

# 民法典编纂视野下胎儿利益的民法规范

## ——兼评五部民法典建议稿胎儿利益保护条款\*

朱晓峰\*\*

内容摘要:在编纂民法典的大时代背景下,就胎儿利益的保护,学者分别起草的五部民法典建议稿提供了五种解决方案,对此,立法究竟应如何选择?事实上,应实践需要而制定的民法典,应在厘清当前胎儿利益保护所面临的主要问题及相应需求的基础上,坚持尊重生命以及生命平等的基本法治理念来塑造相应的规则;应在给予胎儿最佳利益的实现以充分关注的前提下,承认胎儿与自然人之间的现实差异并就此在规则设计上作出合理区分;应合理关注司法实践就胎儿利益保护所作出的有益贡献并将之纳入到民法典当中去。对于正在制定的民法典而言,法学并不需要过于匆忙,相反,它需要内在的集中精神、最冷静的观察和最全面的研究。

关键词:胎儿 利益 民法典 权利能力 损害赔偿

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2016.01.022

### 一、问题的提出

自然人的民法保护原则上以生命的存在为前提。但在什么状态下生命是存在着的呢?对于扎根并生成于生命科技并不十分发达的社会背景下的传统民法来说,自然人的生命始于出生,终于死亡,这似乎是不言自明的道理。<sup>①</sup>然而随着时代背景的变化,特别是生命科技的飞速发展,使得生物学意义上的生命概念相较于传统观念中的生命概念而言,有了显著的变化。<sup>②</sup>最突出的是,生命科技在时间维度上拉长了生与死的跨度。<sup>③</sup>这种因生命科技的发展所导致的从生物学意义上的生命概念,到社会学意义上的生命概念,进而到法学意义上的生命概念的链式反应,势必对传统民法构成挑战,如胎儿利益保护问题。我国现行制定法层面除《继承法》第28条承认胎儿在活着出生时得对特定财产享有利益外,并未就胎儿利益的保护提供一般的解决方案,这导致了实践的极大困惑,不利于民法所欲保护的人在法律上的实现。<sup>④</sup>鉴于此,在编纂民法典的大背景下,为解决胎儿利益保护的问题,由学者们负责起草的五部民法典草案建议稿都明确规定了涉及胎儿利益保护的条款:

中国法学会起草的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿(征求意见稿)》(下称“法学会版”)第17条规定:涉及胎儿利益保护的,视为已出生。

梁慧星教授主持起草的《中国民法典建议稿》(下称“梁慧星版”)第14条规定:凡涉及胎儿利益保护的,胎儿视为具有民事权利能力。涉及胎儿利益保护的事项,准用本法有关监护的规定。胎儿出生时为死体的,

\* 本文是北京市2015年社会科学基金项目“生育中人格利益的民法保护”(15FXC046)、司法部2014年国家法治与法学理论基金项目“中国语境下人格尊严的民法保护”(14SFB30031)、中央财经大学2014年度“中财121人才工程青年博士发展基金”(QBJ1407)的阶段性成果。

\*\* 中央财经大学法学院讲师。

① 参见王泽鉴:《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第100页。

② 参见周详:《胎儿生命权的确认与刑法保护》,载《法学》2012年第8期。

③ 当然,在传统民法领域内,生命科技领域内的生死概念标准并未被普遍接受。参见:MüKo/Wagner, § 823, RdNr. 66; Staudinger/Hager, § 823, RdNr. B 1.

④ 参见朱晓峰:《作为一般人格权的人格尊严权》,载《清华法学》2014年第1期。

其民事行为能力视为自始不存在。

王利明教授主持起草的《中国民法典人格权法编(草案)建议稿》(下称“王利明版”)第59条规定:胎儿的身体健康受到损害的,在其出生后,享有损害赔偿请求权。

杨立新教授主持起草的《中华人民共和国民法总则(草案)建议稿》(下称“杨立新版”)第24条规定:胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益的保护,视为已出生。在出生前的第三百天,推定胎儿已经受孕。

徐国栋教授起草的《绿色民法典草案》(下称“徐国栋版”)第5条规定:出生以胎儿分离母体为准;死于母腹中的胎儿、未完全脱离母体前死亡的胎儿或分离后四十八小时内即死亡的胎儿视为未生存;胎儿出生后生存逾四十八小时的,视为生存;法律以胎儿出生为条件,承认其具有继承、接受遗赠和赠与的权利能力。

由此可以发现,在承认胎儿应受保护的前提下,五部草案在具体的保护方案上分歧明显。例如,胎儿在何种条件下得享有法律保护?其得享有何种应受保护的利益?谁须就侵害胎儿利益承担相应民事责任?胎儿得请求何种损害救济?谁得在胎儿利益受损时为胎儿利益主张相应的法律救济?对此,相关草案都没有达成共识。下文拟以这些分歧为基点,整理中国当前社会生活中侵害胎儿利益之典型情形,分析当前司法实践解决相应问题的主要依据与方案,探寻其中存在的问题与可能的改进措施,并就如何在未来的民法典中规定更为合适的相关规则提出建议。

## 二、胎儿利益受侵害的主要类型

我国现行法律体系中原则上不承认胎儿利益而仅在极例外情形下予以承认,在新的社会背景下已显得极不合时宜。<sup>⑤</sup>当前社会背景下胎儿利益受侵害的类型日益复杂,为胎儿以及与其有特定法律关系的主体提供法律救济愈发迫切。依据侵害胎儿利益的主体的不同,可以将胎儿利益受侵害的类型区分为如下三种:

### (一)第三人致胎儿利益受损

1. 侵害行为直接作用于胎儿本身。这可以进一步区分为:因第三人过错致胎儿利益受损,如侵害胎儿物质性人格致其死亡;<sup>⑥</sup>计生部门为计划生育政策而强制终止妊娠。<sup>⑦</sup>

2. 侵害行为虽未直接作用于胎儿本身,但其行为对胎儿利益产生事实上的影响,如第三人过错致有严重先天缺陷的胎儿活着出生;<sup>⑧</sup>因他人侵害行为致胎儿父亲死亡,胎儿遭受的纯粹经济损失。<sup>⑨</sup>

### (二)父母致胎儿利益受损

1. 因父母共同决定致胎儿利益受损。例如,父母双方决定终止妊娠,对此可以进一步区分为:合法终止符合计划生育政策的妊娠、<sup>⑩</sup>不法终止符合计划生育政策的妊娠、<sup>⑪</sup>合法终止不符合计划生育政策的妊娠。<sup>⑫</sup>

2. 因父母一方原因致胎儿利益受损。如父亲要求母亲终止妊娠而母亲坚持生育的,父亲将自己所有财产通过遗嘱全部处分给胎儿之外的其他继承人;<sup>⑬</sup>父亲坚持生育而母亲擅自终止妊娠;<sup>⑭</sup>母亲明知吸毒可能致胎儿畸形但依然坚持吸毒并致胎儿畸形。<sup>⑮</sup>

