

紧急医疗中近亲属推定同意的认定*

张贵湘**

要 目

- 一、紧急医疗行为的正当化根据:推定同意
- 二、紧急医疗行为的适用规则:符合最佳利益原则
 - (一)最佳利益原则的内涵
 - (二)患者最佳利益的判断标准
- 三、近亲属推定同意的认定
 - (一)近亲属推定同意权限的界定
 - (二)患者先前拒绝手术的意愿的效力
 - (三)拒绝治疗场合刑事责任的认定
 - (四)享有同意权的近亲属之间意见分歧的处理
- 四、结论

摘 要 紧急医疗行为具有专断医疗行为的外观,但因病情紧急,且是为拯救患者的重大身体利益,因而可以适用推定同意阻却行为的违法性,同时还蕴含了应当符合患者最佳利益的要求。关于紧急医疗中近亲属推定同意的认定,本文主要探讨并解决了如下争议:近亲属推定同意的界限、患者先前拒绝手术意愿的效力、拒绝治疗场合各方主体刑事责任的认定、享有同意权的近亲属之间意见分歧的处理。

关键词 紧急医疗 推定同意 最佳利益 近亲属

“紧急治疗,是指患者由于突发状况或者其他原因陷入无意识状态,病情十分危急,医生在无法征求其意见的情况下所采取的必要救治措施。”〔1〕一般情况下,医生需

* 本文系 2023 年度国家社会科学基金青年项目“阶梯式临终医疗法律保障体系研究”(23CFX046)的阶段性成果。

** 贵州大学法学院讲师,法学博士。

〔1〕 钱叶六:《医疗行为的正当化根据与紧急治疗、专断治疗的刑法评价》,载《政法论坛》2019 年第 1 期。

要在取得患者同意后实施医疗行为,否则就会因侵犯患者的自我决定权而构成专断医疗,承担相应责任。但在诸多急诊案例中,难以及时取得患者及其家属的同意才是医疗常态,为保护患者的生命安全与重大身体健康,需要立即实施相应的紧急医疗行为,这一类行为客观上具备了专断医疗行为的形式要件,但因情况紧急,又是为了拯救患者的重大身体利益,因而具有正当性。^[2] 具而言之,并非所有的医疗行为都必须取得患者同意,当情况紧急时,未获患者同意的紧急医疗行为仍然可以被正当化。那么,紧急医疗行为得以正当化的根据是什么?具体的适用规则何在?如何对近亲属的医疗决定权限予以适当限制?这都是下文将要探讨并解决的问题。

一、紧急医疗行为的正当化根据:推定同意

紧急情况下实施的医疗行为,毋庸置疑,必然具备正当性。但基于行为时并未取得患者本人的现实同意,自然也就无法援引“患者的同意”来实现正当化,需要另谋出路。

关于紧急医疗行为的正当化根据,学界主要存在紧急避险说与推定同意说两种对立观点。其中,紧急避险说为英美法系国家的论者所普遍支持,主张医疗行为在紧急情况下能够不经患者同意而实施,紧急避险是其得以正当化的根据所在。^[3] 我国台湾地区有学者同样持紧急避险说,认为在紧急治疗的场合,即便医生未对治疗行为加以详细说明,或未得患者同意乃至违背患者的真实意愿,只要医疗行为保全了患者的生命与健康,就可以根据“紧急避险”阻却犯罪的成立。^[4] 具而言之,紧急医疗行为属于紧急避险,依据紧急避险原理,法益的优越性是其正当化原理。也就是说,在特定场合,牺牲较低位阶的利益而保全较高位阶的利益是合乎情理的,能够阻却犯罪的成立。紧急避险成立的前提要件是紧迫危险的存在,在紧急医疗的场合,患者自身的重大疾病就是“正在发生的危险”。当然,“正在发生的危险”并不必然是指危难即刻就要发生,危险如果持续进行下去势必造成重大损害的,仍然属于“正在发生的危险”。例如,医生在患者怀孕初期发现其子宫内有恶性肿瘤,如若任由胎儿生长,胎儿在出生之时必将危及孕妇生命,则可以对孕妇进行堕胎手术。虽然距离胎儿出生尚有时日,但堕胎行为仍然属于紧急避险。如果患者明确拒绝,医生仍然可以依据紧急避险对其实施医疗行为,紧急避险原本就无须取得被害人同意,只要医生客观上保护了患者更为重要的法益即可。^[5] 诚然,从形式上观之,紧急医疗行为旨在情势紧急之时拯救患者

[2] 参见杨柳:《专断性医疗行为刑法处遇问题研究》,东南大学出版社2015年版,第50页。

[3] See Andrew Hockton, *The Law of Consent to Medical Treatment*, Sweet & Maxwell Ltd., 2001, p. 10.

[4] 参见陈聪富:《医疗行为与犯罪行为(下)——告知后同意的刑法上效果》,载《月旦法学教室》2008年总第70期;王皇玉:《强制治疗与紧急避难》,载《月旦法学杂志》2007年总第151期。

[5] 参见前注[2],第51页。

更为重要的生命与重大身体健康利益,因而具有紧急避险的外观。但是,紧急医疗行为中被保全法益和牺牲法益的主体同为患者一人,使得不能无视患者本人的真实意愿直接遵循客观利益权衡的准则。^{〔6〕}因此,从这一层面言之,若仅仅凭借紧急避险作为紧急医疗行为的正当化根据,显然有害于患者自我决定权的行使,并不妥当。也就是说,在紧急避险中因获利方与利损方分别归属于不同的主体,基于连带的社会互助义务,可以无视利损方的主观意愿,强制要求其牺牲自己较小的利益以保全他人更大的利益,以换取将来自己陷入紧迫危难之际他人同样愿意牺牲较小利益以保全自己的更大利益。但是,在紧急医疗的场合,获利方与利损方同为患者一人,因而患者享有高度的自主决定权,可以在自己有权处分的法益范围内完全遵循自己的价值取向和主观偏好作出选择。此时,患者作出的选择,既可能符合对客观利益的权衡,也可能并不符合,甚至可能给患者本人带来更大的损害,但医方对于患者的主观意愿,只要是明确知悉或是推测可知的,都应当予以尊重。因此,只有在紧急医疗行为所保护的法益与推定的患者意愿相一致的场合,紧急医疗行为才能够得以正当化。^{〔7〕}

