

2010年第4辑 (总第54辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

本辑要目

【法学专论】

杨立新 王丽莎 / 体外早期胚胎的法律地位与保护规则
何 志 / 为法律专家意见书“把脉”

【调查与研究】

黄海涛 / 试探社会保险纠纷的司法对策

【公报案例评析】

滕 威 / 农村土地家庭承包经营权继承问题探讨
——以一起继承权纠纷案为基础的分析

【判例评析】

何 波 / 公司法定代表人越权对外签署的担保合同的效力问题
——公司法第16条适用引发问题之探讨

人民法院出版社

2010 年第4辑(总第54辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2010 年. 第 4 辑: 总第 54 辑/王利明主编. —北京: 人民法院出版社, 2011. 3
ISBN 978 - 7 - 5109 - 0204 - 8

I. ①判… II. ①王… III. ①判例 - 研究 - 中国 - 丛刊②法律解释 - 研究 - 中国 - 丛刊 IV. ①D920.5 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 042016 号

判解研究

2010 年第 4 辑(总第 54 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745

电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550516(出版部)
67550558(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 242 千字

印 张 15.25

版 次 2011 年 3 月第 1 版 2011 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0204 - 8

定 价 38.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖楊

二〇〇二年

七月一日

判解研究

2010 年第 4 辑

总第 54 辑

主办：中国人民大学民商事

法律科学研究中心

出版：人民法院出版社

顾问：万鄂湘 奚晓明

编委会主任：王利明

编委会副主任：杨立新

编委会成员：

(按姓氏笔画排序)

孔祥俊 王 轶 龙翼飞

刘春田 刘贵祥 刘德权

江 伟 杜万华 宋晓明

吴汉东 罗东川 郑学林

俞灵雨 姚 辉 郭明瑞

董安生

主 编：王利明

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 麻锦亮

周云涛 段 睿

梁展欣 吴秋余

地址：北京市东城区东交民巷

27 号人民法院出版社

邮编：100745

Email: caselaw@sohu.com

电话：010-67550626

目录 CONTENTS

法学专论

体外早期胚胎的法律地位与保护规则

..... 杨立新 王丽莎 1

论“3Q 案件”中“市场支配地位”的认定

..... 姚海放 20

为法律专家意见书“把脉”

..... 何 志 38

调查与研究

消费者权益纠纷小额仲裁制度之构建

“消费者权益纠纷小额仲裁制度研究”课题组 50

小额消费纠纷多元解决机制的调研报告

“消费者权益纠纷小额仲裁制度研究”课题组 67

试探社会保险纠纷的司法对策

..... 黄海涛 85

法官论坛

民俗习惯司法适用的原则、重点和方法

..... 王庆丰 99

走出认定事实的理念误区

——以民事证据规则的适用为视角

..... 王 松 113

公报案例评析

农村土地家庭承包经营权继承问题探讨

——以一起继承权纠纷案为基础的分析

..... 滕 威 131

判例评析

“变号软件案”法律问题探讨

..... 李 涛 邱 鹏 142

公司法定代表人越权对外签署的担保合同的效力问题 ——公司法第 16 条适用引发问题之探讨	何 波 160
民行交叉案件的程序选择	孙振庆 181
政府行为是否构成不可抗力的解释论	颜 苏 194
海外判例选介	
英国第三人侵害合同责任中的违法性考量 ——以 DC Thomas & Co. Ltd v Deakin 案为切入点	张金海 206
综述	
比较法视野下的人格权法律保护与立法完善 ——“国际民法论坛”2010’研讨会综述	岳业鹏 222
编辑后语	239

体外早期胚胎的法律地位与保护规则

杨立新* 王丽莎**

生命科学的发展正在深刻地促进着人类的文明和进步,改变着社会的进程和面貌,同时使人对未来充满了疑虑。从第一个试管婴儿路易斯·布朗出生以来,人工辅助生殖技术有了突飞猛进的发展,但是人工体外受精后未植入母体前的早期胚胎的法律地位问题依然没有解决。^① 克隆技术和胚胎干细胞研究的兴起,更为体外早期胚胎的使用与保护增添了复杂的伦理和法律困惑。受精卵(也称为早期胚胎)在生物学而言,具有发展成为独立人类所需全部基因物质的生命,能继续生长成婴儿,而其法律上的定性,在理论、实务上引起许多争议,随之而来的相关问题也给各界带来诸多困惑。体外受精——胚胎移植很难一次成功,因此,往往会把部分

