

前胚胎地位之研究 以製造胚胎提供幹細胞研究為例

陳仲麟 蘇夏曦

1 緒論.....	2
1.1 引言.....	2
1.2 案例想像.....	2
1.3 概念說明與界定.....	3
1.3.1 胚胎與前胚胎.....	3
1.3.2 幹細胞研究.....	4
1.4 問題提出與本文架構.....	4
2 前胚胎地位的我國法實態.....	5
2.1 人工協助生殖技術管理辦法.....	5
2.2 民法.....	6
2.3 刑法與優生保健法.....	7
2.4 小結.....	8
3 前胚胎地位的比較法觀察.....	8
3.1 概說.....	8
3.2 美國.....	9
3.2.1 Roe v. Wade	9
3.2.2 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey.....	9
3.2.3 涉及胚胎法律地位的各州判決.....	10
3.2.4 聯邦預算補助胚胎幹細胞研究之政策.....	11
3.2.5 小結.....	12
3.3 德國.....	12
3.3.1 第一次墮胎判決.....	12
3.3.2 第二次墮胎判決.....	13
3.3.3 胚胎保護法.....	13
3.3.4 小結.....	14
3.4 英國.....	14
4 生命倫理路徑的選取.....	15
5 前胚胎地位的本文見解.....	20
5.1 前胚胎是否必然為基本權利主體.....	20
5.2 前胚胎是否應被創設為權利主體.....	23
6 案例解答的嘗試.....	25
7 後記.....	26

1 緒論

1.1 引言

人類科技的發展不可遏抑地不斷加速，創造出更佳的物質文明，但就像我們以往發明 CFC、核能，以及在虛幻的侏儸紀公園放出恐龍，對於新興科技的誕生我們要問：是否已經做好準備？

生物科技的興起，造成了規範的危機，也導致了更深刻的 人的危機，對人類的精、卵、胚胎、細胞、基因等「沒有臉龐的權利主體」進行干預¹。對於這些，我們怎能不去思索反省？懷著這樣的疑問出發，本文想針對十四天以內胚胎的地位進行探討，而且為使討論更集中而不致分散失焦，將圍繞以製造胚胎方式進行幹細胞研究的問題²，詳細情況如下案例。

1.2 案例想像

X 研究中心研究人員某甲，為研究目的以志願者捐贈的精、卵體外受精（in vitro fertilization, IVF）製造出前胚胎，標記為 ，從中萃取幹細胞供研究使用，而導致 死亡。

¹ 參照顏厥安，沒有臉龐的權利主體 由法理學檢討生物科技與人工生殖技術，收錄於氏著，法與實踐理性，台北，允晨，頁 351-352（1998/7）。

² 跟胚胎有關的議題可能還有：1. 墮胎：墮胎也可能在胚胎期實施，因此墮胎議題也和胚胎有關，事實上本文雖不處理此問題，但許多墮胎議題上被提出的觀點可以作為本文討論時的參考；2. 人工生殖：人工生殖進行體外受精，植入胚胎，尤其多餘的胚胎常可能被銷毀（參照李鎡堯，國內人工生殖科技之現況，月旦法學，第二期，頁 7（1995/6）；B.A. Robinson, HUMAN EMBRYOS AND FERTILITY CLINICS: ARE PRO-LIFERS IGNORING THE REAL PROBLEMS?（2001/12）http://www.religioustolerance.org/abo_inco.htm（2002/1/29 瀏覽））；3. 其他取得來源的胚胎幹細胞研究：胚胎幹細胞的取得來源有多種（參照陳英鈴，人類幹細胞研究的法問題，2001 全國科技法律研討會論文集，頁 510（2001/11）；黃敏銓，幹細胞 使你的一生活得有尊嚴的新希望，視野，第五期（週年專刊）（2000/8），http://www.geocities.com/issue5_ms/huang-p3（2002/1/20 瀏覽）），這許多來源各自的情況與所需考量未必相同，本文僅取其中「為研究目的製造胚胎，再從這些胚胎取得幹細胞」的情形來討論。

1.3 概念說明與界定

1.3.1 胚胎與前胚胎

根據人工協助生殖技術管理辦法第三條第五款的定義，「胚胎：指受精卵分裂未逾八週者。」人工生殖法草案的定義亦以八週為分界。這是因為受精後八週，主要器官即已形成，故一般以八週為界限，前階段稱胚胎期，後階段為胎兒³。

但是，八週對於胚胎的變化來說，仍是一段不短的時間，隨著胚胎的發展，前期和後期可能已有相當的差異，為使討論更集中，本文的標的將限縮於受精後，未超過十四天的胚胎，而以「前胚胎」(pre-embryo)⁴稱之。十四天的界線，具有以下的意義：(1)在受精之後十四或十五天，胚胎中間的一小部份細胞首次開始分化，展開胚胎的發育旅程。而分化會造成細胞減縮其潛能，而從超過十四天的胚胎中取出的幹細胞，其潛能易受到限制，較難依從各種分子訊號而分化成病人所需的器官。因此科學家擷取幹細胞的主要來源是未超過十四天的胚胎，也就是胚胎的摧毀通常發生在未超過十四天的胚胎⁵；(2)發育到十四天為止，胚胎尚未由其他組織分化而出，在發育到十四天時，出現稱為原線 (primitive streak) 的結構，而原線接下來會發育為腦部與脊柱，使胚胎由胎盤中分化出來，在十四天之前，胚胎並沒有任何痛苦或感受的可能性，而且沒有任何細胞確定發育為個人的一部份⁶；(3)英國的人類受孕與胚胎學法將胚胎幹細胞的研究限於未超過十四天的胚胎；德國第一次墮胎判決認為「生命至少在懷孕後第十四日已經存在」，胎兒本質上也是基本法第二條第二項第一句所保護的「任何人」，並享有人性尊嚴；顯示此一界線已在規範上出現。基於上述十四天界線所產生的區別，討論限縮在十四天以內的前胚胎是有意義的。

需要澄清的是，前胚胎未必是一個已獲普遍認同的名詞，而一般提及胚胎時，概念上通常是包含到前胚胎的階段，故本文在使用上尤其是提及相關法制和學說見解時，胚胎與前胚胎名詞的使用未必那麼嚴格區隔，造成混淆之處尚請見諒。但不論如何，本文討論範圍限於前胚胎並沒有改變，所做成的推理和結論也

³ 李震山，從憲法保障生命權及人性尊嚴之觀點論人工生殖，月旦法學，第二期，頁 19(1995/6)；另參照李肇特、薛社普主編，中國醫學百科全書，組織學與胚胎學，上海，上海科學技術出版社，頁 193,216 (1988/9)。

⁴ 「前胚胎」之用語參照 Dorothy C. Wertz 著，李佳玟譯，人類胚胎幹細胞：器官移植的來源，生物科技與法律研究通訊，第二期，頁 48 (1999/4)；Lee M. Silver 著，李千毅、莊安祺譯，複製之謎，台北，時報，頁 52-53 (1997/12)；程明修，歐洲「關於生物暨醫學應用之人權與人性尊嚴保護公約：人權暨生物醫學公約」簡介，視野，第五期 (週年專刊)(2000/8)，http://www.geocities.com/issue5_ms/chenng-p26(2002/1/20 瀏覽) 不過也有使用「初期胚胎」、「早期胚胎」等名詞者，中文用語上並不統一。

⁵ 參照 Lee M. Silver 著，李千毅、莊安祺譯，複製之謎，台北，時報，頁 63-67 (1997/12)。

⁶ Dorothy C. Wertz 著，李佳玟譯，人類胚胎幹細胞：器官移植的來源，生物科技與法律研究通訊，第二期，頁 48 (1999/4)。

是圍繞著前胚胎的概念，合先敘明。

1.3.2 幹細胞研究

幹細胞 (stem cell) 是一種能夠自我更新、且尚未分化的細胞。在某些情況，幹細胞可以分化為多種組成身體組織或器官的細胞類型。幹細胞研究對人類的願景在於，科學家希望從複製的病人胚胎中⁷取出富有分化潛能的幹細胞，利用特定的分子訊號使幹細胞分化成病人所需要的器官、組織進行移植，可以避免一般器官移植所產生的排斥現象；並能預防或治療巴金森氏症、阿茲海默症、亨汀頓氏舞蹈症及糖尿病等數十種疾病。

幹細胞的來源包括：胚胎、墮胎胎兒的生殖細胞、骨髓、血液、臍帶血、胎盤、體細胞核移轉以及重新設定成熟組織細胞的生命週期，讓成熟細胞表現得像幹細胞。但這些幹細胞發展成特定組織的潛能並非相同。理論上，胚胎幹細胞擁有發展成各種組織的最大潛能。雖然有科學家主張在將來可以使成人細胞重新設定生命週期成為幹細胞，但此仍為假設。目前仍以胚胎幹細胞為研究重心。胚胎幹細胞通常取自發育約四到五天胚胎之內層細胞群，然而在分離與純化的過程中，無可避免地會摧毀或損壞所使用的胚胎，⁸而引起生命倫理上之爭議。

1.4 問題提出與本文架構

對於本文設定的案例情形，規範上所關心的是，是否應該禁止或限制（管制）？而要回答此一問題，不可迴避的就是前胚胎地位究竟為何？一般對於胚胎的討論主要有三種見解：1. 胚胎是人；2. 胚胎只是一團細胞，可以任意處置；3. 胚胎是值得尊敬的一種生命型態。等到此一地位問題確定了之後，我們才知道應給予多少保護，然後進一步看看和幹細胞研究所產生的利益間的衡量，以回答本文案例行為應禁止或容許（或有限度的容許）。當然，在設計胚胎幹細胞研究管制規範時，需要考慮許多因素，與幹細胞研究有關聯的其他問題，例如複製人的容許性、製造器官的管制、基因隱私的保護，乃至其他不確定的風險等，均有研究的需要，但這部分並不在本文範圍內。

基於上述的理解，本文將在第 2、3 章概述我國法與幾個外國法對前胚胎的相關規範，檢視已存在的法秩序是將前胚胎當作什麼來看待；接下來本文企圖開

⁷ 一家位於麻塞諸塞州的公司 Advanced Cell Technology，於 2001 年 11 月 25 日宣佈，在複製人類胚胎上已有大進展。它們成功地將人類 DNA 移植入人類卵子中，製造出數枚六個細胞大的胚胎，參照 Tom Arnold, Embryo research raises issues of morals, ethics Laws on human replication lagging behind science (2001/11/26), <http://humancloning.newstrove.com/> (2002/01/10 瀏覽)。

