

# 体源者生故后遗留胚胎的法律属性及处置规则

## ——“宜兴冷冻胚胎继承纠纷案”评释

The Legal Attribute and Disposal Methods of Embryos left by  
the deceased: Review of the Inheritance Disputes  
of the Frozen Embryos in Yixing

瞿灵敏

QU Ling-min

**【摘要】** “宜兴冷冻胚胎继承纠纷案”一审判决从胚胎和其上权利的不可继承性否定了原告对涉案胚胎的继承权。这一裁判在逻辑上是自洽的，却忽略了社会变迁对司法的需求，未能很好地回应社会变迁中民众的诉求。二审法院转而从多个角度论证死者父母对胚胎享有共同的监管与处置权的正当性，揭示了胚胎在法律属性上的多维可能，对类似案件的处理具有一定的参考价值。但二审法院并未能够揭示死者父母享有此等权利的真正原因。此权利并非依据继承法取得，而是基于在伦理和血缘上的亲近关系而原始取得的“准亲权”。法律应该扩大收养对象的范围，将以生育为目的的人体外胚胎纳入收养范围。

**【关键词】** 体外胚胎；胚胎继承；准亲权

**【中图分类号】** DF5 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2015)02-0069-15

**Abstract:** The legal attribute of the human embryos for fertility is the object of quasi-parental rights. The first-instance judgment of the inheritance disputes of the frozen embryos in Yixing rejected the right of inheritance of the parents of the dead to the remaining embryos from two aspects: first, the embryos in the case can't be inherited, secondly, the limited rights of dead on the embryos can't be inherited either. This judgment is logic self-consistency, but it ignored the response to the social change. The second-instance judgment avoided the inherit-ability of the embryos involved. In fact it demonstrated the legitimacy of litigants to the embryos involved from multiple dimensions. This judgment has reference value to the similar cases. But it failed to reveal the real reason why the litigants enjoy a common regulation and disposition to the remaining embryos. In fact the litigants' rights to the embryos is primitive acquisition other than derivative acquisition, therefore this case is not an inheritance case. Embryos of this type should be included the scope of the adoptee when the Adoption Laws are modified in the near future.

**Keywords:** in vitro embryo; embryo heritage; quasi-parental rights

[收稿日期] 2014-10-10

[作者简介] 瞿灵敏，山东大学法学院民商法硕士生，研究方向为人格权法、侵权法、案例指导制度。

## 一、导言

备受关注的“宜兴冷冻胚胎继承纠纷案”<sup>①</sup>终于尘埃落定，最终无锡中院撤销了一审法院关于涉案胚胎不能成为继承的标的，死者夫妻对涉案胚胎享有的受限权利也不得继承的判决，改判由死者双方父母共同行使对涉案胚胎的监管与处置权。二审法院回避了涉案胚胎的可继承性问题<sup>②</sup>，转而从伦理、情感和特殊利益保护三个方面论述死者父母对涉案胚胎享有共同监管与处置权的正当性，一定程度上回应了民众的情感诉求。然而二审法院在撤销一审裁判时在一审判决说理却未予置喙。本案中涉案胚胎具有不同于一般人体外胚胎的特殊性，因此在法律属性和处置规则问题上虽遵循一般胚胎分析的法理，但也具有特殊性。<sup>③</sup> 具体而言，涉案胚胎是否具有可继承性？死者父母对涉案胚胎享有的权利在性质上属于何种权利，其享有这一权利的依据何在？涉案胚胎的法律属性具有哪些维度的可能？涉案胚胎的未来命运又将如何？这些问题都有必要进一步探讨。本文拟在梳理有关人体外胚胎法律属性的主要学术观点的基础上对该案进行评析，并顺着二审法院的裁判思路探讨人体外胚胎在法律属性上之可能维度与死者父母对涉案胚胎所享有的权利的性质、依据，最后对涉案胚胎的可能命运进行一个简单的分析。

## 二、案情梗概

### （一）案件事实

沈某与其妻刘某因“原发性不孕症、外院反复促排卵及人工授精失败”，决定在南京鼓楼医院施行“体外授精——胚胎移植助孕手术”。鼓楼医院在治疗过程中，获排卵 15 枚，授精 13 枚，分裂 13 枚，后因预防术后风险未能立即移

植授精胚胎，夫妻双方遂与鼓楼医院订立协议，将涉案的 4 枚胚胎冷冻以便日后进行移植之用，协议中双方约定所取样本如有剩余将由院方依据国家法律法规代为处置。因该院对胚胎的冷冻期只有一年，因此双方约定由刘某夫妻先支付三个月的冷冻费用，如需继续冷冻需补交费用，逾期院方将不予保存，同时如果超过保存期，夫妻二人同意将涉案胚胎丢弃。2013 年 3 月 20 日晚沈某夫妻发生车祸，妻子刘某在当日死亡，沈某也在 3 月 25 日死亡，但涉案的 4 枚胚胎仍保存在鼓楼医院。夫妻死亡后，沈、刘二人的父母因对上述 4 枚胚胎的监管权和处置权发生争议，诉诸宜兴市人民法院，沈某一方将刘某一方告上法庭，要求法院判决医院归还涉案胚胎并由其监管和处置，鼓楼医院作为第三人参加诉讼。

### （二）当事人诉求及法院判决

一审中原告认为：“根据法律规定和风俗习惯，死者双方遗留的冷冻胚胎的处置权作为原告生命延续的标志应该由其监管和处置”。被告也主张，“涉案胚胎系他们女儿唯一遗留的东西，要求处置权归其所有”。第三人鼓楼医院认为：“冷冻胚胎不具有财产属性，原被告双方均无法继承，而且死者夫妻生前已经签署手术同意书，同意过期丢弃胚胎。依据法律规定，胚胎的作用为生育，现患者夫妻已死亡，在原被告不具备处置和监管涉案胚胎的条件下，胚胎取出后唯一存活的方式就是代孕，但现行法律禁止代孕，且原被告双方均无权行使死者的生育权”。

一审法院首先肯定了公民合法权益受法律保护。但在判决上倾向性地采纳了第三人的观点，认为：“涉案胚胎具有发展为生命的潜能，属于含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般物那样被任意转让和继承，不能成为继承的标的”。同时，一审法院还认为：“死者夫妇生前对涉案胚胎享有的权利也必须受到限制，必须符合国家

① 本案的一、二审判决详情请参见宜兴市人民法院（2013）宜民初字第 2729 号民事判决书与无锡市中级人民法院（2014）锡民终字第 01235 号民事判决书。后文有关本案的案情及判决内容均引自此两份判决书。

② 这一点从二审判决书所适用的法律即可以看出，二审判决所依据的实体法是《民法通则》第 5、6、7 条，而没有适用一审判决适用的《继承法》第 3 条。

③ 涉案胚胎的特殊性表现在胚胎体源者双双死亡，死者双方父母均系失独老人，胚胎为双方家庭血脉延续之唯一可能。

人口计划生育法规,不得违反社会伦理道德,且必须以生育为目的,不得赠与买卖。如今患者夫妻均已死亡,其提供胚胎移植的生育目的已经无法实现,其生前对涉案胚胎所享有的受限制的权利也不能够继承”,因此判决驳回原告的请求。一审判决后原告不服,提起上诉。

二审中,上诉人主张:一审判决涉案胚胎不属于继承的标的没有法律依据。根据“法无禁止即自由”的私法原理,法律并未禁止将胚胎作为遗产,因此涉案胚胎为死者夫妻的合法财产,属于《继承法》第3条第7项的“其他合法财产”,上诉人对于涉案胚胎依法享有继承权。而依据死者夫妻与鼓楼医院订立的合同,医院只有在手术成功后才对剩余胚胎享有处置权,如今患者夫妻已经死亡,医院无论是依据法律还是合同规定对涉案胚胎均不享有处置权。被上诉人则认为:涉案胚胎为女儿女婿所遗留,应由上诉人与被上诉人共同监管和处置。

