

案號：9901001A

行政院衛生署國民健康局研究計畫

世界各國代孕生殖政策探討

結案報告

國立交通大學

計畫主持人：陳鈺雄

協同主持人：林志潔

研究助理：林曉涵

蘇昱婷

吳書瑜

林佩蓁

柯秉志

彭筱芊

中華民國 99 年 9 月 27 日

行政院衛生署國民健康局研究計畫結案報告

年 度： 99年度

計畫名稱：世界各國代孕生殖政策探討

項目編號：9901001A

研究起迄：99年3月30日至99年9月30日

研究機構：國立交通大學

主持人：陳誌雄助理教授

協同主持人：林志潔助理教授

研究人員：林曉涵

研究人員：蘇昱婷

研究人員：吳書瑜

研究人員：林佩蓁

研究人員：柯秉志

研究人員：彭筱芊

聯絡電話：(03)5738713; (03)5131345

電子郵件：peiyu@mail.nctu.edu.tw; chen@mail.nctu.edu.tw

聯絡人：王佩瑜

填報日期：99年9月27日

■新增型計畫：■半年□一年□多年

□計畫有採用問卷調查或量表

目錄

	頁碼
封面	
目錄	
第一章 緒論	(008)
第一節 研究內容及分類方式	(008)
第二節 研究方法	(008)
第三節 名詞定義	(010)
第四節 各國及美國各州代孕政策比較表	(011)
各國代孕政策比較表	(014)
美國各州代孕政策比較表	(017)
第二章 採取禁止立場的國家	(020)
第一節 前言	(020)
第二節 德國	(022)
一、總則	(023)
二、代孕子女的地位	(029)
三、罰則	(029)
四、代孕實施相關之訴訟案例	(029)
五、該政策實施過程中產生的爭議與問題	(029)
六、參考資料	(030)
第三節 法國	(033)
一、總則	(034)
二、代孕子女的地位	(036)
三、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(036)

四、參考資料	(037)
第四節 日本	(038)
一、總則	(039)
二、2003 年報告書	(040)
三、代孕子女的地位	(041)
四、代孕生殖實施之實證研究	(048)
五、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(050)
六、參考資料	(053)
第五節 新加坡	(055)
一、總則	(056)
二、參考資料	(059)
第三章 允許非商業性代孕之國家	(060)
第一節 前言	(060)
第二節 英國	(062)
一、總則	(063)
二、代孕協議法	(068)
三、人類生殖與胚胎研究法	(070)
四、代孕生殖之條件	(072)
五、代孕子女之地位	(072)
六、委託夫妻與代孕者之法律關係	(079)
七、資料之保存、管理及使用	(081)
八、代孕生殖實施之實證研究	(084)
九、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(093)
一〇、參考資料	(096)
第三節 澳洲	(103)
一、總則	(104)

二、生殖之條件	(106)
三、行政機關審核代孕契約	(111)
四、代孕子女之地位	(112)
五、委託夫妻與代孕者之法律關係	(113)
六、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(114)
七、參考資料	(114)
第四節 加拿大	(118)
一、總則	(119)
二、代孕生殖之條件	(122)
三、生殖細胞及胚胎之保護	(123)
四、代孕子女之地位	(123)
五、委託夫妻與代孕者之法律關係	(125)
六、參考資料	(126)
第五節 香港	(128)
一、總則	(129)
二、人類生殖科技條例	(130)
三、生殖科技及胚胎研究實務守則	(132)
四、代孕生殖實施規定與流程	(134)
五、代孕生殖之條件	(134)
六、代孕子女之地位	(137)
七、參考資料	(138)
第六節 荷蘭	(142)
一、總則	(143)
二、代孕生殖之條件	(144)
三、代孕子女之地位	(145)
四、代孕契約之規範	(146)

五、代孕生殖實施之實證研究	(146)
六、參考資料	(147)
第七節 以色列	(149)
一、總則	(150)
二、代孕生殖之條件	(151)
三、代孕子女之地位	(153)
四、委託夫妻與代孕者之法律關係	(153)
五、代孕生殖實施之實證研究	(155)
六、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(156)
七、參考資料	(157)
第四章 允許商業性代孕的國家	(160)
第一節 前言	(160)
第二節 印度	(161)
一、總則	(162)
二、代孕生殖之條件	(167)
三、生殖細胞及胚胎之保護	(171)
四、代孕子女之地位	(171)
五、委託夫妻與代孕者之法律關係	(173)
六、代孕實施相關之訴訟案例	(173)
七、代孕生殖實施相關之實證研究	(175)
八、參考資料	(176)
第三節 泰國	(181)
一、總則	(182)
二、代孕子女之地位	(183)
三、參考資料	(183)
第四節 南韓	(185)

一、總則	(186)
二、代孕子女之地位	(187)
三、代孕生殖實施之實證研究	(189)
四、參考資料	(190)
第五章 美國	(191)
第一節 前言	(191)
第二節 各州立法狀況概述	(191)
第三節 加州	(194)
一、總則	(195)
二、代孕生殖之條件	(197)
三、生殖細胞之使用與保護	(198)
四、代孕子女之地位	(198)
五、委託夫妻與代孕者之法律關係	(199)
六、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(200)
七、代孕生殖實施之實證研究	(203)
八、參考資料	(203)
第四節 伊利諾州	(207)
一、總則	(208)
二、代孕生殖之條件	(208)
三、生殖細胞之使用與保護	(209)
四、代孕子女之地位	(209)
五、委託夫妻與代孕者之法律關係	(209)
六、其他規定	(211)
七、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(212)
八、參考資料	(212)
第四節 紐約州	(214)

一、總則	(215)
二、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(218)
三、參考資料	(220)
第五節 新罕布夏州	(222)
一、總則	(223)
二、代孕生殖之條件	(223)
三、生殖細胞之使用與保護	(224)
四、代孕子女之地位	(224)
五、委託夫妻與代孕者之法律關係	(225)
六、其他規定	(228)
七、代孕生殖實施相關之訴訟案例	(228)
八、參考資料	(228)
第六章 總結	(230)
第一節 我國代孕政策之演進	(230)
第二節 各國立法例之啓示	(232)
一、是否開放代孕	(232)
二、是否開放基因型代孕及精卵捐贈	(232)
三、親子關係之認定標準	(234)
四、政府機關和法院之介入與審查密度	(236)
五、仲介機構及廣告問題	(238)
六、跨國代孕生殖問題	(239)
第三節 結論	(239)

共 (240) 頁

第一章 緒論

第一節 研究內容及分類方式

本計畫已完成對德國、法國、美國（主要是紐約州、加州、伊利諾州及新罕布夏州）、日本、新加坡、英國、澳洲、加拿大、香港、荷蘭、以色列、印度、泰國、南韓等十四個國家之管制政策分析。介紹各國的首頁均列出**基本資料**，以簡要文字描述該國之管制政策，便利讀者閱讀。基於本報告之主要目的在於強化現有草案之立論基礎，故介紹各國之細節時，主要**依據我國現有草案各章節的分類方式編排**，分成總則（含立法沿革、許可或禁止之立場等）、代孕生殖之條件（委託夫妻之限制條件、醫療機構對代孕者應為之檢查與評估、代孕者的限制條件等等）、生殖細胞及胚胎之保護（含每次代孕手術可植入之胚胎數限制、中止生殖手術或施行人工流產之條件等）、代孕子女之地位（對代孕契約之規範、是否須經法院認可、探視權等問題）、政策實施後之實證研究、相關訴訟案例、參考資料等。由於各國的資料量多寡不一，有些國家並非每一項均有相關資料，此時則保留空白。

本報告依「禁止代孕」（德、法、日本、新加坡）、「允許非商業性代孕」（英、澳、加、港、荷、以）、「允許商業性代孕」（印、泰、韓）、「美國」（因美國各州規定差異很大，為求整體性故不拆開而獨立成立一章）分四章介紹。每章第一節並分析該類國家之共通及相異之處，並試圖解釋其原因。所謂「非商業性」，並非完全不給予代孕者報酬，而是其給付原則上以填補開支為原則。至於「商業性代孕」，是指代孕者得收取填補原則之費用以外的報酬，較強調市場機制，給予當事人較多依私法自治原則形成契約內容的空間，尤其在仲介和廣告方面。

第二節 研究方法

本研究之研究方法，係以文獻蒐集法為主，主要是以surrogacy、surrogate mother、代理孕母、代孕，並加上國名為蒐尋關鍵字。蒐尋之資料來源，第一階段是蒐尋二手文獻。首先以法律相關資料為主，包括國內期刊及碩士論文，以及透過westlaw international、PubMed、SSRN(Social Science Research Network)、google scholar等資料庫，另外使用google尋得些新聞報導資料。為蒐集社會科學、

醫學、哲學、社會學、人類學等學科之著作，再由交通大學圖書館之電子資料庫中，挑選出涵蓋上述學科之資料庫，共 73 個，獲得大量資料。這些資料由於執行期間短暫，未能完全閱覽，故先以出版年代較接近現代者為優先，並且不論是否在研究報告中引用，一律將參考文獻放在各國介紹之末，以便未來作後續研究之用。包括：ABC-CLIO/Greenwood、ABI/INFORM Complete(ProQuest)、ABI/INFORM Archive Complete、ABI/INFORM Global、Academic Search Premier(EBSCOhost)、Berkeley Electronic Press Open Access Journals working paper、Biological Sciences (CSA)、Biology Digest (CSA)、BioOne Full-Text、BMC Open Access Journals、Cambridge Books Online、Cambridge Collections Online、Cambridge eBook collections、Columbia University Press、Conference Papers Index(CSA)、CRCnetBASE、Credo Reference (formerly Xrefereplus)、ebrary 電子書、eScholarship Open Access Journals bepress Powered Working Papers、Gale Virtual Reference Library、Gale (Award Winners & Social Reference Collections)、HUSO (NSC Humanities & Social sciences Research Resources)、Informaworld (Taylor & Francis 電子全文期刊聯盟)、INSPEC、Internationale Bibliographie der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Zeitschriftenliteratur (IBZ)、IOPscience、IOS Press (e-books)、ISI Proceedings、JSTOR、Lippincott Williams & Wilkins Medical Collection、Medline(CSA)、MyiLibrary 英文電子書、NetLibrary (電子書)、OCLC FIRST SEARCH、Oxford Journals Digital Archive (OJDA)-Humanities, Law and Social Science 《牛津大學電子期刊·人文、法律、社會科學類》、Oxford Journals Online、Oxford Scholarship Online collection、Periodicals Archive Online、Project Muse、ProQuest Biology Journals、ProQuest Digital Dissertation Full Text、ProQuest Dissertations and Theses – A&I(PQDT)(ProQuest)、PsycArticles(ovid)、Safari 電子書(Safari Tech Books Online & Safari Business Books Online)、Science Resource Center (SRC)、Scientific American Archive Online、SciFinder、Scirus(EiV2)、Scopus、SDOL Science Direct、SDOS(Science Direct OnSite)、Serials Directory (EBSCOhost)、Springer-Link、SSCI(Social Science Citation Index 1993-)(Web of Knowledge)、Taiwan Academic E-Books Consortium (台灣學術電子書聯盟,TAEBEC)、The McGraw-Hill e-books、Wiley InterScience、Wiley InterScience Online Books、Wiley reference work、Wilson web (Wilson Web OmniFile Full Text Select)、中國博碩士論文全文資料庫--文史

哲.政治經濟及法律專輯(中)、中國期刊全文數據庫、中國知識資源總庫-CNKI系列數據庫、中文電子學位論文服務(CETD)、中文電子期刊服務(CEPS)、全國期刊聯合目錄資料庫(全國西文及大陸及中文期刊聯合目錄)、北大方正中文電子書、北大方正電子書聯盟、台灣博碩士論文知識加值系統、維普中文科技期刊數據庫(繁體版)、臺灣期刊論文索引、超星數字圖書館、遠景繁體中文電子書、Airiti Library 華藝數位資料庫(華藝線上圖書館)。

部分國家由於沒有英文資料，因此所取得之資料有限。以韓國為例，由於該國並無法規針對代孕生殖問題作規範，且介紹韓國代孕政策的英文文獻缺乏，故所找到的內容在完整度方面就受到限制。法國、德國、荷蘭、泰國也有類似問題。泰國政府在 2010 年 5 月公布了一項新草案，但由於立法草案通常沒有英文版本，故只能透過英文新聞媒體的報導以了解其最新發展。另一方面，部分英語系國家的文獻則非常豐富，在有限期限內無法全部整理完畢，只能擇要提供。

由於許多二手資料所引述的法規內容，可能已經過時，或者由於並非該文的重點，故作者對細節部分講述較不清楚。為確保本研究引述法規之及時性與正確性，本研究進一步進行**法規內容的檢索**。首先由上述二手文獻中，找到各國相關法規、臨床指引、意見書等等之名稱，其次再以該名稱為關鍵字，在該國的立法機關網站或 google，尋找該法規或文獻的全文。另外再於各國立法機關網站、WorldLII 網站、以及 WHO 的 International Digest of Health Legislation 網站，確認蒐尋結果的完整度與正確性。本研究將蒐集到的各國相關法規、臨床指引、意見書等等，儘可能作成附錄，獨立一冊，除有助於更精確地了解各國規範細節外，也便利日後讀者查閱。

第三節名詞定義

本研究報告係以目前我國草案的用詞為主，例如委託夫妻，係指希望透過代孕方式獲得子女之夫妻；代孕所生子女稱為**代孕子女**。但進行代孕行為之**代孕者**，為便於行文，有時仍稱為**孕母**或**代理孕母**。在代孕類型方面，可分成**借腹型代孕**(其他名稱包括無血緣代孕、妊娠代孕、gestational surrogacy、full surrogacy、IVF surrogacy、host surrogacy、Leihmuttert 等)，即孕母僅出借子宮，與所生子女之間無基因上血緣關係，以及**基因型代孕**(其他名稱包括有血緣代孕、基因代

孕、genetic surrogacy、partial surrogacy、traditional surrogacy、straight surrogacy 等），即孕母不僅出借子宮，且與所生子女之間有基因上血緣關係。另外，許多開放代孕的國家，採用「**準收養模式**」作為使委託夫妻取得親權的方式，該模式仍認為代孕者是代孕子女的生母，但透過一個較收養程序更為簡易的程序，使委託夫妻得以迅速、甚至在委託子女出生前，就取得親權移轉的法院命令，並得修改出生證明，將委託夫妻登記為父母。由於此程序係收養程序的簡化，故稱為準收養模式。

第四節 各國及美國各州代孕政策比較表

為便於讀者了解各國及美國各州之代孕政策，本報告製作兩份比較表，以說明我國目前草案與各國之差異，以及美國各州之政策。相關名詞說明如下。

關於「**是否允許代孕**」，判斷的標準是以法律、行政命令或法院判決為準。亦即，若有法律、行政命令或法院判決，允許任何一種代孕行為的存在，就列為「**法令明文允許**」，反之則列為「**法令明文禁止**」。印度雖無行政命令，但 2005 年有由衛生主管機關公布的 guideline，所以仍歸入法令明文允許的國家。反之，無明文規定，而實質上允許者，包括有非官方的專業內規，或根本沒任何規定，完全是民間行之有年，則歸為「**無明文規定、實質允許**」。若有專業內規等規定限制醫師進行代孕手術者，則歸為「**無明文規定、實質禁止**」。

關於「**允許代孕類型**」，主要判斷標準是以代孕者是否有提供卵子而定。有提供者稱為「**基因型**」，即代孕者有提供基因。無者稱為「**借腹型**」，即代孕者單純提供子宮。這兩者在政策上的差別在於，基因型孕母由於有提供基因，因此生物關係上可認為是代孕子女的生母，在倫理上容易引起把此種型態的代孕當成販嬰看待的爭議。且基因型孕母也比較容易在生產後反悔，不願將親權移轉給委託夫妻。因此開放基因型孕母，需要比較複雜的政策考量及法令規範。但基因型孕母的優點之一，是整體成本較便宜，因為省去尋找捐贈卵子者及相關費用，所以還是有些國家採用。

「**商業性代孕**」與「**非商業性代孕**」的差別，是指代孕者除了懷孕的醫療費用、生活支出等外，是否可以領取報酬，以酬謝她的勞務付出。在倫理上，商業性代孕被攻擊為使代孕者把子宮當成工具，形同出租器官，有違人性尊嚴，並可

能造成高收入階級剝削低收入階級的結果。但商業性代孕政策下，往往有較充足的經費，讓許多專業人士，例如社工、律師、心理諮商師、醫師等，更積極地參與代孕過程，使代孕者有得到更充分照料的機會。通常明文採商業性代孕政策的國家，會比較尊重當事人間的意思形成自由。至於法無明文，實質允許商業性代孕的國家，例如泰國、韓國，則是由於該國未立法禁止商業性代孕，故相關行為存在，但國家並未積極保障代孕契約的效力，而只是容忍這些行為的存在而已。非商業性代孕則相反，國家往往訂出俱細彌遺的規定，以避免當事人間由於契約內容不明確而產生糾紛。至於對仲介團體的政策，採商業性代孕政策的國家一定允許營利性仲介團體的存在，至於非商業性代孕的國家則不一定。

在「**委託者之生理限制**」方面，是指委託妻是否必須具有子宮方面的懷孕困難，亦或允許正常健康者也能委託代孕。「**委託者之婚姻狀態限制**」，則區分是否限於異性戀夫妻、未婚的同居異性伴侶、同性伴侶（不論該國是否允許同性戀合法結婚）、單身者。

「**委託者得否使用捐贈生殖細胞**」，是指除了委託夫妻及代孕者之外，是否得由第三人提供精子或卵子。其中的差別，在於要求委託夫妻與代孕子女之間的基因聯結性的強度。有些國家允許只要委託夫妻有一方與代孕子女間有基因聯結已足，有些則要求雙方均須有聯結，有些則允許委託夫妻任一方與代孕子女均無基因聯結。

「**施術機構之限制**」是指實施一般生殖手術的醫療機構，是否均得實施代孕手術，亦或針對實施代孕手術的資格另外核發執照。「**是否成立審核代孕契約之行政機構**」是指是否有專門審核代孕契約有效性的行政機構。通常有此類機構者，代孕契約必須經該機構認可方生效力。

「**代孕契約成立生效要件**」是指契約的成立或生效是否要式，是否須經過法院或行政機關的許可。

「**委託者親權取得方式**」，分成收養程序、準收養程序（以收養為程序的精神，但過程較為簡化迅速）、委託者依法自始取得親權等三種。其中的差別，在於委託夫妻是否一定可以獲得代孕子女的親權，以及取得親權的程序繁瑣度及迅捷度。

「**代孕者有反悔權**」的問題，是指代孕者生產後，得否依自己意思決定保有代孕子女，不將親權移轉該委託夫妻。

代孕者得請求之費用，分成「**醫療費用**」與「**其他費用**」兩種。其中「其他費用」包括律師報酬及法院相關費用（attorney & court fees）、薪資損失（lost wages）、與代孕相關之生活支出（reasonable living expenses）、代孕報酬（商業性代孕之對價）。這些差別涉及「商業性代孕」與「非商業性代孕」之間的定義與概念範疇。

「**廣告之限制**」涉及是否允許廣告的存在，以及對廣告內容是否有嚴格限制的區分。「**仲介之限制**」主要是對仲介團體的營利性與非營利性之容許程度。由於不良的仲介團體可能對委託夫妻或代孕者都有造成詐欺或剝削的可能，且廣告需要經費易導致營利化，因此不允許商業性代孕的國家，通常對廣告和仲介採取比較消極的立場。

各國代孕政策比較表

類別	項目	我國草案	德國	法國	日本	新加坡	英國	澳洲	加拿大	香港	荷蘭	以色列	印度	泰國	韓國
是否允許代孕	法令明文禁止		•	•		•									
	無明文規定、實質禁止				•										
	無明文規定、實質允許													•	•
	法令明文允許	•					•	•	•	•	•	•	•		
允許代孕類型	基因型						•		•					•	•
	借腹型	•					•	•	•	•	•	•	•	•	•
是否允許商業性代孕	允許商業性代孕												•	•	•
	僅允許非商業性代孕	•					•	•	•	•	•	•			
委託者之生理限制	限委託妻有子宮相關問題	•								•	•	•			
	不限委託妻是否有懷孕問題						•	•	*				•	•	•
委託者之婚姻狀態限制	限異性戀夫妻	•					•	•	•	•	•	•	•	•	•
	同居異性伴侶						•	•	•				•	*	*
	同性伴侶						•	•	•				•	*	*
	單身者													*	*

*表示未設明文或資料不明

類別	項目	我國草案	德國	法國	日本	新加坡	英國	澳洲	加拿大	香港	荷蘭	以色列	印度	泰國	韓國
委託者得否 使用捐贈生 殖細胞	精卵均得接受他人捐贈								•				•	•	•
	至少一方須提供						•	•				•			
	不得使用捐贈生殖細胞	•								•	•				
施術機構 之限制	生殖醫療機構均得施術	•					•	•					•	•	•
	針對代孕單獨另發許可									•					
	現有資料不明								•		•	•			
是否成立審核代孕契約之行政機構								•				•			
代孕契約成 立生效要件	法院認可	•													
	行政機關許可							•				•			
	不要式契約						•		•		•			•	•
	書面	•						•		•		•	•		
	公證												•		
委託者親權 取得方式	委託者自始有親權	•										•	•		
	收養程序		•		•				*		•			•	•
	準收養程序						•	•	*	•		•			
代孕者有反悔權							•	•		•		•			

類別	項目	我國草案	德國	法國	日本	新加坡	英國	澳洲	加拿大	香港	荷蘭	以色列	印度	泰國	韓國
代孕者得請求之醫療相關費用	代孕手術與其他醫事費用	•					•	•	•				•		
	心理諮商						•	•	*			•	•		
	產後調養	•					•	•	*			•	•		
代孕者得請求之其他費用	律師報酬及法院費用						•	•	•			•	•		
	薪資損失	•					•	•	•	•		•	•		
	與代孕相關之生活支出								•						
	代孕報酬(商業性代孕對價)	•								•		•	•		
廣告之限制	無相關規定	•			•	•					•	•		•	•
	完全禁止廣告														
	嚴格限制廣告內容						•	•	•	•					
	廣告內容高度自由												•		
仲介之限制	完全禁止仲介					•			•		•				
	僅允許非營利性仲介	•					•	•		•		•			
	允許營利性仲介				•								•	•	•

美國各州代孕政策比較表

類別	項目	阿肯色州	加州	康乃狄克州	哥倫比亞特區	佛羅里達州	伊利諾州	麻州	密西根州	內華達州	新罕布夏州	紐澤西州	紐約州	北達科他州	俄亥俄州	田納西州	德州	猶他州	維吉尼亞州	華盛頓州
是否允許代孕	法令明文禁止				•				•				•							
	無明文規定、實質禁止																			
	無明文規定、實質允許		•	•				•				•			•					
	法令明文允許	•				•	•			•	•			•		•	•	•	•	•
允許代孕類型	基因型	•	•	•		•		•			•				*	•			•	•
	借腹型	•	•	•		•	•	•		•	•	•		•	•	•	•	•	•	•
是否允許商業性代孕	允許商業性代孕	*	•	*			•	*						*	*	*	*	•		
	僅允許非商業性代孕									•	•	•							•	•
委託者之生理限制	限委託者無法自然受孕					•	•				•							•	•	•
	不限委託者是否無法自然受孕	*	•					*		*		*		*	*	*				*
委託者之婚姻狀態限制	異性戀夫妻	•	•	•		•	•	•		•	•	•		•	•	•	•	•	•	•
	同居異性伴侶		•				•													
	同性伴侶		•	•				*			*	*								

類別	項目	阿肯色州	加州	康乃狄克州	哥倫比亞特區	佛羅里達州	伊利諾州	麻州	密西根州	內華達州	新罕布夏州	紐澤西州	紐約州	北達科他州	俄亥俄州	田納西州	德州	猶他州	維吉尼亞州	華盛頓州
	單身者	•	•				•	*				*			*					
*表示未設明文或資料不明																				
委託者得否 使用捐贈生 殖細胞	精卵均得接受他人捐贈	*	•			•		*				*		*	*		•	•		*
	至少一方須提供					•	•				•								•	
	不得使用捐贈生殖細胞									•						•				
施術機構之 限制	生殖醫療機構均得施術		•																	
	針對代孕單獨另發許可																			
	現有資料不明	•		•		•	•	•		•	•	•		•	•	•	•	•	•	•
是否成立審核代孕契約之行政機構																				
代孕契約成 立生效要件	法院認可					•		•			•					*	•	•	•	
	行政機關許可																			
	不要式契約	•	•	•				•		•		•		•	•	•				•
	書面		*			•	•	*			•							•	•	•
	公證						•													•
委託者親權 取得方式	委託者自始有親權	•					•			*				*		•				•
	收養程序					•														
	準收養程序		•			•		•			•	•			*		•	•	•	
	代孕者有反悔權					•		•			•	•								•

