

# 刑法学视野下的脑死亡及其立法<sup>\*</sup>

## ——兼论脑死亡判定操作犯罪及其刑事责任理论与制度

刘长秋

**摘要** 脑死亡是由医学界提出的一个新的死亡判定标准,该标准在立法中的确立给传统的刑事责任理论与制度都带来了挑战,在理论界与实务界引发了很多争论。站在刑法学的立场上,我国有必要对脑死亡问题进行专门立法,但在脑死亡标准的采用上应坚持以更为严谨和慎重的全脑死亡标准为法定标准,且应在刑事责任领域统一采脑死亡标准为唯一的死亡判定标准。

**关键词** 脑死亡 脑死亡法 刑法 犯罪 刑事责任

死亡作为生命的终结状态,一直是哲学和医学上的最重要命题之一。随着科学技术并尤其是人工生殖、基因工程和器官移植等现代生命科学技术的发展,死亡的标准问题亦即脑死亡及其立法问题也逐渐引起法学家们的广泛关注,成为多年来各国学术界不断争论的难点问题之一。2006年3月与2007年3月,我国卫生部与国务院分别出台了《人体器官移植技术临床应用管理暂行规定》及《人体器官移植条例》迈出了我国在器官移植立法的第一步。在这种背景下,我国是否有必要单独制定脑死亡法的问题,再次成为人们关注的焦点。本文拟站在刑法学的立场上对脑死亡及其立法问题浅作探究。

### 一、脑死亡及其对刑事责任理论与制度带来的挑战

脑死亡是指原发于脑的病变或严重的脑组织创伤,致使脑的全部机能不可逆地停止,最终导致人体死亡。<sup>①</sup>脑死亡是伴随着人类医学技术尤其是死亡判定技术的发展而由科学家们提出的一个现代医学概念,是判定人死亡的一种理论和标准。脑死亡的提出实际上是科学技术进步给人类自身提出的一个全新的问题,它意味着对于生死的判别由经验走向了科学,并由此而引出了一系列的法律问题。<sup>②</sup>

#### (一) 脑死亡概念的提出

从死亡判定标准的历史演进看,人类最初的死亡判定标准是呼吸停止标准,亦即“呼吸停止说”。这一标准是在人类文明尚不发达时依托于宗教死亡观而提出的。在宗教领域,死亡被认为是灵魂与肉体的分离,而停止呼吸就表明一个人的灵魂已经出窍。这种看法在很长时期都占据主导地位。1628年,德国医生威廉·哈维通过动物实验的方法验证了心脏与血液循环的关系机理,并重新界定了心脏在人体中的地位,从一个侧面宣告了呼吸停止说的过时和一种新的死亡判定标准——“心肺死亡说”——

<sup>\*</sup> 本文为笔者承担的2006年国家社科基金项目“生命科技犯罪及现代刑事责任理论与制度研究”(项目批准号:06CFX024)的阶段成果。

<sup>①</sup> 参见杨文:“论脑死亡标准中的法律问题”,载《法律与医学杂志》2003年第3期。

<sup>②</sup> 参见[美]斯科特·伯恩斯、史蒂芬著:《中国卫生法前沿问题研究》,北京大学出版社2005年版,第202页。

的问世。在此之后的 300 多年时间里,心肺死亡说取代呼吸停止说成为人们判定死亡的基本标准。美国《布莱克法律词典》和英国《牛津法律大词典》都认为,死亡的最主要标志就是心跳、脉搏和呼吸的停止。而医学临床上也一直以心跳停止、呼吸和血压的消失以及体温下降作为宣告死亡的依据。在很长一个历史时期,人们对这一标准都深信不疑。

然而,随着时间的推移,这一标准在实践中开始显现出了诸多问题,因为医疗临床上经常会出现心跳停止者“死而复生”的现象。<sup>①</sup>而且,随着医学的进步特别是维持生命装置的发达,传统的心肺死亡说不断受到质疑。过去,人脑特别是脑干出现重大伤害后,脑机能丧失者就会出现停止呼吸、心跳停止和瞳孔放大三种征兆。但现在脑机能完全丧失者若使用生命维持装置,呼吸和心跳都还有可能维持较长时间。如果按传统的“心肺死亡说”就不能视为其已死亡。如果撤除生命维持装置立刻就会停止呼吸和心跳,而即便是使用生命维持装置,大致经过一、二周时间呼吸、心跳也自然会停止。所以,这种脑死亡患者只不过是机械使心脏、肺等脏器还活着,作为个体的人已经死亡。<sup>②</sup>所有这些问题,使人们不得不重新思考“生”与“死”的界限问题。而伴随着现代医学技术在神经内外科领域的进展,脑死亡的概念逐渐走进学者们的视野。

