

【民国史研究】

# 民国时期的医疗制度与身体权保护

陈廷湘

**【摘要】**民国时期,医疗作为一种商业性活动,医者与患者之间不仅利益取向大不一致,且信息无法对称,致医患矛盾不可消解。为了缓解医患矛盾,民国政府相继制定了一系列医疗制度,以规范医师药师行为,尽可能保证患者病体委托给医师后身体权能得到应有保证。但由于制度制定者也不可能了解医疗过程的全部信息,加之制度无法完整执行,医患矛盾仍十分突出。历史上主要靠医者职业道德保证患者病体得到妥善保护。然道德只能约束有道德之人,患者身体权的全面保护并无万全之策。因此,医疗本身能否商业化的问题,尚须深入讨论。

**【关键词】**身体权;医疗制度;医患矛盾

**【作者简介】**陈廷湘,四川大学历史文化学院教授、博士生导师。

**【原文出处】**《兰州学刊》,2021.5.31~52

**【基金项目】**国家社科基金重大项目(项目编号:16ZDA126)资助成果。

医疗卫生作为与人的自然生命关系最为密切的社会事业,其制度及付诸实践的价值只能以其对生命载体——身体的保护程度为量度标尺。医疗卫生制度内容十分广泛,其中医疗(含医药)制度与身体的关系更为直接。医疗有责任从精神上给患者或临终者以心灵慰藉,但医疗的直接目标更应是康复患者的身体。因此,任何医疗制度都只能以保护身体为其存在的终极根据,否则,医疗制度就不能成就其自身。讨论民国时期医疗制度建设的成败得失显然必须从“身体权”保护的角度切入才能给出更有价值的评判。中华民国政府从创立至败走台湾仅有37年,且绝大多数时间处于战争与社会动荡之中,其医疗制度建设自然不可能趋于完善。但是,由于人的身体始终与疾病共在,医疗也就始终作为人类社会的基本结构而存在,民国政府尽管长期存在于动荡不定的社会环境中,也不可能不致力建构其医疗制度。这决定了从身体视角讨论一直处于非常状态的民国医疗制度不仅具有实践的可能性,甚而存在特

殊的意义。就笔者接触到的资料看,民国时期医疗制度建构主要体现于医师管理制度、药商药师管理制度和医院管理制度诸方面。本文将重点讨论这些方面以展示民国医疗制度与生命载体身体间的关系样态。

## 一、医师管理制度的建构与身体权保护

医师作为医疗实践的第一主体,很大程度上掌控着患者身体的安危。从身体作为生命载体的视角看,医师也是患者“生命权”的首要受托者。英国哲学家洛克在《政府论》中指出,“在自然法范围内”“人人平等”地拥有自由“处理他们的财产和人身”以及“惩罚违反自然法”而侵害自己利益者的同等权力。<sup>①</sup>在洛克的理论中,“人身”尽管不限于具有自然性的“身体”,但首先是指承载自然生命的“身体”。人天然拥有“人身”权确立了身体权属于个人基本权利的原则。但是,人的“身体”一旦染病,一旦脱离正常状态而成为“病体”,身体权就必然会在很大程度上从原有个体权利中游离出来。个体失去对自然生

命载体“身体”的绝对掌控权,不得不把“身体权”的很大部分,甚至整体性地委托给医师。由于对“病体”的认知需要极其专门化的知识,委托者“病人”与受托者“医师”之间在确定“身体权”委托时存在绝对信息不对称。“病体”委托给医师后,医师实际上已占有处理“病体”的绝大部分处置权。能否保证委托者的“身体”受到公正处理,即能否使人在生病期间的“身体权”仍然受到正义的保护,几乎完全取决于受托者“医师”。因此,社会除通过道德提倡促使“身体”受托者凭良知认真对待所托“身体”之外,必须用制度保障委托者的“身体”不致因信息不对称而得不到应有的保护甚至于受害。因而一种医疗制度能否成为保护患者身体的规则,首先取决于医师管理制度是否具有保护患者的强烈意向及转换意向为现实的严格规条。

民国政府尽管一直处境艰难,但作为一个业经存在的政府,仍必须从建设包括医疗制度在内的国家制度体系以保护国民(至少形式上必须如此),从而维系其合法性基础。因此,民国时期制订的医疗制度亦体现出维护患者身体安全的明确意旨。这一意旨首先体现在医师管理制度上。1929年,国民政府制订了第一部医师管理规章——《医师暂行条例》。该条例总体上蕴含保护患者“身体”的明确意向,并力图从三个维度以规条确保“病体”保护的实现。首先,《条例》对医师资格加以严格规定:

凡年在二十岁以上,具有左列资格之一者,得呈请给予医师证书。一、在国立或政府有案之公立私立医学专门学校毕业,领有毕业证书者。二、在外国官立或政府有案之私立医学专门学校以上毕业,领有证书,或在外国政府领有医师证书者。三、外国人曾在各该国政府领有医师证书,经外交部证明者。四、经医师考试及格,领有证书者。<sup>②</sup>

上述规定的指向显然是要保证医师必须有能力的保护患者“身体”。这是保护“病体”的首要条件,因此,只有一个具备相当能力的医师才有条件接受患者“身体权”委托。但是,何种医师具有接受“身体权”委托的能力,患者无法自我确证,必须由政府出

面作保。上述条文的每一条都明确规定必须持有中外政府认定的能表明医生具有相当能力的证书者方能取得医师执业证。明确把医师是否有能力接受患者“身体权”委托的认定上升为政府行为。《条例》规定中外医师只要持有政府认定的证书均可行医,是当时尚存在不平等条约的反映。但外国医师仍须有政府认定的证书方可行医,仍含有由政府权威保障“病体”不致因医师无能力而受害的实际意义。1931年5月,国民政府对外国医师领证做了专门规定,要求外国医师须将证书交由所属国领事馆查验并出具证明方能领取在中国行医资格证。<sup>③</sup>此规定进一步强化了外国医师的能力须由国家担保之意。如此,在逻辑上,患者“身体权”的保护虽然具体由医师执行,但终级保障均由国家权威给出。

在当时的条件下,国家认定具有医师接受“身体权”委托能力的要求显然不可能很高,但制订能力认定法制化标准的意义却十分重要,是社会趋向秩序化的重要标志之一。

国民政府1929年制订的《医师暂行条例》规定医师接受患者“身体权”委托的能力标准均体现为国家认定的学历证书,或者说有形化的能力证明。证书无疑能够正面表征医师的能力,但证书表征的能力被定格于一刻,并不存在于时间性中,而能力本身是时间性的存在,具有无限可能性。也就是说,能力完全可能在时间中受到道德及其他特殊因素的影响发生变化。因此,对医师能力认定按情况变化加以调适是必须的。这一点在《条例》中也有所体现:

有下列各款情事之一者,虽具有前条资格,仍不得给予医师证书。一、非因从事国民革命而曾判处三年以上徒刑者。二、禁治产者。三、心神丧失者。其给证在前,事后发生者,应随时将证书撤销。但二、三两款之原因消灭时,得再发给此项证书。<sup>④</sup>

《条例》这三条规定中的第一条剥夺被判刑医师的行医权,意在排除人品对医师能力运用产生干扰。按条规的逻辑,实际是认定判刑三年以上者虽有能力的接受“身体权”委托,但其能力运用却完全可能因其人品恶劣而变得有害。如此的法规固定显得

并不尽合理。人获刑的情况非常复杂,量刑只依据危害大小而定,并不分辨获刑者犯罪的性质。获三年以下徒刑者的人品未必好于获三年以上徒刑者。因此,永久性剥夺获刑三年以上的医师接受“身体权”委托并不能排除人品对医师能力运用的干扰。但此规定的不合理中亦蕴含着相当的合理成分。因总体上看,获刑重者较之获刑轻者人品更恶劣的可能性要大,排除获刑三年以上医师的行医资格在概率上排除了更多人品恶劣者对“身体权”委托的接受,对患者因“身体权”托付而受害的防范仍具正面意义。

第二条规定被禁治产者不得行医无可置疑。由法规认定尚无资格行医者,实际是由国家权威判定被禁者无权受托患者的“身体权”。这里的“无权”可能指“无能力”“无道德”“无合法手续”,或有其他行为严重不端而不能行医等多种可能性,但不管哪种情况使然,法律禁止行医者不得接受患者“病体”委托对保护患者“身体权”都具有正面作用。第三条规定精神失常者不得行医亦完全合理,且对保护“病体”有十分紧要的作用。因为一个精神不正常的医师处理“病体”的后果完全不堪想象。此数条把医师接受患者“身体权”委托“能力”的时间性体现得较为充分。在此,医师接受患者“身体权”委托的“能力”不再只是证书定格的能力,而是存在于时间中的能力。对医师保护“身体权”的能力存在干扰因素时,即时停止其对“病体”的受托权,当干扰因素消除后又恢复医师受托保护“病体”之权。这样,既可保障患者“身体权”委托不致明显失误,又可一定程度地为患者提供“病体”委托的更多资源。

