

第66卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 66

◆ 梁慧星 / 主编

本卷要目

专题研究

【张晓彤】

人体冷冻胚胎的法律属性及其保护

【陈龙吟】

长期合同基本问题研究

国际私法

【[美] 西蒙·C. 西蒙尼德斯 著 杜涛 司文 译】

冲突法在美国法院 (2016年): 第30次年度综述

【董金鑫】

法律规避中人为制造或改变连结点事实的重新界定

非洲法

【刘明萍】

巧用东南非共同市场法院机制解决中非贸易纠纷

——以管辖权为视角

【黄星永 洪永红】

南部非洲国家劳动法趋同化路径分析

体育法

【[美] 马修·J. 米顿 著 郭树理 译】

美国体育领域无形财产的法律保护

【徐 翔】

体育恐怖主义犯罪之危害及其防治

域外法

【阿瑟·T. 冯·梅伦 著 陈永强 李 杰 汪梦晗 译

陈永强 校】

对价在大陆法上的相似物: 英美法与大陆法的比较分析

【罗浏虎】

德国被遗忘权的法教义学演进与适用

硕士学位论文

【刘彤彤】

商业诋毁的司法认定研究

资料

【邹国勇 译】

欧盟理事会2016年6月24日《关于在婚姻财产制事项的管辖权、法律适用以及判决的承认与执行领域加强合作的第2016/1103号条例》



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第66卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 66

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。
任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先
获得主编和法律出版社的书面许可。



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第66卷 / 梁慧星主编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2968 - 4

I. ①民… II. ①梁… III. ①民商法—研究—文集
IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第287080号

民商法论丛(第66卷)
MINSHANGFA LUNCONG(DI 66 JUAN)

梁慧星 主编

责任编辑 孙东育 王 珊
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版社
开本 A5
印张 20.625
字数 585千
版本 2018年8月第1版
印次 2018年8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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2968 - 4

定价:98.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【专题研究】

- 人体冷冻胚胎的法律属性及其保护 张晓彤(1)
- 长期合同基本问题研究 陈龙吟(45)
- 竞业限制协议效力的判定规则 王 琦(68)
- 论单方允诺作为独立债因的功能表征 焦清扬(124)
- 论债权让与中的债务人抗辩 陆家豪(141)
- 骗取贷款犯罪中借款合同效力探讨 唐丽媛(170)
- 运动伤害中的自甘冒险 雷秋玉(185)
- 论《消费者权益保护法》第 55 条的适用
——以非食品药品“知假买假”为视角 谷昔伟(209)
- 环境污染精神损害赔偿责任的适用解释
——基于噪声污染精神损害赔偿司法实践的反思
..... 薛艳华(223)

【国际私法】

- 冲突法在美国法院(2016 年):第 30 次年度综述
..... [美]西蒙·C. 西蒙尼德斯 著 杜 涛 司 文 译(238)
- 法律规避中人为制造或改变连结点事实的重新界定
..... 董金鑫(328)
- 论法律选择中的结果选择方法 张丽珍(350)

【非洲法】

- 巧用东南非共同市场法院机制解决中非贸易纠纷
——以管辖权为视角 刘明萍(387)
- 南部非洲国家劳动法趋同化路径分析 黄星永 洪永红(405)

【体育法】

美国体育领域无形财产的法律保护

..... [美]马修·J.米顿 著 郭树理 译(427)

体育恐怖主义犯罪之危害及其防治 徐 翔(457)

【域外法】

对价在大陆法上的相似物:英美法与大陆法的比较分析

..... 阿瑟·T.冯·梅伦 著

..... 陈永强 李 杰 汪梦晗 译 陈永强 校(475)

德国被遗忘权的法教义学演进与适用 罗浏虎(538)

HiQ 诉 LinkedIn(领英)公司案

..... 李 敏 译 李 宇 校(559)

【硕士学位论文】

商业诋毁的司法认定研究 刘彤彤(582)

