

脑死亡若干法律问题研究

刘明祥

(武汉大学法学院,湖北 武汉 430072)

摘要:脑死亡是刑法学中与人的生命保护界限密切相关的问题。脑死亡的新观念虽然面临挑战,但其科学合理性毋庸置疑。脑死亡的时间应当以全脑机能不可逆性丧失时为准。脑死亡的概念与判定标准,有必要在器官移植法中予以规定。

关键词:脑死亡;器官移植;死亡时间;机能丧失

中图分类号:DF 611 **文献标识码:**A

一、脑死亡问题的提出

死亡是生命的终结,人难免于死。死是与宗教、哲学、伦理等有密切关系的概念,由于人们大多是从肉体与灵魂或身体与精神的关系上抽象来谈论的,并且因各人的信念不一,而对死的理解各不相同。即便是在医学上,也有种种不同的见解。不过,各国的传统医学对死亡的判定标准大致相同。如日本的传统医学是采取“三征兆说”(或综合判断说),即心脏停跳、呼吸停止、瞳孔散大三种征兆出现时,认定人已死亡;在欧美各国,由于传统医学认为,瞳孔散大只是认定死亡的一种辅助征兆,因而采取“二征兆说”(或心肺标准说),即心脏停跳、呼吸停止时,认定人已死亡。有的学者从心肺机能具有一体性的观点出发,又将这种“二征兆说”简单称之为“心脏死说”。^[1]我国的传统医学和司法实践也是以心跳、呼吸停止作为死亡的标志,即采取“心脏死说”。^[2]

但是,随着医学的进步,特别是维持生命装置的发达,产生了新的问题。过去,人脑(特别是脑干)受重大伤害后,脑机能丧失者就会停止呼吸、心跳,出现死亡的三种征兆。但现在脑机能完全丧失者,若使用维持生命装置,呼吸和心跳都还有可能维持较长时间。如果按传统的“三征兆说”或“心脏死说”,就不能视为其已死亡。然而,这种脑死患者(处于脑死状态的人)的意识已完全丧失,处于深度昏睡状态,并且已无恢复的可能性。如果撤除维持生命装置,立刻就会停止呼吸和心跳;即便是使用维持生命装置,大致经过一、二周时间,呼吸、心跳也自然会停止。因此,这

种脑死患者只不过是机械使心脏、肺脏等脏器还活着,作为个体的人已经死亡。这就是所谓的“脑死说”。^[3]

本来,“脑死”是医学上所指的“脑死状态”,即“脑机能不可逆性的丧失状态”。“脑死”二字本身并不包含“脑死就是人死”这样的含义。“脑死状态”出现时能否认为“人已死”,这就是我们所要讨论的“脑死亡问题”。它是与是否可以撤除维持生命装置、以及是否可以摘取脑死患者的器官移植给他人联系在一起的问题。如前所述,若撤除用于脑死患者的维持生命装置,其呼吸、心跳就会停止,因此,如果脑死患者是活着的人,撤除维持生命装置就是剥夺人生命的杀人行为;但如果认为脑死患者已经死亡,即使实施了这样的行为,也不存在杀人的问题。另外,如果认为脑死患者还活着,为移植而摘取其器官并导致其呼吸、心跳停止的行为,自然是一种剥夺人生命的杀人行为,但如果认为其已死亡,则不存在杀人的问题,充其量只是一种毁损尸体的行为。总之,脑死亡既是医学、哲学、宗教、社会学等领域的研究课题,也是刑法学中与生命保护的界限密切相关的问题。

二、脑死说及其所面临的挑战

脑死说认为,人的脑机能不可逆性的丧失时,就标志着其已死亡。由于人脑分为大脑、小脑、脑干等几个部分,分别具有不同的机能。那么,究竟是脑整体的机能丧失时才是脑死亡,还是只要有某一部分脑的机能丧失即可视为脑死亡?对此,持脑死说的论者意见不一,因而形成以下几种不同的脑死说:(1)“脑波停止说”,认为应以脑波永久地停止(即脑电图呈现平直线)作为人死亡的标志;(2)“大脑死说”,认为只要大脑的机能不可恢复或失去时(出现“植物状态”),就视为人已死亡;(3)“脑干死说”,认为只要脑干的机

能无法恢复或失去时,即可视为人已死亡;(4)“全脑死说”,认为只有包含脑干在内的脑整体的机能不能恢复或不可逆性的失去时,才能视为人已死亡。^[4]在这几种“脑死说”中,由于“脑波停止说”是以用脑波计测试脑波是否消失为条件的,而脑波只是人脑皮质的一种反映,用脑波计测试脑波,来确定人的死期,这是人们忌讳的事,而且在瑞士、挪威、芬兰、英国、丹麦等许多国家,并不把测试脑波作为判断脑死亡的必经程序,所以,“脑波停止说”在国外已失去支持者。^[5]另外,由于大脑的机能主要是决定人的意识,人的大脑机能虽然丧失,但脑干的机能仍然可能残留,还能自发呼吸,心跳或血液循环还能继续进行,这种处于植物状态者(所谓植物人),按“大脑死说”,应被视为已经死亡。可是,把有完全的呼吸和循环机能的患者,宣告为已经死亡,并允许从其身上摘取心脏等器官移植给其他人,这既不符合传统的道德观念,也难以为社会公众所认同。正因为如此,“大脑死说”并不为法学和医学界所赞同。^[6]与此不同的是,脑干属于生命现象的中枢,仅仅只是脑干死亡而大脑的机能仍然残留的现象几乎不可能发生,所以,一般来说,脑干死亡就意味着脑整体死亡,脑干死说与全脑死说的差别,实际上几乎无法判定,只不过是理论上的一种区分。只是在脑干一次性损伤而导致脑死亡の場合,脑干的反应全部消失后,数小时内还残留有脑波的现象有可能发生,此时,脑干死与全脑死之间有一点差别。不过,即使是在这种场合,区分两者的意义也不大。^[7]或许是基于这种原因,目前的脑死说,有的国家(如英国)的通说是采取“脑干死说”,另有的国家(如德国、日本)的通说则是采取“全脑死说”。^[8]

