

美国私募基金规范的发展及其启示*

郭 雳

内容提要:私募基金在美国证券法下历来享受品种、载体、管理人等三重注册豁免。近年来,回应其规模扩张、风险凸显以及零售化趋势,美国证监会(SEC)实施或拟议了注册规则、反欺诈规则、投资者资格规则等欲加强对其监管,但成效和评价参差。当前金融危机很可能促使私募基金以某种形式被纳入注册监管。

关键词:私募基金 非公开发行 豁免交易 证券监管 投资者保护

郭 雳,北京大学法学院副教授,法学博士。

围绕私募基金(私人股权基金)的热议近年来一直在持续。一方面,百仕通(Blackstone)集团上市、拜优(Bayou)基金欺诈、不谢之花(Amaranth)基金巨亏清盘等一系列事件引发了改革私募基金监管的呼吁。另一方面,尽管规模和交易额较巅峰时期略有下降,私募基金在空前动荡的金融现况下重要性则还可能会提升,甚至有望成为传统金融机构的救星。例如,美联储理事会于2008年9月22日发布政策公告,放松对在银行及银行控股公司非控制性持股的限制,冀望私募基金等在拯救银行体系中发挥更大作用。无独有偶,奥巴马新政府2009年3月推出的“公私合作投资计划”(PPIP),也意在吸引私募基金参与不良资产收购业务。与此同时,就是否强化以及如何强化私募基金规范,美国证监会(SEC)、联邦法院、国会间则存在分歧,学界亦有不同见解,各州法也不时发挥影响,国际压力增大,新现象、新矛盾仍不断产生,新格局渐现。

一 背景——私募基金的美国“豁免”之路

与私募基金相关的美国联邦证券法主要有1933年《证券法》(Securities Act)、1940年《投资公司法》(Investment Company Act)和《投资顾问法》(Investment Advisers Act)。传统上,在其各自框架内,私募基金援引不同条文,享受品种、载体、管理人的三重注册豁免。

(一)品种发行转让注册豁免

《证券法》第4(2)条为私募基金提供了品种豁免的法律渊源——不涉及公开发行之发

* 本文是国家法治与法学理论研究项目——我国非上市证券法律制度研究(司法部07SFB3028)课题成果之一。

行人的交易,联邦最高法院 Ralston Purina 案将其解读为“针对那些有证据表明能够实施自我保护的人所为之发行”。^[1]沿此思路,SEC 于 1982 年颁布了非排他性“安全港”规则——D 条例(Regulation D),其核心条款规则(Rule)506 规定:购买者如果全都是获许投资者^[2],或者余下的也均属于成熟投资者且这部分投资者的人数不超过 35 位,^[3]则可享受该注册豁免。该规则还强调,不得使用广告或公开劝诱的方式进行要约发行或出售。于是私募基金将对象锁定于符合 D 条例要求的富裕群体,同时募集时小心不去触碰公开劝诱方式的红线,确保免于发行注册。

(二) 基金载体注册豁免

《投资公司法》要求,任何主要从事或显示其主要从事投资、转投资、证券买卖的发行人,都须进行注册从而接受 SEC 监管,除非其符合该法下例外规定。作为发行人的美国私募基金,无论采取公司还是有限合伙形式,通常都会借助《投资公司法》第 3(c)(1) 或第 3(c)(7) 例外条款,免于载体注册。

第 3(c)(1) 条适用于:证券投资者不超过 100 人,且未公开发行其证券。第 3(c)(7) 条由 1996 年《全国证券市场促进法》创设并增补,适用于:证券全部由“合格买家”持有,且未采取公开发行。“合格买家”包括:(1) 拥有不少于 500 万美元投资的自然人^[4];(2) 拥有不少于 500 万美元投资的家族公司;^[5](3) 符合条件的信托组织;^[6](4) 拥有不少于 2500 万美元投资的其他组织,其既可为自己,也可代理其他“合格买家”支配。^[7]

未得到豁免的投资公司(主要为共同基金)必须:(1) 向 SEC 报告承销、借贷、发行优先级证券、可投资领域、房地产及大宗商品交易、投资组合规模等。(2) 就其发行证券品种依《证券法》、1934 年《证券交易法》向 SEC 注册报告并向社会披露。^[8](3) 依《证券交易法》第 13(a) 条提交和披露年报,并向投资者提供包括资产负债表、收入盈余表、投资组合及价值清单、管理人薪酬等的半年报。(4) 其经营活动,如保证金买入、卖空、承销规模、可发行证券品种、红利及资本利得分配等,受到直接限制。相反,私募基金借助两项例外实现载体豁免,从而在竞争中获得不受上述约束的灵活性。

(三) 管理人注册豁免

美国的基金管理人可以是个人、合伙组织或公司。《投资顾问法》要求,任何“直接或通过书面及出版物,就证券价值、投资或买卖证券的适当性,有偿提供咨询建议”的人,^[9]应该

[1] 346 U. S. 119, at 124 - 25 (1953).

[2] 规则 501 定义了八种类型,主要包括资产或收入达到一定标准的金融机构、公司、信托等商业组织、自然人等,且对其没有个数限制。另见本文第二部分的讨论。

[3] D 条例下,“成熟投资者”被解读为“具备应有的商务知识和经验,使其能够评估投资所蕴涵的价值和风险”的主体,参见 SEC Rule 506(b)(2)(ii)。

[4] “投资”的定义不限于证券形式,其范围由 SEC 界定。参见 17 C. F. R. § 270.2a51 - 1 (2004); 另参见 Jack S. Levin, Structure Venture Capital, Private Equity, and Entrepreneurial Transactions, P1008(6) (2003)。

[5] “家族公司”是指由两个或两个以上的兄弟姐妹、配偶(包括离异配偶)、直系亲属(生育或收养的)及其配偶所直接或间接拥有的企业。

[6] 这里的“条件”是指:(1) 此信托组织并非为获得该私募基金证券而专门成立;(2) 受托人或经授权管理信托组织的人、委托人及其他参与者均为“合格买家”。

[7] 第 3(c)(7) 例外条款中的“合格买家”与前述 SEC 规则 144A 中的“合格机构买方”有相当部分重合,但也存在差异。

[8] 除非 SEC 认定限制披露更有利于保护投资者并无损公益,参见 15 U. S. C. § 80a - 44(a)。

[9] 15 U. S. C. § 80b - 2(a)(11)。

作为投资顾问进行 SEC 注册。不过,私募基金的管理人历来同样享有豁免,依据是该法 203(b)(3)条“私人顾问豁免”的规定,即“在之前的 12 个月内,提供服务的客户少于 15 位,且其既未向公众显示自己为投资顾问,也没有担任依《投资公司法》注册的投资公司之顾问”,则可免于注册。

如何界定“客户”是私募基金管理人能否获取注册豁免的关键。截至 2005 年,SEC 对此一直采取宽松立场。有限合伙是美国私募基金的主要形式,通常管理人会以普通合伙人的身份参与,同时为基金提供投资决策服务。SEC 在 1985 年为担任普通合伙人的管理人提供了一个“安全港”规则:如果其是为基金作为整体提供服务,则基金本身将只被视为一个客户,即 SEC 将不实施“穿透”而把基金众多有限合伙人都列为其客户。^[10] 其后,该“安全港”被扩展适用到私募基金的其他载体——公司、有限责任公司(LLC)及商业信托。

综上,美国规范私募基金的模式特征是在给予其注册及监管豁免地位的同时,强调两方面的要求:投资者富有、具备识别和承受风险的能力,以及对公开募集、广告劝诱等严格限制。在淡化法律强制干预、避免 SEC 直接监管的情况下,私募基金所受的约束主要源于公司章程或信托契约。最近几年,这种状况正在出现深刻变化。

二 发展——监管边界的调整及其缘由

私募基金从各方面不断寻求豁免,与其基本特质密切相关,换言之,注册及其伴随的现行监管将从根本上改变其生存方式。首先,私募基金骄人回报很大程度上得益于其运营投资策略——大量借贷利用杠杆、融资买入及卖空、广泛的投资对象(包括受限制证券、衍生产品、不动产等非金融资产,由此实现分散投资)、较长的“锁定期”或较高的提前赎回罚金(减少短期行为)、较少披露和头寸要求带来的灵活度,而如前所述,这些被《投资公司法》禁止或严格限制,因此是注册者如共同基金无法实施的。其次,私募基金管理人典型的报酬模式是所谓“2 加 20”,即所管理资产的 2% 作为年度管理费,再加上投资盈利的 20%。然而,除非其服务对象免于《投资公司法》注册,《投资顾问法》一般禁止注册顾问获取此类基于绝对盈利的业绩回报。而且,联邦法律、金融业监督机构(FINRA,其前身即 NASD)规则等也规定有注册顾问的受托义务,限制其收费。这些都导致私募基金管理人倾向寻求注册豁免。最后,在治理结构方面,《投资公司法》对于设置独立董事、某些行为须经投资者授权等有明确要求,而私募基金力求管理人主导、投资者消极持有。

上述独特优势造就了私募基金的超额回报,促使其不断壮大。当它们膨胀到改变美国资本市场格局时,SEC 一贯的宽容态度逐渐发生变化。触发监管者介入的正是私募基金领域的标志性事件——1998 年“长期资本管理公司”(LTCM)危机。这家被认为最先进、管理资产高峰时达 1250 亿美元的基金,由于在俄罗斯市场的投资失败被迫清盘,造成 46 亿美元的损失,更几乎引发系统性危机,迫使纽约联储行长出面协调各大金融机构救助才得以使事件平息。^[11] 事后,美国几家金融监管者发起联合调查,结论建议:有必要对私募基金中的“危险分子”——类似“长期资本管理公司”的对冲基金加强监管。2003 年,SEC 完成了其

[10] 50 Fed. Reg. 8740.

