

刍论中国脑死亡立法

□ 陈名校, 杜伯伦

(广东韩江司法鉴定所, 广东 汕头 515041)

摘 要: “脑死亡”立法属于科技含量高, 人权及伦理学混杂的法律进程。全文对脑死亡立法作了理论基础分析, 对脑死亡立法的必要性, 目前面临的主要问题作了探讨, 提出对脑死亡立法的建议。

关 键 词: 脑死亡; 立法; 医学; 判定标准

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1007-8207 (2010) 04-0126-04

收稿日期: 2010-01-08

作者简介: 陈名校, 男, 广东人, 广东韩江法医临床司法鉴定所主任, 广东省法医学会理事; 杜伯伦, 男, 广东人, 广东韩江法医临床司法鉴定所专职司法鉴定人, 广东省法医学会理事。

随着医学的不断发展和社会观念的不断更新, 传统医学的“心脏死说”受到越来越大的冲击, 中国脑死亡立法势在必行, 但在中国现有国情下, 推动“脑死亡”立法, 改变世俗观念仍然任重道远。对脑死亡问题制定并适用专门的立法, 有利于对脑死亡问题进行更为科学的法律宣传与医学宣传, 从而使全社会形成对脑死亡的科学认识。

一、脑死亡立法的理论基础分析

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地谈论死亡, 并且因各人的信念不一, 而对死亡的理解各不相同, 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“三征兆说”, 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; 在欧美各国及我国则采取“二征兆说”即心脏停跳、呼吸停止, 认定人已死亡。随着医学的进步, 尤其是现代复苏技术的应用和器官移植技术的兴起, 医学理论界产生了新的“脑死亡”学说。

(一) 关于脑死亡

脑死亡, 指原发于脑组织严重外伤或脑的原发性疾病, 致使全脑的功能不可逆转地停止, 最终导致人体死亡。脑死亡立法, 即是对脑死亡问题进行的立法, 是立法者通过法律对脑死亡的明文认可。

脑死说肯定论与否定论的争议。“脑死”是医学上所指的“脑死状态”, 即“全脑机能不可逆转的丧失状态”, 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”, 就是本文要讨论的“脑死亡问题”。

对于脑死说, 否定论者提出如下批判: (1) 目前对脑死亡还不能作出准确判断, 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; (2) 脑死亡的观点不能取得社会公众的一致认同; (3) 不论是脑干死说还是全脑死说, 都十分重视脑干的机能。但是, 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; (4) 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。

主张脑死说的作了如下反驳: (1) 现代医学技术已将脑死亡的判定直接运用到临床, 已有很多丰富经验的资深医生, 医学界多数人士持赞成态度; (2) 在价值观念多样化的现代社会, 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, 社会调查表明, 大多数人赞成脑死说; (3) 脑干与大脑可以分离开来, 这只是一种假说, 把假说作为立论的根据是不可靠的; 即使未来医学使这种假说变成了现实, 那时的法律秩序同现代社会秩序、乃至人的生死观, 会发生很大改变; (4) 医学上, 人的“死”有一个较长时间范围的生命现象的停止过程, 因此脑死亡说与传统的“三征兆说”或“心脏死说”, 在方法论上并无实质的差别。

脑死亡法的特征。脑死亡法是现代生命法的一个组成部分, 必然有着不同于其他法律的特征, 与其他法律相比具有以下五方面特点:

(1)非传统性。该非传统性植根于传统生命社会关系的演进。脑死亡法是在20世纪50年代之后被逐步酝酿出来,并随着人们生命观念的转变而最终出台。由于它是直接质疑并否定传统死亡科学性的法律,并将在目前脑死亡只能与传统死亡标准并驾为判定人死亡的“二元标准”的情况下,最终随着社会的发展和人类文明的进步而完全否定传统的死亡概念,因此具有明显的非传统性。

