

最近医疗法学的主要争论点

金天秀

法學博士，成均館大學校 法科大學 教授

I. 序論

1. 醫療法學領域的擴大傾向

至今，醫療法學是以對醫療事故的民事及刑事責任為中心發展而來的，有關民事責任的討論可以區分為責任的性質和類型，責任的性質指契約責任，不法行為責任，及兩責任的并存和代位責任，責任的類型有診察和治療的過錯引起的責任以及說明的不履行及不完全履行導致的責任。醫療法學的領域正在擴大。比如，首先有人體實驗，新藥開發，臟器移植等對新方法的民事責任，最近，特別是隨着醫工學和生命工學的發展，醫療行為的領域也在急速膨脹。因之，醫療法學的爭論點有人工授精，人類复制，除去延命裝置而引起的消极安樂死，幫助不治患者的積極安樂死等。進而，出現了包括健康保險的公保險-醫療保險，醫療分業等保健醫療行政，醫療倫理，國民的保健基本權，代替醫療¹⁾等醫療法學的新領域。

2. 本論文의 範圍

1) 2004. 5. 1 在大韓醫療法學會 2004年春季學術大會上以「代替醫療和法」為題目而發表討論的。參照新聞 第13号(2004. 5. 25)8-9面

本論文對醫療法學的新領域，如"人工授精，"人類复制"，"墮胎"和 Wrongful Birth/Life(不期望的出產和出生)"訴訟等爭議作了概括的介紹。這些都是有關人類生命的問題。人類生命的絕對價值是得到認定的。也就是對這樣的生命如何認定和保護的問題。是對人為地發生，維持，消滅生命的行為進行根本，原理性的討論的主題。這與是否將人工授精，人類复制的受精卵及复制卵作為人來看待的問題相關連。對人工授精，人類复制的討論包括對這樣的行為如何規制和不顧這種規制而如何對待出生的生命的問題。對Wrongful Birth和Wrongful Life訴訟基本上有兩種觀點，其一，人類的生命在出生時即使無論有怎樣的缺陷都比无生命有着优等的價值，其无限的價值應予認定。其二，與此相反，認為雖然有墮胎的機會，但因為醫生懈怠說明義務而錯過了墮胎的機會，這一責任應由醫生負擔。依後者的見解，向懈怠說明義務的醫生請求損害賠償的 Wrongful Birth中生出非所愿的孩子的父母來請求，Wrongful Life訴訟則由非所愿的孩子本身來請求。

3. 大韓民國²⁾實定法上的人類生命

憲法第10條規定：大韓民國國民享有人的尊嚴和價值。這裏的'人的尊嚴'包含生命權。一般的見解³⁾認為生命權的主題應該包括胎兒。刑法(269, 270條)將墮胎作為犯罪來處罰，學說上一致地將胎兒包含在保護法益中⁴⁾，同樣，判例⁵⁾也認為"人的生命是從孕胎開始，懷孕的胎兒作為新的存在和人格的根源具有尊嚴和價值，無論其自身是否認識到這一點及能否自我防衛都應不受侵害，應受保護。這是與憲法中的國民的道義感情相一致的"

2) 以下的法律如名稱前沒有其他國名則為大韓民國法律

3) 參照 金哲洙，「憲法學概論」(博英社，1993)，323面及325面以下；權宇星，「憲法學原論」(法文社，1992)，297面等多數憲法教科書

4) 金日秀，「韓國刑法 III」(博英社，1994)，120面以下；朴相基，「刑法各論」(博英社，1997)，88面；李在祥，「刑法各論」(博英社，1997)，78面以下

5) 大法院 1985. 6. 11. 宣告 84도1958 判決。是依照孕婦的請求對實施墮胎手術的醫生按刑法第270條⁴⁾囑托墮胎罪處罰的判決。

如前所述，憲法和刑法都承認"胎兒"使生命-這一法益的主体。但是，對包含在墮胎罪保護法益中的胎兒的生命保護價值的評價是比殺人罪保護法益中人⁶⁾的生命保護價值較低一些的，因為，從法定刑來看，對墮胎罪的處罰比殺人罪輕得多⁷⁾。前面論述的"孕胎"的時間也不是很明確⁸⁾。另一方面，在"將胎兒作為新的存在和人格的根源"的表述中可以看出判例對胎兒的人格性的認定持消極的立場。

民法 第3條規定 "人在生存期間是權利，義務的主体⁹⁾"，即人從出生時¹⁰⁾開始到死亡時¹¹⁾享有權利能力，對此沒有分歧¹²⁾，因此，民法所保障的權利是限于出生后及生存期間所認可的法律上的保護利益。民法對出生前的胎兒例外的也賦予一定的權利¹³⁾，但那也只是以出生后能够生存為條件¹⁴⁾。民法第762條例外的承認胎兒的權利。但是，此條文並不能完全解釋為民法承認胎兒的生命權。另外，胎兒因不法行為(侵權行為)而死亡時，其假想的父母是否可以依據752條享有請求權，對此，在解釋上可能有

6) 將陣痛時作為人的開始時間 即 分娩開始時 此為[陣痛說] 是大韓民國 刑法學的 通說

7) 殺人罪的法定刑是“死刑，無期及5年以上有期徒刑”與此相反，墮胎罪的法定刑是一般墮胎罪時是“1年以下有期徒刑 或 200萬元 以下的罰金”，如醫生 等 導致孕婦死亡的最壞的結果則也不過處以“10年 以下有期徒刑”。

8) 後述的受精，着床，受精後 14日中 以哪個時點作為 孕胎的開始不夠明確

9) 在法學中，對此中表現解釋為“以人來看待”。這在‘有權利能力者’及‘有人格者’的表述中也一樣。

10) 德國民法第1條規定“人的權利能力是從出生完了開始的”，瑞士民法第31條規定“人格是從出生完了而引起的生存時開始，因死亡而終了”，與此不同，對出生時間，我們的民法沒有明文規定，對民法第3條規定，有陣痛說，部分露出說，全部露出說，獨立呼吸說，民法學上，現在的通說是全部露出說，與德國和瑞士的立場相同。

11) 我們都知道有關死亡的時間有心臟死說，腦死亡說的爭議，應注意的是我們國家的 有關臟器移植的法律是最初的立足于心臟死說的實定法，在具備腦死亡者臟器移植法定條件時，摘除處於腦死亡狀態的臟器提供者死亡的臟器的行為的侵害生命及身體的違法性，此法只是阻却這一違法性。

12) 參照各種韓國民法總則文獻

13) 第762條(損害賠償請求權中胎兒的地位)，第1000條(繼承順位)，第1001條(代襲繼承)，第1064條(遺言和胎兒)，第562條(死因贈與) 等情況下如此。和我們持相同的個別保護主義的國家有德國，法國等，瑞士 民法 第31條 第2項規定“對出生前的胎兒，以胎兒活着出生為前提來賦予權利能力”，採納羅馬法上的一般的 保護主義 原則。

14) 判例的態度是停止條件說，即在出生前的胎兒階段不能行使權利，依大法院1976. 9. 14. 선고 76다1365 判決“胎兒活着出生時，出生時間追溯到問題事件是，即此時間法律上視為胎兒的出生時間，如胎兒與母體共同死亡，沒有出生就沒有討論賠償請求的余地”。

分歧。再有，此時，父母的損害賠償請求權是以父母的法益受侵害為依據來認定的。但是，在胎兒的生命受侵害時，其自身享有的損害賠償請求權并不能由其父母來繼承，因為，如前所述，胎兒的地位是以出生為前提的，若死產，其自身的權利是不予認定的。

最近，韓國制定了"生命倫理及安全法¹⁵⁾"，此法的目的中包含了防止人的尊嚴和價值受侵害的內容，但是，對胚芽¹⁶⁾和胎兒如何看待沒有涉及，只對生命工學有關的個別行為作了規定。

如前所述，韓國的實定法對人的生命-胎兒的保護是不充分的，因為從立法側面來看，立法上是將胎兒作為不完全的生命來認識的。這種認識如不改變，對生命體-胎兒的保護將是遠不可及的。作為絕對價值應得到認可的人的生命從何時開始的問題是不能以少數服從多數的方式來決定的生命的本質問題。實定法對此沒有明文規定，學術界對出生時點的主張有受精¹⁷⁾，着床¹⁸⁾，受精後14日¹⁹⁾，懷孕12周²⁰⁾說等觀點。以下將討論與此相關的人工授精，人類複製，墮胎及Wongful Birth/Life訴訟的問題。

15) 2004. 1. 29. 制定, 2005. 1. 1. 施行

16) 同法 第2條(2號)將胚芽定義為授精及授精時發生學所有器官形成時分離的細胞群，即胎兒的初期狀態。

17) Giesen, 「International Medical Malpractice Law」(J.C.B.Mohr, 1988), p.645也持相同的看法，即胎兒在 精子和卵子結合的瞬間就成為人類生命體，受到保護。

18) 權寧星，前揭書，297面 "人的生命從受胎的瞬間開始，因其後本質不改變"。這裡所說的受胎是受精時，還是着床 時并不明確。

19) 這是從允許人類embryo的治療性複製(therapeutic cloning)的立場而來的主張。美國Massachusetts州Worcester 的生命工學會社 Advanced Cell Technology的 Robert Lanza 博士主張 embryo在14日後才在子宮壁上着床，此時還不是人(a human)。Ellen Sung, (1999. 6. 22), "First Human Embryo Cloned", *Policy.com* [Online], <[http://www. policy.com/news/dbrief/dbriefarc265.asp](http://www.policy.com/news/dbrief/dbriefarc265.asp)>, (1999. 7. 12).

