

【文章编号】1002—6274(2019)02—057—11

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

徐洁 张渝

(西南政法大学民商法学院 重庆 401120)

【内容摘要】我国《侵权责任法》第55条、第56条规定,患者在不宜或无法做出医疗决定时由其近亲属代为行使医疗决定,但是该规则并未明确其近亲属代为医疗决定所应遵循的法定条件和标准,以致实践中其近亲属所做决定即便明显违背患者意愿或利益,医师也不得不按照其决定实施医疗行为。从国外相关立法及理论发展来看,保护患者自决权、防止他人代为医疗决定的任意性是其基本立场;确立医师的相关特权能在一定程度上发挥抗衡他人越权决定的作用。我国在将来制定侵权责任编中,需以保护患者自决权为出发点,完善他人代为医疗决定的具体规则,切实保护患者权益。

【关键词】自我决定权 决定能力 成年监护 医师特权

【中图分类号】DF48 【文献标识码】A

一、问题的提出

每个患者都享有涉及自身医疗干预的自我决定权,这一理念经历上世纪五十年代以来世界医学组织的反思运动及后来各国人权保障运动,已在世界各国形成共识,并成为医学界共同遵守的行为准则。^{[1]P59-77}患者对医疗干预的自我决定权,不仅涉及到对保持身体完整的权益,更重要的是,其作为自己决定权在医疗领域的具体化,亦是一种以体现个人生命价值和人格尊严为重要内容的基本人权,^{[2]P51}我国《侵权责任法》第55条即是基于对患者自主决定权之尊重,参考国外“知情同意”规则制定而成。^{[3]P37}不过,因为患者自我决定是以患者具备健全的自主意识为前提的,所以,当患者不具备决定能力时,法律规定由他人代为患者做出医疗决定,亦可发生患者自己做出医疗决定之效果的规定。依据《侵权责任法》第55条、第56条的规定,他人代为医疗决定有两种情形:一是第55条中“不宜向患者说明的”情形,即指患者若知晓真实病情很可能会产生悲观、恐惧的情绪或出

现沉重的心理负担,反而不利于治疗的情形,^{[4]P320}这种情形在医学界被认为是患者采取保护措施;二是第56条规定的“紧急情况”。2007年肖志军案以后,《侵权责任法》明确规定了紧急情况下,除了近亲属可以代为患者决定外,在医师征求近亲属代为决定而不能取得近亲属意见的情况下,由医疗机构负责人或被授权的负责人员签字实施医疗方案,其本质上可认为是医疗机构代为医疗决定。根据上述规则,患者之外存在近亲属和医疗机构两种主体的代为决定,而本文所指的他人代为决定,仅限定在医方—患者关系之外的第三人决定。

上述规则解决了在患者不能亲自决定的时候,由谁来做出医疗决定的难题。但在实践中,却时常发生他人代为医疗决定侵害患者权益的案件,比如我国近几年多起产妇羊水栓塞案^①,以及2017年的榆林产妇案,这些都表现出在我国现行法规定的法定情境下,只要存在近亲属明确的意见(包括对医疗干预的拒绝),无论该决定本身是否符合患者权益,医师均只能按此决定执行;而2017年的榆林产妇案同时还反映这样一个现状:因为近亲属同意有着与患者同意

* 基金项目:本文系四川哲学社会科学重点研究基地四川医事卫生法治研究中心重点课题“患者知情同意权现状调查及制度完善研究”(项目编号:YF11-Z02)的阶段性成果。

作者简介:徐洁(1971-),男,四川江安人,法学博士,西南政法大学民商法学院教授、博士生导师,研究方向为民商法学、医事法学;张渝(1983-),女,贵州遵义人,西南政法大学民商法学院博士研究生、遵义医科大学法学副教授,研究方向为民法学、医事法学。

同样的法律效果。鉴于近亲属更有可能成为潜在的医疗纠纷主体,导致医疗机构更倾向于优先考虑近亲属的意见,将“不宜向患者说明的”情形范围扩大,将判断患者缺失决定能力的标准模糊化,比如不加区分的认定产妇不具备决定能力,扩大近亲属代为医疗决定的范围,避免给自身带来法律风险,最终使得患者权益受到损害。

上述现象实则反映了他人代为医疗决定法律规则中值得深究的如下三个问题:1.他人代为决定能产生与患者自己决定同样的法律效果的正当性依据是什么?2.根据其正当性依据,他人代为决定若要产生与患者自己决定同样的法律效果,应遵循的具体原则和规则有哪些?3.当他人代为决定违背其义务,明显损害患者权益的时候,应如何保护患者权益,避免患者损失的扩大?

毋庸置疑,患者自我决定权是一项基本人权而神圣不可侵犯,法律在允许他人代替患者进行医疗决定时必须具备正当性依据,以此为法理依据明确他人代为医疗决定的条件以及他人代为决定侵害患者权益的判断标准和救济途径。我国现行法虽解决了患者无法决定时“谁来决定”的问题,但未处理“为什么由该人决定”、以及“该人决定应遵循什么原则和规则”、“该人决定不符合法定条件、患者权益该如何保护”等问题。本文试通过对上述三个问题的分析,探讨如何在我国民法典侵权责任编中构建妥善的他人代为医疗决定规则。

二、他人代为医疗决定的正当性依据

鉴于医疗决定在做出后产生的法律效果是医师应按照此决定进行医疗干预,而医师在医疗过程中又有其自身的一套医疗伦理原则需要遵循,因此,就他人代为医疗决定的正当性依据,可以分为两个层面分析,其一是患者作为决定能力缺损者时,他人代为做出医疗决定的正当性依据,此问题涉及他人替代意思能力缺损者决定私人事务的一般性理论;其二是涉及代为医疗决定的特殊性问题,即他人代为的医疗决定产生约束医师按其医疗决定行事的正当性依据。

(一) 他人替代意思能力缺损者决定私人事务的理论及规则发展

近代民法受康德哲学理论的影响,通过先验地规定主体性特征来塑造作为民法上的自然人,一是规定其“权利能力”的主体性地位,二是通过规定理性能

力——行为能力来抽象作为民事主体的自然人。^{[5]P141}自然人是否具备理性能力,决定了其能否以其自由意志参与法律交往。近代民法通过将理性能力——行为能力类型化,^②概括出能以其自由意志参与法律交往的法律主体之后,对保护理性能力受损者的法律构建,则分为了两个层面,第一个层面被称为消极保护,即法律根据个人缺乏意思能力的程度,将其类型化为无法通过意思自治去完成法律交往的人,法律则以限制或者禁止其法律交往的方式,清除意思能力欠缺者遭受损害的可能性,然后通过第二个层面的积极保护,即法定代理人制度或监护制度,将代理人的代理行为归于被代理人,作为限制行为能力人实施的法律行为,完成其所需的法律交往。^{[6]P398}因此,传统民法中对成年人意思能力缺损者的保护制度,即成年监护制度,首先是通过宣告成年人欠缺行为能力,使其成为无法通过自己行为去完成法律交往的人,然后再以接管被监护人的自治地位为前提,提供监管和他治。^{[7]P263}上述制度将意思能力以行为能力制度类型化,通过他人理性保障第三人在与意思能力缺损者进行法律交往时,能获得理性、稳定的决定,更有利于交易秩序的维护。

