

东南法学

SOUTHEAST LAW REVIEW

■ 2018年辑 春季卷 总第13辑

■ 东南大学法学院

■ 刘艳红 主编

SOUTHEAST

LAW

REVIEW



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

东南法学

(2018 年辑春季卷·总第 13 辑)

东南大学法学院

刘艳红 主编

东南大学出版社
南京

图书在版编目(CIP)数据

东南法学. 2018 年辑. 春季卷. 总第 13 辑 / 刘艳红
主编. —南京: 东南大学出版社, 2018. 9
ISBN 978 - 7 - 5641 - 7990 - 8

I. ①东… II. ①刘… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 207368 号

东南法学(2018 年辑春季卷·总第 13 辑)

出版发行 东南大学出版社
地 址 南京市四牌楼 2 号 邮编: 210096
出 版 人 江建中
网 址 <http://www.seupress.com>
经 销 全国各地新华书店
印 刷 江苏凤凰数码印务有限公司
开 本 787 mm×1092 mm 1/16
印 张 14
字 数 338 千字
版 次 2018 年 9 月第 1 版
印 次 2018 年 9 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5641 - 7990 - 8
定 价 45.00 元

本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话(传真):025-83791830。

《东南法学》编委会

学术顾问 (以姓氏笔画为序)

王利明 李步云 张文显 应松年
陈兴良 韩大元

编委会主任 周佑勇

主 编 刘艳红

副 主 编 汪进元(常务) 熊樟林

编 委 龚向和 孟鸿志 肖 冰 孟 红
周少华 张洪涛 胡朝阳 施建辉
欧阳本祺

编 辑 熊樟林 单平基 陈道英 冯煜清
梁云宝 杨志琼 叶 泉 徐珉川

CONTENTS 目 录

S 东南法学 OUTHEAST LAW REVIEW

名家讲坛

国家监察法与刑事诉讼法的关系
——根据陈卫东教授讲座内容记录整理(陈卫东)

1

医事法专论

论预先医疗指示(李 霞)

5

理论前沿

论网络应成为学术论文发表的主阵地
——从浙大文件将网络文章视同核心论文说起(王春业)

16

三权分置背景下集体土地所有权行使困境及其应对
(牧 宇 付坚强)

27

行为无价值论理论优势之探析
——兼与张明楷教授的商榷(黄得说)

37

论家庭教育立法中的若干基础问题(叶 强)

53

“共享经济”时代个人信息数据权的应用与保障(李 帅)

77

法学教育

日本法科大学院教育模式及其镜鉴(储陈城)

93

实务论坛

论行政公益诉讼前程序的完善(何湘萍)

104

青年法苑

宪法修正案的去留

——以监察委员会入宪为中心的分析(孔德王)

110

论行政合同中的情势变更原则(陈俊生)

118

教义学语境下以刑制罪的理性反思(刘 浩)

134

违反正当程序行政行为的司法裁判路径辨析(张文慧)

157

域外法制

英国消费者保险(说明与告知)法

(2012年3月8日公布;2013年4月6日实施 译注:施文森)

169

错误出生案件中孩子的抚养费能否得到赔偿:动机分析
(杰夫·米尔斯腾 译者:唐 超)

177

标准与买卖法中的货物相符

([英]贾康吉尔·赛多夫 译者:曾二秀 吴燕凌)

192

国家监察法与刑事诉讼法的关系

——根据陈卫东教授讲座内容记录整理

陈卫东

时 间:2018年5月26日

地 点:东南大学九龙湖校区模拟法庭

题 目:国家监察法与刑事诉讼法的关系

讲 座 人:陈卫东教授 中国人民大学法学院教授

教育部长江学者奖励计划特聘教授

主 持:刘艳红教授 东南大学法学院院长

2018年5月26日,东南大学法学院专为广大师生打造的“法学家江学者论坛”第二期如约而至,全场座无虚席。陈卫东教授以“国家监察法与刑事诉讼法的关系”为题,以监察体制改革的背景为出发点,剖析了监察体制改革后,检察机关职务犯罪侦查权、监察法与刑事诉讼法如何衔接等问题。

一、监察委改革概述

2016年11月,《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》提出在试点地区设立监察委员会、改革监察体制,同年12月,全国人大常委会通过《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》。2017年11月,全国人大常委会公布了《中华人民共和国监察法(草案)》,对监察机关的组织形式、监察范围、监察职责、监察权限、监察程序等内容予以制度化,标志着国家监察体制改革步入了新的发展阶段。

国家监察体制改革旨在构建一套“全面覆盖国家机关及其公务员的国家监察体系”,其职责为“对行使公权力的公职人员进行监察,调查职务违法和职务犯罪”。广大媒体将监察委定义为政治机关,这个说法很恰当,因为监察委是党领导的机构。但是若用法言法语界定监察委的性质,政治机关这一表述则不十分妥当。监察委应该是一个国家机构,它不受国务院领导,同时它也不是司法机关,不具有司法中立、消极被动的属性。《中华人民共和国监察法》(简称《监察法》)第三条规定:“各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关。”这个法律表述很恰当。而王岐山书记把监察委称为国家反腐败专门机构,则更加通俗易懂。

