

刑

事法学专题研究书系

YILIAO JISHU GEMING

DUI XINGFA DE TIAOZHAN JIQI YINGDUI

医疗技术革命 对刑法的挑战及其应对

李长兵 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



中华人民共和国教育部
科学技术部

教育部、科技部

《“十三五”国家科技创新规划》

医疗技术革命 对刑法的挑战及其应对

李洪成 著

中国政法大学出版社

刑

事法学专题研究书系

YILIAO JISHU GEMING

DUI XINGFA DE TIAOZHAN JIQI YINGDUI

医疗技术革命 对刑法的挑战及其应对

李长兵 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书分5章,分别从脑死亡对刑法的挑战与应对、安乐死对刑法的挑战与应对、基因技术对刑法的挑战与应对、器官移植对刑法的挑战与应对、人体试验对刑法的挑战与应对等方面探讨论述了医疗技术革命对刑法的挑战及其应对,是一本具有较高理论水准的著作。

读者对象: 法律领域及医疗卫生领域的理论研究人士。

责任编辑: 卢海鹰

责任校对: 董志英

版式设计: 卢海鹰

责任出版: 卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

医疗技术革命对刑法的挑战及其应对 / 李长兵著. —北京: 知识产权出版社, 2012. 6

(刑事法学专题研究书系)

ISBN 978-7-5130-1316-1

I. ①医… II. ①李… III. ①医学-技术发展-关系-刑法-研究
IV. ①R②D914. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第087906号

刑事法学专题研究书系

医疗技术革命对刑法的挑战及其应对

李长兵 著

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村1号

邮编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

传 真: 010-82005070/82000893

责任编辑: 010-82000860 转 8122

印 刷: 北京富生印刷厂印刷

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 6.25

版 次: 2012年6月第1版

印 次: 2012年6月第1次印刷

字 数: 165千字

定 价: 20.00元

ISBN 978-7-5130-1316-1/D · 1489 (4196)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

20 世纪以来，医疗技术取得了惊人的成就，包括试管婴儿、器官移植、基因治疗、脑死亡、安乐死等在内的一系列的技术革命产生了许多令人吃惊的哲学、伦理和法律问题，也对现行的刑法提出了严峻的挑战，迫使我们不得不思考如何应对，本书对医疗技术革命对刑法造成的挑战进行了梳理并提出了相应的应对措施。

本书共分 5 章。第 1 章分析了我国刑法中现有的心肺死亡一元标准的不足，剖析了可选择的二元标准的缺陷，提出应以相互补充的二元标准作为我国刑法中的死亡认定的标准。

第 2 章对安乐死犯罪化的不合时宜及安乐死合法化的过于激进等问题进行了剖析，提出了对安乐死应区别对待，分不同情形在实践中予以非犯罪化。

第 3 章对我国现行刑事法中关于基因犯罪规定的不足进行了分析，并提出通过刑法解释、刑法修正案以及附属刑法等形式对基因犯罪行为进行规制。

第 4 章对器官移植中的相关犯罪行为的刑法规制进行了研究。

第 5 章对非法人体试验认定中的疑难问题进行了研究。如非法人体试验中被害人承诺的范围、效力，非法人体试验中因果关系的认定等。

关键词：脑死亡 安乐死 基因犯罪 器官移植
非法人体试验 刑法规制

目 录

导 言	(1)
1. 一体两面：医疗技术进步更需要人文关怀	(2)
2. 共栖共生：伦理冲突需要法律介入	(3)
3. 挑战应对：医疗技术进步与医事刑法的互动	(8)
第1章 脑死亡对刑法的挑战与应对	(11)
1.1 技术时代的死亡概念之演变	(11)
1.1.1 死亡概念的演变历史回顾	(11)
1.1.2 脑死亡概念的提出	(15)
1.1.3 我国脑死亡概念的引入	(18)
1.2 脑死亡的伦理争议梳理	(19)
1.3 域外刑法对脑死亡的回应	(21)
1.4 我国刑事法对脑死亡的回应	(24)
1.4.1 前提预设	(24)
1.4.2 刑法中的死亡标准之确立	(25)
1.5 脑死亡操作中的相关犯罪之认定	(32)
1.5.1 脑死亡判定的操作程序	(33)
1.5.2 脑死亡操作中相关犯罪的认定	(34)