近代民法对意思能力缺损者的保护模式,随着社会的发展凸显出诸多问题。一方面,在社会历史进程中,经过20世纪50年代医学上抗生素发展的黄金时期,传染病、感染等被有效的控制,人类的寿命得以普遍延长,^{[8]P6}世界各国纷纷步入老龄化社会,成年监护的适用从精神病人扩展至老年人及其他身心障碍者,^{[9]P234}监护事项也不再仅着重于财产管理,还包括了人身管理,比如医疗事务。另一方面,随着人权理念的发展,在许多领域,自我决定从一种理念上升为以人格尊严为依据的权利,即自我决定权。^{[10]P132}人的自由意志中的自我决定自由,逐渐成为社会的最高价值,作为有主体地位和尊严的人,不但要求人格完整存在,更要求对自己人格特征的自我决定和塑造的能力,以寻求人格的发展和完满,因此,意志在人格领域的决定自由获得承认,并成为整个法律体系积极实现的重要价值目标。^{[11]P182}由于上述社会实际需求的变化和人权理念的发展,法学学者提出,以简单类型化行为能力宣告制度为前提,以“他治”代替“自治”的成年监护制度,存在三个显著的问题:第一,过多的介入个人自由。老年人及其他身心障碍者完全丧失决

定能力者非常少,虽然每个人都将在老龄化的过程中面临意思能力逐渐衰退的自然走向,但并非所有老年人都必然达到行为能力欠缺宣告的条件,^{[12]P132}进而以接管方式限制其自主。第二,遗漏了部分需要被保护的人。由于严格设定成年监护的保护条件,不属于规定类型的人即使不具备足够的判断能力,也得不到必要的保护。^{[13]P34}第三,因欠缺意思能力而以“他治”代替“自治”,在一定程度上违背了最有利于受保护人的出发点。^{[7]P263}

显然,当自我决定在人身管理的领域成为一项以人格尊严为依据的权利时,原有的对意思能力缺损者的保护制度,为保护交易安全和稳定,用他人的理性选择代替本人的价值取向,则缺乏相应的正当性依据。那么,对于意思能力缺损者,在意思能力缺损时,的确无法自我决定,又当如何保护体现其人格尊严的自我决定权呢?

在现代民法权利能力的理论下,人的主体性表现在权利能力的赋予,而确定某人具有权利主体的资格,意味着通过行使权利所获得的利益应归属于权利主体。^{[14]P782}欠缺行为能力者虽无法通过自己行为行使权利,但因其仍然是具有权利能力的法律主体,所以仍应获得行使自决权所应得到的利益。德沃金将个人自决权下的利益分为“体验权益”(experiential interests)和“关键权益”(critical interests)。^③对于意思能力缺损者而言,未必存在对亲自行使自决权这种过程体验的需求,但却一定存在行使自决权所体现的主体性和个人尊严这种关键权益的要求。如果在意思能力缺损者的关键利益能够被识别的情况下,他人的代为决定违背了表达本人关键利益的意愿,则是否定了个人的主体性和个人尊严。即使是痴呆病人,他人也不可轻易地、武断地为他做主,忽视其曾在生命历程中留下的关键利益,从而抹杀他的尊严。^{[15]P8}在这样的理论基础下,他人代意思能力缺损者决定私人事务时,则将尽最大努力探求意思能力缺损者在生命历程中的价值偏好和意愿,帮助其获得个人自决权下的权益,维护其主体性和个人尊严,作为对意思能力受损者权益保护的主要内涵。当他人代为能力受损者决定私人事务的法律规则,以最大化尊重个人意愿为正当性依据,将他人定位为协助能力受损者实现人生关键权益的辅助人时,医疗决定等涉及人身权益的事项则被顺利纳入到了他人可以代理决定的事项,他

人代为患者医疗决定则具备了其正当性依据,他人对此类事项的代理行为在尊重个人意愿的理念和原则下,将有利于意思能力缺损者人格的充分体现。^{[16]P1231-1278}而当他人代为的医疗决定违背了患者表达其关键权益的个人意愿时,此决定便失去了其正当性依据,法律则需具备对此种情形做出否定性评价的相关规则。

基于上述社会现状和理论发展,从上个世纪六十年代,许多国家开始修订本国的成年人监护制度,诸如德国、日本、韩国等国家修法将受照管同本人的行为能力相脱钩,承认社会生活、社会现实的复杂性,而构造出新的现代成年监护制度。^{[17]P22}成年监护制度的内容也从片面侧重被监护人的财产管理到侧重被保护人的人身保障,从侧重对被监护人的看管照顾到促进被监护人的自觉自立,从全面接管被监护人的生活事项到有限事项的监护等。^{[18]P23}2006年联合国大会通过、有146个国家签字的《联合国残疾人权利公约》,以确保实现残疾人能够全面享有所有人权为要旨,确立了最大化尊重个人自决的原则,该公约第12条规定,缔约国应该确认残疾人平等的享有法律能力,应当采取适当措施,便利残疾人获得他们在行使其法律权利能力时可能需要的协助;缔约国应当确保,与行使法律权利能力有关的一切措施,均依照国际人权法提供适当和有效的保障。这些保障应当确保与行使法律权利能力有关的措施尊重本人的权利、意愿和选择。根据《残疾人权利公约》所确立的“最大化尊重自我决定权”的理念,许多国家修订后的成年监护制度不再仅具有单一的行为能力补充功能,还负有援助或帮助能力缺失者实现私权的义务,支援其作为独立的人参与正常人社会,从而达到“自立(人的尊严)”。^{[19]P86}

在各国(地区)修法将保护意思能力缺损者的民法制度确立在以最大化尊重能力缺损者意愿为理念和原则后,也顺利将他人代为医疗决定规则纳入现代意思能力缺损者的保护制度之中,作为能力缺损者保护制度在医疗情境中的具体运用。^{[20]P49-57}在立法模式上,一些国家,如德国、瑞士,在现有的成年人辅助制度规定中,增加了关于医疗决定代理规则的特殊条款,2013年修改后的《德国民法典》1901a条-1905条,其中涉及他人代理医疗决定的特别规定,其位置在亲属法中的成年人照管一章中,并明确代理人应考虑病人的生

