

◆现代医学与法律

脑死亡立法的宪法界限*

王苏 上官丕亮

摘要:脑死亡立法虽是大势所趋,但其应该符合宪法理念,不得超越宪法界限。根据法律保留原则,应由全国人大制定《脑死亡法》。从平等原则出发,我国采用一元修正死亡标准更适宜。《脑死亡法》的制定要符合正当法律程序原则,应采取立法听证会等形式以广泛征求民众意见,而且要明确规定脑死亡的判定主体、宣告程序和相关法律责任,以确保脑死亡判定的准确性与规范性。

关键词:脑死亡;专项立法;宪法界限;一元修正死亡标准

On the Constitutional Boundaries of Brain Death Legislation

Wang Su Shangguan Piliang

Abstract: Brain death legislation has become a trend, but it should be consistent with the constitutional philosophy, and not go beyond the constitutional boundaries. According to the principle of legal reservation, *Brain Death Law* should be made by the National People's Congress. Based on the principle of equality, a modified standard of death is more appropriate for the situation in China. While making *Brain Death Law*, the following principles should be followed: conforming to the principle of due process of law, taking legislative hearings and other forms to solicit public opinion, and ensuring the accuracy and normative of brain death decision by explicitly stipulating the decision subject, declare procedure and related legal responsibilities of brain death decision.

Key Words: brain death; specific legislation; the constitutional boundary; a modified standard of death

自1968年美国哈佛医学院提出“脑功能不可逆性的丧失”作为新的死亡判定标准以来,世界上已经有90个国家及地区承认脑死亡标准,全球发达国家及地区几乎无一例外地确认了脑死亡也是判定人死亡的科学标准之一。^[1]近些年来,在我国,有关脑死亡立法的呼声越来越高,而且卫生部脑死亡判定标准起草小组在2003年提出《脑死亡判定标准(成人)(征求意见稿)》和《脑死亡判定技术规范(成人)(征求意见稿)》的基础上,经过首都医科大学宣武医院5年的临床实践与验证,于2009年又提出了《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)》。但目前我国立法机关仍未对脑死亡进行立法。

从法律层面上来说,是否承认脑死亡直接关系到相关法律关系的产生、变更与终止。例如,刑事被告人在诉讼过程中因某种原因处于脑死亡状态,能否适用我国《刑事诉讼法》第十五条的规定,即“不追究刑事责任;已经追究的,撤销案件或者终止审理或者宣告无罪”?受害人呈现脑死亡状态,犯罪嫌疑人是构成“故意杀人罪”“过失致人死亡罪”“故意伤害罪”还是“过失致人重伤罪”?因而,脑死亡立法可以使死亡判定标准明确化,这不仅有利于明确相关法律关系,亦有利于与国际接轨。在《脑死亡立法问题研究》课题组进行的“在死亡认定——脑死亡还是心肺死亡标准——方式选择与适用”调查中,高达58%的受访者认为,脑死亡立法应当介入脑死亡是否作

* 基金项目:本文系国家社会科学基金项目“法律适用中的宪法实施研究”(批准号:10BFX025)的阶段性成果。

作者简介:王苏,苏州大学王健法学院宪法学与行政法学专业2010级在读硕士研究生,主要研究方向为生命法学、宪法学。上官丕亮,苏州大学王健法学院教授,主要研究方向为生命法学、宪法学。

为死亡标准这一问题。^[2]而且大多数被调查者表示了对脑死亡立法的支持,这说明我国脑死亡立法已有了良好的社会基础,在我国,进行脑死亡立法是大势所趋。《宪法》第五条第三款规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”显然,保证脑死亡立法不违宪是该立法必须考虑的问题。鉴此,本文拟从宪法的角度就脑死亡的立法问题提出一些建议。

一、尽快制定《脑死亡法》

在以法律形式承认脑死亡的国家中,脑死亡立法有专项立法和混合立法两种立法模式。例如,美国是专项立法,而西班牙和日本则为混合立法。大部分混合立法模式所采取的策略是将脑死亡问题并入《器官移植法》中规定,日本、西班牙就是其中的典型代表;格鲁吉亚将脑死亡问题放入《卫生保健法》中进行处理,是比较罕见的(国外脑死亡立法模式典型代表详见下表)。

国外脑死亡的立法模式

国家	立法模式	具体法律文件
美国	专项立法	《统一脑死亡立法》
日本、西班牙	混合立法	《器官移植法》
格鲁吉亚	混合立法	《卫生保健法》

我们建议,我国的脑死亡立法应当采取专项立法模式,由全国人大制定专门的《脑死亡法》。主要理由如下:

