

代理孕母¹的法律問題初探

壹、前言

Crispina 和 Mark 想要個孩子²，但是 Crispina 的先天性不孕讓他們希望破滅。所以他們尋求不孕症中心的幫助。在那兒醫生取出 Crispina 的卵子，並在實驗室中用 Mark 的精子讓其受孕。這受精卵後來植入 Anna 的子宮內，Crispina 和 Mark 承諾付給她一萬美金，如果她幫他們生小孩的話。尾款會在產後第六個禮拜，Anna 聲明放棄小孩子的親權後支付。然而於懷孕期間，Anna 對於 Crispina 和 Mark 失望不信任，就在臨盆前兩個月，她要求他們立即支付一萬美金整，否則她將拒絕將小孩子交給他們。Crispina 和 Mark 訴請法院裁決，想強迫 Anna 依照合約行事，而 Anna 也藉回應此訴訟來確定其擁有孩子親權的正當性。

像這樣的故事正是目前醫學進步讓人們不用性交也可受孕，和社會變遷使可以生育扶養孩子的成年人口戲劇性擴張的結果。不過這種機會擴張的法律代價是確定性的消弭。如在民國八十六年，前衛生署長詹啟賢提出將考慮取消代理孕母禁制後，便引發各界的激烈辯論。歸納而言，所有的爭論可以分成三個範疇：一、「代理孕母」應該被禁止或允許？二、「代理孕母」應該如何管制？三、「代理孕母」生下的嬰兒究竟是誰的子女？³

其中以最後一個問題最重要，因為不論法令禁止與否，管制範圍多大，透過代理孕母生子，是既成的事實。不但台灣有很多人在國內透過孕母生子或是跑到美國去委託白人孕母生出個黃種人來⁴，就連恪守法律規範的日本人偷跑者亦眾⁵。如此透過人工生殖技術，所生下來的孩子，一樣是人「小孩不可被忽視。就算是所有的人工生殖方式是法律所尚未規範的……我們還是得開庭決定誰才是法律上所認定的父母親……這樣的案例不可能遠離我們的。」⁶所以無論如何我們還是得決定 Crispina 和 Anna 誰才是孩子真正的媽媽？

面對此重要而且迫切的問題，輕忽的解答將會使得監護權誰屬的爭議陷入膠著，

¹ 一般所稱的代理孕母包括：傳統代理孕母 (traditional surrogacy) 和妊娠代理孕母 (gestational surrogacy)，前者指的是代理孕母既提供卵子，也提供子宮；後者只代理孕母只負責生孩子，而由不孕的夫婦提供配偶子 (gametes)。為求集中論點，本文只討論後者——妊娠代理孕母。不過，在討論親權歸屬問題上，本文也將擴及傳統代理孕母所可能造成的問題。

² 以下這兩個案例引自 John C. Sheldon 的討論，見氏著 *Surrogate Mothers, Gestational Carriers, and a Pragmatic Adaptation of the Uniform Parentage Act of 2000*, 53 Me. L. Rev. 523.

³ 國內論著可參考 雷文玫〈兩對父母親的拔河——從父母子女關係之認定看近來代理孕母合法化爭議〉，月旦法學雜誌 38 期(1998.07.)，P.47-65。薛瑞元〈代理孕母所生子女的身份認定〉，月旦法學雜誌 38 期(1998.07.)，P.65-76。

⁴ 有關台灣代理孕母狀況的介紹請參閱

<http://forums.chinatimes.com.tw/report/sterility/88031801.htm>。有醫生估計台灣有此需求的婦女約有一萬人之多。

⁵ 如電視明星 Aki Mukai 便透過美國孕母的協助產子。見 "U. S. Surrogate mother becomes pregnant for TV talent Mukai," *Japan Economic Newswire*, June 25, 2003 Wednesday.

⁶ 這是審理本文開頭所引用的案例，Anna 是否擁有孩子的親權的法官的意見。轉引自 John C. Sheldon, *Surrogate Mothers, Gestational Carriers, and a Pragmatic Adaptation of the Uniform Parentage Act of 2000*, 53 Me. L. Rev. 523, P.3.

而且立即影響和生小孩子有關的健保、繼承權、工作補償和社會福利等等在法律上權益。雖然如此，但是法律上對此卻還沒有解答。一是因為問題太新了。醫學進步到女人可以生下遺傳上與她無關的小孩的程度，像 Anna 的案例，不過是近二十年的事情。此後，人工生殖技術又不斷加速演進，大大擴展了先前不孕男女生兒育女的可能。其次，此問題過於複雜。它混合了傳統的民法親屬關係與醫學科技、遺傳學、醫學與法律倫理、心理學、社會學、憲法、神學、契約、性別不平等和男女同性戀者的權利等等。所以本文無法全面處理此問題，只能依序討論有關子女身份認定標準的四大理論，遺傳基因說、子宮分娩說、契約說、子女最佳利益說之外，然後進一步借鏡美國法院裁決實際案例，以做為台灣未來實際判決的參考。

其次，本文也將檢視有關「代理孕母」應該被禁止或允許的討論⁷。這麼做除了有助於瞭解現有法規之外，還可藉此理解台灣社會現象，並進一步釐清許多法律問題。如從公法的角度，探討國家應否、可否處罰代理孕母？國家對實施代理孕母技術的醫療機構可以有何種程度的要求？國家能怎麼管制不孕夫妻與代理孕母？這些管制或處罰是否違憲？又如從民法的角度，此種契約是否因違反禁止規定（民法§72）或公序良俗（民法§71）而無效？不孕夫妻與代理孕母間、他們與醫院間法律關係為何？生下來的小孩是誰的子女？一方若有違約，他方有何請求權基礎？不過，本文因限於學力，實無法就民法、刑法、憲法……等等進一步論述分析，只能專注於一般性的政策性分析⁸。