《医生暂行条例》保护患者“病体”的意指更集中体现在医师义务规条中。医师义务规条实际是责任条规,其中之一规定,“医师非亲自诊断,不得施行治疗或开给方剂及交付诊断书;非亲自检验尸体者,亦不得交付死亡诊断书或死亡证书”。<sup>⑤</sup>“施行治疗”“开给方剂”“交付诊断书”和“交付死亡诊断书”是医师接受“病体”或“尸体”亲属委托后一次或全部履责的完成。“非亲自诊断”可能是托他人诊断或仅凭病

情描述做出诊断。不管何种情况,“非经亲自诊断”而判定结果都是受托医师对“病体”受托权的滥用。当然,一个医术高明的医师凭病情描述有可能做出正确判断,导致“病体”康复。但是,“滥用”受托权总体上是对委托者权利的侵犯,且实际危害“身体”的概率极大。因此,规定医师受托“病体”后必须亲自诊断方能完成施治,无疑更利于保证患者将“病体”委托给“医师”后能获得应有的保护。

医师义务规条对诊断过程也做了严格的规定:其一,“医师执行业务时应备治疗簿,记载病人姓名、年龄、性别、职业、病名、病历、医法”,并须“保留五年”;其二,“医师处方时应记明下列事项:一、自己姓名、证书、及注册号数,并加盖私章。二、病人姓名、年龄、药名、药量、用法、年月日”。其三,医师向病人交付药剂时,须在“容器或纸包上,将用法、病人姓名”和“自己姓名或诊所,逐一注明”。<sup>⑥</sup>此规条显示医师兼有诊断与配药的义务,诊断与用药可以由同一主体执行。

以上规定要求医师把治疗“病体”的每一个环节记录在案,不能稍有或缺,显然是要从形式上强化医师保护“病体”的责任意识。其第一项记载有助于医师全面掌握病人的病情、病历、已施用的治法及观察、分析治疗效果和进一步选择更有效的疗法。执行此条,可促使医师不便敷衍了事,从而使其保护“病体”的能力尽可能发挥作用,致患者“身体权”获得更有效的保护。第二、三项记载则可使“身体权”委托者获至一些必要信息,避免治疗的自理阶段造成“病体”的自我损害,并给予病人监督受托医师履责的一定依据,可不同程度增强病人自我保护“身体权”的能力。

义务规条还规定“医师关于业务,不得登载及散布虚伪夸张之广告”。此规定旨在限制患者与医师之间信息不对称的进一步扩大,从外在形式上降低因信息不对称给患者寻求可靠受托者造成的困难及给“病体”带来危害的可能性。

《医师暂行条例》的“惩戒”规条规定:对医师“业务上有不正当行为或精神异状”者禁停行医;对无证

行医者处“三百元以下之罚金”；并规定“医师违反本条例之规定时，除他条已定有制裁者外，得由该管行政官署处五十元以下之罚金，其因业务触犯刑法时，应依刑事法规之规定送由法院办理”。<sup>⑦</sup>以上规条各款之间的逻辑关系尚存问题。其第二条规定非法行医处三百元以下罚金。但第三项规定违反本条例，“除他条已定有制裁者外”，处“五十元以下罚金”，似轻于前二条处罚。但本条又列入违规触犯刑律者得按刑法处理，似又较前二项是更严重违规者的处罚，矛盾明显，颇难理解。合逻辑的规定似应先提出医师“违反本条例之规定”时，须根据问题轻重分别给予处罚，然后再按违规轻重列出几条不同程度的惩处规条，才不致歧义。

惩处规定尽管规条间逻辑关系呈混乱状态，但总体意向是用惩罚方式保证受托患者“身体权”的医师不至滥用权利，造成对委托“病体”的危害。规定医师因业务触犯刑律须受刑事处罚，则是要守住患者委托之“身体”不致严重受害的底线。

1929年《医师暂行条例》公布后，1940年曾经修订重新公布，但除将医师资格之年龄由20岁以上者改为“25岁以上者”，其他与旧条例同。<sup>⑧</sup>医师成熟一些，保护“病体”能力修养可能高一些，但也不尽然，因而改动不具多少实际意义。

1929年《医师暂行条例》公布时，中医存废之争正处激烈之际，国民政府中央卫生委员会于是年2月25日通过废止中医决议。<sup>⑨</sup>很可能是受此影响，《医师暂行条例》未提及中医师管理问题。卫生委员会废止中医案因受到强烈反对，很快被取消。1936年，国民政府制订公布了《中医条例》，内容与《医师暂行条例》大同小异。其中，对中医师资格规定增加了“曾执行中医业务五年以上者”一条。<sup>⑩</sup>这显然符合中医师多为家传医术，并非完全经过医学院校培养的实际。此外，《条例》对何种情况下中止中医师行医未做出规定。1940年，国民政府内政部又制订《管理中医暂行规则》。其中规定“曾受三年以上有期徒刑之执行者，禁治产者，心神丧失者”禁止行医。体现了防止中医师因人品和身体条件影响其能力的运

用而致害于“病体”的意向。但此处并未沿用《医师暂行条例》永久禁止获刑三年以上者行医的规则，仅禁止其在服刑期行医。此规定承认获刑三年以上之中医师在服刑结束后，人品已去恶归正，不会再对治疗“病体”能力的运用产生负面影响。这一规定把医师人品确定为动态存在自然有合理性，但是，如何具体确定获刑三年以上者在刑期满后人品就能归正到不致危害“病体”的程度却显然是一个无解的难题。

《管理中医暂行规则》还将《中医条例》对中医师资格规定的“曾执行中医业务五年以上者”改为“曾执行中医业务五年以上，并由所在地官署或中医学团体负责证明，确有执行中医业务之能力，经内政部审查合格者”。<sup>⑪</sup>此规定把中医师是否具有保护“病体”能力的鉴定也上升为国家行为，仍由政府权威保障患者“身体权”委托给医师后不致因医师能力不济而受害。

1943年9月22日，国民政府正式公布《医师法》，并宣布“中医条例及西医条例同日废止”。<sup>⑫</sup>《医师法》在原有中西医管理条例基础上做了较重要的修订。

其一，《医师法》对中西医医师资格做了更严格的规定，西医师须经“医师考试及格者”方能行医。参加考试的条件为：“一公立或经教育部立案或承认之国内外专科以上学校修习医学，并经实习成绩优秀者，得有毕业证书者。二在外国政府领有医师证书，经卫生部认可者”。中医师须经“医师检核”始可行医。参加“检核”者须具备三项条件之一：“一曾向中央主管官署或省市政府领有合格证书或行医执照者。二在中医学校修习医学，并经实习成绩优良得有毕业证书者。三曾执行中医业务五年以上卓著声望者。”《医师法》在旧条例医师资格规条基础上进一步规定西医师还须经过政府医师考试及格、中医师尚须经检核合格才能充任执业医师。还规定所有出身医科院校的医师必须是“实习成绩优良”的毕业生，并经考试或检核合格方可行医。经过上述考试检核合格者都必须“加入当地医师公会”才得“开业”。<sup>⑬</sup>

从上述变化可看出,《医师法》进一步强化了政府对医师保护“病体”能力的审核权;对科班出身医师的实习成绩提出了“优良”要求,显系进一步强调医师必须具备保护“病体”的实际能力与实践经验。《医师法》规定医师必须参加当地医师公会方可开业,且不得违反“医师公会公约”。此规定主观意图在未见呈明,但似有一定程度限制医师作为自由职业者之“自由度”的意义。民国时期,医师大多作为名副其实的自由职业者,不仅执业个体独行,其施治过程亦颇有“自由”,如何断病和如何用药都有自己说了算,管理者也不可能完全了解全部信息。规定医师必须加入医师公会,在一定程度上增加了医师执业的团体性,医师之间对同行施治的信息了解容易得多。借助这个社会中间组织强化对医师的管理,逻辑上不仅可增强医师保护受托“病体”的责任心和道德心,也可加强同行之间的相互督促与业务上的相互促进,使患者病体获至更好的保护。

其二,《医师法》的惩处规条把医师在业务上有“不正当行为或精神上有异状”须停业或给予停业处分;无证行医者“由卫生主管官署科以百元以下罚款”两项专列。之外再列一条规定医师如违反《医师法》医师义务规条者,“由主管官署科以三百元以下之罚款。其触犯刑法者,除应送司法机关依法办理外,并得由卫生署撤销其医师资格”。<sup>⑩</sup>这里的“义务”专指医师受托后保护“病体”的各项责任。新的惩处规条不仅理清了各种违规处罚之间的逻辑关系,而且规定医师受托“病体”后履责过程各环节有违规行为者要受到罚款三百以下直至获刑和撤销医师资格的处罚。把患者委托“病体”后“身体权”不受危害的底线置于更突出的地位。

