

# 人工受孕体在当代意大利立法和判例中的地位

徐国栋\*

## 目次

- 一、引言
- 二、在人工受孕体法律地位问题上意大利的特殊国情
- 三、自然受孕体在当代意大利立法中的地位
- 四、人工受孕体在当代意大利立法中的地位
- 五、人工受孕体在当代意大利判例中的地位
- 六、结论

**摘 要** 现行《意大利刑法典》以及合同法判例赋予自然受孕体受保护的客体的地位,《意大利民法典》赋予自然受孕体附解除条件的主体的地位。但《医学辅助生殖规范》赋予了人工受孕体主体的地位,《人工辅助生殖指南》赋予人工受孕体已出生的人的地位,这样,形成了人工受孕体的地位高于自然受孕体的情势。由于法律对人工受孕体保护过度,牺牲了母亲的健康权以及胚胎的健康出生权,协调人工受孕体的利益与母亲及其家人利益的矛盾成为摆在法院面前的难题,它们通过把人工受孕体的法律地位从主体降低为受保护的客体达成了此等协调。

**关键词** 受孕体 权利能力 主体 受保护的客体 胚胎生命权 母亲健康权

## 一、引言

本文采用受孕体(Concepito)的概念。所谓受孕体,就是受孕(concepimento)的成果。从技术上看,它不同于胎儿,按下文要介绍的罗马人的说法,胎儿是“子宫居者”,也就是说,只有到了子宫着床的受孕体才是胎儿,而人类的受孕是在妇女的输卵管里完成的,男性的精子与女性的卵子在这里结合的成果就是受孕体,此等受孕体在输卵管的绒毛的扫动下向子宫移动,第四日进入子宫腔,在那里分裂发育,七八日后在子宫着床,此时受孕体转化为胚胎(Embrione)。在自然生殖的条件下,受孕体与胚胎在一个生殖系统内转化,区分它们的意义不大,所以,受孕体就是胎儿。但在人工辅助生殖的条件下,区分受孕体与胚胎的意义很大,因为两种存在不同的系统内完成。受孕体在所谓的试管里完成,胚胎在妇女的子宫内成为定在,受孕体并不必然成为胚胎,两者间的转化,需要艰难的一跃。此等跳跃取决于未来父母的决定、医生的判断、法律的

\* 徐国栋 厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。

态度,等等。如果受孕体能不受阻碍地转化为胎儿,他的主体性就强,相反,他的客体性就强。实际上,他们的法律地位就经常地摇摆于主体与客体之间。

## 二、在人工受孕体法律地位问题上意大利的特殊国情

意大利在这一问题上的特殊国情有二。其一,几乎全民的天主教国家;其二,罗马法的原产地。容分述之。

意大利90%的公民为天主教徒。梵蒂冈是意大利的国中之国,教皇作为天主教世界国家的领袖居住其间,经常对生命伦理学问题发表意见。最早听到这些意见的无疑是意大利人。由此,意大利到1970年12月1日才第一次颁布离婚法允许离婚。此法遭到以天主教法学家Gabrio Lambardi为代表的势力的反对。1974年5月12日,举行了废除该法的全民公决,<sup>[1]</sup>尽管遭到失败,但可领教天主教伦理对意大利世俗法律的影响。

此外,罗马法有保护胎儿的法律体系。尤里安在其《学说汇纂》第69卷中说(D.1,5,26):在几乎所有的市民法领域,子宫居者都被视为已出生的人,甚至包括授予他们的特留份继承……<sup>[2]</sup>优士丁尼把尤里安的这一法言安置在《学说汇纂》第一卷第五题“关于人的身份(De statu hominum)”中,表明了他把胎儿当作“人”(Homo)而非物的立场,说他们在几乎市民法的各个分支都有权利能力,更表明他把胎儿也作为法律人(Persona)的立场。但他们只是拟制的人,以这种身份提前享有民事权利,而此等权利的实有以他们活着出生为条件。对胎儿的法律地位的如此确定成为罗马法传统的重要内容之一。意大利作为罗马法的故国处在这种传统中。尽管如此,这种传统提供的是对自然胎儿的保护,此等胎儿因而被称为“子宫居者”(Qui in utero sunt),因为尽管罗马人也面临不孕不育问题,他们没有人工辅助生殖技术,只能通过收养制度解决人们没有自己的自然子女的缺憾。

罗马法对胎儿的这种态度影响了继受罗马法的许多国家。1852年的《秘鲁民法典》第1条规定:“根据其自然状态,人或是已出生的,或是有待出生的”。第2条规定:“出生前的人享有法律宣告的权利”。第3条规定:“有待出生的人,就有利于他的一切事项,视为已出生。”<sup>[3]</sup>1810年的《奥地利民法典》第22条规定:“胎儿从其受孕开始受法律保护。在其对个人权利而不涉及第三人的权利的范围内,他们被视为已出生,但死产儿在就其如果出生就会享有的权利范围内被视为从未受孕。”<sup>[4]</sup>1871年的《阿根廷民法典》第54条把即将出生的人作为绝对无能力的主体对待。<sup>[5]</sup>1876年的《巴拉圭民法典》第31条也采用有待出生的人的概念。<sup>[6]</sup>1983年制定的《爱尔兰宪法》第40条第3款第3项规定:“国家承认未出生者的生命权,在适当的情况下,也承认此等生命权与母亲的生命权平等,并以法律保障对此等权利的尊重。在可行的范围内,以法律保护和兑现此等权利。”<sup>[7]</sup>此条把胎儿的生命权上升到了与母亲的生命权平等的高度,堪称独特。但根据爱尔兰最高法院的判例,此等胎儿必须已进入母亲子宫,换言之,着床前的胚胎不享受此项的保护,但该院强调此等胚胎与人的尊严的关联以及受尊重的必要。<sup>[8]</sup>1984年的《秘鲁民法典》第1条第2款规定:“人的生命开始

[1] Cfr. La Voce di Divorzio, Su [http://it.wikipedia.org/wiki/Divorzio\\_\(ordinamento\\_civile\\_italiano\)](http://it.wikipedia.org/wiki/Divorzio_(ordinamento_civile_italiano)), 2015年3月24日访问。

[2] See The Digest of Justinian, Volume 1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 17.

