

人类辅助生殖技术应用 范围的法律调整论

于佳佳*

目次

- | | |
|-------------------|-------------------|
| 一、研究对象和法解释依据 | 四、植入前遗传学诊断伴生的法律问题 |
| 二、夫精、妻卵结合下的人类辅助生殖 | 五、结语 |
| 三、第三方捐精、捐卵伴生的法律问题 | |

摘要 人类辅助生殖技术在临床应用中改变了生育方式,提升了生育自主性和选择性,但也带来新的伦理和法律问题。不同国家的监管立场不同:美国倾向于放任,德国强调监管,而英国采取的平衡立场在平衡现代医学发展和伦理规范方面相对更优。针对现实纠纷,本文阐明法律上解决问题的共通性规则。第一,对于体外胚胎的处置权归属,在精卵提供者或其继承人与医疗机构的对抗中,法律应给予体外胚胎特殊利益保护;在精卵提供者的内部对抗中,不宜强行将拒绝生育者拉入亲子关系。第二,对于“死后”和“服刑中”群体的生育需求,需要死者生前的明示同意,而基于比例原则维护良好监狱秩序和增强公众对刑罚体系的信心可对抗服刑人员的生育诉求。第三,由于第三方捐精、捐卵在家庭关系中引入外部遗传因素,需由夫妻共同同意,并由国家制定规则对供精供卵来源进行严格监管;“三亲婴儿”宜区别于基因编辑胎儿。第四,对于植入前遗传学诊断技术应用,应权衡优生和治疗的價值,限制非医学目的性别选择。

关键词 体外胚胎 死后精子的使用 三亲婴儿 植入前遗传学诊断

一、研究对象和法解释依据

(一) 研究对象的范围限定

人类辅助生殖技术(Assisted Reproductive Technology, ART),是指通过运用医学方法对人类精子、卵子、受精卵或胚胎进行人工操作,以达成女性受孕目的的技术。此技术作为不孕不育的治疗手段,在临床上的需求不断增长。最早用于临床的人类辅助生殖技术是针对男性不育的

*上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。

人工授精,^{〔1〕}让人类繁衍后代不再依赖于性交。体外受精^{〔2〕}在 20 世纪 70 年代后半期获得成功,不仅解决了女性不孕的问题,彻底变革了生育方式,而且在技术上实现了胚胎形成过程的人为操控。科学家一旦能够在实验室环境下制作人类胚胎,就可以在体外受精中使用夫妻之外第三方的供精或供卵,在植入子宫前针对体外胚胎进行诊断、筛选,乃至利用体外胚胎开展科学研究。

人类辅助生殖技术在临床应用上的成功带来诸多伦理问题,需要国家通过法规则对技术应用加以规范,必要时施加约束。根据所涉法律关系,相关问题可分为三大类:一是以生育为目的的技术应用相关问题,即从伦理、法律角度对技术应用的范围提出要求,明确在什么情况下禁止或限制技术应用;二是出生婴儿保护相关问题,主要包括代孕、配子错植案中的亲子关系认定,以及婴儿后续对自身遗传基因溯源、知情权保护相关问题;三是医学和科研活动中的体外胚胎使用相关问题,所涉问题通常包括人类辅助生殖治疗中的剩余胚胎处置,与生物医药、再生医疗关联的体外胚胎研究、干细胞采集和使用等。本文的研究对象范围限定于第一类问题。

(二) 比较法视野下的法规则出台情况概览

以生育为目的的人类辅助生殖技术临床应用首先是医疗行为,国家法律法规对医务人员在诊疗中应尽到注意义务的一般性要求当然适用于此技术的临床应用。进一步而言,针对技术应用出台特别法规则逐渐成为趋势,但各国的法规则制定进度不同,并且,在多大程度上进行监管,不同国家亦有不同的态度。如下以典型国家为例概要说明。

最早出台特别法规则的国家是英国。1978 年 7 月 25 日,世界首例试管婴儿路易丝·乔伊·布朗在英国出生。在技术应用的推动下,英国颁布 1990 年《人类受精和胚胎学法》(Human Fertilisation and Embryology 1990),并在 2008 年修改法律以应对技术进步及其伴生的新型社会和经济需求,在特别法规则制定方面可谓走在其他国家的前面。

在欧盟范围内,德国率先出台最严格的特别法规则。1982 年春,德国首例试管婴儿在埃尔根大学医院出生。德国联邦医师协会随即出台指南,规范此技术的临床应用。20 世纪 80 年代末,德国医生开展的胚胎研究让公众开始围绕“胚胎是生命起源,应被赋予宪法上受保护地位”展开讨论。讨论的结果是,德国议会在 1990 年 12 月 13 日通过《胚胎保护法》(Embryonenschutzgesetz),让法律保护范围覆盖到人出生前的阶段,并以最严厉的刑法手段对非医疗目的的破坏胚胎行为进行处罚。与此相对,爱尔兰是欧盟唯一尚未出台特别法规则的国家。虽然爱尔兰医疗协会在医务人员职业行为和伦理指南的框架下对技术的临床应用提出了要求,但这些要求并无法律约束力,医务人员也不必然严格遵守。欠缺监管带来的负面影响已显现出来。例如,技术应用的安全性和费用负担成为问题,本国居民不得不去往国外以满足生育的需求等。在此背景下,爱尔兰自 2000 年起开始讨论特别法规则,并自 2019 年以来立法讨论活跃、进程加快。^{〔3〕}

美国也是最早一批实践人类辅助生殖技术的国家,其于 1981 年报道了通过体外受精受孕的

〔1〕 人工授精(Artificial Insemination, AI),是在女性排卵期间将男性精子通过女性宫颈输送到子宫内,精卵在女性体内受精。

〔2〕 体外受精(*in vitro* Fertilization, IVF)—胚胎植入(Embryo Transfer, ET)技术将人类辅助生殖技术带入新纪元,该技术是在实验室中让精子渗透入卵子,让卵子受精后,再将体外培育出的胚胎移植入女性子宫,让其怀孕。卵胞浆内单精子显微注射(Intracytoplasmic Sperm Injection, ICSI)让 IVF 技术往前迈进到精准操作领域,该技术借助显微操作技术,将单个精子直接注射进卵子内。与精卵体内受精的 AI 不同,IVF 和 ICSI 的共通之处是精卵在体外受精,而 IVF 是常规的体外受精,即第一代试管婴儿技术,ICSI 是显微受精,即第二代试管婴儿技术。

〔3〕 See Olivia McDermott, Lauraine Ronan & Mary Butler, *A Comparison of Assisted Human Reproduction(AHR) Regulation in Ireland with Other Developed Countries*, 19 *Reproductive Health* 62 (2022).

首例成功案例。虽然联邦政府也对技术应用进行规范，〔4〕但重点落在与人类细胞、组织等生物制品的加工、采集、检测相关的准入规则、捐赠规则以及实验室操作规则等，目的是防范传染病等的传播。〔5〕相比关注后代福祉和胚胎保护、对技术应用进行必要约束的英国法、德国法，美国联邦法对以生育为目的的技术应用持相当放任的态度。〔6〕

当今，我国的人类辅助生殖技术临床应用处于世界前列。1988 年 3 月 10 日，我国首例试管婴儿在北京医科大学第三医院张丽珠教授的生殖中心出生。此后，我国的技术迅速发展，目前我国能够提供的总体技术服务量和技术水平都已经达到了国际先进水平。〔7〕

在法规层面，首先，国家最近在基本法律的制定和修正过程中，率先针对引发重大伦理道德风险的医学和科研活动提出要求。《民法典》要求，从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动的，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。〔8〕2021 年的《刑法修正案(十一)》增设非法植入基因编辑、克隆胚胎罪。〔9〕2022 年的《医师法》针对医师“严重违反医师职业道德、医学伦理规范，造成恶劣社会影响的”的行为首次导入“五年直至终身禁止从事医疗卫生服务或者医学临床研究”的严厉罚则。〔10〕

其次，针对如何规范和管理人类辅助生殖技术临床应用的问题，可适用的规范性文件限于国家卫生行政主管部门在 2001 年发布的《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类精子库管理办法》以及此后发布的配套性文件(参见表 1)。

表 1 人类辅助生殖领域的文件汇总

实施年月日	发布机构	文件名称
2001 年 8 月 1 日	卫生部	《人类辅助生殖技术管理办法》 《人类精子库管理办法》
2003 年 6 月 27 日	卫生部	《人类辅助生殖技术与人类精子库评审、审核和审批管理程序》
2003 年 10 月 1 日	卫生部	《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》

〔4〕 从主管机构及其功能来看，美国疾病控制中心(Centers for Disease Control and Prevention)负责收集和发表人类辅助生殖临床应用的数据；美国食品药品监督管理局(Food and Drug Administration)负责药品、生物制品和医疗器械的上市审评审批，监管供卵、供精等生殖细胞、组织的筛查和测试；美国医疗保险和医疗补助服务中心(Centers for Medicare and Medicaid Services)负责实验室检测的质量，以及《实验室改善法》(Clinical Laboratory Improvement Act)的实施。See American Society for Reproductive Medicine, *Oversight of Assisted Reproductive Technology*, 2021, p.3, available at https://www.asrm.org/globalassets/_asrm/advocacy-and-policy/oversiteofart.pdf.

〔5〕 See Code of Federal Regulations, Title 21.

〔6〕 See John A. Robertson, *Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*, 43 Columbia Journal of Transnational Law 189, 192 (2004).