20) 美國的Roe v. Wade 判決以此為前提。依此判決，這一期間墮胎被無限認可，這一期間的胎兒的生命法益被否認

21) 對於受精的表述法的問題，參照 "人工授精子和 相關的法律上的 問題點 研究"，「韓國外國語大學校論文集」第21輯(1988)，569-570面。李相泰，"夫婦的人工授精斗 法的 問題"，「亞細亞女性研究」第23輯(1984)，290面。還有 高貞明，「人工的 妊娠斗 法理的 考察」(教文社，1989)，6-8面 認為 授精中存在女性獨立主体性無法體現的問題，內含男女是平等的主体的所謂受精的用語是妥當的。但是，此文中，并非有男女差別的意圖，而是認為受精是授精的結果，從行為的規制的角度使用授精這一用語。

II. 人工授精

1. 意義

人工授精²¹⁾是指為培育有性生殖的受精卵，進行人工授精的行為。由不願要孩子的其他女性來代理受精及懷孕的問題一般也是人工授精中討論的問題。

2. 人工授精的方法

(1) 人工授精技術的分類

體內授精的技術包括：子宮內精子投入(intrauterine insemination)²²⁾，卵管內生殖體投入(gamete intrafallopian transfer²³⁾)，人工胚移植等(embryotransfer)²⁴⁾。体外授精的技術包括：試管受精(in vitro fertilization)²⁵⁾，卵管內接合者移植(zygote intrafallopian transfer)²⁶⁾等。

(2) 生殖體出處的分類

分為配偶(AIH)²⁷⁾和非配偶兩種情況，後者的情況下有：利用第3者的精

22) 將洗滌的活動性精子注入到子宮內而誘導受精的方法。參照<http://kr.ecnycl.yahoo.com/result.html?id=101024> Giesen, Rdnr 1345和 具然昌, “人工的 妊娠的 法的 問題點”, 「判例月報」第207号(1987. 12)<以下 引用為‘具然昌, 前揭論文1’>13面 也表述為人工授精。這是狹義的人工授精

23) 將採取的精子 and 卵子注入到卵管內，誘導受精的方法。參照<http://kr.ecnycl.yahoo.com/result.html?id=101024>

24) 指將丈夫的精液注入到代理母體內形成的受精卵成為胚後，將之取出并移植到不孕的妻子體內的方法。母子間雖然 沒有血緣，但在經歷自己懷孕，出產的痛苦上有一定的意義。但這對人類還沒成功。相反，將在妻子的體內授精的胚移植到代理母體內的方法也可以考慮。這種方法可能遭到道德倫理的批判。參照<http://kr.ecnycl.yahoo.com/result.html?id=129100>

25) 這是為卵管廢棄或消滅的女性而開始實行的。因子宮內膜腺(endometriosis)，骨盤感染(pelvic infection)而引起的嚴重的卵管損傷也成為体外授精的對象。參照<http://ivfbaby.com/faq.htm> 是代替利用受精的本來的場所，而利用試管的方法

26) 作為体外授精的受精卵，將細胞分裂前的接和者注入到女性的卵管的方法。

27) Artificial Insemination by Husband

液(AID)²⁸⁾，丈夫和第3者的精液的混用²⁹⁾，利用第3者的卵子。利用第3者的精子及卵子等情况。獨身女性的情况³⁰⁾有：

利用第3者的精子和獨身女性的卵子，利用第3者的卵子和第3者的精子來使獨身女懷孕，生育的情况。

(3) 代理母契約

代理母契約是人工授精的依賴方(申請人)女子不懷孕而由第3者懷孕，有償或無償地代理懷孕·出產，而后交給依賴方的契約。將丈夫的精子人工授精到代理母的卵子中的方法開始于1976年的美國。將丈夫的精子和妻子的卵子在体外授精，然后移植到代理母的子宮內的方法最早的事例出現于1986年的美國。1989年，在韓國大韓婦產科學會上也發表了3件這樣的事例³¹⁾。這種代理母懷孕的情况也包括：利用丈夫的精子和代理母的卵子，利用丈夫的精子和妻子的卵子，利用丈夫的精子 and 第3者的卵子，利用第3者的精子和妻子的卵子，利用第3者的精子和代理母的卵子，第3者的精子和第3者的卵子的情况。

3. 對人工授精法律規制

以現今的技術，人工授精犧牲³²⁾了相當多的胎兒³³⁾，對現實的技術究竟是否可以認可還是一個問題。對前述的任何人工授精，有對任何類型都應該禁止的全面禁止說³⁴⁾，沒有全面認可說，一般人為應以人工授精的類型來決定是否認可。以下省略全面禁止的介紹。

28) *Artificial Insemination by Donor*.

29) 這種類型基本上不被使用，因此沒有對這種類型的討論。

30) 獨身男的情况可以适用代理母的法理。

31) 參照 <http://kr.ecnycl.yahoo.com/result.html?id=44524>

32) 比如 因剩餘受精卵冷凍保存失敗及廢棄 Giesen, Rdnr 1346, FN 15

33) 本人認為 胎兒開始于受精卵

34) 李太載，「法哲學史和 自然法論」(法文社，1984)，295面。Giesen, Rdnr 1412以下認為，人工授精作為人工性的創造，在人類起到象神一樣的作用這一點上，人工授精本身是值得懷疑的，象体外授精似的方法實際上是沒有胎兒的同意而進行的實驗。胎兒不能作出informed consent的同意，因此，對於人工授精的程序性的正当性是否可以肯定還是有疑問的。

(1) 人工授精的認可与否

1) 配偶間的情况

依照全面禁止說，對於配偶間的人工授精也應禁止，但是，限制性容許說³⁵⁾得到學術界和立法界的絕對支持³⁶⁾。這種限制和容許的條件有：人工授精的必要性³⁷⁾，應由一定的技術機關來進行³⁸⁾，經過一定的程序³⁹⁾，出產以外的人工授精予以禁止等條件⁴⁰⁾⁴¹⁾。對於冷凍保存的丈夫的精液在其死后予以利用的情况是予以禁止的，這一見解⁴²⁾在立法例⁴³⁾上也存在。韓國的"生命倫理及安全法"第13條第2項2号規定禁止"利用死者的精子和卵子的行爲"，再有，有立法例要求施術程序應取得一定監督机构的許可。英國的人工授精·發生法就是代表，該法 第3條第1項規定，在人体外⁴⁴⁾創造胎兒或在人体外⁴⁵⁾保存利用的行爲應取得一定監督机构⁴⁶⁾的許可⁴⁷⁾。

但是，對事實婚男女這種情况是否也可以容許存在很多爭議，首先，有

35) 高貞明，前揭書，68面 以下；梁壽山，前揭論文，570面 以下；李相泰，前揭論文，293面

36) 梁壽山，前揭論文，570面。571面中寫到，即使是配偶之間的人工授精，孩子的精神上，肉体上的發育如果不完滿，其正当性也不能認定，与此相關，對人工授精的成長過程應給予銳意的注意。

37) 限定為人工授精的不孕治療上。

38) 需要限制的立法措施。德國胎兒保護法9條規定只有医生才能實施人工授精

39) 國家機關的監督程序等各种委員會，報告書一致地認可依賴夫婦的諮詢利用權(access to counselling)，認為人工授精期待者的資格審查，對人工授精的危險，不利益，成功率的助言，孩子成長的出生根源和對話的重要性都應在具有家族心理知識和經驗的專家的指導下進行。Giesen, Rdnr 1361

40) 梁壽山，前揭論文，573-574面 以出生為目的的范围內容許配偶之間的人工授精

41) 德國胎兒保護法1條1項2号規定除了誘導卵子提供者的懷孕為目的以外的人工授精處以3年以下的自由刑和罰金。此情況下，對於提供者和接受移植者不予處罰。(同法3項1号)

42) 權寧高，前揭論文，180面；金俊源，“有關的法理的研究”(朝鮮大學校 博士學位論文，1995)，80-81面。金玟中，“人工授精的子的出產的法律問題”，「法學研究」第19輯(全北大學校，1992)，110面 主張在副請不存在的情況下，孩子有不出生的權利，在冷凍精液的決定權權人死亡的同時，決定權也消滅。對後者的主張的文獻 參照 Giesen, Rdnr 1359, FN 45-46

43) 德國胎兒保護法3條1項3号規定 故意試導卵子和死亡的男性的精子的人工授精者處以3年以下的自由刑和罰金。

44) 參照英國人間授精·發生法 第1條 2項

45) 參照英國人間授精·發生法 第1條 3項

46) 指英國人間授精·發生法 第5條到第10條的設置，組織，机能等規定的the Human Fertilisation and Embryology Authority

47) 英國人間授精·發生法 第11條以下 規定了監督机构的許可，范围，條件，程序等

見解⁴⁸⁾認為，考慮到子女的福利，子女的地位因事實婚和法律婚的不同會如何就是個問題，如果在親生子推定及其他地位上沒什麼不同則沒有問題，如果有所不同則應禁止。按照Asche Report的觀點，當時，澳洲的大部分AID和IVF program只對安全，事實上的夫婦予以容許⁴⁹⁾，澳洲的多數州也都持這種立法態度⁵⁰⁾，應注意這是在澳洲對事實婚和法律婚沒有差異為前提⁵¹⁾，在韓國，有見解認為對於無法生育的情況下，應例外的予以容許⁵²⁾。想來，對於只要經過簡單的申告行為就可以成為法律婚，却仍保持事實婚狀態的夫婦，沒有必要容許人工授精⁵³⁾。如將保持事實婚狀態和生育都看做夫婦的婚姻自律權，那么就太過於輕視孩子的福利了。

2) 非配偶的情況

非配偶之間，因人工授精所使用的生殖體的來源而分為幾種情況：不作區分，一定條件下只認定體內授精的見解⁵⁴⁾，只禁止利用第3者的精子和卵子的類型的見解⁵⁵⁾及全面容許的見解⁵⁶⁾。

利用第3者的精子所存在的問題包括：對孩子的心理上的惡影響⁵⁷⁾，丈夫

48) Giesen, Rdnr 1357. 婚姻和同居(cohabitation: 以夫婦同居) 法律上雖然是同一國家，只對與婚姻類似程度的安定，持久的男女關係認可人工授精。如瑞典的 Law on Insemination N o 1140(1984. 12. 20). 參照Giesen, Rdnr 1357, FN 32

49) The Australian Family Law Council, A uniform approach to the law and practice of reproductive technology in Australia (Canberra, 1985)<引用為Asche Report>, 26面.

