

医事刑法基本问题研究*

曹 菲

内容提要:如果不对医事刑法研究的共通原理进行挖掘,医事刑法学作为一门“学问”就永远无法得到确立。医疗行为的正当化根据应当依照区分治疗行为和非治疗的医疗行为展开讨论。治疗行为的正当化根据,存在治疗行为伤害说、治疗行为非伤害说和中间说。治疗行为伤害说具有妥当性。治疗行为的正当化根据在于患者优越利益的实现,非治疗的医疗行为的正当化根据在于危险承受。患者的自我决定权是重要的,但不是万能的,只能在相对的自律中尽可能地尊重患者的自我决定。应当从实施主体、医疗家长式作风、医疗正当程序三个方面对患者的自我决定权进行制约。小组医疗中过失竞合时责任主体的限定,不仅要考虑因果关系的相当性,更应重视各个过失行为的正犯性等归责因素。小组医疗中也有适用信赖原则的余地。小组医疗中信赖原则的适用以分工的确立为前提条件,以存在实质的信赖关系为根本条件。

关键词:治疗行为 非治疗的医疗行为 患者自我决定权 小组医疗 过失竞合 信赖原则

曹菲,中国人民大学法学院2007级博士研究生,早稻田大学大学院法学研究科外国人研究员。

近年来,医事刑法研究在我国不断升温,每年都有大量的论文发表、著作面世。但如果细加研究就会发现,其中绝大多数都是围绕安乐死、人体实验、生殖辅助医疗等具体问题,以分则的研究方法展开的。研究思路大致可以归纳为:生命科学技术出现了某种新进展——其不当使用会引发怎样的危害——法制先进国家已经把该种行为规定为犯罪——我们也应该设置相应的罪名。为应付生命科技进步衍生出的新犯罪,问题解决式的研究固然是需要的。但是,在对医事刑法研究的基本立场、研究方法等共通理念都尚未得到确认的条件下所作的研究,只能是片段的、零碎的。如果只停留在现象表面、围绕一些新名词打转,医事刑法学作为一门“学问”就永远无法得到确立。

本文选取医事刑法研究中三个最根本的问题,医疗行为的正当化根据、患者的自我决定

* 本文系中国人民大学刘明祥教授主持的国家社科基金项目“医学进步带来的刑法学新问题”(项目批准编号:02BFX021)的研究成果。

权及其界限、小组医疗中的过失竞合与信赖原则的运用,对德国和日本多年来的理论积累和最新动态展开介绍,并提出自己的一些见解,以期引起国内学者对医事刑法基础理论研究的重视。

一 医疗行为的正当化根据

(一) 区分治疗行为和非治疗的医疗行为的重要意义

医疗行为的固有性质决定了它在治愈疾患、达到医疗效果的同时,对患者的生理机能、身体健康具有一定的侵袭性,在理论上有可能符合故意伤害罪的构成要件。但事实上,基本没有人会认为所有医疗行为都符合故意伤害罪的构成要件,而是将之理解为业务上正当行为的一种。不过医疗行为得以正当化的根据,并不是因为医疗作为一项业务具有正当性这么简单,而必须深入医疗行为的本质进行挖掘。

具体而言,这一问题应当分为治疗行为的正当化根据和非治疗的医疗行为的正当化根据展开讨论。非治疗的医疗行为,是指整形美容手术、药品临床试验等虽然是由医务人员运用医学技术实施的,但接受医疗的一方本身并无任何疾患,不存在需要恢复、增进的客观身体利益,缺乏“医学的适应性”^{〔1〕},或者采取的医疗手段尚未达到医疗准则的一般要求,包含一定的风险,缺乏“医术的正当性”^{〔2〕}。之所以要对这二者的正当化根据分别展开讨论,是因为非治疗的医疗行为缺乏“治愈疾病”这一客观上的保护利益,与治疗行为相比,对患者主观方面的要求应当更为严格。例如,非治疗的医疗行为的正当化,原则上不得适用家属的代为同意,也没有适用紧急避险的余地,而这些在治疗行为中都是普遍承认的正当化根据。

治疗行为与非治疗的医疗行为在正当化根据上有着如此本质的差异,有必要将二者区分开来,分别展开讨论。然而,还是有学者不区分治疗行为和非治疗的医疗行为,把医学的适应性、医术的正当性、告知后同意作为“医疗行为的适法性要件”,这就必然会发生问题。为了论证非治疗的医疗行为的合法性,不得不极其勉强地证明像整形美容手术这样的行为也满足医学的适应性、医术的正当性和知情同意这三要件。^{〔3〕}

不过也应注意到,治疗行为和非治疗的医疗行为,二者之间的界线并不是一成不变的,而是会随着时代的变迁、观念的变化、尤其是人们对某一病理现象认识的深入而有所转变。例如变性手术,在20年前几乎没有人会认为它具有治疗目的。但现在一般认为,对于被确诊为患有性同一性障碍的患者而言,变性手术就是一种治疗手段。又如,如果将不孕视为一种疾病的话,从治疗不孕症的角度来看,生殖辅助医疗中的人工授精和体外受精也可以说具有医学的适应性。

〔1〕 医学的适应性,是指该治疗行为的实施是为维持、恢复患者的生命、健康所必需的。

〔2〕 医术的正当性,是指该治疗行为是遵照医学上一般承认的医术准则而实施的。日本的通说认为,医学的适应性、医术的正当性和知情同意是治疗行为正当化的三要件。

〔3〕 参见〔日〕大谷实:《医疗行为与法》,弘文堂1997年版,第198页。国内也有学者不区分治疗行为与非治疗的医疗行为,直接对医疗行为的正当化根据展开论证。例如,冯卫国、张素娟:《从刑法理论看医疗行为的正当化根据》,载《法律与医学杂志》2003年第1期,第26-29页;杨丹:《医疗刑法研究》,中国人民大学出版社2010年版,第167-172页。但从实体内容来看,论者讨论的其实是治疗行为的正当化根据。还有学者在“医疗行为的正当化根据”的题名下撰写论文,然后又将研究对象收缩为“以治疗为目的的医疗行为”,所讨论的其实还是治疗行为的正当化根据。例如,董蕾蕾:《医疗行为的正当化根据》,中国政法大学2009年硕士学位论文。

(二) 治疗行为的正当化根据

治疗行为的正当化根据是整个医事刑法研究中最根本、最核心的问题。因为正当化根据的定位,会影响到对各个具体治疗行为的刑法评价。如果将治疗行为的正当化根据定位为患者同意,只要取得了患者的同意,即使是超越医疗准则的、危险的治疗方法,也有正当化的余地。而如果将正当化根据定位为恢复、增进患者健康这一客观的优越利益,只要是从医学的角度看是为恢复患者健康所必须的治疗手段,即使患者出于愚昧无知或固执己见明确拒绝接受治疗,医生违背其意愿实施了治疗,也有可能予以正当化。反之,如果在危及患者生命的紧急情况下,家属拒不在手术同意书上签字,医师就因此不实施手术,患者最终死亡的,根据某些国家的刑法还有可能对医师论以保护责任者遗弃致死罪。

在德日两国,对治疗行为正当化根据的研究经过一百余年的发展,形成了治疗行为伤害说与治疗行为非伤害说的对立。前者认为,既然治疗行为给患者的身体组织造成了直接的、物理性的侵害,至少从破坏了身体的完整性这一点应该承认其符合伤害罪的构成要件,但可以因阻却违法性而得以正当化。后者认为,治疗行为本来就不符合伤害罪构成要件,未经患者同意而实施的专断的治疗行为,应作为侵害自由的犯罪处罚。近二三十年来还出现了介于两者之间的中间说。

