

2011年第4辑 (总第58辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

本辑要目

【专论】

杨立新 马辉 / 认定过度医疗责任的谦抑原则与具体标准
李后龙 李勇 王松 / 请求权分析五定法：从有法可依到有据可判

【法学专论】

周林彬 方斯远 / 公司对外担保的法律适用问题探讨

【法官论坛】

杨玉泉 / 监控社会下的隐私权保护——以现代公共治理技术为视角

【判例研究】

杨立新 / 如何判断《侵权责任法》保护的民事利益范围
赵盛和 / 不当出生、不当生命之诉若干疑难之解决

【公报案例研究】

何东林 曾丽 / 夫妻股东纠纷中几个法律问题的思考

D925

37

58

KD00970464

2011年第4辑(总第58辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编



湖南科技大学图书馆



KD00970464

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2011年. 第4辑: 总第58辑/王利明主编.
—北京: 人民法院出版社, 2012. 4
ISBN 978-7-5109-0440-0

I. ①判… II. ①王… III. ①判例-研究-中国-丛刊
②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. ①D920.5-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第055269号

判解研究

2011年第4辑(总第58辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷27号 邮编: 100745

电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223667(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092毫米 1/16

字 数 234千字

印 张 14.75

版 次 2012年4月第1版 2012年4月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0440-0

定 价 38.00元

目录 CONTENTS

专 论

- 认定过度医疗责任的谦抑原则与具体标准 杨立新 马 辉(1)
- 请求权分析五定法:从有法可依到有据可判
..... 李后龙 李 勇 王 松(21)

法学专论

- 公司对外担保的法律适用问题探讨 周林彬 方斯远(37)
- 论赔礼道歉责任承担方式 吴万军(47)
- 试论如何构建我国小额诉讼程序 孙娜娜 谢渐升(68)
- 对于空间权的法律思考 赵岚音(81)

法官论坛

- 监控社会下的隐私权保护
——以现代公共治理技术为视角 杨玉泉(90)

判例研究

- 如何判断《侵权责任法》保护的民事利益范围 杨立新(104)
- 不当出生、不当生命之诉若干疑难之解决 赵盛和(116)
- 不矛盾律在案件裁判中的适用 王 忠(131)
- 论我国房屋征收补偿中的司法介入机制
——以司法审查权与司法强制权的平衡为基点 王若磊(142)

公报案例研究

- 夫妻股东纠纷中几个法律问题的思考 何东林 曾 丽(153)
- 外商投资企业股权转让合同未生效及法律责任研究 李陈婷(166)

海外判例选介

- 证券损失填补禁止规则及其派生规则 董新义(181)

域外传真

诽谤与负责任的新闻报道

- 英国视角 [英] Hugh Tomlinson 校译:王毅纯(194)
- 英国的最新经验:一种“新方法” ... [英] David Eady 校译:王毅纯(203)

综述

- 两岸消费者保护学术研讨会综述 张严方(212)

- 编辑后语 (229)

认定过度医疗责任的谦抑原则与具体标准

杨立新* 马 辉**

《侵权责任法》没有规定过度医疗行为及其责任，只是在第六十三条规定了过度检查（不必要检查）行为。如果将过度检查行为扩大解释包括过度医疗行为，进而适用第六十三条确定过度医疗行为的侵权责任，由于法律对过度检查行为限制较严，且第六十三条规定过度检查的请求权基础不明显，因而有较大难度。如果将过度医疗行为认定为其他医疗损害责任，纳入《侵权责任法》第五十四条的适用范围，是一个最好、也最为有把握的办法。^① 本文以此为立论基础，研究过度医疗行为的侵权责任认定问题。对于过度检查，如果其成为过度医疗行为的组成部分时，则并入过度医疗责任范围，一并追究过度医疗的侵权责任。

关于过度医疗行为的概念界定，美国社会学家定义为：由于医疗机构对人的生命采取了过多的控制和社会变得更多依赖于医疗保健而引起的医疗。我国学者的意

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、法学院教授、博士生导师，中国法学会民法学研究会副会长、北京市消费者权益保护法学会会长、东亚侵权法学会理事长。

