

# 归因与归责:刑事医疗诉讼中鉴定机构与法院的角色定位

杨柳

(东南大学 法学院, 南京 211189)

**摘要:** 在刑事医疗诉讼中,鉴定机构和法院的关系应当是刑法上“归因”与“归责”的关系。归因是因果关系的判断,是事实判断;归责是刑事责任的判断,是价值判断。中国刑法中所使用的“归责”不同于大陆法系三阶层犯罪论体系中使用的“归责”,区分归因与归责对于准确界定鉴定机构和法院之间的功能与角色以及医疗诉讼的处理具有重要意义。

**关键词:** 归因与归责; 客观归责; 鉴定结论

中图分类号: D924.32

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2013)03-0115-06

## 一、问题由来:医疗诉讼中鉴定机构与法院的角色

在医疗诉讼中,鉴定机构和法院的各自角色与定位一直是困扰理论和司法实践的难题。由于医学的高度专业性,对于医疗事故和医疗责任的认定需由专业的医疗机构作出,然而对于法院及法官而言,由于其并不精通较为专业的医学知识,但又必须根据医疗鉴定机构作出的鉴定结论来认定犯罪嫌疑人的责任,“医生不懂法,法官不懂医”式的困境使得鉴定机构和法院关系变得紧张。总结起来,法院对于医学鉴定结论的态度无外乎有三:第一,完全遵照医学鉴定结论来认定犯罪嫌疑人的责任;第二,完全不遵照医学鉴定结论,法院自主认定犯罪嫌疑人的责任;第三,在充分吸收医学鉴定结论的基础上,法官依照法学理论来认定犯罪嫌疑人责任。实际上,上述第二种做法基本不存在,仅第一和第三种做法存在分歧。对于第一种做法而言,法院判决完全依照医学鉴定结论,从而使法院依附于医疗鉴定机构,导致医学鉴定机构入侵了法院的审判权力并最终代替了法院行使审判权,损害了法院司法权力的独立性和专属性,并不可取。因此,既注重发挥医学鉴定机构作用又保证法院审判独立的第三种方式成为司法理论和实践中较为明智的选择。根据《最高人民法院关于参照〈医疗事故处理条例〉审理医疗纠纷民事案件的通知》第3条规定:“人民法院对司法鉴定申请和司法鉴定结论的审查按照

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的有关规定处理。而《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定,“审判人员应当依照法定程序全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”显然,根据上述规定,法院可以根据医学鉴定结论“遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断”。这意味着在我国立法和司法实践中选择了第三种做法。尽管“道路”明确,但存在的问题是,如何厘清医学鉴定机构和法院在医疗诉讼中的角色和地位?两者究竟各司何职,需要进行怎样的互动?准确界定二者的关系十分重要,既为防止司法实践中名为“第三种做法”实为“第一种做法”的错误,更为正确划定医疗机构与法院之间的功能和作用,使其更好地为医疗纠纷的解决服务。在医疗纠纷中,问题的关键和难点在于医疗事故责任的鉴定,而法院是在医疗事故责任鉴定的基础之上来认定法律责任,因而前者是后者的基础和前提。对于医疗事故责任鉴定而言,关键是要认定医疗行为与损害后果之间的因果关系,这可以称之为“归因”;而后法院在此基础上对于医疗行为者法律责任的认定,可以称之为“归责”。从本质上而言,医疗鉴定机构与法院之间的关系是“归因”与“归责”之间的关系,医疗事故责任的最终认定实质上就是从“归因”到“归责”。医疗损害

收稿日期: 2012-03-03

基金项目: 湖北省教育厅基金资助项目“转型时期侵犯财产犯罪研究”(201010217)

作者简介: 杨柳(1979—),男,东南大学法学院博士研究生,湖北师范学院讲师,E-mail:criminallaw2011@126.com

行为本质上是民事侵权行为,但符合一定条件之后便成为了刑事上的犯罪行为,因此,刑事医疗诉讼中鉴定机构和法院关系符合上述“归因”与“归责”的基本原理,但又具有刑事“归因”与“归责”的自身特色。