其三,《医师法》规定,“医师对危急之病症不得无故不应招,或无故迟延”。此条形成后,不再改变,1946年《修正医师法草案》仍保留了此规条。<sup>⑪</sup>此规条的列入,表明国民政府管理部门已意识到当人们生病以后,其“病体”的掌控权已变得极不平等,患者不得不无条件将“身体权”的保护托付给医师,没有托与不托或暂时不托的选择权,而医师则处于十分

主动的位置,可以接受委托也可以不接受委托,而不接受委托,完全可能给患者尤其是危急患者带来致命危害。因此,制定此规条,以法令保证人生病后,医师对病体委托不得推诿,理论上强化了“病体”与受托医师之间权利的平等性。

其四,《医师法》在医师义务(责任)项中增加了“医师因业务知悉之他人秘密,不得无故泄漏”一条。<sup>⑫</sup>医师在业务中知悉他人秘密显然主要是指“身体”或与“身体”紧密相关的秘密。此条的增加十分明确地表征了《医师法》保护患者“身体权”的意旨。“身体”和与“身体”相关的秘密属于患者“身体权”的组成部分,只能由患者自己保守,但由于“身体”转为“病体”后,患者不得不把“身体”委托给医生加以复原,医师完全可能知晓患者身体的一切秘密。保守患者身体秘密是医师的重大责任,如何保证医师严格履行保守患者身体秘密责任问题必须解决。委托本来应有协议,但患者“身体”委托时医患之间无签协议先例,医师受托的权责不能由协议定,亦只能由国家法规加以体现。1943年的《医师法》做出医师不得泄漏因治疗这一特殊渠道所知晓之患者秘密,确乎更明确地体现了维护患者“身体权”的意图。

《医师法》对禁止医师执业作了简单的规定,“一,背叛中华民国证据确实者。二曾受本法拟定除名处分者”。时处抗战艰难时期,如此规定是战争特殊时期的作法。1947年《修订医师法草案》即把第一条改为“受刑事处罚而被褫夺公民权者”。禁医者未规定获刑年限,但加入了“被褫夺公民权”的限制。《草案》对医师违法受处罚亦做了新的规定:医师违法未经法院“最终判决以前,不得任意毁其名誉,侵其自由及加以处分”,如控告查无实据,“应科原告人以诬告之罪”。<sup>⑬</sup>新的处罚规条消除了抗战时期特殊环境的影响因素,只有正式“被褫夺公民权”者禁医及诬告罪的设定都体现了对医师和患者权利的同时保护。这实际上标示出法规力图排除所有干扰,包括侵犯医师权利造成的干扰,以保障患者“身体权”受到正常的保护。同时,把患者“身体权”的保护和医师权利的保护置于同一底线之上,也昭示了医患

权利平等的原则(但这种平等只是愿望而已,不可能真正实现,后文将详论)。

法规对牙医师亦有管理规条。牙医师管理规则与医师规则略同,主要差别有两点:一是规定除必要时,“不得滥用麻醉药品”。二是对牙医惩罚无获刑规条。<sup>⑧</sup>在当时的社会条件下,中国牙病发病率极高,亦十分严重,麻醉药品用量大,规定不得滥用,与麻醉药不足及在脑部滥用麻醉药危害“病体”可能更有关。无获刑规定则可能因治牙失误致害相对较轻有关。此外,一个最难理解的问题是无外科医师,特别是无手术规条见于医疗法规。外科医师执行手术可能致害“病体”的严重性和复杂性都超过其他医治方法,无明确规则不能不说是医师管理制度的一大缺陷。

## 二、药商、药师管理制度的建构与病体保护

药商和药师是仅次于医师的“病体”保护者。无论何种“病体”的保护,药物都不可或缺。而药物由厂家生产、通过药商组织流通而与患者结合发挥“病体”保护作用。“结合”的方式大部由医师、药师掌控,少部由患者直接购自药商。无论是医师决定用药还是患者直接购药服用,“结合”都需要药师作为中介才最后完成。因此,讨论“药商”“药师”管理制度也是讨论医疗制度保护“病体”问题不可或缺的一环。

按1925年民国政府公布的《管理药商章程》的界定,药店、药物行商、制药者“均谓之药商”。把药品生产者也纳入药商范畴可能是出于当时制药企业数量尚很少的原因。尽管如此,规定仍不应算合理。章程三十条中亦只有两条对制药者做了如下规定,第一,“制药者制出各种药品,需随时呈送该管官厅查验,如系毒剧各药须按月将所出量数据报告该管官厅”。第二,药商配合丸、散、膏、丹、药饼、药胶、药水,如非按照成方配合须将药品连同药方稟请该管警察官厅查验批准,始准出售,其根据中外成方者并须将根据之方声明”。<sup>⑨</sup>药品生产者制药的信息,医师、药品销售方和患者都不可能知情,即便第二项指谓自处方和用成方制作中成药的信息,医师、售药者

和患者也不可能全面了解。各方与制药者之间的信息不对称更为严重。1915年《管理药商药师章程》仅规定制成药品须呈药政官厅检验,并无专业机构检验的详细规定。自处方中成药只须将成药及处方呈警察官厅查验,按成方制成中成药则只须将根据之成方公布即可。按这些简单规条,当时政府尚无严格的科学程序和方法保证患者所用之药的成分及优劣和效用符合标准,甚至不可能保证用药是否有害“身体”。处于服药状态的患者之“身体权”实际只能由药品生产者的法制观念和道德操守保护。政府对药品生产者的监管,很大程度上只有在用药产生效果后才能对药物生产者是否危害“病体”做出最终判断与处置。但此际,如果生产者所制药品有害,“病体”已经经历了受害过程,而一旦“病体”所受危害不可逆转乃至即刻致残致死,作为生命及生命存在质量载体的患者“身体”已被注定得不到完整赔偿,担保赔偿也换不回已消失的生命或生命存在质量。因而在此环节,制度保障患者“身体权”的力度终究不会很强。

相对而言,《章程》对销售药品之药商和药师有较严格的管理规条。药商规条除规定药商开业必须遵守的商业规则外,重要之点有三:第一,“药店之营中药业者,所用店伙须熟悉药性,其营西药者则须聘有药剂士。中药店之伙计多寡随意雇用;西药店之药剂士,每店至少须有一人”。第二,“药店接受医方配药时,于药名、分量、及病人姓名、年龄、住址及医士之姓名铃章均须注意,倘有疑窦非当时质明开方之医士得有证明书不得为之配药”。如遇本店无处方之药,须“通告医士嘱为另易他药,不得由店伙、药剂士任意省去或易以他药”。第三,“凡毒剧药售卖之数量须有医士署名铃章之药方始能售与,并须由药济士铃章,将该方保存十年,如无医士之方或买者年龄幼稚及形迹可疑均不得售卖。但因治疗上之必须而为授受时若无医士所开之方须于药纸包上”“将该药之种类、内用、外用、用量,授受者之字号、姓名、年月日,一一注明”。<sup>⑩</sup>

药品的生产主体与患者有关药品的信息不对称

极为严重,《章程》在很大程度上不能在药品源头保证患者的“身体权”不受危害。因此,《章程》的绝大部分规条都致力于在药品既定的基础上保证药品在配售过程中不致有害于“病体”。上述规条要求药店售中药必须雇用熟悉药性的伙计按方配药,售西药必须有药师按方配药,主旨在保证配药者有能力按照药方准确配出能实现医师能力范围内所确定之最有效保护“病体”的用药。但伙计和药师的能力只能体现在能准确配出医师确定的用药,不能超出此限,如药店无处方所列药品时就不得自行改用类似药物等。这一规定的维约意义大于实际意义。因中药配售伙计熟悉药性,用相同类药代替店内缺货对“病体”的保护效果不会有明显差别;西药同类效用之药更多,配售药师十分熟悉何药何用,采用同等药物替代店内缺货更不会影响效果。但是,处方毕竟是医师受患者委托为其“病体”开出的用药,是受托者接受委托后履行责任的重要体现,一旦经他人改动,委托受托关系实际就已部分发生改变。委托受托之间存在习惯性不成文的“身体权”约定,只有在医师认定改变,且书面同意的条件下才能改动,其他任何改动都部分地消解了医师与患者之间的约定,尽管导致患者“病体”受到危害的可能性不大,但违约却是对医患双方权利的侵犯。

《章程》规定,伙计和药师必须特别注意处方医师姓名、签章及药名、用量、患者姓名、住址等,稍有怀疑即必须征询医师后方可配药。此是从督促伙计和药师必须有高度的工作责任感和谨慎细心的工作习惯,以确保医师处方能完全准确配出,实现医师保护“病体”的意图。因在用药最终配成环节上,患者与伙计药师之间也存在极大的信息不对称,伙计药师实际有完全操控权,患者不可能掌握配药信息,只能被动接受和服用前者配成之药。