第2章 安乐死对刑法的挑战与应对	(39)
2.1 技术时代的死亡方式之选择	(39)
2.1.1 安乐死的定义辨析	(40)
2.1.2 安乐死分类的厘清	(43)
2.2 安乐死的伦理争议梳理	(45)
2.2.1 个人自决权与安乐死的关系	(48)
2.2.2 生命的价值与安乐死的关系	(50)
2.2.3 滑坡理论与安乐死的关系	(52)
2.3 域外刑事法视野中的安乐死述评	(53)
2.3.1 荷兰的刑事法回应	(53)
2.3.2 美国的刑事法回应	(58)
2.3.3 日本的刑事法回应	(63)
2.3.4 域外安乐死的刑事政策的法理依据述评	(65)
2.4 我国刑事法对安乐死的应对	(69)
2.4.1 刑事法应对的前提：安乐死在中国的现状	(69)
2.4.2 安乐死的刑事政策选择	(73)
2.5 我国安乐死非犯罪化的刑法机制探索	(77)
2.5.1 基于犯罪构成的非犯罪化	(77)
2.5.2 基于被害人承诺的非犯罪化	(78)
2.5.3 基于紧急避险的非犯罪化	(80)
2.5.4 基于期待可能性的非犯罪化	(80)
2.5.5 基于犯罪概念的非犯罪化	(81)
2.6 非法安乐死认定中的疑难问题研究	(82)
2.6.1 安乐死对象非法的认定	(83)
2.6.2 安乐死同意欠缺的认定	(86)
2.6.3 安乐死手段非法的认定	(87)
第3章 基因技术对刑法的挑战与应对	(88)
3.1 基因技术发展的历史回顾	(88)

3.2 基因技术在临床医学中的前景展望与风险透视	(90)
3.2.1 基因技术的前景展望	(90)
3.2.2 基因技术的风险透视	(93)
3.2.3 基因技术滥用的风险预测	(94)
3.3 基因技术相关伦理问题聚焦	(95)
3.3.1 获悉真相真的好吗?	(96)
3.3.2 谁有权决定胎儿的命运?	(97)
3.3.3 基因决定人生?	(99)
3.4 域外基因犯罪的刑事法回应	(100)
3.5 我国刑事法对基因犯罪的应对	(102)
3.5.1 基因犯罪概述	(103)
3.5.2 我国基因犯罪刑事法规制的总体评价	(104)
3.5.3 基因犯罪三分式的立法模式之提倡	(106)
3.5.4 三分式立法模式之验证	(110)
第4章 器官移植对刑法的挑战与应对	(118)
4.1 器官移植概述	(120)
4.1.1 器官移植的历史回顾	(120)
4.1.2 器官移植概念之厘清	(122)
4.2 器官移植之立法现状概览	(125)
4.3 活体器官移植之刑法规制	(127)
4.3.1 活体器官移植合法化的根据	(127)
4.3.2 强行摘取他人人体器官行为的刑法规制	(131)
4.3.3 偷摘他人人体器官行为的刑法规制	(137)
4.4 尸体器官移植的刑法规制	(142)
4.4.1 尸体器官移植的合法化根据	(142)
4.4.2 偷摘尸体器官的刑法规范	(147)
4.5 新型人体器官移植犯罪的刑法规制	(149)