⁸ 魏汎娟，胚胎幹細胞 (embryonic stem cells) 研究所引發爭議之討論，生物科技與法律研究通訊，第十一期，頁 7 (2001/7)。

展自己的討論，為做更基礎性的探究，首先在第 4 章選取倫理學的路徑，後以之為根據探討前胚胎的地位（第 5 章），最後，與其他利益做衡量，以回答本文設定的案例問題（第 6 章）。

2 前胚胎地位的我國法實態

2.1 人工協助生殖技術管理辦法

我國憲法上與此問題最接近的規定，或許是第十五條的「人民之生存權，應予保障」，但這實在無法明白看出任何前胚胎地位之端倪；同時，大法官未曾對胚胎或胎兒做過解釋，因此在實務上的憲法解釋層次，尚無可供參考的見解。

而在法律層次，我國關於胚胎幹細胞之研究，亦尚無明白的規範，因此只能從其他有關的法令秩序，找尋前胚胎在法律上是如何被看待。

首先，人工協助生殖技術管理辦法第四條第一項規定：「醫療機構應報請中央衛生主管機關核准始得施行人工生殖技術。但配偶間精子植入術不在此限。」第二項：「醫療機構非經前項核准不得接受精子、卵子之捐贈；亦不得貯存或提供精子、卵子。」第七條：「有左列情形之一者，醫療機構不得施行人工生殖技術：三、使用培育超過十四天以上之胚胎。四、使用供實驗研究用途之精子、卵子或胚胎。」第十五條第一項：「醫療機構施行人工生殖技術，於活產後，不得再使用該人工生殖過程中所用之精子、卵子及胚胎，並應於二個月內予以銷燬。」這些規定均是針對以人工生殖為目的之製造胚胎行為，為從事胚胎幹細胞研究的製造胚胎，則並不在此規範之內，可以說未被明白允許，可是也沒有禁止規定。

不過，我們是否可以探求上述規定看待胚胎的眼光，作為回答本文問題的基礎？從上述規定可以知道，製造胚胎的行為是被允許的，只是要經過核准，而最終胚胎的路，不是施行人工生殖技術長大成人，就是被銷毀，前者固無論，後者則似乎表明胚胎並不具有生存權之受保障地位。以此類推，以幹細胞研究為目的之製造胚胎似乎也可能容許，只要最後加以銷毀即可⁹。甚至，該辦法第七條第四款，也可能被解釋為暗示可以對胚胎進行實驗。

但是，為何第七條提及不得使用培育超過十四天以上之胚胎，值得研究。人工生殖法草案第十七條第六款規定與該條款相似，如果參照該草案條第十七條第六款的「說明」：「體外受精培育超過十四日之胚胎，其神經系統已發育，且為

⁹ 因為根據人工協助生殖技術管理辦法第七條，供實驗研究用途的胚胎不得施行人工生殖，故不能施行人工生殖技術使之長大成人。

一個體」，似乎表明了以十四天作為一關鍵性的交界，也就是說，十四天以上已經是一個體，不能任意處置，相反地，未及十四天的前胚胎神經系統尚未發育，不會感覺痛苦，而且不是一個「個體」，可以加以支配。¹⁰

雖然人工生殖法只是個草案，且立法說明亦不是法條本身，但既然目前適用中的管理辦法已有這樣的規定，亦可以之為參考，探求該規定的意旨。以此類推，為幹細胞研究的胚胎實驗，應可以也只會針對十四天以下的前胚胎為之。

不過，人工生殖法尚未立法通過，將來究竟如何規定仍未可知，人工協助生殖技術管理辦法又僅是一職權命令，並無法律授權，由於其中的規範明顯限制到人民之自由權利，依據行政程序法第一百五十八條應該是無效，只不過為免法秩序變動過大的衝擊，第一百七十四條之一又有緩衝規定：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。」故在二〇〇三年一月一日前仍可適用而已。因此，上述的討論的法律基礎其實已不甚堅強，十四天的區分，以及十四天以上的胚胎已經是一個體云云，是否能算得上是我國法律秩序的一部份，並不是毫無疑問。

2.2 民法

在民法上，人的權利能力是始於出生（民法第六條），因此民法對人與非人的界線很明顯應該是「出生」；但民法第七條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」通說認為胎兒於懷胎時既已取得權利能力，惟以死產為其解除條件，將來胎兒死產時，權利能力溯及消滅¹¹。因此，胎兒附條件地擁有權利能力。由於法條並未細分界定，這裡的胎兒應該是包括從受胎開始起算的前胚胎和胚胎階段，問題是，為人工授精或幹細胞研究而體外受精的前胚胎，有沒有包含在本條的胎兒概念內？一般從文義上理解的話，本條的胎兒應該指懷孕狀態下在正常狀況下會出生的胎兒，同時參酌下述刑法上的解釋亦同，因此似乎是不包括這種體外受精的前胚胎；當然，因為人工授精多餘而銷毀或幹細胞研究摧毀的前胚胎，不會活產出生，因此，事實上也不會有民事上權

¹⁰ 附帶一提，人工生殖法草案總說明中，有「對於生殖細胞及胚胎應予尊重，不得任意移為人類品種改良之實驗」之文句，其所謂尊重是怎麼一回事？草案第十八條的說明中提及「生殖細胞是否具有人格，在立法例、學說上雖有爭議，惟究其性質尚不宜與一般之物同視」，生殖細胞（指精子與卵子）都不宜與一般之物同視，胚胎自然更不宜與一般之物同視，但到底應該如何看待？凡此問題均不甚清楚。而如果直接從法條的規定來看，所為之管制大概都可以找到其他的理由或原因，除了上述十四天以上禁止實施人工生殖之外，並沒辦法看出有什麼規定是真正為尊重胚胎自存之價值而來，因此這些「應予尊重」、「不宜與一般之物同視」的抽象宣示，應不具有實質意義。人工生殖草案，參照行政院衛生署，人工生殖法草案總說明，<http://www.doh.gov.tw/new/law/900201-1.htm>（2001/12/26 瀏覽）。

¹¹ 參照施啟揚，民法總則，台北，三民，頁 68（1987/4 校訂四版）；王澤鑑，民法總則，台北，三民，頁 114-115（2000/10 增訂版）。

益的爭執發生。不過這也讓人想到，這種附活產條件的權利能力給予，是否其實仍是在保護出生的人，所為的一種權宜措施？

2.3 刑法與優生保健法

刑法殺人罪保護的主體「人」，也是始於出生，出生前的胎兒則由墮胎罪來規範，刑度與殺人罪相去甚遠，這顯示胎兒不是人，但仍受某程度的保護。由於「墮胎行為」的解釋為：「1.使胎兒死於母體子宮中；2.使胎兒早產，因發育尚未成熟，產出母體外後，立即死亡」，同時，因為墮胎罪條文有「懷胎婦女」用語，而必須有受精卵著床於子宮之婦女，才有「胎」可懷，而屬「懷胎」婦女，因此刑法墮胎罪之胎兒，自以解為受精卵著床子宮後為宜¹²，也就是說，範圍會包括到胎兒、胚胎，且可能包含到前胚胎之一部份，但以著床子宮之懷孕狀態為前提，故本文案例的殺死體外受精胚胎，應不屬於墮胎行為。雖然如此，墮胎罪所顯現的價值（前）胚胎、胎兒有保護利益 應仍可參考，只是，在優生保健法制定之後，依優生保健法所為的人工流產，已阻卻墮胎罪的違法性，故要對其價值做觀察，接下來還必須看優生保健法的規定。

優生保健法第九條：「懷孕婦女經診斷或證明有左列情事之一者，得依其自願，施行人工流產：

- 一 本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。
- 二 本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。
- 三 有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。
- 四 有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。
- 五 因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。
- 六 因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者。

未婚之未成年人或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人之同意。有配偶者，依前項第六款規定施行人工流產，應得配偶之同意。

但配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。

第一項所定人工流產情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研擬後，訂定標準公告之。」

優生保健法施行細則第十五條第一項：「人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。」第二項：「妊娠十二週以內者，應於有施行人工流產醫師之醫院診所施行；逾十二週者，應於有施行人工流產醫師之醫院住院施行。」

由以上規定可知，在妊娠二十四週內，只要符合優生保健法第九條的條件，均可墮胎，而該條的要件並不嚴格，尤其第六款「因懷孕或生產將影響其心理健

¹² 參照林山田，刑法各罪論（上），台北，台大法學院圖書部，頁 85-87（2000/12 增訂二版二刷）。

康或家庭生活者」可說是廣開大門，畢竟懷孕進而擁有子女，對婦女及其家庭都是一件大事，法條甚至還不是「重大影響」而僅稱「影響」，要構成應該不是很困難。這樣的價值顯現出，二十四週似乎是一個重要的分界，二十四週以下的胎兒，其利益雖然不是完全不被考慮，但被考慮得相當少，這與美國最高法院 Roe 及 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania 判決採取的「存活能力」界線有類似之處。由於優生保健法並沒有對胎兒下定義，概念上似乎也是涵蓋到八週以下的胚胎以及前胚胎部分，因此在優生保健法的價值之下，前胚胎所受保護程度相當有限，卻又不是全然不受保護。

2.4 小結

綜上所述，二十四週可能是一個重要的分界，至少在二十四週以下，只受到相當小的保護，而與一般的「人」差距甚遠，但至少在法律表面上並不是完全不予保護。但是，一方面民、刑、優生保健法所規範的，在文義上可能都不及於本題這種體外受精的情形，而使本文案例逃脫於規範之外，可能是因為當初的立法並不能預想到會有胚胎幹細胞研究的爭議使然，另一方面民、刑、優生保健法沒有對胎兒的階段做進一步細分，使更初始的階段僅受更小或不受保障，也同樣可能是因為無法預想到會有胚胎幹細胞研究的出現。雖然立法者考量了前述新興科技所帶來的衝擊之後，會如何規範並未可知，但總而言之，從上述法規的價值直接來類推，恐怕是不能十分妥切的。至於人工協助生殖技術管理辦法由於規範的是相對較新的領域，也許是個例外，其提及的十四天之分界，或許可解為前胚胎並不受保障，但由於其規範意旨其實不是很清楚，加上職權命令的性質遭到質疑，實有必要在規範上再做檢討。

