

医疗手术中的被害人承诺 ——从刑法学的角度审视***

□行 江 [武汉大学 武汉 430072]

[摘 要] 医疗手术中的被害人承诺,是阻却医师刑事责任的正当化事由。真实有效的被害人承诺,必须具备承诺权限、承诺能力、承诺意思、承诺时间和承诺合法等五个要件,缺一不可。在国外,医师没有得到患者承诺的专断治疗,往往构成故意伤害罪或暴行罪。

[关键词] 被害人承诺; 正当化事由; 成立要件; 典型案件

[中图分类号] D905.2 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-8105(2006)06-0088-05

所谓医疗手术中的被害人承诺,又称被害人同意,是指在医疗手术中,由于手术具有一定的风险并且可能会对身体造成一定的损伤,医师在说明情况之后,被害人(患者)同意接受这种风险及损伤,并且不追究医师责任的一种意思表示。被害人是否承诺在医疗手术中具有重要的地位,同时也是区分医师是否违法,甚至犯罪的关键,故研究被害人的承诺,在医疗手术中具有重要意义。从刑法学的角度来看,被害人的承诺是阻却医师故意伤害患者的正当化事由。

一、被害人承诺的正当化根据

对于被害人承诺得以阻却违法性的根据是什么,在学术界有很大的争议,目前学术界对被害人承诺的正当化根据形成了以下几种学说^[1]:

(一) 法律行为说

该说认为,被害人的承诺实际上是给行为人实施一定侵害行为的权利,在这个意义上,它是一种法律行为。因此,承诺的有效要件也应该适用民法关于法律行为的原则,例如不能违反公序良俗。

(二) 利益放弃说

该说认为,违法的本质在于利益的侵害,故如果存在被害人的承诺,那么就表明被害人已经放弃了自己的利益。从对违法行为的本质理解略不同的基础上讲,利益放弃说又存在利益侵害说和法益侵害说两种学说。前者认为,刑法法规之目的在于保护人类之利

益,既然欠缺被害人利益,则否定其违法性。后者认为,违法性的本质在于法益侵害,承诺视为法益持有人放弃其法益,主观上认为其已经不具保护的原则。德国学者麦兹格、李斯特,日本学者町野朔等持有此观点。

(三) 法律保护放弃说

该说认为,承诺是被害人放弃了自己的利益而因此放弃了法律的保护。对于国家而言,运用刑法保护法益是一个保护可能性和必要性的问题。如果被害人放弃了法益的保护,那么刑法也就没有必要对其进行保护。法律保护放弃说为德国学者威尔泽尔、格尔茨以及日本学者西原春夫、奈良俊夫等所倡导。德国的判例和主流的理论也是持这一学说的。

(四) 目的说

该说认为,如果行为是为了达到国家承认的共同生活的目的而采取的适当的手段,则是正当的。目的说又可分为衡量型目的说与重视手段型目的说。在前者看来,所谓“为了正当的目的而采取的适当手段”,意味着目的客观价值与手段所产生的法益侵害的相比较的衡量。后者则强调手段的反伦理性,不管目的如何正确,如果手段不能被允许时,则不能认为是正当化事由。在日本,木村龟二持这种观点。

(五) 社会相当性说

该说认为,在历史形成的社会伦理秩序的范围内,被这种秩序所允许的行为(社会的相当行为)就是正当的。由于超出了社会相当性的法益侵害才有违法

* [收稿日期] 2006-03-23

** [作者简介] 行江(1977-)男,武汉大学法学院2004级刑法学博士生。

性,理所当然的社会的相当性是阻却违法性的一般原理。被害人的承诺是被社会伦理秩序所允许的行为,是具有社会相当性的行为,故是阻却违法性的正当化行为。社会相当性理论为德国刑法学家威尔泽尔所首创。在日本,团藤重光、大冢仁、福田平等持这种观点。

