待信息告知问题,却疏于披露影响医疗告知义务的实质因素到底是

[32]参见新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院(2016)兵民再10号民事判决书。

[33]参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2022)辽01民终15571号民事判决书。

[34]石崎泰雄「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権:アメリカにおけるインフォームド・コンセント法理の生成と展開」早稲田法学会誌42卷(1992年)71頁参照。

[35]参见崔剑平:《医疗纠纷及化解机制研究——以〈侵权责任法〉为视角》,载《东方法学》2011年第3期。

[36]参见庞瑞芝、李帅娜:《我国医疗资源配置结构性失衡与“看病贵”》,载《当代经济科学》2022年第3期。

[37]川崎富夫「法学的意思と意志の異同と患者の自己決定権」生命倫理22卷第1号(2012年)48頁参照。

什么,在裁判观点的供给上属实未给出任何指引。此种思路在提出笼统的标准后便不再去阐述规范的实质构成,在问题的解决上止于抽象概念的提出,意图在规范本质的外围寻求答案,结果当然不孚众望。知情同意是一个规范变量,而不是一个经验常数,到底什么是有意义的知情同意,涉及法律制度对不同信息告知水平的成本收益判断,无法在抽象表述中获得答案。^[38]回顾过去的告知方案,大多是以笼统陈述泛泛而谈,纵然在医师标准与病患标准之间不断加以调整,告知标准的认定也仍然充满困惑,以致无法相对确切地判定医疗告知的应然内容,核心原因还是诉诸抽象的法技术。抽象概括式的判断模式并未对告知义务的履行提供可靠的操作指示,如何精准掌握其内容只能留给法院在个案中确定,这也导致法院在认定告知标准时陷入左右为难的境地。

(二)动态体系论的方法引入

1.法律评价的动态需求

医疗告知实践的第一个困境在于未重视竞争价值的冲突性而以择一立场实施医疗告知,如果要消解该难题,就应抛弃既有告知标准的概念推演思维,方法路径上毋宁采取非定式化的评价思路,不再强调医患利益孰高孰低,转而根据个案情况动态调整告知范围。既有方案的不足正好印证了动态体系论的方法论立场,其强调“对于法律的理解和阐释不应仅依据某个单一的理念”,^[39]因为法律并非概念法学所认为的“实体”,而是多种要素相互作用的结果,法律效果需要通过多元要素的动态评价实现正当化,以克服概念法学的僵化。就此,无论是单一法理念的摒弃还是动态化的法评价,均是克服医疗告知困境的关键,医疗告知义务内在地蕴藏着动态评价的需求。

动态评价的需求首先源于医疗告知义务样态的多元性。从规范目的来看,围绕诊疗活动存在针对自决权的告知与确保疗效的告知,也就是为了取得病患同意而负担的说明与避免不良诊疗结果而负担的说明。^[40]前者旨在披露充分的诊疗信息保障病患对医疗内容的自我决定,多属于事前告知义务;后者旨在确保诊疗效果,避免诊疗活动引起的不必要损害,属于事后告知义务。除了针对自决权的告知以外,诊疗效果的实现需要病患的积极配合,作为非专业人员的病患无法独立在高度专业化的医疗领域实施配合行为,这就要求医务人员对病患的配合行为也应进行告知说明,避免病患未作出正确的医疗配合措施而遭受损害。例如,医务人员于病患出院时未告知避免过早负重的疗养指导增加了股骨头坏死的机率、^[41]对骨折病人手术内固定后未告知手术禁忌症而无法确保疗效,^[42]该医院医疗条件不足时医务人员未告知病患到上级医院会诊。^[43]医务人员对于回避不良诊疗结果的告知并不关注病患同意与否,更多是对病患进行指导。例如,后续治疗方法的告知,^[44]由于并非为了获取病患的同意,告知义务的履行具有更多裁量色彩、更少自决属性,两者的规范目的实不相同。既然存在规范目的相异的告知义务,以统一基准构建一体化的评价方案势必无法同时契合两种告知义务的价值取向,所以需要以动态化的思路在个案中具体认定,唯有如此方能保证不同类型医疗告知义务解释论的妥当性。

从医疗告知义务的规范构造来看,《民法典》第1219条第1款的第1句与第2句也分别确立起两种类型的告知义务,理论上称为一般说明义务与特别说明义务,^[45]特别说明义务要求医务人员“具体”说

[38] See Peter H. Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 *The Yale Law Journal* 956 (1994).

[39] [奥]海耳穆特·库齐奥:《动态体系论导论》,张玉东译,载《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

[40] 吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論へ一疑問(一)」民商法雑誌110卷2號(1994)58頁參照。