本文對前述規定的解讀未必正確，而我國法令規定得讓人搞不清楚，本身恐怕就是規範上的一個大問題，更重要的是，這些區分是否是正確的切割，背後的理論邏輯究竟如何，都不清楚，到底前胚胎應以如何之地位被看待，為什麼是這樣被看待，仍待探究。

3 前胚胎地位的比較法觀察

3.1 概說

在此章中，將會試著探尋美、德、英三國在法秩序上如何處理胚胎或前胚胎的法律地位的。判決方面，由於涉及胚胎或前胚胎法律地位的判決少之又少，無

法藉由判決清楚說明相關問題，而須借助墮胎判決中的見解，因為在墮胎判決中，不可避免地會論及胎兒的法律地位，而實際上判決中的胎兒，是從受精到出生的一段連續過程，我們也就可能從中推導出前胚胎的法律地位。因此以下將會簡介美、德兩國具有代表性的墮胎判決。除此之外，並會介紹德國胚胎保護法、英國人類受孕與胚胎學法。這兩項法律直接以胚胎為其規範對象，但對胚胎用於實驗、胚胎保護的立場不盡相同。這些觀察不見得說得上對這三國法律上的見解有完整的認識，不足之處尚請見諒。

3.2 美國

3.2.1 Roe v. Wade¹³

美國最重要的墮胎判決為聯邦最高法院於一九七三年做出之 Roe v. Wade。法院明白指出，為了保護婦女的隱私權，在胎兒具有存活能力---實際上有維持及養育子宮外胎兒生命之可能性---之前，婦女可以不問理由為何而決定墮胎。詳言之，依法院建立的三段期間理論，在懷孕的前三個月，是否墮胎完全由婦女及其醫生決定，州政府只能在懷孕的第三個月以後基於對婦女健康的利益而限制婦女的墮胎權，在胎兒具存活能力（大約在懷孕的第二十八週，可能較早提前到第二十四週）以後，則可為保護胎兒的利益而限制甚至禁止婦女墮胎。¹⁴

在判決中關於胎兒地位的討論著重在，胎兒是否為憲法增補條款第十四條意義下的人（person）？法院提到，憲法並沒有對「人」這個字下定義，但是幾乎在所有提及「人」這個字的憲法條文中，這個字的使用都只限於出生後的人。因此法院認定，憲法增補條款第十四條中「人」這個字，並不包括胎兒，因此州政府對胎兒生命之保護欠缺重大迫切之利益。法院並同時指出，依據當時法律，未出生生命並未被承認是一個具有完全意義的人。¹⁵

3.2.2 Planned Parenthood of Southeastern

¹³ 410 U.S. 113 (1973)。

¹⁴ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 2 (1999/6)。

¹⁵ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 22 (1999/6)。

Pennsylvania v. Casey¹⁶

Roe 判決引起支持生命人士的強烈反彈，試圖以各種方法推翻 Roe 判決。然而直到一九九二年，最高法院在 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 一案，仍然認定婦女在胎兒具存活能力前享有墮胎權。只是州政府可以在不構成「不當負荷」(undue burden) 的限度內，限制婦女的墮胎權。¹⁷法院肯認自懷孕開始，州政府即有保護母親健康及可能成為小孩之胎兒生命的合法利益¹⁸。但是州政府用以促進潛在生命利益的方式，不可阻礙婦女之自由選擇權。

由上述兩個判決只能推論出，因為胎兒並非憲法增補條款第十四條意義下的人，所以胚胎也不是憲法增補條款第十四條意義下的人。可是聯邦最高法院並未明白指出胚胎的法律地位為何。即使可以從判決中未滿三個月的胎兒不受保護，推論到前胚胎也不受保護的結論，也必須注意到此一結論是在「保護母親隱私權」下所得。在不同事實背景下，是否要採取同一立場則有疑問。而接著提到的各州判決則清楚顯示出，各州透過法律表現對前胚胎不同程度的偏好。

3.2.3 涉及胚胎法律地位的各州判決

各州涉及胚胎地位的判決，對於胚胎法律地位為何並無一致見解，是否援用 Roe 判決也有分歧。有些法院未就不同事實加以區別，一概援用 Roe 判決的見解，認為胚胎不是人，法律不需加以保護。例如 Doe v. Shalala¹⁹一案，原告之一 Mary Doe 是一未特定的胚胎，要求法院禁止國家衛生院 (National Institutes of Health, NIH) 人類胚胎研究小組提議將聯邦預算用於胚胎研究。馬里蘭地方法院駁回此訴訟，認為 Mary Doe 並非適當的原告 (proper plaintiff)。法院依據 Roe 判決，認為欠缺存活能力的胚胎不論是在母體內或是母體外都不是人，欠缺值得依法律保護的利益。批評者認為，本案事實並無母親隱私權受到侵犯的利害衝突，沒有必要採取 Roe 判決的見解。²⁰

另一詳細討論到胚胎地位的判決是 Davis v. Davis²¹，在解決胚胎歸屬時，把胚胎當作物來處理。本案事實是，Davis 夫妻在離婚訴訟中，對於之前經由人工

¹⁶ 505 U.S. 833 (1992)。

¹⁷ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 2 (1999/6)。

¹⁸ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 50 (1999/6)。

¹⁹ 862 F. Supp. 1421 (D. Md. 1994)。

²⁰ SHARON M. PARKER, Comment: Bringing The "Gospel Of Life" To American Jurisprudence: A Religious, Ethical And Philosophical Critique Of Federal Funding For Embryonic Stem Cell Research, 收錄於 THE CATHOLIC UNIVERSITY OF AMERICA, JOURNAL OF CONTEMPORARY HEALTH LAW & POLICY, 786-788 (summer 2001)。

受精而產生的七個胚胎應如何處理發生爭執。田納西州地方法院拒絕適用 Roe 判決的見解，因為本案事實並無母親與胚胎的利害衝突，並進一步認為人類生命於受精時開始，父母對胚胎有保護義務，而胚胎的最佳利益就是讓他們在母親體內發育成熟。上訴法院則將胚胎視為財產，而認定原被告雙方對胚胎都有利益，不能強迫任何一方成為父母。²²而最高法院一方面認為胚胎有發展成人的潛能以及其象徵意義，因此胚胎值得尊敬。但另一方面，法院卻認定因為胚胎還沒發展為人，所以不需要把胚胎當作人來對待。最後最高法院認定原被告對胚胎並無事實上的財產利益，但是因為有權決定如何處置胚胎，因此擁有所有權本質的利益，而肯認上訴法院的見解。²³

3.2.4 聯邦預算補助胚胎幹細胞研究之政策

立法與行政部門則著重在胚胎的地位為何，聯邦預算可否用以補助幹細胞研究。雖然一九九五年的法律禁止將聯邦預算用以補助涉及人類胚胎毀損的研究，但可否將聯邦預算用以補助胚胎幹細胞的研究則有爭議。例如國家生物倫理諮詢委員會（NBAC）在一九九九年提出的報告中，採取中間路線，承認早期人類胚胎是值得尊敬的生命形式，但可因研究的效益合理化胚胎的摧毀。NIH 並在二〇〇一年八月訂定的指導方針中，允許聯邦預算用於補助胚胎幹細胞研究，但不及於分離幹細胞的程序。²⁴最新的發展是，布希政府於二〇〇一年八月發表演說，肯認胚胎是潛在的生命。在演說中提到雖然幹細胞研究可以創造極大的福祉，但分離幹細胞會造成潛在生命的死亡，因此此後聯邦經費僅能資助研究六十餘個已經存在的幹細胞系（stem cell lines），因為這些胚胎的生死已經被決定了。²⁵不過要注意的是，這是聯邦經費補助上的政策，至於以私人經費從事幹細胞研究而重新摧毀胚胎的行為，則既不受制裁也得不到鼓勵。

²¹ 842 SW.2d 588, 597 (Tenn. 1992)。

²² 類似見解參照 York v. Jones。

²³ SHARON M. PARKER, Comment: Bringing The “Gospel Of Life” To American Jurisprudence: A Religious, Ethical And Philosophical Critique Of Federal Funding For Embryonic Stem Cell Research, 收錄於 THE CATHOLIC UNIVERSITY OF AMERICA, JOURNAL OF CONTEMPORARY HEALTH LAW & POLICY, 788-790 (summer 2001)。

²⁴ SHARON M. PARKER, Comment: Bringing The “Gospel Of Life” To American Jurisprudence: A Religious, Ethical And Philosophical Critique Of Federal Funding For Embryonic Stem Cell Research, 收錄於 THE CATHOLIC UNIVERSITY OF AMERICA, JOURNAL OF CONTEMPORARY HEALTH LAW & POLICY, 775 (summer 2001)。

²⁵ 陳英鈐，人類幹細胞研究的法問題，2001 全國科技法律研討會論文集，頁 517-518(2001/11)；George W. Bush, Remarks by the President on Stem Cell Research (2001/8/9)，<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/08/20010809-2.html> (2001/12/26 瀏覽)

3.2.5 小結

綜上所述，可以發現行政、立法與司法針對不同的法律層面（墮胎、人工生殖、胚胎研究、刑法等），依據不同的道德標準與公共政策，對胚胎的法律地位發展出不一致的法律原則。胚胎的法律地位是不確定的，會隨著情境而改變。於立法層面，在涉及胚胎研究上前胚胎所受保護極小，但又未必完全不被考慮，在墮胎問題上亦然；行政方面，則因共和黨執政而偏向於胚胎的保護，強調胚胎發展為人的潛力；各州法院判決則見解不一。統括地說，前胚胎在美國的法秩序中並不是人，但在許多地方又不是被認為完全沒有價值而不受保護，即使受保護的程度相當低。

3.3 德國

3.3.1 第一次墮胎判決²⁶

德國於一九七四年通過墮胎罪的改革法案，其中刑法第 218 之 a 條規定：「懷孕十二週內，經孕婦同意而由醫生所為的墮胎，不罰。」一百九十三位基督教民主黨員及一些該黨執政的邦政府，主張第 218 之 a 條違憲，因為該規定允許在懷孕起十二週之內墮胎，違反了基本法第二條第二項第一句：「任何人均有生命與身體不可侵犯的權利。」第一條第一項第一句：「人性尊嚴不可侵犯。」²⁷²⁸最後聯邦憲法法院認定，第 218 之 a 條因為違反基本法對生命之保障而違憲。²⁹

基本法第二條第二項第一句規定：「任何人均有生命與身體不可侵害的權利。」法院認為，其保護不限於出生後已發育成熟的人，也不限於有存活能力的胎兒，強調「任何人」係指「每一個生命」，而依據現有之生物—生理學的認識，生命至少在懷孕後第十四日已經存在。由於「生命至少在懷孕後第十四日已經存在」，因此胎兒本質上也是基本法第二條第二項第一句所保護的「任何人」，胎兒並享有人性尊嚴。³⁰

²⁶ BverfGE 39, 1ff.

