

心脏移植行为的合法性分析

莫开勤, 马天成

(中国人民公安大学, 北京 100038)

【摘要】 心脏移植的特殊性决定了手术对供体存在一定风险, 基于保障供体权益的考虑, 有必要将心脏移植确定为一种医疗行为, 对死亡判定、心脏摘除设定严格的标准。应当要求供体做出知情同意, 在供体事前对心脏摘除手术的特殊性、可能存在的手术风险、死亡标准有充分认知并表示同意的前提下, 医生才可依据脑死亡标准对患者进行死亡判定并进行心脏摘除手术。否则医生的行为不能被正当化。

【关键词】 心脏移植; 脑死亡; 知情同意

【中图分类号】 D912.164

【文献标志码】 A

【文章编号】 2096-3165 (2018) 05-0072-09

一、问题的提出

根据国际心肺移植学会的统计 (International Heart and Lung Transplantation: ISHL), 从2003年到2013年, 世界范围内平均每年施行的心脏移植手术大概在3700例左右^[1]。而随着免疫抑制技术的进步, 接受心脏移植的患者的生命被明显延长, 手术成功率也有显著提高, 患者在日常生活方面基本与常人无异^[2]。

心脏移植, 简言之即给患有严重心脏疾病的

患者植入功能健全的肝脏, 通过实施免疫抑制技术, 使得患者能够延续自己的身体机能, 并尽可能做到和普通人一样生活的手术。就心脏移植手术而言, 对于移植器官的需求远远大于目前可用的器官数目^[3]¹²⁵。在日本, 为了满足心脏移植手术对于器官的需求, 尽管社会普遍难以接受脑死亡标准, 但是, 以脑死亡患者作为心脏移植的供体的手术仍在进行^[4]¹²⁴。由于心脏移植性质特殊, 供体基本限定于脑死亡者, 目前仅存在极少数以心肺死亡者作为心脏供体的案例。由于手术过程的复杂性, 通行的做法仍是以脑死亡者作为供体。^①

【作者简介】 莫开勤 (1968-), 男, 中国人民公安大学法学院教授, 法学博士; 马天成 (1994-), 男, 中国人民公安大学2016级刑法学方向硕士研究生。

① 参见: 日本の心臓移植レジストリ [Z]. 日本心臓移植研究会, 2017; 张海波, 孟旭, 韩杰, 李岩, 贾一新, 曾文, 许春雷. 脑死亡器官捐献心脏移植供体保护性治疗与功能评价 [J]. 实用器官移植电子杂志, 2016, 4 (5): 270-276; 黄洁. 国人心脏移植注册数据分析与脑死亡心脏供体的选择和维护 [J]. 实用器官移植电子杂志, 2016, 4 (5): 295; 余文静, 高兴莲, 王曾妍, 沈剑辉. 146例脑死亡器官捐献心脏移植手术期管理 [J]. 临床心血管病杂志, 2016, 32 (4): 418-421; 陈朝辉, 孟威宏, 周丽娟. 心脏移植脑死亡供体的目标管理及心肌保护 [J]. 中国组织工程研究, 2013, 17 (53): 9227-9232; 倪一鸣. 脑死亡供体心脏移植技术探索 [A]. 中华医学会、中华医学会器官移植学分会、中华医学会外科学分会器官移植学组、中国工程院医药卫生学部. 2012中国器官移植大会论文汇编 [C] // 中华医学会、中华医学会器官移植学分会、中华医学会外科学分会器官移植学组、中国工程院医药卫生学部, 2012; 张海波, 孟旭. 心脏移植脑死亡供体的选择标准与管理 [J]. 心肺血管病杂志, 2008 (4): 253-257; Jenni Ryall. Dead Hearts Transplanted Into Patients for First Time [EB/OL]. [2014-10-24]. <https://mashable.com/2014/10/24/dead-heart-transplant/#Gv2HF6cPWuq6>.

为了保证移植器官时刻处于最佳状态,医生需要密切监视供体身体的各项指标,比如心血管的变化程度,是否有血压过低以及器官衰竭的情况^{[3]130}。供体在提供器官以前,身体各项指标必须达到器官移植的标准。就脑死亡的判定依据而言,在我国,《脑死亡判定标准(成人)(修订稿)》和《脑死亡判定技术规范(成人)(修订稿)》明确了判定脑死亡的3个步骤^[5],即脑死亡临床判定、脑死亡确认试验和脑死亡自主呼吸激发试验。3个步骤均符合即可判定为脑死亡。^①

问题在于死亡标准是否可靠。脑死亡能否被认定为死亡的判断标准,在生命伦理学和哲学上仍存在不小的争议。在日本、美国,对于脑死亡标准的科学性和合法性都有比较充分的讨论^[6]。对脑死亡状态的供体来说,在其判断能力丧失的情况之下,如何保证供体的生命权不被侵犯是一个难题^{[7]20}。除此之外,对心脏摘除手术而言,是否应当采取与一般的死体器官摘除手术相比更加严格的标准,也是亟待解决的问题。

