

國立政治大學法律科際整合研究所
碩士學位論文

早期胚胎法律問題研究
——以中國大陸相關法制為中心

A Study on the Legal Issues of Early-embryo
——Focus on the Legal System of Mainland China

指導教授：王海南 博士

研究生：黃宇

中華民國一〇四年七月

國立政治大學法律科際整合研究所
碩士學位論文

早期胚胎法律問題研究

——以中國大陸相關法制為中心

A Study on the Legal Issues of Early-embryo

——Focus on the Legal System of Mainland China

指導教授：王海南 博士

研究生：黃宇

中華民國一〇四年七月

謝辭

在政治大學三年的研究生時光真的是一眨眼就過去了，還記得剛到台灣的時候，一切都是新奇陌生的，轉眼間到了當下，已經是三年後要離開的時候，一切都是留戀與回憶。

在這三年結束的時候，以這篇謝辭對自己這三年的時光做一個總結。

在台灣這三年時間裡，我學到了很多東西，不僅僅是在學校學到的知識，更有對台灣這個社會的了解，在這三年中，我經歷了很多次兩岸之間的學生或者民眾對於各種社會議題的衝突，使我更能了解當下兩岸之間的矛盾在什麼地方，為什麼歷史課綱微調會在台灣學生之中引發那麼大的抵制情緒，為什麼服務貿易協議的通過會在台灣有那麼多的阻力。這些問題都是需要對台灣社會，歷史背景有很多深入的了解後才能真正理解的。而在台灣三年時間，根本不可能對這些問題有一個全面深入的了解，但這短短的三年也讓我學會了用更加理性的眼光審視這些觀點，而不是一味的否定。在這一過程中我也更深的體會到自己知識的不足，需要更多的學習。

我能有這個機會來台灣學習，首先要感謝對我全力支持，無私奉獻的父母，沒有他們我根本不可能完成這三年的學業。

而在論文的寫作過程中，我也對自己專業的知識有了更多更深入的了解，同時也對法學的研究方法有了初步的掌握，這要感謝我的指導老師王海南老師在這一年時間內對我論文的指導，從最初論文題目的選擇，到之後的大綱擬定，以及每章的行文內容，沒有他的幫助，我難以獨立完成。

感謝王文杰老師對我們陸生在政大法學院學習與生活上的幫助，以及在論文

口試過程中提供的寶貴意見。

感謝林秀雄老師、戴瑀如老師答應做我的口試委員，兩位老師提供的很多修改意見都直指我論文中的不足之處，讓我對這個議題有了更深刻的認識。

感謝靜蘭學姐在我論文寫作過程中對我論文提供的意見及建議，她的觀點總是能切中問題的要害，對我有很大的啟發。

感謝張相在我生活迷惑之時給我的鼓勵。

感謝大陸法中心的各位小伙伴，論文寫作之餘，到大陸法中心總是能找到不一樣的歡樂。感謝羽球小分隊的各位學弟妹，每週打球的時間能夠在體育館揮灑汗水是非常快樂的一件事。

感謝我這 25 年之間遇到的所有人或事，讓我的成長過程豐富多彩。也到了該長大的時候，是時間放下曾經的稚氣，擁抱新的生活了，希望這之後的人生能過得更加美麗。

黃宇

2015 年 7 月於台北木柵

摘要

传统大陆法系民法体系下，「物」与「人」乃二元对立之概念。随着人类观念的发展及科学技术的进步，民法上的「物」和「人」的也在不断发展变化之中，在近几年来，生殖科技逐渐兴起并不断发展，随之出现了可以于体外存活的冷冻早期人类胚胎，其属性应当是民法上的「物」还是「人」引发了很多法律上的争论。而在中国大陆由于人工生殖法律并未完善，也因此出现了早期胚胎处置权不明等一系列与早期胚胎相关的问题。而这些问题的本质是，早期胚胎是人还是物？

本文通过对比两岸法律中关于胎兒以及早期胚胎相关的规定，分析在相同的文化背景下的两岸法律中，早期胚胎是一个怎样的地位。并结合外国法律提出早期胚胎在中国大陆应当受到怎样的对待。本文的主要内容包括：

一、早期胚胎的生物学属性以及传统法律中关于人和物的规定，提出早期胚胎为何在法律中会是一个尴尬的存在。

二、两岸法律下有关早期胚胎以及胎兒的规定，两岸学者对早期胚胎地位的看法。提出本文对于早期胚胎法律地位的看法。

三、早期胚胎处置权在大陆的处理模式。

四、国外对早期胚胎相关问题的规定，主要介绍相对开放的英国、相对保守的德国以及摇摆不定的美国。

五、提出早期胚胎相关问题的立法建议。

關鍵字： 中國大陸 早期胚胎 胎兒 處置權 權利能力

Abstract

Under the traditional system of civil law, "property" and "person" are concepts of binary oppositions. With the progress of the human mind and the development of science and technology, the meaning of "property" and "person" in the civil law is constantly evolving and changing. In recent decades, the reproductive technology grew up and continued to develop. Because of the appearance of IVF , frozen human early-embryos can survive out of human body. There is a question. Are these human embryos "property" or "person". In mainland China, the legislation of reproductive technology is imperfect. Because of this, a series of issue on early-embryos are showing up. The nature of these problems is whether the early-embryo is a person or property.

This paper compares the provisions on fetal and early-embryo of Taiwan and P.R.China,finding the status of early-embryo in the same culture.The main contents include:

1 、 Biological properties of early-embryo and provision of property and person in traditional common law.The reason why is early-embryo an awkward Existence in traditional law.

2 、 Provision of fetal and early-embyro.The points of scholars in Taiwan and P.R.China on the status of early-embyo.

3 、 The right to dispose early-embryos in P.R.China.

4 、 The foreign provisions on early-embryo including England,German and America.

5 、 Legislative proposals related to the issue of early embryos.

Key words : Mainland China ; Fetal ; Early-embryo ; Disposal right ; Capacity of civil rights



目錄

參考文獻：	1
第一章、緒論	13
第一節、研究動機及問題意識	13
第二節、研究目的、方法及範圍	17
第三節、研究架構	18
第二章、早期胚胎之發育生物學概述	21
第一節、人體胚胎發育過程簡述	21
第二節、早期胚胎在生殖科技中的應用	26
第三章、傳統民法人物二分與新興生殖科技	31
第一節、傳統民法下的人與物	32
第二節、胎兒的法律地位	38
第三節、生殖科技下的新討論	50
第四章 早期胚胎之法律地位	57
第一節 兩岸既定法規範下的早期胚胎法律地位	57
第二節 早期胚胎法律地位的學界探討	71
第五章、體外早期胚胎的處置權與權利能力	95
第一節、早期胚胎處置權	96

第二節、體外早期胚胎之權利能力	116
第六章、外國立法例	125
第一節、英國法	125
第二節、德國法	133
第三節 美國法	140
第四節、其他國家	145
第五節、本章小結	147
第七章、立法建議及結論	151
第一節 立法建議	151
第二節、結論	155
附錄一：	159
附錄二：	163
附錄三：	165
附錄四：	171

參考文獻：

中文部分：

專書類（按作者姓名筆劃排序）：

1. Dieter.Medicus 著，邵建東譯，德國民法總論，2002年09月，台灣，第二版。
2. 王利明主編，中國民法典學者建議稿及立法理由，2005年06月，法律出版社，北京。
3. 王利明，人格權法研究，2012年09月，中國人民大學出版社，北京，第二版。
4. 王澤鑑，侵權行為法，2011年08月，台北。
5. 王澤鑑，人格權法，2012年01月，台北。
6. 王澤鑑，民法總論，2014年02月版，台北。
7. 甘添貴，刑法各論（上），2013年09月，台北，修訂三版。
8. 吳光明，新物權法論，2006年08月，台北。
9. 邱聰智，民法總則（上），2005年02月，台北。
10. 佟柔主編，民法總則，1992年，中國人民公安大學出版社，北京，第二版。
11. 冷傳莉，論民法中的人格物，2011年04月，法律出版社，北京。
12. 林山田，刑法各罪論（上），2006年11月，台北，第五版。
13. 林秀雄，繼承法講義，2009年版，台北。

14. 林誠二，民法總則（上），2005年09月，台北，再修訂一版。
15. 周治平，刑法各論，1968年06月，台北。
16. 法治斌，董保城，憲法新論，2012年09月，台北，第五版。
17. 胡長清，中國民法總論，1997年12月，中國政法大學出版社，北京。
18. 施啟揚，民法總則，2009年08月，台北，第八版。
19. 姚瑞光，民法總則論，2002年09月版，台北。
20. 高英茂，徐昌芬，組織學與胚胎學，2001年08月，人民衛生出版社，北京。
21. 郭明瑞，房紹坤，關濤，繼承法研究，2003年07月，中國人民大學出版社，北京。
22. 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，民法繼承新論，2011年09月，台北，修訂七版。
23. 梁慧星主編，中國民法典草案建議稿附理由（總則編），2004年12月，法律出版社，北京。
24. 張玉敏主編，民法，2003年05月，人民大學出版社，北京。
25. 張玉敏，中國繼承法立法建議稿及立法理由，2006年06月，人民出版社，北京。
26. 張明楷，外國刑法綱要，2007年，清華大學出版社，北京，第二版。
27. 黃立，民法總則，1990年10月，台北，第二版。
28. 鄒仲之，組織學與胚胎學，2013年03月，人民衛生出版社，北京，第八版。
29. 楊立新，民法總論，2007年05月，高等教育出版社，北京。
30. 楊立新，民法物格制度研究，2008年10月，法律出版社，北京。
31. 楊立新，人格權法，2011年10月，法律出版社，北京。
32. 趙文俊，徐立，朱曦合譯，德國民法，1992年02月，台北。

33. 趙秀梅主編，民法學，2012年03月，法律出版社，北京。
34. 蔣月主編，民法總論，2007年12月，廈門大學出版社，廈門。
35. 翟中和，王喜忠，丁明孝，細胞生物學，2011年06月，高等教育出版社，北京，第四版。
36. 韓松，民法總論，2014年01月，法律出版社，北京，第二版。
37. 魏振瀛主編，民法，2000年09月版，北京大學出版社，北京。
38. 聶毓秀，組織學與胚胎學，2000年07月，人民衛生出版社，北京，第二版。

專書論文（按作者姓名筆劃排序）：

1. 王澤鑑，對未出生者之保護，載於：王澤鑑，民法學說與判例研究第四冊，2004年10月，台北，頁241-274。
2. 蔡宗珍，憲法、國家權力與人性圖像——以胚胎植入前基因診斷術之合憲性問題為中心，載於：國際刑法學會台灣分會主編，民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年，台北，頁433-460。

期刊論文（按作者姓名筆劃排序）：

1. 王芬，通過輔助生殖技術生育子女應經男女雙方同意，人民司法（案例），2014年第14期，頁4-7，2014年。

2. 王海南，由法律觀點談人工生殖技術，法律評論，第 52 卷第 6 期，頁 6-13，1988 年 06 月。
3. 王海南，人工生殖子女之法律地位——兼評人工生殖法中涉及身分關係之相關規定，法令月刊，第 58 卷第 08 期，頁 102-106，2007 年 08 月。
4. 王富仙，受精卵法律地位之探索，法學叢刊第 46 卷第 3 期，頁 1-18，2001 年 07 月。
5. 何建志，反反胚胎商品化的一些法律論證，律師雜誌第 285 期，頁 47-61，2003 年 6 月。
6. 李祖全，熊偉，胎兒損害賠償請求權的民法分析，蘭州學刊，2005 年第 5 期，頁 191-194，2005 年。
7. 李陽春，李智良，論胎兒利益的總括保護主義，當代法學，第 17 卷第 10 期，頁 99-101，2003 年。
8. 李震山，胚胎基因工程之法律涵意——以生命權保障為例，台大法學論叢，第 31 卷第 3 期，頁 1-16，2002 年 05 月。
9. 李震山，德國「幹細胞法」之介評，月旦法學雜誌，第 87 期，頁 242-249，2002 年 08 月。
10. 李燕，金根林，冷凍胚胎的權利歸屬及權利行使規則研究，人民司法(應用)，2014 年第 13 期，頁 35-40，2014 年 7 月。
11. 侯英冷，從子女最佳利益原則檢視人工生殖法草案，律師雜誌，第 318 期，頁 16-29，2006 年 03 月。
12. 孫良國，夫妻間冷凍胚胎處理難題的法律解決，國家檢察官學院學報，第 23 卷第 1 期，頁 110-120，2005 年 01 月。

13. 徐海燕，論體外早期人類胚胎的法律地位及處分權，法學論壇，第 29 卷第 154 期，頁 146-152，2014 年 07 月。
14. 徐國棟，體外受精胚胎的法律地位研究，法治與社會發展，總第 65 期，頁 50-66，2005 年 10 月。
15. 馬憶南，夫妻生育權衝突解決模式，法學，2010 年第 12 期，頁 15-19，2010 年 12 月。
16. 張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度建構，科技與法律，2014 年第 2 期，頁 276-295，2014 年 02 月。
17. 張業亮，美國圍繞胚胎幹細胞研究的道德和倫理爭議，美國研究，2013 年第 3 期，頁 62-88，2013 年。
18. 許耀明，生命的起點？——從歐洲人權法院 2004 年 Vo v. France 案談起，台灣法學雜誌，總第 144 期，頁 55-68，2010 年 01 月。
19. 陳仲嶙，蘇夏曦，前胚胎地位之研究——以製造胚胎提供幹細胞為例，生物科技與法律研究通訊，第 13 期，頁 37-66，2002 年 01 月。
20. 陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第 18 卷第 3 期，頁 41-90，2007 年 04 月。
21. 陳志忠，胚胎及胚胎幹細胞研究之法律規範——瑞士幹細胞研究法對我國之啟示，政大法學評論第 104 期，頁 61-128，2008 年 08 月。
22. 陳英淙，由德國聯邦憲法法院之判決（BVerfGE 88，203）探討墮胎合法化問題，憲政時代，第 28 卷第 1 期，頁 66-88，2002 年 07 月。
23. 陳英鈺，人類胚胎幹細胞研究的法問題——胚胎的基本權利地位，律師雜誌，第 285 期，頁 16-29，2003 年 06 月。

24. 陳英鈐，人類胚胎幹細胞的憲法問題，台北大學法學評論，第 56 期，頁 41-110，2005 年 06 月。
25. 陳英鈐，人工生殖法的幾個問題，法令月刊，第 58 卷 8 期，頁 117-127，2007 年 08 月。
26. 陳英鈐，李政憲，日本胚胎幹細胞研究管制體系（上），政大法學評論，第 104 期，頁 129-182，2008 年 08 月。
27. 陳聰富，自然人的權利能力，月旦法學教室，第 216 期，頁 42-52，2013 年 04 月。
28. 曾淑瑜，人類胚胎在法律上之地位及其保護，法令月刊，第 54 卷第 6 期，頁 4-17，2003 年 06 月。
29. 楊立新、朱呈義，動物人格權之否定——兼論動物之法律「物格」，法學研究 2004 年第 5 期，頁 86-102，2004 年 10 月。
30. 楊立新，人的冷凍胚胎的法律屬性及其繼承問題，人民司法，2014 年第 13 期，總第 696 期，頁 25-30，2014 年 07 月。
31. 楊立新，一份標誌人倫與情理勝訴的民事判決——人的體外胚胎權屬爭議案二審判決釋評，法律適用，總第 344 期，頁 48-55，2014 年 11 月。
32. 雷文攻，解構我國胚胎保護規範體系——發現父母生育自主的地位，台大法學論叢第 33 卷第 4 期，頁 1-36，2004 年 07 月。
33. 雷文攻，人類胚胎的法律地位：為何人類胚胎不應該是權利主體？，人文及社會科學集刊，第 19 卷第 1 期，頁 51-91，2007 年 03 月。
34. 滿洪杰，人類胚胎的民法地位芻議，山東大學學報，2008 年第 6 期，頁 97-102，2008 年 06 月。

35. 趙梅，選擇權與生命權——美國有關墮胎問題的論爭，美國研究，1997年第4期，頁55-88，1997年04月。
36. 劉士國，人工生殖與自然法則，人民司法(應用)，2014年第13期，頁31-34，2014年7月。
37. 劉召成，胎兒的準人格構成，法學家，總第129期，頁66-81，2011年12月。
38. 劉長秋，人類輔助生殖技術的刑法學思考，東方法學，2008年第2期，頁37-48，2008年02月。
39. 劉長秋，我國生命法及其立法完善研究，法治研究，2013年第7期，頁58-64，2013年07月。
40. 歐永銘，論人工生殖法對胚胎幹細胞研究之發展與影響，月旦法學雜誌，總第156期，頁89-114，2008年05月。
41. 潘線宇，以生育權衝突理論為基礎探尋夫妻間生育權的共有屬性，法學評論，總第171期，頁60-66，2012年01月。
42. 蔡維音，擬似權利主體之法律意涵——重新建構人類基因之法律定位，成大法學，第2期，頁41-74，2001年12月。
43. 戴東雄，孩子，你的父母是誰，法學叢刊，第三十二卷第一期，頁13-29，1987年01月。
44. 戴瑀如，從德國立法例論我國新人工生殖法對親屬法之衝擊，法令月刊，第58卷第8期，頁128-145，2007年08月。
45. 謝榮堂，吳佩珊，幹細胞爭議與各國立法規範研究，軍法專刊，第55卷第6期，頁106-131，2009年12月。

學位論文（按作者姓名筆劃排序）：

1. 張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，政治大學法律研究所碩士論文，1999年，指導教授：法治斌。
2. 張燕玲，人工生殖法律問題研究，山東大學博士學位論文，2006年，指導教授：梁慧星。
3. 陳世杰，墮胎罪之研究，東海大學法律系碩士論文，2003年，指導教授：張麗卿。
4. 陳勳慧，英美幹細胞研究之政治分歧，政治大學政治研究所碩士論文，2008年，指導教授：何思因。
5. 謝秉孝，英國胚胎及胚胎幹細胞研究之管制體系——兼論英國經驗對我國之啟發，國立中央大學法律與政府研究所碩士論文，2011年，指導教授：陳英鈴。

英文部分(按作者首字母排序)：

1. David, T. O. : The Case against Thawing Unused Frozen Embryos, Vol.15 NO.4, The Hastings Center Report 7-12(Aug., 1985).
2. Edwards, Robert / Steptoe, Patrick: Establishing full term human pregnancy using leaving embryos grown in vitro, 87 Br J Obstet Gynaecol, 737-740(2009).

3. Mitalipov, Shoukhrat / Wolf, Don : Totipotency, Pluripotency and Nuclear Reprogramming, 114, Adv Biochem Eng Biotechnol, 185-199(2009).
4. Spits, Claudia / Sermon, K. : PGD for monogenic disorders: aspects of molecular biology, 29, Prenat Diagn, 50-56(2009).
5. Wilcox, A. J. / Baird, D. D. / Weinberg, C. R. : Time of implantation of the Conceptus and loss of pregnancy, in: New England journal of medicine, 1796-1799(1999).

網路資料：

- 1、台灣人工生殖相關法律法規

見 <http://www.hpa.gov.tw/BHPNet/Web/Rule/LawShow.aspx?No=200801170001>

- 2、Human Fertilisation and Embryology Act 2008

見 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

- 3、Bush vetoes embryonic stem-cell bill

見 <http://edition.cnn.com/2006/POLITICS/07/19/stemcells.veto/>

- 4、Davis V. Davis The Embryo Project Encyclopedia,

見 <http://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992>

- 5、Department of Health and Social Security, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology,

見 http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf

- 6、National Institutes of Health, Introduction: What are stem cells, and why are they important?

見 <http://stemcells.nih.gov/info/basics/pages/basics1.aspx>

7、National Institutes of Health, What are the potential uses of human stem cells and the obstacles that must be overcome before these potential uses will be realized?

見 <http://stemcells.nih.gov/info/basics/pages/basics6.aspx>

8、NIH, National Institutes of Health Guidelines on Human Stem Cell Research,

見 <http://stemcells.nih.gov/policy/pages/2009guidelines.aspx>

9、The Official Home of UK Legislation, Human Fertilisation and Embryology Act,

見 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/15>

10、人民網，英國上議院批准人類受精及胚胎學法案 2008 修正案

見 <http://scitech.people.com.cn/n/2015/0227/c1007-26604758.html>

11、中國新聞網，中國首例冷凍胚胎繼承權案二審改判胚胎可繼承，

見 <http://www.chinanews.com/fz/2014/09-17/6602481.shtml>

12、台灣女人健康網，人工生殖法答客問。

見 http://www.twh.org.tw/policy_law_word.aspamuni2=Y&lawid=00050

http://www.twh.org.tw/policy_law_word.aspamuni2=Y&lawid=00050&lawcatid=00001&lawcat2id=00001&lawcatnm=%EF%BF%Bd%EF%BF%BD%EF%BF%BD&nouse=2225

13、長江商報，武漢六成胚胎遭遺棄「冰封生命」去向尷尬，

見 <http://www.changjiangtimes.com/2015/04/499837.html>

14、新世紀生命科學課程改進計劃

見 <http://www.dls.ym.edu.tw/lesson/mend.htm>

15、新浪新聞中心：丈夫車禍身亡妻子為留種要求繼續胚胎移植，

見 <http://news.sina.com.cn/s/2004-10-29/03504741607.shtml>

16、新華網，全球試管嬰兒數量快速增長，

見 http://news.xinhuanet.com/tech/2013-10/16/c_117739879.htm

17、姚恆美，各國幹細胞相關政策趨向寬鬆，推動力度加大，

見 <http://www.libnet.sh.cn:82/gate/big5/www.istis.sh.cn/list/list.aspx?id=7446>

18、廣東醫學院附屬生殖醫學中心，冷凍胚胎，

見 <http://www.gd513.com/xyjy/xsyj/192.html>

19、駐法國台北代表處科技組，法國胚胎研究改革升溫——保守勢力仍操盤 科學家及臨床醫師推動一個清楚且更有許可性的人類胚胎幹細胞法令

見 <http://france.most.gov.tw/ct.asp?xItem=1000511002&ctNode=159&lang=C>

20、鳳凰網，強制墮胎無法無天

見 <http://news.ifeng.com/opinion/special/duotai/>



第一章、緒論

第一節、研究動機及問題意識

傳統大陸法系民法體系下，「物」與「人」乃二元對立之概念，人作為權利主體，享有權利，承擔義務，而「物」作為權利客體只能是權利義務的載體。隨著人類觀念的發展及科學技術的進步，民法上的「物」和「人」的概念也在不斷發展變化之中，在近幾十年來，生殖科技逐漸興起並不斷發展，隨之出現了可以於體外存活的冷凍人類胚胎，醫療人員為了將之與已經著床之胚胎相互區分，故而創設了「早期胚胎」¹之概念。隨著生殖科技的發展，早期胚胎在法律上所凸顯出的問題逐漸受到重視，早期胚胎究竟屬於「人」還是屬於「物」？關於早期胚胎之研究，如胚胎幹細胞研究是否應當被准許？如果早期胚胎是物，那它是否可以被用於交易，它的所有權人是誰，是否可以當作財產被繼承？如毀損早期胚胎應當負有哪些責任？等等一系列問題需要得到解答。這些問題在全球範圍內被廣泛的討論，早期胚胎被各國學者解釋為人台灣學者關於早期胚胎之定位也存在有很多的看法。

「早期胚胎」相關問題大多為在「人工生殖」技術發展過程中產生的，人工

¹ pre-embryo, early-embryo, 中文翻譯或稱前胚胎，胚前期。前胚胎之用語見：陳仲麟，蘇夏曦，前胚胎地位之研究——以製造胚胎提供幹細胞為例，*生物科技與法律研究通訊*，第13期，頁37，2002年1月。早期胚胎之用語見：徐海燕，論體外早期人類胚胎的法律地位及處分權，*法學論壇*，第154期，頁146，2014年7月。陳英鈴，人類胚胎幹細胞研究的法律問題，*律師雜誌*，第285期，頁16。此一概念並非傳統胚胎學、人體發育學常用之概念，惟近年來關於未著床胚胎的議題不斷增多，主要集中在體外冷凍胚胎的廢棄、胚胎幹細胞研究等問題上，醫療人員及醫學家對於未著床之胚胎漸漸多使用早期胚胎這一概念，似乎多少減輕了其在對這些胚胎進行操作時，道德上的壓力。

生殖過程中，「早期胚胎」通常會被冷凍保存，而僅有處於早期胚胎時期的胚胎才可以被冷凍保存與母體之外，故而本文以下所稱「冷凍胚胎」、「體外早期胚胎」為相同之事物。台灣「人工生殖法」於 2007 年公佈，雖然並沒有對「人工生殖」以及「早期胚胎」所產生的所有問題作出全面的解答，但在很多方面已經有較為詳盡的規範。而相對的大陸在人工生殖方面的相關規定僅僅有衛生部所公佈的「人類輔助生殖技術管理辦法」這一部門規章與相應的配套規定「人類輔助生殖技術規範」、「人類精子庫基本標準和技術規範」、「人類輔助生殖技術與人類精子庫的倫理原則」幾個文件。一來「人類輔助生殖技術管理辦法」法律位階較低，二來在很多內容的規範上並不完備，相關配套措施也存在缺陷。也因此產生了一些實際應用上的問題。

而在 2013 年就發生了一起人工生殖相關的法律糾紛²。

沈某（男）和劉某（女）因受不育不孕困擾於 2012 年 2 月至南京市鼓樓醫院生殖醫學中心進行人工生殖手術。在體外胚胎受精完成後，於鼓樓醫院內冷凍保存，醫院原定於 2013 年 3 月 25 日進行胚胎移植，但 3 月 20 日，沈某與劉某因車禍沈某當場死亡，而劉某則在五天后死亡。隨後雙方父母因對冷凍胚胎監管處置權發生爭執，沈某父親沈某某、母親邵某某一直訴狀將劉某父母劉某某、胡某某告上法庭，要求繼承放在鼓樓醫院生殖醫學中心的受精胚胎。

一審宜興市人民法院根據案情將鼓樓醫院追加為當事人，並認為體外因施行體外受精-胚胎移植手術過程中產生的受精胚胎是具有生命潛能，含有未來生命特徵的特殊之物，故不能像一般之物一樣任意轉讓與繼承，遂駁回了沈某某與邵某某的訴求。

²（2014）錫民終字第 01235 號。

沈某某與邵某某不服一審判決，上訴至無錫市中級人民法院，認為中國大陸法律並沒有明確受精胚胎非繼承標的，不能繼承。涉案胚胎的所有人沈某、劉某死亡後，受精胚胎為其合法財產，應當屬於繼承法第三條第七項所稱的「公民的其他合法財產」中，在沈某、劉某死亡後，理應由其獲得受精胚胎的所有權，由其監管、處置胚胎。沈某、劉某與鼓樓醫院所簽署的相關協議同意鼓樓醫院在手術後對胚胎享有處置權，但沈某、劉某手術並沒有結束，二人已經死亡，鼓樓醫院並不能依據協議取得處置胚胎的權利，法院認定胚胎不能被繼承，將導致無人享有對於胚胎的處置權。

而鼓樓醫院則認為冷凍胚胎非尋常之物，不能被視作遺產繼承，衛生部規定冷凍胚胎不能被買賣、贈送、代孕。同時沈某劉某已死，而冷凍胚胎的用途只能是代孕，依照現行法律，代孕是違法的，所以沈某某和邵某某即使獲得這些胚胎也沒有用處。

二審無錫市中級人民法院認為：1、沈某和劉某與南京市鼓樓醫院簽署相關知情同意書，約定胚胎冷凍保存期限為一年，超過保存期限則同意由鼓樓醫院將胚胎丟棄，然沈某劉某意外死亡，契約因發生了當事人不可預見的情形且非其所願而不能繼續履行，南京市鼓樓醫院單方面不能處置胚胎。2、中國大陸現行法律對於胚胎沒有明確定位，應當結合案情，考慮倫理、情感、特殊保護利益等因素確定胚胎的相關權利的歸屬。而劉某與沈某的父母獲得這些胚胎於情於理是合適的，當然，權利人在行使其權利時，應當遵守法律且不得違背公序良俗及損害他人利益。3、根據衛生部的規定，冷凍胚胎不能買賣、贈送及代孕，但並未否認人對胚胎享有的權利，且這些規定是衛生行政管理部門對於醫療機構及人員在從事人工生殖時的規定，南京市醫院不能給予部門規章的行政管理規定對抗當

事人基於私法所享有的權利。

該案雖然在無錫市人民法院審結之後告一段落，但卻突顯出了中國大陸在人工生殖這一方面立法的不完備，缺乏胚胎的定位以及管理措施。人工生殖技術自出現之後至今，在全球範圍內已經有數百萬人工生殖子女，而在中國大陸，技術面已非常成熟。但同時，伴隨著人工生殖技術的發展，大量的冷凍胚胎無人認領，被遺棄在醫療機構之中，關於冷凍胚胎的處置，中國大陸缺少相應的法律法規，且冷凍胚胎的法律地位不明，醫療機構對於這些胚胎不知如何處置。一般情況下，醫療機構會與當事人簽訂協議，同意醫療機構在超過保存期限的情況下由醫療機構處置胚胎，但事實上冷凍胚胎的管理比較混亂，且存在地下黑市交易胚胎³。

基於以上事實可以得出這樣的結論，中國大陸現行法下人工生殖規範相當不完備，早期胚胎法律地位不明，且缺乏早期胚胎的銷毀機制。雖然生殖技術已經非常成熟，但立法尚在起步階段。

由於本人大學時修習生物學，對早期胚胎在生物學上的屬性有所了解，希望能與法學相關知識結合，討論法律上應當如何看待早期胚胎。

同時對比台灣學者關於早期胚胎在憲法上生命權的討論，對中國大陸關於人工生殖、早期胚胎提出一些建議。

³ 長江商報，武漢六成胚胎遭遺棄「冰封生命」去向尷尬，見 <http://www.changjiangtimes.com/2015/04/499837.html> 最後瀏覽日 2015/6/16

第二節、研究目的、方法及範圍

由於早期胚胎與胚胎還有胎兒這些概念有其在生物學上的含義，在以法律對其加以規範時，不可避免的要考慮到這些事物的本質特性。本人希望能夠結合生物學和法學上的相關概念，對於早期胚胎這一概念在法律上應該有怎樣的評價加以分析，另外結合中國大陸在去年審結的胚胎繼承案，對早期胚胎的繼承權或處置權作一定討論，並對中國大陸現行的人工生殖相關法規加以分析，並提出個人的立法建議。

本文試圖從早期胚胎的生物學屬性出發，結合法律上關於「物」和「人」的相關概念的界定，討論早期胚胎在民法上的合適定位。同時，由於胎兒是在民法上最接近於早期胚胎的事物，故而會將「早期胚胎」和「胎兒」這兩個概念分別在生物學和在法律中的意義作對比，並提出本文的觀點——不必將體內的早期胚胎階段排除在民法上的胎兒「概念」之外。

由於關於「早期胚胎」的案例並不多，本文會以國際上出現過的相關案例出發，討論在不同國家，不同法律文化下法官對「早期胚胎」態度。並最終以大陸的法律文化為背景，重點討論「早期胚胎」在中國大陸應當具有如何的法律地位。在此過程中會以兩岸學者對「早期胚胎」為基礎，討論將早期胚胎視作「權利主體」的觀點，將早期胚胎視為「權利客體」的觀點，已經將早期胚胎視為介於主體客體之間的「中間態」的觀點之間的不同，分析各個觀點的利弊，並最終得出自己的觀點。

在得出本文的對於早期胚胎的法律地位的結論之後，本文會以該結論為基礎，分析中國大陸去年所發生的冷凍胚胎處置權糾紛應當如何解決，並同時討論中國

大陸法制關於早期胚胎之規定在該案中所暴露出的問題。並最終結合其他國家的立法例對中國大陸關於早期胚胎以及人工生殖相關立法提出一些自己的建議。

第三節、研究架構

本文第一章為緒論部分。

第二章主要從生物學角度出發，首先討論本文所涉及的到的相關概念在生物學上的含義，包括受精卵、早期胚胎、胚胎、胎兒這些未出生的人的屬性，以及在生物學上的細胞分化、細胞全能性的概念，因為這些概念在一些法學家對早期胚胎的討論中曾被用作其論點。第二章第二節會簡要介紹從上世紀七十年代開始，近幾十年來隨著人工生殖科技的出現和興起，而出現的一些法律爭議比較大的生物學應用。

第三章第一節主要討論民法上的「物」與「人」的概念的變遷，並著重討論兩岸民法下胎兒的法律地位，作為之後討論早期胚胎的基礎。第三章第二節則提出民法「物」與「人」二元劃分在生殖科技逐漸發展的當代所面臨到的局限。

第四章主要討論「早期胚胎」的法律地位，第一節討論兩岸的現行法下早期胚胎的相關內容是如何被規範的。第二節討論兩岸學者對早期胚胎的看法，包括將早期胚胎視作人，將早期胚胎視作物，和將早期胚胎視作介於人與物之間的中間態的看法。第三節以之前的討論為基礎，結合早期胚胎的生物學屬性，提出個人的看法——「早期胚胎」是介於人與物之間的中間態。

第五章則在提出本文對早期胚胎法律地位的看法後，將重心放在去年的胚胎

處置權糾紛一案上，討論在具體的操作中，早期胚胎與人工生殖所面臨的相關問題。第一節主要介紹胚胎處置權糾紛一案的經過，以及一審二審法官的對於此問題的看法，之後討論在夫妻關係發生變化或者一方死亡的情況下，早期胚胎的處置權應當如何歸屬，在夫妻雙方都死亡的情況下，早期胚胎的處置權又應當如何歸屬。

這之前都是對早期胚胎物的屬性的討論，雖然文獻上很多都認為早期胚胎兼具人與物的屬性，但卻少有文獻討論對早期胚胎的權利能力有所討論，在第五章第二節，本人提出一些本人關於早期胚胎的權利能力的一些簡單的想法，雖然不切實際，但卻合情合理。

第六章簡單介紹英國、德國等一些胚胎保護立法起步比較早的一些國家的立法，主要關注點在各國法律下早期胚胎的法律地位問題。

第七章就本文所討論的內容提出一些對中國大陸關於早期胚胎立法的一些建議。

第八章結論。



第二章、早期胚胎之發育生物學概述

哺乳動物的發育從單個受精卵細胞開始，經過複雜的演變過程，包括細胞增殖，分化，識別，遷移和功能表達，以及組織與器官的形成，逐漸成為一個健全的生物個體。生物學上將人體的發育依特徵表象變化分成了胚胎期和胎兒期，而早期胚胎則是指胚胎期的前兩週，這一階段包括：受精、卵裂、胚泡形成、著床⁴。在此過程中，細胞並未高度分化，細胞尚保持著高度的分化潛能。

要討論早期胚胎在繼承法上的問題，就首先對早期胚胎本身生物學上的一些特徵加以討論，並討論早期胚胎與胚胎期、胎兒期的個體的差別，這樣才能夠更清楚為何對於同屬於未成型的人類個體，人類發育的不同階段，法律上會有不同的評價，並以此作為之後討論早期胚胎法律問題的基礎。人體發育學本是生物學上一重要分支，存在許多複雜概念與體系，如希望在一篇法律論文中即可對其作深入探討，不異於緣木求魚，不切實際。本章僅從人體發育學基礎層面作簡單介紹，並對對之後本文論點有所支持的生物學概念做詳細介紹、分析。

第一節、人體胚胎發育過程簡述

「人」之概念，無論從生物學，法學或是社會學上都沒有一個統一的明確的定義，人之生命從何時開始也是生物學上懸而未決的一個難題。然而，如果要從生物學上對人類發育進行討論，則毫無疑問要從受精開始。受精是兩性生殖細胞——精子細胞和卵細胞相互融合，相互激活的過程。受精完成後，

⁴ 高英茂，徐昌芬，組織學與胚胎學，頁 311，2001 年 08 月，人民衛生出版社，北京。

一個受精卵細胞經過複雜的分裂，增殖為多個細胞，這些細胞又經過細胞分化，轉變為不同的細胞類型，不同的細胞間相互識別，遷移，逐漸形成組織、器官乃至最後的人類個體。而人類成年後，生殖功能逐漸健全，高度分化的生殖細胞——精子細胞和卵細胞又重新形成。

在人類發育的過程中，存在著很多法律上難以加以定義的「物質」，如「精子細胞」、「卵細胞」、「受精卵」、「胚胎」和「胎兒」。又因當代自然科學技術——尤其是生殖技術的發展，以上這些「物質」很容易出現在人體之外，獨立於人體而存在。這就情況下，法律不得不對其性質、地位加以定義、規範。

在討論這些法律規範之前，我們要先討論這些「物質」在生物學上的特性。在這裡就從細胞分裂、細胞分化產生精子細胞和卵細胞開始。

一、細胞全能性和生殖細胞

細胞分裂是一個母細胞產生兩個子細胞的過程，通常這兩個子細胞是相同的，部分情況下產生的兩個子細胞是不同的⁵。細胞分裂是生物體增長和繁殖的基礎。而細胞分化則是指在細胞分裂過程中，子細胞的基因選擇性表達，而在結構和功能上，產生了與母細胞的穩定性的差異⁶。

在個體的發育過程中，通過細胞分裂，個體細胞數目增加，而使個體成長，而通過細胞分化，產生不同類型的細胞、組織和器官。

人類個體早期的受精卵，和早期卵裂生成的細胞⁷，具有形成一個完整人類個體的潛能，這一潛能被稱作細胞全能性（totipotency）。而隨著人類胚

⁵ 翟中和，王喜忠，丁明孝，細胞生物學，頁 281，2011 年 06 月，高等教育出版社，北京，第四版。

⁶ 翟中和，王喜忠，丁明孝，細胞生物學，頁 318，2011 年 06 月，高等教育出版社，北京，第四版。

⁷ 哺乳動物一般不超過 16 個細胞時期的卵裂球。

胎發育和細胞分化過程，細胞的功能逐漸專一化，雖然細胞核內尚保留了人類個體所有的遺傳信息，但卻喪失了成為一個完整個體的潛能。人類受精卵分裂、分化為早期的具有高度多能性（pluripotency）的胚胎幹細胞（stem cell），而在之後的分化過程中，細胞分化潛能逐步受到限制⁸。

生殖細胞（精子和卵細胞）是人類高度分化的細胞，不同於其他細胞的是，生殖細胞的細胞核內僅擁有一個體一半遺傳信息，即基因。生殖細胞在細胞多能性上，屬於完全沒有分化潛能的細胞。

二、 受精與受精卵

同前所述受精是精子細胞與卵細胞結合的過程，兩個生殖細胞相互融合，形成新的細胞核，重構了一個個體完整的遺傳信息，基因的重組使得遺傳信息重組，新個體具有完全不同於母體的新性狀。受精後代謝緩慢的卵細胞轉入代謝旺盛，開始分裂分化⁹。

受精卵與生殖細胞相比，具有完全的遺傳信息，具有最完整的分化潛能，即細胞全能性，是一個新的個體的開始。

⁸ Mitalipov , Shoukhrat / Wolf, Don : Totipotency, Pluripotency and Nuclear Reprogramming , 114 , Adv Biochem Eng Biotechnol, pp185-199(2009).