1959年,法国学者莫拉雷和古隆在第 23 届国际神经学会上首次提出“昏迷过度”的概念,同时报道了存在这种病理状态的 23 个病例。他们的报告显示:凡是被诊断为昏迷过度者,苏醒的可能性几乎为零。莫拉雷等人的报告对传统的死亡判定标准提出了挑战。脑死亡的概念开始浮出水面,引起医学界的广泛关注。<sup>③</sup>1966年,国际医学界以莫拉雷和古隆所使用的“昏迷过度”的概念为基础,正式提出了脑死亡的概念。然而由于受传统心肺死亡概念的影响,脑死亡概念的提出并没有获得人们的深度认同。直到 1967 年南非医生克里斯坦·巴纳德成功完成了世界上首例心脏移植手术,才使得医学界对个体死亡的标准有了全新的认识。因为在进行此次移植过程中,病人的心肺功能已经完全测不出,医生是在病人心跳和呼吸完全停止的情况下进行的手术。这足以说明,人的心脏是可以替换的,而人却并不会因为其心脏的替换而结束生命。换言之,心脏死亡并不必然意味着人生命的终结。而经过其后的一系列科学实验及临床医学实践之后,科学家们发现,“如果人体的某个部分注定具有主宰生命的特异素质的话,那么这个器官就是大脑。”<sup>④</sup>在这种前提下,“人脑作为一个人思维、情感、经验、记忆的根源,便开始成为人们确定死亡的新标向。”<sup>⑤</sup>在此基础上,1968年,哈佛大学医学院特别研究小组第一次提出了脑死亡诊断标准(通常简称为“哈佛标准”)。这一标准指出,不仅心脏和呼吸不可逆性停止的人是死人,而且包括脑干功能在内的所有脑功能不可逆性停止的人也都是死人。<sup>⑥</sup>自此以后,人体死亡就有了一个更为科学的标准,脑死亡标准也首次在世界上被确立。

## (二) 各国立法对脑死亡概念的接受

从相关的立法实践来看,国外对脑死亡的接受程度和标准并不一致。有些国家的立法所接受的是全脑死亡(whole brain death)的概念,而也有些国家的立法所接受的则是脑干死亡(brain stem death)的概念。就已有资料来看,对脑死亡的最早研究出现于 20 世纪 50 年代,而 1963 年英国的 Potter 一案,<sup>⑦</sup>

① 例如 1962 年前苏联著名物理学家兰道遭遇车祸,4 天后心脏停止跳动,血压降为零,但经医生抢救后心脏又开始跳动。第二周他的心脏又停跳了 3 次,每次经抢救后都“复活”了,直至 6 年后才因用药过量损害肠道而死。参见李琰主编:《医学伦理学》法律出版社 1991 年版,第 62 页。

② 参见刘明祥:“脑死亡若干法律问题研究”,载《现代法学》2002 年第 4 期。

③ 参见谢蜀生:“死亡的判定”,载《医学与哲学》2004 年第 7 期。

④ 陈忠华主编:《脑死亡——现代死亡学》,科学出版社 2004 年版,第 142 页。

⑤ 刘长秋、陆庆胜、韩建军著:《脑死亡法研究》,法律出版社 2005 年版,第 51 页。

⑥ 参见陈雪春著:《中国脑死亡鉴证》,江苏人民出版社 2003 年版,第 33 页。

⑦ 该案中, Potter 在一次斗殴中受到了剧烈的脑损伤,医院在进行人工呼吸并征询其家属同意后,摘取了病人的一个肾脏用于器官移植。案件审理过程中,由于由神经学和病理学专家组成的陪审团否定了被告以医院关闭呼吸机而导致人死亡的辩护理由,法院最终在被告身上置留各管,从而以判例的形式承认了脑死亡判定标准。

则最早奠定了脑死亡标准的判定效力。虽然在这一案件中,法院未在传统心肺死亡判定标准与新的脑死亡判定标准之间作出明确的判断,却在某种程度上引起了社会各界对移植外科医师和神经学医师在死亡判定与操作方面的刑事责任的更多关注。1979年英国皇家医学会明确提出,病人一旦发生脑死亡便可宣告其已死亡。<sup>①</sup>在1981年的R v Malcherk案中,法院以判例的形式确认了脑死亡即人死亡的医学专业实践——尽管在这一案件中法院并没有给死亡下一个确切的定义。<sup>②</sup>受该案件的推动,20世纪80—90年代,人们展开了对脑死亡的激烈争论,并于1995年提出了脑干死亡代替原先的全脑死亡作为个体死亡的标准。持这种观点的人认为,人的脑干机能一旦永久性丧失,即使用人工呼吸和其他疗法来维持生命,一般在1—2周内也必然会引起心跳停止。<sup>③</sup>1998年,英国卫生部又制定了《脑干死亡诊断之准则:包含确定和管理潜在的器官与组织捐赠者的方针》(A Code of Practice for the Diagnosis of Brain Stem Death Including Guidelines for the Identification and Management of Potential Organ and Tissue Donors),正式以立法的形式对脑干死亡的概念进行了确认。<sup>④</sup>

在日本,人们对脑死亡概念的接受经历了很大的波折。日本是一个文化相当保守的国家,对人体及人的生命往往持宗教式的尊重,在生命观上一直避免过分地宣传科学主义,认为脑死亡为器官移植而设,是对人类生命尊严的亵渎。<sup>⑤</sup>1968年的札幌医科大学的和田教授用一位脑死者的心脏进行了本国的第一次心脏移植手术,结果被指控谋杀和非法进行人体实验。尽管最后札幌地方检察厅因证据不足决定对该案不起诉,但自此之后,日本医学界一直把心脏移植手术看作是非常忌讳的事,而民众对脑死亡也误会颇深。在这种背景下,1984年波筑大学所进行的脑死状态下的胰脏、肾脏的同时移植,被检举为谋杀;<sup>⑥</sup>而1993年日本九州大学的医生从心跳停止的病人身上摘取肝脏进行移植,也被控以杀人罪。<sup>⑦</sup>但日本脑死亡立法的步伐却并未因上述案件而停止,反而在一定程度上有所加快。1983年,日本健康福利部成立脑死亡和器官移植特别委员会,并开始着手脑死亡判定标准的制定工作,1985年,日本公布了一个有关脑死亡的判定基准(即竹内基准),提出将人的全脑死亡作为人的死亡判定标准。<sup>⑧</sup>同时,日本学术界以及公众对脑死亡展开了激烈的讨论,并在学界形成了关于判断人死亡的三种学说,即采用心脏停止跳动的的心脏死亡说,采用呼吸停止、脉搏停止及瞳孔放大的三征候说,以及脑死亡说。<sup>⑨</sup>经过长达多年的争论,日本最终于1997年4月24日通过了《器官移植法》在该法中对脑死亡及其实施条件进行了严格规定,要求接受脑死亡判定并捐献器官者须于生前立下遗嘱且经家人同意。而就其立法所规定的脑死亡的定义来看,日本是典型的以全脑死亡作为判断人死亡的国家,“全脑死亡说一直在日本医学界处于通说地位。”<sup>⑩</sup>