### (三)第三人与父母一方或双方共同致胎儿利益受损

1. 第三人恶意教唆、怂恿母亲擅自终止妊娠。例如,为达到感情破裂而离婚,妻子在情人的怂恿下,未经

<sup>⑤</sup> 参见王利明等:《民法典应从中国土壤中生长》,载《人民日报》2015年5月6日17版。

<sup>⑥</sup> 参见《检察日报》法律组:《孕妇受惊吓流产能否索要胎儿死亡赔偿金》,载《检察日报》2012年4月7日第3版。

<sup>⑦</sup> 参见张千帆:《非人道计生是谋杀》,载《中国经济时报》2012年6月28日第7版。

<sup>⑧</sup> 参见云南省平安中西医结合医院与陈武凤医疗损害赔偿纠纷案,云南省昆明市五华区人民法院民事判决书,(2006)五法西民初字第487号。

<sup>⑨</sup> 参见王德钦诉杨德胜、泸州市汽车二队交通事故损害赔偿纠纷案,载《最高人民法院公报》2006年第3期。

<sup>⑩</sup> 参见《母婴保健法》第18条。

<sup>⑪</sup> 参见《人口与计划生育法》第35条。

<sup>⑫</sup> 参见《人口与计划生育法》第20条。

<sup>⑬</sup> 参见李雪华、范某诉范祖业、滕颖继承纠纷案,载《最高人民法院公报》2006年第7期。

<sup>⑭</sup> 参见沈某与孙某离婚纠纷案,江苏省无锡市北塘区人民法院民事判决书,(2014)北民初字第0704号。

<sup>⑮</sup> 参见朱俊阳:《怀孕女子仍吸食毒品,致腹中胎儿畸形》,载《内蒙古晨报》2014年6月13日。

丧失生育能力的丈夫同意而擅自终止妊娠。<sup>⑮</sup>

2. 父母一方或双方违反法律或社会公德,在第三人帮助下终止妊娠。例如,想生男孩儿而将腹中经鉴定为女孩的胎儿通过不法第三人之手流产。<sup>⑯</sup>

3. 因第三人侵害母亲身体健康致其不得不终止妊娠。例如,第三人过错侵害母亲身体健康,母亲因治疗需要而须为特定医疗行为,该行为会导致胎儿身体健康受损,于此场合被迫选择终止妊娠。<sup>⑰</sup>

对胎儿而言,上述情形均涉及对其或人身利益、或财产利益的侵害,但是不是所有情形下皆应且皆可规定前所涉及的胎儿利益均为民法所保护的主体呢?是不是这些利益在民法上均应且均能被一体承认和保护呢?对此,首先应明确现实生活中与胎儿相关的利益类型与内在区分,并就此界定其与胎儿保护之间的权重比例,从而为胎儿利益的民法保护提供一个清晰的利益图谱。

### 三、胎儿利益保护的前提与内部分层结构

民法承认并赋予胎儿得享有的利益,应以必要性为原则,甄别和界分哪些是胎儿所必须的并重点给予关注,对此之外的则有必要通过一般条款而留待将来的法律实践去解决,以此保证法典本身的相对确定性与适度开放性的动态平衡。就此而言,可以将胎儿利益保护区分为一个前提与三个层次:

#### (一) 一个前提:人是否就不被出生而享有应受法律保护的利益

生命居于自然人所享有的所有法益的最核心。给予生命,对于任何人来讲都是最大的利益。任何人都不能主张自己不被生下来的权利;反之,即使父母明知胎儿严重残疾但仍坚持将之生下来,也不会对其生命利益构成侵犯。<sup>⑱</sup> 例如,我国有法院在判决书中即明确表示:尽管被出生者患有先天性心脏病,但从尊重生命本身的价值而言,其存在价值仍胜于无,不能认定其生命属于应予赔偿的损失。<sup>⑲</sup> 另外,从法律形式逻辑出发也可以推导出错误出生者不得因生命的获得而主张相应的损害赔偿请求权:因为主张生命权被侵犯以存在或者至少存在过生命为前提,对于提起权利主张的人而言,其所要否定的生命恰是其所提起之权利主张的前提,若否定了前者,则后者自然也就不会存在。

但否定特定主体就出生本身所主张的权利请求,并不意味着存在过错的行为人可予免责。在医院因过错未发现胎儿存在严重生理缺陷并致严重残疾的孩子出生时,医院需要对自己的过错行为承担法律责任。问题是,谁有权向行为人主张民法上的责任承担呢?

对父母而言,其有权依《合同法》向法院主张违约责任中的损害赔偿,因为其与医院之间存在医疗服务合同关系,医院因过错未能完成约定的服务内容,需承担违约责任。<sup>⑳</sup> 对于父母是否有权向行为人主张侵权损害赔偿,则有不同观点:在司法实践中,部分法院依据《母婴保健法》及《人口与计划生育法》等规定,推导出父母享有应受民法保护的优生优育选择权,在行为人因过错行为侵犯该权利时,受害人当然有权主张侵权法上的救济;<sup>㉑</sup> 反对观点则认为,优生优育权是由作为基本权利的生育权所衍生出来的权利,其在本质上也是基本权利,民事法律对此并无规定,故不受侵权法保护,并据此驳回了受害人所主张的损害赔偿请求。<sup>㉒</sup> 对此,若从法教义学的分析视角来看,作为基本权利的生育权内涵优生优育权,是反映国家和个人间权利义务关系的一种基本权利,将之作为裁判依据而直接在判决书中加以引用,确不恰当,其需要通过民法上概括条款

<sup>⑮</sup> 参见王晨、艾连北:《再论生育权》,载《当代法学》2003年第1期。

<sup>⑯</sup> 参见刘彦:《孕妇疑怀女私自在酒店引产被抓法院不准再生》,载《楚天时报》2014年7月29日7版。

<sup>⑰</sup> 参见刘阿红诉王全辉、中国人民财产保险股份有限公司华蓥支公司机动车交通事故责任纠纷案,四川省华蓥市人民法院民事判决书,(2014)华蓥民初字第966号。

<sup>⑱</sup> Vgl. Christian v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 2, München: C. H. Beck, 1999, S. 63, RdNr. 49.

<sup>⑲</sup> 参见刘三妹、张伟峰与深圳市龙华新区龙华人民医院医疗损害责任纠纷案,广东深圳市中级人民法院民事判决书,(2014)深中法民终字第1851号。

<sup>⑳</sup> 参见丁春艳:《错误出生案件之损害赔偿研究》,载《中外法学》2007年第6期。

<sup>㉑</sup> 参见云南省平安中西医结合医院与陈武凤医疗损害赔偿纠纷案,云南省昆明市中级人民法院民事判决书,(2007)昆民三终字第854号。

<sup>㉒</sup> 参见杨超、李长城与彭州市妇幼保健院医疗侵权赔偿纠纷案,四川省成都市中级人民法院民事判决书,(2008)成民终字第296号。

相结合的方式才能进入民事裁判领域。

胎儿本身是否有权因此主张侵权法上的救济,司法实践中有法院对此给予了否定性回答,理由主要有二:一种认为,该种情形下的受害人一方应是胎儿父母,因为已出生者在产检时无权利能力,其不能决定自己是否出生,在其出生之后也不能对自己出生与否进行选择;<sup>④</sup>另一种则认为,先天残疾婴儿的残疾一般是由遗传因素及其他因素造成,与医疗机构的过错行为之间不存在法律上的因果关系。<sup>⑤</sup>当然,实践中也有法院支持因医院过错导致出生的存有残疾的孩子的损害赔偿请求权。<sup>⑥</sup>司法实践在这里的分歧本质上反映为法律规则的适用究竟应否以法本身内在的逻辑自洽为第一要务?若坚持法律适用逻辑自洽性的优先考量,那么,于此场合否定已出生之胎儿的独立损害赔偿请求权,就是合法的。因为对其而言,行为人的过错行为确未给其造成任何损害,或者说,已出生的胎儿所存在的严重残疾的事实,与行为人的过错行为之间并没有法律上的联系;<sup>⑦</sup>但若以霍姆斯所倡导的经验法则为基点,将对时代需要的感知、流行的道德和政治理论等考虑进来,特别是将现代民法所坚持的基本伦理价值即人之尊严的充分实现考虑进来,那么,承认已出生之胎儿于此场合的独立损害赔偿请求权,就不会在正当性问题上产生疑问。

