

脑死亡的法律解读及刑事法效应探究

莫洪宪, 杨文博

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

摘要: 死亡标准是医事刑法学研究的重点内容之一, 死亡标准的冲突应当接受法律的规制, 并且法律上的死亡判定标准应当是唯一性的。从医学本质上考察, 脑死亡应当属于法律意义上和医学意义上的双重死亡。法律上的判定标准应当采用以脑死亡判定为主, 加之心肺死亡为辅的“修正一元性”理论。脑死亡标准的推行定会对刑事定罪与量刑、刑事诉讼程序产生巨大影响, 并且必须考量由脑死亡推行带来的器官移植犯罪等情况。

关键词: 死亡标准; 脑死亡; 心死亡; 医事刑法

中图分类号: DF61 文献标识码: A 文章编号: 1007—788X(2011)03-0104-07

国内对脑死亡标准的研究存在两方面的问题, 一是单纯从法律角度来探讨脑死亡和心肺死亡的利弊, 没有从本质上把握两者的科学基础, 造成死亡标准在理论研究上存在一定的误差。特别是法学研究针对脑死亡判定技术的分析较为浅薄, 甚至认为植物人就等同于脑死亡等等, 死亡标准的研究往往从单一角度进行研究, 没有将法学与医学完整的结合起来进行比较分析。如许多研究仅关注于是否有利于器官移植, 并不考虑相关法律现实。

一、死亡标准的冲突需要法律规制

脑死亡标准和传统心肺死亡标准的冲突是医学死亡判定技术的冲突, 更是法学死亡标准的冲突。医学科技的发展所带来的死亡标准的变更是由自然科学的客观规律所决定的, 从本质上讲法律也应当对这种客观规律做出及时的反应。但由于法律的稳定性对死亡标准在立法上的反应相应延迟, 导致实践中脑死亡推行进程十分缓慢。波折中发展的脑死亡理论带来了学界的两类极端观点: 一类是完全拒绝脑死亡标准在我国的推行, 认为脑死亡的判定不符合我国现阶段的状况, 持该类观点的一般多为社会伦理学家、公众, 还包括十分谨慎的法学家和医学家; 二类认为脑死亡标准和传统心肺死亡在医学属性上只是医学死亡判定的一种手段, 根本无需经过立法, 拒绝将医学问题法学化, 拒绝讨论脑死亡的伦理效应, 认为脑死亡标准有利于器官移植等。^[1] 持第二类观点的学者又分为两个方向, 一方主张脑死亡的推行必须经过立法, 主张此类的多为医学家和法学家; 另一方则拒绝脑死亡立法, 认为法治阻碍了脑死亡推行, 持此类观点的较少, 多为医学家。

这涉及医事法研究的尴尬局面, 部分医学专家站在医学技术的角度为脑死亡摇旗呐喊, 而部分法学和社会伦理学家站在法学、社会学角度对脑死亡进行反思, 两者缺乏知识层面的沟通与交流。跨学科的交流需要一个较为复杂和长久的过程, 脑死亡的推进也不是一蹴而就。可以肯定的说, 脑死亡的推行是大势所趋, 关键问题是推行的条件何时能够完备。不能完全抛弃社会影响而孤立地看待脑死亡问题, 更不能摆脱法律而武断的推行脑死亡。摆脱规则的医学就是无约束的科技, 法学对于医学的意义在于: 一是保障医学秩序的正常进行, 二是限制科技所带来的负面效应。这里所讲的法律是广义的法律, 并不是说对于脑死亡必须以《脑死亡法》的形式出台, 而是指脑死亡的推行必须将判定标准统一化、医师培训制度化等以法治化的形式固定下来, 让脑死亡的推行有法可依。否则一旦失去法律依据, 将会引起诸多的法律和伦理问题, 脑死亡的推行在实践中将会遇到更大的困难。有学者认为, 脑死亡的立法为脑死亡的推行增加了重重障碍, 本文认为这是

收稿日期: 2011—02—28
作者简介: 莫洪宪(1954—), 女, 湖北武汉人, 武汉大学教授、博士生导师, 法学博士, 主要研究方向为刑法学。
基金项目: 本文系国家社会科学基金项目《医事刑法问题研究》(项目批准号: 09BFX068)的阶段性研究成果。

