



上海法学文库

倪正茂 著

生命法学探析

生命法学丛书

生命法学探析

倪正茂 著



上海法学文库



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

生命法学探析/倪正茂著. —北京:法律出版社,
2005. 12
(上海法学文库. 生命法学丛书)
ISBN 7-5036-5971-8

I. 生… II. 倪… III. 生命—法学
IV. D912.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 145700 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/韦钦平 刘 辉

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2005 年 12 月第 1 版

印张/15 字数/221 千
印次/2005 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

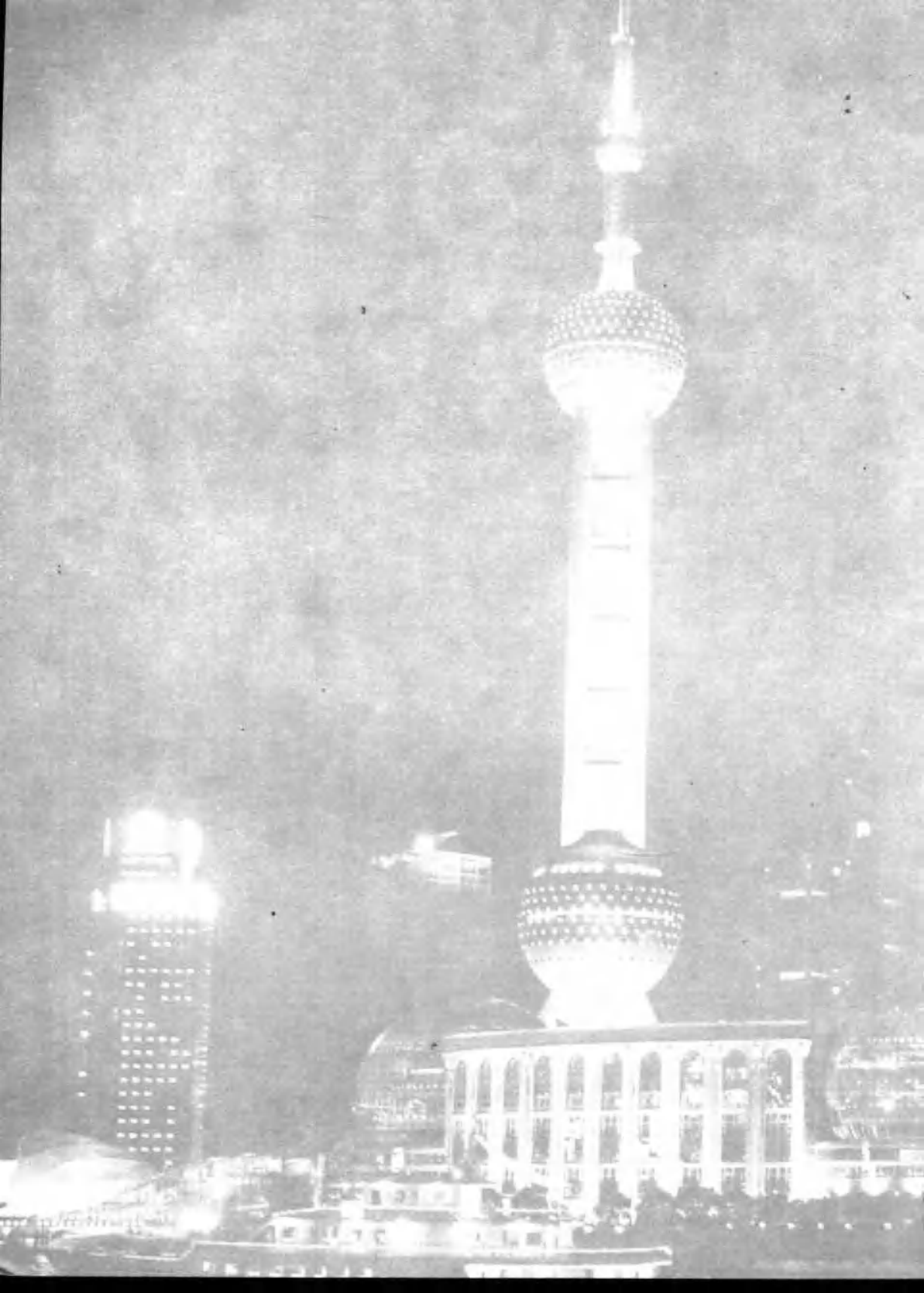
全国各地中法图分、子公司电话:

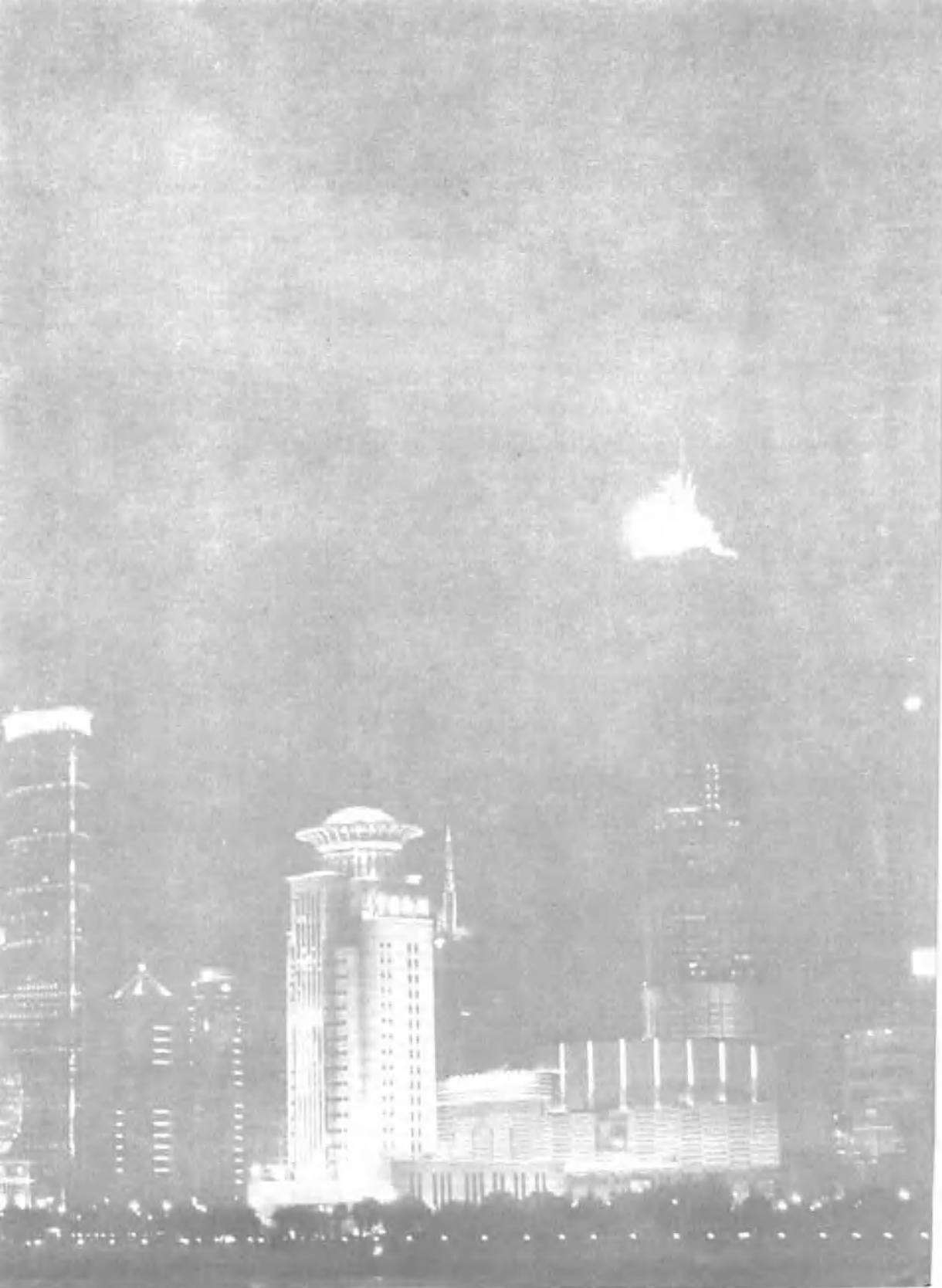
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5971-8/D·5688

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)





总 序

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在今年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶植一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家做以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们

所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学的投入大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是抢手货。在这样的背景下,编辑出版《上海法学文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同仁如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量的啊!