²⁷ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 78-79（1999/6）。

²⁸ 該改革法案並規定，自懷孕十二週起至二十二週內，若懷孕危及母親之生命或健康或有理由相信胎兒將產生無法治療的缺陷時，可以墮胎。而在二十二週之後，只有在危及母親生命的情形下允許墮胎。

²⁹ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 2（1999/6）。

³⁰ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 81-83（1999/6）。

依生物---生理學確認胎兒具有生命後，法院就生命的社會價值加以論述。法院指出，出於對國家社會主義的反動，基本法建立了一套受價值拘束的秩序，此一秩序以個人的生命及尊嚴為中心。此一看法之概念基礎為，在萬物的秩序中，人類擁有一個別獨立的價值，此一價值具有法拘束力而且要求無條件尊重包含表面上無社會價值的生命在內的每個個別生命，因此沒有正當理由就消滅這些生命是不受允許的。立法、政策制定都必須受到此看法的拘束。即使人民多數的觀點發生一般性的改變，也無法改變此一限制。³¹

3.3.2 第二次墮胎判決³²

東西德統一後，於一九九二年通過孕婦及家庭扶助法，第 218 之 a 條規定婦女懷孕未超過十二週時，在進行困危與衝突情況之諮詢後，由醫生進行之墮胎不違法。但巴伐利亞邦政府及二百四十九個國會議員認定第 218 之 a 條違憲，因為該條將墮胎一般性地合法化，意味者對未出生生命保障的放棄。³³最後法院在一九九三年的第二次墮胎判決中，考慮到保護方式的有效、保護範圍的適當後，允許婦女在懷孕的前三個月經過諮詢計畫之後，自行決定是否墮胎，同時對於這些墮胎不再予以處罰（排除於刑法構成要件以外）。³⁴

在此判決中法院仍然肯定胎兒的生命權，認為在懷孕期間（自著床起至分娩為止），未出生生命在遺傳學上的身份及其唯一性與獨特性已經確定而不再是可分生命，在這個成長與自我發展的過程中，未出生者並非只是成長為人，而是成長中的人。由於凡是人類之生命即有人性尊嚴，因此國家對包含未出生者在內的生命有保護義務。³⁵

由上述兩個判決可得知，生命至少在懷孕後第十四日已經存在，因此十四天以後的胚胎是人，受到基本法的保護。反面推之，未滿十四天的前胚胎並不是基本法所保護的人。

3.3.3 胚胎保護法

聯邦憲法法院採取康德的範疇命令的基本精神，強調每個人的存在本身都是

³¹ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 94-95（1999/6）。

³² BverfGE 88, 203ff.

³³ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 117-121（1999/6）。

³⁴ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 2（1999/6）。

³⁵ 張志明，美國聯邦最高法院與德國最聯邦憲法法院墮胎判決，政大法研所碩士論文，頁 124（1999/6）。

目的，而不是他人的工具。而一九九一年通過的胚胎保護法也以此精神來保護胚胎，避免胚胎成為他人的工具。依該僅十三個條文之法律規定，作為不孕治療的體外受精雖被承認，但是以研究為目的的受精卵培育與操作則是完全被禁止，且是以刑事制裁的方式來禁止。尤其值得注意的是，法所保障的未出生生命嚴格到起自受精之時點。³⁶這其實已與墮胎判決的十四天標準有所不同。

3.3.4 小結

德國法院的見解，相當明白地指出十四天以後的胚胎受到基本法的保障，是基本法第二條第二項第一句所保護的「任何人」，並享有人性尊嚴。不過有趣的是，婦女在懷孕的前三個月經過諮詢計畫之後，自行決定是否墮胎是被容許的，如果胎兒是和已出生的人相同的實體，這恐怕是很難想像的事，也就是說，在墮胎問題上，德國和美國的前提相反，一個認為是人一個認為不是人，結論上應該南轅北轍，實際上差距卻沒有那麼大。回到前胚胎的部分，雖然並沒有被認為屬於基本法所保障的人，卻在法律的層次（胚胎保護法）被當作人來看待，只是此一價值和墮胎上的判斷有無一致，似乎還有些疑問。

3.4 英國

英國一九九〇年制定人類受孕與胚胎學法（The Human Fertilization and Embryology Act of 1990），明文規範胚胎研究，與上述德國的胚胎保護法採取不同的立場，同意將胚胎用於研究。該法允許對十四天內的受贈胚胎進行研究，但研究範圍限於：不孕症、流產原因、先天性遺傳疾病、以及新避孕法之研究等。

而二〇〇一年的突破性修法更進而允許治療性複製，科學家可以自胚胎抽出幹細胞來研究，但必須經由「人類受孕與胚胎學管理局」（HFEA）核發許可並監督。若未經 HFEA 許可擅自進行胚胎研究，將會受到刑事制裁。³⁷

在胚胎幹細胞研究方面，英國目前的主流意見似乎是認為胚胎是值得尊敬的一種生命型態，隨著其發展保護也應該增加。也就是人類胚胎具有特殊的地位，但該地位與成人或小孩並不相同。並且在早期階段可以因為研究的效用而合理化胚胎的毀壞。³⁸因此顯現在前述法律規定上，英國對前胚胎階段的胚胎幹細胞研

³⁶ 參照程明修，遺傳基因工程之公法規制——以人工生殖技術（無性生殖，asexual reproduction）為中心，全國律師，一九九八年三月號，頁 33-34（1998/3）；程明修，歐洲「關於生物暨醫學應用之人權與人性尊嚴保護公約：人權暨生物醫學公約」簡介，視野，第五期（週年專刊）（2000/8），http://www.geocities.com/issue5_ms/chenng-p26（2002/1/20 瀏覽）；陳英鈴，人類幹細胞研究的法問題，2001 全國科技法律研討會論文集，頁 514（2001/11）。

³⁷ 英國完成修法允許複製人類胚胎，生物科技與法律研究通訊，第九期，頁 1（2001/1）。

³⁸ The Department of Health UK, Stem Cell Research: Medical Progress With Responsibility--A Report From The Chief Medical Officer's Expert Group Reviewing The Potential Of Developments In

究採取開放的態度。

然而，在二〇〇一年十一月英國高等法院（High Court）做出判決，採納反墮胎團體的意見，認為胚胎只限於由精子與卵子結合而成，而複製胚胎是由複製技術所創造的，並非胚胎，因此不應規範於人類受孕與胚胎學法，允許複製人類胚胎的規定自始無效。英國政府已就此判決提起上訴。³⁹將來英國法秩序如何看待前胚胎，仍待觀察。

4 生命倫理路徑的選取

從上述的觀察可知，不論是我國或是美國、德國、英國，現存的法秩序究竟對（前）胚胎地位給予什麼答案，並不是很清楚，或更精確地說，不是未清楚意識把胚胎（胎兒）當作何種東西來看待，就是並沒有看到背後理論一貫的依據，來對應給予前胚胎多少保護一事提供思考的基礎。國內一些論及胚胎地位的學說見解，也同樣未見很有理論說服力的論述⁴⁰。本文認為，要處理有關前胚胎的許多爭議問題，不得不面對前胚胎地位究竟為何的問題，而要思考前胚胎之地位，在既有的法律概念例如人性尊嚴、生命權等等上面打轉，恐怕已經遭遇瓶頸，而應再往上尋求倫理學上的討論依據。當然，本文不是認為某一問題已不是憲法領域負責，而該歸倫理學去談，而只是認為更深入地思考此一問題，挖掘背後的理論基礎，有其必要。這麼做是否真能得出更有意義的解答，本文亦不敢說，只是想由此做一嘗試而已。

在 Helga Kuhse 和 Peter Singer 編輯的 *A Companion to Bioethics* 一書中，將倫理學的路徑（approach）分為下述六種：原則取向路徑⁴¹、絕對規則路徑⁴²、功

Stem Cell Research And Cell Nuclear Replacement To Benefit Human Health (2000/8/16), http://www.geburtskanal.de/Wissen/G/Medical_Progress_with_Responsibility.shtml (2002/1/10 瀏覽)。

³⁹ 參照 Kristen Philipkoski, Cloning Confusion in the U.K. (2002/1/17), <http://www.wired.com/news/medtech/0,1286,49804,00.html> (2002/1/30 瀏覽)。

⁴⁰ 有些有提供多一些的討論，有些則僅為引介的性質。提及此一問題的文章，例如李震山，從憲法保障生命權及人性尊嚴之觀點論人工生殖，*月旦法學*，第二期，頁 19-20 (1995/6)；李震山，「複製人」科技發展對既有法律思維與制度之衝擊——以基本權利保障為例，*月旦法學*，第七十九期，頁 162-164 (2001/12)；陳英鈺，人類幹細胞研究的法問題，2001 全國科技法律研討會論文集 (2001/11)；魏汎娟，胚胎幹細胞 (embryonic stem cells) 研究所引發爭議之討論，*生物科技與法律研究通訊*，第十一期，頁 11 (2001/7)；蔡達智，生命科技的發展對基本人權的影響，*中興大學法研所碩士論文*，頁 16-23 (1997/5)。

⁴¹ 原則取向路徑 (A principle-based approach)，認為一些一般性的道德規範或行為準則是道德推論的中心；有些道德規範或行為準則被理解為原則 (principles)，有些則被理解為規則 (rules)，它們都是具體化在特定情境下被禁止、被要求或被允許的行為態樣的一般性行為準則。參照 JAMES F. CHILDRESS, A Principle-Based Approach, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 61 (1998)。

⁴² 絕對規則路徑 (An absolute rule approach)，例如根植於康德道德哲學或天主教自然法傳統的路徑，認為特定的道德規則或箴言 (precepts) 是沒有例外的，例如聖經上禁止通姦、天主教禁