前愿望并在此基础上做出决定,即目的明确在保障作为人格尊严的患者自我决定权之最大化。^{[21]P240}而另一些国家和地区,如美国 and 我国台湾地区,则采用单独制定病人医疗决定权利方面的法律、将他人代为医疗决定做单独规定的立法模式。美国通过《病人自我决定法案》、《统一医疗决定法》等相关法律确立了持续性代理在医疗决定中的适用,^{[22]P15-16}在患者失去决定能力时,由医疗委托代理人辅助患者实现其自主决定,在患者没有来得及委托医疗决定代理人时,也确定了亲属监护人的代理权,代理人应当尽可能的为患者的偏好做出决定,代理人应对自己是按照患者可能的意愿做出决定提供明确的证据,在美国1990年的 *Nancy Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health* 案^④中,最终判决认可了州法院要求对 Nancy Cruzan 撤除人工维生设备的意愿有明确或令人信服的证据,以此否定了代理人的医疗决定。

总体而言,现代世界各国立法所反映出的他人代为意思能力缺损者决定私人事务的理论和规则发展趋势是:一方面,法律将对个人决定能力的评价,放在具体情境下完成,具有问题特定性和时效特定性,最大限度的贴合个人的具体现实需求和实际意思能力水平,^{[23]P70}法律只在个人需要获得保护的具体事宜上有限干预。另一方面,将他人替代意思能力缺损者决定私人事务规则所要实现的目标定位在维护被保护人的自治地位,^{[7]P263}提供照顾的人应帮助意思能力缺损者实现行使自决权的最大利益,即尊重意思能力缺损者表达关键权益的意愿,而非以他人自身意愿“代位”行使决定权。

(二) 医师实施他人代为决定的医疗方案的医疗伦理基础

在民法对意思能力缺损者的保护制度中,他人根据法律规定或者委托,为意思能力缺损者决定私人事务,意思能力缺损者、代理人及第三人之间形成法律上的代理关系。但在患者、代理人以及医师之间形成的医疗决定代理关系中,医师与被代理人之间的代理外部关系,相较于一般情况下第三人与被代理人之间的代理外部关系,具有特殊性。一般情形下,第三人在与被代理人之间的代理外部关系中,对被代理人不负有积极保护的义务,只负有不积极侵害权利的消极义务,比如我国《民法总则》第164条第2款明确禁止代理人和相对人恶意串通损害被代理人合法权益即

为一例。而医师与被代理人(患者)之间的代理外部关系,医师还应依据现代医疗伦理原则,对被代理人(患者)承担独立的医疗伦理义务。

在医疗史上,对医疗方案的决定权,存在一个由医师代替患者决定到医师尊重患者自主意愿的发展过程。有利原则和不伤害原则是医疗职业传统的伦理原则,医师的专业决定被认为是有利于患者、或者最起码不会伤害患者的决定,医学发展在这两个原则下形成了传统的医疗家长主义,^{[24]P9-12}使得医师为患者做出医疗决定具有医学伦理上的正当性。后来病患自我决定权被提出并成为抗衡传统医疗家长主义的伦理观和权利观,^{[25]P14}以此防止医师专断地代替患者决定医疗方案,用医学上的有利判断代替患者的价值判断。美国1974年的 *Miller v. Kennedy* 案^⑤中法官在判决书中写道“患者有权对他自己的命运和尊严表达意见,而医师必须为患者实现他的尊严的决定提供实质性的医疗帮助”。20世纪70年代后,形成了现代尊重患者自决权原则的理论通说,即认为患者对医疗方案的自我决定权,不仅涉及到对保持身体完整性的权益,更重要的是其被确定为一种以体现个人生命价值和人格尊严为重要内容的人格权。^{[26]P1}

而在知情同意规则和患者自我决定权被世界范围的倡导的同时,世界医学会和世界医师协会一直在致力于保持医师职业的独立性与自身的尊严。被学者们知悉的1946年的《纽伦堡法典》确立了人体试验中的知情同意规则,并被广泛运用至各国的医疗决定法律之中的同时,1948年世界医学会制定了《日内瓦宣言》,作为医师新的宣言誓词,要求医师通过行业自律,保持对病人做出应有的责任和义务;1981年世界医师协会制定的《里斯本宣言》,其中明确了患者的自主决定权,但也未将知情同意绝对必要化,只是要求“医师在根据自己良心为患者的最佳利益而行动时,也要对保障患者的自主与正义做相同的付出”。^{[27]P361}随后,1986年世界医学会第38次会议中,以《世界医学会医师独立与自由宣言》再次体现了医学领域试图将尊重医师事业的独立性与尊重患者自主之间取得平衡,其中强调了“医师必须有照顾患者的事业自由,以及必须有专业的独立以保护患者的健康”。^{[27]P364-366}如今在世界范围内,尊重患者自主原则成为与有利原则、不伤害原则并列的医疗伦理原则。一方面,医师按照有利原则、不伤害原则做出的专业

决定,并不能专断地实施在患者身上,是因为现代医疗伦理认同患者的自主权关乎患者的主体地位、个人尊严和人格发展。而另一方面,医患关系有别于一般合同关系,其中涉及了患者的生命权、身体健康权,医师对有利原则、不伤害原则的坚守,体现了医师与患者之间存在的一种特殊信赖关系。^{[28]P87}即便是在他人为患者代理医疗决定时,医师也并非单纯的代理关系之第三人,医师基于医疗行业伦理原则的特殊性,仍然对患者承担着更多的责任,在医疗过程中,医生有义务以其独立最佳判断促进患者福利,选择最合适患者的治疗方法。^{[29]P76-77}

综上,本文认为,医师所遵从的现代医疗伦理原则,要求医师独立判断医疗决定是否符合患者权益,而并非以第三人身份置之事外,医师对患者承担的伦理义务使得医疗关系存在特殊信赖关系贯穿在整个医患关系的始终。因为让不具有决定能力的患者做出决定,同样是对患者的一种侵害,所以,医师基于有利原则开启他人代为患者医疗决定,但医师对患者承担的伦理义务并不在他人进入医疗决定过程中而结束,仍应依据有利原则和不伤害原则,对患者负有独立的保护义务。若医师执行的医疗方案是他人强加于患者的医疗决定,不仅使医师违背了医疗伦理原则,损害了医师职业的独立性,同时,也破坏了患者与医师之间的特殊信赖关系。而基于医师与患者之间的特殊信赖关系和医师职业的独立性,他人代为做出的医疗决定只有在符合患者意愿、保护患者权益的前提下,才能成为医师合法施医的法定依据。

