



湖北省社会科学基金（立项号：2014134）

东南医事法文库
MEDICAL LAW OF SEU

Research on The Criminal Responsibility of Arbitrary Medical Behavior

专断性医疗行为刑法 处遇问题研究

杨 柳 • 著



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

专断性医疗行为刑法处遇问题研究

Research on The Criminal Responsibility of Arbitrary Medical Behavior

杨 柳 著

东南大学出版社

• 南京 •

图书在版编目(CIP)数据

专断性医疗行为刑法处遇问题研究/杨柳 著. —
南京:东南大学出版社,2015.12
ISBN 978-7-5641-6201-6

I. ①专… II. ①杨… III. ①医疗事故—法律责任—
研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 304465 号

★ 湖北省社会科学基金(立项号:2014134)

专断性医疗行为刑法处遇问题研究

出版发行:东南大学出版社
社 址:南京四牌楼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:南京玉河印刷厂
开 本:787 mm×1092 mm 1/16
印 张:10.25
字 数:256 千字
版 次:2015 年 12 月第 1 版
印 次:2015 年 12 月第 1 次印刷
书 号:ISBN 978-7-5641-6201-6
定 价:48.00 元

内容摘要

作为刑法学研究的一个分支,医事刑法日益成为刑法学研究的热门领域,这固然与医患矛盾、医疗事故的增多相关,也与医事刑法自身的独特性、交叉性有关。专断性医疗行为的刑法处遇问题是医事刑法领域中一个细小但颇为复杂的问题。所谓专断性医疗行为是指欠缺患者同意而实施的医疗行为,它既是民法上的侵权行为,也可能是刑法上的犯罪行为。对于刑法意义上的专断性医疗行为而言,它需具备欠缺患者同意、侵袭性和实质性损害三个特征。

专断性医疗行为本质上是对告知同意原则违反的行为。因此,专断性医疗行为具备义务犯的基本属性。告知同意原则本系英美法系产物,经域外传入我国后已由我国医疗法规所确认。告知同意原则的核心在于患者同意,这是医患关系由以医生为中心转向以患者为中心的反映。患者同意背后矗立的是患者自我决定权,该权利受到民法和刑法等多种性质的法律保护。在刑法领域,自我决定权表现为被害人承诺、自陷风险、被害人的自诉权等。只要医生违反告知义务、患者没有承诺且医生不告知与欠缺患者承诺之间具有因果关系,就能认定医方责任。违反告知同意原则的专断性医疗行为一般应当承担责任,但在紧急情况和强制医疗等情形下存在例外。在刑事医疗诉讼中,鉴定机构和法院的关系应当是刑法上的“归因”与“归责”的关系。归因是因果关系的判断,是事实判断;归责是刑事责任的判断,是价值判断。归责应以归因为前提,无法归因即无法归责。

对于专断性医疗行为构成要件该当性的判断,主要是判断医生是否违反告知义务。告知义务履行的主体是医生。告知对象主要是患者,在患者无法被告知情形下,告知患者亲属或者关系人可以视为告知。告知方式以书面为主,口头为辅。对于告知义务履行的判断标准而言,存在合理性医生标准说、合理性病患标准说和折中说等多种学说。本书赞同“理性医生”与“具体患者”之间的折中说,且应当以“具体患者为主、理性医生为辅”进行判断。对专断性医疗行为违法性判断而言,关键在于患者同意的认定。患者同意反映在刑法理论上即被害人承诺理论。在德日刑法阶层化犯罪论体系中,存在被害人承诺是阻却构成要件该当性事由,还是违法性阻却事由的争议。本书认为,被害人承诺理论法理根基在于利益衡量,因而应当在违法性领域讨

论。在我国犯罪论体系中,被害人承诺理论应当在犯罪客观要件中讨论,并且应当置于行为要素。有效的承诺取决于被害人是否具有同意能力。在法有明文规定的情况下,同意能力的确定应当遵循法律规定;在法无明文规定的情形下,同意能力的确定区分为与人身相关的利益和与财产相关的利益分别界定。至于专断性医疗行为的有责性判断,主要是涉及故意、过失的定位以及认定。本书认为,应当将故意和过失认定为责任要素。

