

克隆人：法律与社会

Clonage humain: droits et sociétés

第一卷 介绍

Vol. I. Introduction

张乃根 [法] 米雷埃·德尔玛斯—玛尔蒂 主编

dir. Zhang Naigen et M. Delmas-Marty



53



复旦大学出版社

www.fudanpress.com.cn

法 学 专 题 系 列

D812.104-53
Z289
Q785-05

张乃根 【法】米雷埃·德尔玛斯-玛尔蒂 主编

克隆人： 法律与社会



A1001590

图书在版编目(CIP)数据

克隆人:法律与社会 / 张乃根、[法]米雷埃·德尔玛斯-玛尔蒂主编. —上海:复旦大学出版社, 2002. 11

(法学专题系列)

ISBN 7-309-03421-X

I. 克… II. ①张… ②米… III. ①人类—无性系—遗传工程—法制—研究 ②人类—无性系—遗传工程—社会影响—研究 IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 084514 号

出版发行 复旦大学出版社

上海市国权路 579 号 200433

86-21-65118853(发行部) 86-21-65642892(编辑部)

fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

经销 新华书店上海发行所

印刷 江苏句容市排印厂

开本 850×1168 1/32

印张 9.125 插页 1

字数 237 千

版次 2002 年 11 月第一版 2002 年 11 月第一次印刷

印数 1—2 000

定价 20.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

本书汇集了法学、哲学、伦理学、生物学、遗传学等学科领域的中国与法国 10 多位著名学者，围绕目前人们非常关注的“克隆人：法律与社会”这一主题而展开学术研究和讨论的最新成果。书中较详细地评析了在生殖性与治疗性克隆技术方面，法国与欧盟以及联合国关于克隆人的立法，并附有相关法律文件。本书有助于读者了解当今生命科学与生物技术的发展与可能的运用以及随之而来的一系列重大伦理、法律与社会问题，尤其是深入理解在不同历史文化与法律制度的国度里，人们对于克隆人的各种看法。本书适宜于上述各学科领域的大学生、研究生、教师或研究人员阅读，也可供立法、行政等部门或生物技术产业的有关人员参考。

中文版编者说明

我非常荣幸与法国巴黎第一大学著名法学教授米雷埃·德尔玛斯-玛尔蒂女士合作开展为期三年的关于克隆人问题的研究项目,并共同主编本项目第一本论文集。此书将在中国复旦大学出版社与法国比较立法学会出版社同时出版。作为中文版编者,我作如下扼要说明。

第一,论文集除中方王德彦副教授的“知情同意在中国”(第9章)与法方保罗·布歇法官的“结论”(第13章)之外,均系根据双方协定,在2001年11月26日至27日第一次专家研讨会之前,由中方7位专家与法方3位专家撰写,并通过讨论后修改而成。所有论文,各述己见,畅所欲言,文责自负。

第二,论文集的各章安排基本上根据第一次研讨会各专家的发言顺序,并经双方在会后商量而定。

第三,我在编辑中文版时,仅对包括注释在内的格式作了统一处理,以保持全书风格的一致性。

第四,根据双方约定,本论文集附录包括了第一次研讨会几乎全部发言与讨论的录音整理稿。这对于读者全面了解双方专家对于克隆人问题的看法,极为重要。尽管发言的内容部分地与有关论文相同,但前者更为简明、突出重点。该录音整理先由我的研究生王志刚先生、龙凤小姐负责,然后由我校对,并翻译所有的英文部分。由于整理的难度之大与所需时间之多,始料未及,因此比约定交给法方翻译的日期稍晚些,我希望这不会影响到法文版的编录。中文版附录还包括了联合国大会、联合国教科文组织与欧洲理事会关于克隆人的决议、宣言和公约附属议定书。

HAAC/08

第五,本论文集所有法方专家论文的笔译,除“结论”由留法博士生石佳友先生负责,其余均由复旦大学外文系法语教研室主任陈良明教授负责组织翻译、校对。石佳友先生与陈良明教授还分别负责研讨会大部分发言与讨论(中、法文)的口译。没有他俩的杰出工作,本论文集将无法出版。在此,谨向他们致以崇高的敬意。