对于脑死说,否定论者提出了如下几方面的批判:(1)目前对脑死亡还不能作出准确判断。(2)即便是在医学界,对是否应该承认脑死亡,也并未取得一致意见。(3)脑死亡的概念不能取得社会公众的一致认同。(4)不论是脑干死说还是全脑死说,都十分重视脑干的机能。的确,脑死状态也就是人生命中枢的脑干机能的丧失。但是,作为人的个性特征的人格是由大脑所主宰的。如果未来医学发展到能把大脑与脑干分离开来,形成人个性特征的大脑虽然不能由其他人的大脑或人工装置所取代,但由于脑干并不决定人的个性特征,完全有可能用其他人工装置等所替代,由此可见,重视脑干机能的脑死说并无合理性。(5)死不仅含有苏生无术(不可能苏醒)之意,而且还有身体状态(全身的状态)恶化的含义。按脑死说,在脑死状态下,因为人已不可能复苏,所以,应宣告其已死亡。但即便是脑已死亡,脑以外的身体状态并不一定已恶化,仅以人不可能苏醒作为宣告其死亡的理由是不充足的。(6)脑死说的提出,很大程度上是为了满足器官移植的需要,但为了移植而摘取器官,可以运用阻却违法性的理论来作合理的解释。

反驳:(1)现代医学技术已将脑死亡的判定直接运用到临床中,已有很多积累了这方面丰富经验的资深医生,达到了能准确判定脑死亡的水平。(2)一些机构的社会调查显示,医学界虽然对脑死亡尚有不同意见,但多数人士是持赞成态度。(3)在价值观念多样化的现代社会,对包括脑死亡在内的许多问题,要想得到社会公众的一致赞同是不现实的,只能按大多数人的意见来处理,而社会调查表明,大多数人是赞成脑死说的。(4)以脑干可以通过人工装置等替代,作为否定脑死说的理由是不妥当的。因为脑干与大脑可以分离开来,这只是一种假说,现代医学根本没有达到这种程度,把假说作为立论的根据是不可靠的;即使未来医学发展到了这一步,使这种假说变成了现实,那也不知已经到了何种时代,那时的法秩序同现代社会秩序、乃至人的生死观,可能已发生了很大改变;另外,上述批判是以人的个性特征仅仅只与大脑发生关系为前提的,但这种结论并不一定正确。现代医学实验证明,人的情感活动与小脑、脑干有关系,而人的情感活动是人的个性的重要组成部分,如果脑干被人工装置所替换,那就会使其个性发生改变。(5)在医学上,人的“死”并非有一个很清楚的界限,而是有一个相当长时间范围的生命现象的停止过程。即使是按传统的“三征兆说”或“心脏死说”,人的心脏不可逆性地停止跳动之后,在一定的时间内,肾脏、肝脏等还处于活动状态,毛发、指甲等还能继续生长。因此,脑死说与传统的“三征兆说”或“心脏死说”,在方法论上并无实质的差别,以脑死之后其他器官短期内还活着作为否定脑死说的理由,也是站不住脚的。^[9]

另外,关于脑死说是否违宪,也是有争论的问题。有的学者提出,脑死说主张在脑死状态下(人的器官还能活动时),可由医生任意宣告其已死亡,这显然是违反宪法关于保障人格权的规定的。但也有学者认为,承认脑死亡并不违宪。特别值得一提的是,1972年瑞士联邦法院在一件相关案件的判决中曾明确指出,承认脑死亡并不违反宪法保障公民人格权的规定。^[10]

笔者赞成脑死说。除了上述肯定脑死说的论者提出的反驳否定论的理由之外,主要还有如下几方面的根据:

(1)现代生物学和医学证明,人的生命是通过吸收和转化营养来维持的,这主要靠肺、心、脑三者的机能来支撑。因此,肺、心、脑三者的机能,对人来说是绝对必要的,它们相互依存形成一个密不可分的生命锁链,某一环节不可能独立存在。^[11]在医学不发达的时代,肺、心、脑三者之中,无论是何者先死亡,其他二者也会在短时间内(通常是三、四分钟以内)出现不可逆性机能停止,人的生命即告终结。^[12]但医学科学发展到今天,人的心和肺的机能都可以由机械来取代,能够通过移植而延续,出现了只要脑的机能正常,即便是心肺停止,也可以通过器官移植或使用维持

命装置,而维持人的正常生活的现象;反过来,由于脑是生命的中枢,现代医学既不能移植更换人脑,^[13]也不能用机械来替代脑的机能,因此,脑一旦死亡(全脑机能不可逆性丧失),即便是使用人工呼吸机,心跳(血液循环)在一定时间内还能维持,但人的意识不可能恢复,更不可能维持正常的生活,并且这种强制性的心跳和呼吸也只能在短期(通常是一、二周)内存在,因此,脑死就意味着人生命的终止。

(2)在刑法上,人的死亡时间,对决定某种行为是杀人还是毁坏尸体有重要意义。例如,汽车司机甲违章开车,将乙撞倒并导致其头部与躯体分离,此时,恰遇丙违章开车紧随甲车后,因来不及刹车又从乙躯体上碾压过去。由于头与躯体分离的短时间内,躯体内的的心脏还在跳动,如果采取传统的“三征兆说”或“心脏死说”,丙在乙的心脏还能跳动(活着)时,违章开车将其心脏等碾碎,这是直接引起乙死亡的行为,自然是构成交通肇事罪;但如果采取“脑死说”,则因为头与躯体分离后,现代医学不可能使之再生,脑死亡已成事实,丙开车碾压的只不过是乙死后的尸体,因而不构成犯罪。在这种场合,无论是从社会上一般人的感觉,还是从法理、情理而言,都应该认为按“脑死说”处理比较合理。