监察委改革于2017年11月下达中央文件,2017年12月决定在北京、山西、浙江三地试点,2018年3月20日《中华人民共和国监察法》经由全国人大常委会表决通过,改革决定

通过之快、力度之大,是近几年之最。现今 26% 的人员已经整体转到监察委,标志着监察体制改革已经基本步入正轨。作为从事法律研究的学者,我们应当充分肯定这次改革,只不过改革过程中一些具体措施、体制机制的设计和构建需要时间作进一步的检验和完善。

这次监察委改革中一个很大的变化是进入刑事司法领域,被追究刑事责任案件的比例大幅度下降,代之施以其他处分,比如撤职、开除等。监察机关成立以后,移送起诉的职务犯罪案件反而减少了。这种不移交检察机关审查起诉的做法是否有利于改革?

二、监察委的职能定位

国家《监察法》与《刑事诉讼法》如何衔接的第一个问题是监察委的职能问题。监察委职能主要有三部分:监督、调查和处置。监督,即过去纪检的工作。调查,亦即今天讲座的重点,是指对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资产等职务违法和犯罪行为进行的调查,主要涵盖刑事侦查中的 12 项常规侦查手段,增加技术调查、留置、限制出境等手段。处置,即是将构成违法犯罪的案件移交检察机关进行审查起诉。

(一) 厘清监察委的调查职能与刑事诉讼程序中侦查的关系

我们常用的调查主要是商务调查,但是法律用语“调查”一词是出现在《中华人民共和国刑事诉讼法》(简称《刑事诉讼法》)第一百零六条中,该条规定:“‘侦查’是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中,依照法律进行的专门调查工作和有关强制性措施。”侦查就是专门的调查加上有关的强制性措施,强制性措施主要包括以下五种:拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕。而《监察法》也把调查的概念抽出,做了一个专门限定。“调查”的含义在《刑事诉讼法》和《监察法》中出现了冲突,应该怎么解决?《刑事诉讼法修正案(草案)》第八项针对该问题做出了回答,把专门的调查、收集证据、查明案情和《监察法》中的调查划清了界限。二者性质不同,不可同日而语,但是《监察法》意义上的“调查”又实际承担了职务犯罪案件的侦查,监察机关调查终结移送到公诉机关检察院,就直接进入公诉阶段。《监察法》意义上的调查受《监察法》的规范和调整,《监察法》是基本法,非行政法、刑事法,更非刑事诉讼法。监察的案件未进入刑事司法程序,这是和《刑事诉讼法》最大的不同,虽然两法在范围、内容上均有不同之处,但两法都是国家基本法,法律位阶相同。调查同时也承担了职务犯罪案件的侦查功能,我们必须认识到这种调查的功能就是侦查的功能,手段、强度一模一样。侦查具有专属性、强制性、独立性、公开性四个特点,这四个特点同样也是调查所具备的。但是由于监察的案件未进入诉讼程序,检察监督不能对监察案件适用,因为检察监督是一种法律监督,所以监察反对检察监督。

(二) 反思监察委留置措施的必要性

紧接着陈教授谈到了留置措施的必要性。调查涉及多种手段,比如询问被调查人、技术调查、留置等,这些手段在未来实践中的应用会越来越广泛。监察案件中由于无被害人,无犯罪现场,无目击证人,无成型的物证、书证,而且被调查人是国家工作人员,一般均受过高等教育,人脉关系比较广,反侦查能力较强,所以案件难以侦破。这就造成实践中的案件多

以口供为中心突破,监察人员顺藤摸瓜,从而侦破案件。这样一来,口供就成了监察案件中最重要的证据。但是获得口供的过程往往是封闭的且无第三方监督,所以询问口供的合法性和正当性成为关注的焦点。《监察法》第四十条规定了“两个严禁”,即“严禁以威胁、引诱、欺骗及其他非法方式收集证据,严禁侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人和涉案人员”。但如何界定威胁、引诱、欺骗是个很难的问题。除了上述问题以外,询问被调查人这一环节还会出现很多其他问题,比如被调查人受到不公正对待后是否有权投诉等。关于留置措施问题,《监察法》规定将被调查人“留置在特定场所”,并“应当保障被留置人员的饮食、休息和安全,提供医疗服务”。从制度设定的内容来看,此种留置与我国《人民警察法》中的“留置”颇为不同,其指向乃取代“双规”“双指”的长时间羁押。关于留置场所问题,《监察法》中未规定专门的留置场所,有些学者建议将看守所作为留置场所,在看守所中,监察人员滥用权力询问被调查人的情况能够被有效规制。在留置时询问被调查人的相关细节,《监察法》规定得很笼统,所以应该制定监察细则进一步加以规范和明确。“秘密侦查”改称为“技术调查”,《监察法》规定只有贪污贿赂重大案件才能使用技术调查手段。问题在于如何界定“重大”,同时对于“技术调查”所获得的证据,陈教授主张用于破案而非定案,破案以后可以转换为口供等其他证据,因为定案就要移送,移送以后法庭必须进行举证质证,这就涉及技术侦查等相关人员的人身安全等问题。

