

# 人工生殖与自然法则

文 / 刘士国\*

**内容提要** 生育权主要是妇女的基本权利，也是男子的权利；既是人格权，也是身份权。生育权是人工生殖的权利基础。人工生殖应以子女利益为最高原则。人工生殖应遵循自然法则，有限度使用人工生殖技术。胚胎为生命的萌芽和种子，不能继承，植入胚胎以须以精、卵出自者生存为条件。我国应在现有规范基础上制定人工生殖法，对胚胎属性、人工生殖的亲子关系、人工生殖伦理原则、人工生殖的监督管理和法律责任作出规定。

**关键词** 人工生殖 自然法则 胚胎 法律完善

## 一、生育权与人工生殖

人工生殖，又称辅助生殖医疗，是借助人为的方法进行生殖。

人工生殖的权利基础是夫妻的生育权。生育权究竟是夫妻共同享有的权利，或仅仅是妇女享有的权利，现在尚无定论。从我国婚姻法关于夫妻有计划生育的义务规定推论，生育权既是义务，也是权利，义务是针对国家而言的，要计划生育，不能多生，只生一胎或双独二胎或单独二胎或双少数民族二胎，应服从国家计划生育政策。生育权也是权利，是天经地义的自然的权利，即使法律无规定，也是一种基本权利。但是，生育权是身份权还是人格权，有不同主张。认为生育权是身份权，即以夫妻身份关系存在为前提，只有夫妻才有生育权，显然是夫妻共同享有的权利，生育应符合夫妻的共同意思，即由夫妻合意行使，身份权符合我国婚姻法规定，也是阶级社会人类基本观念。人格权则强调为妇女所享有的权利，妇女生育不一定以有配偶为条件，是妇女地位的权利，当然不排除男子的生育权。我国2005年8月2日修改颁布的妇女权益保护法增加规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”此规定并未明定以夫妻关系存

在为条件，但文字表示与19世纪盛行的西方女权主义倡导的妇女有“自愿成为母亲的权利”，与1969年联合国通过的《德黑兰宣言》、1974年通过的《世界人口行动计划》所宣示的妇女生育权是一致的。2002年吉林省人大常委会通过并公布《吉林省人口与计划生育条例》，其第30条第2款规定：“达到法定婚龄决定终生不再结婚并无子女之妇女，可以采取合法之医学辅助生育技术手段生育一个子女。”在国内引起争议，但其规定与国际妇女人权规定及我国妇女权益保护法规定并不相悖。此规定的权利基础是将生育权当作人格权对待。

笔者以为，生育权既是人格权，也是身份权。人格权，表明生育男女作为法律人享有的权利。身份权，表明其妇女以配偶的身份或单身无配偶的身份为前提。单身也是一种身份。如妇女有配偶，则生育权夫妻共同行使，但必须保护妇女生育的自由和不生育的自由，这种自由可能影响婚姻关系的存在，而婚姻关系不能影响妇女生育或不生育的自由权。单身要达到婚龄并决定终生不婚才可依法认定为单身妇女，才可享有单身妇女的生育权，既单身身份为前提的生育权。

综观世界发展及人口男女比例等原因，家庭形态至少

\*作者系复旦大学法学院、复旦大学医事法研究中心教授、博士生导师。主要研究方向：民法、医事法。

有三种。如俄罗斯,因总体女多男少,家庭形态分为夫妻家庭(包括子女)、离婚男女单方与子女家庭、未婚妇女与子女家庭三种。我国虽总体男多女少,但在有些大中城市却是女多男少。如上海男女适龄结婚青年比例为1:4,允许单身妇女生育是保护妇女人权所需。

同性婚姻者有无生育权,也是一个值得讨论的问题。我国法律虽无允许同性婚姻的规定,但也没有禁止的规定,而现实生活中是存在同性婚姻的。男性同性婚,因我国禁止代孕,自无生育权可言。女性同性婚,按吉林省允许单身妇女享有生育权的规定,女同性婚姻者也应有生育的权利。

人工生殖为医疗行为,是从安全实施辅助医疗技术考虑,必须由特别资质的医院特别资格的医生实施。我国法律对实施人工医疗的医院和医生资格作了严格规定。未经行政机关允许的医院,不符合医师特别资格的医生,均不得实施人工辅助医疗。这种医疗,不是对不孕症的医疗,而是辅助不孕者生育孩子的行为。这种医疗的实施对象基本是女性,特别是夫无精症情况下实施他人精子人工授精,当事人只有受精女性1人,不包括供精者。