最后,我特别感谢德尔玛斯-玛尔蒂教授为论文集写了前言(由石佳友先生翻译)。

由于时间和专业知识的限制,本中文版的编辑肯定会有不少错误,请读者批评指正,以使以后两卷的编辑质量更上一层楼。

张乃根

2002年5月30日

前 言

我们希望继续我们 10 多年前开展的、中法关于“刑法的国际指导原则”^①的合作；这一次我们合作的主题更为直接，是有关全球化问题。在中国刚刚签署联合国两个人权公约（1998 年签署《经济、文化和社会权利国际公约》，并已批准加入；1999 年签署《公民权利和政治权利国际公约》，待批准加入），并成为世界贸易组织正式成员（2001 年）之际，尽管仍然有大量的实践和方法上的困难需要克服，这样的合作在我们看来尤其必要。

我们的目的首先在于同时以几种方式来阐释全球化：具体——以超越过于抽象的方式，避免老调重弹^②；完整——如同前一次合作一样，包括了经济现象和围绕人权普遍性的争论；复杂——揭示了复杂之所在；换言之，不仅揭示了在国内层次和国际层次的不同，回答两者之间的相互补充性，还揭示了两者的互动性。

这就是我们给我们的中国同事提议以克隆人作为合作主题的原因。这个主题是人类想像和普遍性伦理^③的核心，它同时也涉

① 《迈向刑法的国际指导原则，经济和人身犯罪》，米雷埃·德尔玛斯-马尔蒂及高铭喧主编，共 5 卷本，MSH，1995—1997。

② 参见米雷埃·德尔玛斯-马尔蒂，《世界法的三个挑战》，SEUIL 出版社，1998 年；中文版 1999 年；《法律的全球化》，E. LOCQUIN 及 C. KESSEDJIAN 主编，LITEC 出版社，2000 年；《全球化冲击下的法律》，CHARLES-ALBERT MORAND 主编，BRUYLANT 出版社，2001 年。

③ 参见《对于所有人的同一种伦理？》生命和健康科学国家伦理委员会，J. P. CHANGEUX，1997 年；H·阿特兰，M·奥吉，M·德尔玛斯-马尔蒂，R·P·德罗瓦及 F·弗内斯克，《克隆人》，SEUIL 出版社，1999 年。

及潜在可能的巨大经济利益,它要求国内和国际层次均作出反应。自1997年以来,联合国教科文组织《世界人类基因组和人权宣言》虽然仅仅局限于不允许生殖性克隆(第11条),但它却成为在国际范围内谴责这一做法的潮流的发端。稍后(1998年),《欧洲人权和生物医学公约附属议定书》则毫不模糊地宣称禁止生殖性克隆的实践。在欧洲范围内,《欧洲基本权利宪章》第3条第2款采纳了同样的原则。这一原则并为“欧洲生命科学和新技术伦理委员会”在就“涉及人类干细胞的发明是否可以被授予专利”这一问题进行表态时得到重申(第2.5点,克隆问题)。最终,在2001年,德国和法国联合向联合国建议在全世界范围内禁止此种做法。

不过,国际社会的这种共识在更大程度上只是表面的,而不是现实意义上的,因为上述条文都仅仅是限于禁止克隆人,并没有对违反它们的行为的制裁措施。这些国际文件既不能阻止一些类似于邪教的组织发表赞成克隆人的宣言,也不能阻止意大利医生像安蒂诺里那样极富有争议的人士的公然声称。在2002年5月19日—21日举行的会议上,安蒂诺里表达了要继续其克隆人的努力以解决不育问题;他并透露,已经有三名因植入应用此技术的胚胎而怀孕的妇女将在2002年12月或者在2003年1月左右分娩^①。这意味着:问题的紧急性已经不再是仅仅提出问题之所在或者简单的重申禁止原则,而是应当尽快找出解决办法并加以实施,尽管这场争论非常复杂。

为了在充分考虑到问题的复杂性的前提下寻求解决办法,我们首先希望以一种跨学科的视野——首先是科学的,因为区分了生殖性克隆和治疗性克隆;其次是法律的,因为我们突出了人法和财产法上所涉及的内容;还有伦理和经济方面的内容——来厘清关于前述问题的争论。

