

广州市医学伦理学重点研究基地系列丛书

国家义务视野下的 器官移植法

龚波 ◎ 著



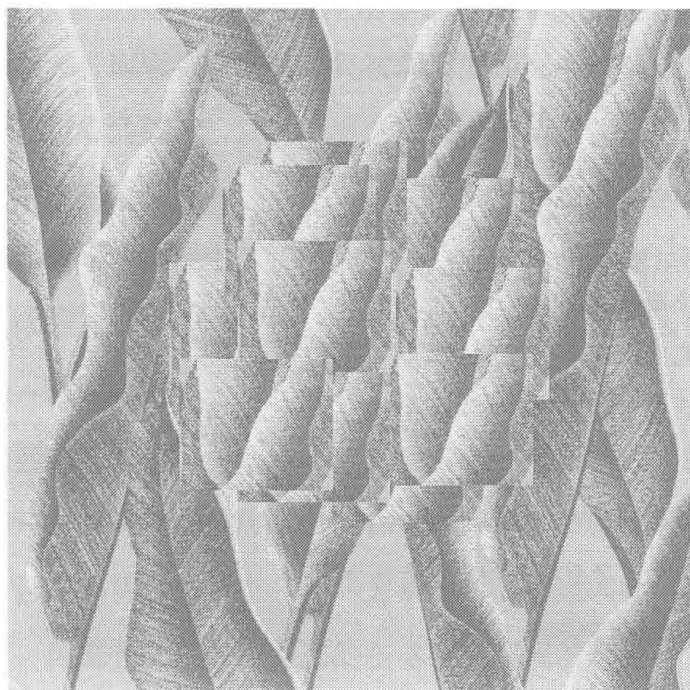
中国政法大学出版社

广州市医学伦理学重点研究基地成果

广州市哲学社会科学发展“十二五”规划资助课题成果（课题编号：15Y56）

国家义务视野下的 器官移植法

龚波 ◎ 著



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

国家义务视野下的器官移植法/龚波著. —北京：中国政法大学出版社，2018. 5
ISBN 978-7-5620-8309-2

I. ①国… II. ①龚… III. ①器官移植—法规—研究—中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 124748 号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 北京京鲁数码快印有限责任公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 13.5
字 数 320 千字
版 次 2018 年 5 月第 1 版
印 次 2018 年 5 月第 1 次印刷
定 价 40.00 元



前 言

一、“国家义务”释义

从传统理论来理解国家义务是从国与国之间的关系出发的，国家有权力就必有义务。在国际法中，国家义务就是指国家不侵犯其他国家主权的义务。^①而本书提出的国家义务概念，指的是在一个国家内，国家对其公民的义务；国家有满足其公民权利需要的义务；国家义务是一个与国家权力相对应的概念。从这个概念可以说明两点：第一点是公民权利的需要决定了国家义务的内容，换一句话说，国家义务的依据是公民权利的需要；第二点是国家及其国家权力的存在是为了满足公民权利的需要。从具体个人与国家间的关系出发，把国家义务界定为国家对其公民所负有的一种职责，它是一个与公民权利相对应的概念。

那么，国家义务的理论，主要来源于哪些方面？第一，社会契约理论。社会契约论是16世纪以来在西方乃至全世界都极有影响力的一种国家学说。它主要从自然状态、契约关系的角度论述国家的起源，创制了主权在民、国家有义务保护公民的基本权利实现的理论体系。英国著名自然法学家霍布斯认为，人类天性中包含着求利、求安全和进行侵犯这三种基本要素。在自然状态中，人人享有自然权利，但由于人的天性