在其他国家和地区,脑死亡问题也引起了较大争议。尽管迄今在立法上明确承认脑死亡标准的国家和地区正在日益增多,但这些国家和地区关于脑死亡的争论却并没有因为相关立法的出台而停止。

### (三) 脑死亡概念对传统刑事责任理论与制度带来的挑战

脑死亡概念的出现对传统的刑事责任理论与制度都带来了不小的挑战。这一点,在对杀人罪与伤害罪的界定上显现得尤为突出。这是因为,传统的刑事责任理论与制度都是在传统心肺死亡的概念和标准

① Memorandum issued by the honorary secretary of the Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom on 15 January 1979. Diagnosis of death BrMed J 1976 (1) P332

② 参见[英]布伦丹·格瑞尼著:《医疗法基础》,武汉大学出版社2004年版,第118页。

③ 参见郭自力著:《生物医学的法律和伦理问题》,北京大学出版社2002年版,第5页。

④ 参见丁春艳:“英国法上‘死亡’定义之考察”,载《法律与医学杂志》2006年第3期。

⑤ 参见[日]冈田雅胜:“日本的医学伦理问题”,载《医学与哲学》1994年第4期。

⑥ 参见顾肖荣、倪正茂主编:《生命法学论丛》,文汇出版社1998年版,第75—76页。

⑦ 同注③,第18页。

⑧ See Morioka M. Reconsidering brain death: a lesson from Japan's fifteen years of experience. Hastings Cent Rep 2001 31:41—46

⑨ 参见刘长秋、陆庆胜、韩建军著:《脑死亡法研究》,法律出版社2005年版,第114页。

⑩ [日]西田典之著:《日本刑法各论》,刘明侠、王昭武译,武汉大学出版社2005年版,第2页。

下建构起来的,而在生命维持技术与心脏移植技术的帮助下,人的心肺功能不可逆停止的时间可能会晚于其生命真正死亡的时间。<sup>①</sup>这样一来,就会出现这样的情况:依照传统的心肺死亡标准,某一行为仅仅构成伤害,而依照新的脑死亡标准,这一行为却已构成了杀人。不仅如此,脑死亡概念的提出也给判定和追究医生的刑事责任带来了挑战。传统心肺死亡标准下的体温、心跳等判断标准具有公示性,任何一个正常人都可以据此判断一个生命是生是死。而脑死亡则具有很大的隐蔽性,一般人由于不具备专门的生命科学知识和技术,无法判断一个人是否已经脑死亡。这样一来,人们就会把死亡的宣判权完全交给医生。但假如参与脑死亡判定的医生不讲职业道德,出于器官移植的需要或出于一些非法动机而在患者尚有部分脑功能的情况下提前宣布其脑死亡,则应否追究这些医生的刑事责任?毕竟,即便依照法律规定应当追究这些医生的刑事责任,其前提也必须是病人家属具备一定的医学常识,能够知晓并发现死亡判定程序的疏漏!此外,如果患者本人接受脑死亡的概念并要求医生以脑死亡标准来判定自己的生死而其家属却不同意,假如医生依照患者的意愿宣判脑死亡,则患者的家属可否以故意杀人罪要求追究医生的刑事责任?

当然,脑死亡对传统刑事责任理论与制度所带来的挑战远不止这些。由于当前大部分接受脑死亡概念的国家和地区都没有用脑死亡标准完全取代传统的心肺死亡标准,而是采取了传统心肺死亡标准与新的脑死亡标准并立的“二元”死亡判定标准,因而也产生不少问题。在这种二元死亡判定标准并存的立法体制下,法律承认人们对死亡判定标准具有选择权,人们既可以选择以脑死亡作为自己的死亡判定标准,也可以选择以心肺死亡作为自己的死亡判定标准。如此一来,必然会产生一些司法操作上的问题。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。<sup>②</sup>而日本学者曾根威彦也指出:“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,由于要根据行为人自己的决定来判断,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。”<sup>③</sup>体现在刑事司法方面,这种二元死亡标准并存的状况给刑事司法操作带来了很大的困难。以一起争议较大的交通肇事刑事案件为例:甲车撞倒并碾压行人丙,20秒后乙车开过并从丙身上碾过,法医鉴定在乙车碾压前被害人丙已脑死亡,但心肺却未死亡。为此,控辩双方就乙车驾驶员是否构成交通肇事罪展开了争论,争论的焦点在于汽车碾压的是尸体还是活人。检察院采用心肺死亡标准认为乙车碾压的是活人,因此乙车驾驶员也构成交通肇事罪;但乙车辩护人辩称采用脑死亡标准乙车碾压的是尸体而不是活人,不成立交通肇事罪。<sup>④</sup>显然,二元死亡标准的存在将直接影响法院对本案判决之结果的公正性。

