

广东省哲学社会科学“十五”规划
2003—2004年度项目《脑死亡立法问题研究》

BRAIN DEATH AND TRANSPLANTATION OF ORGAN
RELATIONSHIP DISPUTE AND LEGISLATION

脑死亡与器官移植 关联、争议与立法

宋儒亮◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

D922.16/62

2008

广东省哲学社会科学“十五”规划
2003—2004年度项目《脑死亡立法问题研

BRAIN DEATH AND TRANSPLANTATION OF ORGAN
RELATIONSHIP DISPUTE AND LEGISLATION

脑死亡与器官移植 关联、争议与立法

宋儒亮◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

脑死亡与器官移植:关联、争议与立法/宋儒亮著.

—北京:法律出版社,2008.4

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8302 - 2

I. 脑… II. 宋… III. ①脑—死亡—立法—研究—
中国②器官移植—立法—研究—中国 IV. D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 037809 号

©法律出版社·中国

责任编辑/孙 慧

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/31 字数/562 千

版本/2008 年 7 月第 1 版

印次/2008 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8302 - 2

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

死亡认定不可逆。心肺器官可以移植,心肺死亡认定具有可逆性,心脏死亡患者最终不必然死亡,心肺死亡不再是人最终死亡标志。脑无法移植,脑死亡认定不具有可逆性,脑死亡患者最终必然死亡,脑死亡才是人最终死亡符号。

死亡认定依靠标准。心死亡标准和脑死亡标准是两种截然不同的死亡标准。死亡认定适用标准不同,死亡认定结论不同。消除死亡认定不确定性应当从死亡标准入手。心肺死亡标准是死亡认定的中间标准,脑死亡标准是死亡认定的最终标准。

继续沿用传统心肺死亡标准,干扰死亡认定,误导死亡认定真相,延缓医学科学进步,加剧器官供体滥用。死亡认定标准应当唯一和统一,即死亡标准只能是脑死亡标准而不是心肺死亡标准。应当由脑死亡标准取代心肺死亡标准,但仅凭脑死亡标准本身具有的正确性、精确性与科学性还不足以实现脑死亡标准取代心肺死亡标准的目标。

死亡标准与器官移植之间存在着关联与风险。改变死亡标准,引发死亡认定和器官再利用争议。一个心不跳了、呼吸停了、脉搏没了、意识丧失了的心肺死亡患者,按照传统心肺死亡标准结论而停止继续救治,医师支持、他人理解而且其近亲属即使难接受但不至于反对,摘除其同意捐献的器官并不是禁忌;一个心还跳、呼吸还存、脉搏还动、意识丧失了脑死亡患者,根据脑死亡标准结论而停止继续救治,不仅医师难执行、他人要质疑而且其近亲属不接受,摘除其同意捐献的器官难免发生冲突。不仅如此,一般而言,脑死亡尸体器官较心肺死亡尸体器官更适宜作为器官供体来源,所以,改变医学死亡标准但却无法律跟进与认可,一方面,直接加剧死亡认定的无序、滥用。“有的人活着,他已经死了;有的人死了,他还活着。”一个同时具有活人和死人某些生命特征的脑死亡者究竟是活人还是死人,是一个令传统医学难堪、寻常百姓难办和国家必须表态之事。另一方面,存在为非法摘除器官开方便之门之嫌,直接引发非法摘除、买卖或变相买卖器官之风险。

死活不分、死活难分、器官难捐状况不应再维持和继续了。死亡认定和器官移植问题是进行个人选择还是采取立法规范,已不再是个案的研讨,而是一个普

遍的现实问题了,袖手旁观和无动于衷不再是选项了。

一个人有无生命,涉及一个人生物学意义上的生死;一个人有无民事权利能力和行为能力,关乎一个人法律意义上的生死。个人主张不足以解除死亡认定和器官利用中存在的关联与危险,国家立法介入是处理死亡认定和器官移植问题的关键。死亡的普遍性、必然性和普适性,以及器官供体稀缺、器官移植领域失序和器官移植之不可替代,直接决定脑死亡和器官移植关乎每个人,须开门立法。应当尊重与保障民众参与立法的意愿,为民众参与立法权利创造条件、可能和机会。

制定一部专门、统一的脑死亡和器官移植法是最优选择。脑死亡和器官移植法是关于死亡认定和开展器官移植之法,体现了公法规范和私法规范的统一,包括但不限于立法目的、适用对象、基本原则、脑死亡标准、脑死亡认定、脑死亡者权利能力与行为能力、脑死亡尸体归属、器官捐献与移植、争议与处理、法律救济与法律责任。

