



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

第38批中国博士后科学基金资助项目 (NO.2005038545)

武汉大学刑事法研究中心学术丛书 4

The Preliminary Research on Medical Criminal Law

医事刑事法初论

刘维新◎著



中国人民公安大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库
武汉大学刑事法研究中心学术丛书 4

第 38 批中国博士后科学基金资助项目 (NO. 2005038545)

医事刑事法初论

The Preliminary Research on Medical Criminal Law

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

王 明 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

医事刑事法初论/刘维新著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 2

(武汉大学刑事法研究中心学术丛书·4)

ISBN 978-7-81139-426-9

I. 医… II. 刘… III. 医学—刑法—研究—中国
IV. D924. 399

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 000707 号

医事刑事法初论

The Preliminary Research on Medical Criminal Law

刘维新 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司印刷

版 次: 2009 年 2 月第 1 版

印 次: 2009 年 2 月第 1 次

印 张: 10.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 280 千字

印 数: 1~3000 册

书 号: ISBN 978-7-81139-426-9/D·359

定 价: 28.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

序

科际整合，即学科间的交叉与交融常常是给学科发展带来“加速度”和转机的源动力。本人甚期盼也一直在鼓励刑法学界的同仁们能积极而科学地促成这一学科与其他学科间的“联姻”，从而使刑法学的研究更加活跃和繁荣。由刘维新博士后完成的《医事刑事法初论》这本著作，充分体现了自然科学与社会科学的交叉，医学与法学研究领域的交融，科学地将刑事法学的研究视野置入医事领域，堪称医事刑事法研究领域的“处女作”。

目前，国内关于医事刑事法的研究相当薄弱，即便是偶见散在的研究也往往表现为靶点和维度不集中，至于研究广度、深度以及科学性和系统性则更是远远不足。该著作不仅对多个具体医事行为涉及的刑法效应进行了探讨，更注重构筑医事刑法研究的理论框架；不仅对传统医事行为涉及的刑法效应进行探讨，还关注在现代医事科技发展视域下的医事刑法法益的辩证性保护问题；不仅注重医事犯罪基础理论等实体法研究，还涉及医事刑事鉴定与审判等程序法方面的内容。可谓国内首部对医事犯罪问题进行系统研究的著作，也是当前国际上少有的几部医事刑事法研究论著之一。它对于从医事刑事法角度推动刑事法学研究，填补国内刑事法学研究和应用领域的部分空隙，充实刑事法理学理论，完善刑法典具有重要意义。

该书的问世得到了第38批中国博士后科学基金资助，更凝

◇医事刑事法初论

聚了著者聪颖的智慧和大量心血，我为其敢于拉开国内医事刑事法这一研究领域序幕之勇气所鼓舞。既然冲锋的号角已经吹响，那又何顾艰难险阻？勇敢地前行吧！本人愿与学界同仁继续关注医事刑事法这个独具特色的刑事法学研究新视域。

莫洪宽

2008年10月于武昌·珞珈山

本世纪初，我国法学界开始关注医事刑事法问题。2008年10月，莫洪宽教授在武昌·珞珈山发表了题为《医事刑事法初论》的演讲。莫洪宽教授在演讲中，首先回顾了我国医事刑事法的发展历史。他指出，我国医事刑事法的发展经历了三个阶段：第一阶段是20世纪50年代，以《医疗事故处理条例》的颁布为标志，我国开始重视医事刑事法的研究；第二阶段是20世纪80年代，随着《刑法》和《刑事诉讼法》的修订，医事刑事法的研究得到了进一步的重视；第三阶段是20世纪90年代，随着《医疗事故处理条例》的修订，医事刑事法的研究得到了进一步的重视。莫洪宽教授在演讲中，还分析了我国医事刑事法存在的问题。他指出，我国医事刑事法存在的问题主要有：一是立法不完善，二是司法不统一，三是理论研究不深入。莫洪宽教授在演讲中，还提出了我国医事刑事法的发展建议。他指出，我国医事刑事法的发展应该坚持以下原则：一是坚持法治原则，二是坚持公正原则，三是坚持效率原则。莫洪宽教授在演讲中，还提出了我国医事刑事法的研究方向。他指出，我国医事刑事法的研究应该从以下几个方面入手：一是加强立法研究，二是加强司法研究，三是加强理论研究。

前 言

从学科发展的角度看，作为新兴交叉学科的医事法学已成为国内外非常活跃的研究领域。目前，医事行为与其相应的伦理道德以及社会效应、民法效应等问题可以说是已被讨论得“一塌糊涂”，但医事刑事法这一研究视域却少有人问津，仍显薄弱，主要表现在研究靶点分散，缺乏系统性。