50) 比如 澳洲 首都 特別區(ACT)的 Artificial Conception Act 1985(本文中將 2000. 12. 8. 改正法引用為‘澳洲 ACT人工妊娠法’) 第3條規定 同法的 結婚的 女性, 丈夫, 妻子的用語 包括 事實婚關係的情況。對他們進行同一的規制

51) 雖然如此，却有人指出 事實婚中存在拒絕為父母和孩子而進行的精巧的商談及福祉設施的利用. Giesen, Rdnr 1358.

52) 高貞明，前揭書，126面的試案 第4條；金玟中，前揭論文，107面.

53) 如有事實婚不轉換為法律婚的特別理由，那么，這對出生的胎兒的福利權利不利

54) 高貞明，前揭書，89面；李庚熙，“人工受精子的 親子法上 地位”，「家族法研究」第2号(1988. 12), 31面；李相泰，前揭論文，305面；鄭然彥，“人工授精和法律問題”，「法曹」第35卷 5号(1986), 78面；韓瑋熙，前揭論文，16面. 高貞明，前揭書，126面的 試案 第3條 容許 在一定的要件下，非配偶者間的体外授精.

55) 具然昌，前揭論文1, 14面

56) 金玟中，前揭論文，112-113面. 該面認為只是對精子的匿名性保障或象精子買賣一樣的金錢支付約定，個別的可能違反善良的風俗

57) 梁壽山，前揭論文，574面.

可能回避對孩子的養育責任的危險⁵⁸⁾，近親婚危險⁵⁹⁾，优生學性誤用等⁶⁰⁾。對這種方式的人工授精有禁止容許說⁶¹⁾和限制容許說⁶²⁾。后者所限制的內容包括以授精的不可回避性及必要性⁶³⁾(indication)，保護孩子的福利為限；為減少近親婚危險而限制精液提供者的提供次數的見解⁶⁴⁾；在排除匿名的條件下予以容許的立場⁶⁵⁾等⁶⁶⁾。

利用第3者的卵子所存在的問題與利用第3者的精子所存在的問題一樣包括對孩子的心理上的惡影響，丈夫可能回避對孩子的養育責任的危險，近親婚危險，优生學性誤用⁶⁷⁾等，除此以外，還有提供卵子的[卵母]和懷孕生育的[妊母]之間的複雜關係⁶⁸⁾的問題。有認為這樣的人工授精只有体外授精才可能，是非常少見的，所以，不必擔心在隱密的情況下實施而引起的副作用，因此應該禁止的見解⁶⁹⁾和禁止的立法例⁷⁰⁾。

利用第3者的卵子·精子的情況下會出現利用第3者的卵子和第3者的精子的複合問題，因此對於孩子的心理上的惡影響當然是更嚴重的。對此，存在以禁止利用第3者的卵子為論據的禁止說⁷¹⁾。

3) 獨身女性的情況

58) 梁壽山，前揭論文，575面。

59) 梁壽山，前揭論文，575面；李相泰，前揭論文，302面；鄭然或，前揭論文，56面。

60) 梁壽山，前揭論文，575面은 以人的尊嚴性侵害的理由而否定的 見解。

61) 맹용길, “基督教倫理和人工受精”, 「法務資料 第79輯 人工受精的法理」(法務部, 1987), 106面 批判利用第3者的精液的人工授精的間接的奸淫行為。

62) 梁壽山，前揭論文，581面；李庚熙，前揭論文，31面。

63) 以不妊治療為目的的情況下予以認定。

64) 李根植, “有關人工受精的法律問題”, 「判例月報」第166号(1984. 7), 17面 等 多數學者主張限制提供次數并引用 外國事例。

65) 因此而主張沒有必要對孩子盡到積極說明和优生有關的資料的義務的梁壽山，前揭論文，582面的主張認為是正確的。

66) 丈夫和第3者的精液混用的情況下比起利用第3者的精液，對孩子的正體性(究竟是誰的孩子)更為不利。

67) 梁壽山，前揭論文，583面。

68) 上揭面。卵母雖然是血緣上的親生母親，但在民法規定的出產的人被推定為親生的前提下，只有對父親的親生子推定的規定的側面上看，妊母是親生母親。

69) 梁壽山，前揭論文，584面。

70) 德國胎兒保護法第1條1項1号規定，將一女性的未受精卵移植到另一女性的行為處以3年以下的自由刑和罰金。此情況下，對於提供者和接受移植者不予處罰。(同法3項1号)

71) 梁壽山，前揭論文，585面。

對此，雖也有容許說⁷²⁾，禁止說⁷³⁾是絕對多數說，此說認為，獨身女為擁有自己的孩子而接受人工授精是以沒有擔負社會責任的父親為前提的出產，這與孩子的利益背道而馳。獨身女性的人工授精是以孩子與父母一方的關係極不穩定為前提，*저일점비상불*好。一方面，既然容許⁷⁴⁾獨身女為養親的入養(收養)，應注意⁷⁵⁾到前者對已經出生的沒有父母的孩子更符合福利的目的。

(2) 代理母契約

1) 問題點

代理母出產所存在的問題比目前為止人工授精的情況更為嚴重，如準備拋棄對孩子的親權的代理母由於缺乏愛心而會疏忽孕婦應有的注意，這對孩子會有很不好的影響；還有代理母改變注意而拒絕交付孩子或依賴人因孩子是畸形兒而拒絕接受孩子等問題引起的複雜糾紛的可能性的問題，當然，也有給孩子的發育帶來的心理障礙的問題。

2) 契約的效力

對代理母契約的效力，無效說⁷⁶⁾⁷⁷⁾是絕對多數說，還有例外有效說⁷⁸⁾即有并非完全無效可能的學說。一方面，還有一種學說即否定說⁷⁹⁾認為：

72) 李庚熙，前揭論文，47面은 似乎覺得是在伸張女權意義上予以容許。

73) 金玟中，前揭論文，132面；梁壽山，前揭論文，587面；李相泰，前揭論文，291面；鄭然或，前揭論文，76面；Giesen, Rdnr 1366，這種情況下，只有獨身女才能登記為孩子的母親，這與孩子的最高利益相違，以此作為否定的論據。

74) 民法874條是對以容許入養(收養)為前提的規定

75) 當然，按有些主張，只有對夫婦共同收養的家庭允許收養，等待這種夫婦出現的立法也是可能的。但在對收養生疏的韓國，現實并非如此。

76) 高貞明，前揭書，115面；朴恩正，“生命科學的法哲學的次元”，「法務資料 第79輯 人工受精的法理」(法務部，1987)，93面；梁壽山，前揭論文，587面；李庚熙，前揭論文，46面；李相泰，前揭論文，302面；鄭然或，前揭論文，76面。給予孩子和給予生殖體在本質上是不同的，前者的情況下，代理母契約的違法性更為強烈，Warnock Report對此的表現適切的，代理母的福利也是認定代理母契約違法性事由一個。參照Giesen, Rdnr 1384, FN 126-127。其他以違反公序良俗而使之無效的見解的各種 委員會 報告書 參照 Giesen, Rdnr 1387, FN 136。

77) 德國胎兒保護法第1條1項7號規定，對代理母試導人工授精或胚移植的行為處以3年以下的自由刑和罰金。此情況下，對於提供者和接受移植者不予處罰。(同法3項1號)

78) 具然昌，“人工的 妊娠의 法的 問題點(下)”，「判例月報」제208호(1988. 1)〈以下引用為 具然昌，‘前揭論文2’〉，20面

79) 梁壽山，前揭論文，587

對於在卵母不能懷孕的情況下為保護受精卵是否應予以容許的問題，認為最好是拋棄受精卵的生命。

想來，代理母契約在私法上無效，不發生契約債務，因此不必履行，只是在以下情況下可以容許，即卵子提供者着床困難又沒人願意懷孕和養育孩子的情況下，為保護受精卵就可以例外的容許非卵母的第3者的子宮移植⁸⁰。

(3)其他問題還有剩餘受精，受精卵及精子的冷凍保存⁸¹，死後受精等問題，但在本文中予以省略⁸²。

4. 人工授精的法律地位

人工授精及由此產生的個體-人不是違反有關人工授精的法律規制而受制裁的對象。

(1) 着床前的地位

1) 作為人類生命體的權利主體

受精卵在着床前是否可以作為人類生命體得到尊重，是否可以作為權利主體得到認定，對此有以下學說，肯定說⁸³，否定說⁸⁴中有兩種見解，

80) 對之予以容許並不是體外授精本身的違法性的阻却，對其本身仍然予以處罰。

81) 韓國的 生命倫理和安全法律 第17條容許以一定的程序，對經過冷凍保存期間的殘余胚芽研究。

82) 在England Manchester 利用21年前 冷凍的精子在2002年誕生了健康的男孩。21年前，17歲時 得到患睪丸癌的診斷後，開始抗癌治療前，冷凍保管精子的男子結婚後說服妻字利用冷凍的精子，接受試管授精，通過4次努力，終於成功。 <<http://www.hani.co.kr/section-007000000/2004/05/007000000200405252224116.html>>

83) 文國鎮，“人工受精の法醫學的問題(中)”，法律新聞 第1160號(1986. 11. 17)，13面。受精卵在着床前不是物件不能成為所有權的客體，梁壽山，前揭論文，572面似乎也持同樣的見解。

84) 對此問題的國際動向 參照 Giesen, Rdnr 1370, FN 78 & 80; 英國 Department of Health and Social Security的 Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology (London, 1984)<引用為 **Warnock Report**>; Report of the Special Committee appointed by the Queensland Government to Inquire into the Laws Relating to Artificial Insemination, In Vitro Fertilization and Other Related Matters) (Brisbane, 1984)<引用為**Demack Report**>; Australida Tasmania 州的 Committee to Investigate Artificial Conception and Related Matters最終報告書(Hobart, 1985)<引用為**Chalmers Report**>; Senate Select Committee on Human Embryo Experimentation in A

種見解⁸⁵⁾認為着床前的受精卵還不能以人來看待，但作為生命的象征而得到尊重，第二種見解⁸⁶⁾認為生命的開始點是着床時，雖然此時還不是權利主體的實體，但不能完全否認作為人的尊嚴。

