

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2020.03.010

患者知情同意权行使主体的司法认定

——基于 48 份民事裁判文书的分析

丁 磊

(重庆大学 法学院, 重庆 400044)

摘 要: 确定患者知情同意权行使主体是构建医疗知情同意权制度的基础。经实证分析,法院确定主体范围时,没有区别亲属、家属、近亲属概念;考察主体同意能力时,以行为能力制度代替意思能力审查,未区分不宜与不能;裁判主体顺位时,基本否定患者在意定代理下保有同意权,不认可近亲属行使决策权有顺位。针对实务中的认识偏差,应使用近亲属概念并扩充至丧偶儿媳、女婿,确立意思能力作为是否具有医疗同意权的判断标准,细化不能告知的考察因素及不宜告知的基本情形,明确他人代为医疗决定的原则是患者最佳利益,从关系亲疏、财产依附程度及决策能力高低角度规定近亲属顺位,废止负责人批准程序。

关 键 词: 患者知情同意权;行使主体范围;行使主体同意能力;行使主体顺位;医疗特权;紧急救治

中图分类号: D 923 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-3758(2020)03-0073-10

Judicial Determination of the Subject of Exercise of Patient Informed Consent

—— An Analysis Based on 48 Civil Judgments

DING Lei
(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

Abstract: Determining the subject of exercise of the patient informed consent is the basis for building a medical informed consent system. After an empirical analysis, it was found that the courts did not distinguish the concept of relatives, family members, and close relatives when determining the scope of the subject. It was also found that the courts replaced the review of the mental capacity with the capacity system, and did not distinguish between inappropriateness and incapability when examining the subject's ability to agree. It was also found that the court basically denied that the patients have rights to consent under the intended agent, and did not recognize that the close relatives have the right to exercise decision-making authority when judging the subject order. Aiming at the misunderstanding in judicial practice, we should use the concept of close relatives and expand it to include widowed daughter-in-law, and son-in-law, establish mental capacity as a criterion for judging whether there is medical consent, add provisions that refine investigation factors that cannot be notified and basic situations that should not be notified, make clear that the principle of others making medical decisions is in the

best interest of the patient, define the order of close relatives from the perspective of kinship, property dependence and decision-making ability, and abolish the approval procedure for the person in charge.

Key words: patient informed consent; scope of the subject of exercise; ability to agree of the subject of exercise; order of the subject of exercise; medical privilege of the subject of exercise; emergency treatment

一、问题的提出

《侵权责任法》第55条第1款第1句和第2句前段确立了医疗知情同意原则,第2句后段和第56条规定了该项原则的例外——医疗特权和紧急救治。自2007年的李丽云事件到2017年的马荻荻事件,患者知情同意权非但没有淡出我们的视线,反而让人更加疑惑其归属主体仅是患者还是患方?行使主体有无顺位?赋予同居男友等关系人行使知情同意权是否恰当?在紧急情况下,医疗机构对于近亲属或关系人明显不利于患者救治的意见有无一票否决权?当然,实务问题远不止此,如患者欠缺同意能力时医疗机构如何告知?又如非紧急情况下近亲属意见不一致如何取舍?但可惜的是,《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(简称《医疗损害责任解释》)对此未有任何回应。对患者知情同意权的保障应先落实到行使主体的规制之上,否则下个十年悲剧仍会重演。

为了穷尽患者知情同意权行使主体争议的司法案例,截至2019年11月19日,笔者在中国裁判文书网收集到713份民事裁判文书。其中:以“侵害患者知情同意权责任纠纷”为案由搜索到243份裁判文书,以“医疗损害责任纠纷”为案由、以“知情同意权”为关键词搜索到46份高级人民法院裁判文书和327份2014—2019年度中级人民法院裁判文书,以“人格权纠纷”为案由、以“知情同意权”为关键词搜索到15份裁判文书,以分别引用《医疗损害责任解释》第5、18条搜索到82份裁判文书。经反复研读与梳理,去除29份重复文书和636份与研究对象无关的文书后,筛选出

分析样本48份,争议焦点大致可归纳为行使主体范围、同意能力、顺位三类,案例占比分别为43.75%(21个)、16.67%(8个)、39.58%(19个),可见行使主体有无医疗决策权是核心争议焦点。

二、患者知情同意权行使主体的范围

我国患者知情同意权行使主体种类包括患者、近亲属、家属、关系人、监护人、法定代理人、医疗机构负责人,一般将患者、家属统称为患方。就监护人与法定代理人概念,因后者较多使用在程序法上,故实体法中选择前者表述为恰。剩余主体中,近亲属与家属概念交叉,司法裁判中更是不区分亲属、家属、近亲属;关系人因没有法律定义而指向不明。当然,谈及行使主体前必先论及归属主体,否则无法回答行使主体顺位问题。

1. 知情同意权之归属主体——患者

我国知情同意权归属主体有四种模式:一是家属或单位任选模式^①;二是患者和家属共享模式^②;三是患者或家属任选模式^③;四是患者模式^④。第一种认为归属主体非患者,第二、三种体现了归属主体为患方的认识。但从支撑各种模式的法规数量及其生效时间来看,总体上是一个从重视家属、单位到同时重视患者、家属,再到重视患者的变化过程^[1]。

