

论类型化视角下体外胚胎之法律属性

周华

(中国社会科学院研究生院法学系, 北京, 102488)

摘要: 体外胚胎区别于人, 又无法等同于物, 已成为对传统人、物二分格局的最大挑战。对体外胚胎之法律属性, 我国立法并未涉及, 国内学界众说纷纭, 在个案审理中法院之观点也各有不同, 由此折射出其定性之困。面对用途各异之体外胚胎和日益多元化之个案情形, 单一的法律属性无法全面覆盖, 无论是主体说、客体说, 抑或中介说均有所缺憾。对此, 可以类型化分析为视角, 以人、物转化说与分离目的说为基础, 区分胚胎存放之目的以及胚胎供体是否存活, 对体外胚胎之法律属性予以区别对待。

关键词: 类型化视角; 体外胚胎; 主体说; 客体说; 中介说; 分离目的

中图分类号: D923.2

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2015)03-0072-07

在2014年度人民法院十大民事案件的榜单中, 江苏无锡的已故夫妻冷冻胚胎权属纠纷案意料之中入选。该案集中反映了人工辅助生殖技术对民事法律体系造成的冲击, 从一审驳回原告要求继承的诉讼请求到二审判决原告享有涉案胚胎的监管权和处置权, 实现了案件处理结果上的“大反转”和“逆袭”, 引发社会各界热议。二审法院之裁判得到广泛赞誉, 杨立新教授称其为“标志人伦与情理胜诉的民事判决”, 媒体报道之声为“中国好判决”。案件虽已盖棺定论, 然而其引发的问题却远未解决, 作为我国首例冷冻胚胎案, 法院之处理是否具有示范意义, 而其中至为关键的即为法院对体外胚胎的定性是否合理, 能否推此及彼, 广泛适用于各类涉体外胚胎的案件, 尚值得深思。

一、体外胚胎法律定性之困境

无锡冷冻胚胎权属纠纷案中, 对案件诉争之体外胚胎的法律定性, 法院给出了不同看法, 一审判决认定体外胚胎为含有未来生命特征的特殊之物, 二审判决则将胚胎界定为介于人与物之间的过渡存在。在体外胚胎的法律属性上, 我国立法并未做出明确规定, 国内学界众说纷纭, 有多年司法实践经验的法官们也各持己见, 由此折射出体外胚胎法律定性之困境。

(一) 体外胚胎本身之特性

近代以来的民法均以采法律关系为基本方法, 以

“主体—客体—内容”为基本逻辑, 将市民社会的物质构成要素分为人与物对立的二元格局。^[1]然而, 随着生物科技的发展和医疗技术的进步, 人与物的界限逐渐模糊。理论上的完美解说往往不能涵盖现实中的客观存在, 因为实际发生的状态不是理论建构出来的, 溢出理论框架的部分就不得不处于中间的混沌状态。^[2]而体外胚胎无疑属于这样的部分, 其区别于人, 又无法等同于物, 在人工辅助生殖技术不断发展和推广的今天, 其俨然已成为对传统人、物二分格局的最大挑战。

1. 无法等同于人且不可混同于体内胚胎

此处的人当指法律意义上的人, 即具备自我意识的人格生命。诚然, 从生物学角度而言, 受精胚胎的形成是生命孕育的开始, 其与自然人主体资格的诞生有着不可分割的关系。然而胚胎本身并未发育为完整之人类个体, 出于供体之自主选择以及移植成功率的限制, 其仅是有可能发展为人格生命, 最终成为法律上之人。而较之于体内胚胎, 这种可能性是相对更小的。我国继承法中论及胎儿的继承份额, 但此胎儿仅指体内之胚胎, 即孕育于母体之内而并未与母体分离的生命体。

2. 不同于普通物且区分于其他脱离人体物

体外胚胎虽具有体物之外形和某些类似于物的性质, 但仍不可忽视其内在之生理活性和发展成为生命的潜在可能, 显然不可与普通物混同。而与此同时, 体外胚胎也有别于其他脱离人体物^①, 对于后者, 我

国学界已基本形成定论，无论是梁慧星教授抑或王利明教授主持编纂的民法典草案均规定“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，可以作为物”。与其他脱离人体物一般来源于单方主体不同，体外胚胎之形成涉及到双方主体，其地位之重要不仅在于其可能孕育发展为生命，更在于其大多承载着供体夫妻延续后代的希望。

