



中国青年政治学院优秀硕士学位论文精选集

法律篇(一)

Law

■ 中国青年政治学院 组织编写



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



中国青年政治学院优秀硕士学位论文精选集

法律篇(一)

Law

■ 中国青年政治学院 组织编写



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

中国青年政治学院优秀硕士学位论文精选集：法律篇．一 / 中国青年政治学院组织编写．—北京：知识产权出版社，2016.9

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4421 - 9

I. ①中… II. ①中… III. ①社会科学—文集②法律—中国—文集
IV. ①C53②D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 206590 号

内容提要：

中国青年政治学院所设专业属于广义的“社会科学”，或者说是“人文和社会科学的统一战线”。此次出版的《中国青年政治学院优秀硕士学位论文精选集》体现了中青院在狭义社会科学上的专业布局，其中马克思主义基本原理、马克思主义哲学、刑法学、诉讼法学、民商法学、经济法学、社会学代表了具有中国青年政治学院特色的社会科学学科体系。

此次出版的精选集包括《青少年工作篇》《社会工作篇》《法律篇》，共收录 16 篇优秀论文。论文作者在“基于长期的学术训练，对本学科的经典具有深厚的学术功底”的导师指导下，研究真问题，把握专业精髓，积极能动地反映社会现实，解决社会问题。

责任编辑：范红延 栾晓航

责任校对：谷 洋

封面设计：刘 伟

责任出版：卢运霞

中国青年政治学院优秀硕士学位论文精选集——法律篇（一）

中国青年政治学院 组织编写

出版发行：知识产权出版社 有限责任公司

社 址：北京市海淀区西外太平庄 55 号

责编电话：010 - 82000860 转 8026

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷：北京中献拓方科技发展有限公司

开 本：720mm × 1000mm 1/16

版 次：2016 年 9 月第 1 版

字 数：313 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4421 - 9

网 址：<http://www.ipph.cn>

邮 编：100081

责 编 邮 箱：fanhongyan@163.com

发 行 传 真：010 - 82000893/82005070/82000270

经 销：各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张：20.25

印 次：2016 年 9 月第 1 次印刷

定 价：70.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

本书编委会

主 任：王新清

副主任：林 维

成 员：王 文 王 新 王新清 吴 用

吴鲁平 张 跣 李 伟 陈树强

林 维 罗自文 柴宝勇 谭祖谊

做实在的学问 做实在的人

(代序)

中国青年政治学院的研究生教育始于2003年，至2016年暑期已经有十届毕业生。十多年来，我们按照党的教育方针的要求，不断摸索经验，采取多项措施加强研究生教育，培养了一批优秀的毕业生。我们不仅要求研究生坚持正确的政治方向，而且要求他们做实在的学问、做实在的人。

研究生是指在高等学校或科研机构里通过研究而学习、进修的人，其主要任务是研究式学习，也就是做学问。所以，研究生不仅跨入了知识的殿堂，而且是知识殿堂的建设者。

什么是学问？综观学界对“学问”的解释，它大概有三层含义：一是指“学习与问难”，《易·乾》曰：“君子学以聚之，问以辩之”，这反映的是行为意义上的“学问”；二是指“知识，学识”，即“正确反映客观事物的系统知识”，这反映的是客体定义上的“学问”；三是指“做人好，做事对”（南怀瑾语），这反映的是结果状态意义上的“学问”。所以，我认为，做学问就是通过“学”和“问”来掌握那些“正确反映客观事物的系统知识”，从而不断丰富思想，端正人品。

随着人类社会进入信息时代，知识也进入了“大爆炸”时期。据一些教育学家统计，自20世纪90年代以来，人类知识总量每3~5年就增加一倍。信息时代给做学问带来了方便条件，也给做虚假学问者提供了诸多便利。和古人相比，现代人做学问的“水分”大了许多。有水分的学问对社会是没有益处的，所以，每一个做学问的人要力戒做“有水分的学问”。研究生阶段是做学问的起点，按照习总书记教导的“扣好人生的第一个纽扣”，就应当做实实在在的学问，避免做虚假的学问。

什么是做实实在在的学问？我认为有三个基本点应该牢记：第一，要实实在在地学习。这里的“学习”不仅是听课、读书，还包括“随时随地的思和想，随时随地的见习，随时随地的体验，随时随地的反省”（南怀瑾先生的观点）。第二，要读好书，学真知识。即所谓“有益身心书常读，无益成长事莫为”。现在社会上、网络上的“知识”鱼龙混杂，读书、学习一定要有辨别力，要读好书，学真知识。第三，研究问题要真，出成果要实在。不要说假话、说空话、说没用的话。

