

恶死不若爱生，立法不如释法--《医疗机构管理条例》第三十三条的法律解释 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_81_B6_E6_AD_BB_E4_B8_8D_E8_c122_485198.htm

《医疗机构管理条例》第三十三条规定（以下简称“第三十三条”）全文为：

“医疗机构施行手术、特殊检查或者特殊治疗时，必须征得患者同意，并应当取得其家属或者关系人同意并签字；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；无法取得患者意见又无家属或者关系人在场，或者遇到其他特殊情况时，经治医师应当提出医疗处置方案，在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施。”

一、立法技术分析 第三十三条有二个分号分成三段内容，分号之间是递进关系，不是并列关系。也就是说，医疗机构操作起来，是先用第一个分号之前的“必须征得患者同意，并应当取得其家属或者关系人同意并签字”（以下可简称“第一方案”）；第一方案的实施条件不具备再考虑适用第二个分号之前的“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”（以下可简称“第二方案”）；第一方案和第二方案的实施条件均不具备时再考虑适用第二个分号之后的“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”（以下可简称“第三方案”）和“遇到其他特殊情况”（以下可简称“第四方案”）。第三十三条全文采用祈使语气强调“必须”和“应当”，每个方案都就“手术、特殊检查或者特殊治疗”明示了医疗机构的施行作为，暗含若不符合医疗机构作为的实施条件之时，医疗机构对此应当不施行的不作为之意。即患者、

患者的家属或者关系人为“患者一方”，医疗机构应当尊重患者一方适格的“同意”作为或“拒绝”的不作为。若未出现“无法取得患者意见无家属或者关系人在场”或可以依法适用“特殊情况”情形，医疗机构的作为或不作为应当与患者一方的适格作为或不作为保持一致。第二个分号之后的第三方案与第四方案之间用“或者”隔开，是递进还是并列关系？仍是递进关系。我们审视四种方案，可以发现前三种方案都是有明确情形的具体指引，只有第四方案没有明确具体的情形，模糊不清，单独以此为由无具体的可操作性。抽象的第四方案应当解释成是前三种具体方案的兜底补充条款，“遇到其他特殊情况”是对法律规定未明确事项的补充，但不是对抗或者排除其他法律已经明确规定事项，而是排除了其他法律可以具体适用之后的特别适用。在前三种具体方案均不可适用时，才可以适用第四方案。虽然《医疗机构管理条例》第三十一条有“医疗机构对危重病人应当立即抢救”的规定，但是第三十三条排列在其之后，显然也考虑过其“危重”情形；第三十一条的“抢救”没有如第三十三条的医疗程序规定，具体操作失之空泛；同一条款“对限于设备或者技术条件不能诊治的病人，应当及时转诊”也表明对“危重”处理的限制与救济。因此第三十一条的操作及其程序依赖于第三十三条的四种方案，两者应进行体系解释，结合在一起使用。否则在医疗机构自行认定的“危重”情形下强行作为，等同于任意解释第三十三条的“遇到其他特殊情况”，将令第三十三条的其他规定形同虚设，患者一方的合法权益没有保障。至于为什么第三方案和第四方案不用分号或者其他方法分别规定，而是用“或者”连接，以致存在并列关

系的理解歧义？我们可以注意到，第三十三条是《医疗机构管理条例》的规定，从立法技术来说，立法者的思维是从医疗机构管理的角度出发来制定这部行政法规的，更多地考虑如何方便医疗机构操作。由于第三方案和第四方案对医疗机构内部管理来说，都是采用相同的“经治医师应当提出医疗处置方案，在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施程序”程序，所以都规定在第二个分号之后了。从目前实践来看，第三十三条的法律解释争议焦点主要有两个：一是“家属或关系人”的界定；二是“遇到其他特殊情况”的适用。

二、“家属或关系人”的界定

《刑法》第三条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”。但是民事活动依法自愿而为，民事法律没有类似罪刑法定或禁止类推适用的规定，可以类推适用。《民法通则》第一节“民事权利能力和民事行为能力”第十四条规定，“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人”。第二章“公民(自然人)”第二节规定了“监护”，从第十六条至第十九条共有四个条文，明示规定了未成年人和精神病人的监护情形。由《民法通则》第十四条来看，当自然人出现无民事行为能力和限制民事行为能力时，就自然产生了监护问题。此条规定是监护的一般规范，且立法上对定义或者范围问题通常是先总后分予以规定，此在前的监护规定不受排序在后的第二节“监护”的专节规定中明示的特定情形限制。也就是说，在没有法律规定予以明示时，《民法通则》中的监护没有排除或者禁止未成年人和精神病人之外的监护，而且第十八条也没有排除患者昏迷以致当时无民事行为能力