概略言之，本文認為在法律政策上應允許代理孕母，因為代理孕母並未侵害到任何人的法益，不應以刑法伺候；又代理孕母實利大於弊（詳見本文後面的論證），民法也不應該認為它違反公序良俗，而且禁止也有違憲之虞。換言之，本文也就認為在現行禁止代理孕母的原則下，當盡量擴大例外開放範圍。如某些子宮正常，卻罹患特殊疾病（如腎臟病等等）；也不應該以婚姻狀態的存在為條件。

如前所述，代理孕母所牽涉到法律問題相當多，橫跨公法和私法。本文限於學力時間、資源等等，掛一漏萬實所難免，故報告名為「初探」，疏漏誤謬之處，還請賢哲見諒。

貳、「代理孕母」應該被禁止或允許？

本小節首先整理台灣社會對代理孕母的思辨和管制歷程。其次將一一分析如現行人工生殖法草案採全面禁止的態度的主要論據，予以反駁。

⁷ 最新討論代理孕母的專著請見 陳慧雯《人工協助生殖技術管制模式之法律政策分析---以代理孕母之管制為中心》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1999年6月；李端楮《代理孕母法律問題之研究》，東吳大學法律學系專業碩士班碩士論文，2000年7月。前者偏重於國家管制模式的檢討，後者則是全面性的討論相關法律問題。

⁸ 最新討論代理孕母的政策分析的論文是 張永健、吳典倫〈代理孕母的法律經濟分析〉，生物科技與法律研究通訊 13 期(2002.01.)，P.17-36。

1、台灣現象

(1) 社會上的爭議不斷

思欲結髮傳子孫⁹ 無疑明月遇烏雲 駢婿耽誤阮青春 哎唷！一個紅蛋動心悶
慕想享福成雙對 那知洞房空富貴 含蕊牡丹無露水 哎唷！一個紅蛋引珠淚
春野鴛鴦同一衾 傷情目屎難得禁 掛名夫妻對獨枕 哎唷！一個紅蛋鑽亂心
愛情今生全無望 較慘水蠶墜落甕 堅守活寡十外冬 哎唷！一個紅蛋催苦痛

這首鄧雨賢譜曲，李臨秋詞，鳳飛飛翻唱過的「一粒紅蛋」，道盡傳統女性不能生育，卻看到別人孩子彌月分紅蛋的酸苦。最近爆發的立委林志隆性醜聞案，他對其可以在外面搞外遇的理由，依舊還是因為他老婆不能自然生子。有位不孕的女士甚至哽咽的說，「對一個先天出生子宮發育不良而被注定不能懷孕生育的女性，是否就註定要放棄情感，放棄婚姻，還是要註定當尼姑、修女或情婦，或是破壞婚姻的第三者。」¹⁰」所以代理孕母的合法化，讓女性幫助女性，出租子宮給「需兒孔急」的不孕夫妻，利人利己。所以站在受術夫妻的實際需求上來看¹¹，大都贊成代理孕母合法化之外。也有些論者站在女性主義的立場，認為代理孕母合法化，提供女性更大的選擇空間，使女性一方面可在工作上自我實現，還可無須懷孕生產仍擁有自己的子女。此外，代理孕母合法化也可重新定義傳統父權對「母職」的觀念，代理孕母一方面仍可以藉待人懷孕維持生計，另一方面卻不須因懷孕而依附於任何男性，而得以保有自有的自主性。¹²

此外，從憲法隱私權的角度出發，美國聯邦最高法院也一再重申對於家庭生育活動自主性的保障：宣告一項針對受刑人強制結紮的法律違憲；宣告生育作為憲法位階的一種權利保障；以隱私權的形式保障涉及生育和避孕有關的權益；宣示女性在懷孕初期墮胎的權利。雖然大法官未曾對於運用代理孕母等人工生殖的隱私權表示意見，但論者認為從大法官一貫的立場，應可以導出代理孕母人工生殖科技係委託夫妻在憲法上受保障的範圍。¹³此故，新紐澤西州的高等法院法官 Harvey R. Sorkow 宣稱「如果人有交媾的生殖權，那麼就有非交媾的生殖權……如果生殖是被保障的，那麼生殖的諸方式也是被保障的。……本院認為，那些被保障的方式包括代理孕母的使用。¹⁴」

⁹這首歌旨於描述一位婦女因為嫁給不能人道的丈夫，每每為著別人贈送「滿月卵」（滿月紅蛋）而觸景情，而「動心悶」、「引珠淚」、「擾亂心」、「催苦痛」的故事；李臨秋很鮮活的運用「含蕊牡丹無露水」、「掛名夫妻對獨枕」、「較慘水蠶墜落甕」……等佳句妙詞，更添增這首歌曲的「故事性」。

¹⁰ 自立早報，八十五年三月二十六日，第二十三版。

¹¹ 國內站在受術夫妻立場，率先促請政府盡速開放代理孕母的是陳昭姿女士。有關其論點，詳見氏著，〈翹首期盼代理孕母合法化---等待生命的轉捩點〉，月旦法學雜誌 52 期（1999.09），P29-31。

¹² Majorie Maguire Shultz, *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, 29 Wis. L. Rev. 297, 307-315. 有關國內站在女性主義觀點，檢視代理孕母爭論的著作，請參閱 陳美華〈物化或解放－女性主義者關於代理孕母的爭論〉，月旦法學雜誌 52 期（1999.09），P18-28。

¹³ 參見 John Lawrence Hill, *What Does it Mean to be a "Parent"?- the Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, 66 N. Y. U. L. Rev. 353, 366-418 (1991).

