

反反胚胎商品化的一些法律論證

(註一)

壹、前言

目前胚胎(註二)研究具有極高度的醫療與科學價值，但是由於宗教信仰、倫理道德等意識型態因素，國內、外的科學家們無法隨意取得胚胎進行研究。關於是否可以合法針對胚胎進行科學操作以發現新知，目前世界各國的主要爭辯在於胚胎是否為人，或者，如果將胚胎視為可以任意操作的單純之物，是否會影響到法律對於人類形象所賦予的價值。在以上這些爭辯之中，涉及了哲學、倫理、宗教、科學政策、醫療政策、產業發展以及法理學問題，不過，由於這些問題過於複雜，因此似乎尚未出現理性的共識結論。

●何建志助理教授

當法律對胚胎的製造、使用與處分沒有特別限制時，胚胎的法律地位即與一般物毫無差異，因此人民有權任意處置胚胎，也有權在市場中進行胚胎交易。對於具有某些信仰或意識型態的人士而言，將胚胎視為自由市場中的物品，是一種難以容忍的作法，因此這些人士傾向於嚴格限制胚胎的各種利用與處分。不過，對於不同立場人士而言，以上的論點可能毫無說服力，而禁止或限制胚胎的生產與交易，也可能妨礙了科學進步與人民的醫療福祉。鑑於胚胎相關爭議具有高度爭議性與複雜性，世界各國多未能在法律上明文界定胚胎的一般性法律地位與法益價值，而僅能在

主題

——幹細胞、再生醫療與法律

某些具體問題上施加管制上的限制。(註三)

針對胚胎研究這種複雜問題，本文能夠在學術討論上提出何種貢獻？針對所有胚胎相關議題加以探討，遠超出一篇短文的負荷能力，因此本文將檢討禁止自由製造、使用與處分胚胎的相關法律論證，並附帶澄清相關法律規範在解釋上的可能混淆。(註四)就我國既有學術文獻而言，法律學者均認為胚胎不應與一般物相提並論，而應給予一定程度以上之特別保護，因此反對胚胎商品化的觀點似乎已經成為當今法學研究的主流論述。(註五)鑑於許多學界先進均已提出各種論點反對自由處置胚胎，因此學界中已經不缺乏反對胚胎商品化的論述。為了幫助我們能夠以不同視角觀察胚胎相關爭議，或許本文能夠以「反反胚胎商品化論述」提供些許新的思考。

所謂反反胚胎商品化論述並不必然一概是支持胚胎商品化的論述。「反反胚胎商品化論述」是針對「反胚胎商品化論述」的一種後設觀察，因此是一種以胚胎法律議題研究為對象的研究。「反胚胎商品化論述」本身是一種語言文本，無法免於種種思想與社會環境因素所制約。用以支持反胚胎商品化論述的論點，其實是人類在特定時空下所建構的語言產物，而永遠有受到重新觀察與解構的可能性。不過，「反反胚胎商品化論述」也是一種出現於具體時空下的論述，因此也不具有聲稱為客觀真理的特權地位。然而，鑑於民

主辯論與理性溝通是憲政法治的基本重要條件，如果我們能夠將公共事務的各種正反論點加以釐清，應當有助於法律內容的形成更具有合理性與正當性。不論是「反胚胎商品化論述」或「反反胚胎商品化論述」，如果能夠幫助我們理解各種事實與價值問題，則都應當具有學術研究的價值。

當然，關於我們如何看待與處理胚胎，涉及隨意意識型態而來的敏感價值問題。在多元社會之中，由於社會成員的異質性與意識型態多樣性，或許「非此即彼」的二元處理方式無法適當解析「價值」與「管制方法」的多種可能性。不過，限於文章篇幅，筆者並不企圖以一篇短文完全清理這個論爭不休的複雜議題。為了討論上的便利，對於不明文支持胚胎商品化的學者意見，本文一概稱之為反胚胎商品化的立場。如此一來雖然有助於思考上的經濟，但是也可能忽略了學者之間的細微差異，敬請讀者留意。(註六)其次，本文主要内容是基於「法律論證」觀點評估反胚胎商品化立場的得失，因此原則上僅分析我國的法律規則與人民在法律上的權利義務，而無法進一步深入討論法律之外的道德或各種社會規範。基於以上寫作目的，本文將以「當今我國有效的實證法律」為背景，探討可能的「反反胚胎商品化論述」。

貳、反反胚胎商品化論述

一、胚胎並非憲法與法律所保障的人或法律主體

根據簡單的法律推理即可得知，胚胎不是憲法與法律所保障的法律主體。雖然目前我國並未有任何法律明文界定胚胎的法律地位，但是我們可根據民法與刑法的既有規定，推論出胚胎不是法律上受保障的主體。

