

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)

论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)

您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文

[> 论文精粹](#)

王贵松：价值体系中的堕胎规制——生命权与自我决定权、国家利益的宪法较量

admin 发表于： 2009-11-09 13:25 点击： 582

关键词：堕胎/生命权/自我决定权/国家利益/国家保护义务

内容提要：堕胎的规制模式大致可分为国家放任模式、国家许可模式和有限制的国家放任模式。这些模式的背后都有着自身的一些独特的考量，模式的选取与其社会传统、对胎儿是否为人、宪法权利是否具有积极性、国家是否负有某种保护义务等诸多因素的认知密切相关。目前我国基本上是放任孕妇堕胎。然而，宪法却要求国家履行其对生命的保护义务。鉴于法律应该在社会现实和价值诉求之间寻求合理的互动和对话，我国应该在保护胎儿的生命、孕妇的自我决定权以及国家利益之间进行更为适当的权衡，对我国所施行的堕胎规制模式做出适当的调整。

一、引言：何以规制堕胎

看着“无痛人流”“180秒梦幻人流”的滚动广告，看着堕胎数字在百万之多居高不下，不知道列位作何感想？真的是如女权主义所宣称的那样，“我的肚子我作主”吗？胎儿的生命真的就不值得保护呢？孕妇要堕胎，国家在这当中到底要扮演一个什么样的角色，要不要进行规制、又如何规制呢？无论生物学、伦理学、神学、政治学等其他学科会作何回答，笔者以为法学界应重视这一问题，因为它关系到几种重要的价值，关系到个人生命与自由的抉择，关系到国家的保守中立与积极介入的权衡。

现代各国基于自己的信条、哲学、经历和体验，基本上都对堕胎实施规制，直至入罪。这里所说的“规制”包含着两层涵义：控制和规范，其内涵大致相当于调整，它是将限制和保护融为一体的调整。各国对于堕胎的规制，除了宗教上、传统上的原因之外，大致还是出于下列三种权益的考量。1. 胎儿的生命。限制堕胎，很大程度上就是要保护胎儿的生命。2. 孕妇的健康。胎儿与孕妇骨肉相连，堕胎对孕妇的生理和心理都可能会造成极大的伤害，尤其在科技尚不发达之际更是如此。3. 国家的利益。允许堕胎，控制人口的数量，或者提升人的生活质量，保护自己的国民免受他人的侵害，都可被国家视为自己的一项重要职能和利益。有时控制堕胎可能意味着提高人口的数量，如此则可在中央增加自己的议员数量，这也是维护地方利益的一种方式。

二、规制堕胎的模式

如何规制堕胎，各国有着不同的做法，大致可分为以下三类模式。

（一）国家放任模式

国家放任模式是以尊重孕妇的自我决定权为中心的，国家承认孕妇的自我决定权而不予干涉，只是在极其例外的情

况下（如堕胎将危及孕妇的生命）国家方可介入其中。介入的目的在于保护某种重要的法益。

美国联邦最高法院在1973年1月22日作出的Roe. v. Wade案判决就属于这一类型。在该判决中，布莱克蒙大法官代表法院发表意见，德克萨斯州的法律无视怀孕阶段和其他有关权益，把除了拯救母亲生命以外的一切堕胎手术统统归为刑事犯罪，这类堕胎法律违反了宪法修正案第14条正当法律程序条款的要求。隐私权是受到宪法保护的，隐私权足以包括堕胎决定在内。当然隐私权也不是绝对的，它要受到一定的限制。州政府可正当地宣称其在保护健康、维持医学标准和保护潜在的生命中享有重要的利益。为了在妇女隐私权和州政府所代表的国家利益之间进行协调，需要将妊娠期分为三个阶段：（1）在妊娠的头三个月，堕胎危险性小于正常分娩，政府没必要为保护孕妇健康而限制堕胎，孕妇与医生磋商之后，可自行决定是否堕胎，不受法令限制；（2）在妊娠的头三个月之后，胎儿胎动之前，堕胎危险性增加，政府可为孕妇健康着想而限制堕胎，但是，限制手段只能以保护孕妇健康为必要；（3）在胎儿具有存活性之后，政府可为了保护潜在的生命或者孕妇健康而采取包括禁止堕胎在内的措施来规制堕胎，除非堕胎是为了挽救孕妇生命。〔①〕这样，在隐私权的保护下，孕妇堕胎的自我决定权得到肯定，堕胎决定可自由地作出，国家如果对此不享有迫切的利益即不得干预。

（二）国家许可模式

国家许可模式是以保护胎儿生命和人性尊严为中心的，国家承认胎儿的生命是一个独立的、受到宪法保护的法益，而否定孕妇的自我决定权，孕妇只有在得到国家许可的情况下才可实施堕胎。