[3] Véase Código civil del Perú, Lima, Imprenta del Gobierno, 1852, pag. 2.

[4] See Parker School of Foreign and Comparative Law, The General Civil Code of Austria, Revised and Annotated by Paul L. Baeck, Oceana Publications, Inc. New York, 1972, p. 7.

[5] Véase Código civil de República Argentina, Zavalia, Buenos Aires, 1990, pag. 27.

[6] Véase Código civil del Paraguay, Sobre [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Paraguay.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf), 2015年4月18日访问。

[7] See Constitution of Ireland, On <http://www.irishstatutebook.ie/en/constitution/>, 2015年4月27日访问。

[8] 参见李蕊佚《人体胚胎在英国法上的地位及规制体系》,载《2015年第三届比较民法与判例研究两岸学术研讨会论文集》,2015年4月,第111页。

于受孕。受孕体就其所有有利于他的事项是权利主体。对其财产权的授予以其活着出生为条件。<sup>[9]</sup>2014年10月1日的《阿根廷国家民法典》第19条规定：“人类人的存在开始于受孕。”<sup>[10]</sup>这些规定都把受孕体当作人(Persona),有的甚至把受孕体当作主体,赋予他们人身权和财产权。人身权的享有从受孕时开始,因此,此等权利的享有不需要以权利能力为依托,相反,财产权的实际取得以活着出生为条件。而且,阿根廷法把主体地位的赋予与能力的取得脱钩,把胎儿看作绝对无能力的主体,这与把权利能力的享有等同于主体资格的德国体制有所不同。

要指出的是,《爱尔兰宪法》第40条第3款第3项、《秘鲁民法典》第1条第2款、《阿根廷国家民法典》第19条都是在人工辅助生殖技术商业化运用后制定的,都考虑了其规定对于自然受孕体和人工受孕体的兼用性。

以上是民族国家的民法典对受孕体的态度。在跨民族国家立法的层面上,1969年(1978年生效)的《美洲人权公约》第4条第1款规定:“每一个人都有使其生命得到尊重的权利。这种权利一般从受孕时起就应当受到法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”<sup>[11]</sup>此条授予了受孕体生命权,这是禁止堕胎的法理依据。由于是在1978年以前制定的,该公约不可能考虑到人工受孕体的生命权问题。要指出的是,该公约有25个国家参加(2013年的数字),它们是:阿根廷、巴巴多斯、玻利维亚、巴西、智利、哥伦比亚、哥斯达黎加、多米尼加、多米尼克共和国、厄瓜多尔、萨尔瓦多、格林纳达、危地马拉、海地、洪都拉斯、牙买加、墨西哥、尼加拉瓜、巴拿马、巴拉圭、秘鲁、苏里南、特立尼达和多巴哥、乌拉圭、委内瑞拉。为了贯彻落实公约的上述规定,这些国家的民法典都有可能赋予受孕体主体的地位。

### 三、自然受孕体在当代意大利立法中的地位

#### (一)在民法典中的地位

自然受孕体在当代意大利立法中的地位是考察人工受孕体在当代意大利立法中的法律地位问题的必要参照系。

1942年制定现行《意大利民法典》时尚无人工受孕体问题,所以,其第1条的规定肯定只考虑到了自然受孕体,其辞曰(1)人的权利能力始于出生(2)法律承认受孕体取得的权利,但以出生为限。<sup>[12]</sup>这些权利有:(1)死因继承能力(2)接受赠与能力,等等。该条规定不怎么罗马,而是非常地德国。<sup>[13]</sup>换言之,《意大利民法典》坚持出生是取得权利能力的必要条件,尽管民法典承认受孕体的一定权利,但赋予他们这些权利是为了保护将来的主体,为此预支他们一部分权利能力。在意大利,说权利能力始于受孕是不成立的,因为权利能力不能部分地取得。所以,受孕体是附条件取得权利能力,一旦出生,此等取得溯及于受孕之时。<sup>[14]</sup>换言之,《意大利民法典》并不承认受孕体享有权利能力,不承认他们是主体,只承认他们是部分权利能力的预支者。

这种安排与罗马法传统不合,遭到了理论界和实务界的一些人的批判。理论界的批判者可以著名的天主教罗马法教授皮兰杰罗·卡塔兰诺(Pierangelo Catalano)为例。他的批判理由是(1)《意大利民法典》第

[9] Véase El Código civil de 1984, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Fondo Editorial, 1997, pag. 39.

[10] Véase Código civil y comercial de la nación, Ley, Buenos Aires, 2014, pag. 7.