出台脑死亡和器官移植法,意味着中国内地第一次有了一部具有法律意义的关于死亡认定和器官移植规范之法,既利于规范死亡认定,实现死亡认定由心肺死亡时代向脑死亡时代之平稳过渡,利于监管器官摘除与评估器官移植成效,实现脑死亡认定的规范化与器官移植的法定化目标,又起落实尊重和保障人权的宪法承诺,引领理性、文明与进步,符合人类世界发展之潮流。

· 第一章 死亡	001
第一节 死亡疑惑	001
第二节 死亡解读	008
第三节 死亡类型	029
第四节 植物人与安乐死	042
第五节 医情医况	061
· 第二章 心死亡标准与脑死亡标准争议	068
第一节 概述	068
第二节 存在弊端	074
第三节 标准之争	085
第四节 标准取代	106
· 第三章 脑死亡与器官移植立法的比较研究	120
第一节 国外的脑死亡与器官移植	120
第二节 中国的脑死亡与器官移植	162
第三节 反思比较与借鉴启示	198
· 第四章 脑死亡和器官移植的立法理由	214
第一节 医学规律支持	219
第二节 伦理道德无害	224
第三节 满足法理正当	234
第四节 社会利益优越	252
· 第五章 脑死亡与器官移植的立法共识	272
第一节 法律关系	272
第二节 风险因素	307
第三节 立法共识	324

· 第六章	脑死亡和器官移植的立法程式	351
第一节	渊源与形式	351
第二节	权限与路径	359
第三节	程序与考量	368
· 第七章	脑死亡和器官移植法的构想构思	388
第一节	目的体系	388
第二节	基本原则	393
第三节	主要内容	425
第四节	法律责任	452
附录		463
后记		478
参考文献		480

第一章 死亡

中国著名诗人臧克家在《有的人》中写道：“有的人活着，他已经死了；有的人死了，他还活着。”诗句已家喻户晓，诗词表达的诗意却远未穷尽，比如在人最终的死活问题上，诗词“有的人”是一个现实存在吗？诗词引出一个疑问，诱发一个谜团。

国外哲人写道：“无论我们有什么样的技能，做出什么样的努力，有着什么样的渴望，在生活中有什么样的行为，死神最终都会与我们相遇。无论强者或弱者，聪明的人还是无知的人，富有的人还是贫穷的人，好人还是坏人，我们最终都必须向死亡弯下腰来。死亡是生命中唯一绝对的常数，但它同时一直都是生命中最大的谜团，无论我们最后变成在科学上何等先进的人，都无法破解人体死亡的那一刻发生在我们身上的秘密事件。”^①

中国的诗人和国外的哲人关于生与死的谜团，即使在 21 世纪的今天，我们能圆满回答吗？

谁也不甘心死亡，谁都离不开死亡。死亡话题开放，任何人——文盲和非文盲——都可畅谈死亡、描述死亡、解释死亡、预测死亡、论证死亡、解读死亡、剖析死亡，但无人能独享死亡专属话语权。死亡后果家喻户晓、广为人知，但死亡认定却非人人皆知、通俗易懂。

谜团仍未破解，一直持续着；揭秘仍在进行，一丝未松懈。

揭秘已到了现今：心肺死亡还是人之最终死亡吗？脑死亡是人的最终死亡吗？

第一节 死亡疑惑

手搭其脉、眼见其鼻、耳贴其心、口呼其人，一旦见其脉消失、鼻无气、心不

① [英] 莉茨·格林、朱莉叶·伯克著：《神话之旅》，李斯译，东方出版社 2005 年版，第 237 页。

跳、意识丧,“眼见为实”,按心死亡临床医学诊断标准(简称心死亡标准,下同)或肺死亡临床医学诊断标准(简称肺死亡标准,下同),即可判断患者已经死亡。不信,存疑问,无须高端医学设备和技术,临床凭心电监护仪做出死亡认定:心电图是一直线就可宣告患者临床死亡。其背后认定标准就是心死亡标准。