对配售有毒药品,《章程》更规定不仅要有医师署名签章之处方,而且须药师在处方上署名签章,还得将处方保存十年。遇紧急需要而又无医师处方时,药师可自行配售,但得将药名、外用、内用、用量、配售者字号、姓名、配售时间记录在案。有毒药品的

任何使用失误皆可能对“病体”造成更大危害,规条对配药过程规定更为严格显然是必要的。但规条规定无医师处方时,在用药信息完全记录在案的条件下可以销售,似较一般用药规则更宽松。所以有如此规定,大致是因为有毒药品多为外用,相对较易于区别。中药用有毒药物则有古老的传统,药性、用法、用量都有久远的经验和习惯作保障。且有毒药物往往有救急之效,是中医保护急患“病体”的有效用药,有经验的中药师均能掌握其用法,其按经验配售应不致出错。而且,因有毒药物致害十分显见,配售记录在案后,若有致害极易查找责任主体。药师如无把握,决不会轻易配售,造成对“病体”的伤害。因此,就保护“病体”言,这一看似不合理的规条实际具有合理性。

对药商违规,《章程》亦有多条规定,诸如药店未雇用合格药师或所雇中药销售伙计不识药性等,均处“十元以上百元以下之罚金”。且违规严重“应受刑律科罪者”也须“依刑律各条处断”。此亦是力图以刑律处罚违规以保障药品配售环节最大限度不致害于“病体”。《章程》还规定,“官厅派卫生人员巡视检查药商之药品簿册时”,“药商”不能“借故推诿或有意违抗”。<sup>①</sup>这是向药商明示,违规处罚不是官样文章,而是官厅必须督察落实的规则。

1929年,国民政府重新制订了《管理药商规则》。新《规则》对药商的界定与《管理药商章程》相同,其各项行商规则亦大体沿袭了《章程》的规条。其中直接涉及“病体”保护规条的较重要改变有如下几处。第一,销售西药药商中不销售“麻药及毒剧药品”者,可以雇用“领有部照之药剂生”代替,不一定必须有药师一人。第二,对有毒药品的管理新增了“麻醉药及毒剧药之品目,由卫生部以部令定之”;“制药者所制毒剧各药,须按月将所出数量呈报该官署查核;但麻醉药品在制造药品条例未颁布以前,暂行禁止制造”;第三,销售西药的毒剧药品必须有医师处方,不再例外。但明确规定中药商出售“有毒剧性之中药时”,仍按《章程》规定,只需将“品目、数量详载簿册”即可配售。<sup>②</sup>

《规则》的上述改订,除增加对“麻醉药品”的特殊管理外,主要进一步加强了对西药毒剧药品的管理。前文论及,中药毒剧药品的使用有深厚的历史传统和十分成熟的经验与良好的习惯,允许药师载明药物信息自行配售具有合理性。新《规则》沿袭这一规条顺理成章。当时,西药在中国使用尽管已有较长历史,但较之中药使用的历史仍不可同日而语。1915年,北京政府正承认西医,西药才随之正式进入中国药物殿堂。中国医疗界对西药的认知和运用可说还处在初步学习过程中,对西药毒剧药品于“病体”的修复作用与导致危害能精准把握的医师和药师显然不多。《规则》定出更严格的规条加以规范,规定药师不得自行配售,进一步增高了防范西药毒剧药品致害“病体”的标准。逻辑上是把运用西药毒剧药品保护“病体”的操作绝对限制在委托与受托者之间无形的契约关系之中。在当时的条件下,这一规定应具有合理性。

民国时期药师管制度建构表面与药商管理制度建构同步,实际则要晚得多。在1915年,内务部公布的管理药商章程对药师资格做了简单规定。即必须具有以下条件之一方能执业:

一、曾在本国或外国药学校或医学校毕业领有文凭者。

二、有药学经验禀经官厅考试给以证明者。

三、曾在官立、公立、私立医院管理配药事宜继续三年以上者。

四、曾在药店练习配药事宜继续五年以上者。<sup>②</sup>

这些规条强调药师必须有官方认定的证书和有相当实践经历,与1929年国民政府对医师的规定相类。昭示出要求药师必有实际能力保证不致给“病体”造成伤害的意向。但显然还算不上管理药师法规。1929年1月,国民政府卫生部方制订《药师暂行条例》(不分中西医),对药师资格认定条件与同年公布的《医师暂行条例》对医师资格认定条件大体一致。同样规定必须具有下述条件之一者方可充任:

一、在国立或政府有案之公立、私立专门以上学校药科毕业领有毕业证书者;

二、在外国得有药师证书者;

三、经药师考试及格者。<sup>③</sup>

《条例》更注重药师取得中外国家承认的药师证书及考试成绩,不再列入有一定从业经历得充任药师的条款,似较1915年《管理药商章程》有所后退。但是,实际上并非如此。因医药学科十分注重实习课程,中外医药学校对学子实际操作能力的培养极为扎实。学子从医药学科毕业或考试合格意味着已具有上岗的能力。因此,《条例》的规定可以保证执业药师有能力在配药环节保护“病体”不致受害。

《药师暂行条例》对药师责任的规条颇为严格,其中重要之点:一,规定“药师一人不得执行两处药房之业务”;二,药师配药时,须首先查核“药方上的年月日、病人姓名、年龄、药名、药量、用法、医师署名盖章各项”。稍有可疑,必须询问开方医师,“方能调剂”;三,药师只能按医师处方配药,不得自行“省略或代以他药”;四,药师配售毒剧药品不仅须有医师处方,且无医师特别通知“只许配卖一次”;五,药师配药时须在调剂簿上记录药方所载全部信息、配药时间、药师姓名。如药方经请示医师有所更改者,记录得保留三年;六,药师配药后,须在所配药容器上记明药方上之病人姓名及药之用法、药房之地点、名称或药师姓名、配药时间。<sup>④</sup>

从上述规定看,《条例》取消了《管理药商章程》中药师在配售毒剧药品时,无医师处方可在记录配药全部信息的条件下自行配售的规定。也就是说,药师调配一切药品都必须按照医师处方配售,毒剧药品不但须医师方,且配售后,药师也必须在处方上签名盖章,进一步强化了防范毒剧药品因配售环节失误对“病体”造成严重危害。此规条的订立,实际确定了人在生病之际,“病体”的委托只能在患者与医师之间进行。药师完全不介入病人与医师之间“身体权”委托关系。医师的履责到开出处方为止,配药由药师按医师履责决定被动执行(实际并非如此,后文将论及)。医断与配药分别由不同主体执行。《条例》的这一规定似存在尖锐的前后冲突。其第二条规定,“药师除配发医师之药方外,得制造贩

卖或管理药品”。<sup>⑧</sup>规条未指明何类药师,但这里的药师似应为中医药师,西药师不可能自行制造药品。规条也未定明药师贩卖药品的对象,但从“除配发医师之药方外”,可“制造贩卖药品”的表述看,“贩卖”对象应不排除一切病人。如此,药师就成了保护“病体”的另一主体,兼有医师和药师双重身份,医与药并不分开。患者不经医师诊断直接接受药师配药,实际也就是把“病体”委托给药师,二者以患者支付药费、药师配药治疗“病体”产生正效应为交换条件。但《条例》对药师自行制药贩卖的责任并无任何规定,药师收取患者药费后不须对所配药品对“病体”产生何种效果负责。相反,药师按医师处方配药时,规条有药师必须核实处方信息,配售后必须记录处方全部信息及医师和药师自身信息,药品交付患者时也必须注明药名、药量、用法等。以保证医师对患者的履责不致受到干扰。这一自相矛盾确乎难于理解,表明《药师暂行条例》尚不周密,有待完善。当然,其不周密之处在本《条例》的惩戒规条中可得到一定的弥补。第十八条规定“药师于业务上有不正当之行为时,得由该管官署酌定期限,令其停业,但不得逾一年。其业务触犯刑法时,除依刑事法规之规定送由法院办理外,并撤销其药师证书”。药师按方配药和自行制药贩卖及保存药品均属于本身业务范围,违规须受直至获刑的处罚,实际体现了药师对自行制药贩卖负有重大责任,只是责任内容未列出规条,缺乏违规处罚的定责标准,执行有难度,不完善性仍然存在。

1943年9月,国民政府制订并公布了正式的《药剂师法》。其规条较《药师暂行条例》增加较多,但在涉及药师与患者关系的规条更动不大。《药剂师法》增加了药师开业的限制规条,即必须在取得职务证书后须领取当地政府的执照,并加入“药剂师公会”方能开业。<sup>⑨</sup>规条未规定药师可以不按医师处方自行制作和配售药品。但1945年公布的《药剂师法施行细则》又规定“药剂师得调制、制造、贩卖及管理药品”。<sup>⑩</sup>药师仍可兼有医师与药师双重身份。《药剂师法》《附则》规定“医师得自行调配药品为诊疗之用,

