

人类体外胚胎利用活动的私法回应

——以《民法典》第一千零九条为中心

庞伟伟

【摘要】面对人类体外胚胎利用活动,《民法典》不仅选择积极介入而且决定有限开放。为避免潜在风险,《民法典》不仅直接规定了多种风险预防机制,如提高合法标准、设置三大底线和强调人格尊严,而且还间接引致了多种风险预防机制,如划定行为禁区、限制利用对象和实施伦理审查。即便是在《民法典》的框架下,对人类体外胚胎的利用活动所引发的损害进行救济依然是可能的。但是,《民法典》所能供给的侵权责任方案存在很多局限。因此,后续立法应同时引入其他损害救济方案。从我国现行立法来看,潜在选择有强制责任保险方案、商业保险方案、社会救助基金方案和国家补偿方案。后续立法甚至可以建立同时包含四者的综合救济体系。为确保受害人能获得救济,应由国家兜底。

【关键词】人类体外胚胎;人类辅助生殖技术;《民法典》第一千零九条;风险预防;国家补偿

【作者简介】庞伟伟,男,河南大学法学院讲师,法学博士,研究方向为民商法学(开封 475001)。

【原文出处】《河南财经政法大学学报》(郑州),2024.3.36~46

【基金项目】本文是2021年中国法学会部级法学研究课题“人类体外胚胎利用活动风险控制法律问题研究”[项目编号:CLS(2021)D50]的阶段性成果。

在编纂《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的过程中,发生了贺建奎基因编辑婴儿事件,引发了社会各界热议。作为回应,立法机关在立法草案中增加了与人类体外胚胎有关的表述。经过后续完善,相关表述最终成为《民法典》第一千零九条^①。该条规定:“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动,应当遵守法律、行政法规和国家有关规定,不得危害人体健康,不得违背伦理道德,不得损害公共利益。”《民法典》对于人类体外胚胎利用活动的基本态度为何?对于潜在风险,《民法典》中的预防机制有哪些?对于相关损害,应当通过何种或者哪些方案实施救济?这些都是值得关注的问题。有鉴于此,下文将以《民法典》第一千零九条为中心,对上述问题进行全面研究,以期为后续立法和司法实践贡献绵薄之力。

一、《民法典》对于人类体外胚胎利用活动的基本态度

(一)积极介入

1.《民法典》选择积极介入的主要表现。第一,《民法典》是我国率先规定人类体外胚胎的法律^②。1998年,科技部和卫生部共同制定了《人类遗传资源管理暂行办法》。2001年,卫生部又颁布了一系列规范性文件^③。2003年,卫生部又对2001年颁布的部分规范性文件进行了全面修订。同年年底,科技部和卫生部还共同颁布了《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》。尽管这些文件对于人类体外胚胎利用活动的有序发展贡献颇大,但效力位阶普遍较低^④。尽管2019年颁布的《人类遗传资源管理条例》效力位阶相对较高,且可涵盖人类体外胚胎的利用活动,但终究只是条例而非法律,而且并未明确列举此类活

动。直至《民法典》通过,这一局面才被扭转。第二,《民法典》第一千零九条的宣示意味尤为强烈。一方面,本条同时从正反两面进行宣示,而不少宣示条款只从正面^⑤或者反面^⑥进行宣示。另一方面,本条的篇幅^⑦明显超过一般的宣示条款^⑧,甚至超过了不少包含具体规则的条文^⑨。这也是《民法典》积极介入人类体外胚胎利用活动的又一表现。

不可否认,由于人类体外胚胎的利用活动所引发的公法问题相对更多,故而这种积极介入难免会给人以喧宾夺主之感。但是,这不仅不应该被视为《民法典》的不足,甚至还应当被视为《民法典》“慈母”^⑩品质的一个表现。面对民事主体的权利,尤其是与其人格尊严密切相关的人格权日益受到现代科技威胁的现实,具备“慈母”品质的《民法典》当然应当积极介入。更何况,正如有学者所言:“在当今,可以说在人格权的领域,宪法和民法的区别已经变得不很明确。”^⑪既然二者之间的界限已经变得不很明确,继续强调宾主之别似乎已经有些不合时宜了。

2.《民法典》选择积极介入的主要原因。第一,从人类体外胚胎的视角来看,这是因为其本身具有发育成主体的潜能。尽管《民法典》原则上只保护民事主体的利益,但这并不妨碍其对尚未具备民事主体资格(第十六条)或者已经丧失民事主体资格的对象(第九百九十四条)进行保护。既然《民法典》对已经彻底丧失民事主体资格的死者的利益尚且关怀备至,就没有理由对确实具有发育成民事主体潜能的人类体外胚胎的利益视而不见。第二,从民事主体的视角来看,这是因为人类体外胚胎的利用活动与其民事权益密切相关。首先,人类体外胚胎的利用活动必然会涉及民事主体的知情同意权。由于培育人类体外胚胎所需的精子和卵子只能由自然人这种民事主体提供,而自然人享有自由决定提供与否的权利,故而,在培育人类体外胚胎之前,必须确保民事主体充分知情并获得其明确同意。事实上,黄薇主任主编的释义书^⑫和王利明教授领衔撰写的释义书^⑬在阐释本条时,都提到了知情同意权。其次,与人类体外胚胎有关的医学活动还可能同时涉及民事