^① 周鲠生：《国际法》（上册），商务印书馆1976年版，第233页。



中存在猜疑、争斗等非理性因素，因此人们又处于一种战争状态中，其生存与安全得不到保障。因而自然法的原则就是寻求信守和平与安全。同时为了和平安全目的，每个人都放弃自己的一部分自然权利而组成社会，以实现人类自我保护的目的，因而社会是契约的产物。而为了达到信守和平安全的目的，人类就必须遵守如下道德准则：遵守信约、宽恕、平等、公道、公平分配、相互尊重等。英国学者约翰·洛克则更明确指出，人们同意通过订立契约来建立政治社会，成立国家的目的，就是要求国家保障公民的生命、安全、自由平等、财产和追求幸福的权利。公民的这些权利不是外界的恩赐，而是公民应当享有的一种自然权利和天赋权利。由此引申出国家的权力来源于人民，国家应当依法履行自己的义务的观念，这一观念为国家义务学说提供了理论来源。但是，这一理论存在着严重缺陷，其一，国家起源的假设缺乏科学的根据，根据人类学、考古学和历史学的考证，国家起源真实的原因是社会分化为奴隶主、平民和奴隶三大阶级的前提下，阶级矛盾和阶级冲突不可调和的产物，根本不存在社会契约的历史事实，因而社会契约论的理论前提是值得商榷的，其所推论出来的结论，尽管在推翻封建制度，建立资产阶级制度中起了巨大的历史作用，但其理论根基却靠不住。其二，其所推论出的国家义务来源也是值得商榷的。众所周知，国家义务来源于调节社会阶级和社会阶层之间的矛盾和冲突的需要，国家义务的目的主要有两个，一是以强制性的形式维护国家统治的稳定性，保护统治阶级的统治基础的牢固；二是通过提供社会公共服务的形式来履行国家的社会公共职能，协调各阶级、各阶层的矛盾、冲突，以换取社会各阶级、各阶层最大限度的忠诚，达到社会秩序和政治秩序的稳定和平安。而社会契约论却忽视了社会的阶级和阶层性的存在，以虚幻的天赋人权和契约

关系来代替社会分为阶级和阶层的事实，有悖历史常识，缺乏科学性。

第二，福利国家理论。福利国家理论是西方发达国家通过创办并资助社会公共事业，实行和完善一套社会福利政策和制度，对社会经济生活进行干预，以调节和缓和社会矛盾，保证社会秩序和经济生活正常运行，维护国家稳定的一种社会制度安排的理论学说。它主张通过社会福利制度的推行，使全体国民都能享有最基本的公共事业服务和公共产品，避免因经济的发展，过度拉大贫富距离，使弱势群体不因贫穷而丧失最基本的生存能力和生存机会。它的价值基础是效率、正义和公民权利实现。就效率而言，当公民因某种原因而陷入困境时，国家有效率的帮助和支持就成为公民生活迅速恢复常态的关键，如果没有国家有效率的帮助或者国家的帮助不积极主动，公民的生活就难以恢复常态，正如美国主流经济学家威廉 J·鲍莫尔在《福利经济及国家理论》中所说，一旦偏离了社会上最大社会集体福利的理想，如果没有国家法律的强制，……这种偏离常常由于无知或见闻不全而难以改正。政府主要应当帮助社会成员用最大的效率来达到他们自己的目的。^① 就正义而言，社会正义是社会成员之间的公平分配。正义是法律的核心价值，也是法律最大的魅力所在，公正、有效的福利国家符合当代社会的普遍正义诉求。福利国家的基本理念就是每个公民都有权利获得国家的福利保障以免除市场社会的风险对个人生活的冲击。所以人们可以将福利国家定义为是对于公民的一些基本的、最低限度的福利负有保障义务的政治制度。就公民权利保障而言，公民权利的保障既是当代法理的要求，也是宪法规定的国家义务，因此，福利国家理论就自然蕴含着公民权利保护与实现的

