

中国胚胎诉讼第一案评析及立法建议

刘士国*

内容提要: 中国胚胎诉讼第一案, 一审判决驳回当事人诉讼请求, 二审判决当事人享有对子女冷冻胚胎的监管权, 均合法合情。但一审否决当事人监管权, 二审认为当事人享有处置权, 均未脱离人、物两分, 将胚胎定义为特殊之物或人与物的过渡存在, 均不甚妥当。胚胎是生命的种子, 与人有关, 与物无关。原卫生部关于禁止代孕的行政管理规定, 对自然人的私权也同样适用。我国应绝对禁止代孕, 不允许近亲属之间代孕、期待我国允许代孕等成为当事人长期要求保管胚胎的理由。建议我国制定人工生殖法, 对夫妻一方或精、卵捐献者一方死亡即应毁弃胚胎等作出具体规定。

关键词: 胚胎诉讼; 监管权; 处置权; 禁止代孕

一、中国胚胎诉讼第一案提出的研究课题

沈某(男)与刘某(女)2010年结婚, 因原发性不孕症人工授精失败, 2012年8月在南京市鼓楼医院实行体外授精——胚胎移植助孕手术, 冷冻四枚受精胚胎, 并于2012年3月5日签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》、同年9月3日签订《配子、胚胎去向知情同意书》、《胚胎和囊胚胎冷冻、解冻及移植知情同意书》, 规定冷冻保存期为1年, 首次缴费期间为3个月, 如需继续冷冻, 需补交费用, 逾期不予保存, 超过保存期, 沈、刘二人选择同意将胚胎丢弃。2013年3月20日, 沈某驾车撞到路边树木, 致刘某当场死亡, 沈某于同月25日死亡。沈某父母与刘某父母均主张继承4枚胚胎, 沈某父母诉至法院。因均住江苏宜兴市, 宜兴市法院于2013年11月25日立案, 追加鼓楼区医院为第三人。2014年1月15日法院依简易程序审理, 2014年5月15日组成合议庭审理。2014年5月21日判决, 认为胚胎为特殊之物, 不能成为继承标的, 也不能买卖, 故夫妻以生育为目的对留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。综上, 法院依《民法通则》第5条和《继承法》第3条, 判决驳回原告诉讼请求。⁽¹⁾

原告不服一审判决, 提起上诉。二审无锡市中级人民法院查明事实与一审一致, 但认为本案焦点是涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定, 判决上诉人与被上诉人共同行使胚胎的监管权和处置权。其理由是, 沈某、刘某夫妻死亡后, 鼓楼医院不能单方面处置涉案胚胎。胚胎在伦理上含有两个家族的遗传信息, 与死者双方父母有密切关联性, 从感情上, 胚胎承载着老人的哀思寄托与精神慰藉等人格利益, 由双方父母监管和处置合乎人伦, 并可减轻丧子丧女之痛。

* 复旦大学法学院教授, 博士生导师, 法学博士。本文是作者2015年6月25日在新西兰奥塔哥大学惠灵顿校区召开的“澳大拉西亚生命伦理与健康法律问题国际研讨会”报告的修改稿。

(1) 宜兴市人民法院(2013)宜民初字第2729号。

胚胎是介于人与物之间的过渡存在，比非生命体更具道德地位，应受特殊尊重与保护，沈某、刘某死后，其双方父母是唯一关心胚胎命运的主体和密切倾向性利益享有者。综上，判决死者双方父母享有监管权和处置权于情于理是恰当的，但在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。对鼓楼医院提出的依卫生部相关规定，胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕，原告、被告均无权继承，请求法院驳回原告请求的主张，法院认为法律并未否认权利人对胚胎享有的相关权利。由此，终审法院将本案案由变更为监管权和处置权纠纷。⁽²⁾

此案引起舆论关注，学界也对一审判决发表了不同的意见。作者认为，胚胎为生命的种子，不是物，也不是人，我国卫生部规定禁止实施代孕，建议到期毁弃争议胚胎。⁽³⁾ 终审判决首先对夫妻遗留的胚胎，夫妻死亡后其父母享有监管权和处置权。这在各国比较法上，是一个全新的课题。