(3)目前,世界上许多国家,如英国、美国、意大利、德国、日本、瑞士、西班牙、葡萄牙、挪威、荷兰、墨西哥、澳大利亚、奥地利、阿根廷等都先后在立法或学说上采取脑死说,^[14]把脑死亡作为认定人死亡的标志,已成为一种国际潮流。

(4)在国际社会普遍认可“脑死说”的情况下,我们如果不采取“脑死说”,就有可能引起一些难以解决的刑事法律问题。譬如,我国医生到国外医院作移植手术,摘取脑死患者的心脏移植给其他病人;我国人在国外处于脑死状态时,经其亲属同意,被摘取心脏等重要器官作移植用;我国人在国外对处于脑死状态、心脏还在跳动的患者,撤除其人工呼吸机等装置,直接导致其心脏停跳,如此等等,按国外的法律和刑法理论,并不构成犯罪,但如果我们采用传统的“心脏死”说,那就构成故意杀人罪。根据我国刑法第7条的规定,我国公民在国外犯故意杀人罪,应当适用我国刑法追究刑事责任。但对实施上述行为的人,追究刑事责任,不仅不合情理,而且会产生很坏的国际影响。由此可见,在我国采用“脑死说”已是势在必行。

三、脑死亡与器官移植

人与人之间的器官移植可能出现在三种情况下:一是提供器官者在生存状态下,医生摘取其器官移植到他人身上,如摘取其一个肾脏移植给他人;二是提供器官者被公认为已死亡(心跳、呼吸停止)之后,医生摘取其器官移植到他人身上,如摘取其眼角膜移植给他人;三是提供器官者处于脑死状态(心脏仍在跳

动)时,医生摘取其器官移植到他人身上,如摘取其心脏移植给他人。在第一种情况下,由于一般不会危及提供器官者的生命,只要是基于提供者的真实意愿,医生为治病救人而摘取其器官的行为,就是一种正当合法的行为,不存在构成故意伤害等犯罪的问题;在第二种情况下,由于提供器官者已死亡,根据其生前的意愿或征得其亲属的同意,利用其尸体造福于他人,自然是一种有益于社会的行为,不能作违法或犯罪的评价;在第三种情况下,由于提供器官者被摘取器官前尚未出现传统的死亡征兆(摘取器官后才出现这样的征兆),那么,如果认为其已经死亡,为移植而摘取其器官,就与第二种情况一样,不可能构成故意杀人罪;如果认为其是活着的人,则通常不能成为器官移植的提供者。因为活体器官移植以摘取器官对器官提供者无生命危险为前提条件,一般应以健康人为器官提供者。若摘取处于脑死状态者的器官,直接导致其出现呼吸心跳停止等传统死亡征兆,那就是一种剥夺人生命的杀人行为。假如在前两种情况下移植器官就可以满足社会或病人的需要,自然也就没有必要在脑死状态(心脏仍在跳动)时摘取器官移植。问题是目前的心脏移植只能在器官提供者心跳尚未停止时进行,而器官提供者被摘取器官后往往不可能继续生存,因此,在前两种情况下无法实施心脏移植,并且肾脏等重要器官的移植,利用脑死患者的器官比利用通常的尸体器官,移植的成功率要高得多。正是为了满足心脏等重要器官移植的需要,医学界才产生了把脑死作为人死之标志的新观念。^[15]

但是,在日本等大陆法系国家,一些刑法学者提出,为了满足心脏等器官移植的需要,并非一定要借用脑死亡的新观念,运用阻却违法性的理论,就足以解决问题。也就是说,患者处于脑死状态时,虽然还是活着的人,摘取其心脏等器官移植给他人,导致其出现传统的呼吸心跳停止的死亡征兆,这也是一种杀人行为,但由于存在阻却违法性的事由(不具有违法性),而不构成犯罪(成为一种“被允许的杀人行为”)。至于具体理由,学者们有以下几种不同的说法:(1)“社会相当性说”,认为摘取脑死患者的器官移植给他人,是一种具有社会相当性的行为,因而阻却违法性。“脑死患者已经失去了人所具有的人格,是处于‘生与死中间’状态的人,在具备本人生前遗嘱等条件时,摘取其器官移植给患有严重心脏病或肝脏病的患者,这作为一种医疗措施被认为具有社会相当性。”^[16](2)“优越利益说”,认为根据优越利益的原理,摘取脑死患者的器官移植给他人的行为不具有违法性。因为“从脑死患者身上摘取器官移植成为救助其他患者生命的唯一方法的场合,只要脑死患者事先明确表示同意,其亲属也同意,那么,接受移植者的生命比死期逼近且同意捐出器官的脑死患者的生命,受保护的程度显然要高,因此,可认为摘取器官的行为阻却违法性。”^[17](3)“紧急避难说”,认为根据紧急避难的理

