

“十一五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

医疗刑法研究

杨丹 著

Study on the Medical Criminal Law

中国人民大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划

法 律 科 学 文 库

总主编 曾宪义

医疗刑法研究

Study on the Medical Criminal Law

杨 丹 著

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

医疗刑法研究/杨丹著.
北京: 中国人民大学出版社, 2010
(法律科学文库/曾宪义总主编)
“十一五”国家重点图书出版规划
ISBN 978-7-300-11666-2

I. ①医…
II. ①杨…
III. ①医疗事故—刑事犯罪—刑法—研究—中国
IV. ①D924.393.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 034179 号

“十一五”国家重点图书出版规划

法律科学文库
总主编 曾宪义
医疗刑法研究
杨 丹 著
Yiliao Xingfa Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京山润国际印务有限公司		
规 格	170mm×228mm 16 开本	版 次	2010 年 3 月第 1 版
印 张	21.5 插页 2	印 次	2010 年 3 月第 1 次印刷
字 数	348 000	定 价	49.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

法律科学文库

编委会

总主编
曾宪义

副总主编

赵秉志（常务） 王利明 史际春 刘 志

编 委

（以姓氏笔画为序）

王利明	史际春	吕世伦	孙国华	江 伟
刘文华	刘 志	刘春田	许崇德	杨大文
杨春洗	陈光中	何家弘	郑成思	赵中孚
赵秉志	高铭暄	郭燕红	曾宪义	程荣斌



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简洁明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，

不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17 世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是 20 世纪中叶发生的电子信息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了信息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择，似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制，给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样，既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。唯有如此，方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此，近代以来的数百年间，在东西方各主要国家里，伴随着社会变革的大潮，法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同，内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融，故而在 19 世纪中叶，随着西方列强对中国的侵略，绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体，中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以 20 世纪初叶清代的变法修律为起点的话，中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争，道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等，使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说，社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇，但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变，在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以，尽管曾经有过许多的机遇，无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力，中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至 20 世纪 70 年代末期，“文化大革命”的十年动乱宣告结束，中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界，用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路，中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复

兴运动，也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说，自1978年中国共产党十一届三中全会以后的20年，是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的20年。在过去20年中，中国人民高举邓小平理论伟大旗帜，摆脱了“左”的思想的束缚，在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革，并取得了令世人瞩目的成就，使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设，也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期，长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除，“加强社会主义民主，健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力，到90年代中期，中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看，我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看，一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立，并在不断完善之中。更为可喜的是，经过近二十年的潜移默化，中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强，党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略，已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变，为中国当前法制建设进一步完善和真正依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知，法律的进步和法制的完善，一方面取决于社会的客观条件和客观需要，另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强，同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升，有赖于法学研究水平的提高，有赖于一批法律专家，包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升，也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之，社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的20年中，随着国家和社会的进步，中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过20年的努力，中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响，迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设，并适应国家建设和社会发展的需要，针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究，为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时，新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学

教育体制改革，当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚，这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说，在过去20年中，法学界的努力，对于中国新时期法制建设的进步，贡献甚巨。其中，法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用，也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑，以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化，势必要对法律提出新的要求，同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言，经过近二十年的奋斗，改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入，国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来，如全民道德价值的更新和重建，市场经济秩序的真正建立，国有企业制度的改革，政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比，这些问题往往更为复杂，牵涉面更广，解决问题的难度也更大。而且，除了观念的更新和政策的确定外，这些复杂问题的解决，最终都归结到法律制度上来。因此，一些有识之士提出，当前中国面临的难题或是急务在于两个方面：其一，凝聚民族精神，建立符合新时代要求的民族道德价值，以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向；其二，设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”，以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则，将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上，如果考虑到特殊的历史文化和现实情况，我们会认识到，在当前的中国，制度的建立，亦即一套“良法美制”的建立，更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制，当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作，即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等，都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年，是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果，在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列，并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来，中国人民大学法学院的

法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域中辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。此套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精心组织出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版“文库”这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

1999年9月



前言

伴随着医疗制度的复杂化，发生错误的机会也在增加。要解决的话，需要医务人员、医疗机构、医疗服务购买人（保险人）、医疗消费者、法律家、决策者等等的共同努力。

——摘自《人都会犯错》
(To Error is Human Being)^①

“医疗纠纷是全世界的问题”^②。医疗关乎民众的生命与健康，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、

① Kohn L., Corrigan J., and Donaldson M., eds., *To Error is Human Being: Building a Safer Health System*, National Academy Press, 1999.