〔7〕 截至 2021 年 6 月，获得国家批准的人类辅助生殖技术的实施机构已经达到了 539 家，人类精子库有 27 家，每年人类辅助生殖技术应用总周期数超过 100 万。参见《国家卫生健康委员会 2022 年 5 月 30 日新闻发布会文字实录》，载中国政府网 2022 年 5 月 30 日，<http://www.nhc.gov.cn/xcs/s3574/202205/71ecabbcf8f46ec-920f1b7545cf02f0.shtml>。

〔8〕 参见《民法典》第 1009 条。

〔9〕 参见《刑法》第 336 条之一。

〔10〕 参见《医师法》第 58 条。

续 表

实施年月日	发布机构	文件名称
2005年2月18日	卫生部	《实施人类辅助生殖技术病历书写和知情同意书参考样式》
2006年2月7日	卫生部	《人类辅助生殖技术与人类精子库校验实施细则》 《人类辅助生殖技术及人类精子库培训基地认可标准及管理规定》
2015年4月13日	卫生和计划生育委员会	《规范人类辅助生殖技术与人类精子库审批的补充规定》
2015年4月9日	卫生和计划生育委员会	《人类辅助生殖技术配置规划指导原则(2015版)》
2021年1月11日	卫生健康委员会	《人类辅助生殖技术应用规划指导原则(2021版)》

上述现有规定对技术应用的禁止或限制可归纳为如下要点：一是禁止单身妇女利用人类辅助生殖技术生育，禁止其冷冻卵子（女同性恋者在法律上的地位是单身妇女）；二是禁止买卖人类精子、卵子、体外受精卵和体外胚胎；三是禁止女性捐赠卵子，捐赠人类辅助生殖治疗过程中的剩余卵子除外；四是禁止代孕；五是禁止以生殖为目的的克隆、基因编辑，以及培育人兽嵌合体。

针对本文的研究对象即“以生育为目的的人类辅助生殖技术临床应用范围”，一方面，我国尚未出台高位阶的法律法规，并且，现有规则粗疏，不够精细；另一方面，技术应用带来的现实问题不断涌现，亟待实践解决和理论回应。其中争论最为激烈的是，技术上可以实施是否意味着法律上允许实施。下文分三个专题展开论述，分别对应《人类辅助生殖技术应用规划指导原则（2021版）》中指导对象的三大技术群，一是精卵结合和胚胎子宫内着床相关技术；二是与第三方供精关联的人类精子库，在这方面本文将研究范围拓展到第三方供卵；三是以发现体外胚胎缺陷等为目的实施的植入前遗传学诊断。

二、夫精、妻卵结合下的人类辅助生殖

在婚姻关系中，使用丈夫的精子 and 妻子的卵子实施人类辅助生殖有别于常规的诊断治疗，属于特殊医疗行为，其带来的特殊伦理道德问题也需要法律上的特别应对。

（一）体外胚胎的处置权归属

夫妻双方是精卵提供者，而医疗机构将精卵结合形成体外胚胎，并进行冷冻保存。常见的民事纠纷是，当精卵提供者或其继承人要求医疗机构返还体外胚胎时，医疗机构是否应当返还。这是体外胚胎的处置权归属问题。

本体论上，体外胚胎的法律地位是什么？^{〔11〕}首先，体外胚胎与母体分离，无生命力，因此不同于已在母体中孕育的胎儿，^{〔12〕}更不是人。其次，经精卵提供者的同意，医疗机构可以销毁体外胚胎或将其用于科学研究，这也说明体外胚胎不是人。再次，体外胚胎虽无生命力，却有孕育生命的

〔11〕 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，第53页。

〔12〕 在胎儿保护水平较高的德国，《德国民法典》同样不承认胎儿具有主体地位。参见吴桂德：《德国法上人类体外胚胎的法律保护及其借鉴》，载《交大法学》2020年第3期，第90—91页。

潜质,因此也不同于物。^[13] 综上,鉴于体外胚胎的独特性,体外胚胎的法律地位是人与物之间的过渡存在,比物具有更高的伦理道德价值。

对体外胚胎法律地位问题的回答,不会当然地解决体外胚胎的处置权归属问题。后者是法律保护路径问题,即法律上如何保护人与物之间的过渡存在。以下参照司法案例分情况分析。

1. 精卵提供者对抗医疗机构

典型民事纠纷是,夫妻双方接受人类辅助生殖治疗,成功取得体外胚胎,并通过书面协议约定由医疗机构保存体外胚胎,但此后可能因更换医疗机构,^[14]或由于妻子的高龄^[15]或身体健康不佳等原因^[16]无法按计划接受胚胎植入手术,要求医疗机构返还体外胚胎。医疗机构的顾虑在于,妻子难以接受胚胎植入手术,也没有保存体外胚胎的条件,取回体外胚胎后有出售或委托代孕的风险,违背社会伦理,引发道德风险。有的医疗机构会断然拒绝返还,^[17]有的医疗机构则希望让法院根据法律和政策做出综合评判,再遵循并执行法院的判决。^[18]

实务上的共识是,夫妻双方共同享有体外胚胎的处置权。此观点应得到支持,理由如下:

其一,从生物学角度和伦理角度,体外胚胎是由夫妻双方提供的精卵结合而成,含有双方的遗传信息。遗传信息的跨代际传承让体外胚胎与精卵提供者之间有了最紧密联系,换言之,为上述最紧密联系的建立提供了客观的物质基础,也让体外胚胎具有了身份属性。在这个意义上,体外胚胎上的权利只能归属于夫妻双方。体外胚胎不是物,因此上述权利并非源自对物的所有权,但在夫妻双方共同对抗医疗机构的场景下,夫妻双方在体外胚胎上的权利类似于夫妻双方在共同财产上对抗第三方的权利。

其二,站在体外胚胎的未来发展视角,假如由医疗机构处置,那么体外胚胎的命运只能是被损毁或被用于科学研究。纵然是为了避免体外胚胎遭到彻底的物化处置,也应将其处置权交到夫妻双方手上。体外胚胎不是人,但从其未来发展利益的角度来考虑其处置权归属又类似于从有利于未成年人成长的视角来决定监护权归属。

其三,医疗机构对于夫妻双方以非法手段处置体外胚胎的顾虑纵然合理,但通过制定规则和严厉执法来防范和遏制非法行为是国家的责任,而在上述非法行为尚未发生的阶段,医疗机构没有理由妨碍精卵提供者行使对体外胚胎的处置权。在此类案件中,法官会支持夫妻双方的主张,往往也会在判决书中追加一段告诫文字,要求夫妻双方不得使用胚胎从事代孕等违背伦理道德、损害公共利益的医学活动,且要求其承诺遵循法庭的告诫。

2. 精卵提供者的继承人对抗医疗机构

精卵提供者离世后,体外胚胎的处置权之争会变得更加激烈。此问题以“南京无锡冷冻胚胎继承纠纷案”为契机得到讨论。该案中,夫妻双方在医疗机构接受人类辅助生殖治疗,在胚胎植入前双方死于车祸。精卵提供者的继承人是双方各自的父母。无锡市中级人民法院判决由精卵提供者的父母共同行使体外胚胎的处置权。

[13] 现行法中尚无关于体外胚胎法律地位的明确规定,因此,法官在判决书中的表述难以统一。参见刘云生:《体外胚胎的权利生成与民法典保护模式选择》,载《现代法学》2021年第5期,第25—27页。

[14] 参见四川省成都市青羊区人民法院民事判决书,(2020)川0105民初7850号。

[15] 参见广东省广州市越秀区人民法院民事判决书,(2021)粤0104民初525号。

[16] 参见四川省成都市中级人民法院民事判决书,(2020)川01民终8002号。

[17] 参见四川省成都市青羊区人民法院民事判决书,(2020)川0105民初7850号;广东省广州市越秀区人民法院民事判决书,(2021)粤0104民初525号。

[18] 参见广东省广州市越秀区人民法院民事判决书,(2021)粤0104民初525号。

由于体外胚胎不是物,因此,法院的判断依据不是也不应是对物的继承规则,而是基于如下理由:一是伦理,即体外胚胎具有潜在的生命特质,不仅含有精卵提供者的基因等遗传物质,而且含有双方父母两个家族的遗传信息;二是情感,即体外胚胎是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;三是特殊利益保护,即在精卵提供者意外死亡后,其父母不仅是世界上唯一关心胚胎命运的主体,而且亦应当是胚胎之最大和最密切倾向性利益的享有者。^[19]

法院的判断应得到支持。理由一,遗传信息的跨代际传承为处置权的归属提供了物质基础,也让身份属性的认可范围从精卵提供者合理扩大到其直系亲属。理由二宜与理由三关联在一起,正是由于体外胚胎对于双方家庭具有如此重要的情感价值,因此,法律上允许合理推定精卵提供者双方的父母会比任何其他入更加关心体外胚胎。在这个意义上,考虑到医疗机构只可能对体外胚胎实施物化处置,让精卵提供者的父母处置体外胚胎最为符合体外胚胎的利益。但鉴于体外胚胎毕竟不是监护权争讼下的未成年人,法院称其为“特殊利益保护”是周全的考虑。

由于我国禁止代孕,因此一旦精卵提供者死亡,体外胚胎未来发展成为人的机会法律上不应该存在,但这并不妨碍法院承认对体外胚胎的特殊利益保护。换言之,这里的“特殊利益”不需要是可实现的利益。上述我国司法案例中发展出来的判断规则在代孕合法的国家或司法辖区中不仅具有普适性,而且更具说服力。这是因为,在这些国家或司法辖区,体外胚胎未来发展成人的利益是可实现的利益。例如,在一则国外发生的案件中,里奥斯(Rios)夫妇是美国人,于1984年死于空难,留有800万美元遗产。他们在澳大利亚有两枚冷冻胚胎。关于如何处理冷冻胚胎、可否被继承等问题,裁判者的立场是,里奥斯夫妇两人对体外胚胎不享有所有权,冷冻胚胎也不可被继承,但在合理储存期限内的冷冻胚胎应受法律保护;以此评判为前提,最终的解决方案是允许将冷冻胚胎植入代孕母亲的子宫,孩子出生后可被领养。^[20]

3. 精卵提供者的内部对抗

人类辅助生殖技术让生育不再依赖于两性性交。以此为前提,婚姻中的女性一方在使用体外胚胎受孕的事项上在生殖学和医学上拥有了更多的自主权。法律上的问题是,夫妻双方成功取得体外胚胎,在胚胎植入前,由于感情破裂等原因,妻子要求利用体外胚胎孕育子女,但丈夫反对,并要求医疗机构损毁体外胚胎的情况下,哪一方具有优先处置体外胚胎的权利。

此处的分析方法应区别于前两种情况。虽然夫妻共同享有体外胚胎的处置权,但胚胎不是物,不能将胚胎上所属的利益进行分割,在夫妻间进行分配。再有,纵然法律上对体外胚胎的特殊利益予以保护,但在精卵提供者积极主张权利的情况下,从利益位阶上看,精卵提供者作为具有法律上主体资格的人,应优先于体外胚胎在法律上获得保护、尊重,这意味着体外胚胎的未来发展等特殊利益保护不再是首要问题。^[21]

精卵提供者间发生内部对抗时,拒绝生育一方的知情同意权应当得到保护。人类辅助生殖治疗是分阶段实施的,我国现行法规则要求医疗机构在实施的每一个阶段都应该获得夫妻共同同意,其意义不仅在于保护双方的知情同意权,而且在于保护隐私和维护家庭关系和谐稳定。基于

[19] 参见江苏省无锡市中级人民法院民事判决书,(2014)锡民终字第01235号。

[20] See Sandra Blakeslee, *New Issue in Embryo Case Raised Over Use of Donor*, *New York Times*, June 21, 1984, at A16; Anne Reichman Schiff, *Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation*, 75 (3) *North Carolina Law Review* 901, 954 (1997).