沈国明

2005年10月1日

《生命法学丛书》序

21 世纪将是生物科技世纪,其核心是人类生命科技突飞猛进的发展。而这,将天翻地覆地改变世界的经济、社会、文化状况乃至改变人类本身,从而极大地改变人类的价值观、伦理观与法律观。

随着生命科技的发展,将逐渐形成新型的生命社会关系和调节这一新型生命社会关系的法律。这在今天,业已初见端倪。脑死亡法、人类辅助生殖技术法、基因技术法、器官移植法以及安乐死法等的出现便是明证。这些新型生命法的诞生过程,交织着热切的期盼与切齿的诅咒,因为它彻底地颠覆了传统的道德观念,尤其是与以血缘关系为纽带的稳态家庭社会关系唇齿相依、休戚与共的传统伦理观。尽管如此,期盼者的期盼还是变成了现实;诅咒者的诅咒则已气息奄奄。

随着生命法的发展,提出了一系列新的法理学与法律学问题。回答这些问题,是法学工作者责无旁贷的使命。但是,这将是一个艰难的探索过程,牙牙学步,牙牙学语,幼稚是必然的,错误也在所难免。不憚貽笑大方将此《丛书》奉献给读者,一是希望引起社会各界尤其是法学界、医学界的关注,予以批评指正;二是希望推动生命法学的研究,经过互相切磋、辩难,在若干年后形成成熟的生命法学。

芳林新叶催陈叶,流水后浪逐前波。《丛书》的作者,将为生命法学研究新人辈出,生命法学佳作如潮涌现而欢呼雀跃!

倪正茂

2005 年 7 月 20 日

目 录

引言	1
一、生命社会关系探源	3
(一) 社会关系与生命社会关系	3
(二) 生命社会关系的定义和分类	5
(三) 生命法所调节的生命社会关系	27
(四) 生命社会关系与血缘家庭关系	34
(五) 血缘家庭关系与伦理观之源	36
二、生命法探源	39
(一) 法与生命法	39
(二) 生命社会关系的法律调节	44
(三) 生命法之源	51
(四) 生命社会关系的立法调节	55
(五) 生命社会关系的司法调节	68
(六) 生命社会关系的执法调节	74
(七) 生命社会关系的守法调节	79
(八) 生命社会关系法律调节的一体化	85
三、生命法定义论	107
(一) 生命法的定义	107
(二) 生命法定义的内涵与外延	112
(三) 动态发展的生命法定义	114
四、生命法地位论	116
(一) 科技法体系中的生命法	116
(二) 法律体系中的生命法	120

(三) 社会规范体系中的生命法	124
五、生命法特征论	127
(一) 生命法本质上的社会性	127
(二) 生命法立法上的预期性	131
(三) 生命法内容上的伦理性	134
(四) 生命法功能上的激励性	139
六、生命法原则论	142
(一) 社会效益第一原则	143
(二) 意愿自由原则	160
(三) 权利平等与义务必行原则	184
(四) 隐私保密原则	200
(五) 生命安全原则	205
七、生命法体系论	213
(一) 生命法体系概述	213
(二) 狭义生命法体系的构成	217
(三) 生命法体系的特点	221
(四) 加强生命法制建设,完善生命法制体系	224

引 言

一般说来,法学是随着法的出现而出现的,正是立法、立法成果以及这些成果的实施情况的发展,使得研究立法、立法成果及其实施(司法、执法、守法、违法、犯罪)的法学应运而生,呱呱坠地。对此,恩格斯曾这样精辟地指出过:“随着立法发展为复杂和广泛的整体,出现了新的社会分工的必要性;一个职业法学者阶层形成起来了,同时也就产生了法学。”^①

但生命法学似乎略有特殊。1989年以前并无“生命法学”这样的概念存在于法苑之内;直到20世纪末,生命法学研究也才处于起步阶段。^②然而以“医疗卫生法”、“医药法”、“卫生法”等为名的生命法及其研究成果《卫生法学》、《医药法学》、《医疗卫生法学》等却早已诞生,久久风行。尤其是20世纪50年代以来,随着生命科技的高速发展,原先的医疗卫生法等明显地难以应对新的情况、新的问题与新的矛盾,而且越来越捉襟见肘。“立法”之“发展为复杂和广泛的整体”,一个新的“职业法学者阶层”之“形成”,都出现了一些特殊的情况。正是在此种情况下开始研究的名“生命法学”的法学科真正诞生了。

