

学校编码：10384

分类号 _____ 密级 _____

学号：13020111150322

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

病患承诺权的刑法学意义探讨

Studies on Patients' Commitment:
A Perspective Based on Criminal Law

赵良玲

指导教师姓名： 陈 晓 明 教 授

专业名称： 法 律 硕 士

论文提交日期： 2014 年 4 月

论文答辩时间： 2014 年 月

学位授予日期： 2014 年 月

答辩委员会主席： _____

评 阅 人： _____

2014 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

- () 1.经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于
年 月 日解密，解密后适用上述授权。
- () 2.不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

本论文之所以以病患承诺为研究主题，主要是因为医学临床实务上，许多的医疗纠纷起因于医生未取得病患承诺或取得的病患承诺无效，甚至被认为是伤害行为，因此医生在为医疗行为前对病患告知并取得病患承诺相当重要。病患承诺观念在过去传统父权主义的医疗模式下并不受到重视，直到近代病患自主权得到提升后才有所改善，病患承诺作为医生实施医疗行为的违法阻却事由，大多数国家已在刑法中规定。由于医疗刑法体系未确立，我国刑法并未对病患承诺作出明文规定，且病患承诺的研究在我国刚起步，许多问题有待进一步厘清。病患承诺理论的研究，对于正确高效地处理司法实践中的医疗纠纷案件以及更好地保护公民自我决定权、完善我国医疗刑法体系，有着积极意义。

本文共分为三个部分：引言、正文、结语；正文分为四个部分：

第一章对医疗行为与病患承诺的基本问题进行了简单的阐述和梳理，为后文病患承诺理论研究奠定了基础。首先介绍了医疗行为的概念，并简要阐述了医疗行为的特征；其次，介绍了医疗行为的性质，以及病患承诺的正当化根据；最后，阐述了研究病患承诺制度的重要意义。第二章是对病患承诺的有效要件进行探讨。与被害人承诺相比，完全有效的病患承诺的有效要件限制更严格，其次介绍了推定病患承诺的有效要件及性质。第三章是瑕疵的病患承诺。这部分内容是从反面来排除无效的病患承诺，针对实践中出现的典型医疗案例，做具体的分析并对上章的限制条件进行更深入的理解，分析实践中存在的问题，避免发生医疗纠纷。第四章概括地介绍了国内外对医疗犯罪的相关法律规定，从而对比出我国刑法对于病患承诺研究的不足，分析病患承诺在我国研究不足的原因，文章最后笔者提出了一些对于完善刑法体系的建议。

关键词：病患承诺；正当化根据；有效要件

ABSTRACT

The paper focuses on the subject of patients' commitment, because several cases of medical malpractice in clinical medicine are due to the fact that physicians' failing to fully obtain patients' commitment or the commitment is invalid. Sometimes it is concerned as injurious behavior. Therefore, it is critical that physicians obtain commitment from patients before performing medical conduct. The concept of patients' commitment is not taken seriously under paternal medical modern until the rising of patients' autonomy. Patients' commitment has been stated in Criminal Law in many countries. Since the medical criminal system has not been established in our country, patients' commitment hasn't been prescribed in the criminal code. The study of patients' commitment in our country has just started, many issues need to be clarified. The research of patients' commitment has positive significance to handle the medical malpractice cases correctly and efficiently, protect the citizens' right of self-determination, improve our medical criminal system.

This paper is divided into three parts: introduction, body, conclusion. The body is divided into four chapters:

The first chapter simply and elaborately expounds the fundamental questions of medical conduct and patients' commitment, it lays the foundation for the later theoretical study of patients' commitment. First, it introduces the concept of medical conduct, and briefly describes the characteristics of medical conduct. Secondly, it introduces the nature of medical conduct, and legal basis of Patients' commitment. The second chapter explores patients' commitment based on criminal law. Patients' commitment has more restrictive requirements than victims' commitment. The third part is focused on the content of defective patients' promise. It eliminates invalid commitment from the opposite side and

analysis some typical medical practice cases in detail. Also it will comprehend the restrictive conditions mentioned in the last chapter in depth, find out the issues appeared in practice and avoids medical malpractice. In order to find out our lack of commitment research and analyze the reasons, the fourth chapter gives an overview of the relevant laws and regulations for medical crimes at home and abroad. The article finally made some proposals for improving the medical criminal system.