德国联邦宪法法院在1975年2月25日作出的第一次堕胎判决就属于这一模式。德国自1851年即开始用法律（刑法）来规制堕胎，而且一直较为严格地执行限制甚至禁止堕胎的政策。然而，在1970年代，地下堕胎却盛行起来。1974年联邦德国国会为回应社会现实通过了刑法的修正案，规定在怀孕之后的12周之内进行堕胎，免除其刑罚。193名国会议员以及五个邦政府就此提起宪法诉讼。联邦宪法法院指出，基本法第2条第2款中保护每个人的生命权，“每个人”意味着每个活着的人，换言之，每个具有生命的个人，因此，每个人还包括尚未出世的人。胎儿在母体内成长的过程很难准确地作出判断，因而胎儿的宪法保护应包括整个怀孕过程。由于堕胎意味着胚胎生命的摧毁，因而同时保障胚胎生命和怀孕妇女的堕胎自由，乃是无法调和的。以基本法第1条第1款为指导，国家必须优先对胚胎的生命进行保护。原则上，这种优先保护持续于怀孕的整个期间，且不得在任何阶段受到质疑。对生命的保护是人格形成的不可或缺的根据，禁止任意处理形成中生命的意义在于通过宪法有效地维护人格的价值。当正在形成中的人格概念的存在与否成为争议的焦点时，女性的自我决定权应让位于新生的生命权价值。堕胎改革法未表达出对堕胎的反对意见，忽视了保护生命之宪法命令的规范内涵，它所规定的咨询程序也不能阻止堕胎，还允许提供咨询者与实施堕胎手术者为同一个人，因而该法是违反基本法保护生命权和人性尊严规定的。〔1〕（P336-346）这一判决最终的根据就在于：立足于宪法规定人性尊严对人的生命的“国家保护义务”。此后，国会根据宪法法院指出的模式重新制定条文，对堕胎进行严格限制，只有在危及孕妇生命、胎儿畸形等情形下方可允许堕胎，否则将施以刑罚。〔②〕

（三）有限的国家放任模式

有限的国家放任模式是在孕妇的自我决定权和胎儿生命之间进行权衡的结果，但该模式仍然偏重于尊重孕妇的自我决定权，只是较国家放任模式更加重视国家对某些重要法益的保护义务的履行。

美国罗伊判决作出之后，在美国立即引起轩然大波。支持堕胎者欢欣鼓舞，反对堕胎者大肆鞭挞，甚至政府向法院提出请求将其彻底推翻。此后虽然政府更迭，大法官人选有所变动，社会观念也在发生微妙的变化，但该判决仍一直得到维持。1992年6月29日作出的Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey案判决再次维护了罗伊判决，但是又对其作出了部分修正。联邦最高法院解释了对堕胎的自由选择为什么是基本权利，这种权利受宪法修正案第14条的保护，由此极大地强化了罗伊判决。法院明确定义了所谓州在堕胎中的利益：问题的关键是妇女具有最终决定的权利，而不是在与他人相隔离的情况下作出决定的权利，由此，州有权制定法律对妇女的这种具有深远而持久意义的决定过程提供合理的指导纲要。即使在妊娠的早期，州也可制定规则以鼓励妇女了解那些非常有分量的哲学和社会的观点，这些观点可能导致妇女偏向于妊娠的继续。这就废除了罗伊判决的三阶段标准。同时，法院也采纳了一个新的

标准，即“不适当负担”。该标准认为，如果州有关堕胎的法律规定具有下述目的或效果：它给妇女在寻求堕掉尚未胎动的胎儿之路上设置了“实质性的障碍”，那么就给选择堕胎的妇女造成“不适当的负担”，该法律就违反宪法。〔3〕如此，孕妇的自我决定权仍然得到肯定，但国家可施以一定的规制。法院认为，要求医生给孕妇一定的意见，要求在等待24小时之后方可堕胎，都不构成不适当的负担，符合宪法的规定。〔4〕

