

法治化营商环境文库

尖端医疗领域 刑法理论及立法对策研究

杨丹 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书获国家社科基金青年项目（10CFX025）资助及中央高校科研基本
业务费（15JNQM005）资助

法治化营商环境文库

尖端医疗领域 刑法理论及立法对策研究

杨丹 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

尖端医疗领域刑法理论及立法对策研究 / 杨丹著.
—北京:法律出版社,2016.4
ISBN 978-7-5118-9414-4

I. ①尖… II. ①杨… III. ①医学工程—医药卫生管理—刑法—研究 IV. ①D912.104②D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 082179 号

尖端医疗领域刑法理论及立法对策研究

杨 丹 著

策划编辑 刘文科
责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2016 年 5 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 17 字数 273 千
印次 2016 年 5 月第 1 次印刷
编辑统筹 财经出版社
经销 新华书店
责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9414-4

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

导 论	1
-----------	---

上编 尖端医疗领域的刑法基础理论

第一章 尖端医疗的界定及其伦理、法律和社会意蕴	13
第一节 尖端医疗的界定	13
一、术语解析	13
二、本书的研究主题	16
第二节 尖端医疗的伦理、法律和社会意蕴	19
一、ELSI 的含义和研究状况	19
二、尖端医疗的伦理、法律和社会意蕴	22
第二章 生命伦理和医疗法	26
第一节 生命伦理	27
一、生命伦理学的源流	27
二、生命伦理的哲学基础	28
三、生命伦理原则	34
四、生命伦理规范	38
第二节 医疗法	42

一、尖端医疗的法理学探究·····	43
二、尖端医疗法的部门法考察·····	46
三、尖端医疗法规范概略·····	49
第三章 尖端医疗的刑法介入 ·····	53
第一节 人格尊严是刑法规制尖端医疗的根据·····	53
一、人格尊严的发展背景·····	54
二、人格尊严在刑法的投射·····	57
三、尖端医疗直指人格尊严构成了刑法介入的基础·····	61
四、风险刑法中的尖端医疗·····	73
第二节 刑事规制的特性划定其介入尖端医疗的边界·····	75
一、谦抑主义的价值蕴含·····	75
二、刑法在尖端医疗规范体系的地位·····	78
三、尖端医疗研究和应用中不当行为的犯罪化标准·····	81
第四章 尖端医疗领域的刑法立法原理 ·····	86
第一节 尖端医疗刑法的立法原则·····	86
一、相关立法原则概述·····	86
二、事实确定化原则·····	89
三、类型化原则·····	91
四、和谐化原则·····	94
五、国际化原则·····	97
六、前瞻化原则·····	99
第二节 尖端医疗刑法的立法模式·····	100
一、刑法和医疗法的双重约束：比较法考察·····	100
二、单一刑法典模式和尖端医疗犯罪：现状及问题·····	102
三、附属刑法模式和单行刑法模式：利弊权衡·····	105
第三节 尖端医疗犯罪的分类及法定刑配置·····	108
一、关于尖端医疗犯罪分类的观点述评·····	108
二、尖端医疗犯罪的分类·····	109
三、尖端医疗犯罪的法定刑配置·····	111

下编 具体尖端医疗技术研究和应用的 刑法规制及立法对策

第五章 人类辅助生殖技术应用的刑法规制及立法对策	115
第一节 人类辅助生殖技术的应用及规制状况	115
一、人类辅助生殖技术概述	116
二、人类辅助生殖技术的立法状况	118
第二节 人类辅助生殖技术应用中的相关犯罪及立法对策	126
一、辅助生殖技术应用中的反人类犯罪	126
二、辅助生殖技术应用中的商业化犯罪	131
三、违反辅助生殖程序的犯罪	146
第六章 克隆人技术研究和应用的刑法规制及立法对策	154
第一节 克隆人技术的研究、应用及规制状况	154
一、克隆人技术的概念和类型	155
二、克隆人技术研究和应用的规制	156
第二节 克隆人技术应用中的相关犯罪及立法对策	162
一、基础研究涉及的争议	162
二、治疗性克隆应用涉及的争议	165
三、生殖性克隆人研究涉及的争议	168
第七章 人体基因技术应用的刑法规制及立法对策	175
第一节 人体基因技术的应用及规制状况	175
一、人体基因技术概述	176
二、人体基因技术的规制状况	178
第二节 人体基因技术应用中的相关犯罪及立法对策	182
一、制造和使用基因武器	183
二、非法获取、分析、泄露人体基因信息	187
三、基因治疗	194
第八章 人体器官移植技术应用的刑法规制及立法对策	205
第一节 人体器官移植技术的应用及规制状况	205

