



上海法学文库

刘长秋 著

生命科技犯罪及其 刑法应对策略研究



法律出版社
LAW PRESS CHINA

生命法学丛书

生命科技犯罪及其 刑法应对策略研究

刘长秋 著



上海法学文库



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

生命科技犯罪及其刑法应对策略研究/刘长秋著.
北京:法律出版社,2006.12
(上海法学文库.生命法学丛书)
ISBN 7-5036-6842-3

I. 生... II. 刘... III. 生命科学—科学技术—刑事犯罪—研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 137616 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭 涛

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2006 年 12 月第 1 版

印张/13 字数/200 千
印次/2006 年 12 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
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)

销售热线/010-63939781/9782

传真/010-63939777

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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6842-3/D·6559

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在今年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶植一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家做以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也应如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们

所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学的投入大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是抢手货。在这样的背景下,编辑出版《上海法学文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同仁如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量的啊!

沈国明

2005年10月1日

《生命法学丛书》序

21 世纪将是生物科技世纪,其核心是人类生命科技突飞猛进的发展。而这,将天翻地覆地改变世界的经济、社会、文化状况乃至改变人类本身,从而极大地改变人类的价值观、伦理观与法律观。

随着生命科技的发展,将逐渐形成新型的生命社会关系和调节这一新型生命社会关系的法律。这在今天,业已初见端倪。脑死亡法、人类辅助生殖技术法、基因技术法、器官移植法以及安乐死法等的出现便是明证。这些新型生命法的诞生过程,交织着热切的期盼与切齿的诅咒,因为它彻底地颠覆了传统的道德观念,尤其是与以血缘关系为纽带的稳态家庭社会关系唇齿相依、休戚与共的传统伦理观。尽管如此,期盼者的期盼还是变成了现实;诅咒者的诅咒则已气息奄奄。

随着生命法的发展,提出了一系列新的法理学与法律学问题。回答这些问题,是法学工作者责无旁贷的使命。但是,这将是一个艰难的探索过程,牙牙学步,牙牙学语,幼稚是必然的,错误也在所难免。不憚貽笑大方将此《丛书》奉献给读者,一是希望引起社会各界尤其是法学界、医学界的关注,予以批评指正;二是希望推动生命法学的研究,经过互相切磋、辩难,在若干年后形成成熟的生命法学。

芳林新叶催陈叶,流水后浪逐前波。《丛书》的作者,将为生命法学研究新人辈出,生命法学佳作如潮涌现而欢呼雀跃!

倪正茂

2005 年 7 月 20 日

前 言

生命科技犯罪,通常又被称为生物科技犯罪,是笔者在多年从事生命法学的过程中自创性地提出的一个犯罪学新概念。但毋庸置疑,“生命科技犯罪”这一名称的提出及其界定还有很多值得商榷的地方。生命科技犯罪是伴随着生命科学技术发展尤其是现代生命科学技术飞速发展,在生命科技研发、应用、转让及管理活动中出现的一类犯罪现象。近年来,生命科学在各国获得了普遍发展,而生命科学技术也在社会生活中得到了广泛应用,但与此同时,与之相伴生的一些犯罪也随即而至。商业代孕、克隆人、人体器官买卖、非法医药实验、制贩假药、制造生物武器……可以说,只要是现代生命科学发展及其技术应用所及的范围和领域,都出现了与之相对应的犯罪现象。这给人类社会的稳定以及生命科学技术健康发展蒙上了阴影。在这种情况下,如何控制这类犯罪,将这类犯罪的社会危害性控制在社会能够承受的最低水平上,便成为各国法律乃至国际刑法普遍面临的一项重要任务。