(二)三个层次:物质性人格利益、精神性人格利益与财产利益

### 1.物质性人格利益

生命的存续与保全,是民法上活着的人的最核心的利益。<sup>⑧</sup>对于那些尚未出生的胎儿而言,最终能够健康平安的出生并成为民法上的主体,则是头等重要的大事。因此,与之相关的诸如生命、身体、健康等物质性人格要素所体现出来的人格利益就位于胎儿利益的核心位置,理应受到法律的重点关注和保护。<sup>⑨</sup>但在我国当前的司法实践中,以胎儿物质性人格利益受损为由主张胎儿本身的损害赔偿请求权,在胎儿未活着出生的场合,原则上并不会被支持,因为于此场合胎儿并不具备权利能力;<sup>⑩</sup>当然也存在例外,有法院会以被告医院的医疗过错与胎儿死亡的损害后果之间存在因果关系,支持原告所主张的关于婴儿的死亡赔偿金和相关的丧葬费的赔偿请求权。<sup>⑪</sup>若胎儿活着出生,其就身体健康所遭受的损害所主张的侵权法上的救济,原则上都会获得法院的支持。<sup>⑫</sup>

就此而言,我国司法实践未普遍承认胎儿在生命等物质性人格受损时应受法律保护的主要障碍是:民事权益的享有以权利能力为前提,无权利能力则无民事权益。然而这种看似严谨的推理却忽视了我国民事法律实践中存在的保护胎儿特定财产利益以及死者残存人格利益的事实。在例外情形下,民事权益的法律保护可以独立于权利能力而存在。

另外,现行法律既然保护死者的遗体、骨灰以及特定的精神性人格,保护活着出生的胎儿的特定财产利益,那为什么不保护胎儿的物质性人格呢?这是否表明了,死者就特定人格利益的实现受法律保护以及胎儿就特定财产利益的实现受法律保护之间,存在着通常意义上所谓的法律漏洞?由于民法并不禁止类推规则,因此,在现行法存在明显漏洞时,事实上可以通过类比运用以填补漏洞,完成法的续造。

<sup>④</sup> 参见陈某甲与南充市第四人民医院医疗损害责任纠纷案,四川省南充市顺庆区人民法院民事判决书,(2013)顺庆民初字第828号。

<sup>⑤</sup> 参见姜静、唐士胜等与大连金州区妇幼保健医院医疗损害赔偿纠纷案,辽宁省大连市中级人民法院民事判决书,(2014)大审民再终字第73号。

<sup>⑥</sup> 参见梅贤明:《生下肢残儿,医院该不该赔偿》,载《人民法院报》2004年11月16日B4版。

<sup>⑦</sup> 参见陈某甲与南充市第四人民医院医疗损害责任纠纷案,四川省南充市中级人民法院民事判决书,(2013)南中法民终字第1429号。

<sup>⑧</sup> Vgl. Christian v. Bar, O.a.a., S. 62.

<sup>⑨</sup> 同前注<sup>⑧</sup>,周译文。

<sup>⑩</sup> 参见农美燕与崇左市江州区新和镇卫生院、崇左市人民医院医疗损害责任纠纷案,广西壮族自治区崇左市江州区人民法院民事判决书,(2012)江民初字第739号。

<sup>⑪</sup> 参见刘广涛、杨振勤与孟州市第二人民医院医疗损害责任纠纷案,河南省孟州市人民法院民事判决,(2014)孟民二初字第00061号。

<sup>⑫</sup> 参见钟山县燕塘卫生院与杨金荣、陈子春医疗损害责任纠纷案,广西壮族自治区贺州市人民法院民事判决书,(2015)贺民一终字第10号。

对此,民法典相关草案建议稿态度迥异:法学会版未以胎儿活着出生为条件来确定胎儿的权利能力,因此即使胎儿因侵害行为致死,其也有权独立主张侵权法上的损害救济;其余四部草案则都以活着出生为赋予胎儿权利能力的前提要件,在其因侵害行为而未能活着出生时,自无权独立主张侵权法上的救济。

## 2.精神性人格利益

在胎儿就生命等物质性人格享有的利益之外,还可能就诸如肖像、隐私等精神性人格享有利益。这些精神性人格利益位于法律保护的次要位置,胎儿原则上不得就该等利益所遭受的损害主张民法上的救济,例外情形除外。例如,未经胎儿父母同意而擅自使用胎儿肖像,或者将涉及胎儿基因、血统、出身等个人信息的隐私披露给媒体等,以活着出生为条件,胎儿应有权主张停止侵害、消除影响等民法上的救济。对此之外的损害赔偿请求权等,则可类推适用自然人于此场合可得主张的权利。对此,五部学者草案中除王利明版之外,其余四部均未就此予以明确区分。王利明版仅强调在胎儿身体健康利益遭受侵害的情形下,活着出生的胎儿有权主张侵权法上的救济,这实质上是拒绝承认胎儿的精神性人格利益。

## 3.财产利益

胎儿人格利益之外的财产利益则位于法律保护的最边缘,法律原则上应不承认胎儿于此享有财产利益,例外情形除外。这里的合理性考量在于:

第一,在利益与风险并存的社会背景下,财产的享有并不意味着单纯的利益,与之如影随形的还有风险。享有特定财产利益的人,不仅面临着财产贬值缩水的商业风险,还面临着因保护财产而随时可能出现的人身风险。财产利益的享有者必须具备与保护财产利益相匹配的理性能力。对于以健康平安活着出生为最佳利益的胎儿而言,法律至少应在可得预见的范围内尽量减少该种风险发生的可能。

第二,在现代市场经济条件下,享有财产不仅是一种利益,也是一种义务和责任。财产是有限的社会资源,在社会资源普遍不足的背景下,如何使财产的享有、利用更符合效率原则,应是法律所普遍关注的焦点问题。对于那些尚未出生的胎儿而言,法律应在尊重和敬畏生命的基础之上,将之与已出生的人区分开来,人原则上仅能通过理性行为而取得己身之外的财产利益,并就此因理性的缘故而承担相应的义务和责任。<sup>③</sup>就此而言,原则上否定其得享有财产利益,恰恰是对于因理性而获得尊严的生命的最大程度的尊重。