吾已关注医事刑事法这一研究领域多年，总觉有责将自己的观点系统地呈于世人，而不仅仅满足于“点”的介绍。于是拙著首先从医事刑法研究的背景与现状入手，从学科定义与定位、研究视野与靶点、研究原则与方法等方面进行讨论，初步建构了医事刑法的研究框架。为凸显系统性，拙著不仅进行了医事犯罪基础理论以及医事刑法精神内涵之探讨和解析，还着重就 13 类具有代表性的传统和现代医事行为的刑事法规制问题进行了微探，可以说是在实体法方面用了一定的笔墨。另外，还就医事刑事鉴定与审判两个方面进行了程序法方面的探讨，或许可以说在一定程度上弥补了当前该领域研究系统性不足之缺憾。

吾虽追求系统性，但也未能面面俱到，因为自身能力、精力和时间都实在是太有限，故仅能抓住当前医事刑事法研究的难点和热点问题进行选择性的讨论。比如，在第二章的“医事犯罪基础理论”部分，就没有将医事主体、医事故意等纳入讨论，而着重探讨了医事过失与刑事责任以及医事刑法法益等当前亟待深入研究的问题。同样，在第六章的“医事刑事诉讼”部分，也没有将诉讼涉及的全部环节依次展开，仅探讨了两个最关键的环节，即医事刑

◇医事刑事法初论

事鉴定与医事刑事审判。同时，也正是由于片面追求所谓系统性，从而导致对具体“靶点”问题的探讨又不够深入。由是观之，拙著可谓研究之宽度和深度都还远远不够，故只能称之为“初论”。即便如此，已是诚惶诚恐。缺陷和不足之处，今后定会深刻检讨和弥补之。

书中关于医事刑事法的研究和探讨，其初衷都是为了能更好地推动医疗卫生事业的进步和力促医患关系更加和谐，进而体现现代刑事法发展趋向中形式理性和实体正义之特质和品格。但由于水平有限，或许书中有很多观点会引起争议甚至是错误的，但即便是因此而掀起一番新的争议，也无疑将推动这一领域的一分进步，亦算是尽了自己的一份责任，在此亦谨请学界同仁予以斧正商榷为盼。同时，本研究项目和著作的出版得到了第38批中国博士后科学基金资助（NO. 2005038545），在此表示感谢。

“灯火是夜的流苏”。即便这本书的出版不能够成为“流苏”，而只是黑夜中微弱的闪点，吾已心满意足矣。衷心地希望该书能在今后的医事刑事法研究与相应的司法实践中发挥一点点作用。

刘维新

2008年10月于武昌·珞珈山

目 录

第一章 医事刑法研究引论	(1)
第一节 研究背景与现状	(2)
一、研究背景	(2)
二、研究现状	(8)
第二节 学科定义与定位	(9)
一、医事刑法：一个规范的名称	(9)
二、学科定义	(11)
三、学科定位与法律定性	(12)
第三节 研究对象、方法与展望	(16)
一、研究对象	(16)
二、研究方法	(17)
三、研究展望	(20)
第二章 医事犯罪基础理论	(23)
第一节 医事过失与刑事责任	(23)
一、医事过失犯罪的内涵	(24)
二、知情同意与医事过失	(26)
三、医事水准与医事过失	(33)
四、危险分配与医事过失	(39)
五、紧急救治与医事过失	(42)
六、医事共同过失	(43)

◇医事刑事法初论

第二节 医事刑法法益	(46)
一、医事刑法法益概念的提出	(46)
二、医事刑法法益的内涵与外延	(48)
三、医事刑法法益的实现	(53)
第三节 医事犯罪之因果关系	(55)
一、多原因竞合之因果关系	(56)
二、盖然性与因果关系	(64)
第四节 医事犯罪之违法阻却与责任阻却事由	(67)
一、正当业务与违法阻却	(68)
二、知情同意与违法阻却	(69)
三、期待可能性与责任阻却	(72)
四、信赖原则与责任阻却	(74)
五、衡平法思想与违法阻却	(76)
六、超法规违法阻却	(77)
第三章 医事刑事法之精神内涵	(80)
第一节 在谦抑性原则下确立新型法益	(80)
一、准确把握刑事法之谦抑性	(81)
二、及时确立新型医事刑法法益	(83)
第二节 实现医事正义与刑法公平价值	(86)
一、以实现医事正义为主旨	(86)
二、以维系刑法公平价值为基准	(89)
第三节 科学立法	(92)
一、体现超前性	(92)
二、凸显严谨性	(93)
三、注意有机性和简约性	(93)
四、体现“国际化”与“本土化”双重趋向	(94)
五、刑罚的科学性和准确性	(95)

