

国家社会科学基金项目 (12BFX053)

器官移植的刑法问题研究

STUDY ON THE CRIMINAL LAW OF ORGAN TRANSPLANTATION

熊永明 著

卷外篇



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家社会科学基金项目 (12BFX053)

器官移植的刑法问题研究

STUDY ON THE CRIMINAL LAW OF ORGAN TRANSPLANTATION

熊永明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

器官移植的刑法问题研究 / 熊永明著. -- 北京 :
法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3691 - 0

I. ①器… II. ①熊… III. ①器官移植—刑法—研究
—中国 IV. ①D924.344

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 151092 号

器官移植的刑法问题研究

QIGUAN YIZHI DE XINGFA WENTI YANJIU

熊永明 著

策划编辑 马丽娟 吕丽丽

责任编辑 马丽娟 吕丽丽

装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法治与经济出版分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 19

字数 286 千

版本 2019 年 8 月第 1 版

印次 2019 年 8 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3691 - 0

定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引 言 / 1

- 一、世界主要国家刑法立法和研究状况 / 1
- 二、我国刑法立法和研究状况 / 5
- 三、本书的研究思路 / 7

第一章 器官移植问题概述 / 10

第一节 器官移植的含义和种类 / 10

- 一、器官与器官移植的含义 / 10
- 二、器官移植的种类 / 13
- 三、器官的捐献、摘取和植入 / 17

第二节 人体器官的基本属性 / 22

- 一、在体器官的属性 / 22
- 二、离体器官的属性 / 23
- 三、人造器官的属性 / 25
- 四、尸体器官的属性 / 28
- 五、胎儿器官的属性 / 30
- 六、复制器官的属性 / 33