一、人体器官移植技术概述	206
二、器官移植立法状况	209
第二节 人体器官移植技术应用中的相关犯罪及立法对策	216
一、器官移植技术应用中的犯罪类型	216
二、反对商业化是器官移植领域刑事立法的中心	222
三、组织出卖人体器官罪解析	229
四、“直接”人体器官买卖的罪刑条文	244
 第九章 变性手术的规制及正当性分析	247
第一节 变性手术的应用及其规制状况	247
一、变性手术概述	247
二、各国规制状况	250
第二节 变性手术的正当性及关联犯罪	253
一、变性手术的刑事正当性研究	253
二、变性手术关联的犯罪行为	258
 参考文献	261

导 论

“……在我们这个时代,即使是专业知识,也不再容许仅由圈内人来定义或是赋予其意义,这不仅是医疗伦理发展的新趋势,更是划时代的专业认同与知识生产模式的变革,知识是分享的,权力是参与的……”

——《生命伦理与医疗政策》^①

德国医疗刑法一百多年来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、辅助生殖、基因工程等。医疗技术的发展对刑法产生了重大影响,不断为刑法理论提出新的课题,“医疗和刑法的结合愈来愈紧密”。^② 因此,笔者在博士学位论文《医疗刑法研究》阶段性地完成了对医疗刑法传统问题的探讨后,将研究视野投向了尖端医疗领域的刑法问题,继续推

^① 台湾医师公会联合会:《生命伦理与医疗政策》,2005年,第21页。尖端医疗技术与宗教学、伦理学、法学、社会学等诸多学科具有紧密的联系,立法者必须从各个学科和不同领域的视角展开综合分析。本书的研究立场:秉持专业知识分享并推动公众参与立法的进路,在适应尖端医疗技术发展的同时,促进医疗领域的人文社科研究。本书的研究中心:基于刑法学的理论和方法,提出规制尖端医疗的立法对策。

^② 杨丹著:《医疗刑法研究》,中国人民大学出版社2010年版,第15页。

进和挖掘医疗刑法学这一“等待开采的富矿”。^①

人类辅助生殖、克隆人、器官移植、基因工程、变性手术等医疗技术,标志着—国临床实践和医学研究的最高水平,不但构成了医疗体系的重要组成部分,而且引发了社会、伦理和法律等领域的思考和变革。医疗刑法在尖端医疗领域的基本态度,影响尖端医疗技术的走向和未来。

一、研究概况

(一) 德国

在德国,医事刑法研究迄今已经经历了 110 余年的发展历程,依其研究重点分为三个阶段。

第一个阶段是初始期,自 19 世纪末到 20 世纪 60 年代末期,研究的重点是传统医疗行为中的医师义务问题。1899 年,刑法学家海姆贝尔格(Heimberge)发表了《刑法和医学》一文,首次提出了在医疗行为中医师侵害患者权利的问题,开启了医疗刑法的研究之门。1939 年,被誉为“医事刑法先驱”的埃伯哈德·施密特(Eberhard Schmidt)出版了《刑法中的医师》,阐明了了医师的诊疗义务、守密义务、救助义务及其界限,论证了医疗行为的正当化根据,提出了医疗过失的刑事责任问题,该书在被誉为刑法的经典著作之一的同时,也被认为具有现代意义。1957 年,施密特在《法医学教科书》第 2 版上发表了《刑法中的医师》(与 1939 年单行本同名),其研究范围广于 1939 年的单行本,首次针对尖端医疗技术提出了医学研究中的医师义务,主要涉及尸体解剖、活体解剖和人体实验等问题。^②自此以后,医疗刑法的研究领域逐渐从传统的医疗问题扩大至新兴的医疗领域。

第二个阶段是发展期,自 20 世纪 60 年代末至 80 年代中期,本阶段延续了上一阶段研究,同时将研究视角拓展到新型医疗技术。1968 年,被誉为“古典医事法之父”的保罗·博克尔曼(Paul Bockelmann)出版了《医师刑法》一书,提出了刑法上的器官移植问题,该书对医学和刑法学都产生了巨大的影响,时至今日仍被作为医事法的基本书献之一。1986 年,特奥多尔·伦克纳(Theodor Lenckner)在《针对医学家和法学家的法医学实际》上发表了《医师和刑法》的论文,其研究关注的是新兴医疗问题,涵盖了积极安乐死、消极安

