

· 博文精萃 ·

栏目说明 为推介中国人民大学法学院博士培养成果，搭建论文品评乃至学术评价之平台，《法学家》专辟“博文精萃”一栏。该栏目由两部分组成：其一是“论文要旨”，由博文作者对其博文进行全面系统而重点突出的介绍，一般宜包括如下要素：博文的体系架构；博文每章节的主要内容；博文的主要特点；博文的主要创新和不足；博文所研究领域的课题展望。其二是“论文评议”，可以是答辩委员会的论文审查意见，或者评审专家的点评，具体宜包括如下要素：对论文的总体评价；对论文的体系及各章节的评价；对论文创新的评价；指出论文的不足以及进一步完善的方向。敬请关注并提出宝贵建议。

医疗刑法研究

杨 丹 评议人：冯 军

一、研究背景、思路与框架

“医疗纠纷是全世界的问题”。^① 医疗关乎广大民众的生命与健康，以预防疾病、促进健康、解除痛苦、延长生命为追求目标；法律关注整个社会的公平、正义与秩序，以确立权利、保障自由、定分止争、维持秩序为主要目的。医疗与法律，虽然分属自然科学和社会科学，但是皆属具有高度专业性的领域。如何使医疗和法律有机结合，将医疗更有效地纳入法律调整的范围，让法律更好地规范和促进医疗，实乃各国面临的重大课题。

随着医疗技术日益复杂，当代医疗保健领域渐趋变化，医生和患者的社会互动方式正在远远超出两个人的范畴。^② 自 20 世纪 90 年代中期以来，我国医患关系严重恶化、医患纠纷呈爆炸性增长。在全体医疗纠纷中，尽管刑事案件所占的比例很小，却具有相当严重的社会危害性，造成了极其恶劣的社会影响。^③ 1997 年《刑法》第 335 条、第 336 条

规定了“医疗事故罪”、“非法行医罪”和“非法进行节育手术罪”，这是我国刑事立法在医疗领域的集中体现。然而，对于作为刑法分支之一的医疗刑法的诸多问题，我国刑法学界的研究仍然显得非常薄弱。医疗技术的发展对刑法产生了深远的影响，不断为刑法哲学、刑法理论和刑法实务提出新的课题，医疗和刑法的结合愈加紧密。因此，笔者以“医疗刑法研究”作为博士论文选题，尝试对医疗刑法中的基本问题进行系统的梳理和研究。

论文分为导论、本论和余论三个部分。第一部分导论（第 1 章至第 3 章）阐述了本文研究的实在基础，它以医疗行为的刑法规制的必要性和谦抑性为理论前提，整理了关于医疗问题的刑事立法和刑事司法的状况；第二部分本论（第 4 章至第 9 章）剖析了本文研究的本体内容，它探讨了医疗犯罪的成立、医疗行为的正当化根据、医疗犯罪的刑事责

* 作者杨丹，法学博士，暨南大学珠海校区讲师。指导教师为冯军教授。答辩委员为高铭喧教授、陈兴良教授、韩玉胜教授、单民教授、张泗汉教授。答辩年度为 2009 年。

① 高也陶等编著：《中美医疗纠纷法律法规及专业规范比较研究》，南京大学出版社 2003 年版，第 1 页。

② 参见 [美] 威廉·科克汉姆：《医疗社会学》（第 7 版），杨光军等译，华夏出版社 2000 年版，第 209 页。

③ 近年来，很多恶性的医疗伤害案件引起了公众和媒体的热切关注，例如，“肖志军拒签致孕妇死亡案”，齐齐哈尔第二制药厂生产的有毒“亮菌甲素注射液”致十余人死亡案，等等。

任分配和刑罚配置；第三部分余论（第10章）展望了医疗刑法这一研究课题的未来趋势，指出刑法

应当积极介入尖端医疗的各个领域，此乃医疗刑法发展的基本动向。

二、医疗刑法导论

导论部分以刑法规制医疗不当行为的必要性和谦抑性为理论前提，作为研究医疗刑法的实在基础，考察了世界上主要国家（地区）医疗刑法的研究历史、立法模式和实务状况。

医疗刑法的核心在于，就医疗过程中的行为对人的生命、身体、健康的介入和影响，进行刑法上的恰当评价。本原意义上的医疗不会与刑法发生关联，然而，现实的医疗过程中总是会出现一些偏离正常医疗轨道或者利用医疗之机严重侵害法益的行为。因此，运用刑法来规范医疗行为是必要的，但是，应当遵循谦抑主义。必要性的根据在于，现代社会中的诸多业务行为都具有风险性，若以风险性作为豁免医疗过失的刑事责任的理由，则意味着其他业务行为也可以要求获得同样的豁免；谦抑性的根据在于，医疗具有专业性、高风险性、目的向善性，需要由医患各方适当地分担医疗风险。