在48份分析样本中,第一种模式已退出历史舞台。第二种共享模式也已被否定。如梁兴和案^⑤中,儿子将左肾摘除移植给其兄长,其配偶及母亲认为没有取得家属同意,法院认为虽然《人体器官移植技术临床应用管理暂行规定》第30条规

① 参见《医院工作制度》(1982年)第四十项所附“施行手术的几项规则”之第6项。

② 参见《医疗机构管理条例》(2016年修订)第33条。

③ 参见《临床输血技术规范》(2000年)第6条;《执业医师法》(2009年修正)第26条。

④ 参见《侵权责任法》(2007年)第55条,《医疗损害责任解释》(2017年)第5条第2款,《精神卫生法》(2018年)第43条。

⑤ 参见陕西省西安市中级人民法院(2009)西民二终字第46号民事判决书。

定要取得家属签字同意,但这是部门规章,而《人体器官移植条例》第19条仅规定捐献人签署知情同意书,后者是行政法规,效力高于前者。赞同第三种任选模式的案例有9个^①,其中直接以《医疗损害责任解释》第5条第2款为法律依据的有5个^②。笔者认为该条是《侵权责任法》第55条第1款规定的延续,“患者或患者近亲属”之表述仅指患者或患者近亲属签字的两种情形,并未变更归属主体模式。第四种患者模式已成为司法裁判的主流观点,综合各案^③裁判说理,法院认为知情同意权是“患者的基本权利”,原则上由本人行使,只有遇患者欠缺行为能力、因病无法签字、因实施保护性医疗措施不宜说明的特殊情况下,才能由他人代为行使。

知情同意权被认为基于人之尊严,是自我决定权的体现。基于人格权的固有性和专属性,知情同意权的归属主体只能是患者而不能是患方,近亲属等仅可能代理患者行使。

2. 关系人概念之废止

李丽云案中,同居男友肖志军因愚昧、迷信拒绝医疗机构为前者行剖腹产手术,被前者父母起诉至法院。胡贵宝案^④中,患者因参加单位组织的旅游活动而就医,法院认为陪同人员是活动管理人,属于“关系人”,决策有效。虽然司法裁判认可关系人代为行使知情同意权,但就争议产生的原因来看,关系人如何定义及可否代表患者利益值得深思。笔者不赞同保留关系人法律概念。

一方面,关系人内涵、外延不确定。关系人范围只能通过实质性要素判断确定,如要得出“特别密切关系之人”之结论,没有经过一番仔细沟通并提供相应关系证明资料是很难办到的,这对医疗机构而言是不堪重负的,且法律也不应苛求其能准确判断哪种关系是立法所认可的“关系密切”。同时,法院在判断“关系密切”时会有较大自由裁量空间,可能危及患者自决权。

另一方面,近亲属之外的人很少与患者产生人身财产依附关系。当今社会,家庭模式由大变小,一般只有近亲属才会与患者一起生活,并承担

照顾患者、支付治疗费用的责任,两者具有一定人身或财产依附关系,因此奠定了前者代理后者行使知情同意权的事实基础。如让“关系人”行使决策权,决策结果可能不负责任或不能代表患者利益。仍以李丽云案为例,肖志军是其同居男友,双方没有扶养关系,也无共同财产基础,其本人事后也解释不同意签字行剖腹产是害怕万一李丽云死了,她的父母要其承担责任,所以肖志军的决定因没有代价而可能变得不负责任。胡贵宝案,患者认为“关系人”保守治疗的决策与其最佳利益不符,而采取积极措施也许可以避免现实瘫痪的损害结果。

知情同意权是《民法典(草案)》第1003条身体权保护法益——维护身体完整的体现,自然应由本人行使,仅在特定情形下才由第三方代为行使,如第三方范围不确定,将可能使患者沦为权利客体。考虑到目前紧张的医患关系,废止关系人概念,扩大近亲属范围(下文详述),更能维护各方利益。

3. 亲属、家属用语之舍弃

司法实践中,法院未严格区分亲属、家属、近亲属,且家属是比亲属、近亲属使用率更高的“法律术语”。具体而言,48份分析样本中,法院评析时使用亲属的共5个(占10.42%),使用家属的共20个(占41.67%),使用近亲属的共19个(占39.58%)^⑤。其中,1个(占2.08%)同时使用亲属、家属,2个(占4.17%)交替使用亲属、近亲属,8个(占16.67%)交叉使用家属、近亲属,2个(占4.17%)一并使用亲属、家属、近亲属。

我国法律调整的亲属范围尚不明确。学理上认为,亲属是指人们基于婚姻、血缘和法律拟制而形成的社会关系^[2]。虽然《保险法》等采纳了亲属表述,但法律法规从未对其下过定义。《民法典(草案)》第1045条第1款采纳现代通说理论规定亲属分为配偶、血亲、姻亲三种。由此可见,未来我国关于亲属范围的规定采总体限定模式,没有限制亲属等级,仍将存在范围不明的困扰。