1. 治疗行为伤害说

(1) 业务权说。^[4] 认为医疗业属于“正当业务”的一种,医师的治疗行为是一种权利行使行为,行使为法律所承认的正当业务上的权利,因而得以正当化。业务权说的问题在于,只是空洞地反复强调治疗行为是医师业务行为,因而是正当的,没有为治疗行为的正当化提供任何实质的、积极的论据。而且业务本身的正当性并不能导出行使业务的行为的正当性,这在学界已经达成共识。

(2) 紧急避险说。^[5] 认为治疗行为虽然给患者的身体利益造成牺牲,但却是为了救助生命健康这一更大的利益而实施的,是为了避免患者生命、身体遭受疾病侵害这种“现实的危险”“不得以而实施的行为”。只要治疗行为引起的结果没有超出实施治疗所回避的危险,就可以作为紧急避险行为予以正当化。紧急避险说的问题在于,紧急避险的正当化并不需要考虑作为被救助者的利益主体对被救助利益的态度,只需对冲突的双方利益进行客观的比较衡量就够了。而在医疗场景中,却不能抛开患者的意思做这种纯客观的利益衡量。

(3) 同意说。^[6] 对同意在治疗行为违法性阻却中的意义给予特别重视,即使是基于治疗意图、遵循医术准则而实施并取得了成功的治疗行为,如果没有患者的同意或推定同意,也构成伤害罪。因为什么是对患者的生命、身体有益的,不能通过客观的衡量来决定,而只取决于法益主体——患者本人的意思。同意说的问题在于,混淆了治疗行为的正当化条件

[4] 参见 Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1875 S. 247; Karl Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. 1, 1885, S. 791ff; Wilhelm Kahl, Der Arzt im Strafrecht, ZStW, 1909, S. 369 - 370; [日]花井卓藏:《刑法俗论》,博文馆 1912 年版,第 383 页以下; [日]冈田庄作:《刑法原论总论》,明治大学出版部 1917 年版,第 302 页以下。

[5] 参见 [日]上野正吉:《医疗与刑法第 37 条》,载《ジュリスト》第 404 号,第 14 页; [日]上野正吉:《医疗行为中医师的自律规范》,载《法律时报》第 47 卷 10 号,第 30 页以下。

[6] 参见 Jürgen Baumann, Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?, Zum Urteil des BGH v. 28. 11. 1957, NJW 1958, S. 2092ff; Ulrich Weber, Gunther Arzt/Ulrich Weber Strafrecht, Besonderer Teil LH1: Delikte gegen die person, 3. Aufl; 1988, Rd-nr, S. 125ff; [日]井上祐司:《被害人同意》,载日本刑法学会编:《刑法讲座(第二卷)》,有斐阁 1963 年版,第 173 - 174 页。

与正当化根据的区别。患者遵从自己的自由意思进入治疗行为,确实是正当化不可或缺的要件。但在踏进医疗的范畴之后,患者的意思、自我决定和同意却不起支配作用,而必须考虑医疗准则的遵守等客观要素。

(4) 优越利益说。立足于结果无价值的立场,认为治疗行为违法性阻却的根据在于,将治疗行为维持、促进患者健康的身体利益与医疗侵袭损害的身体利益进行比较衡量,前者大于后者这种优越利益。根据判断标准侧重点不同,又可以分为事后判断的优越利益说^[7]和事前判断的优越利益说。^[8]现在大多数人认为,是否存在优越利益的判断应当以医术准则的遵守为标准,在事前进行。

(5) 治疗目的说。^[9]认为治疗侵袭的合法性基础在于其所追求的目的的国家容许性,例如生命的维持、健康的恢复、痛苦的消除、生命健康危险的防止等等,这些都是为国家所容许并且鼓励的,为了达成这一目的所实施的治疗行为当然也应该被容许。治疗目的说的问题在于,使用了治疗目的这种主观的正当化要素。如果某一治疗行为缺乏医术准则上的适当性,在客观上不具有治愈倾向,又怎能仅因为主观上的目的就得以正当化呢?

(6) 社会相当性说。^[10]认为以治疗为目的、以医学上一般承认的手段、方法实施的医疗处置,属于社会生活中历史地形成的社会伦理秩序范围内的行为,即使侵害了法益,也阻却违法性。社会相当性说的最大问题在于社会相当性的概念本身是不确定的。在此意义上,社会相当性说的发展前景就取决于对“治疗行为的社会相当性”概念具体化的努力。近來有学者提出以医疗水准对“治疗行为的社会相当性”概念进行明确化、客观化,^[11]可称得上是一种有益的尝试。

2. 治疗行为非伤害说

(1) 意图理论。^[12]认为之所以必须要把治疗行为和伤害罪区分开来,理由在于医师不具有主观上的加害意思。但正如后世的学者批判的那样,意图理论是为了阻却主观的构成要件,将特定的要素(行为人主观上的意图)编排进构成要件。而伤害罪的构成要件要素对行为人有无特定意图根本没有作任何要求。

(2) “差额”理论。^[13]认为判断某一行为是否符合伤害罪的构成要件,关键要看该行为有没有对整体的身体利益造成侵害,仅有单纯的身体侵害是不够的。即使是对身体利益造成侵害的治疗行为,只要在终局上带来了更大的健康促进效果,就不符合伤害罪的构成要件。治疗行为引起的对患者身体利益的侵害,被最终实现的对更大身体利益的保护抵消了。

[7] 参见[日]生田胜义:《刑法原理与刑事违法论》,信山社2002年版,第238-239页。

[8] 参见[日]齐藤诚二:《有关“推定的承诺”的法理》,载《警察研究》第49卷11号,第20页;[日]内藤谦:《刑法讲义总论(中)》,有斐阁1986年版,第600页;[日]町野朔:《患者的自我决定权与法》,东京大学出版会1986年版,第163页、第197-204页。

[9] 参见 V. Liszt, Lehrbuch, 21. u. 22. Aufl., S. 147; Karl von Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht, in: Festgabe zur Feier des fünfzigsten Jahrestages der Doktor-Promotion des geheimen Rates Professor Dr. Ernst Immanuel Bekker, Neudruck 1973, S. 13ff; [日]木村龟二:《犯罪论的新构造》,有斐阁1966年版,第278页。

[10] 参见[日]福田平:《新版刑法总论》,有斐阁1980年版,第108页;[日]小林公夫:《治疗行为的正当化原理》,日本评论社2007年版,第126-128页。

[11] 参见[日]小林公夫:《治疗行为的正当化原理》,日本评论社2007年版,第186-195页。

[12] 参见 Anton Hess, Die Ehre und die Beleidigung des § 158 StGB, 1891, S. 54.

[13] 参见 Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil, 1902, S. 57; Eb. Schmidhäuser, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., 1975, S. 266; Arzt-Weber, Strafrecht, Bes. T., LH I, S. 102ff; W. Botke, Suizid und Strafrecht, 1982, S. 149ff.