关于专断性医疗行为的刑事归责,域外各国和地区存在不同的学说和判例。在以德日为代表的大陆法系,对于专断性医疗行为入罪问题,实务界基本持肯定态度,在理论界仍有争议。在英美法系,则基本认为专断性医疗行为应属民事侵权行为,不构成犯罪。本书认为,将专断性医疗行为仅认定为民事侵权行为不符合现实状况,专断性医疗行为具有成立犯罪的可能,将专断性医疗行为纳入刑法规制并不违反刑法谦抑性原则。当然,由于专断性医疗行为存在具体类型上的差异,故具体罪名的确定应当根据行为类型以及案件的具体情况分别确认。

ABSTRACT

As a branch of criminal law research, medical criminal law has increasingly become the hot area of criminal law research, it is associated with increased medical contradiction, medical accident, also related to the uniqueness and cross of medical criminal law itself. Arbitrary medical behavior is a small but very complicated problem in the field of medical criminal law. Arbitrary medical behavior refers to implement medical behavior but lack of patients agree, it is not only an infringement on civil law, also may be a crime in criminal law. For medical arbitrary in the sense of criminal law, it is required three characteristics those are lack of patients consent, invasive and substantial damage.

Arbitrary medical behavior in essence is to inform the agreed obligation violation behavior, therefore, arbitrary medical behavior has the basic attributes of duty crime. Informed consent principle is a product of Anglo-American law system, it has been confirmed by Chinese medical regulations. Informed consent principle is at the heart of patients agree that it is the doctor-patient relationship from the doctor centered to patient centered. Patients consent have reflected the self-determination, the right protected by civil law and criminal law, and other properties of the law. In the field of criminal law, self-decision-making right has performances for the victim to the risk, the victim's commitment, the right of the victim private prosecution and so on. As long as the patients did not violate the inform obligation, a commitment and doctors are told that a causal relationship between patients with lack of commitment can be determined under the condition of prescriptions. Violation of medical informed consent principle of arbitrary behavior shall generally be liable, but in an emergency and compulsory medical situations such as there are exceptions.

For the judgment of arbitrary medical behavior is compliance to the constitutive, is mainly to judge whether the doctor in violation of the inform obligation. The

body of the inform obligation to perform is a doctor. Told object mainly patients, in patients unable to be informed circumstances, informed patient relatives or related parties can be regarded as informed. Inform way in writing is given priority to, oral is complementary. For the inform obligation to execute the judgment standard, existence rationality doctor theory and rationality patients theory, compromise theory between rationality doctor theory and rationality patients theory, etc. This book agree compromise theory between rationality doctor theory and rationality patients theory, and the specific patients should be thought mainly, the doctor is secondary. For arbitrary medical behavior illegality judgment, is the key of patient's consent, patient's consent that reflected in the criminal law theory, namely the victim commitment theory. Stratification in German and Japanese criminal law theory of crime system, there is the victim commitment theory should be in constitutive or in the field of illegality. This book argues that the victim commitment theory legal foundation is interest measure commitment theory, and thus should be discussed in the field of illegality. In our criminal theory system, the victim commitment theory should be discussed in the objective elements of the crime, and should be placed on behavioral elements. Effective commitment depends on whether the victim has agreed to ability. Are prescribed in the situation, agree with the ability to determine shall follow the laws and regulations; Under the situation of no clear stipulation, agree with the ability to determine divided into related to personal interests and related to the property definition respectively. As for responsibility of arbitrary medical behavior judgment, mainly involving intent, negligence location and recognition. This book argues that intent and negligence shall be identified as factors of responsibility.

About criminal imputation of a arbitrary medical behavior, outside countries and the area there are different theories and cases. Represented in Germany and Japan, continental law system, should arbitrary medical behavior be criminal offence, held a positive attitude to practice basic, in the theoretical circle is still controversial. In the Anglo-American law system, the basic thought arbitrary medical behavior should belong to the civil tort, does not constitute a crime. This book argues that the arbitrary medical behavior only regarded as tort behavior does not conform to the reality, arbitrary medical behavior has established the possibility of crime. It is

not in violation of the austerity of criminal law principle. Of course, there is a specific type of medical behavior due to arbitrary differences, therefore, the determination of the specific charges shall be according to the actual circumstances of the behavior type and the cases were confirmed.