除此之外,脑死亡标准的出现还对传统刑事责任的追究制度带来了挑战。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;”如果犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中因某种原因发生脑死亡,但心跳仍在继续,能否适用《刑事诉讼法》第 15 条之规定而免于追究其刑事责任呢?这显然会因死亡判定标准不同而相异……。由此可见,脑死亡标准对传统刑事责任理论与制度所带来的挑战是前所未有的。

## 二、域外脑死亡判断操作犯罪及其刑事责任的理论与制度

目前,世界上许多国家和地区,如英国、美国、意大利、德国、日本、瑞士、西班牙、葡萄牙、挪威、荷兰、

① 例如,通过给病人上呼吸机或心脏起搏器,可以在人脑死亡后继续维持其一段时间的心跳和呼吸,或者是在其依旧有脑功能的时候通过心肺移植使其恢复生命。

② See Kennedy, J, The Kansas Statute on Death: An Appraisal, New England Journal of Medicine, 1971, P285

③ [日]曾根威彦著:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社 2005 年版,第 69 页。

④ 该案援引自爱玲·田代·冈本昭:《二元死亡标准与法律适用》,载《东京医齿大学学报(社会科学版)》2004 年第 4 期。

墨西哥、澳大利亚、奥地利、阿根廷以及我国的台湾、香港地区等都先后在立法或学说上采取了脑死亡说,这对认定脑死亡判定操作方面的犯罪及其刑事责任产生了很大影响。

### (一) 脑死亡立法的必要性之争: 国外刑法学界的观点

在国外法学界,并不是所有学者都认为应当为脑死亡立法。事实上,在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明确规定,尤其是在有无必要通过专门立法来规定脑死亡判定操作的刑事责任问题上,德、日、英、美等国的刑法理论中是有争论的,存在着两种截然相反的观点。

#### 1. “立法不必要说”

该说认为,“死”的概念与判定标准,没有必要通过立法来规定。其理由主要包括:(1)在司法实践中,早就有把脑死亡认定为“人已死”的判例出现,因而没有必要制定特别的法律来专门规定脑死亡问题(包括脑死亡判定操作的刑事责任);(2)通过法律来决定脑死亡的定义并无实际意义,实际需要的是判定脑死亡的技术以及判定的要件;(3)脑死亡是较新研究领域的问题,临床案例比较少,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技术发展的危险;(4)人的死亡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死亡的标准,即使现在本国法律作了统一规定,但随着医学的发展,法律规定的内容可能会很快过时,所以目前立法的条件还不成熟。<sup>①</sup>英国学者布伦丹·格瑞尼就指出,脑死亡立法之所以不必要,其原因在于任何一种关于死亡的定义,无论其如何严谨,都将会随着医学的进一步发展而过时。<sup>②</sup>

#### 2. “立法必要说”

即认为“死”的概念与标准应该通过立法作出规定,理由是:(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20世纪60年代曾发生过因为实际脑死亡时间与死亡诊断书记载的时间相差4小时而引起纠纷的案件,该案之所以发生,其根本原因就在于无法律规定而导致医生误解所产生的,为了避免这类情况的发生,必须通过法律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,从根本上解决死亡判定标准不一致的问题;(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。<sup>③</sup>

目前,在一些国家还有许多学者反对通过立法规定“死亡”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可脑死说,但在其器官移植法规中,却没有给死亡下定义,显然是立法者有意采取了回避的态度。不过,在国外刑法学界,主张通过立法规定“死”的概念与判定标准的呼声很高,并且在许多国家已成为现实。<sup>④</sup>例如,美国的许多州、瑞典、芬兰等都已制定了有关死亡定义的法律,而澳大利亚各州、丹麦等也都在器官移植法中对脑死亡问题作出了相应规定。

### (二) 脑死亡标准下涉及器官移植的刑事责任问题

在各国理论界,有关脑死亡法的争论并不仅仅在于脑死亡立法的必要性上,脑死亡标准下所涉及的器官移植的刑事责任问题也是争论的焦点之一。器官移植是各国脑死亡立法过程都必须重视和考虑的

① 参见刘明祥:“脑死亡若干法律问题研究”,载《现代法学》2002年第4期。

② 参见[日]布伦丹·格瑞尼著:《医疗法基础》,武汉大学出版社2004年版,第118页。

③ 同注①。

④ 同注①。

一个基本问题,甚至可以说,器官移植是各国脑死亡立法都难以回避的一个重要法律问题。通常,人与人之间的器官移植可能出现在三种情况下:一是移植活体器官,即器官提供者在生存状态下,由医生摘取其器官移植到他人身上,如摘取他的一个肾脏移植给别人;二是移植心肺死亡者的器官,即在器官提供者的心跳和呼吸已经停止后,由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;三是移植脑死器官,即在器官提供者处于脑死亡状态(心脏仍在跳动)时摘取其器官用于移植。由于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(在他还未被认定为死亡的情况下)因此,在前两种情况下无法实施心脏移植。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。<sup>①</sup>这使得不少学者对脑死亡法提出了批评,认为将器官移植与脑死亡立法联系在一起过于功利,主张在脑死亡立法问题上应反对和避免过于功利化,并主张将利用脑死者身体器官的行为界定为犯罪,以刑罚惩之。对此,有学者表示了异议,该学者认为,“如果在不通过器官移植就别无生路的人(器官接受者)与自愿在处于脑死亡状态时提供自己器官的人(器官提供者)都存在的场合,把器官提供者身上摘取器官的行为按杀人罪、同意杀人罪来追究刑事责任,其合理性是值得怀疑的。如果完全按心脏死亡的标准来否定从脑死体上摘取器官的行为,这显然是不人道的。”<sup>②</sup>

