

Into a Rat's Liver or an Insect Leg: Essays on Jurisprudence and Bioethics

鼠肝与虫臂的管制

——法理学与生命伦理探究

颜厥安 著

科技法学论丛

059
2



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Into a Rat's Liver or an Insect Leg: Essays on Jurisprudence and Bioethics

鼠肝与虫臂的管制

——法理学与生命伦理探究

颜厥安 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记:图字 01 - 2005 - 3895 号

图书在版编目(CIP)数据

鼠肝与虫臂的管制:法理学与生命伦理探究/颜厥安著. —北京:北京大学出版社,2006.2

(科技法学论丛)

ISBN 7 - 301 - 10422 - 7

I. 鼠… II. 颜… III. ①生命科学 - 医学伦理学 - 研究 ②法理学 - 研究 IV. ①R - 052 ②D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 155750 号

簡體中文版由元照出版有限公司(Taiwan District)授權出版發行

鼠肝與蟲臂的管制,顏厥安著。

2004 年,第一版,ISBN 986 - 7787 - 80 - 3

书 名:鼠肝与虫臂的管制——法理学与生命伦理探究

著作责任者:颜厥安 著

责任编辑:李燕芬

标准书号:ISBN 7 - 301 - 10422 - 7/D · 1428

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者:北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者:三河市新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 10.75 印张 183 千字

2006 年 2 月第 1 版 2006 年 2 月第 1 次印刷

定 价:23.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

造化流转奚为——代序

或许有人认为法理学与生命伦理问题的衔接是相当自然的,但是我开始探讨生命伦理相关议题,其实来自于许多的偶然。其中的一个偶然,就是早在我研读法律,知道有法理学这回事之前,我就对生命现象感到相当高的兴趣。虽然其后一连串难以在此详述的偶然,使得我不但没有往生命科学发展,甚至脱离了自然科学的领域,然而我对生命问题的兴趣却是始终存在的。这个长期的兴趣也让我逐渐了解,生命原本就是起自偶缘性(contingency),因此生命的自然就是偶然,就是在极度不可能的情况下所成就的可能性。也正是这种不可能的可能,终究孕育了智能(intelligence),以及智能自我观解下的自由与烦恼。而伦理,也于焉肇始。

这本集子收录了我自1996年迄今所写的生命伦理论文。一般认为,生命伦理(Bioethics)是应用伦理(applied ethics)或实用伦理(practical ethics)的一种。其实,生命伦理一词可以指涉很多复杂的议题与讨论,并不限于自1990年以来快速热门化的堕胎、安乐死、代理孕母或基因科技等议题的伦理学讨论。但是由于写作的背景使然,使得本书各篇论文的讨论主题仍离不开这些热门议题,而且由于专业背景的局限,我主要是从法理学的角度着手探讨。法理学与生命伦理有着丰富的关联性,本书所能触及的亦仅沧海一粟。不过读者在阅读了本书的各篇论文之后,至少可以由特性层面获得一梗概的理解。

针对本论文集,首先要向读者说明的是引注方式。由于法学界曾长期不重视论文的引注方式,因此我迄今仍痛苦于论文写作的注解与文献整理方式问题。为配合不同期刊或不同发表场合的要求,本书各篇论文采用了不一致的引注格式。而出版的时限压力与成本效益考量,也让我打消了原本打算进行的全书引注统一化工作。我只将原来分散在各篇论文之后的“参考文献”合并为全书的参考文献。对此一格式的不一致状况,我必须向读者致歉。

其次是论述之理论观点与立场的一致性问题的。细心的读者从阅读本书论文中可以发现,我的理论观点在过去七八年中,已经有了许多变化。

不论是自由主义立场的渐次淡化,还是后现代思想或系统论的浮现,都显示了我个人思想的渐次发展与转变。而由于我还处于理论的学习成长阶段,基本思想仍在变化调整中,因此要统一全书各论文的观点这种工作比较棘手,实质上也不可能进行。所以除了一些微小的修改外,我并没有大幅修改各篇论文的主要内容或论证。不过即使如此,我对于相关问题——例如代理孕母或安乐死——之倾向于自由派的立场仍未改变。

