

脑死亡立法的若干法律问题探讨

刘瑞爽^①

摘要: 因为关系到基本人权, 脑死亡立法应当由全国人民代表大会立法通过。制定科学的脑死亡标准和严谨的脑死亡判定程序是保障其接近正义的必需。在脑死亡判定方面应充分地保障患者生命权、自主选择权, 尊重患者以及家属的知情同意权, 保障患者的基本权利是脑死亡立法的核心所在。器官移植不是脑死亡立法的理由。

关键词: 脑死亡立法, 人权, 程序正义, 器官移植

中图分类号: R-052 文献标识码: A 文章编号: 1002-0772(2008)1-0023-03

Several Legal Problems about Legislation of Brain Death LIU Rui-shuang, Health Law Department of The Health Science Center for Peking University, Beijing 100083, China

Abstract: Legislation about brain death is about human rights, so it must be made by People's Representative Congress of China. Scientific standard about brain death and perfect judgement procedure must be made to protect justice. The protection of the patient's basic rights is the core of the legislation. Organ transplantation is not the reason of legislation about brain death.

Key Words: legislation about brain death, human rights, procedure justice, organ transplantation

据2007年11月12日新华社报道, 卫生部发言人毛群安表示卫生部即将讨论、颁布脑死亡标准, 意味着卫生部关于脑死亡标准和脑死亡判定管理办法制定的讨论已经提上了日程, 该项国人瞩目的立法活动因涉及到死亡的新标准以及判定而包含了科学、伦理、文化、风俗习惯等力量的碰撞, 因为“法律是正义的最后一道防线”, 故上述力量合力的结果最终还是需要以法律的形式赋予其合法的地位才能得以展现。脑死亡立法活动必须依法进行, 立法的同时必须要解决所存在的法律问题。否则, 即便以规章的形式出台, 也会因缺乏上位法的依托、程序的不当等而产生“法律的冲突”, 最终难以实现其立法的目的: 尊重人格、促进科学发展、有效利用社会资源等^{[1]93-95}。莎士比亚借哈姆雷特之口所提出的“生存还是死亡”无疑属于人类权利的基本问题, 脑死亡立法中有诸多法律问题需要进行探讨, 由于水平所限本文难以穷尽, 但愿意抛砖引玉, 提出其中几个基本法律问题, 供大家批评指正。

1 谁应当是脑死亡立法的有权机关?

随着医学科学的发展, 脑死亡属于不可逆的死亡的概念为现代医学所确立。依据《中华人民共和国执业医师法》, 医师享有医学研究权, 因该权利可以延伸至中华人民共和国执业医师所参加或组成的医学专业团体如中华医学会, 故此类社会团体可以研究、讨论、制定脑死亡的判定标准。但是, 在被赋予合法地位之前, 该标准只能属于不具备法律效力的学术性标准。以上标准若纯属学术研究类别的科学问题, 当无争议。

如果卫生部出台了脑死亡标准, 或卫生部授权医学行业学会颁布了脑死亡标准, 则该标准应当属于国家标准, 具有法律效力, 其不再局限于医学研究领域。依据《中华人民共和国立法法》第四条、第五条之规定, 所有立法活动都会关系到是否“体现了人民的意志, 是否发扬了社会主义民主, 是否保障人民通过多种途径参与了立法活动”, 涉及公民生命权等基本人权的脑死亡立法更不能例外, 所以确定脑死亡立法的有权机关——即谁有权对此立法甚为关键。目前, 关于脑死亡立法的有权机关存在

两种不同的观点。第一种观点认为, 脑死亡标准的界定属于自然科学范畴, 传统的心肺死亡标准也没有立法, 医学界有权依据现代医学科学自行决定, 或者国务院及其职能部门(卫生部)有权制定。第二种观点认为, 死亡的判定标准牵涉到公民基本权利和基本法律制度, 脑死亡判定立法应当由全国人民表达意志的最高机关——全国人民代表大会及其常务委员会进行。这两种观点之争在表面上看是国家机关的立法权限问题, 在实质上则是人民意志(或称公民意志)是否得到充分表达的问题。