(一)专项立法能更好地体现对生命的珍视

首先需要特别注意的是,脑死亡的立法主旨不能造成民众的排斥心理。“不要误解脑死亡立法是为了便于获得质量好的移植器官,它更能倡导精神文明和社会进步;能把有限的医疗卫生资源用在更有效的地方,使广大的人民群众受益;能更新几千年形成的死亡观念,加强社会主义精神文明建设,与国际接轨,改变中国的国际形象;还能使移植器官来源更加充分。‘死亡’还是个法律概念,科学、准确地判断一个人的死亡时间,在司法工作中具有极其重要的意义。”^[3]

其次,以“珍视生命”为立法主旨更能体现脑死亡立法的慎重性。唐代名医孙思邈在《备急·千金要方》中写道:“人命至重,有贵千金。”生命是我们人类从事一切活动的前提和基础,没有生命,就没有一切;作为首要人权的生命权,自然属于国家重点保障的范围。脑死亡立法与生命权的保护息息相关,在我国宪法强调“国家尊重和保障人权”的今天,我们建议在脑死亡的立法模式上,也应该着重体现保护生

命权的理念,将判定死亡的标准置于独立而崇高的地位,即进行脑死亡的专门立法。

(二)由全国人大专门制定《脑死亡法》是法律保留原则的要求

根据我国《立法法》第九条的规定,有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项属于法律绝对保留的范围,应由法律进行规定。

“法律保留”,是指在多层次立法的国家中,有些立法事项的立法权只属于法律,法律以外的其他规范,一律不得行使。其目的在于保证人民群众对国家最重大问题的最后决策权,保障国家法制的统一和公民的权利。^[4]“法律绝对保留”,是指只能由立法机关制定法律,而不能授权行政机关先制定行政法规。正如有学者所言,藉由法律保留原则之规范作用,使所有涉及对人民基本权利限制或侵害之事项皆必须以人民总意之汇集的法律为依据,以期适当维护人民权益,而能落实人性尊严之保障。^[5]对于限制人身自由的强制措施和处罚尚且必须由法律规定,脑死亡作为死亡判定标准涉及人最为重要的生命权,关乎着人的生与死,其立法就更不能采用行政法规和规章以及司法解释等效力位阶较低的形式,而理应由最高国家立法机关——全国人大——通过法律的形式加以体现。

综上,我们建议全国人大尽快制定一部《脑死亡法》,对“脑死亡”的概念、脑死亡的立法目的,以及脑死亡的判定条件、判定主体、判定程序 and 法律责任等内容作出详细的规定。

二、采用一元修正死亡标准

医学证明,约有5%的人因脑外伤、脑肿瘤、脑血管疾病等呈现脑死亡,但仍有95%的人在生命结束时呼吸和心脏跳动会首先停止。这里就涉及到了在死亡的标准上,脑死亡与心肺死亡是并存还是只择其一的问题,在适用上是由当事人选择还是由医生选择的问题。有学者认为,不宜用脑死亡标准取代传统的心肺死亡标准,其理由为:在大多数人还没有真正理解和接受新的死亡观念之前,应该坚持传统的心肺死亡标准与新的脑死亡标准并行;而且由人们自行决定自己的死亡判定标准是适宜的,即当一个人循环和呼吸功能或者整个脑包括脑干的一切功能不可逆转地停止时都可以宣告死亡,但是具体宣告与否,应当由当事人生前自己决定;或者在当事人生前未有明确意思表示时,在其死后由其家属来决定。^[6]也有学者认为,如果这样做的话,每个人死亡的标

准和时间就会出现差异,也就丧失了“人的死亡”的客观标准。^[7]鉴此,我们建议在《脑死亡法》中确立一元修正死亡标准。

(一)当事人自主选择死亡标准有违平等原则的形式要求

出于对生命平等性的考虑,我们并不赞成实施自主选择死亡标准。我国《宪法》第三十三条第二款规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”平等原则包括以下三个方面:“第一,任何公民都平等地享有宪法和法律规定的权利,同时平等地履行法定义务;第二,国家机关在适用法律时,对于任何人的保护或者惩罚,都是平等的,不应因人而异,应当秉公执法;第三,任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”^[8]

《脑死亡法》的制定也应该符合平等原则。假如实施二元标准,即由人们自主选择死亡标准,那么就意味着对法律的选择适用,这样《脑死亡法》将不能平等地适用于每一个人。试问:让个人生前选择死亡标准具有多大的可操作性?有谁知道自己会先呈现脑死亡还是先呈现心肺死亡?