(2)综合性。首先,脑死亡法所涉足的领域具有综合性。脑死亡法必然涉及法学、哲学、伦理学、医学等在内的众多学科,它是一部综合性的法。其次,脑死亡法所调整的社会关系具有综合性。脑死亡法的调整对象是生命社会关系,涉及到与人类生命活动有关的、包括高科技生命活动在内的几乎所有的领域;涉及的社会关系不仅包括人与人之间的法律关系和伦理道德关系,还包括国家对生命社会活动进行的行政监管关系和生命科技进步所引发的科技社会关系,是一种极其广泛、复杂而综合的社会关系。再次,脑死亡法所采用的调整方法具有综合性。在调整生命社会关系的过程中需要采用如教育、法律、经济、技术等多种方式与手段。最后,脑死亡法还会产生综合性的法律适用效果、巨大的社会效果、伦理效果与技术效果。

(3)伦理性。脑死亡法几乎就是由脑死亡方面的伦理道德规范所建构起来法律,具有十足的伦理性。首先,就脑死亡法的制定来看,其本身是生命伦理发展和演进的产物,其制定既是对传统生命伦理的质疑和挑战,也是对新的现代生命伦理的肯定与认许;其次,就脑死亡法的内容来看,许多内容都是伦理问题的法律化。

(4)科技性。主要表现在:①脑死亡法本身是现代生命科技发展的必然产物;②含有大量的科技性规范,必须在掌握足够科技知识并具有临床实践经验的医师在遵循严格的技术操作规程的前提下进行,严防医疗事故发生。

(5)超前性。脑死亡法所确认的脑死亡标准是一种全新的科学标准,一旦被脑死亡法所确认而成为一种法定的死亡判定标准,则结果必然会对整个生命社会关系产生巨大影响,使脑死亡法在立法过程中必须对其可能影响到的生命社会关系的各方面予以周全、认真的考虑,以避免对整个社会的发展造成负面效应。为此,在脑死亡立法的过程中就必须充分注意提高脑死亡法本身的预见性。

二、中国脑死亡立法研究

脑死亡立法的历史发展。脑死亡不仅在医学界得到公认,而且许多国家为之制定了相应的法律标准,

并获得法律认可。从国外脑死亡的立法情况看,脑死亡的法律地位主要有以下3种形态:(1)国家制定有关脑死亡的法律,直接以立法形式承认脑死亡为宣布死亡的依据,如芬兰、美国、德国、罗马尼亚、印度等10多个国家;(2)国家虽没有制定正式的法律条文承认脑死亡,但在临床实践中已承认脑死亡状态,并以之作为宣布死亡的依据,如比利时、新西兰、韩国、泰国等数十个国家;(3)脑死亡的概念为医学界接受,但由于缺乏法律对脑死亡的承认,医生缺乏用脑死亡标准宣布个体死亡的法律依据,如中国。

我国脑死亡立法的必要性。

第一,脑死亡立法为器官移植提供法律前提。目前在我国没有实施“脑死亡法”和颁布专门的器官捐献法律现状下,器官移植供需间的巨大缺口不仅严重制约着我国器官移植事业的发展,还加重了社会和家庭的经济负担。有人认为,脑死亡者供体器官移植实际上是放弃一个低质量生命去延续另一个生命,是不人道的。也有人认为讨论利用脑死亡者器官的问题是将人的生命价值物化,是对生命的亵渎。这些观点反映出很多人对脑死亡者供器官移植并不是很了解,有必要阐明几个问题:①脑死亡是一个专业性很强的问题,诊断过程复杂,绝大多数脑死亡者家属均无法理解,所以在整个诊断过程中家属处于被动地位,如果他们对医生缺乏足够的信任,双方就无法在诊断上达成共识,容易引起争议,所以需要法律手段保护诊断的权威性,同时约束医生的诊断行为。②脑死亡确立以后,在获得家属或死者生前同意的前提下,无论是停止抢救措施,还是将其器官用于移植,均是合理合法的。③将脑死亡者器官用于移植是脑死亡者生命价值的延续。脑死亡者没有意识,没有自主呼吸,不能与外界进行主动的能量交换,他(她)的物质基础已经濒临瓦解,这种情况下其生命价值也就无从谈起。如果将其器官移植给另一个体,对于脑死亡者家属来说,亲人的生命从接受移植的人身上得到了延续。