有鉴于此,必须探析生命法学发展的若干基本问题。这些问题主要是:作为生命法学研究基础的生命法,作为生命法研究核心的生命社会关系及其法律调节问题,生命法学的来龙去脉,生命法、生命法学自身的主要理论问题。因此,在本书中,我们将涉笔以下七个方面:

——生命社会关系探源;

^① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第539页。

^② 1997年6月10日上海社会科学院法学所成立了“生命法学研究中心”。到2001年为止,我担任主任的该中心每年在上海召开一届“生命法学理论研究会”,有关生命法学研究的成果陆续问世。

2 生命法学探析

- 生命法探源；
- 生命法定义；
- 生命法地位；
- 生命法特征；
- 生命法原则；
- 生命法体系。

一、生命社会关系探源

生命法学研究以生命法为核心的生命法律文化,而生命法是用以调节生命社会关系的。这样,源探生命社会关系,就如“江河行地,日月经天”般自然地成了生命法学探析的逻辑起点。

(一) 社会关系与生命社会关系

“人猿相揖别,只几个石头磨过,小儿时节。”^①自从类人猿进化为类猿人,即人类祖先诞生之后,人们就结成了一定的社会关系。这种社会关系包括“磨(过)”“几个石头”的关系——旧石器时代、新石器时代的人们在磨制劳动工具以及使用这些工具从事渔猎、采集、畜牧、种植等活动中结成的劳动关系;“日出而作”之余的“日入而息”时发生的性生活关系及其后发展出来的婚姻家庭关系;共同劳动、生活在一起的人们结成的氏族、部落内部关系,以及各氏族、部落之间的关系;氏族、部落内的人们对劳动成果的平均分配关系;氏族、部落共同劳动、平均分配、一致对外所需的内部管理关系;氏族、部落间发生冲突时的武装斗争关系……上述种种关系成了日后人类社会生产关系、经济关系、家庭关系、民族关系、军事关系、行政关系等社会关系的源头。

除上述关系外,在劳动、生活和武力冲突中,还大量地发生了与人的生命孕育、产生、存在、健康相关的人们之间的社会关系。

这一方面的人际关系所造成的后果,大致可以分为以下几种:

其一,因男女交媾而孕育、诞生了新的生命;

其二,因劳动、生活时发生矛盾、冲突、斗殴而致人于伤残死亡,因氏族、

^① 毛泽东:《贺新郎·咏史》。

部落战争而死亡；

其三，因违反共同劳作、生活的习惯而导致集体或他人利益受损，被提交氏族、部落大会审判，处以刑罚直至死刑；等等。

以上涉及人的生命的社会关系，当然可概称为生命社会关系。但是，后来这些涉及人的生命的社会关系，被婚姻关系、刑事关系所吸收，已不再称为“生命社会关系”。

此外，还有一种人际关系，既不同于上述与人的生命相关的社会关系，却又直接与人的生命的孕育、诞生、存在、健康紧密相连，这是一种特殊的生命社会关系，可以见诸“神农尝百草”的神话传说等。“神农”为中国古代传说中的帝名，又称炎帝、烈山氏。相传他开始教民为耒、为耜以兴农业，尝百草为医药以治疾病。^①与炎帝并称的还有“黄帝”，他“钻燧易火，所以去兹毒也”；^②“黄帝作钻燧生火，以熟荤臊，民食之无兹胃之病，而天下化之”。^③此外还有“有巢氏”：“次后有人，五色长肘，号曰‘有巢’……号曰燧皇，冬则穴居，夏则巢处，燔物为食，使民无腹疾。”^④

“神农”、“黄帝”、“有巢氏”等，或“尝百草”，或“钻燧生火，以熟荤臊”，或“燔物为食”，以此使民无胃病、腹病以及预防、治疗其他疾病，总之是发现了最简单、原始的药物，发明了最简单、原始的防治疾病方法，以求达到使人健康的目的。