## 二、人工生殖可能引发的法律问题

人工生殖,打破了自然生殖机制,使亲子关系复杂化。人工生殖,使现行社会关系、法律秩序面临危机,如不予法律控制,人类生活秩序将陷入混乱。

人工生殖是相对自然生殖而言的。自然生殖是自卵子+自精子+自子宫。人工生殖分为人工受精、体外受精、代孕三种。人工受精,包括自卵子+自精子+自子宫、自卵子+他精子+自子宫。体外受精包括自己之卵子、他人提供卵子、他人提供受精卵三种情况,其中,自己之卵子又包括自卵子+自精子+自子宫;他人提供卵子又包括自卵子+他精子+自子宫;他人提供受精卵则为他卵子+他精子+自子宫。代孕则更为复杂,包括自卵子+自精子+他子宫、自卵子+他精子+他子宫、他卵子+自精子+卵子提供者之子宫、他卵子+他精子+卵子提供者之子宫、他卵子+自精子+其他第三人子宫、他卵子+他精子+其他第三人子宫、他人提供受精卵(他卵子+他精子)+其他第三人子宫。以上共计15种。

代孕产生的问题最为复杂,虽允许代孕的美国各州,

法律规定代孕者与所生之子不具有母子关系,代孕者仅可获得一定报酬,但是实践中仍出现代孕者生产后不愿交出产婴引发的纠纷。日本法律规定禁止代孕,坚持分娩为母子关系标准。因日本禁止代孕,不断出现在国外代孕而将孩子带回国内的事。如一对在美国借腹生子的日本夫妇要求受理孩子出生证明事件:用夫的精子与亚裔美国女子的卵子结合受精然后植入另位美国女性体内,于2002年秋在加利福尼亚州出生双子男婴。出生前,夫妻到加利福尼亚法院请求确认了其父母的身份,然后到日本领事馆提出开出生证明的要求,未被受理。双子出生后没有取得日本国籍,而以美国人身份随父母回国。之后,夫妻请求法院取消不受理的处分,一审家庭法院以“妻即使是双子卵的提供者因不是分娩者,也不能承认其法律上的母子关系”驳回请求。2006年5月20日,大阪高级法院以“母子关系的有无取决于分娩事实”为由驳回上诉。足见,在国际环境下,即使某国家禁止代孕,也可能发生在国外代孕国内如何认定母子关系的问题。

代孕虽能满足一些人子女或后代的愿望,也有代孕者获得报酬起到财富二次分配的作用,并非没有意义。但代孕将代孕者作为生育机器,有悖人格尊严。在现代社会,如允许代孕,不仅不能生育者可能找人代孕,有生育能力的职业女性,为逃避产假或为保体型之美丽而寻求代孕,代孕数量会增加,产生的代孕纠纷、母子关系纠纷会增多,对社会弊大于利,总体而言,应予禁止。代孕,违背自己繁衍后代的自然规律,有悖人类伦理道德,特别是与我国社会主义制度不相容,我国法律禁止代孕是完全正确的,今后也不应有所改变。

生命伦理,应坚持保护子女利益原则。虽说代孕产生的子女,自身来到世上,享受人间之幸福,无指责他人实施代孕不当之理由,但从社会政策选择看,应考虑到代孕子女可能遇到的特殊麻烦,尤其像死亡夫妇遗留之胚胎,若经代孕出生为人,从出生起就无父母,不能在父母抚育下成长,对其心理必产生不利影响,不利于子女身心健康。

人工生殖,最符合伦理道德的是人工受精中自卵子+自精子+自子宫和体外受精的自卵子+自精子+自子宫模式,因两种模式完全符合遗传学父母子女关系。但因精子、卵子可以冷冻,就存在男子死后是否可开始实施人工

[日]加藤良夫编著:《实务医事法讲义》,民事法研究会2006年版,第280页。

[日]加藤良夫编著:《实务医事法讲义》,民事法研究会2006年版,第288页。

生殖问题。因男子死后，人工生殖不同于遗腹子。遗腹子是作为父亲死于子女出生前和子女母亲受孕后，而人工生殖只是父亲死于子女前，而非死于子女母亲受孕后。前者为各国法律所认可并在分割死者遗产时留有保留份。后者多数国家法律禁止，即法律规定，男子死后，不得用其精子实施人工生殖，精子捐献者也不例外。之所以如此规定，也是基于尊重自然规律的法则。因依自然规律，人死后，不能通过性行为繁殖后代，人工生殖技术虽能从技术上改变这一自然法则，但改变之后产生不能继承其父遗产的婴儿，产生与其父死亡超过300日甚至数年、几十年、上百年婴儿，这不符合依自然法则产生的婴儿与其父在时间上的联系，涉及亲属关系混乱，出生者欠缺其父抚养的权利或对其父遗产的继承权。

男子死亡后，妻子是否可取死亡丈夫的精子人工生殖。这在技术上是可能的，因人死亡，人体器官包括体内精子不一定即刻死亡，精子可以存在短暂时间，为技术提取提供了可能机会。但这不符合人伦道德，更不符合自然生育法则，为许多国家法律所禁止。