论,可以说明摘取脑死患者的器官移植给他人的行为阻却违法性。因为脑死患者已回天无术,摘取其器官移植给其他面临死亡的患者,倒有可能救人一命,并且是挽救他人生命的唯一方法,这就完全具备紧急避难的条件,不仅不构成犯罪,而且是一种完全合法的行为。^[18](4)“被害者承诺说”,认为根据尊重脑死患者自己决定权和被害者承诺的法理,应该认为上述移植器官的行为阻却违法性。因为已处于脑死状态的患者,既然死期已逼近,国家也就不能强制其活下去,由其本人自己作决定是正当的,只要其同意在脑死状态下移植器官,那么,基于被害人同意而摘取器官的行为就阻却违法性。^[19](5)“正当业务行为说”,认为上述移植脑死患者器官的行为,是一种正当业务行为,因而阻却违法性。因为医生为治病救人而移植心脏等重要器官是有严格限制条件的,应该允许医生从事这种正当业务行为。^[20](6)“尊严死说”,认为摘取脑死患者的器官移植给他人,可以认为是“尊严死”的一种形式,因而阻却违法性。对死期逼近、回天无术的脑死患者,继续维持其生命已毫无意义。况且患者本人事前明确表示不愿让这种维持生命的治疗继续下去,而希望将自己的心脏等器官捐献给其他患者,因此,当其出现脑死状态时,停止治疗、摘取其器官移植给他人,可以认为是让其有尊严的死去的一种特殊表现形式。^[21](7)“无可罚的违法性说”,认为在法律没有明文规定把脑死亡作为认定死亡之标准的情况下,要肯定上述器官移植行为完全阻却违法性是没有根据的,只不过是缺乏可罚的违法性,而不当犯罪处理。^[22]

在笔者看来,以上几种说法表面上似乎都有一定的道理,但仔细推敲就会发现均有缺陷。“社会相当性说”认为,脑死患者是处于“生与死中间状态”的人,因此摘取其器官移植给他人,是具有社会相当性或无社会危害性的行为。但人的生死是一种客观事实,在科学和法律上都是有明确界限的,并不存在所谓中间状态;一方面认为脑死患者并没有死亡,另一方面却又认为其处于生与死的中间状态,这显然存在自相矛盾的弊病。“优越利益说”认为,接受移植者的生命比提供器官的脑死患者的生命受保护的更高,这实质上是认为人的生命价值有高低贵贱之分,无疑是与人的生命伦理规则相悖的;再说,仅仅因为脑死患者死期逼近,就认为其生命价值比生命期限长的人低,那么,由此推论,孩子的生命是否就比老人的生命价值更高、更应受到尊重呢?为了挽救孩子的生命是否可以摘取老人或未处于脑死状态的濒临死亡者的器官来移植呢?回答自然是否定的;此外,以脑死患者无恢复意识的可能性,作为其已失去生命价值的理由也不充分,因为人的价值不是由有无意识决定的,如迁延性植物状态的患者(所谓植物人),也是不可能恢复意识的人,但并不能摘取植物人的心脏作移植用(紧急避难说);此外,摘取脑死患者的器官移植给

面临死亡的其他患者是一种紧急避难行为,可是,为挽救此人的生命而牺牲彼人,并不符合紧急避难的规则;况且,紧急避难是在紧急情况下出于不得已而实施的行为,它有严格的成立条件的限制,而心脏、肾脏等器官移植往往是在有充分准备的条件下进行的,并非是当时不摘取脑死患者的器官移植病人立刻就会死去,因而并不符合紧急避难的条件。“被害者承诺说”认为,应该尊重脑死患者自己的决定权,肯定其事前承诺的有效性,从而阻却上述器官移植行为的违法性。这实际上是肯定人对自己的生命也有处分权,即只要本人完全自由且出于本意而放弃生命权,他人对其实施的杀人行为也就合法,这样一来,德日等国刑法中的承诺杀人罪、帮助自杀罪,岂不失去了存在的基础?再说,尊重自己决定权是由来于对自由的尊重,其基础是对个人乃至人的尊严的尊重,而放弃生命的决定是对个人乃至人的尊严的自我否定,与尊重自己决定权的宗旨相矛盾;另外,脑死患者已经失去意识,事实上已不能作意思表示,而事前的意思表示并不能推定为脑死时的意思表示,按被害人承诺的法理,摘取脑死患者的器官时应该有他本人现实的承诺(或同意),才能使行为正当化。由此可见,上述器官移植行为并不符合被害者承诺的条件。“正当业务行为说”认为,上述移植器官的行为是医生实施的医疗行为,自然是一种正当业务行为。但作为阻却违法性的医疗行为,只能是为救治患者本人而不得不实施的损伤其身体的行为,如为了避免癌细胞扩散而锯掉患者长有肿瘤的一条腿。至于为治甲的心脏病而摘取乙的心脏移植给甲,则损害的是其他人的身体,不属于阻却违法性的正当业务行为。“尊严死说”认为,脑死患者已失去知觉,并且不可能复苏,人为维持其生命已失去意义,应该让其有尊严的死去。但“尊严死”只能是撤除维持生命装置、放弃治疗,让其自然死去,而不能是将其“杀”死,因此,摘取脑死患者的器官直接导致其死亡的行为,显然不属于“尊严死”。“无可罚的违法性说”一方面认为上述器官移植行为有违法性,另一方面却又认为其违法性达不到刑事处罚的程度,但如果肯定上述移植器官的行为有违法性,那么,导致他人死亡的违法行为,自然是一种有严重违法性的犯罪行为,不可能达不到刑事处罚的程度。

无论是“脑死说”还是上述“违法阻却说”,虽然对脑死患者是否已经死亡持不同意见,但却都对移植脑死患者的器官持肯定态度。不过,在日本等国,也有学者不仅反对脑死说,而且对器官移植本身持否定态度。否定的理由有三:(1)脑死移植存在技术上的难题。接受器官移植的人体对外来器官不可避免地会出现拒绝反应,虽然由于免疫抑制剂的诞生,拒绝反应有可能被抑制,但这又会产生免疫力低下、并发感染等副作用,术后状况极其恶化者也不少。况且,即便是在认可脑死移植的欧美国家,器官供不应求的现状也十分严重,以至于不得不采用动物脑移植等

