

# 论人工胚胎之法律地位

——从法国法谈起

曾品杰\*

---

## 目次

- 一、无锡冷冻胚胎案之法律问题
- 二、法国法上人工胚胎之法律定位
  - (一) 人工胚胎是人类,但不具法律上人格
  - (二) 人工胚胎是不具财产价值的有形物质
  - (三) 人工胚胎之使用限于生育医疗及研究
- 三、本文观察:人工胚胎兼具物与人格利益之特性
  - (一) 就排除胚胎侵害与请求返还,适用物之法则
  - (二) 就胚胎受损之赔偿,应援引人格利益之保护
  - (三) 就胚胎管领之归属,应类推未成年监护规定

**摘要** 本文以无锡冷冻胚胎案作比较法研究,首先说明法国法上的人工胚胎虽属生物学上的人类,但欠缺法律上人格,系无法用金钱衡量之动产。其次,本文赞同本件一审法院所谓受精胚胎乃特殊之物的见解,并指出人工胚胎兼具物与人格利益之特性,主张其法律适用为:就胚胎之储存维护应适用物之规范,就胚胎受损得援引人格利益之保护,就胚胎管领则应适用监护法理。

**关键词** 人工胚胎 物 人格利益 监护 法国法

---

## 一、无锡冷冻胚胎案之法律问题

### 1. 胎儿在圣经伦理上之保护

《圣经·诗篇》第127篇第3节说道:“儿女是耶和华所赐的产业;所怀的胎是他所给的赏赐。”怀

---

\* 台湾中正大学法学院财经法律学系教授、法学博士。

胎生育,儿女成群,不但满足了人类生命绵延、生养不息的存在需求,向来也是人类社会所羡慕之家庭蒙福的写照!是以,对于胎儿的保护律例,自古有之,举其荦荦大者,例如在公元前1445年、距今约3445年的时代,《圣经·出埃及记》第21章第22节即记载,耶和华透过摩西对于以色列百姓所立的典章中有谓:“人若彼此争斗,伤害有孕的妇人,甚至堕胎,随后却无别害,那伤害她的,总要按妇人的丈夫所要的,照审判官所断的,受罚。”此即揭橥胎儿生命伦理之保护滥觞,殊值重视。

诚然,从先验的法律圣经学来看,那些不到期而落的胎,其知觉是相当受局限的,揆诸《圣经·传道书》第6章第4至5节提到不到期而落的死胎,比高龄却不得满享福乐、又不得埋葬的长者倒好,“因为(不到期而落的胎)虚虚而来,暗暗而去,名字被黑暗遮蔽,并且没有见过天日,也毫无知觉,这胎比那人倒享安息”。惟死胎的感知能力纵使受限,这并不意味着死产以前其没有生命的价值。盖《圣经·杰里迈亚书》第1章第5节又记载:“杰里迈亚说,耶和华的话临到我说:‘我未将你造在腹中,我已晓得你;你未出母胎,我已分别你为圣;我已派你作列国的先知。’”自创造论的角度以观,尚未出生的胎儿可能已被赋予命定或是某种生命存在的价值,从而胎儿自受孕时起,即应保护其利益,但胎儿日后如未活产,则例外无保护之必要,免得治丝益棼,徒增纷扰。

## 2. 胎儿在台湾地区“民法”上之保护

此乃何以台湾地区“民法”第6条虽然规定,“人之权利能力,始于出生,终于死亡”,惟其后第7条就规定,“胎儿以将来非死产者为限,关于其个人利益之保护,视为既已出生”,稽考其立法理由,是为特别保护自然人出生前之利益也。准此,通说认为所谓胎儿以将来非死产为限,关于其个人利益之保护,视为既已出生,系指胎儿于出生前,即取得权利能力,<sup>[1]</sup>自受孕时起,即可主张其个人利益,<sup>[2]</sup>倘将来死产时,则溯及地丧失其权利能力。果尔,如受孕系指受精卵完成着床于子宫而言,则理论上着床后之囊胚(大约受精之时起经过13、14日、即受精2周以后)<sup>[3]</sup>、胚胎、胎儿均得享有权利能力,惟若其后来成为死产而未出生,则其权利能力溯及自受孕时起消灭,故实际上于胎死腹中之情形,其死产以前本身所受不法侵害之损害赔偿请求权,并无由发生。

## 3. 问题意识的提出

是以,台湾地区学说上认为目前体外受精后移植于子宫前之受精卵、生殖细胞(精子、卵子),既非属民法上之权利主体,亦非为刑法上旨在保护母体及保护胎儿生命之堕胎罪以及为保护人之生命的杀人罪所保护之对象。<sup>[4]</sup>对于渠等之破坏,是否应以刑法上保护财物之毁损罪相绳,则有争议。<sup>[5]</sup>倘若渠等未着床于子宫前之受精卵、精子、卵子,不具民法上之权利主体地位,惟其是否仍富有人格或身份利益?又其可否成为权利客体、该当民法上之物?若然,该物是否富有财产上之价值?可否作为继承之目标?凡此种种,令人颇费思量。

经查江苏无锡宜兴冷冻胚胎纠纷案(以下简称“无锡冷冻胚胎案”)<sup>[6]</sup>,即涉及不孕夫妻在医院实行体外受精后、进行胚胎移植手术前,突遭车祸双亡,引发其所遗留之人工胚胎应由谁监管处置等相关问题,具有理论与实务上之重要性,诚值研究。本文撰写之目的,即在于分析评释无锡冷冻胚胎案之基本课题,并尝试简要介绍法国法在此领域之讨论成果,最后提出个人浅见,以就教于