[41] 参见江西省高级人民法院(2018)赣民再256号民事判决书。

[42] 参见最高人民法院(2013)民抗字第60号民事判决书。

[43] 参见重庆市高级人民法院(2015)渝高法民提字第00045号再审判决书;广东省高级人民法院(2014)粤高法民一申字第313号民事裁定书。

[44] 参见广东省广州市中级人民法院(2023)粤01民终17032号民事判决书;甘肃省酒泉市中级人民法院(2022)甘09民终700号民事判决书。

[45] 参见邹海林、朱广新:《民法典评注·侵权责任编(2)》,中国法制出版社2020年版,第525页。

明医疗信息,比一般说明义务的履行标准更为严格。之所以两种义务类型的区分未得到重视,是因为病患自决权在医疗领域的飞速发展以至于成为医患模式的现代标志,对病患自决权的过分强调导致医疗告知义务似乎单一地成为知情同意权的附属品,所谓“医疗机构告知义务的来源是患者享有的知情同意权。正是由于患者享有知情同意权,医疗机构才应当对患者履行告知义务”,〔46〕《民法典》第1219条第1款第2句获得了更多关注。事实上,《民法典》第1219条第1款的规范结构映射出规范形态的不同,〔47〕立法者对两种告知义务的价值判断是有差别的,无视医疗告知义务的多元形态势必导致医疗告知标准的单一化。是以,医疗告知义务的多样性内在地蕴藏了动态认定的需求,一般说明义务也好特别说明义务也罢,应该分别结合规范目的动态地予以评价,一体化把握其履行标准与立法者的旨意不符。

医疗告知义务会因规范形态的多元而有所差异,更会在不特定的告知场景有所变动,例如病患心理、教育背景、健康状况、信息披露时间、医疗危险等因素。目前的告知模式采取“管道式”思维来推进同意过程,该进路将不同信息片段通过“管道”的方法灌输到接收人,并未重视信息传递在特定环境中的“情境性”,也未注意到具体告知场景中的主体互动性,忽视了交流的预设前提。〔48〕医务人员或许会在医疗告知的某个阶段出现偏颇,但通过听取病患意愿、了解病患具体情况,完全可以在“医患共同决策过程”中向病患充分告知必要信息,加入“情境性”的告知背景可以发现医疗父权主义或许并非就是对病患的过度干预,尊重自主权也非在信息共享的基础上完全不干预。〔49〕关键问题是要关注不同信息在不同情境中对医患双方的意义,如果将影响医疗决定的判定因素列举出来采取动态化的思路评估知情同意原则,在具体语境中授权医务人员根据治疗性质、治疗环境、替代诊疗方案数量、医疗不确定性程度、患者脆弱性等因素动态调整告知范围,就能发展出情景性的医疗告知理论取代目前学说的单一性,知情同意概念在不同语境下会产生不同的规范反响。〔50〕

据此,将知情同意规则放在具体语境中加以观察,就得出医疗告知义务在复杂的生活世界中并不存在统一定式,情境性催生了医疗告知义务的动态性。病患标准或医师标准不仅忽视了医患利益冲突的属性,更对医疗告知义务的应用场景加以无视,知情同意本身的语境性使医疗告知应该结合具体情况加以落实,企图对知情同意的内容与程序寻求统一标准是徒劳的、不切实际的,因为该思路过于重视形式性,实现知情同意的最佳方式莫过于密切地关注适用语境。〔51〕动态体系论的裁判观正是取向于个案的特殊性,其以规范要素的协同作用为基础,意图根据各要素在具体案件中的实际样态实施差异化评价。

2. 法律评价的动态思路

如果仅仅将医疗告知义务的履行诉诸于具体场景的动态评价,显然无法凸显出动态体系论独有的方法立场,因为医疗告知义务这一术语本身就是抽象概念,个案中法官对这一抽象概念的具体化工作无疑也可以归于动态的。止步于此只能解决价值立场的单一性问题,但光给出动态评价的命题而不提供具体的操作方案,法律评价难免陷入恣意。这也关涉医疗告知实践的第二个困境,单纯的立场“宣誓”并未揭示影响医疗告知标准的实质要素,在规范供给上难以提供有效指引。

动态体系论所勾勒的评价方案不单纯是在具体场景中实施个案评价,而是对个案评价在内容与

〔46〕杨立新:《医疗损害责任法》,法律出版社2012年版,第256页。或者“与医务人员说明义务相对应的权利,是患者的知情权”,参见王利明主编:《中华人民共和国侵权责任法》,中国法制出版社2010年版,第277页。

〔47〕《民法典》第1219条第1款第2句要求具体说明的同时还要求取得患者明确同意,第1句则没有取得患者同意的要求,说明第1句的告知义务并不以取得病患同意为目的,正好契合针对自决权的告知与确保疗效的告知这一分类,解释论上可将两种告知义务的规范基础定位于第1219条第1款第1句与第2句。

〔48〕See Neil C. Manson and Onora O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge University Press, 2007, p.48.

〔49〕川崎富夫「法学的意思と意志の異同と患者の自己決定権」生命倫理22卷1号(2012年)48—49頁参照。

〔50〕See Peter H. Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 *The Yale Law Journal* 954(1994).

〔51〕See Neil C. Manson and Onora O'Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge University Press, 2007, pp.190—191.

