民商法律热点与案例研究

（第一辑）

主编　李新天

武汉大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

前　言

民商法律是市场经济的法律，由于它和社会生活各个方面的紧密联系，从而备受全社会的关注和重视，并已成为一门热门学科。案例教学早已被世界许多著名的法学院系确定为法学教育的一种重要方法，民商法的教学和科研更是离不开对案例的研究。现实生活是丰富多样的，如何利用民商法的基本理论来分析、解决纷繁复杂的各种民商法律热点问题？如何才能达到举一反三、触类旁通的效果？立法现状与司法实践究竟存在什么样的差距？民商法的理论研究是如何影响立法和司法实践的？特别是如何培养出既有扎实的理论基础，又有较强的实践操作能力的学生？这些都是摆在从事民商法学教育和研究的工作者面前的重大课题。

十年以前，作为教学改革的一种尝试，我在武汉大学为本科生开设了一门全校公共选修课——《法律热点与案例评析》，以案例教学的形式讲授民法、商法、刑法、行政法、诉讼法等热点法律问题，吸引了许多非法律专业的学生来选修，后来，我又给法学院民商法专业的硕士研究生主讲过《民事成案研究》课程，也是采取案例教学的方法，所用的案例许多是我多年来从事司法实践工作中亲身经历的，通过一番整理再传授给学生，觉得颇有意义，取得了较好的教学效果，自己从中也得到了更多的感悟。但可惜的是，一直没有一本比较合适的教学用书，多年来我对此总是耿耿于怀，于是在两年前便萌发了自己编一套教学用书的想法，并且确定书名为《民商法律热点与案例研究》。

为了教学相长，我决定组织法学院民商法专业的部分优秀硕士

研究生和博士生共同来编写，我提出的要求和想法是，这本书要力争突破一般的法律案例分析书籍囿于具体操作，就事论事的传统，尽量避免同类著作中经常出现的单一的案例分析，理论方面深入不够，对问题的阐释停留在表面，局限于具体的案情细节等问题。同时也要注意避免出现有些案例既非典型，也非热点，读者面比较窄，雷同的比较多，有特色的比较少等问题。要注重选取民商法的热点问题、难点问题，每一个选题要有比较重要的现实意义和理论价值。案情介绍简明扼要，分析问题比较透彻、详实，要点突出，注重理论上的深入分析和探索。对于每一个热点问题，既有综述介绍，也有对各种观点的评析，还有作者自己的观点，要能引起读者的共鸣。本书的定位是介于简单的案例分析书籍和单纯的学术论文之间，应吸收两者的优点，尽可能摒弃两者的缺陷，或者是每一个案例评析，实际上都能成为一篇理论联系实际、内容生动丰富的质量较高的学术论文。总之，这本书要有自己的特色。我们在广泛收集资料和在我原来讲义的基础上，经过多次讨论、研究，确定了三十多个民商法方面的选题，大家分头写作。初稿完成后，我要求各个作者首先相互之间交叉修改或提出修改意见，在此基础上，作者自己针对他人的意见进行第二次修改，然后我再对部分内容作重点的修改、订正，期间又进行了无数次的讨论，有些稿件经过多次修改与初稿相比已是面目全非。我发现，就是在这一系列的写作、修改、讨论、研究的过程中，实际上完成了一个教学实践的过程，学生的写作水平明显提高了，而且，还有了一份实实在在的成果。本书参考了国内外大量的相关案例分析书籍，学术著作和论文，最新的立法资料，并作了大量的注释，是一份集体合作的劳动成果。现在，参与本书写作的同学大多已经走上了工作岗位，他们有的在国家机关工作，有的在法院、检察院、律师事务所工作，有的在高校从事教学、科研工作，还有的在公司企业服务，无论他们在哪里，我相信他们都不会忘记这一次老师安排的特殊的教学经历。但愿本书及本书的形成过程对于寻求法学新的教育方法，推动案例教学能

