

胎儿的宪法地位

——德国模式与美国模式

曲相霏

内容提要:胎儿的地位是一个无法回避的宪法问题,它涉及宪法的基本价值、引发基本权利的冲突,并与国家权力行使的限度和范围相关。本文客观地揭示了目前宪法规定胎儿地位的两种较为成熟的模式,即德国模式和美国模式。本文观察和显示这两种模式各自的价值基础和逻辑推理,评价其合理性和局限性并展现其困境与难题。

关键词:胎儿的宪法地位 生命尊严 利益衡量 基本权利冲突 堕胎规制

曲相霏,中国人民大学法学院博士后,山东大学法学院副教授。

一 引言:胎儿的地位问题是一个宪法问题

人的生命始于何时?胎儿的生命是不是人的生命?在宪法上胎儿应该具有什么地位?回答这些问题必须考量和排除的因素分别是什么?在医学、生物学、哲学、经济学、宗教学、政治学等复杂的知识中,宪法学应当选择什么作为自己的分析资源、方法、立场?

近几十年来这些问题已经在许多国家引起至关重要和引人注目的宪法讨论。胎儿的地位问题必须首先在宪法层面上得到解决,^[1]首先是因为它涉及宪法价值和基本权利的保障。只有先厘清宪法上人的生命始于何时,才能确定生命权的保障范围和国家保障生命权的义务内容和保障方式。而这个问题最具有宪法意义之处,在于它涉及和引发了生命权、自由权、宗教信仰自由、平等权、学术自由和研究自由等多项基本权利的冲突。胎儿的宪法地位还与国家权力行使的限度和范围相关。例如在堕胎规制中,政府可以在何时、在何种程度上、以何种方式规范堕胎,对堕胎规制又应该有怎样的法律保留和法律限制等等。同时,确立胎儿的宪法地位,还是明晰一系列权利问题尤其是民事权利问题的前提。

[1] Ronald Dworkin, *Freedoms' Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996, p. 47.

二 胎儿宪法地位的德国模式:宪法上的“人”及其生命权保障^[2]

(一)胎儿宪法地位模式的两种宪法确认方式

胎儿宪法地位的模式之一是作为宪法上的“人”获得生命权的保障。这一模式又有两种宪法确认方式,一是在宪法文本中作明确规定,另一是宪法文本中没有明确规定而通过宪法判例或宪法解释来明确。

关于前一方式,目前世界上有10个国家的宪法文本明确规定了胎儿的生命权,^[3]包括:1980年生效的智利宪法、1992年生效的巴拉圭宪法、1983年生效的爱尔兰宪法修正案、1985年生效的危地马拉宪法、1991年生效的赞比亚宪法、1961年生效的委内瑞拉宪法、1992年生效的斯洛伐克宪法、1992年生效的捷克宪法、1995年生效的乌干达宪法和1982年生效的洪都拉斯宪法。^[4]在这一宪法模式下堕胎基本上是被禁止的。

后一种方式则以德国最为典型。虽然德国早在18世纪的《普鲁士一般邦法典》第10条第1款第1句即规定:“未出生的胎儿,自受孕时起即同样享有人类的一般权利。”但《德国基本法》(以下简称基本法)没有对胎儿的宪法地位作出明确规定。20世纪70年代地下堕胎开始盛行,为回应社会现实,1974年德国联邦通过第5次刑法改革法,规定妇女在怀孕开始12周内由正式医生为其施行的堕胎,不受《刑法》第218条规定的堕胎罪的处罚,此即期限解决规定,此规定引起了抽象规范审查,1975年德国联邦宪法法院对此作出违宪无效的裁决。两德统一后,国会通过的《怀孕与家庭援助法》再次给予孕妇自由堕胎权,刑法也于1992年修正,新刑法确认在怀孕12周之内的堕胎不属于违法。1993年5月底德国宪法法院又以5票对3票裁决该项法案部分内容违宪。^[5]

德国先后两个宪法判例得出的共同结论是:胎儿是宪法上的“人”,是生命权的主体。判例认为,在母体期间,胎儿即具有个体性,是一个在基因结构上唯一、不可代替的生命。《基本法》第2条第2款第1句“任何人都享有生命与身体不受侵害的权利”,“任何人”意味着每个活着的人,包括尚未出世的人,“在子宫内成长的生命列属宪法生命权保障之独立法益”,对生命权的保护应及于胎儿,国家不仅有消极义务排除自身之干预,更有积极义务保护、促进生命之发展。^[6]这项保护也源于《基本法》第1条第1项第1句“人性尊严的尊重与保护是所有国家权力机关的义务”。判例认为,“人的生命一形成,即有其尊严,至于其是否能意识或知道自行保有尊严,并非重要。从人存在之始所显现之潜在能力,已足以作为人性尊严之理由。”人性尊严的享有不以该主体是否意识到尊严为前提,故胎儿同样享有人性

[2] 本文考察世界各国宪法尤其是美国、德国、法国、加拿大等几十个国家的相关资料,以是否承认胎儿为宪法上的“人”为标准,得出德国模式与美国模式这两种较典型的模式来。如果能够把这两种模式梳理得较为清晰,本文的目的也就达到了。

[3] 1994年生效的秘鲁宪法其英文文本有歧义,台湾新编《世界宪法大全》及姜士林主编的《世界宪法全书》对其作了不同的翻译,对其是否规定胎儿的地位,本文尚存疑。如果算上秘鲁宪法,则规定胎儿地位的现行宪法达到11个。

[4] 参见台湾新编《世界宪法大全》;姜士林主编《世界宪法全书》,青岛出版社1997年1月第1版。

[5] Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, London: Duke University Press, 1997, pp. 336-355.