二审法院最终认为,涉案胚胎的权利归属应该综合考虑伦理性、情感和特殊利益的保护。涉案胚胎在伦理上具有潜在的生命特质,包含了双方父母两个家族的遗传信息,双方父母与涉案胚胎具有伦理上的最密切联系;在情感上,涉案胚胎成为双方家族血脉的唯一载体,承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益;在特殊利益保护方面,涉案胚胎为介于人与物之间的过渡存在,具有孕育成生命的潜质,比非生命具有更高的道德地位,应该受到特殊的尊重和保护,而死者父母是胚胎最近、最大和最密切倾向性利益的享有者,因此应该由死者父母共同享有对涉案胚胎的监管权和处置权。基于此,二审法院撤销一审判决,改判涉案胚胎由双方父母共同监管和处置。

### 三、有关人体外胚胎法律属性诸学说及评析

随着生殖技术的发展,“体外授精——胚胎移

植”已经成为治疗不孕症的重要医疗手段,然而在给无数不孕家庭带来福音的同时,人体外胚胎也向伦理学和法学发起了强力的挑战,人体外胚胎的法律属性给各国的立法和司法带来了极大的困扰,也在学界引起了广泛的争议。纵观各国的立法、司法实践以及学说,不难发现目前关于人体外胚胎法律属性的观点众说纷纭,但这些观点大致可以归纳为三类:主体说、客体说与中介说。

#### (一) 人体胚胎法律属性主体说

主体说是承认胚胎具有法律上主体地位,得享有全部或部分民事权利的各种学术观点的统称。这其中又可细分为完全自然人说、有限自然人说和法人说等。

完全自然人说主张胚胎虽未发育成人,但卵子在授精的那一刻起便已经开始了生命的旅程,在法律上也就具备了和人同等的法律地位,此观点常见于一些宗教的教义中,罗马天主教即持这样的观点。<sup>①</sup>实证法上,美国一些州的法院曾在判决中支持了胚胎是自然人的观点,在 Davis v. Davis 案中,田纳西州地方法院在判决中指出,人的生命始于受孕,因此试管中被冷冻的受精卵实际上就是自然人。<sup>②</sup>虽然一审法院的这一判决被田纳西州高等法院所推翻,但关于胚胎自然人法律地位的理论并没有从此销声匿迹,美国一些州甚至在立法中明确早期人类胚胎的自然人地位。<sup>③</sup>意大利也在立法上确立了体外胚胎的主体地位,意大利《医学辅助生殖规范》将体外胚胎视为主体,并规定其与婚生子具有同等的法律地位,禁止以任何形式对人体胚胎进行试验、选择,而且胚胎不得被摧毁,植入人体的胚胎在数量上不得超过3枚,胚胎一经植入不得减胎。<sup>④</sup>我国台湾地区也有学者认为,胚胎为人格及尊严之主体,亦属于法律保护之对象。因为人之尊严始于受精之后的受精卵,盖受精之一瞬间,受精卵即有将来成人生命体之基因组合,而每个人之个性已由基因基本确定,受精卵具有每个个体实

① 参见满洪杰:《人类胚胎的民法地位刍议》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期。

② See Davis v. Davis, 1989WL 140495, at 57 (Tenn. Sept. 21, 1989).

③ 如密苏里州《密苏里州胚胎管理法》规定:“人的生命始于受孕,早期人类胚胎具有同活人相同的法律地位”。见 MO. ANN. STAT. § 188. (1991)。

④ 参见肇旭:《人类胚胎干细胞研究的法理学分析》,载《学习与探索》2011年第1期。

在之可能性，当然可为权利之主体，而且胚胎、胎儿和出生儿虽然处在生命的不同阶段，但决定其个性的基因已经完全相同，可见胚胎、胎儿与出生儿基本上有同一性，均属人之个体。<sup>①</sup> 因此从生命平等的角度看，人类受精卵、胚胎、胎儿甚至出生之人，均为生命之阶段，其保护应无差异。<sup>②</sup>

与完全自然人说根源于宗教思想不同，有限自然人说是借鉴罗马法有关胎儿民事法律地位的规定发展起来的。罗马法为保护胎儿获得财产期待权，规定凡涉及胎儿利益时，对母腹中胎儿应像活人一样保护。<sup>③</sup> 徐国栋教授认为，正是罗马法中关于胎儿民事地位的规定开创了大陆法系民法典中附以活着出生的解除条件赋予胎儿财产权的立法传统。<sup>④</sup> 当现代生殖技术的进步使得人体外胚胎出现后，一些国家为解决胚胎的法律地位便化用了有关胎儿民事法律地位的规定，从而也让胚胎有了和胎儿一样的民事法律地位。之所以称之为有限自然人说，是因为与完全自然人说将胚胎与活人的法律地位完全等同不同，该说主张胚胎仅在涉及财产利益时赋予胚胎法律主体的资格，但后来一些学说将胚胎视为法律主体的情形逐渐扩大，认为除了在涉及财产利益时胚胎应该被视为法律主体外，在有关生命、健康、身份、尊严等人格权问题上，胚胎也应该被视为自然人<sup>⑤</sup>，但无论怎样扩张，有限自然人说始终不认为胚胎在各个问题上都应该享有和自然人同等的法律地位。

法人说是《路易斯安那民法典》的一个创举。该法第 9:123 条规定：“在被植入子宫前，或在取得法律授予胎儿的权利之前，体外受精胚胎作为法人存在”<sup>⑥</sup>。因此可以说《路易斯安那民法典》开创了胚胎法律属性法人说的先河。然而仔细分析该法典关于胚胎权利的其他规定之后，就会发现胚胎属性法人说与有限自然人说的

差别并不像名称上显示的那么大：同法第 9:126 条规定了“如果接受试管受精术的患者表明身份，他们将保有《路易斯安那民法典》所规定的亲权，如果患者未表明身份，医生将被视为胚胎的临时监护人”<sup>⑦</sup>，此外还有关于为胚胎设立保佐人和胚胎被收养的规定。很难想象自然人可以对法人享有亲权，法人能够设立监护人和保佐人，还能够被收养，这些制度均是针对自然人而创设的，何以能够运用到法人上？因此《路易斯安那民法典》虽开创了胚胎法律属性法人说的先河，但其与有限自然人说并无太大的差别，难怪徐国栋教授会认为，此处的法人实际上就是不享有自然人全部权利的有限的自然人，而为了强调胚胎权利的有限性，竟然把社团意义和财团意义上的法人概念改动得面目全非，这种做法并不可取。<sup>⑧</sup> 不过笔者认为《路易斯安那民法典》的这一创举也并非完全是“哗众取宠”，从该法第 9:124 条规定的“医疗机构应当赋予胚胎被识别的标志，并且该胚胎以此标志起诉或被诉”<sup>⑨</sup>，又在第 9:129 条规定了“非冷冻状态下 36 小时未进一步发育的胚胎可不被视为法人而被摧毁”<sup>⑩</sup> 来看，这些规定都对胚胎利益的保护具有积极意义，因为在有限自然人说中我们无法为胚胎赋予一个姓名，而法人说却可以赋予一个类似法人商号的标志以便于其进行诉讼，此外将其规定为法人也为胚胎的摧毁寻找到了正当性理由，因为无论是完全自然人还是有限自然人，被摧毁都是不能被接受的。

## （二）人体胚胎法律属性客体说

客体说认为人体外胚胎不具有意识，只能是意志自由活动的对象而不能是意志活动的主体，因此在法律属性上属于客体而非主体。主张客体说的学者还从生物学、哲学和伦理学等角度对客体说进行了正当性辩护。

① 参见曾淑瑜：《人类胚胎在法律上的地位及其保障》，载《法令月刊》2003 年第 6 期。

② 参见曾淑瑜：《谁的生命不及格：论胚胎基因选择之伦理争议与法律问题》，载《科技法学评论》2007 年第 4 卷。

③④⑤ 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。

⑥ LA. REV. STAT. ANN. § 9:123 (2008).