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、法学院教授、博士生导师。

** 中国人民大学法学院民商法学专业博士研究生、新乡医学院讲师。

① 根据我国医学教材中的定义,受精或克隆后的阶段为前胚胎期,因此,通常称之为早期胚胎。德国《胚胎保护法》中对胚胎的定义则为:本法所称胚胎,首先第一须已受精,具有育成能力,为核融合时点以后的人类卵细胞,而且更须满足为了细胞分裂之必要的前提条件,有育成个体的可能性,从该胚胎可采取万能细胞者,始该当之。但是,我们是按照我国医学常识对受精后植入前的阶段称之为“早期胚胎”。

已发育的早期胚胎冷冻起来备用,而冷冻胚胎能否无限的冷冻保存、成功受孕后剩余的胚胎如何处置等一系列问题,都迫使医学、伦理学和法学学者们开始思考体外早期胚胎的民法属性及其相关保护规则,以求尽速确定体外早期胚胎的法律地位,使其得以受到应有的尊重与保护。

一、体外早期胚胎属性的民法学说

体外早期胚胎是生物个体生命初始的细胞形态,经由不断分化、成熟,而发育成为继续接棒传递遗传物质的新生物个体,以使物种不断传延下去。可是,人的生命究竟从何时开始,对于很多自然科学家来说,是一个无法回答的问题,因为没有有一个特殊时刻可以说是生命的真正开始,生命是一个持续不断的发展过程。^①因此,尽管德国联邦宪法法院曾宣示“人类的生命存在何处,人性尊严就在何处”。^②但是,体外早期胚胎是否具有人类的生命并因此拥有人性尊严,依然是一个难题。

实际上,体外早期胚胎的法律属性及其保护规则,不是一个科学问题,不是说一旦在科学上确立人类的生命始于精子与卵子的细胞核结合之时,便可以同时确立受精卵的基本权利主体地位。以新康德主义为代表的方法二元论的基本立场是,不可能由事实推论出规范,由存在推论出当为。^③因而,胚胎的地位问题,并非单纯的自然科学问题,而是一个道德与法律问题。如果我们接受方法二元论,则正确的提问应该是“早期胚胎(受精卵)发展到什么阶段才具有道德或法律的意义”,^④这样的问题固然不能背离自然科学的认知,但并无法单纯由自然科学来决定,然后从天赋人权推论到“天赋胚胎权”。

① 杜内尔(Graham Turner):《胚胎实验与生殖科学》,载张弛编译:《试管婴儿的伦理问题》,光启出版社1987年版,第13页。

② 蔡维音:《德国基本法第一条“人性尊严”规定之探讨》,载《宪政时代》第88卷第1期,第43页。

③ A. Kaufmann / W. Hassermer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., Heidelberg 1994, S. 233. 转引自陈英铃:《人类胚胎干细胞研究的法律问题——胚胎的基本权利地位》,载《律师杂志》2003年第285期,第19页。

④ See Mary Warnock, Making babies, 34 (Oxford 2002).

体外受精卵的法律地位,在理论上存在多种认识,借鉴我国台湾学者王富仙教授对此作的总结^①,典型的观点有:

一是人格说。日本学者北川善太郎认为,将冷冻受精卵视为物并不妥当,应当将生物体作为新的权利主体在法律上进行确认,使之在性质上区别于物。^②美国的一些反对人工妊娠的团体以及英国天主教主教团等团体也持这一观点。如美国路易斯安那州1986年修正法第126条规定,体外受精卵为生物体上的人(biological human being),既非受理手术的医疗机构也非受精卵提供者的财产。如果体外受精的病人出示其身份,依照该州民法典的规定,其父母的身份将被保留,无法证明其身份者,医疗机构为胚胎的暂时监护人,直到胚胎植入子宫时为止,该机构应对胚胎尽善良管理人的注意义务。依上述规定,可以认为胚胎在该州具有法律上的人格(juridical personhood)。^③

二是物格说。美国不孕协会主张,虽然早期胚胎较人类的细胞组织更值得加以尊重,但不得视之为人(actual person)。因为胚胎固然有成为真正的人的潜力,但在没有发育成为具有人类特征的独立个体之前,仍只能视为具有生物学上之物。我国台湾地区学者持此观点者也颇多。