二、胚胎诉讼相关问题评析

(一) 国家卫生计生委（以下简称卫计委）禁止代孕的规定对私权的影响

终审判决认为，卫计委的相关规定，只有不能买卖、赠送和禁止代孕规定，并未否认权利人对胚胎享有的相关权利。这正是我国法律的不完善之处。因至今未制定人工生殖的专门法律，对夫妻死亡后胚胎如何处理欠缺规定，才引发此案的争议。但卫计委关于胚胎不能买卖、赠与、禁止代孕的规定，虽是医疗卫生行政管理规定，但具有普遍约束力。因禁止医疗机构买卖、赠送、代孕，也就禁止医疗机构和任何个人买卖、赠送和代孕。因代孕只有医疗机构有条件实施，自然人个人无实施技术条件。合法医疗机构不得实施，非法医疗机构更不能实施。法律的规定举轻以明重，具有普遍的约束力。因此，鼓楼医院认为，因禁止代孕，继承是没有意义的。初审法院认为，胚胎不属继承法规定的遗产，不能继承也是完全正确的。但由于法律对夫妻死亡，死者父母对其胚胎是否享有监管处置权欠缺规定，终审判决认为法律并未否认权利人对胚胎享有的相关权利也是符合实际的。那么，终审判决由原被告共同行使对胚胎的监管处置权，同时明确不违反法律和社会公共道德，意味着不能代孕、赠与、买卖，也意味着不能继承。现在，原被告同意继续冷冻，鼓楼医院也同意继续冷冻保存。至于最终如何处理，依现行法律只能是毁弃，寄希望于法律改变、允许代孕依据现行法的精神在可预见时期内是不可能的，只能是过一定时间后原被告同意予以毁弃，长期保存在感情上原被告也会发生变化，所谓感情寄托只是暂时的，随着原被告年龄的增大及代孕的无望，毁弃是当然的结果。建议我国法律尽快作出夫妻一方死亡，遗留胚胎毁弃的规定，以使本案结果早日了结，使原被告心情尽快平复。

终审判决认为，卫生行政规章的规定不能对抗当事人的私权，这一认识并不正确。规章为法律的一种，同样具有普遍约束力，其不能赠与、买卖，禁止代孕不仅是对医疗机构、医务人员的要求，也是一切民事主体应遵循的规范。既然法律禁止代孕，索要胚胎就无意义。北京妇女大会宣言，郑重宣布生育为女性及男性的自己决定权，留下胚胎夫妻已死亡，其自己决定权因死亡而终止，法律并没有规定其父母有代为决定权，医疗机构有权予以销毁。至于当事人受法律规定限制的监管处置权，也不是什么充分的权利，只是监管医疗机构冷冻并最终在其同意下毁弃的权利，仅仅是何时同意毁弃胚胎的权利，并无其他意义。

(二) 我国违法实施代孕现状暴露的法律欠缺

代孕，是将受孕卵子植入代孕妈妈子宫，由代孕者替他人完成怀孕生育的过程。

(2) 无锡市中级人民法院（2014）锡民终字第01235号。

(3) 刘士国《人工生殖与自然法则》，《人民司法》2014年第13期，第31页。

由于我国禁止实施代孕，代孕处于不公开状态，由此引起的纠纷也不到法院诉讼而自行了结，很难确切统计代孕状况。不过从代孕非法网站分析，代孕在我国大城市比较普遍，从记者暗访了解的情况也可见一斑。有记者暗访广州代孕网站，得知代孕活动组织严密，规范详尽，业务不断。代孕中介组织通过网络征集“志愿者”和“客户”，将代孕者资料交客户选择，然后见面相中后签订代孕协议，协议涉及怀孕、流产、剖腹产、保姆、住宿、残疾、死亡的费用或责任。然后，对代孕者体检，实施代孕，两周后确定是否怀孕。怀孕者一般在中介机构指定地点集中分别居住，限制其与外界联系，有专人负责其饮食，生产后交付婴儿。如孕妇死亡，客户赔偿10万，代孕成功一般费用28万，高者50余万。除去非法实施代孕网站一般获3或4万元中介费用，孕妇可得20万元不等。自称“中国代孕之父”的网站老板吕进峰，自2004年开始以网上“志愿”形式从事代孕“业务”，苏州创办、迁居武汉、辗转北京，现“定居”广州。截止2008年8月18日，“本站已成功签约1586例，成功怀孕生育1377例。”⁽⁴⁾