主体的身体权和健康权。尽管人类体外胚胎的利用活动有很多,但与之有关的医学活动必然是其中最常见的活动之一。至少在目前的技术条件下,从事与人类体外胚胎有关的生殖医学活动,需将其植入女性子宫。这显然会给女性带来风险。在部分生殖医学活动中,人类体外胚胎甚至会被培育成自然人。对于该自然人,无论其与接受人类辅助生殖技术帮助的夫妻之间是否存在遗传学上的亲子关系,其都将与之建立亲属法上的权利义务关系。在生殖医学以外的医学活动中,由于可能需要进行种种伤害患者身体的操作,故而也会涉及民事主体的身体权和健康权。为保护民事主体的权益,《民法典》当然应积极介入人类体外胚胎的利用活动。第三,从《民法典》的视角来看,这是因为其本身的地位就比较特殊。首先,《民法典》的体量尤为庞大。我国《民法典》共有1260个条文,远多于其他部门法。其次,《民法典》的内容极为丰富。《民法典》中的规定涉及了社会生活的方方面面,甚至被称之为“社会生活的百科全书”^⑭。再次,《民法典》的功能更为多元。尽管《民法典》的原始及首要功能是调整市民社会的民事法律关系,但其功能却远不止此。在《民法典》颁布之前,就有学者指出《民法典》具有宪法功能^⑮。既然《民法典》的地位本身就非常特殊,其积极介入人类体外胚胎的利用活动就更不难理解了。第四,从立法机关的视角来看,这是因为其尤为强调《民法典》的治理功能。2020年5月22日,王晨同志受全国人大常委会委托,专门对《中华人民共和国民法典(草案)》作了说明。王晨同志指出:“编纂民法典是推进全面依法治国、推进国家治理体系和治理能力现代化的重大举措。”^⑯既然立法机关尤为强调《民法典》的治理功能,《民法典》将人类体外胚胎的利用活动纳入调整范围就显得非常顺理成章了。

3.理解《民法典》积极介入的应然路径。第一,尽管《民法典》选择积极介入,但这并不意味着就排斥其他规范的介入。从法学的视角来看,这是因为人类体外胚胎的利用活动既涉及公法问题,也涉及私法问题,其中的公法问题还多于私法问题。事实

上,这正是《民法典》第一千零九条在“法律”之外同时列举“行政法规”乃至“国家有关规定”的原因之一。如果进一步分析就会发现,这是因为人类体外胚胎的利用活动既涉及法律问题,也涉及法律之外的问题。事实上,这也正是本条选择使用“伦理道德”这一新概念而非“善良风俗”或者“公序良俗”这两个常见民法概念的原因之一。可见,《民法典》并不排斥其他法律、行政法规和部门规章的介入,且有意为法律之外社会规范的介入提供通道。第二,尽管《民法典》选择积极介入,但这并不意味着就应当以之为中心进行调整。从人类体外胚胎利用活动本身的特点来看,这是因为其所涉及的公法问题相对更多;从现行立法来看,这是因为《宪法》才是一个国家的根本法。事实上,以《民法典》为中心进行调整本身也不大可能。从形式上看,这是因为《民法典》中与人类体外胚胎利用活动直接有关的条文只有一个;从实质上看,这是因为作为私法本身就长于宣示和救济而短于威慑和预防。正如有学者所言:“即便是在法律中,就预防和减少损害的作用而言,公法的作用也往往要大于私法。”^[5]当然,考虑到《民法典》地位确实特殊,再加上其是我国率先规定人类体外胚胎利用活动的法律,故而,在未来的规范体系中,其完全可被称为“次中心”或者“副中心”。

(二)有限放开

1.《民法典》选择有限放开的主要表现。第一,《民法典》并未全面放开与人类体外胚胎有关的利用活动。《民法典》第一千零九条使用了不少充满弹性的表述,如,“医学和科研活动”“国家有关规定”“人体健康”“伦理道德”和“公共利益”。尽管如此,其并未完全放开此类活动仍然是确定无疑的。第二,《民法典》并未全面禁止与人类体外胚胎有关的利用活动。一方面,尽管其将利用活动严格限制在医学和科研领域,但终究未全面禁止全部领域的利用活动;另一方面,尽管其确实尤为强调此类活动必须依法进行,甚至专门使用了“国家有关规定”这一指向尤为宽泛的表述,但终究没有一禁了之^③。此外,尽管其同时设置了人体健康、伦理道德和公共利益等三

个底线,但由于这三个概念的弹性较大,再加上并非所有的利用活动都必然会触及这三个底线,故而这三个底线并未彻底扼杀人类体外胚胎的利用可能。第三,《民法典》全面禁止商业性利用活动^④。《民法典》第一千零七条明确禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官和遗体。一方面,由于本条同时列举了人体细胞和人体组织,故而,无论将人类体外胚胎归为细胞还是界定为组织,都不影响最终结论。即,全面禁止人类体外胚胎的商业性利用活动。另一方面,由于人类体外胚胎本身就是精子和卵子这两种人类生殖细胞的结合体,并且具有精子或者卵子所不具有的最终发育成自然人的固有潜能,故而,其与人格尊严的联系远比精子和卵子密切。因此,即便是按照举轻以明重的逻辑,也能得出相同的结论。第四,《民法典》严格控制公益性利用活动。从《民法典》第一千零九条来看,即便是对于医学和科研等与公共利益联系紧密的活动,《民法典》也保持了极高的警惕。因为其不仅强调必须遵守法律、行政法规乃至国家有关规定,而且同时设定了三个行为底线。如此为之,不外乎以下原因。首先,公共利益的实现不能以人格尊严为代价。由于人类体外胚胎的利用活动涉及人格尊严,故而公共利益只能自我克制。其次,公共利益被滥用的风险很大。尽管“公共利益”是常用概念,但其内涵尤为模糊。因此,只要全面放开公益性利用活动,一些未必满足公益性条件的利用活动,甚至在本质上属于商业性利用的活动也会以公益之名恣意妄为。

2.《民法典》选择有限放开的主要原因。第一,全面禁止与人类体外胚胎有关的利用活动并不符合人类的利益。一方面,部分利用活动可以满足不孕不育患者生儿育女的梦想;另一方面,人类体外胚胎的利用活动能够为一些顽疾的治疗提供可能。更何况,人类体外胚胎的利用活动未必总会伤害人格尊严。以试管婴儿技术为例,其是以人类体外胚胎最终发育成人并满足不孕不育夫妇的生育愿望为目标,不仅无损于人格尊严,甚至有利于人格尊严。第二,完全放开与人类体外胚胎有关的利用活动也未