利主義路徑⁴³、德性倫理路徑⁴⁴、關懷路徑⁴⁵、案例路徑⁴⁶；Tom L. Beauchamp 和 James F. Childress 所撰寫的 *Principles of Biomedical Ethics* 一書，則提及道德理論包括：功利主義⁴⁷、康德主義⁴⁸、自由個人主義⁴⁹、社群主義⁵⁰、關懷倫理學⁵¹；

止故意殺害無辜者、康德論者禁止說謊等。參照 JOSEPH BOYLE, *An Absolute Rule Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 72 (1998)。

⁴³ 功利主義路徑 (A Utilitarian approach), 主要的要素為：結果主義 (consequentialism)、福利國家主義 (welfarism)、集體主義 (aggregationism)。結果主義：以其結果來決定行為的對錯；福利國家主義：與行為的道德性相關的結果，是增加或減少所有被影響者的福祉的結果，表示所有被影響者的福祉公平地被考慮；集體主義：在一群人和另一群人的福祉間作選擇時，我們應該選擇使整體福祉最大化的行為。參照 R. M. HARE, *A Utilitarian Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 80-82 (1998)。

⁴⁴ 德性倫理路徑 (A virtue ethics approach), 乃是以德性為取向的 (virtue-based) 倫理學路徑，有六個不可缺少的關鍵主張，第一個也許是最基礎性的一個指稱：一個行為是對的，若且惟若它是一個在該情況下有德性之主體會做的行為；也就是說，對 (rightness) 的標準建基於有德性的人是否會這麼做。其他五個主張為：善優先於對、德性是不能削減地複數的本質善、德性是客觀地善的、有些本質善是主體相關的、正確地行動不要求我們最大化善。參照 JUSTIN OAKLEY, *A Virtue Ethics Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 86,88-91 (1998)。

⁴⁵ 關懷路徑 (A care approach), 是一種理解一個人道德角色、看待道德問題和在道德情境中達到完足的方法。五個中心概念分別是：道德注意、同理心、關係意識、滿足、回應。此一路徑是 Gilligan 在 Kohlberg 的正義方針之外，所提出的所謂關懷的聲音 (care voice)，認為道德主體是：深藏在特殊社會背景、人際關係和個人故事，而指引他們道德注意朝向真實的他人，和展現對他人的同理心和認同的主體；認為個人和社群的道德地位：有特別義務、被實在和潛在的關係和被角色所加諸。參照 RITA C. MANNING, *A Care Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 98-101 (1998)。

⁴⁶ 案例路徑 (A case approach), 也就是當代的決疑論 (casuistry) 所主張的研究方法，提倡由下而上作用的路徑，由對具體個案的回應開始，然後繼續下去發展更多抽象原則或道德規則。其核心要素為：範例 (paradigm)、類比 (analogy)、分類 (taxonomy)。決疑論最嚴酷的任務乃是決定手上的案件應落在範例光譜的什麼地方，其所採用的方式就是類推的思考，比較手上案件和不同範例的異同，以決定如何類推。參照 JOHN D. ARRAS, *A Case Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 106-108 (1998)。

⁴⁷ 功利主義：結果取向的理論 (Utilitarianism: consequence-based theory)。結果主義主張根據衡量好和壞的結果，來判斷行動的對或錯，而功利主義。結果取向理論中最突出的。只接受唯一的道德原則：效用原則。參照 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*, Oxford University Press, 5th edition, 340-341 (2001)。

⁴⁸ 康德主義：義務取向的理論 (Kantianism: obligation-based theory)。常被稱為義務論 (deontological) 的理論，認為判斷行動的對錯，不以結果為特徵或除了結果之外還有其他特徵之理論；此種理論形式漸漸被稱為康德主義，因為康德的倫理思想最深刻地形塑其論述。康德最重要的主張之一就是，個人行為的道德價值僅能從個人遵行的義務規則可接受度來判斷；個人行為不僅必須和義務相一致，且必須是為了義務而為，一個人行為的動機，必須來自於對道德上所要求的加以意欲之認知；最主要的公式。斷言令式 (categorical imperative)：僅依據你能同時意願它成為一項普遍法則的那項格律而行動；此一原則正當化所有特定的義務令式 (道德上使負義務的「應然」陳述)。參照 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*, Oxford University Press, 5th edition, 348-350 (2001)。

⁴⁹ 自由個人主義：權利取向的理論 (Liberal Individualism: rights-based theory)，認為一個民主社會必須切出一塊個人可以在其中追求自我規劃的特定空間；以基本人權原則，保護個人具體的基本自由和利益。權利是個人和團體能與其他人及社會和解的正當化主張，擁有權利就是處於一以

Loius P. Pojman 的 *Life and Death: A Reader in Moral Problems* 一書，則在做基本倫理學介紹時，引介三個古典的倫理學理論：義務論的、功利主義的、契約論的倫理學⁵²。這些與生命倫理有關的倫理學理論，呈現盤根錯節的多樣性面貌，令人茫然不知所從。

要從中理出頭緒做出選擇，是一極為艱鉅的任務，不過，這裡的目的是為回答本文問題提供判斷的基礎，而不在建立一個全面性的理論架構，這終究會有些不同，相對上或許也較易達成。

首先要澄清的是，上述路徑或理論並非均屬相互排斥、截然劃分，而可能呈現或衝突或區隔或重疊或包含的關係，或甚至是從不同的角度看問題，不見得一定能在同一基礎上比較，因此並不是採取了一說就一定不容許另一說。例如原則取向路徑，有可能是義務論，也可能是結果主義的理論，甚至有些原則取向路徑試圖同時採納結果論與非結果論或義務論的考量⁵³，舉例來說，原則主義者 Tom L. Beauchamp 和 James F. Childress 就認為，沒有道德理論能滿足所有有關的標準⁵⁴，但許多不同的理論導引出類似的行為準則和相似的德性，甚至大部分的理論

自己的選擇決定其他人應該做什麼或需要不做什麼的地位。參照 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*, Oxford University Press, 5th edition, 356-357 (2001)。

⁵⁰ 社群主義：社群取向的理論 (Communitarianism: community-based theory)，認為在倫理學中每一基礎性的東西取自於社區的價值、一般的善、社會的目標、傳統的實踐，以及合作的德性；習俗、傳統、忠實，以及生命和公共團體的社會本質，比在其他理論形式更顯著地嶄露頭角。地方性的社群實踐和他們符合的美德，在規範的決策中應較倫理學理論具有優先性。參照 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*, Oxford University Press, 5th edition, 362,366 (2001)。

⁵¹ 關懷倫理學：人際關係取向的記述 (Ethics of Care: relationship-based accounts)，是沒有中心道德原則的另一道德反應之家族。它和社群主義倫理學分享了一些前提，包括一些對自由主義中心特色的反對，以及強調在親密的個人關係中有價值的特徵，如同情、憐憫、忠誠、洞察力和愛。關懷倫理學的倡導者藉著聚焦於涉及關懷、責任、信任、忠誠和敏感性去著手處理案件。參照 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*, Oxford University Press, 5th edition, 369-370 (2001)。

⁵² 義務論強調的是該當的行為的種類：價值落在「對的」種類的行為上，像是說實話、信守諾言、忠實等。功利主義強調行為可能導致的結果；行為之所以為對，乃在於它會產生最大的「善」，其座右銘是：「最大多數人的最大幸福」。契約主義則認為，如果不為了解決利益衝突使我們同意建立一些規則，生活會變得極其混亂，每個人都在彼此爭戰，他是「孤獨的、可憐的、凶惡的、粗魯的、短暫的」，為了避免這種「自然狀態」，我們設計一些規則來和平地解決歧異，並訂定契約來確定這些規則，我們放棄了某些自由來換取安全，但是我們同意這樣做是符合自我利益的。對於義務論和功利主義而言，道德原則是客觀的原則，人可以藉著理性發現它們，但對契約論者而言，它們卻是社會所創造出來的。義務論強調對義務無旨趣地 (disinterested) 獻身，功利主義強調對最大幸福無旨趣地獻身，契約論者卻是以自我為中心的，他的動機出自我們的自利心。參照波伊曼編著，楊植勝等譯，*生死的抉擇：基本倫理學與墮胎*，台北，桂冠，頁 17-20(1997/4)；另可參照波伊曼著，江麗美譯，*生與死：現代道德困境的挑戰*，台北，桂冠，頁 10-17(1995/5)。

⁵³ 參照 JAMES F. CHILDRESS, *A Principle-Based Approach*，收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 61-62 (1998)。

⁵⁴ 作者認為倫理學理論建構的八項條件包括：clarity, coherence, completeness and comprehensiveness, simplicity, explanatory power, justificatory power, output power, practicability。參照 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*, Oxford University Press, 5th edition, 339 (2001)。

均接受相似的一般性原則（或價值），包括尊重自主、不危害等等⁵⁵，且從全書可看出作者企圖以其自己的架構進行理論的整合。又如案例路徑，其實是我們向來便理解與運用的一種法學方法，或許可以作為獨立的一種倫理學路徑，但也完全可能應用在其他的理論，作為推論上的輔助工具；例如在絕對規則路徑，由於有時候某行為是否被道德絕對所禁止是不清楚的，因此就需求決疑論來決定是否一特定行為落在道德絕對的禁止當中⁵⁶。

其次，少數路徑在解答此處問題時，可能並不去回答，或不一定需要回答前胚胎的地位應為如何，例如德性倫理路徑在墮胎問題上，是依賴該女性在特殊情況下決定墮胎所顯現的人格型態，來判斷其道德性⁵⁷，而不必去回答胎兒是不是人的問題，以此類推，此處可能也不用去探究前胚胎是否是人。又如案例途徑，如果將之作為獨立的倫理學路徑，我們需要找尋與此處案件類似的「範例」以供「類比」，一旦發現某範例與系爭案件的相似性是有力且凌駕其差異，就可類推其做法或決定，因此也不需要回答前胚胎的地位如何。如此一來，若採行上述路徑，本文聚焦於前胚胎地位的討論就可能變得沒有意義。不過本文認為，上述理論均不足以解答系爭的問題，以德性倫理學來說，什麼是「有德性之主體會做的事」太過模糊，本就是其嚴重的缺點⁵⁸，在這裡尤其顯然，我們實在不知道為了研究而製造、消滅前胚胎的人，是否真的就是不仁慈、不憐憫或是不正義的⁵⁹，因此此說不值得採取；至於在案例路徑，我們可能不容易找到適當的範例以供比附援引，本文想到可能的類似案型只有墮胎和人工生殖對胚胎的處置，但問題是，墮胎容許性本就是聚訟盈庭、莫衷一是的爭議議題，根本不能做為有明白對錯的範例案件，至於人工生殖時將多餘的胚胎銷毀固然較少爭執，但以此類推本文仍認為欠缺說服力，因為在人工生殖上容許銷毀胚胎是否確是反映了道德真