⁹ 聶毓秀，組織學與胚胎學，頁 292，2000 年 07 月，人民衛生出版社，北京，第二版。

三、 胚前期

這個階段即本文所討論的重點，在這一階段受精卵開始分裂分化，在 36 小時內分裂成為八細胞，這八個細胞完全相同，仍具有全能性，獨自具有可以成長為一個個體的可能¹⁰，PGD (preimplantation genetic diagnosis) 即是取出試管嬰兒在此階段的細胞，對胚胎日後成長為個體並無影響，以此細胞來檢測胚胎是否攜帶有遺傳疾病的基因¹¹。在三到四天內形成多細胞的實心細胞群，被稱為桑椹胚 (morula)，並在第四天之後，進入子宮腔，形成有規律排布的細胞組織，被稱為囊胚，這些細胞保持有高度的分化潛能，即多能性，此為胚胎幹細胞研究的來源，IVF (in vitro fertilization, 試管嬰兒, 體外受精) 技術即是將取人體的生殖細胞，於體外進行受精，培養至囊胚期後植入母體。實心的細胞群在細胞達到 100 個左右的時候逐漸匯合在一側，形成一個腔體，被稱為胚泡。胚泡壁由單層細胞組成，而匯合在一起的細胞群則會形成將來的胚胎。從受精第 5、6 天到受精第 11、12 天，胚泡逐漸埋入子宮內膜中，這一過程被稱為植入 (implantation) 或著床 (imbed)，在著床過程中，細胞逐漸增殖分化為上下兩個胚層¹²。

胚前期的細胞具有高度的多能性，相比於受精卵，胚前期的細胞在細胞分裂的早期仍具有全能性，具有成長為一個完成個體的潛能，然而在八細胞期之後，全能性喪失，但這些細胞群可以分化為人類大部分的組織中的細胞，具有很高的利用價值。

¹⁰ 同卵多胞胎即是該時期受精卵所分裂之細胞各自發育成為多個胎兒。

¹¹ Spits C. / Sermon K. , PGD for monogenic disorders: aspects of molecular biology , 29, Prenat Diagn, pp.50-56(2009).

¹² Wilcox A.J. / Baird D.D. /Weinberg C.R. , Time of implantation of the Conceptus and loss of pregnancy, in: New England journal of medicine, pp1796-1799(1999).

四、 胚胎期

在著床結束後，到第八週末初具人形前的這段期間被稱為胚胎期，在這一時段，中胚層形成，三胚層分化，並逐漸分化為各種組織和器官，這是細胞大規模的增殖，分化，遷移，識別和死亡的結果。在這一過程中，人類原始的神經、心血管系統逐漸形成，眼、耳、鼻出現，顏面逐漸具體，四肢和外生殖器逐漸完善。

這一過程是人體器官、組織原基發生的重要時期，故此時期對致畸因子極其敏感，是最易發生先天性畸形的時期¹³。孕婦在這一時期應盡量遠離致畸因子。

導致畸形的原因多數是由基因和環境共同作用，而這些環境因素被稱為致畸因子 (teratogen)，包括：

- 1、生物因素：各類病毒及微生物。
- 2、物理因素：各種射線、機械性壓迫和損傷。
- 3、藥物：各種抗生素。
- 4、化學因素：各類重金屬、防腐劑、工業廢料。
- 5、其他：吸煙、酗酒、缺氧及嚴重營養不良。

受到致畸因子影響最易發生畸形的時期便為胚胎期，胚前期受到致畸因子影響後，胚胎通常會死亡，而胎兒期由於器官已經趨於完備，故而不會產生宏觀的畸形¹⁴。

¹³ 聶毓秀，組織學與胚胎學，頁 307-308，2000 年 07 月，人民衛生出版社，北京，第二版。

¹⁴ 鄒仲之，組織學與胚胎學，頁 299-300，2013 年 03 月，人民衛生出版社，北京，第八版。

五、 胎兒期

從第八週末以後到出生這段時期被稱為胎兒期，在此期間，胎兒除了頭部特大以外，已經初具人形。這一期間主要是組織和器官功能逐漸完善的時期。

第二節、早期胚胎在生殖科技中的應用

同第二章第一節所述，早期胚胎期乃受精之後，至第十四天著床完成之前的這段時間，相對於胚胎期，由於早期胚胎期細胞尚未全面分化，主要器官組織也尚未產生，故而在醫學研究上，所冒的倫理風險較小。同時由於早期胚胎處在分化初期，在八細胞期之前，早期胚胎具有全能性，每個細胞都有獨自成長為一個人類的潛能，而在之後的早期胚胎的細胞雖喪失全能性，但仍具有高度多能性，有分化成為大部分人類細胞的潛能，故而具有很高的研究價值。也正是因為這些原因，當代生殖技術中存在許多對於早期胚胎的利用，同時又因早期胚胎的倫理上的原因，也產生了很多法律上的問題。本節主要介紹法律上討論比較熱門的一些生殖技術，作為之後討論早期胚胎法律地位的前提。

一、 IVF 試管嬰兒與冷凍胚胎

1978 年 7 月 25 日世界上第一個試管嬰兒在英國胚胎學家 Edwards 和婦產專家 Stephone 的努力下誕生，該技術從婦女體內取出卵細胞，從成年男子體內取出精子細胞，並經特殊處理後，將兩者的生殖細胞放入培養基中，進行受精，在受精數日，形成囊胚後再移入母體子宮內，進行著床，植入¹⁵。以此方式解決各類不育不孕症狀。此技術在誕生之後於世界範圍內快速發展，不斷完善，至 2007 年全球以試管嬰兒技術誕生的寶寶已增至 250 萬人¹⁶。伴隨著試管嬰兒在全世界的推廣，該技術也引發了許多法律上的討論，由於試管嬰兒可能存在有婚姻內父母、配子提供者以及懷孕母親五個人的存在，故而會產生代孕子女的法律地位問題，這一問題在許多文獻中都有討論，在此不再詳述。

而胚胎冷凍技術（cryopreservation）是伴隨 IVF 所使用的配套技術，胚胎冷凍是使試管培養技術取得的胚前期的胚胎置於零下 196 攝氏度的環境下保存，以期在合適的時間進行植入的一種方法。冷凍胚胎包括 2-3 天八細胞期胚胎的冷凍，和 5-6 天囊胚期胚胎的冷凍，故而冷凍胚胎事實上是體外的早期胚胎¹⁷。以此方式可以提高人工生殖的成功率，並且可以減少侵入性手段取卵的次數，保護受術者的健康。很多進行體外受精的夫婦都會在體外育成胚胎後，選擇將其冷凍。

¹⁵ Edwards, Robert / Steptoe, Patrick : Establishing full term human pregnancy using leaving embryos grown in vitro , 87 Br J Obstet Gynaecol , pp737-740 (1980) .

¹⁶ 新華網，全球試管嬰兒數量快速增長，見 http://news.xinhuanet.com/tech/2013-10/16/c_117739879.htm 最後瀏覽日 2015/6/16

¹⁷ 廣東醫學院附屬生殖醫學中心，冷凍胚胎，見 <http://www.gd513.com/xyjy/xsyj/192.html> 最後瀏覽日

二、胚胎幹細胞相關研究

胚胎幹細胞的研究事實上也是伴隨 IVF 的發展所興起的，同前所述，動物細胞因其分化潛能不同而有全能 (Totipotent)、高度多能 (Pluripotent)、多能 (Multipotent) 與單能 (Unipotent) 之分¹⁸，具有多種分化潛能的細胞被稱為幹細胞，幹細胞根據其來源不同而非為胚胎幹細胞、造血幹細胞、成體幹細胞等。胚胎幹細胞 (embryonic stem cell) 乃是從人類早期胚胎的囊胚的內細胞群中提取並培養的而成的細胞株，由於人類早期胚胎囊胚中的細胞具有高度多能性，故而理論上可以分化成為人體所有器官和組織的細胞¹⁹。1998 年美國科學家 James Thomson 從體外受精所得的人類早期胚胎囊胚階段的內細胞群中培養取得胚胎幹細胞的細胞株，胚胎幹細胞的研究馬上成為全球的熱門議題，理論上，胚胎幹細胞有很多的應用前景，包括細胞治療，生產轉基因動物，器官移植等²⁰。相對於其他種類的幹細胞，胚胎幹細胞擁有最為完整的分化潛能，故而在醫學上的研究價值也最高。然而胚胎幹細胞的獲取會導致原本的胚胎死亡，故而存在很多道德爭議。

胚胎幹細胞研究之胚胎來源可能有以下幾種：人工生殖所剩餘之胚胎，為研究之目的而製造之胚胎。剩餘之胚胎由於不能存活於體外，而必然最終會走向死亡，故而研究利用之道德問題更小，相對的，刻意為研究而製造胚胎，最終將其殺死則在倫理道德上爭議更大。

¹⁸ Mitalipov , Shoukhrat / Wolf, Don: Totipotency, Pluripotency and Nuclear Reprogramming,114, Adv Biochem Eng Biotechnol, pp185-199(2009).

¹⁹ National Institutes of Health, Introduction: What are stem cells, and why are they important?

見 <http://stemcells.nih.gov/info/basics/pages/basics1.aspx> 最後瀏覽日 2015/6/16

²⁰ National Institutes of Health, What are the potential uses of human stem cells and the obstacles that must be overcome before these potential uses will be realized?

見 <http://stemcells.nih.gov/info/basics/pages/basics6.aspx> 最後瀏覽日 2015/6/16

除了從人類早期胚胎囊胚中獲得胚胎幹細胞外，體細胞核移植技術也被認為是一種獲得胚胎幹細胞的方式，這種技術即取生殖細胞卵細胞的細胞質基質，與成熟分化後的體細胞的細胞核，使其相互融合，並獲得具有較高多能性的細胞的方式。由於這種方式所製造的胚胎基本上僅含有一個親代的遺傳信息，基本上等同於對該親代基因型的複製，故而是一種無性繁殖的形式，存在很大的爭議。這種技術又會被稱為克隆。

從胚胎生殖細胞獲得之幹細胞並非早期胚胎之胚胎幹細胞，其全能性相對與胚胎幹細胞要低，醫學利用價值也因此相對較低，也非本文討論內容。





第三章、傳統民法人物二分與新興生殖科技

傳統民法下人與物乃二元對立之概念，人作為權利主體，享有權利，承擔義務，而物作為權利客體承載了權利與義務，胎兒通常被認為是擬制的權利主體。而新興生殖科技下，體外早期胚胎可以存活對這種二元對立的模式帶來的挑戰。

早期胚胎者，乃人體胚胎學自受精卵第一次分裂開始至著床結束這一時期。早期胚胎作為一生物學上概念，一方面，它並非法律上的「人」，不能將其視為權利主體，然而另一方面它有具有成長為一個「人」的潛能，並不能完全視作傳統意義上的「物」，故而有其存在的尷尬之處。

台灣學者對早期胚胎的討論多集中在早期胚胎胚胎幹細胞研究的問題上，故而在早期胚胎的法律地位這一問題上關注點多在憲法對生命權的保障²¹，以及人性尊嚴上，對冷凍胚胎如何處置這一問題討論較少。而大陸學者的討論則多集中在早期胚胎在民法上究竟應屬人抑或是物，其處置權和繼承權的問題上²²。

由於本文主要探討早期胚胎的繼承問題，故而本章首先討論兩岸民法上

²¹ 見李震山，胚胎基因工程之法律涵意——以生命權保障為例，台大法學論叢，第31卷第3期，頁1-16，2002年05月，李震山，德國幹細胞法之介評，月旦法學雜誌，第87期，頁242-249，2002年08月，陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第18卷第3期，頁41-90，2007年04月，陳英鈺，人類胚胎幹細胞的憲法問題，台北大學法學評論，第56期，頁41-110，2005年06月，陳英鈺，人類胚胎幹細胞研究的法問題——胚胎的基本權利地位，律師雜誌，第285期，頁16-29，2003年06月，曾淑瑜，人類胚胎在法律上之地位及其保護，法令月刊，第54卷第6期，頁4-17，2003年06月，雷文玫，解構我國胚胎保護規範體系——發現父母生育自主的地位，台大法學論叢第33卷第4期，頁1-36，2004年07月。

²² 見孫良國，夫妻間冷凍胚胎處理難題的法律解決，國家檢察官學院學報，第23卷第1期，頁110-120，2005年01月，徐海燕，論體外早期人類胚胎的法律地位及處分權，法學論壇，第29卷第154期，頁146-152，2014年07月，徐國棟，體外受精胚胎的法律地位研究，法制與社會發展，總第65期，頁50-66，2005年10月，張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度構建，科技與法律，2014年第2期，頁276-295，2014年02月，楊立新，人的冷凍胚胎的法律屬性及其繼承問題，人民司法，2014年第13期，總第696期，頁25-30，2014年07月，滿洪杰，人類胚胎的民法地位芻議，山東大學學報，2008年第6期，頁97-102，2008年06月，劉士國，人工生殖與自然法則，人民司法（應用），2014年第13期，頁31-34，2014年07月，流暢求我國生命法及其立法完善研究，法制研究，2013年第7期，頁58-64，2013年07月。

對權利主體、權利客體、物與人的定義，並進一步討論民法上人的生命權。之後會討論胎兒的法律地位。

在本章最後討論早期胚胎在民法下的法律地位，在此過程中會借鑒到台灣學者在討論早期胚胎幹細胞研究相關的生命權的討論，藉此作為之後討論早期胚胎繼承問題的前提。

第一節、傳統民法下的人與物

民法是對權利義務的規範，民事法律關係中，人作為權利主體，享受權利，承擔義務。而物作為權利客體，承載了權利義務關係。

民法上的人、權利主體、擁有權利能力和人格是相互聯繫統一的概念。人在權利義務關係中享有權利，承擔義務。民事法律關係包括人身關係和財產關係，而人身關係又可以成為財產關係發生的前提，如因侵害人身權而發生的損害賠償，因身分關係而發生的財產繼承等²³。

而繼承能力也是民事權利能力的一部分，如果同時他又可因某種身份關係，而成為繼承權的主體²⁴。

而假如一個事物是民法上的「物」，那它就只能成為各種權利義務關係的客體，便無生命權的保障，而自然可以成為遺產，成為繼承人繼承的標的²⁵。

故而要討論早期胚胎的繼承問題，就先對其是人抑或是人和物的中間態做出區分，在此之前先討論傳統民法中的人與物是如何定義的。

²³ 張玉敏主編，民法，頁 3-4，2003 年 05 月，人民大學出版社，北京。

²⁴ 趙秀梅主編，民法學，頁 541，2012 年 03 月，法律出版社，北京。

²⁵ 楊立新，人的冷凍胚胎的法律屬性及其繼承問題，人民司法，總第 696 期，頁 30-40，2014 年 7 月。

一、 傳統民法下的人

(一)、人與權利主體之概念

民法上的「人」包括自然人和法人，法人並非本文所要討論之內容，故而本文以下所稱之「人」皆為自然人。

無論台灣或是大陸有關民法總則內容的專書，對於人之概念都沒有一個統一精準定義，蓋因對人之定義是一件極難的事情。法律上的人首先應是生物學意義上的生命體，其次又擁有社會屬性²⁶。法律上的人乃由社會意義之人而來，故而要成為法律上之人必須具有社會意義上之人的特質，即至少需有「管理支配社會」、「公正平等而適當保護各個人與正當秩序中生活」、「恰如其分地歸屬各個人以其所應得」的能力，易言之，即須有對公正平等歸屬各人以其所應得之分額的積極主動的回應能力，而這種能力即權利能力²⁷。在法律上能夠享受權利，並承擔義務的能力，為權利能力。民法上，權利主體始有權利能力，具有權利能力又稱為有人格，故而民法上之人、權利主體、權利能力、人格乃相互統一之概念²⁸。

以上，民法上的「自然人」，具有自然屬性和社會屬性，首先應是生物學上的獨立個體，其次具有權利能力，乃權利主體。

台灣民法第 6 條稱：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」，大陸民法通則第 9 條稱：「公民從出生時起到死亡時止，具有民事權利能力，依法

²⁶ 冷傳莉，論民法中的人格物，頁 12-13，2011 年 04 月，法律出版社，北京。

²⁷ 邱聰智，民法總則（上），頁 134，2005 年 02 月，台北。

²⁸ 施啟揚，民法總則，頁 89，2009 年 8 月，台北，第八版。

享有民事權利，承擔民事義務。」。

兩岸民法雖都未對自然人有明確之定義，然皆體現了自然人之自然屬性，即皆是從「出生」²⁹開始，至「死亡」為止的人皆享有「平等」的民事權利能力。

而在羅馬法時代，並非每個「人類生命個體」都有權利能力，基於身分及階級的專制制度，許多人的權利能力受到限制³⁰。奴隸並非權利之主體，乃權利客體，然而在限制的範圍內，仍得為一定之行為，故而奴隸在當時的法律上同時被視為人和物³¹。隨著時代發展，人道、理性、平等等觀念的具體化，當代大陸法系下才形成了只要是「人類生命個體」即享有平等的權利能力的設定。

以上羅馬法到當代大陸法系人的概念改變是人的概念的社會屬性面的改變。

而在人的自然屬性面，當代兩岸的民法體系下，民法上對於權利主體的定義始於出生，終於死亡，是否出生對於一個個體而言乃是其自然屬性的改變，從而影響到其是否被認定成為一個權利主體，一個法律上的人。雖然已出生未死亡之自然人在民法上享有「平等」、「完整」的主體地位，並未有羅馬法上的限制權利能力，然而卻存在有另外的限制權利能力的主體，即胎兒。

關於胎兒的民法地位在本章第二節中進行討論。

²⁹ 關於出生定義則在學說上有各種標準，如陣痛說、一部露出說、獨立呼吸說等。

³⁰ 施啟揚，民法總則，頁 89，2009 年 08 月，台北，第八版。

³¹ 黃立，民法總則，頁 67，1990 年 10 月，台北，第二版。

(二)、人的生命權

人格乃是人區別於物最大的一個特徵。

人格權乃是民事主體固有的權利³²，故而一個「事物」如果是民法上的「人」，則必然享有包括生命權、健康權、身體權、姓名權在內的人格權。「人格權，系一種法律所賦予之力，以滿足其人之為人的利益。」³³兩岸雖然都沒有專門的《人格權法》，關於人格權的保護則體現在憲法、民法、刑法等各類法律文件之中。

生命權是人格權的一種。法律上的生命就是生命利益，僅指自然人的生命，具有至高無上的價值，是人的第一尊嚴。生命權以自然人的生命安全為客體，以維護人的生命活動延續，有限的生命利益支配權和司法保護請求權為其基本內容³⁴。自然人擁有享有其生命延續的權利。生命權具有優先於其他人格權的地位，任何人不能因為自己的健康權而侵害他人的生命³⁵。

現代醫療的發展離不開醫療實驗，醫療實驗乃是基於對全人類健康的保護而進行的，人體實驗乃是醫療實驗的一種方式，而人體試驗則很有可能危及他人的生命和健康，故而從保護和尊重人體的生命權出發，人體實驗應當尊重個人選擇，並且不得違反道德法律，明顯危害個人生命的人體試驗，即便經過同意，亦不得進行³⁶。

以上，如果將早期胚胎視作「人」，則必然會面對到對早期胚胎的人格權，生命權的問題，以及如何看待胚胎實驗。這些問題在之後加以討論。

³² 張玉敏主編，民法，頁 169-170，2003 年 05 月，人民大學出版社，北京。

³³ 王澤鑑，人格權法，頁 44，2012 年 01 月，台北。

³⁴ 楊立新，人格權法，頁 342-346，2011 年 10 月，法律出版社，北京。

³⁵ 王利明，人格權法研究，頁 284，2012 年 09 月，中國人民大學出版社，北京，第二版。

³⁶ 王利明，人格權法研究，頁 282，2012 年 09 月，中國人民大學出版社，北京，第二版。

二、傳統民法下的物

相對的，民事法律關係中存在權利主體，就必然存在權利客體。權利客體的概念在民法上依據不同的法律關係包括多個範疇：物權的權利客體是物，債權的權利客體是債務人的給付行為，親屬權的客體是人格和財產，而繼承權的客體是財產³⁷。

於是物乃民法中一重要範疇。關於物在民法上之定義，與物理學上物之定義完全不同。台灣民法上通說認為，物應包括有體物和無體物，有體物指動產和不動產等以固體、液體、氣體形式存在的物質，而無體物則指人類可以支配的自然力，包括電能、光能等³⁸。大陸學者雖多持有體物方為民法上的物的看法，然近年來已逐漸接受無體物亦為物的看法³⁹，於是這一概念即既包括理學上的物質：固體、氣體、液體，又包括理學上的能源：可供支配之自然力⁴⁰。

然而亦非所有的物質和能量均可認為是民法上的物，否則本文即可簡單的將胚胎歸為物。民法上的物在滿足是理學上的物質或能即有體物和自然力的同時，依據通說還應包含以下幾個要素：1、非人性。2、可供人類支配。

3、獨立性⁴¹。

³⁷ 邱聰智，民法總則（上），頁 403，2005 年 02 月，台北。

³⁸ 見王澤鑑，民法總論，頁 225-226，2014 年 02 月版，台北。施啟揚，民法總則，頁 217-218，2009 年 08 月，台北，第八版。黃立，民法總則，頁 152，1990 年 10 月，台北，第二版。林誠二，民法總則（上），頁 258，2005 年 09 月，台北，再修訂一版。姚瑞光，民法總則論，頁 220-221，2002 年 09 月版，台北。

³⁹ 見魏振瀛主編，民法，頁 119，2000 年 09 月版，北京大學出版社，北京。楊立新，民法總論，頁 139-140，2007 年 05 月，高等教育出版社，北京。蔣月主編，民法總論，頁 184-185，2007 年 12 月，廈門大學出版社，廈門。佟柔主編，民法總則，頁 146，1992 年，中國人民公安大學出版社，北京，第二版。

⁴⁰ 楊立新，民法物格制度研究，頁 9，2008 年 10 月，法律出版社，北京。

⁴¹ 見施啟揚，民法總則，頁 218-219，2009 年 08 月，台北，第八版。林誠二，民法總則（上），頁 259，2005 年 09 月，台北，再修訂一版。邱聰智，民法總則（上），頁 396-397，2005 年 02 月，台北。

物的非人性是物區別於人的一大特點，現代民法上，人乃權利義務關係的主體，人體本身與人體的一部分並不適合作為權利客體，否則則會像羅馬法一樣，使人成為商品或奴隸⁴²。然而隨著當代生物科技的發展，器官移植，輸血等醫療技術開始變得普遍，如果片面堅持物的非人性這一原則，則顯不妥，法律對於此一原則逐漸有所讓步，當代民法認為，離開人之身體之組織器官，如其分離不傷害人體健康，不違背公序良俗，則可認為是一般的物⁴³。德國曾發生有儲存精子滅失案，在BGHZ 124, 52案中，某甲儲存在某醫院乙的精子遭致滅失，甲因此向乙請求撫慰金，德國聯邦法院肯認甲的請求，認為乙侵害甲的身體。而關於此問題德國多數見解則認為，身體的一部分一旦離開身體，即成為物，無撫慰金請求權的適用。王澤鑑認為若身體部分的分割依權利主體的意思係為保持身體功能，或在將來再與身體結合時，則應認為在分割期間，仍與原權利主體有功能上的一致性⁴⁴。王式似認為身體分割之一部分若在保持與其本體一致的目的下進行的分割，仍應視為身體的一部分。

更有學者提出倫理物或人格物的概念，認為離開人體之組織器官應當賦予其特殊的地位，加以保護，然而其本質上還應當是物⁴⁵。具有相同處理模式的是人的屍體。法學家對人的屍體的處理是屍體是物，但非通常之物，由於屍體具有的殘餘人格，故而受到特別的保護⁴⁶。如兩岸刑法對於對毀損屍體的特殊規定等。

⁴² 林誠二，民法總則（上），頁 259，2005 年 09 月，台北，再修訂一版。

⁴³ 施啟揚，民法總則，頁 219，2009 年 08 月，台北，第八版。

⁴⁴ 王澤鑑，侵權行為法，頁 129，2011 年 08 月，台北。

⁴⁵ 人格物見冷傳莉，論民法中的人格物，頁 128-131，2011 年 04 月，法律出版社，北京。倫理物見楊立新，民法物格制度研究，頁 86-92，2008 年 10 月，法律出版社，北京。

⁴⁶ 施啟揚，民法總則，頁 219，2009 年 08 月，台北，第八版。

以上，若將早期胚胎視為普通之物，或是脫離人體之組織器官，進而視為倫理物或是人格物，則早期胚胎即可成為民法上之客體，自然可以成為繼承之對象。然而前文已經論及早期胚胎的特殊性，其性質遠沒有脫離人體的組織器官那麼簡單。關於這些問題將在後文做詳細介紹。

第二節、胎兒的法律地位

人的權利能力始於出生，終於死亡這一點是民法的普遍原理，無論在兩岸民法，還是世界各國的民法上差異都不大。有疑問的是胎兒。由於胎兒的地位比較特殊，是一種介於人與物之間的存在，其情形類似於早期胚胎，故而有必要就胎兒在民法上的地位做一定討論。另外有關胎兒的生命權，在台灣有刑法中墮胎罪以及優生保健法的相關規定，由於與早期胚胎相關，在本節中一併討論。

一、胎兒的權利能力

關於胎兒的權利能力世界各國規定有很大的差異。古羅馬法將胎兒視為既已出生。當代各國民法關於胎兒的權利能力有兩種立法方式，一是一般的規定胎兒如是活產，在出生前即具有權利能力，如瑞士民法，二是採個別主義，僅就繼承、遺贈、損害賠償等重要法律關係，胎兒視為既已出生。如德國民法、意大利民法、日本民法等⁴⁷。

⁴⁷ 佟柔主編，民法總則，頁 64-65，1992 年，中國人民公安大學出版社，北京，第二版。瑞士民法典第 31

此處關於「胎兒」的定義，並非生物學、醫學上所認為的受精八週以後的「胎兒」。德國民法典第 1923 條第 2 項：「在繼承開始時尚未出生，但已孕育的胎兒，視為在繼承開始前出生。」意大利民法典第 462 條規定：「所有在繼承開始時已經出生的或者已經受孕的人都享有被動遺囑能力。」越南民法典第 638 條第一項：「繼承人為個人時，必須是在繼承開始時活著的人；或是在繼承開始後出生並活著，且在被繼承人死亡前受胎的胎兒」⁴⁸從以上內容可以看出，各國民法典關於胎兒的權利能力或是繼承能力中的胎兒，都是從受胎或是受孕開始的，故而亦包括第二章中所談到的早期胚胎及胚胎（母體體內的）。

存在疑問的是德國聯邦憲法法院認為，受精卵在分裂早期，每一個細胞都有分裂並自主發展的能力，即第二章中醫學生物學上所言之細胞全能性（totipotency），每個細胞都有獨立變成一個人的潛能，故而個人的狀態應當是從著床，受精 14 天之後方才確立⁴⁹。該觀點受到廣泛的批評，並不能僅僅因為一個事物的潛力而否定它的存在。另外本文認為早期胚胎細胞的全能性事實上在八細胞期之後就已經消失，而僅僅存在高度多能性，故而即便要因此加以區分，也應當從八細胞期作為分界。德國聯邦憲法法院似乎在之後又改變了看法，認為人的生命從精卵結合那一刻便已形成，在那一刻起它就是一個生命，國家對其負有保護義務⁵⁰。然而就此生命現象是否具有權利能力並未直接闡明⁵¹。

條第二項：「胎兒，只要其出生時尚生存，出生前即具有權利能力。」，德國民法典第 1923 條第二款：「在繼承開始時尚未出生、但已孕育（erzeugt）之胎兒，視為在繼承開始前出生。」，日本民法典第 721 條：「胎兒就損害賠償請求權視為已出生。」，第 886 條：「胎兒就繼承視為已出生。」。

⁴⁸ 張玉敏，中國繼承法立法建議稿及立法理由，頁 31-33，2006 年 06 月，人民出版社，北京。

⁴⁹ 劉召成，胎兒的準人格構成，法學家，總第 129 期，頁 70-71，2011 年 12 月。

⁵⁰ 法治斌，董保城，憲法新論，頁 155，2012 年 09 月，台北，第五版。

⁵¹ 蔡宗珍，憲法、國家權利與人性圖像——以胚胎植入前基因診斷術之合憲性問題為中心，頁 453，載於：

二、台灣民法中胎兒的權利能力

台灣民法第 7 條稱「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」在學說上，胎兒的權利能力被視為一種「限制的權利能力」⁵²，因為胎兒的權利能力包括概括的、並無限制的權利，與全無的義務能力⁵³。並非完整的權利能力。另外胎兒的權利能力的性質通說上認為附有解除條件——若是出生時為死產，則其取得的權利能力溯及的取消⁵⁴。

對於胎兒，台灣民法沒有明確的定義。第一章第一節提及，胎兒在醫學和生物學上，被認為是人體胚胎學受精第八週結束後的存在形式，然而法律學者所說的胎兒卻並非如此。

法律學者多不會關注在母體體內的受精卵、胚胎抑或是胎兒的差別，而採受胎或受孕之說法⁵⁵。學者施啟揚引德國聯邦憲法法院認為：人的生命至遲始於受精卵著床時，而德國學術界認為，人的生命始於受孕並著床後的第 14 日⁵⁶。部分台灣學者亦有採此看法者⁵⁷。林誠二先生亦在其書中有「所謂胎兒，依法解釋，應不包括試管中者。」用語⁵⁸。胡長清稱「胎兒者，謂母

國際刑法學會台灣分會主編，民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，台北。

⁵² 施啟揚，民法總則，頁 90-92，2009 年 08 月，台北，第八版。

⁵³ 王澤鑑，民法總論，頁 114，2014 年 02 月版，台北。

⁵⁴ 王澤鑑，民法總論，頁 14-115，2014 年 02 月版，台北。林誠二，民法總則（上），頁 136，2005 年 09 月，台北，再修訂一版。施啟揚，民法總則，頁 92，2009 年 08 月，台北，第八版。姚瑞光，民法總則論，頁 40，2002 年 09 月版，台北。

⁵⁵ 邱聰智，民法總則（上），頁 209，2005 年 02 月，台北。

⁵⁶ 施啟揚，民法總則，頁 92，2009 年 08 月，台北，第八版。

⁵⁷ 林誠二，民法總則（上），頁 135，2005 年 09 月，台北，再修訂一版。

⁵⁸ 林誠二，民法總則（上），頁 135，2005 年 09 月，台北，再修訂一版。

體中之兒也，自成功受孕時起，始稱胎兒。」⁵⁹可見台灣法律學者對胎兒概念之起訖多是從受精卵起，出生為止。

台灣民法第 1062 條規定，自子女出生回溯第 181 天起至第 302 天止為受胎期間，可見台灣民法中所言的胎兒包括生物學醫學上所指的胚前期及胚胎期。

台灣民法關於胎兒的限制權利能力的立法借鑒於瑞士，而瑞士民法典第 544 條規定「嬰兒自懷胎時起有繼承能力，但以出生時生存者為限」⁶⁰。所謂懷胎即受精。可見瑞士民法中胎兒的限制權利能力也是從受精卵開始的。

在此種情況下，母體內的「早期胚胎」在法律上其實是被視作「胎兒」處理的。僅有部分學者如施啟揚，認為胎兒的限制權利能力，應從胚胎著床，即受精第十四天開始，排除了早期胚胎，然而施啟揚並沒有給出任何理由⁶¹。

三、大陸民法中胎兒的權利能力

在這一點上，大陸民法並沒有對胎兒有權利能力相關的規定，對於胎兒的特殊保護，僅體現在《繼承法》上，對胎兒繼承份額的規定⁶²。多數學者認為該條是例外承認胎兒繼承能力的規定，而少數學者認為該規定並非胎兒繼承能力的規定，而是不承認胎兒的繼承能力，僅是保護胎兒出生後的合法利益⁶³。

⁵⁹ 胡長清，中國民法總論，頁 60，1997 年 12 月，中國政法大學出版社，北京。

⁶⁰ 張玉敏，中國繼承法立法建議稿及立法理由，頁 32，2006 年 06 月，人民出版社，北京。

⁶¹ 施啟揚，民法總則，頁 92，2009 年 08 月，台北，第八版。

⁶² 「中華人民共和國繼承法」第 28 條：「遺產分割時，應當保留胎兒的繼承份額，胎兒出生時是死體的，保留的份額按法定繼承辦理。」

⁶³ 郭明瑞，房紹坤，關濤，繼承法研究，頁 5，2003 年 07 月，中國人民大學出版社，北京。

雖然學說和立法上主流意見認為胎兒不具有權利能力，然而個別學者已經承認了胎兒的權利能力，而部分法院也通過解釋，支持對於胎兒損害賠償的請求。

（一）、學理上的討論

學說上，主流學者依舊認為胎兒不能成為權利主體。然而部分學者認為胎兒作為將要成為權利主體的過渡形態，乃是一種準人格的存在。

學者劉召成認為人的生命發展過程應當始於受精卵的發育，人的人格在發育過程中不斷豐富⁶⁴。故而胎兒是一種準人格的存在，應當具有與其準人格狀態相應的部分權利能力⁶⁵。學者楊立新亦認為自然人的人格是不斷豐富發展的一個過程，在出生前，自然人已經具有了生命、身體、健康這些人格的基本要素，而在出生後，又通過自己的行為豐富自己的人格⁶⁶。故而胎兒在出生時為活體者，在其胎兒期間具有準人格，關於其個人利益之保護視為既已出生⁶⁷。另有學者建議為了充分保護胎兒利益，應當賦予胎兒獨立的民事權利主體地位，且該權利能力始於受孕，終於出生⁶⁸。在梁慧星教授和王利明教授分別主持制定的兩部民法典草案中均將胎兒權利保護定於民事法律關係主體的自然人章節⁶⁹。