必符合人类的利益。一方面,不少人类体外胚胎的利用活动会给民事主体及其后代的身体健康带来不确定性风险;另一方面,人类体外胚胎的利用活动有可能会对整个人类的命运带来风险。更重要的是,一些人类体外胚胎的利用活动严重破坏人类社会的伦理秩序。对于任何社会而言,伦理都是不可或缺的。在中国,伦理对于整个社会的重要性尤为突出。梁漱溟先生认为:“中国是伦理本位的社会。”^[6] 尽管这一论断是就传统中国而言的,但即便在今天也是不容忽视的。在诸多伦理中,与婚姻家庭有关的伦理无疑处于重要地位。但人类体外胚胎的利用活动可能伤害的,恰恰就包括婚姻家庭中有关亲子关系的伦理。如代孕活动就给亲子关系认定带来了巨大挑战。第三,有限放开模式本身就颇具优势。首先,有限放开可以兼顾不同群体的利益。其次,有限放开可以协调不同类型的利益。再次,有限放开还符合中国人的思维习惯。在古代,中国人尤为强调持中;在当代,中国人尤为强调辩证。在贺建奎基因编辑婴儿事件之后,即便舆论汹汹,立法机关也并未全面禁止与人类体外胚胎有关的医学和科研活动,这或许也是原因之一。

3. 理解《民法典》有限放开的应然路径。对于《民法典》所选择的有限放开,应从以下几个方面理解。第一,从价值理念上看,《民法典》所选择的有限放开是一种更加强调限制的有限放开。一方面,从《民法典》第一千零九条的立法初衷来看,其入法的最初目的就是为了限制人类体外胚胎的利用活动。从相关资料^[7]来看,《民法典》第一千零九条是在《民法典》的编纂工作接近尾声时才匆匆进入草案的。从时间上看,是对贺建奎基因编辑婴儿事件的回应。限制之意,可谓与生俱来。另一方面,从《民法典》第一千零九条的语言表述来看,其明显更强调限制。如前所述,其不仅限制了利用领域,而且强调必须合法,同时还设置了三个底线。限制之意,可谓扑面而来。第二,从限制路径上看,《民法典》所选择的有限放开是一种多重限制的有限放开。《民法典》第一千零九条不仅将相关利用活动限制在医学和科研

领域,而且强调即便是在这些特定的领域也必须严格遵守相关法规,同时还强调不得触犯三大底线。如此为之,理由如下。首先,由于医学和科研两个概念极为抽象,故而仅限制活动范围远远不够。倘若《民法典》仅对人类体外胚胎的利用活动进行领域之维的限制,有限放开就很容易异化为实质上的完全放开。其次,在不同的人类体外胚胎利用活动中,潜在风险与预期收益之间的关系可能存在差异。详言之,在某些利用活动中,潜在风险可能会大大超过预期收益;而在另一些利用活动中,潜在风险可能会远远小于预期收益。对于前者,应当全面禁止;而对于后者,至少可谨慎地放开。第三,从方式选择上看,《民法典》所选择的有限放开是一种存在弹性的有限放开。首先,由于医学和科研这两个表述极为抽象,故而《民法典》第一千零九条对于利用领域的限制本身就充满了弹性。其次,由于国家有关规定本身的所指就不确定,再加上一个国家的法律、行政法规和国家有关规定都不是固定不变的,故而《民法典》第一千零九条对人类体外胚胎的利用活动所设定的规范枷锁事实上也充满弹性。再次,由于人体健康、伦理道德和公共利益等概念的内涵不仅非常抽象而且很不固定,故而,《民法典》第一千零九条所设置的三大底线实际上可上下浮动。第四,从实现步骤上看,《民法典》所选择的有限放开是一种逐步实现的有限放开。尽管私法所奉行的确实是法无禁止即自由的原则,但由于本条所设置的三个底线非常抽象,再加上本条本身就尤为强调限制,故而,对于人类体外胚胎的利用活动,即便在实践中按照法无授权即禁止的原则处理,也不会给人毫无根据之感。事实上,这也可以视为“应当遵守法律、行政法规和国家有关规定”这一表述之所以选择使用“应当遵守”而不使用“不得违背”的一个原因。换言之,在法律、行政法规和国家有关规定明确认可某种利用活动之前,有关部门完全可以人体健康、伦理道德和公共利益为依据,否定其合法性。可见,《民法典》第一千零九条所选择的是一种由点到面、逐步实现的有限放开。

有学者认为,对于《民法典》第一千零九条的解

释不可过于保守,以便为科学技术的发展留下必要空间^[8]。这种看法值得商榷。因为与人类体外胚胎有关的利用活动之潜在风险不仅无法确知,而且后果有可能不可逆。因此,保持近乎保守的谨慎,才是唯一正确选择。

二、《民法典》中的风险预防机制

有学者指出:“在损害频繁的现代社会,预防损害、预防侵权行为的发生,更为重要,也为立法者所更加关注。”^[9]为应对潜在风险,《民法典》不仅直接规定了种种风险预防机制,而且还间接引致了种种风险预防机制。

(一)《民法典》中国有的风险预防机制

1. 提高合法标准。不难发现,由于“国家有关规定”在文义上完全能涵盖“法律”和“行政法规”,故而其与“法律、行政法规”同时使用有重复之嫌。但如果从立法目的的角度^[5]进行分析就会发现,这可能是立法者的有意安排。

详言之,立法机关之所以将“国家有关规定”与“法律、行政法规”同时使用,主要是为了强调从事人类体外胚胎的利用活动时必须严格遵守包括法律、行政法规在内的任何国家规定。换言之,只有某种利用活动同时符合了法律、行政法规和其他国家有关规定的情况下,才能称得上是合法的。显然,立法机关对于人类体外胚胎的利用活动提出了近乎苛刻的合法性标准。尽管这与私法自治的理念以及私法领域所奉行的法无禁止皆自由的原则并不矛盾,但仍然存在天然张力。因为近乎苛刻的合法性标准必然意味着极为有限的自由。但是,对于潜在风险的预防而言,这种近乎苛刻的合法性标准不仅是有力的而且是有利的。因为唯有如此,才能有效避免潜在风险。