(三) 明确监察委移送起诉与补充调查程序

最后陈教授提到了“捕诉合一”的问题。《刑事诉讼法修正案(草案)》明确了检察机关的自侦权,检察机关在诉讼监督中监督的主体是司法人员,监督的是侵权案件和损害司法公正的案件。《刑事诉讼法修正案(草案)》第十九条第二款拟规定:“人民检察院在对诉讼活动实行法律监督中发现司法工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、非法搜查等侵犯公民权利、损害司法公正的犯罪,可以由人民检察院立案侦查。对于公安机关管辖的国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,需要由人民检察院直接受理的时候,经省级以上人民检察院决定,可以由人民检察院立案侦查。”陈教授指出监察案件的调查程序与刑事侦查程序在职务犯罪案件的审前阶段发挥着实质意义上的相同作用。《监察法(草案)》除规定“将调查结果移送检察机关依法提起公诉”“制作起诉意见书”“连同被调查人、案卷材料、证据一并移送检察机关”等原由侦查部门行使的侦查职权与履行的侦查程序外,其规定的“补充调查”机制更加表明了调查与侦查在内容上的一致性。《监察法》第四十七条第三款规定:“人民检察院经审查,认为需要补充核实的,应当退回监察机关补充调查,必要时可以自行补充侦查。对于补充调查的案件,应当在一个月内补充调查完毕。补充调查以二次为限。”而现实中的做法是检察院无论是否需要核实,一律退回检察机关补充调查。以往的职务犯罪案件中,负责补充侦查的主体是检察机关公诉部门的公诉人员,而不是侦查部门的侦查人员,侦查人员只是在案件退回补充侦查的时候才参与其中。监察机关在职务犯罪案件中行使的是监察权中的调查权,因此可以将原侦查部门的补充侦查称为监察机关的补充调查。

三、《监察法》的证据条款成为《刑事诉讼法》的直接渊源

国家《监察法》与《刑事诉讼法》如何衔接的第二个问题是证据问题。《监察法》第三十三条第一款规定：“监察机关依照本法规定收集的物证、书证、证人证言、被调查人供述和辩解、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。”《监察法》采取了直接规定的方式，明确规定行政机关收集的特定证据可以在刑诉中作为证据，直接解决了行政证据的刑诉证据资格。这本应由《刑事诉讼法》规定，所以《监察法》大大超越了《刑事诉讼法》，将成为《刑事诉讼法》的直接渊源。《刑事诉讼法》排除了行政机关的言词证据，因为言词证据关系到特定情形下证据收集的真实性，但实物证据的收集不影响其客观性和真实性。但由于行政执法人员的素质参差不齐，他们收集的言词证据很多时候不敢采信。《监察法》规定了言词证据，但是不等于这些证据可以直接作为刑诉证据使用，还需要在法庭上经过辩论质证方能使用。《监察法》第三十三条第二款规定：“监察机关在收集、固定、审查、运用证据时，应当与刑事审判关于证据的要求和标准相一致。”《监察法》并未考虑以审判为中心，监察机关本身并非刑事司法机关。这一条款说明了《监察法》和《刑事诉讼法》的关系。《刑事诉讼法》是监察机关办理案件的重要渊源和依据，使得其和《监察法》深度融合。《监察法》第三十三第三款规定：“以非法方法收集的证据应当依法予以排除，不得作为案件处置的依据。”非法证据排除，是我国刑事诉讼进步的重要标志，契合保障人权的基本理念。监察机关是否存在非法证据？非法是违反什么法律，是《监察法》还是《刑事诉讼法》抑或是司法解释？是否规制其他环节，在审判、检察阶段能否排除？这些问题都需要进一步的解答。

四、结语

讲座虽有时间限制，但是两个小时带给广大师生们和实务工作者们的思考远不是时间价值所能衡量一二的。讲座尾声，陈卫东教授耐心解答了参加讲座的师生和实务工作者的问题，东南大学法学院法学家江学者论坛第二期在热烈的掌声中圆满结束。