① 杨丹著:《医疗刑法研究》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 324 页。

② 齊藤誠二:『医事刑法の基礎理論』、多賀出版株式会社、1997、頁 7—8。

乐死、器官移植、与生育有关的如不妊、妊娠中绝等特殊的医师侵袭问题。^①1988年,克劳斯·乌尔森海姆(Klaus Ulsenheimer)出版了《实务医事刑法》,除了此前已有研究的器官移植、妊娠中绝等问题,还论及了现代生殖技术和遗传基因工程学领域的可罚性行为等;^②1989年,阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)将其在慕尼黑大学法学院课堂上参加者报告结集为《现代医学与刑法》,涵盖了5个大问题27个小问题:第一,基础研究:历史发展,医师的说明义务与专断的治疗行为。第二,人体试验与治疗行为的边界:医学研究与人体试验,治疗性试验和允许的危险,器官移植的法律维度,死亡时间及其判定,心脏起搏器的摘出和再利用,出生前的伤害。第三,生死之际的医师义务:紧急医疗与撤除人工呼吸装置,尊严死与帮助自杀,受嘱托的杀人,医师受嘱托不介入患者死亡,最严重障碍新生儿的生存权。第四,生殖技术和人类遗传学:非配偶者间的人工授精,体外受精和胚胎移植,受精卵和初期胚胎的处置,代孕母亲,生殖性克隆人,人类遗传基因操作等。第五,具体问题:患者的指示,医院内的职务分工,医师的治疗义务和强制措施,尸体检验和解剖;切除生殖器官的容许性,动物试验。^③从内容上看,该书的重心不再是医疗刑法的传统论题,并且,有意识地将艾滋病和妊娠中绝的问题排除于外。尽管仍然存在必须进一步整理的问题点,但是该书已经提出了现代医事刑法涉及的大部分问题,展现了德国医疗刑法研究的全貌。

第三个阶段是成熟期,自20世纪90年代延续至今。阿尔宾·艾扎教授(Albin Eser)围绕人工流产、人类胚胎干细胞发表了数量庞大的论文,成为德国医疗刑法研究的中心。1996年艾扎博士的论文结集为《尖端医疗和刑法》在日本翻译出版,该书从法益保护的视角审视了医疗和刑法的关系,梳理了德国生命保护的法制发展史,具体研究了辅助生殖、人类胚胎干细胞等技术的刑事规制。^④2010年,克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)和乌尔里希·施罗特(Ulrich Schorth)主编的《医疗刑法手册》一书发行了最新第4版,重点研究了尖端医疗领域的刑法问题,包括死后器官移植、活体器官移植和骨髓移植、器

① 齊藤誠二:『医事刑法の基礎理論』、多賀出版株式会社、1997、頁8—9。

② 齊藤誠二:『医事刑法の基礎理論』、多賀出版株式会社、1997、頁9—10。

③ A Kaufmann, R Merkel, MA Bay, *Moderne Medizin und Strafrecht; Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche*, C. F. Müller Juristischer, 1989.

④ Albin Eser:『先端医療と刑法』、上田健二、浅田和茂編訳、成文堂、1996。

官交易、干细胞研究和胚胎植入前诊断、连体婴儿外科分离手术、性别转换等。^①以艾扎博士的庞大研究为中心,结合罗克辛教授等的讨论,德国对尖端医疗技术领域的具体问题的探讨已非常深入。

德国医疗刑法的研究适应了医疗技术日新月异的发展,其重点从传统医疗行为全面转向了尖端医疗领域,随着研究者逐渐发现和重视伴随医疗技术进步产生的新型法益,相应地产生了增设新罪名的立法冲动。尽管研究者希望通过《德国刑法典》中已有的伤害罪、侵害秘密罪等罪名来规制尖端医疗技术,但是由于现有罪名的解释空间有限,无法容纳新型的法益。因而,多数研究者认为,对于非法利用基因信息,非法人体器官交易,异种间胚胎移植等行为,应当通过增设专门的罪名予以杜绝滥用的可能性,实现刑法的引导功能。

