



山东政法学院
学术文库·法学

生命科技的 法律问题研究

张爱艳 李燕 著

山东大学出版社

生命科技的法律问题研究

张爱艳 李燕 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

生命科技的法律问题研究/张爱艳,李燕著. — 济南:山东大学出版社,2007.12

ISBN 978-7-5607-3528-3

I. 生...

II. 张...

III. 生命科学—科学技术—法律—研究

IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 000162 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南景升印业有限公司印刷

880×1230 毫米 1/32 10.5 印张 292 千字

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

定价:22.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

学术、学问与学术传统（总序）

所谓学术，据《辞海》解释，是指较为专门、有系统的学问。而学问则是学习、问难。^① 做学问、搞学术是一个艰苦的过程，它既要有努力的学习又要有潜心的沉思，来不得半点马虎，几乎没有任何捷径可走。严格说来学问与学术还是有一些区别的。何怀宏说：“学术是大家的，学术乃天下之公器，有规有界。学问是个人的，学问乃自我之心得，无端无涯。”^② 对大部分人文学科的学者来说，做学问主要是在书斋里面，得耐得住寂寞。虽然学者们要面对现实，但只有经得起冷板凳的磨练才能产出真正的学术。做学问讲究个人的修养，是把思想变成文字的过程。思想一旦变成用文字表述的作品，学问就成了学术成果。创新性的学术成果就是书斋里的革命，而“革命”性的学术是促使社会进步的精神力量。然而，学问是怎样产生，又是如何变成学术的呢？

梁启超先生认为，将世界纷繁复杂的东西作为做学问的资料进行疏理分类、归纳整理，这就是能力。有了这种能力，“思想乃起，有思想故，斯有议论，有议论故，斯有学问”，“则凡学术关于有形实物者，其基础可知耳，何也？学固以实验为本，而所谓实验者，自有一定之界，苟不驰于此界之外，则其实验乃可信凭。界者何？物之现象是也。若贸然自以为能讲求庶物之本相者，则非复学术之

① 《辞海》，上海辞书出版社 1999 年版，第 3193、3194 页。

② 何怀宏：《问题意识》，山东友谊出版社 2005 年版，第 1 页。

界矣”。^① 梁治平在总结他的学术经验时也讲到，当以学术的方式来审视自己的感受和结论的时候，就必须达到一种理性的自觉，要向自己，同时也向所有其他人，提供一些经得起检验的论据，并且公开自己的论证方式。自己承担了依靠理性去证明的义务，那就不仅要公开，而且要忠实和公正。古人说，学术乃天下公器，同样包含这一层道理。自己依此去做，实际是在尽学者的本分。结论其实并不重要，要紧的是隐藏在结论后面的东西。^② 确实，这里面既有学术意境，也有学术方法，更重要的还可能在于学术的创新。学问与学术的真谛在于不断的创新，为社会不断地补充精神食粮。

学术创新是当下学界最重要的理念。然而，要真正对学术有所贡献则需要诸多的条件，起码对一个学者来说：要切实领悟学术的价值：要具备良好的学术意境和深厚的文化底蕴；要有正确的逻辑思维方法；在某种意义上还要有学术系谱的传承。邓正来在《深度研究与自主发展》一文中介绍说：美国著名文化人类学家吉尔兹遵循韦伯比较行为与行动的理路，对“眼皮痉挛”（行为）与“递眼色”（行动）作比较所得出的结论：前者只是动作，而后者却是有意义的动作。文章还介绍了 F. Crews 为西方反实证主义的知识运动的检讨对我们的启示：“一个优秀学者最重要的标志就是对先验结论‘抱有一种本能的警觉，换句话说就是，对任何未经检验得出的、貌似权威的结论、理论体系或者其他一般论点一概持怀疑态度’。”^③ 我认为，这种观点对于当下各大学中正在寻究大学精神和探求学术创新路径的学者而言，“不能不说是知识活动的一个尺度”。学术创新不应是“眼皮痉挛”，起码应该是“递眼色”。学术