三是具有人的生命但尚非有个体生命的人格说。美国伦理助言委员会采取中庸见解,即受精卵虽拥有人的生命,但属于没有具有个人生命的人格。

四是介于人物之间的权利主体或客体的中间说。这种观点认为,德国民法典关于动物不是物的规定开启了一个介于人与物之间的中间概念,胚胎或受精卵可以纳入此类概念之中。美国高等法院在Davis诉Davis一案中,就采用了美国生育协会伦理委员会(Ethics Committee of the American Fertility Society)所持的中间说,认为胚胎具有特殊的地位,此地位居于人与财产之间。

① 王富仙:《受精卵的法律地位研究》,载《法学丛刊》2001年第3期,第10~12页。

② [日]北川善太郎:《关于最近之未来的法律模型》,载《民商法论丛》第6卷,第296页。

③ 陈美伶:《人工生殖之立法规范》,国立政治大学法律学研究所1998年博士论文,第227页。

五是潜在的人格说。此种观点为法国生命和健康科学伦理咨询委员会所支持,认为胚胎自受精时起就存在潜在的人格。

六是道德主体说。这种观点认为,胚胎不是物,也不是社会的人,但为生物的人,具有发展为社会的人的潜力,因此,应当具有比一般生命物质更高的道德地位,因此应受法律保护。1981年欧洲理事会各委员会均认为即使胚胎不具有法律主体地位,也应给法律保护。

对于上述观点,我们评论如下:

第一种观点认为受精卵具有人格属性,显然与现行法律相违背。体外受精卵不能作为民法上的“人”加以保护,从历史悠久的人工流产技术,或是为了新生儿健康为目的所实施的产前检查,以及曾引发高度争议但现已普遍接受的人工辅助生殖技术中,都可以得出这一结论。对于母亲堕胎权利的确立可知,在胎儿未出生前,胚胎或胎儿存活的利益与母亲利益冲突时,原则上应以母亲为优先;除非已发展出脱离母体后具有独立存活的能力,或给予特殊理由而法律介入对母亲的堕胎权利加以限制。所以,即使在英美关于堕胎争议不断的情形下,从相关案例关于人工流产的规范中可以推断出,胚胎并不完全具有法律所保护的主体性。另外,即使根据对胚胎研究持最保守态度的德国联邦宪法法院宣示的“人类的生命存在何处,人性尊严就在何处”^①观念,人的生命起始于何时,应当考虑当代科技水准并观察社会通常的观念,不能仅仅由法律学者以哲学上的思想或法学哲理抽象推理而得。美国联邦最高法院在 *Roe v. Wade* 一案中认为,“本院无须在此解决‘生命究竟始于何时’的难题。因为就人类目前知识发展的阶段来说,当医学、哲学、神学等各界有识之士,都无从达成共识的时候,司法部门也不应该主观臆断此问题的答案。”^② 现有医学上的观察,受精卵的着床率只有 30%~40%,^③ 着床后的胚胎活产率则为 70% 左右,^④ 只有经过自然选择成功着床于子宫内膜的受精卵才有继续发育成为

① 蔡维音:《德国基本法第一条“人性尊严”规定之探讨》,载《宪政时代》第88卷第1期,第43页。

② *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) .

③ 陈素霞:《体外受精与胚胎移植》,载《助产杂志》第25期,第63页。

④ Anne-Marie N. Andersen, Jan Wohlfahrt, Peter Christens, et al., *Maternal Age and Fetal Loss: Population Based Register Linkage Study*, 320 B. M. J. 1708 (2002) .

人的相当可能性，而且通常所谓“受精后 14 天前”的时点设定，也是因为通常情况下，早期胚胎在受精后 14 天才完成着床并发育出神经管及其他器官的。因此，植入母体前的体外早期胚胎不能视为人生命的开始，也不能拥有人性的尊严。