等情形，可以理解成规定包括未成年人和精神病人监护在内各种监护的职责权利。所以，在未见有其他法律明示规定前，监护的民事问题可以类推适用《民法通则》及相关法律的监护规定。限制或无民事行为能力人是未成年人的，类推适用未成年人的监护；限制或无民事行为能力人是成年人的，类推适用精神病人的监护。第三十三条的“家属或关系人”适用起来，其实有个隐含的前提：患者成为限制或者无民事行为能力人之后，完全民事行为能力人理所当然地成为他的监护人，所以才有代理权签字同意或者拒绝医疗机构的治疗方案。因此，“家属或关系人”应当解释成“可以履行监护职责的家属或关系人”。《母婴保健法》第十九条也规定，“依照本法规定施行终止妊娠或者结扎手术，应当经本人同意，并签署意见。本人无行为能力的，应当经其监护人同意，并签署意见。”可见，法律法规采用了不同的字词只是立法技术的不同，内在的逻辑与精神是一致的。只有患者的家属或关系人可以履行监护职责，才有适格的“同意”作为或“拒绝”的不作为，医疗机构才可相应地作为或不作为。例1：患者昏迷，在场的家属只有一个三岁小孩。答：《民法通则》第十二条第二款规定：“不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”三岁小孩无民事行为能力，不可以履行监护职责，不是第三十三条的适格“家属”。医疗机构应当认为“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”，采用第三方案的作为处置。例2：素不相识的路人遇见昏迷的患者，出于好心救助之意将患者送到医疗机构救治。答：素不相识的路人虽因送患者就诊与之发生联系，但仅是好意施惠行为和关

系，送至医疗机构之后，两人之间并不因此成立可以履行监护职责的关系，不是“关系人”。医疗机构应当认为“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”，采用第三方案的作为处置。在实践中，医疗机构可在保留各种适格证据的同时，密切结合有关法律和医疗规范及其情理认定患者的家属或关系人及其民事行为能力，注意事态缓急、医疗机构与家属或关系人对患者本人利益的认定、证据判断的形式审查和实质审查、有权认定主体和有权认定内容等等的不同及其相应处理。

例3：医疗机构认为需立即动手术紧急救治昏迷的病危患者，送患者前来的人自称是她的丈夫并且签字同意，但当时不能提供户口本、结婚证等证据证明。答：在患者病危事态紧急时进行形式审查即可。由于医疗机构与自称丈夫的人对患者本人的利益认定一致，此人又签字愿意履行监护职责承担责任，可以暂时推定他的家属身份成立。医疗机构应当采用第二方案的作为处置。如医疗机构已尽告知义务但此人不愿签字作出意思表示，则可推定此不签字行为与自称丈夫的行为作相反表示，等同于相互抵消以致形式审查后证明他的家属身份不成立。医疗机构应当采用第三方案的作为处置。

例4：医疗机构认为需立即动手术紧急救治昏迷的病危患者，送患者前来的人自称是她的丈夫并且签字拒绝动手术，但当时不能提供户口本、结婚证等证据证明。答：虽然自称丈夫的人签字愿意履行监护职责承担责任，但是监护人对患者本人的利益认定与医疗机构严重相悖，也与通常情况下患者本人认定自己的利益严重不符，等同于相互抵消以致形式审查后证明家属身份不成立。医疗机构应当转入实质审查，在没有证据证明其家属身份成立时依靠公安机关等核实

其身份或在有合理怀疑前提下依法协助有权机关鉴定该家属的民事行为能力。医疗机构在家属身份未经依法证实且患者病危事态紧急时仍得以认为“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”，采用第三方案的作为处置。例5：医疗机构认为需立即动手术紧急救治昏迷的病危患者，送患者前来的人自称是她的丈夫，且能提供身份证、户口本和结婚证等证据证明，但他签字拒绝动手术。答：虽然患者丈夫对患者本人的利益认定与医疗机构严重相悖，也与通常情况下患者本人认定自己的利益严重不符，但相关证据已经由医疗机构进行实质审查并证明其身份成立，即便有其他合理怀疑，也应由公安机关等核实家属身份或依法协助有权机关鉴定该家属的民事行为能力。又医疗机构不能证明在场唯一一家属并非监护人，应当暂时推定其为监护人。在有权机关未作出相反认定前，医疗机构应当推定患者丈夫与监护人的身份为真，采用第二方案的不作为处置。三、“遇到其他特殊情况”的适用如前立法技术分析已述，“遇到其他特殊情况”是对法律规定未明确事项的补充，是排除了其他法律可以具体适用之后的特别适用。“特殊情况”的客观标准即是其他“法律”。适用“遇到其他特殊情况”的前提是：能够根据其他法律排除第三十三条前三种方案的当然适用。第三十三条的前三种方案有时会与其他法律产生冲突以致依照其他法律行事，但这只是依法转换，不能因此说被排除适用的这些方案或相关法律条文是违法无效的。第三十三条中实际包含了两种医疗机构处置程序，采用不同的方案就意味着采用不同的医疗机构内部处置程序，这是实践中应当注意的问题：1、医疗机构在第一方案和第二方案作为处置中采用的普通程序。

