

C

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

器官移植立法研究

蔡昱 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013068307

C

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

D922.164

119

器官移植立法研究

蔡昱 著



北航

C1676019



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

D922.164

119

图书在版编目(CIP)数据

器官移植立法研究 / 蔡昱著. —北京:法律出版社, 2013. 6

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5030 - 0

I. ①器… II. ①蔡… III. ①器官移植—立法—研究—中国 IV. ①D922.164

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第124036号

中国民商法
专题研究丛书

器官移植立法研究

蔡昱著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 22 字数 565千

版本 2013年8月第1版

印次 2013年8月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶松

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 - 5118 - 5030 - 0

定价:55.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

器官移植立法研究

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

前 言

死亡是所有人不可避免的命运。然而,这一恐怖的真理永远不该成为放弃生命的理由。在走向死亡的旅程中,人的生存意志虽已饱受折磨破碎不堪,但它却靠着天才的想象力从死亡中挤出多一点的存活时间。器官移植技术便是这样一种人类梦想在现实生活世界的投射与关照,而源于人类天性的大爱精神和根植于民族传统与文化的兼具理性与实践性的器官移植立法则是人类恢宏梦想得以实现的切实保障。

实际上,器官移植从产生之初就是一个医学、科技、法学与伦理学相互交错又充满张力的境域。申言之,当高精尖的生命技术介入人类自然之生命过程,其向我们呈现的也必然是炫彩与困惑、希望与阴霾、超越与背弃、欣喜与惶恐之共相。具体地,我们一边雀跃于器官移植技术带给濒危病人一丝生存曙光,一边又深深陷入了“可否用故意堕胎的方法增加可移植器官之数量”、“牛头马面是否会闯入我们的生活”、“我是否还是我”的困扰。人们开

始认识到,器官移植技术只有接受人文精神的考问,才可以与人类的共同命运和福祉联系在一起,只有法律和伦理的回归才是人类生命主题的魂魄、精神与落脚点。否则,正如现代核技术应用于军事领域一样,器官移植技术这颗医疗皇冠上瑰丽的明珠也将成为悬于人类头顶的达摩克利斯之剑。从这个意义上说,真正有效的器官移植立法研究必然蕴含着对人类生存意义与民族发展使命的承担。

本研究受到了国家社科基金的资助,作者在完成过程中有半年时间于美国 Wake Forest 大学做访问学者,对美国器官移植技术的实践、立法和组织管理有了深入的了解,也感受到了文化的差异对器官移植所带来的影响,从而坚定了器官移植立法的本土化、整体性、实践性的理念。

首先,器官移植本身具有特殊的文化价值,尤其应当注意到器官移植立法与一个民族国家的本土文化的密切关联。实际上,器官移植本身仰仗于本土文化中特殊的价值观,而一个真正合理有效的器官移植立法必然是根植于本民族的文化和生活世界,顺遂本民族对生命价值的理解以及对生死问题的探问与超越。显然,器官移植立法的所有讨论若脱离了本土的文化特征,则必然流失了其实践上的意义和价值。

其次,器官移植立法应采用“整体化”的视角。一方面,不可将器官移植立法看作一个单独的节点,而应在民族生活之整体观照下讨论立法,研究应涉及文化、经济、社会、习俗、生死认知等向度;另一方面,应秉持“学科交叉与综合”之研究理念。器官移植立法是一个跨学科和专业的研究,须将医学、法哲学、法伦理学、心理学等一并融入立法的法学研究中。

最后,应进行大量程序性立法。器官移植法的实用性与实践性体现在大量的程序性立法中,而其目的则是防止利益冲突伤害各方参与者的利益,这也是当前《人体器官移植条例》所缺乏的。严格的程序性立法应贯穿器官移植立法的始终。

总之,器官移植的立法绝非单向度的法律视角能够解决,也绝非单纯照搬西方的规制就能运行良好。相反,它必然是一个法律、伦理、医

疗、文化等多向度的整体的考量与平衡过程,同时,必须立足本土、立足实践。

有鉴于此,本研究力争理论与实践相结合、借鉴域外经验与传承本土文化相结合、宏观视角与微观探讨相结合、全面评介与个案探析相结合,尽量做到内容较全面,理论有创新,并具有良好的实践价值。本书第八部分为《中华人民共和国器官移植法草案》(建议稿),这是在研究的基础上对器官移植立法的系统建议,希望能够对我国器官移植事业和器官移植立法起到推动作用。

