

• 法学探索 •

## 韩国器官移植法对我国的启示

莫洪宪 李颖峰

(武汉大学 刑事法研究中心, 武汉 430072; 武汉大学 法学院, 武汉 430072)

〔摘要〕韩国器官移植法包含了有关器官移植的所有事项,本文就其中三个问题展开讨论,即脑死亡、器官捐赠的同意以及人体器官买卖的刑法规制,寻求对我国器官移植立法的启示:其一,我国器官移植立法没有必要采纳脑死亡的死亡判定标准,在坚持传统的死亡标准的前提下,在器官移植立法中有条件地允许摘取脑死者的器官行为成为依法令的行为,从而使其正当化。其二,器官捐赠人的有效同意是摘取其活体器官的核心条件,医生必须履行其充分说明的义务。摘取脑死者和死者器官时,即使本人在陷入脑死状态或者死亡之前表示同意,如果其家属明确反对,也不能摘取其器官。本人在陷入脑死状态或者死亡之前,没有就摘取其器官做出意思表示的情况下,只要享有优先顺位的家属表示同意,就应当允许摘取其器官。其三,为了对买卖人体器官的行为进行刑法规制,建议通过刑法修正案的方式规定买卖人体器官的犯罪。考虑到买卖双方的迫切处境,应当对其设置减免刑罚的事由,同时,应严厉打击买卖人体器官的中间人和犯罪集团。人体器官买卖的根源是供体器官来源不足,对其进行刑法规制并非治本之策。

〔关键词〕器官移植 脑死亡 器官捐赠 人体器官买卖

器官移植被公认为是人类在20世纪取得的具有划时代意义的医学成果,被誉为“21世纪医学之巅”。器官移植技术的飞速发展和广泛应用在极大地增进人类福祉的同时,也引发了脑死亡、买卖人体器官、偷取人体器官等一系列法律问题,其中有些问题还涉及到哲学、伦理、宗教、社会等多个领域。因此,许多国家和地区在通过立法规制器官移植行为时都表现得十分慎重。韩国也在经过长期的争论与调研以后,于1999年2月8日制定了首部《器官移植法》<sup>①</sup>,在此之后又对若干条文进行了修改和补充。虽然该部法律只有49条,但是几乎涵盖了器官移植的所有事项,从立法技术到具体内容都不乏可借鉴之处。伴随着我国器官移植技术的快速发展及其在医疗临床上的广泛应用,我国大陆也加快了器官移植方面的立法步伐。<sup>②</sup>但是,由于各种原因,目前我国大陆的相关立法还存在诸多不足之处,其中一些基本问题更是亟待补充和完善。本文拟就韩国器官移植法的若干基本问题进行有针对性的探讨,并在此基础上对我国的器官移植立法提出相关建议。

〔收稿日期〕2010-08-11

〔作者简介〕莫洪宪,法学博士,武汉大学刑事法研究中心主任、教授、博士生导师。

李颖峰,武汉大学法学院博士研究生。

\* 本文为国家社会科学规划课题“医事刑法问题研究”(项目批准号:09BFX068)的阶段性成果。

① 韩国器官移植法如果直译,应为《有关脏器移植的法律》,考虑到中文的表达习惯及行文简洁,以下均称韩国器官移植法。

② 我国大陆器官移植立法尚处在起步阶段。在大陆,率先对器官移植行为进行法律规制的是上海和深圳,上海和深圳分别于2000年和2003年通过了《上海市遗体捐献条例》和《深圳经济特区人体器官捐献移植条例》。此后福建也于2005年制定了《福建省遗体捐献条例》。在这些地方性条例发布之后,卫生部于2006年3月出台了我国首部国家级器官移植法——《人体器官移植技术临床应用安全管理暂行规定》。2007年3月国务院颁布了《人体器官移植条例》,这是目前我国大陆效力等级最高的器官移植法。

## 一、关于死亡的判定标准——脑死亡

器官移植技术虽然使一部分人重获新生,但是由于现代医疗技术还没有达到使异种器官移植或人工器官普及的程度,因此,当前的器官移植大多属于将一个人的器官移植给另一人的同种器官移植。在同种器官移植中,器官的提供者(供体)可分为活体与死体。但是,除了肾脏和肝脏的一部分之外,很难从活体中摘取其他器官用于移植,而且活体器官移植还涉及到诸多法律、伦理方面的问题,因而很难成为器官的有效来源。死体器官移植面临的法律、伦理问题虽然相对较少,但是在技术上存在很大障碍,因为多数器官移植需要血液凝固前的活体器官。正是在这种情况下,脑死者器官移植的问题受到了医学界、法学界的关注,脑死亡也被作为新的死亡标准提了出来。

脑死亡问题在韩国被正式提出是在 20 世纪 70 年代,韩国医学界普遍支持以脑死亡作为死亡判定标准,大韩医师协会从 20 世纪 80 年代开始致力于脑死亡的立法化,1999 年韩国器官移植法的通过与此有直接的关系。与医学界“一边倒”的局面不同,韩国法学界,尤其是刑法学界对以脑死亡为新的死亡判定标准产生了争议,存在肯定说、否定说和折中说。

肯定说主张,应当以脑死亡作为新的死亡判定标准,取代传统的心肺死亡标准。其论据有:(1)生命的核心并不在于呼吸或心跳,而在于脑的活动。因此,脑组织的死亡意味着生命核心的破坏和个体的消灭;<sup>①</sup>(2)呼吸或心跳停止之后可以恢复,也可以通过人工装置维持,但是脑机能终止之后便无法复生;<sup>②</sup>(3)死亡的判定标准应当由医学知识确定而不是由法学家提出,当前的医疗技术可以通过脑电图、脑波计等观测脑部活动,法学家没有理由对此存疑;<sup>③</sup>(4)将脑死亡作为死亡判定标准可以满足器官移植的需要;<sup>④</sup>(5)将脑死亡作为死亡判定标准可以避免无意义的治疗,减轻患者家属和医院的医疗负担等。<sup>⑤</sup>

