

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2002年第1号

总第22卷

VOL. 22

梁慧星 / 主编

民商法论丛

2002 年第 1 号 / 总第 22 卷

金桥文化出版(香港)有限公司

民商法论丛 (总第 22 卷)

主编 梁慧星

责任编辑 王 玲

封面设计 石 磨

出版·发行 金桥文化出版(香港)有限公司
香港中环干诺道中 68 号华懋广场二期
六字楼 A 室

北京办事处 电话(010)68028094

深圳办事处 电话(0755)5517258

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

印刷 福利印刷

版次 2002 年 3 月第 1 版第 1 次印刷

书号 ISBN 962 - 85837 - 9 - 4

出版声明 版权所有 侵权必究

卷 首 语

本卷【专题研究】栏编入五编论文。一是南庆明的《生命权边缘理论问题研究》。本文从法哲学的角度分析了生物科技的发展对生命权理论的挑战,就安全堕胎与胎儿生命权、安乐死亡与生存权利、植物人生命利益的支配、器官移植与生命权,以及克隆人问题等,作了理论探讨。二是宁红丽的《旅游合同研究》。现行合同法未规定旅游合同的一个原因是,对旅游合同理论研究的不足。在旅游业快速发展的同时,旅客与旅行社之间产生的各种纠纷,因缺乏法律规则而增加了裁判的困难。本文对旅游合同作了系统的研究,可为立法机关规范旅游合同关系和法院裁判有关旅游案件提供参考。三是张民安的《雇主就其雇员的行为所承担的侵权责任》。雇员于执行受雇事务时加损害于他人,应由雇主对受害人承担损害赔偿赔偿责任,民法上称为雇用人责任或使用人责任。本文对这一责任制度的历史、理论根据、责任性质、责任构成等作了全面的论述,对于立法机关制定、完善我国侵权行为法有参考价值。四是王成的《过失的经济分析》。本文运用经济分析方法,分析作为侵权责任构成要件之一的过失概念,可以弥补我国民法理论中关于过失概念研究的不足。五是于敏的《侵权损害赔偿请求权的消灭时效》。民法设消灭时效制度的目的,在于维护法律秩序的安定,及在年代久远的案件中以时效为证据之代用,以回避诉讼中收集证据和判断证据的困难。但在实践中,对于事实关系明确的人身伤害案件,仅因超过2年普通时效期间而否定其损害赔偿请求权,使加害人逃脱责任而受害人的合法权益不能得到保护,违背民法公平正义。本

文着重参考日本的裁判经验和学说,对于侵权损害赔偿的消灭时效作了深入的研究,其中否定时效效力的各种判例规则,值得我国法院参考借鉴。

【立法问题】栏刊载两篇文章,一是周安平의《对夫妻人身关系与财产关系的法律思考》。作者对新修改的《婚姻法》关于夫妻人身关系和财产关系的规定作了分析研究,提出解释适用的方案,并指出其不足。二是侯利宏的《消灭时效的效力》。作者在比较研究基础上对关于消灭时效效力的各种学说进行了分析、批评,并对我国制定民法典如何规定消灭时效的效力提出了建议。

【域外法】栏刊载四篇文章。其一是【美】Raymond T. Nimmer 著《UCITA:一部信息时代的商事合同法典》。作者是休斯敦大学教授、美国《统一计算机信息交易法》(UCITA)起草委员会成员及报告人。本文着重介绍了《统一计算机信息交易法》的政策和重要制度。由金振豹翻译。其二是【德】Ulrich Drobnig 著《论物权变动》。作者是马普外国私法和国际私法研究所教授。本文着重探讨了欧洲各国关于物权变动的不同制度,如合意原则与交付原则,单一原则与区分原则,以及基础合同与物权合同,认为将要制定的欧洲民法典在物权变动问题上,既不能采纳法国的合意原则,也不应采纳德国的抽象物权合同制度,而应采纳交付加合意的物权变动模式。由于海涌翻译。其三是【新西兰】Duncan Webb 著《所有权与转化:加工物归谁所有?》。作者是新西兰威灵顿维多利亚大学法律系助理讲师。本文结合具体案例,探讨当加工人和原材料所有人不是同一人时,加工物的所有权归属。由冉昊翻译。其四是郭树理的《欧盟民商事案件域外取证制度统一立法述评》。2001年5月28日欧盟理事会制定了成员国法院间民商事域外取证合作的第1206号规则,统一了欧盟各国域