[21] 参见于佳佳:《论体外胚胎的处置权归属》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2015年第3期,第43页。

上述要求可以做出如下判断：首先，胚胎植入是手术，夫妻必须对此手术的实施做出共同同意，因此，医疗机构不会基于一方的要求实施胚胎植入手术。其次，丈夫纵然在人类辅助生殖治疗实施之初做出了同意，但也有权在此后撤销同意。最后，我国临床实践中的常规是，夫妻双方签订书面的知情同意书，但是，医疗机构也不得轻易从丈夫此前签署的知情同意书中推定出其对后续胚胎植入的同意。综上，就结论而言，相比妻子的生育诉求，丈夫的拒绝生育诉求优先受到法律保护。

法律上颇为棘手的问题是，如果夫妻双方对人类辅助生殖治疗实施之初签订协议，事先约定争议发生时的解决方案，那么争议实际发生时是否无条件执行协议。美国的 *A.Z. v. B.Z.* 案及其解决方案值得参考。^[22] 本案中，精卵提供者在 1977 年结婚后，通过体外受精于 1992 年诞下双胞胎女儿。此后，妻子擅自解冻了剩余体外胚胎，尝试怀孕，但没有成功。夫妻经分居，最终离婚。争议的问题是，谁有权处置剩余胚胎。经查证，夫妻双方事先签署协议，约定夫妻分居后体外胚胎应归属于妻子。尽管有此约定，但法院认为，精卵提供者通常可就体外胚胎的处理达成协议，但在协议签署后的四年间，双胞胎出生、夫妻申请离婚、妻子尝试再怀孕等诸多变化导致最初的协议难以执行。在丈夫重新做出决定的情况下不得强制执行最初的合意。此案的启示是，事先协议固然基于夫妻签订协议时的意愿，但在时过境迁、物是人非，协议签署时的客观条件不再具备时，宜在法律上允许协议签署者撤销最初的同意。

（二）使用已故丈夫精子的可容许性问题

生殖细胞冷冻技术可以帮助精卵提供者保存生育能力，将生育推迟，乃至推迟到男性死亡之后。例如，即将奔赴战场的士兵、计划接受化疗的重症患者，以及高危工作的从业者可预先冷冻精子；再例如，在人类辅助生殖治疗中途丈夫意外去世的情况下，从技术角度，使用死者精子或由其精子形成的体外胚胎是可行的。但问题在于，使用死者精子会带来伦理和道德问题，在法律上可否得到允许。

核心问题在于，对于使用精子进行人类辅助生殖，死者生前是否做出过同意。在个案分析中，死亡的时点具有重要意义。以下分情况讨论。

1. 妻子在丈夫去世后首次单方面主张使用精子

在我国首例保存脑死者精子案中，丈夫在车祸中头部重伤，经抢救后被宣布脑死亡。妻子希望保存脑死丈夫的精子，通过人类辅助生殖技术生育。妻子和丈夫的父母在知情同意书上签字后，涉案保健院医生从脑死丈夫体内采集了有活力的精子，低温保存。^[23] 本案中，事故发生突然，丈夫在生前没有做出过任何形式的同意，因此，医疗机构不得基于妻子单方面的请求实施人类辅助生殖。

英国《人类受精和胚胎学法》允许死后的精子使用，但必须以丈夫生前的书面同意为前提。^[24] 鉴于人类辅助生殖技术给精卵提供者以及通过此治疗而出生的孩子都会带来影响，立法者要求配子提供者在事前应获知充分的信息，并对后续可能发生的后果表示同意。在 *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority* 案中，脑膜炎患者在弥留之际处于昏迷状态，医生应其妻子的要求，采集了患者的精液样本。妻子希望在丈夫去世后使用其留下的精液进行体外受精，孕

[22] See *A.Z. v. B.Z.*, 431 Mass. 150, 725 N.E.2d 1051 (2000).

[23] 《丈夫车祸中丧生 新婚妻子欲提取其精子生子》，载新浪网 2006 年 11 月 7 日，<https://news.sina.com.cn/s/2006-11-07/052811443929.shtml>。

[24] See *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, Section 39(1)(c)(i).

育孩子。但患者生前没有对体外受精做出过同意,因此,使用已故丈夫的精子受孕违法。^[25]

相比英国法,德国《胚胎保护法》一概禁止使用死者的精子。^[26]理由有两点:一是站在出生孩子的角度考虑,立法者认为,孩子未来对自己的出生进行溯源时,一旦获知母亲怀孕时使用了死者的精子,可能心理上难以接受;二是站在精子提供者的角度考虑,立法者认为,男性对其精子在死后仍被用于生育的事情不再感兴趣。

2. 妻子在丈夫去世后主张人类辅助生殖治疗继续实施

如果丈夫去世时(包括因失踪而宣告死亡的情况^[27]),人类辅助生殖治疗已经开始,且丈夫没有撤销同意,那么实务上发展出的立场是,不再严格要求丈夫在人类辅助生殖治疗的各个环节都做出知情同意,而是倾向于肯定妻子在丈夫死后可以继续使用丈夫精子所形成的体外胚胎生育。上述立场在我国、英国和德国都得到了实证支持。

在我国发生的一则案件中,夫妻双方接受人类辅助生殖治疗,胚胎植入手术因妻子的身体原因推迟2年,在这期间丈夫去世,在妻子要求妇幼保健院实施胚胎植入手术时,妇幼保健院以缺少丈夫签字为由拒绝实施手术。法院从当事人的知情同意权、保护后代原则和社会公益原则等角度,判定医疗机构应继续履行医疗服务合同。第一,关于知情同意权,原告的已故丈夫在生前对胚胎冷冻、解冻及移植等事项,^[28]已在知情同意书上一揽子、概括性地签字确认了,之所以没有立即实施胚胎植入仅是原告身体上的原因。既有的医疗服务合同尚未履行完成,原告作为患方主体之一单独要求妇幼保健院继续履行其夫妻早已与被告订立的医疗服务合同,不违反当事人的真实意思表示和知情同意原则。^[29]第二,不违反保护后代原则。单亲家庭未必于后代不利;并且,通过人类辅助生殖技术出生的后代与自然分娩的后代享有同样的法律权利和义务,以及家庭伦理、道德义务等;再有,双方父母提供支持,且愿意承担道德、伦理以及法律上的义务。第三,不违反社会公益原则。丧偶妻子进行生育不违反国家人口和计划生育法律法规;且丧偶妻子有别于单身妇女,后者不得通过人类辅助生殖技术生育的禁令不再适用。

英国《人类受精和胚胎学法》虽然要求丈夫去世前做出书面同意,但在最近的司法实践中,法院开始重视在人类辅助生殖治疗的背景下探求丈夫对死后使用其精子的真实意愿,而不再受限于丈夫生前的书面同意。在 *Y v. A Healthcare NHS Trust and others* 案中,夫妻双方刚开始接受人类辅助生殖治疗,丈夫就遭遇车祸。丈夫在车祸前与妻子商讨过,同意在其有生之年和身故之后继续储存和使用自己的精子,但还没来得及签署书面同意书就在车祸中严重损伤了脑部。法官做出如下指示:在丈夫因为脑部损伤丧失能力的情况下,妻子能够为生殖治疗签署同意。基于上述命令,医生被授权采集、储存和在丈夫死后使用其精子。这意味着,死后使用精子让女性受孕也有可能是在欠缺丈夫事前书面同意的情况下进行。^[30]

德国《胚胎保护法》虽然一概禁止使用死者精子,但以 *Rostock* 案为契机在司法判决中明确了

[25] See *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex p Blood* [1997] 2 ALL ER 687 (CA).

[26] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 4 (1).

[27] 参见浙江省舟山市定海区人民法院民事判决书,(2016)浙0902民初3598号。本案中,夫妻双方接受人类辅助生殖治疗,在胚胎植入前,丈夫在海上执勤时遭遇海难,下落不明。妻子要求医疗机构继续履行医疗服务合同,实施胚胎植入手术,在遭拒绝后提起诉讼。

[28] 接受人类辅助生殖治疗的夫妻双方应分别针对体外受精—胚胎植入,胚胎冷冻保存、解冻,剩余配子、胚胎处理,多胎妊娠减胎,精液标本留证等诸多事项与医院签署多份知情同意书。

[29] 参见江苏省无锡市梁溪区人民法院民事判决书,(2019)苏0213民初10672号。

[30] See *Y v. A Healthcare NHS Trust and others* [2018] EWCOP 18.