第5章 人体试验对刑法的挑战与应对·····	(152)
5.1 人体试验概述·····	(152)
5.1.1 人体试验简介·····	(152)
5.1.2 人体试验的伦理控制·····	(153)
5.1.3 人体试验的程序控制·····	(155)
5.2 我国非法人体试验的案例考察·····	(157)
5.3 设立非法人体试验罪之必要性论证·····	(161)
5.4 非法人体试验罪认定中的疑难问题剖析·····	(164)
5.4.1 人体试验中承诺生效的要件探微·····	(165)
5.4.2 人体试验因果关系的认定：役学因果关系 理论之提倡·····	(169)
参考文献·····	(176)

导 言

所谓“现代文明”并不是人的天性平衡发展的结果，而是积累起来的知识应用到实际生活中的结果。现在人类面临的问题是：用这些知识去做什么？正像人们常常指出的，知识是一把双刃刀，可以用于造福，也可以用来为祸人类。人们现在正漫不经心地把知识用于这两个方面，例如：炮兵利用科学毁坏人的身体，而外科医生就在附近用科学技术抢救被炮兵毁坏的人体，还有什么情景比这更可怕、更怪诞的吗？我们不得不严肃地问问我们自己：随着知识力量的日益增长，如果我们继续利用知识的这种双重性，将会发生什么样的情况呢？^①

——泰瑞尔

越来越快的医学技术发展，产生了许多令人吃惊的哲学、政治伦理和法律问题，迫使我深刻改变目前的思维方式以及对待患者的方式。^②

——阿尔文·托夫勒

① G. N. M. TYRRELL. *The Personality of Man* [M]. Penguin Books, 1954: 11 - 12.

② Alvin Toffler. *Future Shock* [M]. Bantam Books, 1970: 205.

1. 一体两面：医疗技术进步更需要人文关怀

一般而言，自然科学和人文科学存在严格的界限，前者以自然界存在的客观实在为研究对象，其目的在于探索自然界物质形态、结构、性质和运动规律，其方法论上的特点是客观性，即与人的活动无关；而人文科学的研究对象是人及人与人相互作用形成的社会，其目的在于研究与阐述各种社会现象及其发展规律，其方法论上的特点是处处都打上了人们主观能动性的烙印。就医学而言，其研究的对象具有特殊性，即以人作为研究对象，这与人文科学在研究对象上发生了重合，也正是由于这种研究对象上的重合，医学本身具有自然科学和人文科学的双重属性，医疗技术无疑是属于自然科学的部分，而医事伦理学、医学人类学、医学心理学、医学社会学、医事法律学等则属于人文科学的部分。换言之，“医学兼具人文和生物科学的双重维度，因而也可以被称之为应用人类学”^①。在此意义上，医疗技术和上述涉医人文科学正如一驾马车上的两个轮子，同属于一个整体，因而不能偏废。这也为医学本身的发展历史所证实，事实上，医学自产生之日起便是和医学伦理相伴而发展的，尽管早期的医学被认为是纯粹的自然科学，其倡导的医学模式为纯生物学医学模式，但也形成了与之相适应的医学伦理，只是和与之相适应的医疗技术水平一样，在相当长的历史阶段变化发展缓慢。自20世纪以来，人们越来越重视医学所具有的人文科学属性的一面，传统的医学模式已经转化为“生物-心理-社会”的综合医学模式，医学已被视为一种混合性的学科。至此，医学才完成其

^① Lola Romanucci-Ross and Laurence Tancredi. *When Law and medicine meet: A Cultural View* [M]. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2004: 36.

