

关键词

立法
介入
脑死亡
器官移植

基金项目

广东省哲学社会科学规划项目“脑死亡立法问题研究”(03104E05)。

作者单位

1. 广东省委党校/广东行政学院法学部(广州 510053)
2. 四川大学华西医院(成都 610041)
3. 四川大学华西医院中国循证医学中心(成都 610041)

第一作者简介

宋儒亮,男,博士研究生,教授,广东省律师协会医疗纠纷专业委员会主任,广东诺臣律师事务所律师。

Email: srl6812@21cn.com

* 通讯作者

摘要

随着脑死亡认定和器官移植开展所引发的问题在器官移植案例上大量涌现,使得死亡认定是采用心肺死亡标准还是脑死亡标准之争日趋加剧,参与脑死亡和器官移植主体的权利与义务不清的矛盾越发突出,这一切要求国家从立法上就死亡和器官移植问题清楚表态。国家在规范死亡认定标准和器官移植及其相关问题上,支付成本最小、收益最大、最适宜法治社会的介入手段是通过立法。

笔者认为,在制定脑死亡和器官移植立法问题上,或可以由全国人大制定专门的脑死亡和器官移植法;或可以由全国人大常委会以部分补充和修改法律的方式完善有关脑死亡和器官移植条款;或可以由全国人大授权国务院先制定脑死亡和器官移植方面的行政法规,如目前已经制定了《人体器官移植条例》,待条件成熟后再制定法律;或可以采取寻求全国人大常委会以法律解释方式对脑死亡和器官移植进行立法;或可以考虑由最高人民法院单独就自然死亡认定与器官移植问题做出司法解释。

在脑死亡和器官移植的法规选择上,各省、市(经济特区所在地的省、市除外)不具备有关脑死亡事宜的地方立法权,但有制定器官移植事宜的地方立法权;经济特区享有脑死亡和器官移植方面的立法权。在已经存在脑死亡和器官移植法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例前提下,可以以政府规章、部门规章方式就脑死亡和器官移植问题进行执行性立法。

在脑死亡和器官移植立法路径上,可试选择由点到面、由局部到整体、由个别省市试点到全国推广的路径,这样做既可增大脑死亡和器官移植立法的可行性,又能提高脑死亡和器官移植立法的成功率。

中国循证医学杂志, 2007, 7(11): 816-826.

1 我国自然人死亡的法律界定现况

在对自然人死亡问题上,我国法律规定了申请宣告死亡和自然死亡两种情形,即就何谓人之“死”问题上,立法采取了以个别情形明确与整体情况回避相结合的立法技术,在采取对人之“死”明确规定的同时而又对“死”之界定留有很大的空间、空白的策略。

所谓在人之“死”认定上个别情形明确是针对宣告死亡问题,立法有着清楚明确规定,比如《民法通则》对宣告死亡程序规定明确,确认宣告死亡的证据结论明确,人民法院依法审理宣告死亡案件后,可以依法裁判做出被申请人死亡的裁判,民事裁判书能清楚宣告人之死。

所谓在人之“死”认定上整体情形回避是针对自然死亡问题,立法上采纳整体回避。我们知道,现实中人们已经认同凭借公安局出具的死亡证明(最

终认定由具备医疗资质或资格的机关或个人认定)或医院出具的死亡证明,就可以认定人之“死”。但要注意,在证明死亡问题上,公安局或医院出具的死亡证明只是一个事实判断,并不是一个法律判断,其在形式上缺乏法律的明确而清楚的名分,在实体上,由于客观存在脑死亡与心肺死亡标准——尽管医学上“心肺死亡不是最终死亡”而“脑死亡就是最终死亡”已成为定论,但现实上“心肺死亡仍是死亡”仍为被广泛运用,而“脑死亡就是最终死亡”却并没有被大众明确接受,其证明死亡的科学性、真实性和准确性受到质疑。

在《脑死亡立法问题研究》课题组组织的问卷调查中,在关于“已有的经验中,你认为事实上被采纳的有法律死亡证明价值的包括: A. 医疗机构证明; B. 公安局证明; C. 其他证明”的调查中,71% 受访者认为死亡证明应当是医疗机构证明; 27% 的受访者认为应当由公安局证明; 只有 2% 受访者认

为选择“其他证明”。

调查表明,民众对法律认可的死亡证明基本上是熟悉的,对此也能够做出基本正确的回答,但若再追进一步,对公安机关或医疗机构得出死亡证明的依据即依照什么样的死亡认定标准则是缺乏知情的,比如对自然人死亡——究竟采用心肺死亡标准还是采用脑死亡标准认定,不仅死亡证明上没有交代,法律上也缺乏明文要求,既没有明确写明死亡认定标准,也没有核实死亡标准选择和适用的程序。

医学上“心肺死亡仍是死亡”尽管已经过时但司法现实中仍未被承认;而“脑死亡就是死亡”医学上尽管科学正确但司法与医学现实中仍未被明确清楚地接受,两者混用导致医学与法学存在难以回避的交叉命题。不澄清此问题,既混淆人们对“死亡”判断,误导立法对“死”的态度,影响医学的进步,又不利于人权保障与和谐社会的建立。更严重的是,在脑死亡和器官移植问题上法律却沦落为与现实社会生活无关的多余物。法律不应当与生活无关。“事实上,对于人类痛苦、烦恼,现代民法并非无动于衷。在现代法中对起因于社会、经济、信息方面不平等的痛苦,即对贫困和无知从法律方面采取了对策。这是通过保护“弱”的人(相对正常人而言,脑死亡者和器官移植受者是弱者)来实现的。如此,民法也就发挥了解除人的一大痛苦、烦恼的作用^[1]。”因此,在解除人在脑死亡和器官移植问题的痛苦、烦恼方面,在维护“脑死亡和器官移植弱者”权利方面,现代民事立法如脑死亡和器官移植立法有着当然的使命,不能袖手旁观。