(六) 利益衡量说

该说又称法政策说,认为被害人放弃自己的利益是其行使人格自由的表现,不妨碍人格自由权利的行使,从总体上讲应具有价值。易言之,利益主体行使放弃自己利益的人格自由权利,本身也是一种利益。被害人承诺,表明利益主体认为行使自由放弃的权利意义大于利益本身的价值,兼顾这种个人主观的价值判断,那么在利益冲突情形之下,舍弃较小的利益保护较大的利益的行为应该是正当的。

笔者认为,上述关于被害人承诺的正当化所根据的各种学说,都有其合理的一面,但是仍有一些缺陷。法律行为说虽然认识到了被害人承诺的问题在民法和刑法中都存在,这一点是值得肯定的,但是此种学说将承诺的要件完全由民法来判断,忽视了民法与刑法之间的区别,因而是错误的。利益放弃说认为,刑法的任务是保护利益,而利益是分属于各个主体的,既然被害人放弃了其利益,那么其利益也就不存在了。但是此说并没有说明什么利益可以放弃,什么利益不可以放弃。例如,为什么承诺杀人就不被允许,此学说并没有给予相关说明。法律保护放弃说的缺陷在于,相对于国家法律保护的义务而言,该说并没有说明为什么能够采取私人的放弃,而且此说也没有回答被害人承诺的限度。目的说和社会相当性说都是从社会的、公共的角度来看被害人承诺的意义,但是这两种学说都过于笼统,都没有回答被害人承诺的限度,都不具有可操作性,因而都不可取。利益衡量说认识到了被害人的承诺是一种利益的衡量,从被害人个人的角度考虑是正确的,但是此学说仍显得太片面。

根据医疗手术的特点,结合刑法的任务和目的,笔者认为单纯用一种学说来说明被害人承诺的正当化根据是不可取的,应该将利益衡量说与目的说结合起来才能更好的说明。在医疗手术法律关系中,一般有三方主体:患者(被害人)、医师和国家。被害人为了能够治好自已的病,缓解自己的痛苦,所以愿意承担医疗手术带来的痛苦及其风险,可以说被害人是舍弃了较小的利益来换取较大的利益。从医师的角度

来看,一个人的身体只能属于其个人所有,个人有对自己的身体作出处分的权利,只有在得到患者同意的情况下才能治病救人,履行自己的职责。从国家的角度来看,刑法的任务就是保护整个社会秩序持续良性地发展,保障公民个人的权利不受侵犯。在被害人有限度同意的情况下,国家允许被害人行使处分自己的权利,以较小的利益换取较大利益,这对患者个人以及整个医学的发展都是大有利处的。但是如果被害人的承诺超出了所被允许的范围,违反了社会的公序良俗,不利于整个社会的发展,那么国家就会起动用刑罚权进行干预。例如,被害人放弃了自己的生命,承诺他人杀死自己,被害人承诺行为入对其进行公然猥亵,这些都被认为违背了社会的公序良俗,违背了刑法保护的目,此时被害人的承诺就是无效的。综合以上的分析,笔者认为利益衡量说和目的说的结合能够说明被害人承诺的正当化事由。

二、被害人承诺的成立条件

根据目前理论的成果,结合我国的实际情况,笔者认为被害人承诺的条件有以下几个:

(一) 承诺的权限——自己可以处分的法益

关于被害人的承诺权限,各国刑法理论普遍认为,对于国家、社会等公共法益,个人并没有处分的权限。例如意大利刑法学者一致认为:“权利人只能处分国家允许个人完全自由享有的权利,一切直接涉及社会利益的权利,都不属于权利人有权处分的范围”^[2]。德国学者也认为:“被害人的同意在大多数针对个人的犯罪中具有合法化的效力,因为在这方面,法秩序允许任何人根据自己的价值观和自己选择的目的,来作出自己的决定”^[3];“对于公共利益的个人同意不可能有效”^[4]。