(3) 行为理论。^[14] 以“差额”理论为正当化根据必然会得出以下结论,失败的治疗行为对患者的身体利益造成了侵害,具有伤害罪的构成要件符合性。但现在德国的主流学说早已抛弃了这种纯客观、纯结果的思维模式,认为即使是失败了的治疗行为也必须和伤害罪有所区别。行为理论不过是采取了事前判断标准的“差额”理论的变种。对患者生命、健康造成危险,不能由事前判断出的对患者的利益所吸收。无论判断标准是事前还是事后,用“差额”理论解释伤害概念这本身就存在问题。^[15]

(4) 社会意义理论。^[16] 认为治疗行为的正当化根据只在于治疗行为自身的“社会意义”,而不在于客观上增进的患者身体利益。医师用手术刀切入患者的身体,不过是单纯的物理力施加,是没有任何意义的中间阶段,不能作为刑法的评价对象。只有在医师以医学上不正当的手段对身体实施处置时,身体的不可侵犯性法益才有可能成为问题。如果医师的行为本身具有医学上的正当性,但却是违反患者的意思而实施的,受到侵害的应该是做出意思表示的自由法益,即自我决定权。社会意义理论的问题在于,有没有造成法益侵害、造成了何种法益侵害,不取决于治疗行为给患者生命、健康带来的最终结果是成是败,而仅取决于行为样态,这种偏重行为主义的法益概念,使法益论本来具有的处罚限定机能遭受减损。如果将之贯彻到底,必将导致法益概念的空洞化和极端的行为无价值论。

3. 中间说

(1) 以治疗程度为标准的中间说。^[17] 认为应当区分“造成身体本质性变化的治疗行为”和“不包含身体本质部分永久丧失的治疗行为”。在“不包含身体本质部分丧失的治疗行为”获得了成功的情况下,根本不存在结果无价值,不符合伤害罪的客观构成要件。但对于“造成身体本质性变化的治疗行为”,就不得不肯定存在结果无价值。不过,如果该治疗行为是基于医患之间的合意、遵守医疗准则而实施,且医师具有适当的医疗目的,就缺少行为无价值。

(2) 以治疗行为成功与否为标准的中间说。^[18] 主张应当区分成功的治疗行为和失败的治疗行为。成功的专断的治疗行为没有处罚上的必要。对于失败的专断的治疗行为,如果能够证实无视自我决定与危害结果之间存在因果关系,就应承认过失伤害罪或过失伤害致死罪的构成要件符合性。

就目前而言,德国理论界以治疗行为非伤害说为通说,但判例却一直坚持治疗行为伤害说。在日本,治疗行为伤害说是学界的多数说,判例的态度尚不明确。在治疗行为伤害说内部,从患者自我决定权的角度寻求治疗行为正当化的观点占据了主流,但重视治疗行为自身价值的社会相当性说和重视患者生命健康利益的维护的优越利益说也是有力的学说。治疗行为非伤害说内部,行为理论的支持者占据了多数。近年来,以侵袭程度为标准的中间说也

[14] 参见 Stooss, Chirurgische Operation, S. 10ff; Heimberger, Strafrecht und Medizin, S. 61ff; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 288ff.

[15] 参见[日]町野朔:《患者的自我决定权与法》,东京大学出版社1986年版,第98页。

[16] 参见 Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 74ff; Welzel, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1940, S. 34, 56; U. Klug, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, S. 262; [日]大谷实:《医疗行为与法》,弘文堂1990年版,第78页以下。

[17] 参见 Albin Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 27 Aufl., 2006, § 223, Rdn. 32; [日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂2008年版,第560-561页; [日]佐伯仁志:《违法论中的自律与自我决定》,载《刑法杂志》第41卷2号,第189页。

[18] 参见[日]金泽文雄:《医疗与刑法》,载[日]中山研一等编:《现代刑法讲座(第二卷)》,成文堂1979年版,第143-144页。

逐渐受到重视。

在我国,传统上是将治疗行为作为正当业务行为中的一种阻却违法性。近年来,随着知情同意原则的引入,多数学者开始主张从患者同意的角度探寻治疗行为的正当化根据,以实现对患者自我决定权的尊重。^[19] 不过也有学者主张,不妨继续以“业务上正当行为”作为医疗行为的违法阻却事由,但患者的知情同意是业务行为取得正当性必须满足的一个要件,即患者承诺与业务上正当行为的整合。^[20]

笔者以治疗行为伤害说为基本立场,认为治疗行为的正当化根据在于患者优越利益的实现。但什么是优越利益,判断标准并不是唯一的。由于身体法益内部包含着身体健康和外观、生活机能两种不同性质的利益,在评价是否存在优越利益时,也应当分别适用各自的判断标准。在多数情况下,身体法益仅涉及单纯的身体健康利益,是否存在优越利益只需围绕医学的正当性、以客观标准进行考察。但如果涉及身体的外观、生活机能的利益(例如肢体的截断、子宫的切除),就必须要考虑患者的主观意思。

(三)非治疗的医疗行为的正当化根据

德日两国理论界对医疗行为正当化根据的研究主要集中于治疗行为。医学的适应性、医术的正当性、知情同意这一著名的三要件标准,也是针对治疗行为的正当化提出的,对非治疗的医疗行为并不适用。对非治疗的医疗行为的正当化根据的研究,尚停留在对人体实验等各个具体行为的正当化根据进行讨论的阶段。目前还没有学者从总括性的视角对非治疗的医疗行为的正当化根据展开讨论。

在此,笔者提出以危险承受作为非治疗的医疗行为的正当化根据。“被害人的危险承受”这一概念产生于 20 世纪 70 年代的德国,与作为客观归责理论的一个组成部分的“构成要件的射程范围”理论有着密切联系。被害人对某一行为所蕴含的危险存在认识,但却认为大概不会真的发生危害结果,基于自己的意思置身于该危险中,而该危险行为果然导致不幸结果发生。在这种情况下,被害人自己接近危险的行为,有可能阻却危险行为的实施者的犯罪成立。

被害人的危险承受之所以可以阻却行为人的违法性,原因在于法益主体人格的自律与自我决定。法益主体利用自己的法益进行自我实现,这种自我实现活动有时可能会伴随一定风险,有时仅凭自己的力量还无法实现,需要借助他人之手。如果行为人在借助他人的力量实现自我利益,而他人的力量本身包含着某种危险并因而发生了危害结果,这时要处罚给予帮助的一方,就等于于是阻碍了行为人的自我实现。此时法益静态的存续虽然得到了最大程度的保障,但却失去了动态的发展的可能。要维护自我实现的自由,就应当承认符合一定条件的被害人危险承受的合法性。

具体到非治疗的医疗行为中,能否根据被害人(具体表现为整形美容手术的接受者、人体实验的被实验者等)的危险承受实现正当化,应当遵循以下判断步骤:

第一,被害人对行为所包含的危险存在明确认识。成立危险承受对被害人主观方面的

[19] 例如,杨丹:《医疗刑法研究》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 171 - 172 页;陈立:《医疗行为的刑法评价》,厦门大学 2009 年硕士学位论文;赵西巨:《患者同意在刑法中的价值:医疗例外及其限制》,载《南京医科大学学报(社会科学版)》2008 年第 1 期;陈子平:《医疗上充分说明与同意之法理》,载《东吴大学法律学报》第 12 卷第 1 期;陈军宇:《我国医疗过失刑事责任之研究》,东吴大学 2009 年硕士学位论文。