① 梁启超：《饮冰室合集》（二），中华书局 1989 年版，文集之十三，第 52、56 页。

② 参见《学术思想评论》第 3 辑，辽宁大学出版社 1998 年版，第 541 页。

③ 参见《学术思想评论》第 2 辑，辽宁大学出版社 1997 年版，第 39、47 页。

是指那些对社会产生一定影响的学问。

凡办得好的大学，都有一种良好的学术氛围与传统。徐显明说：“学术传统是一所大学所拥有的最有价值的无形资产，它比起那些有形的资产更加珍贵。”他认为，需要代代传承的学术系统主要有四个方面：一则，养涵崇高，襟怀宏伟的大家气度。视学术犹如生命，具有对学问的虔诚敬畏之风气和孜孜不倦地探求之良俗。在科学的道路上，百折而又不挠，宽容而又大气，兼蓄而无门户之见，从而造就一批历久弥新的传世之作。二则，开拓创新，研故出新，有敢为天下先的学术追求。学者们都以学问的拓荒者为荣。他们的头脑不但专为学问而准备，也有着对时代变迁、学术更替的足够敏感。高文典册成就于启例发凡的学术努力之中。三则，沉潜学问，厚积薄发的精品意识。学者们恪守“板凳要坐十年冷，文章不写半句空”的信条。他们深知，做学问要耐得住寂寞，避免浅薄浮躁、急功近利。“根本固者，华实必茂，源流深者，光澜必章”是他们追求的学问境界。四则，崇争尚辩，追求学术自由的治学精神。学者们对“知出乎争”这一儒家遗训深信不疑。^①我想，这些良好的学术传统既已成为名牌大学的灵魂依然散发着光彩，那么，对于苦苦寻找发展之路的新兴大学来讲，确应视为楷模而效之。

山东政法学院推出这套“学术文库”，将分不同学科陆续出版。这不仅是该院专家学者们多年来精心研究所取得的成果的展示，更重要的在于通过这种学术作品的出版，历练学术意境，提升学术水平，进而在不断努力的基础上形成自己的学术传统。

是为序。

山东大学教授 陈金钊
博士生导师

2006年8月

^① 参见《山东大学百年学术精粹·总序》，山东大学出版社2001年版。

前 言

生命科技是过去五十多年里发展最为迅速、对人类社会影响最为深刻的科技领域之一。它的进步不仅给医疗、健康等领域带来革命性的影响，而且使人类赖以生存的环境与价值观念面临严峻的挑战，特别是基因治疗、辅助生殖、器官移植等生物技术前沿领域的研究而引发的伦理和法律问题已成为世界各国普遍关注的热点问题。在经济与科技全球化的今天，我国同样面临着生命科技发展所带来的伦理与法律问题。

发达国家的经验证明，对生命科技可能带来的种种问题，由科学家及时与公众及社会各界进行交流与沟通，将社会各界达成共识的原则以规章法律的形式予以确立，使科学家在有法可依的框架内开展研究，是消除公众疑虑的最好方式。如丹麦于 1986 年制定了《环境及基因技术法》、瑞典于 1985 年通过了《受精法》、日本于 1997 年通过了《器官移植法》等。然而，我国法学界在这方面的研究与探讨还很薄弱。就目前来看，我国还不存在作为专门规范基因技术、辅助生殖技术、器官移植技术的专项法律，而只是由国务院及其有关部委颁布了一些相关的行政法规或部委规章，如卫生部于 1993 年制定的《人的体细胞治疗和基因治疗临床研究质控要点》、2001 年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》以及 2007 年国务院第 171 次常务会议通过的《人体器官移植条例》等。从法的效力等级来看，行政法规或部委规章的法律位阶较低，并且在现有的法律框架下，这些立法均偏重于从行政管理的角度进行规范，而有关当事人的民事权利义务及生命科技犯罪等重要内容却不够健

全，亟待立法完善和司法的救济。另外，脑死亡、安乐死等医疗法律问题也是备受社会公众所关注，但人们对此又普遍缺乏深入的了解，而媒体更多地只是片面重复西方有关生物伦理的某些观点。这一切正在加重公众对于现代生命科技的误解与恐惧心理，也给我国生命科学领域的一些研究带来越来越大的负面压力。

本书写作的思路是运用法律手段为生命科技提供指导，主要从刑法、民法的角度对器官移植、基因科技和人工生殖技术涉及的法律问题进行研究，并详细论述了脑死亡、安乐死等生命终结的法律问题以及生命科技对传统医疗卫生领域的冲击。目的是为了促使社会合理地利用科学成果，防止人们对生命科技的滥用，并为将来的法律、法规的制定提供理论依据。

目 录

第一章 生命科技引发的法律问题概述	(1)
第一节 生命科技对传统法律理念的冲击与挑战	(1)
第二节 生命科技引发的新的法律问题	(5)
第三节 生命科技背景下的人体与民法上的物	(8)
第四节 医疗行为阻却违法性的理论根据	(22)
第五节 生命科技的法律规制	(29)
第二章 基因科技引发的法律问题	(33)
第一节 人类基因的法律地位	(33)
第二节 克隆技术引起的法律问题	(45)
第三节 基因的知识产权法律保护	(56)
第四节 基因犯罪	(71)
第五节 基因立法	(84)
第三章 辅助生殖技术引发的法律问题	(92)
第一节 辅助生殖技术概述	(92)
第二节 人工授精的法律问题	(98)
第三节 体外受精与胚胎移植的法律问题	(103)
第四节 代理母亲的法律问题	(115)
第五节 辅助生殖犯罪及其刑法规制	(121)