直观、简单、易操作是心肺死亡标准^①在认定死亡上的特点。一直以来的传统教育、亲自参与和肉眼所见,心肺死亡认定技术已让寻常百姓们深信不疑、缺乏警觉。鲜有人怀疑“心肺死亡就是人的最终死亡”结论是否正确、精确与科学?甚至怀疑本身就要受到质疑。丢掉了“心肺死亡就是最终死亡”的质疑,心肺死亡标准就这么一路延续至今。心肺死亡则人死亡。“心肺死就是最终死”的结论重复了千百年、万亿次!心肺死亡标准仍是中国内地目前公认并广泛采用的一个普遍、统一的死亡标准。我们每个人都曾经是或现在是心肺死亡标准适用的实践者、见证者和担保人。长久以来,心肺死亡就是人的最终死亡本身已经成为一个关于死亡认知的最基础和最基本的常识和惯例,是关于死亡话题进展的前提、基础和基石。这一观点,即使现在仍具有广阔的生存空间。

但适用心肺死亡标准在死亡认定中引发的疑问也越来越明显,比如在心、肺等单个或多个器官都已经可以移植的今天,再以心肺死亡作为生命终结的标准是否落后?又比如,一个同时具有活人和死人特征的个体,到底是活人还是死人?说他(她)是活人,是因其具有健康人生命指征,如存在心跳、呼吸、血液循环、消化吸收、分泌尿液;说他(她)是死人,是因其具有死人特征,表现在对刺激没有反应、运动丧失。这是一个什么样的人?是一个脑功能已丧失但靠机械通气仍保持心跳和呼吸之人。对这样的人,医师依据原有心肺死亡标准不能做出到底他(她)是活人还是死人的认定。死亡与否竟然不确定了?!“有的人活着,他已经死了;有的人死了,他还活着。”难道还真存在什么生命密码,居然可让死活难分?

至少有六个疑惑在向我们挑战:

一、心肺死亡结论还对不对

目前心—脑分离理念已越发成熟。人工呼吸循环复苏技术、心脏人工替代技术、心脏移植技术和心肺联合移植技术已在临床活动中成熟运用和成功开展,

^① 为论述统一与方便,本书将心死亡标准与肺死亡标准简单合称为心肺死亡标准,事实上在中国内地广泛使用的只是心死亡标准,并且能与心死亡标准直接对应的可以独立存在的另一个不同标准就是脑死亡标准。

生命救治已迈入一个新的时代,以前认为不具有救治可能和价值的病人现在又有了新的突破。比如对心脏已停止跳动和肺脏已没有呼吸功能的病人,人为控制如心肺复苏技术^①等,仍可保证其心脏、呼吸进行正常工作;或运用心、肺脏移植术,对其实现成功的救治。不因心脏和肺脏衰竭而放弃救治,即已是心肺死亡患者并不意味最终死亡,这已不再是新奇之事,这同样可以“眼见为实”。

如此成功挑战了原先仅根据心肺死亡标准就足以认定死亡的做法,是对心肺死亡就是最终死亡结论的一个彻底颠覆,这告诉我们:心肺死亡患者并不必然是最终死亡,还存在被成功救治而生存的可能。

心肺复苏、心肺移植技术等的运用已颠覆心肺死亡认定结论,心肺死亡标准不应再是死亡认定的最终标准了,被人们熟知的心肺死亡标准主导下的死亡认定开始变得不再正确、精确和科学了。可以肯定,若再根据心肺死亡标准进行死亡认定,死亡结论将变得相对、模糊和不清。死亡认定已不安宁了,不安宁状况遭遇脑死亡^②与器官移植问题时会显得更加明显。^③

新技术引发新认识,死亡认定遇到了新挑战:心肺死亡结论还对不对?

① 见“心肺复苏不再需要‘亲密接触’”,载中国医学论坛, www.cmt.com.cn, 2007年3月29日,第1051期第12期。文中认为:心肺复苏(CPR)是针对心脏、呼吸骤停所采取的抢救关键措施,指进行胸外按压形成暂时的人工循环并恢复心脏的自主搏动,采用人工呼吸代替自主呼吸。它还包括快速电除颤转复心室颤动以及尽早使用血管活性药物来重新恢复自主循环等急救技术。近代CPR技术是在上世纪50年代晚期到60年代早期这段时间发展起来的。虽然口对口人工呼吸早在1740年起就被许多典籍记载(通常是用来帮助失去呼吸的新生儿),但是在上世纪50年代以前,人工呼吸法并未被广泛使用。直至1956年,James Elam医师和Peter Safar医师发明了现代口对口人工呼吸的方法,并首先被军方采用。自1891年起,陆续有医师发现对患者进行胸外按压可以成功复苏。1960年Jude医师、Kouwenhoven医师和Knickerbocker医师三人发现胸腔压缩可以达到小量的人工循环。随后,口对口人工呼吸和胸部按压的组合,成为目前CPR流程的雏形,并在1963年得到美国心脏学会(AHA)的承认。2005年底, AHA发布了新版CPR急救指南,要求救助者用双手掌跟按压胸部1.5—2.0英寸深的幅度,频率约为每分钟100次,以促进血液流动。传统的CPR还要求对患者进行30次胸外按压之后捏住患者鼻对其进行口对口人工呼吸2次,直到患者胸腔鼓起。与旧版指南相比,新版指南主要改变了按压与人工呼吸的次数比例,即要求比例由15:2调整为30:2。