那么是否对个人利益都可以承诺放弃呢?回答也是否定的。对于个人生命权的承诺放弃,并不认为是有效的承诺。因为人们普遍认为,生命权具有不可让渡性,同时个人作为社会的一员,具有社会性,个人的生命已经不完全属于个人所有,故生命的所有者也不能承诺他人剥夺自己的生命。目前,已经没有人认为放弃自己的生命是一种权利。相反,帮助自杀,得到他人承诺而杀害他人,都被规定为犯罪行为。例如,德国刑法第216条、奥地利刑法第77条、瑞士刑法第144条和第145条、意大利刑法

第579条和580条、日本刑法第202条和第203条以及我国台湾地区的刑法第275条等。

对于被害人承诺的故意伤害行为如何予以处理的问题,曾经有两种极端对立的观点;一种是一概应按无罪处理,另一种是一概按照普通故意伤害罪处理。这两种观点都是极端的、错误的。目前出现了两种折中的观点:一种观点认为,在同意伤害的案件中,如果行为违反了公序良俗就不问伤害的轻重,以伤害罪论处;如果行为不违反公序良俗,即使造成了重大伤害也不能认定为伤害罪。另外一种观点认为,在同意伤害的案件中,如果行为造成了重大的伤害,就认定为伤害罪,反之,则阻却违法性。^[5]笔者认为,在医疗手术中如果患者得到医师的同意,只有行为违反了公序良俗,这时才能追究医师的民事侵权责任,并不能按照故意伤害罪定罪处罚。因为在治疗的过程中,医师并没有刑法意义上的“故意”,患者的同意已经阻却了行为的违法性,不能按照故意伤害罪对待,医师违反公序良俗的行为,也即违反手术操作的注意义务所造成的侵害,也只能构成一般的民事侵权。

(二) 承诺的能力——有识别能力

被害人的有效承诺,必须是在有能力的前提下作出的,也就是在有理解承诺意义及其内容的基础上作出的。没有承诺能力的人,例如幼儿、精神病患者,他们的承诺都是无效的。如何判断被害人的承诺能力,目前学者有以下三种主张:一种主张认为,应该以民法的行为能力作为被害人承诺能力的标准;另外一种主张认为,应该以刑法的刑事责任能力作为承诺能力标准;第三种观点认为,应该以被害人识别能力的有无作为判断有无承诺能力的标准。笔者认为前两种主张都过于僵化,不利于保护被害人自由意志的表示,只有第三种主张比较贴合实际,即对于被害人的承诺能力应以被害人有无识别能力为准。换言之,也就是是否有理解承诺的内容、意义的能力,此种能力并不限于成年人。如果未成年人能够理解医师对病情的说明,对医疗的方法和随之而来的危险有一定的理解,那么,此时被害人即有承诺的能力。

(三) 承诺的意思——意思表示真实

在刑法学中,被害人的承诺之所以能阻却违法,重要的原因就是刑法尊重个人意思的选择,保护个人真实有效的意思表示,所以在被害人的意思表示中,非基于真实的意思表示并不能阻却违法。对于非基于真实的意思表示,笔者认为可以分为两类:一类是由于外界的影响,被害人作出了错误的意思表示。例如行为人的威胁、利诱、强制;另一类是被害人由于自己的认识

错误,而作出了错误的意思表示。对于前者的情况比较容易理解,对于后者,即当被害人承诺发生认识上的错误时,则要具体问题具体分析。对于基于承诺人认识错误的承诺,一般也归于无效。因为此时被害人的认识错误已经损害了自己的真实意思。同时,需要注意的是,被害人的认识错误内容必须是构成要件的要素,即仅仅限于对所承诺的内容(行为及结果)范围、对象等的认识错误,单纯的动机错误并不影响承诺的效力。例如,甲女误以为和国家税务工作人员发生关系就可以减免自己的税款,事实上其目的并没有得逞,此时甲女的承诺仍然有效。不能因为认识错误而认为其承诺无效,因为在刑法学中行为的动机并不影响行为的性质。