起到积极的作用。

参与本书写作的有李新天、罗昆、许玉祥、常琳、王育、郑鸣、金少平、杜承彪、汤薇、柳薇、叶朋、朱琼娟、聂振华、冉克平、郭鸣、黄芬、许冉、陈莉莉、陈喆。其中罗昆、郑鸣、汤薇、朱琼娟协助主编做了大量工作。

由于我们水平有限，书中错误在所难免，特别是最初的一些设想可能并没有完全实现，敬请各位读者提出宝贵意见和建议。

本书从构思到正式出版，始终得到了武汉大学出版社郭园园女士的大力支持和鼓励，我们将努力继续推出第二辑、第三辑或更多。欢迎各位读者提供典型案例及相关资料，电子邮箱：faylxt@whu.edu.cn。

李新天

2006 年 7 月于武昌珞珈山

目　录

【案例 1】 家庭解构与亲权之争
——对现代生殖技术问题之法理透视…… 1
【案例 2】 无礼触碰异性，法律不能不管
——性骚扰的法律界定及其法律后果 …… 21
【案例 3】 法律对空白处的修缮
——浅析民法对未出生者之保护 …… 40
【案例 4】 擅自转让共有财产，谁是法律最终保护的对象？
——从保护交易安全角度浅析立法
对善意取得制度的修正 …… 64
【案例 5】 租赁优于买卖
——“买卖不破租赁”原则的解析与重构 …… 79
【案例 6】 合同能够强迫签订吗？
——强制缔约论 …… 92
【案例 7】 一份合同的无奈
——无效合同若干问题探讨…… 112
【案例 8】 外出旅游，“合同”随行
——旅游合同若干问题研究…… 128
【案例 9】 好心人的烦心事
——赠与合同中的撤销权问题研究…… 144
【案例 10】 西服损坏，谁之过
——浅析格式合同的价值失衡及其法律规制
…… 164

需要全本请访问 www.ertongbook.com

【案例 11】 离婚中的损害赔偿
——兼析第三者破坏婚姻之责任 …… 180
【案例 12】 直面期房交易
——商品房预售合同若干问题研究 …… 192
【案例 13】 不同的人享有的隐私权不一样吗？
——关于公众人物隐私权 …… 206
【案例 14】 虚拟之物起纷争
——网络虚拟财产法律问题研究 …… 223
【案例 15】 “好撒马利亚人”与自甘冒险人
——论先行行为引起的作为义务及相关侵权抗辩
…… 239
【案例 16】 受害人也会自食其果
——论损害赔偿中的过失相抵 …… 257
【案例 17】 没有共谋，构成共同侵权吗？
——无意思联络的数人侵权问题研究 …… 271
【案例 18】 遗失的婚礼录像带与精神损害赔偿
——论违约责任与非财产损害赔偿 …… 289
【案例 19】 没理由要保证人“自食其果”
——保证人权利探析 …… 305
【案例 20】 消费者的意外损害：谁来“买单”
——评经营者安全保障义务 …… 319
【案例 21】 物业管理公司与业主之争
——物业管理合同若干法律问题研究 …… 331
【案例 22】 会计师：仅仅是信息提供者吗？
——论会计师的信息提供者责任 …… 344
【案例 23】 撞了不再白撞
——兼评道路交通事故的归责原则 …… 365
【案例 24】 经营者的保护义务有多大？
——第三人侵权时的特定经营者的责任承担

…… 380
【案例 25】 校园人身伤害的责任承担
——学校对未成年学生校园人身伤害案的
民事责任 …… 397
【案例 26】 消费者与经营者的矛盾冲突
——论经营者的诉权与消费者权益的保护 … 412
【案例 27】 为自己的婚姻找一把保护伞
——配偶权若干问题研究 …… 435
【案例 28】 保证保险:保证抑或保险?
——保证保险合同法津问题研究 …… 451
【案例 29】 无单放货怎么办?
——无单放货若干法律问题研究 …… 464
【案例 30】 法人人格:瑕疵公司的终极目标?
——论公司设立瑕疵与公司人格 …… 476
【案例 31】 转让的自由和限制
——股权转让法律问题研究 …… 493
【案例 32】 一家人,明算账
——试析家庭公司的法人人格问题 …… 503
【案例 33】 由一例控制股东侵权案想到的
——控制股东民事责任制度研究 …… 517
【案例 34】 利益得主的困惑
——保险利益若干问题研究 …… 530