医疗刑法理论的源头，最早可以追溯到19世纪末20世纪初的德国。德国医疗刑法百余年来年的发展脉络清晰地显示，医疗刑法的研究核心从传统的医师义务、医疗侵袭、医疗过失等问题，不断扩大延伸到新兴治疗技术的刑法规制，例如，器官移植、人工生殖、安乐死等。^④ 美国对医疗纠纷的研究最为广泛和深入，美国的医疗法对英国、加拿大等英美法系国家，乃至欧洲的大陆法系国家和日本均产生了重要影响。^⑤ 相对而言，我国大陆刑法理论界对于医疗刑法的研究则显得非常薄弱。

首先，通过考察各国（地区）在医疗问题上的刑事立法，可以看出：就整体立法模式而言，世界上主要国家（地区）均未制定医疗特别刑法，对于医疗犯罪的规定散见于判例法、刑法典、医疗行政法规等之中。至于具体个罪的罪刑规范，其特征分别总结如下：①医疗过失。对于医务人员在医疗活动中的不当行为，各国（地区）立法都没有明文豁

免其刑事责任，但是，有的国家（地区）考虑到医疗本身的目的正当性和行为风险性，对医疗过失行为规定了相对较轻的法定刑（例如，我国大陆）或者免除了刑罚（例如，澳门地区）。除了我国大陆刑法对医务人员的医疗过失规定了专门的医疗事故罪之外，其他国家（地区）均将医疗过失作为一般过失犯罪来处理。英美刑法通常将过失犯罪的主观方面表述为极度疏忽或者轻率，大陆法系刑法则存在两类立法例，其一，对所有过失犯罪作统一规定，医疗过失属于过失的一种，例如德国；其二，将过失犯罪区分为普通过失和业务过失（或者重过失），医疗过失属于典型的业务过失（或者重过失），例如日本和中国台湾；②无照行医。各国对医疗执业资格采取了行政审批的准入模式，无照行医在各国均构成犯罪，但是，有的国家（地区）将其规定在行政刑法中，例如日本和中国台湾；有的将其规定在刑法典中，例如我国大陆。在无照行医的成立要件上，大多数国家（地区）规定无照行医是行为犯，一经施行即构成犯罪，我国大陆刑法则规定无照行医是情节犯，只有情节严重才构成犯罪。非法行医导致患者死伤的，大多数国家（地区）按照（业务）过失致人死伤定罪量刑，在我国大陆则构成非法行医罪的结果加重犯；③堕胎。关于堕胎，共有三种立法模式：第一种模式是完全禁止，第二种模式是有条件的允许，第三种模式是自由放任。第二次世界大战以后，西方主要发达国家均从严格禁止堕胎发展到有条件地允许堕胎。^⑥ 在妊娠初期的一段时期之内（例如，法国为十周）或者出于保护母亲的目的，在符合法定条件和程序的情况下允许堕胎，否则，成立堕胎罪。并且，随着节制生育政策的出现和性道德价值判断标准的变化，即使规定了堕胎罪的国家（地区），实务上也

④ 参见〔日〕齐藤诚二：《医事刑法的基础理论》，多贺出版株式会社1997年版，第11页。

⑤ See Dieter Giesen, *International Medical Malpractice Law*, tübingen: j.c.b.mohr, p.xiii.

⑥ 参见〔日〕中谷谨子：《医疗行为之界限——生命科学之进步所形成的问题》，吴景芳译，载台湾《刑事法杂志》1986年第3期。

已经很少追究单纯堕胎行为的刑事责任。^⑦ 苏联在1920年颁布了《堕胎自由化法》，很多东欧国家受其影响也允许自由堕胎。^⑧ 我国属于允许自由堕胎的国家，堕胎在我国不构成犯罪，因而不是本文研究的重点。④药品和医疗器械犯罪。大陆法系国家（地区）大多在《药事法》等医疗法规中规定涉及药品和医疗器械的罪刑规范；我国大陆则将此类罪名统一规定在刑法典中。⑤各个国家（地区）特有的医疗犯罪。每个国家（地区）具有各自特殊的经济社会背景和医疗管理体制，形成了独特的刑罚理念和立法选择，因此，除了上述普遍的医疗犯罪之外，各国（地区）还会有一些关于医疗犯罪的特殊规定，例如，台湾的“无故泄露业务秘密罪”、澳门的“擅作治疗、手术罪”，我国大陆的“非法进行节育手术罪”等等。

其次，通过考察世界上主要国家（地区）医疗案件的刑事审判，可以大致将医疗过失的刑事追究归纳为三种模式：第一种模式是，医疗事故纠纷几乎都是以民事损害赔偿的方式解决，尽管立法保留了刑事追究的可能性，但是，真正进入刑事诉讼程序的案件极其少见。这种模式以美国为代表；第二种模式是，医疗事故纠纷主要通过民事途径解决，但是，亦会有小部分案件进入刑事诉讼程序。这是当今世界的通行模式，以英国和日本为代表。历史地看，追究医务人员的医疗过失行为的刑事责任的案件，在英国呈增长趋势，在日本则呈平稳减少的趋势；第三种模式是，大量医疗事故案件进入刑事诉讼程序，刑事诉讼泛滥是医疗事故案件的基本特