[6] 李震山:《人性尊严与人权保障》,元照出版公司2000年版,第101页。

尊严的宪法保护。与宪法判例的主旨一致,1991年德国公布施行的《胚胎保护法》将胚胎规定为《基本法》第2条第1句中所指的“人”的生命。由此,德国宪法保护的生命权的范围,不仅包括不能意识到人性尊严的植物人、严重精神疾病患者、智能障碍者等等,还及于“无生命意识的胎儿”,更推进到胚胎。^[7]

(二) 胎儿宪法地位模式下胎儿的生命权保障

通过解释德国《基本法》第2条,德国宪法法院首先禁止国家直接对胎儿采取侵害措施;其次,要求国家在胎儿受到第三方(包括孕妇)的侵害时,必须保护和救助胎儿。国家必须采取有效的措施履行其保障胎儿生命权的义务,包括制定法律及发布其他有法律拘束力的命令等。这些措施主要通过两种方式来完成保护的目标:一是预防或制裁对胎儿的损害,二是加强全体国民的价值观念,以形成价值意识。^[8]

德国宪法法院的判例把保护重点放在对胎儿侵害的防止上。判例认为,对胎儿的宪法保护应包括怀孕的整个过程,任何分阶段的保障都是对生命一贯性的否定。为达此目的,孕妇被赋予了孕育胎儿直至分娩的义务。在整个妊娠期间,胎儿的生命权具有优先于孕妇自决权的地位,堕胎行为原则上都是不法的,除非继续妊娠可能影响孕妇的生命健康等特殊情况,否则应禁止堕胎。堕胎的条件必须由法律来明确规定,符合适当性要件的成立,具有医学上的、犯罪学上的正当理由等等。对孕期前3个月的堕胎虽然不予处罚,但不改变堕胎行为的违法性。^[9]另外,根据1994年生效的《基本法》第3条第3款,不再允许基于胚胎病理(早期是基于优生学)特别原因的堕胎(这在第二次堕胎判决中是得到许可的),因为这种堕胎抵触了宪法“任何人不得因其障碍而受到歧视”的规定。^[10]

德国联邦宪法法院第二次堕胎判决还明确指出,对胎儿具体的保护方式与范围是立法者的任务。立法者如欲满足宪法保护义务的要求,又放弃对怀孕初期堕胎的处罚,就必须规划出一套在考量到所有牵涉其中的对立法以后仍适当、有效的保护方案。如果立法者可以规划出符合此标准的方案,则可以放弃刑罚威吓的手段。为此,立法者得采用以咨询为主的保护计划来促使和帮助孕妇履行孕育及分娩的义务,即通过个别的咨询、提供有关的资讯等来加强孕妇对胎儿的责任感,强调堕胎行为的违法性,并通过经济性与社会性的帮助措施,如提供给孩子与母亲适当的社会扶助、排除或减轻具体的困境等等,鼓励和帮助孕妇完成孕育和分娩的义务,这被称为周边条件的保障。联邦宪法法院还详细论述了咨询计划在咨询机构的组成、咨询内容、进行程序及对咨询的监督等方面的最低要求,如对医生应扮演的角色作出深入的说明,要求妇女在经过劝阻堕胎的咨询程序后经过3天的等待期方可堕胎等等。^[11]宪法判例明确了刑法对怀孕初期堕胎的除罪化,并非基于其正当性,而是因为通过上述这些刑罚外的方式手段,已经为胎儿提供了最大化的保障,且使孕妇具有尽可能免于压力的最后决定权。而如果仅仅是通过刑法堕胎罪的威吓,但却不能扶助解决孕妇在妊娠中

[7] 李震山:《从宪法保障生命权及人性尊严之观点论人工生殖》,载《月旦法学杂志》1995年第2期。

[8] BVerfGE 39, 1/41. BVerfGE 88, 203/205, 253.

[9] Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, pp. 336 - 355. BVerfGE 39, 1/41. BVerfGE 88, 203/251 - 252.

[10] 王贵松:《价值体系中的堕胎规制——生命权与自我决定权、国家利益的宪法考量》,载《法制与社会发展》2007年第1期。

[11] 陈爱娥:《宪法对未出生胎儿的保护——作为基本权保护义务的一例来观察》,载《政大法学评论》第58期。陈英滢:《由德国联邦宪法法院之判决探讨堕胎化问题》,载《宪政时代》第28卷第1期。

所面临的种种现实问题,则不仅实际上并不能减少堕胎率,相反又使寻求地下堕胎的妇女的生命健康陷于危险境地。

违法的堕胎虽然被免于刑罚的处罚,但是其违法性所招致的法律后果在其他法律领域中也得到相应的体现,以防止对一般的法意识造成严重伤害。例如在民法上,如果私人疾病保险契约的给付包括通过咨询后的堕胎费用,则该契约无效。另外,其他所有能够影响法意识的机关如媒体机构的各项行为,都要有益于生命价值的保护。^[12] 在提供了私法、公法、社会法等保护措施后,当宪法所要求的胎儿的生命保障仍不能达成时,才可以运用刑罚的手段,即刑法规范是立法者的最后手段。这样,按宪法的要求,就建立起一个保障胎儿生命的法律规范体系。立法者、孕妇及其他相关人包括医生及整个社会,都被赋予了相应的保护胎儿生命权的义务。

相较于在母体中孕育的生命所受到的严格而全面的保护,体外形成的胚胎所受到的法律保护则要弱得多。保障胚胎的生命权,涉及与胚胎相关的研究自由或学术自由问题,如以探索人体奥秘及治疗某些疾病为目的的人的生物繁殖和对胚胎及胎儿的医学试验和研究。人工生殖及与基因科技相关的医学研究,对人类而言或许是一项福祉,充分保障研究自由也是对人类生命的尊重,所以对胚胎的生命权予以适度的限制在一般情况下是可以接受的,例如在人工生殖中,多余的未植入子宫的胚胎或实验不成功的胚胎可以弃之不用。但必须严格避免借研究之名滥用胚胎或使胚胎沦为商品。^[13] 研究自由与个人自决权的行使,都应受到生命权与人性尊严的限制,如何在法律层面保护胚胎使之免于被滥用或沦为物与商品,还是一个有待研究的课题。