[11] 一般参见 Roger Lowenstein, *When Genius Failed: The Rise and Fall of Long-Term Capital Management* (2000)。

自己“职员报告”,^[12]掀起了强化私募基金监管的序幕。

(一) 压缩管理人豁免的规则 [203 (b) (3) - 2]

在“职员报告”中,SEC 将对冲基金描述为一种“持有证券(及其他资产)组合的实体,其不依照《投资公司法》注册为投资公司,权益也不经注册公开发行销售”。2004 年 12 月 10 日,SEC 颁布“《投资顾问法》下对冲基金顾问注册规则”(“注册规则”)。^[13] 该规则适用范围为具备下列三项特征的所谓“私人基金”,即(1)依《投资公司法》第 3(c)(1)条或第 3(c)(7)条豁免注册;(2)允许投资者在 2 年内要求基金赎回其持有份额;(3)以“投资顾问的能力或经验”等为基础营销。在该规则中,SEC 解释,“私人基金”实际上是对对冲基金的特征概括,^[14]并希望将其与私募基金和创投基金相区别。注册规则所称狭义的私募基金,^[15]“主要投资于非注册证券(通常流通性较差),基金存续期长,规定有截止日进行清算;投资者通常承诺应普通合伙人通知在基金存续期内分批出资;投资者没有或很少有要求基金赎回其持有份额的权利。”^[16] 规则还认为,创投基金与狭义的私募基金类似,但主要投资于初创企业或公司的早期阶段。^[17]

注册规则要求:如果“私人基金”(即对冲基金)管理人服务的客户达到或超过 15 位,则须在 2006 年 2 月 1 日前依《投资顾问法》注册。在计算客户人数时,注册规则修改了以往安全港规则,SEC 将实施“穿透”,即把对冲基金的投资者(如有限合伙人)都列为客户,而不再只统计对冲基金的个数。这样一来,绝大多数对冲基金管理人都将被迫进行注册,因而其报酬安排将受《投资顾问法》限制,SEC 也将有权检查其账目。

SEC 认为,如此强化监管是对冲基金业发展现实的要求。第一,尽管发生了“长期资本管理公司”危机,但在 1999 - 2004 年间,对冲基金资产规模增长了 260%。第二,对冲基金零售化的趋势显现,例如对冲基金降低投资门槛、公募的“对冲基金”出现、越来越多的养老、大学及慈善基金投资于对冲基金,拉近了对冲基金与普通投资者的距离。第三,涉及对冲基金欺诈的纠纷和诉讼不断增加。^[18] SEC 希望通过注册规则,收集对冲基金管理人及其行业基本信息,加强对冲基金管理人监管,发现并抑制欺诈发生。

对冲基金业对注册规则反弹强烈。一些基金修改了协议,将“锁定期”延长到 2 年以上,以逃避该规则适用。更有基金管理人菲利普·戈德斯坦(Phillip Goldstein)联名自己所属管理公司、所管理的对冲基金起诉 SEC,要求法院对注册规则进行审查。2006 年 6 月 23 日,美国联邦哥伦比亚巡回上诉法院就戈德斯坦案裁决:注册规则穿透对冲基金来计算管理人客户的规定违背《投资顾问法》本意,规则无效。判词指出:《投资顾问法》未定义“客户”并不必然令其词义含糊,SEC 不能滥用其解释权;注册规则实质上改变了 SEC 一贯的安全

[12] Implications of the Growth of Hedge Funds: Staff Report to the United States Securities and Exchange Commission 3 (2003).

[13] Registration under the Advisers Act of Certain Hedge Fund Advisers, 69 Fed. Reg. 72,054, 17 C. F. R. 275. 203 (b) (3) - 2. 注册规则的大多数内容于 2005 年 2 月 10 日生效。

[14] Id., 69 Fed. Reg. 72,073 nn.222 - 23.

[15] Id., 69 Fed. Reg. 72,073 nn.224.

[16] 就投资对象而言,其接近于我国实践中的“产业基金”。同时有美国学者认为,SEC 注册规则如此区分对冲基金与狭义的私募基金,并区别对待,并不令人信服。事实上利用此标准规避或者寻求监管套利的现象已经出现。参见 Steven M. Davidoff, Black Market Capital, 2008 Colum. Bus. L. Rev. 172, 212 (2008)。

[17] 69 Fed. Reg. 72,073 nn.225.

[18] 69 Fed. Reg. 72,055 - 58.

港规则,但对这种改变,SEC 未给出令人信服的理由;注册规则可能引发利益冲突,如管理人将向对冲基金和投资者同时负有受托义务,而后两者利益并不一致。^[19] 基于此,法院认为注册规则所体现的 SEC 重新解读不免武断,应予否定。^[20]

(二)反欺诈规则[206(4)-8]及其他拟议规则

戈德斯坦案受挫,未使 SEC 停下加强私募基金监管的脚步。2006 年 12 月,SEC 依据《投资顾问法》公布“反欺诈规则”[206(4)-8]征求公众意见,2007 年 8 月该规则正式定案并于 2007 年 9 月 10 日实施。^[21] 美国联邦证券法的一个特点就是其反欺诈条款不受注册与否的限制,因此反欺诈规则的适用范围被描述为“集合投资载体”,既包括依《投资公司法》注册的共同基金等,也涵盖了私募基金(该规则未再区分对冲基金和其他类型私募基金)。该规则禁止美国或境外的“集合投资载体”顾问(管理人)针对投资者或潜在投资者,进行:(1)虚假或误导性陈述(有列举例示);(2)其他欺诈活动(没有列举例示)。有别于《证券交易法》下著名的 10b-5 规则,反欺诈规则并不限于涉及实际发生证券买卖的欺诈,这与《投资顾问法》的授权条款一致。

反欺诈规则明确不创设私人诉权,但违反者将面临 SEC 启动的民事诉讼或行政程序等执法措施,司法部能否在刑事追诉中运用该规则并不清楚。规则中值得注意的一点是,SEC 无须证明违反者基于故意,即可采用过失标准。汲取戈德斯坦案教训,反欺诈规则特别声辩:其所规范行为是清晰的,没有额外增加基金管理人的现有负担;对于私募基金管理人,也没有创设新的对于投资者或潜在投资者的受托义务,不过,违反其他联邦法律、州法、合同项下已有的受托义务,仍可能触发 SEC 依据该反欺诈规则的执法行动。

与反欺诈规则同时公布征求意见的另一项拟议规则准备提高私募基金自然人投资者的资格要求。该拟议规则规定,援引《投资公司法》第 3(c)(1)条豁免的私募基金(创投基金除外),要取得品种发行注册豁免,则其自然人投资者除须满足前述 D 条例“获许投资者”的条件,还需要拥有至少 250 万美元的投资。^[22] 由于面对更大的异议,该拟议规则尚未被采纳。此外,SEC 在 2007 年夏又推出了一项全面调整 D 条例“获许投资者”标准的拟议规则,^[23] 建议对于“大型获许投资者”放松广告或公开劝诱的禁止,但同时明确私募基金不在放松之列。反欺诈规则以及这些拟议规则显示,SEC 对于私募基金戒心仍重,有意强化控制。

(三)私募基金接近公开市场的尝试与其他法律的影响

为提供更好的流通性,同时保持不被 SEC 打扰,美国金融界干脆开辟了一类独立的市场。2007 年,高盛率先推出“GSTRUE”(高盛可交易非注册股权店头市场),两家私募基金管理人成为首批挂牌者。随后,(当时尚独立存在的)贝尔斯登、JP 摩根、纳斯达克等都推出了各自市场,美林、摩根斯坦利、花旗及(现正破产清算的)雷曼兄弟则联合成立“OPUS”市场。2007 年 11 月,这些投行宣布将合并这些市场,组建更大的“Portal Alliance”。^[24] 近似于

[19] 为避免一仆二主的局面,类似地,通常股东也不被认为是公司所聘律师的客户。

[20] Goldstein v. S. E. C., 451 F.3d 873, 371 U.S.App.D.C. 358 (2006).