【资 料】

欧盟理事会 2016 年 6 月 24 日《关于在婚姻财产制事项的
管辖权、法律适用以及判决的承认与执行领域加强合作的

第 2016/1103 号条例》..... 邹国勇 译(619)

专题研究

人体冷冻胚胎的法律属性及其保护

张晓彤

目 次

引言

- 一、人体冷冻胚胎的法律属性问题探析
 - 二、域外人体冷冻胚胎法律属性的研讨与启示
 - 三、人体冷冻胚胎法律属性的法理分析
 - 四、完善我国人体冷冻胚胎保护的建议
- 结论

引言

正如美国社会法学派代表人物庞德所言,法律应当保持其稳定性,但绝对不可以停滞不前。社会是不断发展变化的,法律应当随着社会、随着时代的发展而与时俱进,不断创新,适应社会的需求,为层出不穷的社会新问题提供法律依据,稳定社会秩序,使法律最大限度地发挥其功能。

由于社会的不断进步以及国家经济实力的不断提升,人类的物质文化生活和精神文化生活都得到了普遍的提高,与此同时,人们享受着现代社会所带来的丰富的物质利益,也不可避免地承受着由其产生的一些不利后果,诸如食品安全问题、生活环境恶化、各方面的精神压力以及高科技产品带来的电子环境辐射等,由这些问题所直

接导致的问题就是严重危及了人类自身的可持续发展。根据相关资料显示,我国目前不孕不育患者的数量正在呈逐步增长的趋势,但是任何问题的出现,总会伴随产生相关的解决对策,而现代人工辅助生殖技术与科学医疗水平的快速发展已经在很大程度上解决了广大不孕不育患者的困扰。

近年来,我国关于人体冷冻胚胎的涉诉案件也越来越多,2014年9月,江苏省宜兴市发生了一起四位失独老人争夺冷冻胚胎的案件,该案件是中国有关人类胚胎继承纠纷第一案,在社会上引起了广泛的关注和讨论,具体案情如下:2012年8月,沈某、刘某具有原发性不孕症,医院反复促排卵仍屡屡失败,后两人要求在南京市鼓楼医院进行人工辅助体外胚胎移植手术,然而,鼓楼医院在手术过程中并没有对刘某进行体外新鲜胚胎的移植手术,而是对沈某和刘某的4枚受精卵胚胎予以冷冻保存。在2012年9月3日当天,沈某、刘某同鼓楼医院签署了有关治疗的知情同意书,鼓楼医院在该同意书中明确表示:人体胚胎无法长时间冷冻保存,目前对该胚胎冷冻保存的时间仅为一年,并须先支付3个月的费用,如果后期还需要继续冷冻保存,再支付剩余的费用,逾期不对其进行冷冻保存,征得沈某和刘某的同意后,超过保质期的胚胎将被丢弃。2013年3月,在受精胚胎移植手术前,沈某因驾驶意外发生了车祸,刘某当场死亡,沈某于3月25日死亡,因此,双方父母为了在鼓楼医院冷冻保存的胚胎发生了纠纷而对簿公堂。宜兴市人民法院一审判决驳回了双方父母要求继承四枚冷冻胚胎的请求,该一审法院认为,人体冷冻胚胎本身具有明显的特殊性,即其含有人的生命特征并且未来有发展成人的潜在可能性,不能对其像一般物一样任意转让或继承。四位失独老人不服一审的判决而提起上诉,无锡中院二审最终判决撤销了宜兴市人民法院的一审民事判决,该院认为,四位老人应当获得该涉案人体冷冻胚胎的监管权和处置权,且并不违反法律的禁止性规定,应予以支持,同时要求南京鼓楼医院将冷冻保存的4枚受精卵胚胎交由四位失独老人来共同监管与处置。

这一有关冷冻胚胎的涉诉案件引起了社会公众及法学领域各学者对人体冷冻胚胎的广泛关注和激烈讨论,然而,人体冷冻胚胎所涉及的法律与道德伦理问题并不是法院的一纸判决就可以彻底解决的,因此