第三节 器官移植中的主体 / 35

- 一、器官移植中的供体 / 35

2 器官移植的刑法问题研究

二、器官移植中的受体 / 40

三、器官移植中的其他主体 / 41

第二章 器官移植的正当化根据 / 46

第一节 自我决定权理论 / 46

一、自我决定权概述 / 46

二、法律家长主义与自我决定权的相互调和 / 51

三、自我决定权在器官移植中的运用 / 53

第二节 被害人承诺原理 / 55

一、被害人承诺的含义和条件 / 55

二、被害人承诺阻却违法性的根据 / 58

三、医疗活动承诺的先决与例外 / 61

四、器官移植中的知情同意问题 / 65

第三节 医疗行为原理 / 71

一、医疗行为的内涵 / 71

二、医疗行为的正当化条件 / 73

三、医疗行为的正当化依据 / 74

四、专断治疗行为 / 77

五、医疗行为原理在器官移植领域的适用 / 81

第三章 活体器官摘取关涉的刑法问题 / 84

第一节 活体器官摘取的基础问题 / 84

一、活体器官摘取的正当化依据 / 85

二、活体器官摘取的正当化条件 / 88

第二节 非法摘取活体器官的刑事立法比较 / 94

一、世界主要国家和地区相关刑事立法规定 / 95

二、我国相关刑事立法规定 / 100

三、比较分析 / 102

四、我国刑法立法的改进 / 104

第三节 非法摘取活体器官的刑法问题 / 111

一、非法摘取不同对象身体器官的刑法应对 / 111

二、非法摘取不同器官的刑法应对 / 112

三、不同摘取行为方式的刑法应对 / 114

四、承诺摘取活体器官的刑法效果 / 119

第四章 尸体器官摘取关涉的刑法问题 / 127

第一节 尸体器官摘取的基础问题 / 128

一、尸体器官捐赠决定权及其归属 / 128

二、摘取死者器官意思表示方式的取舍和权衡 / 138

三、遗属范围和遗属顺序的确立 / 140

第二节 非法摘取尸体器官的刑事立法比较 / 144

一、世界主要国家和地区相关刑事立法规定 / 144

二、我国相关刑事立法规定 / 145

三、比较分析 / 146

第三节 非法摘取尸体器官的刑法问题 / 149

一、摘取尸体器官涉及的刑法法益 / 149

二、摘取尸体器官的正当化条件 / 154

三、尸体器官移植的违法性阻却事由 / 155

四、非法摘取尸体器官的行为定性 / 159

第四节 非法摘取死胎器官的刑法问题 / 163

一、胎儿器官作为供体进行移植的限制规定 / 164

二、死胎捐献的决定 / 167

三、非法摘取胎儿器官容易诱发的风险 / 169

四、非法摘取胎儿器官行为的刑法规制 / 170

第五章 脑死体器官移植的刑法问题 / 175

第一节 脑死亡的判定标准和立法形式 / 175

一、脑死亡判定标准的确立 / 175

二、脑死亡标准的立法和学理态度 / 179

第二节 与脑死亡关联的刑法问题 / 182

一、摘取脑死亡者身体器官是否成立犯罪? / 182

二、摘取脑死亡者器官关涉的犯罪 / 184

4 器官移植的刑法问题研究

三、摘取脑死亡者器官阻却违法性的依据 / 187

第三节 无脑儿器官移植的刑法问题 / 198

一、无脑儿特性 / 199

二、是否可以从无脑儿身上摘取器官? / 200

三、无脑儿延续生命治疗的终止 / 206

四、摘取活体无脑儿器官涉及的刑法问题 / 208

第六章 人体器官交易涉及的刑法问题 / 211

第一节 概述 / 211

一、世界人体器官交易现状及法律应对 / 211

二、人体器官是否应该开放买卖的争议 / 215

三、交叉换肾在我国的争鸣 / 216

第二节 人体器官商业化刑事立法比较及借鉴 / 218

一、世界主要国家和地区相关刑事立法规定 / 218

二、我国相关刑事立法规定 / 222

三、比较分析 / 224

四、借鉴和启发 / 226

第三节 人体器官交易行为的类别及其刑事责任 / 230

一、人体器官交易行为的类别 / 230

二、人体器官交易的刑事责任 / 232

第七章 器官移植的其他刑法问题 / 243

第一节 器官植入涉及的刑法问题 / 243

一、非法实施器官移植涉及的刑法问题 / 244

二、植入瑕疵器官的刑事责任 / 248

三、医生移植非法来源器官的刑事责任 / 251

第二节 器官分配、保存和运送涉及的刑法问题 / 255

一、器官分配涉及的刑法问题 / 255

二、器官保存和运送涉及的刑法问题 / 259

第三节 人体器官移植监管涉及的刑法问题 / 262

一、医务人员在器官移植过程中涉及的犯罪 / 262

二、伦理委员会在器官移植监管中涉及的犯罪 / 271

三、卫生健康行政部门工作人员涉及的犯罪 / 280

第四节 异种器官移植涉及的刑法问题 / 281

一、异种器官移植问题概述 / 282

二、异种器官移植的刑法因应 / 285

后 记 / 290

引言

器官移植技术的飞速发展,在造福世人的同时,也诱发出各种违法犯罪。欧美国家、日本、韩国等对器官移植的刑法问题较为关注,学理对之有较为精深、全面的探讨,从其研究内容来看,既涉及器官移植犯罪的基础理论,如刑法法益、自我决定权、注意义务等各种重大而基本的刑法理论问题,又包括器官移植衍生的各种具体犯罪。

一、世界主要国家刑法立法和研究状况

美国器官移植法制化历程相对较早,大概 20 世纪 50 年代至 60 年代,美国便先踏上了漫长的器官移植法制化进程。^{〔1〕} 1968 年美国哈佛医学院制定了世界上第一个脑死亡诊断标准,即“哈佛标准”。1968 年,美国律师协会等组织通过了《统一遗体捐献法》,对以移植为目的的器官和组织进行了法律规制。1978 年,美国制定了《统一脑死亡法》,并正式在法律上将脑死亡定义为全脑功能包括脑干功能的不可逆