[21] Prohibition of Fraud by Advisers to Certain Pooled Investment Vehicles, Release no. IA-2628 (Aug. 3, 2007).

[22] Accredited Investors in Certain Private Investment Vehicles, Release No. 33-8766, 84,048 (Dec. 2006).

[23] Revisions of Limited Offering Exemption in Regulation D, Release No. 33-8828 (Aug. 2007).

[24] 参见 Reuters, 12 Firms Unite for Trading in Unregistered Securities, Nov. 13, 2007.

规则 144A 私募交易市场——PORTAL, 上述市场的参与者都被限定于高端机构投资者, 实践中通常为拥有 1 亿美元以上可投资资产的机构,^[25] 现行公私募分隔格局不致打破, 因此 SEC 也不便干涉。

然而与此同时, 私募基金的高回报吸引着风险偏好较高的普通投资者跃跃欲试,^[26] 传统豁免体制带来的市场区隔特别是 SEC 渐趋严厉的态度, 更诱发私募基金业渴望迂回地开发数量庞大得多的普通投资者。双方意愿交汇, 于是近年间出现了以各种变异方式来实现两厢接近。(1) 私募基金管理人公开发行并上市。私募基金这个载体本身无法公募, 但管理人作为一家服务机构却没此等障碍。2007 年, 以百仕通集团为代表的四家私募基金管理人进行了公开发行, 市场反响热烈。(2) 特殊目的收购公司 (SPAC)。其设立目的就是稍后 (通常约定 18 - 24 个月内) 收购别家已运营的公司, 资金源于 SPAC 的首次公开发行, 但其时收购对象尚不确定。SPAC 实际上非常类似于并购类型的私募基金。^[27] (3) 商业开发公司 (BDC)。BDC 通常由私募基金管理人发起并进行公募, 其须依《投资公司法》注册但监管较宽松, 主要投资于与该管理人旗下私募基金交易相关的债权类证券 (SEC 对其关联交易有一定限制), 往往被称作私募基金的替代品销售。^[28] 类似的与私募基金挂钩、面向公众市场的品种还包括对冲基金型交易所交易基金、结构性信托收购公司等。甚至共同基金中也出现了一类分支, 在《投资公司法》允许的范围内, 尽可能地模仿私募基金的运作方式, 晨星评级公司 (Morningstar) 将其单独列出, 冠名为“多/空头基金”类。

私募基金拓展空间的另一动向是移师海外。爱尔兰、荷兰、澳大利亚、新加坡、中国香港等地对于私募基金涉足公开市场都较宽容。2006 - 2007 年, 许多私募基金到欧洲, 如伦敦股票交易所、EURONEXT 首次公开发行并上市, 其中包括知名管理人 KKR、Apollo 旗下的私募基金。这虽是美国监管体制下的无奈之举, 但客观上也有间接试探美国投资者兴趣的作用。Ripplewood 基金在 EURONEXT 交易所公募上市时, 还特别留出部分股票, 向符合条件的美国投资者进行了私募发行。

虽然联邦证券法是美国证券监管最重要的渊源, 但其他法律、甚至有时看似并不相关的某些州法, 也可能产生影响。例如, 具公共资金性质的机构 (如州县集合养老金、公立大学基金等) 正逐渐成为私募基金重要的资金来源, 而根据各州相继颁布的《信息自由法》(FOIA), 这些机构有义务向公众披露其投资去向。有人据此起诉, 强制有关私募基金公布其投资情况。这种要求比起 SEC 注册规则, 可能更令管理人难以接受, 其中一些有实力者索性开始拒绝公共资金机构入资, 公众则又起高回报投资渠道受阻之弹。于是, 许多州又增加了例外情况, 限制类似信息的公开, 但范围和效果并不一致。因此, 有论者呼吁重视这一问题, 建议起草示范版本, 以统一各州实践。^[29]

[25] 17 C. F. R. § 230.144A(a)(1) (2007).

[26] 参见 Alexander Peter Groh & Oliver Gottschalg, *The Risk-Adjusted Performance of U. S. Buyouts* (Nov. 14, 2006), available at <http://ssrn.com/abstract=876273>.

[27] 参见 Lola M. Hale, *SPAC: A Financing Tool with Something for Everyone*, 18 *J. Corp. Acct. & Fin.* (2), 67 (2006).

[28] 参见 Geraldine Fabrikant, *Private Firms Use Closed-End Funds to Tap the Market*, *The New York Times*, Apr. 17, 2004.

[29] 参见 Steven E. Hurdle, Jr., *A Blow to Public Investing: Reforming the System of Private Equity Fund Disclosure*, 53 *UCLA. L. Rev.* 239 (2005).

三 启示——体系重塑与制度构建

私募基金发展至今,已成为美国资本市场重要部分。2007 年底,仅对冲基金管理资产估计达 2.8 万亿美元,较上年增长约 17%;2007 年一年,并购基金在美国境内融资 2550 亿美元,较上年增长约 19%;该年度并购交易总额的 28% 源于私募基金。^[30] 面对这样一个在暗处不断膨胀的力量,SEC 的疑虑显然可以理解,尤其是身处从安然事件到次贷危机,其声誉下滑、权威性受到质疑的时期。原华盛顿大学(圣路易斯)法学教授特洛伊·帕里德斯(Troy Paredes)在分析“注册规则”时,就认为其出台具有政治和心理的两大诱因。^[31] 简言之,一则量变引发了质变,二来时局已不容再有失,驱动了 SEC 收紧对私募基金的监管。

应当指出,对于上述一系列监管变化,即便 SEC 内部也存在不同意见。在表决提议和通过“注册规则”时,当时 5 位 SEC 委员中的 2 位——格拉斯曼(Glassman)和阿特金斯(Atkins)都投了反对票,认为:此举会加重私募基金业的负担,也将分散 SEC 有限的监管资源,削弱其核心使命的完成——保护公众投资者,还与之前 SEC 立场存在矛盾。^[32] 帕里德斯教授在前述论文中也表达了对 SEC 过度监管趋势的忧虑。值得注意的是他于 2008 年 8 月宣誓就任 SEC 新一届委员,显示 SEC 内不同的声音还可能延续。^[33]

(一) 建言监管者

面对变化了的局面,包括 SEC 在内的监管者应有所作为。笔者谨提出三点见解:

第一,研判主要风险,确定相应措施。私募基金带来的风险集中在两方面:规模大、杠杆率高、行踪飘忽引发的系统性风险,以及投资者保护风险。后者是 SEC 一贯的重点,前述反欺诈规则及其他拟议规则多着眼于此,而夭折的注册规则本意兼顾两大风险。如果研究确认系统性风险是主要矛盾所在,则从监管分工和效率的角度,美联储应当扮演领袖的角色。而且,伴随当下美国投行业格局巨变,美联储作为综合监管者的地位事实上也空前强化。同时,麦道夫“庞兹骗局”等问题频发,也佐证了对 SEC 监管松弛的指摘,其所提的指控创 1991 年来新低,回归并加强投资者保护“主业”十分必要。当然,这两类风险在很大程度上是互为因果,彼此影响的。投资者的特殊性决定了私募基金的个性和法律空间,而其业绩的不确定性又对投资者构成提出了要求。无论如何,SEC 必须在私募基金新型监管整体架构中找准自己的位置和作用点。

第二,将注册和监管分开考虑。注册规则遭致的巨大反对其实源于私募基金对将处于严格限制的恐惧,而注册对于 SEC 了解行业情况又非常重要。SEC 不妨考虑:首先,扩大目前注册范围,但同时根据投资者的具体构成,适当放松《投资公司法》《投资顾问法》就特殊

[30] 参见 Davidoff, at 174. 可以对照的一个数字是,2002 年底美国共同基金管理资产约 6.4 万亿美元,引自 SEC“职员报告”1. n4. 但必须考虑私募基金通常可使用很高杠杆,力量惊人。

[31] 参见 Troy A. Paredes, On the Decision to Regulate Hedge Funds: The SEC's Regulatory Philosophy, Style, and Mission, 2006 U. Ill. L. Rev. 975 (2006)。

[32] Dissent of Commissioners Cynthia A. Glassman and Paul S. Atkins to the Registration under the Advisers Act of Certain Hedge Fund Advisers, 69 Fed. Reg. 72,054.