（责任编辑：杨志琼）

论预先医疗指示

李 霞

摘 要 预先医疗指示有指令型(instruction directive)和代理型(proxy directive)两种类型。其理论基础一方面来自德沃金的先前自主权理论,从自主权完整性角度看,应包括尊重他事先作出的日后变成痴呆时的安排;另一方面是医疗决定不许代理原则的例外,这在我国《收养法》《医疗机构管理条例》等规范性文件中已经有依据。中国目前不仅尚未出现有关预先医疗指示的明确立法,且在医疗自主权立法进程上也与发达国家(地区)之间存在着巨大差距,缺乏对患者医疗自主权和尊严风险的支持与承认。医疗家庭主义正在逐渐占据上风并形成新型的、秉持替代决定规则的家父主义,并且医事立法中缺乏“医疗决定能力”这一能够反映患者是否具备自主资格、确保其医疗自主权实然状态与应然状态匹配的法律概念。令人遗憾的是,《民法总则》中的意定监护制度萌芽不论从生效要件还是监护人职责要求等方面,均未脱离传统法定监护的大范畴,在医疗决定过程中起不到有效地对抗法定监护人/家属全面干预的作用,因此无法承担支援自主决定、抗衡替代决定制度垄断的使命。这些都与预先医疗指示关于最大尊重原则、设立医疗持续代理人、意思能力推定等要求相去甚远,也与国际先进经验有较大差距。

关键词 预先医疗指示 先前自主权理论 民法总则 医疗决定能力 意思能力推定

一、预先医疗指示介绍

预先医疗指示是有意思能力的患者对自己将来丧失意思能力时的医疗事务作出安排的法律工具。预先医疗指示制度为患者在未来丧失意思能力时仍能主导自己的医疗事务提供了路径,无意思能力患者的自己决定权将依此制度得到最大限度的伸张。预先医疗指示有指令型(instruction directive)和代理型(proxy directive)两种类型。指令型预先医疗指示直接表达患者的医疗意愿,代理型预先医疗指示则来源于英美法中的持久授权制度,即医疗持续性代理(power of attorney for healthcare)。通过代理型预先医疗指示,患者根据自己的意愿预先指定一位医疗代理人(healthcare proxy/healthcare agent),当自己丧失意思能力时,由该代理人代患者做出医疗决策。

作者简介:李霞,华东政法大学科学研究院,教授,博士生导师,sandandefeng@126.com。

代理型预先医疗指示有如下优势:第一,指令型预先医疗指示一般需要解释,并且不可能涵盖将来所有的医疗情形。而医疗代理人了解患者的医疗意愿,能够应对不可测的未来情势。第二,医疗代理人将如具备意思能力的患者一般参与复杂的医疗决策。他可以提问,评估风险和代价,与患者的家属和朋友交流,考量一系列的医疗选择,获取医师的意见,评估患者的身体状况和恢复可能性。第三,由于法律一般规定患者只能指定一名医疗代理人,这就避免了存在多名医疗决策者带来的利益冲突。医疗代理人具有患者的授权,由他来行使患者医疗决策权符合患者的意愿,其他亲友则没有代做决定的权利,除非向法院起诉医疗代理人滥用权利。第四,医疗决策权被授予了医疗代理人,医师只要按照该代理人的指示进行医疗行为即可,这就给医师卸下了为患者做决定的沉重包袱,医师也就不太可能被追究由于做决定而造成患者损害的民事和刑事责任。代理型预先医疗指示也有其不足之处:首先,医疗代理人一般是患者亲友,而许多患者并不想让自己的亲友因要做出“艰难的抉择”而背负重任。其次,医疗代理人并不一定能贯彻患者的意愿,例如由于做决定的重任压在他一人的肩上,医疗代理人可能因压力而做出非理性的医疗决定。

相关研究表明,预计在21世纪中叶,我国老年人口将达到4.4亿,相当于3人中就有一个老年人,而且按照现在我国老龄化发展趋势,人口老龄化比例从20%提高到30%只需20多年的时间,发展非常迅速^①。在如此严峻的老龄化趋势下,预先医疗指示这样一种给予老年患者极大自主权和个人尊严的法律工具将对我国老年人的善终权益产生重大意义。

作为预先医疗指示类型之一的生前预嘱对应我国日趋严重的老龄化将具有非常重要的意义。很多老年人都将面对末期疾病,需要他们对是否实施人工维生治疗做出选择,个人的价值观有差别,有的老年人期望能活多久就活多久而不管生命质量,有的老年人则希望随着末期疾病的自然转归而死亡,而并不愿意背负各种人工维生设备走向生命的终点。不同的价值观都应当尊重,但是尊严死需要生前预嘱作为法律工具,如果将来认可生前预嘱的法律效力并将意定监护应用于医疗代理领域,那将真正地维护老年患者的人格尊严和自己决定权。到2050年,我国的老年人将占总人口的1/3,为他们提供一条充分尊重个人自主性、保障善终权益的法律途径,将对我国积极应对人口老龄化产生积极的影响。