数量上提供相对确定的“要素”,借由确定的规范要素刻画出法律评价的大致框架。^[52]所谓要素,就是决定法律判断的原理,其以充足度为中心注重满足程度的评价,具有阶段化可能性,这使得要素的判定避免了全有或全无的选择,动态体系论的解释技术就是以要素为基础构筑弹性化的评价机制。^[53]意图构建起医疗告知义务的动态体系论,首先需要厘定影响医疗告知标准的规范要素为何,唯有如此才能觉察掩藏于概念之下的实质法原理,使医疗告知义务的个案评价有所根据,避免法律评价的空泛化。这既是动态体系论的体系性要求,也是解决医疗告知困境的实践所需。是以,医疗告知义务的评价需要提炼相对确切的评价要素,用以提供切实的类型化指引,避免裁判评价过于宽泛、随机以至超出教义学范畴。

当然,“动态体系中要素的提炼与抽取是一个通过实践而逐步积累的过程,要素本身的内涵以及要素之间的协作关系,也是在具体的实践中逐步实现”。^[54]目前,理论上对医疗告知义务的规范要素少有涉及,^[55]这一任务既有待于理论的深化,还需要司法实务的验证,无法一蹴而就。本文根据医疗告知义务的运作原理,结合既有裁判实务的积累,提炼出诊疗措施的内在风险、诊疗措施的紧迫性、病患对诊疗信息的知悉度、诊疗行为的有效性四大要素,该等要素均对医疗告知义务的履行发挥着评价作用,可用以构建医疗告知义务的动态评价机制。

三、医疗告知义务的规范要素

站在动态体系论的立场,法律规则均受到其背后的规范要素所支配,“要件—效果”的定型化结构是多元规范要素在类型化过程中选择特定要件事实的产物,当“要件—效果”模式无法对现实社会发挥调整效益时,就需要回溯其背后的规范要素。医疗告知义务亦如此。

(一) 诊疗措施的内在风险

诊疗行为虽然具有诊治疾病、恢复健康的正当性,但出于科学技术的有限性,仍会发生疾病本身之外的并发症或当代医疗技术无法控制的副作用,病患既然享受诊疗行为带来的利益,也要承担诊疗行为引发的风险。知情同意之所以具有阻断医疗侵袭行为违法性的作用,是因为病患自愿承担诊疗风险,前提是医务人员对诊疗行为的风险性作出告知。《民法典》第1219条第1款第2句将医疗风险作为“具体说明”的重要内容,至于为何局限于实施手术、特殊检查、特殊治疗的情形,根据《医疗机构管理条例实施细则》第88条第2款,是因为其“有一定危险性,可能产生不良后果”,^[56]从而强调病患可能面临的特殊风险,疏于告知诊疗风险将不能阻却诊疗行为的违法性。应予注意的是,尽管诊疗风险是影响医疗告知义务的重要因素,但任何诊疗措施的内在风险均具有不确定性,如果要求医务人员在任何场合对可能产生的风险一律事无巨细地告知说明,恐怕也会造成医疗资源的无端浪费,过度的告知义务不得不通过形式化的告知说明加以应付,结果反而造成知情同意权的空洞。“一个法律制度也不能夸张地要求医生向病人阐明一切遥远的风险。”^[57]可见,单纯考虑诊疗风险的有无无法洞悉医疗告知义务的本质,医疗告知标准尚存在诊疗风险的程度问题。

针对诊疗风险的高低,首先是风险发生的可能性,也就是医学统计学上风险实现的概率。诊疗风

[52]参见[德]克劳斯-威廉·卡纳里斯:《法学中的体系思维与体系概念——以德国私法为例》,陈大创译,北京大学出版社2024年版,第82页。

[53]参见王磊:《动态体系论:迈向规范形态的“中间道路”》,载《法制与社会发展》2021年第4期。

[54]尚连杰:《缔约过程中说明义务的动态体系论》,载《法学研究》2016年第3期。

[55]参见夏芸:《医疗事故赔偿法》,法律出版社2007年版,第393—440页。

[56]国家卫生和计划生育委员会(已撤销):《国家卫生计生委关于修改〈医疗机构管理条例实施细则〉的决定》(中华人民共和国国家卫生和计划生育委员会令12号)。

[57][德]克雷斯基安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,焦美华译,法律出版社2001年版,第391页。

险的发生概率存在高低之分,医疗告知内容通常限于经常性风险,对于发生概率较低的并发症或副作用,悉数告知反而会增加病患的顾虑,阻碍其接受应有的诊疗,况且诊疗行为本身具有高风险性与不确定性,任何诊疗行为均存在潜在的不可控,低概率风险属于诊疗行为所容许的风险,一律纳入告知范围并非合理,应根据风险发生的可能性调整告知事项。至于发生概率极低、根据现有医疗技术较为罕见的风险,纵使一名合格的医务人员尽到勤勉谨慎义务恐怕也不会告知该风险。因为风险程度极为微小以至于不足以影响病患知情同意权的行使,理应排除在告知范围之外。不过,在部分风险发生概率较低的场合,如果该风险的实现会对病患造成严重后果,也不能任意降低告知要求,转而应详细履行告知义务以维护病患的自决权。正所谓“对于医疗之风险,特别是对于严重或不可逆转之风险和其他实质性医疗风险,不论其发生概率如何,均应披露”。^[58]司法实践一般也要求对可能造成严重后果的信息加以重点告知,^[59]例如高风险孕妇的21-三体综合征筛查结果显示低风险,并不能完全排除胎儿发生先天异常的可能性,由于对病患权益影响重大,纵使低风险也应履行告知义务。^[60]可见,诊疗风险的重大性还应考察风险结果的严重性,只有不对病患造成实质性侵害时,才可以用概括同意或推定同意等方式进行宽松告知。^[61]