在我国目前的现实生活中,一些没有医疗执照的医师采取非法的广告,欺骗患者就医,患者受到欺骗后作出了错误的选择,而且往往是手术没有成功,不仅没有达到治疗的效果,反而给身体造成了更大的伤害。笔者认为在这种情况下,患者的承诺就是无效的。因为在行为人非法行医的情形下,患者只是承诺行为人为其治疗,这是一种抽象的承诺,在患者并不了解非法行医者的具体情况下,行为人的具体行为和造成的损害并没有得到承诺,所以患者在受到欺骗的情况下作出的承诺是不真实的,虚假的。对这种情况,笔者认为行为人构成非法行医罪和诈骗罪。

(四) 承诺的时间——行为前或行为时作出

目前我国刑法学界对于承诺的时间,通说认为:“被害人的承诺必须发生在行为前或行为中,且行为前所作出的承诺必须是行为时尚未撤销的,承诺才存在有效的可能性。行为人的行为不因被害人的事后承诺而改变性质。”^[5]另一种观点认为:“承诺的表示时间应该在结果发生之前,而不能在结果发生之后。换言之,必须在结果发生前、至迟在结果发生时存在承诺,结果发生前的承诺还必须持续到法益侵害时。”^[6]笔者赞同通说,即认为被害人的承诺必须发生在行为前或行为时。因为行为人一旦实施行为,此时就已经构成了犯罪,此时国家就有追诉权。如果在行为发生之后结果未发生之前,允许被害人的承诺可以阻却违法,显然是以被害人个人的意志自由干涉国家的公权力,而且此时行为人的行为已经构成了犯罪未遂。同时,在医疗手术中,被害人的承诺必须在医师做手术之前或之时作出,只有这样才能保护被害人的自由意志。此外,一般在医疗手术之前,医师都要求患者签订同意书面合同,以证明被害人承诺的存在。

(五) 承诺的合法性——具有社会相当性

德国、日本刑法学者一般认为,基于承诺的行为,即承诺的内容不违反公序良俗或具有社会相当性^[7]。

我国刑法学界的通说也认为“被害人的承诺不能有不当的目的或动机,不能危害社会”^[8];“被害人承诺主观上必须是为了追求有益于社会的目的”^[9];“根据承诺所作出的损害行为本身,即其方法和程度必须符合公德和国家法律的规定。”^[9]笔者也赞同上述观点,即认为被害人的承诺不得违反整个社会的公序良俗,必须是为了追求有益于社会的目的。如果是为了非法的目的,那么被害人的承诺则是无效的。例如,被害人为了骗取保险金,承诺他人对自己进行伤害而制造虚假的保险事故,此时被害人的承诺就是无效的。同时,医师在治疗过程中,即使得到了患者的同意,治疗的手段、方法也必须具有社会相当性。如果其手段、方法违反公序良俗或社会相当性时,仍然有成立故意伤害罪的可能性,不能阻却违法性。

三、典型案例的评析

在德国有两个典型的有关被害人承诺的案例。第一个案例是这样的:被告人为医院的外科主治医师。1893年6月13日,经营餐饮业的K的妻,带着患有结核性附骨有脓疡的四岁女儿到医院就诊。在此之前,诸多曾对女孩治疗的医师都认为无论如何均有手术的必要,否则,结核病的感染如继续恶化扩散,对女孩而言,将产生致死之结果。1893年6月23日,被告人遂对女孩施行足骨切除手术。1893年7月28日以后,女孩再也没有出现结核症状,且正常地成长。但是在手术之前,女孩父亲K为自然疗法的信奉者,自始反对外科手术,并于1893年6月20日和21日向被告人表示不希望对其女实施手术。被告人与K对话,说明手术的必要性,自以为已获取K的同意。同年6月22日K又出现在医院,明确地向护士C表明其不允许给其女儿实施手术,护士于同日即告知被告人,被告人一面回答“已太迟了”,一面又说“再与其父说明”,并开始手术,此时,女孩已经因为手术准备而横躺在手术台,且处于麻醉状态。最终被告人给K的女儿成功做了手术^[10]。第二个案例:被告人(医院院长)给46岁的患者做了预备检查后,发现患者有两个拳头大的子宫肌瘤,并在得到患者同意后开始做手术。但是在手术过程中,发现肌瘤不只与子宫表面而且与整个子宫都紧紧地联系在一起,于是把整个子宫都切除了。进行了这样广泛的手术,被告人事先并没有得到患者的同意,后来患者提起了公诉。公诉的理由是,从预备检查和对患者进行的诊治询问的结果来看,被告人不能也不应该认为患者同意除去子宫。因此,存在过失伤害的责任^[11]。对于上述案件,原审法院都认为被告人主观、