二、预先医疗指示的正当性基础

第一,先前自主权理论。德沃金将医疗自主权的效力扩展到个人无能力的阶段,构造出完整的自主权以及先前自主权的理论。根据该理论,不仅个人的自主权要受到尊重,而且当本人失去行为能力时,他过去所提出的要求也要得到尊重。一个还具有行为能力的人,要是为他万一变成痴呆后所需的治疗事先签署了在世预嘱,从完整性的自主权观点来看,他所做的决定就是自主权最要尊重的决定,因为他所做的决定其实是和他想过的人生的整体形式有关。一个有行为能力的人,其自主权是建立在他过去所做的决定应该受到尊重上的,也应当是有关他日后要是变成痴呆,别人应该怎么对待他的种种决定的。就算他对财产法益过去所做的决定和他后来的愿望或想法有所冲突,这些决定也应该受到尊重。

^① 全国老龄工作委员会办公室:《2050年我国老年人口将达到4.4亿》, <http://www.cncaprc.gov.cn/tongji/35764.jhtml>, 最后访问日期:2017年11月10日。

第二,医疗决定不许代理原则及其例外。对财产法益的侵害,原则上可由他人代理受害人表示同意;对身份行为而言,以不许代理为原则,因为身份行为与当事人人格有密切关系,因此原则上医疗决定不许代理人代为同意。医疗决定与身份行为有类似之处,甚至有过之而无不及,因为医疗决定直接关系人身,甚至比身份行为更为关切人格,因此同意身份受医疗给付侵袭之损害是高度专属于病患的权利,同意权专属于本人,即“病患自主决定权”。但是,身份行为不许代理是有例外的。例如,《中华人民共和国收养法》第11条规定“收养人收养与送养人送养,须双方自愿。收养年满十周岁以上未成年人的,应当征得收养人的同意”,即对10岁以下未成年人收养及解除收养的行为由送养人代理。身份行为不许代理的例外类推适用于医疗决定,即对医疗决定有特别规定的,可以由代理人代理,但是限于本人没有意思能力的情况。例如《医疗机构管理条例》第33条规定,医疗机构施行手术时必须征得患者同意,无法取得患者意见时,应当取得家属或者关系人同意并签字。“基于病患同意原则所植基之病患自主决定权,得行使同意权之人应仅限于病患本人,惟病患之同意能力欠缺者,其同意权始例外退让由其法定代理人代为行使”,“限定意定代理人仅限于病患无从有效表达意见之情形下,方具有代理同意权限,譬如病患于接受手术前,授权意定代理人于病患处于麻醉状态下,必要时代理其行使同意权”;“医疗决定是一个不可代理的行为,但是当患者陷入无能力时代理医疗决定是不可避免的,因此关键问题是在于,患者是否以及通过何种方式能够选择代理人做医疗决定,而患者控制自己医疗决定的权利包含了指定代理人在患者陷入无能力时做这些决定的权利”。

三、预先医疗指示在中国的现状和学说争论

2006年,罗点点作为创始人之一,创办了“选择与尊严”公益网站^①,倡导尊严死,推广使用生前预嘱(预先医疗指示的一种形式),并推出了中国首个民间生前预嘱文本“我的五个愿望”,同时建立了生前预嘱注册中心^②。在此公益网站的基础上,“北京生前预嘱推广协会”(Beijing Living Will Promotion Association,简称 LWPA)于2013年6月25日成立,它是经北京市民政局批准,北京市卫生局主管的公益社团组织,陈小鲁为协会会长、理事长,罗点点为常务副会长^③。截至2013年7月底,共有9580人通过“选择与尊严”公益网站完成了生前预嘱^④。2010年至2013年,在全国人民代表大会和全国政协会议上部分代表提出在中国法律环境下推广生前预嘱和建立政府指导下的生前预嘱注册中心的提案^⑤。例如,在2012年,上海代表团全国人大代表、北京大学临床肿瘤医院结肠肿瘤外科主任顾晋向十一届全国人大五次会议提交议案,建议制定行政法规或规章在全社会推广尊严死,让生前预嘱

① <http://www.xzyzy.com/index.html>,最后访问日期:2017年11月10日。

② 选择与尊严网站,生前预嘱注册中心, <http://www.xzyzy.com/page/shengqianyuzhuzhucezhongxin/jianjie/>, 最后访问日期:2017年11月10日。

③ 选择与尊严网站,北京生前预嘱推广协会, <http://www.xzyzy.com/page/guanyuwomen/womenshishui/>, 最后访问日期:2017年11月10日。

④ 李秋萌:《若选“尊严死”须签生前预嘱,卫生局将观察运行效果》, http://news.china.com.cn/2013-07/30/content_29565614.htm, 最后访问日期:2017年11月10日。

⑤ 选择与尊严网站,北京生前预嘱推广协会, <http://www.xzyzy.com/page/guanyuwomen/womenshishui/>, 最后访问日期:2017年11月10日。