② 脑死亡类型比较多,本书主张全脑死亡型脑死亡,依据和理由在后面的章节中详述。为便于阅读,在此郑重提出:若无特别说明,此处开始,凡基于或符合本书主张而引用、说明或得出、提出或论述涉及包括但不限于“脑死亡”、“脑死亡标准”、“脑死亡患者”、“脑死亡患者尸体”等词语和语义时,所称的“脑死亡”均指全脑死亡型的脑死亡。

③ 脑死亡问题,指与脑死亡相关的各种、各类问题的总和,包括但不限于脑死亡概念、观念、死亡认定标准、脑死亡标准与心肺死亡标准间关系、脑死亡患者器官摘除与器官移植、脑死亡立法原则、程序、构想与内容等。器官移植问题,指与器官摘除、捐献与移植相关的各种、各类问题的总和,包括但不限于器官移植概念、观念、种类、脑死亡尸体器官摘除、捐献、知情同意表达、器官移植法律关系、器官移植居间人、器官移植立法原则、程序、构想和内容等。

二、心肺死亡标准还合不合适

迎接挑战须关注死亡标准的演变。死亡标准演变最早可追溯于20世纪50年代的法国。1959年法国医生莫拉雷特(P. Mollaret)和古郎恩(M. Goulon)提出一种新类型的昏迷即被译称“不可逆性的和难以恢复的昏迷”。这种昏迷与原先常见的患者因心肺死亡而导致的昏迷之间存在巨大差异,这种昏迷就是后来被医学界广为承认和引用的脑死亡状态之前身。两种昏迷间之所以相差甚远、大相径庭,关键在于医技水平提高、医学新技术运用,比如呼吸机等运用,原本已停止的心肺功能又重新恢复和维持。

技术引发的变革还在继续。自首次提出“脑死亡等于机体整体死亡”之时起,历经从1968年的哈佛标准(即美国哈佛大学制定了人类第一个脑死亡标准)到包括但不限于心—脑分离技术、心肺复苏技术和器官移植技术等迅猛发展时止,死亡认定有了突飞猛进的进展,死亡概念及死亡标准有了质的飞跃。人们已经认识到心肺死亡不再是人的最终死亡,脑死亡才是最终死亡。脑死亡及其标准的出现在根本上冲击了人们关于死亡的既有知识,动摇了人们早已形成的心肺死亡就是最终死亡之定论,颠覆了人类关于死亡认定的既有常识,具有划时代和革命性的意义。

死亡认定从此进入了新纪元。既然如此,心肺死亡标准还合不合适?如果不合适,重新界定和选择适用新的死亡标准就已刻不容缓!

三、脑死亡标准还要不要用

目前国内外普遍通行的死亡标准有脑死亡标准和心肺死亡标准。二者本质不同、机理不同,互不兼容、互相对立。比如在救治心肺衰竭患者时,按照心肺死亡标准,一旦心肺死亡就是患者最终死亡;按照脑死亡标准,认为心肺衰竭患者所患并非是不治之症,只承认对脑死亡患者无力救治。今天,脑死亡是人最终死亡的认定结论符合现代医学规律,医学界基本无异议。除脑死亡标准外,再也找不到第二个具有这样品质的死亡标准。截至目前,在联合国189个成员国中,80多个国家或地区颁布了成人脑死亡标准(adult brain death criteria),其中70个国家或地区有脑死亡指南或实施法规(brain death guideline or codes of practice)。^①目前这一数字又有增加,卫生部副部长黄洁夫在“中国卫生部人体器官移植技术临床应用委员会第二次会议扩大会议暨全国人体器官移植技术临床应用管理峰

① 陈忠华主编:《脑死亡——现代死亡学》,科学出版社2004年版,第21页。

会”之新闻发布会上明确指出,目前世界上已经有 89 个国家对脑死亡立法。^①

尽管脑死亡比心肺死亡在死亡认定上更具有终局性,但数量上对比,不采用脑死亡标准而采用心死亡标准的国家或地区更多,似乎放弃心肺死亡标准而采用脑死亡标准并不是水到渠成、大势所趋,为什么?