類別	項目	阿肯色州	加州	康乃狄克州	哥倫比亞特區	佛羅里達州	伊利諾州	麻州	密西根州	內華達州	新罕布夏州	紐澤西州	紐約州	北達科他州	俄亥俄州	田納西州	德州	猶他州	維吉尼亞州	華盛頓州
代孕者得請求之醫療相關費用	代孕手術與其他醫事費用	*	•	*	•	•	*	•	•	•	*	•	*	*	*	•	•	•	•	
	心理諮商		•		•	•		*	*	•						•	•			
	產後調養		•		•	•		*	*	•							*		•	
代孕者得請求之其他費用	律師報酬及法院費用	*	•	*	•	•	*	*	*	•	*		*	*	*				•	•
	薪資損失		•		•	•				•										
	與代孕相關之生活支出		•		•	•		*	•	•							*	*	•	•
	代孕報酬（商業性代孕對價）		•				•													
廣告之限制	無相關規定	•		•	•	•	•		•	•	•		•	•	•	•	•	•		•
	完全禁止廣告				•				•				•							•
	嚴格限制廣告內容																			
	廣告內容高度自由		•																	
仲介之限制	完全禁止仲介				•				•				•							•
	僅允許非營利性仲介					•					•									
	允許營利性仲介	*	•	*			*	*		*		*		*	*	*	*	*		*

第二章採取禁止立場的國家

第一節 前言

就目前初步研究成果觀察，凡採取全面禁止之國家，例如德國、法國、日本均為國家族裔成員同質性高，或單一宗教力量強大，且該種族或宗教對代孕生殖採取負面評價者。其主要理由，通常是基於人性尊嚴，反對把婦女物化為單純的生殖器官，反對任意操弄生殖技術。另外，在母子關係仍採取以分娩為判斷標準的觀念下，所生子女仍是代孕者的子女，此時若承認有金錢介入的代孕契約，會等同於販賣人口。故縱使這些國家有少子化或高齡化問題，無礙於該國採取限制代孕的政策。

這類國家在禁止方式上，有層次差異。就實施代孕手術的醫護人員而言，法國及新加坡係透過人工生殖的主管機關，禁止醫療機構及醫護人員進行代孕生殖。日本雖未立法明文禁止，但該國的醫師自律團體訂有禁令，違反者將無法成為產科醫學會的會員，因此無法使用產科專科醫師的頭銜。德國則更進一步，對實施代孕手術者的醫護人員處以有期徒刑或罰金。另外，少數人到國外進行代孕，可能需要仲介機構的協助，這些國家的立場也有差別。例如日本並不處罰仲介行為，但德國、法國則訂有明文處罰仲介機構。

對於違法代孕所產生的子女，這些國家普遍的作法是依據一般的身分法認定生父生母，委託夫妻只能依據一般的收養程序，由法院依子女最佳利益原則，來決定是否讓委託夫妻得以取得親權。法國為貫徹扼止代孕行為的政策，對於跨國代孕的委託夫妻，不給予收養代孕子女的權利。通常各國均認為生母的地位係以分娩而定，不論是基因型或借腹型代孕，代孕者是該子女的生母。但在生父方面，各國作法不一。有些國家（例如日本）是以基因來判斷，因此委託夫若有提供精子，則委託夫為生父。有些國家則以生母的婚姻狀況來決定生父，因此代孕者之夫為生父。另外，這些國家普遍面臨少數人到國外進行代孕生殖後，欲帶回國內扶養時，由於代孕者所屬國的親子關係認定，與這些國家的親子關係認定標準不同，產生親子關係難獲承認的問題。以德國最近轟動一時的雙胞胎案件為例，印度承認代孕契約，並認為嬰兒一出生就是委託夫妻的子女，故無印度國籍。但德國不承認代孕契約，故不同意嬰兒具有德國國籍。因此該雙胞胎雖已來到德國，

至今仍處於無國籍狀況。在日本亦曾發生過在美國代孕所生子女，回到日本後難以依美國法院判決而讓委託夫妻被登記為生父母的訴訟。

德國

基本資料

許可或禁止之立場

未明文禁止代孕，但是實施代孕手術者，將被處以有期徒刑或罰金
不處罰委託者及代孕者

委託夫妻之限制

代孕者之限制

相關法源

The Embryo Protection Act, 1990
Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers,
2001

主管機關

仲介單位

親權歸屬程序

不開放代孕生殖手術。若有代孕子女出生，則委託夫妻只能以一般收養程序取得親權

特色

一 總則

(一) 立法沿革

I 聯邦司法部研究技術局報告書

1984年9月德國設置聯邦司法部研究技術局，在1985年11月25日提出之報告書，規定體外授精提供限定為一、原則為夫妻間之不孕治療。二、提供精子、卵子的體外授精胚胎原則禁止。三、建議原則禁止代孕生殖。四、精子提供者之處理和記錄恰當必要之限制等等。又於一九八九年，就聯邦及各州共同工作小組之調查研究提出報告。(陳家和, 2006)

1984年聯邦議會成立「基因工程學之可能性與危險性」特別調查委員會，於1985年11月25日提出關於體外授精、染色體重組及遺傳細胞治療之報告書，該報告書原則上禁止代孕，但若為遺傳學及醫學上認定該婦女確實無懷孕能力時，例外承認得以其近親進行代孕。(陳美伶, 1994; 薛宇婷, 2005)

II 養子與代理孕母仲介限制法(Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers，是收養仲介法之一部，Adoption Placement Act – AdVermiG，參附錄 162 頁)

1. 重要條文

本法於1989年成立施行，主要目的在於禁止及處罰代孕之仲介、宣傳廣告，即公開蒐集相關資料之行爲，以下僅將收養及代理孕母之相關法規及處罰做簡單介紹：

第十三條 a 為代理孕母之定義：

代理孕母，基於下列之合意

- 1) 接受人工授精而非自然受精，另外；
- 2) 胚胎非自身之由來而係移植而來，另外關於懷孕是，以當該子女出生後，以養子或其他方法讓與並由第三人永遠的接受意思之女性。

第十三條 c：禁止代理孕母仲介

第十三條 d：禁止公開對於代理孕母為徵求之意思表示，亦不得以廣告或宣傳為募集或提供代理孕母。

第十四條 b：

- 1) 違反第十三條為代理孕母仲介之行爲者，處一年以下自由刑或罰金刑。
- 2) 代理孕母仲介因而獲得金錢上之利益或約定者，處二年以下自由刑或罰金刑。行爲人以意圖營利而為有關業務之行爲之情形，處三年以下自由刑或罰金刑。
- 3) 第一項及第二項之規定，不處罰代理孕母及委託者。(Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers, 2001; 薛宇婷, 2005)

2. 經過整理，養子與代理孕母仲介限制法之綱要有以下幾點：

1) 孕母之定義

孕母係指基於雙方合意將他人之胚胎，以人工生殖技術植入自己子宮，並為其生產子女，於子女出生後，交由他方當事人收養之婦女。本法定義之孕母，僅限於「傳統型代孕」之孕母，而未包括「基因型代孕」之孕母。(Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers, 2001; 薛宇婷, 2005)

2) 禁止代孕之仲介及宣傳廣告

代孕之仲介，係指為不孕夫妻及孕母居中介紹為目的之行爲。本法禁止代孕之仲介行爲，及以仲介代孕為目的之宣傳廣告。(Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers, 2001; 薛宇婷, 2005)

3) 代孕仲介之處罰

從事代孕仲介之行爲者，處一年以下有期徒刑，併科罰金；如因代孕仲介而獲取財產上之利益者，處二年以下有期徒刑，併科罰金；以上為商業行爲時，處三年以下有期徒刑，併科罰金。但孕母及有意願任父母者則不處罰。(Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers, 2001; 薛宇婷, 2005)

4) 公開蒐集相關資料之處罰

向社會大眾公開蒐集有關孕母及有意願任父母者之資料者，處五萬元馬克以下之罰金。(Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers, 2001; 薛宇婷, 2005)

5) 2001 年增修之規定：

德國對於代孕採禁止之態度，惟若發生有人以代孕生育子女時，則依 2001 年增修之「養子與代理孕母仲介限制法」規定，於該子女出生後，交由有意願任父母者收養，或由有意願任父母者直接收養胎兒，足見乃以收養制度解決代孕所生子女法律地位之問題。(Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers, 2001; 薛宇婷, 2005)

按德國民法第 1589 條第 1 項規定：「一人為另一人所生者，此二人為直系親屬。」通常子女與母親之血緣關係並不難認定，然因人工生殖技術之進步，代孕所生子女未必與孕母有血緣關係，為避免代孕可能引起之複雜法律關係，新修正之德國民法第 1591 條遂明文規定，所為母親，係指生產子女之婦女，即使孕母與子女無血緣關係，亦無礙於母親之定義。(薛宇婷, p.67, 2005)

III 胚胎保護法(參附錄 165 頁)

The Embryo Protection Act

13th December 1990

1. 立法背景

1986 年 4 月 29 日聯邦法務部之委員會提出「胚胎保護法草案」，同年 12 月依聯邦參議院及第五十七屆聯邦、州法務大臣會議同年 9 月所做成決議之請求，由聯邦法務大臣及各州法務、保健行政機關代表，及相關各省代表組成共同檢討委員會，其主要任務在於將生殖醫學之分野提出相關標準，並提案解決所產生之問題。1988 年 8 月該委員會提出報告書，該報告書禁止與代孕相關之醫療行為、代孕之仲介、斡旋與宣傳廣告，並認為代孕契約在民法上無效。(陳蕙芳, 1999; 薛宇婷, 2005)

2. 立法目的

本法之立法目的在於保障德國基本法(Grundgesetz, 1949)對人之尊嚴及生命輪裡不被侵害，即認為人類的生命於受精完成時即已存在，故須加以保護。(Victoria Keppler and Michael Bokelmann, 2000; 陳鳳珠, 2003)

3. 條文內容

- 1) 以下行爲將被處以三年以下有期徒刑或罰金刑：
 - a. 嘗試將未受精的卵子移植到另一名婦女體內。
 - b. 爲了使提供卵子的婦女本身受孕以外的任何目的，而嘗試以人工方式使卵子受精。
 - c. 嘗試在一次療程中在一個婦女體內植入超過三個受精卵。
 - d. 嘗試在一次療程中使三個以上的卵子受精。
 - e. 嘗試使比未來將被植入一個婦女體內更多的卵子受精。
 - f. 爲了將受精卵移植到其他婦女體內，或其他非爲了保存受精卵的目的，在子宮移植程序完成之前，自一個婦女體內移除一個胚胎。
 - g. 嘗試施行爲一個預備在孩子出生後永遠放棄該孩子的婦女(代理孕母)施行人工授精，或是植入一個人類胚胎到其體內。(The Embryo Protection Act, 1990)
- 2) 同樣的，任何人在以下情況將被處罰：
 - a. 以人工方法使一個人類的卵子被一個人類的精子滲入，或
 - b. 在沒有打算讓產出一個人類卵子的婦女懷孕的情況下，以人工方法將一個人類的精子轉移進入該卵子。(The Embryo Protection Act, 1990)
- 3) 以下情況不受處罰：
 - a. 在第一段的第 1, 第 2 和第 6 種情況，提供卵子或胚胎的婦女及將接受卵子或胚胎的婦女願意長期撫養照護因此出生的孩子。
 - b. 在第一段的第 7 種情況，代理孕母願意長期撫養照護因此出生的孩子。
 - c. 在第一段第 6 種和第二段的情況，未遂犯亦處罰之。(The Embryo Protection Act, 1990)

(二) 禁止之立場及理由

德國對於代理孕母所採取的立場爲完全禁止，不僅禁止商業代孕行爲，也禁止非營利代孕行爲。德國禁止代孕生殖的理論基礎大致著重在個人自主決定權的重要性：

德國基本法第 1 條第 1 款規定「人性尊嚴不可侵害，對其尊重與保護係所有國家機關之義務。」明文規定對於「人性尊嚴」的保障，多數意見認爲人性尊嚴乃爲憲法之基本權利之一，甚至認爲人性尊嚴爲實質主要基本權利、爲基本權利之基準點、爲基本權利體系之出發點、爲基本權利之概括條款、屬憲法基本權利之價值體系，這表示人性尊嚴條款是規

範中的規範，基本權利中的基本權利，大部分的基本權利重要目的之一都在使人性尊嚴獲得保障與尊重。(蔡維音, 1999; 張維民, 2007)

人性尊嚴一詞，為德國基本法之用語，有其歷史及文化上之背景，受基督教思想及康德哲學思想甚深，為具有濃厚價值色彩之概念，雖成為法律用語，尚難加以定義。德國聯邦憲法法院則採取反面定義之方式，迴避必須正面定義此一高度模糊概念的難題，只界定在何種情況下，即可認定人性尊嚴受到侵犯，其透過判決形成了所謂的「客體公式」

(Objektformel)，亦即當個人被純粹當作國家行為的客體時，就抵觸了人性尊嚴；關於人性尊嚴的本質，另有學者嘗試對描述如下：

1. 人本身即是目的

人並非只是國家及社會作用之手段及客體，人係先於國家而存在，且為國家存在之目的，國家係因人民的意願而存在，而非人民為國家之意願而存在，國家不能把人民當作其作用中之一種工具、手段或物品，人民在遂行其目的時，有其自治的「自由空間」，尊嚴由此而生。康德之人性觀即「把人當作目的」，認為「人是由一個一個獨立的個體組成的。人的優越之處，不僅在於人的智慧之獨一無二性，不僅在於人有思維能力，也不僅在於人可以勞動。更重要的，還在於：對於人來說，個別與一般的關係，不是像別的事物那樣，『類』就其共性而言，可以代替個別事物，可以代表個別事物中的本質部分。對人來說，個體的人雖可包含人類的共性，但個體的人，不論就其個性，或就其本質而言，永遠都是不可替代的，不可化約的。這就是說，在宇宙萬物中，唯有人，個體的人，其個性和其本質，是絕對獨立的，絕對自由的。」(李震山, 2001; 張維民, 2007)

2. 自治與自決係憲法人性尊嚴之核心內涵

自治與自決，係相對於被操縱的他治或他決，而與「個人本身即為目的」之概念互為表裡，幾已成為人性尊嚴的本質或核心內容。其中所謂「自決」，即是自己決定權，屬於人格自我發展權之一，即個人或社會團體就其自我地位有自治形成之權，因為每一個人皆應有機會依己意決定自己的未來，決定幸福追求之方向。質言之，凡與自我人格發展與形塑的部分，個人應有自決權，在此部分原則上排斥他決、他律或他治。(李震山, 2001; 張維民, 2007)

因為個人自我決定權為隱私權的核心概念，而隱私權為人性尊嚴所欲保護之核心價值。因此，人性尊嚴自為個人自我決定權保障之理由及基礎。

3. 個人之意思自主決定權與人格權

個人之「意思自主決定權」，有學者認為亦屬民法上之人格法益，其主張人格權其實就是「一般人格權」，即關於人的價值與尊嚴的權利。「一般人格權」為一種母權，不待法律規定即受到保障。因此，德國實務上對於人格權受到侵害，若不在個別人格權之範圍內，只要其他法律已經明文加以保護，而且不加以保障會成為法律上對人格權保障的漏洞，則民法無理由不將之視為「一般人格權」加以保障。(李震山, 2001; 張維民, 2007)

目前，德國之立法對於刑法上所保護之法益，例如名譽、信用、自主決定權等，已加以承認其屬於一般人格權。其中自主決定權在刑法中即是強制罪所保護之法益「意思自主之自由性」(德國刑法第 240 條；我國刑法第 304 條)，既然刑法中已明白規定，自然也屬於重要的人格權法益。(李震山, 2001; 張維民, 2007)

4. 女性的身體自主權

「身體自主權」一詞，常在女性議題中被引用，例如生育、墮胎、代理孕母等。女性主義者認為「身體自主權」指的是「人對自己操縱的權利，如果人被剝奪此種權力，即是被剝奪作為人的資格，喪失作為人的屬性。對女性而言，性及生育行為的控制是女性性別的最佳指標.....沒有自由控制自己的身體，女性其他的自由都是空談」，由此定義可知女性主義定義之「身體自主權」著重在於人的主體性，而其範圍則至少包括性及生育之自主權。因此，「身體自主權」為德國禁止代孕生殖的理論基礎之一。(王澤鑑, 2006; 張維民, 2007)

5. 受精卵是否受人性尊嚴保護

受精卵是否亦為人類生命最初之階段，而為人性尊嚴保護之對象？按德國憲法法院於 1975 年做出的墮胎判決表示，即使是未出生之人類生命，亦同樣受到人類尊嚴之保障，因為在出生前之生命過程，涉及的是個別人類發展無法分割之階段。只要有人類生命存在，該生命便享有人類尊嚴之保障；至於享有人類尊嚴之主體是否對此有所意識，並且知道自己主張，並不重要，從人類存在開始就具有之潛在能力，已經足夠賦予其相對之人類尊嚴。(李震山, 2001; 薛宇婷, 2005)

1993 年 5 月 28 日之判決中，聯邦憲法法院雖然再次肯定，未出生之生命仍然享有人類尊嚴之保障，但是對於生命是否始於精子與卵

子的結合則未明白表示意見。德國憲法法院之判決既確認「憲法上所保護之人類生命，包括已出生及尚未出生者。」雖未明確指出生命之始期，但審視前開判決內容，可知其意圖將生命界定於精子與卵子結合之時。由於尚未出生之生命的保障為國家之根本，因而受精卵亦受到德國基本法之人類尊嚴及生命之尊重所保護。(陳英鈞, 2001; 薛宇婷, 2005)

二 代孕子女之地位

雖然德國實質上禁止代孕行為，但在其國內偶爾仍然會出現進行代孕生殖的案例，此時，委託夫妻必須透過合法收養程序始能成為代孕子母之合法父母(陳鳳珠, 2003)。下面第五點所介紹的德國雙胞胎案例即為其中一例。

三 罰則

德國胚胎保護法認為代孕係濫用生殖技術之行為，故規定為代孕人進行人工受精或胚胎移植受術者，將被處以有期徒刑或罰金¹⁶，但接受手術之代孕人如於小孩出生後繼續扶養之，則為代孕人進行手術者不在處罰之列。然代孕人如保留對小孩之親權，而未交付小孩於受術夫妻，此根本無法達成代孕目的，即受術夫妻無法經由代孕獲得有自己血緣的小孩。因此，德國胚胎保護法雖未明文禁止代孕，然已於條文文義中間接表達禁止代孕之立場。(The Embryo Protection Act, 1990; 陳鳳珠, 2003)

四 代孕實施相關之訴訟案例

1985 和 1986 年間，收養仲介法(1989)以及胚胎保護法(1990)尚未公布施行，德國聯邦法院只處理過三個代理孕母的案件。這些案件的爭點都在執行代孕生殖契約後的付款，在三個案件中，法院一致認為代孕生殖違反德國基本法的立法精神，而判定契約為無效而無法強制執行。(陳家和, 2006)

五 該政策實施過程中產生的爭議與問題

雖然德國政府已經明文禁止代孕生殖行為，但是仍然存在許多不孕夫妻希望能夠擁有帶有自己基因的孩子。在國內政策只能使委託夫妻以收養方式來合法成為自己孩子的父母的情況下，有許多德國夫妻轉而到國外進行代孕生殖，以求能擁有自己的孩子，並直接取得法律上的親權。然而，實務上卻出現藉由代孕所產下的子女在進行代孕生殖的國家與德國皆無法取得身分的案例，造成委託夫妻無法將代孕子女帶回國的窘境。(News a)

案例事實如下：一對德國夫妻到印度進行代孕生殖，成功產下一對雙胞胎。由於印度的法律開放完全性的商業代孕，代理孕母在簽立代孕契約之時，即已放棄其對於所生下代孕子母之親權。因此，該藉代孕所生之雙胞胎無法因其為代理孕母所生而取得印度國籍。另一方面，因為德國禁止代理孕母之故，德國政府亦不願意給予該雙胞胎德國國籍。(News a)

此情形造成的結果為：在這之前，雙胞胎無法取得任何一個國家的身分，所以無法跟隨其“真正”的父母(委託夫妻)回到德國。因為無法帶孩子回德國之故，委託夫妻必須隨時有一人留在印度照顧雙胞胎，對於她們的精神跟體力來說都是極大的負擔。(News b)

本案直到 2010 年 1 月，才露出一線曙光，解決的方法為，根據德國的法律，以**跨國收養**之方式，讓委託夫妻收養該雙胞胎，以使雙胞胎獲得德國國籍。雙胞胎在 2010 年 5 月跟著他們的父親 Jan Balaz 回到德國，印度最高法院的法官祝福他們，並且希望印度政府盡早對代孕生殖做出完善的立法。這個結果距離該雙胞胎出生的 2008 年 1 月，足足過了兩年四個月之久。(News c)

六 參考資料

- 中文論文

陳鳳珠，代孕契約法律關係之研究，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2003 年 6 月

張維民，由代孕生殖法草案論代孕者之身體自主權，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2007 年 8 月

薛宇婷，我國基因型代孕法制化之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2005 年 1 月

陳家和，代理孕母制度之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2006 年 5 月

陳美伶，人工生殖之立法規範，國立政治大學法律研究所博士論文，頁 98，1994 年 6 月（轉引自薛宇婷, 2005, 頁 66, 註 113）

陳蕙芳，人工生殖子女之法律地位，國立國防管理學院法律學研究所碩士論文，頁 64-65，1999 年 6 月（轉引自薛宇婷, 2005, 頁 66, 註 115）

陳英鈴，人類幹細胞研究的法議題，正大法學評論第 67 期，頁 14-15，2001 年九月（轉引自薛宇婷, 2005, 頁 70, 註 126）

蔡維音，「人性尊嚴」作為人類基因工程之基礎法律規範理念—「人性尊嚴」

作為法律概念其內涵開展之可能性，中央大學哲學研究所暨應用倫理學研究室主辦「人類基因組計畫之倫理、法律與社會涵意」學術研討會，1999年4月，第8頁（轉引自張維民，2007，頁38，註43）

李震山，人性尊嚴與人權保障，修訂再版，元照，2001年，第8頁（轉引自張維民，2007，頁38，註42）

王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）人格權的具體化及保障範圍（1），臺灣本土法學雜誌第83期，2006年6月，第60頁（轉引自張維民，2007，頁40，註47）

王澤鑑，人格權保護的課題與展望（二）憲法上人格權與私法上人格權，臺灣本土法學雜誌第81期，2006年4月，第93頁（轉引自張維民，2007，頁38，註48）

- 德國相關法規

胚胎保護法 German Embryonenschutzgesetz, The Embryo Protection Act Available at <http://www.bmj.bund.de/files/-/1147/ESchG%20englisch.pdf> (Last visited: August 19, 2010)

收養仲介法 German Adoptionsvermittlungsgesetz (Adoption Placement Act), Act on the Adoption Placement and the Ban on the Arrangement of Surrogate Mothers, Available at <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/en/Infoservice/FAQ/GermanFamilyLaw/AdoptionPlacementAct-AdVermiG.pdf> (Last visited: August 19, 2010)

- 相關判決

胚胎保護法相關判決（德文）

<http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/presse/archiv/20090514.1745.127943.html> (Last visited: August 19, 2010)

- 案例相關新聞

News a, German Surrogate Twins: Can Adoption be a Way Out, Court Asks

<http://www.vamban.com/news/german-surrogate-twins-can-adoption-be-a-way-out-court-asks/> (Last visited: August 19, 2010)

News b, German Surrogate Twins - End of Legal Battle in Sight After 2 years
<http://www.surrogacyeggdonorblog.com/2010/01/articles/egg-donation/german-surrogate-twins-end-of-legal-battle-in-sight-after-2-years/> (Last visited: August 19, 2010)

News c, Court stresses law for surrogacy, twins headed for Germany
http://www.thaindian.com/newsportal/uncategorized/court-stresses-law-for-surrogacy-twins-headed-for-germany_100370036.html (Last visited: August 19, 2010)

- 網路資源

Victoria Keppler and Michael Bokelmann, “Surrogate motherhood-The legal in Germany”取自 <http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.html> (Last visited: August 20, 2010)