六、刑事和解制度的引入	(96)
第四章 传统医事行为的刑事法规制	(98)
第一节 放弃治疗在刑法上的效应	(98)
一、放弃治疗的界定及表现形式	(99)
二、放弃主体的权利与义务	(100)
三、放弃治疗涉及的刑法效应	(106)
第二节 恶意诊疗的刑事法规制	(111)
一、恶意诊疗的界定	(111)
二、恶意诊疗的刑法效应	(113)
第三节 误诊误治、漏诊漏治在刑法上的效应	(119)
一、概念内涵	(120)
二、法律责任考量	(121)
三、刑事法规制	(124)
第四节 人体实验的刑事法规制	(125)
一、人体实验的内涵	(125)
二、人体实验应遵循的原则	(129)
三、人体实验的程序保障	(134)
四、非法进行人体实验涉及的刑法效应	(137)
第五节 安乐死涉及的刑法效应	(141)
一、安乐死的内涵	(142)
二、实施安乐死之应然性	(144)
三、安乐死的适用对象	(146)
四、安乐死的适用要件和程序	(149)
五、安乐死涉及的刑法效应	(151)
第六节 受精卵、胚胎与胎儿的刑事法保护	(154)
一、受精卵、胚胎与胎儿受刑法保护之应然性	(154)
二、堕胎涉及的刑法效应	(160)

◇医事刑事法初论

三、毁损体内胚胎、胎儿涉及的刑法效应	(165)
四、体外受精卵、胚胎与胎儿的刑法保护	(169)
第七节 心理咨询与治疗的刑事法规制	(172)
一、职业与执业的现状	(173)
二、执业性质的法律定位	(175)
三、执业行为的刑事法规制	(176)
第五章 现代医事行为的刑事法规制	(192)
第一节 器官移植涉及的刑法效应	(192)
一、与器官来源相关的刑法问题	(193)
二、与死亡判定标准相关的刑法问题	(198)
三、盗窃、摘取或毁损移植的器官 涉及的刑法效应	(199)
四、非法移植涉及的刑法效应	(200)
第二节 脑死亡问题的刑事法规制	(202)
一、脑死亡概念的内涵	(202)
二、脑死亡的科学立法	(211)
三、脑死亡问题的刑事法规制	(215)
第三节 辅助生殖的刑事法规制	(216)
一、辅助生殖的内涵	(217)
二、由辅助生殖技术衍生的难题和负效应	(219)
三、对辅助生殖技术应用的理性考量	(223)
四、辅助生殖涉及的刑法效应	(228)
第四节 性别转换的刑事法规制	(238)
一、性别之属性	(238)
二、基于性别转换的理性考量	(240)
三、性别转换涉及的刑法效应	(244)
第五节 克隆的刑事法规制	(248)

一、克隆的内涵	(248)
二、对克隆的理性透视	(250)
三、克隆的刑事法规制	(255)
第六节 人类基因的刑事法保护	(259)
一、人类基因的内涵	(260)
二、人类基因的法律定位	(261)
三、法律对人类基因保护的必要性和主要内容	(265)
四、人类基因及其相关法益的刑事法保护	(273)
第六章 医事刑事诉讼	(278)
第一节 医事刑事鉴定	(278)
一、对现行“二元”医事刑事鉴定模式之评判	(279)
二、“一元多极”医事刑事鉴定模式之理性建构	(285)
三、新型医事刑事鉴定模式视域下的几个基本问题	(291)
第二节 医事刑事审判	(301)
一、提升法院医事刑事案件审判水准	(301)
二、理性对待医事刑事鉴定结论	(302)
三、举证倒置原则的慎用	(303)
四、建立专家辅助人制度	(305)
五、引入刑事和解制度	(309)
参考文献	(314)
后 记	(330)

第一章 医事刑法研究引论

当前,我国正处于一个向法治国家演进的关键时期,科学理性的刑事法治已成必然趋势。同时,在医患关系矛盾不断深化,医事行为引发的刑法效应日益凸显的今天,如何早日实现理性的医事刑事法治必将成为建设现代法治国家的重要命题,也是衡量一个国家刑法文化水准的重要维度。然而,医事法律问题特别是医事刑法问题作为我国法学研究中一个崭新的领域,主流法学界对此却鲜有关注,相关研究也非常薄弱甚至说是近乎空白,亟待启蒙和深入。因此,如何理性开展和科学引导我国医事刑法研究,进而使其能够早日实现与国际接轨,是从事法学研究特别是刑法学研究的学者不可推卸的历史使命。