在进行生命伦理研究的初期,我受到 J. S. Mill, Ronald Dworkin 与 Peter Singer 的影响颇大,因此在论证与主张方面不免带有某种允准主义(permissionism)的味道。但是从未收在本书的“没有脸庞的权利主体”(收于本人所著的《法与实践理性》,台北:允晨,1998)一文中可以看到,我自始是在科技怀疑论的批判理论传统下,寻求以 Habermas 所称之符合后传统论证水准的论述方式来思考相关议题。因此,正如 Dworkin 为自由主义的辩解,我个人也并非轻忽细密问题的允准主义者,只不过在无物神圣的前提下(包括对人以及人的生命之去神圣化,此亦为除魅化的一环),寻求生命论述的更开阔的可能性。

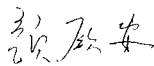
由科技怀疑、除魅到后传统,系统论与后现代思想走进我的思想境域应非意外。我是由 Habermas 的理论对头——Luhmann 的社会系统论入手来了解接触后现代思想的,虽然 Luhmann 本人否认自己是任何后现代理论者。早在 20 世纪 80 年代末期,我在德国读书时就已经开始阅读 Luhmann 的《社会系统论》,但是直到 1999 年左右,我才觉得真正开窍掌握了其思想的基本精髓。有趣的是,Luhmann 的思想不但带有黑格尔(我的哲学导师)思想的特色,其理论语言更有大半直接源自于与生命科学密切相关的讯息理论、控制学、自我组织理论、神经科学与系统论。这并不意味着 Luhmann 的理论有任何直接的生命伦理意涵,相反,Luhmann 恐怕认为伦理学已无立足之地;但是其社会系统论确实导引我更深切地了解除魅、后传统,甚至后结构、尼采与黑格尔。这是否亦是理性的狡诘或启蒙的辩证呢?无论如何,经过这一阵思想冲刷,我在 2003 年针对 SARS 问题写下的短文“疫情法域”(收于本书),则已显现伦理之外的生命论述视域。

本书各篇论文的写作,首先要感谢陈惠馨教授,不是她当年邀请我参与一个有关于代理孕母的研讨会,促使我写下“自由与伦理”一文(亦收于《法与实践理性》),大概也不会开启我其后一连串相关的写作。陈教授基于女性主义、性别研究、亲属法与中国法制史等领域,与我多年来的讨论,也给予了我许多启发。其次要感谢曾任“国科会”人文处处长与“教育部长”的黄荣村教授,他是最早着手推动基因科技之 ELSI 研究的人文处处

长,我也是在他的肯定与鼓励下走进了这个领域的研究写作。任职于人文处的林芳美小姐,也对我的这些写作帮助良多。芳美大概不知道,她是使我信任“国科会”——一个饱受学界质疑批评的单位——的关键因素。曾任台大法律系系主任的林子仪大法官,他的耐心、远见与包容,不但促成了台大法律学院科技法律中心的成立,也是我能写下几篇基因科技法论文的主要助力。当年科技法律研究室——科技法律中心前身——的几位杰出助理,何建志、锺芳桦与黄舒芃,不但认真地帮我搜集资料,与他们的讨论更让我获益良多。

本书的集结出版,要感谢元照出版公司的大力鼓励与催促,以及在编辑工作方面尽心尽力的协助。没有他们的推动与协助,我可能根本不算出版这些论文集。林宗翰在国家考试将届的冲刺期,仍然尽心尽力的进行校对工作,大大提升了本书的出版品质,在此要表示由衷感谢。

庄子曾说,以天地为大炉,以造化为大冶。此语不知说的是,庄子尚未了解人之造炉冶金乃具有意向性的行为,与自然的创造化育不同;还是他早已看出,人类的行为也不过是某种自然造化的复杂形式?如今基因科技已可创造化育,因此有人担心人类不知天高地厚地扮演上帝(playing God)。但是,如果科技无非是自然造化的一种形式,那么未始不能倒反地认为,上帝(造化)还是玩弄着自以为是的人类。走上研究生命伦理之路,我并不认为这是造化弄人,不过倒是学会了去问,造化流转奚为?我没有答案,但是我想我会不停地问下去。