Key words: Patients' Commitment; Legal Basis; Effective Elements

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言.....	1
第一章 医疗行为与病患承诺权的概述.....	2
第一节 医疗行为的概述.....	2
一、医疗行为的界定.....	2
二、医疗行为的特征.....	3
三、医疗行为的性质.....	4
四、医疗行为的正当化根据.....	6
第二节 病患承诺权的概述.....	8
一、病患承诺的性质.....	8
二、病患承诺（被害人承诺）的法理基础.....	9
三、研究病患承诺权的意义.....	11
第二章 刑法意义上的病患承诺.....	13
第一节 病患承诺的有效要件.....	13
一、承诺基础——医生的充分说明.....	13
二、承诺的主体.....	14
三、承诺的权限.....	14
四、承诺的时间.....	15
五、承诺的意思——真实的意思表示.....	15
第二节 推定病患承诺的有效要件及性质.....	16
一、推定病患承诺的有效要件.....	17
二、推定病患承诺的性质.....	19
第三章 瑕疵的病患承诺于刑法上的评价.....	20
第一节 意思瑕疵的病患承诺于刑法上的评价.....	20

一、病患基于认识错误而作出的承诺.....	20
二、病患意思表示不自由时作出的承诺.....	22
三、基于动机的错误作出的病患承诺.....	22
第二节 超出病患承诺范围的医疗行为于刑法上的评价	23
第三节 违背被代理人利益的代理承诺于刑法上的评价	24
第四章 病患承诺在我国的发展前景	26
第一节 国内外病患承诺的研究现状	26
一、国外法律的相关规定.....	26
二、台湾地区法律的相关规定.....	27
三、我国相关法律的规定.....	27
第二节 我国病患承诺的立法思考	28
一、病患承诺在我国研究不足的原因.....	28
二、立法必要性.....	29
三、立法建议.....	30
结 语.....	32
参考文献	33
致 谢 语	36

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Summarize of Medical Conduct and the Right of Patients' Commitment	2
Subchapter 1 Summarize of Medical Conduct	2
Section 1 Concept of Medical Conduct	2
Section 2 Characteristics of Medical Conduct.....	3
Section 3 The Nature of Medical Conduct	4
Section 4 The Legal Basis of Medical Conduct.....	6
Subchapter 2 Summarize of the Right of Patients' Commitment	8
Section 1 The Nature of the Right of Patients' Commitment.....	8
Section 2 The Legal Basis of Patients' Commitment (Victims' Commitment) .	9
Section 3 Significance of Studying the Right of Patients' Commitment.....	11
Chapter 2 A Perspective of Patients' Commitment Based on Criminal Law	13
Subchapter 1 Effective Elements of Patients' Commitment	13
Section 1 Basis of Commitment-Full Description of Physicians.....	13
Section 2 Main Body of Commitment	14
Section 3 Authority of Commitment.....	14
Section 4 Time Limit of Commitment.....	15
Section 5 Meaning of Commitment—Real Declaration of Will	15
Subchapter 2 Effective Elements and Nature of Presumed Patients' Commitment	16
Section 1 Effective Elements of Presumed Patients' Commitment.....	17
Section 2 Nature of Presumed Patients' Commitment	19

Chapter 3 Judgment of Patients' Commitment with Defects in Criminal Law	20
Subchapter 1 Judgment of Patients' Commitment with Flaw Meaning	20
Section 1 Commitment Based on Wrong Understanding	20
Section 2 Committing when Patients are not Free to Express	22
Section 3 Patients' Commitment Based on the Wrong Motive	22
Subchapter 2 Judgment of Medical Practice which beyond Patients' Commitment.....	23
Subchapter 3 Judgment of Procuratorial Commitments which against Patients' Benefit	24
Chapter 4 Prospects of Patients' Commitment in our Country	26
Subchapter 1 Status of Patients' Commitment Research at Home and Abroad	26
Section 1 Regulations in Other Country's Law	26
Section 2 Regulations in Taiwan	27
Section 3 The Under-researched Reason of Patients' Commitment in our Country	27
Subchapter 2 Consideration of Legislation about Patients' Commitment.....	28
Section 1 The Under-researched Reason of Patients' Commitment in Our Country	28
Section 2 Legislative Necessity	29
Section 3 Legislative Proposals	30
Conclusion	32
Bibliography	33
Acknowledgement.....	36