另一種觀點認為，胎兒畢竟不同於人，關於胎兒的保護是一種總括的利

⁶⁴ 劉召成，胎兒的準人格構成，法學家，總第 129 期，頁 73，2011 年 12 月。

⁶⁵ 劉召成，胎兒的準人格構成，法學家，總第 129 期，頁 75-78，2011 年 12 月。

⁶⁶ 楊立新，人格權法，頁 49，2011 年 10 月，法律出版社，北京。

⁶⁷ 楊立新，民法總論，頁 72-73，2007 年 05 月，高等教育出版社，北京。

⁶⁸ 李祖全，熊偉，胎兒損害賠償請求權的民法分析，蘭州學刊，2005 年第 5 期，頁 192，2005 年 5 月。

⁶⁹ 分別見王利明主編，中國民法典學者建議稿及立法理由，頁 24 以下，2005 年 06 月，法律出版社，北京。梁慧星主編，中國民法典草案建議稿附理由（總則編）第 19 條，2004 年 12 月，法律出版社，北京。

益的保護，而不必要賦予胎兒權利能力⁷⁰。另有學者認為大陸民法對於胎兒受贈與及胎兒健康的損害賠償保護不充分，應當予以完善。而其他利益無關緊要⁷¹。

可以看出大陸學者關於胎兒權利能力的看法與國際上的立法分歧大致相同，分為三種觀點：一、一般地承認胎兒的權利能力。二、僅就個別重要權利承認胎兒的權利能力。三、不承認胎兒的權利能力，而認為是胎兒的一種利益。

（二）、法院判決

雖然立法上並未明確承認胎兒的權利能力，實務上已有法院通過解釋，支持對於胎兒損害賠償的請求。

案例一：福建省廈門市集美區人民法院（2000）集民初字第 317 號調解書，原告吳美治之夫、原告吳某某之父吳發展於 1999 年 9 月 23 日駕車與被告呂認識駕車相撞，造成吳發展當場死亡，吳某某當時仍是未分娩的胎兒，原告吳美治及吳某某請求法院判決呂認識賠償撫養生活費，對於吳某某於事故發生時尚為胎兒一節，法院稱「我國民法通則雖沒有明文規定對胎兒撫養權利的保護，但從我國民法立法精神和法律原則上來看，對胎兒的這種撫養權利同樣應予保護。這種對胎兒權利義務的保護，屬於人身權延伸保護的範疇，有利於保護第二代的健康成長，且又為各國立法通例，故將胎兒列為間接受害人範圍之內，使其享有損害賠償請求權，應屬妥當。」

⁷⁰ 李陽春，李智良，論胎兒利益的總括保護主義，當代法學，2003 年第 10 期，頁 97-98，2003 年 10 月。

⁷¹ 韓松，民法總論，頁 104，2014 年 01 月，法律出版社，北京，第二版。

案例二：甌海區人民法院 2014 溫甌民初字第 689 號判決，稱「被告答辯稱原告女兒系原告定殘後出生，不應賠償被扶養人生活費。然原告的女兒於 2014 年 9 月 7 日出生，出生孕週為 41 週，在原告發生交通事故時，已為胎兒，中華人民共和國繼承法第二十八條規定，遺產分割時，應當保留胎兒的繼承份額。可見胎兒雖不屬法律上的自然人，但其合法利益應受保護。」

案例三：四川省威遠縣人民法院 2014 威民初字第 496 號判決，原告梁秋（父親）於 2013 年 2 月 16 日因被告陳華超維修貨車時操作失誤，貨車爆炸而受傷，完全喪失勞動能力，其女黃思婕於 2013 年 10 月 23 日出生。原告主張被告應賠償黃思婕撫養費，法院在論及該點時認為「……胎兒作為自然人的一个必經階段，雖然依照我國民法，公民的權利能力始於出生的規定，並不享有權利能力，但胎兒還是會出生的，應認定為未來的民事法律主體。如果胎兒在出生前，其父母受到人身傷害以至喪失勞動能力或者死亡導致其撫養權受到侵害，胎兒出生後如不能享有損害賠償請求權，顯失公平……」

類似案例頗多，法律雖然沒有明文規定，實踐中，法院通過解釋以各種理由保護胎兒的權益。法院的各種論述之間的分歧也如同學界的分歧，多數法院認為胎兒的合法利益應當受到保護，而避開了胎兒的權利能力這一問題。

(三)、胎兒的定義

關於「胎兒」的定義，大陸民法中沒有類似台灣民法 1062 條的規定，繼承法中亦無胎兒的定義。在相關的文獻中，很少有無討論胎兒從何時起算的論述，在本人閱讀過的類似文獻中有以下這些觀點：學者劉召成亦採德國聯邦憲法法院看法認為胎兒的權利能力應當從著床，即受精第 14 天開始⁷²。楊立新教授在其所著的《民法總則》中認為「胎兒，是指自然人為出生但在受胎之中的生物體狀態。」⁷³而在其所著的《人格權法》中則改變了說法，稱「胎兒之準人格應當從精子卵子結合，並於子宮內膜著床開始。」⁷⁴蔣月教授認為「胎兒是指受胎時起，至出生完成前，在母體內尚未出生的生命體。」受胎即受精，和台灣學者一樣，大陸學者多數還是認為胎兒是從受精開始的，在這種情況下早期胚胎事實上是被視作胎兒處理的（母體內）。僅有少數學者認為胎兒的權利能力應當從著床開始，排除了早期胚胎。

而在法院實踐中，對胎兒的認定均未關注懷孕究竟有多久，而是將自懷孕之後到出生為止這段時間一視同仁，如前文提到的案例三，父親事故發生之日為 2013 年 2 月 16 日，而女兒出生之日為 2013 年 10 月 23 日，若按平均懷胎時間三十八週算，事故發生時女兒應在胚胎期，若有早產現象，則甚至可能在早期胚胎期，然而法院實踐根本不加區分。

胎兒在大陸民法實踐中，包含自受精開始到出生為止的所有時段。

⁷² 劉召成，胎兒的準人格構成，法學家，總第 129 期，頁 71，2011 年 12 月。

⁷³ 楊立新，民法總論，頁 72，2007 年 05 月，高等教育出版社，北京。

⁷⁴ 楊立新，人格權法，頁 376-377，2011 年 10 月，法律出版社，北京。

四、胎兒的生命權

同前所述⁷⁵，人之生命權乃是一種至高無上之權利，生命權的保障體現在各類法律文件之中。而胎兒作為向人的生命過渡的中間態，對於胎兒的生命權保護則存在有特殊的規定。

(一)、台灣胎兒生命權之保護

台灣民法規定胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生，故而胎兒也可以成為人格權的主體。如因對母體輸血導致胎兒感染疾病，則可視為對胎兒健康權的侵害。然而有疑問的是胎兒的權利能力乃是以胎兒出生死產為解除條件，如侵犯胎兒之生命權，胎兒於出生時依然死亡，則胎兒在受侵犯當時已不具有權利能力，僅視為對懷孕母親健康權之侵害⁷⁶。

對於胎兒生命權的保護在刑法墮胎罪中也有體現，刑法第 288 條至 292 條將胎兒的生命作為一種法益保護。另外在優生保健法中對於特定類型的墮胎在一定條件下合法化。

刑法方面，對於胎兒的保護乃是對胎兒生命，身體之安全的保護。法律保護人的生命權，體現在刑法上，便有故意殺人罪的存在，而刑法上的殺人罪中所說的「人」，通說認為自「分娩程序」開始，成為人，成為殺人罪的

⁷⁵ 見第三章、第一節、二、(二)人之生命權。

⁷⁶ 王澤鑑，人格權法，頁 100-101，2012 年 01 月，台北。

客体⁷⁷。胎兒並不被視為故意殺人罪所保護的對象，胎兒的生命權的保護體現在墮胎罪上，台灣刑法第二百八十八條至二百九十二條規定墮胎相關的罪名，相較於殺人罪第二百七十一條殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑的規定，故意的、未經孕婦承諾或囑託而進行的墮胎行為，其刑度僅是處一年以上七年以下有期徒刑。可見刑法雖然保護胎兒的生命形式，但似乎認為胎兒的生命法益遠不如人的生命法益。

另外孕婦自行墮胎以及在經過孕婦承諾或囑託下墮胎，刑度更低，可見刑法在此處存在一個胎兒生命法益與孕婦的隱私、私生活保护的權衡。本文在論述人的生命權時已經提到，人的生命權乃法律最為尊重之權利，任何其他形式的權利不可能高於人的生命權。體現在刑法中便為人的生命法益高於任何其他法益。顯然在孕婦墮胎的設定上，刑法並未將胎兒的生命形式等同於人。

在民國七十四年施行的優生保健法第九條羅列了六種孕婦得依其意願實行人工流產的情事，包括第一、二、四點的因某種原因會導致胎兒有患遺傳、傳染、精神疾病以及身體畸形之虞，第三點的醫學上有招致孕婦生命危險，危害身體、精神健康，第五點因被強制性交、誘姦及依法不得結婚對象相姦而懷孕，第六點的會影響孕婦家庭生活和心理健康。以上六點一半是因為胎兒可能存在先天上的不足，如一、二、四，另外一半是為了保護孕婦的私生活、身體、精神健康和家庭生活。只要滿足以上六點中的任意一點，孕婦即可依自己意願進行人工流產。表面上看刑法規範下，胎兒的生命保護甚至不如懷孕婦女的私生活保護。

⁷⁷ 許耀明，生命的起點？——從歐洲人權法院 2004 年 Vo v. France 案談起，台灣法學雜誌，144 期，頁 55，2010 年 1 月。

另外台灣刑法墮胎罪中的「胎」是否包括早期胚胎尚有爭議。台灣早年通說認為墮胎罪之「胎」，包含自精卵結合開始，受精卵分裂至出生為止的所有時段⁷⁸。隨時代發展，台灣學者受德國影響，漸漸轉變觀念，現今通說認為墮胎罪的客體不包括懷孕不滿十四天的早期胚胎⁷⁹。在優生保健法施行細則第十五條另規定懷孕超過二十五週的胎兒除了屬醫療行為者，不得被墮胎。可見，台灣的刑法及優生保健法綜合起來對墮胎乃採一種階段漸進式的保護，早期胚胎似乎並不受到刑法墮胎罪的保護。

（二）、大陸胎兒生命權之保護

大陸《民法通則》第 98 條規定公民享有生命權。

同前所述，大陸立法並沒有明確胎兒的權利能力，學界存在明顯的分歧，部分學者主張胎兒以非死產為限，對於其個人利益，享有權利能力，另一部分學者主張胎兒的合法利益應當受到保護，而否定胎兒的權利能力。

在胎兒的生命權問題上，王利明認為胎兒不應像已經出生的自然人一樣享有生命權，然而卻不能否認胎兒的生命形式⁸⁰。楊立新認為胎兒是邁向自然人的一種過渡態，存在有準人格，是一種先期的生命形式⁸¹。大陸學者似認為胎兒並不是生命權的主體，然而胎兒的生命應當受到尊重。若胎兒受到侵害，導致流產，則被視為是對母親健康權的侵害。

相對的，大陸刑法中並沒有墮胎罪，對於墮胎，除了部分地方法規外，

⁷⁸ 周治平，刑法各論，頁 662，1968 年 6 月，台北。

⁷⁹ 甘添貴，刑法各論（上），頁 73，2009 年 6 月，台北。

⁸⁰ 王利明，人格權法研究，頁 184，2012 年 9 月，中國人民大學出版社，北京，第二版。

⁸¹ 楊立新，人格權法，頁 343，2011 年 10 月，法律出版社，北京。

乃是採一種普遍不禁止的立法。大陸現行法對於胎兒生命形式的保護完全不同於人，胎兒的生命法益在對抗婦女的生育自主時完全落於下風。

五、小結

傳統民法下，人始於出生，終於死亡，而物乃是一種非人的存在，人與物之間存在著明顯的界限，人是權利義務關係的主體，享受權利承擔義務，是謂權利能力，而物則承載了權利義務關係，是權利義務的客體。

傳統民法下，胎兒並不被認為是人，然而各國民法都規定有對胎兒的保護，少數國家承認胎兒的一般的權利能力，而大部分國家則僅在繼承、受贈、損害賠償上承認胎兒的權利能力。台灣民法採取第一種立法模式，規定胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。而大陸民法僅規定胎兒在繼承時的權利能力。然學說和實務上，部分已經承認胎兒的權利能力。

法律上的胎兒與醫學生物學上的胎兒概念並不相同，法律上的胎兒事實上包括了醫學、生物學上的受精卵、早期胚胎、胚胎和胎兒期。故而人類母體內的早期胚胎事實上是法律上所言之胎兒。人體體內的早期胚胎則因此享有和胎兒同樣的法律地位。

德國聯邦憲法法院觀點認為受精卵分裂早期尚具有細胞全能性，個人狀態尚未確定，故而個體應當從著床開始起算，排除了早期胚胎。

本文認為早期胚胎的全能性從八細胞期之後就已經消失了，即便要因此

作為區分也應當以八細胞期作為分界。同時僅僅因為某一事物的特殊能力，而否定他存在的意義也是不恰當的。

本文認為胎兒的這種限制權利能力並沒有區分醫學、生物學上受精卵、早期胚胎、胚胎或是胎兒的必要：胎兒的限制權利能力的規定，旨在保護未出生者的權利受到侵犯而可以救濟，本文第二章已經提及胎兒出生後的先天畸形多數環境原因都是發生在早期胚胎期和胚胎期，若排除這些時期，則顯法律對胎兒之保護不週。各國關於胎兒繼承利益的規定，旨在保護未出生子女的利益，母體中的早期胚胎、胚胎和胎兒事實上都是未出生的人，在以出生時活產的前提下，實無加以區分的必要。

第三節、生殖科技下的新討論

同本章第一節所述，民法中的人與物的概念並非一成不變的，古羅馬法時代奴隸並非人，而是物，隨著人類觀念改變，這一現象才有所改變。

而理學、醫療技術的進步對人與物關係的，以 20 世紀初為界，民法之前物的範圍擴充從物理學發展借鑒較多，而在之後，民法物的概念擴充則受到了科技進步和社會關鍵多方面改變的共同影響。民法中的物原本僅為有體物，在經典物理學的影響下，人類認識到了各種能量的存在，並將其引入民法領域，並命名其為自然力⁸²。

而到了 20 世紀後半葉，醫療技術快速發展，輸血和器官移植越來越普遍，

⁸² 楊立新，民法物格制度研究，頁 8-9，2008 年 10 月，法律出版社，北京。

原本物的非人性這一屬性也有所改變，在現代民法上已經承認原本不屬於物的範疇，而是屬於人的範疇的脫離人體的組織、器官、胎盤、人體醫療廢物等在不違背公共秩序和善良風俗的前提下，可以成為物權客體⁸³。

而到了 1978 年以後，IVF 試管嬰兒技術出現，人工生殖技術快速發展，冷凍胚胎、胚胎幹細胞等一系列有關人工生殖技術的生物技術不斷發展，帶來了對傳統民法視野下的人與物關係的新探討。

一、受精卵、早期胚胎可以在體外存活

同上所述在母體內孕育的早期胚胎在法律地位上事實上是等同於胎兒的，立法者也沒有對受精卵、早期胚胎、胚胎或是胎兒做詳細區分，立法者對於人體胚胎在這四個時期的法律地位一視同仁。然而立法者在立法時並沒有出現受精卵、早期胚胎、胚胎⁸⁴在人體之外可以獨立存活的情形，當時的立法都是基於自然生殖的情形下，故而並沒有對這四個時期加以區分的實益。

隨著當代生殖科技的發展人類受精卵與早期胚胎以各種方式獨立存活在母體之外（不難想像，若生殖科技足夠發達，胚胎和早期的胎兒有朝一日亦是有可能在母體之外進行孕育。）。如伴隨 IVF 試管嬰兒技術的發展，成千上萬個人類的冷凍早期胚胎已經保存於世界各地的各個醫院中。同時被放棄的冷凍胚胎又成為了科學研究的對象。

在這種情況下，原本並不存在的一些法律問題開始被討論，這之中最熱

門的兩個話題是：1、體外冷凍胚胎應當如何被對待？2、胚胎幹細胞研究的

⁸³ 楊立新，民法物格制度研究，頁 11，2008 年 10 月，法律出版社，北京。

⁸⁴ 當然胎兒在懷孕 6 個月之後即有可能在母體外自然條件下獨立存活、懷孕 7 到 8 個月之後的胎兒在母體外自然存活的可能性則變得很大，此所謂早產兒在法律地位上和人並無區別。

倫理界限在哪裡？

二、體外冷凍早期胚胎的處置權

同前所述，體外冷凍胚胎是人類胚胎在體外受精後，以低溫的方式冷凍保存的一種方式。民法在發展過程中遭遇到了對體外冷凍胚胎定義困難的問題。在民法體系下，人是權利主體，物是客體，是一對相對立的概念。而體外冷凍胚胎，是一種介於人與物之間的存在。

前文提到民法上的「人」乃是自出生開始，到死亡為止方有權利能力，這是人的社會屬性，由於早期胚胎根本還未出生，故而不能算是「人」。在另一方面，民法上的「物」要求「非人性」，早期胚胎由於存在成長成為一個成熟個體的潛能，不能被認為是民法上的「物」。傳統民法下的「胎兒」是母體內受孕的存在，而體外冷凍的早期胚胎由於存在於母體之外，可受人支配，顯然也不能視為胎兒。正是由於體外冷凍胚胎的這些特殊之處，關於體外冷凍胚胎引發的爭議非常之多。

體外冷凍胚胎處置權討論最典型的案例是美國的Davis訴Davis一案⁸⁵，在該案中，田納西州的瑪麗和里維斯·戴維斯是一對夫婦，瑪麗因多次子宮外孕等原因切除了兩側輸卵管，這使得她無法以傳統的生殖方式懷孕，兩人自1985年開始在田納西州的諾克斯維爾生育診所做了六次試管受精，六次

⁸⁵ Davis v. Davis, 842 S.W. 2d 588, 597 (Tenn. 1992), 故事性原文見 Davis V. Davis, The Embryo Project Encyclopedia, <http://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992> 最後瀏覽日 2015/6/16

皆告失敗，直到 1988 年，體外胚胎冷凍技術出現，兩人在診所中留下了七枚早期胚胎進行保存，戴維斯於 1989 年 2 月提出與瑪麗的離婚要求，兩人未對這七枚冷凍胚胎的處置達成一致。瑪麗要求田納西州瑪麗維爾初審法院允許她使用這七枚胚胎進行之後的受胎手術，而戴維斯的要求法院保持胚胎的冷凍狀態。

初審法院於 1989 年 9 月作出裁決，授予瑪麗早期胚胎用於未來移植的監護權，該裁決接受熱納醫生的建議，認為人的生命起源於受精，而早期胚胎屬於人。基於此觀點，初審法院根據子女最佳利益而作出判決。故而授予瑪麗監護權。戴維斯向田納西州上訴法院提起上訴。上訴法院推翻了初審法院的判決，而賦予二人共同的監護權。

瑪麗於 1990 年將上訴法院的判決上訴至田納西州高等法院，而此時夫妻二人都改變了初衷，瑪麗希望能夠將這些胚胎捐贈給無子女的夫婦，而戴維斯則要求摧毀這些胚胎。高等法院認為一個子宮中的胎兒並不享有出生的人所享有的同等地位。相比於胎兒，早期胚胎的存活可能性更低，不應被視為人來對待。然而早期胚胎是一種具有生命潛質的，需要給予特殊尊重的中間形態，他們需要法律給予相對於財產更多的尊重，瑪麗和戴維斯作為生殖細胞的提供者，而享有早期胚胎的決策權。

該案當事人雙方及法院所要面臨的首要問題便是，體外冷凍的早期胚胎究竟是什麼？初審法院認為生命是從受精開始的，而體外早期胚胎屬於人，而田納西州高等法院則採用了準財產說，認為體外的早期胚胎乃是一種財產，然而卻擁有生命屬性，故而應當給予更多的尊重。這便是早期胚胎的首要問題：早期胚胎是人還是物，或者是介於二者之間的中間態。

如果回答了第一個問題，則會隨之產生一系列的問題：假如體外早期胚胎是人，那麼於體外受精產生的冷凍胚胎是否就不得被拋棄，不可被摧毀，如果早期胚胎在冷凍時，發生了繼承的事實，而該胚胎在之後被植入母體，並成功生產，那麼該胚胎是否擁有繼承權？若是早期胚胎是物，那麼早期胚胎可以被買賣嗎，可以作為財產被繼承嗎？

台灣沒有類似的案例，而在大陸卻有去年審結的宜興冷凍胚胎繼承案⁸⁶：江蘇宜興一對年輕夫婦因車禍去世，二人曾在南京鼓樓醫院做過試管嬰兒，留下了四枚冷凍胚胎，為了保存香火夫婦二人的父母與醫院對簿公堂，要求醫院歸還胚胎，由於冷凍胚胎法律屬性未明，四位老人並不能依照「繼承法」將其視作財產予以繼承，同時四位老人又不享有對這四枚冷凍胚胎的生育權，故而依照大陸現行法規，一審法院駁回了四位老人的請求。最終在 5 月 17 日無錫市中級人民法院二審撤銷一審決定，支持雙方老人獲得四枚冷凍胚胎的處置權。

對於這些問題世界各國及兩岸的學者有著各種各樣的解答，本文在介紹胚胎幹細胞研究所帶來的討論之後，將在本章第四節做詳細討論。

三、胚胎幹細胞研究

另外一個伴隨早期胚胎可以在體外存活所產生的問題是胚胎幹細胞的研究。前文提及人類的早期胚胎細胞具有高度多能性，相對於其他來源的幹細胞，由早期胚胎細胞提取培養的胚胎幹細胞具有最豐富的分化潛能⁸⁷，乃是

⁸⁶ (2014) 錫民終字第 01235 號判決。

⁸⁷ 其他細胞如骨髓造血幹細胞能分化出至少十二種血細胞，但是不能分化成為血細胞意外其他的細胞。

醫療研究極好的原材料。然而由於人類胚胎幹細胞在倫理上的意義，胚胎幹細胞的研究一直存在很多的爭論，尤其是在早期胚胎的生命權的保護，早期胚胎的人格尊嚴等憲法問題上⁸⁸。

關於胚胎幹細胞研究倫理的爭議依舊沿襲了之前對早期胚胎法律地位的討論。同前所述，人類胚胎幹細胞研究理論上存在很多醫療上的應用潛力，基於對人類整體醫療水平及健康提高的考量，對人類胚胎幹細胞的研究應予以尊重，這是對人類整體健康權的保障。

然而由於早期胚胎具有可以成為人的潛能，如果將早期胚胎視作人，那麼由於人的生命權乃法律最為尊重的權利，任何他人其他形式的權利不可逾越人的生命權，即便是全人類的健康權亦不可。胚胎幹細胞研究會破壞胚胎，故而不可以未經該「人」的同意，即對其進行「人體」研究，事實上，對於早期胚胎，我們完全沒有可能經過他的同意。

假如不承認早期胚胎是生命權的主體，而僅僅將其視為一種「物」，那麼由於醫療人員的研究自由，醫療人員可以任意提取早期胚胎中的細胞進行培養，研究。這在道德與倫理上也是說不通的。

多數學者將早期胚胎視為一種人與物的中間態，不承認早期胚胎生命權，但承認早期胚胎乃是一種特殊的生命形式，需要異於人和物的規範加以保護。對於學者關於此問題的各种論述，本文將在第四章做詳細討論

⁸⁸ 陳英鈐，人類胚胎幹細胞的憲法問題，台北大學法學評論，56號，頁57-59，2005年6月。

四、 小結

以上所有問題全都是在早期胚胎的法律地位基礎上產生的，然而早期胚胎的法律地位，事實上是和如何看待「人的起源」相關聯在一起的。世界各國的法律為了解決胚胎幹細胞研究的矛盾，對於生命起源，給出了各種各樣的解釋，如從受精卵開始的受精說，從受精後十四天開始的著床說，胎動說等，這些學說都是根據人胚發育過程中某些特徵的變化來定義的。

然而前文已經提及，「人」這一概念在生物學和醫學並沒有一個明確的定義，與其說這是一個生物學或是醫學上的問題，不如說是一個倫理學、哲學上的問題。以上所有的學說其實並非自然事實的本質，而僅僅是人為的定義。

世界上很多國家圍繞這些問題產生了很多的討論，而有些國家已經對這些問題作出了立法上的回應。在兩岸，這些問題雖然在立法上並沒有完整確定的回答，學術界也充斥著各種不同的意見。通過對兩岸現行的法律進行解釋，可以得到一些既定法下，立法者是如何看待早期胚胎的結論。本文在下一章介紹早期胚胎法律地位這一問題的各種討論。

第四章 早期胚胎之法律地位

前文第二章已經提及，早期胚胎是人胚自受精之日起至受精第十四日著床結束這段時間的存在狀態，作為一個生物學概念，其遠在當代生殖科技迅速發展之前便已存在。如本章第二節所述，民法視角下，體內早期胚胎的法律地位事實上等同於胎兒的，不同的是體外的早期胚胎。關於早期胚胎的討論，在台灣多為圍繞胚胎幹細胞研究所進行的，而在大陸則多是圍繞在早期胚胎的權利能力，早期胚胎的處置權和繼承權。本章將對兩岸既定法下的規範作一定梳理對比，並對學者的討論做一定分析。

第一節 兩岸既定法規範下的早期胚胎法律地位

一、台灣既定法規範下早期胚胎的地位

同前所述，早期胚胎作為一個天然存在的人體胚胎發育階段，在 IVF 及胚胎幹細胞研究之前在法律上與胚胎，胎兒是不做區分的——也沒有區分的實益。而在胚胎幹細胞相關研究開展之後，早期胚胎或前胚胎一詞才開始流行使用，由於前胚胎一詞從文意上似乎否定了該時期的胚胎地位，進而否定了其生命形式，故而減少了很多科研上的倫理壓力。然而早期胚胎是否具有生命形式，享有生命權並非僅僅因其用詞不同便產生差異。在此先釐清台灣目前法規範下的胚胎的生命保護。

胚胎的生命保護涉及到胚胎幹細胞研究、冷凍胚胎的處置、中止懷孕與

胎兒權利能力等四個議題⁸⁹。現行的台灣實體法有關早期胚胎的規定主要體現在民法的權利能力規定、相關人工生殖法令與刑法優生保健法的墮胎類的規定中⁹⁰。分別對應了以上四個議題。相對的，前兩個議題乃近幾十年才開始討論的話題，本文先就後兩個長期以來一直存在的議題做一定討論，並得出實定法下，立法者對體內早期胚胎的態度。而後再討論人工生殖技術及胚胎幹細胞研究出現後所產生的議題相關的立法。在最後對台灣實定法下對早期胚胎地位的立法做一定總結。

(一)、傳統民法、刑法下的早期胚胎

在人工生殖技術出現之前，關於胎兒保護的議題就已經存在，相應的民法與刑法中雖然沒有專門針對早期胚胎的立法，但對於胎兒的立法事實上包含了早期胚胎在內。這些法律文件中對早期胚胎的規定，乃是存在於母體之內的早期胚胎。

民法上，前文已經提及，胎兒的權利能力規定事實上已經包含了早期胚胎，然而卻以死產為解除條件。於是，在民法上母體內的早期胚胎事實上是等同與人的地位⁹¹。在對胎兒的侵權行為發生或繼承事實存在的情況下，胎兒的法定代理人可以以胎兒的名義進行各類民事行為。同樣若母親懷孕不足十四天，仍在早期胚胎期，其法定代理人理應也可進行如上民事行為。

⁸⁹ 雷文玫，解構我國胚胎保護規範體系——發現父母生育自主的地位，台大法學論叢第三十三卷第四期，頁 3-4，2004 年 07 月。

⁹⁰ 有關學者總結見陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第十八卷第三期，頁 46 以下。雷文玫，解構我國胚胎保護規範體系——發現父母生育自主的地位，台大法學論叢第三十三卷第四期，頁 4 以下。

⁹¹ 陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第十八卷第三期，頁 46 以下，2007 年 3 月。

但如果胎兒在母體子宮內受到外界他人侵害而流產，由於胎兒死產，故而不能視作胎兒的生命權受到侵害，而只能視為對母親健康權的侵害⁹²。不同於人的生命權受到侵害，民法上尚存在有各種解釋方法，仍以死亡人的名義進行賠償請求。早期胚胎的生命權並沒有受到民法的保障⁹³。

惟林誠二在其專書中認為，胎兒的權利能力不應及於早期胚胎，但卻沒有給出任何理由⁹⁴。

而在刑法上，前文已經提及，刑法墮胎罪中胎兒的範圍早先包含從受精開始到出生位置的所有時段。而近些年來通說認為，以受胎為起點的墮胎罪保護，會使不罰的避孕行為和可罰的墮胎行為變得界限不明，故而學界改變主張，認為「胎兒生命乃以自受精卵棲止於子宮內為開始點」⁹⁵林山田在其專書中稱胎兒生命起始點如此的劃分方式乃是由於以下三個原因⁹⁶：

- 1、 受精卵著床之後，方與母體形成不可分的共生關係，自此階段開始，刑法方有保護的價值與必要。
- 2、 醫學生物學者認為自然狀態下，受精卵完成著床僅有百分之五十的機率，受精卵在著床之前，存在有二分之一的死亡率，經過這個自然淘汰之後尚能存活的胚胎，刑法始有加以保護的意義與必要。
- 3、 「懷孕婦女乃指其子宮讓受精卵棲息發育，而供養胚胎生命的婦女」，故而必須有受精卵著床的婦女，方可成為懷孕婦女。

⁹² 王澤鑑，人格權法，頁 100-101，2013 年 1 月，台北。

⁹³ 雷文玟，解構我國胚胎保護規範體系——發現父母生育自主的地位，台大法學論叢第三十三卷第四期，頁 12。

⁹⁴ 林誠二，民法總則（上），頁 135，2005 年 9 月，再修訂一版，台北。

⁹⁵ 林山田，刑法各罪論，頁 105，2004 年 1 月，台北。

⁹⁶ 林山田，刑法各罪論，頁 105-106，2004 年 1 月，台北。

由此可見，台灣傳統的刑法、民法通說上雖然都尊重胎兒的生命形式，但都不保護早期胚胎的生命權。

本文認為由於人類胚胎學的發展，人們對母體內的人胚形式有了很多新的認識。然而事實上人類胚胎的存在並沒有發生過改變。

民法設置胎兒權利能力的條款，旨在保護未出生者的權利，事實上早期胚胎也是未出生者，既然民法有以出生非死產為限，就不應因其在早期胚胎階段存活率可能較低為原因加以排除。因為無論在哪一階段，權利受到侵害，若出生死產，都是沒有任何意義的。

至於刑法墮胎罪的設置，本就是胎兒的生命法益與其他各種法益權衡的結果。人類胚胎發育乃是一個漸進的過程，隨著各類器官組織的發生，並發育完善，胎兒的生命形式漸漸完善。早期胚胎的生命形式弱於胚胎，胚胎的生命形式弱於胎兒，胎兒的生命形式弱於人。刑法中的這種漸進式的保護，排除對早期胚胎的生命形式的保護是合理的。

(二)、人工生殖相關法律法規

1、人工生殖法

同上所述，在人工生殖技術出現之後，相應的人工生殖的規範、人工生殖子女的地位問題、冷凍胚胎處置的問題、胚胎幹細胞研究的問題等一系列問題逐漸進入法律人的視角。台灣法律因應這些問題，於二零零七年公佈了「人工生殖法」，另外伴隨這部法律還有相關的一些行政命令⁹⁷。

⁹⁷ 相關行政命令參見衛生福利部國民健康署網站，見 <http://www.hpa.gov.tw/BHPNet/Web/Rule/LawShow.aspx?No=200801170001> 最後瀏覽日 2015/6/16

與西方社會不同，有關胚胎的道德與地位並非台灣立法爭議焦點，反而是代理孕母議題難以達成共識，為了加速人工生殖法的立法，行政院衛生署將人工生殖與代理孕母就各界共識的人工生殖部分先行立法⁹⁸。現以早期胚胎地位為重點檢視「人工生殖法」如下：

「人工生殖法」第一條稱「為健全人工生殖之發展，保障不孕夫妻、人工生殖子女與捐贈人之權益，維護國民之倫理及健康，特製定本法。」從立法意旨來看，「人工生殖法」並非針對早期胚胎相關議題。

該法第一章乃對於相關名詞，主管機關之規定，第二章乃是對實施人工生殖的醫療機構的規範，第三章規範人工生殖之方式，第四章乃是對生殖細胞及胚胎的保護，第五章規範人工生殖子女之地位，第六章規範資料保存管理和利用，第七章罰則，第八章附則。

從該法立法意旨和結構可以看出，該法包含了人工生殖技術的方方面面第五章與第七章乃是人工生殖後端的問題，本文不需要考慮。而在第三章和第四章之中對人工生殖方式，生殖細胞和胚胎有細節上的規定，從這些規定之中可以看出一些立法者對體外的早期胚胎的態度。

首先，該法並未明確有冷凍胚胎或早期胚胎用語，而僅在第二條第四項規定「胚胎：指受精卵分裂未逾八週者。」似將早期胚胎與胚胎一視同仁。然在第十六條規定「實施人工生殖，不得以下列各款之情形或方式為之：……五、使用培育超過七日之胚胎。……」，故而該法所稱有關人工生殖之細目理應僅包括受精至第七日之前的早期胚胎。

第十六條第五款的立法理由稱「體外受精培育超過七日之胚胎，其神經

⁹⁸ 陳英鈞，人工生殖法的幾個問題，法令月刊，58卷8期，頁120，2007年8月。

系統已發育，已不適合植入。」從此立法理由可以看出，人工生殖法對於胚胎與早期胚胎的區分乃是基於器官之發生。

該法第二十一條乃是有關未成功植入母體內的早期胚胎應當如何處置的規定，該條第三項稱「受術夫妻為實施人工生殖形成之胚胎，有下列情形之一者，人工生殖機構應予銷毀：一、受術夫妻婚姻無效、撤銷、離婚或一方死亡。二、保存逾十年。三、受術夫妻放棄實施人工生殖。」同時第四項又規定「人工生殖機構歇業時，其所保存之生殖細胞或胚胎應予銷毀。但經捐贈人書面同意，其所捐贈之生殖細胞，得轉贈其他人工生殖機構；受術夫妻之生殖細胞或胚胎，經受術夫妻書面同意，得轉其他人工生殖機構繼續保存。」第五項稱「前四項應予銷毀之生殖細胞或胚胎，經捐贈人或受術夫妻書面同意，並經主管機關核准者，得提供研究使用。」

第二十一條第三項第一款似可理解為受術夫妻婚姻關係消滅即應銷毀胚胎，似為維護婚姻家庭之穩定。之後銷毀胚胎之理由則更加隨便，只要受術夫妻意定放棄人工生殖即應銷毀。由此可見，人工生殖法對於體外早期胚胎中態度沿襲了刑法墮胎罪與優生保健法對體內早期胚胎的態度，早期胚胎的生命地位劣於手術夫妻之婚姻以及手術夫妻之人格以及生育自由。立法者根本把胚胎與生殖細胞等同視之，對於胚胎之特殊性並無特別考量⁹⁹。

然而並不因此說人工生殖法完全無視早期胚胎的生命形式，完全將其物化。人工生殖法第十六條規定「實施人工生殖，不得以下列各款之情形或方式為之：……六、每次植入五個以上胚胎。……」第二十二條規定「以本法捐贈之生殖細胞、受術夫妻之生殖細胞及受術夫妻為實施人工生殖形成之胚

⁹⁹ 歐永銘，論人工生殖法對胚胎幹細胞研究之發展與影響，月旦法學雜誌，第156期，頁99，2008年5月。

胎，人工生殖機構不得為人工生殖以外之用途。」這兩條雖未體現對早期胚胎生命形式之保護，但也可以看出人工生殖法並未將體外之早期胚胎完全視為普通之物。

前文提及涉及胚胎的四個議題，關於冷凍胚胎的處置權，台灣人工生殖法將人工生殖和婚姻聯繫在一起¹⁰⁰，依據二十一條第三項第一款，若無婚姻關係的存在，則冷凍胚胎即應被銷毀，故而在台灣不會出現類似美國 Davis v. Davis 案與大陸宜興冷凍胚胎繼承案¹⁰¹的，胚胎處置權爭議的案例。冷凍胚胎何去何從，只能依循夫妻雙方的合意來決定。

2、胚胎幹細胞研究

胚胎幹細胞研究方面，該法涉及這一議題的法條為第二十一條第五項：「前四項應予銷毀之生殖細胞及胚胎，經捐贈人或受術夫妻書面同意，並報經主管機關核准者，得供研究使用。」從該條文看，台灣對於胚胎幹細胞研究並不禁止。然而學者陳英鈞認為該條存在極大的問題，他認為胚胎幹細胞研究者享有研究自由，然而為了保護胚胎和倫理等要求，胚胎幹細胞之研究必先經過行政審查的機制。然而立法者並未明確規定是否通過審查的構成要件，違反了法律明確性原則¹⁰²。歐永銘認為：「人工生殖法」作為胚胎幹細胞研究之發展準據，略顯規範性不足¹⁰³。