2004年8月27日

潘岸筏

目 录

造化流转奚为——代序	(1)
------------------	-----

第一篇 生命管制之法理学反思

鼠肝与虫臂的管制	
——谈生命科技与法律	(3)
死去活来	
——论法律对生命之规范	(13)
安乐死的法理学反思	(29)
生命伦理与规范论证	(52)
附录一 国家不应禁止代理孕母的法哲学与宪法学根据	(83)

第二篇 生命规范之后现代脉络

基因、主体与后人文社会规范	(87)
财产、人格,还是资讯? ——论人类基因的法律地位	(109)
疫情法域	(142)
附录二 器官与器官再造的法律分析	(148)
附录三 书评:Ronald Dworkin 著《生命的自主权》	(155)
参考文献	(157)
原文出处	(165)

生命管制之法理学反思

第一篇

鼠肝与虫臂的管制

——谈生命科技与法律

子犁……与之语曰：“伟哉造化！又将奚以汝为？将奚以汝适？以汝为鼠肝乎？以汝为虫臂乎？”

——《庄子》〈大宗师〉——

壹、新浮士德

歌德在其所著的“浮士德”(Faust)诗剧的第一部中，一开始就让不安地坐在书桌前的浮士德深自悲叹：

“我到如今，唉！
已经把哲学、法学、医学，
可叹地连神学等学问，
都热心地精深钻研！
但是我还是这样，一个可怜的愚人，

我并不比从前稍微高明。”^①

浮士德是一位学问极为渊博的博士，欧洲传统的四大学问，哲学、法学、医学与神学，他都已经研究透彻，再也没有什么学问会难倒他。但即使如此，浮士德仍然认为自己是一个可怜的愚人，并不比没有知识时更为高明，为什么？也许我们可以说，这是因为生命的奥秘仍未向浮士德开启，浮士德仍未能了解生命实践的真实意义^②，就像梅菲斯特的一句话所说的：“理论都是灰色的，唯有生命之金树常青。”（《浮士德》：第134页）未能掌握生命之钥的浮士德，当然得深坐在灰色的座椅里苦恼不已，甚至不惜将灵魂出卖给魔鬼。

① 请参考歌德著：《浮士德》，第63页。

② 浮士德将圣经约翰福音第一句话“太初有道(logos)”，改译为“太初有为(Tat)”，请参考《浮士德》，第101页。Tat在德文里既是事实，也是行为的意思。

但是,21世纪的浮士德却再也不必出售其灵魂以换取生命之钥了,因为他有了一种大文豪歌德所不知的新宠——生命科技。在传统的四大学问之外,浮士德已经可以兴奋地以理论、知识、技术来穿透生命的奥秘,来重塑生命的意义。于是一位新浮士德诞生了!他不再需要求助于梅菲斯特,反而,梅菲斯特要卑微地向他讨好,以求获得改造生命之知识。因为通过生命科技,新浮士德不但站在梅菲斯特之上,他甚至第一次真正地与上帝接近,而可以感觉到:

“主啊,感谢你,你常与我同在,
但是如今,
我已与你平等。”

我们要问的是,我们可以立法禁止浮士德将其所拥有的生命知识传授给梅菲斯特吗?或者甚至,我们根本就不允许浮士德去获取这些知识,以避免其随时可能将其转售给魔鬼的危险?同时,身为大法学家浮士德,会如何回答这些问题呢?老实说,我们不知道,因为我们都不是浮士德。但是一些逐渐掌握,或可预见其终将掌握生命奥秘的新浮士德们,可能已经在与梅菲斯特议价开标了。作为市井小民,我们还是要问:法律该怎么办?