2. 设置三大底线。从《民法典》第一千零九条来看,其同时还为此类活动设置了三大底线,即不得危害人体健康、不得违背伦理道德、不得损害公共利益。禁止触犯之意,显而易见且尤为强烈。有学者认为,本条最重要的价值“就是给从事人体基因、人体胚胎等有关医学和科研活动规定了必须遵

守的红线”^[10]。

从表面上看,立法机关在从正面强调人类体外胚胎的利用活动应当严格遵守国家现行的一切规范的情况下,再从反面强调此类活动不得触碰这三大底线似有画蛇添足之嫌。但情况未必如此。因为这三大底线的潜在功能非常丰富。首先,三者具有强化功能。显然,同时从反面强调三大底线能够强化宣示之意。其次,三者具有补位功能。由于“应当遵守法律、行政法规和国家有关规定”这一表述的实际发挥是以相关规范至少已经基本完善为前提的,故而,至少就目前而言,其实际作用相对有限。可以预见,至少在相关规范已经基本完善之前,通过这三大底线代替其承担某些功能仍然是必要的。再次,三者具有矫正功能。在理想的情况下,行为主体只需遵守法律、行政法规和国家有关规定即可。就目前而言,在与人类体外胚胎的利用活动有关的规范体系中,(法律和行政法规之外的)国家有关规定占比最大。这一方面是因为国家有关规定本身在专业性上就具有显著优势,另一方面是因为国家有关规定的制定程序相对便捷。可以预见,在未来,国家有关规定在相关规范体系中仍将继续占据重要地位。尽管这本身并非坏事,但却要高度警惕。因为与法律和行政法规相比,国家有关规定的质量更难保证。换言之,国家有关规定中出现有违《民法典》第一千零九条立法初衷内容的可能性更大。在同时设置行为底线的情况下,这种情形即便出现,影响也不会很大。因为《民法典》的位阶终究要比国家有关规定高。因此,对于前述情形,即便是在法律和行政法规中都没有明确依据的情况下,法官也可以三大底线为依据进行矫正^[11]。最后,三者具有补漏功能。无论是在过去、现在还是未来,包括法律在内的国家有关规定终究无法涉及人类体外胚胎利用活动的方方面面。这一方面是因为,人类的认知能力终究是有限的;另一方面是因为,人类体外胚胎的利用活动本身也是发展变化的。由于这三大底线中所使用的词语较为抽象,故而,能够应对几乎所有情形,可以弥补规范的漏洞。

3. 强调人格尊严。《民法典》第一千零九条中既无人格尊严的表述也无与之类似的表述,但这并不意味着《民法典》就严重忽视人格尊严的价值。事实上,《民法典》中并不乏有关人格尊严的规定。如,《民法典》第一百零九条、第九百九十条和第一千零二条。从表面上看,上述规定甚至有重复之嫌,但这恰恰是立法机关有意凸显人格尊严地位的表现。尽管这种强调本身并非是专为人类体外胚胎的利用活动而设的,但却能够成为预防此类活动潜在风险的重要机制。因为其为人类体外活动划定了一条在任何时候都不得触碰的底线,即不得损害人格尊严。

事实上,从《民法典》中包含人格尊严或者与之类似表述的条文与《民法典》第一千零九条之间的关系进行分析,也能得出相同的结论。一方面,无论是位于总则编的《民法典》第一百零九条,还是位于人格权编第一章一般规定部分的《民法典》第九百九十条,对于《民法典》第一千零九条都具有强大的统摄力。另一方面,对于《民法典》第一千零二条,尽管其与《民法典》第一千零九条都位于人格权编第二章,但由于其位于章首,故而对《民法典》第一千零九条也具有一定的统摄力。

可见,尽管《民法典》第一千零九条中并没有人格尊严或者与之类似的表述,但却一直处在人格尊严的笼罩之下。有观点认为,尊重人格尊严也是本条的主要内容之一^①,或许正是缘于此故。

(二)《民法典》中引致的风险预防机制

由于《民法典》第一千零九条中还包含“应当遵守法律、行政法规和国家有关规定”这一表述,故而可以为其他风险预防机制的引入留下通道。就目前而言,《民法典》中引致的风险预防机制主要如下。

1. 划定行为禁区。如前所述,面对人类体外胚胎的利用活动,全面禁止和全面放开都非明智之举,有限放开才是最优选择。但是,这只是就整体而论。对于具体的利用活动,只要其确实有可能会危及人体健康、违背伦理道德、损害公共利益或者人格尊严,即便全面禁止也无任何不妥。换言之,整体上的有限放开并不妨碍局部上的全面禁止。与这种局

部上的全面禁止相伴的无疑是行为禁区。事实上,划定行为禁区不仅从根本上杜绝了有限放开被异化为全面放开的可能,而且能够有效控制人类体外胚胎利用活动所引发的种种风险。

在我国,有关部门从未忽视划定行为禁区的重要价值。如《人类辅助生殖技术规范》(2003年修订)中就包括第五项“禁止实施代孕技术”和第十五项“禁止克隆人”等禁止性规定。长期以来,尽管我国相关规定并不成熟,但人类体外胚胎的利用活动从未出现过失控的苗头。这与现行规范中划定行为禁区不无关联。