[20] 参见王皇玉:《论医疗行为与业务上之正当行为》,载《国立台湾大学法学论丛》第 36 卷第 2 期,第 80 - 81 页。

要求是,被害人将危险终会导致结果发生的可能性从内心打消,自愿地接近危险,这以被害人对行为所包含的危险的内容有着真实的认识为前提。在此意义上,当医师就试验药品的临床应用征求患者同意时,必须对新药的预期效果、危险性、比既有药物的优势等做出充分说明,并告知患者可以随时要求停止使用。仅询问患者“有新的试验药品开发出来了,要不要在治疗中使用”,是不能保证危险承受的有效性的。

第二,被害人对危险行为的实施持积极态度。被害人并不是单纯地将自己的身体交给行为人,任凭行为人处置。而必须是积极追求危险行为的实施,积极地自陷风险,表现出至少和行为人同等程度的积极态度。如果被害人在做出意思决定时存在受胁迫或欺罔的情况,就不属于自我决定。因此,以重金利诱经济窘迫的人参与新药的临床药理试验,不仅属于民法上趁人之危的行为,还有可能构成犯罪。未成年人、精神障碍者、监狱服刑人员、战争中的俘虏,即使存在同意,也不能成为研究本位的人体实验的对象,原因就在于很难保证其同意参与实验的意思的真实性。

第三,危险行为的实施遵循了既有的规则。对于那些典型的可以适用危险承受理论实现正当化的行为,往往都存在一些既定的规则。行为本身包含的危险性可能很高,但如果是遵循规则实施的,就可以使危险性得到一定控制。当存在既定规则时,能否适用危险承受理论实现正当化,就在很大程度上取决于规则的遵守。而且,非治疗的医疗行为的规则并不限于医学上、技术上的,还包括程序上、行政上的。医学上、技术上的规则降低的是医疗行为的固有风险,程序上、行政上的规则降低的是医疗技术被滥用的危险。例如,在生殖辅助医疗中,明确规定采取卵子、精子仅限于实施体外受精所必须的量,严格禁止超过必要数量的卵子、精子采集。这一规定的贯彻防止了医师为了获取“人工生殖的剩余胚胎”用于研究,故意事先合成出过多的人类受精胚胎。

第四,危险行为的实施属于社会相当性的范围内,不违反公序良俗。自愿承受的危险行为本身并不需要具有社会有用性,或者能够带来什么积极的价值。只要承受危险的法益属于被害人自我决定的范围,就对自己选择的自陷危险行为引起的危害结果承担自我责任。但如果危险行为已经脱离了社会相当性的范围,违反公序良俗,就不属于被害人能够自我决定的对象了。例如,对克隆技术的应用做出了刑法规制的国家,大多对人与动物的胚胎、生殖细胞的融合、杂交、移植设置了较高的法定刑上限,就是出于这个原因。

第五,被害人自愿承受的危险行为不可避免地导致了危害结果发生。被害人选择承受危险行为之后,无论是行为人还是被害人都对危险的实现缺乏控制能力,危害结果是由行为固有的危险引起的。如果行为人还犯有其他过失,就切断了危险行为与结果之间的因果关系,结果不属于行为固有危险的现实化。例如,患者在接受抽脂手术后死亡,但却并非死于抽脂手术的固有风险,如脂肪颗粒进入器官导致的栓塞,而是因为医师忘记提醒患者手术后必须连续若干天注射抗菌药物,患者因伤口感染而死,就不能适用危险承受理论阻却违法。

二 患者的自我决定权及其界限

(一) 对自我决定权理解的两个误区

近年来,患者的自我决定权俨然已经成为医事刑法研究中一个最炙手可热的关键词。无论是治疗行为的正当化根据,还是患者停止延续生命治疗的意思决定,以及人体实验的容

许性要件,乃至整形美容手术和变性手术,都无一例外地搬出自我决定权理论。患者的自我决定权难道真是一剂足以应付医疗领域中各种事件的万能药?

自我决定,以密尔古典式的自由主义为理论模型,预设每一个人都是基于自我责任对诸利益进行比较衡量、追求自己的个性与人格发展的“自律的存在”。每一个人都对自己的幸福抱持最大的关心,违反个人的意思对其行动进行干涉,仅限于为防止对他人施加侵害的情况。但在医事刑法领域,侵害原理所无法说明的问题其实是不胜枚举。例如,即使当事人完全自愿,人体器官、卵子、受精胚胎的买卖、商业性的代理怀孕也不能得到允许;即使患者再固执要求,医师也不能对其实施明显缺乏科学根据、形同自杀的医疗处置;即使患者再积极要求,医师也不能对其使用未经过临床药理试验、安全性没有任何保障的试验药品。这些问题都不是仅靠强调患者的自我决定权就能解决的。

事实上,之所以会出现上述问题,是因为当前对自我决定权的理解存在两大误区。第一,仅重视自我决定中追求自我满足的主观欲求的行动自由的一面,而忽视自我决定“自律”的一面。现代意义上的“自我决定权”发端于20世纪70年代的美国,作为一项社会弱者抵抗来自公权力的压制、排除来自他人的干涉的自由权利,自我决定权和美国式的自由主义一起普及到了全世界,成为二战后法学的一个关键词。但是也应注意到,这种具有浓烈个人主义色彩、以彻底价值相对主义为前提的自我决定权理论,仅将目光集中于实现“自我满足”的主观欲求的行动自由,忽视了人类行为社会性的一面。近代哲学在谈到自我决定时,都是把自我决定作为人这样一种社会存在能够实现“自律”的前提,在一定意义上忽视了实现主观欲求的行动自由的一面。而20世纪的自我决定权理论却是矫枉过正,完全抛弃了自律的一面,只剩下主观上的自由。排除他人干涉的自我决定权发展到极端,就会不只排除权力者的干涉,进而走向排斥其他所有人的意见。只要当事人之间达成合意,其他人就不容置喙。^[21]过分强调个人的自我决定权,甚至有可能和人类尊严发生抵触。例如对于商业性的代理怀孕,如果只强调个人的自我决定权,就会认为禁止代理怀孕是对从事代孕业的妇女自我决定权的否定。这一观点忽视了法律对人的身体和尊严的保护,并不会因为法益主体个人的意见而动摇或后退。自我决定权能够发挥作用的空间是有限的,并不是什么都可以自我决定。将本应在达成社会性的合意的基础上、谋求社会性的解决的问题领域,交由个人的同意去解决,不过是将既存的社会矛盾、制度缺陷隐藏起来的掩耳盗铃的做法。

第二,只注重自我决定的结果,对行使自我决定的过程和环境却不予重视。在实践中,只要患者本人已经做出决定,就认为,既然其作为一个人格自律的主体已经做出了自我决定,就可以将此决定所引起的结果和责任都归属于他。而不关心我们究竟有没有为他做出决定提供适当的社会环境,使患者有可能做出真正有利于自己的决定。对一个成熟的、各方面能力都健全的人,只为其提供极其有限的选项,强制他在其中选择一个,这难道就符合自我决定原理的初衷?当作为专业人员的医师都对选择哪种治疗方案踌躇不决时,将决定权推给患者,强迫患者去行使这种义务性的自我决定,这难道真是患者所期望的?在对人体实验和药品临床试验的参加者的专门保险制度尚未确立,对实验可能产生的潜在损害及相关治疗费用都无法保证的情况下,即使被实验者对各种风险有着充分了解,这难道就是真正意义上的自己决定?单纯承认女性拥有堕胎的自由,不过是将“选择堕胎还是承受怀孕的