二、心脏移植行为的性质

心脏移植属于一种医疗行为,对于心脏移植手术中的心脏摘除手术,应制定更高的标准。否则,供体的权益可能会受到侵害。^②

(一) 医疗行为的内涵

医疗行为对患者的身体健康和生命延续有利且必要,而且必须具有一定的规范性^{[8]268}。关于医疗行为的内涵,我国目前较少涉及。^③而在日本,目前的研究动向显示出以下几种学说^{[8]268}。

1. 三要件说

此种学说认为,判断一个行为是否是医疗行为,主要是通过下面三个要件来判定:①医学的适应性;②医疗手段的正当性;③患者的知情同意^{[8]278}。所谓医学的适应性以及医疗手段的正当

性,即对于患者的生命健康的维持而言,此种医疗手段是正当且必要的。不仅如此,医疗行为还必须与目前公认的医疗准则相符合^{[8]280}。

2. 被害人同意说

此种学说相比三要件说,更进一步地强调了患者的自主决定权,并将患者的同意作为医疗行为判断的决定性根据。但是,这种看法还是有一定的问题,比如,如果手术对患者的生命健康具有巨大的风险,且存在其他替代性医疗措施,或者根本没有必要实施手术时,患者的同意还是不足以阻却医生行为的违法性?答案自然是否定的。此种情况下,患者同意的范围和效果必须受到一定的限制^{[8]280}。

3. 医疗目的必要说与医疗结果必要说

医疗目的必要说认为,只要医生的主要目的是为了患者的健康以及生命的延续,那么医生实施的行为就是医疗行为。此学说将医疗目的作为正当化要素,其主要是站在行为主义的立场上判断问题。但是,将医生的主观见解作为行为正当化的唯一要素,进而完全不考虑行为的客观方面,这一理解是否成立还是存在疑问的^{[8]281}。医疗结果必要说则相反,完全根据行为是否起到了医疗的效果来判断医疗行为的成立与否。这种完全站在结果主义的立场,且基本抛弃了医生的主观要素的观点,也是不可取的^{[8]281}。

讨论医疗行为的意义主要在于将医疗行为类型化。同时,明确医疗行为的内涵还有助于明确医疗行为的正当化依据。具体而言,医疗行为的意义主要在于两个方面,一是为心脏移植手术——包括心脏摘除手术和心脏移入手术——寻求正当化的根据。另一方面就是将医疗行为类型化。类型化的过程是一个目光从事实到规范,再从规范到事实的游走的过程。类型需要从事实中提炼出来,而对事实的理解也需要以既定的类型为依据。类型化的意义在于可以用类型来约束行为,

① 日本的《器官移植法》在法条中列明了脑死判定的定义,即所谓脑死,是指“全脑机能不可逆的停止”。在具体的实践过程中,日本的脑死亡的判定被分为六个步骤,即(1)深度昏睡;(2)瞳孔放大并维持不变;(3)脑干反射消失;(4)脑电波无任何波动;(5)停止自主呼吸;(6)6小时后重复上述步骤。

② 根据我国现行的法律法规,心脏移植并没有作为单独的条款与其他器官移植的规定区别开来,而是与肝脏、肾脏、胰腺等器官放在同一条目中。具体参见《人体器官移植条例》第一章第2条。《重庆市遗体 and 人体器官捐献条例》第一章第2条等。

③ 我国对医疗行为的论述,主要集中在医疗行为的正当化依据方面,但是,在医疗行为的内涵和医疗行为的类型方面较少有论及。具体可参见:崔玉明. 紧急情况下医疗行为的正当性研究[J]. 河北法学,2013(3):149-155;杨丹. 医疗行为的正当化研究[J]. 社会科学,2009(12):72-82.

进而明确心脏移植手术作医疗行为所达到的, 以及所应达到的要求。被害者同意说的问题在于缺乏对医疗行为本身的描述, 使得医疗行为的认定范围过宽。就医疗目的必要说而言, 我国台湾地区的采取的就是此说^{[9]93}。此说的问题就在于缺乏对行为的规定, 且并没有考虑到患者的同意。医疗结果必要说着眼于医疗行为的结果, 然而, 如果医疗行为没有按照通行的医疗准则实施, 即便是起到了医疗的效果, 也不应认为属于正当的医疗行为。相反, 即便是出现了不利后果, 只要医疗行为按照既有的医疗准则实施, 其也应当被正当化。

我国学者在论述相关问题时, 将医疗行为的要件解析为如下内容: 医疗目的性、主体特殊性、技术适应性、对象特定性、损伤性^{[9]95}。其问题在于, 并不是所有的医疗行为都会带来损伤, 且“损伤”这个概念本身就缺乏明确性。不仅如此, 这种看法并没有考虑到患者同意的影响, 而患者同意恰恰应该是医疗行为成立的关键条件。否则, 就无法抑制专断式的医疗行为。而且, 其主张的医疗行为主体的特殊性、技术的适应性以及对象的特定性这三个要件, 都可以并入上述三要件说的“医学的适应性”以及“医疗手段的正当性”之中。综上, 三要件说较为可取。其从患者和医生两个方面去界定医疗行为, 在界定上是更加全面的。