用“双原核受精卵”实施人类辅助生殖治疗则不受上述禁令的限制。什么是双原核受精卵？受精开始于精子和卵子相遇，精子进入卵子，精子的细胞核和卵子的细胞核分别形成一个原核，两个原核位于受精卵胞浆的中央，形成双原核受精卵。伴随着受精过程的继续，双原核的染色体物质完全融合后，受精完成。双原核受精卵的形成标志着受精正常，在这一阶段可以对双原核受精卵进行冷冻保存。在 Rostock 案中，原告在丈夫在世时，与丈夫一起在被告医疗机构接受人类辅助生殖治疗，将培育的双原核受精卵冷冻保存。在丈夫去世两周后，原告要求被告交出以自己 and 已故丈夫名义保存的冷冻双原核受精卵，但遭到拒绝。二审法院认为，在供精者在世时，其精子已经在人类辅助生殖治疗中被使用了，在其去世后，就无所谓死后“使用”精子；并且，在双原核受精卵的状态下，精子和卵子紧密联系在一起已是事实，精子穿透了卵子，就不再能与卵子分离了，因此，以冷冻双原核受精卵怀孕不被法律所禁止。^[31] 由本案判决可推导出的结论是，丈夫在生前对精子进入卵子这一体外受精事项知情且同意，以此为前提，纵然在生物学上双原核受精卵的状态下受精尚未完成，但在法律上允许用此继续实施人类辅助生殖治疗。此结论与我国及英国处理同类问题的立场是一致的。

综上，根据我国司法中处理问题的实际情况，结合域外法和典型判决的实证研究，本文的立场归结如下。使用死者精子进行人类辅助生殖治疗应该有死者生前的明示同意，这是技术临床应用的前提条件。^[32] 第一，妻子在丈夫去世后首次单方面主张使用精子进行人类辅助生殖治疗的，上述条件得不到满足。第二，在精子和卵子的受精过程开始之后（包括双原核受精卵和受精完成后的受精卵）精子提供者死亡的，鉴于其已经与妻子对人类辅助生殖治疗共同做出同意，且无证据表明其有撤销同意的意愿，因此，上述条件可以得到满足，临床上不必苛求夫妻双方必须再针对体外胚胎植入共同做出同意（在这种情况下，已故者的配偶要求医疗机构继续实施人类辅助生殖治疗，进行体外胚胎植入的，可以得到支持）。第三，上述两种情况之外存在着第三种可能性，即夫妻双方已经到医疗机构针对人类辅助生殖治疗进行了咨询，并表达了接受此治疗的真实意愿，但在签署书面协议之前丈夫去世。对于死者表达同意的形式是否必须书面，在去世丈夫的真实意愿可以得到证明的情况下，英国司法实践中倾向于不苛求死者生前的书面同意。但这种观点在我国当下的实践中恐难以被采纳。这是因为，虽然我国《民法典》第 1219 条对患者知情同意的要求是“明确同意”，表明立法者重视患者的真实意愿，不拘泥于书面的表达形式，然而，书面形式之外，如何判定患者的真实意愿在临床的实操层面尚不明确。

（三）使用服刑丈夫精子的可容许性问题

根据《监狱法》的规定，服刑人员未被依法剥夺或限制的权利不受侵犯。^[33] 由此可见，服刑人员纵然依法被剥夺政治权利，也不会因此自动丧失民事权利。民事权利包括生育权、婚姻家庭权等。但是，当服刑人员的民事权利与其他重要权利发生冲突时，服刑人员能否实现民事权利则应根据比例原则做出判定。

1. 服刑人员的婚姻自由

从有利于服刑人员积极改造的立场出发，服刑人员的婚姻自由得到保障。我国民政部在 2004 年 3 月 29 日发布的《关于贯彻执行〈婚姻登记条例〉若干问题的意见》中专门就“服刑人员的

[31] See OLG Rostock, Urteil vom 07.05.2010, MedR 2010, 874.

[32] 有学者认为，原则上应允许死后人类辅助生育子女，除非死者生前明确表示反对。参见石佳友、曾佳：《死后人类辅助生殖生育子女的权益保护》，载《法律适用》2023 年第 7 期，第 35 页以下。本文不赞同此观点。

[33] 参见《监狱法》第 7 条第 1 款。

婚姻登记问题”做出说明,肯定了服刑人员能够申请办理婚姻登记,且要求其亲自到婚姻登记机关提出申请。

为了满足上述要求,实践操作中有两种可行的做法。一是在押服刑人员在民警的陪同下到地方民政部门办理手续。例如,根据青海省司法行政系统 2019 年 11 月 18 日发布的信息,青海省西川监狱一名在押服刑人员和女友分别向西川监狱和青海省民政厅社会事务处提出办理婚姻登记申请。为保障和维护公民基本民事权利,上述省民政厅社会事务处与西川监狱沟通协商后,达成同意办理的一致意见。服刑人员在民警陪同下与女友到达婚姻登记现场领取了结婚证。^[34] 二是地方民政部门人员特例到在押服刑人员的监狱办理手续。例如,根据广东省监狱管理局的说明,服刑人员一般不能出狱到婚姻登记机关办理手续,婚姻登记机关工作人员可带着另一方当事人到监狱,在双方当事人自愿的情况下,办理结婚登记手续。^[35]

2. 比例原则的适用

生育的确是服刑人员的民事权利,但我国现阶段尚未在服刑人员改造中导入夫妻监内同居制度。这意味着,服刑人员不能通过与配偶的性交来生育,这是服刑人员在监禁期间其人身与配偶在空间上相分离的当然结果。

而人类辅助生殖技术让生育不再依赖于性交,这带来的新问题是,服刑人员可否以此技术来实现生育的愿望。不能否定的是,这对于服刑人员及其配偶具有特殊意义。对于死刑囚和被判终身监禁的服刑人员,他的妻子只能通过采集和使用其精子,以人类辅助生殖技术来生育;对于其他在押服刑人员,若待其刑满释放后再生育,届时其自身提供的精子及其妻子提供的卵子可能不再有活力,并且,妻子还可能面临高龄产子的风险。

尽管如此,国内外司法实务都对此持十分慎重的态度。在我国,罗某于 2001 年 8 月 7 日因故意杀人罪被判处死刑,其新婚妻子向审判本案的中级人民法院提出用罗某的精子实施人工授精的请求。罗某对此表示同意。但中级人民法院以及省高级人民法院认为,此做法既无先例又无法律规定,予以拒绝。^[36]

在国外法中,关于服刑人员生育权的相关讨论在英国较为成熟。最初,ELH and PBH v. the United Kingdom 判决表明的基本立场是,为了防止秩序混乱或犯罪发生而对其享有家庭生活的权利进行干预是正当的。^[37] 倘若站在上述立场,那么为了对监狱环境进行有效日常管理,以及为了维护或促进良好监狱秩序以及增强公众对刑罚体系的信心,则有正当理由限制服刑人员与家庭联系之自由。^[38]

上述案件之后,1998 年英国《人权法案》(Human Rights Act 1998)自 2000 年 10 月起生效,该法案第 8 条第 1 款为保护“私密家庭生活、住所、通信受尊重的权利”提供了法律依据,但第 2 款进一步指出,依法为了保障国家安全、公共安全、经济福祉、国内安宁、犯罪预防、道德或他人的权利

^[34] 参见《首次!青海为在押服刑人员办理结婚登记》,载青海司法行政网 2019 年 11 月 18 日, http://sft.qinghai.gov.cn/pub/qhsfxzw/sfxzyw/jygl/201911/t20191118_10377.html。

^[35] 参见《我想与服刑人员登记结婚,要怎么办好呢?》,载广东省监狱管理局网 2023 年 11 月 17 日, http://gdjyj.gd.gov.cn/dawenku/jyxx/content/post_4285603.html。

^[36] 参见赵敏:《认真对待死刑犯的生育权——对全国首例死刑犯妻子要求人工授精案的再思考》,载《犯罪与改造研究》2004 年第 3 期,第 35—40 页。

^[37] See ELH and PBH v. the United Kingdom [1997] 91 A - DR 61.

^[38] See Alice Diver, *The “Earned Privilege” of Family Contact in Northern Ireland: Judicial Justification of Prisoners’ Loss of Family Life*, 47(5) Howard Journal of Criminal Justice 486, 489 (2008).

和自由所必需的情况除外。^[39]

在上述新规的框架下, *R v. Secretary of State for the Home Department* 判决具有启发意义。^[40] 本案的当事人 M 生于 1971 年 4 月 4 日, 因谋杀被判处无期徒刑后, 服刑期间于 1997 年 7 月 22 日与 25 岁妻子完婚。M 在婚后立即向内政大臣申请, 通过提供精子让妻子以人工授精方式怀孕。在遭到拒绝后, M 起诉内政大臣; 被一审法院驳回后, M 继续提出上诉。M 指出, 纵然有朝一日可以获释, 但妻子已不再是适合生育的年龄。上诉法院采取的立场是, 一方面, M 提出的问题是监禁的当然结果, 不应被特殊对待, 在这个意义上, 《人权法案》第 8 条第 2 款成为服刑人员实现其家庭生活的限制; 但另一方面, 只存在一种特殊情况, 即足以说明不允许服刑人员以人工授精生育将会导致其构建家庭的愿望彻底破灭, 而不仅仅是推迟构建家庭的, 才有可能对服刑人员以人类辅助生殖技术生育孩子的诉求宽大处理。 *Dickson v. United Kingdom* 是类似案件。欧洲人权法院的立场同样是, 只有在特殊情况下才允许服刑人员以人类辅助生殖技术生育后代。^[41]

综上, 英国的上诉法院和欧洲人权法院的确没有绝对禁止服刑人员通过人类辅助生殖技术建立完整家庭, 而是采用比例原则, 比较衡量服刑人员构建家庭的利益和《人权法案》第 8 条第 2 款的保护目的。然而, 在判断什么情况属于允许服刑人员以人类辅助生殖技术生育后代的特殊情况时, 采用严格的标准, 其标准如此严格以至于事实上并没有获得允许的案例, 这在处理结果上与我国实务上的应对一致。

三、第三方捐精、捐卵伴生的法律问题

当夫妻无法提供健康的精子或卵子时, 技术上可通过第三方捐精或捐卵来实施人类辅助生殖治疗, 但这带来了新的伦理和法律问题。

(一) 婚姻家庭关系受到的冲击

精卵结合、繁衍后代发生于夫妻间的私密领域。在人类依靠性交来生育的年代, 夫妻中的一方与家庭之外的人员通奸、生子会带来伦理上甚至是法律上的问题。例如, 在受伊斯兰教影响的国家或司法辖区中, 通奸至今仍是犯罪。

而人类辅助生殖技术让生育不再依赖于性交, 对于自己无法提供精子或卵子的夫或妻, 以第三方捐精或捐卵的方式生育孩子属于不孕不育治疗的范畴。纵然如此, 此治疗不可避免地将夫妻之外的第三方基因带入到家庭关系当中, 在这个意义上难免引发伦理问题。作为应对, 国家要求夫妻双方必须对第三方捐精或捐卵做出共同同意。

问题在于, 妻子未经丈夫同意使用第三方捐精来生育的, 可否类比通奸。 *MacLennan v. MacLennan* 案提出了这个问题。^[42] 本案中, 夫妻虽然感情破裂, 但尚未离婚。在婚姻关系存续期间, 妻子在美国使用第三方捐精以体外受精的方式成功诞下女婴。丈夫以妻子通奸为由, 提起离婚诉讼。法院在判决中区分了体外受精和通奸, 即通奸必须是妻子和婚外男子双方在场, 且发生性行为, 但不要求精子和卵子之间相互作用, 而体外受精的情况则恰恰相反, 即不发生性行为但精卵需要结合, 因此, 以婚外男子捐精来体外受精不构成通奸。

[39] See Human Rights Act 1998, Article 8.