否定说主张,应当维持传统的死亡判定标准,即心脏死亡说。其论据有:(1)确定死亡判定标准的问题并不是生物学或医学问题,而是以国民的支配性法意识为根基的法律问题。违背国民支配性法意识的死亡判定标准,即使其符合医学的、功利主义的要求,也难以被国民接受。即使从医学的角度处于脑死亡状态的人,只要其仍有呼吸和心跳,就应当将其视为活人,这是法律常识<sup>⑥</sup>;(2)在死亡的绝大多数情况下,心跳、呼吸停止的时间和脑部机能消失的时间几乎一致,只有在因交通事故、暴力事件等严重伤及脑部时才会出现脑部机能完全消失,但通过人工装置维持心跳与呼吸的情形,因此,将脑死亡作为死亡的一般认定标准并不合理;<sup>⑦</sup>(3)死亡判定标准应当普遍适用,其死亡时点的判断应当具有明确性、确定性和简易性。而在脑死亡的情形下,脑部机能消失的时点只有当患者在医院接受医生集中治疗时才能确定,在此以外的其他情况下,无法判断脑部机能消失的时点。因此,比起心脏死亡,脑死亡不适宜作为一个法律概念;<sup>⑧</sup>(4)将脑死亡作为死亡判定标准会导致法的不安定性。例如,出于不正当的动机,或者为了达到不正当的目的,有可能人为地提前或推延脑死亡的判定,从而导致继承等以死亡为中心的法律关系受到人为的操控;<sup>⑨</sup>(5)目前,判断脑死亡的方法和标准还没有完备,在此情况下,如果将脑死亡合法化将无法避免由专家处分人

① 이재상, 「형법각론(제 4 판)」, 서울, 박영사 2000 16—17 면; 임웅, 「형법각론(상)」, 서울, 법문사 2000 17 면.

②③ 이재상, 「형법각론(제 4 판)」, 서울, 박영사 2000 17 면; 임웅, 「형법각론(상)」, 서울, 법문사 2000 17 면.

④ 임웅, 「형법각론(상)」, 서울, 법문사 2000 17 면.

⑤ 오영근, “한국에서 장기이식법의 현황과 과제”, 「한일법학」, 2006, 23-24 집, 3-17.

⑥ 김일수, 「형법각론(제 4 판)」, 서울, 박영사 2001 21 면; 진계호, 「형법각론(제 4 판)」, 서울, 대왕사 2000 40 면.

⑦ 진계호, 「형법각론(제 4 판)」, 서울, 대왕사 2000 40 면.

⑧ 이재욱, “뇌사와 장기이식에 관한 형사법적 연구”, 성균관대학교 대학원 석사학위논문 1999 50—51 면.

⑨ 노문진, “장기이식에 관한 형사법적 연구”, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문 2000 39 면.

的生命的结局等。<sup>①</sup>

折中说主张,脑死亡不应当成为一般性的死亡标准,只有在牵涉到器官移植时,才应当采纳脑死亡作为死亡判定标准。其理由如下<sup>②</sup>:脑死亡对于解决器官移植以及中断对脑死者的治疗的问题非常适合,但是在其他领域会引起诸多问题。因此,在尊重脑死者的权利,使器官移植以及中断对脑死者的治疗的行为正当化的有限范围内可以承认脑死亡。

韩国器官移植法对脑死亡持什么态度,或者说韩国器官移植法是否采纳了脑死亡标准,是一个耐人寻味的问题。

韩国器官移植法第3条第4项前段规定:“‘活人’是指人当中排除脑死者的人”。由此可知,“脑死者”不是活人,但是,“人”的概念中又包含“活人”与“脑死者”,换言之,“脑死者”是“人”而不是“尸体”。据此,该法似乎认为“脑死者”既不是活人也不是死人,是处在生死之间,近似于活人的人。该法第11条第1、2项以及第18条第3项明确区分了“家属”和“遗族”,对死者使用遗族,而对脑死者使用家属。这似乎也在表明脑死者不是死者。该法第43条第3项规定,擅自摘取死者器官的,处5年以下惩役或3千万元以下罚金,第39条第1款第9项规定,擅自摘取脑死者器官的,处无期惩役或2年以上有期惩役。该法对后者的处罚明显重于前者,由此可知,脑死者不同于死者。该法第17条规定:“当脑死者因依据本法而实施的器官摘取死亡时,视为因成为脑死原因的疾病或行为而死亡。”也就是说,该法条明确表明了脑死者死亡的原因是器官摘取行为,只不过法律将导致脑死状态的疾病或行为视为其死亡的原因。但是,该法第3条第4项后段规定:“‘脑死者’是指依据本法规定的脑死亡判定标准以及判定程序,被判定为全脑机能停止于不可恢复状态者。”这显然是采取了脑死说中的全脑死说。<sup>③</sup>同时该法第18条第3项将脑死者与死者的器官摘取条件规定在同一项中,且条件相同。这似乎又表明,在器官移植的情况下,该法认为脑死者就是死者。

如何理解以上法条,韩国刑法学界存在两种观点:一种观点认为,韩国器官移植法对脑死亡采取的是折中说,即只有在牵涉到器官移植时,才承认脑死亡的概念,而在其他情况下,并不承认脑死亡是死亡的一般性判定标准。<sup>④</sup>也有学者称该法间接地采纳了脑死亡。<sup>⑤</sup>另一种观点认为,韩国器官移植法并没有正式采纳脑死亡,但是为了使摘取脑死者器官的行为适法化,该法吸收了脑死说的合理内核,在脑死状态下,通过立法的方式有条件地允许摘取脑死者的器官。也就是说,该法颁布之后,摘取脑死者器官的行为就属于依法令的行为,对此已不存在法律上的障碍,因此没有必要明示性地采纳脑死亡。<sup>⑥</sup>

综合分析以上条文可以看出,韩国器官移植法并没有正面回答“脑死者是活人还是死者”这一问题,而是巧妙地运用立法技术,在反映脑死说的同时,又倾向性地认为:脑死者不是死者,其对脑死亡的态度十分暧昧。有学者指出,这种方式应该有助于该法案的通过。<sup>⑦</sup>尽管韩国器官移植法对脑死亡的态度不甚明确,但是,按照第二种观点对该法进行解读更为合理。首先,如果按照第一种观点,势必产生两个死亡判定标准,即牵涉到器官移植时是脑死亡标准,其他情况下是传统的心

① 김일수, 「형법각론(제4판)」, 서울, 박영사 2001 22 면; 노문진, “장기이식에 관한 형사법적 연구”, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문 2000 38-39 면.

② 오영근, “한국에서 장기이식법의 현황과 과제”, 「한일법학」, 2006, 23-24 집, 3-17.

③ 脑死说具体又可分为“脑波停止说”、“大脑死说”、“脑干死说”以及“全脑死说”。脑波停止说认为,应以脑波永久地停止(即脑电图呈现平直线)作为死亡的标准。大脑死说认为,只要作为人意识中枢的大脑的机能不可逆地消失时(出现植物状态),就应当视为死亡。脑干死说认为,只要脑干的机能不可逆地消失时,就应当视为死亡。全脑死说认为,只有包括脑干的整脑的机能不可逆地消失时才能视为死亡。本文赞同全脑死说。

④ 오영근, “한국에서 장기이식법의 현황과 과제”, 「한일법학」, 2006, 23-24 집, 3-17.

⑤ 주호노, 「축소해설-장기이식에 관한 법률」, 육법사 2000 65 면.

