



誰是孩子的父母？

文／陳昭如（法律學院助理教授，美國密西根大學法學博士）

日前，媒體報導了一則代理孕母涉嫌販嬰的新聞，讓代理孕母的議題又再一次成為社會的焦點。台灣第一個試管嬰兒於1985年誕生，同時也開啓了近二十年來有關人工生殖科技的種種爭議，而其中最為引人注目的，莫過是代理孕母應否合法化的問題。一談到代理孕母，也許很多人腦海中立刻浮現的圖像，就是一對渴望孩子、但卻不孕的夫妻藉由代理懷孕科技、醫生與一位能夠懷孕的女人的幫助，來擁有自己的孩子。這的確是最為大眾所熟悉的委託代理孕母的型態，但絕非唯一的型態，我們也可以想像其他可能的情況：一對能夠懷孕並且想要小孩的夫妻，希望能夠省略懷孕、分娩的過程；一位單身但想要孩子的女性或男性；一對想要孩子並且希望孩子與其中一方有血緣關係的同性伴侶……。發揮一下想像力，你將會發現，代理懷孕科技為人類與下一代的關係，開啓了各式各樣的可能性，而不只是幫助不孕夫妻獲得小孩而已。

其實，在代理懷孕科技還未發明之前，人們就已經透過「借腹生子」來擁有自己的孩子，只是必須透過性交的方式來懷孕，而且只有男性才能這樣做，女性無法藉由性交使另外一個女人懷孕、而擁有和自己有血緣關係的小孩。想想看，在小說、電影或連續劇中，不是會看到「丈夫和『二房』生下孩子，交給『大房』養育並且叫她媽媽」這樣的情節嗎？在現在的社會中，確實也有可能有人用性交的方式來「借腹生子」，雖然這並非通常所討論的「代理孕母」。此外，代理懷孕的方式也很多樣，包括只借子宮不借卵、借子宮也借卵、借用第三人的精卵等等不一而足；而對於代理孕母的看法，也很多樣，有些人認為代理孕母應該予以開放，使得不孕夫妻能夠免去無子的遺憾；

有人主張不僅不孕夫妻可以委託代理孕母，同性伴侶、不孕單身、甚至有生育能力者也應該享有同樣的權利；有人認為合法化代理孕母將造成對女性身體的剝削、強化傳宗接代的迷思，更有人批評有酬的代理孕母無異於販賣嬰兒。事實上，「代理孕母」一詞也是有所爭議的，這個詞彙似乎預設了代理懷孕的女性必然是母親，但有些代理懷孕的女性並不想當孩子的母親，因此改稱為「代理懷孕」，而將代理懷孕的女性稱為「代孕者」，似乎較為合理。以下，我們就來看看，到底在現行的制度下，代理懷孕何以不合法，而法律又如何決定、影響了違法代孕的親子關係認定？

在現況下，代理懷孕如何「不合法」？

這個問題必須分由醫生、委託人、代孕者等不同當事人的面向來探討。首先，實施代理懷孕技術的醫生，是否會觸法？根據現行衛生署所訂之「人工協助生殖技術管理辦法」第7條的規定，醫療機構不得施行代理孕母方式之人工生殖技術，假如醫生違反此規定，依照第20條的規定將依醫療法、醫師法及其他相關法規處罰，可能因此遭到停業、甚至撤銷執照的處分。因此，就現行法觀之，醫生為人實施代理懷孕技術是違法的，雖然有人主張這個由衛生署所制訂的行政命令因為欠缺法律授權而應當無效。

至於委託人（不論是夫妻、單身男女或同性伴侶）以及代孕者，則比較幸運，原則上不會因為委託代孕或者受託代孕而有違法的問題。不過，如果男性委託人或者代孕者已婚、並且透過性交的方式懷孕的話，則違反了刑法上的通姦罪；而又如果偽造出生證明將委託人登記為小孩的父母，也有可能觸犯了刑法上的偽