本位的回归，技术进步的双刃剑更需要人文科学的制约。

尽管如此，医疗技术的进步仍然给人类带来了巨大的挑战。进入 20 世纪以来，医疗技术领域取得了许多令人吃惊的突破，包括试管婴儿、器官移植、基因治疗、脑死亡、安乐死等在内的一系列的技术革命给生命伦理带来了巨大的冲击。以基因研究为例，胚胎干细胞研究已经成为人们探索生命的本质和起源、攻克疾病、提高生命质量的重要工具，但同时也带来了一系列的伦理、法律和社会问题，其中最引人注目的焦点之一是人类胚胎的伦理地位问题：人类胚胎是否是“人”？是否可以制造、操纵、毁损胚胎？什么时期的胚胎才可以用于研究？什么人的胚胎可以用于研究？事实上，无一例外的是：医疗技术的进步都是在科学与伦理的融合与撞击中实现的。一方面，人类不得不突破传统观念，重建生命伦理观，以促进科技进步、保障自身的健康；另一方面，人类又必须时刻应对医疗技术带来的伦理道德冲击。尤其是 20 世纪以来，人们对医学充满了失望和怀疑，医学被认为是“一堆知识（knowledge）、资讯（data）、技术产品（technological items）的结合，而不能嵌入生命”^①。显然，医学这驾马车的两个轮子并不同步，医疗技术的发展已经远远超越医学伦理的发展，医学伦理的发展远远不能满足日益发展的医疗技术进步的需要，最终反过来会影响医疗技术的进步。医学由于其对象的特殊性，更容易造成对伦理道德的冲击，因而对人文关怀的需求更为迫切。

2. 共栖共生：伦理冲突需要法律介入

现代生命伦理作为独立学科肇始于 20 世纪后期的欧美。然而，

^① 刘易斯·托马斯. 最年轻的科学——观察医学的札记 [M]. 周惠民, 等, 译. 青岛: 青岛出版社, 1996: 4.

生命伦理的核心议题可以追溯至早期的医学和哲学历史。公元前4世纪，由古希腊医学家希波克拉底撰写的《希波克拉底宣言》，被认为是将医学从宗教和哲学中分离出来的里程碑，其中一些核心原则至今仍然是生命伦理中深具影响力的原则，比如“行善原则”和“避免损害原则”。当然，也有一些原则随着时代的进步而逐渐受到质疑和挑战，比如由医生而不是患者作出医疗决定的家长制传统被广泛地质疑和挑战。20世纪中叶以前，医学基本上被认为是产业部门，医生自学校毕业始，便将《希波克拉底宣言》作为行业宗旨，以“治愈”和“不伤害患者”为天职。20世纪早期，尽管并非每个医生都是道德的，但医生却以治病救人的形象受到广泛的尊敬，而这时期的医生往往乐于不必征得患者的同意且不受任何外界的干扰、审查而作出医疗决定。

直到20世纪60年代，传统医学经历了迅猛而深刻的变革，患者要求拥有更多的医疗决定权，因为身体是患者自己的，医疗决策直接关乎患者自己的身体健康。20世纪70年代中期，罗哲曼（Rothman）写道：“医疗决定权不再是医生排他性的权利，而为患者所分享，不仅如此，如果医生的行为涉嫌明显违背职业道德，其将受到包括医疗伦理委员会、法院、立法部门等行业外的干预。”^①

可以说，现代生命伦理的兴起是以“二战”后的《纽伦堡宣言》为契机的。“现代医学伦理的思潮，深受《纽伦堡宣言》的影响”^②。在经历了第三帝国时期纳粹医生的残暴之后，医学界被迫反思，以促进医疗进步为幌子，进行人体试验所导致的伦理危机。事实上，在纽伦堡发生的一切使人们对于医学有了一个最清醒的认识，即医学可能会变成什么，也正是这个认识打破了所有的医疗执

① Dvid J Rothman. *Strangers at bedside: A history of How Law and Bioethics Transformed Medical Decision Making* [M]. New York: Basic book, 1991: 2.

② Vaux. *Biomedical Ethics-Morality for the New Medicine* [M]. New York: Harper and Row, 1968: 27.