⑦ LA. REV. STAT. ANN. § 9:126 (2008).

⑧ 同注③。

⑨ LA. REV. STAT. ANN. § 9:124 (2008).

⑩ LA. REV. STAT. ANN. § 9:129 (2008).

从生物学上讲,在第14天之前,胚胎还没有任何的生命体征,没有形成神经冠,没有疼痛感,它仅仅是一团细胞组织。<sup>①</sup>因此在生物学上早期人体胚胎也不可能被视为与生命等价的存在,它不具备生命所具有的道德地位,也不可能享受到生命应有的礼遇。从哲学的角度看,康德关于人和物的区分的经典论述指出,“人,是主体,他有能力承担加于他的行为,因此道德的人格不是别的,它是受道德法则约束的一个有理性的人的自由”。而“物,则是指那些不可能承担责任主体的东西,它是意志活动的对象,它本身没有自由,因而被称为物”<sup>②</sup>。因此在康德看来,人与物的根本区别在于有没有自由,有自由的是人,没有自由的是物。而康德所说的自由是意志活动的自由,只有那些具有意志活动自由的物质“才可能有能力去承担加于他的行为”,也才能够称为主体,而不具备意志自由的物质,只能受意志自由的支配而成为客体。因此康德哲学中的人甚至比生物学上的人的范畴更窄。伦理层面,基督教教义中严格区分了“人类”与“位格人”,并认为人并不因为是人类物种成员而成为人,人因为自己富有尊严、理性和自由意志的“位格”的核心要素而为人。<sup>③</sup>因此“位格人”是具备生物性、心智性和关系性的生物人。<sup>④</sup>很显然若依据这一伦理标准,胚胎也肯定不会是拥有“位格”的人。

人体外胚胎法律属性的客体说又可以因具体主张上的差异而分为财产说、私生活利益说和伦理物说等。

司法实践中,一些判决在人体外胚胎法律属性上持财产说。在 *York v. Jones* 案中,法院认为,夫妻对他们的胚胎享有财产权,原告夫妇与

诊所之前所订立的协议因目的变更而终止,因此被告对之前依据合同所占有的他人的财产负有返还义务。<sup>⑤</sup>弗吉尼亚法院的这一判决即采用了胚胎法律属性客体说中的财产说。胚胎客体说的财产权说因为关注到胚胎来源者的自主决定权而且有助于胚胎用于以治疗为目的的科学研究,因而受到美国一些州立法的青睐。如佛罗里达州立法就赋予了捐献者对胚胎享有共同的自决权,捐献者可以共同行使对胚胎的控制权和决定权,在一方死亡后,另一方享有对胚胎的单独决定权。<sup>⑥</sup>

在财产说之外,国内还有学者认为客体说中还存在一种私生活利益说。徐国栋教授在分析前述 *Davis v. Davis* 案时认为田纳西州最高法院的判决实际上采用了生育自决权理论,因为法院最终认定女方要生育的自决权(包括将冷冻胚胎捐献给他人生育的权利)要让位于男方的不生育自决权<sup>⑦</sup>,而生育自决权属于关系私生活权。但纵观田纳西州最高法院的这一判决,就不难发现判决并非将涉案胚胎作为纯粹的客体对待,因为这一判决同时指出,“根据美国生育协会的伦理指导方针,涉案胚胎既不能当做人也不能当做物,应该将其视为一种过渡的中间形态,但是,作为人类潜在生命的存在形态,涉案胚胎必须得到应有的尊重”<sup>⑧</sup>。可见本案中田纳西州最高法院实际上采用的是下文被称为“中介说”的观点。而徐国栋教授本人也注意到这一问题,他在同文中的中介说部分举例时也说道,“美国生育协会和田纳西州最高法院实际上持此说(即中介说)”<sup>⑨</sup>。在笔者看来,所谓私生活利益说只不过是学者的一种误读,因为生育和不生育的自决权并不直接指向涉案胚胎,这就如同堕胎涉及夫妻的生育自决权一样,但这并不意味着胎儿在法律属性上就成为

① 参见徐海燕:《论体外早期人体胚胎的法律地位及其处分权》,载《法学论坛》2014年第4期。

② [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第30页。

③ 参见王康:《位格理论视角下人类基因的法律地位——基于主体客体化的背景》,载《北方论丛》2009年第6期。

④ 参见符美玲、冯泽永等:《人体胚胎实验的伦理问题》,载《哲学与医学(人文社会医学版)》2011年第7期。

⑤ See *York v. Jones*, 717F. Supp. 421. (E. D. Va. 1989).

⑥ See FLA. STA. § 742. 13 (12), § 742. 17 (2) (3). (2009).

⑦ See *Davis V. Davis*, 1989 WL 140495, at 57 (Tenn. Sept. 21, 1989).

⑧ *Davis V. Davis*, 842 S. W. 2d 588, 597 (Tenn. 1992).

⑨ *Davis V. Davis*, 1989 WL 140495, at 57 (Tenn. Sept. 21, 1989).

生育权的客体。私生活利益在本质上是隐私权的客体，但无论堕胎案中的胎儿还是体外胚胎本身都不构成隐私权的客体。因此笔者不认为田纳西州最高法院确立了胚胎法律属性的私生活利益说。

客体说除上述两种观点外，还存在着一种伦理物说。我国学者杨立新教授曾提出富有创建性的物格理论，并认为与人的格类似，物也具有物格，依据物所具有的物格的不同可以将民法上的物划分为伦理物、特殊物和普通物三个类型，其中伦理物具有物格中的最高格，在物的诸类型中具有最高的法律地位，对伦理物权利的行使应该受到最大的限制。<sup>①</sup> 依据这一物格理论，杨立新教授在其最近发表的文章中明确表示：“将冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织认定为具有人格属性的伦理物的观点是正确的”，并认为“市民社会的物质组成形式从来都是两分法，即人和物的两种基本类型，据此构成市民社会的主体与客体，非此即彼，不存在第三种类型”<sup>②</sup>。中介说破坏了这一传统人物二分法则，因此不足效仿。主体说尽管可以在法律上更好地体现保护目的，但主体说实际上是要确立在现行法制之下冷冻胚胎高于胎儿的地位，在学理上存在不可克服的障碍。他还从三个角度论证了将冷冻胚胎定性为伦理物的正当性：其一，人体器官和组织脱离人体后，不再具有人格载体的属性，应该具有物的性质；其二，认定冷冻胚胎的法律属性为物并不否定其特殊性；其三，用伦理物的方法完全可以保护具有潜在人格的物的安全，而没有必要创设新的权利。<sup>③</sup> 据此，作为伦理物的冷冻胚胎可以成为所有权的客体，自然也可以被继承。

### （三）人体外胚胎法律属性的中介说

中介说认为，“早期人类胚胎既非纯粹的法

律主体，也非纯粹的物，而是介于人与物之间的人体组织，兼具准主体与准客体的双重法律元素，理应受到特殊的尊重与保护”<sup>④</sup>。

在上述美国的 *York v. Jones* 案中，田纳西州最高法院即指出，“涉案胚胎既不能当做人也不能当做物，应该将其视为一种过渡的中间形态，但是，作为人类潜在生命的存在形态，涉案胚胎必须得到应有的尊重”<sup>⑤</sup>。在另一个案件中，亚利桑那州上诉法院也认为，“胚胎具有发育成为人的可能性，因而应当是处于自然人与身体组织之间的中间体”。这两个判决均明确指出胚胎在法律上属于非人非物但应该受到特别尊重的中间形态。英国在胚胎法律属性上也大致接受了中介说，由该国政府组织的调查委员会在一份报告中对胚胎的法律属性描述为，“胚胎不能够与活着的儿童和成年人拥有相同的法律地位，但我们认为人体胚胎应该具备一种特殊的地位”<sup>⑥</sup>。欧盟理事会也认为，“胚胎既不是物也不是社会人，但其是具有发展成社会人潜力的生物人，因此应该享有比一般物质更高的道德地位，即使胚胎不具有权利主体地位，也应该给予其法律保护”<sup>⑦</sup>。

