

人類胚胎的法律地位： 為何人類胚胎不應該是權利主體？*

雷文玫

陽明大學社會醫學科專任副教授

時下有關胚胎的論述，往往混淆了保護人與保護生命的差別：保護胚胎不必然意味著必須將胚胎視為人，賦予其等同於人的保護。相對地，不將胚胎視為人，也不意味著不保護胚胎。面對這些論述，本文希望達成的結果有三：首先，本文希望釐清保護胚胎與尊重生命，不必然需要使胚胎具有權利主體的地位。其次，本文希望說明，即使胚胎在哲學討論上具有道德地位，何以不應該以權利主體的方式予以保護。第三，透過這個討論，重新認識權利主體這個概念的制度意涵。

本文主張，由於胚胎發展階段有限，沒有感覺的能力，也沒有理性的能力，縱使因為其具有生命，且受到許多人的重視，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，賦予其與其他權利主體平等的地位。在此前提下，本文因此認為，任何主張胚胎「在法律上」應受「等同於人」保障的論述，就其實質，只是出於對於胚胎的道德情感而「賦予」胚胎法律上一定的保護，而不是出於對於胚胎本身權利主體的地位所「衍生」的保護。同時，由於權利主體地位具有鎖定制高點的效果，也不宜以權利主體地位保護胚胎，以避免掏空

* 本文構想及初稿曾先後發表於 ELSI Workshop，國科會 ELSI 辦公室主辦，2003 年 12 月 27-28 日，福華文教會館，及第七屆世界倫理學年會 (VII World Congress of Bioethics)，國際倫理學會 (International Bioethics Association) 2004 年 11 月 9-12 日，University of New South Wales, Sydney, Australia，經會後修改而成。本文之研究承國科會補助基因醫學國家型科技計畫「建構基因科技的制度典範：整合的制度條件、動態的決策機制、與論辯的規範基礎」子計畫「基因工程與人工協助生殖科技面向的分析」(NSC 91-3112-H-033-011) 補助，謹申謝忱。

權利主體地位的內涵，或妨礙胚胎相關知識的繼續深化，以及相關議題在多元社會的思辯。

關鍵詞：人類胚胎、人類胚胎道德地位、人類胚胎法律地位、權利主體、墮胎、胚胎研究

壹、問題之提出

近年生命科技發展備受矚目的議題之一是，胚胎幹細胞研究¹的發展與應用。國內外針對胚胎幹細胞研究是否合乎倫理，以及應該如何規範的討論，方興未艾。²不過，究其實，作為一個基礎研究與新醫療技術，倘若胚胎幹細胞有什麼特別值得爭議或討論的，不是因為幹細胞研究本身有何倫理上的爭議，而是因為許多幹細胞研究是以胚胎作為材料，³牽動了社會對於胚胎保障

- 1 幹細胞 (Stem cell) 是一種有能力分化為各種人體器官與組織的細胞。人體內許多組織原本就有含有幹細胞，例如皮膚、肝臟或骨髓內的造血細胞，可以再培養出新的皮膚、肝細胞或造血細胞。不過，在目前的技術下，這些幹細胞多半只能分化出特定的人體組織，例如造血細胞只能繼續分化出造血細胞，很難分化出神經細胞。1997 年科學家首度成功自胚胎分離出幹細胞 (Embryonic Stem Cells, 簡稱 ES cell)，進一步增加了人類對於生命發育的掌握。科學家發現，卵子在受精後第 4 或 5 天左右發展成為胚囊，胚囊內層細胞含有胚胎幹細胞，只要經過適當調控，胚胎內的幹細胞，有潛力分化為任何人體組織，或修補與治療人類受損或缺乏的細胞組織。胎兒的生殖細胞 (Embryonic Germ cell, 簡稱 EG cell) 也具有類似的潛能。醫師將幹細胞注入阿茲海默症患者的腦部，幹細胞可以提供患者所缺乏的神經細胞，有效改善癡呆的症狀。幹細胞類似的功能，也可以治療帕金森氏症。此外，基於胚胎幹細胞可以分化為任何人體組織與器官的潛能，科學家們正在研究如何適當調控胚胎幹細胞，以培育出特定器官，以提供需要器官移植的人使用，希望將來能夠替代來源有限的器官捐贈。胚胎幹細胞研究的定義與內容的中文說明，詳見陳英鈞 (2003: 16-29)。
- 2 國內的討論主要是學界內部。近兩年國內光是以這個議題為名的研討會或刊物專題至少就有三個，參見「幹細胞研究之倫理議題」專題，應用倫理通訊，22 期，2002 年 4 月；「幹細胞、再生醫療與法律」專題，律師雜誌，第 285 期，2003 年 6 月；第三屆生命倫理學國際會議：人類幹細胞實驗之倫理法律與社會爭議，中央哲學研究所主辦，2002 年 6 月。國外的討論參見 Donald Green, "the Human Embryo Research Debates", Oxford University Press (2001); Suzanne Holland, Karen Lebacqz & Laurie Zoloth, "the Human Embryonic Stem Cell Debate: Science, Ethics and Public Policy", MIT Press (2002)。
- 3 幹細胞研究也可以使用體細胞所分離出來的幹細胞，以免除爭議。但因為體細胞所分離出的幹細胞已經特化，不若胚胎幹細胞含有豐富的潛力，因此仍然無法取得代胚胎幹細胞。

程度的敏感神經，重新點燃了人們對於胚胎地位的辯論。

有關胚胎保護的議題，在人工流產是否應予合法化的討論脈絡裡，由來已久；雖然不能說是完全塵埃落定，然而各國相關規範體系早已逐漸趨於穩定（陳愛娥，1997: 65-82；劉仲冬，1995: 236-240）。⁴ 近年來胚胎幹細胞研究的發展，卻為胚胎地位的論戰提供了新的戰場：由於胚胎幹細胞通常使用存在於母體外的胚胎作為研究對象，不需要與婦女的身體自主權進行權衡，人們必須正面地回答，究竟應該如何界定與保護胚胎本身的地位。

在抽離了人工流產的脈絡以後，由於體外胚胎不需要與婦女身體自主權相權衡，人們為了保護胚胎，往往不自覺提升了胚胎的地位，甚至賦予胚胎等同於人的地位，儼然將顛覆先前在人工流產討論中，有關胚胎地位的定調，並嚴重衝擊胚胎研究與人工協助生殖技術的發展。

基於國內法學界近來的論述，這樣的顧慮是有所本的：國內許多學者深受德國實務與學說影響，普遍主張胚胎具有權利主體的地位（李震山，2002a: 1-15；陳英鈴，2005: 41-110），⁵ 儼然將權利主體視為保護胚胎的唯一形式，而沒有論證何以必須以權利主體的形式來保護胚胎。無獨有偶，歐美各國近年來許多法律對胚胎所提供的保護，也的確越來越趨近於人。例如，美國總統布希繼去年簽署禁止特定墮胎方式的法律以後，今年四月又通過了「保護未出生犯罪受害人法」，使胎兒的生命與身體也受到刑法的保護（Unborn Victims of Violence Act of 2004）。⁶ 美國各州胚胎保護法律亦處罰吸毒的

4 以美國為例，自從美國聯邦最高法院在一九七三年的 *Roe v. Wade* 宣示憲法保障女性有墮胎的自由以後，即開始陸續檢討各種情境下墮胎的尺度，但女性終止懷孕的相關權利受憲法保護，已成為穩定的規範。再以德國為例，德國憲法法院在一九七五年與一九九三年兩度作成相關判決以後，即由聯邦國會透過修法的方式，逐步確定了墮胎的界限，參見陳愛娥，1997。相較於美國與德國，我國有關墮胎或胚胎地位的討論，顯得沈寂許多，除了學界以外，社會上面的爭議十分有限。有學者即認為，一九八四年立法院所訂定的優生保健法，實際上是為了保障合格醫師進行人工流產，能夠免於刑罰，請參見劉仲冬（1995）。

5 陳英鈴過去似乎不贊成胚胎具有基本權利地位，但近來則認為有基本權利主體地位，參見陳英鈴（2003；2005）。

6 參見 Unborn Victims of Violence Act of 2004, 18 U.S.C. 1841 (2004); 18 U.S.C. 919a (2004)。

母親。⁷ 推翻墮胎合法化的呼聲在美國不曾稍減。⁸ 而德國則早在一九九一年即公布施行胚胎保護基本法，也將胚胎視為基本法所保障的「人」的生命。

有鑑於國內將胚胎視為權利主體的多數意見，可能會影響國內對胚胎研究、胚胎植入前遺傳診斷，甚至人工流產的倫理與法律規範，本文的目的有三：首先，檢視法學界諸多學者認為人之生命，從胚胎時即需要予以保護的妥當性；其次，釐清權利主體這個基本概念的範疇與制度意涵；第三，從權利主體的制度意涵，分析倘若胚胎需要保護，以權利主體的形式保護胚胎的妥當性，藉此凸顯何以胚胎不應該是權利主體。

本文主張，由於胚胎發展階段有限，沒有感覺的能力，也沒有理性的能力，縱使因為其具有生命，且受到許多人的重視，胚胎的道德地位也有限。此時，縱使要保護人的生命需要提前至胚胎階段保護，在法律上也不適合將其視為權利主體，賦予其與其他權利主體平等的地位。在此前提下，本文因此認為，任何主張胚胎「在法律上」應受「等同於人」保障的論述，就其實質，只是出於對於胚胎的道德情感而「賦予」胚胎法律上一定的保護，而不是出於對於胚胎本身權利主體的地位所「衍生」的保護。同時，由於權利主體地位具有鎖定制高點的效果，也不宜以權利主體地位保護胚胎，以避免掏空權利主體地位的內涵，或妨礙胚胎相關知識的繼續深化，以及相關議題在多元社會的思辯。⁹

本文討論的範圍，限於「胚胎」而不包括「胎兒」。「胚胎」一般是指精子與卵子受精後所形成的生命體，在開始發育八週以內的階段，醫學上稱為「胚胎」，至於受精八週以後的階段，由於器官與外型開始發育，逐漸接近人

7 美國各州相關法令，請參見 Schroedel (2000: 52-53)。

8 美國總統布希去年十一月五日簽署了「禁止懷孕後期墮胎法 (Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003)」，該法律全文參見 Public Law No.108-105, 11-5-03 及白宮新聞稿 <http://www.whitehouse.gov/news/release/2003/11print/20031105.html>。這引發了今年四月底一百一十五萬人在美國國會山莊的示威由席，捍衛婦女終止懷孕的自由。參見中國時報 2004 年 4 月 27 日，A14 版。

9 至於不同階段的胚胎與胎兒究竟需要受到何種保護才足夠，由於牽涉本文認為應該隨著情境與主體決之，不可能在一篇文章解決，作者將另行爲文。本文旨在論證，無論法律要賦予胚胎何種程度的保護，都不應該以權利主體的形式爲之。

的雛形，因此稱為「胎兒」。由於胎兒發育後期，知覺與腦功能等特質越來越接近人，因此倫理學界對於胎兒是否具有道德地位，爭議較大。¹⁰ 不過，由於國內法學界普遍自胚胎受精時起，即認為其有權利主體地位，生命權受到憲法的保護，並不區分胚胎、早期胎兒與晚期胎兒，為了釐清國內法學界這類論述背後的問題，本文暫時不處理胎兒的法律地位。

以下本文在第貳節先說明權利主體的制度意涵，並比較其與道德地位的異同；其次檢視國內法學界對胚胎的論述，分析其論證不足之處；第肆節與第伍節則從胚胎相對於其他人，與法院相對於政治部門兩個面向，分析胚胎作為權利主體的制度意涵與後果，以論證何以胚胎不應該具有權利主體的地位。

貳、權利主體的制度意涵：與道德地位的比較

法律上的權利主體是指，誰在法律才有資格被「考慮」或「尊重」為一個主體，受到法律的尊重與保障，而能夠拘束他人的行為。這種主體地位，在民法稱為權利主體，在憲法上則稱為基本權主體。法律上，只有「人」才具有此種地位，得以訴請公權力，由法院根據法定程序排除侵害或實現權利。至於人以外的個體或物，例如古蹟或保育類動物，固然受到法律的保障，但是在法律上並不具有主體性，因此僅能仰賴古蹟主人基於其對古蹟的所有權，或主管機關維護公益的職責，間接受到保護。