關於胚胎幹細胞研究的法規範另有衛生署的「胚胎幹細胞研究的倫理規範」，然而該規範法律位階極低，其公佈者行政院衛生署「醫學倫理委員會」並非行政機關，故而該規範連行政命令都不算，其中雖然有關胚胎研究有很

¹⁰⁰ 陳英鈞，人工生殖法的幾個問題，法令月刊，58卷8期，2007年8月，頁119。

¹⁰¹ 見本文第二章第三節二

¹⁰² 陳英鈞，人工生殖法的幾個問題，法令月刊，58卷8期，頁126，2007年8月。

¹⁰³ 歐永銘，論人工生殖法對幹細胞研究與發展之影響，月旦法學雜誌，第156期，頁100，2008年5月。

多限制，然而胚胎幹細胞研究者所享有的研究自由乃憲法位階之權利，事實上，研究者可以完全無視該倫理規範。

綜上所述，胚胎幹細胞研究之法制在台灣尚屬不完備的階段。

即便如此，我們也可以詳細檢視一下該規範，畢竟該規範乃衛生署舉辦多次公聽會，召集醫學、社會學、倫理學、哲學、宗教學專家及病人團體表達意見而形成的，在一定程度上代表了台灣各界的共識，可以對台灣社會各界對胚胎幹細胞研究的態度作一定理解，對台灣之後在該議題上的立法作一定預期。

「胚胎幹細胞研究的倫理規範」公佈於2002年02月19日，該規範共六條，第一二條限制胚胎幹細胞研究所用的胚胎幹細胞來源，第一條稱「研究使用的胚胎幹細胞來源限於……（三）施行人工生殖後，所剩餘得銷毀的胚胎，但以受精後未逾十四天的胚胎為限……」該條文雖規定模糊，受精後未逾十四天胚胎似指未完成著床之胚胎，將早期胚胎與著床後之胚胎區分對待。個人對該條文的理解是受精後十四天應指發育逾十四天，而非受精後存在十四天，因為畢竟冷凍胚胎在限制發育狀態下可以保存很久。如此情況下，由於發育超過十四天之胚胎在現在的科技情況下，並沒有能力在人體之外存活，故而該條所排除的是在母體內著床的胚胎，但為何又稱得銷毀之胚胎，語焉不詳，甚難理解。

該條文似乎希望將早期胚胎期和胚胎期區別對待，胚胎期之人胚由於各器官組織開始發育，其生命形式較早期胚胎期更為健全，與人類的聯繫更為緊密，故而出於倫理上之考量不適合作為醫學研究之對象。相對的該條透露出的另一個信息便為早期胚胎由於生命形式並未健全，故而可以作為醫學研

究的對象¹⁰⁴。

該規範第二條又規定「不得以捐贈之精卵，透過人工授精方式製造胚胎供研究使用。」第四條規定「供研究使用的胚胎幹細胞及其來源，應為無償提供，不得有商業營利行為，且應經當事人同意……」。這兩條規定亦是對胚胎幹細胞來源的限制，第二條禁止人工憑空製造胚胎幹細胞供研究使用，表示說胚胎幹細胞的來源只能是原本為了生殖目的而存在的各類胚胎，第四條禁止了胚胎幹細胞的商業用途。這兩條體現出該規範雖然允許早期胚胎的醫學研究，然而卻並非簡單的將其視作「物」。可以看出該規範雖然不保護早期胚胎的生命形式，但在另一方面上也有其對早期胚胎生命形式的尊重。

(三)、小結

台灣既定法規範下，母體內存在的早期胚胎在民法上事實上是權利主體的地位，然而早期胚胎生命權並不受民法保護，在早期胚胎生命權受到侵害，即因他人侵權行為導致孕婦流產的情況下，只能視作對於孕婦健康權的侵害。而刑法上的墮胎罪，在通說上，早期胚胎並非該罪的行為客體，該罪的設定並不保護早期胚胎的生命形式。

而最近十多年因應生殖科技與胚胎幹細胞研究的立法「人工生殖法」同樣不保護早期胚胎的生命形式，該法在一定程度上允許胚胎幹細胞之研究，規定在某些情況下，冷凍之胚胎必須被銷毀。然而該法並未將早期胚胎完全

¹⁰⁴關於十四天的原則最早見於英國 Department of Health and Social Security, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, 見 http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf 最後瀏覽日 2015/6/16

視為「物」，從對人工生殖與胚胎幹細胞研究行為的一些限制上可以看出，該法基於倫理觀念對早期胚胎的研究持一種較為謹慎的態度。

無論刑法、優生保健法或是人工生殖法似乎都並未將對胚胎的保護作為重點，而是對胚胎保護與其他各種權利的權衡，同時胚胎因是否在子宮著床而受到了不同的對待。學者雷文攻認為在台灣現行的胚胎生命相關的規範體系裡，保護父母的生育自由才是重點，同時還存在各方利益的權衡¹⁰⁵。雖然雷氏文章發表於人工生殖法公佈之前，但其文中基本觀點對於現行之人工生殖法依然適用。本文認為，在台灣現行的法律法規體系下，早期胚胎的生命形式受到一定的尊重，早期胚胎並沒有被視作普通之物，然而對於早期胚胎生命形式之保護則在於其他各類「人」的權利的權衡中落於了下風，甚至弱於對懷孕婦女的私生活的保護¹⁰⁶。顯然早期胚胎也並未被視作「人」。在台灣既定法規範下，早期胚胎更像是一種特殊的，獨立於人與物之外的存在。

二、大陸既定法規範下早期胚胎的地位

相對於台灣法律規範，大陸民法中並無胎兒權利能力的規定，而僅有胎兒的繼承利益的規定¹⁰⁷。早期胚胎亦因此享有繼承利益¹⁰⁸。然而該種利益從文意解釋來看並非承認胎兒的繼承能力，更遑論胎兒的權利能力，也因此早期胚胎在民法上並沒有民事權利主體地位。

¹⁰⁵ 雷文攻，解構我國胚胎保護規範體系——發現父母生育自主的地位，台大法學評論第三十三期第四卷，頁32，2003年11月。

¹⁰⁶ 「優生保健法」第九條第六款，因懷孕或生產將影響婦女之心理健康或家庭生活者，懷孕婦女即可以依照其意願進行人工流產。此處流產包括懷孕未滿二十五週之胎兒，更遑論早期胚胎。

¹⁰⁷ 「中華人民共和國繼承法」第二十八條。雖然在實踐中各地法院以各種解釋方式承認胎兒的權利能力。

¹⁰⁸ 大陸民法之胎兒之範圍見前文第三章第二節三，應當包括早期胚胎期。

至於在刑法中，並沒有墮胎罪的存在，故意或過失致孕婦流產，會被認定為對孕婦的重傷害，孕婦可以依據自己意願自由選擇流產，胎兒在刑法中不被視為人，也並未受到特殊保護，早期胚胎的生命形式更沒有受到刑法的保護。而在體外的早期胚胎，刑法中也沒有相關特別的立法，如果行為人毀損體外早期胚胎，似乎最多只能視為毀損財物。

相對於台灣的「人工生殖法」，大陸地區人工生殖方面位階最高的法律文件乃是衛生部在 2001 年發布，2001 年 8 月 1 日起施行的「人類輔助生殖技術管理辦法」¹⁰⁹，該文件具有法規性質，乃是法律位階最低一級的部門規章，該辦法第一章總則，第二章規定對實施人工生殖的醫療機構的要求，第三章規定實施細節，包括生殖細胞來源，知情同意書之規定，檔案之管理，不得進行性別選擇等，第四章罰則，第五章附錄。

總的來說，該辦法缺少對人工生殖子女親子關係、生殖細胞及胚胎屬性等一些基本問題的定義，部分條文缺乏對應的配套規定，如該辦法第二十二條規定：「開展人類輔助生殖技術的醫療機構違反本辦法，有下列行為之一的，由省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門給予警告、3 萬元以下罰款，並給予有關責任人行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任：……」然而刑法中卻沒有設置輔助生殖的犯罪，這一條文形同虛設¹¹⁰。立法尚未完善。

同年衛生部又發布了與其搭配使用的「人類輔助生殖技術規範」，該規範在 2003 年 6 月經過一次修改，該文件不具法規性質，僅為衛生部指導性文件。

¹⁰⁹ 見附錄三

¹¹⁰ 劉長秋，我國生命法及其立法完善研究，法治研究，2013 年第 7 期，頁 58，2013 年 7 月。

「人類輔助生殖技術管理辦法」法律位階較低，規範內容不完備，缺乏配套之施行措施，且這是一部部門規章，法理上僅能約束衛生部下屬的醫療機構、科研院所等單位的醫療人員。總的來說，中國大陸尚欠缺一部「人工生殖法」，對人工生殖所涉及的親子關係，生殖細胞及胚胎屬性等基本問題進行規定¹¹¹。

即便如此我們可以從這兩份法律文件中看出一些國家對早期胚胎法律地位的一些態度。「人類輔助生殖技術管理辦法」並沒有對早期胚胎及胚胎的定義，同台灣「人工生殖法」一樣，該辦法在第三條禁止生殖細胞和胚胎的商業用途，不得買賣、贈送胚胎，禁止代孕，乃是基於倫理道德而產生的對胚胎的嚴謹態度，並未將早期胚胎視作普通之「物」。

與「人工生殖法」不同，該辦法並未規定剩餘的胚胎應當如何處置，缺乏對胚胎保存、使用、處分的規定。而僅在「人類輔助生殖技術規範」中規定未經精卵提供者同意，不得用於科學研究¹¹²。

於是在以上法規範的情況下，醫療機構對於人工生殖剩餘之胚胎，不得用於商業用途，如未經精卵提供者同意，不得用於科學研究。醫療機構對於未獲當事人同意研究的胚胎就只有銷毀或者保存兩種選擇。與台灣「人工生殖法」要求的胚胎銷毀機制不同，中國大陸醫療機構對於冷凍之胚胎可以無限期保存。這樣就可以理解為什麼在大陸會發生宜興冷凍胚胎繼承案的案例，而在台灣卻沒有。

在對於胚胎幹細胞研究的規制上，中國大陸科技部與衛生部在 2003 年聯

¹¹¹ 劉士國，人工生殖與自然法則，人民司法 2014 年第 13 期，頁 31 以下，2014 年 7 月。

¹¹² 「人類輔助生殖技術規範」第三大項實施技術人員的技術準則下第（十二）小項。

合制定了「人胚胎幹細胞研究倫理指導原則」¹¹³，該指導原則首先普遍性的並不禁止胚胎幹細胞研究，而在第五條限制了胚胎幹細胞的來源，在第六條限制了胚胎幹細胞研究的方式。第五條稱「用於研究的人胚胎幹細胞只能通過下列方式獲得：(一)、體外受精時多餘的配子或囊胚；(二)、自然或自願選擇流產的胎兒細胞；(三)、體細胞核移植技術所獲得的囊胚和單性分裂囊胚；(四)自願捐獻的生殖細胞。」

同台灣「胚胎幹細胞研究的倫理規範」一樣，大陸禁止以研究為目的製造受精胚胎，不同的一點是中國大陸允許使用體細胞核移植製造胚胎進行研究。第六條稱「進行人胚胎幹細胞研究，必須遵從以下規範：(一)利用體外受精、體細胞核移植、單性複製技術或遺傳修飾獲得的胚胎，其體外培養期限自受精或核移植開始不得超過 14 天。……」同台灣「胚胎幹細胞研究的倫理規範」中國大陸亦將早期胚胎單獨區分出來，允許對於剩餘早期胚胎的研究，從這一規定來看，衛生部及科技部似乎亦認為超過 14 天之胚胎由於倫理原因已不再適合研究。第七條亦禁止對胚胎的買賣行為。「人胚胎幹細胞研究倫理指導原則」從法律位階上來講屬於部門規範性文件，尚非部門規章，其效力遠低於法律，更低於國務院所頒布的行政法規，且僅能拘束科技部、衛生部下有關醫療機構及科研機構的醫療、科研人員。

在中國大陸現行的法律規範下，體內早期胚胎在民法上僅就其繼承利益有一定的主體地位，而在刑法上其生命法益並不受到保護。而對於體外早期胚胎的毀損，在刑法上最多視為毀損財物，而在民法上也只能依據合同視為違約與對財產權侵權的競合，故而在傳統的民法與刑法領域，早期胚胎更多

¹¹³ 見附錄四

程度上被視為「物」。衛生部所發布的「人類輔助生殖技術管理辦法」禁止關於胚胎的商業行為，透露出對早期胚胎生命形式的尊重。然而該辦法缺乏對胚胎的保護規定，大陸現行的法規範更多是將早期胚胎視作一種「物」，然而一定程度上仍有對其一定的尊重。

三、小結

在兩岸既有的法規範下，早期胚胎的法律地位存在着明顯的差異。在台灣體內之早期胚胎在民法上等同於胎兒，具有權利主體之地位，唯獨生命權並不受到保護。在刑法上，有墮胎罪的設置，然而體內早期胚胎並不受到該罪的保護，墮胎罪之立法對人胚隨發育時間之推移採取一種漸進式的保護模式，人體胚胎發育時間越長，胎兒組織器官發育約完善，墮胎罪對胎兒的保護力度越大。相對的，大陸民法中沒有早期胚胎權利能力的規定，刑法也不保護早期胚胎的生命法益。更由於晚婚晚育，少生優生的計劃生育政策，墮胎在中國大陸乃一件普遍被接受的現象。

台灣「人工生殖法」明定夫妻關係因各種原因結束的情況下，冷凍胚胎應予銷毀，而大陸「人類輔助生殖技術管理辦法」沒有相關規定。而同時兩岸都未規定對冷凍胚胎應如何保護，冷凍胚胎地位如何。

在胚胎幹細胞研究方面，兩岸都允許有限的胚胎幹細胞研究，所謂有限，是限制了胚胎幹細胞的來源，皆不可為了獲取胚胎幹細胞，而進行體外人工受精，僅可使用自然流產或人工生殖剩餘的胚胎進行研究。兩岸對於胚胎幹細胞研究的立法位階都比較低，缺乏配套的立法，都處於規範不完備的階

段。

台灣民法、刑法、人工生殖法所透露出的對於早期胚胎的態度似為：並不將早期胚胎視為「人」或「胎兒」，然而又對早期胚胎的生命形式採取尊重的態度。

大陸民法、刑法似乎完全將早期胚胎視為一種「物」加以對待，而在「人類輔助生殖技術管理辦法」中規定早期胚胎不得被買賣、贈與，在「人胚胎幹細胞研究倫理指導原則」禁止為了研究目的，製造胚胎。

第二節 早期胚胎法律地位的學界探討

學界所討論的早期胚胎常常僅限於母體之外的早期胚胎，對於母體內之早期胚胎討論甚少，幾乎沒有，蓋因存在於母體之內之早期胚胎多不會發生爭議。本節所稱早期胚胎除特定說明之外，皆指母體之外之早期胚胎。

早在上世紀 80 年代，人工生殖技術出現之初，台灣學者即對人工生殖有很多討論，討論之問題多集中在人工生殖子女法律地位方面，對早期胚胎法律地位有所提及，王海南老師認為早期胚胎不是人，同時亦不能被視為物¹¹⁴。在法律上並沒有一個合適的地位。

胚胎幹細胞研究逐漸興起之後，台灣學者對於早期胚胎的討論多圍繞胚胎幹細胞研究這一議題，而大陸學者對於早期胚胎的討論多圍繞在體外冷凍的早期胚胎在民法上的地位，其應當如何被處置的問題。然而這兩個問題歸根結底都是與學者如何看待早期胚胎直接相關，本節對這部分兩岸學者的看

¹¹⁴ 王海南，由法律觀點談人工生殖技術，法律評論，第 52 卷第 6 期，頁 8-9，1988 年 06 月。

法分別作一定總結。

一、台灣學者圍繞胚胎幹細胞研究的探討

台灣學者對胚胎幹細胞研究的討論多集中在「人工生殖法」頒布即 2007 年之前到 2000 年這段時間，當然，胚胎幹細胞研究從 1998 年 Dr. Thomson 成功取得胚胎幹細胞才開始。雖然「人工生殖法」並非針對胚胎幹細胞研究之立法，然而其在法律位階上肯定了對剩餘胚胎在有限的條件下可以進行醫學研究，這些討論在人工生殖法公佈之後告一段落，然而我們依舊可以從這些討論中了解台灣法學家對早期胚胎的看法。

同上所述，關於早期胚胎的各類議題的討論，歸根結底都是對早期胚胎道德評價差異所產生的，對早期胚胎的道德評價反映到法律上，早期胚胎應當被怎樣對待，是人？是物？或是一種介於人與物之間的狀態？是否是生命權的主體？

台灣學者對於這一問題普遍認為早期胚胎應當被視為權利主體，享有憲法生命權的保護，另有部分學者認為應當創設介於權利主體與權利客體之間的模型保護早期胚胎。

(一)、將早期胚胎視為生命權主體的觀點

李震山¹¹⁵引德國聯邦憲法法院的見解認為「個人(體)之存在，自受精後十四天開始。」「胚胎當非法律上的人」，然而胚胎卻應當受到憲法生命權的保障，生命權之保障是從「生命之始」開始的，包含了體外受精的胚胎和體細胞核移植產生的胚胎，因並不以「有意識」或是「人」而作為生命權保障之準據，以免將任何為出生之生命或是無意識之生命如「植物人」作為「物」處置。對於胚胎是否應當是其他基本權的權利主體，李震山大法官採保守態度，認為若將胚胎(文中之意似指體內和體外之胚胎)視為權利主體，則必然衝擊到既有的以人作為權利能力價值判斷的秩序¹¹⁶。李震山大法官似認為生命權對胚胎之保護應當從受精卵即開始，故而包括了早期胚胎階段。

曾淑瑜¹¹⁷引某位日本學者觀點認為人的個性即「新的個人」在精卵結合的那一剎那，因遺傳個性特質已完全區別於他人，出現人格尊嚴而產生，故而受精卵，胚胎或是未出生之胎兒具有同一性，均是人類個體。故而認為胚胎應當是生命權保護的對象，是人性尊嚴保護的對象，是權利主體¹¹⁸。包括早期胚胎。(無論體內或體外。)

陳志忠¹¹⁹認為胚胎生命權地位的問題，與其將辯證重心置於胚胎具有怎樣的生物學特徵，不如將其視為憲法政策的決定。認為「惟有一個客觀、清楚，且不會被他人任意經由不同價值標準去改變範圍的生命基本權保護，才

¹¹⁵李震山，胚胎基因工程之法律涵意——以生命權保障為例，台大法學論叢第31卷第3期，頁1-16，2001年5月。

¹¹⁶李震山，胚胎基因工程之法律涵意——以生命權保障為例，台大法學論叢第31卷第3期，頁5-8，2001年5月。

¹¹⁷曾淑瑜，人類胚胎在法律上之地位及其保護，法令月刊第54卷第6期，頁4-17，2003年6月。

¹¹⁸曾淑瑜，人類胚胎在法律上之地位及其保護，法令月刊第54卷第6期，頁5，2003年6月。

¹¹⁹陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第18卷第3期，頁41-90，2007年3月。

滿足此一規範目的。」為避免生命因各種可能的人為標準進行差別待遇，「應該採取一個較廣義構成要件的解釋」，故而呈現在生命現象的基礎上，將精卵結合作為生命權保障範圍的基準較為合適¹²⁰。因此陳志忠先生認為早期胚胎當屬於生命權保障的範圍。

陳英鈐認為早期胚胎的地位問題並非一個單純的自然科學問題，而是一個道德與法律的問題¹²¹。任何試圖用自然現象解釋胚胎地位的做法都是沒有意義的。他認為在現行的台灣法制下，對於胚胎到胎兒這一階段所採的乃是一種階段漸進的保護模式，應憲法解釋的適合原則要求，同時避免早期胚胎成為科學家研究客體的命運，生命權的起點應當盡量可能從寬解釋，無論受精卵係由體外受精或體內受精產生，從卵子與精子結合成為受精卵的一刻起，便應受到憲法生命權的保障¹²²。

將早期胚胎視為權利主體的台灣學者普遍並非從早期胚胎的生物學屬性出發，而是基於現行台灣法律合憲性的解釋，以及早期胚胎與人的同一性等理由，認為早期胚胎當為權利主體。

（二）、「擬似權利主體」概念

蔡維音認為，受歐陸法影響下的台灣法律，除了將人視為「權利主體」外，將其他的世間萬物都視為「權利客體」，這種主客對立的法律觀在因應

¹²⁰ 陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第 18 卷第 3 期，頁 50 以下，2007 年 3 月。

¹²¹ 陳英鈐，人類胚胎幹細胞研究的憲法問題，台北大學法學論叢第 56 期，頁 64，2005 年 2 月。

¹²² 陳英鈐，人類胚胎幹細胞研究的憲法問題，台北大學法學論叢第 56 期，頁 59 以下，2005 年 2 月。

基因科技發展的當代，存在很明顯的侷限性¹²³。故而提出在主客兩分之間透過「擬似權利主體」的概念對於一些舊有體系無法涵蓋的概念，如胚胎，人類基因等，提升其法律上的保護層級。對於此類「擬似權利主體」應當由法律明定其範圍，對於不同類型，應當由法律明定其得享有的權利（僅是部分權利），其權利亦可是階段性的，並非完全的權利¹²⁴。蔡維音教授此篇文章並非針對早期胚胎，而是針對人類基因，然而她在文章中亦明確認為早期胚胎應被認定為「擬似權利主體」。

（三）、主張胚胎不應為權利主體的觀點

雷文玫認為現在法學界圍繞胚胎權利主體的討論事實上都是在討論胚胎的道德地位，胚胎並不適合套用權利主體概念，其原因總結如下：1、權利主體之概念並非僅限於自然人同時也包括法人，權利主體的制度意涵在於特定個體的主體性和獨立性，法律界所強調的權利主體，事實上與倫理學上的道德地位沒有直接關係。2、權利主體概念是一個全有或全無的概念，而倫理學上的道德地位則是有漸進性的區分。3、且權利能力的有無，原則上是由憲法和法律等民主多數決決定的結果，而道德地位則系諸不同的倫理學理論與輿論。4、同時權利主體概念是一個具有工具性性質的概念，而道德地位的有無則基於生命、知覺等判斷和特質嚴格的檢驗 5、有關胚胎道德地位的討論，不能直接轉換為胚胎是否應當具有權利主體地位¹²⁵。

¹²³ 蔡維音，擬似權利主體之法律意涵——重新建構人類基因之法律定位，成大法學 2 期，頁 42 以下，2001 年 12 月。

¹²⁴ 蔡維音，擬似權利主體之法律意涵——重新建構人類基因之法律定位，成大法學 2 期，頁 50 以下，2001 年 12 月。

¹²⁵ 雷文玫，人類胚胎的法律地位：為何人類胚胎不應該是權利主體，人文及社會科學集刊第 19 卷第 1 期，

她認為對於胚胎的保護並非因為胚胎是權利主體，而是因為其道德地位，縱使保護人的生命需要提前至胚胎階段保護，基於道德上的考量，由於胚胎的道德地位有限，在法律上也不適合將其視為權利主體，法律真正保障的不是胚胎本身是什麼，而是「我們對胚胎所賦予胚胎的道德感情」¹²⁶。

基於大陸法系主體客體二元分的觀念，雷文攻教授以上論述或可以理解為胚胎應當被視為權利客體，在此基礎上又由於胚胎的道德地位，應當對其有對應其道德地位的保護。

蔡宗珍¹²⁷認為如認定胚胎（文中之意為體外早期胚胎）為權利主體，則必然面對胚胎之法定代理人選擇的問題，然而胚胎生命權常常所對抗的乃是胚胎之代理人受術婦女的基本權利，如要求婦女承擔胚胎之權利主體代理人，則有矮化婦女的嫌疑。且即便不承認胚胎的權利主體地位，胚胎生命法益的保護也可通過對生命自由權的客觀規範所達成，故而無需藉由胚胎生命權主體地位而獲得其在憲法上的保護。蔡教授因此否定胚胎的生命權主體地位。

而謝榮堂¹²⁸則從民法關於胎兒權利能力的規定出發，認為人工生殖過程中的「剩餘胚胎」由於其已經不可能被生育，故而其最終命運必然走向死亡，而胎兒的權利能力要求胎兒出生時為活產，故而這部分之胚胎在「法律定義上已不成為人」了。

然而此類論述中最為激進的則是何建志，何教授認為民法上胎兒的權利能力必須以胎兒活產為限，而剩餘體外之早期胚胎根本沒有活產的可能性，

頁 57 以下，2007 年 3 月。

¹²⁶ 雷文攻，人類胚胎的法律地位：為何人類胚胎不應該是權利主體，人文及社會科學集刊第 19 卷第 1 期，頁 69-70。

¹²⁷ 蔡宗珍，憲法、國家權利與人性圖像——以胚胎植入前基因診斷術之合憲性問題為中心，載於：國際刑法學會台灣分會主編，民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，台北，頁 453-454。

¹²⁸ 謝榮堂，吳佩珊，幹細胞爭議與各國立法規範研究，軍閥專刊第 55 卷第 6 期，頁 119，2009 年 12 月。

故而只能將其視為權利客體，視為「物」¹²⁹。另外他認為胚胎作為精子細胞與卵細胞結合所產生的「物」，此情形屬於動產與動產的附和，其所有權自當由精子細胞和卵細胞原所有人共同共有，國家也應承認關於胚胎契約的合法性。何教授基於台灣憲法所保障的人民享有的種種自由與權利，認為人民有權利製造、使用、交易胚胎¹³⁰。他認為台灣學界普遍引用德國法學界觀點而反對胚胎商品化忽略了台灣與外國的社會背景與文化的差異，而「不顧人民主流的實際價值」¹³¹。

(四)、小結

從以上台灣法學家的論述上可以看出，台灣主流觀點還是認為早期胚胎應當被視作權利主體，惟有少數學者認為，早期胚胎應當被視為權利客體，或者是介乎權利主體與權利客體之間的「疑似權利主體」概念。

然而無論學者在胚胎的法律地位這一問題上做如何主張，在對與早期胚胎的保護問題上，其觀點卻幾乎近似，即對於早期胚胎應當有高於「物」這一概念，而低於「人」這一概念的保護。

主張早期胚胎應具有權利主體地位的學者多受德國學說影響，他們認為早期胚胎雖然應當為憲法基本權利生命權的保護對象，然而生命權並非憲法所絕對保護的權利，在合乎憲法第 23 條¹³²的要件下，仍可對生命權加以限制

¹²⁹ 何建志，反反胚胎商品化的一些法律論證，律師雜誌第 285 期，頁 51，2003 年 6 月。

¹³⁰ 何建志，反反胚胎商品化的一些法律論證，律師雜誌第 285 期，頁 54 以下，2003 年 6 月。

¹³¹ 何建志，反反胚胎商品化的一些法律論證，律師雜誌第 285 期，頁 58，2003 年 6 月。

¹³² 「中華民國憲法」第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得已法律限制之。」

李震山認為應以胚胎生命權保護為原則，例外「從嚴」的情況下，方得斟酌父母之自決權，限制、剝奪胚胎之權利。(針對墮胎問題，銷毀剩餘胚胎問題) 胚胎幹細胞研究乃是關係到人類福祉之內容，保護胚胎幹細胞的研究自由亦是對人命的尊重，故而在胚胎幹細胞研究，也可對胚胎之生命權予以適度之限制¹³⁴。

陳志忠認為，關於墮胎及體外冷凍胚胎的拋棄方面，婦女是否願意懷孕或分娩等涉及婦女受基本權保護的生殖自主決定權及其人性尊嚴，當胚胎生命和婦女決定發生衝突時，並不一定完全因為胚胎生命權而導出完全禁止流產¹³⁵。而在胚胎幹細胞研究方面陳志忠認為，國家給予對胚胎生命權的保護，原則上因禁止將胚胎用於生殖之外的目的，然而就毫無存活機會之剩餘胚胎可將其作為胚胎幹細胞的來源。而基於研究目的而製造胚胎雖然原則上應當禁止，但基於醫療研究亦是對疾病治療的目的，同樣製造胚胎以供人工生殖也是治療不孕症，二者不應存在太大差異這一理念，在極端的情況下，致力於醫療技術發展之研究製造胚胎也應被允許¹³⁶。陳志忠公設辯護人似在認定胚胎為生命權主體的前提下，認為在胚胎生命權與人的某些權利如婦女的自主權、人類整體的健康權之間相互權衡中，也因其並非絕對保護之權利，而可以加以犧牲。

陳英鈐認為雖然胚胎受到憲法生命權的保護，但現行法律對於胚胎的保

¹³³ 陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第 18 卷第 3 期，頁 49-50，2007 年 04 月。

¹³⁴ 李震山，胚胎基因工程之法律涵意——以生命權保障為例，台大法學論叢第 31 卷第 3 期，頁 9-13，2001 年 5 月。

¹³⁵ 陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第 18 卷第 3 期，頁 53，2007 年 04 月。

¹³⁶ 陳志忠，胚胎憲法地位之研究——以醫療性複製胚胎為例，東吳法律學報第 18 卷第 3 期，頁 75 以下，2007 年 04 月。

護乃是一種「階段保護模型」的保護。早期胚胎作為胚胎的一段時期，自然也享有生命權的保護，然而對其保護自然不能同已出生的人相提並論。在胚胎幹細胞研究之中，乃是研究自由與治療請求權與早期胚胎生命權之間的權衡，立法者及主管機關在保護早期胚胎的生命權的同時，必須考慮到相衝突的法益，依據比例原則，讓相互衝突的基本權利盡可能得到最大化的實現¹³⁷。

相對的，否定早期胚胎權利主體地位的學者雷文攻認為，基於既定法的情況下，推論不出胚胎乃權利主體，然而亦可基於人類與胚胎之間的關懷關係，胚胎之道德地位對其有更多的保護¹³⁸。蔡宗珍教授認為生命的形成與發展是一個延續的過程，胚胎作為其中的重要一環，無論其為權利主體與否，自然是生命法益所保護的對象，非單純的「物」。立法者應於踐行其保護義務時與其他相關基本權之間進行法益衡量¹³⁹。

從台灣學者的論述中可以看，台灣學者雖然在早期胚胎是否為生命權等基本權利的權利主體一問中存在分歧，但大部分學者都承認早期胚胎並非普通之「物」，而無論是基於早期胚胎與人之間的關聯性，還是早期胚胎本身的權利主體地位，早期胚胎的生命形式都應當受到高於「物」的保護。而同時大部分學者也都認為雖然早期胚胎具有生命形式，其生命應當受到尊重，但在早期胚胎的生命形式與其他基本權利發生衝突時，還是應當基於比例原則等憲法、法律原則進行利弊權衡，換句話說，早期胚胎的生命形式弱於「人」，其生命形式在某些情況下會因其他基本權利，如婦女的生育自主，全民的身體健康權等被犧牲。

¹³⁷ 陳英鈺，人類胚胎幹細胞研究的憲法問題，台北大學法學論叢第 56 期，頁 76-77，2005 年 2 月。

¹³⁸ 雷文攻，人類胚胎的法律地位：為何人類胚胎不應該是權利主體，人文及社會科學集刊第 19 卷第 1 期，頁 67 以下，2007 年 03 月。

¹³⁹ 蔡宗珍，憲法、國家權利與人性圖像——以胚胎植入前基因診斷術之合憲性問題為中心，載於：國際刑法學會台灣分會主編，民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，台北，頁 452。

而學者的差別在於，主張早期胚胎具有權利主體地位的學者在承認早期胚胎受到生命權保護的同時，又普遍認為該權利可以在合乎憲法第 23 條規定的情形下受到限制，而主張早期胚胎非權利主體地位的學者則通過道德或生命法益的形式認為早期胚胎應當獲得高於「物」的保護。

二、大陸學者基於冷凍胚胎處置權的討論

與台灣法學界已經類似過去式的討論不同，大陸學界對於早期胚胎之討論於胚胎幹細胞研究一問題並不多，而是從 2014 年 5 月份宜興胚胎繼承案才逐漸展開，關注點也集中在剩餘冷凍胚胎的處置問題上。大陸多是民法學者在討論這個問題，而觀點則多認為早期胚胎不應被視為權利主體，也不應被視為權利客體，認為早期胚胎已經不能用傳統民法「物」和「人」的觀點來評價，而是跳脫民法原本的二元觀，以新的視角理解早期胚胎。少數學者認為早期胚胎應當被視為「物」，然而又為了與普通之「物」加以區分，又在「物」的基礎上創設了一些新的概念，如「人格物」、「倫理物」等¹⁴⁰。

¹⁴⁰ 人格物見冷傳莉，論民法中的人格物，頁 128-131，2011 年 04 月，法律出版社，北京。倫理物見楊立新，民法物格制度研究，頁 86-92，2008 年 10 月，法律出版社，北京。

(一)、將早期胚胎視為物的觀點

在梁慧星與王利明兩位教授分別主持編寫的民法典建議稿中，都將人類的各類「組織」在脫離人體的情況下視為「物」，視為權利客體，在符合公序良俗的要求下允許交易，然而並沒有明確指出胚胎也屬於人類的「組織」。由於早期胚胎乃尚未分化的細胞群，其特性近似於人類「組織」，故而部分學者將這個觀點視為梁王等編纂學者支持早期胚胎為「物」的觀點¹⁴¹。然而梁王兩位教授就此並未明確表態。

大陸學者中將早期胚胎視為物的觀點的學者代表為中國人民大學的楊立新教授，楊立新教授觀點比較明確，他認為除了狹義的「自然人」以外的事物都只能屬於物的範疇，楊立新教授早在 2004 年就針對動物人格權的問題提出了「物格」的概念，即針對不同屬性的「物」進行類型化區分，將民法上的「物」分為「普通物」，「特殊物」與「倫理物」三種，具有「生命屬性」的「物」如寵物、珍惜動植物與人的組織、器官被劃分在了倫理物之中¹⁴²。

在宜興胚胎繼承案判決之後，楊立新教授即發文認為早期胚胎應當被視為「倫理物」，其觀點主要是認為人與物最大的差別即人具有權利能力，民法上的胎兒無權利能力，更遑論還不是胎兒的早期胚胎，故而早期胚胎不能被視為人。早期胚胎乃脫離人體之組織、器官的一種，按照大陸民法學界對於脫離人體的組織、器官的看法，認為早期胚胎應當被視為「物」，同時又因其生命屬性，而被劃分在倫理物的範疇，使其獲得高於「物」的保護。對於早期胚胎物的定位加上特殊的保護規定並不會否定早期胚胎的特殊性，同

¹⁴¹ 滿洪杰，人類胚胎的民法地位芻議，山東大學學報，2008 年第 6 期，頁 98，2008 年 12 月。

¹⁴² 楊立新、朱呈義，動物人格權之否定——兼論動物之法律「物格」，法學研究 2004 年第 5 期，頁 86 以下，2004 年。

時亦可以保護其潛在的人格¹⁴³。

基於這些觀點，現行法律中並沒有可以阻止早期胚胎成為繼承法上的財產的正當理由，故而楊立新教授認為早期胚胎可以作為繼承的客體¹⁴⁴。

對於部分學者認為衛生部所頒發的「人類輔助生殖技術規範」第三條禁止早期胚胎的買賣與代孕，不能將早期胚胎視為民法上的客體的觀點，楊立新教授認為，衛生部所頒布的部門規章其僅具有約束衛生部所屬醫療及科研機構的效力，法院雖然應當尊重部門規章然而卻不必受其約束¹⁴⁵。

（二）將早期胚胎視為人與物的中間態的觀點

相對的，大部分學者並不將早期胚胎視為物，而是認為傳統民法下的人與物二元觀點不適合定義胎兒及胚胎，只是因為早年生殖科技並未如此發達，故而關於體外早期胚胎的問題並不凸顯。而在當代對於此類問題應該用新視角加以解釋。

復旦大學劉士國教授對於楊立新老師的觀點完全不贊同，他認為早期胚胎並非簡單的「人」的器官，胚胎具有人的萌芽的意義，應當以新的觀點檢視胚胎。冷凍胚胎的處置應當基於父母雙方的合意，在父母雙方死亡的情況下，應當予以銷毀¹⁴⁶。持相同觀點的武漢大學張善斌教授，他認為早期胚胎具有成長為人的潛力，不能等同於人類的器官，且如果承認早期胚胎是物，則會導致其商品化，而這是與傳統倫理道德不符合的，然而基於胚胎發展成人

