

# 我国脑死亡立法应该缓行

方 彩 娟

(华东政法学院, 上海 200042)

[摘 要] 到目前为止, 全世界已有 80 多个国家和地区陆续建立了脑死亡标准, 一些国家还制定了相应的脑死亡法。据媒体报道中国的脑死亡立法已经进入准备阶段。但是要确立一种新的死亡判定标准不仅仅涉及脑死亡判断标准本身的科学性, 而且与一国的伦理道德、传统习俗、人的心理认识密切相关。它必定要与一国经济、科学、文化的发展水平相适应。

[关键词] 脑死亡; 立法理由; 器官移植; 可执行性; 缓行

[中图分类号] D923; D919 [文献标识码] A [文章编号] 1008-7966(2003)03-0101-03

据报道, 中国器官移植发展基金会和中华医学会器官移植分会等机构在武汉联合召开了全国器官移植法律问题专家研讨会, 会议已分别提出了器官移植法(草案)和脑死亡标准及实施办法(草案)。对我国绝大多数人来讲脑死亡还是一个很陌生的名词, 所以在器官移植学界大力呼吁推进我国器官移植学的关键所在是确立脑死亡立法, 网络、报纸、电视各种传媒多在探讨脑死亡的可行性的时候, 我们也应该在传媒上多一分理性, 在脑死亡立法确立之前科学论证其可行性(可行性包括是否可以推行以及是该急行还是缓行), 本文就是从多个角度论证在立法上确立脑死亡具有相当的科学性, 但是因与我国几千年来民族文化传统相背离, 为了不造成民众的心理混乱, 避免实施过程当中遇到尴尬, 目前应当暂缓脑死亡的立法。

## 一、脑死亡的概念

### 1. 脑死亡概念的含义及由来

从科学上讲死亡分三个档次, 第一种是没有脑电波活动, 没有自主呼吸, 没有反射, 完全没有可能再逆转的, 这就是本文所说的脑死亡。但脑死亡的时候心跳可能还有。第二种是心脏、呼吸停止, 这种死亡称之为临床死亡, 从医学上讲临床死亡也不是彻底的死亡。第三种是心跳停止 24 小时之后, 人的生物细胞全部死亡, 这种死亡叫做生物学的死亡<sup>[1]</sup>。几千年来, 心跳和呼吸的停止一直被认为是死亡的惟一标志。然而, 随着医学科学的不断发展, 呼吸机和维持心跳血压药物的出现, 使一些已经出现生命衰竭症状的病人仍然可以借助外力来维持基本的呼吸和心跳。而另一方面, 脑电波的发现, 则使一向沉默的脑部活动开始引起人们的重视。1959 年, 两名法国医学专家在对 23 名深度昏迷的病人进行临床观察时首次发现了一种新的死亡状态。根据对这 23 名不符合传统死亡观念的深度昏迷者的临床研究, 1966 年国际医学界正式提出了“脑死亡”的概念。两年后, 美国哈佛大学医学院的研究小组, 提出了第一个“脑死亡”

的临床诊断标准。据悉, 到目前为止, 全世界已有 80 多个国家和地区陆续建立了脑死亡标准, 一些国家还制定了相应的脑死亡法。但是, 各国对脑死亡的定义却并不完全相同, 主要有以下几种学说: (1)“脑波停止说”, 认为以脑波永久地停止作为人死亡的标志; (2)“大脑死说”, 认为只要大脑机能不可恢复或失去时(出现植物状态)即视为死亡; (3)“脑干死说”, 认为只要脑干的机能无法恢复<sup>[2]</sup>或失去时即视为死亡; (4)“全脑死说”, 认为只有包括脑干在内的脑整体的机能不能恢复或不可逆性的失去时, 才能视为死亡。目前各国一般采用“脑干死说”、“全脑死说”。