¹⁴ Raymond, Janice G. 1993. *WOMEN AS WOMBS: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AND THE BATTLE OVER WOMENS'S FREEDOM*. New York: Harper Collins, pp. 77-78.

儘管如此，這種技術還是引來社會上的爭議。宗教界人士力斥：這會侵害親子倫理、違反人的尊嚴，將「子宮工具化、生命商品化」¹⁵；女權會認為，不孕並非女性特有的問題，將代理孕母合法化無異是將不孕問題簡化為子宮租借問題，也等於是加深過去傳宗接代加諸女性身上的不公平壓力¹⁶；兒童聯盟則擔憂，代理孕母將會使得孩子變成是成人的財產和一項交易品¹⁷；學者認為因為尋找孕母費用昂貴，所以這是有錢人做得起的事，將創造出新的階級¹⁸。

(2) 人工生殖法的變遷

行政機關訂定的管理辦法並未獲得任何法律授權，卻對人民實施人工生殖技術設下種種限制，有不合法律保留原則之嫌。因此衛生署決定委託戴東雄大法官草擬人工生殖法草案。草擬初稿完成後，衛生署又於1997、1998年召開十三次人工生殖技術諮詢委員會，最後確定本草案。¹⁹

就代理孕母的問題，衛生署原是採兩案併陳的方式，其中甲案採取禁止的態度（也是目前採用的），乙案是有條件開放。草案於1999年3月一公布即引起社會的重視，在加上當時署長暗示本意傾向於乙案，如前所述，各界熱烈針對乙案吵得沸沸揚揚。如有醫生認為該草案課予實施的醫療機構的義務太過嚴苛，等於是要求醫生不只要當醫生，還要當徵信社追蹤調查，和監督契約執行，責任過重，反使醫生不願實施該技術。

2000年10月時，衛生署憂心行政程序法於2001年實施之後「人工協助生殖技術管理辦法」會失效。為了加速立法，衛生署自行撤回乙案，只將完全禁止代理孕母的甲案送交立法院審議。²⁰

本文認為完全禁止代理孕母並非良策，以下即論證禁止說值得商榷之處。

二、分析、反駁禁止說的論點

(1) 涉及金錢，所以是販賣小孩，因而不道德？

代理孕母契約中確實涉及金錢買賣親權。但是，買方是小孩的「親生父親」，而非父母在市場上，任意拍賣小孩。再者，這項多像父母離婚後，小孩監護權判給父親，父親又再婚。離婚的情形時，母親喪失小孩監護權誠然令人神傷，因為多數情形下母子已然連心。而在代理孕母的情形，除了懷胎時的接觸，孕母和小孩並

¹⁵ 「宗教界看代母 罔顧弱者」1999年三月十四日中國時報要聞版，引自中時電子報網頁。

¹⁶ 「代理孕母？婦女看法兩極」1999年三月七日中國時報政治生活版，引自中時電子報網頁。

¹⁷ 「婦女團體發表不同聲音」1999年三月九日中國時報要聞版，引自中時電子報網頁。

¹⁸ 「代理孕母合法化/學者看法」1999年三月九日中國時報家庭版，引自中時電子報網頁。

¹⁹ 請參閱衛生署網站 <http://www.doh.gov.tw/focus/express/88/880301.html>。

²⁰ 「衛署表態 明文禁止代理孕母」2000年10月9日中國時報社會綜合版，引自中時電子報網頁。

沒有因為相處而產生情感。所以，最近英國倫敦的調查顯示 34 個代理孕母，七個熟識的，二十七個陌生的，在把孩子交出去時，其實感覺上是把「孩子交還」（handing back the child），並不後悔²¹。而統計上也只有不到 1% 的代理孕母覺得後悔²²。我們既然容許把監護權判給父親，要何苦為難、反對代理孕母契約。而且，收養小孩在美國也是要錢的，只是金額較小。那為何在收養的情形下，沒有人會覺得這不道德？

一般意義的買賣指的是「買賣雙方銀貨兩訖後，買方即擁有此契約標的物，並得以己意任意處分之。」但代理孕母生下的嬰兒，和所有其他嬰兒同樣受到法律的各项保護，不孕夫妻也未因為代理孕母契約而取得法律豁免權。代理孕母契約之給付與對待給付，也非嬰兒本身，而是一方（孕母）放棄親權、另一方（不孕的夫妻）得到照顧小孩的權利、義務和機會。這些特徵和一般認知的買賣有相當大的差距。難道付錢給醫生做體外受精或剖腹生產也是買賣嬰兒？此外，所有的捐精者在捐贈時都必須簽署放棄一切親權的條款，即使他們反悔，我們依然要求他們遵守契約。這和代理孕母放棄親權有何差異。

此外，美國的文獻通常提到的價碼是一萬美金，這數目和其他不法事業的暴利比起來實在是寥寥之數。更何況要綁架一個婦女九個月，實施人工受精，給她吃好的，住好的，聽巴哈或莫札特的音樂，以確保嬰兒品質……困難度很高，利潤又低，我想沒有黑道會那麼傻。