[1] 参见王泽鉴:《民法总则》,台北自版2014年版,第132~133页。

[2] 参见邱聪智:《民法总则》(上),台北三民书局2005年版,第208~209页。

[3] 参见曾淑瑜:《人类胚胎在法律上之地位及其保护》,载《法令月刊》2003年第54卷6期,第9页。

[4] 参见前注[3],曾淑瑜文,第6页。

[5] 参见王富仙:《生殖细胞法律地位之探索》,载《月旦法学杂志》2006年总第138期,第185页。

[6] 参见江苏无锡宜兴冷冻胚胎纠纷案二审判决书(2014)锡民终字第01235号。

方家,尚祈识者不吝指正。

#### 4. 无锡冷冻胚胎案之案情摘要

沈杰与刘曦于2010年10月13日登记结婚,2012年8月,沈杰与刘曦因不孕症及人工授精失败,在南京市鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植助孕手术。鼓楼医院在治疗过程中,获卵15枚,受精13枚,分裂13枚;取卵后72小时为预防“卵巢过度刺激综合征”,该医院未对刘曦移植新鲜胚胎,而于当天冷冻4枚受精胚胎。治疗期间,刘曦曾于2012年3月5日与医院签订《辅助生殖染色体诊断知情同意书》,刘女在该同意书中同意所取样本如有剩余,由诊断中心按国家相关法律、法规的要求代为处理。次查2012年9月3日,沈男、刘女与医院签订《配子、胚胎去向知情同意书》,上面载明两人在医院生殖医学中心实施了试管手术,获卵15枚,移植0枚,冷冻4枚,继续观察6枚胚胎;对于剩余配子(卵子、精子)、胚胎,两人选择同意丢弃;对于继续观察的胚胎,如果发展成囊胚,两人选择同意囊胚冷冻。同日,沈男、刘女与医院签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》,上面订明胚胎不能无限期保存,目前该中心冷冻保存期限为一年,首次支付三个月费用,如需继续冷冻,需补交费用,逾期不予保存;如果超过保存期,沈男、刘女选择同意将胚胎丢弃。

詎料,在医院预定进行胚胎移植手术之日以前,沈男于2013年3月20日晚上驾车发生侧翻事故,造成妻子刘女当日死亡,沈男亦随后于同年3月25日死亡。沈男与刘女遗有4枚受精胚胎仍在医院生殖中心冷冻保存,嗣后沈男之父母主张上述冷冻胚胎之处置权作为原告生命延续的标志,爰诉请法院将儿子媳妇产放于医院之上述4枚受精胚胎的监管权和处置权,判命归其行使,由原告从医院取出自行保管。对此,刘女之父母则抗辩胚胎系他们女儿留下的唯一东西,要求处置权归其所有。至于以第三人参加诉讼的鼓楼医院,则辩称冷冻胚胎的性质尚存争议,不具有财产属性,原被告双方都无法继承。抑且,沈姓夫妻生前已签署手术同意书,同意将过期胚胎丢弃。更何况,胚胎的作用乃为生育,今沈姓夫妻已去世,原被告双方均无权行使死者之生育权,又胚胎被取出后,唯一能使其存活的方式就是代孕,但该行为目前违法,故要求驳回原告之诉讼请求。

#### 5. 原审法院看法:体外受精之胚胎乃具有发展生命潜能之特殊之物,不得为继承之目标

经查在无锡冷冻胚胎案二审判决书中[(2014)锡民终字第01235号],原审法院认为:“公民的合法权益受法律保护。沈杰与刘曦因自身原因而无法自然生育,为实现生育目的,夫妻双方至鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植手术。现夫妻双方已死亡,双方父母均遭受了巨大的痛苦,沈新南、邵玉妹主张沈杰与刘曦夫妻手术过程中留下的胚胎作为其生命延续的标志,应由其负责保管。但施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能,含有未来生命特征的特殊之物,不能像一般之物一样任意转让或继承,故其不能成为继承的目标。同时,夫妻双方对其权利的行使应受到限制,即必须符合我国人口和计划生育法律法规,不违背社会伦理和道德,并且必须以生育为目的,不能买卖胚胎等。沈杰与刘曦夫妻均已死亡,通过手术达到生育的目的已无法实现,故两人对手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。综上,对于沈新南、邵玉妹提出的其与刘金法、胡杏仙之间,应与其监管处置胚胎的诉请,法院不予支持。依照《中华人民共和国民法通则》第五条、《中华人民共和国继承法》第三条之规定,原审法院判决驳回沈新南、邵玉妹的诉讼请求……”

是以,本件原审法院基本上系将人工胚胎界定为具有发展生命潜能的“特殊之物”,点出其与一般得任意转让或继承之财产权有间,不能成为继承之目标,故沈男之父母无法透过继承法则,亦即因为刘女先于沈男死亡、沈男于单独取得胚胎之监管处置权后去世,再由沈男之父母因继承取得系争胚胎之监管处置权,从而驳回原告之请求。