三、他人代为医疗决定的相关规则

(一) 他人代为医疗决定的法定条件

根据各国关于他人代为医疗决定法律规则,他人代为医疗决定的法定条件主要包括:

1. 因为医疗决定涉及患者人身重大权益,所以由他人代为时,应以患者没有决定能力为首要条件。此法定条件在各国法律中并无异议,我国《侵权责任法》中明确的他人代患者决定的两种类型,以及《病历书写基本规范》第10条^⑥的规定,也确认了这一法定条件。德国等国家将行为能力制度与对意思能力缺损者的保护制度脱钩后,他人代为医疗决定的规则本身即被纳入在意思能力缺损者的保护制度之中。而在判断患者决定能力时,能力推定原则成为最大化保护意思能力缺损者意愿的能力判断原则,即一般情

况下推定成年人有医疗决定能力。^{[19]P80-86}

2. 作为“他人”,应有法律规定或者患者委托的授权。我国《侵权责任法》中明确了“近亲属”行使代为患者医疗决定的法定代理权。^{[30]P12}而在一些经历了意思能力缺损者保护制度的立法修订后的国家,在确定谁为“他人”的范围时,适用于意思能力缺损者保护制度下的一般规定,即成年人以意定监护人排除法定监护人的规则同样适用于医疗决定代理人的确定,患者意定的医疗决定代理人能够排除法定代理人,并且,意定监护人并不必须通过法院确认的规定也适用于意定医疗决定代理人上。例如《德国民法典》第1896条第1款中明确了辅助法院为成年人设置辅助人的条件,而第3款则规定,辅助人仅在职务范围内有辅助之必要者,始得选任之,成年人之事务,有意定辅助人或经由其他人所能协助者,无须选任法定代理人,而能达成与设置辅助人相同之效果时,无须设置辅助人。^{[31]P1330}而在患者没有来得及选任意定代理人帮助其医疗决定的情形,则按照成年人辅助制度中一般规定的程序制定照管人,由该照管人作为患者的法定代理人,代替患者向医师指示。^{[32]P212-247}在美国,1991年美国联邦政府制定《病人自我决定法案》,确定预立指示(Advance Directive),由医院提供预立指示之相关信息,促使患者与提供照顾者讨论,最后完成所设定的“预立指示”文件签署,其中包括了生遗嘱(living will)和医疗委托代理人(Durable Power of Attorney for Health Care, DPAHC)。^⑦在患者失去决定能力时,由医疗委托代理人辅助患者实现其自主决定,比如要求并督促医师执行预立指示文件中的医疗决定,在患者没有来得及委托医疗决定代理人时,某些州成文法具体规定了有权代理行为能力缺失患者医疗同意的家庭成员等级体系,确定了亲属监护人的代理权,依此为配偶、成年子女、父母、成年兄弟姐妹、成年孙子女,一些州也将患者朋友列入监护候选人。^{[33]P18-35}根据美国《统一健康决定法》中规定,医疗委托代理人的决定优先于法定监护人,除非有法院的相反判决。^⑧

3. 他人代为决定符合患者权益且有明确依据。依据上文所述,现代各国在对意思能力缺损者的保护制度中,要求他人代意思能力缺损者决定私人事务时应符合被保护者的权益,且优先尊重被保护者的意愿,只有在当确实无法探知患者本人会如何抉择的时

候,运用客观的有利患者的标准做出代理决定才具有合理性,此类标准要求代为决定人按照“什么是最使患者受益”的观点来做出决定。^{[34]P249}而优先尊重被保护者的意愿,在他人代为医疗决定中具体表现为,一般应以合法有效的预立指示书中患者明示的医疗意愿为决定依据;若患者没有预先指示的相关医疗意愿,则他人应以患者可推知的意愿做出决定,并负有证明其决定符合患者意愿的责任。例如,《德国民法典》第1901条第2款规定“辅助人于处理受辅助人之事务者,应以其利益为之。于受辅助人之能力范围内,使其生活依其意愿及期望安排者,亦属于受辅助人之利益。”具体在代为医疗决定上,《德国民法典》第1901a条第1款和第2款^⑨进一步明确规定他人代为医疗决定符合患者利益的具体标准,首先是辅助人检验并要求实施患者预立指示中的意愿,若无预立的意愿书,则运用可推知的意愿的方式决定,并且对于可推知的意思,辅助人必须有具体的论据予以证明。同时根据《德国民法典》第1904条规定,对于关系到患者死亡和长期健康受损事宜的医疗决定,辅助人还需要以获得法院许可作为法定条件。再如,英国的《意思能力法》第1条第5款规定了他人代为意思能力缺损者决定必须遵循最佳利益原则,第4条规定如何判断本人的最佳利益:(1)就该当决定事项,将来本人有可能具有意思能力的场合,也期待这种选择,(2)必须尽可能地允许或鼓励本人参与意思决定或改善其参与意思决定的能力,(3)过去以及现在的希望和感情,(4)若咨询具有实用性或适当性的话,确认本人的意思时,再询问家属、护理者及其他人的意见,(5)是否以尽可能不制约本人行动自由的方法来达成。^{[19]P85}

(二) 代为决定不符合患者利益时的矫正规则

他人代为医疗决定不符合患者利益的情况有两种:一是不符合患者的意愿或可得知的价值取向,二是在无法探知患者意愿时,代为决定明显不利于患者的身体健康。基于对患者权益的保护,许多国家建构了在他人为决定偏离法律要求时的矫正规则,以避免决定与患者意愿违背而给患者带来健康和利益的损失。这些规则并不限于法律在医师实施了不符合患者利益的代为决定、造成患者权益受损后的赔偿责任等救济规则,更重要的是在他人为的医疗决定实施前,法律机制就能及时的识别并矫正不符合法定要

求的代为决定。主要有以下两种方式来构建关于识别和矫正不符合法定要求的代为决定的规则:

1. 通过医师权利来识别和矫正的具体规则

知情同意规则下的医疗决定需要在具体临床情境下做出,而后由医师执行,因此能够最先识别他人代为医疗决定不符合患者利益的人总是医师。如前文所述,基于医患关系间的特殊信赖关系,医师对患者负有保护义务。这种义务向医师提出了更高的道德诉求,医师不是被动地顺从某种指令的执行者,而是以其医疗技能挽救患者生命或者健康的专家,其职业伦理义务使其不应成为最终医疗决定的旁观者,因此,为使医师在患者决定能力缺损的情形下能完成其医疗职责、履行保护义务,一些国家法律赋予了医师相应的权利,其中,能够发挥识别和矫正他人代为医疗决定的权利主要包括了医师对他人决定的适当监督权利和医师特权中的紧急情况下的紧急豁免权(medical emergency)。