⁵⁵ 參照 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*, Oxford University Press, 5th edition, 376-377 (2001)。

⁵⁶ JOSEPH BOYLE, *An Absolute Rule Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 76-77 (1998)。

⁵⁷ 例如為了出國度假而終止七個月的懷孕，是無情而自我中心的；在已經具備良好條件成為父母的情況下，因恐懼做母親而墮胎，是懦弱的；一個未成年女孩因感覺未準備好成為母親而墮胎，則顯示的是她發展的現階段適當的人性。ROSALIND HURSTHOUSE, *Virtue Theory and Abortion*, *Philosophy and Public Affairs*, 241 (1991)；ROSALIND HURSTHOUSE, *BEGINNING LIVES*, Oxford: Blackwell, 168-169, 307-318 (1987) 轉引自 JUSTIN OAKLEY, *A Virtue Ethics Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 92 (1998)。

⁵⁸ 關於對德性倫理學的批評及其回應，參照 JUSTIN OAKLEY, *A Virtue Ethics Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 93-96 (1998)。

⁵⁹ 雖然也許德性倫理學可以進一步探究，人格型態背後所彰顯的意義，例如在墮胎的情形，某些情況下終止懷孕是錯的，其背後的理由是：1. 它可能顯示了對體察父母身分（parenthood）之本質價值的欠缺，而父母身分對繁盛人生是重要的；2. 它可能採取中斷一個新的人類（human）生命的決定，卻缺乏應有的嚴肅態度，而此點也顯示在允許重度殘障嬰兒死亡和人類胚胎實驗的決定上。JUSTIN OAKLEY, *A Virtue Ethics Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 92 (1998) 但是，「新的人類生命」地位是什麼？「應有的嚴肅態度」是到那邊？仍是不清楚的東西，此一問題也

理，尚值懷疑，假如前胚胎是人，我們所要做的恐怕不是容許以前胚胎提供幹細胞研究，反而是禁止人工生殖上的銷毀胚胎行為甚至是禁止人工生殖⁶⁰。因此，本文認為前胚胎地位仍是不得不去回答的問題。

接下來，如果緊扣前胚胎地位的問題，會發現大部分的理論似乎不能提供有力的判斷基礎。不論是不危害、禁止故意殺害無辜者、效用、權利，都需要以明白前胚胎的地位為前提，否則我們不清楚他是不是義務的對象、權利的主體、他的效用應不應該被計算；也就是說，對於某一實體是否為主體，並未提供判斷的論理基礎，而必須等到主體被確定了，才能開始其理論的分析。這並不是說這些理論不當或沒有用，只是在回答此一問題時欠缺效果。

本文以為，唯一可能提供較基礎性說明的，似乎只有契約論。契約論往往可以就其論點劃歸到義務論或目的論裡，例如柏拉圖的「理想國」裡 Glaucon 所提出來的說法明顯地是一種目的論，而 John Rawls 的正義論則是一種義務論⁶¹，因此，契約論可能和其他的道德理論結合，而未必與其他路徑相排斥，但其特殊的價值在於，可以提供更深一層的推理基礎，去證立國家權力的生成，以及人民權利、平等等概念，也就是說，要探求上述事物的來源，可以從原初狀態下人們共同締結契約來得到基礎，因為契約須得到共同的合意，人們會訂定保障個人權利的社會合作的公平條款，從而該理論為權利的保障提供了說明，而不是流於將權利歸諸於天賦、自然等空泛的吶喊，因此就上述事務來源之證立一事，契約論較其他理論遠有說服力；任何其他理論缺少了契約論說明的這一塊，都將顯得殘缺不全，無法解釋某些部分。同時，近代憲法的制定，受到社會契約論頗大的影響，可說憲法是將社會契約成文化、具體化⁶²，使契約論在法解釋上的運用應是順理成章之事。綜上所述，契約論提供了較深一層的思考基礎，遂成為推斷前胚胎地位 似乎是唯一 可行的路徑。

當然，契約論本身也受到相當多的批評⁶³，但本文要澄清的是，有些評論即

就不能不回到本文所注視的前胚胎地位問題。

⁶⁰ 問題的根源在於，決疑論是個缺乏內容的方法，它是在道德思考時，顯現案例比較和類比的基本重要性之思維工具，但它欠缺最初的道德前提，它也缺少「確信」(“certitude”)的實質土壤，參照 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS*, Oxford University Press, 5th edition, 395-396 (2001)；關於決疑論的批評及回應，另可參照 JOHN D. ARRAS, *A Case Approach*, 收錄於 HELGA KUHSE & PETER SINGER EDS., *A COMPANION TO BIOETHICS*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, UK, 111-112 (1998)。

⁶¹ 楊植勝，導讀：基本倫理學與墮胎，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，*生死的抉擇：基本倫理學與墮胎*，台北，桂冠，頁 5 (1997/4)。這裡提到了目的論，也就相等於前述的結果取向理論，而包含功利主義。義務論與目的論是現代倫理學傳統兩大派別，參照楊植勝，導讀：基本倫理學與墮胎，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，*生死的抉擇：基本倫理學與墮胎*，台北，桂冠，頁 5-8 (1997/4)；另可參照顏厥安，*自由與倫理——由代理孕母的合法化問題談價值命題的論證*，收錄於氏著，*法與實踐理性*，台北，允晨，頁 367-369 (1998/7)；波伊曼著，江麗美譯，*生與死：現代道德困境的挑戰*，台北，桂冠，頁 13-14 (1995/5)。

⁶² 參照盧部信喜著，李鴻禧譯，*憲法*，台北，月旦，頁 32 (1995/12)；周志宏，*憲法的基本概念*，收錄於許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，*現代憲法論*，台北，元照，頁 22-23 (2000/9 二版)；另參照 JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 13 (1971)。

⁶³ 對契約論的批評可參照 Tom Regan 著，張忠宏譯，*關於動物權利的激進平等主張*，收錄於波

使能適用於古典的契約論⁶⁴，也未必適用於一切的契約論，本文心目中的契約論是作為確立指導社會基本結構設計的原則（好像 John Rawls 的正義論所做的一般），是理論的假想，本不是歷史事實，也不需回答「我們何曾同意」的質疑，是用於規則的推導，將之限於個別情形的適用是錯誤的理解；尤其重要的是，本文並不認為契約論可以解答一切，它確實有所不足而需要其他理論的填充，以解決一些它不能處理的問題，但它本身卻無法被否定。

5 前胚胎地位的本文見解

5.1 前胚胎是否必然為基本權利主體

對於胚胎或前胚胎地位的討論，一般常圍繞於人與非人的問題上，就法的意義而言，如此討論的邏輯應該是，他是人因此享有基本權利，或它不是人因此沒有基本權利，這樣的論辯。不管以人的概念為中心是不是不清楚的，以下將從這個問題點談起，再試著澄清爭點，提出本文認為誰才是不假創設必然地成為基本權利主體的看法，並就一些可能的懷疑加以說明。

關於人與非人的區分標準，可能有非常多種，例如 Noonan 提到的包括 1. 生存能力；2. 經驗；3. 成人的感情；4. 雙親的感覺；5. 社會的可見性；而他自己的看法則是受精之時，也就是「有人類遺傳密碼的存有者是人」⁶⁵。Gensler 則提到人的生命可以宣稱由不同的起點開始：1. 懷孕時；2. 當個體性得到保障時（胚胎組織不會斷裂或者和別的組織融合）；3. 當胚胎有腦波時；4. 當胚胎能夠自己生存時；5. 出生時；6. 當實體有自我意識時⁶⁶。Brody 以有正常功能的腦（大約在六個禮拜發育後），或得到功能正常的心臟時（只知道應該是在第二週的末端到第三個月底之間）為標準⁶⁷。另有學者則指出，人類與人格者應予區分，前者著重

伊曼編著，張忠宏等譯，為動物說話：動物權利的爭議，台北，桂冠，頁 74-76（1997/4）；張忠宏，導讀：動物權利的爭議，收錄於波伊曼編著，張忠宏等譯，為動物說話：動物權利的爭議，台北，桂冠，頁 12-14, 18（1997/4）；許修豪，非人類動物的基本權利？從黑猩猩談起，台大法研所碩士論文，頁 247-248（1999/7）。

⁶⁴ 從霍布士、洛克、盧梭到康德的社會契約論簡介，參照趙敦華，勞斯的《正義論》解說，台北，遠流，頁 13-19（1997/4）。

⁶⁵ 參照 John T. Noonan, Jr. 著，陳瑞麟譯，墮胎在道德上是錯的，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，台北，桂冠，頁 128-134（1997/4）。

⁶⁶ 不過他指出，這些並不是在「人」這個詞同一個清楚的意義下，有不同的意見，而是有六種使用這個詞的方式，此點本文贊同，至於其透過康德式的論證，認為墮胎不應允許，本文則抱存疑態度。其相關見解參照 Harry J. Gensler 著，魏德驥譯，反對墮胎的金科玉律，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，台北，桂冠，頁 193-194, 200-206（1997/4）。

⁶⁷ 參照 Baruch Brody 著，彭涵梅譯，反對墮胎的絕對權利，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，台北，桂冠，頁 173-176（1997/4）。

的是描述性意義，指智人種，後者則著重規範面的意義，認為有人格的實體才有道德地位，才是有道德意義的人⁶⁸；至於人格者的界定，洛克影響深遠的經典定義為：「一個能思考的理智存在物，具理性及思慮，能夠在不同的時間與地點認得自己是自己 那個相同的思考物。」簡單地說，即理性及自我意識⁶⁹；但也不是沒有不同意見，例如 Warren 認為人格概念最核心的特徵，大概是以下幾點：1.意識，特別是感受痛苦的能力；2.推理；3.自發的行動；4.溝通的能力；5.自我概念或自我意識⁷⁰；Feinberg 提出的標準則為：「有知覺、對自己的存在有概念及意識、能夠體驗情感、具備推理及理解能力、能預先計畫並依照計畫行動、能感受到快樂與痛苦等」，Tooley 則更為謹慎，認為如能滿足下面的十七項條件，符合人格者標準是絕無可疑的：「擁有意識、偏好、基於意識的盼望、感覺、能夠體驗痛苦與快樂、有思想、具自我意識、能理性思考、有時間概念、能記住自己過去的行動與心理狀態、能為自己設想未來、能在時間的流動過程中統合欲望、擁有非片段性的興趣、能夠理性思辨、在選擇可能行動時能納入道德考量、具有不恣意變化的個性特徵、能與其他個體溝通並進行社會性互動」⁷¹。