（2）代理孕母被剝削？

所謂剝削一般指的是有錢人以金錢為餌，誘使貧窮走投無路的孕母。但實際上，有很多藍領家庭也透過此方法，生出「頭好壯壯」的小孩。²³又以美國學者 Lori Andrew 的研究為例，他在預期所有代理孕母均是低收入戶的心理下，對於人工生殖專業機構的代理孕母進行訪談，卻驚訝的發現，專業機構代理孕母的經濟能力雖然不如委託夫妻，但也絕非迫於貧困而出租自己子宮的低收入婦女。其在懷孕過程中，往往與委託夫妻保持良好的關係，將自己視為所懷嬰兒的「阿姨」以幫助委託夫妻成全美滿家庭為樂；還有很多孕母釋出於補償心態——有些人曾經墮胎，有些人為自己被收養感恩，有些人享受懷孕的感覺，還有婦產科醫生想親自體驗²⁴。這都顯示了「代理孕母是自願性交易」。經濟學家認為，人從事志願性交易，必定互蒙其利。一方得到「生產者剩餘」，一方得到「消費者剩餘」。既然雙方都獲利，那到底誰被剝削？²⁵

²¹ “No regrets, say surrogate mothers,” International Section, Agence France Press, July 2, 2003.

²² Lori B. Andrews, *Surrogate Motherhood: The Challenge For Feminists*, in SURROGATE MOTHERHOOD (ed. By Larry Gostin) 171-3 Indiana University Press.

²³ Richard Posner, SEX AND REASON 424 (1992) Harvard University Press.

²⁴ Lori B. Andrews, *Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood*, 81 Val. Rev. 2343, 2349 (1995). 國內的訪談見，「為什麼她願受生產之苦」，1999年3月4日中國時報焦點新聞版，引自中時電子報網站。

²⁵ David Friedman, HIDDEN ORDER 128-9 (1996) Harper Collins.

就算真的是窮人作代理孕母，剝奪其機會，並沒有讓她們脫離貧困，「只是剷除其最有利的選擇。以這種做法來處理基础性不正義（background injustice）和困苦，實匪夷所思²⁶」又法律禁止，以刑法伺候，不代表事情不會發生，只是代母契約被迫轉入地下，使孕母無法得到法律的基本保護。而不孕的女人不能藉由代理孕母來獲得子嗣，會使她們在婚姻市場上更居劣勢，如林志隆立委夫人一般，丈夫在外面胡搞瞎搞，她還是要笑臉陪著他開記者會，支持他；或是從事高危險性的生殖能力治療，對不孕者或潛在的小孩造成傷害。

（三）子宮工具化，侵害人性尊嚴？

「子宮原本就是一個工具，除了讓孩子生長，它沒有其他已知的功能。最重要的是，在子宮擁有者出於自由意願下提供子宮，既非脅迫，又何來工具化之說？」²⁷又羅明通律師說的好：「人性尊嚴的保護工作權，是給工作者一個工作，有了工作後有尊嚴，可以在社會上抬頭挺胸，它不是拿人性尊嚴作為一個體系來作為壓迫某個職業的工具，而是任工作者從內心有尊嚴的體現，才是人性尊嚴的目的。如果社會上認為他違反人性尊嚴，那是社會道德的展現，但是不能拿來作為法的規範。」²⁸

況且，如果代理孕母出租或出借子宮叫工具化，那出租雙手或腦袋的工人，出租乳房的奶媽，出租整個人的保母就不是工具化？奇哉怪也！

（四）商品化？

很多人嘴巴上反對「商品化」，或認為很多東西「無價」（友情、環境……）。但是，「律師、商人、政客……甚至是時間和資源受限的一般人，當維持友誼的成本太高時，會放棄朋友。人常冒著家庭關係破碎的危險而接受外地的工作邀約。人的下列行為反映了他們對於環境價值的評估：使用殺蟲劑、購買紙製品、回收報紙但不回收瓶子、買大別墅而非小公寓、亂丟垃圾。人付費已取得性或伴侶關係，有時赤裸裸的，有時則小心包裝—例如送花、送禮物。²⁹」

所以透過人的行為而非言論來了解人真正想法的經濟學家，就認為每個人對每一件事務都有定價。如果這就叫商品化，顯然這是每個人的選擇，更不是代理孕母所造成的問題。她們以『自己的身體』為憑藉，所進行的個人行為，不管如何，均屬私領域的行為，為何可構成違反社會共同生活的合理秩序？其他商品化定義，往往也指示一群人想把自己認為對於身體、卵子、精子的「正確」觀念強加到別人身上。

這種認為代理孕母商品化，危害公序良俗的論證，隱含的前提是人民把政府當

²⁶ Cass R. Sunstein, *Neutrality In Constitutional Law (With Special Reference To Pornography, Abortion, And Surrogacy)*, 92 Colum. L. Rev. 1, 46 (1992.01.)

²⁷ 陳昭姿，〈翹首期盼代理孕母合法化---等待生命的轉捩點〉，月旦法學雜誌 52 期 (1999.09)，P30。

²⁸ 羅明通律師發言，「台北市廢娼事件中之憲法問題」研討會之會議記錄（下）律師雜誌 229 期（1998.10）P.10。

²⁹ Eric Posner, *LAW AND SOCIAL NORM* 186 (2000) Harvard University Press.