依据《中华人民共和国立法法》, 因脑死亡标准的判定后果显然涉及到宪法规定的公民基本权利(基本人权之生命权)、民事基本法律制度等, 故应当由全国人民代表大会及其常务委员会立法。第一种观点不符合我国现行法律规定, 因而是错误的。依据《中华人民共和国立法法》之规定, 政府及其职能部门自行颁布脑死亡法律规范性文件则属于超越立法权限的行为。不论何种形式, 那些认为脑死亡立法可以不通过全国人大及其常委会就可以进行的观点, 实质上都是认为有关公民基本权利方面的立法不需要体现全国人民意志、而仅仅依靠医学专业人士的意志(即“精英意志”)即可的观点, 该观点不符合现代法治精神。阿奎那认为, 判断法律正义性的实质标准之一为: “就法律的制定者来说, 所制定的法律没有超出制定者的权力”, 否则——阿奎那引用奥古斯丁的话说——“不公道的法律不能称之为法律”, 即“恶法非法”^{[2]76}。阿奎那的上述“良法”标准显然也是认为“良法”需要体现人民的意志, 不体现人民意志即为“恶法”, 这点与我国宪法精神是一致的。因此, 如果绕开全国人大, 而由国家卫生行政部门或医学行业协会超越立法权限进行立法, 依照阿奎那的观点, 该法不免先天即被打上了“恶法”烙印。

除了脑死亡立法关乎宪法上规定的公民基本权利需要由全国人大立法的理由以外, 依据《中华人民共和国立法法》第八条之规定, 民事基本制度只能制定法律, 意味着民事基本制度只能由全国人民代表大会及其常务委员会制定, 因脑死亡立法涉及内容属于民事基本法律制度范畴, 故上述第二种观点是合法的, 第一种观点是不合法的。

首先, 脑死亡标准的确立关系到公民生命权的问题, 属于民

① 北京大学医学部 卫生法学教研室 北京 100083

事基本法律制度范畴。

在法治社会,任何人都享有不遭受任意杀害、不受不必要的生命威胁的权利,这要求关系到公民生命权的脑死亡标准应当而且必须是科学的、无任何纰漏的,否则就会有威胁公民生命权的可能。如果采用了脑死亡标准,则在判定某人脑死亡后,某人为法律意义上的死亡,人们可以合法地认为其随着思想和行为能力乃至作为有意义的人生历程无可逆转地终结,某人不再实际拥有生命权。而生命权是一个人之所以被当作人类伙伴所必须享有的权利。而关于珍视生命权,正如米尔恩所言:“这正是所谓人权的底蕴所在”^{[3]156-158}。