引言

病患承诺，是指病患允许医生对其实施医疗行为，该行为在形式上符合一定的犯罪构成要件，但是由于病患作出了同意的承诺，则该医疗行为阻却违法，不构成犯罪。病患承诺权的刑法学意义探讨，即是从违法阻却事由的角度对病患承诺权的相关事由进行探讨，即病患承诺在刑法理论中具有十分重要的价值，一方面体现了刑法对病患自我决定权的尊重；另一方面体现了刑法的谦抑性和最后手段性原则。在现代社会，权利自由具有非常重要的社会价值，病患承诺是病患通过对身体的健康利益的衡量，作出有利于自己的承诺，因此，得病患承诺的医疗行为实质上并没有侵害病患的权益，刑法没有必要进行干预处罚。

在各国刑事立法中，少数国家和地区的刑法对病患承诺作出明文规定，如我国台湾地区、日本，大多数国家则是在刑法理论中对病患承诺的相关问题进行探讨，如德国刑法理论对阻却医疗行为违法性的正当化根据的相关问题进行了长期的探讨，从被害人承诺逐渐取代了业务上正当行为作为医疗行为正当化的基础，以及病患承诺的正当化根据方面，形成了“法律行为说”、“法益放弃说”、“法保护放弃说”、“利益衡量说”等诸多学说，这为我们研究病患承诺提供了借鉴。

病患承诺理论的研究亦是基于医疗实践的需要，医疗纠纷日益增多，如何维护好病患和医生的权利，是亟待解决的问题。因此对于病患承诺进行深入研究，首先解决的是对医疗行为和病患承诺问题的相关概述，其次是病患承诺有效要件问题；再次是把有瑕疵的病患承诺排除在外，从正反两面明确医生的职责、权利与病患的权利义务。

综上所述，从刑法角度研究病患承诺具有十分重要的理论和实践意义，在理论研究中，我们要明确病患承诺的性质与有效要件，解决司法实践中遇到的难题，以完善我国医疗刑法中的正当化事由体系。

第一章 医疗行为与病患承诺权的概述

第一节 医疗行为的概述

随着经济和医疗科技的迅猛发展，尖端医疗技术的不断涌现，医疗行为的概念也发生了新的变化。从刑法的角度探讨病患承诺权，则首先必须对医疗行为的相关概念进行界定。

一、医疗行为的界定

（一）我国台湾地区刑法对医疗行为的概念

传统上，台湾地区卫生行政主管部门把医疗行为界定为“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之所为之处分，或用药等行为或一部之总称，谓为医疗行为。”^①这是以治疗为目的来规定医疗行为，然而随着医疗科技的快速发展，出现了很多并不以医疗行为为目的的医疗行为，如结扎手术、堕胎、人工生殖、器官移植、整形手术、以实验为目的的医疗技术行为等等。因此，有学者就对此定义提出质疑，认为医疗行为的定义应重新界定，提出了从广义上来界定医疗行为。因此目前台湾理论上把医疗行为分为广义上的医疗行为和狭义的医疗行为。广义的医疗行为并不限于治疗目的，狭义的医疗行为仅限于治疗目的，即治疗行为。

（二）日本刑法对医疗行为概念的界定

日本通说是把医疗行为分为两大类：广义的医疗行为和狭义的医疗行为。与台湾地区对于广、狭的理解不同，它是一种以行为实施者的身份来划分的。狭义的医疗行为，是指只能由医生实施的医疗行为；广义的医疗

^① 臧冬斌.医疗犯罪比较研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005.40.