德日刑法学界关于紧急医疗行为主要持推定同意说。推定同意,是指并不存在被害人真实的同意,但可以合理信赖被害人知悉全部事实真相后当然会予以同意。例如,外出旅游的邻居家中发生火灾,为避免遭受更大的财产损失,行为人擅自撬开邻居家大门进入屋内灭火,就属于推定同意的行为,可以阻却行为的违法性。具体到医疗领域,就是指在患者病情紧急的场合,又难以及时取得患方的同意,由医方推定患者在此情形下是否会同意该医疗行为。也就是说,在具备采取紧急医疗措施必要性的场合,病人陷入昏迷或者不具备同意的能力,使得客观上无法及时获知病人的主观意愿,则医生可以通过病人之前透露的信息,例如预立遗嘱、病人意愿书、问诊时病人表达的意愿或是顾虑以及其他一些客观情况,推定病人的主观真意。简而言之,推定同意仍然是以尊重病人的自主决定权为基础,不能违背病人明显可知或者推测可知的主观意愿。^{〔8〕}正如德国学者罗克辛教授所言,如果适法的医疗行为遵循了患者的最佳利益原则,那么,就可以推定患者在具有同意能力的情况下会作出同意的决定。至于紧急医疗行为能否正当化,应当取决于患者可能的主观意愿,而非对客观利益的权衡。^{〔9〕}日本学者町野朔也认为:“在紧急的情况下,应一律承认紧急治疗符合患者的推定意思而否定医师的刑事责任。”^{〔10〕}此外,基于推定同意是事前进行的一种盖然性判断,假设被害人在场知悉全部事实真相也必然会作出相同决定,即便事后发现违背

〔6〕 参见〔日〕山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第175页。

〔7〕 参见前注〔1〕。

〔8〕 参见王皇玉:《德国医疗刑法论述概说》,载《月旦法学杂志》2009年总第170期。

〔9〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)——犯罪原理的基础构造》,王世洲译,法律出版社2005年版,第497页。

〔10〕 〔日〕町野朔:《患者的自己决定权与法》,东京大学出版会1986年版,第217页。

被害人意愿的,亦不影响推定同意的效力。正是如此,才要求对于推定同意适用的时机加以严格限制,只有当客观上确实难以及时取得病人同意而医疗行为又刻不容缓之时,才允许适用。如果能够等到患者清醒之后再行手术,则必须严格维护和尊重患者的自主决定权,不得以推定同意取代病人的真实同意。〔11〕

综而述之,作为紧急医疗行为正当化根据的紧急避险说和推定同意说,“紧急情况”是二者的成立前提,但二者在理论构造和法益权衡上存在本质差异。〔12〕笔者认为,推定同意才是使紧急医疗行为正当化的核心根据。首先,紧急医疗行为是为保全患者的重大利益而牺牲其较小利益,获利方和利损方均为同一主体,契合推定同意的理论构造,但紧急避险中的获利方与利损方则为不同主体。其次,紧急医疗行为中,保全患者的生命安全与重大身体健康是最终目的,对于患者自主决定权的侵犯仅仅是实现目的的手段而已,对于专属于患者自治领域的这两项权利,难以依据客观利益权衡来判断二者孰更优越,只能取决于患者本人的主观真意,推定同意中亦是如此,但客观利益的权衡却是紧急避险中不可替代的判断准则。最后,在紧急医疗中适用推定同意理论作为正当化根据,与普通医疗中的患者同意具有异曲同工之妙,本质上是一脉相承的,更趋近于医疗行为的内核,有利于在医疗行为中更好地维护患者的“最佳利益”,并为例外情况下放弃紧急医疗行为提供合理解释。〔13〕

需要注意的是,推定同意是行为人对患者主观真意的一种第三方推测,假设被害人在场并知悉全部事实真相,同样会表示同意。推定同意是基于行为去推测权利人的真实意愿,是一种事前盖然性的判断,核心根据在于权利人的个人利益、主观偏好和价值取向。客观利益的权衡仅仅是辅助查明权利人主观意愿的手段之一,只有当确实无法获知或推知权利人的主观意愿时,方可采用客观利益权衡的标准。〔14〕据此可以推知,如果事发当时有足够的信息可以证实患者会拒绝接受紧急医疗行为,那么,就应当尊重患者的主观意愿,即便当时具备采取紧急医疗行为的所有条件也不例外。但是,如果情况紧急,又无法确定患者是否会同意接受紧急医疗行为,就应当转而立于一般理性人的视角,依据客观利益权衡的标准,判断处于该场合之下的理性人是否会作出同意的决定,并据此推定得出患者的主观意愿。“当本人意愿不明时,在生死之间,医生必须首先推定本人的意愿为生。”〔15〕也就是说,当事实存疑之时,应当以保护生命为最佳利益。“简言之,事实有怀疑,只能尽力抢救,不能推测可能有放弃急救的承诺而有所松懈。”〔16〕

〔11〕 参见前注〔8〕。

〔12〕 参见杨丹:《医疗行为的正当化研究》,载《社会科学》2009年第12期。

〔13〕 参见上注。

〔14〕 参见林钰雄:《新刑法总则》,元照出版有限公司2014年版,第286—287页。

〔15〕 车浩:《论推定的被害人同意》,载《法学评论》2010年第1期。

〔16〕 林东茂:《医疗上病患同意或承诺的刑法问题》,载《中外法学》2008年第5期。

二、紧急医疗行为的适用规则:符合最佳利益原则

(一)最佳利益原则的内涵

医疗救助活动常常会面临情势紧急或者其他特殊情形,患者原则上享有知情同意权,应当由其本人作出医疗决定。但当情势紧急或者有其他特殊情形时,常常无法及时获得患者及其近亲属的同意,因而必须建构一套规则以确保患者优越利益的实现,此为最佳利益原则。^[17]

患者最佳利益原则(the Principle of Best Interests),肇始于家庭法中的“子女最佳利益原则”或称为“儿童最佳利益原则”,旨在保护儿童的利益以实现社会利益的最大化。为进一步保护社会中的其他类似群体,最佳利益原则的适用范围逐渐向外扩展。具体到医疗领域,可以解释为代理人应当综合全面地考量各种医疗决定可能给患者带来的利益与风险,并从中选择最有利于患者的医疗决定。以世界医学会(World Medical Association,WMA)于1981年提出的旨在捍卫病人权利的宣言为例,也就是著名的《里斯本病人权利宣言》(Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient),其中第5条“法定失能的患者”之c款规定:“如果病人的代理人作出违反病人最佳利益的决定,医师有义务在相关的法律机构挑战这项决定;如在危急时则以病人的最佳利益实施医疗行为。”^[18]显然,医生应当始终捍卫患者的最佳利益,如果代理人作出的医疗决定背离了患者最佳利益,医生应当不予遵守,紧急情况下甚至可以直接依据患者的最佳利益进行医疗活动。《里斯本病人权利宣言》的序言部分还强调,“医生应当始终遵循良知,维护患者的最佳利益,但也必须同样努力确保患者的自主权和公正待遇”,同时,第1条“得到优质医疗服务的权利”之c款规定,“医生应当始终依据患者的最佳利益为其提供医疗服务,具体实施的医疗行为也应当符合普遍认可的医疗原则”。简言之,在医疗关系中,医生对于患者负有善良管理的注意义务,应始终以维护患者的最佳利益为一切医疗行为的准则。^[19]

最佳利益原则在英美国家的医疗决策中具有至关重要的作用,在代表患者作出决定时,该原则被认为是最合理正当的。^[20]在英国等国家,患者最佳利益原则是医患关

[17] 参见赵敏:《医事法基本原则论要》,载《中国卫生法制》2021年第1期。

[18] 2005年修改后的版本原文为:“If the patient's legally entitled representative, or a person authorized by the patient, forbids treatment which is, in the opinion of the physician, in the patient's best interest, the physician should challenge this decision in the relevant legal or other institution. In case of emergency, the physician will act in the patient's best interest.”