造文書、使公務員登載不實等罪。此外，委託人與代孕者也面臨「約定是否有效」的問題。如果委託人與代理孕母簽訂代孕契約，約定小孩之所屬、懷孕期間應盡的義務(一天聽一小時的古典音樂、不能釘釘子、不得墮胎等等)、是否給付報酬等等，這個契約具有法律上的效力嗎？目前我國法院尚未曾就此問題做出判決，不過很有可能被認為違反公序良俗而無效，而且其中有關小孩父母為誰的約定因為違反法律的強行規定是一定無效的。換言之，代孕者無法強制委託人履行其契約上的義務，而相對地，委託人也無法強制代孕者履行義務。

誰是小孩的媽媽？

由於委託人與代孕者之間關於小孩父母的約定並不具有法律上的效力，因此小孩在法律上的母親必須依照民法的規定。我們的民法原則上採取血統主義，除了收養之外，一個人的子女乃是「從己身所出」的直系血親卑親屬。而又在以一夫一妻婚姻為「正統」的主流意識型態的影響下，為了「方便」確認親子關係，因此採取一種叫做「婚生推定」的制度，首先推定一個在合法婚姻關係下出生的小孩，其父母即是此婚姻關係中的夫妻，而這樣的小孩叫做「婚生子女」(民法第1062、1063條)。至於非在婚姻關係下出生的小孩，在法律上被稱為「非婚生子女」，也就是一般俗稱的「私生子」。

這樣的婚生推定制度把小孩分為兩種：婚生子女與非婚生子女，主要的目的在確認小孩的父親，對於母親的判定是沒有影響的，因為無論是否已婚，把小孩生下來的女性即是這個小孩的媽媽，民法因此特別規定母親與非婚生子女的關係，視為婚生(民法第1065條)。也就是說，在認定母親與小孩的關係時，對於「從己身所出」的解釋採取「懷孕分娩說」：生我者即我母親。為什麼我們的民法會這樣規定呢？這當然跟重視血緣關係的漢人傳統有關。此外，我們也必須瞭解，在現行民法於民國時期的中國制訂之時，「卵子和子宮可以有不同的主人」這件事情是不可想像、也無法做到的。然而，在代孕科技使這件事情

變得可能之後，在現行民法的規定之下，會如何去認定一個在代孕關係中所出生的小孩的媽媽呢？

如果這是一個「借腹又借卵」的情況，那麼卵子與子宮的主人同一，因此代孕者即是小孩的媽媽。此時如果女性的委託人想要當小孩的媽媽，就必須要透過收養的方式，而收養則需要取得代孕者(以及其配偶)的同意、以及法院的認可(民法1079條)。而如果這是一個單純「借腹」的情況，(用第三人精卵的情況在此暫不討論)卵子的提供者即是女性委託人，那麼到底子宮的主人是小孩的媽媽，還是卵子的主人呢？在「懷孕分娩說」的前提下，代孕者將會在出生證明上被登記為孩子的媽媽，同時也會是孩子法律上的母親。這時候，如果做為卵子主人的女性委託人想當媽媽時，要怎麼辦呢？關於這一點，在法律上有各種不同的見解，有人認為可以透過收養來達成，但是法律上禁止一個人收養自己的血親，而卵子的主人和小孩之間似乎又存在有血緣關係，而且也有些人不能接受用收養的方式來讓自己成為和自己有血緣關係的小孩的母親。此外，如果代孕者不願意出養，女性委託人也不能勉強她。有人則主張，類推適用生父「認領」的制度來讓女性委託人成為母親，也有人認為可以採用「確認親子關係之訴」來「更正」孩子在法律上的母親。目前法院並未受理具體的案例做出決定，因此以上這些方式是否可行，還是未定之天。

誰是小孩的爸爸？

在上述的血統主義以及婚生推定的原則下，誰是代孕小孩的爸爸呢？首先，由於在婚姻關係下出生的小孩會被推定為這對夫妻的小孩，因此如果代孕者已婚，她的丈夫會被推定為小孩的爸爸。不過，法律上所謂「推定」，就是也可以被反證推翻。如果精子的所有人是男性委託人，那麼在「從己身所出」的原則下，男性委託人才是「真正」的父親。這時候，就必須先由已婚的代孕者或其丈夫提出「婚生否認之訴」(民法第1063條)，然後再由男性委託人「認領」小孩(民法第1065條)，如此才能成為小孩的爸爸。但是，如果代孕者和她的丈夫都不願意提出婚生否認之