[33] 在其另一篇相关主题论文中,Paredes 教授主张 SEC 应采取选择性或建议性,而非强制性的规则。参见 Troy A. Paredes, Hedge Funds and the SEC: Observations on the How and Why of Securities Regulation, available at <http://ssrn.com/abstract=984450>。

类别的限制,^[34]在尊重私募基金生态特性的基础上增强其注册动机。^[35]其次,两者将各有侧重,注册关注投资者适格性(个别风险),监管控制投资策略和操作(系统风险),与前述两类风险也密切呼应。最后,目前许多私募基金都在从事商品期货交易并且数额巨大,因此已以商品综合商或交易顾问的身份向商品期货交易委员会(CFTC)进行过注册。显然,有必要加强监管协调,减少合规负担。

第三,重视对私募基金变异方式和海外拓展的规制。原有豁免体制下的二元对立催生了变异方式,这些方式在追求形式合规的同时又引发新问题。例如,以人力资本密集为特征的管理人公募上市,融资后必然会又带来大量关联交易和利益冲突;公众投资者间接参与私募基金,取道的竟是风险更高且重叠的普通合伙人——基金管理人。^[36]再比如,SPAC的特性决定了它不可能真正像私募基金那样分散投资,降低风险。^[37]任由私募基金海外公发上市,一则削弱美国资本市场在全球的竞争力,二是美国投资者仍有可能间接参与,却得不到美国证券法的保障。从公平角度出发,美国也不应放任变异方式,且须推动世界范围内的协调合作以抑制监管套利。

监管并非没有成本。在金融危机肆虐的当下,加强监管的主张更容易获得支持,然而,从豁免到约束,SEC必须有效地论证其合理性。更全面地掌握私募基金信息,更科学地分类并体现差异化监管,更深入地分析比较成本收益,外界对于SEC的期待甚殷。笔者并不把戈德斯坦案视为是对SEC的简单否定,法院是希望SEC在改变自身一贯立场时,能提供更令人信服的证明,而不是仅仅借助于对单部法律、某一条款、个别字眼的重新解读。这其实更是一种鞭策。

(二) 立法机构的推动

法院和SEC都已感受并揭示出法律解释和执行的边界,美国国会就有必要决断。2009年1月29日,两位联邦参议员提交了一份法律草案(S.344)以修改《投资公司法》,^[38]要求管理5000万美元以上资产的私募基金向SEC注册。如果该基金能满足SEC关于账簿保有、信息提供和检查、建立反洗钱机制等要求,则其可作为新增一类(第6条)特殊的投资公司注册;^[39]否则,必须依照普通的投资公司(第8条)注册并全面遵守该法约束。注册之外,第6条下私募基金还被要求至少每年提交一次情况报告。向SEC的该电子报告也对社会免费公开,包括:其自然人和机构投资者(直接或间接)的总数及所有的姓名及地址、权益结构、最低投资门槛、与金融机构的关系、主要账户管理人和经纪商、资产现值等信息。

[34] 超过SEC解释权和裁量权的内容,需要美国国会修改法律或提供授权来实现。见下文讨论。

[35] 实际上即便是在原有规范下,也仍有不少私募基金管理人自愿依《投资顾问法》向SEC注册。其意图在于籍此向外界传递基金高品质的信号、减少投资者自我保护性交易成本、以及符合受特殊投资安全限制之养老基金等的要求。调整管制强度有助于吸引更多的基金管理人注册。

[36] 当然,作为基金管理人公募上市证券的持有人,公众投资者在这个环节上还可受到有限责任的保护。

[37] 典型的SPAC公司章程规定,融资额的60%—80%必须投入到其第一个并购项目中,这决定了SPAC投资集中。而且考虑到资金沉没成本,其公司股东往往欲罢不能,对管理人的制约较弱。

[38] 参见Hedge Fund Transparency Act (Senate 344, Congress 111th),由参议员Charles Grassley(共和党)和Carl Levin(民主党)提出。尽管以对冲基金冠名,该草案所涵盖的范围远不止于此。根据定义其还包括创投、狭义的私募基金、并购基金、部分房地产基金以及在证券化、衍生品交易中常见的特殊目的载体(SPV),而且草案不同寻常地未含有过渡期、祖父条款、安全港规则等。2007年,Grassley曾针对《投资顾问法》以大致相同内容提交过草案,但当时反响不大。

[39] 草案将现行《投资公司法》第3(c)(1)条和第3(c)(7)条(“例外项”)移作新增的第6(a)(6)条和6(a)(7)条(“豁免项”)。

参院草案显然试图构建分类监管,通过加大但尚温和的干预,使 SEC 及公众可获知私募行业更多信息。该注册要求还很可能意味着将上述私募基金视做依《投资公司法》注册,从而使其管理人也丧失按《投资顾问法》第 203(b)(3)条免于注册的资格。实际上几乎与此同时,众议院也引入另一项法律草案(H. R. 711),^[40]建议修改《投资顾问法》,干脆废除第 203(b)(3)条。显然假如通过,两法案可谓是对戈德斯坦案结果的实际推翻及理由和呼吁的回应。

私募基金界对此当然反对,质疑:草案标榜的透明度对于成熟投资者没有多少意义,相反披露将吓退许多不愿曝光身份的参与者(尤其是国外客户),加剧资金和市场外流;私募投资诀窍可能被暴露和仿效,合规成本会大增,一些小企业将因此更难获得私募资金支持;注册未必带来风险下降,世纪巨骗麦道夫恰恰是经 SEC 注册的投资顾问。更令其焦虑的是,一旦私募基金被正式纳入注册体系,SEC 更为严厉的监管措施随后还将接踵而至。奥巴马总统的首席经济顾问、美联储原主席“铁腕”沃尔克就刚建议过,对于规模巨大的私募基金,还应施加资本、流动性和风险管理等全面限制。

虽然两部法案的通过要找妥各自在对方议院的匹配版本,虽然最终条文和悬疑之处尚待推敲(例如对离岸基金的适用性),但现实预示私募基金以某种形式被纳入注册监管的变局或将到来。毕竟以索罗斯为首的四位私募投资界巨擘 2008 年 11 月到国会作证时都承认:某种形式的联邦监管是恰当的,投资者应有更大的知情权。奥巴马新政府中的财长盖特纳、SEC 主席夏皮罗都支持要求对冲基金注册。2009 年 3 月 26 日,美国财政部向国会建议全面整顿金融监管,私募基金即作为减少系统风险的目标之一。随后 4 月 2 日,G20 伦敦峰会声明也要求将具有系统重要性的私募基金纳入监管体系。不难看出,上述美国国会草案在相当程度上体现了并有必要继续考虑笔者的见解,其提出亦印证了当下所发动的是对私募法律体系的全方位反思和重塑。

[Abstract] Private equity funds have long been largely exempted from registration under the U. S. securities law framework in terms of issuance, vehicle and adviser. In recent years, in response to their enormous expansion in scale, risk exposure and retailization tendency, SEC has strengthened its supervision on PEFs by implementing or proposing new rules on adviser registration, anti - fraud, and investor qualifications. Such tightening on exemption brought in different results and hassles. Shadowed in the ongoing severe financial crisis, the newly proposed Congressional legislation may regulate the private equity funds into a new registration regime.

(责任编辑:陈 洁)

[40] 参见 Hedge Fund Adviser Registration Act (H. R. 711, Congress 111th),由众议员 Michael Capuano(民主党)和 Michael Castle(共和党)于 2009 年 1 月 27 日提交。

论英美法违反“告知后同意”过失侵权的构成要件

王占明

内容提要:违反“告知后同意”的专业过失侵权包括三个要件:医生负有告知义务而未告知,患者受有损害,以及医生未告知与患者受损害之间存在因果关系。医生得因患者已知、紧急情况、医疗特权等事由而免除告知义务;损害应仅限于患者的具体人身法益的损害,而不包括患者自主决定权;在因果关系判断上宜采“合理患者”标准而非“患者本人”标准,因为“患者本人”标准消解了过失侵权作为医疗纠纷诉因的适当性。

关键词:告知义务 损害 因果关系 合理患者

王占明,汕头大学法学院讲师,法学博士。

“告知后同意”是英美侵权法上医疗专业过失诉讼的重要类型,其构成要件包括:医生负有告知义务而未告知,患者受有损害,医生未告知与患者受损害之间存在因果关系。本文拟在此要件结构下,对英美法中相关学说与判例进行整理与批判,希望能对我国医疗与侵权立法有所启发。

一 医生负有告知义务而未告知

(一) 医生一般告知义务的确立

英美过失侵权诉讼,通常包括义务的存在、义务的违反、损害及因果关系四个要件。其中确定相关当事人之间存在义务是发动英美过失侵权之诉的首要条件。那么,医生是否对患者负有一般的告知义务呢?