正是由于体外胚胎如此之特性，导致在法律上要对其准确定位相对困难。各国虽开始从立法层面对人工辅助生殖技术予以规范、约束和引导，如英国《人类生殖与胚胎学法》、意大利《医学辅助生殖规范》、加拿大《关于人类辅助生殖和有关研究的法律》等，然而这些立法或准立法体例从性质上来说大多属于行政性法律规范，并未从民事立法的角度回应体外胚胎的法律地位。纵观世界，只有极少数国家有勇气正面回答这一问题，而已经作出的回答也各有不同。^{[3](53)}可见，体外胚胎的法律定性不仅是个案和个别国家之困，而是全世界共同面临的难题。

（二）学界对于体外胚胎法律属性之争

在体外胚胎的法律属性上，域外已然形成了三大主流学说即主体说、客体说和中介说，对此我国学界进行了有选择性的接受。

1. 对主体说的扬弃

域外之主体说将体外胚胎视为法律上的主体，并进一步区分为有限自然人说和法人说。前者主张将体外胚胎视为特殊自然人，拥有法律关系中的有限主体地位；后者体现于美国路易斯安那州《人类胚胎法》之规定，将胚胎定位为生物体上的人、法律上的拟制人。自然人说是人工辅助生殖技术发展早期，学者们出于对该类技术之推广以及体内、外胚胎的平等对待而提出的观点，其未能考虑到采用该说要对现有法律体系之主客体、法律行为等核心制度进行调整的现实需要，也未能预计到人工辅助生殖技术普及后数量庞大之剩余胚胎的处置；而法人说则为路易斯安那州之个例，且与美国最高法院之论点相悖，沦为标新立异但无实质意义之做法。因此，主体说在我国并未得到广泛认同，学者们提及该说时多出于为论证他说之成立而对其予以批判分析。在此形势下，我国学界回归传统民法理论，寻求新的应对之道。民法传统学说主张将符合一定条件的脱体器官和组织仍视为人之身体，若对其予以侵犯，则视同对人身完整性之侵犯；^[4]学者们即以此为基础阐释体外胚胎之法律属性，认为胚胎的基本构成精、卵均为脱体组织，其应作为供体之一部分而进行人身权的保护，可称之为新主体说。

2. 对客体说的发展

客体说将体外胚胎视为不同权利的客体，根据民法理论，民事法律关系的客体一般包括物、行为、智力成果和非物质利益，体外胚胎自然不可能划归为行为和智力成果。域外学界一般将客体说区分为财产说和私生活利益说，前者将体外胚胎视为民法上的财产，是财产权之客体；后者则以私生活利益来理解胚胎之存在，认为夫妻所营造之胚胎是其私生活权的客体。私生活决定权概念由美国学者提出，国内学界对此相对陌生，因此在引入客体说时通常予以忽略，更多地倾向于采纳财产说，并将财产类同于我国物权法上的物。杨立新教授一直致力于对私法上的物之概念和内涵进行扩展，提出物之类型按其地位高低区分为伦理物、特殊物和普通物；他主张冷冻胚胎是具有人格属性的伦理物，属于物格中的最高格，因此体外胚胎之权利行使应予限制，而保护措施同样应当特殊化。^②

3. 对中介说的继受

中介说又称为折中说，其提出旨在克服主、客体说的缺陷，主张体外胚胎是介乎于人与物之间的过渡存在。有台湾学者赞同此说，认为体外胚胎属于不宜界定为人，又不应被客体化的法益，主张赋予其拟似权利主体的地位。^[5]徐国栋教授则是大陆地区较早对体外受精胚胎进行系统研究的学者，其提出应当在民法理论中建立区别于传统主、客体的“中体理论”，并于立法中逐步体现类似于体外胚胎等作为中介性的存在。^③支持中介说的学者往往认为即使某国立法并未言明胚胎之法律属性，但若其一方面禁止滥用人工辅助生殖技术，同时也允许将受精胚胎用于试验，那么这些国家实际上都采用了中介说。^[6]如此类推显然有失严谨，正如前文所言，绝大部分国家在立法层面均未直接对体外胚胎予以定性，但人工辅助生殖技术不得滥用已然成为全人类之共识，而将胚胎用于研究的适度放开，也是包括我国在内的大部分国家在捍卫医疗科技发展空间上的共同选择^④，如此说来，关于体外胚胎之法律属性似乎已形成通说，这显然与实际现状是不相吻合的。考察各国司法实践，即使立法如斯规定，法院之审判依然进退维谷，各有选择。