需要注意的是,尽管划定行为禁区对于潜在风险的预防具有重要作用,但如果禁区的范围不明确或者不合理,这一举措不仅难以发挥出应有作用,甚至会引发负面效应。为避免该问题,在未来可从以下几个方面进行改进。首先,在设置行为禁区之后,要及时对其中不明确的地方进行解释。由于行为禁区是用语言表述的,而语言的含义本身就存在弹性,故而,在实践中难免会出现禁区不明确的情形。如依照《人类辅助生殖技术规范》(2003年修订)的规定,医务人员不得给单身妇女实施人类辅助生殖手术。这一表述看似清晰实则不然。因为此处的“单身妇女”是否包括丈夫中途死亡的妇女至少是存疑的。从既有案例^②来看,有关部门是专门通过特批的方式解决了相关争议。尽管这不失为一种解决思路,但对于后续案例的参照价值相当有限。有鉴于此,有关部门应当及时作出有普遍适用意义的解释。其次,在必要的情况下,要对之前划定的禁区进行必要调整。就我国目前而言,由《人类辅助生殖技术规范》(2003年修订)第三部分即“实施技术人员的行为准则”部分第5项的规定可知,医务人员不得实施代孕技术。但从既有研究来看,不少学者对于代孕问题的态度很开放^③,有的学者甚至还专门提出了放开方案^④。在这样的情况下,有关部门应当认真考虑是否应当调整以及如何调整等问题。

2. 限制利用对象。限制利用对象的方式主要有二:一为从来源维度进行限制,二为从时间维度进行

限制。不难想象,由于专为研究而制造人类体外胚胎存在将提供配子的自然人作为手段而非目的的嫌疑,故而有域外立法明确禁止仅仅以研究为目的制造人类体外胚胎。如《路易斯安那卫生法》规定:“禁止仅仅以研究或者其他目的制造或培养体外受精的人类卵子。”^②从表面上看,只要将利用的对象限制为人类辅助生殖过程中的剩余胚胎就可以杜绝专门为研究目的而制造胚胎的情况。但事实并非如此。因为在人类辅助生殖技术相对成熟的情况下,倘若单次培育的人类体外胚胎数量也较多,就会出现更多的剩余胚胎;尽管这些人类体外胚胎本身并非专为研究目的而制造,但超出通常所需数量的部分终究有专为研究目的而制造的嫌疑。在我国,有关部门出于计划生育政策和确保妇女健康等因素的考虑,严格限制单次植入的人类体外胚胎的数量^③,但对单次制造人类体外胚胎的数量似无明确要求。这是否合理,值得讨论。

此外,由于人类体外胚胎主体性的一面会随其不断发育而不断凸显,故而,其终究会在某个特定的时间点获得类似于主体的地位。在这个时间点之后,无论是对其进行医学活动还是对其进行科研活动,都存在将人作为手段而非目的^④的嫌疑。因此,从时间维度对利用对象进行适当限制很必要。早在1979年,美国卫生部道德咨询委员会就对与人类体外胚胎有关的研究的截止时间点进行了广泛调查,最后得出的结论是卵子受精后大约14天^[12]。1982年,英国的Warnock委员会也注意到了这一问题;经过讨论,该委员会最终决定将该期限定为14天;后来,这一界定被不少国家和地区接受,并被概括为14天期限原则^[13]。在我国,《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》第六条^⑤也专门规定了14天期限原则。由于14天是一个确定无疑的时间段,故而以之为基础的14天期限原则几无弹性。对于潜在风险的预防而言,这具有重要意义。

但从相关研究来看,14天期限原则最近似乎受到了一些挑战^⑥。对此,有学者指出,只要公众对人类体外胚胎的地位和科学发现价值的看法尚未发生

重大变化,14天期限原则就应该继续被坚持^[14]。本文基本赞同这一看法。尽管如此,延长的可能性终究是存在的。因此,在强调应当继续坚持14天期限原则的同时,也应当认真对待未来可能出现的延长问题。考虑到14天期限原则已为包括我国在内的不少国家和地区所接受,再加上延长该期限的风险确实无法预知,故而,在主张延长这一期限时,必须慎之又慎。为避免轻易突破,可从以下几个方面着手。首先,设置严格的延长条件。即只有在我国绝大多数民众都认为应当延长的情况下方可予以延长。其次,选择渐进式延长模式。如每一次延长至多延长1天。再次,设置延长时间间隔。本文建议,每一次延长至少要与上一次延长间隔20年以上。之所以选择20年,主要是因为20年正好大约是一代人的时间。

3. 实施伦理审查。如前所述,尽管《民法典》第一千零九条明文强调“不得违背伦理道德”,但由于“伦理道德”这一概念本身就较为抽象,再加上伦理道德同时具有地域性和时代性,故而“不得违背伦理道德”这一表述本身对于潜在风险的预防效果相对有限。如此一来,通过专门的伦理审查程序来预防潜在的伦理风险就显得尤为必要了。在我国,不少重要规范中都包含有设立伦理委员会的规定。如《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》(2003年修订)《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》《干细胞临床研究管理办法(试行)》和《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》。

就整体而言,我国现行规范体系中有关伦理委员会组成的规定较为科学;尽管如此,这些规定仍有不小的完善空间。因为既有规定无法确保群众代表在比例或者数量上的优势地位。即便是强调伦理委员会中至少应当有“一位非专业的社会人士”的《干细胞临床研究管理办法(试行)》,也是如此。不难想象,由于专业人士往往在专业知识、表达能力和社会地位等方面占据优势,故而,群众代表即便是在数量占优的情况下,也很可能会盲目跟随专业人士的意见。在群众代表数量和比例并不占优的情况下,其

是否会表达出自己的真实想法,令人生疑。为解决该问题,在后续可以考虑建立双重审查机制。即首先由完全或者主要由专业人士组成的伦理委员会进行审查,然后再由完全或者主要由群众代表组成的伦理委员会进行审查。尽管这确实存在叠床架屋之嫌,但能够确保审查结论的可靠性。

三、损害救济方案

如前所述,《民法典》不仅直接规定了多种风险预防机制,而且还引致了多种风险预防机制。但由生活经验可知,任何预防机制都无法确保万无一失。因此,提前谋划损害救济方案仍然非常必要。

(一)侵权责任方案

面对应该如何救济的问题,多数人最先想到的方案无疑是侵权责任方案。事实上,即便在《民法典》侵权责任编的框架下,对人类体外胚胎的利用活动所引发的损害进行救济依然是可能的。因为《民法典》不仅有能力为此类损害的救济提供归责原则,而且有能力为此类损害的救济提供责任形式,同时还有能力为此类损害的救济提供时效方面的依据。从相关资料来看,贺建奎基因编辑婴儿事件中的受害人尚未提起侵权诉讼。但是,有学者已经在提前思考其中的损害救济方案问题^⑤。从这些讨论来看,侵权责任方案确实具有可行性。但是,该方案也有不足。详细分析如下。