具备法律效力,这一议案已被列为正式议案^①。生前预嘱在我国并无法律明确支持或禁止,目前尚处民间推广阶段^②。

目前看来,中国不仅尚未出现有关预先医疗指示的明确立法,且在医疗自主权立法进程上也与发达国家(地区)之间存在着巨大差距。同时,中国的现行民事立法和医事立法中均缺乏对患者医疗自主权和尊严风险的支持与承认,而医疗自主权是预先医疗指示制度构建与发展不可或缺的法律基础,尊严风险和支援自主决定制度的功能定位则是其发展中重要的推动因素。同时中国关于患者医疗决定的法律规范尚未脱离家本位的掌控,立法长期以来在医疗个人主义和家庭主义之间摇摆不定,态度暧昧。从性质上看,医疗家庭主义正在逐渐占据上风并形成新型的、秉持替代决定规则的家父主义,这为预先医疗指示制度的创设带来了不确定因素,也是未来立法必须克服的难题。还需注意的是,中国医事立法中缺乏“医疗决定能力”这一能够公正、准确反映患者是否具备自主资格,确保其医疗自主权实然状态与应然状态匹配的法律概念,而是泛泛地沿用了行为能力标准。行为能力固有的整体性、简单性和缺乏对老龄化社会预期的弊端使其不但无法保障患者的医疗自主权,甚至成为妨碍其主体资格获取的最大阻力。最后,《中华人民共和国民法总则》(简称《民法总则》)中的意定监护制度萌芽一直被寄予了承担支援自主决定制度重任、抗衡替代决定制度之垄断局面的厚望,但目前看来,它不论从生效要件还是监护人职责要求等方面,均未脱离传统法定监护的大范畴,在医疗决定过程中起不到有效地对抗法定监护人/家属全面干预的作用。总体来看,中国预先医疗指示的立法——《民法总则》中的意定监护制度可谓任重而道远。

1. 关于医疗自主权

医疗个人主义视个人自主优先于家庭的完整性和整体利益,这与传统儒家“家本位”的文化气质格格不入。中国社会中的个体更讲究“克己”以限制自己的欲望表达,这一点同样反映在立法中,因此即使医疗个人主义要在中国法律中扎根,也要对权利主体作出符合中国国情的扩大解释,即将患者家属一并囊括进来,医生将医疗信息告知整个家庭并通过整个家庭的讨论做出决定。家庭是一个不可分割的、集合型的自主权权利主体,家庭被赋予了名正言顺地参与个体成员医疗决定过程中,影响并最终掌握患者的医疗决定走向的权利。即便能够在这种家庭本位的立法基础上设立预先医疗指示,该制度也不过就是在家庭的夹缝中生存罢了,其维护丧失医疗决定能力患者的效用必定大打折扣。与传统社会不同的是,在如今的家庭结构与立法模式下,并非单一地强调家人的单方面奉献义务,尤其是子女的“孝道”义务,家人的权利意识也逐渐提高,并要求其权利状态与义务状态相匹配。以老年患者的医疗照顾为例,既然子女等家庭成员承担了大部分的赡养与照顾义务,那么他们要求参与到医疗决定过程中,提前知晓自己所面临的义务并不过分,甚至其通过各种方式影响或改变潜在的义务内容也无可厚非。

2. 医患关系利益分析

近年来,中国社会中医患矛盾越发突出,医患关系趋于紧张,医患纠纷日益增多。据统

① 姚丽萍:《人大代表提“让生前预嘱具备法律效力”成正式议案》, http://news.ifeng.com/mainland/detail_2012_03/31/13590757_0.shtml,最后访问日期:2017年11月10日。

② 汲东野:《法律空白处的“尊严死”》, http://www.legaldaily.com.cn/locality/content/2013-08/07/content_4737968_2.htm,最后访问日期:2017年11月10日。

计,2015年中国共发生医患纠纷11.5万起,并且许多医患冲突已经突破了单纯的纠纷层面,上升到了“袭医”“医闹”以及对医务人员进行人身攻击的程度。在导致患者家属不满的理由中,家属未参与到医疗决定过程中而实行了手术等治疗一直名列前茅。正是基于这种不信任的考量,医生及相关工作人员也需要相应的自身保护机制,目前这一防御性机制是围绕预防医患纠纷发生为核心建立的,即让尽可能多的家庭成员参与到医疗决定过程中来,与医生沟通,表达家庭的意愿。虽然冲突、不满甚至医疗决定效率低下等问题无法避免,但相比遭到患者家属提起诉讼而言,医生花事先与全体家庭成员沟通交流并取得其同意上的时间已经是最节约成本的了。对于医生和家属来说,二者的确达成了一致,彼此满意,但这一合意是建立在剥夺了患者的自主权利之上的,尤其是在患者意愿与家属不一致时,医生为了保护自我利益也会选择由家属做出的决定,又反而造成了医患关系的进一步紧张,因此这种薄弱的“合意”只能维持医患的表面和谐。