## 二、归因:医学鉴定机构的功能和定位

医学鉴定机构的职责在于“归因”,即确定医疗行为与损害后果之间的因果关系。在刑法学的理论中,对于因果关系的认定,有条件说、原因说、相当因果关系说、合法则的条件说、重要说、客观归责理论等多种学说<sup>[1]</sup>。因果关系理论研究的是实行行为与损害结果之间的关系,如果两者存在引起与被引起的关系,我们则认为具有刑法上的因果关系。正是对于这种引起与被引起关系的不同解读,出现了上述的不同学说。笔者在本文中并不是试图分析上述各学说之间的不同以及优缺点,应当指出的是,不论上述何种因果关系的学说都肯定因果关系是引起与被引起的客观关系,这种关系不以人的意志为转移,也不以人的认识为必要。换言之,不论行为人是否认识到实行行为与危害结果之间的因果关系,此种关系是客观存在并且是不以人的意志为转移的。有人认为,刑法上的因果关系是主观与客观的统一,并认为只有在故意或者过失支配下的行为与结果之间因果关系才是刑法上的因果关系<sup>[2]</sup>。这种观点实质上是认为因果关系以人的认识和意志为存在前提,否定了因果关系的客观性,并不准确。因果关系最为重要的特征就在于其客观性,从这一点而言,因果关系是独立于人的认识而存在并需要被认识的外在客观物。简言之,因果关系是一种客观事实状态,不具有规范性或价值性,把握住因果关系的客观性,对于具体认定医疗行为与损害后果之间的关系并进而界定医疗鉴定机构的地位和作用尤为重要。如上所述,对医疗损害刑事责任的认定是从归因→归责的过程,而医疗鉴定机构对于医疗行为与损害后果之间关系的界定实质就是“归因”的过程,在此基础上法院的判定就是“归责”过程。因为因果关系是一种客观存在的事实关系,因此因果关系的判断过程是一种事实、客观判断而非价值、规范判断,其解决的根本问题就是行为与结果之间是否存在引起与被引起的客观关系。从刑事诉讼角度而言,医疗鉴定机构对于医疗行为与损害后果之间因果关系的认定属于刑事诉讼7种证据之一的“鉴定结论”,作为证据的三大特征之一的“客观性”也要求“鉴定结论”只能是客观表述行为

与结果之间的关系,不能带有鉴定者的价值或者规范判断。综上所述,显然由医学鉴定机构主导的“归因”过程是事实判断过程,是医学机构对于医疗行为与损害结果之间关系的认定而非其他,不能带有主观价值判断的因素,至于实施该行为的行为人是否承担责任,则是其后“归责”需要解决的问题,认为只有故意或者过失行为才与损害后果之间存在因果关系的观点本质上是混淆了“归因”与“归责”,混淆了事实判断与规范判断,并进而导致鉴定机构与法院之间关系的混乱。

## 三、归责:法院的地位和作用

假若医学鉴定机构能够确定医疗行为与损害后果之间具有因果关系,即完成“归因”后,随后要进行的便是法院对实施该行为的行为人进行“归责”,“归责”以“归因”为前提。所谓归责,本质上是代表国家权力的法院运用法学理论和根据案件事实情况对行为人进行责任认定的过程,所要解决的问题是:既然该行为由行为人作出,那么他因此应当承担什么样的法律后果?归责的过程,是法官运用自己根据所学的法学理论,运用逻辑推理和日常生活经验对行为进行法律定性的过程,这一过程,实际上是对行为进行法律上的评价。在“归责”这种法律评价过程中,评价主体是法官,评价对象是行为,评价的标准是法律(法学理论),评价的结论是是否符合法律规定。对于医疗行为的刑法评价而言,就是法官最终认定该行为是否构成犯罪。显而易见,刑事归责是一种价值判断和规范判断,其意图解决行为是否成立犯罪,并进而追究行为人的刑事责任。可以肯定,归责与归因最大的区别就在于归责是一种价值判断和规范判断,而归因则是事实判断和客观判断,从归因到归责反映的是从客观到主观、从事实判断到价值判断的一般规律。针对刑事医疗纠纷而言,医学鉴定机构作出的医疗事故鉴定结论是“归因”,即确定是否存在刑法上的因果关系。法院在此基础上进行“归责”,即确定是否构成犯罪。应当指出的是,无法“归因”,亦即无法确定实行行为与损害后果之间存在因果关系的话,当然不能进行“归责”;反之,即便可以“归因”,即实行行为与损害后果之间存在因果关系的话,是否“归责”,仍需由法官根据其他因素进行综合判断。根据刑法的一般原理,要认定行为人的刑事责任,前提是行为人的行为构成犯罪,有犯罪才有刑事责任,这是依据法治国家铁则——罪刑法定原则得出的结论。在刑法领域内,所谓“归责”实为“追究刑事责