作道德權威的來源。如果政府允許代理孕母合法，人民就會風行草偃，跟著轉變自己的道德觀。但可笑的是，民調總是顯示政府極端不受人民信任，壓根兒也不具備群眾的道德權威資格。此外，不孕的人畢竟是少數，其中對代理孕母有興趣的人更是少數中的少數，更何況日新月異的科技會使不孕問題獲得大幅改善，將來會使用代理孕母的人可能不增反減，很難說代理孕母這種並不普遍的現象會讓人們轉而把小孩視為商品。

（五）對小孩造成的影響

宗教上對生命的普遍共識是，「生存」優於「不生存」。若無代理孕母契約，小孩根本不會降世。所以如果說「代理孕母制度會傷害小孩」，顯然言過其實。

退一步來說，實證研究顯示：被收養的小孩之成就和一般小孩相同。即令被收養者真的因為位和血親一同成長而成就較差；透過妊娠代理孕母誕生的小孩，因為各賦予他一半基因的男人和女人，也就是不孕的受術夫妻仍是他未來的父母，其成就應該會比被收養者好。所以，我們沒有道理禁止代理孕母卻允許收養。小孩也不會缺乏安全感，因為禁止虐待兒童的法律依然適用。

至於小孩會不會因為自己是體外授精而感到沮喪？這恐怕還是得有相當的法社會學實證研究，才能斷言。一般而言，世界變動不拘，目前成年人覺得奇怪不自然的東西，如我在高中時代看電影時不起立不唱國歌，群目以為怪，在下一代看來會覺得「有那麼嚴重嗎？」

（六）契約執行方面的爭議

代理孕母契約的完成通常是以代孕者再生產後義務交付該名子女，而尋求代孕者則必須付給相對報酬。截至目前為止，各國對於此類涉及交付子女和給付報酬的代孕契約在法上能否被強制執行大都持保留態度。就法律效果而言，美國新紐澤西州即主張不予強制執行，但也不予處罰，所以如果代理孕母拿不到約定中的報酬，公權力不會介入；代理孕母不交付小孩，公權力也不會強制她交付，至於小孩的監護權則由法官依「小孩最佳利益」來決定。

如果契約無執行力，亦即雖有權利但無請求權，孕母似乎相對居於優勢。她如果覺得和嬰兒難分難捨，不孕的夫婦雖然浪費了一年空等，也只能徒呼負負。即令孕母沒有後悔，她也誘因勒索更高的價錢。但是契約無執行力會使不孕夫婦花更多的成本篩選「重然諾」的孕母。但篩選註定是成本高昂且成效難期，這使得雙方因締約所得好處下降，孕母也會因為自己無法保證履約而收到較少的償金，所以長期而言對代理孕母反而是不利的。而且，如果認為契約有執行力，孕母如果真的害怕自己會反悔，也可以接受較低的價格以換取任意解除契約權；但若契約無執行力，孕母無法用契約保證自己一定會履行以換取較高的償金。

在美國法的體系中，違約時的賠償方式通常是金錢賠償，而非強制履行，但後者通常用在較獨特的財貨上，因為損害賠償額往往難以估定。代理孕母契約正好用這種特質。如何估算和子女相處一輩子的快樂呢？顯然目前我們沒有任何基準點。而且容許強制履行可以避免反院持續介入，因為若拒絕強制履行，生父仍然

對小孩負有義務，法院必須花很多力氣解決這種尷尬局面所衍生的問題。此外，強制履行還有另一好處，就是當小孩生下來後，若不孕的夫妻改變心意，不能丟一筆錢，很難估算的，給孕母人後一走了之。用代理孕母方式生出下一代和利用傳統婚姻方式一樣，父母必須承擔小孩的好與壞。

在我國法無前述爭議，因為我國損害賠償法的基本原則就是「回復原狀」，民法§213I³⁰，相當於美國法的強制履行。又因為代孕子女性質上不能回復原狀或回復顯有重大困難，所以代理孕母契約不適用民法§215³¹。在強制執行法層面上，強制執行法§128II，規定夫妻履行同居義務之判決無法強制執行，並無比附基礎，自不得援引之，因為該條牽涉到人身自由或人的自由意志與婚姻義務的拔河，這種狀態在代理孕母的情形並不存在。反倒是§128III「執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方法，將該子女或被誘人取交債權人。」所以，本文認為不孕之夫妻依民法§213I「回復原狀」並依強制執行法之規定從代理孕母處取回小孩，在我國法的解釋上並無障礙。

在小孩尚未誕生前，不孕的夫妻能否要求代理孕母墮胎，終止契約？若法律容許墮胎，代理孕母契約不會改變或影響墮胎權。當不孕的夫妻改變心意時，可要求孕母墮胎，畢竟是不孕的夫妻要負責照顧那未出世的小孩，由他們做主較為恰當。但是，若孕母想墮胎而不孕的夫妻想繼續，孕母應可墮胎，但自然也要負違約責任。

（七）其他人的厭惡可證成管制？

如果要考慮其他人因為代理孕母存在而感受到的厭惡，那應該也同時考慮不孕的夫婦及其週遭親朋好友迎接新生兒的無比喜悅！就算用古典自由主義者的「無傷害原則」，應該也僅限於「硬的外部性」（hard externality），如對人身或財產的威脅或實害或利用獨占地位所造成的經濟損害，才應該算成「傷害」，軟的外部性應該忽略不計，否則傷害的範圍將會漫無邊際。

（八）Baby M 案的倫理謬誤³²

Baby M 案是屬於「傳統代理孕母」的案件，實不在本文問題性之內。不過該案例非常著名，幾已成為討論代理孕母的基本案例；此外，該判決又提出許多針對所有代理孕母契約的批評，所以本文有必要回應。