其次,对于民法中传统的死亡标准而言,脑死亡标准属于新生事物,对民事基本法律制度的影响巨大,属于民事基本法律制度范畴。

在民事领域,死亡关系到此人民事权利义务的终止、婚姻的消亡、继承的开始等诸多重大问题,因此,采用何种死亡标准的重要性不言而喻。对于法律意义上的死亡,我国民法并无关于具体死亡标准的陈述,但可以概括两种情形,一种为自然死亡,一种为宣告死亡。无论哪种死亡方式,其法律后果均为:《中华人民共和国民法通则》第九条所规定的“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务”。对于宣告死亡的情形,法律有具体规定,在此不予赘述。关于自然死亡,民法虽未具体描述,但实践中应为传统的呼吸心跳停止标准;或在医院由医生依据呼吸、心跳停止开具死亡证明,或不在医疗机构由家属等自行依据呼吸心跳停止认定为死亡等,该标准即为“心死”说,此点应无争议。虽然现代医学证明“心死”不如“脑死”科学,但“心死”作为数千年来人们判断死亡的知识是普遍而广泛的,不似其他医学知识那样具有专门性、科学性和垄断性,为一种“习惯”性常识,而“习惯”为法律的重要渊源之一,因此,民法中的自然死亡标准应当属于“心死”标准。故虽然从表面上看,传统的心肺死亡标准没有在法律条文中具备具体的文字表述,但实际上“心死”属于一种具有普遍意义的习惯法,而不是有些人所想当然的认为属于“没有法律明文规定”的情形。随着科学的发展,现代医学对于脑死亡的认识是比较明确的,从科学角度看“脑死”比“心死”科学。但是,科学标准不等同于法律,现代医学科学亦不能自称是完美的,否则就不能称为“科学”,科学标准欲获得法律效力(即成为法律),必须以体现人民的意志为前提。即便是人民接受新的科学标准需要一段时间,从而导致新科学知识普及的滞后,导致社会效率的降低,导致社会资源的浪费等,这些关系到公民基本权利和基本法律制度的立法活动也必须经过法定的立法程序来进行,此乃依法治国的基本要求。脑死亡标准具有科学性、专门性、垄断性,显然不是民法中传统习惯认为的死亡标准,因此对于民法而言,脑死亡标准属于新生事物,推行脑死亡标准也就绕不开民法,否则,即便依据脑死亡标准宣布了某人死亡,也会因缺乏与民法的协调而产生法律的冲突,进而产生由于立法不当而导致的纷争。同理,脑死亡问题也与刑法、行政法存在错综复杂的关联性^{[1]105},暂不在本文展开讨论。

目前国际上脑死亡立法的国家中,大多是由医疗界提出脑死亡标准后,再由立法机关通过严格的立法程序审议,最后赋予其合法地位。国际脑死亡立法简要历程如下:1960年,在法国马赛的一个国际性医学会议上,正式提出“脑死亡”的概念;1968年,美国哈佛大学首先提出脑死亡的判定标准;1968年4月,法

国首先以部长令的形式赋予脑死亡标准以法律效力;1983年美国议会正式立法通过《统一死亡确定法》;1997年10月,日本开始实施《器官移植法》,该法规定,脑死亡就是人的死亡;目前全世界有30多个国家为脑死亡立法^{[4]123-124}。虽然开始时存在部分国家的行政机关立法(如法国的部长令)的情况,但大多数国家还是遵循了这一相似路径:医学行业协会提出脑死亡标准——由反映其公民意志的立法机关依照法定程序审议——以法律形式通过。我国进行脑死亡立法也可以对这些国家的成功经验予以借鉴和学习。

尽管在立法方面可以借鉴他国经验,但是,在我国宪法性法律——《中华人民共和国立法法》的约束下,立法活动的唯一准绳为我国法律,而非他国经验抑或他国法律,否则何谓主权国家?笔者据此建议:依据《中华人民共和国立法法》,我国脑死亡立法可以通过以下途径进行:其一、可以由医疗行业协会或国家卫生行政机关形成议案,提交全国人大及其常委会审议通过;其二、由国务院等部门争取获得全国人大及其常委会的立法授权,对医疗行业协会或国家卫生行政机关形成议案进行审议、立法。总之,在脑死亡立法方面,只有全国人大层面的立法才能够符合体现人民意志的法治要求,立法主体才能被视为合法。

2 进行脑死亡判定的程序应当“从简”还是“从严”?

美国法学家罗尔斯在《正义论》中写到,法治思想要求一个法律制度必须体现“正当程序”(Due Process)^[4],程序必须制定得使正义结果有可能与正义原则相一致(即“接近正义”),而不是与功利原则一致。在脑死亡标准立法方面,即便脑死亡标准是目前为止最为科学的标准,但也需要制定正当程序来保障该标准的正当实施,这是程序正义论的要求所在,而非功利所致。因此,那种认为依据《中华人民共和国执业医师法》所赋予医师的诊疗权就可以由任何执业医师进行脑死亡判定的观点(即“从简”的观点)是不符合程序正义论的。因此,笔者认为,脑死亡判定所遵循的程序应当“从严”,主要表现在如下两个方面:

2.1 脑死亡判定的机构和人员资质需要经过行政许可

在我国13亿人口中,执业医师约有220万,其中本科毕业的约占1/3,这组数字说明了我国现有执业医师队伍水平的参差不齐,且执业范围不同,而脑死亡标准要求脑死亡判定者需要具备较高的专业水准(神经科为主),对该标准的认识不是任意专业的一个医生能予以掌握的。因为脑死亡判定属于直接关系到生命权的事项,依据《中华人民共和国行政许可法》第十二条,对于脑死亡判定的机构和人员,需要列入行政许可的范畴。对于进行脑死亡判定的机构和人员的“门槛”问题,需要进行深入的探讨。

2.2 在脑死亡判定方面,应充分地保障患者生命权、自主选择权、尊重患者以及家属的知情同意权

此关系到米尔恩所认为的基本人权之一:“人人享有获得诚实对待的权利”^{[3]169}。对患者(躺在那里的神志不清的某个人,且任何人都不能保证自己不会成为那个人)的权利的完整保护,是我国宪法保护公民基本权利的本质要求之所在。如果忽视患者以及家属的上述权利,即便是以某种法律的形式立法予以通过,该“法律”也会因为突破了基本人权的底线而造成德沃金(Dworkin)所称的“有秩序的野蛮状态”,得不到公民对法律乃至整个社会制度的信任和尊重^{[2]327}。

综上所述,笔者认为,在立法中制定严格的脑死亡判定程序,是保证脑死亡标准准确实施的要求,是保护公民基本权利的宪法的要求,也是基本人权的基本要求。(下转第79页)

情况下也需要召开保健伦理委员会的会议;这些会议可以作为一个解决此类纠纷的平台。

以往,保健专业人员、神职人员和公众代表之间进行的生命伦理学讨论曾经允许欺骗——亦即误导病患者及其家属,但现在行不通了;保健专业工作者在与病人及其家属打交道的过程中对于讲实话已经变得比过去敏感多了。在许多成员国,病人和家属可以依法拒绝治疗(这不同于拒绝护理),但是这也不意味着他们可以强行要求治疗;这样一来,起码会给保健专业人员造成不适当的负担。

自从《纽伦堡法典》时代以来,保健专业工作者都认识到征求病人及其亲属知情同意的重要性。获得允许是知情同意的核心所在;在试图争取同意之前,保健专业工作者必须与病人或其家属一起商讨,其间由保健工作者详细解释临床情况,他们还必须有把握参与讨论的人完全听懂了解说的内容。与病人及其亲属的讨论需要保健专业工作者和保健伦理委员会讨论保护病人隐私和保守病人医学记录的重要性。不过这属于所有相关方面的另一重要话题,其中包括病人、他们的家属、主治保健专业人员、以及保健伦理委员会的成员。

由于媒体对生命终止问题的广泛注意,如今回避其他生命伦理学问题再也不明智的或可能的话题了,比如随着器官移植的出现和接受组织移植者体内排异现象的免疫抑制剂的发现而带来的关于“心死”和“脑死”的讨论,后者是相对较新的现象。

上述所有问题的综合效应导致大量出版物的广泛关注和讨论,目的在于“推动指导”。为了帮助病人家属、保健专业工作者和保健伦理委员会的成员,许多人呼吁公众撰写书面文件(这样才有法律效力),以便让保健专业工作者、保健机构和保健伦理委员会了解人们在变成不能行动的病人之前的愿望——当人们

不再能够表达他们的偏好和愿望的时候,其中有些偏好和愿望很可能涉及到关于放弃医学治疗的抉择。

3.3.2 对负责治疗病人的保健专业人员者有重要意义的一个示例

临终病人:保健机构该不该采取一项用姑息镇静疗法替代安乐死和医生协助安乐死的政策?