外取证制度。本文是对这一规则的介绍和评论。

【判解研究】栏刊载胡平的《艺术服装的著作权保护》。服装能否受著作权法的保护,著作权法未有明文,理论界存在不同观点。北京市第二中级人民法院作为第一审、北京市高级人民法院作为第二审的胡三三诉裘海索、中国美术馆案,认定艺术服装属于著作权法保护的作品。本文是对本案两审判决的评释。

本卷新设【仲裁问题】专栏,刊载两篇文章,一是李虎的《裁决的撤销与发回重审》。作者结合具体案例,对仲裁法规定的裁决撤销制度作了系统的考察,检讨其所存在的问题,并对如何完善我国裁决撤销制度提出了建议。二是宋连斌的《仲裁协议的新发展:理论与实践》。本文归纳了20世纪90年代以来国际商事仲裁协议的新发展,结合具体案例分析了我国仲裁实践中有关仲裁协议的新动态,如合同转让与仲裁条款转让、派生仲裁请求权、分支机构签订仲裁协议、代理人签订仲裁协议等问题。

【硕士学位论文】选刊李彬的《从柯达——富士案析“不违法之诉”》。我国已经加入WTO,而加入WTO的好处之一是可以利用其争端解决机制。本文以WTO争端解决机制处理的美国诉日本胶卷案为切入点,研究WTO争端解决机制中的“不违法之诉”条款,相信将有助于我国理解、掌握和运用WTO争端解决机制。

【资料】栏全文刊载《(美国)统一计算机信息交易法》,由刘颖、张庆元、林晶翻译。1998年以前,面对日益迅猛发展的数字交易和信息交易,美国法学会和统一州法全国委员会着手修订《统一商法典》调整货物贸易的第2编,并起草调整数字交易的第2B编。当第2B编的规则与修订中的第2编的规则越来越不一致时,第2B编便成为一部独立于《统一商法

典》的法律,即《统一计算机信息交易法》。该法创立了全新的概念与规范,如信息权、归属程序,及关于电子代理人、启封(点击)许可与网上格式合同的规范等,对于我国合同法的完善和知识产权保护有重要的借鉴意义。可参阅本卷【域外法】栏该法起草委员会成员、报告人 Raymond T. Nimmer 介绍该法的文章。

《民商法论丛》的宗旨是，从我国改革开放和发展现代化市场经济的实际出发，广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说，研究民商法的基本理论和重大法律问题，为我国民商事立法的现代化和审判实务的科学化提供科学的法理基础，提升我国民商法理论水准，培养民商法理论人才。按照编辑方针，本丛书将每年出版4卷，每卷50万字。内容包括：一、法学方法论；二、专题研究，包括民法、商事法、域外法；三、判例研究；四、硕士学位论文；五、博士学位论文；六、域外著名学者经典论著；七、重要立法资料。

金桥（近期出版）书目

《民商法论丛》第16卷	定价：60元
《民商法论丛》第17卷	定价：56元
《民商法论丛》第18卷	定价：52元
《民商法论丛》第19卷	定价：52元
《民商法论丛》第20卷	定价：55元
《民商法论丛》第21卷	定价：58元
《民商法论丛》第22卷	定价：50元
《越南社会主义共和国民法典》	定价：25元
《蒙古国民法典》（新编本）	定价：20元
《阿尔及利亚民法典》	定价：23元
《埃塞俄比亚民法典》	定价：65元
《物权法研究》	定价：56元
《物权法原理》	定价：45元
《从近代民法到现代民法》	定价：24元
《为权利而斗争》	定价：36元
《自由心证与自由裁量》	定价：12元
《迎接WTO》第一辑	定价：21元
《迎接WTO》第二辑	定价：38.50元
《迎接WTO》第三辑	定价：27元