贰、效果、价值与行动

德国当代法哲学家 Arthur Kaufmann 曾指出,科学问的是:什么是我们能够做的?但是伦理学与法学要问的是:什么是允许做的(Kaufmann, 1993: 387—)?很明显,能够做得到的事,并不都一定允许。不论是法律,还是道德,都在人类行为的可能性范围内划下一规范的(normative)允准范围。因为根本做不到的事,就不需要禁止了。而许许多多做得到的事,却基于各种理由——传统、信仰、安全、效率等等——而加以禁止。道德与法律,都同属于规范的王国。

但是,道德规范与法律规范,如果依照奥地利法理学家 Peter Koller 的看法,却有一种简单但重要的差别:道德是一种自律性质的规范,而法律却是一种他律性质的规范^①(Koller, 1992: 242)。道德是一种每个当事人自己或是承认(recognition)或是接受(acceptance)的自我要求的规范,它的权威性不假外求,就直接来自于行为人自己。但是法律,虽然也可以带

^① 当然,此种观点最初来自康德,请参考 Kant, GMS: 74—;中译请参考 Kant, 1991: 67。

有公民本身之承认或接受的成分,其权威性的主要来源却是外于每个行为人的外部组织或机构,最重要的就是国家。在这种与道德规范相近却又不相异的性质下,法律规范具有下列几个重要特征:

1. 法律以国家之强制力为后盾。
2. 法律界定当事人之权利义务关系。
3. 法律规范国家公权力对人民干预的界限。
4. 法律表彰了某种价值与目的的观点。
5. 法律体制是一个结合以上各点所规划的对社会行动之管制规范体系。

当然,在这几个层面之下各自又有许多充满争议的主题。但是我们若希望检讨法律与生命科技的关系,就必须从这几个角度出发来加以剖析。其中又包含几个重要的考量点。首先我们应了解,并不是所有的问题都适合通过以国家强制力来加以解决。在诸多不同的规范体系里,如果要选择以法规范体系作为解决问题的手段,必须是这一问题的影响程度极为广泛,或冲突程度已达到相当高的紧张阶段,非通过国家强制力的介入无以妥当解决,此时才需要引进法律。换言之,如果系争问题并不适合以国家强制性规范来加以解决,此时即使勉强通过立法,此一法律也一定不能达成所欲达到的效果。这是一个管制效果的考量,其中还包含了效率与策略的考量。

其次,法律体制必然是基于某种价值观点(axiological points of view),为追求实现特定目的(aim, goal),所设计规划的一套规范体系。特定的目的,一般而言是促使某种社会状态或行为的出现,或防止其出现。但是,之所以我们会有这种或那种目的的追求,是因为我们基于某种观点认为某种状态或行为是比较好(坏)的,或具有正(负)面的价值。因此任何法律体制的根本构想皆在于某种价值观点。如果换一种说法,即为可作为价值判断的某种“评价标准”的确定。而价值判断,又可分为真正道德性之价值判断(他做这件事是出于良善之动机),及非道德性之价值判断(这是一部好车子)(Frankena, 1989: 9—)。两种价值之性质颇为不同,却又经常同时出现在同一种法律领域之中。后者常用来判断社会集体所追求之政策目标,前者则常为保障个人之权利与尊严的基础。这是一个价值学的考量。

再次,法律体制旨在具体规划人与人之间的权利义务关系,以及界定国家使用公权力干预人民自由、财产等权利的界限,因此,在上述之效果与价值的双重考量下,当法律欲发挥其功能时(制度设计与个案裁决),往

往呈现出不同观点的冲突与紧张关系。但是法律制度之运作不是学术研究,它在一定时点一定要作出一个决定(Aarnio, 1993: 3)不能够永远地百家争鸣。因此作出决定(decision-making)的组织、程序与标准,当然也是任何法律理论的重要思考课题。

最后,正如芬兰法理学家 Aarnio 所指出的,法律规范的命题并不带有真值(truth value),它不是描述性质,而是指令性质(prescriptive)的命题(AAP: 71)。指令,不外乎应然(ought to be)与当为(ought to do)两种,但是两种皆要求我们要付诸行动,以行动来将当前的诸多事实和制度条件与未来的可能性加以联结。因此,这是一种要求我们通过行动(action; praxis)来加以实现(realize)的呼吁。所以法律问题不可能有一劳永逸的解决,它始终要求我们进行另类思考(alternative thinking)。