目 录

前 言	1
一、背景与理由	1
二、研究现状	2
三、立场与观点	5
四、方法与路径	6
第一章 问题引入:刑法意义上的专断性医疗行为	8
第一节 医疗行为与专断性医疗行为	8
一、医疗行为的含义	8
二、专断性医疗行为的界定	14
三、医疗行为与专断性医疗行为的界分	15
第二节 专断性医疗行为的法律性质	16
一、专断性医疗行为法律性质的基本争议	16
二、本书的立场	17
第三节 刑法上专断性医疗行为的基本特征	19
一、欠缺患者同意	19
二、具有侵入性(侵袭性)	19
三、实质性的损害	20
第二章 义务犯:专断性医疗行为的犯罪属性	29
第一节 义务犯的基本理论	29
一、义务犯的基本含义	29
二、专断性医疗行为是义务犯	30
第二节 义务来源——医疗领域中的知情同意原则	31

一、渊源与流变:告知同意原则的基本梳理	31
二、患者自我决定权:告知同意原则之核心	34
三、权利理论:自我决定权的哲学基础	35
四、患者决定权的权利属性	36
第三节 专断性医疗行为的成立条件与阻却事由	44
一、成立条件:专断性医疗行为违反告知同意原则	44
二、阻却事由:紧急情况与强制医疗下的专断性医疗行为	50
第三章 专断性医疗行为构成要件该当性:医师告知义务的体系定位与展开	54
第一节 义务在犯罪论体系上的定位	54
一、义务体系定位的基本争议	54
二、告知义务是构成要件要素	55
第二节 医师告知义务的具体涵摄	56
一、告知主体	56
二、告知对象	59
三、告知内容	64
四、告知方式	70
第三节 告知义务履行之判断	70
一、告知义务的履行与免除	70
二、告知义务履行的判断	73
第四节 刑事医疗诉讼中鉴定机构与法院的角色与定位	77
一、问题由来:医疗诉讼中鉴定机构与法院的角色	77
二、归因:医学鉴定机构的功能和定位	78
三、归责:法院的地位和作用	79
四、从归因到归责:鉴定机构与法院的角色互动	81
五、归因与归责划分的必要以及意义	84
第四章 专断性医疗行为违法性:患者同意的体系定位与认定	86
第一节 被害人同意理论在犯罪论体系上定位	86
一、被害人同意理论在德日三阶层体系上的定位	86
二、被害人同意理论在我国四要件体系上的定位	89

第二节 被害人的同意能力	93
一、被害人同意能力的含义	93
二、刑法上被害人同意能力的认定	95
第三节 医疗上患者同意的认定——以“孕妇拒签致死案”为例	103
一、案情简介	104
二、存在的问题及解决	104
 第五章 专断性医疗行为有责性:故意与过失的定位与认定	110
第一节 故意与过失在犯罪论体系上的定位	110
一、故意与过失在体系上定位的基本争议	110
二、本书的立场	111
第二节 专断性医疗行为故意与过失的认定	112
一、专断性医疗行为故意之认定	112
二、专断性医疗行为过失之认定	113
 第六章 刑事归责:专断性医疗行为刑事责任的具体认定	117
第一节 专断性医疗行为刑事归责概述	117
一、德日判例及学说立场述评	117
二、美国判例及学说立场述评	122
三、我国台湾地区判例及学说立场述评	125
四、我国大陆地区判例和学说	127
五、本书的立场	128
第二节 专断性医疗行为刑事责任的认定	131
一、专断性医疗行为成立犯罪的基本类型及刑事责任	131
二、专断性医疗行为的正当化	134
三、专断性医疗行为成立犯罪的基本形式	135
 参考文献	138
 后 记	149