对法学的严重误解。立法并非是为社会秩序的运行增加障碍,而是在秩序上为脑死亡的推行提供了可靠的保障。需要明确的是,这种法律规制必须经过反复的论证才能实现,法律学者不仅要考虑到医学实践,更要考虑到脑死亡对法律和社会带来的影响,必须做出详细而科学的效应预测。之前的法律都是建立在传统心肺死亡标准之上,脑死亡的推行也必定会产生相当数量的冲突问题。这些冲突如何解决正是需要研究的问题,如果等到推行脑死亡之后再进行研究则就并非“亡羊补牢”了。脑死亡标准推行的研究必须从整个法律系统上调整对死亡标准的认定,医事法学正是法学与医学的衔接点。许多学者迫不及待的建议立刻实施脑死亡,诚然脑死亡的推进需要得到重视和承认,但是现实情形限制着我国不可能在脑死亡问题上立竿见影。即便是日本,从脑死亡发现以来直到1997年10月才进行了首例脑死者器官移植手术。^[2]在脑死亡的推行上,日本传统理念的保守程度大大超过了中国,甚至认为人入殓之后才能被认定为死亡。^[3]脑死亡的推行与社会伦理有不可分割的联系,这是不能否认的事实,世界上多数国家在脑死亡问题上也是经过反复论证和宣传才得以接受,中国的脑死亡推定所遇到的阻力也在情理之中。

二、死亡判定标准的“修正一元性”理论

(一)我国脑死亡判定标准发展趋势

世界上已有80个国家接受了脑死亡标准,并有13个国家颁布了与脑死亡标准相关的法律。“脑死亡”概念首先产生于法国。最初是法国学者莫拉雷和古隆在第23届国际神经学会上提出的“昏迷过度”的概念。随后,在此基础上,医学界开始提出“脑死亡”概念。但是长久以来,脑死亡并未被医学界广泛接受。随着医学科技的不断进步,特别是心脏移植手术的成功发现,医学界和法学界开始反思传统的心肺死亡标准。因为在进行心脏移植手术的过程中,患者的心脏自主跳动和肺部自主呼吸功能已经完全丧失,属于传统医学认定的死亡状态。实践表明,传统的死亡标准并不一定从本质上表明患者生命已经终结。1968年,美国哈佛大学医学院一个由14名教授组成的脑死亡审查特别委员会第一次提出了脑死亡诊断标准(即通常的“哈佛标准”)。^[4]“哈佛标准”是目前所有实行脑死亡的最权威标准,即便后来的标准发生了变化,但是其核心思想依然是“哈佛标准”,对于脑死亡的推行,“哈佛标准”具有重要意义。其定义为包括大脑、小脑和脑干在内的全脑死亡,即脑功能永久性不可逆地完全丧失。现在的全脑死亡学说即以哈佛标准为核心。

目前,国外对脑死亡判定标准并不统一。总体上看有三种学说:脑干死学说、全脑死学说、高级脑死亡学说。各种学说均有学者支持,这也造成了由于死亡标准观点不统一,在判定标准上无法形成统一意见,医学界对于脑死亡标准发生的严重分歧势必会影响到社会对脑死亡判定的怀疑。因为不同的判定对人的死亡时间确有一定差异,而死亡时间是法律(特别是刑事法)中确定定罪与量刑情节和其他刑事法要素的十分重要的因素。本文认为在三种学说中,全脑死亡说更符合现阶段状况。^[5]

对于国外脑死亡判定标准的情况,国内学者已经进行了详细的介绍,这里不再赘述。我国脑死亡立法起步较晚,最早涉及脑死亡标准制定工作是在上世纪80年代,但是此后十多年来在脑死亡研究上并没有太大进展。直到1999年5月,中华医学会、中华医学杂志编委会在武汉组织召开了我国脑死亡标准(草案)专家研讨会,就《中国脑死亡诊断标准(讨论稿)》以及制定脑死亡诊断标准的目的,尊重人的生命与死亡的必要性等进行了讨论。2002年10月26日,在武汉举行的全国器官移植学术会议上,专家制定并披露我国成人脑死亡诊断标准,标准的制定标志着我国向脑死亡立法迈出了实质性的一步。医学界已有按脑死亡标准宣告死亡的病例:2003年2月武汉同济医院即以“脑死亡”标准宣布了一个病人的死亡。这是按照世界医学权威机构对于脑死亡的定义和卫生部脑死亡起草小组的最新标准评估,在中国内地首次以脑死亡标准宣布一个生命的终结。^[6]2003年,由卫生部脑死亡判定标准起草小组起草制定的《脑死亡判定标准(成人)》和《脑死亡判定技术规范》面向社会征求意见,^[7]2004年在中华医学会第七次全国神经病学学术会议上,我国《脑死亡判定标准(成人)》和《脑死亡判定技术规范》通过专家审定。^[8]这为我国脑死亡立法奠定了医学标准上的基础。根据两个文件所拟定的判定标准和技术规范可以看出,我国学界所主张采用的也是全脑死亡学说,其判定标准为:

首先确定先决条件:(1)昏迷原因明确;(2)排除各种原因的可逆性昏迷。其次临床判定:(1)深昏迷;(2)脑干反射全部消失;(3)自主呼吸停止(经呼吸器维持,自主呼吸经撤除试验证实无自主呼吸)。以上三项必须

部具备。再者进行确认试验:(1)脑电图呈电静息;(2)经颅多普勒超声无脑血流灌注现象;(3)体感诱发电位P14以上波形消失。以上三项中至少有一项阳性。最后进行脑死亡观察:首次判定后,观察12小时复查无变化,方可最后判定为脑死亡。经过四个过程的判定才可以最终确认患者为脑死亡状态。脑死亡判定是一个复杂的医学过程,并非简单的状态判断,因此脑死亡无论在程序上还是在医学本质上都比传统心肺死亡学说更科学。本文关于脑死亡的刑事法效应也依照此判定标准展开论述。

(二)死亡标准绝对一元性与现阶段实施修正一元性的必然性

1. 脑死亡应当是判断生命终结的唯一标准。脑死亡是人生命在生理意义上的真正终结,是一种无法逆转的生理变化。脑死亡推行的一大阻力就是有些学者认为脑死亡判定之后患者一旦有苏醒的可能将会导致严重的后果,归根结蒂其疑点在于脑死亡是不是真正的生命终结,是不是比心肺死亡更为科学。本文认为,从目前我国通行的脑死亡标准上看比传统心肺死亡标准更具有科学性和正义性。目前对脑死亡标准持怀疑态度的社会学者、媒体界和社会公众主要基于以下几个理由:一是脑死亡状态的同时还有心跳或者呼吸尚存着该如何处理?^[9]二是脑功能尚未完全消失以及身体反射动作依然存在可否判定脑死亡?三是被判定脑死亡的患者“死而复生”的情况该如何处理?四是脑死亡会不会引起医师以判定标准实施杀人行为?其实这些怀疑的理由均是由于对脑死亡判定标准理解不透彻而造成的。

脑死亡有严格的标准和实施程序,并非简单的将昏迷者判定为“脑死亡”,更不是将植物人等同于“脑死亡”。而且临床出现许多表面现象让人们对于脑死亡的怀疑一直得不到解决:例如在某些医疗过程中深度昏迷濒临死亡的危重患者经抢救而生存的,还有现代医学的医疗支持使得丧失意识的“脑死亡”(其实是植物人状态)患者持续生存,另外由于环磷腺苷葡胺等强心剂药物的大量临床适用、人工呼吸机的应用使得已经“死亡”的患者清醒复苏等。在司法实践中,特别是在一些医学鉴定落后的地区,还有医师使用瞳孔反应、脉搏跳动等简单手段作为死亡判定标准。不可否认,传统的心肺死亡标准在操作上简单明了,并且经过了实践反复的检验,从医学成本和司法成本上都占有巨大的优势,并且也已经在相当数量的医师和群众心目中占据了重要地位。一旦以脑死亡标准替代心肺死亡标准,往往会以一种先入为主的错误心态看待脑死亡。