总体而言,尽管脑死亡观念的产生客观上与器官移植有着紧密联系,但是德、日、英等国刑法学理论界的通说却都认为应该把脑死亡与器官移植问题分开来讨论,美国总统委员会1981年提出的《统一死亡判定法案》就持这样的立场,而1998年英国卫生部在公布新的行业准则《脑干死亡诊断之准则:包含确定和管理潜在的器官与组织捐赠者的方针》时,也特意淡化了脑死亡与器官移植的关联。<sup>③</sup>

### (三) 各国脑死亡判定操作犯罪及其刑事责任制度

目前在世界范围内,脑死亡说已经得到了医学界的公认,许多国家也都为之制定了相应的法律标准,使脑死亡的概念或标准得到了法律的认可。就各国脑死亡立法的状况来看,脑死亡在各国的法律地位主要有以下三种情况:(1)制定了涉及脑死亡的立法,并直接以立法的形式承认脑死亡为宣布人死亡的依据,如芬兰、法国、阿根廷、澳大利亚、意大利、西班牙、日本、美国等。(2)虽没有通过正式立法明文承认脑死亡判定标准,但同时也不禁止临床医疗实践中进行的脑死亡判定操作,而医疗临床实践中则承认脑死亡状态,并以之作为宣布死亡的依据,如新西兰、泰国、韩国、爱尔兰、捷克等国就属于这种情况。(3)没有制定脑死亡法,也不承认脑死亡可以作为宣布人死亡的判定标准。就各国立法中所确认的脑死亡的概念来看,包括英国等在内的少数国家采取脑干死亡说,而大多数国家则采全脑死亡说。

脑死亡在各国法律地位以及各国立法所采纳脑死亡具体标准的不同直接导致了脑死亡判定操作在各国刑法上地位的不同。具体来说,在那些不承认脑死亡概念的国家或地区,医生采脑死亡标准而宣布病人死亡或放弃对脑死亡者继续救治的行为往往要被指控为谋杀,并会依照有关杀人罪的规定追究行为人的刑事责任。而在立法上采取全脑死亡说的国家或地区,如果医生在认定他人死亡时所依据的标准是脑干死亡标准,则通常也会被指控为谋杀,并会依照杀人罪中确定的刑罚追究行为人的刑事责任。此外,即便是在那些已经为脑死亡立法的国家,也可能会发生一些围绕脑死亡判定操作而引发的非法确定死亡的犯罪。因为尽管这些国家的法律为脑死亡判定与操作规定了严格的程序和条件,但这些程序和要求在实践中的作用总是有限的。只要法律允许医生可以采取脑死亡标准宣布他人死亡,客观上就会有医生违反法定程序和条件而非法判定他人脑死亡。此外,不少医生出于器官移植或节约公共卫生资源等目的,也可能会以非法律认可的标准宣布他人已经死亡。例如,在那些立法上采全脑死亡说的国家,医生为了器官移植的需要而采用脑干死亡标准提前宣布患者已经脑死亡。

① 参见[日]町野朔著:《犯罪各论之现在》,有斐阁1996年版,第61页。

② [日]西田典之著:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,武汉大学出版社2005年版,第7页。

③ 参看王泰格:《英国法上(死亡)宣告之考察》,载《法律与医学杂志》2006年第2期。

日本 1997年 7月 16日开始实施的《器官移植法》中就专门规定了违反程序而进行的脑死亡判定操作的犯罪。该法第 21条第 1款、第 2款分别规定:“第六条第五项规定的书面文书中记载虚伪内容的,处以三年以下徒刑或者五十万日元以下的罚款”、“违反第六条第六项规定,没有交付该条第五项规定的书面文件就摘除器官的,处以一年以下徒刑或者三十万日元以下罚金。”<sup>①</sup>“这类行为一般都是程序违法,因而为死亡判断所独有而确立在脑死亡法中,罪过一般较轻。”<sup>②</sup>

### 三、我国脑死亡判定操作犯罪及其刑事责任的理论与制度

就目前而言,我国尚未制定脑死亡法。但另一方面,我国也未对现有医疗临床实践中存在的脑死亡判定操作以及脑死者捐献器官的行为加以禁止,这实际上是变相地允许并支持了脑死亡判定操作。然而,由于没有脑死亡方面的明文立法,医疗实践中的脑死亡判定操作也引发了诸多非议。在这种背景下,对于我国有否必要进行脑死亡立法以及对现有的脑死亡判定操作是否应当追究刑事责任等问题,刑法学界展开了热烈讨论。