2 实施脑死亡认定和开展器官移植应当立法

2.1 脑死亡认定的实施和器官移植工作的开展需要法律介入

死亡分为心肺死亡与脑死亡。心肺死亡已成为人们接受死亡的常识性认识,无须立法再给予确认。脑死亡作为死亡认定上与心肺死亡的竞争性方式,尽管其科学性、真实性、不可推翻性、不可逆性均表明他的正确、精确和科学,脑死亡标准不用再像心肺死亡标准那样再经历上千年的自然演化来实现,但不可否认的是,仅凭这些条件,在缺乏法律规定的前提下,脑死亡诊断标准是不易取代心肺死亡标准的。脑死亡诊断标准要推广必须要借助外力。尽管“脑死亡等于死亡”是医学上的事实判断,但医学的事实判断要成为为人、组织、国家接受与适用、并能够免除脑死亡病例参与者由于为患者实施脑死亡而产

生的种种非议与诉讼的法律上的价值判断,国家就必须表明态度。1938年,里佩尔在《职业民法》课题探讨时指出:“法律不是为了一个国家内的全体国民乃至居住在一个国家内的全体人们,而是以各种职业集团为对象而制定的”,他同时认为,“我们必须给法律上的抽象人以及为进行论证而架空了的人穿上西服和工作服,看清他们所从事的职业究竟是什么^[1]”。可以讲,解决死亡和器官移植问题,不只是理论问题,更是实践问题。既不能只是抽象谈论死亡,也不是必须以全体国民同意方式为前提。解决脑死亡和器官移植离不开法律,离不开立法的帮助与选择。死亡认定方式的选择,不只是医学自己的事,是一个涉及医学、民事、司法等领域,关乎当今之生命、人权、人本、和谐社会建立的重大前沿和多领域交叉的人文社科医学问题,需要制定相关法律。对脑死亡和器官移植问题进行立法是目前国家表明态度的唯一正道^[2]。

在《脑死亡立法问题研究》课题组组织的关于“在死亡认定——脑死亡还是心肺死亡标准——方式选择与适用”的调查中,受访者中58%认为立法应当介入;31%认为不要立法介入;11%不表态。

58%受访者认为立法应介入死亡认定。调查结论符合世界通行做法。通过立法,制定脑死亡和器官移植方面的法律法规是最终解决脑死亡和器官移植争议的一个基本趋势。

在脑死亡和器官移植立法中,立法理念、技术和策略不同,势必影响立法体例。脑死亡诊断标准的正确性、科学性和准确性强于心肺死亡标准并不意味着其自然而然就占据了死亡诊断的唯一地位。死亡判断本应当是一个医学问题,但由于社会、伦理、道德、科技等综合因素使得死亡问题复杂化。器官移植、人权保障等问题使得死亡问题尖锐化。法治社会解决纷争的途径是立法。在死亡认定和器官移植问题上,进行立法是不得不为之的选择。

2.2 参与脑死亡和器官移植之主体的权利和义务须由法律明确规定

2.2.1 患者

死亡面前人人平等。患者被诊断为脑死亡,就医学而言其已经是最终死亡。为防止滥用脑死亡认定和违法开展器官移植,应当赋予患者完全的知情同意权,形式上可以从严,也可以放宽要求。比如若规定,在无脑死亡者本人(其近亲属也无权代为行使)事前书面授权同意情况下,其尸体器官不能被摘除,就属于从严立法。

2.2.2 脑死亡和器官移植患者近亲属

一般而言,

他们是被法律接受可以作为代表脑死亡和器官移植供者并能够依法维护脑死亡和器官移植供者合法权益的人。但在不同层面,他们的构成存在一定差异。

2.2.2.1 民事领域 根据〈最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)〉第 12 条规定:“民法通则中规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”

2.2.2.2 行政领域 《中华人民共和国行政诉讼法》第 24 条第 2 款规定:“有权提起诉讼的公民死亡,其近亲属可以提起诉讼。”并且,〈最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释〉第 11 条规定:行政诉讼法第 24 条规定的“近亲属”,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有抚养、赡养关系的亲属。

2.2.2.3 刑事领域 《中华人民共和国刑事诉讼法》第 82 条第(6)项规定:“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。

即便都称近亲属,但不同领域的近亲属构成不同,表明他们的权利义务不同,这种差异在脑死亡和器官移植问题上意义重大,应当由立法明确规定。

2.2.3 医疗机构和医务人员群体 一方面,权利义务标准至少必须限定于医疗事故防范层面。《医疗事故处理条例》第 2 条:“本条例所称医疗事故,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规,过失造成患者人身损害的事故。”若以医疗事故有无为作为切入点而行脑死亡和器官移植立法,脑死亡和器官移植规范的实现方式必须要是属于医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规范畴之内,否则就存在与法无据之惑;另一方面,改变认识上的误区。比如有专家认为,现通行的心肺死亡标准并没有进行立法,实施效果也挺好,因此,认为没有必要对脑死亡和器官移植立法。言下之意,把死亡判断仅交给医疗机构和医务人员,由他们制定行业标准如诊疗护理规范常规就行了,进行脑死亡和器官移植立法多余。应当说,心肺死亡标准虽然没有立法确认,但它的成立是有历史渊源的。在漫长的人类历史长河中摸索出的传统死亡标准,符合传统的物质条件对死亡的规律性认识,但随着人类进步,尤其是医学科学进步,在心肺辅助技术帮助下,心肺死亡就是最终死亡的常识性、经验性判断已经不能正确解答死亡问题,器官衰竭

