

生命法学论要

——2007年“生命科技发展与法制建设”
国际研讨会论文集

倪正茂 刘长秋 / 主编

OUTLINE OF LIFE
JURISPRUDENCE

黑龙江人民出版社

生命法学论要

——2007年“生命科技发展与法制建设”
国际研讨会论文集

倪正茂 刘长秋 / 主编

黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

生命法学论要/倪正茂,刘长秋主编. —哈尔滨:黑龙江人民出版社,2008. 6
ISBN 978-7-207-07852-0

I. 生... II. ①倪... ②刘... III. 生命—法学—文集 IV. D912.101-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第096819号

责任编辑:姜海霞
封面设计:于克广

生命法学论要

——2007年“生命科技发展与法制
建设”国际研讨会论文集

倪正茂 刘长秋 主编

出版发行 黑龙江人民出版社
通讯地址 哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼
邮 编 150008
网 址 www.longpress.com
电子邮箱 hljrmcbs@yeah.net
印 刷 黑龙江省地质测绘印制中心印刷厂
开 本 880×1230毫米 1/32
印 张 15.25
字 数 410 000
版 次 2008年6月第1版 2008年6月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-207-07852-0/D·1011
定 价 32.00元

(如发现本书有印制质量问题,印刷厂负责调换)

本社常年法律顾问:北京市大成律师事务所哈尔滨分所律师赵学利、赵曼波

编 委 会

主 任 顾肖荣

主 编 倪正茂 刘长秋

编 委 (按姓氏笔划列序)

史德保 刘长秋 刘晓海

朱国华 单晓光 林荫茂

陆庆胜 金国华 杨鹏飞

费成康 倪正茂 韩建军

序 言

屈指算来,生命法学从其创建迄今,已经走过了十一个春秋。所谓“创建”,其实是“拔高”了的,因为11年前召开上海市首届生命法学研讨会时,与会者对什么是生命法学、生命法学的研究对象与研究范围以及生命法学的基本规范、核心理论、主要原则、大致框架等,都还不甚了了。不过当时毕竟提出并论述了生命法学的定义等重要问题。因此,虽然勉强,但把“创建”生命法学的起点定在那时,也还是可以苟同的。好在从那之后,研究生命法学的人日见其众,发表的论文日见其多,以至到了2005年,竟大量出现了生命法学方面的著作,其中主要有《生命法学引论》(倪正茂、陆庆胜等著,武汉大学出版社2005年版);《生命法学导论》(谈大正著,上海人民出版社2005年版);以及《生命法学探析》(倪正茂著,法律出版社2005年版)、《基因技术法研究》(刘长秋等著,法律出版社2005年版)、《安乐死法研究》(倪正茂等著,法律出版社2005年版)、《器官移植法研究》(刘长秋著,法律出版社2005年版)等6种一套的《生命法学丛书》。至此为止,论定生命法学作为一门部门法学之宣告诞生,应该是不成问题的了;至于是否成熟,存在多少错舛,则是另一个问题。任何学问,都有一个产生、发展、成熟与不断修正、提高的过程。

作为《生命法学丛书》的总主编,2005年7月20日我曾在《丛书》的“序”中这样写道:

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,是法学工作责无旁贷的使命。

当年的这些愿望,如今可以说已经实现。其集中表现便是2007年11月,借庆祝上海社科院法学所生命法研究中心成立十周年之际,召开了主题为“生命科技发展法制建设”的生命法学国际研讨会,与会的有来自全国各地热心于研究生命法学的理论工作者,包括香港、台湾的一批学者,还有来自美国、法国和日本的一些学者。会议论文与大会发言涉及生命法学的两大领域,即传统生命法与非传统生命法(现代生命法);既有基本理论的深入探讨,也有重要实务的具体论说;既涉及生命法的哲学、伦理学分析,也涉及生命法的法学剖断;既有生命法学研究的回顾,也有该学科发展的前瞻。这些,既是新的研究成果的展示,也是理论拓展的探究。现在,我们把与会者的论文辑集一起,付梓出版,一是为了留下中国生命法学发展历程中的首次国际研讨会的足迹,二是为了推动生命法学在更大的范围内、更深程度上的进一步发展。完全可以预言,在今后的又一个十年中,生命法学还将有更大的、更深的、更全面的长足进步,生命法学研究之“新人辈出”,生命法学佳作之“如潮涌现”,将成为势所必然、理所当然的事。