民法耆宿王澤鑑教授將民法以人為本位的基本原則，歸納為五點：首先，是保護人的個體性與人格關係；其次，是肯定每個人皆為權利義務的歸屬主體，而非他人支配的客體；第三，是人的自由應受保障；第四，既然人是權利主體，在法律上可以自由行為，亦應就其行為負責；最後，縱使個人自由與權利應受保障，但亦應尊重他人（王澤鑑，2000: 39）。基於上面這種「人」的圖像，衍生出民法私法自治、權利行使自由的原則、誠實信用原則等等（王澤鑑，2000: 39）。

10 不同立場的分析參見 David Boonin (2003: 95-132)。

作為一個權利主體，法律對於人的保護，不因爲人的種族、性別、或階級等差異而有不同。在過去子女服從父權、妻子服從夫權、奴隸服從主人的法制下，只有家長享有權利主體的地位，縱使是十七、十八世紀的啓蒙時代裡，享有權利主體地位的，仍然限於一定社會經濟階級的市民，而不包括隸屬於領主的農民。不過，以我國目前民法第六條爲例，規定「人之權利，始於出生，終於死亡」，這使得任何人因其出生而當然取得權利主體的地位，除死亡外不得加以剝奪（王澤鑑，2000: 112）。

因此，縱使是嬰兒、有智能障礙或其他無法進行理性思考之人，也同樣具有權利主體的地位，平等受到法律的保障。倘若其無法表達意見，或是主張自己的權利，法律設有法定代理人來代替或補充其行爲能力。因此，在法律上，是否有理性或有識別能力，並不會影響到人作爲權利主體的地位。

也是這種權利主體的地位，使得一個當事人不管在現實生活上多麼弱勢，也取得「政治王牌 (political trump)」(Dworkin, 1977: xi) 的地位：縱使是國家經過民主多數決所作的決定，倘若沒有足夠的理由剝奪或限制個人所欲行使的權利，個人甚至可以根據自己的權利，透過法院對抗國家的公權力的行使 (Dworkin, 1977: xi)。倘若侵害權利的人是私人，當事人也可以透過法院尋求公權力的救濟，從而對他人取得支配力。權利主體所享有的權利，雖非絕對不可侵犯，但是僅在有非常強的正當性時，國家或他人才能侵害，例如當權利與權利相衝突，或者當權利與重要的公共利益相衝突。因此，一旦利益成爲「權利」，不僅是程度上受到較高的保護，而且政府或他人倘若要侵害他人權利時，某些說理不但不夠，甚至是不應該被列入權衡之內的，例如政府當局不能因爲不欣賞某些言論，就禁止這些言論；或者債務人不能因爲債權人政治或宗教信仰不同，就拒絕清償債權 (Holmes & Sunstein, 1999: 17)。

憲法與法律對於人作爲權利主體的保護，因此充分體現了保障人性尊嚴的精神，使得每個人在法律的保護之下，都是一個目的而不是手段，能夠根據自己的理性與自我良知所進行自我決定與自我發展，受到他人的尊重（蔡維音，1992: 38）。而且，這種尊重是出自對於每個人自我決定能力的尊重，至於特定人是否果真具備該自我決定的能力，則不重要：德國聯邦憲法法院

甚至認為，「人類的生命存在何處，人性尊嚴就在何處；而該主體是否意識到自己的尊嚴並自己知道要去保護它，並非是決定性的因素。」(蔡維音, 1992: 38)。

耐人尋味的是，權利主體這個地位固然有助於實現人性尊嚴，但並非自然人才具有權利主體的地位。除了自然人以外，法人雖然僅是社員或財產的集合體，各國法制也擬制使其具有「法人格」，享有前述權利主體的地位。¹¹例如，財團法人雖然不是自然人，但是除了人身自由、生命、健康等性質上僅自然人才享有的基本權以外，仍可享有財產權及言論自由等權利，受到侵害時，並且可以向法院尋求救濟。法律賦予這些社會實體權利主體的地位，使其能夠獨立享受權利、負擔義務的單位，主要是為了便利團體活動，促進經濟活絡(施啓揚, 1987: 111-116)。因為倘若這些組織不具有獨立的法人地位，只能透過代理人代理特定成員為之，而且一旦成員獲財產更迭，即會影響到團體的安定性，因此相對於組成成員的人格，法律特別賦予這些組織法律上的獨立性，使組織本身也可以成為財產的所有人，以組織自己的名義，對外代表全體成員從事交易及其他法律行為。

法人一如自然人，可以獨立受到保護，凸顯了權利主體作為一個法律制度，所欲發揮的制度功能：如前所述，一個物或者個體，縱使不是權利主體，仍然可以用其他方式獲得保護，例如透過立法保護方式，直接課予人們保護的義務，¹²或者將其產權分配給最能夠保護其價值的人，¹³不一定要成為權利主體。不過，相較於其他法律的保護機制，本文認為，將一個個體評價為權利主體的主要實益，主要在於賦予特定個體「主體性」與「獨立性」(蔡維音, 2002: B-7)。¹⁴此種法律上的「主體性」與「獨立性」具有一體兩面的

11 民法第二十六條規定法人於法令限制內，有享受權利、負擔義務的能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限。

12 例如動物保護法對於動物的保護。

13 例如將古蹟徵收為國有，由國家透過適當的規劃，保存其文物與價值。

14 相似的立場，請參見蔡維音，2002。蔡維音教授在主張將體外胚胎、生殖細胞等個體賦予擬似權利主體的地位時，認為此種保護模式與純客觀法益之保護模式之不同，在於虛擬這些法益具有一定的主體性格，有自己本身的利害考量；在法益權衡時，法律解釋者必須從這些擬似權利主體本身利害關係去設想其利益所在，而不僅是其他人的基本權或公共利益，頗能印證筆者這個定性。

關係。首先，權利主體的「獨立性」確保其利益可以被獨立地評價與規劃。以法人為例，作為一個抽象的單一體，唯有當法人相對於社員或股東的權利義務，可以「獨立」享受權利、負擔義務，才能確保法人的利益，可以超越成員與財產的更迭，被獨立地計算與規劃，盡可能地追求法人利益的極大化。

其次，面對錯綜複雜的法律體系，權利主體的「主體性」還提供了一種執簡御繁的效果：一個個體一旦取得權利主體的地位，即概括地取得法律體系的制高點，不待立法者針對具體情境與議題，個別立法保護，即可比照其他權利主體，獲得概括的優勢。優勢之一，是其可以與其他權利主體一同享受法律上平等的保障；優勢之二是，倘若他人違法侵害自己的權利，可以直接訴請法院或國家其他機關，以公權力保護自己的權益；優勢之三是，倘若法律的規定，違憲地限制了自己憲法上的基本權，甚至可以聲請大法官解釋，請求大法官宣告多數決所通過的法律違憲而無效。

由於權利主體上述的制度意涵，法律界所強調的權利主體，與倫理學所關心的道德地位，形成了一個微妙的關係：有道德地位的，不一定有權利主體地位；但有權利主體地位的，也不一定有道德地位。為了說明這一點，首先必須釐清道德地位與權利主體在概念上的差異。倫理學上的道德地位，是指「在道德上有意義 (morally considerable)」的個體，通常此種地位普遍存在於同一族群的所有個體，而非單一特定個體，而且會使得其他道德上的主體 (moral agent)，對這些個體負有一定的道德義務，不能恣意對待，因此，道德地位的概念，對於什麼行為才合乎倫理規範，提供一定的方向與最低標準 (Warren, 1997: 9-14)。例如，倘若我們主張動物具有道德地位，那麼我們就不能恣意虐待動物，而必須遵守一定的道德規範 (Singer, 1990: 1-23)。相對地，由於石頭不具有道德地位，因此將石頭踢來踢去或加以磨碎的行為，並沒有違反任何道德義務。

究竟我們應該根據何種標準來區分一個個體是否有道德地位，倫理學界眾說紛紜。有些人以是否有感覺來決定 (Kuhse & Singer, 2002: 197)、有些人以是否具有理性為標準 (Kant, 1991: 63)、有些人根據此一個體與其他人的關係來決定 (Nodding, 1984: 79-90)，有些人則兼採各種標準 (Warren, 1997: 1-148)。這些討論，由於本文將在討論胚胎道德地位時，將進一步檢視，

此處不再贅述。

不過，究竟法學界應該如何認定一個個體是否為權利主體，卻少有討論。坊間有關權利主體或基本權主體的教科書，通常僅在「描述何謂權利主體」：例如權利主體是能夠享受權利、負擔義務的主體，或有權利能力的主體，然後即說明自然人與法人均是權利主體（王澤鑑，2000: 111-113；施啓揚，1987: 65-67）。有些教科書會在此討論胚胎是否為基本權主體（李惠宗，2001: 219；陳慈陽，2004: 369），但論述理由大體在說明何以胚胎需要保護，但並沒有澄清，判斷一個個體究竟是否為基本權主體或權利主體，其標準究竟何在。

不過，對照前述法人與自然人同屬權利主體的現況，本文認為，卻可以歸納出權利主體與道德地位這兩個概念之間的差異與關係。首先，由於權利主體在制度功能上，利益相應於其他個體應該被單獨考量、而且取得政治王牌的制高點，在法律上與其他權利主體享有平等地位，甚至可以對抗多數決通過的違憲法律，因此此一地位是一種全有全無的概念。相對地，個體是否具有道德地位，答案則非全有全無，而可以有高低程度之別，例如有理性思辯能力的人可能享有完整的道德地位（full moral status），而有知覺但沒有思辯能力的狗，則道德地位可能不如人類，因此只能享有較低的保護強度。

其次，更重要的是，誰可以享有權利主體地位，原則上是由憲法與法律等民主多數決的機制決定——即使大法官透過解釋，也必須受到憲法文字某種程度的拘束。從而，對於這些權利主體的保障，往往具有某些強制效果，例如權利主體可以透過訴訟等途徑，追究他人侵害其權利的行為。但誰享有道德地位，卻繫諸不同倫理學的理论與輿論，雖具有道德上的意義，除非進一步立法保護，否則對其所負之道德義務，並不具有強制力。

第三，相對於倫理學界判斷一個個體是否具有道德地位，需通過生命、知覺、位格等判準或特質嚴格的檢驗，法學界賦予法人權利主體的地位，具有濃厚的工具性。以財團法人為例，由於僅是資金的集合體，若不是基金會的董事等法人代表，是不具備倫理學界所強調的生命、知覺或位格，因此如果財團法人在道德上有意義，主要不是因為其本身有任何道德地位，而是因為其是捐助人財產的集合體，在倫理上可能可以因為這些成員的道德地位，而獲得一定的意義，但並不使得法人本身有任何道德地位。儘管如此，為了

降低交易成本，活絡經濟，民法卻賦予法人權利主體的地位（施啓揚，1987: 112-113），所受保障優於有知覺的動物。

最後，與前述法律的工具性格相關的是，有關胚胎道德地位的討論結果，並不能直接轉換成爲胚胎的法律地位，因爲法律未必總是貫徹道德的要求：胚胎倘若有道德地位，法律是否應該賦予權利主體地位，仍然有待商榷。

綜上所述，由於道德地位與權利主體兩個概念不同的特性、決定方式、與制度功能，具有完全道德地位的人，固然享有權利主體的地位；但具有權利主體地位的法人，卻不具有任何道德地位。因此，一個個體是否具有道德地位，對於其在法律上是否享有權利主體地位，在許多時候固然有參考價值——例如，我們可能因爲某些個體具有道德地位，而考慮賦予其權利主體地位——但由於道德地位是有程度高低之別，而且權利主體的制度蘊含著部分工具性格，兩者仍然有所差異。