** 首都医科大学副教授，中国人民大学法学院民商法学博士研究生。

① 对此，本文只提出这个观点，不作展开论述，具体问题将在下一篇文章中详细阐释。

见是,过度医疗是由于多种原因引起的超过疾病实际需要的诊断和治疗的医疗行为或医疗过程;或者认为,在医疗实践活动中采取超过病人疾病实际需要的诊断和治疗手段的医疗行为;^①或者认为,过度医疗是违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,以获取非法经济利益为目的,故意采用超越个体疾病诊疗需要的手段,给就医人员造成人身伤害或财产损失的行为。^②我们赞同这样的见解,即:过度医疗是超越疾病本身实际需要,故意实施不必要的检查和治疗,造成患者损害的医疗侵权行为。^③不过,过度医疗行为概念有广狭义之分,这里界定的是狭义的过度医疗行为,与过度医疗责任相对应,而广义的过度医疗行为不仅包括狭义的概念,而且还包括不应追究侵权责任的一般的过度医疗行为。本文的立意在于,提出一半的过度医疗行为,通过谦抑原则确立狭义的过度医疗行为。这两种含义的过度医疗行为在本文中交替使用。

认定过度医疗责任的难点在于“度”的把握,即“过度”的标准。本文从过度医疗行为产生的原因入手,探讨过度医疗责任认定的困难,在此基础上,提出认定过度医疗责任的谦抑原则与具体标准,就教于各位方家。

一、过度医疗本身具有一定的正当性因素

从广义角度观察,过度医疗行为并非都构成侵权责任,原因在于有些过度医疗行为具有一定的正当性因素。

例如,人们常常将我国的过度医疗归罪于以药养医的医疗体制,但不存在以药养医问题的其他国家也存在过度医疗问题。在欧美发达国家,评估认为存在30%的过度医疗。^④也有人将过度医疗归罪于法律,认为规定

① 李本富:《从550万天价住院费透视过度医疗》,载《家庭医学》2006年第1期,第4页。

② 周士逵、曾勇:《过度医疗行为的法律研究》,载《北川医学院学报》2007年第2期。转引自杨丽珍:《论过度医疗侵权责任》,载《人文杂志》2011年第1期,第190页。

③ 杨丽珍:《论过度医疗侵权责任》,载《人文杂志》2011年第1期,第192页。

④ 姚宝莹:《统一的临床诊疗指南缺失过度医疗在所难免》,载《首都医药》2010年1月(上)号,第22页。

医疗损害责任的严苛促使医生采取防御性医疗,以防止在诉讼中败诉。但在提出防御性医疗概念的美国,以防御性医疗为目的的情形似乎也不是主流。如心脏支架放置的数量,美国患者平均放 2 个,我国患者平均放 3.5 个;美国不必要支架放置的比例是 50%,我国没有明确的统计数字,但普遍认为过度放置非常严重。^①在医务人员道德水平低下、以药养医医疗体制、防御性医疗等原因之外,还有形成过度医疗的其他原因。这些原因至少有以下五种:

(一) 患者的主观愿望

社会保障水平高的地区更容易出现过度医疗,且患者的实际支付能力越强,越容易出现过度医疗。以神木县的调查为例:2008 年城乡居民住院率约为 8.0%。全民免费医疗制度实施之初,神木县的住院率就升至 10.3%,之后逐步上升到 2010 年 8 月的 11.0%。其中公费医疗受益者的住院率最高,为 13.9%,城镇职工医保次之,为 9.2%,新农合再次之,为 6.9%,城镇居民医保和其他社会医疗保险则为 5.1%,没有社会医疗保险者最低,仅为 4.3%。该县医改以后,全民免费医疗受益者的住院率明显超过全国的平均水平,尤其是公务员和国有事业单位职工的住院率大大超过了其他地区同类人群的住院率。^②这从一个侧面揭示,保障水平的高低影响着患者实际接受的医疗服务水平。该县的剖宫产率变化也证明保障水平与过度医疗之间的这种关系。在实施全民免费医疗之前,县人民医院的剖宫产率仅为 13.0%;实施全民免费医疗之后的头三个季度(即 2009 年最后三个季度)的剖宫产率跳升至 41.1%,2010 年上半年的剖宫产率

① 《新英格兰医学》杂志:《美国人被“过度医疗”》, <http://news.sina.com.cn/o/2010-03-22/132719915396.shtml>, 2011 年 5 月 27 日访问。好医生网:《心脏支架已成为我国过度医疗的“重灾区”》, <http://med.haoyisheng.com/10/0418/310054458.html>, 2011 年 5 月 27 日访问。