倪正茂

2008年4月5日于上海四季园

目 录

序言	倪正茂 (1)
----------	---------

生命法学总论

生命法学要旨	倪正茂 (3)
--------------	---------

中国生命法学研究论要

——生命法的概念及生命法学学科的现状与问题

.....	刘长秋 (35)
-------	----------

公平与和谐:生命法的价值取向和立法原则	谈大正 (48)
---------------------------	----------

论生命法对人生命权益的尊重、保护

——生命法的理念与运作	陆庆胜 杨玉娣 (56)
-------------------	--------------

现代生命科学技术呼唤着法律	曹丽荣 (64)
---------------------	----------

关于生育权的生命法学思考	李小年 (72)
--------------------	----------

传统生命法

知情同意原则在医学侵权法中的个性存在和独特价值

.....	赵西巨 (83)
-------	----------

探索性医疗技术临床准入立法的基本原则和基本制度

.....	李大平 陈小婵 (116)
-------	---------------

试论艾滋病法反歧视原则	杨彤丹 刘娥苹 (141)
-------------------	---------------

现代生命法

(一) 基因技术法

遗传基因:魔鬼工程? 或是对欧盟政策的怀疑?

..... Christian BYK 韩小鹰译 (153)

论生物医学领域中族群研究之发展对法律规范带来之冲击

——以海峡两岸之生物数据库为例 ... 范建得 施志远 (170)

医学研究之发展对告知同意原则的冲击

——台湾经验 林瑞珠 梁宗宪 (193)

人类基因的权利主体分析 邱格屏 (212)

我国遗传资源与相关传统知识法律保护的现状与制度构想

..... 蒲 莉 (229)

基因专利的特殊性研究

——兼谈知识产权保护制度的变革和发展 吕炳斌 (257)

生物技术专利带来的问题及解决途径 张伟君 (269)

论我国对生物基因和人体克隆技术的立法原则 朱绵茂 (276)

论析全面禁止人类克隆的理由 金永明 (285)

(二) 器官移植法

人体器官移植的物权法分析 李云波 (291)

论人体器官移植的侵权责任 赵志毅 (306)

(三) 辅助生殖技术法

胚胎着床前遗传学诊断:伦理与法律的界限..... 丁春艳 (315)

代孕人工生殖立法简论

——兼评我国“代孕”合法化的制度环境和观念基础

..... 杨 芳 吴秀云 (339)

(四) 安乐死法

- 安乐死在中国合法化的实践与理论基础 李 惠 (354)
- 安乐死问题的法学思考 韩建军 (371)

(五) 美容整形法

- 实施变性手术应以法定程序的审理为前提
..... 汤啸天 (380)
- 断骨增高术与青少年权益之法律保护
..... 刘长秋 杨玉娣 郑传音 (395)

(六) 人体实验法

- 受试者权利保护: 中国药物临床试验个案的实证研究
..... 张建平 (403)

学科发展与会议综述

- 上海市生命法学研究概况 倪正茂 尹晓文 (429)
- 生命之重, 概莫大焉
——第一届全国生命伦理学学术会议(NBC-1) 综述
..... 焦洪涛 伍春艳 罗 敏 (435)
- 为了反思和进步而营造更符合伦理的未来
——第八届亚洲生命伦理大会(ABC-8) 综述
..... 焦洪涛 伍春艳 罗 敏 (459)
- 后 记 (474)