¹⁴³ 楊立新，人的冷凍胚胎的法律屬性及其繼承問題，人民司法，2014年第13期，頁27-28，2014年7月。

¹⁴⁴ 楊立新，人的冷凍胚胎的法律屬性及其繼承問題，人民司法，2014年第13期，頁28-29，2014年7月。

¹⁴⁵ 楊立新，人的冷凍胚胎的法律屬性及其繼承問題，人民司法，2014年第13期，頁30，2014年7月。

¹⁴⁶ 劉士國，人工生殖與自然法則，人民司法，2014年第13期，頁33-34，2014年7月。

的潛力有限，張善斌教授認為應當將其視為人與物之間的中間體¹⁴⁷。上海社科院劉長秋研究員從刑法角度出發，認為早期胚胎既不能被視作人，亦不能被視作物，而應當是介於人與物之間的中間態¹⁴⁸。持類似觀點的學者頗多，觀點也都近似，都是認為早期胚胎在傳統民法下的物與人關係中，無法得到準確的定位，應當跳脫「物」和「人」的概念，對早期胚胎進行特別立法¹⁴⁹。

（三）、小結

中國大陸學者傾向於在跳脫傳統民法的「人」與「物」的視角，以新的獨立的視角去看待早期胚胎的地位，部分學者則將早期胚胎等同於人類的組織、器官，認為脫離人體的組織或器官可以被視作「物」。

三、本文觀點

對於早期胚胎，本文以為應當區分母體內早期胚胎與母體外早期胚胎，對二者應當有法律上的不同評價。

民法上母體內之早期胚胎地位應當等同於「胎兒」，或者說「胎兒」這一概念在法律上應不區分自「受精卵」至「出生」成人這段時間中各個時期的差別。

¹⁴⁷ 張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度建構，科技與法律，2014年第2期，頁290以下，2014年。

¹⁴⁸ 劉長秋，人類輔助生殖技術的刑法學思考，東方法學，2008年第2期，頁40以下，2008年4月。

¹⁴⁹ 見滿洪杰，人類胚胎的民法地位芻議，山東大學學報，2008年第6期，頁97以下，2008年12月。孫良國，夫妻間冷凍胚胎處理難題的法律解決，國家檢察官學院學報第23卷第1期，頁111以下，2015年1月。徐海燕，論體外早期人類胚胎的法律地位及處分權，法學論壇第154期第29卷，頁148，2014年7月。

而體外之早期胚胎不應套用民法原有的「物」和「人」的概念，無論將體外的早期胚胎視為「人」，抑或是將早期胚胎視作「物」都是不合適的。由於「物」的「非人性」要求，以及早期胚胎與「自然人」的緊密關係（無論是生物學上的，還是倫理道德上的）早期胚胎都不能被簡單的視為「物」。同時法律上的「人」之概念不等同於生物學上之「人」，法律上之「人」具有其「社會屬性」，即享受權利、承擔義務的權利能力，而體外之早期胚胎並不適合作為權利能力的主體。基於以上觀點本文認為對於早期胚胎的法律地位應當特別立法加以明確，而不應當套用民法原有的「主體」「人」和「客體」「物」的框架，以突顯早期胚胎的獨特性。對於早期胚胎的立法應當是一種介於「人」與「物」之間的中間態的形式。

就以上觀點，具體之理由分述如下：

（一）、民法上母體內之早期胚胎地位應當等同於胎兒

權利能力乃人享受權利，承擔義務的能力，人的權利能力始於出生，終於死亡，胎兒本身原不具有權利能力，但由於胎兒之權利會受到侵犯，為了保護胎兒時期的權利，自然人之權利能力溯及胎兒期間的權利保護，乃各國通例，台灣民法亦在第 7 條加以明定，大陸民法雖有規定胎兒的繼承能力，但未明定胎兒的權利能力，但理論與實踐之中已經通過解釋加以應用，已如前述。

本文認為母體內之早期胚胎地位應當等同於胎兒。

首先一點，法律人並不將母體內自受精卵至出生這段時間的「胎兒」做

「受精卵」、「胚胎」、「胎兒」時期之劃分。中華民國民法立法者在上世紀初制定民法，大陸繼承法在八十年代制定繼承法之時，生殖科技並未出現，體外授精技術及胚胎在母體之外存活並非當時立法者所得預見之事，立法者無需對其加以區分。台灣及大陸市面通行之民法各類教材多稱胎兒乃自「受胎」開始，受胎即受精，僅有施啟揚大法官及學者劉召成引德國學說認為應將早期胚胎排除出「胎兒」之範圍¹⁵⁰。實踐中，法院對「胎兒」受孕時間並不加以區分，沒有特意排除早期胚胎¹⁵¹。基於既定法的制定過程與實務中的運用，受精後十四日內之胚胎不應當被排除在「胎兒」的概念之外。

其次，基於生物學之原因排除早期胚胎理由非常牽強。學者劉召成引德國學說認為早期胚胎在受精十四日之前尚有分裂成為多個胚胎，最終發育成為多個個體「人」的可能性，「人在此時還未確定下來，人的發育還存在着多種可能性」，即人的自然屬性還未確定。故而「胎兒」階段應當從受精後第 14 天開始起算¹⁵²。

事實上，前文在第二章介紹人類胚胎發育過程時，已經提及，具有全能性的人類細胞，即能獨立發育成為一個完整的「人」的個體的細胞僅僅為受精卵和受精卵分裂至八細胞期之前的細胞類型，而發育至受精後第 14 天時，早期胚胎早已發育成為一百多個細胞的細胞群，而這些細胞群也早已喪失全能性，而僅僅具有高度多能性，即早在著床之前「人」的個體屬性早已確定。故而即便要基於此觀點劃分「胎兒」也應當從八細胞期開始劃分。

第三，基於胚胎到胎兒再到人的同一性與連貫性。法律上存在胎兒權利

¹⁵⁰ 見第三章第一節對學者對「胎兒」定義之總結。

¹⁵¹ 四川省威遠縣人民法院 2014 威民初字第 496 號判決，事發之後八個月胎兒出生，很可能是在早期胚胎期權利受到侵害，但法院根本不加以區分。

¹⁵² 劉召成，胎兒的準人格構成，法學家，總第 129 期，頁 71-72，2011 年 12 月。

能力或繼承能力之規定，乃是基於對胎兒權利保護之考量，對於「自然人」之權利溯及至胎兒時期進行保護，其本質乃是對尚「未出生」之「人」的保護。從受精卵到胚胎再到胎兒乃一連貫的過程，某特定之「人」其自然屬性在精卵結合那一剎那便已基本確定，受精卵、胚胎、胎兒都是屬於出生之後的那個「人」的「未出生形態」，因此不應加以區分。

第四，基於實務運作考量，懷孕後十四天無法準確計算，若以此時點作為胎兒權利能力或繼承能力有無之分界，則必然產生實務操作上的難題。

故而綜上所述，本文認為民法上的胎兒概念不應當排除早期胚胎時期，民法上關於「胎兒」各種權利的規定，在早期胚胎時期即應該享有。即在大陸，體內早期胚胎時期應當享有繼承能力，而在台灣，體內早期胚胎時期應當享有限制的權利能力。

(二)、體外早期胚胎不應被視為權利客體

首先，從早期胚胎的「自然屬性」來講，體外早期胚胎並非簡單的「人」之「組織」或「器官」。

「物」之概念在民法上並不包含世間萬物，「物」的一大特性便是「物」的非人性，部分學者引用梁慧星、王利明兩位教授觀點認為體外早期胚胎是屬於脫離人體的「組織」或「器官」，在不違反公序良俗的情況下，被視作「物」¹⁵³。雖然脫離人體的組織或器官可以被視作物已經是當今兩岸民法上的多數見解，但是這種觀點忽略了胚胎的特殊性，胚胎並非簡單的「人」的

¹⁵³ 楊立新，人的冷凍胚胎的法律屬性及其繼承問題，人民司法，2014年第13期，總第696期，頁25-30，2014年07月。

「組織」或「器官」。

「組織」是形態結構和生理功能相同或相近的細胞，粘合在一起所形成的細胞群體。雖然早期胚胎從實質上講僅僅是簡單的細胞群，類似於人類的「組織」，但胚胎具有發育成長為一個個體的潛能，而人類任何的組織都是無法做到這一點的，即生物學上所講的細胞全能性。雖然關於「細胞全能性」暫時並沒有生物學上的可以服眾的合理解釋，但至少從這點上可以看出早期胚胎相對於人類的「組織」，具有其獨特性。

且胚胎擁有全新的、獨立的基因型，其基因有一半來自父親，另一半來自母親，與母體內的所有其他「組織」都不同。生物學上將一個生物外在所表現的性狀稱為「表現型」(phenotype)，一個生物外在表現同時受其「基因型」(genotype)和環境的共同影響，乃是生物學上最基本的原理¹⁵⁴。相類似的法律上的「人格」的概念乃是人自然屬性和社會屬性的結合，而一個人的「自然屬性」對應於人的「基因型」，在精卵結合的那一剎那，就已經完全確定了，而這個獨立的個人的人格則在之後的不斷發育到出生成長過程中逐漸完善。也正是因此很多學者認為人的生命權從精卵結合的一瞬間就應當受到保護¹⁵⁵。

當然單單從「基因型」已經確定及具有發展成獨立的人的個體的潛能這兩個原因並不能證明法律上的人的起點是從精卵結合開始的。

但是從這兩點上來講早期胚胎存在獨立於其母親的人格，故而不應當是簡簡單單的「母體」的「組織」，故而以「脫離人體的組織或器官」這一概念去套早期胚胎非常牽強。更何況如果將這個說法類比於胎兒，便會有「早

¹⁵⁴ 新世紀生命科學課程改進計劃 見 <http://www.dls.ym.edu.tw/lesson/mend.htm> 最後瀏覽日 2015/6/16

¹⁵⁵ 陳英鈞，人類胚胎幹細胞的憲法問題，台北大學法學評論，第 56 期，頁 71，2005 年 06 月。

產兒乃脫離母體之器官」這種荒謬的說法。

其次，從既定法規範角度，母體外的早期胚胎也不應當被視為「物」。前文已經提及，兩岸民法下，胎兒都具有特殊的地位，台灣民法第7條賦予胎兒限制權利能力，而大陸民法則規定胎兒具有繼承能力¹⁵⁶。而「胎兒」這一概念包含了早期胚胎時期，故而處於人體內的早期胚胎享有相應的權利能力。

處於母體之外的早期胚胎與母體之內的早期胚胎從其實質上講差別並不大，不同之處僅是1、在於其存活率，即成長為一個人的機率不同，但都可能發育為人；2、所處位置不同，母體內之早期胚胎受其母親人格的間接保護。本文無意將二者等同視之，然而若其一被視作有權利能力或繼承能力，賦予了人的社會屬性，而另一個則僅僅被視為法律上的「物」，差別過大。

另外一點，由於大陸現行法秩序未完全考量到早期胚胎可以在人體之外存活並移轉，故而缺乏對體外冷凍的早期胚胎的法律規範，雖然在「人類輔助生殖技術管理辦法」第三條禁止買賣胚胎和代孕的行為，在「人胚胎幹細胞研究倫理指導原則」第五條允許對於剩餘胚胎的研究利用，但對於胚胎其他相關的行為並未規範，所以才會出現宜興胚胎繼承案無法律適用的情形。假如對體外冷凍早期胚胎採「物」的看法，則勢必產生對於生命不尊重的後果，如非以上兩個規章所限制的行為，則人民基於其自由則可對體外早期胚胎毫無尊重。況且以上兩個法律文件「人類輔助生殖技術管理辦法」為衛生部之規章，「人胚胎幹細胞研究倫理指導原則」則僅為規範性文件，法律位階極低，若將體外之早期胚胎視為物，縱有對胚胎之保護，其效果也較為有

¹⁵⁶ 詳見本文第三章第三節之討論。

限。

(三)、體外早期胚胎亦不應被視為權利主體

主張體外早期胚胎應當被視為「權利主體」的觀點多數從胚胎與人的特性出發，論述胚胎與人的相似之處。如潛能論證、同一性論證、連續性論證等¹⁵⁷。

但應當明確的一點是，「人」這一概念在不同領域有著不同的意義，雖然本文從生物學角度認為人之生命始於受精卵，但法律上的人區別於生物學上的「人」，有其獨特含義，法律上的「人」並非生物學上的「人」。

兩岸民法都沒有對「人」這一概念的明確定義，而是以「權利主體」這一概念體現「人」在民法上的地位，民法上的「權利主體」包含了「自然人」和「法人」兩個範疇。法律上將一個個體評價為權利主體的乃是賦予特定個體的「主體性」和「獨立性」¹⁵⁸。即獨立的享受權利，承擔義務的能力¹⁵⁹。從這一點上來講，民法上的「自然人」強調其在民事法律關係上的「獨立性」。而一個個體是否能夠享有權利，承擔義務，事實上是憲法與法律等民主多數決的機制決定的¹⁶⁰。

我們人為的界定了一個個體是否具有權利能力，換言之，我們事實上是

¹⁵⁷ 潛能論證大意：胚胎具有發育成一個完整的人的個體的潛能。同一性論證大意：胚胎與人具有相同的基因型。連續性論證大意：從受精卵到胚胎到胎兒再到出生成為人乃一連續過程。詳見陳英鈞，人類胚胎幹細胞的憲法問題，台北大學法學評論，第 56 期，頁 21 以下，2005 年 06 月。

¹⁵⁸ 雷文玫，人類胚胎的法律地位：為何人類胚胎不應該是權利主體，人文及社會科學集刊，第 19 卷第 1 期，頁 57，2007 年 03 月。

¹⁵⁹ 施啟揚，民法總則，頁 69，2009 年 08 月，台北，第八版。

¹⁶⁰ 雷文玫，人類胚胎的法律地位：為何人類胚胎不應該是權利主體，人文及社會科學集刊，第 19 卷第 1 期，頁 59，2007 年 03 月。

「人為」的通過法律的多數決的方式去區分一個個體是否是民法上的「自然人」。於是，這種情況下以生物學上區分人的生命是從何開始，來判斷民法上胚胎是否是權利主體的論述都是非常不合適的。因為胚胎是否是權利主體這個問題不是一個純粹的自然科學問題，而是一個道德與法律的問題¹⁶¹。

因此從發育生物學上精卵結合、胚胎、胎兒的變化等現象以及胚胎、胎兒與人的關係等解釋生命從何開始僅僅給我們提供「一個」判斷胚胎保護的條件之一，而不能作為標準。而國外學者對於胚胎地位的討論也是基於其內國法而進行的，也只能作為一個參考。

將早期胚胎視為權利主體之「人」的立法代表乃美國路易斯安那州的民法，其將體外之早期胚胎視作「法律上擬制之人」(juridical person)，雖然此概念不同於傳統意義上的「法人」，但卻有相似之處。如允許體外早期胚胎起訴或被訴，其並非財產，而醫生應當對其負責等等¹⁶²。然而需要注意的是西方國家由於其宗教傳統，其對墮胎之看法與中國大陸完全不同，相應的其法體系對未出生者的生命權保護亦不同。

基於既定法的體系來看，中國大陸對於未出生之人保護非常之弱，同樣是在墮胎這一問題上，東西方差異很大。另外在對待體外冷凍胚胎上，中國大陸現行法更傾向於將其視為「物」，但同時又有一些尊重其生命形式的規定。

首先，中國大陸刑法中並無「墮胎罪」的規定，刑法並不保護胎兒的「生命法益」。事實上由於「計劃生育政策」在中國大陸施行多年，為了優生以及對後代性別的選擇，「墮胎」乃是一件極為普遍的事情，早些年在大陸有

¹⁶¹ 陳英鈞，人類胚胎幹細胞的憲法問題，台北大學法學評論，第56期，頁25，2005年06月。

¹⁶² 張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度建構，科技與法律，2014年第2期，頁282,2014年02月。

些地方政府甚至會強制懷孕婦女墮胎¹⁶³。雖然強制墮胎的行為並非合法，但是其在中國大陸曾被普遍接受。在此本文並不對此加以評論，只是如果強制墮胎的行為已經被接受，那又如何將未出生之胎兒視為「人」呢，既然未出生之胎兒都不被視作「人」，更遑論體外之早期胚胎。

其次，在民法上，僅僅在「繼承法」有明確規定胎兒的繼承利益¹⁶⁴，並無其他胎兒權利能力的規定。雖然學說和實踐通常以各種解釋方法，承認胎兒的權利能力，但畢竟實定法上並無規定。對於胎兒生命的保護也只能依靠對孕婦的健康權的保護間接實現。

第三，「人類輔助生殖技術管理辦法」與「人胚胎幹細胞研究倫理指導原則」這兩份文件明確許可剩餘的胚胎幹細胞的研究，同時允許體細胞核移植的方式「製造」供研究的人類胚胎¹⁶⁵，雖然這兩份文件法律位階很低，但也被人工生殖從業者依循了十多年，既然這兩份文件允許胚胎幹細胞的研究，那麼就並沒有將其視作「權利主體」。

綜上所述，大陸整體的法體系並沒有將早期胚胎視作「權利主體」之「人」，體外早期胚胎也不應被視為民法上的「人」。

相對的，台灣刑法中有「墮胎罪」的設置，同時優生保健法¹⁶⁶將很多墮胎行為排除在「墮胎罪」之外。但整體來看，「墮胎罪」並沒有被廢除，台灣刑法還是保護未出生者的生命法益的。且台灣民法明確規定「胎兒」的權利能力，胚胎幹細胞研究方面，只開放人工生殖所剩餘的胚胎供研究。整體來講台灣法體系對「未出生之人」所採的是一種階段漸進式的保護¹⁶⁷。

¹⁶³ 鳳凰網，強制墮胎無法無天，見 <http://news.ifeng.com/opinion/special/duotai/> 最後瀏覽日 2015/6/16

¹⁶⁴ 學說甚至認為該法並非規定胎兒享有繼承權利，而僅僅是一種利益，詳見前文第三章第三節。

¹⁶⁵ 當然，體細胞核移植所製造的供生育的人類胚胎即是通常所稱的克隆，是被嚴格禁止的。

¹⁶⁶ 見優生保健法第 9 條，優生保健法實施細則第 15 條。

¹⁶⁷ 陳英鈞，人類胚胎幹細胞的憲法問題，台北大學法學評論，第 56 期，頁 25 以下，2005 年 06 月。

(四)、體外早期胚胎應當被視為介於「人」和「物」之間的中間體

前文已經論述，本文認為體外早期胚胎既不能被視作法律上的「物」，亦不能被視作法律上的「人」。

雖然各學者在論述早期胚胎的法律地位時，都稱傳統民法將世間萬物一分為二，非人即物，但事實上，傳統民法脈絡下還是有很多介於人與物之間的存在，如古羅馬法上的「奴隸」，在某種程度上他們和牛、羊無異，可以作為財產被交易，主人可以合法的殺死奴隸，奴隸在這種情況下被視為「物」，而另一方面，奴隸在限制的範圍內，仍得為一定之行為¹⁶⁸。故而奴隸在羅馬法上乃介於人與物之間的存在。與古羅馬法中的奴隸相類似，當代民法中的胎兒也是如此，一方面法律在某種程度上宣稱胎兒具有權利能力，賦予了胎兒人的社會屬性，而另一方面，在滿足一定的條件下，墮胎又是被允許的。

即便是提出倫理物概念，堅持認為世間萬物除了已出生的人之外皆是只能屬於物的範疇的楊立新教授，也並沒有將胎兒納入他所說的倫理物範圍內¹⁶⁹。依據他對體外早期胚胎是脫離人的組織的解釋，胎兒即應當是人體的一部分。當然，法學界亦有其他觀點乃是如此，如最高法院 20 年上字第 1092 號判例：「過失致人死之罪，係以生存之人為被害客體，故未經產生之胎兒，固不在其列，即令一部產出尚不能獨立呼吸，仍屬母體之一部分，如有加害

¹⁶⁸ 黃立，民法總則，頁 67，1990 年 10 月，台北，第二版。

¹⁶⁹ 楊立新，民法物格制度研究，頁 240 以下，2008 年 10 月，法律出版社，北京。

行為，亦只對懷胎婦女負相當罪責。」就此本文觀點是，胎兒並非母體之一部分。一來，民法原本即創設有胎兒獨立的權利能力（台灣）或繼承能力（大陸），胎兒與母體各自有其獨立的人格；二來胎兒與母體擁有不同的基因型，可能有不同的血型，任何人體的其他部分都是不可能這樣的。基於此，本文認為胎兒是介於「權利主體」與「權利客體」之間的存在。

所以介於主體與客體之間的「中間體」並非創設，而是法律上事實存在的。體外早期胚胎的主體說與客體說都存在其不足之處，已如前述，而「中間態」則可以彌補這些不足。

一方面體外早期胚胎由於其具有成長為一個個體人的潛力，且是人類有性生殖所產生的後代，基於其與人類之間的緊密關係，存在有一定道德地位。在涉及其道德地位的問題上，可以給予其類似於人的保護。如限制體外冷凍胚胎的交易等。

另一方面，體外早期胚胎畢竟不是人，其縱有近乎於人的道德地位，在其利益與已出生之人的利益發生衝突時，其利益也應受到一定程度的限制，前文已經論及這幾乎是台灣法學界的通說。

事實上，台灣的「人工生殖法」和大陸的「人類輔助生殖技術規範」已經是採取這種立場了¹⁷⁰。一方面二者都嚴格規定實施人工輔助生殖技術的醫療機構的資質，並且限制了胚胎的交易和代孕，體現了對其道德地位的尊重。而另一方面，二者卻都允許對剩餘胚胎的研究行為，在父母雙方放棄生育的情況下，胚胎應予銷毀。體現了胚胎之生命在與生者之權益對抗時的限制。不同的是，台灣「人工生殖法」限制了胚胎的每次移植的數目限制為5個¹⁷⁰，

¹⁷⁰ 「人工生殖法」第16條：「實施人工生殖，不得以下列各款之情形或方式為之：……六、每次植入五個以上胚胎……」。

而大陸「人類輔助生殖技術和人類精子庫倫理原則」則限制胚胎移植每次數目最多為3個，其中35歲以下婦女不得週期性移植胚胎數目超過2個¹⁷¹。「人類輔助生殖技術和人類精子庫倫理原則」同樣為衛生部所發布之指導性文件，效力低於部門規章。

故而本文認為體外早期胚胎可以被視作「權利主體」與「權利客體」之間的「中間體」¹⁷²。



¹⁷¹ 「人類輔助生殖技術和人類精子庫倫理原則」一（二）7（5）。

¹⁷² 關於「中間體」各個學者有各自的表述方式，包括「折衷說」、「中介說」、「擬似權利主體」等，其內容大同小異，本文「中間體」的說法參考張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度建構，科技與法律，2014年第2期，頁276-295，2014年02月。

第五章、體外早期胚胎的處置權與權利能力

本文上一章已經闡明，將體外早期胚胎視為介於權利主體與權利客體之間的中間體乃兩岸現行法規的選擇，同時也是符合早期胚胎屬性的最佳方式¹⁷³。由於民法原本乃是「物」與「人」二元劃分的制度，針對「物」和「人」分別存在不同的制度設計，如「物」是「物權」的客體，而「人」是「人身權」的主體等。如承認體外早期胚胎的「中間體」或「擬似權利主體」的地位，則原本針對「物」和「人」的法律設計並不對其適用。

蔡維音教授提出的「擬似權利主體」概念，認為「擬似權利主體」乃經由法律擬制方才形成，故而其特殊全能應當由法律逐條列舉，界定其主體資格與其所能享有的權能範圍¹⁷⁴。而「中間體」的觀點亦是如此，其在特定情境下應當如何處置，應當在明確其「中間體」的狀態下由法律條文逐一明定¹⁷⁵。

前文已經論及，兩岸關於早期胚胎的處置權都已經有部分的規定。本章即先對兩岸早期胚胎如何處置及其權能已有的規範做一定整理，其後在根據已有的法律規範和學說提出對未規範內容的設計，最後在就宜興冷凍胚胎繼承案作一定分析。

¹⁷³ 徐國棟，體外受精胚胎的法律地位研究，法治與社會發展，總第 65 期，2005 年，頁 65。

¹⁷⁴ 蔡維音，擬似權利主體之法律意涵——重新建構人類基因之法律定位，成大法學，第 2 期，頁 20，2001 年 12 月。

¹⁷⁵ 張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度建構，科技與法律，2014 年第 2 期，頁 294，2014 年 02 月。

第一節、早期胚胎處置權

民法上，權利主體對「物」所享有的權利，一般稱「所有權」，而父母對於子女的權利義務則稱「親權」、「監護權」，而「早期胚胎」乃是介於「物」和「子女」之間的存在，使用「所有權」和「親權」或「監護權」都似有不當，讓人誤以為早期胚胎是「物」或「人」。在此對於早期胚胎類似於權利客體的地方本文將使用「處置權」¹⁷⁶一詞。「處置權」一詞的使用雖亦有可能會產生早期胚胎是「物」的錯覺，然則早期胚胎並不是物，已如前述，蓋因「處置權」一詞乃宜與胚胎繼承案二審法官所用，此處加以借鑒。

一、 現行法之規定——夫妻合意

體外早期胚胎的處置權包括對胚胎是否應當經過冷凍、冷凍的胚胎何時解凍、剩餘的冷凍胚胎最終去向、是否捐贈與他人以及時候同意進行研究等。理論上來講胚胎乃精子與卵細胞附和之產物，精子細胞和卵細胞（生殖細胞）都是民法上所稱的「物」，此點並無疑問¹⁷⁷。若將體外早期胚胎視為物，則體外早期胚胎乃民法上物之附和，依照民法之法理，屬於原精子細胞和卵細胞所有者即父母雙方之共同所有¹⁷⁸。若將體外早期胚胎視為「人」，則其監護權屬於其婚生父母所有，若將體外早期胚胎等同於體內胎兒，則基於夫妻雙方的生育權，其處置權也應當歸屬於夫妻雙方。故而無論將體外早期胚胎視為

¹⁷⁶ 參考無錫胚胎繼承案二審法官用語，見（2014）錫民終字第 1235 號判決。

¹⁷⁷ 「雖為人體生理的一部分，如其分離不傷害人體健康且不違背公序良俗者，也得於分離後成為一般的物，例如頭髮、血液、精液、人乳等」見施啟揚，民法總則，頁 219，2009 年 08 月，台北，第八版。

¹⁷⁸ 吳光明，新物權法論，頁 184，2009 年 9 月，台北。

何種屬性，體外早期胚胎處置權歸夫妻雙方共同所有，此點並無疑問。

另人工生殖中的胚胎培育及保存，主要是為了實現不孕夫妻的生育願望，確保其生育自由的實現，因此胚胎處置權作為生育權的延伸，同樣具有人身專屬性¹⁷⁹。體外冷凍胚胎的處置權需要經過夫妻雙方合意方可行使。相應的，大陸「人類輔助生殖技術和人類精子庫倫理原則」明確指出「不育夫婦對實施人類輔助生殖技術過程中獲得的配子、胚胎擁有其選擇處理方式的權利。」台灣「人工生殖法」第 21 條第 3 項稱：「受術夫妻為實施人工生殖所形成的胚胎，有下列情形之一者，人工生殖機構應予銷毀：……三、受術夫妻放棄實施人工生殖……」第 5 項稱：「前四項應予銷毀之生殖細胞或胚胎，經捐贈人或受術夫妻書面同意，並報經主管機關核准者，得提供研究使用」。等一系列規定都體現出了這點。

二、夫妻無法達成合意時的選擇

基於夫妻雙方的生育權的人身專屬性，體外冷凍胚胎的處置權需要經過夫妻雙方合意方可行使。

然則夫妻合意並非任何情況下都可達成，於是司法實踐中就存在一些夫妻合意無法達成時，冷凍胚胎處置權如何歸屬的問題。一是在人工生殖技術進行過程中，胚胎尚未植入，夫妻雙方一方死亡或因某些原因如精神疾病，無法表達是否繼續孕育子女的意願¹⁸⁰。二是人工生殖進行過程中，夫妻因感情破裂或其他原因，對是否進行子女孕育產生了分歧，從而對體外早期胚胎

¹⁷⁹ 王芬，通過輔助生殖技術生育子女應經男女雙方同意，人民司法（案例），2014 年第 14 期，頁 6，2014 年。

¹⁸⁰ （2014）錫民終字第 01235 號。

如何處置產生分歧，如一方希望能夠植入母方體內，而另一方則希望將其銷毀¹⁸¹。

首先應當明確的一點是，由於台灣「人工生殖法」第 21 條第 3 項明確規定在夫妻離異或者一方死亡的情況下，醫療機構應當銷毀冷凍胚胎，故而下所討論的問題僅僅考慮在中國大陸的情形。

（一）、夫妻間體外早期胚胎協議的效力

為了避免糾紛，醫療機構有時會在實施人工生殖之前都事先取得夫妻雙方之書面同意（知情同意書）¹⁸²，詢問夫妻雙方在夫妻離異或一方死亡時，醫療機構應當如何處置胚胎，「人類輔助生殖技術規範」一（二）管理一節中明確規定「實施體外受精和胚胎移植……並同不孕夫婦簽署相關技術的知情同意書……」。但夫妻在之後真正在離異或其它原因無法達成合意時，該協議的效力又是如何呢。

首先一個問題，法律是否承認該類處置胚胎協議的效力？基於法院對體外早期胚胎性質認定的不同，此一協議的效力可能會有差異。美國的幾個案例可以說明這一點。

¹⁸¹ 參見：一、前述 Davis 訴 Davis 一案。

二、山東日照離婚案：張某和代某離婚後，妻子代某希望繼續移植胚胎，丈夫張某不同意繼續移植，而法院認為生育權需夫妻雙方協商一致，共同行使方可實現，最終代某移植冷凍胚胎的想法未能實現。參見搜狐新聞，夫妻人工孕子時離婚，冷凍胚胎處理遇法律空白，見 <http://news.sohu.com/20120502/n342138572.shtml> 最後瀏覽日 2015/6/16，該判決文書未公開，僅能查獲網絡資料。

¹⁸² 衛生部所發布之人類輔助生殖技術知情同意書範本見附件一、附件二。

在 1998 年審結的 Kass 訴 Kass 一案¹⁸³中，夫妻雙方簽署協議在夫妻離婚的情況下，他們同意將體外早期胚胎（原文是 pre-zygotes）捐贈給科研機構以供研究使用，其後雙方果然離婚，未能就體外早期胚胎紐約上訴法院法官認為雙方所簽署的知情同意書表達了雙方的意圖，體外早期胚胎應當贈與給科研機構以供研究。在該案例中，法院承認了夫妻雙方就體外冷凍胚胎協議的效力，更多的承認了體外早期胚胎物的屬性。

而相反的在 2000 年美國馬薩諸塞州審理的 A.Z 訴 B.Z 一案¹⁸⁴中，夫妻雙方在實施人工生殖之前簽署協議，稱在夫妻分居情況下，冷凍胚胎應當交給妻子，植入妻子體內，而後夫妻雙方離婚，丈夫反悔，不同意將胚胎繼續植入妻子體內，法院基於對於自由和隱私的尊重，認為該協議違反了聯邦和司法先例中的公共政策而認定該協議無效。在該案例中，法院否定了夫妻雙方關於體外早期胚胎協議的效力，顯然沒有將體外早期胚胎當作物來對待。

而在 2001 年新澤西州法院審理的 J.B. 訴 M.B. 和 C.C. 一案¹⁸⁵中，夫妻雙方對於離婚時冷凍胚胎如何處置雖然並沒有明確約定，然法院就其他部分的合同效力認為夫妻雙方的生育自主權並不能受到限制，當事人可以隨時改變主意。

從以上美國判決可以看出，基於對體外冷凍胚胎性質的不同理解，依據其各州法律的不同，法官對於處置體外早期胚胎協議的性質的效力判斷也不同。

¹⁸³ Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174(N.Y., 1998), 轉譯自孫良國，夫妻間冷凍胚胎處理難題的法律解決，國家檢察官學院學報，第 23 卷第 1 期，頁 113 以下，2005 年 01 月。

¹⁸⁴ A.Z. v. B.Z., 725 N.E. 2d 1051, 1057-59 (Mass., 2000), 轉譯自孫良國，夫妻間冷凍胚胎處理難題的法律解決，國家檢察官學院學報，第 23 卷第 1 期，頁 113 以下，2005 年 01 月。

¹⁸⁵ J.B. v. M.B., 783 A.2d 707(N.J., 2001), 轉譯自李燕，金根林，冷凍胚胎的權利歸屬及權利行使規則研究，人民司法（應用），2014 年第 13 期，頁 35 以下，2014 年 7 月。

然而美國法院的判決乃是基於其本國的法律體系作出，僅能作為法理參考。下面就類似協議的效力基於兩岸法律以及本文觀點體外早期胚胎乃介於物與人之間的中間體作一定分析。

首先，本文認為體外早期胚胎如何處置（繼續植入妻子體內，或是銷毀，捐贈供研究使用）這一問題類似於墮胎選擇時的衝突，乃夫妻雙方生育權之衝突。生育權包括決定生育和決定不生育的權利¹⁸⁶，中國大陸「婦女權益保障法」第 47 條規定「婦女有按照國家有關規定生育子女的權利，也有不生育的自由。」明確規定婦女的生育權。而在 2001 年頒布的「人口與計劃生育法」中，第 17 條則規定「公民有生育的權利，也有計劃生育的義務……」則將生育權的主體擴展到自然人。

然而，由於夫妻雙方在生育中投入往往差距甚大，妻子在生育過程中要經歷懷胎十月的艱辛，以及分娩的痛苦，而丈夫則投入甚微，故而對於夫妻雙方的生育權有不同程度的保護。「婚姻法司法解釋（三）」第九條稱：「夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育權為由請求損害賠償的，人民法院不予支持……」可見雖然夫妻雙方都享有生育權，但法律顯然對妻子之生育權有更高程度的保護。

一方面，如丈夫同意繼續進行人工生殖，而妻子拒絕，則人工生殖無法繼續完成，畢竟丈夫的生育權實現是要經過妻子對胎兒的孕育。

另一方面，考慮到人工生殖相較於自然生殖方式的特殊性，體外早期胚胎尚未植入妻子體內，雖然有精卵結合但妻子並未懷孕。如果丈夫不願意生育類似於自然生殖方式中，丈夫不願與妻子發生性行為。假如丈夫不同意繼

¹⁸⁶ 潘皦宇，以生育權衝突理論為基礎探尋夫妻間生育權的共有屬性，法學評論總第 171 期，頁 61，2012 年 1 月。

續進行人工生殖，乃是在維護其生育權。

以上，如果未經夫妻雙方任何一方同意，另一方都是不能進行胚胎移植的。這也是各國實踐中的做法，即夫妻雙方合意享有胚胎處置權¹⁸⁷。

同時依據本文觀點體外早期胚胎乃是介於物與人之間的中間體，其生命形式和道德地位雖然受到一定程度的尊重和保護，但在與生者權利之間發生衝突時，可以加以限制。在此情形下，早期胚胎生命形式與受術夫妻生育權發生衝突，由於兩岸法律都對未著床之胚胎墮胎持無條件允許情形，故而早期胚胎生命形式並不會對夫妻之決定產生影響。

吉林大學孫良國教授認為，基於對公民生育權的保護，在該類協議侵犯到夫妻雙方生育權的情況下，法律理應允許夫妻變更協議內容，而在協議不侵犯雙方生育權的情況下，如夫妻離異，醫療機構可銷毀冷凍胚胎，法律應當承認其效力¹⁸⁸。基於本文之前論述的觀點，本文贊同孫良國教授的觀點。

實務上，山東日照離婚案¹⁸⁹主審法官認為：生育權是我國法律賦予公民的一項重要權利，只有夫妻雙方協商一致共同行使這一權利，生育權才能得到實現，夫妻雙方雖然在婚姻關係存續期間共同作出人工生殖的決定，但若夫妻離婚，在雙方無法達成合意的情況下，一方無權決定移植。該案法官即肯定了，夫妻關於人工生殖的事前協議得在夫妻離異時反悔。應值得贊同。

¹⁸⁷ 孫良國，夫妻間冷凍胚胎處理難題的法律解決，國家檢察官學院學報第 23 卷第 1 期，頁 116，2015 年 1 月。

¹⁸⁸ 孫良國，夫妻間冷凍胚胎處理難題的法律解決，國家檢察官學院學報第 23 卷第 1 期，頁 113 以下，2015 年 1 月。

¹⁸⁹ 見 <http://news.sohu.com/20120502/n342138572.shtml> 最後瀏覽日 2015/6/16。

(二)、夫妻離異或一方死亡時，體外早期胚胎的處置

同前所述，體外早期胚胎的處置權歸屬夫妻雙方共同所有，且夫妻之前關於冷凍胚胎之協議，在侵犯夫妻雙方生育權的情況下，法律應當准許夫妻變更。國際上關於夫妻離異時，體外早期胚胎的處置一般優先尊重決定不生育的一方，即若離異夫妻的一方不同意繼續移植，則胚胎移植即應當終止，已同前述。大陸法律在此種情況的規定尚為空白，亟需填補。實踐上，為了避免日後所產生的糾紛，在人工生殖進行過程中，每次胚胎移植都需要夫妻雙方共同簽署同意書，事實上，夫妻任何一方不同意繼續人工生殖，移植都不會繼續進行¹⁹⁰。醫療機構會繼續保存胚胎直至到達雙方所約定的期限，而後根據所簽署的知情同意書選擇銷毀或去標識後供研究使用。