3. 关于立法理念:从医疗父权主义到医疗家庭主义

1982年,中国卫生部颁布的《医院工作制度》第40条所附的“施行手术的几项规则”第6条规定,实行非体表手术前必须经过患者(原文为“病员”)家属或单位签字同意,紧急情况下无法及时征求家属或机关同意时,由主治医生签字。这是中国首次明确挑战医疗父权主义的规范尝试,但与西方国家直接确立医疗个人主义指导思想不同的是,此规定转而将决定权利赋予了患者家属或单位,而非患者本人,因此只是医疗家庭主义对医疗父权主义的取代。1994年国务院颁布的《医疗机构管理条例》第33条、卫生部《医疗机构管理条例实施细则》第62条,让中国的患者首次拥有了法律上自主做出医疗决定的权利,这标志着中国医疗个人主义的初步确立。1998年全国人大常委会制定的《执业医师法》明显对医疗个人主义的态度有所转变。2010年开始实施的全国人大常委会制定的《侵权责任法》第55条既可喜又可惜:可喜的是,将患者的医疗决定权利正式纳入了民事立法的调整范围,改变了以往仅通过卫生法及文件进行规范的局面,无疑明确了患者的绝对自主权利与自主地位,患者为首要的医疗决定主体,而家属只能在满足“近亲属”以及病情“不宜向患者说明”的情况下方取得决定权,属于替代性权利;可惜的是,规范中的简单抽象的“不宜向患者说明”这一条件,使近亲属极容易获取替代患者决定权利。在这种立法理念下,越是侵扰程度高、对人体影响大的医疗干预,患者病情越是严重、年龄越大,越无法靠个人做出自主决定。任何涉及其个人的生命、健康、身体、隐私与人格尊严的医疗决定,都是家庭意志的体现,而非个人自主决定的结果。这种崇尚家庭主义的立法模式显然与预先医疗指示的理念基础相互排斥。家庭作为一个独立的法律主体参与知情同意的全过程带来另外一个严峻问题——家庭行使了医疗决定过程中的绝大部分权利,正因如此,他们甚至淡化了患者本人作为医疗决定主体的权利意识与主导地位。与早前的医疗父权主义时代下的模式无本质差别。

4. 关于医疗决定能力

中国所有关于医疗决定的法律法规等规范性文件中,未发现根据患者自身医疗决定能力来决定其是否具备行使医疗自主权条件的规定,尤其是在位阶最高的《执业医师法》和《侵权责任法》中,都未提及以患者无医疗决定能力为标准判断是否将医疗决定权移转给家属行使,反而使用了与医疗决定能力并无直接关系的标准,只有2000年的卫生部《临床输血技术规范》第6条、2010年卫生部《病历书写基本规范》第10条两个位阶较低的规范性文件中提出了“自主意识”与“完全民事行为能力”这两个虽然不能等同于医疗决定能力但至少有所关

联的概念。这导致患者的医疗自主权与其真实的精神健康状态、心智健全程度脱钩了。

概念混淆也是一个重要弊端。在中国整个民事法律体系中,仅存在行为能力一个概念可充当评价患者做出医疗决定时的心智、精神状态的参照标准。然而根据临床医学研究结果来看,法律上的行为能力并不能替代临床上的医疗决定能力,二者之间存在着本质区别,不可混为一谈。行为能力是订立遗嘱或合同,缔结婚约,做出医疗决定等所有意思能力(capacity)的集中表现,因此英文中“legal competence(行为能力)”又被称为“global competency(整体能力)”,即行为能力等于各种意思能力总和(其中也包括医疗决定能力),但是这并不科学。行为能力是一个法律概念,行为能力的具备与否最终是由法官来裁定的,因此这是一个法律问题,而针对具体医疗决定能力(decisional capacity)的神经学科方面的测试结果却是一个事实问题。它与法律概念“行为能力”之间不仅不是完全对接的,且是完全不同的:一个是为临床诊断或治疗所进行的患者精神状态测试,一个是针对法律主体进行集合型民事法律活动是否具备相应能力的综合评价,很显然后者涵盖的方面要复杂得多。具体的决定能力指的是自然人接受某一类信息,理解领会这一类信息,加以思考鉴别,并预见其选择后果的能力,如患者在做出医疗决定时只需要能够理解疾病和治疗信息,并自行消化判断,预见医疗的后果,而不需要在此过程中一并理解缔结合同、订立婚约的信息等。首要错误在于将行为能力视为所有意思能力的集合(capacity in all domains),而却没有认识到不同意思能力之间的独立性,从而导致了一个人某个具体意思能力出现问题时,整个人的行为能力都被全盘否定的短板效应。行为能力的整体性将各种具体的意思能力从“一个面”抽象为“一条线”,行为能力的整体性很显然限制了其自主权的最大化。