法國

基本資料

許可或禁止之立場

禁止商業性及非商業性代孕
仲介者、醫師可能受到刑事處罰

委託夫妻之限制

代孕者之限制

相關法源

法國民法第 16-7、1128、311-9、376 條；刑法第 227-12 條

主管機關

仲介單位

親權歸屬程序

委託妻無法取得子女親權

特色

一、 總則

(一) 立法沿革

1982 年法國首位藉由人工生殖受孕的小孩誕生，但直至 1994 年始有立法規定，法國民法第 16-7 條(art 16-7 du code civil)開宗明義規定「所有涉及第三人，與生殖或懷孕相關之協議皆違法。」(附錄 167 頁)1994 年的生技倫理法(The Bioethics Law)建立了生殖醫學管制架構，基本上對人工生殖科技採較保守的限制立場。除了代理孕母外，法國接受其餘所有的人工生殖技術，但僅限於異性夫妻、已婚或有兩年以上穩定關係，且雙方皆存活並處於生育年齡，故單身女性、同性戀伴侶、年老夫妻或寡婦皆不得透過人工生殖技術生育(J. McGregor & F. Dreifuss-Netter, 2007)。

生技倫理法(LOI n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, Bioethics Law No. 2004-800)於 2004 年有小幅度的修改：僅經衛生部(Ministry of Health)許可的醫師可執行生殖醫療業務，於 2004 年修法後，將此權限移轉於新成立之 The Agence de la biomedicine，為歐洲唯一一個結合管理器官捐贈、生殖、人類胚胎與基因等四大領域的機構(J. McGregor & F. Dreifuss-Netter, 2007)。

(二) 禁止之立場及理由

「維護人性尊嚴」為法國對代理孕母議題的一貫態度，基此，法國禁止基因型與借腹型代孕，因其將女性工具化，由她們「出租」子宮滿足他人需求，若代孕者收取報酬，將更惡化此「嬰兒買賣」之印象，故立法視代理孕母為一種剝削女性的形式(Annalijn Conklin et al., 2008)。

法國目前對人工生殖的管制架構，與其 1994 年制定生技倫理法時的政治環境有密切關連，當時的諮詢委員的背景對法規佈局有深遠的影響，諮詢委員為保守派社會份子，包括宗教領袖與專業人士，而排除女性主義者或女同性戀者等較開放、自由團體以及人工生殖患者的參與。

醫療專業人士為法國人工生殖規範的主導力量之一，醫療專業透過專業自律已規劃出一套關於人工生殖的立法藍圖，另一方面，法國一直缺乏單獨代表醫界發言的團體，於是在意見紛雜的諮詢會中，醫療專業的意見更顯重要。對於人工生殖之規範，亦有主張應保留專業自主的空間，讓規範更有彈性。但 1993 年法國由右派政府執政，人工生殖在保守派

政府的嚴密監控下，剝奪了醫療自主的空間(Annalijn Conklin et al., 2008)。

另一個影響立法主導力量為天主教教會。1990年，多達80%的法國人表明其為天主教徒，雖然於2007年教徒比利已降至51%，但天主教教會仍為法國最主要的宗教機構，對於人工生殖採強烈的反對立場，並參與生技倫理法的制定，對於引起社會爭議的生技倫理議題有持續的影響力。故法國的立法特色綜合了保守派天主教義及低度個人信仰，以致其嚴峻規範胚胎研究，並通過規範繁複的生技倫理法(Annalijn Conklin et al., 2008)。

第三個影響立法的單位為法國國家倫理委員會(National Consultative Ethics Committee, CCNE)，CCNE對生技倫理議題採取較開放的立場，表現在其視胚胎為潛在的人(potential human being)，反對天主教教會視其為完整的人(full human being)之觀點。CCNE持續推動社會對於人工生殖議題的討論，為改革的主要力量(Annalijn Conklin et al., 2008)。生技倫理法於2004年修法時，並無改變禁止代孕的立場，由於法國禁止販賣身體組織，包括生殖細胞，故即使非商業性代孕亦違法(Sandra Reineke, 2008)。法國刑法227-12條規定「無論是因金錢、餽贈、承諾或受威脅所致，任何煽動父母遺棄其子女或未出生子女之行爲，處六個月徒刑及7500歐元罰金。以金錢爲目的而居中協調有意收養小孩者及欲出養子女之父母，處一年有期徒刑及15,000歐元罰金。若居中協調想要小孩的委託人，與同意替他們生小孩並放棄該子女的婦女，亦處一年有期徒刑及15,000歐元罰金，以金錢爲目的仲介者刑度加重一倍。」此規範可視爲對於仲介者之處罰。另，若爲有償代孕，將被視爲類似賣淫，因爲二者皆爲利用身體或取金錢報酬，但在法國並不處罰賣淫，但處罰從中獲利者。故於代孕之情形，律師、醫師或其他相關人士若參與商業代孕的協商，將會觸犯刑法相關規定(Eva Steiner, 1992)。

(三) 主管機關

The Agence de la biomedicine 爲科技與社會的溝通者，必須保持警戒，於科技與社會發生衝突時，提供確切資訊，維持社會與醫學間的和諧，主要宗旨如下：

1. 建立一個符合品質要求與安全的統一性全國常規，包括指導綱領、批准醫療院所、監督相關醫療行爲、提供訓練與資訊。
2. 透明化，評估各相關醫療行爲，並提供政府、國會、專業人員與社會取得，完整的資訊會作成年度報告，於網站供各界下載。

3. 倫理議題與使用公平性。確保有需要者皆可接受相關治療，故此機構係規範人工生殖醫學、科技與道德面之有力機關，其任務如下：
 - i. 批准實施人工生殖之醫療院所；
 - ii. 基於人工生殖中心之授權，提供地區醫療機構建議；
 - iii. 評估相關醫療行為，並於年度報告中作全國性分析；
 - iv. 統整全國之 IVF 資料，以便進行分析；
 - v. 對於人工生殖所生子女、接受人工生殖治療之婦女，及卵子捐贈者之健康狀況作長期後續之追蹤；
 - vi. 建立對於不良事件的中央警戒系統，並可即時反應；
 - vii. 協助參與法規與綱領的制定；
 - viii. 授權人類胚胎及胚胎幹細胞之研究；
 - ix. 促進配子捐贈。(Françoise Merlet1, 2009)

法國對於人工生殖採取單一主關機關的管制方式，The Agence de la biomedicine 類似英國之「人類生殖與胚胎管理局 HFEA」，以期能更全面完整地對人工生殖加以規範與協調。

二、 代孕子女之地位

法國視代孕為剝削婦女的行為，基於「維護人性尊嚴」之立法政策，若委託夫妻赴美國協議代孕產子，雖委託之夫為代孕子女的生父而可為其法律上父親，但代孕子女與委託之妻將無任何法律上關係。跨國代孕的情形下，根據法國法律，代孕子女之生母(即代理孕母)為法律上母親，若委託之妻偽稱代孕子女為其子女，將受刑事處罰；若委託之妻坦承委託代孕並提出領養，法院將認此為詐欺結果，進而否認其領養權，故該子女無法於法國擁有法律上的母親。(J. McGregor & F. Dreifuss-Netter, 2007)

三、 代孕生殖實施相關之訴訟案例

1987 年 Alma Mater Association 一案中，最高法院回應了是否容許代孕仲介機構存在之議題。該組織為非營利性機構，僅協助做成孕母出於自願的代孕協議，其宗旨在於協助無子夫妻，而金錢給付只用於補償代孕者，包括補償孕母花費(reimburse for expenses)及賠償孕母懷孕的辛勞(compensate for the hardship of surrogate pregnancy)。但檢察官依團體組織法(Association loi de 1901, Law on Association)第 3 條「所有違法與不道德的組織，得由法院解散之」為由，起訴請求解散該組織，而大事法庭 (Trib. deGr. Inst. de Marseille, 16 Dec. 1987)與上訴法院 (Court of Appeal of Aix-en-Provence, 29 Apr. 1988)之判決結果皆為控方勝訴，解散該組織。大事法庭與上訴法院首先判斷該案之前置問題，即組織的成立目的—代孕生殖—是否為不法及不道德的行為。

二法院皆認同檢察官之理論，認為做成契約並約定產生一個小孩的目的就是要將其出養，是違法且不道德的行為，故根據法國民法 1128 條「僅合法之商業交易客體得作為契約標的」，另根據民法第 311-9 及 376 條，任何人皆不得交出或移轉父母權利及義務於他人(附件 FR-1 頁)，認定代孕生殖係不法行為。最高法院 (Cass. Civ. 1, 13 Dec.1989, D.1990, J.273)亦持相同看法 (Eva Steiner, 1992)。

1991 年於 *Procureur Général v. Madame X* (Cass. Ass. Plénière, 31 May 1991, J.417)一案中，即使代孕雙方對於代孕契約皆無爭議，但法國最高法院仍撤銷前審允許透過收養解決代孕子女侵權歸屬的問題。一對不孕的法國夫婦至美國尋求代孕，上訴法院認為美國孕母及其夫為代孕子女之父母，法國委託夫妻則透過收養移轉親權。由於代孕有出租子宮(womb-leasing)的疑慮，故代孕若為非商業性，則必須符合器官捐贈之規範，若代孕出於自願則與法國公共政策無衝突。但法國最高法院撤銷前審判決，認為所有的代孕契約，不論有償或非商業性皆為法，因其涉及身體組織買賣，為法律所不允許且違反公共政策 (Eva Steiner, 1992)。

四、 參考資料

Annalijn Conklin et al., *Between politics and clinics—the many faces of biomedical policy in Europe Volume II: Three country case studies*. p25-26 (2008), available at http://www.rand.org/pubs/technical_reports/TR644.1/ (last visited 2010/8/16)

Eva Steiner, *Surrogacy agreements in French law*. *International & Comparative Law Quarterly* 41, 866-875 (1992).

Françoise Merlet, *Regulatory framework in assisted reproductive technologies, relevance and main issues*. *Folia Histochemica et Cytobiologica* 47(5), p11 (2009).

J. McGregor & F. Dreifuss-Netter, *France and the United States: the legal and ethical differences in assisted reproductive technology (ART)*. *Med Law*. 26(1), 117-35 (2007).

Sandra Reineke, *In Vitro Veritas: New Reproductive and Genetic Technologies and Women's Rights in Contemporary France*. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 1(1), 91-125 (2008).

日本

基本資料

許可或禁止之立場

未立法管制，為實質禁止國家
但日本產科婦科學會禁止會員(產科婦科醫師)施行代孕生殖手術
消極不予處罰代孕者及委託夫妻

委託夫妻之限制

代孕者之限制

相關法源

日本產科婦科學會繁殖醫療指示「代理懷孕之見解」(2003年4月)
「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」(2003年5月)
「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題－社会的合意に向けて－」(2008年4月)

主管機關

仲介單位

親權歸屬程序

經法院判決或經收養程序解決代孕子女親權歸屬

特色

消極禁止代孕行爲，目前尚未立法明確規範

一、總則

(一) 立法沿革

日本的代理孕母行為起始於 1991 年，於該年，東京成立第一家代理孕母諮詢中心。希望嘗試代理孕母行為的不孕夫妻，經由該中心的諮詢與協助，開始在海外透過代理孕母得到胎兒。該中心報告並指出它平均每年為 300 至 400 對不孕夫婦提供諮詢。(p2, Yukari Semba, Chiungfang Chang, et al, 2009)

無論是利用捐贈精子/卵子/胚胎的試管嬰兒或代理孕母，均被日本產科婦科學會的繁殖醫療指示禁止，且自 1983 年日本第一個試管嬰兒出生以來，在日本產科婦科學會指示下僅有合法結婚的夫婦可為試管嬰兒。日本在 1948 年即有利用捐贈配子的人工受精(以下簡稱供體受精)，但在日本產科婦科學會指示下僅有合法結婚的夫婦可為之。此外，該指示規定捐贈者應該匿名捐贈，並禁止以商業行為提供配子給予不孕夫婦。(p2, Yukari Semba, Chiungfang Chang, et al, 2009)

針對過去發生關於代理孕母的問題，日本產科婦科學會在 2003 年 4 月發布了關於代理孕母之指示「關於代理懷孕之見解」，而厚生科學審議會尖端醫療技術評價部會並下設立了「關於繁殖補助醫療技術的專業委員會」，在 2003 年 1 月舉行「關於繁殖補助醫療技術的意識調查」，於同年 4 月 28 日作成「關於精子、卵子、胚胎的提供繁殖補助醫療制度整備報告書」以為代理孕母相關法案之立法基礎。

一 日本產科婦科學會(日本產科婦人科学会)繁殖醫療之指示

所謂指示，即屬學會發給會員之作業規範，在日產科婦科學會所謂之指示，指會員若不遵守該指示將會被學會取消學會會員資格登記。

日本產科婦科學會在 2003 年 4 月發表了關於代理懷孕之見解(「代理懷孕に関する見解」)(附件 JP-1 頁至 JP-4 頁)，該學會重視不能代理懷孕之實施：不問有無接受對價與否、本會會員不能參與為了代理懷孕而實施繁殖補助醫療之施行。另外亦不得進行代理孕母之仲介。原因如下：

(一) 應優先考慮出生胎兒之福利

代孕契約若無法正常履行，將會造成代孕者與委託夫妻爭奪親權，因而使胎兒生活環境遭受到嚴重的不穩定，使得胎兒難以接受身分與自

我接納，在兒童心理發展過程中造成個人的悲痛。(代理懷胎に関する見解，日本産科婦人科学会，2003年)

(二) 代孕會造成代孕者精神上與身體上負擔風險之提高

代孕者在懷孕與分娩過程中將遭受之精神與身體上之負擔，如懷孕過程中代孕者所遭受之心理挫折，基本上不符合對人性的尊嚴之尊重。(代理懷胎に関する見解，日本産科婦人科学会，2003年)

(三) 代孕會造成家庭關係複雜化

代孕會影響到懷孕婦女與胎兒間的關係，因此代孕契約將會造成複雜的家庭出生關係，進一步造成社會秩序不必要的摩擦與混亂。(代理懷胎に関する見解，日本産科婦人科学会，2003年)

(四) 根據社會風氣與倫理道德，不允許進行代孕之仲介

代孕之仲介可能造成剝削婦女之經濟以達販賣兒童之目的，因此不應允許代孕之仲介。(代理懷胎に関する見解，日本産科婦人科学会，2003年)

二 2003年報告書

厚生科學審議會尖端醫療技術評價部會下設立了「關於繁殖補助醫療技術的專業委員會」，在2003年1月舉行「關於繁殖補助醫療技術的意識調查」以一般國民為對象也以該調查之結果為基礎、進行為期一年九個月、持續總計二十九次之研討，於2003年4月28日做成「關於精子、卵子、胚胎的提供繁殖補助醫療制度整備報告書(精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書)」，該報告書對於代理孕母採取禁止態度，此為日本有關代理孕母立法之準備來源。(陳家和，頁69-70，2007年)

在報告書中主要有以下事項認為應當優先遵守：

1. 優先產生的小孩的福利(生まれてくる子の福祉を優先する。)
以子女的利益作優先考量
2. 不能把人專門作為繁殖之辦法接待(人を専ら生殖の手段として扱ってはならない。)
不得將他人當繁殖工具
3. 安全性充分照顧(安全性に十分配慮する。)
醫療設施需周全
4. 排除優生思想(優生思想を排除する。)
禁止基因改造

5. 排除商業化(商業主義を排除する)
禁止商業仲介
6. 遵守人類的尊嚴(人間の尊嚴を守る。)
尊重人性尊嚴

因此日本對於代理孕母採取禁止態度，其理由有：

1. 想要小孩的夫妻外之第三者因為金錢而介入懷孕出生之事，此為懷孕出生利用第三者之人體，違反基本之「不得將他人當繁殖工具」。
2. 另外，因為懷孕所可能使代孕者之生命遭受極大之危險，甚至可能危及生命。代理懷孕小孩在子宮內存在約十個月，即使說可以做到安全性充分照顧之說法也不應該能容忍。
3. 此外，進行代理懷孕者和精子、卵子或胚胎之提供者不同，通常女性在自己子宮內孕育胎兒長達十個月，因此對於胎兒容易產生難以割捨之情感。且美國一部分洲承認了代理孕母制度，因而發生許多圍繞在委託夫婦與代孕者爭奪親權之實例，因此更加不能說「即使說以子女之最佳利益考量而做出之判決也是值得另人高興的」。(陳家和，頁 69-70，2007 年)

三 代孕子女之地位

◆ 以代理受孕為重點的生殖補助醫療課題 (代理懷胎を中心とする生殖補助医療の課題)

過去以來對於生殖補助醫療的理想型態，以及因生殖補助醫療出生的小孩於法律上的待遇便有諸多討論。而且近年來，由於環繞於小孩出生受理的判決與醫師施行手術的公開發表等等，應該訂定關於代理受孕明確方向的民眾聲浪逐漸高漲。在 2008 年，日本法務部長與厚生勞動部長聯名，向日本學術會議會長委託審議生殖補助醫療相關問題，經慎重的審議討論後於 2008 年 4 月彙整成「以代理受孕為重點的生殖補助醫療課題」報告書。於該報告書中對於經代孕生產的孩子的親子關係多有討論，以下基於代理孕母的親子問題部分為翻譯自「以代理受孕為重點的生殖補助醫療課題」報告書。(pii, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懷胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

基於代理孕母的親子關係問題

1. 子代在法律地位上確定的必要性

一般情況下，女性所生產的小孩，是從那位女性的卵子而來，且該女性把他當作自己的小孩養育。然而，採用委託女性卵子的代理懷胎的情況下，雖說血緣上的母親與養育(希望)人一致，但生小

孩的人卻與之不同。這樣的情況母子關係該如何思考便是問題所在。

如同在第 3 章所做的檢討，原則上應堅守法律必須禁止代理懷胎，但是，即使禁止代理受孕，因代理受孕而出生的小孩還是可能存在，從小孩的福祉這個觀點來看，仍有必要訂定決定這類小孩法律地位的方法。(p23, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懷胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

(1) 與禁止代理懷胎的關係

一般傾向認為，容許代理受孕是認同受委託女性與出生小孩之間的母子關係，而禁止代理受孕則是與對該關係抱持著否定的態度有關。例如，綱中間試案也依據厚生勞動省生殖補助醫療部對禁止代理受孕的方針，以認定委託女性為母親以及容許代理受孕兩者同樣不適當為理由，認為懷胎者為母親。

然而，有人認為將這兩者連結在一起並非必然。從因代理受孕而誕生兒童的福祉觀點來看時，積極地認同與小孩無關之事會影響其法律地位，同時也可能會因為犧牲了小孩，採用親子關係認定做為禁止代理受孕的「行為規範」而遭受批判吧。

於此，本委員會暫且跳脫禁止代理懷孕的基本立場，決定進行因代理受孕而誕生的小孩其法律地位的相關檢討。(p23, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懷胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

(2) 最高裁判所於平成 19 年 3 月 23 日決定

最高裁判所於平成 19 年 3 月 23 日的決定，依「現行民法解釋」，否決了「在不得分離分娩者所具備之母親的概念後，養育（希望）人，或有血緣關係的受委託夫婦才能當作是實際親屬」這個在外國法院的判例於日本的效力。支持這個決定的「現行民法的解釋」的其中之一，有個於昭和 37 年 4 月 27 日作的判決(以下稱「昭和 37 年」判決)，與非嫡出母子關係有關，且據稱該判決確立了所謂的「分娩者=母親原則」。民法典不但排除了基於認知的非嫡出母子關係此命題(民法第 779、787 條等)，也並未擱置直接的、且與母子關係命題有關的規定，而這昭和 37 年判決，則是將民法 779 條等空文化，採用「把分娩者當作母親」為原則的判例法。平成 19 的決定也遵照此判決，不認為委託女性為母親。不過該項決定也說明其終歸只限定於「現行民法的解釋」，同時強烈呼籲應有「立法上快速的反應」。

(p23-24, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

2. 已生子女的法律地位

關於經代孕生殖子女在日本的法律地位生殖補助醫療技術檢討委員會(生殖補助医療の在り方検討委員会) 在 2008 年所提供的報告書「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題」中有所討論，以下段落內容為根據該報告書之內容翻譯而成。

(1) 法律上親子關係的意義—實子與養子

法律上的親子關係(母子關係、父子關係)不僅決定小孩的保護人、親權人，也是小孩冠姓的基準，從而產生了親代與子代之間的相互相繼權、扶養義務等。再者，親子關係由於記載於戶籍之上，有著對國家權利、義務的基礎，最根本且與公益息息相關的重要身分。

這樣的親子關係依民法典規定有「實子」與「養子」兩種類型。依般而言「實子」是對於以血緣為基礎的親子關係，而「養子」又可分為兩種類型：其一是按照當事人達成共識而成立的(普通)養子，其二是家庭裁判所按照打算成為養親者的請求所做出的審判而成立的特別養子。(普通)養子制度在收養養子後也會相互配合他(她)與實親之間的關係而使其關係持續存在，也認同養子與養親之間因斷絕養親協議而解除養親子關係。但另一方面，為謀求保護兒童、於昭和 62 年(西元 1987)新設立與實子類型相近的特別養子制度，則在收養特別養子之後會終止該特別養子與實親之間的親子關係，且不承認養親單方斷絕養親關係的請求。實子、養子、特別養子當中，雖然在戶籍的記載上有所差異，不過在姓氏、親權、相互的相繼權(亦包含相繼分)、扶養義務等等方面基本上並沒有不同之處。(p24, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

(2) 依據民法對法律地位的確定

代理受孕出生的孩子由於是民法所未設想到的，因此也可能有與其考量依民法列出的親子類型，反倒應該設立新類型這樣的見解吧。的確，在民法典成立的時代，並未有因代理受孕兒出生的小孩。但是，包含判例的民法，在歷史層面也好、結構方面也好，也存在著對成立之初無法想像之事物卻有著可能的解釋，此外，在實際對策真正發展出來之際，該理念與原則已存

在於其他普遍的面向。另外，如同特別養子制度設立之時，也不認為特別制度有其必要。因此，即使是因代理受孕出生孩子的親子關係，應可以考量為已規定於民法典的親子關係。(p24, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

(3) 已生子與代理受孕者、委託夫婦的關係

I 已生子的實親子關係

本委員會，從結論來看，認為即使是代理受孕的情況，生小孩者為法律上實母的看法較為妥當。

確實，從以前到現在，「分娩者=母親原則」將分娩者當作血緣上的母親視為其重要的論據。不過從這觀點來看，也有人認為，依靠第三者卵子的懷孕、生產時把非血親關係的女性當作母親，但在使用委託女性卵子作代理受孕時卻不把擁有血親關係的委託女性視為母親是不合理、不公平的。(p25-26, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

當然，民法原本就承認「血緣上的親子」關係與法律上的實親子關係有不一致的情形(參照民法 776、777、782、783、785 條)，且判例也不斷地反覆驗證上述民法的立場。民法的實親子關係是以血緣上的親子關係作為基礎，在考慮給予小孩法律上親屬的必要性、小孩身分的安定等等因素之後所作的裁量，並非直接將血緣關係視為實親子關係。儘管如此，也有看法認為，暫且不論血緣母親不明，在明知存在著與分娩者不同的血緣母親，且該血緣母親也有打算想要養育該小孩的情況下，即便是從以前至今「分娩者=母親原則」就預想到的也可能有隱晦模糊之處。(p25-26, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

此時，換個角度想看看的話，我們認為，將不管有無血緣關係的分娩者視為母親時會有以下的好處。

第一，由於分娩者被視作母親，在孩子誕生的同時，依據外在顯而易見的事實來看，便能夠確定小孩的第一保護者，並使其判斷標準與自然生產小孩保護者的趨於一致。與此相對，根據遺傳關係的醫學證明書來決定親子關係的情況下，若當時小孩誕生的瞬間什麼檢查也沒做，要確定這樣的母子關係就變得很困難。若把分娩者看作母

親，相較於經常無法說出口父子關係，至少意味著還有一個人能確實地給予小孩保護。此外，關於婚生子方面，父子關係的構築是以母子關係為基準(參照民法 772 條)，對於母子關係，也可說是需要以比起父子關係更為安定且確實的基準來判斷吧。(p25-26, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

此外，將自然生產的分娩者視為母親、於代理受孕時則視有血緣關係的卵子提供者為母親，在採取這般雙重認定標準的諸多國家當中並未發生顯著的混亂，因此也有意見認為視委託女性為實母而設計制度也並非不可能。但是，考量到實親子關係的意涵時，由於外國與我國對於法律上親子關係所認為的理想體制並不相同，因此必須注意即便在日本建構同樣制度也不見得能帶來相同的結果。在日本的現階段，一般認為不應輕視基於標準一致就對接受生殖補助醫療所生的小孩進行差別化迴避以及安定法律地位等功能。(p25-26, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

第二，如同「3(2) ②生物學秩序的問題」所述，母性可說是哺育行動的精神基礎，由於母性會在懷孕中孕育出來，因此將懷孕、分娩者視為母親有一定的合理性。(p25-26, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