關於未出生人類生命的法律地位，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。」根據這條法律規則，胎兒如果無法達到分娩後存活的生命發展階段，即不屬於法律主體。反之，如果胎兒能夠達到分娩後存活的生命發展階段，則不論生命的質與量如何，均一概享有法律主體的資格。在孕育過程中，當胎兒受到外力因素導致早產，或者因為醫師的不當醫療行為導致發育障礙，如果胎兒無法在離開母體後存活，則胎兒本身並無所謂生命權或健康權受侵害可言；反之，若胎兒可在離開母體後存活，即使成為植物人或者僅僅生存數分鐘，則胎兒可在分娩後成為人，因此得經由法定代理人主張生命權或健康權受到侵害。以胎兒活產與否作為法律主體資格的條件，在規範上有一個很重要的涵意：胎兒的法律主體地位具有不確定性，如果出於任何原因而無法成功活產，胎兒根本不是法律主體。

根據「舉重以明輕」(註七)的法律推論規則，當發育

階段接近完整人類生命形式的胎兒必須為活產才能被評價為法律主體，則發育階段遠離完整人類生命形式的胚胎，更必須在發育成熟離開母體之後，才具有法律主體資格。因此，胚胎在母體內發育完成並離開母體存活之前，根本不是法律主體。對於胚胎加以操作、使用、流通或毀壞，並不構成傷害、妨害自由、奴役、買賣人口或傷害、殺人等罪名。或許某些人能感覺這種結論不太合理。不過，這種感覺或許來自於我們將對於胎兒的評價投射到胚胎。如果我們能夠在評價上避免將胚胎與胎兒混為一談，並且能夠證明對於胚胎的處置方法不會影響到胎兒在法律上所受的保障，則或許我們能更加接受自由處置胚胎的可能性。

在法律上胎兒與胚胎的地位與受保障程度並不完全相同，尤其是人體外所創造的早期發育階段胚胎。不論是基於反社會價值的目的是，或是針對胎兒進行科學研究，一旦有人故意使胎兒停止生命機能者，將觸犯刑法上的墮胎罪。不過，在當代生物科技發達的時空背景之下，我國刑法上既有的墮胎罪似乎有一個法律疑義。刑法上墮胎罪所指涉的墮「胎」，是否僅限於胎兒，或者也包含胚胎在內？就生命現象發展的連續性而言，胎兒必然經歷過胚胎期的發育階段，如果刑法上墮胎罪的保護對象不及於胚胎，則似乎顯得相當荒謬。當一個人使胎兒停止生命機能必須受罰，但是

主題

——幹細胞、再生醫療與法律

使胚胎停止生命機能卻不必受罰，是否意味著法律鼓勵行為人「及早下手」？

如果沒有實施人工體外授精程序，受精卵、胚胎與胎兒的連續發育階段都是在母體內發生。在此情形下，當法律僅僅保障後期發育階段的生命形式（胎兒），而不保障發育早期階段的生命形式（胚胎），的確會引發規範上的矛盾。雖然根據衛生署「人工協助生殖技術管理辦法」的定義，受精卵分裂未逾八週者屬於胚胎，但是這並不意味在刑法只能保障發育超過八週的胎兒。比較合理的解釋是，凡是在母體內開始著床發育的受精卵，即應當成為墮胎罪的保護對象。否則，墮胎罪保障胎兒與懷胎婦女利益的目的將會落空。（註八）

在現今科學技術之下，胎兒與胚胎之間的一個重大差異是前者必須在母體內生長，（註九）然而早期發育階段的胚胎卻能夠存活於人體外的試管，或者能被保存於人工環境。根據這種事實上的特徵，我們應當對於以上的結論加上一個重要的但書規定：唯有在母體子宮內開始著床發育的胚胎才屬於墮胎罪的保護對象，如果是人工體外授精程序所創造的受精卵或胚胎，且未在母體內發育者，則不屬於墮胎罪的保護對象。否則，當不孕症夫妻實施人工生殖手術時，如果在手術成功後銷毀多餘胚胎，則醫師與受術夫妻都將觸犯墮胎罪。（註十）而在文義上，這種解釋也比較符合刑法墮

胎罪關於「懷胎婦女」的構成要件。（註十）唯有在婦女體內發育之胚胎，才能夠與「懷胎婦女」有所關連，若是在婦女體外之胚胎，則與「懷胎婦女」毫無關連，也不適合以墮胎罪加以保護。此外，受精卵在子宮著床前應不構成懷胎。否則，女性在精卵受精後服用藥物阻止著床的避孕行為，如果不符合優生保健法的人工流產規定，將觸犯刑法第288條自行墮胎罪。

對於以「人體內」與「人體外」區分胚胎的受保護地位，或許有人認為這是一個不合理的標準。既然同是胚胎，為何在人體內發育的胚胎受到法律所保護，而儲存於人體外的胚胎絲毫不受保護？關於這種區分在價值判斷上是否合理，必須訴諸於終極性的價值判斷，因此大有見仁見智的爭論餘地，也似乎不是一、二學者可以發言論定的問題。不過，基於法律論證觀點，我們可以列舉出三種作法加以比較：第一種作法是對人體內與人體外的胚胎均加以保障，第二種作法是僅僅保障在人體內發育的胚胎，第三種作法則是均不保障。第三種作法不合乎現行刑法「墮胎罪」保障「胎兒」的目的，因此不是理想的法律解釋。第一種作法固然合乎現行刑法「墮胎罪」保障「胎兒」的目的，但是卻使得銷毀人工生殖手術的多餘胚胎成為違法行為，因此也不是理想的法律解釋結論。基於以上分析可知，第二種作法應當是我國現行法之下較為合

