

论患者知情同意权

孟 强

摘 要：随着传统社会医患双方之间信任关系在现代社会中的消解，患者在诊疗过程中的知情同意权逐渐成为一项重要的权利。我国《侵权责任法》第 55 条规定了患者的知情同意权，但目前的立法与司法实践对该权利的保护仍然存在不足。患者知情同意权作为一种独立的人格利益，应当受到侵权法的保护，对患者知情同意权的侵害构成独立的侵权行为，可以通过对《侵权责任法》第 55 条第 2 款中的“损害”做扩张解释，将患者知情同意权纳入其保护范畴之内。

关键词：医患关系；知情同意权；自主决定权；说明义务

作者简介：孟强，男，法学博士，北京理工大学法学院讲师（北京 100081）

中图分类号：D922.701 **文献标识码：**A **文章编号：**1671-0169(2013)02-0075-07 **收稿日期：**2012-12-07

一、引 言

（一）医患关系的时代变迁

医疗水平随着时代的进步和科技的发展而进步，同样，医方与患者之间的关系也随着时代的进步和医疗结构的演变而呈现出不同的面貌。在远古社会，医学尚不发达，人患病之后一般由法师运用法术或通过宗教仪式如驱逐恶灵、祈求神明保佑、给予符水等方式替人治病，如果能够使患者痊愈，则是神灵的庇佑；反之，则也可归咎于神意使然。因此，远古社会的医患关系充满了浓厚的神秘宗教色彩，法师也被称为巫医。在古希腊，科学知识开始形成，医学技术也逐渐成形，具有了一定的科学依据。这一时期的医患关系开始建立在患者对于医务人员专业技术的信赖之上。因此，基于患者的信赖，当时的医师即本于如同“家长”的身份来从事诊疗活动行为。在这一时期，患者基于对医务人员在医疗行为上的权威的信任，并且感激医者救世济人的情怀，因此充分信赖医师凭借其专业知识所作出的诊断，患者完全服从医师所采取的诊疗措施，而医师一般也能够秉持职业伦理和专业良知，将治疗患者的疾病、解除患者的病痛视为其天职。在此时期内，医患之间的关系属于以相互信赖为基础的“父权式”的关系。在中国古代，神农氏“遍尝百草，以医民恙”的传说，使得医生带有悬壶济世的光环。而在人们传统的观念中，医生也具有较高的

专业权威，中医通过望、闻、问、切四诊，便可知道患者的病症。患者对于医生也存在较多的信任和信赖关系，对于医术高明的医生，更有“悬壶济世”、“妙手回春”之类的高度评价。解放后，我国在全国范围建立了大量的公立医院，医务人员肩负治病救人的重任，人们更是用“白衣天使”来形容医务人员，用“鱼水情深”来形容医生和患者之间的信任关系。

但是，医患双方之间的这种信任关系，到了现代社会中则逐渐开始消解。世界范围内，自 19 世纪末期开始，与医学相关的科学和技术得到了突飞猛进的发展，因此带动了现代医学的诞生，医疗技术得到大幅度的提升，医师对于各种疾病的治疗也明显改善。到了第二次世界大战之后，在外科医学领域内，医学科技的发展更为显著。此后，随着世界人口总数的不断增长，人民生活水平，提高之后对于健康的需求日渐增加，同时医疗机构和医疗从业人员的数量也随之大大增加。因此，在现代社会，诊疗活动出现了如下发展趋势和变化：

第一，医疗行为的复杂化和规模化。现代社会人口激增，且平均生活水平上升，为了应对全球人口总数日益增多及平均寿命增长所带来的日益增加的庞大就医人数，就必然要求医疗设备和诊断技术日趋精密和复杂化。同时，为了使医疗资源能够得到最大化的充分运用，就必然要求各国建立起完善的医疗体系。于是医疗机构逐渐扩展成为具备各种专科、各类先进的医疗设施和各种专业医务人员的