① 参见：百度百科：<http://baike.baidu.com/item>，最后访问日期：2018年6月12日。



价值底蕴，其所要求提供的公共服务自然就起着保护与实现公民权利的作用。但是，这一理论也存在着缺陷，其一是不具有普适性。原因在于该理论忽视了经济发展水平与社会福利的关系，忘记了如果没有高度发达的经济水平的支撑，这一制度的设想根本无法实现。因此，这一制度比较适合于经济、文化高度发展、人口寡薄的小国，对于人口众多的、面积广阔的大国，即使经济文化高度发达，也不一定行得通，尤其是对经济文化和物质条件不太发达的国家，其社会效果可能会大打折扣。其二是忽视了社会经济阶段的阶段性对社会福利提供的制约。从科学和客观的立场来看，国家对社会福利的提供是受经济发展水平和物质条件的制约的，不同的经济发展水平和物质条件，制约着国家对社会公共服务和公共产品的提供的质和量的不同。国家只能根据经济发展水平和物质条件来循序渐进地提供社会公共服务，而不能一揽子地把所有的社会服务统统包办下来，超出了国家经济文化的承受能力，最终影响到社会经济文化的健康发展，甚至导致国家福利体系的崩溃。第三，马克思主义国家义务理论。马克思主义认为，国家是分工和私有制的产物，是阶级社会中的特殊的公共权力，是经济上占有统治地位的阶级为了维护 and 实现自己的阶级利益，按照区域划分原则而组织起来的，以暴力为后盾的政治统治和管理组织。国家公共职能的理论依据在于，国家本质上是一种阶级的统治，但是，在剥削阶级统治的社会，统治阶级为了实现其统治的稳定性和有效性，往往不得不以形式上的中立者和公共利益的代表者的面貌出现，以国家的名义为本国的公民提供公共服务，履行国家的公共职能。社会主义国家公共职能的理论依据在于，国家是工人阶级和最广大人民利益的代表者，在这个范围内，国家是公共利益的代表者和实现者，国家应当运用国家的力量为广大人民提供公共服务，不谋取任

何私利，而运用国家权力谋求特定社会团体或者私人利益，是与社会主义国家的这一特性相违背的。正是由社会主义国家性质所决定，社会主义国家始终把人民看作是国家的主人，把人民的根本利益看作是自己的最高目的，并运用宪法的形式确定了具有新的内涵的人民主权原则，真心实意地以人民利益为核心来履行国家义务，保护人民的利益不受侵犯，保障人民的利益得以实现。^①

二、近十年的求索

长期以来，笔者的理论法学研究重心是卫生法学，笔者从2008年被中国人民大学法学院录取为法理学博士研究生，就开始从法理学方面对器官短缺这一问题进行梳理和探究，在导师朱景文教授的指导下，笔者的博士论文“人体器官移植中的器官短缺问题研究——法理学的视角”以优秀的成绩顺利通过博士论文答辩，获得博士学位。2011年，笔者从中国人民大学毕业到广州医科大学卫生管理学院，成为法学系的一名法学教师工作至今。

笔者在紧张的法学教学工作之余，继续进行着相关的研究工作。先后主持并完成司法部国家法治与法学理论研究项目2012年度“人体器官短缺问题法理研究”一项、司法部国家法治与法学理论研究项目2017年度“政府责任下人体器官捐献补偿立法研究”一项、中国法学会部级法学研究项目2016年度“人权保障下人体器官有偿供取合法化研究”一项、广东省哲学社会科学“十二五”规划项目2012年度“广东省人体器官短缺问题法律研究”一项、广州市哲学社会科学“十二五”规划项目2013年度“器官移植中政府责任法理研究——以

^① 参见：<http://dmt.gnnu.cn/zhenzxy/7.3.html>。最后访问日期：2018年6月12日。



广州市为例”一项、广州市哲学社会科学发展“十二五”规划项目2015年度“国家义务视野下的人体器官移植法律制度研究”一项。

先后在《法制与社会发展》等A类国家权威期刊（法学）发表“人体器官获取行为的法律规制及其模式选择”等一系列器官移植法律问题相关论文十余篇。先后在《新华文摘》《法制与社会发展》《辽宁大学学报》《北京行政学院学报》等CSSCI刊物上发表法理学、刑法学、卫生法学等方面的学术论文近三十篇。出版专著《器官短缺：法理学的视角》一部，该专著荣获2016年度中国法学会法理学研究会“第三届孙国华法学理论优秀青年学术成果奖”二等奖。