理的法律解釋。

二、胚胎在法律上屬於物

關於胚胎是否為物權法上的「物」，我國物權法對這項問題向來保持沈默。雖然我國物權法上明文採取「物權法定主義」（民法第七五七條）以促進交易安全，但是相當諷刺的是，我國物權法對於何者為物或非物卻毫無定義。這種物之定義上的「空白規定主義」可能損害交易穩定性。（註十二）至於民法第六六條與第六七條對於不動產與動產的定義，只是針對在「物」範疇之內所做的區分，而不是針對「物」與「非物」這二個範疇的區分。換句話說，唯有當我們已經確定特定對象已經屬於「物」，才能進一步區分屬於不動產或動產。如果無法確定某種對象是否為物或非物，則根本沒有適用民法第六六條與第六七條的餘地。例如，當我們在判斷植物人是否屬於物之前即先判斷植物人屬於動產或不動產，則有可能產生本末倒置的荒謬推論。

如果認為我國法律是一種主體與客體二元對立的制度，則基於所謂「反面推論」（*Unkehrrschluss, argumentum e contrario*）的法律解釋方法可知，法律主體以外之對象即是所謂法律客體或物。當胚胎既然不屬於法律主體時，則胚胎必然屬於法律客體，亦即胚胎是一種物。在這種法律解釋觀點之下，其實我國法

律並沒有在「物」之定義上具有法律漏洞，因為凡是不屬於法律主體者，即屬於法律客體或物的範疇。關於以上這種法律解釋結論，反胚胎商品化論者可能不以為然。在法律解釋方法上，其實使用「反面推論」必須基於法律無漏洞為前提。如果法律規範已經在內容上有所欠缺，則直接使用反面推論將會導出不合理的結論。（註十三）然而，關於胚胎是否為法律主體或法律客體，這本身就是一個有待爭辯的先決前提。在這項先決問題獲得澄清之前，不應直接使用反面推論而認定胚胎屬於物。

究竟胚胎是否為物，如果僅僅在物權法領域訴諸法律解釋方法解決爭論，可能只會導致無共識的語言爭執。當胚胎是否屬於物的爭議成為認定法律漏洞的前提問題，則訴諸反面推論、類推適用或目的性擴張等法律解釋方法，並無法真正解決爭議的實質內容。基於本文先前所述，胎兒必須以活產為前提時才具有法律主體資格，如果胎兒在發育期間停止生命機能，則胎兒根本就不具有法律主體資格。同理，如果胚胎無法順利發育為完整的人，則根本不是法律主體。既然胚胎並非法律主體，則應屬於法律客體或物。即使反胚胎商品化論者可能主張，即使胚胎非人但亦非普通之物，因此必須受到特別尊重。例如，美國田納西州最高法院即明文採取這種立場。（註十四）不過，由於現行法律並沒有明文規定這種非人且非物的第三範

主題

——幹細胞、再生醫療與法律

主 題

— 幹細胞、再生醫療與法律 —

嘯，因此這種反對胚胎商品化的論點缺乏有力根據。

最後附帶加以討論的是關於胚胎的所有權歸屬問題。在目前科學技術上可以標準化操作的製造胚胎方法有二種：精卵合成與「細胞核轉植術」(somatic cell nuclear transfer, SCNT)(註十五)。如果是以精卵合成受精卵的方式製造胚胎，屬於利用精子與卵子二種生殖細胞進行有性生殖，因此構成民法第817條的動產與動產附合情形。鑑於精、卵一旦合成受精卵之後即無法加以分離為獨立之精子與卵子，精子與卵子的所有人(註十六)可依精子與卵子附合時之價值共有合成之胚胎。如果精子與卵子同歸於一人所有，則精卵合成之受精卵所有權不會發生共有的問題。不過，當精子與卵子不歸於一人所有，則會產生所有權的共有比例分配爭議。一般而言，由於女性排卵數量遠比男性所製造的精子數量少，加上取卵的程序較取精程序更加繁複，取卵對於女性的不便利遠大於男性，如果沒有其他特殊考量因素，卵子的市價通常高於精子，(註十七)因此提供卵子者對於受精卵所有權可主張較高的所有權比例。但是，如果系爭受精卵的價值在於遺傳物質者，鑑於精子與卵子各貢獻出受精卵一半的遺傳物質，因此可認為精子與卵子的所有人針對胚胎各應具有一半比例的所有權。或者，如果精子有特殊價值者，則精子所有人可主張較高的所有權比例。此外，由於精子與卵子包含來源者的遺傳資訊，因此精卵來

源者也可能基於人格權而對於受精卵有所主張。關於精子或卵子究竟何者價值價高，必須參考實際案中的相關事實，才能有較為妥當的判斷。為了避免價值認定上的爭執，各利害關係人在製造胚胎之前應以契約將相關權利義務加以約定，便可事先化解許多潛在糾紛。在我國法律上，可以參考美國實務(註十八)作法，承認這種處分胚胎契約的合法性，以化解關於胚胎歸屬的爭執。