行为，是指由医生和非医生实施的医疗行为。另有学者认为医疗行为有两种定义：一种行政法上的；另一种是医学上的定义。^①

（三）我国刑法对医疗行为的界定

我国法律上没有明确地界定医疗行为，医学上通常认为，医疗活动是旨在保护和加强人体健康、预防和治疗疾病的实践活动。^②将医疗行为限定在治疗和预防的目的上。

笔者认为，我国医疗行为的概念是从传统角度来界定的，粗糙且范围过窄，不能满足时代和科技发展的变化。时代在进步，医学技术在发展，以及人们的医疗伦理理念也在发生改变，医疗行为的内涵已经不再是仅以治疗或预防为目的，如以美容为目的的整容手术、或是为了医疗技术的突破，医生对病患使用新的医药或新的治疗技术，甚至还有变性手术及堕胎手术，其目的很难界定在预防或治疗的范围内。因此有必要对医疗行为的内涵重新界定。笔者认为医疗行为的界定应符合新时代的特点，且应在定义中提高病患的地位，正如台湾学者蔡墩铭关于医疗行为的界定，医疗行为是指医生与病人双方订立契约，医生依照契约对病人负有诊治义务。^③这个定义把病患与医生都作为医疗行为的参与者来看，提高了病患在医疗行为的地位，且从医疗行为的内容上看，也并不局限于传统定义的医疗目的，契合本文讨论的病患承诺问题，因此在本篇文章中，对于医疗行为的相关问题的讨论是在此定义的基础上来进行的。

二、医疗行为的特征

研究医疗行为的特征，有助于仔细辨别医疗行为，亦为下文讨论医疗行为的性质奠定基础。

首先，医疗行为具有侵袭性。医疗侵袭是指医疗行为的实施对人体造

^① 转引自黄丁全.医事法[M].台北:元照出版社,2000.120.

^② 杨丹.医疗刑法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2010.4.

^③ 蔡墩铭.医事刑法要论（第2版）[M].台北:台湾翰芦图书出版有限公司,2005.37.

成某种危险或是损害。^①医疗侵袭是大部分医疗行为过程中的必经阶段，从形式上来看，类似于犯罪行为的客观方面，但是对于患者来说，存在一个利益比较衡量过程，医疗行为带来的损害小于医疗行为所带来的益处。

其次，医疗行为具有一定的公益性。医院一般被视为准公益性机构。医疗行为实质就是医务人员实施的旨在保障病患的生命健康的行为。医疗行为的结果通常都是有利的，病患接受医疗行为的结果一般都是得到健康的身体抑或是减轻病痛折磨，是病患进行利益衡量后的选择。

再次，医疗行为具有不确定性。^②任何事件的发生都存在一定的不确定性，医疗行为也不例外，甚至相对于其他业务行为而言，医疗行为的不确定性更甚，因为医疗行为不仅取决于医疗行为的实施者，还与医疗设备、医疗环境、医疗技术水平、医疗行为辅助者、患者的体质紧密相关。因此，其具有高度的不确定性和风险。

最后，医疗行为具有专业性。医疗行业是知识与技术高度密集型的行业，医疗行为的实施必须以医学知识为准则。医学知识与技术也是医疗行为顺利实施必不可少的重要条件。^③因此，只有经过专业的学习与训练才能实施医疗行为，才能理解与医疗有关的术语。

三、医疗行为的性质

医疗行为接触到患者的身体可能会对患者的身体造成侵袭结果，如进行阑尾炎割除手术，而这些行为在形式上看，对身体造成伤害，那么医疗行为是否构成刑法上的伤害行为，是争论的焦点，并有下列几种的学说：

（一）从医疗行为的结果来判断

此说认为应将医疗行为区分成功与否，即从医疗行为的结果来判断医疗行为是否是伤害行为。若医疗行为成功，则就不是刑法上的伤害行为；若医疗行为不成功，就属于刑法上的伤害行为。德国学者 **Beling** 认为，判

^① 臧冬斌.医疗犯罪比较研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005.54.