首先,对于脑死亡状态的同时心跳或者呼吸尚存的情况,本文认为从脑死亡判定标准上出发,已经排除了自主呼吸。临床医学上以呼吸机辅助性的呼吸已经完全脱离了生命意义本质上的呼吸,由于脑干死亡所带来的直接效应就是呼吸中枢功能的完全丧失。当然,也并不能认为所有借助呼吸机维持生命的患者均是脑死亡,脑死亡判定中自主呼吸丧失只是一个前提条件。对于心跳,应当将其和呼吸功能联系在一起。一是脑干中延髓同时控制呼吸、心跳等功能,一旦脑干死亡就意味着心跳功能也会丧失。临床上虽然一般使用心肺死亡标准,但是通常患者借助呼吸机进行被动呼吸以维持通气,心脏的供血也应当看作是呼吸机带动人的循环系统在起作用,直到心脏彻底停止跳动,因此传统的死亡标准其实可以称为心脏死亡标准。日本医学界对747例脑死亡患者进行监测,停用呼吸机后,所有病例最终均停止心跳。^①在我国也有相应的临床观察结论。^[10]呼吸机的停止导致心脏跳动停止是医学客观规律,脑死亡后的被动呼吸与心跳均是无生命意义的机械性活动,并且随着医学技术的发展这种机械性维持的时间可以越来越长。机械性活动保持了尸体某些器官的“生存”,而人的“生命”在医学意义上已经丧失。因此脑死亡患者是绝无可能“死而复生”的,反倒是以心肺死亡标准判定的“死亡”患者有这种可能。另外,对于脑功能是否全部丧失,本文认为我国目前的判定标准基本上适用全脑功能丧失的标准,脑死亡判定过程中要对脑电静息、P14及其以后电位消失、脑多普勒效应等多项指标测试,能够保证全脑功能判定的准确性。对于脑部某些组织依然存活,其实这和脑死亡后身体某些组织可以“生存”的道理一样,是死亡过程中在死亡时刻点发生后的死亡后续生理现象,不能认为是生命、甚至是意识的活动以及活动可能性。在可能发生脑死亡后,人的身体确实能够存在相应的反射,但是这种反射必须区别对待。在脑死亡临床判定过程中对深昏迷、脑干反射消失的判定是严格的,这种判定严格区分于脊髓自动反射。脊髓自动反射所带来的运动是无生命意义的,只能说明活的脊髓有非条件反射功能。只要上过初中生物课或者医学本科专业的都应该经历过生物学上的“搔扒反射”实验:将青蛙的脑部剪去,保留完

① 王晓萍、李方明、郭毅等:《脑死亡判定标准在临床的应用及价值》,载《现代护理》2006年第18期。转引自刘维新:《医事刑法初论》,中国政法大学出版社2004年版,第111页。

整的脊髓,用低浓度硫酸的试纸涂抹青蛙腹部的皮肤,青蛙受到刺激后会用后肢去搔扒被涂抹的部位。一只失去脑部的青蛙所做的刺激反应是低级的非条件反射,这种反射与大脑无关。相对的在刑法上,“条件反射”行为被包含在无意识行为中,是不应当承担刑事责任的。因此,如果大脑发生结构性损伤破坏,无论采取何种医疗手段最终导致整个机体的死亡。对于脑死亡会不会引起医师以判定标准实施杀人行为将在下文详细讨论。

2. 脑死亡判定在司法上应适用“修正一元性”。从世界范围内考察,死亡标准一般有两种模式:一种是一元性模式,即脑死亡一元模式或者心肺死亡一元模式,把某一种死亡标准作为判定死亡的唯一标准。瑞典1987年制定的《关于人死亡判定标准的法律》第1条规定:“脑的全体机能不可逆性完全丧失时,视为人已死亡。”^[11]第二种是二元性模式,即由心肺死亡标准和脑死亡标准并存,根据不同的情况选择不同的死亡标准。在世界上多数接受脑死亡标准的国家有相当数量的采用二元性模式,其中包括美国、韩国、日本等国以及我国香港、台湾地区。脑死亡判定是一项复杂而严谨的过程,这也注定脑死亡判定会带来司法实践上的一些问题。较之传统心肺死亡判定,脑死亡的判定时间长、过程长、程序多,其判定效率也必然较低。我国的《脑死亡判定技术规范》中对有资格判定脑死亡的医师条件限制极为苛刻:要求神经内、外科医师,急诊科医师,麻醉科医师,ICU医师中工作10年以上,具有高级职称,并且具有判定脑死亡资格证书的医师,判定人数为2人判定、2人复核。但是我国医疗资源配置的不平衡造成各个地区对判定脑死亡的条件相差很大,特别是在中西部偏远山区的医疗机构。无论从医疗硬件设备上还是从医师技能水平上都有巨大的差异,因此在全国范围卫生系统内均采用脑死亡判定标准并不现实,而且极易产生错误。尽管从理论上讲,死亡标准应当是唯一的,特别是在刑事法判定中这种唯一性体现了对当事人的公平与公正,刑法中绝不允许差别对待的存在。而且对于刑事司法鉴定、刑事案发现场的死亡鉴定等也不允许用这样复杂的手段,因此在我国有相当数量的学者主张使用二元性标准。