在使用細胞核轉植術製造胚胎的情形，胚胎的遺傳物質完全來自於一人體細胞核內的完整染色體，而接受細胞核移植的卵子本身只是提供胚胎發育的細胞環境。在此情形下，細胞核與無核的卵細胞均屬於動產，不經由有性生殖的受精過程，而附合為具有發育潛能的細胞，因此細胞核所有人與無核卵細胞所有人共有合成之胚胎。當然，在利害關係人有事先進行契約安排的情形，即可依契約處理系爭胚胎相關的權利義務。否則，必須依個案情形判斷細胞核所有人與無核卵細胞所有人對於胚胎的共有比例。

三、人民有權製造胚胎(註十九)

世界上已有國家立法禁止為了研究目的而刻意製造胚胎。(註二十)這種法律的立法理由在於禁止將胚胎作為可以大量生產與使用的物品，以維護人類生命的形象。因此，若是為了人工生殖目的而製造胚胎，則不

是法律所禁止的行為。在我國法律上，目前並無法律明文禁止胚胎的製造，因此人民有權任意製造胚胎。以刑法而言，基於罪刑法定主義（刑法第一條）或「法無明文不為罪」的法理，在目前沒有法律明文禁止下，人民可以自由製造胚胎，而不須負擔任何刑事責任。在民法上，雖然有所謂的公序良俗條款（民法第七二條）、公共利益條款（民法第七二條第一項）與誠實信用條款（民法第七二條第二項），不過這些條款對於製造胚胎並無實際上的限制拘束力。例如，公序良俗條款僅適用於「法律行為」，然而製造胚胎屬於「事實行為」，因此製造胚胎不在本條規範效力範圍之內。至於公共利益條款與誠實信用條款，必須由「受害人」出面主張權利受侵害，方能對於特定行為加以限制。不過，由於胚胎本身不是人，且其他人並沒有法律上的具體權利或利益受到侵害，因此製造胚胎行為並無「受害人」存在，這二個民法條款無法成為限制胚胎交易的有效工具。

衛生署於二〇〇二年制訂「胚胎幹細胞研究的倫理規範」（以下簡稱胚胎幹細胞規範）針對胚胎的來源與使用加以規範。該規範第二點規定：「不得以捐贈之精卵，透過人工受精方式製造胚胎供研究使用。」衛生署這項規定，是否意味著我國在製造胚胎事項上有法律加以規範？很明顯，根據憲法第二三條、第一七〇條與中央法規標準法第五條，關於人民權利義務

事項僅能夠以「法律」加以規範，而所謂「法律」僅限於立法機關制訂並由總統公布之規範，因此衛生署這項規定在法源位階上並不是法律，也不應成為干涉人民自由權利的法律根據。依據行政程序法第一五〇條與第一五九條加以分析可知，由於胚胎幹細胞規範並非來自於法律的明文授權，因此只是一種行政機關內部的行政規則，換言之，只是一種不具對外法律效力的內規。

胚胎幹細胞規範這種內規的適用對象是誰？根據醫師法第二五條第四款的授權，衛生署有權力懲戒違反醫療倫理的醫師。衛生署基於醫師主管機關的地位，的確有權力認定何種行為屬於違反醫療倫理而加以懲戒。因此本件胚胎幹細胞規範是衛生署用來管理醫師的內規，這種內規雖然本身沒有直接法律拘束力，但是與衛生署基於醫療法的懲戒權力結合之後，對於醫療人員具有實際上的拘束力。不過，基於憲法第二三條與中央法規標準法第五條可知，這種內規對於醫療專業人員以外的一般人民根本毫無法律拘束力。換言之，關於學術機構與民間企業廠商的研究者，如果不具醫師資格者，衛生署無權妨礙製造胚胎的自由與權利，否則即違反了依法行政的原則。然而，衛生署在本件胚胎幹細胞規範中並未明確說明這項行政規則的法律拘束對象，因此有可能誤導不具有法律專業的科學研究者，使這些研究者陷於錯誤而放棄以自行製造

主題

— 幹細胞、再生醫療與法律

的胚胎作為研究材料來源。

雖然我國法律並未有明文禁止製造胚胎的規定，不過，製造胚胎仍必須受到一般民、刑事法律對於保障他人財產權與人格權相關規定的限制。當使用精、卵合成胚胎時，如果精、卵提供者早已放棄所有權，或將所有權讓與行為人，則精、卵所有權應歸於胚胎製造人。不過，即使精、卵所有人在法律上對於精、卵具有所有權，但是並不必然意味當然擁有胚胎製造權。例如，當精、卵提供者提供精、卵時與受讓人或保管人約定精、卵的使用或保存方法，則受讓人或保管人應受到雙方契約所拘束，而不得違約使用精、卵。若違背精、卵提供者意願，而擅自將精、卵合成為胚胎時，可能構成刑法第三四二條的背信罪。如果胚胎製造者對於精、卵不具有所有權，且違反精、卵來源者意願而製造胚胎，由於製造胚胎將會使精、卵發育為胚胎而喪失原貌，這種行為可能涉及觸犯刑法第三五四條的毀損器物罪，而行為人不法持有應歸他人所有的胚胎，將構成刑法第三三五條的侵占罪。（註二十二）如果系爭胚胎被植入人體，在分娩為人之前，則胚胎已經成為母體的一部分，在經過發育而分娩為人之後，更成為某人的子女。在以上情形下，原權利人無法要求返還胚胎或回復原狀，而只能請求損害賠償。