① 《世界报》,2002年5月25日。

不过,我们的第一卷文集更类似于一本“介绍”那样,它仅限于阐述我们两国的法学家和科学家所发现和确定的问题的那些主要方面。阅读我们双方所出版的文集会发现我们之间在生殖性克隆问题上存在的分歧:陈仁彪教授在其论文“克隆传代还是过继传代”的结尾写道:“我们认为,选择克隆传代,还是过继传代,这属于不育夫妇的传代自主权,应由不育夫妇独立自主地去作出决定”;而保罗·布歇法官在为法方提交的论文作结论时则强调:“最富有创新精神的科学家往往是强有力的伦理和法律调控的主张者,他们倡导审慎原则,提醒人们重温弗朗索瓦·拉伯雷这位勇敢的试验家和伟大的人道主义者的名言:‘没有良心的科学不过只是灵魂的毁灭’。”

目前还难以预料:在克隆人这样一个新颖而充满争议的领域,是否有可能寻找出某种良心上的共识?正是基于这样一种视角,我们决定:在第二阶段,在我们双方的组成之中加入哲学家和人类学家,以图勾勒出一个“比较”,并由此为第三阶段可能完成的“建议”作好铺垫。

米雷埃·德尔玛斯-玛尔蒂

2002年5月27日

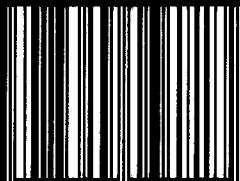
内 容 提 要

本书汇集了法学、哲学、伦理学、生物学、遗传学等学科领域的中国与法国十多位著名学者，围绕目前人们非常关注的“克隆人：法律与社会”这一主题而展开学术研究和讨论的最新成果。书中较详细地评析了在生殖性与治疗性克隆技术方面，法国与欧盟以及联合国关于克隆人的立法，并附有相关法律文件。本书有助于读者了解当今生命科学与生物技术的发展与可能的运用以及随之而来的一系列重大伦理、法律与社会问题，尤其是深入理解在不同历史文化与法律制度的国度里，人们对于克隆人的各种看法。本书适宜于上述各学科领域的大学生、研究生、教师或研究人员阅读，也可供立法、行政等部门或生物技术产业的有关人员参考。

责 任 编 辑 张 永 彬

美 术 编 辑 周 进

ISBN 7-309-03421-X



9 787309 034219 >

0-214-1111-20.00元

目 录

中文版编者说明	张乃根	i
前言	米雷埃·德尔玛斯-玛尔蒂	i
第1章 克隆人——法律与社会:导论		1
第2章 论法律的确定性与不确定性 ——是否必须禁止采用克隆技术来繁殖人类?		15
第3章 治疗性克隆 ——迷惑人的说法,似是而非的问题,莫须有的害怕		39
第4章 克隆传代还是过继传代		47
第5章 科学技术上能够做的,不一定都应该做 ——评述中国学界对克隆人的若干看法		75
第6章 生物学上的可能与社会学上的非可能 ——术语的分类及问题、生殖性克隆		83
第7章 克隆人:可能产生的社会伦理问题		100
第8章 “谴责”生殖性克隆行为与规范非生殖性克隆行为 ——人体克隆的法律问题		121
第9章 知情同意在中国		131
第10章 中国基因技术专利保护的伦理调控 ——兼论《专利法》第5条的适用		139

第 11 章	中国生物技术与专利保护	150
第 12 章	干细胞技术产业化的知识产权保护	172
第 13 章	结论	194
附录一	“克隆人：法律与社会”中法两国专家研讨会纪要	198
附录二	联合国大会决议：禁止人的克隆生殖国际公约	264
附录三	联合国教科文组织：世界人类基因组与人权宣言	267
附录四	欧洲理事会：在生物学与医学应用中保护人权 与人类尊严公约禁止克隆人的附属议定书	275
	中法两国提供论文的专家(第一作者)简介	278