德国联邦宪法法院在1992年8月4日作出的第二次堕胎判决大致也属于这一模式。两德统一之后，由于东德实行“有求必应”式的堕胎政策，与西德的政策有霄壤之别，有关堕胎规制的问题再次成为国会立法的焦点之一。国会通过了《怀孕与家庭援助法》，给予孕妇自由决定堕胎的权利。刑法也随之修订，规定在怀孕的12周之内，孕妇提出请求，医生同意堕胎，在咨询程序之后三天施行堕胎，则堕胎无罪。巴伐利亚邦以及249名基督教民主党议员（全部来自西德）旋即提起违宪审查请求。在长达163页的判决书中，联邦宪法法院维持了第一次堕胎判决的核心内容，并重点对国家保护胎儿的义务做了明确说明。判决认为，尚未诞生的生命是人的生命，其生命是人性尊严存在的基础，应受到国家的保护。宪法不仅支持邦政府为了未出世的生命的利益而直接介入，也要求邦政府保护未出世的生命受到来自他人的非法干涉。国家需要为未出世的生命提供保护，这种保护至少要符合法律秩序的最低要求。国家在怀孕的所有阶段均应将堕胎宣布为非法。妇女的宪法权利还不足以让她主张用堕胎的方式来杀死未出世的小孩。但这并不意味着消灭孕妇所有的法律权利。当立法者规定了合宪的非刑法措施来保护未出世的生命时，只要法律秩序明确表明堕胎原则上是禁止的，妇女在一定情况下也不必因其非法堕胎而受到惩罚。换言之，虽然立法宣布堕胎为非法，但是堕胎的妇女不一定因此而受到惩罚。妇女必须要在经过旨在劝阻堕胎的咨询程序之后经过三天的等待期方可堕胎。〔1〕（P349-355）这样，孕妇的自我决定权就得到了一定的肯定。根据1994年生效的基本法第3条第3款的后段，任何人皆不得因其障碍而受到歧视，再也不允许基于胚胎病理（早期是基于优生学）特别原因堕胎，而这在第二次堕胎判决中仍受到许可。仅仅是因为胎儿预期有障碍的可能，便准许其在简单条件下进行堕胎，将抵触前引条文的客观法内涵。

三、选择规制堕胎模式的考量因素

各种堕胎的规制模式都有其内在的逻辑支撑着。那么，这些规制模式到底都考量了哪些因素呢？

（一）是否要限制堕胎的考量因素

在各种堕胎规制模式中，因医学上的、伦理上的、甚至优生学上的堕胎一般都是允许的。故而，这些因素不在下文讨论之列。

1. 胎儿是人吗？

胎儿是人吗？这是十分严肃而且关键的问题，也是上述美、德堕胎判决着重论证的一个问题。生物学、神学、伦理学、人类学、社会学等学科可能会基于各自的信条教义而作出不同的回答。宪法是以其中的某一信条为依归，还是要有自身的回答呢？

德国联邦宪法法院认为，要解释德国基本法第2条第2款，人们必须从其文字开始：“人人享有生命权……”生物学和心理学研究表明，生命开始于受孕后第14天，之后就是一个发展的连续的过程，没有明显的分界，也不允许给生命发展的各个阶段作出精确的划分。因而，我们就不允许将基本法第2条第2款的保护仅仅限于出世之后“完整”的人或者能够独立存活的胎儿。基本法第2条第2款中的“人人”是指“每一个活着的人”，换言之，就是每一个拥有生命的人。因此，“人人”也包括尚未出世的人。〔1〕（P337-338）支持这一观点的学者为此进一步论证。“若完全无视人性尊严的思想，仅仅将人格概念作为经验科学的、外在的智能作用来理解，则不仅仅是胚胎、胎儿，而且新生儿和重度精神病患者、白痴等都不具有人性，不要说中止妊娠，就是杀婴在道德上也是允许的。”〔2〕（P104-105）生殖行为是形成新人类生命的自然基础。所有将生命起点往后延至胚胎营巢时、脑神经开始发育时、胎儿脱离子宫的存活能力，或是迟自诞生的一刻等等，这种种对人的定义观点不管是出于质或时间的观点，都在定义上否定了生命权及尊严保障的可能。胚胎的人性尊严基础在于，胚胎有发展人类脑神经及自我意识的能力。

然而，美国联邦最高法院的结论却与此恰恰相反。胎儿是否为美国宪法修正案第14条中的“人”（person）？美国宪法自身未给出界定。第14条修正案第1款中有三处提及“人”。第一处在界定“公民”中说“出生在美国或者归化到美国的人”。这一个词在正当程序条款和平等保护条款中都出现了。在宪法其他条文中也有运用。但是，几乎所有的情形中，这一个词仅仅用于出生之后，而没有用于出生之前。19世纪风行的合法堕胎远较今日自由（第14条修正案于1868年生效——引者注），这也可说服我们，“人”不包括尚未出世的人。生命到底始于何时，社会各界人士都无法达成共识，法院也不必解决这一难题。〔5〕美国学者德沃金对此进一步说明认为，“按照哲学家和神学家的顺理成章的思维，胚胎与成年人一样是人，抑或说胚胎从一受孕起就赋有灵魂；但从对宪法的最佳解释看，宪法却未赋予胚胎与他人同样的权利。”“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，同时也更符合我们对如何或应该怎样决定其他相关事宜的观念。”〔3〕（P62、65）

胎儿是人吗？对于这一问题不同的回答，导致的保护程度和方式也是有重要差别的。如果胎儿是人，就享有宪法上的所有权利，就需要得到与其他人一样的保护。若胎儿不是宪法上的人，则妇女可对待自己身上的脂肪的方式随意处置胎儿。宪法上回答的不同，实际上也是源于各自文化背景和法律秩序的差别。