当然,法律原则上否定胎儿享有财产利益,并不意味着其全然不能享有任何受法律保护的财产利益。在纯获利益的赠与、遗赠场合,若以胎儿未活着出生为合同解除条件,显然有利于胎儿健康平安出生这一最佳利益的实现,于此场合承认胎儿的权利能力,自无不可。至于承认继承中胎儿因特定身份而享有的财产利益,一方面是因人类社会长久以来基于种的繁衍而就此形成的物质保障机制的内在驱动和历史惯性;<sup>④</sup>一方面是在生活于共同体中的特定个人对其有特定关系的他人所负担之社会义务的具体实践。<sup>⑤</sup>家庭这一社会最基本构成单位中的父亲对胎儿所担负的义务,在其于胎儿未出生之前死去时,将通过财产继承的方式来实现。因此,法律于此承认胎儿得享有该等财产利益,自属应当。

对此,五部学者草案可分为的三类,一种是徐国栋版,其明确规定活着出生的胎儿在遗赠、赠与以及继承三种纯获利益场合的权利能力。法学会版、梁慧星版以及杨立新版虽未明确对此予以规定,但其要么全面承认胎儿应受法律保护的權利能力,要么以胎儿活着出生为条件承认涉及胎儿利益保护的所有情形中胎儿皆有权利能力,这显然也暗含了其在纯获利益场合对胎儿利益的保护。二者的区别在于,前者通过列举规定而将涉及胎儿财产利益的保护范围限定在纯获利益场合,而后者对此却没有限制。王利明版在胎儿利益保护方面限制的最严格,其仅承认身体健康等物质性人格受损时胎儿应受保护的 legal 地位。

### (三)评析

从实践反映出的问题及五部学者草案的分歧来看,胎儿利益保护规则的确立需要解决的核心问题有二:

#### 1.是否以活着出生为必要?

<sup>③</sup> 参见[德]康德:《法的形而上学原理》,沈书平译,商务印书馆1991年版,第30页。

<sup>④</sup> See R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civil Law Tradition*, Juta, Cape Town/Johnnesburg, 1996, pp. 1024-1025.

<sup>⑤</sup> 参见[德]雅科布斯:《规范·人格体·社会》,冯军译,法律出版社2001年版,第117页。

五部建议稿之间的首要分歧在于,胎儿利益的民法保护是否须以其活着出生为前提条件?除法学会版外,其余四部皆以胎儿活着出生为其利益保护的前提,其中,徐国栋版还要求胎儿须出生以后存活满48小时。那么,正在制定的民法典究竟应如何选择呢?

民法将所保护的利益范围以及与之相关的胎儿得享该利益的前提限定为活着出生。法律对胎儿利益的承认与保护,特别是对那些最后未活着出生的胎儿利益的承认,更多的是基于生命平等的价值理念而对人之尊严的一种价值宣誓。法律无法为一个死去的人做的更多,这同样适用于那个最终也未能活着出生的人。

尤值一提的是,由于母亲的行为并不一定有利于胎儿最佳利益的实现,特别是母亲故意以违反社会公共道德的方式侵害胎儿利益的,承认即使未能活着出生的胎儿也享有应受法律保护的地位,既有利于胎儿最佳利益这一目的的实现,也有助于规范母亲的行为自由以及与此相关的其他与胎儿有特定法律关系的主体如父亲的合法利益的保护。

因此,对胎儿最佳利益的民法保护来讲,民事制定法层面应当舍弃以活着出生为条件来确定是否赋予胎儿以权利能力,由此来宣誓和彰显以尊重生命为前提的生命平等的法治基本理念;同时也适当平衡母亲权利与胎儿以及与之相关的其他主体权益之间的过度失衡状态,给予胎儿以及其他利益主体在母亲权利滥用时以法律救济的可能。

尊重生命以及彰显生命平等的法治基本理念,事实上也决定了胎儿利益保护规则在法典体系中的坐标:胎儿利益保护问题本质上涉及的是自然人之主体地位在时空坐标轴上的定位问题,为了尊重生命,需要将传统法律实践中以出生为主体地位承认之前提的做法在时间轴上向前延伸,但无论如何延伸,其反映的都是如何通过时间上的划定来确立生命本身的主体地位问题。就此而言,胎儿利益保护规则理应在民法典总则编的主体制度中寻得栖身之所。事实上,除王利明版将胎儿利益保护规则置于人格权编外,其余四部建议稿都在民法总则的主体制度框架下来构建胎儿利益保护规则。并且,最新的由王利明教授主持的以法学会名义发布的民法总则建议稿的主体制度部分也规定了胎儿利益保护条款。这实质上是尊重生命以及生命平等价值理念在当前主流学说理论中的真实反映。

## 2. 受保护的利益范围

王利明版仅强调胎儿身体健康等物质性人格利益属于应受法律保护的对象,而徐国栋版则仅明确了胎儿于特定情形下就财产利益享有应受法律保护的地位,这两种保护范围都过于狭窄。

法学会版未对胎儿利益进行区分,也不强调相应利益保护以活着出生为条件,这从根本上突破了传统民法以权利能力为基点所确立的主体制度这一自洽的周延逻辑体系,极大地扩展了胎儿利益保护的边界,在价值层面符合民法所欲实现的对他人的尊严最深刻的关怀这一目的。但考虑到我国当前的具体社会背景以及相应的法律体系结构,特别是作为基本国策的计划生育政策、父母享有的生育权以及母亲基本不受限制的堕胎自由等,这种规定本身的正当性与合理性尚有疑问。另外,对以健康平安出生为基本立足点的胎儿利益的保护而言,不区分所涉利益的性质而予一体承认,在逻辑严谨性和体系科学性上,也有探讨余地。

梁慧星版与杨立新版介于前两种类型之间,其一方面以活着出生为胎儿被视为民事主体的前提,一方面对胎儿应受保护的利益未作性质上的限定和区分处理。但将胎儿利益保护全然系于胎儿是否活着出生之上,实质上并未回应现代社会背景下生命科技以及生命尊严等对民法的深切呼唤。

实际上,对于正在编纂的民法典而言,关于胎儿利益的保护,除应考虑基于生命平等理念而不以活着出生为必要普遍承认胎儿应受法律保护外,还应注意已出生之自然人与未出生之胎儿的现实差异,并在应受保护的利益范围上适当展现出来。那就是,应围绕胎儿的最佳利益即健康活着出生为前提,对于与之密切相关的物质性人格利益予以明确承认,于此之外的其他诸如精神性人格利益以及财产利益等,则通过概括性条款交由司法实践衡平处理。

## 四、胎儿利益保护的司法实践对法典编纂的启示

事实上,未来民事立法中需要顾及的两点,即尊重生命以及平等保护原则、承认胎儿与自然人的现实差异并区分处理原则,在我国当前司法实践中已有部分体现,当然其中也存在很多问题。因此,对于正在编纂的民法典而言,需要充分注意司法实践于此已经发展出来的相关解决方案并妥善处理其中存在的问题。

### (一) 第三人侵害胎儿利益

在我国当前法律实践中,胎儿原则上被视为母体的组成部分。<sup>③</sup>因此,即使在生命利益被侵害场合,司法实践大多情形下也仅承认母亲应受法律保护的地位,胎儿本身原则上并不得就此独立主张侵权法上的救济;若胎儿活着出生,司法实践则给予其在母体期间因第三人侵害所遭受的损害以法律救济。