(二) 心脏移植属于医疗行为

1. 医学的适应性

此要件的主要意义在于将医疗行为与整容等区别开来。核心内涵在于, 行为对于患者的生存及健康的维持是必要的。而整容并不以人的疾病为前提, 因此, 不能认为具有医学的适应性。对于心脏移植而言, 手术包含两个方面的内容。其一, 从供体摘除器官的行为, 其二, 将器官移植入受体的行为。心脏移植的供体和受体在接受移植之前身体各项指标都需要经过严格的检测, 手术的进行以受体患有严重的心脏疾病为前提, 器官摘除手术对于患者而言是维持生命的必要条件。因此, 两者之间的关系密不可分。一般而言, 医疗行为不会涉及第三者利益, 所涉及的主体仅仅

包括医生和患者两方。但是, 器官移植作为一种特殊的医疗行为, 其涉及第三方的利益, 从法益关系上来看是一方自愿牺牲自己的利益保全另一方的过程^{[10]183}, 其医学适应性应当从整体上去考察。因此, 器官摘除手术作为心脏移植手术不可分割的一部分, 基于其对受体生命维持的必要性的考虑, 自然也应被视为具有医学的适应性。

2. 医疗手段的正当性

医疗手段的正当性强调的是医疗行为必须依据既有的规则和制度的要求而施行。其中, 包含有对医生的职业资格、手术流程等方面的要求。心脏移植手术已有近 60 年的历史, 国内外均有一套成熟的手术流程和标准, 于组织协调、供体心脏的保护、供体的临终关怀、手术期的药物管理、手术具体流程等方面都有详尽的规定。国际心肺移植协会也在这一点上达成了共识。^① 所以, 心脏移植手术, 无论是供体心脏摘除手术还是心脏移入手术, 均属于按照既有的、已经达成一致的医疗准则实施的行为, 满足医疗行为构成的第二个要件。

3. 患者的知情同意

患者的知情同意, 强调的是对患者自我决定权的保护。其核心要素在于医生的告知义务以及患者的同意。当然, 在患者的同意的内容、方式, 以及医生告知义务的内容方面, 不同国家存在不同的做法。但是, 其共同点在于均要求供体对捐献器官的同意以及受体对接受移植的同意。在这一点上, 心脏移植手术是符合医疗行为的认定标准的。

综上所述, 从供体摘除心脏的手术以及将心脏移入受体的手术作为心脏移植手术整体的一部分, 均属于医疗行为。

三、心脏移植手术的合法性

关键: 对供体的死亡判定

对供体的脑死亡判定是心脏移植手术的前提。死亡判定的关键问题在于死亡标准的选择。如果医生没有按照供体的意愿选择死亡标准, 比如为

① 国际心肺移植协会 (ISHLT) 对作为心脏移植的供体的脑死亡者的各项指标做出了明确的规定, 包括年龄, 冷缺血时间等。参见: 黄洁. 国人心脏移植注册数据分析与脑死亡心脏供体的选择和维护 [J]. 实用器官移植电子杂志, 2016, 4 (5): 295; 余文静, 高兴莲, 王曾妍, 沈剑辉. 146 例脑死亡器官捐献心脏移植手术期管理 [J]. 临床心血管病杂志, 2016, 32 (4): 418-421.

了心脏移植的需要而违背患者采取心肺死亡标准的意愿,最终采取脑死亡标准,那么根据我国刑法的规定,之后的器官移植行为可能因为供体同意不够充分而构成故意毁坏尸体的行为。如果医生刻意放宽死亡判定标准将供体判定死亡,而之后的摘除器官直接导致供体提前死亡,那么医生可能会承担故意杀人罪的刑事责任。

(一) 现存死亡判定标准的问题

心脏移植行为的合法性关键在于对供体的死亡判定是否合理。目前的共识是,作为心脏移植的供体必须被判定死亡,否则,视具体情境可能成立医疗事故罪或者故意杀人罪等。但是,死亡判定标准目前仍存在很大的争议,而这恰恰说明了心脏移植手术的风险。日本在未认同脑死亡标准之前,就曾经对肾脏和肝脏移植的医师以杀人罪起诉,理由是即便患者进入脑死状态,但是心脏还在跳动。因而将器官从患者身体内取出,使得患者生命体征完全消失的行为是一种“杀人行为”。即便是现在,日本对于医学意义上的“死亡”和法学意义上的“死亡”之间的区别和衔接还有不小的分歧,理论观点主要分为“脑死说”“心脏死亡说”“二元说”“多元说”等。而目前主流的判断标准则是“脑死说”和“心脏死亡说”,并将法学意义上的死亡标准建立在医学死亡标准的基础之上^[11]。

目前,在世界范围内对死亡标准并没有一个足够确切、能够令人信服且达成共识的定义^[12]¹³。在实践中适用较多的是心肺功能停止和脑死亡标准。而对于这两种做法,均有反对的意见。对此有学者认为,现在的争论并无意义,医生有权决定对患者适用哪一种标准,而这无须征求患者及其家属的同意,直接根据患者的生命体征判断即可^[13]²⁵。然而事实上,由于死亡是一个复杂的过程,所以严格的掌握一个确定的死亡标准是困难且存在道德和医疗风险的,死亡判定不仅是一个简单的是与否的问题^[13]²⁶,还要结合其他因素的考量,比如患者及其家属对死亡的理解,社会的可接受程度等。