⑥ 이상용, 「장기이식법의 시행과 향후 전망」 한국형사정책연구원 2000 100 면.

⑦ 이상용, 「장기이식법의 시행과 향후 전망」 한국형사정책연구원 2000 101 면.

脏死亡标准。但是,死亡作为一种客观事实,在法律上不可能也不应该有两个标准,即要么采纳脑死亡,要么采纳心脏死亡。如果采用两个标准势必造成法律关系的混乱。其次,主张脑死亡的学者中有不少都否认脑死亡与器官移植有必然联系,即承认脑死亡并不一定就是为了移植脑死者的器官。这显然不符合实际,脑死亡从提出到现在,其最直接的目的和意义就是为了使摘取脑死者器官的行为免受杀人罪的追诉,或者说使这种行为适法化。那么,如果找到其他可以使摘取脑死者器官的行为正当化的途径,则脑死亡的存在价值将大打折扣。笔者认为,上述第二种观点值得借鉴,即可以通过立法的方式有条件地允许摘取脑死者的器官。也就是说,使这种行为成为依法令的行为,从而使其正当化。<sup>①</sup>其理由在于,脑死者确有其特殊性:一方面,其脑部机能已经不可逆地丧失,虽然在依靠外部设备维持着呼吸和心跳,但是在1到2周的时间内呼吸和心跳都将停止。因此,即使是按照传统的心脏死亡标准,认为脑死者是活人,他也不同于一般的活人。另一方面,只有在脑死者有呼吸、心跳、血液循环时摘取其心脏等器官才能成功地移植给他人,挽救他人的生命。因此,应当例外地承认刑法对生命绝对保护的原则对于脑死者不予适用,即得到脑死者或其家属同意而摘取其器官致其死亡的行为可以依据法律的特别规定而成为正当化行为。这样一来,可以在维持传统的死亡标准的同时解决摘取脑死者器官而构成杀人罪的问题,进而促进器官移植事业的发展。再次,本文不赞同采纳脑死亡为新的死亡判定标准,其理由与上述脑死亡否定说多数相同。

2007年3月国务院颁布的《人体器官移植条例》是目前我国大陆效力等级最高的器官移植法,可惜的是该条例对脑死亡采取了回避态度,即没有关于摘取并移植脑死者器官的任何规定。脑死亡是进行器官移植立法不可回避的重大问题,不论对脑死亡采取何种态度,都应当以立法的形式予以明确。<sup>②</sup>我国在进行器官移植立法时,应当注意以下几点:(1)明确表明坚持传统的心脏死亡一元标准。(2)明确表明脑死者——处于脑死状态的人是活人;脑死状态是指包括脑干在内的全脑机能不可逆地丧失的状态;明确规定脑死状态的判定标准和判定程序,将脑死状态作为摘取脑死者器官的行为正当化的前提条件。(3)以立法的形式有条件地允许摘取脑死者的器官,使摘取脑死者器官的行为成为依法令的行为,从而使其正当化。<sup>③</sup>

## 二、关于器官捐赠的同意

器官移植已成为现代医学上一项重要的治疗手段,但它不同于一般的医疗行为。一般的医疗行为往往只涉及医生与患者双方,而且医生实施医疗行为的目的通常是为了挽救患者的生命,或者恢复、增进患者的健康。但是,器官移植行为会涉及到三方,即器官捐赠者(供体)、器官接受者(受体)以及实施器官移植的医生。对于器官接受者而言,器官移植行为是为了恢复其生命和健康,因此可以称得上是一种治疗行为,但是,对于器官捐赠者而言,器官移植行为不仅不是恢复其生命和健康的行为,而且是严重损害其健康甚至有可能威胁其生命的行为。因此,器官捐赠者的同意是摘取其器官的行为正当化的核心要素,也是器官移植立法应当在权衡利弊之后做出明确规定的内容。

根据刑法有关被害人承诺的一般理论,器官捐赠的同意应当满足以下条件:

- 
- ① 如何为摘出脑死者器官的行为寻找正当化的根据一直是个难题,理论界对此提出了各种方案,接受脑死亡为新的死亡判断标准就是其中之一。但是各种方案都存在一些问题,有学者批评上述第二种观点过于形式化。参见안동준,“뇌사와 장기이식”,『형사법연구』,제16호 특집호(2001.12)124면。还有学者认为,通过器官移植法有条件地允许摘出脑死者的器官,从而使该行为成为依法令的行为的做法违反了刑法对生命绝对保护的原则,因为即使有被害人承诺,剥夺被害人生命的行为依然构成同意杀人罪。参见임웅,『형법각론(상)』,법문사,2000 18면。
  - ② 脑死亡的概念、判定标准以及判定程序是否有必要通过立法予以规定,在理论上存在“立法必要说”与“立法不要说”之争。本文赞同立法必要说。
  - ③ 脑死亡应当单独立法还是应当规定在器官移植法中,理论上存在争议。笔者认为,对脑死亡没有必要单独立法,只要在进行器官移植立法时规定脑死亡的概念、判定标准和判定程序即可。

第一,同意主体原则上只能是器官捐赠人。器官摘取行为一般来说会给器官捐赠人的健康造成损害,有时还可能危及到生命,即使有的器官摘取行为不会对健康造成很大影响,也会侵害捐赠人的身体完整权。健康权、生命权、身体权等属于刑法保护的基本人权,原则上只有被害人本人才能在一定范围内予以自由支配。

第二,器官捐赠人必须具备意思能力(又称同意能力)。这里的意思能力是指被害人认识到法益本身的意义以及放弃该法益可能带来的后果,并做出理性抉择的自然的洞察力和判断能力。这种意思能力不完全等同于刑事责任能力,也不同于民法上的行为能力,刑法可以根据不同的情况规定能够做出同意的年龄下限。在器官移植的情况下,器官捐赠人必须能够理解摘取器官的行为可能对其身体造成的损害以及由此带来的其他不利后果。因此,对于精神病人、未成年人等不具备意思能力或者意思能力不健全的人,即使其做出同意,原则上也不能摘取其器官用于移植。

第三,器官捐赠人的同意必须出于其真实而自发的意愿。虽然捐献器官的行为能够达到挽救他人的生命,恢复他人健康的崇高目的,但是其对于任何人而言都不是一种义务。因此,器官捐献必须出于捐赠人真实而自发的意愿,受到强制、欺骗等而做出的同意,并不是有效的同意。

第四,器官捐赠人的同意只限于其有处分权的范围,超出这一范围的同意并不能阻却器官摘取行为的违法性。生命权虽然属于个人法益,但它是其他各种人权的基础,是个人存立的根据,具有绝对性,因此不属于捐赠人可处分的法益。<sup>①</sup>对身体的处分虽然不像生命一样受到绝对的禁止,但也不能超越社会伦理所能接受的范围。在活体器官移植的情况下,如果摘取器官的行为会给器官捐赠人造成重大伤害甚至死亡,那么,医生就不能实施这种行为,因为捐赠人的同意是无效的。

