

Doi:10.20063/j.cnki.CN37-1452/C.2024.01.012

# 被害人承诺语境下专断医疗行为的刑法评价

李 学 良

(南京信息工程大学 法政学院,南京 210044)

**摘 要:**被害人承诺被认为是一项超法规违法阻却事由,在医疗行为中患者的知情同意承担了这一角色,阻断了正当医疗行为的违法性。但专断医疗行为是未履行或未充分履行告知义务,在没有取得患者有效同意的情况下实施的治疗行为,该行为不具有适法性。从规范评价的角度专断医疗行为确实为法秩序所认可的正当行为,但从事实层面出发专断医疗行为是医护人员未取得患者同意施加的伤害他人身体的存有故意的行为,专断医疗行为结果的正当、合理并不能够改变其行为性质的非法性。事实上,医疗行为本身是一个“被评价过”的规范概念,其内涵是经患者同意的治疗行为,医疗行为与专断医疗行为是相对立的概念。

**关键词:**专断医疗行为;刑法评价;知情同意;被害人承诺

**中图分类号:**D914 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-8039(2024)01-0089-08

社会在发展过程中,公民的权利意识日益彰显,这一表现在医疗活动中尤为突出。传统家父主义下医生几乎主宰了整个医疗活动的始终,但随着自由主义的觉醒,医疗活动必须在患者知情并同意的情况下才能够实施,否则便有侵犯患者个人权利的可能。患者对医疗行为的知情同意是刑法理论中被害人承诺的具体化,相应地被害人承诺这一理论根据可以证成患者知情同意在刑事法上的意义。但被害人承诺的体系地位并非是一个不证自明的问题,理论上存在诸多争议,这导致患者知情同意的效力范围也会随着被害人承诺所被界定的体系地位之差异而有所不同。

基于一种限制解释的立场,在逐步分析、评价被害人承诺体系地位各种学说的基础上,认为被害人承诺作为一项超法规的违法阻却事由存在。患者的知情同意使得医疗行为得以正当化,而未经患者同意或未充分告知患者病情而进行的医疗行为是专断医疗行为,后者不具有完全的被害人承诺,并未阻却医疗侵袭行为的法益侵害性。从这个意义上,医疗行为与专断医疗行为是相对立的,医疗行为是被评价的规范的行为,其行为基底是侵害行为,而被害人承诺即患者知情并同意使

得该侵害行为被规范评价为正当化的行为。

## 一、被害人承诺体系地位之争

目前,在刑法理论中,对于如何确定被害人承诺在犯罪构成中的地位,在中国刑法学界是一个争论很大的问题<sup>[1]</sup>。从学术史角度来看,被害人承诺经过三个发展阶段:第一阶段是从“二战”到 20 世纪 50 年代为止。该时期的学说和判例一致认为,被害人承诺并不局限于伤害罪甚至能够适用于对个人法益之侵害行为的大部分情况的违法性阻却事由。第二阶段形成于 1953 年梅尔茨(Geerdts)的博士论文《被害人承诺与谅解》<sup>[2]244</sup>,率先将被害人承诺整体区分为排除构成要件符合性的谅解(Einverständnis)与作为违法阻却事由的承诺(Einwilligung),从而使被害人承诺理论迎来了新的转机,即使在今天德国的判例与多数说法还在支持这种区分。然而,进入 20 世纪 70 年代之后,主张承诺与谅解都不是正当化事由问题,而是构成要件符合性排除事由的见解逐渐成为有力学说<sup>[2]244</sup>。这一发起于德国,流行于大陆法系刑法的观点对各国的刑法理论尤其是犯罪论体系产生了深远的影响。

收稿日期:2023-09-28

**基金项目:**江苏高校哲学社会科学研究一般项目“法人数据刑民一体化保护研究”(2022SJYB0174);中国青少年研究会科研基金资助项目“直播节目中未成年打赏行为的法律效果研究”(2023B11)

**作者简介:**李学良(1991—),男,山东滨州人,法学博士,南京信息工程大学法政学院助理研究员。

### (一) 现有学说及评价

#### 1. 权威教科书中体例安排差异

从笔者搜集到的刑法学教科书中可知,“被害人承诺”<sup>①</sup>的体系定位大致可分为三种。

##### (1) 作为排除构成要件符合性的事由

金德霍伊泽尔在其《刑法总论》中将“承诺”放在“犯罪的客观构成要件”中讨论,在违法性中讨论“推定承诺”<sup>[3]</sup>;罗克辛的教科书在违法性之前,行为构成中讨论“同意”的问题<sup>[4]</sup>;韩国刑法学者金日秀、徐辅鹤在其刑法教科书中将“被害人的承诺”置于违法性论之前的“构成要件符合性排除事由”之中<sup>[2]</sup>。

