

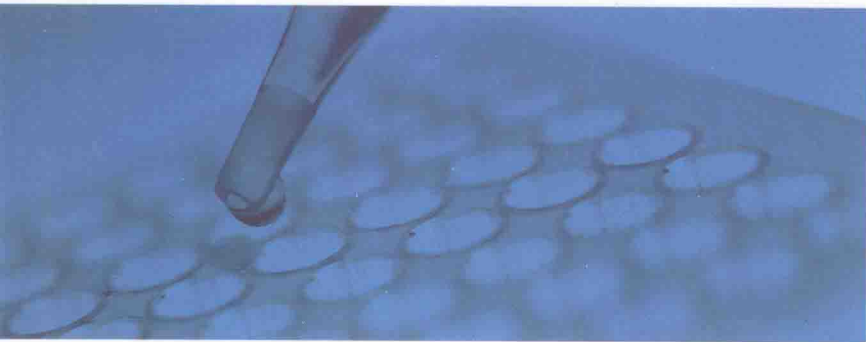
MEDICAL

刘明祥
曹菲
侯艳芳
著

医学进步带来的 刑法问题思考

Reflections on Criminal Law Issues Accompanied
by Medical Advance

CRIMINAL LAW



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

医学进步带来的 刑法问题思考

Reflections on Criminal Law Issues Accompanied
by Medical Advance

刘明祥
曹菲
侯艳芳

著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

医学进步带来的刑法问题思考/刘明祥,曹菲,侯艳芳著. —北京:北京大学出版社,2014.1

ISBN 978 - 7 - 301 - 23537 - 9

I. ①医… II. ①刘… ②曹… ③侯… III. ①医学 - 技术发展 - 关系 - 刑法 - 研究 IV. ①R ②D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第287986号



书名: 医学进步带来的刑法问题思考
著作责任者: 刘明祥 曹菲 侯艳芳 著
责任编辑: 王建君
标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23537 - 9/D · 3470
出版发行: 北京大学出版社
地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871
网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>
新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电子邮箱: yandayuanzhao@163.com
电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962
印 刷 者: 三河市博文印刷厂
经 销 者: 新华书店
965毫米×1300毫米 16开本 23印张 365千字
2014年1月第1版 2014年1月第1次印刷
定 价: 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

前 言

人类从事器官移植的试验始于20世纪初,但在肾脏等重要器官的移植方面直到20世纪50年代(我国在70年代)才取得成功;脑死亡是随着器官移植的需要而提出的新观念,国际上于1959年(我国到1988年)才开始提出讨论;现代意义上的安乐死,在20世纪50年代以后才逐步引起关注;还有试管婴儿的诞生、克隆人的试验,则是最近一些年才出现的事。随着医学的进步,器官移植、脑死亡、安乐死、克隆人等成为社会公众所关注的热点问题。对其中所涉及相关行为之合法与非法的界限如何界定?使这类行为正当化的根据何在?非法从事上述活动构成犯罪者,应如何定罪处罚?刑法还有必要增设哪些相关的新罪?如此等等,是医学进步带来的刑法学新问题,迫切需要从理论上研究解决,在法律上作出明确的规定。但是,由于这些问题提出并引起重视的历史不长,即便是在西方发达国家,对其中许多问题的研究也还不够深入,还存在激烈的争论,对某些问题(如是否允许克隆人)的研究还处于起步阶段。我国刑法理论界对上述问题的研究也还只是刚刚开始。基于对这些问题的好奇与探知的欲望,我以“医学进步带来的刑法学新问题”为题申请了国家社会科学基金项目,并获得了资助。本书即是该项目的最终研究成果。本项目研究能够完成并顺利通过鉴定结项,得益于曹菲和侯艳芳两位博士的积极协助与精诚合作,对此深表谢意。

全书由刘明祥修改定稿。具体写作分工如下:

刘明祥:第五章;

曹菲:第一章、第二章、第四章、第六章;