任”的代称,而要追究行为人的刑事责任,必须是行为人的行为构成犯罪。那么如何判断行为人行为构成犯罪?在刑法理论上,主要有以德国、日本为代表的大陆法系的三阶层理论,以中国为代表的四要件理论,以英国、美国为代表的两层次要件<sup>[3]</sup>。上述有代表性的三种理论体系是解决行为是否成立犯罪的三种方法论,一般而言,肯定行为构成犯罪就能“归责”,解决了行为是否构成犯罪,便可决定是否“归责”,而犯罪论体系本质上就是“归责”工具!综上所述,所谓归责实质上是运用犯罪论体系来判断行为人的行为是否构成犯罪的问题,对于行为是否构成犯罪的判断,当然是一种价值判断和规范判断。

行文至此,为进一步厘清“归因”与“归责”之间的关系,有必要比较“归因”与“归责”在犯罪论体系上的不同地位。正如上文所言,所谓归因实质上是因果关系的判断,而归责则是运用整体犯罪论体系来进行价值判断。对于因果关系的判断而言,其实质上是犯罪论体系内判断的一个组成部分,而非犯罪论体系的全部。在以德国、日本为代表的三阶层犯罪论体系中,因果关系的判断是构成要件该当性判断的一个子项,在构成要件该当性判断中,还需要进行行为主体、行为对象、保护客体等要素的判断,随着学说的发展和理论体系的完善,主观的构成要件要素也进入了判断范围<sup>[4]</sup>。在进行构成要件该当性判断之后,还需进行违法性和有责性判断才能最终确定该行为是否构成犯罪。在我国的四要件犯罪论体系之中,因果关系判断只是四要件之一的犯罪客观方面判断的一个子项,在犯罪客观方面,主要需要进行行为、结果、因果关系、客观情境等因素的判断。如需认定行为是否构成犯罪,在完成犯罪客观方面判断之后仍需进行犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面等要件的判断。在以英国、美国为代表的英美法系两层次犯罪论体系之中,因果关系判断是“犯罪本体”要件判断的一个子项,在犯罪本体要件中,除因果关系外,还需判断犯罪行为、犯罪心态等要素。如需认定行为是否构成犯罪,除犯罪本体要件这一层次以外,还需进行“责任充足要件”的判断,在这一要件内,主要判断未成年、错误、精神病、醉态、被迫行为、紧急避险、正当防卫、警察圈套、安乐死等要素。综上所述可以看出,以因果关系判断为目标的“归因”,是犯罪论体系中某个要件判断的一个子项,不是该要件判断的全部,更非犯罪论体系判断的全部。用下列表述可以更为清楚地说明:

### 1. 德、日三阶层犯罪论体系

构成要件该当性(因果关系)→违法性→有责性。

### 2. 中国四要件体系

犯罪客体

犯罪客观方面(因果关系)

