

# 论脑死亡者器官捐献移植的立法规范

罗洪洋<sup>1</sup>, 徐明<sup>1,2</sup>

(1.中南财经政法大学 法学院 湖北 武汉 430073 2.武汉长江工商学院 法学系 湖北 武汉 430065)

**【摘要】**现代医学的发展改变了死亡的定义。应器官移植摘取人体器官的需要,脑死亡日益成为临床上重要的死亡判断标准。在死亡判断上,心肺死亡说与脑死亡说分别反映出朴素道德主义和功利主义,各有优劣。在现代社会,死亡二元论基于心肺死亡说和脑死亡说,应成为器官移植发展中的死亡判断标准,但立法应将脑死亡严格限定于器官移植的善良目的。鉴于脑死亡尸体的特殊性,移植摘取脑死亡者器官应受到合理伦理道德的限制。

**【关键词】**脑死亡;死亡二元论;器官移植

**【中图分类号】**D923.8

**【文献标识码】**A

**【文章编号】**1673-2391(2013)04-0079-05

## 一、问题的提出

器官移植被誉为“现代医学之颠”,极大地提升了现代临床医学治病救人的能力,成为挽救某些器官病变或衰竭患者的最后手段。但是,现实而紧迫的问题是:可供移植的人体器官来源严重缺乏,器官移植中器官供求矛盾突出。黄洁夫等人在国际著名医学杂志《柳叶刀》(The Lancet)上发表文章称,中国每年大约有150万人因末期器官功能衰竭需要器官移植,但每年能够使用的器官数量不到1万,供求比例达到1:150。有学者指出:每年很多病人在等待合适器官的过程中去世——这尽管是一个世界性的难题,在中国却因为传统习俗和器官捐赠法律不完善等原因更为突出。<sup>[1]</sup>

人体器官是人的重要组成部分,是个体生命健康及人格尊严的重要载体。摘取某个人正常健康器官的行为极可能与其是生是死、健康与否等息息相关,自然不仅仅是简单的技术问题,而是一个“应当与不当”的社会伦理道德的规范问题。但基于器官移植治病救人的善良目的及其显著成效和广阔前景,现代社会器官移植技术被广泛接受和运用。现在的问题不在于器官移植技术不发达,而是如何扩大人体器官来源,从而获得足够数量的可供移植的人体器官。其中一个重要的解决途径就是脑死亡者器官移植。有学者主张将脑死亡作为人的死亡判断标准,即人的大脑出现不可逆转的死亡就标志着人的死亡,即便仍有心跳和呼吸也已成为尸体。尸体较活体而

言,摘取可供移植器官的接受程度显然更高。摘取尸体器官进行移植可以有效地挽救重病患者的生命健康,更具社会正当性。

在人类社会的历史发展中,死亡已很难说仅仅是一个医学判断问题,而是一个广泛牵涉社会伦理道德、宗教思想、心理等诸多领域的问题。几千年来,传统观点都是将心跳和呼吸停止作为人死亡的确切无疑的标准,学者们通常称之为心肺死亡说。现代社会的脑死亡说与心肺死亡说孰优孰劣,应如何协调二者之间的关系,一直是社会关注的热点问题。如何判断某个人的死亡,是器官移植的重要基础问题。本文即首先从死亡判断加以探讨,厘清各种死亡判断标准及关系,然后以此为基础探讨脑死亡者器官移植的法律规范问题。

## 二、脑死亡的证成及其死亡定位

### (一)从心肺死亡到脑死亡

关于死亡的判断标准,我国尚没有明确的立法。这或许是因为死亡问题具有深厚的历史底蕴,死亡判断承载着人类社会几千年来形成的生死文化观念,难以成为现代法律规范的调整对象。与之相应,有学者提出:“我国法律一直并未对死亡标准立法,死亡标准是医学问题,只要不违反社会公共利益,法律是没必要介入的。而且死亡标准是随着科学的发展而呈开放性的,不宜以法律明文规定。”<sup>[2]</sup>相关死亡标准的争议则主要是社会实践和理论研究中的问题,概括来讲就是传统的心肺死亡说与现代医学的脑死