第五,器官捐赠人的同意必须在摘取器官之前做出,并一直存续到摘取器官之时,在此期间,同意可以随时撤回。因此,摘取器官之后得到同意的行为并不能成为正当化行为。

以上是有关器官捐赠的同意应当满足的一般条件,在此基础上,本文拟探讨韩国器官移植法关于器官捐赠同意的具体规定,并对我国《人体器官移植条例》的相关规定进行评析。

韩国器官移植法在其总则第2条第2款规定:“器官捐赠人就捐赠其器官表示的意思应当得到尊重。在此情况下,器官捐赠人的意思应当是自发性的。”韩国学者普遍认为,器官移植法的这一规定是在宣告:该法尊重公民的自我决定权。<sup>②</sup>根据自我决定权,公民可以自由地决定延长生命的治疗、器官移植等有关生与死的事项,并且根据自我决定而行动。在这一基本理念的指导下,韩国器官移植法对摘取活人的器官和摘取脑死者与死者的器官分别作出明确规定,其中,摘取脑死者与死者器官的条件规定在同一款中,且内容相同。

#### (一)从活体摘取器官的情形

韩国器官移植法第18条第1款规定:“摘取活人的器官仅限于本人同意的情形。但是,在摘取16岁以上未成年人<sup>③</sup>的器官以及未满16岁未成年人的骨髓的情况下,除了本人的同意,还需要获得其父母(没有父母,给兄弟姐妹移植骨髓时,获得法定代理人)的同意。”从这一规定可知:摘取活体器官时,(1)必须有本人的同意,<sup>①</sup>本人的同意是摘取其器官的行为正当化的核心条件;(2)原则上只需要有本人的同意,本人家属是否同意并不具有法律意义;<sup>②</sup>(3)出于保护未成年人的目的,摘取未成年人的器官时还需要有父母的同意。这里需要探讨的是摘取未成年人器官的情形。法律考虑到未成年人欠缺相应的意思能力,不能充分理解摘取器官行为的意义及后果,因此,除了本人

<sup>①</sup> 自杀行为现在虽然不属于犯罪,但任何一部刑法都不会积极提倡自杀。相反,各国刑法普遍将帮助自杀、得承诺杀人等行为规定为犯罪。

<sup>②</sup> 自我决定权作为一项宪法上的权利,包含于人的尊严和价值以及追求幸福的权利,它包括性的自我决定权、Reproduction的自我决定权、处分身体的自我决定权、Life-style的自我决定权等。参见김철수「헌법학개론(제12전정신판)」서울, 박영사, 2000, 364면。

<sup>③</sup> 韩国民法第4条规定,“满20岁始为成年”。

的同意,还要求得到其父母的同意。法律规定的出发点是好的,但是这种规定又产生了侵害未成年人权益的另一种可能性,那就是未成年人由于欠缺完全的意思能力而容易追随父母的意见。倘若父母出于其他目的,尤其是为了将器官移植给家族中的另一人而劝说未成年人捐献其器官,则很容易使未成年人做出这样的决定。或许是为了防止出现这种情况,韩国器官移植法才规定必须获得父母双方的同意,而不是其中一方。2006年,韩国器官移植法在第18条第1款之后新设了第2款:“第1款但书中,如果父母中1人下落不明,或者因总统令规定的不得已的事由而无法同意时,应由父母中剩下的1人与依照第3条第5项规定的家属或遗族顺位<sup>③</sup>的优先顺位者2人(家属或遗族为1人时1人)同意。”虽然韩国器官移植法作出了这些规定,但是侵害未成年人权益的隐患依旧存在。据此,在摘取未成年人器官时,可以考虑公正的第三方介入,如法院等,令其审查未成年人具备何种程度的意思能力、父母的同意是否侵犯了未成年人的利益,以切实地保护未成年人的利益。

韩国器官移植法第18条第1款是关于摘取活体器官的一般性规定,该法第10条第3、4、5款规定了不能摘取活体的情形。第3款规定:“禁止从下列活体中摘取器官。但是第1项规定的活体可以获取其骨髓。1. 未满16岁的人;2. 孕妇、从分娩之日起未经3个月的人;3. 精神病患者、精神痴呆者;4. 吸食鸦片、大麻或者精神药品成瘾的人。”法律禁止摘取未满16岁的人和精神病患者、精神迟滞人的器官是考虑到这些人不具备完全的意思能力,不能充分理解摘取器官的意义及可能带来的不利后果。因此,即使这些人表示同意也不能摘取其器官,因为这种同意无效。同时,未满16岁的人由于身体正处在发育期,摘取器官将对其今后的生长发育产生较之成人更大的影响,这也是法律禁止摘取其器官的原因之一。而在本人及其父母同意的情况下,法律例外地允许获取未满16岁的人的骨髓是因为:(1)骨髓是可再生的组织而不是不可再生的器官,获取一定量的骨髓不会对生命和健康产生大的影响;(2)从现实和医学角度考虑,有的情况下确实有必要获取未成年人的骨髓,这主要是将骨髓移植给家族中的其他人的情形。<sup>④</sup>禁止摘取孕妇以及从分娩之日起未经3个月的人的器官是考虑到母体及胎儿的安全,而禁止摘取吸食精神药品的人的器官是因为其脏器可能因吸食药品而被感染,不适宜移植给他人。因此,即使这些人能够充分理解摘取器官的意义,并做出真诚而自发的同意,法律也不允许其自由处分其身体。第4款规定:“16岁以上的未成年人活体的器官(骨髓除外),除了移植给配偶、直系尊卑亲属、兄弟姐妹或者4亲等以内亲属的情况之外,不得摘取。”有人认为,将活体器官移植的对象限定为配偶、直系血亲、旁系血亲等是为了防止人体器官买卖。但是,韩国器官移植法的规定主要是为了保护未满16岁的未成年人的生命、身体安全。<sup>⑤</sup>第5款规定:“可以从活体摘取的器官限于以下各项规定的情形。1. 肾脏限于正常的2个中的1个;2. 肝脏、骨髓以及总统令规定的器官在医学承认的范围内的一部分。”这一规定表明,从活体摘取器官不能对器官捐献人的生命、身体带来重大损害,换言之,器官捐赠人的同意仅限于其有处分权的范围内。

与活体器官移植中器官捐赠人的同意相联系的还有一个重要问题,那就是医生的说明义务。

一般而言,器官摘取行为会严重影响器官捐赠人的健康甚至威胁到生命,因此,器官捐赠必须出于捐赠人真诚而自发的意愿。而捐赠人只有在充分理解器官捐献行为的内容、性质、后果的基础