第三，若把分娩者視為母親，將會要求代理受孕人對於懷孕、分娩等事作為己任。懷孕中母體的身體、精神狀況以及生活環境會對胎兒的發育造成重大影響。要是在懷胎的九個月期間，對胎兒的生命及發育抱持著責任感，也有當該小孩家屬的覺悟，讓小孩在更好的胎內環境中發育是最好不過的了。(p25-26, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

在考慮以上各點之後，即使是代理受孕也與自然生產的情況相同，應視分娩者為母親，且代理受孕者為法律上的實母。

II 已生子與委託夫婦間的收養關係

本委員會為有效禁止代理受孕茲事，主張不應認同代理受孕產下之子與委託夫婦之間有任何親子關係，包含養

子關係的看法。實際上，確實存在著採取這樣政策的國家。(p26-27, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

但是，從未必要連結禁止代理受孕與親子關係這個觀點來看「參照(1) ①與代理懐胎禁止的關係」，對小孩抱持著強烈的愛情，或是，適合肩負起攸關小孩將來養育的人，在最後，與其給予作為親人的權利，倒不如使其擔負責任，也可說是實現了小孩的福祉。也因如此，一般認為應該承認代理受孕產下之子與委託夫婦間的養子或特別養子等法律上親子關係。具體而言，在視代理孕母為法律上的實母之後，希望代理孕母在分娩後放棄小孩的相關責任與權利，另一方面若委託夫婦有養育該小孩的意願，在小孩處於乳幼兒的階段時，通過家庭裁判所站在小孩福祉觀點所做的判斷後，便得以承認小孩與委託父母透過養子或特別養子成立的親子關係。(p26-27, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

再者，在不承認依委託者的意願斷絕養親子關係這方面，對小孩而言最值得欣慰的特別養子關係雖有著以下「於監護上有顯著困難、不適當，或有其他特別之情事上，考量小孩利益認為有特別需要之時」(見民法 817 條之 7)等等要件，但將此考慮為一般情況下代理受孕的夫婦並沒有養育意願的話，一般認為本要件不構成解釋上的障礙。(p26-27, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

(4) 關於在國外產下的小孩的法律地位

I 親子關係

日本夫婦到海外委託代理受孕，且關於由外國代理孕母產下小孩的親子關係國外法院並未作出判決等等情況下，將依據日本的國際私法(關於法適用的通則法)來處理，因此，由於採用日本法(關於法適用的通則法第 28、29 條)，將不承認委託女性與代理受孕所生之子為實母子關係。(p27, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

實際上，大多數的情況為，在日本夫婦前往海外之前，外國(州)可能已將代理受孕所生之子判給委託夫婦作為實

子，於是乎，只要提出婚生子出生申請書時附上依據國外法院命令發行將該子視為委託夫婦實子的出生證明書，國內便可受理該申請書。但是，平成 19 年的決定以「外國法院認同、但本國民法不認同之實親子關係的相關判決，本來就不是我國法秩序的基本原則，亦與本國基本理念不相容，因而違反民訴法 118 條 3 號所述的公共秩序」為理由，否定了先前於國外的判決及於日本的效力。

另一方面，如同平成 19 年決定的補充意見所暗示的，與在日本代理受孕所生之子的情況(「③Ⅱ已生子與委託夫婦間的收養關係」)一樣，應承認委託夫婦與代理受孕所生之子間透過認養養子或特別養子所成立的法律親子關係。(p27, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

當日本夫婦把代理受孕產下並為外國籍的小孩當作養子時，以日本法為準據法(關於法適用的通則法第 31 條第 1 項前段)。為此，若是收養特別養子的情況，必須獲得該養子「父母」的同意(民法 817 條之 6)，而且當需要該養子本國法當局、第三者的承諾、同意、或是行政機關的許可時，更是必須具備該要件(關於法適用的通則法第 31 條第 1 項後段)。當打算收養未成年為養子之時，由於採取需經親生父母同意的國家、州眾多，對於包含與代理受孕契約的關係等等的特別養子認養是否可能成立尚有疑慮。但是，從小孩福祉觀點來看，事實上，在無法獲得代理受孕者的同意下，承認特別養子關係成立的這個解釋也十分有可能吧。(p27, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

II 國籍問題

所謂的國籍，是當某人被視為特定國家的組成份子而擁有的資格。擁有日本國籍者，一方面有義務遵從以日本憲法為首的諸多法令，另一方面被授予出入日本國境與居住的權利、參政權、與社會保障受與權等等。此外，欲取得日本國籍，要提供戶籍登載的要件，也要遵守與身分關係相關的本國法主義。如此一來，國籍在各種社會生活方面有著極為重要的意義。(p28, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

日本的國籍法，採用傳統的血統主義，現在，一般來說，原則上將日本國籍授予身為日本人法律上實子的人。因此，當外國人為代理受孕者時，由於代理受孕所生之子與日本籍的委託夫婦間的實親子關係不被認同，一生下來取得日本國籍困難。(p28, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

與之相對，若委託夫婦與代理受孕所生之子透過認養或特別認養來確定彼此的法律親子關係，在此情況下可透過歸化取得日本國籍。在現行法制下，不論是(普通)認養還是特別認養，只要在日本境內居住一年便可作為取得國籍的要件(國籍法第8條第2號)。依目前現狀，從小孩福祉觀點來看，應該對於使認養關係成立以取得國籍的歸化制度採取應對措施吧。(p28, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

3. 嘗試性施行代理受孕的情況

如「(1) ①與代理懐胎禁止的關係」所述，代理受孕的許可性不一定要與代理受孕所生之子的法律地位連結。因此，即使是在嘗試性施行代理受孕的情況下(參照「3 (3) ⑥原則上的禁止與實驗性實施」)，也必須慎重地修正「視代理受孕者為母親」這個原則。(p28, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

4. 結論

- (1) 因代理受孕產下之子其母應為分娩者。
 - (2) 應認同代理受孕所生之子與委託夫婦之間透過認養或特別認養關係建立的法律上親子關係。
 - (3) 對於到外國所進行的代理受孕，應參考1)、2)作考量。
 - (4) 即使是考慮到嘗試性施行代理受孕的情況，應同樣以1)、2)為原則來作考量。
- (p28, 生殖補助医療の在り方検討委員会,代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題,2008)

四 代孕生殖實施之實證研究

現今日本面對人口下降與年齡層老化問題，同時，面對家庭關係日本又是一個注重血緣關係的保守國家；另一方面，越來越多人民進行生育治療，在缺乏法律監管框架下，可能造成許多的矛盾情形。2006年有學者針對上

述問題做了一份實證研究，研究法院對於人工生殖技術相關的判決，並偏重於法院對於親權的判決部分，並探討法律與社會道德環境與法院判決的關聯性。(Mayumi Mayeda, 2006)

該研究針對日本國內所有與人工生殖相關的公開案件，包括相關團體的論點以及法院迄今的判決。該研究以法院判決為中心點，檢討研究日本目前的趨勢，其中包括政府通過的審議以及學術團體所發表的意見，並總結人民對於人工生殖的了解程度與態度。(Mayumi Mayeda, 2006)以下將介紹該研究中關於代孕生殖之部分。

(一) 借腹型代孕

借腹型代孕指委託夫妻使用自己的精卵受精後，藉由代孕者的子宮懷孕產子。日本一對藝人夫婦在國外使用借腹型代孕，但回國後該代孕子女的出生證明遭到駁回，這件案子在日本國內引起一番討論，該案件的申請遭駁回是因為「委託妻並沒有實際產下該代孕子女」，根據日本的立法例「合法的母親與子女關係是來自分娩者為母的觀念」，「經由借腹型代孕所生的子女，委託夫妻僅能經由領養取得親權」。(Mayumi Mayeda, 2006)

這件借腹型代孕的關鍵問題應該在於分娩行為附加在確定法定父母親的重要程度。根據該研究日本國民對代孕的理解滲透率已經達到50%，而50%受試者可以接受借腹型代孕，此外，60%認為經由借腹型代孕所生子女的法定父母親應該是委託夫妻。(Mayumi Mayeda, 2006)

(二) 基因型代孕

基因型代孕指委託夫之精與代孕者之卵受精後，借由代孕者子宮懷孕產子的代孕類型。基因型代孕不能否認委託夫與代孕子女的基因連結關係，然而在委託妻方面卻有很大的問題，因為委託妻雖然同意代孕行為卻「沒有懷孕及分娩的事實」且「與代孕子女也沒有基因關係」。雖然基因型代孕子女是根據代孕契約所生育，但客觀來看，這和妻子同意自己的丈夫與其他女人生育孩子的情況很相像。在日本的立法例來看，委託妻僅能經由收養取得基因型代孕子女的親權，同時政府強調「分娩者為母」的看法，認為委託夫為代孕子女的生父而代孕者為生母。(Mayumi Mayeda, 2006)

根據2006年的研究報告指出，約50%的受訪者知道基因型代孕的定義，而有近30%的受訪者可以接受基因型代孕，同時約有50%的受訪者認為應該視委託夫妻為基因型代孕子女的親生父母。日本目前僅有一件人工生殖的判決中對於出生證明的部分與此有關，而對代孕子女親生父母親的認定則是採取分娩者為母的想法。關於基因型代孕還有很多可能發生的問題，包括委託夫妻與代孕者親權的爭奪戰、代孕子女為殘

障以及代孕者在代孕期間片面解除代孕契約等，目前都還沒有被報導出來。(Mayumi Mayeda, 2006)

(三) 使用捐贈精卵的代孕

使用捐贈精卵的代孕指委託夫妻使用捐贈的精卵受精後，藉由代孕者子宮懷孕產子，委託夫妻並沒有參與其中。使用捐贈精卵的代孕只要由委託夫妻從代孕者處收養代孕子女和一般的收養程序幾乎一樣，唯一不同之處在於該收養程序係維繫在委託夫妻與代孕者當初所訂的代孕契約。最理想的情況是委託夫妻經由一般的收養程序收養代孕子女，則代孕契約存在的重要性便受到質疑，目前為止這種代孕型態都以一般收養程序處理，沒有遇到什麼問題。(Mayumi Mayeda, 2006)

五 代孕生殖實施相關之訴訟案例

自 1990 年代後期數件關於捐贈者的案子開始出現：1996 年第一家商業性質的日本精子銀行成立，接著，1998 年出現一件違反日本產科婦科學會的繁殖醫療指示，而以捐贈的卵子為試管嬰兒的案子。該年 12 月日本大阪地方法院宣判了供體受精的訴訟案件，該案件中，妻子未經丈夫同意逕行人工受精，而該丈夫否認孩子為經供體受精的試管嬰兒，法院的裁定贊成丈夫的觀點。(Yukari Semba, Chiungfang Chang, et al, p2,2009)

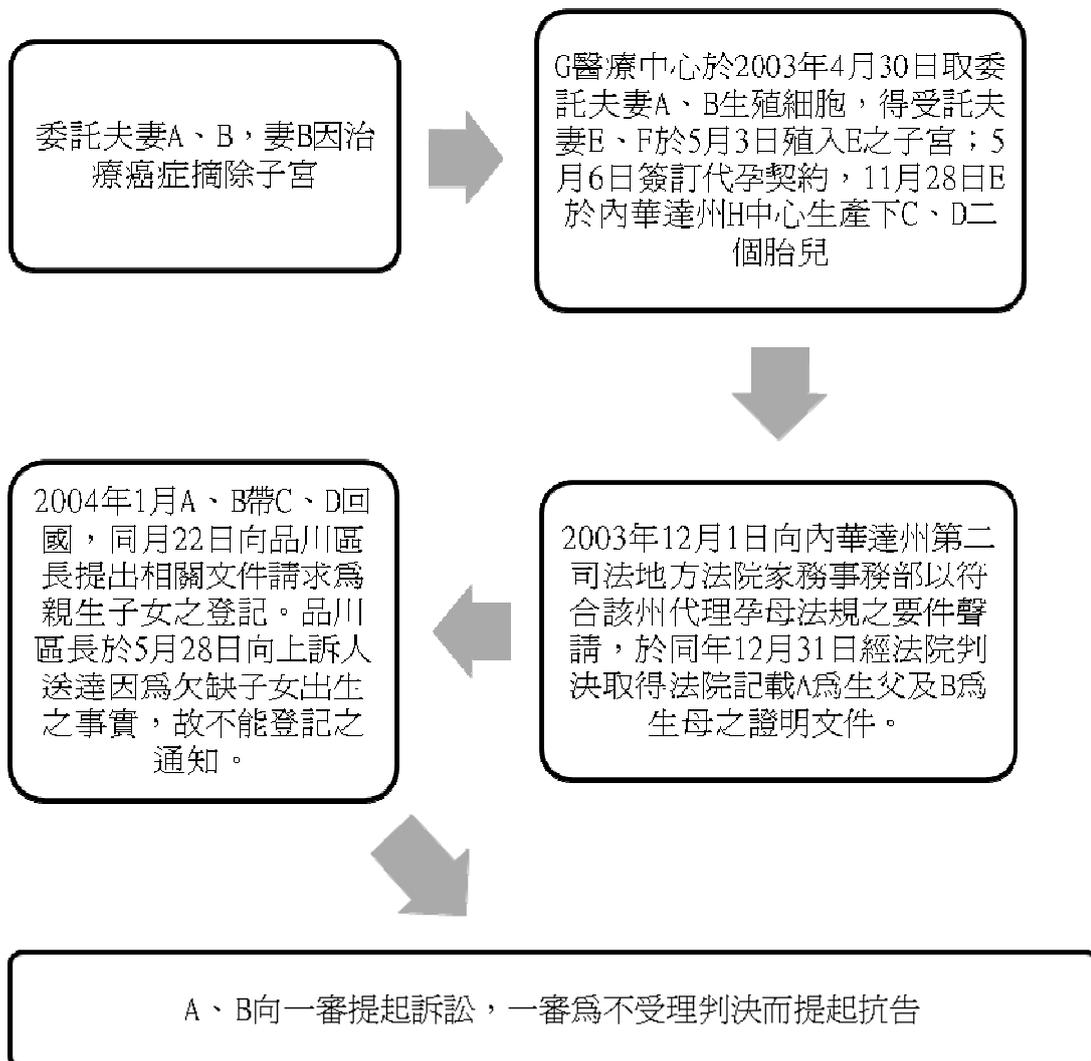
◆ 日本平成十八年(ラ)字第二十七號抗告(平 1 8 (ラ) 2 7 号)

・案件緣由：

上訴人 A、B 為夫妻，在美國內華達州使用上訴人 B 之卵子和上訴人 A 之精子被實施體外受精之體外著床術代孕人工生殖，使該州的婦女於平成十五年十一月二十八日產下胎兒 C 及 D；回國後欲向住所地品川區為親生子女登記時，被該區長以 B 並無分娩事實為理由拒絕登記。因此上訴人們向東京家事裁判所提起訴訟，卻遭東京家事裁判所以不受理判決裁定駁回。因此上訴人等對此判決提出抗告。(陳家和，頁 70-75，2007 年)

上訴人 A、B 於平成六年三月二十一日於日本依法完成結婚登記，但 B 於平成十二年十一月二十一日為治療子宮頸癌而進行子宮摘除手術；上訴人為了能進行代孕人工生殖，將骨盆及卵巢以外之部分摘除以避免卵巢因受到放射治療造成損傷。病基於想擁有自己基因小孩之考量，以上訴人 B 之卵子與上訴人 A 之精子被實施體外受精及代理孕母之方式使第三人受孕生產，在平成十四年與美國之代理孕母簽訂契約，並於該州之醫院進行過二次手術，但皆未成功。平成十五年 AB 與美國內華達州婦人 E 試行代孕人工生殖，於同年四月三十日在 G 醫療中心受術

取出 AB 二人生殖細胞，五月三日取出其中二個受精卵準備植入 E 之子宮。同年十一月二十八日 E 於內華達州 H 中心生下 CD 二個胎兒；於十二月一日向內華達州第二司法地方法院家務事部以符合該州代理孕母法規之要件聲請，於同年十二月三十一日經法院判決成爲二名子女之親生父母，並取得法院記載 A 爲生父及 B 爲生母之證明文件。並於平成十六年一月回國，同月二十二日向品川區長提出相關文件請求爲親生子女之登記。品川區長於五月二十八日向上訴人送達因爲欠缺子女出生之事實故不能爲登記之通知。而 C 及 D 因爲在美國出生領有美國護照，因此不得不適用僑民資格受上訴人監護養育。(陳家和，頁 70-75，2007 年)



·法院之裁判理由摘要

(一) 有關本案在日本民事訴訟法第 118 條應適用或類推適用之部分：

1. 本案代理孕母契約爲基據美國內華達州法律 126.045 條之要件，並因此而依照美國內華達州修正法律 126.041 條親子關係

之成立要件，進而滿足前述要件而成立之代理孕母人工生殖契約。故本件判決中父子關係及母子關係皆依據內華達州修正法第 126.121 條之規定而成立應無疑問。因此本件判決主文之效力，除當事人〈亦即委託夫妻與被委託夫妻〉外，出生證明書之發行權者即有受領權限之第三人，亦即承認判決書具有對世之效力。(陳家和，頁 70-75，2007 年)

2. 另外，依據我國(日本)規定，本件親子關係確認與否之對立二造當事人應為上訴人 A、B 及被委託夫妻 E、F，本案子女無法單獨為當事人。(陳家和，頁 70-75，2007 年)

(二) 本件判決為民事訴訟法第 118 條之外國法院確定判決：

民事訴訟法第 118 條所稱外國法院之確定判決，並不問外國法院之名稱、程序及形式，凡就私法上之法律關係，對當事人雙方程序保障而為之終局判決、決定、命令或類似之方法，具有相同性質之外國法院判決及應解為該條所稱之外國法院判決。本件判決為民事訴訟法所稱之外國確定判決。(陳家和，頁 70-75，2007 年)

另外，本件訴訟並不違反公序良俗之規定，原因在於：

1. 我國(日本)如承認本件判決並不會造成國內法秩序架構之公序良俗之違背〈以國際法公序良俗納入設為當事人間之考量，而非僅以內國法之秩序或價值〉。
2. 本案並非以違反公序良俗為前提，而是以是否為民事訴訟法所稱之外國確定判決之情況法律解釋之檢討。基於此二個事實因素判斷本案是為涉外事件而處理準據法之問題。

本件為當事人間親子關係之確認，依據法例第 17 條第 1 項子女與父母之關係上有未明確之處，應以抗告人之本國法，亦即日本法為本案之準據法。就子女是否為 E、F 之子女方面檢討而言，於此場合應試用者為 E、F 之本國法，亦即美國內華達州之修正法為準據法〈依法例第 28 條第 3 項規定〉，同上法代理孕母契約為有效，因此本案中因戴運所生之子女並非 E、F 之親生子女。因此造成在本案上法律上之父母不存在之狀態。因為本案審判符合民事訴訟法第 118 條所定之外國法院之確定判決，故在此場合以前述情況為基礎而檢討是否此事件之審判違反公序良俗。(陳家和，頁 70-75，2007 年)

(三) 尊重人性尊嚴下，有充分接受外國親子關係判決的空間：

現在對於人工受孕一事中，在當事人意思確認受到十分尊重的條件下，現行法制度對此因生殖補助醫療所生之子女應予承認，民

法上，儘管沒有對於代理孕母生產契約及根據此契約所成立之親子關係確認之規範，但對於在外國經由其他人為操作而懷孕出生，並經由外國法院關於親子關係確認為嚴格要件審查之確定判決，應有充分接受的空間。(陳家和，頁 70-75，2007 年)

(四) 尊重人性尊嚴：

本件之子女為經抗告人 B 之卵子及 A 之精子所出生之子女，故抗告人與本案之子女有親子關係。另外，該代理懷孕契約中，在懷孕或分娩之時皆以 E 之生命及身體安全為最優先考量，E 有墮胎或不墮胎之權利，即使 E 違反契約中之任何承諾也不具強制力，是不能發現有任何尊嚴被侵害之要素。(陳家和，頁 70-75，2007 年)

(五) 以子女的利益作優先考量：

又承認代理孕母一事並未危害此事件中子女福祉之危險，無寧對此事件之子女福祉而言，成為應該優先在我國承認上訴人為法律上父母之狀況，亦即承認該子女為上訴人們所扶養最適合該案子女之福祉。(陳家和，頁 70-75，2007 年)

六 參考資料

- 官方網頁
日本厚生労働省，<http://www.mhlw.go.jp/> (last visited 2010/08/19)

日本産科婦人科学会，<http://www.jsog.or.jp/index.html> (last visited 2010/08/19)
- 官方報告
社団法人日本産科婦人科学会，代理懐胎に関する見解，2003
http://www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaikoku/H15_4.html (last visited 2010/08/19)

日本厚生労働省，「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」について，2003

<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5a.html#1> (last visited 2010/08/19)

日本学術会議生殖補助医療の在り方検討委員会，代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題－社会的合意に向けて－，2008

<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t56-1.pdf> (last visited 2010/08/19)

- 論文

Danielle Franco-Malone, Forging Family Ties Through Full Surrogacy, 2007

Mayumi Mayeda, Present state of reproductive medicine in Japan – ethical issues with a focus on those seen in court cases, 2006

Sylvia Dermout, Harry van de Wiel, Peter Heintz, Kees Jansen, and Willem Ankum, Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy, from 1997 to 2004, 2010

Yukari Semba, Chiung-Fang Chang, Hyun-Soo Hong, Ayako Kamisato, Minori Kokado and Kaori Muto, Surrogacy Donor Conception Regulation in Japan, 2009

小野秀誠, 先端技術と法—法と倫理に関する序説—, 2006

小川富之, 医学・生物学の進歩と親子法, 2003

水野紀子, 生殖補助医療と法, 2006

本山敦, 代理出産による実親子関係の成否

井関あすか, 代理母出産における法的母子関係に関する考察, 2006

佐藤やよひ, 人工生殖で誕生した子をめぐり母子関係の準拠法の決定について, 2003

児玉正幸, 代理出産(借り腹)に関する所見, 2007

<http://reposit.lib.kumamoto-u.ac.jp/handle/2298/3374> (last visited 2010/08/19)

陳家和, 代理孕母制度之研究, 2007

新加坡

基本資料

許可或禁止之立場

明文規定禁止代孕行爲
任何人違反此規定，一律科以最高 2000 坡幣的罰金，或最高 12 個月的監禁

委託夫妻之限制

代孕者之限制

相關法源

主管機關

衛生署

仲介單位

親權歸屬程序

特色

已有代孕草案提出

一 總則

(一) 立法沿革

目前為止，新加坡法律仍明文規定代孕行為不合法，但 2007 年已有相關建議允許(借腹型)代孕的草案提出。新加坡之(借腹型)代孕草案大致上有幾個重點：

1. 提議衛生署可以就代孕申請個案衡量是否準允其尋求代孕。舉例說明，不應允許年紀過大，確曾經有機會在年輕時懷孕的婦女，來尋求代孕，因為這樣便項鼓勵年輕婦女延後生育，也影響到亞洲傳統之家庭價值觀。
2. 在委託妻無法提供卵子的情形下，如須必要進行基因型代孕時，要更嚴格把關醫師對擁有健康卵巢機能的孕母施行取卵之醫療行為。因為取卵所冒的健康風險(用一般施行於卵巢功能有障礙之婦女的方法，過度刺激健康孕母的卵巢)及考量 IVF 術本身價格昂貴，造成孕母經濟上的負擔。醫師應該要受更謹慎的 Guideline 限制，同時避免醫師為從中獲取不必要利益，提高孕母不必要的風險。
3. 限制孕母只能為以生產過並且有穩定家庭關係之婦女。以避免孕母因為過度情感依賴腹中胎兒而引發親權糾紛。
4. 孕母不宜為外國人，除非孕母為委託夫妻之親人。此舉可避免國與國間代怨法律互不相容所引起的問題。也可排除孕母與委託夫妻生活背景相差過大所引發的問題。
5. 代孕報酬應為非商業性，只需包含必要支出項目。建議設立社工特別單位為此項金額把關並避免檯面下的委託雙方金錢交易。
6. 應避免醫療人員對代孕做招攬廣告，以防有利益衝突之道德問題。
7. 親權歸屬應該在代孕契約中明文強制委託夫妻一定要接受代孕寶寶，不可逃避責任，既使代孕寶寶出現先天缺陷，法應規定代孕契約有被執行之效力。
8. 如有必要使用第三人捐贈的卵子時，應遵照嚴格的 Guideline 限制，避免委託夫妻向外尋求較“優越”的卵子來做受精，把代孕寶寶客製化/商品化。

(二) 禁止之立場及理由

在新加坡，一般反對代理孕母合法化的通常說法大致分為幾個要點：

1. 此行為若合法化，將混淆社會對母親角色的認知

2. 對代理孕母來說，可能會有被經濟較強勢委託夫妻剝削的可能
3. 代理孕母的身心狀態與健康，可能因為對於代孕過程所必須承受的心理壓力不了解或正確認知，而受到極大痛苦與打擊。