[11] 参见“美洲人权公约”词条,来源:<http://www.baike.com/wiki/美洲人权公约>, 2015年4月1日访问。

[12] 参见费安玲等译《意大利民法典(2004年)》,中国政法大学出版社2004年版,第11页,译文有改动。

[13] 《德国民法典》第1条规定:人的权利能力自出生完成之时开始。郑冲、贾红梅译《德国民法典》,法律出版社1999年版,第29页。

[14] Cfr. Pietro Perilingieri, Manuale di diritto civile, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, p. 117. 该作者在权利能力问题上显然采取有机论的观点,不承认取得部分权利能力的可能。

1 条的规定违背了罗马法传统,这一点只要看前一节列举的立法例就知道了。(2)应抛弃主体的概念,采用人(Persona)的概念。这个概念意指的是“在法律上先在于实在法,法为之设立的人类现实”。<sup>[15]</sup>换言之,法律主体的概念具有甄别的意味,而 Persona 的概念具有无条件承认的意味。它的含义是,只要是生物人,自然就是 Persona,Persona 名号的取得与出生与否无关。(3)如果采用如上的立场,则有利于增加人口,壮大国家。<sup>[16]</sup>

实务界的批判者可以政治家、意大利生命运动的负责人 Carlo Casini(1935-)为例,他发起了修改《意大利民法典》第 1 条的动议。他于 1995 年 7 月 20 日向意大利议会提出的替代条文是这样的:每个人类人从受孕始具有权利能力。<sup>[17]</sup>该条一下子把人取得权利能力的时间提前了 10 个月,并且不顾受孕体能否出生的不确定性。尽管如此,这一动议得到了 400 名教授生物学、基因学、法学的大学老师的支持,然后得到了 197277 名意大利公民的签名附议。在以此为内容的请愿书上,也有 140 万人签名。该动议也得到了参议员 Gasparri, Quagliariello 和 Bianconi 的接受和支持,他们于 2009 年 11 月 12 日向意大利议会提出了一个法案,要求把上述第 1 条修改成如下形式(1)每个人类人从受孕始具有权利能力(2)法律承认的受孕体享有的财产权的获取以他们的出生为条件。主要理由是 1989 年通过的《儿童权利公约》也应适用于受孕体。<sup>[18]</sup>至今未看到《意大利民法典》第 1 条按上述三位参议员的提议被修改,但我们看到了它面临的挑战。我们知道,受孕体包括自然的和人工的两种,一旦确立了受孕体的主体地位,人工受孕体也将是这一动议的受惠者。

## (二)在刑法典中的地位

现行有效的《意大利刑法典》是 1925 年制定的。它把胎儿当作人来保护,在此理念下,堕胎就是杀人,故用第二编的整个第十题(危害血统健全罪)来打击堕胎行为。该题凡 10 条。第 545 条规定未经妇女同意的堕胎;第 546 条规定经妇女同意的堕胎;第 547 条规定妇女自寻堕胎;第 548 条规定教唆堕胎;第 549 条规定因堕胎导致妇女死亡或受伤;第 550 条规定自认为怀孕的妇女实施的堕胎行为;第 552 条规定致使他人不能生育;第 553 条规定煽动他人反对生育。<sup>[19]</sup>这些规定过分保护了胎儿的生命权益,忽略了妇女的身体私生活权,<sup>[20]</sup>故遭到了 1978 年 5 月 22 日的第 194 号法律的废除。该法的正式名称为《母性社会保护与自愿流产规范》(Norme per la tutela sociale della maternità e sull' interruzione volontaria della gravidanza),它废除了上述《意大利刑法典》第二编的整个第十题,表明意大利在人口增长的国家利益上退却,让步于妇女的身体私生活权。无疑,这一退却牺牲了胎儿的生命权,但这种退却是有限的,该法只允许符合规定情形的妇女在怀孕 90 天内到公立机构人流。“规定情形”、“90 天”、“公立机构”三者构成对于堕胎的限制。“规定的情形”见诸第 6 条,只有两种。第一,怀孕 90 天后,继续怀孕或分娩危害孕妇的生命。第二,确诊胎儿严重畸形,让其出生会给孕妇的生理和心理造成严重危险。可以说,“规定情形”很少,由此限缩了堕胎自由。90 天为 3 个月,它们是母亲的有限私生活权存在的期间,其他的怀孕期间就属于国家的人口增值利益了。而美国的判例法给予母亲私生活权的期间是 6 个月,<sup>[21]</sup>比意大利的规定整整多了一倍,意大利法显然更倾向于胎儿的生命权。“公立机构”意味着必须是正规的医院才能实施人流手术,私立医院、小诊所不可以,这

[15] Cfr. Giorgio Oppo, Declino del soggetto e ascesa della persona, In Rivista di diritto civile, Vol.48, n.6 (novembre- dicembre 2002), p.829.

[16] Cfr. P. Catalano, Il concetto “soggetto di diritto” secondo il sistema giuridico romano, Su <http://www.scienzaevita.org/comitato/documenti/catalano.pdf>, 2015 年 4 月 17 日访问。

[17] Cfr. La Voce di concepito, Su <http://it.wikipedia.org/wiki/Concepito>, 2015 年 4 月 17 日访问。

[18] Cfr. Disegno di legge d' iniziativa dei senatori Gasparri, Quagliariello e Bianconi, Su [://www.affaritaliani.it /static/upl/pro/0004/propostamodificaart.1c.c..pdf](http://www.affaritaliani.it/static/upl/pro/0004/propostamodificaart.1c.c..pdf), 2015 年 4 月 17 日访问。

[19] 参见黄凤译注《最新意大利刑法典》,法律出版社 2007 年版,第 187 页及以下。

[20] 参见 [美] 劳笛卡·劳《财产、私生活和人的身体》,孙建江译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》(第 6 卷),厦门大学出版社 2008 年版,第 272 页。

[21] 参见徐国栋《民法哲学》,中国法制出版社 2009 年版,第 187 页。

样保障了人流手术的安全性。

不难看出,自然受孕体在《母性社会保护与自愿流产规范》的地位是受保护的客体。从“人”到“客体”,他们的地位降等了。所以,意大利激进党对这个法律不满意,1981年成功地发起了废除它的全民公决,但也遭到失败。<sup>[22]</sup>这个例子反映了天主教力量和世俗力量在生命伦理问题上在意大利的剧烈对抗,也反映了世俗力量最终胜出的现实。