《人都会犯错》是医疗法学界的重要著作，揭示了医疗损害的不可避免性。但是，各方仍然应当共同努力以尽可能地减少损害发生。其中，刑法是最后的、不得已的、却又不可或缺的手段，这是医疗刑法的基本立场。

② 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》，1页，南京，南京大学出版社，2003。

定分止争、维持秩序为主要目的。医疗与法律，分属于自然科学和社会科学，皆是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。^①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。^②1997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。

本书的研究框架是，全文主要分为导论、本论和余论三个部分。第一部分导论（第一章至第三章）是研究的实在基础。以医疗行为的刑法规制的必要性和谦抑性作为理论前提，整理了医疗问题的刑事立法和司法的状况。第二部分本论（第四章至第九章）是研究的本体。首先，阐述了成立医疗犯罪的基本要件，即医生^③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，论证了虽然医

① 参见[美]威廉·科克汉姆：《医疗社会学》，7版，杨光军等译，209页以下，北京，华夏出版社，2000。

② 近年来，很多恶性的医疗伤害案件引起了公众和媒体的广泛关注，例如，“肖志军拒签致孕妇死亡案”，齐齐哈尔第二制药厂的有毒“亮菌甲素注射液”致十余人死亡案等。

③ 医生是“掌握医药卫生知识，进行疾病防治工作的专业人员的通称。”（《辞海》（缩印本），2006页，上海，世纪出版集团、上海辞书出版社，2002。）即，医疗行为的实施者都可以称为医生。因此，医生与医务人员应当具有相同的含义，依职责和身份的不同分为医师、护士、药师、技师等。但是，在日常口语中，通常会将“医生”与“护士”等作为并列的称呼。本文遵循辞海的解释，将从事医疗行为的人统称为医生，若问题仅与某一特定身份的医疗者有关，则准确说明其具体身份。

疗行为在形式上可能损害一定的法益，但是，患者的同意阻却了医疗行为的违法性、使医疗行为蕴涵了正当性实质，从而阻却医疗犯罪的成立；最后，论述了组织医疗中需要在医疗行为参与者之间分配责任，通过法定刑的配置和司法适用最终实现刑事负担。第三部分余论（第十章）简要地指出了刑法应当积极介入尖端医疗的各个领域，展望了医疗刑法的未来趋势。

本选题的理论意义在于，首先，将刑法的一般理论运用于具体的医疗领域之中。在现代高风险社会中，医疗是一个必需且重要的构成部分，刑法的一般理论在医疗领域可以得到具体的运用，例如，信赖原则能够推广运用于组织医疗的责任分担问题；其次，从医疗领域发展出来的特定理论可能上升为刑法的一般理论，成为刑法理论的发展源泉，例如，医疗行为的正当性已然成为正当化研究的一个专门论题。本选题的实践意义在于，对医疗过失、因果关系等实务难题进行系统的理论研究，有助于准确界定医疗正当行为和医疗不当行为、区分医疗违法和医疗犯罪，最终实现刑事责任的正确承担。通过在医疗领域开展“最精确的”刑法学研究^①，希望能够为理论的精致化和实践的精准化聊尽绵薄之力。

本书的研究方法主要是文献分析法、比较分析法和实证分析法。首先，采用的是文献分析法。经过百余年来的发展，国外医疗刑法的研究已经达到了相当高的水平，我国在医疗刑法领域也形成了一定的成果，本书通过整理和阅读国内外文献，开展文献综述和理论分析，以期能够“站在巨人的肩膀”上看到精彩的风景。其次，运用了比较法的研究方法。尽管各国法律制度具有不同的传统和思想背景，但人类社会关系的共性决定了不同的社会共同体仍然存在相同的问题，从而使得比较分析成为可能和必要，唯有通过比较方能达到中国刑法学需要具有的知识品格和实践能力。^② 德国的医疗刑法迄今一百多年来的发展脉络清晰地显示了，医疗刑法的研究核心正在从传统的医师义务、医疗侵袭、医师过失等问题，不断扩大延伸到新兴治疗技术。英美法系持续深入地研究了医疗和伦理、医疗和法律的关系等问题。因此，通过分析大陆法系和英美法系的医疗刑法理

^① “刑法学是最精确的法学”，[德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，第1卷，王世洲译，译者序，北京，法律出版社，2005。