叁、执照与独立

美国法哲学家 Dworkin 曾将自由区分成两种(TRS: 262),一种是作为执照的自由(liberty as license),另一种则是作为独立的自由(liberty as independence)。前者其实就是一种单纯的消极自由的概念,也就是法律不加以限制的自由。后者则带有更高的价值肯定,旨在凸显任何自由体制背后所要保障的,具有道德自主性之人格主体,也就是对人格尊严的肯定。

正如德国《基本法》在所有的平等与自由基本权之前开宗明义(第1条第1项)就规定:“人格尊严不容侵犯。对其之保障与尊重,是所有国家公权力之任务。”Dworkin 所点出的两种自由概念,可谓道尽了宪法乃至一切现代国家法律制度的基本价值争议:一方面我们要保障各种思想与行动最大可能的自由,但是单纯不受限制的自由,却又并非目的本身。在自由之外,似乎又有例如人格尊严这种真正基本的价值。

生命科技与法律的第一个重要接触点,即为上述那种尊严与放任的辩证关系。^① 如果以具体实例来表达,就是我们是否应基于学术自由,来保障进行复制人的科学研究?或者,我们是否应基于营业自由,来允许所有生命科技皆可以以任何形式商业化?

针对这一类问题的一种典型解决方案,来自于 John Stuart Mill 在其《论自由》一书中所提出的自由优先原则:任何人的自由只要不伤害到他

^① 此涉及自由主义的法律限制理论,请参考颜厥安:“自由与伦理”,第14页以下。

人,国家就不应该予以限制^①(Mill, 1991: 14)。Mill 绝对不是一个不了解人格尊严之重要性的人,但是此一间接来自于他的公式,却往往可以被了解为某种放任主义。此一公式所隐含的问题至少有下列几点:

1. 伤害除了量以外,亦为一种质的概念,因此在自由的前提下会产生歧义的看法。
2. 实质的伤害与危害可能性是否应区别?
3. 无法发言者,例如胎儿,之利益应如何表达与计算?
4. 现在的利益或伤害,是否一定优先于未来的利益或伤害?
5. 是否有些价值,例如人格尊严与生命,绝对不能牺牲或与其他价值衡量?

以生命科技的问题来看,目前各主要西方国家的态度,似乎都倾向于禁止进行复制人(包括异种合成人 chimera)的研究(Laufs, 1993: 222)^②。A minore ad maius(举轻以明重),因此对复制人技术的开发应用与商业化当然亦在禁止之列。其主要的理由,除了没有必要之外,恐怕亦考量了复制科技将人类彻底工具化和商品化的可能性。不过,对于文化中将生命视为可轮回的东方国家而言,人格尊严这类术语似乎就少了点神圣性。再加上担心生命科技水准将会落于人后,因而东方国家允许进行复制人科技的可能性相当大。

笔者认为,以道德主体为基础的人格尊严概念虽然并非一经验概念,但却是我们实践成就一道德规范世界的必要条件。如果缺少了它,我们将只会有策略工具性之规范体系,而无从成立真正之价值领域。这种没有道德规范领域之世界是可能的,但是否为可欲的呢? 如果为可欲的,它是否为宪法所允许的呢? 笔者认为,现行之“宪法”架构是不允许此种状态的,我们也不应追求这种使人的存在彻底消除意义化的境况出现。具体的作法也许可以是,在研究的领域放宽(原则上允许,具有重大影响或危险者禁止^③),因为如果不具备更充分的知识,我们也就缺乏因应的能力。但是,在应用的领域则应谨慎(原则管制,不具有重大影响或危险者始逐步开放),因为应用则必定涉及商业化,而商业的逻辑永远是利润的