[19] 参见刘兰秋:《韩国延命医疗中断立法之评介》,载《河北法学》2018年第11期。

[20] 参见前注[17]。

系的核心,亦为医学的终极追求所在,也是对无同意能力患者进行诊疗时必须遵循的法律准则。〔21〕患者最佳利益原则是对患者知情同意原则的补充,二者都旨在保护患者的利益。一般情况下,患者知情同意原则与患者最佳利益原则是一致的,绝大多数具备同意能力的患者都是理性而趋利的,作出的医疗决定往往都保护了自己的最佳利益,毕竟每个人都是自己利益的最佳管理者。在患者不能决定、不能理性决定或者关涉他人利益的特殊场合,遵循患者最佳利益原则就能够合理解决私益与公益之间的冲突与矛盾。〔22〕患者最佳利益原则对于解决医患纠纷、协调医患关系不可或缺,理应赋予其医事法律规范上的正当性。〔23〕

但是,很难予以“患者最佳利益原则”一个确切的定义。患者最佳利益原则本质上是一种规范的行为指引,如果以一个狭隘的概念一语概之,必将会导致不必要的制约与困扰。〔24〕英国《心智能力法案》(Mental Capacity Act)以及随后颁布的操作规则(Code of Practice)都没有对最佳利益本身作出明确定义,但却提供了具体应当如何判断的指引。《心智能力法案》规定,关于个人最佳利益,不能单纯凭借年龄(Age)、外表(Appearance)、身体状况(Condition)或者行为举止(Behavior)等就加以评判,而是应当综合所有与患者相关的情况,当个人享有作出特定决定的机会时,应当尽一切努力帮助和鼓励丧失同意能力的主体作出决定,且只有在这一情况下才应将“情况是否紧急”这一因素一并纳入考量。〔25〕除却《心智能力法案》,英国还设立了独立的精神健康辩护人制度(Independent Mental Health Advocates, IMHA)。这类辩护人与丧失同意能力的患者之间是相互独立的关系,设置该辩护人的目的在于服务患者,确保其最佳利益的实现,具体表现为代表患者参与到医疗决策过程中,对医方提供的医疗方案是否符合患者最佳利益进行判断,并提供一切信息帮助确认患者最佳利益之所在。同时,质疑与挑战非基于患者最佳利益作出的医疗决定。简而言之,精神健康辩护人的职责就是守卫与实现患者的最佳利益。因而无论患者是否具备同意能力,精神健康辩护人都有权在合理范围内查看任何医院与单位记录的有利于患者的所有相关医疗信息,医疗信息的持有者也应当提供前述医疗信息。精神健康辩护人有权私下会见患者,以及访问任何一位了解患者病情的专家。〔26〕我国当前虽未设立该制度,但可以借鉴英国的做法,赋予一定组织或机构对于监护人的监督权。具而言之,当患者丧失同意能力之时,近亲属代为作出的医疗决定是否符合患者的最佳利益,可以由居民委员会或村民

〔21〕 参见前注〔17〕。

〔22〕 参见前注〔17〕。

〔23〕 参见祝彬:《论患者最佳利益原则》,载《医学与哲学(人文社会医学版)》2009年第5期。

〔24〕 参见李生峰:《关于“医疗公证”的理性思考》,载《医学与哲学》2003年第10期。

〔25〕 See Mental Capacity Act para.5.16-5.28(2005).

〔26〕 See Explanatory Notes of Mental Health Act 2007, Grafana(27 May 2023), http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/12/pdfs/ukpgaen_20070012_en.pdf.

委员会等组织加以监督和审查;如果患者没有近亲属,则由居民委员会或村民委员会代为作出医疗决定,那么,关于其是否符合最佳利益原则的考察就可以由法院组织相关人员进行。^[27]

(二) 患者最佳利益的判断标准

在个体自主决定权备受关注与推崇的当下,患者最佳利益的实现必然与患者的价值取向与利益偏好息息相关,医生的专业判断反而被大幅度削弱。医疗行为毕竟是直接针对患者自身实施的“伤害行为”,患者本人对专属于自己的生命与健康法益自然应当享有绝对的自主权。因此,在判断是否符合患者最佳利益之时,维护患者的自主决定权是必须始终贯彻的核心要义,在此基础上,才能够有效确认患者的最佳利益之所在。

1. 患者具有相应行为能力时

英美等国家设立患者最佳利益原则的初衷是保护缺乏相应行为能力的弱势患者。但是,具有相应行为能力的患者,同样适用最佳利益原则。^[28] 普遍认为,如果患者具备相应行为能力,且能够依据医师提供的医疗信息作出真实自愿的医疗决定,此为患者行使自主决定权的表现,应当予以尊重与维护。在这一场合,患者自主决定权的亲自行使就表征了患者最佳利益的实现,无论是否符合客观利益权衡的标准,只要是患者内心真意的自主表达即可。原因在于每一个人都是自己利益的最佳裁定者,其有权根据自己的主观偏好和价值取向自由处分自己的个人利益,我们也都应当予以尊重。同时,基于医患之间信息不对称的情况,医生必须尽到详尽周全的说明义务,确保患者能够在全面客观了解病情的基础上,真实自主地表达出自己的内心意愿。事实上,此处的说明义务就已经彰显了医生对于患者最佳利益的认可与维护。

2. 患者不具有相应行为能力时

如果患者不具有相应行为能力,无法基于医生提供的信息作出真实自主的医疗决定,那么,应当由谁代为决定?如何践行患者最佳利益原则?