植到人身上。另外,即使是对胆道闭锁症等移植效果较好的疾患,不通过移植的疗法也渐渐发达起来。尽可能保留本人的器官,通过内科、外科的方法,乃至加速开发人造器官,这才是治疗疾病的根本途径,移植器官只不过是一种过渡性的医疗措施。(2)脑死移植存在伦理上的问题。首先这是一种“以他人的死作为代价的治疗”,是不符合人伦道德的,同为避免饿死而食人肉一样,是犯禁忌的事。再说,细胞都具有独自の遗传信息,移植别人的器官等于是把其他的遗传信息强加进来,这也会带来一系列问题。更为严重的是,器官移植等于是把人的器官当作机械的零部件,而任意加以拼凑利用,这是一种功利主义的医疗,会招致生命价值的相对化,出现由医疗机构来管理人的生命,把人的器官作为一种资源,给不同的人以有差别的治疗的现象,欧美国家出现的移植器官需要支付高额费用、只有富人才能承受就是例证。(3)作为器官移植基础的医学思想存在弊病。器官移植的思想基础是合理主义、人的机械论、功利主义、解剖学的疾病论,归根到底是“机械的医学”。但是,近些年来,这样的医学思想在日本受到了强烈的批判,一些学者认为其致命的缺陷是只注重“疾病”而忽视了“人”,应该对以“人”为中心的帆船医学思想作重新评价,按照这种传统医学思想,要把疾病视为生物学的异常现象与征服的对象,视为人整体心身的问题,并且要尊重人的自然治愈力,尽可能使其自身恢复,要注重对“人的整体治疗”,不能只是头痛治头、脚痛治脚。^[23]

在笔者看来,目前器官移植固然存在医疗技术等方面的问题,但并不能完全否定其有存在的价值。在现代医学条件下,对某些病症除了移植器官别无其他救治良方,不允许采取这种“起死回生”的治疗方法,显然是不合适的。再说,多一种治病救命的途径自然是好事,所以,禁止器官移植等于是因噎废食。至于对脑死移植(摘取脑死患者的器官移植给他人),如果持肯定态度,则采取脑死说较为合理,否则,一方面认为脑死患者是活着的人,另一方面认为脑死移植阻却违法性(或无社会危害性),就会出现上述解释论上的种种弊病。

应当指出,尽管脑死亡观念的产生与器官移植有紧密联系,但是,在德日等国,刑法理论界的通说认为,应该把脑死亡与器官移植问题分开议论,美国总统委员会1981年提出的《统一的死亡判定法案》也持同样的立场。^[24]笔者也赞成这样的主张。因为脑死亡是涉及到对脑死患者能否视为有生命的人而予以保护的问题,而器官移植是关系到怎样把移植作为救治患者的必要手段的问题,二者分属不同的理论范畴;如果把二者联系在一起,在判定脑死亡时就难免侧重考虑移植的必要性,以至过早地判定脑死亡,侵害患者的生命权利;再说,即便是已处于脑死状态,也不能直接摘取其心脏等器官供移植用,还得要具备其他条件,经过一定程序,才能进行移植。

四、脑死亡的判定

如何判断确定人的全脑机能不可逆性丧失,这是一个至关重要的问题。承认脑死亡的国家,往往都会利用法律、法规或医疗卫生部门的规章作明确的规定。一般来说,脑死亡的判定分为间接判定与直接判定两种类型。间接判定脑死亡是以呼吸与心跳永久停止为标准,在西方一些国家,百分之九十九以上人的死亡,都是采用此标准来判定的;直接判定脑死亡者所占比例虽不到百分之一,但却是最引人注目、也是医务人员乃至立法与司法人员所面临的难题。^[25]

直接判定脑死亡的标准,最早是1968年8月由美国提出来的,以“不可逆的昏睡”作为判定标准。^[26]后来,各国医学界又在此基础上不断地修改完善,到现在判定标准一般都涉及多项指标,并且要求有较长的观察时间。如德国医师协会1982年制定的《脑死亡判定标准》规定,判定脑死亡必须具备以下几个条件:(1)前提条件是急性重症引起脑障碍;(2)临床症状表明脑机能已丧失,即处于无意识状态(昏睡)、自发呼吸停止、瞳孔散大对光反射消失、眼球头反射消失、角膜反射消失、对三叉神经领域的刺激反应消失、咽头和气管反射消失等;(3)辅助检查,脑电图长时间呈平直线,脑血管造影显示脑血流已停止;(4)观察时间:若是一次性脑障碍,须经过12小时(但婴儿或2岁以下的幼儿,须经过24小时),若为二次性脑障碍,则须经过3日。^[27]日本卫生部1991年的《脑死亡判定指针及判定基准》规定,判定脑死亡的标准是:(1)深昏睡;(2)瞳孔散大;(3)脑干反射消失;(4)脑电图呈现平直线;(5)自发呼吸消失;(6)具备上述5个条件后,经过6小时再作第二次判定,若所有条件均具备,则宣告脑死亡成立。^[28]