② 朱恒鹏、顾昕、余晖:《“神木模式”的可持续性发展:“全民免费医疗”制度下的医疗费用控制》, http://ie.cass.cn/download.asp?id=807&tn=Graduate_Thesis, 2011 年 5 月 27 日访问。

继续攀升到45.8%。^①

如果患者无需支付任何费用,过度医疗更不可避免。此种情形在机动车交通事故中表现得最为典型。即便伤情不严重,受害人一般也会要求进行CT、核磁、造影等一系列检查。对受害人来说,一是为今后可能的诉讼搜集证据,二是进行免费体检。前者与医生的防御性医疗相似,所不同的只是行为主体。后者的受害人往往有让加害人付出代价的意味,主观表现为故意。

从主观意愿来说,绝大多数患者愿意用名牌药品、用先进仪器检查。使用名牌药物,质量有保障,疗效好副作用少;采用先进仪器检查,阳性率高误诊少。如果有负担能力,特别是在自己无需负担费用时,过度医疗更受患者欢迎,符合多数患者的主观意愿。

(二) 循证医学的推广

医学从经验科学向循证医学转变,医学的每一个过程都要求有充分证据加以说明,客观上,医生需要用更多现代化的仪器化验、检查来证明自己的判断。^② 仅凭经验作出的诊断常常不受法律保护,经验已经“沦落”为采取何种诊断、治疗措施的线索了。

(三) 诊疗规范的推动

法学界一直呼唤医学界能够制定出一整套科学的、具有普遍指导意义的诊疗规范、诊疗指南或者临床路径,以合理压缩医生的诊疗特权,从制度上给过度医疗行为的认定提供科学的参考依据。但实践证明,在已经制定诊疗规范的领域,诊疗规范却常常成为过度医疗的“助推器”。

我国的很多诊疗指南是从欧美等发达国家移植过来的。以丙肝为例,一般来说,确诊须查明患者是否存在丙肝抗体,治疗用常规干扰素,一支50元。如果按照丙肝指南,还需进一步查明病毒基因分型和RNA定量,一般省城的医院才有此条件。治疗药物为长效干扰素,一支1300元。如果

① 朱恒鹏、顾昕、余晖:《“神木模式”的可持续性发展:“全民免费医疗”制度下的医疗费用控制》, http://ie.cass.cn/download.asp?id=807&tn=Graduate_Thesis, 2011年5月27日访问。

② 陈文姬:《从急诊内科抢救室患者医疗费用看“过度医疗”》,载《中国伦理学杂志》2008年第3期,第105页。

按照指南去诊断和治疗丙肝,费用自然大大增加。有人戏称:我国的医事法与欧美接轨了,诊疗水平和欧美接轨了,但经济水平却没接轨,^①想不过度医疗都难。

(四) 现代医疗管理制度的弊端

正是现有的医疗体系制造了这种被命名为“过度医疗”的“慢性自杀病”。在论量计酬的体系下,医生的收入和病人的开支正相关。^②另外,医院的管理评价机制促使甚至是迫使医院过度医疗。以三甲医院的评审为例,高端医疗技术的开展例数是刚性指标,能否开展复杂的手术、做了多少例介入治疗都有明确要求。^③同时,社会对医院、医生诊疗水平的评价,通常也是以能开展何种高新技术、技术熟练程度为标准。在这样的评价机制下,医院要发展,就要努力开展高新技术。高新技术的接受者没有那么多,医院就采用放宽手术适应症甚至欺骗患者就范,必然造成患者接受过度医疗。

(五) 医学科学的局限性

20世纪70年代的流行病学家分析大量已报道的资料,发现只有不足20%的临床诊治措施后来被证明是有效的。^④换言之,大约80%的治疗行为实际上是无效的,从结果角度观察,确实超出了诊疗的实际需要。