侯艳芳:第三章、第七章、第八章。

刘明祥
2013年10月

目 录

第一章 医学进步带来的医疗刑法理论	1
第一节 医疗刑法概述	1
第二节 医疗刑法研究的基本立场	29
第二章 医学进步带来的医疗行为正当化根据问题	40
第一节 治疗行为正当化根据的理论	41
第二节 治疗行为的正当化根据理论之展开	100
第三节 其他医疗行为的正当化根据	109
第三章 安乐死带来的刑法学问题	120
第一节 安乐死概述	120
第二节 安乐死面临的挑战	134
第三节 积极安乐死被允许的条件	140
第四节 尊严死的正当化	144
第四章 医师的专断治疗与患者的固执决定带来的刑法学 问题	154
第一节 专断的治疗行为的刑法评价	154
第二节 医师遵从患者或其亲属不合理要求的刑事责任	168
第五章 器官移植带来的刑法学问题	186
第一节 器官移植与犯罪	186
第二节 器官移植与脑死亡	208
第六章 小组医疗带来的刑法学问题	229
第一节 小组医疗事故中的因果关系与过失竞合	230
第二节 小组医疗中信赖原则的适用	254

2 医学进步带来的刑法问题思考

第七章 传染病防治带来的刑法学问题	288
第一节 与传染病防治相关的犯罪及其立法	288
第二节 传播艾滋病病毒行为的刑法应对	308
第八章 人体实验带来的刑法学问题	320
第一节 人体实验与刑法规制	320
第二节 新药实验与刑法规制	354

第一章 医学进步带来的 医疗刑法理论

第一节 医疗刑法概述

一、医学进步与医疗纠纷

人类健康的日常生活得以维系,医疗的作用不可或缺。由于医疗行为具有高度的专门性和目的的崇高性,自古以来,对医疗行为的规制基本都委诸于医疗伦理,法律尤其是刑法对医疗领域的介入,可以说是例外中的例外。而且,当时医疗纠纷的发生率本身也很低。虽然医学水平、医疗技术有限,很多疾病都无法治愈,医生对绝症患者所能做的太多只是拉着患者的手说一些宽慰的话,但家属在送走了亲人之后往往会对医生真诚道谢。而现在医疗技术突飞猛进,很多以前被认为是绝症的疾病都能得到根治,医疗纠纷却不减反增,患者和家属稍有不如意就将医生告上法庭。对医疗行为的法律规制也早已不局限于民事赔偿和行政处罚,对医疗行为如何加以刑事规制的问题已经迫不及待地闯入人们的眼帘。

为什么医疗进步了医疗纠纷却不减反增,以至于达到需要动用刑法加以规制的地步?答案或许颇具讽刺意味,或许会令医疗从业者唏嘘感叹。导致对医疗行为刑事规制需求增加的,正是医疗的进步本身。

1. 医疗技术进步萌生出新的、值得刑法加以保护的法益

例如,在体外受精技术出现以前,从精子、卵子结合到受精胚胎在子宫内着床,只是一个短暂的、且在母体内完成的过程,根本不需要专门规定人类受精胚胎的法律地位来予以保护。但体外受精技术的出现,使得受精胚胎可以在试管内存活很久,于是就有可能成为盗窃、破坏的对象,

就产生了动用刑法加以保护的需求。虽然人类受精胚胎在民法上的法律地位还未定,在移入母体前,不属于胎儿,不能作为母体的一部分加以保护,又存在生命迹象,难以将之解释为物,用物权加以保护。但“有利益的地方就有犯罪人”,人类受精胚胎具有的可转移性、对人类的利益性,决定了它必然要成为刑法保护的对象。在人体克隆技术的应用、人体由来物质的利用、再生医疗等许多领域,都存在同样的问题。

2. 新药品、新疗法包含的对人类生命、身体法益的高度侵袭、高度风险,决定了刑法介入的必然性

新药品、新疗法的研发适用,带来的不仅仅是疗效上革命性的进步,医疗行为包含的对人类生命、身体的侵袭程度、风险也比以往成倍地增高。这种侵袭性高、风险性大的医疗行为,如果是在未经患者同意的情况下实施的,或者虽然得到了患者同意,但是在对该医疗行为的本质缺乏了解的情况下作出的同意,并最终导致患者死伤结果的发生,就可能不仅构成医疗事故罪,还构成故意伤害罪。即使医疗行为征得了患者的有效同意,患者甘冒风险,如果该医疗行为在技术面、伦理面尚存争议,尚未得到医疗准则的公认,考虑到所涉及法益的重大性,已经超出了个人可以自我决定的范围,还是有可能成为刑法规制的对象。总之,人的生命、身体法益是刑法上最首要的保护法益,医疗行为蕴含的对人生命、身体所可能造成的高度风险,决定了它必然要成为刑法规制的对象。