前言

一、背景与理由

晚近以来,医事刑法作为刑法学的一个新的分支在域外颇受重视,在我国却属于萌芽阶段,研究较少。医事刑法简单来说主要是研究医疗领域中与医疗行为相关的犯罪问题。我国刑法尽管规定了诸如医疗事故罪等与医疗行业相关的罪名,但关于医事刑法基础理论问题的研究却较为匮乏。在我国,医疗侵权行为一般都作为民事纠纷处理,鲜有刑法介入或者追究刑事责任。在这样的背景下,研究专断性医疗行为的刑事责任问题,多少显得有点不合时宜。然而,熟知非真知,存在的不一定就是合理的。医疗侵权行为较少承担刑事责任并非不能承担刑事责任,对专断性医疗行为而言亦是如此。从既有的研究来看,国内学界研究领域多集中于医疗行为含义的界定以及如何对医疗技术的发展所带来的危害进行刑法规制等方面,而没有集中研究医事刑法的基本理论问题;从司法实践来看,据笔者所掌握的案例,多数医疗犯罪的判决多采用“严重不负责任,因而导致严重后果发生,故而认定为犯罪”的句式,其中过失的认定、医疗行为与损害后果之间的关系、如何评价鉴定机构的鉴定结论等都语焉不详,因而导致整个判决说理不充分,难以让人信服。

在医事刑法领域内诸多问题之中,作为违反告知同意原则的专断性医疗行为是其中重要的基础性问题。这是因为:第一,专断性医疗行为违反了告知同意原则,而告知同意原则是医患关系由以医生为中心到以患者为中心的体现。在现代医疗理念之下,随着个人权益日益受到重视,强调患者个人权益并保护其充分行使自我决定权成为医疗领域十分重要的原则。第二,专断性医疗行为既可能是民事侵权行为又可能成为犯罪行为,如何对专断性医疗行为进行恰当归责成为理论和实践中的难题。第三,在专断性医疗行为构成犯罪的基礎上,如何具体认定此类行为的刑事责任是学界研究较少但亟需解决的问题。并且,以此为基础构建专断性医疗行为的归责原则对理论和司法实践都具有重要意义。专断性医疗行为虽属医事刑法中一个较为细微的问题,但其牵一发而动全身,该问题涉及医疗行为的性质、告知同意原则、被害人承诺等医疗领域和刑法理论中许多重大问题。从这个角度来说,专断性医疗行为犹如

一面镜子,既能反映出医事刑法研究的全貌,也能照见医事刑法研究的深度。专断性医疗行为可以作为一个立足点和辐射源,研究其刑事处遇问题可以深化医事刑法基础理论研究并对其具体应用大有裨益。

二、研究现状

(一) 国内研究现状

可以说,我国对于医疗犯罪的关注肇始于1997年新刑法的修订将医疗事故罪等涉医犯罪纳入刑法规制。进入新世纪以后,随着医患纠纷的增多以及医疗领域犯罪的频发,开始逐渐关注和研究医疗领域的刑事犯罪。据笔者所掌握的资料来看,以医疗刑法为研究对象的第一本专著应当是杨丹的《医疗刑法研究》,该专著主要论述了国内外医疗刑事立法状况、注意义务与医疗过失的认定,医疗行为的正当化、医疗犯罪的刑事责任等问题。此外,藏冬斌的《医疗犯罪比较研究》主要参考借鉴境外刑法理论界较为成熟的研究成果,以我国刑法的规定为依据,并在此基础上建立和发展我国的医疗犯罪理论体系。随着研究的进一步深入,我国大陆地区的医事刑法研究触及了该领域的一些基本性问题,比如知情同意原则、注意义务以及医疗过失的认定等。专断性医疗行为的核心在于告知同意原则之违反,两者是一体两面的关系,可以说,对告知同意原则的研究就是对专断性医疗行为的研究。赵西巨的论文《从知情同意原则的历史渊源和发展轨迹看其所保护之权利和性质》和夏芸的论文《患者自己决定权和医师裁量权的冲突——评“病人基于宗教信仰拒绝接受输血案”》对告知同意原则在英美法上的演变和日本司法实践中的具体操作作了较为详细的论述,是具有代表意义的论文。针对医疗义务履行的判断问题,臧冬斌的《日本刑法中的医疗水准论》、夏芸的《再考“医疗水平论”及医疗过失判断标准》对于日本刑法中的医疗义务履行判断标准即“医疗水准”进行了较为详细的论述,这对告知义务履行的判断提供了借鉴。此外,曹菲的《医事刑法基本问题研究》一文虽不直接针对专断性医疗行为,但其着眼于医事刑法基础理论,对医疗行为、团队医疗行为责任问题进行深入论述,其研究结论对于厘定医疗行为与专断性医疗行为的关系具有重要意义。上述研究虽然涉及专断性医疗行为刑法处遇问题的一些内容,但并未直接针对专断性医疗行为的刑事责任问题。因此,冯军教授的《专断性医疗行为的刑事处罚及其界限》可谓研究这一问题的代表作。在该文中,作者详细梳理了德日刑法中关于专断性医疗刑法处遇问题的理论和判例,认为应当有限度地认定专断性医疗行为的刑事责任,但该文不足之处在于没有很好地界分医疗行为、专断性医疗行为以及专断性医疗行为的具体类型,从而导致对专断性医疗行为刑事归责不准确。另外,贾黛舒的硕士论文《专断医疗行为相关法律问题初探》虽然专门针对专断性医疗行为进行研究,但主要是从民