四、人民有權使用、交易或毀壞人體外創造的胚胎

目前最具有研究價值的胚胎是具有細胞發展多能性的早期胚胎，而針對這種胚胎的研究與操作可以在人體之外進行。跟據先前對於民法與刑法相關規定的分析可知，科學家針對體外授精所創造的胚胎加以操作甚至毀滅，並不構成傷害罪、殺人罪或墮胎罪，也沒有侵害胚胎生命權可言，因此不須負擔任何法律責任。此外，由於胚胎並非人，因此以胚胎作為研究對象，並不屬於從事「人體試驗」，從而我國關於人體試驗的相關規範並不能適用於胚胎研究。不過，如果取得胚胎的過程不合法，以致於研究者對於胚胎並不具有合法處分或使用權利，則一旦胚胎研究對於系爭胚胎有所損傷，將構成刑法第三五四條的毀損器物罪，而在民事上成立民法第一八四條侵權行為責任。如果基於持有之胚胎而獲知精、卵提供者的遺傳訊息，則構成侵害了基因隱私，應負民法第一九五條的侵權行為責任。

在胚胎交易方面，契約法是目前最有可能成為管制胚胎交易的法律工具之一。民法第七二條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」如果我們將胚胎交易視為違反公序良俗，則可援用民法第七二條認定這種交易在法律上無效。當法律規定某種法律行為無效時，意味著這種交易在法律上不具有

請求力與執行力，因此交易的任何一方違背約定，均無須負擔任何違約責任。如此一來，胚胎交易在市場上的可行性將會降低。不過，即使法律否認某些交易的法律效力，並不意味著這種交易不會發生。基於經濟學上的寇斯定理(Case Theorem)可知，在低交易成本的條件下，法律規定對於資源使用的方式不具有影響力。(註二十二)如果交易的履行並不須要透過公權力機關加以擔保，且買方的願付價格高於生產成本與交易成本，則民法第七二條的規定不會影響交易的進行。反之，如果胚胎交易需要透過公權力機關保證履約，則民法第七二條的規定能夠降低胚胎交易出現的機率。

由於民法第七二條只是民事法規，因此對於禁止胚胎交易的管制強度相當有限。民法的管制能力只及於藉由否定民事請求權而妨礙當事人實現契約利益，但是卻無法進一步對當事人施加制裁。藉由施加制裁進行社會控制，是屬於刑法的作用，而不是民法的作用。如果沒有刑法的制裁，胚胎交易恐怕在事實上不易禁絕。不過，基於「罪刑法定主義」(刑法第一條)，在目前我國刑法沒有明文禁止規定的情況下，胚胎交易並不違反任何刑事法規，而人民則有權進行胚胎交易而不受制裁。

除了契約法之外，我國物權法也可能是管制胚胎交易的法律工具。不過，以物權法禁止胚胎交易或各種

利用行為，在成效上也相當有限。在我國民法學說上有所謂「不融通物」的概念，這種物被認為不能成為交易客體。(註二十三)不過，不融通物的範圍原則上應以法律明文禁止為限，例如毒品或槍枝等等。如果沒有法律明文規定，原則上任何物應當都是具有交易上的可通融性。當然，我國民法第一條承認成文法之外的習慣或法理可以作為民事關係的法源基礎，或許有人可能主張根據習慣或法理，胚胎應屬於不融通物，因此人民不可自由買賣胚胎。在我國法律上是否有可能根據習慣或法理認定胚胎屬於不融通物，是見仁見智的一種爭論。

不過，即使認定胚胎屬於不融通物，事實上對於胚胎交易的影響可能極為有限。鑑於我國物權法本質上屬於民事法律，只具有界定民事請求權的效果，但是缺乏積極制裁的嚇阻力量。在現況下我國法律並未將買賣胚胎定為犯罪行為，因此人民有權利自由買賣胚胎。即使在物權法上認定胚胎屬於不融通物，只要交易當事人不需要藉由法院執行買賣胚胎契約，則胚胎是否屬於不融通物的問題，只是法律專家的紙上爭論，對於實際的交易活動沒有任何影響。當然，如果當事人一方需要法院強制執行胚胎買賣契約，則一旦胚胎被視為不融通物，將使當事人的契約被宣告無效，以致於影響契約的履行利益。

主題

— 幹細胞、再生醫療與法律

五、禁止製造、使用、交易或毀壞胚胎侵害人民憲法上自由權利

如果製造、使用、交易或毀壞胚胎在未來受到立法限制，則這種法律侵害了人民的憲法上自由權利。根據憲法第七條至第二三條的規定方式可知，我國憲法對於人民自由權利範圍的界定，採取列舉與概括保障二種方式並行，因此即使人民的種種自由權利並未在憲法明文保障之列，但是只要沒有受到法律明文禁止，則人民當然自動享有各種自由權利，而不需要向國家請求「恩准」或「賞賜」才能享有自由權利。（註二十四）換言之，在我國憲政體制下，凡是法律未明文禁止的事項，人民有憲法上的自由權利從事各種活動。根據以上這種憲法觀點，人民對於胚胎其實可以主張許多憲法上的自由權利。