从以上分析中可以得出,胎儿在德国宪法中的地位及其生命权保障体现了以下特点(这些特点也反映了德国宪法基本权利保障的特点):第一,人性尊严是基本权利推理的基础,保障人的尊严与生命被视为最高价值;第二,宪法基本权利具有积极性及客观法的功能,可从中推导出国家的积极保障义务及对第三人的效力。胎儿的生命权“其所具有之消极防御功能、积极请求功能以及客观法原则之规范功能,得以拘束行政、立法与司法,此乃民主法治国家积极保障人权所应正视之理念”。^[14] 国家得为保障胎儿生命权而限制第三人的基本权利或赋予其义务。第三,当国家履行积极义务时,其手段与措施须符合宪法所严格要求的标准和原则,如比例原则、不足禁止标准、对孕妇的不可期待性标准等等。第四,胎儿的生命权不仅获得宪法层面的保障,而且落实到一般法律如民法的层次。法律之间互为补充,从而推动了尊重生命的法意识及保障胎儿生命权的法律规范体系的形成。

三 胎儿宪法地位的美国模式:宪法关系的客体

与把胎儿视为宪法上的“人”并给予充分考量各方因素后的最大化与最优化的生命权保障的模式不同,以美国为典型代表的宪法则否定了胎儿为宪法上的“人”。

美国宪法的这一态度首先是通过罗伊诉韦德案确立的。在罗伊案件之前的一个多世纪

[12] 陈英淙:《由德国联邦宪法法院之判决探讨堕胎化问题》,载《宪政时代》第28卷第1期。

[13] 李震山:《人性尊严与人权保障》,第104页。

[14] 李震山:《从宪法保障生命权及人性尊严之观点论人工生殖》。

里,反堕胎法在美国获得了极大的发展。“1821年康尼狄格斯州通过了美国历史上第一个反人工流产法,到1868年已有36个州通过了类似法律。到1965年所有50个州都严格禁止任何阶段的人工流产或流产企图。其中42个州不仅禁止选择性人工流产,而且禁止为挽救母亲的生命而实施的人工流产。截至20世纪70年代初,大约有60个国家的法律都采用这一模式。”^[15]罗伊诉韦德案中德州政府的主张是:生命始于受孕并存在于整个妊娠期间,宪法所称之“人”包含胎儿,非经正当法律程序而剥夺胎儿生命为第14条修正案所禁止。1973年罗伊对此提出了挑战,最后最高法院以6:3的多数意见裁定:德州刑法禁止堕胎的规定限制了妇女的选择权,侵犯了第14条修正案的正当程序条款所保护的自由。罗伊判例认为,生命始于何时不是一个法院可以和应该回答的问题,罗伊案的中心问题是如何正确解释宪法的问题,即胎儿(胚胎)是否是一个宪法意义上的“人”的问题。联邦宪法没有关于“人”的解释性定义。^[16]在第14条修正案第1款中有几处提到“人”,第一处是界定“公民”,指“在合众国出生或归化到合众国并受其管辖的人”,另外几处是在正当程序条款、平等保护条款及其他如列举众议员和参议员资格的条款中。^[17]每一处的前后文都清楚显示,“人”一词仅仅指已出生的人而不包括胎儿。尽管在通过第14条修正案的1868年,各州已普遍存在着反堕胎的立法,^[18]故当时如果立宪者们考虑到胎儿的资格问题的话,是极有可能把胎儿规定为宪法上的人。但遗憾的是,当时的立宪者显然并没有在修正案中为胎儿留一席之地。普通法也只是在侵权和继承的狭窄范围内,例外地将胎儿视为“人”。而从《美国宪法》第9条和第14条修正案中都可以推论出隐私权,且它的广泛性足以涵盖妇女自行决定是否终止妊娠的权利。即使胚胎是一种已具有生命的人类有机体,也不能由此引申出胚胎是一个享有宪法权利的人权主体。1989年的韦伯斯特案和1992年的凯瑟案等判决都延续了最高法院拒绝把胎儿解释为宪法上的“人”的这一立场。^[19]

德沃金曾经从保障自由的角度揭示了联邦最高法院的判决对美国宪法文本作出此种解释的考量因素。从美国历史上看,19世纪中期之前,各州并没有禁止堕胎的制定法。最早的反堕胎法其实本身大多是用来保护母亲的身心健康及惩罚用草药打胎的江湖郎中,而并不是为了保护胎儿的生命。除了利益集团的影响之外,避孕手段的进步导致出生率的急剧下降也是19世纪以来驱动立法者禁止堕胎的一个重要原因。^[20]如果认可了胎儿是宪法上的人,再允许以牺牲胎儿生命为代价来重获母亲的身体自由,那就违反了平等保护条款,甚至构成谋杀。因为父母具有照顾子女的法律义务,怀孕给父母带来的负荷与为人父母的责任同样,法律不允许杀婴弃婴,那就不能允许堕胎。但是,德沃金说:“要忍受这样一个严格的结论很不容易”。并且,“否定胚胎是宪法意义上的人这一原则比肯定这一原则更符合我们法律的其他部分,同时也更符合我们如何或应该怎样决定其他相关事宜的观念”。可见,

[15] 邱仁宗:《生命伦理学》,上海人民出版社1987年版,第95页。

[16] 美国宪法通过时的1787年,在美国根据普通法规则,胎动之前的堕胎为不受起诉之过失。美国宪法文本没有涉及“人”这个概念。但从立宪者的宗教背景来分析,如果胎儿的资格问题获得立宪者的讨论的话,很有可能会被视为宪法上的人。只是,当时的立宪者所首要关注的是联邦与各州及联邦政府权力的分配制衡,宪法文本正文仅包括了少量人权条款,如“不得通过仅针对个人或实行事后惩罚的法律”,从这样的条款中很难推导出胎儿的资格认定。

[17] The Constitution of the United States of America, Amendment XIV (1868).