#### (一)国内法学界关于脑死亡法必要性的争论

在我国法学界,脑死亡立法的必要性也存在很大争议。存在两种针锋相对的观点:其一是立法不必说。该说明明确反对对脑死亡进行立法,其代表人物之一是周光权教授。他认为,确立脑死亡标准必须有一个重要前提,那就是医疗机构具有足够的技术设备、医生具有很好的技术素质而整个医疗机构也具有良好的公众形象,而中国当前的医疗状况离这些要求还有一段距离。本来医患纠纷就不断,确立脑死亡标准后,有可能导致更多更恶劣的医患纠纷。此外,死亡是一个过程,而“基于纯功利主义考虑,为了增加可移植器官的供应量而人为规定的脑死亡标准,将这一过程提前了。”<sup>③</sup>由此而导致脑死亡标准给社会带来威胁,即为了功利而不惜牺牲个人生命。<sup>④</sup>法理学教授舒国滢也表达了与此类似的观点,他认为,脑死亡有谋杀患者之嫌,并且实行脑死亡将会出现传统意义上的死亡、法律层面的死亡和脑死亡之间的认识冲突。此外,刘革新教授也反对对脑死亡进行立法,她认为:脑死亡完全可以作为一个医学标准,而不必立法。因为传统的心肺死亡也没有为哪条法律所明文规定,只不过法律认可罢了。因此,脑死亡也应该作为一个法律认可的医学标准,慢慢地被人们认识。<sup>⑤</sup>其二是立法必要说。当前,随着人们对脑死亡认识的越发深入和理性,已有越来越多的法学专家尤其是刑法学家开始主张对脑死亡进行立法。郭自力教授与刘明祥教授就是“立法必要说”的代表人物。该学说认为,在我国,“尽管有法律和伦理的限制,但脑死亡标准已不止一次地被启用,从而向法律和传统的标准发起挑战。……面对这样的困境,如果我们不果断立法,则法律在医学甚至在整个生命科学领域里的权威将难以维系,对这种做法所造成的消极影响,用数倍于树立权威的努力都将难以消除。”<sup>⑥</sup>因此,“必须尽快制定脑死亡法,做到有法

① 日本《器官移植法》第 6条规定:1. 死者存活时以书面的形式表明可以提供器官供移植使用的意思表示,且得知该意思表示的家属没有拒绝摘除该死者的器官或者没有家属的时候,医生可以按照本法规定,从死体(包括脑死者的身体,下同)中摘除供移植使用的器官。2. 前项规定的“脑死者的身体”是指从中摘除供器官移植使用,且被判定为包括脑干在内的全脑机能处于不可逆转状态的身体。3. 前项有关器官移植摘除判定只能在具备第一项规定意思表示并以书面的形式表明服从前项判定的意思表示的时候,且被告知这一主旨的家属对此不表示拒绝或者没有家属的情况下才可以适用。4. 有关器官摘除的第二项判定,需要有两名以上具有能够准确进行器官摘除的必要知识和经验的医师(在进行这种判定的情况下,不包括从该脑死患者的身体中摘除器官,并使用该器官进行器官移植手术的医师)根据得到一般承认的医学专业知识,按照厚生省令的规定进行判断,并且取得一致的情况下才可以进行。5. 根据前项判断,从事第二项判定的医师,必须根据厚生省令的规定立刻制作能够证明确实正确进行判定的书面文件。6. 基于第二项规定的器官摘除,欲从脑死亡者身体上摘除器官的医师必须取得与脑死亡者身体有关的前项书面文件。

② 康均心主编:《人类生死与刑事法律改革》,中国人民公安大学出版社 2005年版,第 328页。

③ 转引自戴庆康:“死亡标准与器官移植时的伦理痛苦与法律的无奈”,载《医学与哲学》2006年第 7期。

④ 参见陈忠华主编:《脑死亡——现代死亡学》,科学出版社 2004年版,第 534—535页。

⑤ 同注④,第 107页。

⑥ 郭自力著:《生物医学的法律和伦理问题》,北京大学出版社 2002年版,第 25页。

可依,否则,将使法律的权威的荡然无存”。<sup>①</sup>从权益保障的角度来看,“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。”<sup>②</sup>而制定脑死亡法或通过修改现有相关立法而在法律上明确承认脑死亡,则“至少可以保障医生不再在法律的真空中工作,始终让达摩克利丝剑高悬在他们头上。”<sup>③</sup>

## (二) 我国死亡二元标准所引发的争论

当前,我国医学界对脑死亡立法的呼声越来越高,而刑法学界也有越来越多的人开始关注脑死亡。考虑到公众对死亡标准的认识一时难以转变以及脑死亡有一套相当严格的程序和条件要求,而我国各地经济社会发展极不平衡,诊疗条件存在差异,难以在全国范围内统一采用脑死亡诊断标准等种种因素,倡议脑死亡立法的学者大多提倡二元论的立法形式,即把脑死与心肺死并列作为判定死亡的标准,强调“心跳呼吸停止和脑死亡两种概念可以同时并存,群众选择死亡界定可以择其一或两种标准,允许有个逐步认识的过程。”<sup>④</sup>“在现阶段,死亡的确定,应采用选择性的标准,即传统标准和现代标准并存,由医生视情况而定。”<sup>⑤</sup>

但也有学者指出,选择性的脑死亡标准有明显的缺陷。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地提早认定器官捐赠者死亡的时间。不仅如此,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生命维持装置,停止了治疗,这是否构成不作为的杀人罪呢?如果医生摘取其心脏等器官移植给了其他患者,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,则医生的行为就不构成犯罪。同样性质的行为,由于行为人之外的第三者认识不一,出现了罪与非罪两种完全不同的结论,这显然是违背犯罪构成基本原理的。况且,如果责令医生对现代医学证明已死亡的患者承担救治义务,并在医生不履行此种义务时追究其刑事责任,客观上也是不公平的。以此为基点,这些学者认为:“死亡标准应该统一,不能因人的认识不同而有所不同,也不能因经济条件不同而有差别。否则有悖法律适用的基本原则,难以体现司法公正,会使司法界面临着信任危机。”<sup>⑥</sup>“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。”<sup>⑦</sup>