家属是封建家长制的产物,不是法律术语。

① 参见安徽省合肥市中级人民法院(2019)皖01民终175号民事判决书。

② 参见湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂05民终826号民事判决书。

③ 参见湖北省黄石市中级人民法院(2014)鄂黄石中民三终字第00050号民事判决书。

④ 参见浙江省海宁市人民法院(2018)浙0481民初1878号民事判决书。

⑤ 有些裁判文书说理时没有使用亲属、家属、近亲属表述,有些裁判文书说理时同时使用前述多个术语的则分别统计,但合计比例少于100%。

历代封建法律中所称家属是家长统率下以共同生活为目的而同居的其他家庭成员,系从属地位,不限于亲属^[3]。我国婚姻家庭法中没有设置家长制,法律法规也没有对家属进行定义。《民事诉讼法》中有10处家属的提法,并在个别条文中限制为“同住”,有重复表述之嫌疑,因为成为家属的前提就是“共同生活”。《民法典(草案)》第1045条第3款规定配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员,第一次从法律层面对“家庭成员”进行定义,系近亲属下位概念,而未使用家属概念。

概言之,法律调整的亲属范围具有较大争议,家属概念含义不清且非严格意义上的法律术语,如采用可能导致权利义务指向对象不明。是故,建议舍弃亲属、家属用语,而使用近亲属表述。

4. 近亲属概念之使用并扩大至丧偶儿媳、女婿

虽然《民事诉讼法》《刑事诉讼法》《行政诉讼法》中规定的近亲属范围均不一致,但是在各自领域内无争议,所以在规范亲属关系时使用近亲属表述最恰当,同时也符合家庭规模小型化的改变趋势。

在民法典制定之前与之际,许多学者都提出要扩大近亲属范围,如增加“同居一家共同生活的儿媳与公婆、女婿与岳父母”,加入“姑姑叔叔和侄子侄女、姨妈舅舅和外甥外甥女”。有学者更是担心如患者没有《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(简称《民通意见》)第12条规定的近亲属,将导致医疗决策权利落空^[4]。《民法典(草案)》第1045条第2款沿用《民通意见》规定近亲属,因有全国人大代表提出“共同生活”认定困难,故《民法典(草案)》第1045条未保留《民法典婚姻家庭编(草案三次审议稿)》(简称《婚姻家庭编三审稿》)第822条第3款“共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿,视为近亲属”之内容。

笔者认为,“共同生活”是事实问题不难证明,关键是“共同”范围的确定——同住一屋;而以“视为”为依托间接扩充近亲属范围具有合理性,但应限于“共同生活的丧偶儿媳、女婿”。《婚姻家庭编三审稿》公布时,立法机关未直接扩大近亲属范围,意味着对直系姻亲纳入近亲属持谨慎意见,概

因近亲属涉及回避、代理等制度范围不宜过大,现行法规定的近亲属范围基本符合以核心家庭和直系家庭为主的模式^[5];而采用视为表达间接扩大近亲属主体地位,系解决学界呼声的迂回路径,是为进一步考察直系姻亲是否适宜列入近亲属范围的权益性手段。“视为”的法理基础之一是实现公平正义的立法目的。在医疗决策方面,如将范围扩充至共同生活的公婆、岳父母,当配偶健在,基于血缘关系的天然紧密性及姻亲关系建立在婚姻关系基础之上,则公婆、岳父母决策实现的利益一般是配偶利益,并非患者最佳利益,马茸茸案即是例证;即便配偶死亡,公婆、岳父母年龄较大,一般而言分析及选择医疗措施的能力并不如其他年轻近亲属或医疗机构,且无力抚养儿媳、女婿,故加入其作为决策主体缺乏妥当性。将范围限制在“丧偶儿媳、女婿”考虑的因素是:一方面,当子女健在,一般无配偶决策机会,不会影响患者利益;另一方面,在长期实行计划生育政策的背景下,基于生活紧密性、个人决策能力,由儿媳女婿决策更能发挥核心家庭养老育幼的功能,且与《民法典(草案)》第1129条规定的尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿作为第一顺位继承人相匹配。同时,直系姻亲纳入近亲属范围,也有域外经验可循,如《法国民法典》第206、207条规定。质言之,《民法典(草案)》第1045条应增加近亲属范围适当扩大至共同生活的丧偶儿媳、女婿之内容,以特别维护老年患者的医疗决策利益。

三、患者知情同意权行使主体的同意能力

无论患者抑或近亲属,进行医疗决策的前提是具备相应同意能力,司法实践中主要存在限制行为能力人何时有同意能力(成年精神障碍患者)、完全行为能力人的同意能力何时被限制(病情不宜被告知)两种争议。

1. 成年精神障碍患者的同意能力

《民法典(草案)》延续《民法总则》第21、22条将“不能(完全)辨认自己行为”作为判断欠缺行为能力的核心依据,《民通意见》第5条将辨认能力解释为判断能力和自我保护能力,理论上认为就

是意思能力。然而,在李新芳案^①中,一审、二审、再审法院均认为,原告入院时患精神分裂症,为限制行为能力人,丈夫是其法定监护人,有权决定对其行双侧输卵管结扎手术,即以限制行为能力否定患者存有同意能力。