在大陆法系国家，也不乏持中介说的学者，日本学者北川善太郎就认为，“作为生命单位的生物体既不是人也不是物，是不同于人的法域和物的法域的第三法域的构成要素”，并声称“现行法将冷冻的受精卵作为物对待是不够妥当的”<sup>⑧</sup>。台湾学者蔡维音认为胚胎属于拟似权利主体，并认为拟似权利主体“在主客体之间区隔了一个新领域，这个领域所包含的法益为一种独立的存在，既非以往定义下的权利主体人，但也非纯为可支配的客体，胚胎即属于拟似权利主体

① 参见杨立新、朱呈义：《动物法律人格之否定——兼论动物之法律“物格”》，载《法学研究》2004年第5期。

② 杨立新：《人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题》，载《人民司法·应用》2014年第13期。

③ 参见上文。

④ 徐海燕：《论体外早期人体胚胎的法律地位及其处分权》，载《法学论坛》2014年第4期。

⑤ *Davis V. Davis*, 842 S. W. 2d 588, 597 (Tenn. 1992).

⑥ Dep't of health and soc. sec., Report of Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology 63 (1984).

⑦ 转引自张善斌、李雅男：《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构建》，载《科技与法律》2014年第2期。

⑧ [日] 北川善太郎：《关于最近之未来的法律模型》，李微译，见梁慧星主编：《民商法论丛》第6卷，法律出版社1997年版，第295页以下。

的范畴”<sup>①</sup>。

#### (四) 人体外胚胎法律属性诸学说评析

上述三种关于人体胚胎法律属性的主要学说中,主体说与客体说是遵循传统人、物两分的二元研究范式的产物,在对人体胚胎法律属性的界定上都不免走向极端,因而其不足也是显而易见的。

主体说无视人体胚胎与胎儿甚至活人在生物学上的差别,在法律上赋予胚胎与胎儿甚至活人相同的法律地位,这一主张在笔者看来至少存在以下缺陷:其一,缺少生物学的基础。从生物学的角度看,早期人类胚胎还没有任何生命特征,没有疼痛感,只是一团具有潜在生命特征的细胞团。而胎儿和活人则具有有意识的生命活动,如果说有意识的生命活动是人的重要本质的话,婴儿已经具备了人作为人的本质,但胚胎还只是具备了成为人的潜质,还不能算是人。因此在法律属性上将胚胎和活人等同欠缺生物学上的支撑。其二,在我国这类连胎儿都只在涉及遗产继承问题上才附以活着出生为条件的承认胎儿的有限主体地位的国家,要将胚胎定性为法律上的主体只可能导致现有法律秩序的紊乱,使得胎儿的法律地位反不如处在前生命阶段的胚胎。其三,赋予胚胎法律主体地位还会遭遇伦理道德的困境。一旦将胚胎视为法律主体,任何对胚胎的研究和处置都会被认为是对生命的亵渎,甚至被视为刑法上的犯罪,这就会使得有关胚胎的研究陷入伦理和法律的困境而无法进行。其四,将胚胎定性为权利主体破坏了权利义务相统一的预设。依据权利义务相统一的预设,不能承担义务也就不能享有权利。主体说只赋予胚胎作为权利主体的地位而不让其承担义务,要知道“权利主体之所以能够拥有、主张并贯彻其权利,乃是来自于法共同体成员的相互尊重与承认,正是基于相互尊重对方主体性这个基本承诺,也因此每个主体在取得权利的同时也都负有对其他主体的义务”。<sup>②</sup>而胚

胎法律属性主体说正好背离了这一预设。至于主张胚胎已经具备决定个体特征的基因,因而胚胎应该与胎儿甚至出生儿具有同样的法律地位的“基因决定论”则更不能成立:其一,个体的单一性虽受基因同一性的影响,但这种影响并非起决定性作用,否则就不能解释为什么基因完全相同的同卵多胞胎发育而成的个体会出现个体特征上的巨大差异。<sup>③</sup>其二,基因一致性决定人的单一性的观点也早已经被器官移植的医学现实所否定,因为受体在植入他人之器官后该器官即属于受体之身体部分而不因其与供体之基因一致性而成为供体之器官,若受体将该器官再次捐献,原供体也不当然恢复对该器官的“所有权”<sup>④</sup>。

财产说视胚胎为主体意志活动支配的对象,因而使得有关胚胎的研究、多胚胎植入选择以及剩余胚胎的处置变得容易,但财产说无视胚胎所具有的潜在生命特征因而遭到了众多的批判,也逐渐被学说和立法所冷落。财产说所面临的主要批判有:其一,将胚胎视为财产就导致胚胎的商业化,因为财产最重要的特征就是可转让性,一旦胚胎被转让就会使得胚胎被当做商品流通亵渎人性尊严。<sup>⑤</sup>其二,胚胎是具有生命潜质的存在,也就是说胚胎可能发育成人成为法律关系的主体,这也就意味着胚胎完成了由客体到主体资格的转化,而“在现有法律体系下,无法解释从物到人,即从权利客体晋升为权利主体的转变”<sup>⑥</sup>,因为“如果我们认定胚胎是物,无论是多么特殊的物,都不可能获得人的特征而变化为人”<sup>⑦</sup>。其三,即使将胚胎视为财产的观点能够成立,要在法律上划分胚胎精子和卵子提供者的财产份额也是不可行的。<sup>⑧</sup>

需要注意的是,同样是客体说的伦理物说却并不认为客体说会因为将人体外胚胎定性为物的胚胎物化行为会损害人类的尊严,因为伦理物具有不同于一般物的伦理物格,对其行使权利会受

①② 蔡维音:《拟似权利主体之法律意涵——重新构造人类基因之法律定位》,载《成大法学》2001年第2期。

③ 参见上文。

④ 类似观点可参见邱文惠:《脐带血干细胞及其衍生物之所有权归属》,载《台大法学论丛》2006年第5期。

⑤ 参见第72页注③。

⑥ 肇旭:《人类胚胎干细胞研究的法理学解读》,载《学习与探索》2011年第1期。

⑦ 同第71页注①。

⑧ 参见第72页注③。

到最大的限制,以确保伦理物所包含的潜在人格受到保护。笔者也认为将胚胎定性为伦理物的观点具有一定的合理性,但此观点也存在一些理论上的缺陷。首先,伦理物说在论证逻辑上难以自洽。伦理物说坚持人物二分的传统研究范式,认为民法世界是非此即彼的对立状态,因而脱离人体的器官、组织不再承载人格而成为主体之外的物,另一方面又用“伦理”去修饰“物”,认为伦理物具有最高的物格,是民法物中具有最高法律地位的物,而这一修饰恰恰反映了人与物的界分并非泾渭分明,而是存在一个模糊的灰色地带。如果严格坚守人物二分的法则,人是意志活动的主体,物是意志活动支配的对象,那么作为主体支配对象的物便不能拥有主体特有的伦理属性,因此伦理物这一概念本身就是对人物二分法则的违反。其次,民法上人物二分的理论基础是“一分为二”的哲学思想,但是在哲学界“一分为二”业已遭遇严重挑战,“一分为三”的哲学思想早已蔚为大观,既然哲学都已经不再为“一分为二”而故步自封,法学又何必为哲学而抱残守缺呢?①因此依据人物二分的传统法则否定胚胎法律属性的中介说欠缺解释力。