〔1〕 参见沈中阳、郑虹、侯建存:《美国器官移植相关系统简介》,载《中华器官移植杂志》2006 年第 11 期。

终止。1984年,美国又通过了法律效力更高的《国家器官移植法》(National Organ Transplantation Law, NOTA),该法案明文禁止器官和组织买卖、建立器官获取及移植网络。1987年《人体器官捐献法》明确规定,捐献者的捐献意愿高于其直系亲属的意愿,并规定将患者的相关意愿记录在患者病历卡上。1991年美国颁布《患者自主权法案》。1999年,美国卫生及公共服务部颁布了器官获取和移植的最终准则,该准则要求更广泛的范围内进行器官分享,并以医学判断作为分配的原则。^[1] 2004年颁布了《器官捐献及获取改善法案》。2006年,面对新的挑战,再次修订《人体器官捐献法》,以平衡患者的权利和医生的责任。2007年颁布了《活体器官捐献法》(Charlie W. Norwood Living Organ Donation Act),2009年再次修订了《人体器官捐献法》。从美国立法情况来看,主要采取了专项立法模式,将脑死亡法和器官移植法分别予以立法;同时,建立起相对完善的制度设计和高效率的器官收集与分配系统。

在英国,以格兰威尔·威廉斯(Glanville Williams)博士在1957年撰写的古典名著《生命的神圣与刑法》(*The Sanctity of Life and Criminal Law*)为始,斯凯格(P. D. G. Skegg)教授的《法律、伦理与医疗》(*Law, Ethics and Medicine*, 1984年初版,1988年改订版)和梅森(J. K. Mason)博士与迈克尔·史密斯(R. A. McCall Smith)博士合著的《法律与医学伦理》[*Law and Medicine Ethics*,该书在2002年由劳里(G. T. Laurie)教授再版,系第6版;2005年由梅森博士和劳里教授两人共同署名出版了第7版]成为代表性著作,^[2]其中部分内容涉及器官移植刑法问题。1970年杰拉德·德沃金(G. Dworkin)出版的《英格兰有关器官移植的法律》提到过合法摘取器官的正当化条件。^[3]

在德国,将刑事法学从医事法学中分离出的,当以埃伯哈德·施密特(Eberhard Schmidt)博士在1939年出版的《刑法中的医师》(*Der Arzt im*

[1] 参见[美]Linden PK:《美国器官捐献和移植立法主要事件》,蒋婉洁、吴幼民译,载《中华移植杂志》2009年第3期。

[2] 甲斐克则:『医事刑法への旅Ⅰ』、イウス出版、成文堂、2006、頁2~3。

[3] [英]布伦丹·格瑞尼(Brendan Greene):《医疗法基础》,武汉大学出版社2004年影印版,第144~145页。

Strafrecht)和保罗·博克尔曼(Paul Bockelmann)博士在1968年出版的《医师刑法》(*Strafrecht des Arztes*)两书为代表;近代则以阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)在1989年出版的《现代医学与刑法》(*Moderne Medizin und Strafrecht*)和克劳斯·洛克信(Claus Roxin)博士与乌尔里希·施罗特(Ulrich Schroth)教授于2001年编集的《医事刑法》(*Medizinstrafrecht*,第2版)两书为代表。^[1]发展至今,阿尔宾·埃泽尔(Albin Eser)博士的系列研究,以及克劳斯·洛克信博士与乌尔里希·施罗特教授于2010年编著的《医事刑法指南》(第4版)更具有代表性。以上著述对器官移植刑法问题均有不同程度的研讨和涉猎。其中,《刑法中的医师》一书集中研究了治疗行为的资格、医师的救助义务、医师的秘密保守义务、医师的侵袭、医师的过失和刑法视野下的器官移植等问题。《现代医学与刑法》一书研究的条目则包括现代医学的基本问题、实验与治疗行为的夹缝、生死过渡时医师的任务、生殖技术与基因遗传学等问题。^[2]另外,克劳斯·乌尔森海姆(Klaus Ulsenheimer)的著作《实务医事刑法》(*Arztstrafrecht in der Praxis*)也不乏代表性意义,其于1988年出版的著作《实务医事刑法》研究的内容条目很广泛,囊括了包含器官移植刑法问题在内的各种医事刑法问题,如过失伤害与过失致死、救助义务的不作为、医师协助死亡(医师终止治疗)、器官移植的刑法问题、堕胎、医师对保守秘密的侵犯、虚伪诊断书的制作、可罚的治疗实验、医师可罚的广告营业活动等诸多问题。^[3]