第四章 器官移植引发的法律问题	(136)
第一节 器官移植概述	(136)
第二节 器官移植法律行为分析	(146)
第三节 活体器官移植与被害人承诺	(152)
第四节 死刑犯捐献器官的法律问题	(159)
第五节 器官移植犯罪及其法律规制	(166)
第五章 生命终结的法律问题	(178)
第一节 死亡的法律意义	(178)
第二节 死亡的判断标准	(182)
第三节 脑死亡涉及的法律问题	(187)
第四节 死亡的类别及相关法律问题	(205)
第五节 安乐死的法律评析	(215)
第六节 安乐死的非犯罪化问题	(231)
第七节 安乐死立法	(251)
第六章 生命科技对传统医疗卫生领域的冲击	(265)
第一节 医疗事故概述	(265)
第二节 医疗事故罪的主体	(273)
第三节 医疗事故罪的主观方面	(277)
第四节 医疗事故罪的客观方面	(288)
第五节 医疗事故技术鉴定及其对医疗事故罪的影响	(298)
第六节 医疗事故罪的认定	(303)
第七节 医疗事故罪的量刑	(309)
参考文献	(322)
后 记	(325)

第一章 生命科技引发的法律问题概述

第一节 生命科技对传统法律理念的冲击与挑战

一、生命科技对传统民事权利体系的冲击

传统的民事权利主要包括人身权和财产权两大部分，克隆技术、基因技术、生物制药、生化武器等生物技术的出现对传统民事权利产生了深刻的影响。随着新技术的出现一些新型权利也应运而生，诸如基因隐私权、基因人格权、反基因歧视等，这些新增权利与原有权利之间是并列、包容还是排斥的关系？原有权利应该被保留、修改还是废除？传统民事权利体系面临着新一轮的重构和优化。由于生命科技自身的特点，这些冲击和影响集中表现在人身权中的生命权、健康权、隐私权和知识产权中。

（一）生命健康权

由于生命科技的研究对象离不开生命现象本身，再加上它具有对生命创造过程的直接干预能力，我们可以发现所有生命科技都会对人身权中的生命权和健康权产生影响。尤其是基因技术的迅速发展对传统的生命健康权的冲击可谓“一波未平，一波又起”，而我们的法律并没有为此做好充分的准备。2000年12月，在上海举行的第三届生命法学研讨会上，与会者一致呼吁：“法律应早日结束对基因技术发展的旁观身份”，还有专家预测，生命法学将成为21

世纪法学领域内的“显学”。

（二）隐私权

生命科技中的许多领域，如基因治疗、克隆胚胎等都离不开对人类基因的研究、测试和利用，这样一来，对遗传信息的隐私、保密等问题也就相应出现。公开基因信息，不仅影响个人，也影响到家庭，甚至社会，还可能导致基因歧视等问题，产生人与人之间的不公平待遇。在我国，传统隐私权的地位刚得到法律的认可，关于基因隐私的立法尚属空白。有人认为，基因隐私权其实就包含在传统隐私权的范围之内，解决基因隐私问题无须另外建立起一套法律制度，可以套用民法的调整手段^①；另一方面，则有学者大力呼吁制定一部专门的基因信息隐私法。

（三）知识产权

生物技术对传统的人格权和财产权产生了巨大的影响。就生物技术本身而言，法律是否对其加以保护，哪些应予保护，哪些应予排斥以及怎样保护的问题就涉及知识产权的有关内容。一般而言，生物技术尤其是基因技术可以通过合同、商业秘密、版权、专利等法律手段尤其是专利手段进行保护。然而，人们对基因专利的褒贬却大不相同，它一直是近年来国际法律界争议的焦点。有人认为，从经济角度来看，基因专利的负面影响是大的，它将增加科研成本，导致研究能力下降；生物制药的发展将使更多的患者买药难；此外，给早期基因产品授予专利还会阻碍产品的发展。从法律角度来看，基因技术究竟是发明还是发现以及专利“三性”的确定等方面都存在问题。但我们认为，在结合我国实际的基础上，迅速全面地对基因提出专利法律保护不仅是必要的而且是可能的。