### (三)在宪法中的地位

按意大利宪法法院1975年2月18日做出的第27号判决,受孕体受《宪法》第2条的保护。第2条是这样规定的:共和国无论对个人还是对表现其个性的社团成员,均承认并保障其人权之不可侵犯,并要求履行政治经济和社会团结方面的不可违背的义务。<sup>[23]</sup>宪法法院强调,尽管具有自身的特点,但受孕体也是人权的主体。<sup>[24]</sup>宪法法院的这一判决是针对人流行为发布的,它讲到的人权实际上是生命权。而且1975年尚无成熟的人工辅助生殖技术,所以,它提到的受孕体都是自然的受孕体,不涉及人工受孕体。

### (四)在合同法判例中的地位

这个判例属于在世界上为数众多的错误出生案例的意大利版。案情是这样的。1995年,妇女B怀孕后找医生D,以便确定腹中的胎儿有无畸形。他认为B足够年轻(只有28岁),只对她做了三联筛查(triple test),未对她进行更有效的唐氏综合症筛查(一般只对高龄孕妇的胚胎进行此等筛查,而高龄孕妇是35岁后第一次妊娠的妇女),也未告知她三联筛查有40%的假阴性的风险,就通知她胎儿正常。1996年9月,女婴M及其姐妹降生,都患有唐氏综合症。1999年2月,B及其丈夫以M的名义起诉D及其所属的医院,要求赔偿错误出生造成的损害。Treviso法院驳回了他们的诉求,因为M没有诉讼能力。他们提起上诉,遭到威尼斯上诉法院驳回。B及其丈夫遂求诸最高法院。2012年10月2日,最高法院民庭做出第16754号判决,确认了胚胎有健康出生的权利,医生的疏忽构成对他们的此等权利的伤害,因此要承担赔偿责任。赔偿的对象一是M婴儿;二是其父母;三是其兄弟姐妹。学界认为,该判例确立了自然受孕体的受保护的客体的地位,她们是其母亲与医院订立的医疗合同的保护对象,但她们只有在出生后才能实际地取得损害赔偿请求权。<sup>[25]</sup>

## 四、人工受孕体在当代意大利立法中的地位

### (一)在《医学辅助生殖规范》中的地位

人工受孕体的法律地位问题是从1978年7月25日开始的,其时也,在英国诞生了第一位试管婴儿路易丝·布朗(Louis Brown),这标志着人工辅助生殖技术的成熟和商业化运用。<sup>[26]</sup>这一技术很快传到了意大利,给不孕不育者带来了福音。在意大利,患不孕不育症者在2010年的估算数是占总人口的20.6%。<sup>[27]</sup>意

[22] 关于在意大利举行的所有的全民公决的资料,参见维基百科词条 Consultazioni referendarie in Italia, Su [http://it.wikipedia.org/wiki/Consultazioni\\_referendarie\\_in\\_Italia](http://it.wikipedia.org/wiki/Consultazioni_referendarie_in_Italia), 2015年3月24日访问。

[23] 参见姜士林、陈玮主编《世界宪法大全》(上卷),中国广播电视出版社1989年版,第1111页。

[24] Cfr. Sentenza n.27 del 18 febbraio 1975 di Corte Costituzionale, Su <http://www.giurcost.org/decisioni/1975/0027s-75.html>, 2015年4月18日访问。

[25] Cfr. Alessandro Errante Parrino, La Cassazione e il danno da "nascita malformata": Un particolare approccio alla "Wrongful Life Action". Commento Cass. 2 ottobre 2012, No.16754, In No.1, 2013 Persona e Mercato, p.58.

[26] Véase Maria del Carmen Cerutti et.al., Comienzo de la Existencia de la Persona Humana, En Libro de Ponencias de XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, pag.95.

[27] Cfr. Anonimo, Sterilità, quante sono le coppie che hanno questo problema? Su <http://www.vitadidonna.it/salute/sterilita/sterilita-quante-sono-le-coppie-che-hanno-questo-problema.html>, 2015年4月13日访问。

大利 2014 年的人口是 60136394 人,<sup>[28]</sup>按上述比例算来,患者的人数是 12388097 人。而这些人也有生育权,他们的此等权利只能通过人工辅助生殖技术满足。而这种技术一不小心就会被滥用、错用,所以必须制定专门的法律规范这一技术的运用。非独此也,人工辅助生殖技术的成功把过去立法中关于受孕体的规定的适用范围大大扩张了,过去的这方面规定是否适用于人工受孕体,在多大程度上适用,自然的和人工的两种受孕体的法律地位应否差别规定,等等,成为有关立法需要关注的问题。

有意思的是,在意大利颁布有关法律之前,先发生了一个事件。1996 年,英国有 3000 枚保存在 33 家医疗机构的人工受精胚胎过了 5 年的保管期即将被销毁,意大利医生遂向英国提出购买这些胚胎,不幸遭到了英国的拒绝。<sup>[29]</sup>没有哪个意大利医生或医院能解决 3000 枚胚胎的去向问题,只有意大利政府有这个能力,因此,很可能是意大利政府授意“医生”提出此等购买的,购买的目的是把他们植入自愿的妇女体内把他们转化为人。不巧的是,意大利的这次人道主义行动遭遇到了一个伦理悖论:如果胚胎是人,他们就不能被购买,否则就把他们客体化了,这跟我们说不能“偷人”(该词在此处并非通奸的意义),只能说“诱拐”的理路是一样的,但不通过购买这些胚胎就到不了意大利,根本没有机会成为主体!