征。这种模式以意大利和我国台湾地区为典型。在这些国家（地区），刑事诉讼只是达致获取赔偿目的的手段，大部分案件最后以和解的方式解决，医生被宣告无罪的比例非常高。

最后，运用数据统计和内容分析的方法，逐一考察了我国刑法中三个典型的医疗犯罪，即医疗事故罪、非法行医罪和非法进行节育手术罪。第一，关于医疗事故罪。我国医疗事故刑事案件的相对发生率大约是3%，即每100件提起诉讼的医疗事故案件中，约有3件以医疗事故罪进行刑事追究。该罪的难点在于如何认定医疗过失和因果关系，量刑总体呈轻缓趋势，医疗事故罪与相关犯罪的界限、缓刑的适用是实践之争点所在。坚持司法上的谦抑和谨慎，应当成为我国追究医疗事故刑事责任的基本立场。第二，关于非法行医罪。非法行医刑事案件的发案率远高于医疗事故刑事案件，确定行为是否符合非法行医罪的主体要件是本罪的难点。非法行医造成就诊人身体损害属于医学会确定不予进行医疗事故技术鉴定的情形之一，因果关系的判定只能由法官直接作出或者借助于司法鉴定。对非法行医罪裁量刑罚时应当区别对待，充分考虑某些非法行医行为存在的客观社会历史条件及其积极的一面。第三，关于非法进行节育手术罪。非法进行节育手术罪是我国特有的罪名，擅自进行节育复通手术和摘取宫内节育器是其最常见的客观行为表现，该罪犯罪主体的确定和因果关系的认定是实务难点。

三、医疗刑法本论

本论部分研究了医疗犯罪及其刑事责任，首先，阐述了成立医疗犯罪的基本要件，即医生客观上违反了作为义务，主观上违反了注意义务，并且，损害结果可以被归责于医生的行为；其次，论证了患者的同意是医疗行为正当性的核心根据，分析了患者同意的成立要件以及欠缺患者同意的医疗行为的法律性质；再次，论述了组织医疗中医疗行

为参与者之间的责任分配；最后，分析了医疗犯罪的法定刑配置和司法适用，探讨了医疗犯罪刑事负担的实现方式。

（一）医疗犯罪的归责和认定

医疗刑法的主要内容是医疗犯罪的归责和认定，其核心是医疗义务和医疗因果关系。医生负有的作为义务和注意义务，从客观面和主观面共同构

^⑦ 参见臧冬斌：《医疗犯罪比较研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第38页。

^⑧ 同注⑦。

成了完整的医疗义务:^⑨ 医疗犯罪通常正是由于医生没有履行或者没有正确履行医疗作为义务而导致了法益的严重侵害;典型的医疗犯罪是过失犯罪,过失的本质是注意义务的违反。^⑩ 在复杂的医疗过程中,损害结果的发生可能是诸多因素共同作用的结果,该损害结果能否归责于医生,是认定因果关系时需要着力解决的问题。

首先,从行为的外部表现来看,违反医疗作为义务构成了医疗犯罪的实行行为。

由职业和业务所决定,医生在医疗活动中处于保证人地位,负有客观的作为义务。医疗作为义务包括了紧急救治义务、诊疗义务、转诊义务、保密义务、报告义务和说明义务。医生有能力履行上述义务而不履行,导致发生了损害结果的,可能成立相应的医疗不作为犯。

第一,紧急救治义务是医疗法明文规定的强制性义务,也应当成为刑法上的作为义务。医师怠于履行紧急救治义务,造成严重损害后果的,在我国实定法中,依其主观方面的不同,可能成立故意杀人罪、故意伤害罪或者医疗事故罪;然而,从应然的角度看,在刑法中增加“见危不救罪”应当是解决该问题的最佳进路。

第二,诊疗义务是医生的核心义务。诊疗义务的不作为有两种典型形态:其一,医生撤除无救活可能的患者的生命维持装置。这应当视作一种消极的不作为,但是,可以被合法化、正当化或者免责,美国、德国、英国等国家已经出现了此类判例;其二,接诊危重病人并且进行一定的治疗之后又将其抛弃。此类抛弃行为依实施者是否具有“医务人员”的身份,分别成立业务过失致人死亡罪(医疗事故罪)或者过失致人死亡罪。

第三,转诊义务在现代医学分科制度和医疗设施配置不均衡的背景下成为一类常态义务。转诊义务的不作为在主观方面通常为过失,可能成立医疗事故罪。

第四,医生的保密义务兼有法定义务和约定义

务的双重属性。根据我国《刑法修正案(七)》第7条的规定,医生保密义务的不作为,可能成立出售、非法提供公民个人信息罪。

第五,医生的报告义务是其保密义务的例外情形,是基于公共利益和社会管理的需要而承担的义务。我国刑法中没有涉及医生报告义务的罪名,因而,医生报告义务的不作为不构成犯罪,不能被追究刑事责任。