在确定过度医疗行为及其责任时,对于上述正当性的原因不得不予以重视,不能将具有一定正当性的过度医疗行为认定为侵权行为。

二、过度医疗行为标准确定的法律障碍

确定过度医疗行为及责任的难点,除了广义的过度医疗行为具有上述一定的正当性之外,还存在一些法律上的障碍。

① 姚宝莹:《统一的临床诊疗指南缺失过度医疗在所难免》,载《首都医药》2010年1月(上)号,第22页。

② 尹钰:《医治 VS 治医:一个世界性难题》,载《中国社会导刊》2004年第11期。

③ 张冉燃:《被植入体内的“GDP”》,载《瞭望》2009年第48期。

④ 李银平:《询证医学:为传统走向现代铺路》,http://www.jkw.cn/health/news/6/2002-10-12-10081.htm,2011年5月27日访问。

(一) 过度医疗与医疗过错价值追求之间的矛盾

19世纪前,法律人格守“法不入医界”的传统,理由是医学神圣,医生的耽搁、错误可以理解,医界专业性太强外界无法做出正确判断只能靠医界自律。^①在法律介入医界之后,采用医疗过错责任来规范医疗行为。医疗过错认定的主要标准是合理的医生标准,是当时的医疗水平。这些要求都是医生行为应达到的最低标准,是医疗行为的“下限”,“下限”之上,属于诊疗特权的范围,法律不再干涉。而过度医疗是医务人员超过必要限度向患者提供了不必要的医疗服务,属于为诊疗特权确定的“上限”范围。

确定医疗过错,以患者的生命健康保护为唯一追求,强调“最善的注意”、“善良家父标准”,成本问题不在考虑之列。确定过度医疗,则强调将有限的医疗资源用于最需要的地方,追求的目标至少包括两个:患者的生命健康和费用低廉。

费用一般与生命健康保护水平正相关,考虑了费用,至少意味着极少数病人的生命健康会受到损害。以奥巴马接受前列腺癌筛查为例,48岁的奥巴马患此癌的概率非常低,不属于高危人群,筛查行为可以被划入“过度”的范畴。^②但如果奥巴马已患此癌,医生没有建议筛查而漏诊,按照美国的先例,法官可能会认为存在医疗过错,进而按照机会丧失理论进行赔偿。^③

如果为医疗行为设定“上限”,某些误诊、漏诊、误治行为就没有过

① 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;杨立新:《论医疗损害责任的归责原则与体系》,载《中国政法大学学报》2009年第2期。

② 《新英格兰医学》杂志:《美国人被“过度医疗”》,http://news.sina.com.cn/o/2010-03-22/132719915396.shtml,2011年5月27日访问。

③ Helling v. Carey案,被告眼科医师为24岁的原告进行眼底检查,没有发现异常。七年后,原告发现青光眼,且病史已经10年。被告抗辩说:青光眼检查一般仅针对40岁以上的人,因为40岁以下的发病率低于二十五万分之一,没有为24岁的原告进行青光眼检查符合惯例。一审法院支持了被告,即采用了合理的医生标准。上诉法院认为,此项检查安全,而且不昂贵,并可以避免青光眼的重大损害后果,医师没有进行检查,有过失。参见陈聪富:《医疗侵权责任》,《中国民商法律网》,http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=36718,2011年5月27日访问。

错,即基于社会成本的考虑,少数人的生命健康会被牺牲。在法律层面上,当财产权与生命健康权发生冲突时,生命健康权永远处于优先保护地位,医疗过错就会被放大。例如,髌骨粉碎性骨折的医疗方案有三:一是进口全陶瓷人造骨换髌,后遗症小,转动灵活,基本不疼痛,费用大约10万元;二是采用B型罗门钉内固定,术后转动较不灵活,安全性高,费用大约3万元;三是采用C型罗门钉内固定,术后转动较不灵活,易有疼痛感,且有罗门钉断裂的极小机会,可导致残废,费用1.5万元。患者称家庭条件有限,医生推荐了方案三。术后罗门钉断裂,患者残废。法院认为:医院仅从手术花费方面考虑问题,而未采取针对患者病情的最佳医疗方案,且无证据证明已向患者做出足以令其理解的充分说明,使其做出了错误选择并付出身心痛苦的代价,医院应负主要责任。^①

种种迹象表明,过度医疗尽管非常普遍,但难以认定为侵权行为。如哈尔滨550万天价医疗费案,最终认定的乱收费为20.7万元,且均为明显违反管理规定的收费,如重复收费、拆解收费等,^②所占比例不大;广东儿童的217项检查案,医生几乎能说出所有检查项目的理由,最后也不了了之。^③