无论如何,意大利关于人工辅助生殖的准据法终于问世了。2004 年 2 月 19 日,意大利议会颁布了《医学辅助生殖规范》(Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, 以下简称为《规范》)。该法把人工受孕体当作主体。这体现为第 1 条第 1 款的规定,其辞曰:本法规定的利用人工辅助生殖技术的条件和方式是:“确保所有的有关主体,包括受孕体(Concepito)的权利”。<sup>[30]</sup>显然,该条把受孕体包括在主体的范畴内。把人工受孕体定位为主体,意味着一种不顾未来父母的决定、医生的判断保护受孕体的态度。从伦理学的角度看,这是对生命的尊重。从人口政策的角度看,这是把国家的人口增长利益凌驾于未来父母的生殖决策权之上。

第 1 条第 1 款采用的人工受孕体主体说是意大利的主流学说。具体而言,它来自意大利司法部立法司生命伦理研究委员会前主席、《生命伦理学与私法》(Bioetica e diritto privato)一书<sup>[31]</sup>的作者弗朗切斯科·布斯内里(Francesco Donato Busnelli),因为他是《规范》的草案的提出者。<sup>[32]</sup>在他于 2001 年出版的《生命伦理学与私法》一书中,他认为人工受孕体是宪法承认的法律主体,因此享有生命、健康、身份、尊严权,另外还享有自然受孕体享有的民法典赋予的财产权。但此等胚胎具有变化的性质,也即有可能发展为人也可能夭折,因此,民法典为他们保留的财产权受制于其出生的事实。<sup>[33]</sup>如果说,《规范》只是泛泛地把人工受精胚胎界定为主体,布斯内里的著作则明确它们为宪法和民法的主体。我们知道,宪法是调整国家与公民之间关系的法律,人工受孕体是宪法主体的说法意味着承认此等受孕体是公民,这样,与罗马人的“子宫居者”的说法相对应,意大利人有了“试管公民”的理念,但此等公民并不享有作为公民的所有宪法权利,例如选举权和被选举权,只享有宪法赋予的人格权(生命、健康、身份、尊严权),前一类权利“试管公民”基于事理之性质不能享有,后一类权利为他们自保所必需。基于他们的权利相对于“非试管公民”之权利的缩减,把他们称为“不完全公民”应是可行的。

但布斯内里赋予他们生命权带来了问题:他们不能自行从“试管”走入子宫着床,是否完成这一过程,

[28] 这一数据来自 <http://www.renkou.org.cn/countries/yidali/2014/1789.html>, 2015 年 4 月 18 日访问。

[29] See Irma Gelashvili, Legal Status of Frozen Embryo, In Journal of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Faculty of Law, No.1, 2012, p.54.

[30] Cfr. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Su [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_normativa\\_454\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_454_allegato.pdf), 2015 年 4 月 20 日访问。

[31] Véase Francesco Donato Busnelli, Bioetica y derecho privado, Editora Juridica Grijley, 2003, Lima.

[32] Cfr. Francesco Danato Busnelli, Su [www.lider-lab.sssup.it/docs/CV/Busnelli\\_IT.pdf](http://www.lider-lab.sssup.it/docs/CV/Busnelli_IT.pdf), 2015 年 3 月 22 日访问。

[33] Véase La biografía de Francesco Donato Busnelli, Bioetica y derecho privado, Editora Juridica Grijley, 2003, Lima, pag.132.

取决于已出生之人基于各种考虑做出的决定。赋予他们生命权,就剥夺或限缩了关系人的决定权,他们的生命权由此变成了着床权以及由此而来的出生权。当然,如果把他们被植入前的状态看作生命,他们享有的生命权也有用武之地,所以,《规范》第13条第1款禁止任何对人类胚胎实施的实验。此等实验的结果无非是杀害有关胚胎。此外,第14条第2款规定,为解决一个不孕个案准备的胚胎不能过多,最多不能超过3个。这样就避免了出现剩余胚胎,为此,医生要把所有制作的胚胎植入妇女子宫,不管她自己是否愿意接受这么多。<sup>[34]</sup>因为如果产生剩余胚胎,他们要么被收养,要么被销毁,要么通过代孕出生。在第二种情形,就侵害到了胚胎的生命权了,而这种情形是被第14条第1款禁止的。非独此也,第14条第4款规定不得在胚胎已移入子宫的情况下减胎,但1978年《母性社会保护与自愿流产规范》规定的情形除外。它们是在植入90天后继续怀孕严重威胁母亲生命的情形和胎儿严重畸形的情形。

《规范》还保护受孕体的尊严权,按基督教神学,在受精卵形成的那一刹那,上帝就把灵魂赋予了他,他承载着上帝的形象,故拥有绝对的尊严。<sup>[35]</sup>所以,《规范》第14条第3款原则上禁止冷冻胚胎。试想,如果胚胎就是孩子,把自己的孩子冻在冰箱里算什么事?但第3款规定了可以冷冻胚胎的例外情形,制作胚胎后移入子宫前,受孕妇女由于不可预见的不可抗力发生了健康问题不宜接受胚胎移植。

## (二)在《人工辅助生殖指南》中的地位

紧接着《规范》的颁布,意大利卫生部于2004年7月22日颁布了《人工辅助生殖指南》(Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita,以下简称《指南》),这是一个《规范》的实施细则,但它也对自己的主法进行了一定的修正。例如,在其“胚胎的保护措施:针对人类胚胎的实验”(对《规范》第13条的解释)部分,第3条第4款规定:禁止出于优生目的进行植入前诊断。任何根据第14条对试管中培养的胚胎的健康状况进行的检测只能是观察性的。如果检测发现胚胎的发育具有不可逆转的严重畸形,主治医生应根据第14条第5款将此告知有关夫妇。在此等情形,并不强制植入胚胎。如果未实施植入,对此等胚胎在试管里的培养应维持到其自灭。<sup>[36]</sup>按此款,对胚胎的植入前诊断不能是甄别性的,也就是说,即使通过检测知道了胚胎患有严重疾病,也不能将其销毁(通常的方式是以酒精浸泡<sup>[37]</sup>)。有关夫妇可以选择植入(估计为此等选择的夫妇为零或很少),也可以放弃植入。如果做出了后种选择,也只能让胚胎“自然死亡”。显然,《指南》赋予了人工受孕体享有生命权的人的地位。尽管它在时间上后于《母性社会保护与自愿流产规范》,但它赋予人工受孕体的地位高于此等《规范》赋予自然受孕体的地位,因为后者允许孕妇对胚胎进行甄别性检测,并允许她们在妊娠90天的期间内决定对畸形的胎儿进行人流。