第六,医生的说明义务贯彻于医疗过程的始终,与医疗行为的正当化根据——患者的“知情同意”密切相关。医生说明义务的不作为,导致了没有获得患者的同意,或者虽然形式上取得了患者的同意但同意无效,这在刑法上通常被评价为过失(医生故意隐瞒或者无过错的除外)的不作为犯,造成了严重损害后果的,可能成立医疗事故罪。

其次,从行为人的内部意思来看,医疗过失的本质在于行为人违反了医疗注意义务。

在医疗领域,认定医疗过失应当遵循新过失论的基本立场,只要医生正确履行了结果回避义务,通常就不具有过失。

过失的本质是违反注意义务,医疗注意义务的根据源自于医疗法律、医疗契约、医疗机构的内部规则、服务规定、经验法则、医学文献,以及尊重他人法益的要求。^⑪ 确立医疗注意义务标准的基本原理,是以本领域具有相同知识和技术的熟练的医生为标准,该标准以同领域的理性平均人作为参照系,行为人的注意达到本领域的一般标准即为已足,并不要求必须符合完美专家的标准。医疗注意义务的标准是客观的,没有考虑行为人的性格、智力、教育程度等具有无限多样性的因素。之所以确立注意义务的客观标准,是因为病人有权认为他的医生达到了一定的被认可的标准,符合社会的正常期待,如果不存在这样的假定前提,正常的医疗活动就无从开展。因此,行为人在能力低于普通医生时冒险从事医疗行为的,构成超越承担的过失;相反,即使医生个人具有特别的认知能力,也不能将

^⑨ 作为义务是从实行行为的角度认识犯罪,注意义务是从主观罪过的角度认识犯罪,不得混同作为义务和注意义务,否则将丧失过失犯罪的存在论基础。参见[日]甲斐克则:《过失犯的基础理论》,冯军译,载高铭喧等主编:《过失犯罪的基础理论》,法律出版社2002年版,第4—5页。

^⑩ 参见林亚刚:《犯罪过失研究》,武汉大学出版社2000年版,第41页。

^⑪ 参见曾淑瑜:《医疗过失与因果关系》(上册),台湾翰芦图书出版有限公司1998年版,第124—127页。

其作为确定过失的基础，医生未使用该能力的，不具有刑事可罚性。

认定医疗注意义务必须考虑如下具体问题：首先，医疗注意义务的具体内容，是医疗行为发生当时本国的理性医生在临床实践操作中所遵守的“医疗水准”，医疗水准具有时间性、地域性。其次，对于损害结果的发生，理性医生具有预见可能性。确定预见能力的标准是客观的，因为医生承担的是善良管理人的注意义务，这符合医疗行为的本旨，是病人产生信赖从而将生命和身体委之于医生的基础。再次，必须考虑到医疗行为所处当时的具体情境。医疗注意义务的完整表述是，理性医生在具体情境下谨慎行为的合理注意，因此，可能影响到任何普通理性医生的注意和意识的特殊的、紧急的情况，能够成为减轻注意义务的因素。最后，无论医疗机构的等级和医生的职级如何，其医疗水准都应当遵守本领域普通理性医生的一般标准。

过失的确定是事实判断，更是价性判断。在认定医疗过失时，尽管需要借助医学上提供的专业证据，但它本质上是一个法律问题，只有法庭才是医疗过失的最终裁断者，因此，医疗过失的裁断是以医疗观点为基础的独立的法律判断。专门的鉴定机构对有关事实进行医学上的确认，为裁断医疗过失提供了专业证据，法庭通过审查该证据，从法律和价值上对是否成立医疗过失做出最终裁断。

最后，医疗损害结果在客观上能够被归责于医生怠于注意的不作为。

确定医疗损害后果是客观归责的前提。在我国刑法中，“死亡”和“严重损害就诊人身体健康”是医疗犯罪的构成结果或者加重结果。在一国的实定法体系中，“死亡”是明晰且确定的事实状态；“严重损害就诊人身体健康”，则是医疗犯罪中特有的表述。在内涵上，“严重损害就诊人身体健康”应当与重伤基本保持一致，其认定宜采取医学标准。即，通过抽象地比较医疗事故等级和人体重伤鉴定标准，在达到一定等级的医疗事故中，凡是医疗损害经鉴定相当于重伤程度的，就构成“严重损害就诊人身体健康”。并且，“严重”不限于结果的严重性，还应当包括行为的严重性，即行为造成了多人（通常是三人以上）相对较轻的伤害，也属于“严重损害就诊人身体健康”。