① 韩国器官移植法第11条第1款项规定:“本人的同意是指,本人通过署名的文书同意,或者依照民法有关遗嘱的规定表示同意。”

② 当然,本人的同意很难说受其家属意见的影响(如果有家属的话),但是,只要是心智正常的成年人,法律都视为其有完全的意思能力,能够自发地做出意思表示。

③ 韩国器官移植法第3条第5项规定:“‘家属’或‘遗族’是指,活人、脑死者或者死者的以下人员。但是未满14岁的人除外。甲,配偶;乙,直系卑亲属;丙,直系尊亲属;丁,兄弟姐妹;戊,没有前述家属或遗族的情况下,4亲等以内亲属。”

④ 송영민, “미성년자의 생체장기제공에 관한 법적 고찰”, 『동아대학교 대학원논문집 제24집, 1999. 6, 102면.』

⑤ 因为,如果立法者认为,对活体器官移植的对象的范围不加限制会导致人体器官买卖,那么对所有活体器官移植都应当限制对象的范围,而不是只针对16岁以上的未成年人。

上,才能做出真实的意思表示。因此,就摘取器官的行为进行充分的说明是医生必须履行的一项义务。具体而言,医生必须向器官捐赠人说明器官摘取行为的内容、由此带来的直接后果、可能发生的后遗症和副作用及其发生概率、治愈可能性、治愈方法、治愈所需要的时间和费用等。说明的范围和详细程度可以根据捐赠人的知识、教育水平、理解能力等有所不同,但是一定要达到使捐赠人充分理解的程度。同时,根据说明内容的重要性,为了使器官捐赠人做出适当的自我决定,医生还有义务提供建议。如果实施器官移植的医生在对手术没有把握的情况下向捐赠人做出过于自信的说明,从而使捐赠人做出同意的,应当承担相应的法律责任。一般而言,器官移植手术的危险性越大,医生的说明范围越广。实施手术的医生必须亲自做出说明,并且给捐赠人充分的考虑时间。因此,在手术前一天或者手术当天做出说明的行为属于违法。<sup>①</sup>

韩国器官移植法第 19 条第 2 项规定:“当器官捐赠人为活人时,(医生)应当确认是否本人,并向本人及其家属充分说明下列事项。甲,器官捐赠人的健康状况;乙,器官摘取手术的内容以及对健康的影响;丙,摘取器官之后的治疗计划;丁,器官捐赠人在事前应当知晓的其他事项。”我国《人体器官移植条例》第 19 条也有类似规定:“从事人体器官移植的医疗机构及其医务人员摘取活体器官前,应当履行下列义务:(一)向活体器官捐献人说明器官摘取手术的风险、术后注意事项、可能发生的并发症及其预防措施等,并与活体器官捐献人签署知情同意书。”

## (二)从脑死者、死者摘取器官的情形

器官捐赠人本人的同意不仅是摘取活体器官的核心条件,而且是摘取脑死者、死者器官的最基本的条件。但是,摘取脑死者和死者器官与摘取活体器官又不完全相同,在后一种情况下,原则上只要有本人的同意即可,家属的意思并不具有法律效力,但在前一种情况下,是否绝对地否认家属意思的法律效力则是值得研究的问题。

### 1. 本人在脑死亡或者死亡之前同意摘取其器官的情形

如果脑死者或者死者本人在陷入脑死状态或者死亡之前明确表示同意或反对摘取其器官,那么,原则上就应当尊重本人的意愿,能够或者不能摘取其器官。但是,在本人生前表示同意捐献器官而家属反对时,能否摘取本人器官就成为一个问题。如果尊重本人的自我决定权,彻底贯彻本人的意愿,那么,就不应当考虑家属的意思,法律应当允许强行摘取脑死者或死者的器官。但是,这样规定显然不现实。当本人陷入脑死状态或死亡时,其家属往往沉浸在悲痛与缅怀的情绪之中,即使本人生前表示同意捐献器官,家属通常也不希望遗体遭到破坏,以慰死者的在天之灵。在这种情况下,法律不可能不顾现实,只重视保护死者的自我决定权而完全忽视家属的感情。许多国家和地区的立法针对这种情况,往往规定不能摘取脑死者或死者的器官。这不仅是利益平衡的结果,也是向现实所做的妥协。韩国器官移植法也不例外。该法第 18 条第 3 款规定:“摘取脑死者与死者器官仅限于下列各项规定的情形。但是精神病人与精神痴呆人的器官只能在第一项规定的情形下摘取。第一项:本人在脑死亡或者死亡之前同意摘取器官的情形。但是,其家属或遗族明示性地反对摘取器官的情形除外。”<sup>②</sup>由此可知,韩国器官移植法虽然在两种利益之间作出了平衡与妥协,但是为了体现对本人自我决定权的保护,对家属的反对权做出了限制,即只限于明示性反对的情形。

与此相反的是,本人在脑死亡或者死亡之前表示反对捐献器官,但家属同意的情形。在这种情况下,显然不能无视本人的意愿仅凭家属的同意而摘取其器官。理由为,摘取本人的器官原则上只需要获得本人的同意,家属的意思本没有法律效力。在前一种情况下,由于本人生前表示同意捐献器官,才有了摘取其器官的可能性,法律只是考虑到家属对死者的感情,例外地承认家属的意思具

<sup>①</sup> 구인회, “우리 나라 ‘장기등이식에 관한 법률’ 의 윤리적 검토” 「법철학연구 제 11 권 제 1 호 2008 204 면.

<sup>②</sup> 很多学者对这一条但书的规定提出质疑,因为精神病人和精神痴呆人根本没有意思能力,其生前对摘取器官所做的同意是无效的,因此建议删除但书。参见윤용수, “장기이식에 관한 형사정책적 연구”, 경상대학교 대학원 석사학위논문, 2002, 156 면.