当患者缺乏相应行为能力时,关于其最佳利益的判断可以依据两个标准进行:一是“医学意义上的最佳利益标准”(Medical Best Interests Standard);二是“延伸意义上的最佳利益标准”(Expanded Best Interests Standard)。^[29] 其中,医学意义上的最佳利益标准是指在患者无相应行为能力,也没有预立医疗决定,且情况紧急无法及时获得患者同意,患者近亲属亦无充分证据证实患者内心真意的场合,医生可以凭借自己的专业素养,遵循医学标准作出符合患者最佳利益的医疗决定。至于延伸意义上的最佳

[27] 参见王丽莎:《精神障碍患者自我决定权于民法上之保护》,载《月旦医事法报告》2018年第20期。

[28] 参见前注[23]。

[29] 参见前注[23]。

利益标准则是指虽然患者无相应行为能力,但病情并不十分紧急,尚有时间去确认患者内心真意,此时应当努力探寻患者的真实意愿,不能再仅仅依据医学上的标准加以判断,还应当综合考量患者个人的信仰、情感、生活习惯、长远利益等各种因素来确认患者的最佳利益之所在。

英国《心智能力法案》不仅确认了患者最佳利益原则是一项基本原则,而且从法律上为患者最佳利益的判断提供了具体操作参考。依据《心智能力法案》的规定,在判断患者最佳利益时,整体上要求必须遵循如下几个规则:①原则上 16 周岁以上的患者应当具有行为能力,除非有相反证据足以推翻;②应当充分、合理地支持和帮助患者作出医疗决定;③任何人不得以患者的决定不正确为由阻止具有行为能力的患者作出医疗决定;④针对缺乏相应行为能力作出医疗决定的患者,医生应当依据患者最佳利益原则作出医疗决定;⑤医生在代表无行为能力患者作出医疗决定时,应当尽可能选择对患者自由和权利不利影响最小的方案。其中,第 4(6)条明确规定,代理人在依据患者最佳利益作出决定时,必须考虑如下因素:其一,患者现在或者过去的愿望与感受,特别是在患者具有行为能力时所作出的任何相关书面陈述;其二,在其具有同意能力时,可能会影响其医疗决定的主观偏好和价值取向;其三,在其具有同意能力时可能会作出怎样的选择。

再如美国纽约州《公共卫生法》也明确规定,“对患者最佳利益的评判应当综合考量如下要素:个人尊严和个性;拯救患者生命的可能与程度;维护、改善或保护患者身体健康与机能;缓解患者痛苦;任何医疗状况以及其他关切与价值”^[30]。此外,部分司法判决也就患者最佳利益的判断提出了需要考量的因素。以 *In re Phillip B.* 案为例,这是一起关涉婴儿最佳利益判断的医疗案件,判决指出:是否遵循父母拒绝治疗的意愿,国家应当在综合审查以下因素之后作出决定:一是孩子病情的严重性或者未来病情严重的实际可能;二是医疗行为对于孩子实际存在或者可能造成的风险;三是医学专业人士对于医疗行为的权威评价。当然,一切审查都旨在确保孩子最佳利益与福利的实现。^[31]

前述立法实践与司法判例中关于患者最佳利益的判断为我们提供了启示,尽管无法明确界定最佳利益的概念,但综合国外实践与我国实情,在判断患者最佳利益时应当考虑如下因素:其一,尊重患者的主观真意,具体是指在患者具有同意能力,且能够准确认知和理解自己病情的场合,应当遵循其自主作出的医疗决定;其二,努力探寻患者的主观真意,具体是指在患者原本具有同意能力又丧失同意能力的场合,应当综合患者的主观偏好、价值取向、预立医疗决定、近亲属建议等因素来确认患者可能会作出的医疗决定;其三,如果患者自始不具有同意能力的,则应当基于维护患者长远利益的视角,优先保护患者的生命安全与身体健康,在尊重近亲属意见的同时,也要注意避免

[30] New York Public Health Law § 2994-d(1987).

[31] See *In re Phillip B.*, 92 Cal. App. 3d 796, 802 (1979).

近亲属权利的滥用;其四,全力维护患者的长远利益,具体是指在具备多种可供选择医疗方案的场合,尽可能选择对患者未来生活不利影响最小的医疗方案;其五,建立关于患者最佳利益的纠纷解决机制,因为对患者最佳利益的判断是综合考量一系列可能影响因素后得出的结论,当患者的近亲属之间、近亲属与医务人员之间难以达成一致意见时,为保障患者最佳利益的实现,应当建立一套快速有效的纠纷解决机制。整体上的解决思路是:在患者不具有同意能力且病情紧急的场合,如果近亲属的医疗决定明显有悖于患者的最佳利益,经过法定程序和认定,医生有权拒绝,并可以基于医学专业精神,结合医学标准以及患者可能的主观意愿等,选择实施其认为最符合患者最佳利益的医疗行为。^[32]

三、近亲属推定同意的认定

医疗行为关涉专属于患者个人自治领域的生命安全与身体健康,原则上只能由患者本人自主决定,而有效的同意必须是患者在意识清晰完整且具有成熟的认识能力与判断能力情形下作出的。也就是说,患者应当具有完整且无瑕疵的同意能力。关于同意能力有无的判断,学界并未形成一致意见,大多认为并不必然要求以18周岁为限,或者以具有完全民事行为能力为标准。而是要求具体问题具体分析,从实际情况去判断被害人是否具有完整的智识,对于所放弃的法益是否具有全面的了解,以及能否理性判断法益侵害的本质、效果与影响。^[33]因此,一个十六七岁的未成年人患者,如果其本人完全能够理解医疗行为的意义、风险、后果与利弊得失,那么,就应当尊重患者本人的意见,而不是优先遵循法定监护人作出的医疗决定。^[34]相应地,即便患者已成年,但其对于事物的认识能力与判断能力不健全,或者因一时的创伤、疾病陷入昏迷,那么患者本人的同意就会因为存有瑕疵而无效,或者根本就无法作出同意的决定,此时,应当认可患者近亲属推定同意的效力。此外,纵使患者本人意见与法定代理人的意见相左,只要患者本人意识清醒,有能力准确、全面地认识医疗行为的利弊得失,且具有同意能力,医生就应当尊重患者本人的意见。

近亲属签字同意制度在我国早已形成,例如,《基本医疗卫生与健康促进法》第32条^[35]中规定,患者在接受医疗行为时享有知情同意权,当患者无法作出同意决定或者

[32] 参见前注[17]。

[33] 参见前注[4],王皇玉文。

[34] Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Aufl., 2004, § 9 Rn. 378.