惟原告不服原审判决,向二审法院提起上诉指称:(1)一审判决受精胚胎不能成为继承的目

标于法无据,盖我国相关法律并未将受精胚胎定性为禁止继承的物,涉案胚胎的所有权人为沈杰、刘曦,是两人的合法财产,应当属于《继承法》第3条第7项“公民的其他合法财产”。在沈杰、刘曦死亡后,其生前遗留的受精胚胎,理应由上诉人继承,由上诉人享有监管、处置权利;(2)根据沈杰、刘曦与鼓楼医院的相关协议,医院只有在手术成功后才具有对剩余胚胎的处置权利,今沈杰、刘曦均已死亡,手术并未进行,医院无论是依据法律规定还是合同约定,对涉案胚胎均无处置权利。益有进者,一审法院认定胚胎不能被继承,将导致涉案胚胎在沈杰、刘曦死亡后即无任何可对其行使权利之人,尤属可议,故请求撤销原审判决,判决4枚冷冻胚胎的监管权和处置权归上诉人。

对此,被上诉人刘金法、胡杏仙(刘曦之父母)辩称:涉案胚胎是女儿女婿遗留下来的,上诉人和被上诉人均有监管权和处置权,爰要求法院依法判决。至于第三人鼓楼医院则重申:胚胎是特殊之物,对其处置涉及伦理问题,不能成为继承的目标;又根据《人类辅助生殖技术管理办法》等卫生部的相关规定,也不能对胚胎进行赠送、转让、代孕。从而要求驳回上诉,维持原判。

6. 二审法院见解:胚胎是介于人与物之间的过渡存在,具有孕育生命的潜质,应受到比一般之物更高的特殊尊重与保护,由与胚胎在生命伦理上最密切关联、对其情感最深的死者双方父母来监管和处置,最为恰当

本件二审法院所认定的事实与原审一致,二审法院揭示本案的争议焦点厥为确定涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体。法院认为,公民合法的民事权益受法律保护,基于以下理由,上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙对涉案胚胎共同享有监管权和处置权,从而撤销一审判决,判令沈杰、刘曦存放于南京鼓楼医院的4枚冷冻胚胎由上诉人沈新南、邵玉妹和被上诉人刘金法、胡杏仙共同监管和处置,并驳回上诉人沈新南、邵玉妹其他诉讼请求。

首先,法院指出:“沈杰、刘曦生前与南京鼓楼医院签订相关知情同意书,约定胚胎冷冻保存期为一年,超过保存期同意将胚胎丢弃,现沈杰、刘曦意外死亡,合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行,南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎。”

其次,法院说道:“在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下,结合本案实际,应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属:一是伦理。施行体外受精-胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎,具有潜在的生命特质,不仅含有沈杰、刘曦的DNA等遗传物质,而且含有双方父母两个家族的遗传信息,双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。二是情感。白发人送黑发人,乃人生至悲之事,更何况暮年遽丧独子、独女!沈杰、刘曦意外死亡,其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再,‘失独’之痛,非常人所能体味。而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎,则成为双方家族血脉的唯一载体,承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置,既合乎人伦,亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。三是特殊利益保护。胚胎是介于人与物之间的过渡存在,具有孕育成生命的潜质,比非生命体具有更高的道德地位,应受到特殊尊重与保护。在沈杰、刘曦意外死亡后,其父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体,而且亦应当是胚胎之最近最大和最密切倾向性利益的享有者。综上,判决沈杰、刘曦父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的。当然,权利主体在行使监管权和处置权时,应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。”

至于南京鼓楼医院在诉讼中提出,根据卫生部的相关规定,胚胎不能买卖、赠送和用以实施代孕,法院认为这并未否定权利人对胚胎享有的相关权利,且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人工生殖辅助技术时的管理规定,南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利。

7. 无锡冷冻胚胎案之实质争点:胚胎乃介于人与物之间的过渡存在,其保护途径究竟是假手

借道于“物”的法则或是乞灵附丽于“人”的保护？

观诸上述二审法院在对于人工胚胎未明文其性质的情况下，依序从基因伦理建构死者双方父母与涉案胚胎之间关于生命伦理上的密切关联性、自死者所遗留之胚胎具有抚慰双方父母“失独”痛苦之情感慰藉等人格利益以及基于胚胎具有孕育生命潜质应予特殊尊重，当由最关心胚胎命运之死者双方父母守护胚胎之最佳利益的理由构成，决定涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体，自属铿锵有据，固不待言。但本文认为，本件决定涉案胚胎之监管权和处置权的行使主体，只是形式争点，其毋宁仅为定性人工胚胎法律性质以后之考虑结果，归根究底而言，仍需澄清人工胚胎法律地位的先决问题，盖既然胚胎是介于人与物之间的过渡存在，倘倾向于将人工胚胎看作是权利客体的“物”者，可能会比较侧重于从胚胎所有人、继承法则的视角来分析系争胚胎的监管处分权；惟若对待胚胎以相当于权利主体之“人”的保护规格者，便可能审酌运用亲属法上最佳利益的监护权法理，来决定监管权和处置权。本件二审法院在结论上趋近于后者，具有相当之说服力，合先叙明。