有法律效力,这是法律向现实所做的让步。而在这种情况下,由于本人生前表示反对捐献器官,从法理上讲,根本不存在摘取其器官的可能性,因此,法律根本没有必要赋予家属的意思以法律效力。韩国器官移植法虽然没有对这种情况作出明文规定,但学者们普遍认为这是不言自明的道理。而我国《人体器官移植条例》的规定恰恰相反,该法规定了后一种情况,但没有规定前一种情况。该条例第8条第2款规定:“公民生前表示不同意捐献其人体器官的,任何组织或者个人不得捐献、摘取该公民的人体器官”,这不能不说是一个疏漏,建议修法时加以补充。

## 2. 本人在脑死亡或者死亡之前同意摘取其器官的意思不明的情形

在现实生活中,多数人不会就其陷入脑死状态或者死亡时是否捐献器官作出决定并通过一定的方式进行表示。即使实行捐赠卡制度,仍然会存在这种现象,因为是否作出这种决定和表示,对每个人来说并不是一项义务。因此,在陷入脑死状态或死亡之前没有就捐献器官做出意思表示的情形在现实中大量存在,摘取脑死者或者死者器官时面临的也大多属于这种情形。在这种情况下,能否凭家属的同意摘取脑死者和死者的器官就成了问题。对此,大体上有三种立法例:

(1) 反对模式。又称反对意思表示方式,是指只要脑死者或者死者在生前没有作出反对摘取其器官的意思表示,或者反对摘取器官的意思表示无法在身份证明书或者器官捐赠卡上得到确认就可以摘取其器官的立法模式。它又包括两种具体模式:一是只要脑死者或者死者本人生前没有表示反对就可以摘取其器官的模式。另一种是脑死者或者死者本人生前没有表示反对,或者其家属没有表示反对就可以摘取其器官的模式。其中,前一种又被称为限缩的反对意思表示方式。

(2) 同意模式。同意模式又称为同意意思表示方式,是指只有脑死者或者死者生前作出明确的同意才能摘取其器官的立法模式。在脑死者或者死者本人生前没有作出任何意思表示的情况下,根据是否承认其家属的同意权,该种模式又可以分为两种:一种是限缩的同意模式,主张只有本人生前明确表示同意才能摘取其器官,本人生前意思不明时,不能凭家属的同意而摘取其器官;另一种是扩张的同意模式,主张本人生前意思不明时,可以凭家属的同意而摘取其器官。

(3) 通知模式。这种模式是指,脑死者或者死者本人生前意思不明时,由医生向其家属发出摘取器官的通知,如果家属在一定期限内不表示反对,即可以摘取器官。当本人生前意思不明时,这种模式与同意模式的区别在于,不需要家属积极地同意。其与反对模式的区别在于,还需要向家属发出通知、等待确认。因此,这种模式是反对模式和同意模式的折中。

在器官移植的理论与实践,尊重器官捐赠人的自我决定权与确保可供移植的人体器官来源始终是一对矛盾,二者属于此消彼长的关系:如果彻底尊重自我决定权,器官来源将严重萎缩;反之,如果增加器官来源,就有可能侵害自我决定权。法律所能做的就是两者之间寻求一个相对平衡。在以上三种模式中,反对模式的实质在于“沉默即是同意”,这显然有利于增加器官来源,恢复器官接受人的生命和健康,促进器官移植事业的发展,但其对器官捐赠人自我决定权的保护相对较弱。其中,限缩的反对意思表示方式最为明显。而同意模式的实质在于“沉默即是反对”,这明显偏重于保护捐赠人的自我决定权。其中,限缩的同意模式对自我决定权的保护最为彻底,但是有可能严重限制器官的来源,阻碍器官移植事业的发展。通知模式虽然是反对模式和同意模式的折中,但其落脚点还是在反对模式。因为它主张,家属在收到通知以后的一定期限内不表示反对,就视为同意,从而可以摘取器官。这种“沉默即是同意”的逻辑正是反对模式的实质。

韩国器官移植法第18条第3款第2项规定:“本人在脑死亡或者死亡之前同意或者反对摘取其器官的事实无法确定时,其家属或遗族同意的情形。但是,当本人是未满16岁的未成年人时,仅限于其父母(父母中1人死亡或者下落不明,或者因总统令规定的不得已的事由而无法同意时父母中剩下的1人)同意摘取器官的情形。”显然,韩国器官移植法采纳的是扩张的同意模式。这表明,该法在价值取向上偏重于保护器官捐赠人的自我决定权,同时兼顾器官来源的保障和器官移植事业的发展。笔者赞同这一立场。因为,每个人都具有作为人的尊严,任何人都不负有将自己的身体

作为工具去挽救另一个人的义务,因此,不能强迫任何人做出同意或反对摘取其器官的意思表示,不能为了保障器官的来源而认为“沉默即是同意”。同时,也不能为了保护自我决定权而完全忽视器官移植的现实,因此,不宜采纳限缩的同意模式。但是,扩张的同意模式也存在疑问,那就是,在本人生前的意思不明时,根据家属的同意而摘取器官的行为是否违背了本人的自我决定权?换言之,家属的意思能否推定为本人的意思?沈在宇(심재우)教授就此提出批评,认为在本人生前的意思不明确的情况下,根据家属的同意而摘取器官的行为在本质上属于他人决定或者他人处分,而不是自我决定或者自我处分。而且家属很可能为了自己的利益而歪曲本人的意思。<sup>①</sup>但是,沈在宇教授同时又表示,也不能一概地排斥他人的同意权。因为他人的同意有两种含义:一种是与本人的意思无关,他人自身的同意。另一种是他人推测本人的意思而作出的同意。后一种虽然形式上是他人的同意,但实质上代表了本人的意思,因此与同意模式的本质相符。<sup>②</sup>现实生活中确实有可能存在家属歪曲本人意思的情况,例如,本人在陷入脑死状态或者死亡之前没有就捐献器官作出意思表示,虽然可以推定其不同意捐献器官,但是家属出于某种动机一致同意捐献的情形。在坚持扩张同意模式的前提下,可以考虑上述学者主张的推定同意方式,由公正的第三者,如法院等介入其中,审查家属是否歪曲本人的意思。但是,法律介入国民家庭领域的程度毕竟有限,而且,在本人陷入脑死状态或者死亡而再也无法作出意思表示的情况下,只要家属之前达成合意,法律就很难规制这种现象。如果想切实地尊重本人的自我决定权,彻底杜绝这种情况发生,那么就只能否定家属的同意权,但这样会导致器官来源的严重萎缩,也不符合器官移植的现状。据此,笔者认为,立法采纳扩张的同意模式是利益平衡的结果,是向现实做出的妥协,由此产生的家属歪曲本人意愿等情况是必须容忍的代价。韩国器官移植法第11条第1款第2项对享有同意权的家属的范围和顺位做出了规定:“依照第3条第5项规定的家属或遗族顺位的优先顺位者2人(家属或遗族为1人时1人)的书面同意。但是,当优先顺位者均为未成年人时,除了未成年人同意之外,还需要成年人的次顺位的家属或遗族1人共同同意,当优先顺位者下落不明,或者因总统令规定的不得已的事由而无法同意时,可以由次顺位者同意。”