大型综合医院;医疗任务也由传统的一位主治医师独当一面变成了由一组医务人员共同承担的工作结构,医疗工作在医师的主导下,还必须在护理、检验、药剂及其他专业医事技术人员的共同协助下才能顺利完成,体现了现代社会医疗行为专业分工的细化和复杂化。对于医疗机构而言,大型的综合医院由于其综合性而受到患者的欢迎,为了应对不断增长的就医需求,大型医院不断扩建增加病床数和增加医务人员数量,使得门诊量及住院病人逐年增加,医院的经营和管理逐渐规模化、大型化。

第二,医疗行为的机械化。随着科学技术日新月异的发展,医学也产生了日趋精细的分工,对于疾病发生原因和治疗方法,都必须按照专业的分工由不同的医师来负责,一位医师不可能精通所有的诊疗科目,因此,专攻某一科别或治疗某一类型疾病的专科医师制度应运而生。如前所述,传统医学尤其是中医惯于使用物理诊断方式即望、闻、问、切来观察或诊断病情,而现代社会的医学则随着医疗仪器、诊断器材的进步,大量使用精密仪器进行检验以诊断疾病并加以有效治疗。例如传统医学的诊断方式最初只使用三根手指头对患者把脉,而现在已经逐渐进步到使用脉波仪、心电图、X光照射、CT扫描等各式各样的仪器。因此,现代医疗行为的一大特点便是医疗行为的机械化。

第三,医患关系的冷漠化。医疗机构的复杂化和规模化,以及诊疗行为的机械化,虽然极大地提升了医疗水平,提高了对疾病的治疗率,但是,随着医务人员与病患接触时间的减少,对病患的个体关怀也相对降低,无形中扩大了医师与患者间的距离。而医疗分工的专业化与机械化,使得患者在诊疗行为中只是医生和仪器研究、诊断的客体,医务人员习惯于按照诊疗程序对患者进行一系列的诊疗操作,减少了医患之间的互动,忽视了对患者个体的人文关怀,降低了医患关系的人性本位,使得医师与患者之间原本定位于信赖和和谐的关系日趋淡薄。患者不能理解医生所使用的专业词汇的具体含义,在面对冰冷的大型医疗器械时又难免产生恐惧之感,因此对于医师的专业技能也随之产生疑虑。这些因素使得传统的医患关系在现代社会逐渐冷漠化。患者其实渴望在面临与本身生命安危或身体健康息息相关的医疗决定事项上,能够及时获知有关自身病情和治疗方针、治愈可能性大小等信息,以便作为选择医疗模式的参考。经济条件较为优裕的人士,倾向于聘请私人医生,或与某些医师长期交

往形成私人友好关系,也是为了形成医患之间的传统的信任和谐关系。因此,为了维持医患之间的合作与信任关系,现代法律必然要求医务人员对患者尽到必要的诊疗义务,对患者认真履行说明告知义务,使患者充分行使其知情同意权。

第四,消费者权利保护意识的加强。随着工商产品制造技术的大幅进步,市场行销手段的推陈出新,制造厂商与卖方利用合同条款预先排除自己的责任,使得消费者与企业之间对于商品的认知与议价能力出现不对等的现象,消费者面对企业逐渐沦为弱势群体。为了保护消费者的权益,世界范围内逐渐兴起了消费者主义的运动,要求国家以立法方式对于消费合同进行适当管制,以确保消费者的知情权、选择权等权利得到切实的保障。我国也于1993年颁布了《消费者权益保护法》。最初人们并未将医疗行为作为一种消费合同关系进行考虑,消费者权益保护的主要规范的对象是产品制造商,而未包含医务人员。随着美国加大了对于医疗安全的重视,消费者运动开始打破了消费者、顾客与病患之间的区分,人们认为患者作为医疗合同的当事人,是医疗服务行为的消费者,在医疗活动中同样处于类似商品消费者一样的弱势地位,因此消费者的权利主张也逐渐被运用到了医疗关系之中。现在消费者的保护已经不限于产品的提供者,也包括了劳务和服务的提供者,因此,越来越多的国家认同医疗活动中应当对于患者施加消费者地位的保护。我国也有学者主张适用《消费者权益保护法》来处理医疗侵权纠纷案件,因为“医疗机构在此就是一个经营者,有《消法》所规定的经营者身份……《消法》并未将经营者及消费者的范围作限制性或排除性规定,明文医患关系排除在《消法》调整范围之外”^[1]。总之,受到消费者权利保护意识增强的影响,人们不断呼吁立法对于患者提供更多更细致的保护,而患者在认为自己受到不公正对待和受到侵害时,也开始倾向于通过诉讼等手段来主张自己的权利,追究医疗机构的违约或侵权责任。