医疗上的因果关系属于自然和事实的领域，在医疗犯罪的刑事诉讼中，查明因果关系通常需要借助医学作出的鉴定。被采信的医疗鉴定结论所确定的导致损害的事实，决定了归责的最大范畴，在该最大限度可能性的范围之内，根据客观归责的构造和规则，结合医疗行为的特点来确定医疗损害的归责。

客观归责的第一个基准，是制造不被容许的风险。符合医疗常规的行为制造的是可以容许的风险，若偏离常规的医疗行为以较小的风险代替了较大的风险，也不得将损害结果归责于医疗行为。

客观归责的第二个检验基准，是风险的实现，即在结果中正好实现了行为人所创设的不被容许的风险。若没有实现任何风险，或者没有实现未被容许的风险，则排除归责。未实现不被容许的风险，还涉及到合法替代行为确实（或者几近确实）无法避免损害结果的情形。但是，当合法替代行为不是确实地能够避免结果发生、避免可能性不是“有”和“无”时，就需要测量“有”的程度，这是现代医学判断的认知领域。在医疗鉴定中，事故参与度说明了医疗行为对损害后果的原因力大小，从另一个侧面观察之，则是判断风险升高程度的重要指标，有助于判断：当医疗过失对损害结果具有部分原因力时，合法替代行为导致损害结果的可能性的。当合法替代行为产生损害的可能性达到一定程度时，就排除将该损害后果归责于医疗过失。参照交通肇事罪的认定标准，只有事故参与度超过了50%，即医疗过失较大地升高了风险，合法替代行为使医疗损害不发生的可能性较大（即，如果实施了合法替代行为，医疗损害发生的可能性较小）时，才能将损害后果归咎于医疗过失，即医疗过失对损害结果承担同等责任是归责的最低标准。此外，损害结果应当处于医疗规范的保护目的的范围之内，因为医疗操作规范既是行为人谨慎从事的规则，也是预防风险的安全措施，若发生的结果不是操作规范旨在防范的结果，也不得将结果归责于行为人。

客观归责的第三个基准，是行为处于构成要件的效力范围。医疗过程中的损害结果通常被归责于医生，这是因为医生没有管理好自己负责的医疗领域，以致处于该领域中的患者受到了损害。然而，

如果损害结果脱离了医生负责的领域,已经进入对患者负责的领域之中,并且,损害结果的发生是患者的任意行为所致,那么,病人就应当对该损害结果优先负责,不得将其归责于医疗行为。^②当病人同意医疗行为的危险,或者病人自己实施危险行为时,就排除对医生的归责。

(二) 医疗行为的正当化

医疗行为介入甚至侵害人体,但是,由于违法阻却事由的存在,否定了具有医学适应性和医疗技术正当性的医疗行为的犯罪性。通过理论上的考察发现,患者的同意是医疗行为正当化的核心根据。只有获得了患者的同意,医疗行为才是正当的,这是对患者的自我决定权的尊重,是对人的尊严的尊重。申言之,行为具备医学上的适应性、符合医疗技术规范,并且,获得了患者的同意,才构成正当行为;若行为具备了医疗行为的两个要件(医学上的适应性、符合医疗技术规范),但是欠缺患者的同意,则构成“专断的医疗行为”;若行为具备医学上的适应性,但行为手段偏离了医疗技术规范,即使存在患者的同意,由于患者作出同意的基础是确信医生将对其实施符合医疗规范的医疗行为,因此,医生偏离医疗规范的行为已经脱逸了患者的同意的射程,仍有成立医疗过失犯罪的余地;若行为不存在医学上的适应性,通常也就不具备恰当的医学依据,行为已经溢出了医疗的范畴,即使病人强烈同意接受该行为,也只能依据被害人承诺的一般要件来判断行为是否正当。

成立有效的患者同意,需要具备一定的要件。首先,同意的主体必须具有同意权。患者是对医疗行为享有同意权的当然主体,不具有同意能力的患者,可以由其监护人代为行使同意权。当患者是精神正常的成年人时,东西方文化对于他人是否可以代替患者成为同意的主体存在不同的见解。其次,病人表达于外部的同意蕴涵了丰富的内容,这些内容构成了同意的核心,也实质性地限定了医疗行为的范围。同意包含了接受或者拒绝的选择;同意指向的是医疗行为及其风险和结果,并且,同意未必是理性的。再次,具有法律意义的同意,必须以某种表达于外部的的方式能够被他人所认知。若权利人

仅仅具有内心的赞同,却未将其展示于外,由于没有表达出的思想不是意志的表现,则无法产生阻却违法性的效力。表达同意的方式,可以是明示的,也可以是默示的。再其次,病人的同意,应当在医疗行为实施之前做出,这是因为病人处分的健康法益具有一身专属的不可转让性。最后,同意应当是“自由的和知情的同意”,“自由”意味着未受欺骗、未被强制。