[21] 参见[日]梅崎进哉、宗冈嗣朗:《刑法学原论》,成文堂1998年版,第43页以下。

负担”这种二者择一的两难问题推给女性而已,难道真是对女性权利的推进?在行使自我决定的环境条件都不具备的情况下谈自我决定,不过是假借自我责任之名,将决定的责任归属于本人而已。

(二)患者自我决定权的制约原理

正如日本医事刑法权威甲斐克则教授所指出的那样,自我决定权是重要的,但不是万能的。在医疗现场,如果一切都要按照患者的意思来决定,只会使医疗专家丧失存在的意义。行使自我决定的前提是自律,只要是人就没有绝对的自律,而只有相对的自律。在相对的自律中尽可能地尊重自我决定,这才是妥当的态度。问题的关键在于,自我决定权所能发挥作用的空间应该限定在多大范围。^[22] 笔者将患者自我决定权的制约原理归纳为以下三点。

1. 自我决定主体的制约

行使自我决定权的主体,仅限于具有正常判断能力、能够做出意思表示的人。而对因年幼、精神障碍、丧失意识等原因不具备同意能力的人实施的治疗行为,针对上述主体实施的药品临床试验、为捐献而进行的抽血、骨髓抽取等非治疗的医疗行为,对丧失意识的终末期患者停止延命治疗,对重度障碍新生儿停止治疗和水分、营养补给,生前未做出过反对表示的脑死亡者的器官捐献等等,都不是依靠自我决定原理所能解决的,而是依据家属代为同意、患者推定的意思等其他理论构成实现的。

2. 医疗家长式作风的制约

对具有判断能力的成年人所做的决定,国家有时却要强行介入,其理由就在于医疗的专业性。医疗涉及高度专业性的内容,需要医师作为专家权威性的判断,在尊重患者自我决定权的同时,在某些情况下也不得不交由医疗专家去裁量。例如在决定对患者停止延续生命治疗时,患者是否处于“死亡无可避免的末期状态”,必须依靠医师从纯医学的角度判断,认定治疗已经没有实际意义了,而不能仅凭患者或家属的要求就停止治疗。再如,医师对治疗方法的选择、药品的使用既具有裁量权利、又负有裁量义务,有义务根据自己的专业知识与经验为患者选择最适合的治疗方案,这也正是医师这一专门职业存在的意义所在。因此当患者坚持要求实施成功率极低、形同自杀的医疗处置时,当患者的法定代理人、家属行使代为同意权,做出明显不利于患者的决定时,医师可以不必受此拘束。

3. 医疗正当程序的制约

医疗正当程序的意义在于,通过一定的程序设计,确保患者在行使自我决定过程中的主体地位,使本人有可能做出真正有利于自己利益的自我决定。例如,承认安乐死一定条件下的合法化的国家和地区,都是以全体居民投票的方式通过安乐死法案,经历了一个广泛讨论达成社会性合意的过程。在实施程序上,又规定需要由两名以上独立的医师确认患者要求终结生命的意愿的自发性和深思熟虑性,确认患者确实属于恢复无望并伴随难以忍受的痛苦,确认患者对自己的现状和预后有着清楚的认识,和患者一起达成没有其他合理的解决方案的确信。而且,在经过一名医师的审查后申请另一名医师审查前,还规定必须间隔一定的期间,给患者留出重新考虑的时间。在人体实验领域,许多国家的法律都规定,实施人体实验的医疗机构应当设置独立于医院和制药企业的伦理委员会,对实验的风险利益进行

[22] 参见[日]甲斐克则:《医事刑法之旅I》,イウス出版2006年版,第5-7页。

衡量,对实验的危险性进行评估,对被实验者同意的有效性进行确认。同时为被实验者设立专门的保险,对实验可能产生的潜在损害及相关治疗费用予以全额补偿。通过上述程序,可以在很大程度上保证被实验者意思的真实性,防止实验组织者以高额的金钱报酬诱人参与危险的人体实验。

(三)作为自我决定补充的“他者决定”

1. 自我决定与他者决定

实施医疗行为的决定既不是由患者本人做出的,也不是由医院、医师一方做出的,而是委诸第三者(多数情况下是患者的监护人、家属)进行“他者决定”。其中既包括对通常的治疗行为的决定,纯粹以实现患者本人利益为目的;也包括对临床试验(为了给他人移植而实施的)骨髓液抽取等非治疗的医疗行为的决定,涉及患者以外的他人利益、社会利益与患者本人的客观利益之间的调和。

医疗行为的决定涉及患者的生命、身体利益,是专属一身的法益。在此意义上,他者决定并非患者“自我决定的代行”,而是区别于自我决定的一种独立的意思决定,和自我决定一起承担维护患者本人利益的机能。但是,他者决定毕竟不同于本人的有效意思,而只是对本人的现实选择的一种尝试性的接近。他者决定的法律效果并不完全等同于自我决定,对他者决定的适用范围应该给予怎样的限制就会成为问题。而且,自我决定的思想基础是自律,他者决定的思想基础是保护。在自我决定的情况下,即使患者本人做出的自我决定是不合理的、错误的,通常也可以将责任归属于本人。但在他者决定的情况下就并非如此。他者决定与自我决定的最重要区别也就在于此。

2. 治疗行为的他者决定

对治疗行为的他者决定,例如对幼童实施的阑尾炎手术、对丧失意识的人实施的治疗,通常都认为可以直接将监护人的意思视为本人的意思,没有什么异议。但问题在于,当患者本人不具有同意能力的时候,是不是不等待监护人、家属决定就不能实施治疗?对于那些可以预测包含生命、身体危险的医疗处置、伴随重大侵袭的手术、遗传因子治疗或治疗性实验,很难说存在患者本人的明确利益,在这种情况下他者决定确实具有一定的意义。但对于那些明显符合患者本人利益的医疗处置,即使不存在他者同意,例如父母拒绝对患有先天性障碍的新生儿采取急救措施,只要医师判断具有治疗上的必要性,就可以基于患者本人的利益断然采取医疗处置,而不必承担任何法律责任。不过,医疗现场的实际可能正好相反,随着社会公众对医疗专断的警戒、对医师不信任的升级,即使具有治疗上的紧急性与必要性,只要没有家属签字,医师往往也不敢擅自实施治疗。对此有学者提出,应该通过程序上的规定设定紧急情况下的“代行者”,以确保医师在法律、伦理上的安定性。^[23]

3. 非治疗的医疗行为的他者决定

与纯粹以维护患者利益为目的的治疗行为不同,对不具同意能力的人实施的非治疗的医疗行为能否适用他者决定,本身都存在争议,例如以智力障碍者为对象的药品临床试验。不少学者认为,如果某项医疗处置对接受者而言只存在风险,无法带来治疗上的利益,即使存在代行者的同意,也不能允许实施。不过还是有观点认为,这种情况可以适用被害人的推定同意。虽然属于客观上可能给本人带来不利的医疗处置,但只要有理由认为本人会对此

[23] 参见[日]町野朔:《自我决定与他者决定》,载《年报医事法学》第15号,第47页。

表示接受,即使不存在本人现实的意思决定,也可以得到容许。对非治疗的医疗行为也有可能适用他者决定。

他者决定通常是由患者、被实验者的监护人、家属承担,原因在于这些人最了解本人的想法、最能代表本人的意思。最棘手的是拟接受医疗处置的无同意能力人的代行者与因此受益的一方的代理人同属一人的情况。例如,为了给患有白血病的年幼子女 A 实施骨髓移植,母亲能否决定抽取自己另一名年幼子女 B 的骨髓液? 对此有观点认为,由于 A 与 B 的利益存在对立,作为家长难以同时代表 A、B 各自的利益,为其进行选择,因此不承认家长的他者决定。另有观点认为,在这种情况下莫过于委诸家庭成员内部的利害关系调整最为适宜。^[24]