[18] 张千帆:《西方宪政体系》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第257页。

[19] 参见 Ronald Dworkin: *Freedoms' Law: the Moral Reading of the American Constitution*.

[20] Ronald Dworkin: *Freedoms' Law: the Moral Reading of the American Constitution*, p. 49.

“胚胎不是宪法意义上的人这一结论是对我们的宪法和宪法实践的最好的诠释”。^[21]

尽管妇女的堕胎权是受宪法保护的基本权利,但却非绝对权利。罗伊判例主张政府得为保护孕妇健康和保护潜在生命这两种重要和正当的国家利益而限制妇女的堕胎权。具体做法是,将妊娠分为三个阶段,在妊娠 12 周前,孕妇经与医生磋商后可自行决定是否堕胎;在妊娠 12-24 周,政府得为保护孕妇健康而限制堕胎;在妊娠 24 周后胎儿具有了母体外存活性,政府得为保护潜在生命或孕妇健康而禁止堕胎,除非堕胎是为挽救孕妇生命。对堕胎权予以一定限制的主张也得到了韦伯斯特案及凯瑟案判决的赞同,只是罗伊判例中胎儿存活性的时间点的确立和妊娠三阶段的划分遭到了否弃。如凯瑟判例认为,潜在生命是随着受孕而存在的,政府保护潜在生命与鼓励妇女生育的法律可以覆盖妊娠的整个过程,只要法律措施没有给妇女的权利造成实质性的不当负担,这两种国家利益与妇女的堕胎权始终同时存在。这样,允许法律干预堕胎的范围实质性扩大了,允许法律干预堕胎的时间也实质性提前了。韦伯斯特案的判决也确认妊娠达到 20 周医生就可以通过检查作出胎儿是否具有体外存活性的判断而不必等到罗伊判例认定的 24 周。^[22]

不仅堕胎在一定条件下受到禁止,而且美国宪法容许州政府采取一些旨在鼓励生育减少堕胎的措施。例如,基于政府没有义务为堕胎提供帮助的原则,密苏里州规定除为挽救孕妇生命而有堕胎必要,禁止公共雇员在受雇事业范围内从事堕胎或者帮助堕胎,私立医院医生和他们的病人也没有宪法权利利用公共设施进行堕胎;宾州规定未成年人有必要征得父母同意后堕胎,医生在堕胎手术之前必须告知孕妇堕胎的危险、胎儿围产期、政府对生育的医疗帮助、男方对子女的抚养义务、收养儿童的信息等等,且在告知有关信息后 24 小时内不得施行手术。但是宾州规定的配偶通知义务给堕胎造成了实质性障碍,属于不当负担。

在如何对待胎儿的问题上,法国、意大利、奥地利等国也采取了与美国相似的处理办法,即否认胎儿的宪法主体资格,但对堕胎予以一定程度的限制。立场相似的还有挪威、西班牙、加拿大、波兰、瑞典、丹麦等国家的宪法法院。如 1975 年法国宪法委员会认定妇女有堕胎的权利,孕妇在怀孕 12 周之内可自愿中止妊娠,26 年后法国最高法院(2001 年 7 月 29 日判决)又明确指出胎儿不具有法律上的人格,过失杀人罪的对象不包括胎儿。挪威最高法院在 1983 年的判决中认定,妇女在怀孕 12 周内自行决定中止妊娠的规定不违反生命权原则,也不违反国际规范。^[23] 1988 年加拿大最高法院判决加拿大限制堕胎的法律无效,因为它侵犯了妇女在加拿大《权利和自由宪章》中所保障的权利。^[24]

按罗伊判例的解释,在美国,堕胎规制是为了保障孕妇生命健康和潜在人口这两种重要且正当的国家利益。但是,正像德沃金所分析的,如果仅仅从出生率考虑的话,州就应该在妊娠的整个过程同等地强调这一利益而反对堕胎,同时对避孕措施也应该极力地反对;堕胎规制也不仅仅是为了孕妇的生命健康等利益,因为即使是在罗伊判例形成的 1973 年,堕胎安全性已经是正常分娩的 17 倍,是阑尾切除手术的 100 倍。^[25] 且大多数的反堕胎法都不禁止基于孕妇生命健康考虑的堕胎。在堕胎不至于给孕妇带来生命危险情况下的反堕胎则

[21] Ronald Dworkin: *Freedoms' Law: the Moral Reading of the American Constitution*, p. 49.

[22] 参见方流芳:《罗伊判例:关于司法和政治分界的争辩》,载《比较法研究》1998 年第 1 期。

[23] 韩大元、莫纪宏主编:《外国宪法判例》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 142 页。

[24] Ronald Dworkin: *Freedoms' Law: the Moral Reading of the American Constitution*, 1996, p. 359.

[25] 方流芳:《罗伊判例:关于司法和政治分界的争辩》。

显然不能说是为了孕妇的生命健康。那么,在出生率和孕妇生命健康之外,还有什么利益重要到可以限制妇女的身体自由和隐私权呢?德沃金认为,最令人信服的答案是,虽然胎儿不是一个宪法人,但妊娠后期胎儿的神经系统已发育得足以感知痛苦和折磨,^[26]其外形已发育得甚至很难与婴儿相区别了,这种情形下的任意堕胎可能会使公民普遍地对杀戮和折磨变得麻木不仁,会影响人们对人类生命价值的本能性尊重以及对人类自身毁灭和痛苦的本能性恐惧,而这些正是维护一个文明社会所不可缺少的价值基础。“在一个政治社会里,如果堕胎已变成了不足为奇的、与伦理不相关的事情,就像做一个阑尾切除手术一样,那么,这个社会将是一个更为冷酷无情、麻木不仁的社会,还可能是一个更危险的社会。……用人工手段除去一个足月的胎儿所导致的对本质性价值的攻击,几乎与谋杀一个满一周的儿童的暴行具有同样的毁灭性。”^[27]所以,妊娠晚期的堕胎行为遭到特别的否定。2003年美国总统一总统签署的反堕胎法案就是针对晚期堕胎的。可见,尽管德沃金把胚胎作为一项人类利益(客体)而不是作为一个宪法人(主体)来对待,但在他眼里禁止堕胎还是一个与保护自然资源、美化区域环境或保护濒临灭绝的物种等全然不同的问题,不仅因为堕胎对孕妇所产生的巨大影响,更因为它是一个与人类生命的本质性价值相关联的问题。^[28]