事法的视角展开论述,基本不涉及专断性医疗行为的刑法处遇问题。

与我国大陆地区研究不同的是,我国台湾地区对医事刑法的研究广泛而深入。王皇玉的《整形美容、病人同意与医疗过失中之信赖原则》与陈子平的《医疗上“充分说明与同意”之法理在刑法上的效应》详细论述了告知同意原则在刑法中的应用,其研究成果表明,违反告知同意原则不但可以成立过失犯罪,更能认定为故意犯罪。医生的告知针对患者同意,患者同意是告知同意原则的另一重要方面。林东茂的《医疗上病患同意或承诺的刑法问题》对被害人承诺在犯罪论体系上的定位和意义进行了深入阐述,是研究患者承诺(被害人承诺)在刑法上效应的代表作。此外,曾淑瑜的《医师之说明义务与病人之同意》与杨秀仪的《告知后同意法则之司法实务发展》两文主要是从实务角度展开,认为违反告知同意原则的专断性医疗行为仅构成民事侵权,并未涉及刑事犯罪的问题。针对患者同意的理论根基,王志嘉的论文《论医疗上“病人自我决定权”及其刑法相关问题》论证了患者同意体现的是病患的自我决定权,并认为侵害患者自我决定权可以构成刑法上的犯罪。与大陆地区研究相比,台湾地区学者的研究较为深入地涉及专断性医疗行为刑法处遇的一些核心问题。与此同时,结合现实案例和司法判例进行研究,并通过此种研究对既有理论进行检验和纠偏是台湾医事刑法研究的一大特色。总体而言,台湾地区对于告知同意原则的研究比较全面深入,但其对于告知义务内容与判断标准、医事裁量权和患者自我决定权的界分、患者承诺在犯罪论体系上的意义等问题研究存在缺陷。

通过上述分析表明,就目前我国国内专断性医疗行为刑法处遇问题研究的现状而言,存在着研究目标分散、研究深度欠缺、研究结论空泛等问题。第一,研究目标分散。我国大陆地区的研究主要集中于既有的医疗事故罪等具体的罪名而并不太涉及医事刑法的基本理论。并且,很多论文着眼于医疗技术发展带来新的风险并因此应当对其进行刑法规制等领域,基本上没有涉及专断性医疗行为的研究。第二,研究深度欠缺。研究目标和领域的偏差直接导致了研究深度的欠缺。在医事刑法领域,专断性医疗行为是常见的侵害患者权益的行为,但我国学界和司法实践中研究该问题的很少,少有的研究也是浅尝辄止。第三,研究结论空泛。此种状况主要表现为诸多论文采用“命题——外国规定——我国规定不足——完善我国规定”的模式,研究内容要么着眼于未来刑事立法研究,要么借鉴德日刑法的先进理论而不与我国现有的《执业医师法》《医疗事故处理条例》《医疗事故技术鉴定暂行办法》《侵权责任法》等法规结合起来进行研究,并且对判例的研究较为欠缺,这导致了我国相关的研究“不接地气”,难以有效指导和运用于司法实践。