代孕客户一般为高收入阶层，代孕者多来自农村。客户原因多为婚后多年不孕，也有因工作忙无暇亲生者，还有想要第二个孩子“儿女双全”夫妇。代孕妈妈就是为赚钱，有的是家穷，有的为还债，有的是离异后抚养子女困难。从原因分析解决代孕要依靠医疗科技发展治疗更多不孕症患者，改变农村落后经济状况和提高社会救助水平。环境污染，也是不孕症原因之一，生态改善也可减少不孕症，但这不可能完全解决问题。考虑代孕违背伦理及社会公德，决不能允许妇女用出租子宫赚钱，为保护人的尊严和根本利益，法律必须严格禁止代孕。

我国规范代孕的法规，仅为卫计委2011年制定的《人类辅助生殖技术管理办法》禁止医疗机构和医务人员实施代孕的规定，而对实施代孕的医疗机构和医务人员的法律责任仅仅规定为：“给予警告、3万元以下罚款，并给予有关责任人员行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”法律规范位阶低、法律责任轻，仅仅涉及医疗机构内部而未涉及代孕网站等非法组织者，打击不够有力，都是代孕存在的原因。

关于代孕，理论上认识不一，也是代孕不能有效禁止的一个原因。纵观国内外理论，观点各异，但基本观点无非是肯定说与否定说两种。肯定说认为：其一，公民有追求幸福的权利和生育权，代孕是生育的辅助方法；其二，代孕是正当的治疗不孕症的行为，无害于他人与社会；其三，代孕是合同自由的行为，应予尊重。否定说认为：其一，代孕违反自然规律，有悖人伦道德；其二，有偿代孕是将妇女子宫当作赚钱机器，损害妇女人格尊严；其三，代孕易产生纠纷、有风险，不利子女利益。从世界各国立法观察，禁止代孕是主流。如德国、法国、日本均禁止代孕，美国各州对策不同，只有26州允许。越南和我国情况相同，法律也禁止代孕，但社会上存在有偿代孕。受宗教影响，其他国家也多禁止代孕。⁽⁵⁾

但即使是在禁止的国家，也会遇到如何对待所生子女的问题。人生而有民事权利能力，代孕所生子女非本人之过，不应受到歧视，与他人享有平等的权利。但究竟谁是父母，以及对非法代孕当事人追究法律责任，应是立法或法院判决面对的问题。对谁是父母，日本法院采取的对策是：其一，使用夫妻受精卵由第三者代理生产的，母子关系基于“分娩”而产生，“代理母”为法律上的母亲并记载于出生证上，委托者不是出生证上的母亲；其二，夫之精子与代理母卵子结合出产的，母亲既是血缘也是法律上的出产者，委托者成为母亲要利用“特别养子”制度；其三，夫以外的男性精子与妻之卵子结合代理出产的，父为精子提供者，母为“代理母”；其四，

(4)朱华《暗访广州代孕网站》，中华社区网 <http://club.china.com/data/ta/threa>。2009年9月12日访问《解密“中国代孕之父”吕进峰》，健康网 <http://www.czoool.com.cn>，2009年4月17日访问。

(5)[日]齐藤善久《越南生殖辅助医疗与法·伦理》，[日]日比野由利编著《亚洲的生殖辅助医疗与法·伦理》，信山社2014年版，第37页以下。

夫之精子与妻以外女性卵子结合,由代理母生产的,母为代理母。⁽⁶⁾日本法院的对策,我国立法与司法可借鉴。我国代孕所生子女在户籍上顺利确认为委托者生父母,暴露我国对代孕监管不利。我国立法应借鉴日本经验,规定代理母为生母,精子提供者父亲,委托者可通过收养法确认拟制的父母身份,同时对委托者、代理母予以罚款,工薪收入者追究行政责任。如此,必有效遏制代孕现象的发生。