二、单一的法律定性难以满足各类案件之需要

由上述可见，要对体外胚胎进行准确之法律定性可谓任重而道远，然而学界之探讨依然方兴未艾，一切动力皆源于确定胚胎的法律属性是案件理性判决的

前提和先决条件。在已过的几十年间,学者们试图相互说服以求胚胎法律定性上的一致,却均未能如愿,这也在一定程度上说明单一的法律定性难以驾驭复杂各异的涉体外胚胎之案件。

(一) 涉体外胚胎案件的种类趋于多元化

涉及体外胚胎的案件并不单一,随着现代医学技术的发展和不孕不育率的升高,类似事件正呈逐年增长趋势,且案件类型不断趋于多元化。学界在论及体外胚胎之法律定位时不可局限于单个或同类案件,而应在对各类案件综合考虑的基础上进行分析。

1. 胚胎损害赔偿纠纷

体外胚胎的长期存放依赖于特定的人员、设备等条件,因而胚胎提供者往往是通过订立胚胎保管合同的方式将胚胎交由医疗机构保存。此外,体外胚胎要顺利置于母体子宫内并活产的几率要远低于体内胚胎。若胚胎在保管、移植过程中发生损坏或灭失,即涉及损害赔偿问题。此时,除胚胎的价值难以衡量外,能否主张精神损害赔偿同样难以定论。在美国即发生过该类案例。1973年美国哥伦比亚大学基督教医院为不孕的Doris夫妇实施体外受精,在受精卵培养过程中,由于执行医生未向医院提出报告,医院负责人以该程序有违道德要求为由,在未通知当事人夫妇与执行医生的情况下,将受精卵销毁;其后Doris夫妇以胚胎财产权受侵害导致精神受损害为由提起诉讼,法院基于人身权和财产权的区分否定了原告的侵占财产指控,但仍判决被告赔偿原告精神损害赔偿49 000美元。^[7]由于该案中法院不认为胚胎是财产,但又不承认其为人,学界解读时多认为其采纳了中介说。

2. 胚胎保管机构更换纠纷

人工辅助生殖技术从1940年发展至今,已然趋于成熟,当前各国能够实施该类技术的医疗机构非常多。仅以我国为例,截至2012年底,全国开展人类辅助生殖技术和设置人类精子库的医疗机构共计358个。随之而来的,是供体夫妻对于医疗机构选择范围的扩大,因而在胚胎保管和移植过程中,夫妻基于各方原因更换机构的事例不可避免。在York诉Johns一案中,原告夫妇因无法自然生育,遂去位于弗吉尼亚州的被告琼斯医疗机构实施试管婴儿手术,经三次移植后未能成功;嗣后原告夫妇搬至加利福尼亚州居住,请求被告将剩余胚胎转移到该地的一家医疗机构但遭拒绝。^[8]对此,美国联邦地方法院认为与其把胚胎定性为人,不如定性为物,因而认定该胚胎为保管合同的标的,并最终判决被告将胚胎返还给原告夫妇。

3. 胚胎权属纠纷

当前各国立法对于体外胚胎之冷冻年限进行了规

定,包括我国在内的多数国家均采取了最长五到十年的标准。随着时间的流逝,夫妻间的法律关系、生存样态均有可能发生变化,从而引发了离婚夫妻以及夫妻一方或双方死亡后针对冷冻胚胎的权利归属之争。

首先是离婚夫妻针对共同胚胎的诉争,此类案件在涉体外胚胎纠纷中最为常见。^⑤如1989年的美国田纳西州Davis诉Davis案,妻子主张存留胚胎并捐予他人,而丈夫则拒绝接受,历经三次审理后最终法院认定被告的不为基因意义上的父亲的权利优于原告的把多余受精卵捐赠给他人生育孩子的权利。在处理上,法院更多地倾向于结合夫妻之生育意愿来进行双方权利义务之衡平,采取利益和负担权衡的方法予以解决,学界多解读为对客体说之私生活利益说的采纳。

其次是夫妻一方死亡,另一方主张胚胎权利。英国Warnock委员会提出,夫妻一方死亡时,受精卵的使用、处分权移转至生存的一方。^[9]而台湾学者则建议除法律另有规定外,该胚胎应提供给研究使用或销毁。2004年我国即发生首例类似案件,王霞与丈夫成功配置16个胚胎后丈夫突遭车祸身亡,王霞要求继续移植冷冻胚胎,遭到医院拒绝;后向广东省卫生厅、卫生部发出申请函,终获批准。^[10]对此,卫生部认为丈夫是在胚胎培植成功后过世,其对胚胎的移植孕育是有自身意愿的,应当予以尊重。