要想做出实实在在的研究成果，首先，要选择真问题进行研究。这里的真问题是指社会上存在的的确需要解决的问题，而不是对社会发展进步没有意义的问题，也不是别人已经解决了的问题。其次，论述问题的依据要实在。论证观点依靠的事例、数据、学术文献是客观存在的，是自己考据清楚的，不能是虚假的，也不能是自己还模模糊糊的。再次，要努力得出新结论。这里说的新结论，是以前还没有的。别人已经得出的结论，不能作为你研究成果的结论；对解决问题没有意义的结论，也不必在你的成果中提出。要依靠自己的独立思考和研究，从“心”得出结论。做到“我书写我心，我说比人新，我论体现真”。

避虚就实，不仅是做学问的态度，也是做人的态度。这个标准可能比较高，但是，只要我们抱着这样的态度，锲而不舍地努力，就会走好做学问的第一步，走好人生的第一步，就会做出好学问，就会成为一个受人尊敬的大写的“人”。我们希望我们中国青年政治学院的每一个研究生、每一个学生，都能成为这样的人。

我们结集出版优秀硕士学位论文集，一是向社会汇报十多年来我校研究生培养的成果，接受社会的评判；二是激励研究生认真向学，做实在的学问，出更多更优秀的成果；三是给在校的研究生树立一个看得见、摸得着的标杆，让他们以这些优秀的硕士学位论文的作者为榜样，努力做学问，把自己培养成为一个优秀的人。

中国青年政治学院

常务副校长 教授 博士生导师

王新清

2016年6月22日

目 录

刑法视野下人体器官移植关联行为研究	廖雅雯	1
刑事陪审案件审判程序问题研究	郭 航	60
纯粹经济损失问题中德比较研究	张乘枫	130
传统客观危险说之提倡		
——从存在论与规范论的双重考察	王 俊	178
保险法不可抗辩规则研究	佟 轶	217
经营者集中实体性审查研究	刘 邢	259
后 记		313

刑法视野下人体器官移植关联行为研究

□ 廖雅雯

摘要：人体器官移植技术犹如双刃剑，一方面，该项技术实现了传统医疗技术无法达到的目标，被誉为现代生物医学的最高成就之一；另一方面，该项技术普遍应用后，基于人体器官供给紧张等原因，类型多样的危害性器官移植关联行为迅速产生并呈现出蔓延趋势。对此，由于立法的滞后性，我国规范人体器官移植关联行为的法律法规不够健全，尤其是在刑法层面上缺乏相应的规定，未能有效扼制此类危害行为。

危害性人体器官移植关联行为侵害被害人的人格尊严、生命、健康权，具有手段专业性和侵害法益伦理性等显著特点，具体表现为非法买卖人体器官、非法摘取人体器官、无资质从事人体器官移植、利用器官移植技术进行非法人体实验等。此类危害行为严重侵害了公民的人身权利、国家医疗卫生管理制度和公共卫生安全。

鉴于危害性人体器官移植关联行为的特殊性和社会危害性，很多国家和地区都制定了专门的人体器官移植法，规定了相关行为的定罪量刑，加大对此类行为的刑事打击力度。我国2011年5月1日起实施的《刑法修正案（八）》新增了刑法第234条之一，规定了组织出卖人体器官罪和人体器官类犯罪的故意伤害罪、故意杀人罪、侮辱、盗窃尸体罪。《刑法修正案（八）》的此项规定填补了我国刑事立法的空白，解决了司法实践中出现的一部分问题和争议，但是对该法条还存在不同的解释，需要进一步厘清；刑事立法尚未明确规定的其他危害性器官移植关联行为，例如无资质从事人体器官移植、利用器官移植技术进行非法人体试验等行为应在司法实践中如何处理，还存在不同的观点，对此，需要进一步探讨。

关键词：有效承诺；器官移植；刑法适用；立法完善

1 前言

自20世纪90年代以来，人体器官移植技术出现突破性进展，存活率、移植数目、开展器官移植的医疗机构数量都大幅增长，人体器官移植在全球范围内成为普遍应用的综合性医疗手段。但不容忽视的是，伴随该技术的发展，非法摘取人体器官、买卖、走私人体器官、无资质从事人体器官移植、利用器官移植技术进行非法人体实验等危害行为随之衍生。此类案件屡见报道，例如，1998年北京