[40] See *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mellor* [2001] ECWA Civ 472.

[41] See *Dickson v. United Kingdom* (2006) ECHR, App. no. 44362/04.

[42] See *MacLennan v. MacLennan* [1958] S.C. 105.

在我国法律框架下,第三方捐精与妻卵相结合或第三方捐卵与夫精相结合生育是可行的,但以第三方捐赠的胚胎(包括卵子和精子都分别来自夫妻之外的第三方)来生育在我国现行规则框架下会面临阻力,难以实现。情况一,涉嫌妊娠型非法代孕,即女性通过自己的子宫来生育含有其他女性和男性基因信息的孩子。情况二,无法正常产生卵子的单身妇女有以第三方捐赠的胚胎来生育孩子的诉求,而这在我国是被禁止的。情况三,无法正常产生配子的同性恋者也有以第三方捐赠的胚胎来生育孩子的诉求,但是,我国不承认同性恋婚姻,故女同性恋者在我国法律上属单身妇女,不得通过人类辅助生殖技术生育;男同性恋者无法自己生育,其以第三方捐赠的胚胎生育只能通过代孕母亲来实现,而这在我国也是被禁止的。

(二) 第三方精子的合法来源

我国禁止以任何形式买卖人类精子、卵子、受精卵、胚胎。^[43] 第三方捐精必须基于纯粹的公益动机。

私人捐精有较高的疾病(如艾滋病等)传播风险,因此,我国要求第三方精子的采集与提供应在“人类精子库”中进行。人类精子库,是指以治疗不育症以及预防遗传病等为目的,利用超低温冷冻技术,采集、检测、保存和提供精子的机构。其设置必须经卫生行政主管部门的批准,且设置于医疗机构内。

适格捐精者应符合以下两个条件。

1. 年龄条件

不同国家和地区对男性供精志愿者的年龄要求各有不同。在我国,2003年《人类精子库基本标准和技术规范》将此年龄限定于22至45周岁之间。捐精以捐精者的知情同意为前提,因此,适格捐精年龄又是捐精的同意年龄。我国将成年的年龄定为已满18周岁,而将适格捐精年龄提升到22周岁,这是我国法律规定的男性适婚年龄。上述规范在设定适格捐精志愿者的年龄时考虑到了精子的成熟程度,也兼顾了此年龄的要求与已婚夫妻方可接受人类辅助生殖治疗的要求相匹配。值得关注的是,针对我国成年男子精子质量以及捐赠精液合格率都日趋下降的问题,国内医学专家呼吁将我国的供精志愿者年龄门槛下调到20至40周岁之间。^[44]

如果男性尚未达到适格捐精年龄,但如果其因疾病治疗等原因可能丧失产生健康精子的能力,那么在这种特殊情况下可否例外允许捐精?我国对此尚无应对。在国外,如英国法在应对时采取宽大的态度。英国法以已满16周岁为对性行为有同意能力的年龄,以已满18周岁未满46周岁为储存精子事项的同意年龄。但如果在初次储存精子前,医生书面证明其遵守医嘱接受的治疗可能导致其生育能力严重受损,且储存精子符合其最佳利益的,例外允许已满16周岁但未满18周岁者储存精子。上述规则也适用于储存卵子。^[45]

2. 健康条件

根据2003年《人类精子库基本标准和技术规范》的要求,有下列健康问题者不得捐精,包括有遗传病家族史或者患遗传性疾病者、精神病患者、传染病患者或者病原携带者、长期接触放射线和有害物质者、精液检查不合格者,以及其他严重器质性疾病患者。

[43] 参见《民法典》第1007条;《人类辅助生殖技术管理办法》第3条第2款;《人类精子库管理办法》第3条第2款。

[44] 参见张欣宗等:《关于筛查合格供精志愿者的标准更新的中国专家共识》,载《中国计划生育和妇产科》2021年第9期,第7页。

[45] See Human Fertilisation and Embryology Authority, Code of Practice, Edition 9.0 (revised in October 2021), p.310.

以符合人类精子库的管理要求为前提,纵然使用入库精子生育出的孩子有健康缺陷,医疗机构也不必然为此承担侵权责任。其道理在于,人类辅助生殖技术有助于解决不孕不育的问题,但是不必然降低自然受孕所生缺陷婴儿的概率。

在一则案件中,原告在被告医院通过体外受精成功受孕,但诞下一名右手手指畸形的男婴。原告认为,被告医院在提供胚胎植入的诊疗服务中,未能提供健康精子,要对新生儿的右手畸形承担侵权责任。医学鉴定结论是,被告医院的接诊医生已事先向原告说明告知了通过人类辅助生殖技术来怀孕的情况,以及婴儿身体缺陷的发生概率与自然受孕相比无显著差别,即不能保证每一个新生儿都是健康的;并且,医疗机构在实施体外受精和胚胎植入前再次告知原告,正常人群中有一定比例(约4%)的儿童生下来就有身体或智力缺陷,这种缺陷也可能在捐精体外受精中发生,医生对此无法控制。再有,涉案精子来自国家卫生行政主管部门批准的人类精子库,且同一捐精者的精子已被用于其他人类辅助生殖治疗,所生育的孩子没有健康问题。基于上述事实,法院判定医疗机构没有过错。^[46]

(三) 第三方卵子的合法来源

在世界范围内,第三方卵子的来源有两类,分别是“人类卵子库”和“卵子共享”。卵子共享,是指接受人类辅助生殖治疗周期中取卵的妇女将部分卵子捐献给其他需要用捐卵来孕育后代者。

以英国为代表的国家承认上述两个来源。英国有世界上最大的人类卵子库,已满18周岁且未满35周岁的女性在无禁止性传染病、遗传病等的情况下,可以向人类卵子库捐赠卵子,年满35岁的女性则只有向家庭成员捐赠卵子才可能例外得到允许。

我国只允许卵子共享。与精子捐赠不同,女性排卵的数目稀少,并且,医生需要通过注射激素来促使女性排卵(Ovulation Induction),再通过手术从体内采集卵子。鉴于捐卵的技术门槛高、风险大,且捐卵必须出于纯粹的利他动机,我国目前尚无人类卵子库。而卵子共享所能提供的卵子数量非常有限,国内一般只有三甲以上医院有少量卵子库存。当卵子供不应求时,卵子黑市就活跃起来。卵子黑市,是指非法或未经监管的人类卵子交易市场,在此以交易串联起一整条黑色产业链,包括前端的非法体检、非法采供卵,后端的非法代孕等。2023年6月25日,国家卫生健康委员会等多部门联合发布《开展严厉打击非法应用人类辅助生殖技术专项活动工作方案》,指出非法应用人类辅助生殖技术行为不仅严重损害女性健康权益,践踏女性尊严,造成物化女性的负面效应,而且其伴生买卖和出具虚假出生医学证明等违法乱象,引发故意伤害、非法拘禁、拐卖妇女儿童等严重侵犯妇女儿童权益的违法犯罪,严重影响社会秩序和安全稳定,进一步要求强化与人类辅助生殖技术应用相关的全链条管理。^[47]

非法应用人类辅助生殖技术是行政处罚的对象,情节严重的,可以构成犯罪。问题在于,适用何种罪名?

一种观点认为,根据《人类辅助生殖技术管理办法》,该技术的应用应当在专门的医疗机构中进行,而非法从事卵子交易的个人、中介和机构涉嫌非法经营罪。上述观点是类推适用法律,违反罪刑法定原则。《刑法》第225条明文列举了三类非法经营行为,分别是未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品;买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件;未经国家有关主管部门批准非法经营证券、

[46] 参见湖北省武汉市武昌区人民法院民事判决书,(2016)鄂0106民初1787号。

[47] 国家卫生健康委办公厅等《关于印发开展严厉打击非法应用人类辅助生殖技术专项活动工作方案的通知》,国卫办医急函〔2023〕218号。

期货、保险业务,或者非法从事资金支付结算业务。上述列举之后是兜底性条款,即“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。“其他”非法经营行为应与列举的三类行为有可类比的属性,即国家并非禁止经营行为本身,而是要求从事经营行为必须获得相应的行政许可或经行政主管部门批准,简言之,非法经营之“非法”是指违反了前置法的准入监管要求。与此相对,卵子买卖本身就是国家禁止的行为,不存在获得行政许可或经行政主管部门批准就可以买卖的情况,因此,与《刑法》列举的三类非法经营行为无可类比性。而国家要求人类辅助生殖技术必须在专门的医疗机构中进行是对人类辅助生殖技术的准入监管要求,而非对卵子买卖的准入监管要求,不可混为一谈。

以上述分析为前提,根据罪刑法定原则,现行《刑法》不能处罚买卖卵子,但买卖卵子往往不会独立发生,而是伴随上游的取卵行为;取卵行为是医疗行为,^[48]非医务人员实施此行为而造成严重后果的,可以构成《刑法》第 336 条规定的非法行医罪。在一则案件中,17 岁的被害女子在得知出卖卵子的信息后与被告取得联系。被告人陪同被害女子接受面试、体检、打促排卵针,期间安抚其情绪,此后将其送至中转点,再由同伙把被害女子带到一处别墅,对其实施取卵手术。该手术造成被害女子的双侧卵巢破裂,其损伤程度达到重伤二级。法院认为,被告人明知他人实施非法取卵手术,仍通过联系、接送被害人来提供协助,并致被害人重伤,其行为构成非法行医罪。^[49]