3. 医疗的大量化、专门化造成的医患之间不信任直接导致医疗纠纷的增多,需要明确划定刑法介入医疗的范围

医疗保险制度的推行使得医疗的可行性大为提高,对普通百姓而言,看病就医已不再遥不可及。但相应的,医疗需求的大幅度提高直接导致医院的负荷加重,医疗机构尤其是大型综合性医院常常人满为患,医生对每一名患者的问诊时间不得不相应缩短,无法对医疗行为的每一个细节加以说明告知。同时,医疗逐渐向专业化、分科化发展,医生在面对患者时,注视的只不过是某个具体的发病器官,而不是患者作为一个“人”的需求。传统上医生与患者间私人性、亲属般的信赖关系早已不复存在,被组织性的事务处理关系所取代。患者感到自己在医疗关系中的主体地位完全不受重视,沦为医疗流水线上被处理的对象。医生也对患者抱有戒心,为了避免成为被告,索性采取防御性医疗。由此导致近年来医疗纠纷的激增,需要明确划定刑法介入医疗的范围。

二、医疗刑法的定义

医疗刑法,是指从刑事法的视角对与医疗相关的问题、案件进行理论研究,以谋求解决这些问题的正确途径,并使相关刑事案件得到合理处理的学科领域。从学科的体系定位来看,医疗刑法是跨越了刑法、医事法两个领域的综合学科。一方面,医疗刑法是与经济刑法、环境刑法等相并列的刑法学的分支部门;另一方面,医疗刑法又是医事法学的一个重要分支,与医疗民法学、医疗行政法学、医疗社会法学、医疗伦理学等处于同一位阶。对于这一顺应医疗技术发展的日新月异和医患关系的变化应运而生、在刑法和医事法学之间起着桥梁作用的崭新领域,有必要从综合科学的视角,将其作为一个独立的学科领域展开研究。

三、医疗刑法的研究对象

研究医疗刑法,首先要对作为研究对象的医疗行为概念的内涵与外延进行界定。对于什么是医疗行为,《日本医疗法》第1条之二第1款规定:“医疗,应当以对生命的尊重和维护个人尊严为宗旨,基于医师、齿科医生、药剂师、护士及其他医疗承担者与医疗接受者之间的信赖关系,根据医疗接受者的身心状况而实施。其内容不仅限于治疗,还包括为预防疾病而采取的措施和恢复训练,且必须是优质而适当的。”我国台湾地区“卫生署”于1976年4月6日发布的卫署医字第107880号函将医疗行为界定为:“凡以治疗、矫正或预防人体疾病、伤害、残缺或保健为目的,所为之诊察及治疗,或基于诊察、诊断结果而以治疗为目的所为之处分,或用药等行为或一部之总称,谓为医疗行为。”我国并不存在“医疗法”,也没有相关法律或司法解释对医疗行为的概念给出明确定义。《中华人民共和国执业医师法》(以下简称《执业医师法》)将医师的执业活动定位为“医疗^①、预防、保健”,由此似乎可以对立法者所理解的医疗行为的外延揣测出一些端倪,但仅这三者显然无法涵盖现代医疗所涉及的广阔领域。