(二) 患者知情同意权的应运而生

如前所述,在现代社会中,医务人员与患者之间的信任关系逐渐消解,人们开始怀疑医务人员是否真的为了患者的利益而从事医疗执业。与此同时,随着医疗给付的形态及医疗组织的改变,医患关系的信赖基础日渐薄弱,患者对医务人员的信任感日渐破灭,病人自主权由此开始兴起,患者知情同意权应运而生。

患者知情同意权是指患者享有知悉和了解医务人员计划对其采取的医疗措施及其后果并作出是否同意该措施的权利。患者知情同意权包含了患者的知情权和同意权，由于这两种权利关系密切，患者只有在知情的前提下才能做出是否同意的意思表示，其同意权的行使有赖于其知情权的实现，因此将两种权利合称知情同意权。医务人员应当先向患者履行说明义务，使患者在知情的基础上作出是否同意的意思表示，患者的同意才使得医务人员对患者采取医疗措施具有了合法性。患者知情同意权不能预先抛弃，因为“病人因医生的说明而为手术的同意，既系其基于人格权及自主权，应认此项同意不得预先抛弃”^{[2](P296)}。

患者知情同意权的理论基础在于患者不能被要求他所不愿意接受的治疗，不论此种医疗方式有无风险、是否痛苦以及拒绝治疗之后会有何种后果，这涉及对患者身体和生命健康的处分，因此属于患者的自我决定权或自主权的范围。由于各国宪法一般都将维护人的尊严作为宪法的基本价值之一，因此保护患者的知情同意权还具有宪法上的依据。宪法维护人的尊严，就必须保护人在行使其基本权利的正当范围内具有自治自决的机会。患者并不因为患有疾病，就导致其人格尊严的主体性地位被弱化或丧失，其在宪法上所享有的自我决定权不应受到任何的限制或剥夺^{[3](P207,211)}。患者的知情同意权密切关涉到患者的生命和身体的处分事项，因此属于自我决定权的内涵之一，还应受到宪法的保护。在部门法上，侵害患者知情同意权的行为，如未得到患者同意而对其施行医疗行为，在刑事上将构成故意伤害罪，在民事上则构成对患者的侵权行为。

二、患者知情同意权的构成要件

第一，患者具备作出同意的意思能力。患者作出同意的意思能力与民事主体的行为能力相似但并不完全相同，前者侧重于判断患者的意识能力或称为辨识能力，当完全民事行为能力患者暂时昏迷、失去意识时，就不具有作出同意的意思能力。患者具有作出同意的意思能力，是指患者有能力理解该医疗措施的相关信息以及该医疗措施将产生的后果，并且具备可以作出决定的一种心理状况。在医疗现场，如果一个人通过医务人员的说明之后就能够了解相关的治疗程序，并且可以仔细考虑该医疗程序中的主要风险及利益，然后基于这些

考虑作出决定，则其通常会被认为具有作出同意的意思能力；反之，如果患者缺乏这些能力的任何一项，则其可能就不具有作出决定（无论是同意还是拒绝）的能力。实践中，医务人员应该以何标准判断患者是否具有作出同意的意思能力常用的标准，是以年龄为判断标准，不同的年龄表明患者对于不同的危险程度和预期利益等事项会有不同的考虑，因此以年龄为标准基本可以实现保护未成年或容易作出错误决定的人，避免其做出无法追求其最佳利益的决定。也有人认为患者作出同意的意思能力主要是对自己权益的处分，而不是从事市场交易，因此意思能力并不需要适用民法有关行为能力的规定，而应以病人有无相应的识别能力为标准来进行判断。因此，学界通说皆采以有无识别能力为标准，即需视患者有无理解同意之内容、意义和效果之能力来判断^{[4](P417)}。当患者被认定具有作出同意的意思能力时，则其所作出的医疗决定即被认为有效；如果患者欠缺此种作出同意的意思能力时，就需要借助于代理制度，由其近亲属代其做出是否同意医疗的决定。