同意能力的判断标准主要有行为能力说和识别能力说之争,主流观点采识别能力说。之所以不采行为能力说,是因为意思能力判断属于客观事实判断,但个案审查成本高、技术上可操作性差且可能助长公权力恣意,所以实证法上设立行为能力制度替代意思能力判断。然而,毕竟意思能力仅是行为能力的基础,行为能力只是大致反映了自然人的意思能力状况,通常情况下,意思能力借助行为能力这个壳影响法律行为的效力^[6]。行为能力注重维护财产利益安全,而不为人身权益设计,虽然前者往往依附于后者存在,但是患者对医疗行为的同意能力更多体现的是对身体支配的能力。之所以采识别能力说,是因为设立、变更、终止不同法律关系需要的意思能力不同,复杂行为要求有更高的判断能力,简单行为只需简单判断能力足以。识别能力就是意思能力,德国通说认为包含意思要素和精神能力两项,前者是核心,即是否具备实施某项行为能力判断的核心在于意思决定的自由而非精神理解能力,前者需由法官进行价值判断,后者则可通过司法鉴定判断。两要素并非独立,后者会对前者产生一定影响。“判断能力”“自我保护能力”更倾向于精神能力方面的概述,缺乏对意思要素的描述。

具体至李新芳案中,虽然患者在行双侧输卵管结扎手术时自述有精神障碍,但并无资料显示已确诊为精神分裂症,且当时未被法院宣告为限制行为能力人,故医疗机构在未要求患者或近亲属提交关于患者行为能力欠缺证明资料的基础上,不能仅凭精神障碍的事实认定当时丈夫是妻子的监护人而成为知情同意权行使主体。法院也不能采纳行为能力认定具有溯及力之观点而倒推当时患者是限制行为能力人,更不能就此完全否定患者同意能力,否则便是对心智弱者自决权的过分限缩。其一,是否结扎的医疗决定并不需要很高的判断能力,因为既不涉及他人,也对身体健康并无重大影响,且避孕并非必须采取此措施。其二,结扎手术涉及患者的生育自由,波及基本人

格利益的维护,不应随意被褫夺。其三,依据《母婴保健法》第19条规定,无行为能力人才需经过监护人同意并签字,即限制行为能力人可以自由决定结扎与否。由此,限制行为能力的成年精神障碍患者并非一概无医疗同意能力,关键在于如何判断行为与其智力、精神健康状况相适应。

随着精神障碍者对“正常化”和“残余能力活用”的诉求越来越强,如何为其作出医疗决定已为各国成年监护立法所重视,能力推定、最小限制、最佳利益是基本原则^[7]。关于现行法上行为能力定型化安排,学者克服建议主要为对行为能力制度的类型变更或废除上,但对现行法冲击过大,超过了“法律解释和法内续造”的范畴,不如考虑从解释论角度出发,对意思能力进行类型化,设置强制谈话程序,适用能力推定原则,让“智力、精神健康状况水平”在司法实务中具有可评判性。其一,意思能力类型化,是指依据意思要素的圆满程度及精神能力的瑕疵强度,将限制行为能力中的意思能力以可否独立或需他人协助、是否受精神能力瑕疵影响、对特定事务是充分、基本抑或有限理解其意志决定内容并合理预见行为后果为等级标准划分类型^[8]。其二,参照《德国民法典》第1901条第2款,应要求医疗机构在取得近亲属同意前,必须经过与患者的谈话程序,了解其意愿并以患者意愿为主,特别是结扎手术,该法第1905条规定在患者无法表示同意时,近亲属才能同意。其三,法院应坚持成年人推定具有行为能力的观念,即医疗决策的意思能力审查以法律拟制为原则,以个案审查作矫正。

一言以蔽之,行为能力制度、监护制度设计目的均在于避免意思能力欠缺者受损,故在实践中绝对不能成为剥夺意思能力欠缺者意思自治和自主决定权的工具,应逐步将替代决定制度改变为协助决定制度,使得被监护人的平等权利和能力得到尊重。

2. 正常成年人同意能力的限制——不宜告知说明

《侵权责任法》第55条第1款规定的不宜向患者说明,实质为完全行为能力人的同意能力也有被限制的情形,但条文并未明示此处的患者是否包括意思能力欠缺人,即不能是否涵盖在不

^① 参见河南省高级人民法院(2018)豫民申1986号民事裁定书。

中,以及何种情况属于不宜,导致实务中纷争不断。48份分析样本中,有1个涉及扩大解释不宜包含不能。有3个涉及不宜情形的判断,如“冠心病一急性下壁心肌梗死”^①“脑瘤和癫痫”^②是否属于不宜说明。有1个^③认为即便不宜告知说明,也应事前由患者授权近亲属代为行使知情同意。由此突显出确定不宜说明边界的重要性。

有学者从文义解释角度出发,认为《侵权责任法》第55条第1款“不宜”没有包含患者不知情同意能力的情形^[4]。立法上,“不宜说明”被表达为“避免对患者产生不利后果”^④,也被表达为“实施保护性医疗措施”^⑤,但无法律法规对其进行解释;理论上认为就是医疗特权。但无论如何,不宜说明仅指基于客观情况判断而对患者同意能力进行人为限制。至于不能说明,立法上规定为“处于昏迷等无法自主作出决定的状态”^⑥,只能理解为不包含患者本人非前述状况下仍欠缺意思能力之情形,但笔者认为应将不能说明扩大解释包含患者欠缺意思能力和昏迷无法决定两种情形,否则可能因没有对患者欠缺意思能力这种情形明确规定而再次出现立法漏洞。《民法典(草案)》第1219条已区分不能与不宜。