#### 1. 胎儿物质性人格利益受损

在胎儿未能活着出生时,我国司法实践原则上并不承认胎儿有独立的应受法律保护的地位,就胎儿死亡所主张的死亡赔偿金和丧葬费等,并不会被法院支持;当然,母亲于此场合可以就其遭受的实际损害主张财产以及精神损害赔偿。<sup>④</sup>其他与胎儿有特定法律关系的主体如父亲,是否有权就胎儿因侵害行为未能活着出生而主张精神损害赔偿,相关司法实践并未予以明确界定。依据《人身损害赔偿解释》第1条、第18条以及《精神损害赔偿解释》第7条规定,在生命权遭受侵犯场合,生命权人的近亲属有权主张精神损害赔偿请求权。但这并不能当然适用于胎儿生命利益遭受侵害场合,因为于此场合胎儿并不具备权利能力,不是民事主体,其仅是母亲身体的组成部分。因此,除母亲之外,母亲的近亲属如其配偶,原则上无权就此主张精神损害赔偿。<sup>⑤</sup>当然,依据《侵权责任法》的一般条款即第6条结合第2条,若父亲就自己因胎儿所享有的人身利益而向行为人主张独立的精神损害赔偿,则可能获得法院的支持。<sup>⑥</sup>

在胎儿活着出生时,司法实践普遍支持其就胎儿期间所遭受的人身伤害向行为人主张相应的损害赔偿。例如,在因医院过错导致胎儿活着出生以后才死亡的案件中,父母所主张的关于医疗费、丧葬费、死亡赔偿金等损害赔偿以及死者近亲属因就此遭受的精神损害等而主张的相应赔偿请求权,一般都会都获得法院的支持。<sup>⑦</sup>

#### 2. 胎儿遭受纯粹经济损失

胎儿尚在母体,其父亲因他人侵害行为致死,在胎儿活着出生时,其是否有权就此主张相应的财产损害赔偿请求权?依据《婚姻法》第21条、第25条,《民法通则》第119条等规定,父母对于包括非婚生子女在内的未成年子女负有抚养义务,当侵害父亲生命致其死亡的,责任人应向被害人一方支付死者生前抚养的人必要的生活费等费用。尽管侵害行为发生时胎儿尚未出生,但若其活着出生,则该义务当然由作为受害人的父亲负担,在侵害行为致父亲无法完成其应完成的义务时,自应由导致其无法完成该义务的过错第三人承担。对此,我国的司法实践也普遍性地予以承认。<sup>⑧</sup>当然,胎儿于此主张的相应赔偿请求权以活着出生为前提,在胎儿尚未出生的场合,依据《民法通则》第9条规定,其无权独立提起相应权利主张。<sup>⑨</sup>

### (二) 父母双方或一方侵害胎儿利益

在现行法律体系下,胎儿原则上被视为是母体的组成部分,在决定是否终止妊娠等涉及胎儿最佳利益保护的场合,母亲本人的意志具有终局性的决定意义,母亲是否同意,直接决定着受害人和侵权人的范围:

#### 1. 父母双方共同致胎儿利益受损

在现行法律体系下,一方面,法律提倡并鼓励父母“晚生晚育、少生优生”,<sup>⑩</sup>父母只要不存在违反法律禁止性规定,如因选择性别人工终止妊娠或已领取生育服务证而实行中期以上非医学需要的终止妊娠手术的

<sup>③</sup> 参见《人体重伤鉴定标准》第78条、《人体轻伤鉴定标准》第42条。

<sup>④</sup> 参见农美燕与崇左市江州区新和镇卫生院、崇左市人民医院医疗损害责任纠纷案,广西壮族自治区崇左市江州区人民法院民事判决书,(2012)江民初字第739号。

<sup>⑤</sup> 参见中华联合财产保险股份有限公司惠州中心支公司诉冷桂详机动车交通事故责任纠纷案,广东省惠州市中级人民法院民事判决书,(2014)惠中法民四终字第194号。

<sup>⑥</sup> 参见叶庆桂与首都医科大学附属北京佑安医院医疗损害责任纠纷案,北京市丰台区人民法院民事判决书,(2013)丰民初字第06178号。

<sup>⑦</sup> 参见杨小欢、李传军与厦门市妇幼保健院医疗损害责任纠纷案,福建省厦门市思明区人民法院民事判决书,(2013)思民初字第6037号。

<sup>⑧</sup> 参见王德钦诉杨德胜、泸州市汽车二队交通事故损害赔偿纠纷案,《最高人民法院公报》2006年第3期。

<sup>⑨</sup> 参见巫乐庭、罗苑丛:《父亲车祸身亡遗腹子能否要抚养费》,载《南方法治报》2014年7月25日第12版。

<sup>⑩</sup> 参见《人口与计划生育法》第18条、第25条、第28条。

情形,<sup>④</sup>那么,父母在孩子未出生之前共同决定并终止妊娠是法律所允许的。另一方面,在现行法律体系下,胎儿被视为母体的构成部分,尽管父母决定终止妊娠事实上构成对胎儿最佳利益的根本侵害,但胎儿所遭受的这种损害并不属于侵权法救济的范畴。因为侵权法于此场合所优先保护的民事权益是母亲本人,在合乎法律规定或社会公共道德的前提下,母亲当然有权决定自己所享有的民事权益的实现方式,其并不需要对就此牺牲的特定民事权益向他人或共同体承担法律责任。<sup>⑤</sup>即使父母违反法律禁止性规定而终止妊娠,在现行法律体系下其也毋须就侵害胎儿最佳利益而承担民事责任,并且现行法也未明确规定父母就此承担责任。至于实践当中有权机关对违反法律禁止性规定而实行人工终止妊娠的父母给予的批评教育或收回生育服务证的,则属于国家基于公共利益保护而给行为人所处予的公法上的行政责任。<sup>⑥</sup>

## 2. 父母一方致胎儿利益受损

父母就胎儿最佳利益的保护产生分歧并就此造成胎儿利益侵害的,在现行法明确承认父母均享有生育权的背景下,<sup>⑦</sup>司法实践对父母提供了不同的保护方案,这也间接影响到了胎儿利益的保护:

### (1) 父亲致胎儿利益受损

因父亲的过错行为致胎儿物质性人格利益受损的,在胎儿未能活着出生时,其自无权向父亲主张损害赔偿;<sup>⑧</sup>母亲与此场合是否有权就自己遭受的人身损害向父亲主张损害赔偿,取决于其所依据的请求权基础:若以《婚姻法》第46条中的“虐待”为由主张损害赔偿的,须以离婚为前提;<sup>⑨</sup>若依据《侵权责任法》等所确立的损害赔偿规则主张相应赔偿请求权,则离婚就不构成必要条件。例如,在张某某与黄某某交通事故案中,对于因被告(包括原告的丈夫何某、黄某)过错导致交通事故而流产的受害人张某某,其依据《侵权责任法》第16条、第22条、第48条等向被告所主张的财产与精神损害赔偿请求权,即获得了法院的支持。<sup>⑩</sup>在胎儿活着出生时,父亲的过错侵权与第三人的过错侵权之间并无实质差异,胎儿应有权就其遭受的损害向父亲主张赔偿。