亡说。

传统观点把心跳和呼吸的停止作为死亡的判断标准。上世纪 60 年代之前,死亡必须发生在心跳和呼吸活动停止之后,一直是死亡无可争辩的标志。心肺死亡说之标准可细分为心脏死和肺死亡。心脏死或称心死亡,是指原发于心脏功能不可逆中止所引起的死亡。此时,心跳停止先于呼吸停止和脑功能的完全停止。心脏死亡最主要的原因是心脏本身的严重损伤或疾病,其他原因如各种休克、电流通过心脏的电击、具有心脏毒性的毒物中毒等也能引起心脏功能不可逆中止。<sup>[3]</sup>死亡意味着人体活动的停止和归于寂静,表现于外的呼吸活动的停止通常也被作为个体死亡的重要标志。而且,部分人的死亡并不是“因心而死”,其死亡过程不是开始于心跳停止,而首先表现为呼吸停止。一旦呼吸发生不可逆转的停止,继而才是心跳停止。当这一过程不可逆转地发生时,个体死亡,此即呼吸死或肺死亡。

脑死亡可追溯至 1959 年第 23 届国际神经学会上提出的“昏迷过度”概念。学者在报道 23 例这种病理状态时使用了“脑死亡”一词,并提示:凡是被诊断为“昏迷过度”的病人,苏醒可能性几乎为零。此后,脑死亡为医学界所广泛接受。世界上第一个脑死亡诊断标准是 1968 年的美国“哈佛标准”。在当年的第 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将脑功能不可逆性丧失作为新的死亡标准,具体诊断标准为:(1)不可逆的深度昏迷;(2)无自主呼吸;(3)脑干反射消失;(4)脑电波消失(平坦)。在此影响下,世界上许多国家采用了“哈佛标准”或与之相近的标准。随着医学对人脑结构和功能的深入认识——呼吸中枢位于脑干,因而脑干功能受损直接导致呼吸功能停止,上世纪 70 年代,英美国率先提出脑干死亡就是脑死亡。1971 年,美国提出脑干死亡就是脑死亡的观点,英国皇家医学会于 1976 年制定的脑死亡标准也确认了脑干死亡说。当一个人的脑干永久性完全丧失功能,以致呼吸功能不可逆地丧失,随后身体的其他器官和组织也会因为没有氧气供应而逐渐丧失功能。因此,脑干死亡就是脑死亡,脑死亡即人死亡。应该说,以脑干死亡作为死亡的判断标准具有一定的科学性,但以部分人脑的死亡作为大脑的死亡,以脑干呼吸中枢的死亡作为人整体的死亡,还是难以令人信服。在此意义上,目前多数国家还是采用全脑死亡的标准,只有部分西方国家采用脑干死亡的标准。

## (二)观点评析 从道德情感主义到功利主义

笔者认为,传统的心肺死亡说主要代表着前医学科学时代对死亡的社会、伦理和道德判断,蕴含着朴素的道德情感主义;脑死亡则是现代社会对人死亡的医学科学认识,而且这种认识与医学临床获取人体器官以进行器官移植紧密相连,体现出浓厚的功利主义色彩。二者之间难免产生一定的价值冲突。

心肺死亡说是人类社会千百年来普遍接受的死亡判断标准,是社会大众标准,也是文化习俗和伦理宗教的标准。自古以来,人们极其重视生死问题。生死不仅是个体的自然事件,更是广泛涉及社会文化、历史传统和伦理道德的问题。譬如,不同民族、国家和地区普遍存在丧祭礼仪的死亡文化,在寄托哀思、表达尊重之外,严肃而费时的礼仪程序何尝不是对死亡准确判断的重视?传统观念中的死亡直接表现为心跳和呼吸的停止,而将其作为死亡的判断标准具有以下优势:一是客观、形象,有利于准确作出判断。心跳和呼吸是人的生命活动集中的客观外在表现,普通民众能够清楚地观察到心脏跳动、脉搏、呼吸气息等。而明确可辨的客观标准很好地符合了死亡判断的严谨性。二是社会认同感强。心肺死亡说作为传统标准,承载着人类社会对死亡判断的文化认同。在传统社会,死亡意味着沉寂和终结,让民众接受“一个心脏仍在跳动,气息尚存的人已经死亡”是难以想象的。在现代医学出现之前,死亡的判断标准主要是直观的心跳和呼吸停止,可以说是一种经验判断的结果,具有较强的社会认同感,反映了广大民众的朴素道德情感。