(二) 适度医疗追求的价值要素之间难以协调

一般认为,适度医疗应具备下列要素:优质、便捷、可承受,效益、风险、医疗服务质量;安全、高效、便捷、节约。综合起来,被公认的适度医疗的核心要素是:有效、安全、便捷、耗费少,其中有效和安全是基本的,费用低廉必须以前两者为前提。且费用低廉不是价格低,而是相对于患者自身的承受力而言,患者可承受的就是低廉的。^④

可见,安全、有效是医疗行为选择的基本追求,而随着安全性、有效

① 刘典恩:《适宜技术与诊疗最优化的可行性研究》,载《医学与哲学》2005年第7期,第5~6页。

② 《550万天价医药费》, <http://news.sina.com.cn/z/550wtjylf/>, 2011年5月27日访问。

③ 《广州一儿童误食弯针引发217项检查》, http://www.jsjw.com.cn/site3/jjwb/html/2010-06/18/content_1482132.htm, 2011年5月27日访问。

④ 杜治政:《过度医疗、适度医疗与诊疗最优化》,载《医学与哲学》2005年第7期,第2页。

性的提高,费用一般也会相应增加。以抗菌素为例,同样用青霉素预防感染,大品牌的效果往往优于小品牌的,进口的往往优于国产的,一般来说,用大品牌进口的安全性和有效性更高,但费用也相应提高。再如,在白内障手术中,最突出的问题是疗效和费用的矛盾,疗效好的术式和人工晶体价格比较昂贵。^①

如果追求康复快、痛苦小,费用低廉也常常要被牺牲。如无痛人流,痛苦小,但费用就不能低;微创手术康复快、痛苦小,但费用成倍提高;剖宫产术唯一的优势是痛苦小,虽然费用较高,但仍受很多产妇青睐。

如果采用相对安全、有效的标准,才可能使得费用比较低廉,但也很难是最低,正所谓“便宜无好货”。如果适度医疗坚持以上全部价值追求,各项价值追求之间难以协调,且常常相互矛盾。

(三) 缺乏“适度”的有效标准

由于诊疗规范常规比较笼统,医生诊疗特权的空间很大,各界呼吁建立一种能够切实压缩医生诊疗特权的制度,临床路径管理应运而生。在解释临床路径管理时,卫生部长陈竺说:“现在大家觉得医疗活动,主要是诊疗行为中,还有很多的随意性,其实结合国际上的先进经验,我们也做了探索,就是规范诊疗活动的临床路径,或者叫规范化的诊疗指南体系的建立。有了这套指南,不仅能避免随意性,提高质量,而且也能够提高效率。现在要把卫生经济学的概念引进去,就是我们的标准化的诊疗方案,它必须既能体现技术含量,又要和现有国力、基本医疗的承受能力、人民群众的承受能力结合在一起。简言之就是要花比较少的钱,做比较好的事。”^②从以上言论看,临床路径管理追求的目标包括有效、安全、费用低廉,体现了适度医疗的全部要素,适度医疗的具体标准应当是临床路径。

临床路径管理能否抑制过度医疗,我们持怀疑态度。其理由如下:

1. 实践证明临床路径管理不能有效避免过度医疗

如果说我国过度医疗普遍存在的原因,是缺乏医疗行为的规范性标

① 李云琴、唐罗生、贺达仁:《白内障手术中的适宜技术与诊疗最优化》,载《医学与哲学》,2007年第5期,第41页。

② 陈竺:《新医改后药价会大幅下降》, <http://news.cnnb.com.cn/system/2009/03/05/006016075.shtml>, 2011年5月27日访问。

准——临床路径，那么不缺临床路径的西方发达国家为何也没能解决过度医疗问题？高达 30% 的过度医疗，高达 20% 的非必要冠状动脉造影，高达 50% 的非必要支架放置，说明临床路径即使有助于抑制过度医疗，但抑制作用也是有限的，甚至非常有限。

2. 适合用临床路径管理的疾病非常有限

2009 年，卫生部组织专家制定出呼吸、消化、皮肤等 22 个专业、112 个病种的临床路径管理规范。^① 按世界卫生组织 1978 年颁布的《疾病分类与手术名称》第九版（ICD-9），有记载的疾病上万个。可见，能够纳入临床路径管理的病种非常少，只占疾病种类的 1%，^② 非常有限。