我们必须探其源头,具体分析人体冷冻胚胎的法律属性,只有从立法上对其法律属性予以明确,赋予其应有的法律地位,有关人体冷冻胚胎的其他一系列法律问题,诸如明确冷冻胚胎的权利义务关系、继承纠纷以及归属权、处置权、侵权损害赔偿请求权等才可以得到有效的解决,为司法实践提供法律依据,使其有法可依。因而,我国人体冷冻胚胎的法律属性的定性以及构建相关的法律制度等理论研究问题亟待深入,势在必行。

一、人体冷冻胚胎的法律属性问题探析

综观世界各国关于人体冷冻胚胎的法律,人类在人工辅助生殖技术领域方面已经取得了重大的进步和突破,但是,不容忽视的是人工辅助生殖技术也是利弊同在的,其在给人们带来福音的同时,也在不断地挑战着人类道德伦理、社会秩序、医疗技术等,并为人类的可持续发展埋下了不容忽视的威胁。例如,利用人体胚胎进行商业化的买卖交易、克隆复制人、以营利为目的的代孕行为等,如此,将会扰乱社会稳定,阻碍人类社会有序地发展;而目前我国对于人体冷冻胚胎的监督管理和保护总体上存在很大的缺陷,且仍然处于法律的空白状态。因此,为了解决由人体冷冻胚胎所引起的一系列纠纷,加大对人体冷冻胚胎的立法保护力度,我国应当尽快出台关于人体冷冻胚胎的专门立法,明确人体冷冻胚胎的法律地位,以便为具体的司法案件提供法律依据。

(一)我国人体冷冻胚胎法律属性的界定

1. “人体冷冻胚胎”与“人”

(1)人体冷冻胚胎的概念

人体冷冻胚胎牵涉法律、医学以及伦理等诸多领域,关于冷冻胚胎这一概念的诞生是由1988年冷冻保存前胚胎的技术所催生而成的,也就是说,冷冻胚胎指的即是冷冻保存起来的前胚胎,而冷冻保存前胚胎技术是将人体前胚胎放入液态氮中加以保存从而供将来对其进行使用。英国1990年的《人类受精与胚胎法》中将“胚胎”解释为:完成受精并存活的人类胚胎,并将其外延扩展到仍处于受精中的卵子,而所

谓受精过程的完成必须是在两个细胞的受精卵同时出现之时;^①美国的《路易斯安那州民法典》规定中将有关人类的受精卵、胚胎等统一称为“人类胚胎”,且将人体冷冻胚胎明确定义为享有法律所赋予的特定权利,并在试管内进行受精的人类卵子。^②

(2) 传统民法理论中对“人”的界定

第一,所谓的“人”,从社会发展到现代,就是社会性的人,而不是生物性的人,而我们通常所说的民法中的“人”则指的是在民事法律关系中享有权利义务、承担法律责任的具有主体资格的权利主体。^③自人体冷冻胚胎争夺纠纷案引起社会关注以来,主体说之观点的核心在于人体冷冻胚胎是否为民法上的人,当我们从法律上把人视为民事权利主体的时候,人就属于通常民法上的人,在民法中,所谓的自然人一般即指生物学意义上的人,伴随着活着出生而自动享有民事法律主体资格的人,还包括一国的本国公民、本国外的公民和没有任何国籍的人。但是公民与自然人不同,公民仅仅指的是具有一国国籍的人,^④此处我们所讨论的人仅指作为民事主体的自然人。在法律表达上,“民法上的人”及其在实体法中作为法所规范的对象,经过了一定的历史进程。从法律历史发展的角度来看“民法上的人”,其本身具有丰富的内涵,在古罗马时期,自然、动物与人三者是相互混存的,直到法国民法典时期,人才变成了生活在国家中和家庭中的,虽然如此,但是人依然不具有独立完整的人格;直到德国民法典时期,法学界提出了“权利能力”这个概念,至此才把民法上的人作为一个具有完全独立人格的民