[35] 《基本医疗卫生与健康促进法》第32条规定:“公民接受医疗卫生服务,对病情、诊疗方案、医疗风险、医疗费用等事项依法享有知情同意的权利。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医疗卫生人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其同意;不能或者不宜向患者说明的,应当向患者的近亲属说明,并取得其同意。法律另有规定的,依照其规定。开展药物、医疗器械临床试验和其他医学研究应当遵守医学伦理规范,依法通过伦理审查,取得知情同意。”

不宜由患者本人作出同意决定时,应当由患者的近亲属作出同意决定。《民法典》第1219条^[36]也对此作出了相同规定。可见,我国同样十分重视征求患者近亲属的医疗意见,原因在于近亲属与患者之间存在特别亲密关系,通常是最为了解患者主观偏好和价值取向的群体,自然比一般人更加了解患者对于医疗行为可能作出的决定,同理,近亲属对于紧急医疗行为的决定自然更能够代表患者的主观意愿与最佳利益。^[37]从这个层面观之,紧急医疗场合近亲属推定同意的成立,与患者的真实同意一样,都旨在维护患者的自主决定权。但近亲属的决定毕竟是区别于患者自我决定的一种独立的意思表示,它是对患者内心真意的一种尝试性接近,并不能完全等同与替代。因此,对近亲属医疗决定权限如何予以适当限制就成为问题所在。^[38]医疗实践中,关于近亲属的推定同意这一议题,主要面临以下困扰:其一,紧急医疗中近亲属的推定同意明显有悖于患者最佳利益的,如何处理?其二,紧急医疗中患者先前存在拒绝手术意愿的,效力如何?其三,紧急医疗中近亲属拒绝同意治疗导致患者死亡的,如何追责?其四,紧急医疗中享有同意权的近亲属之间存有意见分歧的,如何解决?

(一) 近亲属推定同意权限的界定

依据现有医疗相关法律规范的规定,患者本人同意是实施医疗行为的原则性要求,即便患者丧失同意能力,如果手术延迟没有损害,医生就必须等到患者恢复意识,并征求患者本人意见之后再行决定是否手术,此时推定同意是不被允许的。与此同时,患者在丧失意识之前,清楚全面地了解手术行为与意义之后保持沉默的,也应当排除推定同意的适用,因为患者的意愿很明了(即默示同意),不存在推定的余地。如果是情况紧急且患者丧失同意能力的场合,则可以依据推定的同意,将保护无法表达自己意愿的患者的生命安全和重大身体健康的手术行为正当化。^[39]此时推定同意可以由法定监护人、意定监护人、医疗机构负责人等主体作出。尽管现有法律规范对于紧急医疗中的有权推定同意主体给出了清晰答案,但通过典型的“肖志军拒签案”^[40]可以发现,还是存在诸多疑难之处需要解决。在这一事件中,患者李丽云的同居男友肖志军拒绝在手术同意书上签字,医院被迫放弃医疗行为,最终导致患者李丽云不治

[36] 《民法典》第1219条规定:“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医务人员应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其明确同意;不能或者不宜向患者说明的,应当向患者的近亲属说明,并取得其明确同意。医务人员未尽到前款义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任。”

[37] 参见前注[1]。

[38] 参见曹菲:《医事刑法基本问题研究》,载刘建利主编:《医事刑法重点问题研究》,东南大学出版社2017年版,第20页。

[39] 参见前注[9],第538页。

[40] 参见李小娥等诉首都医科大学附属北京朝阳医院医疗损害赔偿案,北京市第二中级人民法院(2010)二中民终字05230号民事判决书。

身亡,胎死腹中。那么,要求医院在获得近亲属签字同意后才实施手术行为的规定是否合理?究竟由谁为李丽云及其腹中胎儿的死亡负责?在该案中,医生实施手术面临以下现实障碍:一是肖志军作为患者唯一在场的近亲属始终拒绝同意手术;二是据医院和其他患者证实,患者本人也曾明确表达拒绝手术的意愿。在这一场合,医生是否可以根据推定同意而实施手术?下文将以“肖志军拒签案”为分析样本,试图对相关疑难问题作出解答。

医生的说明义务与患者的知情权利都服务于患者的“同意”,医疗行为直接关系到患者的生命安全和身体健康,患者又是医疗行为的直接承受者,自然是有权作出医疗决定的主体。但是,患者只有在具有同意能力时,才能够成为同意主体。“所谓同意能力,是指能够理解医疗行为的性质并且接受相应后果的能力。”^[41]然而,医疗实践中的患者并不总是能够具有同意能力,当患者没有同意能力时,患者的近亲属将成为有权同意的主体。那么,近亲属推定同意的界限何在?具而言之,如果唯一在场的近亲属拒绝就合理、必要且紧急的医疗决定作出同意的,应当如何处理?对此,可以更进一步地划分为两个问题:其一,患方没有同意的,医方是否可以凭借专业判断,未经同意而直接实施手术?其二,患者近亲属拒绝同意并导致危害后果发生的,由谁承担责任?

在紧急医疗的场合,因患者无法自己作出同意,所以只能由其在场的近亲属代为同意,但近亲属拒绝同意,而患者又处于亟须救助的紧急状态,如何处理?尽管《民法典》《医疗机构管理条例》《医院工作制度》《病历书写基本规范》等与此相关的条文都明确规定当患者病情紧急且无法取得患者本人同意时,应当取得患者近亲属或者其他有权主体的同意才能够进行手术,但是并未规定如果患者近亲属拒绝同意的,应当如何处置。尤其是患者近亲属具有完全同意能力,在意识清晰且理性的情况下坚决拒绝同意的,将更难解决。在这一情形下,医方和患者近亲属之间关于医疗决定的意见对立,这也使得医疗行为难以实施。笔者认为,在患者本人无法作出有效同意的情况下,医方与患者近亲属之间医疗决定对立矛盾的解决,应当遵循患者最佳利益原则,并尽可能符合患者可能的内心真意。在“肖志军拒签案”中,患者李丽云的病情处于需要立即实施手术的紧迫情况,但其唯一在场并具有完全同意能力的近亲属肖志军却坚决拒绝同意手术,这一拒绝同意的行为严重危及患者李丽云和腹中胎儿的生命安全,明显有损于患者李丽云的最佳利益,应视为无效的拒绝。也就是说,此时近亲属肖志军的推定同意是不能够成立的。“我们很难想象一个国家可以非常重视财产行为代理的制度构建,而在医疗决定的一端却可以坐视无能力患者的生命健康权任由他人来决定而没有法律规范。”^[42]那么,在紧急医疗情况下,符合什么条件的推定同意才能够有效

[41] 冯军:《病患的知情同意与违法——兼与梁根林教授商榷》,载刘建利主编:《医事刑法重点问题研究》,东南大学出版社2017年版,第60页。

[42] 孙也龙:《医疗决定代理的法律规制》,载《法商研究》2018年第6期。

成立?