##### (2) 作为排除违法性的事由

张明楷将被害人承诺放在违法阻却事由中讨论,作为“因法益性的阙如阻却违法的事由”<sup>[5]</sup>;周光权在其教科书中将“被害人承诺”作为犯罪排除事由,同样是“违法排除事由”,是其他违法排除要件的一种<sup>[6]</sup>;耶塞克与魏根特将“被害人同意与推定同意”置于阻却违法性之中,作为合法性事由<sup>[7]</sup>;施特拉腾韦特与库伦所著的刑法总论教科书在违法性之“具体的阻却违法事由”中讨论“被害人的同意”<sup>[8]</sup>;大塚仁在其刑法教科书违法性中的“正当行为”章节中讨论“基于被害人承诺的行为”<sup>[9]</sup>;大谷实在“排除犯罪事由”章节中讨论“其他正当行为”时论述了“被害人的同意”<sup>[10]</sup>;野村稔在其刑法教科书中,在“违法阻却事由”中讨论“被害者的承诺”<sup>[11]</sup>;山口厚教授在其教科书中的“违法性”里讨论“被害人的同意”“推定的同意”<sup>[12]</sup>。

##### (3) 其他观点

如韦塞尔斯在其刑法学教科书的违法性与责任之间讨论“同意、承诺”,在体系性安排上并未放置在上述两个阶层中<sup>[13]</sup>。还有论者因为犯罪论体系的不同而放置在不同的位置,如陈忠林《意大利刑法纲要》中将“权利人同意”放在“排除犯罪的客观原因”中讨论<sup>[14]</sup>。法国刑法学者斯特法尼等在“不负刑事责任的客观原因”中论述“受害人的同意”<sup>[15]</sup>。我国传统教科书中有论及被害人同意因素的,放置在“正当行为”之中<sup>[16]</sup>。

在有限的教科书样本中被害人承诺作为“违法阻却事由”的立场占了多数,但多数并不意味着正确,真理也可能掌握在少数人手中。只是多数支持者形成理论优势往往成为通说,影响司法实践中对此一问题的运用。为力求明晰不同立场

的根由,仍然需要对其论证的理由作出回应。

#### 2. 不同立场的论证理由及评价

教科书中的体系安排在形式上给予的直观印象表明被害人承诺作为排除构成要件符合事由、排除违法性事由或兼具两者。

##### (1) 排除构成要件符合性事由

该立场典型的论证理由是在诸如性犯罪、侵犯人身自由犯罪、侵扰安宁犯罪中,在刑法典条文中明示或暗含“违反权利人意志或意愿”的构成要件要素,此时如果存在被害人承诺,自始不具有犯罪的可能。从被害人承诺理论的前提设置上即“被害人可以且能够支配的个人法益”这一角度而言,当被害人选择接受法益减损的后果,即使法益事实上遭受损害,但在规范评价上“因为它是在征得受害人的同意后实施的,因此并没有侵害任何法益”<sup>[8]145</sup>,属于自我决定之范围,并无规范违反性。该立场以一种自由主义和个人主义的法益理论为支撑,认为刑法所保护的“个人法益”,是法益主体人格展开的工具,是法益主体的意志支配下的存在物<sup>[4]358</sup>。个体可以自由地对其进行支配,完全属于自我决定权的范畴。

该立场遭到的最大诘难在于,如果肯承认被害人承诺可以阻却构成要件的该当性,便意味着法益不再是身体或活动自由,而变成了支配身体和行为的意志<sup>[17]</sup>。承诺本身并未消解法益在事实上存在的损伤,在客观上仍存在着法益损害性。从判断之始将被害人承诺作为出罪事由,将使构成要件承担过多的分量,在判断上也并不经济。

##### (2) 排除违法性事由(正当化事由)

持此立场的论者将被害人承诺作为一项正当化事由,“常规的理解,而且也许是主导地位的观点,亦即,承诺乃是一种正当化事由”<sup>[3]116</sup>。其与正当防卫、紧急避险等出罪事由在犯罪论体系中的功用相当,在客观结果上会使得不法侵害行为丧失不法性,易被评价为“好的行为”“积极的行为”“应当被鼓励的行为”。在这一观点中个人自决权被视为前提性权利,它是具有宪法价值、意义重大的权利。而被害人承诺只是作为该权利的派生性权利,刑法规范中认可被害人承诺的意义体现了对此权利的尊重,更体现了法秩序统一原理下刑法规范与宪法规范的一致性。同时,强调权

