

· 专论 ·

# 对我国脑死亡的立法形式、立法内容及判断程序的建议

蔡 昱

(云南财经大学商学院, 云南 昆明 650000, yucaicn@vip.sina.com)

**〔摘要〕**首先辨析了死亡的概念、标准与准据,阐述了死亡的本质特征,讨论了法律上死亡节点的选择;其次,讨论了脑死亡立法的合理性,概述了国内外脑死亡及其立法的发展;在此基础上建议我国脑死亡的立法形式为“器官移植法律之外的单一脑死亡立法”,并建立两套死亡测试来支持同一死亡标准;同时,对我国脑死亡立法的内容也提出了建议,即采用“全脑死亡”的标准,并采用“全脑与肺自主功能不可逆丧失”的文字表述;并建议脑死亡的判断采用“共同判断原则”和“回避原则”。

**〔关键词〕**全脑死亡;脑-肺死亡;立法;移植法外的单一脑死亡立法;共同判断原则;回避原则

**〔中图分类号〕**R-05

**〔文献标识码〕**A

**〔文章编号〕**1001-8565(2019)02-0187-08

**DOI:** 10.12026/j.issn.1001-8565.2019.02.11

## Suggestions on the Legislative Form, Legislative Content and Judgment Procedure of Brain Death in China

CAI Yu

(Business School, Yunnan University of Finance and Economics, Kunming 650000, China, E-mail: yucaicn@vip.sina.com)

**Abstract:** This paper identified the concept, standard and criteria of death, expounded the essential characteristics of death, and discussed the choice of death nodes in law. Afterwards, this paper discussed the rationality of brain death legislation, and outlined the development of brain death and its legislation at home and abroad. This paper suggested that the legislative form of brain death in China was “single brain death legislation outside organ transplantation law” and it should establish two sets of death test to support the same death standard. It also put forward suggestions on the content of brain death legislation in China, that is, it suggested to adopt the standard of “whole brain death” and adopt the verbal expression of “irreversible loss of whole brain and lung autonomic function”; and suggested that the judgment of brain death adopted “the principle of common judgment” and “avoidance principle”.

**Key words:** Whole Brain Death; Brain-lung Death; Legislation; Single Brain Death Legislation outside Transplantation Law; Principle of Common Judgement; Avoidance Principle

2018 年 9 月 29 日,全国人民代表大会教育科学文化卫生委员会对南京医科大学附属无锡市人民医院副院长、肺移植专家陈静瑜在 2018 年两会期间“关于脑死亡立法的建议”给予了回复,回函中表示“我们认为,在法律中对死亡标准进行定义和表述,很有必要。我们赞成您的建议……,建议有关方面在制定或修订相关法律时予以认真考虑。”因此,脑死亡立法的建议被认为有望通过。本文就脑死亡立法的形式、立法的内容和脑死亡判断的程序

性原则进行讨论和建议,希望能够对此立法起到些许推动作用。

### 1 死亡概述

死亡是机体功能的不可逆性的丧失。其中,“不可逆性”是死亡的本质特征。当死亡被认定,很多不确定性将会消除,如死者的权利能力在死亡时终止;死者参与的法律关系在死亡时终止;死亡为家属放弃治疗提供了根据;死亡为医生停止抢救与撤除生命维持系统提供了依据;死亡为医生摘取器

官提供了依据等。因此,以成文法的形式确立什么是自然人的死亡和如何判断自然人的死亡意义重大。

### 1.1 死亡的“概念”“标准”与“准据”

实际上,死亡不仅是生物学问题,也是一个严肃的法学问题,更是哲学和社会学问题。一般来说,法律上的死亡是对公民权利能力终止的立法表达,它是建立在代表死亡的生理状态之上的;死亡的标准是指对“代表死亡的生理状态的表达”,如 Bernat 等人<sup>[1]</sup>支持将全脑功能永久性地停止作为死亡的判断标准;同时,死亡的判断的准据是指在临床上应用的判断死亡的“诊断操作标准”。三者之间的关系为:只有满足了死亡的准据(即诊断操作标准),才能保证符合死亡的生理标准,合法的死亡才可能存在。

立法确立死亡的最佳方式是确立死亡标准,而不是抽象的死亡定义。实际上,无论何种死亡标准被采纳,都反映出了对其隐含的死亡定义的赞同。与此同时,也需要建立准据和测试以支持这种死亡标准。

### 1.2 死亡——是过程还是节点

有的人认为死亡是一个过程而不是一个事件(或节点)。如 Miles<sup>[2]</sup>则认为死亡是个过程,他指出:死亡中,生物过程和器官系统的功能和运动会在一定时间内按照一定顺序自动停止。与之相反,如果人们将考查重点放在个体而不是具体的身体部分,那么就会认为死亡是一个事件而不是一个过程了。如 Bernat 认为:因为机体只能处于生或死的两个状态之一,所以死亡本身就是瞬间的事件<sup>[3]</sup>。那么,死亡到底是过程还是节点呢?