的“眼球丢失案”^①、2006年河北的“行唐案件”^②、2011年湖南“未成年人卖肾案”^③等。上述危害性器官移植关联行为在法律层面上引发了诸多新问题，尤其是对当代刑法理论与司法实践提出了新课题，要求我们深思和探讨。

我国的人体器官移植技术居世界领先地位，但数据显示，截至2005年，亲属活体捐献率仅为1.1%，^④加之脑死亡标准尚未确立，尸体器官的捐献也十分有限，移植手术中有大量的器官供体来源于非卫生系统，器官供体严重缺乏的现状成为危害性器官移植关联行为滋生蔓延的土壤。我国刑法理论界对此类危害行为的研究起步较晚，1998年，有学者开始就相关行为的入罪、立法完善等问题进行研究并发表了论文；自2003年始，学者对该类问题的研究进一步深入，先后发表了多篇论文，就是否应立法打击危害性器官移植关联行为展开了讨论。

我国于2007年5月1日起实施的《人体器官移植条例》（以下简称《条例》）可谓是行政立法上的一次有益尝试，但因缺乏操作性等原因，在司法实践中发挥的作用有限。之后，不断有观点指出应加快刑事立法步伐，在刑法中规定新的罪名打击危害性器官移植关联行为。2011年5月1日起实施的《刑法修正案（八）》顺应学界的呼声，将部分危害性器官移植关联行为入罪，在立法上无疑是一个重大的进步。但伴随人体器官移植技术的发展，新型危害性器官移植关联行为不断产生，此类行为的手段方式各不相同，社会危害性尚没有完全暴露，刑法学界的相关研究还有待进一步深入。

本文试图从探讨承诺权入手，对合法的人体器官移植关联行为做出界定，并对非法的人体器官移植关联行为进行梳理、归类与分析，研究其定罪量刑，从而进一步解读现行立法，探讨相关刑事立法的完善，期待能够得出有益结论，为发

① 1998年10月，北京一眼科医生窃走太平间尸体的眼球，以此为两名患者进行了角膜移植。程刚，北京曝出死者眼球丢失案[N]。中国青年报，1998-11-27。

② 河北行唐县农民王朝阳等4人将乞丐全革飞杀害，通过中介联系到几位医生摘取了全革飞的器官，获利1.48万元。叶青，我的肝，我的痛——人体器官买卖调查[EB/OL]（2010-5-6）。[2012-3-5]。http://www.jkb.com.cn。

③ 2011年4月，17岁高中生小郑为购买iPhone和iPad，通过网络中介在某医院摘取了肾脏出卖，获得报酬2万元。阎昆仑，卖肾者调查：确实有人为买iPhone卖肾[N]。南方日报，2012-3-26。

④ 郭娜，中国人体器官移植立法之难[J]。三联生活周刊，2006（9）。

挥刑法的最大效益,保护人民的生命健康权尽一份绵薄之力。

2 人体器官移植概述

2.1 人体器官移植技术简介

1954年美国科学家莫里成功实施了人类历史上第一例肾脏移植手术,开启人体器官移植的先河。随后,人体肝脏、肺脏、心脏、心肺联合移植等手术也相继取得成功。人体器官移植技术的成熟与发展,给许多脏器衰竭患者带来了治愈的希望,为医疗领域带来了革命性的变化,被认为是20世纪医学领域具有划时代意义的新技术。目前全球每年有近7万人接受器官移植,许多人受益于此,得以重生。^①但世人也应正视,科学技术的发展尤如一把双刃剑,如果没有对其负面效应予以高度重视,并在法律层面上建立起相应的规范制度,那科技的发展就不再是人类社会的福音,而成为潜在的威胁与隐患,必将破坏人类社会的和谐稳定与正常发展。伴随器官移植技术的广泛应用,出现了非法获取器官供体、器官移植人体试验等各类新型犯罪,产生了大量复杂的伦理问题与法律问题,对全球的法律制度,尤其是刑法制度、刑法实践提出了新问题,带来了新挑战。