首先,须肯定的是医生对患者负有一般的注意义务。医患之间是以诊疗护理为内容的一种服务关系。虽然在大多数情况下,医患关系都是以具体的合同来开启和规定其相互权利义务关系的,但不可否认,尚有一些不能或不宜由明示或默示合意理论来规范的情况,须借助合同之外的一般侵权义务实现有效调整。在每一个具体的医患合同中,也总有其不可避免的漏洞和不完备之处,需要一般侵权义务以济其穷。实际上,医生无论在合同内还是合同外,都不是完全自由的。医生不得以与患者间不存在合同或合同对特定事项未予规定为由降低自己的诊疗标准。各个具体合同虽然其条款在表现形式和所包括内容上千差万别,但其实都默守着某种最低标准的一致性。因此,布罗塞(Prosser)说,

专业人士标准的适用并不依赖当事人间合同的特别约定,法律直接为专业人士设定这一义务。^[1] 美国侵权法整编第二版第 299 条之 A 项规定:“行为人除非另有表示,其从事特定专业或行业、承担提供服务的行为须运用类似社区表现良好的该专业或行业人员所通常具有的知识或技术。”从这些著述和规定可以看出,法律界基本上已经肯定,医生对患者负有一般的注意义务,这一义务并非来源于医患之间用于具体落实和明晰彼此权利义务关系的医疗合同,而是源自为侵权法所锁定的作为专业人士的特殊情势。

其次,医生所负一般注意义务,是否包括告知义务?美国侵权法整编第二版第 297 条规定:“过失行为是指,(1)尽管具备所有可能的注意、能力、准备、警示,或(2)仅在不具备合理的注意、能力、准备、警示时,该行为包含对他人造成不合理损害风险的行为。”显然,对应于过失行为的一般注意义务并不仅仅指称行为时的谨慎的心理投入程度,还包括能力、准备和警示等向度的丰富涵义。告知义务作为警示义务的一种,当然是医生对患者所负一般注意义务的题中应有之义。确立该义务对医患双方来说具有同等的保护价值。一方面,对患者而言,本来患者就医,目的是寻求专业诊断和治疗,医生只要在诊疗护理上不存在重大差错,即无过失;告知义务迫使医生在行使专业判断的同时,尊重患者的知情权和选择权,使患者由一个支配权的客体转变为一个分享参与权的主体,对患者人格权的保护程度无疑得以提升。另一方面,为了规范医疗行为,保护患者利益,普通法传统中并未授予医生诊疗行为以概括的正当性。虽然在社会观念与医师职业操守上,彼时尚认可医生“家父主义”对患者的支配权,但在法律上,医生的侵入性医疗行为仍在形式上该当侵权行为构成要件,只是通过“受害人同意”的违法阻却事由始获得正当性的认定。个案中,亦不乏以“非法侵犯”的诉因寻求和施与救济的情形。在这样的背景下,告知义务在一般注意义务中的形成,无异于宣示了一种司法态度,医生专业行为的合法性不必仰赖患者主观意思的鼻息,告知与患者同意虽然在逻辑上存在关联,但在法律效果上就此割断。医生实施专业行为只要符合一般注意义务对于告知的要求,就具有正当性,告知的必要和程度取决于专业行为的普遍要求,而不必受制于个案中患者的任意解释。可见,告知义务对于医生来说,同样具有施加保护的积极意义。

(二) 医生告知义务的豁免

虽然通常情况下,医生在对患者采取诊疗行为之前,均负有一般的告知义务,但这一义务是否绝对,是否存在特定的告知义务豁免事由?英美侵权法上通说的答案是肯定的。

经过长期的司法判例的积累,就何种情况下告知义务应予豁免在司法上达成了若干共识。在考曼诉马林案中,^[2]法官总结了医生得免除告知的数种情况:完全坦率告知会造成患者身心损害;患者因智力障碍或未成年无法做出有效同意;患者特别要求不被告知;紧急情况下无法及时获得患者同意;患者已知或应知事实应予豁免;产生之机会微乎其微,于正常情况下不会发生的相对遥远的损害;医生所不知或虽尽通常注意义务仍无法得知的事项。^[3]

美国一些州的立法编纂也试图对这些豁免情况进行整理,比较新近的立法如 2008 年《阿拉斯加典》第 09.55.556 条 b 款规定:“在以未获得告知后同意提出诉讼的医疗纠纷案件中,下列情况得作为抗辩事由:(1)未披露风险普遍为人所知或过于遥远无须披露;(2)患者对医疗服务

[1] Victor E. Schwartz 等编, *Prosser, Wade and Schwartz's Torts*, 2005, 11th ed. Foundation Press, p. 170.

[2] *Korman v. Mallin*, 858 P.2d 1145, 1149 (Alaska 1993).

[3] 参见潘维大:《英美侵权行为法案例解析》, 瑞兴图书股份有限公司 2002 年版, 第 177-178 页。

提供者表示无论治疗过程包括何种风险其都愿意接受,或就其应被告知的事项其不希望被告知;(3)在特定情势下无法获得患者本人或任何有权代理人的同意;(4)医疗服务提供者在考虑所有相关事实与情势后,合理运用自由裁量权认为充分披露会对患者条件产生负面影响。”〔4〕

也有学者尝试对豁免情形做出总结:第一,在治疗的诊断阶段可推定患者同意;第二,在患者没有能力做出审慎决定,尤其是紧急情况时;第三,披露可能对患者造成损害时;第四,患者放弃被告知的权利时;第五,在采取其他低风险的常规措施,或类似生育等无须患者决定的程序时。〔5〕

尽管上述司法、立法与学说的具体表述略有不同,但总的来说,可以将医师告知义务豁免事由概括为以下三种类型:已知事实告知豁免、紧急情况告知豁免,以及医疗特权告知豁免。〔6〕下面对这三种情况分别加以分析。

1. 对患者已知事实的告知义务豁免

所谓已知事实包括三种情况:一种是由患者主张,医生认诺知晓的特定事实;另一种是由患者主张,并由其所提供的言辞或书面证据证明医生知晓的特定事实;还有一种是虽无证据支持或医生认诺,但得由法官借由“经验法则”拟制认定医生知晓的事实。第三种情况可能“只是为一定区域内大多数人知道的事实”,〔7〕并不为患者所实际知晓,但其知悉具有高度的盖然性;法律要求当事人对此等众所周知的事项承担告知义务有悖于生活情理和经济原则;在法律技术上也会给医生增加不必要的技术成本,因此,法律在此直接拟制认定患者已知,不允许其反证推翻,这一点与可反驳的推定存在较大的不同。

法律设定告知义务的目的是尊重患者自主权,以便其在知情的基础上做出真实自愿的选择。如果患者对告知内容已经知悉,告知义务显然就失去了其存在价值。但是,告知不同于知情,告知是一个程序性的义务,而知情则是一个实质性的要求;告知是一个一般水平的设定,而知情则是一个较高水平的要求;告知的主体是医生,而知情的主体则是患者。实际上,知情是一个理想主义且充满危险的表达,不同的人“知”的能力各不相同,“情”的范围亦是难以确定。“知情”的表述,由于单一地考虑患者的立场,很容易使医患双方陷入对知情范围的无休止纠葛中去;即使妥善界定了知情范围,也会发现,所谓知情同意,知情本来就是有效同意的题中应有之义,在不知情条件下做出的同意归属于意思表示不真实,有能产生同意的阻却违法效力。但如果是这样的话,医疗侵权责任就回到了以“非法侵犯”作为责任基础的故意侵权理论原点。因此,本文不采国内“知情同意”的通说,而采“告知后同意”的译法,认为“告知后的同意”是一项兼顾医患双方利益要求的法律制度,它的基本结构可以拆解为“告知”与“同意”两部分;“告知”在这里具有独立价值,它是体恤医生之专业行为的特殊性而着意如此表述的。其目的是明确医生只具有将相关信息向患者告知或披露的程序性义务,而并不负担额外的知识普及,或确保患者知悉、理解的实质义务。〔8〕

因此,接下来的问题是,既然“告知”独立于“知情”,医生是否对患者已知事实仍负告知义务?笔者认为,“告知后同意”作为过失侵权的一种责任形式,是对传统医疗纠纷“非法侵犯”故

〔4〕 Alaska Stat. § 09.55.556 (2008)

〔5〕 J. D. Lee & Barry Lindahl, *Modern Tort Law: Liability and Litigation*, 2d ed. Thomson West 2003, § 25:40.

〔6〕 Victor E. Schwartz 等编, *Prosser, Wade and Schwartz's Torts*, 2005, 11th ed. Foundation Press, p. 187.