最后是夫妻双方死亡后的胚胎处置。澳大利亚维多利亚议会上院处理的美国公民Rios夫妇所遗胚胎案即属此类,Rios夫妇于1981年在墨尔本接受体外受精并形成两枚胚胎。1984年该夫妇因飞机失事遇难,留下800万美元的遗产。^[11]该案最后处理结果是把胚胎植入代理母亲子宫中,长大后继承遗产,而这被学界解读为是对主体说的援用。

(二) 单一的法律定性说各具的缺陷

在上述案件中,法院或将体外胚胎视为人、或认定为物、或看作生育自决权之利益所在、或界定为人 与物之间的过渡存在,极尽体现了主、客体说和中介说的分歧与对峙。体外胚胎游走在主、客体之间,单一的法律定性说虽各有所长,却始终难以驾驭用途各异的体外胚胎以及多元化之个案情形。

1. 主体说之缺陷

将体外胚胎界定为人,显然为各学说中对于胚胎之法律保障最为严密者。但其本身存在着无法克服的缺陷,在法律上其无法满足自然人权利能力始于出生之通行标准,而情理上若将其视为人显然矫枉过正,将导致对剩余胚胎的处置以及胚胎保管、移植过程中的损毁动辄引发故意杀人、过失致人死亡之严重刑事犯罪之嫌,从而直接阻碍人工辅助生殖技术之发展。

新主体说关注的焦点则从胚胎潜在之主体资格转换至胚胎供体之现有主体资格，主张将胚胎作为供体人身权之延伸而进行保护，避免了将胚胎之生物学上的生命混同为法律上的生命。然而，细加考究，新主体说依然难以覆盖各类案件之需要。根据传统民法学说之精髓，将身体完整性保护延伸至与人体分离的部分，必须以该部分将再度回归人体为条件。因此，对于供体夫妻已经死亡的胚胎以及胚胎仅用于科学研究或捐献之情形，新主体说同样无法解说。

2. 客体说之缺陷

将体外胚胎界定为物或财产，有其优势所在，其促使关于胚胎之权属纠纷的解决更具合理性，在胚胎保管合同的理解和应用上似乎较其他属性说略胜一筹。美国出现的多起涉体外胚胎权属案中，法院即采取财产说予以判定。但值得注意的是，物与财产之间存在着本质的区分，英美法中的财产被认为包含着一切具有价值的权利和利益^⑥，其可指代物权、具有经济意义的支配权，亦可指代非权利的物质利益或权利的客体如具体物等^[12]，而我国物权法上的物仅指有体物。财产作为法律术语，其包含性相当宽泛，远超过物之限制，因此英美国家将体外胚胎界定为财产并不能成为我国学者将其认定为物的依据。与此同时，一概采物之属性对胚胎之法律保障也显为不足，当发生胚胎损毁、灭失之情形，单纯以物的标准来计量损害赔偿将难以衡平各方利益，尤其当该胚胎对于夫妻双方或任意一方来说具有不可替代的唯一性时，胚胎之损害即等同于生育功能的永远丧失，表明其孕育子女的可能性由此消失。而当夫妻离异，一方主张胚胎之管理控制权时，界定为物同样存在缺漏，通常夫妻留存之冷冻胚胎有数枚，若主张物之属性，将导致套用夫妻共同财产之分割方式，必然与生育自主权之行使发生冲突。人格属性的伦理物说意在综合主体说与物说的优点，其“人格”意指胚胎之人格，但事实上，体外胚胎是生物学上的生命，而非人格生命，既然胚胎之主体资格尚未产生，何来人格之说。因此，寄生于胚胎上的人格只能是供体夫妻之生育权的人格利益，人格属性的伦理物说却对此予以忽略，理论上难以自洽。

3. 中介说之缺陷

将体外胚胎界定为过渡存在，即所谓人与物之间的中介，从表面而言似乎为体外胚胎的归属另辟新路，但实际而言此路并不通达。当前，学界对于所谓中间或过渡区域的研究还停留在仅提出一个法律概念的阶段，至于该概念之内涵和外延究竟如何以及其法律规则应当如何设计尚属一团迷雾。即使是徐国栋教授对