(四) 三亲婴儿的出生

线粒体基因突变会通过女性卵子遗传给后代,因此出生的婴儿可能患有先天性遗传疾病。传统的解决办法是,使用第三方捐卵生育孩子。但如此一来,出生的婴儿将不带有母亲的遗传基因。

如何才能既保留母亲的基因,又不受遗传性疾病的困扰? 线粒体替代疗法(mitochondrial replacement therapy, MRT)成功地解决了这一难题。MRT 的实施过程是,让丈夫提供的精子分别与妻子提供的卵子和第三方捐赠的卵子结合;将夫精与第三方捐卵结合而成的细胞去核,再将夫精和妻卵结合后的细胞之细胞核转移到上述去核细胞的包膜中,达到的效果是以卵子捐赠者的正常线粒体替代妻子卵子中有缺陷的线粒体。通过 MRT 出生的婴儿拥有父亲、母亲和捐卵者三方的遗传基因,被称为“三亲婴儿”。^[50]

MRT 属于人类生殖种系改造技术,且改造的效果会传递给后代,会带来新的伦理问题。并且,为了培育出健康的受精卵或胚胎,实验室干预以便于操控卵子是不可缺少的,但干预措施的安全性需要不断实践来提升,这可能需要通过几代人的出生才能达成安全性的目标,这存在跨代际正义的问题。^[51] 法律上是否允许 MRT?

在世界范围内,英国率先出台 2015 年《人类受精与胚胎学(线粒体捐赠)条例》[The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015],肯定了 MRT 的合法性,同时也为 MRT 设置了准入门槛。一是风险要件,包括特殊风险和实质性风险,前者是指卵子可能存在由线粒基因引起的线粒体异常,后者是指此线粒体异常者会罹患严重的线粒体疾病。二

[48] 参见赵秉志、左坚卫:《试论非法行医罪的立法完善——以非法鉴定胎儿性别和人工终止妊娠行为为视角》,载《人民检察》2005 年第 5 期,第 15 页;于佳佳:《非法行医语境下医疗行为的目的解释》,载《兰州学刊》2017 年第 8 期,第 118 页。

[49] 参见广东省广州市白云区人民法院刑事判决书,(2017)粤 0111 刑初 568 号。

[50] See Françoise Baylis, *The Ethics of Creating Children with Three Genetic Parents*, 26(6) *Reproductive BioMedicine Online* 531, 532 (2013).

[51] See Human Fertilisation and Embryology Authority, *Scientific Review of the Safety and Efficacy of Methods to Avoid Mitochondrial Disease through Assisted Conception: 2016 update*, available at https://www.hfea.gov.uk/media/2611/fourth_scientific_review_mitochondria_2016.pdf.

是机构要件, MRT 只能在英国人类受精与胚胎学管理局(即上述条例实施的行政主管机构)许可的诊所中进行, 仅适用于行政主管机构批准的治疗对象。

德国《胚胎保护法》以刑法手段为人类辅助生殖技术临床应用设置了极为严格的限制, 但纵然是这部法律, 也难以轻易地禁止三亲婴儿的出生。理由一是, 这部法律禁止人为改变人类生殖系细胞基因信息的行为。违反上述禁令, 使用被人为改变过遗传信息的人类生殖系细胞进行受精的, 无论既遂抑或未遂都构成犯罪。^[52] 生殖系细胞包括精子、卵子, 以及精子进入或被注射进卵子之后到精卵的原核融合完成这一过程中所产生的所有细胞。^[53] 只有将 MRT 实质解释为非人为改变人类生殖系细胞基因信息的行为, 其应用才能在法律上获得允许。学说中的有力观点是, 替换线粒体基因不会带来细胞核的重新编辑, 不会带来遗传信息的变化, 因此不属于法律禁止的对生殖系细胞进行人工修饰。^[54] 再有, MRT 是在妻卵和夫精的原核染色体遗传信息结合后, 再将结合后的细胞核转移到去核细胞包膜中, 去核细胞包膜不再是生殖系细胞, 而只是生殖系细胞的剩余部分, 因此, 无论去核还是将核放入去核细胞包膜, 都不是对存活人类生殖系细胞的改变。毋宁说, MRT 是一个人工产生生殖系细胞的过程, 所生产的细胞具有三个不同人的部分基因(精子基因、卵子基因、第三方捐赠卵子的线粒体基因), 可供怀孕使用, 不是法律禁止的对象。^[55] 理由二是, 这部法律禁止滥用人类胚胎的行为。^[56] 而 MRT 的目的是排除婴儿的母体线粒体遗传缺陷, 治愈机会可在事前得到评估, 在这个意义上此疗法也不必然违反法律的禁止性要求。

综上所述, 三亲婴儿和基因编辑胎儿应在法律上做出区分。虽然我国法律禁止使用基因编辑过的胚胎来生育, 但是, 国外法研究和比较研究的启发是, 宜将三亲婴儿从禁止范畴中排除, 允许 MRT 在临床上得到适用, 帮助基因缺陷的女性生育继承自己基因的健康婴儿。

四、植入前遗传学诊断伴生的法律问题

植入前遗传学诊断(Pre-implantation genetic diagnosis, PGD)是人类辅助生殖技术的衍生技术。在实验室中开展 PGD 始于 20 世纪 90 年代。此前, 女性只能在怀孕后通过 B 超检测来确定胎儿是否健康, 在发现缺陷胎儿时决定是否终止妊娠。而 PGD 的优势在于, 通过对体外胚胎的遗传学诊断, 确定单个胚胎是否有缺陷, 选出“合格”胚胎植入子宫, 从而精准阻断出生缺陷。

PGD 的适应证包括: ①染色体异常; ②单基因遗传病; ③具有遗传易感性的严重疾病; 以及 ④人类白细胞抗原(human leukocyte antigen, HLA)配型。^[57] PGD 的应用价值可以归结为三点: 一是筛除染色体异常或携带单基因遗传病的缺陷胚胎(对应①②); 二是在夫妻一方或双方携带严重疾病的遗传易感基因的致病突变(如遗传性乳腺癌的 BRCA1 和 BRCA2 致病突变)时, 筛除具有高发病风险的胚胎, 创造“无癌婴儿”(对应③); 三是通过 PGD 将体外胚胎与已生育的血液系统疾病患儿的人类白细胞抗原进行配对, 挑选出具有免疫兼容性的胚胎来孕育新生儿, 使用新生

[52] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 5.

[53] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 8(3).

[54] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 5 I.

[55] Vgl. Jochen Taupitz, Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken, NJW 2001, 3435.

[56] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 2 I.

[57] 参见《胚胎植入前遗传学诊断/筛查专家共识》编写组:《胚胎植入前遗传学诊断/筛查技术专家共识》, 载《中华医学遗传学杂志》2018 年第 2 期, 第 151 页。

儿的脐带血、骨髓等组织救助其同胞兄弟姐妹,即选择“救人婴儿”(对应④)。

PGD 应用会引发伦理上的问题。PGD 检测需要从胚胎中采集细胞,虽然当前技术可以确保检测过程不会影响到整个胚胎的状态,但人们仍然会从伦理角度质疑,经过 PGD 筛查出来的缺陷胚胎将会被毁弃或被用于胚胎实验,这涉嫌对人类胚胎的故意损毁;并且,从代际正义理论的视角看,^[58]将有缺陷基因从人类种群的大池子中一概剔除出去也是值得商榷的。因此,围绕 PGD 的应用,一方面要重视生育自由,另一方面要尊重人类胚胎的伦理道德价值,防止人类胚胎的筛查沦为针对人类胚胎的破坏以及将人类胚胎工具化,两方面应达成平衡。

PGD 技术的应用价值和伦理道德风险并存,因此,在世界范围内,不同国家对此技术的临床应用条件抱有不同态度。第一类国家允许 PGD,如中国、美国、法国;第二类国家附条件允许 PGD,如英国和德国;第三类国家禁止 PGD,如奥地利和瑞士。鉴于 PGD 的应用价值,绝对禁止 PGD 无疑是对新技术因噎废食,不可取。而如果对 PGD 技术的应用完全不设置限制,也会有技术被滥用的风险。附条件允许是对各方因素加以考量后达成平衡的结果,英国和德国是附条件允许的典型国家,但允许的尺度并不相同。

(一) 最严格的附条件允许例:德国法

德国《胚胎保护法》在出台之初没有对 PGD 做出特别规定,但在 2011 年 11 月 21 日修法时,增加了 PGD 条款。^[59] 为了进一步细化 PGD 临床应用规则,德国联邦政府在 2013 年 2 月 21 日发布了《植入前诊断条例》(Präimplantationsdiagnostikverordnung),并于 2018 年 7 月 2 日对其进行了修改。

根据上述规则,法律原则上禁止 PGD。在植入子宫前对体外胚胎的细胞进行基因检测的,构成犯罪,处以 1 年以下自由刑或罚金。^[60] 但是,如下两个条件之一得到满足的,PGD 例外得到允许。^[61] 一是针对遗传性严重疾病的高风险。根据卵子提供者 and 精子提供者一方或双方的遗传倾向,其后代有罹患严重遗传疾病的高风险的,可通过 PGD 检测确定是否有疾病风险。二是针对体外胚胎的严重损害。可通过 PGD 确定胚胎是否有严重损害,且损害如此严重,高概率会造成死胎或流产。但无论哪一种情况,PGD 检测都必须基于卵子提供者的书面同意。

在程序方面,《胚胎保护法》要求伦理委员会在个案中评估上述条件是否得到满足,评估后才获批准。^[62] 这意味着临床医师对于可否实施 PGD 无诊疗上的裁量权。《植入前诊断条例》要求各联邦州为获批开展植入前诊断的机构设立独立且跨学科的 PGD 伦理委员会,各州之间也可以成立联合伦理委员会。伦理委员会由医学专家、伦理学和法律专家,以及患者权益保障和残疾人自助组织的州一级代表组成,任期有限。^[63]

德国法通过实体条件和程序条件对 PGD 的应用范围做出非常严格的限制。德国法拒绝大尺度容忍 PGD 基于两个原因。一是德国宪法保护人的尊严和生命。^[64] 国家的保护应开始于生命孕育之初的胚胎阶段;生物发展是一个连续统一的过程,禁止将此过程区分为不同阶段,对不同阶段的人的尊严和生命进行区别化保护。而 PGD 是在生命孕育的初期阶段进行筛选,与此相关联

[58] 参见高景柱:《跨代共同体与代际正义:一种共同体主义的视角》,载《中州学刊》2020 年第 9 期,第 95 页以下。

[59] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 3a.