因此雖然倫理學上有關胚胎道德地位的討論，對於胚胎是否具有權利主體的地位具有高度的啓發性，但由於兩者之間並非一一對應的關係，加上這些文獻相當多，國內學者也有引述（陳宜中，2002: 81-110；程明修，2002: 1-29；陳仲嶙、蘇夏曦，2002: 37-66），因此本文僅以倫理學界討論胚胎道德地位的成果爲引子，檢視國內法學界對胚胎權利主體地位的意涵，但並不深入檢討胚胎的道德地位。以下本文先檢視國內法學界對胚胎地位的論述。

參、國內法學界對胚胎權利主體地位的論述

我國民法第六條規定，人之權利能力，始於出生，終於死亡，但民法第七條又規定，胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。爲了提早保障胎兒的利益，民法學界對此兩條規定，通說的解釋是，胚胎與胎兒於懷胎時，即具有權利能力，惟此一權利能力，以死產爲解除條件，倘若胚胎或胎兒死產時，權利能力則溯及地消滅（王澤鑑，2000: 115；施啓揚，1987: 68）。

這種認爲胚胎是權利主體的主張，不獨民法學者有之，公法學者也有之。陳愛娥教授、李惠宗教授與陳慈陽教授均認爲，胎兒已屬民法上有權利能力

之「人」，在憲法上有基本權能力，屬於憲法保障的基本權主體（陳愛娥，1997: 75；李惠宗，2001: 218；陳慈陽，2004: 369）。法治斌教授與董保城教授也認為，胚胎享有生命權、平等權、及身體不受傷害等基本權利，也是基本權主體（法治斌、董保城，2004: 150）。法治斌教授與董保城教授提及此點時，其用語為「胎兒」，但其理論係建立在李震山教授與德國聯邦憲法法院針對「胚胎」與「胎兒」所為的討論，後來提到「胚胎」時，雖然似乎認為相對於能夠造福人類的科學研究自由，以及懷孕婦女的生命權、健康權等自由權利，胚胎所受的保護沒有那麼絕對，但似乎仍認為胚胎與胎兒都有生命權，亦即胚胎也是基本權主體（法治斌、董保城，2004: 151-153）。由於這些學者是從憲法的問題意識提問，因此探究的重點是「胚胎是否為基本權主體」，但論其實際，由於我國學界普遍認為民法上的權利主體均享有憲法上的基本權，因此上面的討論，實則在討論胚胎是否為權利主體。

這些有關胚胎保護主張衍生出兩個問題。一個是保護時點的問題：倘若人之權利始於出生，何以從胚胎起即開始保護？另一個是保護形式的問題：倘若需要保護，何以需要以權利主體方式保護？

一、胚胎保護時點

首先檢視胚胎保護時點的問題。國內學者論證胚胎享有基本權主體地位，最常引述德國憲法法院 1975 年 2 月 25 日針對墮胎罪是否合憲所作的一則判決，在該判決中，德國聯邦憲法法院根據基本法第二條第二項「任何人都享有生命與身體不受侵害的權利」，認為由於胚胎受胎後十四日起，已經有（獨立於母體之）個別的人類生命存在，而且從胚胎發展到出生是一個連續的過程，因此基本法前開對於「人」的保障，也應該及於尚在母體內發展中的生命，否則國家對於生命的維護，就不夠完全（陳愛娥，1997: 69-70）。¹⁵ 除

15 德國聯邦憲法法院第一件墮胎判決，BVerfGE 39, 1/37-50. 引自陳愛娥，1997。在該判決中，法院雖然認為胎兒應該受到基本法對於生命權與人性尊嚴的保護，胎兒生命優先於孕婦自己決定權，但刑法墮胎罪並非保護胎兒唯一的手段；抑且，在懷孕將危及孕婦健康，或社會性墮胎等特定情形下，未出生者的生命權對孕婦的影響，遠超過一般懷孕可能的影響，立法者有權因為要求孕婦繼續懷孕「無期待可能性」的理由，排除墮胎刑法規定的適用。

此之外，該判決另外從基本法課予國家保障人性尊嚴的義務，推斷只要有人類生命存在，即有潛在的能力可以意識或掌握此種尊嚴，因此也享有基本權對人性尊嚴的保護（陳愛娥，1997: 69-70）。在德國國會因應前開判決以及兩德統一修法放寬墮胎的限制後，德國聯邦憲法法院於 1993 年 5 月 28 日又針對刑法墮胎罪進行違憲審查，根據「不足之禁止」的原則，認為刑法針對墮胎所列的阻卻違法事由，未充分鼓勵懷孕婦女完成懷孕與生產的過程，違反憲法對於未出生胎兒生命權的保護義務而無效（陳愛娥，1997: 70-73）。針對何以立法者需要從胚胎階段即開始保護，聯邦憲法法院在此一判決中從胚胎基因組的角度指出，胚胎在此期間即擁有獨特且不可代替的基因組，基於此一存在的事實，胚胎應享有生命權，不待其母親的認同（陳愛娥，1997: 71）。

綜合德國聯邦憲法法院保護胚胎的理由，可以歸納為三點：首先，由於其獨特的基因組，胚胎即具有個體性；其次，由於胚胎是人的生命，基於基本法對人類生命與人性尊嚴的保護，胚胎生命權應予保護。第三，由於胚胎發育至人，是一個連續的過程，因此基本法對人類生命的保護，應該從胚胎開始。

從倫理學既有的分析而言，這三個理由在論證上仍有許多有待補強之處。首先，由於任何動物的有性生殖，均會產生有全新基因組的後代；有「獨立」的基因組即值得保護本身，並無法證立何以此種基本權主體的保護，僅適用於人的胚胎。因此第一個理由本身並不充分，必須搭配第二個理由：因為它不但是一個新的基因組，而且重點是它是一個新的人類生命。這類論證在倫理學界也有，¹⁶ 不過，對於這類主張，倫理學者 Peter Singer 認為，除非種族歧視可以被接受，否則某個個體屬於特定的生物本身，並不足以說明何以此一生命需要受到保護，一如某人屬於白種人本身，並不足以說明何以他需要受到特別的保護（Kuhse & Singer, 2002: 194, 215-232）。不過，德國聯邦憲法法院這三個理由，係立足於德國基本法對人的生命之保護，因此除

16 例如，天主教教宗若望保祿二世在 1987 年公開表明的立場。參見 Congregation for the Doctrine of the Faith, *Instruction on Respect for Human Life in its Origin and on the Dignity of Procreation—Replies to Certain Questions of the Day* (Vatican City, 1987)。

非我們打算根本地質疑德國基本法的規定，不應該只保護人的生命，而應該列入動物權的保護，否則上述倫理學界的討論，只是凸顯德國基本法的偏見，但從憲法解釋而言的角度，Peter Singer 上述的質疑，並不能否定聯邦憲法法院的這兩個理由。

不過，第三個理由從胚胎發育到人的連續性或潛力，主張人的生命應自胚胎階段受到基本權保護，則有待檢討。主張此說的倫理學者也不在少數 (Wilkins, 1993: 123-37; Noonan, 1970: 56-57; Pluhar, 1977: 167)，不過，此說主要面臨的質疑有二，第一類是，何以有潛力即可主張權利？例如某人當選總統後可以統帥三軍，並不表示他六歲時有權可以統帥三軍 (Boonin, 2003: 46-49)。¹⁷ 一個人擁有權利，往往是根據其現在具有的特質，何以「將來」會有此一特質，可以使其「現在」享有某一權利？其次，精子與卵子在受精前，也有潛力可以受精逐漸發育為人，何以保護時點不從精卵即開始 (Singer & Dawson, 2002: 202-213)？對比，潛力說學者的回應是，胚胎發育成爲人的機率，遠大於精子成爲人的機率 (Noonan, 1970: 44)，問題是，隨著體外受精 (in vitro fertilization) 技術與單一精子卵質內顯微注射 (Intracytoplasmic sperm injection) 的發展，¹⁸ 大幅提高單一卵子與單一精子體外受精的機率，何以不賦予精子與卵子與人相同的保護 (Singer & Dawson, 2002: 207-211)？或者，懷孕三個月以後自然流產機率下降，何以不從懷孕三個月後開始保護？這些倫理學上的論證顯示，聯邦憲法法院根據胚胎發育爲人的潛力，賦予胚胎保護，在論證上仍有不足之處。

德國聯邦憲法法院有關胚胎地位的討論，是在解釋德國基本法的脈絡，但胚胎在我國憲法上是否基於同樣的理由，能夠享有同樣的保障，則是我國憲法學者必須根據我國憲法條文、學理與台灣社會的處境回答的問題。不過，或許由於留學背景的緣故，加上我國憲法本身隱含許多問題，國內學者學說仍然深受德國前開判決的影響。例如，陳愛娥教授引用德國有關刑法墮胎罪合憲性的判決時即指出，基於過去歷史上的負面經驗，主張只要有人的生命

17 此一比喻由 Paul D. Feinberg 提出，相關討論參見 David Boonin (2003)。

18 此一技術係針對精蟲稀少、活動力差等男性不孕病患，在顯微鏡下以極細吸管將其單支精蟲取出，穿透過卵殼並進入卵細胞質中，放出精蟲，達成強迫受精的目的。

存在這個生物學上的事實，就應享有繼續生存的權利，以避免有些人會從不同政策與種族觀點，危害弱勢者生命（陳愛娥，1997: 75）。

二、胚胎保護的形式

本文認為，縱使人的生命需要從胚胎開始保護，是否有必要賦予其基本權主體的地位，是國內諸多學說最需要釐清的地方。尤其是，承認胚胎基本權主體或權利主體以後，是否還有可能容許其他基本權主體剝奪胚胎生命的行爲，例如胚胎研究或人工流產？

李震山（2000: 59-60）除了引用德國聯邦憲法法院的見解外，另外引用了民法第七條前開規定、第一一六六條有關胎兒繼承權之保護，與國人在傳統上將新生兒出生即算一歲，主張國人正視與尊重胎兒生命權，而認為憲法生命權之保障及於胚胎與胎兒（李震山，2000: 61-62; 2002a: 1-15; 2002b: 1-15）。不過，這三個理由根據我國實定法指出，國人事實上對於出生前的人相當保護，固然有民主多數決的支持，但由於胚胎是否具有權利主體的地位，將牽動其母親等其他權利主體在我國憲法上的諸多權利，因此單從法律的位階論證胚胎具有憲法上基本權主體的地位，仍有待補充。

陳英鈺教授過去似乎不贊成胚胎具有基本權利地位，其認為爲了實現其他與胚胎相衝突的研究自由，而且現行法秩序雖然對胚胎提供保護，但尚未將其等同於人，基於法律合憲性推定原則，不宜承認胚胎擁有基本權利主體能力，但仍可以給予胚胎相對保護，隨其發展階段給予不同程度的保護（陳英鈺，2003: 16, 20-23）。但比較晚近的一篇文章則認為，爲了避免立法者任意擺佈胚胎，生命基本權的起點應該儘可能從寬解釋，因此無論胚胎在體外或體內，均應自受精起開始受憲法生命基本權的保護（陳英鈺，2005: 41, 71, 75-77）。¹⁹但此說的問題是，倘若從寬保護，何以不從精卵開始即開始保護？何以從胚胎開始保護？更重要的是，倘若賦予胚胎基本權主體地位，當其他基本權主體的各種行爲會剝奪胚胎生命時，承認胚胎是基本權主體以後，還可能容許胚胎研究等行爲嗎？

19 陳英鈺教授的大作採取階段保護的模式，本文將在後文進一步分析。

值得注意的是，許多國內學者在承認胚胎是基本權主體以後，多半仍然承認胚胎研究的合憲性，德國聯邦憲法法院的判決也支持某些人工流產的行為。這些論證的模式分為三種。首先是德國聯邦憲法法院在第一次墮胎判決所採的「無期待可能性」論證。在該判決中，法院雖然認為胎兒應該受到基本法對於生命權與人性尊嚴的保護，胎兒生命優先於孕婦自己決定權，但刑法墮胎罪並非保護胎兒唯一的手段；抑且，在懷孕將危及孕婦健康，或社會性墮胎等特定情形下，未出生者的生命權對孕婦的影響，遠超過一般懷孕可能的影響，立法者有權因為要求孕婦繼續懷孕「無期待可能性」的理由，排除墮胎刑法規定的適用（陳愛娥，1997: 69-70）。不過，由於不從事胚胎研究，並不會危及研究者生命健康，是否可能引用「無期待可能性」容許研究者剝奪胚胎生命，從事胚胎研究，值得懷疑。