<sup>①</sup>由于翻译或语词使用上的偏爱,“被害人承诺”与“承诺”“合意”“权利人同意”“被害人同意”如无特指系同一概念。

利人自决意义上的正当化事由说事实上是在排除国家刑罚权对私人(决定)空间的过度介入,拓展了作为人的个体的生存空间,维护了人的尊严。这无疑体现了个体自由主义法律思想与作为公法体现家父主义的刑法思想之间存在着一定的疏离,甚至是对抗。不论基于何种立场,个体基于真实意愿和理性作出的权益处分行为,即便在结果意义上会致使决定者自身遭受一定的风险或实害,但这种决定作出本身也是一种值得保护的权益,并且它的实现未必比决定后的结果损失更值得抛弃。基于一种衡平思想或利益衡量观点,将一般人看来符合构成要件的特定不法行为排除在犯罪之外。在这样的情形中,一定意义上可以认为被害人承诺(意志)是决定行为人行为合法与否的关键要素。

论者所持犯罪论体系不同会影响被害人承诺的体系地位。在传统四要件犯罪体系中,不存在阶层论里各个阶层的划分,被害人承诺作为正当化事由的一种,应在犯罪论体系之外进行论述。况且,在我国的犯罪构成体系中形式判断与实质判断是合二为一的,都存在于犯罪构成符合的判断中,在我国讨论被害人承诺到底是排除构成要件符合性事由还是排除违法性事由,似乎没有现实意义<sup>[18]</sup>。刑法分则明确规定那些以缺乏权利人承诺为犯罪成立的前提,或权利人的承诺可作为减轻刑事责任,或从一罪转化为他罪的情况,都不属于刑法总则研究的权利人承诺问题<sup>[14]180</sup>。在刑法总则中设置被害人承诺条款,并将其功能定位为正当化事由的特定类型条款,在抽象意义上其作为一般性的违法阻却事由可以排除行为的违法性。

### (3) 折中论:区分“合意”与“承诺”

该点是在前两种观点的基础上发展而来,它一般性地将被害人承诺分割为“合意”与“承诺”两类不同情形,前者在判断是否满足构成要件符合性时进行形式性考察,后者在排除不法行为的实质违法性时进行判断。基本上该种观点是一种较为具体的理论,它从构成要件层次上区分了不同的犯罪类型,根据不同犯罪类型将被害人承诺的效力进行再次划分。

但是,这种体系上的语词区分缺乏实质意义。合意或者同意可能只是法益享有者内心的动机,动机在刑法评价中并不具有重要意义,而且从行为效果上看免除了行为的不法;或者行为原本欠

缺法益侵害性而不存在违法性,或者行为并不满足不法行为的类型性要素。再者,这种区分在体系上缺乏实务上可靠理由<sup>[3]118</sup>，“合意”与“同意”并非对立概念,两者不是非此即彼的关系<sup>[19]</sup>,所以没有足够充实的理由在体系上将两者区别对待。也正因两者并非界限分明的对立概念,在事务中便难以制定一个可执行的区分性标准,即便是界限相对清晰的概念,在实际操作中也会因人而异,更何况界限模糊的概念。为了区分而区分,只会增加实务部门的工作负担。这种区别不是一种由“二元论”本身推导出来的区别,而是完全取决于立法者的语言选择<sup>[17]</sup>。这种区分完全是形式性的,而不具有实质的确定性。

### (二) 被害人承诺是超法规的违法阻却事由(正当化事由)

法谚“得承诺的行为不违法”,其实也是在违法与否的层次上进行的判断。经过被害人承诺而施加的行为,尽管仍然存在着法益减损的事实,但这一受损的法益是被害人所放弃的,其在规范上不再被评价为存在法益侵害。这涉及的是事实评价与价值评价的问题,前者具有形式确定性,而后者存在实质确定性。事实的存在具有一般性、客观化的特点,而价值判断则更多体现为个体性、主观化的特征。被害人承诺是法益主体自由选择的结果,体现的是法益主体的自我决定权,实现了公民的自治,尊重其人格尊严与人格自主。

构成要件符合性的判断是依据规范进行的一般性判断,它体现了国家的价值立场与规范评定,在此阶段被害人承诺实无介入之可能。例外的情形能够体现为被害人承诺的例子是已经上升为国家规范的“违反权利人意志或意愿”的条文规范,其以规范性条文的形式将被害人承诺一般化,体现的是国家立场而非当事人的自治,一定意义上可以认为是国家赋予了被害人承诺的权利。准确地说,受害者之所以有可能通过承诺以取消刑法上实现构成要件的不法,乃是因为国家给予被害者处分权限<sup>[3]118</sup>。但在构成要件符合性中实现的被害人承诺自始并不能够实现被害人的自治,实际上也不能运用“被害人”这一语词进行描绘。此时的法益主体在国家权力的干涉下,能够且全权地放弃对某一法益的保护。不存在法益的规范侵害,便不存在法益的规范保护,也无需以刑事法律对其进行审查、评价。