〔7〕 杨荣馨主编:《民事诉讼法原理》,法律出版社 2003 年版,第 268 页。

〔8〕 不同意见可参见苗力丹:《从比较侵权法角度论患者的知情同意》,《广西政法管理干部学院学报》2007 年 11 月。

意侵权的替代,这一发展演变过程充分说明了司法对于医生专业医疗行为特殊性的体认。从纵向的时间轴来看,不容否认“告知后同意”理论中包藏有保护专业医疗行为的意涵。因此,虽然“告知”具有独立于“知情”的特殊意义,在法律解释上,宜采取“举重以明轻”的立场。申言之,“告知”虽独立于“知情”,但它以“知情”为阙矢,在程度上轻于“知情”。若医生已尽其告知义务,而患者尚未知情,医生不必承担责任,是为“告知”的独立性;但在患者已知特定事实的情况下,告知的终极目的已经实现,告知义务已丧失其存在价值,医生得当然豁免其告知义务。

除了理论脉络的考虑外,从英美法追求“具体正义”角度,同样可以得出不宜机械主张独立告知义务的结论,绝对告知义务所或有的警示和强调效果相较其所必有的巨额成本与不便利,其正当性显得微乎其微。英美法从来不局限于僵化的理论或判例,而只是在以往有约束力的权威意见指引下,在个案中发展和实现正义。因此,绝对告知义务在英美侵权法中几乎是难以想像的。实际上,正是出于同样的原因,大陆法系对于医疗行为的法律适用,也渐渐由传统的“形式该当侵权行为要件——存在违法阻却事由——合法性判断”转向“容许行为理论——合法性判断”的司法模式上来,不仅简化了司法的步骤,也使司法与社会现实更加接近。在这种情况下,形式主义的告知义务显然市场不大。

2. 存在紧急情况时告知义务豁免

在患者因丧失意识或其他原因没有能力做出同意,若不立即治疗会产生超过治疗所伴随的或有危险的损害时,恪守告知义务不仅没有必要,反而可能会延误治疗时机,浪费本来应被用来实施治疗的宝贵时间。因此,通说认为,当存在紧急情况,需要立即采取措施以保护患者或他人的生命或身体免遭严重损害时,医生得免除其告知义务。^[9] 例如,在救灾现场,救援人员无须征得患者同意,就可以将其直接从废墟中抬出,并为其实施紧急救治。

英美法通过推定同意理论将紧急情况下告知义务豁免予以正当化。^[10] 其内容是:推定患者作为一个合理人,如其有能力应当会同医生基于最佳判断所采取的治疗措施。^[11]

这就产生了两个方面的问题。一方面,在任何涉及麻醉的手术中,由于在实际将患者麻醉并切开患处之前,无法对病患情况做出确切诊断。因此,所有手术都不免超越原手术同意书所载患者同意范围,而依赖推定同意理论获得其正当性。学说上因此主张,“除非有相反证据证明,应在宽泛意义上理解同意的意涵。只要医生以其良好的专业判断认为对原同意做出延展系正确的医疗程序所必须,手术可延展至原患处的一切异常或疾患条件。”^[12] 可见,推定同意貌似以考虑患者意志为出发点,但在实际适用中却往往以取代或逾越患者真实同意的方式发挥作用。

另一方面,既然以患者同意作为理论基础,如果患者明确表示不愿意接受特定方式的治疗,即使患者处于丧失生命的威胁中,该表示有违医生的最佳专业判断,医生也必须尊重患者的自主权,而不得援用紧急情况理论违背其意愿实施治疗。^[13] 这一认识的道德性、合法性和正当性显然有待进一步检讨。即使抛开社团主义与个人主义的司法取向之争,单从技术上来

[9] Jessica W. Berg et al., *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford University Press 1987, p. 76.

[10] *Allore v. Flower Hospital*, 699 N. E. 2d 560, 564 (Ohio App. 1997).

[11] Sandra J. Carnahan, *Promoting Medical Research Without Sacrificing Patient Autonomy: Legal and Ethical Issues Raised by the Waiver of Informed Consent for Emergency Research*, 52 *Okla. L. Rev.* 574 (1999).

[12] Richard A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, 2000, 7th ed. Aspen Law & Business, p. 16.

[13] *Curtis v. Jaskey*, 759 N. E. 2d 962, 967 (Ill. App. 2001).

看,患者手术前不同意,也未必意味着其手术中或手术后一定仍然不同意,麻醉使其全部或部分丧失了更新其意愿的能力,司法不应当僵化地否定对这种缺陷施以救济的正当性。在英国的一个案件中,患者因车祸而住院,在与其母交谈后拒绝接受输血。上诉法院认为,医院为其输血符合其最大利益,虽然作为成年人,患者享有接受或拒绝治疗的绝对权利,但是其神智在车祸后受到严重创伤,不能做出理性的选择,其拒绝接受输血系受到其母亲的不适当影响。^[14]

笔者认为,在紧急情况下医生告知义务豁免,其深层逻辑是实质正义对形式正义的取舍变通,但其理论基础应止于紧急情况自身。类似于大陆法系中紧急避险得作为一般违法阻却事由一样,紧急情况自身即可产生豁免通常情况下所负告知义务的当然效果。当然,此时医生诊疗行为须受医疗特权行使原则的限制,且受过失侵权一般规则的制约。英美法中推定同意的通说过分着意于当事人意思,带有太多的矫饰色彩。不仅束缚了医生的专业裁量权,最终也必将使患者承担惨痛的损失。医疗行为不仅是一种具体的合同行为,而且是一种具有一般社会意义的专业行为,应以专业标准来判断。如果要强调患者自主权,只需要在何谓紧急情况上作从严掌握,在非紧急情况时充分尊重患者意思自治,而不必对患者意思作替代性的揣测。

3. 医生的医疗特权对告知义务的豁免

所谓医疗特权是指,当医师根据专业判断,认为披露特定信息不适当时,为避免对患者的身心健康造成潜在损害,医师得故意保留该信息不予披露。医疗特权豁免是医生告知义务豁免的兜底条款,它其实是一个总括性的剩余条款,在法律解释上,凡未被明确列示并分离出去的豁免事由,都可由医疗特权加以表示。如前文所提遥远风险或损害,以及可能会产生负面影响的情况,其实说到底都属于医疗特权的判断范围。因此,法律对于医疗特权的态度变迁,实际上反映了法律对于医生告知义务豁免的立场更替。

医疗特权产生于医生在医学伦理上对患者健康所负义务与在法律上对其所负告知义务的冲突。^[15] 医生不仅须关注患者的生理健康,也同样须关注其心理和精神健康。^[16] 医疗特权是医患关系模式由单边的医生家父主义向绝对患者中心主义游移运动过程中留存的残余物以及法律发展与社会生活相互作用、不断调适而产生反弹物的混合,它的覆盖范围反映了医学专业行为标准与患者人权保护两种方向相反的利益主张在边界划分上的模糊性。

有学者归纳了适用医疗特权的六种情况:第一,披露会危及患者生命或影响其身心健康时;第二,披露令人困惑或惊惧,可能会妨碍合理决策的作出;第三,披露会带来焦虑或悲痛,可能会妨害介入疗法的结果;第四,患者已经濒临死亡,披露是不人道的;第五,披露的风险大于或等于介入疗法的风险;第六,披露会严重损害第三人的利益。^[17] 这种归纳显然既未臻精确,也未能穷尽所有的情况。不过可以确定的是,告知若只是可能引发轻微损害,不宜发动医疗特权;更不能仅因患者可能会做出一项“不适当”的决定而发动医疗特权。“如果有存在一个唯

[14] Re T[1992] 4 ALL ER 649. 案中患者的母亲是一个特殊宗教组织——“耶和華见证者”的教徒,该组织不同于正统宗教,教义奇特,性质令人存疑。

[15] F. F. W. van Oosten, The So-Called “Therapeutic Privilege” or “Contra-Indication”: Its Nature and Role in Non-Disclosure Cases, 10 *Med. & L.* 31 (1991).

[16] B. Barber, *Informed Consent in Medical Therapy and Research*, Rutgers University Press 1980, p. 37.

[17] F. F. W. van Oosten, The So-Called “Therapeutic Privilege” or “Contra-Indication”: Its Nature and Role in Non-Disclosure Cases, 10 *Med. & L.* 32 (1991).