联系地址：北京市西城区南礼士路21号621室
邮政编码：100045
联系电话：010 - 68028094

目 录

卷首语

专题研究

生命权边缘理论问题探究

——生存与死亡权利的论争

南庆明/ 1

旅游合同研究

宁红丽/ 19

雇主就其雇员的行为所承担的侵权责任

张民安/ 68

过失的经济分析

王 成/ 115

侵权损害赔偿请求权的消灭时效

于 敏/ 191

1

目

录

立法问题

对夫妻人身关系与财产关系的法律思考

周安平/ 242

消灭时效的效力

侯利宏/ 273

域外法

UCITA: 一部信息时代的商事合同法典

【美】Raymond T. Nimmer 著

金振豹译/ 286

论物权变动

【德】Ulrich Drobnig 著

于海涌译/ 324

所有权与转化: 加工物归谁所有?

【新西兰】Duncan Webb 著

冉 昊译/ 350

欧盟民商事案件域外取证制度统一立法
述评

郭树理/389

判解研究

艺术服装的著作权保护

——《胡三三诉裘海索、中国美术馆侵犯
著作权纠纷案》的评析

胡 平/404

仲裁问题

裁决的撤销与发回重审

李 虎/432

仲裁协议的新发展：理论与实践

宋连斌/504

硕士学位论文

从柯达——富士案析“不违法之诉”

李 彬/532

资料

美国《统一计算机信息交易法》

刘颖 张庆元 林晶 译/596

专题研究

生命权边缘理论问题探究

——生存与死亡权利的论争

南庆明

目 次

引言

一、胎儿的生命权问题

二、安乐死亡与生命权问题

三、植物人的生命权问题

四、器官移植与生命权

五、与生命权相关的克隆人法律问题

1

生命权边缘理论问题探究

引 言

随着生物科技的发展,先进的医疗器械诸如心肺监测仪、核磁共振仪、治疗用加速器等发明与运用,安全人工流产问题的解决,生命维持技术、生殖技术、器官移植技术、遗传学科技术等不断地完善,使传统民法之生命权理论受到前所未有的挑战,产生了系列边缘理论问题。笔者据浅薄之见,作本文以

期抛砖引玉、求教于各位专家学者。

一、胎儿的生命权问题

现代民法学理论认为,生命权是自然人最为宝贵的人格权,是一切民事权利的基础,也是其他民事权利的源权(权利能力始于生命的开端)。一般认为,在权利类型的划分上,生命权属于支配权的范畴,传统民法学理论将生命权定性为自然人对其生命利益享有绝对支配的权利,^[1]故此,生命权不可让度。胎儿是否具有生命权?这个问题在我国法学理论中几乎不存在争议,但是,这并不能说明其在世界范围的法学理论领域没有争议,尤其在伊斯兰国家与民众以信奉“天主教”、“基督教”为主的国度。安全人工流产技术的出现与发展,涉及胎儿与婴儿的转化——生命权的开始问题,尽管“胎儿是孕妇身体的一部分,应由孕妇决定胎儿的命运”这一主张受到“反堕胎者”的质疑与批判,但是,孕妇的意志决定了胎儿生命的权利,却已是一个不争的事实。1973年美国高等法院判决“Roe vs Wade”一案时认为,人工流产的决定是属于一个妇女在基本宪法上拥有的私权,这里所指的私权是指人工流产是孕妇私人的决定,除她个人与进行手术的医生之外,第三者包括孕妇丈夫,无权干预。美国学者朱迪(Judith Thomson)认为,就算胎儿是人,其生命权也不大过孕妇的自主权,故孕妇仍有权选择人工流产。^[2]

“胎儿的生命权大不过孕妇的自主选择权”,这一论断与传统民法之生命权理论不相符合。传统民法学理论将生命权定性为自然人对其生命利益享有绝对的支配权,是首要的人格权;既然认为胎儿享有生命权,那么胎儿的生命利益应当是由其自己支配,尽管胎儿无行为能力。因为生命属于严格人

身性质的权利类型,不可让度、不能转移,故此,代理理论(孕妇代为行使胎儿的生命决定权)无从适用。朱迪(Judith Thomson)既然认为“胎儿享有生命权”,那么,从民法的角度考量,孕妇就无权处分胎儿的生命了,这犹如母亲无权决定孩子的生死权利一样;因为她们已经不能把享有生命权的孩子(甚至胎儿)看成自己制造的物,无权像对待自己的财产那样毁掉他们,胎儿已经是一个享有生命权的人!