由于只是当作可以依照其他规范处置的普通医疗事务（例如经治医师提出医疗处置方案，依照其内部管理制度由其直接上级批准即可实施），所以在此没有明文规定其程序，而是借助于其他规范隐含于第一方案和第二方案可操作性之中；

2、医疗机构在第三方案和第四方案作为处置中采用的“经治医师应当提出医疗处置方案，在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施”的特殊程序，第三十三条对此作出了明文规定。例6：患者是甲类传染病病人，医疗机构认为应当对其施行第三十三条的“手术、特殊检查或者特殊治疗”，但是患者本人拒绝。答：根据《传染病防治法》第三十九条第二款的规定，对甲类传染病病人、病原携带者、疑似病人“拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的，可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。”由于这条法律能够合法排除第三十三条前三种方案的当然适用，因此应当认为适用该法律即属于“遇到其他特殊情况”，由医疗机构依法采用第四方案的作为处置。例7：患者本人签字同意动手术，在场的家属签字拒绝动手术。答：医疗机构应当认为属于“遇到其他特殊情况”，采用第四方案的作为处置。《民法通则》第十一条规定，“十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。”患者有“可以独立进行民事活动”的权利，包括可以签字同意或拒绝手术，其他人无权干涉。所以，患者本人签字同意动手术的行为有效，在场的家属代其签字拒绝动手术的行为无效，第一方案不具备医疗机构作为的实施条件。在此应注意，虽然均是医疗机构作为，但采用第一方案还是第四方案就意味着采用不同的内

部管理程序。例8：患者昏迷且病危，在场的丈夫签字拒绝动手术。答：医疗机构应当采用第二方案的不作为处置。患者昏迷后是无民事行为能力人，在场的丈夫成为她的监护人，《民法通则》第十一条规定患者本人“可以独立进行民事活动”的权利已经转由作为监护人的丈夫行使。该法第十四条也规定，“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。”显然丈夫的监护权利包括与医疗机构订立医疗合同的法定代理权，监护人的判断等同于患者本人的判断，他签字拒绝手术的行为有效。除非有权机关决定，其他任何人无权以监护人的行为不利于患者本人利益为由剥夺他们的监护职责权利。由于第二方案出现医疗机构不作为的情形，医疗机构应当尊重监护人的权利并与其决定之保持一致。否则，在例7中，医生可以相同的逻辑和理由剥夺患者的“可以独立进行民事活动”权利，擅自作为。例9：患者昏迷且病危，在场的患者父亲签字同意动手术，在场的丈夫却签字拒绝动手术。答：《民法通则》第十七条规定：“无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：（一）配偶；（二）父母；……”，《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见》第十四条第一款规定：“人民法院指定监护人，可以将民法通则……第十七条第一款中的（一）、（二）、（三）、（四）、（五）项规定视为指定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或者对被监护人明显不利的，人民法院可以根据对被监护人有利的原则，从后一顺序有监护资格的人中择优确定。被监护人有识别能力的，应视情况征求被监护人的意见。”参照上述规定，医疗机构在无相反证据或有权机关作相反

认定前应当推定患者的丈夫为她的监护人。患者的父亲由于监护顺序在后，与患者丈夫同时在场时不是患者的监护人，在监护人签字拒绝动手术的情况下，他的签字同意动手术行为无效。医疗机构应当认可作为监护人的丈夫签字拒绝动手术的效力，采用第二方案的不作为处置。例10：患者昏迷且病危，在场的只有患者的姑姑，她签字拒绝动手术。答：医疗机构应当认为“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”，采用第三方案的作为处置。根据并参照《民法通则》第十六条、第十七条和《参照最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见》第十二条“民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、外祖父母、孙子女、外孙子女”的规定来看，姑姑并非“近亲属”，而是“关系密切的其他亲属”，并不能当然地成为患者的监护人。即使她愿意承担监护责任，在没有经过相关法定程序认可之前就不是监护人，不是第三十三条中可以履行监护职责的家属或关系人，她代患者签字拒绝动手术的行为无效。但是，医疗机构采用第三十三条某个方案暂行处置相关事例时，有关人员或单位均可依法采用其他法律途径寻求救济，之后再由医疗机构依法分别采用不同的方案处置。