一性的表征自主的特征,它就是做出坏的,甚至不合理的决定的自由。”^[18] 否则,告知后同意就失去了它的意义,因为所谓医生的合理医疗决定总能被认为是代表患者意愿;或者患者只能在事先列明的有限“合理”选项中做出选择。这无疑是对尊重人格独立完整的一种嘲讽。^[19]

随着人权主义的兴盛和少数者权利保护运动的发展,以医疗特权为代表的医生告知义务豁免日益受到普遍质疑。有人认为,在非急迫需要治疗的情况下,即使有也很少使用医疗特权。医生通常适用医疗特权,以排除其对替代性医疗措施可能带来的益处,而不是其可能带来的损害的告知义务。^[20] 也有人批评说,“承认告知义务的豁免为侵蚀个人保护铺设了一条下坡路……我们赋予人们以告知后同意的权利,现在却(通过承认豁免)调转方向又把它收回来了。”^[21]

越来越多的声音认为,医疗特权对于告知义务的豁免只是延期性和不完全的,对于持续性诊疗行为,它仍然不能排除暂缓或委婉告知的义务。医生有义务向患者传达反映其当下条件和情况的准确信息,医生须对其建议对患者所具有的影响力保持清醒认识。医生须知道患者仅仅要求其提供帮助并不等于放弃患者的决策权。患者可能放弃被告知权或自主决定权之一,也可能都放弃。他可能只放弃被告知权,但保留自主决定的权利,这时医生只能遵从。^[22] 美国2006年6月伦理与司法委员会《关于医疗特权:对患者信息保留的报告》对这一立场做出了全面而细致的阐述。应该说,不承认任何豁免事由的绝对告知义务主张,已经在立法与学说中清晰呈现并迅速成长起来。

问题是,无视医患间实际关系状况、与医疗实践严重脱节的法律主张,究竟能走多远,尚属疑问。事实上,新近立法虽然在文句上越来越多地表现出所谓患者中心主义的趋向,但其对医疗界其实并未产生任何的触动,也许反而正是由于这一盲动而激进的立场,法律由此丧失了引领医疗界真正走上与患者分享决策机制的可能机遇。^[23] 不过,由于美国是判例法国家,这一立法性文件并不具有直接的法律效力,而且司法对立法具有能动作用,因此,尚不能说英美法对于医疗特权或医师告知义务豁免整体已经改变立场。

二 患者受有损害

(一) 损害作为必备要件的原因

违反“告知后同意”的侵权诉因,须具备“损害”的构成要件,这是由过失侵权的性质所决定的。在英美侵权法中,过失侵权是通过个案救济,以判例积累的形式逐渐发展起来的,直到19世纪中叶始抽象为一般理论的侵权类型,它的原型是被称为“间接侵害”的古老诉因。因此,不像大陆法系中故意侵权与过失侵权分享共同的理论基础,学说上认为二者只是在主观可

[18] Nelson & T. Caulfield, You Can't Get There From Here: A Case Comment on *Arndt v. Smith*, 32 *U. B. C. L. Rev.* 353 at 15 (1998).

[19] Anne Coté, Telling the Truth? Disclosure, Therapeutic Privilege and Inter-sexuality in Children, 8 *Health Law Journal* 205 (2000).

[20] 参见 Alan Meisel, The "Exceptions" to the Informed Consent Doctrine: Striking a Balance Between Competing Values in Medical Decision making, *Wis. L. Rev.* 466 (1979).

[21] Charles Marwick, Assessment of Exception to Informed Consent, 278 *JAMA* 1392, 1393 (1997).

[22] Douglas Andrew Grimm, Informed Consent for All! No Exceptions, 37 *New Mexico Law Review* 39 (2007).

[23] Jay Katz, Informed Consent — A Fairy Tale? Law's Vision, 39 *U. PITT. L. REV.* 170 (1977).

非难性的谱系上位置不同,甚至经常以过失侵权囊括包括故意侵权在内的所有侵权行为;英美法系的过失侵权具有独立于故意侵权的理论基础与构成要件。

英美侵权法中,故意侵权不以损害为构成要件。在故意侵权中,责任承担的主要依据在于行为人的主观恶性,法律施加责任的意旨也在于惩罚行为人的主观恶性,因此,无论这种主观恶性是否在客观上产生实际效果,都不影响法律对该当行为的否定评价和规范,认定其构成故意侵权。在过失侵权中,由于危害结果的发生并非为行为人主观追求或认识,只是由于其未达到正常合理的人注意程度且给他人造成损害,行为始具有可归责性。这种行为的主观恶性相较故意而言,在程度上较轻,因此可非难性也不大。其在主观可非难性的谱系上,并未达到无需考虑外在后果,亟须施加责任予以惩罚的严重程度。从某种程度上可以说,过失侵权中行为人承担责任的直接依据是损害,而非过失,过失只不过是使诉求和归责正当化,扬弃结果责任,实现填补损害与保护行为人自由之间利益平衡的政策考量所具体选用的技术性工具。因此,如果没有发生实际损害,不得以过失侵权之诉对权利侵害施以“名义赔偿”,如果行为人行为具有危险性,尚未产生具体损害,受害人可依“侵扰之诉”申请禁令,但不得诉诸过失侵权。^[24]就“告知后同意”具体而言,损害是指医生向患者未予告知的风险,必须最终实现。如果不是未披露风险现实发生损害,而只是已披露风险实现损害,或虽未披露但未发生损害,则构成要件不完备,不得以专业过失侵权为由对医生提起诉讼。^[25]可见,损害要件是对医生过失责任的合理限制,是在医疗民事赔偿责任上对主观过失的必要补充。它为医生履行告知义务提供了动因,又同时避免了使医生因专业诊疗以外的言辞不作为而受到责罚。

(二) 损害指具体的人身法益损害

虽然就损害作为违反“告知后同意”过失侵权的构成要件学说意见基本一致,但对于在这一诉因中“损害”的确切含义是什么,存在着不同的看法。

一种观点认为,损害是指一切被法律制度认可为损害且必须侵权行为法以一定形式加以补偿的不利。任何义务之违反都构成损害。^[26]“损害并不只是财产损失,当一个人的权利受到阻碍时侵害本身就同时包含了损害。”^[27]即使在“诉因侵权行为”中,也应至少确认一种“结构上的损害”的存在。^[28]

依循这一思路,有人主张重构成告知后同意理论,重视因医生保留信息而受损的患者自我决定权的价值。在告知后同意的案件中,该告知义务的保护客体主要是已经带有人格权色彩的病人自主决定权,而首先不是健康利益。医学上毫无瑕疵的治疗也不阻却未充分履行告知义务的责任。^[29]换句话说,因医生未履行告知而受到侵害的患者决定权本身即是损害,患者不必另作它寻,以符合违反“告知后同意”医疗过失之诉的要件构成。

首先,需要指出的是,必须对损害的事实向度与法律向度保持清醒认识。作为事实向度

[24] Prosser, *Wade and Schwartz's Torts*, 2005, 11th ed. Foundation Press, p. 132.

[25] Prosser, *Wade and Schwartz's Torts*, 2005, 11th ed. Foundation Press, p. 188.

[26] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2001年版,第13页。

[27] *Ashby v. White*(1703) 13 Sm. L. C. 1, 274; 1 ER 417.

[28] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2001年版,第11-12页。所谓诉因侵权行为,又称“自身可诉性侵权行为”,是指在特别类型的案件中,仅存在加害行为这一事实原告就可以起诉而无须证明损害后果的具体情况。参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第137页。

[29] [德]巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),法律出版社2004年版,焦美华译,第369、370页。

的损害,损害固然可以包括一切人身或财产方面的不利后果;但作为法律向度的损害,其承担责任构成要件的重要功能,任何国家的法律,都不是简单地把事实损害纳入法律损害,而是通过在质或量方面设定一系列限制的方式规定可救济的法律损害。如以加害行为的不法性或结果的不法性对可救济损害予以限制。^[30] 医生诊疗行为是以救死扶伤为宗旨的,具有社会正面价值的专业行为。在性质上为不具有概括的违法性。个案中医生也经常得以医疗特权理论主张其具体诊疗行为系正当行使职权,因而阻却违法。因此,医生未履行告知义务很难被认定为法律上可予救济的损害。

其次,“告知后同意”过失侵权的各构成要件间,存在一种相互咬合的紧密关联。由于有损害要件的钳制,法律得以设定较高的告知义务标准,以督促医生对患者知情权及自主决策权的尊重;因为未告知风险未必总能转化为现实损害,医生虽然未尽到告知义务,仍然不必承担赔偿责任,因此医疗行为整体并未实质受到这一制度的太大冲击。如果将损害理解为包含妨碍自主决定权在内的广义损害,一方面这种性质上属于一般人格权的抽象权利其边际不够明晰,损害很容易认定成立,则损害要件丧失了其应有的鉴别作用,而使“告知后同意”侵权呈现一种趋近于结果责任的侵权形态。另一方面,如果欲克服这种使医方动辄得咎的处境,又只能降低告知义务的设定标准,这显然有悖于这一诉因的形成初衷。

最后,英美侵权法其实已经发展出一整套较为细致的损害概念。如“一般损害”、上文所提及的“自身可诉性损害”以及“实际损害”。所谓一般损害是指“法律从被控不当行为中推定存在的,无须原告在诉状中明确列出的一类损失”,^[31] 换句话说,即“原告无须在诉状中提出具体的赔偿数额并加以证明”的损害。^[32] 所谓患者自主权,就属于一般损害。问题是,违反“告知后同意”的过失侵权中,其所要求的损害,其实仅指表现为具体人身法益损害的“实际损害”。^[33] 只不过由于英美法并不以精确概念和逻辑体系为追求,因此多数著述只笼统提到损害,而未明确指出其特定的下位损害概念。不过这显然并不妨碍法官们意会并实际使用“实际损害”作为判案标准,也因此当然不能构成反对实际损害观点的学术理由。