① 参见李佳伦:《英国法对人体胚胎的民事法律地位的争议》,载《人民司法》2014年第13期,第107~108页。

② 参见徐国栋:《体外受精胚胎的法律地位研究》,载《法制与社会发展》2005年第5期(具有某种法律授予的权利、由一个或更多的活人类细胞以及人类基因材料构成的试管受精的人类卵子,这些细胞以能在子宫中发育为胎儿的方式联合和组织起来);张燕玲:《人工生殖法律问题研究》,法律出版社2006年版,第99页(所谓人类胚胎指受法律保护之体外受精卵,由一个或以上的活的人类细胞与基因物质组成,并可于子宫内发育为胎儿者)。

③ 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第214页。

④ 参见王利明:《民法》,中国人民大学出版社2007年版,第61页。

事法律主体加以对待。^⑤在罗马法中,“人法”与“物法”是各自成编的,传统“人法”及其所内含的关于整体的人的概念开始走向解体是在潘德克顿法学以五编制的法典编纂技术对罗马法进行改造之后,具有主体资格的生物人所享有的“人格”其实是传统“人法”上的人的形式内涵,^⑥即要成为权利主体,无论是作为生物人还是人的组成部分,都必须将其进行结合。

第二,在我国,自1949年以来并且在相当长的时期内,对民事主体或者说民法上的人的表述一直是用公法上的相关概念来替代,并且不存在所谓私法上的人,因此,在我国,无论是人还是民事主体,都是我们所说的公法上的公民。民法中所说的人为主体,并不是指人体是主体,主体与人体是两个不同的概念,主体指的是由人的身体和其法律人格所共同构成的自然人,^⑦人体必定为主体所有,但人身体之本身却并非为主体,民法上的人是一个抽象概念的人,其所具有的价值只能体现在一个真实存在的人身上,包括我国在内的各国法中,基本上都以人体不是物,而是主体人格的一部分来对人体法律属性进行界定的,拒绝承认和接受人体不属于通融物的观点。^⑧

第三,作为人最重要的是,人是一个完整的生命体,具有行为能力,是人格的承载体。人格是一个人之所以为人的重要部分,而人格权是具有社会性的人能够成为法律上的人的权利,如果没有这些权利则无法成为法律主体——人;当然对于人格权的享有是法律所赋予的,如果没有这些人格权,作为自然人的我们则无法成为法律上的人,我们也无法进行一些民事法律行为并承担相应的法律责任,人格权是伴随胎儿

^⑤ 参见曹险峰:《论德国民法中的人、人格与人格权——兼论我国民法典的应然立场》,载《法制与社会发展》(双月刊)2006年第4期,第55页。

^⑥ 在罗马法上,生物学意义上的人称为“homo”,但“homo”不一定是权利义务主体,权利义务主体被称为“caput”,只有当“homo”具有“caput”时,才是法律技术意义上的“人”(person)。这种人在法律上的地位称为“personalita”(人格),在罗马法上,人格只能为特定身份的人所享有。

^⑦ 参见马骏驹:《人格和人格权理论讲稿》,法律出版社2009年版,第101页。

^⑧ 学者富井政章和约翰尼斯·布鲁斯认为“人体也为不通融物”。参见[日]富井政章:《民法原论》第1卷,陈海瀛、陈海超译,中国政法大学出版社2003年版,第190页。

的出生而自然享有的。作为人体冷冻胚胎,如果没有现代先进的医学技术、没有技术高超的医生人为地将其移入母体的子宫中进行孕育,而是仅仅将其放在医院冷冻保存着,那么冷冻胚胎则永远不会有发育成人的可能性。如果连人基本的身体都未形成,没有享有人格权的承载体,何来的享有人格权,如何称其为“人”?随着现代科学技术的发展,给对人的界定提出了难题,比如社会中越来越多地出现关于人体冷冻胚胎、堕胎、代孕等一些问题急需解决,应从立法层面明确人体冷冻胚胎的法律属性以及如何设置它的未来等问题。为了使处理诸如胚胎类的司法案件能够形成一个固定的标准规范,我们就必须从立法上对冷冻胚胎做出一个准确的定位。