二元性标准对于刑事案件性质的认定会产生差异,对罪与非罪、罪重与罪轻、既遂与未遂等产生完全不同的结果。有学者认为这是司法界面临的“无奈之举”,^[12]应当接受这一现实国情所带来的司法漏洞。有学者认为二元性最大的优势在于充分考虑了一般民众的传统习惯,在判定死亡的标准上,给公民以适当的选择余地,也就是说,如果患者及其亲属选择传统心脏停止跳动的判定标准,那就尊重其意愿,脑死之后医院继续维持治疗,在其心跳与呼吸未停止的情况下,不得作为尸体处理,不能摘取其器官作移植之用;如果他们选择脑死亡的判定标准,则在脑死亡之后,心跳尚未停止时医院终止治疗,在符合器官移植的条件下,可以摘取其器官作移植之用。这种立法形式比较灵活,容易为社会公众所接受。^①日本学者曾根威彦主张:“采用脑死选择说,虽说反映了立法上的妥协,但是,本来属于客观事实的生死判断问题,由于要根据行为人的自己决定来判断,因此,在脑死内部就出现了两种死亡标准,导致了复杂不安的法律现状。”^[13]美国学者Kennedy认为,两套死亡判定标准并存会导致出现以下两种情况:第一种可能为A、B两个病人的生命状态到达同一点,但一个被判定为死亡,另一个则没有被判定为死亡;第二种可能为A病人在同一点,可以是死,也可以是没有死。如此两个秩序同时存在,必然导致不可调和的矛盾。^②虽然司法公正是相对的,但是这个相对的层面应当保持在基本公正的前提下。罪与非罪这样的刑事认定结果已经完全背离了司法的基本公正。诚然,从理论上解决死亡标准冲突的唯一办法是采用一元论,但是由于现实情况的限制,一元论也没有统一实行的现实可能性。本文认为,对于脑死亡标准和心肺死亡标准之中有一个相对平衡的临界点:即心脏死亡可能性时间点。上文分析到,脑死亡状态下,心脏的活动依赖于呼吸系统的供氧,而自主呼吸消失后依赖于呼吸机供氧,在这种状态下心脏已经没有自主生存的可能性。我们不能期待心脏在脱离被动呼吸之后能够自主跳动并且维持生命,这是对科学的玷污。对于被动呼吸尚存的脑死亡情况,心脏的跳动已经失去了生命上的意义,生命本质上已经终结,机体系统和组织的彻底死亡只是时间问题。这种情况下完全可以以脑死亡标准替

① 王晓萍、李方明、郭毅等:《脑死亡判定标准在临床的应用及价值》,载《现代护理》2006年第18期。转引自刘维新:《医事刑法初论》,中国人民大学出版社2009年版,第201页。

② See Kennedy J. The Kansas Statute on Death: An Appraisal, 1 New England Journal of Medicine, 1971, p285. 转引自刘长秋:刑法学视野

代传统死亡标准。特别是在有条件的医疗机构中,脑死亡判定的推行应当是值得鼓励的。而在另外一些情况下,例如交通事故现场、意外死亡现场、刑事案发现场没有条件使用脑死亡判定标准,这种情况下仍然依照传统的抢救规则和死亡标准,在进行有必要的抢救之后仍然无法使患者恢复则可以依靠传统死亡标准进行判定。

修正一元性标准和二元性标准最重要的区别是以规则的形式确定了何时适用何种规则,而不是由患者、家属、法官任意进行选择。我们赞成在临床死亡认定上尊重患者及其家属的同意权与自主选择权,但是在两项权利不存在的时候如何适用死亡标准必须由法律进行规制,否则无法排除利用死亡标准进行其他牟利活动的可能性。如在认定故意杀人罪中,被害人处于脑死亡状态,行为人的行为是既遂还是未遂?如果允许法官在死亡标准上有自由裁量的权利,则法官完全有可能根据利益的平衡来选择认定行为人是否既遂。一元性标准的确定在刑事认定上符合罪刑法定的基本原则,体现了法律预测的可能性。