在展开讨论之前需要说明的是,医学上器官移植的定义有狭义与广义之分。狭义的器官移植是指摘取健康的、具有特定功能的心脏、肺脏、肝脏、肾脏或者胰腺等器官的全部或者部分,将其植入到受者体内,以代偿其受损、病态或者衰竭器官的一种医疗技术。广义的器官移植还包括细胞移植和组织移植。虽然我国的《条例》只将特定功能器官纳入管理范围,明确规定人体细胞和角膜、骨髓等人体组织移植不适用该条例,但近年来围绕眼角膜、骨髓等人体组织发生的争议性案例不断出现,在刑法领域内具有讨论的价值和规范的必要,因此也纳入本文的讨论范围。此外,广义的器官移植还包括同种移植与异种移植、自体移植与异

^① [美] 斯科特·伯里斯,申卫星.中国卫生法前沿问题研究[M].北京:北京大学出版社,2005:186.

体移植。同种移植是指同种生物间的移植（如人与人之间的移植），异种移植是指不同种的动物间的移植（如将黑猩猩的肝脏移植给人）；自体移植是指将同一个体的某一部位的器官移植到另一部位上，异体移植指将此个体的器官移植到彼个体。^① 由于自体移植一般不涉及刑事犯罪，异种移植技术尚未成熟，处于可行性、安全性的研究论证阶段，从刑法角度去研究过于超前，因此，本文探讨的器官移植只涵盖人体同种异体器官移植。

2.2 我国器官移植技术应用现状

我国自 20 世纪 60 年代开始研发人体器官移植技术，近年来，该技术逐渐成熟，移植数量迅速增长，临床数量排名仅次于美国。1993～2006 年，中国共实施了 59540 例肾移植、6125 例肝移植和 248 例心脏移植，数量逐年增长。仅 2004 年一年实施的肝移植手术就达到 2700 多例、肾移植手术近 6000 例，加之骨髓移植、眼角膜移植以及其他组织器官的移植手术，当年器官移植手术已近万例。^②

目前，器官移植、组织移植在我国基本上都能完成，并不存在技术障碍，^③ 但是，器官供体严重缺乏的现象在我国尤为突出。临床实践中，人体肾脏、肝脏、心脏、眼球、骨骼等器官是移植使用率很高的部位，但来源非常紧缺。以肾脏移植为例，3 亿人口的美国每年要完成肾移植近 0.9 万例，而 13 亿人口的中国每年只能完成不到 0.3 万例。2005 年美国的 14492 例器官供体中，有 7549 例来自脑死亡尸体、6898 例来自活体。^④ 而中国目前的亲属活体捐献率仅为 1.1%，其余约 98% 的器官来源都控制在非卫生系统。^⑤ 2000 年的统计数据显示，当年我国约有 3000 万晚期肝病患者，绝大部分都因等不到器官供体进行移植手术而死亡；有 400 万白血病患者等待骨髓移植，但全国骨髓库的资料仅 3 万份；占我国

① 刘长秋. 刑法视野下的器官移植 [J]. 现代法学, 2008 (6).

② 高向华. 浅谈《人体器官移植技术临床应用管理暂行规定》的九点不足 [J]. 医学与哲学: 临床决策论坛版, 2006 (12).

③ 陈来成. 关于器官移植的立法问题探讨 [J]. 中国卫生事业管理, 2002 (4).

④ 田建军. 专家呼吁我国脑死亡法早日出台 [EB/OL]. (2006-6-22) [2012-3-5]. <http://news.sina.com.cn/s/1801613687.html>

⑤ 郭娜. 中国人体器官移植立法之难 [J]. 三联生活周刊, 2006 (9).

残疾人总数 15% 的 500 万盲人中有近 400 万人有望通过角膜移植重见光明,但由于供体严重缺乏,每年只有 1000 多例病人进行角膜移植手术。2002 年统计数据显示,我国平均每年进行肾移植手术 2000 例左右,而需要手术者则多达 30 余万人。^①综上所述,不难看出器官供需矛盾在我国尤为突出,这种情况无疑为器官移植类犯罪,尤其是非法获取人体器官犯罪的滋生蔓延提供了温床。

2.3 我国的器官移植立法

人体器官的摘取、移植必须在法律上具备相应的前提和条件。危害性器官移植关联行为就是指由器官移植而引发的,或者利用器官移植技术所实施的,具有社会危害性的行为。^②它包括了非法获取人体器官、器官交易、无资质进行移植手术等一系列危害行为,此类行为快速演化发展,呈现出组织性强,中介专业化等特点。2006 年河北“行唐案件”在全国引起了广泛关注,此时,针对活体器官摘取、器官买卖等问题我国还没有明确的法律规定,该案件催生了规范器官捐献、移植的行政法规出台。