因為許多論述並沒有看到底層的基礎而顯得虛浮，故本文並不會對上述每一標準一一評論，而直接做以下的論述。

首先，本文贊成精子與卵子結合之後，和之後的「人」並沒有本質上的不同：單單一個精子或單單一個卵子，終其一生就是那個樣子，這就是它們和人本質上的差異，但是一個受精卵有朝一日是可以變成「人」的，而且一個人會長得什麼模樣、是男是女等特質（遺傳密碼），在受精的同時都是已經決定的了；受精卵會開始細胞分裂，並且分裂出不同功能的細胞，腦、心、手、腳慢慢出現了，接下來他會出生，這時還沒有頭髮和牙齒，不久這些也長出來了，然後繼續長高長大，到了一定年齡第二性徵顯現，她的外表又有進一步的變化，然後中年、壯年，之後他會開始衰老，頭髮白了牙齒掉了 最後死亡。這是人的一生，但也可以說是受精卵的一生，不是嗎？因此 Noonan 等學者的看法本來並沒有錯，在受孕和成人之間似乎沒有一個分界點。

⁶⁸ 支持此說者包括 Michael Tooley, John Harris, H. T. Engelhardt, Joel Feinberg, N. Hoerster, Mary Ann Warren, Peter Singer 等，但對人格者的細部內涵及理論應用可能有若干不同的看法，參照許修豪，非人類動物的基本權利？——從黑猩猩談起，台大法研所碩士論文，頁 115-117（1999/7）；另可參照 Mary Ann Warren 著，魏德驥譯，贊成墮胎的人格論證，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，台北，桂冠，頁 178-180（1997/4）；H. Tristram Engelhardt Jr. 著，凌琪翔譯，生命的神聖與人格的概念，收錄於波伊曼編著，陳瑞麟等譯，今生今世：生命的神聖、品質和意義，台北，桂冠，頁 86 以下（1997/4）；以及 Pojman 的介紹，波伊曼著，江麗美譯，生與死：現代道德困境的挑戰，台北，桂冠，頁 96-98（1995/5）；以及 R. Hoerster 的見解，可參見程明修，憲法保障胎兒生命權之基礎何在？——德國法哲學者何斯特（R. Hoerster）的反動，視野，第五期（週年專刊）（2000/8），http://www.geocities.com/issue5_ms/chenng-p58.html（2002/1/23 瀏覽），及陳愛娥，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，第五十八期，頁 74-75（1997/12）。

⁶⁹ 許修豪，非人類動物的基本權利？——從黑猩猩談起，台大法研所碩士論文，頁 119（1999/7）。

⁷⁰ 參照 Mary Ann Warren 著，魏德驥譯，贊成墮胎的人格論證，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，台北，桂冠，頁 181（1997/4）。

⁷¹ 許修豪，非人類動物的基本權利？——從黑猩猩談起，台大法研所碩士論文，頁 126-127（1999/7）。

但是，本文也贊成「人」一詞的多義性，在不同的地方我們可能運用不同的「人」的意義，而在這裡重要的是什麼樣的實體具有權利主體地位、可以享受基本權利、效用應該被計算，這時候所謂的「人」就未必和前述概念完全重合，可能排除一部份，卻說不定反而包含一些其他物種，問題就在我們該採取什麼樣的標準。

前述 Warren 等學者將「人格者」的概念從「人類」中區別出來，應該也就是這種用意。只是在這裡，如果我們要證成「只有人格者才有基本權利」，背後的邏輯是什麼？仍然是不清楚的，因為他們並沒有提供理由給我們作為思考的借鏡。前已述及，本文認為契約論或許是在此較能提供思考基礎的理論，除了契約論，似乎看不到能回答「什麼樣的實體才有基本權利」的有力根據，而如果依據契約論，應該十分清楚，只有具有一定特質 能理解、相互約定並遵守契約的實體 才能成為契約的主體，其本身才會是目的，其本質上的價值才應該被不加考慮地計算，而成為人性尊嚴的主體⁷²。

當然，人格者的定義可能有爭議，基於生命保護的重要性（認定錯誤所造成的嚴重性），以及降低認定成本的考量，有懷疑時，應該推定為是人格者，例如我國法現在以「出生」作為人的判斷基準，未必不是符合較高實踐妥當性的做法。但不論採前面的那一說或如何擴張解釋，很明顯地都不會包含前胚胎，因為前胚胎與前述標準相距太遠。故前胚胎不能成為契約主體。

到此結論似乎已經出現，但仍有一些問題必須澄清或處理。首先，可能有人質疑，即使前胚胎不是基本權利主體，但它畢竟有變成基本權利主體的潛力，認為可以任意殺害它們是忽視了此一事實。關於這點我們必須指出，這樣的質疑看不出論證性，有潛力又如何，一打雞蛋不是一群小雞，一把橡實不是一叢橡樹，一堆泥土如果我把它捏成一個杯子，它就可以用來盛水，但它現在就是還不行⁷³。

⁷² 以契約論作為人格者概念討論基礎的想法，應該是早已存在，例如在動物權利的議題上，Regan 就認為 Kant 和 Cohen 等持間接義務說的哲學家，其義務論是某種形式的契約論：道德是由一組個人願意遵守的規則所構成，就像我們簽了合約之後所做的那樣，那些了解並接受契約內容的人便在契約的規範之下 擁有契約所賦予的權利、為契約承認並且保護，而這些簽約者也可以使契約的保護，擴及那些雖然沒有能力理解道德和為自己簽約，但卻是為簽約者所愛護和珍惜的人。而 Regan 認為契約論是不適切的。參照 Tom Regan 著，張忠宏譯，關於動物權利的激進平等主張，收錄於波伊曼編著，張忠宏等譯，為動物說話：動物權利的爭議，台北，桂冠，頁 73-74（1997/4）；Kant 和 Cohen 對動物權利的見解可參照 Immanuel Kant 著，楊植勝譯，對動物我們只有間接的義務；Carl Cohen 著，張忠宏譯，反對動物權利的主張，收錄於波伊曼編著，張忠宏等譯，為動物說話：動物權利的爭議，台北，桂冠，頁 23-25；129 以下（1997/4）。另外 Warren 說「道德社群只有由所有的民眾（people）組成，而非只有由所有的人類組成」 Mary Ann Warren 著，魏德驥譯，贊成墮胎的人格論證，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，台北，桂冠，頁 179（1997/4） 相信 Regan 也會將之指為是契約論。雖然 Kant, Cohen, Warren 並沒有明白說自己採用契約論。

⁷³ Pojman 在提及此一論證上所舉的一個有趣例子：假設在競選活動中，民主黨候選人 Jesse Jackson 突然和家人帶著家具一同出現在白宮門口，向滿臉狐疑的白宮官員宣布：「我要搬進來。」後者抗議道：「不行。這不合法！」 Jackson 說：「你不知道自己在說什麼。你們共和黨人不是相信一個有潛力為人和真正的人享有完全一樣的權利嗎？同樣的邏輯，有潛力成為總統的人應該和真正的總統享有同樣的權利，我就要來享有我的權利，讓我進去。」波伊曼著，江麗美譯，生與死：現代道德困境的挑戰，台北，桂冠，頁 99（1995/5）。

不過，另一個弔詭的推論，就比較值得探究：如果你殺的前胚胎本來有 X% 的機率長大成人，就好像你在灌木林中射擊而有 X% 的機率射到一個人，而「如果你對著一群樹叢開槍，射到一個人的機率是二億分之一，不會有人說你太不小心；但是它的機會如果是五分之四的話，那麼就很少有人會原諒你了。」⁷⁴對此本文的回應是，這個長大成人的機率 X% 是多少，實在很難去做思考，因為它不是一個自然發生的現象，而需要太多人為的配合，對這個人工製造的胚胎，一開始我們要小心的保存它（它是沒辦法在自然環境下存活的），找一個願意懷它的人（可以強迫某人去懷它嗎？），再來它不一定能順利著床（牽涉到人工生殖成功率的問題），然後它也不一定順利成長和出生，出生後還必須有人照顧它（否則他在長成一個人格者之前就已經餓死、凍死，而誰應該照顧他？如果沒有的話國家是否理所當然地要負責？），這裡牽涉到人為操縱的機率該如何計算？而這其實還不是重點，重點是：即使它有一定的機率變成人格者，但是要是沒有變成人格者，它就是不會成為締約主體，也不會產生前述的推論，因為前述推論說的是有 X% 的機率射到一個人，可是它根本不是也永遠不會是人。它死了沒有機會繼續發展成人。對於一個不會參與到契約的實體，我們有什麼必要去計算他本身的效用呢？

5.2 前胚胎是否應被創設為權利主體

其次，應該在另一層次討論的是，不是締約主體的實體仍可能是權利主體⁷⁵。因為，締約主體可以在契約中創造其他實體的人格主體地位，而使其受到保護。像剛出生的嬰兒雖不是人格者，現在卻被認為是有基本權利主體地位的實體，本文並不認為這有錯，除了可能因為前曾提及的人格者定義上實踐妥當性的考量外，也可能因為在我們的社群中，經過效益的考慮大家都同意「應賦予嬰兒相同的基本權利保障」，因而將其設定成為基本權利主體。差別在於，這些實體被賦予主體地位的條件，乃是存在對締約主體功利的理由，而非其內在的價值⁷⁶。另外，在法律位階創設的權利主體例如法人，也是因為認為將這種團體賦予權利主體地位，將更有利於促進我們這些自然人的整體權益使然。