### 2. 脑死亡与植物人的区别

脑死亡不同于植物人。植物人脑干的功能是正常的, 昏迷是由于大脑皮层受到严重损害或处于突然抑制状态, 因此病人可以有自主呼吸、心跳和脑干反应, 少数病人还有可能一朝苏醒。但脑死亡人全脑呈现器质性的损伤, 无自主呼吸, 脑干反应消失, 脑电波是一条又平又直的线, 经颅多普勒 B 超显示脑死亡。

### 3. 判定脑死亡的标准

脑死亡的判定标准比较复杂, 美国哈佛医学院于 1968 年首先报告了他们的脑死亡标准: 要求在 24 小时的观察时间内持续满足: 第一, 无反应性; 第二, 没有可见的恒温几率; 第三, 无反射性; 第四, 在电生理的表现上, 没有高于 2.5 微伏的电位。目前各国对脑死亡的诊断标准不一致, 综合各国专家的意见, 我国学者把“脑死亡”标准归纳为六条: 严重昏迷、瞳孔放大、固定、脑干反应能力消失、脑波无起伏、呼吸停顿, 以上六项连续出现六个小时而毫无变化。

## 二、目前我国学者主张脑死亡立法的主要理由

目前我国推动和主张脑死亡立法的主要是医疗界的器官移植学专家们, 他们主张脑死亡立法的主要理由如下:

1. 节约有限的医疗资源, 减少患者家属与社会的治疗压力

他们认为中国是一个发展中的国家, 是用世界上 1% 的卫生资源在为 22% 的人口服务。所以要用有限的医疗资源为广大人民群众的治疗卫生服务, 不能浪费。在我国抢救一个脑死亡病人, 平均费用可以达到 10 万元, 普通

收稿日期: 2002-11-27

作者简介: 方彩娟(1975-), 女, 浙江桐庐人, 华东政

法学院 2002 级民商法学硕士研究生

人。我国每年为脑死亡患者的“抢救”支出约数百亿元医疗费用,同时还影响了其他真正需要的抢救。把大量的医疗资源浪费在不可能救活的病人身上,这和完成卫生改革的目标是不相称的。

## 2. 为器官移植提供良好的供体, 促进器官移植医学的发展

他们认为在法律上承认脑死亡, 可以在一定程度上扩大器官移植的供体范围, 有助于推进器官移植医学发展, 为器官移植开辟一个更广阔的空间。而且脑死亡者捐献的器官因为供者肌体组织细胞尚未破坏, 质量通常较高, 移植效果也比传统死亡概念(呼吸、心跳停止)死者的捐献器官要好。这能使成千上万个器官终末期病人因此得到再生的机会。目前中国心、肝、肾等器官移植在临床上已达到相当的水平, 由于没有脑死亡立法, 器官供体质量不如国外, 器官来源的正常程序受到影响和干扰。出于对供体来源的怀疑, 中国在临床器官移植领域的科研成果得不到国际承认, 论文不能发表, 同时容易招致一些敌对势力造谣, 歪曲事实进行攻击。脑死亡立法“成了困扰医学界的一大难题, 也无形中成了器官移植的‘瓶颈’”。

## 3. 也是为了降低患者本人的痛苦, 让人死得尊严些

他们认为脑死亡患者已经失去知觉, 并且不可能复苏, 人为维持其生命已失去意义, 应该让其有尊严地死去。

# 三、主张脑死亡立法应该缓行的理由

“法律不仅是一个规则体系, 而且也是一个制度体系。法律制度直接体现了法原则的精神内核、法律所追求的价值目标以及社会的现实需求, 并由此而成为相应规则产生和变更的依据……制度之完善决非朝夕蹴就。制度必须根植于实践, 具有应然和实然的正当性, 才可能具有旺盛的生命力。”脑死亡也许比心脏死亡更科学, 但是要确立一种新的死亡判定标准不仅仅涉及脑死亡判断标准本身的科学性, 而且与一国的伦理道德、传统习俗、人的心理认识和承受能力密切相关。它必定要与一国的经济、科学、文化的发展水平相适应。就我国目前的实际情况来看, 笔者认为脑死亡立法不应操之过急, 应该暂缓实行。理由至少有以下几点:

首先, 从立法的价值取向看, 不能提倡“效率优先”的理念

目前提出和主张脑死亡立法的理由之一在于主张脑死亡则可以节约有限的医疗资源。从立法的价值取向来看也就意味着效率优先于人的生命价值。自从我国从计划经济体制转向市场经济体制后, 在经济领域提出了“效率优先, 兼顾公平”的价值目标, 但是有的学者将其引入了立法领域, 作为法律的首要价值目标。在经济领域确立效率优先这一目标无可厚非, 但是在法律的领域中这就存在着极大的争议。古希腊先哲曾提出, “法律乃公平正义之艺术”。法律的发展历史就是人类争取公平正义的历史, 法律的终极目标就在于实现公平正义和对人的关怀和尊重。而效率优先则意味着可以用利益最大化来牺牲社会公平, 这与法律的本义是相违背的, 没有公平正义的效率不是真正的效率, 是无法长久的。现在我们转向实行市场经济体制, 但我们不能利用效率优先来牺牲法律的公平正义, 这最终同样会伤害到人类的权利和尊严。为了追求社会效率而否定脑死亡

其次, 从道德伦理角度来看, 定义死亡不能伤害生命的尊严

霍姆斯法官曾经说过, “法律乃是我们道德生活的见证和外部积淀”, 一部良法应当符合人类最基本的道德要求, 违背人类基本道德规范的法律是无法得到真正实施的。目前提出和主张脑死亡的主要是我国医学领域的器官移植学专家, 他们认为主张确认脑死亡可以扩大器官移植供体的范围, 从而可以救活大量需要器官移植的病人。这实际上就是认为应当牺牲脑死亡病人的生命来换取器官移植病人的生命, 这就会引出这样的伦理问题: “人的生命价值是否有高低之分?” “是否应该牺牲所谓价值较低的生命来换取另一个人的生命?” 假如因为脑死亡患者临近死亡就认为其生命价值低于其他生命期限长的人, 那么是否也就意味着儿童的生命价值要高于老年人, 儿童应该比老年人得到更多的尊重。这是明显地与人的道德伦理相违背的。每一个人的生命都是平等的, 都具有绝对的价值。它是人类自身内心的一种主观确认, 我们无法也不能用一种人为的统一的标准来区别衡量人的价值。否则, 将与“人生而平等”的原则相违背的, 会直接伤害到人类的尊严。脑死亡问题的立法讨论是可以的, 但不能引起对生命价值的褊狭理解, 不能伤害生命的尊严。我们“不能以价值来决定一个生命要不要存在。由于“死亡”对一个人来说特别重要, 可能影响他对自己本身的认识; 对社会而言死亡标准的变化也会引起价值观念、法律制度的变化”。