2. “人体冷冻胚胎”与“物”

(1) 传统民法对“物”的界定

民法理论中的“物”通常是指作为民事法律关系客体的物,即存在于人体之外,占有一定的空间,并能满足人们的各种社会需求,具有一定的稀缺性,能为人们所现实地直接支配和控制的各种社会物质资源,是民事法律关系的客体之一。^⑨在我国《物权法》的相关规定中,对“物”这一概念做出了概括性的列举,唯独没有对“民法上的物”做出一个准确的定义,我国民法学者从理论上对“物”进行了界定。例如,梁慧星教授在《中国物权法研究》一书中对我国民法上的物做出了以下的相关解释:“1. 除了有体物之外,凡是能够为人力所直接支配的自然力以及具有独立空间的均属于物;2. 须为人力所能支配;3. 须能满足人们生活的需求;4. 须存在于人体之外,为外界之物”;^⑩而魏振瀛教授在其所著的《民法》一书中对民法上的物的定义为:“所谓物,作为民事法律关系的客体之一,是指存在于人身之外,既能满足人们的日常社会需求又能为人所直接控制与支配的客体存在”;^⑪此外,还有学者认为人的身体本身不是物,但是当人身体的一部分与人身发生分离之后,该身体之分离部分则应当属于物,由该人对其身体的分离部分享有所有权。

⑨ 参见王利明:《民法》,中国人民大学出版社2007年版,第132页。

⑩ 梁慧星:《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第31~34页。

⑪ 魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第118页。

由此我们得出,传统意义下的“民法上的物”主要具有以下4个方面的特征:①独立地存在于人的身体之外;②具有可控制性和可支配性;③不限于有体物;④其存在能够满足人的某种需求。

(2) 人体冷冻胚胎对传统民法上物的冲击与挑战

人体冷冻胚胎纠纷案引发各种激烈的争议以来,在我国法学界形成了三种主要的学说观点,其中客体说认为人体冷冻胚胎属于民法上的物。在我国民法典研究制定的过程中,我国的民法学者大多数都是从传统民法“人—物”二分法的角度出发,将人与出生或未出生的胎儿视为民事主体,而将那些类似冷冻胚胎等脱离于人身体的组织器官部分视作是民事客体——物。在梁慧星教授主持编撰的《中国民法典草案建议稿·总则》中,将能与人身相分离的器官组织等明确规定为一种特殊的物,属于权利客体的主要形式,并将其规定到了关于权利客体的章节之中。^⑫

首先,我们在传统的民法理论层面从“物”的定义的特征来对人体冷冻胚胎进行分析:①人体冷冻胚胎是在医疗技术高度发展以及医生水平不断提高的情况下脱离于人的身体而独立存在的;②由于医院运用其先进的医疗技术可以控制人体胚胎,即用液态氮将胚胎冷冻,从而对其加以控制与支配;③虽然人体冷冻胚胎属于有体物,但是传统民法上的物并不仅仅限于有体物;④目前对人体冷冻胚胎的大量使用主要是为了满足那些不孕不育的人群繁衍后代的社会需求。从上述对人体冷冻胚胎套用传统民法理论中对“物”的定义的一些特征对其进行分析可以得出,人体冷冻胚胎貌似符合“物”的定义,且似乎可以被认定为是民法上的物。

其次,人体冷冻胚胎不仅只有民法中物的特征,其更具有自身的特殊性,与传统的一般物相比,人体冷冻胚胎具有以下特征:①人体冷冻胚胎具有将来发育成为人的可能性,而“动物胚胎”将来只有发展成为

^⑫ 梁慧星组织编写的《中国民法典草案建议稿·总则》中第四章“权利客体”部分第99条规定:民事权利的客体包括:物、行为、人格利益、智力成果;民事权利也可以成为民事权利的客体;自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等,以不违背公共秩序与善良风俗为限,可以成为民事权利的客体。