想來，受精卵不管其是否着床都和出生的人一樣是具有遺傳性的同質的存在，在這一點⁸⁷⁾上，與民法的個別保護主義無關，已經是享有一定人權的權利主體，因此，應作為人類生命體得到保護。

2) 出生權和受精卵的破棄與利用

想來，所有受精卵經過着床及一定的發展過程就具有出生權，但是，如前所述，如果不能着床就應接受死滅過程，而不能容許為將來再着床進行冷凍保存。

對此，有觀點⁸⁸⁾認為在不能將受精卵移植到遺傳性及生物學性的母體內時，不能違反父母的意思，將之移植到他人的體內。但可以說這種觀點忽視了受精卵是具有生命的權利主體這一點。還有一些見解⁸⁹⁾將破棄受精卵和墮胎一樣看待，此外還有見解認為對這種行為應使之承擔民事責任⁹⁰⁾和民刑事責任⁹¹⁾。

一方面，是否可以將受精卵作為實驗對象，對此，在德國雖然有支持人工授精問題委員會容許條件⁹²⁾的限制性容許說⁹³⁾，但對此說應禁止，因為，如要成為實驗對象就應得到同意⁹⁴⁾，但受精卵沒有同意能力，因此不能將受精卵作為實驗對象。即使着床成為不可能或受精卵感染病源體，因其本身是生命體，所以應任其自滅。

ustralia (Canberra, 1986)〈簡稱為 Tate Report〉; 德國憲法裁判所 判決(BVerfG, 25 Feb 1975 BVerfGE 39, 1)

85) 高翔龍, “胎兒的權利能力”, 「月刊考試」(1986. 6.), 101面

86) 高貞明, 前揭書, 90-91面

87) 對此, 雖然有手指等體細胞的情況下也一樣的反論, 但這是忽視受精卵的發達·出生可能性。

88) 梁壽山, 前揭論文, 572面

89) 高貞明, 前揭書, 91面

90) 高貞明, 前揭書, 94面

91) 具然昌, 前揭論文2, 17面

92) 參照 梁壽山, 前揭論文, 590面

93) 梁壽山, 前揭論文, 590面

94) 這比一般的醫療行為要求更嚴。參照 金天秀, “有關對人體的體醫學的研究(人體實驗)法的考察”, 「法政論叢」第5輯(大邱大學校, 1990), 43-46面。

3) 民法上胎儿的地位

對民法上保護的胎兒的始期有受精說⁹⁵⁾⁹⁶⁾和着床說⁹⁷⁾。受精說比較妥當，對此應首先考慮在着床前後受精卵的本質是一樣的⁹⁸⁾。在不能着床時父親因他人的不法行為死亡，其後出生的子女也應有保護價值，為此，民法762條等規定的"視為已出生的胎兒"中應包括受精卵。

(2) 出生後的地位

1) 親族法上的地位

1) 配偶間的情況

對配偶間的人工授精使用民法844條一點上沒有反對意見，在丈夫死後其冷凍精液授精時是否也適用民法844條的法理，對此有肯定的見解⁹⁹⁾。想來，民法844條對親生子推定規定的適用在利用冷凍精液的情況下也可以適用¹⁰⁰⁾。

非配偶間的情況則比較複雜，首先，利用第3者的精液的情況下，依據分居說¹⁰¹⁾，在民法844條規定的其間內出生的人工授精者推定為丈夫的親生子，依據不能包含說¹⁰²⁾，這種推定是不可能的，依據折衷說¹⁰³⁾，可暫時

95) 文國鎮，前提論文，13面；延基榮，“人工受精の醫事法的問題”，「法務資料 第79輯 人工受精の法理」(法務部，1987)，241面；李相泰，前揭論文，307面 在民法的側面上，民法上主張，對胎兒給予的權利在受精卵的情況下也應認定，從而主張受精說。

96) 德國胎兒保護法第8條1項規定，有發達可能性的(entwicklungsfähig)受精卵在核融合(Kernverschmelzung)的時點開始視為同法上的保護對象的胎兒。對此，英國人間授精·發生法 第1條規定：到2細胞接合者(zygote)出現時為止，視為授精未完了。

97) 高貞明，前揭書，90面；具然昌，前揭論文2，17面；金俊源，前揭論文，108面；韓琿熙，前揭論文，27面。李相泰，前揭論文，306面 刑法側面上主張着床說。

98) Giesen, Rdnr 1373認為人的生命和人的生命之間沒有區分的余地。

99) 李庚熙，前揭論文，49面。

100) 丈夫死亡後，妻子利用冷凍精液出生的人工授精者在該丈夫死後300日後出生時不能被推定為親生子，人工授精者在知道死亡事實後1年內通過認知程序與孕婦的丈夫發生親自關係，1年內的起算點是知道死亡者是親生父親和死亡事實時

101) 以失蹤，在監，海外滯留，事實上離婚等分居情況為限，不適用本條，以生殖不能等情況為限，排除適用民法844條的親生子推定，參照 高貞明，前揭書，53面；金容漢，「親族相續法論」(博英社，1980)，212面；金玟中，前揭論文，117面；金俊源，前揭論文，64面；李庚熙，前揭論文，40面；鄭然彧，前揭論文，67面 等。

102) 生殖不能，血緣排斥等情況也排除對民法844條的適用。

103) 家庭平和存續的情況下，推定為親生子，反對者可以適用親生否認的法理，此平和消滅時，則排除推定而適用親生子關係存否確認的法理的見解 參照 金壽洙，前揭書，242面

推定為親生子，學說上有丈夫的親生子推定說¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾，必須有丈夫的同意的附條件親生子推定說¹⁰⁶⁾，判例¹⁰⁷⁾採納附條件親生子推定說。對此，有以下見解，即否定推定的見解¹⁰⁸⁾，還有如果在听取明示和充分的說明后夫婦予以同意，此夫婦即為法律上的父母的立法例¹⁰⁹⁾，此外還有各種報告書，這些報告書沒有必須限制親生子推定的意思。在接受親生子推定時，對丈夫的親生子否認權是否給予容許，對此，以丈夫同意為前提存在否定說¹¹⁰⁾¹¹¹⁾和肯定說¹¹²⁾；丈夫不同意時，有肯定說¹¹³⁾和折衷說¹¹⁴⁾。判例否認接受親生子推定的人工授精者的親生子不存在確認權是當然的¹¹⁵⁾，進而，對親生子否認權是比較否定的態度¹¹⁶⁾。此外，對精液提供者的任意認

-
- 104) 金玟中，前揭論文，117面；金容漢，前揭書，228面；梁壽山，前揭論文，576面；李庚熙，前揭論文，43面；李相泰，前揭論文，299面；李勳圭，“人工受精的沿革和法的問題點”，「法務資料 第79輯 人工受精的法理」(法務部，1987)，15面；鄭然彧，前揭論文，68面；韓瑋熙，前揭論文，24面。
- 105) 澳洲ACT人工妊娠法 第5條 1項 a号規定 得到同意的人工受精的情況，非配偶者之間也將丈夫看做孩子的父親 (conclusive presumption)，同條2項中規定，推定為丈夫對人工受精施術的所有過程予以同意(rebuttable presumption)한다。
- 106) 金疇洙，前揭書，266面 以下。高貞明，前揭書，53面也持同樣的見解。李根植，前揭論文，15面對是否在沒得到 同意的情況下，可以適用親生子推定的法理沒有提及。
- 107) 漢城家庭法院 1983. 7. 15. 선고 82트5110 判決，1983. 7. 15. 선고 82트5134 判決。
- 108) Giesen, Rdnr 1364
- 109) 英國的England-northern ireland,scotland-wales 澳洲的 NSW·SA·Tas·Vic·WA·ACT·NT, 加拿大的魁北克, 미국(Uniform Parentage Act 1973), netherlands,瑞典, 瑞士的等。Giesen, Rdnr 1364, FN 59
- 110) 金玟中，前揭論文，119面；金容漢，前揭書，228面；金疇洙，前揭書，267面；金俊源，前揭論文，76面；李庚熙，前揭論文，43面；李根植，前揭論文，16面；李相泰，前揭論文，299面；鄭然彧，前揭論文，73-74面；韓瑋熙，前揭論文，25面。
- 111) 澳洲ACT人工妊娠法 第5條 1項 a号規定 通過對丈夫的父性的確定[看做]而不能翻覆的一點上，可知沒有親生 否認的方法。
- 112) 鄭忠銘，“對人工受精子的法的考察”，「司法研究資料」第24輯 (1997. 12)，437面。梁壽山，前揭論文，576面 以下 可以看出認定親生否認權的德國聯邦大法院的1983. 4. 7. 宣告的判決(BGHZ 87, 172ff.)的趣旨，內心上 是接受的。依據同判決，親生否認權以當事者的合意而拋棄是不允許的，因此認定表示認定父性者的親生否認權是 存續。因婚外者的地位上升而容許親生否認對子的福利并无不利。NJW 1983, 2073; FamRZ 1983, 886. 金疇洙，前揭書，267面 再引用。
- 113) 具然昌，前揭論文2, 14面；金玟中，前揭論文，117-118面；金容漢，前揭書，228面；李相泰，前揭論文，299面；鄭然彧，前揭論文，68面；鄭忠銘，前揭論文，437面；韓瑋熙，前揭論文，24面
- 114) 金疇洙，前揭書，267面，
- 115) seoul 高等法院 1986. 6. 9. 선고 86르53 判決。

知和人工授精者的强制認知有容許說¹¹⁷⁾和禁止說¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾。對撫養及繼承的關係，如是親生子可以遵循民法關於撫養及繼承的規定，但如果親生被否認則分以下几种情况，以丈夫同意為限，依据對同意的不同解釋可以認定撫養請求權的見解¹²⁰⁾；如丈夫同意將人工授精者推定為親生子，就是認定丈夫和人工授精者之間的撫養請求權和繼承權，否則就可以提起親生子否認之訴，撫養請求權和繼承權從而消滅的見解¹²¹⁾。本人認為在丈夫不能生殖的情况下，應排除親生子推定，只是在以作為親生子申告的情况下，可以无效行為轉換的法理適用入養(收養)。上述申告前，依据入養契約的效力可作一般申告¹²²⁾。