由此可见,医事行政法律上的医疗行为定义,虽然并不仅限于治疗行为,但治疗行为却是绝对的主体。无论是治疗、预防还是恢复训练,都是

^① 将“医疗”与“预防”“保健”相并列,不得不说法也混淆了“医疗”与“治疗”的概念。从法条的文脉也可以看出,这里的“医疗”指的其实是以治愈一定疾病为目的的。

针对某种疾病而展开的,以克服这种疾病、恢复、增进患者的健康利益为目标。像美容整形手术、人工生殖、为了器官移植、输血、植皮需要而对健康的捐赠者实施的摘取肾脏、抽血、切除皮肤的行为,这类虽然运用医疗技术而实施,对承受者一方的身体具有较大侵袭性,但医疗承受者本身并未患有疾病,接受医疗也不会对医疗承受者的健康利益有所增进的医疗处置,是无法包摄进医疗行为的概念的。然而,这显然有悖于现代医疗的发展潮流及其所带来的刑法上的保护需要。将医事行政法上对医疗行为的定义直接照搬于医疗刑法研究领域,是万万不可的。

我国学者也逐渐意识到这一问题,开始对医疗行为的概念界定展开新探索。例如,有学者指出:“医疗行为应当是指对疾病的预防、诊断、治疗、护理和对身体之矫正、助产、堕胎等以医学知识与医学技术为行为的准则,直接作用于人体,导致人体的形态和/或功能发生一定变化或恢复的医学行为的总称。医疗行为应当具有以下一些特征:(1)应当出于医疗的目的而实施,但并不要求医疗行为是为法律所许可的。需要注意的是,医疗的目的与治疗的目的并不是同一概念。(2)应以医学知识与技术为准则,即日本学者大谷实教授所说的医疗行为中的‘医学的适应性’和‘医疗技术的正当性’。(3)医疗行为应直接作用于人的身体,即医疗行为的对象是人的身体。(4)医疗行为应当以人体的形态和/或功能发生一定的变化或恢复为结果,这也是医疗行为的最终目的。”^①(以下简称定义一)还有学者认为:“医疗行为是指以医疗技术为手段、针对人体实施的具有一定医疗目的的行为的总称。既包括诊疗目的的医疗行为也包括实验性医疗行为。即医疗行为具备三个特征,即手段特殊性——医疗技术手段、对象针对性——人体、目的特定性——医疗目的。”^②(以下简称定义二)

上述定义注意到了“医疗”和“治疗”的区别,使得许多虽然不具有治疗目的但是运用医疗技术实施的处置得以纳入医疗行为的范围,对医疗行为最本质的属性——运用医疗技术——也给予了足够重视,这确实值得肯定,但还是存在以下问题:

(1) 定义一和定义二都从正面要求以医疗为目的,但究竟什么是“医

① 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49页。

② 张芳英:《医疗过失罪责研究》,武汉大学2006年博士论文,第7页。

疗目的”,本身是不明确的。日本理论界在讨论治疗行为的正当化根据时,对于行为人主观上必须具有“治疗目的”,还是仅行为在客观上具有治愈倾向就够了,存在激烈对立。但应当注意到,“治疗目的”和“医疗目的”是不一样的。“治疗”的概念本身就包含一定的目的性,以治愈某种既有的疾病、恢复健康为指向。与之相比,“医疗”更倾向于一种单纯的技术运用,中性无色,可以被用于任何目的。在运用医疗技术而实施的行为中,究竟哪些算具有医疗目的,哪些算不具有医疗目的,完全取决于个人的理解和解释。例如,为执行计划生育政策而实施的人工流产手术,无疑是运用医疗技术而实施且对人身具有一定侵袭性的行为,完全有必要纳入医疗行为的范畴、作为医疗刑法上的处罚对象加以保护。但手术本身确实是以执行计划生育政策为目的的,如果硬要将其解释为医疗目的,不免有些牵强。总之,“医疗目的”这一概念本身的空虚性,决定了它不宜作为界定医疗行为的要件。

(2) 定义一要求医疗行为必须以医学知识、医学技术为准则而实施,符合“医学的适应性”和“医术的正当性”的要件,这其实是混淆了医疗行为的概念与医疗行为的正当化要件。医疗行为本身是一个中性无色的概念,既包括合法的医疗行为,也包括非法的医疗行为,遵守了医疗准则或许能够使医疗行为得以正当化,但没有遵守医疗准则也不影响医疗行为本身的成立。而且,“医学的适应性”(medizinische Indiziertheit),是指该治疗行为是为了维持、恢复患者的生命、健康所必需而实施的。“医术的正当性”(medizinische Kunstgerechtigkeit),是指该治疗行为是遵照医学上一般承认的医学准则而实施的。^① 按照德、日刑法理论的一般理解,这二者都属于“治疗行为”的正当化要件,并不是针对“医疗行为”而提出的。