(三) 我国是否应有限度允许代孕

在宜兴胚胎案终审判决后,此案引起的争议并未终止。有一种意见认为我国应在兄弟姐妹间允许代孕,也有一种意见出于对失独夫妻的同情主张夫妻不能生育时应允许其代孕再要个孩子。在人大代表中也有禁止代孕和适当允许代孕的不同意见。如2013年3月全国人大会议期间,全国人大代表、湖南省耒阳市龙塘村村委会主任伍冬兰指出,代孕虽可圆部分不育夫妇的子女梦,却打破了传统的生育观念和生育秩序,代孕妈妈的身体成生育“工具”,出生的婴儿成为“商品”,这违背社会风俗、传统文化和基本道德,建议刑法增设“非法代孕罪”遏制“借腹生子”。在2015年12月24日,全国人大常委会讨论卫计委提交的《人口与计划生育法(草案)》时,原来草案有“禁止以任何形式实施代孕”规定,但因个别人提出不应全面禁止而应适当允许规范代孕的意见而删除。有委员甚至认为代孕是行使生育权,为人代孕使用自己的子宫如同捐献其他人体器官一样应受人尊重。甚至认为国外有的国家允许代孕,如果我国禁止,有钱人就会到国外代孕,无钱人不能出国代孕,这是不公平的。之后卫计委有关人员又出面解释,仍然禁止代孕并在更高的法律中作进一步规定。看来国内对是否有限允许代孕争议较大。我个人认为,应绝对禁止代孕,有限允许代孕弊远大于利。其理由是:

第一,中国已实行计划生育国策30余年,现在虽全面允许生育两个子女,但以往“单独”情况在工薪阶层普遍存在。过去在农村,第一个是女孩才允许生二胎,少数民族允许两胎或多胎。从实际情况看,现在兄弟姐妹多人的家庭甚少,加之这种家庭出现代孕的几率更小,基本不存在兄弟姐妹间代孕的社会条件。如宜兴案,死亡夫妻的父母均是生育独生子女,兄弟姐妹间允许代孕解决不了独生子女的代孕的需求。少数民族地区,因宗教信仰而禁止代孕是基本情况。

第二,兄弟姐妹之间代孕,同样存在代孕所致的风险,且更易产生谁是生身父母的伦理问题,原因是亲属间不宜割断代孕者与代孕子女间的亲情,更易引起混乱。失独夫妻不能生育可找人代孕的话,代孕者不图高额利益回报而自愿者几乎不会存在,允许有偿代孕的道德伦理损害远大于失独夫妻要孩子的利益考量。夫妻一方无生育能力而代孕生子,其地位同于继父母,若双方不能生育,则与收养类同。因此,改革收养限制,规定夫妻一方无生育能力就可收养,是实现其有孩愿望的更好方案。

第三,随着近年人工生殖技术的进步,许多不孕者均可通过人工生殖生育子女,这在客观上降低了兄弟姐妹间代孕的需求。提高科技,使更多不孕症患者得到治疗,是解决生育的根本办法。随着科技的发展,代孕的需求总体会越来越小。因此,几十年前国外或境外地区的规定与现今科技发展水平不可同视。现在不孕症患者多,与环境污染、工作压力过大有关,改善人们的生存环境,全面建设小康社会,消除代孕产生的社会原因,才是国策根本。

第四,现在国内的代孕,是代孕者以获取经济利益为目的的非法行为,兄弟姐妹间的代孕未见报道,就是有也是罕见的个例,同时也是违背社会伦理的违法行为。某些代孕中介机构以营利为目的的代孕,具有严重的社会危害性,是严重的违法犯罪行为,应予严厉打击。

第五,代孕有悖公序良俗,违反伦理道德。中国社会主义制度,更加尊重对妇女人格的保护。代孕就是出租子宫,损害妇女人格尊严,即使在兄弟姐妹间,也应绝对禁止。为人代孕绝不