患者可以通过器官移植术而生存;所以,取代心肺死亡标准建立脑死亡标准的时代已经来临。但这还不够。在死亡标准转型时期,面临心肺死亡和脑死亡判断标准,医疗机构和医务人员明白,虽然他们具有出具死亡认定证明的权利,但在缺乏法律明确支持下,让他们在心肺死亡和脑死亡死亡标准中直接选择是不现实的,心肺死亡和脑死亡标准作为死亡判断标准方式的取舍,最稳妥的办法是应当先由法律规定,而不应先由医疗机构和医务人员在医疗实践中进行摸索,这会乱的。

上述这些考虑和问题,医学本身是不能解决的,必须要由立法解决。

2.3 在自然死亡认定问题上已存在的不明确和不具体的内容和程序应由立法完善

一方面,法律上在宣告死亡方面的实体和程序是清楚而完整的。《民法通则》第 23 条规定:“公民有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡:(1)下落不明满 4 年的;(2)因意外事故下落不明,从事故发生之日起满 2 年的。战争期间下落不明的,下落不明的时间从战争结束之日起计算。”〈最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)〉第 25 条规定:“申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:①配偶;②父母、子女;③兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;④其他有民事权利义务关系的人。申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。”据此可知:第一,法定可以申请宣告公民死亡的情形:下落不明满 4 年的和因意外事故发生之日起下落不明满 2 年的。第二,法定可以申请宣告公民死亡的主体及顺序:按从前到后分别是:①配偶;②父母、子女;③兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;④其他有民事权利义务关系的人。第三,法定可以撤销公民死亡的主体:①配偶;②父母、子女;③兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;④其他有民事权利义务关系的人。申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。第四,接受申请和撤销死亡的法定机构:只能是人民法院。

但另一方面,要完善除宣告死亡外的自然死亡的认定内容和程序,因为自然死亡究竟是怎么并不清楚和明确。〈最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)〉第 36 条第 2 款规定:“被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效,但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引

起的法律后果相抵触的,则以其实施的民事法律行为为准。”但何谓自然死亡,就需进一步的立法给予完善与界定。

自然死亡应当包括因疾病死亡,如脑死亡。自然死亡——具有普遍意义与特点的死亡认定——的认定,恰是民事领域内死亡认定之常遇问题,对此法律应有明确态度,不应再继续模糊。对脑死亡和器官移植立法,则可以解决自然死亡的认定问题。

2.4 开展脑死亡认定和推广器官移植而引发的担心须由立法予以解决

2.4.1 患者的担心 一方面,因担心脑死亡标准可靠性而拒绝使用。现有医学证据表明,只要严格按照脑死亡标准,在判断患者是否最终死亡问题上,医学本身可以给出并不存在本质争议的正确答案。患者之所以担心,一方面源于对“脑死亡就是真正死亡”不了解;另一方面可能是基于人的本能如恐惧死亡等使然,这如同目前仍有许多人担心心肺死亡临床诊断出差错的心态是一样的。尽管心态一样,但现实问题是,怀疑心肺死亡诊断准确性只能造成怀疑者自己的孤立,而怀疑脑死亡标准的准确性却并非一定造成怀疑者自我孤立,相反,不少人对脑死亡标准是存在担心与怀疑。在《脑死亡立法问题研究》课题组组织的调查中,60% 受访者认为脑已经死亡的人还是活人;只有 40% 的人认为脑已死亡的人已经是最终死亡的人了。

另一方面,担心医疗机构和医务人员滥用权利。在《脑死亡立法问题研究》课题组组织的调查中,也有 32% 的受访者担心医疗机构和医生滥用脑死亡标准。滥用脑死亡标准最大的危害在于死亡认定出错;滥用脑死亡标准最可怕原因是出于获得器官移植供体的需要。

要解除民众的担心,防止脑死亡认定的随意和避免非法摘除、买卖器官移植供体风险,除制定脑死亡和器官移植法之外,再无更好的办法了。由权威机构如立法机构对脑死亡和器官移植进行立法,是国家对脑死亡和器官移植进行表态以解除担心的最好形式。正如米歇尔·沃维尔所言:“美国艺术和科学院的刊物《代达罗斯》于 1977 年出了一期特刊,对美国的医疗制度进行了无情的指控,用的标题是《做得更好而感到更坏》。整个医疗制度受到指责,不是为技术上的原因,而是作为掌握生死大权的新主宰者的医生的地位受到了怀疑——1966 年有 73% 的美国人非常相信医生,1977 年降为 43%;医生的医术也受到了怀疑:现在主要在美国出现了小

规模的运动,但在扩大,即拒绝打防疫针,这是现代医学的一种基本疗法。奇怪的是,这不是对医学和医生的信任危机,而是对医生及他们所代表的制度滥用权力——“不管你愿意不愿意”——的指控。”、“可以说,医学科学不公正地成了它自己的成就的受害者”、“让他们死吧,或让我们死吧,这是时尚的最后一句话,还是绝望的人文主义的要求? 不是随便怎样都行的。要紧的、关键的是对死做出时间上的安排,有死的时间,而这是社会组织所禁止的。明白无误的死让位于死的过程,即“dying”,这是各种著作和文章的关键词。”^[3] 就脑死亡和器官移植进行立法,恰恰可以理清医师与医院自由裁量权与脑死亡和器官移植患者知情同意权利之间的边界,防止医疗机构和医务人员滥用权利。