另一種論證方式，是透過法益衡量調和基本權的衝突。例如，李震山（2000: 101-102）雖然認為胚胎生命權應予保障，但在提及胚胎研究時認為，「充分保障研究自由，也是對於人命的尊重，若沒有胚胎作為研究、實驗，自然無由提升生殖科技，創造人類未來之可能性，此種關係人類福祉之研究自由既應受保障，就應對胚胎之生命權予以適度限制」（李震山，2000: 103）。但由於這些研究會剝奪胚胎的生命，導致胚胎完全消滅，倘若胚胎是基本權主體，生命權受憲法保護，如何能夠透過法益衡量，容許研究者可以基於研究自由，剝奪胚胎的生命權？在處處退讓之餘，是否反而會斷傷「基本權主體」原本具有的嚴肅意義與制高點？值得擔憂。

第三種調和胚胎生命權與其他權利的論證方式，是根據胚胎發育階段，承認給予胚胎或胎兒不同程度的保護。例如，陳英鈺（2005: 76）在晚近的文章裡對胚胎採取階段保護的立場，認為早期胚胎雖然受到憲法生命權之保護，但所受保護不等於已出生之人；立法者基於民主正當性，有權根據比例原則等標準，評價與生命權相衝突的其他基本權之間如何調和，但評價時，應該盡可能讓衝突的基本權得到最大的實現。陳教授繼而將階段保護理論，應用檢視在胚胎幹細胞研究從不同來源取得胚胎的容許性，從胚胎是人性尊嚴基本權主體的角度，試圖調和胚胎的人性尊嚴與研究者的研究自由（陳英鈺，2005: 87-93）。

類似的學說，蔡維音教授更早也曾提出「擬似權利主體」之概念，以保障無法被界定為人，但又不適合於被「客體化」的重要法益，而主張承認胚胎具有階段性權利能力（2002: B1-B15）。值得注意的是，蔡維音教授雖然賦予胚胎擬似權利主體的地位，但又認為，由於「我國法秩序允許為維護公眾秩序而剝奪生命，也允許為了母體健康而犧牲胎兒生命，因此就算給予擬似權利主體部分的主觀權利，也不需要過度疑慮其效應」（2002: B1-B15）。

法律學者這類的論證，原本可以呼應倫理學上對不同階段胚胎，賦予不同程度道德地位的論述（Sumner, 1981: 143-144），²⁰但這些法律學說最需要進一步說明的是，何以仍然有必要以「權利主體」的形式保護。此處的疑問是，由於生命權是行使其他任何基本權的前提條件，倘若胚胎與人均是權利主體，何以胚胎生命權在不同階段所受的保護，會低於另一個主體其他類型的權利？倘若在階段保護論之下，立法者或釋憲者可以評價如何調和與生命權相衝突的其他基本權，那麼此一基本權作為憲法上的基本權，還有何實益？職司憲法解釋的大法官相對於國會，還有何介入餘地？「隨胚胎發育階段的差異，而賦予基本權主體不同強度的保護」，所進行的法益衡量，與一般不涉及基本權的法益衡量有何不同？

本文擔心，將法益衡量的活動，轉化為不同階段胚胎權利能力所受保護的之強度，看似提升胚胎的保護強度，但實質上不但混淆了權利主體與法益衡量兩個不同層次的評價活動——前者是「誰是主體」的問題，後者是「不同客體」間的價值——還可能因為破壞了權利主體的制高點的特性，掏空了權利主體的意涵，甚至可能危及事實上處於弱勢地位的其他權利主體。因為他們也可能被立法者或釋憲者在法益衡量中，被視為所受保護強度較弱的基本權主體。

巧合的是，陳英鈐教授在論證完胚胎是生命權基本權主體以後，沒有直接以生命權與研究自由的衝突在比例原則下如何作最大的實現，處理胚胎幹細胞研究的規範，而是以人性尊嚴與研究自由的衝突為例，進行調和。這個

20 Sumner 認為，沒有知覺的人沒有道德地位，但有知覺的個體中，知覺與理性程度越高，道德地位越高，所受保護也應該越高。

不作爲正好點出將胚胎視爲生命權主體的困難之處：由於胚胎研究等諸多對胚胎所爲的行爲，往往會剝奪胚胎的生命，倘若以胚胎爲生命權基本權主體，利用胚胎的這些行爲均很難通過合憲的檢驗。當然，另一個可能的推論是，一如法人雖然是基本權主體與權利主體，但是並不享有某些性質上不符合其特質的權利，例如法人雖然享有財產權與言論自由，但由於法人僅是虛擬存在的人，因此不享有人身自由。但倘若因此推論胚胎僅享有人性尊嚴，不享有生命權，將使得胚胎連基本的生命都不受憲法保障，不禁讓人懷疑，將其視爲權利主體還有什麼實益？

基於以上的分析，本文不但質疑是否有必要賦予胚胎等同於人的保護，也質疑是否有必要以權利主體或基本權主體的方式保護。雖然沒有深入討論，但吳庚大法官也明白反對賦予胚胎權利主體地位，他認爲，基本權主體的地位，始於出生，終於死亡，至於出生前的保障，由法律層次保障即可，「不能……賦予胎兒基本權地位，以對抗第三人（即母親），這種學說將孕婦與腹中胎兒用法律加以分割，違背人倫與生物法則，簡直不可思議。」（吳庚，2003: 143）蔡宗珍教授也認爲，不需將胚胎視爲權利主體，僅需透過國家保護生命法益的保護義務，即足以保護胚胎（蔡宗珍，2005: 11-12）。不過，蔡宗珍教授並沒有指出何以不應該以權利主體的形式保護，吳庚大法官所謂以「法律」保護的意思，是否也反對在法律的層次，將胚胎視爲權利主體，亦有待釐清。

三、本文對胚胎保護時點與保護形式的看法

本文認爲，從我國憲法的規定中，既不當然可以導出需要賦予胚胎等同於人的保護；也不當然可以導出胚胎是基本權主體這樣的結論。我國憲法對於人之生命權的保護，除了憲法第十五條「人民之……生存權應予保障」以外，並沒有其他規定，對於胚胎亦隻字未提。我國大法官也不曾在憲法解釋上對胚胎的保護時點與形式做過任何評價。因此，胚胎在我國的法律地位仍處於未定狀態。民法第七條有關「胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生」的規定中，「非死產」亦可解爲胎兒溯及享有尚未出生時利益的「停止條件」，但其權利能力仍然是「始於出生，終於死亡」。

在此種情形之下，倫理學上對於胚胎道德地位的討論，對於思考胚胎自何時起應受法律或憲法的保護，十分具有啟發性。前述曾經提到，基於胚胎的個體性、成爲人的潛能、具有人的生命且與出生後之人具有連續性等理由，主張胚胎有道德地位，備受質疑。除了這些標準之外，其他哲學家也提出了其他標準，試圖分析胚胎的道德地位：例如，康德認爲必須是有理性思考能力的人，才具備完整的道德地位（Kant, 1991: 63）。不過，這個說法最大的缺點是，將會使得嬰兒與嚴重智能障礙的人，不具有完整道德地位，違反人們的直覺與道德感情（Warren, 1997: 148-184）。相對於此，效益主義重視的不是義務而是效益，Peter Singer 因此主張，由於有感覺的人才有效益，因此只有當胚胎或胎兒有感覺，我們才需要考慮它們的利益，它們也才具有道德地位。Singer 因此主張有感覺的動物也具有道德地位，僅因爲它們不是「人」而否定它們的道德地位，是一種歧視物種的行爲，缺乏倫理上的正當性（Kuhse & Singer, 2002: 197）。²¹ 但這些標準都忽略了一個個體是否具有道德地位，未必源自個體內在的特質，而係源自該個體與其他道德主體的關係。Nel Nodding 據此主張，胚胎之所以享有道德地位，是因爲我們與胚胎之間的關懷關係（caring relationship）（Nodding, 1984: 79-90）。

不過，Mary Ann Warren 認爲上述標準各自仍然有缺失：理性標準過度限縮道德地位的範疇；感覺標準忽略了我們對沒有感覺的環境可能有道德義務；關懷標準使一個個體是否具有道德地位，全部繫諸其他道德主體照顧的能力，將使得我們的道德義務缺乏指引（Warren, 1997: 148-184）。Mary Ann Warren 因此綜合上述標準，提出區分道德地位應該綜合考量尊重生命、禁止殘忍、道德主體的完整權利、生態保護、與人類有特定關係的動物及尊重差異，並針對不同個案綜合考量，賦予個體不同程度的道德地位（Warren, 1997: 148-184）。

Mary Ann Warren 根據其所提的多元標準，進一步討論早期墮胎的問題，她認爲胚胎是否有道德地位，不能僅考慮胚胎內在的特質，也需要考慮其所處情境與其他主體的關係，她認爲由於胚胎沒有理性，不是道德主體，

21 相關討論例如參見 Mary Ann Warren (1997); David Boonin (2003)。

故不能享有道德主體的完整權利；胚胎也沒有感覺，因此不適用禁止殘忍的原則；不過，它們確實是有生命的，因此仍可基於尊重生命的原則，享有某程度的道德地位；同時由於有些人深信胚胎享有道德地位，基於尊重差異的原則，也可以享有部分道德地位。只有當胎兒有能力感覺以後，Warren 主張其才接近完整的道德地位，但為了保護懷孕婦女的生命與自由權利，只有當嬰兒出生後才享有完整的道德與法律地位 (Warren, 1997: 201-223)。

雖然 Warren 有關胚胎的討論是在墮胎的脈絡下進行，但本文基本上認同 Warren 有關道德地位的多元標準，並據此認為，由於發展階段有限，胚胎的道德地位也有限。至於胎兒有感覺能力後，是否具有道德地位或權利主體地位，由於本文僅在處理胚胎階段，將另行爲文討論。

基於上述的討論，本文主張，縱使保護人的生命需要提前至胚胎階段保護，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，賦予其與其他權利主體平等的地位。在此前提下，本文因此認為，任何主張胚胎「在法律上」應受「等同於人」保障的論述，就其實質，只是出於對於胚胎的道德情感而「賦予」胚胎法律上一定的保護，而不是出於對於胚胎本身權利主體的地位所「衍生」的保護。

美國學者 Ronald Dworkin 有關墮胎與安樂死的討論，有助於說明本文對胚胎法律地位的定性。Ronald Dworkin 在分析美國有關墮胎與安樂死的討論時，試圖在正反雙方看似兩極的主張，抽絲剝繭，尋求交集。他提出討論胚胎地位兩種不同的類型：一種是「衍生性的主張 (derivative claim)」，將胚胎視為人，胚胎受到這個地位所衍生出來的保障，因此任何侵害胚胎的行爲，均視同侵害一個獨立的人一樣受到限制。另一種是「分離性的主張 (detached claim)」，此類型在肯認保障胚胎之價值時，並不同時將胚胎比附援引爲人，而是將其視為一種值得保障的獨立的利益，因此究竟胚胎應該受到何種保障，事實上繫諸於各人對於胚胎地位的想像，以及對於胚胎價值的決定。Dworkin 檢視美國有關墮胎的相關論述，認為縱使是將胚胎視為人的那些主張，絕大多數仍是一種類比，並無意真的將胚胎視為人，否則就不會容許母親生命危急或遭強制性交懷孕時，仍然容許墮胎，因為不管胎兒的誕生對母親或家庭的傷害有多大，胎兒本身總是無辜的。Dworkin 據此主張，