對於委託夫妻方面，意見偏向保守一派的主流說法，則較擔心立法合法化代孕生殖將造成一般健康、非不能生育的婦女有選擇拖延生育年齡的狀況，而將工作以及對於自身身材的關注放在生兒育女之前。

對於代孕寶寶的福利來講，主流意見也分為下列幾點：

1. 害怕產生將小孩商品化的危險
2. 萬一代孕寶寶出生後發現有先天性缺陷，或者說如果委託夫妻有離婚或死亡的狀況發生的話，代理孕母與委託夫妻都有可能不願扶養出生的寶寶。
3. 這樣的情形有可能造成小孩未來心智成長上的問題

上述幾點可以更進一步整理成父母角色、剝削、不平等的談判地位、同意及孩童福利等五個部份來討論：

1. 父母角色問題

到底代孕機制對於新加坡社會對於母親角色的期待之傷害是不足以造成新加坡政府禁止代孕政策的正當性。如此的禁止是否真能避免沒有生育問題的婦女將家庭規畫至於工作規畫之上。

事實上在新加坡，“母親”一詞的概念並沒有被任何法條明文定義。但在大多成文法裏頭將“母親”的概念推定為“生母”。新加坡國內的各宗教信仰，如佛教、伊斯蘭教，也深深的影響了新加坡人對這一詞的定義及概念。的確，在如此觀念保守的新加坡，任何對於女人必須結婚(然後)生子如此傳統觀念會造成挑戰的行為都被視為洪水猛獸。即使是國內支持單純出借子宮之代孕制度的學者，也不免在其討論文獻裡提到政府應注意避免代孕制度合法化後，女人開始拖延生育年齡的問題。如此可見，新加坡國民對於亞洲國家傳統婦女社會角色的期待是非常重視的。但現今新加坡的社會事實似乎證明了即使代孕制度還未被合法化，婦女們早已開始延後她們的生育年齡。理論上，將代孕制度合法化並不會造成更嚴重的婦女角色上的轉變。無論如何，一般傳統觀念仍不支持將代孕行為合法化。

2. 剝削

代孕制度所將帶來的權利剝削問題可從兩個角度來觀看：1) 付費借用子宮的行為將嚴重物化婦女；2) 代理孕母與委託夫妻之不等的社經地位將可能造成契約談判上的不公平。

在商業化或物化女性的觀點，有學者也爭議它的可靠性。學者舉出新加坡政府容許合法的卵子出售行為(規範在“生物複製法”)與容許合法娼妓的營業行為，來提出對此論點的挑戰。

3. 不平等的談判地位

到底代孕制度之合法化會不會造成較貧窮的婦女處於劣勢的談判地位，而被迫接受較不平等的談判條件?學者指出，就如同在新加坡的合法幫傭政策底下，研究顯示會用勞力換取金錢的經濟弱勢婦女，並沒有因幫傭政策的合法化而有被雇主剝削的情形。以勞力換取金錢純粹是爲了獲取更大的經濟上利益，而非因被迫不得已而接受較劣質的工作條件。

4. 同意

“同意之行使”的問題也是反對代孕政策合法化的另一個論點。社會一般普遍認爲 1)代理孕母沒有辦法想像或代孕行為有可能對其造成身體上及心理上的危險有所認知;2)代理孕母在行使其同意之極大的主因有可能純粹是金錢的誘惑。

支持代孕合法化的學者指出，在“同意之行使”以及對危險的認知上，此類婦女自主權的行使早已有先例。像是健康的婦女可以就捐贈卵子給實驗機構行使同意權。新加坡政府也同意並認定身心健全的婦女在懷孕 24 周內有其墮胎的選擇權。所以代理孕母也應被政府賦予相同的對待，合法化其對於代孕行為的自主權的行使。學者對於孕母對於危險認知不足的觀點也提出反對意見。他們認爲不管是任何形式的懷孕方式都會有其一定的危險程度，不單單只侷限在代理孕母身上。且如果一般健康婦女都可合法捐贈卵子提供研究所用，沒道理代理孕母不能出借其子宮。至於代理孕母在心靈上有可能被造成的傷害，學者則指出大部份如此情形只會發生在傳統代理孕母的身上，而非只出借子宮不出借卵子的代理孕母身上。

5. 孩童的福利

就孩童福利方面來看，新加坡人較在意的是 1)將孩童商品化；2)孩童日後成長過程中心理問題的照護。

針對將孩童商品化的討論，學者認爲，要成立此論點，應以孩童買賣爲要件，但事實上在大部分的代孕契約中，委託夫妻所付款項並不以購買孩童爲目的，而是以金錢換取代理孕母的代孕服務爲目的。所以在新加坡應無將孩童商品化的問題。至於經由代理孕母生下的小孩，在日後的成長過程中，研究上顯示，與一般父母所生的小孩，在健康上與精神上並無太大差異。

(三) 在現行制度下新加坡最關切的議題與解決方案

對於新加坡來說，人民對於代理孕母政策最大的問題點仍然是在代理孕母合法化有可能會挑戰社會傳統對於婦女的角色期待。當然除了對於“母親”的認知之問題以外，對於代理孕母的剝削與代理孕母同意權之行使的問題也是必須納入考量的一大重點。目前可以做為支持代理孕母去禁止化的一些其他政府政策包括了合法化的卵子捐贈、合法營業的娼妓制度以及開放合法幫傭等政策。當然其他還有許多問題，例如孩童的未來福利以及先天性缺陷代孕寶寶權益問題，也還有待政策擬制者在各方面配套措施部分的加強與完善。像是一些醫療技術，如胚胎植入前基因診斷的技術，來減少諸如此類可能因為代孕行為造成的狀況。在立法上對代孕契約的加強限制也可以去除一些未來代孕寶寶被遺棄的問題解決方案。

二 參考資料

Boon Chin Heng, Proposed ethical guidelines and legislative framework for permitting gestational surrogacy in Singapore, Reproductive BioMedicine Online, Vol 15 Suppl. I. 2007

Harpreet Bedi, Surrogacy in Singapore: Morality and the Law, J.D., Feb, 2010

第三章允許非商業性代孕之國家

第一節前言

在本報告蒐集的十四個國家中，允許非商業性代孕但禁止商業性代孕之國家數量最多。許多國家原先禁止代孕，但隨著採非商業性代孕政策國家之經驗愈來愈豐富，發覺從其他非商業性代孕國家實施經驗看來，此種代孕的爭議並不多，因此二十一世紀以來，採取開放非商業性代孕的國家愈來愈多。尤其是未提供生殖細胞、只提供子宮的借腹型代孕，是最無爭議的項目。另外，開放非營利仲介團體，亦在各國實施經驗中證明合理可行。

但開放非商業性代孕國家仍有一些問題。在親子關係認定上，有些國家（尤其採準收養模式的國家）給予代孕者一定期限的反悔權，造成親子關係的不確定。代孕者反悔權的理論基礎，在蒐集到的文獻中鮮有對之加以討論者。在基因型代孕，由於代孕者有提供卵子，因此給予其反悔權較易理解。在代孕者未提供卵子的情形，許多國家仍認為宜給予代孕者反悔權。理由之一，在於各國民法多半仍以分娩作為認定母子關係之判斷標準，而且懷孕期間對代孕者的身心會產生影響，代孕者在分娩之前，其實無從預測自己在懷孕期間是否產生希望留下該子女的念頭，因此代孕者在代孕手術之前所作的同意，其實是一種未取得完全資訊下的同意。為獲得真正的 informed consent，宜給予代孕者反悔權。本報告認為，反悔權在歷年實證資料中，其實很少被行使。但這個權利的存在，可以確保代孕者確實是在出於自由意志的情況下放棄對子女的親權，減少各界對於「販賣嬰兒」、「剝削孕母」的質疑，因此其存在並非全是負面的。在不強調商業動機的代孕行為下，既然委託夫妻並未真的支付報酬，那麼委託夫妻希望擁有子女的欲望，不能認為一定比代孕者的欲望來得具有優先性，畢竟承受懷孕風險的，是代孕者。故回到傳統以分娩來認定親子關係的標準，不認為代孕子女當然屬於委託夫妻之子女，在論理上並非完全站不住腳。

另外，代孕者提供生殖細胞，或委託夫妻有一方或雙方未提供生殖細胞者，各國作法不一，但通常不限制必須委託夫妻雙方均提供生殖細胞，而是只要有一方提供生殖細胞已足。委託者不限於異性戀夫妻，可能包括同性戀伴侶及同居

者。另外，這些國家願意擔任代孕者的供給量，可能比需要代孕子女的需求量少，因此還是會面臨跨國進行代孕生殖的問題。

大英國協國家，幾乎全無例外採取允許非商業性代孕的立場，且各國規定內容極為相似。通常為求與人工生殖法的規定一致，均認為代孕者為所生子女之母，其夫為所生子女之父。但承認代孕契約，透過法院的親權命令，使委託夫妻取得父母身分。這些國家通常非常俱細彌遺地規定整個代孕過程的所有細節，包括親子關係認定的流程、法院在決定是否頒布親權命令時的考量原則、非營利仲介機構得進行的廣告行為及收費方式等等，均有明確的標準可以遵循。

以色列立法的最大特色，是對代理孕母的保護特別周到，尤其是對於得擔任代孕者的身分，得植入胚胎的數目，以及代孕者的隱私權，作了很詳細的規定。另外，以色列有政府成立的專責委員會，從行政機關的立場監控代孕行為的進行，是該國制度的一項特色。

英國

基本資料

許可或禁止之立場

允許非商業性代孕，禁止商業性代孕
借腹型、基因型皆有實施
醫療機構須有執照使得施行人工生殖技術，否則將受罰金或徒刑。
法律禁止第三人(如代孕仲介商)以商業手法仲介代孕協議，違者處拘役或罰金。

委託夫妻之限制

子女之胚胎須由委託夫妻雙方或一方之生殖細胞所形成。

代孕者之限制

法律未對代孕者資格加以限制。

相關法源

代孕協議法(Surrogacy Arrangements Act 1985)、人類生殖及胚胎研究法(Human Fertilisation and Embryology Act 2008)、施行準則(Code of Practice)、領養與孩童法(The Adoption and Children Act 2002)、作成親權令相關規範 (The Human Fertilisation and Embryology (Parental orders) (Consequential Transitional and Saving Provisions) Order 2010)

主管機關

人類生殖與胚胎研究管制局 (Human Fertilisation and Embryology Authority)，為一獨立機關。

仲介單位

非營利組織(COTS、Surrogacy UK)

親權歸屬程序

準收養模式

特色

代孕者有六週之猶豫期。代孕者僅得收取「合理花費」

一 總則

(一) 立法沿革

1978年人類史上首位試管嬰兒Louise Brown於英國誕生，也是生殖科技發展的一大里程碑。為因應生殖醫學與胚胎技術的快速發展，英國於1982年成立瓦諾克委員會(the Warnock Committee)，對於牽涉社會、倫理與法律等層面的相關議題加以研究，並研擬相關政策(The Warnock Committee, p238, 1984)。該委員會於1984年提出Warnock報告書(The Warnock Report on Human Fertilisation & Embryology)，建立生殖科技與代理孕母規範的基本架構，例如政府應監督控管提供人工生殖服務之醫療機構，主張制定專法及設置法定專責主管機關(Lori P. Knowles, 2000)，並建議使用一般性用語進行立法，以因應未來科技更新時之適用彈性與兼容性，該報告書對於商業化代孕持反對態度，認代孕契約應屬違法而無效，亦無法請求法院執行，並禁止個人或機構進行商業性的代孕仲介，違反者將科以刑責(Ian McCallister, 1996)。

1985年英國的Cotton女士透過美國商業代孕仲介，受一對美國夫妻委託，以代理孕母的身分產下一名女嬰，並獲取6,500元英鎊的報酬，最後法院裁定孩子由委託夫妻收養(Mindy Ann Baggish, 1989；Amy Garrity, 2000)，此事件在英國社會引起軒然大波，促使國會於同年通過「代孕協議法」(Surrogacy Arrangements Act) (附錄269頁)，代孕協議法共五條，第一條定義代理孕母及代孕契約，契約內容包括親權移轉之各項條件，契約內容必須讓代理孕母充分了解，且契約雙方皆不可強制執行代孕安排。其餘四條的主要重點均在禁止商業性代孕行為，即代孕不得請求酬勞，並且禁止各種類型的代孕廣告。商業行為包括提倡或參與有關代孕安排的協商、要約或承諾代孕安排之協商、促成代孕安排或代孕協商所為之資料編輯，違反者將被處以刑事責任；而禁止報章雜誌及電信系統等刊登委託夫妻徵求代理孕母，或招攬安排代孕事項的廣告，違者也將被處以刑事責任。英國政府有意限制代孕行為，反映其不鼓勵的立場，不過代孕法雖禁止商業性的代孕安排，但並不禁止透過非營利組織徵求代理孕母。

鑒於代孕協議法無法涵蓋新興生殖科技的發展，英國國會於1990年通過「人類生殖及胚胎研究法」(Human Fertilisation and Embryology

Act 1990) (附錄274頁)，英國的生殖科技自此進入一元化規範及控管的時代(Erin L. Nelson, 2006)，於該法案的前言，開宗明義其主要目的為六：1. 規範人類胚胎研究及相關科技的發展；2. 禁止特定胚胎及生殖細胞之實驗；3. 建立「人類生殖與胚胎研究管制局」；4. 規範人工生殖之親子關係；6. 修正1985年「代孕安排法」之不足。在人工生殖與胚胎研究中，初步規範代理孕母所生子女之法律地位，英國採「準收養模式」，法律雖不禁止亦不鼓勵代孕，代理孕母為子女法律上的母親，委託夫妻必須符合收養的各種條件與程序，辦理收養手續，法律不承認商業性代孕契約的效力。

英國透過全面性的一元化規範設計，在生殖科技發展與管制、子女身分認定、資訊保存與揭露等生殖科技之各面向課題上，力求體系及理念之一貫；並設置法定專責機構HFEA，藉由政策擬定、執照核發、監督查核、施行準則等職責，進行專業而具實效的動態控管。而HFEA的設置，雖提高了醫療及研究機構申請許可、接受審核等行政成本，但在追求科技發展的同時，藉由公權力的介入監督，使科技倫理與消費者權益得以兼顧，化解對生殖科技「滑坡效應」(slippery slope)的疑慮，避免在科技的發展之下，大眾對人性尊嚴愈趨輕視，最終將個人或生命視為商品，不再尊重人類存在的價值。(Baroness Ruth Deech, 2007)英國規範使生殖科技在有效的監督控管下，消費者得就醫療機構與服務內容獲取更完整的資訊，較能免於違反道德的科技濫用之侵害。受術者及其子女之利益既然受到較周全的保障，便能轉化為對制度運作的信賴，使HFEA在面對複雜難解的科技倫理爭議時，有足夠的基礎得以整合各界的角力及爭議，提出兼顧科技與大眾需求、調和公共與私人利益的解決之道(Alicia Ouellette *et al*, 2005)。

英國生殖醫療及生技研究之運作，皆有明確的指導方針可資遵循，關於其資訊報告、廣告、保密、臨床實施，都由HFEA 基於法所賦予的公權力加以管制。或許會有部分學者質疑，過度管制將會侵害憲法上醫療及研究自由，然而，HFEA 確實展現了其隨著科技發展與日俱進的政策更新能力，並遵從其一貫宗旨：維護子女之最佳利益。

(二) 主管機關

人類生殖與胚胎研究管制局(HFEA)根據人類生殖及胚胎研究法之

授權而設立，為世界上第一個人工生殖領域的法定專責機關(Alicia Ouellette et al., 2005)，其主席、副主席及其他成員由衛生部部長指定(第5條)，並設置認可委員會及其他相關委員會(第9條)，負責人工生殖及胚胎相關發展之檢討與報告、該局業務及經其認可機構之公告、提供與其業務相關之建議及資訊，以及其他本法規定之事項(第8條) (附錄274頁)。根據 2007 年的HFEA年度報告書(Annual Report)，其具體的法定職掌如下：1. 對於實行人工體外授精(IVF)及異質人工生殖(Donor Insemination；DI)之醫療機構核發許可並予以監控；2.訂定精卵及胚胎保存之規範；3. 提供關於醫療機構所進行之服務、治療、技術之相關資訊；4.建立登記資料庫，使人工生殖子女得以獲取其來源之資訊；5. 對於胚胎研究核發許可，以確保科技得以在負責的前提下進展；6.就人工生殖之各面向對政府提供健言；7.訂定「施行準則(Code of Practice)」以協助醫療機構遵守本法(HFE Act)之要求；8.宣傳HFEA所提供之服務內容(HFEAa, 2007)。

核發許可執照為HFEA之首要任務(Lee Kuo, 1997)，所核發之執照分為：處置執照、保存執照及研究執照等三類(第11條)，其下設有「執照委員會」負責調查申請人之資格，並決定申請案之准駁。申請人取得執照後每年須接受複檢一次，若未符HEFA之規定或要求，得隨時吊銷或吊扣之(第9、18、19條)。此外，HEFA頒布的「施行準則(Code of Practice)」，對於其所許可之事項訂有詳盡的執行準則，如：許可機構之人員聘僱、設備與執程序、資訊保存與保密；受術者及捐贈者之心理諮詢與同意、子女福祉之評估；生殖細胞及胚胎之使用與保存程序等，以確保研究及醫療機構在HFEA之期待下運作，並作為年度執照審核之依尋標準，一方面保障受術者免於受到違反生技倫理的人工生殖之侵害；另一方面也保障了遵守該規範之醫療與研究機構，使之得以免於遭受誤診或違反道德的指控(Baroness Ruth Deech, 2007)。

為確保政府及國會得以定期或即時得知生殖科技發展之現況，HFEA 每年必須向政府及國會提交報告，且HFEA之成員中，醫師、從事生殖細胞或胚胎保存、直接從事生殖研究者，不得超過半數，並不得擔任HFEA之主席或副主席(第4條)。

(三) 實施代孕生殖醫療機構之規範

施行機構須取得執照，依第 3 條第一項，製造、持有及使用胚胎必須取得執照，始得為之。意即「**體外**」人工授精，及使用捐贈者所提供之**生殖細胞所進行之體內人工授精**，無論接受治療的是單身女性，抑或配偶、伴侶共同接受治療，該**施行機構皆須取得執照**，方得為之。

又依第 4 條第一項(b)，除非是一對男女共同接受治療，且使用雙方之精、卵所進行之人工生殖，否則施行機構須取得執照，始得為之(附件 UK-6 頁)。詳言之，受術男女，無論其具有婚姻關係、同居伴侶或其他關係，若其一同前往接受不孕症治療，而**使用該男女本身之生殖細胞所實行之「體內」人工授精**，則非屬本法之規制範圍，不以取得執照之**生殖機構為限**，任何醫療機構均得為之。

為落實許可制度，該法授權 HFEA 得拒絕、吊扣或吊銷執照，並得將違法者移送檢察機關提起公訴，無照施行者將可能被處以 10 年以下之徒刑或罰金(第 39 至 41 條，HFEA 2008 於第 29 條加以補充)。情節較輕微者，HFEA 亦得發給附負擔之許可執照(HFEA1990 第 12、13 條)，或對醫療機構提出具體改進意見(HFEA 1990 第 23、24 條)，以確保公益及私益之維護。

本法雖未明文禁止單身女性接受人工生殖(Robert L. Stenger, 1995)，但依第 13 條第 5 項，在對婦女進行不孕症治療(人工生殖)前，醫療機構應先評估將因此而出生之子女的福祉，包括該子女對父親的需求，此外，該婦女對其他子女所負之保護教養義務，將因此而受影響者，該其他子女之福祉，亦應列入考量。對此，HFEA 所發布的施行準則訂有具體的評估程序，其對於子女福祉之判斷標準如下(Code of Practice G.3.3.2)：

「(1)依受術者(或其伴侶)之過去或現在的狀態，足認有對於受術所生或現存子女致生身心傷害之虞者。例如：

- (a)過去曾傷害子女之判決確定，
- (b)對現存子女之保護程度，
- (c)嚴重暴力或不和諧的家庭環境。

(2) 依受術者(或其伴侶)之過去或現在的狀態，足認有不能扶養所生子女或已經嚴重減損對於現存子女之扶養能力之虞者。例如：

- (a)身心狀態，
- (b)酒精或藥物濫用。

(3) 依受術者(或其伴侶)之醫療歷史，足認有導致所生子女陷於嚴重健康疾病者。

(4) 依受術者(或其伴侶)之狀態，足認有其他導致所生或現存子女之嚴重傷害之虞者。」

該施行準則並要求，若距前次評估已滿兩年、評估後受術者更換受術伴侶或有子女出生，或有其他可能影響評估結果之情事變更者，應重新評估(Code of Practice G.3.2.4)，評估之結果若不利於將因人工生殖而出生或受影響之子女者，應拒絕實施。再者，當所生子女無法律上父親時，應特別就母親及將來可能與母親共同分擔扶養責任之人，其滿足子女於扶養過程中之需求的能力，加以評估(Code of Practice G.3.3.3)。至於在代孕的情形，另應評估代孕協議破裂或違約之可能性，及該破裂是否足認對所生或現存子女有造成嚴重傷害之虞(Code of Practice G.3.2.4)。

(四) 公益團體運作情形

英國代孕協議法雖禁止商業性仲介代孕，但並不反對非營利性組織居中介紹受術夫妻與代孕者認識，COTS 與 Surrogacy UK 便因此順勢而生。由於 COTS 是英國第一個代孕公益團體，以下主要對 COTS 詳加介紹。COTS (Childlessness Overcome Through Surrogate)成立於 1988 年，為提供受術夫妻及有意成為代孕者之女性第一手代孕經驗與資訊的公益機構。COTS 目前會員已超過 750 名，並於 2007 年慶祝第 600 位經由 COTS 協助所生之代孕子女。COTS 成立之目的乃希望透過蒐集與流通代孕者及受術夫妻間的經驗，幫助更多代孕者及受術夫妻瞭解代孕過程中可能遭遇的各類問題，以及之前代孕成功案例之當事人對此類問題的處理經驗。(COTS a)

COTS 提供的服務，包括於代孕契約訂定前，協助受術夫妻和代孕者取得管制機關的檢查及藥物檢測，或提供代孕者及受術夫妻從訂定契約前之諮商協議、人工生殖手術之準備工作、懷孕期間及生產後休養期間所有相關代孕之資訊，簡言之，COTS 提供代孕者及受術夫妻關於代孕之建議及心理支持。COTS 為非營利組織，所有有意透過 COTS 尋找代孕者之受術夫妻必須加入 COTS 成為會員，入會費為 850 英鎊，其營運經費則來自會員所繳之會費及各界捐款。(COTS b)

COTS 在英國行之有年，但政府並無立法加以規範。人類生殖及胚胎研究法畢竟不是為代孕而設，有些原則條款過於抽象，操作性不強，難以有效地貫徹落實。特別是 COTS 等代孕仲介組織的規範和管理。COTS 的代孕備忘錄為當事人簽署正式代孕協議提供了條款具體、內容全面的書面參考，然而現行法律雖然默許 COTS 的存在，但對其行為範圍、運作程式、審查監督等都缺乏具體規定。因此，COTS 的合法性及代孕備忘錄的效力都受到社會的質疑 (潘榮華、楊芳, 2006)。

在英國除了透過 COTS 與 Surrogacy Uk 尋找代理孕母外，委託夫妻亦可透過留言版、網路社群或自己的親友尋求代理孕母，但英國法律**禁止第三人仲介代孕協議**，若透過這些管道則不得有中間協調者撮合代孕協議。**代孕協議不需事前核可，亦不以書面為要式**，而律師在英國代孕制度下的角色，則多為事前法律諮詢與事後移轉親權令相關事宜，包括跨國代孕的法律諮詢、本國代孕的相關建議，例如如何取得親權、法律規範與限制、協助委託夫妻向法院聲請親權令等，並於代孕爭議發生時提供當事人法律協助，另外亦提供關於生殖診所、慈善團體與代孕公益團體的相關法律資訊(Gamble and Ghevaert LLP)。

二 代孕協議法(Surrogacy Arrangement Act 1985)