目 录

前言 / 1

引言 / 1

一、器官移植的文化内涵和法学问题 / 1

二、本书的主要研究内容 / 4

第一部分 概述——器官移植技术、立法 及立法的基础性问题

第一章 器官移植概述 / 11

第一节 定义、分类及范畴 / 12

一、法律上广义与狭义“器官”的范畴 / 13

二、“器官移植”的定义 / 14

三、“器官移植”的分类 / 14

四、本书讨论的“器官移植”的范畴 / 17

第二节 器官移植技术发展概述 / 17

一、同种异体器官移植 / 18

二、异种器官移植 / 19

三、组织工程和克隆技术的运用 / 22

四、胎儿器官 / 22

第三节 我国器官移植的现状其原因分析 / 23

一、我国器官移植的现状及困境 / 23

二、器官移植困境的原因分析 / 27

第二章 器官移植立法概述 / 31

第一节 我国器官移植立法与组织管理状况 / 32

一、我国的器官移植立法状况 / 32

二、我国器官移植的组织管理的新发展 / 37

第二节 亚洲其他国家和地区器官移植法律的介绍 / 39

一、立法概述 / 39

二、法律对比 / 43

第三节 美国的实践——器官获取与移植的法律与组织管理 / 44

一、三部重大立法 / 45

二、四个机构 / 47

三、与器官供应和分配相关的其他法律与制度 / 51

第四节 《欧洲人权和生物医学公约——关于人类器官和组织移植的附加协定》 / 51

一、获得器官 / 52

二、对于经济得利的禁止 / 53

三、良好的医疗和技术实践 / 54

四、分配器官 / 55

第五节 西班牙模式——捐献与移植的支持系统 / 55

一、概述 / 56

二、器官移植相关法律 / 57

三、国家移植组织(ONT)——器官捐献和移植的支持系统 / 57

第六节 意大利的经验——有效的组织管理系统 / 60

一、器官捐献与移植的组织系统结构 / 60

二、器官捐献与移植组织系统运行的目标 / 63

三、现有成就 / 64

第三章 器官移植立法的基础性问题 / 67

第一节 人体器官之“类物”的法律性质 / 68

一、概述 / 68

二、确立人体器官“类物”之法律性质的建议 / 71

第二节 器官移植立法的伦理基础 / 81

一、利他捐献(无偿捐献)的渊源与相关规定 / 81

二、利他捐献的伦理基础——义务论 / 83

三、改良的(结合义务论的)功利主义道德终极标准与“利益最大化原则” / 85

四、器官移植立法中树立“为己利他”、“己他两利”的道德和法律准则 / 88

第二部分 器官移植立法中“病人”
及其权利保护

第四章 器官移植法律中的“病人”及其保护向度 / 93

第一节 “病人”概念及其哲学蕴含 / 94

一、概念与范畴 / 94

二、病人的整体性 / 94

三、病人的主体性 / 95

第二节 移植法意义上的“病人”及对其保护的向度 / 99

一、器官移植法意义上的“病人” / 99

二、对器官移植法意义上的“病人”的保护向度 / 100

第五章 知情同意原则概述 / 102

第一节 知情同意原则概述 / 103

一、概念的厘清 / 103

二、知情同意原则的蕴含 / 103

三、知情同意原则的渊源与流变 / 105

第二节 知情同意的权利结构及对器官移植立法的建议 / 106

一、知情权及对器官移植立法的建议 / 107

二、自我决策权及对我国器官移植立法的建议 / 110

第三节 对自主决策权的限制及对器官移植立法的建议 / 114

一、医疗实践中对患者自主决策权限制之情形 / 115

二、器官移植立法中对患者自主决策权的限制 / 119

第四节 医院伦理委员会在器官捐献与移植中的作用 / 121

一、概念和范畴 / 121

二、医院伦理委员会在器官捐献与移植中的作用 / 122

第六章 器官移植立法中的家庭决策 / 126

第一节 家庭决策的哲学蕴含 / 126

一、辨义——家庭决策、家属决策和患者个人决策 / 127

二、家庭决策的哲学蕴含 / 128

第二节 器官捐献立法中的家庭同意及制度设计 / 132

一、器官捐献强明示同意系统中法律与实践的冲突 / 133

二、器官移植立法中器官捐献的家庭同意系统的构建 / 133

三、器官捐献的家庭同意的法哲学基础——“健康”的家庭公共事务属性与“器官”的家庭共有属性 / 135

四、重构主义的儒家生命伦理学视角下器官捐献的家庭同意 / 138

第七章 器官移植立法中病人权利保护的其他制度设计 / 145

第一节 规避利益驱动伤害“病人”的制度设计 / 146

一、以法律规制组织器官库——必须为非营利性和公

- 立性 / 146
- 二、完善器官移植伦理委员会的功能 / 148
- 三、严格的程序性 / 149
- 四、回避原则 / 153
- 第二节 建议设置“器官移植法律伦理审查委员会” / 155
 - 一、“器官移植法律伦理审查委员会”的组成 / 155
 - 二、域外立法经验 / 156
 - 三、建议设置“器官移植法律伦理审查委员会”的理由 / 156
 - 四、“器官移植法律伦理审查委员会”审查与授权的情形 / 157
- 第三节 赋予捐献者预先指示权的建议——建立“常规问询”与“临终医疗声明(器官捐献)卡”制度 / 158
 - 一、“预先指示权”概述 / 158
 - 二、建议设立“常规问询”制度 / 159
 - 三、建议设立“器官捐献(临终医疗声明)卡”制度 / 159
- 第四节 “改良的必须请求”制度 / 160
 - 一、“必须请求”制度概述 / 160
 - 二、对“必须请求”制度的质疑 / 163
 - 三、美国对“必须请求”制度的改良 / 163
 - 四、根据本土资源对“必须请求”制度的进一步改造 / 164
- 第五节 器官移植立法中隐私权的保护 / 166
 - 一、隐私权概述 / 166
 - 二、医疗中的隐私权及其保护 / 167
 - 三、器官移植立法中隐私权的特殊保护 / 168