在日本,学界对器官移植刑法问题研究的模式与德国和英国法律一样,先是从医事法到医事刑法,后又从医事刑法步入包括器官移植刑法在内的各种具体类别的生命科技刑法,其研究历程大抵由表及里、由外围到内核逐步推进,日渐深入。呗孝一教授、金泽文雄教授、町野朔教授和米田泰邦律师较早在这方面做出了学术努力。如呗孝一著有《走入医事法学》(《医事法学への歩み》,岩波书店1970年版)、米田泰邦律师著有《医疗行为与刑法》(《医療行為と刑法》,一粒社1985年版)、町野朔教授著有《患者的自己决定权与法》(《患者の自己決定権

[1] 甲斐克则:『医事刑法への旅Ⅰ』、イウス出版、成文堂、2006、頁2。

[2] 齊藤誠二:『医事刑法の基礎理論』、多賀出版、1997、頁8、頁9~10。

[3] 同上书,第9~10页。

と法》,東京大学出版会 1986 年版)等。不过以上著述对器官移植刑法问题的研究大多限于局部或某个领域。如米田泰邦的《医疗行为与刑法》只是偏重对器官移植与刑法的关系及其衍生的刑事责任进行阐述,其他问题则没有关注。现在来看,日本这方面的研究正不断深入、日益精细、更为全面,各种著述不断出现,如大谷实教授著有《医疗行为与法》(《医療行為と法》,弘文堂 1980 年初版刊行,1995 年新版补正版,2004 年再版)、上田健二教授著有《生命刑法学》(《生命の刑法学》,ミネルヴァ书房 2002 年初版)、甲斐克则教授著有《医事刑法之旅 I》(《医事刑法への旅 I》,イウス出版,成文堂 2004 年初版,2006 年新版)、加藤久雄教授著有《医事刑法入门》(《ポストゲノム社会における医事刑法入門》,東京法令出版 1996 年 3 月初版,1999 年 12 月改订版,2004 年 7 月新订版,2005 年 3 月新订补正版)、齐藤诚二教授著有《刑法中的生命保护》(《刑法における生命の保護》,多賀出版 1987 年 2 月初版,1989 年 1 月新订版,1992 年 10 月三订版)和《医事刑法的基础理论》(《医事刑法の基礎理論》,多賀出版 1997 年版)。客观来说,在日本将器官移植刑法问题提升到一个新高度、新视域的当推齐藤诚二、加藤久雄和甲斐克则等教授。几位教授所研究的器官移植刑法问题无论是在广度上还是在深度上都达到了一个巅峰状态,他们研究了活体器官移植涉及的犯罪、尸体器官移植涉及的犯罪,同时还探究了脑死亡与器官移植之间的刑法理论,等等。当然,石原明教授对器官移植刑法问题的研究也不可小觑,有较强的代表性,其在著作《医疗、法律与生命伦理》(《医療と法と生命倫理》,日本評論社 1997 年初版)中对器官移植刑法中那些重大而基础的问题进行了研究,如脑死亡问题、心脏移植与脑死亡问题等。

综观域外研究状况,其呈现出以下特点:(1)研究历史积日累久。国外对器官移植刑法问题的研究由来已久。以日本为例,日本医事刑法经历了黎明期、构筑基盘期、伸展期和成熟期四个阶段。进入 21 世纪后到现在,日本医事刑法在多个方面获得发展。^[1] 围绕相关问题,日本刑法学界举办过“生命与刑法”“医事刑法的诸问题”“被害者承诺法理的再探讨”等专题会议,涉及器官移植、人体