业者都会遵循行善原则是会和避免伤害原则的神话。^① 一句话，家长制的医疗模式应该受到抨击，其结果是导致了《纽伦堡宣言》的产生，《纽伦堡宣言》最突出的贡献在于确立了患者自决权，这种自决权是一种多元主义的自决权。正如维阿奇（Veatch）所言，“患者自决权采用一种多元的医疗伦理方法来反映这个日益多元的社会。”^② 但是，这种多元主义不可避免地导致伦理和作为其基础的普遍原则的断裂，并且倾向于“在一个多元价值相互作用的古代神话翻版的社会，关键在于寻找一系列这种作为基础的伦理，这种伦理绝不是从市井道德推论而来。但糟糕的是，我们却无法为这种折中的伦理设定一个最小的公分母”。^③ 正是基于这种寻找基础伦理的努力，世界卫生组织发表了《日内瓦宣言》，被认为是现代版的《希波克拉底宣言》。然而，《日内瓦宣言》呈现了另外一种趋势，即关注的重点在于具体事项的伦理，而不愿意以医学伦理的名义来规范整个医疗行为。也正因为如此，这种作法会导致医学伦理的各组成部分在哲学上陷于相互矛盾的境地。^④ 自《纽伦堡宣言》以来，各方关注的焦点不在于形成一种可靠的、单一的医疗伦理，而在于阻止纳粹式残暴的重演。但这个目的成功实现了吗？尽管家长式的医疗模式被正式废除，依赖政治哲学的方法被排斥，但医疗伦理变得日益混乱不堪却是不争的事实。

《纽伦堡宣言》使得 20 世纪医学带来的问题日益突出，医疗实践已经突破了可能给患者带来不人道的伤害的底线，而且事实上这

① For a more detailed, if slightly Vigorous and polemic account of potentiality argument see T Szasz, *The Theology of medicine* [M]. New York: Oxford University Press, 1979.

② R Veatch. *Medical Ethics* [M]. Boston: Jones and Bartlett, 1989: 16.

③ Vaux. *Biomedical Ethics-Morality for the New Medicine* [M]. New York: Harper and Row, 1963: 32.

④ See R Dworkin. *Life's Dominion* [M]. New York: Vintage Books, 1994; Glover. *Causing Death and Saving Lives* [M]. Harmondsworth, penguin, 1990.

种事情屡见不鲜。多元主义的方法论给非医疗专业人员打开了参与医学伦理讨论的方便之门。

随着医疗技术的进步,《纽伦堡宣言》产生的不利影响日益凸显。理论上,技术越发展,需要的实验就越多,需要的被试也越多(无论是人,还是动物)。而这必然导致这样的疑问:这些技术是否已经走得太远了?医疗技术的进步产生的大量伦理难题,使得包括宗教界、哲学界、非专业人士甚至法院等各界人士广泛介入医疗伦理的讨论,各种生命伦理的学说层出不穷。

当前普遍认可的生命伦理原则有:尊重个人自主原则(respect for personal autonomy)、有利无害原则(non-maleficence(not inflicting harm on others))、行善原则(beneficence(acting for the benefit of others))以及公正原则(justice(distributive and social))^①四项。但是如果试图用这些原则来处理实践中遇到的问题,结果恐怕会令人失望。例如,妊娠中发现胎儿基因异常,是否应该流产呢?若按照尊重自主原则来处理,则谁的自主应该受到尊重呢,胎儿的,父亲的,还是母亲的,抑或父亲和母亲的,还是父亲、母亲和胎儿的?胎儿应该享有自主权吗?若按照有利无害原则,则显然不应该流产,因为流产意味着让胎儿无痛而终,而这是对胎儿的公正,还是对父亲或者母亲的公正?由此可知,生命伦理原则之间存在激烈的冲突,仅仅依靠生命伦理自身无法解决其内在的矛盾,必须寻求一种外在的机制。由于伦理冲突背后隐藏着实质上的权利冲突,法治社会最可靠的权利冲突解决机制在于法律。

本来,伦理和法律有着严格的区别,伦理被定义为召唤,也就是号召人们以一种对社会负责的方式发挥自己的潜力,充分施展自

① Devlin B., Magill G. *The process of ethical decision making* [J]. *Best Practice & Research Clinical Anaesthesiology*, 2006 (20): 493 - 506.