本文以下拟引介法国法上对于人工胚胎法律地位的基本立场，俾丰富吾人对此问题的研究讨论，期能适度借镜取益，促进我国民事法学之进步。

## 二、法国法上人工胚胎之法律定位

迩来法国学界讨论人工胚胎的法律地位时，有以 Amiens 行政法庭的冷冻胚胎试管断裂案为典型事例，作为探讨此一问题的起点。有一对已婚的不孕夫妻透过医院实施医学上之辅助生育，经过抽取卵子，医师成功地获得 27 枚胚胎，并挑选了其中的 12 枚受精胚胎。其中 3 枚受精胚胎被植入母体（其后植入成功，怀了一对双胞胎姊妹花），这对夫妻决定其余 9 枚剩下的胚胎就先冷冻保存起来，以备不时之需。詎料，过不多时，这对夫妻得知医院保存他们 9 枚人工胚胎的试管套竟意外破裂，温度突然从零下 196 度升到零下 15 度，导致这些胚胎无法再行使用。这对夫妻就其遭破坏的胚胎，向有过错的医院诉请负损害赔偿，是否有理？医院可否以该胚胎并无财产上之价值为由，拒绝赔偿？

本件法国 Amiens 行政法庭的裁判一方面明确重申多余的试管胚胎并非自然人（des personnes）的实务态度，另一方面又受到当代学说将冷冻胚胎定性为属于物（des choses）之范畴的见解影响，而使用有形物质（matériel）的损害去界定原告所受之损害。<sup>〔7〕</sup>惟医院对此不服提出上诉后，Douai 高等行政法院先是确认本件医院应对其保存之胚胎试管断裂所肇致之损害负责，但最后却以这对夫妻无法证明就 9 枚剩下的胚胎仍有生育计划、胚胎毁坏造成其丧失成为父母机会的损害为由，废弃原判决关于被告医院应赔偿原告 1 万欧元各种痛苦损害（des troubles divers）之决定，<sup>〔8〕</sup>从而拒绝原告任何之赔偿请求，引发瞩目。诚然，目前法国多数实务意见认为，试管胚胎并不被赋予法律上人格（la personnalité juridique）、欠缺相当于台湾地区“民法”上权利能力的地位，但这并不妨碍人工胚胎具有人类（être humain）生命萌芽的生物特征。本文底下拟依序从（一）人工胚胎是人类，但不具法律上人格、（二）人工胚胎是不具财产价值之有形物质、（三）人工胚胎之使用限于生育医疗及研究等三个视角，介绍法国法看待人工胚胎之法律地位的基本思维。

〔7〕 Xavier Labbé, *La valeur de l'embryon congelé* (Recueil Dalloz, 2004), p. 1051.

〔8〕 CAA Douai, 6 déc. 2005, AJDA 2006, p. 442.

(一) 人工胚胎是人类,但不具法律上人格

人类与法律上之人的区别。

缘在欧陆法系区分“权利主体一人”与“权利客体一物”的法律体系之下,传统上对于“人”的保护力道是高过于对于“物”之保护程度,故在探讨人工胚胎之法律地位时,若不赋予相当于“人”的较高保护规格,至少可让其享有“物”之地位的最起码保护程度。为了避免将万物之灵的人贬黜为生物学上的单纯物质,法国1994年7月29日颁布的生命伦理法令,在彼邦民法第16条规定:“法律确立人(la personne)之优先性,禁止一切损害人之尊严的行为,并确保人类(l'être humain)自其生命开始即受尊重。”学说上有谓立法者在这里仔细区别具有权利能力、被赋予法律上人格的“人”,以及生物学上的“人类”两个概念,从一堆细胞开始分化、可能发展成为人的胚胎,便是这里所称符合生物学上的人类概念,却不是法律上之人的著例,故胚胎不得享有法律上之人格地位,仅是应受尊重(un droit au respect)。<sup>[9]</sup>

胚胎既然不具有法律上之人格,其在彼邦民法(一)与刑法(二)领域究竟受有何种影响,当值推敲,爰分述如下。

1. 人工胚胎欠缺民法上人格

法国民法以出生作为赋予法律上人格之基准。法国民法上仅赋予“出生且活产”之婴儿法律上之人格,亦即权利主体地位,惟若涉及胎儿利益之保护,关于其法律上人格得例外溯及自受孕时起即得享有。如果连一个尚未出生的胎儿都不具权利主体地位,则比胎儿更前期的冷冻胚胎当然更不会有法律上之人格,甚为灼然,是为彼邦学说与实务之立场。<sup>[10]</sup>

2. 人工胚胎不受杀人罪保护

刑法上对于人身法益之保护对象,仅限于已出生之人。

法国刑法在个人法益的保护上,亦区分对人与对物两大部分。针对保护自然人之生命、身体、自由、性自主等法益而设者,举其荦荦大者,计有杀人罪、伤害罪、掳人诱拐罪、强奸罪等规定;而针对保护财物的规范,则有窃盗、滥用信赖、诈欺等罪名。一般而言,取走一个尚未植入母体的冷冻胚胎,其不法程度不若诱拐婴儿那样严重,比较接近窃取或抢夺他人之动产。<sup>[11]</sup>

至于已顺利植入母体子宫的胚胎,除因合法的人工流产手术外,是否有可能因受孕受到杀人罪之保护?在此,由于法国最高法院坚持刑法上的杀人罪所保护者,最起码必须是已出生、有心跳、可独立呼吸之婴儿,<sup>[12]</sup>对于胎儿的保护系附有以出生为停止条件,始给予法律上之人的保护地位。一个酒后驾车的司机碰撞怀胎六月、大腹便便之妇女造成胎儿流产都不成立过失杀人罪(但对其母亲的身体可能构成过失伤害罪),<sup>[13]</sup>就更遑论胚胎了。对此实务见解,部分学说以对于活于母腹中的受孕胎儿仍具人格、应保护即将出生胎儿之生命为由抨击之。<sup>[14]</sup>

人工胚胎既然未受到民法与刑法上关于权利主体——“人”之保护,则退一步其至少应得享有

[9] Claire Neirinck, *L'embryon humain: une catégorie juridique à dimension variable?* (Recueil Dalloz, 2003), p. 842.