四、“遇到其他特殊情况”的第三方救济

《民法通则》第十八条第一款规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”人身权益特别是生命权益，是比财产权益更重要的权益，既然有规定监护人“除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产”，那么监护人除为被监护人的利益外，不得处置被监护人的生命或其他人身权益也可以解释成法律条文的

应有之意。但是，任何一种法律解释，在扩张或者限缩时都要自觉地为自己划定边界，否则不可避免普遍适用上的失败。第三十三条及相关法律在实践上是“医疗+法律”的问题，适用过程中凸显了医患之间内在紧张关系，必须通盘考量相关因素。医生仅以医学上的生命或其他人身权益判断利益和行事，未必符合法律上生命或其他人身权益的利益，医生只能守法解决明显属于“医疗”的问题，在没有法律规定和授权的情况下，擅自决断“法律”问题已经超出他们可以自主决定的权限。《民法通则》第十八条是实体法律，涉及的重大实体权益判断需要结合相关法律一起考量，个案个析，当医生一方和患者一方意见相反时，只能由作为第三方的有权机关打破僵局，依法救济。除公安等有权机关核实患者的家属或关系人身份或在合理怀疑基础上由有权机关依法鉴定相关人员的民事行为能力外，“遇到其他特殊情况”的第三方救济主要有如下两种方式：1、经有权单位依法同意为监护人在例10中，如果姑姑愿意承担监护责任，可以参照《民法通则》第十六条或第十七条的规定，经“未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会”或“精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会”同意而成为患者的监护人，若此时她仍签字拒绝动手术，医疗机构应当采用第二方案的不作为处置。如姑姑未被同意为监护人，则参照《民法通则》第十六条或第十七条的规定，担任监护人有争议的，由居民委员会等有权单位依法在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。没有上述监护人的，由民政部门等有权单位依法担任监护人。2、法院依法撤销监护人资格根据《民法通则》第

十八条第三款规定：“……人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”包括医疗机构一方在内的其他人员或者有关单位，在监护人对患者本人的利益认定与医疗机构严重相悖，也与通常情况下患者本人认定自己的利益严重不符时，均可以向法院申请撤销监护人的资格。若法院撤销监护人的资格，由于监护人已经不是第三十三条中可以履行监护职责的家属或关系人，于是：例8中的丈夫并非法律上的适格家属，其不作为无效，由于不再具备第二方案的医疗机构不作为条件，而是“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”，医疗机构应当采用第三方案的作为处置。在例9中，由于患者的丈夫被撤销监护人资格，在场患者的父亲自动填补成为可以履行监护职责的家属，成为患者的监护人，“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”，医疗机构应当认可他此时签字同意动手术的效力，采用第二方案的作为处置。若法院受理后依法发布临时性的指令或采取其他临时性措施，医疗机构应视该指令或措施的具体内容适用第三十三条的“特殊情况”。

五、紧急避险和无因管理

《刑法》第二十一条规定了紧急避险，“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。”可是，为什么人们应尊重法院的死刑判决，不可以紧急避险为由劫法场营救死刑犯呢？

《民法通则》第九十三条规定了无因管理，“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”可是，若有权主体拒绝，医疗机构也可以自行其事，以无因管理名义

擅自作为？在“无法取得患者意见又无家属或者关系人在场”时，医疗机构应当适用第三方案的作为处置，从中可以看出这里的立法本意实际已经包括紧急避险情形在内，抽象的第四方案中的“特殊情况”同样可以解释为已经包括紧急避险等各种情形在内考量。可以发现，不适用第四方案就不适用紧急避险条款，可以适用紧急避险条款必然也适用第四方案。适用“遇到其他特殊情况”的前提是能够根据其他法律排除第三十三条前三种方案的当然适用，紧急避险的适用也遵守同样的前提。无因管理的适用亦是同理。例11：患者昏迷，在场的家属签字拒绝动手术，医疗机构可否以紧急避险为由对患者强制动手术？答：患者昏迷后是无民事行为能力人，在场的家属成为她的监护人，《民法通则》第十一条规定患者本人的“可以独立进行民事活动”权利和第十四条规定的法定代理权已经由监护人行使。如果不能根据其他法律排除第三十三条前三种方案的当然适用，医疗机构就不能以紧急避险为由对患者强制动手术，应当采用第二方案的不作为处置。例12：患者昏迷，患者的家属签字拒绝动手术，医疗机构采取强制措施对患者动手术时家属制止其行为，家属可否以正当防卫为由辩护？答：不能根据其他法律排除第三十三条前三种方案的当然适用前，医疗机构本应采用第二方案的不作为处置，相应地与患者家属的不作为保持一致。医疗机构采取强制措施对患者动手术故意违反第三十三条的不作为义务，成立“正在进行的不法侵害”。《刑法》第二十条第一款规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当