[1] 参见[日]甲斐克则:《医事刑法的基础理论》,刘建利译,载刘建利主编:《医事刑法重点问题研究》,东南大学出版社 2017 年版,第 4~5 页。

试验等诸多重大的生命伦理、生命科技犯罪。(2)研究队伍“兵强马壮”。从这方面的研究队伍成员来看,既有来自医学界的研究人员,也有来自法学界(尤其是刑法学界)的研究人员,德国的恩吉施(Engisch)、卡尔·宾丁(Karl Binding)、鲍尔(Bauer)、默克尔(Merkel)、赖因哈德·毛拉赫(Reinhart Maurach)等教授,日本的齐藤诚二、加藤久雄、石原明、町野朔、甲斐克则、前田雅英、上田健二、松宫孝明等教授,围绕器官移植犯罪问题都有独到而精湛的著述。(3)研究程度深化。国外对器官移植关联犯罪的研究日臻精致,其理论体系、判例整理等已经达到相当的高度,既有来自刑法教科书的精致论述,也有来自各种论文论著的专论或专题研讨,还有来自审判实践中经典案例对相关理论的有益检讨和积极促进。例如,1968年札幌医大和田心脏移植案直接诱发了学界对脑死亡和器官移植开展大规模研究,日本刑法对器官移植刑法问题的研究内容,包括器官移植的合法化条件和存在根据、器官移植关涉的犯罪种类、供体、受体以及死体等各种情况下涉及犯罪的具体学理等问题。^{〔1〕}

二、我国刑法立法和研究状况

随着器官移植纠纷在我国台湾地区的增长,司法实务中对类似案件的处理开始变得频繁起来,刑法学界也开始倾注关切的目光,研究势态良好。1995年蔡墩铭教授撰写了《医事刑法要论》,这是我国台湾地区第一部全面研究医疗刑法方面的著作,该著作除了研究医师与刑法的关系、医师与患者的权利和义务、医疗犯罪的成立和追诉等问题之外,还就包含器官移植等诸多尖端医疗技术衍生的犯罪问题展开了研究,不过,该著作只是简略地对器官移植摘取、器官移植与脑死亡等问题作了介述,涉及内容相对粗疏,所涉范围也较为有限。我国台湾地区刑法深受德国、日本的影响,有大批刑法学人集结于此积极开展研究,除了蔡墩铭教授外,林东茂、陈子平、甘添贵、曾淑瑜以及谢瑞智等教授对此也有研究并有各种著述。^{〔2〕}

〔1〕 参见熊永明:《现代生命科技犯罪及其刑法规制》,法律出版社2012年版,第7页。

〔2〕 同上书,第8页。

从我国大陆地区来看,刑事立法停留在传统的卫生犯罪上,虽然较早便制定了《上海市遗体捐献条例》(2000年)和《深圳经济特区人体器官捐献移植条例》(2003年),但遗憾的是,学界对器官移植诱发的刑法问题关注程度并不是很高,从生命伦理、民事法等其他非刑事角度研究器官移植的更为普遍和常见,从刑事角度研究的则相对欠缺。在我国,较早关注器官移植刑法问题的学者当属郭自力教授和刘明祥教授。如郭自力教授著有《生物医学的法律和伦理问题》(北京大学出版社2002年版),刘明祥教授著有论文《器官移植涉及的刑法问题》(载《中国法学》2001年第6期)。2007年《人体器官移植条例》颁布前后,学界从刑事角度对器官移植问题的研究才逐渐升温,出现不少关注器官移植刑法问题的成果,既有一般的学术研究论文,也有相关硕士学位论文,虽然还没有专门的著作出版,但在相关著作中却常常能看到整章或者整节专门阐述器官移植关联犯罪问题的内容,如:郭自力教授所著《生物医学的法律和伦理问题》第三章第五节“器官移植的刑事犯罪”对器官移植可能涉及的刑事犯罪类别初步进行了探索;康均心教授主编的《人类生死与刑事法律改革》(中国人民公安大学出版社2005年版)一书第十九章集中对器官移植涉及的犯罪及其防控作了细致分析;刘长秋研究员所著《器官移植法研究》(法律出版社2005年版)一书第四章“器官移植的刑事法律调整”则宏观论及器官移植刑事法律关系、器官移植犯罪的概念和构成要件以及应对策略等基础问题,随后,其在著作《生命科技犯罪及其刑法应对策略研究》(法律出版社2006年版)第六章“器官移植及其给刑法带来的挑战”中又进一步阐述了器官移植给刑法提出的挑战及其刑法应对策略,在另一著作《生命科技犯罪及现代化刑事责任理论与制度研究》(上海世纪出版集团2011年版)第七章“器官移植犯罪及其刑事责任理论与制度”中则以比较分析的方式阐述了我国器官移植犯罪及其刑事责任理论与制度的完善构思;刘维新博士后所著《医事刑事法初论》(中国人民公安大学出版社2009年版)第五章第一节“器官移植涉及的刑法效应”主要分析了器官移植带来的犯罪问题及其刑法效应等。自2011年《刑法修正案(八)》通过以来,围绕其中第37条的“组织出卖人体器官罪”及关联问题的研究文献如雨后春笋般出现,《刑法修正案(八)》对器官移植犯罪条款的首次增设是器官移植刑事立法的质变。学界对该罪的司