[10] TGI Rennes, 30 juin 1993, JCP 1993, II, 22250, obs. Neyrinck: “l'œuffécondé n'est pas un sujet de droits”.

[11] Xavier Labbé, *La valeur de l'embryon congelé* (Recueil Dalloz, 2004), p. 1052.

[12] CA Metz, 3 sept. 1988, JCP 2000, II, 10231 et Cass. crim., 14 juin 1957, D. 1957, Jur. p. 512.

[13] Claire Neirinck, *L'embryon humain: une catégorie juridique à dimension variable?* (Recueil Dalloz, 2003), p. 843.

[14] D. Vigneau, *Même un enfant sur le point de naître n'est pas assez vieux pour mourir en home! A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2002*, Dr. famille, nov. 2002, n° 11, p. 6.

法律上关于权利客体——“物”之保护，率可断言，且待本文细说道来。

## (二) 人工胚胎是不具财产价值的有形物质

观察人工胚胎系属“特殊之物”有两个视角。按从事人工辅助生育手术业务之医院，就其受寄之冷冻保存的胚胎试管断裂，胚胎因欠缺合适之保存温度致毁坏无法再为利用的损害，是否应向胚胎提供人负损害赔偿赔偿责任？这个胚胎破坏、无法再行利用的损害，应如何估量计算？又医院与胚胎提供人之间的冷冻胚胎保存约定，究竟是何种契约态样？凡此又与冷冻胚胎这种“特殊之物”的性质紧密相关。是以，本文以下打算从“1. 人工胚胎是为动产，得为寄托目标”以及“2. 人工胚胎之价值，无法用金钱估量”这两个侧面，勾勒描绘法国学界对此问题的基本观点。

### 1. 人工胚胎是为动产，得为寄托目标

保存冷冻胚胎之医院，须承担结果义务性质之受寄人责任。

物(*la chose*)者，指一种固有物质之存在，在此意义下，人类细胞如人工胚胎，是可以被界定为权利客体之物、动产，只是就其价值须待立法者或社会通念来衡量，并决定要给予何种程度之保护，毕竟吾人对于任何之物并不是都以相同方式来加以对待：某类之物就其被赋予之特定功能或目的，比起其他之物享有较佳之保护，亦屡见不鲜。值得注意的是，在上述法国的冷冻胚胎试管断裂事件中，Amien 行政法庭认为此际该不孕夫妻受有物质上之损害(*le préjudicematériel*)，这会令人合理联想到物权法的领域：冷冻胚胎系属动产。果尔，冷冻胚胎自得为民法上寄托契约之目标物(*un contrat de dépôt*)。经查在与此相近领域的司法裁判中，例如关于配子(精子、卵子)之储存合同，实务上认为个人与某医学中心之间成立的精子保存约定，性质上属于寄托契约。<sup>[15]</sup>更何況，法国最高行政法院(*Le Conseil d'Etat*)曾指出冷冻胚胎保存医院乃人工胚胎之受寄人，身为受寄人之医院负有返还与其所受领相同目标物之义务，并承担具有结果义务性质的保存义务——受寄人只有在不可抗力之情形下，方得免责。<sup>[16]</sup>

另有学说认为，借助于医疗辅助生育之不孕夫妻与施行斯项手术的医院之间，乃缔结一个近似于劳务承揽契约(*un contrat d'entreprise*)，医院(或医生)应确保胚胎之卫生质量，其就基于人工受精所生婴儿未来出生后之肤色(例如一对白人夫妇透过体外的人工受精，不能因医院在精子或卵子上之处处理疏忽而生出黑皮肤的婴儿)，承担结果义务(*une obligation de résultat*)，<sup>[17]</sup>并予叙明。

如果人工胚胎为动产，得为寄托目标，胚胎之受寄人需承担结果义务性质的保存责任，则一旦胚胎因保存失当受到毁损，又应如何赔偿其损害？欲知详情，请见下段分晓。

### 2. 人工胚胎之价值，无法用金钱估量

就冷冻胚胎遭毁一事，胚胎提供人应可请求精神上之损害赔偿。

因冷冻胚胎保存失当肇致胚胎无法再行利用者，该损害是否得以经济价值加以衡量？在前揭法国人工胚胎试管断裂案中，Amiens 行政法庭援引彼邦民法第 16-1 条第 3 项关于“人之身体、构成部分及其产物，不得作为财产权之目标”<sup>[18]</sup>的记载，采取否定看法。诚然，观诸法国民法第 16 条第 1 项有谓，“任何人享有身体受尊重之权利”，同条第 2 项有云，“人之身体乃不可侵犯”，第 16-5 条揭禁

[15] TGI Créteil, 4 avr. 1995, Petites affiches, 24 déc. 1997, note Taglione.

[16] Xavier Labbé, *La valeur de l'embryon congelé*(Recueil Dalloz, 2004), p. 1054.

[17] I. Florentin, in *Le droit saisi par la biologie: des jurists au laboratoire*, sous la dir. de C. Labrusse-Riou, t. 259, LGDJ, 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, p. 120.