第四种观点根据德国民法典“动物不是物”认为，此规定开启了一个介于人与物之间的中间概念，受精卵可以纳入此类概念之中。但是，从德国民法典有关动物内容的逻辑体系上看，动物依然处于法律物格地位。该条规定于总则编第二章“物、动物”中，实际上同第一章有关“人”、“法人”的规定形成照应，构成主、客体的架构。而且该法第 90a 条虽规定“动物不是物”，但第 903 条“所有权人的权限”中新增的后段仍然规定“动物的所有权人在行使其权利时，应注意有关保护动物的特别规定”，既称“动物所有权人”，当然是将动物作为所有权的客体对待的。对此，有学者认为“德国民法典否认动物是物，但并未否认动物是物权的客体。故一般说物权的客体是物时，还应明确物权的客体还有动物”。^①因此，民法体系中并没有在主体、客体的二元结构外开启第三类的中间概念，此观点所依之基础理论值得商榷，该观点则更无法使人信服。

徐国栋教授也有相似的观点，他将体外胚胎的法律属性学说归纳为“客体说”、“主体说”和“中介说”，并对“中介说”极力推崇。^②“中介说”认为受精卵胚是介于人与物之间的过渡存在，因此应处在既不属于人，也不属于物的“受特别尊敬”的地位。之所以只授予人类胚胎而不授予任何其他人类组织这种地位，乃因为前者具有成长为新生儿的能力。^③我们认为这种观点值得商榷。从自然属性上说，自然社会中的所有的物理形态的物，在市民社会只能分为两种类别，一种是人，一种是物。人是权利主体，物是权利客体。权利主体对权利客体的关系，是支配与被支配的

① 孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社 1998 年版，第 6 页。

② 徐国栋：《体外受精胚胎的法律地位研究》，载《法律与社会发展》2005 年第 5 期，第 56～67 页。

③ Jeremy L. Fetty. A “Fertile” Question: Are Contracts Regarding the Disposition of Frozen Preembryos Worth the Paper upon Which They are Written? [J]. L. Rev. M. S. U. - D. C. L., 2001. 转引自徐国栋：《体外受精胚胎的法律地位研究》，载《法律与社会发展》2005 年第 5 期，第 62 页。

关系,权利主体永远支配权利客体,而不能是权利客体支配权利主体。所以,人永远支配物,而不能由物支配人。某种物虽然特殊,但是民法也不能使其成为支配者,不能成为权利主体,也不能成为权利主体和权利客体之间的一种中间状态。

第三、五、六种观点主要是从伦理学的角度,认为受精卵虽然不是人,但是应当受到特殊的保护。其实,从受精卵的法律属性来说,他们的观点也暗含了对于受精卵不具有法律主体资格的认可。但是,受精卵在伦理上应当受到特殊保护,具有特殊的权利,该权利与法律上的权利不同。权利有法定权利与道德权利之分,我们通常所讲的权利大多是法定权利,也称为法律权利,指的是法律所允许的权利人为了满足自己的利益而采取的、由其他人的法律义务所保证的法律手段。因此,法定权利是与义务相对应的特定概念,是基于法律、法规或规章的规定而产生的权利。而“‘道德权利’一词可以用来表达所有这样的权利:它们是先于或独立于任何法规或规章而存在的权利。它们之间除了不(必然)是法定的或规定的这一点以外很少有共同之处”,可初步区分为习惯的权利、理想的权利、凭良心的权利及履行的权利。^①显然,伦理学者主张的受精卵得到特别保护的“权利”,更多的是从道德角度所做的论述,仅具有道德的意义。而道德与法律的关系虽然紧密,但两者存在根本不同,法律规范通过或能够通过国家强制来保障,而道德规范旨在洞察行为者的内心自由。“法的实质合法性既不得与道德效力混为一谈,亦不应将法律与道德决然割裂。法律最好被理解为对于弱势之后传统道德的一种有效补充与配合(complement)”。^②