域外两大法系关于医疗特权都有较为丰富的规定,相比之下,英美法系更有特色。在英美法上,紧急救治、医疗特权、患者弃权是免除医疗机构告知说明义务的三大主要情形。医疗特权的伦理基础是行善原则、不伤害原则,以患者的整体福祉与最佳利益为判断标准^[9],一般在癌症、艾滋病等重症病名或病情是否应当告知情形被广泛论及。英美法理论总体上认为医生考虑是否披露信息的因素包括患者年龄、性别、宗教、教育水平、身份、情绪、知晓意愿、预计寿命以及家属意愿、医疗复杂程度等;日本法增加了患者病情轻重、本人人格、家庭环境、医生与患者信赖关系以及医疗机构人力、物质设备^[10];德国法将评判依据总结为患者得知后是否可能休克、严重伤害身心健康、自杀。但英美法有些学者担心上述因素过于笼统,

很难证明哪种因素对患者影响力有多大,故对医疗特权展开类型化研究,区分为披露影响生命及身心健康、披露引起恐惧妨碍合理决策、披露带来焦虑妨害治疗效果、患者濒临死亡披露不人道、披露风险大于介入疗法风险、披露会严重损害第三人利益等情形^[11]。

虽然我国医疗特权理论已见雏形,但是基于立法用语不一、定义不一,导致司法部门对此概念理解不够准确,进而造成对患者自主权的侵害。以贺祥寿案^⑦为例,法院认为如过分尊重本人意愿,待造成病情加重危及生命时再行手术,“治疗效果如何,难以预料”,所以类推不宜说明。但法院并未考虑告知说明后会对学生造成何等不利影响及病情轻重,将医疗目的仅局限于维护生命健康利益,医生关于救治的专业判断完全排除患者个人意思,侵害了患者自主意识。随着医疗信息越来越透明,加之患者治疗方案及家属态度也会间接反映患者病情的严重性,故医师不告知的余地越来越小,可能更多应当考虑如何告知的问题。其一,医疗特权必须限制在末期重症病情范围内,如癌症、艾滋病。即便有脑瘤和癫痫的症状,但只要患者就诊时神志清醒,仍应保证其知情同意权,坚持“有限承认、严格适用”^[9]的立场。其二,医生行使医疗特权必须有判断过程的记录。在采取诊疗措施前,医生应当与患者深入沟通,主动了解患者的性格、情绪稳定性、家庭氛围、医患关系的信赖度以及患者对病情知晓意愿的程度并记录在患者病历档案信息中,让患者签字确认。如知晓愿望强烈,后续病情及医疗措施等均应告知患者;如患者反应接近符合上述英美法的医疗特权类型,应以动态方式掌握患者对重症病情的接受度,阶段性、机会性地告知相关医疗信息。当然,告知后一旦发现患者情绪有陷入忧郁、崩溃的可能,则向近亲属告知说明并取得同意。至于事前就让患者签字确认如出现不宜告知说明时转向近亲属告知说明,可能反而引起患者的不安。

① 参见广西壮族自治区来宾市中级人民法院(2017)桂13民终720号民事判决书。

② 参见福建省福州市中级人民法院(2018)闽01民终9864号民事判决书。

③ 参见甘肃省兰州市中级人民法院(2019)甘01民终1455号民事判决书。

④ 参见《执业医师法》第26条第1款;《医疗事故处理条例》第11条。

⑤ 参见《医疗机构管理条例实施细则》(2017年修订)第62条。

⑥ 参见《医疗纠纷预防和处理条例》(2018年)第13条。

⑦ 参见上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民一(民)终字第3070号民事判决书。

四、患者知情同意权行使主体的顺位

既然知情同意权归属主体应采患者模式，则行使决策权时患者的顺位理应优于近亲属，但非紧急救治情形下患者出具授权委托书后，是否仅依据代理人意见即可确定诊疗措施？裁判观点不一。近亲属之间有无顺位？法律也未予明确。在紧急救治情况下，患者放弃治疗而近亲属要求治疗，是否应完全尊重患者意见？如近亲属意见明显不利于患者，医疗机构可否继续救治？司法解释均未予置评。

1. 非紧急救治情形下意定代理人同意权的限制——患者意见第一

患者出具授权委托书后，是否仍为知情同意权第一顺位人？48份分析样本中有2个是否定答案，1个是肯定答案^①。笔者赞同肯定观点。

患者同意能力缺损是他人代为医疗决定的充分条件，故非紧急救治且患者有同意能力情形下，开展胎儿抢救、影响生殖功能以及运动功能的手术、器官移植手术、临床试验、生物医学研究等重大事项时，即便有授权委托书，医疗机构也应当尽量征求患者本人意见。原因在于：其一，权利处分涉及利益对患者影响重大。组织器官切除、影响生育方式等手术将极大降低患者未来生活质量，征求患者本人意见是对患者选择未来生活状态的充分尊重。如王明天案^②中，虽然法院依据知情同意书载明“输卵管视术中具体情况而定”而认定基于患者术中昏迷经征询丈夫同意有效，但是又认为“在告知方式、时间上存在一定瑕疵”，可见对此情况下何者为同意权人有所摇摆。其二，代理人决策结果可能损害患者利益。虽然有学者主张在调整亲属人身关系以及与身份相关的财产关系时适用“性善论”，而“理性人”都以追求自己福利的最大化为出发点，所以知情同意权代理行使过程中可能产生各种风险。常见情形有利益分歧的道德风险，如李云霞案^③中，孕妇对胎儿抢救的利