脑死亡的时间如何界定?这是在法律上不能含糊的问题。因为人是活着还是已死去,在民法上关系到权利主体是否存在、继承是否发生,在刑法上则涉及到杀人、伤害罪的对象是否存在,对之实施的侵害行为是否构成犯罪、以及是构成杀人罪、伤害罪还是构成毁坏尸体罪或盗窃、侮辱尸体罪的问题。正因为如此,关于脑死亡的时间,在国外理论界颇有争议。例如,在德国学术界,就存在如下几种不同观点:(1)认为应以重症脑障碍出现时,为脑死亡的时间。其中,有的学者提出,如果是事故引起的重症脑障碍,应以事故发生时为准;也有的学者提出,应以自发呼吸停止时、撤除人工维持生命装置时、或最后心跳时为准。(2)认为应追溯至脑死亡观察开始时,为脑死亡的时间。(3)认为应以脑死亡被确实证明时,即经医生按程序检查,确信完全具备脑死亡的条件时,为脑死亡的时间。^[29]在日本法学界,大致也有三种相类似的观点:(1)认为应以脑死亡的要件(除观察时间外)全部具备时,即瞳孔散大、对光反射消失、角膜反射消失、咽头和气管反射消失、眼球头反射消失、角膜反射消失、对三叉神经领域的刺激反应消失、咽头和气管反射消失等;(2)认为应以脑死亡的要件(除观察时间外)全部具备时,即瞳孔散大、对光反射消失、角膜反射消失、咽头和气管反射消失、眼球头反射消失、角膜反射消失、对三叉神经领域的刺激反应消失、咽头和气管反射消失等;(3)认为应以脑死亡的要件(除观察时间外)全部具备时,即瞳孔散大、对光反射消失、角膜反射消失、咽头和气管反射消失、眼球头反射消失、角膜反射消失、对三叉神经领域的刺激反应消失、咽头和气管反射消失等。

干反射消失、脑电图呈现平直线等五个要件全部满足时,为脑死亡的时间;(2)认为应以脑死亡的观察程序开始时,为脑死亡的时间;(3)认为应以脑死亡的观察结束(经过规定观察时间)时,为脑死亡的时间。^[30]但是,各国法律、法规或规章对脑死亡时间的规定比较一致,大多是以医生最终判定脑死亡(即经过一定时间的观察,确信脑死亡成立)的时间为准。例如,德国医师协会1982年制定的《脑死亡判定标准》,瑞士医学会1983年制定的《关于死亡的定义与判定标准》,挪威1977年制定的《关于死亡定义的规定》等,都是如此。^[31]

应该看到,医生最终判定(确信)脑死亡的时间与脑死亡观察结束的时间,并非完全一致。因为法定观察时间结束后,医生还得作进一步的检查,至少还要花几分钟时间,并且不同医生的办事效率可能会有较大差别,同样情形的患者,最终判定的脑死亡时间可能会有一定的差异。这对医疗机构和医生来说,固然是无关紧要的事,但在法律上,相对于有关当事人,可能会影响到财产的继承、犯罪的成立、或此罪与彼罪的划分。即便是以观察结束时间为准来确定脑死亡时间,也存在类似的弊病。因为各国所规定的脑死亡观察时间不一,短者仅25分钟,长者则在24小时以上。^[32]本来,人的死亡是一种客观事实,若将认定死亡的时间人为予以变动,这是违背客观规律并有可能带来法律问题的。比如,我国公民在国外死亡,国外脑死亡的观察时间与我国有较大差别,那么,其脑死亡的时间究竟是以国外的认定为准,还是以国内的规定为准?再说,开始进入脑死亡观察程序,是以医生怀疑患者已处于脑死亡状态为前提的,如果明显未处于脑死亡状态,自然不得停止救治(不能进行脑死亡观察)。法律规定脑死亡的判定必须经过一定的观察时间,无非是为了确证医生的判定准确,从而避免草菅人命的事发生。因此,不能以脑死亡观察结束时为脑死亡的时间。

如前所述,所谓脑死亡,是指全脑机能不可逆性丧失的情形。判定脑死亡的时间,无疑应当以脑机能不可逆性丧失时为准,也就是说,当患者完全出现脑机能丧失的临床症状,即出现深昏迷、自发呼吸停止、瞳孔散大、脑干反射消失、脑电图呈现平直线等征兆时,就是脑死亡的时间。在医疗实践中,当医生发现患者出现脑死亡的征兆时,往往就会开始计算脑死亡的观察时间,因此,医生开始进入观察程序的时间与脑死亡的时间通常是一致的,但也有不一致的情况。例如,由于意外事故损伤脑组织,导致某人严重脑障碍,待其被送到医院时,医生发现已出现脑死亡征兆,于是进入脑死亡观察程序,经过规定时间后宣告脑死亡。在这种场合,如果可以肯定,事故发生引起脑损伤时,脑死亡征兆必定已出现,则尽管脑死亡观察是在伤者被送进医院之后开始的,也应该以事故发生时作为脑死亡的时间。否则,就有可能出现两个时间

象。假如此伤者在被送往医院的途中,恰遇某汽车司机酒后违章开车,碾压断其一条腿,由于脑死亡观察尚未开始,若以观察开始时作为脑死亡的时间,那么,汽车司机就有可能要承担刑事责任,这显然不妥当。而以事故发生时作为脑死亡的时间,就可避免这种不合理现象发生。