比較大的問題是，我們怎麼決定某一種實體應不應該被設定為權利主體？對

⁷⁴ 借用自 Pojman 介紹在墮胎議題上溫和派的論點，參照波伊曼著，江麗美譯，生與死：現代道德困境的挑戰，台北，桂冠，頁 102-103（1995/5）。

⁷⁵ 這裡使用的權利主體一詞，意義涵蓋憲法位階的基本權利主體與法律位階的權利主體。

⁷⁶ 一些類似但未必相同（彼此亦未必相同）的討論可參照 Mary Ann Warren 著，魏德驥譯，贊成墮胎的人格論證，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，台北，桂冠，頁 187-188（1997/4）；H. Tristram Engelhardt Jr. 著，凌琪翔譯，生命的神聖與人格的概念，收錄於波伊曼編著，陳瑞麟等譯，今生今世：生命的神聖、品質和意義，台北，桂冠，頁 93-97（1997/4）；以及 Pojman 對自由派觀點的介紹，波伊曼著，江麗美譯，生與死：現代道德困境的挑戰，台北，桂冠，頁 100（1995/5）；蔡維音，「擬似權利主體之法律意涵」 重新建構人類基因之法律地位，成大法學，第二期，頁 56 以下（2001/12）。

締約主體的效用，可以理性地從整體的角度來想像，在此有點關係的或許只有培養仁慈心這一目的，因為仁慈心對社會有益，所以假如保護前胚胎生命對此有促進效果，且效果大於付出的代價，那就值得這麼做；不過，由於前胚胎和人的一般形象相距太遠，而且我們知道它的神經系統尚未發育，不會感受痛苦，因此此種保護對於促進仁慈心的效用可能很小，甚至是微不足道，也就是說，一個贊成因幹細胞研究而殺死前胚胎的人，仍完全可以是個仁慈的人，那也就完全沒有必要讓前胚胎被當作是權利主體。

但是除此之外，另一方面個人的偏好也產生效用，我覺得它珍貴美好，為它的死傷心痛苦，因此保護它對我產生了效用；其中父母對前胚胎的偏好，尤其應該被謹慎考慮，不過這種偏好並不是普遍性的存在，在本文問題，就不存在此種偏好，因為案例中胚胎的由來是自願捐贈的精、卵，甚至還不是從母體分離而是體外受精，因此這種效用是零，既然在有些情況這種效用不存在，基於一致性的考量似乎就不適宜讓前胚胎成為權利主體，或至少在本題情形它不應是權利主體；至於一般人對前胚胎的偏好則複雜得多，因為偏好這種東西有點弔詭，Gensler 曾說，切記道德直覺極為仰賴教養和社會環境，對於人的意義，多數的天主教徒被教養成具有贊成遺傳意義的人的直覺，許多古希臘羅馬人具有容許墮胎和殺嬰的直覺，而許多今日的美國人被訓練成具有容許墮胎卻不容許殺嬰的直覺⁷⁷，由此可知偏好是可以被操縱的，那麼，在決定該不該讓前胚胎受權利保護時該何所適從？前面已推論說沒必要保護它的生命，而如果我們的社會不需要這樣的感情，在社會化過程中就不需要培養這種偏好，將來是不是應該讓這種偏好愈少愈好？而這顯然又違反現在有些人的偏好。從較宏觀的角度觀之，在一個多元社會偏好其實就不是那麼可以操縱的，可以想像，不管如何就是有一些人對胚胎的保護有偏好，最終或許還是依靠我們已慣用的民主機制來解決，也就是說，人們對前胚胎的偏好累積透過民主程序表達出來，理論上有可能超過其他相衝突的利益，而可使前胚胎在立法上成為權利主體⁷⁸。不過，鑒於我國國情與西方國家的不同，允許殺死前胚胎進行幹細胞研究，在我國恐怕不會有什麼爭執，因此考量了實際上存在的偏好之後，大概還是會得出否認其權利主體性的結論。

然而，前述前胚胎有變成人的潛力一事，可能還有一些殘餘價值，將影響到上述保護前胚胎之效用的討論。我們想像一個例子，研究者因為研究而造成前胚胎某種損傷，導致它雖未死亡，但將來視覺系統的發展將有問題，而且出於好奇，研究者用 實施人工生殖，而後 出生、長大，但終生失明，當他成為一有締約能力的人格者時，可想而知他不願遭到這樣的待遇，因此他必然在契約中訂定：禁止弄瞎一個前胚胎⁷⁹。由此可知，前胚胎不應該是全然不受保護，從這裡

⁷⁷ 參照 Harry J. Gensler 著，魏德驥譯，反對墮胎的金科玉律，收錄於波伊曼編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，台北，桂冠，頁 194（1997/4）。

⁷⁸ 本文並不否定其他解決途徑的可能，例如或許也可能用經濟分析途徑所提供的策略來解決，不過民主機制有民主機制的問題，經濟分析也有經濟分析的問題。

⁷⁹ 這個地方可能有點奇怪，已經是瞎了，就算他這樣約定，也沒辦法復明了不是嗎？但是，社會契約是一種理論的假想，我們可以想像如果契約是這樣定，而且被徹底遵守，就不會有因為

顯現出來的效用，不僅現實，而且強烈，因為它所造成的影響是發生在一個締約主體自己身上，而不是別人身上。這會不會使前胚胎應成為一種權利主體？前面我們說 會在契約中訂定：禁止弄瞎一個前胚胎。但精確地說，禁止弄瞎的這個前胚胎，是成為他自己，或我們理解為抽象存在的一個締約主體，如果這個前胚胎因為任何原因沒有成為人格者，它其實沒有機會這樣去約定，那也就是說，研究者其實並不是不能傷害前胚胎，而是不能傷害它卻又讓它長成人格者，傷害他之後銷毀它，其實就沒有問題了。在這種情形下賦予前胚胎權利主體地位是頗奇怪的，當然我們也可以設計成前胚胎享有身體不受侵害的權利（其他權利未必沒有，仍待研究，這裡只是舉例），卻沒有生命權，而賦予它這樣權利的實益是，在它還未長成人格者之前，它的代理人（它沒辦法自己主張權利，我們必須給它一個代理人，而這本身就不單純）可以透過保障途徑貫徹它的權利（例如透過法院向侵權人主張其權利），但是，這樣的主張很可能是過早的，可能在之後消失主張的基礎，因為它不一定能順利長大，更重要的是既然不保護生命權，侵權人還可以在傷害之後殺死它，結果是，雖然我們仍有進行管制的需求（見下章），但沒必要給予前胚胎這樣的權利。⁸⁰

6 案例解答的嘗試

雖然前已論證胚胎不是也不需要被設定成是權利主體，但它仍然可能對我們有效用，這些利益也許促使我們給它法律上的保護，就像現在我們對野生動物、生態環境和文化資產所做的一樣，雖然它們不是權利主體，但仍有法律給予一定程度的保護。於是接下來我們就要討論，保護前胚胎有什麼效用，而與其他衝突的利益相衡量。

5.2 節曾提及，保護前胚胎的效用可能包括：1. 培養仁慈心；2. 父母的偏好；3. 一般人的偏好。在本案情形，1. 極小，2. 不存在，3. 以我國情形可能也相當小；但另一方面，透過幹細胞研究卻可能創造許多好處，研究者本身的求知慾、成就感的滿足，產生一些效用（學術自由），更重要的是透過胚胎幹細胞研究所達成的醫療成就 器官移植、預防或治療疾病 將可以拯救及造福許多人。相比之下，後者顯然大於前者，因此此種研究不應禁止，應該是可以認可的結論。

但是要注意的是，如果前胚胎長大成人，效用的計算會完全不同，在 5.2 節我們已說明，成為締約主體的人不會願意自己在還是一個胚胎時遭受侵害，他會禁止對自己（或一個抽象存在的締約主體）的前胚胎階段進行實驗，不過，他卻

在胚胎期被傷害而失明的人了，於是 也不會失明。

⁸⁰ 民法第七條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」通說認為胎兒於懷胎時既已取得權利能力，惟以死產為其解除條件，將來胎兒死產時，權利能力溯及消滅。也就是說如果死了沒有出生就什麼都沒有，如果活產，從胎兒時期都算數，這與本文的推論有一些類似的方面。

沒有需要禁止一個不會成為主體的前胚胎受侵害，因此在管制上或許應該如此規範：要求經實驗的前胚胎如果沒有死亡，也必須予以銷毀。

7 後記

前胚胎地位所涉及的，大概是最根本性的價值觀之一吧，因此本文也許會受到這樣的批評：理論說得再好，反對前胚胎研究的人可能仍不會被說服。但是，它仍是我們不得不去面對的問題，畢竟此一問題在實質面上價值衝突的嚴重性及根本性，恐怕已不是用程序面的制度方案所能解決的，這是此一爭議和其他科技議題有所差異的地方。於是，本文仍抱著相信理性的夢，仍試著從理性的思辯去努力。而另一方面其實也很該注意的是，墮胎等問題在台灣向來不成為議題，這和西方國家的情形迥然不同，把其他國家那種相爭不下的經驗當作我們的前提，或許本來就不是很恰當。附帶地也想到，我們這樣的文化，究竟是一種幸運抑或是一種悲哀呢？

隨著文章的完結，卻沒有如釋重負的感覺。將討論範圍限縮在這麼小的一塊地方，只討論前胚胎，表示胚胎或者胎兒都未必適用這樣的結論；只討論製造胚胎提供幹細胞研究的容許性，表明與胚胎幹細胞研究有關聯的其他管制需求，例如是否容許複製人、製造器官的管制、基因隱私的保護，乃至其他不確定的風險等，都不在本文的範圍內，顯示了自己對這些倫理議題的戒慎恐懼與欠缺自信。

當初懷著漂浮的思緒開始思索這個難解的習題，最後寫出這樣的結果，自己竟也感覺有些始料未及。真的太難了，尤其對這方面基礎淺薄的我來說。努力過了，也不該妄自菲薄地否認是創造出一些東西，但也已有心理準備這篇漏洞百出的文字將遭遇嚴厲的質疑，而我未必能回答。我自己就是充滿疑問地結束這篇文章。當我看著表姊幾個月大的小孩，我不能想像她可能不是天生地、理所當然地就該是個權利主體；當我為昨晚那隻台北樹蛙受到人群侵擾而難過，和為那片芒萁被除草劑處死而傷心的時候，我是在做什麼呢？我明知我不能和他們訂立契約的，這樣的感情對我有什麼用？這樣的感情甚至和我的許多作為不一致，我該不該無情理性地面對這些？我不知道為什麼愛他們，我不知道，但我確確實實是愛他們的。