^② 参见冯军主编：《比较刑法研究》，序，北京，中国人民大学出版社，2007。

论和案例，能够为我国医疗刑法的研究提供有益的借鉴和参考。最后，运用了以问题为中心的实证分析法。基础理论的研究离不开实务的支撑，了解实践状况必须借助于实证分析的方法。本书对我国处理医疗刑事案件的状况进行了详尽的数据统计和内容分析，总结了我国医疗刑事案件的解决模式和发展趋势，探寻实践中各方对医疗刑法的看法和态度，认识医疗刑法在实践运作中可能面临的问题，使得理论的探索服务于实践的需要，避免理论成为自说自话、空洞无物的“沙上楼阁”。



目 录

第一部分 导 论

第一章 医疗和刑法	3
第一节 医疗和法律	3
一、医疗的界定	4
二、医疗的法律调整	6
第二节 医疗行为的类型和 刑法规制	9
一、医疗行为的类型	9
二、医疗行为的刑法规制	10
第三节 医疗刑法的研究状况	12
一、大陆法系的医疗刑法研究	13
二、英美法系的医疗刑法研究	16
三、我国医疗刑法研究的展开	17
第四节 研究范畴的界定	19
一、医疗犯罪	19
二、研究重点	20
本章小结	21

第二章 医疗问题的刑事立法	22
第一节 大陆法系	23
一、德国	23
二、日本	24
第二节 英美法系	25
一、美国	26
二、英国	27
第三节 我国	29
一、香港地区	29
二、澳门地区	30
三、台湾地区	32
四、大陆	33
本章小结	35
第三章 医疗案件的刑事审判	37
第一节 大陆法系	37
一、德国	37
二、意大利	38
三、日本	40
第二节 英美法系	45
一、美国	45
二、英国	49
第三节 我国	52
一、台湾地区	52
二、大陆	54
本章小结	78

第二部分 本 论

第四章 医疗作为义务与不作为犯罪	81
第一节 紧急救治义务与不作为犯罪	82
一、紧急救治义务	82
二、紧急救治义务的不作为的法律性质	85

第二节 诊疗义务与不作为犯罪	90
一、诊疗义务	90
二、不履行诊疗义务的典型样态及其法律性质	92
第三节 转诊义务与不作为犯罪	98
一、转诊义务	98
二、转诊义务的不作为的法律性质	99
第四节 保密义务与不作为犯罪	100
一、保密义务	100
二、保密义务的不作为的法律性质	101
第五节 报告义务与不作为犯罪	102
一、报告义务	102
二、报告义务的不作为的法律性质	102
第六节 说明义务与不作为犯罪	103
一、说明义务	104
二、说明义务的不作为的法律性质	107
本章小结	110
第五章 医疗注意义务与医疗过失	112
第一节 过失理论与医疗	113
一、旧过失论与医疗	113
二、新过失论与医疗	114
三、新新过失论与医疗	115
第二节 注意义务的基本问题	116
一、注意义务的违反和过失的认定	116
二、注意义务的内容	118
三、注意义务的根据	119
第三节 医疗过失的认定	121
一、认定医疗注意义务的一般标准	121
二、认定医疗注意义务的具体问题	126
第四节 医疗过失的裁断	133
一、基本原理	133
二、根据医学观点作出事实认定	135
三、根据法律观点作出过失裁断	135

本章小结	138
第六章 医疗损害的因果关系与客观归责	140
第一节 医疗损害结果	141
一、“严重损害就诊人身体健康”的不同理解	141
二、本书的观点	142
第二节 医疗因果关系的查明	146
一、医疗中的因果关系	147
二、刑法上的因果关系与客观归责	148
三、医疗因果关系的特殊问题：医疗损害中不宜引入 疫学因果关系理论	150
第三节 损害结果的客观归责	156
一、制造不被容许的风险	156
二、实现了未被容许的风险	158
三、行为处于构成要件的效力范围	164
本章小结	165
第七章 医疗行为的正当化	167
第一节 阻却医疗行为违法性的根据	167
一、学说的诸象	167
二、“自我决定”与“知情同意”法则	173
第二节 患者同意的成立要件	180
一、同意的主体	180
二、同意的内容	184
三、同意的方式	191
四、同意的时间	192
五、同意的自愿性	193
第三节 欠缺患者同意的医疗行为	195
一、无须患者同意的强制医疗	195
二、无法获得患者同意的紧急医疗	197
三、专断医疗	201
第四节 “知情同意”的实态——评“肖志军拒签事件”	209
一、事件概要	210
二、问题聚焦及理论争议	211