欠缺患者同意的医疗包括了强制医疗、紧急医疗和专断医疗三种情形。强制医疗和紧急医疗是不需要患者同意的例外情况,前者是基于公共利益的考虑,后者是推定的患者同意。专断医疗,是指在非强制医疗和非紧急医疗的状态下,患者能够作出同意,医生却未经患者同意(甚至违反病人的意思)而擅自采取医疗措施。奥地利刑法和澳门刑法规定了专断医疗的特别罪名,德国的审判实践将专断医疗作为伤害罪处理,大多数国家则不认为专断医疗成立犯罪。在我国现阶段,不具有将专断医疗入罪化的必要性和可行性。

2007年发生的“肖志军拒签致孕妇死亡事件”集中反映了“知情同意”制度在我国实践中的现状。在该事件中,孕妇当时已经陷入了“紧急情况”,构成了紧急医疗。根据我国医疗实定法的规定,医院没有违反获得同意的义务,医师没有违反抢救义务,因而不成立犯罪。但是,从应然的角度看,基于“知情同意”的价值取向和制度设计,紧急医疗不以取得患者的同意为必要条件,因而,医师的行为是不作为的过失致人死亡,可能成立医疗事故罪。

(三) 医疗犯罪刑事责任的分配

组织医疗是当今医疗的主流形态,医疗行为的参与者之间既有分工又有协同。医疗分工的职责、权限决定了医疗参与者的作为义务和注意义务的内容和程度,这是分配刑事责任的重要根据。

医疗共同过失(竞合过失)犯罪,是指医疗参与人违反了各自的注意义务,其行为共同导致了损害结果发生;医疗过失共同犯罪,是指医疗参与人违反了共同的注意义务,导致了损害结果发生。医疗中的共同注意义务,是处于相同的医疗职业地

^② 这符合自我答责的基本原理,参见冯军:《刑法中的自我答责》,载《中国法学》2006年第3期。

位、非分工地从事同一医疗行为的医务人员之间相互关注、相互提醒的义务。医疗共同过失（竞合过失）犯罪与医疗过失共同犯罪的根本区别在于，前者在各行为人之间不存在共同注意义务和违反共同注意义务的共同心情。^⑬ 医疗竞合过失犯罪不是共同犯罪，应当先确定损害结果归责于哪些行为，再在应当归责的行为中，根据行为对损害结果的原因力大小和过错的程度分配刑事责任。过失共同犯罪成立共同犯罪，立法应当确认这一客观存在的现象，医疗过失共同犯罪的刑事责任，适用“部分犯罪全部责任”的基本原理。

在组织医疗既分工又协同的体制内部，上级医疗从业者需要监督下级医疗从业者的行为，医疗管理者有义务建立完备的人事、设备和安全制度。狭义的监督过失，是指医师（医院管理者）由于没有监督直接行为人的行为而导致了损害后果的发生。在实践中，狭义的监督过失主要表现为两种情形：医师对由其直接负责指导的实习医师、进修人员的行为存在过失，以及医师（医院管理者）在人员选任上存在过失。医疗管理过失，是指医院（科室）的管理者在医院（科室）的物资、设备、机构等的不完备上存在过失（即不确立安全体制的过失）。医疗管理过失与狭义的医疗监督过失的区别在于，管理过失不需要以被监督者的行为作为媒介，而是直接在法益侵害上存在过失。监督过失是过失竞合中的一类典型形态，适用竞合过失的责任分配原则。

医疗业务的分界划定了医疗分工者负责的领

域，分工者负责的领域又决定了分工者承担刑事过失责任的界限，信赖原则可以使医疗分工者的责任合理化。在存在医疗分工的场合，信赖表现为水平医疗分工中的信赖和垂直医疗分工中的信赖。适用信赖原则受到积极条件和消极条件的双重严格限制，只有符合了适用信赖原则的所有积极条件，并且，不属于任何一项消极条件所列的情形时，医疗行为参与者才可以主张基于信赖而免除注意义务，否定成立过失，从而排除信赖者的刑事责任。

（四）医疗犯罪的刑罚配置

行为人有责地违反了医疗义务、造成了严重的损害后果，就应当承担相应的刑事负担，这在立法上体现为医疗犯罪所配置的刑罚。

医疗事故罪的法定刑配置问题，是刑法学界争论的焦点。通过比较我国刑法以及各国立法对于业务过失犯罪和普通过失犯罪所配置的法定刑轻重，考察理论界关于该问题的争议，可以看出，业务过失犯罪的刑罚并非必然重于普通过失犯罪，应当依据具体业务领域进行个别的判断。在医疗领域，考虑到医疗行为的有限性和高风险性，医疗损害后果相对较轻，医疗事故罪的发案率很低等因素，应当坚持医疗事故罪现有的主刑强度，其主刑的配置轻于普通过失犯罪。但是，根据医疗事故罪的特点和我国刑罚体系的发展趋势，有必要在医疗事故罪中增设剥夺从医资格和罚金两类附加刑。同时，在裁量刑罚的过程中，应当进一步扩大缓刑在医疗事故罪中的适用。