在未经生父同意而擅自在婚外将孩子生下来并向生父主张抚养费的案件中,审理法官即认为:“生育权具有明显的冲突性:从民法公平、自由的原则出发,男方对盗精、因欺诈而生育子女的案件中丧失了对后代的自由选择权。但男方的生育决定权与女性的人身自由权、生命健康权相比,处于下位阶。如果两种权利发生冲突,男性的生育权应当让步。”<sup>⑪</sup>因此,依据《妇女权益保障法》第51条规定,生育子女不需要男女双方的合意,女方单方决定即可。女方单方面选择生育子女,不构成对男方生育权的侵犯。

同样的问题,在人工生育场合,有关司法实践却采取了不同的论证策略。例如,指导案例第50号的审理法院认为:在夫妻关系存续期间,双方同意通过人工授精生育子女,所生子女应视为夫妻双方的婚生子女,依《民法通则》第57条规定,对于夫妻双方就此通过有效生育协议所形成的民事法律关系,行为人非依法律规定或取得对方同意,不得变更或者解除。在父亲决定终止妊娠并将自己财产全部通过遗嘱的方式分配给胎儿以外的其他继承人时,若母亲对此持反对意见并坚持将胎儿生下来,那么,活着出生的胎儿有权依据《继承法》第28条主张自己应得的财产利益。<sup>⑫</sup>显然,司法实践于此回避了直接回应究竟是父亲的生育权还是母亲的生育权或其他人身权益更值得保护的问题,当然,也没有强调胎儿于此场合是否具有应受法律保护的独立利益。这样,就使得原本应具有普适性的指导案例的价值受到了极大的限制。这在父亲坚持生育而母亲拒绝并擅自终止妊娠的场合表现的尤为明显。

<sup>④</sup> 参见《人口与计划生育法》第35条、《计划生育技术服务管理条例》第15条。

<sup>⑤</sup> 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第225页。

<sup>⑥</sup> 参见《人口与计划生育法》第41条。

<sup>⑦</sup> 参见《人口与计划生育法》第17条。

<sup>⑧</sup> 参见白某某与孙某离婚纠纷案,内蒙古自治区开鲁县人民法院民事判决书,(2014)开民初字第1140号。

<sup>⑨</sup> 参见陈某与林某甲离婚纠纷案,浙江省台州市黄岩区人民法院民事判决书,(2014)台黄民初字第839号。

<sup>⑩</sup> 参见张某某与黄某某交通事故案,贵州省铜仁市思南县人民法院民事判决书,(2014)思民初字第890号。

<sup>⑪</sup> 参见孙欣:《女性单方面决定生育不构成对男性生育权的侵犯——北京海淀法院判决赵某诉许某抚养费纠纷案》,载《人民法院报》2014年5月29日第06版。

<sup>⑫</sup> 参见李某、郭某阳诉郭某和、董某某继承纠纷案,最高人民法院审判委员会2015年4月15日发布。

## (2) 母亲致胎儿利益受损

当母亲明知自己的行为有可能侵害胎儿的物质性人格利益而依然为此行为并导致严重残疾的胎儿活着出生时,被出生的人是否有权就其遭受的损害向母亲主张相应的赔偿请求权?这显然有别于母亲明知胎儿存在严重的先天性残疾而坚持将之生下来或者胎儿的物质性人格利益因第三人的侵害行为已严重受损而母亲坚持将之生下来的场合,母亲是否需要对被出生的严重残疾的孩子承担损害赔偿责任的问题。就后者而言,对被出生的人而言,给予生命是对其最大的利益,因此不得向母亲主张损害赔偿。但在第一种情形下存在的形式逻辑悖论是,若无母亲的生育行为,胎儿自无从获得生命这一最大利益;而若无母亲的侵害行为,出生的胎儿亦不会严重残疾。在民法所保护的价值评价体系内,未出生的胎儿固然属于母体的构成部分而得由母亲依据自主意志自由支配,但母亲于此不得权利滥用,其权利的行使不得构成对法律、社会公德等因素的违反;<sup>⑤③</sup>若母亲权利滥用而构成对潜在生命的侵害,其自不得以损害行为发生时尚不存在具有权利能力的人为抗辩理由而拒绝对被出生的人承担损害赔偿责任。

当父亲坚持将孩子生下来而母亲予以拒绝并终止妊娠时,母亲的意志是否可以产生对抗父亲意志的效力,我国司法实践在 2011 年之前就表现出了巨大分歧:持肯定观点的认为,父母同样享有应受法律保护的生育权,母亲未经父亲同意而擅自终止妊娠,应对父亲因此遭受的精神损害承担侵权法上的赔偿责任;<sup>⑤④</sup>反对意见认为,尽管父亲一方享有应受法律保护的生育权,但该权利的行使与母亲所享有的人身自由权等发生冲突时,应优先保护母亲的权益,父亲不得就母亲擅自终止妊娠而主张相应的精神损害赔偿请求权。<sup>⑤⑤</sup>《婚姻法司法解释三》第 9 条则将反对意见予以普遍化:“夫以妻擅自终止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的,法院不予支持。”这意味着:对作为母亲身体构成部分的胎儿而言,母亲就是否终止妊娠有最终决定权。

## (3) 优先保护母亲人身权益的正当性基础

显而易见,对于父亲反对而母亲坚持终止妊娠并采取实际措施的,最高法院颁布的《婚姻法司法解释三》第 9 条是通过利益权衡规则来论证其欲优先保护的母亲所享合法权益的合法性基础。

但司法实践为什么在父母双方对涉及胎儿最核心之利益的决定发生分歧时,会优先保护母亲的合法权益而置父亲的于不顾呢?最高法院等对此并未提供充分的合理性说明,因此,其也遭受了来自学理上的激烈批评。<sup>⑤⑥</sup>事实上,我国司法实践于此的作法并非完全没有道理。像德国联邦宪法法院在论证男女平等原则时所采纳的观点那样,将女性在生育中享有的优先权与男女基于生理上的差别而表现在生育过程中所扮演的角色以及具备的功能作为正当性的论证基础,未尝不是一种合理的选择。<sup>⑤⑦</sup>事实上,我国司法实践中也有法院采取与此类似的论证策略。例如,北京海淀法院在赵某诉许某抚养费纠纷案的判决中认为:“女性生育子女要历经受孕、怀孕、生产近十个月的时间,而男方生育子女仅发生性行为即可,女性的投入显然更多”等等,并最终支持了母亲的权益主张。<sup>⑤⑧</sup>

另外,依据我国司法实践中的普遍观点,具体案件中涉及人格权纠纷的,应当优先适用具体人格权的规定,一般人格权只是具体人格权规则的补充。<sup>⑤⑨</sup>这表明,当具体的人格权利与抽象的人格利益发生冲突时,前者应当优先予以保护。对于父亲而言,其享有的生育权以及因胎儿而享有的人身利益,在我国当前法律实践中并没有相应的具体人格权规则对之予以调整,其只能通过侵权法的一般条款即《侵权责任法》第 6 条结合第 2 条以及作为概括条款的《精神损害赔偿解释》第 1 条第 2 款的“其他人格利益”进行调整;对于母亲而言,其除了享有生育权以及因胎儿而享有的人身利益外,同时还享有身体权和人身自由权,其得通过具体人格权规则即《精神损害赔偿解释》第 1 条第 1 款第 1 项和第 3 项中的“身体权”和“人身自由权”以及相应的侵权行为一般条款而获得救济。因此,优先保护母亲合法权益的合法性基础即可证成。事实上,这种论证思

<sup>⑤③</sup> 同前注<sup>⑤②</sup>,程啸书,第 225 页。

<sup>⑤④</sup> 参见周永坤:《丈夫生育权的法理问题研究》,载《法学》2014 年第 12 期。

<sup>⑤⑤</sup> 参见叶光明诉妻子朱贵君擅自流产案,浙江省余姚市人民法院民事判决书,(2006)余民一初字第 1633 号。

<sup>⑤⑥</sup> 同前注<sup>⑤④</sup>,周永坤文。

<sup>⑤⑦</sup> Vgl. BVerfGE 6, 389 ff.