3. 临床路径易被规避

临床路径是对典型单病种诊疗的合理处置方式，但现实中很少有人所患的疾病非常典型且单一。如果一个患者所患疾病为多种，临床路径管理必然失去作用。另外，医生有可能将典型疾病解释为非典型疾病，自然也能绕开临床路径管理。以糖尿病临床路径管理为例，对于慢性病患者来说，较少有人仅仅单一患糖尿病，即使患有单一糖尿病，大多数会出现并发症，即使没有明确的并发症，只要检查结果提示某一脏器异常，医生就可以按照提示进一步检查，而不再受临床路径的约束。找到这类提示非常容易，看看任何一份体检报告，很少有人全部检查项目都正常，而其中任何一个异常提示都可能成为避开临床路径管理的理由。

4. 临床路径本身的局限

首先，就临床路径管理的目标来说，避免过度医疗是排在最后的。“保证患者所接受的治疗项目精细化、标准化、程序化，减少治疗过程的随意化；提高医院资源的管理和利用，加强临床治疗的风险控制；缩短住院周期，降低费用。”^③

其次，按照临床路径实施医疗行为，医生诊疗特权的空间仍然很大。

① 百度百科：“临床路径”条，《百度网》，<http://baike.baidu.com/view/2109245.htm>，2011 年 5 月 27 日访问。

② 百度百科：“疾病”条，《百度网》，<http://baike.baidu.com/view/50819.htm>，2011 年 5 月 27 日访问。

③ 百度百科：“临床路径管理”条，《百度网》，<http://baike.baidu.com/view/3284230.htm>，2011 年 11 月 29 日访问。

仍以糖尿病管理为例,根据病情可以实施的检查包括:ICA、IAA、GAD、IA-2自身抗体测定,血乳酸;24h动态血压监测,运动平板试验、心肌核素检查、冠脉CTA或冠状动脉造影;震动觉和温度觉测定、10g尼龙丝压力检查、踝肱比检查;肿瘤指标筛查,感染性疾病筛查。此类可选检查几乎涵盖了各个系统的疾病,包括心脏病、肿瘤、感染等,范围非常广泛。按照临床路径,糖尿病患者可以选择的用药包括:降血糖药物:口服降糖药、胰岛素或胰岛素类似物;针对伴发疾病治疗的药物:降压药、调脂药、抗血小板聚集、改善微循环药物等。对症治疗药物:根据患者情况选择。且不说可选药物本身范围非常宽泛,仅看兜底条款的规定,就能说明可选范围到底有多大。

最后,法律对医务人员提出过很多要求,有高标准的要求,如“最善的注意”,也有非常低的要求,如不许收受红包、不许拿回扣。无论哪种要求,似乎都没有真正改变医务人员的惯常行为。现在的临床路径管理就能实现这样的要求吗?

三、认定过度医疗责任应当采用谦抑原则

(一) 谦抑原则的本来含义

谦抑的本义是指缩减或者压缩,按照文意解释是谦让和自我抑制之意。在法学领域,谦抑主要用于两个方面,一是刑事政策谦抑主义,二是司法谦抑原则。

刑事谦抑主义也称刑法谦抑原则,又称必要性原则,是指用最少量的刑罚取得最大的刑罚效果,立法机关只有在该规范确属必不可少——没有可以代替刑罚的其他适当方法存在的条件下,才能将某种违反法秩序的行为设定成犯罪行为,^①将定罪与刑事处罚限制在尽可能小的范围。谦抑原则的具体要求是:将必须归罪的行为范围限制在维护公共秩序所必须的最低限度;对有轻微甚至中等程度犯罪的人采取在自由状态下考验的办法;

^① 百度百科:“谦抑原则”条,《百度网》,http://baike.baidu.com/view/1205136.htm, 2011年11月29日访问。

对轻微犯罪委托给行政机关通过简易程序处理。^①

司法谦抑主义,也称司法克制,是指在裁判案件的过程中,在司法自由裁量权的范围内,法院及法官对立法机关和行政机关的谦让与自我克制。表现为:法院及法官对法律、法律解释、行政法规与规则、行政事实判断、行政决定或行为等予以尊重;不轻易以自己的判断取代其他国家机关的判断;不轻易作出“违宪”判决或“不合法”判决;将某些不适宜由法院审理的案件交由其他国家机关处理。^②