#### 1.2.1 讨论的前提。

讨论死亡问题需要认清两个前提:①死亡概念的关键点(也为死亡的本质特征)为功能丧失的“不可逆性”,也即当“不可逆性”出现,便可以被认为是死亡;②生物学上呼吸与循环系统功能的“不可逆的丧失”以全脑(主要为脑干)功能的不可逆性丧失为基础。也就是说,虽然患者的心跳、呼吸、血压等生命体征都可以通过一系列药物和先进设备加以逆转或长期维持,但如果脑干发生结构性损伤和破坏,则无论采取何种医疗手段,最终都必然发展为心脏死亡<sup>[4]</sup>。

#### 1.2.2 生物层面的死亡——既可以是过程也可以是节点。

人体的生理功能主要依靠心、肺和脑为主要器官的循环系统、呼吸系统和神经系统的运作来维持,故心、肺和脑功能的不可逆性的丧失是死亡的表征。具体地说,临床上发生的死亡分为两种情形:

第一种死亡是指交通事故或脑出血等突发脑卒中的情形。这时,首先出现的是全脑(主要为脑干)功能不可逆性丧失(伴自主呼吸的不可逆性丧失)。因“不可逆性”的出现,这一点可以称为死亡的起点。之后,“不可逆性”一直延续,直到不可避免地发生心功能的“不可逆性”的丧失。此时,心、肺、脑功能全部“不可逆性”丧失,我们可以称此点为死亡的终点。因此,此种情形的死亡是一个“不可逆性”一直延续的过程(从脑-肺死亡开始,直到心-肺-脑死亡为止),即死亡是一个过程。

另一种更为常见的死亡情形为:首先发生了心肺功能停止,但这时还不是“不可逆性”的功能停止,即如果在其后的心肺复苏能够成功,则死亡不会发生。因此,它并非是以“不可逆的功能丧失”为本质特征的死亡的起点。只有当心肺复苏不成功,脑组织因缺血缺氧而发生不可逆的功能丧失时,心肺功能的丧失才由“可逆的”转为“不可逆的”。也即脑死亡发生时,“不可逆性”才出现,死亡才发生。而此时,是心-脑-肺同时发生了“不可逆性”的功能丧失。因此,死亡就在脑死亡发生时(这个节点)发生。由此可见,在此种临床最常见的情形中,死亡是一个节点,而非过程。

#### 1.2.3 法律层面的死亡——节点及其选择。

法律上的死亡需要建立在代表死亡的生理状态之上。同时,虽然生物层面的死亡有可能是一个过程,而于法律层面上,则要求死亡必须是一个节点,且必须是一个容易被辨认的节点。原因在于,以此点为界,相关当事人的法律地位、权利、义务和法律关系等均会发生改变。在器官移植领域,此节点的确定就更为重要——如果摘除器官时捐献者并没有死亡,则摘除器官将违反尸体器官捐献的基本原则(即“死亡后器官摘取”规则),医生也有招致刑罚的可能。

法律上的死亡是一个节点,同时,这个节点的选择必须概括生物层面上的死亡的所有情形。由

上已知,生物层面上死亡分为两种情形,我们将分别寻找其中可以作为法律上的死亡节点的容易辨认的节点。

我们已知,在最先发生了心肺功能停止的死亡中,死亡是一个节点,即当心肺复苏等失败而发生脑死亡时,心、肺功能的丧失才具有不可逆性。此生物层面上的死亡节点毫无疑问便是此类死亡的法律层面上的死亡节点。需要注意的是,在这个节点上既发生了“脑死亡”(“脑-肺死亡”),也发生了“心-脑-肺死亡”。

在首先发生了全脑(主要是脑干)功能不可逆性地停止的死亡中,于生物层面上此死亡是一个过程,即“不可逆性”贯穿了整个死亡过程。因此,在法律层面上,原则上我们可以将此过程中任何容易辨认的节点认定为法律上的死亡节点。当然,此死亡过程中最容易辨识的节点为两个:第一个为此过程的开端,即脑功能不可逆地丧失之时,此时,会伴随自主呼吸的停止。故此节点既可以叫作“脑死亡”,也可以叫作“脑-肺”死亡;第二个为此过程的终点,即心-肺-脑功能不可逆性地丧失之时(即“心-肺-脑死亡”)。