无须请领药剂师证书”。<sup>⑪</sup>明确规定医师亦兼有药师身份。无论从医师还是从药师角度看,医、药主体既可分置,亦可合一。单就保护“病体”言,医师维度的医、药主体合一更为有利,因受托“病体”的医师是患者选定有能力诊断病情且理论上能提出最好治疗方案的受托者,其能明了病情及治法,亦自然明了用药品类与方式,可以在患者选定范围内最大化实现对“病体”的保护。药师维度的医、药合一则相对不利。因药师明了药品功效,但很难说有能力强了解病情及制定有效的用药方案。按对“病体”的粗略了解配售药品显然较医师诊断配药造成失误的概率大得多。药师不按处方自行配售药品的规定很大程度是出于现实的考虑。民间疾病大多为轻微染病,有一定基础的医药工作者一般都能识别并明了用药,因此,药师自行配售药品有便民之效。但是,疾病表征十分复杂,一些表面较轻的病状可能隐藏重大病因。由药师判断配售药品较医师诊断后用,误判概率也较大。因此,药师制度的医、药主体合一仍然是不周密的法则。

### 三、医院管理制度的建构与身体权保护

1929年,国民政府卫生部公布《管理医院规则》,对医院做了明确的界定:“凡以治疗为目的设置床位收容病人者为医院”。依此界定,医院即是接受患者委托“病体”的机构主体。患者不仅可将“病体”委托于医院诊治,而且需要时可住在医院治疗。住院治疗显然可致医院受托“病体”后,院内医师能获得强化和细化履责的条件。《规则》规定经营医院者必须向政府呈报各种经营信息,如经营者信息、医院名称、院址、各种规章制度等。以及各种硬件,如病室间数、面积大小、床位数量等。还规定所有医院“至少须置合格之医师二人,药师或药剂师一人”。

以上规定未列出医师药师“合格”的具体规条,但因医师药师资格在医师药师规则中已有规定,本《规则》不做具体要求,院内医药师的“合格”仍能得到保证。综看上述规则,意旨显然在于保证医院在软硬件方面能够成为受托“病体”的机构主体,有可能产生较个体执业医师更能有效保护“病体”的

效能。

《规则》对医院责任规定最详者是对受托传染病“病体”的治疗。《规则》共28条,其中关于传染病人治疗者7条,占四分之一。对传染病人使用的器具、物品,形成的污水污物、病室管理、消毒等都有专条加以细节规定。同时,还规定医院受托传染“病体”后,须在48小时之内,将“病人姓名、年龄、住所、病名、发病地点、年月日详晰呈报该管官署及检疫委员会”,“鼠疫、霍乱虽仅在疑似尚未诊断病名前亦应呈报”。上述病人治愈或死亡离院后亦须将各信息上报。<sup>③</sup>

医院作为受托众多“病体”的机构主体,要履行保护每个就诊和住院“病体”的责任。在尚无专门传染病医院的条件下,受托传染病患者,按规条严格管理治疗过程的每一个细节,既对传染“病体”强化保护,又严格防止传染病毒病菌的扩散。这较个体医师的处理更利于传染“病体”的强化治疗和对更多委托“病体”于医院的一般患者甚至更多无病“身体”的保护。政府对医院接受托传染病患做出严格规定显然必要。

《规则》对外科手术也做出了明文规定,要求“医院于治疗上需用大手术时,须取得病人及其关系人之同意,签立字据时始得施用。但未成年之病人或病人已失知觉时,得不取病人之同意,病人并无关系人时,得不取关系人之同意”。<sup>④</sup>手术是患者与医院间的另一种委托受托关系,重新订立有形的契约完全必要。但此契约为单向责任约定,患者或患者关系人对手术可能给“病体”造成的不测之害承担责任,医院则无责任承诺,甚至无医师失误致害“病体”须负何种责任的规定。医患“身体权”委托契约确属特殊契约,患者病至必须手术治疗时,除医院外没有任何委托“病体”的选择,签约承担后果也别无选择。政府不规定医院承担风险的责任,暗含有政府认定医院必然保护“病体”,手术风险皆是医师主观不可控的风险之意。因此,为保护“病体”,有风险也必须施以手术治疗。术前有委托主体只须取得其同意即可手术,无委托主体则直接由医院决定手术。

从“病体”需手术保护时,非医院不能接受委托的角度看,单向责任规约具有合理性。但是,由于医院必然保护“病体”实际并不具必然性,手术风险可能由医师失误造成,因而手术单向责任规约仍然存在一定的不公平因素。

从《规则》的解释看,此处的医院实指私立医院。私立医院本质上属于商业性医疗机构。因此,《规则》列出了规定“医院不得以其疗法及经历为虚微夸张之广告,其从事治疗之医员除学位称号、专门科名外,亦不得有其他之广告”的规条。意在限制医院不能利用扩大医、患信息不对称牟取利益。但此规定显然存在弊端:禁止展示医师水平、成就等信息的广告,实际上进一步扩大了医、患间信息不对称,患者不了解医师技能水平高低,选择“病体”保护者会遇到更大困难。

《规则》把医疗业务上的违规受罚对象归于“经营者”或医院“法人”(私立医院“经营者”可能不是“法人”较费解),这实际表明了“病体”委托给医院后,概由“经营者”或“法人”负保护之责。但“经营者”“法人”不一定是医师,其担当责任不一定能具体化,多数情况下要由医院所派医师具体落实。医师保护“病体”的能力有高下之分,无患者选择医师的规定,也无重病和疑难病会诊的条规,显然会进一步扩大患者受到不公平待遇的可能性。

公立医院之主体代表为“法人”,按理其职责应与私立医院相当——均接受患者“病体”委托并施治保护之。但国民政府对公立医院的管理制度与私立医存在很大差别。1937年,国民政府卫生部公布《修正中央医院章程》。其第一条规定中央医院“隶于卫生部,掌理疾病之治疗并医务人员之实施训练等事项”。除此之外,《章程》仅对分科及医院组织结构、人员配备作了较多规定,但并无履行“病体”保护责任的规条。<sup>⑤</sup>中央医院为最高层次的公立医院,院长由国家卫生署委任,直接对卫生署负责,保护患者的责任理论上也就由中央政府卫生署负责。

1946年,国民政府制订公布《公立医院设置规则》。对地方公立医院的设置加以规范。按其规条,

地方医院似不由地方政府直属,只“应受所在地方政府之监督”。其直接负责者为“董事会”。院长人选、“资金之筹集保管”“医院建筑设备计划捐募”及“业务之监督”均由董事会执行。董事7至15人,其中一人“必须由地方卫生机关长官充任”。董事会每年将收支账目在当地报纸公告,“并呈报当地地方政府”。<sup>⑤</sup>当时正当推行地方自治之际,地方公立医院显系地方自治事业之一。医院对“病体”的保护责任受公众和地方政府双重监督。患者的“身体权”在理论上可以得到保护。但由于医院、医师与社会、政府卫生机关之间不可能实现医疗过程的信息对称,因此,“病体”得到公平保护的前提须是社会监督和政府监督十分周备,更须院方和全体医师有完整的法制观念和极强的公益心。这一点说来易,行为难;一时易,长久难。

在此之前,国民政府行政院已公布《县各级卫生组织大纲》。其时,新县制建设已提上日程,《组织大纲》亦体现以县为基本单元实行自治的理念。其第一条规定,“县为改善全县卫生,增进居民健康”在县域内设县“卫生院”、区“卫生分院”、乡镇“卫生所”,保“卫生员”。

县“卫生院隶属于县政府,兼受省卫生处之指导,办理全县卫生行政及技术事宜”。规条显示,县卫生院既是县政府下属的卫生行政机关,又具有医院职能。《大纲》所定卫生院“执掌”中绝大部分是卫生行政与业务,第六款为“实施医疗工作”。具体化即是“设门诊部,及二十至四十病床,办理门诊治疗、住院治疗、巡回治疗”,并“收治各卫生分院及卫生所转送之病人”。<sup>⑥</sup>县卫生院保护民众健康属于广义和长远性的职能,在当时的条件下,国民政府根本不可能在短时期内把规定化为现实。但建构规则,谋划远景,把改善社会卫生状况提上日程的意义也不可否定。然卫生院保护“病体”的最现实功效仍是门诊和住院治疗患者,充任接受“病体”委托的机构主体。此主体与其他诊病主体的区别主要在其归属于县政府,患者委托“病体”给卫生院后,治疗责任由县政府担当。《大纲》未规定卫生院门诊和收住“病体”

是否收费及收费原则,因而无法看出其门诊和住院治疗是福利还是商业性经营。其第九条规定“县经费不充裕之地方,得由县政府呈经省政府核准,暂行比照卫生分院之组织设置之”。这条量资设置规定,似表明卫生院业务经费由县政府筹措,但经费用途未加定明,是否复盖诊治病人并无规定。但按当时的经济水平,诊治病人不可能免费,甚至不可能仅收成本费。这些仅属于推理,规条并未明示。卫生院如果有赢利,就不属于福利事业机构,患者委托“病体”就仍然存在无形的商业性契约关系。而商业性契约就必须有商业性履责保障。由作为政权机关的县政府担当商业契约责任显然存在不可克服的内在矛盾。