2007 年 5 月 1 日起实施的《条例》,采取了以美国《全国器官移植法》为代表的统一立法模式,即通过一部法典就人体器官移植事宜做出统一的、完整的立法规定,不再单独就某一例人体器官做出额外的立法。该《条例》首次明确了买卖器官的行为属于违法,规定:“任何组织或者个人不得以任何形式买卖人体器官,不得从事与买卖人体器官有关的活动”“未经公民本人同意摘取其活体器官的,公民生前表示不同意捐献其人体器官而摘取其尸体器官的,摘取未满 18 周岁公民的活体器官的,这三种行为构成犯罪的,应依法追究刑事责任”。由于实践中很难甄别捐献背后是否存在交易,因此《条例》专门规定,活体器官只能捐献给配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲等有亲情关系的人。

2009 年 12 月 28 日,卫生部在下发的《关于规范活体器官移植若干规定》(以下简称《规定》)的第 10 条中,进一步明确了医疗机构及医务人员在实施人

① 申卫星,王琦,论人体器官捐献与移植的立法原则[J].比较法研究,2005(4).

② 童铁东.器官移植危害行为的刑法规制[D].武汉:中南大学法学院,2008:7.

体器官移植中可能涉嫌犯罪的6种情形，规定涉嫌犯罪的要移交司法机关查处。包括：

（1）摘取未满18周岁公民活体器官用于移植的；

（2）为不符合该规定要求的捐献人与接受人进行活体器官摘取、移植手术的；

（3）摘取活体器官前未按照该规定要求履行查验、评估、说明、确认义务的；

（4）未经省级卫生行政部门及医疗机构伦理委员会审查同意，擅自开展活体器官摘取、移植手术的；

（5）完成活体器官摘取、移植手术后，未按照该规定要求报告的；

（6）买卖活体器官或者从事与买卖活体器官有关活动的。

上述行政立法填补了我国器官移植立法的空白，但也都存在着缺陷与不足，针对一些具体问题的法律规定过于笼统，即使列举出了涉嫌犯罪的行为，但由于缺乏相应的刑事立法的支持，对行为人刑事责任的追究缺乏可操作性。从此后司法实践对买卖人体器官犯罪的裁判情况来看，多采用非法经营罪等罪名^①。例如2009年3月，被告人蔡某被控多次介绍供体与患者进行肾脏移植手术并收取中介费，3名供体中年纪最小的只有17岁。法院认为，蔡某所犯非法经营罪、伪造国家机关印章罪、伪造事业单位印章罪数罪并罚，判处其有期徒刑7年8个月，罚金20万元。^②2010年9月15日，被告人刘某等通过一个叫“肾源世界”的网站，寻找供体、患者，非法倒卖器官牟利，被海淀法院以“非法经营罪”判处有期徒刑2年、4年不等。^③此类判决中对非法经营罪的认定主要是基于《条例》第3条规定，任何组织或者个人不得以任何形式买卖人体器官，不得从事与买卖人体器官有关的活动。因此，组织出卖器官的行为因违反了《条例》被归类于非法经

① 赵秉志，略论我国刑法新增设的人体器官犯罪[J]，法学杂志，2011（9）。

② 韩颖鑫，郝传玺，北京最大器官买卖案被告：供体几乎都是假亲属[EB/OL]（2010-5-28）[2012-3-1]，http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-05/28/content_2157773.htm?node=7880。

③ 吾采灵，组织出卖人体器官行为之定性研究——兼对《刑法修正案（八）》37条第1款的解读[J]，中国检察官，2011（5）。

营罪中第4款的“其他”兜底项。然而,从保护法益的角度来分析,非法经营罪保护的是国家特许经营的市场管理秩序,其中的“经营”不是一般意义上的经营,而是指违反国家特许规定的经营,^①但是买卖器官并不存在国家授权合法经营的情形,此类行为也并非侵害国家的特许经营权,以非法经营罪中的“其他”条款来认定器官交易的中介行为颇为牵强。此类判决也表明当时的法律规范并没有在打击危害性器官移植关联行为中发挥有效作用,对相关行为的认定和罪名的适用因缺乏法律依据而存在争议,很多时候司法者以及相关医院和主管部门更倾向于以行政手段,甚至“私了”的方式来平复相关违法犯罪对被害人造成的伤害。^②