客观都没有违法性,故判决无罪,而再审法院都认为,在治疗手术中的侵害行为,如果没有取得患者的同意,那么与伤害罪的构成要件是没有差异的。亦言之,身体上的伤害,无论是使用的手术刀还是一般的凶器,造成的结果都没有什么不同。故如果没有患者的同意,无论在医学上是否适当,治疗是否成功,都应该以伤害罪论处。在日本,通说也认为,如果没有患者的同意,医师对患者进行手术,也构成对患者生命、身体的伤害。同样在美国,也认为未得到患者的同意而专断的医疗行为,即使在医学的观点来看是成功的,暴行及伤害罪亦成立。

在我国大陆,对于未经患者同意,医师专断治疗行为给患者造成伤害的情形,一般是按照民事侵权对待的。例如以下典型案例:原告陈某因阑尾炎于1994年1月11日住进被告医院,12日,由被告为其(Y市人民医院外科医师黄某)做了阑尾切除手术。手术中黄某怀疑原告患有卵巢囊肿,在未征得患者和其家属同意,也没有商请妇科会诊的情况下,擅自将原告双侧的卵巢切除。原告出院后,数月没有来月经,乳房、阴唇逐渐萎缩,无女性正常分泌物,且体重下降。经伤情鉴定,确诊为卵巢切除造成。又经Y市医疗鉴定委员会鉴定为二级责任事故。原告要求被告赔偿医疗和精神损害等费用16万元^[12]。

对于此类案件,我国大陆的法院是按照民事案件对待的。笔者认为这是不妥的。在手术治疗中,如果没有取得患者的同意,那么手术刀和一般的凶器给患者造成的损伤是一样的。上述医师的行为完全符合故意伤害罪的构成要件。那么医师的行为符合我国《刑法》第335条的医疗事故罪吗?笔者认为是不符合的。笔者认为,医疗事故罪的构成要件是,医师在取得患者同意后,在治疗过程中严重不负责任,造成就诊人死亡或严重损害就诊人身体健康。是否取得患者的同意,是区分医疗事故罪与故意伤害罪的关键。从另一个侧面也可以看出,正是医师取得了患者的同意,所以医疗事故罪的处罚较轻,即使造成就诊人死亡,最高量刑也是3年有期徒刑。所以笔者认为,上述案件中的黄某构成故意伤害罪。那么是否只要医师没有取得患者同意,给患者的专断治疗行为一概都是故意伤害行为呢?笔者认为这也是极端的、不切合实际的。如果将医师未取得患者同意的治疗行为一概认为是故意伤害行为的话,那么就会给医师在治疗中增加很大的精神压力,从而在手术中畏手畏脚,不利于患者的康复和医疗的发展。故笔者认为,只有医师在应该取得患者的同意而未取得同意,手术

中严重不负责任,治疗行为大大超出了患者可能同意的范围,才能认为其行为构成故意伤害罪。比如上述案件,被告人黄某的治疗行为就已经大大超出了被承诺的范围。因为患者只要求被告切除阑尾,并没有要求切除双侧卵巢。同时,目前在我国的现实生活中,许多没有医疗职业执照的医师进行许多虚假的广告宣传,引诱患者就诊,而且往往因为手术的失败给患者造成了身体伤害。笔者认为,对于这种情况,行为人的行为已经构成非法行医罪和诈骗罪,应该对其数罪并罚。因为行为人在没有取得医师执照的情况下非法行医,完全不顾患者的生命、身体安全,符合《刑法》第336条的规定,按照第二款应该处3年以上10年以下有期徒刑。同时,行为人虚构事实,隐瞒真相,打着治疗的幌子,其真正的目的是诈骗钱财,并不是治病救人,故符合诈骗罪的构成要件。