第 1 章

克隆人——法律与社会：导论

◎ 张乃根

一、生物技术、克隆人：世界范围面临的重大挑战

20 世纪 90 年代以来,与信息技术发展并驾齐驱的生物技术,正在深刻地改变着人类社会。这两大技术革命,从本质上说,是人类从动物界分离出来以后,对自身存在奥秘与人际交流方式的科学探索之最新阶段。1990 年起,首先在美国启动的“人类基因组计划”(HGP)是为了测定组成人类基因组的核苷酸序列。而后,这成为了一项全球性的科学合作研究,中国科学家承担了其中的 1% 的序列测定。^① 2001 年 8 月 9 日,美国总统布什宣布美国联邦基金将有条件地支持人体胚胎干细胞的研究。^② 紧接着,2001 年 11 月 25 日,美国一家先进细胞技术公司宣布首次利用克隆技术培育

① 有关 HGP 的评述,参阅贺林主编:《解码生命:人类基因组计划和后基因组计划》,科学出版社 2000 年版。

② 见《新闻晨报》2001 年 8 月 11 日。

出人类早期胚胎。^① 尽管这并不意味着克隆人的技术障碍已被克服,但是,单从技术发展的角度看,真正的克隆人迟早将要问世。

人类作为宇宙中已知最高形态的自然生命体,从最初的群体生活,演变成后来的文明社会,一直有着形形色色的生活规则,从自律的伦理规范到他律的法律制度。就具有强制性的法律而言,人类在不同社会生活中产生的那些制度,随着克隆人的可能诞生,将不得不面临根本性的改变。这是在新的世纪,整个人类社会面临的一场重大挑战。^② 由复旦大学知识产权研究中心与巴黎第一大学比较法研究所合作开展的“有关克隆人的法律与社会”研究项目,就是为了研究这一重大挑战,并向中国与欧盟及其成员国政府提出有关克隆人的法律建议。该国际合作项目将为期三年。2001年11月26日至28日,本项目举行了第一次中法两国专家研讨会。根据项目计划,现将本次研讨会的全部论文以及讨论纪要汇编出版。

二、对本项目的扼要介绍

作为本项目的中方负责人和第一次中法两国专家研讨会的东道主,请允许我对本项目作扼要介绍。2000年9月,巴黎第一大学著名法学教授米雷埃·德尔玛斯-玛尔蒂女士访问上海,希望与复旦大学开展学术交流与合作,并对复旦大学知识产权研究中心和中国国家人类基因组南方研究中心伦理、法律与社会研究部进

① 见《文汇报》2001年11月27日。

② 关于对生物技术及克隆人带来的法律与社会问题的研究,在中国,较早的研究成果可参阅冯建妹:《现代医学与法律研究》,南京大学出版社1994年版;在法国,较系统的研究成果可参阅 Henri Atlan、Marc Age、Mireille Delmas-Marty、Roger-Pol Droit、Nadine Fresco: *LE CLONAGE HUMAIN*, Paris: Seuil, 1999。

行的“人类基因组资源与知识产权保护”课题表示浓厚的兴趣。经过磋商,双方初步同意开展相关合作研究。2001年5月15日至6月5日,我应德尔玛斯-玛尔蒂教授的邀请,访问了巴黎第一大学比较法研究所,就克隆人的法律、伦理与社会问题,同法国有关著名专家学者,进行了广泛的交流,并就未来三年的合作,达成了书面协议。

从2001年7月至10月,中法两国的十多位专家学者,在各自领域作了深入的、创造性的研究,撰写了很高水平的论文。在中方的专家组里,既有德高望重、享有盛名的学者,如中国国家人类基因组南方研究中心伦理、法律与社会研究部(ELSI)顾问组组长,著名遗传学家陈仁彪教授,该研究部主任,著名伦理哲学家沈铭贤教授,又有年富力强的中青年学者,如复旦大学知识产权研究中心副主任陆飞先生,复旦大学应用伦理研究中心副主任徐宗良教授,还有后起之秀,如上海专利商标事务所专利代理人徐迅先生,复旦大学生命科学学院博士生谢建平先生等。我认为,在相当程度上,他们递交给第一次研讨会的论文代表了中国学者目前在这一领域的水平。