設若夫妻一方死亡，另一方是否得單獨決定移植或銷毀胚胎？兩岸法律皆禁止代孕，夫妻一方死亡的情況仍能獨立進行胚胎移植僅僅在丈夫死亡、妻子存活情形下方可實現，故而此處只討論丈夫死亡、妻子存活的情況。台灣人工生殖法規定夫妻一方死亡，醫療機構應當銷毀胚胎。大陸「人類輔助生殖技術規範」第一大項第（二）小項¹⁹¹雖然規定不能為單身女性進行人工授精，但是卻未明確規定在人工生殖進行過程中，丈夫死亡的情形。通常該條文被理解為人工生殖進行過程中，一方死亡不能再繼續。

實踐上，人工生殖在進行過程中，雖然已經存在冷凍胚胎，但是於每次胚胎移植之前，仍須夫妻雙方書面同意，已同前述。於是，事實上的操作是

¹⁹⁰ 新浪新聞中心：丈夫車禍身亡妻子為留種要求繼續胚胎移植，見 <http://news.sina.com.cn/s/2004-10-29/03504741607.shtml> 最後瀏覽日 2015/6/16

¹⁹¹ 原條文為「醫療機構必須預先認真查驗不育夫婦的身分證、結婚證和符合國家人口和計劃生育法規和條例規定的生育證明原件，並保留其複印件備案；涉外婚姻夫婦及外籍人員應出示護照及婚姻證明並保留其複印件備案。」條文皆指向已婚夫婦，並未明確指明單身婦女不可進行人工生殖。

丈夫死亡後，妻子已經不能繼續進行人工生殖。然而在 2004 年卻發生了一個特例。

2004 年 2 月，王霞與其丈夫在廣州市婦幼保健院進行人工生殖開始培育胚胎，並在 2 月 28 日進行第一次移植失敗，隨後的 5 月 12 日丈夫死亡，而二人在醫院還留有 13 個冷凍胚胎，醫院則以違反「人類輔助生殖技術規範」為由拒絕對其進行移植，王霞則對該條文有不同的理解，遂致函衛生部要求解釋，衛生部復函稱其所正在實施的移植手術乃輔助生殖的一部分，同意廣東省婦幼保健院繼續對王霞提供凍融胚胎移植¹⁹²。

於是若在人工生殖進行過程中，丈夫死亡，理論上妻子仍可單獨完成人工生殖手術。

(三)、夫妻關係消滅時，人工生殖應當終止

關於生育權之本質，學界存在有各種分歧，部分學者認為生育權乃是一種基於夫妻關係存在的身分權，基於夫妻關係而為夫妻間共同享有，然而這種說法顯然排除了未婚者生育後代的權利。多數學者則認為生育權乃是一種固有的人格權¹⁹³。

然而無論如何，兩岸的人工生殖相關法律都規定必須不孕不育之已婚夫婦才可接受人工生殖¹⁹⁴，單身女性並不能單獨接受人工生殖。雖然此種規定受到各種詬病，被認為是對於基本權利的一種侵犯，然而至少時至今日，兩

¹⁹² 新浪新聞中心：丈夫車禍身亡妻子為留種要求繼續胚胎移植，見 <http://news.sina.com.cn/s/2004-10-29/03504741607.shtml> 最後瀏覽日 2015/6/16

¹⁹³ 馬憶南，夫妻生育權衝突解決模式，法學，2010 年第 12 期，頁 15，2010 年 12 月。

¹⁹⁴ 台「人工生殖法」第 11 條，陸「人類輔助生殖技術規範」第一大項第（二）小項。

岸現行法下，該規定都沒有被修改或是宣布違憲。

兩岸現行法下如此之規定似乎最主要原因是為了保護「子女最佳利益」，「人工生殖法」第一條開宗明義指出「為健全人工生殖之發展，保障不孕夫妻、人工生殖子女與捐贈人之權益，維護國民之倫理及健康，特製定本法。」可見「子女利益」在立法過程中乃一重要考量內容。大陸「人類輔助生殖技術及人類精子庫倫理原則」第一大項下第四小項亦將後代利益納入其中。

而子女出生之後，其是否為婚生乃「子女最佳利益」中的一項重要指標。子女出生時，其是否為婚生或其是否由父母共同撫養，關係到一個子女成長過程中的身心健康，兩岸親子關係相關立法都將這一點作為考量，盡量使非婚生子女成為婚生子女，或是受到婚生子女相同的對待。如大陸婚姻法第 25 條規定，非婚生子女與婚生子女享有同樣的權利，任何人不得加以危害或歧視，不直接撫養子女的生父或生母，應當負擔子女的撫養費和教育費。而台灣民法第 1063 條則規定，無論真實血緣的聯絡，只要在婚姻關係存續中受孕所生的子女皆推定為婚生子女。

因此，不難想見，兩岸人工生殖相關法律在立法過程中，子女在出生時的地位亦為考量事項之一。「人工生殖之非婚生子女自始確定為非婚生子女，無機會成為有父之婚生子女，即對子女有莫大之不利」¹⁹⁵。人工生殖相關法律在立法時盡量使人工生殖之子女法律地位與自然生殖之子女法律地位相同，盡量使其取得婚生子女的地位，此為人工生殖法對子女最佳利益的最低保障¹⁹⁶。

台灣「人工生殖法」第二十三條第一項規定「妻於婚姻關係存續中，經

¹⁹⁵ 戴東雄，孩子，你的父母是誰，法學叢刊，第三十二卷第一期，頁 22，1987 年 01 月。

¹⁹⁶ 侯英冷，從子女最佳利益原則檢視人工生殖法草案，律師雜誌第 318 期，頁 21，2006 年 3 月。

夫同意後，與他人捐贈之精子受胎所生之子女，視為婚生子女。」第二十四條第一項規定「妻於婚姻關係存續中，同意以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎所生之子女，視為婚生子女。」而大陸最高法院「關於夫妻離婚後人工授精所生子女的法律地位如何確定的復函」中指出：「在夫妻關係存續期間，雙方一致同意進行人工授精，所生子女應視為夫妻雙方的婚生子女，父母子女間權利義務關係適用婚姻法的有關規定。」都體現了這一點。

可以說兩岸現行法限制僅有「夫妻」雙方共同參與才可進行人工生殖，乃是「子女最佳利益」與公民之生育權之間權衡之後的結果。公民之生育權雖然為人之基本權利之一，但基本權在某些情況下也可加以限制，此點並無疑問。雖然現今國際上多國已經不再限制人工生殖僅允許夫婦同時進行¹⁹⁷但基於中國大陸現行法律，現行法突出表現的一個理念便是「子女最佳利益」大於公民的生育權。

對人工生殖子女「最佳利益」的保護體現在夫妻關係發生變化時的規定為：台灣「人工生殖法」明確規定在夫妻關係因各種原因發生變化的時候，冷凍胚胎即應銷毀，正在進行中的人工生殖也應終止，以免人工生殖子女在出生後成為非婚生子女或沒有父親。

而大陸對此並無明確規定，但實際運作過程中，醫療機構每次施术前都需夫妻雙方書面同意。若夫妻關係發生變化，事實上，人工生殖也即終止。例外的是在 2004 年衛生部對王霞復函之後，似乎正在進行中的人工生殖若丈夫死亡，妻子仍可單獨進行。

同時依據最高法院「關於夫妻離婚後人工授精所生子女的法律地位如何

¹⁹⁷ 王海南，人工生殖子女之法律地位——兼評人工生殖法中涉及身分關係之相關規定，法令月刊，第 58 卷第 08 期，頁 112-113，2007 年 08 月。

確定的復函」中所稱「在夫妻關係存續期間，雙方一致同意進行人工授精，所生子女應視為夫妻雙方的婚生子女，父母子女間權利義務關係適用婚姻法的有關規定。」王霞人工生殖之子女乃王霞與其丈夫之婚生子女。然而關於此問題，法律並無明定，所能依據者僅為最高法院的函釋。

本文認為中國大陸應當立法明確，若夫妻關係發生變化，或丈夫死亡，人工生殖即應終止，以符合「婚姻法」與人工生殖相關法律對「子女最佳利益」的保護。一來使得人工生殖子女在出生時為婚生子女，即便妻子在懷孕期間，夫妻雙方離婚，或丈夫死亡，以使得子女在出生後不致因其生殖方式受到歧視。二來從根本上杜絕了若夫妻關係發生變化，妻子單獨進行人工生殖導致的子女地位不明的問題。

（四）、夫妻雙方皆死亡時，體外早期胚胎的處置權歸屬

大陸立法未如台灣人工生殖法一樣，規定夫妻雙方死亡，醫療機構應當銷毀胚胎，於是便會產生類似宜興冷凍胚胎繼承案的糾紛。

著名的美國 York 訴 Jones 一案¹⁹⁸中法官首次明確了醫療機構就體外早期胚胎的處置權人之間乃是保管契約的關係，更凸顯了體外早期胚胎物的屬性。

通常情況下，醫療機構在實施人工生殖之前都會同不孕夫婦簽訂知情同意書，知情同意書都會規定醫療機構對冷凍胚胎的保管義務及銷毀措施¹⁹⁹。

無論將冷凍胚胎視為人還是物或是中間態，醫療機構對於體外早期胚胎僅僅

¹⁹⁸ York v. Jones 717 F.Supp.421 (E.D. Va. 1989) .

¹⁹⁹ 見附錄二

具有保管義務，而不享有對於體外早期胚胎的處置權。醫療機構要做的便是冷凍保存胚胎，等待時機成熟將其植入不孕患者體內，或在不孕夫婦要求下銷毀或提供給研究機構。相應的不孕夫婦需支付保存胚胎所需的相關費用。

通常情況下，醫療機構都會通過知情同意書與夫婦約定若胚胎移植完成或保存胚胎達到一定期限，則醫療機構可以銷毀剩餘胚胎或將其供給醫學研究。然而卻鮮有約定夫妻雙方死亡，醫療機構得否處置冷凍胚胎。另外楊立新教授認為，即便醫療機構與不孕夫婦合意約定冷凍胚胎保存達一定時間後可以予以銷毀，然若不孕夫婦死亡，契約因當事人一方死亡而終止，之後雖達到契約所規定的一定期限，醫療機構仍不能再依據不孕夫婦生前的銷毀胚胎的意願而取得冷凍胚胎的處置權²⁰⁰。

此時便會產生一個問題，冷凍胚胎處置權歸誰所有？若冷凍胚胎是物，則依據繼承法原理，冷凍胚胎可以成為繼承法上的財產，在被繼承人死亡時，繼承即已經開始²⁰¹，繼承人已經獲得了冷凍胚胎的處置權（所有權）。若冷凍胚胎是人，則依據親屬法相關原理，在監護人死亡時，優先由祖父母、外祖父母，其次由其兄、姐取得監護權²⁰²。

然而不幸的是，體外早期胚胎乃是介於人與物之間的中間體，乃未出生之人，非人亦非物，是否適用以上法理，尚存在有討論空間。

²⁰⁰ 楊立新，一份標誌人倫與情理勝訴的民事判決——人的體外胚胎權屬爭議案二審判決釋評，法律適用 2014 年第 11 期，頁 50，2014 年 6 月。

²⁰¹ 「繼承法司法解釋」第一條：「繼承從被繼承人勝利死亡或被宣告死亡時開始。」

²⁰² 「民法通則」第十六條第二項：「未成年的父母已經死亡或者沒有監護能力的，有下列人員中有監護能力的人擔任監護人：（一）祖父母、外祖父母（二）兄、姐（三）關係密切的其他親屬、朋友願意承擔監護責任，經未成年的父、母的所在單位或者未成年人住所地的居民委員會、村民委員會同意的。對擔任監護人有爭議的，由未成年的父、母的所在單位或者未成年人住所地的居民委員會、村民委員會在近親屬中指定。對指定不服提起訴訟的，由人民法院裁決。」

三、死亡夫妻之繼承人是否可以取得冷凍胚胎之處置權

此問題主要涉及到 2014 年 5 月審結的胚胎繼承案二審的討論。宜興市人民法院一審判決並未公開，只能通過新聞稿了解。無錫市人民法院對於此案的二審判決已經公開，總結如下。

(一)宜興冷凍胚胎處置權案糾紛案情簡介²⁰³

沈傑與劉曦夫婦二人，因不孕於 2012 年 3 月 5 日開始在南京市鼓樓醫院進行體外受精的治療，並在 9 月 3 日與鼓樓醫院簽訂了《配子、胚胎去向知情同意書》、《胚胎和囊胚冷凍、解凍及移植知情同意書》，同意如胚胎有剩餘，兩人選擇銷毀，冷凍胚胎保存期一年，如果超過期限，兩人同意將胚胎丟棄。

2013 年 3 月 20 日夫婦二人因車禍死亡。並在鼓樓醫院留下了四枚冷凍胚胎。

沈傑的父母沈新南、邵玉妹遂訴至宜興市基層人民法法院，要求向鼓樓醫院取得冷凍胚胎的監管權和處置權。

一審宜興市人民法院認為：1、體外早期胚胎具有生命潛能，是含有未來生命特徵的特殊之物，不能像一般物一樣任意轉讓或繼承，故其不能成為繼承標的。2、夫婦雙方對體外早期胚胎的權利原本即受「人類輔助生殖技術規範」限制，必須以生育為目的，不能買賣胚胎。原本夫婦已經死亡，這種

²⁰³ (2014) 錫民終字第 01235 號。

對於胚胎的限制的權利不能被繼承。因此駁回了原告的請求。

沈新南、邵玉妹不服，遂向無錫市人民法院提起上訴，認為：1、我國相關法律並未將胚胎定性為禁止繼承的物涉案胚胎的所有權人為沈傑、劉曦，是兩人的合法財產，應當屬繼承法第三條第（七）項「公民的其他合法財產」2、根據沈傑、劉曦與鼓樓醫院的相關協議，鼓樓醫院只有在手術成功後才具有對剩餘胚胎的處置權利。

二審無錫市人民法院認為：1. 沈傑、劉曦生前與南京鼓樓醫院簽訂相關知情同意書，約定胚胎冷凍保存期為一年，超過保存期同意將胚胎丟棄，現沈傑、劉曦意外死亡，合同因發生了當事人不可預見且非其所願的情況而不能繼續履行，南京鼓樓醫院不能根據知情同意書中的相關條款單方面處置涉案胚胎。

2、中國大陸法律對於胚胎法律屬性並沒有明確，結合案情，考慮以下因素：一是倫理。施行體外受精胚胎移植手術過程中產生的受精胚胎，具有潛在的生命特質，不僅含有沈傑、劉曦的DNA等遺傳物質，而且含有雙方父母兩個家族的遺傳信息，雙方父母與涉案胚胎亦具有生命倫理上的密切關聯性。二是情感。白髮人送黑髮人，乃人生至悲之事，更何況暮年遽喪獨子、獨女！沈傑、劉曦意外死亡，其父母承歡膝下、縱享天倫之樂不再，“失獨”之痛，非常人所能體味。而沈傑、劉曦遺留下來的胚胎，則成為雙方家族血脈的唯一載體，承載著哀思寄託、精神慰藉、情感撫慰等人格利益。涉案胚胎由雙方父母監管和處置，既合乎人倫，亦可適度減輕其喪子失女之痛楚。三是特殊利益保護。胚胎是介於人與物之間的過渡存在，具有孕育成生命的潛質，比非生命體具有更高的道德地位，應受到特殊尊重與保護。在沈傑、劉曦意

外死亡後，其父母不但是世界上唯一關心胚胎命運的主體，而且亦應當是胚胎之最近最大和最密切傾向性利益的享有者。綜上，判決沈傑、劉曦父母享有涉案胚胎的監管權和處置權于情於理是恰當的。當然，權利主體在行使監管權和處置權時，應當遵守法律且不得違背公序良俗和損害他人之利益。

3、南京鼓樓醫院在訴訟中提出，根據衛生部的相關規定，胚胎不能買賣、贈送和禁止實施代孕，但並未否定權利人對胚胎享有的相關權利，且這些規定是衛生行政管理部門對相關醫療機構和人員在從事人工生殖輔助技術時的管理規定，南京鼓樓醫院不得基於部門規章的行政管理規定對抗當事人基於私法所享有的正當權利。

基於以上原因，二審無錫市人民法院撤銷了一審判決，改判四位老人共同獲得四枚冷凍胚胎的處置權。

（二）、體外早期胚胎可否被繼承

該案在一審的時候，案由為繼承糾紛，然而一審法院認為體外早期胚胎法律地位尚未明確，但明顯非屬繼承標的的範圍，故而不能被繼承。二審法官則避開了繼承法，而以法律未明定為由，以情理為由判決四位老師獲得體外早期胚胎的處置權。

不同於世界各國立法，中國大陸關於繼承標的的範圍有一個較為列舉式的規定，「中華人民共和國繼承法」第三條規定：「遺產是公民死亡時遺留的個人合法財產，包括：（一）公民的收入；（二）、公民的房屋、儲蓄和生活用品；（三）、公民的林木、牲畜和家禽；（四）公民的文物、圖書資料；（五）、

法律允許公民所有的生產資料；(六)、公民的著作權、專利權中的財產權利；
(七)、公民的其他合法財產。」

堅持體外早期胚胎是物的學者，如楊立新，認為繼承法這種列舉式的方式規定遺產的範圍，會讓人產生誤解，事實上民法上的財產包括了靜態的物，體外早期胚胎既然是物，則理應可以作為遺產被繼承，可以將其納入第七項「公民的其他合法財產」內²⁰⁴。

而相反的認為體外早期胚胎是介於人與物之間的中間體的學者，則多認為體外早期胚胎不能成為民法上的財產，繼承的標的。僅有不孕夫婦享有體外早期胚胎的處置權，而這種權利類似於生育權，具有人身專屬性，不能通過繼承等方式移轉²⁰⁵。

本文認為體外早期胚胎乃介於人與物之間的中間體，並非傳統意義上的物，或者財產。體外早期胚胎之買賣被世界各國所禁止，「人類輔助生殖技術規範」亦有明定，體外早期胚胎之流通應當受到限制。雖然各相關法律文件都未明確指出體外早期胚胎不得被繼承，但基於其特殊性質，本文認為其不適合被視作繼承標的被繼承。

同前所述，體外早期胚胎乃未出生之人，其含有一個個體所有的基因信息，有成長為一個個體的潛能，具有類似於胎兒的準人格。人之屍體因曾有人格，與通常之物有異，故而不宜被視為財產而繼承²⁰⁶。而體外早期胚胎則具有潛在的人格，因其與人之間的特殊關係，其不適合作為被繼承的客體。

²⁰⁴ 楊立新，人的冷凍胚胎的法律屬性及其繼承問題，人民司法，2014年第13期，總第696期，頁28，2014年07月。

²⁰⁵ 劉士國，人工生殖與自然法則，人民司法（應用），2014年第13期，頁34，2014年7月。

²⁰⁶ 林秀雄，繼承法講義，頁79，2009年版，台北。

(三)、繼承人可否獲得體外早期胚胎的處置權

有趣的是，二審法院將一審法院所確定的繼承糾紛的案由，改為了監管權與處置權糾紛，不再將該案視為體外早期胚胎繼承的糾紛，而將其視為體外早期胚胎監管權和處置權的糾紛。同時以大陸法律未有明確為由，從倫理和情感出發，判決原告獲得了這幾枚體外早期胚胎的處置權。

誠然，法律不得拒絕裁判，在現行法律未有明確規定的情況下，法官也應根據法理、習慣等進行裁判。於情於理，該案中死亡夫婦之父母獲得其所遺留之體外早期胚胎似乎並沒有什麼不妥，法官之裁判自然無可厚非。

然而，本文認為繼承人僅可在限制的範圍內獲得早期胚胎的處置權。

首先，體外早期胚胎並非普通之物，繼承人不能通過繼承物的方式獲得，同時，體外早期胚胎的處置權乃夫妻雙方生育權的一部分，而生育權是人格權的一種²⁰⁷，具有人身專屬性，此類權利亦非繼承之標的²⁰⁸。此為一審法官所明確，二審法官亦未將本案視作繼承問題，可見二審法官同樣認為體外早期胚胎不適合作為繼承標的。

其次，繼承人不能取得被繼承人的生育權。繼承人獲得體外早期胚胎之後，依人類對其所利用的現有功能，這些胚胎只可能被用作代孕或者被作研究使用²⁰⁹，否則就只有被銷毀丟棄一途。關於生育權之本質雖然存在著各種學說，如人格權、身分權或是介於人格權與身分權之間的權利，但無論如何

²⁰⁷ 馬憶南，夫妻生育權衝突解決模式，法學 2010 年第 12 期，頁 16，2010 年。

²⁰⁸ 林秀雄，繼承法講義，頁 78，2009 年版，台北。

²⁰⁹ 人類輔助生殖技術管理辦法和人類輔助生殖技術規範禁止胚胎的買賣和贈送。

該權利具有人身專屬性，不可被移轉²¹⁰。同時「人類輔助生殖技術管理辦法」第三條明確禁止代孕，繼承人如可獲得這些胚胎，雖然可以在他國允許代孕的地方進行代孕，但出生之嬰兒其父母難以確定，其成長必然受到影響。而決定將其用作研究則由於胚胎之基因各有一半來自各配子提供者，顯然有侵犯到基因所有人，配子提供者的人格權，不宜由不孕夫婦的繼承人行使。

然而從情理上來講，這些體外早期胚胎乃逝者所遺留，擁有逝者的基因，對於死者的繼承人來講，具有一定的紀念意義，其類似於死者的屍體，若是不允許死者的繼承人獲得這些「物質」，則顯法律不通人情。

在此，本文認為體外早期胚胎作為潛在的人，具有準人格，類似於人的屍體。關於屍體的性質，台灣民法上存在有四種學說²¹¹：(1) 屍體非物，惟得為殯葬之標的，又其本人生前得就屍體為處分。(2) 屍體為物，但僅得為殯葬的標的。(3) 屍體為物，但不得為財產權之客體，亦不得為交易標的。(4) 屍體為物，且得為權利客體，惟其權利行使，應受公序良俗限制。

屍體一般不能成為繼承的標的，但繼承人對於屍體具有埋葬之權利義務，即對屍體有處分權，然受到死者生前意願及善良風俗之束縛²¹²。

對比被繼承人之屍體，繼承人應當可以獲得對體外早期胚胎的處置權，然而對體外早期胚胎之處置權亦應受到限制，不可實施代孕，在被繼承人同意範圍內，可以決定捐贈給醫療機構供研究使用。而在未經過被繼承人生前同意的情況下，僅可選擇保存或銷毀。

²¹⁰馬憶南，夫妻生育權衝突解決模式，法學 2010 年第 12 期，頁 15 以下，2010 年。

²¹¹ 邱聰智，民法總則（上），2005 年 2 月版，頁 400，台北。

²¹² 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭，民法繼承新論，頁 110，2011 年修訂七版，台北。

四、進一步之討論：建立體外早期胚胎的銷毀機制

台灣「人工生殖法」第 21 條第四項規定了各種胚胎銷毀的機制。一是夫妻關係在實施人工生殖過程中發生變化，冷凍儲存中的胚胎即應被銷毀，包括了婚姻無效、撤銷、離婚或一方死亡的情形，二是胚胎保存超過十年，三是夫妻放棄實施人工生殖。事實上，並非夫妻關係發生變化，人工生殖進行過程中，夫妻不能達成合意時，移植手術亦不能繼續進行，原則上，醫療機構在每一次施術時，都必須獲得受術夫妻雙方的書面同意，以免單方要求施術的爭議²¹³。

英國 1990 年所指定的「人工授精與胚胎學法案」(Human Fertilisation and Embryology Act) 第 14 條 (4) 即規定保存五年以上的胚胎必須被銷毀，而到了 2008 年這一年限被延長至了 10 年²¹⁴。事實上很多國家都規定了胚胎的保存期限：如法國、瑞典為五年，芬蘭規定為十年，而澳大利亞則規定為一年²¹⁵。

大陸相關法律法規雖然未規定夫妻關係發生變化時，胚胎應予銷毀，但實踐上若夫妻關係發生變化，人工生殖已不能繼續進行。總體上大陸相關法律法規缺乏冷凍胚胎適時銷毀的規定，存在於醫院的很多冷凍胚胎無人認領，成為了無主胚胎，醫療機構將會繼續保存胚胎，直至達到雙方所約定的期限後，根據雙方事前所達成的協議，選擇將胚胎捐獻給研究機構或者銷毀，而

²¹³ 網路資料：台灣女人健康網，人工生殖法答客問。

見 http://www.twh.org.tw/policy_law_word.asp?amuni2=Y&lawid=00050&lawcatid=00001&lawcat2id=00001&lawcatnm=%EF%BF%BDk%EF%BF%BD%EF%BF%BD&nouse=2225 最後瀏覽日 2015/6/16

²¹⁴ The Official Home of UK Legislation, Human Fertilisation and Embryology Act 1990, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/15> 最後瀏覽日 2015/6/16

²¹⁵ 張燕玲，人工生殖法律問題研究，山東大學博士學位論文，頁 72，2006 年。

又根據不同醫療機構的內部規定不同，胚胎保存期限又各有差異，多數情況下醫院未避免糾紛，即使到期未必會予以銷毀²¹⁶。

本文認為，為了避免管理上的不便和胚胎如何處置的尷尬，應當建立相應的冷凍胚胎適時的銷毀機制。

前文已經論述體外早期胚胎的基本性質，類似於人類的組織，乃同類細胞之細胞群。然而這種細胞群同時具有發育成為一個完整個體的潛能。在中國大陸的現行法中，體外早期胚胎多被視為物來對待，然而它又受到一定的尊重。學者更傾向於將其視為介於物與人之間的中間態。

中國大陸現在對於墮胎採普遍不禁止的態度，對於胎兒的生命權並沒有過多的保護，更遑論處於母體之外的早期胚胎。可以說在早期胚胎的生命權的保護方面，其更接近於物。而在人工生殖手術成功或者在受術夫妻同意的情況下，大量的胚胎會被銷毀。胚胎的銷毀可能存在倫理問題，但在整個大趨勢下並沒有法律問題。

而從人類對這些胚胎的利用情況來看，這些胚胎僅有被用作植入或者研究兩個用途。為了保護人工生殖子女的利益，大陸人工生殖相關法律禁止代孕和單身女性的人工生殖，同時禁止胚胎的買賣和贈送，若夫妻關係消滅，這些胚胎已經不可能被植入女性子宮內。

事實上，這些胚胎基本上喪失了出生為人的機會，與其留在醫療機構裡長期保存，耗費人力物力，並可能產生日後不必要的糾紛，不如強制銷毀或根據之前的協議捐獻給研究機構。本文認為冷凍胚胎的強制銷毀或捐獻給研究機構至少應包含以下幾種情況：1、夫妻關係因無效，被撤銷或離婚而發

²¹⁶ 長江商報，武漢六成胚胎遭遺棄冰封生命去向尷尬，見 <http://www.changjiangtimes.com/2015/04/499837.html> 最後瀏覽日 2015/6/16

生變化，人工生殖無法繼續進行。2、夫妻一方死亡，人工生殖無法繼續進行。3、在醫療機構內保存超過一定年限。

第二節、體外早期胚胎之權利能力

蔡維音教授提出「擬似權利主體」的設想，對於某些事物可以擬似其主體性，賦予其部分的權利能力²¹⁷。而體外早期胚胎作為一種介於人與物之間的中間態，學者在討論其屬性時，多集中在其作為客體時如何被處置和其憲法上生命權主體的屬性，而少有討論到民事法律關係上的權利能力。陳英鈞教授在提到階段漸進性的保護時，也只針對胚胎的生命權²¹⁸。認為體外早期胚胎和體內早期胚胎其生命權保護的強度應當有一定差異。

然而本文在討論體外早期胚胎處置權時，萌生出一些想法，體外早期胚胎既然被多數學者認為是介於人與物之間的中間態，那其在民事法律關係中的權利能力是如何的呢？

本文僅就此問題提出一些自己的想法。

一、問題的提出，澳大利亞 Rios 夫婦的案例

²¹⁷ 蔡維音，擬似權利主體之法律意涵——重新建構人類基因之法律定位，成大法學，第 2 期，頁 20，2001 年 12 月。

²¹⁸ 陳英鈞，人類胚胎幹細胞的憲法問題，台北大學法學評論，第 56 期，頁 75 以下，2005 年 06 月。

前文已經提及，兩岸民法在設計胎兒的權利能力或者繼承能力時都沒有刻意將早期胚胎期排除在外，雖然有部分學者認為應當採德國聯邦憲法法院看法，只將著床之後之胚胎視作民法上的「胎兒」。但本文綜合學者及實務觀點認為民法上的「胎兒」應當包括從受精卵到出生的所有階段。

也因此，體內早期胚胎亦應當有相應的權利能力。相對的體外早期胚胎在兩岸現行法的脈絡下則更多是一種介於人與物之間的中間態。多數情況下，我們所討論的是體外早期胚胎應當如何被處置，是否可以用作研究等，這些問題更傾向於討論體外早期胚胎的物的屬性。

關於體外早期胚胎的權利能力的保護歷史上最突出的案例是發生在澳大利亞的 Rios 夫婦的案例²¹⁹：家住洛杉磯的 Rios 夫婦乃是一對非常富有的夫妻，然而二人卻受不孕症困擾，兩人在 1981 年來到澳大利亞試圖進行人工授精獲得自己孩子，然而在手術成功之前，在墨爾本診所上留有兩個冷凍胚胎的時候，Rios 夫婦便在一場空難中雙雙喪生，留下了兩個胚胎和大量遺產，對於這些遺產和胚胎的處置，引發了大量討論，最後維多利亞議會上院討論決定，將這些胚胎植入代理母親的子宮內，待該子女長大後繼承遺產。

當然此案例中，兩枚冷凍胚胎完全被視作人來處理，與本文所言的體外早期胚胎乃介於人與物之間的中間態不同。不過此案也可以帶來一些啟發。

在中國大陸不可能實現將每個冷凍胚胎視為人，將每個剩餘胚胎都通過代孕的方式生產，故而必然會存在有大量的胚胎被銷毀。但是對於那些最終靠人工生殖出生的嬰兒，其在體外早期胚胎期是否應當擁有相應的權利能力？

²¹⁹ David, T. O. : The Case against Thawing Unused Frozen Embryos, The Hastings Center Report Vol.15 NO.4 , 7-12,(Aug. , 1985)

其是否可以向前述 Rios 夫婦案例中的冷凍胚胎一樣繼承其死亡父親的財產？

首先應當明確的一點是民法上對胎兒權利能力的設置，並不包含胎兒的義務能力，故而被部分學者稱為限制權利能力²²⁰，同樣，對於體外早期胚胎的權利能力亦應僅包含其受有利益的一部分。按照之前對胎兒權利能力的討論，體外早期胚胎若有權利能力，也應限於在繼承、受贈與、損害賠償請求等方面。

二、基於大陸現行法下的分析

對於以上問題特提出以下問題：

(1) 前述王霞的案例中，2004 年王霞與其丈夫在存有 13 個冷凍胚胎的情況下，其丈夫出車禍死亡，而王霞最終在衛生部復函同意的情況下，繼續進行了冷凍胚胎的移植。設若胎兒活產出生，那麼王霞可否以胎兒的名義對致王霞丈夫死亡的加害人提起扶養費損害賠償？

(2) 又設若王霞在冷凍胚胎移植之前，其公公死亡，未留下遺囑，死亡時另有一對兒女存活，王霞之後進行移植成功，可否以胎兒之名義代位繼承其公公留下的遺產？

(一)、類比於體內早期胚胎，體外早期胚胎應當有權利能力

²²⁰ 陳聰富，自然人的權利能力，月旦法學教師第 216 期，頁 45，2013 年 4 月。

損害賠償方面，台灣民法第 192 條第 2 項規定「被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。」此為請求權之基礎。大陸民法通則第 119 條規定「侵害公民身體造成傷害的，應當賠償醫療費……造成死亡的，並應當賠償喪葬費、死者生前扶養的人必要的生活費。」

而在遺產繼承方面，台灣民法第 1140 條規定第一順序繼承人在繼承開始前死亡或喪失繼承權者，其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分，而大陸繼承法第 11 條規定被繼承人的子女先於被繼承人死亡的，由被繼承人的子女的晚輩直系血親代位繼承。

以上若損害發生時，或者繼承開始時，王霞與其丈夫之子已經出生，具有獨立的權利能力，則可以其名義請求損害賠償或代位繼承財產。

同時依據台灣民法第 7 條規定「胎兒以將來非死產為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」車禍發生時，若王霞之子已經植入體內，其可以為損害賠償請求權主體，此點並無疑問。同時，雖然大陸民法未明確胎兒的權利能力，但法院在裁判過程中，多會通過解釋賦予胎兒權利能力，已同前述。

同樣若車禍發生時或繼承開始時，體外早期胚胎已經被植入母親體內，則其可以以胎兒名義請求損害賠償和代位繼承，並無疑問。

那麼王霞之子在其丈夫死亡時僅為體外之冷凍胚胎，其應否享有獨立的損害賠償請求權？

人工生殖相關法律保護人工生殖子女的利益，使人工生殖子女出生時與

非人工生殖子女地位並無不同，王霞之子乃經夫妻雙方同意人工生殖所生，為夫妻二人婚生子女。王霞之丈夫對其有扶養之義務。問題僅在於侵害發生時，體外早期胚胎是否具有權利能力。

兩岸民法在設置胎兒的權利能力或是繼承能力時都幾乎沒有考慮到體外早期胚胎在人體之外存活的情況，民法上的胎兒要求在母體內受胎，顯然並沒有將體外早期胚胎包含在內。然而前文已經論述，體外和體內的早期胚胎事實上其物質屬性完全相同，所不同的僅僅是所處的位置不同，並導致其存活並成為人的概率不同。

但民法上對於胎兒的權利能力或是繼承能力已經要求了，胎兒出生為活產，若非活產則溯及的否定其在未出生的權利能力，那麼若最終都活產出生，體外早期胚胎和體內早期胚胎的差異僅僅在其所處的位置不同而已，如果要對二者差別對待，那麼僅僅只能是因為母親的人格權對胎兒的間接保護。但事實上「權利能力」這一概念又強調主體的「獨立性」，若受母親人格權間接保護的胎兒都享有「權利能力」，何以體外之早期胚胎卻不享有「權利能力」。

另前文已經論述，若將法律上的人的人格分為社會屬性和自然屬性來看，母親和胎兒事實上在自然屬性上已經完全區別開了，胎兒由於擁有與母親完全不同的「基因型」，而在生物學上被視為與母親不同的獨立個體。故而胎兒的權利能力並非母親人格權的賦予。

所以，本文認為如果體內的早期胚胎可以請求扶養費損害賠償、可以繼承財產，體外的早期胚胎應當也可以。

(二)、外國法之借鑒

美國加州遺產法第六一五零節(C)規定只要受精於被繼承人死亡之前，出生於其死亡之後，即可繼承死亡人的遺產。實務上，只要精卵結合，即使被繼承人數十年或十幾年後出生，亦有繼承權利²²¹。

關於這兩個問題，英國 2008 年的人類受精及胚胎學法案修正案 (Human Fertilisation and Embryology Act 2008)，第 40 條規定了在丈夫死亡的情形下，若丈夫生前同意人工生殖之進行，且生前並未撤銷，則妻子依舊可以進行移植手術，並且所生子女為婚生子女。

而相應的英國「生而殘障民事責任法」(Congenital Disabilities Bill) 規定對於胎兒生前之侵害，在胎兒出生後得以胎兒名義請求賠償。該損害時點之發生並不以受孕為限。

(三)、實際操作問題

本文雖作以上之構想，然事實上，若賦予體外早期胚胎類似的權利能力，在操作上還是存在有許多問題。

無論是民法上關於胎兒權利能力還是繼承能力的設定，都以胎兒死產為解除條件，而胎兒活產或死產，總是在十月懷胎之後可以確定之事，法律關係隨著胎兒出生而最終會確定。

而體外早期胚胎則不然，體外早期胚胎是否活產出生一個首要問題是，

²²¹ 王富仙，受精卵法律地位之探索，法學叢刊第 46 卷第 3 期，頁 8，2001 年 07 月。

其會於何時被植入母親體內，當代胚胎冷凍技術可以使胚胎長期保存，如果在考慮到受術女子可以生育的年齡限制，體外早期胚胎可在其受精少則數月多則十數年後出生。如體外早期胚胎與胎兒一樣具有權利能力，則與其相關的法律關係難以確定。