許多看似衍生性的主張，事實上仍是分離性的主張 (Dworkin, 1993: 32)。

由於本文認為胚胎不應該是權利主體，本文認為，所有保護胚胎的規範，或許真正的保障的，不是因為胚胎本身是什麼，或有潛力會變成什麼，而是因為我們所賦予胚胎的道德感情。這種區分在有關道德地位的討論上，也其來有自。例如，Carson Strong 區分因本質上的特徵 (intrinsic) 而取得的道德地位，以及因為授予 (conferred) 而取得的道德地位，認為縱使對於道德地位的資格採取「理性」與「自覺」的標準，而使得胚胎因為不具有本質的道德地位，仍然可能因為授予而取得道德地位 (Strong, 2002: 17, 25)。

不過，縱使法人沒有道德地位，基於市場經濟與交易成本的制度功能，其在法律上仍然享有權利主體的地位。因此倘若要反對將胚胎視為權利主體，除了此種本質性的理由外，有必要從制度上檢視胚胎成為權利主體後的制度意涵。有鑑於這個論述對未來胚胎研究、人工流產等相關規範可能產生的深遠影響，本文接下來分別針對體內胚胎及體外胚胎，從胚胎成為權利主體的制度意涵，進一步說明何以本文主張胚胎不應該是權利主體。

肆、胚胎成為權利主體的制度意涵之一： 鎖定胚胎與其他人在決策上的相對位置

一、將體內胚胎視為權利主體？

將體內胚胎視為權利主體，在制度上的第一個實益是，鎖定了人工協助生殖受術夫妻、孕婦與胎兒等人在決策時的相對位置。學者蔡維音在論述何以胚胎應該被賦予「擬似」權利主體的地位時，認為「胚胎所孕育的生命也應該被當作『一方當事人』來被考量」，如此決策者所考慮的，就不僅是受術夫妻延續後代的自由、科學研究者的研究自由、醫療院所的職業自由、出資者的財產權等等，可以避免胚胎相關法益以「客體」的身份，「輕易地被法律技術所淹沒，無法得到相應於其重要性的考量」(蔡維音，2001: 58)。

此種安排，確實提升了胚胎可以獲得的保護。不過，當胚胎具有 (擬似) 權利主體的地位時，國內常見的論述方式是，引用德國實務與學說，認為胎兒的生命權大於母親的身體自主權，基於不能剝奪其他人生命權的理由，因

此墮胎是違法行爲。²²

但是這種論述，往往均著重在權利類型的比較，忽略了相互競逐的兩個主體是不同的：一個是活生生的人，另一個是從受精卵到不同發育階段的胎兒。作為一個未出生的人，縱使胎兒的財產及其利益可以以其出生非死產者為限，被獨立地保護，但胎兒更根本的生命、身體與健康法益，卻缺乏獨立性。因為胎兒在出生前，從受精卵發育第七至十四天在子宮著床後，到出生後剪斷臍帶以前，均需透過胎盤與臍帶，與母親的血液循環系統連結，依賴母親取得氧氣、水分與其他生存必需的養分。

或許有人會認為，依賴母體維生的胚胎，類似靠呼吸器維生的早產兒，因此胚胎應該跟早產兒等已出生之人一樣，享有權利主體的地位。然而，相較於必須依賴其他人的弱勢者，由於胚胎或胎兒透過與母親血液循環系統連結的胎盤與臍帶，依賴母親取得氧氣、水分與其他生存必需的養分，任何人要協助胚胎或胎兒，都必須經由孕婦的身體（Warren, 2001: 479），這使得胎兒對於孕婦的依賴關係十分獨特：除非吾人能夠將孕婦的身體貶為與呼吸器一樣的客體，否則仰賴孕婦維生的胎兒，與可以「獨立於他人」、單純仰賴呼吸器維生的早產兒，並不相同。

筆者認為，在胚胎高度仰賴母親存活的情形下，將胚胎提升至權利主體的地位之餘，這種安排本身就作了第一重的價值取捨，形成在法律技術操作下另一種隱藏的效果：對孕婦身體與生育主體性的視而不見。²³ 這樣的說法，在胚胎何時具有道德地位上，也是有所本的。由於任何對於胎兒的協助

22 例如陳愛娥（1997: 65-82）。

23 蔡維音教授在另一篇後續的文章指出，「我國法秩序……允許為了母體健康而犧牲胚胎生命，因而，就算給予擬似權利主體部分的『主觀權利』，也不需要過度疑慮其效應，因為承認『擬似權利主體』這個概念在法律釋義學上的可能性，也只是先給予這些新類型的重要法益在利益衡量中一個初步的發言機會，使其不致於如以往的定位方式，被作為『所有權之客體』，當作『物』一般地可被恣意處分。」參見蔡維音（2002）。或許針對保護胚胎與保護母親身體自主權的最後結論，筆者與蔡教授沒有太大不同，但筆者認為，問題就在於所謂的「發言」是由誰來發言？如何發言？犧牲了誰的主體性。而在女性進行人工流產，仍然僅能以優生保健法第九條阻卻違法的情況下，地位需要被提升的，恐怕不是蔡教授所擔憂的胚胎，而是一個個具體活著、有血有肉的女性。

或保障，都不可能不經由孕婦的身體，學者 Mary Anne Warren 認為，倘若孕婦的利益與胎兒的生命或健康法益相反時，賦予胎兒權利主體的地位，將使孕婦受到低於人的保護，因為「孕婦的身軀內，只容得下一個完整受到保障的人的空間」（Warren, 2001: 479）。有鑑於胎兒尚未出生，是否存活亦未可知，但孕婦無論從任何標準來看，均是一個活生生且完整的人，基於對孕婦的尊重，未出生的胎兒不應該享有等同於人的保護（Warren, 2001: 479）。Warren (2001: 480) 因此主張，仍然應該以「出生」作為保護胎兒的起點，因為僅有出生之後，嬰兒才成為生理上獨立的人，也才成為人類社群中能夠與社會獨立互動的一個成員。

將胚胎視為權利主體，具體體現了前述 Warren 所擔憂的事情：孕婦將因為胚胎取得等同於人的地位，而降格成「低於人」的地位。當胎兒的生命或健康有危險時，這將增加醫師強制懷孕婦女接受剖腹產或其他醫療的情形。²⁴ 這種強制，無異將婦女的身體貶為一個載有胎兒的保溫箱或與胎兒相連的呼吸器，可以根據胎兒的需求隨時剖腹或以子宮監視器、子宮內手術等方式，介入婦女的身體（Annas, 1982: 16-17, 45）。侯英冷（2003: 69）主張，縱使正視胚胎的生命權，仍然可以用無期待可能性，免除婦女墮胎行為的刑責。但是這仍然沒有改變對於前述婦女墮胎行為的負面評價，抑且，免除了墮胎的刑責，婦女仍然有保護胚胎等其他責任。

或許有人會說，衡量孕婦與胚胎基本權衝突的結果，胚胎生命未必一定會勝出。但本文認為，從決策制度的位置而言，將胚胎提升為權利主體，再以基本權衝突來調和母親與胎兒間權益的主張，有幾個問題。首先，這種作法低估了不同權利主體在權利衝突時，權力角力的複雜度，因為主張權利，往往意味著兩造之間的衝突與對抗，但事實上在家庭暴力或許多私密的關係中，「權利衝突」的兩造間，往往具有相互依存的關係，例如丈夫與妻子、父母與子女等等。在此種衝突結構下，弱勢者固然有「權利」，但行使權利的後果，往往更糟，而且無法解決問題（Smart, 1989: 144-5）。以權利主體來保

24 這種情形在美國已經逐年增加。最常被引用的案例是 *In re. A.C.*, District of Columbia Court of Appeals, 1990, 573 A.2d 1235 (1990)。

護胚胎，不但無助於問題的解決，而且還扭曲了問題的本質、混淆了真正的目標、並且升高了母親與胎兒間的衝突。例如，在論到胎兒保護政策時，Robert Blank 指出，胎兒保護政策的主要目的，是確保出生的孩子，免於懷孕期間可能避免的傷害，因此，比較好的方式，應該是儘可能以獎勵或補助的方式，確保凡是出生的孩子都儘可能地健康 (Blank, 2001: 501-02)。不過，許多以刑罰處罰吸毒母親的胎兒保護立法，卻使得孕婦更不願意接受產前檢查與照顧，不但無法防止孕婦吸毒，還會因為孕婦缺乏適當的產前照顧，而對胎兒造成更大的危險 (Blank, 2001: 501-02)。

質言之，賦予胚胎法律上權利主體的地位，再用基本權衝突的模式去調和兩者間的衝突，不但造成胚胎與孕婦之間對立的局面，也忽視了母親與胎兒之間事實上不可分割的關係。基於這個關係，如果法律要保護胚胎或胎兒，必須正視：國家不可能越過母親，單獨去保護胎兒；反而應該正視母親對自己身體的自主權，創造有利的母胎關係的社會與經濟環境，讓母親可以獲得足夠的支持，包括免費產檢、產前營養與照護、懷孕婦女戒癮治療等等，身心障礙兒童福利等等，而不是用處罰來強迫母親保護胎兒。

以權利論來保護胎兒的第二個問題在於，權利的可貴之處在任何人不因為種族、階級、性別、財富的不同，而一律受到法律平等保護。賦予胚胎權利主體地位，固然可以提升胚胎的地位，但倘若基於胚胎研究或母親身體自主權等價值，胚胎或胎兒的生命不得不退讓時，形同在高舉了胚胎的地位的同時，又輕易地容許其生命被其他人抹煞，代價是使所有「權利主體」貶值，老弱身障者的命運更危險。

第三，解決基本權的衝突，有賴於立法、行政與司法在個案中介入去權衡當事人的基本權衝突。但這樣的介入本身，因為涉及當事人的隱私，對於女性身體自主權或父母生育自由本身，就是一種限制。因為許多女性的經驗，尤其是跟性以及生育等這些屬於私密的考慮，被迫在法院或其他公共場合與胚胎的權利進行比較時，對於弱勢的女性可能造成行使權利的不當負擔。

二、將體外胚胎視為權利主體？

前面的討論，主要針對母體內的胚胎與胎兒。隨著人工協助生殖科技的

進步，人類已經可以將體內的精子與卵子取出，在培養皿中使之受精成爲胚胎，再植入女性體內的輸卵管或子宮，使之著床懷孕至足月生子。同時，爲了減少侵入取卵與植入胚胎的次數，目前的科技也可以一次取出較多的卵子與精子，受精後將胚胎冷凍起來，以備將來植入胚胎失敗以後，不需要再次進行排卵與取卵的步驟，即可使用預先冷凍儲存的胚胎，再次植入胚胎。由於體外授精技術以及冷凍 (cryopreservation) 技術的普及，不孕症診所所儲存的冷凍胚胎，往往爲數眾多。這些冷凍胚胎有些是不孕夫妻以自己的精子與卵子，預先儲存以供將來進行人工協助生殖之用，有些則是不孕夫妻利用自己的精子或卵子，結合捐贈者的卵子與精子，預先儲存以供將來進行人工協助生殖之用。

這些科技的發展，將胚胎存在的時點，由體內受精，向前延伸至體外受精但尚未植入的冷凍胚胎。李震山 (2002b: A-7) 認爲，對於生命權的保護，應該及於體外胚胎，因爲生命權的保障是從「生命之始」，並不限於有「意識」或以「人」爲準。李震山教授雖然體認現在科技尚無法給予胚胎「選擇」是否要來到人間的機會，但是認爲在此之前，仍應該「逆向地以法律衡平」，不待胚胎主張，直接給予「一定限度」的保障 (李震山，2002a: 8)。

本文認爲，相較於體內胚胎，體外胚胎雖然不需考慮孕婦的身體自主權，但是倘若要將其視爲權利主體，仍有值得商榷之處。首先，倘若體外胚胎無論在何種條件下，均是權利主體，這將使得醫療機構人員不小心打破盛有胚胎的培養皿，即構成殺人罪或類似的刑責。其次，有鑑於體外胚胎是否植入往往繫諸父母的自由意志，許多體外胚胎未必有機會被植入母體，以權利主體的保護模式保護這些還未植入的體外胚胎，不但違反社會通念，而且似乎過當。而且，這種情形，也不符合我國現行法對於體外胚胎的定位：事實上，我國除了研擬中的人工生殖法草案，有規範人工協助生殖應該如何使用與摧毀胚胎以外，並沒有法令特別針對體外胚胎的使用或保護，加以規範。²⁵

