

● 吕国强
著



生与死： 法律探索

BIRTH AND DEATH:
THE EXPLORATION
FROM LAW

上海社会科学院出版社

生与死：法律探索

吕国强 著

上海社会科学院出版社

(沪)新登字302号

责任编辑 查建国
封面设计 闵敏

生与死：法律探索

吕国强 著

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路622弄7号)

新华书店上海发行所发行 江苏扬中印刷厂印刷

开本787×1092 1/32 印张9.125 字数200,000

1991年12月第1版 1991年12月第1次印刷

印数 1—2000

ISBN 7-80515-658-1/D·90

定价：4.50元

内 容 简 介

古人曰：“生，人之始也；死，人之终也”。生命与死亡是医学的基本概念，但是，随着现代科学技术的发展，尤其是生物学与医学的迅速发展，以及人们思想观念的更新，“生”与“死”注入了崭新的时代因素。人类生殖工程、安乐死、脑死亡、器官移植等与生命和死亡相关问题是当今世界的一个热门的课题，也是一门跨专业的学科，涉及到医学、伦理、法学，其实际运用十分广泛，且有迅速发展的趋势，但从法学角度对这一课题进行专门研究，国内尚无专著。《生与死：法律探索》一书，运用法学原理及分析比较方法，对生命与死亡及相关的法律问题进行了大胆探索。作者援引了大量的外国判例和立法，介绍了不同流派的观点，吸取了近年来国内外研究的最新成果。作者还结合中国的国情和司法实践，提出了中肯的见解和观点。

本书总计约二十万字，由五个部分组成。第一部分：生殖工程（人工授精、试管婴儿、代理母亲）；第二部分：计划生育与优生；第三部分：器官移植；第四部分：安乐死；第五部分：现代科技与婚姻家庭（性改变术、人体复活与低温学、同性恋与同性婚、艾滋病）。

Brief Introduction

The ancients said: "The birth is the beginning of the human being, and the death, the end of the human being". The life and the death are basic conceptions in the medicine, but along the development of the modern sciences and technology, especially the rapid development of the biology and the medicine, and the renewal in the human ideology, the fresh factor of the epoch is projected into the conceptions of life and death. The problems relative to life and death such as human reproduction project, euthanasia, the death of the brain, organic transplanting ect, are a crazy task of the world today, and a transspeciality discipline as well. It refers to medicine, ethics and law and it has an ample application in the practice. There is a tendency of a rapid development for this discipline. But in our country there isn't yet a treatise about this task from the angle of law. *Birth and Death: the Exploration from Law* has made a audacious exploration about law problems relative to life and death with principles of law and the method of analysis and comparison. The author cited many foreign cases and legislation, presented the points

of view from different schools and absorbed the newest research fruits during the recent years from home and abroad.

The author expressed his adequate opinions and views with the consideration about the Chinese national conditions and the judicial practice This book is of about 200 thousand words and has five parts. The first part is the reproduction project (artificial insemination, "test-tube" babies and surrogats mother); The second part is the family planning and eugenics; The third part is organic transplanting; The fourth part is euthanasia; The fifth part is morden science and technology & marriage and family (the technology for sex change, the revival of human body & cryogenics, homosexuality & homosexual marriage and AIDS.

序 一

当代知识体系已呈现出多彩的态势和全新的格局——现代科学日趋高度分化又高度综合，自然科学与社会科学也相互渗透，从而出现了许多新的学科，更给法学提出了一个又一个新的课题，需要法学工作者去努力探索。《生与死：法律探索》一书的出版正是这种探索的一个缩影，它反映了作者勇于进取、刻苦钻研的探索精神和治学态度。