第二，医务人员已经履行了说明义务。由于当今医疗专业的高度分工，医疗过程日趋复杂，即便是医务人员本身，除非是对于其专科领域内的治疗项目，否则对于其他医疗知识也未必能够完全掌握。那么一般的患者及其家属若未经专业医务人员对其所欲实施的医疗行为加以详细说明，自然是难以了解该医疗措施的利弊得失，因此也就无法就该医疗行为的实施作出同意或者拒绝的有效意思表示。因此，患者知情同意权必须以医务人员先履行其说明义务为前提，如此才能将医务人员的说明与患者的同意相结合，从而达到医疗服务合同的目的。从另一个角度来讲，医务人员的说明义务是患者行使知情同意权的基础，只有医务人员尽到了说明义务，并取得患者之同意，其实施之医疗行为才具有合法性。诚如王泽鉴教授所言：“侵害病人身体的医疗行为得因同意而阻却违法，此项同意须以医生的说明为必要，故医生未尽说明义务时，对其同意原则上不生效力，不阻却违法，纵其治疗行为并无过失，医生仍应就手术全部或一部失败所生损害，负赔偿责任。手术虽属成功，其违法性亦不因此而受影响，惟因无损害，故不成立侵权行为。”^{[2](P296)}未经患者同意而实施的医疗行为属于医务人员的专断医疗行为，一旦造成患者损害，不仅需要承担民事侵权的赔偿责任，还有可能构成刑事

犯罪。

第三,患者自愿做出同意的意思表示。要求患者做出决定的自愿性是为了保护患者在作出是否同意医疗措施的决定时,得以避免受到不当的操控或影响。因为医患关系之间存在着权力和知识固有的不对等关系,医务人员揭露信息、进行说明的方式,会影响到患者对于不同医疗行为的重要性的判断,而且医务人员可能会带有倾向性地劝说患者去选择医务人员比较赞同的医疗方案。患者知情同意权是法律对于患者自主决定权的尊重,当患者在受到不正当影响下或是外力不正当介入下所做出的医疗决定,其有效性和合法性必将受到质疑。由于医疗行为特别是侵入性的医疗行为通常具有不可回复性,一旦实施,对患者身体健康所造成的影响就再也无法恢复,因此必须确保患者是在自愿的基础上作出的同意,才能保证患者在事前对于医疗行为的风险已有必要的认识,并且是在此基础上做出的理性选择。为了保证患者做出决定的自愿性,医务人员在履行说明义务时就应当尽可能不掺入自己个人的偏好和价值观,并且应当以尽可能合理评估患者利益的方式来进行说明和披露信息。此外,医务人员履行说明义务的时间点也很重要,当患者急切需要施行某项医疗程序时,可能因为时间过于急迫而妨碍患者作自愿性的决定。因为此时患者可能只有很少的时间去完全理解医务人员所提供的信息,而且患者可能因为具有紧张忧虑的情绪而会特别依赖医务人员为其做出决定。因此,对于一个任何时间都可以执行的非急迫性的医疗程序,医务人员如果没有事先为患者提供完整的信息,让患者有足够时间考虑是否接受医疗程序,就不能保证患者做出决定的自愿性。在说明信息的内容上,医务人员要告知患者重要的相关信息,并且提供替代治疗方案的建议,使患者了解医务人员所告知的信息内容和所建议的医疗方式,在此基础上再由患者决定是同意抑或拒绝该医疗措施。