正是基于此一逻辑,将被害人承诺视为阻却



构成要件符合性事由的立场难言恰当。得到被害人承诺的侵害行为,并不排除构成要件,但阻却违法性,属于超法规的违法阻却事由<sup>[6]219</sup>。作为超法规的违法阻却事由,并未否认事实上存在的法益减损,在规范上重视了法益主体的自我决定权的效力,使规范评价倾向了被害人的自我选择,以正当化理由的形式使法益侵害的事实在规范中消失。将被害人承诺“作为合法化事由来理解是正确的,将合法化事由作为消极的构成要件要素对待”<sup>[7]507-508</sup>,此时体现的是违法性阶层的出罪功能。而在传统四要件体系中,将被害人承诺视为正当化事由,在行为具备四个要件(阶层论中的具备构成要件符合性)之后再进行判断也具有可操作性。正如在医疗行为中,存在患者知情且同意的医疗行为是一包含正当化事由的适法行为,排除了医疗侵袭行为的法益侵害性。因为即便存在病人基于意志自由自愿作出的同意,如因事故自愿截断大腿、为救亲属自愿抽取800ML血液等均为对身体完整性法益的侵害。这种伤害是客观存在的,那种认为行为不法可以被主观意志所决定的观点,并不可取。倒不如说,由于手术获得了同意,对行为的不法判断在价值取向上发生了某种复杂的改变,从而以一种与正当防卫和紧急避险相近的方式阻却了不法<sup>[17]</sup>。正是在这个意义上,患者的知情同意作为被害人承诺的子项,是一项更为具体的正当化事由,能够排除行为的违法性。

## 二、专断医疗行为是故意且违法的行为

专断医疗行为,系指医生未得病人同意或违反病人意思所实施的行为<sup>[20]</sup>。具体而言包括以下几种情况:(1)医生既未告知患者所患疾病的具体情况,也未征得患者真实同意而基于自身经验实施的医疗行为;(2)医生如实向患者说明所患疾病的具体情况治疗方案,但患者并不同意该治疗方案,医生违反患者意愿擅自实施具体治疗方案的医疗行为;(3)医生如实向患者说明所患疾病的具体情况治疗方案且取得患者的同意,但在治疗过程中擅自改变治疗方案或实施了超出了同意范围的医疗行为。专断医疗行为并不当然违法的原因在于其是以治疗为目的的行为,但目的正当不能推断其结果正当,并不能因此赋予其规范评价上的正当性。

### (一)目的正当不能补足行为正当性

专断医疗行为首先必须是一种医疗行为,意

指医生为了患者利益而施加的治疗行为,在整体利益或一般人评断上能够符合患者的利益。但是专断医疗行为是独断性的,是在传统家父主义医患关系下得以正当化的治疗行为。随着个人权利意识的觉醒,个体自主、自尊意识的提高,医疗行为的家父主义正在弱化。在现代法律支配下,医疗行为正当化的根据已然由医生的业务权转化为患者的有效同意,医生于从事医疗行为之际,不仅有“患者的最佳利益”这一传统医学伦理所要求的结果预见义务与结果回避义务,而且有基于法理的充分说明义务<sup>[21]258</sup>。医疗行为的正当性不能仅有目的正当保证,也必须经过程序正当即在告知患者病情且患者同意的情况下,才能被正当化。

治疗行为从行为属性上看是一种侵袭行为,特别是像截肢手术、肿瘤手术等行为必然会侵害患者的身体完整权。在未得到同意情况下施加的医疗侵袭行为与一般故意伤害罪中的侵害行为并无二致,客观上符合故意伤害罪的行为特征。在欠缺患者有效同意时,医疗侵袭行为是故意伤害行为,其正当目的即治疗目的并不能保全其行为的侵害性。医生明知患者不同意而施加的治疗行为,尽管“为了患者利益”,但仍然是干涉性的、非法的。如“骨髓癌截肢案”<sup>①</sup>中,德国帝国法院认为伴随着身体伤害的治疗行为,即使存在医学上的适应性,符合医疗技术和规则,是成功的治疗行为,也符合伤害罪的构成要件,只有存在患者的同意或者推定同意时,阻却其违法性。即医疗中的最高法理,不是“治疗”,而是“患者的意思”(Volutas non salus Aegroti suprema lex)<sup>[21]172</sup>。未告知患者病情或未完全告知患者病情致使患者作出同意存在瑕疵时,当医疗行为由于医生的告知错误使得患者遭受“被推定同意”的损伤时,医生可能要承担过失或故意伤害罪的刑事责任。如日本“耶和华的证人拒绝输血案”<sup>②</sup>,“医生在获得患者的同意时,应该向患者提供并且说明为患者作