2. 绝对命令、自由主义与功利主义的考量

国家放任模式强调妇女的自我决定权和生育自主权，可随意堕胎；国家许可模式强调胎儿的人性尊严和生命权，一般禁止堕胎；有限的国家放任模式在胎儿的利益和妇女的生育自主权、自我决定权之间进行利益衡量，走随意堕胎和禁止堕胎之外的第三条道路。实际上前两种模式所使用的方法是一样的，就是给某一权利赋予绝对的权重，一般无以挑战，只是被赋予绝对权重的对象不同而已。第三种模式虽然表面上还有某种绝对的价值，但实质上是将两种权利都视为相对较为重要而在其间作功利主义的权衡。

德国，尤其是原来的西德，深受康德哲学的影响。第一次和第二次堕胎判决都体现了康德的哲学思想，即强调人的尊严和价值，只是第二次堕胎判决在现实面前有所退缩。康德认为，“超越于一切价值之上，没有等价物可代替，才是尊严。”“只有道德以及与道德相适应的人性，才是具有尊严的东西。”康德的绝对命令指出：“不论是谁在任何时候都不应把自己和他人仅仅当作工具，而应该永远看作自身是目的。”〔4〕（P55、P53）以这一思想为奠基的德国基本法就不允许在人的生命和尊严上有任何的妥协和权衡，而只有明确地加以保护。德国基本法第1条明确规定，人性尊严不可侵犯。第102条又规定，“死刑应予废止”。人性尊严及其存在基础——生命是至上的，永远都是目的，而不能仅仅视为一种手段。由此，孕妇堕胎即是杀害这一潜在的生命，即是对绝对价值的侵犯，因而是禁止的，必须都禁止或至少要被宣布为违法。孕妇所谓的自我决定权、人格发展权是不能与这一绝对价值相权衡。

美国罗伊判决体现的是另外一种绝对的价值，即自由主义。近代立宪主义的基本精神就是要保障人的自由和权利，在无害于他人的情况下国家不得随意干涉，公民享有一种不受国家干涉的权利。正如密尔所言，“对于文明群体中的任一成员，所以能够施用一种权力以反其意志而不失为正当，唯一的目的是要防止对他人的危害”。〔5〕（P10）对自由的限制仅仅在于侵害了他人的自由或者妨碍了公共利益。如此的自由主义浸透在美国的宪政体制之中。自由被视为一种绝对的价值，个人是自治的主体。人们就其生活最为内在的、私人性的选择，以及与个人尊严和自治密切相关的选择是美国宪法第14条修正案所要保护的主体内容。〔6〕由于胎儿并不是宪法上的人，也就不存在对其进行特别的保护，故而孕妇的自由应该得到尊重。在罗伊判决中，在怀孕的前六个月内，根本不允许在胎儿的生命与妇女的隐私权之间进行权衡，因为女性的自我决定权是决定性的。

然而，这种视某一价值为至上原则的做法却存在着诸多的问题。在现实中，强调道德上的绝对命令，堕胎也依然如故；强调自由主义，潜在的生命、孕妇的健康就经常地处于危险之中。国家的立法、司法规制必须要照顾到现实的需要，必须要在法律与现实之间进行对话，寻求合理的解决策略。美国联邦最高法院在凯茜案中指出，罗伊判决所确立的三阶段的划分标准是一个僵硬的建构，在第一个阶段（即怀孕的前三个月）几乎不能允许任何规制；在第二个阶段，允许采取保护妇女健康的规制措施，却无法推进州政府在保护潜在的生命利益；只有在第三个阶段，胎儿可以存活了，才有可能允许禁止堕胎。这种僵硬的框架是不必要的，它误解了孕妇利益的性质，在实践中也贬低了州政府在保护潜在生命中的利益。只有在州政府的规制给孕妇作出堕胎决定的能力造成不适当的负担时，州的权力才进入正当程序条款所

保障的自由的核心。〔7〕由此，就需要在孕妇的自我决定权与潜在的生命等国家利益之间进行功利主义的权衡，就走入了有限的国家放任模式之中，只是其植根于自由主义之中而多偏向于孕妇的自主。与此类似，德国第二次堕胎判决在重申胎儿生命应得到尊重之后，又着重谈及孕妇的自由发展自己的人格、自由决定的权利并没有因胎儿这一尚未出世的生命而泯灭。在经过咨询程序和三天的等待期之后，孕妇仍然可以实施堕胎。这里实际上将堕胎的决定权又转交到孕妇的手中。能否作出适当的权衡，能否经受住由咨询程序所带来的更重的感情负债，这是自治的孕妇自身的考量。只要其认为选择堕胎符合自己的利益，实施堕胎是可以不受惩罚的。只是在这种功利主义的权衡之中，国家并未完全退出，仍然要履行自己保护生命和健康的义务。这是由于有着深厚的道德背景，这种有限的国家放任模式而在表面上宣示着“堕胎是非法的”。