三、我国对于患者知情同意权 保护之不足

(一) 患者知情同意权的立法保护之不足

从立法层面来看,《侵权责任法》颁行之前,我国已经有一些法律、法规及其他规范性文件规定了患者的知情同意权。例如,《医疗机构管理条例》第33条规定:“医疗机构施行手术、特殊检

查或者特殊治疗时,必须征得患者同意,并应当取得其家属或者关系人同意并签字;无法取得患者意见时,应当取得家属或者关系人同意并签字;无法取得患者意见又无家属或者关系人在场,或者遇到其他特殊情况时,经治医师应当提出医疗处置方案,在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施。”《医疗机构管理条例实施细则》第62条规定:“医疗机构应当尊重患者对自己的病情、诊断、治疗的知情权利。在实施手术、特殊检查、特殊治疗时,应当向患者作必要的解释。因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的,应当将有关情况通知患者家属。”《医疗事故处理条例》第11条规定:“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。”《病历书写基本规范(试行)》第10条规定:“对按照有关规定需取得患者书面同意方可进行的医疗活动(如特殊检查、特殊治疗、手术、实验性临床医疗等),应当由患者本人签署同意书。患者不具备完全民事行为能力时,应当由其法定代理人签字;患者因病无法签字时,应当由其近亲属签字,没有近亲属的,由其关系人签字;为抢救患者,在法定代理人或近亲属、关系人无法及时签字的情况下,可由医疗机构负责人或者被授权的负责人签字。因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的,应当将有关情况通知患者近亲属,由患者近亲属签署同意书,并及时记录。患者无近亲属的或患者近亲属无法签署同意书的,由患者的法定代理人或者关系人签署同意书。”《执业医师法》第26条规定:“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。”

从以上规定可以看出,上述保护患者知情同意权的规定大多停留在宣示性的层面,对于违反此等说明义务的法律后果及损害赔偿的范围,这些规定本身并不明确,医疗机构违反说明义务更多承担的是一种行政上的责任。《侵权责任法》第55条第1款规定了患者的知情同意权,并在第2款规定了医务人员未尽说明义务、侵害患者知情同意权的损害赔偿赔偿责任,这就将医疗机构未尽说明义务、侵害患者知情同意权的行为界定为一种侵权责任,这也是《侵权责任法》在保护患者知情同意权方面的最大贡献^[5]。

根据《侵权责任法》第 55 条第 1 款的规定，患者享有知情同意权，医疗机构有义务向患者或者其近亲属说明病情和医疗措施，需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员有义务向患者说明相关医疗风险、替代医疗方案等情况，同时，对患者采取相关医疗措施，应当得到患者或者其近亲属的同意。根据该条第 2 款的规定，医疗机构未尽到前款规定的义务的，医疗机构应当承担赔偿责任。

根据《侵权责任法》的规定，医疗机构尽到前述义务，同时在诊疗过程中不存在医疗过失的，则不承担侵权责任；医疗机构未尽到前述义务造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任，关于损害赔偿的范围，《侵权责任法》的规定并不明确，根据立法者的观点，此处患者的损害主要是与医疗机构诊疗义务相关的损害，即因医疗行为造成患者的人身损害以及因此而产生的精神损害^[6]（P281-282），而并不及于侵害患者知情同意权所造成的损害。可见，《侵权责任法》仅仅在违法阻却的意义上使用患者知情同意权，而没有将患者知情同意权作为一种独立的人格利益进行保护。

因此，从我国目前的立法情况来看，主要是从违法阻却的角度来理解患者知情同意权，对患者知情同意权的救济也主要是从这个意义上理解的，而没有认识到患者的知情同意权本身也是一种独立的人格利益。