当前,我国的生命科学技术也在急速发展,在人们日常生产、生活中的应用也越来越频繁和普遍,甚至在器官移植、基因工程等很多方面都已经步入世界发达国家的行列。生命科学技术在我国的深入发展极大地增进了广大人民群众福祉,但也对我国传统的刑事立法带来了现实的挑战。为此,需要我国刑事立法者采取适宜的应对策略。然而,迄今为止,我国还远没有重视生命科技犯罪问题,在我国刑法中还没有确立生命科技犯罪的概念。这使得近年来频繁发生在我国的很多生命科技犯罪活动得不到及时、有效的惩治,导致出现大量新的社会矛盾。笔者以为,我国不重视生命科技犯罪的原因是多方面的,其中,既有现代生命科学技术发展不确定性方面的因素制约,也有立法者立法指导思想落后方面的影响,而理论研究的严重滞后与

不足无疑是最不容忽视的一个重要因素。迄今为止,我国国内还少有关于生命科技犯罪研究方面的专著,而相关的论文或文章也很是罕见。在这种情况下,对生命科技犯罪及其刑法应对策略进行相对系统和细致的研究,为我国生命科技犯罪的刑法防控提供良好的对策建议与理论支持,并使人们更好地了解现代生命科技活动的法度,无疑将具有不言自明的重要意义。为此,本书以近年来笔者在该方面的一些现有研究成果为基础,对生命科技犯罪问题及针对其所应当采取的刑法应对策略进行了尽管粗浅但却并不乏相对细致及系统性的研究。

其实,早在2001年初,笔者便对生命科技犯罪给予了密切关注,并开始对这类犯罪中的辅助生殖犯罪进行粗浅研究,而随着研究日益深入,笔者逐渐萌生了要写一部专著的想法。然而,真正着手去写这样一部专著却是2005年以后的事。2005年4月,笔者所承担的、与本专著同名的“生命科技犯罪及其刑法应对策略研究”课题被立项为上海市法学研究会青年课题项目。这不仅使本书的写作有了研究经费方面的保障,更极大地激励了笔者要尽快完成这样一部专著的决心。本书的写作便自此开始。

生命科技犯罪及其刑法应对问题在学术界是一个近乎超前沿的课题。无论国内还是国外都没有太多可供参考的现成研究成果。这客观上给笔者的研究带来了不小的困难。为此,在研究过程中,笔者采取了“专时分项”、“集中攻克”的研究方式,首先对生命科技犯罪的概念、特征、现状与成因等生命科技犯罪的基本问题展开系统研究;之后,则分别对犯罪的刑法应防与生命科技犯罪的刑法应防、罪刑法定与生命科技犯罪的刑法应防、刑事责任与生命科技犯罪的刑法应防以及国外应对生命科技犯罪的立法经验等也展开系统研究,并运用法律经济分析的理论与方法及社会相当性理论对生命科技犯罪及其刑法应防进行了细致探讨,形成了包括“生命科技犯罪引论”及“罪刑法定与生命科技犯罪”等在内的多篇阶段性研究成果。最后,笔者对各阶段的研究成果进行了系统整理,形成了这本目前国内首部系统研究生命科技犯罪问题的专著。本专著共分总论与分论两个部分。总论部分主要是对作为一个整体性概念的生命科技犯罪及其刑法应对进行研究;而分论部分则分别对基因犯罪、辅助生殖犯罪、器官移植犯罪、人体实验犯罪以及美容整形犯罪五类具体的生命科技犯罪及其刑法应对策略加以探讨。

由于时间、精力、资料以及笔者个人的学术造诣等多重因素所限,本书只能算是对生命科技犯罪及其刑法应对策略所进行的相对较为肤浅的研

究,对有关生命科技犯罪方面的很多具体问题,如有关生命科技犯罪个罪的概念及构成、生命科技犯罪与相关犯罪的关系及其立法协调等,笔者都未能进行详细而深入的探讨。这显然是本书以及本书作者的一个遗憾,但另一方面,这一遗憾也未尝不是一个新的机遇与挑战——毕竟,本书在研究方面的粗浅性为笔者今后进行更进一步的深入研究留下了空间!从这一意义上来说,本书的完成并不意味着笔者对生命科技犯罪及其刑法应对策略研究的结束,相反,这恰恰是一个新的开始。