众所周知,是否已是最终死亡,不仅是医学的核心问题,而且也是每个人、每个家庭、每个社会、国家关注的核心问题。能否在第一时间获得死亡与否的肯定答案绝对是一个生死攸关、排在第一的大事。在这等大事情问题上,是适用脑死亡标准还是心肺死亡标准,就有着时间快慢不同、死亡成立与否的两种不同结论。一般而言,在符合现代医学要求下,适用脑死亡标准可较早获得患者是否最终死亡的结论,适用心肺死亡标准在得出人最终死亡结论方面就慢些。从医学上,死亡认定结论的快慢差别,既可反映出人们对死亡规律认识的把握程度,同时又引发了关于死亡具体时刻的辩论,辩论核心在于脑死亡标准构成要件差异是否影响脑死亡标准之正确性、准确性和科学性?

已经适用的心肺死亡标准有争论,但选择适用脑死亡标准更有争论,既然如此,是否还要采用脑死亡标准?

四、脑死亡标准可否自然并自发替代心肺死亡标准

尽管医学已证实“脑死亡一定是人之最终死亡,心肺死亡不一定是人之最终死亡”,但鉴于死亡问题涉及医学、法律、伦理道德、哲学、宗教、风俗习惯等因素,在死亡标准替代问题上,还存在以下值得考虑的问题:

第一,心肺死亡标准有时间和实践优势。心肺死亡标准作为传统的死亡认定标准,具有适用时间长、民众认同度高、操作简便易行、结果明确直观的特点。即使没有心肺死亡法认可心肺死亡标准和确认其法定标准地位,但凭借其传承千年之久的现实,心肺死亡标准仍在许多国家(如中国)占据着死亡标准的垄断地位。之所以如此,靠的是符合当时医技水平,靠的是死亡认定的长久实践,靠的是人们普遍的接受、缓慢的养成和逐步的实现。脑死亡标准则不具有如此优势。

第二,心肺死亡标准业已成为一个基础和基石。以心肺死亡标准为基础、基石而展开的死亡认定和死亡相关工作,已在国家、社会与个人层面建成了整套、整系列相对完善的死亡及相关事宜认定系统,已内化成为一个与健康生活、社会

^① “卫生部表示脑死亡器官移植非法传闻不实”,载《南方日报》, <http://www.sina.com.cn>, 2006 年 11 月 16 日。

秩序、国家稳定之息息相关的基础性标准和依据,如根据心肺死亡标准,可进行工伤等级、杀人既遂未遂等认定工作。脑死亡标准在我国还不具有如此威力。

第三,截至目前,脑死亡标准仍然难以推广,一个重要因素在于脑死亡标准不能自发取代心肺死亡标准。尽管死亡认定应当是正确、精确和科学,但仅凭死亡的正确、精确与科学,并不必然完成由脑死亡标准自发取代心肺死亡标准的努力。正确性、精确性与科学性并不代表一个事物的发展就可畅通无阻、一帆风顺、一蹴而就,就可成为必然和最终之事。

第四,心肺死亡标准不会自然丧失死亡认定的标准地位。承载着很深文化沉淀与底蕴的心肺死亡标准是一个同疾病做斗争的历史发展产物,它的产生和运用具有时代价值和意义。即使已经证明其在死亡认定上已是不正确、不精确和不科学,但它也不会自动、自然地退出死亡认定舞台,不会自动、自然、自愿放弃通过千年死亡认定史形成的死亡认定的垄断地位。

第五,同样值得警惕的是,替代就是有你没我,而不是两者同时存在或者交替使用。假如一个国家同时采用脑死亡标准和心肺死亡标准,最可怕的结果之一就是死亡认定出现相对化、主观化、随意化。死亡认定事宜绝对不是一件小事、哪一家之事、哪一个行业之事。因死亡标准替换之争议而引发的死亡标准认可之争、选择之争、适用之争、地位之争,关乎命运、家运和国运。