第一,至少就现行法而言,其难以应对主体并无过错的情形^⑥。如前所述,至少就目前而言,无论是对于与人类体外胚胎有关的医学活动,还是对于与人类体外胚胎有关的科研活动所引发的损害,都是按照过错原则进行处理的。在一般情况下,这不仅是无可厚非的甚至是理所应当的。因为损害止于发生之处通常最为经济^⑦。但在某些情形下,情况就有所不同了。以人类体外胚胎的利用活动为例,由于此类活动所引发的损害往往都是人身损害,故而受害人获得救济的必要性会明显更高。尽管这一问题可以通过扩大无过错责任适用范围的方式进行解决,但由于这需要以法律的明确规定为前提,故而,至少就目前而言,并不可行。

第二,至少就现行法而言,其能否救济隐藏时间较长的损害存在不确定性。如前所述,《民法典》中有关诉讼时效起算的规定对于人类体外胚胎所引发的隐形损害的救济较为有利。但需要注意的是,这仅仅是对损害延迟显现时间不超过20年的情况而言的。对于损害延迟显现时间已经超过20年的情形,只有在受害人提出延长申请且人民法院予以批准的情况下,受害人才可以通过提起民事诉讼的方式寻求救济。由于提出申请更符合受害人的利益,故而其必然会积极地提出申请;但人民法院是否会批准,充满了不确定性。

第三,至少就现行法而言,其无力应对行为人责任能力不足的情形。对于受害人而言,停留于纸面的赔偿,即便数额很高,实际意义也不会很大。由于与人类体外胚胎有关的医学活动是以治愈不特定主体的疾病为目的的活动,故而,一旦引发损害,受害人通常会很多。面对数量庞大的受害者群体,医疗机构是否有能力支付显然会令人生疑。更何况,由于医疗机构性质特殊,故而法律通常会对其财产进行特别保护。以我国为例,依照《民法典》第三百九十九条的规定,医疗机构的医疗设施和其他公益设施不得抵押。尽管这本身是合理的,但对于寻求救济的受害人而言未必有利。

在人类体外胚胎的利用活动损害未来世代,侵权责任方案的局限性将更为突出。此时,意识到自身因人类体外胚胎利用活动受损的主体已经很难得知究竟是哪个主体实施的哪些医学或者科研活动导致其身体受损。事实上,即便其知道了前述主体,实际意义可能也不会太大。因为具体实施利用活动的人此时可能已去世,而其所在的机构是否还存在也是一个问题。

不可否认,这些局限并非都是无法弥补的。如对于侵权责任方案原则上只能对主体存在过错的损害进行救济的问题,通过扩展无过错原则的适用范围即可解决;对于损害可能隐藏时间过长的问题,延长诉讼时效即可解决;对于行为人责任能力可能存在不足的问题,引入新的责任主体即可解决。但是,

至少在修改现行立法或者制定新的立法之前,这些局限将会一直存在。因此,在后续修法或立法时,应同时引入其他损害救济方案。

(二)其他救济方案

1. 潜在选择。从我国现行立法来看,对于具有特殊性的活动所引发的损害,其往往也会专门作出有针对性的安排。如对于机动车交通事故所引发的损害,由《民法典》第一千二百一十三条和第一千二百一十六条可知,《民法典》也重视强制责任保险^⑧、商业保险甚至道路交通事故社会救助基金等机制的救济作用。对于预防接种异常反应所引发的损害,依照《中华人民共和国疫苗管理法》(以下简称《疫苗管理法》)第五十六条第一款^⑨的规定,国家实行预防接种异常反应补偿制度。

尽管这些救济机制并非是针对人类体外胚胎利用活动而构建的,但在讨论人类体外胚胎利用活动中的救济问题时,完全可将其作为讨论基础。一方面,这是因为传统的侵权责任方案在应对机动车交通事故所引发的损害以及接种疫苗异常反应所引发的损害时所面临的困难与在救济人类体外胚胎利用活动所引发的损害时所面临的困难存在很多类似之处。如行为人可能并无过错、损害隐藏时间可能较长、行为人可能无力赔偿等。另一方面,这是因为人类体外胚胎利用活动所引发的损害与机动车交通事故所引发的损害以及接种疫苗异常反应所引发的损害都包括人身损害。

事实上,与损害原因的多样性相比,救济方案尽管具有多元性,但也同时具有有限性。不难发现,应对人类体外胚胎的利用活动所引发的损害,至少就目前而言,潜在救济方案无非就是强制责任保险、商业保险、社会救助基金和国家补偿等四种方案。不难想象,由于这四种方案都是现行立法所认可的方案,再加上其本身是并行不悖的,故而,应对人类体外胚胎的利用活动所引发的损害,完全可建立同时包含前述方案的综合救济体系。

2. 兜底方案。可以预见,综合救济体系成功建立之后,人类体外胚胎利用活动所引发的任何损害

都能得到圆满救济。但是,人类体外胚胎利用活动所引发的损害并不会在这种综合性救济体系成功建立之后再出现。因此,在有限放开人类体外胚胎的利用活动之后,必须首先建立一种能够确保无辜的受害人能够获得救济的方案进行兜底。本文认为,宜由国家补偿方案兜底。理由如下。

第一,国家补偿方案本身在很多方面都具有显著优势。一方面,国家补偿方案在责任能力上存在显著优势。如前所述,一旦出现行为人责任能力不足的情形,侵权责任方案就会略显乏力。与之不同的是,由于国家补偿方案是以国家财政为支撑,故而具有近乎无限的责任能力。另一方面,国家补偿方案在应对效率上存在显著优势。