医学的发展改变了死亡的定义,也深深影响着死亡的判断标准。虽然脑死亡说的具体判断标准存在一些争议,但并不妨碍其成为一种不同于传统心肺死亡说的全新死亡判断标准。脑死亡不啻于现代医学科学的死亡判断标准。它不仅由医学界率先提出,而且必须借助医务人员进行专业判断,如检查脑功能情况的脑电图必须由医务人员通过专业仪器作出。在现代社会提出脑死亡标准的合理性在于:一是标准的科学性。在现代医学科学中,人们充分意识到大脑之于生命的首要意义。大脑不仅是思想意识的物质载体,而且人的所有生命活动都受到大脑及中枢神经的调控。可以说,大脑功能的有无天然就是判断生死的重要标准。二是标准的医学和社会价值。脑死亡与器官移植紧密相连。在器官移植中,摘取活体器官涉及供体的生命健康权利、社会接受

度等,往往受到传统文化和法律规范的严格限制,而通过脑死亡判断标准确定某人死亡之后,再依法摘取尸体器官,显然具有较高的可接受性。根据脑死亡说,一旦大脑功能不可逆地丧失,即使存在心跳和呼吸,也是“有心跳的尸体”。这在某种程度上意味着人的死亡界定点的提前,我们就可以依法摘取那些仍具有良好活性的器官。脑死亡判断标准无形之中即满足了器官移植的需要。实践中,脑死亡者往往是罹患严重疾病而陷入深度昏迷的患者,基本上苏醒无望。脑死亡者已经丧失了基本的知觉和自主意识,自然也不可能参与社会活动。脑死亡者在没有医学生命维持系统的情况下,心跳和呼吸会在一段时间内相继停止,而继续维持其心跳和呼吸则会给患者家属造成巨大的经济压力,也会耗费大量宝贵的医疗资源。在此意义上,脑死亡判断标准有利于提高人体器官的利用效率,节约有限的医疗资源,也有利于减轻脑死亡者家属的经济负担。

心肺死亡说和脑死亡说各有合理之处,但都存在问题。心肺死亡说不得不面临医学发展中的难题——在医学上,大脑才是生命活动的关键。如心肺复苏术、人工呼吸仪器等生命维持系统完全可以使那些已经丧失大脑功能的人长时间地具有心跳和呼吸,但因缺乏人的认识、意志和自主活动,这种单纯的心跳和呼吸很难说仍具有人的社会意义。脑死亡说的问题则在于脑死亡的具体判断标准本身仍是一个值得探讨的问题,如全脑死亡、脑干死亡等具体标准不一。而且,脑死亡标准与器官移植的开展紧密相连,功利性明显,在方便获取可供移植器官的情况下,难免让人担忧其中潜藏的道德风险,即可能在某人还没有真正死亡的阶段,非法提前摘取其人体器官,从而触犯刑法,构成故意伤害和故意杀人罪。

### (三) 脑死亡的死亡定位:死亡二元论

就历史发展来看,死亡判断似乎经历着从心肺死亡到脑死亡的演变,但脑死亡并非终点,而只是其中的一条支路。死亡标准走向折衷融合在所难免,心肺死亡又何尝不是心脏死和呼吸死的融合呢?心肺死亡说和脑死亡说各有优缺点,客观上为二者的融合奠定了基础,而人的死亡既可源于心肺死,又可源于脑死亡,二者可以并存。

折衷融合的死亡标准是死亡二元论,即将心肺死亡与脑死亡并列作为死亡的判断标准。例如,1980年美国的《统一死亡判定法》(DDA)对死亡的判定为:循环和呼吸功能不可逆性终止,或包括脑干在内