第六,同样值得思考的是,脑死亡标准取代心肺死亡标准不能靠慢慢等待来解决。心肺死亡标准与脑死亡标准究竟谁退谁进、选谁和弃谁、适用谁和停止谁,必须明确表态,不存在自然而然、水到渠成的选择。通过延续过去认可和接受的心肺死亡标准的路径,转而求得实现认可和接受脑死亡标准,恐怕很难。即使标准层面可以等待,但死亡认定所具有的大是大非问题却迫使我们不能等、不要等和等不了。

路径依赖并不都是通向成功的必由之路。若让心肺死亡标准继续延续,继续垄断死亡认定,不推行脑死亡标准,直接后果将使得有着自然科学品行的死亡判断不断出现尴尬甚至错误,不仅难以面对医学自身发展实际,而且难以面对真实的死亡与死亡的真实。

脑死亡标准取代心肺死亡标准不能靠它们彼此之间的自发演进和自然演变,在死亡标准取代问题上,是选择袖手旁观,还是有所作为,值得我们思考和作答。

五、制定统一的脑死亡和器官移植法是否必要和可行

熟悉的场面却让人深感无法、无序、无奈:按照心肺死亡理念,不继续救治心不跳了、呼吸停了、脉搏没了、意识丧失了的心肺死亡患者并没有什么原则问题,

也不会产生冲突;但面对一个心还跳、呼吸还存、脉搏还动、意识丧失了的脑死亡患者,按照脑死亡理念,如果医师、家人同意放弃继续救治,并按照患者生前意愿摘除同意捐献的器官,会有冲突吗?2007年2月4日傍晚,45岁的沈智华在新加坡中央医院被宣告已“脑死亡”,在遭到家属反对——他们认为沈智华还有心跳,而且在听到亲人对他说话时,他还能流下眼泪,并没有“死亡”,因而请求医院多通融两天——的情况下,考虑其同意将器官给他人,医院决定不顾家属阻拦并立即进行了手术,结果引发医生与家属之间的激烈冲突,最终在警察的“保护”下,医生关闭了沈智华的生命维持设备,并进行了手术。^① 注意,如此冲突难堪场面与冲突已摆在世人面前。

中国又该怎么办?已在中国内地医学界持续了十多年关于死亡及死亡标准争论,随着中国内地临床第一例脑死亡案的产生已进入法律等领域。脑死亡标准和心肺死亡标准已混用于死亡认定之中了。这还不是问题的全部。出于容易、方便的考虑,目前中国内地是将脑死亡问题和器官移植问题分开处理,仅出台《人体器官移植条例》而没有关于脑死亡的立法。

石兽逆流而上的故事告诉我们别过于信赖常识常理,它并非适用任何场合。有时,逆流而上的思路,或许正是步入堂奥的必由之路。^② 是的,将脑死亡和器官移植问题进行统一处理,难度巨大,但不统一处理难度更大。如何迎接挑战,如何在脑死亡认定和器官移植问题上形成一个统一处理之共识,并在此基础上进行脑死亡和器官移植立法,恰恰就是国家、社会和个人的一次庄严表态。因为将脑死亡认定结论和规范器官移植工作统一以法律方式进行表达,可以永久造福人类。

但以此想法进行立法必要和可行吗?

六、制定脑死亡和器官移植法的目的是否正当

同等情况下,与心肺死亡尸体器官相比,脑死亡尸体器官可用作器官供体无

^① 陈欣:“新加坡激辩器官强制捐献”,载人民网,2007年3月4日,转引自《环球时报》。2007年2月4日傍晚,在新加坡中央医院,45岁的起重机操作员沈智华被宣告他已“脑死亡”。依照新加坡的人体器官移植法,院方准备取出他的部分器官救治其他患者。结果遭到家属反对,他们认为沈智华还有心跳,而且在听到亲人对他说话时,他还能流下眼泪,并没有“死亡”,因而请求医院多通融两天,希望能出现奇迹。据英国路透社28日报道,沈智华69岁的母亲和其他10多名亲属甚至给医生下跪,哭着求他们不要“动手”,院方见状同意将手术时间推迟。时间一分一秒地过去,2月7日凌晨,沈智华并未在约定的时间内醒来。由于其器官开始衰竭,如再不及时进行手术,器官将不再适合移植给他人,因此医院决定不顾家属阻拦,立即进行手术,结果引起医生与家属间激烈冲突,最终在警察的“保护”下,医生关闭了沈智华的生命维持设备,并进行了手术。

^② 高低:“石兽在哪”,载《新华文摘》2005年第3期,第10页。

论是在数量还是在质量上都要多和要好。鉴于器官移植供体严重缺乏的现实,于是有人担心,不立法都存在擅自从脑死亡尸体处摘除器官用于移植的情况,一旦制定脑死亡和器官移植法,岂不是造成立法是为满足器官移植供体而立的,不仅为强迫当事人捐献器官确立了法律依据,而且更导致了疾病治疗上以法律取代医学、在死亡认定上以法律认定代替医学认定之恶果,为法律干预医学提供了可能和方便,一句话,制定脑死亡和器官移植法的目的不正当、手段不光明、结果不文明。但制定脑死亡和器官移植法真会形成恶法并产生如此恶果吗?