第三部分 死体器官捐献

- 第八章 死体器官移植概述 / 173
 - 第一节 死体器官移植发展简介和分类 / 173
 - 一、死体器官移植技术及其立法发展简介 / 174

- 二、影响死体器官移植成活率的因素 / 177
- 三、死体器官捐献的分类 / 178
- 第二节 从“非财产规则”到“类财产规则”——普通法尸体上的权利变迁 / 182
 - 一、英国普通法上的“非财产规则” / 183
 - 二、美国法庭制定“类财产规则” / 199
 - 三、尸体(及其器官)上的类财产理论的产生理由和涉及的权利 / 207
 - 四、对我国立法的建议——死者家庭在尸体及其器官上的类物权 / 208
- 第三节 对我国死体器官捐献立法基本原则的建议 / 210
 - 一、死体器官捐献的合理性来源 / 210
 - 二、合理性基础上对我国死体器官捐献立法基本原则的建议 / 213
- 第九章 脑死亡立法 / 217
 - 第一节 死亡概述 / 218
 - 一、法定死亡的“概念”、“标准”与“准据” / 218
 - 二、死亡——过程还是节点 / 219
 - 三、脑死亡立法的合理性 / 221
 - 第二节 脑死亡概述 / 223
 - 一、脑死亡及其立法发展简介 / 223
 - 二、器官移植领域内脑死亡立法的推动力——医生对法律保护的需要 / 226
 - 三、脑死亡立法与文化 / 228
 - 四、脑死亡在中国 / 229
 - 第三节 脑死亡的立法形式 / 230
 - 一、世界范围内脑死亡的立法形式 / 230
 - 二、对脑死亡立法形式的风险讨论 / 232
 - 第四节 对我国脑死亡立法的建议 / 233

- 一、器官移植法之外的脑死亡立法 / 234
 - 二、单一脑死亡立法——建立两套死亡测试与准据(即诊断操作指标)而支持同一死亡标准 / 234
 - 三、采用全脑死亡的标准 / 235
 - 四、采用“脑—肺死亡标准”的表述方式 / 236
 - 五、脑死亡判断程序性的建议 / 237
 - 六、脑死亡立法内容的建议 / 239
- 第十章 死体器官捐献的同意系统 / 240**
- 第一节 捐献同意系统与登记体系在世界范围内的划分与分布 / 241
 - 一、同意系统的分类 / 241
 - 二、世界范围内各种同意系统立法的地理分布 / 243
 - 三、登记——各种同意系统的实施状况 / 245
 - 第二节 推定同意体系——实践、质疑与分析 / 245
 - 一、对推定同意的质疑与分析 / 246
 - 二、推定同意在实践中的效果 / 255
 - 第三节 强明示同意系统的实践经验(一)——影响捐献率的环节 / 258
 - 一、典型的强明示同意系统的规定——以美国为例 / 259
 - 二、强明示同意系统中影响捐献率的环节 / 260
 - 第四节 强明示同意系统的实践经验(二)——“常规问询”与“必须请求” / 265
 - 一、“必须请求”与“常规问询”制度的实践 / 266
 - 二、对“必须请求”制度的质疑 / 269
 - 三、对“必须请求”制度的改造 / 269
 - 第五节 对我国以家庭同意为基础的强明示同意系统相关立法的建议 / 270
 - 一、我国当前器官捐献的立法与实践 / 270
 - 二、以家庭同意为基础的强明示同意系统的设计 / 272

三、与强明示同意系统相关的其他立法建议 / 273

第六节 与保护捐献者和鼓励捐献相关的立法建议 / 276

一、改良的“必须请求”制度 / 276

二、“常规问询”与“合理搜寻” / 277

三、立法确立适当经济或财政补偿制度 / 278

四、对器官捐献的精神向度的鼓励 / 280

五、推动公众教育 / 280

第十一章 死体器官捐献的基本立法框架 / 282

第一节 美国死体器官捐献的基本立法框架 / 283

一、尊重死体器官捐献者和其亲属方面 / 283

二、保护死体器官捐献者方面 / 284

三、鼓励死体器官捐献方面 / 284

第二节 对我国死体器官捐献的基本立法框架的 建议 / 285

一、尊重死体器官捐献者及其亲属方面 / 285

二、保护死体器官捐献者方面 / 286

三、鼓励死体器官捐献方面 / 287

第十二章 心死亡死体器官捐献 / 289

第一节 概述 / 291

一、心死亡死体器官捐献的概念与特点 / 292

二、心死亡死体器官捐献的分类 / 294

三、心死亡死体器官捐献技术领域的问题 / 296

四、心死亡死体器官捐献的实践政策 / 299

五、心死亡死体器官捐献的实践——无心跳器官捐献者
协定 / 303

第二节 对我国心死亡死体器官捐献立法的建议

(一)——对 M-Ⅲ类可控型心死亡死体器官
捐献的立法建议 / 305