三、脑死亡的刑事法效应

死亡是自然人生命的终止,也标志着其承担责任和履行义务的终结,因此死亡在法律上具有十分重要的意义。由于在脑死亡概念出现之前,世界各国普遍使用心肺死亡标准。包括我国在内,法律中关于死亡的规定均是建立在心肺死亡标准之上,单纯的心肺死亡标准并不会在司法实践中产生问题。由于法律具有相对的稳定性,特别是刑事法稳定性更强。医学死亡认定标准一旦发生变化,就必须以法律形式表现出来,因此医学死亡标准势必会与法律产生冲突。对于刑事法效应的论述本文采用上述的修正一元性理论。

(一)对定罪与量刑的效应

脑死亡标准的推行对故意杀人罪、故意伤害罪、过失致人死亡等案件的影响最为突出。我国目前的刑事责任理论和实践对于死亡的认定均是以传统的心肺死亡为标准。但是,当被害人被认定为医学“脑死亡”而心跳和呼吸尚存状态时,法律是以心跳、呼吸的存在而认定为被害人生命尚未终结,还是以“脑死亡”标准认定该被害人生命终结,这两种标准的选择将直接影响到案件的定性和量刑。因此适用二元性标准会对此类案件的罪与非罪、此罪与彼罪、法定刑升格等问题产生诸多问题。

依据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 234 条规定:“故意伤害他人身体的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪,致人重伤的,处三年以上十年以下有期徒刑;致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的,依照规定。”被告人以伤害他人的故意实施暴力行为造成被害人“脑死亡”而心跳和呼吸尚存状态,若采脑死亡标准则构成故意伤害致人死亡,处十年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑;若采用传统心肺死亡标准,则构成故意伤害致人重伤,处三年以上十年以下有期徒刑。有学说认为,脑死亡标准一旦采用,行为人的行为就会因为死亡标准的选择不同而加重对其的处罚,并且有可能将故意伤害罪扩大化。本文认为,我国《刑法》并未将死亡标准确定为“脑死亡”或“心肺死亡”,这为我国推行脑死亡认定提供了空间,并且条文中还规定了“致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的”。在该条文中,脑死亡状态其实已经符合“致人重伤造成严重残疾”的条件,其本质是死亡必定包括重伤在内,应当判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。不能将重伤局限在肢体的残缺上,人的大脑机能的损害从医学角度讲对人的损害更大。因此被害人处于脑死亡而心、肺活动状态,应当适用“故意伤害致人死亡”的情节。在故意杀人罪中,死亡标准的不同造成认定既遂与未遂的不同。倘若被害人处于“脑死亡”而心跳和呼吸尚存状态,依据心肺死亡标准被告人则构成故意杀人罪“未遂”;依据脑死亡标准则构成故意杀人罪“既遂”。和故意伤害罪不同,故意杀人罪所侵害的法益是人的生命,生命法益的判断是绝对的生命终结,因此采用何种死亡标准对认定故意杀人罪是至关重要的,而未遂和既遂在处罚上其量刑幅度必然会有很大差异。依照本文的修正一元性理论,要考察被害人受害之后所处的状态,如果被害人被动呼吸存在(例如呼吸机的应用),则可以脑死亡标准判定被害人是否死亡;如果被害人无主动、被动呼吸,心脏也已经停止跳动,则可以依照传统死亡标准进行判定。这样的做法保证了刑法的稳定性,对同样的案件也不会在审判结论上产生重大差异。上文中提及了反对脑死亡标准的学者以“医生借死亡判定标准实施杀人行为或者器官移植行为”为借口怀疑脑死亡实施的可能性,本文认为脑死亡判定是个极为严格的程序,并且必须由医生独立判定,医师若以此为由进行阻挠其难度可想而知。而且此世界范围内来看,还有

有见到一例医生借助脑死亡判定标准实施犯罪行为为的报道。另外,不能因为有无犯罪的可能性就拒绝使用脑死亡,刑法也不可能完全杜绝犯罪行为,但是倘若一旦出现该类行为,刑法仍然可以以故意杀人罪、故意伤害罪来惩罚该类行为,而不会出现刑罚空档。

刑法中,在绑架罪、过失致人死亡罪、过失致人重伤罪、医疗事故罪、非法行医罪等其他相关需要死亡与伤害判定的罪名,以及刑法中相关法定刑升格的规定,另外由于遗产继承所产生的刑事案件都将因为死亡标准的选择而出现截然不同的刑事法结果,因此以修正一元性的标准解决上述定罪与量刑的问题是比较合适的。