生命法学总论

生命法学要旨

倪正茂^①

方兴未艾的生命法学,研究以生命法为核心的生命法律文化,而生命法是用以调节生命社会关系的。因此,揭示生命社会关系的内涵与外延及古往今来的演变,探究生命社会关系的法律调节,研讨生命法的定义、地位、特征及其体系,就成了论析与把握生命法学的要旨。

一、生命社会关系的内涵

“人猿相揖别,只几个石头磨过,小儿时节。”^②自从类人猿进化为类猿人,即人类祖先诞生之后,人们就结成了一定的社会关系。这种社会关系包括“磨(过)”“几个石头”的关系——旧石器时代、新石器时代的人们在磨制劳动工具以及使用这些工具从事渔猎、采集、畜牧、种植等活动中结成的劳动关系;“日出而作”之余的“日入而息”时发生的性生活关系及其后发展出来的婚姻家庭关系;共同劳动、生活在一起的人们结成的氏族、部落内部关系,以及各氏族、部落之间的关系;氏族、部落内的人们对劳动成果的平均分配关系;氏族、部落共同劳动、平均分配、一致对外所需的内部管理关系;氏族、部落间发生冲突时的武装斗争关系……上述种种关系成了日后人类社会生产关系、家庭关系、民族关系、经济关系、行政关系、军事关系等等

^① 倪正茂,上海政法学院教授,上海社会科学院法学研究所生命法研究中心主任,上海市法学会生命法学研究会总干事。

^② 毛泽东:《贺新郎·咏史》。

社会关系的源头。

除上述关系外,在劳动、生活和武力冲突中,还大量地发生了与人的生命的孕育、产生、存在、健康相关的人们之间的社会关系。这一方面的人际关系所造成的结果,大致可以分为以下几种:其一,因男女交媾而孕育、诞生了新的生命;其二,因劳动、生活时发生矛盾、冲突、斗殴而致人于伤残死亡;因氏族、部落战争而伤残死亡;其三,因违反共同劳作、生活的习惯而导致集体或他人利益受损,被提交氏族、部落大会审判,处以刑罚直至死刑;等等。以上涉及人的生命的社会关系,当然可概称为生命社会关系。但是,后来这些涉及人的生命的社会关系,被婚姻关系、刑事关系所吸收,已不必也不可能再被纳入曾经表现为医患关系的“生命社会关系”范畴。

此外,还有一种人际关系既不同于上述与人的生命相关的社会关系,却又直接与人的生命的孕育、诞生、存在、健康紧密相连。这是一种特殊的生命社会关系,可以见诸“神农尝百草”等的神话传说。“神农”为中国古代传说中的帝名,又称炎帝、烈山氏。相传他开始教民为耒、为耜以兴农业,尝百草为医、为药以治疾病。^①与炎帝并称的还有“黄帝”,“黄帝作钻燧生火,以熟荤臊,民食之无兹胃之病,而天下化之”。^②此外还有“有巢氏”：“次后有人，五色长肘，号曰‘有巢’……温次之，号曰燧皇，冬则穴居，夏则巢处，燔物为食，使民无腹疾。”^③

“神农”、“黄帝”、“有巢氏”等,或“尝百草”,或“钻燧生火,以熟荤臊”,或“燔物为食”,以此作为使民无胃病、腹病以及治疗其他疾病,总之是发现了最简单、原始的药物,发明了最简单、原始的治疗方法,以求达到使人健康的目的。这里,以“神农”、“黄帝”、“有巢氏”为一方,以“民”为另一方,就形成了一种生命社会关系。这种生命社会关系是全然指向人的生命的健康,指向“生”的。同时,“神农”

① 参阅晋·皇甫谧《帝王世纪》。

② 《管子·轻重戊》。

③ 《命历序》，汉学堂引清河郡本。

云云,只是一个代表,一种概称,完全可能代指一批各“尝百草”以救黎民的当时的医药学家。这样,这些医药学家之间也就会形成某种相互学习、交流、支援、互助的关系。这是与前述种种后来不再被指称为“生命社会关系”者很不相同的生命社会关系。这种生命社会关系有点类似于今天的医生与患者的关系以及医生与医生的关系、医事科技工作者与医生的关系。这种生命社会关系,从其产生之日起,便绳绳继继,不绝如缕,绵绵亘亘,延续至今。