从以上分析可以看出,由于不被承认为宪法上的“人”,胎儿不享有宪法所保障的生命权。旨在减少和禁止堕胎的措施并不是为了保护胎儿。即使某些胎儿因堕胎规制而获得了出生机会,准确来说,这些胎儿与其他未获得出生机会的胎儿一样,都只不过是宪法关系的客体,其自身早已沦为实现其他宪法利益的手段。同时,在这一模式下,堕胎规制问题很大程度上已经转化为其他宪法问题,例如:考虑到胎儿问题涉及哲学、宗教、医学、道德等方面,胎儿的宪法地位问题还仅仅是一个宪法解释问题吗?它是不是一个应该留给民主多数来作出政治判断的问题?司法机关受理相关案件并得出胎儿不属于宪法人的意见,是否超越了司法权的界限?^[29]确实有许多人认为“对堕胎最好的解释是政治解释”,堕胎问题应该诉诸普通立法程序,即美国各团体应该有权利通过各州的政治行动来决定最适合他们各自信仰和需要的答案,因为这看起来才是更民主的,也更符合这一问题的复杂性。但是与把堕胎问题诉诸民主交给选民的倾向不同,德沃金却认为,对罗伊案辩论的中心不是关于人格的形而上学的问题,也不是关于胚胎是否有灵魂的神学问题,而是一个关于如何正确解释宪法的法律问题,是联邦最高法院必须对胚胎是否属于宪法保护的“人”这个法律问题作出答复。^[30]但是,联邦宪法法院的这一解释是否是对宪法的最优解释也是一个值得探讨的问题。还有,堕胎权的性质是什么,是消极防御权还是具有积极效力?如果堕胎权是基本权利的话,国家是否有义务保障堕胎权的实现,国家资助生育而不资助堕胎是否构成歧视?再如,法律强制医生告知孕妇特定的内容,是否侵犯了医生与病人之间的隐私?医生能否基于信仰而拒绝

[26] 禁止堕胎的期限一般设定在妊娠的第23-24周,因为从解剖学的角度看,这时的胚胎其发育尤其是肺功能的发育使母体外的存活变得可能。以胚胎大脑皮层的功能作为标准所设定的期限也接近于母体外存活性的期限,按医学分析,一个胚胎在到达妊娠后期之前是没有疼痛感的,因为它的大脑还未发育完善,而大约在26周胎儿大脑已发育成熟到足以能够感受到疼痛了。Ronald Dworkin: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, pp. 61-92.

[27] Ronald Dworkin: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, pp. 55, 357. 中译本参见《自由的法律——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2001年版,第73、99页。

[28] Ronald Dworkin: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, p. 99.

[29] 方流芳:《罗伊判例:关于司法和政治分界的争辩》。

[30] Ronald Dworkin: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, p. 47.

为病人施行堕胎手术?^[31] 这一系列问题都充满挑战。

四 对德国模式与美国模式的分析与评价

德国模式和美国模式从客观上看对胎儿都是保护与限制并存的,不过在德国模式中胎儿是作为宪法关系的主体而获得保护,在美国模式中胎儿是作为宪法关系的客体而从客观后果上获得一定程度的保护。两种模式都通过利导性法律手段鼓励生育,但德国模式以保障胎儿生命与尊严为重、同时尊重孕妇的自由权,把剥夺胎儿的生命作为一种受到严格限制的例外情形;美国模式以保障孕妇隐私权和自由权为重,同时又在保护孕妇生命健康和维持适当出生率尤其是维护敬畏生命的社会价值基础的国家利益驱动下对妊娠后期孕妇的自由权予以一定限制。

从国家权力运行的角度分析,在德国模式中,由于承认胎儿是宪法上的人、是生命权的主体,遂产生了国家与胎儿之间的宪法关系。又由于在德国宪法理论中基本权利的双重性,而胎儿又缺乏自我保护的行为能力极易成为各种侵害的对象,故国家权力不得不为胎儿的生命权提供积极且周密的保障。如上文所述,德国的立法、行政、司法等权力的运行都以尊重人性尊严与生命权为原则,且已经发展出了利导性的各种措施,建立起相关的法律规范体系,为胎儿与孕妇提供最优的保障。但这种模式扩大了国家权力的空间、增强了国家权力的活动能力,在给胎儿提供保障的同时,也把公民的自由置于国家权力滥用的巨大风险之中。美国模式则由于宪法关系主体的简化及堕胎权作为基本权利的防御性,使国家权力只能在较小的空间对堕胎权予以限制,减小了权力滥用的风险,更大程度地扩大了公民的自由权。

但这两种模式又各有其难以摆脱的困境与难题。在今天从医学的角度看,是不大可能将堕胎与大部分方式的避孕区别开来的。“最流行而且安全的避孕药实际上是堕胎药,因为它们本质上是为了摧毁受精卵。”^[32] 如果承认胎儿包括胚胎是宪法上的人,就不能只禁止堕胎而不禁止这些方式的避孕;而如果要禁止这些方式的避孕,则不仅会出现人口问题,自由权的实现也将面临着极大的挑战,人类生活的面貌将发生巨大改变,这是现代人所无法接受的。