医师对他人决定的适当监督权利,表现为医师有权要求他人代为决定符合法定条件,以及拒绝实施不符合法定条件的代为决定。根据《德国民法典》第1904条规定,对于关系到患者死亡和长期健康受损事宜的医疗决定,医师无需立即执行患者的辅助人的决定,而是等待辅助人的决定得到法院的许可后才执行。而在美国,其医师协会所倡导的医师职业伦理上的独立性对其法律和判决的影响较大,其宪法和州法律均支持医务人员一些拒绝的权利,因此一些医院和专业管理者针对某些特定情况制定了医务人员是否、何时以及如何因道德和医学伦理原因而拒绝的政策。^{[35]P77}比如在上文 Nancy Cruzan 案中,近亲属或监护人没有明确依据表明其决定符合患者利益时,医师可以独立的拒绝执行其医疗决定。如果家庭成员之间存在冲突或者其他原因,使得代为决定被判断为不符合患者利益时,医疗机构可以在拒绝执行的同时要求司法介入。

紧急豁免权,是指处于紧急情况下的患者,医师需要被赋予不取得患者同意即可采取必要救治措施的特权。根据《德国民法典》第1908i条和第1846条规定之体系化解释,患者没有来得及选任医疗决定代理人时,监护法院可以取代照管人,直接为患者做出决定,如果情况更为紧急无法等待,医师有凭借自己专业知识负责地做出决定的特权,医师应尽力查明患

者的意思,以患者被推定的意思作为判断依据。^{[32]P212-247}在紧急情况下,虽然美国大部分州的法律要求医师应当尽量取得代理人的同意,但是其目的在于,需要通过代理人表达患者的自主决定(预立指示),而如果医师来不及确定代理人是否能够帮助患者获得自主权下的利益,可以通过“紧急豁免”(the emergency exception)的特权对患者实施必要的医疗干预,这是一项被法律(包括乐善好施法)赋予医师的临床特权,即在急诊情况下医师可不执行获取患者知情同意及代理医疗决定的工作程序,直接采取必要的医疗措施救治患者。^{[34]P257}

本文认为,这两种医师权利能够保持医师执业的独立性,使医师能够在他人代为决定不符合其执业伦理时,不盲目实施该医疗决定。但我国现行法并没有赋予医师监督他人代为决定的权利和紧急情况下直接抢救的特权,我国医师的相关特权被限制在非常狭小的范围,医师直接成为了服从近亲属医疗决定的第三人。

2. 司法审查机制

目前许多国家的立法例中,对于那种主治医师认为某项治疗符合患者利益,而代理人拒绝同意的情况,法律规定,必要时,应通过其他专家的医学意见以及法庭命令来保护患者的利益。^{[36]P686}这使得司法具有干涉患者医疗决定本身的权力,而并非仅限于管辖医疗干预已经造成人身损害后的侵权赔偿纠纷。各国在不同规范模式下,司法介入医疗决定的时机稍有差别。根据《德国民法典》第1904条规定,对于关系到患者死亡和长期健康受损事宜的医疗决定,辅助人的决定在医疗执行前就必须得到辅助法院的许可,而在法院审查的过程中,医师有紧急状态下的处置特权。这种方式避免了医师因直接干预而构成德国刑法中伤害罪的法律风险。而在美国,虽然《统一健康决定法》规定,医疗决定代理人做出的决定即时生效,无须征得司法的同意或者许可,但如上文所述,美国各州法律赋予了医师拥有更多的特权,比如拒绝的权利,因此,在类似上述Nancy Cruzan案中那样关系患者死亡和长期健康受损事宜的医疗决定,医师对是否执行代理人决定有权作独立的专业判断,医疗决定代理人可以对此提起诉讼,由法院通过判决确定最终的医疗决定。

本文认为,在相应的医师特权规则下,医师能够

发挥识别和矫正他人明显不符合患者权益代为决定的作用。在他人代为决定明显不符合患者利益时,紧急情况下医师可根据紧急豁免之特权,对患者直接采取必要的抢救措施;在非紧急情况下,医师在不执行他人决定时,根据知情同意规则,其也不能直接采取其他医疗措施。即便是紧急情况下采取必要治疗措施,使患者恢复意识或部分能力后,对于进一步需采取的医疗措施,医师也不再具有直接治疗的特权。这样,在非紧急情况下,如果患者仍不具有决定能力,则可能并存两种医疗决定,一是医师专业判断下的决定,二是医师之外的他人决定。医师或医疗伦理审查委员会虽然能对医疗决定作初步的审查,但是最终应执行何种医疗决定,做出最终审查决定的主体,应当具有更多的权威。法律让司法审查成为医疗决定是否符合患者权益的最终审查机制,一方面防止了重回医师专断医疗的旧制场景,另一方面使审查意见获得最终的权威性,能够有效停止不当医疗决定的执行,避免造成患者权益的实际损害。

四、他人代为医疗决定规则在我国侵权责任编中的构造

我国《侵权责任法》第55条、第56条认可的近亲属代为患者医疗决定的规则,在2018年12月召开的十三届全国人大常委会第七次会议中审议的侵权责任编草案中,继续确认了近亲属是为患者医疗决定的主体。但是,根据现行的规则,近亲属代为医疗决定的规定,常被视为患者行使医疗自主权的例外,近亲属代为医疗决定时,法律既没有明确其应满足的法定条件,又缺乏有效监督近亲属代为医疗决定侵害患者权益的机制。本文基于上述对他人代为医疗决定规则的理论和相关立法的分析,拟对我国将来在侵权责任编中制定较为妥善的他人代为医疗决定规则提出如下建议:

(一) 明定近亲属代为医疗决定以保护患者自主权为原则

他人代为意思能力缺损者决定私人事务的保护制度以保护能力缺损者的自决权及其利益为正当性依据,故应优先尊重其意愿,在医疗决定中也当如此。我国2017年的《民法总则》第35条第2款和第3款,分别规定了监护人在履行监护职责时,应根据被监护人的年龄、智力和精神状况,尊重未成年人与成年人被

监护人的真实意愿,从而确立了尊重被监护人自主意愿原则。这一原则的确立虽然推动了法定代理人决定应尊重被代理人意志的制度发展,但在我国,并不能当然通过类推、体系解释适用于近亲属代为医疗决定的规则,法律有必要针对近亲属代为医疗决定的规则确立尊重患者自主意愿的原则。