25 相對地，英國在一九九〇年公布人類胚胎與生殖法 (Human Fertilization and Embryology Act of 1990)，規範胚胎與精卵的儲存、使用、與研究，均需經過一定的許可，但並沒有把胚胎當作人保護。德國一九九一年的胚胎保護法則宣示國家對人生命之保護，及於胚胎，因此禁止將胚胎視爲他人之工具，從而禁止摧毀胚胎。

因此，第二種可能是，仍然以體外胚胎有機會發展為人為保護前提，以植入子宮作為保護胚胎的停止條件，因此體外胚胎並不具有權利主體地位。這種解釋的優點是，符合社會通念，同時也提供研究體外胚胎的空間。不過，此種意涵在邏輯上有些弱點：同一個生命個體，在母親體內是權利主體，在母親體外就不是權利主體。這使得體外胚胎是否有機會發展為人，不僅繫諸著床等不確定的自然因素，更重要地，還會繫諸他人是否植入的意志：只有當他人將其植入子宮，才享有權利主體地位，倘若不植入子宮，則不享有權利主體地位。但這使得胚胎會因為他人的意志與自己身處的位置，而取得或喪失權利主體的地位，恰恰違背了權利主體具有「主體性」的意涵，凸顯了體外胚胎缺乏「主體性」的窘境。

由於第一個可能與第二個可能均有上述的問題，邏輯上，倘若要主張體外胚胎具有權利主體的地位，又要避免體外胚胎前述缺乏主體性的窘境，就必須課予受術夫妻將胚胎植入子宮的義務；縱使不欲自行生育，也應該安排他人收養胚胎。因此第三種可能是，一方面使體外胚胎享有權利能力，一方面由此衍生出父母親將體外胚胎植入自己子宮的義務，或安排他人收養胚胎，以便增加體外胚胎發展成爲人的機會。

但這會有三個問題。首先，倘若體外胚胎能夠享有權利主體地位，應該仍要以其有可能出生爲人，否則無法解釋何以人體其他細胞或組織，無法享有權利主體的地位。不過，在目前科技還不能在母體之外將胚胎培育爲人的情形下，²⁶ 相較於孕婦體內的胚胎，體外冷凍胚胎倘若要出生爲人，其中不確定因素更多，最主要的問題在於，其至少「必須」植入母體內的子宮，才「有可能」出生成爲人。而由於要植入母體子宮，仍然「必須」限制母親的身體，因此就此部分而言，其作為權利主體所需有的「獨立性」，與體內胚胎一

26 二〇〇二年二月，美國康乃爾大學的科學家培養出人工子宮內膜，使發育初期的人類胚胎可以體外存活，不過受限於體外培育的胚胎至多不能超過十四天，該實驗僅將體外胚胎培育到第六天。此外，日本的科學家則將懷孕中的山羊提前從母羊子宮取出，使其在人造子宮中存活了十天，參見 Redundant (2002), "Now We Don't Need Women Either: Scientist have Developed an Artificial Womb that Allows Embryos to Grow outside the Body," The Observer, Guardian Unlimited, February 10, 2002, <http://observer.guardian.co.uk/international/story/0,6903,648024,00.html> (2004/7/15 visited)。

樣有問題。

其次，單單因為體外胚胎是「人」的胚胎，且將來有機會成為人，即課予父母植入義務，以確保胚胎「權利主體」的主體性，在邏輯與正當性上，也頗值得商榷。以法人為例，法人的存在與否，繫諸他人的設立行為。雖然法人成立以後，我們賦予它權利主體的地位，但在法人登記成立以前，不受任何保護，從而，在尚未成立以前，法人的發起人也沒有義務完成法人的成立與登記程序，因為尚未完成登記的法人，是不能主張權利主體地位的。因此，何以胚胎是「人」的胚胎，且將來有機會成為人，即認為胚胎具有權利主體的地位，從而衍生出父母的生育義務，似乎過度擴張了對體外胚胎的保護，並且過度限制父母親的生育自主。

最後，從實定法而言，我國相關法令並不支持這樣一個「生育義務」。由於體外儲存的冷凍胚胎的數量，往往超過受術夫妻真正有意生育子女的數量，因此實務上，體外胚胎是否植入，往往繫諸父母親先前接受人工協助生殖是否成功，法律並未強制父母一定要植入所有的胚胎。雖然我國刑法第二八八條處罰墮胎罪，但對照我國優生保健法的規定，我國胚胎保護規範體系事實上是以尊重父母生育自主為前提，才保護胚胎，同時刑法並未將胚胎當作權利主體在保護，墮胎罪充其量僅在課予父母一個「懷孕後」繼續懷胎的義務，但並不包括將體外胚胎植入的義務（雷文玫，2004: 1-35）。

尤有甚者，實定法甚至明白將胚胎與精子卵子的存在一體規範，在一定條件下設有摧毀的規定。我國衛生署研擬中的人工生殖法草案規定，²⁷ 倘若捐贈人死亡、受術夫妻成功活產一次、或保存逾十年者，從事人工協助生殖之醫療機構應銷毀儲存之胚胎；受術夫妻年滿六十歲、一方死亡或離婚者，亦應銷毀；顯然將胚胎的繼續存活與否，繫諸夫妻的婚姻關係或生育次數，

27 行政院衛生署目前正在研擬「人工生殖法」草案，立法委員賴清德與台灣省生殖醫學會也分別提出草案，截至 2002 年 7 月，共有三個草案。三者僅在代理孕母等特定議題上有差異，其他部分大致相同，十分具有指標意義，因此有關人工生殖技術相關規範，本文主要參考衛生署版本的草案。截至二〇〇四年七月十五日為止，衛生署版的人工生殖法草案尚未送立法院。由於三個版本縱使有相同規定，條文號次也不一樣，因此本文省略條文號次，謹此說明。

並不將胚胎視為具有主體性的個體，而保護胚胎的生命。

在法益權衡標準不清楚的情況下，如此鎖定胎兒與其他人在決策上的相對位置，不但弱化了其他人對於相關權益的決策權，更重要的是，由於胚胎被概括地評價為「權利主體」，就使得法院因為適用法律的關係，取得進行法益權衡的決策權。本文認為，基於胚胎知識有待深化，以及胚胎議題的連動性，胚胎保護的價值取捨，並不適合由法院以此種法益權衡的方式為之，進一步說明如下。

伍、胚胎成爲權利主體的制度意涵之二： 鎖定司法機關與政治部門在決策上的相對位置

將胎兒視為權利主體，不僅提升了保護胚胎的強度，而且改變了相關決策者在決策上的相對位置。此時被改變的決策者，除了胚胎與其他權利主體的相對位置以外，還有司法機關與民主辯論的相對位置：當胚胎也是權利主體時，國家立法限制胚胎的權利，必須通過違憲審查的檢驗；任何人侵害胚胎的權利，胚胎的法定代理人可以透過法院或公權力，獲得救濟。權利主體的制度設計，因此大幅提升了大法官以及法院相對於政治部門在胚胎保護決策的位置，使司法部門在胚胎保護的議題上，取得高於政治部門的決策權。

不過本文認為，縱使法院與政治部門之間的制衡與對話，有助於民主社會的審慎思辯，但由於胚胎相關知識還有待開發；胚胎保護的程度與方式，又具有議題的連動性，牽一髮動全身，司法部門對於胚胎議題，並不適合享有比國會有更高的地位。以下分別說明這兩點。

一、胚胎相關科學知識的發展與侷限

人類歷史上，究竟胚胎或胎兒何時應該開始受到保護，以及如何保護才適當，一直是隨著人類對於胚胎認識的多寡而不斷地被修正。西元前四世紀希波克拉底認為，胚胎自受孕開始即有靈魂，在此之後，即應予以保護。但大約相同時代的亞里斯多德則相信，胚胎在母體內的發育，經歷植物階段、動物階段與理性階段，男性胎兒自受孕後四十天邁入動物階段，女性胎兒自

受孕後八十天才邁入動物階段，胚胎唯有從動物階段才感靈 (ensoulment)，亦即開始有靈魂 (Schroedel, 2000: 17-18)。在胎兒感靈以前，胎兒是母親身體的一部分，因此倘若傷害胎兒的生命，並不構成殺人罪。²⁸ 長久以來，天主教會也持這個看法 (Schroedel, 2000: 17-18)。

不過，由於過去的科學水準無法判定胚胎何時受孕，幾百年來，教會對於胚胎何時感靈，一直爭論不休。由於「胎動」是過去外界少數可以感受到胚胎存在的客觀跡象，因此曾經是過去基督教認定胎兒有靈魂的第一時間。聖奧古斯丁 (St. Augustine) 指出，即使教會持續認同亞里斯多德四十天與九十天的感靈標準，但由於人類無法斷定胎兒究竟何時受孕，因此除非胎兒有胎動，否則在此之前的墮胎行為，並非殺人罪 (Schroedel, 2000: 19)。十三世紀時，英國法律學者 Bracton 也主張胎動 (Schroedel, 2000: 19) 之後，傷害胎兒的生命就是殺人罪，²⁹ 後來的學者例如 Blackstone 或 Coke 雖然不見得認為胎動後傷害胎兒生命構成殺人罪，但至少認為胎兒有胎動之後，傷害胎兒的生命應該受比較重的刑罰。³⁰

不過，隨著科技與胚胎相關知識的發展，人類透過超音波或其他技術，越來越能夠認識孕婦體內胚胎的發展，胎動在胚胎保護的時點上，不再有任何意義。以美國聯邦最高法院將墮胎合法化的著名判決 *Roe v. Wade* 為例，胎兒可以脫離母體仍有機會獨立存活，被視為政府保護胚胎生命一個重要的理由，因此原則上禁止孕婦在此時點之後終止懷孕。³¹ 當時最高法院根據既有的科技水準，以 24 週作為保護可以獨立存活的胎兒的時點。不過，後來科技的發展，將胎兒脫離母體後仍可獨立存活的時點，提前至 20 至 23 週，因此，一九九二年 *Casey v. Planned Parenthood* 的判決除了重申對於婦女墮

28 這個說法包括希臘時期的亞里斯多德、希波克拉底等學者，以及後來的奧古斯丁。參見美國聯邦最高法院 Blackmun 大法官在 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 多數意見書的探討。

29 胎兒約在發育至第十六週到十八週時，母親可以感覺到胎兒腹內的動作。在過去沒有超音波可以掌握胚胎發育歷程的情形下，基督教義曾任為胎兒在這個時點開始有靈魂，而應該受到等同於人的保護。同上註。

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

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

胎的保障，另一方面也不再以 24 週作為禁止墮胎的時點，而是直接以胎兒脫離母體仍然可以獨立存活的時點，作為限制的起點，以容許科技進步時，保護時點再提前的空間。

人類對於胚胎相關知識的累積，雖然使得有些國家在墮胎的議題上，將保護胚胎與胎兒的時點往前移，但也提供了某些國家是否容許胚胎研究的參考時點。例如，一九八四年英國國會委託 Mary Warnock 進行的報告認為，³² 胚胎發育到約十四天時，出現原條（primitive streak），顯示胚胎已經不可能發育為同卵雙胞胎，是胚胎發展為獨立個體的第一個表徵，而且也是人們開始可以分辨胚胎的那些細胞將來會發育為胎兒，哪些細胞會發育胎盤等胎兒以外的其他組織；同時由於胚胎約在此時完成在子宮著床的過程，Warnock 為首的倫理委員會因此建議國會對於發育十四天以內的胚胎，有條件地容許科學家進行研究。³³