另外,这一宪法上特殊的“人”除了生命权与人格尊严之外,是否还享有其他基本权利呢?有人主张,胎儿应该拥有医疗保健的法律权利,这一权利独立于但是相当于其母体的医疗保健的权利。同时,由于胎儿也可以成为一个独立的患者,只要医生的医药治疗直接影响到胎儿,医生便对胎儿负有照顾义务。且胎儿应该被赋予一种对抗其父母尤其是其母亲的权利,如一些法学家主张母亲对胎儿负有或起码应该负有照顾义务,如果孕妇吸食毒品或拒绝接受她的胎儿所需要的医药治疗就是对此义务的违反。在美国一宗涉及一名因服用违禁药物而被捕的孕妇的案件中,代表多数派发言的雷伯森法官主张胎儿不属于肯塔基州虐待儿童法上的“人”,考虑之一就是,将无法划清会强加给胎儿风险的孕妇的自我伤害行为的合法与违法的界线。但温特谢默法官却主张胎儿属于《肯塔基州儿童虐待法》意义上的

[31] 如 1975 年法国宪法委员会的立场是妇女有堕胎的权利,但医生可基于信仰自由而拒绝施行手术。韩大元、莫纪宏主编:《外国宪法判例》,第 142 页。

[32] Ronald Dworkin: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, p. 50.

“人”，可以强加给母亲对胎儿的照顾义务，如提供营养的饮食、戒除会对胎儿造成严重损害的行为和为了胎儿的健康采取必要的药物治疗等等。^[33] 对于胎儿是否享有请求权，在受到侵害时是否可作为独立主体经由他人提起诉讼的问题，有宪法理论认为，在德国模式下“保护委托使得国家负有维持以及赐予胎儿保护请求权的义务”。^[34] 在民法理论中，可将胎儿视为民事权利能力人而享有一系列民事权利，包括损害赔偿请求权。^[35] 但目前民法典中对胎儿损害赔偿请求权的规定一般又以胎儿活体出生为附加条件，理由是这一权利的主要目的是基于胎儿受到的不法侵害而给予其父母补偿，或者在胎儿出生后补偿其所需支付的医疗费用及独立于其母体所受到的医疗保健。如果“活着出生规则”被排除，在某些案件中，父母可能会以胎儿的名义和他们自己的名义获得双重救济，而这一双重救济是父母不应得到的。但问题是，活体出生者才能享有的权利，还能算是胎儿的权利吗？^[36]

美国模式则由于从根本上否定了胎儿的主体性，所以也无需对上述这些难题作出解答。但美国模式也有它摆脱不了的尴尬。尽管医学生物学的研究成果只是宪法考虑胎儿资格问题的因素之一，宪法委员会不应该变成医学生物学委员会，但可以肯定，医学生物学上的革新与突破对人们思想观念产生的影响也将不可抗拒地影响着人们对胎儿宪法地位的评价。现代医学生物学已经明确，如加利福尼亚大学法学教授约翰·努南所言，“胎儿自受孕开始便具有了人的潜能，具有了人性。因此，受孕即是做人的开始。从生物学的角度，可以认为受精卵是人的开始，而单独的精子或卵子却不是。从遗传的角度说，从受孕之时起，受精卵便获得了人的遗传密码，由此决定其作为人的基本特征。具有了人的遗传密码意味着具有了人性，因此，受精卵无疑属于人的存在。”^[37] 所以从受孕之时起，人的生命即产生，从受精卵，经历胚胎、胎儿，然后出生为新生儿。人类个体在生物学上是以连续的方式发展的，受精卵、胚胎、胎儿及婴儿，只是生命的存在状态和存在方式的改变，而不是从非人到人的改变。把出生作为人与非人的分界是机械的、武断的，把母体外存活能力的获得作为人与非人的界限也同样是荒唐的。否定胎儿为宪法所保护的“人”，或分时段保护，都与生命的连续一贯性不符。美国宪法曾经否定奴隶、黑人、印第安人、女人是宪法上的“人”，因为这些人都是立宪会议谈判桌上的弱者；宪法否定胎儿是宪法上的“人”，是否因为胎儿不仅是弱者，而且根本无法坐到立宪会议的谈判桌上来。但这在正当性上是很容易引起质疑与挑战的。

五 堕胎与“人”的认定标准：功利主义、主观意识能力或其他

堕胎问题与胎儿的地位问题密切相关。在人类历史的早期，杀死畸形的婴儿都曾经是

[33] [美]卡尔·威尔曼：《胎儿权利的概念》，于庆生译，原文载于 *Law and Philosophy* 21: 65-93, 2002. 2002 Kluwer Academic Publishers, 见 www.thinker-empire.com。

[34] 陈英淙：《由德国联邦宪法法院之判决探讨堕胎化问题》，载《宪政时代》第28卷第1期。

[35] [美]卡尔·威尔曼：《胎儿权利的概念》。

[36] 如美国加利福尼亚州的立法允许对未出生者的补救：“胎儿于出生前，就其出生利益而言被视为现已存在之人。”《匈牙利民法典》规定自然人权利能力自受孕时始：“人，如活着出生，其权利能力应从受孕时算起。”《日本民法典》第721条规定：“胎儿，就损害赔偿请求权，视为已出生。”《德国民法典》规定胎儿在继承、抚养人被杀时视为已出生者，可享有继承权、损害赔偿请求权等。[美]卡尔·威尔曼：《胎儿权利的概念》。