(二) 日本

在日本,医疗刑法学是一个深受研究者关注的领域,甲斐克则教授回顾了日本医疗刑法的研究历程,将其划分为四个阶段。^②

第一个阶段是黎明期,自《日本刑法典》颁布(1906年)至第二次世界大战结束(1945年)。这一阶段有学者开始研究医师的职责、义务、医疗过失等问题,但日本刑法学在此阶段总体上还处于围绕围绕学派之争的体系建构阶段,还没有开始真正意义上的医疗刑法研究。

第二个阶段是构筑基盘期,自第二次世界大战结束以后延续至1976年。研究者深化了对安乐死问题的关注,并且,以1968年札幌医科大学和田心脏移植案为契机,讨论脑死亡与器官移植的关系,此外,人体试验、尊严死等开始成为研究的热点。

第三个阶段是发展期,自1977年开始至20世纪末期。1977年日本刑法学会第五十三届大会将“医疗和刑法”列为共同研究议题。一方面,医疗刑法传统问题的研究向纵深发展,自我决定权理论对医疗行为的正当化根据、安乐死、尊严死等问题形成了重要的影响。另一方面,人工辅助生殖、代孕、胚胎保护、人体克隆技术等尖端医疗技术开始受到研究者的关注,代表性著作有大谷实教授《脑死亡·器官移植·体外受精》,中山敬一教授的《日本器官移植的刑法问题》,中谷瑾子教授的《21世纪的生命与法和伦理》及其续篇。

^① Claus Roxin, Ulrich Schroth. *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Richard Bookberg Verlag, 4. Aufl, 2010.

^② 甲斐克则:「医疗与刑法——医事刑法的回顾与展望」,『ジュリスト』第1348号。

第四个阶段是成熟期,由21世纪初期延续至今。本阶段的研究从生命伦理、人类尊严的角度,以“宽容原理”“法律上自由领域理论”为根据,对早期安乐死、尊严死、器官移植、人体胚胎、克隆人技术、心肺复苏手术、重度障害新生儿救助等问题展开深度论证,尖端医疗成为本阶段的研究焦点。例如,中山研一教授的著作《器官移植与脑死亡》早已译介我国。甲斐克则教授在尖端医疗领域进行了孜孜不倦的深耕,出版了“医事刑法研究系列文集”,第1卷是《安乐死和刑法》;第2卷是《尊严死和刑法》;第3卷是《被试验者保护和刑法》;第4卷是《生殖医疗和刑法》;第5卷是《医疗事故和刑法》,并且,主编了论文集《后基因社会与医事法》等。日本综合研究开发机构(综合研究開発機構)和川井健教授共同尝试起草了生命《生命科学的发展和法(生命伦理法草案)》,专章规定了胚胎犯罪的刑事责任,从多学科视域和比较法立场系统地研究了生命科学领域的刑事规制。在本阶段,2000年通过的《克隆技术规制法》引起了学界广泛关注,人体克隆技术、人类胚胎干细胞研究等是否应当进行刑事规制引发了激烈的争论。

日本的医疗刑法研究在初期主要受到德国的影响,但是,自20世纪60年代以后,开始接受肇始于美国的“知情同意”(Informed Consent)理论,病人的自我决定权成为医疗刑法的核心根据。同时,面对医疗技术的疾速发展,日本的医疗刑法研究相应地拓展至尖端医疗,并成为当前的研究重点,关于安乐死、克隆人技术规制等的立法和理论研究处于世界前沿。

(三) 美国

美国被认为是“对医疗纠纷研究得最为广泛和深入的国家”,^①美国的医疗法对英国产生了重大影响,进而影响到加拿大等英美法系国家,并且,传播至欧洲的大陆法系国家以及日本,等等。^②美国医疗法传统上的研究重点是知情同意理论、医疗过失、损害赔偿等,尤其是知情同意理论深刻地影响了医疗法的根据。同时,伴随尖端医疗技术的发展,研究者多从伦理学入手,以构建尖端医疗的制度体系为着眼点,系统讨论了辅助生殖、器官移植、基因工程等领域的问题。其中,有部分文献检讨了尖端医疗领域个别问题的犯罪化。《法律和医疗伦理》(J. K. Mason, R. A. McCall Smith, G. T. Laurie),分析了故

① 杨秀仪:“医疗纠纷与医疗无过失制度——美国经验四十年之探讨”,载《政大法学评论》第68期。

② Dieter Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Tübingen: j. c. b. mohr, p. xiii.