综上,法律层面上可共同代表两种情形的供选择的死亡节点有两个,即“脑死亡”(“脑-肺死亡”)和“心-肺-脑死亡”。我国法律一直选取的死亡节点为“心-肺-脑死亡”,传统上称为“心-肺死亡”。然而,“心-肺死亡”的表述并不准确,更确切的表达应为“心-肺-脑死亡”。同理,“脑死亡”更准确的表述应为“脑-肺死亡”。

## 2 脑死亡概述

脑死亡是指包括脑干在内的全脑机能完全地不可逆转地停止(而不管脊髓和心脏机能是否存在);或者是指脑细胞广泛和永久地丧失了全部功能,范围涉及大脑、小脑、桥脑和延髓。发生全脑死亡后,虽心跳尚存,但脑复苏已不可能,个体死亡已经发生且不可避免。

### 2.1 脑死亡立法的合理性

选取“脑死亡”(“脑-肺死亡”)为法律上的死亡节点的合理性在于:

首先,“脑死亡”所传达的死亡概念更为精确。死亡的本质在于功能丧失的“不可逆性”,而只有在全脑(脑干为主)死亡时,这种“不可逆”性才出现,

而心-肺功能的停止并不能代表功能丧失的“不可逆性”(心-肺功能停止的不可逆性只在脑死亡时发生。如果在心肺复苏中因长时间缺血缺氧而发生了脑死亡,则心肺功能发生“不可逆性”的功能停止而死亡;而如果心肺复苏成功,死亡不会发生),即并不存在不包含脑死亡的单纯的“心-肺死亡”,因此,脑死亡是更为精准的死亡概念。

其次,“脑死亡”可以涵盖传统的“心-肺死亡”,即传统的“心-肺死亡”可以成为“脑死亡”分类中的一类。具体地说,传统的“心-肺死亡”的表述并不准确,准确的表述应该为“心-肺-脑死亡”。因此,“心-肺-脑死亡”也可以被看作是“脑死亡”的一种情形。进而,可以将传统上的“脑死亡”和“心-肺死亡”的区分转化为“脑死亡”的两种分类,即单纯的“脑-肺死亡”(即“脑死亡”)和“心-肺-脑死亡”(即传统的“心-肺死亡”)。

再次,可以避免医疗资源的浪费和获取更多的可用器官。具体地说,“脑死亡”(“脑-肺死亡”)更有利于避免医疗资源的浪费(如确定什么时候可以撤除呼吸机等生命维持系统),也更有利于获取更多的和更有活性的可用器官(生命活跃器官,如肝、肾、心脏,对摘取和移植的时间要求非常苛刻,“脑死亡”立法对其意义重大),以保障医生、患者、供体和受体的权益,促进医疗事业和器官移植事业的发展。

### 2.2 国内外脑死亡及其立法的发展

20世纪50年代,随着重症监护病房的发展,人类对脑生理的理解也迅速提升。此时,医生们发现严重的脑损伤将导致不可逆的脑损坏,这表现为脑活动迹象的完全停止,脑电波持续平坦以及脑血管造影显示的脑内血流停止。

“脑死亡”概念首先产生于法国。1959年法国学者P. Mollaret和M. Goulon在第23届国际神经学大会上首次提出“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,并使用了“中枢神经系统死亡”一词。他们的报告提示:凡是被诊断为“昏迷过度”的患者,苏醒可能性几乎为零。医学界接受并认可了该提法。在此基础上,脑死亡的概念开始萌芽,临床医生开始怀疑传统的死亡标准。1966年美国提出脑死亡是临床死亡的标志。1968年在第22届世界医学大会上,美国哈佛医学院脑死

亡定义审查特别委员会提出以“脑功能不可逆性丧失”作为新的死亡标准,制定了世界上第一个脑死亡诊断标准<sup>[5]</sup>。他们的报告中提议脑死亡或者全脑死亡的体征表现为:整体对于外在的刺激没有意识以及对于疼痛刺激不回应,自发肌肉运动、自发呼吸和刺激反应以及反射反应的缺失。同年8月,脑死亡的表达得到世界医学协会的采纳,并作为《悉尼宣言》的一部分。在英国,1976年英国皇家医学院出版了脑死亡诊断的备忘录,承认了脑死亡的概念,并说明其目的是“为撤除呼吸机提供正当性”;1979年1月,皇家医学院的另一个备忘录进一步指出:脑死亡就是个体的死亡;1998年英国卫生部颁布了《脑干死亡诊断的实践守则:包含对潜在器官组织捐献者的识别和管理指导原则》<sup>[6]</sup>。在美国,1980年由美国律师协会与医师协会提议起草了《统一死亡判断法》。此法于1981年被通过,之后被美国大部分州接受。