己的创造才能,从而获得真正的幸福和满足。^①一种颇具影响力的观点认为,伦理与法律的区别在于:法律调整人们的外部关系,而伦理支配人们的内心生活和动机。^②但是它们之间并非没有联系,“法律乃是我们伦理生活的见证和外部沉淀。”^③法律的制定者通常会受到社会伦理中传统的观念或者新观念的影响,伦理中的一些最为基本的原则大多已不可避免地被纳入法律体系之中。不仅如此,那些已成为法律一部分的伦理原则与那些暂时仍处于法律之外的伦理有时候很难界定,一方面,有些伦理会被踢出法律的范畴,另一方面,有些伦理将来也可能为法律所内化。通常,为法律所内化的伦理是一种被普遍认同的伦理,但是普遍不等于全部,法律所反映的伦理并不是每个人都认同的伦理,不仅如此,法律只设定最小的伦理要求,而非最大。

以上是伦理与法律关系的一般规律,生命伦理与医疗法律的关系也符合上述普遍的规律。从医学的发展历史看,早期的医学并不总是伴随着法律的规制,相当长的一段历史时期内,伦理被认为是控制医疗行为的金标准。而法律之所以介入医学,固然一方面与上述基因缺陷胎儿流产事件所反映的生命伦理存在自身固有的缺陷有关,另一方面也与受伦理约束的医疗行为者有关,物欲世界中医疗决定的作出受更多因素的影响,换言之,生命伦理也可能被故意曲解或不适当使用,“而法律作为最基本的道德准则,(其)作用就是要将这种不安的反应予以消除,将善与恶、好与坏的模糊的界限予以明确,以禁止和惩戒尖端医疗科技对人类的危害”^④,法律的介入成为必然的选择。

① Paul Tillich. *Morality and Beyond* [M]. New York, 1963: 20.

② Immanuel Kant. *The Metaphysical Elements of Elements of Justice* [M]. Transl. J. Ladd Indianapolis, 1965: 13-14, 19-21.

③ O. W. Holmes. *The path of Law*. In collected Legal papers (New York, 1920), 170.

④ 黄丁金. 医疗法律与生命伦理 [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 27.

为什么法律被认为是解决生命伦理冲突独一无二的有效工具呢？其原因大抵在于：第一，法律能保护普通公众免遭医疗从业者决定权的滥用，正如麦克林所言，“法律正是站在医疗从业者和人类权利之间的中立者”^①；第二，正如设置法律的目的所要求的那样，法律实质上是一种依规则解决问题的框架，能仲裁相互竞争的伦理原则；第三，也许更重要的是，在普通法领域，法律通常被用来处理现实生活中特定的争议。^②

从目前的发展趋势来看，生命伦理和医疗法律的联系日益紧密，生命伦理原则的冲突不得不诉诸法律，而法律的立法和裁判又不得不考虑医疗伦理的特殊性，医疗法律和医学伦理呈现出清晰的共生关系，它们也必须共同存在、相互依赖。^③ 一句话，“医疗实践必须依法进行，法律必须符合伦理的要求，而不是相反。”^④

可以预见的是，医疗技术的进步将给我们带来越来越多的伦理道德上的冲击，也必将同时对包括医事刑法在内的医疗法律提出新的挑战。

3. 挑战应对：医疗技术进步与 医事刑法的互动

医疗技术进步给人们带来最主要的冲击是伦理问题，而法律是解决这些伦理冲突的重要手段之一。不可否认，每一项医疗技术的进步对包括医事刑法在内的法律都是一种严峻的考验，但同时也给

① S McLean. *Old Law, New Medicine: Medical Ethics and Human Rights* [M]. London: Pandora, 1999: 2.

② Jose Miola. *Medical Ethics and medical Law* [M]. Hart Publishing, 2007: 8.

③ Ibid, at 209.

④ David S. Oderberg. *Applied Ethics* [M]. Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000: 50.