第二,国家补偿方案本身也符合侵权法的基本逻辑。稍加分析就会发现,人类体外胚胎的利用活动一旦引发损害,国家很难说自己毫无过错。一方面,决定有限放开人类体外胚胎的是国家立法机关。显然,国家在决定有限放开的同时,也已经打开了风险之门。另一方面,有责任对人类体外胚胎的利用活动进行监管的也是国家有关部门。在人类体外胚胎利用活动最终导致民事主体权利受损,尤其是受损的民事主体数量众多时,有关部门是否存在监管不力的问题,至少是一个需要专门讨论的问题。

第三,国家补偿方案同时也符合中国固有的政治逻辑。在中国,人民政府一直以来都尤为强调对人民的责任,而中国人民本身就对政府抱有更高的期待。从现实来看,某些具有特殊性的活动一旦引发损害,尤其是受害人数量众多时,受害者首先想到的就是政府来解决,而政府通常也会积极介入。不难想象,一旦人类体外胚胎的利用活动引发了损害并且行为人无力赔偿或者未能及时赔偿时,一些受害人也会选择找政府。既然如此,还不如将这种自然形成的救济渠道纳入法治轨道。

需要强调的是,尽管本文认为应当由国家补偿方案兜底,但这并不意味着就应当排斥其他方案。因为这些方案不仅各有所长,而且都是综合救济体系的组成部分。更何况,兜底这一表述本身就包含

有谦抑倾向。从《疫苗管理法》第五十六条第二款的规定来看,尽管国家决定建立预防接种异常反应补偿制度,但同时也“鼓励通过商业保险等多种形式对预防接种异常反应受种者予以补偿”。因此,对于具体的与人类体外胚胎有关的利用活动,倘若传统的侵权救济方案或者其他救济方案能够有效应对,就无需启动国家补偿方案。

注释:

①本条具体变化历程参见石冠彬《中华人民共和国民法典立法演进与新旧法对照》,法律出版社2020年版,第373页。

②需要注意的是,尽管2007年修订的《中华人民共和国科学技术进步法》(以下简称《科技进步法》)第二十九条完全可以涵盖人类体外胚胎的利用活动,但终究没有直接列明人类体外胚胎的利用活动。《科技进步法(2007年修订)》第二十九条规定:“国家禁止危害国家安全、损害社会公共利益、危害人体健康、违反伦理道德的科学技术研究开发活动。”《科技进步法》2021年修订时,本条被修改且被调整至第一百零七条。

③2001年2月20日,卫生部以第14号和第15号部长令颁布了《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类精子库管理办法》(在卫生部的官方通知中,这两个文件被简称为两个《办法》);同年5月14日,又以卫科教发(2001)143号发布了《人类辅助生殖技术规范》《人类精子库基本标准》《人类精子库技术规范》和《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》。

④事实上,不少学者之前都指出过该问题。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建》,《科技与法律》2014年第2期,第294页;贾爱玲《“冷冻胚胎”的法律属性及其处置规则》,《兰州学刊》2017年第11期,第134页。

⑤典型例证如《民法典》第一千一百二十条。本条规定:“国家保护自然人的继承权。”

⑥典型例证如《民法典》第一千零七十二第一款。本款规定:“继父母与继子女间,不得虐待或者歧视。”

⑦本条共有63个汉字。

⑧典型例证如《民法典》第九百九十一条。本条尽管意义重大,但仅有25个汉字。

⑨典型例证如《民法典》第一千一百六十五条。尽管其同时规定了一般的过错责任和作为其变种的过错推定责任,但仅有61个汉字。

⑩慈母之喻源于孟德斯鸠。参见孟德斯鸠《论法的精神》(下册),张雁深译,商务印书馆1963年版,第190页。

⑪对于这一称呼,官方文件是认可的。《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》,网址为“http://www.gov.cn/xinwen/

2020-05/22/content_5513931.htm”,最后访问时间为2024年3月10日。

⑫《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》,网址为“http://www.gov.cn/xinwen/2020-05/22/content_5513931.htm”,最后访问时间为2024年3月10日。

⑬换言之,尽管《民法典》第一千零九条中的“应当遵守法律、行政法规和国家有关规定”尤为强调依法为之,但选择的仍然是有限放开方案。参见石佳友、庞伟伟《人体基因编辑活动的民法规制:以〈民法典〉第1009条的适用为例》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第43页。

⑭《路易斯安那卫生法》(Louisiana Health Law)第三部分“人类胚胎(Human Embryos)”中也有禁止买卖人类体外胚胎的规定。LSA-R. S. 9: 122:“The use of a human ovum fertilized in vitro is solely for the support and contribution of the complete development of human in utero implantation. No in vitro fertilized human ovum will be farmed or cultured solely for research purposes or any other purposes. The sale of a human ovum, fertilized human ovum, or human embryo is expressly prohibited.”,网址为“https://biotech.law.lsu.edu/cases/la/health/embryo_rs.htm#:~:text=LA%20DRS%209%20C2%A7121.&text=The%20use%20of%20a%20human,of%20human%20in%20utero%20implantation.&text=The%20sale%20of%20a%20human,human%20embryo%20is%20expressly%20prohibited”,最后访问时间为2024年3月10日。

⑮当然,从“国家有关规定”在我国既有与人类体外胚胎有关的规范中占比较大以及“国家有关规定”在调整与人类体外胚胎有关的利用活动时本身也具有优势等角度分析,也能得出完全相同的结论。参见石佳友、庞伟伟《人体基因编辑活动的民法规制:以〈民法典〉第1009条的适用为例》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第43-44页。

⑯参见黄薇《中华人民共和国民法典人格权编释义》,法律出版社2020年版,第85-86页;王利明、程啸、朱虎《中华人民共和国民法典人格权编释义》,中国法制出版社2020年版,第186-187页。

⑰《卫生部为“单亲”生子特批文件》,网址为“https://www.chinacourt.org/article/detail/2004/10/id/137889.shtml”,最后访问时间为2024年3月10日。