民法有相当之造诣，在其著作中也仅呼吁“在民法理论中，并进而在未来的民法典中反映或提炼这种已经在层级较低的立法中体现的中介性的存在，从尊重它们成为生命的潜在可能的前提下出发进行制度安排”^{[3](65)}，而至于该中介性之存在有何衡量标准，以及对其做何种制度安排却并未提及。面对复杂多样的涉体外胚胎案件，过渡说并不能为其纠纷解决提供实际的指引。而英美国家提倡过渡说，并采取“准财产说”的形式，与其特有的民事法律体系背景不无相关。英美之法院判决、法律规定或学说，处于一个与我国法体系完全不同的规范派络与论述传统之中，援用时应特别注意其与我国法律体系的差异性。^[13]我国民法体系采纳德国模式制定物权法，以物和物权为基本概念，而英美法系则并未采纳物权和物权法之概念，转而以财产和财产法呈现；援引英美之判例作为主张中介说之基础，并不符合我国民法体系下人、物二分之主客体差序格局的基本逻辑。

三、类型化视角下体外胚胎法律属性之区别分析

体外胚胎法律属性的界定是民事立法中无法绕开的论题，其不仅关系到相关案件之解决，同时也关乎人伦情理与社会公共秩序。当依靠单一解析之方法无法面面俱到时，何妨借助类型化分析之相对复杂手段来解构。类型思维是法律人分析任何案件事实都要运用的思考方式，在分析案件事实时需要采用法律关系分析法，而就其本质而言，法律关系分析法就是类型思维的方法^[14]，“尺有所短，寸有所长”，单一法律属性说始终未能全面掌控各类涉体外胚胎案件，对此我们不妨转化思路，以类型化分析为视角，对胚胎的法律属性予以区别对待。

（一）区别分析之基础：人、物转化说与分离目的说

以类型化分析为视角区别界定体外胚胎之法律属性并非凭空想象，事实上民法学界对于同一客观存在之二重属性是有一定认识基础的。此处的二重属性并不意味着同一存在于相同环境和条件下同时具备主、客体双重性质，而是指其可伴随周遭之变更发生人与物间的属性转变，或根据其用途和存在目的之不同而须给予法律定性上的区分，即所谓人、物转化说与分离目的说。

1. 人体与物间的转化

特定条件下，人体与物之间的相互转化在学界已经取得共识。就人向物的转化而言，整个之人体因丧

失生命体征而成为遗体,可在安葬、祭祀等公序良俗允许之范围内界定为法律上之物;器官、血液、毛发等属于立法认可的对人体之处分,当其附着于人体时自然为人之一部,而一旦脱离则成为法律上的物。而就物向人的转化而言,以假肢为代表的与人身密切相关的残疾设备以及其他类型的医学辅助用具如连接关节的医用钢材等,一旦结合于人体,并成为身体机能正常运行的必要组织时,即转化为人体之一部,其原有的物之形态和地位消失。人体与物之间的相互转化在民法领域内颇为常见,因此主张体外胚胎法律属性之区别对待并不突兀,体外胚胎作为特殊存在,随着所处环境之变化,其属性也会发生人体与物、主体与客体间的移转。

2. 分离目的说

经德国学者梅迪库斯的论证“法律必须承认献出的血以及取出的、可用于移植的器官为物”^[15],可知血液成为物的前提是已经献出,而器官则必须取出且用于移植,如此遣词用句间接表达了分离目的是血液和器官是否成为物的关键。而德国审判实践中著名的“精子灭失案”则直接建立了“分离目的说”。原告在实施一项手术前将精子冷冻在医院,因该手术将会使其丧失生育功能,但嗣后由于医院之过失导致原告储存之精子灭失,原告诉及法院,要求被告承担25 000马克的抚慰金。最终,联邦法院支持了其诉求,并进而提出若身体部分之分离以权利主体者的意思系为保持身体功能,或其后将再与身体结合时,则应认为该部分在与身体分离期间,乃构成功能上的一体性,对其发生的侵害,应认定为对身体的侵害。^[16]反之,若该部分分离后将永远不与身体结合,则视为物,如器官的捐献。德国学者沃尔夫对此进行了深入的分析,其认为从人体分离出来且已独立化的身体部分可以是所有权客体之物,但也重叠适用人身权,且后者优先。若某人不是将源于自身身体之物用于交易,那么仍然受到人身权之保护,如前述精子灭失案;若某人将身体部分投入到交易中,该部分即成为物权客体而优先适用所有权。^[17]由此,经德国审判实践和学者之反复论证,从人体分离之器官或组织是否成为物,应根据其分离目的而定。“分离目的说”颠覆了传统民法中“人身体之一部若脱离人体,即成为客体”的主流观点,成为20世纪90年代以来德国学者扩张人身权保护范围的重要依据,并逐渐为我国学界所接受。精、卵即为脱离人体物,而体外胚胎作为二者经人工辅助生殖技术后的结合,亦可适用分离目的说之原理。