首先,我国的近亲属代为医疗决定的规则,并非监护制度下的特别规定。根据《民法总则》第24条的规定,成年人监护的成立(无论法定监护还是意定监护)均以法院宣告成年人的行为能力丧失或者部分丧失为条件,而在医疗决定的特殊场合中,法院的这一宣告通常并不存在,根据我国《侵权责任法》第55条、第56条的规定,立法实际上认可了医疗实践中的作法,即对患者是否具有决定能力以及他人是否代为医疗决定的判断,均是由医师在具体临床情境中完成,因此,《侵权责任法》中的他人代为医疗决定规则与《民法总则》中的监护制度有本质的不同,故而不能通过任何解释方式将近亲属代为医疗决定解释为监护制度下一项具体的特别事项、并以此适用《民法总则》第35条第2款和第3款。

其次,我国关于近亲属代为医疗决定规则同样不能以“举重明轻”的推理方法来主张其适用《民法总则》第35条,即认为如果对于已经被宣告了无行为能力或限制行为能力的人,也需要考虑其真实意愿,那么对于没有被法定程序宣告行为能力状态的人,只是事实上欠缺一定的医疗决定能力,则更需要考虑其真实意愿。这种推理方式不能在此适用的原因是:行为能力是一个设计出来的法律概念,而决定能力是用来表述一种事实的概念,两者不在一个逻辑起点上,故不存在哪个重、哪个轻的比较。限制行为能力人可能有决定能力而需要尊重其意愿,而没有经过行为能力状态宣告的人,可能事实上不具有决定能力。

综上,我国《侵权责任法》第55条、第56条将近亲属代为医疗决定单独规定,且目前审议的侵权责任编草案也延续了这样的作法,那么,将来近亲属代为医疗决定规则仍无法当然适用《民法总则》第35条第2款和第3款。而若要在保持现有体系状态的前提下,确定他人代为医疗决定应优先尊重患者意愿的正当性依据,就需要将来立法在医疗决定特殊领域内,明确规定他人代为决定的法律规范应贯彻尊重自我决定权的原则,并规定尊重患者意愿的具体方式。

可以增设如下参考条文“他人代为患者医疗决定的,应首先尊重患者的真实意愿,探究患者在具体情形下可能的意思。确实没有相应证据证明患者可能意愿的,应当按照最有利于患者的原则做出决定”。

(二) 增设预立指示制度

预立指示制度能够使他人代在代为医疗决定时,更准确的识别患者意愿,可以适用在患有慢性疾病、孕妇生产等病症具有较强可预测性的患者。法律可以鼓励(并非强制)这类患者提前对将来可预测的、失去决定能力的情形做出决定,或安排最适合代为决定的人。我国目前具备建立预立指示制度的现实需要和可行性。根据数据统计,我国已经成为老年型社会,预计到2025年,我国老年人将占总人口的14%,而增长最快的一个群体将是80岁以上的高龄老人;从当前我国现状来看,因为“421”型家庭大量存在,所以有49%的城市家庭要赡养2位~3位老人,35%的家庭要赡养4位老人,^{[37]P62}将来有很多家庭会面临子女与父母同时进入不同程度的老龄化。另外,我国每年约有200万新增癌症患者,约有140万人死于癌症,另有调查显示,癌症患者中50%伴有中度或重度疼痛,其中约有1/3的人伴有难以忍受的疼痛。^{[38]P78}对于不可避免的衰老、慢性疾病的状态以及在生命垂危时将会面临怎样的维生治疗措施等,这些都具有可预测性。因为这种可预测性,法律机制保障患者自主的提前决定,不再仅限于是在患者马上就要进入手术室前的一个小时,避免患者在匆忙且情势所逼之下签署一份无法真正理解的知情同意书,保障患者获得充分思考的条件,做出最能表达自己关键权益的决定,以及选择最能为自己“代言”的人,更好地实现患者实质性自主、并最终能获得自决权所保护的利益。我国台湾地区设有“病人自主权利法”,该法共19条条文,核心理念即是:具完全行为能力之意愿人可以透过“预立医疗照护谘商”(advance care planning, ACP),事先立下书面“预立医疗决定”(advance directive, AD),于特殊临床条件下,可以行使医疗自主权,选择拒绝医疗。条文对预先指示的主体、可预立的条件、见证人、预立的形式、可以预立指示的内容、可指示的代理人人选、预立指示的生效条件、生效后的预立指示文件的效力、履行预立指示的条件和程序、对预立指示的撤销等问题做了详细的规定,对我国大陆地区将来制定预立指示制度具有借鉴

和参考作用。

(三) 赋予医师监督近亲属代为决定的合理权限

我国《民法总则》第36条赋予了医疗机构在监护人伤害被监护人权益的法定情形下向人民法院申请撤销其监护人资格的权利,一定程度上认可了医疗机构对监护人的监督权利。但是此条款对于医疗机构而言的可操作性较弱,在监护人越权决定时,医疗机构通过申请法院宣告撤销监护权等司法程序,还要等待另行选定和改定监护人,并且对于没有选择成年人意定监护只有近亲属代为医疗决定的患者,则无法适用该条款。因此,对于《侵权责任法》第55条、第56条中“不宜向患者说明的”和“紧急情况下”的情形,可基于医师对患者的保护义务,明确赋予医师相应的特权或权利,保持和维护医师职业判断的独立性,使医师成为对近亲属决定是否符合患者利益的初步审查主体。

1. 紧急情况下的特权

当法律确定了他人代为医疗决定以符合保护患者自决权及其利益为法定条件时,医师在紧急情况下也应尽可能取得近亲属意见的规定也由此具备了正当性,在紧急情况下近亲属有权要求医师执行患者的预先指示,医师应当首先尊重患者深思熟虑的决定;但同时也应赋予医师在紧急情况下的抢救特权,用来对抗和限制他人违背患者意愿、不符合患者权益的越权决定。另外,紧急情况下医师的抢救特权,也需要限制其治疗手段,在最大化尊重患者自决权原则下,治疗手段应当限制在最能恢复患者决定能力的必要医疗措施。

2. 非紧急情况下医师的权利

在不宜向患者说明的情形下,如果医师认为需要暂时隐瞒患者而应告知其近亲属,那么医师还应以下两个条件负有注意义务:(1)有明显的证据表明近亲属与病人相互关心;(2)家属的意愿不与医生对患者利益的专业判断存在严重不一致。如果这两个条件中任何一个得不到满足,法律可以要求医生放弃行使医疗特权,直接与病人沟通。^{[39]P50}也就是说,如果医师要对一个患者采用保护性措施,让患者近亲属代为医疗决定,法律应要求医师具备明确且充分的理由,否则的话,医师应基于对患者的保护,重新选择知情同意的方式。