如今,大多数进行器官移植的国家和地区已经有了脑死亡的立法。意大利(1967年)、美国堪萨斯州(1970年)和芬兰(1971年)第一批通过了脑死亡的立法;1994年,28个国家和美国的大多数州通过了脑死亡立法(如今,美国所有的州都承认了脑死亡,其中,12个是在1977年前,25个在1981年前正式承认以脑死亡作为个体死亡的标准)<sup>[7]</sup>;日本和丹麦也分别在1990年、1997年立法接受了脑死亡<sup>[8]</sup><sup>55</sup>;到目前为止,世界上已经超过90个国家将脑死亡作为死亡的标准或标准之一。

1980年,我国学者李德祥提出脑死亡应是全脑死亡,从而克服了大脑死亡(不可逆昏迷)、脑干死亡等脑的部分死亡等同于脑死亡的缺陷,这一观点已获我国学者共识<sup>[9]</sup>。1986年,我国出台了《脑死亡诊断标准》草案;经过多年的努力,在国家器官移植委员会的推动下,原卫生部于2003年颁布了《脑死亡判定标准》(成人)(征求意见稿)、《脑死亡判定技术规范》(征求意见稿),这无疑是中国推进脑死亡立法的重要的一步。2012年原卫生部委托首都医科大学宣武医院成立了“卫生部脑损伤评价中心”,后更名为“国家卫生和计划生育委员会脑损伤质控评价中心”,负责脑死亡标准修订及相关医疗人员的培训等工作。2013年,该中心在《中华神经学杂志》上发布了《脑死亡判定标准和技术规范》(成

人质控版)》以及《脑死亡判定标准和技术规范》(儿童质控版)》,这为脑死亡立法提供了基础。但目前,我国还没有实现脑死亡的合法化,故在我国,法定的死亡标准仍为传统的心-肺死亡标准<sup>[10]</sup>。

### 3 国外脑死亡的立法形式和风险

世界范围内脑死亡立法的形式不尽相同:有的是在器官移植法之内进行脑死亡立法,有的则是在器官移植法之外的其他法律中进行脑死亡的立法;有的采取的是单一的死亡标准(即脑死亡),有的则采取的是可选择的死亡标准(即“心-肺死亡”与“脑死亡”并存)。

#### 3.1 世界范围内脑死亡的立法形式

##### 3.1.1 器官移植法之外的脑死亡立法与器官移植法之内的脑死亡立法。

器官移植法之外的脑死亡立法。如1961年的《英国人体组织法》只陈述了:经注册的医生必须在检查患者没有任何生命迹象以后才能摘除器官和组织(除非医生从一开始便可以证实患者死亡)。此法本身并没有规定什么是“患者没有生命迹象”;美国的《统一遗体捐献法》涉及了“死者”或“死亡的判定”,但也没有在此法律中对其进行更加详细的解释。

器官移植法之内的脑死亡立法。与上述不同,一些国家和地区采用的立法形式是将脑死亡的立法包括在器官移植的法律内。事实上,20世纪70年代美国的三个州的州法律规定了只应用于器官移植的特殊死亡标准,其中包括西弗吉尼亚州(1975年)、伊利诺伊州(1975年)和康涅狄格州(1979年)。1979年的《西班牙器官移植法》规定:器官必须从已死者身上摘除。死亡是以不可逆转性的脑损伤为依据的。同样,1996年罗马尼亚《人类组织与器官摘取与移植法》指出:只有医学上确认脑死亡以后才能摘除器官和组织,并在附录中包括了脑死亡诊断的特殊标准。

##### 3.1.2 单一的死亡标准(脑死亡)与可选择的死亡标准(心肺死亡与脑死亡)。

丹麦和美国的大部分州的立法上采用了死亡判定的双标准,即可选择的死亡标准;但很多其他地区的法律明确规定死亡的标准只是脑死亡,即单一的死亡标准。究竟应该采用单一的死亡标准还是可选择的死亡标准的问题一直都在讨论着。