【案例 1】　家庭解构与亲权之争

——对现代生殖技术问题之法理透视

【案例简介】

施某与朱某于 1987 年 11 月结婚。婚后三年无子女，经医院检查，朱某无生育能力。为维持婚姻关系和生育后代，双方同意施某到医院进行人工授精。双方在申请书中写明，两人承认经人工授精后出生的子女即是施某与朱某的亲生子女。1991 年 11 月，施某生下一子。此后夫妻关系恶化，1994 年朱某因违法被劳改一年。施某要求离婚并要求朱某支付抚养费。朱某认为儿子与自己并无血缘关系，不承担抚养费，遂起争执。法院最后判决：双方离婚；由施某抚养婚生子；朱某每月向施某支付子女抚养费 60 元，至该子女独立生活时止。

【争议焦点】

该案涉及夫精人工授精之下所生子女的法律地位的认定以及对其父母身份的确认问题。其实，就本案而言，各国立法例包括我国在内，大多都承认在夫妻双方共同同意之下进行的人工授精，从而所得之子女视同婚生子女，此点并无多少争议。但因人工授精属于现代生殖技术之一种，故本文非局限于该案本身，而拟就现代生殖技术作为整体，就如何认识这一技术现象以及其所带来的对家庭、亲权、夫妻关系等方面的冲突，从法理角度进行以下阐述。

【法理评析】

众所周知，生殖是地球上一切生物得以世代繁衍与进化的首要途径，人类亦不例外；千万年来，人们一直按照传统的生殖方式，即通过男女性交的方式来完成。然而，自人工授精、试管婴儿技术的问世乃至代母怀孕的出现，人类生殖的历史便从此注入了新的篇章——人们可以不再依靠性交而直接通过输入精子或植入受精卵于母体中，从而使其完成受孕、妊娠与分娩。人工生殖技术最大的好处在于解决了男女不育的痛苦并且满足了他们生育子女的愿望。然而，它随之也打破了传统家庭模式的架构，强烈冲击着人们的伦理尤其是婚姻家庭伦理的观念，特别是代母怀孕，更是造成伦理、道德与法律上的混乱，自然生物性与社会意识性的冲撞。具体而言，“人工生殖使得第三供精人、第三供卵人、代生母亲、胚胎代育者、实验室、操作医师等介入生殖过程，婚姻、两性结合、供精、供卵、受孕、妊娠、分娩及抚育的一体化生殖系统被分解割裂，结果产生代生母亲与养育母亲、供卵母亲与孕体母亲、生物父亲（基于遗传）与社会父亲（基于抚育）、有婚姻的父母与无婚姻的父母等多重角色并存，生育上的单向联系变成了多重复合关系，多元代替了传统的一元”。① 于此，难免发生多种利益主体之间的矛盾与冲突，甚至上升为利益背后主导观念之间的对抗与争斗。但若按“存在即为合理”之说法，现代生殖技术既已出现并得以运用，则我们不妨尝试从法律的角度来观察、探究现代生殖技术的存在基础与存在价值。

一、现代生殖技术简介——对几个先决概念之明析

在进入具体探讨之前，我们先对现代生殖技术中所涉及的相关名词进行简要地说明：

---

① 陈小君、曹诗权：《浅论人工生殖管理的法律调控原则》，载《法律科学》1996 年第 1 期。

1. 关于人工授精 (Artificial Insemination)

一般认为，人工授精技术是指非以男女性交方式而通过人工技术，从男性体内取出精液并使其与卵子在女性体内结合或在女性体外结合后植入女性体内以受孕的生殖方式。根据精子来源者的不同，可分为夫精人工授精 (Artificial Insemination Using Husband's Semen，AIH) 和供精人工授精 (Artificial Insemination Using Semen from Donor，AID)。后者，顾名思义，其供精人是丈夫之外的第三人，既可以是精子库的捐献者，也可以是夫/妻认识的男性。该技术是 1799 年英国医生约翰·亨特 (John Hunter) 发明的，其采用海绵输入精子的方法，成功地解决了一对因丈夫的生理缺陷而不能正常输入精子的夫妻的不育问题。至 1973 年，全世界使用人工授精方法所生婴儿就达 1 000 名左右，而至 1990 年，世界上通过人工授精出生的婴儿已超过 10 万名；① 单就美国而论，每年大约有 6.5 万婴儿是通过人工授精“创造”的。