刘长秋
2006年5月20日

目 录

前 言	1
第一编 总 论	1
第一章 现代生命科学技术及其对刑法的影响	3
第一节 现代生命科学技术概况	3
第二节 生命科学技术给当代刑法带来的挑战	5
第二章 生命科技犯罪概论	14
第一节 犯罪与生命科技犯罪	14
第二节 生命科技犯罪的概念与特征论	19
第三节 生命科技犯罪的分类	31
第四节 生命科技犯罪的根源与本质	37
第五节 生命科技犯罪的现状与成因	39
第六节 单位生命科技犯罪	46
第七节 生命科技犯罪的经济分析	55
第三章 生命科技犯罪的刑法防范与应对	63
第一节 犯罪刑法应防的一般理论与生命科技犯罪的刑法 应防	63
第二节 罪刑法定与生命科技犯罪的刑法应对	65
第三节 生命科技行为的社会相当性与生命科技犯罪	73
第四节 生命科技犯罪的刑事责任与生命科技犯罪的刑法 应对	76
第五节 我国对生命科技犯罪进行刑法应防的必要性 及对策选择	81
第六节 国外生命科技犯罪的立法应对及其对我国的启示	86

第二编 分 论	97
第四章 基因犯罪及其刑法应对策略	99
第一节 基因技术与刑法	99
第二节 基因犯罪论	102
第三节 基因犯罪的刑法应对策略	110
第五章 辅助生殖犯罪及其刑法应对策略	118
第一节 辅助生殖技术与刑法	118
第二节 辅助生殖犯罪概论	121
第三节 辅助生殖犯罪的刑法应对策略	131
第六章 器官移植犯罪及其刑法应对策略	137
第一节 器官移植及其给刑法带来的挑战	137
第二节 器官移植犯罪概论	140
第三节 医师的告知义务与器官移植犯罪	152
第四节 器官移植犯罪的刑法应对策略	156
第七章 人体实验犯罪及其刑法应对策略	159
第一节 人体实验与刑法	159
第二节 非法人体实验罪概论	164
第三节 非法人体实验罪的刑法应对策略	172
第八章 美容整形犯罪及其刑法应对策略	176
第一节 美容整形及其对当代刑法提出的要求	176
第二节 美容整形犯罪论	178
第三节 美容整形犯罪的刑法应对策略	187
参考文献	191
后 记	194

第一编 总 论

第一章 现代生命科学技术 及其对刑法的影响

第一节 现代生命科学技术概况

现代生命科学技术 (Modern life technology) 是对包括基因技术、辅助生殖技术、器官移植技术、变性手术以及生物制药技术等在内的现代医学、生物学技术的统称。20 世纪下半叶以来,人类在生命科学及其应用技术领域取得了一系列巨大成就,成为整个人类科技发展史上一道亮丽的风景。

一、现代生命科学技术的发展简况

生命科学是研究生命起源、生物体从生殖细胞的发生到受精、生长发育、成熟、病变、衰老乃至死亡的整个生命过程中变化机理的学科。它旨在研究生物体整个生命周期发展变化规律,并利用这些规律进行调节控制,以促进整个社会发展,造福于人类。生命科学并不是一门新的学科技术,而是自有人类之日起即已产生,并在人类漫长的进化发展史中不断发展。公元 10 世纪,我国就有了预防天花的活疫苗,而到明代则已经广泛地种植痘苗以预防天花;16 世纪,我国的医生已经知道被疯狗咬伤可传播狂犬病……但生命科学技术获得实质性突破则是在 20 世纪 50 年代之后。1953 年,美国生物学家沃森 (Watson) 和英国物理学家克里克 (Crick) 合作提出了生物遗传物质 DNA 分子的双螺旋结构和半保留复制机理,为基因技术的发展打下了坚实的基础。1954 年,莫瑞 (Murray) 等采用同卵双生兄弟的活体肾脏进行的肾脏移植获得了成功,成为移植医学史上首例获得长期有功能存活的病例,开启了人类成功进行器官移植的先河。20 世纪 60 年代,科学家们又确定了遗传信息是由核苷酸组成密码分子进行传递的方式。20 世纪 70 年代,基因工程又应运而生,使人类具备了通过重组 DNA 而主动改变生物 (包括人类自身) 的遗传特性的能力,将生命科学技术的发展又向前推进了一大步,从