规定了可选择的死亡标准的典型法律为《美国统一死亡认定法》(US Uniformed Determination of Death Act, UDDA, 1980年),它指出:个体循环、呼吸系统功能如果不可逆转地停止,或者整个脑的功能(包括脑干)不可逆转的停止,可被认定为死亡。死亡的判断必须和已接受的医学标准相一致<sup>[11]</sup>。Bernat等人斥责以上的法律创造了两个不同的死亡标准,而不是两套指标支持同一死亡标准<sup>[12]</sup>。

在世界上的很多国家和地区,法律规定了单一的死亡标准(脑死亡)。典型的为加拿大的立法,加拿大在其成文法中规定:当一个人的脑功能发生不可逆的丧失时即死亡;这种脑功能不可逆的功能丧失可通过持续的自主循环和呼吸功能缺失来判断;当因使用了人工生命维持系统而无法对持续的自主循环与呼吸功能缺失进行判断时,脑功能不可逆地丧失可通过其他目前任何医学上认可的通常标准来判断。

### 3.2 器官移植法之内的脑死亡立法的风险

#### 3.2.1 相较于器官移植法之外的脑死亡立法,器官移植法律之内的脑死亡立法是有一定风险的。

首先,脑死亡立法除了有利于增加器官移植中的可用器官,还有利于判断何时可以撤除呼吸机等生命维持系统,以尊重患者的生命并节省医疗资源,如仅仅将脑死亡立法放在器官移植法之内,则不能有效地发挥它在其他方面的功能。

其次,器官移植法之内的脑死亡立法会让人们产生“器官捐献者有可能(相较于一般患者)被特殊对待或不合理对待”的感觉,甚至会产生“医生为了摘取器官可能提前宣布死亡”的错觉。由此会对器官捐献和脑死亡产生抵触心理,反而对器官捐献不利。

#### 3.2.2 可选择的死亡标准(心-肺死亡与脑死亡并存)之风险。

相对于单一脑死亡立法,立法中采用可选择的死亡标准(心-肺死亡与脑死亡并存)也是存在一定风险的。

首先,与器官移植法之内的脑死亡立法一样,它可能使得人们产生“被不同对待或未被合理对待”的感觉,由此会产生“医生为了得到可用器官或节省医疗成本可能会提前结束患者的生命”的猜疑与担心。

其次,可选择的死亡标准可能产生司法上的混乱。显然,当死亡的判断需要选择的时候,司法实践中必然有产生混乱的可能性。即同一种情形下不同的法院可能采用不同的死亡标准进行裁判而产生不同的审判结果。

事实上,以加拿大为典型的单一死亡标准(脑死亡)的立法形式更容易被接受。Joanne Lynn等提出:“……两种毫不相关的方法可以分别判断死亡……这就可能会引起这样的麻烦,即同样一个人,依这种标准可被判断死亡,而依另外一种标准则还没有死亡。”<sup>[13]</sup>如Skegg所说“加拿大法律避免了有两种死亡定义的印象,并且明确了传统试验如何与新技术结合使用”<sup>[14]</sup>,也就是说,尽管全脑功能的不可逆丧失是死亡本身的判断标准,但在通常情况下,传统方法仍被用来判断死亡;而只有因使用了生命维持技术而无法通过通常的试验来显示自主循环和呼吸缺失时,才有必要采用脑功能试验来判断死亡与否。

### 4 对我国脑死亡立法形式的建议——“器官移植法之外的单一脑死亡立法”

根据对脑死亡立法形式的风险分析,建议我国脑死亡立法采用“器官移植法律之外的单一脑死亡立法”,并建立两套死亡测试来支持同一死亡标准。

#### 4.1 器官移植法之外的脑死亡立法

为了在“有利于器官移植技术的发展”之外兼顾“尊重患者和节省医疗资源”的目的,同时,为了避免可能造成的“被差别对待的错觉和被提前结束生命等的不合理对待的担忧”,建议将脑死亡立法规定在器官移植法律之外。

#### 4.2 单一脑死亡立法——建立两套死亡测试来支持同一死亡标准

建议我国采用单一脑死亡立法,并建立两套死亡测试(即诊断操作指标)来支持同一死亡标准。这两套死亡测试分别为:一般死亡情形下测试心、肺与脑功能的不可逆丧失的诊断操作标准;脑卒中情形下测试脑功能的不可逆丧失的诊断操作标准。在这两种情形下的诊断操作标准不同,对脑功能的测试内容也是不同的(对于前者,一般采用床边测试;而对于后者,基本床边测试不足以启动器官摘取或呼吸机的撤除。一般需要认定:脑的疾病或创伤、完全丧失意识、呼吸停止、全部脑神经反射停