首先,在不宜向患者说明的部分情形下,规则应

允许医师最终可拒绝执行近亲属明显不符合患者权益的决定,而选择向患者适度说明并执行患者自己的决定。其次,在医师拒绝执行近亲属的决定的同时患者也无法自己决定时,比如处于昏迷状态但生命体征相对平稳或需要采取的医疗措施不算紧急但却急需恢复意识,为避免陷入到僵持状态,可借鉴其他国家近亲属代为医疗决定的审查监督制度:即对明显不合理的近亲属代为医疗决定,引入司法审查机制,由法律明确医方、患者近亲属对某项具体的医疗决定有权提出司法审查申请。其具体程序是,医师在近亲属决定不符合患者意愿或利益的情况下,有权拒绝执行该决定,但同时医方也不能直接执行医师的医疗方案,医方、患者近亲属或授权人均可以要求司法介入,请求法院审查相应的医疗决定,通过裁决确定医疗决定是否符合患者利益。当医方提出患者近亲属决定不符合患者利益时,可借鉴《德国民法典》第1901a条中要求辅助人依据具体论据得出患者可推知意愿的规定,设计举证责任倒置的规则,由近亲属来举证证明其医疗决定符合患者的意愿或者符合患者的其他重要权益。需注意的是,在司法审查医疗决定的过程中,又必须配套的赋予医师在紧急情况下的治疗特权。关于司法介入医疗决定的审查,在程序、审查标准、裁决方式上,均需要进一步的周密设计。目前已有不少国家建立了司法介入医疗决定的审查制度,对此我国有待作更深入的专门研究。

余论

在他人代为医疗决定的法律构造中,关于代为决定人的规则,可分为法定代理人和患者授权的人,前者基于法律赋予特定身份的人代为决定权,后者基于法律认可患者自行指定。无论是《德国民法典》中意定辅助人优先于法院指定的辅助人,还是美国各州的医疗代理规则中,首先选择患者指定代理人代为决定,都体现出患者自己选任的人更适合表达患者的意愿,成为患者自决的延伸,预先指定医疗代理人是其预立指示制度中的一项重要内容。我国目前《民法总则》的监护制度中,在第33条增设了成年人的意定监护规则,并赋予其较之于法定监护的优先效力。^{[9]P235}遵循此理念,在代为医疗决定的主体上,也应当认可患者预先授权的人选,更符合尊重患者自决权原则。而对于患者授权的人的代为医疗决定规则,还涉及到相当多的细节问题,比如法定代理人和患者

授权的人的具体关系、患者委任代理人的法律要件、限制、作决定的方式等。我国台湾地区公布的“病人自主权利法”将在2019年生效,其中大量的条文规范了医疗委任代理人的选任、权限、解任、改选、生效条件等,本文限于篇幅,未作评价,也未对患者授权他人代为决定相关的法律问题展开论述,留待另文单独讨论。

注释:

① 羊水栓塞就是指在分娩过程中,羊水突然从子宫创口进入母体血液循环。由于羊水中含有各种各样的污染物质(胎儿胎脂、胎粪、毛皮)和血液中的抗凝成分。污染物质进入血液后会引发急性肺栓塞、过敏性休克、弥散性血管内凝血(DIC)、肾衰竭等一系列病理改变的严重分娩并发症,可发生在足月分娩和妊娠10-14周钳刮术时,死亡率高达60%,是孕产妇死亡的主要原因之一。参见谢率、苟文丽《妇产科学》,人民卫生出版社2014年版,第67页。2014年8月10日,湖南某县医院在为以产妇进行剖腹产手术的过程中,疑因羊水栓塞引起多器官功能衰竭,经抢救无效死亡。9月11日晚,官方联合调查组通报鉴定结果:涉事产妇的死亡原因符合肺羊水栓塞所致的全身多器官功能衰竭,事件不构成医疗事故。同时调查组也指出,事件中医患方与患者家属信息沟通不够充分有效,引起患者家属不满和质疑。但实际上,从医疗决定的形式要件来看,在当时的紧急情况下,患者近亲属需要做出决定,但其在对切除子宫影响生育二胎的事项上多考虑了几分钟的时间,就已经对孕妇造成致命的影响。参见谢笛、宋治《从羊水栓塞事件看影响医疗正常运行的非医疗技术因素》,载《医学与哲学》2015年第1B期。

② 将行为能力的欠缺等同于具体的、理智地形成意思能力的欠缺,本来是一种合乎逻辑的做法,但这种做法与法律交往要求的简单性和安全性格格不入,一个人在从事每一项法律行为之前,不可能对行为相对人或行为对方进行某种形式的“成熟测试”,因此,民法典对行为能力受限制的主要情形进行了类型化。参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第410页。

③ 体验权益(experiential interests)在于人们之所以选择做一件事情,是因为想拥有做这件事情的体验,这类权益的价值是因人而异的,并非每种情况下都存在或不存在一种对过程体验的需求。关键权益(critical interests)这一权益对于保持自我意识非常重要,涉及到人生目标和自我塑造的意义,德沃金认为,如果人们不曾找出这类权益,人生就等于一场错误而白活了,人们不会藉由预测每个选择能够带给他们多少乐趣的方式来做出重大决定,而是通过这些决定来发现我们对自我的认同。因此,个人自决权中的关键权益是人能否享有尊严的关键,如果剥夺了个人的关键权益,则等于否定了个人对自我的塑造,否定了其主体性和尊严。参见[美]罗纳德·德沃金《生命的自主权》,郭贞伶、陈雅汝译,中国政法大学出版社2013年版,第259-265页。

④ Nancy Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health, 497 U.S.261, 110 S. Ct. 2841, 111 L. Ed. 2d 224(1990).

⑤ Miller v. Kennedy, 11 Wa. App. 272(1974).

⑥ 我国《病历书写基本规范》第10条规定:对需取得患者书面同意方可进行的医疗活动,应当由患者本人签署知情同意书。患者不具备完全民事行为能力时,应当由其法定代理人签字;患者因病无法签字时,应当由其授权的人员签字;为抢救患者,在法定代理人或被授权人无法及时签字的情况下,可由医疗机构负责人或者授权的负责人签字。

⑦ 个人通过书面文件预先确立医疗医院的概念,最先由美国的Dr. Louris Kutner在1930年开始倡导,1969年Dr. Louris Kutner首先提出生前预嘱(living will)的概念,旨在描述有决定能力的人,在尚未丧失决定能力前,事先对其医疗措施做出指示的文件。随后,美国出现典型的关系到患者失去决定能力、又需要法院出面明确医疗决定的判例,主要为临终前的医疗决定,关系到末期临终患者是否使用或撤除维生仪器的事宜,如1976年的Quinlan案(下文展开论述),随后1976年美国加利福尼亚州率先通过《自然死法案》(Natural Death Act, NDA),这项法案促使接受生前预嘱(living will)的概念,主为拒绝接受心肺复苏术(CPR)用以拖延不可治愈的末期濒死患者的生命。参见顾乃平、李从业《预立指示及伦理考量》,载《护理杂志》2002年第49卷第6期,第18-25页。

⑧ Uniform Health-Care Decision Act, § 6(b).