(二)诊疗措施的紧迫性

原则上,知情同意的正常流程是医务人员先告知信息,病患接收信息后再作出医疗决定,现实中总会遭遇超出计划范围的紧急情况,告知义务会因特殊的急迫情势作出调整。例如,病患处于疼痛难耐的情况,医务人员出于高效检查病因的需要可以对辅助检查手段的花费等信息简要告知。^[62]特别是诊疗行为开始前病患处于昏迷或者需要立即救治的紧急事态,抑或诊疗过程中出现需要变更诊疗措施的突发情况,囿于医疗告知义务的履行势必会贻误最佳诊疗时机。为此,紧急状况下的诊疗措施理应降低医疗告知要求,因为理性患者在紧急情况下一般会允许医务人员优先采取诊疗措施,纵使未告知诊疗信息也存在推定同意的正当化基础。^[63]

反之,部分诊疗措施的紧迫程度则较低,以必要医疗行为与非必要医疗行为为例,必要医疗行为是旨在消除疾病、恢复健康的医学专业措施(《医疗技术临床应用管理办法》^[64]第2条),非必要医疗行为的目的是直接对抗疾病、改善病痛,而在于预防将来疾病的发生或者提高健康水平,由于不以治愈疾病为目标,遂不具有特别的紧迫性。例如,医疗美容仅在于满足个人对“美”的憧憬与追求,属于不具备紧迫性的诊疗措施,必须秉承告知后同意的流程,充分告知所有必要风险。在紧迫性较低的情况下,医务人员具有充分条件履行告知义务,例如未成年人非紧急情况下自行就诊时,医务人员应将病情和治疗措施及时告知其近亲属。^[65]同时,病患也具有作出最优医疗决策的充分可能,例如择期手术需要在术前作充分观察与准备以把握适当的诊疗时机,由于病患多处于强烈的应激状态,医疗知识的缺乏导致其易于陷入担忧、恐惧、抑郁、焦虑,所以需要医师详细说明麻醉技术水平、具体手术方案、手术注意事项以及患者将得到的服务等信息才能缓解其不良情绪,改善身心应激状态。^[66]因而,择期手术的紧迫性较低,对医疗告知义务的要求更为严格,医务人员应当向病患详细告知诊疗措施的可选择性以及替代疗法,并介绍被选择的诊疗措施存在的不同风险。

[58]赵西巨:《医事法研究》,法律出版社2008年版,第70页。

[59]参见广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终9054号民事判决书。

[60]参见河南省高级人民法院(2020)豫民申7994号民事裁定书。

[61]参见张洪松、兰礼吉:《医学人体实验中的知情同意研究》,载《东方法学》2013年第2期。

[62]参见辽宁省大连市中级人民法院(2022)辽02民终8499号民事判决书。

[63]参见邹海林、朱广新:《民法典评注·侵权责任编》,中国法制出版社2020年版,第535页。

[64]国家卫生健康委员会:《医疗技术临床应用管理办法(2018)》(中华人民共和国国家卫生健康委员会令第1号)。

[65]参见山东省高级人民法院(2020)鲁民申6154号民事裁定书。

[66]参见杨寿娟、任竹青、阮定红、蒋云川、杨卿强:《综合沟通交流在择期手术中的应用价值》,载《中南医学科学杂志》2022年第2期。

《民法典》第1220条规定医疗机构在紧急情况下有权绕开知情同意机制直接实施医疗措施,遗憾的是,第1220条虽然将诊疗措施的紧迫性作为规范原理,却未根据诊疗措施的紧迫性程度对医疗告知义务作出弹性化的效果安排,在基础原理与具体类型对接上只选择免除告知义务的单一安排,医疗告知义务的法效果仍然是定式的、僵化的,医疗告知水平与诊疗措施紧迫性的相关关系无法通过第1220条得以彻底体现。解释论上,只能将第1220条看作是诊疗措施紧迫性影响医疗告知义务的类型之一,而非全部。在第1220条无法对诊疗措施紧迫性提供足够规范空间的情况下,诊疗措施紧迫性与医疗告知义务的相关关系恐怕只能依托第1219条第1款加以评价。也就是说,诊疗措施紧迫性同时是第1219条第1款与第1220条的规范原理,虽然第1220条对诊疗措施紧迫性提供的规范空间有限,却可以在第1219条第1款中得到扩容。

(三)病患对诊疗信息的知悉度

知识分工造成的专业壁垒使病患恒定处于医疗知识匮乏的地位,知情权的关键在于信息的控制,医疗告知义务的目的就是打破信息垄断,通过信息共享填补病患的信息落差。既然医疗告知义务旨在粉碎信息不对称造成的知识垄断,如果不存在信息不对称的前提,医疗告知义务的规范射程自然要予以限缩。换言之,医方告知虽然是独立于患方同意的程序,但始终以服务于知情同意为目的,倘若病患对特定信息业已知悉,纵使医务人员急于告知说明也无益于信息落差的填补,告知义务失去了独立的规范价值,例如,病患因为多次问诊、重复诊疗等原因事先已然知悉应当由医务人员告知的信息。在病患知悉待告知信息的情况下,告知义务的规范目的已然实现,降低医务人员的告知标准亦无可。〔67〕实践中有法院指出在病患知晓药品的种类用途及禁忌事项的情况下,医务人员未尽告知义务的主张不能得到支持。〔68〕是以,面对病患已经知道或者人人都知道的诊疗信息,医务人员在告知义务的履行上应该得到特别保护,〔69〕医疗告知水平与病患的诊疗知识知悉度具有天然联系,病患对诊疗信息的知悉度是医患双方利益的有效平衡器。