犯罪主体

犯罪主观方面

### 3. 英、美两层次体系

犯罪本体要件(因果关系)→责任充足要件。

上述结论表明,“归因”只是犯罪论体系判断的一个组成部分,并且是其中一个要件的要害,而非该要件本身,更非犯罪成立全部要件;而“归责”则是运用犯罪论体系所有要件来判断行为是否构成犯罪,是犯罪体系的全部。从这个角度而言,“归因”只是“归责”过程中的一个小的组成部分,“归因”与“归责”并非处于同等地位不同判断阶段,前者只是后者判断过程的子项和组成部分。值得一提和产生疑问的是:客观归责理论是我们所说的“归责”的理论吗?笔者认为,客观归责理论尽管冠有“归责”之名,但并非本文所称的由法院所行使的刑事责任判定职责之“归责”,以德国学者罗克辛为代表的客观归责理论是“实质的构成要件理论”<sup>[5]</sup>。客观归责理论判断实质上分为两个层次:因果关系判断(归因)和构成要件该当性判断(客观归责)。正如陈兴良教授所指出的那样:客观归责是在条件说所确立的因果关系范围内,对构成要件的实质判断。客观归责引入构成要件,使构成要件分为事实与价值两个层面:在事实层面以归因为中心进行构成要件的形式判断,即判断是否存在因果关系。在此基础上,再进行价值层面的判断,即是否制造不被容许的风险,以检验整体的构成要件的该当性<sup>[6]</sup>。从上述分析可知,客观归责理论区分了“归因”与“客观归责”,前者是后者判断的前提,可以“归因”才能“客观归责”,而“客观归责”实质上是制造不被容许的危险、实现不被容许的危险、危险属于构成要件的效力范围等要件对构成要件该当性的判断。所以,客观归责理论可以与构成要件该当性画上等号,属于德、日三阶层理论体系中的第一个层次,而并非真正意义上以判断犯罪是否成立为核心的“归责”理论。就实质上而言,“客观归责”是“归责(刑事责任认定)”的一个要件和组成部分,客观归责理论之所以具有“客观”之名,是因为罗克辛遵从犯罪论体系从客观判断到主观判断的基本法则,以法益侵害为中心、坚持构成要件判断是客观判断而来,它与行为入

的个人能力无关,“是一种纯粹的‘客观’归责理论,而不是 honig 的客观兼个人的归责理论。”<sup>[7]</sup>总之,客观归责理论区分了归因和客观归责,它既不是判断判断因果关系的“归因”理论,也不是判断犯罪成立所有条件的“归责”理论,而是是介于归因与归责之间的“构成要件该当性”理论。

#### 四、从归因到归责:鉴定机构与法院的角色互动

从上文的论述可以看出,在医疗诉讼中,医疗鉴定机构所作的鉴定结论是“归因”,即对医疗行为与损害后果之间是否存在因果关系进行认定;而法院的职能在于“归责”,即对于行为人的行为是否成立犯罪进行认定。两种属于不同层次、不同性质的判断,前者属于事实、部分判断,后者属于价值、整体判断。厘清“归因”与“归责”的不同性质对于界定刑事医疗纠纷中医疗鉴定机构与法院的角色和作用至关重要。在涉及医疗鉴定的刑事诉讼中,由于医学的高度专业性,因而首先应当由专业的医学鉴定机构对于医疗行为与损害后果之间的因果关系进行鉴定。根据最高人民法院颁布的《民事诉讼证据的若干规定》,“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”另外,根据我国《医疗事故处理条例》的规定,“对需要进行医疗事故技术鉴定的,应当交由负责医疗事故技术鉴定工作的医学会组织鉴定。”显然,对于医疗事故的鉴定而言,一般都是由该医疗事故发生的医院委托医学会组织进行鉴定。这是由证据规则确定的举证责任制度和医学的高度专业性决定的。在医学会组织进行医疗事故鉴定得出结论后,法院才能依据该结论进行责任认定,这是处理医疗事故的基本过程和角色分担。根据现行法律规定以及刑法基本原理可以得出结论:法院“归责”需以医学会组织“归因”为前提,无法归因则不能归责。但可以“归因”是否意味着一定“归责”?根据上文关于“归因”与“归责”关系和性质的界定,即便可以归因,但归因仅属于归责要件中一个子项,是否归责,还需进行其他要件的判断。比如在我国犯罪构成理论中,归因仅是犯罪客观方面要件的一个要素,认定其是否构成犯罪还需进行犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面等要件的判断;对于德、日三阶层体系而言,归因仅是构成要件该当性判断中的一个要素,是否归责,还需进行违法性与有责性的判断。至此可以肯定,对于刑事医疗诉讼而言,医学会组织的鉴定结论仅