以享有世界声誉的著名法学家德尔玛斯-玛尔蒂教授、著名生物学家亨利·阿特兰教授等为代表的法国学者在克隆人的法律伦理与社会问题研究领域,早于我们中国同行开展有关研究,并于1999年在法国出版了有关论文集,在国际上产生了相当影响。^①2001年7月至10月,他们在此基础上,根据欧盟与法国对于克隆人问题最新作出的法律或伦理方面的决定,对有关论文作了进一步补充修改,递交给第一次研讨会。我认为,这为我们中国学者全面了解国际上关于克隆人的法律伦理争论与发展趋势、向法国同行学习,提供了极好的机会。

① 参阅前引 LE CLONAGE HUMAIN。

第一次研讨会的特点是以中法两国专家事先准备,并根据协议交换与翻译的 11 篇论文为基础,开展学术交流探讨。中方负责向所有与会专家提供论文的中文版,法方负责向与会专家中有能力阅读法文者提供论文的法文版。这样为与会专家充分地、深入地参与讨论,创造了良好的条件。

从中方专家的组成与研究来看,中国国家人类基因组南方研究中心伦理、法律与社会研究部(ELSI)对于本项目的支持是至关重要的。该研究部于 2000 年 2 月正式成立,是中国研究与克隆人有关伦理、法律与社会问题的重要机构。复旦大学作为该研究部的理事单位,知识产权研究中心与应用伦理研究中心具体参与了该部的研究项目。近两年来,我负责的课题《中国人类基因组资源保护与知识产权问题的研究》获得了该研究部的大力支持。正是在这一基础上,我们才有可能与法国同行展开合作。在准备第一次中法两国专家研讨会的过程中,该研究部不仅给予财力帮助,而且主要专家学者或直接参与,或间接给予关心。没有这种帮助、参与和关心,复旦大学很难在较短时间内开展此项具有相当水平的,跨学科的国际合作研究。我认为,克隆人的法律与社会问题,是当今世界上一个跨国界、跨学科的重大前沿领域,所涉及的科学技术之尖端,社会问题之复杂,对人类前途命运之关键,是前所未有的。这必须通过国际性多学科的通力合作研究,方可对解决克隆人的法律伦理与社会问题,有所贡献。

在过去的一年多时间里,复旦大学及其法学院的有关领导,与复旦大学知识产权研究中心有良好合作关系的上海市人民政府有关部门以及上海地区的司法部门、知识产权教学与研究单位、生物技术产业部门的许多专家学者,都对我们的研究给予了大力支持,或直接参加了有关研究或会议。我相信,在各方一如既往的关心、支持与参与下,中法两国的合作研究一定会取得预期成果。

三、对本项目涉及主要问题的若干看法

我的专业领域是法学。对于克隆人的科学技术问题,知之甚少。但是,我认为,法律不是孤立的制度,相反与人类社会的几乎所有方面都有联系,克隆人问题更是与法律密切相关。我的学术研究,偏重于跨学科领域,因而很愿意在克隆人的法律与社会问题上做一点研究。

第一,与克隆人有关的科学技术问题

如上所说,单从技术发展的角度看,克隆人迟早会问世,除非在全世界任何国家、任何地区,百分之百地被禁止。从历史的眼光看问题,人类脱离了动物界之后,在改造客观世界的同时,也在不断地认识自我和提高人际交往能力。这是人类永恒的追求,由此会出现相应的技术。^①毫无疑问,人类需要控制自己发明的技术。核技术的控制就是例子。假定克隆人不能在地球上被彻底地禁止,从法律上如何加以控制,这或许是不能回避的。并且,克隆人这一生物技术领域的特殊性,使得法律控制与伦理道德规范的制约,一点也分不开。

对生物技术的控制及其社会、伦理方面的争论,由来已久。在20世纪70年代,重组DNA分子的研究,曾在美国、欧洲各国及国际生物学界引起激烈的争论。^②当时,有人担心这种研究可能会

① 部分地参阅:〔美〕加兰·E·艾伦:《20世纪的生命科学史》,复旦大学出版社2000年版。

② 参阅:James D. Watson and John Tooze, *THE DNA STORY: A Documentary History of Gene Cloning*, San Francisco: W. H. Freeman and Company, 1981。