生命社会关系是指由生命科技活动而发生,为着生命科技而发展,可据以协调生命科技劳动者、劳动组织和劳动管理机构内部关系及相互关系,并可据以协调上述各方面与相关的自然人、法人的关系,而对人的生命的孕育、产生、存在、健康发生影响的一种社会关系。

这一定义指明了生命社会关系的内涵,包含以下几层意思:

第一,生命社会关系是一种社会关系,而不是自然关系。

社会关系是人们在共同的社会实践活动中结成的相互关系的总称。人们“由于他们的需要即他们的本性,以及他们求得满足的方式,把他们联系起来(两性、交换、分工),所以他们必然要发生相互关系”^①。只要社会存在着,社会关系就无处不在,无时不在。生命社会关系则是由于人们的生命需要及“求得满足的方式”而形成的。这里的“生命需要”是指怀孕生育的需要,顺利生产的需要,生命健康地存在的需要等等。这里的“求得满足的方式”,包括从古至今的各种有助于孕育生命、产生生命、健康生存的生命科学技术。这种生命科学技术有直接作用于人的,它产生了医生和患者的关系;也有间接作用于人的,它导致生命科技劳动者、劳动组织、劳动管理机构内部及相互之间形成这样那样的关系,而这一切又必然最终影响自然人、法人。

作为社会关系,生命社会关系是“有目的、有意识”地形成的。

^① 《马克思恩格斯全集》第3卷,第514页。

医患关系也好,生命科技劳动者之间以及他们与自然人、法人的关系也好,都与是否有利于生命的孕育、产生、存在与健康相关。不管人们是否认识到生命社会关系的目的性与有意识性,生命社会关系的“有目的、有意识”的特点,都是一种客观存在。自然关系则不同,它是无目的、无意识的盲目存在,如月亮绕地球运转、地球自转并绕太阳公转,“日月经天,江河行地”,“风吹草低见牛羊”,“日落西山红霞飞”,“秋水共长天一色,落霞与孤鹜齐飞”等等,两两之间虽都有一定的关系,却既无目的,亦无意识,不能说是像人那样按照“他们的需要”而发生的关系。

第二,生命社会关系是由生命科技活动而发生的。没有生命科技活动,就不会有生命社会关系;停止了生命科技活动,就停止了生命社会关系。“神农尝百草”就是一种生命科技活动,今天看似幼稚,当时却难能可贵且高超卓越,否则后人也不会顶礼膜拜、尊崇备至。由于生命社会关系是由生命科技活动而发生的,因此,当生命科技活动停止时,生命社会关系也告终结;当生命科技活动发展时,生命社会关系也随之发展。掌握这一点十分重要。有的陈旧伦理观念卫道士不能革故鼎新、改弦易辙而墨守成规,往往是由于不懂得生命社会关系由生命科技活动而发生、随生命科技活动的发展而发展的根本道理。

第三,生命社会关系是为着生命科技的发展而发展的。生命社会关系由生命科技活动而产生,是后者决定前者,但生命社会关系不是纯然被决定、被动性的,它的形成与变化,或有利于生命科技的发展,或阻碍生命科技的发展。神农尝百草,因所得医药的使用而建立起了与患者的生命社会关系。如果这是一种友好的亲密的良性的关系,当可鼓励神农们精益求精,百尺竿头更进一步;而如果形成了敌对的恶性的关系,则必定打击神农们的积极性。因此,建立良好的医患关系十分重要,不仅可以使医生更好地为病员看病,而且可以鞭策他们争先恐后求新进取,掌握更多更好的医学知识与医疗技能。