三 小组医疗中的过失竞合与信赖原则的运用

小组医疗,是指随着医疗的高度化、复杂化,医疗的各个分支领域的专门化、细分化,医师、药师、医疗技师、护士超越科室和职务种类的界限,共同参与对同一患者的诊疗,实现组织形式的医疗。现代医疗以小组医疗为基本组织形式,刑事责任则以个人的行为责任为基本形式。当这二者遇到一起,如何追究小组医疗中个人的刑事责任就成为问题。

(一) 过失竞合时的因果关系与结果归属

1. 在小组医疗中适用过失竞合理论的是非之争

小组医疗的最大特征就在于对同一患者的医疗有数名医疗工作者参与,数个医疗参与人中只要有任一履行了结果回避义务,就有可能避免结果发生,但谁也没有履行,于是结果就发生了。每个医疗参与者都或多或少存在一定的过失,数个过失行为竞合在一起导致结果发生。对每一个行为人的过失与结果之间的关系而言,其他行为人的过失都可以理解为因果流程的介入因素。介入的过失对先前的过失行为与结果之间因果关系的相当性的影响,直接引起结果发生的过失、更接近结果发生的过失对先前过失的实行行为性和正犯性的影响,都会成为问题。

对此日本法院近来的判例采取的态度是,并不对过失竞合对因果关系及正犯性的影响给予特别重视,而是采用过失竞合理论,认定每一个行为人对结果回避都负有独立的注意义务,对同一构成要件结果重叠性地成立数个过失实行行为,同时成立数个单独的过失正犯。例如在横滨市立大学医院弄错患者案中,病房护士和手术室护士在交接时出现失误,将心脏手术和肺部手术的患者弄混、送错了手术室,两台手术的麻醉师和主刀医师都没有察觉,给患者造成伤害。最高法院认定各个医疗参与者都应本着各自的职责、立足于各自的立场,重叠地、分别地承担起确认患者同一性的义务。对病房护士、手术室护士、两台手术的第一麻醉师、主刀医师共六人都认定犯有业务上过失伤害罪。在本案中还有一个细节,心脏手术的第一麻醉师 F,在麻醉导入后发现患者的病状、体貌特征和术前诊察时有所不同,曾多次请求在场的上级麻醉师和心脏病患者的主治医师进行确认,但众人都认为与术前诊察时不同是因为麻醉的作用。最高法院对此的态度是,其他医疗参与者没有对 F 提出的疑问给予重视, F 对防止弄错患者尽了一定的努力。但确认患者同一性属于最基本的义务,又存在相当

[24] 参见[日]町野朔:《自我决定与他者决定》,第47-48页。

的证据足以令F引起警觉,即使存在上述情况还是很难说F尽到了注意义务。^[25]在琦玉医大抗癌剂用药过量案中,主治医师在拟定治疗方案时弄错药品用量单位,指导医师和耳鼻喉科长在审查时都没有发现,导致患者因用药过量死亡。二审判决甚至认定科长对科内所有患者都负有作为“治疗医师”的责任,而不仅限于监督责任。最高法院指出,虽然将科长放在和主治医师一样的立场是对他课以了过大的注意义务,但还是认定主治医师、指导医师、科长都构成业务上过失致死罪。^[26]

至于判例为什么要在小组医疗中普遍地承认过失竞合,轻易地肯定每个医疗参与者过失犯的成立,有学者分析法院可能是出于如下考虑:为了回避重大法益侵害结果,对每个行为人课以独立的结果回避义务。小组医疗这种组织体制意味着对某一患者的治疗由数名医疗参与者共同分担,考虑到治疗行为直接关涉到患者的生命身体,为了将实害结果的发生几率降到最低,对医疗小组的每一名成员都课以独立于他人的单独的结果回避义务,为防止结果发生设置多重屏障。如果仅凭“只要他人尽到了注意,结果就不会发生”就可以否定行为人的过失,小组医疗作为一项组织制度也就失去了最基本的社会机能。^[27]

不过判例的上述做法还是遭到来自理论界的猛烈批判,认为最高法院判例有运用过失竞合理论扩大过失犯成立范围的倾向。一个人一旦进入某一组织系统,而该组织系统实施的活动中又有事故发生,组织系统的成员就很难从“因果连锁”中脱离。认定组织活动的参与者各自的过失行为竞合在一起导致了结果发生,将最终结果归责于参与组织活动的每一个人。在故意犯罪的情况下,还有可能因第三人行为的介入阻断因果关系。但在过失犯罪的情况下,即使有第三人的重大过失行为介入也很难阻断因果关系。而且,在主观方面也很难朝否定预见可能性的方向发展,信赖原则的适用更是困难重重。过失竞合理论让本应属于犯罪类型例外的过失的处罚变得更容易了。^[28]

2. 小组医疗中过失竞合成立范围的限缩

对于如何限制过失竞合理论在小组医疗中的适用,日本学者提出了否定正犯性和限定因果关系两种解决思路。一是在肯定相当因果关系的范围内,否定先前过失行为的正犯性。例如平山干子副教授首先指出采用过失竞合理论可能出现的问题,“在故意犯罪的情况下只不过属于共犯的行为,在过失的情况下就有可能升格为正犯。也就是说,只要过失行为与结果之间存在因果关系,就有可能直接肯定正犯性。”他继而提出,“为正犯性奠定基础的是对引起结果的原因的支配、对结果的贡献度和行为人所起的作用,事实上的因果连锁并不具有决定性的意义。”^[29]大塚裕史教授也指出,只要过失行为与结果之间存在相当因果关系,就无条件地肯定同时正犯的竞合,判例和通说一直以来采取的这种立场本身就有问题。相当因果关系并非正犯成立的充要条件。要肯定单独正犯的成立,至少需要对具体的因果经过存在支配可能性。^[30]

[25] 参见最决平成19·3·26,载《最高法院刑事判例集》第61卷2号,第131页以下。

[26] 二审判决参见东京高裁平成15·12·24,载《最高法院刑事判例集》第59卷9号,第1582页以下。最高法院决定参见平成17·11·15,载《最高法院刑事判例集》第59卷9号,第1558页以下。

[27] 参见[日]井田良:《3%ヌベルカイン案》,载《医事法判例百选》,有斐阁2006年版,第161页。

[28] 参见[日]甲斐克则:《医疗事故与过失竞合——以横滨市大患者弄错案最高法院决定为契机》,载《刑事法ジャーナル》第12号,第53-55页。

[29] [日]平山干子:《小组医疗与过失》,载《ジュリスト》第1354号,第168页。

[30] 参见[日]大塚裕史:《小组医疗与过失犯论》,载《刑事法ジャーナル》第3号,第20页。

上述学者提出的解决方案,基本还都处于肯定相当因果关系的范围内。甲斐克则教授则更进一步,直接对先前过失行为与最终结果之间的因果关系进行限定,提出独特的“过失犯的脱离”理论。首先,立足于相当因果关系说中的客观说,当介入的是重大过失行为时,可以切断当初的过失行为与结果之间的因果关系。在判断因果关系之际,必须对因果连锁的矢量,即各个行为人的行为在因果流程中所起到的作用大小给予充分考虑。其次,作为补充,考察被卷入因果连锁的人的具体情况,当某一行为人对危险的消减尽到了相当的注意义务时,至少可以从正犯的地位下降至狭义的共犯(从犯),实现不可罚。从因果连锁中解放出来,即所谓“过失犯的脱离”。^[31]