为“归因”,是否归责,乃是法院以医学会的鉴定结论为基础,根据逻辑推理、日常生活经验和法学理论综合进行的价值判断,其结论可以是“是”也可以是“否”。这种区分不但清楚地划分了医疗鉴定机构和法院的地位和角色,也为上文所述的“第三做法”提供了理论依据,即法院可以自主地根据医学鉴定结论来认定责任,医学鉴定结论只是责任认定的前提,而非全部。对于医疗事故的责任认定而言,医学鉴定组织的“归因”尽管重要但“归因”却不必然导致“归责”,对于事故的责任认定而言,法院独立自主并起着决定性的作用。

医疗鉴定机构的“归因”制约着法院的“归责”,反过来,法院是否可以制约医学鉴定机构的“归因”呢?答案是肯定的,主要表现为以下几个方面:第一,鉴定机构选定制约。尽管根据《医疗事故处理条例》的规定,医疗事故的技术鉴定由医学会组织来认定,但这并不必然决定只能由医学会来进行医疗事故鉴定,事实上,除医学会组织以外,还存在多种具有法定资质的鉴定机构。以著名的湖南湘潭黄静案<sup>[8]</sup>为例,该案由湖南省湘潭市公安局的鉴定机构、湖南省公安厅的鉴定机构、最高人民法院司法鉴定中心、其家属委托南京医科大学法医司法鉴定所、中山大学法医鉴定中心等机构分别作出了鉴定。从该案可以看出,对于医疗事故的鉴定可以也应该存在多种具有资质的鉴定机构。更为重要的是,因为医学会组织主要由医方人士组成,其机构的中立性受到质疑,该组织做出的医学鉴定因而也常被质疑偏袒医方。因此,法院可以根据实际情况来选定具有资质的医学鉴定机构以确保鉴定的有效性和中立性。并且,根据最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题解释的规定,对鉴定结论有疑问的,人民法院可以指派或者聘请有专门知识的人或者鉴定机构,对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定。第二,鉴定程序制约。正确的鉴定结论必须依据合法的程序作出,法院必须对于医疗鉴定程序进行审查,包括对鉴定的对象、鉴定的材料、鉴定的方法、鉴定的时间、鉴定的过程等方面进行审查,以审查鉴定的程序是否合法,如若鉴定程序不合乎法律或者行业规定,其鉴定结论应当受到质疑。第三,人员选定制约。鉴定结论需由具备专业知识的鉴定人员作出,因此,鉴定人员的选任对于鉴定结论十分重要。法院对于鉴定人员的选任不仅可以筛除不具备鉴定资格的人员,更为重要的是,可以排除与案件有利害关系的人员参与案件的鉴定,以保证鉴定的中立

性和公正性。在人员的来源上,法院可以选任不同鉴定机构的专业人员,以防止鉴定人员之间的相互影响,以尽量使鉴定结论客观公正。第四,结论认定制约。上述法院对于鉴定机构的制约均属于程序制约或者形式上的制约。从实质角度而言,法院也可以对于鉴定结论进行实质上的审查,进而对于鉴定结论作出肯定或者否定的结论。法院的实质审查主要包括两个方面:一是科学依据的审查,审查该鉴定结论是否具有科学理论上的根据,例如鉴定所依据的科学原理是否已被证明等;二是因果关系的审查,审查鉴定资料与鉴定结论之间是否具有科学上的因果关系,两者之间是否具有内在的科学逻辑<sup>①</sup>。如若鉴定所依据的原理存疑以及鉴定材料与鉴定结论不具有科学上的因果关系,则应当否定该鉴定结论的证明力。此外,如若数个鉴定结构所作出的鉴定结论相互冲突,法院可以依据一定的规则“自主”决定采用何种鉴定结论。如前述著名的黄静案,最终湘潭市雨湖区法院采信了最高人民法院司法鉴定中心的结论,而未采信由黄静父母黄淑华、黄国华提供的南京医科大学法医司法鉴定所书证审查意见书、中山大学法医鉴定中心司法鉴定书所作的结论<sup>②</sup>。由是可知,尽管医学鉴定具有高度的专业性,但法院作为审判机构可以对医疗鉴定进行制约,此种制约主要表现为法院对于医疗鉴定进行形式上和实质上的审查并进而肯定或者否定鉴定结论本身。从这个意义上来说,虽然“归因”可以制约“归责”,无法归因则无法归责;而“归责”也可以制约“归因”,可以肯定或者否定归因,两者之间存在制约与反制约的关系。当然,“归责”对于“归因”的制约是根本性的,因为法院可以否定医学机构的鉴定结论,而医学机构却无法否定法院的“归责”,另外,即便法院认可鉴定结论的“归因”,是否“归责”仍然由法院自主独立认定而不受鉴定结论的限制。