的全脑功能不可逆性终止。死亡的判定出现双轨制,即心肺死亡和脑死亡并存。<sup>[4]</sup>德国、日本和我国台湾地区都采取死亡二元论的判断模式。但是,脑死亡一般被谨慎地限于个别的特殊情况,通常做法是将脑死亡配合器官移植,将其写入器官移植法令中,作为尸体器官移植的重要程序。

生死的界定至关重要,先后有心脏死、呼吸死、心肺死亡、脑死亡等概念。在笔者看来,简单地基于死亡的直接原因,上述死亡概念并不存在问题,毕竟心、肺、脑这三大器官及其系统构成了人的生命基础。但是,能否以其中某一器官或系统的死亡作为整体的人的死亡值得思考。传统社会虽已存在心脏死和呼吸死,但一般会合二为一作为死亡的判断标准,仅有一,尚不足以判定一个人的死亡。脑死亡的提出则深化了人们对死亡的认识,体现出现代医学科学对人体死亡的本质探索,即心跳、呼吸和大脑功能紧密相连,心肺死亡与脑死亡只是表现于外的现象与隐藏于内的本质的关系,死亡是心脏及循环系统、呼吸系统、大脑及神经系统三者的整体死亡。不少学者亦主张死亡的综合判定说,即以心脏停止、呼吸停止和瞳孔反射消失为死亡的三征候说,其根据是:心脏的血液循环机能、肺部的呼吸机能、脑干自律机能(生命维持机能)三者之间是互相依存的,无论哪一种机能发生不可逆的停止,其他两种机能会在短时间内(数分钟内)也会停止。此所谓“生命的三角关系”。<sup>[5]</sup>而且,鉴于死亡判定的严肃和确凿要求,这种思想颇具影响力。有学者特别说明:三征候说建立在心肺功能丧失说的判断基础上,仍是传统死亡标准的类型之一,只是该说偏于强调临床实践,死亡必须透过先后具体的检验程序进行判断。因此,三征候说与心肺丧失说皆一致认为,死亡就是人类体内循环、呼吸不可逆的终止以及中枢神经系统的功能停止。<sup>[6]</sup>

随着现代医学的发展,脑死亡的提出及传统心肺死亡说演变成为心、肺、脑死亡的三征候说,反映出生死判断的审慎。然而,从传统心肺标准到心肺脑三征候,显然不是也不可能是脑死亡提出的初衷。如前所述,与脑死亡紧密相连的是器官移植,脑死亡是在器官移植取得重大进步并在临床广泛运用,但可供移植的人体器官稀缺而严重制约器官移植的背景下,由医学界提出的。其在科学性之外,彰显的是功利主义,旨在心肺死亡之外以大脑功能丧失作为死亡的标志,从而有利于摘取尸体器官进行移植。追

本溯源,脑死亡说是对传统心肺死亡说的一种重大突破,即不再以心肺的功能定生死,而是以大脑功能作为死亡的新标准。而且,虽然心、肺和脑三者之间血脉相通,往往“一损俱损”,但也并非一体。在医学上,人是具有复杂生命现象的有机体,各器官或组成部分的功能丧失或死亡并非完全同步。尽管生命在心脏与大脑之间联系紧密而存在营养供给和调控的关系,但它们各自的功能丧失或死亡也可能存在时间差。尤其是现代医学出现后,当大脑及中枢神经系统功能丧失后,完全可以借助医学设备长时间地维持心跳和呼吸。此时,是活人还是尸体呢?笔者赞同脑死亡,即此时是作为整体的人的死亡。大脑已经死亡,其功能的丧失不可逆转,就意味着作为整体的人已经陷入不可逆转的死亡进程,人的心跳和呼吸会停止,即使采用现代医学设备勉强维持心跳和呼吸,也不过是延长死亡过程和延缓尸体的腐败进程。换言之,已经脑死亡的人处于深度昏迷状态之中,没有自主的意识表述和行为能力,难以有效参与社会活动。反之,在这种情况下,如果及时进行器官移植,尸体器官往往还保持着死者生前的生理活性,这将大大提升器官移植的质量。