动物的可能性;②人体冷冻胚胎具有不可替代性,一般而言,普通物均具有可代替性,但冷冻胚胎自身独一无二的基因特性决定了其一旦受到毁损,则不可能被任何物质所替代;即便是利用现代医学技术,配子提供者也无法实现其成为生物父母的愿望;③人体冷冻胚胎具有特定人的专属性,因为它属于冷冻胚胎配子提供者或者由他们所组成的夫妻所共有,^⑬2014年宜兴市冷冻胚胎争夺纠纷案发生之后,一审法院在最后的判决中肯定了“人体之受精卵胚胎为未来发展成为生命体的一种特殊之物”。^⑭由此,我们可以发现虽然一审法院最终还是将人体冷冻胚胎界定为“物”,但却肯定了其自身的特殊性,即人体冷冻胚胎具有发展为生命的潜能,其含有未来的生命特征,倘若我们把人体冷冻胚胎的法律属性定位为权利客体——物,不管是多么特殊的物,其最终都不可能发展为人,获得人的生命体征。

最后,人体冷冻胚胎在尚未植入母体的子宫之前属于独立存在的物,但不仅仅是普通物、纪念物之类的,当然也不同于精子、卵子、血液、组织等人体的脱离物。因为,法律上的普通物具有任意交换性和可替代性,而人体冷冻胚胎却不可以被用来任意交换,否则有违伦理道德。纪念物是具有人格象征意义的,是对人的一种精神慰藉,应当给予相应的特殊保护;而人体冷冻胚胎需要采用先进的医疗技术才可以将其保存下来,如果仅仅作为纪念也不符合常理。此外,虽然精子和卵子是冷冻胚胎配子提供者的遗传基因,但是在未将其与其他的精子或者卵子进行结合之前,即便将其移植入母体内也是不具有任何意义和价值的。基于上述的相关论述可以看到,人体冷冻胚胎的确对传统民法理论中的“物”产生了一定的冲击和挑战,不得不让人们民法中关于“物”的认定标准产生质疑,传统民法对物的认定标准是否具有彻底性和覆盖性?面对人体冷冻胚胎这一新生事物,无论是从立法上还是司法上都

^⑬ 参见孙良国:《夫妻间冷冻胚胎处理难题的法律解决》,载《国家检察官学院学报》2015年第1期,第113页。

^⑭ 《双独子女父母争冷冻胚胎案一审判决“特殊之物”不能继承》,载新华网:http://news.xinhuanet.com/legal/2014-05/16/c_1110719527.htm,最后访问日期:2015年12月23日。

无法利用传统民法理论对其进行正确的判断和评价,那么,我们该如何从应然以及实然的角度对其进行认定与评价?

(二)人体冷冻胚胎法律属性的学说分歧

关于人体冷冻胚胎的法律属性,学者们虽然从不同的维度进行了分析和讨论,各抒己见,但仍然没有一个准确的结论。目前法学界主要有以下三种主流学说观点:一是“主体说”,即把人体冷冻胚胎视作法律关系的主体——人,享有法律所赋予的权利并受其保护;^⑮二是“客体说”,即将人体冷冻胚胎视为法律关系的客体——物,并使用“组织”这一法律上位概念将人体冷冻胚胎纳入其中;^⑯三是“中间说”,即认为人体冷冻胚胎既非主体亦非客体,而是处于主体与客体之间的中间地位。^⑰本部分就以上三个主要的学说观点进行梳理。

1. 主体说之梳理

(1) 主体说之观点

主体说从传统民法“人—物”两分法的理论出发,认为民法中的人即为自然人,并且只有在享受民法所赋予的民事权利时才能被称为“人”,将人体冷冻胚胎视作民事法律关系的主体,主要是由于人体冷冻胚胎在不受其他外在因素的影响下,有着发展成为人、具有人的各种生命体征的潜在可能性。该学说认为人体冷冻胚胎等那些脱离于人体的器官和组织是人完整身体的分离部分,与人身具有完全的一体性,具有其存在的特定功能,因而应当属于民事法律关系的主体——人。主体说主要有以下两种观点。