## 五、结语:归因与归责划分的必要及意义

在刑事医疗诉讼中,鉴定机构与法院角色和功能的混乱实质上是混淆了归因与归责,归因与归责是两种位阶不同、性质不同的判断。陈兴良教授深刻地指出:“归因与归责是不同的,归责当然以归因为前提,但归因不等于归责。”“更为重要的是,因果关系是一个事实问题,它所要解决的是行为与结果之间的某种关系,因而因果关系是一种形式判断。……归责判断是一种实质的判断、规范性的判断

……”<sup>③</sup>尽管陈兴良教授所说的归责是“客观归责”而不同于本文意义上的归责,但其对归因与归责关系的认定可谓一语中的。在涉及医疗纠纷的诉讼中,法院判决完全依据鉴定机构所作出的结论的做法实质上就是将归因等于与归责,完全忽视了两者是两种性质截然不同的判断。有学者认为,“归因与归责之间的划分,是基于一种必须对事实上的或自然科学上的因果关系与法律上的可归责性进行区分的固有信念而得出的结论。这样的出发点多少有些问题。……就刑法因果关系的判断而言,归因并无独立的意义,它从根本上服务于归责。换言之,归因是归责的有机组成部分,而不是与归责相并列的独立因素。”<sup>④</sup>就因果关系判断而言,归因的确是“归责”的有机组成部分而非二元对立的关系,许玉秀就指出,作为“归因”判断的“条件理论其实包含了所有客观归责理论所需要的一切判断公式,将条件理论称为客观归责理论并无不可”<sup>⑤</sup>。此种论断,不但是将归因视为归责不可或缺的一环,乃至直接将归因等同于归责!然而笔者在上文中却将鉴定机构与法院的角色定位于归因与归责,岂不是与此矛盾?!要解决此种困惑,必须将“归责”一词进行准确的界定。在各种刑事法学的文献之中,“归责”与“客观归责”、“主观归责”频现,令人眼花缭乱。撇开封建时代客观归罪、主观归罪意义上的“客观归责”与“主观归责”不谈,现代刑法意义上的“客观归责”与“主观归责”主要是在大陆法系三阶层犯罪论体系意义上使用的。众所周知,德国、日本犯罪论体系是构成要件该当性→违法性→有责性的阶层递进式体系。秉承“违法是客观的,责任是主观的”法则,这一体系判断的进路是从客观到主观、从客观归责到主观归责的逻辑关系。换言之,构成要件该当性和违法性判断是客观判断,也就是“客观归责”,而有责性是主观判断,亦即“主观归责”。因为满足构成要件该当性判断通常具有违法性,因而构成要件该当性判断可以直接称为“客观归责”,罗克辛所使用的“客观归责理论”正是对于构成要件该当性判断的别称或者取代。尽管随着主观的构成要件要素和规范构成要件要素的发现使得“违法是客观的”这一原则已然崩溃,但判断的基本逻辑进路即从客观到主观、从客观归责到主观归责仍然保留并发挥着重要的作用,因而“客观归责”、“主观归责”等用语仍具有重要的现实意义。应当指出的是,在德国、日本三阶层理论体系中,如果未加特别区分的话,“归责”一般就是指“客观归责”,实质上就是构成要

