

COMPLETE

SEARCH

倪正茂 李 惠·主编



上海政法学院学术文库

中国生命法学评论(第1卷)

CHINA BIOLAW REVIEW (VOLUME 1)



上海社会科学院出版社

倪正茂 李 惠·主编



上海政法学院学术文库

中国生命法学评论^(第1卷)

CHINA BIOLAW REVIEW (VOLUME I)



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国生命法学评论. 第1卷/倪正茂,李惠主编;
王康等编著. —上海:上海社会科学院出版社,2015
(上海政法学院学术文库)

ISBN 978-7-5520-0830-2

I. ①中… II. ①倪… ②李… ③王… III. ①生命—
法学—文集 IV. ①D912.101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 078807 号

中国生命法学评论(第1卷)

主 编:倪正茂 李 惠

责任编辑:杜颖颖

封面设计:黄婧昉

出版发行:上海社会科学院出版社

上海淮海中路622弄7号 电话63875741 邮编200020

<http://www.sassp.org.cn> E-mail:sassp@sass.org.cn

排 版:南京展望文化发展有限公司

印 刷:上海信老印刷厂

开 本:720×1020毫米 1/16开

印 张:19

插 页:1

字 数:340千字

版 次:2015年3月第1版 2015年3月第1次印刷

ISBN 978-7-5520-0830-2/D·316

定价:59.80元

版权所有 翻印必究

《上海政法学院学术文库》

编 审 委 员 会

主 任：金国华

副主任：闫 立 倪正茂

秘书长：何平立

委 员：（以姓氏笔画为序）

王明华 王 蔚 刘 强 闫 立

关保英 汤啸天 杨 寅 吴益民

何平立 张森年 金国华 倪正茂

章友德

《中国生命法学评论》(第1卷)

编 委 会

主 编：倪正茂 李 惠

编 委：(按姓氏笔画列序)

王 康	刘长秋	江 涛	许爱东
李 枫	李 惠	杨彤丹	陈颖健
邱格屏	宋晓亭	夏国美	倪正茂
谈大正	曹丽荣		

《上海政法学院学术文库》

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”。其意即蕴含着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道：“博学之、审问之、慎思之、明辨之、笃行之。”则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此，从对世界历史进程的审视与洞察，社会发展、科学昌明、思想进步，从来离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学重要的标志。因此，一个大学的学术气氛，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识与科学、事实与原理、探索与发展、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训。这既是学校办学理念集中的体现，也是学术精神的象征。这一校训，不仅大力倡导复合型人才培养，注重充分发挥个性特色与

自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批评,探求科学与人文的交融与整合。《上海政法学院学术文库》正是在这一精神理念引领下出版问世的。

《上海政法学院学术文库》的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科学平台。古代大家云:“一代文章万代稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信《学术文库》的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信《学术文库》将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿《上海政法学院学术文库》精神,薪火传承,代代相继!

金国华

(作者系上海政法学院原院长)

卷 首 语

《中国生命法学评论》(第1卷)出版了。历史将会对此作出高度的评价。虽然在出版之始,甚至在出版以后的若干年内,有关研究仍然可能是不成熟,甚至幼稚的,但是出版本身即宣告中国生命法学步入了新的阶段。有鉴于上述情况,对中国生命法学研究之缘起、历程略事回顾并对今后的发展作一预测、提一些希望,似是必要的。

可以说,生命法学研究是在一个十分偶然的机遇下被提出的。

人类为捍卫生命、保障健康,曾制定过一些简单的法律法令。近代以来关于生命社会关系的调节,开始出现了专门性的单项立法。第二次世界大战以后,随着生物工程技术 with 医疗技术的进步,引发了前所未闻的与生命的孕育、健康长寿相关的新型社会关系的出现并使之迅速复杂化,从而推动有关立法的发展,并使得这一方面的司法实践越来越丰富、繁杂。