第二,脑死亡与我国刑法的犯罪密切相关。由于还没有脑死亡法加以规范,很难保证医疗操作中的脑死亡操作不会被滥用。因此,需要立法尤其是对违法犯罪行为最具威慑与防范功能的刑法介入对脑死亡医疗操作的规制。我国现行刑法中还没有关于脑死亡问题的直接规定,但现行刑法对某些犯罪的规定却可以直接适用于脑死亡。例如,对医疗事故罪的规定,对杀人罪的规定等等。当前,我国医疗操作实践中已经出现脑死亡判定操作而刑法又没有规定专门的脑死亡犯罪的情况,现行刑法以何种罪名介入对脑死亡医疗操作的规范呢?这显然是司法实务界应当关心和重视的一个重

要问题。

(1)与脑死亡有关的医疗事故罪。医疗事故并不一定构成医疗事故罪,但医疗事故罪却需要以构成医疗事故为前提要件。一种脑死亡操作的失误行为能否被认定为医疗事故,应当从两个方面来加以考虑。具体来说:首先,应看医师或医疗单位有无过错;其次,还要看医师及医疗单位的过错与不良后果之间是否存在因果关系。构成医疗事故罪,应当依照我国刑法第335条规定的医疗事故罪加以定罪处罚。

(2)脑死亡操作中的故意杀人罪和过失致人死亡罪。在脑死亡操作中,故意杀人罪与过失致人死亡罪的主要表现有:①明知患者还没有真正脑死亡而出于各种目的(如为获取其器官用于器官移植等)提前对其进行脑死亡判定,故意宣布患者已经脑死亡,造成患者被火化、埋葬或其他严重不良后果的;②明知自己或其所所在的医疗单位不具备为患者实施脑死亡判定操作的条件可能导致误判,而依旧非法实施脑死亡判定操作,导致误判的。依照我国刑法第232条、第233条规定应加以定罪处罚。

(3)脑死亡操作中的故意伤害罪与过失致人重伤罪。实践中,与脑死亡操作有关的故意伤害罪与过失致人重伤罪主要表现为偷取或强制摘取脑死者的器官用于器官移植以致造成其身体伤害。如偷取或强制摘取植物人、严重老年痴呆症患者、严重的低能儿或精神病人等的器官用于器官移植造成其身体伤害的;因报复或出于其他目的而故意伤害植物人等脑死者身体的;在患者被判定为脑死亡后,负责摘取其器官用于器官移植的医生发现供体依旧具有生命体征,属于误判为脑死亡者的情形,而依旧摘取其器官用于器官移植,造成供体身体伤害的,等等。应依据我国刑法第234条、第235条规定并结合伤害结果等因素,酌情对其判处刑罚。

(4)与脑死亡有关的盗窃、侮辱尸体罪。在脑死亡方面,盗窃、侮辱尸体罪的主要表现如:未经死者生前同意而死者死后又未征得其家属的同意而擅自从其遗体上摘取器官用于器官移植或者用于贩卖的;未经同意而擅自将其遗体用于医学教学或科研的;以脑伤病患者死后摘取其器官用于移植或其他正当用途为由征得同意捐献器官,但却将器官用于出卖、商业用途或其他非原先约定的用途(如制造木乃伊、展览或医学解剖等);其他盗窃脑死者遗体或侮辱脑死者遗体的情形;如对脑死者鞭尸、非法肢解等盗窃、侮辱的行为,应当依照刑法第302条规定定罪处罚。

脑死亡立法意义。

第一,科学地对人的死亡进行判定,保障公民的生

命自主权,维护公民的人格尊严。脑死亡立法的根本意义是为了人的尊严,是为了保障公民的生命自主权,这是一种真正意义上的人道主义。医学科学已经发展到可以科学地认识脑死亡、判定是否脑死亡的程度,应当认识到脑死亡就是死亡,真正的脑死亡者是不可能再生的。脑死亡立法正是为了以法律的形式规范脑死亡的判定,使公民得以行使生命自主权而具有法律依据。