1. 心肺功能停止标准存在的问题

传统的观点认为,患者是否死亡应该通过心

肺功能是否完全停止来判断,如果心肺功能完全丧失,且血压、体温等生命体征长期处于不正常的状态之下,那么就可以判定患者已经死亡。相反,如果仍然存在生命体征,则不能认定患者的死亡,进而不能作为死体器官移植的供体。

然而,随着医疗技术的进步,心肺功能的停止在很多情况下并非是不可逆的,相反,在很多时候可以依靠生命维持设施保持功能的运作。相比较之下,脑死亡判断标准则具有一定的优势。

第一,心肺功能停止本身不一定具有不可逆性。在很多情况下,已经停止的心肺功能可以通过人工呼吸等方法及时恢复,相对而言,有观点认为脑死亡的判断将更加可靠。不仅如此,人体绝大多数器官的“死亡”并不存在绝对不可逆的情况,以现有的医疗条件,基本上都存在替代的医疗方案。

第二,在心肺功能完全停止之后,大脑并不会立即死亡,其功能往往还会延续较短的时间^[13]²⁷。而大脑的特殊之处在于,不同于人体内其他器官,其损伤在许多情况下是不可逆的。因此有观点认为,如果将人体看作是一个系统,从神经学的视角来判定,也可以认为“脑死即人死”^[14]¹³⁵。不仅如此,如果大脑丧失了对人体的统筹和控制能力,那么人体作为系统的相互作用和生存将无法实现^[12]¹³。

第三,站在功利主义的角度上,将心脏死亡作为死亡判定标准将导致器官移植的难度增加,加剧器官移植供体不足的现状^[15]。如果等待心肺功能完全丧失,许多器官由于长期处于缺氧和衰竭状态,最终达不到死体器官移植的标准^[13]²⁵。在目前的医疗条件下,将脑死亡作为死亡判定的标准,是器官移植得以实施的必要条件。

也正是由于以上的原因,德国《器官移植法》第3章第2节不再将“心脏死亡”作为人死亡的主要判定标准,取而代之的是“大脑、小脑、脑干的不可逆转的功能丧失”作为“全脑死亡判定标准”,进而作为判定死亡和器官移植的决定性前提条件^[12]¹³。

2. 脑死亡标准存在的问题^①

日本在器官移植方面采取的是脑死亡标准^[16],

① 在日本,虽然脑死亡标准已经被采用,但是,围绕着脑死亡定义的模糊性、脑死亡认定方法的不准确性、临床医学认定方面的不确切性都有激烈的争论。参见:奥谷浩一.我が国における脳死・臓器移植の現在とその新たな法改正案の問題点[J].札幌学院大学人文学会紀要,2005(11):130.

就我国而言,则已经有脑死亡标准适用的实践。在患者脑死亡之后,医生会告知家属,家属则需要签署死亡通知书。但是,脑死亡标准同样存在很多问题。比如在日本,普遍存在针对脑死亡标准的质疑。比如“将脑死者的器官摘除是否构成故意杀人罪”“患者的意思的推定是否有效”等^[17]。

第一,从脑死者身上摘除器官的过程中,有时能够检测到脉搏和血压的急速上升。而也正因为这个原因,在日本,许多医院会对脑死者进行全身麻醉。一些亲历了脑死者器官摘除手术的医生,仍会因为脑死者在摘除器官时的身体反应而感到不安^{[4][160]}。目前,脑死者在器官移植过程中是否会有疼痛反应并没有定论,而认为疼痛反应的基础在于脊髓反射的说法也并没有完全得到证实,这就进一步动摇了“全脑死亡”概念的准确性。

第二,脑死亡者可以进行妊娠行为。截止到2006年,在世界范围内有15例报道显示:妊娠中脑死亡者,仍能够维持自己身体内部胎儿的生存^{[7][18]},在这种情况下,如果按照脑死亡的标准,母体已经是一具“尸体”。然而诡异的是,此时“尸体”有继续存在并维持“生存”的必要。针对这一点有论者提出,处于妊娠中的脑死亡者对胎儿而言,仅仅相当于一个育婴器。也就是说,其“生存”的意义完全在于胎儿,本质上只是一个妊娠的工具而已^{[7][19]}。这种将妊娠中的脑死者视为工具的这种看法还是稍显激进,并不为社会的一般观念所接受。

第三,支持脑死亡判定标准者的最主要的论据就是,如果脑死亡,那么在没有外界生命维持设备干预的情况下,其心肺功能将会马上停止。即便可以延续,最多也只能维持很短的一段时间,因此认定其死亡并不有违常理。但是,长期脑死的情况确实存在。虽然在大多数情况下,大脑死亡后,心肺功能都会在数日内丧失,但是,在幼儿身上,有时也会存在脑死亡后心肺功能维持一个月甚至1年以上的案例。在大脑被认定死亡,但是身体各项机能几乎都运转正常的情况下,将患者认定为死亡是存在疑问的^{[14][137]}。