(二) 国外研究现状

笔者对国外专断性医疗行为研究资料的收集主要借助于大陆和台湾地区学者的

介绍、翻译的论文和著作。国外论著中涉及专断性医疗行为研究的主要有三大块：(1)英美法系关于告知同意原则的研究。王占明的《论英美法违反“告知后同意”过失侵权的构成要件》和赵西巨的《英美刑法中的“同意”抗辩》两篇论文具有代表意义。前者主要是从民事法角度对违反告知同意原则的行为即专断性医疗行为进行论述，且主要是从过失侵权展开。在英美法系中，专断性医疗行为侵权的认定需要满足医师未履行告知义务与患者损害之间具有因果关系条件，且医生可以因患者已知、紧急情况、医疗特权等事由而免除告知义务。后文的研究表明，英美法系对于“同意”在刑法上的意义一直沿袭两种进路：第一是“假定合法说”，被害人同意即认定该行为合法，除非损害公共利益，其旨趣是尊重个人自主价值；第二是“假定非法说”，认为伤害如果达到身体实际损害程度，“同意”并不能阻却违法，其背后以父权主义和道德论为支撑。后一理论在英美刑法理论中占据主导地位。但不论基于何种路径，医疗行为都是一种非刑事化的行为。总而言之，英美法系基本上把专断性医疗行为仅视为民事上的侵权行为，而不认为其构成犯罪。(2)大陆法系关于医疗行为性质的研究。王皇玉的论文《德国医疗刑法论述概说》勾勒了德国理论和实务界关于医疗行为性质的基本争议。德国理论界对于医疗行为采取“医疗行为非伤害说”，认为医疗行为不符合构成要件该当性，不是伤害行为；但实务界却奉行“医疗行为伤害说”，认为医疗行为符合构成要件该当性，是伤害行为，二者针锋相对。显然，德国实务界认为医疗行为具有成立犯罪的可能性，而专断性医疗行为是欠缺患者同意的医疗行为，当然可以构成犯罪。(3)针对专断性医疗行为的研究。甲斐克则在《医事刑法的基础理论》一文中指出，医事刑法是涉及刑法学与医学的交叉学科，既要尊重刑法学的基本原则，也需要保障患者的生命健康。在侵害患者自我决定权时，若严重损害患者健康则具有成立犯罪的可能。该文虽未直接言明专断性医疗行为的刑事归责问题，但对患者自我决定权的研究间接体现了作者对该问题的态度。乌尔里奇·施罗特(Ulrich Schroth)的论文《医疗专断行为中之医师的说明义务与德国法上关于器官捐助义务的说明》对德国关于专断性医疗行为的立法进行了介绍。虽然德国并未直接创设关于专断性医疗行为的法律规范，但对其可以进行刑事归责已经为大多数人所接受。

由上可知，域外医事刑法研究的重点主要在于告知同意原则的违反以及医疗行为的正当化，这些研究虽涉及专断性医疗行为，但却对其刑法处遇问题缺乏专门而深入的论述。概言之，在英美法系中，专断性医疗行为主要是作为民事侵权行为来定性的，基本不涉及刑事责任的认定问题；在大陆法系中，专断性医疗行为被认为具有成立犯罪的可能，需要探讨刑事归责问题。从这一点而言，本书的研究内容与以德日为代表的大陆法系刑法理论具有亲近性。

三、立场与观点

专断性医疗行为与告知同意原则是一个问题的两个方面:专断性医疗行为即违反告知同意原则的行为。告知同意原则的确立是人权运动发展、权利意识觉醒在医疗领域中的反映,体现了医患关系由以医生为中心的“家父主义”到以患者为中心的“个人主义”的转变。告知同意原则可以分为医生的告知和患者的同意,医生告知为前提,患者同意是核心,医生告知与患者同意之间应当具有因果关系——只有在医生充分告知的情况下患者才能同意。告知同意原则确立了以患者为核心的新型医患关系,这是处理医患纠纷、划分医疗责任乃至刑事归责的基本立场。专断性医疗行为是欠缺患者同意的行为,患者同意与刑法中的被害人同意理论是一脉相承的。在三阶层犯罪论体系中,理论上对于被害人承诺的定位问题研究细致而深入;在我国,被害人同意在犯罪论体系上的定位同样成为问题却关注较少。以被害人同意为代表的超法规阻却事由在犯罪论体系上的定位不仅关涉到超法规阻却事由本身,更涉及犯罪论体系的周延和自洽,是无法回避的重要理论课题。在维持我国四要件基本体系的前提下探索被害人同意的体系定位,是当下我国刑法理论对于该问题回答的基本进路。它可以昭示这样的机理:三阶层体系面临的问题四要件体系同样面对;三阶层体系能够解决问题在四要件框架下也能解决。