法认定进行了集中研究,其中较具代表意义的论文当属张明楷教授的《组织出卖人体器官罪的基本问题》和莫洪宪教授的《刑法中的人体器官犯罪》。

综上可知,我国该问题的研究现状和实际状况呈现出以下特点:(1)研究热情前低后高。在2007年《人体器官移植条例》和2011年《刑法修正案(八)》出台后,学界研究热情空前高涨,发表了大量学术论文。(2)研究队伍存在不足。大多数从事刑法学或犯罪学研究的学者往往把研究精力放在常见犯罪及其刑事责任等热点领域,而很少去关注像器官移植犯罪这样的现代生命科技犯罪及其刑事责任问题。(3)有力度的研究成果相对匮乏。虽然目前的研究数量层出不穷,但是研究雷同现象突出,研究的系统性不强,器官移植犯罪和刑罚问题有待系统展开。(4)研究空间有待提升。目前的论述基本上停留在对器官移植犯罪刑事立法的建言上,诸多重大而基础的问题在研究上尚欠丰富和深入,如器官移植犯罪化的依据是什么、如何确立器官移植刑事不法行为与合法行为的界限等。(5)研究视角有待进行新的调整。学界有必要将器官移植犯罪问题的研究思路调整为:通过对器官移植诱发的违法犯罪现象进行客观分析,结合我国刑法规范对器官移植犯罪的现实状况提出我国刑法完善的基本路径和方式。^[1](6)现有研究过多关注实然问题,过多关注司法现象;而关注器官移植应然问题的偏少,关注器官移植深层刑法问题的偏少。学界和司法部门更偏重就一案一事开展研讨,而在前瞻性、全局性和理论性上均有待加强。

三、本书的研究思路

研究器官移植犯罪问题,我们需要从供体、受体两种主体,从活体器官和尸体器官两种类别,从摘取、植入和移植等不同阶段,从器官移植犯罪的定罪和量刑等多角度展开。我们既要考察实然的器官移植刑法问题,也应研究应然的器官移植刑法问题,以便在总体上明确我国器官移植刑事理论和立法的现状、不足并提出合理可行的解决路径。由于我国《刑法修正案(八)》已经开启了刑法规制器官移植关联犯罪的先河,因而对我们来说,已经不再是刑法是否该介入器官

[1] 参见熊永明:《我国人体器官移植犯罪及其刑法规制》,法律出版社2015年版,第17~18页。

移植生命科技的问题,而是刑法应该如何介入的问题;不再是刑法介入器官移植生命科技是否妥当的问题,而是刑法介入时应该如何恰当把握好深度和广度的问题。转言之,我国刑法对器官移植衍生出来的违法犯罪应如何具体地设置犯罪类别以及应如何具体地配置刑事责任等是值得思考的重点。另外,我们知道,器官移植大体上可以分为器官的摘取、器官的管理和器官的植入等几个基本手术步骤,^[1]因而开展本研究按照以上步骤逐步推进有利于全面梳理内中刑法问题,故此,本书对器官移植犯罪问题采取下述研究思路:

引言。主要对中外有关器官移植刑事立法和学理研究状况进行介述,然后提出研究思路。

第一章“器官移植问题概述”。主要对器官移植的含义和种类、人体器官的基本属性、器官移植中的主体等基础性问题进行铺垫性介绍、概括性交代和描述。

第二章“器官移植的正当化根据”。从形式上看,器官移植具有正当合法性。判断器官移植行为是否合法,不仅要有形式考察,还得进行实质考察,在存在违法性阻却事由时,器官摘取行为应被视为是正当合理的。关于器官移植的正当化根据可以从自我决定权理论、被害人承诺原理和医疗行为原理三个方面解构。

第三章“活体器官摘取关涉的刑法问题”。分析活体器官摘取的基础问题,包括活体器官摘取的正当化依据和活体器官摘取正当化条件;继而对外关于非法摘取活体器官的刑事立法进行比较和评析;最后具体分析非法摘取活体器官的刑法问题,包括非法摘取不同对象者身体器官、非法摘取不同器官、各种非法摘取行为方式的刑法应对以及承诺摘取活体器官的刑法效果。

第四章“尸体器官摘取关涉的刑法问题”。分析尸体器官摘取的基础问题,

[1] 主要为以下几个步骤:(1)供体器官切取。在切取待移植器官以前,应尽量使供体呼吸和循环保持稳定。简单解剖游离目的器官,动脉插管以0℃~4℃冷灌注液原位重力灌注后切取器官;或快速切取器官后离体灌注。(2)移植器官的冷保存、转运和修整。切下器官低温下迅速转运至受体所在地,根据移植需要仔细修整待吻合血管、组织创面和其他功能性管道,继续冷保存至植入。(3)受体病变器官切除。根据移植需要切除或保留病变器官。(4)供体器官植入。吻合移植器官的主干动静脉,恢复血供等。

包括尸体器官捐赠决定权及其归属、摘取尸体器官的意思表示方式的取舍和权衡、遗属范围和遗属顺序的确立;接着对中外关于尸体器官摘取的刑事立法进行比较和评析;然后具体分析摘取尸体器官的刑法问题,包括摘取尸体器官涉及的刑法保护法益、摘取尸体器官的正当化条件、尸体器官移植的违法性阻却事由和非法摘取尸体器官的行为定性;最后对非法摘取死胎器官的刑法问题进行研究,包括胎儿器官作为供体进行移植应该受到限制,分析非法摘取胎儿器官容易诱发的风险和刑法规制情况。

第五章“脑死体器官移植的刑法问题”。首先,对脑死亡的判定标准和立法形式进行前提性交代和说明;其次,对与脑死亡关联的刑法问题进行分析,包括摘取脑死亡者身体器官是否成立犯罪、摘取脑死亡者器官关涉的犯罪以及摘取脑死亡者器官阻却违法性的依据;最后,分析无脑儿器官移植法律问题和摘取无脑儿器官涉及的刑法问题。

第六章“人体器官交易涉及的刑法问题”。首先,对人体器官交易现状进行介绍;其次,对世界各个国家和地区有关人体器官商业化刑事罚则立法作出比较和评析;最后,对人体器官交易的类别及其刑事责任进行具体分析,包括组织型买卖器官的刑法应对、单纯买卖人体器官的刑法应对、走私人体器官的刑法应对和为器官交易提供中介服务的刑法应对。

第七章“器官移植的其他刑法问题”。这具体包括四个方面:首先,是器官植入涉及的刑法问题,分析非法实施器官移植涉及的刑法、植入瑕疵器官涉及的刑法和医生移植非法来源器官涉及的刑法三个问题;其次,分析器官分配、保存和运送的刑法问题;再次,分析人体器官移植监管涉及的刑法问题,主要包括卫生健康行政部门工作人员涉及的刑法问题、人体器官移植技术临床应用与伦理委员会监管中的刑法问题,以及医务人员在器官移植过程中涉及的刑法问题;最后,对异种器官移植涉及的刑法问题作出分析。