①该案源自1894年德国帝国法院的判决,基本案情:7岁女孩脚骨患有结核性脓疡,若不加治疗会慢性致死,其父讨厌外科手术,多次明确向医生表明不同意给女儿做手术。医生采取了符合医疗技术和规则的治疗方法,手术取得成功,女孩健康成长。

②该案系2000年日本最高法院所作判决,基本案情:原告系“耶和华的证人”这一宗教团体的信徒,以拒绝输血为信条,1992年原告经检查确认患上恶性的肝脏血管肿瘤需要手术治疗。原告术前多次口头声明不接受输血,并在免责书上写明拒绝输血的声明。医院却隐瞒可能采取输血治疗的方针对原告实施了手术,并在手术过程中在未告知原告的情况下进行了输血,之后决定将输血事情隐瞒。后因医务人员泄露输血事实,原告提起诉讼。

出判断所必要的情报。每个人都能够自己决定自己的人生方式,这种自我决定权是同意的基础”<sup>[21]</sup><sup>187</sup>。

在紧急医疗或强制医疗下,仍然能够使治疗行为获得正当性。在此种情形下患者由于客观实际不能够作出同意或者基于社会公益的目的剥夺患者的同意权利,此时治疗行为也并不是因为目的正当而获得正当性,而是存在其他的正当性事由。患者昏迷无法接受并回复医生的问讯,医生基于救助义务对患者进行符合通行医疗水准的救助治疗,此时符合推定的被害人承诺的基本法理。“通过推定的同意而阻却违法的主导思想就在于,如果他人在需要作出紧急处断的状况下有益地行使了处分权,那么就不被认为是忽视权利人的自治,也就不构成不法,换言之,因为在这种情况下需要毫不迟疑地作出选择,而受害人本人此时没有能力进行处理,所以,依据推定的意志由他人代为处分。在这里,受害人的‘利益’不再是有关受害人本人可能会如何决断的证据。”<sup>[8]</sup><sup>155</sup>而当患者存在重大传染性疾病如非典时期的限制隔离,为了社会公众利益,基于利益衡量的功利原理可以限制法益主体的自我决定权,但并非是对权利的不尊重,而是以存在一种更为优越利益的衡量法则赋予治疗行为正当性。

## (二) 专断医疗行为是故意行为

专断医疗行为作为正当目的行为,必然是主观决断的结果,也意味着其是故意行为,但并不意味着只存在故意责任。医生违背患者意愿实施的医疗侵袭行为如果具有医学适应性且符合医学标准,则该行为仅仅是对患者自主决定权的侵害,尽管这种行为表征了积极的身体动静,但并不是故意伤害罪罚则上的故意伤害行为,至少结果正当的行为能够避免刑法的介入,仅涉及民事权利义务关系即赔偿责任。

医生诊断出现错误或在治疗过程中不符合医学适应性、未达到医学标准,尽管其主观上确信其具有实施治疗行为的能力,却造成了难以预计的危害后果。此情况下,医生故意违反患者意愿施加治疗行为,且治疗结果不符合通行的治疗结果,但医生对结果是“过于自信的过失”或“疏忽大意的过失”,则应当承担的医疗事故犯罪的相关责任,是过失责任而非故意责任。

医生在向患者说明病情时有意隐瞒,致使患者在决定时出现瑕疵的场合,患者的同意并不是

完全的,医生也未被赋予全权的实施治疗行为的权能。在实施治疗行为过程中出现了被隐瞒病情的情况,如“子宫案”<sup>①</sup>中医生基于推定同意而擅自切除患者子宫的行为并不具有正当性,其动机如何也不影响其行为的客观危害性。质言之,医生有意隐瞒真情,剥夺了患者就该部分情况的决定机会,客观上患者的身体完整权被侵害,医生应当承担故意伤害罪的刑事责任。专断性医疗行为从形式上是对告知同意原则的违反,实质上是对患者自我决定权的侵犯。进一步来说,专断性医疗行为可以导致患者自我决定权和身体权的损害<sup>[22]</sup><sup>5</sup>。

专断医疗行为体现了医生一方的家父主义,进而直接剥夺了患者一方的自我决定权。医生的告知不周全或不告知病情,客观违反了告知患者病情的义务,存在义务违反性;而患者同意是与这一义务相对的权利,不知情或知情不充分时的同意存在瑕疵,阻碍了患者作出正确决定的自由。医生的专断医疗行为以积极的方式侵犯了患者抽象的自我决定权和具象的身体权,是一种故意行为。