损害要件使“告知后同意”成为过失侵权之诉的一个种类,而不是一个独立的诉因。责任赔偿的对象是损失,而不是未告知,虽然未告知是过失所在,也是责任承担的依据。毕竟,病患就医是为了求得健康,而不是接受教育或寻求尊重。

三 医生未告知与患者受损害之间存在因果关系

医生负有告知义务而未告知,患者受有损害,仅仅满足这两个要件并不足以当然发动违反“告知后同意”过失侵权之诉。患者尚需证明所受损害与医生未告知之间存在因果关系,即如果受到告知,他本来会拒绝接受治疗或选择其他替代治疗方案。如果即使医生充分履行义务,患者知道了相关替代方案及重大风险,但他仍然会选择原治疗方案时,则因果要件不具备。换言之,仅在披露治疗附带风险会导致患者相反决定时,医生违反披露义务与患者损害之间才具备因果关系。例如,医生未披露患者的医疗保险所未覆盖的替代性医疗措施

[30] 张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社 2007 年版,第 120-124 页。

[31] [德]克雷蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社 2001 年版,第 30 页。

[32] 张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社 2007 年版,第 137 页。

[33] 同前注[1], *Prosser, Wade and Schwartz's Torts*, 2005, 11th ed. Foundation Press, p. 132.

不构成过失,^[34] 因为即使充分告知患者因保险范围所限也不会改变其接受原治疗方案的意愿,所受损害无论医生告知与否都不可避免,因此其与医生未告知之间不存在因果关系。告知患者其不可能承担的治疗措施,不仅是无意义的,更是残酷的。^[35]

确定“患者本来会如何决定”这一事实须首先对“患者”的含义加以明确。实践中,客观意义的“合理患者”说与主观意义的“患者本人”说都为不同的法域所承认。

Canterbury v. Spence 案采取“合理患者”说,把“患者本来会如何决定”理解为一个具有客观性的范畴,患者言辞只具有参考意义,法官须以虚拟的“合理患者”为标准,对原告若被告知会如何行动做出合理推测。法官认为,“最好在客观的基础上解决因果关系的问题,即考察处于患者位置的谨慎人如被告知所有重要风险会如何决定”,“患者的证词对因果的认定具有相关性,但它并非主导因素,不会害及对事实因果关系的最后认定”。“事实裁决须合理地证词做出评估,以保证因果关系判断整体客观性的加强”。^[36]

“合理患者”标准为多数判例所遵循,通说认为它合理而公正地兼顾了医患双方的利害得失。尤为重要的是,客观标准是一个司法上具有可操作性的选择,患者本人在任何诉讼中,既然已经作为原告发动了诉讼,就不会再矢口否认自己原本会采取相反决定,即使他的真实意思并非如此;但实际上所谓相反决定只是事后之聪,反悔起意。“在原告经历了非其所愿的后果并寻求法律救济时,将标准系于其后知后见的可信度之上是不公平的。”^[37]

不过,也有人指出,客观标准同样不具有可操作性,每个人在处理信息时侧重偏好都有所不同,其先在的知识结构和信念会对影响嗣后信息,揣测客观标准的合理患者行为模式,同样是陪审团无法完成的任务;应将因果关系排除于违反“告知后同意”过失侵权的构成要件之外。^[38] 此外,无视个人偏好的患者标准与“单边医生家父主义”究竟有何区别让人存疑,所谓“合理患者”的意思其实是司法者的替代意思,是医患以外的第三人意思,它所保护的与其说是“患者自治”,不如说是“患者自制”。^[39] 以“合理患者”作为标准,无异于“以选择的名义剥夺了患者的选择权”。^[40]

在斯科特诉布拉德福特案 (Scott v. Bradford) 中,法庭采纳了“患者本人”的主观标准。^[41] 法庭认为,重要的是,若经充分披露,患者本人会怎样选择,而不是虚构的“合理患者”会怎样选择,不论该决定是否合理。患者本人说具有至少以下三方面的优点:

首先,告知后同意规则的意义,就在于尊重患者的自决权,而合理人标准与自决原则相抵触。以“合理患者”为标准进行因果关系判定严重限制了法律对罹受损害的患者的保护程度。如果患者若被充分告知本来会拒绝所建议治疗方案,但类似情境下的合理人却可能同意该方案时,患者的所谓自决权就被剥夺殆尽。充分告知义务的理论基础在于患者的知

[34] Joan H. Krause, Reconceptualizing Informed Consent in an Era of Health Care Cost Containment, 85 *Iowa L. Rev.* 261 (1999).

[35] Mark A. Hall, A Theory of Economic Informed Consent, 31 *GA. L. REV.* 511, 528 (1997).

[36] Canterbury v. Spence, 150 U.S. App. D. C. 263, 464 F.2d 772 (D. C. Cir. 1972).

[37] Ashe v. Radiation Oncology Associates, 9 S. W.3d 119 (Tenn. 1999).

[38] Aaron D. Twerski & Neil B. Cohen, Informed Decision Making and Law of Torts: The Myth of Justifiable Causation, *U. ILL. L. REV.* 624 - 648 (1988).

[39] 参见 Richard A. Heinemann, Note, Pushing the Limits of Informed Consent: Johnson v. Kokemoor and Physician-Specific Disclosure, *Wis. L. Rev.* 1085 (1997).

[40] Cf. Schuck, Rethinking Informed Consent, 103 *YALE L. J.* 957 - 958 (1994).

[41] Scott v. Bradford, 606 P.2d 554 (Okla. 1979).

情权与决定权,而不在于患者的决定是否明智,其偏好是否与大众的价值取向一致。

其次,即使适用“患者本人”标准,也并不意味着原告总能完成对因果关系的证明。选择“患者本人”标准,而非“合理患者”标准,这里的所谓主客观之争实际上是抽象与具体标准之争,在确定具体标准优先后,法庭仍然有权力并负义务就原告主观诉称中甄别其客观真实性。在美国法上,这一司法甄别的任务由陪审团来承担,陪审团从来不会完全相信原告其本来不会接受治疗的诉称,反而经常会认定原告的证言不足采信。

最后,采用“患者本人”标准,乍看似乎是将医生置于患者后知后见的完全支配之下,但一个谨慎的医生总是可能通过向每一位患者充分履行告知义务而保护自己,避免陷入这一被动地位。如果不存在违反告知义务的前提,因果关系的问题根本就不会出现。

不过,违反“告知后同意”之所以从属于专业过失侵权的诉讼类型,而不是“非法侵犯”,是因为其分析的焦点在于医生行为于标准注意义务的偏离,而不在于对患者身体的未经授权的接触。^[42]“患者本人”标准使医疗行为合法性判断的主导权由专业行为自身转交到患者手中,患者意愿成为最后的决定因素,这实际上等于消解了过失侵权作为医疗纠纷诉因的适当性。因此,这一貌似在过失侵权类型下对患者自主权加强保护的新发展,其实在根本上否定了过失侵权,而转向“非法侵犯”的阵营。

综上所述,违反“告知后同意”专业过失侵权,包括三个构成要件:医生负有告知义务而未告知,患者受有损害,以及医生未告知与患者受损害之间存在因果关系。对于医生负有告知义务而未告知,虽然告知只是一项程序性义务而并不要求患者知情,但应明确医生对患者已知事实不负有告知义务;紧急情况本身即为免除告知的正当事由,无须求诸其他理论辗转解释;应赋予医生以一定范围内的医疗特权,使其专业诊疗行为不必受到绝对告知义务的不当限制。对于损害要件,损害应仅限于患者的具体人身法益的损害,而不包括患者自主决定权。对于因果关系的判断,宜采“合理患者”标准而不是“患者本人”标准,绝对的“患者本人”标准消解了过失侵权作为违反“告知后同意”医疗纠纷诉因的适当性,不利于医疗事业的健康发展,也最终将对患者利益造成损害。

[Abstract] Professional malpractice in violation of “informed consent”, in situation of physician and patient, has three constitutive elements: physician’s failure to inform, injury suffered by patient, and causation between the failure and injury. A physician is exempted from the duty to inform under three circumstances: the patient’s in-the-known fact, emergency, and therapeutic privilege. Injury refers to specific injury of personal legal interests, rather than patient’s right to independent determination. Causation should be determined by reasonable patient doctrine, rather than particular patient doctrine, because the latter weakens the necessity of tort of negligence in medical disputes.

(责任编辑:陈 洁)

[42] Marc A. Franklin, Robert L. Rabin, Michael D. Green, *Tort Law and Alternatives*, 8th ed. Foundation Press 2006, p. 125.