其他人工生殖涉及体外保存妇女卵子，提供者死亡，亦为许多国家(地区)禁止开始用于人工生殖。

以上，如法国法规定，夫妻一方死亡，禁止施行人工生殖。瑞士、日本、我国台湾亦作同样规定。我国现行法对此未作规定，也是可能引发争议的原因之一。我国法今后应作此规定。

至于体外受精采用他人精子或他人卵子或完全是他人精子与卵子，产生的法律问题是非遗传学之父母拒绝抚养法律上子女怎么办，虽法律可作强制履行之规定，但对子女感情可能造成伤害。

### 三、夫妻死亡遗留冷冻胚胎应如何处置

宜兴一对双独夫妇因车祸死亡。生前，曾做试管婴儿，在南京鼓楼医院留下冷冻胚胎。双方父母为争夺冷冻胚胎保留香火诉至法院，追加拒交胚胎的医院为第三人。此案争议的焦点是：1. 胚胎是人还是物；2. 胚胎能否继承；3. 胚胎能否自行保管；4. 是否会涉及代孕。一审法院判决，受精胚胎系特殊之物，不能任意转让继承，驳回原告诉讼请求。延伸问题是双方父母是否有权隔代代孕。

#### (一) 胚胎不是物而是人的萌芽或种子

①法国1994年7月29日第94—653号法律第16—1条第三项规定：禁止将人体、人体各部分组成及人体所生之物，作为财产权利之标的。第16—5条规定：任何赋予人体、人体各部分以及人体所生之物以财产性价值的协议，均无效。转引自[台]邱玖惠：“生命科技与法律”，载陈聪富等合著：《医疗法律》，元照出版社2012年版，第560页。

民法上，一向有人体器官是否为物，是否可以继承的争议。比较原始的解释认为，人的身体的一部分，与人分离之后，可以为物，而物构成人体之一部分，则不再为物。这一解释，在中国民法上是针对女人的长发剪掉之后卖给剧团则为法律上的物，假肢安在人身上，就不再为物，而为人体之一部分。仅就这些特定的物，从是否可交易分析，所作的解释是符合实际的。但法律并未作明确规定。妇女生产之胎盘，因有药用价值，在我国前些年亦发生医院医生将胎盘送予他人引发的胎盘处置权归谁的争议。对胎盘，只有产妇有处置权，即生产者享有所有权，显然是将胎盘当作民法之物。有的国家法律有明确规定，人体之部分不能为有财产性价值的物<sup>①</sup>。也许在这样的国家不存在中国演古装戏买女人长发的需要及禁止胎盘入药以维护人之尊严。然而，就器官移植而言，由于人类普遍的规则是禁止器官买卖，也就从整体上否认人体器官脱离人体之后为民法上“物”的可能性。但民法上物变为人体之一部分就失去物的性质，就交易而言是对的，但就损害赔偿而言则仍具物的属性。如某人有一腿为义肢，在车祸中恰好撞坏了这条假腿而未致其他伤害，加害人仅赔偿这一义肢就可以了，不会承担其他法律责任。如撞坏的是一条真腿，说不定要被追求伤害罪的刑事责任，至少承担的治疗康复赔偿责任，不同于赔偿一条义肢的责任。对于真腿，是人身损害赔偿，对假腿，是财产损害赔偿，假腿的财产属性显现出来。这说明以往的解释有用性是有限度的，就人体器官是基本不能适应的。人体器官就是人体器官，不能用民法上的物或财产去衡量。在民法上研究人体器官，必须给予其特殊的地位，它可以成为民法上保护的客体，赠与的客体（器官捐献就是器官赠与，只不过大多情况受赠人是不特定的），而不是买卖的客体。

人类胚胎，不仅不能用民法“物”的标准衡量，而且不仅仅是一个人的器官，而是男女两个人精子与卵子结合产生的生命体。民法上的物必须具有价值或使用价值，而胚胎是精卵两个生命体美妙的自然结合，不是劳动，无论人工生殖或非人工生殖都是为精卵结合创造条件而不是结合自身，胚胎没有民法物的价值。民法物的使用价值具消费性，胚胎不能用于消费，也不具民法物能满足人们某种需要的使用价值。关于胚胎属性的研究，2003年3月美国

科学技术会议生命伦理委员会胚胎研究小组提出的报告书认为,“胚胎一旦着床子宫就开始人的生长”,“胚胎具有人的生命萌芽的意义,与人的其它细胞不同,应受伦理性尊重。”2004年7月,美国科学技术会议生命伦理专门委员会报告书,认为“胚胎不是具有人格的人,也不是单纯的物,具有中间性存在的位置。这应被称作‘人的生命萌芽’。”受精卵形成的胚胎如同一枚受精后产下的鸡蛋,一颗植物受粉后产生的果实,着床子宫如同母鸡开始孵化,果实在大地生根发芽。对胚胎必须用全新的观念予以审视,而不能简单作人或物的区分。