[60] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 3a (1).

[61] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 3a (2).

[62] Vgl. Embryonenschutzgesetz § 3a (3) S.1.

[63] Vgl. Präimplantationsdiagnostikverordnung § 4.

[64] Vgl. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art.1 und 2 Abs.2 S. 2.

的是对缺陷人群的歧视。二是《胚胎保护法》禁止滥用人类胚胎。为了防止将胚胎工具化,法律禁止为生育之外的目的处置体外胚胎,而PGD的目的是“胚胎选择”,选择的结果是筛除有缺陷的胚胎,这在严格意义上是否还属于以生育为目的,不无疑问。影响着上述法规范目的的更为深层原因在于,二战期间德国纳粹利用犹太人、儿童、残疾人士和战俘等进行了一系列不人道的人体实验,导致大量无辜者死亡、永久残障。上述罪行的实施者虽然在战后的纽伦堡审判中被定罪,但这段黑暗历史对现实的警示渗透到国家法律的制定当中。

(二) 筛选救人婴儿的特别讨论: 英国法

相比背负特殊历史包袱的德国,英国法对PGD应用范围的把握与现代医学发展以及我国临床上PGD发展和应用的实际情况更吻合。

围绕PGD的应用范围,在英国曾经最具争议的问题是以PGD筛选救人婴儿。从医学角度看,将PGD应用于HLA配型,能够帮助挑选出具有免疫兼容性的胚胎来孕育救人婴儿,待其出生后捐赠脐带血、骨髓等组织救助其同胞兄弟姐妹,上述治疗过程与活体器官移植类似。但是,如果救人婴儿的孕育和出生从一开始就是为了救另一个人,那么人们就会从伦理道德的角度质疑,救人婴儿沦为救治另一个生命的工具,而生命的工具化在现代法治国家是不能被容许的。此外,人们还担心,救人婴儿出生后,父母会给予其施压,让其进行骨髓等组织捐赠,在救人期望落空时对救人婴儿表示失望、忽视。

鉴于救人婴儿引发的诸多伦理道德争议,英国法通过一系列实证探索,确立了当前的政策和法律立场。^[65]

案例一是Hashmi案。Hashmi夫妇有一个罹患先天性 β 地中海贫血症的女儿。此病导致血红蛋白和红细胞的生产功能缺陷,并带来诸多严重的生理性症状,若不接受治疗,患儿只能存活一年,但治疗意味着,患儿要定期接受输血和反复给药。为了救治患儿,Hashmi夫妇决定再生一个孩子,但第一次怀孕的产检表明,胎儿出生后也会罹患同样的疾病,这让他们不得不终止妊娠。Hashmi夫人第二次怀孕后,生下一个男孩,但他与患儿的HLA匹配失败。Hashmi夫妇第三次尝试通过体外受精怀孕,并要求针对体外胚胎实施PGD,以确保未来出生的婴儿与患儿之间HLA配型成功。

是否允许创造救人婴儿?英国人类辅助生殖行政主管部门基于对PGD应用在伦理上、医学上和技术上引发影响的综合考虑,允许本案的PGD实施,但要求对选择救人婴儿进行严格管控,只限于特别情况。上述立场在此后的司法审查中获得了法院的支持。^[66]本案的特殊性在于,PGD服务于双重目的,即不仅是使用新生儿救他人,而且也为了防止新生儿自身罹患严重的遗传性疾病。^[67]

案例二是Whitaker案。Whitaker夫妇的儿子患有戴蒙德·布莱克凡贫血(Diamond Blackfan anemia)。这是一种罕见血液病,会导致红细胞缺乏,其症状与其他形式的贫血相似,患者每三周就要接受一次输血治疗,而最佳治疗方案是接受骨髓移植。夫妇两人决定再生一个孩子,来捐赠

[65] See Sally Sheldon & Stephen Wilkinson, *Hashmi and Whitaker: An Unjustifiable and Misguided Distinction?* 12(2) *Medical Law Review* 137 (2004); G. T. Laurie, S. H. E. Harmon & E. S. Dove, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 11th edition, Oxford University Press, 2019, p.264.

[66] See *R (on the application of Quintavalle) v. Human Fertilisation and Embryology Authority*, [2003] 3 All England Reports 257 (C A Civil Division).

[67] 本案的后续发展是,虽然Hashmi夫人完成了体外受精、植入前遗传学诊断、体外胚胎的子宫内植入,但是,其在怀孕期间不幸流产,此后夫妻双方放弃孕育救人婴儿的努力。See B.M. Dickens, *Preimplantation Genetic Diagnosis and "Savior Siblings"*, 88(1) *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 91, 94 (2005).

骨髓。医学上,新生儿患有相同疾病的概率只有5%—7%,不比其他普通夫妇生下患儿的概率高。这意味着,PGD的目的只有一个,即为患儿筛选出具有免疫兼容性的胚胎,创造救人婴儿。

基于上述事实,英国人类辅助生殖行政主管部门认为本案的情况有别于 Hashmi 案件,在 2002 年 6 月拒绝允许 PGD。两案的区别之处在于,Hashmi 在未来生出的孩子有罹患与其姐姐同样严重疾病的风险,PGD 有助于避免上述风险,而 Whitaker 在未来出生的孩子并无类似风险,PGD 只是为了选择出配型成功的救人婴儿。^[68]

案例三是 2004 年的 Fletchers 案件。本案的案情与 Whitaker 案高度类似,但英国人类辅助生殖行政主管部门转变了政策,允许 PGD 的实施。在这个意义上,本案是一个重要的转折。

英国在 2008 年修订《人类受精和胚胎学法》时增加了限制 PGD 应用范围的规定。立法者要求医疗机构只能在五种情况下实施 PGD: 情况一,确定胚胎是否存在可能影响其活产能力的基因、染色体或线粒体异常;情况二,在胚胎可能存在基因、染色体或线粒体异常等特殊风险的情况下,确定上述异常是否的确存在以及确定是否有其他基因、染色体或线粒体异常;情况三,在出生的婴儿会存在一个与性别相关的基因异常特别风险的情况下,确定胚胎的性别;情况四,配子提供者有一个罹患严重疾病的患儿,待出生婴儿的脐带血干细胞、骨髓或其他身体组织可被用于上述严重疾病的治疗,在此情况下,确定待出生婴儿的组织是否与患儿相匹配;情况五,在不能通过其他方法确定胚胎是否由特定人的配子培育出来的情况下,通过 PGD 对上述事项进行确定。^[69] 如上所述,PGD 在英国的应用范围是筛查基因、染色体等有缺陷的胚胎,筛查性别相关的基因异常特别风险,筛选救人婴儿,以及对胚胎的遗传基因进行溯源。

据统计,在法律修订后的第二年,即 2009 年,英国人类辅助生殖行政主管部门批准了 12 个人类辅助生殖中心将 PGD 应用于筛选救人婴儿的申请。

(三) 性别选择的限制: 比较法的综合考察

20 世纪初,细胞中性染色体的发现揭秘了男性精子中的染色体决定未来孩子的性别。现代医学技术让植入前的性别选择具有了可能性,^[70]以 PGD 对胎儿性别进行选择是其中的一种可能性。在西方社会,家庭对下一代的性别一般没有特别偏好,因此,性别选择对于男女性别比例分布产生的影响微乎其微。

尽管如此,站在禁止利用现代医学技术操控人类繁衍的立场,英国和德国等西方国家重视出台特别法律法规以国家强力管控性别选择,并且,这种管控前置于体外胚胎植入前的阶段,^[71]禁止非医学目的的性别选择。英国人类辅助生殖行政主管部门禁止医疗机构在人类辅助生殖治疗中实施任何非医学目的的性别选择操作。德国《胚胎保护法》也规定,以人工手段用人类精子让人类卵子受精,在受精之后,将包含在卵子中的性别染色体选出的,构成犯罪,法定刑上限为 1 年自

^[68] 本案的后续发展是,Whitaker 夫妇远赴美国,在一家芝加哥的诊所接受人类辅助生殖治疗。2004 年,新生儿为其哥哥捐赠了骨髓。See B. M. Dickens, *supra* note [67], at 94.

^[69] See Human Fertilisation and Embryology Act 2008, 1ZA(1).

^[70] 性别是由男性 Y 染色体决定的,而现代医学已经掌握了 X 精子和 Y 精子之间的差异。在人工授精中,可以通过操作技术改变精液中两种精子的比例,用处理过的精液样本进行人工授精。在体外受精中,也可以通过技术操作将两种精子进行分离,让 Y 精子与卵细胞在体外结合成受精卵。

^[71] 以色列允许非医学目的的植入前遗传学诊断,包括性别选择目的的植入前遗传学诊断。See Judy Siegel-Itzkovich, *Israel Allows Sex Selection of Embryos for Non-medical Reasons*, 330 (7502) *British Medical Journal* 1228, 1228 (2005).