由于此类行为呈现出扩散和上升的趋势,将其纳入到刑法管控的范围内,就显得十分必要与紧迫。2011年5月1日,《刑法修正案(八)》出台,增设了《刑法》第234条之一,规定了3款人体器官类犯罪的罪名和法定刑。新的立法填补了刑事法律的空白,无疑是一个很大的进步。但由于犯罪形式的多样化及立法上的滞后性,刑法理论对危害性器官移植关联行为的表现形式、特征、社会危害性还有待更加深入研究,从而完善立法,指导实践。

2.4 我国刑法中人体器官的含义

医学上,人体组织是指由细胞与细胞间质组成的结构单位,如眼角膜;器官是指由特定组织构成并能行使特定功能的结构单位,如眼睛。而法律上人体器官的含义与医学上的分类并非完全重合而有所差别,不同国家的法律对人体器官的诠释也不尽相同,在一些国家和地区的相关法律中,人体器官移植还包括人体组织移植和人体细胞移植。例如,《法国器官移植法》中人体器官的范围最为广泛,认为构成人体的全部要素都属于法律调整对象。《德国器官移植法》规定,该法适用于向他人移植为目的的人体器官、器官部分或者组织,并且该法不适用于血液和骨髓以及胚胎的、胎儿的器官和组织。^③日本有关器官移植的法律始于1958

① 陈兴良. 口授刑法学 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007.

② 赵秉志. 略论我国刑法新增设的人体器官犯罪 [J]. 法学杂志, 2011 (9).

③ 冯军. 译. 德国器官移植法 [G] // 比较刑法研究. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 407.

年制定的《角膜移植法》，该法1969年被修改为《有关角膜和肾脏移植的法律》，1997年又被修改为《有关脏器移植的法律》。^①可以看出，日本是逐步将角膜等人体组织纳入器官移植法的调整范围内的。此外，我国台湾地区制定的“人体器官移植条例施行细则”规定，人体器官既包括主要脏器，也包括肠、肢体和视网膜，但不包括骨髓。《韩国器官移植法》规定，器官既包括主要的脏器，也包括骨髓、角膜等人体组织。瑞典则将生殖细胞、生殖腺以外的人体器官与组织都纳入《器官移植法》。^②

我国的《条例》中所规定的人体器官只包含了主要脏器，将人体细胞和角膜、骨髓等人体组织排除在外。《刑法修正案（八）》新增的《刑法》第234条之一并未明确规定人体器官犯罪的“器官”范围，那么，我国刑法中的人体器官范围是否应当与《条例》中的规定保持一致呢？对此，本文持否定态度。《条例》的目的与刑法的目的并不完全相同，刑法中的人体器官必须以围绕保护被害人身体健康这一目的予以确定，不仅要保护《条例》中规定的主要脏器的机能，还要保护其他人体器官与组织的机能，所以刑法中的人体器官不应以《条例》的规定为限，其具体含义讨论如下。

首先，从世界器官移植立法趋势来看，把眼角膜纳入到刑法的“器官”范围内，基本不存在什么争议。我国眼角膜供需矛盾十分突出，司法实践中遇到不少类似的案件因缺乏相应的法律支持而难以处理，因此把眼角膜纳入到刑法中“器官”的范围内几乎不存在什么障碍而且显得十分必要。

其次，与眼角膜不同的是，围绕是否应当将骨髓纳入刑法层面的“器官”范围，存在着种种争议。反对意见主要包含以下两点。一是在医学上骨髓属于结缔组织而非器官，是可再生的，“骨髓移植”被称作“造血干细胞移植”，对其侵害的后果小于对人体其他器官、组织的侵害。一是现在骨髓移植也无需再像过去那样从髌骨“钻骨取髓”，而是直接从血液中采集到所需的足量干细胞。具体方法