益与丈夫产生了分歧；目的不当的道德风险，如老夫少妻、子女继承遗产等原因导致决策并非符合患者最佳利益。所以近亲属利益与患者利益并非总是一致，不能让患者最佳利益被代理人最佳利益替换了。

《侵权责任法》第55、56条都是知情同意权行使的法定路径，应当增加意定路径，这是患者对自身权利的处分，应得到法律尊重和保护，但前提是特殊事项下患者意见仍然在先。同时，授权委托书签署应采实质性审查标准^④，体现对患者负责。

2. 非紧急救治情形下近亲属的顺位

因我国未规定近亲属顺位，故王翠霞案^⑤中，法院没有支持原告认为告知应按先配偶后兄弟姐妹顺序进行的观点，一定程度上反映了我国知情同意权具体内容极度匮乏的现状。

一般而言，陪伴患者的近亲属不止一位，需考虑近亲属顺位问题。我国学者基本赞同应依据与患者亲缘关系的远近、参考监护顺序以及继承顺序考虑近亲属顺位层级。有观点认为，第一顺位是配偶、父母、成年子女；第二顺位是兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；第三顺位是其他亲属和其他关系人，并指出同一顺位人意见不一致的，可由医院伦理委员会最后斟酌裁定^[12]。另有观点认为，第二顺位为兄弟姐妹、祖父母、外祖父母；第三顺位为成年孙子女、外孙子女；在无法取得近亲属一致意见的，应当取得多数人意见^[13]。

笔者认为第一顺位是配偶、父母、成年子女毫无争议，因为此类主体直接与患者产生扶养、赡养、抚养关系；同时因共同生活的丧偶儿媳、女婿视为近亲属，故也可成为第一顺位决策人。第二顺位则不能完全参照《继承法》第10条，且不能将祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女作为同一顺位。从代理人的同意能力来讲，孙子女、外孙子女更为年轻，应当更容易接受医疗信息及理性作出决策；从年龄上讲，孙子女、外孙子女更可能实际对患者履行经济上、生活上具体的赡养义务，加之不是法定继承人，所作出的决策更可能与患者利

① 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2017)黔01民终1504号民事判决书。

② 参见江苏省高级人民法院(2016)苏民申330号民事裁定书。

③ 参见上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终13541号民事判决书。

④ 赞成实质审查的案例有贵州省镇远县人民法院(2015)镇民初字第00312号民事判决书，赞成形式审查的案例有湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂05民终826号民事判决书。

⑤ 参见湖北省高级人民法院(2017)鄂民申92号民事裁定书。

益保持一致。因此,将第二顺位确定为兄弟姐妹、孙子女、外孙子女更为合适。第三顺位是祖父母、外祖父母,不应再罗列其他亲属和关系人,因为后者不应被纳入行使主体范围。同时,不再细化同顺位近亲属决策权的优劣^①,当同顺位人员决策不一致时,由医学、法学、伦理学、社会学等专家组成的伦理委员会发挥守门人作用,进行最终评判。

当然确定了近亲属顺位,并非指医疗机构就必须找到第一顺位决策人签字。正如朱晓冬案^②中,法院认为医疗机构的职责是治病救人,没有义务寻找患者近亲属,除非患者提供信息。故仅征求可以联系的近亲属,按形式审查主义确认身份^③并按顺位采纳意见即可。

3. 紧急救治情形下决策主体的顺位——患者最佳利益第一

《侵权责任法》第56条规定了紧急救治,草拟者因为“认识上不一致”“分歧较大”,明确排除了“患者或者其近亲属明确表示拒绝采纳医疗措施的情况”^[14]。最高人民法院在草拟《医疗损害责任解释》时又以“涉及医疗伦理问题”“难以准确把握”等原因^[15],对“患者与近亲属意见不一致”“近亲属的意见明显不利于患者利益”情形不予规定,等于仍然排除了患者或近亲属拒绝治疗的情形。但前述争议的处理规则对患者自主与生命健康的利益影响重大。

(1) 紧急救治情形的判断

《医疗损害责任解释》第18条将《侵权责任法》第56条规定的不能取得近亲属意见类型化为以下四种:“近亲属不明”“不能及时联系到近亲属”“近亲属拒绝发表意见”“近亲属达不成一致意见”。关于第四种类型,应不属“不能取得近亲属意见”情形,因为“不能”是指无法取得意见,而非无法取得一致意见,两者有本质区别。就第一、二种类型,48份分析样本中有3个涉及如何判定是否属于该类型的问题。如刘月梅案^④中,家属在患者入院2.5个小时后才到达医疗机构,又过了20分钟才同意治疗,法院认为已经属于“不能及时联系到近亲属”的情况。第三种类型客观效果

上与第二种类型相似,拒绝发表意见等于无法联系到。

其实,第一、二、三种类型本质上都与紧急情况判断有关,如情况没有紧急到生命马上可能要终止,或影响重大身体健康风险,也许还有时间“查明”并联系近亲属,等待其发表意见。笔者认为,紧急情况的判断应由医疗机构依据紧急救治的相关诊疗规范确定,在价值导向上鼓励、倡导医疗机构积极实施紧急救助,对于“急于”救助的认定不宜太宽松。同时,医疗机构应对客观情况符合不能取得患者或近亲属意见做好记录^⑤,否则诉讼时可能面临因举证不能而被法院认定侵害患者知情同意权的情形。