## 五、人工受孕体在当代意大利判例中的地位

从2004年2月颁布《规范》至今,在意大利已产生了至少21个有关判例,它们反映了意大利法院面对生活现实对人工受孕体的法律地位所持的立场,主要聚焦于受孕体植入前诊断的优生目的是否合法的问题。它们以2007年卡利亚里法院的判决为分水岭,此前的判例对这一问题持否定态度,尔后的判例对这一

[34] See Irma Gelashivili, Legal Status of Frozen Embryo, In Journal of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Faculty of Law, No.1, 2012, p.52.

[35] 参见甘绍平《作为一项权利的人的尊严》,载《哲学研究》2008年第6期。

[36] Cfr. Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita, Su [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_normativa\\_469\\_ulterioriallegati\\_ulterioreallegato\\_0\\_alleg.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_469_ulterioriallegati_ulterioreallegato_0_alleg.pdf) 2015年4月19日访问。

[37] See Irma Gelashivili, Legal Status of Frozen Embryo, In Journal of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Faculty of Law, No.1, 2012, p.55.

问题持肯定态度,所以,本节对这一判例进行较为详细的述评。<sup>[38]</sup>

### (一)基本案情

2005年,卡利亚里法院面临一个这样的案件:X.Y(女)与Z.J(男)是事实婚关系。X.Y患有不孕症,但极想做母亲,于是到一个有资质的医院做了试管婴儿植入手术,但在怀孕后第11周做的一个绒毛活检发现,胎儿带有乙型地中海贫血症(Thalassemia)。这是一种遗传性血液病,体现为由于先天性基因缺陷致使人体不能正常合成血红蛋白珠蛋白。在正常的情况下,每个人都会拥有两组正常的血红蛋白基因:一组来自父亲,一组来自母亲。如果夫妻双方都带有地中海贫血基因,他们的子女就有25%的可能患上重型地中海贫血,有50%的可能患上轻型地中海贫血。<sup>[39]</sup>显然,X.Y的胎儿患有乙型地中海贫血由于他们夫妇一方或双方带有这种病的基因造成,他们的配子结合产生的胚胎具有携带这种病的可能,但不必然携带。如果携带而不做出生前干预,出生的胎儿需要定期输血,因为他们缺少正常的血红素,红血球携氧功能差。<sup>[40]</sup>为了避免这样的结果,X.Y像医生对所有遇到这种情况的母亲建议的那样选择人流,这给她极大的打击,她因此患上了极度的忧郁焦虑症,受此病折磨达一年。尔后,她尝试第二次人工受孕。这次,她要求医生在植入胚胎前诊断他是否有毛病,以免发生前次的不幸。这也是为了维护母亲的健康权所需,因为植入一个有严重疾病的胚胎会给母亲的身心健康造成严重损害。但《规范》第13条第3款禁止为优生目的选择人类胚胎,Giovanni Monni医生据此拒绝了X.Y的要求。

### (二)原告主张

X.Y于是在卡利亚里法院起诉负责她的人工辅助生殖的医院。其理由是:母亲的健康权受《宪法》第32条第1款的保护。它规定:共和国把健康作为个人的基本权利和社会利益予以保护……<sup>[41]</sup>而且,如果不许进行植入前诊断,也影响了有关胚胎存活的机会,因为如果久拖不决,胚胎被冷冻的时间过长,他们会败坏,影响了他们将来被植入的机会。此外,如果不顾原告的请求植入未经诊断的胚胎,会违反上列《宪法》第32条第1款,由此怀疑《规范》第13条第3款违宪。X.Y及其伴侣请求授予X.Y获得就已形成的胚胎进行植入前诊断的权利,并判处被告执行他们要求的对胚胎实施基因病诊断。<sup>[42]</sup>

### (三)检察院的立场

检察院(Pubblico Ministero)根据《民事诉讼法典》第70条介入了这个诉讼。该条规定了检察院可以介入婚姻案件。X.Y夫妇提起的诉讼可能被视为婚姻案件构成了检察院介入的理由。该院认为,只有在已提出请求的情况下才可允许对胚胎进行植入前诊断,有如《规范》第14条第5款的规定,其辞曰:可以利用人工辅助生殖技术的主体将被通知胚胎的数目,在他们请求的情况下,也会被告知已制作并将植入子宫的胚胎的健康状况。但《指南》第14条第5款对此做了限缩解释,规定对植入前胚胎的健康状况的检测只能是观察性的,换言之,不能是甄别性的。这一解释明显与《规范》第13条第2款和第14条第5款冲突。与后者的冲突显然是化大为小。与前者的冲突何在?该款规定,对人类胚胎的诊所研究和实验可以进行,但必须以保护胚胎自身的健康和发育为目的。<sup>[43]</sup>这样的规定蕴含了胚胎的健康出生权的理念,由此推论,如果不许对胚胎的健康状况进行以甄别为目的的检测,让这样的胚胎转化为儿童,例如,患有地中海贫血症的胚胎转化为儿童,他们终身都需要输血,把父母的钱袋榨干后早夭,违反的是胚胎自身的权益。《规范》保

[38] 来自 Maria Paola Costantini, Legge 40: Il contributo della giurisprudenza, Su <http://www.voxdiritti.it/?p=2621>, 2015年4月17日访问。

[39] 参见郭晓玲等《胚胎植入前诊断——a地中海贫血一例》,载《中国优生与遗传杂志》2010年第4期,第128页。

[40] 参见维基百科“地中海贫血”词条,载 <http://zh.wikipedia.org/wiki/地中海贫血>, 2015年4月16日访问。

[41] 参见姜士林、陈玮主编《世界宪法大全》(上卷),中国广播电视出版社1989年版,第1112页。

[42] Cfr. Erica Palmerini, Trib. Cagliari, 22,9,2007, In La Nuova Giurisprudenza civile commentata, 2008, Parte Prima, p.250.