五、脑死亡的立法

关于脑死亡的概念、以及脑死亡的判定标准有无必要通过立法予以规定的问题,在德日等国刑法理论上争论。一种是“立法不要说”,认为“死”的概念与判定标准,没有必要通过立法来规定。其主要理由是:(1)在司法实务中,早就有把脑死者认定为“人已死”的判例出现,因而,没有必要制定特别的法律来作规定;(2)通过法律来决定脑死的定义并无实际意义,实际需要的是判定脑死的技术、以及判定的要件;(3)脑死亡是比较新的研究领域的问题,临床的案例也比较少,学术研究正处于发展阶段,并存在激烈的争论,如果法律作了规定,那就有阻碍法学和医学学术发展的危险性;(4)人的“死”是一个“开放的法律概念”,要由医学来补充,并且这一概念的内容应该随着医学认识的发展变化而不断变化;(5)人的死亡时期由法律规范来决定,这对立法者也是很过分的要求;(6)法律规定脑死亡的概念及其认定标准,可以减轻医生的负担,这自然是医生所期盼的事。但是,由于现在并无国际上统一的确定脑死亡的标准,即使现在本国法律作了统一的规定,但随着医学的发展,法律规定的內容可能很快会过时,所以,目前立法的条件还不成熟。另一种是“立法必要说”,认为“死”的概念与判定标准应该通过立法来作规定。这是因为:(1)在无法律规定的情况下,必须由医生来决定病人生与死的界限,这对医生是一种过度的负担,且无法律上的保障,所以,应当通过立法予以减轻。(2)德国六十年代发生的实际脑死亡时间与死亡诊断书记载的时间相差四小时而引起纠纷的案件,就是由于无法律规定而导致医生误解所产生的。为了避免这类纠纷的发生,必须通过立法对脑死亡及其判定作明文规定;(3)关于人的死亡问题,医学界有不同意见,即便是持脑死说的论者也还有认识上的分歧(如有的赞成大脑死说,另有的主张全脑死说等),只有通过立法对脑死的概念及其判定作明文规定,才可能避免产生分歧,从根本上解决判定死亡标准不一致的问题;(4)即便是有判例采用脑死亡的新观念,那也是就具体案件所作的判决,不具有普遍意义。只有通过法律对脑死亡及其判定标准作明文规定,才能防止误判的发生。^[33]

目前,在一些国家还有许多学者反对通过立法规定“死”的概念与判定标准,即采取“立法不要说”;另有一些国家(如奥地利)的医学和刑法学界虽然都普遍认同脑死亡,但在其国家移植法报告中却没有给

亡下定义,显然是立法者有意采取了回避的态度。^[6]不过,也应当看到,在国外刑法理论界,主张通过立法规定“死”的概念与判定标准的呼声很高,并且许多国家已成为现实。例如,美国的许多州、瑞典已制定了有关死亡定义的法律,澳大利亚各州、丹麦在器官移植法中也作了规定。特别值得一提的是,日本1997年施行的《关于器官移植的法律》规定,被移植用的“尸体”的概念包含“脑死者的身体”,所谓“脑死者的身体”,是指被判定为包含脑干在内的全脑之机能已不可逆性的停止,而为供移植手术使用被摘出器官者的身体(《关于器官移植的法律》第6条第2项)。^[35]这实际上是间接对脑死亡的含义作了界定。

笔者认为,应该通过立法来规定脑死亡的概念及其判定标准。除了上述“立法必要说”提出的几点理由之外,更为重要的是,在现代法制社会,对采用新的认定死亡标准这种事关人的生命保护的重大问题,不通过立法而由医生或法官来决定,这是与强调保障人权的国际潮流和现代法制原则不相符合的,并且存在使移植医生受刑事追诉的危险。至于随着医学科学的发展,法律规定的死亡概念和认定标准有可能过时,这样的事确实有可能发生,但法律并非是一成不变的,我们可以通过修改法律而使之适应科学发展的需要。另外,也不必担忧上述立法会阻碍法学与医学对脑死亡问题研究的发展。因为既然法律并非是固定不变而是应该不断发展变化的,那么,关于脑死亡问题的立法与学术研究就应该是互相促进(而不是相互制约)的。立法只是把现阶段关于脑死亡问题的研究成果固定下来,科学研究发展之后,情况发生了变化,需要修改法律时,就应该及时予以修改。

从世界各国的立法来看,对脑死亡的概念与判定标准,有的国家(如瑞典)制定了专门的法律,但多数国家(如日本、挪威等)是在有关器官移植的法律中附带作规定。如前所述,脑死亡概念的提出,很大程度上是为了满足器官移植的需要,由于器官移植法对移植器官的提供者要作出规定,器官提供者分为活体器官捐献者与尸体器官捐献者二类,活体与尸体的区别就在于人是否已死亡,因此,在器官移植法中,对死亡的概念与判定标准作出规定,是顺理成章的事。这或许是绝大多数国家都这样立法的原因所在,我国也不应该例外。

另外,关于死亡判定的标准,各国的立法也不完全相同,主要有二种立法形式:一种是一元论的立法形式,即把脑死亡作为死亡判定的唯一基准。例如,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。”第2条规定,“(1)死亡时期的判定,由有学识与经验的医生进行;(2)呼吸与循环已停止相当长时间,表明脑的机能已不可逆性完全丧失时,应判定为已死亡;(3)呼吸与循环通过人工方法维持的

确实被证明时为准。”另一种是二元论的立法形式,即把脑死与心脏死并列作为判定死亡的标准。例如,美国总统委员会1981年提出的《统一的死亡判定法案》规定,“(1)血液循环与呼吸机能不可逆性停止,或者(2)包含脑干在内的全脑之所有机能不可逆性停止被确认时,即视为人已死亡。”

以上两种立法形式中,二元论的立法形式实际上是“二分的死亡概念”或“有差别的死亡概念”在立法上的体现。主张采用“二分的死亡概念”的学者认为,脑死亡是与中止晚期治疗、以及器官移植相关的问题,作为中止晚期治疗对象的患者的生命,由于有必要在尽可能的限度内维持,所以,判定死亡的时间必须尽可能推迟;相反,在器官移植的场合,为了救助其他的患者,对已无救治可能的器官提供者的死亡时间,应尽可能早一些。^[36]因此,对前者采用传统的死亡概念与判定标准,对后者则采用脑死亡的概念与判定标准。应该肯定,二元论的立法形式,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死的判定标准,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。但是,它也有明显的缺陷。因为人的死亡是一种客观事实,法律规定的死亡标准应该遵循科学规律,并且应该统一,不能因人的认识不同而有所不同,也不能因场合不同而有差别。即便是在器官移植的场合,也不能为了救助第三者而人为提早认定器官提供者死亡的时间。再说,采取二元论的立法形式,还有可能出现司法上的不合理现象。例如,患者及其亲属选择心脏死的判定标准,但医生在其脑死亡的情况下,撤掉了人工呼吸机等维持生命装置、停止了治疗,这是否构成不作为形式的杀人罪?如果医生摘取其心脏等器官移植给了其他患者,这又是否构成作为形式的杀人罪?按二元论的观点,回答自然是肯定的。因为在患者未死亡的情况下,医生有救治的义务而不救治,或者摘取其心脏等器官,故意导致其死亡,这无疑是杀人行为。反过来,如果患者及其亲属接受脑死亡的观念,则医生的行为不构成犯罪。同样性质的行为,由于行为人之外的第三者认识不一,出现罪与非罪两种完全不同的结论,这是违背犯罪构成的基本原理的。况且,对现代医学证明已死亡的患者,责令医生承担救治的义务,若不履行此种义务,就要追究其刑事责任,这也是极不公平的事。总而言之,二元的立法形式有诸多弊病,而一元论的立法形式符合科学规律与法学理论,可以为我们所借用。