2. 关于试管婴儿 (In Vitro Fertilization，IVF)

根据研究者报告，试管婴儿是指将妇女卵子取出，放在培养试管中与丈夫的精子结合，培育成胚胎，然后再植回产妇的子宫内孕育，② 即通过“体外授精”技术出生的胎儿。1978 年，英国的产科医生帕特里克·斯特普托 (Steptoe) 和生物学家罗伯特·爱德华兹 (Edwards) 成功地将人类体外受精卵植入子宫，诞生了具有历史意义的第一个“试管婴儿”路易斯·布朗。1986 年美国建立了卵子的冷藏库。1997 年 11 月 4 日，英国官方公布的最新数字显示，自路易斯·布朗以来，英国的试管婴儿已达到 2 万名。

3. 关于代母怀孕 (Surrogate Mother)

即“替身怀孕”，其由代孕母亲完成，该特殊性并非在技术上

---

① 参见何勤华、戴永盛主编：《民商法新论》，复旦大学出版社 1999 年版，第 61 页。

② 参见刘得宽：《民法诸问题与新展望·新试管婴儿探讨“人工授精”之法律问题》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 272～273 页。

与上述两种情形有太多不同，而仅在于其平添怀孕母亲甚至供卵母亲之多个角色，并通过契约完成对子女亲权的移转。具体而言，包含两种情形：一是传统的代孕（Artificial Insemination Surrogacy），即代孕母亲人工授精后妊娠，分娩后交由契约对方夫妇抚养；二是接受他人的受精卵植入自己的子宫妊娠，分娩后移转亲权于契约对方，称为妊娠性怀孕（Gestational Surrogacy，also called IVF Surrogacy）。① 这种情况的复杂之处在于亲权的认定，尤其落脚于对契约性质的社会认同与法律认定——因其对于道德伦理、母性亲权、家庭观念的冲击甚烈，故各国法律均采取谨慎态度对待之。

二、性？生育？——对家庭结合之解读

如前文引言中所述，现代生殖技术由于导致了性与生育的直接分离，则将直接带来对家庭传统结构的挑战，以及诸多有关家庭伦理与道德方面的冲击，概括起来，主要体现在家庭职能的定位，以及家庭成员地位的变化上等。通过下文的论述，将阐明现代生殖技术在这些挑战与冲击下的应对，以及由此产生的积极意义。

（一）家庭与生育

1. 家庭的定位

家庭（family），社会组成的一个不可或缺的单元，通常由一男一女结合并生养其子女来完成。但是，传统上的这种家庭概念已随着社会观念的变迁不断地扩展，现在，在某种程度上，family 逐渐等同于 household，即人们因为某一特定脐带而生活在一起。②

---

① 参见冯建妹：《生殖技术的法律问题研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第8卷，法律出版社1997年版，第97页；L. B. Curzon，Dictionary of Law，Six ed.，Law Press 2003，p. 408；Pat Jennings，To Protect All Parties Involved，Surrogacy Should Be Regulated and Surrogate Mothers Should Be Compensated for Their Services，Howard University School of Law 1998，http：//www. pat. jennings. net.

② See L. B. Curzon，Dictionary of Law，Six ed.，Law Press 2003，pp. 173，201.