2.4.2 脑死亡和器官移植供者之近亲属们的担心 脑死亡患者已经最终死亡,他已不能表达自己真实意思,所以,要避免因脑死亡和器官移植认定所产生的争议,事前的书面遗嘱就十分重要。无遗嘱实施脑死亡和器官移植易产生难以调和的争议。最典型的莫过于美国女植物人特丽·夏沃案了^[4]。由于特丽·夏沃生前无书面遗嘱,在特丽·夏沃不能真实表达意思的情况下,就涉及是否要拔除食管问题,其配偶与父母之间产生了激烈冲突。“紧攥着心爱的毛绒玩具,美国女植物人特丽·夏沃于当地时间 3 月 31 日上午 9 时零 5 分告别人世。送她走完最后一程的是丈夫与丈夫的律师,而父母亲与哥哥姐姐却被挡在了病房门外。”冲突最终波及到总统、议会和最高法院。“法律、医学和政治在特丽·夏沃悲剧性的经历中搅和在了一起。《时代》周刊在最近的报道中写道^[5]”。没有书面遗嘱而进行脑死亡和摘除器官进行移植容易产生争议。鉴于近亲属范围在不同领域构成存在差异,而在目前法律框架和法律资源情况下,一旦发生脑死亡和器官移植认定争议而寻求法律救济时,存在民事、行政、刑事救济三种彼此独立的救济渠道,所以,若进行脑死亡和器官移植立法,必须明确脑死亡和器官移植供者近亲属之构成,并表明其权利行使与义务承担的先后顺序。目的在于脑死亡和器官移植患者的权利不能因其近亲属范围不同而有不同取舍,不同对待。应当吸取国外经验教训,明确规定最终决定救治脑死亡患者人之顺序。如日本在这方面就做的不错。在日本法律上,担任这样角色的人被称为死亡“申报义务人”。《日本民法典》第 87 条规定(申报义务人):“(1)下列人应依顺序进行死亡申报,但亦可不拘顺

序进行申报：第一，同居的亲属；第二，其他同居人；第三，房东、土地所有人或房屋、土地的管理人；（2）死亡申报，即使同居亲属以外的亲属，亦可进行。”显然，对死亡申报，日本法律规定了顺序，但中国内地并没有这样的规定，有的只是申请宣告死亡的利害关系人顺序和关于遗产的继承顺序，如最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）25条规定：申请宣告死亡的利害关系人的顺序是：（1）配偶；（2）父母、子女；（3）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；（4）其他有民事权利义务关系的人。申请撤消死亡宣告不受上列顺序限制。《继承法》第2条规定：“继承从被继承人死亡时开始。”第10条第1款、第2款、第3款规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。死亡是继承的开始，继承分前后顺序，继承可按份共有。”

在《脑死亡立法问题研究》课题组组织的调查中，在“患者生前没有书面遗嘱表示一旦被确诊为脑死亡就放弃救治，这时，你认为决定是否继续治疗的第一顺序监护人应当是患者的（ ）A. 配偶；B. 子女；C. 父母”一栏中，56% 受访者认为应当由配偶做出；23% 认为应当由父母做出；21% 认为应当由子女做出。提示我们：

第一，配偶身份重要。在是否放弃救治脑死亡患者问题上，即使在第一顺序继承人层面，56% 受访者认为健在配偶要比其子女、父母更享有话语权。

第二，在遗产继承上，即使在第一顺序继承人层面，被继承人——配偶、子女与父母中谁是最终救治的决定人至关重要。最终救治的决定人不同，后果往往不同，如出现被继承人财产分配上差异。要注意进行利益相关分析。

第三，放弃救治脑已经死亡但仍存在心跳、呼吸的亲属之决定不易，需要勇气和胆量。应当营造敢于做出放弃决定的外部环境。

第四，只明确规定了医师医疗方案的选择权，他们没有最终决定权，《执业医师法》第21条第1项规定：“医师在执业活动中享有下列权利：（一）在注册的执业范围内，进行医学诊查、疾病调查、医学处置、出具相应的医学证明文件，选择合理的医疗、预防、保健方案；”患者和/或其近亲属才具有知情和最终同意权。此时，近亲属构成范围和权利

优先顺序就显得格外重要。

显然，从现有法律规定可以看出，在自然救治和死亡认定上，无论观念还是立法，我们已是落伍了，对人的生命关注还是落后于对财产的重视，人的生命是最重要的理念还只是停留于口号上。但随着时代的发展我们可以肯定，明确是否继续救治脑死亡患者之最终决定人及其顺序是非常重要的和必要的。实现方式或在脑死亡和器官移植立法中予以明确，或可在《继承法》、《民法通则》修改时增加。笔者认为，基于患者角度，认定是否继续救治的顺序应当按先配偶再父母最后是子女。

2.4.3 从事脑死亡认定和器官移植工作的医疗机构和医务人员的担心 他们担心对患者实施脑死亡和开展器官移植无法可依，于法无据。医疗界在对脑死亡诊断的科学性优于心肺死亡标准问题上基本不持异议，他们不担心脑死亡标准的适用会造成医学本身冲突。他们担心在缺乏脑死亡和器官移植法律的支持下，一旦因实施脑死亡和器官移植而在医患之间产生争议乃至司法诉讼后出现对他们不利的后果。站在医疗机构和医务人员角度，若为患者实施脑死亡认定和开展器官移植则最希望：一是为患者实施脑死亡和器官移植，不违反《医疗事故处理条例》，不构成医疗事故；二是帮助患者实施脑死亡和器官移植，不违反《民法通则》，不用承担人身损害赔偿的侵权责任；三是帮助患者实施脑死亡和器官移植，不违反《合同法》，不用承担医疗服务合同的违约责任。