有关医事刑法的问题,我国大陆的理论研究才刚刚起步,对这方面的研究还比较薄弱。笔者希望自己的研究能对以后的研究有所利处。

参考文献

- [1] 张明楷. 刑法格言的展开[M]. 北京:法律出版社,2003. 245.
- [2] 陈朴生. 刑法专题研究[M]. 台湾:三民书局,1988. 203.
- [3] 马克昌. 比较刑法原理[M]. 武汉:武汉大学出版社,2002. 410.
- [4] 陈忠林. 意大利刑法纲要[M]. 北京:中国人民大学出版社,1999. 181.
- [5] 汉斯·海因里斯·耶赛克,托马斯·魏根特. 德国教科书(总论)[M]. 徐久生,译. 北京:中国法制出版社,1999. 457,460.
- [6] 前田雅英. 刑法总则讲义[M]. 东京:东京大学出版社,1994. 156.
- [7] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1999. 829.
- [8] 张明楷. 刑法格言的展开[M]. 北京:法律出版社,2003. 251.
- [9] 大冢仁. 犯罪论的基本问题[M]. 冯军,译. 北京:中国政法大学,1999. 158.
- [10] 高铭喧. 刑法学原理(第2卷)[M]. 北京:中国人民大学出版社,1993. 256.
- [11] 冯军. 被害人承诺的刑法意义[A]. 赵秉志. 刑法评论(第一卷)[C]. 北京:法律出版社,2002. 81.
- [12] 高祥阳,陈宇. 医患纠纷、医疗事故赔偿、患者维权完全手册[M]. 北京:中国城市出版社,2003. 31.

On the Victim's Consent in Medical Operation —From View of Criminal Law

XING Jiang

(Wuhan University Wuhan 430072 China)

Abstract An efficient consent of a victim in medical operation, which is the justification for hindering criminal responsibility of the doctor who conduct the operation, should conclude five indispensable factors that means the jurisdiction of consent, act ability, real wishes, proper time, consent concord with the law. In some foreign countries, a doctor who conducts an operation without the victim's consent can be indicted by the crime of inflicted injury or others.

Key Words victim's consent; justification; component; typical case

(编辑 戴鲜宁)

作者: [行江, XING Jiang](#)
作者单位: [武汉大学, 武汉, 430072](#)
刊名: [电子科技大学学报 \(社会科学版\)](#)
英文刊名: [JOURNAL OF UNIVERSITY OF ELECTRONIC SCIENCE AND TECHNOLOGY OF CHINA \(SOCIAL SCIENCES EDITION\)](#)
年, 卷(期): 2006, 8(6)

参考文献(12条)

1. [张明楷](#) [刑法格言的展开](#) 2003
2. [陈朴生](#) [刑法专题研究](#) 1988
3. [马克昌](#) [比较刑法原理](#) 2002
4. [陈忠林](#) [意大利刑法纲要](#) 1999
5. [汉斯·海因里斯·耶赛克; 托马斯·魏根特; 徐久生](#) [德国教科书\(总论\)](#) 1999
6. [前田雅英](#) [刑法总则讲义](#) 1994
7. [马克昌](#) [犯罪通论](#) 1999
8. [张明楷](#) [刑法格言的展开](#) 2003
9. [大冢仁; 冯军](#) [犯罪论的基本问题](#) 1999
10. [高铭喧](#) [刑法学原理](#) 1993
11. [冯军](#) [被害人承诺的刑法意义](#) 2002
12. [高祥阳; 陈宇](#) [医患纠纷、医疗事故赔偿、患者维权完全手册](#) 2003

本文链接: http://d.wanfangdata.com.cn/Periodical_dzkjdxxb-shkx200606021.aspx