而标志着现代生命科学技术的正式形成。在此之后,生命科学技术更是以惊人的速度向前发展:1978年,英国培育出了世界上第一个试管婴儿,引发了世人的普遍关注;1985年,人类实现了对DNA碱基配对测序的自动化,标志着人类生命科学技术的进一步成熟;1997年,克隆羊“多莉”出世,使得克隆人开始变得可能;1998年,科学家成功分离出了人体胚胎干细胞,使人类生命科学技术又向前迈进了一大步;1999~2001年,科学家们成功地从成年人体内分离出干细胞,并找到了培养方法,使得人体脏器的再生不再是梦;2001年,人类基因组序列草图发表,表明生命科学技术开始向解读人类生命“天书”的方向挺进;2004年,人类基因组序列图正式完成并公布,其精确度高于99%,进一步宣示了人类生命科学技术的辉煌。

科学家们认为,生命科学已经进入了黄金时代,可以预期,在这个时代里,医学、农业和环境管理等将取得富有现实意义的进展。正如美国一位科学家所说的:历史上从来没有哪个科学领域在为人类谋福利和在基本知识的积累上有像目前生命科学那样的广阔前景。^①

二、现代生命科学技术发展的意义

1. 现代生命科学技术的飞速发展显现了人类的智慧及力量

人类发展的历史就是一部人类发挥自身智慧、不断战胜自然的社会发展史。自人类诞生之日起,就一直面临伤病、衰老、死亡等生命问题的困扰,为此,人类在生活实践中发现了各种药物及养生方法,并创造了很多生命辅助技术,极大地提高了人类战胜自然的能力,初步显示了人类的伟大智慧。随着社会发展所必然带来的人类对健康需求的日益增长以及对生命科学技术要求的日渐提高,辅助生殖、器官移植、基因密码的解读、医学美容整形等,也逐步产生并经一代代生命科技工作者的努力探索而最终成为现实。这更加宣示了人类的聪明才智,标志着人类战胜自然能力的进一步提高。

2. 现代生命科学技术将有力地促进人类的生命健康与长寿

现代生命科学技术的发展极大地提高了人类对于自身生命现象的认识,并帮助人们了解和找到了各种疾病的发病机制及防治途径,为人类进行疾病防治以及健康养生提供了知识基础与技术支持。以基因技术为例,人类基因组的破译以及致病基因的确认,可以帮助人们从根本上了解各种遗传疾病、老年痴呆症等疾病的致病机理,并可以通过改变人体基因序列等方

^① 郭自力著:《生物医学的法律和伦理问题》,北京大学出版社2002年版,第170页。

式对这些疾病做出有效的防治。目前,人们用“人类基因组计划”中建立的技术已经能够分析出近 30 种微生物的全部基因组,对致病微生物的了解,将使常见的艾滋病、血吸虫病、非典型性肺炎等传染病得以攻克;而利用器官移植技术,人类则已经能够进行心移植、肺移植、肝移植、小肠移植以及心肺联合移植等各种移植手术,使身患器质性病变的人们得以康复……不仅如此,现代生命科学技术的发展还带动了很多新药的问世,为医治身患相关疾病的人们带来了康复的希望。随着生命科学技术的深入发展,人类的生命质量将会有大幅度的提升,人类的平均寿命有望达到一个新的水平。