同時，為了確保人工生殖受術完成的效率，避免多次取卵給受術人帶來的痛苦，人工生殖過程中，多會培育多個早期胚胎以提高移植的成功率，儘管這些胚胎可能最後很多都會被銷毀丟棄。於是若這些胚胎都有獨立的扶養費損害賠償請求權，則恐怕加害人傾家蕩產也難支付。

（四）折衷之想法，賦予體外早期胚胎部分權利能力，但權利必須在植入母親體內後方可行使

本文斗膽提出以下之建議，作為本文對體外早期胚胎權利能力臆想的結論：

一方面，體外早期胚胎性質上與體內早期胚胎相同，差異僅在所處位置及存活機率，同上所述，本文不認為這兩點可以作為區分其有沒有權利能力的標準。體外早期胚胎應當向有權利能力，以保護人工生殖子女與自然生殖之子女權利並無差異。

另一方面，由於人工生殖的特殊性，生殖週期從受精開始可能很長，法律關係難以確定，同時體外早期胚胎數目顯然巨大，若賦予其權利能力，則法律關係複雜。

本文認為，既然民法上「胎兒」的權利能力以活產為限，通說上存在死

產的解除條件，而體外早期胚胎是否能夠活產，其中一個重要條件為是被植入母親體內。因此不妨設計體外早期胚胎的相關權利在植入母體內後方可行使，並規定相應時效。同時類似於胎兒，體外早期胚胎權利的行使，需要以其母親為法定代理人。





第六章、外國立法例

第一節、英國法

1978 年，世界上第一個試管嬰兒在英國誕生，三十多年來，IVF 技術已經在世界範圍內被廣泛接受及應用。英國作為試管嬰兒第一個出現的國家，雖然其立法未必最為完善，但其立法必然走在世界的前列，本節即對英國胚胎相關的立法以本文所涉及的早期胚胎的法律地位問題為重點作一定介紹。

一、傳統法律下胎兒的地位

英國歷史上胎兒的生命權並不受普遍的保護，墮胎是可被接受的行為，而刑法僅僅處罰胎動之後的墮胎行為，懷孕十六到二十週之胎兒從有胎動開始，方才成為墮胎罪的客體，而墮胎罪為輕罪。而隨著歷史的發展，英國對胎兒生命權的保護逐漸嚴格。至 1804 年，英國通過第一個墮胎法案，將胎動之前的胎兒亦納入墮胎罪之客體，然而對胎動前後之墮胎行為有輕重不同之處罰。後經 1828 年及 1837 年兩次修法後，將是否有胎動作為事實之判斷取消，將胎動前後之胎兒一視同仁。而在 1929 年的「嬰兒保護法」(Infant Life Preservation Act) 中則將墮胎罪和殺嬰罪相提並論²²²。可見隨著時代之發展，英國普通法對於胎兒生命權

²²² 陳世杰，墮胎罪之研究，頁 33 以下，東海大學法律系碩士論文，2003 年。

之保護力度逐漸加強。

而從二十世紀五十年代開始，隨著女性運動的發展和避孕藥物的普及，支持墮胎改革的人越來越多，在「墮胎法改革協會」(Abortion Law Reform Association)的遊說立法下，將墮胎行為從不道德的觀點轉向了公共衛生的觀點。雖然仍有大量的反對墮胎的團體的遊說，如天主教教會，「保護為出生小孩協會」(Society for the Protection of Unborn Children)，但在社會大規模的辯論中，墮胎法 (Abortion Act 1967) 還是在 1967 年通過了²²³。

1967 年英國通過墮胎法，婦女在受限制的範圍內，如懷孕危及婦女的身心健康，或胎兒有先天性的身心障礙時，可以進行合法墮胎。而墮胎的對象僅限於懷孕 28 週以內之胎兒。

而關於墮胎的最近一次修法則是在 1990 年的「人類受精及胚胎學法案」，該法案第 37 條將合法墮胎之對象提前至懷孕 24 週，即加強了對合法墮胎的限制。

相對的，英國並沒有權利能力一說，對於胎兒也沒有像台灣民法第七條一樣普遍的保護，關於胎兒在民事上的權利則分別見於各類單行法。1976 年通過「生而殘障民事責任法」(Congenital Disabilities Bill) 明確規定對於發生在出生之前的對於胎兒的侵害，甚至是在受精之前發生的侵害行為，在胎兒出生以後，得以胎兒之名義請求民事賠償²²⁴。

二、人工生殖及胚胎幹細胞研究相關法律

英國關於人工生殖的法律文件主要包括 The Human Fertilisation and

²²³ 陳勳慧，英美幹細胞研究之政治分歧，頁 35，政治大學政治研究所碩士論文，2008 年。

²²⁴ 見王澤鑑，對未出生者之保護，載於：王澤鑑，民法學說與判例研究第四冊，頁 189-190，2009 年 12 月，台北。

Embryology Act 1990 及之後加以修正的 The Human Fertilisation and Embryology Act 2008，然在這之前英國哲學家 Warnock 為首的人類受精及胚胎學委員會所作出的報告對之後世界各國的人工生殖相關立法都有很大的影響，在以下主要就該報告做簡單的介紹。

（一）瓦諾克報告（Warnock Report）

1978 年, IVF 技術首先在英國獲得第一次成功，在英國乃至世界引起廣泛之討論，英國健康暨社會安全部（Department of Health and Social Security）建立人類受精及胚胎學委員會，由哲學家 Baroness Mary Warnock 為主席對該問題之道德議題提出建議，該委員會於 1984 年做成報告，一般簡稱 Warnock Report 1984²²⁵。

該報告認為人類胚胎研究是否應當准許或者人類胚胎的道德地位的問題，事實上是一個價值的判斷，而非事實問題，即問題的核心並非胚胎何時成為人，而是胚胎何時具有人類所重視的道德地位。而道德地位這一問題對於某個國家多元的社會並非可被共同接受的，因此該委員會進一步考慮到了立法，因為法律所能許可的乃是一個社會所能容忍的最低限度的要求。

在胚胎研究方面²²⁶，該委員會一併總結了對於胚胎研究的贊同者與反對者的觀點，發現民眾所關注的乃是「生命從何時開始？」，然而由於無論是受精卵還是早期之胚胎，都是「活的」，此一問題無法獲得正確之回答，因此必須更進一步解讀作「人類何時開始存在？」然而這個問題同樣無法回答，有人認為是從受

²²⁵ 英文原文見：http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf 最後瀏覽日 2015/6/16

²²⁶ 中文翻譯參見謝秉孝，英國胚胎及胚胎幹細胞研究之管制體系——兼論英國經驗對我國之啟發，頁 11 以下，國立中央大學法律與政府研究所碩士論文，2011 年。

精開始，有人認為是從著床開始，更有人認為是從更後端的某個時期開始。故此委員會亦不能直接回答這個問題。

因為以上之原因，該委員會檢視了當時英國國內法對體內胚胎的立場，在英國當時的法律之下，並未賦予體內胚胎等同於嬰兒或者人的法律地位，但是基於1967年的「墮胎法」，墮胎乃是一種犯罪行為，而1976年之「生而殘障民事責任法」允許對於胎兒或胚胎的損害在胎兒出生後可以獲得回溯性的賠償。故而在當時的英國法下，體內胚胎雖然並非人，然而卻應該享有受到尊重的「特殊之地位」。基於此，委員會建議對於胚胎之研究應當可以准許，但由於胚胎特殊地位，胚胎之研究應當受到嚴格的控制與監督。未經授權的體外胚胎的使用，將被視為犯罪行為。

在許可研究的胚胎期限上，基於「讓胚胎無感到痛苦的可能性」的考量，委員會綜合各個醫學組織的意見，認為胚胎成為人類的潛能的一個參考點在於原條的形成，而原條的形成時間被普遍認為是在受精後第15天，委員會基於此尋找一個比15天更早的期限，遂選擇了著床階段末期之受精後第14天。

在胚胎來源方面，委員會進行了大量辯論，並最終妥協為僅可使用人工生殖所剩餘之胚胎進行研究，而不能為了研究製造胚胎。

而在人工生殖方面，該報告提出了以下幾點建議²²⁷：

- 1、從事人工生殖研究和人工生殖手術的機構必須有合法的許可，受到有效的監督。
- 2、剩餘胚胎的處理及使用須徵得生殖細胞提供者的同意。
- 3、人工生殖子女年滿十八歲，有知曉其基因來源的權利。

²²⁷ 原文見 http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf，頁85-86，最後瀏覽日2015/6/16。
譯文參見張燕玲，人工生殖法律問題研究，頁41-42，山東大學博士論文，2003年。

4、生殖細胞捐獻者最多可以有十個懷孕案例。

5、胚胎保存期限為十年，期限屆滿，胚胎使用及處置權歸儲存機構。夫妻一方死亡，胚胎使用及處置權歸生存之一方。夫妻雙方皆死亡，胚胎使用及處置權歸儲存機構。

6、捐精人工生殖之子女，經手術夫及妻同意，視為婚生子女，捐精者對子女並無任何法律上的權利義務。

使用丈夫生前儲存的精子而出生的子女沒有對父親財產的繼承權。同樣使用冷凍胚胎移植出生的子女，於父親死亡時尚未在母親體內著床的，沒有對父親財產的繼承權。

7、禁止代孕契約。

(二)、人類受精及胚胎學法案 1990 (The Human Fertilisation and Embryology Act 1990)

在 Warnock Report 的基礎上，英國政府在 1987 年出版「人類受精及胚胎學立法框架」，後來在 1990 年在此基礎上英國通過 The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (以下簡稱 HFEA 1990)

該法案共 94 個條文，對 Warnock Report 所提供的意見並非完全採納

人工生殖方面，該法案主要包括以下的內容：

1、設立了人工授精及胚胎研究管理局 (The Human Fertilisation and

Embryology Authority)，並明確了其職權。明確了提供人工生殖的醫療機構的資歷及條件，同時規定醫療證照的授予及變更、吊銷。

2、為保護胚胎及生殖細胞起見，非經授權不可製造、使用胚胎，禁止移植受精後超過 14 天之胚胎，禁止將非人類之胚胎移植進女性體內。禁止克隆人。

3、明確人工生殖的親子關係。

4、丈夫死後，利用丈夫之遺留精子或胚胎進行人工授精，所生子女為非婚生子女，沒有對丈夫遺產的繼承權。

5、保護人工生殖子女的知情權。

6、適用對象除了有婚姻關係的配偶之外，尚包括同居男女和單身女性。

7、捐贈者最多可產生 10 個人工生殖子女，以避免血緣相近者過多。

同樣該法案禁止任何的胚胎和生殖細胞的買賣等商業行為，胚胎在保存 5 年之後必須被銷毀。

而在胚胎研究方面，該法案允許合乎一定醫學目的下的胚胎研究，並將胚胎研究的期限限定在受精後胚胎發育 14 天以內。該法案允許在許可的範圍內以研究的目的製造胚胎。

該法案禁止商業化的代孕，而允許醫療性質的代孕手段。

（三）人類受精及胚胎學條例 2001（The Human Fertilization and Embryology (Research Purpose) Regulations 2001）

HFEA 1990 雖然允許對於胚胎的研究，但卻禁止克隆技術，在 1997 年克隆羊多莉誕生之後，引發了一波是否開放克隆人技術的爭論。

2001 年的該法案與 HFEA 1990 不同的一點在於，開放以治療為目的的克隆技術，即體細胞核移植的方式製造胚胎，並進行研究。

(四)、人類受精及胚胎學法案 2008 (The Human Fertilisation and Embryology Act 2008)

2008 年，英國國會通過 The Human Fertilisation and Embryology Act 2008²²⁸ (以下簡稱 HFEA2008)，該法案共 69 個條文，包括三個部分，第一部分為對 HEFA1990 法案內容的修改，第二部分乃是對人工生殖中父母身份關係的新設規定，第三部分為雜項。

該法案在世界範圍內引發了許多爭議²²⁹，尤其是第 26 條的線粒體捐贈式的治療方式，允許對線粒體 DNA 有缺陷的卵子以線粒體捐贈、替代的方式進行改良。由於受精卵的線粒體事實上全部來自母方，這種做法可能使得人工生殖之後代存在一個遺傳學父親、兩個遺傳學母親的狀況，因而在世界範圍內引發了極大的爭議。

另一個爭議點在於該法案的第 13 條允許製造人獸混合胚胎進行研究，雖然對該類研究加以諸多限制，然而仍是引起了軒然大波。

當然以上這些內容並非本文所關注之內容，然而可以看出英國在人工生殖及胚胎幹細胞研究這方面的立法相當之前衛。

該法案第二部分關於人工生殖父母的規定中第 40 條規定了，在受術之夫死

²²⁸ 見 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> 最後瀏覽日 2015/6/16

²²⁹ 人民網，英國上議院批准人類受精及胚胎學法案 2008 修正案

見 <http://scitech.people.com.cn/n/2015/0227/c1007-26604758.html> 最後瀏覽日 2015/6/16

亡之後，進行胚胎移植的情況下在以下幾個情形下人工生殖之子女仍被視為婚生子女，其中包括夫在死亡之前同意進行人工生殖，且並沒有在生前撤回這個同意。

三、小結

雖然英國傳統民法、刑法對於胎兒之保護相當保守，墮胎罪在英國歷史上曾經是和殺嬰相當的罪行，但在人工生殖及胚胎幹細胞研究等方面卻相當前衛。

與兩岸之法律相比，一方面英國人工生殖並非以夫妻雙方共同進行為必要，且可提供給單身女性進行人工生殖。另一方面，英國基本上乃是西方民主國家對於胚胎幹細胞研究持最開放態度的國家，甚至允許人獸混合胚胎的研究。

在本文所討論的早期胚胎的地位以及處置權方面。英國亦體現出其極大的矛盾性。一方面，便如 Warnock Report 中所提到的那樣，英國有墮胎罪的存在，對胚胎的生命權有一定之保護，且一定程度上賦予對於胎兒出生之前的損害賠償的請求，胚胎乃是一種非人但是受到尊敬的存在。但另一方面，關於胚胎幹細胞之研究又相當開放。

由於英國並非僅提供人工生殖給結婚之夫婦，還包括同居之男女，或同性之伴侶以及單身之女性。在夫妻雙方參與人工生殖的情形下，若一方死亡，人工生殖仍能繼續進行，然而妻子不可使用已經死亡的丈夫的精子進行受精。然在 2008 年修法之後，在部分情形下，丈夫死亡，妻子仍可使用已經受精之胚胎進行移植受孕，且若生前經丈夫同意，該人工生殖子女被視為婚生子女。同時英國開放代孕。

總體來講英國法無論傳統民法、刑法還是人工生殖相關法律，在對早期胚胎相關的規定上都與兩岸之法律存在很大的差異。

第二節、德國法

相對於英國，德國對胚胎之保護偏保守一些，與人工生殖和胚胎幹細胞研究相關的法案包括胚胎保護法和幹細胞法。

同樣，德國相關法律也是世界各國借鑒的對象，在此做簡要介紹。

一、傳統法律下胎兒的地位

(一)、墮胎罪與胎兒生命權之保護

德國是典型的大陸法系國家，依循羅馬法的基礎，而羅馬法中，胎兒在刑法中被視為母體的一部分受到保護。依據教會法胎兒因被賦予靈魂的時間而受到保護，而這一時間男性在懷孕後 40 天，女性則為 80 天或 90 天，故而在德國早年各邦普遍並不處罰懷孕前階段所為的墮胎，而僅處罰懷孕後階段的墮胎²³⁰。

至 1871 年，北德意志聯邦刑法典根據普魯士刑法制定，第 218 條規定墮胎罪，規定「孕婦故意殺死子宮中之胎兒，處五年以下徒刑」。自此墮胎罪方成為

²³⁰ 張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，頁 71，政治大學碩士論文，1999 年。

普遍之重罪²³¹。

該罪包含了從懷孕開始至出生為之，胎兒的所有階段。該罪在一百年左右的時間內，並沒有大的改變，直至 1970 年，在西德各政黨的推動下，墮胎改革法在 1974 年制定。新的墮胎法將墮胎行為根據懷孕時間的不同分為三個階段²³²：

第一階段：從懷孕起至懷孕第 13 天，不罰。

第二階段：懷孕第 14 天開始至懷孕 12 週，未經醫生所為之墮胎行為處 6 個月以上五年以下自由刑。

第三階段：懷孕第 12 週之後，除非懷孕危及孕婦之生命或胎兒因遺傳或其他有害之影響，而存在先天之缺陷，否則墮胎行為仍處 6 個月以上五年以下之自由刑。

該階段法律將早期胚胎的生命權排除在保護範圍之外。

隨後因兩德統一，對墮胎罪之設定發生爭議。在 1993、1994 年聯邦憲法法院做出了兩次關於墮胎罪的判決，並最終在這兩個判決影響下德國國會在 1995 年 8 月 21 日制定了「孕婦及家庭扶助法修正案」²³³。該法對於墮胎之規定沿用至今。

兩次判決均肯定胎兒自著床起即受生命權及人性尊嚴之保護，「個體之存在，從受精後第 14 天起。」²³⁴認為胎兒至遲與懷孕 14 之後已經存在生命，並基於此見解，以及「德國基本法」規定國家機關的對於人生命權及人性尊嚴的保護義務，可推論出國家對於未出生之胎兒有保護之義務。新的法律在這兩個判決的基礎上

²³¹ BVerfGE 39, 1 (7).轉引自張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，頁 72，政治大學碩士論文，1999 年。

²³² BVerfGE 39, 1(5f.).轉引自張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，頁 78 以下，政治大學碩士論文，1999 年。

²³³ Vom 21.8.1995 (BGBl. I 1050).轉引自張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，頁 154 以下，政治大學碩士論文，1999 年。

²³⁴ 李震山，胚胎基因工程之法律涵義——以生命權保障為為例，台大法學論叢第三十一卷地三期，頁 5，2001 年 5 月。

將墮胎原則上視為殺人行為，然而對生命權絕對之保護態度有所緩和。即在承認胎兒生命權的同時，對一定條件下的墮胎行為合法化。

德國自 1974 年後歷次墮胎合法化的進程可參見下表²³⁵：

	1974 年 (期限要件)	1976 年 (適 當性要件)	1992 年 (涵括諮詢義務的 阻卻違法之期限要件)		1995 年 (涵括諮詢義務的非阻卻違法之 期限要件)		
孕 婦 意 願	同意	同意	(1) 主動 要求(12 週 以內)	主動要求	主動要求	同意	主動要求
懷 孕 時 間	(1) 13 天前 不予規範 (2) 12 週 內：孕婦自行 決定 (3) 13 週 後：醫學或優 生學原因	(1) 12 週 內：優生學 上、犯罪學上 或其他適當 理由 (2) 22 週 內：醫學上適 當理由	(1) 受精 未著床： 不予規範 (2) 12 週 內： 孕婦自行 決定 (3) 22 週 內： 醫學或優 生學上原 因	(1) 未著 床前： 不予規範。 (2) 22 週 內： 孕婦個人 阻卻刑罰 事由	(1) 受精 卵未著床 前不予規 範。 (2) 12 週 內：孕婦自 行決定	(1) 受精 卵未著床 前不予規 範。 (2) 12 週 內：倫理犯 罪學上原 因。 (3) 無時 間限制：醫 學上原因。	(1) 受精 卵未著床 前不予規 範。 (2) 22 週 內：孕婦個 人阻卻刑 罰事由。

²³⁵ 表格摘自陳英淙，由德國聯邦憲法法院之判決 (BVerfGE 88, 203) 探討墮胎合法化問題，憲政時代第二十八卷第一期，頁 79，2002 年 7 月。

醫師角色	諮詢後執行	參加諮詢及執行墮胎，但不得為同一人	參加諮詢及執行墮胎，但不得為同一人	參加諮詢及執行墮胎，但不得為同一人	參加諮詢及執行墮胎，但不得為同一人	參加諮詢及執行墮胎，但不得為同一人	參加諮詢及執行墮胎，但不得為同一人
諮詢義務	(1) 12 週內：在墮胎手術施行前諮詢。 (2) 13 至 22 週：在墮胎手術施行前資訊，並開具證明	至少在墮胎手術三天之前諮詢，並開具證明	至少在墮胎手術三天之前諮詢，並開具證明	至少在墮胎手術三天之前諮詢，並開具證明	至少在墮胎手術三天之前諮詢，並開具證明	至少在墮胎手術三天之前諮詢，並開具證明	至少在墮胎手術三天之前諮詢，並開具證明
法律效果	免除刑罰	免除刑罰	阻卻違法	免除刑罰	排除構成要件	阻卻違法	免除刑罰
失效	聯邦憲法法院於 1975 年 2 月 24 日宣布違憲並時效	兩德統一後於 1992 年 7 月 27 日制定懷孕及家庭救助法	聯邦憲法法院於 1993 年 5 月 28 日宣布違憲並失效				

可以看出，德國刑法對於胎兒生命權之保護相當嚴格，墮胎行為雖然經過歷次合法化，然而對於合法墮胎的要件仍然要求比台灣（台灣自行決定期限在 25 週內）、英國要高，當然也高於中國大陸。然而對於早期胚胎並沒有明確之保護。

(二)、胎兒之權利能力

前文已經提及，德國在對胎兒權利能力的規定上屬於個別規定主義的國家，即胎兒原則上並無權利能力，但是於若干例外情形下有權利能力。具體而言，德國民法第 1923 條第二款規定了胎兒的繼承能力，第 2178 條規定了受贈與的能力，第 844 條第 2 款規定了胎兒的撫養費賠償請求權²³⁶。

而在對胎兒生前的侵害方面，「聯邦最高法院民事裁判集」第 8 卷第 243 頁曾刊載這樣一個案例²³⁷：孕婦在懷孕期間被醫院失誤注射攜帶梅毒的血液，而嬰兒在出生後即染梅毒，遂該女嬰便提出了對醫院的訴訟。雖然該案例不符合民法第 844 條第 2 款的規定的損害賠償請求類型，然而最終聯邦最高法院判決胎兒享有損害賠償請求權。

同樣，德國民法並沒有對「胎兒」一詞有明確定義。而在第 1923 條第二款規定「在繼承開始時尚未出生、但已孕育(erzeugt)之胎兒，視為在繼承開始前出生」²³⁸。

胎兒的部分權利能力長期以來都被認為是從懷孕即受精開始，然而在現代醫學進步過程中，人們發現受精卵在受精之後尚有分裂成為多個個體的可能。而權利能力之概念則針對於特定個體而言，故而某些學者認為，人的權利能力是在受精之後一段時間，在著床後方才確定²³⁹。而另有學者則認為僅僅因為一個個體存在有發育成為多個個體的可能性就否定它的存在是不具有說服力的²⁴⁰。

²³⁶ D.Medicus 著，邵建東譯，德國民法總論，頁 784-785，2001 年 9 月，台北，第二版。

²³⁷ 轉引自 D.Medicus 著，邵建東譯，德國民法總論，頁 786-787，台北，第二版。

²³⁸ 引自趙文伋，徐立，朱曦合議，德國民法，頁 409，1992 年 2 月，台北。

²³⁹ Vgl.BverfG 39, 37.轉引自劉召成，胎兒的準人格構成，法學家，總第 129 期，頁 71，2011 年 12 月。

²⁴⁰ 關於德國學界對此問題之討論見劉召成，胎兒的準人格構成，法學家，總第 129 期，頁 71，2011 年 12 月。

二、人工生殖及胚胎幹細胞研究相關法律

相比於英國對於人工生殖及胚胎幹細胞研究的開放態度，德國立法在這方面則顯得尤為保守。

德國與人工生殖相關的法律主要可分為三部分：胚胎保護法（Embryonenschutzgesetz）、收養仲介法（Adoptionsvermittlungsgesetz）以及民法親屬編中針對親子關係所為的一連串修正（Kindschaftsreformgesetz）²⁴¹。

前文已經提及，德國聯邦憲法法院認為人的生命至遲在懷孕第 14 天之後已經出現，在刑法墮胎罪已經開始對其加以保護。然而對於受精至第 14 天這段時間的生命並非不予保護，而是以不同的形式保護，即胚胎保護法。

胚胎保護法在 1991 年通過，該法的出發點之一在於保護受精卵的生命法益，該法禁止其他一切形式的以懷孕目的之外的濫用人工生殖技術的行為，如將胚胎用於實驗用途或培育複製人，甚至對此類行為課以刑事責任。同時該法嚴格限制了每次胚胎移植的數量不得超過三個。

而為了保護子女之利益，胚胎保護法同時禁止捐贈卵子和代理孕母等可能使卵子與子宮分離而產生兩個母親的行為。同時在 1989 年收養仲介法中的增列條文也明確禁止代理孕母²⁴²。

即便德國法律以刑罰的形式禁止代理孕母，然而仍考量到醫師仍可能非法從事代孕行為，以及國民可在其他可實施代孕的國家進行手術等情形，德國亦對其

²⁴¹ 關於德國人工生殖法律之介紹參見戴瑀如，從德國立法例論我國新人工生殖法對親屬法之衝擊，法令月刊第 58 卷第 8 期，頁 130 以下，2007 年 8 月。

²⁴² 戴瑀如，從德國立法例論我國新人工生殖法對親屬法之衝擊，法令月刊第 58 卷第 8 期，頁 131，2007 年 8 月。

民法之親子關係部分加以修正，以避免人工生殖下，親子關係難以確定的窘境。

然而人工生殖親子關係部分已非本文所要討論之重點。

胚胎幹細胞研究方面，1991 年的胚胎保護法禁止了任何形式胚胎幹細胞研究。而在經過長達兩年的討論之後，在 2002 年德國聯邦眾議員通過「幹細胞法」(Stammzellgesetz)，並於同年 6 月施行，該法在胚胎保護法的基礎上，在嚴格的監督下，部分開放了胚胎幹細胞的研究，限制內容主要包括以下三點²⁴³：

- 1、僅能使用 2002 年 1 月 1 日之前便已存在之胚胎，且該胚胎為以懷孕為目的的產生，但由於其他原因最終無法作懷孕用；
- 2、規定須有高度之研究目的，設置幹細胞研究中央倫理委員會，審核評價該研究是否被准許；
- 3、該規範僅允許應用進口胚胎。

可以看出雖然德國法律並未將著床前之早期胚胎的生命等同於人之生命，德國在對早期胚胎的保護方面仍然相當之嚴格。

三、小結

德國與各歐美國家相同，具有墮胎罪的傳統，歷史上德國的墮胎罪在 100 多年的時間內其保護對象是包含早期胚胎的。而在墮胎罪在歷史發展過程中自 1970 年以後便逐漸不保護著床前之胚胎。然而相較於英國等其他國家，德國的墮胎罪在經過數次修改後，仍然是對未出生者保護是較為嚴格的。

²⁴³ 李震山，德國「幹細胞法」之介評，月旦法學雜誌第 87 期，頁 242-249，2002 年 08 月。

胎兒的權利能力方面，德國乃是個別保護主義的國家，「胎兒」在特定的情形下，享有權利主體的待遇。

而在人工生殖及胚胎幹細胞研究等相關法律方面，德國的「胚胎保護法」及「幹細胞法」雖未將「早期胚胎」之生命等同於人，但也對「早期胚胎」有相當嚴格之保護，主要體現在嚴格禁止除了人工生殖之外的製造胚胎的行為，嚴格限制對於「早期胚胎」的研究，禁止克隆技術的研究。

第三節 美國法

一、美国墮胎罪的发展

美國各州在十九世紀之前並不普遍懲罰墮胎行為，而在十九世紀中葉以後，從馬薩諸塞州 1845 年開始將墮胎視為犯罪，到 1910 年，除肯塔基州以為各州均將墮胎視為重罪，僅在為挽救孕婦生命的情況下方可進行合法墮胎²⁴⁴。

隨後一段時間內，女性運動者逐漸主張墮胎乃女性固有權利，同時隨著德國麻疹的流行，殘疾嬰兒增多，墮胎合法化逐漸受到公眾的重視²⁴⁵。這段時間內部分州對墮胎罪少有放寬。直到 1972 年聯邦最高法院關於 *Roe v. Wade* 一案的判決，明確墮胎乃是婦女的基本權利，而胎兒並非人，不受憲法增修條文十四條保護。該判決將胎兒分為三個時期：懷孕的前三個月，州政府不可規限制墮胎的程序，在三個月到七個月之間，州政府可以規限制墮胎的程序，而在懷孕七個月之

²⁴⁴ 趙梅，選擇權與生命權——美國有關墮胎問題的論爭，美國研究 1997 年第 4 期，頁 57。

²⁴⁵ Dinah Shelton, United States of American, in American, in *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problem in a Cross-cultural Perspective* 17, 20 (S.J. Frankowski and G.F. Cole eds., 1987)轉引自張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，頁 7，政治大學碩士論文，1999 年。

後，由於胎兒已經可以在體外存活，州政府可以禁止墮胎²⁴⁶。

1972 年的該判決基本上宣告了各州墮胎罪的無效，使得墮胎在美國合法化，然而 Roe 判決並未完全解決美國的墮胎問題，而在八十年代之後，在美國，對墮胎是否合法的爭論越來越多，反而愈演愈烈。直至今日美國尚未對墮胎問題達成共識。然而之後的聯邦最高判決雖然對 Roe 一案的觀點有所修正，但仍都在 Roe 一案的精神之下，即墮胎是被允許的，但墮胎需要謹慎。

在 1989 年，在聯邦最高法院 Webster v.Reproductive Health Service 一案判決中，法官拋棄了前判決中關於胎兒態度的三階段理論，轉而認為州政府對於胎兒的所有階段皆有保護的義務。然而該判決並未否認墮胎乃是婦女的基本權利²⁴⁷。該判決認為生命始於受於之時。

而在 1992 年的 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v.R. P. Casey 一案中（以下簡稱 Casey 一案），法官依據胎兒的體外存活能力不同，而將胎兒分為兩段，在無獨立的體外存活能力之前，婦女享有一定的墮胎權，而在這之後，州政府基於保護胎兒生命的義務，而有限制和禁止墮胎的權力。

美國各州對於墮胎罪的規定不盡相同，一方面，較早期的墮胎一般是被允許的，而晚後期（不同州規定亦不相同，對胎兒保護較嚴格者如阿肯色州以 12 週為分界，北達科他州更是以 6 週圍分界。）的墮胎則在部分州被禁止，在部分州被允許。

如今墮胎在美國仍是一個十分受爭議的話題，美國的一項民調顯示，支持墮胎合法與反墮胎的民眾十分接近，在一個反墮胎法案的民調中，支持者為 40%，

²⁴⁶ 張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，頁 30-34，政治大學碩士論文，1999 年。

²⁴⁷ 張志明，美國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院墮胎判決之比較研究，頁 45，政治大學碩士論文，1999 年。

而反對者為 54%²⁴⁸。

由此可見美國對於未出生者的態度一直存在爭議。

二、美國人工生殖及幹細胞研究相關法律與判決

美國人工生殖以及親屬關係的法律屬各州內的立法權，各個州有各自不同的規定。可以通過部分州的立法及判決看出美國人工生殖相關法律下對胚胎的態度。

部分州通過立法將早期胚胎視為自然人。如路易斯安那州將胚胎定義為法律上的擬制人（judicial Person），允許胚胎起訴或被訴²⁴⁹。密蘇里州賦予早期胚胎與人同樣法律地位，並認為人的生命始於受孕²⁵⁰。而大部分州則無此類對胚胎的特殊保護。

法院的判決中，美國不同法院之間也存在著完全迥異的態度。美國歷史上針對早期胚胎法律地位的態度較為有名的 *Del Zio v. Columbia Presbyterian Hospital* 一案中，醫院在未經 *Del Zio* 夫婦同意的情況下銷毀了二人的體外胚胎，*Del Zio* 夫婦以侵犯其財產權的名義起訴該醫院。法院並不認為受精胚胎乃夫婦二人的財產，但也不將其視為人，而是視為一種中間態²⁵¹。然而夫婦對於受精胚胎享有處置權利。而相反的前述 *York v. Jones*²⁵² 一案中，法院則認為冷凍胚胎為個人財產。

²⁴⁸ 參見 http://www.washingtonpost.com/page/2010-2019/WashingtonPost/2013/07/25/National-Politics/Polling/release_255.xml 最後瀏覽日 2015/6/16。

²⁴⁹ LA.REV. STAT. ANN. § 9:123. § 9:124(1991).轉引自張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度建構，科技與法律，2014 年第 2 期，頁 283，2014 年 02 月。

²⁵⁰ MO.ANN.STAT § 188 (1991)轉引自張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度建構，科技與法律，2014 年第 2 期，頁 283，2014 年 02 月。

²⁵¹ M.S.Simon, Honey, I Froze the Kids: *Davis v. Davis and the Legal Status of Early Embryos*, 23 LOY.U.CHI.L.J.131,131-154(1991-1992).轉引自張善斌，人類胚胎的法律地位及胚胎立法的制度建構，科技與法律，2014 年第 2 期，頁 280，2014 年 02 月。

²⁵² *York v. Jones* 717 F. Supp. 421 (E. D. Va. 1989) .