## (三) 我国脑死亡立法的必要性及相关刑事责任的确定

### 1. 我国脑死亡立法的必要性分析:一个刑法学的视角

以刑法学为视角,笔者以为,在目前我国医疗临床实践中已经存在脑死亡方面的判定操作,而广大人民群众却还对脑死亡知之甚少,从而极易引发脑死亡判定操作方面的犯罪的情势下,我国有必要制定脑死亡法,其理由除上述“脑死亡立法必要说”所列各项之外,还包括以下两个方面:

#### (1) 脑死亡立法是解决涉及脑死亡刑事案件的需要

首先,从理论上来看,无论是杀人罪与伤害罪的界定,交通肇事罪的认定,还是在是否追究拒绝对脑死亡者进行施救将构成何种责任问题,抑或是在是否追究犯罪的脑死亡者之刑事责任问题,脑死亡概念

① 郭自力著:《生物医学的法律和伦理问题》,北京大学出版社2002年版,第31页。

② 刘明祥:“脑死亡若干法律问题研究”,载《现代法学》2002年第4期。

③ 蒲川:“对我国脑死亡立法的几点思考”,载《重庆交通学院学报(社科版)》2001年第3期。

④ 沈爱玲、田侃、周中明:“二元论死亡标准与法律适用”,载《南京中医药大学学报(社会科学版)》2004年第4期。

⑤ 同注①。

⑥ 同注④。

⑦ 同注②。



的提出都对传统刑事责任理论与制度带来了挑战。由于没有脑死亡法,没有关于脑死亡判定与操作的标准与程序,司法者客观上缺乏断案的依据,以致难以具体裁量这类案件。这使得现有刑法中的很多规定在处理脑死亡所涉及的刑事责任时都处于有心无力的尴尬境地,无法发挥其应有的功能。其次,从医疗操作实践方面来看,尽管我国目前尚未对脑死亡进行立法,但医疗实践中却已进行了很多起脑死亡判定及脑死亡器官捐献与移植方面的临床操作。而由于没有脑死亡法,没有确定脑死亡即人死亡的观念,在从事这些操作的医务人员是否涉及刑事责任的问题上,实务部门存在较多争议。例如,针对武汉某医院进行的多起这类操作,有律师就指出:“……医院仅仅依据‘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’,就用‘脑死亡’标准判定患者正式死亡,显然在法律上是不能立足的。”“至于医院强调的在家属同意下也不能成为该院逃脱法律责任的前提,这只能说是为避免今后的民事纠纷扫清了障碍,并不能成为今后免除刑事处罚的依据。”<sup>①</sup>而脑死亡法的制定则显然可以使这类问题明确化,从而使这些争议得到肯定的解决。就此而言,我国显然有制定脑死亡法的必要。

## (2) 脑死亡立法是防范和惩治非法脑死亡判定操作犯罪的需要

从刑法学的角度上来说,任何犯罪都具有双重违法性。一方面,犯罪是犯罪人实施了刑法中明文规定的某种具有刑罚当罚性的行为,是对刑法规范的违反;另一方面,犯罪也是行为人实施的违反一般法律禁止的行为,更是对一般法律中特定禁止性规范的违反。而就一般违法性与刑事违法性的关系而言,一般违法性是刑事违法性的前提,一种行为如果不存在一般违法性,则肯定不存在特殊违法性。这是由犯罪应防手段之间的递进关系所决定的一个必然后果。犯罪应防理论认为,犯罪防范与应对是由从内到外的四个层面组成的:第一个层面是道德应防层面,即通过道德手段来犯罪,这是应对与防范犯罪最里面的一个层面;第二个层面是经济和行政应防层面,即依靠经济与行政手段来应防犯罪;第三个层面是一般法律应防层面,由一般的部门法等要素组成;最后一个层面才是刑法应防层面,即通过刑罚的强力威慑来防范和惩治犯罪。<sup>②</sup>从上述四个层面的关系来看,刑法是应对和防范犯罪的最后一道防线,而作为最后一道防线,它所规定和惩罚的犯罪必然是违反其他规范(包括道德伦理规范、行政规范及一般法律规范等)的行为。换言之,刑法所惩罚的犯罪行为只能是尽管为一般法律所明文禁止却依旧不能防止和消除其社会危害性的行为,一般违法性是刑事违法性的前提。以此来加以分析,对于发生在脑死亡判定操作过程中的、具有严重社会危害性的行为,刑法要将其规定为犯罪从而使其具备刑事违法性,一个必备的前提是首先要求这些行为具有一般违法性,而要使这些行为具有一般违法性,就必须有专门的关于脑死亡判定与操作方面的立法来确定这类行为的违法性。而脑死亡法无疑就是这样一部专门法。就此而言,我国有制定专门脑死亡法的必要性。