^② 臧冬斌.医疗犯罪比较研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005.52.

^③ 臧冬斌.医疗犯罪比较研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005.53.

断一个行为是否该当伤害罪之构成要件应从该行为是否对行为客体造成了“身体利益之侵害”加以判断，而非仅以单纯有无侵害身体作为判断依据，因此成功的医疗行为增进了身体利益，而并非侵害身体利益，则当然不具备伤害罪之构成要件，反之，失败的医疗行为，既然没有增进身体利益，则具有伤害罪之构成要件。^①

（二）医疗行为非伤害说

医疗行为非伤害说认为，医疗行为应理解为“对于身体利益有所侵害之行为”，而不能仅从伤害身体的表面意思来理解，^②医疗行为对病人的身体利益具有正面积极的意义：预防病患的身体免受疾病的侵害、以侵害身体的方式来维持病患的生命健康，也即医生对病患欠缺主观的伤害故意。因此，应从整体上来看医疗行为，把医生的医疗目的考虑在内，医疗侵袭行为只是过程中的手段，维护病患的生命健康权才是最终目的，医疗行为是一种非伤害行为，不符合犯罪的构成要件。因此，以医疗行为非伤害说的方向上来看，医生实施医疗行为之前，无须征得病患的同意。

（三）医疗行为伤害说

此说是德国实务界采用的观点。医疗行为伤害说认为，医疗行为是一种伤害行为。从医疗行为本身而言，医生有实施伤害病患身体的行为。即使医生实施医疗行为是为达医疗目的，例如维持生命、减轻痛苦等，依业务上正当行为阻却违法，其所使用的手段也必须是妥当的。如果侵害病患自主权而实施侵袭性医疗行为，仍应认为其手段不适当，不能阻却违法。医生未经病患承诺实施医疗行为无异于伤害，未经病患承诺，实施医疗行为即侵犯病患的身体法益。因此医疗行为是一种伤害行为，事前必须得到病患承诺才能阻却违法。

^① 转引自王皇玉.医疗行为于刑法上的评价——以患者自我决定权为中心(硕士学位论文)[D].台北:国立台湾大学,2006.153-154.

^② 王皇玉.论医疗行为与业务上之正当行为[J].台大法学论丛,2007,(2):48.

（四）本文观点

笔者认为从医疗行为的结果来判断医疗行为是否是伤害行为，完全是从结果无价值的角度来考量，忽视了行为无价值的考量，并且医疗行为的结果存在一定的偶然性，以偶然性的结果作为判断医疗行为合法与否影响刑法的安定性与确定性，因此，从医疗行为结果来判断医疗行为合法与否这种观点存在缺陷。依照上述医疗行为非伤害说，可能得出这样的结论：当医生实施医疗行为有明显过失时，该医疗行为因为医生不具备伤害故意而不构成伤害行为，即无法对医生科以刑事责任，进而无法保护病患的身体法益，对病患非常不利，与法相悖。综上所述，且本文从保护病患的角度，基于尊重病患自我决定权的角度，任何对病患身体所为的医疗行为原则上都应征得病患同意，因此笔者赞同医疗行为是一种伤害行为，且探讨医疗行为的性质不能只着眼于医疗行为对于整个社会生活所具有的有益性与必要性来思考，更不能以一种医生父权主义思想来考虑，认为医生基于医疗的目的就可以侵害病人的身体完整性，病患是医疗行为的客体。因为这仅仅是从医疗行为本身来进行评价的，忽视了医患关系的另一个参与者——病患。

四、医疗行为的正当化根据

医疗行为本质上是一种伤害行为，故要使其不具备违法性则必须具有刑法所规定的违法阻却事由或是超法规阻却违法事由，才能使医生所实施的医疗行为不构成犯罪行为。但究竟应依何种违法阻却事由才合理，学说上存在多种说法^①：

（一）业务正当行为说

医疗行为是一种业务上的行为。国家举行医师资格考试，通过考试者才能执行医疗业务，并且国家法律法规同时设定了医生必须履行职责的义

^① 黄丁全.医事法新论[M].北京:法律出版社,2013.236.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库