四、医疗刑法余论——医疗刑法研究的未来动向

余论部分通过概要地介绍刑法在尖端医疗领域的体现和趋势，展望了医疗刑法研究的未来动向。医疗刑法理论未来研究的重点是，如何对人工生殖、性别选择、变性手术、器官移植等尖端医疗领域的非法行为进行恰当的刑事规制。

不当运用和滥用人工生殖技术的行为主要涉及代孕和克隆人。我国医疗法规范严格禁止代孕，但是，由于行政规章与刑法相脱节，刑法中没有恰当

的罪名可供适用，使得行政规章中关于代孕的刑事责任的规定被虚置。我国在克隆人问题上坚持严格禁止生殖性克隆的基本立场，但是，立法中仅有一些宣言性的规定，却未规定任何罚则。

禁止非医学需要的胎儿性别鉴定，一直是我国医疗法规范所关注的重点。对于非法胎儿性别鉴定及选择性别的人工终止妊娠的规制，我国刑法目前尚属空白，但是，近年来，该问题一直是刑法修正

^⑬ 参见冯军：《论过失共同犯罪》，载高铭喧等：《西原先生古稀祝寿文集》，法律出版社、成文堂1997年版，第171页。

所关注的焦点之一。

对于变性手术的合法性,世界各国存在肯定和否定两种做法。我国在变性手术的规范方面长期存在立法空白,法律界的观点认为,允许变性是对人的性别选择权、追求幸福生活的权利等基本人权的尊重,这类手术没有伤害到他人,符合不伤害原则,应当通过立法确认变性手术的合法性。

与器官移植有关的犯罪,涉及侵犯公民知情权和决定权、器官移植监管、人体器官交易等诸多方面。《人体器官移植条例》是我国首部专门规范人体器官移植的行政法规,其与刑法的有机衔接,是对非法器官移植进行有效刑事规制的基础。为了打

击非法人体器官交易,有必要增设“走私、销售、购买人体器官罪”。

医疗刑法在尖端医疗领域的基本立场是,在坚持人类基本伦理的前提下,赋予尖端医疗较为宽松的法律环境。首先,必须制定尖端医疗的基本规范;其次,刑法应当以尖端医疗的基本规范为基础,通过修正案的形式,将商业化代孕母、生殖性克隆人、非医学需要的胎儿性别鉴定和选择胎儿性别的终止妊娠、走私、销售、购买人体器官等行为规定为犯罪,以便实现基本医疗法规范与刑法的有机衔接、新增罪名与现有刑法体系的融合协调。

五、创新、特色与不足

论文的创新之处在于,站在沟通医疗和刑法的高度,从医疗的各个环节、层面和刑法学的各个角度、层次系统地研究了医疗刑法的基本问题。论文具有如下主要特点:第一,充分地运用比较法的方法,具体分析了各国(地区)医疗刑法的理论、立法和实践状况,涵盖德国、日本、美国、英国、意大利、新加坡、澳大利亚、港澳台等多个国家(地区),文献丰富,资料翔实;第二,熟练地运用实证调查的方法,分析了我国处理医疗犯罪的实务状况,为理论研究奠定了坚实的实证基础。第三,积极结合案例来展开理论研究,将理论和实例有机结合,全文总共分析案例90件;同时,紧密关注实

践中最新发生的事件(例如,“肖志军拒签致孕妇死亡事件”),运用医疗刑法理论展开深入的分析,显示了强烈的问题意识。第四,论证缜密,分析细致。例如,详细比较了竞合过失、过失共犯、监督过失、管理过失的差别,全面地考虑并分析了实践中各种可能的情形。

论文的不足在于,受语言能力所限,研究中运用的主要是英文文献和日文文献,对于德国状况的掌握只能借助于二手资料。此外,对于医疗刑法在尖端医疗领域的体现和发展,目前的研究尚显简略,有待将来作更详尽的探讨。

论文评议

在德日刑法理论中,医疗刑法是一个非常重要的分支,其理论体系、判例整理等已经达到相当的高度。然而,尽管我国刑法专门规定了医疗事故罪等医疗犯罪,但是,刑法学界对医疗刑法的研究却失于零碎化、片段化,滞后的理论无力应对医患纠纷爆炸性增长的现实。当刑法对医疗过程中侵害和影响人的生命、健康的不当行为难以作出恰当的评价时,就会产生以极端方式解决医疗纠纷的危险,甚至恶化为群体性事件。因此,如何站在沟通医疗和刑法的高度,展开医疗刑法的系统化研究,是我

一直以来关注的课题。

杨丹攻读博士学位伊始,我就建议她留意医疗刑法领域的诸多问题,后来,在她前期研究的基础上,我们共同商定将医疗刑法作为她的博士论文题目。医学是一门精密的学科,杨丹作为一名女性研究者,我希望她能够以女性特有的细致、体贴来完成该领域的刑法研究。当然,这一选题的困难显而易见,因为法科学学生的医疗知识往往是非常贫乏的,在熟悉的刑法领域探究陌生的医疗问题,需要具有涉足新领域的勇气、汲取新知识的热情、洞察