1985 年初英國發生首宗跨國商業借腹生子案例，英國婦女 Cotton 女士(Mrs. Kim Cotton)，經由美國的代孕仲介機構，以人工受精將委託夫妻之丈夫的精子植入 Cotton 女士體內，約定於子女出生後，由美國夫婦以收養方式帶回美國，委託代孕之費用為 6,500 英鎊，之後 Cotton 女士以 15,000 英鎊將此故事賣給媒體。惟依英國 1975 年「孩童法」(Children Act)之規定，收養不得附有代價，本案係屬有償，乃商業交易行為，故引起社會及法院之重視。其後本案由法院直接裁定將嬰兒置於家事法庭，最後基於對小孩的最佳利益，判定精子所有之美國人為該子女之監護人，並准予帶出國境(Re A Baby, 1985; B.R. Sharma, 2006)。此案促使英國政府立法管制代理孕母，於同年七月十六日通過並開始施行「代孕協議法」，該法案主要內容如下：

(一) 名詞定義

該法條第一條定義「代理孕母」(surrogate mother)，係指懷孕前協議，將該子女及其親權移轉於委託夫妻，並依該協議懷孕生產者。前述協議即為「代孕契約」，其內容包括當事人是否承認對價給付、代理孕母懷孕時可享有之權利等。自代理孕母接受人工受精或植入胚胎，代孕契約始成立；此契約不可強制執行；而不論代孕協議之訂定合法與否，均有代孕協議法之適用。(附錄 269 頁)

(二) 禁止商業性的代孕仲介

該法第二條明定，禁止任何人在英國境內以商業手法進行下列行為：

- (1) 倡議或參與代替生產安排的磋商

(2) 要約或承諾將安排此種磋商行爲

(3) 爲完成或爲磋商代產安排所爲之資料蒐集

凡違反前述規定者，爲犯罪行爲，該行爲人爲法人、公司或非法人團體時亦同，但行爲人如爲代理孕母本人或代孕委託人時，不在此限。違反時，處三個月以下拘役或科或併科第五級以下之罰金。行爲人爲公司時亦同。

(三) 代孕廣告

凡利用報紙、雜誌或電信流通印製或散佈廣告介紹、仲介辦理代產業務，廣告內容涉及「徵求代孕委託人」、「徵求代理孕母」或「交涉、幫助成立代孕契約」等事項者，不論徵求客戶之代理孕母或爲委託夫妻代尋女性作爲代理孕母等行爲，均爲處罰對象。該報紙或期刊之經營者、編輯者、發行者，處第五級以下之罰金。此外，明知並有意透過電訊系統傳送本法所禁止之廣告，致他人觀覽或聽聞者，亦同。

代孕協議法自 1985 年 1 月 14 日 Baby Cotton 案作出裁判，至同年 7 月 16 日國會通過，僅半年時間，由於立法過於匆促，故各界對代孕協議法有下列批評：

1. 代孕協議法並未規範代理孕母契約之效力，亦未對代理孕母所生子女之法律地位加以確定。其以處罰商業性代孕爲主，僅處罰契約外之第三人(如代孕仲介商)，契約雙方仍得直接或透過非商業性之仲介人進行磋商，並達成有償之代孕協議，委託夫妻仍得直接對孕母給付報酬，有損本條旨在防止處於經濟弱勢的代孕者遭到富人剝削之立法目的。
2. 英國的代孕協議法多依據 Warnock 報告而定，惟未採 Warnock 報告中全面禁止代孕生殖之建議，僅禁止代孕契約以外之第三人從中營利，規避了代孕協議之合法性及可強制執行性爭議，造成非商業性的代孕協議，效力不明。此問題雖受到其後「1990 年人類生殖及胚胎研究法」第 36 條之補充，明定無論商業或非商業代孕協議，皆不得強制執行，但對於子女身分歸屬問題，仍欠缺明確的法律規範，子女利益極可能在身分不安定的情況下，受到嚴重傷害。
3. 該法禁止「第三人」仲介商業性代孕協議，但因用語抽象，對「第三人」一詞有廣泛的涵攝空間，因而大大降低醫療、法律與心理專家提供協助的意願，導致代孕者與委託者無法獲得足夠的資訊。允許非商業性代孕，處罰第三人而將代孕者與委託者排除於刑罰之外，可能讓代孕者與委託者在欠缺醫療、法律與專業諮詢的協助下進行協商或達成協議，自訂「外行或剝削的協議 (amateurish or exploitative do-it-yourself arrangements)」，可能造成更大的風險。(Arthur Serratelli, 1993)

4. 立法者兩害相權取其輕，在開放非商業性與商業代孕間選擇了非商業性代孕，但有研究指出，於非商業性代孕的情形，孕母多半對委託家庭原本即有所認識，受到委託父母的影響，代孕者對於所生子女產生情感糾葛的可能性將會增加，可能對子女不利；相對的，透過商業仲介之代孕者，更可以置外於委託家庭，對子女較不易產生情感需求，更能兼顧協議雙方及子女之利益(Mindy Ann Baggish, 1989)。

但代孕協議亦有其良善面向，代孕替不孕而渴望家庭的夫妻開啓通往夢想的大道，不孕夫妻藉此得到解脫，代孕者也因「造福他人喜獲麟兒」而獲得滿足。故於進一步就生殖科技建立全面性規範之時，立法者轉而正向面對本法所遺留的代孕相關課題，並以積極監督控管的態度，力求興利除弊，保障代孕協議雙方及子女之最大利益。

三 人類生殖與胚胎研究法(Human Fertilisation and Embryology Act 1990)

英國於1990年11月通過人類生殖與胚胎研究法(Human Fertilisation and Embryology Act 1990) (附錄274頁)，然而十幾年來生殖科技快速的發展及應用，持續在社會、法律與倫理領域引發各式各樣雜的問題，對個人、家庭及社會影響至深，雖然某些想法與見解已不復當時，但仍有不能捨棄的原則與限制，以管制此領域內的運作。人類生殖與胚胎研究法是爲了替生殖科技所引發的各式問題，建立大眾可接受的解決平台 (UK Department of Health a, 2006)，以符合21世紀的社會，故英國政府於2004年宣布將檢視該法案以推動修法，2008年11月13日通過最新法案，並於2009年10月生效，其中與代孕相關的法條修正整理如下：

(一) 關於代孕協議法的補充—放寬廣告限制

修正前36條規範代孕契約不得強制執行，修正後第59條維持一貫禁止商業性代孕的立場，但同意基於公益無償(not-for profit basis)而收取之代孕服務費用，公益團得行下列兩行為並收取費用：「開啓代孕協商」，例如讓尋求代孕的雙方進一步討論代孕的可能性；或「編纂代孕相關訊息」，例如建立有意提供或尋求代孕之雙方的名單資料，並收取依前述工作「不超過公益團體所付出之成本範圍」之費用，藉此與公益團體的營運費用區分，避免交叉補貼(cross-subsidisation)之現象，因爲營運費用與前述可歸因的合理花費明顯不同。

依據1985年代孕協議法，任何公開或散佈代孕相關廣告者將受刑罰，於2008年修正後，將此規定排除公益團體的適用，即公益團體可透

過廣告取得尋求代孕者及有意提供代孕者名單，並協助雙方進一步磋商代孕(Explanatory Notes a)。

(二) 代孕契約效力

代孕行為係由受術夫妻之妻以外之婦女，利用該婦女(代孕者)或他人卵子，經人工生殖手術受孕後懷孕生產，生產後將出生之子女及對該子女之親權交付移轉於他人。

修正前第30條關由法院所頒布之親權命令(parental orders)應係指父母對小孩之親權，一旦受術夫妻向法院聲請並經法院許可獲頒親權命令時，則表示法院承認經代孕出生之小孩係受術夫妻法律上之婚生子女，受術夫妻同時亦取得對該名小孩之親權。

對於親權令聲請之規定，修正前聲請人須為夫妻，且至少使用夫妻一方之配子，藉由代孕而產下子女。此規定於修法後移至第54條，並放寬聲請人範圍，同志伴侶(civil partners)、未婚之異性情侶以及未聲請為同志伴侶的同性情侶皆可聲請親權令，亦即開放上述關係者可藉由代孕達其組成家庭的夢想。其他關於聲請親權令的規定並無變動，而單身者仍無法聲請親權令(Explanatory Notes b)。

(三) 母親的定義

修正後第33條重申修正前第27關於母親的定義，藉人工生殖懷孕產子之女性，無論其是在英國或國外接收人工生殖技術，即為子女法律上的母親，除非該子女之後被領養或因親權令而移轉親權(Explanatory Notes c)。

(四) 父親的定義

修正前第28條規定，人工生殖係婦女與一未婚男子於共同受術之過程中，由有執照之人實施，且胚胎非由該男子之精子受精者，則該男子視為所生子女之父。此條於修正後由第36與37條取代，新規定為男女雙方須於英國認證之診所進行治療，以確保其為人父之意願。女方受術時，男女雙方必須簽署「同意通知書(notice of consent)」，同意由該男子為父親。任一方皆不得任意撤銷，婦女亦不得將此同意通知書交予其他男性或女性，使其作為該子女的父母。同意通知書不須在診所內簽署，但須交付給該診所負責人(the person responsible)，該負責人則由發證機關(即人類生殖與胚胎研究管制局)監督。

於授精或植入胚胎後，該男子或婦女皆不得撤回「由該男方作為父親」之同意，除非該婦女並未授精而須繼續進行新療程，始可撤回。若該男子於術前欲撤回同意，須在手術前告知受術婦女，使其得選擇是否繼續進行療程，若女方亦撤回該同意，須盡速告知男方，但男方不得阻止女方繼續進行療程。同意之雙方不得為同法第58條第2項所規定禁止通婚者，如一方為另一方之父母、祖父母、手足、阿姨或叔叔。而未婚情侶若非於認證診所中進行授精手術，則男方依法不得為父親，必須透過正式領養程序始能取得親權(Explanatory Notes c)。

四 代孕生殖之條件

(一) 委託夫妻之限制條件

按人類生殖與胚胎研究法對於聲請親權令之規定(第 54 條)(附件 UK-36 頁)，委託者須滿足下列條件：

1. 該子女之胚胎係由該夫妻雙方或一方之生殖細胞所形成。
2. 委託人得為夫妻、同性伴侶，或於穩定同居關係中的雙方，且非為禁止通婚的關係。
3. 親權令做成時夫妻雙方須年滿 18 歲。

(二) 代孕者之限制條件

英國對於孕母資格並未設規範。

(三) 英國法規並未規定委託夫妻及代孕者必須接受專業諮詢，故實務上做法不同，但公益代孕團體多會提供委託夫妻與代孕者雙方法律與心理諮詢。

五 代孕子女之地位

英國為「準收養模式」代表，對代孕採不鼓勵的立場，在此模式下，代理孕母為孩子法律上的母親，無論委託妻與孩子是否有基因關係，僅能根據收養規定處理，不過對於代孕，英國相關法律規定，只要符合代孕相關當事人的法律要件，得於子女出生六個月內聲請法院裁定委託夫妻為孩子的父母，委託夫妻可持法院裁定之親權令要求重新補發一張新的出生證明，直接證明委託夫妻為孩子的父母。英國的收養法規定孩子出生六週內，母親所做的出養孩子的同意為無效，這項原則仍適用於代孕，故代理孕母有六週的猶豫期間，可反悔不同意將孩子交付委託夫妻。但由於英國政府認為代孕契約無效，因此如果委託夫妻不想要該子女，因代理孕母為子女法律上母親，故

有扶養義務。對於人工生殖所生子女的親權歸屬，人類生殖與胚胎研究法(HFEA)有詳細規定如下：

(一) 母子女關係之認定(孕母為母)

依 2008 修正後第 33 條，即修正前第 27 條，凡體內被置入胚胎(即人工體外授精)或精、卵(即人工體內授精)而懷胎之婦女，即為該子女之母親，但子女因收養而被視為收養人之子女者，不在此限，意即收養人與被收養人間依收養契約來定父母子女關係。此外，不論於英國境內或境外，自胚胎或精卵結合受孕之時起，該婦女視為所生子女之母。準此，不論同質或異質人工生殖，英國法皆以分娩者為人工生殖子女之法律上母親，在法院未依下述本法第 30 條作成親權令前，以代孕者為所生子女之母親。

(二) 父子女關係之認定

修正前第 28 條關於父親之定義，於 2008 修正後第 35 條至第 41 條有更為詳細複雜的規範。第 35 條規定：「若受術時該婦女有配偶，且胚胎非由其配偶之精子受精，則該配偶視為所生子女之父。但經證明其未同意人工生殖之實施者，不在此限。」英國法關於人工生殖子女之父子關係認定為「婚生推定制度」，尊重合法婚姻，推定受術婦女之夫(即代理孕母之夫)為人工生殖子女之法律上父親，即使在委託之夫捐精生殖之情形，受術婦女之夫亦不得以違反真實血緣而主張推翻子女之婚生性，僅得以該受術或捐精未得其同意為由，推翻該推定。由於本法並未設有行使期限之規定，故未為同意之夫得隨時行使其否認權。

第 36 條則規定：「若無依第 35 條或第 42 條而為該子女之父者，但(a)該人工生殖係由有執照之人實施，(b)該男子滿足第 37 條同意為父親之條件，(c)該男子存活，且(d) 胚胎非由該男子之精子受精者。則該男子視為所生子女之父。」若受術婦女無合法配偶，或雖有配偶，但經證明未得配偶之同意而推翻前述之婚生推定者，則以與之共同接受捐精生殖之男性伴侶，作為子女之父親。此外，若非捐精生殖，而由該伴侶之精子而受胎，自得依傳統身分法上之認領等程序，建立父子關係，不待本法特別規定。

第 37 條規定，該男子必須滿足下列條件，始得為前條所指之父親：「(a)該男子已交付同意書予診所負責人，表明同意為受術婦女由有執照之人治療後，所生之子女的父親；(b)受術婦女亦交付同意書予負責人，同意男方前項聲明；(c)男女雙方於交付同意書後，皆不得撤回前二項同意；(d)受術婦女並未同意由其他人做為該子女的父親，或未同

意基於第 44 條由女性作為父親;(e)男女非為禁止通婚之雙方。」同條第二項規定該同意必須由同意者本人簽署，而同條第三項則規定，若同意者因生病、受傷或生理障礙而無法簽名，則需於至少一人的見證下簽署。第 38 條規定：「當有人依第 35 條或 36 條被視為該子女之父時，其他任何人不再被視為其父。」以確保其父親地位。但「該子女因收養而被視為收養人之子女者，不適用第 35 條及 36 條之規定」

第 41 條則規定了精子捐贈者及死後受精者，免為法律上父親之情形：「下列情形之一者，該男子非所生子女之父親：提供精子時，已依本法 Schedule 3 第 5 點之要求而為同意，且其精子被用於其所同意之用途；其精子或由其精子所受精之胚胎，於該男人死後方被使用者。」

第 42 條至第 47 條(附件 UK-28 頁)為女同性伴侶作為父親的規定，若受術時該婦女處於同志伴侶地位(civil partners)，且胚胎非由其配偶之精子受精，則該配偶視為所生子女之父。其餘規定與上述第 35 至第 38 條相仿。

第 49 條為有效婚姻的規定，第 35 至 47 條所稱「受術時之配偶」，指受術時婚姻關係存續中之雙方配偶，但該婚姻處於裁判分居之狀態者，不在此限。此外，無效婚姻之雙方配偶，其一方或雙方於受術時合理地相信其婚姻關係為有效者，亦屬配偶；且推定其中一方相信受術時婚姻為有效。除非夫妻雙方皆能證明其明知婚姻之無效性，否則不得以婚姻無效為由，否定與人工生殖子女間之父子女關係。

(三) 子女親權之取得

修正前第 30 條，即 2008 年修正後第 54 條規定：法院在符合一定要件下，得以命令將該子女視為委託夫妻之法律上子女，換言之，在法院尚未作成命令前或拒絕作出命令時，仍應適用第 33 條之規定，以懷胎者(代孕者)為該子女之母親，至於父子關係則適用修正後第 35 條至第 41 條之規定。第 54 條規定如下：

「(1) 法院於以下情形，得作成命令，將該子女視為聲請人雙方之法律上子女：

- (a) 該妻以外之婦女，其體內被植入胚胎或精卵或接受人工體內授精，進而懷胎產下該名子女，
- (b) 且該子女之胚胎係由該夫妻雙方或一方之生殖細胞所形成，
- (c) 且符合第(2)至(8)項的情形。

(2) 聲請人須為：

- (a) 夫妻，
 - (b) 同性伴侶，
 - (c) 於持續家庭關係中的雙方，且非為禁止通婚的關係。
- (3) 聲請人須於子女出生之日起六個月內，向法院聲請該命令。
- (4) 於聲請及作成命令時，該子女須與聲請人同居，且夫妻雙方或一方須於國內有住所。
- (5) 作成命令時夫妻雙方須年滿 18 歲。
- (6) 法院必須確信：該子女之父親，(為依本法規定為父親之人，包括第 35 或 36 條之男性及第 42 或 43 條之女性，但非聲請人)及孕母皆已完全瞭解該命令之內容，並自由地、無條件地同意該命令之作成。
- (7) 前項規定，同意權人失蹤或無同意能力者，不適用之。又，基於前項之規範目的，孕母於該子女出生後六週內同意者，該同意無效。
- (8) 法院必須確信該夫妻除合理的必要費用外，未付出或接受任何金錢或其他利益，作為下列事項之對價：
- (a) 命令之作成、
 - (b) 第五項之同意、
 - (c) 子女之交付於該夫妻、
 - (d) 為了作成命令所達成之任何協議。
- (9) 聲請之管轄法院為家事法庭。
- (10) 第 1 項 a 款適用於本國境內外接受人工生殖之婦女。
- (11) 該子女於本法生效前既已出生者，應於本法生效後六個月內聲請之。」

根據英國的家事訴訟法院規則，在夫妻提出親權令之聲請後，法院將為該子女指定一名訴訟上特別代理人(*guardian ad litem*)，臨時監護人有權向領有執照之生殖醫療機構調閱相關資訊，以確認有無胚胎或配子植入或異質人工授精，以及是否使用父母一方或雙方之配子等情形。臨時監護人也必須確定，法院依本條作成命令是否符合子女之利益、孕母是否同意將子女移交予委託夫妻，以及該同意是否於子女出生六週後始作成等其他依本條作成命令須滿足之要件。英國法對於代孕協議以「子女之最佳利益」為最優先考量，在代孕過程中，子女利益必須經過雙重檢驗，包括受術前醫療機構之評估，以及法院依本條作成命令前，透過臨時監護人進行之要件確認(Robert L. Stenger, p157, 1995)。

此外，委託人以具有合法婚姻關係之夫妻為限，且無論借腹型或基因型代孕，夫妻至少有一方須為精卵提供者；再者，代孕協議必須無償，除必要費用外，委託夫妻不得以任何名目利誘代孕者，代孕者亦不得接受任何作成親權令之對價；最後，基於尊重孕母情感及意願，法院作成第 54 條命令須以孕母(及其夫)之同意為要件，若孕母於代孕協議達成後

(同意前)改變心意，則不得強迫其放棄對子女之權利，且該同意不得於子女出生六週內為之，給予代孕者至少六週之猶豫期間。

由於英國的收養法規定生母若將子女出養，有六週的猶豫期，此原則適用於代孕，故代理孕母有六週的猶豫期間，係基於母親與子女間之情感連結，而允許孕母可反悔拒絕將孩子交付委託夫妻。但對此制度亦有檢討聲浪，因代理孕母與將子女出養的生母有很大的本質上差異：生母是在懷孕後基於壓力而與子女分離，會感到失落與後悔，並希望未來能與子女聯繫；而代理孕母係於協議之下，有意懷孕而與子女分離，故更能掌控自己的決定，並能接受此對個人與社會帶來的影響。(Elly Teman, 2008)另一方面，英國使代理孕母有六週的猶豫期間，或許來自社會或媒體對於代理孕母的既有觀念，代理孕母畢竟是對傳統家庭與母性角色觀念的一大挑戰，社會基本上認為女性並不會為了金錢，以放棄該子女為前提而自願懷孕，且女性應該與她們所懷的子女有自然的情感連結，而不願放棄出生的子女(Elly Teman, 2008)。

但代理孕母非如一般想像中「無法忍受與小孩分離的母親」，她們也是正常的女人，基於各種原因選擇成為代理孕母，研究顯示最常見的原因為享受懷孕的喜悅、對不孕夫婦的憐憫、家庭主婦想藉此賺點錢，或是純粹想完成一些特別的事(Ciccarelli & Beckman, 2005)。許多實證研究指出，大部分的代理孕母對於代孕過程感到滿足，並沒有因為與子女分離而有心理或精神問題(Baslington, 2002)。

故學者 Teman (2008)認為，孕母可以作為自己子女的好母親，同時將自己與代孕子女做適度區隔，二者並不矛盾，立法政策上應考慮此點，而非加以限制，認為孕母及其配偶即為代孕子女的法律上父母，或許可考慮以色列指派社工作為臨時監護人的制度(Elly Teman, 2008)，而非一味認為孕母無法與子女分離，猶豫期的設立亦是此傳統觀念的產物。

另就英國規範而言，倘若委託夫妻未於子女出生後六個月內主張或不符法律規定而無法主張移轉親權，則該子女即為代理孕母之子女，代理孕母之配偶則為該子女之父親，若此時代理孕母之夫提起否認子女之訴，則該子女即成為無父之子女，如代理孕母本身亦不願意承認該名子女為自己之子女時，又該如何主張自己法律上之權利？在人工生殖與胚胎研究中似乎無法找出具體之解決方式，宜針對委託夫妻與代理孕母夫妻雙方都不願意承認該名子女為自己子女之情況，應加以考量如何妥適地規範代理孕母所生子女之法律地位。

(四) 親權令之聲請

代孕協議在英國不需事前核可，亦不以書面為要式，代孕子女出生後，孕母為子女法律上的母親，委託夫妻需於子女出生後六個月內填寫「親權令聲請表 (application for a parental order)」，向家事法庭(Family Proceedings Court)提出聲請。法院收到聲請表後會回函給聲請人(即委託夫妻)，而聲請人必須將此回函 (acknowledgement form)寄給代理孕母及其夫，代孕夫妻須於14日內簽署並交回法院。若案情清楚明瞭，家事法庭即直接處理，通常會舉行兩場聽證會，首先法院會指派一位隸屬於「兒童與家庭指導及支援服務處(CAFCASS)」之臨時監護人(parental order reporter)負責訪談委託夫妻與代孕夫妻，作成報告回覆法院，並決定下次聽證日期，此過程可能耗時3至6個月。若無其他複雜的問題，則將於第二次聽證發予親權令。若情況複雜，將送交家事庭主要登記處(Principal Registry of the Family Division)或高等法院家事庭，程序將比聲請複雜許多，必須準備聲明及相關文件(Surrogacy UK a)。

英國親權令適用收養法之規定，依1990年人類生殖與胚胎研究法授權，訂定 The Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994 與 The Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) (Scotland) Regulations 1994，前者適用於英格蘭、威爾斯與北愛爾蘭，後者適用於蘇格蘭。目前親權令之規範係原則適用收養法(Adoption Act 1976及Adoption (Scotland) Act 1978)規範並加以修飾，二者有密切關連，但英國的收養法於親權令規則訂定後，又進行重大修法，分別修為The Adoption and Children Act 2002與the Adoption and Children (Scotland) Act 2007。故於2008年人類生殖與胚胎研究法修法後，1994年的親權令規則亦須配合進行修正，但基本上亦維持收養法以「兒童最佳利益」為主要依據，按1989年的兒童法的確認原則(welfare checklist)加以考量下列各項因素：

1. 考量兒童的年紀與認知度，顧及該兒童明確的希望與意願；
2. 兒童得生理、心理狀態及教育需要；
3. 改變環境對兒童可能造成的影響；
4. 兒童的年齡、性別、背景及任何相關特質；
5. 任何該兒童曾蒙受的傷害，或現在可能遭受的傷害；
6. 該兒童的父母是否有能力滿足該兒童的需要；
7. 法院依據1989年兒童法得行使之權力範圍(CAFCASS website)。

上述確認原則亦反映在現行之1994年親權令規則中，故法院應考量兒童最佳利益作成親權令。以下將比較親權令與收養令之差異：

當親權令依2008年人類生殖與胚胎研究法作成後，代理孕母所生子女即被視為委託夫妻法律上之子女；而法院依收養法作成收養令後，該

兒童即為收養夫妻合法婚姻所生的子女，其法律效力強於親權令。關於子女之繼承權，收養之子女不得繼承收養人之爵位或貴族身分，以及任何基於貴族身分所得之財產；而親權令亦採相同立場，代孕所生子女不得繼承委託人之爵位。

當代孕子女出生後，基於法律規定，代理孕母為該子女的母親，並登記於出生證明上，故於親權令作成後，法院將寄發親權令複本至戶政總局(the Registrar General)，並補發一張新的出生證明，其上註為「重新登記」(Re-registered) (UK Department of Health b, 2009)。

英國配合人類生殖與胚胎研究法2008年的修法，於2010年3月21日通過 The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) (Consequential, Transitional and Saving Provisions) Order 2010，補充了關於作成親權令的規範，並自2010年4月6日生效。