<sup>⑤⑧</sup> 参见赵某诉许某抚养费纠纷案,北京市海淀区人民法院民事判决书,(2013)海民初字第 23318 号。

<sup>⑤⑨</sup> 参见陈现杰:《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释的理解与适用》,载《人民司法》2001 年第 4 期。

路,在中国相应司法实践的具体判决中也可以找到踪迹。<sup>⑩</sup>

### (三)第三人与父母一方或双方共同致胎儿利益受损

在第三人与父母一方或双方共同致胎儿最佳利益受损场合,需要区分如下几种情况来确定需要承担民事法律责任的侵权人和能够请求民事法律救济的受害人:

#### 1.父母双方与第三人共同致胎儿利益受损

依据《人口与计划生育法》等规定,当父母因合法原因且经正当程序而请求特定医疗机构终止妊娠的,尽管存在胎儿最佳利益受损的事实,但父母及特定医疗机构都毋须就此承担法律责任,因为依法行为得阻却违法;<sup>⑪</sup>当父母无合法原因或未经正当程序而请求特定医疗机构终止妊娠时,同样存在胎儿最佳利益受损的事实,但父母以及特定医疗机构所承担的法律责任并非是因违反胎儿利益保护,而是因违反社会公共利益保护所承担的行政或刑事责任;<sup>⑫</sup>当父母有合法原因且经正当程序但最终通过非法医疗机构或人员而终止妊娠,最终也存在胎儿最佳利益受损的事实,但父母毋须就此承担任何法律责任,非法医疗机构或非法行医人员需要就社会公共利益的侵害而承担相应的行政或刑事责任,当然其也毋须对利益受损的胎儿承担任何法律责任。这意味着,父母特别是母亲对于胎儿最佳利益的保护具有终局性的决定权,若母亲同意终止妊娠,那么,在现行法律体系下牺牲的仅是母亲的特定人身权益,受害人的同意本身构成侵权法上的免责事由,当然于此的受害人的同意不得违反法律或者社会公共道德。

#### 2.第三人恶意教唆母亲致胎儿利益受损

第三人以违反社会公共道德的方式恶意教唆母亲终止妊娠,于此场合人身利益遭受侵害的父亲以及最佳利益受损的胎儿,是否有权主张侵权法上的救济呢?

如前所述,在现行法律体系下,若胎儿活着出生,则其可就母体期间遭受的损害主张民法上的救济;若其未能活着出生,则其仅是母体的构成部分,自不能作为受害人而独立主张民法上的损害救济。因此,于此场合胎儿并非受现行法所保护的民法上的人。

对父亲而言,于此场合其存在着应受法律保护的人身权益,只是当该项人身权益在与母亲应受法律保护的人身权益发生冲突时,司法实践将之置于次要的位置。<sup>⑬</sup>但这并不意味着母亲之外的第三人也可以肆意侵害该项权益而毋须就此承担法律责任。<sup>⑭</sup>现行法承认了父亲的生育权以及其因胎儿而享有的人身利益,只是在具体的司法实践当中,当父亲所享有的这些民事权益与母亲的民事权益发生冲突时,法院通过利益权衡的规则优先保护了母亲的人身权益,<sup>⑮</sup>但后者毋须承担侵权责任并不意味着其行为未构成侵权。在第三人以违反社会公共道德的方式恶意教唆母亲侵犯父亲该项权益时,依《侵权责任法》第9条第1款规定,其与母亲构成共同侵权,应与之承担连带责任。司法解释所明确的父亲不得就此向母亲主张损害赔偿,并不构成恶意第三人免于承担民事责任的事由。于此权益遭受侵害的父亲当然有权向第三人主张相应的损害赔偿。至于承担了民事责任的第三人与存在过错的母亲一方之间的法律关系,则属于连带债务场合债务人内部责任分担的问题,其与作为债权人的父亲是否有权向任意债务人主张债权的实现并无规范关系。

#### 3.因第三人侵害致父母不得自行决定终止妊娠

因第三人侵害母亲身体健康致其不得不终止妊娠的场合,虽然第三人的侵害行为并未直接对胎儿构成侵害,但由于胎儿身体健康与被第三人侵害的母亲身体健康密切相连,后者因侵害行为必须接受特定医疗行为,于此必不可免的会构成对胎儿健康出生这一最佳利益的不利影响。若母亲因此依法选择终止妊娠,那么,母亲本身自然有权就此遭受的损害主张侵权法上的救济。<sup>⑯</sup>于此场合,若母亲选择终止妊娠,则胎儿因

<sup>⑩</sup> 参见赵某诉许某抚养费纠纷案,北京市海淀区人民法院民事判决书,(2013)海民初字第23318号。

<sup>⑪</sup> 同前注⑩,王泽鉴书,第101页。

<sup>⑫</sup> 参见《人口与计划生育法》第36、39、41条。

<sup>⑬</sup> 同前注⑩,孙欣文。

<sup>⑭</sup> 同前注⑩,王晨、艾连北文。

<sup>⑮</sup> 参见赵某诉许某抚养费纠纷案,北京市海淀区人民法院民事判决书,(2013)海民初字第23318号。

<sup>⑯</sup> 参见杨欢与上海江南旅游服务有限公司、中国人寿财产保险股份有限公司上海市分公司机动车交通事故责任纠纷案,上海市闵行区人民法院民事判决书,(2014)闽民一民初字第12571号。

是母体的构成部分而不能成为受法律保护受害人并进一步独立主张相应的法律救济;若母亲未选择终止妊娠而坚持将之生下来,那么,胎儿若因对母亲来说实属必要的医疗行为而身体健康受损,其是否就此有权向第三人主张侵权法上的救济,司法实践并未对此予以进一步的明确。在法理上,因为第三人的侵害行为显著增大了胎儿身体健康利益遭受损害的风险,活着出生的胎儿的身体健康因此遭受的不利益与侵害行为之间存在着相当性的因果关系,所以其有权就此主张侵权法上的救济。<sup>⑦</sup>