人体外胚胎法律属性伦理物说的提出旨在将胚胎定性为物,以便赋予其所有权,解决现实中有关胚胎继承等难题。然而在笔者看来要解决这些难题并非一定要将胚胎定性为物而使其成为继承的标的,因为破解这一难题的关键在于如何使胚胎精子与卵子的来源者死亡后,与其有伦理和血缘上亲近关系的人获得对胚胎的监管和处置权。因此只要使胚胎成为这一权利的客体,上述人员即可基于这种伦理和血缘上的身份关系享有对胚胎的监管和处置权而无需寻求继承法的路径。这既解决了胚胎继承的难题,又避免了创设一个不能够享有多少物权权能的“物权”,还能够避免对人类尊严可能造成的损害。

与主体说将胚胎视为法律关系中的主体从而赋予其一定的法律权利而无视胚胎与自然人之间的差别和客体说将胚胎视为财产而罔顾胚胎所具有的发育成生命的潜在特质不同,中介说开辟了存在于人与物之间的这样一个主体与客体的过渡

空间,既能够尊重到胚胎作为具有生命潜质的特殊存在,又能够注意到胚胎所具有的仅仅只是发育成人的“潜质”而不是主体意义上的人,因此能够有效地兼顾到胚胎的“准物”和“准人”属性,既保证了生命的尊严又为胚胎研究中的植入选择、剩余胚胎处置等提供了理论上的支撑。

笔者原则上也认同依据“人、中介、物”这一三元研究范式,将胚胎在法律属性上界定为:介于人与物之间的过渡存在,具有孕育成生命的潜质,比非生命具有更高道德地位,应受到特殊尊重和保护的的存在。但笔者同时认为,从不同的角度分析,人体外胚胎在法律属性上具有多维可能,是故笔者并不认为中介说就可以成为人体胚胎法律属性研究的终结点,它并不能够一劳永逸地解决现实问题。在个案中,中介说又必须去判断涉案胚胎是具有人的属性多一点还是具有物的属性多一点。因此中介说只能为个案法官提供价值指引并不能够为其提供具体的裁判规则。

相反,笔者认为客体说虽遭受众多批判,但如果能够将客体说进行改造,反倒可能得出一个大家愿意认同的观点。客体说之所以受到批判更多的不是因为该说将胚胎定性为权利的客体,而是将其定性为物。物只是客体的一种存在,它只是财产权的客体,对于非财产权,特别是人身权而言,其客体并不是物,比如生命权的客体是人的生命、身体权的客体是人的身体……既然活人的整个人身都能成为客体,那么在位阶上尚不如活人的胚胎成为特定权利的客体自然也未尝不可。因此笔者认为人体胚胎不可以成为财产权的客体,但与胚胎具有特定伦理关系的人却可以对其享有某些权利,这种权利在性质上属于人身权的范畴,至于具体属于哪一类人身权,可以继续讨论。

在此问题上德国法院即将其定性为身体权的客体,因而任何对体外胚胎的损害都将视为对身体权的侵害。德国法院在一起医院过失毁损不孕症夫妻冷冻胚胎的案件中,以医院的行为侵害原告的身体权为由判决了精神损害赔偿。通过该案德国确立了功能一体化的原则:即便身体的部分已经与身体相分离,只要他人损害该分离部分,

① 参见瞿灵敏:《论商品化人格权》,载《东方法学》2014年第1期。



就构成对他人身体完整性的侵害。<sup>①</sup>笔者认为身体权的客体指向的是身体的结构完整性,在指向上具有自向性,人体外胚胎虽然来源于身体但却非身体结构的组成部分,对胚胎的侵权一般情况下并不损害身体结构的完整性,因而功能一体性在解释胚胎的问题上显然不具有在解释作为身体结构和功能构成部分的手指等刚刚与人体分离,在现有医疗技术上尚可与身体重新结合的人体器官被损毁问题上的说服力。因而功能一体性并不能为人体外胚胎法律属性客体说提供正当性辩护。事实上就本案而言权利人对外体胚胎所享有的权利在性质和目的上更接近于亲权。

亲权是基于亲子关系所产生的一种身份权,虽然人体外胚胎在法律上并非胚胎卵子和精子来源者的孩子,死者父母也并非涉案胚胎生物学上的父母,但其对胚胎所享有的权利可以比照亲子关系中父母对子女所享有的亲权,因此可以称为“准亲权”<sup>②</sup>。亲权并不限于父母对子女,特定情形下与其有伦理和血缘上亲近关系的(外)祖父母、成年兄姐亦可能享有<sup>③</sup>,这就解决了胚胎继承中无法解决的难题。因为即便胚胎可以成为人身权的客体,也不能够发生权利的继承,这是由

于作为继承标的的权利必须是财产性权利,人身权不能够继承。但如果将存在于胚胎之上的这种权利定性为“准亲权”,那么与胚胎具有伦理和血缘上亲近关系的人对其享有“准亲权”便无需通过继承,而是基于特殊身份关系的原始取得。因此笔者认为用于生育目的的人体外胚胎在法律属性上属于“准亲权”的客体。<sup>④</sup>

## 四、宜兴冷冻胚胎继承纠纷案评析

### (一)原告在一审中的观点评析

一审中原告认为,“依据法律规定和风俗习惯,死者双方遗留的冷冻胚胎处置权作为原告生命延续的标志应该由其监管和处置,因此要求第三人鼓楼医院归还涉案胚胎并交由其保管”。

原告在一审中的诉求有两个:其一,要求鼓楼医院归还涉案胚胎;其二,涉案胚胎应该由原告夫妻监管和处置。对应的原告要求法院支持其诉求的理由也有两个:一是法律的规定,二是风俗习惯。至于有关法律规定,原告并未列明,实际上我国现行法律中也并无直接支持原告诉求的规定,因此原告方的理由主要就是风俗习惯。很

① 参见张明安、龚赛红:《因侵害他人人身完整性而承担的侵权责任》,载《中外法学》2002年第2期。

② 理论上亲权是父母基于亲子关系(包括拟制的亲子关系)对未成年子女所享有的专属性权利,而在夫妻关系和亲子关系之外,父母与成年子女、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女以及兄弟姐妹之间基于身份产生的权利称为亲属权。参见吴汉东、陈小君主编:《民法学》,法律出版社2013年版,第78页。那笔者为何不参照亲属权而称死者父母对涉案胚胎享有“准亲属权”而称之为“准亲权”呢?这是因为亲属权是特定身份关系者之间相互享有的一种权利,是权利义务的统一,具有双向性,如果将死者父母对涉案胚胎享有的权利定性为“准亲属权”,那么涉案胚胎也需要用准亲属权的规定对死者父母承担义务,而涉案胚胎是不可能承担义务的。而亲权不同,它具有单向性。虽然在罗马法时代亲权是以父亲利益为中心的父亲对子女享有的人身财产的处置权,但在日耳曼法中亲权是以子女利益为中心的,后世的亲权大多承袭日耳曼法的亲权制度。参见史浩明:《论身份权》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2001年第4期。因此,与其说亲权是一种权利,不如说是一种义务。考虑到涉案胚胎利益的保护使用“准亲权”比“准亲属权”更合适。