新事物的能力,欣慰的是,杨丹以她的勤奋和智慧为医疗刑法这一新领域的研究奠定了基础。

综观《医疗刑法研究》一文,理论体系严密,论证富有逻辑,显示出作者敏锐的问题意识。全文分为“导论——本论——余论”三个部分,层层推进,步步深入。“导论”包括三章:第1章“医疗和刑法”,确定了研究的基本立场,界定了研究的重点范畴;第2章“医疗问题的刑事立法”,整理了各国医疗刑法的整体立法模式和医疗犯罪的罪刑规范;第3章“医疗案件的刑事审判”,分析了各国追究医疗过失刑事责任的模式,重点分析了我国处理医疗刑事案件的状况。导论从理论前提、立法、司法三个方面进行了扎实的求证,为下文的分析判断提供了可靠的实证基础。“本论”包括五章,分别研究了“医疗作为义务与不作为犯罪”(第4章),“医疗注意义务与医疗过失”(第5章),“医疗损害的因果关系与客观归责”(第6章),“医疗行为的正当化”(第7章),“医疗犯罪的刑事责任分配”(第8章),“医疗犯罪的刑罚配置”(第9章)。其中,第4章至第7章阐述了医疗犯罪的成立要件,即,当患者遭受的损害后果能够被归责于医生违背其作为义务和注意义务的行为,并且,不存在患者同意这一违法阻却事由时,该行为就构成犯罪。第8章结合组织医疗和过失犯罪的特点,解析了医疗犯罪刑事责任的各种分配类型及其分配原则。第9章从立法论和解释论的层面,研讨了医疗犯罪的刑罚配置。本论关于医疗犯罪及其刑事责任的研究,构成了医疗刑法的主体。“余论”仅一章(第10章),在“尖端医疗与医疗刑法的未来发展”的章名之下,展望了医疗刑法研究的发展趋势,对刑法未来如何恰当地规制尖端医疗,提出了颇具价值的立法建议。在论证的过程中,作者能够敏锐地发现涉及医疗刑法的各种问题,结合社会现实,深入展开研究,例如,在讨论“医疗行为的正当化”时,杨丹透彻地解析了“肖志军拒签致孕妇死亡事件”。

论文的创新和特点主要体现为,首先,在研究方法上,作者娴熟地运用了比较考察和实证分析的方法,旁征博引,言之有据。例如,完整地考察了德日、英美关于医疗问题的刑事立法,澄清了以往

的认识误区。通过对我国有关医疗问题的司法案例进行数据统计和内容分析,揭示了我国医疗问题刑事审判的实态;其次,在理论体系上,通过逻辑严密、结构合理的体系化研究,形成了医疗刑法的理论体系,克服了刑法学界以往局限于医疗个罪研究的狭窄视域,将医疗领域普遍地纳入刑法研究的范畴;再次,在论证上,思维缜密,说理透彻,见解独到,全面,细致地考察了具体问题,提出了许多创见。例如,在研究医疗事故罪的法定刑时,梳理了我国刑法规定的28个业务过失犯罪的法定刑,将其刑罚配置划分为六种模式,得出了业务过失犯罪并非必然轻于或者重于普通过失犯罪的结论,有力地论证了对医疗过失犯罪配置较轻法定刑的合理性。也许正是因为上述创新和特点吧,由高铭暄教授、陈兴良教授、韩玉胜教授、单民教授和张泗汉教授组成的答辩委员会将《医疗刑法研究》一文评定为优秀博士论文。

当然,该文尚有需要改进之处。第一,医疗刑法的研究,需要参考大量的德文和日文文献,但是,作者在这方面尚需努力。希望杨丹将来在学术研究之路上,孜孜以求,务必提高收集、理解和运用德文和日文文献的能力;第二,将刑法的基本理论运用于医疗领域时,究竟是必须遵循刑法理论的一般性,还是允许在医疗领域出现例外?如果允许出现例外,其根据何在?范围如何界定?例如,作者坚持客观说的立场,认为医疗注意义务和注意能力都应当遵循客观标准,然而,责任主义的一般原理却认为,注意义务是客观的,注意能力是主观的。那么,对于责任主义在医疗刑法领域如何实现,应当作更深入的探究;第三,中国刑法学始终应当具有知识品格和实践能力,医疗刑法研究必须更好地应对中国的状况。就全文的结构和内容来看,尚需要从立法论的层面系统研讨我国医疗犯罪的立法完善问题。

这篇博士论文为我国医疗刑法的体系化研究奠定了良好的基础,但是,医疗刑法中还有很多问题值得深入挖掘。希望作者在已经坚实迈步的治学之路上,不懈耕耘,使我国的医疗刑法研究更臻完美。坚持就是力量!

(责任编辑:时延安)