对此问题,日本的判例经过多年的积累,基本达成了一致,认为“医疗是指,如果缺乏医师的医学判断与技术就有可能给人体带来危害的行为”。^② 这一定义虽然简洁,但实际上包含着主体的限定性(仅限于医师)、医疗技术性、对人体的危险性这三个方面的要求。在这三点要求中,

^① 参见〔日〕甲斐克则:《医事刑法之旅Ⅰ》,イウス出版社2006年版,第30页;〔日〕町野翔:《患者的自我决定权与法》,东京大学出版会1986年版,第3页。

^② 参见〔日〕野田宽:《医事法》(上卷),青林书院1984年版,第60页。

笔者认为,对医疗行为的实施主体进行限定是不必要的。

首先,除了医师以外,护士、助产士等合法的医疗从业者无疑也可以成为医疗行为的主体。

其次,未取得医师资格的人运用医疗技术实施的对人体具有一定侵袭性的医疗处置,也应属于医疗行为。它与有资格的医师实施的合法的医疗行为的差别仅在于,在造成医疗事故时是适用医疗事故罪处罚还是适用非法行医罪处罚而已,医疗行为的性质本身不受影响。

再次,随着在宅医疗的发展,由家政服务人员实施的吸痰、更换腹膜透析的透析液等行为早已屡见不鲜,而且还有范围不断扩大的趋势。这些行为虽然是由无资格者实施的,但确实运用了一定的医疗技术,而且一旦操作不当就有可能对患者身体造成危险。如果将医疗行为的主体限定为医师,就会将在宅医疗这一今后还有巨大发展空间的领域排除在了医疗刑法的研究对象之外。

在余下的两点要求中,医疗技术性自不必说,这是医疗行为最本质的属性。对人体的危险性也是必要的,这一限定可以将涂抹药膏、血压测定之类的虽然也需要一定的医疗技术,但却不足以对人体健康造成侵袭、不值得刑法介入的行为,排除在医疗行为的范围之外。不过,相较于“有可能给人体带来危险”而言,还是“对人体的侵袭性”的提法更为恰当。因为某一医疗处置是否会给人体带来危险,在很大程度上取决于医疗处置的承受者的个人情况。对下定义而言,还是“侵袭性”这一侧重客观的评价标准更为适宜。

基于以上分析,笔者将医疗行为定义为“基于医疗技术而实施、对人体具有一定侵袭性的行为”。

四、医疗刑法的基本问题

(一) 德、日医疗刑法研究的发展历程与问题点概观

对医疗行为的过失尤其是医师的过失给予刑事处罚,自古以来就存在。例如1532年的《卡罗琳娜刑法典》(Constitutio Criminalis Carolina)第134条就规定:“医师轻率地、未经深思熟虑地滥用医药品,或者没有正当理由将未经许可的医药品置于自己的管理之下,致使他人因不够勤勉或缺乏技术并非故意地使用该医药品致人死亡的,对该医师科处罚金。对

医药品的使用并不熟悉却还予以使用的轻率的人,也应科处刑罚。”^①但真正意义上的医疗刑法研究却是在 19 世纪末的德国拉开帷幕,以 1894 年德意志帝国法院的骨癌判决为契机,围绕医师专断的治疗行为展开的。回顾迄今为止 110 余年的发展历程,医疗刑法研究的重点领域一直处于不断发展变动中。下面笔者将对德、日医疗刑法研究的发展历程进行回顾,对所涉及的问题点进行归纳,以期对当今医疗刑法研究重点的分布形成一个概观。