病患对诊疗知识的知悉范围可以从病患已经了解与应当了解两个层面加以识别。倘若医务人员主张病患已经了解诊疗知识,须具体举证证明病患所了解的诊疗知识,该等事实可以在听取病患意愿、了解病患具体情况的过程中获悉。此外,病患本身是从事医务工作的专业人员时,与普通病患相比对诊疗信息具有更深入的了解,医务人员的告知范围可以根据病患知悉的专业医疗知识加以调整。除了实际知悉的诊疗信息外,病患应当知悉的医疗常识也影响着告知水平,因为要求医务人员对众所周知的诊疗常识承担严苛的告知义务有悖于生活常理,不符合经济原则。至于如何判断病患应该知悉的信息范围,需要以一般病患为标准结合所处的医疗场景加以认定,一般病患应该知悉的信息范围主要涉及病患的知识结构,通常参照个案当事人的整体情况综合选定其应该拥有的知识范围,只不过在建构一般病患的信息材料时尚需关注背后的价值问题,价值取向直接影响着标准人应该拥有的知识材料。〔70〕病患应当知悉的医疗常识实质上是一种推定,推定范围过宽会损害病患的知情权。如果说因为病患实际知悉诊疗知识而降低告知水平是一种倾向于医务人员的保护机制,那么以病患应当知悉的诊疗知识降低告知水平则需要在价值取向上向病患倾斜,应当知悉的诊疗信息要限定在一般经验法则下被社会大众所知道的常识,避免推定范围的失当减损医疗告知义务的规范机能。

(四)诊疗行为的有效性

医疗技术随着时代的发展具有多样性,根据《医疗技术临床应用管理办法》第9条、第10条,医疗技术临床应用的安全性与有效性、医疗机构的服务能力、人员水平等方面存在不同,使诊疗行为的有

〔67〕参见王占明:《论英美法违反“告知后同意”过失侵权的构成要件》,载《环球法律评论》2009年第4期。

〔68〕参见辽宁省抚顺市中级人民法院(2022)辽04民终1643号民事判决书。

〔69〕See William J. McNichols, *Informed Consent Liability in a Material Information Jurisdiction: What Does the Future Portend*, 48 *Oklahoma Law Review* 727 (1995).

〔70〕参见叶金强:《私法中理性人标准之建构》,载《法学研究》2015年第1期。

效性具有差异。有观点指出,告知义务的履行还取决于医疗措施的治疗价值,^[71]诊疗行为的有效性也是影响医疗告知要求的重要因素。例如,针对无特效治疗方法的疾病,知情同意书要列出所有治疗方法的缺陷。^[72]针对超说明书用药,由于疗效尚未得到证实,需要向病患对超说明书用药及各种不可预测的可能危险加以说明。^[73]诊疗有效性之所以会影响告知水平,是因为诊疗效果会直接左右病患的医疗决定,特别是诊疗效果存在不确定性时,病患更会审慎作出医疗决定,医务人员应该更深入地告知相关医疗信息。有观点认为医疗机构的医疗水平各有不同,面对不同的诊疗需要,有必要将医院等级、现有硬件设备、医务人员专业水平、治疗经验、主治医师健康状态等信息告知患者。^[74]其合理性在于,医务人员、医院、医疗团队在设备或能力上的医疗水准是诊疗有效性的重要考量因素,^[75]实践中未告知诊疗检查人员的资质条件也被认为未尽谨慎告知义务,侵害了病患的选择权。^[76]

诊疗有效性对医疗告知水平的影响在医疗新技术的应用上体现得更为明显。在常规医疗技术没有治疗效果时,有时医务人员会采取与临床标准疗法不同的新技术,由于医疗新技术治疗效果的未知性及不可预见性,更要确保患者在充分了解的情况下作出自主选择,医务人员针对差异化的治疗方法有义务向病患告知其专业认知范围内的所有信息。以试验性疗法为例,由于偏离常规标准治疗,治疗效果尚未验证,知情同意具有更严格的要求,医生通过告知义务的履行要确保病患充分理解诊疗行为的试验性本质,例如与常规治疗的优劣性、不可量化的受益风险及其他替代方案等,从而尽力避免医务人员的主观偏好及病患的乐观偏差。^[77]此外,即使在试验性疗法内部,也存在标准疗法的超范围应用、标准疗法的技术改良、全新的诊疗技术等类型区分,不同类型的试验性诊疗技术的临床应用频率、医疗需求程度、安全性有效性千差万别,从而衍生出不同的伦理风险,医疗告知的要求也不尽相同。^[78]

四、医疗告知义务的动态评价

规范要素的剖析明确了医疗告知义务受到何种法原理所支配,至于该等规范要素是通过何种方式、采取何种样态作用于医疗告知义务,还涉及各个规范要素之间的关系问题。事实上,正是规范要素之间的协同作用决定了医疗告知义务的差异性,反过来说,医疗告知义务的动态评价就取决于各个规范要素的相互作用。

(一)规范要素的动态特质

医疗告知义务的运行受内在要素的支配,之所以要刺破法律规则的表象回溯该等规范要素,是因为其具有区别于法律规则的独特评价特质。法律规则一般采取传统的“要件—效果”模式,要件的评价秉承“全有或全无”模式缺乏程度化的区分,要件之间相互独立、互不发生影响,由此导致法律效果的僵化。^[79]然而,规范要素的评价并非要么满足要么不满足的二元选择,而是在多大程度上得到满