第四,采用脑死亡的判断标准,其关键原因之一在于脑死亡后无法医疗,其功能的丧失是不可逆的。可是,就如同心脏移植和人工呼吸改变

了传统的心肺功能判断标准一样,换头手术也许将改变脑死亡的判断标准。目前,已经有换头手术成功的案例^[18]。当然,由于换头手术极其复杂且面临诸多医学、法学和道德的质疑,所以“脑死亡不可逆”的观点仍有其合理性,但是换头手术的出现也说明了大脑死亡“不可逆”的内涵还需进一步的界定,并不是没有讨论的空间。

第五,对于被认定为脑死亡,且不依靠生命维持机器就不能继续生存的人,究竟什么时候才能够将其生命维持机器撤下是一个值得思考的问题^[19]。一方面,如果生命维持的时间太久,身体各项生命体征将持续下降,之后进行器官移植的可能性就会越来越低。相反,如果对于死亡的认定太过仓促,就恢复力很强的孩童而言,^①是否一定能够认定其大脑不能恢复也是一个问题^{[7][18]}。

第六,脑死亡判断标准存在的主要依据之一是社会原因。如果不采取这种判断标准,器官移植的供体的数目将会大量减少,这将进一步加剧器官移植供需不平衡的现状。因此,可行的方式就是牢牢把握住潜在的供体,并尽可能地降低供体的门槛^[20]。这种基于功利主义的考虑方式,不得不让人担忧。确实,人作为社会人,必须为社会做出一定的贡献,但这是建立在不会对人造成严重的身体损害的前提之上。如果说社会不能保证有一套足够严密的死亡判定和器官捐献程序,纯粹基于社会需要就放低死亡判定标准的方法是存在问题的。

哲学意义上人最重要的能力就是“精神力”,也就是说认识和改造世界的能力、反思的能力以及超越的能力。而这些能力的基础就是人的“理性”,或者说“灵魂”“精神”,这种理性或者说灵魂不是一种独立的存在,而是一个认识和理解世界的框架。近代医学将人的精神力以及思考的能力全部归于大脑,这种思考方式是值得商榷的,因为确实也存在心脏移植手术后性格向供体趋同的报道。不仅如此,从法理上来看,单方面将脑死亡作为死亡判定标准过于专断。毕竟,将人的生死完全决定于一个器官的功能的正常与否似乎稍显武断。虽说不会思考的人不是完全意义上的人,但是,断言“不会思考、不能思考的人不是法理上的人”,似乎又太过草率。婴儿同样没有思考

① 针对这一点,日本将判定脑死亡的适用对象缩小到12周以上的婴儿,对于12周以下的婴儿,不得认定脑死亡。对于未满6岁的儿童的脑死亡的判定需要进行两次,且两次判定应当间隔24小时。

能力,但是不能认为婴儿不是法理上的人,同样也不能否定婴儿和成年人一样具有一定的权利能力。

(二) 脑死亡标准的适用

正如上文所述,在目前的条件下,以心肺死亡者作为心脏移植供体将使得移植手术变得十分困难,原因在于其对手术条件要求非常苛刻,手术难度极大。因此,如果要施行心脏移植手术,必要的条件就是采取脑死亡的死亡判定标准,在供体的心肺死亡以前实施心脏摘除手术。但是,相对于脑死亡判定标准,在一些情况下心肺死亡的判定标准对于判定对象而言,可以较为长久的延续患者在世界上的存在。所以,心肺死亡标准也具有一定的合理性。

脑死亡标准和心肺死亡标准均存在诸多问题,且各有存在的理由。归根结底在于,究竟哪种死亡标准更为准确,涉及的不仅是医学问题,更是法学或者哲学问题。由于涉及对生命的理解,其中有很大的模糊性和不确定性。所以,无论采取哪种死亡判定标准,都需要严格的限制条件,都需要尊重判定对象的意见以及社会通行的观点,在判定对象对脑死亡的死亡判定的风险有充分的认知,并在事前表示同意的前提下,才可以对其按照某种死亡判断标准去判定其死亡与否。在没有证据证明判定对象在判定前曾经对死亡判定有过任何观点的时候,则应该结合通行的死亡判定标准,综合考虑患者家属的意见来决定采取哪一种死亡判定标准。

在明确判定对象曾经表示可以采取脑死亡的死亡判定标准后,仍有一些客观方面的要求。

首先,死亡判定的主体必须是具有一定资质的医生。对于此,澳大利亚对医生的要求是必须有复数的医生在场才可以宣布死亡^{[13]25}。同时,死亡判定还应该第三方的监督才可以被认定为有效。除此之外,参与器官移植的医生、病人的家属等利益相关者不应参加死亡的判定。

其次,如果患者曾经有意出于捐献器官的考虑而选择脑死亡的死亡判定标准,只有在其身体各项指标达到足够判定死亡的程度时才可认定其死亡。不能因为心脏移植的需要而有意放宽认定条件,甚至提前终止患者的生命。只有在满足了