(6)[日] 久久湊晴夫 《简明医事法学》(第二版),成文堂2005年版,第160页。

同于其他人体器官捐献。依据世界公认的生命伦理，各国关于人体器官的捐献都不包括生殖器官的捐献。有偿代孕不但不受尊重，还应受到道德谴责和法律制裁，无偿代孕也不值得提倡和尊重。孕育分娩是母子亲情的基础，代孕亵渎了这一人类伦理，使孕育分娩者失去母亲身份，未生育之妇女冒充母亲，欺骗了孩子，以如此之代价获取金钱或满足自己有孩子的愿望，不足尊重和提倡。

第六，代孕不是生育权问题。生育权是男女基于自身条件和婚姻依法享有的权利，其中基于自身条件反映了生育权的自然权利属性，在不触及伦理底线前提下，当代人类生殖技术已经为育龄夫妻提供了比较充分的保障，即只要是自己生，怎么都可以。生育权是妇女自己生育的权利，而非他人代理生育的权利。找人代孕超出了生育权的边界，是违法行为，绝非合法行为。

第七，如何看待我国禁止代孕就会出现有钱人出国代孕，无钱人不能出国代孕的不公平现象？我认为首先出国代孕也是违法行为，我国要完善立法追究违法责任，以实现社会公平正义；其次，出国代孕并非易事，短期出国不能完成代孕，长期出国受出国目的等限制。国外也有人种限制，谁会愿意代孕要个不同人种的孩子呢？当然可以找华人或亚洲人代孕，但真正会在国外代孕的人极少。日本是发达国家，有钱人多，出国自由，严禁代孕，发生在国外代孕申请日本国籍的仅是个案，日本以分娩认定母亲，不承认其委托代孕妇女的法律上母亲地位，也不承认出生者的日本国籍。因此，只要完善法治，出国代孕不足虑。

（四）期待我国允许代孕不能成为长期保管胚胎的理由

支持胚胎可以继承的观点，认为我国现在不允许代孕，将来可能允许代孕，死亡夫妻父母保留胚胎，等到允许代孕之时就可以实施代孕。这一观点不具现时的合法性，将来也不应有实现的可能。依据现行法，不允许代孕，保留胚胎是没有实际意义的，所谓胚胎承载死亡父母的情感，也是受将来可望代孕的观点的影响有关。如果没有将来代孕的目的，对胚胎的情感也不会太重。法律解释与适用，以现行法为依据，除非有充分理由证明现行法是过时的或违背自然规律的恶法，可以不适用。否认禁止代孕的规定，至少理由是不充分。

从比较法观察，就是允许代孕的国家和地区，法律均规定提供胚胎结合精卵一方死亡，胚胎即毁弃。胚胎不是胎儿，胚胎的植入必须以精卵提供双方生存为条件，以切合自然规律，使出生者知其父母，享受与其他出生者同样的天伦之乐。长期保留胚胎，然后代孕，有出现精卵提供同出者隔代婚姻的乱伦风险。至于宜兴案，随着死亡夫妻父母年龄的增加，很快步入老年，对后代的抚养能力和长期抚养的时间逐年降低或减少，更不应允许用子女遗留胚胎代孕。可以预料，我国不仅不会允许代孕，还会加大对代孕的打击力度，制定更严格的法律。

三、胚胎诉讼第一案终审判决对立法的启示及代孕子女的利益保护

（一）胚胎诉讼第一案终审判决对立法的启示

无锡市中级人民法院判决，上诉人与被上诉人共同行使胚胎的监管权和处置权，并要求其权利的行使应遵守法律，不得违背公序良俗和损害他人利益，实际就是要求不得代孕。不仅如此，鼓楼医院也应享有监管权，实际是当事人与医院共同享有监管权。从国外及境外地区人工生殖法观察，在比较法上，胚胎因精卵提供者一方死亡，医院即可毁弃。比较法上未见死者近亲属监管权的规定，但依法理应享有知情权。无锡法院的终审判决，对进一步完善人工生殖法有积极意义，启示我们在将来制定的人工生殖法中，对死者近亲属监管医疗机构依法处置，即毁弃作出明确规定。因我国尚无一方死亡即毁弃胚胎规定，致使法院认定当事人享有处置权，也就是决定保存与毁弃的权利。在法律作出一方死亡即毁弃胚胎规定条件下，处置由医院行使，即毁弃，当事人不必享有处置权，只是监督医院及时毁弃胚胎的权利。就此而论，无锡中院判决当事人享有处