但要不构成医疗事故，就必须遵守《医疗事故处理条例》。《医疗事故处理条例》第2条：“本条例所称医疗事故，是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中，违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规，过失造成患者人身损害的事故。”要不承担人身损害赔偿责任，就必须遵守《民法通则》。但是《民法通则》对宣告死亡有明确规定，对自然死亡认定则无依据；要不用承担医疗服务合同的违约责任，就必须遵守《合同法》。但对患者在诊疗护理中进行脑死亡认定和开展器官移植是否构成违约，《合同法》没有直接明确规定。

由于现有法律规定存在先天不足，使得为患者实施脑死亡和器官移植的医疗机构和医务人员心存担心，这样的担心也存在于患者的近亲属之中。考虑到医疗事故是医疗机构和医务人员最担心的事，所以欲要推广脑死亡作为死亡判断标准，最可靠的方式是必须借助立法，制定脑死亡和器官移植规范。

在理论上,脑死亡和器官移植规范的实现方式可以是医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规中的任何一种形式,但要彻底解除医疗机构和医务人员实施脑死亡和器官移植所产生法律责任上的担忧,尊重和保障人权,脑死亡和器官移植立法应当选择以法律方式最好。

2.4.4 源于对社会、家庭、伦理道德指责的担忧 传统医学认为,患者心肺功能丧失是放弃救治的标志。社会、家庭、伦理、道德对此已经完全接纳,没有异议。但由于心肺复苏技术的运用,患者心肺功能可借外力如心肺恢复仪等器械帮助而一直维持下去,但脑功能的丧失即使在目前现代医学也无法维持,更无法挽救。

面对已经不具有抢救价值的脑死亡患者,谁能站出来,谁敢站出来,谁又会站出来主张放弃无效救助呢?这就需要借助外力。在金钱上已付出很多的家人们,尽管感情上不愿意放弃抢救,但医学的认定又不能推翻,他们的内心即使同意放弃,但对存在心肺功能的患者又有谁愿意承担放弃救治脑死亡患者所引发的社会、家庭、伦理、道德的震荡与指责呢?毕竟,在死亡的认定上,既然无法由死者本人来确定,就应当由他人和某些专业人员,如医生等做出判定。等待医疗机构和医务人员提出,由脑死亡和器官移植近亲属做出放弃决定。近亲属们只需要出医疗费用就行了的思想具有普遍性,但由于缺乏对脑死亡诊断的支持尤其是法律上支持,医疗机构和医务人员也不愿意主动要求患者近亲属们放弃救治,毕竟,患者死亡结论需要得到家属、社会习俗和法律的认可^[6],缺哪个都存在风险。

两难情况下,无论是患者家人还是医疗机构和医务人员,虽然他们或许对抢救结果心知肚明,但此时的选择——继续不惜一切代价进行抢救——是唯一的,他们必须进行着“你情我愿”的无谓的持续性抢救!医疗费用化为患者家属良心平衡、家庭和睦、伦理道德完美、法律容许的代名词。甚至抢救费用越多、时间越长,越成为道德伦理优越的象征。但最终结果上,已经脑组织死亡而仅靠心肺复苏技术维持的心肺功能的人已不是活的人。真情要体现,但激情过后是理性。心肺死亡标准落后于脑死亡标准的关键在于心肺不在能够统领死亡。21世纪的今天,在判断死亡问题上我们不能让再抱着已经落后的心肺死亡诊断标准,不能再让它左右我们视线,延迟我们理性的判断。不能再这样继续下去了。

2.4.5 对法院不利判决后果的担心 法院审判是进

行着最后一道法律救济。法院审判脑死亡和器官移植争议案件,必须考虑法律、社会、伦理、道德与现实等因素。在脑死亡认定和器官移植工作中的法院判决的解读问题上,最易引发医师产生误判的问题是如何看待“法律无禁止则不违法(无罪)”规定?

有学者认为,由于我国目前尚无脑死亡和器官移植方面的立法,也无正式颁布判定死亡的法律标准去判定临床死亡,因此,根据法律无禁止不违法(无罪)原则,将脑死亡者器官用于移植或采用脑死亡诊断标准判断死亡并不违法^[7-8],即“合情、合理、不违法”;但也有学者认为这不对,应当是“合情、合理、违法”。但奇怪的是,如此针锋相对的争论何已能够并存而不出现被追究等问题?对此主张,笔者认为,尽管法律没有认可或制定脑死亡标准或依据,但直接以法律无禁止就是允许或同意进行脑死亡认定,并基于此原则开展器官移植工作的作法仍值得斟酌。

首先,法律无禁止不违法(无罪)原则仅适用于私权利如个人权利方面的行使,对涉及公权力如行政权行使就不适用。此原则目的之一是保护和保障私权利,即实施结果应有利于私权利行使人权益的保护。据此,就脑死亡认定和器官移植开展而言,如何证明对患者实施脑死亡和器官移植是有利于其本人(不是其近亲属)利益,比如如何证明放弃救治脑死亡之人是对其有利?