值得注意的是，大約在一九八〇年代中期，有些科學家們開始使用「前胚胎（pre-embryo）」的概念，來稱呼精卵受精後十四天以前的階段，以區隔「胚胎」的概念，迴避胚胎研究與胚胎保護的諸多爭議（Mori, 1998: 38；陳仲嶙、蘇夏曦，2002: 37-66）。這個用語挑戰的是受精在道德上的重要性：由於精卵受精十四天以後，才有「胚胎」，因此受精並不重要（Mori, 1998: 42-54）。為了支持前胚胎概念的價值，學者們主張，受精如果有意義，是因為受精產生了一個獨特的基因組，不過，由於受精後十四天仍有可能出現基因相同的同卵多胞胎，因此如果要證立受精的時點是重要的，只剩下精卵受精出自上帝的安排（Mori, 1998: 43-44），而訴諸上帝在世俗討論中是站不住腳的。受精有價值的另一個可能的理由是，精卵受精之後即開始一個獨立的新生命，但這種說法仍然沒有解釋，何以保護時點不向前延伸至受精之前的生殖細胞（Mori, 1998: 44-54）。

科學家們區分「前胚胎」與「胚胎」的努力，並不是價值中性的。在彰

32 Department of Health and Social Security, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology 66 (1984).

33 Id.

顯胚胎學知識的進步之餘，這個用語的背後，也隱藏著價值判斷：卵子受精十四天以前的胚胎，與發育十四天以後的胚胎，性質並不相同，因此不必給予相同的保護。人類對於胚胎知識的發展歷程，因此凸顯了貌似客觀的科學，有時僅是在既有科技水準之下，提供一個暫時的解答。同時，由於科學家們也很容易受到文化與價值判斷的影響，這些認識是否沒有隱藏著偏見，也有待進一步探究。

上述的討論目的在凸顯，一個社會究竟應該賦予胚胎何種保護，涉及相關科學知識的發展，有賴更多的科學研究，以及對這些科學知識客觀性的不斷檢驗。雖然胚胎相關知識的增加，已經造成上述規範的變遷，但是究竟是什麼因素，促使有些胚胎著床與不斷發育？其他胚胎則否？是什麼促使有些胚胎不斷地分化出各種特定的器官與組織？其他則否？胎兒何時開始有感覺？³⁴ 是否有思考能力？是什麼因素引發陣痛？什麼因素引發早產？等問題，仍然有待進一步研究。研究動物胚胎，可以提供某一程度的認識，但動物胚胎仍然無法完全取代人類胚胎。

二、胚胎保護議題連動的特質

此外，隨著科技發展具有越來越多元的情境，胚胎在不同情境中所受的不同保護，相互影響，牽一髮動全身。這些不同的情境，源自人工協助生殖科技與胚胎研究的發展。在目前科技水準下，同一個胚胎，可以根據其是在母親體內還是體外，以及父母是否有意生育，分別牽涉母親身體自主權、父母生育的意願、以及研究利益，而處於不同的決策脈絡（表 1）：它可能一開始是不孕夫妻有意以人工協助生殖技術植入，而預先冷凍的胚胎（如下表 1 II）、後來變成在母親子宮內著床，被細心呵護成長的胚胎（如下表 1 I）、之後變成母親基於醫學或其他理由有意終止懷孕的胚胎（如下表 1 III）、但也有可能是母親一開始就儲存在不孕症診所，經過人工協助生殖成功以後，剩餘有意被銷毀的胚胎（如下表 1 IV）。

34 科學家們對於胚胎神經系統的發育，已經有所瞭解，但是對於不同發育程度，究竟代表何種功能與感覺的能力，卻仍然沒有定論。參見 Note (2002: 2012)。

表 1、胚胎所處情境類型表（作者製表）

父母生育意願 \ 胚胎處境	子宮內胚胎	子宮外胚胎
以生育為目的	I 子宮內已著床並有意生下的胚胎	II 供人工協助生殖使用之胚胎
不打算生育	III 母親有意終止懷孕之胚胎	IV 人工生殖剩餘有意銷毀或供研究用之胚胎

倘若概括地將胚胎視為權利主體，將使得胚胎縱使在不同情境與議題下，均具有權利主體的地位。因為既然胚胎是權利主體，其即取得法律體系上的制高點，不應該容許它因處境與他人意志的差異，而異其地位。

因此胚胎保護的時點，既是一個事實問題，需要隨時根據當代科學知識作修正；也是一個價值問題，涉及一個社會如何評價胚胎。不過，賦予胚胎權利主體地位的後果是，胚胎概括取得了與其他權利主體平等的地位，復因為生命權的先決地位，而往往凌駕其他人會侵害胚胎生命的所有行為——包括胚胎研究、人工流產等行為。此時，由於法官的專長是依法審判，而且訴訟往往具有兩造對立的特質，因此由法院在具體個案中審理胚胎相對於其他權利主體應受的保護強度，不但不容易廣泛地諮詢科學專業，以符合胚胎相關知識的科技發展，同時也不容易廣納所有利害關係人的多元意見。此時，當胚胎的相關知識會隨著科技發展的處境而異，但有關胚胎保護的強度，卻容易因為胚胎具有權利主體地位且受到法院保護，容易停留在過去的知識水準與價值取捨，不但不利於多元價值的審慎思辨，同時也可能阻絕胚胎相關知識的深化。³⁵ 因此，即使是比較完整地提出擬似權利主體的蔡維音教授，面對胚胎議題的多元與連動性，也是以部分權利能力，階段性地承認胚胎擬似權利主體的地位（蔡維音，2002: B-5），並且認為，在形成足夠具體的內涵

35 陳英鈴教授似乎也認為，對於胚胎的保護，應該儘可能循立法途徑讓社會多元利益有充分辯論的機會，不贊成賦予胚胎權利主體的地位，不過，陳教授仍然認為可以將早期胚胎的保護，視為憲法的原則規範，但倘若陳教授不認為胚胎具有權利主體的地位，在既有憲法規範之下，究竟此種憲法規範的根據從何而來，是陳教授大作中不易理解的地方。參見陳英鈴（2003: 23-25）。

以前，並不適合以類似民法對法人主體性及權利能力的規定，以概括方式承認胚胎的權利主體地位（蔡維音，2002: B-5）。

三、胚胎保護議題的多元決策模式

由於胚胎的道德地位有限，其法律地位繫諸我們賦予它什麼道德感情，本文認為，基於胚胎保護議題的連動性，以及相關知識有待繼續深化，只有當我們承認胚胎不是權利主體，而是可以被每個有公民權的人，根據自己不同的價值與信念，在不同情境下賦予不同的道德感情與保護，我們才能根據憲政民主與多元價值，進行開放與寬容的討論，並且根據不同情境，提供給它恰如其分的尊重與保護。此時，究竟一個社會應該如何保護胚胎，才足以反映這個社會對胚胎生命的尊重，應該儘可能在不同具體脈絡下，權衡胚胎生命與不同權利間的衝突，廣泛容納各種利害關係人的參與，逐漸形成一個社會對胚胎所提供的保護強度，而不應該以權利主體的保護模式，先概括賦予胚胎與其他權利主體相同的制高點。

在胚胎不是權利主體的前提下，胚胎在不同脈絡下應該如何賦予適當的保護，這些決策的討論，可以透過幾種方式開展。首先，在代議民主的結構下，國會可能在各種有關人工流產、胚胎研究、人工協助生殖技術等不同脈絡中，討論如何調和胚胎保護與其他利害關係人的衝突。國會可能在各個具體法律中直接就胚胎保護程度做成一定的決定，但也可能授權主管機關在抽象的規範下，就具體個案作個案許可或更進一步的規範。例如英國「人類胚胎與受精法（Human Embryology and Fertilisation Act）」除了就胚胎研究的研究目的、胚胎來源等議題作成原則性的規範，也要求研究者在從事研究以前，必須獲得主管機關的許可（Human Fertilisation and Embryology Act 1990）。這種立法結合行政裁量的決策模式，一方面確保胚胎研究獲得多數決的支持，另一方面也有助於有關機關隨時可以根據個案情形與相關科技水準，採取適當的規範。

但民主決策從來都不保證決策品質，甚至無法確保決策結果反映的一定是多數意見或深思熟慮的結果（Fishkin & Laslett, 2003）。胚胎保護議題一方面涉及許多科技的專業知識，一方面具有高度宗教、意識型態等價值敏感

性，在缺乏適當管道與資訊的情形下，一般民眾並不容易參與決策的形成，或進行審慎思辯的討論。學者提出審議民主的理念，主張當人民在道德上無法達成共識，他（她）們應該繼續一起討論，直到他（她）們取得一個大家都可以接受的結論（Gutmann & Thompson, 1996: 199-229; Fishkin & Laslett, 2003: 1-5）。在這個理念下，民主不應該只是多元民主理論中利益團體談判與交換籌碼的結果；相反地，透過審慎思辯的過程，公民們應該能夠超越個人利害關係，反省個人好惡，達成一個符合共善的結論（Gutmann & Thompson, 1996: 199-229; Fishkin & Laslett, 2003: 1-5）。

因此第二種胚胎保護的決策模式是，透過各種公民參與的形式，在個別政策上逐步勾勒出一個社會對胚胎保護強度的共識。為了促進審議民主的實現，近年來各國開始利用「共識會議（consensus conference）」、「思辯式民調（deliberative poll）」等方式，協助民眾在資訊充分的情況下，進行溝通與討論，實現審議民主的理念（Scolve, 2000: 33-48；林國明、黃東益，2004: 215-239）。雖然這些公民參與模式所作的結論，不具有法律拘束力，但是由於公民會議的組成通常能夠反映多元意見，而且代表一般民眾經過充分資訊與思辯後採取的立場，頗能印證審議民主的理念（Scolve, 2000: 33-48；林國明、陳東升，2003: 62-81）。倘若要促進胚胎相關議題的審慎思辯，也可以善用這些審議民主理論推廣的各種公民參與模式，促進決策的品質。

除了前述兩種決策模式以外，第三種決策模式是結合國家倫理委員會與其他政治部門的決策模式。自從人類基因組計畫（Human Genome Project）展開以後，近年來許多國家紛紛成立國家倫理委員會，就當前重要的生命倫理議題，做成建議。³⁶ 倘若國家倫理委員會決策夠透明、成員夠多元、過程夠周延，也徵詢民眾的意見，國家倫理委員會所作成的建議，也有助於提升民主決策的品質；因為縱使國會或行政機關最後決定不採納國家倫理委員會

36 例如 Austria's Bioethics Commission, Canada's Governing Council's Standing Committee on Ethics, Denmark's Danish Council of Ethics, Germany's National Ethics Council, Ireland's Irish Council for Bioethics。美國總統布希上任後，也於 2002 年解散原先的 National Bioethics Advisory Committee，另外成立 President's Council on Bioethics。

的建議，至少它們必須負較高的說理義務，說明何以經過國家倫理委員會如此周延的討論以後，它們仍然決定採取不同決策（Wenmay Rei & Juinn-rong Yeh, 2003: 22-26）。

相對於前述各種政治部門與社會部門對於胚胎地位的討論，法院提供了第四種討論胚胎保護的決策機制。雖然本文之所以反對將胚胎視為權利主體，理由之一是為了避免法院在相關決策中可以凌駕政治部門的意見，但這並不表示法院即不參與相關決策。事實上，在民主憲政的體制中，法院相對於政治部門，提供了一個重要的制衡力量，有助於民主決策的品質與基本權的保障（Ely, 1980: 73-104）。因為法院在權衡研究自由等既有的權利與胚胎所產生的衝突時，除了逐步釐清研究自由等權利的內涵與保護範圍以外，無形中也會對法律保護胚胎的強度與模式，提供一定的制衡力量，形成胚胎與其他權利孰輕孰重的一種對話。此時，倘若胚胎不是權利主體，而國會則在人工流產、胚胎研究等具體議題上分別宣示保護胚胎的立場與強度，透過依法審判與對其他基本權的保護義務，法院對政治部門的決策，也可以形成一個良性的制衡。