三、回顾与展望

宋朝·苏轼《前赤壁赋》有云：“寄蜉蝣于天地，渺沧海之一粟。”笔者在近十年的学术大海中求索遨游，虽然取得了一些成绩，但却越发觉得学海无涯，太仓一粟。然而，即使是一颗小小的珍珠，它也会发出最美丽的光芒。回顾走过的路，心头涌动的是感恩与感动；展望未来的路，“千淘万漉虽辛苦，吹尽狂沙始到金！”

龚 波

2017年11月29日于羊城

第一篇 器官移植行为国家义务模式选择

人体器官获取行为的法律规制及其模式选择	3
论人体器官移植中器官短缺问题的国家义务模式	20
论国家义务视野下患者器官移植权的实现	37

第二篇 器官移植行为社会心理基础分析

人体器官捐赠行为的社会心理基础与法律规制	61
人体器官犯罪获取行为的社会心理基础与法律规制	71
论我国人体器官移植中器官公正性分配及法律规制	83
论我国活体器官移植捐献人知情同意权的保障	89

第三篇 国家义务视野下器官移植法律规制

论我国人体器官获取行为的法律规制	103
论非法器官移植中医院的法律责任	116
胎盘买卖引发的法律思考	133

第四篇 器官捐献行为实证研究

广州市人体器官捐献补偿实证分析	143
人体器官捐献补偿合法化状况研究 ——以广州市实证调查为例	165
广州市无器官移植资质医院寻找捐献者鼓励机制实证分析	185

ORGAN DONATION



第一篇

CHAPTER ONE

器官移植行为国家义务模式选择

人体器官获取行为的 法律规制及其模式选择^①

人体器官移植手术的医学价值和社会价值已经得到公认，法律理论和法律规定所要做的就是规制器官移植手术行为主体的资质而已，这已经没有什么难度。^②但是，人体器官移植行为必然牵涉器官的获取问题，而器官获取必然要牵涉获取渠道、获取行为方式和手段问题，这些问题不仅反映了不同的法律心理，而且制约着器官供体短缺问题的解决，因此探讨器官获取行为的法律心理与国家立法模式的关系就具有不可低估的现实价值和理论意义。

一、人体器官获取行为的分类

人体器官获取行为的分类，有不同的标准：既可以按照法律为标准把获取行为分为合法获取行为、非法获取行为、法律模糊地带的获取行为；也可以以提供者年龄为标准把获取行为分为获取未成年人器官行为与获取成年人器官行为；还可以以器官提供者的生命体征为标准把获取行为分为获取活体器官行为和获取尸体器官行为；还可以以提供主体的

① 龚波：“人体器官获取行为的法律规制及模式选择”，载《法制与社会发展》2014年第3期。

② 黄文艺等：“人体器官移植”，载《法制与社会发展》2004年第1期。



心理态度为标准把获取行为分为依照提供者意志的获取行为和违背提供者意志的获取行为。本书因为论题所限，仅对心理标准及其相关问题进行讨论。

（一）尊重提供者意志的获取行为

即在具有认识能力和意志能力的器官提供者依照自己的自由意志、自愿同意的前提下获取器官的行为。这种行为包括三种亚类型：

1. 通过活体自愿无偿捐献方式获取器官的行为

即通过具有生命体征，并具有法定的认识能力和意志能力的器官提供者自愿无偿提供活体器官的方式来获取器官的行为。这一行为是以捐献者的高尚动机为前提的，是患者和器官移植机构最希望或最期待的成本最小的一种获取方式，为大多数国家和政府所鼓励和支持。