- （1）法院說「小孩一生下，面對的不是寧靜和安全，而是監護權的戰爭。」不過這其實是法律的標準不明確，如果代理孕母契約明確有執行力，就不會有訴訟。
- （2）法院說「代理孕母契約是在賦予父親專屬親權而毀滅母親的親權。」可是沒有契約就沒有小孩；這個契約不是在毀滅母親的權利，

³⁰ 負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回覆他方損害發生前之原狀。

³¹ 不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。

³² 本段參考自張永健、吳典倫〈代理孕母的法律經濟分析〉，*生物科技與法律研究通訊* 13 期 (2002.01.)，P.17-36。

而是讓一個女人有動機，為了另一個女人而當孕母。

- (3) 法院說「孕母沒有接受諮詢；從未做出一個全然自願且受充分事前告知的決定，因為很明顯的，任何在嬰兒出生前做的決定都是未受告知的。」

不過一般人在結婚前或懷孕前也不用接受諮詢，難道我們真有必要認為所有契約，如果未受告知，就無執行力了嗎？

當然有關繁衍的抉擇的確十分困難，諸如墮胎、結紮、捐精或代孕，也的確可能後悔莫及，但這通常無法作為「完全禁止」該行為的理論基礎。否則，這就是承認政府比婦女更知道什麼是更正確的決定。更何況，實證資料顯示只有不到百分之一的代理孕母感到後悔。最近倫敦的研究資料顯示則是零。又，代理孕母契約上密密麻麻的規定，使得代理孕母會比一般懷孕的人更了解懷孕的種種。

此外，如果代理孕母的契約解除，孕母可以得到更多的諮詢，因為提供服務者那時不必冒著犯法被抓的風險。

- (4) 法院說「無論適合與否，能支付最多錢的人將會成為新生兒的父母。」

在現行收養體制中，有錢人也是會後來居上，難道我們因此廢止收養制度。

此外，合法化之後，孕母之間競爭將使價格下降，使更多中等收入的人負擔得起。實際上，現在也有許多找代理孕母的藍領階級。

- (5) 法院「懷疑窮人是否能找到有錢家庭的代理孕母」。但是社會上並沒有禁止有錢人雇用較不有錢人的契約，如雇用管家等等。而且即使我們假設開放合法之後，代理孕母降價了，低收入家庭依舊負擔不起的話，可是我們禁止代理孕母，他們會從中得到什麼好處呢？

總之，一味批判代理孕母物化女人、嬰兒、把子宮商品化，並用哀悼的口吻慨歎母親身分的碎裂，而不曾認真的審視一個個真實女人的生命經驗，以及她們的真實需求，實在讓不孕婦女的負擔更形沉重，也經不起法律的社會與經濟分析。實際上，代理孕母契約和收養契約本質上並沒有什麼不同，且與販嬰本質上也有差異；代理孕母並不會造成剝削；商品化、工具化的反對論調也禁不起仔細檢驗；對小孩而言，代理孕母造成的不良影響還比收養少，而且時代會變，小孩不見得會因由代理孕母生下而感到沮喪；契約執行的問題，與其禁止而轉入地下，不如讓法律明確規範才能減少問題；單純的厭惡不能證成管制的正當性。所以本文認為人工生殖法草案採「完全禁止」的立場，並不妥當，因為只是禁止以防止一些空泛的危險，卻造成許多不孕夫妻的實質不利益，頗值得我們三思其肯否。

肆、「代理孕母」生下的嬰兒究竟是誰的子女？

有關代理孕母所生子女的身分認定，學界的理論，已經有些衝突。司法實務的情況，卻又更複雜，以下簡略瀏覽目前在美國所發生的判例。

1、 基因和妊娠較基因和契約優勢

美國司法上一般對傳統代理孕母所生下的嬰兒親權歸屬，是認為代理孕母為母親，而捐精者為父親。這正是 Baby M 案的判決。此案例後來又為康乃迪克州、麻州、加州和俄亥俄州所沿用。我們可將其關係，大致表解如下：

| | 基因 | 妊娠 | 契約 |
|---------|----|----|----|
| 傳統代理孕母 | ○ | ○ | |
| 委託夫/捐精者 | ○ | | ○ |
| 委託妻 | | | ○ |

這也是陳昭姿女士認為，孕母「根本就是懷自己的孩子，因此才後悔不願交出孩子」的案例。此類案例在美國也沒有特別的法律規範，只得歸諸於收養法。亦即，受術妻如想成為嬰兒法律上的母親，務必要透過收養，切斷傳統代理孕母對孩子的親權。

這種裁決規則在我國更是明顯。因為法院並不承認代理孕母契約的合法性，而是依照現行的民法親屬篇的架構，認定嬰兒之父母子女關係。我國民法依懷孕分娩的事實，認定嬰兒與母親間的親子關係，復依受胎時母親結婚之事實，推定母親之丈夫為嬰兒之父親。而由於嬰兒真實生父，未必果真為母親受胎時之丈夫，因此「若夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者」，依民法§1063II 又容許提否認之訴，以推翻前述有關嬰兒父親之推定，但應於知悉出生子女之日起一年內為之。其後又依民法§1065，生父可透過認領，使嬰兒成為自己的婚生子女。