（二）国家是否负有保护义务的考量因素

限制与保护是堕胎规制中的一体两面。下面这两点主要涉及堕胎的另一个侧面，即国家是否对潜在的生命、孕妇的健康等重要法益负有保护义务。

1. 宪法权利的属性与功能

宪法权利是否具有积极性，是否具有客观法的功能，这是能否导出国家保护义务的一个关键问题。宪法权利的消极性与积极性是一对范畴，在美国，主流观点认为宪法权利仅仅具有消极性，也就是说，宪法权利仅仅意味着个体不受国家不正当的干预。美国联邦最高法院经常拒绝将宪法权利解释出积极性来。在1989年的一个案件中，联邦最高法院明确指出：“在正当程序条款的语言之中，没有一点要求州政府保护其公民的生命、自由和财产免受私人主体的侵犯。该条款是用来表示对政府权力的一种限制，而不是提供某种低水平安全的保证。它禁止州政府自身未经‘正当法律程序’而剥夺私人的生命、自由和财产，但并不能将其语言自身正当地拓展到给州政府施加一个积极性的义务——要求州政府去保证这些利益不受其他方式的侵害。历史也不支持这种对宪法文本的扩张性理解。”〔8〕至于堕胎案中的隐私权（包含着孕妇的自我决定权），那也是一种消极的权利，是一个生小孩的决定时不受政府擅自介入其中的权利。这也是罗伊判决和凯茜判决的重要基础。如此，由于胎儿不是美国宪法上的人，其权利本来就无法主张。孕妇的权利（自我决定权、健康权）则只是消极防御国家的。这样似乎只能推导出国家只要不干预孕妇的权利和自由的行使，即构成合法。然而，在罗伊和凯茜案判决中，国家都不约而同地施加了干预，而且凯茜案国家介入得更深。细心观察即可发现，美国联邦最高法院之所以允许国家介入，并不是从权利的积极性角度来阐发的，而是从国家利益（具体到案件中则是州政府的利益），它所运用的表述是州在保护潜在的生命、维持医疗水准、保护妇女健康中的利益，有时甚至直接将这种利益表述为国家的义务。〔9〕美国联邦最高法院可谓另辟蹊径，没有从权利的积极性入手，而最终也为保护妇女的健康、胎儿的生命等提供了支撑。〔10〕

与美国法相似，在德国法传统上，宪法权利一般也是被视为仅仅具有防御权的功能，即防止国家非法侵入私人自治领域。二战后德国在试图加强基本权利的功能。1957年路特案的判决，联邦宪法法院首次在实务中接受了基本权利的双重属性理论，该判词写道：“毫无疑问，基本权利首先确立个人不受公权力干预的自由范畴，这就是国民对抗国家的防御权”，“基本法在基本权的章节里也建立一项客观的价值秩序，并借此在原则上强化基本权的适用效力”。“这些价值不仅是个人具体化的权利，也是普遍法律秩序的一个部分；它不仅有利于与国家具有某种关系的个人，而且与所有的法律关系都有关联。”〔6〕（P216）国家有义务将这些价值转化为整个法律秩序的一个组成部分。立法者需要制定出必要的实体性法律规则、适当的组织结构和程序，而解释、执行法律的则应该尊重这些宪法保障，将其落实在低位阶的整个法律体系之中。〔7〕（P58-59）路特判决将基本权利定性为“客观的价值秩序”，这对于推导出基本权利的客观法内容乃至国家的保护义务具有决定性的影响。这种国家保护义务是综合性的，它不仅禁止国家对发展中的生命的直接干预，更是要求国家保护和促进这一发展中的生命，防止第三方的非法侵犯。虽然国家保护胎儿生命的义务与母亲相关，因为目前与胎儿之间存在着自然的联系，毋庸置疑，她们之间存在着一种特殊的关联。然而，母亲的人格自由发展权却不能包含着无正当理由干预另一受保护的权利的内容。在保护胎儿的生命与孕妇堕胎的自由之间不可能达到一种平衡，因为堕胎即意味着杀死尚未出世的生命。〔8〕（P138-139）德国这种由基本权利的功能推导出国家的保护义务的径路虽然与美国的做法不同，但是最终的结果则是相似的。在国家保护义务上，两者可谓异曲同工。