人类生殖工程、安乐死、脑死亡、器官移植等问题是当今世界的热门话题，既涉及到哲学、医学、法学，也涉及到伦理，理论上跨越了专业学科，实际运用上又日见广泛，有迅速发展的趋势。但从法学角度对这一课题进行研究，国内除港、台外，尚无专著。本书作者运用法学原理，以分析比较的方法，对上述问题进行了大胆探索。作者还援引了大量的外国立法和判例，介绍了不同流派的观点，吸收了这方面研究的最新成果，结合中国国情和司法实践，提出了中肯的见解和观点。此书选题新颖，材料翔实，结构严谨，不仅具有理论意义，更富有实际价值。从这个意义上说，本书的出版，在一定程度上填补了我国法学领域中这方面研究的一个空白。特为介绍，简此为序。

徐开墅

1991年2月12日
于上海社会科学院

序 二

医学的目标是维持与促进人类的健康，医学的对象是人。长期以来，人们把没有疾病看作是健康的标志，而忽视了对健康完整定义的全面理解。早在1948年世界卫生组织在它的章程序言中就已经对健康提出了完整的定义，即：“健康是在躯体、精神和社会上的一种充满状态，而不仅是没有疾病和虚弱。”长期以来，医学重视的是生物的人，而忽视了人的社会性。实际上，人的最大特点就是既有生物性，又有社会性，人是历史的人、环境的人、社会的人。脱离了人的社会性去研究医学是跛足的。当代医学科学的发展有两个显著的特点：一是从人的生物性出发，应用生命科学及生物高技术的新成就去探索生命奥秘、解除疾病痛苦，控制人口增长，提高人类素质乃至寻求延年益寿；二是从人的社会性出发，把单个的人置身于人的群体与人类社会之中进行分析研究，使纯生物学的医学模式向着“生物——心理——社会”综合模式过渡。不少生物医学与社会人文科学的渗透交叉新学科、诸如行为医学、社会医学、卫生法学等不断涌现，为达到人类向往的健康目标提供了新的思路与前景。

一大批有远见卓识的科学工作者正致力于传统生物医学与社会人文科学的有机结合，在这个新的生长点上正酝酿着新的思维、新的可能上新的突破。我国年青的法学工作者吕国强同志的新作“生与死：法律探索”正是这种努力的一个典

范。

“生与死”，“优与劣”，“供与求”是医学科学中三对矛盾，也是医学史乃至今后医学发展长河中始终受人们关注的一个永恒的主题。生殖工程及器官移植近年来取得了巨大的进展，为一些严重疾病的治疗及人类素质的提高提供了极为光明的前景。但我们在为之欣喜的同时，不得不注意到其中存在的法律问题以及其中包含着的社会科学的特有规律。不从社会科学理论与实践上去充分阐述和探讨这些难题，那些生物科学的光辉成就非但不能充分发挥其威力，还会造成一系列的麻烦，而贻误整个科学发展的进程。

从一个医学工作者的角度来看，“生与死：法律探索”是一本颇具特色的科学著作：作者既能把握近代生物医学发展的脉搏，又能就这些进展带来的法学问题进行精辟的剖析；作者既有历史和世界全貌的介绍，又能结合中国的文化历史背景及社会制度的实际国情提出有决策参考价值的建议；作者既能熟练地应用科学术语和准确地阐述医学原理，又能深入浅出地使一般读者能够理解，有很强的可读性。

衷心期望作者在未来的岁月里为我国卫生法学及医学伦理学的发展不断作出新的更大的贡献。

王一飞

1991年10月于上海

目 录

序一	徐开墅
序二	王一飞
导 言	1
第一章 生殖工程	11
第一节 人工授精	14
一、透视：外国 AID 的判例与立法	15
二、论析：中国 AID 的司法实践与案例	21
三、质疑：近亲者婚配的可能与危险	30
四、AID：操作者与多那的责任	32
五、难题：不可回避的法律问题	36
第二节 试管婴儿	49
一、困惑与忧虑：谁是孩子的父母	43
二、命运与抉择：受精卵与胚胎的处置	44
第三节 代理母亲	54
一、生育风波：代理母亲子女的归宿	56
二、借腹生子：外祖母怎么生下了外孙女	58
三、法律疑问：谁是孩子的监护人？	59
四、性质争议：代理母亲可否索取报酬？	60
五、租妻育子：非法乎？合法乎？	62
第四节 生殖工程之立法	64