意传播人类免疫缺陷病毒(HIV,即艾滋病)行为的刑事责任,评述了变性手术、代孕母亲的刑事判例。《医疗法和伦理:文本案例文献》(Marc Stauch, Kay Wheat, John Tingle)讨论了器官买卖、安乐死的刑事责任。《医疗法和道德权利》(Carl Wellman),讨论了精神病与刑事责任、器官买卖等犯罪。

美国尚未形成体系化的医疗刑法研究,由其判例法的传统和联邦制的国家体制所决定,对尖端医疗技术引起的犯罪问题展开的是个案式和散在式的讨论。但是,美国在生命伦理和医疗纠纷实证研究中积累的丰富研究经验,能够为尖端医疗刑法的研究提供有力的借鉴。

(四)中国台湾地区

在中国台湾地区,医疗刑法中对于医疗义务、医疗过失、因果关系等传统问题的研究已经取得了较为丰硕的成果。^①在尖端医疗领域,对于器官移植、人类胚胎干细胞研究、变性手术等具体问题,更注重从比较法、法理学、宪法学、民法学、刑法学等学科开展综合研究。其中,刑法学领域的研究成果主要有《刑法上的生命、死亡与医疗》(王皇玉),《从人工生殖法草案探讨生命科技对刑法之冲击与影响》(付馨仪)等。从总体上看,基于刑法学理论的研究相较于其他学科——法理学和宪法学——显得比较薄弱。

从上述四个主要国家(地区)的研究历程来看,德国和日本的医疗刑法研究已经具有了相当长的历史,因为刑法一直保持着对医疗领域的关注和审视,所以随着新兴技术的发展,医疗刑法的研究视野自然而然地扩展至尖端医疗领域,人工辅助生殖和器官移植成为研究热点。美国的医疗法研究相当发达,但其研究重心是医疗行为的民事责任,医疗刑法研究则因刑事判例过少而被忽视。美国研究者对于尖端医疗技术的研究,通常从伦理视角深度切入,构建医疗法的整体制度体系,刑事法规制在其中仅是零散而片段化的存在。但是,美国对生命伦理的深入探讨,为尖端医疗刑事规制的必要性提供了本质和深层根据。台湾地区因医生被以“业务过失罪”追究刑事责任的案件非常多,所以研究者非常关注医疗过失、因果关系等传统问题。相形之下,对于尖端医疗的研究就显得较为薄弱,尚未形成系统的代表性研究成果。

(五)中国大陆

在我国,医疗领域曾经长期未得到刑法学者的重视,然而,自20世纪90年代中期以来,医患关系严重恶化,医疗纠纷呈爆炸性增长态势,对医疗行为

^① 杨丹著:《医疗刑法研究》,中国人民大学出版社2010年版,第18页。

的刑事规制吸引了越来越多研究者的视线。我国医疗刑法研究的进路大致可以归纳为三个方向,第一个方向是个罪研究,代表论著有《医疗事故罪研究》(臧冬斌著,武汉大学2002年博士学位论文)、《医疗事故罪的认定与处理》(冯卫国著,人民法院出版社2003年版);第二个方向是站在沟通医疗和刑法的高度,以“医疗刑法”为命题对医疗领域的基本问题作全方位的探索,代表论著有《医事刑法初论》(刘维新著,中国人民公安大学出版社2009年版),《医疗刑法研究》(杨丹著,中国人民大学出版社2010年版);第三个方向是因应医疗技术的最新发展,侧重于对尖端医疗技术所带来的刑法效应作集中审视。最早提出这一研究方向的是刘明祥教授,其申报的《医学进步带来的刑法学新问题》获得2002年国家社会科学基金立项,论文《器官移植涉及的刑法问题》(《中国法学》2001年第6期)是本领域研究的重要文献,该课题的结项成果《医学进步带来的刑法问题思考》于2015年出版,其中讨论了安乐死、器官移植等尖端医疗技术带来的刑法问题。其他的代表论著主要有《人类生死与刑事法律改革》(康均心主编,中国人民公安大学出版社2005年版),《生命科技犯罪及其刑法应对策略研究》(刘长秋著,法律出版社2006年版),《生命科技犯罪及现代刑事责任理论与制度研究》(刘长秋著,上海世纪出版集团2011年版),《现代生命科技犯罪及其刑法规制》(熊永明著,法律出版社2012年版)。