訴、或者已經超過時效(知悉小孩出生之日起一年內)，那麼即便男性委託人是小孩事實上的「生父」，也無法變成孩子的父親。

如果代孕者未婚，那麼這個小孩即是所謂沒有爸爸的「非婚生子女」，這時候男性委託人可以直接認領小孩，並且在認領之後不能反悔。如果男性委託人有撫育小孩的事實，也可以被視為已經認領這個小孩(民法第1065條)。此外，如果男性委託人與代孕者結婚，這個小孩也會因為「準正」(民法第1064條)而被視為婚生子女，而男性委託人就成為小孩的父親。如果男性委託人不願認領，代孕者是否可以強迫他認領呢？如果有民法第1067條所規定的事由(在代孕的情況，可能構成的事由應該是「由生父所做成的文書可證明其為生父」)，代孕者以及其他法定代理人或者小孩在成年後都可以請求他認領，不過有法定期限的限制。

代理懷孕何去何從？

從以上的分析可以知道，在現行法律對於親子關係的規範下，女性或男性委託人要成為小孩的父母都必須經過一些程序，特別是女性委託人要當孩子的媽媽有比較高的困難度。唯一可確定的是，代孕者會因為小孩的出生而成為孩子的母親，無論她是否願意。如果從這個角度來看，那麼稱呼「代孕者」為「代理孕母」，似乎也有其道理。能夠改變這個法律上事實的，是代孕者將小孩出養、偽造出生證明、或者女性委託人對於其母親地位的法律主張獲得法院的承認。如果代孕契約被認為是無效的，那麼在代理懷孕的期間，代孕者對於她的身體享有完全的自主權，可以自由決定是否終止懷孕、是否要將小孩出養，不過這也意味著她在法律上將無法依照契約請求委託人給付懷孕或分娩期間所支出的費用、喪失的收入等等。

針對這些爭議，行政院衛生署曾經於2004年舉辦「代理孕母公民共識會議」，企圖透過審議式民主的方式來尋求共識，此外「人工生殖法」草案也正在討論當中。不論是否合法化代理懷孕，如何合法化或如何禁止，都牽涉到我們對於法律如何規範科技、生

命、親子關係、懷孕分娩、母職、父職等議題的看法。換言之，這是一種政策選擇，同時也是一種價值判斷。在思考這個議題時，我們除了應該瞭解現狀對於代理懷孕的規範，以便進一步考量是否要改變現狀，更應該瞭解相關當事人的權益保障，特別是在相關的討論中經常被忽略的代孕者與孩子的權益。這同時也是開放我們的想像力的時候：一個孩子是否可以同時有兩個「生母」呢？ (本專欄策畫／法律學系蔡明誠教授)

公共衛生學院 / 徵求院長候選人

1. 應具備下列條件：
 - (1)具中華民國國籍。
 - (2)具教育部認可之國內外學術機構教授或相當資格。
 - (3)任職於公共衛生相關機構或其學術領域經本會認定與公共衛生相關。
 - (4)任期初始時未滿62歲。
2. 推薦方式：經國內外公共衛生相關院校副教授以上教師三人以上(含)連署推薦。
3. 推薦者請參考本院網頁(<http://ccms.ntu.edu.tw/~phc/>)「遴選院長」項下載相關表件及規定。
4. 收件截止日：94年3月15日(以郵戳為憑)，請以掛號方式將資料寄至台北市100仁愛路一段1號15樓台大公共衛生學院院長遴選委員會。(逾期恕不受理)

藥理學(科)研究所 / 徵求助理教授以上教師1名

1. 應徵資格：
 - (1)具有生物醫學相關之博士學位；
 - (2)博士後研究二年(以應聘日期計算)或助理教授以上資歷；
 - (3)具分子生物訓練經歷，有獨立研究能力、且能勝任藥理學教學。
2. 檢具資料：個人履歷、學經歷證件影本、著作目錄及近五年主要代表作之影本、至少二封推薦函、未來五年教學及研究計劃書、及其他有助於瞭解申請者之資料。
3. 截止日期：94年6月15日(以寄出郵戳為憑)
4. 聯絡地址：台北市仁愛路一段1號11樓
台大醫學院 藥理學研究所 黃德富 所長 收
傳 真：886-2-23915602；886-2-23915297
E-mail：turfu@ccms.ntu.edu.tw