（二）患者知情同意权的司法保护之不足

近年来，围绕医疗机构的说明义务以及患者的知情同意权，发生了一系列医疗纠纷案件，人民法院在认定医疗机构的侵权责任时，有的法院将医疗机构侵害患者知情同意权作为发生不良治疗后果的原因对待。如在“郴州市第一人民医院与鲁君卓医疗损害赔偿纠纷上诉案”^①中，一审法院认为，公民的生命健康权受法律保护，医疗机构在医疗活动中，必须严格遵守医疗规范，郴州医院为鲁君卓实施右眼视网膜脱离复位术后，鲁君卓右眼发生肿胀、疼痛的不适症状，其专科医师未及时针对治疗，致鲁君卓右眼淤血严重，郴州医院实施第二次 PPL+前房冲洗手术，未告知鲁君卓真实情况即摘除其晶体，对此，郴州医院存在医疗过错，鲁君卓终生失明的严重后果与郴州医院的医疗过错存在因果关系，故郴州医院应当承担相应的民事赔偿责任。显然将医疗机构侵害患者知情同意权作为不良治疗后果的原因对待。

有的法院认识到了患者知情同意权在阻却医疗

行为违法性方面的作用，但并没有对患者知情同意权本身作为一种独立的人格利益进行保护，因此在确定医疗机构损害赔偿责任的范围时，往往将其限于因医疗机构未尽到说明义务而造成的不良治疗后果，即给患者造成的人身损害以及因此而产生的精神损害。如在“陈瑞诉中国人民武装警察部队上海总队医院案”^②中，法院认为，关于术前告知行为，由于医疗机构对患者施行手术是在一定程度上“破坏”人体而达到治疗效果，所以医院实施手术前应在有条件的情况下取得患者的同意。患者对手术的同意及对手术后果的接受应当建立在对手术风险充分认识的基础之上，否则不能视为真正意义上的同意，医疗机构应当承担相应的责任。同时，在确定武警医院的损害赔偿时，法院认为受害人遭受的损害主要包括以下几个部分：医疗费、误工费、残疾者生活补助费、差旅费、精神损失费，关于精神损害赔偿的功能，法院认为其主要是补偿受害人因面容受损会给以后带来不良影响，因此需要精神损害赔偿来填补受害人精神上的伤害和痛苦。可见，此处的精神损害主要是填补受害人因身体权受损而遭受的精神痛苦，而非因自主决定权本身受到侵害而遭受的精神损害。

当然也有少数法院认识到了患者知情同意权属于独立的人格权益，应当受到法律保护，如在“袁田诉云南省第一人民医院医疗损害赔偿案”^③中，法院经审理后认为，根据《中华人民共和国执业医师法》等法律、法规的规定，医疗机构在实施手术、特殊检查、特殊治疗时，应当向患者作必要的解释。因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的，应当将有关情况通知患者家属，所以根据上述法律、法规的规定，患者在医疗过程中依法享有知情权，患者知情权的内容不仅包括患者有权知悉自己的病情、诊断、治疗措施、医疗风险等，还包括患者有权在知悉基础上进行自主选择、表示同意或不同意手术、治疗方案等权利内容，这是患者的一项法定权利。同时，法律对患者知情权的确定在于体现对患者人格尊严的尊重，故对于医疗机构未尽告知义务的行为，失衡的是患者的精神利益，导致患者精神利益的减少或丧失。本案中，云南省第一

① 参见湖南省衡阳市中级人民法院民事判决书(2011)衡中法民一终字第 138 号。

② 参见上海市第一中级人民法院(2000)沪一中民终字第 900 号。

③ 参见云南省高级人民法院(2005)云高民一终字第 134 号。

人民医院没有尊重袁田对手术施行与否的独立选择,使袁田丧失了选择手术与否的机会,给袁田造成精神上的损害,故该院应当承担袁田精神损害赔偿的民事责任。显然认可了患者享有自主决定是否采取某项医疗措施的权利。但二审法院改变了这一做法,并没有将患者自主决定权作为一项独立的人格利益予以保护。

从我国上述司法实践来看,法院在处理侵害患者知情同意权的医疗纠纷中,在认定侵权责任时,没有将患者知情同意权作为一项独立的人格利益予以保护,同时将损害赔偿的范围上限于侵害患者人身权益以及因此产生的经济损失与精神损害,并没有将患者知情同意权的相关损害纳入其中。因此,总体而言,我国司法实践中只是将患者知情同意权作为医疗行为的违法阻却事由,而没有认识到患者知情同意权同样属于一种独立的人格利益^[7],因此,我国司法对患者权利的保护是不全面的。