止、全部脑电活动停止,且必须有强制进行的脑血管造影以确认脑内血循环停止运行并获得图像证据)。

建议采用单一脑死亡立法,即建立两套死亡测试来支持同一死亡标准的原因与合理性在于:

首先,如前所述,传统的“心-肺死亡”的表述本身就不准确,准确的表述应该为“心-肺-脑”死亡,即并不存在不包含脑死亡的单纯的“心-肺死亡”——只有包含了脑死亡的心-肺功能停止才是真正的死亡(单纯的心-肺功能停止并不表征“不可逆性”,否则,临床上的心肺复苏就没有意义了)。

其次,“脑死亡”的表述可以全部涵盖死亡发生的两种情形——这两种情形的共同点在于:在脑功能的不可逆性丧失之时启动了死亡的本质属性,即“不可逆性”,也即启动了死亡。两种情形的不同点仅仅在于脑功能不可逆性地丧失出现的时间不同,即在一般死亡中最后发生,而在脑卒中中最先发生。

再次,心肺功能“不可逆”丧失是全脑(脑干为主)功能丧失的外部表现。呼吸心跳不同于生命本身,它们只是生命的表征,是观察更深层的更复杂的事实(即由脑统领的三个相互联系的系统)的“窗户”。在临床上,传统的死亡标准也都不仅仅是以两项(呼吸和心跳),而是三项症状为依据的,其中还包括瞳孔的扩张(可显示脑干功能的丧失)。

最后,单一死亡标准立法避免让人们产生不被平等对待的感觉及提前被结束生命的恐惧,也避免了司法中的混乱。

## 5 对我国脑死亡立法内容的建议

建议我国采用“全脑死亡”的标准,并结合我国的现实采用“全脑与肺自主功能不可逆丧失”的文字表述。

### 5.1 采用全脑死亡的标准

从意识与人格的视角出发,笔者建议采取全脑功能不可逆丧失的全脑死亡标准,而不是脑干功能不可逆丧失的脑干死亡标准。

意识与人格的视角下,全脑死亡是更合适的死亡标准。原因在于,当作为整体的人的精神向度与生物向度的统合功能均走向不可逆的消解时,他才会死亡<sup>[15]</sup>。具体来说,人类个体不仅仅包括机体,而是生理向度和精神向度的结合体。生存还是死亡不是身体的特质,而是整个人的特性。即生存还

是死亡取决于两大系统(意识和生物机体)有功能还是丧失功能。这样看来,脑干死亡概念没有完全依赖于生理与精神(或意识与身体)的二元论,原因在于脑干控制与整合的仅仅为机体的生理机能。如此,如果机体已经停止功能,而控制意识的更高级的脑的活动继续进行,则不能认为死亡发生,反之亦然。因此,即使丧失了脑干所拥有的将多种身体机能综合成一个统一的机体的能力,只要意识存在,就不能判定一个人死亡。

### 5.2 采用“脑-肺死亡标准”的表述方式

建议我国立法中采用“脑-肺死亡标准”,即“全脑与肺自主功能不可逆丧失”的文字表述来表达“全脑死亡”,也即“不可逆转性的意识丧失结合不可逆转性的自主呼吸停止”。原因在于:

首先,中国传统的死亡观为心跳和呼吸的停止,故采用“全脑与肺自主功能不可逆丧失”的表述代表“全脑死亡”更容易被国人接受,也照顾到了人们的日常体验和一般情感。关于日常体验的意义,1988年丹麦伦理委员会就指出:死亡的概念必须和日常体验相联系,故建议死亡标准应为呼吸心跳的停止<sup>[8]48</sup>。然而,如前所述,全脑死亡是更为理性的死亡标准。这引出了一个问题,即政策应该在多大程度上照顾到日常体验和一般情感?显然,“全脑与肺自主功能不可逆丧失”的表述就是将人类理性思考(和科技发展)与感性体验相结合的较为周全的考量。

其次,“全脑与肺自主功能不可逆丧失”可以将死亡的“整体功能论”与“主要功能论”相结合,显得更为周全。有专家认为:死者具有“丧失了构成身体对内部环境与外部环境之敏感性”的特征,这或者是指身体的三大器官(心、脑、肺)的功能不能作为功能的整体而进行运作,或者指脑(作为人体的重要器官)不再调节人体的功能。恩格尔哈特教授评论说:很难给出既包括“主要器官论”,即只包括全脑功能的不可逆性的停止,又包括“整体功能论”,即不仅通过不可逆的脑功能的丧失,同时也通过不可逆的心脏功能与肺功能丧失作为整个机体崩溃(死亡)的指标<sup>[8]59</sup>。而“全脑与肺自主功能不可逆丧失”便是具有这种特征的死亡标准。