## (二) 死亡二元标准下相关刑事责任的确定

在传统心肺死亡标准与脑死亡标准的关系上,笔者认为,鉴于我国各级各类医疗单位存在着技术、设备、诊疗水平等诸方面的差异,在脑死亡立法时应考虑允许传统心肺死亡与脑死亡两个死亡定义和标准同时并存,“这样既能防止因脑死亡误诊可能造成的对有抢救价值的病人的延误抢救,又可以使医生正确运用脑死亡标准对那些脑功能全部丧失,对外界和自身毫无感觉、意识,也没有自主活动,处于不可逆昏迷状态的病人及时宣布死亡。传统死亡标准虽然有缺陷,但其观念已根深蒂固,同时现代医学并没有完全否定其科学性,尤其是在我国广大农村和边远贫困地区医疗条件比较落后的情况下,传统死亡标准仍是判断死亡的有效标准。这样就可以因人而异,当医疗条件和设备达到一定程度时,就可采用脑死亡标准。”<sup>③</sup>但是,为了避免出现因存在两种死亡标准而可能引致的司法不公,应当仅将这两种死亡标准并行的情况严格限定在民事领域,而在刑事领域则单采脑死亡标准。具体来说:(1)在民事方面,

① 薛惟中:“让徘徊的逝者安息”,载《经济观察报》2005年1月10日。

② 参见刘长秋著:《生命科技犯罪及其刑法应对策略研究》,法律出版社2006年版,第64页。

③ 杨文:《论脑死亡标准中的法律问题》,载《法律与医学杂志》2003年第2期。

应允许脑死患者或其家属自主选择以脑死亡或心死亡作为自己的死亡判定标准。在医生判定患者脑死亡时,是否继续救治,应依患者生前所选定的死亡标准或患者家属(在患者死后)的意愿而定,如果患者生前选择以脑死亡为自己的死亡判定标准或患者家属在患者生前未明确表态时同意以脑死亡标准作为其死亡判定标准,<sup>①</sup>则医生可以放弃对脑死患者继续救治,否则,应当继续救治,但该继续救治不应当给第三者的利益带来损害。<sup>②</sup>(2)在刑事方面,规定脑死亡为判定人死亡的唯一法定标准,即“在刑事犯罪领域统一地对被害人(犯罪嫌疑人)依据脑死亡标准作为认定死亡的标准”。<sup>③</sup>如果被害人或犯罪嫌疑人已经脑死亡,则应当认定其已经死亡,并依此来判定犯罪嫌疑人是否应当承担刑事责任以及应当承担何种刑事责任。当然,考虑到目前我国公众对脑死亡的认识尚不够理性,作为确定刑事责任依据的脑死亡判定标准应当严格而慎重,宜以全脑死亡而非脑干死亡作为脑死亡的法定标准。同时,为了防范脑死亡判定操作被滥用而可能招致的负面效应,还应当在刑法中专门设立“非法脑死亡判定操作罪”,将那些严重违反条件与程序而进行的脑死亡判定纳入刑事责任规范的轨道。而之所以要在刑法中专设这一罪名,其原因在于:一方面,这类行为具有严重的社会危害性,其对于医疗行业的信用往往会带来致命的打击,在罪刑法定原则已经成我国三大刑法基本原则之首而现行刑法又未规定这类犯罪的情况下,这类行为要受到刑罚惩治,只有依靠在刑法中增设“非法脑死亡判定操作罪”才能实现。<sup>④</sup>另一方面,对于这类犯罪,尽管客观上有故意杀人之嫌,但最终是否要以谋杀定罪,则通常会有争议。因为在这种情况下,医生通常并无杀人动机,且对于患者而言,死亡是非常临近且必将发生的。如果立法者或司法者作出让步,则这类犯罪的法定刑肯定比谋杀罪要低得多。<sup>⑤</sup>当然,在刑事方面,为了应对围绕脑死亡判定操作而引发的各种犯罪,除了需要在刑法中专设“非法脑死亡判定操作罪”之外,还应当充分利用好现行刑法中已有的刑事责任制度。例如,对于未取得医师执业资格而从事脑死亡判定,造成实际上尚有脑功能的患者终止生命的,应依照刑法关于非法行医罪的规定追究刑事责任;对于明知他人尚未脑死亡而为了获取器官或出于其他目的而非法宣判脑死亡,导致他人死亡的,应当依照刑法关于故意杀人罪的规定追究刑事责任;等等。这些都是将来我国脑死亡立法过程中必须考虑到的现实问题。

[作者单位:上海社会科学院法学研究所]

(责任编辑:石磊)

① 患者本人生前的同意与患者死后其家属的同意应当作为排除医生实施脑死亡判定操作和拒绝继续实施救治行为之刑事责任的依据。

② 例如,某人因遭遇车祸而脑死亡,在医生告知其家属患者已脑死亡的情况下,其家属坚决要求医院继续上呼吸机与心脏起搏器以维持其呼吸与心跳,结果导致了一笔额外救治费用的支出。在这种情况下,如果因继续救治而需额外支出的费用需要由第三人(即肇事者)来承担而第三人又明确表示异议,则医生应当拒绝对患者继续施以救治,除非患者家属明确表示自行承担该费用。

③ 张伟:“谈死亡标准的转变——脑死亡问题研究”,载《中国卫生法制》2003年第2期。

④ 在2006年底发生在河北石家庄市行唐县的医生违法摘取被害乞丐器官的案件中,涉案医生之所以仅被追究了行政责任而未被加以刑罚处罚,最主要的原因就在于现行刑法中没有任何一项可适用于涉案医生的罪名。

⑤ 参见郭自力著:《生物医学的法律和伦理问题》,北京大学出版社,2002年版,第142页。