(二) 区别分析之内涵及具体区分标准

1. 以生育权为核心解构体外胚胎之法律属性

人工生殖的权利基础即为夫妻的生育权,其主要为妇女的基本权利,也是男子的权利。^[18]根据卫生部发布的《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》规定,“不育夫妇对实施人类辅助生殖技术过程中获得的配子、胚胎拥有其选择处理方式的权力”;可见人工辅助生育是夫妻双方充分表达意愿的情形下,自由行使生育自主权的形式,界定体外胚胎之法律属性不可偏离生育自主权之核心。生育自主权,意指权利主体生育和不生育的决定权和自由,属于民法上的一般人格权或其他人格利益范畴。^[19]分离目的说中,德国联邦法院将人身权保护延伸至与身体分离且再为结合的部分,并非如新主体说所言系出于对身体完整性之保护,而是将身体作为人格权之基础加以保护,强调人格的自主决定及其保护在一定条件下应延长存在于该特殊部分,此处的身体必定是指活体。因此,体外胚胎作为与供体人身相分离之部分,其能否作为供体身体之延伸,进而彰显供体之生育自主权,一方面应取决于该胚胎之存放是否与供体生育功能相关,另一方面亦不能避开供体是否存活的事实。

2. 第一层区分标准:体外胚胎存放之目的

对储存于母体外之胚胎法律地位的探讨,并不全然以生命之价值或道德之地位为唯一的判断标准,而应同时兼顾这些胚胎在“用”的目的下的思维。^[20]根据国际生物伦理委员会的划分,胚胎分为四类:为植入子宫而生成的胚胎、为植入子宫而生成但因超过需求而剩余的胚胎、为研究和生成干细胞的目的采用卵母细胞受精的方法产生的胚胎、通过将捐赠者细胞的细胞核迁入去细胞核卵母细胞产出的胚胎。^[21]从这颇富学理意义的划分来看,体外胚胎之存在可分为三种目的,一者为移植母体内而孕育后代,二者用于捐献,三者用于科学研究。此前有学者认为依据分离目的说,对于同一离体组织,根据其分离目的不同而分别赋予不同性质,并提供不同程度的权利保护,难谓公平合理,但该质疑对体外胚胎而言并不成立。不同用途之胚胎对所涉利害关系人的意义是截然不同的,相应地,其法律属性和法律保护也不能一概而论。当胚胎是为孕育子女而存放时,该胚胎对于供体夫妻而言,是代替或延续其生育功能的保障,甚至是唯一的希望,其最终将与母体结合成为体内胚胎而孕育生命,此时其应作为身体之一部予以法律上的保障;而当供体夫妻表示胚胎其已捐出或提供为研究之用时,表明该类胚胎将永久与供体分离,不再回归母体,而此时胚胎之法律属性转化为物,成为所有权之客体。

结合国际通行之立法模式,一般都禁止直接以研究使用为目的而通过人工授精方式制造胚胎;而受精

胚胎经历种种过程,耗费大量人力、物力和财力后,单纯用于捐献的几率微乎其微。对于我国而言,一般只有自然生育有困难的夫妻、化放疗或做切除生殖器官手术等需要进行生育能力保存者方能进行胚胎冷冻。因此,绝大部分的胚胎体外存放之初衷均为移植而孕育后代,捐献和研究用则多出现于受精胚胎移植成功后,部分供体对剩余胚胎的处置。各国立法一般都规定,无论是胚胎植入母体抑或用于研究、捐献等均须供体双方共同签字,可见在体外胚胎之存放过程中,其目的为何是显而易见的。依体外胚胎之存放目的来论其法律属性和具体保障无可非议,而且是解决其法律定性之困境的良方妙药。

3. 第二层区分标准:体外胚胎之供体是否存活

第二层区分标准下的探讨是在厘清第一层区分标准,即确定体外胚胎是为孕育后代而存放的前提下进行,若胚胎是为捐献或研究之用而存放,即为物之属性,而其所有权人对其之处分已明确作出,不受供体是否存活之影响。唯有当体外胚胎为供体人身之一部以发挥生育功能、供体以其为基础行使生育自主权时,供体之存活与否方对其属性界定意义重大。