我国《人体器官移植条例》第8条第2款规定:“公民生前未表示不同意捐献其人体器官的,该公民死亡之后,其配偶、成年子女、父母可以以书面形式共同表示同意捐献该公民人体器官的意愿。”显然,我国立法同样采纳了扩张的同意模式,这一点值得肯定。但是,与韩国器官移植法比较,也存在不同之处。其一,我国立法没有规定享有同意权的家属的顺位,而是要求享有同意权的家属共同同意才能摘取器官。笔者认为,这种规定值得商榷。因为,扩张的同意模式的设计初衷就是要在保护本人自我决定权的同时确保器官的来源,如果要求享有同意权的家属共同同意才能摘取器官,那么,只要这些家属之间意见不一致,或者有一个人不同意,就无法摘取器官,这显然过分地保护了死者的自我决定权,不利于确保器官的来源。而按照韩国器官移植法的规定,只要处在优先顺位的家属2人同意就可以摘取器官,这显然更有利于保障器官的来源,促进器官移植事业的发展,值得我国立法借鉴。其二,享有同意权的家属的范围相对较窄。这种规定与前一规定直接相关。因为立法要求享有同意权的家属共同同意才能摘取器官,如果范围过宽,不利于保障器官的来源。但是,如果将来对享有同意权的家属的顺位作出规定,则有必要扩展家属的范围,否则将不利于确保器官的来源,因为,当这些家属由于各种原因全都无法表示同意时,就无法摘取死者的器官。

### 三、关于人体器官买卖的刑法规制

人体器官买卖是随着器官移植技术的发展以及供体器官来源不足而产生的。供体器官来源不

---

<sup>①②</sup> 심재우, “뇌사자 장기이식의 법적 문제” 「성곡논총 제 27 집 제 3 권」1996 930 면.

足主要有两方面原因：一是器官移植技术的发展水平所限。尽管当前的器官移植技术已经发展到相当高的水平，但是，由于异种器官移植和人工器官的研制还处在实验阶段，可供移植的器官主要还是来自人类自身。二是各国法律制度所限。各国立法普遍将无偿捐献作为人体器官的唯一合法来源，但是，无偿捐献器官的人相对于等待移植的人来说非常少。由于人体器官的供应严重不足，每年都有相当多的人因得不到器官移植而死去。在这种情况下，等待移植的人不得不自己寻找器官的来源，他们愿意出高额的费用购买人体器官。而买方市场的形成必然催生卖方市场的产生，一些人因生活所迫或者受金钱的诱惑而愿意出卖自己的器官。无论买卖的目的如何，买卖人体器官的行为从器官移植产生之日起就没有消失过，而且只要人体器官供应不足的问题得不到解决，这种现象仍将持续存在。

虽然有少数人认为，买卖人体器官有利于增加器官来源以及尊重器官出卖人的自我决定权，主张将买卖人体器官的行为合法化。但是，占压倒多数的意见认为，买卖人体器官的行为违背了宪法基本理念中人的尊严和价值，违反了社会伦理观念，因此，世界各国和地区的立法普遍禁止买卖人体器官，将其作为犯罪加以处罚。

韩国器官移植法第6条第1款规定：“任何人不得给付、收受或者约定给付、收受金钱、财产性利益以及其他反对给付而实施下列各项规定的行为。1. 将他人的器官提供给第三者或者为了提供给第三者而收受的行为，或者对此做出约定的行为。2. 将自己的器官提供给第三者，或者为了给自己移植他人的器官而收受的行为，或者对此做出约定的行为。3. 教唆、斡旋、帮助第1项以及第2项行为的行为。”第6条第2款规定：“任何人不得教唆、斡旋、帮助违反第1款第1项以及第2项的行为。”第6条第3款规定：“当知道存在违反第1款或者第2款规定的行为时，任何人不得摘取或移植与这些行为相关的器官。”可见，该条文试图网罗人体器官买卖行为的所有类型，体现了韩国器官移植法坚决打击器官买卖行为的决心。该条文除了打击典型的出卖器官的行为、为了出卖而收受器官的行为，收买器官的行为之外，还重视打击以下行为类型：（1）与上述典型的买卖行为相关的约定行为。如约定将他人的器官提供给第三者的行为、约定将自己的器官提供给第三者的行为等。将约定行为犯罪化，使得刑法的防卫线提前，有利于尽早打击买卖器官的行为。（2）买卖器官的居间行为。如该法明文列出“斡旋”的行为方式，斡旋实质上是居间行为。这一点尤其值得借鉴。因为，现实中需要移植器官的人和愿意出卖器官的人很难直接互通有无，很多器官交易行为都是通过中间人的牵线搭桥完成的，从这个意义上，可以说中间人是关键人物，应当对其进行重点打击。（3）教唆、帮助等共犯行为。如教唆、帮助行为人将自己的器官提供给第三者的行为，教唆、帮助行为人将他人的器官提供给第三者的行为等。打击教唆、帮助等共犯行为，在一定程度上有利于遏制典型的买卖器官行为。（4）摘取或移植与买卖行为相关的器官。这一规定主要是针对医生参与买卖器官行为的情况而设。

我国《人体器官移植条例》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。”第7条规定：“人体器官捐献应当遵循自愿、无偿的原则。”但是，该条例并没规定与买卖人体器官有关的任何具体行为方式。这种原则性的规定看似周延，不会出现挂一漏万的情况，从而有利于打击买卖器官的行为，但是，对司法机关而言不具有可操作性，其直接后果是导致司法机关的自由裁量权无限扩大，最终侵犯国民的自由。因此，笔者建议，修法时应借鉴韩国以及其他国家和地区的立法，详细规定买卖器官的具体行为方式，力求严密法网。

韩国器官移植法第40条对买卖器官的行为作出了处罚规定。第1款规定：“违反第6条第1款第1项或者第3项的规定，给付、收受器官的人，约定给付、收受器官的人，对给付、收受器官进行教唆、斡旋、帮助的人，或者违反该条第3款的规定，摘取或移植器官的人，处2年以上有期徒刑。”第2款规定：“违反第6条第1款第2项的规定，给付、收受器官的人，约定给付、收受器官的人，以及违反该条第2款规定，对该条第1款第1项及第2项规定的行为进行教唆、斡旋、帮助的人，处

10 年以下拘役,或者 5 千万元以下罚金,或者可以并课罚金。”在韩国刑法中,拘役是典型的刑罚种类,只能适用于犯罪行为。因此,器官移植法第 6 条虽然没有明文规定买卖器官属于犯罪行为,但是可以从第 40 条的规定推导出这一结论。而且这一结论也可以得到印证。第 40 条第 4 款规定:“犯第 1 款至第 3 款规定之罪而获得的金钱或财产性利益应当没收。但是,当无法没收时,追缴其对价。”由此可知,韩国器官移植法第 6 条规定的与买卖器官有关的所有行为都构成犯罪,这体现了该法严厉打击买卖器官行为的态度。