一般来说,法学是随着法的出现而出现的,正是立法、立法成果以及这些成果的实施情况的发展,使得研究立法、立法成果及其实施(司法、执法、守法、违法、犯罪)的法学应运而生,呱呱坠地。对此,恩格斯曾这样精辟地指出过:“随着立法发展为复杂和广泛的整体,出现了新的社会分工的必要性;一个职业法学者阶层形成起来了,同时也就产生了法学。”但是生命法学似乎略显特殊。尽管国内外为保护人类健康的立法早已汗牛充栋,有关的理论研究成果却其意不甚了了,其言甚简甚略,读者难知其详。

1997年,“多利羊”的诞生导致全球关注克隆技术的最新发展。当年上半年,复旦大学、交通大学和华东师范大学纷纷召开与克隆技术发展相关的哲学、法学、伦理学、社会学研讨会。大约是5月初,我所供职的上海社会科学院法学所领导找我,建议本人主持的科技法学研究中心也召开一次关于克隆技术的法律问题的研讨会。此前,对复旦等先行学校的研讨情况我已略有了解,本就感到不应步人后尘、亦步亦趋,而应当有所创新,所以我当即建议召开“生命法学研讨会”,并成立“生命法学研究中心”。事不宜迟,我们欣然决定在6月10日召开“生命法学研讨会”。这一倡议得到了上海法学界的热烈支持。准备工作紧锣密鼓地进行,6月10日会议如期召开。以法理学界为主力的上海生命法学研究队伍迅即突现。会议论

文于次年结集,以《生命法学论丛》之名由文汇出版社正式出版,收有倪正茂、张小红、芦琦、陆庆胜、蒋晓伟、蒋德海、蔡航等十多位法学工作者对生命法学的初步探索成果。

我的论文题为《生命法学研究略论》,对生命法、生命法学下了定义:“生命法是调整生命关系的法律。生命法学是研究生命法这一特定社会现象及其发展规律的部门法学,属于科技法学的一个分支。”并论及生命法所调节的生命社会关系是指“因生命科技活动而发生,为促进生命科技的发展并保障人类生命的存在、健康与长寿而形成的社会关系。”事后回顾,我当时的这些观点,是十分粗糙而且缺乏新意的。但上海外国语大学法学院张小红老师的一个论点给了我重要的启示。她在论文《生命法调整对象初探》中提出了传统生命社会关系与非传统生命社会关系的划分。她写道:“生命法是调整非传统方式下人类生命产生、延长、终止而引起的各种社会关系的法律规范的总称。”而这,恰恰就是生命法、生命法学与以往的医疗卫生法学、卫生法学、医药法学等既成学科的根本分立之点。所以,我在后来的所有有关著作与论文中,都一而再、再而三地加以申论。并在前后总计十七次生命法学高峰论坛上的发言中,不厌其烦地述说此一观点。其全部目的在于鼓吹生命法学界应将注意力的重点甚至全部注意力放在新技术革命引起的生命社会关系的变革及其法律调节手段的更新上。

上海社会科学院生命法学研究中心成立之后的次年,恰逢该院恢复建制 20 年。作为庆祝活动的重要学术内容之一,由法学所与哲学所联合召开一次“生命哲学与生命法学国际研讨会”,不少日本学者、我国港台地区的学者参加了这次研讨会。此后,每年都由上海社科院生命法学研究中心主持召开全市性或全国性的生命法学研讨会。直至 2005 年成立了由上海政法学院、上海社科院法学所等发起的“上海市法学会生命法与公共卫生法研究会”之后,上海市级的、全国级的或国际级的生命法学研讨会,都转由新的研究会主办。但这些会议,大多由上海政法学院生命法研究中心、上海社科院生命法学研究中心承担了筹备、主持的工作。

除 1998 年出版《生命法学论丛》及发表大量单篇论文之外,2005 年,华东政法大学的谈大正教授率先出版了《生命法学导论》;上海社科院倪正茂、陆庆胜主编出版了《生命法学引论》。这两本书,是上海市生命法学界最先奉献于世的成体系的生命法学理论著作。此后,在上海市法学会生命法与公共卫生法研究会的主持下,陆续出版了以下著作:

1. 倪正茂:《生命法学探析》,法律出版社 2005 年版
2. 倪正茂、李惠、杨彤丹:《安乐死法研究》,法律出版社 2005 年版

3. 李善国、倪正茂、刘长秋:《人类辅助生殖与生命法》,法律出版社 2005 年版
4. 刘长秋、刘迎霜:《基因技术法研究》,法律出版社 2005 年版
5. 刘长秋、陆庆胜:《脑死亡法研究》,法律出版社 2005 年版
6. 刘长秋:《器官移植法研究》,法律出版社 2005 年版
7. 倪正茂、刘长秋:《生命法学论要》,黑龙江人民出版社 2008 年版
8. 邱格屏:《人类基因的权利研究》,法律出版社 2009 年版

此外,还有一些生命法学研究工作者匠心独运地写出了以下生命法学著作:

1. 刘长秋:《生命科技犯罪及其刑法应对策略研究》,法律出版社 2006 年版
2. 夏国美:《艾滋病立法:专家建议及其形成过程》,法律出版社 2006 年版
3. 邱格屏:《基因经济与法制创新》,中国社会科学出版社 2010 年版
4. 夏国美:《理性的诊断:人类健康与社会发展前沿论坛 2010》,上海社会科学院出版社 2010 年版
5. 陈颖健:《公共健康全球合作的国际法律问题研究》,上海社会科学院出版社 2010 年版
6. 姚頔靖:《药品可及性维度下的公共健康危机与专利权保护研究》,知识产权出版社 2011 年版
7. 李惠:《生命、心理、情境:中国安乐死研究》,法律出版社 2011 年版
8. 王康:《基因权的私法规范》,中国法制出版社 2014 年版

9. 杨彤丹:《权力与权利的纠结——以公共健康为名》,法律出版社 2014 年版

其中,《生命科技犯罪及其刑法应对策略研究》曾荣获第二届“上海市法学优秀成果三等奖”;《人类基因的权利研究》获上海市第十届哲学社会科学优秀成果一等奖。

非常值得欣慰的是,年轻的生命法学工作者迅速地成长起来了。其中最为突出而引人注目的是上海社会科学院法学所的研究人员刘长秋。他所发表的有关论文总计约 130 多篇,引起了学界的高度关注。非常令人兴奋的是,在相当长的时间里,全国原本只有上海市法学会生命法与公共卫生法研究会、上海社会科学院生命法研究中心和上海政法学院生命法研究中心三家生命法学的研究机构,发展到现在,全国各地已出现了不下十家的研究机构。其中,哈尔滨医科大学还于 2013 年与上海市法学会生命法与公共卫生法研究会在哈尔滨联合主办了第 16 届生命法学高峰论坛。而各地学者的生命法学著作也在不断面世,如:

1. 郭自力:《生物医学的法律和伦理问题》,北京大学出版社 2002 年版
2. 颜厥安:《鼠肝与虫臂的管制:法理学与生命伦理探究》,北京大学出版社

2006 年版

3. 王明远:《转基因生物安全法研究》,北京大学出版社 2010 年版
4. 郝立军:《器官移植民法基本问题研究》,法律出版社 2012 年版
5. 蔡昱:《器官移植立法研究》,法律出版社 2013 年版

.....

鉴往开来,随着生命科技及与之相关的各种新型科技的迅猛发展,生命社会关系当亦相应地发生急剧的变化。因此,调节生命社会关系的法律也必将相应地发生变革。每一个生命法学理论工作者,都必须密切关注生命科技发展所引起的生命社会关系的变化,从而确定与之相应的生命法理论的研究方向、与之相应的生命立法措施。

为此,必须在全国各地建立起一批人数众多的生命法学研究队伍,培养大量的研究生命法学的后续人员,建立相互密切联系、经常交流、精诚合作、相互提携、共同提高的友好关系,充分利用各自的研究与宣传阵地来推动中国生命法学的持续、快速的发展。