细细斟酌可以发现，在这种不同径路的背后隐藏着两种不同的社会理念和宪法解释的不同路径。美国社会的精神气质是一种反国家主义的个体主义。在美国宪法之中，人的形象是一个自治的道德主体的形象，与更大范围的共同体是不相干的。个体主义是自由主义的基础。自由主义的思想家哈耶克认为，个体主义者的论辩真正赖以凭的基础在于：自己的利益在哪里，任何人都可能知道谁知道得最清楚；我们能够据以发现这一点的唯一途径就是一种社会过程，在这个过程中，每个人都可自由地去尝试和发现他自己所能做的事情。[9]（P21）个体主义尊重个人的自尊、独立、自主选择、自我完善和自我发展的追求，其核心在于个体价值。但是它也不排斥家庭和小的共同体。国家的强制一般被个体主义拒之门外，因为他们认为个体之间的合作可以比国家的强制做得更好。在美国，妇女也是一种单个的、孤立的却是独立的形象，除了自身利益之外不受约束。堕胎基本上属于女性自身的事情，由其自己作出适当的权衡，国家对此不予干涉，哪怕是积极的帮助也不允许。这种个体主义对于宪法解释的影响是明显的，联邦最高法院没有从个体需要的角度来诠释国家的保护也就不是偶然的了。

相反，在德国宪法上有一种强烈的共同体的倾向。正如德国联邦宪法法院所言，基本法中人的形象不是孤立的、自主的个体的形象。相反，个人依赖于共同体并向共同体履行其义务，基本法赞成个体与共同体之间的关联，但是又不伤及人的个体价值。[1]（P31）国家保护义务是与德国基本法对“社会正义原则”的基本承诺相一致的。这一原则并没有赋予个人以接受援助的权利，而是给立法机关科以义务。[10]（P297）立法机关应该提供足够的立法，去保护需要援助的人，以维护社会正义的原则。在维护人性尊严成为必要的情况下，宪法法院一般会将社会正义与人性尊严的保护联系起来，来审查立法者与行政权的相关作为与不作为，科以其保护的积极义务。在其堕胎判决中，不仅将胎儿置于共同体价值体系之中对其进行保护，而且要求其他的主体为保护胎儿的生命而作出一定的作为或者不作为，例如不得堕胎、不得歧视孕妇、为孕妇提供必要的资助和支持等。

四、国家的保护义务与中国堕胎规制模式的选择

不同的堕胎规制模式，背后有着一系列的考量因素。在综合考量了政治、文化、社会等诸多因素之后，才有了某种模式的出现，或者选择了某种模式。中国的堕胎规制又是何种模式？它又考量了什么？是否需要作出某种调整呢？

（一）国家的保护义务与中国的宪法

所谓国家保护义务，是指国家负有保护其国民的法益以及宪法上所承诺的制度的义务，特别是指国家负有保护国民的生命、健康、自由以及财产等的义务。这种国家的保护义务主要用来防止国民的生命、自由和财产免受第三人的侵犯，这种义务来源于宪法的直接规定，来源于基本权利的客观法功能。立法者要积极通过制定法律来提供保护的具体依据，执法者要在其执法中执行这些法律，并限缩其裁量权以及时提供所需要的保护。

我国1982年宪法有关基本权利的规定能否包含着国家的保护义务呢？胎儿、孕妇等主体能否在宪法上享有一种权益乃至可请求国家提供保护呢？

从宪法有关基本权利的规定来看，我国的基本权利在规范上有的表现为消极的防御权，例如宗教信仰自由、人身自由等；有的则表现为积极的请求权，例如物质帮助权、国家赔偿请求权等。而有一些规范的表述中则直接使用“国家保护……”，例如有关本文所关注的对象的规定即是如此。宪法第49条规定，“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”。宪法第33条修正案第24条规定，“国家尊重和保障人权”。这两个条文更多地表现为客观法，而不是主观权利，它很大程度上不是赋予个体的权利，它很难通过请求行政予以保障，很难通过司法加以实施。它需要通过立法的具体化而在执法领域得到落实。即使是在立法领域，它更重要的作用在于指导立法，为立法提供准则，立法享有一定的裁量空间。但是，如果保护的现实需求比较迫切，而这一义务长期得不到履行，宪法的承诺长期得不到兑现，这即是对宪法委托的漠视，就是违宪。

我国宪法上规定了“人权”，但何为“人”？“人”是一个不确定的法律概念。如何理解这一概念，可从宪法文本

自身、宪法解释、具体化的法律乃至社会的一般认知得出。人到底开始于何时，与其说是一个科学的认识问题，不如说是一个价值判断的问题。[11] (P296) 从下文的考察我们可得知，胎儿的生命在我国的法律秩序之中是有一定保护的。换言之，胎儿可包含在我国宪法“人”的概念之中。如此，孕妇的自我决定权就不能伤及其腹中的胎儿，因为能自我决定的应该只是自己的事情，胎儿并不是其附属物，而是一个独立的生命主体。