1. 德国医疗刑法研究的发展历程与问题点

德国的医疗刑法研究可以划分为三个阶段。从 19 世纪末到 20 世纪 60 年代中期属于初始期,研究主要集中于医师的义务(诊疗义务、守秘义务、救助义务)及其界限、以治疗为目的的医师的侵袭及其正当化、医师的技术过误(即医疗过误)这三个领域。^②20 世纪 60 年代末期到 80 年代中期属于发展期,对初始期的三个重点领域的研究还在继续,尤其是对治疗行为论,开始注重从告知后同意原则的角度进行切入。与此同时,对安乐死、尊严死、器官移植、生殖辅助医疗的研究开始起步。^③20 世纪 80 年代末期至今属于成熟期,医师的守秘义务和医疗过误等传统问题逐渐淡出人们的视野,安乐死、尊严死、器官移植、生殖辅助医疗成长为医疗刑法研究的大热点,在其背后起支撑作用的是自律与自我决定这一共通的思想哲学基础。近年来,人体克隆技术的刑事规制、遗传因子医疗、医疗信息的刑法保护也成为无可争议的研究重点。1989 年,Arthur Kaufmann 将其于 1985 年夏季学期在慕尼黑大学法学院开设的讨论课上参加者的报告编集成一本名为《现代医疗与刑法》^④的著作,其中涉及以下 5 个大问题、27 个小问题,由此基本可以对当代德国医疗刑法研究的全貌形成一个

① Albin Eser, Perspektiven des Medizin (straf) rechts, in Wolfgang Frisch (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, Portugiesischdeutsches Symposium zu Ehren vom Albin Eser in Coimbra, Nomos Verlagsgesellschaft 2006, S. 11.

② 初始期的代表性文献,请参见 Kahl, Der Arzt im Strafrecht, ZStW, Bd. 39, 1909, S. 351ff; Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939; Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, in: A. Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl., 1957, S. 1-79.

③ 发展期的代表性文献,请参见 Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968; Lenckner, Arzt und Strafrecht, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen, 1986, S. 569—614; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 1988.

④ Arthur Kaufmann (Hrsg.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989.

概观:

(1) 基础性问题:历史的发展(从希波克拉底的誓言到生命伦理);医师的说明义务与专断的治疗行为;医疗过失及其证明。

(2) 试验与治疗行为的边界:医学的研究与人体实验;治疗性试验与被容许的危险;从法的角度看器官移植;死亡的时点及其判定;起搏器的摘出与再利用;羊水的排出与出生前的伤害。

(3) 在生与死之间医师的任务:急救医疗与人工呼吸器的摘除;尊严死与自杀帮助;受嘱托杀人;医师接受嘱托不介入患者的死;临终护理;重度障碍新生儿的生存权。

(4) 生殖技术与人类遗传学:非配偶之间的人工授精;体外受精与胚胎的移植;受精卵、初期胚胎的处理(用于试验、废弃等);所谓“代理孕母”;人体克隆;人类遗传因子的使用。

(5) 各具体问题:患者的指示(Patientenverfügung);医院内职务分担的问题;医师的治疗义务与医师的强制措施;尸检与尸体解剖;去势手术的容许性;动物试验。

德国的医疗刑法研究经历了百余年发展至今,呈现出两种相互对立、却又并行不悖的发展趋向:一方面,存在为伴随医疗技术进步萌生出的新法益增设新构成要件的立法冲动;另一方面,刑事司法对医疗领域的介入却在整体上呈撤退之势。

对于医疗技术进步萌生出的崭新的、值得刑法加以保护的法益,学者们首先想到的是能否用目前现有的分则构成要件将其涵盖。例如,对于《德国刑法》第223条伤害罪的保护法益,理论界一直都倾向于肉体上的健康这种一边倒的理解。但是,如果因不满自己的外观而承受的精神上的痛苦也可以被理解为健康损害,属于刑法上重要的疾病,为了整形美容而实施的医疗侵袭或者变性手术,如果能有助于消除这种精神上的痛苦,就应当被赋予更高的评价。因患者无力承担医疗费,或某种药品、疗法、检查不属于医疗保险的承担范围,医师没有为患者提供必要的医疗,即所谓医疗上的不作为,也可以在伤害罪的构成要件范畴内展开讨论。让不具备完全的同意能力的患者住院接受治疗,或者强制医疗,不仅构成对身体完整性的侵害,还有可能符合《德国刑法》第240条强制罪的构成要件。传染病尤其是艾滋病患者不愿将自己感染的事实告知配偶或者性伴侣,医师却感到有必要对承受危险的人尽到说明义务,这种情况也可以纳入