防卫，不负刑事责任。”对于制止“正在进行的不法侵害”行为，家属可以正当防卫为由辩护。

六、结语

例13：昏迷且病危的孕妇已怀胎九月，孕妇的丈夫签字拒绝动手术，可否以为抢救胎儿而非抢救孕妇的理由动手术？答：《继承法》第二十八条规定，“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”但即便在视九个月胎儿为“人”的基础上结合相关法律进行解释，此胎儿无民事行为能力，仍是“未成年人”。根据《民法通则》第十六条第一款的规定，孕妇的丈夫是此胎儿的监护人，他的签字拒绝动手术行为有效。医疗机构应采用第二方案的不作为处置，或如本文前述寻求第三方救济。

例14：昏迷且病危的孕妇已怀胎九月，孕妇的丈夫签字拒绝动手术。假设已经有立法规定，“孕期为七个月及其之后的胎儿，除非直接危及孕妇本人的生命健康，否则不得堕胎。答：由于一定孕期禁止堕胎的该项法律规定可以排除《医疗机构管理条例》第三十三条前三种方案和《母婴保健法》第十九条的相关内容适用，医疗机构应当认为“遇到其他特殊情况”，采用第四方案的作为处置，不排除在抢救胎儿过程中为保住胎儿而同时抢救孕妇。医生可以用专业的科学知识为患者诊断与治疗，可是他们也有七情六欲，也有可能违法犯罪或侵害患者及其监护人的正当权益。《医疗机构管理条例》的第三十三条规定在医患双方之间分配了救死扶伤、自主决定和监护的各自权责与义务，就象开一扇门需要同时具备两把钥匙，医疗机构一方和患者一方各执一把；再辅以其他法律，作为第三方的有权机关也可以加入其中对医患双方依法予以制衡。不管立法本意如何，客观上事前防范了任何一方

不受限制地为所欲为。《刑法》、《民法通则》和《执业医师法》等法律法规对相关机构人员的行为都做了相应规范，可以追究医疗机构或者监护人的违法犯罪、侵权违约等行为并予以相应制裁。由于医疗机构一方提出订立的“恶意串通，损害第三人利益”或“以合法形式掩盖非法目的”的合同条款违反《合同法》第五十二条而无效，“造成对方人身伤害”或“因故意或者重大过失造成对方财产损失”的免责条款违反《合同法》第五十三条也无效，所以，作为订立医疗合同相对方的患者一方的相关法律权益也有保障。诸如此类，都说明在全面、综合地考量各种法律的基础上，只要结合事态发展运用好相关证据和情理，许多实践问题都可迎刃而解。所急切者，在于吸取实践中的经验教训，医疗机构、公安、法院等在有权范围内就各自紧急处置程序的对口衔接。胎儿权益等特例是否应纳入国家立法调整亦可结合其他立法予以筹划。将医疗的权责简单地归于医生或患者或其他第三方，或者不切实际强加立法打破各方权责的均衡，是人治的妄为，不是法治的出路。医病治疗靠人操作，法律也要靠人解释和执行，无论怎样的制度都抛弃不了“人”。我们不能指望在人间建立天堂，人性恶的一面就决定没有完美至善的制度，为了遏制这些恶，人们寻求分权制衡解决，可是分得部门或程序少了不放心公平公正，分得部门或程序多了又关乎效率成本，始终是个难解之题。法律实践的背后往往都有多种深层次的社会因素，有赖于整个国家的综合治理与救济，不能指望建空中楼阁般虚论高议就可一蹴而成。与其没有立足实践深刻理解相关法律就好高骛远立法，导致更多的人处于危险之中和造成更大恶果，不如脚踏实地解释运用好现

行法律，宣传相关法律救济途径，依法处理相关事例。我们可以高呼珍爱生命，但是必须尊重自由与承担责任，否则我们自身的生命就不是自由与负责的生命。若是既不自由又不负责任，又何以理解并珍爱他人自由与负责的生命？100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com