其次,事实上,脑死亡之人的民事行为能力是处于无法行使状态,按《民法通则》规定,可以被视为无民事行为能力人。对此类人,《民法通则》规定了特别处理程序:即无民事行为能力人则可由其法定代理人或近亲属进行意思表示,即在患者本身无能力明确授权情况下,其法定代理人有权进行意思表示。所以,简单将“法律无禁止不违法(无罪)”原则适用于已经处于脑死亡患者之上的做法在法理上还显得依据不足。

第三,法无明文不为罪(nalla crimen sine lege)蕴涵着很深的法理背景,比如它要求“法无明文不为罪”之法律是为人所知并被公开地宣传,而且它们的含义得到清楚的规定;法令在陈述和意向两方面都是普遍的,不能被当作损害某些可能被明确点名的个人(褫夺公民权利法案)的一种手段;至少对较严重的犯法行为应有严格的解释;在量刑时不追溯被治罪者既往过错^[9]。

最后,针对矛盾的观点,结合中国关于死亡认定的法规现况,本人认为准确表达应当是“合情、合

理、无法”才全面。

因此,若简单将“法律无禁止则不违法(无罪)”原则套用于脑死亡认定和器官移植工作,一旦发生脑死亡和器官移植争议而诉于法院,法院有可能做出的裁判之一是:因对患者实施脑死亡和开展器官移植无法律依据而判定医疗机构和医务人员对此承担不利的法律后果,这也属于举证责任倒置原则的具体适用。

3 进行脑死亡和器官移植立法的依据和遇到的问题

3.1 立法依据

主要依据包括《宪法》和《立法法》。

3.1.1 宪法性依据 《宪法》第33条规定:“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。中华人民共和国公民在法律面前一律平等。国家尊重和保障人权。任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”国家应当尊重和保障公民的人权,公民特别是横跨生与死、充满死亡争议、涉及器官移植等问题、处于脑死亡和器官移植边缘的患者和家属们,他们的人权状况无疑最应当受到关注。不仅如此,对那些必须依靠器官移植才能保住生命的器官衰竭患者群体,他们的生存权也是令人牵挂的。如何保障这些处于弱势、等待帮助群体的人权,国家是有义务通过行动如包括制定法规等,体现对他们人权的尊重和保障。《宪法》第45条第1款规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业”。一个已经处于死亡边缘,对死亡知识又不甚清楚的患者,他需要国家和社会的帮助,国家、社会也有义务救助那些诸如疾病包括器官衰竭等而需要救助的患者们,要为处于脑死亡和器官移植边缘的患者提供些具体的帮助,让他们享受到国家发展社会保险、社会救济和医疗卫生事业带来的帮助,但这需要先有规定予以确认。包括但不限于上述的理由,既是制定脑死亡和器官移植法的宪法性依据,也是要求制定脑死亡和器官移植法的现实。

3.1.2 立法性依据 《立法法》第2条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。”

因此,脑死亡和器官移植要立法,就必须要遵守《立法法》。脑死亡和器官移植立法的层级应当符合《立法法》确定的法规形式,即应在法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、国务院部门规章和地方政府规章中进行选择合适的立法层级。

3.2 遇到的问题

脑死亡和器官移植立法必须服从《立法法》,因此,脑死亡和器官移植立法可采取的法规形式只能在《立法法》允许范围之内。但问题是:

一、现有部门规章可以成为脑死亡和器官移植立法的形式吗?《立法法》第71条规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。”

显然,现今由于脑死亡缺乏上位法——法律、行政法规——的规定,国务院各部门如卫生部,就不具有制定与脑死亡及相关内容的立法职权。由于器官移植方面的《人体器官移植条例》已经出台,所以,对器官移植问题按此则可以。

二、现有政府规章可以成为脑死亡和器官移植立法的形式吗?《立法法》第73条规定:“省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。地方政府规章可以就下列事项做出规定:(1)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;(2)属于本行政区域的具体行政管理事项。”

据此,脑死亡问题由于缺乏上位法——法律、行政法规、地方性法规的规定,地方性规章也无权制定与脑死亡和器官移植相关内容的职权。但器官移植问题则可以。鉴于器官移植供体问题,使得脑死亡与器官移植之间存在直接的关联与很大的风险,所以,为充分尊重和保障人权,脑死亡和器官移植同时立法是最可取的方式。按照这样的思路,即便在《人体器官移植条例》以及相关部门规章存在的前提下,现今进行脑死亡和器官移植立法可以采取的形式仍然只能是:法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例。但遗憾的是,目前是将脑死亡与器官移植分别进行规范,并先制定了器官移植方面的规范,对其上游的脑死亡规范还在研究之中。

4 脑死亡和器官移植立法的表现形式

4.1 可以由全国人大制定专门的脑死亡和器官移植法

采取一步到位的立法技术。全国人民代表大会行使国家立法权。全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。《立法法》第8条规定：“下列事项只能制定法律：（1）国家主权的事项；（2）各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；（3）民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；（4）犯罪和刑罚；（5）对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；（6）对非国有资产的征收；（7）民事基本制度；（8）基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；（9）诉讼和仲裁制度；（10）必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

显然，有关死亡和器官移植问题是属于民事基本制度，对“死亡”包括脑死亡和器官移植问题进行专项立法，制定法律是选择之一。

4.2 或可以由全国人大常委会以部分补充和修改法律的方式完善有关脑死亡和器官移植方面的条款

“修与补”是其立法特点。全国人大常委会也可以行使国家立法权《立法法》第7条第2款规定：“全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。”

显然，若选择由全国人大常委会进行脑死亡和器官移植方面的立法，就可对《民法通则》有关条款进行部分补充、修改和完善，实现对脑死亡和器官移植的立法。

4.3 或可由接受人大及常委会授权的国务院先制定脑死亡和器官移植方面的行政法规，条件成熟后再制定法律。立法特点在于先易后难，成熟一个制定一个先授权国务院制定行政法规