在利用第3者的卵子的情况下， 妊母和卵母中誰是生母？對此只有妊母說¹²³⁾¹²⁴⁾，對妊母的親生否認權¹²⁵⁾有否定說¹²⁶⁾。想來，關於生母，和親生父親的情况不一樣，應考慮懷孕過程所帶來的生物學和情緒性的強烈效

116) seoul 家庭法院的82ㄷ5110 判決和83ㄷ1226 判決 寫到 對丈夫同意的親生否認權，明示性的予以否認，85ㄷ 5884(86ㄷ53的原判決)則對親生否認權的存續表示了法理上的疑問

117) 具然昌，前揭論文2，12-13面；金容漢，前揭書，229面；鄭忠銘，前揭論文，437面；

118) 金疇洙，前揭書，269面；金俊源，前揭論文，85面；李庚熙，前揭論文，44面；李相泰，前揭論文，300-301面；鄭然彧，前揭論文，74-75面；韓瑋熙，前揭論文，26面。

119) 澳洲ACT人工妊娠法 第5條 1項 a号規定，人工受精情况下，看做精液提供者不是孩子的父親(conclusive presumption)。根据同法 第7條這在沒有同意的情况下也一樣。

120) 梁壽山，前揭論文，581面。

121) 李相泰，前揭論文，300-301面

122) 憂慮到破養的可能性 鄭然彧，前揭論文，63面，韓瑋熙，前揭論文，21面反對適用入養的法理。但是，丈夫同意 的情况下，申告前，入養意思的撤回在信義則和子女福利的層面上是不能容許的。此外，對同意的丈夫，否定親生 子關係不存在確認的利益，入養的無效取消和破養事由中，應孩子的惡疾等引起的應以信義則原則予以排除。因為 丈夫同意等人工受精依賴行為正是孩子的生命誕生的原因。這一點和孤兒等的入養不同。

123) 具然昌，前揭論文2，15面；金俊源，前揭論文，105面；梁壽山，前揭論文，583面 民法規定，母子關係原則是 和出生同時自動產生的，因懷孕和子結成特別密切關係的妊母養育符合子的利益，在這一點上，主張妊母說。根据Giesen, Rdnr 1367 和 FN 72, 前述的各种委員會的報告書都主張，即使妊母不是遺傳性的母親，也看做 孩子的母親，只是 Ontario 報告書中以代理母契約的有效性為前提，認為在這一情况下，社會性的父母(依賴人夫婦) 應認定為孩子的父母，從而，代理母和孩子沒有任何法律關係。

124) 澳洲ACT人工妊娠法 第6條 a号規定 將通過人工受精妊娠的女性， 即任何時候都將妊母看做母親，同條 b号則將將卵子提供者看做不是孩子的母親。

125) 民法 第846條的改正案將親生否認之訴的 提起權者中的‘夫’視為‘夫婦的 一方’

126) 梁壽山，前揭論文，584面

果¹²⁷⁾。因此，對孩子的親權不應依據姙母-依賴人入養的法理，而是作為親生母親取得親權。

一方面，有一種認為在利用第3者的精子和卵子的情況下應推定申請人工授精的夫婦為親生父母的見解¹²⁸⁾，對於親生父母的親生否認權，在丈夫的立場上有認定說¹²⁹⁾，妻子的立場上有否認說¹³⁰⁾。另外，澳洲ACT人工懷孕法 第3篇(Parentage Orders)中規定，對2002年7月前在ACT利用第3者的精子和卵子授精而出生的孩子¹³¹⁾，在一定的的前提下¹³²⁾，對孩子出生6周，其後6個月以內的一定範圍的人的請求¹³³⁾，依法院規定的一定的程序可以消除¹³⁴⁾遺傳上父母，出產父母，養親等形成的親族關係而成立法律上的親子關係¹³⁵⁾。想來，丈夫作為依賴人-養父¹³⁶⁾，妻子作為依賴人-親生母親具有親權。

對獨身女和代理母的情況因篇幅關係予以省略。

2) 出生資料接近權

這一權利的認定與生殖體提供者的匿名性具有對立的關係。對出生資料接近權有認定說¹³⁷⁾，否定說¹³⁸⁾，限制性認定說¹³⁹⁾。對於是否應保障生殖

127) 血緣上及遺傳上，顯然， 卵母即 卵子提供者是親生母之親。問題是有必要判斷姙娠過程的孩子和代理母之間形成的生物學和情緒上的關係對賦予姙母即依賴人親權是否有利于孩子的福利，在懷孕上，已經確定姙母身體在孩子 出產直後的生存上，具有為提供必要的供給的生物學上的效果，這已經被確認， 姙母和胎兒之間的情緒性關係形成上沒有異論。Asche Report所說的孕婦和胎兒之間的肉體及情緒的結束(Giesen, Rdnr 1367, FN 73)也意味着這一點。

128) 具然昌，前揭論文2, 16面；梁壽山，前揭論文，585面。

129) 梁壽山，前揭論文，585面

130) 梁壽山，前揭論文，585面

131) 澳洲ACT人工姙娠法 第9條1項。

132) 澳洲ACT人工姙娠法 第10條

133) 澳洲ACT人工姙娠法 第11條

134) 澳洲ACT人工姙娠法 第14條。對於性犯罪使至今為止的親族關係存續(同條 2項)。

135) 這種情況下將父母稱為 prescribed parents。

136) 以親生父之親作出生申告，對此如沒有修改，則擁有親生父親的地位。

137) 金俊源，前揭論文，42-43面。金玟中，前揭論文，123-124面 和 129面 即使和精液提供者約定匿名性保障，這是對孩子的最大利益的侵害，因此。Giesen, Rdnr 1363也認為孩子的福利超過提供者的匿名性。

138) 高貞明，前揭書，28面；金俊源，前揭論文，87面。

139) 高貞明，前揭書，127面的試案 第8條。

体提供者的匿名，有關的人工授精報告書的意見并不一致，較多數肯定¹⁴⁰⁾匿名性。但是，在1986年德國法學家大會的決議中，否認匿名性的意見以壓倒多數得以通過¹⁴¹⁾。澳洲ACT人工懷孕法規定對依据前述parentage order成立的親子關係的孩子(prescribed child)¹⁴²⁾，不管其年齡如何，對自己的出生記錄及其他記錄經一定人的同意¹⁴³⁾可以接近¹⁴⁴⁾。本人認為對通過人工授精出生的孩子應賦予這種權利，因此，不應保障匿名性。對提供者的有關資料應詳細記錄，保存。對於尋找出生根源的人的本能在被收養人的事例中可充分得到認定。對匿名性在立法上給予保障或容許又或者卡斷這種本能的侵害人權的行為，人工授精者可以國家為對象提起損害賠償訴訟。

III. 人類复制

1. 意義

目前，通過复制誕生生命的情況是已經超過受精卵复制的階段。將体細胞核移植[核移植]到卵子細胞，即將体細胞核置換[核置換]為卵子細胞核從而達到細胞融合，然后，將融合細胞經過電氣刺槍等一定的過程和受精卵一樣分裂，將分裂形成的embryo着床到代理母的子宮內，從而誕生与核提供的个体一樣的个体;或者培養融合細胞分裂出16个割球，將分裂的各个割球着床到代理母的子宮內，這樣就會复制出核提供的个体遺傳形質一樣的几个个体。前者的情況是体細胞复制，后者則是將体細胞复制与受精卵分割技術的綜合适用。這些最終都是以个体的誕生為最終目的，稱為re-productive cloning。一方面，在如此复制的embryo中采取stem-cell,

140) 參照Giesen, Rdnr 1362, FN 52 . 但是 Giesen為孩子的福利反對匿名性的保障。

141) 根据Giesen, Rdnr 1363, FN 56131名投票者中117名反對匿名性保障。

142) 澳洲ACT人工妊娠法 第9條以下。

143) 此同意權者的同意被拒絕或无法同意時，可以申請向法院的接近。澳洲ACT人工妊娠法第23條。

144) 澳洲ACT人工妊娠法 第21條

然后在琉璃管中培養，在此過程中，經過一定的操作只發達必要的特定臟器等人體中一定部分，對其餘部分則抑制發達，然後生產對核提供個體沒有拒絕反映的臟器，皮膚和其他組織，這是最近作為討論對象的embryonic stem-cell 研究。與此相同，不將複製而成的embryo著床到子宮內，而複製用於embryonic stem-cell 研究，疾病的原因糾明，豫防其他治療的目的的embryo的情形，稱為therapeutic cloning¹⁴⁵。

2. 人類複製的技術

正確把握複製技術的現狀雖不可能，但從1950年代到90年代後期，通過簡單的整理，可以將生命複製技術的發展過程分為兩個類型，即受精卵複製和體細胞複製。受精卵複製中有利用受精卵的分裂細胞，在分裂過程(embryo)中分裂細胞，而後將之與卵母細胞相結合的受精卵胚芽分割法和將受精卵的核移植到其它卵子的受精卵置換法。通過受精卵胚芽分割法的誕生嚴密的說不是複製，即僅僅是將受精卵進行分割，用人工方法培育一卵性雙胞胎的方法。1, 2代之間遺傳因子相異，只是遺傳子同一的多數2代的誕生。

以受精卵複製的方式而成功的事例在很久以前就有，即1938年在德國和1952年在美國的青蛙的複製 1959年捷克斯洛伐克和1980年代初期瑞士的複製鼠，1984年英國的複製羊，1990年及1994年美國和1993年日本以及1995年韓國的複製牛，還有1991年台灣的複製豬。

一方面，受精卵複製技術適用於人的事例有，首先，1993.10. 13.在美國George Washington大學 Medical Center通過對不孕夫婦的体外受精

145) 如此，今天，對人間複製的爭論區分為對人類全體的複製而使之出生的情況和為得到移植或治療研究用的臟器或其他組織等而培養複製人的embryo的一部未分化細胞，剩下的部分則抑制發達或滅除。前者稱為reproductive cloning，後者稱為therapeutic cloning。(1999. 6. 18), "The chance to make repair kits for people", *Electronic Telegraph* [Online], <wysiwyg :// 35/http: //www.telegraph.co.uk/et> (1999. 7. 12) 參照. therapeutic cloning也成為cloning of limited human, reproductive cloning成為(full) pregnancy cloning, cloning of an entire human being, 或cloning of whole humans. therapeutic cloning最終結局cloning of human cells, tissues, or organs的研究。