⑨ 《德国民法典》第1901a条的规定为:(1)对于已有意思能力之成年人,就日后陷入无意思能力时,针对提出申请时尚未面临之健康检查、身体治疗或侵入性之医疗处置,而为同意或拒绝所提出之书面声明,应由其辅助人加以检验,该声明是否符合现在之生活及治疗情况。如有符合者,辅助人应明确表明受辅助人之意愿,并依其同意书加以履行。病患意愿同意书得以不要式方式,随时撤回之。(2)未订有病患意愿同意书或该病患同意书之内容且未符合其现在之生活及治疗情形者,辅助人应以受辅助人明示或可得推知之意愿,应以具体指情事为依据。于此情形,特别应斟酌受辅助人先前以口头或书面所为之意思表示,或考虑受辅助人其伦理及宗教之信念,或其个人之价值观。参见台湾大学法律学院、台大法学基金会编译《德国民法典》,北京大学出版社2017年版,第1336-1337页。

参考文献:

- [1] [美]汤姆·比彻姆、詹姆斯·邱卓思.生命医学伦理原则[M].李伦,等译.北京:北京大学出版社,2014.
- [2] 李菊明.自己决定权的确立与保护——从武汉数千男生被集体采血验DNA事件切入[J].政法论丛,2014,4.
- [3] 梁慧星.论《侵权责任法》中的医疗损害责任[J].法商研究,2010,6.
- [4] 刘召成.中华人民共和国侵权责任法注释全书[M].北京:法律出版社,2015.
- [5] 李永军.民法总则[M].北京:中国法制出版社,2018.
- [6] 朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2016.
- [7] 龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2002.
- [8] [法]菲力普·亚当,克洛迪娜·赫尔兹里奇.疾病与医学社会学[M].王吉会译.天津:天津人民出版社,2005.
- [9] 陈甦.民法总则评注[M].北京:法律出版社,2017.
- [10] [日]吉田克己,杜颖.自己决定权与公序——婚姻家庭·成年人监护·脑死亡[J].私法,2002,2.
- [11] 杨立新,刘召成.论作为抽象人格权的自我决定权[J].学海,2010,5.
- [12] 李国强.论行为能力制度和新型成年监护制度的协调[J].法律科学,2017,3.

- [13] [日]山本敬三.民法讲义I总则[M].解亘译.北京:北京大学出版社,2012.
- [14] [德]迪特·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东译.北京:法律出版社,2000.
- [15] 胡玉鸿.“人的尊严”的法理疏释[J].法学评论,2007,6.
- [16] Alexander A. Boni-Saenz. Personal Delegations. Brooklyn Law Review, Summer 2013.
- [17] 焦富民.民法总则编纂视野中的成年监护制度[J].政法论丛,2015,6.
- [18] 孟强.《民法总则》中的成年监护制度[J].中国人民大学学报,2017,4.
- [19] 李霞.成年监护制度研究——以人权的视角[M].北京:中国政法大学出版社,2012.
- [20] 满洪杰.论成年被监护人医疗决定问题:以被监护人意愿为中心[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2016,3.
- [21] [德]汉斯·布洛克斯·沃尔夫·迪特里希·瓦尔克.德国民法总论[M].张艳译.北京:中国人民大学出版社,2014.
- [22] 王竹青.美国持续性代理权和成年人监护立法及法律适用[M].北京:知识产权出版社,2016.
- [23] 孙遥.女性主义转向:成年监护制度改革应有之义[J].北京社会科学,2016,11.
- [24] 张丽卿.病人自主权利法——善终的抉择[J].东海大学法学研究,2016,12.
- [25] 杨秀仪.病人、家属、社会:论基因年代病患自主权可能之发展[J].台大法学论丛,2007,5.
- [26] 施卫星.病人自主权:未来医患关系的根本立足点[J].医学与哲学,1999,2.
- [27] 王岳、邓虹.外国医事法研究[M].北京:法律出版社,2011.
- [28] 陈聪富.医疗契约之法律关系(上)[J].月旦法律教室,2008,10.
- [29] 韩冰.论英美侵权法上的医疗特权[J].山东社会科学,2011,12.
- [30] 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.
- [31] 台湾大学法律学院、台大法学基金会.德国民法典[M].北京:北京大学出版社,2017.
- [32] 张婷.论患者临终阶段的自决权——无同意能力患者消极安乐死之检讨[A].中德法学论坛(第7辑)[C].南京:南京大学出版社,2009.
- [33] Berg JW. Legal and Ethical Complexities of Consent with Cognitively impaired re-search Subjects: Proposed Guidelines[J].Law Med Ethics, 1996, 24.
- [34] 李庆功.医疗知情同意理论与实践[M].北京:人民卫生出版社,2011.
- [35] [美]Catherine Marcucci, Norman A. Cohen. Eds.避免麻醉常见错误[M].冯芝译.北京:人民卫生出版社,2008.
- [36] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔,[英]埃里克·克莱夫.欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(第4卷)[M].于庆生,等译.北京:法律出版社,2014.
- [37] 彭玉凌.临终关怀的法哲学思考[J].医学与哲学,2017,6A.
- [38] 孙燕、顾慰萍.癌症三阶梯止痛指导原则[M].北京:北京医科大学出版社,2002.
- [39] 范瑞平.当代儒家生命伦理[M].北京:北京大学出版社,2011.

On the Legal Structure of Others' Medical Decisions

——On Protecting the Adult Patients Right to Self-determination

Xu jie Zhang yu

(Civil and Commercial Law School of Southwest University of Political Science and Law ,Chongqing401120)

【Abstract】Articles 55 and 56 of China's Tort Liability Law stipulate that patients should exercise medical decisions on their behalf when they are unfit or unable to make medical decisions. However, those rules does not clarify the legal conditions and standards that its close relatives should follow for medical decisions. As a result, even if the decisions made by their close relatives in practice are clearly contrary to the wishes or interests of the patients, the doctors have to implement medical actions in accordance with their decisions. From the perspective of relevant foreign legislation and theoretical development, the arbitrariness of protecting patients' right to self-determination and preventing others from making medical decisions is its basic position. Establishing a doctor's privilege can play a role in countering the decision of others to override the authority to a certain extent. In the formulation of tort liability in the future, China needs to protect the patient's right to self-determination as the starting point, improve the specific rules for medical decisions made by others, and effectively protect the rights and interests of patients.

【Key words】the right to self-determination; decision-making capacity; adult custodianship; physician privilege

(责任编辑:孙培福)