一、生殖工程：利与弊的权衡·····	64
二、立法思考：AID 的现状与对策·····	67
第二章 计划生育与优生·····	72
第一节 计划生育·····	73
一、计划生育：节育的历史沿革·····	73
二、人口控制：计划生育法律化的理论和 实践·····	77
第二节 优生·····	95
一、EUGEICS：优生学的历史演进·····	95
二、优生：中国法律 and 政策的概述·····	101
三、优胜劣汰：中国优生立法的思路·····	109
第三节 人工流产·····	115
一、母亲与胎儿：人工流产是与非的论战·····	115
二、进步与保守：美国堕胎立法的历史 演变·····	121
第三章 器官移植·····	129
第一节 器官移植探源·····	129
一、器官移植：当代医学的巨大成就·····	129
二、人类天使：器官移植的创始人·····	132
第二节 问题探讨·····	133
一、激烈争论：谁拥有产权？·····	133
二、是与非：人体器官的交易与买卖·····	137
三、进与退：人类全脑移植的喜与忧·····	140
四、供与求：器官移植与脑死亡·····	143
五、成与败：扎西特案的启示·····	145

第三节	器官移植的立法	147
一、	推定移植：器官移植与法律控制	147
二、	自愿移植：个人意志的自由表达	153
三、	禁止移植：伊斯兰法理学院的裁决	156
第四节	现状与展望	156
一、	OTRW：来自移植中心的报告	156
二、	器官移植：立法的思索	159
第四章	安乐死	165
第一节	安乐死溯源	165
一、	EUTHANASIA：何谓安乐死？	165
二、	同人类历史一样古老：安乐死产生与 发展	167
第二节	安乐死之争	174
一、	罪与非罪：智者见智 仁者见仁	174
二、	对簿公堂：人有选择死亡的权利吗？	181
三、	仁慈与残酷：药丸与自杀器引出的 麻烦	184
四、	何日再复苏：植物人的归宿和命运	187
第三节	安乐死立法	190
一、	自然死亡法：美国安乐死法律一瞥	190
二、	死的优化：国外安乐死立法的新趋势	193
第四节	安乐死在中国	197
一、	汉中事件：第一个吃螃蟹的人	197
二、	热点争论：理智与感情的冲突	208
三、	合法与非法：安乐死的评析	212
第五节	脑死亡	219

导 言

古人云：“生，人之始也；死，人之终也。”“人始于生，而卒于死。始之谓出，卒之谓入，故曰：‘出生入死’”。随着当代医学科学和医疗实践的发展，传统生命与死亡的医学概念受到了冲击与影响，与生命死亡相关的法律观念、法律制度同样受到了挑战，给当今社会提供了一系列新的法学课题。主要是：

1. 人的生命从何时开始？传统的医学认为，当胚胎发育到可以离开母体而存活时，胎儿便被认为是一个有生命的人体。但是，随着医疗技术的发展，胎儿能够在母体之外存活所需要的发育程度是逐步降低的。1972年，一批英国专家提出妊娠22周、体重400到500克的胎儿，便应认为是可以存活的。1974年，世界卫生组织的专家小组提出的结论是：在目前和最近的将来，妊娠不到22周、体重不到500克的胎儿是不可能存活的。¹⁴专家们认为，虽然实际上妊娠22到28周、体重500到999克的胎儿，能够存活的机会是微小，但是，还应该把500克以上的胎儿从子宫中排出认为是一个新生命的诞生。1981年，美国反对人工中止妊娠的一些团体，提出“生