首先，由於胚胎研究是目前醫學與生命科學的重要焦點，如果法律禁止研究者為了研究目的而製造、取得或操作胚胎，將妨礙了科學家的研究自由。

其次，鑑於胚胎研究可期望對於許多疾病提出新的治療可能性，如果胚胎研究受到法律所限制，將可能妨礙人民接受醫療照顧的權利，換言之，人民的健康權將受到不利影響。

第三，在我國現行法制下，胚胎是一種物，因此根據民法第七六五條，在法令限制範圍內，胚胎所有人

得自由使用、收益、處分胚胎。如果未來出現了禁止使用、收益、處分胚胎的法律，人民的物權將受到限制或剝奪。

第四，關於人類胚胎是否是一種值得法律加以保障的生命形式，這並不單純是事實上或經驗上的問題，而主要是一種價值判斷與信仰問題。當某些人士基於宗教信仰主張禁止干涉胚胎，則同時可能侵犯了他人基於憲法第二條所享有的宗教信仰自由。如果某些人士的信仰認為胚胎是一種物，則反對胚胎商品化的論點將抵觸這些人士的信仰。或者，所謂宗教信仰應包含積極性與消極性的二個方面，在積極面上個人有權利追求自己的信仰，而在消極面上個人有權利不接受他人的信仰。若是法律採納某些人的信仰而將胚胎定義為「人」，則形同於強制他人在胚胎問題上服從特定人士的宗教信仰，而這顯然侵害了宗教信仰的憲法權利。此外，鑑於目前有部分反對胚胎商品化的論點來自於某些宗教，當我們在處理胚胎與宗教議題時，必須特別注意不應當對於特定宗教的立場給予特殊待遇，否則將違反憲法第七條所保障的宗教平等。

為了確保人民的宗教自由，政府不應在各種信仰之間「事先預設」價值判斷，而應採取中立角色與消極不介入的立場。當然，為了維持宗教自由與政教分離原則，並不意味著法律絕對不可針對涉及信仰的事項有所評價。在人民經由正當立法程序與理性溝通辯論

後，如果產生出一個法律上的價值判斷，則政府有義務實現這項價值。如此一來，某些人士的信仰自由可能因此受到妨礙，不過，法律上的價值判斷必須具備充分正當理由，因此當涉及不同價值之間的衝突時，法律上的評價必須經過嚴格審查，而不能恣意為之。在沒有具體明確的證據與重要理由時，法律不應在信仰問題上採取立場，而應放任人民行使信仰自由。

六、禁止製造、使用、交易或毀壞胚胎有違憲可能性

誠然，根據憲法第二三條規定可知，我國憲法對於人民的自由權利並不採取絕對保障主義，為了防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要，法律得限制人民的自由權利。因此，即使人民原本有憲法上的權利得以製造、使用、交易或毀壞胚胎，必要時仍有可能受到法律所限制。不過，這並不意味著以上的自由權利可以任意加以限制。

在一個理性的憲政法律制度下，限制人民自由權利必須基於正當理由，而且必須經過理性辯論的程序。就我國而言，目前學界通說的比例原則，即代表了將憲法第二三條予以理性化適用的判斷模式。根據比例原則的基本原理，當法律限制人民的自由權利時，必須是以能夠實現更重要的利益為前提，否則即不符合憲法第二三條的標準。在胚胎議題的脈絡下，當我們

企圖立法禁止製造、使用、交易或毀壞胚胎時，也必須證明如此作法是為了實現更重要的利益所必要。關於禁止或允許自由處置胚胎，由於涉及許多價值判斷上的高度爭議，因此本文此處不便一一檢討實體價值方面的問題。不過，本文在此必須強調一些關於適用比例原則限制自由處置胚胎的程序性問題。

（一）應由主張限制權利者負擔舉證責任

為了通過比例原則的審查，我國憲法學者通說認為法律必須通過三個階段的檢驗，方能被認為符合憲法第二三條的標準。這三個階段是比例原則中所細分的三個原則，分別是適當性原則、必要性原則與狹義比例原則。適當性原則要求系爭法律的規定內容有助於達成所追求的目的。必要性原則要求系爭法律的規定是各種達成目的的手段中侵害最小的作法。至於狹義比例原則要求法律所實現的目的必須比權利受到限制的影響更加重要。如果沒有參考許多經驗事實與價值因素，我們根本無法認定系爭法律是否通過適當性原則、必要性原則與狹義比例原則，因此適用比例原則將會面臨在資訊上與價值判斷上的舉證責任問題。

（註二十五）

在我國憲政體制下，為了判斷限制自由權利是否符合憲，究竟應由何人負擔舉證責任？很明顯，應當由主張限制權利者負擔舉證責任，而不是由權利受限制者負擔舉證責任。根據憲法第七條至第二三條的規定方式可