一方面，《宪法》赋予了国务院就特定事项的管理权力，如《宪法》第89条第7款规定：“（国务院）领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作。”；同样，《立法法》第56条也赋予国务院就有权就“领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作”方面的事项制定行政法规；另一方面，《立法法》第9条规定：“本法第8条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其

中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、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、司法制度等事项除外。”

目前，由于没有脑死亡和器官移植之法律，因此，本应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的脑死亡和器官移植事项，可先由全国人民代表大会及其常务委员会做出决定，明确授权国务院进行脑死亡和器官移植方面的立法的目的、范围，国务院也应当严格（不得将该项权力转授给其他机关）按照授权目的和范围，根据脑死亡和器官移植实施中的实际需要，对脑死亡和器官移植事项先制定行政法规，行使脑死亡和器官移植之行政立法权。

成熟后再制定法律。《立法法》第11条规定：“授权立法事项，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，由全国人民代表大会及其常务委员会及时制定法律。法律制定后，相应立法事项的授权终止。”经过对国务院制定的脑死亡和器官移植之行政法规的实践检验，若判断制定脑死亡和器官移植法律的条件已经成熟，则国务院应及时提请全国人大及其常务委员会制定脑死亡和器官移植法。这也就是学者提出现今可制定诸如《脑死亡和器官移植管理条例》的立法渊源^[10]。目前已经完成了《人体器官移植条例》的制定。

4.4 或可以采取寻求全国人大常委会以法律解释的方式对脑死亡和器官移植进行立法

《立法法》第42条规定：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（1）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（2）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。”

如对死亡的规定，主见于《民法通则》有关条款，如其第9条规定：“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。”；第14条规定：“无民事行为能力人（包括不满十周岁的未成年人、不能辨认自己行为的精神病人）、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。”；第16条第2款规定：“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人。”；第69条第3款规定：“有下列情形之一的，委托代理终止：（3）代理人死亡；”；第70条第2款规定：“有下列情形之一的，法定代理或者指定代理终止：（2）被代理人或者代理人死亡；”；第98条规定：“公民享有生命健康权。”最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通

则》若干问题的意见(试行)36条第2款规定：“被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。”显然，对死亡认定和器官移植问题，若采取以对现有法律如《民法通则》寻求法律解释方式进行立法，则上述《民法通则》中与死亡相关的条、款、项就是寻求法律解释的目标。若提出有关“死亡和器官移植(事实上，死亡后就存在器官捐献和移植问题)”之法律解释案，就必须要有寻求死亡包括脑死亡和器官移植之法律解释草案的文本、说明(应当包括制定该法律的必要性和主要内容)和必要的资料。

至于可以寻求法律解释的主体包括国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会。《立法法》第43条规定：“国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。”全国人民代表大会常务委员会的对死亡的法律解释同法律具有同等效力。

4.5 或可以考虑由最高人民法院再就自然死亡和器官移植问题做出司法解释

《最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)》36条第2款规定：“被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。”“自然死亡”来源于最高人民法院司法解释，因此，考虑由最高人民法院再就“自然死亡与脑死亡和器官移植之间关系问题”做出司法解释，也不失为一种办法。

4.6 能否以地方性法规、自治条例和单行条例的形式进行脑死亡和器官移植之立法？

第一，地方性法规在脑死亡和器官移植立法方面的立法权限。由于行政区域的特殊性，地方性法规又可以分为两类情况；

情况一；地方性法规(经济特区所在地的省、市的除外)不具备脑死亡事宜的立法权，但具备制定器官移植事宜的立法权。《立法法》第64条规定：“地方性法规可以就下列事项作出规定：(1)为执行法

律、行政法规的规定，需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项；(2)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。除本法第八条规定的事项外，其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效，制定机关应当及时予以修改或者废止。”由于死亡和器官移植问题属于民事基本制度，除全国人大及其常委会授权国务院制定脑死亡和器官移植方面的行政法规外，原则应当制定脑死亡和器官移植方面的法律。目前已经存在器官移植方面的行政法规，因此，除经济特区所在地的省、市以外，地方性法规无权制定有关脑死亡地方性法规，但有权制定器官移植方面的地方法规。

情况二：经济特区人大机关具备脑死亡和器官移植事宜的地方立法权。《立法法》第65条规定：“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。”显然，如果全国人民代表大会的授权决定，则经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会可以制定脑死亡和器官移植方面的法规。中国大陆一共设立了五大经济特区：深圳、珠海、汕头、厦门、海南。因此，根据全国人民代表大会的授权决定，广东省、福建、海南的人民代表大会及其常务委员会以及深圳、珠海、汕头、厦门、海口市的人民代表大会及其常委会可以率先制定脑死亡和器官移植方面的法规，并分别在深圳、珠海、汕头、厦门、海南范围内实施。

第二，自治条例和单行条例在脑死亡和器官移植事宜的立法权限。《立法法》第66条规定：“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。”

显然，由于脑死亡和器官移植问题是随医学科学发展而产生起来的问题，不具有民族的特点，因

此,原则上自治条例和单行条例是没有制定脑死亡的立法权,但存在制定器官移植立法事宜的立法权。

4.7 在已经存在有关脑死亡和器官移植方面的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例情况下,是否可以规章形式为脑死亡和器官移植事宜进行立法

如前所述,在存在有关脑死亡和器官移植方面的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例情况下,则依法可以规章形式为脑死亡和器官移植进行低位立法。