(五) 收養程序

聲請人年齡須為21歲以上，未設上限，但健康狀況需足以扶養該兒童成長，並提供一個長久穩定的家，在英格蘭及威爾斯，聲請人不限已婚夫婦，未婚雙方或同性伴侶皆可聲請聯合收養。聲請人須向收養機構聲請收養，英國收養機構有些為公益組織，大部分則為當地兒童福利機構或社會福利機構。

通常社工人員會於六個月左右全面了解、評估並提供該聲請人相關資訊，收養機構還會調查犯罪記錄、醫療狀況等，另要求至少兩位聲請人的朋友提供個人意見，作成準領養報告(Prospective Adopters Report)，聲請人於收受簽署報告後，再由收養諮詢小組(adoption panel)審查該聲請人是否為合適之收養父母，是否有兒童可為領養，以及是否有更適合的兒童，最後由資深委員做成最後是否得領養之決定，自社工評估至審查通過約耗時八個月，之後可開始配對尋找適合的兒童。

聲請人將收到符合的兒童資料，並於社工協助下與兒童會面，當兒童與聲請人一同居住後，社工將對此安置進行監督，直到收養令(adoption order)作成為止。聲請人須與該兒童共同居住13周以上，法院使得做成收養令，而收養令一但作成，生父母對該兒童的父母責任(parental responsibility)將全數移轉至收養人。在作成收養令之前，法院亦可作成一短期命令，賦予聲請人不超過兩年的父母責任(parental responsibility)，藉此有更長時間可評估聲請人是否適合收養。

收養令可由兒童居住之高等法院(High Court)、郡法院(County Court)或治安法院(Magistrates Court)做成。由郡法院及治安法院作成者，此聲請是為了安置令(placement order，授權收養機構得不經兒童監

護人同意，將兒童列為待收養)而作，則由該兒童監護人所在地之法院為之。若該兒童於聲請時不在英國境內，僅高等法院得就收養聲請為聽證，且該兒童須實際參與聽證會，並以兒童最佳利益為考量，始得作成收養令；治安法院不得就任何海外收養聲請為聽證。收養令亦可附條件，例如得命聲請人允許生父母與該兒童接觸，或該兒童的宗教教育情況等(BAAF, BBC)。

六 委託夫妻與代孕者之法律關係

代孕備忘錄(Memorandum of agreement)係 COTS 提供受術夫妻與代孕者在訂定正式代孕契約之前的書面參考，但無法律上效力，備忘錄雖不得做為正式之法律契約，然依其內容得提供瞭解英國代孕契約中的重要事項。其要點如下：

(一) 對代孕契約之規範

由於英國禁止第三人仲介代孕協議，故代孕協議不須經由第三人見證，亦不須事先核准，但公益代孕機構於協議期間會提供一位協調者，協助雙方瞭解且深入討論相關議題，並見證代孕協議作成，此係公益團體認為最佳的服務方式，僅為其服務之內容(Surrogacy UK b)。另一方面，代孕協議於法律上無效，僅對代孕雙方具有道德上的拘束力，故不以書面為要件，口頭約定亦可，不影響子女出生後親權令的聲請。

(二) 向法院聲請親權命令

依英國人類受精與胚胎法(Human Fertilisation and Embryology Act 1990)規定，受術夫妻得向法院聲請並獲頒親權命令後，成為代孕子女之父母，並取得對該子女之親權。故代孕者及受術夫妻兩造同意自小孩出生六週後至六個月止，由受術夫妻向法院聲請頒布親權命令，但受術夫妻如無法提出與代孕出生小孩之間的血緣證明，則其須聲請收養，始能與該名小孩建立親子關係(第 9.6 條)。

未來如受術夫妻之一方死亡，另一方應繼續扶養小孩。此約定必須受契約拘束，所以受術夫妻必須協同律師，在小孩出生前或出生後親權命令頒布前，一同在代孕契約上簽名，表明受術夫妻一方死亡時，另一方即是小孩的監護人。而代孕者如能證明受術夫妻確實在親權命令頒布前死亡者，則代孕者為該子女的母親，並取得對其之親權(第 7.2 條)。

(三) 報酬

按代孕無償之原則，除與代孕相關之費用及代孕者得獲得之合理報酬外，代孕者不得向受術夫妻要求其他費用(第 2 條)。

(四) 費用

所有與代孕相關之費用皆由受術夫妻支付。受術夫妻須給付代孕者之補償金(compensation)包括代孕者因懷孕而減少之薪資、因懷孕不便所造成之損失(inconvenience)、孕婦裝、營養費、家事協助、電話費、小孩看護費及懷孕結束後的渡假費用等(第 10.1 條)。

另外，將代孕期間分為接受人工生殖手術及懷孕兩個時期，受術夫妻尚須給付之各期費用如下：在代孕者準備及接受人工生殖手術期間，其身體檢查係為代孕而準備，則檢查費用由受術夫妻支付，而且受術夫妻在代孕者第一次接受人工生殖手術時，應即為其投保為期兩年之保險(第 7.7 條)。

在代孕者懷孕時期，若代孕者就懷孕事宜尋求一對一(含電訪及面訪)的法律諮詢或心理諮詢，本項諮詢費及電話費用由受術夫妻支付(第 5 條)。若代孕者於懷孕期間不幸發生流產或妊娠終止時，受術夫妻仍應依代孕者懷孕週數，給付其一定比例之補償金(第 10.4 條；此處所指之補償金即第 10.1 條之補償金 compensation)。代孕者如依自然產或剖腹產生下多胞胎時，補償金(指第 10.1 條之補償金 compensation)亦應按比例增加給付數額(第 10.5-10.6 條)。

此外，受術夫妻與代孕者尚得依個別情形，自行協議下述費用：代孕者與伴侶拜訪體外受精醫療機構(IVF unit)的醫生及助產士或醫院的旅費、其伴侶因被要求一同拜訪致無法工作的損失、受術夫妻付費向代孕者之醫師取得代孕者的資料等(第 10.8 條)。

(五) 受術夫妻之權利與義務

受術夫妻在與代孕者初步接觸後，雙方得利用三個月的時間互動，受術夫妻甚至得要求拜訪代孕者的伴侶、子女及居家環境，瞭解雙方對代孕的想法及彼此的需求，以決定是否合意進行下一步的合作關係(第 4.3 條)。

而受術夫妻必須接受身體檢查，以利人工生殖手術之進行。受術夫妻在做完體檢後，必須將體檢報告之影印本交付 COTS (第 3.1 條)。

(六) 代孕者之權利與義務

正如受術夫妻在決定代孕前，有瞭解代孕者居家生活的權利，代孕者在決定接受代孕之前，得要求拜訪受術夫妻的居家環境，亦得請求未來有與代孕子女會面或瞭解子女成長情形的權利(第 4.1 條)。

代孕者之義務分爲接受人工生殖手術、懷孕期間及生產休養期間三個階段說明：

1. 在準備及接受人工生殖手術期間，代孕者在訂定契約確定接受代孕後，即須接受藥物檢測，並將檢測結果之影印本交付 COTS (第 3.2 條)。代孕者尚須注意以下事項，包括：代孕者確保在懷孕前並未感染麻疹，並小心不得感染(第 3.3 條)；在接受人工生殖手術的術前準備期間，應採取必要及適當措施，避免發生因其他人或手段而懷孕(第 6.1 條)，即避免發生代孕者所懷之胎兒並非受術夫妻的小孩之情事。
2. 代孕者在懷孕期間應盡力維持自己的身體及心理健康，包括接受醫師指示服用藥物、食用均衡營養的食物，並且禁菸禁酒(第 7.1 條)。除非醫師另有特別建議，否則代孕者只需接受一般孕婦所做的產檢掃描即可(第 7.3 條)，只要是醫師認爲合適且與胎兒健康相關之藥物檢測，代孕者在懷孕期間及小孩出生後均須接受檢測(第 7.4 條)。
3. 受術夫妻與代孕者得共同決定未來的待產醫院(第 7.5 條)，畢竟對任何孕婦而言，愈是覺得舒適的待產環境，生產過程將愈順利。在代孕者生產完畢後，代孕者與受術夫妻如有約定交付子女的時間，則從其約定(第 9.3 條)，否則，代孕者應在生產完畢後立即將子女交付於受術夫妻。

(七) 契約終止

代孕者及受術夫妻得在受孕安排期間（受孕安排期間係指代孕者及受術夫妻訂定契約後，至代孕者成功受孕或最後一次嘗試懷孕失敗止），協議代孕約定事項，但代孕者如受孕失敗，則所有代孕協議事項自動終止(第 6.1-6.3 條)。代孕者如在懷孕期間流產者，則由受術夫妻與代孕者共同決議是否再重新接受人工生殖手術(第 8.4 條)。

如經精密檢查發現代孕者腹中之胚胎有缺陷(disabled or handicapped)，在代孕者與受術夫妻共同討論同意後，決定終止或繼續契約。如經討論後，受術夫妻希望代孕者繼續懷孕，而代孕者亦確實履行懷孕期間應盡之義務，則受術夫妻必須對該子女負責(第 8.1 條)，亦即受術夫妻在子女出生後除依法向法院聲請頒布親權命令，取得子女親權外，並對子女有扶養義務；反之，若受術夫妻希望代孕者終止懷孕，而代孕者執意生下小孩時，則受術夫妻不受第 8.1 條規定之限制，即對該子女無扶養義務(第 8.2 條) (COTSc)。

七 資料之保存、管理及使用

(一) 資訊保存與登記簿之設置

醫療機構必須確認受術者之身分，並保存相關紀錄，縱無法得知子女是否出生，亦須保存 50 年以上(HFEA 1990 第 24 條第 1 項)，以確保子女血源獲知權之實現可能性。而 HFEA 亦應設置登記簿(register)，記載所有應由該局取得之資料，包括：

1. 對於任何可識別之人所實施之療程；
2. 任何可識別之人所提供之生殖細胞，或自任何可識別的女性體內所取出之胚胎，其持有或使用；
3. 顯示某人係因人工生殖而生之資訊(第 31 條第 1、2 項)。

HFEA 登記簿為世界上最大的人工生殖資料庫，且該局並不斷改善其資訊管理，以求資訊之精確性，1996 年開始，對 163 家許可機構執行了一個為期 5 年審核計畫，監督並改進登記簿內資訊之錯誤率(HFEAc, 2002)，其次，致力於整合所有資料，除可更精確地對各許可機構進行查核外，亦得藉由交叉比對，掌握受術者身分、所接受之治療程序及其結果等各個人工生殖環節，以確認出子女之身分及其血統(生殖細胞)來源(HFEAd, 2004)。最後，建立「事件通報系統」，透過問題事件的紀錄與列管，有助於避免類似的生殖科技問題，一再重演(HFEAd, 2004)。

(二) 資訊之揭露

上述資訊保存之目的有二，首先，透過該資訊及統計數字，對於施行人工生殖之醫療機構及進行胚胎研究之研究機構進行監控，HFEA 並在其網站上公開各醫療機構之受術成功率等非機密數據，提供潛在受術者關於人工生殖服務、治療、技術之相關資訊，以便其選擇適當的醫療機構(HFEA website)。

其次，登記簿也詳細登載了受術者及其伴侶之姓名、病歷號碼、受術日期及精卵贈者之個人資料。人工生殖子女於成年後，若已被賦予適當的心理諮商的機會，則得請求 HFEA 揭露：a. 是否有父母以外之人應被視為或可能成為其父母；b. 將與其結婚之特定人是否與其具有身分關係。即使該子女尚未成年，若已被賦予適當的心理諮商的機會，亦得向該局請求揭露：將與其結婚之特定人是否與其具有身分關係(HFEA 1990 增修後第 31 條)。

子女在符合一定主、客觀條件下，得請求關於自身資訊之揭露，除有助於避免具有真實血緣之禁婚親屬間的倫常失序，亦在保障人工生殖子女知其來源之權利。此外，基於身分關係之公益性，登記總長亦得請

求 HFEA 揭露：依前述第 31 條而記載於登記簿內之資訊是否顯示，依本法第 28 條之規定，某男性可能特定人工生殖子女的父親。若是，應揭露該資訊(HFEA 1990 增修後第 32 條)。

(三) 保密義務及其例外

依本法第 33 條(HFEA 1990 增修後)，任何 HFEA 之成員或職員，及許可執照或行政命令效力所及之人，對於其因業務上所持有，記載或應記載於登記簿及其他由 HFEA 成員或職員所取得而仍處於保密期間或保密條件下之資訊，皆應負保密義務。然而，在特定情形下，仍有揭露資訊之必要，故而本法對保密義務設有例外規定。

首先，就 HFEA 之成員或職員而言，於下列情形，不適用保密義務之規定：

- (a) 對 HFEA 之成員或職員揭露者；
- (b) 對於取得執照之人依其執照所許可之目的而為揭露者；
- (c) 其揭露不包含足以辨識個人身分之相關資訊者；
- (d) 依法院之命令而揭露者；
- (e) 基於登記總長之要求而對其揭露者；
- (f) 依本法第 31 條而對人工生殖子女揭露者。

其次，許可執照或行政命令效力所及之人，於下列情形，亦得進行資訊之揭露：

- (a) 對 HFEA 之成員或職員揭露者；
- (b) 對於取得執照之人依其執照所許可之目的而為揭露者；
- (c) 依 1976 年先天殘疾民事責任法所提起之訴訟，為確認某人是否依本法為子女之父母而揭露其身分識別資訊者；
- (d) 其揭露不包含足以辨識個人身分之相關資訊者；
- (e) 依(本法第 24 條第 5 或 6 項)HFEA 之行政命令所為之揭露。

此外，英國國會於 1992 年通過人類生殖及胚胎研究(資訊揭露)法(Human Fertilisation and Embryology (Disclosure of Information) Act 1992)，就許可執照或行政命令效力所及之人之保密義務，再作有限度的放寬，其主要之內容如下：首先，基於訴訟或與訴訟有關之目的，得為「必要」之資訊揭露，但該資訊足以辨識精卵捐贈者之身分者，不在此限；其次，在聲請法院就代孕所生子女作成親權移轉命令之程序中，基於認定「子女係由代孕者接受人工生殖所生」，及「該子女係來自委託父母雙方或一方之生殖細胞」兩項要件之需要，得揭露相關資訊；再者，對於「某人曾經接受人工生殖」之資訊，在經過對其進行合理之解

釋，使之瞭解同意之效果及影響後，得經由該人之同意而揭露，但兩人共同接受治療者，須得雙方之同意，始得揭露；最後，前述得經由當事人之同意而揭露之資訊，亦得基於避免該人之健康上緊急危難之必要而揭露，但以其同意並無取得可能性為限。

綜合上述，為保障個人之隱私權，本法對於資訊揭露加以相當嚴格之限制，除本法之其他制度設計有揭露資訊之必要，或基於業務目的而取得相關資訊外，原則上不得揭露任何足以辨識個人身分之資訊，至於 1992 年之修法放寬，亦僅擴及於「當事人同意」及「避免緊急危難」等情形，並設有諸多要件限制。其中特別是與子女血源獲知相關之「精、卵捐贈者之身分識別資訊」，直到 2004 年修正通過人類生殖及胚胎研究(捐贈者資訊揭露)法之前，仍受到本法最嚴密之保障，無論基於訴訟之目的、法院之命令、HFEA 之行政規則及行政命令、或緊急避難，皆不得加以揭露。

八 代孕生殖實施之實證研究

(一) 對代孕生殖政策之疑慮

1. 代孕協議的法律地位

「人類生殖與胚胎研究法」厘清了代孕協議的法律效力，但該法明定代孕協議不得強制執行，意即不得由當事人執行，也不得對抗當事人，意謂代孕協議只是代孕關係的證明，不是權利義務的根據，不是有法律約束力的契約，任何一方均不能請求法院強制執行。故依據代孕協議移交子女或支付(收受)酬金均不受法律保護。(Brazier, 1997)

2. 費用和報酬

人類生殖與胚胎研究法規定，於收養子女和聲請親權令時，除「合理費用」外均不得為任何金錢給付或有金錢價值的給付，但並未規定「合理費用」的標準，而是將合理與否留給當事人和法官去判斷。代孕雙方若不能在費用上達成共識，則會直接影響契約的履行和親權令的取得；而對法官來說，由於契約無效，即使當事人約定了費用，法官仍然需要對費用的合理性進行判斷，但是費用合理與否往往難以統一和客觀化，此亦加大法官裁判的隨意性和難度。

3. 對公益團體的規範與管理不足

COTS 是英國著名的代孕仲介組織，然而現行法律雖默許 COTS 的存在，但是對其行為範圍、運作程式、審查監督等都缺乏

具體規定。因此，COTS 的合法性及代孕備忘錄的效力都受到社會的質疑。

(二) Brazier report

1997 年英國衛生部(Health Minister)委託以 Brazier 為首的調查團隊，對代孕協議以及人類生殖與胚胎研究法的實施情況進行調查和評估，經過近一年的調查，委員會於 1998 年發表了一份詳細具體的長篇諮詢報告—Brazier report，報告的核心建議有：

1. 金錢給付應限定於「合理費用 (reason expense)」範圍內(包括可得收入的損失)，任何超出合理花費的給付將導致親權資格的喪失。金錢給付應為真正與懷孕密切相關的費用；為了防範代孕的商業運作，不得支付任何額外的金錢；簽署代孕協定前，代孕者須就必要費用提交書面證據；立法應對費用進行明確界定，並且授權衛生部發佈規範規定合理費用的構成要素和確定方法。
2. 仲介組織應向衛生部門登記註冊，並由衛生部門制定詳細的代孕施行準則(Code of Practice)，進一步規範代孕，約束仲介機構的仲介行為。首先，代孕仲介機構應註冊登記，並遵守依據新法律制定的相應施行準則；其次，施行準則應由衛生部會同其他相關部門與仲介機構和個人充分協商討論後制定，施行準則對所有正式註冊的仲介機構均有法律拘束力；未經註冊的仲介機構和個人所簽署代孕協議也應參照執行；再次，在新法律正式生效以前，衛生部應制定一個臨時性、自願性的參考準則，邀請相關機構自願註冊。除施行準則外，衛生部還應考慮建立詳盡的病歷記錄、具體的統計資料以及明確的行為規範。
3. 為了確保代孕技術不被濫用，代孕者不被剝削，政府應考慮廢止「代孕協議法」和「人類生殖與胚胎研究法」，並代之以新的「代孕法 (Surrogacy Act)」。首先，「代孕法」應明確規範代孕的法律原則和施行準則，重申代孕協議法第 1 條關於代孕協議不得強制執行的精神，進一步確立現行法律規定，包括禁止代孕廣告和商業性代孕仲介，並增訂下列規範：界定與限制合法的金錢給付、授權衛生機關頒佈施行準則、非營利性代孕仲介機構須經衛生部註冊並遵守衛生部制定的操作規程、禁止未經註冊的機構運作；其次，關於委託夫妻聲請親權令的規定，新的代孕法應規定聲請親權令須遵守代孕法和施行準則，遵守法律對金錢給付的限制，且不得授權法官同意額外的非法給付；親權令只能在高等法院取得，法官必須要求其作

DNA 測試，法定監護人應核實犯罪記錄；委託夫妻應於英國居住達 12 個月，法院始得核發親權令。

(三) 公益團體與實施診所

van den Akker (1998)訪問時間代孕相關機構，包括 6 間診所、兩間代孕機構(surrogacy agency)與 2 間志願機構(voluntary organization)，其結果顯示：

1. 代孕雙方在決定代孕前需 2 至 6 個月的時間

7/10 個單位認為，委託夫妻與孕母最好在開始代孕前 2-6 個月先接觸；由於進行各樣篩檢亦需耗時 6 個月左右，如此亦可避免雙方做出急促的決定。

2. 機構缺乏收費標準

各機構因提供之服務內容不同，收取的各種費用名目包括從會費到治療費等等，有的機構只收取會費 200 英鎊，若包括藥物費用則最高有診所收取 3500 英鎊。

3. 各機構資訊提供不一

代孕諮詢雖然需要高度專業，但其品質、所費時間與花費差異卻很大，許多診所並未針對代孕改變治療方式，未設有專門的心理部門，此點與專為代孕設計的機構明顯不同，即便有些診所與機構提供諮詢電話，但輔導者通常並非代孕領域的專業人員。

對於上述現象，所有受訪的機構皆認為代孕有存在必要，且過程需要受到管制，雖然現行制度已足夠，但若有標準化的流程會更完善。許多診所受訪時都強調「沒有徵募代理孕母」，因為此為違法行為，然而仍有許多人詢問代孕相關事宜，顯示代孕的需求亦不少。由於代孕並非一定需要透過醫療機構才能進行，若計入那些未與代孕組織接觸者，代孕的數目會更高，但缺乏對於治療與代孕協議一致的管制，可能會造成代孕的濫行並招致批評。

在代孕協議做成方面，代孕機構主要協助委託夫妻與孕母完成代孕協議，雖然能提供建議，但協議仍是以契約雙方的自由意志為準。診所在代孕協議的簽定涉入很少，且皆認為委託夫妻與孕母的協議並不在診所的責任範圍內，此現象與診所和代孕機構的定位不同有關：診所藉由醫療技術使孕母懷孕；代孕機構則協助代孕雙方的聯繫。即使孕母在治療開始前後退出並不會造成問題，因為會由新的代理孕母取代。

許多受到媒體與社會大眾關切的案例，問題多出在孕母產後交付子女，此時代孕機構多認為其任務終了，而 van den Akker 認為此為代孕機構之不足：在最理想的情況下，不論代孕成功與否，協調代孕的組織必須自一開始的協商，到最後子女交付全程負責，許多爭議在子女出生後浮現，故代孕機構不得將子女出生是為協議完成，而不予後續協助，此為立法政策上質得考慮的面向。此研究中受訪機構雖然對管理者的定位意見不一，但皆認為代孕的實行需要標準化及管理者，政府應事先提供實際且謹慎的方法，建立完整的架構，讓大眾對代理孕母更有信心。

(四) 代理孕母

對於代理孕母，外界常有許多質疑，英國醫學協會擔心，孕母與子女分離的憂傷可能造成精神上的問題，導致產後憂鬱症、憤怒或罪惡感；該學會引用美國學者之研究顯示，孕母會刻意與子女疏離，說服自己「這不是我的小孩」(Ragone, 1994)，但英國醫學協會亦擔心此種刻意疏離可能使孕母與未出生子女的健康陷於風險。該協會特別強調孕母之夫全程支持的重要性。外界對代孕的接受度亦會影響孕母的心理狀況，孕母可能會因為朋友或鄰居的負面反應而趕到受排擠或變得退縮(Blyth, 1994)。而孕母與委託夫妻原先是否認識亦是影響孕母心理狀態的因素之一。更甚者，代理孕母是否為「剝削女性」的疑慮始終存在(Blyth, 1994)，女性可能因為經濟困難，未詳加考慮潛在危險而決定代孕(Brazier et al., 1998)。英國學者 Jadva(2003)對其研究之結論，認為代孕對於孕母而言是一個正向積極的經驗，以下列出相關議題的實證研究結果，並加以討論：

1. 代孕動機

美國學者 Ragone(1994)的研究顯示，報酬並非孕母進行代孕的主要動機，受訪者更強調利他的理由，另一位美國學者 Parker(1983)的研究結果，代孕的動機受到綜合因素的影響，包括報酬、懷孕的喜悅、與子女分離的好處相較於保留該子女的壞處，後者則有兩個更深入的理由：子女是孕母期望給不孕夫妻的禮物，而有些孕母則希望藉此讓自己從以前墮胎的罪惡中獲得救贖。

而英國的實證結果與美國差異不大，Jadva (2003)的研究亦顯示，孕母的動機有九成是「希望幫助不孕夫妻」，其次為懷孕帶來的快樂、自我實現，34 位孕母中僅有一位回答報酬是代孕的主要動機。

2. 與委託夫妻之關係

根據 Jadva (2003)的研究，孕母回憶與委託夫妻的關係，超過九成認為在懷孕前中後期雙方的關係皆為「和諧」，其中兩位認為與委託夫妻有衝突的孕母，至懷孕後期雙方衝突與敵意的狀態則降低，其中一位孕母雖曾與委託夫妻有重大不合，但於訪問時則表示目前與委託夫妻處於良好的關係。

該研究亦顯示，孕母原先與委託夫妻認識與否，並不影響其與委託夫妻間的關係。即使原本不認識委託夫妻的孕母，仍與熟人孕母一樣，可與委託夫妻維持良好的關係。此消弭了外界對於陌生人間建立代孕關係可能會導致問題的疑慮。