而在前文已經提及的最具盛名的 Davis v. Davis²⁵³一案中，一審二審三審法院三個判決態度完全不同。一審法院認為胚胎是人，而二審法院則認為胚胎不是人，三審法院認為胚胎是介於人與物之間的中間態。

可以看出美國各州對於早期胚胎的態度不盡相同，與世界各國關於早期胚胎的地位的爭論一樣，美國各州對於冷凍胚胎亦存在主體、客體、中間態三種觀點。

幹細胞研究同墮胎合法一樣是在美國引發激烈爭議和社會分裂的一個問題。美國政府對於胚胎幹細胞研究的態度大體上可分為三個階段²⁵⁴：

第一階段：禁止聯邦政府資助胚胎幹細胞研究（1970 年代到 2000 年）

該階段內，美國政府對胚胎幹細胞研究的資助較為保守，1988 年里根總統頒布命令禁止聯邦政府資助幹細胞研究，1994 年克林頓總統頒布行政命令同意開放人工生殖剩餘胚胎研究的資助，1995 年修正平衡預算現付法案（「迪基-維克修正案」），反而又禁止了聯邦政府向任何形式的胚胎幹細胞研究提供經費，這種情形直到 2000 年一直沒有發生變化，關於胚胎幹細胞之研究資金僅可來自於私人。

第二階段：有限禁止階段（2001 年-2008 年）

2001 年 8 月 9 日，小布什總統發布行政命令，有限允許聯邦政府對胚胎幹細胞研究的資助，限制在於僅可資助研究在此日之前便已經存在的胚胎幹細胞系，而不可資助重新破壞胚胎進行的研究。然而關於胚胎幹細胞之研究爭論愈演愈烈，到 2006 年，國會兩院先後通過「幹細胞研究促進法」（Stem Cell Research Enhancement Act of 2005），然而該法案被小布什總統否決，2007 年該法案重

²⁵³ Davis v. Davis, 842 S.W. 2d588, 597 (Tenn.1992). 具體案情見第三章第三節一中的討論。

²⁵⁴ 參見張業亮，美國圍繞胚胎幹細胞研究的道德和倫理爭議，美國研究 2013 年第 3 期，頁 62-88，2013 年 4 月。

新被兩會通過，再次被小布什否決²⁵⁵。小布什總統已經將早期胚胎作為人來看待。

第三階段：放寬聯邦對胚胎幹細胞研究之限制（2009 年至今）

2008 年奧巴馬總統上台，剛一上台便廢除了小布什關於限制聯邦政府資助胚胎幹細胞研究的行政命令，國家衛生研究院 NIH 根據奧巴馬的行政命令，制定新的「人類胚胎幹細胞研究指南」²⁵⁶（Guidelines on Human Stem Cell Research, HSC 準則），放寬對胚胎幹細胞研究之限制。該準則僅規範申請聯邦經費進行研究者，而不規範不受聯邦經費補助者之研究。胚胎取得限於繁殖目的而剩餘之胚胎，不包括體細胞核移植技術所得以及為了研究所製造之胚胎。

從以上內容可見，美國人工生殖及胚胎幹細胞研究相關法律對於早期胚胎之態度的表現和美國在墮胎罪上的表現類似，即搖擺不定。然而須應注意的是，美國胚胎幹細胞研究從來不禁止私人資助的研究行為。

三、小結

不同於英國和德國，美國法律對於早期胚胎的態度呈現很大的分歧。從墮胎罪在各州不同的規定，到各州對於體外胚胎的不同看法，再到聯邦政府對於胚胎幹細胞研究態度的不斷變化，都可以看出，早期胚胎的地位在美國法上事實上有很大的爭議。部分法律和判決將早期胚胎完完全全視作「人」，而可能在同時代的另一個州，早期胚胎卻又只能被視為「物」。

²⁵⁵ Bush vetoes embryonic stem-cell bill, 見 <http://edition.cnn.com/2006/POLITICS/07/19/stemcells.veto/> 最後瀏覽日 2015/6/16

²⁵⁶ NIH, National Institutes of Health Guidelines on Human Stem Cell Research, <http://stemcells.nih.gov/Policy/pages/2009guidelines.aspx> 最後瀏覽日 2015/6/16

這種現象一方面說明美國作為世界文化的大熔爐，其國內存在有不同文化，宗教背景下的對於未出生者的不同態度，另一方面，確確實實說明早期胚胎在法律上的定位的困難。

第四節、其他國家

一、日本

日本早在 1880 年制定刑法之初，便效法法國刑法典，設置有墮胎罪。然而 1948 年實施的優生保護法及 1996 年實施的母體保護法卻羅列出多個允許墮胎的事由，對早期 22 週之前之墮胎合法化，這些理由包括：(1) 醫學上的理由，懷孕或分娩會使母親健康受有明顯的不利影響。(2) 遺傳優生學上，胎兒出生後可能會有先天性畸形或遺傳病。(3) 犯罪學上，母親因被強姦等而懷孕。(4) 基於身體和心理上之原因，繼續懷孕或分娩明顯不利於母體健康²⁵⁷。關於墮胎罪之立法與台灣類似。

而在胚胎幹細胞研究方面，日本的胚胎幹細胞研究類似於英國，對胚胎採取一種非人，然而受到尊重的態度。日本綜合科學會議在 2004 年提出的「關於人類胚胎處理的基本考量觀點最終報告」中提出人類胚胎既非人、亦非物，然而為生命的萌芽，具有發展成為人的潛力，因此應當受到相當的尊重²⁵⁸。在 2001 年文部科學省對胚胎幹細胞研究問題發布的「ES 細胞指針」中禁止為研究目的製造胚

²⁵⁷ 張明楷，外國刑法綱要，頁 500，2007 年 2 月，清華大學出版社，北京，第二版。

²⁵⁸ 陳英鈞，李政憲，日本胚胎幹細胞研究管制體系（上），政大法學評論第 104 期，頁 167，2008 年 08 月。

胎，而允許使用人工生殖剩餘之胚胎進行研究，同時亦把胚胎發育時間限制在 14 天以內²⁵⁹。

二、瑞士

瑞士長時間使用 1937 年制定的墮胎法，對墮胎者處以五年以下的監禁，直至 2001 年瑞士議會通過了懷孕 12 週以內的允許孕婦墮胎的法案。

胚胎幹細胞研究方面，瑞士憲法原本即禁止以研究為目的製造胚胎幹細胞²⁶⁰，禁止體細胞核移植技術製造胚胎²⁶¹，並禁止輸入輸出胚胎幹細胞，禁止輸入輸出剩餘胚胎，禁止使用發育超過七天之胚胎幹細胞進行研究²⁶²。因此在瑞士之胚胎幹細胞之來源僅可能是人工生殖之剩餘胚胎。

在此基礎上，2005 年瑞士通過胚胎幹細胞研究法，對從剩餘胚胎中取得胚胎幹細胞加以管制。該法案主要是對提取胚胎幹細胞及胚胎幹細胞研究合法要件的規定，包括剩餘胚胎取得的無償性、需得胚胎捐贈者同意等，並規定了申請進行胚胎幹細胞研究的程序，值得注意的是，該法案對違反胚胎幹細胞研究準則的行為明定了刑罰規定²⁶³。

²⁵⁹ 陳英鈺，李政憲，日本胚胎幹細胞研究管制體系（上），政大法學評論第 104 期，頁 141，2008 年 08 月。

²⁶⁰ 瑞士憲法第 119 條第 2 項 c，瑞士生殖以學法第 29 條第 1 項，轉引自陳志忠，胚胎及胚胎幹細胞研究之法律規範，政大法學評論第 104 期，頁 81，2008 年 08 月。

²⁶¹ 瑞士憲法第 119 條第 2 項 a、b，轉引自陳志忠，胚胎及胚胎幹細胞研究之法律規範，政大法學評論第 104 期，頁 82，2008 年 08 月。

²⁶² 陳志忠，胚胎及胚胎幹細胞研究之法律規範，政大法學評論第 104 期，頁 82，2008 年 08 月。

²⁶³ 陳志忠，胚胎及胚胎幹細胞研究之法律規範，政大法學評論第 104 期，頁 82-84，2008 年 08 月。

三、歐洲其他國家

歐洲其他國家之間關於胚胎幹細胞研究存在很大的差異。

法國自 1994 年起明確立法禁止任何來源的胚胎幹細胞研究，但隨著國際上胚胎幹細胞研究的白熱化，同時美國隨著小布什上台，胚胎幹細胞研究有所放寬，法國開放胚胎幹細胞研究也呼聲不斷，在 2004 年法國國內達成一項妥協，修訂國家生物倫理法案，僅以「特別授權許可」的方式允許科學家針對部分嚴重疾病所進行的胚胎幹細胞研究，胚胎來源也僅限於人工生殖為目的所產生的剩餘胚胎。法國國會曾於 2011 年重審 2004 年的生命倫理法案，最終以 272 票比 216 票的結果獲得仍維持現狀的決議²⁶⁴。

奧地利 1992 年生效之生殖醫學法，第九條規定胚胎僅能在人工生殖目的下被使用，禁止任何形式的胚胎研究²⁶⁵。相對的瑞典、比利時等國則對胚胎幹細胞研究規制相當寬鬆²⁶⁶。

第五節、本章小結

一、外國立法總結

歐洲各國雖然同樣有基督教的文化傳統，同樣歷史上都有很嚴格的墮胎罪，

²⁶⁴ 法國胚胎幹細胞研究的規定參見駐法國台北代表處科技組，法國胚胎研究改革升溫——保守勢力仍操盤科學家及臨床醫師推動一個清楚且更有許可性的人類胚胎幹細胞法令

見 <http://france.most.gov.tw/ct.asp?xItem=1000511002&ctNode=159&lang=C> 最後瀏覽日 2015/6/16

²⁶⁵ 陳志忠，胚胎及胚胎幹細胞研究之法律規範，政大法學評論第 104 期，頁 68，2008 年 08 月。

²⁶⁶ 姚恆美，各國幹細胞相關政策趨向寬鬆，推動力度加大，

見 <http://www.libnet.sh.cn:82/gate/big5/www.istis.sh.cn/list/list.aspx?id=7446> 最後瀏覽日 2015/6/16

對於未出生者的態度接近。然而在面對早期胚胎時的態度可以完全不同。開放者如英國，在人工生殖方面，人工生殖不僅僅面向夫妻，甚至面向單身女性、同性伴侶開放，更是開放了線粒體取代這種會產生三個遺傳學上親代的生殖方式。而在胚胎幹細胞研究方面，研究者不但可以以研究目的一定情形下製造胚胎，甚至可以開展對於人獸混合胚胎的研究，而體細胞核移植取得胚胎、即台灣所稱的醫療性複製的方式獲取胚胎進行研究亦未被禁止。可以說英國法律相當之前衛，且英國對於人工生殖與胚胎幹細胞研究之立法相當是完善。

而保守者如德國，胚胎受到近乎人的保護，在人工生殖過程中即嚴格限制每次胚胎移植的數量，在胚胎幹細胞研究中，僅僅開放進口且已存在的幹細胞進行研究，而不能破壞胚胎提取幹細胞，甚至是從剩餘胚胎中提取新的幹細胞系都是被禁止的。德國對於早期胚胎的態度更接近於「人」。

美國作為世界文化的大熔爐，其在對於早期胚胎的態度上顯得尤為矛盾，自早期胚胎法律地位問題因人工生殖和胚胎幹細胞研究進入人類的視野起，美國關於該問題的爭論就未停止過。在美國不同年代，不同州對於早期胚胎的態度可以完全不同。有將早期胚胎視為「人」的，亦有將早期胚胎視為「物」的。而在胚胎幹細胞研究上，聯邦政府的政策也因執政者不同，而在搖擺之中。

然而總體來說，世界各國對於人工生殖與胚胎幹細胞研究等問題所持的態度越來越開放，在英國、德國、美國這些傳統刑法保護早期胚胎生命權的國家，對於破壞胚胎生命的胚胎幹細胞研究也逐步放寬。

二、與大陸立法之比較

總的來說，中國大陸在這方面的立法仍處於尚未完善的階段。如前文所述，中國大陸人工生殖方面法律位階最高的文件是衛生部所發布的部門規章「人類輔助生殖技術管理辦法」，法律位階極低。該辦法與其胚胎實施的技術規範在十多年的適用時間內，出現了很多問題。而在胚胎幹細胞研究方面並沒有相關立法，僅有科技部、衛生部聯合發布的「人胚胎幹細胞研究倫理指導原則」，該原則在性質上僅為部門指導性規範，並沒有法律效力。

「人類輔助生殖技術管理辦法」與多數國家規定相同，禁止胚胎的買賣，且在配套的技術規範裡，限制每次胚胎移植的胚胎數在三個以內，一定程度上體現了對胚胎的尊重，同時禁止代孕，這在與各國規範相比之下，中規中矩，並非十分前衛，亦非保守。

而在胚胎幹細胞研究方面，「人胚胎幹細胞研究倫理指導原則」第五條規定研究取得胚胎幹細胞的方式，允許從剩餘胚胎中提取胚胎幹細胞，允許以體細胞核移植的方式獲得囊胚，並提取胚胎幹細胞，禁止以研究為目的以精卵結合的方式製造胚胎。在第六條中，禁止人類和其他生物生殖細胞的結合，同時第六條規定禁止研究發育超過 14 天之胚胎。總的來說，胚胎幹細胞研究方面，中國大陸的規範亦體現的中規中矩。

雖然中國大陸並沒有在各類法律文件中明確早期胚胎的地位，然而可以肯定的是，體外的早期胚胎不同於普通之物。



第七章、立法建議及結論

第一節 立法建議

與世界各國關於人工生殖及胚胎幹細胞研究的立法不同，中國大陸雖然人工生殖技術在 30 多年來迅速發展，關於人工生殖之立法存在迫切之需求，然而中國大陸在這方面仍僅僅使用政府部門發布的部門規章及規範性文件作為規範依據。雖然如此之做法可以大大降低立法成本，然而在具體操作中卻有效力有限的問題。如同宜興胚胎繼承案二審法官所說，「人類輔助生殖技術管理辦法」雖然禁止胚胎的買賣、贈與，禁止代孕，解釋上，衛生部並未將其視為普通的物，因而不宜作為被繼承的標的，然而「人類輔助生殖技術管理辦法」僅僅為衛生部之部門規章，僅僅是司法機關的參考資料，而非判決的依據。

而人工生殖這個熱門問題在「人類輔助生殖技術管理辦法」實行 14 年之後的今天，確實體現出了有進一步加強立法的需求。本文以為，在「人類輔助生殖技術管理辦法」實行多年後，已經具備了就人工生殖問題進行立法的條件，建議盡快進行專門立法。

本文無意針對整部人工生殖法提出建議，僅就本文所討論之部分內容提出看法：

一、對胚胎、生殖細胞等概念進行明確定義

現行的「人類輔助生殖技術管理辦法」很大的一個問題是並沒有對胚胎、生殖細胞等第一次出現在法律文件中的概念有明確的定義。而這些名詞又在配套各類指導性文件中經常出現，假如沒有一個明確的定義，會產生使用上的概念混淆。這點就如民法上對於「胎兒」這一概念沒有明確定義，而法律人在解釋「胎兒」時不得不訴諸各種學說以及醫學上的說法，從而產生不必要的紛爭。

本文認為，人工生殖及胚胎幹細胞研究中所使用到的「胚胎」一詞常常指本文中所述的「早期胚胎」，即從受精開始到胚胎著床完成的這一階段，約為受精後 14 天。另外由於依照生殖科技的發展，現階段尚不能在體外培育著床之後的胚胎，故而有必要對這一概念加以釐清。

本文以為應至少對以下名詞進行特別之定義：

生殖細胞：精子和卵細胞

胚胎：受精卵分裂發育未逾八週者

早期胚胎：受精卵分裂發育至著床完成前者

二、明確早期胚胎及生殖細胞的法律地位

前文已經提及，「人類輔助生殖技術管理辦法」中雖然已經規定胚胎、生殖細胞不得買賣、贈送等，但對於早期胚胎其他民法上的性質均未規範，故而會產生胚胎處置權應當如何歸屬、冷凍胚胎是否可被繼承這樣的問題。

本文認為早期胚胎已經產生了與其親代完全不同的基因型，新的生命的部分

人格已經出現，這與僅僅含有親代一部分基因的生殖細胞完全不同。二者應當區別對待。

對於早期胚胎，其具有非人亦非物的屬性，不能適用民法物權、婚姻家庭法等對物或人的規定，應當以人工生殖法特別規定其性質。

三、對人工生殖適用之對象進行明確之規定

「人類輔助生殖技術管理辦法」及其配套規定「人類輔助生殖技術規範」都未明確規定人工生殖技術只能對已婚夫婦實施，然而「人類輔助生殖技術管理辦法」和「人類輔助生殖技術規範」在提及人工生殖時用語均針對夫婦所實行者，且「人類輔助生殖技術規範」明確規定在實施人工生殖之前需要先驗證夫婦結婚證。可見中國大陸之人工生殖適用對象僅限於已婚夫婦（且滿足計劃生育法規和條例規定）。然而卻缺少一個明確的規定。

同時，對於在實施人工生殖過程中，丈夫死亡者，若胚胎已經存在，然而尚未移植入妻子子宮內者，是否屬於人工生殖技術可實施的對象一問題亦應加以明確。本文認為人工生殖實施過程中，一方死亡，人工生殖應當即告終止。

同時對於滿足何種情況之夫妻方可進行人工生殖，亦應加以明確，應至少包括以下幾個條件：

1、夫妻一方患有不孕不育之症狀，或因其他原因不能通過自然方式生育健康之子女。

2、滿足計劃生育法規政策要求。

3、夫妻一方至少一人具有健康之卵細胞或精子，無須接受他人捐獻。

四、建立適當的胚胎保存及銷毀機制

「人類輔助生殖技術管理辦法」及「人類輔助生殖技術規範」都缺少對於胚胎如何保存及銷毀的規定，導致醫療機構在於受術者簽訂關於胚胎保存的協議時出現各種各樣的情況。且醫療機構為了避免以後的紛爭，通常在契約規定的可以銷毀的條件達成時，亦繼續予以保存。如今中國大陸各個可保存胚胎的醫療機構都存在大量的無主胚胎。同時又因為早期胚胎的特殊屬性，這些胚胎如何處置又成了一大問題。

故而本文認為應當建立適當的胚胎實時銷毀機制，在以下幾種情形達成時醫療機構應當將冷凍胚胎銷毀：

- 1、受術夫妻離異或一方死亡。
- 2、受術夫妻書面放棄人工生殖。
- 3、冷凍胚胎保存達到一定期限必須予以銷毀。
- 4、受術妻子喪失獨立孕育胎兒的能力或達到人工生殖所要求的年齡。

第二節、結論

一、早期胚胎的法律地位

自 1978 年英國第一個試管嬰兒降生以來，人工生殖技術在近四十年來得到了長足的發展，但同時科技進步也是把雙刃劍，生殖科技在造福人類的同時，也對人類造成了很多負面的影響。在這過程中，人類不得不再次面對「人」是什麼這一問題。「人」是什麼？早期胚胎是不是人？然而這一個問題並不能得到完美的解答，「人」這一概念從人類存在起到現在都沒有一個被廣泛認可的解釋。而早期胚胎作為介於「物」向「人」過度的中間態，其性質更難把握。

而法律中的「人」亦與其他面向的「人」有所不同，法律中的人的概念不僅僅包括「人」的自然屬性，亦包括其社會屬性。最重要的體現便是其權利能力。

便如英國 Warnock 報告中所說的那樣，早期胚胎是什麼，是不是人，並非一個事實問題，而是一個價值判斷。從生物學角度講，人的生命乃是從精卵結合那一刻便開始了，但法律上卻不將受精卵與人一視同仁。故而早期胚胎的法律地位如何並非一個事實問題，而應該從一國的內國法中探究。

中國大陸刑法上並沒有墮胎罪的傳統，胎兒或胚胎的生命並沒有受到普遍的保護，而同時，在民法上，中國大陸並沒有規定胎兒的權利能力，僅僅在繼承法中規定胎兒享有繼承利益，然而在學說和法院的判決中，普遍已經承認了胎兒的權利能力，包括損害賠償請求以及繼承權等方面。從中國大陸民法和刑法的規定角度來講，胎兒既未受到等同於人一樣的保護，然而亦未被視為簡單的物。

同樣，由於民法中關於胎兒權利能力相關的規定並沒有刻意區分胎兒發育的

不同階段，體內的早期胚胎的地位等同於胎兒的法律地位。

而體外早期胚胎的法律地位則要從衛生部及科技部所發布的人工生殖及胚胎幹細胞研究方面的法律文件中探究。「人類輔助生殖技術管理辦法」禁止早期胚胎的商業流動，從這一點來講體現了該管理辦法對早期胚胎生命的尊重，而「人類胚胎幹細胞研究倫理指導原則」則對胚胎幹細胞的研究持相對較開放的態度，允許從人工生殖剩餘胚胎中提取胚胎幹細胞，允許體細胞核移植的方式提取胚胎幹細胞，但是禁止以研究為目的以精卵結合的方式製造胚胎。

相較於世界各國的立法，中國大陸人工生殖及胚胎幹細胞研究這方面的規定相對中規中矩，整體來講，傾向於將體外早期胚胎視為介於「人」與「物」之間的中間態。

二、體外早期胚胎的處置權

體外早期胚胎一方面具有物的部分特性，而另一方面又具有成長為一個個體的潛能，它的存在挑戰了傳統民法中物與人二元化規定的模式，其處置權如何歸屬不能簡單的適用傳統民法關於物或者人的規定。

然而我們依舊可以從民法的基本原理中推論出一些基本的處理原則。基於前文的分析，本文認為，關於體外早期胚胎的處置權首先應當遵循夫妻雙方的共同合意，在夫妻雙方不能達成合意的情形下，優先保護不生育一方的利益。在夫妻雙方一方死亡的情況下，人工生殖應當終止。在夫妻雙方皆死亡的情況下，基於

情感和理性，夫妻之繼承人應當可以獲得體外早期胚胎的處置權，然而該處置權應當被限縮，僅能選擇銷毀或保存，而不能選擇被代孕生育或捐獻研究使用。事實上，夫妻雙方皆死亡的情形下，體外早期胚胎已經沒有被生育的可能性。本文認為中國大陸應當建立適當的體外早期胚胎銷毀機制，從根本上杜絕以上各種問題的出現。





附錄一：

體外受精-胚胎移植知情同意書²⁶⁷

我們〔婦〕：_____〔夫〕：_____ 為合法夫妻，因患不育症授
權 _____ 醫院生殖醫學中心診治，不育病因
是_____。

醫生已經向我們介紹了體外受精-胚胎移植（IVF-ET）的適應症，如：1. 女方各種因素導致的配子運輸障礙；2. 排卵障礙；3. 子宮內膜移位症；4. 男方少、弱精子症；5. 不明原因的不育；6. 免疫不育。根據我們的病情，醫生建議我們採用體外授精-胚胎移植治療。此外，還可選擇其它的治療方法，如_____等。

經過慎重考慮，我們自願選擇體外授精-胚胎移植。

我們已被告知：體外受精-胚胎移植作為一種治療手段並不能保證妊娠完全成功，根據我們年齡、不育病因等，目前臨床妊娠率為_____。去年該中心臨床妊娠率為_____。

醫生已經向我們介紹了體外受精-胚胎移植的治療過程，包括術前常規檢查，藥物誘發排卵，B 超監測卵泡發育，超聲引導下經陰道取卵，精液採集與處理，體外授精，胚胎培養，胚胎移植和移植後藥物支持黃體，適時驗血和 B 超監測胚胎生長及發育情況等。

醫生還明確告訴我們：治療過程中還可能出現下列不良反應及副作用，有時甚至還會出現一些嚴重併發症，並可能導致治療失敗。醫生同時也向我們介紹了針對這些副作用所採取的預防及治療措施，由此可導致治療費用增加，對此我們表示理解。

1. 卵巢過度刺激：嚴重者可有噁心、腹痛、腹水、胸水、血液濃縮、少尿，個別極嚴重者可有血栓形成、肝腎功能損害，甚至危及生命。一旦發生，可用藥物或穿刺引流胸腹水等治療。

2. 取卵手術中可能發生麻醉意外，其他臟器損傷，腹腔內出血，必要時需手術治療。

3. 卵巢反應不良：需調整用藥劑量，甚至放棄本週期治療。

4. 取卵、移植手術有可能導致感染，需抗感染治療。

在胚胎培養和移植過程中，還可能出現以下情況，如：

²⁶⁷ 中華人民共和國衛生部範本，見 www.moh.gov.cn/uploadfile/20051130171237791.doc 最後瀏覽日 2015/6/16

1. 卵泡穿刺未取出卵子，只能中止治療；丈夫精液採集失敗，同意 / 不同意 改用供精體外受精。

2. 由於精子卵子本身的異常可能導致受精失敗或胚胎停止發育無可移植胚胎；

3. 如果培養過程中胚胎質量差，我們同意 / 不同意 放棄移植；

4. 由於體外受精-胚胎移植每次可移植了 2-3 個胚胎，故常發生多胎妊娠，若出現妊娠 2 胎以上，必須進行減胎手術。我們瞭解胚胎減減手術有可能發生流產、出血、感染，以及一次手術失敗需再次減胎。我們也瞭解按目前的醫療水平，醫生只能選擇外觀較小及容易操作部位的胚胎減減，不能保證繼續妊娠的胚胎沒有畸形。

我們知道使用這一技術胎兒畸形率的發生同自然受孕沒有顯著差別，因此不能保證每一個出生的嬰兒都是健康的。此外，體外受精胚胎移植術後妊娠與自然妊娠一樣，相關的妊娠與分娩併發症都有可能發生，如流產、宮外孕、葡萄胎等，有時需要手術治療。

醫生已經向我們介紹了完成一個體外受精-胚胎移植週期治療所需要的大致費用，約為_____元，且不論治療成功與否所需費用相同。如在治療過程中因各種原因終止治療時，則收取已經完成的檢查及治療費用。

我們知道對自己的配子和胚胎有自主選擇處理方式的權利，但不得買賣；我們有權利在任何時候要求終止實施該技術，而且不會影響生殖中心對我們今後的診療。為保證正常妊娠及出生後代的健康，我們將配合生殖中心對我們的妊娠情況及出生的後代進行隨訪，並向該中心提供詳細的通訊地址、電話等個人信息。我們將遵照國家人口和計劃生育法規和條例向生殖中心出示夫妻雙方的身份證、結婚證和生育證明原件並交付這三個證件的複印件。

我們確信本次體外受精-胚胎移植治療過程中的精子及卵子均取自我們夫婦，所誕生的嬰兒在遺傳學及法律上完全歸我們夫婦所有。

我們對通過體外受精-胚胎移植治療出生的孩子（包括對有出生缺陷的孩子）負有倫理、道德和法律上的權利和義務。他們與自然出生的嬰兒一樣享有同等的法律權利和義務，包括後代的繼承權、受教育權、贍養父母的義務、父母離異時對孩子監護權等。

我們知道生殖中心對我們在此進行的有關檢查及治療信息保密，如果需要暴露我們的個人資料時，必須征得我們的同意。

我們已認真閱讀並完全理解了體外受精-胚胎移植治療的有關細則和本知情同意書，還就我們關心的問題與醫生進行了討論，並得到了滿意的答覆，我們自願選擇體外受精-胚胎移植作為我們的治療方式，並簽署本知情同意書。

丈夫〔簽字〕：_____日期_____年_____月_____日
妻子〔簽字〕：_____日期_____年_____月_____日
醫生〔簽字〕：_____日期_____年_____月_____日





附錄二：

胚胎冷凍、解凍及移植知情同意書²⁶⁸

我們〔婦〕：_____〔夫〕：_____ 在_____醫院生殖醫學中心實施了_____手術，移植後尚剩餘_____個胚胎，我們要求生殖中心的工作人員採用低溫保存技術保存這些胚胎。

我們理解，低溫保存的目的，是為了在以後的治療週期中不再誘發排卵，僅通過移植復蘇胚胎而使我們獲得妊娠，這不僅可以節省費用，最大限度利用胚胎，以提高一次促排卵治療累計妊娠率。

經生殖中心醫生介紹，由於胚胎質量不同，耐受冷凍復蘇能力也有差別，因此，復蘇後可能由於胚胎凍傷而沒有可移植胚胎。但醫院仍會收取冷凍費、保存費及解凍費。對此，我們有充分的心理準備。我們瞭解，目前該中心冷凍胚胎解凍後移植率約為_____，移植後妊娠率約為_____。

為了防止多胎妊娠，我們瞭解並同意按“衛生部輔助生殖技術規範”要求，每週期移植胚胎數不得超過3個，其中35歲以下的婦女第一次助孕週期移植胚胎數不得超過2個。

我們也知道，根據目前醫療水平，不能保證每一個出生的凍融胚胎移植的試管嬰兒都是健康的，妊娠後還有可能發生流產、宮外孕、早產、胎兒畸形及其他妊娠和分娩併發症。

我們知道，胚胎不能無限期保存，如果超過保存期，我們同意將胚胎：

1、丟棄

²⁶⁸ 中華人民共和國衛生部範本，見 www.moh.gov.cn/uploadfile/20051130171237791.doc 最後瀏覽日 2015/6/16

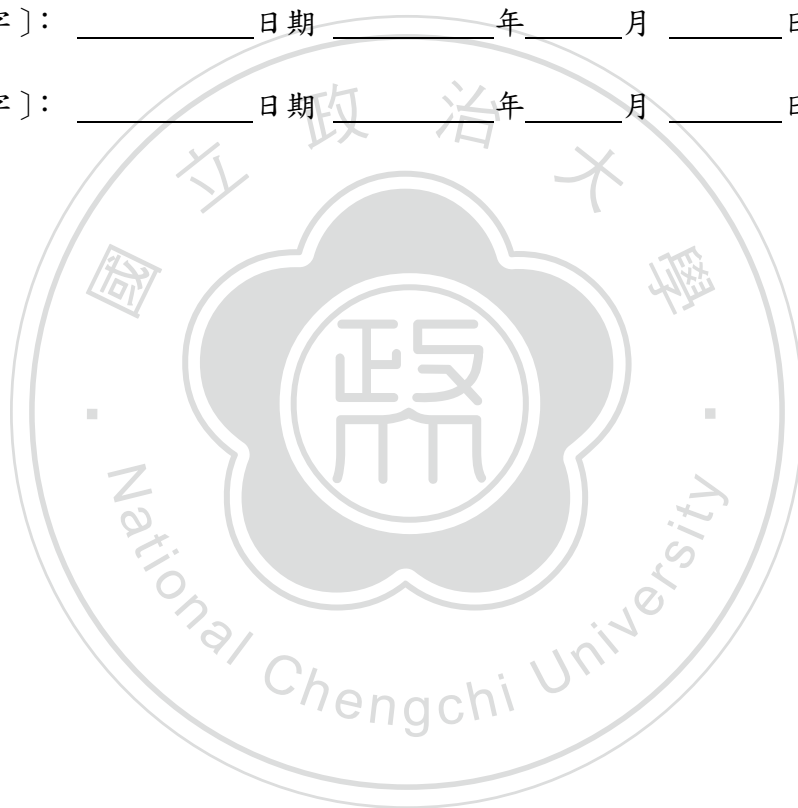
2、去標識後作為教學科研用

我們已就關心的問題與醫生進行了討論，並得到了滿意答覆，是在完全知情的情況下自願簽署本知情同意書。

丈夫〔簽字〕：_____日期_____年_____月_____日

妻子〔簽字〕：_____日期_____年_____月_____日

醫生〔簽字〕：_____日期_____年_____月_____日



附錄三：

人類輔助生殖技術管理辦法²⁶⁹

第一章 總 則

第一條 為保證人類輔助生殖技術安全、有效和健康發展，規範人類輔助生殖技術的應用和管理，保障人民健康，制定本辦法。

第二條 本辦法適用於開展人類輔助生殖技術的各類醫療機構。

第三條 人類輔助生殖技術的應用應當在醫療機構中進行，以醫療為目的，並符合國家計劃生育政策、倫理原則和有關法律規定。

禁止以任何形式買賣配子、合子、胚胎。醫療機構和醫務人員不得實施任何形式的代孕技術。

第四條 衛生部主管全國人類輔助生殖技術應用的監督管理工作。縣級以上地方人民政府衛生行政部門負責本行政區域內人類輔助生殖技術的日常監督管理。

第二章 審 批

第五條 衛生部根據區域衛生規劃、醫療需求和技術條件等實際情況，制訂人類輔助生殖技術應用規劃。

第六條 申請開展人類輔助生殖技術的醫療機構應當符合下列條件：

- (一) 具有與開展技術相適應的衛生專業技術人員和其他專業技術人員；
- (二) 具有與開展技術相適應的技術和設備；

²⁶⁹ 中華人民共和國國務院衛生部令 14 號，2001 年 02 月 20 日發布，2001 年 08 月 01 日起施行，現行有效。

(三) 設有醫學倫理委員會；

(四) 符合衛生部制定的《人類輔助生殖技術規範》的要求。

第七條 申請開展人類輔助生殖技術的醫療機構應當向所在地省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門提交下列文件：

(一) 可行性報告；

(二) 醫療機構基本情況（包括床位數、科室設置情況、人員情況、設備和技術條件情況等）；

(三) 擬開展的人類輔助生殖技術的業務項目和技術條件、設備條件、技術人員配備情況；

(四) 開展人類輔助生殖技術的規章制度；

(五) 省級以上衛生行政部門規定提交的其他材料。

第八條 申請開展丈夫精液人工授精技術的醫療機構，由省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門審查批准。省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門收到前條規定的材料後，可以組織有關專家進行論證，並在收到專家論證報告後 30 個工作日內進行審核，審核同意的，發給批准證書；審核不同意的，書面通知申請單位。

對申請開展供精人工授精和體外受精—胚胎移植技術及其衍生技術的醫療機構，由省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門提出初審意見，衛生部審批。

第九條 衛生部收到省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門的初審意見和材料後，聘請有關專家進行論證，並在收到專家論證報告後 45 個工作日內進行審核，審核同意的，發給批准證書；審核不同意的，書面通知申請單位。

第十條 批准開展人類輔助生殖技術的醫療機構應當按照《醫療機構管理條例》的有關規定，持省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門或者衛生部的批准證書到核發其醫療機構執業許可證的衛生行政部門辦理變更登記手續。

第十一條 人類輔助生殖技術批准證書每2年校驗一次，校驗由原審批機關辦理。校驗合格的，可以繼續開展人類輔助生殖技術；校驗不合格的，收回其批准證書。

第三章 實 施

第十二條 人類輔助生殖技術必須在經過批准並進行登記的醫療機構中實施。未經衛生行政部門批准，任何單位和個人不得實施人類輔助生殖技術。

第十三條 實施人類輔助生殖技術應當符合衛生部制定的《人類輔助生殖技術規範》的規定。

第十四條 實施人類輔助生殖技術應當遵循知情同意原則，並簽署知情同意書。涉及倫理問題的，應當提交醫學倫理委員會討論。

第十五條 實施供精人工授精和體外受精—胚胎移植技術及其各種衍生技術的醫療機構應當與衛生部批准的人類精子庫簽訂供精協議。嚴禁私自采精。

醫療機構在實施人類輔助生殖技術時應當索取精子檢驗合格證明。

第十六條 實施人類輔助生殖技術的醫療機構應當為當事人保密，不得洩漏有關信息。

第十七條 實施人類輔助生殖技術的醫療機構不得進行性別選擇。法律法規另有規定的除外。

第十八條 實施人類輔助生殖技術的醫療機構應當建立健全技術檔案管理制度。

供精人工授精醫療行為方面的醫療技術檔案和法律文書應當永久保存。

第十九條 實施人類輔助生殖技術的醫療機構應當對實施人類輔助生殖技術的人員進行醫學業務和倫理學知識的培訓。

第二十條 衛生部指定衛生技術評估機構對開展人類輔助生殖技術的醫療機構進行技術質量監測和定期評估。技術評估的主要內容為人類輔助生殖技術的安全性、有效性、經濟性和社會影響。監測結果和技術評估報告報醫療機構所在地的省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門和衛生部備案。

第四章 處 罰

第二十一條 違反本辦法規定，未經批准擅自開展人類輔助生殖技術的非醫療機構，按照《醫療機構管理條例》第四十四條規定處罰；對有上述違法行為的醫療機構，按照《醫療機構管理條例》第四十七條和《醫療機構管理條例實施細則》第八十條的規定處罰。

第二十二條 開展人類輔助生殖技術的醫療機構違反本辦法，有下列行為之一的，由省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門給予警告、3萬元以下罰款，並給予有關責任人行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任：

- (一) 買賣配子、合子、胚胎的；
- (二) 實施代孕技術的；
- (三) 使用不具有《人類精子庫批准證書》機構提供的精子的；
- (四) 擅自進行性別選擇的；
- (五) 實施人類輔助生殖技術檔案不健全的；
- (六) 經指定技術評估機構檢查技術質量不合格的；
- (七) 其他違反本辦法規定的行為。

第五章 附 則

第二十三條 本辦法頒佈前已經開展人類輔助生殖技術的醫療機構，在本辦法頒佈後3個月內向所在地省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門提出申請，省、自治區、直轄市人民政府衛生行政部門和衛生部按照本辦法審查，審查同意的，發給批准證書；審查不同意的，不得再開展人類輔助生殖技術服務。

第二十四條 本辦法所稱人類輔助生殖技術是指運用醫學技術和方法對配子、合子、胚胎進行人工操作，以達到受孕目的的技術，分為人工授精和體外受精—胚胎移植技術及其各種衍生技術。

人工授精是指用人工方式將精液注入女性體內以取代性交途徑使其妊娠的一種方法。根據精液來源不同，分為丈夫精液人工授精和供精人工授精。

體外受精—胚胎移植技術及其各種衍生技術是指從女性體內取出卵子，在器皿內培養後，加入經技術處理的精子，待卵子受精後，繼續培養，到形成早期胚胎時，再轉移到子宮內著床，發育成胎兒直至分娩的技術。

第二十五條 本辦法自2001年8月1日起實施。



附錄四：

人胚胎幹細胞研究倫理指導原則²⁷⁰

第一條 為了使我國生物醫學領域人胚胎幹細胞研究符合生命倫理規範，保證國際公認的生命倫理準則和我國的相關規定得到尊重和遵守，促進人胚胎幹細胞研究的健康發展，制定本指導原則。

第二條 本指導原則所稱的人胚胎幹細胞包括人胚胎來源的幹細胞、生殖細胞起源的幹細胞和通過核移植所獲得的幹細胞。

第三條 凡在中華人民共和國境內從事涉及人胚胎幹細胞的研究活動，必須遵守本指導原則。

第四條 禁止進行生殖性克隆人的任何研究。

第五條 用於研究的人胚胎幹細胞只能通過下列方式獲得：

- (一) 體外受精時多餘的配子或囊胚；
- (二) 自然或自願選擇流產的胎兒細胞；
- (三) 體細胞核移植技術所獲得的囊胚和單性分裂囊胚；
- (四) 自願捐獻的生殖細胞。

²⁷⁰ 中華人民共和國科技部國科發生字（2003）第460號，2003年12月24日發布，自發行之日起施行，現行有效。

第六條 進行人胚胎幹細胞研究，必須遵守以下行為規範：

(一) 利用體外受精、體細胞核移植、單性複製技術或遺傳修飾獲得的囊胚，其體外培養期限自受精或核移植開始不得超過 14 天。

(二) 不得將前款中獲得的已用於研究的人囊胚植入人或任何其他動物的生殖系統。

(三) 不得將人的生殖細胞與其他物種的生殖細胞結合。

第七條 禁止買賣人類配子、受精卵、胚胎或胎兒組織。

第八條 進行人胚胎幹細胞研究，必須認真貫徹知情同意與知情選擇原則，簽署知情同意書，保護受試者的隱私。

前款所指的知情同意和知情選擇是指研究人員應當在實驗前，用準確、清晰、通俗的語言向受試者如實告知有關實驗的預期目的和可能產生的後果和風險，獲得他們的同意並簽署知情同意書。

第九條 從事人胚胎幹細胞的研究單位應成立包括生物學、醫學、法律或社會學等有關方面的研究和管理人員組成的倫理委員會，其職責是對人胚胎幹細胞研究的倫理學及學性進行綜合審查、諮詢與監督。

第十條 從事人胚胎幹細胞的研究單位應根據本指導原則制定本單位相應的實施細則或管理規程。

第十一條 本指導原則由國務院科學技術行政主管部門、衛生行政主管部門負責解釋。

第十二條 本指導原則自發佈之日起施行。