⑱参见王贵松《中国代孕规制的模式选择》,《法制与社会发展》2009年第4期,第118-127页;杨遂全、钟凯《从特殊群体生育权看代孕部分合法化》,《社会科学研究》2012年第3期,第77-83页;杨立新《适当放开代孕禁止与满足合法代孕正当要求——对“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”后续法律问题的探讨》,《法律适用》2016年第7期,第38-42页;曹永福《“代孕辅助生殖”作为一项权利的伦理论证》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期,第118-123页;何悦、俞风

雷《我国代孕生殖立法研究——以英国代孕生殖立法为视角》，《法学杂志》2017年第5期，第46-52页。当然，还有不少学者主张应当全面禁止代孕。参见刘长秋《代孕规制的法律问题研究》，上海社会科学院出版社2016年版，第111-112页；陈甦、谢鸿飞《民法典评注·人格权编》，中国法制出版社2020年版，第164-165页。

①⑨参见杨遂全、钟凯《从特殊群体生育权看代孕部分合法化》，《社会科学研究》2012年第3期，第81-83页；杨立新《适当放开代孕禁止与满足合法代孕正当要求——对“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”后续法律问题的探讨》，《法律适用》2016年第7期，第40-42页。

⑩LSA-R. S. 9: 122: "The use of a human ovum fertilized in vitro is solely for the support and contribution of the complete development of human in utero implantation. No in vitro fertilized human ovum will be farmed or cultured solely for research purposes or any other purposes. The sale of a human ovum, fertilized human ovum, or human embryo is expressly prohibited."，网址为“https://biotech.law.lsu.edu/cases/la/health/embryo_rs.htm#:~:text=LA%2DRS%209%20C2%A7121.&text=The%20use%20of%20a%20human,of%20human%20in%20utero%20implantation.&text=The%20sale%20of%20a%20human,human%20embryo%20is%20expressly%20prohibited”，最后访问时间为2024年3月10日。

⑪在《人类辅助生殖技术规范》(2003年修订)中，第一部分为“体外受精——胚胎移植及其衍生技术规范”，其中“管理”部分的第七项第(五)部分的内容为：“每周期移植胚胎总数不得超过3个，其中35岁以下妇女第一次助孕周期移植胚胎数不得超过2个。”在我国台湾地区，依照“人工生殖法(2018年修订)”第十六条的规定，不得“每次植入五个以上胚胎”。

⑫德国哲学家康德强调：“人并不是物件，不是一个仅仅作为工具使用的东西，在任何时候都必须在他的一切行动中，把他当作自在目的看待……”康德《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社2002年版，第48页。

⑬《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》第六条规定：“进行人胚胎干细胞研究，必须遵守以下行为规范：(一)利用体外受精、体细胞核移植、单性复制技术或遗传修饰获得的囊胚，其体外培养期限自受精或核移植开始不得超过14天。”

⑭参见李勇勇、翟晓梅《人类胚胎研究“14天期限”原则的伦理学探讨》，《医学与哲学》2018年第6期，第27-28页；汪丽青《人类胚胎研究十四天规则的起源、发展及展望》，《医学与法学》2019年第5期，第3-4页。

⑮参见王康《“基因编辑婴儿”人体试验中的法律责任——基于中国现行法律框架的解释学分析》，《重庆大学学报(社会科学版)》2019年第5期，第134-144页；王康《基因编辑婴儿事件受害人的请求权》，《法律科学》2020年第3期，第

86-99页。

⑯对于无过错的医疗损害，有学者认为主要包括以下几种：第一，疾病的自然转归；第二，医疗意外；第三，并发症。参见肖柳珍《中国医疗损害责任制度改革研究》，中国政法大学出版社2014年版，第60-61页。

⑰美国法官霍姆斯认为：“合理的政策判断就让损失处于它们所在处，除非显示有需要干涉的特殊理由。”小奥利弗·温德尔·霍姆斯《普通法》，冉昊、姚中秋译，中国政法大学出版社2006年版，第44页。

⑱在美国、德国、日本和我国台湾地区，也有类似的制度。参见王泽鉴《侵权行为》(第3版)，北京大学出版社2016年版，第26-27页。

⑲《疫苗管理法》第五十六条第一款规定：“国家实行预防接种异常反应补偿制度。实施接种过程中或者实施接种后出现受种者死亡、严重残疾、器官组织损伤等损害，属于预防接种异常反应或者不能排除的，应当给予补偿。补偿范围实行目录管理，并根据实际情况进行动态调整。”

参考文献：

- [1]五十岚清. 人格权法[M]. 铃木贤, 葛敏, 译. 北京: 北京大学出版社, 2009: 13.
- [2]黄薇. 中华人民共和国民法典人格权编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 86-87.
- [3]王利明, 程啸, 朱虎. 中华人民共和国民法典人格权编释义[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 187.
- [4]谢鸿飞. 中国民法典的宪法功能: 超越宪法施行法与民法帝国主义[J]. 国家检察官学院学报, 2016(6): 39-47.
- [5][9]程啸. 侵权责任法: 第3版[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 54, 37.
- [6]梁漱溟. 中国文化要义: 第2版[M]. 上海: 上海人民出版社, 2011: 76.
- [7]石冠彬. 中华人民共和国民法典立法演进与新旧法对照[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 373.
- [8]陈甦, 谢鸿飞. 民法典评注·人格权编[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 154.
- [10]杨立新. 从生命健康权到生命权、身体权、健康权: 《民法典》对物质性人格权规定的规范创新[J]. 扬州大学学报(人文社会科学版), 2020(3): 38.
- [11]石佳友, 庞伟伟. 人体基因编辑活动的民法规制: 以《民法典》第1009条的适用为例[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版), 2020(6): 44.
- [12][14]汪丽青. 人类胚胎研究十四天规则的起源、发展及展望[J]. 医学与法学, 2019(5): 3, 1.
- [13]李勇勇, 翟晓梅. 人类胚胎研究“14天期限”原则的伦理学探讨[J]. 医学与哲学, 2018(6): 26-27.