③ 例如在收养关系中,如果收养人与被收养人年龄悬殊或辈分不合,作为子女收养会导致伦理上的困境,此时可以将被收养人以孙子女的名义收养,成立养祖父母与养孙子女的关系,在他们之间的权利义务关系上,依据最高人民法院《关于执行民事政策法律问题的意见》第29条规定:“收养人收养他人作为孙子女,却已形成养祖父母与养孙子女关系的应予承认。解决收养纠纷或有关权益纠纷时,可依照婚姻法关于养父母与养子女的规定处理”。可见养祖父母与养孙子女之间的关系虽然不是父母与子女之间的关系,但养祖父母对未成年养孙子女所享有的权利显然是亲权而不是亲属权。实际上司法解释只考虑到年龄与辈分悬殊这一种情形,相反如果年龄与辈分相近,那么本着司法解释的意旨也可以认为收养关系也可以成立养兄弟姐妹的关系,而收养者对被收养者所享有的权利在性质上仍然是亲权而不是亲属权。因此笔者以为亲权并不必然只存在于父母子女关系中,特定情况下其他有伦理、血缘亲近关系者也可以成为亲权的主体。

④ 需要强调的是胚胎属于“准亲权”的客体仅适用于以生育为目的保存的人体胚胎,对于医疗研究或植入后剩余的胚胎并不适用。

显然这个理由对于被告而言同样可以主张，在原告被告之间这两点理由并不足以让法院支持原告方的诉求。风俗习惯不能为原告单独享有涉案胚胎的监管权与处置权提供有效辩护。自然地，原告针对被告的诉求未能得到一审法院的支持，原告败诉。

## （二）上诉人上诉理由评析

上诉人的上诉理由可归纳为两点：其一，依据“法无禁止即自由”的精神，既然现行法律并未禁止受精胚胎成为继承权的标的物，那么涉案胚胎就应该被归入《继承法》第3条第7项的“公民的其他合法财产”，并由上诉人继承；其二，鼓楼医院享有对涉案胚胎处置权的前提是手术成功后有剩余，但因二人死亡手术未能进行，鼓楼医院依据合同所享有的对剩余胚胎的处置权不存在。那么上诉人的这两点上诉意见能否成立呢？

1. “法无禁止皆自由”的私法箴言无法为涉案胚胎成为继承标的提供有效辩护

“法无禁止即自由”是指在私法领域，只要法律没有对私人的行为作出禁止性的规定，行为人所进行的法律行为就应该受到法律的保护。一般认为它为私法领域的私人自治开启了广阔的空间，成为捍卫私人自治的有力武器。然而就本案而言“法无禁止即自由”真的能够为上诉人提供对涉案胚胎继承权的有效辩护吗？实际上在私法领域，“法无禁止即自由”也并非绝对能够适用，易军教授即认为，私法领域可因调整模式分为法定主义的调整模式和意定主义的调整模式，而采取法定主义调整模式的领域即“法无禁止皆自由”的作用力禁区。<sup>①</sup>一般认为物权法领域和人格权法领域即采取的是法定主义的调整模式<sup>②</sup>，因此在此二领域并无“法无禁止即自由”的适用空间。

继承权虽然和身份关系密切相关，但在性质上却属于财产权而非身份权。诚如梁慧星教授所言，“身份权非指身份关系上的一切权利，身份权是对特定人的支配权。凡不以对特定人的支配

为内容的权利，即使存在于身份关系之上，也不属于身份权。如遗产继承权，虽然是存在于身份关系上的权利，但不是身份权而属于财产权”<sup>③</sup>。上诉人所主张的实质即是要在涉案胚胎之上设立一个所有权。笔者认为在实行物权法定的领域，所有权的客体并不能够由当事人自行创设，而必须遵循法定主义的调整模式，由法律直接规定。也许有人会质疑，《物权法》第5条在确立物权法定原则时只规定了“物权的种类和内容，由法律规定”，而且通说也认为物权法定只包括物权的类型、内容、效力和公示方式的法定<sup>④</sup>，并不包括物权客体的法定。其实不然，因为物权法定原则的理论基础是物权效力的绝对性和排他性，为了防止当事人任意创设物权压缩他人消极自由的空间，法律规定物权的种类和内容都必须由法律规定。但是上述有关物权法定的内容也必须以物权的客体法定为前提。物权的客体包括不动产、动产，不动产是指土地及其附着物，动产外延极其广泛无法一一列举，而且随着科技的发展，要对动产列一个清单也不现实，但这并不意味着当事人可以将任何不动产之外的物质实体作为动产从而对其享有动产物权。实际上对于何者为动产，存在着广泛的社会共识，而这种社会共识某种程度上就是一种习惯法，而物权法定的“法”也并非仅指制定法，也包括习惯法。<sup>⑤</sup>《物权法》第五章在规定各类所有权客体时并未将胚胎列入其中，且从法解释学的角度胚胎也不可能被解释为某类所有权客体，而习惯法层面也尚不存在将胚胎作为动产对待的社会共识，实际上无论是制定法还是习惯法均未将胚胎视为所有权的客体。因此“法无禁止即自由”并不能够为涉案胚胎创设所有权进而将其归入《继承法》第3条第7项下的“其他合法财产”之下。

2. 上诉人可基于情势变更撤销合同

上诉人主张死者与鼓楼医院订立的合同约定

① 参见易军：《法无禁止皆自由的私法精义》，载《中国社会科学》2014年第1期。

② 有关人格权法定的相关论述可参见张平华：《人格权的利益结构与人格权法定》，载《中国法学》2013年第2期。

③ 梁慧星：《中国人身权制度》，载《中国法学》1989年第5期。

④ 参见王利明：《物权法定原则》，载《北方法学》2007年第1期。

⑤ 参见曹义荪、高其才：《当代中国物权习惯法——广西金秀六巷瑶族“打茅标”考察报告》，载《政法论坛》2010年第1期。

鼓楼医院对剩余胚胎享有处置权的前提是手术成功后冷冻胚胎有剩余。协议附条件地授予了管理人鼓楼医院在条件成就时享有对剩余胚胎的处置权,所附条件为:手术成功后冷冻的胚胎有所剩余。很显然因合同一方当事人夫妇均死亡,手术未能进行,因此合同约定的条件未成就,鼓楼医院不能根据合同约定取得涉案胚胎的处置权。再者,由于患者夫妻的死亡合同的目的落空,构成了合同解除的法定情形,因此鼓楼医院也不享有依据合同授予的权利。根据此一主张上诉人诉诸合同解除确能够对抗鼓楼医院根据协议进行的抗辩。实际上二审法院在支持死者父母的判决理由中也提到:“因沈、刘二人死亡,合同发生了当事人不可预见其非其所愿的情况而不能继续履行,鼓楼医院不能根据协议单方面处理涉案胚胎”。可见二审法院认为本案中沈、刘二人的死亡构成了合同的情势变更,继续履行合同将导致涉案胚胎沦为鼓楼医院处置权的对象,最终导致对死者父母一方明显不公平的结果,因此死者父母可主张解除合同。<sup>①</sup>

### (三) 一审法院的判决评析——对涉案胚胎可继承性的双重否定

一审法院从两个层面否定了原告对涉案胚胎的继承权。其一,一审法院认为“涉案胚胎具有发展为生命的潜能,属于含有未来生命特征的特殊之物,不能成为继承的标的”,因此原告不能对涉案胚胎享有继承权。其二,死者对胚胎享有合法的权利,但这种权利必须受到国家计生法规和社会伦理道德的限制。具体来讲这种限制一方面来自于国家计生法规的限制,如卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第3条第2款规定,“禁止以任何形式买卖配子、合子和胚胎”;另一方面来自于公序良俗,作为民法的基本原则,任何民事权利的行使都必须受到公序良俗的制约,胚胎精子和卵子的来源者对胚胎的权利自然也须遵守这一民法的基本原则。而人身权具有专属性,在主体死亡后消灭,不能够被继承,因此本案中患者沈某夫妻对涉案胚胎所享有的受限制的人身权也在其死亡时灭失,原告不能继承这些权