① 并请参考颜厥安:“自由与伦理”,第12页以下。

② 并请参考德国之胚胎保护法第6条之规定(§ 6 Embryonenschutzgesetz vom 13. Dez. 1990, ESchG)。

③ 其中最主要的为人之复制、不具医疗性质之人类基因改造、异种合成人等。当然,另一种态度则是主张,与其因为禁止而使此种研究全面地下化,不如允许其在一套控管程序下进行,反而更为安全。

极大化,其中潜藏的则是成本的外部化,亦即将一些不利益由未获取利润者负担。这是一种极为巨大而危险的力量,但是如果我们不可能避免生命科技的商业化,就必须设法驯服它。

肆、生命之欲

马克思说:“在以资本主义的生产方式为主宰的诸社会中,其财富呈现为一巨大之商品堆积”(Marx, Kapital Bd. 1: 49),商品是劳动之产物,但是并非所有劳动产品皆为商品,只有在资本主义生产方式已居主导地位之社会,生产为提供交易之商品才成为我们生活之主轴。但是马克思可能未曾想到,有朝一日,他自己也可能成为商品的一种,而被堆积在资本主义的财富里——如果找得到他的遗传基因,而且有人需要的话。

不论我们把它叫做资本主义、自由经济、市场经济还是商品经济,目前支配世界的经济生产方式,是以人类追求利润、追求更佳财富状况的自利心为其主要推动力,并以某种理性化之资本运作机制为其架构。在这个体制下,就个体面来看,是一个个分别的个人在各自寻求其财富资源的最佳配置;但是就总体面来看,却是资本的不断流转、繁衍,瞻之在前,忽焉在后,如幽灵般地流窜。因此市场经济之利润动机,除了个人的追求外,更有资本本身的生存逻辑——不寻求利润,就逐步(甚至迅速)贬值消亡。这是一个资本的自然状态。而资本的生存之道,就是迎合需求,拥抱欲望,因为只有为了止息欲望,人们才会将口袋里的金钱拿来喂养资本。

生命科技如果永远只是一个科学问题,那么它最多只是茶壶风暴,影响不大。但是当它成为众人的欲望对象,变成了一种商品,它就正式进入了资本主义的命脉循环,如果它是养分,它会滋养众生,它若是病毒,那么传染破病,要想挡也难。因为欲望只能被满足,而不能被禁止。

一般对商业活动之法制规范可包括企业之组织经营,产品之生产、销售与产品责任,以及相对应之金融与资本体系。不过在思考生命科技之相关问题时,首先要问的是,它可能可以成为哪一种(形态的)商品?尤其,它可能会以何种消费财富的形态出现在我们的日常生活里?目前可以想象的,除工业用原料外,医疗使用与农畜产品恐怕是生命科技最能直接进入我们生活的途径。但是,由于生命科技潜在的产品开发能力太大,而其对人类社会及自然环境的影响又难以评估,因此我们不能只以当前这种“原则上自由流通,例外始与以管制”的自由经济原则来面对它。相反,管制下的生产、销售、流通,应该是当前的基本原则。

依据德国的基因科技管制法^①的规定,所有包含有经基因科技改造过的有机体或由此类物质所组成之产品,都需要联邦政府核准后,始能进入市场。该法还将所有运用基因科技之研究、开发、生产等工作,依其对人类健康与环境之危险程度分为四级(无危险、轻微危险、中等危险、重大危险或有证据显示有重大危险之可能)。当其安全状态属于第一级之无危险者,此等基因科技工作的进行就必须向主管机关报备。其属于其他各级者,则都需要主管机关的许可。因此,单单是开发与生产初步产品,只要具有轻微危险就必须获得许可。此等管制不可谓不严格。由此可见,高科技国家对生命科技之戒慎恐惧。