① [日] 青山善充，判例六法[M]，东京：有斐阁，2010：1741//陈家林，《刑法修正案（八）》器官犯罪规定之解析，法学，2011（3）。

② [日] 加藤久雄，医事刑法入门[M]，东京：法令出版社，2005：453//陈家林，《刑法修正案（八）》器官犯罪规定之解析，法学，2011（3）。

是在供体两只手的静脉处插上两根导管（一根是引出，一根是回输），血液经过血细胞分离机，将造血干细胞采集出来，其他血液成分回输到体内，抽取过程安全无痛苦，如同献血。^① 因此有观点认为，一是现在骨髓抽取已经类似于血液采集，没有必要将骨髓纳入人体器官犯罪中的“器官”范畴；二是治疗白血病最有效的途径就是骨髓移植。我国受观念限制，普通人对骨髓捐献存在种种成见，医疗机构的骨髓库存量少，加之兄弟姐妹间骨髓配型成功比例最高，因此兄弟姐妹之间的骨髓捐献成了骨髓移植较为普遍的供体来源，很多白血病患儿的父母生育第二个孩子就是为了和患儿成功配型。而刑法第 234 条之一明文规定了禁止摘取未成年人的活体器官，如果把骨髓纳入到刑法中的器官范围内，很多白血病患者会因此丧失得到救济的机会。

基于以上两点，本文不赞同将骨髓一并纳入到刑法中的“器官”范围内。但不容忽视的是，盗取骨髓，尤其是医生、医疗机构盗取骨髓的案例并不鲜见。相对于管理制度严格的胚胎干细胞，骨髓这一类成体干细胞的研究几乎没有什么制度性的束缚，加之巨大利益的诱惑，导致此类案件频发。例如，2006 年沈阳医院窃取患者骨髓案件。^② 在此类案例中，虽然被窃取的骨髓属于可再生性人体组织，但对于正在进行髌骨移植的患者仍然造成了较为严重的身心损害。在司法实践中，由于骨髓不属于《条例》的规制范围，此类行为虽然破坏了人体组织的完整性，侵害了受害人的健康权和知情权，但基于法律规定的空白，行为人几乎不用承担任何刑事责任，这显然令人难以接受。综上所述，本文认为此类盗取骨髓的行为由于缺乏被害人的有效同意，不属于正当的医疗行为，因此该类侵害身体完整性的行为仍成立故意伤害罪，可行之法就是把非法抽取骨髓的行为直接认定为故意伤害罪，完善故意伤害罪的鉴定标准，在《人体重伤鉴定标准》和《人体轻伤鉴定标准》中增加非法抽取骨髓所造成伤害的评估内容，从而为司法鉴定提供科学的依据和统一的标准。如此，既避免了把骨髓归入刑法中的器官范围所引发

① 黄广慧. 有关骨髓移植的几个问题 [J]. 生物学教学, 2006 (2).

② 2006 年 2 月，沈阳某医院被揭露在手术中盗取病人的骨髓。经查证，2004 年初，患者 A 女士在沈阳市发生严重车祸，后被送到当地某医院，在全身麻醉的情况下被医生从左侧髌骨中抽取了骨髓用于医学研究。韩江子. 当医生成为骨髓窃贼 [N]. 羊城晚报, 2006-2-25.

的问题，也可以把此类案件纳入到法制的轨道上来，使行为人承担相应的刑事责任。

最后，血液并不符合医学上器官的标准而属于结缔组织，而且刑法中已经规定了组织卖血罪与强迫卖血罪，没有必要将组织、强迫出卖血液的行为再重复解释为组织出卖人体器官的行为，因此不需要将血液及类似的组织再认定为刑法上的人体器官。

综上所述，判断刑法中器官的范围，要以医学上的标准为基础，综合考虑其必要性。本文认为刑法意义上的器官既包括《条例》所指的器官，也应包括角膜、皮肤、肢体、骨头等器官与组织，但血液、骨髓、脂肪、细胞则不应当包含其中。^①

3 摘取人体器官的正当化条件

无论是摘取活体器官还是摘取尸体器官用于移植，刑法理论都要求摘取行为满足相应的要件，才能阻却违法性，实现正当化。以下将分情形对摘取人体器官的正当化条件进行分析和讨论。

3.1 摘取活体器官的正当化要件

3.1.1 医疗行为的正当化要件

以移植为目的摘取活体器官亦属于医疗行为中的一种，讨论摘取活体器官的正当化要件，首先就要把此行为放到医疗行为的框架之内，研究其理论基础。关于医疗行为正当化要件的刑法解释学已发展的较为成熟和完备，在德日刑法理论中，医疗行为一直被认为是符合伤害构成要件的行为，其阻却违法性，实现正当化的根据存在不同的理论学说。

德国的刑法解释学从医师业务权说逐步演变到病人承诺说。医师业务权说是

^① 张明楷：《组织出卖人体器官罪的基本问题》[J]，吉林大学社会科学学报，2011（5）。