以上所有的条件之后,才可以认定脑死亡,并进入接下来的器官摘除程序。否则,医生可能会承担故意杀人罪的刑事责任。

最后,对于脑死亡的适用对象应该进行一定的限制,比如年龄上的限制。对于恢复能力较强的婴儿和儿童,应当适用更加严格的死亡判定标准。

四、心脏移植手术的合法性前提: 供体术前的知情同意

心脏移植手术的特殊性在于其以脑死者提供心脏为前提,脑死判定是手术进行的必要条件。然而,正如上文所述,脑死标准存在诸多问题,其对于判定对象而言存在一定的风险。而若将判定对象作为心脏移植手术的供体,那么无疑又增加了一重风险。^① 所以,摘除心脏必须获得供体事先明确的同意。这不仅是出于对死者的人格权的尊重,更是一种控制风险的必要措施。但在这一点上,目前法律对供体的知情同意权的保护远远不如对受体的保护充分,在同意主体、同意方式、同意内容方面均存在诸多问题。因此,对供体的知情同意权有单独讨论的必要。

(一) 知情同意权含义

仅仅是脑死亡,不足以作为脏器的摘除许可的全部依据。那么,从脑死亡供体体内摘除脏器究竟由谁来决定?目前有四种可能的方案。(1) 同意方案。脏器的移植必须获得供体的明确的意思表示方可实施。(2) 反对方案。脏器的移植只要没有被反对就可以实施。(3) 告知方案。无论反对与否,只要将脏器移植的信息告知供体或者家属即可。(4) 意思表示方案。其基本含义在于,国民在生前必须就是否同意死后器官捐献做出明确的意思表示。相对于前三种方案,第四种方案的特点在于,由于国民被强制做出意思表示,所以不存在意思内容不明的情形。于是,一般也就不需要家属代替死者做出意思表示^{[12]14}。告知方案本身是基于功利主义考量的结果,完全不考虑供体及其家属的意志,这种法律家长主义的做法完

① 脑死亡标准被认为是出于满足器官移植的供体需求的社会目的而建立的死亡标准。也因此,虽然已经存在脑死标准的广泛应用,但是,针对其标准的合理性,仍存在较大争议。而争议的焦点就在于其作为一种死亡判定标准未必比心肺死亡标准更可靠。因此,脑死判定标准的应用存在一定的风险。尽管这个风险被认为属于可允许的风险,但是,如果脑死亡判定与心脏移植手术密切衔接,则风险的程度也在增加。比如,可能出现的误判将变得不可挽回。

全忽视了供体的自主决定权，且缺乏充足坚实的理由。因此不可取。反对方案是消极同意的方式，而脑死亡状态下，如何推断供体意志是一个难题，这种做法导致的结果就是脑死亡者几乎都会被推定为同意器官移植，使得供体的意志形同虚设。第四种方案相对难以实施，不仅如此，国民对于是否捐献器官有保持沉默的权利，因此不可取。所以，最可取的还是第一种方案，即同意方案，也就是供体对医疗行为拥有知情同意权。

知情同意权最早来源于美国的知情同意制度 (informed consent)。所谓知情同意权，此处主要是指，患者对将要实施的、侵入性的医疗手段可能带来的危害和风险的知悉，在具备意思决定能力的前提下同意这种侵入性或者部分伤害性的手段的施行。有学者在论述器官移植的刑法问题时提出，虽然不同于一般的医疗行为，活体器官移植是以损害一方的利益而使得另一方获益的行为，但是还是可以看作是一种特殊的医疗行为^{[10]184}。也因此，供体的知情同意是活体器官移植的必备条件，而这也是将医生对供体的伤害行为正当化的依据之一。但是，除此之外还需要有其他方面的要件，比如是不是出于医学上的考虑而实施的器官移植行为，供体本人是不是有意思决定的能力等等一系列条件的要求^{[10]184}。

关于知情同意内容，首先是“知情”，即由医生告诉患者其将要面临的医疗行为的内容以及可能的后果，并确保患者能够充分理解这种后果对自己可能造成的影响，比如经济上的负担，心理和身体上可能面临的创伤等。其次，是患者表示同意。同意有效的前提分为主观和客观两个方面。就主观方面而言，同意者不能受到强制，必须是在充分了解信息的基础上做出的真实的意思表示。再次，作为客观的要求，行为不能违背公序良俗^[21]，且必须是必要的^[22]。最后，就同意的主体而言，患者作为医疗行为的承受主体应当作为同意的主体做出相应的意思表示，然而，在患者没有同意能力或暂时丧失同意能力时，则应由监护人或者近亲属代为同意。而意思表示的内容就是“接受”或“拒绝”，表达的方式则为明示或默示均可。同时，做出同意的意思表示的时间必须在施行医疗行为之前^[23]。

如果医疗行为对患者的身体有直接的侵害，即便这种侵害的几率非常低，其作为医疗行为仍必须获得患者及其家属的明确的同意，当然紧急

条件下也可以适用推定的同意作为施行医疗行为的前提^[24]。但是，器官移植对供体而言并不具备手术的紧迫性和必要性，再加上此种手术存在一定的风险，因而需要供体自身的同意才可以实施。