这里，以“神农”、“黄帝”、“有巢氏”为一方，以“民”为另一方，就形成了一种生命社会关系。这种生命社会关系是全然指向人的生命的健康，指向“生”的。同时，“神农”云云，只是一个代表，一种概称，完全可能代指一批各“尝百草”以救黎民的当时的医药学家。这样，这些医药学家之间也就会形成某种相互学习、交流、支援、互助的关系。这是一种与前述种种后来不再被指称为“生命社会关系”者很不相同的生命社会关系。这种生命社会关系有点类似于后来的医生与患者的关系以及医生与医生的关系。

人类始祖时期一定也形成过和生命的孕育与产生相关的生命社会关系。起初，男女两性之间不存在任何固定的、巩固的性关系，处于“乱交”阶段。乱婚（拉丁语 promiscuus，意为“杂乱的”）意味着血亲婚配及其恶

① 晋·皇甫谧：《帝王世纪》。

② 《管子·禁藏》。

③ 《管子·轻重戊》。

④ 《命历序》，汉学堂引清河郡本。

果——从个体来说是体质的衰弱,从群体来说是种系的退化。但这是人类进化的一个必经阶段,否则无由形成人类的大集团。恩格斯指出:“……成年雄者相互宽容,嫉妒的消除,则是形成较大的持久的集团的首要条件,只有在这种集团里才能实现由动物向人的转变。”^①随着时间的推移和经验的积累,始祖们才逐渐认识到乱婚的危险。“血亲婚配有有害的模糊认识促使在血缘亲族之间禁止婚姻,随着禁止亲族婚配的范围逐渐扩大,婚姻的禁例越来越杂乱,群婚逐渐成为不可能而为对偶家庭所代替。”^②在这一转变的过程中,巫士大约起过相当大的作用。德国学者库尔特·拜尔茨谈到这一点时指出:“表面上显得如此隐蔽的人繁殖过程,早在史前时期就已成为有目的的技术操纵的对象……萨满的巫术就是从按照人的需要控制人体组织基本机制的努力中产生的……此外,也有‘真正的’机械类的,主要是化学类的技术控制,比如加入一些药物以便造成醉态或者缓解痛楚……除了神秘的技术(巫术)之外,主要采取中断交媾的方法:延长哺乳期以及利用妇女的安全期也都是重要的方法。”^③巫士的巫术有两类,一类是运用神仙鬼怪的故事影响人的心理,一类是运用某些医学知识和医疗技巧以及药品来干预人体组织的病变。所以,远古时代的巫士大致也就是其时的“心理医生”与“科技医生”。当他们运用巫士指导、干预生命的孕育、产生或人体的健康时,当然也就形成了当时的原始的生命社会关系,尽管这种生命社会关系中混杂有神秘的、迷信的、不科学的成分。巫士与孕妇,巫士与孕妇之夫,巫士与新生儿、与病患者,巫士之间,等等,都形成了一定的生命社会关系。虽然其时没有也不可能“生命社会关系”之概念,但这种社会关系是客观存在的。

这种生命社会关系,从其产生之日起,便绳绳继继,不绝如缕,绵绵亘亘,延续至今。

(二)生命社会关系的定义和分类

1. 生命社会关系的定义

生命社会关系是指由生命科技活动而发生,为着生命科技而发展,可据

① 恩格斯:“家庭、私有制和国家的起源”,载《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第30页。

② [苏]阿·尼·格拉德舍夫斯基:《原始社会史》,东北师范大学历史系翻译室译,高等教育出版社1958年版,第61~62页。

③ [德]库尔特·拜尔茨:《基因伦理学》,马怀祺译,华夏出版社2000年版,第23~24页。

以协调生命科技劳动者、劳动组织和劳动管理机构内部关系及相互关系,并可据以协调上述各方面与相关的自然人、法人的关系,而对人的生命的孕育、产生、存在、健康发生影响的一种社会关系。

这一定义包含以下几层意思:

第一,生命社会关系是一种社会关系,而不是自然关系。

社会关系是人们在共同的社会实践活动中结成的相互关系的总称。人们“由于他们的需要即他们的本性,以及他们求得满足的方式,把他们联系起来(两性关系、交换、分工),所以他们必然要发生相互关系”。^①只要社会存在着,社会关系就无处不在,无时不在。生命社会关系则是由于人们的生命需要及“求得满足的方式”而形成的。这里的“生命需要”是指怀孕生育的需要、顺利生产的需要、生命健康地存在的需要等等。这里的“求得满足的方式”,包括从古至今的各种有助于孕育生命、产生生命、健康生存的生命科学技术。这种生命科学技术有直接作用于人的,它产生了医生和患者的关系;也有间接作用于人的,它导致生命科技劳动者、劳动组织、劳动管理机构内部及相互之间形成这样那样的关系,而这一切又必然最终影响自然人、法人。

作为社会关系,生命社会关系是“有目的、有意识”地形成的。医患关系也好,生命科技劳动者之间以及他们与自然人、法人的关系也好,目的都在有利于生命的孕育、产生、存在与健康。不管人们是否认识到生命社会关系的目的性与有意识性,生命社会关系的“有目的、有意识”的特点,都是一种客观存在。

自然关系则不同,它是无目的、无意识的盲目存在,如月亮绕地球运转、地球自转并绕太阳公转,“日月经天,江河行地”,“风吹草低见牛羊”,“日落西山红霞飞”,“秋水共长天一色,落霞与孤鹜齐飞”等等,两两之间虽都有一定的关系,却既无目的,亦无意识,不能说是像人那样按照“他们的需要”而发生的关系。

作为一种社会关系,生命社会关系是人与人之间的物质关系还是思想(或意志)关系呢?众所周知,作为物质关系的社会关系基础,是指与一定生产力发展水平相适应的生产关系,即人们在生产过程中结成的社会关系,这种社会关系的总和构成社会的基础;而作为意志关系的社会关系,是指通过

① 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1960年版,第514页。

人的意志而结成的社会关系,是属于社会上层建筑范畴的关系。

邓小平同志曾经指出:“大家知道,生产力的基本因素是生产资料和劳动力。科学技术同生产资料和劳动力是什么关系呢?历史上的生产资料,都是同一定的科学技术相结合的;同样,历史上的劳动力,也都是掌握了一定的科学技术知识的劳动力。我们常说,人是生产力中最活跃的因素。这里讲的人,是指由一定的科学知识、生产经验和劳动技能来使用生产工具、实现物质资料生产的人。”^①他又指出:“马克思说过,科技是生产力,事实证明,这话讲得很对。依我看,科技是第一生产力。”^②结合邓小平同志关于知识分子也是工人阶级的一个组成部分的论述,我们认为:生命社会关系,同样,整个科技社会关系,都是一种物质关系,即它是人们在科技这种生产力的发展过程中结成的与一定生产力发展水平相适应的社会关系。这种关系因人们“有目的、有意识”的活动而形成,并不影响它的“物质关系”的性质。只要这种生命社会关系是客观存在物,它就是物质性的。

第二,生命社会关系是由生命科技活动而发生的。没有生命科技活动,就不会有生命社会关系;停止了生命科技活动,就停止了生命社会关系。“神农尝百草”就是一种生命科技活动,今天看似幼稚,当时却难能可贵且高超卓越,否则后人也不会顶礼膜拜、尊崇备至。

由于生命社会关系是由生命科技活动而发生的,因此,当生命科技活动停止时,生命社会关系也告终结;当生命科技活动发展时,生命社会关系也随之发展。掌握这一点十分重要。有的陈旧伦理观念卫道士不能革故鼎新、改弦易辙而固守陈规,往往是由于不懂得生命社会关系乃由生命科技活动而发生、随生命科技活动的发展而发展的根本道理。

第三,生命社会关系是为着生命科技的发展而发展的。生命社会关系由生命科技活动而产生,是后者决定前者,但生命社会关系不是纯然被决定、被动性的,它的形成与变化,或有利于生命科技的发展,或阻碍生命科技的发展。神农尝百草,因所得医药的使用而建立起了与患者的生命社会关系。如果这是一种友好的亲密的良性的关系,当可鼓励神农们精益求精,百尺竿头更进一步;而如果形成了敌对的恶性的关系,则必定打击神农们的积极性。因此,建立良好的医患关系十分重要,不仅可以使医生更好地为病员

① 国家科学技术委员会编:《论科学技术》,科技文献出版社1990年版,第157页。

② 国家科学技术委员会编:《论科学技术》,科技文献出版社1990年版,第195页。