挑战业已存在,回答须同步跟进。回答从不同角度解读死亡和器官移植开始吧。

第二节 死亡解读

人是复杂而多元的,比如解读人,学科不同角度不同则解读往往不同,如哲学中的主体、法律中的自然人、经济学中的理性人、医学上的患者、社会学中的代理人 and 心理学中的自我等,他们都从不同的侧面表达了人的主体属性。^① 同样,关于人的死亡也存在不同角度下的解读。死亡问题是一个常言常新的话源。“不以文害辞,不以辞害志,以意逆志,是为得之”。^② 仅从字面解读死亡是肤浅的。在死亡认定问题上,基于认识深浅不一、经验多种多样、理性内涵局限及死亡认定关你我,为更好实现以透过现象解释本质、通过现实认清死亡以及进行立法规范死亡的目的,有必要通过不同的角度,解读不同层面意义上的死亡。

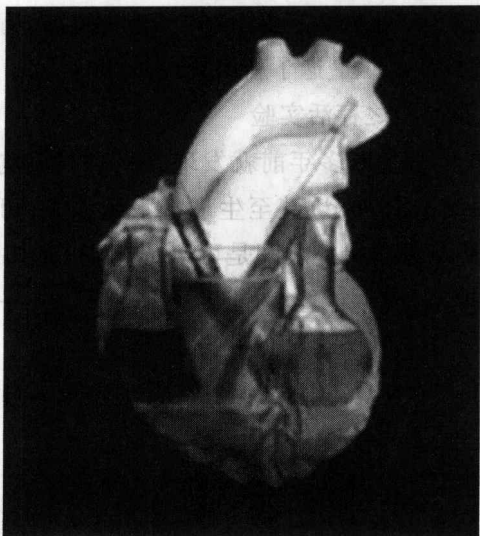
一、传统意义上的死亡认定

传统意义上的死亡认知来自于人们长期日常传统生活中形成的关于死亡及其相关问题的总结,比如,通过日常观察和狩猎活动,原始人就已经形成了死亡就是心脏停止跳动的模糊概念,像在石器时代,用弓箭刺中牛心脏的壁画则可说明心脏在死亡上具有关键意义。在古希腊,亚里士多德指出心脏是血液循环的中枢,血液自心流入血管。1628年哈维在《动物心血运动的研究》一书中写道:“无论是论证还是亲眼目睹,这一切都证实了血液在心室力的作用下,经过肺和心脏,随后流入血管中,然后再输送到人体各个部位,并且利用无所不在的血管从末端流向中心。……心脏就是通过其搏动来发挥作用的,这是心脏运动和搏

① 贺海仁:“自我救济的权利”,载《法学研究》2005年第4期,第64页。

② 《孟子·万章》。

动的唯一目的。”18 世纪,生物学标准——心脏停止跳动——取代了原始的灵魂论,心脏停止跳动才开始成为长期以来人们沿用至今的死亡判断。



图表 1-1 心脏^①

如此这般,不断重复,生活经验、亲眼目睹再加事后证明,形成了关于死亡的人类共识:死亡就是心脏死亡。心死亡标准就此形成。心死亡标准已沿袭了数千年之久,直至现在。因此,有学者认为,传统意义上的死亡就是以心跳停止、呼吸停止、瞳孔放大等三项征候作为死亡的定义及判定依据。……三个征候充分说明了心脏(循环)、呼吸、神经系统复合而成的器官死亡之综合状态。毫无疑问,这种古典的死亡判定方式,长期支配医学、法学、法律实务、社会观念、伦理道德、宗教对死亡认定的标准。它不仅得到社会的认同,在法律上得到承认,在学术上以及司法实务上也没有看到对这一判定标准的反对意见。^② 虽然对传统心死亡标准也一直存在争议,但总体而言,心死亡标准是全球关于死亡判断的垄断性的、经典性的标准却是不争的事实,中国内地也是一个根深蒂固坚持适用心死亡标准进行死亡认定的国家。在传统心死亡标准基础上,又形成了与此相适应的关于死亡方面的伦理道德、风俗习俗、宗教等观念或信仰,这些传统观念或信仰从开始起就存在着深厚的民意基础和广泛的生存土壤,它们的存在又反过来