有学者提出,可以让脑死亡者的家属代其选择,那么对于没有家属的脑死亡者,他们的生命将会得到不同等的对待(因为没人替他们决定选择脑死亡标准)。“如果我们认为正义总是表示着某种平等,那么形式的正义就意味着它要求:法律和制度方面的管理平等地(即以同样的方式)适用于那些属于由它们规定的阶层的人们。”^[9]从某种意义上说,让当事人选择死亡判定标准至少违反了形式上的平等,二元死亡标准模式违背了生命的平等性。

也有学者提出,让脑死亡者生前有权选择死亡标准是基于生命的自主性理论。对于这类观点,我们有不同的看法。所谓生命的自主权,是指为免除难以忍受的极端痛苦,或患有不治之症的垂危病人享有依照严格的法定条件选择安乐死的权利。^[10]显然,“安乐死”与“脑死亡”不是同一概念,生命权的自主性理论并不能作为自主选择死亡标准的论据。

(二)一元修正死亡标准符合平等原则的实质要求

基于对理论与现实条件两方面的考虑,我们认为,在死亡判定标准上可以采取一元修正标准。一元修正标准,并不是将脑死亡彻底代替心肺死亡,也不是让当事人自主选择死亡标准,而是由医生根据病患最后的死亡状态决定采取哪一种死亡判定标准更适宜。一元修正标准实质上也承认了两种死亡标准,那么,这是不是亦违反了平等原则呢?我们认为,根

据死亡状态确定死亡标准具有客观性,排除了人为选择主观因素的干扰,属于合理的差别待遇。

平等原则不仅要求法律平等地得到适用,也要求通过法律的适用实现实质的平等。“实质平等”又称“合理的差别待遇”,是指为了在一定程度上纠正由于保障形式上的平等所招致的事实上的不平等,依据每个人的不同属性分别采取不同的方式,对作为各个人的人格发展所必须的前提条件进行实质意义上的平等保障。^[11]“从人们存在着很大差异这一事实出发,我们便可以认为,如果我们给予他们以平等的待遇,其结果就一定是他们在实际地位上的不平等,而且,将他们置于平等的地位的唯一方法也只能是给予他们以差别待遇。”^[12]

因此,在《脑死亡法》中明确规定由医生根据死亡状态选择适用死亡标准,可以避免出现因个人或其家属选择死亡标准的混乱状况;当然,《脑死亡法》同时必须明确规定医生宣告病人脑死亡的判定条件和具体程序,以防止医生滥用职权。

三、遵循正当法律程序原则

“正当法律程序”最早可追溯到英国的1215年大宪章第三十九条的规定:除依据国法之外,任何自由民不受监禁人身、侵占财产、剥夺公民权、流放及其他任何形式的惩罚,也不受公众攻击和驱逐。世界上第一部成文宪法——《美国宪法》——明确规定了“正当法律程序”原则,其1789年修正案第一条明确规定:“任何人……不经正当法律程序,不得被剥夺生命、自由或财产。”美国宪法所规定的正当法律程序原则包括两个方面的含义:一是程序性正当法律程序;二是实质性正当法律程序。程序性正当程序是指要求一切权利的行使在剥夺私人生命、自由、财产时,必须听取当事人的意见,当事人具有听证的权利。^[13]实质性正当程序是指要求国家所制定的法律,必须符合公正和正义。^[14]在当今世界,几乎所有国家的宪法都规定了“正当法律程序”原则。我国《宪法》的相关规定也体现了这一原则,如《宪法》第三十七条第二款规定:“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。”

根据“正当法律程序”原则,脑死亡立法不仅要广泛听取民众意见以确保立法的民主性,还要保证立法内容符合实质性正当法律程序的要求。

(一)立法可采取听证等形式广泛听取民众意见

我国《宪法》第二十七条第二款规定,一切国家机关和国家机关工作人员必须依靠人民的支持,经

常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务。脑死亡立法与人民的切身利益息息相关,倾听人民的意见和建议是脑死亡立法正当程序的要求,这个要求在一定条件下可以演变为具体的法定形式,例如《脑死亡法》意见征求稿的出台、专家论证会或立法听证会的举行等等。广泛听取民众意见,一方面给予公民参与的机会,充分发挥立法的民主性;另一方面通过听证会等形式,加大对脑死亡的宣传,使人们明白脑死亡的最终目的不是为了器官移植,而是有其科学性与必要性。通过广泛的宣传和交流,可以消除公众对脑死亡的误解,有利于脑死亡立法后的施行。