[37] 常健：《人权的理想、悖论、现实》，四川人民出版社1992年版，第152页。

道德和法律所允许的,甚至是法律所要求的。^[38]但随着人们的道德伦理观念的发展,尤其是宗教观念的发展,胎儿的资格问题开始复杂化。

在西方中世纪的道德和宗教传统中,保护胎儿禁止堕胎的观念已经形成。中世纪的基督教认为,一切形式的堕胎都是违反教义的,不论它出于什么原因。历代教皇均对堕胎持反对态度。近代新教的两个主要创始人路德和加尔文都认为,胎儿自受孕开始就具有完全的人性,堕胎就等于杀人。^[39]反对堕胎也在中世纪以来的法律尤其是刑法中体现出来,以英国为例,1630年的法律规定,出现胎动(约16周)以后的堕胎为大罪。1803年的法律进一步规定,一切堕胎都是犯罪,胎动后堕胎则处罚更重。1861年法律又规定,对任何企图引起流产的行为,不管是由孕妇或其他人所为,都判为重罪,这一法律一直实施到1967年。^[40]天主教是反对堕胎最高调的团体,1983年《罗马教廷家庭权利宪章》阐述了天主教对避孕、绝育和堕胎的严厉态度。伊斯兰教也明确禁止堕胎,1990年伊斯兰外交部长会议通过的《开罗宣言》主张“胎儿和母亲都应受到保护和特殊照顾”。冰岛在1983年有关修改宪法的全民公决之后,加强了1861年《对人犯罪法案》中有关禁止堕胎的规定。在亚洲,至今尼泊尔仍确定犯有自我流产行为的妇女得判处长期监禁。^[41]

但从总体上看,20世纪以来堕胎表现出自由化、宽松化的趋势。在目前胎儿宪法地位的这两种模式中,采用美国模式的国家要更多一些。但就各个国家的具体情况来说又有差别,20世纪90年代以来,有的国家如比利时和保加利亚正向着自由化的方向发展,另一些国家如波兰和德国则向着对堕胎进行更加严格的控制的方向发展。^[42]不过即使是更加严格地控制堕胎,这种严格也是相对而言的,总体趋势上看还是宽松了。^[43]具体表现是:首先,医学原因的堕胎,犯罪原因的堕胎和伦理原因的堕胎得到较普遍的允许。其次,基因原因或优生学意义上的堕胎也得到较大程度的容忍,当然在这个问题上也存在着分歧。再次,除此之外的堕胎行为尽管在有些国家还属于违法行为,但却被除罪化了,即免于刑罚处罚,如德国的规定。^[44]

导致堕胎宽松化的主要原因是人们对自由权尤其是妇女的自由权的认可和尊重。强迫性的生育对妇女而言其打击必定是毁灭性的。除了继续妊娠可能会危及孕妇的生命外,“因为乱伦或强奸而导致怀孕,或者一个具有严重的生理或精神残疾的孩子出生,一个妇女的生活可能就会毁灭。……当一个妇女无视刑法而拼命寻求堕胎时,她可能冒着生命危险;但如果她屈服于刑法,

[38] 例如,柏拉图主张城邦有权强迫妇女堕胎,以控制人口、优生优育;亚里士多德主张不许畸形的孩子活下来;斯巴达人则把羸弱的孩子扔进山谷;罗马十二铜表法也规定“杀死残疾的婴儿”是正当的。

[39] 常健:《人权的理想、悖论、现实》,第141页。

[40] 常健:《人权的理想、悖论、现实》,第141页。

[41] 该宪章宣布:夫妻具有建立家庭和决定子女的生育间隔和人数的不可剥夺的权利;禁止使用避孕、绝育和人工流产等手段的道德秩序;公共机构和非官方组织以任何方式限制夫妻有关他们的孩子的决定权的企图都构成了对人类尊严和正义的严重犯罪;在国际交往中,为促进人类进步而提供的经济援助不得以接受避孕、绝育或人工流产计划为条件。《尼泊尔监狱中的女囚》(油印本),妇女法律服务项目,1989年,第13页。转引自[丹麦]卡塔琳娜·托马瑟夫斯基《人口政策中的人权问题》,毕小青译,中国社会科学出版社1998年版,第82-89页。

[42] [丹麦]卡塔琳娜·托马瑟夫斯基:《人口政策中的人权问题》,毕小青译,中国社会科学出版社1998年版,第86页。

[43] 如德沃金所论述的,即使罗伊判例被推翻了,反堕胎团体也无法期待州立法退回到原来禁律的限制程度。Ronald Dworkin: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, p. 359.

[44] 据不完全统计,在许多国家的刑法中都保留了堕胎罪或非法中止妊娠罪,如瑞士(2003年修订)、奥地利(2002年修订)、西班牙、英国、法国、德国、日本、芬兰、印度、韩国、菲律宾、挪威、新加坡等国。我国的台湾、香港和澳门地区的刑法中也有相似规定。未经孕妇同意的强制性堕胎等堕胎行为是此罪处罚的重点,而孕妇在妊娠一定期限内由合法医生施行的堕胎,则一般免于刑罚。当然具体每个堕胎罪条款保障的法益究竟是孕妇的生命健康、人口出生率还是胎儿的权利等等,则需再详加分析。

那么她的生活就可能会被摧毁,同时也危及她的自尊。”^[45] 在一些禁止堕胎的国家和地区,堕胎其实并不曾真正被禁止过,法律的禁止只是令这些私下里进行的非法堕胎手术的条件更加恶劣、手术更为危险,更加剧了妇女所承受的伤害。当然堕胎的宽松化还有一个原因就是人口压力和优生优育,有些政府为此而对堕胎采取宽容甚至鼓励的态度。

从国际人权文件的角度来看,目前国际和区域性的人权公约和人权保障机制对胎儿的地位问题尚无力作出明确且一致的反应。《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》都没有明确规定胎儿的生命权主体资格。但《公民权利和政治权利国际公约》第6条规定,对孕妇不得执行死刑,其根据是,母亲犯罪但胎儿无辜,应当区别对待不应株连。在这里,胎儿又是作为与母亲独立的人加以保护的,而不仅仅是母亲身体的一部分。联合国1959年《儿童权利宣言》也提出,“儿童因身心尚未成熟,在其出生以前和以后,均需特殊的保护和照顾,包括法律上的适当保护。”^[46] 《美洲人权公约》第4条规定:“每一个人都有使其生命受到尊重的权利。这种权利在一般情况下从胚胎时起就应受到法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”欧洲理事会《生物学和医学应用方面保护人权和人的尊严公约》也表现了对处于早期的人的生命的重视。