利。也就是说一审法院从涉案胚胎自身的不可继承性和存在于涉案胚胎之上受限制权利的不可继承性两个层面对原告的继承权进行了否定。

一审法院的这一判决在逻辑上是自洽的,但为何这一逻辑自洽的判决未能得到当事人和上诉法院的认可呢?笔者认为,一审法院过度执着于判决自身在逻辑上的自洽性而忽略了司法对社会变迁的回应。司法裁判除了在规范的演绎上要符合司法三段论的需求,实现自身在逻辑上的自洽性外,还需要关注社会变迁对司法的需求。随着现代生殖医疗技术的进步,人工生殖已经成为大多数不孕患者实现怀胎生子这一生育梦想的主要方式,而这在立法时可能是无法预见的,因此当立法滞后于社会变迁时,司法就应当担当起回应社会变迁的重任。“当法律适用与人民的正义观有落差时,法律人应当尽量阐释,说明法律规范的意旨,寻求人民对法律规范的理解与认同,如果法律规范已经不合时宜,难以取得民众的理解,甚至法律人自己也不能信服,那就必须对规范加以修正”<sup>②</sup>,虽然法官本身并无修法的权利,但法官可以运用解释方法的多样性将结果推向所欲的方向,这也就是为什么法官经常会不得已而“偷渡感情到法律条文中”<sup>③</sup>。就本案而言,由死者父母共同对涉案胚胎进行监管处置,既满足了民众的情感诉求又不会对他人合法权利和公共利益造成损害,因此一个为与胚胎具有伦理和血缘上亲近关系者寻求获得胚胎监管与处置权正当性的判决要比依据法律规定僵化地进行三段论推理所获得的富有逻辑性的判决更能够被民众所认可。

此外,一审法院之所以陷入这一困境与其将涉案胚胎的可继承性作为本案争议焦点的裁判思路不无关系。诚然,涉案胚胎无论是其自身还是存在于其上的权利依据现行法律都无法被继承,但死者双方父母对涉案胚胎所享有的“准亲权”并非依据继承法而继受取得,而是基于其与死者和涉案胚胎在伦理和血缘上特定的亲近关系而原始取得。因此由于错误的裁判思路,一审判决错过了在否定胚胎自身及其上权利可继承性之后再转换思路进而论证死者父母对涉案胚胎所享有的

<sup>①</sup> 参见最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第26条。

<sup>②③</sup> 同第75页注<sup>②</sup>。

权利并非基于继承取得而是基于特定身份关系原始取得的机会。

#### （四）二审法院的判决评析——揭示涉案胚胎法律属性的可能之维

与一审判决相比，二审最大的区别在于回避了涉案胚胎的可继承性问题，转而从多个角度论证判决由死者双方父母共同监管和处置的正当性。从二审法院“第三人不得依据卫生部规范医疗机构及其从业人员行为的行政规章对抗当事人基于私法享有的正当权利”的措词中不难发现二审法院实际上在对涉案胚胎可以成为特定权利客体方面与一审法院的态度是一致的，不过并未言明这种权利的性质为何。二审法院从伦理、情感和特殊利益保护三个角度所作的正当性辩护大致可以归结为涉案胚胎在法律属性上所具有的三个可能维度，即家族遗传利益、包含人格意义的特殊之物和介于人与物之间的过渡存在，这一裁判思路对正确把握涉案胚胎可能的法律属性和对类似案件的处理具有较大的参考价值。

##### 1. 涉案胚胎作为死者家族的遗传利益

二审法院指出，“涉案胚胎具有潜在的生命特质，不仅包含死者夫妻双方的DNA等遗传物质，而且包含了双方父母两个家族的遗传信息”。关于基因的法律属性学说上存在包括人格权说、财产权说、知识产权说和共同财富说等多种观点<sup>①</sup>，本文无意深究这一问题，但是这样一种观点一定是能够赢得广泛共识的，那就是：我们每个人的基因都不完全属于我们自己，我们从直系尊亲属那里获得基因，又将这些基因一代代传给直系卑亲属。因此每一个人的基因至少都包含了父母双方家族的遗传信息，也就是说这两个家族都对该基因享有遗传利益。<sup>②</sup> 二审法院认为涉案胚胎包含了死者父母双方家族的遗传信息，双方都与涉案胚胎具有伦理上的密切关系是具有正当性的。从法律属性的角度观察，可以认为涉案胚

胎属于死者家族的遗传利益。

##### 2. 涉案胚胎作为包含人格意义的特殊之物

“因为双方家庭的失独，死者夫妇所遗留下来的胚胎成了双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益”。二审法院的这一观点意在表明，涉案胚胎不仅仅是一个包含了未来生命特质的特殊之物，更在于其因为个案的特殊性而包含了两个家庭的人格利益，其对于双方家庭来说不仅是生命延续的标志，更寄托了双方对已故子女的哀思，因此在法律属性上更类似于具有人格纪念意义的特殊物品。

最高人民法院出台的《精神损害赔偿司法解释》第4条创设了“具有特殊人格象征意义的特定纪念物品”这一概念。那么本案中涉案的胚胎是否属于此处的“具有特殊人格象征意义的特定纪念物品”呢？严格地讲，从司法解释的初衷来看，解释所指的应该是那些在本质上属于物的范畴的东西，但因人寄予特殊的情感而人格化，包含了若干人格利益的物，是外在于人身之物的内化，而胚胎则是源于人体，但却因技术原因被置于人体之外，有了物的形式特征，属于人体自身的外化，其与前者存在本质区别，因此胚胎不属于“具有特殊人格象征意义的特定纪念物品”。但这并不妨碍我们采用相同的思路去考虑胚胎的法律属性，不同的是：前者是本身不具有人格属性，但因人赋予其特殊情感而具有人格属性，后者本身即具有很强的人格属性，但因为其身处人体之外而又具备了若干物的属性，因此二者虽起点相反但却有朝着一个方向变动的趋势。也许正是看到这一趋势才有学者认为界定《精神损害赔偿司法解释》中所确定的“具有特殊人格象征意义的特定纪念物品”应该按照对外在物的一种内化和对人自身的一种外化这两个方向进行，也就是说“具有特殊人格象征意义的特定纪念物品”既包含

<sup>①</sup> 参见张莉：《论人类基因的人格权属性》，载《政法论坛》2012年第4期。

<sup>②</sup> 也有学说主张每一个人的基因都为整个人类基因的组成部分，因此基因为全人类之共同财富。参见程书钧、潘锋等：《话说基因》，清华大学出版社2005年版，第61-62页。笔者不赞同这一观点，理由有二：其一，这一观点在人类基因工程学上虽具有一定的合理性，但无限制地扩大个体基因之间的关联度无助于从法学研究的角度对这一问题进行阐释，如果依此一逻辑，那么人类、动物、植物以及所有生物的基因都能够被作为基因版图中的一部分，而这对于我们认识事物并无实际意义；其二，将个体基因定位为人类共同财富，等于承认个体基因为不特定人所共享的公共资源，这对于从私法的角度探讨基因的法律属性不仅无益实则有害。

了诸如亲人的遗物、结婚戒指等“外在物的内化”，也包含了诸如源于人体的器官、精子、胚胎等“人体自身的外化”<sup>①</sup>。如此看来二审法院认定涉案胚胎“承载哀思寄托、精神抚慰和情感慰藉等人格利益”确也恰当，因此我们不妨借鉴解释第4条中“具有特殊人格象征意义的特定纪念物品”，称涉案胚胎为包含人格意义的特殊之物。<sup>②</sup>