### 5.3 脑死亡立法内容的具体建议

建议在《中华人民共和国民法通则》、器官移植

法律之外的其他法律中或单独的《脑 - 肺死亡法》中规定:

①当一个人的全脑功能和自主呼吸功能发生不可逆的丧失时即死亡;②全脑功能不可逆的功能丧失可通过意识丧失和持续的自主循环和自主呼吸功能缺失来判断;③当因使用了人工生命维持系统而无法对持续的自主循环与呼吸功能缺失来进行判断时,全脑功能不可逆地丧失可通过原卫生部制定的全脑死亡判断的临床指南上的标准来判断。

## 6 脑死亡判断的程序性的建议——“共同判断原则”和“回避原则”

医疗法律应以严格的程序性保障患方的生存安全和伦理安全,这尤其应该体现在脑死亡的判断中。具体地说,法律层面的脑死亡以生理层面的脑死亡为基础,而生理层面的脑死亡是个医学问题,医疗本身固有的风险性决定了接受脑死亡标准的当事人的生命健康将处于不特定的风险中。而一套健全的判断程序虽然不能完全避免风险的发生,但会在很大程度上限制其发生的可能性。更重要的是,它是我们可以寻找的最有效的方法。

### 6.1 可借鉴的立法经验

1979年西班牙通过的器官移植法规定:脑死亡必须由三位与移植工作无关的医师判断,其中一位必须是神经外科医师或神经病学专科医师;美国则规定负责判定脑死亡的医生为神经内科或神经外科医师,并需要两位医师同时在场进行判定;英国规定:脑死亡由具有经验的急救中心医生来判断,有疑问时还要与神经内科或神经外科医生会诊;我国台湾地区规定:脑死亡由两名接受过专门训练的神经内科、神经外科、麻醉科、急救中心医生判断,两人中至少有一人必须是精通脑干机能试验的神经内科或神经外科医生,参与器官移植的医生不能参与诊断脑死亡。同时,各国对认定“脑死亡”所需的医生人数的规定并不相同:巴尔干各国、希腊、波兰、西班牙、意大利等需要三名医生;法国需要两名医生;澳大利亚和芬兰只需一名医生<sup>[16]</sup>。这些经验可以为我国的脑死亡立法提供参考。

### 6.2 立法建议——脑死亡判断的“共同判断原则”与“回避原则”

综上所述,脑功能试验判断脑死亡的应由多名有资格的医师组成的医师组进行,即坚持“共同判

断原则”;同时,“回避原则”应存在于脑死亡的判定中,具体的制度应包括①不允许与当事人有利害关系的医师为当事人判定脑死亡;②“判断脑死亡的人”不允许是“摘取或使用器官的人”(或“器官移植专业的医生”);③判断脑死亡的人不允许是照护捐献者或照护受体的医生。如此的程序规定可以最大限度地避免潜在的利害冲突,防止利害关系人利用“脑死亡”杀人。

具体地,建议作如下规定:

脑功能试验判断脑死亡时,必须由工作10年以上的神经内科、神经外科、急诊科、麻醉科或重症监护室的医师判断。他们需具有高级职称,且获得脑死亡判定资格证书。需两位医师共同判定和两位医师共同复核,并出具书面证明。他们必须与当事人无利害关系,不能是参与摘取与移植器官的医生或移植专业的医生,不能是照护捐献者或照护受体的医生。

当前,虽然大部分的医学和生命伦理学文献都认为符合脑死亡标准的人确定是死亡的,但脑死亡是否代表死亡及脑死亡的诊断方法方面还存在一些挑战<sup>[11]</sup>。因此,在脑死亡立法之前,还需要从医学上对脑死亡的可行性作出谨慎的判断。

### (参考文献)

- [1] J. Bernat, C. Culver, B. Gert. On the Definition and Criterion of Death [J]. *Annals of Internal Medicine*, 1981, 94: 389.
- [2] S. Miles. Death in a Technological and Pluralistic Society [M]//S. Youngner, RM Arnold, R. Scha-piro (Eds.). *The Definition of Death: Contemporary Controversies*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1999: 313.
- [3] J. Bernat. A Defense of the Whole - Brain Concept of Death [J]. *Hastings Center Report*, 1998, 28: 14 - 16.
- [4] 关宝瑞, 朱永喆. 确立脑死亡鉴定标准的伦理学意义探究 [J]. *南京医科大学学报(社会科学版)*, 2008(1): 9 - 10.
- [5] Harvard Medical School. A definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death [J]. *Journal of the American Medi-*