谦抑原则最早由刑法学界提出,后被宪法、行政法学界借鉴。但基于行政效率的考虑,行政法学者主张用“谦抑”这一概念的并非主流,多数学者主张用比例原则限制行政自由裁量权。比例原则是指行政主体实施行政行为应兼顾行政目标的实现和保护相对人的权益,如果行政目标的实现可能对相对人的权益造成不利影响,则这种不利影响应被限制在尽可能小的范围和限度之内,二者有适当的比例。^③

有学者提出,谦抑原则也应被物权法所借鉴,在处理家庭财产关系时优先适用《婚姻法》的相关规定,弱化《物权法》的强制性。^④不论这种主张是否适当,将谦抑原则引渡到民法领域特别是侵权责任法领域,则是应当肯定的。

总体看来,谦抑原则有两层涵义:第一,在实施法律制裁的时候,采取必要性原则,尽可能少地适用,只是对于确属必要的、应当予以法律制

① 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第76页。转引自白承君:《论刑法的谦抑主义》,中国政法大学2004年硕士学位论文第1页。

② 黄先雄:《司法谦抑的理论与现实基础》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2007年第5期,第20页。

③ 比例原则分为三个子原则:适当性原则、必要性原则与狭义比例原则。适当性原则是指所采取的措施必须能够实现行政目的或至少有助于行政目的达成并且是正确的手段;必要性原则是指在前述“适当性”原则已获肯定后,在能达成法律目的诸方式中,应选择对相对人权利最小侵害的方式;狭义比例原则是行政权力所采取的措施与其所达到的目的之间必须合比例或相称。百度百科:“比例原则”条,《百度网》,http://baike.baidu.com/view/738098.htm,2010年10月9日访问。

④ 赵敏:《谦抑语境下家庭财产关系的物权法适用》,载《西北大学学报》2011年第4期,第86页。

裁的违法行为,才适用法律制裁手段,包括刑事制裁手段、行政制裁手段和民事制裁手段;第二,在法律适用上,保持谦让和克制态度,对相对人权益影响小的法律规范优先、对相对人权益影响小的法律措施优先、其他国家机关的决定优先。

(二) 作为权利滥用的过度医疗应适用谦抑原则

1. 过度医疗行为的特殊性要求采用谦抑原则

过度医疗行为是医生提供不必要或者超出实际需要的诊疗服务,在本质上是滥用诊疗特权的行为。面对如此众多的过度医疗行为,特别是过度医疗行为还具有一定的正当性,而且标准的确定面临诸多的法律障碍,过度医疗损害责任的确定必须、也不得不实行谦抑原则。

2. 谦抑原则是权利滥用认定的基本准则

学界最关注的权利滥用是行政权的滥用,其基本规则对诊疗特权滥用的认定具有借鉴意义。

按照行政法理论,某一行政行为是否合理,正面的判断标准主要是合理性原则、必要性原则和比例原则。日本行政法学的司法和学说对合理性所作的解释是:合理性就是非法律规范的条理和道理,即按社会上一般人的理解,所尊重的合乎事情性质的状态。这个正面的判断标准高度抽象,并以理性人为基本标准。但实际上,理性人标准并未真正被普遍适用,各国普遍求助于对不合理行为标准的确定。英国法官确立了一些“不合理”的标准:“如此荒谬以致任何有一般理智的人不能想象行政机关在正当地行使权力时能有这种标准”;“如此错误以致有理性的人会明智地不赞同那个观点”;“如此无逻辑或所认可的道德标准,令人不能容忍,以致任何认真考虑此问题的正常人都不会同意它”。^①从这个不合理行为的标准可以看出,权利或者权力“滥用”的标准非常之高,以至于需要达到社会公认不合理、甚至不能容忍的程度,才为不合理行为。换言之,滥用行政权与合理行政之间并非“无缝衔接”,只有非常不合理的行政行为才会被定性为滥用行政权,一般程度的行政不合理行为被法律所“容忍”,无需承担法律责任,充分体现了谦抑原则。

^① 百度百科之“合理性原则”条,《百度网》, <http://baike.baidu.com/view/9309.htm>, 2010年10月9日访问。