究竟在什么意义上理解“人”这个概念,才可以放心地主张“胎儿和胚胎是人或不是人”?首先,是否允许某种条件下的堕胎与是否承认胎儿是“人”且是宪法上的“人”,从根本上说不是一个问题。基于胎儿的生命对孕妇生命的可能威胁、基于胚胎的生理缺陷、^[47] 基于人口压力即胎儿的出生可能将会威胁到其他现实人的利益、基于大部分避孕措施的堕胎实质性和意外怀孕的胎儿对孕妇自由的影响等理由,而否定胎儿是“人”且是宪法上的“人”的观点,都是值得质疑的。“从根本上说,出生权利的悖论是由人权的绝对性与现实物质条件的有限性的矛盾产生的。”^[48] 这些问题都是从现实的功利目的出发提出来的,而且这些问题都应该是在承认胎儿的主体资格之后解决的人权冲突问题。因为这些问题的难以回答就干脆否定胎儿的主体资格从而消解这些问题的做法并不具有说服力。

功利主义之外,另一种否定胎儿是“人”的主张是基于意识能力标准。如德国学者诺伯特·霍斯特(Norbert Hoerster)认为,“赋予生命权保障的合理依据是权利人是一个有位格的生物,即有自我意识以及理解能力的生物。只有这样的生物才会意识到死亡、预期死亡的恐惧,国家才有必要以禁止杀人的方式来保护他。而胎儿不具备这样的特质,就不应享有生命权的保障。”^[49] 这种观点也是值得质疑的。如果按照这个逻辑来推理,那么不仅胚胎、胎儿甚至连新生儿和重度精神障碍者、智力障碍者等都可以说是不具有人的意识能力的,难道这些人也不该享有生命权的保障吗?

从根本上说,对“人”的定义只能采用生物学—物理学的标准。“承认胎儿亦应享有生

[45] Ronald Dworkin: *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, p. 98.

[46] 但“法律上的适当保护”是否是作为人权主体所受到的人权保护,公约的起草者没有作出回答。因此在批准该公约时,不同的立场都不得不对公约作出保留。罗马教廷提出了有关计划生育的保留条款,即只认可“自然的道德上可以被接受的计划生育办法”;阿根廷专门指出,“儿童是指从胚胎形成的那一刻起开始的每一个人”,从而禁止了堕胎;而中国则宣布它只执行公约中不违背中国宪法有关计划生育规定的那一部分。U. N. Doc. CRC/C/2/Rev. 2. 联合国:“有关《儿童权利公约》的保留、声明和反对条款”,1993年7月21日,第18页。

[47] 这样的胎儿在出生后将会面临着许多难以解决的问题,无法像正常人那样享受生活,其是否有不被生出的权利,这则又是另外一个问题。

[48] 常健:《人权的理想、悖论、现实》,第156页。

[49] Norbert Hoerster, a. a. O. (Fn. 35), S. 174 - 176.

命权的保障,其最坚实的根据在于人类历史上的一些负面经验。今天基于这样的观点来定义怎样的生物有资格享有生命权,明天又可以基于另一种观点来定义享有生命权的资格,如是则生命权的保护与否就可以任由立法机关来任意操纵了。因此,只有以生物学—物理学的方式来定义生命,才能符合保障生命权的目的,使其免于受到由不同的社会、政策、种族观点出发来评价生命的危害。”^[50]

基于上述理由,敬畏生命就应当承认胎儿是人,从人权理论的角度应当承认胎儿的人权主体资格。但由于胎儿与孕妇的关系是一种极度紧张的关系,生理上的关联性使这种关系与其他任何类型的人与人之间的关系相区别,从而,适用于一般的人与人之间的规则并不能在胎儿与孕妇之间一律适用。因此,堕胎在一定条件下得被法律容忍,常规的避孕和孕早期的堕胎应属孕妇的私生活权。而在胚胎具有了母体外存活能力及其大脑发育完善到足以感知疼痛之后,胚胎的生命权就可以压倒孕妇的一般生活利益,且国家与社会有义务提供较好的环境与条件帮助孕妇完成妊娠和生育。此种情况下的堕胎需要法律作出严格明确的规定。同时,胎儿的生命权虽然不是绝对的,但是作为人权的主体,胎儿的尊严权却是绝对的,即使在堕胎时也应该对胎儿保持应有的尊重,这是生命伦理学的基本要求。

[Abstract] Being an unavoidable constitutional issue, the status of fetus involves the basic value of the constitution, conflict of basic rights and the extent and scope of the exercise of state power. This article has objectively presented two relatively mature paradigms of the constitutional definition of fetus status, namely, American and German paradigms. In German paradigm, fetus is constitutionally defined as a “person” and thus, is provided with a more comprehensive protection of life. In American paradigm, fetus is treated as an object of constitutional relations. With a view to protecting important and legitimate interests such as the social value of respect for life, the life and health of the pregnant woman and the potent person, abortion is subject to the regulation of the state. By studying and revealing the value basis and logical reasoning of these two paradigms, the article has analysed their rationality and limitations and explored their obstacles and difficulties respectively.

(责任编辑:支振锋)

[50] Rolf Stürner, a. a. O. (Fn. 7), 718 - 719, 及 V. Mangoldt/ Klein/ Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. Bd. 1, 1985, Art. 2 Rn. 129; vgl. Christian Starck, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen Lebens, in: ders. Prax. der Verfassungsauslegung, 1994, S. 85f.