人的生命权作为基本权利暗含于我国宪法之中。它是其他所有基本权利的必要前提和基础。国家尊重和保障人权，生命权自然位于其列，而且位于基本权利价值体系之首，具有最高的价值。对于这种最高的权利和价值，国家理应以最为周到的保护。当然，国家的保护只是在私人力所不及之时方才介入，因为我国宪法系以成熟公民为前提预设，自治精神贯穿于宪法之中，国家允许其自由发展而不予干涉。但我国宪法将国家定位于社会主义，提倡集体主义。如此，社会正义又必须在整个权利体系之中得以彰显，这样才能保证这一定位的实现。在私人无以自治之时，国家自然应提供保护，排除其自治权利的妨碍，维持其基本的尊严和价值。生命权在受到来自他人的威胁之时，私人又无力自保，国家即应施以援手，履行其保护的义务和基本的职能。如果胎儿威胁到孕妇的生命，孕妇实施堕胎即可挽救自身的性命，国家不应干预。但如果孕妇随意堕胎威胁到胎儿的生命，而胎儿难以自保，这时国家就应有义务予以保护。

当然，对于属于基本权利范畴的孕妇自我决定权（即人格尊严中的人格自由发展权）也是需要得到国家保护的。而一旦保护孕妇的自我决定权就必然意味着要与保护胎儿的生命权发生冲突。究竟如何保护胎儿的生命和孕妇的自主决定，在很大程度上属于立法裁量的问题，但是这种立法裁量是有其合理的界限的。这里暂且按下不表。

（二）中国堕胎规制的现行模式

在我国农业社会之中，有着多子多福的说法，堕胎根本不成为问题。中国人常说杀死了一个孕妇，是杀死了两条命。虽然没有承认胎儿是人，但是能肯定其是一个生命。然而，随着社会经济的发展，性解放程度的提高，以及女性地位的提升和自我意识的觉醒，堕胎问题逐渐浮出水面，国家对堕胎的规制也逐步展开。

1. 是否禁止堕胎？

为适应人口不断增长的新形势要求，我国自1970年代开始施行计划生育政策，1978年宪法第53条第3款将这一政策明确予以规定：“国家提倡和推行计划生育”。1982年宪法第25条规定国家推行计划生育。第49条第2款规定，“夫妻双方有实行计划生育的义务”。这实际上即是表明堕胎是允许的，至少表明夫妻在履行计划生育义务时是可堕胎的。此时的堕胎不仅是个人的选择权利，也是一种宪法义务。而且由于国家对人口总数和性别比例上享有着重要的利益，这也迫使国家不能反对堕胎，甚至在现实中连限制堕胎——哪怕是临近产期的堕胎——也不曾作出。国家是允许堕胎的，堕胎是个人的自由选择。

2. 国家是否负有保护义务？

从实定法上考察可发现，我国对胎儿的保护主要体现在：（1）《继承法》当中对胎儿财产继承权的保护，第28条规定，“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理”。（2）《刑法》和《刑事诉讼法》中对怀孕妇女不判处死刑的规定，其目的在于保护胎儿的生命。（3）《劳动法》中对胎儿的保护，该法第61条规定，“不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕七个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动”。这既是对胎儿的保护，也是对孕妇健康的保护。

另外，对于怀孕妇女的生命和健康，国家也是保护的。《妇女权益保障法》第35条规定了妇女的生命健康权。《治安管理处罚法》第21条规定怀孕妇女违反治安管理不执行行政拘留处罚。这也是对孕妇健康和胎儿生命的保护。《刑法》第336条第2款（非法终止妊娠手术）还从防止其他人伤害孕妇的角度加以保护。该条位于“危害公共卫生罪”一节之内，从其表述来看也是为了保护孕妇生命、健康而规定的。《劳动法》等还从怀孕妇女生活的外部环境等方面对其健康和安心怀孕加以保护。对于女性的自我决定权（生育自主权），国家也是予以保护的。《妇女权益保障法》第47条规

定了妇女的不生育自由，《人口与计划生育法》第17条规定了公民的生育权和计划生育的义务。

总体而言，我国比较强调女性的生育自主权，她只要愿意堕胎，或者考虑到怀孕影响健康，则可堕胎。〔11〕类似于前民主德国的做法，“有求必应”。同时对孕妇的生命健康、对胎儿的生命和财产施以些许的保护。从类型上看，我国的堕胎规制模式属于国家放任模式。

（三）国家保护胎儿生命的义务与堕胎规制的展开

第（一）部分的应然状态和第（二）部分的实然状态之间的差别是明显存在的。据中国人口网公布的统计公报显示，我国的堕胎数字是惊人的。2000年度为149.3例，2001年为127.7万例，2002年度为133.7万例，占出生人口的百分之三十多。这还不包括私人诊所实施堕胎等无法统计的情况。胎儿的生命竟是这般遭受漠视，人们对于生命权的意识到底何时方能全面觉醒？面对着如此严峻的局面，国家履行保护义务的裁量空间应该予以限缩，否则即构成国家权力的怠惰和违法。笔者以为，我国的这种国家放任模式与宪法的价值体系是不甚契合的。国家对于胎儿生命的保护义务没有得到很好的履行，在保护孕妇免受因怀孕而遭受的外部环境不利上也有所欠缺。过于偏重于孕妇的堕胎自我决定权，就必然导致对于堕胎的宽松化和胎儿保护的空洞化。我国应在保护胎儿的生命、孕妇的自我决定权以及国家利益之间进行更为适当的权衡，应该对妇女的堕胎自主权加以一定的限制，否则国家保护义务将形同虚设。