以患者利益为核心作为基本立场,对于告知义务履行的判断具有纲领性意义。患者权利的行使和医生义务的履行背后实质上是医生与患者各自利益的划分。以医生利益还是以患者利益为核心对于医疗行为的归责具有重要意义:立场的不同导致责任划分迥异。专断性医疗行为从形式上而言是对告知同意原则的违反,实质上而言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。对于单纯侵害自我决定权而言,我国法律尚欠缺明文规定来厘定责任;对于侵犯身体权而言,既可以构成民法侵权行为,也可能成立刑法上的犯罪。因此,只要专断性医疗行为侵犯了患者的身体健康权或者生命权时,就具有承担刑事责任的余地。也正因为如此,以医生利益为核心进行考量,还是以患者利益为核心进行考量,对于医患之间责任的认定具有决定性意义。倘若以医生利益为核心,那么未经患者同意但为患者利益而实施的医疗行为则不构成侵权,更谈不上犯罪,并主张扩展医生自由裁量权而限缩患者的自我决定权;假若倾向患者利益,那么未经患者同意实施的医疗行为,即便是为了患者的健康,也可以构成民事上的侵权甚至刑法上的犯罪,并主张限缩医生的自由裁量权而扩张患者的自我决定权。由此可见,医生自由裁量权与患者自我决定权这对不可调和的矛盾本质上反映的是医患之间利益的对立。本书认为,在医患之间利益对立的情况下,应当倾向保护患者利益。这是因为,

医患之间信息的不对称导致患者处于弱势地位,更为重要的是,医疗损害的后果仅仅由患者一方承担。这就要求医生实施诊疗行为更为审慎并附加患者的知情同意予以限制。

专断性医疗行为可以细分为无患者同意的专断性医疗行为和有患者同意的专断性医疗行为。后者又可以进一步划分为超越患者同意范围的专断性医疗行为和受欺骗或胁迫的专断性医疗行为。研究专断性医疗行为的刑法处遇问题,既能解决专断性医疗行为刑、民责任划分和具体归责,又能以此推动医事刑法理论的纵深发展,形成以点带线、以线带面的良性循环。可以说,专断性医疗行为是一个黄金支点,能撬动医事刑法整座学术富矿。

四、方法与路径

关于专断性医疗行为刑法处遇问题的研究,必然涉及两个交叉:一是法学与医学的交叉,具体体现为刑法学与医学的交叉;一是刑法与民法的交叉,具体体现为民事侵权与刑事犯罪认定问题上的交叉。前者是法学与其他专业领域的交叉,而后者则是法学领域内各部门法之间的交叉。这种交叉的存在必然要求跨学科研究以及多种研究方法的融合。对于具体的研究方法 with 路径而言,并无固定的模式,“合适的就是最好的”。但对于部门法学而言,艰深的理论研究不是终极目标,解决实际问题才是最终目的。刑法学被称为“最精确”的法学,虽有其独特的逻辑思维进路和价值取向,但“问题导向”(研究实际问题 and 解决实际问题)可以说是其永恒不变的追求。这并不是庸俗的功利主义,而是诸如刑法等部门法固有的价值承载。因此,本书虽大致可以归属于基础理论研究,但这种研究来源于实践并最终应用于实践。围绕这一点,本书采取了下列主要研究方法。

第一,案例分析法。在刑法学理论研究中,案例是不可或缺的研究对象和检验标杆。能否解决实际中复杂的问题,是衡量理论是否完美和具有价值的唯一标尺。本书的研究横跨医疗和刑法学领域,选择具有代表性、典型性的实际案例进行研究,这既是检验理论、发展理论的需要,也能总结司法实践中针对专断性医疗行为处理的经验和教训,这对于专断性医疗行为的理论研究至关重要。

第二,比较研究方法。在法学研究中,比较研究方法必不可少,域外的经验、理论以及司法实践状况对我国相关问题的研究具有重要的借鉴意义。对于专断性医疗行为研究而言,比较法主要体现为两个方面:一是比较不同国家和不同地区针对专断性医疗行为刑法处遇问题的现实状况和基本理论;二是根据典型案例比较我国不同时期、不同地区关于专断性医疗行为刑法处遇问题的基本状况。比较不是目的,盲目地移植和借鉴先进地区的经验和理论可能存在水土不服的问题,探索符合我国理论和