主題

——幹細胞、再生醫療與法律

主 題

— 幹細胞、再生醫療與法律

知，我國憲法是以預設自由為原則，而不是預設以不自由為原則。如果是前者，則人民不需經由法律恩准或賞賜，即可自動享有種種自由權利。如果是後者，當法律沒有明文特許或賦予權利時，則人民不具有自由權利。正因為我國憲政體制採取前者的立場，由此可以推論出人民擁有自由權利是原則，而人民的自由權利受限制屬於例外情形。在這種理解下，應當由主張限制權利者負舉證責任，以證明放任自由處置胚胎將會造成種種危害。否則，如果人民必須先主張行使自由權利的行為沒有危害性才能享有憲法上的自由權利，這顯然一種違背保障人權潮流的荒謬作法。

(二) 必須以我國人民的實際價值觀作為評價基準

除舉證責任分配之外，在辯論胚胎商品化議題時，我們也必須注意證據力的問題。在民主制度下，法律內容應當符合社會的共識價值，或者必須符合社會上多數人的價值判斷。因此，當一項論點越能符合我國人民的價值觀，則越應當在價值權衡上獲得更高度的重視。不過，由於我國法律學者往往習慣於從事理念上的探討，而疏於從事社會學實證研究，因此這些學者的價值判斷主張普遍缺乏堅強的實證基礎。當人民的意見在反胚胎商品化的論點中消失時，這些論者的價值判斷是否具有代表性，確實具有合理懷疑的餘地。

其次，雖然某些國家（如德國）已經針對胚胎的地

位表達出保護立場，並已藉由法律限制人民處置胚胎的自由，（註二十六）但是外國人的價值判斷並不當然是我國法律上的評價基準。固然外國法律的作法與評價對於我們理解胚胎爭議具有參考價值，但是我國法律上的價值判斷應當出於我國人民的選擇。如果未能針對我國與外國的社會背景與文化進行深入比較，而直接援用外國法律作為反胚胎商品化的論點，在辯論上顯然構成了技術犯規。

由於我國憲法預設人民享有種種自由權利，因此人民不需證明行為無害社會，即可當然享有製造、使用、交易或毀壞胚胎的自由權利。（註二十七）萬一我國日後出現反胚胎商品化的法律，並且這項法律限制了人民製造、使用、交易或毀壞胚胎的自由權利，則反胚胎商品化論者必須負擔舉證責任，並且提出堅強的證據，始能符合憲法第二三條的要求。當反胚胎商品化論者無法證明我國多數人民在價值判斷上反對製造、使用、交易或毀壞胚胎，也無法明確指出製造、使用、交易或毀壞胚胎具有何種不利影響，無法證明限制人民製造、使用、交易或毀壞胚胎的自由權利可以實現更重大的利益或價值時，則反胚胎商品化立法應被認為違憲。（作者為清華大學科技法律研究所助理教授）

註釋：

註一：感謝中原大學財經法律系雷文玫與清華大學科技法律研究所牛惠之二位先進對於本文初稿的閱讀與評論意見。

註二：本文所討論之胚胎，指人體外所製造、保存的胚胎。至於在人體內發育之胚胎，則不在本文討論重點之內。

註三：如德國1990年「胚胎保護法」與2002年「幹細胞法」限制人民利用胚胎。這二個德國立法的介紹，可參見陳英鈴，德國對胚胎幹細胞研究的管制：幹細胞法的意義，應用倫理研究通訊，第2期，頁47-57；李震山，德國「幹細胞法」之介評，月旦法學，第87期，頁242-249，2002年8月。至於英國則有1990年人類受孕與胚胎學法設定胚胎研究的限制與合法條件。

註四：由於我國法律在法律主體上的相關規定並不完整，我國法院也從未針對胚胎與法律上人類生命的問題給予清晰解釋，因此對於缺乏法律專業知識的醫療與科學研究人員而言，涉及胚胎研究的相關權利義務顯得模糊不清。

註五：應值得注意的是，在不認為胚胎為普通物的立場上，學者之間對於胚胎仍有保護程度上的意見不一致，有論者主張應給予胚胎較高度的保障，而亦有論者主張較低度的保障。我國學者李震山認為胚胎應在憲法上生命權保障範圍之內，見如李震山，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

第31卷第3期，第1-16頁，2002年5月。蔡維音不認為胚胎為法律主體，但是建議賦予胚胎「擬似權利主體」之地位，見蔡維音，「擬似權利主體」之法律意涵——重新建構人類基因之法律定位，成大法學，第2期，頁41-74，2001年12月。陳英鈴根據我國優生保健法推論，胚胎與胎兒生命在法律上受到相對保護，而非絕對保護。不過，他仍認為利用胚胎進行研究仍必須受到一定限制，見陳英鈴，人類幹細胞研究的法議題，政大法學評論，第67期，頁158，2002年2月。

註六：即使是人類進行思考也必須面臨成本效益分析。本文此處的作法雖可能引發某些成本，但是也因此節省了許多其他成本。

註七：在澄清法規適用範圍的說明上，「舉輕以明重」適用於解說禁止規範或課予義務規範，而「舉重以明輕」適用於解說許可規範或授予權利規範。不過，許可規範或禁止規範，以及授予權利或課予義務的規範，這二種性質規範的區分通常只是觀點上的不同，因此同一法規依不同觀點來看可能同時具有許可與禁止，或授予權利與課予義務的雙重性質。