再次, 死亡不仅仅是一个科学的定义, 它还具有社会性, 从民众的心理承受能力看脑死亡立法的可执行性

死亡问题承载着我们几千年的文化, 死亡这个概念不仅仅是一个科学的定义, 它还具有社会性, 包含着很多的人文内涵。即使科学能够达到这样一种共识, 认为脑死亡就是代表人体的死亡, 但作为立法者也得要考虑现实生活中的人们, 对于一种科学的东西的承受能力。一个社会的传统习俗的改变不是一朝一夕的事情, 可以预测要改变我们心目中存在了几千年的判定死亡的标准, 将会是一个漫长而艰难的过程。它不仅涉及医学、生物学, 更与社会的传统习俗有着剪不断的联系。这不是用科学与非科学、文明与落后等一两句简单的判断所能化解的。因为它涉及到人类心灵深处的东西, 即对死亡的认识、对人的肉体的看待, 其中包含着传统文化的诸多因素。而传统的习俗在其中起着强大的支配作用。这种力量是潜在的、不成文的, 但却浓缩着数千年民族传统文化积淀下来的思想观念, 在许多时候潜移默化地左右着人们的行为。目前推动脑死亡立法的专家仅仅从科学性的角度来论证脑死亡立法的可行性, 这显然是不够的。因为立法不同于科学认识, 必须考虑与传统的社会习俗的衔接, 考虑到社会民众的心理承受能力, 必须让人们有一个逐步接受的过程。一部良好的、成功的法律不仅仅在于其内容本身的科学性, 还在于其在现实生活的可执行性。我国的《票据法》立法借鉴了国外先进的理念, 其本身的内容很好, 但在现实中有很多规定却无法得到真正的执行, 原因就在于此。总之, 要突破一个社会传统的道德习俗, 不是仅靠科学家一两句真知灼见就能立竿见影的, 我们必须对民众心理承受能力有一个理智的宽容的估计。科学的、文明的理念落地生根、开花结果, 有待长期的、持续的科学知识的传播与国民素质的提升, 有待社会、经济等方面不断的完善和进步。

第四, 医学界本身对脑死亡的判定存在不同认识, 判定标准的科学性值得怀疑

死亡本身是一种绝对的客观状态, 不存在中间状态。但是在医学中我们接触到这样一个冷酷的事实: 死亡还是有不同的定义和标准的, 且判定死亡的标准操之人手。我们通常的死亡标准是心跳、呼吸的停止, 这个比较明显, 一般人也能看得出来, 没有什么争议。但是脑死亡的定义和标准, 就比较复杂。到目前为止实施脑死亡的国家已有 80 多个, 但是自美国哈佛大学研究小组提出第一个脑死亡标准后, 德国、瑞典、法国等又提出了脑死亡的判断标准, 这些判断标准与美国的有些区别, 强调脑血管造影为脑死亡佐证。目前, 美国、西欧、日本报告的脑死亡标准有 30 多套, 这么多的定义和标准之间相互间存在冲突和不一致。这说明即使在医学界对脑死亡的判断意见也是不一致的, 说明了脑死亡判定标准本身的科学性在目前也是值得怀疑的。

第五, 脑死亡的实施目前在我国尚不具备普及性

在我国, 目前即使有了科学的脑死亡诊断标准, 付诸实施时也是困难重重。由于我们国家地域辽阔, 医疗水平发展极不平衡, 有一些中小型医院, 或者比较落后的地方, 连检测手段都没有, 有经验的大夫也没有, 脑死亡的判定又如何实施呢? 而死亡又是一件极其严肃的事情, 一个国家不

能存在几种判定死亡的标准。因为这会引起一国法律上关于传统观念上的死亡、医学死亡、法律死亡之间的冲突, 从而影响到法律问题的认定, 例如故意伤害与故意伤害致死的认定、继承开始时间的认定等等一系列的问题。

参考文献:

- [1] 卫尔真, 陶澜. 众专家谈脑死亡立法[N]. 北京青年报, 2001-07-06.
- [2] 脑死亡不同于植物人, 脑死亡立法征集各方面意见[N]. 北京晨报, 2002-08-28.
- [3] 观点: 以脑死亡为基准会带来什么[N]. 北京晚报, 2000-06-16.
- [4] 连晋. 制度的生命力在哪里[N]. 检察日报, 2002-07-23.
- [5] 刘明祥. 脑死亡若干法律问题研究[J]. 现代法学, 2002, 24(4).
- [6] 钮怿. 脑死亡: 伦理与科学的争辨[N]. 文汇报, 2002-10-30.
- [7] 江华, 熊玮. 是是非非脑死亡[N]. 南方周末, 2002-09-19.