置权,似欠缺法理依据。处置即处分,包括决定胚胎流转和毁弃的权利。从比较法和法理分析,胚胎的管理和毁弃,均需依赖有资质医院的技术条件,非其他人所能为,本案当事人也没有管理和毁弃的资格。正如终审判决认为,胚胎“比非生命体更具道德地位,应受特殊尊重与保护”,对胚胎的毁弃也需有资质的医院进行,本案诉讼当事人不得实施毁弃。胚胎也不允许转让、继承,即不允许这种处置。终审判决也要求当事人行使监管、处置权必须遵守法律和不违背公序良俗,不损害他人利益,这些限制实际上否认了处置权的存在,具体说就是监督医院冷冻,毁弃胚胎需经当事人同意,是当事人必须支付医院保存费用的问题,还是同意毁弃权问题。

本案终审判决的伦理与人情,是赋予当事人监督医院毁弃胚胎权利的法理依据。当事人之所以享有监督权,是因胚胎含有当事人的DNA遗传基因,胚胎作为生命的种子,应受到比物更高的道德尊重。但终审法院认为胚胎是介于人与物之间的过渡存在,仍没有摆脱人、物两分的思维模式,胚胎不是人与物的过渡形态,而是精卵结合的生命体,是人的种子,可以孕育成人,与物没有关系。在民法上,德国1990年修改民法典,已经将动物作为人、物之外的特别保护对象加以规定。修改后的第90a条规定“动物不是物。动物根据特别法予以保护。只要没有别的其他规定,有关物的规定适用于动物。”⁽⁷⁾有学者认为,买卖动物仍适用物的规定。⁽⁷⁾对动物都不适用人、物之分,对胚胎更不能适用。终审判决为颇具人性化的判决,体现了司法对当事人的情感关怀,对当事人在心情平复之后作出合法处置胚胎决定预留充分的时间。但当事人长期不同意毁弃怎么办?特别是要防止违法代孕的发生。假如发生了违法代孕,包括违法带入境外国代孕,将是对本案判决意义的否定。因此,建议立法部门尽快制定人工生殖法,希望医疗管理部门,包括鼓楼医院要特别加强对四枚胚胎的管理,及时与当事人沟通,在当事人同意的条件下及时予以毁弃。

(二) 代孕子女利益保护——最新代孕子女身份关系案例

在本文即将定稿之时,阅报获悉上海闵行法院判决一起“非血亲非孕母,女子丧失监护权”案例。此案,李鹃与林西(均为化名)均系再婚,因李鹃患不孕症,夫妻商定并非法购买卵子,委托医疗机构非法将林西精子和卵子体外授精形成受精卵,又非法找人实施代孕成功,2011年2月生育异卵双胞胎小花和小军(均为化名),花去费用总计约80万元。之后,李鹃非法办理出生证明,登记林西、李鹃为生父母,并办理了户籍申报。2014年2月7日,林西患重症胰腺炎入院,两天后抢救无效死亡。同年12月29日,林西父母诉至法院,请求确认他们为两名小孩监护人,理由是林西是两个孩子的生父,李鹃与孩子无血缘关系,也未形成拟制血亲关系。李鹃辩称孩子由她抚养,已形成拟制血亲。法院委托鉴定,结论为依据现有资料和DNA分析,不排除林西父母与两个小孩的祖孙血缘关系,可以排除李鹃为两个孩子的生物学母亲。法院判决认为,根据2001年8月实施的《人类辅助生殖技术管理办法》规定,代孕为非法行为,李鹃非卵子提供者,不是生物学上的母亲,也不是分娩的孕母,不能将两个孩子视为其婚生子女;我国婚姻法规定的拟制血亲,限于事实上形成抚养关系的继父母与继子女、继兄弟姐妹,而依据收养法形成养父母与养子女关系,须符合法定条件并办理收养手续。本案,李鹃与两个孩子不是合法的收养关系,不能依据非法代孕认定存在拟制血亲关系。综上,法院又鉴于两名小孩生母不明,判决林西父母为两个孩子的监护人。⁽⁸⁾一审判决后,李鹃不服上诉于上海市第一中级人民法院。日前,二审开庭审理,双方仍各持己见,法庭休庭尚未作出判决。