除我国以外,世界各国也有越来越多的法律工作者与医学工作者陆续地参与到生命法学的研究队伍中来了。2010 年召开的生命法学研讨会,仅法国就来了 10 位学者,此外还有国际法律、伦理与科学学会及日本、泰国等专家参加了会议。至于我国台湾、香港、澳门学者之踊跃介入,更有许多可圈可点、可赞可叹之处。总之,生命法学行将成为全球各国理论界共同关心崭新的同时也是永具活力的新型学科。

《中国生命法学评论》的出版,仅仅是上海政法学院生命法研究中心为达成上述目标而作出的一次尝试。但愿这一尝试能成功地坚持下去,为中国和世界的生命法学的发展作出新的贡献。

倪正茂

2015 年 1 月 29 日

目 录

卷首语	1
-----------	---

生命法基本理论

生命法：与生命伦理的区别及其协调科技与伦理矛盾的方法	谈大正	3
医患纠纷解决的生命法思考——从沃森介入医疗谈起	倪正茂	8
从法医学到生命法学——作为生命法学源流的法医学及发展趋向展望	刘长秋	16
生命科技背景下的法学新领域——生命法的基本问题	焦艳玲	25
性的社会意义及其法律控制	王森波	37

生命法热点聚焦

人体器官捐献激励法律制度研究	李 惠	55
关于我国人体移植器官的产品化探讨	李 静	71
中国器官移植规制的新形势及其立法需求	何家华	79
冷冻胚胎监管与处置的法律问题研究——从我国首例“冷冻胚胎 继承纠纷案”谈起	张 敏 景慎良 徐 宁	87
冷冻胚胎继承案的法律和伦理思考	武 成	93
我国代孕问题法律规制研究	许爱东 王连昭	98
论我国基因专利保护范围的界定	曹丽荣	109
论基因自主权的法律内涵与边界——以人群基因资料库为背景	王 康	121
冰桶挑战的法律问题分析	杨彤丹	135
安乐死,尊严死,还是医师协助自杀? ——世界趋势及我国的立法选择	孙也龙	141

医事法前沿关注

综合性医事法的方法论	[日] 植木哲(著) 江涛(译)	149
医改指归——有关医改若干基础问题的思考	胡晓翔	167
医患关系阻滞因素的实证分析与路径选择——构建医患关系的生命法学基础	曲玉波	182
我国全科医生制度的试行与法制化思考	李学成	201
论我国以抽象行政行为为手段的公民疾病防治 ——以强制推广加碘食盐为视角	范政强	208
关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释 (民间建议稿)	陈 特	215
错植精子或胚胎与医疗损害责任	赵西巨	249
医疗水平尚未确定的替代疗法的说明义务之探讨 ——以 1996 年大阪乳癌乳房全切除手术案为视角	赵 敏 章 程	262
输血感染受害的法律对策研究	闫立东	272

生命法学术资讯

医学新技术发展下的生命法律与伦理前沿问题研讨会综述	李 静 刘 锋 刘长秋	283
------------------------------------	-------------	-----

生命法基本理论

生命法：与生命伦理的区别及其协调 科技与伦理矛盾的方法

谈大正*

内容摘要 生命法与生命伦理相比有三点不同：有可操作性与更高的权威性；对科技与伦理两边调节；成为高新生命科技与伦理矛盾的协调者或裁判员。生命法协调科技与伦理的矛盾有三种方法：适当限制高新生命科技的行为，使之在伦理能够容忍的范围之内；给人类某些伦理观念的变革发放“通行证”；创造新型的社会关系，以适应高新生命科技带来的社会现实。生命法判例创造法律，也创造了新型社会关系，体现了自然法思想。