(2) 患者拒绝治疗时的处理规则

紧急救治中,生命健康权与知情同意权的冲突比在一般医疗诊治中更为明显,原则上应优先保护患者自决权;当面临患者有自杀倾向或者因经济窘迫不合理拒绝治疗时,则应限制患者自决权,因为此时患者的决定并非旨在维护、促进其优越的生命健康利益的正当要求,医生完全有权拒绝^[16]。因此,权利的顺位应在特别事项范围内进行利益权衡。尊重患者自主权并不代表患者的任何决定都会被尊重,除非这是“一个负责任的选择”。

当患者与近亲属意见不一致,原则上应听从患者本人意见,即便拒绝治疗,因为这是私事自治权在医疗关系中的体现,不能用患者最佳健康利益来束缚患者行使自决权。医疗行为所保全和侵害的利益都是患者利益,但何为最佳利益,不能仅凭客观利益衡量来判断,只能由患者真实意思决定。正所谓,医疗中的最高法理,不是治疗而是患者意思。

(3) 近亲属拒绝紧急救治的处理规则

如近亲属拒绝救治明显不利于患者利益,医疗机构能否继续救治,即此时近亲属的决策顺位是否应让渡于医疗机构?司法实践让人喜忧参半。李丽云案中,法院显然否认了此种观点。倪

① 参见福建省大田县人民法院(2017)闽0425民初2046号民事判决书。该案中,知情同意书由患者父亲签字,母亲认为其决策权优先于父亲,法院不予支持。

② 参见北京市第一中级人民法院(2016)京01民终5236号民事判决书。

③ 参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终14673号民事判决书。

④ 参见吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2018)吉24民终1410号民事判决书。

⑤ 参见宁夏回族自治区银川市兴庆区人民法院(2018)宁0104民初3518号民事判决书。

华鲜案^①中,法院认为患者病情严重,固然近亲属要求由EICU病房转入普通病房,但是医疗机构“未能书面详尽地告知不利后果即劝阻患者家属配合治疗”,故而承担责任。虽然,法院秉持生命健康权优先的理念,认为拒绝救治不利于患者利益,否定了近亲属的医疗决定结果,但事实上并未细致分析此时患者最佳利益是否就是生存利益。

当近亲属决定明显不利于患者利益时,医疗机构不再是代理关系外的无关第三方^[17];他人代为的医疗决定只有在符合患者最佳利益原则的前提下,其才能实施。“最佳”是一种相对的判断,就是某些利益比其他利益更为重要,属于典型的价值判断而非事实判断,具体判断标准可细化为“医学最佳利益标准”“拓展的最佳利益标准”。前者考察的重要维度是医疗措施对生命质量的影响;后者意在提升与保护患者福祉,包括考虑主观元素如患者的愿景、信仰、价值偏好以及患者身体完整性的利益等^[18]。拓展的最佳利益更从患者个体性要素特征出发,但临床中不好判断,因为患者的个人信息基本无法完整、准确的传递给所有决策者。所以实际的做法是以医学最佳利益标准为基础,适度融入拓展利益。因此,如倪华鲜案的判决要让当事人得以信服,法院必须分析患者本人的意愿、生存的可能性及医疗措施对未来生活的积极影响。

(4)“医疗机构负责人批准”程序的废止

我国《侵权责任法》第56条独创了批准程序,域外紧急救治均无此项要件。在《医疗损害责任解释》第18条第2款明确经批准实施医疗措施不承担责任之后,司法实践的立场也由未经批准不承担责任^②迅速转变为未经批准承担责任^③。笔者认为该程序设置弊大于利。

其一,不具有合理性。一方面,程序本身有失公允。《医疗损害责任解释》第18条第2款推导出批准了没有责任、没有批准就有责任的结果,意味着将批准与救治本身是否符合医疗规范完全割裂开来。另一方面,违反此程序没有行政责任。《医疗机构管理条例》第六章没有规定违反第33条的行政责任,《医疗纠纷预防和处理条例》第四章继续对没有履行批准手续的行为后果视而不见,则程序设置的目的仅能理解为以免内部追责。

其二,没有必要性。医生按照自己的专业知识来裁量医疗措施,故救治行为是否合法,不在于是否得到了有关主体的批准,而在于医生对紧急情况的判断及采取的措施是否恰当^[19]。况且,对外而言,不管医生是否履行报批手续,其救治行为均属职务行为,也应由医疗机构承担责任。再者,操作性差,可能影响救治的及时性。

五、结 语

为了让患者自决权不再微微颤立在一纸“知情同意书”上,笔者建议:第一,对《民法典(草案)》第1045、1219、1220条作主体范围的修改。第二,将《医疗损害责任解释》第5条第2款、第18条第1款第(四)项以及第2款删除。第三,颁布医疗损害责任司法解释(二),对第1219、1220条中术语涵义及适用情形进行细化。法律条文的修正只是开始,如何让冰冷的规则变为充满人性的关怀,有待医疗机构以及司法部门共同努力。