第一,有限自然人说。该说认为人体冷冻胚胎是一种特殊的自然人。所谓的“有限”主要体现在以下两方面:一是胎儿只得取得财产权利,而不能取得其他的权利;二是胎儿取得的权利具有“活着”出生的法律解除条件,这也就表明了胎儿在取得其相应权利之后仍然具有不

^⑮ 参见程梦:《冷冻胚胎的法律属性探析》,载《怀化学院学报》2015年第4期,第83页。

^⑯ 参见张善斌、李雅男:《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构造》,载《科技与法律》2014年第2期,第289页。

^⑰ 参见赵相娜:《胚胎的法律属性及相关问题研究》,河北大学法学院2015年法学硕士学位论文,第10页。

可能活着出生的情况。^⑮该学说之所以认为人体冷冻胚胎是民事法律主体,是因为人体冷冻胚胎享有生命权、身体健康权、身份权和人格尊严权等民事权利,但由于冷冻胚胎具有将来发生转变的不确定性质,即其未来有可能发展成为人也有可能会不幸夭折,因此具有一定的有限性。

美国路易斯安那州法律中明确规定:人体冷冻胚胎属于生物学意义上的人,既不是人类生育的中间媒介也不是医生的财产,并且将人体冷冻胚胎定义为:由多个生存细胞和人类基因物质所组成并最终在人体子宫内发育而成的一个未出生的婴儿;^⑯意大利有关人体冷冻胚胎的学说和相关立法也认可有限自然人说的观点,即认为人体冷冻胚胎是国家宪法所承认的法律主体,并且将冷冻胚胎所享有的财产权的承认扩展到了人格权范畴;^⑰阿根廷于1871年通过立法明确规定尚孕育于母体之中还没有出生的人应当视为即将出生的人,承认人在出生前即可取得如同出生一样的权利,赋予胎儿获取财产的权利,由于阿根廷当时并未出现冷冻胚胎等人工辅助生殖问题,因此在当时还不可能考虑到关于人体冷冻胚胎的法律地位等问题,我们不能当然认为阿根廷现在仍将冷冻胚胎认定为法律主体,但该国之后的民法草案规定,冷冻胚胎具有被孕育和出生的权利。^⑱

第二,法人说。法人说的主要观点是将人体冷冻胚胎视为一个特殊的联合体,^⑲认为胚胎的结合与社团的联合具有本质上的一致性。路易斯安那州法律明确将人类胚胎的法律地位规定为法人,即承认胚

^⑮ 参见徐国栋:《体外受精胚胎的法律地位研究》,载《法制与社会发展》(双月刊)2005年第5期,第57页。

^⑯ 参见张善斌、李雅男:《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构造》,载《科技与法律》2014年第2期,第287页。

^⑰ 参见[意]弗朗切斯科·布斯内里:《生命伦理学及私法》,北京大学出版社2003年版,第63页。

^⑱ 吴汉东主编:《高科技发展与民法制度创新》,中国人民大学出版社2003年版,第30页。

^⑲ 参见曲凯:《关于体外胚胎继承权的研究》,载《赤峰学院学报》2015年第1期,第71页。

胎作为法人是一个独立的实体,并且是被独立放置或者保存在医疗机构或诊所的实体。此外,该州的法律还明确规定冷冻胚胎不得被摧毁和用于科研,^②也就是说胚胎在被移植入人体之前是作为法人而独立存在的。将胚胎的联合与社团下自然人的联合进行类比而推断出胚胎具有法人的性质,结合法人的基本理论和内涵来分析,这一学说观点无疑是不能被接受的。

(2) 主体说之评析

笔者认为,将人体冷冻胚胎视为法律关系的主体这一学说观点具有片面性,还具有值得商榷之处,具体评析如下。

第一,持主体说观点的学者仅仅是从人体冷冻胚胎具有发展成为人的潜在性方面对其进行界定的,虽然在一定程度上具有理论可行性,但主体说的观点具有明显的片面性。尤其重要的是,如果承认尚未移入母体子宫内孕育的人体冷冻胚胎为一种特殊的带有人格特征的生命体,那么在解决由人体冷冻胚胎所引起的其他有关法律、医学、道德伦理等相关问题时将会产生不可避免的局限性。