[18] L'alinéa 1 de l'article 16-1 du Code Civil prévoit que le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

“针对人之身体、构成部分或其产物,为赋予其财产上价值(une valeur patrimoniale)所为之约定,无效”等规定,吾人可导出人之身体不得以金钱上的价值来加以衡量。但在每天实际的生活,买血、买母乳、车祸事件中撞断一只腿要赔多少,其实是有一定行情的,因此这将引发一个疑问:若我车祸中失去了某一器官或某颗假牙,我可以请求损害赔偿,但我失去了冷冻胚胎,则因为人之身体的构成部分不能以金钱衡量,胚胎毁损之损害是无法以财产来估量的,所以就该损害没有办法请求赔偿!

Amiens 行政法庭或有感于这个不合理的现象,便在重申生命是无法以金钱衡量的同时,判令医院应赔偿该夫妻 1 万欧元。<sup>[19]</sup> 对此, Douai 高等行政法院认为在该夫妻无法证明他们因胚胎毁坏导致原本规划的生育计划不能达成的情况下,无从证明其受有何种损害,从而废弃原审判命医院应赔偿 1 万欧元之决定,并驳回该夫妻之其余请求。斯项见解,使得试管胚胎之损害判断趋于“关系的价值”(une valeur relationnelle),实际上取决于胚胎提供人的外部使用意思(是否作为生育使用)。<sup>[20]</sup> 这个判决引起学者的批评,学界指出对于这种医院毁坏胚胎之严重事例,法院最起码应肯认该夫妻受有精神上损害(le préjudice moral)而得请求赔偿,<sup>[21]</sup>方为正办。

### (三) 人工胚胎之使用限于生育医疗及研究

法国法上使用人工胚胎有两大原则。

法国立法者在 1994 年为了正当化医疗上辅助生育的实施,特别揭橥使用人工胚胎的两大原则:第一,人工医疗辅助生育当初只是为了想生孩子的不孕父母来服务,但迄至 2011 年已扩大及于为防范遗传或传输严重疾病之需,亦得使用;第二,原本当年的立法者禁止对于人类胚胎从事研究,但这部分已先后于 2011 年、2013 年相继开放医疗机构基于医学之目的(包含照护、预防或诊断的应用医学,以及涵盖胚胎、干细胞、<sup>[22]</sup>基因细胞等基础研究),得使用不孕男女未打算用于将来生育计划之多余的胚胎。<sup>[23]</sup>

本文底下拟从“1. 因不孕与预防疾病而人工生殖”以及“2. 禁止死后移转人工胚胎之原则”这两个幅度,引介彼邦使用人工胚胎之实务情形。

#### 1. 因不孕与预防疾病而人工生殖

使用医疗上辅助生育者,限于异性之不孕伴侣。

按法国 2011 年颁布的《公共卫生法》第 2141-2 条第 1 项规定:“医疗上辅助生育之目的,在于治疗一对伴侣之不孕、或避免传给小孩或一方伴侣某种特别严重的疾病。不孕症的病理特征必须要有医学上之诊断。”有疑问者,到底不孕之伴侣需要具备何种条件,方得使用医疗上辅助生育? 经查成为伴侣之男女必须活着、已达生育年纪、且事前同意为胚胎之移转或为人工授精,始得为之,同条第 2 项前段载有明文。然而,当伴侣之一方死亡、提出离婚或分居之请求或停止共同生活之际以及男女之任一方借由书面向负责施行医疗上辅助生育的医生撤销上开同意时,即不得为人工授精或移转胚胎之行为,同条第 2 项后段规范在案,<sup>[24]</sup>可供佐照。准此,法国立法者迄今仍将

[19] Xavier Labbé, *La valeur de l'embryon congelé* (Recueil Dalloz, 2004), p. 1054 et s.

[20] Claire Neirinck, *L'embryon humain: une catégorie juridique à dimension variable?* (Recueil Dalloz, 2003), p. 849.

[21] Jean Hauser, RTD Civ. 2006, p. 87; Galloux et Gaumont-Prat, D. 2005, p. 542.

[22] Lucie Lambert-Garrel, *L'exception de principe: à propos de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires* (Recueil Dalloz, 2013), p. 1842.

[23] Claire Neirinck, *L'embryon humain: une catégorie juridique à dimension variable?* (Recueil Dalloz, 2003), p. 845.

[24] <http://legifrance.gouv.fr>.

使用医疗上辅助生育之不孕伴侣，明确限于一男一女的异性伴侣，不包括同性伴侣，并予叙明。

说明过彼邦目前使用医疗上辅助生育者之规范情形，接下来应探讨的是禁止死后移转胚胎之法例。

## 2. 禁止死后移转人工胚胎之原则

### (1) 禁止死后移转人工胚胎之实务发展

从上述《公共卫生法》第 2141-2 条第 2 项后段规定可知，伴侣之任何一方死亡后不得移转人工胚胎，此为法国司法裁判上的向来态度。但在男方死亡の場合，社会上常有从宽允许将其生前遗留之受精胚胎，移入女方母体子宫内以便留后之呼吁。在此，彼邦生命伦理委员会认为，<sup>[25]</sup>倘若男方生前曾表示女方得于其死后继续实践他们之生育计划的话，则例外不受上开禁止死后移转胚胎之限制，盖一来是尊重当事人之意思，二来是承认女方有权以母亲之身份来生养儿女。惟此一例外允许之情形，将造成胚胎子女出生时无父的景况，若不幸母亲亦骤逝，则顿成孤儿，是否符合胚胎子女之最佳利益，似有商榷余地。<sup>[26]</sup>