四、患者知情同意权属于侵权法所保护的人格利益

在侵权法上,患者的知情同意权具有阻却违法的功能,医疗机构经患者同意而采取的医疗措施,虽然对患者的人身造成一定的损害和侵袭,但仍无须承担侵权责任,因为在受害人同意的前提下,加害人的行为并不具有违法性^①,也就不成立侵权责任。例如,在 *Schloendorff v. Society of New York Hospital* 一案^②中,原告 Mary Schloendorff 来到纽约州立医院接受检查,以确定其所患的肿瘤是否是恶性的,但并没有同意医院可以切除该肿瘤,医生在检查后,确定该肿瘤是恶性的,然后在没有经 Schloendorff 同意的情况下,将该肿瘤切除了。Schloendorff 起诉纽约州立医院,法院认为没有经过原告同意就对其进行手术,构成医疗侵权,法官 Benjamin Cardozo 认为,任何一个有理智的成年人都有权决定对其身体采取何种(医疗)行为,没有经过患者同意就对其进行手术,构成对患者的侵害,只有在紧急情况无法取得患者同意的情况下采取医疗措施才不构成侵权。

同时,患者的知情同意本身也包含着对患者人格的尊重,属于一种独立的人格利益,侵害患者知情同意权本身应当构成独立的侵权行为。

首先,患者的知情同意权具有独立的权利基础,不能被生命、健康、身体权等具体人格权所涵

盖。在医疗损害中,医疗机构采取医疗措施不当,一般侵害的是患者的生命、身体、健康权等,以及因侵害此类人身权益给患者所带来的精神痛苦,但这些权益并不能完全涵盖患者知情同意权本身,因为患者知情同意权在本质上属于个人自主决定权的范畴,患者自主决定权的客体是一种独立于健康利益的人格利益^{[8](P61)}。因此,即使医方的诊疗行为没有对患者的生命、健康造成损害,甚至是治愈了疾病,但仍构成对患者知情同意权这一人格利益的侵害,仍应当承担相应的侵权责任。在“‘耶和華证人’患者拒绝手术输血案”中,日本最高裁判所认为,当病人认为输血违反自己的宗教信仰,明确拒绝伴有输血的医疗行为时,病人的这种意思决定权属于人格权的内容之一,应当受到保护。该判决首次明确了患者的自主决定权应当作为人格权的内容之一受到法律保护,即如果医师没有尽到相应的说明义务,就侵害了患者的自主决定权,患者可以以人格利益受损害为由请求法律保护^{[9](P535)}。在 *Reibl v. Hughes* 一案中^③,加拿大最高法院认为患者就相关医疗措施有自主作出决定的权利。并且在该案之后,加拿大法院认为为了更好地保护患者自主决定的权利,应当进一步扩大医疗机构的说明义务^{[8](P109)}。

其次,侵害患者的知情同意权的过错判断标准具有特殊性。在一般的医疗损害中,医疗机构过失的判断通常是以其是否尽到诊疗义务为标准,即判断医疗机构及其医务人员的诊疗过失,主要参考的是医学专业标准。但是医疗风险与医疗风险的告知是不同的概念,医生的职责在于确定相关的医疗风险,而相关医疗风险应否告知,则应当从病人的角度出发来考虑,即医疗风险应否告知不再采用专业的医疗标准,而应当采用普通人标准。因此,患者知情同意权本身受到侵害,在判断医疗机构及其医务人员的过失时,其标准与普通的医疗侵权不同,将会包含更多非专业知识的介入,并非完全依赖专业知识和专业判断^[5]。

再次,侵害患者知情同意权的免责事由具有特殊性。侵害患者自主决定权的免责事由不同于一般

① See Jean Limpens, *International Encyclopedia of Comparative Law, Torts*, Vol. XI Chapter 2, Liability for one's Act, International Association of Legal Science (1983), p. 90.