3. 现代生命科学技术的发展有利于推动经济社会的深入发展

现代生命科学技术的发展带动了生物产业的发展,而生物产业则被认为是“21 世纪的支柱产业”。研究数据显示:世界生物医药产业近年销售额每五年翻一倍,增长率高达 25% ~ 30%,约为世界经济增长率的 10 倍。^①一方面,人类基因组的破译带动了以 DNA 序列为基础的生物制药产业。目前,全球范围内已经有数十种人类基因的产品如胰岛素、干扰素、生长激素等上市。另一方面,近代生命科学技术的发展也使微生物发酵工业面貌一新,新产品不断涌现,用发酵法和酶法生产的氨基酸已达人体所需 20 种氨基酸中的 18 种,年产量 50 万吨,产值超过 30 亿美元。基因工程技术正在被用来淘汰抗生素中毒性较大的老品种,并同时帮助人们寻找新品种,以提高药物的质量。不仅如此,基因工程技术在农业方面的应用更给人类社会带来了巨大的福祉,现在,已有越来越多的转基因农作物、转基因动物制品以及转基因食品被推向了市场,为社会经济的深入发展形成了一个又一个新的增长点。此外,基因技术在采矿、能源、环境保护等各个方面也都发挥着日益重要的作用和影响。这些都是现代生命科学技术在推进经济社会深入发展方面的重要体现。

第二节 生命科学技术给当代刑法带来的挑战

生命科学自 20 世纪后半叶以来的飞速深入发展,使人类在认识生命本质方面取得了辉煌的成就。在某种意义上,人类尤其是科学家正在扮演着上帝的角色:他们不仅通过器官移植改变了某些器质性疾病无法治愈的窘境,还通过转基因技术创造出自然界原本没有的物种,甚至还具备了复制自

^① 参见《解放日报》2005 年 6 月 29 日第 3 版。

己以获得“永生”的希望与可能。面对如此辉煌的成就,人类没有理由不为自己欢呼雀跃。但另一方面,任何事物都具有两面性,生命科学技术的进步也是如此。人类发展的历史已经不止一次地证明:科学技术是一把“双刃剑”,“科学技术越发展,它的正负作用也都越来越大”。^①现代生命科学技术也是一把“双刃剑”。现代生命科学技术在为人类带来前所未有的福祉的同时,也给既有的、相对稳定而和谐的社会秩序带来了巨大冲击,这些问题给当代立法尤其是刑法带来了严峻挑战。

一、生命科学技术对医疗卫生秩序的冲击

生命科学技术对医疗卫生秩序的严重冲击表现在诸多方面,其中,最为主要的表现则是公共卫生安全方面,或者说主要体现在对其公众生命健康权的威胁与侵害方面。生命科学技术对医疗卫生秩序的冲击不仅表现在传统的医疗卫生领域,^②而且还几乎显现在了每一个生命科技新领域,如基因技术领域、器官移植领域、死亡判定操作领域、辅助生殖技术领域等。在此,我们仅简单地列举几个例子来加以说明。

首先以辅助生殖技术的发展为例,该技术的发展就极易引发以下问题:(1)由于捐精的程序不够规范,一些捐精者往往会隐瞒家族传染病史,导致将传染病传染给受精者及其胎儿,从而使受精者及其胎儿的健康安全受到严重影响。(2)不少患有生育障碍的夫妇由于盼子心切,往往以愿出较高的费用为条件请求医疗单位或医师为自己实施辅助生殖手术,进行人工授精或体外授精。这样一来,某些不具备实施辅助生殖手术能力的医疗单位和不具有实施辅助生殖手术临床经验的医师基于经济上的考虑,经常会非法为他人实施辅助生殖手术,以致造成受术者伤害甚至死亡,这种情况经常出现。这类非法实施辅助生殖手术的现象极大地扰乱了正常的医疗秩序,且对接受辅助生殖手术者的生命健康与生殖健康构成了极大的威胁和损害。^③

再以器官移植技术的发展为例,器官移植技术的发展使某些器质性疾病的医治成为可能,但在器官移植过程中却经常会引发以下问题:(1)人体

① 林德宏:“科技哲学与人类未来的命运”,载《科学技术与辩证法》2000年第6期。

② 对于生命科学技术对传统医疗卫生领域的冲击,各国刑法基本上都已通过规定医疗犯罪(或称为卫生犯罪)及其刑事责任的方式进行了应对,对防范和缓解这些冲击起到了极其重要的作用。

③ 刘长秋、杨玉娣:“浅论我国辅助生殖手术许可证制度之建构”,载《中国卫生事业管理》2004年第6期。