推定同意的法理基础在于尊重被害人的主观意愿,尤其在关涉被害人人格性法益的场合。但就具体的操作而言,除却外观上可认知的关于被害人利害关系的考量,一般很难凭借其他任何因素来准确判断被害人是否会作出同意的决定。^[43]因此,有学者进而提出一些看似具备操作可能性的外部标准,例如,与被害人有亲密关系、被害人此前曾对同种行为表达过同意、纯粹是为了保护被害人利益、依一般理性人观点判断被害人应当会作出同意以及民法规定的夫妻在日常家务中互为代理人等。^[44]但是,与被害人有亲密关系或者被害人此前曾对同种行为表达过同意,只能作为参考依据,并不能直接作为决定性因素;而依一般理性人观点判断被害人应当会作出同意的标准,则过于抽象和模糊,本身就缺乏明确的指向;再者,一般理性人的观点并不必然与被害人的主观意愿相契合,在推定同意理论中,即便被害人的主观意愿是非理性的,也应当予以尊重和维护。至于民法规定的夫妻在日常家务中互为代理这一标准,其立法重点原本在于确认对第三方的法律效力关系,在推定同意的场合,夫妻关系只能作为判断推定同意是否有效的参考事实,而不可能是主导标准。基于此,不难得出以下结论:患者近亲属是否同意手术,不能够作为决定是否手术的关键因素。在医疗关系中,患者近亲属并非处于主体地位,也并不享有最终医疗决定权。在无法获知患者意愿的紧急医疗场合,应当赋予医方一定的自由裁量权,如果患者近亲属的意见明显有悖于患者重大利益,医方有权拒绝遵循。^[45]也就是说,当患者已经丧失同意能力,无法作出有效决定时,近亲属的意见只能作为推定患者内心真意的重要参考依据,但并不能完全取代患者的自主决定权。^[46]进而言之,当患者本人无法作出有效同意时,医生应当通过患者先前表露的信息与行为举止,例如遗嘱、预立医疗决定和问诊时表达的意愿、其他考量的因素等,或者探寻近亲属对于患者本人的了解,去“推定”患者可能的的主观意愿,并遵循最佳利益原则来推定患者可能的真实想法,据此作出符合医疗伦理的决定。也就是说,近亲属的意见只能作为医生进行“推定同意”时的参考材料之一,并不能完全取代患者本人的真实同意,仅仅发挥辅助和补充的作用。如此,才可避免近亲属“滥用同意权”的情形,医疗实践中常见的“应医而不医”(例如,及时实施紧急医疗行为患者的存活率很高,近亲属却坚决拒绝同意手术)或“不应医而医”(例如,近亲属为了争夺遗产而无视患者是否难以承受剧烈病痛,一再要求医生不能让患者过早断气)情形,始有可能得以避免。^[47]

[43] 参见前注[15]。

[44] 参见蔡墩铭:《刑法精义》,五南图书出版公司1999年版,第197页。

[45] 参见最高人民法院侵权责任法研究小组编著:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第404页。

[46] 参见前注[4],王皇玉文。

[47] Vgl. Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. Aufl., C. F. Müller, 2003, S. 135.

肖志军拒签案就是手术签字同意制度僵化适用的现实佐证,其背后的根源在于对“推定同意”的误读。当患者李丽云病情紧迫,稍有延迟将可能面临死亡危险之时,患者的生死是否可由近亲属肖志军签字决定?一系列新闻报道证实近亲属肖志军性格古怪、医疗知识匮乏,又极不信任医院,在医院竭力对其劝说三个多小时以后仍然固执己见,拒不签字。^[48]在这一场合,近亲属肖志军的医疗决定明显违背了患者李丽云的最佳利益,若坚持将患者的生死交由其决定显然是不妥当的。正如德国学者罗克辛教授所言,密切涉及人格核心的决定是任何人都不能代表的。^[49]作为患者近亲属的肖志军,其对于患者作出的医疗意见仅仅是辅助查明患者意愿的材料,并不能完全取代患者意愿,当他的意见有悖于患者的最佳利益和可能意愿时,医生无须遵从。也就是说,紧急情况下的医疗决定,患者近亲属的意见仅供参考,并不能发挥决定性作用,最终起到决定性作用的是患者的最佳利益和可能的内心真意。该主张并不限于被德国理论界的主流观点所持有,在很多国家的医院中也已经是明文规定的准则。依据日本 NICU 建构的临床指引可知,最佳利益的核心依据在于临床医疗的专业判断,也就是说,最终的医疗决定还是要由专业人士作出,而非代理人独断决定。同样,在美国的医院中,手术前只要求尽到告知义务,无须签字。如果遇到需要紧急救治的情况,如患者大出血、休克或是意识不清,医生享有医疗决定权,而非由患者家属或其他第三人决定,由 3 名以上主治医师立即会诊,商讨确定是否需要手术,医生作出判断后,只须告知家属病情和急救措施即可。在紧急情况下,因家属拒绝手术而导致患者死亡的,医院将承担连带责任。^[50] 综上,紧急医疗中,患者近亲属的医疗决定权的成立是有严格限制的,只有同时符合患者的最佳利益原则和可能的内心真意才能够被遵循。医生为保护患者的最佳利益而实施医疗行为的,即便违背近亲属的意愿,也无须承担损害赔偿赔偿责任。^[51] 当然,如果事先存在患者具有法律效力的预立医疗决定或者书面意思表示,无论是否符合客观利益权衡的原理,都应当尊重患者的自主决定。如果事前只是存在患者的一些口头表示,则还是应当遵循患者最佳利益原则。

(二) 患者先前拒绝手术的意愿的效力

在确定患者近亲属的医疗决定权限之后,对于患者李丽云此前拒绝手术的意思表示,应当如何处理?如果事实正如医院和其他患者所言,患者李丽云在意识清醒的时候同样认为自己只是感冒,又担心无力支付手术费用,曾口头表达拒绝手术的意愿,那么,医生是否可以据此不实施手术?

[48] 参见前注[40]。

[49] 参见前注[9],第 375 页。

[50] 参见《美国医生:遇紧急情况手术决定权在医生》,载新浪网(<https://news.sina.com.cn/s/2007-11-25/022512963422s.shtml>),访问日期:2023年3月13日。