5. 关于支援自主决定措施

《民法总则》新规定的意定监护制度不具备支援自主决定之功能。(1)《民法总则》中的意定监护仍旧保留着强烈的传统法定监护属性,至少从生效条件上来看,依然坚守行为能力标准,与法定监护并无区别,也与坚持医疗决定能力标准的代理型预先医疗指示相去甚远。(2)从意定监护人的职责标准上看,究竟“最大利益”与“最大尊重”“最低干预”孰轻孰重,尚不分明。《民法总则》第35条将决定支援制度所要求的支持者必须秉承的最大利益、最大尊重和最低干预原则融合在了一个条文里,势必与最大尊重原则所强调的尊重患者医疗意愿,发挥其存余的决定能力余热,使患者能够掌握自己医疗命运的追求之间存在巨大鸿沟。(3)意定监护对被监护人“推定意愿”的忽视。从保护患者医疗自主权角度出发,他们推定意愿之发现方式、法律地位和效力承认是决定支援制度中不可忽略的问题,尤其是在患者并无确切明示意愿的情况下,推定意愿几乎就成为守护他们自主权利的最后一道防线。但这一要求并未体现在意定监护设计中。第35条虽然提出了“应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿”,但仅有可能指向的是被监护人在协议中明示的意愿,而当意定监护人怠于履行发现、推定患者未明示之医疗意愿的义务时,总则并未提出有效的约束方式。(4)为了给患者医疗自主提供周密的保障,赋予其反抗不符合自己意愿的替代决定之权利,并起到威慑监督医疗持续性代理人的作用,预先医疗指示几乎可以任何形式解除,如单方面撕毁、涂鸦、更改等简单易行的方式,这对于丧失医疗决定能力的患者来说依然是可行的、可能的。

四、预先医疗指示制度的具体构建

建立预先医疗指示制度将对我国具有重要意义,我国应通过立法构建预先医疗指示制度,在法律上承认预先医疗指示(包括指令型预先医疗指示和代理型预先医疗指示)的法律效力。那么,如何具体构建预先医疗指示制度呢?

(一) 预先医疗指示

预先医疗指示的做成就是患者通过一定的行为做出预先医疗指示,并使之有效成立。

1. 需成年且有意思能力的人

关于预先医疗指示的主体,多数国家和地区都要求成年、有意思能力。本文认为:首先,成年的要求是必要的,因为预先医疗指示制度乃至整个无意思能力人医疗决定制度都是针对成年人的,而未成年人的医疗决定应专门设计法律制度予以规制,原因是未成年人不具有完全的人身独立性。其次,如果未成年人已脱离父母而完全独立生活了,作为成年人来对待的,则可以做出预先医疗指示。第三,有意思能力是做出预先医疗指示的必要条件,此处的意思能力特指“理解医疗措施的好处、风险和替代措施的能力以及做出和交流医疗决定的能力”。即使是成年人,但如果因受伤或疾病而丧失了意思能力,则其不能订立预先医疗指示。不过,能力要件并不要求在做出预先医疗指示之前都要审查该成年人有无意思能力,成年人的预先医疗指示首先应被推定为有效,只有当有充分证据证明该成年人在做出预先医疗指示时是处于无意思能力的状态,该预先医疗指示才可被推翻。

我国今后立法也应要求成年、有意思能力。同时,《民法总则》规定,16岁以上且以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人,视为完全民事行为能力人,因此也可做出预先医疗指示。

2. 形式上取决于内容是否对健康有重大影响

本文认为,是否采用书面形式,主要看预先医疗指示的内容是否涉及维生治疗或其他对健康有重大影响的医疗措施。如果涉及,则须用书面形式;如果不涉及,则无须用书面形式。因此,对于代理型预先医疗指示,无须书面。例外情况是,如果允许、不允许或撤回允许某项医疗措施将导致患者死亡或严重的长期健康损害,而意定代理权中包含了此项措施,则该意定代理权必须以书面授权。

对于指令型预先医疗指示,以拒绝维持生命治疗为内容的预先决定必须是书面且须有患者签字,其他的可口头可书面。这一方面保证了患者的口头意思也能够具有法律效力从而全面维护患者自己的决定权,另一方面体现了法律对涉及维生治疗或其他重大医疗措施的决定的严肃态度。因此,我国应区分一般的预先医疗指示和涉及维生治疗或其他重大医疗措施的预先医疗指示,前者可以是口头形式,后者则必须为书面形式。

3. 见证程序因内容而区分原则

关于是否要求见证程序,本文赞同英国的态度,即涉及维生治疗或其他对健康有重大影响的医疗措施的预先医疗指示的程序要求应当严格,一般的预先医疗指示的程序可以简化。质言之,首先,对于涉及维生治疗或其他对健康有重大影响的医疗措施的预先医疗指示,应当规定见证程序,确保了此种重大决定的严肃性。其次,如果不涉及维生治疗或其他对健康