[责任编辑: 王泽宇]

(上接 93 页)

基础上, 采取了起诉便宜主义。我国在检察机关的起诉自由裁量权方面, 实行起诉法定主义与起诉便宜主义相结合的原则。一方面, 刑事诉讼法第 141 条规定: “人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清, 证据确实、充分, 依法应当追究刑事责任的, 应当作出起诉决定, 向人民法院提起公诉。”这是我国刑事诉讼中起诉法定主义的法律基础; 另一方面, 刑事诉讼法第 142 条第 2 款规定: “对于犯罪情节轻微, 依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的, 人民检察院可以作出不起起诉的决定。”这是我国刑事诉讼法确定起诉便宜主义的直接体现。

我国的暂缓起诉作为起诉便宜主义下检察机关运用起诉自由裁量权的类型之一, 实际上是在起诉和不起起诉之间作了一个缓冲, 对不起起诉附加了在一定期限内进行考察的条件, 既体现了检察机关对于具体案件处理的慎重性, 同时又赋予了检察机关一定的起诉自由裁量权, 使刑事追诉符合刑事诉讼的目的。

暂缓起诉与日本的起诉犹豫十分相似。日本的起诉犹豫是为了缓解采取起诉法定主义所造成的监狱人满为患而带来的财政负担而创立的, 然而, 松尾浩也教授对此评价说: 这一主张与其说来自财政上的理由, 毋宁说是基于对暂缓起诉所带来的刑事政策上的积极效果的认识。日本的这一实践证实了暂缓起诉的合理性。

我国的暂缓起诉顺应了国际刑事诉讼的发展趋势。暂缓起诉注重国家公益以及刑罚的具体妥当性, 给没有起诉价值或者不需要判处刑罚的人提供改过自新的机会, 强调刑罚的特殊预防, 有利于实现具体正义, 避免不必要或不恰当起诉的负面效应, 给予检察机关以一定的起诉自由裁量权, 使检察机关的起诉朝着更加合理、公正的方向发展。在

出。如未成年人涉嫌抢劫罪, 抢劫罪的法定最低刑为有期徒刑三年, 在不符合不起起诉的条件下, 就必须依法提起公诉, 而法院最后可能作出了对其判处有期徒刑缓刑的判决。这一判决结果与暂缓起诉似乎有异曲同工之效——都是通过考察期的考察来确定今后如何对其处理, 但是开庭审判将其名誉, 特别是心灵造成很大的冲击和损害, 而且在未成年人身上留下了刑事犯罪的记录, 其负面效应是难以估量的。那么, 假设法院对该未成年人适用了短期自由刑呢? 短期自由刑又很容易造成犯人之间的交叉感染, 尤其对于未成年人, 从而使其成为潜在的危害社会的因素。而暂缓起诉可以通过检察机关运用其起诉自由裁量权, 针对特定犯罪嫌疑人, 确定考察期, 对于考察期满不再危害社会的人作出不起起诉的决定, 使其得以正常生活和工作, 为其弃恶从善创造条件, 也有利于社会秩序的长久稳定。

另外, 诉讼经济原则是现代刑事司法的一项最基本的准则, 它要求司法机关应当以尽可能少的诉讼成本投入, 最大限度地实现刑事诉讼目的——客观公正, 而且诉讼经济原则的实现, 必须依靠诉讼程序运作具有经济合理性和相应措施来实现。因此如何做到诉讼经济直接关系到法律制度是否科学、合理的问题。尤其在刑事追诉利益不大时, 应优先考虑程序的经济性。暂缓起诉就是在这种情况下应运而生的, 它可以通过检察机关对其起诉自由裁量权的运用, 针对特定案件减少司法资源的投入, 符合诉讼经济的要求。

综上, 从检察机关的起诉自由裁量权的发展趋势看, 暂缓起诉具有其合理性, 但是现阶段暂缓起诉与现行法律的冲突是存在的, 解决这一矛盾的途径就是完善、调整相关立法, 使暂缓起诉具有合法性, 突显其合理性。

[责任编辑: 王兰娟]