### (2) 假设无锡冷冻胚胎案发生在法国，结果可能是医院须依法销毁残余胚胎

介绍过法国法上人工胚胎之法律地位以后，若把法律问题转回到中国大陆无锡冷冻胚胎案，首先，倘以本文所理解的法国法将受精胚胎界定为动产之物的观点来看，既然本件夫妻两人均遭意外死亡，揆诸法国民法第 16-1 条第 3 项关于人之身体、其构成部分及其产物均不得成为财产权之客体，皆不得成为继承之目标的记载，死者夫妻之双方父母根本无继承 4 枚冷冻胚胎之余地。其次，盱衡彼邦禁止死后移转人工胚胎之规定，参以死者夫妻所残留的 4 枚胚胎已无法再用来生育，故若无锡冷冻胚胎案发生在法国，恐怕法院只能要求冷冻保存之医院最后依法销毁该 4 枚胚胎！

最后，本文下面拟就无锡冷冻胚胎案的论事用法，提供个人的评释意见。

## 三、本文观察：人工胚胎兼具物与人格利益之特性

人工胚胎是特殊之物：就其现况维护应适用物之法例，有关胚胎受损应适用人格利益之保护，有关胚胎管领应适用监护法理。

本文基本上认为人工胚胎是特殊之物。首先，无锡冷冻胚胎案的一审法院说道受精胚胎具有发展为生命之潜能，是特殊之物，洵属正确！盖基于尊重人类生命之萌芽，避免人类生命的形成部分被物化，有碍于人性尊严，故胚胎不能像一般之物自由转让，又因其含有遗传物质与基因信息等身份个资，具有一身专属权之特性，故其不能成为继承之目标，并无适用《继承法》第 3 条第 7 项、台湾地区“民法”第 1148 条第 1 项前段规定之余地。

本文接着将从“(一)就排除胚胎侵害与请求返还，适用物之法例”“(二)就胚胎受损之赔偿，应援引人格利益之保护”“(三)就胚胎管领之归属，应类推适用监护之规定”这三方面，具体呈现人工胚胎在法律上之当为保护规范。

### (一) 就排除胚胎侵害与请求返还，适用物之法例

本件沈杰刘曦与鼓楼医院签订之胚胎保存契约，系属动产之有偿寄托契约，具有继续性之人格信赖关系，寄托契约因当事人一方死亡而终止消灭。

[25] Médecine et Droit, n° 4, janv. 1994, p. 23; Lettre du Comité consultatif national d'éthique, n° 28, p. 9 et s.

[26] Claire Neirinck, *L'embryon humain: une catégorie juridique à dimension variable?* (Recueil Dalloz, 2003), p. 847.

本文以为,就维护人工胚胎之物质现况而言,特别是针对排除外在有形的侵害与请求返还特定试管胚胎的法律定性,应着眼于动产物权的法律适用。遇有需要排除他人干涉侵害之情形,胚胎提供人自得援引台湾地区“民法”第767条第1项、《物权法》第34条与35条关于物上请求权之规定主张权利。学者有云,男女供体有权决定是否被哪家医疗机构提取精子和卵子,俟精子、卵子被提取后,男女供体分别对已脱离身体之精子、卵子享有所有权,有权决定是否使精子、卵子配对并通过试管婴儿技术孕育成胚胎。至于已经孕育成受精胚胎的夫妇,其已创设对胚胎的共同共有关系,依台湾地区“民法”第828条第3项、《物权法》第97条与第103条后段规定之意旨,其保存、植入或抛弃胚胎等事项,皆须由双方共同决定。<sup>[27]</sup>

与此相近,关于本件胚胎保存契约,应以动产之有偿寄托契约(保管合同)看待,寄托人生前得依台湾地区“民法”第597条、《合同法》第376条第1款之规定,请求返还寄托物,固不待言。查无锡冷冻胚胎案的二审判决有谓:“沈杰与刘曦生前与南京鼓楼医院签订相关知情同意书,约定胚胎冷冻保存期为一年,超过保存期同意将胚胎丢弃,现沈杰、刘曦意外死亡,合同因发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行,南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎。”对此,本文认为二审法院似无假手情事变更原则之必要,盖胚胎寄托契约为继续性劳务契约,具有人格信赖关系,<sup>[28]</sup>解释上寄托人得类推适用台湾地区“民法”第550条、《合同法》第411条前段关于委任关系(委托合同)消灭的规定,主张寄托关系因当事人一方死亡而终止消灭,并此叙明。

#### (二) 就胚胎受损之赔偿,应援引人格利益之保护

因受寄人过错致胚胎毁坏,系侵害寄托人基于胚胎之人格利益或生育之自主决定权,寄托人自得请求赔偿其精神慰抚金。

有疑问者,如果鼓楼医院保存胚胎有疏失导致毁坏,或医护人员擅自处分精子、卵子及胚胎的话,有鉴于配子(精子、卵子)与胚胎本身难以用经济上的价值来衡量,此时顾虑到胚胎对于提供人而言,一方面涉及基因联系与遗传物质,具有人格利益,另一方面是因为受精胚胎旨在供夫妻生育之用,今若因胚胎销毁致影响夫妻生育之自主决定权,假设这案件发生在台湾地区,该夫妻应得援引台湾地区“民法”第227条之1关于“债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,准用第一九二条至第一九五条及第一九七条之规定,负损害赔偿责任”。果尔,这对夫妻自得以胚胎毁坏系侵害其人格利益而情节重大或生育自主决定权为由,向医院请求赔偿其非财产上之损害、也就是精神慰抚金!<sup>[29]</sup>