关键词 生命法 生命伦理 科技与伦理矛盾 自然法 判例

人类以往的科技成果，主要表现为对外部世界的深入认识及其规律的掌握，它们要在应用时才遇到伦理问题。比如核技术、麻醉技术。而生命科技成果，如人类基因组测序和基因治疗技术、试管婴儿技术、克隆人类胚胎技术、器官移植技术、变性技术等，它是对人类生命内部奥秘的揭示和对生命的创设、修缮、复制和改造，从一开始就与传统伦理、现代人权产生剧烈碰撞。它不仅引起社会学家、伦理学家、法学家的震惊，而且引起从事科技研究的自然科学家的忧虑，觉得长期的后果难以预料。于是自然科学家呼吁人文社会科学家的参与和帮助。

生命科技是一把“双刃剑”：一方面，它为人类疾病医治、寿命延长、生活质量提高开辟了十分诱人的前景；另一方面，它存在被误用和滥用给人类带来灾祸的危险。这时候伦理学家站到了社会的前台，提出了一系列伦理准则，即设定了各种生命科技研究的红色警戒线。这是顺理成章和完全必要的。但是由于伦理处于认识和道德的层面，缺乏刚性的约束力，因此仍有少数科学家置若罔闻，我行我素。这

* 作者系华东政法大学科学研究院研究员、教授，兼任上海市法学会生命法学研究会顾问、北京大学医学部性学研究中心兼职研究员、上海政法学院客座教授。

时候,生命法就应运而生了。因为法律是以国家的强制力做保证来规范人们行为的,它是普遍有效的。个别坚持生殖性克隆实验的科学家,一听说这被立法禁止,就立马走人,到尚未立法的国家去了。

生命法、生命伦理都是规范生命科技行为的,有共性,这好理解。而生命法、生命伦理二者之间有何不同呢?

首先,与生命伦理相比,生命法有可操作性与更高的权威性。生命法以生命伦理的价值取向为基础和导向,但它对人们的行为规范有协调之权和强制约束力,因而它有可操作性和更高的权威性。比如禁止生殖性克隆人的实验,这是伦理禁区,有的科学家(如意大利的克里第安)就是不买账,硬要搞实验。但一旦立法禁止,他马上走人,到未立法的国家去抢做实验。

其次,与生命伦理的单向规范生命科技不同,生命法是两边调节的。生命法是规范生命科技行为的,但生命法绝不总是板着面孔对高新生命科技亮红灯;生命法是既要维护基本的伦理和人权,又要保障科学研究的基本自由。它在这二者之间,寻找结合点和平衡区。有时为了支持高新生命科技,其立法是给人类某些伦理观念的变革开绿灯。生命法给同性婚姻以合法地位,允许有“易性”心理病症的人通过手术实现“性转换”。所有这一些,实质都是宣布传统伦理让步,从而支持高新生命科技的发展。曾经有一种观点,认为生命法本质是划定生命伦理不可突破的底线。这一观点的片面之处在于,它忽视了生命法不同于生命伦理的两边调节功能。生命法不仅可以限制和规范生命科技行为,还可以调节过时的生命伦理,使之改革,以适应高科技时代的社会现实,增进人类的福祉。

再次,生命法可以跃居伦理之上,成为高新生命科技与伦理矛盾的协调者或裁判员。生命法虽以伦理为基础和铺垫,但生命法一旦独立出来它就有了自己的特性,它的功能就并不总是去把守伦理底线,有时还可能跃居伦理之上,成为高新生命科技与伦理矛盾的协调者或裁判员。例如外源性试管婴儿(精子、卵子都来自夫妻之外的男女),如果又是请人代孕的,那么这里的伦理底线是什么呢?是强调血缘关系?那么孩子的法定父母就应该是精子卵子提供者。是强调生者为母?那么孩子的法定父母就应该是代孕者及其丈夫。而现在美国、丹麦等国家是将抚养父母定为法定父母,其他国家大部分也都会这么做。这很自然,因为试管婴儿技术主要是为解决不孕夫妇的问题服务的。但这条具体的生命法却是对传统亲子伦理的颠覆,它不再考虑血缘,而把父母对孩子的情感需要放在了第一位来考虑。生命法在这里成了高新生命科技与伦理矛盾的协调者和裁判员。

生命法处理生命科技与生命伦理的矛盾的方法有哪些?主要有三种。