过失实行行为在发展到结果实现的过程中,又有第三人的过失行为介入,所引起的结果还能否归属于先前的过失行为?对于这一问题,传统上是放在相当因果关系说内部解决的,即判断介入因素的异常性,如果属于一般人在经验法则上所难以预想到的,就否定因果关系的相当性。与第三人故意行为的介入相比,过失行为的介入更难肯定异常性,因此一般认为第三人过失行为的介入不能否定结果与先前行为的因果关系。^[32]

对此山口厚教授提出,介入行为的通常性、异常性这种“一般人”标准,可能会有损因果关系判断的客观性。作为判断标准,更值得重视的是先前行为是否制造了足以引起结果发生的原因力,以及先前行为对介入行为的诱发作用。只要先前行为制造了导致结果发生的直接原因,即使在此之后又有他人的行为介入,对结果发生起到一定促进作用,无论介入行为在一般人看来是通常也好异常也罢,都不影响先前行为与结果之间的因果关系。在引起结果发生的直接原因是他人的介入行为的情况下,如果介入行为是由行为人的先前行为诱发的,还应当肯定先前行为与结果之间的因果关系。^[33]按照这一观点,在琦玉医大抗癌剂用药过量案中,主治医师制定的错误用药计划制造了患者死亡的直接原因,即使有指导医师、科长疏忽大意未尽到监督确认义务的过失行为介入,也不影响主治医师与结果之间的因果联系。

笔者基本支持上述观点。小组医疗中其他医疗参与者过失行为的介入有没有可能否定先前过失行为的结果归属,这个问题不是仅靠因果关系的相当性这一个判断步骤就可以解决的。即使他人过失的介入无法阻断先前过失行为与结果之间的因果关系,还是存在其他否定结果归属的可能,比如否定先前过失行为的正犯性,否定结果回避义务违反的存在,否定期待可能性,等等。在横滨市立大学医院弄错患者案中,心脏手术的麻醉师F的确不应该定罪。但原因并不在于否定因果关系,而在于否定责任阶段的结果回避可能性和期待可能性。连处于自己指导地位的上级麻醉师和患者的主治医师都已经否定了弄错患者的可能,从F的立场来看,再要求他做出进一步的努力就属强人所难。

总之,对小组医疗中过失竞合时的责任主体进行限定,除了因果关系的相当性以外,更应重视的是单个过失行为对引起结果的原因的支配、对结果的贡献度、行为人所处的地位及履行结果回避义务的难易程度等归责因素。

(二) 小组医疗中信赖原则的运用

1. 将信赖原则适用于小组医疗的是非之争

自从1976年北海道大学电手术刀案上诉审判决适用信赖原则认定主刀医师无罪,有

[31] 参见[日]甲斐克则:《医疗事故与过失竞合——以横滨市大患者弄错案最高法院决定为契机》,第53-58页。

[32] 参见[日]小名木名宏:《过失竞合与过失犯的共同正犯》,载《判例时报》第1818号,第218页。

[33] 参见[日]山口厚:《由基本判例学习刑法总论》,成文堂2010年版,第15页、第19-20页。

关小组医疗中能否适用信赖原则的争论就一直没有过停息。反对一方提出的论据主要可以概括为两点:第一,信赖原则本来是作为道路交通领域中危险分配的原理形成的,以公共交通的高效性与公共交通参与者个人利益之间的法益衡量为思想基础,能否将其直接适用于以为患者提供安全有效的医疗为目的的医疗小组的内部分工,本来就存在疑问。^[34] 第二,交通事故属于对向型过失竞合,在交通事故领域适用信赖原则涉及的是加害人与被害人之间的关系,是在加害人与被害人之间进行责任分配,且被害人一方还存在过失。而医疗过失属于并行型过失竞合,被害的患者一方完全没有任何过错。在小组医疗中适用信赖原则,完全是加害人之间根据有没有信赖、信赖的相当性如何讨论责任的减免,在加害人与被害人之间进行危险分担这一信赖原则本来的思想已经荡然无存。为了共同加害人之间的合适淡化对被害人法益的保护,是不能够被允许的。^[35]

与之相对,德国的多数说认为,信赖原则虽然产生于交通事故领域,但只要是在以分工和共同劳动为必须的场景都具有妥当性,典型的就医疗领域。^[36] 争论的焦点已经从信赖原则能否适用于医疗领域,转移到信赖原则能在多大范围内适用于医疗领域,适用的条件是什么。日本也是肯定说占据主流,认为只要是共同作业的一方必须信赖他方适当的行动才有可能迅速、准确地开展行动的场景,都有信赖原则的适用可能。在医疗分工中也没有理由排除信赖原则的适用。^[37]

事实上,之所以会出现上述争论,根本原因在于持肯定说的学者与持否定说的学者对信赖原则的性质内涵、体系定位理解上的差异。信赖原则在创始之初确实是以加害者、被害者之间的责任分担为己任,以法益衡量为思想基础。持否定说的学者固执于这一点,把信赖原则定位为结果回避义务有无的认定基准,自然会认为不能在小组医疗中适用信赖原则。而持肯定说的学者没有再固守信赖原则创始之初的原型,只是将之理解为主观的预见可能性的一种判断方法而已,自然会认为没有必要将信赖原则的适用局限于交通事故领域。即使是并行型过失竞合,只要各行为人之间存在明确的职责分工,使用信赖原则作为责任阶段主观的预见可能性的判断工具,又有何不可?至于适用信赖原则会淡化对被害人法益保护的问题,持肯定说的学者认为这完全是一种结果论。刑法上的信赖原则不同于民法上的过失相抵,要解决的是行为人刑事责任的问题,而不是如何在各方主体之间进行损害的公平分担。牺牲被害人的利益固然不妥,但也不能只要被害人一方没有过错行为一方就必须有人承担刑事责任。^[38] 在并行型过失竞合的领域适用信赖原则,确实有可能造成各个共同行为人之间相互推诿,最终只有被害人遭殃的悲惨后果。但此时需要的是严格信赖的相当性

[34] 参见[日]饭田英男:《北海道大学电动手术刀案》,载《医疗过失判例百选(第二版)》,第51页;[日]船山泰范:《医疗过失与过失犯论的使命》,载《现代社会型犯罪的诸问题》,劲草书房2004年版,第213页。

[35] 参见[日]加藤久雄:《医事刑法入门》,东京法律出版2004年版,第147页;[日]神山敏雄:《有关信赖原则界限之一考察》,载《西原春夫先生古稀祝贺论文集(第二卷)》,第64页。

[36] Vgl. K. Engisch, Langenbecks Arch. Klin. Chir., Bd. 288, S. 573ff; H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 133; G. Stratenwerth, Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, S. 383ff; R. Maurach, Deutsches Strafrecht, All T., 4. Aufl., 1971, S. 567.