二、体外早期胚胎的物的属性

体外早期胚胎有物的属性,它们具有民法中物的特征,即独立于人体之外,能为人所感知与支配,并且具有一定的价值,能够满足人们社会生

① [美] J. 范伯格:《自由、权利和社会正义》,王守君、戴相译,贵州人民出版社1998年版,第122页。

② [德] 哈贝马斯:《法的合法性——〈事实与规则〉要义》,许章润译,载《法哲学与法社会学论丛》2001年卷,中国政法大学出版社2001年版。

活的某种需要,因而应属于物的一种,可以成为民事法律关系的客体。

人胚胎在母体子宫中的发育经历 38 周(约 266 天),可分为三个时期:从受精卵形成到第 2 周末二胚层胚盘出现为胚前期(pre-embryonic period);从第 3 周至第 8 周末为胚期(embryonic period)。在此二期,受精卵由单个细胞经过迅速而复杂的增殖分化,历经胚(embryo)的不同阶段,发育为各器官、系统与外形都初具雏形的胎儿(fetus);从第 9 周至出生为胎期(fetal period),此期胎儿逐渐长大,各器官、系统继续发育,多数器官出现不同程度的功能活动。胚前期和胚期质变剧烈,胚期量变显著。^①在目前医学科学发展的情况下,可以产生体外早期胚胎的技术包括体外受精—胚胎移植和克隆两大技术。体外受精—胚胎移植技术产生的精子和卵子结合,发育成为早期胚胎后,移植入母体子宫;而克隆技术是应用体细胞的细胞核与卵细胞的细胞质结合,在一定条件下,令其发育成为早期胚胎,这一早期胚胎不是受精的卵细胞,因此,本文采用“早期胚胎”的概念来涵盖人工生殖技术和克隆技术产生的两种体外早期胚胎。^②

人工辅助生殖技术包括人工授精(Artificial Insemination, AI)和体外受精—胚胎移植(In Vitro Fertilization and Embryo Transfer, IVF-ET)及其衍生术两大类。后者是目前应用最为广泛的技术,主要包括体外受精—胚胎移植、卵母细胞浆内单精子注射术(Intra Cytoplasmic Sperm Injection, ICSI)、冻融胚胎移植(Frozen-thawed Embryo Transfer, FET)等。体外受精—胚胎移植技术是控制性促排卵后经阴道超引导下抽取卵子,将处理过的精子和卵子放置于培养液中,让精子与卵子自然结合。在一定的温度、湿度、气体、PH 值和培养液中维持胚胎发育。^③受精卵形成后不断分裂成较小的细胞,这个过程称为卵裂(cleavage)。卵裂是在基因控制下进行的十分精确的过程。卵裂的速度很快,卵裂产生的细胞称为囊胚细胞或卵裂球(blastomere),卵裂球只是数量增多,每个卵裂球没有生长,卵裂球紧

① 邹仲之主编:《组织学与胚胎学》,人民卫生出版社 2001 年版,第 221 页。

② 本文虽然旨在以“早期胚胎”指代受精卵和克隆产生的早期胚胎,不过,学者们在研究体外早期胚胎时使用的名称不尽相同,因此,文中早期胚胎和受精卵混同使用。

③ 耿瑶:《辅助生殖技术后妊娠并发症及分娩结局的回顾性分析》,中南大学 2008 年七年制妇产科学硕士论文,第 5 页。

挨在一起, 总体没有增大。从产生 8 个卵裂球开始, 卵裂球开始重新排列, 可以有两种类型: 一是形成中空的球状体, 称为囊胚 (blastura), 另一种是形成双层扁平结构, 称为盘状囊胚 (discoblastura)。哺乳动物中, 未来的外胚层细胞形成中空的球状体及胚泡 (blastocyst), 胚胎本身则是从胚泡的内细胞团 (inner cell mass) 逐渐形成盘状囊胚。胚泡中的其他细胞则分化成为滋养层细胞。胚胎发育至囊胚期时, 都是卵裂过程。^① 体外受精的卵细胞, 一般在受精后 16 ~ 20 小时为原核, 24 ~ 26 小时为两细胞, 44 ~ 48 小时为四细胞, 48 ~ 72 小时为 6 ~ 8 个细胞。^② 实际操作中, 通常是在授精 48 ~ 72 小时, 受精卵卵裂成 2 ~ 8 个细胞的胚胎时, 挑选评分较高者进行胚胎移植的。^③

动物克隆技术是将一个双倍体的细胞核 (当然也包含一些核周围的细胞质) 与一个已经去掉 (或灭活) 了自己那个单倍体细胞核的卵子 (生殖细胞) 的细胞质重组在一起后, 在一定条件下, 它也能够像受精卵一样启动发育并形成胚胎、幼体或成体, 又称为细胞核移植。它是利用非有性生殖的方式来完成繁殖和发育的过程。^④ 这里并没有用无性敏殖这个名词, 这是因为作为受体的细胞仍然是性细胞。根据供体核的来源, 可将其分为胚胎细胞克隆和体细胞克隆。胚胎细胞克隆的研究历史较长, 1952 年, Briggs 和 King 将囊胚期的细胞核移入去核的成熟卵内获得了发育正常的蝌蚪和幼蛙。^⑤ 然而, 体细胞的克隆并没有那么顺利, 以后相当长的一段时间内都滞留在胚胎细胞的克隆阶段, 以至于胚胎学家认为体细胞的核不具