卵中細胞的誘導分離，复制 4 embryo后，將其中的一個着床到子宮，成功的實現了出產。剩下的則做了冷凍保存。如將冷凍保存的embryo着床到子宮，就有可能產出在遺傳上與第一個孩子相同的孩子。此外，1998.10. 美國New York大學醫院將一女性的卵子核注入到另一個核已被摘除的女性的卵子中，經人工授精而成功地實現了在子宮內的培養。

體細胞复制方式是利用已分化的體細胞而使1, 2代的遺傳子相同，在這一點上可以稱為真正意

義上的复制。以此方式成功的事例有，第一，1996. 8. 美國Oregon州靈長類研究中心從胎兒體內分離出體細胞從而复制出猴子，但這僅是利用胎兒的細胞，因此沒有引起太多的注意。利用個體成體分離出的體細胞核复制的Dolly打破了目前為止分化細胞的不可逆性的原則，不僅具有生物學上的意義，而且証實了人類复制的實現可能性，引起了全世界的注目。1997.2. 23. 公開的复制羊Dolly是於1996. 7在英國Scotland的Roslin Institute 誕生的。是利用6歲的羊體細胞以前述的核置換法來進行的¹⁴⁶⁾。以後，陸續地出現了體細胞复制的成功事例。1998. 1. 美國威斯康星大學，在雌牛的卵子上移植了羊·豬·鼠·牛·猴子等5中動物的體細胞核進行复制，但都流產了。1998. 7. 日本近畿大學有牛的复制，1998. 7. 美國夏威夷大學仍利用核置換法成功地實現了复制鼠的5帶再复制。1999. 2. 20. 韓國漢城大學通過體細胞复制誕生了奶牛-小雌牛(Young-long)¹⁴⁷⁾。一方面，1999年在中國為防止熊貓的滅種危險，經過努力將在死雌熊貓的骨頭，筋肉，子宮表皮以及乳腺中採取的細胞注入到日本白鼠的卵子細胞中生產了熊貓embryo¹⁴⁸⁾。1998. 12. 發表了在韓國慶熙大學利用體細胞的

146) 根據1999. 5. 27. 字 Nature 誌 現在3歲的 Dolly表現出比用於複製的小羊更老的接近9歲的現象，與早老同時，細胞異常增殖的情況下，有發癌可能性。朝鮮日報 1999. 5. 28. 字，9面。

147) (1999. 2. 20), “複製 小牛 誕生的 意味”，
<<http://dailynews.yahoo.co.kr/headlines/local/19990220/pusanilbo/91947858.html>>,
(1999. 5. 4).

148) 參照Ted Plafker, (1999. 6. 25), "Chinese scientists experiment with cloning to save the panda", *Boston-Globe*[Online], <http://www.boston.com/dailyglobe2/176/_with_cloning_toMsave_the_pandaP.html>, (1999. 7. 12). 其他 ITN 1999. 6. 22. 字 News 和 BBC 1999. 6. 22. 字 新聞

成功地進行的人類复制實驗。依據次發表，由于无法受精，將寄贈的卵子細胞的核(n)除去，插入体細胞核(2n)而誘導了細胞分裂，受精卵子的前階段-胚芽階段，4細胞期(試管嬰兒施術時子宮着床前階段，即如果移植，着床到子宮就有可能發展到与体細胞提供者擁有相同遺傳因子的胎兒的階段)的分裂得以確認后，給予中斷，廢棄¹⁴⁹⁾。1998. 11. 12. 美國 Massachusetts 予 Worcester 的生命工學會社-Advanced Cell Technology 在 1998. 11. 將在人的腿部採取的細胞的DNA進行分离，將其中的核移植到牛(cow)的卵子上，[人-牛 融合. hybrid]，使embryo的复制成功并予以發表。此研究所的 Michael D. West 博士指出："此技術將不用于人類复制，這一研究的成功雖然是對embryo的 stem-cell 研究的重要的發展，但將這些細胞用于人的治療上還需要實質性的努力¹⁵⁰⁾"此embryo在經過12天培育后被廢棄。利用核移植复制的最初的人-embryo的寫真的有關詳細資料1999. 6. 17得到公開¹⁵¹⁾。最近，2004. 2. 12 韓國科學技術部在漢城大學的臨床醫學研究棟召開了公開會見，漢城大學的黃禹錫教授和文信容教授指出，在2003年末他們在全世界最先成功地培育了利用人類卵子的胚芽幹細胞(embryo stem-cell)¹⁵²⁾。

3. 對人類复制的法律規制

由于篇幅的關係，關於對人類复制的法律規制的國際動向在本文中予以

149) 此研究組因倫理的非難憂慮沒留下 證據，國內外學界對此成功不予認定。

150) "Advanced Cell Technology Announces Use of Nuclear Transfer Technology for Successful Generation of Human Embryonic Stem Cells", <<http://www.advancedcell.com/PR111298.htm>> (1999. 7. 20).

151) (1999. 6. 17), "First cloned human embryo revealed", *BBC* [Online], <http://news.bbc.co.uk/1/hi/english/sci/tech/newsid_371000/371378.stm>, (1999. 7. 12); Ellen Sung, (1999. 6. 22), "First Human Embryo Cloned", *Policy.com* [Online], <<http://www.policy.com/news/dbrief/dbriefarc265.asp>>, (1999. 7. 12); Rachel Donnelly, (1999. 6. 25), "Government holds to ban on human cloning", *The Irish Times* [Online], <<http://www.ireland.com/newspaper/world/1999/0625/wor14.htm>>, (1999. 7. 12).

152) <http://news.join.com/society/society/200402/12/200402121839019931300030103011.html>

省略¹⁵³⁾，只對主要爭論點做一下簡要概述。

前述的reproductive cloning稱為个体复制，therapeutic cloning稱為胚芽复制。甚至，有的主張將前者稱為人類复制而后者似乎不是人類复制。所謂胚芽复制是指复制卵在細胞分裂開始到14日為止應用于研究的目的而最后被廢弃的人類胚芽的复制。即無論前者-个体還是人類复制，最終都是利用胚芽复制進行着床及出產的。本質上沒有任何差异，但如果只利用14天然后廢弃直至胚芽复制和出產，那么就稱為个体复制及人類复制。這是一种隱藏着為回避對复制人的出生的法律規制的二分法的表現。總之，法律規制是是否認可在14天內，僅為研究而應用然后廢弃為前提的人類胚芽复制的問題。本人認為這種具有个体發達可能性的复制卵也應被視為人類生命，因此，應禁止胚芽复制。

韓國的生命倫理及安全法律第11條1項規定："無論是誰都不能將体細胞胚芽复制着床到子宮，不能維持着床狀態或出產等"。這一規定并不是對体細胞复制后胚芽形成的本身的禁止，而僅是禁止胚芽复制的着床或出產。本條的題目為"禁止人類复制"，所謂人類复制就是指个体复制。但是本法第13條1項規定"誰都不能以怀孕以外的目的培育胚芽"。綜合本法13條和11條，有可能誤認為因不能以体細胞复制方式形成胚芽而禁止体細胞复制方式胚芽复制。但是，本法第22條規定"誰都不能依据第17條2号的規定為治療少見·難治的疾病以外的目的進行体細胞核移植行為"，對以治療少見·難治的疾病為研究目的的体細胞复制的体細胞核移植，允許經一定的程序進行体細胞核移植。

4. 复制人的法律地位

(1) 出生前的地位

對出生前的复制人的地位一致認為与人工授精一樣具有生命權，着床及

153) 對此，金天秀，“人間複製技術의 發展과 法的 許容限界”，韓日法學 第18卷(1999)，131面以下；丁正一，“胚芽複製的法的規制方案有關的研究”（京畿大學校 博士學位論文，2003）等例有詳細的敘述。

出生的權利，其它民法上作為胎兒應有的地位。篇幅關係對此問題予以省略。

(2) 出生后的地位

關於通過體細胞复制出生的孩子在出生后的地位，親子關係和兄弟姐妹是比較有意義的討論。以下只對親子關係給予討論。

民法的關於親生子推定的制度是以有性生殖為前提的。因此，將生育孩子的姪母推定為親生母親¹⁵⁴⁾。依據民法844條，婚姻中懷孕時，姪母的配偶被推定為親生父親，而經過一定期間后生育時，懷孕被推定為婚姻中胞胎。象這樣以姪母和配偶的有性生殖胞胎為前提的目前為止的親子法也适用于以無性生殖方法的體細胞复制的复制子的情況是不够妥當的。

一方面，如果從生物學上決定體細胞复制的父母，那麼，复制子的親生父親就是核提供者的親生父親。但是，對於复制子的親生母親，如首先從遺傳性系統的側面考慮，核提供者的親生母親將是親生母親¹⁵⁵⁾。可是，非核提供者的親生母親的其他女性是姪母時，核提供者的親生母親和姪母之間會出現象人工授精時代理母出產的情況下用于人工授精的卵子提供者和代理母的關係一樣的爭論。如前所述，因懷孕引起的生物學上的效果可能會給予姪母象親生母親似的強烈的生物學和情緒性的資格。從孩子的福利的角度，將与孩子產生強烈的情緒性結合的姪母作為親生母親也是較為妥當的。

但是，這種生物學上的思考存在一些問題，首先，以上述的方式決定的复制子的親生父親和親生母親之間會發生尊卑屬關係¹⁵⁶⁾，其次，撫養的實

154) 參照 韓國 家族法 教科書。

155) 与此相反，有將核提供者視為單親父母(single parent)的立場。Rosa Beddington, "Cloning" 「Mill Hill Essays」 <<http://www.nimr.mrc.ac.uk/MillHillEssays/1997/cloning.htm>>。國內也有採取立場的發表。姜熙遠，“人間複製的法的含意”，第2回 韓國法律家大會論文集，536面；金玟中，“生命工學的發達的民事法的課題”，民事法學 第21号(2002)，75面 以下 等就是此例。但是，這些主張是對血緣性因緣為基礎的目前為止的親子關係的誤解。只是，無視人間複製事實，僅僅考慮出產現象，就會接受出產的女性和配偶者的親生子推定。應注意的是這種情況下，並不是核提供者成為父母。因此“遺傳上，只有父親”的表述是不正確地。遺傳上看，核提供者的父母是複製者的遺傳性父母。認定單親父母不是以血緣及遺傳性上因緣為基礎的傳統親子法思考。