国家在人口数量方面的利益需要实现，孕妇的自我决定权需要得到尊重和保护，但保护或实现的方法有很多，立法者对于保护或实现方法的选取享有一定的裁量权，这种基于民主价值的裁量权是应予尊重的。但是，这并不意味着立法裁量没有界限。立法裁量必须符合宪法自身对诸多权益的权重以及其间冲突解决的安排。孕妇的自我决定权、国家在控制人口数量上的利益与胎儿的生命是相互冲突的。这种冲突如何解决，宪法自身有一些处理的基本准则。在我国宪法的基本权利体系之中，并无哪一个权利具有绝对的至上的权重。宪法第51条实际上是要求在整个社会的利益体系之中来行使其自由和权利。这是一种以消极功利主义为取向的做法，减少因自由和权利的行使而伤及其他法益。如此，孕妇的自我决定权即使加上国家利益的砝码也不能压倒宪法的天平而抹杀胎儿的生命，因为胎儿的生命也是宪法保护的独立的法益。三者之间只能进行权衡，而不能是“东风压倒西风”式的进行全有或全无的选择。如果完全无视胎儿的生命，完全无视那些潜在的可能会发展出自我意识能力的人，这与国家保护生命的义务以及人性尊严的原则是格格不入的。即使从安全主义的角度考虑，也应该对可能于体外成活的胎儿生命加以保护。孕妇自由堕胎的权利不可在国家利益的招牌底下大行其事。在目前情形下，我国应放弃国家放任模式，转而采取有限制的国家放任的规制模式。

当然，所谓保护胎儿的生命权可能更多地还是意味着科以孕妇一定的义务。国家应通过立法给孕妇施以继续怀孕的义务，同时对孕妇的生命、健康又着力加以维护，则可履行其保护的义务。堕胎前的咨询程序和堕胎等待期等做法是值得借鉴的。另外，国家保护义务的履行，还应该在孕妇生活的外部环境上下功夫，避免孕妇因生育而遭受财产和心理上的不利，例如婚姻家庭安全、生育保险、就业保障等。

然而，我国的人口节节攀高，甚至最高峰尚未到来，现在提国家要履行保护胎儿生命的义务，是否为逆时代潮流而动呢？！笔者以为不然。保护胎儿生命，限制堕胎自由，并不必然导致人口激增，从而危害国家利益和整个人类共同体的利益。国家保护胎儿生命的义务要履行，公民的计划生育义务也要得到履行。但应该说，实现国家在人口数量方面的重要利益的方法有很多，而非仅允许自由堕胎一个可取。加强性知识的传播，做好避孕工作是防止人口激增的重要环节。如果能安全避孕，则既不会产生堕胎的问题，也不会妨碍计划生育义务的履行。另外，从不实行计划生育的发达社会的经验来看，提高女性的受教育程度，提高女性参与政治、经济、文化生活的程度，提高女性的就业率等因素都抑制了人们的生育欲望，不愿生育的夫妻在现实中占了很大比重，人口数量甚至有下降的趋势。这也表明，人口增长并不必然与堕胎相关联。国家应在各种控制人口数量的可行手段中仔细掂量，需要在国家利益、孕妇堕胎自由以及胎儿生命、人性尊严之间作适当的权衡，而不能采取一边倒的策略，否则即有违比例原则的要求，也是立法裁量权的逾越和滥用。

〔12〕

注释:

- [1] Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany[M]. London: Duke University Press, 1997.
- [2] [日]三岛淑臣等. 人間の尊厳と現代法理論[M]. 东京: 成文堂, 2000.
- [3] [美]德沃金. 自由的法: 对美国宪法的道德解读[M]. 刘丽君译. 上海: 上海人民出版社, 2001.
- [4] [德]康德. 道德形而上学原理[M]. 苗力田译. 上海: 上海世纪出版集团, 2005.
- [5] [英]约翰·密尔. 论自由[M]. 程崇华译. 北京: 商务印书馆, 1959.
- [6] Peter E. Quint. Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory[J]. 48 Maryland Law Review 247, 1989.
- [7] Ulrich Karpen. The Constitution of the Federal Republic of Germany[C]. Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.
- [8] Sabine Michalowski and Lorna Woods. German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties[M]. Aldershot and Brookfield: Ashgate Publishing Company and Dartmouth Publishing Company, 1999.
- [9] [英]哈耶克. 个人主义与经济秩序[M]. 邓正来译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2003.
- [10] Gerald L. Neuman. Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany[J]. 43 American Journal of Comparative Law 273, 1995.
- [11] [日]小林直树. 法の人間学的考察[M]. 东京: 岩波书店, 2003.