情况一:部门规章可以为脑死亡和器官移植进行立法的依据是《立法法》第71条,其规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。”显然,接受全国人大及其常委会授权的国务院,有权对脑死亡和器官移植事宜制定行政法规。而这就意味着国务院有关部门如卫生部,可以根据脑死亡和器官移植之行政法规,在卫生部的权限范围内,制定与脑死亡和器官移植方面相关的部门规章。脑死亡和器官移植方面的部门规章规定的事项应当属于执行国务院的脑死亡和器官移植方面的行政法规的事项。

情况二:政府规章为脑死亡和器官移植进行立法的依据是《立法法》第73条,其规定:“省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。地方政府规章可以就下列事项作出规定:(1)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;(2)属于本行政区域的具体行政管理事项。”

显然,根据全国人民代表大会的授权决定,如广东省、福建、海南的人民代表大会及其常务委员会就可以率先制定脑死亡和器官移植方面的法规,并分别在深圳、珠海、汕头、厦门、海南范围内实施,那么,与此对应的是,广东省、福建省、海南省人民政府和深圳市、珠海市、汕头市、厦门市、海口市的人民政府,就可根据地已经制定的脑死亡和器官移植之地方性法规,分别在深圳、珠海、汕头、厦门、海南范围内制定以实施执行脑死亡和器官移植地方性法规为内容的政府规章。

通过阐述脑死亡和器官移植之立法权限与途径,并就脑死亡和器官移植之立法与地方性法规、自

治条、单行条例和规章之间关系,可以提醒我们:

对脑死亡和器官移植立法存在由点到面、由局部到整体、由个别省试点到全国推广的立法依据,从而大大增加了成功进行脑死亡和器官移植的可能性。

综上所述,本文并不否认脑死亡和器官移植问题首先是一个医学性问题,但这并不意味着死亡和器官移植问题就是由医学一家所能够单独解决的问题,它内在的矛盾与冲突已超出医学单独解决能力范畴之外。人的病和病的人决定了脑死亡和器官移植问题兼有的医学和法学特征。不能直接把死亡和器官移植问题仅局限于医学领域之中进行探讨,它不只是一个关于死亡标准选择和使用的问题。它既是一个关于承认死亡、判断死亡和器官利用的事实问题;也是一个如何看待死亡、器官移植利用并处理死亡、解决死亡和器官移植及相关的系列性、系统性的社会伦理道德、法律、文化和宗教等课题;也是一个复杂并还存在尖锐化趋向的社会性问题。它的进展、处理与评价,不仅关乎医学发展问题,关乎生命健康、生命延续的问题,还关乎人权与生命尊严、国家与个人、权力与权利划界与边界问题,关乎以人为本和建立和谐社会的大问题,关乎落实国家对人权尊重和保障承诺的宪法性问题。它最终的妥善和妥协处理需要立法的介入,需要法律的支持。

参 考 文 献

- 1 [日]星野英一,著.私法中的人.第1版.中国法制出版社,2004.
- 2 陈忠华,主编.脑死亡和器官移植——现代死亡学.第1版.科学出版社,2004.106.
- 3 [法]米歇尔·沃维尔,著.高凌瀚等,译.死亡文化史.第1版.中国人民大学出版社,2004.690-691.
- 4 美女植物人死因有疑?丈夫不让亲人送终.大洋网.2005-04-02.
- 5 安然:《植物人:一个医学名词的背后》.南方周末.2005-03-31.
- 6 陈忠华,袁劲,周鸿敏,等.论人类死亡概念和判断标准的演变和进化.中华医学杂志,2004,84(14): 1221.
- 7 陈忠华,张苏明,卜碧涛,等.脑死亡和器官移植判定与实践一例.中华医学杂志,2003,83(19): 1723.
- 8 陈忠华,袁劲.论自愿无偿器官捐献与脑死亡和器官移植立法.中华医学杂志,2004,84(2): 89.
- 9 [美]约翰·罗尔斯,著.何怀宏等,译.正义论.第1版.中国社会科学出版社,1988.236.
- 10 陈忠华,裘法祖.脑死亡和器官移植者捐献器官——现代科学和人文精神的完美结合.中华医学杂志,2004,84(8): 618.

收稿日期: 2007-03-24
本文编辑: 杜亮

Direct Legislation Is Required to Solve Brain Death and Organ Transplant Related Issues

SONG Ru-liang¹, DENG Shao-lin²*, LI You-ping³

1. Law Department of Guangdong Provincial Party School / Guangdong Institute of Public Administration, Guangzhou 510053, China

2. West China Hospital of Sichuan University, Chengdu 610041, China

3. Chinese Evidence-based Medicine Center, West China Hospital of Sichuan University, Chengdu 610041, China

【Abstract】 As more and more issues have emerged in organ transplantation cases, there is an increasing dispute about the definition of death: whether the criteria of cardiopulmonary death or brain death should be applied. The conflict between rights and obligations in brain death and organ transplantation is becoming ever evident, and there is a need for clarity on the issue of death and organ transplantation. This needs to come through legislation, which would be the most economical and effective intervention to provide this clarity.

The authors believe that the National People's Congress of China (NPC), the Standing Committee of NPC, the State Council of China and the Supreme People's Court of China may get involved in the legislation for issues related to brain

death and organ transplantation.

As for the selection of decrees related to brain death and organ transplantation, all provinces, autonomous regions and centrally-governed municipalities can not exercise corresponding local legislative power except for special economic zones. After brain death and organ transplant related laws, administrative regulations, local decrees, autonomous decrees and special decrees have been settled, relevant executive legislation may be enacted.

During such a legislative procedure, pilot programs can be adopted so as to enhance the applicability and success rate of the legislation of brain death and organ transplant.

Chin J Evid-based Med, 2007, 7(11): 816-826.

Key words Legislation; Intervention; Brain death; Organ transplant

* Correspondence author