156) 比如，核提供者是上面姪母的死亡的親生父親或親生母親時，複製子的親生父親是核提供

效上也會有問題¹⁵⁷⁾¹⁵⁸⁾，再次，如前所述，即使從血緣·遺傳性的角度考慮，复制子的親生父親也不能適用民法844條，這種情況下將伴隨認知和相續恢復(繼承恢復)的問題¹⁵⁹⁾。

考慮到這種生物學上角度的有限性及問題，在決定包括复制子的親子關係的親族關係時，應建立一種以社會學角度為基礎的立法¹⁶⁰⁾。即以复制子的福利為前提，考慮什麼是首要的問題。這種情況下顯然期待擁有孩子的人應成為父母。目前的國際動向是：在人工授精的情況下，對血緣·遺傳上的父母，原則上剝奪他們作為親生父母的地位¹⁶¹⁾。

者的親生父親，即姪母的祖父或外祖父，親生母親則是親生父親的孫子或外孫即姪母。

- 157) 前註的例中，很難期待親生父的扶養，結果，在親生母缺乏扶養能力時，複製子就不能得到以親子關係為基礎的撫養，和此相比，只能得到不完全的扶養，即親族的第2次性的扶養。
- 158) 為解決此問題，可考慮先推定入養的意思，然後成立親子關係的方法，即推定姪母的配偶者等試導複製的·依賴人 的入養意思，以上述方法推定認定為親生父親的 民法 第869條的代諾意思，就可以認定入養的成立。但是，應注意，姪母配偶者入養複製子違反民法第877條的禁止規定而無效的情況。
- 159) 核提供者的親生父親可以認知，對其，複製子 或其親生母親即姪母可以請求認知，親生父親已經死亡一段時間時，第864條的"知道死亡事實的1年內的提訴期間的制限如果適用與第863條的法定代理人，那麼，姪母的認知請求就成為不可能，那麼，就會出現複製子恢復意思能力1年後是否認定認知請求的問題。那麼，認知請求對於對親生父親的相續等的遡及性影響將會非常大。對此問題，有主張認為被相續人生存期間，未着床的受精卵將排除在相續以外(金玟中，“生命工學的發達的民事法課題”，78面 以下)。按此主張，自然授精情況下，授精後着床前，對死亡的父的財產相續權，出生的親生子(親生子的授精後，即使父親死亡，也視為民法在第844條的期間內出生)無權相續，這是不妥當的。
- 160) 有見解認為，人為創造親子關係的創設是家族制度本身崩潰，這種人類複製是違憲的，這種意見是妥當的，Roh Jun-hyuk，“人間複製的 法理”，「法曹」第523號(2000. 4)，131面 這種對已經產生的人類複製的親子關係的設定不可能不是人為的。
- 161) 法國民法 第311-19條認為 人工受精情況下，不願意要孩子而只提供生殖體者和出生者之間的親子關係予以否認。根據澳洲首都特別區(ACT)的 Artificial Conception Act 1985(2000. 12. 8. 改正) 第5條 第1項，同意(根據同法 第5條 第2項 推定為丈夫同意. rebuttable presumption) 的丈夫被擬制為出生子的父親(conclusively presume)，根據同法 第6條 (a)號將懷孕的女人擬制為出生子的母親，根據同法 第6條 (b)號提供卵子的女性擬制為不是出生子的母親。根據同法 第7條 未婚女和沒有丈夫同意的手術的情況下，第3者的精液提供者擬制為非出生子的父親。根據澳洲 South Australia 州的 Family Relationships Act 1975(1991. 7. 1. 改正) 第10c條 出產的女人 是出生子的母親，在提供其他女人的卵子時也一樣，根據同法 第10d條 第1項 出產女人的同意的(此同意根據 同法 第10d條 第2項 推定)丈夫是出生子父的父親。根據同法 第10e條 卵子提供者和精子提供者擬制為非出生子的母親和父親。澳洲 Western Australia 州的' Artificial Conception Act 1985(1998. 7. 6. 改正) 根據同法 第5條 第1項 經丈夫的同意(丈夫的同意 根據同法 第5條 第2項推定) 接受人工受精施術的女人是出生子的母親，根據同法 第6條 第1項 同義的丈夫是出生子的父

IV 墮胎和 Wrongful Birth/Life(不期望的出產和出生)訴訟

1. 意義

對人工授精中絕，近來只是技法上的發展，事實上很久以前就已經出現了。但是因為各國的文化和社會背景不同，對行為的規制和容許範圍都存在着差異。進而，最近已達到了如此階段，即雖然做了墮胎手術却仍生出了孩子，本有墮胎機會却喪失這種機會而生出孩子時，這些所謂不希望出產孩子的父母以作不孕手術和對喪失墮胎機會有責任的醫生為對象提起 Wrongful Life 訴訟的階段。特別成為問題的是以下的情況，即如果知道是畸形兒就會墮胎，但由於醫生的過錯喪失了墮胎機會的情況。這是究竟孕婦或配偶有沒有墮胎權以及生出畸形兒者和以畸形兒出生者有沒有請求損害賠償的問題。

2. 容許墮胎的範圍

(1) 美國的情況¹⁶²⁾

對墮胎問題在美國以1973年聯邦大法院Roe v. Wade判決¹⁶³⁾和Doe v. Bolton判決¹⁶⁴⁾為契機發生了驚人的變化。Roe判決中，通過闡述各州"具有保護孕婦的健康和潛在的生命即胎兒的權限(interests)"，將各州的權限分為3個期間并具體化，即懷孕后前3個月，各州不能侵害女性的墮胎和墮

親。另外，根據同法 第7條第1項，第2項，上面的夫婦是出生子的父母，精子和卵子的提供者擬制為非出生子的父親后母親。這些都不問有無血緣因緣，將期待出生子的夫婦擬制為唯一的，除此以外，將沒有血緣因緣的人排除于父母以外。前者的情況下，如有後述的養育出生子并與其共同生活的意思，那樣的夫婦比僅僅有血緣因緣的人，在孩子的福祉上更有利的立法。

162) West's Encyclopedia of American Law Vol. 1(West Publishing Company, 1997), p. 10-21 참조.

163) 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973).

164) 410 U.S. 179, 93 S.Ct. 739, 35 L.Ed.2d 201 (1973).

胎接近權(試導), 唯一要求的是有執業証的醫生執刀和醫學上安全的條件; 接下來的3個月, 各州對墮胎程序可以為有利于孕婦的健康考慮進行合理的規制; 最后3個月, 對保護胎兒的潛在的生命有優先權限(dominant interest), 這期間除了維持孕婦健康的必須情況, 可以禁止墮胎。

上述判決后, 在美國出現了墮胎擁護論, 穩健反對論, 急進反對論等3個傾向。首先是墮胎擁護論¹⁶⁵⁾, 這一觀點認為墮胎權是各州不能干涉的女性的權利, 生殖權(對生殖機能的支配權)是實現男女平等的根本條件。反對墮胎者妨害墮胎是對憲法上privacy的侵害。穩健反對論¹⁶⁶⁾認為胎兒和其他人一樣, 也是享有同等的權利的人格體(a person), 穩健反對論的多數認為在一定的情况下, 即為維持孕婦的生命或強姦, 近親相姦導致懷孕時允許墮胎。急進反對論¹⁶⁷⁾則將墮胎視為惡魔的役事(the work of devil), 認為墮胎中潛藏着惡魔的動機(Satan's agenda)。包括強姦, 近親相姦導致懷孕的所有墮胎都應反對。

(2) 韓國的情況

母子保健法在比較廣的範圍內肯定墮胎事由¹⁶⁸⁾, 特別是包含了胎兒的生命這一法益最終是不能超越的事由。對此, 需要立法上的檢討。檢討方向立足于對胎兒的生命權, 孕婦及其他生命權的衡量。廣義上以孕婦的自己決定權為前提而侵害胎兒的生命權是不能允許的。對孕婦及其他第3者的生命權以外的事由應從社會福利的角度摸索解決方案。

3. 孕婦的出產義務和墮胎決定權

165) 多數女權運動團體, 家族計劃和醫療機關, 其他市民和專家가담參加, the National Organization for Women(NOW), the Planned Parenthood Federation of America, the National Abortion Federation, the National Abortion and Reproductive Rights Action League(NARAL) 等就是代表機關。

166) 非常多的多樣的組織參加. the National Right to Life Committee, Human Rights Review, Feminists for Life of America 就是代表機關, 其會員大部分是天主教或福音主義改新教出身。

167) Randall Terry設立并担任代表的 Operation Rescue, Joseph Scheidler的 the Pro-Life Action Network是代表團體. 觀點是大體想穩健論, 在墮胎手術妨害和為挽救胎兒生命時選擇市民不服等積極方法。

168) 詳細的 參考同法 第14條和同施行令 第15條。

雖然憲法對胎兒沒有明文規定，但一般見解¹⁶⁹⁾認為該法第10條中闡述的人的尊嚴及追求幸福權和人的尊嚴所包含的生命權應包括胎兒。一方面，刑法對墮胎按犯罪來處罰(刑法 第269條 및 第270條)，對於將胎兒的生命權包含在保護法益一點上，學說上沒有分歧¹⁷⁰⁾。因此胎兒的生命權作為不可侵犯的人權連孕婦也不能侵犯。所以，孕婦有出產義務。

女性的privacy權的內容中，對是否認定女性的墮胎選擇權，本人持否定態度。在我國，作為刑法上墮胎罪的阻却事由的母子保健法第14條規定很難說是將墮胎看作一種權利的立法態度。雖然沒有完全否定墮胎權概念的根據，但是強調出產義務仍符合我們的立法態度。

4. 因喪失墮胎機會引起的父母和畸形兒的損害賠償請求權

(1) Wrongful Birth(不期望的出產) 訴訟

在父母作為原告的這一訴訟中，原告主張在孩子有可能有先天性障礙的情況下，如沒有醫生的過失¹⁷¹⁾，父母可能會避免孩子的出生。從而請求損害賠償。

釜山支院2001. 2. 13. 선고 99가합16425判決中的事由是：在胎兒是否畸形的檢查中，因醫生的過失沒能預先得知孩子是畸形的事實，從而生出了畸形兒。在此判決中，法院認定醫生給父母帶來精神上痛苦而應負擔賠償責任。其原因是：即使不構成母子保健法上的人工懷孕中絕事由，從

169) 金哲洙, 前揭書, 323面 325面 以下; 權寧星, 前揭書, 297面 等 參照.