[51] 参见萧奕弘:《欠缺识别能力时的病人自主决定权》,载《月旦医事法报告》2018年第25期。

德国学者罗克辛教授坚定地主张,在生死存亡之际,权利人先前的意愿不得作为医生不实施手术的理由。因为人们无从知晓自己在真正面临死亡之时,将会如何决定。在死亡真正临近的时候,很多人是会改变自己以前的想法而想要继续活下去的,这种事发当时才产生的决定是关系人通过理性思考所不能预测的。^[52] 因此,在紧急医疗的场合,赋予医生及时抢救生命的权利,而不必考虑患者事前是否作出过拒绝治疗的意思表示,也无须顾虑患者事后是否会同意抢救行为,这其实是为患者事后作出决定甚至是选择死亡保留了机会,是对患者自治最好的尊重和维护。因此,紧急医疗中的推定同意是能够得以正当化的,即便患者事后拒绝作出同意的决定也不会影响推定同意的生效,因为医疗行为的实施是为了保护更为优越的利益,理应得到允许。同时,推定同意毕竟不是患者本人作出的真实同意,阻却违法性的效果较之于真实的同意稍弱,因而仅限于在无法获得患者真实同意时才可适用,即推定同意具有补充性和辅助性。^[53] 这也对监护人、近亲属以及医疗机构等有权主体在紧急医疗场合代理医疗决定的权限作出了限制,要求有权代为同意的主体,在缺乏患者具有法律效力的意思表示的情况下,不得擅自作出有损于患者最佳利益的医疗决定,应当尽可能维护患者的最佳利益,为其日后自主决定权的行使保留机会,而生命利益与重大身体健康就是患者的最佳利益。

台湾地区学者黄荣坚对于这一问题则持相对缓和的观点,认为答案不是绝对的,判断核心在于当事人主观价值取向偏离一般理性人观点的程度大小,应当具体问题具体分析。对于一个因失恋而短时间内多次自杀的患者,毫无疑问,医生仍然应当竭力救助;至于一个长期处于植物人状态的患者,医生和近亲属选择拔管放弃治疗的,也应当赋予正当化根据,预留一些现实上的出路。^[54] 就肖志军一案而言,院方和其他患者均证实患者本人在失去意识之前曾明确表达拒绝手术的意愿,认为自己仅仅是感冒,无须手术。但这并不能成为医生不进行手术的正当理由,反而证实患者李丽云拒绝手术的决定是在误解病情和低估后果的错误认识下作出的,意思表示存在重大瑕疵,并非自我决定权真正意义上的行使,更不能表明患者宁死毋医的信念。^[55] 显然,患者李丽云并未一心求死,不过是出于对病情的误解和医疗费用的考量而拒绝手术,医院对此也处于明知的状态,但仍然僵硬地遵从手术签字同意制度而未实施手术。诚然,手术事关患者的核心人格利益,患者享有绝对的自主决定权,即便是非理性的。但是,该案中并不存在真正意义上的患者自治,在真正面临死亡之时,患者李丽云已经陷入昏迷状态,暂时丧失了同意能力,而唯一在场的近亲属肖志军的意见又明显有损于患者的最佳利益。此时,如果要真正意义上实现对患者自主决定权的维护,医院就

[52] 参见前注[9],第539页。

[53] 参见刘建利:《民法典编纂对医疗代理决定刑法效力的影响》,载《浙江工商大学学报》2019年第6期。

[54] 参见黄荣坚:《基础刑法学》(上),元照出版有限公司2012年版,第334页。

[55] 参见前注[15]。

应当立即采取措施竭力拯救患者生命,为其日后“自治”保留机会,而不是一味坚持形式上的被害人真实意思表示,这并不是对患者自主决定权的重视,反而是对患者同意权的僵化解读和错误适用。真正的“自治”并不是一个绝对化的概念,也不存在绝对统一的划分标准,在认定是否构成真正的“自治”之时,必须综合考量信息是否对称、理解能力是否正常等因素,如此才是实质意义上的尊重个人自治。

赋予医生在紧急医疗场合享有推定同意权利的同时,也对医生的专业素养与伦理道德提出了更高要求。在紧急医疗的场合,尽管患者并不能表达自己的意愿,即便其此前明确表达过拒绝手术的意思,但在生死存亡之际,我们都应当假定患者的主观意愿为“生”,竭力抢救。生命只有一次,谁也无法预料患者在生死关头内心究竟是如何抉择的。“在生死的问题上,只有自己能够签字。当本人意愿不明时,在生死之间,医生必须首先推定本人的意愿为生。尊重生命的价值,这个观念本身就是最好的签名。”^[56]

(三) 拒绝治疗场合刑事责任的认定

在肖志军拒签案中,医方遵从了近亲属肖志军的决定而未对患者李丽云进行手术,最终导致患者李丽云及其腹中胎儿死亡,应由何方承担责任?

医方认为应当由患者家属承担责任,原因在于法律明文规定医疗行为需事先取得患方的同意才能够正当化。当患者本人丧失同意能力时,由患者的近亲属代为决定。考虑到近亲属一般是最为了解患者的主体,较之于一般人更能够准确推定患者对于医疗行为的态度,由其代为作出的决定应当是最接近患者内心真意的。但是,如果近亲属的决定明显有悖于患者的最佳医疗利益,就属于对亲权的滥用,自然不能再视为推定同意,此时,医生将不再受近亲属意见的约束。^[57]再者,如果没有监护人、近亲属的同意就无法展开治疗,那么,没有监护人、近亲属的未成年人或者精神病患者将无法获得有效治疗,如此必然会滋生虐待儿童或过早放弃重症患者等问题。因此,在紧急医疗中,近亲属的同意并不必然处于优先顺位或是唯一选择,也就是说,代为同意并非专属于监护人或近亲属的特权,应当始终将推定的患者意愿作为判断核心。如果患者事先立有具有法律效力的预立医疗决定、书面遗嘱或作出其他意思表示,符合特定条件的,应当优先遵循。

在肖志军一案中,客观医疗利益的权衡显然更符合患者的最佳利益和可能的内心真意,无须取得近亲属肖志军的签字同意,医生就可以履行救治义务。原因在于当患者病情紧急,若不立即采取治疗措施将会危及生命或者带来不可逆的重大身体伤害之时,无论患者的近亲属是否同意,医方都应当及时救治。患者原本就在医院接受治疗

[56] 同前注[15]。

[57] 参见前注[53]。

的情况无须赘言,患者在失去意识之后才被送入医院抢救的情形亦然,自患者被医院接收并治疗的那一刻起,医院和医生就应当对患者的生命负责。无论患者的监护人、近亲属是否同意治疗,医生作为保证人的责任和义务都不会发生改变。^[58]但是,该案中医方为抢救患者已经竭尽所能地履行了自己的职责,至少做到了以下四个方面的努力:一是及时诊断并做好随时手术的准备,且在患者病情加重不能手术的情况下以各种非手术方式抢救患者;二是及时向患者及其近亲属履行告知义务,便于其知情并作出医疗决定;三是多次积极与患者和肖志军沟通并试图取得签字同意;四是在肖志军拒签后,找来精神科医生对其精神状态进行鉴定,积极请示上级主管机关(但被通知家属拒签字同意的,不得擅自手术),并通过警方努力查找患者的其他亲属。^[59]“显而易见,医方的行为不仅符合相关法律,而且符合医学伦理,包括对患方意思自治的尊重与维护。”^[60]因此,医生对于其未予救治的行为缺乏违法性认识,不具备期待可能性,并不构成犯罪。