命法案”，认为“人的生命从受精的瞬间开始，从这时起的胚胎就具有人权”。假如这一法案通过，将给人工流产、计划生育、试管婴儿和胚胎移植等的实践和研究带来巨大的障碍，包括卢利亚等6位诺贝尔奖金获得者在内的哈佛大学、麻省理工学院等大学的1300名学者以及美国医学会等都致力于反对“生命法案”。由此可见，关于生命的开始问题，至今没有得到一个公认为解决。

生命开始时间的确定涉及到对胚胎研究。胚胎冷藏技术的发展，为体外受精在临床上的实际运用奠定了技术基础，但也引起了一系列法律问题。据1987年12月英国《自然》杂志报道，在澳大利亚有两个已经冷藏6年并在法律上被遗弃4年的“孤儿胚胎”，其父母为美国人，在一次飞机事故中丧生，留下了800万美元的遗产。美国和澳大利亚的两地法院对这两个胚胎的法律地位作出截然相反的裁决。美国加利福尼亚州法院认为胚胎不能作为法定继承人，因为胚胎还不是人。澳大利亚有关立法机关同意为这两个“孤儿胚胎”寻找接替的双亲。传统的遗产继承法中，胎儿受到特别保护，它可能是某些承袭权利的主体（赠与、继承或捐赠）。然而冷冻胚胎的父亲一方死亡，其胚胎植入遗孀子宫内，婴儿出生后尚可继承自己应得的一部分，但当冷冻胚胎的双亲都已死亡，对失去双亲的胚胎是否继续培养成人而继承遗产，理论上、实践中都不无争议。一种观点认为，由一对成年夫妇产生的胚胎与其双亲有密切的连续关系，应该得到社会和法律的承认，应该把其培育成人继承遗产。相反的观点则认为，胚胎没有生存的权利，可由社会最终转交医生处理。以上有关胚胎冷藏处置的争论，涉及到生命本体论问题。胚胎是不是“人”？胚胎与胎儿有些什么区别？法律对胎儿保护的特别规定是否适用胚胎？毁坏

或丢弃体外受精中多余的胚胎是否构成杀人……。

2. “生殖工程”是一个新词,用以指人工授精、体外受精、试管婴儿、胚胎移植等业已成功地应用于实践中的、有关人类生殖的生物医学工程,也指正在研究中的无性繁殖、基因工程“造人”等生物工程。本世纪70年代以前关于生命形成于男女通过性生活精卵的结合似乎没有什么怀疑。1954年,首次使用冷冻人类精液人工授精获得成功以来,国际上已广泛用于临床。美国每年约有1万多人工授精婴儿诞生。我国于1982年首次用冷冻人类精液人工授精获得成功,1983年已有3个人工授精婴儿降临人世,生长发育良好,至1984年8月,已先后给41位妇女施行了人工授精术。1978年,第一例“试管婴儿”在英国诞生,引起生育模式的一场大革命,此后在印度、澳大利亚、美国等国家,用“体外受精”、“胚胎移植”的办法生育的“试管婴儿”就不断出现了。随着新生殖技术的进展与广泛运用,一系列新的法律问题随之产生了。第一,传统的观念强调亲子间的生物学联系,因此,亲子关系是指直接以血缘为纽带而发生的父母子女关系。而高技术生殖把性行为与生育分开后,产生了所谓社会文化上的父母与生物学父母、法律上的父母与遗传学父母的分离,直接影响亲子关系的法律认定。因为无论人工授精还是体外受精,都存在着一个供给精子的是不是丈夫,即存在着“夫精”还是“供精”(他人作为供精者)的问题;在“试管婴儿”,当然也可能存在着卵子是不是母亲的问题,即存在着“母卵”还是“供卵”(他人作为供卵者)的问题。对于“胚胎移植”同样存在着所移植的胚胎的精子(或)卵子的来源问题,以及它们与提供子宫作为孕育地的妇女的关系问题。第二,由于婚姻与生育可以分离,未婚女子通过人工授精或试管婴儿技术生育子女的法律地位的认定,亦