堕胎在法学与伦理学上是一个十分棘手而富有争议的问题,它的核心争议是人的生命从何时开始——胎儿是否享有生命权,因为对待人不同于其他生命。在法学领域,堕胎至少意味着胎儿继承权利能力的终结。在伦理学上,人与人相比较而言,谁的生命更有价值?没有人能够回答这个问题。“如果堕胎与否对孕妇和胎儿来说是一个悲剧性的选择,那么孕妇的生命受到保护的同时,孩子的生命却被专横地消灭了。但是,孕妇的生命还是孩子的生命更具有价值这个问题很难说是应由人来判断。”^[3] 罗马天主教伦理学家认为人的生命始于受孕之际,“即使一个小小的受精卵亦同样享有人的尊严与价值”。^[4] 传统基督教教义主张,人的生命是从受精卵开始。因此,保守的基督教会反对人类在任何阶段人为实施对生命的摧残和不尊敬之行为,他们坚决反对堕胎,他们认为堕胎是对生命的残杀,胎儿是拥有生命权利的人。

一般认为,堕胎的合理性在于:保障孕妇自主决定本人生殖的次数,自由支配自己的身体;对强奸等非正义之侵权行为造成受孕结果,采取必要的补救措施。有学者认为:对强奸等不正义行为造成受孕,孕妇享有选择堕胎的权利是基于胎儿未经许可而寄宿其腹中,“它是在继续着先前强奸者进行的侵犯。”^[5] 为了维护受害者的自尊、名誉、幸福,维护孕妇的身心健康乃至生命安全,可以选择堕胎。甚至有人提出主张“任

何不想要的、非故意受孕的婴儿都不应该出生”。^[6]如果这个观点是正确的,那么是不是所有想要的、故意受孕的婴儿都应该出生?显然,这种偏激的观点完全否定了胎儿具有潜在人形的特征。

如果说胎儿不是人,受精卵则更是如此,那么胎儿与受精卵是不是可以作为权利的客体?胎儿与受精卵既然不是人那么就是物,因为世界上没有既不是人又不是物的东西(这里的物是广义上的物,包括有体物和无体物)。胎儿与受精卵既然是物,自然可以作为权利的客体。“代孕母亲”问题的出现,使胎儿和受精卵成为民事权利权的客体变为现实。胎儿与受精卵是物这一观点在事实上已经被人们所接受。“代理母亲”之人工繁殖科技的存在至少存在法学与伦理学上的问题,其在北美曾受到广泛的关注。1988年美国新泽西州最高法院的“Baby M”案件,事缘于威廉先生(William Stern)与玛丽女士(Mary Beth Whitehead)达成协议,由玛丽女士为其代孕并提供卵子,威廉先生支付酬金。但产后玛丽女士拒绝将婴儿按合约交付给威廉先生,引起社会对这种人工生殖出现的伦理问题的关注。^[7]胎儿和受精卵由于其不具有生命的完全形式,法学理论是否可以接受并允许其成为债权的客体?但是,“代孕母亲”问题的出现,不仅使“胎儿”和“受精卵”成为民事权利权的客体变为现实,而且使“婴儿”这个完全人形的生命亦沦落为债权的客体,成为争讼的标的。由于代孕婴儿是代孕合约(合同)的产物,毁约是否可以同时毁掉婴儿?代孕母亲由于其本人提供了卵子,是代孕婴儿的原生母亲,可以认为在婴儿尚未出生之前(处于胎儿之际),代孕母亲可以违约,有权决定其生命权。但是,如果代孕母亲所怀的胎儿完全是他人提供的受精卵,而且提供受精卵的男女一方或双方,已经不再具有生殖能力或者已经死亡,换言之,受精卵是唯一的,