本章基于当前医事刑法的研究背景与现状,指出医事刑法学应作为当前我国刑事法学亟待研究的新视域加以重视,并在国内首次对这一新兴交叉学科的定义与定位、研究视野与靶点以及研究原则与方法等进行了界定和系统的微探,并对这一崭新研究领域进行了评估与展望,以期达到开启我国医事刑法学系统、深入研究之窗,促进医事刑事法治的目的。

第一节 研究背景与现状

一、研究背景

(一) 医事刑事法治的国际化趋势

近些年来, 尽管诸如器官移植、克隆、基因工程、辅助生殖等医学和生命科学技术取得了巨大进步, 但它们也同样对人类社会、伦理、道德、宗教特别是法律等方面提出了挑战。同时, 伴随人们法律意识的增强和各国法治化进程的不断推进, 由堕胎、代孕母亲、脑死亡的判定、安乐死的实施等医事行为引发的法律效应, 特别是刑法效应在全球已日益凸显。因此, 如何加强刑事法对生命和权利的保护, 实现科学而理性的医事刑事法治已成为当前必须面对的重要历史命题。20 世纪 70 年代以来, 国际上医事立法包括医事刑事立法已有重大进展, 并涉及相当广泛的问题, 如临床医疗、死亡确立标准、公共卫生事故预防和处理、泄露患者基因隐私问题、器官移植以及人体医学实验等。德、日等国以及我国台湾地区关于医事刑法学的研究和立法实践更是已达到相当深度, 已出版或发表了不少有影响力的论著和论文, 而且正从单项立法逐步向综合立法过渡; 国际化合作趋势亦日趋明显, 如签订涉及医事刑事法治方面的双边或多边协议或条约、举办世界性医事刑法专题研讨会等。然而, 我国由于受社会体制转型的影响, 特别是由于医疗体制改革远没有跟上市场经济的发展步伐, 医疗纠纷不断增多, 医患关系矛盾不断激化, 而解决这一矛盾的根本在于医事法治。但目前我国有关医事法学特别是医事刑法学的研究却相当滞后, 少见有分量的著作和高质量的论文, 尚未形成相应的医事法学和医事刑法学理论研究体系, 至于相应的立法实践则更是近乎盲区。因此, 作为目前正处

于向法治国家演进的关键时期的我国,建构科学而严谨的医事刑法体系已成为适应医事刑事法治国际化的必然要求。

(二) 我国医事犯罪的刑事法规制现状

1. 立法出现空白区

与旧刑法典相比,现行刑法典有关医事刑法法律条款的增加和有关罪名的增设,是我国刑事法律规范不断完善的有力佐证。但这种完善还远显不足。这主要是由于我国医事刑法学理论研究和立法实践跟不上现代医学和生命科学技术的发展步伐,致使诸如非法摘取人体器官、组织、细胞,非法进行人体实验以及滥用辅助生殖技术等具有严重社会危害性的医事行为在刑事法中尚无及时有效的回应;同时,对堕胎特别是为未成年少女堕胎、克隆特别是生殖性克隆、实施脑死亡和安乐死、开展性别转换手术业务等医事行为引发的罪、责、刑问题尚处于激烈争议之中,远没有明确答案。另外,国内心理咨询与治疗乃至整个精神卫生服务领域至今尚没有一套行之有效的伦理道德规范和行政干预管理体系,缺乏完善、理想的法律执业环境,行业行为更多的是通过自律和道德规范去约束,缺乏通过立法特别是刑事立法进行规制。毋庸置疑,现有医事刑事法律规范中仅有的妨害传染病防治罪、医疗事故罪、非法行医罪、非法进行节育手术罪等有限的罪名设置,已远不能满足当前刑事法司法实践应对新型医事犯罪之现实需要。

2. 立法存在争议

对于医事行为引发的诸多刑法效应的规制,现行医事刑事立法存在诸多争议,主要体现在两个方面:一是医事刑事法律规范的整体例分布,尤其是其在刑法典中的定位问题;二是具体医事刑事法律规范的犯罪构成要件以及定罪量刑之科学性和合理性问题。

就医事刑法的体例分布及其在刑法典中的定位而言,医事刑事法律规范究竟是以集中方式存在,还是应以散在方式存在,即是应将其单独作为一大类罪,还是使其分布在其他各类罪之中,对此颇