我国《人体器官移植条例》对买卖人体器官行为的定性问题采取的态度耐人寻味。该条例在第四章(法律责任)第 26 条规定:“违反本条例规定,买卖人体器官或者从事与买卖人体器官有关活动的,由设区的市级以上地方人民政府卫生主管部门依照职责分工没收违法所得,并处交易额 8 倍以上 10 倍以下罚款;医疗机构参与上述活动的,还应当对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分,并由原登记部门撤销该医疗机构人体器官移植诊疗科目登记,该医疗机构 3 年内不得再申请人体器官移植诊疗科目登记;医务人员参与上述活动的,由原发证部门吊销其执业证书。国家工作人员参与买卖人体器官或者与买卖人体器官有关活动的,由有关国家机关依据职权依法给予撤职、开除的处分。”该条例第 25 条规定:“违反本条例规定,有下列情形之一的,构成犯罪的,依法追究刑事责任:(一)未经公民本人同意摘取其活体器官的;(二)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;(三)摘取未满 18 周岁公民的活体器官的。”该条例第 31 条规定:“国家机关工作人员在人体器官移植监督管理工作中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予处分。”通过对比这三个条文,可以看出:我国《人体器官移植条例》并没有把买卖人体器官的行为规定为犯罪行为,而是将其规定为一般的行政违法行为。理由如下:其一,第 25 条、第 31 条都有“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的规定,但是第 26 条却没有;其二,第 26 条规定的处罚方法都不是刑罚,而是行政处罚方法,如罚款、处分、撤销登记、吊销执业证书、撤职、开除等。那么,为什么会出现这种现象?笔者推测,由于我国刑法典中没有买卖人体器官相关犯罪的规定,因此,即使《人体器官移植条例》规定,对买卖器官的行为追究刑事责任,也无法得到刑法典的回应,从而导致这一规定被虚置。而第 25 条、第 31 条之所以有刑事责任的规定,是因为可以在刑法典中找到相应的罪名,如故意伤害罪,故意杀人罪,盗窃、侮辱尸体罪,滥用职权罪,玩忽职守罪等。没有将买卖人体器官的行为规定为犯罪不利于规制这种行为。因此,首先应通过刑法修正案的方式规定买卖人体器官的相关犯罪,其次在器官移植立法中做出追究刑事责任的规定。<sup>①</sup>在以修正案的方式规定买卖人体器官相关犯罪时,首先应当严密法网,对教唆、帮助、斡旋等相关行为作出规定。其次,对器官的出卖人和买受人规定相应的减免刑罚的事由。如前所述,器官买卖双方往往处于迫切的状态,期待其不实施买卖器官行为的可能性比较低,因此,立法时应当充分体现对人性弱点的救济。再次,应当对买卖人体器官的中间人和犯罪集团设置严厉的刑罚。最后,在追究实施器官移植手术的医生的刑事责任时一定要慎重。除了事前与买卖器官的双方通谋的情形之外,只要某项器官移植的申请通过了人体器官移植技术临床应用与伦理委员会<sup>②</sup>的审查,医生就可以实施器官移植,即使事后该移植被认定为器官买卖或者事前医生通过其他途径得知该移植属于器官买卖,也不能追究医生的刑事责任。理由在于,医生只有成功实施手术的义务,而没有审查某项移植是否器官买卖的义务。

总之,对买卖人体器官的行为进行刑法规制并不是治本之策,从根本上杜绝这种行为的途径只有一条,那就是增加可供移植的器官来源,而这已远远超出了刑法功能的范围。(下转第 113 页)

<sup>①</sup> 像韩国器官移植法那样,直接在器官移植立法中规定构成要件和刑罚的做法,不符合我国的立法实践。因为 1997 年新刑法颁布之后,为了达到刑事立法的统一性,我国一直是以修正案的形式修改刑法,以附属刑法的形式直接规定犯罪和刑罚的做法至少在现阶段不可行。

<sup>②</sup> 参见我国《人体器官移植条例》的相关规定。

理的大格局中 不断探索有效维权的机制、手段和途径 团结全社会的力量 推动建立规范有序、公正合理、合作互利的新型劳动关系。总之 实现体面劳动 必须通过组织化的力量,“最广泛地把职工群众组织到工会中来 最充分地把工会组织的活力激发出来”;<sup>①</sup>独立自主地表达自己的权益 维护自己的权益 坚持主动维权、依法维权、科学维权 坚持在发展中维权、在维权中发展。在有效的组织形式下 也比较容易达到维权的目的 避免混乱和无序。否则 合法的工会组织建立不起来 非法组织就可能乘虚而入 被带有“颜色”性质并试图脱离法治(制)轨道的力量所利用 这才是危害和谐、稳定的劳动关系 危害社会和谐的心腹之患!

### Approach to Achieve Decent Work

XIAO Wei QIAN Jian-xing

(*Institute of Marxism Fudan University, Shanghai 200433, China*)

**Abstract:** To achieve decent work is the people-oriented demands of the times' spirit, and is important for respecting and protecting human rights. On one hand, decent work asks for a higher intrinsic quality of workers, focusing on capacity improvement. This is the basic plan for promotion of employment and upgrading the industry. On the other hand, it must have external well-organized activists. Without harmonious and stable labor relations, which depends on the general balance of power between employers and employees, there would be no harmonious and stable social relations

**Key words:** decent work; labor relation; the quality of worker

[责任编辑 吕晓刚]

\*\*\*\*\*  
(上接第92页)

### The Enlightenment of the Law of Organ Transplantation in Korea to China

MO Hong-xian<sup>1</sup> LI Ying-feng<sup>2</sup>

(1. *Center of Criminal Law Research*; 2. *School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China*)

**Abstract:** The law of organ transplantation in Korea contains almost all items about organ transplants. This article mainly discusses three questions: the brain death, the agreement of organ donation, and the regulation of criminal law on human organ's trade. It sheds light to the organ transplanting legislation of China: Firstly, we don't have to adopt the criterion of brain death in our legislation. Secondly, the organ donor's effective agreement is the core condition of picking living-organs. Thirdly, in order to regulate the behavior of human organ's trade by criminal law, the related crime should be written into the amendatory acts of criminal law. Taking into the urgent situation of both seller and buyer, reducing penalty's matters should be taken into consideration. Meanwhile, middleman and criminal gang who engages human organs' trade should be cracked down severely. However, the trade is rooted in the insufficiency of donative organs, and the regulation of law is not a permanent cure.

**Key words:** organ transplantation; brain death; organ donation; human organs' trade

[责任编辑 刘慧]

<sup>①</sup> 《胡锦涛在同全国总工会新一届领导班子成员和中国工会十四大部分代表座谈时的讲话》(2003年9月28日) 见中华全国总工会研究室编《坚定不移地走中国特色社会主义工会发展道路文献选编》(内部汇编资料)。