由刑。^[72]

医学目的的性别选择不在禁止范围之内。在英国,2008年修订后的《人类受精和胚胎学法》明确规定,只有在待出生婴儿存在一个与性别相关的基因异常特别风险时,才允许通过PGD确定胚胎的性别。在德国,允许选择精子的唯一例外是,为了保护未来出生的孩子不会罹患杜兴氏肌肉营养不良症或者其他类似的性别相关的严重遗传性疾病。^[73]杜兴氏肌肉营养不良症是一种相当严重的性别相关的遗传性肌肉失养症,几乎只发生在男性儿童身上,并在出生后的第二年到第五年间表现出来。其他类似的性别相关的严重遗传性疾病取决于主管部门根据州法律将某种威胁儿童的疾病认定为相应的严重疾病,但目前没有联邦州发布过“相当的适应证目录”(ein entsprechender Indikationen-katalog)。

虽然国外法对性别选择的限制都遵循着原则禁止、例外允许的逻辑,但是,相比英国法,德国法仍采用其一贯的最严格标准限制PGD筛选人类胚胎。而英国法的限制范围与我国目前的规则有更高的契合度,值得借鉴。

(四) 对我国PGD应用范围的反思

我国法律尚未特别限制PGD的应用范围。PGD作为人类辅助生殖治疗的衍生技术,属于诊疗活动。

第一,PGD应用中的过错作为诊疗过错处理,在导致出生的婴儿不健康或孕妇流产的情况下,医疗机构要承担损害赔偿责任。

在一则案件中,原告夫妻因不孕在被告医院接受体外受精—胚胎植入技术治疗,后妻子成功产下一子,但婴儿出生后发育迟缓,经诊断罹患染色体病,该病导致精神发育迟滞。原告起诉医院。法院认为,医院给丈夫所作的染色体检查,报告过于简单,且结果不正确,未检出染色体异常,并且,婴儿的出生缺陷系医院的医疗行为所致。医院存在过失,不仅侵害了原告夫妻的优生优育选择权,而且侵犯了出生婴儿的生命健康权,故判定医院承担相应的侵权责任。^[74]

第二,在PGD的各种适应证中,筛查缺陷胚胎,在胚胎发育早期阶段阻断出生缺陷,是现代医学的重大贡献,在法律上亦应当予以认可。在此基础上,法律上需给PGD的应用范围增设限制,禁止以PGD进行非医学目的的性别选择确有必要。在我国,传统文化中有重男轻女的偏好,^[75]导致出生人口男女性别比例严重偏离 105 ± 2 的正常值域。^[76]为了保护我国人口良性发展的利益,国家法律禁止采用技术手段对胎儿进行非医学需要的性别鉴定和性别选择堕胎;^[77]构成犯罪的,依法追究其刑事责任。^[78]但上述规则尚未涵盖针对体外胚胎的PGD。以PGD进行性别选择

[72] See Embryonenschutzgesetz § 3 S.1.

[73] See Embryonenschutzgesetz § 3 S.2.

[74] 北京市丰台区人民法院民事判决书,(2013)丰民初字第18929号(一审);北京市第二中级人民法院民事判决书,(2016)京02民终1843号(二审)。

[75] 参见李燕:《人工流产:权利抑或义务——女性主义视角下中美堕胎法比较研究》,载《法学论坛》2009年第1期,第119页。

[76] 参见张翼:《中国人口出生性别比的失衡、原因与对策》,载《社会学研究》1997年第6期,第55页。

[77] 性别选择堕胎,是指利用超声技术或其他技术手段进行非医学需要的胎儿性别鉴定,从而有选择性地人工终止妊娠。

[78] 法律依据包括:《母婴保健法》第32条第2款,《人口与计划生育法》第36条,以及2003年1月1日国家人口与计划生育委员会、卫生部、国家药品监督管理局《关于禁止非医学需要的胎儿性别鉴定和选择性别的人工终止妊娠的规定》第3条。文献参见陈世伟:《非医学需要鉴定胎儿性别等行为犯罪化分析》,载《中国青年政治学院学报》2005年第5期,第11页。

在技术上没有障碍,并且,相比对母体身心带来负担的妊娠后性别选择,体外胚胎阶段的性别选择显然更为便利,有被滥用的风险。而无论从周全保护出生前生命的尊严角度,还是从维持我国人口良性发展的利益角度,都宜出台新的规则禁止将 PGD 用于非医学目的的性别选择。在这一点上,国外法特别是英国法具有借鉴价值。

第三,法律上不宜给 PGD 用于救人婴儿的筛选设置过高门槛。首先,这项技术早在十多年前就已经在国内医疗实践中得到应用。2011 年 6 月 29 日,国内首例救人婴儿降生在广东中山大学第一附属医院,她为自己的姐姐提供了治疗重症地中海贫血的造血干细胞。其次,这项技术带来的伦理风险聚集于以救人为唯一目的的场景,而如此应用 PGD 纵然脱不去功利色彩,却不必然违背比例原则。理由一,救人这一医疗目的是不可否定的,可类比活体器官捐赠。理由二,骨髓具有可再生性,并且,现代医学技术已将采集骨髓造血干细胞对捐赠者的侵袭性大大降低。理由三,捐赠骨髓给同胞兄弟固然是利他,但人毕竟是社会生活中的人,通过利他行为而收获家庭成员、血脉至亲的身心健康乃至未来生活中的互助互爱,这对于救人婴儿而言亦是一种“所得”。最后,如前文所述,德国以最严格标准来限制 PGD 等人类辅助生殖技术的应用有其特殊的历史和社会文化背景,而我国没有同样的问题,因此,英国对 PGD 应用相对宽容的立场更加值得借鉴。而倘若坚持对伦理上争议较大的问题从严监管、慎重处理,那么可以考虑参照活体器官移植未来交由伦理委员会个案判定。

五、结 语

人类辅助生殖技术及其衍生技术临床应用改变了人类生育方式,提升了生育自主性、选择性,但也带来新的伦理问题。法律上的应对在不同国家有不同的表现。一是以放任为特点的美国式应对。无论在联邦还是在州层面,规则制定者事先明文提出要求、干预技术应用的情况很少。而在临床上如何应用这些技术,则是交由医疗专家根据医疗上的技术和伦理规范来决定。在纠纷出现后,法院个案处理,针对具体问题确立法律规则。二是以强监管为特点的德国式应对。德国在其宪法所宣示的保护人的尊严和防范生命工具化的强价值判断的支配下,出台《胚胎保护法》,以刑法来制裁一切违反此法律规定的行为,这是一种国家强干预的姿态。三是英国式应对。英国不如美国一般放任技术应用,而是通过设置人类辅助生殖技术行政监管部门和出台、修订国家法律,确立了以国家强力保障执行的规则。但相对德国的强监管,英国的监管相对缓和,其平衡现代医学发展的规律及其给社会带来的利益,通过精细化立法给技术应用留足空间,以实现现代医学发展的红利。综上,从确立我国的监管立场角度,英国式应对应被给予更多关注。

本文着眼于最近人类辅助生殖技术临床应用引发的法律纠纷,在我国相关法规规则相对粗疏的现状下,侧重于总结归纳当下司法实践中的处理经验,并结合国外法以及外国司法判决,阐明法律上解决问题的共通性规则,归纳如下。

第一,关于体外胚胎的处置权归属。本体论上,体外胚胎的法律地位是介于人与物之间的过渡存在,本体论的结论重要但解决不了法律保护路径的问题。为了确立法律保护路径,应区分冲突中的对抗双方。首先,在精卵提供者或其继承人与医疗机构的对抗中,应给予体外胚胎特殊利益保护,遗传信息的跨代际传承在体外胚胎与精卵提供者或其继承人之间建立起紧密联系的客观物质基础,而承认精卵提供者或其继承人对体外胚胎的处置权则有利于体外胚胎在未来的发展利益。其次,在精卵提供者的内部对抗中,从隐私权和婚姻家庭关系和谐角度,法律不宜强行将反对生育一方置于亲子关系中。

第二,人类辅助生殖技术将生育在时间上推后到“死后”,在空间上扩展到“服刑中”,而从伦理道德视角,生育权以及婚姻家庭权并非唯一值得保护或值得优先保护的利益。对于死后的精子使用,死者生前的明示同意应为基本伦理原则,但在死者生前已与配偶共同就人类辅助生殖治疗做出同意的情况下,对胚胎植入前的时点无法获得双方共同同意宜持更为宽容的态度;此外,相比同意表达的形式是否为书面,宜专注于死者真实意愿的探求。对于服刑人员的生育需求,基于比例原则,维护良好监狱秩序和增强公众对刑罚体系的信心在通常情况下可以对抗服刑人员的生育权和婚姻家庭权。

第三,第三方捐精、捐卵会导致第三方因素介入到夫妻间的婚姻关系中,对此,夫妻双方共同的知情同意是最基本的伦理要求;供精、供卵的源头管理是防止人为因素导致出生缺陷的有效手段;当供卵是稀缺资源时,买卖卵子及其伴生的违法犯罪会变得更加猖獗,执法中的严打严整严管严控应得到贯彻实施。“三亲婴儿”技术以治疗为目的,用夫精妻卵结合后的受精卵卵核来置换夫精和第三方供卵结合而成的受精卵卵核,这种操作宜有别于基因编辑胎儿。

第四,植入前遗传学诊断技术的应用具有优生和治疗的双重价值,这是我国法律法规尚未介入的领域,未来继续由医学判断主导也是适宜的。但现行法律对胎儿阶段非医学目的性别选择的禁令应拓展适用于以 PGD 进行的非医学目的性别选择,而容易引发伦理争议的救人婴儿问题可交由伦理委员会在个案中判定。

Abstract Assisted reproductive technologies have transformed fertility options, providing more autonomy and precision while also sparking ethical dilemmas. Regulatory approaches vary worldwide: the US leans towards permissiveness, Germany prioritizes strict regulation, and the UK adopts a balanced approach, harmonizing medical progress with ethical norms. This article aims to address real-world controversies and establish universal legal principles. Firstly, in disputes over embryo ownership, safeguarding their unique interests is crucial in conflicts involving donors and medical facilities. It's vital to avoid compelling unwilling parties into a parental role. Secondly, explicit prior consent is indispensable for posthumous sperm use. When dealing with the reproductive desires of incarcerated individuals, maintaining prison order can offset claims to reproductive rights based on proportionality. Thirdly, third-party sperm or egg donation introduces external genetic factors, mandating spousal consent and rigorous oversight of genetic sources, with a critical distinction between children with three genetic parents and designer babies. Lastly, in the realm of preimplantation genetic diagnosis, a delicate balance between eugenics and therapeutic benefits needs to be struck, along with restrictions on non-medical gender selection.

Keywords In Vitro Embryos, Posthumous Sperm Use, Children with Three Genetic Parents, Preimplantation Genetic Diagnosis

(责任编辑:樊传明)