颇感困难。未婚女子能否适用“生殖工程”？否定者认为这样做的结果会使正常的家庭解体，社会又回到只知其母不知其父的混沌状态，故“生殖工程”应仅施于已婚妇女。肯定者则认为，生育是宪法权利，既然未婚女子可以领养子女抚养，则那些不想结婚的妇女也有权生育自己的孩子，至于婴儿的法律地位，应为非婚生子女。第三，用亡夫精子授精的寡妇，出生的孩子是否享有对已故“父亲”的财产继承权，也即丈夫死后，妻子用保存在“精子库”的丈夫的精子授精所生孩子有无继承权的问题。一些国家传统的法律规定，一个妇女必须在其丈夫死后300天内出生的婴儿，才能享有继承权，据此，用亡夫精子所生子女就很难享受继承权。第四，在“生殖工程”技术日趋普及的今天和明天，会滋生出一些前所未有的犯罪行为。例如，医护人员可能伪称为妇女治病而对妇女实行人工授精；用捆绑、禁闭等方法强行对妇女实行人工授精；医护人员受夫妇委托以夫之精子对其妇实行人工授精时，私自用自己的精子或第三人的精子实行之；人为地破坏精子库、卵子库，杀死精子、卵子或冷冻胎儿，将胎儿视为商品一样买卖牟利等等，凡此种种，都严重侵犯了公民的人身权和生育权，在现行刑法缺乏明确规定时，如何适用刑法都是值得研究的问题。“生殖工程”产生上述问题与原有的婚姻、家庭、父母、子女关系，呈现出尖锐的冲突：如何确定人工授精出生子女的法律地位？如何确定人工授精出生子女的监护与扶养关系？如何确定人工授精出生子女继承法律关系？如何确定代理母亲所生子女的法律地位？等等。

3. 公民自然生理死亡时间确认，涉及到其婚姻关系是否终止，遗产继承是否开始，债务清偿等一系列问题，具有重要的法律意义。传统医学认为，死亡就是呼吸和心跳的停

止。然而，现代医学的发展，证明了传统的死亡定义显得偏颇、狭隘，甚至有碍于医学和卫生事业的进一步发展。在现代技术的干预下，可以在大脑停止活动一定时间之后，使心脏仍然继续跳动或使肺继续进行呼吸，亦即脑功能的丧失先于呼吸、心跳停止，这些技术成就已使心死或肺死这个人的死亡公式在实际上已经过时，因而出现了脑死亡的概念。1968年，美国哈佛大学医学院以毕克尔教授为主席的死亡定义审查特别委员会提出了“不可逆昏迷”的概念以取代传统的“死亡的心脏呼吸概念”。人们称哈佛委员会的新概念为“死亡的脑干定义”、“死亡的中枢神经系统概念”或简称之为“脑死亡”。确定脑死亡为个体死亡的实际意义，主要在于：有利于器官移植，先进的科学技术可以保持“有脉搏的尸体”在比较长的时间内继续心跳和呼吸，以作为医学上最理想的器官移植的供体。适时地停止对脑死亡者的医疗措施，可以有效地节约医疗卫生资源，使有效的医疗卫生资源发挥更好的效益。自1970—1979年的10年中，美国已先后有32个州通过承认脑死亡的法律和实施程序。1979年底，美国学者对28个国家作了调查，结论是英法等13个国家已有正式的法律条文承认脑死亡是宣布死亡的依据。德国等10个国家虽然没有正式的法律条文，但是在临床上已经承认脑死亡状态并用来作为宣布死亡的依据。只有丹麦等5个国家是等待心跳停止后才宣布死亡和摘除器官的。在28个国家范围内绝大多数国家都通过法律或在临床上对脑死亡予以承认，并制定了脑死亡标准，到1973年日本也提出了脑死亡的标准。我国迄今仍然以心跳呼吸，反射消灭作为判定死亡的标准。如何看待脑死亡？我国有否必要采纳脑死亡作为死亡的标准……。

4. 安乐死，又译“无痛致死”，通常指对那些患有不治之