[43] Cfr. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Su [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_normativa\\_454\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_454_allegato.pdf), 2015年4月20日访问。



障这一权益,《指南》不予保障,所以它们间是矛盾的。最后,检察院建议法院不适用层级较低的《指南》,而适用层级较高的《规范》,接受原告的诉求,命令实施对胚胎的植入前检查,理由是保障胚胎的健康发育权。

#### (四)宪法法院的裁决

原告已于2005年6月1日把胚胎交付冷冻保存,为了防止损害母亲的心理健康以及胚胎的健康,要求采用预防程序,基于权利存在的迹象证据(Fumus boni iuris)命令被告实施植入前诊断。经这样的催促,卡利亚里法院放弃了普通程序,转入预防程序,于2005年7月16日做出了一个裁定,把案件转交宪法法院审查《规范》第13条是否违反《宪法》第2条、第3条和第32条。对于第2条和第32条的内容,本文前面已介绍过。第3条是这样规定的:“(1)全体公民,不问其性别、种族、语言、宗教、政治信仰、个人地位及社会地位如何,均有同等的社会身份,并在法律面前一律平等。(2)共和国的任务,在于消除经济及社会方面的障碍——实际上限制公民自由与平等、阻碍人格充分发展和全体劳动者真正参加国家政治、经济及社会组织的障碍。”〔44〕说关于针对人类胚胎进行的实验的《规范》第13条违反此条,无非说《规范》第13条针对胚胎的医学处置设立的种种限制妨碍了不孕不育夫妇的生育权的实现,造成了他们与其他人在法律面前的不平等。

宪法法院于2006年10月24日做出裁定,认定卡利亚里法院提出的《规范》第13条是否违反《宪法》第2条、第3条和第32条的问题不成立,因为该院明显自相矛盾,因为它提出的《规范》的特定条款是否违宪的问题,根据该院的裁定本身的立场,也可由《规范》的其他未受攻击的条文引发,还可由根据按启示性的标准对《规范》的整个文本进行的解释引发。〔45〕这样,宪法法院实际上就拐着弯承认了《规范》第13条合宪。〔46〕

#### (五)卡利亚里法院的最终判决

案件又回到卡利亚里法院审理。此番X.Y放弃了预防程序,改为选用普通程序审理自己的案件。2007年9月22日,受案法院做出判决,允许对胚胎进行植入前诊断,依据是《宪法》第3条和第32条,承认这对夫妇有权知晓胚胎的健康状况,这是《规范》第14条第5款承认的。而且,根据《宪法》第32条第2款,〔47〕不得强制他们植入胚胎于女方的子宫中。在这一过程中,法院放弃了适用《指南》。〔48〕如果检测出胚胎有基因病,将放弃植入,此等胚胎按天主教教理可以被理解为遭遇了人工流产。〔49〕换言之,被客体化了。所以,卡利亚里法院2007年9月22日的判决具有里程碑式的意义,它把《规范》赋予植入前胚胎的主体地位打破了,代之以赋予此等胚胎受保护的客体的地位。

但卡利亚里法院的判决遭到了意大利主教大会(Conferenza Episcopale Italiana)秘书长 Giuseppe Betori 神父的批判,他认为该判决违背了《规范》,也违背了宪法法院的裁定。而天主教会是支持《规范》的,面对新问题,无意改变这一立场。〔50〕

〔44〕 参见姜士林、陈玮主编《世界宪法大全》(上卷),中国广播电视出版社1989年版,第1111页。

〔45〕 Cfr. Ordinanza Corte Costituzionale n. 369 del 9 novembre 2006, Su [http://www.uar.it/laicita/procreazione\\_assistita/corte-costituzionale-ordinanza-369-2006.html](http://www.uar.it/laicita/procreazione_assistita/corte-costituzionale-ordinanza-369-2006.html), 2015年4月16日访问。

〔46〕 Cfr. Alessandro Gigliotti, L'ordinanza della Corte costituzionale sul divieto di diagnosi preimpianto, Su [http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza\\_costituzionale/diagnosi\\_reimpianto/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/cronache/giurisprudenza_costituzionale/diagnosi_reimpianto/index.html), 2015年4月16日访问。

〔47〕 它规定,除非依据法律规定,不得强迫任何人接受某种医疗措施。在任何情况下,法律均不得破坏人格尊严应有的界限。参见姜士林、陈玮主编《世界宪法大全》上卷,中国广播电视出版社1989年版,第1112页。

〔48〕 Cfr. Erica Palmerini, Trib. Cagliari, 22, 9, 2007, In La Nuova Giurisprudenza civile commentate, 2008, Parte Prima, p.261.