人工辅助生殖技术的发展,使得体外胚胎可以在条件满足时长时间存活。而该时间跨度对于法律关系的维持实为不稳定因素,在胚胎保存的时间期限内,夫妻之生存样态有可能发生变化,从而直接影响到胚胎的定性。在体外胚胎的法律定性上,若论及主体地位(含潜在之主体),则包括两大类三方,即夫妻双方作为供体以及胚胎作为配子。在供体还存活时,俨然供体夫妻之主体地位要高于配子作为潜在的主体地位,此时体外胚胎应界定为供体人身之一部,享有主体地位。生育权不可移转,胚胎的处置权和监管权作为生育权之延伸同样具有人身专属性,也必须由本人行使。当夫妻双方去世后,胚胎所承载的供体生育自主权的人格利益已不复存在,进而转化为物;而因其特有的生物生命体征,应被界定为特殊之物,或对于供体夫妻之亲属而言,胚胎包含着供体之遗传因子和血脉,可成为具有人格象征意义的特定物。而若仅夫妻一方死亡,体外胚胎对于死亡的一方而言只剩物的属性,对于活着的一方则仍是生育自主权之人格利益基础,此时应优先考虑人格利益。^[22]结合我国现有立法环境,须区分夫妻何者存活而有具体处置上的差异,对于夫亡妻活者,此时胚胎之法律地位仍回归其第一层区分标准,根据妻子对胚胎之处理而决定法律属性;而对于夫活妻亡者,因我国立法并不允许代孕,胚胎对其已无法发挥延续生育功能之作用,因此胚胎仅能归结于物之属性。

四、附论

供体夫妻双方或妻子一方死亡后,胚胎定位为物之属性,处理路径仅存销毁或捐献两种可能,这对于供体夫妻是独生子女的家庭或已然丧失生育能力的丈夫而言,无疑是雪上加霜。对此有学者主张有限度放开代孕制度,窃以为不妥,相较于代孕对伦理道德之违背和可预期之社会危害,考量胚胎收养制度的建立更具合理性。首先,我国已有建立胚胎收养制度之基础,诚然我国并未出现“胚胎收养”之术语,但《人类辅助生殖技术规范》和《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》等部门规章中均规定对于胚胎可以捐赠方式处理,而具体实践中供体夫妻捐赠胚胎之事例也已有之。其次,夫妻皆已死亡情形下的代孕通常为其父母主张对胚胎的权利,而这种权利即使能够通过代孕来实现生命的孕育,也可能造成人文关怀上的缺陷,孩子出生即由隔代之老人抚养,面临和普通家庭不同的成长环境并不利于其身心健康。相反,胚胎收养让其在适龄父母的关爱下成长,一方面实现了对老人心理和情感上的抚慰,另一方面也利于孩子的成长,同时亦满足了收养家庭对于孩子的渴望。最后,胚胎收养制度的建立为人工辅助生殖成功后剩余胚胎的处置提供了良性渠道,在尊重供体夫妻之意愿的前提下于维护胚胎发展为生命之利益、顾及不孕不育群体之需要等各方利益间取得了平衡。建立胚胎收养制度,进而形成胚胎收养与传统收养并行之体制,也是对人工生殖和自然生育双轨制时代的回应。而其具体的制度设计,还有待学界的理性探寻和科学论证。

注释:

- ① 汪志刚教授曾论及与人体分离的细胞、组织和器官等人体派生物的法律地位问题,但其并未将胚胎(含体内和体外胚胎)纳入研究范围,因其认为胚胎之法律地位已经超越了“个人对其身体及其派生物究竟享有何种权益”的问题范围,侧面表达了胚胎之法律属性确不可与其他脱离人体物相提并论。参见:汪志刚.民法视野下的人体法益构造.法学研究,2014(2).
- ② 总结自杨立新.人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题.人民司法,2014(13);冷传莉教授论及民法中的人格物时,也持客体说,主张冷冻胚胎可以被认为是具有人格意义的物。
- ③ 总结自徐国栋.体外受精卵的法律地位研究.法制与社会发展,2005(5);持相似立场的有:张善斌等.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(2);满洪杰.人类胚胎的民法地位刍议.山东大学学报(社会科学版),2008(6).
- ④ 2003年2月,我国卫生部和科技部联合发布了《人胚胎干细胞研究伦理指导规则》,其第五条明确仅体外受精时多余的配子或胚囊、自愿捐献的生殖细胞等四种人胚胎干细胞可以用于

研究。英国、西班牙、意大利、美国等均对胚胎之用于研究予以了不同程度的放开。

- ⑤ 我国也发生多起类似事件,如2012年,杭州一对求子心切的小夫妻通过试管婴儿技术来实现为人父母的心愿,可试管婴儿还未诞生,夫妻俩闹起离婚,使得冷冻胚胎成为离婚诉讼中最大的纠结。陈岚.离婚夫妻争冷冻胚胎.浙江法制报,2013-8-15(第01版)。

- ⑥ Black' Law Dictionary, West Publishing Co. 1979, p.1095.