《德国刑法》第 203 条第 1 款侵害秘密罪的构成要件范围展开讨论。但是,解释能够发挥作用的空间也是有限的,当某一新兴法益无论如何也无法纳入传统的构成要件范围,就必须考虑为其增设专门的构成要件。例如对遗传信息利用、活体器官提供、异种间器官移植的限制,对商业性器官买卖的禁止,对包括干细胞的利用在内的胚胎研究的规制,多数德国学者都认为应当通过刑事立法的强化杜绝滥用的可能性,实现刑法的规范指导机能。

与增设新构成要件的火热讨论形成鲜明对照的是,刑事司法对医疗领域的介入在整体上其实是呈撤退之势,具体表现为以下三个方面。

(1) 民事司法对刑事司法的排除。根据德国学者的研究,近年来医疗过失领域的民事判例在逐渐增多,刑事判例则不断减少。究其原因,对患者而言,与其对侵害了自己利益的医师课以刑罚、得到感情上的满足,患者更倾向于得到金钱上的赔偿,可能是最直接的原因。但其他制度方面的因素也不可忽视。随着医疗保险制度的普及,多数医疗行为都被纳入保险的支付对象,医患之间传统上的个人对个人的信赖关系早已不复存在,医师的角色逐渐演变为医疗保险制度的一个执行环节。此外,民事诉讼中本来应该由原告患者一方承担的证明责任,越来越多地转移到医师一方承担,获得民事上的赔偿变得越来越容易。刑事诉讼中的证明责任虽然是由检方承担,但由于刑事诉讼对证明标准的要求较高,以及医疗过失因果关系本身的复杂性,90% 的医疗过失刑事案件还没有到提起公诉阶段就结束了,最终确认有罪的判决还不到 5%。^① 期待经济赔偿的患者索性在一开始就选择民事手段解决。

(2) 刑法有意识地自制。自从 1894 年德意志帝国法院骨癌判决将具有医学上的正当性并且取得了成功、但是未经患者同意的截肢手术认定为伤害罪,为专断的治疗行为制定独立的构成要件,将其与通常的伤害明确加以区分,来自于理论界的呼声就一直没有停息过。虽然由于来自医疗界的反对、草案的立法技术等各方面的问题,专断的治疗行为特别构成要件的导入至今未能在德国刑法中实现。但是,对治疗关系上的侵袭作出特别规定,将其与一般的伤害行为明确加以区分,主要以对患者自我

^① K. Ulsenheimer, Die Entwicklung des Arztstrafrechts in der Praxis der letzten 20 Jahre, in: A. Eser/H. Just/H.-G. Koch [Hrsg.], Perspektiven des Medizinrechts, 2004, S. 71.

决定权的尊重和保证医疗质量为保护法益,这一基本方向已得到多数学者的认同。^①

(3) 程序性预防的强化将多数危害行为阻截在了行政违法阶段。正如要求排放主体履行定期报告义务、保留一定的行政许可权限,有助于环境保护政策的有效执行一样。在医疗领域,要求医师在实施某种特定的医疗行为时必须先履行特定的手续,也将有助于患者利益的维护和增进。例如,对医药品的试验导入伦理委员会的审查(《德国药事法》第40条第1项),在履行器官移植的证明手续时要求器官提供者的亲属在场(《德国器官移植法》第3条以下)。如果这些程序上的要求能够切实得到履行,多数危害行为都会在行政违法阶段就被阻截,而轮不到刑法上保护患者生命、身体的完整性和自我决定权的刑罚处罚条款出场。不过,这并不等于医疗领域中刑法的无用处。刑法为某种法益设立构成要件,本身就是对该种法益具有值得刑法保护的重要价值的一种确认。尤其是在医疗伦理本身都在经历剧烈变革的当今社会,通过刑法的保护提升公众对特定法益的尊重的普遍意识,刑法具有的这种规范确立机能就更加不可忽视。^②