<sup>①</sup>根据黄静案判决书,湖南省湘潭市雨湖区人民法院刑事附带民事判决书(2004)雨刑初字第6号。

件该当性判断,所以劳东燕博士将归因视为归责的有机组成部分“而不是与归责相并列的独立因素”,这在陈兴良教授的表述中同样得到例证。显然,本文所使用的“归责”不同于德、日三阶层理论体系上的“归责”,笔者认为,原本意义上的“归责”就是“追究责任”的意思,就刑事诉讼而言,就是追究刑事责任的含义。应当强调,我们所使用的一般意义上的“归责”不同于大陆法系犯罪论体系上的“归责”,前者是是否成立犯罪并进而追求刑事责任的判断,后者是“构成要件该当性”的判断,应当注意该词在不同语境中意义的转换。在我国的语境中,刑事归责意味着追究犯罪嫌疑人刑事责任,亦即行为人的行为已经成立犯罪,而犯罪的成立意味着该行为已经符合犯罪成立条件的全部,即符合犯罪构成的四个要件;在三阶层体系中,犯罪成立意味着符合了构成要件该当性、违法性和有责性三个要件,也就是完全满足从客观归责到主观归责的全部要件。简言之,通常意义上的“归责”应是指行为人的行为已经成立犯罪进而追究其刑事责任,因而“归责”的判断

以是否满足犯罪成立的全部要件为限,这显然不同于三阶层理论体系中“归责”或者“客观归责”。行文至此,结论随之而来:我们所使用的“归因”与德、日理论体系一样,即行为与结果之间引起与被引起关系的判断;而我们所使用的“归责”与德、日理论体系大为不同——“归责”是犯罪是否成立的判断。因此,归因是部分判断,归责是整体判断,归因是归责的前提,归责尽管依赖于归因但又独立于归因。区分“归因”与“归责”不但重要而且必要,归因与归责的划分为鉴定机构和法院的角色划分和职责划定提供了理论依据。

尽管本文是以刑事医疗纠纷为着力点探讨了鉴定机构与法院、鉴定结论与法院判决之间的关系,但对他们彼此之间关系的认定,事实上可以适用所有医疗诉讼领域。医疗纠纷以及由此引起的医疗诉讼是司法实践中的热点和难点问题,鉴定机构和法院角色和功能的划分对于医疗纠纷的处理具有重要的现实意义。

#### 参考文献:

- [1] 张明楷. 刑法学[M]. 北京:法律出版社,2011:175-81.
- [2] 顾永忠. 犯罪构成理论新探[J]. 政法论坛,1985(3):71-77.
- [3] 储槐植. 美国刑法[M]. 北京:北京大学出版社,2005:5.
- [4] 西原春夫. 犯罪实行行为论[M]. 北京:北京大学出版社,2006:56.
- [5] 许玉秀. 主观与客观之间[M]. 北京:法律出版社,2008:206.
- [6] 陈兴良. 客观归责的体系性地位[J]. 法学研究,2009(6):37-51.
- [7] 许玉秀. 主观与客观之间[M]. 北京:法律出版社,2008:191.
- [8] 柴会群. 从“证据之王”到“是非之王”——司法鉴定争议录[N]. 南方周末,2010-01-21(7).
- [9] 苏云. 论刑事司法鉴定结论的审查、判断及认定[J]. 中国刑事法杂志,2010(6):80-86.
- [10] 陈兴良. 从归因到归责:客观归责理论研究[J]. 法学研究,2006(2):70-86.
- [11] 劳东燕. 风险分配与刑法归责:因果关系理论的反思[J]. 政法论坛,2010(6):95-107.
- [12] 许玉秀. 主观与客观之间[M]. 北京:法律出版社,2008:206.

## Attribution and Liability: the Role and Position of Medical Identification Mechanism and the Court in the Criminal Litigation

YANG liu

(School of Law, Southeast University, Nanjing 211189, China)

**Abstract:** In the criminal medical litigation, the relationship between appraisal mechanism and the court should be that of the “attribution” and “imputation” in criminal law. Attribution is the judgment of causality, and is factual judgments; imputation is of criminal liability judgment, and is value judgment. The criminal law in China which uses “attribution” is different from continental law system where three classes crime constitution theory is used in the “attribution”. To distinguish between attribution and imputation in order to accurately define the role and function of the appraisal mechanism and the court as well as the treatment of medical litigation has important significance.

**Key words:** attribution and attribution; the objective imputation; identification conclusion

[责任编辑:孟青]