170) 金日秀, 前揭書, 120面 以下; 朴相基, 前揭書, 88面; 李在祥, 前揭書, 78面 以下.

171) 將醫生的過失成為和遺傳有關的助言的過失(*negligent genetic counselling*), 沒有告訴35歲以上的夫人down's syndrome感染所會引起的孩子出產的危險在其年齡群更大和利用羊水穿刺可能性時(*Becker v. Schwartz*, 413 N.Y.S.2d 895 (1978); *Berman v. Allan*, 404 A.2d 8 (N.J. 1979)), 羊水穿刺實施上的過失被認定時(*Alquijay v. St. Luke's-Roosevelt Hosp.*, 483 N.Y.S.2d 994 (1984)), 沒有確認出父母有象tay-sachs disease一樣的遺傳疾患時(*Naccash v. Burger*, 290 S.E.2d 825 (Va. 1982)), 沒有告知夫人懷孕后前3個月期間患有風疹(*rubella*)感染而對胎兒的副作用和癩疾調節劑投藥和導致孩子的先天性畸形的關係時(*Jacobs v. Theimer*, 519 S.W.2d 846 (Tex. 1975); *Harbeson v. Parke-Davis Inc*, 656 P.2d 483 (Wash. 1983))等. Giesen, op. cit., pp. 248f.

而沒有侵犯父母的合法的墮胎決定權，以至于不能認定精神上的痛苦，然而，父母誤信胎兒會正常出生而夢想將來的幸福生活，但与此相反，胎兒出生為畸形兒，因此，父母所夢想的具有具體內容和形態的幸福追求權遭到侵害，精神上遭到了巨大的痛苦。

在美國1967年 *Gleitman v. Cosgrove*判決¹⁷²⁾中，法院認為即使知道了孩子是畸形，也不會有墮胎機會，為人父母的喜悅和畸形兒的養育帶來的經濟上，精神上的費用是无法衡量的。以此理由駁回了父母的請求。但是，其后，1973年 *Roe v. Wade*判決中聯邦大法院大幅度地認定了孕婦的墮胎，此訴訟在以后的判決中開始被廣泛的採納¹⁷³⁾。最先採納此判決的是 *Jacobs v. Theimer*判決¹⁷⁴⁾。在這一判決中，孕婦懷孕后第一個月感染了風疹(*rubella*)但沒有被檢查出來，因此，Texas州法院認定了醫生對孩子受損的治療及看護所需要的通常的費用¹⁷⁵⁾具有賠償責任，但對精神損失賠償則沒有認定。其后直至現在，相當多的州對於因醫生不履行對胎兒的遺傳疾病的診斷和說明義務而引起的 *Wrongful Birth* 訴訟都支持父母的損害賠償請求。今天，在美國，*Wrongful Birth* 訴訟一般都採納父母的請求¹⁷⁶⁾。

一方面，對此訴訟中引採納損害的種類意見還不一致，至少對於財產性的損害應該賠償的問題上，基本上所有的州是¹⁷⁷⁾一致的，而對於精神損失也大体上一致¹⁷⁸⁾。只是對於精神損失，存在要求與父母所得到的利益 (*parental benefits*)相抵消的情況¹⁷⁹⁾。對此，也有主張認為畸形程度極為嚴重的情況下，為人父母的通常的喜悅事實上因精神上的痛苦而變得沒有

172) 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967).

173) Prosser and Keeton on Torts (5th. ed.), p. 371.

174) 519 S.W.2d 846 (Tex. 1975).

175) expenses reasonably necessary for the care and treatment of the child's impairment.

176) Dobbs, Torts and Compensation (West Publishing Co., 1993), p. 456; Giesen, op. cit., pp. 242f.

177) Florida, Idaho, Kansas, Minnesota, New Hampshire, New York, Pennsylvania, Virginia, West Virginia, Wisconsin 州等.

178) 此訴訟中，原告才要回避的不是出產本身而是畸形兒的出產，對出產的苦痛的損害賠償予以否認. Giesen, op. cit., p. 249.

179) *Eisbrenner v. Stanley*, 106 Mich. App. 357, 308 N.W. 2d 209 (1981).

意義，以此種利益來抵消是不恰當的¹⁸⁰⁾。一方面，New Jersey州却與此相反，初期認定了精神損失上的賠償，其後則採納了父母因畸形兒引起的財產損害賠償請求¹⁸¹⁾。

(2) Wrongful Life(不期望的出生) 訴訟

以有先天性障礙的出生兒作為原告的這一訴訟中，原告主張：如果沒有醫生的過錯就會避免自己的出生及生命，從而請求損害賠償。

大法院1999. 6. 11. 宣告 98다22857判決判示：“和人的尊嚴及價值的無限性比較，任何人或要成為人的存在很難認為他有權要求他人阻止自己的出生。以殘疾出生本身與因人工懷孕中絕而不能出生相比較，不能斷定這是損害，因之引起的治療費等几中費用即使比正常人支出的多，但由於畸形殘疾本身並不是醫生及他人的過失引起的，所以，不能認定有先天性殘疾的孩子可以請求損害賠償”。就此，對以喪失墮胎機會為理由而由孩子提起的損害賠償請求，法院持否定立場¹⁸²⁾。

在美國，對此種請求予以駁回仍是支配性傾向¹⁸³⁾。在美國，所有的州都遵循 Gleitman v. Cosgrove判決¹⁸⁴⁾。對以畸形兒出生為由引起的通常損害的 Wrongful Life訴訟予以否認，只是在 California 州¹⁸⁵⁾及 Washington

180) 在遭受“cystic fibrosis”苦痛時看着孩子死去，是不會有絲毫的生育的喜悅的。” Schroeder v. Perkel, 87 N.J. 53, 432 A.2d 834, 842 (1981).

181) Berman v. Allan, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979) 判決認定精神損失，接着 Schroeder v. Prekel, 87 N.J. 53, 432 A.2d 834 (1981) 判決只認定了財產損失，對精神損失給予否定。

182) 在本案中，大法院認為 down's syndrome不符合母子保健法所定義的人工妊娠中絕事由，父母即使知道胎兒患有down's syndrome也沒有合法地將胎兒落胎的決定權，因此不能認為是對父母的適宜的墮胎決定權的侵害。seoul 高法 2000. 9. 28. 宣告 99다51588 判決遵循此態度。

183) Giesen, op. cit., pp. 242f., pp. 249f. South Carolina, Alabama, Florida, Kansas, Michigan, New Hampshire, New York, Pennsylvania, Texas, Wisconsin 州等。

184) 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967).

185) Turpin v. Sortini, 31 Cal.3d 220, 182 Cal.Rptr. 337, 643 P.2d 954 (1982). 同判決判示“… 醫生對遺傳疾患的診斷過誤剝奪了父母為孩子的利益所擁有的對缺陷出生和非出生的選擇機會，為此，不僅是對父母，對出生的孩子 (the potential child)也帶來了損害。… 沒有對生命的神秘的冥想的必要 那是不穩當的，沒必要考慮到如沒有被告的過失，原告就不會出生的問題，損害填補只對激勵遺傳疾患的諮詢和產前檢查和減少醫療過失有事實上的效果，公序良俗不是損害填補的障礙要因。”

州¹⁸⁶⁾大法院中有些判例雖然對孩子的精神上的痛苦及其他一般損害不予採納，但對於孩子終生將經受的特別損害，即特殊訓練和其它醫療費用的賠償請求則予以認定¹⁸⁷⁾。雖然對孩子的精神上的痛苦及其他一般損害不予採納。對此訴訟不予認可的多數州舉出的理由如下：首先，法和文明對於存在賦予了比不存在更高的價值，原告以自己出生，生存為理由請求損害賠償是難以接受的。其次，原告稱如果沒有被告的過失，原告就會維持自己應有的自然狀態，對於原告的這種賠償請求的基本原則，在此訴訟中是不可能實現的。因為，按照原告的主張，如果沒有被告的過失，其結果並不是原告可以擁有健康，無缺陷的生命，而是原告根本不會出生¹⁸⁸⁾。

V. 結論

本論文中討論的主題究其結果是對胎兒的生命這一法益如何看待的問題，對這些爭論點的結論，可以以下幾點為基礎來認識：

1) 人的生命是從卵子和精子的結合即受精開始的，因此，對人類复制和人工授精雖應否定，但如果有可能發達為個體的受精卵及复制卵一經生成就成為人類生命體。

2) 無論是受精卵還是复制卵，如果是人類生命體，就不管出生前後，其保護價值是同等的。對區分前後期，區別對待人類生命體的至今的實定法應予以改變。

3) 母體的生命和胎兒的生命具有同等的價值，墮胎只有在兩個生命衝突時才可以認可，因此，Wrongful Birth/Life訴訟中對以墮胎權被侵害和以畸形兒出生為由而請求損害賠償的主張應予以否定。

186) Harbeson v. Parke-Davis, Inc., 98 Wn.2d 460, 656 P.2d 483 (1983).

187) Prosser and Keeton on Torts(5th ed.), p. 371. 此外 New Jersey 州和 Colorado 州, North Carolina 州(Azzolino 事件的抗訴審判決)等採納了孩子的 wrongful life. Giesen, op. cit., pp. 250, 479.

188) West's Encyclopedia of American Law, Vol. 10, p. 391.