第四,生命社会关系是协调生命科技劳动者、劳动组织、劳动管

理机构内部关系、相互关系及他们与自然人、法人关系的基础。生命科技的进步,舍良好的生命社会关系(这里分别表现为生命科技劳动者、劳动组织、劳动管理机构的内部关系、相互关系及其与自然人、法人的关系)无由达成。生命科技劳动是个体化的劳动,医生主刀,药师配药,无不以个人行为的方式出现。但这些个体化劳动又是以协调为基础的。没有护士的辅助,医生开不了刀。甚至没有电工的供电,服务员的供水、供气等等都不行。开刀以后还须用药。医生、药师等等还脱离不了整个医院每一个环节的支撑。当然,十分重要的是,还必须有病员及其家属的紧密的及时的全面的配合,否则,往往会事倍功半甚至一事无成、万事皆休。

第五,生命社会关系是对人的生命的孕育、生产、存在、健康产生影响的社会关系。如果无此影响,则不成其为生命社会关系,不能称为生命社会关系。例如,生命科技劳动者之间实际上还存在师徒、同事等等关系;如果他们的科技交流或合作建立在一定的经济利益的基础上,那么,就可能是与生命社会关系无涉的一般民事关系。

生命社会关系定义所揭示的五层内涵是一个有机联系的统一整体,相互依存,相互制约,缺一不可,不能偏废。

二、生命社会关系的外延

生命社会关系的外延可求诸生命社会关系的分类。一般来说,可按生命科技工作者与其工作的对象,即按生命社会关系的主体的不同,把生命社会关系分为医患关系与非医患关系。前者指运用生命科技治病的医生与患者的关系;后者指生命科技工作者之间及与他们所在的机构之间的关系。生命社会关系又可按对它的调节方式分为生命行政关系、生命民事关系、生命刑事关系、生命国际关系。还可有按其他标准划分的类别。所有这些,都在某种意义上揭示了生命社会关系的外延;但是同时,又都属于非本质性、特定性的。从本质性、特定性的要求出发,可以把生命社会关系划分为传统生命社会关系与非传统生命社会关系。这一分类,涵盖了古往今来、古今中

外直至未来的一切生命社会关系。

近代以来,尤其是20世纪50年代以来,生命科技得到了迅猛长足的发展,从而使得生命社会关系也发生了巨大的变化。其变化的基本原因在于伦理基础的演变。因伦理基础变化而使生命社会关系分为传统的生命社会关系和非传统的生命社会关系两大类。这与生命法、生命法学概念的提出有密不可分的关系。

追溯渊源,传统的生命社会关系与非传统的生命社会关系这两个相对概念的提出,是由于受到张小红同志《生命法调整对象初探》一文^①的启发。在该文中她写道:“传统方式下人类生命的产生是指基于男女两性性爱的自然生育过程。其形成的社会关系已由婚姻法、民法等传统部门法加以调整,而非传统方式下人类生命的产生是指依据生殖技术而诞生生命,包括人工授精、试管婴儿、代生母亲和无性繁殖(虽尚未在人类中进行试验,但克隆多利羊的出现已预示着人类被复制的可能性)。上述一系列新的生殖技术产生的各种复杂的社会关系,传统法律部门已显得束手无策。”“传统方式下人类生命的延长是指自然人身体组织器官、生理机能和心理状态面临疾病或事故侵袭时,通过对本体加以治疗的方式以延长生命。其形成的社会关系已有行政法、民法和刑法等加以调整。而非传统方式下人类生命的延长则是指自然人通过更换病变器官而维持生存或自然人因性认知错位而引起心理、生理失常,通过变性手术以恢复正常延续生命。因上述器官移植和性器官变更手术而引起的特殊社会关系将由生命法律规范来加以调整。”“生命法律规范所调整的是人类自身借助医学条件对生命过程进行积极主动控制行为而引起的一种新型社会关系,这与传统方式下产生的生命社会关系相比有许多特殊之处。”十分显然,她将“传统方式下”产生的社会关系与“非传统方式下”产生的“特殊社会关系”、“新型社会关系”作了明确的区分。因此,我随顺其意,以“传统的生命社会关系”与“非传统的生命社会

^① 见《文汇报》1997年7月14日。