此案一审,为国内首例否认非血亲非孕母为法律上母亲的判决,也表明司法机关认定代孕为非法的坚定态度。本案代孕及出生登记、户籍申报顺利实施,也表明非法代孕的严重性。同时,本判决也表明,法院对代孕出生者给予平等保护,代孕出生者与代孕相关者的身份关系也有待法

(7)[日]植木哲《医疗法学》,冷罗生、陶芸、江涛等译,法律出版社2006年版,第309页。

(8)陈琼珂《非血亲非孕母,女子丧失监护权》,《解放日报》2015年8月6日,第12版。

律进一步规范。

至于本案终审如何判决，本人建议认定代孕母为法律上母亲，死者林西为法律上的父亲。鉴于代孕母难以找到，两儿童已由李鹃抚养4年，可推定李鹃为继母。其理由：

第一，基于自然法则考量。用身体育子并分娩是获得母亲资格的事实依据，因此代孕母是事实上的母亲。林西是精子提供者，其事实上的目的是获得出生者作为自己的子女，其父亲的地位确定无疑。李鹃与林西为夫妻，实际抚养了丈夫与孕妇所生两子女，事实上应为继母。

第二，基于两子女利益的考量。子女利益是调整人工生殖技术实施的首要原则，也是调整家庭关系的重要原则。代孕虽不合法，但非代孕子女之过。出生不可选择，但依《民法通则》规定，自然人的权利能力平等，始于出生，终于死亡，终身享有。依此法律规定，两子女从出生时起就享有受抚养权利的优先保护。由李鹃抚养，因其年轻，抚养能力远优于年事已高的祖父母。从人格利益讲，两子女与李鹃生活，由继母照料，也算是“有妈的孩子是个宝，幸福享不了”，若判祖父母为监护人，两子女就是“无妈的孩子象根草，痛苦受不了”。司法判决必须将子女利益放在首位。

第三，二审庭审时，两孩子祖母大嚷“代孕违法，判给儿媳监护也是违法！”然而，判给祖父母监护不也同样基于代孕这一违法事实吗！现在就是在代孕这一违法事实基础上为出生者选择监护人。一审判决林西父母为监护人，忽视了代孕母的存在。在代孕母未确认之前，林西父母为隔代血亲，无监护权。

第四，法院也可同时判决，推定两儿童生父母同意由李鹃监护，李鹃为委托监护人。如此建议，并非承认李鹃参与决定代孕合法，法院可对李鹃另案行政判决罚款或建议行政机关实施罚款，以示惩戒。