肖志军一案表明,如果是患者本人坚决拒绝手术,纵使关乎生命安全或是重大身体健康,医生也不再负有积极救治的义务,继而也就无须对这一场合的不予救助行为承担任何刑事责任。如果是患者近亲属拒绝同意手术,并由此导致患者死亡的,需要区分两种情形分别处理:其一,如果经鉴定即便及时实施手术,患者死亡仍然不可避免,此时就会因为不具备结果回避可能性而切断患者近亲属的拒绝医疗行为与患者死亡结果之间的因果关系,因而无须担责;其二,如果经鉴定及时手术将能有效避免死亡结果的发生,那么,就要具体考察患者近亲属对于患者面临死亡危险的认识程度,以及对自己拒绝同意手术可能导致的危害后果主观上是何种态度,据此确定是否追究刑事责任,如果构成犯罪的,应当如何定罪处罚。^[61]

(四) 享有同意权的近亲属之间意见分歧的处理

这是患者不具有同意能力之紧急医疗场合的另一难题。虽然与肖志军一案没有直接关联,但仍然可以该案为样本探讨相关问题。原则上当患者为未成年人、精神病人,或是陷入昏迷而丧失同意能力时,由患者的监护人或是近亲属代为同意。在紧急医疗的场合,对于丧失同意能力患者具体医疗方案的选择,具有同意权的近亲属之间常常不可避免地会出现意见分歧,有些近亲属认为应当手术,有些近亲属却拒绝手术;有些近亲属认为应当选择A方案,有些近亲属却认为应当选择B方案。此时,应当如何处理?笔者认为应当遵循以下处理规则:

第一,依据亲属关系的远近,关系越近的亲属关于医疗决定的推定同意越可能成

[58] 参见刘明祥、曹菲、侯艳芳:《医学进步带来的刑法问题思考》,北京大学出版社2014年版,第184页。

[59] 参见王骞:《孕妇李丽云的最后人生》,载《南方周末》2007年12月6日,第A7版。

[60] 苏力:《医疗的知情同意与个人自由和责任——从肖志军拒签事件切入》,载《中国法学》2008年第2期。

[61] 参见前注[58],第185页。

立。患者亲属依据亲属关系的远近可以划分为近亲属和(一般)亲属,以我国《民法典》第1045条^[62]为例,该条规定亲属包括配偶、血亲和姻亲,近亲属则仅仅特指配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。显而易见,近亲属的范围要远远窄于亲属,由此可知,立法者对于亲属关系的认定也持区别远近的态度。^[63]《刑事诉讼法》第108条第(六)项和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第14条都对近亲属的范围作出明确限定,前述法律规范之间基于立法目的和调整社会关系方式的不同,虽关于近亲属的认定有所不同,但整体上远远窄于亲属范畴。可见,我国法秩序整体上对亲属关系是有远近之分的。在紧急医疗的场合,依据与医疗相关法律法规的规定可知,当患者本人丧失同意能力时,原则上所有亲属都有权代为作出医疗决定。但依据立法规定和司法实践观之,医院往往会优先遵循近亲属的意见。也就是说,当近亲属与一般亲属的医疗意见发生分歧之时,近亲属的意见通常更容易被采纳。虽然各个法律规范关于近亲属的规定不尽相同,但结合现有法律规定和医疗实务,笔者建议将近亲属的远近作出如下等级划分,依据亲属关系等级的从近到远,对应主体代为作出医疗决定的重要性程度也依次递减:第一等级,配偶、父母、子女;第二等级,兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;第三等级,其他具有扶养、赡养关系的亲属。此外,若不具有同意能力的患者为未成年人或是精神病人,则其监护人应属于第一等级的近亲属。因此,在紧急医疗的场合,若不同等级近亲属之间的医疗决定存在分歧,应当优先遵循高等级亲属的医疗意见。

第二,如果同一等级内部亲属之间关于医疗决定存在冲突,应当具体情况具体处理。一是如果医方建议应当及时手术,但部分亲属同意手术,部分亲属拒绝同意的,则应当进行手术。因为当医方提出实施手术的医疗建议时,表明医方认为在这一场合及时采取医疗行为是有益于患者生命安全和身体健康的,符合患者最佳利益。若部分亲属基于各种原因拒绝手术的,只要不能出具类似患者预立医疗决定、书面同意等相关具有法律效力的证据证实患者确实主观上不愿意手术,就可以推定其拒绝同意医疗手术的行为有损患者的最佳利益,医方就无须遵从,直接获取同意手术亲属的签字同意实施手术即可。此时,医方实施手术的行为依据推定同意的原理阻却违法性成立,实现正当化。二是如果医方建议应当及时采取手术,患者亲属也同意手术,但不同亲属之间对于应当具体采取何种手术存在意见分歧,那么,应当优先遵循医生意见。尽管医生会向患者及其亲属履行告知义务,详细周全地告知患者亲属各种手术方案的利

[62] 《民法典》第1045条规定:“亲属包括配偶、血亲和姻亲。配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”

[63] 《刑事诉讼法》第108条第(六)项规定,“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹;最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第14条规定,《行政诉讼法》第25条第2款规定的“近亲属”,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。

弊,但较之于专业人士医生而言,作为非专业人士的患者亲属对于具体应该采取何种医疗方案更符合患者的最佳利益,往往缺乏专业的识别和判断能力,因而由医生依据专业判断作出最终医疗决定,会更能够符合患者的最佳利益。^[64] 三是如果医方建议不应当对患者采取手术措施,部分患者亲属认可医生意见,但部分患者亲属坚持要求手术,那么,医生就应当不实施手术行为。因为医生是作为专业人士给出的专业意见,其给出的医疗建议较之于作为业外人士的家属,原则上更加符合患者的最佳利益。简而言之,此时让医生对医疗决定享有实质性的推定同意权将更有利于保护患者利益。

四、结 论

综上,在患者丧失同意能力的紧急医疗场合,无论是由近亲属还是医生对患者意愿进行推定,都应当谨遵患者最佳利益原则,并尽可能符合可明知或可推知的患者主观真意。也就是说,此时是否采取医疗行为,具体采取何种医疗行为,都应当遵循患者最佳利益原则并符合患者可能的主观意愿,如此才能够具备正当化根据,为法律所容许。当患者近亲属之间就是否采取医疗行为、具体采取何种医疗行为存在意见分歧时,应当将实质决定权赋予医生,由其基于专业知识判断何者的意见更符合患者最佳利益和可能的主观意愿,谁更符合就遵循谁的医疗意见。若近亲属意见都不符合患者最佳利益和可能的主观意愿,应当赋予医方拒绝的权利。

[64] 参见前注[2],第108页。