(二)符合实质性正当法律程序的要求

脑死亡判定关乎着一个人的生死,这就要求《脑死亡法》必须明确脑死亡宣告主体、诊断流程、监督制度以及相关的法律责任;同时,要建立起一套缜密的程序,以保证脑死亡判定的公正性与公开性,防止权力的滥用和各种违法行为的发生。

1. 严格限定宣判主体的准入资格。

由于法官并不具备医学专业知识,因此宣判脑死亡的主体如果是法院会有困难。^[1]著名的《悉尼宣言》阐述道:在大多数国家,死亡时间的确定将继续是医师的法律责任。通常,他可以用所有医师均知晓的经典的无须特别帮助即可确定病人的死亡。由于医生具备专业的医学知识,一旦通过脑死亡立法,我们认为医疗机构应该是最适合的宣告主体。当然并不是任何医疗机构皆有权参与脑死亡判定。因此,为确保诊断的准确性和规范性,我们建议只有具

备一定技术手段和医疗设备的医院才可以进行脑死亡判定,对于这些医院应发放行政许可并且建立定期备案和检查制度。同时,参与脑死亡判定的医生应当首先取得判定脑死亡的专业资质,而且医生之间在判定脑死亡时要保持相互的独立性。

2. 明确规定脑死亡判定流程并构建监督机制。

医生必须按照严格的脑死亡判断标准,首先进行脑死亡临床判定,符合判定标准的进入脑死亡确认试验,确认实验中至少2项符合脑死亡判定标准的再进行脑死亡自主呼吸激发试验;验证自主呼吸消失,方可确认为脑死亡。脑死亡判定不能进行暗箱操作,否则将没有人信服脑死亡判定结果,也容易造成民众的排斥心理。各医院应建立相应的监督机构以保证脑死亡的准确实施,这个机构可以命名为“脑死亡监督委员会”;也可以按照一定比例,在监督队伍中加入法学、医学、神经学甚至其他社会人员,以充分保障脑死亡判定程序的规范性和公开性。

3. 立法须明晰法律责任。

《脑死亡法》应当注意与《行政法》《民法》和《刑法》等法律规范的协调,必须明确规定出现误判、故意错判等情形时所应承担的各种法律责任。例如,发生误判的可追究其民事赔偿和“医疗事故罪”,同时还可以根据具体情况对相关医疗机关和责任医生予以行政处罚;倘若以移植器官为目的而故意错判的,构成“故意杀人罪”;倘若未经过脑死亡者生前或家属的同意而偷拿其器官的,则构成“盗窃罪”“侮辱尸体罪”。

参考文献

- [1] 高桂云,郭琦.生命与社会:生命技术的伦理和法律视角[M].北京:中国社会科学出版社,2009:233.
- [2] 宋儒亮,邓绍林,李幼平.脑死亡和器官移植问题解决需要立法直接介入[J].中国循证医学杂志,2007(11):817.
- [3] 曾利明.卫生部副部长:中国制定脑死亡法十分必要[EB/OL].(2002-08-27)[2012-08-30]<http://www.people.com.cn/GB/kejiao/42/152/20020827/808620.html>.
- [4] 应松年.《立法法》关于法律保留原则的规定[J].行政法学研究,2000(3):13.
- [5] 陈仲模.行政法之一般法律原则[M].中国台湾:三民书局股份有限公司,1988:20.
- [6] 刘长秋,陆庆生,韩建军.脑死亡法研究[M].北京:法律出版社,2006:14.
- [7] [日]中山研一.器官移植与脑死亡:日本法的特色与背景[M].北京:中国方正出版社,2003:114.
- [8] 许崇德.中国宪法[M].北京:中国人民大学出版社,2006:303.
- [9] [美]约翰·罗尔斯.正义论[M].何怀宏等,译.北京:中国社会科学出版社,1988:58.
- [10] 上官丕亮.宪法与生命——生命权的宪法保障研究[M].北京:法律出版社,2010:8.
- [11] 李志萍.论平等权的法律保护[J].北方经济,2008(11):75.
- [12] [英]弗里德利希·冯·哈耶克.自由秩序原理[M].邓正来,译.北京:生活·读书·新知三联书店,1997:104.
- [13] 王名扬.美国行政法[M].北京:中国法制出版社,1995:383.
- [14] 黄学贤.行政程序法的理论与实践——专题研究评述[M].北京:中国政法大学出版社,2007:135.
- [15] 黄丁全.医疗法律与生命伦理[M].北京:法律出版社,2004:60.

(责任编辑:刘世或)