县卫生院下属区级卫生分院、乡镇级卫生所和保一级卫生员。各级卫生机构均由县卫生院主管,同时受本级政权督促,体现的仍然是地方自治以县为基本单元的组织原则。职能与县卫生院大同小异。“大同”指县下各级卫生机构均是体现县“自治”中改善公共卫生的执行机构,县卫生院与其所属各级卫生机构形成复盖全城乡的金字塔卫生改进网,以图改善全民卫生落后状况。“小异”主要表征为现发“病体”的治疗。区级卫生分院也有“诊疗疾病及处理”乡镇卫生所“转送之病人”,如遇危重患者不能处理,“介绍至卫生院或其他就近医院诊治”。乡镇卫生所只“处理轻微疾病及急救”,凡“不能自行处理之病人,应介绍至就近卫生机关治疗”。保一级卫生员则“备保健药箱一个”,处理“损伤急救”和“各种轻微疾病”,并负责“介绍重要病人至附近卫生机关治疗”。<sup>⑦</sup>各级卫生机构具有处理疾病职掌,也属“病体”受托之机构主体,规条对县以下卫生机构接治“病体”的责任为能治则治,不能治即层层介绍到高一级卫生机构治疗。《大纲》规定的最高医疗机构为县卫生院,未明示如县卫生院不能治的“病体”进一步作何处理。这种医疗体系今天看来似太过局限,但当时却已算相当超前。其时县以下乡村居民患病几乎均由乡下郎中诊治,很难有财力进县城治疗。据四川《彭县志》记载,1949年12月中共接管政权

时,民国留下的“县卫生院,占地面积共569平方米,设病床20张,有显微镜1台及少许医疗器械”,卫生院下属“4个卫生分院均设在破旧庙宇内,医疗设备更为奇缺”。乡镇卫生所未记,显然尚未设立。此外,县域尚有“加拿大开办的成都仁济医院彭县分院”,内设“病床15张”,有“单头显微镜1台”等设备。1946年,全县医疗技术人员共34人,其中医师15人,药师3人,护士13人,助产士3人。1949年底统计全县中医师476人。<sup>⑧</sup>彭县地处天府之国的成都平原,距省会成都40公里,不算偏远之区,大体能表征全国平均水平。其卫生院总共只有病床20张,足以表明与卫生院之间发生“病体”委托关系的患者所占比例不大。《大纲》规划的医疗网络实际并未完全形成也并未发挥重要作用。对此网络中可能或将来可能产生的医患关系性质未做出明确规定,因而尚体现不出网络中“病体”受托主体的按何种原则履责。

#### 四、民国时期医疗制度建构与“身体权”保护关系评说

民国医疗制度法规主要形成于国民政府时期。以法条、条例、章程、规则等确立的制度与原则上体现了当局保护民众“病体”的意旨,但存在的局限性也十分明显。在中国当时的环境下,国家对患者病体的保护须主要由国家机构性医疗主体执行,因为在理论上,国家医疗主体作为事业单位,服务民众的指向应更为确定。国民政府医疗制度文件恰恰对医疗卫生机构所具有的医疗职能的性质及其保护“病体”的责任缺乏明细的规定。这表明国民政府对其统治的国家将建构何种性质的医疗体系尚未形成明确理念。相对而言,国民政府对作为个人医疗主体的医师、药师、药商作了较细密详尽的规范。法规从能力、责任、违规处罚等方面力图保证病体委托后得到应有保护。但史事显示,这些制度建构实施的效果与预期相去甚远。究其原因,最主要之点似在于个体医师、药师、药商都是以经营医药谋求生计者,他们与患者本质上存在于商业买卖关系中。

商业买卖双方的公平必须在信息对等条件下通

过自由选择实现。在一般商品买卖中,买方可在相对较易了解卖方信息的条件下用金钱投票,实现对卖方的随时监督。但人的“身体”一旦转化为“病体”,其保护权就必须委托于医师、药师或药商,不存在委托与不委托的选择权。而且,患者与受托者之间永远存在信息极不对称。患者对受托医师诊断水平高下、诊断准确与否,诊治用功程度,配药适当与否,药物质地如何,所用之药是否为最有效用药方案等等,都不可能了解,甚至监督机关也难于掌握这些准确信息。保护“病体”的公平与否很大程度上由医师、药师、药商单方面主观决定,再好的客观性法规也只能起较小作用。

由于个体医师、药师、药商作为特种商业性执业者,必然受商业逻辑的支配。在本质上,商业以成本低获利高,或者说以边际效益最大化为指向。医患关系以患者向医师(药师、药商)支付费用换取医师的诊治(脑力劳动)和药品,以实现“对病体”的保护,而且支费用多少难有讨价还价余地。医师(药师、药商)以出售脑力劳动与药品给患者获取收益,天然会因循少付出多获利的逻辑,“病体”受到最好的保护本质上并不是医师(药师、药商)追求的目标,保护“病体”的显著成效也只是医师(药师、药商)获取更多利益的砝码。因此,只要医、患之间商业交换关系存在,保护“病体”就不会是医师(药师、药商)行为的根本动力。商业利益甚至可能成为医师(药师、药商)利用医患信息不对称坑害患者的动因。患者也很大可能会因信息不对称对医生产生怀疑与误解。医患矛盾天然存在。

民国时期,政府为防止医患纠纷而制订的众多规条中,最为重要的有几个方面:一是规定医师药师必须具有国家认定的执业水平,防止庸医害人。二是医师必须亲自诊断方能处方和用药,防止草率伤害“病体”或转换为庸医伤人。三是医师必须记录诊治的全部信息,以为监督医师致力保护“病体”的证据。四是医师对危急病人不得无故拒绝诊治,以国家权威保证医患之间对“病体”委托与受托权的大致平等。五是医患双方发生纠纷处理的责任对等原

则,医师致害“病体”须承担责任,患者控告不实也必须承担责任。法规的最大缺陷在于未明定医师诊治病体是否商业行为,更未规范医师诊治的价格标准。在医患信息不可能对称的特殊情况下,医疗法规本来就很难消除医患矛盾,加之不规范诊治价格标准,更易加剧双方的矛盾冲突。

有学者研究,1927-1949年间,因医患纠纷而形成的讼案有169件。<sup>⑤</sup>这个数据显然只是当时相关机关的统计,不能显示其时医患冲突的全面情况。民国时期四川省璧山县一县的档案中,仅1935-1947年间法院立案的医疗纠纷案就有11件。<sup>⑥</sup>民国时期,全国2000多县,以此推算,1927-1949年间,全国医疗纠纷立案处理者至少上万件。况且,立案均是事情已大到不可能自行调和者,更多纠纷,或本有冲突但被各种原因掩盖的数据显然要大得多。

众多医疗纠纷案件显示,民国时期制订的医疗法规尽管具有实际针对性,但在当时的条件下实现的可能性确乎很小。这里举几个案例加以佐证:民国时期四川璧山县地方法院档案载:1935年6月19日,璧山县人唐道生因医死王树安妻被拘。其家人呈保释状言,唐道生“前交非人”,现已“明瞭业医不合,但维(原文)时已晚,追悔莫及”。“从此甘愿抛弃医务,另寻别业,以重生命”,请求保释。县府准予保释,以观后效。<sup>⑦</sup>此案仅存一保释状。被告唐道生医死王树安妻细节不见载,但从保释状看,案情大致应是:唐道生事前向不正当之人学了点医疗知识,但未得真传,或授其业者本非真正医师,因而毫无业医资格,但竟敢为人施治,致人死亡。此案表明,在《医师暂行条例》公布7年后,医师执业资格规条在民间尚未产生明显的影响力,连庸医也够不上者仍在乡间行医。患者对医疗信息不了解也不重视,在完会不知所托者能否治病和在何种程度上能治病的任何信息条件下,就把“病体”托人,以致“病体”丝毫未得保护而命丧黄泉。县政府对此案处理只是保释以观后效,极其轻描淡写,足见此类事件乃寻常之事,县府并不认为事关重大。

璧山另一医疗纠纷案件更能对此加以印证:

1936年4月7日,璧山县人蒲辉宗妻舅李健中等状告黄玉林言:蒲辉宗因家庭财产纠纷致患疯病,久治不愈。1935年冬,经人介绍璧山太平镇黄玉林善治此病,李健中遂延请黄诊治,且与之“议定包予治疗,酬洋十四元,并书立包医合同一纸,各执为据”。黄医治两个多月未见效,于1936年2月24日言,蒲辉宗疯病太久,病患已深,须加大药量,另给资费。且谎言其用此法治愈过许多同类病人。病家信以为真,表示同意。黄于3月9日带着病家不认识之一人来家住治,加大药量,且用酒调和服下。病人服药后立即呕吐,黄等又施针灸,索要针费3角。病家付款,并留黄住下,黄坚持离去。次日晨病人病情加重而亡。李健中告黄故意医死病人。县长批示,系病家自己请黄治疗,况黄与蒲无仇,故意治死病人不能成立,然“庸医误人”,要给予“惩戒”。<sup>⑧</sup>最后作何处理未见载,但显然只能是轻处。此案亦表明,在信息极不对等条件下,病人及家属毫无识别能否保护“病体”的医师,只能盲目将“病体”托付于人。即便其有所怀疑有所防范,签订有形契约以为凭据,实际仍不能改变信息不对称带来的盲目性。黄玉林则显然是为牟利而利用信息不对称蒙骗患者及其亲属。疯病乃精神分裂症,当代亦难治愈,当时就更难有治愈可能。黄玉林作为地方上有名气的医生,不可能不知病情严重程度。但其为利益不惜欺蒙病家,滥施治疗,夺人性命。然县府认为是病家自请黄诊治,且医患间并无旧仇即判定非故意医死病人,对黄谋财不择手段,致人死命的行为视而不见。璧山县府如此判案,显然会使利用信息不对等蒙骗患者的医师受到鼓舞,进一步加大因信息不对称导致盲目委托“病体”而致害的可能性和严重性。县府所以会如此判案,显然与受到习惯影响有关。大体可见在当时当地社会,此类事件见惯不惊,人们习以为常。否则,县府如此判案定会会引起众怒。事实上,县府轻判黄案后,并未引起蒲辉宗族人的愤怒,反而引发了蒲辉宗宗亲蒲定文等1936年4月以蒲辉宗妻舅李健中及族人李小鲁有谋取蒲辉宗财产害死蒲辉宗的嫌疑而提起控告的附案。<sup>⑨</sup>蒲辉宗与妻舅李健中同住,李为治其

病,卖掉了蒲辉宗部分田产,其中是否有从中谋财之事不得而知。但李健中与黄玉林订有包医合同不虚,黄治死人命有据可依。蒲辉宗族人不看此节,唯怀疑李健中、李小鲁害死病人。这种行为选择除表明其时经济极为短缺,人们更看重财产外,也可印证时人对医生治坏病人见惯不惊的状况。在这种社会环境下,人在生病后,其“身体权”并不被人们甚至不被自己看重,政府条例法规自然不会产生保护“病体”的重要作用。

论者引用的如下一条史料把这个问题的普遍性表述得颇为明确:

单就农村中的郎中和稳婆毒害生命的数字而言,简直没有数字可以统计,而现今以上这类不三不四的江湖术士,差不多还是撒满了整个农村。他们的手段是乖巧不过,他们能够诱惑大众的农民,投入到他们的迷网中,使大众农民都信仰他们,和他们做一个密切的吻合,认为郎中是一个唯一医治者,稳婆是一个接生的能手。无异,这样工作已构成他们铁一般的饭碗,他们的生机当然就凭作这一点上。可是新构成的事实,是否能够合农民得到实惠呢?我敢说,在他们那不合科学,无医药的知识棘手下是绝对没有美满的收效。我们只要稍加留意,农民疾病的死亡,和生产的冤死,数字真令人心惊。这种超格的死亡,显然是他们所造成的惨剧。但是他们手腕真是灵敏,为防着他们暴露,而加上“医得病,医不得命”这类含混术语,来掩饰其罪恶。现在革新农村卫生的实践,无异是给於他们的当头一棒,而他们在这寿命危急的险象下,自然在大众农民信仰他们的时刻,来作狡猾的宣传,同时大众农民的心理,当然始终是倾向他们那边的,因此对我们就形成了一个无形的反攻,这种竞争势态便成了目前推进卫生的一个极大障碍物。<sup>④</sup>

以上议论出自《申报》,反映的应不是偏远地区情况,其中可能对事实有所夸大。但是,出自非偏远之区的作者有如此印象,至少说明此类现象在开化地区也较为普遍。其中所论导致医患矛盾的根本原因亦似有二端:其一,医疗本质上具有商业性质,医

师以出售医术与药物取益维生,普遍受利益最大化原则支配,医死人命在所难免;其二,医患之间对双方交易的医疗技术与药物信息绝对不对称,医生可以利用信息不对称付出低劣技术和药物,甚至出售假技术假药给患者以获取最大化的利益,滥施诊治致害病体。其三,由于民众受习惯支配,盲目相信医师,不法医师坑害患者的行为选择难于制止。从上述状况看,医师对保护“病体”并不存在内在动因,与患者委托“病体”的目的南辕北辙,冲突具有必然性。

在委托与受托者之间信息极不对称的条件下,病家亦可能对医师的施治施药形成不准确的认定,从而导致对医师的误解与伤害。1947年,四川璧山县地方法院处理秦正清医疗伤害一案即存在此种情况。是年4月,秦正清为秦民国治疗左腿,为其扎一针灸,并用手加以按摩拉扯。之后,发现秦民国左腿筒骨折断。病家状告秦正清伤害罪。法院委托璧山县医院检验骨折属实。最终璧山地方法院以扎针灸和用手按摩不至于造成骨折为由,判秦正清无罪。秦正清反告秦民国自己跌伤左腿请其治,只扎了针灸,用手扯了几下,不可能造成骨折,是受诬告。但法院未追究诬告罪。<sup>⑤</sup>此纠纷案发生,原因即在秦民国及亲属对病情与医治缺乏了解。若其多少了解些治疗知识,只控告医师治疗方式加重病情,就当恰如其分。在医师一方,似不知如有骨折再拉扯只会加重病情,因而未先查清病情即行治疗。医师所以如此施治,要么是无骨科水平,要么是只图获利,因而不问能治不能治就盲目施治。医患互控均有失误,法院两造不判有一定合理性。

乡村社会如此,通都大市之区医患冲突亦不在少。有学者指出,当时舆论所载医疗纠纷,不少为通都大市上层人士控告医师,一般民众处于“失语”状态。舆论指责一些有背景的人物成为自诉人后,往往并不依据了解医疗信息而为,而是“捏词妄诉”,“假法律以呈大欲”,使医师“无时无地俱可予人以可乘之隙,呈私之具”。另一些病家则认为医生不但有“治病”之责,而且须负“有病必愈”之责。因此,其花钱延医,一旦治而不愈,就对医师提起控告,这类控

告者就更对医疗一无所知,全凭想象盲目兴讼。医生为自保起见,只好“行用无足重轻之药”,难见正效亦不生负效。这“实足危害社会”。“故必治捏词妄诉以诬告之罪,庶足以明是非而彰公道”。<sup>④</sup>

但是,另一方面,舆论对大医院玩忽职守,致死人命也有报道,甚至评论中央医院医师“态度傲慢”,且发生庸医杀人案件。以致国民党南京市党部呈请中央对中央医院加以彻底改组,中央医院虽表示要改善业务和管理,但实际并未见效,“诒误人命如故”。<sup>⑤</sup>从《申报》的报道看,中央医院此类事故自然不多。但由此可以想象,中央医院尚且时有玩忽职守,致死人命事件发生,其他医院医师不尽心履责,危害患者“身体”者也就可能更为常见。

史事进一步显示,由于医患之间信息不对等,病家根据自己的理解控告医生,造成对医师的伤害;一些医生则利用信息不对称致害人命,而且在一再坑害后,病家仍无法如购买其他商品一样有能力货比三家再出钱选购,还是不得不在无选择的条件下把“病体”委托给医师。中央医院应是国民政府保护“病体”医疗政策法规的直接体现者,但实际仍玩忽职守草菅人命,表明国民政府政策法规要真正达成保护“病体”的实效可能性极小。

医患之间有利益交换,交换又必然在信息不对等条件下进行,这就注定二者间的相互冲突不可避免。利益具有普遍的驱动力量,谋利者永远会为获取最大化利益发挥出无穷无尽的智慧。因此,只要医疗存在商业性质,医家与病家的目的就始终相左。在信息不对等条件下,医家运用机巧坑害病家获取利益不足为怪,法规也不可能从每一个细节管住医家设计谋求少付出多获取。在中国古代,医家对病家的负责主要靠出自儒家道德的医德得以实现。众多中国先贤对医德提出了很高要求。唐代医圣孙思邈言,“凡大医治病,必当安神定志,无欲无求,先发大慈恻隐之心,誓愿普救含灵之苦。若有疾厄来求救者,不得问其贵贱,长幼妍媸,怨亲善友,华夷愚智,同一等皆如至亲之想。亦不得瞻前顾后,自虑吉凶,护惜身命”。<sup>⑥</sup>明代大儒有谓“夫医者,非仁

爱不可托也,非聪明理达不可信也,非廉洁淳厚不可信也”。<sup>⑦</sup>此类见解在中国古代先贤的著述中比比皆是。从古人的见解看,现代与古时保证实现保护“病体”的要领完全一致:一不追求利益(无欲无求),二具备保护病体的能力(聪明理达),三要不计误会,舍命以救病人。医师如能有完全的奉献之心,加上高超的技艺,自然能在最大限度上实现对“病体”的保护。但这些为医之道属于崇高的道德理想,而道德生活只能由人的心灵自由选择,可以提倡,却不可以也不可能强行要求,能做到这样完全不为利益所动者只能是少数境界至高之人,因而不具普遍性。社会不可能赖此消除医家对“病体”的人为伤害。