① 赵寿元、乔守怡主编:《现代遗传学》, 高等教育出版社 2001 年版, 第 202 ~ 203 页。

② 韩向阳、王卓然、韩燕燕:《体外受精与胚胎移植》, 载《实用妇产科杂志》1998 年第 4 期, 第 178 页。

③ 庄光伦、周灿权、张秀俊等:《人类体外受精与胚胎移植》, 载《中山医科大学学报》1991 年第 4 期, 第 300 页。韩向阳、王卓然、韩燕燕:《体外受精与胚胎移植》, 载《实用妇产科杂志》1998 年第 4 期, 第 178 页。

④ 严绍颐:《鱼类细胞核移植的历史回顾与讨论》, 载《生物工程学报》2000 年第 16 期, 第 541 页。

⑤ Briggs RS and King Tj. Transplantation of living nuclei from blastula cells into enucleated frog's eggs, Proc Nat Acad Sci USA, 1952, 38: 455. 转引自于政权、李宁:《动物克隆的机理与研究进展》, 载《生物技术通讯》2001 年第 4 期, 第 324 页。

有全能性。直到利用乳腺细胞克隆成功的“多莉”羊的出生，才真正动摇了这一传统的认识。尽管关于克隆人的问题，各国伦理、法律上争议不断，但是美国《科学》杂志 2004 年就有报道称，韩国和美国科学家第一次成功克隆出了人类早期胚胎，并从中提取出胚胎干细胞。科学家们从卵丘细胞内提取出细胞核，然后将其植入同一位妇女去除了细胞核的卵细胞内，并采用化学手段刺激卵细胞分裂，共有 30 个克隆细胞经过约 7 天的时间发育到至少几十个细胞组成的、被称为囊胚的早期胚胎阶段。^①

在 8 个卵裂球期，每个卵裂球在生化、形态和发育潜能上都没有差别，也就是在发育上是全能的。可是当卵裂球成团结合时，细胞处在外层还是内层，会使以后生成的卵裂球出现不同的生物学功能。处在外层的细胞生成滋养层，而处在内层的细胞则生成内细胞团而产生胚胎。受精后的第 6~7 天，囊胚逐渐长大，透明带变薄而消失，囊胚得以与子宫内膜接触，开始着床。第 12~14 天，着床完成，胚胎开始增大，局部细胞快速而大量增殖，并出现细胞迁移等复杂过程，进入了原肠胚形成期（gastrulation）。此时，出现了三种原始胚层（germ layer）的分化，形成外胚层（ectoderm）、中胚层（mesoderm）和内胚层（endoderm）。在神经胚形成期（neurulation），胚胎有了原始的原肠胚和神经管，并形成了基本的躯干规划（basic body plan）。三种胚层经过细胞分化生成各种器官的原基（rudiment），如肢、眼、心等原基，这是器官发生（organogenesis）。原基先是生成微小而精确的结构，然后逐渐长大，在生物体的各个正确部位长成各种器官和组织，这是形态建成（morphogenesis）。

在这样的一个受精卵分裂的过程中，不同阶段的细胞具有不同的功能。卵裂球是一种全能干细胞，能够产生各种细胞直到发育成为一个个体。内细胞团的一些细胞则发育命运已经定向，如将发育成内胚层、外胚层或中胚层等不同胚层，它们被称为多能干细胞，可以产生定向为某一胚

① 《科学家首次利用克隆技术获得人类胚胎干细胞》，载《世界科技研究与发展》2004 年第 2 期，第 104 页。文中的表述为“共有 30 个克隆细胞经过约 7 天的时间发育到至少几十个细胞组成的、被称为胚囊的早期胚胎阶段”，实际上，胚囊是被子植物由胚乳和颈卵器构成的单倍的配子体。哺乳动物早期胚胎的发育阶段为囊胚。引文中此处应该是笔误，我们在引用时已改正之。