笔者认为,生科产品(包括劳务)必定成为高产值之热门商品。如果这类商品并不直接涉及对人类基因之干预或人体组织之复制,那么,它们就较接近于可能在产销过程造成高污染的产品,其管制手段较为传统。但是为了让子女有更好的天赋,而希望改造胎儿的遗传基因,并希望购买特定人士之基因;为了救这个子女而希望复制另一个以取得骨髓;为了治病而在猪身上培植一个人的肾等等,这些需求或“欲望”并非全不正当,技术上亦为(或将为)可能,但是由于涉及“人”,其处理就需要格外谨慎。为解决这类问题,笔者尝试提出几个管制生科产品之基本原则以供参考:

1. 原则上所有生科产品与劳务(包括废弃物)皆应管制。
2. 管制程度依产品之危险程度可为区别(报备、许可、特许、监督下进行等)。
3. 产制之场所、程序、组织与人员亦应管制。
4. 具有重大医疗价值者优先开放。
5. 不具医疗意义之人体基因改造或胚胎干预应予禁止。
6. 复制人、合成成人应予禁止。

生命科技产品的另一个重要法律问题,则是此类制品所引起的损害之赔偿责任问题。当然其与一般之损害赔偿的基本原理是相同的,但是在制度设计上也有一些特殊之处。以下仅简单提出三点,第一是因果关系的认定问题。通常要由损害赔偿的请求权人來证明加害人之行为对损害的发生有因果关系。但是在生科产品的问题里,由于被害人或请求权人方不具有相关之知识条件,很难证明因果关系,所以可参考德国之规定,当损害之发生是由某种经过基因科技改造过的有机体所引起,则原则

^① Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik vom 16. Dez. 1993. (GenG), sieh. § 7—16.

上推定是由该有机体经基因科技所造成的性质所引起。第二是告知义务或资讯请求权。即生命科技之经营单位(包括学术单位),应对于可能因其工作而遭受损害者提供必要之资讯。受害者则有资讯请求权。第三则是预防性财务措施,这有些类似汽机车之强制第三人责任险的思想,国家应立法强制所有生命科技之经营者采取预防性财务措施,除保险外,银行之担保亦为可行。以免一旦造成巨额损害(可能性相当大),损害赔偿义务人根本无力承担赔偿责任。^①

伍、咨询利维坦

既然生命科技之进行、生产与商品等皆需要较高度之管制,当然也就相应地需要一些管制组织与手段的规划。若参考前述之德国基因科技管制法的规定,其基本的管制手段仍是以报备、许可、监督、检查等方式来进行,这在当前之国家法制构想下大概是最常被提出之手段。此等构想预设了国家与社会之分离,以及国家作为社会之管理者的角色。易言之,社会若不通过国家法制的结构,即会陷入高乱度之失序状态。这一想法若证诸近年来之索马利、阿尔巴尼亚、萨伊等国的内乱经验,基本上似乎并无错误。彻底失灵之国家机器需借由外来或新打造的国家机器加以重整替代。但是,此种霍布斯模式(hobbesian model)(Willke, 1992: 12—)却也有一盲点,那就是误以为有了国家机器就一切井然有序,或是一切公共问题都必须等待国家之管理。在一个多元分化的高复杂度社会里,国家机器不是社会的管理者,而仅是在总社会体系(Gesellschaft als ein System)下的一个体系,甚至可能是某种混乱的来源,所以需要其他因素的控制。^②

上述各种针对生命科技所提出的法律管制方案,虽然基本上是以某种霍布斯模式为背景的,但是其中所提到的“管制”(regulation),却并不必然要以国家机器为核心。而离开国家后,也并不一定需要走向某种市场机制,以想象的机会成本比较来淹没我们的视野。我们需要的,毋宁是某种全新的社会—国家—法律的构想。借用系统论的语汇,政治、经济、科学、法律等系统是在一种相互为环境的情况下维持其本身系统之稳定(复

^① 请参考 GenG § 34 — 36。

^② 所以我们也应该反过来考虑,将许多国家之混乱看作是国家机器(本国,外国,国际,及“非法”之国家机器,即“叛军”)所造成,而该社会却又缺乏其他机制与力量与之抗衡,所以才形成高混乱之状态。借此我们亦可初步反思一种将管制能量全部依赖国家的法制想象是否反而造成了社会之高风险。