(二) 同意要件

1. 同意内容

首先，是对死亡判定方式的同意。日本的器官捐献登记卡如下表所示：

表 1 日本器官捐献登记卡^{[4]123}

<p>*根据对以下栏目的填写内容，可以推断出是否提供脏器的意思表示。(是否填写此表基于个人意愿)</p> <p>1. 我在脑死亡或者心脏停止后无论何时都同意对器官进行摘除手术。</p> <p>2. 我仅在心脏停止后，才允许进行器官摘除手术。</p> <p>3. 我不同意器官摘除手术。</p> <p>对于 1 或者 2 中，不同意摘除的器官，请在下面打×</p> <p>[心脏·肺·肝脏·肾脏·肠·眼球]</p>
--

相比较而言，通过查阅中国红十字会中国人体器官捐献中心的人体器官捐献志愿登记表，其对死亡判定所涉及唯一的规定只是“公民逝世后器官捐献严格按照法律程序和医疗程序进行”，而这种程序具体如何就不得而知了。由于脑死亡标准存在如此多的问题，因此，如果完全不考虑供体的意见，却通过询问家属或直接对供体死亡判定，则显得过于专断。对供体而言，在条件允许时，医生需要询问其本人的意见，由其自主选择死亡判定的标准。如果供体生前同意死后捐献器官，但是却没有表明作为捐献前提的死亡判定标准，那么这种捐献的意思表示应该被视为不充分，不能依据这种不充分的意见在其死亡后实行器官摘除手术。也就是说，在此种情况下，即便是在患者家属同意且不违背社会公序良俗和一般观念的基础上做出了死亡判定，出于尊重死者生前意愿的考虑，也不能依据这种死亡判定进行器官摘除手术。

其次，是对心脏摘除手术的同意。心脏移植的特殊之处就在于手术容错率低，即便死亡判定出现问题，如果摘除了心脏，错误也将不可挽回。因此，在供体做出同意的意思表示之前，医生应该通过书面或者口头充分的告知其可能面临的风险。当然，就目前的医疗水平而言，错误死亡判

定的几率并不大,出于社会现实的需要,法律也不应因为这种低概率事件而一律否定供体的同意能力,进而将器官移植非法化。但是,供体有权利知晓可能发生的任何后果,无论这些是否会影响到他的判断。

2. 同意主体

根据《人体器官移植条例》,对于死体器官移植,如果供体生前没有明确表示拒绝器官移植的,其近亲属可以代为书面同意。此规定的问题在于,如果仅仅根据家属的意见,而完全不考虑供体自身的感受,实际上是对供体人格的侵害。有学者认为,供体在脑死亡后接受的器官移植手术,实际上就是一种提前结束“生命”或者“存在”的行为,虽然这种“生命”或“存在”于医学上可能被认定为“育婴器”或者“机器”一般,但是认为这种存在不受到法律保护就是明显错误的观点。如果供体因为年幼没有决定能力,此时可以有条件的允许近亲属在供体脑死亡以后对是否捐献器官做出明确的意思表示。但是,此时供体的意见也应该得到尊重,如果其在理解手术风险的前提下曾经明确表示反对,这种反对应该被看作是有效的意思表示,不能再施行器官摘除手术^[25]。当然,对供体而言,由于器官摘除手术并不是必要且紧迫的,因此,原则上同意的意思表示必须由供体本人亲自做出。

3. 同意方式

首先,意思表示内容是“接受”或“拒绝”。其次,同意的时间必须在手术进行之前。再次,对于意思表示的方式而言,不同于一般的医疗行为正当化所需要的知情同意的要求,对于心脏移植手术必须采用明示的意思表示方式,而且必须以书面的方式进行记录。从供体体内取出正在跳动的的心脏,与生命体征完全消失以后取出视网膜的手术是有着根本的区别的,因此,心脏移植的项目应该醒目的突出出来,并提醒供体注意,供体可以根据自己对死亡的理解来决定是否允许功

能正常的心脏在自己死后被摘除。

(三) 同意效果

医疗行为的进行原则上需要得到患者的知情同意。^①而在心脏移植手术中,医生未经过供体的事先同意,在供体被判定死亡后对器官的摘除行为属于故意毁坏尸体的行为。至于没有经过受体同意的专断医疗行为是否应当承担刑事责任,目前仍存在争议。^②相对而言比较通行的观点认为,如果行为只是造成轻微的损害后果,则应认定为一般的民事侵权行为。但是如果造成了严重后果的,比如造成患者死亡的情形,视情节可能构成伤害罪等刑事犯罪^[26]。

结论

死亡标准的选择不仅要考虑临床医学的要求,更要结合患者自己及其家属的意见。在意见不明确时,应当采用通用的标准,并且综合考虑社会对死亡的理解等人文属性。但是,心脏移植的特殊之处在于,虽然死亡判定是必须面对的、迫不得已的选择,但是死亡判定后的器官摘除手术则不是。在此基础上,综合考虑心脏移植手术的风险可以认为:出于尊重患者对死亡的理解的考虑,虽然可以在供体对死亡标准意思不明确时进行死亡判定,但不能在供体对死亡标准意思不明确时实施器官摘除手术。就心脏移植而言,必须在心脏移植前将风险充分地告知捐献者,在供体充分了解到可能存在的风险之后,由其自行决定是否捐献器官。而且,供体在决定死后捐献器官前,必须明确采用哪种死亡判定标准。否则,医生摘除死者器官的行为不能被正当化。

【参考文献】

- [1] 津久井宏行. 移植と最先端医療[J]. 東女医大, 2014 (84): 134.