2. 依照死者生前的捐献意愿获取其遗体器官的行为

这种获取行为也可以细分为：第一，以捐献者生前明示自愿捐献为前提的获取行为。即以捐献者生前明确表示在其死亡后捐献自己的遗体器官的承诺为前提，在其死亡后获取其遗体器官的行为。在我国，器官捐献者不论社会身份或法律身份如何（即使是死刑犯也是如此），只要符合法定的捐献条件，并且在意志自由的前提下，明确表示死后捐献器官，获取者就可以以医疗的目的摘取死者器官，以供移植之用。器官提供者的自愿捐献和知情同意是提供者自愿死后捐献器官的基本原则。人们生前自愿在死后将器官捐献给亲属或者他人是供移植器官的重要来源之一，也是最值得首肯的来源方式。这种利他主义的行为方式，值得鼓励和赞美，因为它的有效性高于其他的器官来源方式。第二，以推定捐

献者死后自愿捐献为前提的获取行为。即在法律规制下，通过设定死者生前同意捐献器官的前提来获取其遗体器官的行为。推定捐献的基本含义是，只要公民在生前没有主动并明确地表示在其死后不愿意捐献其器官给他人的，则都可被推定为该公民在死后是自愿无偿捐献其器官的，除非该公民或其家属主动表示不同意才能撤销这种推定同意。推定同意是自愿死后捐献器官来源方式的升级版。它在充分尊重死者的生前遗愿和其家属意愿的基础上，既有效地增加了器官的来源，又有效地解决了尸体器官被白白浪费的问题，因此各国也积极立法支持这一器官获取行为方式。

3. 通过交易获取器官的行为

通过交易获取器官的行为也可细分为：第一，通过供体和受体双方的私下买卖交易获取活体器官的行为。即器官提供者与器官接受者私下达成买卖协议，由提供者出售自己的器官，接受者支付一定价金的非法交易行为。由于合法的器官供体的严重短缺，私下交易活动非常活跃，特别是在像中国这样贫富悬殊的国家，尽管法律明文禁止私下交易活体器官，但私下交易器官活动仍十分猖獗，层出不穷。第二，通过中介组织下的买卖交易获取器官的行为。即器官提供者本人不直接与接受者交易，而是通过非法的中介组织组织人体器官货源并由其提供给器官移植医疗机构或者器官接受者的交易行为。这种行为在大多数国家（包括中国）是被禁止的，并且在中国是一种严重的犯罪行为。但这种行为的确是全世界人体器官移植手术最主要的器官来源，如果没有这个来源，全世界的人体器官移植手术恐怕难以为继。



(二) 违背提供者意志的获取行为

即在违背了具有认识能力和意志能力的器官提供者或者认识能力和意志能力丧失、衰弱的器官提供者的真实意愿的情况下，获取其器官的行为。违背提供者意志的获取行为主要可细分为：

1. 利用法律灰色地带获取器官的行为

即利用法律规定的模糊或者不明确的漏洞，即法律上所指的灰色地带，违反一般的社会道德和风俗习惯而实施的摇摆于合法与非法之间的行为。在我国人体器官移植过程中，利用法律灰色地带的行为主要表现是从死刑犯的遗体中摘取供移植手术之用的人体器官的行为，这也是我国目前人体器官的主要获取行为，可以说已是公开的秘密，对此，我国官方也公开予以承认；2005年7月我国时任卫生部副部长黄洁夫在世界肝脏移植大会上第一次公开承认：目前，在中国进行器官移植的器官来源中，有65%的器官来源于死刑犯提供者。^①但是，这一做法在我国的规定中找不出任何国家层面的法律依据。

2. 盗窃活体器官行为

即采取秘密手段，违背被害人的意愿，获取被害人身上的活体器官以供移植之用的行为。其主要方式是指采用将受害人灌醉、麻醉或在手术中私自摘取等手段获取受害人器官。这种行为也在大多数国家被禁止。

^① 参见“卫生部官员称器官移植大部分取自死囚”，载凤凰网：http://news.ifeng.com/mainland/200908/0828_17_1325392.shtml，最后访问日期：2018年6月12日。