[71]参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法(下卷)》,焦美华译,法律出版社2001年版,第390页。

[72]参见北京市第二中级人民法院(2023)京02民终2763号民事判决书。

[73]参见广东省广州市中级人民法院(2021)粤01民终16232号民事判决书;广西壮族自治区梧州市中级人民法院(2019)桂04民终724号民事判决书。

[74]参见杨立新:《医疗损害责任法》,法律出版社2012年版,第258页。

[75]参见吴志正:《解读医病关系II》,元照出版有限公司2006年版,第27—28页。

[76]参见山东省高级人民法院(2020)鲁民申10117号民事裁定书;福建省高级人民法院(2018)闽民申2042号民事判决书。

[77]参见张迪:《创新性疗法的伦理挑战》,载《医学与哲学》2017年第4A期。

[78]参见杨阳、陆麒、刘宇峰、耿劲松、佟春光:《医疗新技术伦理审查的灰色地带:创新性治疗与试验性治疗》,载《医学与哲学》2016年第8B期。

[79]参见叶金强:《〈民法典〉第1165条第1款的展开路径》,载《法学》2020年第9期。

足的比较命题,比较命题通常表现为“越多、越好、更好”等形式,即要素的满足程度越高,越应该赋予某种法律效果,这使得规范要素具备了据以协同评价的动态特质。动态体系论所勾勒的评价框架就是根据规范要素的满足程度去弹性地认定医疗告知义务的标准,也正是于此,医疗告知义务的履行标准才能突破非此即彼的立场选择,取向于法结论的实质妥当性。

如前所述,医疗告知义务背后蕴藏着诊疗风险、诊疗紧迫性、诊疗信息知悉度、诊疗有效性四大要素,既然归属于法原理范畴,就可以转化为比较命题的表达。例如,医务人员针对用药剂量、禁忌及副作用等安全性说明义务,药物的风险性越大,告知义务的履行就要越详细。^[80]也就是诊疗风险越大、医疗告知义务的履行要求越高;反之,诊疗紧迫性、诊疗信息知悉度、诊疗有效性的满足程度越高,医疗告知的水平可以相应降低。规范要素的满足度思维一定程度说明了实践中医疗告知义务的样态差异,因为规范要素的满足度因个案情节的不同呈现出差异化评价,满足度的差异传导至法律效果就导出不同的医疗告知标准。借助规范要素的满足度思维,医疗告知义务的评价具备了流动性的品质,动态性的特征得以初步映现。

(二)规范要素的协同评价

站在本文的立场,医疗告知义务的核心是以非定式的法律效果来避免僵化的立场选择,转而应以更为灵活的机制平衡医患利益冲突,实现该目标的手段不仅仅在于规范要素的满足度评价,更在于规范要素的相互协同。法律效果绝非取决于某一孤立要素,而是共同发挥影响力,该特质为多元的利益考量提供了规范空间,契合医疗告知义务权衡医患利益的双向意图。就此,医疗告知义务的实际样态就是诊疗风险、诊疗紧迫性、诊疗信息知悉度、诊疗有效性相互协同的结果,此种评价图景以动态的思路对医疗告知义务进行形塑,医疗告知义务的情景化构想得以实现。

1.诊疗风险的基础性评价

有观点指出,医疗告知的内容主要是诊疗过程中可能造成严重后果的风险,因为病患是在知悉实质风险的基础上决定是否接受诊疗行为,^[81]司法实践也认为未尽医疗告知义务的重点是使患者未能充分评估医疗风险。^[82]例如,针对手术名称告知错误的问题,由于手术名称的差异可能导致对疾病严重程度或手术风险的理解出现偏差,所以应认定为未充分履行告知义务。^[83]就此,诊疗措施的风险性对医疗告知义务的影响可谓重大,医疗告知义务背后规范要素的协同也主要围绕诊疗风险展开。譬如,有法院指出即使病患此前曾被其他医疗机构提示可能患有肺部恶性肿瘤,也不必然免除本次医疗行为的充分告知义务,^[84]其中就蕴含着病患的诊疗信息知悉度与诊疗风险的互动,因为“恶性肿瘤”可能导致严重的人身权益侵害,诊疗风险较高,以至于可以忽视病患对诊疗信息的知悉,医务人员仍然应该充分告知。再比如,手术过程中的扩大侵袭一般情况下被认作医疗紧迫性事由可以减免告知义务,但也有法院指出即使手术过程中增加手术内容,在必要范围内也应该与病患及时沟告知,^[85]原因可能在于诊疗措施的紧迫性程度尚不足以完全忽视诊疗行为的风险性。可见,诊疗风险是影响医疗告知义务的重要原理,一定程度上直接决定着诊疗信息的告知标准,是各规范要素相互协同的支撑点。

诊疗风险之所以对医疗告知义务的评价具有重要地位,是因为在诊疗行为可能引发并发症或副作用的情况下,只有医务人员实质地告知诊疗风险,病患才能权衡“利弊”形成有效同意。这也是为何