笔者倾向肯定脑死亡,但过分强调脑死亡而将其上升为死亡判断一元论,则不太现实和过于激进。脑死亡完全是一个医学临床判断的问题,仅凭民众的肉眼观察和经验是不行的,何况具体的脑死亡判断标准还存在争议。经上述分析,笔者认为,我国脑死亡的立法应注意以下几点:

一是严格脑死亡的具体判断标准。目前,有关脑死亡的具体标准有美国的“哈佛标准”、世界卫生组织的标准及不同国家和地区的标准,仅美国、西欧和日本报告的脑死亡标准就有三十多套。其主要区别在于:有的强调脑死亡是全脑包括脑干功能的不可逆的终止。例如:1978年的美国《统一脑死亡法》(Uniform Brain Death Act,UBDA)将脑死亡定义为全脑功能包括脑干功能的不可逆终止;1997年的日本《器官移植法》将脑死亡定义为全脑包括脑干功能的不可逆停止,但与“植物状态”不同,后者脑干的全部或部分仍有功能;1973年的第八届国际脑电图和临床生理学会会议认为,脑死亡是包括小脑、脑干,直至第一颈髓的全脑机能的不可逆转的丧失。有的则主张脑干死亡。例如:1997年的德国《器官移植法》规定,脑干死亡就是人的死亡;英国有学者认为,生命决定于呼吸和循环中枢,所以脑干机能的不可逆

转停止才是脑死亡;我国学者一般将脑死亡定义为包括脑干在内的全脑死亡。从脑死亡到具体的脑干死亡,也许反映了医学科技对人脑组织结构和功能认识的不断深入以及对死亡认识的新观念,但在我国,目前,脑死亡尚处于探索阶段,还不宜以脑干死亡作为死亡的判断标准。此外,脑死亡标准不仅应严格体现科学性和准确性,还应具有相当的明确性,以消除具体判断中可能存在的人为的道德风险。在此意义上,脑死亡的判断应具备判断手段上的“善”。

二是脑死亡的判断必须出于善良的社会目的。即任何人不得假借脑死亡的名义进行非法或不当的行为。医学临床提出脑死亡的概念就是为了解决人体器官移植中人体器官来源短缺的问题,而器官移植往往是挽救他人生命的最后手段。合理地利用尸体器官挽救他人的生命和健康,无疑为现代社会价值观念所广泛认可。相对于传统的心肺死亡说,脑死亡说显然有利于提升人体器官移植的质量。正是在此意义上,世界上现有的脑死亡立法一般都将其规定于相关的器官移植法律法规中,学者们在论述脑死亡时也一般将其与器官移植紧密相连。这理应成为我国脑死亡立法的有益借鉴。

三是协调脑死亡说与心肺死亡说的关系。心肺死亡说和脑死亡说分别以大脑功能和心肺功能的不可逆丧失作为死亡的判断标准,事实上代表着人类社会的传统和现代的死亡文化。心肺死亡说侧重从心肺功能的丧失观察人的死亡,凝聚了千百年来人们对死亡的直观观察和经验总结;而脑死亡侧重探讨开始于大脑的死亡问题,是现代医学科学发展的产物,其本身的判断也必须借助医学知识和临床仪器。二者之间的显著差别无形之中也为各自的适用厘定了边界,即对于死亡的判断,存在着一般民众的心肺死亡判断和医学专家的脑死亡判断。自然,我们不能要求一般民众像医学专家那样准确地作出脑死亡的判断。

综上所述,笔者认为,我国的人的死亡判断应以心肺死亡为主,以脑死亡为辅,而且脑死亡的运用应具有相当的社会合理性,即应与器官移植紧密联系,脑死亡判断不得出于任何非法或不当的目的。

### 三、摘取脑死亡者器官的理性界限

目前,脑死亡观点越来越受到社会各界的认可。我国的器官移植在特定情况下已具备了严格的脑死亡判断标准和程序。脑死亡即人死亡,其器官属于尸体器官,摘取尸体器官并不存在侵害人的生命健