- cal Association ,1968 205( 6) : 85 - 88.
- [6] Evans DW ,Hill DJ. The Brain Stems of Organ Donors are Not Dead [J]. Catholic Medical Quarterly ,1989( 1) : 114.
- [7] D. Jones. Retrospective on the Future: Brain Death and Evolving Legal Regimes for Tissue Replacement Technology [J]. McGill Law Journal , 1992 , 38( 3) : 394.
- [8] David Price. Legal and Ethical Aspect of Organ Transplantation [M]. Cambridge: Cambridge University Press ,2002.
- [9] 刘长秋. 脑死亡法研究 [M]. 北京: 法律出版社 , 2006: 51.
- [10] 李琰. 医学伦理学 [M]. 北京: 法律出版社 ,1991: 164.
- [11] Ana S. Iltis 著. 王玥 ,郝玮 ,王潇莹 ,等译. 范瑞平审校. 中国的器官捐献: 立足国内 ,而不是照搬西方 [J]. 中国医学伦理学 ,2018 ,31 ( 2) : 137 - 150.
- [12] J. Bernat. A Defense of the Whole - Brain Concept of Death [J]. The Hastings Center Report ,1998 28 ( 2) : 14 - 23.
- [13] Joanne Lynn ,Ronald Cranford. The Persisting Perplexities in the Determination of Death [M]// S. Youngner ,RM Arnold ,R. Schapiro ( Eds. ) . The Definition of Death: Contemporary Controversies Baltimore: Johns Hopkins University Press 1999: 112.
- [14] P. D. G. Skegg. Law , Ethics and Medicine [M]. Oxford: Clarendon Press ,1988: 226.
- [15] D. Lamb. Organ Transplants and Ethic [M]. Routledge ,1990: 36 - 37.
- [16] 新浪科技. 各国脑死亡的概念 ,诊断标准和立法情况 [EB/OL]. ( 2005 - 06 - 22) [2018 - 08 - 10]. <http://tech.sina.com.cn/d/2005-06-22/1438643086.shtml>.
- (收稿日期 2018 - 10 - 08)  
(编辑 曹欢欢)

(上接第 186 页)

多因素 ,比如目前关于“安乐死”的法律法规、传统的孝道文化、家庭亲人的压力、周围人的眼光等。但这种可以坐下来商量死亡这件事的家庭会议 ,本身是一种进步 ,面对病痛 ,面对有可能到来的死亡结局 ,我们应该更早的有心理准备 ,不管是患者还是家属。

秦太铮: 本讨论涉及的内容广泛 ,关系复杂 ,操作敏感 ,影响深远。需要顶层设计、分步实施、不断完善、持续改进、水到渠成的不懈努力。建议多做类似案例的报道、讨论、宣讲、交流等; 介绍国外安乐死立法状况 ,在安乐死立法状态下的老人生活、终末选择; 从医学伦理学的角度起草我国的“临终医疗决定程序” ,让医疗卫生乃至社会各界讨论 ,测量社会认知程度 ,有针对性地开展工作; 宣讲人生关爱、孝行天下、救死扶伤、生命意义的真谛至理 ,促进我国安乐死法律的逐步建立; 让健康这个人类追求的共同目标成为生老病死的出发点和归宿 ,成

为指导医患行为、社会活动的根本法则。

蔡笃坚: 闫大爷这个案例的精彩之处在于缓和安宁疗护观念已经成为可以接受的选项 ,家庭会议确实召开了 ,这具有重要意义。任何创新尝试在起跑点 ,都让人充满希望 ,但也绝对不会完美 ,就如同医疗无法满足天下人 ,治愈天下病 ,我们都必须学会活在不完美中 ,在社会契约的前提下 ,多给彼此一些包容。这个家庭会议 ,或许最大的遗憾是有可能参与的患者 ,闫大爷缺席了! 而医者在这过程中 ,恐怕也有不少时候不知如何自处吧! 这就需要来自患者和家属生命智慧和经验的支持 ,相互之间的支持 ,互相包容彼此的无知 ,共同创造华夏文明崭新生命文化的明天。

(收稿日期 2018 - 11 - 27)

(修回日期 2018 - 12 - 15)

(编辑 张茜)