① 修订后的日本《器官移植法》,将“需要患者生前的同意”改为需要“患者家属同意”,大大增加了符合移植条件的器官数目。

② 目前我国针对专断医疗的专门论述相对较少。就专断医疗的法律效果而言,存在三种学说的分歧,即有罪说、无罪说和折中说。有罪说的核心观点在于,缺乏同意的医疗行为不应被正当化。无罪说认为,专断医疗行为没有必要以刑罚来规制。而折中说则认为,不能只以专断医疗行为为标准判断有罪亦或者无罪,而应该分情况判断。如果造成严重后果的,可以构成伤害罪。但是如果没有造成严重后果的,一般不应以刑罚来规制。参见:徐艳菊. 医疗行为的刑法评价[D]. 华东政法大学, 2016; 张丽卿. 专断医疗行为的刑法容许性[J]. 北大法律评论, 2015, 16(1): 1-18; 杨丹. 医疗行为的正当化研究[J]. 社会科学, 2009(12): 72-82.

- [2] 易定华. 心脏移植和心肺移植现状与相关问题的探讨 [J]. 第四军医大学学报 2005(26) : 2113.
- [3] Mascia L, Mastromauro I, Viberti S, et al. Management to optimize organ procurement in brain dead donors [J]. Minerva Anesthesiol 2009(75) : 125-133.
- [4] 宫坂和男. 日本における脳死論議の歴史 [J]. 人間環境学研究 2012(10) : 123-160.
- [5] 陈朝辉, 孟威宏, 周丽娟. 心脏移植脑死亡供体的目标管理及心肌保护 [J]. 中国组织工程研究 2013(17) : 9228.
- [6] 峯村優一. 米国における脳死論争の実体概念の分析 [J]. 生命倫理 2014(1) : 32.
- [7] 福間誠之. 脳神経疾患末期の倫理的問題 [J]. 洛和会病院医学雑誌 2013(24) : 18-20.
- [8] 田坂晶. 刑法における治療行為の正当化 [J]. 同志社法学 2007(3) : 268-281.
- [9] 莫洪宪, 杨文博. 医事刑法学中医疗行为概念的新界定 [J]. 国家检察官学院学报 2011(2) : 92-98.
- [10] 刘长秋. 刑法视野下的器官移植 [J]. 现代法学 2008(6) : 184.
- [11] 関哲夫. 死の概念と脳死説 [J]. 早稲田法学 1986(2) : 190.
- [12] ヨハネス・ライター 訳・盛永審一郎. ドイツにおける臓器移植を巡る現在の議論 [J]. 富山大学杉谷キャンパス一般教育 2007(35) : 13-14.
- [13] 郭自力. 死亡标准的法律与伦理问题 [J]. 政法论坛 2001(3) : 23-28.
- [14] 皆吉淳平. 社会における脳死臓器移植——「2009 年臓器移植法改正」論議における長期脳死と社会的合意 [J]. 生命倫理 2011(1) : 135-137.
- [15] 加藤久雄. 臓器不足と生命倫理 [J]. 生命倫理 2003(13) : 36-43.
- [16] 本田裕志. あるべき臓器移植のルールと制度 [J]. 龍谷哲学論集 2003(2) : 47.
- [17] 田村充代. 「がん対策基本法」の立法過程: 脳死・臓器移植問題とクローン人間作製禁止問題との比較を通じて [J]. 千葉商大紀要 2008(12) : 5.
- [18] 世界首例换头手术: 150 人参与 耗资 1.3 亿 [N]. 今日科技 2016(4) : 16.
- [19] 五十子敬子. 生命倫理: その新たな課題 [J]. 法政治研究 2015(3) : 5.
- [20] 山内義廣. 脳死と臓器移植の問題——臓器移植法改正の問題を中心として [J]. 法政論叢 2009(46) : 192-204.
- [21] 須之内克彦. 刑法における「社会的相当性」と「公序良俗」に関する一考察 [J]. 明治大学法科大学院論集 2010(6) : 25.
- [22] 西元加那. 刑法における推定的同意の理論 [J]. 大学院紀要 2016(53) : 39.
- [23] 冯军. 病患的知情同意与违法——兼与梁根林教授商榷 [J]. 法学 2015(8) : 116.
- [24] 田坂晶. 刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義 [J]. 島大法学 2011(2) : 43.
- [25] 石田瞳. 患者の同意能力 [J]. 千葉大学人文社会科学研究 2015(3) : 120.
- [26] 陈子平. 醫療上「充分説明與同意」之法理在刑法上的效應(上) [J]. 月旦法學雜誌 2010(3) : 1-19.

(责任编辑 贾凌)