有争议；究竟对某些医事违法行为单独增设罪名，还是将其包容涵盖在某一罪名之中，亦有不同见解。从立法实践来看，各国差异也的确较大。这主要受法律传统与医疗伦理的差异以及不同刑法价值取向等多种因素影响所致。比如，大陆法系国家多对医疗事故犯罪进行刑事立法，作为犯罪处理。但一般将其规定在过失致人死亡、伤害罪等条款中，如《法国刑法典》第222条；当然，也有将其规定于业务过失致人死亡或伤害的条款中，如《日本刑法典》第211条。^①而英美法系国家往往将其规定在侵权行为法中，寻求侵权行为法救济。至于美国的医事相关犯罪，则又是在职业犯罪中加以探讨的。就我国关于医疗事故罪的立法而言，目前是单独设立“医疗事故罪”这一罪名，并将其归类于“妨害社会管理秩序罪”类罪中的“危害公共卫生罪”中，这种罪名设置及归类方式之科学合理性在学界一直颇受质疑。比如，有学者就认为应将其归类于侵犯公民人身权利、民主权利罪中为宜。^②

就具体医事刑事法律规范的犯罪构成要件以及定罪量刑方面而言，目前亦是存在诸多争议。比如，对“非法行医罪”与“非法进行节育手术罪”这两种犯罪的规定，以“未取得医生执业资格”作为主体限制性条件，而对于已经取得医生执业资格的人非法行医或实施节育手术的行为以及由单位所实施的此类行为是否按犯罪处理并不明确。还有学者认为，现行医事刑事立法存在着法定刑刑种

① 《法国刑法典》第222条规定：“因笨拙失误、轻率不慎、缺乏注意、怠慢疏忽，或者因未履行法律强制规定的安全或注意义务，致他人在超过3个月时间里完全丧失工作能力的，处2年监禁并科20万法郎罚金……”《日本刑法典》第211条规定了“业务上过失致死致伤”，是指懈怠业务上必要的注意，因而致人死伤的，处5年以下惩役、监禁或者50万元以下罚金；因重大过失致人死亡的，也同样处罚。转引自王岳、刘瑞爽：《从一起案例看医疗事故罪法律适用中的几个关键问题》，载 http://china.findlaw.cn/xingfa/ylsgzal/20070212/7501_4.html，2008-10-02。

② 参见卢建平、田兴洪：《论医疗事故罪的几个问题》，载《甘肃政法学院学报》2003年第2期，第74页以下。

单调、法定刑幅度较窄等缺陷，对此应进行立法完善。例如，现行刑法中“医疗事故罪”只规定了有期徒刑和拘役两种刑罚方式，这种配置就过于单调，应增加罚金刑和资格刑等；同时还认为，医生在执业过程中应负有更多的注意义务，因此，医事犯罪行为作为业务过失犯罪对其处罚应当重于普通过失犯罪，这也是国际上公认的原则，而我国现行《刑法》对医疗事故罪仅仅规定了单一的法定刑幅度，即3年以下有期徒刑，最高刑也仅为3年有期徒刑，这一法定刑幅度和最高刑的刑期规定明显不合理。相反，有人认为加重医疗事故罪的刑事责任会影响医生大胆地探索医学规律和救治患者，进而影响医学事业的发展。^①另外，鉴于医疗职业行为的高风险性和医学事业发展的需要，关于医事违法行为处罚的立法在当前甚至有“除罪化”或“去刑化”的主张和呼声。但笔者认为，一方面，医事领域不应成为刑事法覆盖的“真空”，医师也不应有刑事豁免权。因为，从本质上讲，医事人员所承担的探索医学规律、治病救人的义务与其因主观罪过导致的应该承担的刑事责任是不矛盾的，或者说医学事业的发展不能用“忽略”刑法的法益保护最后一道防线这一根本职责作为代价。另一方面，任何刑罚都应遵循“罪责刑相适应”这一根本原则，即便是由于业务过失所致的相应加重也应是在这一根本原则指导下的“合理加重”。

3. 医事司法实践中的“去刑化”倾向与现实

我国刑事立法坚持罪刑法定原则，以便在有效应对各类犯罪的同时更好地保障人权。但成文法的完整性似乎并不能涵盖现实中已经、正在和将会发生的一切危害社会的行为，也就是说，罪行法定

^① 以上参见帅清华：《错位的惩罚——谈谈医疗事故罪的刑事责任》，载《南京医科大学学报（社会科学版）》2005年第1期，第58页以下；田兴洪：《论医疗事故罪的法定刑配置及其完善》，载《甘肃政法学院学报》2001年第4期，第71页以下；张爱艳、张联巍：《医疗事故罪的量刑研究》，载《法学论坛》2004年1期，第62页。