### 结语

民国时期医疗制度化建构确乎表现出保护患者“身体权”的明确意向,试图从医疗全过程的每一环节消除医家有意伤害“病体”的可能。但是,其政策法规的实施效果却不符预期,整个医疗制度对病人“身体权”的保护尚很不得力。其中提示的主要原因之一在医疗具有商业性质,医家以谋利而不是以保护“病体”为业医的根本目的。之二在医患双方信息不对等,病家无法用货币投票方式引导医家趋向全力保护“病体”的轨道。三是医家道德水平不高,缺乏全心奉献精神。民国时期医疗制度建构尚仅仅是以法规保障“医疗”尽可能保护患者“身体权”的初步尝试,试验的结果提出了一系列发人深省的问题。首先是医疗能不能具有商业性质?史事表明,似乎只有消解医疗的商业性质,才能从根本上使“病体”彻底免除人为伤害。如果医家的利益由国家保障,行医不以谋利为目标,在理论上,保护“病体”便转变为医家行医的唯一目的。但是,在实际上,这也还不能完全保证“病体”不受伤害。因医家无利益驱动,又完全有可能懒于其事,极大地降低其保护“病体”的能力,而能力不济则可能造成变相庸医害人;其二,是否可能消除医患之间信息不对称,使病家有能力的监督医家尽心尽力治疗“病体”。但由于医疗专业化程度很高,医患之间要做到有如普通商品交换一样信息对等不具可能性,只能由管理者尽可能消除二

者之间一定程度的信息不对等;其三,通过提升医家道德水平,由崇高思想境界派生出全力保护“病体”的内在精神动力以保障“病体”获得应有保护具有何种效应?史事表明这只是一种理想,要把每个医生化为道德典范不具可能性。在现实社会,“病体”保护理论上似只能依靠政府制订严密的法规,并把法规条例不折不扣执行到底,亦即实现完整的医疗制度化和法制化;同时辅以医德提升,并尽可能促成医患在“病体”委托时信息对称并而相对实现。民国时期,政府制订的医疗法规体系具有保护“病体”的明确意向,但法规条例本身尚存在缺陷且执行不力,加之受传统习惯的制约和医德低下的障碍,整个医疗制度对病人“身体权”的保护尚很不得力。因而导致医患冲突层出不穷,甚至见惯不惊。医患矛盾冲突是一大难题,其中存在众多悖论,如何最大限度加以化解,尚需深入探讨。

#### 注释:

①汉译世界学术名著丛书,洛克著《政府论》下册,北京:商务印书馆,2008年,第3-5页。

②《医师暂行条例》民国十八年一月十五日卫生部公布,徐百齐编:《中华民国法规大全》第一册,北京:商务印书馆,1936年,第1100页。

③《外籍医师领证办法》民国二十年五月内政部公布,徐百齐编:《中华民国法规大全》第一册,第1102页。

④《医师暂行条例》民国十八年一月十五日卫生部公布,徐百齐编:《中华民国法规大全》第一册,第1100页。

⑤《医师暂行条例》民国十八年一月十五日卫生部公布,徐百齐编:《中华民国法规大全》第一册,第1100-1101页。

⑥同上,第1101页。

⑦《医师暂行条例》民国十八年一月十五日卫生部公布,徐百齐编:《中华民国法规大全》第一册,第1101页。

⑧《医师暂行条例》民国二十九年八月八日行政院公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第261页。

⑨《上海中医协会否认中央卫生委员会会议摧残国医各项议决案谨告全国中医同志》,《申报》1929.3.1, no:20093。

⑩《中医条例》民国二十五年十二月十九日国民政府令修正公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第217页。

⑪《管理中医暂行规则》民国二十九年八月六日内政部公

布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第257页。

⑫1931年,国民政府曾公布一个《西医条例》,内容与《医师暂行条例》大同小异。徐百齐编:《中华民国法规大全》第一册,第1101-1102页。

⑬《医师法》民国三十二年九月二十二日国民政府公布施行,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第283-284页。

⑭《医师法》民国三十二年九月二十二日国民政府公布施行,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第285-286页。

⑮《修正医师草案》民国三十六年八月三行政院公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第333页。

⑯《医师法》民国三十二年九月二十二日国民政府公布施行,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第285页。

⑰《修正医师法草案》民国三十六年八月三日行政院公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第332-334页。

⑱《牙医师管理暂行规则》民国二十四年十月一日卫生署令公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第179页。

⑲《管理药商章程》民国四年十月十日内务部制定公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第7页。

⑳《管理药商章程》民国四年十月十日内务部制定公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第5-6页。

㉑《管理药商章程》民国四年十月十日内务部制定公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第7-8页。

㉒《管理药商规则》民国十八年八月二十四日卫生部公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第7-8页。

㉓《管理药商规则》民国十八年八月二十四日卫生部公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第5页。

㉔《药师暂行条例》民国十八年一月十五日卫生部公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第56页。

㉕同上,第57-58页。

㉖《药师暂行条例》民国十八年一月十五日卫生部公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第56页。

㉗《药剂师法》民国三十二年九月三十日国民政府公布施行,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第288-289页。

㉘《药剂师法施行细则》民国三十四年七月二十一日社会部卫生署令公布施行,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第305页。

㉙《药剂师法》《附则》民国三十二年九月三十日国民政府公布施行,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第292页。

㉚《管理医院规则》民国十八年四月十六日卫生部公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第73-74页。

⑳《管理医院规则》民国十八年四月十六日卫生部公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第75页。

㉑《修正中央医院章程》民国二十六年二月三日卫生部公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第228-232页。

㉒《公立医院设置规则》民国三十五年二月十四日(第382号代电)卫生署公布,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第309页。

㉓《县各级卫生组织大纲》民国二十九年行政院公布,国民政府备案,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第244页。

㉔《县各级卫生组织大纲》民国二十九年行政院公布,国民政府备案,张在同等编:《民国医药卫生法规选编》,第247-248页。

㉕《彭县志》,成都:四川人民出版社,1989年,第803-805页。

㉖龙伟:《民国医事纠纷研究(1927-1949)》,北京:人民出版社,2011年,第77页。

㉗陈廷湘主编:《民国时期璧山县地方法院档案分卷提要》,第286页,未刊。

㉘唐道生医死王树安妻案,四川大学中国西南文献中心藏民国四川璧山县档案12-1-173-177第192-195页,原件藏重庆璧山县档案馆。

㉙黄玉林医死蒲辉宗案,四川大学中国西南文献中心藏民国四川璧山县档案12-1-94-97第1046-1051页,原件藏重庆璧山县档案馆。

㉚黄玉林医死蒲辉宗案附案,四川大学中国西南文献中心藏民国四川璧山县档案12-1-94-97第1052-1066页,原件藏重庆璧山县档案馆。

㉛衣旦:《农村卫生事业推进的先决问题(续)》,《申报》1937年3月9日,第四张。

㉜1947年四川璧山县法院处理秦正清医疗伤害案,(四川大学中国西南文献中心藏民国四川璧山县档案12-1-678-679第9197-9198页,原件藏重庆璧山县档案馆。

㉝龙伟:《民国医事纠纷研究》(1927-1949),北京:人民出版社,2011年,第88-90页。

㉞《中央医院院长移付惩戒》,《申报》,1934年6月28日(三)。

㉟(唐)孙思邈撰:《千金要方》卷一《医学诸论》,(清)文渊阁四库全书本,第1页。

㊱(明)彭大翼撰:《山堂肆考》,(清)文渊阁四库全书本,卷一百六十四《技艺》第2246页。

## The Medical System and the Protection of Body Rights in the Period of the Republic of China

Chen Tingxiang

**Abstract:** Medical care was a kind of commercial activity during the period of The Republic of China. But due to the fact that the interests of doctors and patients were not consistent, and the information between them was not symmetrical, so, the contradiction between doctors and patients emerged. In order to alleviate doctor-patient contradictions, the government of The Republic of China formulated a series of medical systems to standardize the behavior of doctors and pharmacists, attempting to ensure that patients' body rights and functions could be guaranteed as much as possible after the patients' body was entrusted to doctors. However, because the system makers were unable to have a complete understanding of all the information of the medical process, and the system could not be fully implemented, doctor-patient contradiction was still very prominent. In history, it mainly depended on the professional ethics of doctors to ensure the proper protection of patients' bodies. However, morality can only be applied to those who have morality, and there is no perfect solution to the comprehensive protection of patients' physical rights. Therefore, the question of whether the medical treatment itself can be commercialized still needs to be discussed in depth.

**Key words:** body right; medical system; doctor-patient contradiction