尽管我国对尖端医疗领域的刑法研究起步较晚,但是研究成果集中涌现,研究者以敏锐的问题意识和体系化的理论思维,将生命科技犯罪作为一个独立的犯罪类型展开研究,极大地推进了医疗刑法的研究进程。当然,现有研究还存在相当的不足,从整体上看,描述性和介绍性的研究较多,分析性和论证性的基础研究较少,理论研究和立法对策不能有机地结合;就具体内容而言,对某一具体医疗技术的研究相对深入,对整体尖端医疗领域的基础理论的研究则相当薄弱,研究者囿于研究视角的限制,仅就刑法谈刑法,忽略了从伦理学的视角、宪法学及其他部门法学的论证中探究“人”、“人的尊严”等核心问题,导致研究缺乏伦理的正当性基础和宪法学及其他部门法学的支撑,使得论证欠缺应有的深度。

本书将在我国医疗刑法研究的第三个方向上延伸,以“尖端医疗”为研究对象,从刑事规制的角度展开集中研究。本书将充分参考美国关于生命伦理学的研究成果,借鉴德日尖端医疗刑法重点研究的技术类型,追踪我国台湾地区发生的最新案例,结合我国尖端医疗技术的发展实况,考虑我国社会的关注

焦点,从基础理论和具体尖端医疗技术应用的刑法规制两个层面展开系统的研究,实现理论研究和立法对策的有机结合。

二、研究框架

本书以刑法应当如何积极且适当地介入尖端医疗领域作为研究起点,在整体尖端医疗领域和具体尖端医疗技术两个层面上,分别展开基础理论的一般探索和各类技术的个别分析。

首先,基础理论是尖端医疗刑法的总论,为刑法介入尖端医疗领域提供一般根据和标准。第一,尖端医疗领域刑法研究的基本立场,应当是直面尖端医疗为社会、伦理和法律带来的挑战,在整合学科的高度沟通刑法学和医学;第二,以整体医疗法为视角,梳理尖端医疗的伦理、宪法、民法以及行政法规制,建立生命伦理和医疗法律之间的沟通和连接,厘清宪法、民法、行政法对尖端医疗规制的不同层次和各有侧重;第三,从立法理念层面论证刑法介入尖端医疗的正当性、必要性和谦抑性,注重将医疗的特殊性与刑法的谦抑性有机协调,调和医疗的社会性与法益保护原则,确立尖端医疗领域犯罪化的一般标准;第四,从立法技术的层面,论证尖端医疗犯罪的立法原则、立法模式、犯罪分类及法定刑配置。从而为尖端医疗领域相关行为的犯罪化提供了可供操作的一般标准。

其次,对具体的尖端医疗技术应用的刑事规制是尖端医疗刑法的分论。本书参考德国、日本刑法在尖端医疗领域重点关注的对象,结合我国尖端医疗技术本身的发展状况和对社会生活带来的影响,选取了人类辅助生殖、克隆人、人类基因技术、人体器官移植、变性手术等最为重要和典型的技术类型,结合其研究和应用过程中的事实特征、相关滥用和不当应用行为的本质、比较法考察等逐一展开具体研究,在剖析其他规范不足以规制相关行为、但所涉法益重大的基础上,充分论证了刑法介入的正当性和必要性,设计相应的罪刑规范,实现理论研究和立法对策的有机衔接。

因此,本书分为两编,即上编“尖端医疗领域的刑法基础理论”和下编“具体尖端医疗技术研究和应用的刑法规制及立法对策”,二者是总论与分论、抽象与具体、一般和特殊的关系。总论部分建构了“生命伦理——整体医疗刑法——刑法规制(解释论基础上的空白立法填补)”的研究路径,探讨一切尖端医疗技术所涉及的共同的、普遍的刑法理论问题,基础理论的研究不能脱离具体类型的尖端医疗技术。虽然以具体尖端医疗技术的研究和应用作为素材

和支撑,但是研究最终超脱于具体的技术类型形成其基础性价值,基础理论的研究不仅对现有尖端医疗技术具有指导意义,其普适性更是为未来在面对全新的医疗技术时,提供研究逻辑、方法论、理念、原则和技术的指导,这正是基础研究的前瞻性之所在。分论部分则对各种类型的尖端医疗技术展开个别的研究,侧重于不同类型尖端医疗技术的特点,其具体的不当应用形式及所侵犯的特定法益,从刑法解释论和刑法立法论的维度展开研究,并根据需要提出具体的立法对策。