[37] 参见[日]米田泰邦:《医疗上的未知事故与小组医疗中医师的刑事责任(下)》,载《判例タイムズ》第316号,第58页;[日]西原春夫:《监督责任的界限设定与信赖原则》,载《法曹时报》第30卷3号,第376页;[日]大塚裕史:《小组医疗与过失犯论》,载《刑事法ジャーナル》第3号,第22页。

[38] 参见[日]盐谷毅:《信赖原则之序论性考察》,载《神山敏雄先生古稀祝贺论文集(第一卷)》,成文堂2005年版,第104-105页。

的判断标准,而不是否定信赖原则作为主观的预见可能性的判断机能本身。

笔者支持肯定说,认为信赖原则可以适用于小组医疗。信赖原则是判断责任阶段主观的预见可能性存在与否的一种思考路径。由于行为人信赖对方会采取适当的行动防止危害结果发生,行为人的这种信赖又有着充分的理由(即具有信赖的相当性),在这种情况下信赖就蒙蔽了行为人的双眼,使其无法预见到实质的危险,相应的在心理上也就不可能产生采取结果回避措施的动机。此时即使发生了危害结果,对于行为人没有具体地预见到、也没有预见的可能性的结果,在心理上也不值得予以非难。信赖原则具有的这种预见可能性的判断机能,在像小组医疗过失这样的结果发生过程中有他人行为介入的场景,尤其能够期待发挥作用。而且,正是因为医疗组织化、分工化的推进,小组医疗成为医疗活动的通常组织形式,决定了有必要运用信赖原则来对刑事责任的承担主体进行限定。

2. 信赖原则在小组医疗中的适用条件

在德国,由于信赖原则可以适用于小组医疗的观念较早就得到确立,许多著名学者都针对如何在医疗领域限定信赖原则的适用范围提出过自己独到的见解。例如,恩基施(Engisch)主张严格区分手术前、手术中、手术后三种情况,认为在这三个阶段信赖原则的适用应当有所区别。在手术前和手术后,情况并不紧迫,有充裕的时间在事前就给予忠告、指导,进行准备,对所采取的医疗处置的合法性加以确认。与之相对,在手术中,执刀的义务和对辅助者进行监督的义务发生冲突,无法要求主刀医师同时履行这两项义务,否则就是对注意义务的过分强加。因此,信赖原则的适用仅限于手术中。^[39] 威廉(Wilhelm)将医师与护士这种纵向关系称为垂直分工,将医师与药剂师、麻醉师这种横向关系称为水平分工,认为在水平分工的情况下无条件地适用信赖原则。^[40] 在垂直分工的情况下,应当对护士等医疗参与者的个人资质进行个别考察,以决定能否适用信赖原则,这一点已经在许多学者中形成共识。^[41] 在司法实践方面,德国判例重视的是职务执行者的专业能力等硬性条件。只要明确了属于谁的分工领域,而该具体执行者又具备相应的专业能力,通常就可以肯定信赖的存在。与之相比,日本更侧重审查实质的信赖关系。不仅要求分工的确立和履行职务能力,往往还会对是否存在动摇信赖的特殊情况积极展开认定。

由于对信赖原则适用条件的理解不同,在具体问题的解决上会出现以下分歧:第一,是否只有手术中的医师才可以适用信赖原则?^[42] 第二,信赖原则是否只适用于平时就经常合作、有着信赖关系的日常积累的医疗参与者之间? 只有存在指向结果回避(治疗的成功)的日常的信赖的积累,相信对方会采取适当行动防止结果发生的信赖,才会严重阻碍信赖一方心理上结果回避动机的形成,令其无法对结果有具体的预见。^[43] 第三,危险性高的医疗行为是否不适用信赖原则? 因为从分工的性质来看,危险程度越高注意义务的范围就越广,相

[39] K. Engisch, Wie ist rechtlich die Verantwortlichkeit des Chirurgen im Verhältnis zur Verantwortlichkeit des Anaesthesisten bei ärztlichen Operation zu bestimmen und zu begrenzen? Langenbecks Arch. klin. Chir. Bd 288, S. 587.

[40] D. Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984, S. 57.

[41] C. Stratenweth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, S. 383.

[42] Vgl. K. Engisch, Wie ist rechtlich die Verantwortlichkeit des Chirurgen im Verhältnis zur Verantwortlichkeit des Anaesthesisten bei ärztlichen Operation zu bestimmen und zu begrenzen? ;[日]町野朔:《过失犯中的预见可能性与信赖原则——围绕所谓“北大电手术刀案”判决展开》,载《ジュリスト》第575号,第78页。

[43] 参见[日]甲斐克则:《火灾死伤事故与信赖原则》,载[日]中山研一、米田泰邦编著:《火灾与刑事责任》,成文堂1993年版,第148-149页。

应地信赖原则的适用也就越困难。^[44]

笔者认为,分工的确立是小组医疗中信赖原则适用的前提条件,对无人分管的空白领域不适用信赖原则。当出现分工重叠,对同一患者的治疗设置了多重审查程序、安排了多个负责人时,只有实际的职务承担才能为刑法上的注意义务奠定基础。存在实质的信赖关系是小组医疗中信赖原则适用的根本条件。只有存在指向结果回避的实质的信赖关系,实施信赖的一方才有可能因为相信被信赖的一方会妥善地履行结果回避义务,而无法具体地预见到结果的发生,因为缺乏主观的预见可能性而阻却责任。

小组医疗中有可能考虑适用信赖原则的场合主要表现为以下两类:第一,行为人正在从事需要注意力高度集中的工作,必须全神贯注于自己的任务,无暇顾及其他医疗参与者行为的妥当与否。第二,行为人的专业领域与他所信赖的一方的专业领域相隔较远,对方在该领域的知识技能明显优于自己,即使想要对其他小组成员行为的正确与否给予留意,也不具备相应的能力。即使不处于“手术中”这样的紧急状态,在日常的、非紧急的医疗场景中也同样存在适用信赖原则的可能。信赖的来源也不一定局限于通过日常的直接接触积累起来的人际关系上的信赖。即使之前没有合作过,只要不存在明显的反对征兆(如技术水平低下、工作态度不负责任),医师和其他医疗辅助人员具有的专业资格也可以成为信赖的来源。而且,只要被信赖的一方拥有与所从事的高危险性医疗行为相应的高度的知识与技能,即使涉及的医疗行为本身危险性较高,信赖原则的适用范围也不必然因此而变窄。

[Abstract] Medical criminal law can never establish itself as a branch of “learning” unless efforts are made to explore the common principles in medical criminal law studies. The justification of medical treatment is determined by the distinction between treatment and non-curing medical care. For the justification of medical treatment, there exist theories of injury and of non-injury by medical treatments, and theory of compromise. With regard to theory of injury caused by medical treatment, it carries appropriateness. The justification of medical treatment lies in the realization of the maximum interests of the patient while the justification of non-curing medical care can be determined by risk-bearing. Though the right to self-determination of patient is important, yet it is by no means omnipotence. Only with relative self-discipline, may we try our best to respect patient's self-determination. Nevertheless, it should also be restricted from the following three aspects: implementation subject, medical paternalism and medical due process. In setting a limit on person/subject liable for negligence concurrence in team medical treatment, consideration should not only be given to the correspondence of causal relations, but also to elements of liability fixation such as principal offender of negligent conduct. The principle of trust may also be applicable in team medication, taking division of work as its prerequisite and substantive trust relationship as its essential requirement.

(责任编辑:王雪梅)

[44] 参见[日]大谷实:《危险分配与信赖原则》,载[日]藤木英雄编著:《过失犯——新旧过失论争》,学阳书房 1975 年版,第 125 页。