需要全本请访问 www.ertongbook.com

这一定义至少发生了两个方面的重大转变：一是家庭组合对性别要求的冲淡（如对同性婚姻的容忍）；二是家庭所担负使命的分解。因本文着重考察生殖技术问题，故仅对第二个问题作出相应分析，第一个问题则不在本文讨论之列。

2. 传统下的家庭使命

探讨家庭，必联系婚姻这一不可或缺的环节，此为组成家庭的必经之路，故常以“婚姻家庭”合论。那么，婚姻家庭之组成作何目的？《礼记·昏义》有言：“婚姻者，合二性之好，上以事宗庙，而下以继后世也。”① 优帝《法学纲要》称：“婚姻是一男一女以永续共同生活为目的的结合。”② 孟德斯鸠则认为：“父亲有养育子女的天然义务，这促成婚姻制度的建立，婚姻宣告谁应负担这个义务。”③ 由此可见，上述表述虽存有差异，但仍达成一个共识：婚姻由两个人一致合意自愿结合，从而建立“丈夫”与“妻子”的法律与社会地位。该结合的状态即为家庭。然而，家庭的意义远不止于两性的结合，更在于其在社会与法律中所扮演的角色和担负的职能。继续按照传统的说法，家庭须“继后”，即繁衍后代，从而进入对子女亲权的建立与抚育义务的履行；概括而言，传统家庭观认为，婚姻家庭是两层关系的结合，一层即两性为共同生活之结合；另一层则为两性对后代之生育，而这两层事项又均通过性交得以实现。④ 如此看来，性与生育是家庭中不可缺少之要件，且两者共为一个有机整体，性是生育的前提，生育则为性的结晶，于此，完整的家庭方得以建立，其目的也才得以完满实现。

---

① 法学教材编辑部：《婚姻立法资料选编》，群众出版社 1983 年版，第 16 页。

② 周枏：《罗马法原理》，商务印书馆 1994 年版，第 184 页。

③ Charles de Secondat，Baron de Montesquieu，The Spirit of Laws，p. 427.

④ See Paul Ramsey，Fabricated Man：The Ethics of Genetic Control（New Haven and London：Yale University Press，1970），p. 32.

3. 现代生殖技术对传统的突破与契合

然而，家庭的这种传统使命至少需要面对两个方面的挑战：一是不能生育或不愿生育的夫妇是否不再称其之结合为“家庭”？二是血缘脐带在维系家庭生活中的作用到底有多大？

其实，这两个问题可以归结为一个源问题：生育是否家庭之必备要件？如果用法律语言表述出来，即生育不能/不愿是否婚姻撤销或无效的情事之一？古老的英国法承认两种婚姻的障碍：宗教性质的与民事性质的，其中宗教性质的障碍，就包括生理上的缺陷，构成婚姻撤销的原因。① 一些国家也规定性生理疾病是禁止结婚的疾病，其婚姻为无效婚姻，如美国、意大利、奥地利等国之立法。② 然而，这些立法的背景完全建立在“自然生殖是生殖的唯一方式的时代”，“性生理缺陷不能发生性行为从而导致不能生育这一事由作为婚姻无效的原因当然是无可指责的。但是，当非自然生殖打破了这种性交生育的自然法则时，这一法律条款是否仍然合情合理呢？笔者的答案是否定的”。③

第一，可直接切入性交的最终目的，其虽然是两性之间爱的体现，但也肩负着生育的使命；现代生殖技术的目的也正是为着夫妇孕育出子女，建立起彼此间的亲权，同样起到了繁衍后代的作用，既然殊途同归，我们没有理由反对性交之外的生殖方式的采用。

第二，可从家庭制度的发展来看，即使是规定性生理缺陷构成

---

① 参见［美］阿瑟·库恩：《英美法原理》（陈朝璧译注），法律出版社 2004 年版，第 127 页。

② 如美国统一结婚离婚法第 208 条第 2 项规定：一方无性交能力，而另一方在举行结婚仪式中不了解该生理缺陷，婚姻无效；意大利民法第 123 条规定：不能人道而不能治，在结婚时为他方所不知，婚姻为无效；奥地利民法第 100 条、第 101 条规定：履行婚姻义务之不能（指无性交能力）应为既存永久时婚姻为无效等。