① 参见李文、王坤《基因隐私及基因隐私权的民事法律保护》，载《武汉理工大学学报》2002年第4期。

二、生物科技对刑法理论的挑战

人类发展的历史不止一次地证明：科学技术是一把“双刃剑”，“科学技术越发展，它的正负作用也就越来越大”。生物科技在为人类带来前所未有的福祉的同时，客观上也引发了一类新的犯罪，即生物科技犯罪。这类新型犯罪的范围是较为广泛的，它几乎涉及了包括器官移植、基因工程、辅助生殖以及人体实验等生命科学技术的所有领域。当前，很多国家的法律都对这类犯罪进行了规定。例如，英国《代孕协议法案》规定的“代孕及代孕广告罪”及其《人类授精及胚胎学法案》规定的“人兽配子杂交罪”等犯罪；澳大利亚的《禁止克隆人法案》中规定的“进出口克隆人类胚胎罪”、“非受孕目的制造人类胚胎罪”等犯罪；美国的《统一器官移植法》规定的“人体器官买卖罪”；法国新刑法典规定的“非法买卖精子罪”、“非法获得胚胎罪”等等。这些规定对于上述国家防范和惩治生物科技犯罪提供了立法依据。

在我国，类似的犯罪现象（如代孕、人体器官买卖、人类精卵子的买卖、非法进行的断骨增高手术、整形术等等）也已出现，并已经对我国生物科技社会秩序造成了严重破坏。然而，我国刑法在规制这些犯罪方面还存在着不可逾越的法律障碍。我们知道，1997年修改的刑法明确规定了罪刑法定原则，根据这一基本原则，哪些行为是犯罪行为以及应当适用怎样的刑罚，都必须由法律明文加以规定，对于法律没有明文规定为犯罪的行为，不得定罪处刑。而就目前来说，我国现行刑法还没有将那些滥用生命科学技术严重危害社会的行为明文规定为犯罪。这样一来，生物科技犯罪中的大量犯罪（如买卖人体器官、进行生殖性克隆人的研制等）显然还只是犯罪学意义上的犯罪，而构不成刑法学上的犯罪。那么，刑法是否可以对此置若罔闻呢？显然不可以，因为良好的刑法防控制度，不仅是生物科技自身良性发展及合理应用的有力保障，也是其最终造福

于人类的重要保障。^①

那么,在罪刑法定理念日益深入人心的背景下,刑法应当如何应对生命科技犯罪的挑战;面对这种新型的犯罪形式,传统刑法中的刑事责任制度是否适应防范和应对此类犯罪的现实需要,是否需要变革;如果需要变革,那么,应当如何加以变革,对这些问题的解答已经成为现代刑法学肩负的一项重要使命。

三、生命科技对国家安全的影响

国家安全通常可细分为军事安全、国防安全以及一些非传统的国家安全,诸如,生态安全、资源安全、环境安全和食物安全等。随着生物武器、基因武器的出现以及生物恐怖事件在全球范围内的蔓延,军事和国防的传统理念也发生了深刻的变化。基因污染对生物多样性的影响,转基因食品的安全,本土生物资源的保护、利用等问题,又都直接影响着非传统的国家安全。因此,各国纷纷出台与生态、资源和食物安全相关的法律,同时,通过国际条约来限制生物武器、基因武器的发展及其应用。时下,恐怖主义、生化武器成了大家谈论最多的名词之一。国家利益在生物技术时代也受到了来自生物制药、基因技术专利、生物资源的所有权及其利益分享等问题的挑战。由于生物资源的归属、采集、利用及利益分享涉及一个国家的主权,那么如何在保障国家主权的基础上,协调国与国之间的利益冲突,便成为许多相关国际会议的焦点问题。