〔49〕 但在英国进行的调查的结果,90%的妇女认为放弃植入与人流不同,10%的妇女认为与人流同。参见[英]M.L.Palomba《植入前诊断的心理影响和接受程度》,赵小菲摘,载《国外医学计划生育分册》1995年第1期,第54页。

〔50〕 Cfr. <http://www.ilgiornale.it/news/cei-contro-tribunale-cagliari-no-ai-test-preventivi-sugli.html>, 2015年4月17日访问。

## 六、结论

在意大利,不同的法律赋予了人工受孕体不同的法律地位。《规范》赋予了人工受孕体主体的地位,《指南》回到1925年版的《意大利刑法典》的立场,赋予了人工受孕体已出生的人的地位,两者赋予人工受孕体的地位都高于现行《意大利刑法典》、《意大利民法典》以及合同法判例赋予自然受孕体的地位,前者和后者都赋予自然受孕体受保护的客体的地位,中者赋予其附解除条件的主体的地位,但它们这样的立场与宪法法院1975年的第27号判决采用的立场是一致的。这样,人工受孕体的法律地位在整个意大利法中的地位是不一致的,首先是在专门调整人工辅助生殖的法律内部不一致,其次在调整人工受孕体地位的法律与调整自然受孕体地位的法律和判例间不一致。这种不一致成为摆在法院面前的难题,它们只能消除此等不一致,达成一种可行的对人工受孕体的法律定位:受保护的客体。

能否出于优生目的对人工受孕体进行植入前诊断是判断此等受孕体是主体还是客体的核心指标。在这里,“主体”是行动的目的的意思,“客体”是行动的手段的意思。《指南》采用了“超级”主体说,只允许为观察目的进行此等诊断,不许受孕体成为其父母满足优生目的的手段。《规范》采用了一般主体说,允许母亲在植入前经请求知晓受孕体的健康状况,从而为受孕体成为其父母满足生育目的,进而满足其优生目的的手段保留了空间,在这个意义上,此时的受孕体已被客体化了。事实上,人工辅助生殖技术本身就是不孕不育夫妇满足自己生育目的的手段,此种技术的成果不被手段化是令人奇怪的。谈论人工受孕体与其父母间的手段——目的关系,关涉的是母亲(乃至父亲)和国家的权利与胚胎的权利的冲突,因为植入的胚胎畸形导致不得已的人流对父母(尤其是对母亲)是一场身体上的和精神上的灾难。生出患有不可治愈的基因病的胎儿不仅对父母,而且对新生儿本身和国家都是一场灾难。卡利亚里检察院打造的胚胎的健康出生权的概念已昭示了阻遏这样的出生对于胎儿本身的意义,X.Y及其伴侣提出的孕育从而人流一个有不可治愈的基因病的孩子有害于母亲的身心健康的观点昭示了阻遏这样的出生对于母亲的意义,没有人昭示的是阻遏这样的出生对于意大利国家的意义。我们知道,意大利是一个全民免费医疗的国家,如果出生一个有不可治愈的基因病的孩子,他要终身求医用药,这对于意大利国家财政,从而对于所有的纳税人,是一个多么大的负担!卡塔兰诺教授在讲保护胚胎的目的是增加国家的人口时,心里想的也是增加具备基本健康的人口吧!

富有意味的是,一旦打开了植入前诊断的口子,就开启了自然生殖人工化的大门,因为自然受孕体的基因病检测不如对人工受孕体进行检测那么方便(在试管里检测当然比通过子宫居者的输出信息进行检测容易得多!),也不能低成本地在发现问题后终止下一步的生命进程,所以,从意大利的一些判例可知,有些非不孕不育患者也为了优生目的(或为剔除患有严重的基因病的胚胎的目的)利用人工辅助生殖技术,这样就背离了此等技术系用于弥补不能自然生育的缺憾的目的,而使其演化为优生工具。对自己是否是基因病携带者没有自信的人,会越来越多地利用这一技术。在我看来,追求优生,符合父母、胎儿、国家三者的利益,没有什么不好。但问题在于如此利用人工辅助生殖技术会产生较多的剩余胚胎甚至病胎,不论怎样处理他们,他们都被工具化了。

那么,对于《规范》竭力避免产生的剩余胚胎应怎样处理?《规范》也好,《指南》也好,都对此不置一言。但笔者认为,意大利已有了解决能否把这样的胚胎捐赠给科研机构的判例。这只是剩余胚胎的第一种出路;第二种出路是胚胎收养,第三种出路是通过代孕母亲让受孕体转化为胚胎,进而转化为人,第四种解决是国家充当所有这些胚胎的母亲,把他们分配给需要的夫妇。我们看到,这些出路在保守的意大利都障碍重重。第1条出路本被《规范》禁止,但此等禁止已有被突破的迹象,因为一些判例已经允许制作的胚胎超过三枚,

并允许不全部植入,这样就突破了过去的“不产生剩余胚胎”的设计,对于这种胚胎的科研客体出路,宪法法院正在长考,至今未有决定。至于其他三条路,都违反了《规范》第4条第3款禁止异配子人工受孕之规定的精神。《规范》的制度设计是利用不孕不育夫妇自身的配子完成生殖,所以才有那么多的涉及基因病遗传阻断的案例。实际上,如果允许异配子人工辅助生殖,这样的案例要减少许多。

最后要说的是,宜兴冷冻胚胎案不大可能在意大利发生,理由一,意大利法不允许制作13枚胚胎;理由二,意大利法原则上不许冷冻胚胎。

从实质来看,无锡中院判处沈杰、刘曦的父母监管、处置胚胎口惠而实不至,因为实际上的监管仍在南京鼓楼医院之手,这是一个高技术活,需要尖端的设备,非专业人员想监管也监管不了。法院实际上授予双方老人的不过是处置权,也就是在1年的保存期后同意医院丢弃胚胎之权。其他的处置,例如通过代孕把胚胎转化为孩子,目前的法律不允许。而且,即使允许,13枚胚胎也太多。按一位代孕母亲接纳两枚胚胎计,需要至少7名代孕母亲,需要的费用恐怕是天文数字。就算他们花得起这个代孕费,4个老人能否养得起13个孙子,也是一个极大的问题。由此我们可以看出意大利的《规范》把受精胚胎的制作数目限制在3个以下有其道理,尽管此等限制也造成了强制一个母亲怀三胞胎的问题以及制作的胚胎数目不足难以完成筛选无基因病的植入胚胎的问题。

(责任编辑 吴一鸣)