(二)对器官移植的效应

自然人生命的终结标志着人的生命体转变为了“尸体”,从法律角度来讲其性质已经从本质上发生了转变。并且由于器官捐献数量的不足,尸体器官成为器官移植的主要来源。随着器官移植技术的发达,医学上的器官移植手术也趋于增多,因此诸多行为人为利益驱动盗窃人体器官的案件时有发生,而尸体器官移植又依赖于死亡判定。这里讨论的器官移植都是建立在患者或者家属同意的基础上。依照传统的心肺死亡标准,对于处于脑死亡而心跳、呼吸尚存者,仍然将被认定为生命存活,医师将其体内器官摘取,首先就对被害人的身体构成严重的伤害,有的伤害甚至完全导致被害人丧失生命,从这个角度讲行为人认识到其行为会对被害人造成死亡或者伤害而且故意为此行为,该行为人涉嫌构成故意杀人罪或者故意伤害罪。但是,若以脑死亡标准认定则该被害人已经死亡,该医师摘取器官的行为只能认定为正当的业务行为。根据修正一元性理论,对于存在被动呼吸的患者只要依据脑死亡判定标准判定其死亡,即可阻却违法;对于不存在被动呼吸的只要依据传统死亡标准判定其死亡才可阻却违法。

另外,在判定死亡之后,非相关医师所实施的器官摘取行为根据案件具体情节可能构成盗窃罪或者盗窃、侮辱尸体罪。使用修正一元性理论,窃取在医院病床上躺着带着呼吸机的脑死亡患者的器官只能构成盗窃罪或者盗窃、侮辱尸体罪。对于已承诺捐献器官的死亡者,此时其器官的所有权应当属于医院,他们不法取得器官即涉嫌构成盗窃罪;而不以使用器官为目的的其他破坏行为则构成后者。

另外,还有观点认为脑死亡带有浓厚的功利主义色彩,为器官移植开辟了广阔的前景。如果继续使用传统标准,一方面使大量无意识的病人长期浪费有限的医疗资源,也使许多终末期病人丧失了器官移植的机会。^[14] 本文认为脑死亡的推行在客观上能够给器官移植带来新的机遇,但是脑死亡的推行是由于其本质上的科学性和公平性,是较之心肺死亡标准更为合理的判定方法。先进的制度一定会为社会的发展提供更为便利的条件,这是脑死亡标准本质上的属性。器官移植数量并不因为脑死亡的推行而提升,破解器官移植瓶颈的根本途径是人们器官捐献认识的转变,因为未经患者生前同意或者家属同意无论采用何种死亡判定标准,患者死亡后任何人均不能实施器官摘取行为。持功利主义思想而讨论脑死亡必定会有失对社会的公平和正义,利益趋势无法使脑死亡研究在正常的轨道上前行。

(三)对刑事诉讼程序及司法侦查及鉴定的效应

诉讼程序法当中有许多关于当事人死亡的规定,脑死亡的推行也必将对诉讼程序产生相应影响。例如:我国《刑事诉讼法》第15条规定:“有下列情形之一的,不追究刑事责任,已经追究的,应当撤销案件,或者不起诉,或者终止审理,或者宣告无罪:……(5)犯罪嫌疑人、被告人死亡的;”若犯罪嫌疑人或被告人在犯罪后因某种原因(如自伤或患病)造成脑死亡但心跳尚存,按照“心死说”,其具有生命气息,属于法律意义上的人,故仍然需要判处适当的刑罚;反之,如果采取“脑死说”的标准,其已经不再具有生命气息,不再属于法律意义上的人,由于被告人已经不存在,追究其刑事责任便失却法律依据。^[9] 使用修正一元性理论,如果犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中发生被动呼吸下的脑死亡,则就能适用《刑事诉讼法》第15条之规定而免于追究其刑事责任。如果当事人因为车祸等意外事件发生,其在不存在被动呼吸情况下心脏停止跳动,并经过必要的抢救而无法恢复即可认定为死亡,并适用《刑事诉讼法》第15条规定。在我国司法实践中,法医鉴定结论是对刑事案件中死亡、伤害的认定依据与证据。特别是在脑死亡与心肺死亡产生时间差的时候,其对刑事司法鉴定的影响巨大,同时对被告人的定罪与量刑也会产生巨大影响。倘若依赖于二元性的判定标准势必会造成结论的差异,造成刑法适用的差异性。