参考文献:

- [1](日)木村荣作. 脑死也还是人死[A] . (日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨(上)[C] . 东京: 有斐阁, 1993. 279.
- [2] 肖中华. 侵犯公民人身权利罪[M] . 北京: 中国人民公安大学出版社, 1998. 13.
- [3] (日)平川宗信. 刑法各论[M] . 东京: 有斐阁, 1995. 41.
- [4] (日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 15—20.
- [5] (日)阿部纯二. 刑法基本问题(第6卷)[M] . 东京: 法学书院, 1993. 12.
- [6] (日)木村荣作. 脑死也还是人死[A] . (日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨[C] . 东京: (上), 有斐阁, 1993. 277.
- [7](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 84.
- [8](日)加藤久雄. 论器官移植涉及的伦理与法律问题[A] . 中山研一先生古稀祝贺论文集[C] . 东京: 成文堂, 1997. 350.
- [9](日)阿部纯二. 刑法基本问题(第6卷)[M] . 东京: 法学书院, 1993. 13—16.
- [10](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[C] . 东京: 多贺出版, 1989. 35.
- [11](日)木村荣作. 脑死也还是人死[A] . (日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨(上), [C] . 东京: 有斐阁, 1993. 280.
- [12](日)西田典之. 刑法各论[C] . 东京: 弘文堂, 1999. 9.
- [13] 目前, 国外医学界虽然有人在尝试更换人头, 但被取下的人头必定是已宣告脑死亡者的, 此人既然已死, 其躯体被利用换上了他人的头之后, 自然已属于他人。(见: 美国医生下周操刀换人头[N] . 楚天都市报, 2001—7—23(14).)
- [14](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 27.
- [15](日)西田典之. 刑法各论[C] . 东京: 弘文堂, 1999. 11.
- [16](日)町野朔. 犯罪各论之现在[M] . 东京: 有斐阁, 1996. 61.
- [17](日)大谷实. 医疗行为与法[M] . 东京: 弘文堂, 1990. 246.
- [18](日)内藤谦. 刑法讲义总论(中)[A] . 有斐阁, 1986. 555.
- [19](日)平川宗信. 论“脑死”与器官移植[A] . (日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨[C] . 东京: (下), 有斐阁, 1993. 343.
- [20](日)小暮得雄. 脑死与心脏移植[A] . 平野龙一先生古稀祝贺论文集(上卷)[C] . 东京: 有斐阁, 1990. 264.
- [21](日)平川宗信. 论“脑死”与器官移植[A] . 载(日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨[C] . 东京: (下), 有斐阁, 1993. 347.
- [22](日)中山研一. 器官移植与违法阻却说[N] . 判例时报, 第1501号(1994年), 3—11.
- [23](日)平川宗信. 论“脑死”与器官移植[A] . 载(日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨[C] . 东京: (下), 有斐阁, 1993. 345—346.
- [24](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 62.
- [25](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 105.
- [26](日)大野真义. 死亡的概念与对异常死亡尸体的法律措施[A] . (日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨[C] . (上), 东京: 有斐阁, 1993. 226.
- [27](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 33—34.
- [28](日)加藤久雄. 论器官移植涉及的伦理与法律问题[A] . 中山研一先生古稀祝贺论文集[C] . 东京: 成文堂, 1997. 352.
- [29](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[C] . 东京: 多贺出版, 1989. 110—111.
- [30](日)大野真义. 死亡的概念与对异常死亡尸体的法律措施[A] . (日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨[C] . (上), 东京: 有斐阁, 1993. 231.
- [31](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 111.
- [32](日)大野真义. 死亡的概念与对异常死亡尸体的法律措施[A] . (日)福田雅章. 刑事法学之综合研讨[C] . (上), 东京: 有斐阁, 1993. 233.
- [33](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 116—117.
- [34](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[M] . 东京: 多贺出版, 1989. 114—115.
- [35](日)川崎一夫. 刑法各论[M] . 东京: 青林书院, 2000. 8.
- [36](日)齐藤诚二. 刑法中生命的保护[C] . 东京: 多贺出版, 1989. 77.

A Study of Brain Death

LIU Ming—xiang

(Law School of Wuhan University, Wuhan 430072)

Abstract: Regarding brain death as a symbol of human death is the achievement of the improvement of medicine and the application of the device for life maintenance, and it is an inevitable requirement of organ transplant. Brain death is a question closely relating to protection limits of human life in science of criminal law. Although confronted challenges, the scientific reasonableness of new concepts on brain death is undoubted. The criteria of brain death time should be the irreversible loss of whole brain function. It's necessary to stipulate the definition and judge criteria in organ transplant law.

Key words: brain death; organ transplant; death time; function loss

本文责任编辑: 李邦友