不幸的是,姑息镇静处方还有其他名称,比如“完全镇静”,“末期镇静”,甚至“慢性安乐死”等。这是一种旨在使病人进入某种睡眠状态——即一种降低或完全丧失意识的状态,一种难以和“失去知觉”、“完全无我”相区别的状态的处理方法;而事实证明,这种方法在道德上是成问题的。

“末期镇静”的含义模糊不清:它是指(1)意在为临终病人提供舒适护理、以减轻病人难以消除的疼痛和难以治疗的痛苦而实施的药理干预措施,亦即对一个被诊断为只能再活数日、顶多数周的人采取的干预措施呢,还是指(2)意在导致或造成病人生命终结——也就是积极的安乐死而采取的干预措施?它显然不是第(2)项所指的意思,除非有关代理人(比如内科医生)准备以故意杀死病人的罪名遭到起诉。在大多数司法管辖范围内很可能就是这样的结果。

不管主张采取姑息镇静措施的人的本意如何,他们都不可能以病人的安乐死为目的,因为确切地说,不论在措辞上如何掩饰,他们的最终目的是避免遭到任何指控,以致此种做法及其结果被说成是无异于安乐死。而既然姑息镇静疗法不是病患者本人提出的,它当然既不属于“医生协助自杀”也不属于“医生协助安死”(这是一个重要区别,但往往被忽略了),因为这必须要由病患者本人而不是由医生或任何其他其他人来实施此种致命的策划。(未完待续)

(上接第24页)

3 脑死亡立法与器官移植的关系

现实中,积极推动脑死亡立法的重要力量之一是从从事器官移植的医生,因此,很多不明真相的人们可能会产生一些“合理”误解:脑死亡立法一通过,是不是就可以合法地从还“心跳”着的“人”身上摘取鲜活的器官了?要解决这样的“合理”疑问,需要彻底厘清脑死亡立法与器官移植的法律关系。

首先,器官移植不能成为脑死亡立法的理由,否则,违背医学伦理,违背现行法律,更不能被人民所接受。

其次,两者不应具有法律上的内在联系,为了消除上述“误解”,在立法上应彻底消除两者之间有任何直接因果关系的可能性。例如,因为存在利益冲突,立法时应当规定从事器官移植的医生排除在脑死亡判定者队伍之外;作为器官源的被判定脑死亡者生前明确表示有捐献器官的意愿等等。总之,器官移植相关法律法规与脑死亡立法体系应屏弃任何的直接利益关联,此乃解除“嫌疑”的关键。

当然,需要肯定的是:器官移植从业医生积极推动脑死亡立法的行为是依据现代医学科学的合法行为,符合科学发展观,是为了广大需要器官移植患者利益的善举,符合行善原则^{[3]155}。如果脑死亡立法通过,如果被判定脑死亡者生前有捐献器官的

意愿,器官移植当然可以依法进行,这就成为脑死亡立法的顺带利益,但确定不应是必然利益,即不能本末倒置。

培根强调,新兴的科学必须被用于“改善生活”,而不是为了诸如“追逐名利、争夺权位”等“卑微目的”^[5],笔者相信,现代医学对脑死亡标准和判定的认识也必须被用于“改善生活”,而在法治的语境下,保障其不被用于实现“卑微目的”的唯一途径是依照《中华人民共和国立法法》规定的法定程序立法。

参 考 文 献

- [1] 陈忠华.脑死亡(修订版)[M].北京:科学出版社,2004.
- [2] 徐爱国,李桂林,郭义贵.西方法律思想史[M].北京:北京大学出版社,2003.
- [3] (英)A. J. M. 米尔恩.人的权利与人的多样性[M].夏勇,张志铭,译.北京:中国大百科全书出版社,1997.
- [4] 徐爱国,李桂林,郭义贵.西方法律思想史[M].北京:北京大学出版社,2003:323.
- [5] (美)斯塔夫里阿诺思.全球通史[M].2版.吴象婴,梁赤民,董书慧,译.北京:北京大学出版社,2006:13.

作者简介:刘瑞爽(1968—),男,医学学士、法律硕士,北京大学医学部医学人文系,从事卫生法学教学、研究工作,兼职律师、司法鉴定人。

收稿日期:2007—10—10

修回日期:2007—11—30

(责任编辑:杨 阳)