四、生命科技对国际关系的影响

生物技术的进步及其对人类社会的重大贡献,导致了各国对生物资源新一轮的殖民掠夺以及国际关系的深刻变革。生物资源,尤

^① 参见刘长秋《罪刑法定与生命科技犯罪》,载《政法论丛》2006年第1期。

其是人类基因资源不仅具有巨大的潜在价值、隐藏着惊人的商业利润，而且还是稀有的、局部的和不可再生的，这对发达国家产生了巨大的诱惑力。目前，基因资源已经成为一个国家发展的战略资源，争夺这一资源的“世界大战”已经打响。在这场争夺战中，发展中国家和发达国家的矛盾变得非常尖锐。一方面，尽管发达国家起步较早，资金充足，拥有最先进的生物技术和最优秀的科研人员，但其拥有的生物资源却是非常有限、甚至是缺乏的；另一方面，由于自然地貌独特，地域面积广大并且人口较多，最有价值的生物资源往往在发展中国家。但是发展中国家要么忽视了生物资源的巨大价值，要么没有能力对其进行独立开发研究。而离开了生物资源，再好的技术都成了无源之水。正是这个原因导致发达国家疯狂地掠夺发展中国家的资源，然后通过申请专利、技术转让或者开发新产品等商业化途径获得巨大的商业利润。而发展中国家不但不能分享这一财富，相反地，当其要利用此类生物产品时还要付出巨额费用，这是显失公平的。1998年，我国“百岁老人基因采血”风波，2000年，“孟山都”事件以及美国哈佛大学在我国进行的“哮喘病样本采集”事件，都暴露了发达国家掠夺、贪婪的本质，同时也给发展中国家敲响了警钟。^①那么，如何协调发展中国家和发达国家的利益，如何实现全人类的“共赢”成了现代国际法考虑的重点问题之一。

第二节 生命科技引发的新的法律问题

一、克隆技术引起的法律问题

克隆技术包括生殖性克隆（也就是克隆人）和医疗性克隆（也

^① 参见李恒《试论生物技术对传统法律体系的挑战》，载《法律与医学杂志》2005年1期。

称克隆胚胎)两大部分。克隆人是目前争议最大、波及范围最广的一项生物技术,一旦该技术问世将深刻影响传统民事权利中人身权的全部内容和大部分的财产权内容。由于它强烈抵触了我们传统的伦理道德观念,所以该技术在各国一直受到“封杀”。医疗性克隆技术是指提取胚胎干细胞的技术。该技术对人类健康的意义不可估量,它将对人身权中的生命、健康、身体权等产生巨大的影响。虽然目前各国对医疗性克隆技术的态度不一,但是提倡和支持的声音仍占主流。

二、有关人体基因研究开发的法律问题

主要包括人类基因组草图的绘制、基因测试等。人类基因组研究被誉为是人类生命科学史上最伟大的工程。然而,该技术的飞速发展引起了一系列的生命伦理学问题,对传统民事权利的影响也较为广泛,而且集中在人身权的范围内。具体表现为基因研究和人类的尊严、遗传信息的隐私权及获知权、基因组图谱的信息使用与人的社会权利、基因资源的专利与资源争夺等。

三、基因治疗

基因治疗是用于人体的基因工程,是把基因导入人体通过改造患者的遗传物质,抵抗或防止疾病的治疗方法。基因治疗因其能够改造人体自身的遗传物质,解决许多疑难杂症甚至是不治之症,而对人的生命健康产生深远的影响。由于基因治疗离不开对患者基因的分析研究,这其中还涉及患者基因隐私的保护以及基因药物的基因原材料提供者利益分享等问题。

四、生育革命引发的法律问题

生育革命引发的法律问题主要表现为试管婴儿技术。试管婴儿

(test-tube baby) 又称体外受精技术, 是指分别将卵子与精子取出后, 在体外(培养皿中)使其受精, 等发育成胚胎后, 再植回母体子宫内的生殖辅助技术。1988年3月10日, 我国首例试管婴儿在北大三院诞生, 随后, 国内首例赠卵试管婴儿、首例冷冻胚胎试管婴儿等实验也相继完成。虽然试管婴儿对民事权利中的生命健康权、亲权等人身权利产生了全面的冲击, 但是它不同于克隆技术, 试管婴儿技术不仅被人们接受而且越来越受欢迎。

五、器官移植引发的法律问题

器官移植事业的发展, 诱发了一些新型犯罪, 我们应该借鉴一些国家和地区的立法经验, 尽快在刑法中增设买卖器官罪、非法摘取人体器官罪、进行人体试验罪等罪名及其处罚规定, 以适应惩治这类犯罪的需要。

另外, 有关胎儿和死刑犯的器官移植、异种移植以及人造器官等引起的法律问题, 也正日益引起学者的关注。

六、生命终结的法律问题

就世界范围而言, 死亡立法的高潮已经过去, 但是存在的问题仍然很多。随着我国器官移植技术的不断提高, 实践中脑死亡标准不止一次地被运用于医学临床。面对这样的困境, 我们应尽快制定脑死亡法, 做到有法可依。

安乐死非犯罪化是一种观念的更新, 但若依据我国现行刑法学“四要件说”犯罪构成理论, 则安乐死行为符合故意杀人罪的构成要件, 鉴于此, 我们应借鉴大陆法系犯罪构成论的违法阻却事由和期待可能性理论来解决安乐死行为的不为罪和不处罚问题。