③ 冯建妹：《生殖技术的法律问题研究》，载《民商法论丛》第 8 卷，法律出版社 1997 年版，第 67 页。

婚姻障碍的国家，也同时规定有收养制度，而这本身就是相互矛盾的，因为收养制度正是建立在对生育缺陷的补充之上。正如罗马法所言，收养的最初原因一定与无子女者希望确保家庭圣事得以延续有关。在宗教原因丧失其作用后，收养仍然同延续家庭的一般愿望有关。① 英国法起先并不承认收养制度，但是自 1927 年起也开始施行收养法，可见，制度亦倾向于对家庭稳定的保护，对延续后代的实现，即使有生育缺憾，仍然可以通过收养制度来完成。既然如此，法律也当然没有理由反对技术上对于生育功能的弥补，毕竟收养只是“拟制血亲”，而现代生殖技术下的子女至少有一半血统来源于父/母。

第三，再返而观其家庭的本源。毫无疑问，性由爱生，然而，性并非爱的唯一表现与途径，我们把性与生育联系在一起时实际上就已经承认婚姻是性的结合，而非一定出于爱——因为性既与生育不可分离，则必与血缘紧密相连，那么，似乎流于对肉体的过分要求；倘若跳出肉体之爱，精神之爱同样可以使家庭得以稳固幸福；换言之，“摆脱自然局限，寻求达到目的之可选择途径而非单纯的肉体方式，是人类精神上的一大胜利”。② 因而现代生殖技术的介入，虽使得性与生育分离，甚至取代性与生育而完成对后代的繁衍，但是并不会阻碍家庭之爱的实现。

第四，相比以往解决无子女欠缺仅有的途径——收养，现代生殖技术不仅可以摆脱收养条件的严苛性，亦可满足夫妻对子女怀孕、哺乳阶段的充分涉入与体验；③ 而由于可能至少存在一半的血缘联系，子女会更像其社会父母，而这也将使得他们的家庭关系较

---

① 参见［英］巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》（黄风译），法律出版社 2000 年版，第 78 页。

② Joseph Flecher, Morals and Medicine, Princeton, NJ: Princeton University Press 1954, p. 117.

③ See Edward D. Schneider, Procreation Ethics Series: Artificial Insemination, Journal of Lutheran Ethics, http://www.elca.org.

之收养更加稳定。

由此观之，现代生殖技术不仅可以更好地实现建立家庭并维系家庭的初衷，也赋予了生育以新的涵义与外延。

（二）女性主义

如上所述，性与生育的分离并不必然导致家庭的解构；不仅如此，一些学者也赋予了其新的社会意味。如波斯纳认为“人工授精……允许妇女摆脱了必须同男子分享亲权的状况”，“会进一步把妇女从依赖男子的状况中解放出来”。① 在女性主义法理学者眼里，“家庭被认为是‘父权的主要制度’，而在生育权利上的斗争则反映了一个观念，即生育并非一成不变的生物学事实，它是把社会的技术状态与意识形态连接在一起的过程”。激进女性主义者甚至认为，“女性必须把握生育的手段，运用技术创造生育与女性身体的技术性分离；这是女性解放的前提条件”。② 关于堕胎而引发的争论其实也可以运用到关于生殖技术上来，“如果说工具技术使男性能够超越对自然的依赖的话，那么，借助于堕胎和避孕来控制生育则提供了女性超越自然的潜在可能”。③ 因此，是否意味着人工授精可以使得女性的生育愿望不再依靠丈夫来得以满足，而是通过技术的手段摆脱对夫权的“顺从”；试管婴儿则可以使得自身存有缺陷的妇女重新享受孕育和为人母的喜悦，从而不再因为自己无法生育的“过错”长久地自责（毕竟，社会对于男性不育与女性不育的容忍度仍存有差别——男性往往会较多地自责，而女性则须面对家族家长的压力，导致自己在家庭中更加处于劣势）；至于代母怀孕，其进一步导致了生育与抚养的分离，母亲的角色被一分为

① 波斯纳：《性与理性》（苏力译），中国政法大学出版社 2002 年版，第 566 页、571 页。

② ［英］韦恩·莫里森：《法理学》（李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译），武汉大学出版社 2003 年版，第 509、523 页。

③ ［英］韦恩·莫里森：《法理学》（李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译），武汉大学出版社 2003 年版，第 524 页。