那么赋予代孕母亲有权决定胎儿的生命权,从伦理学、医学(自然人之独特基因的延续)与法学(身份权的丧失)的理论角度思考,实际上是直接剥夺了他人(受精卵提供者)延续生命的权利。

我国现有民法理论认为自然人的权利能力始于出生,胎儿不具有权利能力,不享有生命权。但是,我国《继承法》规定,胎儿享有继承之权利能力,在继承问题上胎儿与自然人同等享有继承权。这一问题的纷争焦点是胎儿的权利能力究竟从何时开始较为合理,即采用“受孕说”还是“独立呼吸说”。笔者认为,对于同一事务采用多重标准,在法学领域是不严肃的举措。换言之,受精卵与胎儿是继承法上之人的概念,至少是潜在的人,其与人具同等权利。继承之权利能力始于受孕,而生命始于出生,这又缘何说起?这个问题与我国现有民法学说之生命权理论自相矛盾、实有不妥。传统民法学理论认为生命始于出生,这一问题的合理性已经受到现代科技发展所出现伦理问题的挑战,有待进一步探究。

二、安乐死亡与生命权问题

荷兰于1995年就通过了《安乐死法案》,荷兰议会的这一决议为安乐死合法化开了先河。但是,1998年7月25日,法国却对“死亡天使”——土克里思迪娜·冯莱夫尔以谋杀罪提出指控,理由是其协助数十名老年绝症患者实施了安乐死。为缩短绝症患者的痛苦,让其尊严地离开人世而实施安乐死的行为是行善还是作恶?民事法律对实施安乐死行为的态度究竟应当持何立场?这一问题的出现使“生命权属民事权利范畴”之理论再次受到人们的质疑。

人们担心死亡之际的痛苦因为死亡过程的延续而增加,

死亡权利在临终之痛苦难以自控时已被剥夺,于是出现了“死亡权利”之争问题。“雅各斯”这位英国男士由于其悲惨的遭遇,被人称谓为“世界上最痛苦的人”;他从出生 20 个月开始就完全靠手术维持生命,他的身上插满各种管子,到 1987 年为止已经做过 324 次手术。他想死,可是他没有自杀的能力,而发达的医学技术却不断地延长他的生命。^[8]按照英国哲学家休谟的观点,如果人类可以设法延长生命,那么人类也可以缩短生命。换言之,生与死都是人的权利。^[9]现代科技具备许多简便易行的方法来结束自己或他人生命。自然人享有活着生活的权利,同时自然人是否可以在法律上享有以某种行为方式结束自己生命的权利?尽管自杀与安乐死行为目前在我国的法律上被认为属于非法行为,但是,美国犹他州立大学人造器官移植部负责人威廉·克尔夫认为:“病人的生命被延长以后,如果本人不想再继续延长生命,如果活着不再是享受,病人有权结束自己的生命,这样做法是完全合法的。”^[10]自然人中止自己的生命(自杀、安乐死、献身等)是一种事实权利,尽管其在某些国家的法律上不被看作是人的权利,但在现实生活中这种事实发生的事例不胜枚举。美国西雅图一位退休的牙科医生巴尼·克拉克,患有心脏病。医生考虑到他年纪太大,已不适合接受普通心脏移植手术。而在其成为世界上第一位接受永久性人工心脏的人之同时,他也把自己的生命最后阶段束缚在一台笨重的压缩机上,人身活动受到严格限制。有人说克拉克享有死亡权利,如果不想依靠这种人工机械活下去,他可以随时关掉人工心脏的压缩机便可安乐地死去。^[11]

在理论上,“死亡的权利”概念出现,是相伴于“安乐死”问题的提出,其目的是让患者有自主权拒绝医者认为有意义、而患者认为破坏人临终应有的尊严的维持生命的治疗。随之而