註八：由於優生保健法對於人工流產採取寬鬆的管制立場，刑法上墮胎罪的適用機會已大為降低。不過，以法律適用的原理來看，在我國目前法制下，刑法墮胎罪是保障胎兒與胚胎的原則性、一般性法規，而優生保健法則是例外性、特別性法規。

主題

——幹細胞、再生醫療與法律

主題

——幹細胞、再生醫療與法律

註九：雖然人造子宮一直是科學上所追求的目標，但是人類有機體的發育過程太過複雜，因此目前為止科學家無法成功製造出人造子宮。

註十：鑑於人工生殖手術的成功率並非相當高，因此往往必須經過一次以上的嘗試方能成功，以致於必須製造許多備用胚胎。在手術成功之後，這些備用胚胎即成為多餘胚胎。

註十一：例如，「懷胎婦女服藥或以他法墮胎者」（刑法第288條第一項），「受懷胎婦女之囑託或得其承諾，而使之墮胎者」（刑法第289條第一項），以及「未受懷胎婦女之囑託或未得其承諾，而使之墮胎者」（刑法第291條第一項）。

註十二：在法律上我們必須區分「物」與「物權」的差異。所謂「物」是指可供人類所用的資源，而「物權」則是指依附於「物」之上的「法律權利」。因此所謂物權法定主義，只是一種明確列舉物權的種類或型態的法律制度，但是卻無法指示何者為物或非物。

註十三：關於反面推論的適用前提與侷限，可參見，王澤鑑，法律思維與民法實例，頁312-313，2002年。

註十四：美國田納西州最高法院表示，胚胎非人亦非財產，而屬於人與財產之外的第三範疇(an interim category)。由於胚胎具有人類生命潛能，因此應受到特別尊重("We conclude that preembryos are not, strictly speaking, either "persons" or "property," but occupy an

interim category that entitles them to special respect because of their potential for human life.")。見Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588, 597 (Tenn. 1992)。

註十五：即是製造複製羊或複製人的方法。這種方法由成熟生物個體的體細胞中取出細胞核，而植入去核的卵細胞，而創造出一個胚胎。

註十六：由於精子與卵子只是具有不完整遺傳物質的生殖細胞（只有半套染色體），因此精、卵更不可能被認為是人，而顯然屬於民法上的動產，而且是一種天然孳息。根據我國民法學者通說，我國民法對於天然孳息的所有權歸屬採取「原物主義」，因此精子與卵子的所有權應當歸於生產精子的男性個體與生產卵子的女性個體。

註十七：根據國內生殖醫學專家推估，自男性取精平均需要回診七次，每次交通、餐費與耽誤工時為一千四百元，則合計七次為九千八百元。然而自女性取卵必須施打排卵針、加上藥物副作用、侵入性取卵與麻醉等風險，因此合理費用為十萬元，見黃庭郁，代理孕母合法化曙光再現，中國時報，中華民國九十二年二月十一日三版。

註十八：以美國為例，鑑於早期人工生殖手術引起許多處分胚胎的糾紛，後來的人工生殖手術同意書多約定了處分胚胎的方式，而這種處分胚胎契約經美國紐約州上訴法院認定為有效，見Kass v. Kass, 696 N.E.2d

174 (N.Y. 1998).

註十九：本文此處所謂「製造胚胎」指在於人體之外以精子、卵子進行人工授精。如果受精現象來自於人類性行為的後果，則並非本文所謂的「製造胚胎」之列，且亦非各國法律所禁止的行為。

註二十：例如德國幹細胞法第一條第三款。

註二十一：至於以細胞核轉植術所製造的胚胎，如果製造過程涉及侵害他人權利者，與精卵合成的胚胎的處理方式大致相同，請讀者依此處的推理自行思考相關法條的適用。

註二十二：Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 1 (1960).

註二十三：關於不融通物之定義與交易地位，見洪遜欣，中國民法總則，頁209-210，1987年修訂初版。

註二十四：見憲法第22條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法之保障。」以及憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

註二十五：當然，在典型的訴訟法體系中，舉證責任法則處理的是事實問題，而不是價值判斷問題。不過，為了行文便利，本文將證據法則應用於價值判斷

上的討論。

註二十六：德國方面已有1990年的「胚胎保護法」與2002年的「幹細胞法」限制人民利用胚胎。這二個德國立法的介紹，可參見陳英鈴，德國對胚胎幹細胞研究的管制：幹細胞法的意義，應用倫理研究通訊，第22期，頁47-57；李震山，德國「幹細胞法」之介評，月旦法學，第87期，頁242-249，2002年8月。

註二十七：這是一個基本憲法概念的簡單應用。試另以言論自由為例，如果發表言論者必須先證明言論無害於社會才能發表言論，如此一來所謂言論自由將名存實亡。在我國憲法下，必須由主張限制自由權利者證明人民行使自由權利將造成危害，始能限制人民的自由權利。如果主張限制者無法善盡舉證責任，人民不需自行證明行為正當性，便可當然享有種種自由權利。

主題

——幹細胞、再生醫療與法律