第二,解除脑死亡者和家属的痛苦。从人道主义的角度,包括患者亲属在内的大部分人会认为,如果已经“脑死亡”但还是被“插着各种管子”进行抢救,实际上对病人而言,是一种痛苦,对亲属而言则是实实在在的痛苦。脑死亡立法赋予亲属以推断脑死亡者会自主选择是否继续被救治的权利,将脑死亡者的生命自主权延伸给亲属,让有权的亲属代为行使生命自主权。

第三,规范对死亡判定的医疗行为。我国在脑死亡标准和如何判定方面没有立法规定,让医疗机构和医务人员处于内心矛盾的尴尬境地,医务人员明知继续进行全力救治而不考虑是否进行脑死亡判定,是不符合科学的行为;而如果作脑死亡判定停止治疗,意味着受现行法律制裁的风险。在上述矛盾心理的影响下,实施脑死亡判定存在医疗行为无序的混乱,正是医学界无法律可依的缘故。因此,进行脑死亡立法对判定死亡的医疗行为予以规范是必要的。

第四,有利于法律关系的稳定和法律的实施。死亡在诸多法律领域都有着重要的应用,如死亡决定着杀人罪的构成,刑事责任的确立,民事权利的终止,继承的开始,婚姻关系的消灭以及诸如合伙、代理等关系的变更等。由于我国的法律中并无对死亡的明确界定,加之传统的死亡标准具有局限性,屡屡有“死”而复生的现象,因此,通过脑死亡标准的确立,在法律中对死亡的概念加以明确的规定对我国法律关系的稳定和法律的实施有重要意义。

第五,促进医学科学技术的进步。虽然我国器官移植从上个世纪80年代以后有很大进步,但由于没有脑死亡的立法,操作不规范,我国器官移植的总体质量比不上国外。这可能使很多人误解,以为脑死亡立法的目的是为了器官移植。在此需澄清一个错误认识,不是因为器官移植的需要,才进行脑死亡立法,而是脑死亡的立法为器官移植提供了更好的法律前提,开辟了更广阔的空间。脑死亡立法并不意味着被宣布脑死亡者必须捐献器官,移植科学的进步是脑死亡立法带来的利益,并不是脑死亡立法的原因。

第六,利于和国际接轨。自上世纪80年代以来,国际公认的脑死亡诊断标准已经很明确,只是由于我国没有脑死亡立法,医生没有法律依据宣布病人脑死亡。

现在我国加入了包括WTO、WHO在内的很多国际组织,如果要在世界上成为有影响的科技强国,制定脑死亡法是十分必要的。脑死亡立法将标志着我国在生命自主权立法方面和国际接轨。

第七,合理配置卫生资源。如果仅仅为了节约卫生资源而中止对生命的抢救,与传统的伦理道德相违背。但如果明知脑死亡者不可能死而复生,却还要形式上全力抢救,必然使卫生资源配置不合理,意味着能治好需要资源的病人或者能够得到其他医疗服务的病人失去机会。脑死亡立法能够带来的影响和变化,就是让有限的卫生资源得到合理地配置,广大的人民群众是最终受益者。

三、中国脑死亡立法面临的问题及建议

影响我国脑死亡立法的原因分析。

第一,公众对生命与死亡的认识。基于中华民族的传统习惯和伦理规则,公众对死亡的态度之一就是忌讳,加上对脑死亡缺乏足够的认识,甚至存在对脑死亡立法的重大误解,是影响我国脑死亡立法的首要阻力。社会习俗不可以用科学与非科学、文明与落后等做简单的判断,因为它们直击人类心灵深处,突破传统习俗与观念,必须对社会习俗的力量、对民众观念的转变有理智且宽容的估计,有待长期持续的科学知识传播和国民素质的提升,有待社会进步、经济基础等多方面的跟进。