^① 心脏图出自于《中国医学论坛报》2007 年 3 月 1 日之头版。

^② 黄丁全著:《医疗 法律与生命伦理》,法律出版社 2004 年版,第 30 页。但要说明,本处所言“在法律上得到承认”并不全面,在中国内地并没有一部法律直接明示死亡就是指一个人的心脏停止,这还仍然只是指传统医学关于死亡的认定。

强化和支持着心死亡标准的选择与适用。这方面的事例已屡见不鲜了,比如关于在娱乐场所发放安全套引发的争议就值得再思考。^①

但事事总在变迁之中,死亡认定也不例外。随着时代及科技发展,支持和建立传统心死亡标准的许多认识遭遇了新的挑战,比如:

(一)离体的猫、狗心脏之存活实验

Oskar langendorff 早在 100 多年前就发现,离体的猫、狗心脏在去纤维蛋白原的新鲜血液(defibrinated blood)甚至生理盐水灌注下,可以维持很长时间心跳,这就表明动物心脏与动物机体之间是可以分离。^② 比如,很多人目睹了无头狗实验,即把狗头切掉,放进冰箱里,心脏还跳动了 3 天——脑死亡理论被淋漓尽致展示。^③

实验证明了这样一个事实:动物心脏在离开动物机体自身后仍然能够跳动。

(二)经典的蛙心灌流实验

将蛙的脑和脊髓捣毁后,取出心脏,制成蛙心灌流标本,给予 Ringers 液持续灌注,便可观察到心脏呈窦性节律性跳动达数小时之久,这是因为心脏起搏后可按一定节律自动产生兴奋,而不需要依赖于神经中枢。^④ 实验证明了这样的事实:动物心脏具有自主跳动的能力。

(三)选择性脑深低温技术实验与大脑“冷冻”实践

中国科学家的一项选择性脑深低温技术实验研究证实:对完全缺血缺氧 10 分钟的猴脑立即给予“脑部降温”,“冷冻”60 分钟后再恢复其正常脑血液,猴子

① “安全套之争:到底能不能阻止艾滋病?”,载东方网,2004 年 11 月 30 日。用什么办法来阻止伴随性接触的 HIV 传播呢?经过多年的实践,专业人员的结论是:依靠安全套。既然现在还没有疫苗,也没有药物能防治艾滋病,安全套就成为唯一可以预防艾滋病的强有力阻断工具了。1985 年至 1995 年,世界卫生组织(WHO)在泰国推行娱乐场所“100%使用安全套”运动,10 年间成功地减少了 200 多万人感染艾滋病。由于这一巨大的成功,WHO 极力向全球推广在娱乐场所使用安全套,然而这一做法在中国受到了冷遇和反对。中国于 2000 年首先选择了武汉黄陂、江苏靖江作为试点,启动了娱乐场所“100%使用安全套”项目。但是这种预防方法却引起了广泛的争议,甚至反对。反对者认为,推广安全套就等于发放性执照,是对公民,特别是青少年的误导。因为,在娱乐场所只要使用安全套,卖淫嫖娼就可能被默许。在娱乐场所“100%使用安全套”有违我国传统文化、伦理、法律和现行政策。于是安全套在中国娱乐场所的推广使用最终偃旗息鼓。安全套在娱乐场所的推广使用因为文化、风俗和伦理的关系,在中国以及一些国家似乎行不通。但 WHO 还是一再鼓励至少在个人的性行为中坚持使用安全套,因为只要使用得当,安全套几乎可以百分之百地预防艾滋病。本书认为,这样的事例再次提示我们,往往并不能只是单纯从医学角度看待疾病,不能就病而病,特别是疾病的发生、发展、治疗和后果与社会、国家的意识、价值倾向、权利权力关系等直接相关时就更应当如此。

② 陈忠华主编:《脑死亡——现代死亡学》,科学出版社 2004 年版,第 21 页。

③ “在脑死亡标准外冒险实践”,载《中国青年报》2004 年 6 月 2 日。

④ 陈忠华主编:《脑死亡——现代死亡学》,科学出版社 2004 年版,第 22 页。