参考文献:

- [1] 杨立新. 民法总则[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 30-36.
- [2] 常鹏翱. 物权法的展开与反思[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 4.
- [3] 徐国栋. 体外受精胚胎的法律地位研究[J]. 法制与社会发展, 2005(5): 50-66.
- [4] 张圣斌等. 人体冷冻胚胎监管、处置权归属的认识[J]. 法律适用, 2014(11): 43.
- [5] 蔡维音. 拟似权利主体之法律意涵——重新建构人类基因之法律地位[J]. 成大法学, 2001(2): 41-74.
- [6] 邢玉霞. 辅助生殖技术应用中的热点法律问题研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 143.
- [7] Michael S. Simon. Honey, I froze the kids: Davis v. Davis and the legal status of early embryos [J]. LOY U CHI L J 1991(23): 131-154.
- [8] Jeremy L Fetty. A "fertile" question: are contracts regarding the disposition of frozen pre-embryos worth the paper upon which they are written? [J]. L Rev M S U-D C L, 2001(29): 1001-1019.
- [9] Lee Kuo. Lessons learned from Great Britain's human fertilization and embryology act: Should the United States Regulate the fate of unused frozen embryos? [J]. LOY L A INT'L & COMP. L REV, 1997(4): 1027-1053.
- [10] 蔡民等. 丈夫车祸身亡妻子为留种要求继续胚胎移植[N]. 信息时报, 2004-10-29, (A7)
- [11] David T. Ozar. The case against thawing unused frozen embryos [J]. Hastings Center Report, 1985(15): 7-8.
- [12] 孙宪忠. 中国物权法总论(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 56.
- [13] 颜厥安. 财产、人格, 还是资讯? ——论人类基因的法律地位[J]. 台大法律评论, 2002(1): 8.
- [14] 王利明. 法学方法论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 662.
- [15] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京: 法律出版社, 2000: 876-877.
- [16] 王泽鉴. 侵权行为法(第1册)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 108-109.
- [17] 沃尔夫. 物权法[M]. 吴越, 李大雪译. 北京: 法律出版社, 2000: 7-8.
- [18] 刘士国. 人工生殖与自然法则[J]. 人民司法, 2014(13): 31.
- [19] 朱晓喆, 徐刚. 民法上生育权的表象与本质——对我国司法实务案例的解构研究[J]. 法学研究, 2010(5): 64.
- [20] 牛惠之, 雷文玫. 生物科技发展派络下之胚胎议题——一个法规稳定思维的视点[J]. 律师杂志, 2003(6): 44.
- [21] 文希凯. 国外胚胎干细胞利用立法综述[C]// 专利法研究. 北京: 知识产权出版社, 2002: 255.
- [22] 李燕, 金根林. 冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究[J]. 人民司法, 2014(13): 39.

Analysis of legal attribute of external embryo from a typisierung perspective

ZHOU Hua

(Department of Law, Graduate School of Chinese Academy of Social Science, Beijing 102488, China)

Abstract: External embryo differs from person to person and is not equal to things, which becomes the biggest challenge to dichotomy system of person and things. The legislation in China does not involve the legal attribute of external embryo, and the standpoints in domestic academia and court are divergent. All of these reflect that it is difficult to define the legal attribute of external embryo. In face of multipurposed external embryos and growing pluralistic cases, single legal attribute can not reach complete coverage, and each of the subject doctrine, the object doctrine and the resonance doctrine has its defects. In view of this, we can, on the basis of person-thing transformation and the purpose of separation, convert perspectives, taking, say, the perspective of typisierung to differentiate the storage purpose of embryo or to analyze whether the donor of embryo is alive so as to treat the legal attribute of external embryo in respective ways.

Key Words: typisierung perspective; externally embryo; the subject doctrine; the object doctrine; the resonance doctrine; the purpose of separation

[编辑: 苏慧]