第二,法学家的不认同。有学者认为:对待脑死亡的立法要慎之又慎,因为确定脑死亡为生命的终结,将影响社会道德、伦理观念,并造成法律制度的改变。一些法学家的观点是:(1)实施脑死亡要慎重,暂时不立法;(2)判定脑死亡的医学技术不成熟;(3)担心我国现有法律体系受到冲击;(4)保护生命权、健康权、身体权等人格权利的理念坚定。

第三,我国医学发展的限制。医学界本身对脑死亡的理论认识还不充分。医学业内有人在面对大众时,把死前状态与死亡混为一谈;讨论脑死亡立法意义时,把可能在脑死亡立法后随之而来的益处,人为地放大,如将“节约卫生资源”、“卫生改革和发展”作为脑死亡立法“相当迫切”的理由之一;又如媒体上出现“中国器官移植呼唤脑死亡法,只因供体器官来源少”之类的报道。我国医学界在提出脑死亡立法的同时,急切地提出节省医疗费用,以及脑死亡者器官利用的价值。实际

上,在脑死亡立法和实施脑死亡诊断标准的社会意义方面,脑死亡立法与器官移植没有法理和伦理的因果关系,有无器官移植的需要,都不应当影响脑死亡诊断标准的进行,接受脑死亡诊断标准的人也并不一定要捐献器官,应取决于本人的意愿。

关于脑死亡立法的建议。

(1)脑死亡立法需要解决的问题。

第一,以立法形式制定科学的、符合国情的死亡标准。①传统死亡标准和脑死亡标准应并存;②制定严格的脑死亡诊断标准。

第二,制定脑死亡判定的技术规范。以立法形式规定脑死亡判定的技术规范,其立法原则:①具有科学性;②具有可操作性;③必须围绕脑死亡判定标准;④符合现代医学伦理原则。

第三,制定脑死亡判定的管理办法。①脑死亡判定的主体应当立法规定。②脑死亡判定的程序应法律化。③规定严格的法律责任:对主体不合法的处罚;对违反脑死亡判定的技术规范和判定程序的处罚;对以欺骗、威胁、暴力等不正当手段指使、胁迫医务人员实施脑死亡判定的,应及时向司法机关报告,依法追究其法律责任。

(2)关于我国脑死亡立法的建议。在脑死亡立法的模式问题上,我国应当采取专项立法模式,即单独制定一部《脑死亡法》因为这种模式具有更多的优势,且相对于统一立法模式而言也是更适合国情的。具体来说:①有利于使全社会形成对脑死亡的科学认识,帮助人们逐步认同并接受脑死亡。②使脑死亡法成为器官移植的辅助法而又不会表现得过于功利。③避免祖国大陆与台湾地区在脑死亡问题的产生法律冲突,从而有利于两地开展更为广泛和密切的经济文化交流与交往,有助于祖国统一大业的最终完成。

【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].有斐阁,1993.279.
- [2]吴崇其,达庆东.卫生法学[M].法律出版社,1999.495.
- [3](日)平川宗信.刑法各论[M].有斐阁,1995.41.
- [4](日)阿部纯二.刑法基本问题(第6卷)[M].法学书院,1993.13-16.
- [5]陈忠华.脑死亡立法研究新观点[N].医学论坛报,2002-07-11(10).
- [6]顾肖荣,倪正茂.生命法学论丛[M].文汇出版社,1998.80.
- [7]苏镇培.弄清什么是脑死亡,才能解决立法争论[J].中国神经精神疾病杂志,2005,31(3):239-240.

(责任编辑:张雅光)

On the Brain Death Legislation in China

Chen Mingxiao, Du Bolun

Abstract: Legislation of "Brain Death law" is a legal process mixing of high technology, human rights and ethics. Full-text on the basis of brain death legislation theoretically analyzed the need for legislation on brain death, now faces major questions were discussed and put forward legislative proposals on brain death.

Key words: brain death; legislation; medicine; the standard of determine