康权利问题。

那么,这是否意味着器官移植可以任意摘取尸体器官呢?在没有明确的尸体器官立法之前,本文尝试从现有人体器官立法出发以解决问题。基于人体及其器官的特殊人身性,器官移植并不意味着可以任意摘取尸体器官。人体器官是人的有机组成部分和各种人身权利的载体,器官的组织结构完整和功能正常不仅承载着人的生命和健康权利,而且因人的主体性而具有深厚的人格色彩。因此,传统的法律文化一直排斥人体及其组织部分的客体化。在主客体法律关系中,人只能作为主体存在,不能成为权利的客体。“虽然人体以有体物的形式存在,但活人的身体仍不得为法律上的物。”<sup>[7]</sup>“人的身体为人格所附,不属于物。对于活人的身体及其一部分,不能成立物权。”<sup>[8]</sup>但是,对于已经与活体分离的器官的法律性质,学者们一般认为其构成法律上的物。“人身的组成部分,自然地由身体分离之时,如经分离后的毛发、血液等部分已非人身,而成为外界之物,当然得为法律上的物,得为权利的标准,可依照权利人的意思进行处分。”<sup>[9]</sup>可见,法律严格限制人体及其器官的客体化。在个体生命存续期间,只有脱离其身体的器官才可以被视作法律上的物。

尽管传统观点普遍反对人成为法律关系的客体,但已脱离人(活体)的组成部分可被视作法律上的物。究其原因,笔者认为这是由已脱离人的组成部分的自身属性所决定的。医学认为,人是复杂的有机整体,与人体脱离的组成部分已经与人的生命健康权利关系不大,反而愈发显现出法律上物的特性——有体性、可被感知、为人所支配和控制,具有稀缺性、流通性和利用价值,民法上的物是可以被占有的财产。在器官移植中,人体器官成为了治病救人和挽救生命的重要医疗资源,也成就了其作为物的重大价值。应当说,脱离人体的器官已经丧失了生命健康权利,可以被视作法律上的物。在此意义上,笔者

认为尸体器官同样如此。虽然尸体器官尚没有与人体脱离,但同样与原所有人不存在生命健康权利的联系,也可以被视作法律上的物。但这显然是一种特殊的物,因为它们曾经是具有生命的人的有机组成部分,而且,人的死亡也不可能使其原有的一切权利归零。较为典型的是人格尊严,即使人已经死亡,其人格尊严仍然不受侵犯。有学者主张尸体权利延续说,认为尸体作为丧失生命的人体物质形态,其本质在民法上表现为身体权客体在权利主体死亡后的延续利益。如同人在出生之前对其胎儿的形体所享有的先于身体权的身体利益(先期身体利益)一样,应予保护。<sup>[10]</sup>事实上,现行《刑法》第302条就专门规定了盗窃、侮辱尸体罪,严惩秘密窃取尸体或以暴露、猥亵、毁损、涂划、践踏等方式损害尸体的尊严,伤害有关人员感情的行为。

尸体及其器官作为物,意味着它们可以成为权利的客体,为特定主体所占有和使用。这就构成了移植摘取脑死亡者人体器官的法律基础。但是,由于人体器官的特殊性,对尸体及其器官的利用应有一定的底线,不得作出有伤风化或践踏死者人格尊严的行为。

#### 【参考文献】

- [1]吴越.1:150 中国人体器官移植现状调查[EB/OL].[http://www.dzwww.com/huati/qgmm\\_1\\_1/qgmmzl/201110/t20111025\\_6724416.htm](http://www.dzwww.com/huati/qgmm_1_1/qgmmzl/201110/t20111025_6724416.htm),2011-10-25.
- [2]曹玲玲.论器官权利[D].长春:吉林大学,2009.
- [3]王保捷.法医学[M].北京:人民卫生出版社,2002:11.
- [4]陈忠华.现代死亡学[M].北京:科学出版社,2004:65.
- [5][日]西田典之.刑法各论[M].东京:弘文堂,2010:8-9.
- [6]林忠义.死刑犯器官捐赠之研究[J].月旦法学,2008(3).
- [7]史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:250.
- [8]梁慧星,陈华彬.物权法[M].北京:法律出版社,2003:22.
- [9]史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:251.
- [10]王利明.人格权法[M].北京:法律出版社,1997:82.

收稿日期 2013-01-17 责任编辑:王欢