层的各种类型的细胞,但不能产生其他胚层来源的细胞。还有一类细胞只能产生具有专一功能的,叫做多效干细胞。不过,1968年 John Gordon 和他的同事们用爪蟾(Xenopus)作核移膜试验,证明已分化的细胞的细胞核有的仍能保持全能性。也就是说,在一定条件下,已经分化的细胞的细胞核可以实现重新编程(reprogramming)的过程获得全能发育的特性。30年后,在哺乳动物个体的体细胞克隆实验中也得到了证明。^①

培育体外早期胚胎的目的,不管体外受精卵发育的早期胚胎还是克隆技术产生的早期胚胎,当前不外乎两个:一是应对不孕不育症状,进行人工生殖。在植入母体前其实质都还是卵裂细胞组成的囊胚,具有发育的全能性,不具有“人”的任何组织、器官和结构特征。二是为了进行胚胎干细胞的研究。德国《干细胞法》对于胚胎干细胞的定义为,在体外作成,非供妊娠使用之胚胎,或者是在子宫着床完了前取出的胚胎中所采取的全能性干细胞。^②即处于囊胚阶段的早期胚胎中取出的干细胞,依然不具有“人”的任何组织、器官和结构特征。

在自然人作为主体存在于市民社会的时候,按照市民社会的基本理念和逻辑,人与物是对立物,构成市民社会的两大物质表现形式。尽管人的本身也是自然界的物质存在方式之一,但他是市民社会的主体,而不是像物那样只能作为市民社会的权利客体。它的基本逻辑和观念,就在于人的身体是人格的载体,而不是物的表现形式。^③没有人的生命的体外早期胚胎不能够成为人格的载体,即体外早期胚胎具有物的属性。承认体外早期胚胎的物的属性,是符合客观事实的,并不违背人类的尊严和对自身表现形式的尊重。

三、体外早期胚胎物的适用规则

在一个多元化的社会里,只有透过制度化的沟通所建立起来的共识,

① 赵寿元、乔守怡主编:《现代遗传学》,高等教育出版社2001年版,第202~206页。

② 曾淑瑜:《人类胚胎在法律上之地位及其保护》,载《法令月刊》2003年第6期,第16页。

③ 杨立新:《人身权法论》,人民法院出版社2005年版,第63页。

才可能称为共同行为规范的坚强基础。诉诸于康德道德哲学,其实只是一种停止论证与质疑的方式而已,其实便是假借自然法的名义,将社会演化的方向决定权,交给一群掌握社会论述的精英,或是司法院大法官,透过基本权利的释义学限制政治行动或立法的可能性。诚如 Habermas 所言,现代基因科技已经将康德时代属于自然界的“必然领域”转换成“偶然领域”,也就是说,基因科技改变了人力所不能及的自然基础,以及人力所能处置的自由领域。^① 现在的问题是,我们的道德意识要如何转换,法律制度要如何演化,才能适应基因革命的时代。

体外早期胚胎的特殊性决定了其不同于一般的物。我们认为,民法客体物的物格学说的实质,不过是民法应对不同于市民社会早期对物的发现过于狭窄,视野集中在可以掌控的有形物,而在今天随着科学技术的发展而发现能够被人类社会掌控并且具有利用价值的物的种类越来越丰富的情况,所进行的物的类型化学说。确立物格制度的基本意义,就是区分不同的物的类型,确定不同物格的物在市民社会中的不同地位,明确人对其的不同支配力及进行支配的具体规则,以及对不同的物的类型的不同保护方法。^② 虽然体外早期胚胎没有人的生命,但作为将来的生命体,具有生物学意义上的生命,应归入最高的物格中。体外早期胚胎具有最高的物格地位,就使得对其保护力度也不同于一般物,在对其保管、利用、处置与保护时就有特殊规制的要求,这样才能够体现对体外早期胚胎中的尊重,满足社会伦理、道德的要求,维护社会的文明秩序。

(一) 物权原则及其保护

1. 早期胚胎所有权的产生和归属

人工体外受精的精子和卵子,可以分为四种情况:

第一,精子和卵子来自夫妻双方,除当事人另有约定外,受精产生的

① Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur – Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main 2001, S. 56ff, insbesondere 60. 转引自陈英铃:《人类胚胎干细胞研究的法问题——胚胎的基本权利地位》,载《律师杂志》2003年第285期,第22页。

② 杨立新等:《论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。