第五，从比较法观察，本案似应区分认定有血缘关系的母子关系与监护关系的不同。2007年，日本东京品川区政府不受理在美代孕夫妇办理代孕子出生证明案。该夫妇即前述在美国居住期间用各自精卵结合形成胚胎植入另一亚系美国妇女生子的事例，并在居住的所在州经法院判定取得出生证明书，日本领事馆拒绝出具其亲生子证明。夫妻请求品川区政府开出认定亲生子女关系之出生证明被拒绝向东京家庭法院提起诉讼，请求责令品川区政府开具出生证明。初审法院以日本民法解释只有分娩者是母亲，日本不承认代孕，不认定其所诉的亲生子女关系。当事人遂上诉。二审东京高院认为，本案夫妇在美国代孕生子，并非在日本违反本国善良风俗，判决撤销一审判决，裁定责令品川区政府受理其出生证明。品川区政府提出上诉，三审最高法院认为，外国法院裁决与日本的法律秩序的基本原则或基本理念不同，依日本民法解释，出生是母体怀孕、分娩，不经怀孕、分娩不得认定为亲生母子关系，判决撤销二审裁定，不认定其亲生子女关系。最高法院三名法官补充表示，希望早日立法，规定此类情况为养子女关系。大阪法院2007年判决的另案与我们讨论的案例更为相似，是夫之精子与美亚系女卵子形成胚胎植入另一亚系女子代孕出生，法院认定夫之妻与所生子不具血缘关系。⁽⁹⁾ 前案，不承认夫妻有亲生父母地位，后案，不承认妻与子的血缘关系。依前案，违法代孕无论是否有事实上血缘关系，都不是亲生父母，依后例，仅确认妻无血缘关系，即无亲生母之地位。依前案比较，林西也非亲生父亲，自无林西父母做监护人基础。依前后两案比较，李鹃虽非亲生母亲，但有望获得继母或养母之地位，无收养事实但有四年抚养基础，可认定其继母之资格。

(9)[日]中村《生殖扶助医疗与法》，[日]甲斐克则编《生殖医疗与医事法》，信山社2014年版，第73页。

四、结论与建议

中国第一例胚胎诉讼案，一审判决驳回继承请求完全正确，但未能肯定保护当事人的监管权似有不当。二审判决当事人对胚胎享有监管权、处置权，其监管权判决完全正确，但处置权判决似有不当。一审认为胚胎是特殊之物，二审认为胚胎是介于人与物之间的过渡阶段，均未脱离人、物二分的思维定势。胚胎是生命的种子，与人相关，与物无关。

比较法上，美国将胚胎定义为生命的萌芽，⁽¹⁰⁾ 萌芽处于生长期，种子处于休眠期。冷冻胚胎为停止发育生产期，故种子比萌芽更准确。

人工生殖辅助医疗的本意，是辅助夫妻生育子女。代孕超出辅助生殖的范围。⁽¹¹⁾ 但代孕的客观存在使立法面对保护出生子女利益、确认母子关系、追究违法责任以维护正常人工生殖辅助技术实施秩序。为此，人工生殖法必须对此加以规范。

建议卫计委起草人工生殖法，由国务院常务会议通过实施。该法应明确规定人工生殖机构的条件，受术夫妻实施人工生殖的条件、医院实施人工生殖的告知义务、禁止代孕及违法实施代孕的法律责任，胚胎的性质、保存及毁弃条件，有关当事人的知情权、监督权、决定权，精、卵捐献、使用及其限制，人工生殖子女的法律地位及违法代孕所生子女的身份关系等基本内容。

建议在编纂民法典时作出相关规定或修改现行法律的某些规定。民法典应在人格权中规定，“妇女的人格尊严受法律保护”；“人格权的行使应遵循生命伦理，不得违背善良风俗和社会公共道德”；“禁止代孕”。在婚姻家庭法中，规定“一切以代替他人生育子女为目的的中介合同、代孕合同无效”。应修改《收养法》中关于收养人收养子女必须年满30岁的规定，例外规定已婚先天性无子宫或子宫摘除者或已确诊不能生育者收养子女，不受年龄限制。这一修改，可鼓励先天无子宫或子宫因意外事故或疾病摘除不能生育者或其他确诊不能生育者收养子女，维系婚姻家庭关系，而不考虑选择代孕。现在，我国代孕家庭多是对子女隐瞒代孕事实维系其子女关系。从国际公认的医事伦理看，允许代孕国家，法律保护子女“知其所出的权利”，也就是有权知道与自己有血缘关系的父亲（或母亲）是谁的权利。如此，代孕就类同收养。因此，鼓励收养，改革收养制度是解决不孕者实现养育孩子的最佳政策选择。

责任编辑：李国强

(10) [日] 加藤良夫编 《实务医事法讲义》，民事法研究会2007年版，第279页。

(11) [日] 山田卓生 《医事法·生命伦理》，信山社2010年版，第246页。