[80]参见艾尔肯·秦永志:《论医疗知情同意书——兼评〈侵权责任法〉第55条、第56条的规定》,载《东方法学》2010年第3期。

[81]参见张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2020年版,第196页。

[82]参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终12385号民事判决书。

[83]参见福建省高级人民法院(2021)闽民申1114号民事裁定书。

[84]参见浙江省高级人民法院(2021)浙民申3627号民事裁定书。

[85]参见北京市第二中级人民法院(2023)京02民终4552号民事判决书。

[86]参见北京市第二中级人民法院(2022)京02民终12368号民事判决书;辽宁省辽阳市中级人民法院(2022)辽10民终349号民事判决书。

司法实践会强调对治疗方案缺点或局限的告知,^[86]因为该过程形成了“诊疗风险—实质告知—有效同意”的内在逻辑,诊疗风险的程度高低透过医疗告知义务最终决定着诊疗行为的合法性,诊疗行为的风险性越高,医疗告知义务的规范价值越高,履行标准就应趋于严格。据此,在医疗告知义务的内部,可以将诊疗风险作为首要的评价要素,发挥基础性的评价功能,诊疗风险使规范要素的协同机制具备了基本的评价起点。须知,动态评价并非规范要素的任意评价,要素的协同起码应该具备稳定的大致结构,否则法律效果被诉诸于空泛的要素协同,仍不免于评价者的决断。确立诊疗风险的基础评价功能是构筑要素评价结构的重要步骤,使医疗告知义务的评价获得了相对恒定的切入点,因为诊疗风险的高低可以先行对医疗告知义务的履行标准划定大致刻度,在此基础之上,根据其他原理的满足度可以再具体地对履行标准实施调整。

诊疗风险虽然对医疗告知义务的评价具有指向性意义,但还需明确诊疗风险与医疗告知义务的基准刻度关系,只有确定了诊疗风险基准值所对应的法律效果,才能以实际的诊疗风险值参照该基准值调整法律效果的范围。也就是当某一规范要素的满足度达到T这个数值时,法律效果就可以确定为R。^[87]鉴于诊疗风险是医疗告知义务的基础评价要素,与病患权益息息相关,诊疗风险的基准值不应设置得过高,如果要达到较高的诊疗风险才触发告知义务,则与医疗告知的实践发展相背离。实践中不但对诊疗行为通常产生的副作用、并发症等常规风险触发告知义务,^[88]对技术难度和风险程度不高的诊疗行为也要正常告知,使自主选择建立在充分理解的基础上。^[89]因而,诊疗风险的基准值应该降低,除非是罕见的诊疗风险,医务人员均应该正常履行医疗告知义务。降低诊疗风险的基准值有助于病患充分获取风险信息,符合尊重病患自决权的立场;反之,医务人员基于专业知识的裁量权被消减,进而发挥着“患者自我决策的支援者”角色。因此,即使诊疗风险较低,只要未达到罕见的程度,医务人员就应正常履行医疗告知义务。个案中随着诊疗风险值的增加,医疗告知义务的标准也相应地提高。

2.其他规范要素的辅助评价

诊疗风险被设定为基础评价要素后,个案中根据诊疗风险值可以初步确定对应的医疗告知标准,然后其他要素相继发挥规范作用,对初步确定的医疗告知义务作出再调节。就调节形态而言,由于规范要素之间存在冲突或协作的互动关系,当规范要素相互合力共同证成同一法律效果时,调节方式呈现出协作关系;当规范要素分别指向相反的法律效果时,调节方式则呈现出冲突关系。

具体而言,针对诊疗信息的告知,诊疗风险的提高会强化医疗告知要求,诊疗紧迫性、诊疗信息知悉度、诊疗有效性的提高则会弱化医疗告知要求,此时诊疗风险与其他规范要素形成相互制约的冲突关系。例如,病患在接受椎骨动脉造影术之前多次接受同样的造影术治疗,已然熟悉造影术的治疗目的与内容,医务人员就可以不再详细说明;孕妇在第一次无痛分娩时已经详细了解分娩方法的内容,医务人员在该孕妇第二次无痛分娩时可以调整告知范围。^[90]这里之所以可以调整甚至免除医务人员的告知义务,是因为病患已经熟悉诊疗内容、了解诊疗方法,医务人员的重复告知不会对病患的医疗决定产生实质影响,纵使存在较高的诊疗风险,也可以降低医疗告知义务的标准。同样,诊疗紧迫性与诊疗有效性也具有弱化诊疗风险的规范功能。例如,择期手术的诊疗紧迫性很低,医务人员具有充分条件告知医疗措施的性质、替代疗法及其风险等事项,即使是细微的、罕见的诊疗风险,也被认为是重要信息而应被充分告知,^[91]这里诊疗紧迫性较低发挥着制约作用,纵使诊疗风险是罕见

[87]参见解亘、班天可:《被误解和被高估的动态体系论》,载《法学研究》2017年第2期。

[88]参见辽宁省营口市中级人民法院(2022)辽08民终1594号民事判决书。

[89]参见广东省广州市中级人民法院(2021)粤01民终23943号民事判决书。

[90]参见夏芸:《医疗事故赔偿法》,法律出版社2007年版,第428—429页。

[91]参见赵西巨:《医疗美容服务与医疗损害责任》,载《清华法学》2013年第2期。

[92]参见王胜明:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第276页。

的,也应该充分履行医疗告知义务。再比如,感冒病人到执业医生的诊所打针,因为医患双方目的明确,且不会涉及比较复杂的治疗方法,遂不涉及知情同意权的问题,^[92]此乃诊疗有效性对诊疗风险的制约。当然,规范要素的不同满足度会分别导向不同的法律效果,各要素也可能因为满足度的变化而共同印证同一法律效果,从而演变为协作关系。例如,皮试引起轻微红肿是普通人依照一般常识即可知晓的轻微伤害,对此可以免除告知义务,^[93]这里不但诊疗风险较低,而且作为一般常识可以得出病患对诊疗信息具有较高的知悉度,两者均指向于降低医疗告知要求,相互叠加共同推动了告知义务的免除。