《民法典(草案)》修改如下:

第1045条……

配偶、父母……为近亲属。

共同生活的丧偶儿媳、丧偶女婿,视为近亲属。

配偶、父母……为家庭成员。

第1219条 医务人员在医疗行为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。不能或不宜向患者说明的,应当向患者的监护人或近亲属说明,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。

第1220条 因抢救生命垂危的患者等紧急情况,不能取得患者或其监护人、近亲属意见的,应立即实施相应的医疗措施。如医疗机构认为前述意见明显不利于患者最佳利益的,也应立即实施前述医疗措施。

关于《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释(二)》的建

① 参见安徽省合肥市中级人民法院(2018)皖01民终4747号民事判决书。

② 参见四川省成都市中级人民法院(2014)成民终字第5572号民事判决书。

③ 参见河南省平顶山市中级人民法院(2018)豫04民终1569号民事判决书。

议稿:

第* *条 医疗行为是指如欠缺医学判断及技术会对人体造成危害的行为。

不能向患者说明的情形,包括患者主观上没有同意能力及客观上处于昏迷等无法自主作出决定的状态。患者有无同意能力,需结合患者意思要素的圆满程度及精神能力的瑕疵程度进行判断;具体以可否独立或需他人协助、是否受精神能力瑕疵影响、对特定事务是充分、基本抑或有限理解其意志决定内容并合理预见行为后果为等级标准划分类型。

不宜向患者说明的情形,指医疗机构向患者如实说明《民法典》第1219条第1款规定内容可能造成患者身心健康受到重大损害。医疗机构需在治疗过程中以记录与患者谈话内容等方式,并通过了解患者知晓意愿、性格、价值观、家庭环境等方面来证明存在前述情形。

第* *条 《民法典》第1219条规定的近亲属意见不一致的,依照配偶、父母、成年子女、共同生活的丧偶儿媳及丧偶女婿;兄弟姐妹、孙子女、外孙子女;祖父母、外祖父母的先后确定优先顺序。如同顺位中近亲属决策不一致时,由医学、法学、伦理学、社会学等专家组成的伦理委员会最终决定。

第* *条 患者可授权第三方行使《民法典》第1219、1220条规定的医疗知情同意权,但第三方不得转委托。在能向患者说明的情况下,涉及开展胎儿抢救、损伤生殖功能以及运动功能的手术、器官移植手术、临床试验、生物医学研究等对患者生命质量有重大影响的事项时,仍需征求患者意见。

代他人为医疗决定者,需具备作出相应医疗决定的同意能力,需尊重可知或应知的患者本人意愿;确实无法得知的,应依据患者最佳利益原则作出决定。

参考文献:

[1] 季涛. 谁是医疗关系中知情同意权的主体? [J]. 浙江社

会科学, 2010(2):10-13.

- [2] 马忆南. 婚姻家庭继承法学[M]. 北京:北京大学出版社, 2019:46.
- [3] 何群,郭丽红. 婚姻家庭继承法学[M]. 厦门:厦门大学出版社, 2018:54.
- [4] 满洪杰. 侵害患者知情同意权如何承担责任[N]. 中国社会科学报, 2010-06-22(10).
- [5] 夏吟兰. 民法典体系下婚姻家庭法之基本架构与逻辑体例[J]. 政法论坛, 2014,32(5):142-148.
- [6] 常鹏翱. 意思能力、行为能力与意思自治[J]. 法学, 2019(3):106-117.
- [7] 李霞. 成年监护制度的现代转向[J]. 中国法学, 2015(2):199-219.
- [8] 孙犀铭. 意思能力的体系定位与规范适用(下)[J]. 交大法学, 2019(2):120-129.
- [9] 穆冠群. 论英美法上的医疗特权——兼议保护性医疗措施在我国民法典侵权编中的构建[J]. 政治与法律, 2018(5):27-43.
- [10] 植木哲. 医疗法学[M]. 冷罗生,陶芸,江涛,译. 北京:法律出版社, 2006:331.
- [11] van Oosten F F W. The So-called Therapeutic Privilege or Contra-indication: Its Nature and Role in Non-disclosure Cases[J]. Medicine and Law, 1991,10:31-42.
- [12] 蔡昱. 对我国医事法律中患者自主决策权相关规定的质疑与建议[J]. 法学杂志, 2009(2):117-119.
- [13] 王竹. 解释论视野下的侵害患者知情同意权侵权责任[J]. 法学, 2011(11):93-100.
- [14] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法解读[M]. 北京:中国法制出版社, 2010:278-279.
- [15] 沈德咏,杜万华. 最高人民法院医疗损害责任司法解释理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社, 2018:324.
- [16] 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[J]. 政法论坛, 2019,37(1):122-132.
- [17] 徐洁,张渝. 论他人代为医疗决定的法律构造——以切实保障成年患者自决权为宗旨[J]. 政法论丛, 2019(2):57-67.
- [18] 陈化. 知情同意的伦理阐释与法制构建[M]. 北京:人民出版社, 2019:214-215.
- [19] 唐超. “医疗机构负责人批准”是否必要? ——《侵权责任法》第56条的解释论[C]//刘艳红. 东南法学(第11辑). 南京:东南大学出版社, 2017:37-38.

(责任编辑:王 薇)