### 3. 涉案胚胎作为受保护的特别利益

二审法院认为，“胚胎是介于人与物之间的过渡存在，具有孕育成生命的潜质，比非生命具有更高的道德地位，应该受到特殊的尊重与保护”。这一判决理由显示法院在涉案胚胎的法律属性上接受了中介说。判决中说涉案胚胎具有孕育成生命的“潜质”，意味着涉案胚胎本身并非生命，因此不能够享有与人同等的法律地位，即不能够成为法律上的主体。同时判决又指出“它具有比非生命更高的道德地位”，这说明涉案胚胎也不是纯粹的物，因为一般的物并无道德地位，因此“胚胎不是人，而是具有发展成为人类潜能的生物体”<sup>③</sup>，是一种应该受到尊重和保护的特别利益存在。所谓受尊重与保护是指，胚胎可以被研究或摧毁，但是必须带着尊重它的价值和减少伤害的观点，对胚胎体源者做好知情同意，同时按照尊重生命的原则和态度去研究它，将研究成果造福人类，发挥胚胎的价值，解除患者的痛苦甚至挽救生命。<sup>④</sup> 将涉案胚胎作为受保护的特别利益，有利于从胚胎利益最大化的角度处理与涉案胚胎相关的问题，也有利于最大限度地保护人性尊严。

## 五、涉案胚胎之可能命运

受当事人诉讼请求的限制，司法裁判不可能

超越当事人的诉讼请求对涉案胚胎的未来命运进行恰当的安排，而且鉴于规范的缺失法官也难以对涉案胚胎的命运进行关照。可以预见的是，二审判决只是暂时性地解决了涉案胚胎的权属之争，有关涉案胚胎的未来命运成了本案裁判未尽之事业。关于涉案胚胎的最终命运，我们无法预见，但结合相关理论并借鉴域外经验，尝试着对涉案胚胎后续的处理进行学理上的探讨仍具有一定的价值。

根据卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第3条第2款和第22条的规定，任何有关胚胎的买卖和代孕都被禁止，违者将面临罚款、行政处罚甚至面临刑法的制裁。但卫生部的上述规定属于部门规章，不构成《合同法》第52条的强制性规定，违反强制性规定并不构成胚胎买卖无效的理由。实际上胚胎买卖无效是因为违反公序良俗而无效。体外受精胚胎是具有潜在生命的特殊存在，在一般人眼里胚胎买卖和人口买卖、器官买卖一样损害了人类尊严，违反了民众对胚胎的伦理情感。但是体外胚胎一旦植入母体之内，无论植入的胚胎是通过买卖获得还是代孕，胚胎在性质上都转变为胎儿，除了孕妇自愿终止怀孕外，任何人都不得强迫其堕胎，否则将构成对孕妇的健康权或生命权的侵害。因此胚胎买卖和代孕行为本身的违法后果和胚胎被植入母体的效果应该被严格地区隔开。

有学者认为，相关规定之所以禁止代孕，无非是防止血缘混乱发生纠纷，执行计划生育政策以及防止人口买卖，而上述担忧在本案中均不存在，因此为了当事人延续血脉，在符合伦理原则的前提下，允许将涉案胚胎进行代孕，并不过分而且会得到民众的支持。<sup>⑤</sup> 笔者也认为既然禁止代孕并不能杜绝代孕，而且非法代孕植入的胚胎

① 吴国喆、段鲁艺：《承载具有可赔偿精神利益物的类型》，载《甘肃政法学院学报》2012年第1期。

② 笔者之所以称是借鉴解释中“具有特殊人格纪念意义的特定纪念品”，是因为解释将此类物品限定在“纪念品”这一范围之内，属于财产权的客体范畴。但学界也有学者认为胚胎属于源于特定人身体的财产，包含在《精神损害赔偿司法解释》第4条“具有特殊人格纪念意义的特定纪念品”之中。参见易继明、周琼：《论具有人格利益的财产》，载《法学研究》2008年第1期。

③ 同第73页注④。

④ 参见上文。

⑤ 参见杨立新：《一份标志着人伦与情理胜诉的民事判决——人的体外胚胎权属纠纷争议案二审判决释评》，载《法律适用》2014年第11期。

在法律上也受到与合法植入的胚胎或者非人工生育的胎儿同等的保护，在类似于本案的情况下法律应允许当事人通过合适的方式使涉案胚胎植入母体。存在疑问的是，在代孕的情况下，无论是法律允许还是当事人私下达成违法的代孕协议，如果代孕者在胚胎植入后选择堕胎，此时一方面是代孕者的生育自决权，另一方面是类似于本案当事人的延续子嗣的利益，法律应该如何平衡当事人之间的利益将成为理论上的难题。因此笔者认为代孕的途径并不可取。

对此，比较法上有国家规定了胚胎的收养。例如《路易斯安那民法典》第 9:130 条规定：患者可以通过书面证书放弃对胚胎的亲权，被放弃亲权的胚胎应该依据它们所在或被储存的医疗机构的书面程序用于收养性植入。<sup>①</sup>我国相关规定中并未禁止体外胚胎的收养，且我国《收养法》从 1994 年颁布至今仍未修改，相关规定也严重滞后于社会变迁，因此笔者建议未来《收养法》修改时可以扩大收养对象的范围，将体源者双方死亡或女方死亡而男方丧失生育能力，双方家庭又均属于独生子女案件中的胚胎纳入到收养对象之中。这样做的好处是：由符合条件的收养人收养胚胎后，胚胎与死者双方家族在法律上的血缘关系解除，此后即便收养者决定终止怀孕也不会引发代孕关系中的纠纷，因为此时胚胎已经与死者双方家庭解除了法律上的血缘关系。当然在具体的实施中还有许多制度需要完善，例如如何确定收养人的资格、是否允许收养人再次将收养胚胎送养，如果允许是否需要经过体源者家族的同意等。但毕竟，将类似于涉案胚胎的体外胚胎纳入到收养对象的范围为此类案件的后续处理提供了一种可能的方案。

## 六、结语

有关人体外胚胎的法律属性理论上存在着主

体说、客体说和中介说三种主要的学说。但无论是以完全自然人说、有限自然人说、法人说为代表的主体说，还是财产说、私生活利益说、伦理物说为代表的客体说，抑或是旨在缓和主、客体说对立的中介说都无法为人体外胚胎的法律属性给出一个恰当的解释。笔者认为在人体外胚胎法律属性的问题上，应该秉持多维的视角，从不同的角度出发，人体外胚胎的法律属性可能具有多维可能。就以生育为目的的人体外胚胎而言，笔者认为其属于“准亲权”这一人身权的客体。

本案一审从涉案胚胎本身的不可继承性和死者夫妻对涉案胚胎享有的受限制的权利的不可继承性两个方面论证了原告不能够享有对涉案胚胎的继承权，其判决在逻辑上具有自洽性，但由于裁判思路错误地将涉案胚胎的可继承性问题作为案件争议的焦点，未能得出恰当的判决。执着于逻辑的自洽而忽略社会现实对司法的需求，使得一审裁判在回应社会需求方面显得不足。二审回避了涉案胚胎及其上权利的可继承性问题，转而从伦理、情感和特殊利益保护等角度分析由死者父母双方享有对涉案胚胎监管和处置权的正当性，其论证展示了涉案胚胎在法律属性上可能具有的作为死者家族遗传利益、具有人格意义的特殊之物与受特殊尊重与保护利益的多种可能属性，对类似案件的处理具有一定的参考价值。但二审法院却未能揭示权利人共同享有涉案胚胎监管和处置权的真正原因。笔者认为，涉案胚胎虽不能被定性为物而成为财产权的标的，但却可以成为人身权的标的。死者父母基于伦理和血缘上的亲近关系对涉案胚胎享有“准亲权”，这种权利是基于特定身份关系而原始取得的，并非依据继承法的继受取得，因此本案并不涉及继承问题。对于涉案胚胎的未来命运，笔者认为应该在未来修改《收养法》时通过扩大收养对象的范围，将其纳入到收养对象之中，以保障失独家庭的血脉延续。

(责任编辑：缪因知 方明)

<sup>①</sup> See LA. REV. STAT. ANN. § 9: 130 (2008).