2、 遺傳和妊娠較契約優勢

在俄亥俄州上訴法庭 1992 年的判例中，患有不孕症的夫妻使用精子銀行的捐精委請傳統代理孕母為其生子。當丈夫死掉之後，委託妻聲請她才是母親，而非受委託的傳統代理孕母。但是法庭裁定傳統孕母勝訴，因為委託妻與嬰兒的基因並無聯繫而且不是嬰兒公告核可過的養母。如果，委託夫還活著的話，他比起捐精者還有相近的、可抗衡的親權聲請基礎。因為他們兩人在孩子的妊娠發展階段都沒有參與。可是，委託妻所能聲請的只是契約上所載明的意願，這自 Baby M 案例之後，單獨與基因或妊娠相比都無法抗衡，更何況傳統孕母兩者兼具。所以契約上的收養條款只是子虛烏有的，便如同在 Baby M 案例一樣，不能適用。

| | 基因 | 妊娠 | 契約 |
|---------|----|----|----|
| 傳統代理孕母 | ○ | ○ | |
| 委託夫/已身故 | | | ○ |
| 委託妻 | | | ○ |

3、 基因和契約較妊娠優勢

本文一開始所提到的 Crispina 和 Anna 的案子，Johnson v. Calvert 係發生在加州高等法院。系爭所在是 Anna 是有具有孩子的親權。法庭當然知道 Baby M 的案例，不過認為無法援用。法庭認為：Crispina 在基因上的貢獻與 Anna 妊娠上的相當，而 Crispina 還有契約依據，所以法庭天平傾向 Crispina 這邊。

| | 基因 | 妊娠 | 契約 |
|---------|----|----|----|
| 傳統代理孕母 | | ○ | |
| 委託夫/已身故 | ○ | | ○ |
| 委託妻 | ○ | | ○ |

這個案例後來發展成 JOHNSON RULE，為很多案例所沿用。在紐約 Perry-Rogers v. Fasano 中，也有特殊的援引。Mrs. Fasano 為了改善其懷孕機率，接受移植多重授精卵到子宮的手術，但是醫生卻誤把有些 Rogers 夫婦的受精卵也放進去了。幾個禮拜後，診所注意到了通知雙方說：Mrs. Fasano 可能會成為 Roger 的孩子的妊娠孕母。結果也真是如此。Mrs. Fasano 生下雙胞胎，一個膚色白的是 Fasanos 自己基因遺傳的後代，另一個膚色黑，經 DNA 檢驗過後確實是 Rogers 的。小孩出生四個月後，Fasanos 才把孩子交給 Rogers。在這段時期，Fasanos 宣稱已經和嬰兒緊密聯繫，水乳交融在一起了。Rogers 不領情，針對 Fasanos 所請求的孩子探視權正當與否，提取訴訟。

紐約法庭援引 JOHNSON'S RULE 以認定「代理孕母」所生子女的身分，結果一如 Johnson 案一般，孩子的親權歸屬於 Rogers。

不過紐約州法庭並未全盤援引 Johnson 案。相反的，法庭認為此案例便如同在醫院中誤抱嬰兒一般，所以 Fasanos 一發現錯誤就應該立即更正，不可以等到與孩子發展出親子關係了才將嬰兒交還給 Rogers。所以法庭裁定，延宕了四個月的錯誤阻卻 Fasanos 對小孩的親屬探視權。這對 Fasanos 而言，似乎這場官司，怎麼打都輸。如果他們迅速將小孩退還，以避開阻卻，就不大可能與孩子發展出相當的親子關係，也就沒什麼聲請基礎。所以 Fasanos 根本沒有什麼機會勝訴。

此裁決案例的影響在於徹底避開立於 Fasanos 的情形有取得小孩親權的機會，而使得 JOHNSON'S RULE 有更寬廣的適用空間。

不過，這種案例在我國現行法制下，將全然逆轉。如前所述，我國民法依懷孕分娩的事實，認定嬰兒與母親間的親子關係，復依受胎時母親結婚之事實，推定母親之丈夫為嬰兒之父親。在現行法下，提供卵子的委託人欲成為嬰兒法律上之母，正如戴東雄教授所指出的³³，有兩個途徑：一、孕母類推民法§1063II 提起否認婚生之訴，再由提供卵子的委託人認領嬰兒；二、孕母主動出養嬰兒後，委託人經過法院認可才可以收養。可是，一如前述，假如孕母不願將嬰兒交給委託人，自難期待其出養嬰兒、提起否認之訴，因此委託人也難以成為嬰兒法律上的母親。如此，JOHNSON'S RULE 根本無適用空間，Crispina 和 Rogers 都將敗訴。

³³ 戴東雄，〈孩子，你的父母是誰？論人工生殖之子女，尤其試管嬰兒在法律上之身分〉，收於氏著《親屬法論文集》，三民書局出版，台北，1993，PP.596-598。

問題是，基於懷胎之事實，我國民法即賦予孕母對嬰兒有如此大的法律上的權利，而將提供基因之委託夫妻排除在外，這是否符合法律的經濟效率或符合我國固有民情對血統的重視？實頗值得我們深思。