2. 日本医疗刑法研究的发展历程与问题点

日本医事刑法学权威甲斐克则教授将日本医事刑法^③研究的发展概括为四个阶段。^④

(1) 从1910年代到第二次世界大战为黎明期。1912年花井卓藏教授在《刑法俗论》一书中对“刑法与医师”进行了专门论述,涉及医师的职业权、医师的过失责任、医师的守秘义务、医师的证言拒绝权、安乐死、新马尔萨斯论与刑法修改、人工流产与妊娠中绝法与刑法、医师在法庭上的

① 医疗领域中刑法有意识地自制,并非德国独有的现象。德国有关专断的治疗行为立法化的讨论,影响了欧洲其他国家,奥地利、葡萄牙等国都在刑法中增设了“专断的治疗行为”的构成要件。

② Albin Eser, Perspektiven des Medizin (straf) rechts, in Wolfgang Frisch (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, Portugiesischdeutsches Symposium zu Ehren vom Albin Eser in Coimbra, Nomos Verlagsgesellschaft 2006, S. 21-30.

③ 日本理论界通常使用“医事刑法”这一概念,本书在这里沿用日本学者的这一表述,在意思上与“医疗刑法”的概念并无特别不同。

④ 参见〔日〕甲斐克则:《医疗与刑法——医事刑法的回顾与展望》,载《ジュリスト》第1348号,第130—143页。

责任等具体问题,日本近代医事刑法研究就由此拉开帷幕。进入20世纪30年代,受德国的影响,开始有学者围绕医师的手术与伤害罪的关系,对治疗行为在刑法上的意义展开系统的研究。在此之后,有关堕胎、安乐死、输血用血浆的买卖、责任能力、医师出具虚假鉴定、诊断书的刑事责任、泄露秘密罪等的比较法研究,也开始逐渐步入学者们的视野。但总体而言,这一时期的刑法学研究尚处于围绕学派之争展开的体系建构阶段,真正意义上的医事刑法研究还尚未展开。

(2) 从“二战”后到20世纪70年代中期为基础构筑期。这一时期,对安乐死的研究得到进一步深化。“恻隐之心”这种传统的正当化根据已经显得单薄、缺乏说服力,学者们开始转而从患者承诺、紧急避险等方面为间接的安乐死和积极的安乐死寻找正当化根据。以1968年札幌医大和田心脏移植案为契机,理论界对脑死亡与脏器移植展开了大规模的研究。而且讨论已经不仅限于从活体上摘取器官,从尸体上摘取器官的合法性、尸体的处分权问题也开始受到学者瞩目。也是在这一时期,从患者同意、患者的自我决定权的角度切入,对治疗行为的正当化根据及其界限进行研究,开始受到学界的广泛关注。违反医师法上的接诊义务能否构成刑法上的不真正不作为犯、人体实验中被实验者的保护(尤其是从人类尊严的角度)、终止或患者自己拒绝人工延命治疗即尊严死的问题,也是这一时期的研究热点。

(3) 从1977年日本刑法学会第53次年会以“医疗与刑法”作为共同研究主题到20世纪结束为伸展期。这一时期自我决定权思想空前高涨,无论是治疗行为的正当化根据还是安乐死、尊严死的合法化问题,都倾向于以患者的自我决定权作为立论根据。针对专断的治疗行为在刑法上的评价,形成了治疗行为伤害说与治疗行为非伤害说的对立。对于积极的安乐死和终止延命治疗的尊严死,学者们的研究已经不局限于能否予以正当化的层面,而开始对适法化的具体要件进行探讨。在脑死亡与器官移植方面,问题主要集中于脑死亡能否作为死亡的判断标准。如果对此未达成统一认识,即使存在明确的器官提供意思,对于从脑死亡者身体摘取器官的行为在刑法上的评价,还是会发生严重分歧。如果视脑死亡为人的死亡,就属于从尸体上正当地摘取器官;而如果视脑死亡者为活体,就只能考虑通过违法性阻却或可罚的违法性阻却实现正当化。在承认脑死亡为人的死亡标准的学说内部,还存在脑死一元论(只有在涉及器官移