## (三) 结果正当不影响对行为性质的评价

法律规范的是行为而不是结果,事实上法律也无法直接规范结果,只能通过对行为的规制实现对结果的管控。法律是行为规范即法律的规范指引功能不仅体现在民法、行政法之中,刑法对行为规范性的要求更为严格。这也意味着,“好的行为”造成一种“恶的结果”一般而言在刑法上是予以“奖励”的,如正当防卫行为、紧急避免行为;而“恶的行为”所造成的结果的好坏只会影响其刑罚的量定而不会影响行为性质的确定,如假想防卫行为。

行为的“好”或“恶”并不是一个事实判断,而是规范判断,其判断始于行为之时而非结果之时。专断医疗行为事实上基于一种良好目的实施的行为,在结果上多数可以是“好的”,如病情得到治愈;但规范地来看,专断医疗行为违反了医生告知义务,侵害了患者的知情权,干涉了患者自我决定自由,是一个义务违反行为,在规范评价上并不是

<sup>①</sup>该案系 1957 年德国联邦法院作出的判决,基本案情:被告人是一位医生,事前检查时发现患者子宫内有筋肿,得到患者同意后实施筋肿切除手术。手术过程中意外发现筋肿与子宫紧紧黏连在一起,没有其他切除筋肿的方法,于是在未取得患者同意的情况下,切除了患者的整个子宫。

“好的行为”而是“恶的行为”,由其产生的结果只能影响惩罚程度而不能影响行为的定性。专断医疗行为的定性在行为之始已经完成,至于结果的好坏并不能溯及影响行为的性质。而这一论断符合被害人承诺的一般法理。

在论及被害人承诺的时间节点上,学者基于行为无价值与结果无价值的理论立场,整体上存在两种倾向:

1. 行为无价值论者认为,承诺应当在行为之前或行为时。承诺必须存在于行为之时<sup>[9]414-415</sup>。在强奸被害人之后取得被害人谅解再次发生性关系仍然无法改变之前性关系强行发生的事实。事实的发生是在时间轴上被固定的客观存在,它并不因事后相关主体的意愿而发生任何改变。只要在行为实施时不存在被害一方基于真实意愿的同意,所施加行为造成的结果便违反了被害方的意志。承诺在行为之前或最迟在行为时是可能的<sup>[2]250</sup>。但承诺作为一种意志自由的体现,完全取决于主体的自由意志,也意味着“承诺可撤回”<sup>[6]221</sup>。在行为即将实施前承诺主体撤回了自己的承诺,便被视为承诺自始不存在,如恋爱中甲取得乙同意,正准备实施性行为,在肢体接触的瞬间,乙明确表示撤回之前同意发生性关系的承诺,若甲仍然不顾乙意愿的表达而继续实施性行为的,则视为违反了乙的意愿。若行为时的特殊情况决定了难以取得被害一方的同意,基于一般人的标准,可以作出符合被害人利益的选择。在此种情形中,行为时没有即时承诺,如果被害人对该事态有认识,就会作出有效承诺的场合(推定的承诺),可以考虑与即时的承诺同样处理<sup>[11]226</sup>。

2. 结果无价值论者则认为,承诺在结果发生前或发生时存在即可。山口厚认为,因为同意的存在会导致法益失去法益性或者保护必要性,故而严密地说,应以结果发生时是否存在承诺作为判断行为是否违法的基准<sup>[12]157</sup>。性行为发生前未取得相对方同意,在事后取得相对方同意,此时事后的同意使得刑法欠缺介入私人决定空间的理由,也会由于承诺主体事后承诺本身使得相关事态不会诉至法院而终局性终止了行为进入规范评价的机会,客观上导致承诺在结果意义上决定了行为是否不法。在行为与结果同时发生或结果稍晚于行为出现的场合,“承诺至迟必须存在于结果发生时,被害人在结果发生前变更承诺的,原来的承诺无效”<sup>[5]224-226</sup>。

目前持结果无价值论的学者已成少数,而(二元)行为无价值几近成为学界通说,在该立场下所坚守的承诺需在行为之前或之时的观点应当被肯定。如果不否定刑法的行为规范性,重视刑法的规范指引功能,也应当认为在行为之前或之时确定被害人承诺的存在与否,否则会使得被害人承诺以个体自由意思变更国家主导的刑罚权。此外,涉及专断医疗行为如果认为在结果发生时或发生前存在承诺即可,事实上已经放弃了对患者知情同意权的尊重与认可,此时患者的知情同意只是一种事后承诺,而这是不被刑法学者所认同的。

### 三、专断医疗行为的规范性

行为是刑法理论的核心概念之一,甚至有论者将行为单独作为犯罪论体系的一个阶层进行讨论,但更多的理论将行为视为构成要件符合性的前提要素。刑罚惩罚的只能是行为而不能惩罚思想的基本预设,决定了任一犯罪之中必然存在犯罪行为。对行为的不同界定影响学者犯罪论体系的建构,整体而言,结果无价值论者偏向自然行为论,而行为无价值论者多持规范行为论,前者立足于存在论,而后者发端于规范论。