值得注意的是,规范要素对医疗告知义务的评价需要确定大致的基准刻度关系,方能在个案中更好地参照基准值调整法律效果的范围。为了协助病患充分获取讯息,诊疗风险的基准值应该降低,此乃维护病患自决权所需。同样,当诊疗紧迫性、诊疗信息知悉度、诊疗有效性对医疗告知义务的履行形成制约时,亦不能据此任意为医务人员开脱。为了防止医疗告知义务被任意减免,该等规范要素的评价基准值应设定较高的要求,个案中只有达到较高程度时才能对医疗告知义务下调履行标准。

由此,医疗告知义务的复杂样态是多个规范要素“配合解释”的结果,医师标准与病患标准站在医患冲突的择一立场,与复数规范要素的协同性相背离,解释论上当然难以给出周全的方案。事实上,第1219条第1款无论是以“病情和医疗措施”与“医疗风险、替代医疗方案等情况”来规定告知范围,还是以“具体”来规定告知程度,均打算以相对抽象的概括性表述来寻求法体系性与个案正义的统一,思路上仅向法官提供自行评判的框架秩序,并无具体指示形成实质的法拘束。借由动态体系论,如果能刻画出相对可操作的弹性评价方案,一来可以在第1219条第1款提供的框架秩序中供给切实的评价机制,二来也可以使法律评价具有可辩驳性,避免以抽象概念之名行决断之实。于此,医疗告知义务的动态体系论并非对法教义学的替代,而是在教义学无法作出周全处理时以动态化的思考方式发挥补充教义学的功能。^[94]

结 语

随着《民法典》第1026条对动态体系论的明确接纳,非定式的动态评价已然成为可供选择的解释方案,关键问题是把握好动态体系论在多大程度上受到实定法的拘束。争议不大的是,在现行法本身处于“开放”状态的领域,动态体系论无疑具有指导意义,医疗告知义务正是如此。医疗告知义务之所以可以借助动态体系论作出非定式化的形塑,一方面源于《民法典》第1219条第1款本身的开放性,立法者并未对医疗告知要求作出不可逾越的限定,另一方面源于医疗告知义务本身蕴含着利益冲突。面对医患双方的对立,既然无法在“务实”与“理想”的告知方案之间作出选择,与其游离不定,还不如秉承一种动态的思维,根据医疗告知义务的规范原理灵活设定告知方案。也就是说,在法教义学无法作出周全解释时,可以将动态体系论作为有益补充。这里,以动态体系论构筑的医疗告知方案可能不存在定式,但并非不确定,因为诊疗风险、诊疗紧迫性、诊疗信息知悉度、诊疗有效性作为医疗告知义务的内在原理已经被厘清,评价范围是有限的,同时结合司法实践也可以刻画出相对可操作的评价路径。就此,医疗告知义务的评价方案可能是动态的,但不能完全归诸不确定的因素。

[93]参见翟方明、张跃铭:《侵权责任法背景下的医疗告知义务与法律风险防控》,载《湖北社会科学》2011年第4期。

[94]石田喜久夫「ひとつの動的体系論」京都学園法学27卷2号(1998年)149頁参照。

Abstract: Existing approaches to the fulfillment of the obligation of medical notification often vacillate between the physician's standard and the patient's standard, both of which are conceptual "deduction" that presupposes a predetermined value stance on medical notification obligations and then carries out a legal evaluation. This results in difficulties reconciling the conflicting interests between the physician and the patient. To address the interpretive challenges of the obligation of medical notification, the view of conceptual deduction should be abandoned. A functional perspective, using a dynamic system theory approach, should be adopted, adjusting the scope of notification based on the circumstances of cases. This method avoids the binary opposition of prioritizing either physician's or patient's interests. Law is the result of the interaction of multiple elements. When the legal rules can't play the adjusting effect on the real society, it is necessary to retrace the normative principle behind it. Under the obligation of medical notification, there are four normative factors, i.e. the risk of diagnosis and treatment, the urgency of diagnosis and treatment, patient's understanding of diagnostic and treatment information, and effectiveness of diagnostic and treatment. The result of the mutual interaction of the normative elements is mapped out in the form of a specific pattern of medical notification. Among them, the risk of diagnosis and treatment takes a fundamental evaluative position, supporting the coordination of the other three factors. The other three normative elements play a complementary evaluative role, moderating the standard of medical information according to the risk of treatment. The other three normative elements play a complementary evaluative role. After determining the medical notification standard based on treatment risks, further adjustments can be made. The standards for fulfilling the obligation of medical notification are determined by the collaboration and conflict between these various normative factors.

Key words: the obligation of medical notification; patient's right to decide; physician's standard; patient's standard; the risk of diagnosis and treatment; dynamic and systematic theory