本文認為，相對於權利主體決策模式中法院容易凌駕政治部門的傾向，上述的不同決策模式彼此間，可以相輔相成、多管齊下，提升社會對於胚胎保護的審慎思辨。唯有透過這些多元的決策機制，討論不同脈絡下胚胎保護的強度，才能使決策者原原本本地檢視究竟這個社會對於胚胎的道德情感，探討人們究竟願意「賦予」胚胎何種保護。許多主張胚胎所受的保護「應該」受到「等同於人」的保護，也才會原原本本地負起理性辯論說理的義務，而不是單純主張胚胎「是」「人」，而要求此種程度的保護。在此種架構下，後者的討論，只可能基於宗教信仰的理由，然而在一個辯論世俗政策的多元社會裡，基於宗教信仰而主張政府應該保護胚胎、甚至拘束其他不同宗教信仰的人，必須更正面地回應在胚胎不是人的情況下，何以有必要犧牲其他活生生的人的基本權，以保護胚胎。

質言之，用美國學者 John Robertson 的話來，本文認為，「胚胎還沒有發展到自身即享有權利或利益」，它們僅僅是一個「承載著尊重人類生命這個抽象意義」的載體（Robertson, 2002: 3, 56）。唯有還原胚胎「載體」的地位，

使胚胎的地位不再以道德無限上綱的形式提出，有關胚胎在不同議題上，應該受到何種程度的保護，才能恰如其分地反映社會對於胚胎應有的尊重，才能原原本本地回歸民主社會中各人對於生命價值的多元立場，考慮科技發展、宗教自由與胚胎議題的多元情境，權衡相應價值與利害關係，進行寬容、多元與開放的對話，尋找最大交集。

陸、結語

時下有關胚胎的論述，往往混淆了保護人與保護生命的差別：保護胚胎不必然意味著必須將胚胎視為人，賦予其等同於人的保護。相對地，不將胚胎視為人，也不意味著不保護胚胎。面對這些論述，本文希望達成的結果有三：首先，本文希望釐清保護胚胎與尊重生命，不必然需要使胚胎具有權利主體的地位。其次，本文希望說明，即使胚胎在哲學討論上具有道德地位，何以不應該以權利主體的方式予以保護。第三，透過這個討論，重新認識權利主體這個概念的制度意涵。

本文主張，由於胚胎發展階段有限，沒有感覺的能力，也沒有理性的能力，縱使因為其具有生命，且受到許多人的重視，胚胎的道德地位也有限。此時，縱使要保護人的生命需要提前至胚胎階段保護，在法律上也不適合將其視為權利主體，賦予其與其他權利主體平等的地位。在此前提下，本文因此認為，任何主張胚胎「在法律上」應受「等同於人」保障的論述，就其實質，只是出於對於胚胎的道德情感而「賦予」胚胎法律上一定的保護，而不是出於對於胚胎本身權利主體的地位所「衍生」的保護。同時，由於權利主體地位具有鎖定制高點的效果，也不宜以權利主體地位保護胚胎，以避免掏空權利主體地位的內涵，或妨礙胚胎相關知識的繼續深化，以及相關議題在多元社會的思辯。³⁷

37 至於不同階段的胚胎與胎兒究竟需要受到何種保護才足夠，由於牽涉本文認為應該隨著情境與主體決之，不可能在一篇文章解決，作者將另行為文。本文旨在論證，無論法律要賦予胚胎何種程度的保護，都不應該以權利主體的形式為之。

參考資料

王澤鑑

2000 《民法總則》。台北：作者自版。

吳庚

2003 《憲法的解釋與適用》。台北：作者自版。

李惠宗

2001 《憲法要義》。台北：元照出版。

李震山

2000 《人性尊嚴與人權保障》。台北：元照。

2002a 〈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》31(3): 1-15。

2002b 〈論人類胚胎幹細胞研究與應用之法律規範——以德國法為中心〉，《「人類幹細胞實驗之倫理法律與社會爭議」第三屆生命倫理學國際會議論文集》第二冊。台北：中央哲學研究所主辦。

林國明、陳東升

2003 〈公民會議與審議民主：全民健保的公民參與經驗〉，《台灣社會學》6: 62-81。

林國明、黃東益

2004 〈公民參與模式及其運用〉，《公民參與：審議民主的實踐與全民健康保險政策》。台北：行政院衛生署。

法治斌、董保城

2004 《憲法新論》。台北：元照。

侯英鈴

2003 〈「計畫外生育計畫外生育」與非財產上損害賠償——評最高法院九〇年度台上字第四六八號民事判決〉，《台灣本土法學雜誌》47: 69-76。

施啓揚

1987 《民法總則》。台北：作者自版。

陳仲嶸、蘇夏曦

2002 〈前胚胎地位之研究——以製造胚胎提供幹細胞研究為例〉，《生物科技法律通訊》13: 37-66。

陳宜中

2002 〈人類胚胎幹細胞研究的倫理課題〉，《國家發展研究》2(1): 81-110。

陳英鈴

2003 〈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》285: 16-29。

2005 〈人類胚胎幹細胞研究的憲法問題〉，《台北大學法學論叢》56: 41-110。

陳慈陽

2004 《憲法學》。台北：作者自版。

陳愛娥

1997 〈憲法對未出生胎兒的保護——作為基本權保護義務的一例來觀察〉，《政大法學評論》58: 65-82。

程明修

2002 〈胎兒與生命權保障主體性間之憲法論證難題〉，《東吳大學法律學報》13(2)1-29。

雷文玫

2004 〈解構我國胚胎保護規範體系——發現生育自主的地位〉，《台大法學論叢》33(4): 1-35。

劉仲冬

1995 《一九九五年台灣婦女處境白皮書——健康生育篇》，236-240。台北：時報出版。

蔡宗珍

2005 〈憲法、國家權力與人性圖像——以胚胎植入前基因診斷術之容許性問題為中心〉，《「醫學倫理與法律」科技整合學術研討會》，台北：台大法律學院科際整合法律研究所。

蔡維音

1992 〈德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討〉，《憲政時代》18(1): 34-48。

2001 〈「擬似權利主體」之法律意涵——重新建構人類基因之法律地位〉，《成大法學》2: 41-74。

2002 〈人類基因科技下法益保護體系——「擬似權利主體」之提案與相關法制雛型〉，《「人類幹細胞實驗之倫理法律與社會爭議」第三屆生命倫理學國際會議論文集》第二冊，台北：中央哲學研究所。

Annas, George

1982 “Forced Cesareans: The Most Unkindest Cut of All,” *Hastings Center Report* 12(3):16-17, 45.

Blank, Robert

2001 “Maternal-Fetal Relationship: The Courts and Social Policy,” in Wanda Teays & Laura Purdy (eds.), *Bioethics, Justice, and Health Care*, Belmont, CA: Wadsworth Publishing.

Boonin, David

2003 “A Defense of Abortion,” Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Dworkin, Ronald

1977 “Taking Rights Seriously,” Cambridge, MA: Harvard University Press.

1993 “Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom,” New York: Vintage Press.

Ely, John Hart

1980 “Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review,” Cambridge, MA: Harvard University Press.

Fishkin, S., James & Peter Laslett

2003 “Debating Deliberative Democracy,” Oxford: Blackwell.

Gutmann, Amy & Thompson, Dennis

1996 “Democracy and Disagreement,” Cambridge, MA: Belknap Press.

Holmes, Stephen & Cass Sunstein

1999 “The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes,” New York: W. W. Norton & Company.

- Kant, Immanuel
 1991 "The Metaphysics of Morals," in Mary Gregor (ed.), *The Metaphysics of Morals*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- Kuhse, Helga & Peter Singer
 2002 "Individuals, Humans, and Persons: The Issue of Moral Status," in Peter Singer, Helga Kuhse (ed.), *Unsanctifying Human Life*. Oxford, UK: Blackwell Publisher Ltd..
- Mori, Maurizio
 1998 "On the Concept of Pre-embryo: The Basis for a New Copernican Revolution in the Current View about Human Reproduction," in John Harris & Soren Holm (eds.), *The Future of Human Reproduction*. Oxford: Clarendon Press.
- Nodding, Nel
 1984 "Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education," Berkeley: University of California Press.
- Noonan Jr., John T.
 1970 "An Almost Absolute Value in History," in Lewis M. Schwartz (ed). *Arguing About Abortion*. Belmont, CA: Wadsworth, 1993, 55-61.
- Note
 2002 "The Science, Law and Politics of Fetal Pain Legislation," *Harvard of Law Review* 115:2010-2033.
- Pluhar, Werner
 1977 "Abortion and Simple Consciousness," *Journal of Philosophy* 74(3):159-172.
- Rei, Wenmay & Juinn-rong Yeh
 2003 "National Bioethics Committees: A Institution for Moral Deliberation in Constitutional Democracy?" paper presented at the conference of "Bioethics Across Borders," Montreal, QC, Canada: American Society for Bioethics and Humanities & Canadian Bioethics Society.
- Robertson, John
 2002 "Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction," in Bonnie Steinbock ed., *Legal and Ethical Issues in Human Reproduction*, Burlington, VT: Ashgate Publishing.
- Schroedel, Jean Reith
 2000 "Is the Fetus a Person? A Comparison of Policies Across the Fifty States," Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Solve, Richard E.
 2000 "Town Meetings on Technology: Consensus Conference as Democratic Participation," In Daniel Lee Kleiman(ed.), *Science Technology and Democracy*. New York: State University of New York Press.
- Singer, Peter
 1990 "Animal Liberation," New York: Harper Perennial.

Singer, Peter & Karen Dawson

- 2002 "IVF Technology and the Argument from Potential" in Peter Singer, *Unsanctifying Human Life* (Helga Kuhse ed.), Oxford, U.K.: Blackwell Publishing.

Smart, Carol

- 1989 "Feminism and the Power of Law," New York: Routledge.

Strong, Carson

- 2002 "Overview: A Framework for Reproductive Ethics, in Ethical Issues Maternal-Fetal Medicine," in Donna L. Dickenson (ed.), *Ethical Issues in Maternal-Fetal Medicine*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Sumner, L. W.

- 1981 "Abortion and Moral Theory," Princeton, NJ: Princeton University Press.

Warren, Mary Anne

- 1997 "Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things," Oxford, UK: Oxford University Press.

- 2001 "The Moral Significance of Birth," in Wanda Teays & Laura Purdy (eds.), *Bioethics, Justice, and Health Care*. Belmont, CA: Wadsworth Publishing.

Wilkins, Burleigh T.

- 1993 "Does the Fetus Have a Right to Life?" *Journal of Social Philosophy* 25(1):123-137.

The Legal Status of Human Embryos: Why Human Embryos Shouldn't Enjoy Legal Personhood

Wenmay Rei

Associate Professor,
Department of Social Medicine,
National Yang Ming University

ABSTRACT

Current discourse about the necessity of protecting human embryos often blurs their difference from human lives: the need to protect human embryos does not necessarily mean that one needs to protect them as human lives. Vice versa, an argument that embryos are not human lives does not mean that embryos deserve no protection. Responding to these confusions, the purpose of this article is three-fold: first, I argue that protecting human embryos and respecting their lives does not necessarily require one to regard them as legal persons. Second, I argue that even if human embryos may enjoy a certain degree of moral status, they should not enjoy the status of legal personhood. Finally, by carrying out the foregoing argument, I also like to clarify the unique institutional implication of legal personhood as opposed to moral status.

This article argues that, because of the limited development of human embryos and their lack of sentience and consciousness, despite the respect they enjoy among people and discourses, they enjoy limited moral status. Therefore, even if embryos deserve some degree of legal protection, it is inappropriate to regard them as legal persons in law, and bestow them equal footing with other legal persons. Under such circumstances, this article contents that any argument for protecting human embryos as human beings, actually is proposing to confer them equal protection as human beings, rather than arguing that they are entitled to such protection derived from their status as legal persons. Moreover, I

argue against protecting embryos as legal persons because not only may such arrangement depreciate the heightened status of other legal person, but it may also hamper the continuous exploration of our understanding of human embryos, and the ongoing deliberation of how a plural society can confer its protection of human embryos most properly.

Key Words: embryo, moral status of human embryo, legal status of human embryo, legal personhood, abortion, embryonic research