#### (一) 医疗行为并非“裸的行为”

医疗行为并非一个存在论的概念,它被先天地界定为“好的行为”,是已经被规范评价的行为,体现了一种价值选择。在医疗行为背后的行为才是医疗活动中尚未被评价的“裸的行为”。这一暗含的、非规范的、自然的行为是医疗侵袭行为,在存在论角度与侵害行为等同。

医疗行为体现了行为的有意性,是以治疗为目的,以治愈为终极目标的行为。但是“将有意性作为行为的特征不具有现实意义”<sup>[5]143</sup>,从纯粹客观的立场看待行为,医疗行为在构成要件层次上“不能被评价”,最终需要在违法性阶层作出处理,这是一种存在论立场。但这样的立场并不经济,如果坚持规范论,则行为是由行为人有意识支配的目的行为,医疗行为符合这一特征,在构成要件符合性阶层已经被排除,而无需进行实质的违法性判断。

医疗行为的规范内涵中包含了患者的知情并同意医生对自己身体进行处置,换言之,患者的知情同意使得这种“裸的”医疗侵袭行为正当化。在医疗行为的规范评价中,患者的知情同意是先



在的、全权的,患者被告知了关于病情的所有信息,并根据这些信息在医疗方案中进行选择,而医生也未越权实施医疗行为或违反有关告知义务。得到同意而行为是符合法益主体的意愿的,这种意愿不仅消除了结果无价值,也消除了行为无价值,使其不能再称为刑法意义上的犯罪行为,或者说,不是刑法分则的构成要件中所规定的行为类型<sup>[17]</sup>。如此,在阶层论的构成要件阶层,由于存在患者的知情同意医疗侵袭行为的法益侵害性在规范上丧失了,即不存在规范评价上的法益侵害结果,也无需刑罚的介入。

## (二) 专断医疗行为与医疗行为相对立

医疗行为与专断医疗行为同为规范性概念,而非“裸的行为”,在规范立场上两类行为是对立的。医疗行为是“好的行为”,而专断医疗行为是“坏的行为”,在规范评价上的不同根源于其行为之始前提条件的差异。医疗行为以医生履行告知义务,患者知情并同意为基础,是正当化的行为类型;专断医疗行为则与其不同,医生未充分或未履行告知义务,患者的知情权受损,自我决定存在瑕疵。如此,由于“大前提”的对立,在行为结果上也走向了分离,前者是适法的、正当化行为;而后者是违法的甚至是犯罪的、不正当行为。

专断医疗行为与医疗行为在阶层体系的判断层级上也存在差异,前者需要在违法性阶层进行实质的判定,而后者则只需在构成要件符合性阶段进行评断。因为行为并非是自自然意义的,对其评价需要明确规范立场。医疗行为是有意的、目的明确的行为类型,在构成要件符合性阶段不满足“违反权利人意志或意愿”这一故意伤害犯罪的构成要件特征。在四要件理论中,医疗行为也不符合客观方面与客体,没有刑法意义上的法益损害后果,也未损害客观的社会关系,反而是促进、维持了社会关系。而专断医疗行为在规范要素上属于“残缺”或“越权”的医疗行为,在行为之始没有获得患者的有效同意,其行为“被降级”为自然行为,符合故意伤害罪或过失伤害罪的构成要件,仅依靠构成要件符合性的判断无法识别或整体地对其进行评价。在违法性阶段,由于欠缺患者的有效的知情同意,也不能够使其行为得以凭借被害人承诺这一事由出罪,从而被规范地评价为犯罪行为。值得一提的是,并非所有的专断医疗行为均成立犯罪,而仅指部分存在重大法益侵害的医疗侵袭行为才需要刑罚进行规制。当

然,由于专断医疗行为的特殊性,在结果上往往征表为“为了患者的利益”,在刑事责任量定时也可以进行部分减免,未达到刑法罚则处置的,可在民事侵权责任法律规范中获得赔偿。

被害人承诺的权利场域不是无限的,在国家父主义与个人自我决定权之间,自我决定权处于被制约、被决定的地位,其效力范围仅限于个人法益的场合。同意只能涉及个人法益,且只有当同意人仅仅是相关法益的主体时,此等同意才会受到重视<sup>[7]511</sup>。当被害人承诺的法益侵害关涉公共利益或国家法益时,被害人承诺不具有违法性排除事由的规范效力,至多能够在责任量定上以酌定情节因素发挥作用。这是因为,“人们对个人的法益并不是绝对地予以保护的,而是服务于保护承认法治和社会福利国家的民主社会里个体的自由发展这个目标的。除非出于公共利益,才可以以强制命令的方式对个人的自由施以限制”<sup>[3]116</sup>。所以在医疗活动中,强制医疗行为或紧急医疗行为即使可能违反患者的真实意图,但并不能够使该两类医疗行为丧失合法性。