如果「自私的基因」³⁴的理論正確的話，人類有一股內在的趨力要將自己的基因傳下去。別人的小孩就是他人的基因，傳之何益於己？如果缺少這種內在趨力或母子天性，就算國家以強制力威脅，扶養者可能就只是做到法律上最低程度的要求，這顯然對小孩投資過少，無論對小孩或對社會都是不利的。據此，在妊娠孕母的情況下，如美國 JOHNSON RULE 一般，將親權賦予跟孩子有遺傳基因聯繫的委託夫妻，而不是妊娠孕母，會有比較好的結果，會有比較強的內在趨力來好好照顧小孩。而且，將親權判給妊娠孕母，會使將來不孕夫妻不願意委託妊娠孕母來獲得新生兒，則小孩總數變少，與國家目前的人口政策相違背，也使得因喜獲麟兒而快樂的人變少，能因為自己降世而獲得快樂的人也變少。這也是不好的結果。所以本文認為，除現行法外，當修法讓委託夫妻認領胎兒，或直接收養胎兒。

4、 基因較妊娠優勢

在俄亥俄州，一個患有先天性不孕症的婦女的妹妹主動表示願意當姊姊的妊娠代理孕母。醫院當局警告他們，所生出來的小孩可能被當作是違法的，而且孩子可能要冠上妹妹的姓。此故，在孩子出生前，委託夫妻就向法院聲請小孩的親權而使得後來無須再經認領的程序。妹妹對此也無異議。

法庭核可申請者的訴求，因為「依據俄亥俄的法律……透過 IVF 人工生殖技術所生產的小孩的父母親的認定標準在於，哪些人確實提供小孩的基因印痕。」不過法庭明白否定委託夫妻的意願的重要性，並且批評 Johnson v. Calvert 案的判決，過度「倚賴私人意願和協議的片段，而在小孩身份認定上還要啟動認養程序。」此立場反而顯得相當特別。因為，在俄亥俄州法庭前聲請此案的當事人所做的正是這件事。事實上，此法庭判決隱含假定：該案所有當事人都有著同等效力的意願表達。換言之，妹妹曾想過獨力扶養小孩，這與委託夫妻想成為小孩父母的意願，可以等量齊觀。所以，決定小孩的親權誰屬的基礎便只在於委託夫妻在小孩基因上的貢獻。

| | 基因 | 妊娠 | 契約 |
|---------|----|----|----|
| 傳統代理孕母 | | ○ | ○ |
| 委託夫/已身故 | ○ | | ○ |
| 委託妻 | ○ | | ○ |

5、 小孩的最佳利益

加州上訴法院首次審理有關代理孕母的案件時，傾向不考慮代孕契約的正當性。因為「就算法庭推定當事人的行為是不正當的，可是對於小孩未來的福祉的關切當超過認為此類案件不正當的考量。」兩個月後，小孩子出生了，代理孕母同意出養小孩，由委託夫妻領養。可是，又八個月後，小孩已經和委託夫妻相處十個

³⁴ Richard Dawkins, THE SELFISH GENE (1976) Oxford University Press.

月了，代理孕母試圖撤銷出養小孩的意願。上訴法庭維持初審否定其訴的裁決：「我們不能漠視小孩的最佳利益……小孩的福祉是其監護權歸屬問題上，最重要的考量。」所以，在代理孕母延宕了十個月之後，對她而言要做什麼事都已經太晚了。

6、 契約較妊娠和遺傳優勢，但是事實勝過一切

契約意願在 Buzzanca 再婚中，橫掃一切。在此妊娠孕母案中，法庭將負擔小孩的法律義務，裁定給委託家長，雖然他們在妊娠上或基因上都與小孩無關。法庭做出此裁決的部分原因是，成年人所定的契約當對其有束縛力（實際上，契約委託母親從未否認其對小孩的責任），此外也顧慮到小孩如果成為法律上的孤兒，國家的責任，不合法庭旨趣。要嗎約翰必須當父親，要嗎加州政府要準備扶養這個小孩。如果不這麼判的，無異宣告州政府需擔負起委託雙親和妊娠孕母都不想要的每個小孩子的教養責任，尤其是小孩一出生便有先天缺陷時，前景堪慮。

所以，Buzzanca 判決案例其實是結果導向。利他主義的妹妹代替姊姊懷孕案中，和在雙胞胎、雙膚色案例中，所據以裁判的規則，並不因此動搖。可是不幸的是以結果來正當化判決理由，實際上是將判決規則強行縫合在案例上，這將使得裁決規則在其他脈絡的適用性受到限縮。比如說，在紐約法庭案例中狹義的「基因和契約較妊娠優勢」規則，如果 Mrs. Fasano 只生了一個黑小孩，那麼這規則就不是那麼令人滿意。有人會因此認為，Mrs. Fasano 想生下自己小孩的意願和她懷胎九月的事實，加在一起，將會超過 Rogers 夫婦的意願和基因上的貢獻。或許，屆時法庭還要創造出另一個考慮因素，如 Mrs. Fasano 的預期 (expectation)。那麼簡表就要改成：

| | 基因 | 妊娠 | 契約 | 預期 |
|---------|----|----|----|----|
| 傳統代理孕母 | | ○ | | ○ |
| 委託夫/已身故 | ○ | | ○ | |
| 委託妻 | ○ | | ○ | |

最近還有個尚在審理中想援引 Buzzanca 判例的案子，Macbeth 夫婦到不孕症診所買了匿名的受精胚胎，並且聘請一位妊娠代理孕母。九個月之後，他們引用 Buzzanca 判例，認為小孩是他們的，雖然就傳統眼光看來，這名小孩與他們之間沒有關係。

| | 基因 | 妊娠 | 契約 |
|--------------|----|----|----|
| 傳統代理孕母 | | ○ | |
| Macbeth | | | ○ |
| Lady Macbeth | | | ○ |

我們大致可以預期 Macbeth 夫婦會輸。數百年的平等觀念對他們不利。