#### (四)评析

##### 1.价值宣誓

因此,我国制定法层面未整体性地明确规定胎儿应受法律保护的地位,在一般意义上也仅仅是体现了缺乏一种基于生命平等价值理念而对人之尊严更广泛意义上予以承认的价值进行宣誓罢了。因为就胎儿利益保护的相应司法实践看,在胎儿活着出生的场合,司法实践在制定法未明确规定相应救济规则的背景下通过持续的司法续造,事实上已经为胎儿利益的保护提供了较为充分的保护方案:在胎儿利益受损的场合,若其活着出生,则其有权就已经遭受的损害主张民法上的救济措施。即使在胎儿未能活着出生的场合,司法实践所坚持的由母亲来主张自身因此遭受的损害救济请求权,在现行法律体系下也可以合乎逻辑地推导出来,并且这在大多数时候也是具有实践意义的:因为法律即使规定了未能活着出生的胎儿就其所遭受的损害享有独立的请求权,然而在其未能活着出生时,实际上是由与其有特定法律关系的主体如母亲来代为主张该等请求权,这在实践意义上与母亲主张自身因此遭受损害的相应请求权之间并无实质差别;另外,对于责任人来讲,基于恢复原状的损害救济目的以及一事不二罚的责任承担理念,其若对未能活着出生的胎儿本身承担了侵权责任,那么,原则上即不需要再对胎儿之外的与胎儿有特定法律关系的人如母亲就同一损害后果承担法律责任,除非后者能证明其因此遭受了另外的应受法律救济的损害。

##### 2.裁判功能

当然,承认未能活着出生场合的胎儿享有独立的应受法律保护的地位,并非完全没有实践意义,一方面,其足以彰显新时代背景下民法基于尊重生命的价值理念而对生命平等原则的郑重宣誓,相较于法的裁判作用和指引作用而言,法的这种宣誓价值的作用并非不重要;另一方面,不以胎儿活着出生为必要承认其应受法律保护的地位,在特定情形下具有积极的裁判作用,特别是在第三人以违反社会公共道德的方式恶意且目的是直接侵害胎儿物质性人格利益的场合,在计生部门强制孕妇引产尤其是对足月胎儿实施引产手术的场合,在父母以违反社会公共道德的方式恶意或非法终止妊娠的场合,在母亲以违反社会公共道德的方式恶意终止妊娠的场合,这种裁判作用尤为明显。

##### 3.利益平衡功能

在现行法律体系下,不以活着出生为必要承认胎儿应受法律保护的地位,也有助于平衡父母之间就胎儿利益保护所享有的权利在事实上的不平等状态。从我国相应的司法实践来看,母亲在胎儿利益保护的过程中居于绝对的主导地位,即使其行为事实上侵犯了胎儿利益,父亲也不得就其侵害行为主张任何法律上的救济。这固然有其合理性,但如果将之绝对化,在民法平等保护的视野下显然也存在问题,特别是在母亲以违反社会公共道德的方式故意侵害胎儿物质性人格利益的场合,这种绝对化的处理方式所导致的悖论就尤其明显。并且在比较法的视野下,这种绝对保护母亲利益而不顾其他相关利益主体的做法,也不被普遍支持。<sup>⑧</sup>因此,法律上承认即使未能活着出生的胎儿也享有应受法律保护的地位,既有利于胎儿最佳利益这一目的的实现,也有助于界定母亲的行为自由范围以及保护与此相关的其他与胎儿有特定法律关系的主体如父亲的合法利益等。

##### 4.司法实践的局限

然而,由于司法实践本身的局限性,导致其始终无法突破权利能力的限制而给予那些尚未出生但亟须救济的胎儿以及与之有特定法律关系的其他主体以充分的法律保护。因为赋予未出生之胎儿以应受法律保护

<sup>⑦</sup> See Basil S. Markesinis/Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, 4<sup>th</sup>, Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 99.

<sup>⑧</sup> 参见[德]施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第90页。

的主体地位,实质上涉及民事主体制度的问题,属于民事基本制度。对此,依据我国《立法法》第8条规定,只能通过立法而由作为制定法的法律来确立。

也正是在这一层意义上,对于胎儿最佳利益的民法保护来讲,在承认司法实践已有经验和教训的基础上,民事制定法层面应当舍弃以活着出生为条件来确定是否赋予胎儿以权利能力,由此来宣誓和彰显以尊重生命为前提的平等保护的法治基本理念;同时也适当平衡母亲权利与胎儿以及与之相关的其他利益主体权益之间的过度失衡状态,给予胎儿以及其他利益主体在母亲权利滥用时以法律救济的可能。

### 五、结论

因此,对于正在制定的民法典而言,以胎儿最佳利益的实现为目的,可以在民法总则的主体制度项下将涉及胎儿利益保护的条款规定为:

“涉及胎儿生命、身体、健康等利益保护的,视为已出生。法律另有规定的除外。”

这种规定的合理性考量在于:

首先,在立法模式上,通过列举+概括的模式,既强调物质性人格利益居于胎儿利益保护的核心位置,又可以通过概括性的规定将生命等物质性人格利益之外其他利益的承认与保护向丰富的社会生活开放,以保持法典的稳定性与开放性的适度平衡。

其次,在规则内涵的价值理念上,对涉及胎儿最佳利益的生命等物质性人格利益的保护,不以“活着出生”作为承认胎儿应受法律保护的前提,以此彰显尊重生命以及平等保护的法治基本理念。

再次,在受保护之利益的内部结构划分上,应在承认平等保护这一法治基本理念的基础之上,将生命等涉及胎儿最佳利益实现的物质性人格利益以具体列举,其他利益以概括规定,实现对胎儿利益保护所涉及的利益内部的层级划分,可以将胎儿与自然人的现实差异在具体法律规则中适度的体现出来。

最后,基于法律体系内部协调的考虑,强调“法律另有规定的除外”,可以将民法典与现行法律体系下的其它规范性文件协调起来,特别是将其与计划生育政策有关的《人口与计划生育法》中的合法终止妊娠的情形、公民基于《宪法》所享有的生育权以及女性的人身自由等协调起来,保证法律体系内部的逻辑协调。

整体而言,应时代需要而编纂的民法典,必须积极回应现实生活的迫切需求并提出妥善的解决方案。<sup>⑥</sup>对此,法学并不需要过于匆忙,相反,它需要内在的集中精神、最冷静的观察和最全面的研究,以此为立法提供科学的支持和保障。<sup>⑦</sup>

---

**Abstract:** In terms of the protection of fetal interests, the five Civil Code drafts provided by scholars offer five solutions. Here comes the question: how does the legislation authority choose? In fact, the drafted Civil Code should set up corresponding rules based on holding up the fundamental ideas of the rule of law, such as respect for life and life equality, as well as clarifying the main problems and needs in terms of the protection of fetal interests. What's more, we should acknowledge the factual differences between a fetus and a natural person while paying full attention to the best interests of fetuses. We should also give credit to the contribution of legal practices of fetal interests protection and bring it into the Civil Code.

**Key Words:** Fetus; Interests; The Civil Code; Legal Capacity; Damages

---

(责任编辑:张素华)

<sup>⑥</sup> 同前注<sup>⑤</sup>,王利明等文。

<sup>⑦</sup> Vgl. Carl Schmitt, Die Lage der Europaeischen Rechtswissenschaft, Internationaler Universitaets-Verlag 1950, S.21.