医疗活动中的两方主体在地位上是平权的,但医生由于知识优势在信息掌握上优于患者,所以法律规范或职业伦理要求医生具有告知义务。仅对这一告知义务的违反,而不影响后续的治疗行为时,不存在具体的权利损害,也无需进行救济。但当这一告知义务的违反,导致患者在治疗活动中的自我决定权受损,进而医生不仅侵害了抽象上患者的知情同意权,而且在具体医疗活动中对患者身体权构成事实的侵害。这一侵害结果的大小影响法律的规范评价,患者可以借由侵权责任法律寻求救济,也可以通过刑事诉讼追究其刑事责任。

## 参考文献:

- [1] 高铭暄,张杰. 刑法学视野中被害人问题探讨[J]. 中国刑事法杂志,2006(1).
- [2] 金日秀,徐辅鹤. 韩国刑法总论[M]. 郑军男,译. 武汉:武汉大学出版社,2008.
- [3] 乌尔斯·金德霍伊泽尔. 刑法总论教科书[M]. 蔡桂生,译. 北京:北京大学出版社,2015.
- [4] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论:第1卷[M]. 王世洲,译. 北京:法律出版社,2005.
- [5] 张明楷. 刑法学[M]. 北京:法律出版社,2016.
- [6] 周光权. 刑法总论[M]. 北京:中国人民大学出版

社,2016.

[7] 汉斯·海因里希·耶塞克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2017.

[8] 冈特·施特拉腾韦特,洛塔尔·库伦.刑法总论I——犯罪论[M].杨萌,译.北京:法律出版社,2006.

[9] 大塚仁.刑法概说:总论[M].冯军,译.北京:中国人民大学出版社,2002.

[10] 大谷实.刑法总论:第2版[M].黎宏,译.北京:中国人民大学出版社,2008.

[11] 野村稔.刑法总论[M].全理其,何力,译.北京:法律出版社,2000.

[12] 山口厚.刑法总论[M].付立庆,译.北京:中国人民大学出版社,2011.

[13] 约翰内斯·韦塞尔斯.德国刑法总论[M].李昌珂,译.北京:法律出版社,2008.

[14] 陈忠林.意大利刑法纲要[M].北京:中国人民

大学出版社,1999.

[15] 卡斯东·斯特法尼,等.法国刑法总论精义[M].罗结珍,译.北京:中国政法大学出版社,1998.

[16] 高铭暄,马克昌.刑法学:第9版[M].北京:北京大学出版社,2019.

[17] 车浩.被害人同意的体系性地位[J].中国法学,2008(4).

[18] 黎宏.被害人承诺问题研究[J].法学研究,2007(1).

[19] 沃斯·金德霍伊泽尔.评合意和承诺的区分[J].蔡桂生,译.中国刑事法杂志,2010(1).

[20] 甘添贵.医疗纠纷与法律适用——论专断医疗行为的刑事责任[J].月旦法学教室,2008(6).

[21] 刘明祥.过失犯研究[M].北京:北京大学出版社,2010.

[22] 杨柳.专断性医疗行为刑法处遇问题研究[M].南京:东南大学出版社,2015.

## Criminal Law Evaluation of Arbitrary Medical Behavior in the Context of Victim's Commitment

LI Xueliang

(School of Law and Political Science, Nanjing University of Information Science and Technology, Nanjing 210044, China)

**Abstract:** The victim's commitment is considered to be a cause of prevention from illegality, and the patient's informed consent assumes this role in the medical behavior, blocking the illegality of legitimate medical behavior. However, arbitrary medical behavior is an act of treatment performed under the circumstances of not fulfilling or not fully fulfilling the obligation to inform and not obtaining the effective consent of the patient, and the act is not legal. From the perspective of normative evaluation, arbitrary medical behavior is indeed a legitimate act recognized by the legal order, but from the factual level, arbitrary medical behavior is an intentional act of medical workers' harming the patient's body without his/her consent. The legitimacy and reasonableness of the results of arbitrary medical behavior cannot change the illegality of the nature of their behavior. In fact, medical behavior itself is a normative concept that has been evaluated, and its connotation is treatment behavior with the patient's consent. Medical behavior and arbitrary medical behavior are opposed concepts.

**Key words:** arbitrary medical behavior; criminal law evaluation; informed consent; victim's commitment

(责任编辑 陇 右)