本文以为,从尊重人类生命从萌芽孕育开始的思想出发,当得肯认不法侵害他人精子、卵子或胚胎之人格法益而情节重大者,被害人虽非财产上之损害,亦得依契约法请求赔偿相当之金额。是以,就胚胎遭破坏之赔偿,在法律政策上无论依契约法或侵权法之请求权基础,允宜赋予债权人或被害人得援引民法上人格利益之保护规范请求赔偿慰抚金,俾使民法体系双翼——契约法与侵权法规范臻于平等保护之境地。

#### (三) 就胚胎管领之归属,应类推未成年监护规定

本件法院决定涉案胚胎之监管处分权的管领归属,毋宁是考虑到胚胎对于死者父母的情感抚

[27] 参见徐海燕:《论体外早期人类胚胎的法律地位及处分权》,载《治未指录——健康政策与法律论丛》第2期,第91~92页。

[28] 参见邱聪智、姚志明:《新订民法债编各论(中)》,台北元照出版社2008年版,第410页。

[29] 参见前注[5],王富仙文,第187页。

慰功能,爰类推适用民法上关于未成年人监护的规范。

经查在无锡冷冻胚胎案中,二审判决在对于人工胚胎未明文规定其性质的情况下,分别从伦理、情感以及特殊利益保护的面向,进行法律的补充解释。按二审法院依序从基因伦理建立死者双方父母与涉案胚胎之间关于生命伦理上的密切关联性、死者所遗留之胚胎具有抚慰双方父母“失独”痛苦之情感慰藉等人格利益以及基于胚胎具有孕育生命潜质应予特殊尊重的视角出发,论证当由最关心胚胎命运之死者双方父母来守护胚胎之最佳利益,决定涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体,诚属难能可贵。次查人如在死后取出精子、卵子或受精胚胎,环顾现行法并无生殖细胞监护之相关规定,学说上有表示宜类推适用未成年人监护之规定,<sup>[30]</sup>足堪重视。

本文以为,就涉及受精胚胎管领归属的权限决定部分,的确应类推适用亲属法上的监护权法理,寻求受监护人最佳利益,固属无误。惟值得进一步推敲的是,鉴于本件沈杰刘曦所留下4枚受精胚胎之目的,旨在等待合适的时间施行胚胎植入手术,期能于母体子宫内顺利着床,以便生育儿女、完成为人父母的规划。因此,这4枚冷冻胚胎乃因着沈杰刘曦之生育计划而对于这对夫妻具有人格利益,且对于沈杰刘曦的父母亦具有某种期待的身份利益。倘若如是,法院究竟是应类推适用民法上“未成年人监护”之规定处理?或是应比附援引“受监护宣告之成年人监护”,就是对于“无行为能力人之监护”规范?这两者有无区别实益?

按台湾地区“最高法院2013年度台抗字第623号民事裁定”有谓:“查法律上所谓类推适用,系就法律未规定之事项,比附援引与其性质相类似之规定,加以适用,为基于平等原则及社会通念以填补法律漏洞之方法。苟法律已定有明文,即无法律漏洞之可言,亦不生漏洞补充而类推适用之问题。次按亲权内容固多与监护事务略无差异,然亲权之行使,以亲子间出于天性之自然情爱为基础,法律大体采取放任态度,与监护未具有此基础,本于受监护人最佳利益之考虑,以人之常情为基调,带有社会性及公益性,法律对之不得不加以相当之干涉,两者在本质上究有未尽相同之处,尤以台湾地区‘民法’将成年人之监护,修正为由国家之家事法院介入,已生质变而非亲权之延长,更凸显其与亲权有迥然不同之性格……”吾人观诸决定无锡冷冻胚胎案之监管权和处分权的管领归属,比较是考虑到试管胚胎的情感抚慰功能,而不是积极财产管理。是以,本文认为确定无锡冷冻胚胎案之监管权和处分权的归属主体,宜类推适用台湾地区“民法”第1091条以下之“未成年人监护”的规定处理,特别是参酌台湾地区“民法”第1094条第1项关于“父母死亡而无遗嘱指定监护人,……依下列顺序定其监护人:一、与未成年人同居之祖父母。……三、不与未成年人同居之祖父母”之规范精神,据以定夺监管权人。未查《民法通则》第16条第2款亦谓:“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列人员中有监护能力的人担任监护人:(一)祖父母、外祖父母……”准此,本文认为本件二审判决沈杰、刘曦父母共同监管处置涉案胚胎,其在现行法上之请求权基础毋宁是《民法通则》第16条第2款之规定,此一判决在结论上洵属正确,只是理由构成漏未指明据以判断之法律条文,谅有遗憾,爰予补充建议如上,以强化本判决在实证法上的论证基础,并克竟学界与实务共同协力促进法学进步之任务!

(责任编辑:庄加园)

<sup>[30]</sup> 参见前注[5],王富仙文,第177~178页。