二（甚至被一分为三，如果受精卵来自非怀孕母亲与社会母亲），这种社会职能的分担，使得更多的女性有机会从事社会工作而不是仅被束缚在家庭中，被动地与自然联系在一起①——因为女性处在怀孕、生育和哺乳孩子这些生物事实的约束状态之下时，她们对生育结果没有任何选择——这显然表现出了她们的无能为力、她们的被动性、她们不能控制和指引她们的存在条件，那么，我们的确可以说现代生殖技术提供了妇女超越自然，投入社会，争取主动的机会与可能。当然，这种论断是构筑在妇女解放与利益争取的考虑之上，对于子女而言的确走得有些远了。

三、非法之舍？自由之取？——对关涉权利与利益之剖析

一项事物在法律上的存在既有其合理性，则亦应有其合法性；换言之，法律规则若赋予人们以理性行为的要求，则需同样赋予人们行之有据的脊梁。因此，现代生殖技术不仅触动了家庭伦理与道德的神经，也将无可避免地涉及法律依据的明确上，故应以其为切入口，探讨现代生殖技术背后的权利源。

（一）行使现代生殖方式的权利依据——从隐私权到生育权

我们暂且把生育仅限定于婚姻家庭内探讨。毋庸置疑，婚姻关系的首要原则是“私事原则”，即强调性关系的私人性和隐私性准则。② 这在欧洲公约第 8 条以及其他国际文件中就得以体现，其载

---

① 如麦克金农就认为，女性不能控制她们受孕的环境。这种被迫为人之母的现象是经济、家庭和性别上的不平等的继续；波伏娃也认为男性创造了各种工具，它们创造新的可能性、塑造未来；相反，女性却被身体束缚住了。男性努力控制环境，战胜自然力量；女性则是与自然联系在一起的，结果，男性“征服了自然和女性”。

② 参见赵万一：《民法的伦理分析》，法律出版社 2003 年版，第 305 页。

有尊重一个人的个人隐私和家庭生活以及保护其不受干涉的权利。① 由此可见，法律是保护个人隐私和家庭生活权利的，同时这些权利实质上又是与个人自由密不可分的；而这些权利均为生育自主决定与选择提供了充分的权利支撑。正如德沃金所说："联邦最高法院认定所有公民都享有一种普遍权利……那就是，公民可以自由决定由婚姻和生育引发的伦理及私人的各种事宜。""如果隐私权真意味着什么的话，那它就是指每一个个体的权利（不论已婚或未婚者），即人们有权摆脱政府对人们繁衍下一代这个基本事务的决定全权的干涉。""这个原则是一个真正能保证个人自由和尊严的原则，社会所必须承认的原则，对生育所具有的自我决定权在这一普遍计划中找到了支撑点。"②

基于此，我们可以稳妥地得出"生育权"（procreative right）的结论，其实质是保障个体享有生育自主的权利。关于其涵义，1974 年的《世界人口行动计划》就作出过经典的定义，即"所有夫妇和个人都享有自由负责地决定其子女的数量和生育间隔以及为此目的而获得信息、教育与方法的基本权利"。③ 由此观之，"生育权"虽最早因妇女争取堕胎的权利，即"不生育"权利而提出的，其内涵却不止局限于此，而应同时包括生育方式的运用与选择的权利，正如安大略省法律改革委员会的报告中说的："总体看来，这些条款可能要求批准各国在可能和必要的情况下用立法保护

① 如《公民权利与政治权利国际公约》第 17 条规定："一、任何人之私生活、家庭、住宅和通信，不得受无理或非法侵扰，其名誉和信用，亦不得非法破坏……"《美洲人权公约》第 11 条规定："二、不得对任何人的私生活、家庭、住宅或通信加以任意或不正当的干涉，或者对其名誉进行非法攻击。"

② ［美］罗纳德·德沃金：《自由的法·对美国宪法的道德解读》（刘丽君译），上海人民出版社 2002 年版，第 66、68、71 页。

③ 转引自徐继响、杨文心：《论代孕的合理使用及其法律调控》，载《科技与法律》2003 年第 3 期。

需要全本请访问 www.ertongbook.com