## (二) 谁有权使用、处置胚胎

我国规范人工生殖技术的现行法规,是2003年6月27日卫生部修订发布的《人类辅助生殖技术规范》、《人类精子库基本标准和技术规范》、《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》。这三个规范文件是在2001年相关规范文件基础上修订的。总体而言,规范基本全面,但对夫妻死亡留下的胚胎如何处理未作明确规定。《人类辅助生殖技术规范》第3条第6项规定:“禁止实施代孕技术”。《人类精子库基本标准和技术规范》第3项规定:“不孕夫妇对实施人类辅助生殖技术过程中获得的配子、胚胎拥有选择处理方式的权力,技术服务机构必须对此有详细的记录,并获得夫、妇或双方的书面知情同意”。其第4项规定:“患者的配子和胚胎在未征得其知情同意情况下,不得进行任何处理,更不得进行买卖。”从比较法观察,我国台湾地区“人工生殖法”规定,“受术夫妇婚姻无效、撤销、离婚或一方死亡”,“受术夫妇实施人工生殖形成的胚胎……人工生殖机构应予销毁”(第21条第3项)。1994年世界人口开发会议开罗宣言和1995年世界妇女大会北京宣言,均宣示生殖为女性及男性的自己决定权。法国人工生殖法律规定,实施人工生殖必须以夫妻生存为条件,只要有一方死亡,即禁止实施。

瑞士人工生殖医疗法规定,人工生殖受术者须为有婚姻关系之夫妻,夫或精子提供者死亡,不得开始人工生殖医疗。

关于代孕,美国一些州允许有偿代孕,一些州禁止代孕。有的国家和地区只禁止有偿代孕,多数国家和地区禁止代孕。

[日]加藤良夫编著:《实务医事法讲义》,日本民事法研究会2006年版,第279-280页。

[台]曾淑瑜:《医疗法律伦理》,元照出版社2007年版,第98页。

[台]曾淑瑜:《医疗法律伦理》,元照出版社2007年版,第133页。

[台]曾淑瑜:《医疗法律伦理》,元照出版社2007年版,第143页。

美国阿拉巴马、阿肯色州、佛罗里达州承认代孕有效,纽约州认为代孕无效。英国禁止以营利为目的的代孕。我国香港亦同。瑞士禁止代孕。以上均见[台]曾淑瑜《医疗法律伦理》一书。

我国宜兴胚胎继承案,死亡夫妻各自父母索要胚胎,虽未言明是为了代孕,但除代孕并无其他需要。我国虽有代孕存在,但法律明确规定禁止实施代孕手术,代孕为违法行为。既然依法不可代孕,索要死亡子女留下的冷冻胚胎就无意义。国际宣言宣示,生殖为女性及男性的自己决定权,我国为北京妇女大会的主办国,更应遵守国际宣言,从国际上坚持生殖的自己决定权。留有胚胎的夫妇已死亡,自己决定权就不复存在,父母没有代为决定权的法律依据,父母无权决定,胚胎保留已无效,应由医疗机构销毁胚胎。有人认为,我国现在不允许代孕,将来可能允许。这种可能性不能作为否定现行法的效力的依据。我国法律也明定,只有不育夫妇拥有选择胚胎处理方式的权力,且必须以书面形式为之。宜兴死亡夫妇之父母,不享有胚胎如何处理的权利,但从伦理而言,医院销毁后应告知死者父母。

## 四、结论与建议

综上所述,生育权主要是妇女的基本权利,也是男子的权利,生育权是人工生殖的权利基础。人工生殖应以子女利益保护为最高原则,人工生殖应遵循自然法则,有限度地使用人工生殖技术。胚胎为生命的萌芽或种子,不能继承,植入胚胎必须以精、卵出自者生存和自愿为条件。

我国在改革开放之后,在一些大城市人工生殖技术被逐渐采用。1989年,卫生部曾发出严禁鉴定胎儿性别和滥用人工受精技术的通知,规定人工生殖技术只允许用于科学研究。但因人工生殖技术的社会需要不可能被完全禁止,2001年2月20日,卫生部发布《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类精子库管理办法》。同年5月14日,卫生部又发布《人类辅助生殖技术规范》、《人类精子库基本标准和技术规范》、《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》,这三个文件经修改于2003年6月27日由卫生部重新发布。以上卫生部规范具法规性质,仅为技术规范,人工生殖涉及的一些基本法律问题欠缺规定。我国应制定《人工生殖法》,对捐献精子、卵子,形成胚胎的属性,人工生殖涉及的亲子关系,人工生殖的原则,人工生殖的监督管理和法律责任作出基本规定。