第二,从法理学角度而言,主体、客体和内容是法律关系的三大要素,在民法体系中,正是民事主体、民事客体和民事权利义务这三大要素共同支撑起了整个民事法律关系,这三大要素缺一不可。学者们将人体冷冻胚胎的法律属性界定为民事法律关系的主体,那么其在参与民事法律关系的过程中应如何承担相应的民事责任?在法律上,每个人在享有法律所赋予的权利时必须承担相应的义务,那么,人体冷冻胚胎在享有法律所赋予的权利的同时如何承担义务?因此,作为民事法律关系的主体必须是实实在在的“人”,具有人的思想和意识。

第三,主体说认为,人类的受精卵以及冷冻胚胎不得被摧毁,应当像对待人一样地尊重和保护其权益,即如前所述的国家通过立法明确承认人体冷冻胚胎为法律主体,将人体冷冻胚胎划分为有限的自然人和法人。有限的自然人说虽然赋予冷冻胚胎一定有限的财产权包括人格权,并承认其具有法律主体地位,但是这一学说亦具有很大的片面

^② 参见佟柔:《中华人民共和国民法通则简论》,中国政法大学出版社1987年版,第175页;王利明:《国家所有权研究》,中国人民大学出版社1991年版,第79~81页。

性,用“有限”两字将人体冷冻胚胎进行限定,也就意味着对其权利的限定,如此在具体的实践操作中难免带来一定的阻碍作用。此外,把冷冻胚胎看作一种特殊的联合体,作为法人实体而独立存在,虽然可以更好地对冷冻胚胎进行保护,但是其无论在理论上还是实践中都是行不通的。在我国,对于自然人的民事权利认定采用“独立呼吸说”,^{②4}即要求胎儿必须是活着出生的,如此才可以自动享有法律上的一切权利。因此,人体冷冻胚胎在未植入母体受孕之时则不具有发展为人的可能性,故不属于人。

第四,如果承认人体冷冻胚胎的主体性法律地位,则相当于承认了“堕胎罪”,而堕胎即意味着残害生命,属于故意杀人的行为,因为生命具有至高的价值位阶,^{②5}如果真的将“堕胎罪”列入刑法条文中,或许可以对现代社会肆意堕胎等道德低下的行为起到一定的遏制作用,但是,该做法不具有现实的可操作性且与大众的价值观相冲突。^{②6}例如,在生育过程中,如果胎儿与母亲的生命发生冲突,两者必须割舍其一时,该行为是否能够被认定为故意杀人?还有现实中有些工作人员为了执行国家政策,强行将未出生的胎儿做人工引流,发生法律与政策相冲突的情形又该如何处理与认定?因此,将人体冷冻胚胎认定为主体具有不充分性。

第五,将人体冷冻胚胎视为法律上的人,即意味着禁止将冷冻胚胎予以转让、继承与赠与。美国路易斯安那州的法律将人体胚胎视为“法律上的拟制人”,^{②7}明确宣布人体胚胎是生物学意义上的自然人;而新墨西哥州法律则明确规定对胚胎要进行特别保护,如此可推论出胚胎不得被随意地销毁或者仅仅是为了科学研究目的而去创造胚胎,而

^{②4} 参见陈金林:《刑法意义上的“人”的起点——多维度的综合分析》,载《政治与法律》2015年第3期,第79页。

^{②5} 参见孙良国:《夫妻间冷冻胚胎处理难题的法律解决》,载《国家检察官学院学报》2015年1月,第112页。

^{②6} 参见赵相娜:《胚胎的法律属性及相关问题研究》,河北大学2015年法学硕士学位论文,第8页。

^{②7} 谭丽萍:《人类体外胚胎法律问题探究》,西南政法大学2015年法律硕士专业学位论文,第7页。