- [1] 搜狐网. 谁来决定生死? 判定脑死亡无须专家 普通医生足矣[EB/OL] . [2010—12—05] <http://health.sohu.com/20081127/n260867468.shtml>.
- [2] 日本实施首例脑死者器官移植手术[J] . 中国健康月刊, 1999(8): 44.
- [3] [日] 冈田稚胜. 日本医学伦理问题(下)——脑死问题的基点所在[J] . 医学与哲学, 1994(5): 28—31.
- [4] A definition of irreversible coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death JAMA, 1968. 205: 337—340.
- [5] Anna VS, Bryan AL. Definition and implications of death. Hematol Oncol Clin North Am, 2002(16): 1397—1413.
- [6] 陈忠华, 裘法祖. 脑死者捐献器官[J] . 中华医学杂志, 2004(8): 618.
- [7] 《脑死亡判定标准(成人)》和《脑死亡判定技术规范》征求意见稿[J] . 中华麻醉学杂志, 2003(1): 76—78.
- [8] 《脑死亡判定标准(成人)》通过专家审定[N] . 中国医学论坛报, 2005—05—13.
- [9] 熊永明. 论死亡标准的冲突对刑法适用的影响[J] . 南昌大学学报: 人文社会科学版, 2010(3): 39—44.
- [10] 叶忠亮, 傅志华, 等. 42 例脑死亡后心跳停止时间观察分析[J] . 临床医学, 2006(7): 42.
- [11] 刘明祥. 脑死亡若干法律问题研究[J] . 现代法学, 2002(4): 57—64.
- [12] 刘维新. 医事刑法初论[M] . 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 213.
- [13] [日] 曾根威彦. 刑法学基础[M] . 黎宏, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 69.
- [14] 杨文. 论脑死亡标准中的法律问题[J] . 法律与医学杂志, 2003(3): 143.

(上接第 98 页)

但是, 官员复出尤其高官复出, 关乎公共权益、民生福祉和国家民主法治。2009 年《关于实行党政领导干部问责的暂行规定》作出了较全面的规定: 受到问责的党政领导干部, 取消当年年度考核评优和评选各类先进的资格; 引咎辞职、责令辞职、免职的党政领导干部, 一年内不得重新担任与其原任职务相当的领导职务; 对引咎辞职、责令辞职、免职的党政领导干部, 可以根据工作需要以及本人一贯表现、特长等情况, 由党委(党组)、政府按照干部管理权限酌情安排适当岗位或者相应工作任务。引咎辞职、责令辞职、免职的党政领导干部, 一年后如果重新担任与其原任职务相当的领导职务, 除应当按照干部管理权限履行审批手续外, 还应当征求上一级党委组织部门的意见。上述规定对引咎辞职的法律后果及复出时间和审批程序作了较详细的规定, 但在复出程序的规定方面, 缺少信息公开的规定。复出规定的实施过程中应充分重视群众的智慧, 尊重群众的权利, 保障群众的知情权, 接受群众的监督, 及时公开解答群众的质询。而且, 要对引咎辞职官员跟踪考核, 了解辞职后的具体去向等。只有公开、透明的复出程序, 才能增强官员复出的说服力。

参考文献:

- [1] 杨小敏, 戚建刚. 论应对“危机型”突发事件的代替性策略——“必需之法则”[J] . 法律科学, 2009(5): 85—93.
- [2] 中国行政管理学会课题组著. 中国转型期群体性突发事件对策研究[M] . 北京: 学苑出版社, 2003: 11.
- [3] 打官司是替政府“挖疮”[EB/OL] . [2010—06—20] . <http://news.sina.com.cn/o/2010-01-25/040916985994s.shtml>.
- [4] [法] 卢梭. 社会契约论[M] . 北京: 商务印书馆, 1962: 123.
- [5] 邓小平文选: 第 1 卷[M] . 北京: 人民出版社, 1994(2): 33.
- [6] [英] F·A·哈耶克. 自由秩序原理: 上卷[M] . 邓正来, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1997: 99.
- [7] 李阳. 权力监督与制约的制度安排——《关于实行党政领导干部问责的暂行规定》的解读[J] . 江苏行政学院学报, 2009(6): 93—98.