② *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N. Y. 125, 105 N. E. 92 (1914).

③ *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S. C. R. 880.

的医疗损害责任，在一般的医疗损害责任中，医疗机构承担责任的原因往往在于医疗机构或者医务人员没有尽到相应的注意义务，导致了患者的损害，在没有造成患者生命、身体、健康损害的情况下，即使医疗机构或者医务人员在采取医疗措施时没有尽到说明义务或者没有得到患者的同意，但由于没有造成患者的人身损害，所以并不构成医疗侵权，不用承担相应的侵权责任。正如有的学者所言，侵害病人身体的行为得因病人同意而阻却违法，若医生未尽说明义务，对其同意原则上不生效力，不阻却违法，即使医生的行为没有过失，医生仍应就手术全部或者部分失败所造成的损害承担赔偿责任，而在手术成功的情形，其违法性虽然不因此受影响，但由于没有损害，所以不成立侵权行为^{[10](P232)}。但是，在侵害患者知情同意权的情形下，医务人员对患者采取手术等特殊的医疗行为时，除紧急情形外，应当依法向患者或者其近亲属进行相关的说明，并得到患者或者其近亲属的书面同意，医疗机构或者其医务人员未尽到相应的说明义务或者采取特殊医疗措施未得到患者或者其近亲属同意的，本身就构成对患者自主决定权的侵害，不论相关的疾病是否治愈，患者的自主决定权均受到了侵害，医疗机构应当承担相应的侵权责任。即使是医学上毫无瑕疵的治疗也不能阻却未充分履行告知义务的侵权责任^{[11](P103)}。

最后，侵害患者自主决定权的损害赔偿也具有

特殊性。在发生一般的医疗损害时，医疗机构的赔偿责任主要包括与治疗有关的费用，这些费用包括医疗费、交通费、误工费、残疾生活辅助费等为治疗和康复所支出的合理费用，虽然一般医疗损害中也对精神损害予以救济，但主要还是赔偿因医疗机构侵害患者身体权、健康权等所引起的财产损失。而在侵害患者自主决定权的情形，其主要救济方式是精神损害赔偿。

五、结 语

患者知情同意权是指在诊疗活动中具备意思表示能力的患者，在非强制状态下充分接受和理解各种与所患疾病相关的诊疗信息，在此基础上对医务人员制定的诊疗计划自愿做出选择的权利^{[12](P394)}。患者知情同意权一方面具有阻却医疗行为违法性的作用，另一方面，患者知情同意权本身也是一种独立的人格利益。因此，医疗机构及其医务人员侵害患者知情同意权，将承担两种独立的侵权责任：一是医疗侵权责任，二是侵害患者知情同意权（患者自主决定权）的责任。相应地，医疗机构侵害患者知情同意权的侵权责任范围也应当进一步扩展，可以通过扩张解释《侵权责任法》第55条第2款中“损害”的概念，将侵害患者知情同意权本身的损害涵盖其中。

参考文献：

- [1] 廖秉静. 医疗侵权纠纷解决现状分析及其完善[J]. 广东医学院学报, 2007, (1).
- [2] 王泽鉴. 侵权行为法[M]. 台北: 台湾 2009 年 7 月作者自版, 三民书局经销.
- [3] Sulmasy, D. P. Informed consent without autonomy[J]. *Fordham Urb. L. J.*, Vol. 30, Issue 1, 2002.
- [4] 黄丁全. 医事法[M]. 台北: 元照出版公司, 2000.
- [5] 赵西巨. 我国《侵权责任法》医疗损害责任一章之解读: 比较法的视角[J]. 私法研究, 第 10 卷.
- [6] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[Z]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [7] 周江洪. 违反医疗说明义务损害赔偿范围的界定[J]. 法学, 2011, (5).
- [8] 赵西巨. 医事法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [9] 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.
- [10] 王泽鉴. 侵权行为[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [11] [德] 克雷蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法(下卷)[M]. 焦美华, 译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [12] 奚晓明. 《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2010.

(责任编辑 周振新)