3. 與子女分離

Jadva (2003)研究指出，交付子女的時點有九成是雙方共同協議，一成是由孕母決定，受訪孕母對於該決定皆十分滿意，且交付子女時皆無任何疑慮。交付子女後有 12/34 位(35%)孕母感到艱難，但交付子女一年後，僅 2 位表示仍感到些微艱難，且皆為原本與委託夫妻認識的孕母。在孩子出生一年以後，大部分的代理孕母都不再因代孕而有心理層面上的問題，而心理評估的結果顯示，即使感到困難，所有孕母皆未達臨床上產後憂鬱的標準。

4. 產後一年內與委託夫妻及子女持續接觸

八成左右的孕母在產後一年內仍會與委託夫妻及代孕子女保持連繫，由於研究對象是一年前產下代孕子女之孕母，故此持續接觸的時間點僅至產後一年。沒有孕母認為代孕子女「像是自己的小孩」，但相較於不認識的孕母，熟人孕母明顯地覺得自己與該子女有「特殊的連結」。在代孕子女是否應被告知代孕，所有的孕母皆認為子女應該被告知代孕情事(Jadva *et al.*, 2003)。

5. 基因型與借腹型孕母

外界通常認為基因型孕母容易與子女產生特殊連結，但在本研究中並無此現象，基因型孕母只是相較於借腹型孕母，更希望小孩被告知代孕事實。研究顯示，孕母不會將子女視為自己的小孩，故有助於之後與代孕子女分離的心理調適(Jadva *et al.*, 2003)。

(五) 基因型與借腹型代孕差異之研究

代孕類型分為基因型與借腹型，然而為何孕母會選擇特定類型的代孕方式？與子女有基因關連是否影響孕母的心理狀況？van den Akker

(2003)於其實證研究中訪問了 24 位孕母，11 位為借腹型代孕，13 位為基因型代孕，研究結果如下：

1. 代孕動機

不論基因型或借腹型孕母，其動機皆為利他的理由，伴隨著自我實現與一些金錢收入，孕母及委託夫妻將代孕視為「最棒的禮物」，雖然委託夫妻有金錢支出，仍視代孕子女為孕母送給他們最大的禮物。此向研究中的配子皆來自委託夫妻或代理孕母，沒有使用捐贈的精卵。最可能的原因是若使用捐贈卵子，將提高 IVF 療程的花費，未使用委託妻之卵子者，皆使孕母的卵子。

然而一項美國研究(Ragone, 1999)顯示，許多委託夫妻傾向使用捐贈卵子而非孕母之卵子，Ragone 稱之為「消費者的選擇」，且使用捐贈卵子能確保孕母與子女無基因關連，降低孕母宣稱擁有該子女的可能。

2. 孕母特徵

基因型與借腹型孕母在社會人口分布上並無太大差異，但卻有相同的特徵：孕母的教育水準較低，且平均處於低社會經濟地位(Blyth, 1994; Ragone, 1994; Snowdon, 1994)，van den Akker (2003)對於孕母社會地位的研究結果雖然與先前研究一致，但仍無證據顯示代理孕母被剝削，且亦無證據指出孕母進行代孕主要動機是財務收入。事實上，甚至有一位孕母表示，收取報酬令她感到內疚。

3. 基因連結是否影響孕母與子女分離

孕母在進行代孕前已經瞭解自己將選擇何種代孕類型，選擇借腹型代孕者認為基因連結對他們而言很重要，故使用委託妻的卵子；而基因型孕母則認為基因連繫對他們而言並不重要。此證實了Ragone (1999)的結果：委託妻重視子女的養育與社會母性(social motherhood)，而孕母則弱化其與代孕子女的基因連繫。

van den Akker (2003)亦發現，基因型孕母重視社會母性更甚於借腹型孕母，而借腹型孕母則認為基因母性(genetic motherhood)更重要。無論如何，這兩種價值觀雖然不同，但皆與做出選擇的個體所認為的家庭觀念一致，並沒有衝突(Ragone, 1998)。

4. 心理狀態

代孕並不是個「和諧」的過程。它將基因連繫、妊娠與社會對父母的定義切割開來，因此，孕母透過與委託妻密切地接觸，尋求雙方認知的一致性，只有如此孕母才能對自己「身為孕母」一事感到慰藉。若孕母無法達到上述的一致性，例如容許自己認為是子女

的「真正母親」，那麼在交付子女時，此認知上的不一致將使她陷於極大的痛苦中 (Snowdon, 1994)。

然而兩種代孕型式皆可行，主要是因為孕母能夠有意識地去重建對他們而言重要的價值觀 (van den Akker, 2003)。

5. 資訊取得

受訪的 24 位孕母中，有 20 位認為所接受關於醫療與實際操作上的代孕知識足夠，但法律、心理與社會方面的資訊不足，其中已產下代孕子女、有經驗的孕母，其代孕知識並未多於懷孕中的孕母，且資訊來源除了公益團體與診所外，多是孕母自行搜尋而知 (van den Akker, 2003)。

6. 支持

在美國，允許代孕商業化使孕母能獲得完整的保障，包括醫療、法律與心理專業人員，自始至尾提供孕母懷孕所需的協助 (Taub, 1992)。然而在英國，受孕階段有醫療人員，法律專業人員在簽訂契約與聲請親權令時介入，當 HFEA 要求時才有心理與諮商人員協助。Baslington (2002)研究顯示孕母自代孕機構獲得的協助不足，van den Akker (2003)研究結果亦相同，特別是缺乏交付子女後的協助。

7. 代孕對孕母生命品質的影響

基因型與借腹型孕母皆能成功地合理化自己選擇的代孕類型，對於代孕多是正向的看法，例如與委託夫妻間的友誼、希望幫助他人等；但亦有較負面的感覺，例如媒體報導、大眾對代孕的忽視、社會對代孕所貼的標籤與金錢等。雖然有些負面情緒，然而對所有的孕母而言，代孕是一個重要且十分正面的經驗(van den Akker, 2003)。

(六) 委託夫妻

人工生殖科技為許多不孕夫妻帶來組成家庭的曙光，在具爭議性的代理孕母議題方面，委託夫妻與孕母的關係則是代孕成敗與否的重要關鍵。面對未知的孕母，委託夫妻必須與其建立「被迫的友誼 (forced friendship)」(Brazier *et al.*, 1998)；另一方面，若是孕母原本即與委託夫妻認識，表示她可能是委託夫妻的親戚或朋友，在人情壓力下成為代理孕母可能使雙方關係複雜化，甚而惡化 (Benshushan and Schenker, 1997)。MacCallum (2003)的研究結論顯示，代孕關係大致上和諧，在懷

孕期間雖偶有小衝突，但非如媒體所報導的那麼聳動。以下列出相關議題的實證研究結果，並加以討論：

1. 尋求代孕動機

34 對委託夫妻在尋求代孕前已嘗試懷孕 7.5 年未果，最常見的原因是重覆失敗的 IVF 治療(43%)及無子宮(38%)。三分之二的受訪夫妻認為代孕治療不會造成經濟負擔，3 對受訪夫妻表示代孕治療是一向經濟負擔，使他們必須貸款或向親友借錢，但他們皆選擇借腹型代孕，包含了花費昂貴的體外受精與胚胎植入療程(IVF cycle) (MacCallum *et al.*, 2003)。

2. 與代理孕母之關係

在開始進行代孕之前，委託夫妻與孕母平均會面 6 次，並花費 17 周的時間認識彼此。按代孕型態區分，在進行代孕前，借腹型代孕雙方花 21 周，而基因型代孕則花 16 周認識彼此並做出決定。委託夫妻與孕母在決定開始代孕前，平均約有四個月的等待期讓彼此互相了解，可見代孕是雙方經過深思的決定(MacCallum *et al.*, 2003)。

3. 孕母懷孕期間委託夫妻之狀況

相較於委託之夫(15%)，委託之妻(26%)在孕母懷孕期間有「複雜的情感(mixed feelings)」，但對於懷孕一事仍採正面態度，至懷孕末期委託夫妻心理狀況皆朝向積極正面調適。委託夫妻若本來即與孕母認識，則懷孕期間相較於不認識的孕母，雙方的接觸更頻繁。但在借腹型與基因型代孕，委託夫妻與孕母在懷孕期間的接觸並不因代孕型態而有所差異。

相較於委託夫，委託妻在孕母懷孕過程中會更積極參與，這與 Ragone (1994)的研究結果一致，委託妻與孕母分享懷孕歷程，可以幫助她與未出生子女建立某種程度上的情感連結，特別是基因型代孕時，委託妻並非子女遺傳上的母親(MacCallum *et al.*, 2003)。

4. 向子女揭露代孕事實的態度

已有研究顯示，隱瞞受孕方式之事實對子女的精神發展有負面影響 (Baran and Pannor, 1993; Daniels and Taylor, 1993; McWhinnie, 2001)，子女若於成年後始發現自己是經由捐贈的配子受孕，可能難以面對該事實 (Turner and Coyle, 2000)。而在收養的情況下，若父母未與子女充分討論領養事實，子女易有情緒與行為上的問題 (Howe and Feast, 2000)。

受訪的所有的委託夫妻都傾向於盡早告訴子女代孕事實。於此與收養家庭的情況相似，收養家庭會在子女可以理解時盡早告訴他們收養事實 (Blyth, 1995; van den Akker, 2000)，因為沒有經過親自懷孕，委託夫妻無法偽裝子女是經由自然受孕而來，且他們亦不認為代孕應該被視為秘密，故沒有不告訴子女的理由(MacCallum *et al.*, 2003)。

(七) 代孕家庭

代孕家庭中的父母由於缺少和代孕子女基因上的連結，而會有下列擔憂，例如沒有機會在代孕出生子女出生前事先建立與其之間的關係 (pre-natal bonding)、擔心代理孕母是否會交還代孕子女、和代理孕母之間的關係、委託夫妻可能面臨他人對於代理孕母一事的不贊成、委託妻可能對於自己所扮演的母親角色感到不安、在代孕出生子女成長過程當中、代理孕母的後續接觸所可能帶來的衝擊、代孕出生子女對於他們自己所受孕而出生的方式，將會有何感受等。

在一個針對 42 個託孕家庭在其代孕子女分別為 1、2、3、7 歲時之縱向研究結果如下：

1. 代孕子女 1 歲時

委託父母比一般自然生育的父母，在針對扮演父母角色一事上，展現出更大的熱情及更加的享受。超過九成的託孕父母，在代理孕母懷孕的「開始」及「結束」，都能和代理孕母維持和諧的關係；超過九成的託孕父母，對於代理孕母參與他們孩子的生活一事，有正面的感受。研究結果顯示，委託家庭相較於自然受孕家庭，對於父母角色應有的心理狀態及適應更良好，並展現更程度的情感介入(emotional over-involvement) (Golombok *et al.*, 2004)。

2. 代孕子女 2 歲時

委託母親憤怒、內疚的情緒會低於自然生育的母親、比自然生育的母親更加快樂、比自然生育及受贈卵子的母親更加稱職(higher on competence)，且比起自然生育的母親，對於子女較不容易感到失望。委託母親對於與孩子之間的親子關係，其表現更為正面，委託父親相較於自然生育的父親，其壓力比較低。

代孕子女的攻擊性和憤怒情緒都低於自然出生的孩子，且其情感較自然生育及受贈卵子所生的小孩來得豐富，在認知及心理調適上，無論是代孕出生子女、自然生育子女或受贈卵子所生子女，則無差異(Golombok *et al.*, 2005)。

3. 代孕子女 3 歲時

委託父母的心理狀態、教養的品質、孩子的心理調適等，都和受贈卵子家庭無異。超過九成的託孕父母仍和代理孕母維持良好關係。其中有 50%的委託母親、38%的委託父親、44%代孕子女曾在過去一年中，至少每三個月和代理孕母見一次面。幾乎全數的託孕父母已經(44%)、或者開始準備(53%)要告訴孩子關於代孕的事實(Golombok *et al.*, 2006)。

4. 代孕子女 7 歲時

代孕家庭的親子關係，無論在正向或負向方面，和自然生育家庭皆無差異。代孕子女表現正常，也沒有經歷心理問題，和一般孩童無異。此時，超過九成的代孕家庭已告訴子女關於代孕事實，相較之下，僅有四成的受贈卵子家庭告知子女受贈卵子之事實(Casey *et al.*, 2008)。

九 代孕生殖實施相關之訴訟案例

英國對於代理孕母採「禁止商業性代孕」立場，介於完全禁止與完全開放之間，代理孕母本身並非不合法，然其立法政策極力避免代孕的商業化，而近年來此中庸路線逐漸受到挑戰，當委託夫妻越來越難在英國找到完全利他的代理孕母時，國際間不同的立法規範，提供高知識的不孕夫妻向外尋找治療的可能，其中許多國家提供商業性的代孕服務，如美國、印度及烏克蘭。

英國高等法院家事法庭(High Court of Justice Family Division)於 2008 年十二月所作成的判決 *Re: X & Y (Foreign Surrogacy)*，正式回應英國夫妻到國外尋求代理孕母所產生的問題。此案之委託夫妻為一對事業成功的夫妻，多年來透過各式途徑欲為人父母，然這卻是一條充滿荆棘的道路，在考慮過許多選擇與建議後，他們決定到烏克蘭尋求代理孕母，最終協議由一位已生過小孩且已婚的烏克蘭婦女作為代理孕母，植入由委託夫妻之夫的精子與匿名捐贈者的卵子受精的胚胎，雙方的關係也從委託昇華為朋友，最後代理孕母產下一對雙胞胎。直到委託夫妻於英國提出親權聲請時，才揭開了問題的序幕。

人類生殖與胚胎研究法(1990 版)第 27 條規定，不論是在英國或何處植入胚胎，代理孕母即為子女法律上唯一的母親。可議之點在於誰為子女之父親。基於人類生殖與胚胎研究法(1990 版)第 28 條第二項之規定，若受術時該婦女有配偶，且胚胎非由其配偶之精子受精，除非其未同意該代孕協議，否則該配偶視為所生子女之父。同條第四項更規定，當有人依第 2 項被視為該子女之父時，其他任何人不再被視為其父。由於代理孕母之夫承認該代

孕協議，於英國法規範之下，其為子女法律上唯一父親。故法院所指派之臨時監護人(與委託及代孕夫妻面談作成報告，協助法院核發親權令之人)認為，基於同法第 30 條第五項，法院必須確信烏克蘭夫婦皆同意該代孕協議，而委託之夫無權聲請子女之親權，除非其依 1989 年兒童法案(Children Act 1989)第 10 條之規定先取得法院許可。在雙方備妥代理孕母之夫的同意後，委託夫妻之夫取得合法聲請權，可進一步處理依據人類生殖與胚胎研究法(1990 版)所為之聲請。

根據烏克蘭法律，當代理孕母產下子女並交付予委託者後，孕母與其丈夫對該子女即無任何法律上義務，免除所有法律上父母親的責任，在子女出生後代孕協議即完成。該子女無烏克蘭之公民權或居留權，故英國委託夫妻為子女之父母，出生證明亦如此登記。如本案 Hedley 法官所述，沒有人預見到這對雙胞胎將因兩國完全不同的規範，困於無國籍又無父母的處境。

回到英國人類生殖與胚胎研究法(1990 版)第 30 條之規定，委託夫妻為合法結婚且由委託之夫提供精子；委託夫妻於子女出生之日起六個月內，向法院聲請親權令；該子女與委託夫妻居於英國境內；委託夫妻皆為 18 歲以上；代理孕母之同意於子女出生後六個星期作成，上述符合第一、二、三、四及第六項之規定，另須討論的有兩點：

(一) 委託人聲請親權令是否需孕母之夫同意？

英國人類生殖與胚胎研究法(1990 版)第 30 條第五項規定，「法院必須確信該子女之父親(包括依本法第 28 條之規定為父親之人，非委託之夫)及孕母皆已完全瞭解該命令之內容，並自由地、無條件地同意該命令之作成。」雖然代孕夫妻依烏克蘭法律對該子女並不需負任何責任，但孕母已基於此條表示其同意，孕母之夫亦須表示其同意，然而於此，法官認為烏克蘭孕母之夫並未表示其同意。

委託夫妻主張，同法第 28 條第二項「孕母之丈夫為子女之父親」之規定不適用於國外，即委託之夫為子女的父親，故其聲請親權令不需孕母之夫同意。若將孕母之丈夫視為子女之父親，因同法第 28 條第三項之規定，若孕母為單身女性，委託之夫則為子女法律上之父親，如此一來，將使委託人傾向尋找單身女性代孕，因委託之夫理所當然即為子女之父親。此將使未婚之代理孕母處於更弱勢、更易被剝削之處境，且單身女性更有可能為了金錢而擔任代理孕母。另外，孕母之丈夫不需負任何責任，極有可能濫用其身分，例如藉此要求提高代孕給付等。

臨時監護人則認為，基於立法目的，國會有將孕母的丈夫同意納入代孕協議中，此目的並不因孕母的丈夫為外國人而不同。法官認同此看法，肯認烏克蘭孕母之丈夫必須表示其同意，委託之夫才能聲請親權令。

(二) 代孕之對價給付是否合理？

同法第 30 條第七項規定：「法院必須確信：該夫妻除合理的必要費用外，未付出或接受任何金錢或其他利益，作為下列事項之對價：(a) 命令之作成、(b) 第五項之同意、(c) 子女之交付於該夫妻、(d) 為了作成命令所達成之任何協議。」

英國委託夫妻總共給付烏克蘭夫妻 25,000 歐元，遠高於合理必要之費用(expenses reasonably incurred)，法院於此提出兩個難題：「合理的必要費用」本身即難以認定；就算其超越合理必要費用，法院能否或應否認可該給付？法官同意另一案中 Wall J 法官的意見，法院可事後批准該給付。([2002] 1FLR 909; [1987] 3WLR 31; [1996] 1FLR 369.)

雖然英國嚴格地立法規定商業性代孕無效，但法院於此採納 Adoption and Children Act 2002 中所強調之「孩童利益」，在考量到子女的最佳利益時，僵硬的法律必須有所軟化，以「孩童利益」為作成親權令的基準。故法院確信委託夫妻承諾子女將為家庭成員，並盡其可能去符合英國及烏克蘭法律，而無欺騙法院之意，且真心對待代理孕母，個案認定委託夫妻之給付為「合理的必要費用」，使該雙胞胎免於流落孤兒院。Hedley 法官亦提出其個人看法：許多機構所提供的花費標準可供參考，但委託夫妻更須謹慎考量其實際處境。

法院最終認可委託夫妻給付代理孕母的價額為合理花費，並考量子女的最佳利益作成親權令，使該子女為委託夫妻之法律上子女，為皆大歡喜之結局。但此案也顯露出英國立法政策所面臨的問題，以下將加以討論。

由於英國境內卵子捐贈者減少及對於商業仲介代孕的限制，越來越難尋找利他的孕母，與本案夫妻一樣，尋求海外代孕的英國夫妻逐漸增加，在全球化的今日，英國對代理孕母的中庸立場越來越站不住腳，許多國外的代孕機構積極地推銷其服務，必須有更詳盡的資訊協助不孕夫妻了解事情的全貌。就短期來看，不孕夫妻在尋求海外代孕時常面臨下列問題：首先，目前代孕機構所提供的資訊龐雜，可能誤導尋求代理孕母的夫妻；第二，不同國家法律上潛在的衝突，當事人於事前無法預見；第三，基於英國法律上對人工生殖子女的父母親認定，也可能產生移民問題，即由國外代理孕母所生之子女將無法入境，而委託夫妻亦無法移轉其權利於該子女；第四，依 2008 年修正的人類生殖與胚胎研究法第 54 條，將可聲請親權令之範圍擴及未婚人士及同性情侶，委託人對子女的親權將更難以確保；最後，即便克服所有的問題，委託人與海外代孕夫妻必須有堅定的承諾，以免代理孕母濫用其對於委託人聲請親權令的絕對否決權。

本案考量立法政策後，以孩童利益作為最終決定的依據，然而法院仍須依案件作個案判斷。長遠來看，由立法改革尋求解決之道的呼聲不斷 (Natalie

Gamble, 2009)，但 2008 年的法案修正並未將此納入，英國二十年來在代孕議題上一直維持著巧妙的平衡，將來必須更仔細考慮關於國籍、對商業型態的控管、同意法則、合法父母的判斷及對單身孕母的剝削等問題，以法律作更完善的規範。

一〇 參考資料

- 中文學位論文
李淑玲，《代理孕母之倫理分析：代孕契約可行性探討》，中央大學哲學研究所碩士論文，2006 年 7 月。

林旭暉，從人工生殖法檢視人工生殖子女之法律地位，銘傳大學法律系碩士班碩士論文，2008 年 6 月。

陽佳君，論代理孕母所生子女之法律地位，成功大學法律研究所碩士論文，2003 年 6 月。

陳鳳珠，代孕契約法律關係之研究，成功大學法律學研究所碩士論文，2003 年 6 月。
- 中文期刊
潘榮華、楊芳，「英國”代孕”合法化二十年歷史回顧」，*醫學與哲學：人文社會醫學版*，第 27 卷第 11 期，頁 49（2006）。
- 英文期刊
Alicia Ouellette, Arthur Caplan & Glenn McGee, *Lessons Across the Pond: Assisted Reproductive Technology in the United Kingdom and the United States*. 31 Am. J. L. and Med., 435 (2005).

Arthur Serratelli, *Surrogate Motherhood Contracts: Should the British or Canadian Model Fill the U.S. Legislative Vacuum?* 26 GW J. Int'l L. & Econ., 633, 649 (1993).

Baroness Ruth Deech, *Playing God: Who Should Regulate Embryo Research?* 32 Brooklyn J. Int'l L., 321, 334 (2007).

Baslington, H., *The social organization of surrogacy: relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process*. *Journal of Health*

Psychology 7, 57–71 (2002).

Benshushan, A. and Schenker, J.G., *Legitimizing surrogacy in Israel*. Hum. Reprod., 12, 1832-1834 (1997).

Blyth, E., "I wanted to be interesting. I wanted to be able to say 'I've done something interesting with my life'": Interviews with surrogatemothers in Britain. J. Reprod. Infant Psychol. 12, 189-198(1994).

Blyth, E., 'Not a primrose path': commissioning parents' experiences of surrogacy arrangements in Britain. J. Reprod. Infant Psych., 13, 185-196 (1995).

British Medical Journal, The Warnock Committee, 289 Br Med J (Clin Res Ed), 238 (1984).

Brazier M, Golombok S and Campbell A, *Surrogacy: Review for health ministers of current arrangements for payments and regulation*. Hum Reprod Update 3, 623–628 (1997).

Brazier, M., Campbell, A. and Golombok, S. *Surrogacy: Review for health ministers of current arrangements for payments and regulation*. No. CM 4068, Department of Health, London (1998).

B.R. Sharma, *Forensic considerations of surrogacy- an overview*. J Clin Forensic Med 13, at 82 (2006).

Casey P, Readings J, Blake L, Jadv V, Golombok S. *Child development and parent-child relationships in surrogacy, egg donation and donor insemination families at age 7*. Paper presented at the 24th Annual Meeting of the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE), July 2008: Barcelona, Spain.

Ciccarelli, J. C., & Beckman, L. J., *Navigating rough waters: an overview of psychological aspects of surrogacy*. Journal of Social Issues 61, 21–43 (2005).

Daniels, K. and Taylor, K., *Secrecy and openness in donor insemination*. Politics Life Sci. 2, 155-70 (1993).

Elly Teman, *The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood*, Social Science & Medicine 67, 1104–1112 (2008).

Golombok S, Murray C, Jadvá V, MacCallum F and Lycett E, *Families created through a surrogacy arrangement: parent-child relationships in the first year of life*. Dev Psychol 40,400–411 (2004).

Golombok S, Jadvá V, Lycett E, Murray C and MacCallum F, *Families created by gamete donation: follow-up at age 2*. Hum Reprod 20, 286–293 (2005).

Golombok S, Murray C, Jadvá V, Lycett E, MacCallum F and Rust J, *Non-genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent–child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3*. Hum Reprod 21, 1918–1924 (2006).

Ian McCallister, *Modern Reproductive Technology and the Law: Surrogacy Contracts in the United States and England*, 20 Suffolk Transnat'l L. Rev., 303, 311 (1996).

Jadvá V, Murray C, Lycett E, MacCallum F and Golombok S., *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers.*, Hum Reprod 18, 2196-204 (2003).

Lee Kuo, *Lessons Learned from Great Britain's Human Fertilization and Embryology Act: Should the United States Regulate the Fate of Unused Frozen Embryos?* 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J., 1027, 1036 (1997).

Lori P. Knowles, *Science Policy and the Law: Reproductive and Therapeutic cloning*, 4 N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y 13, 20-21 (2000).

MacCallum F, Lycett E, Murray C, Jadvá V and Golombok S, *Surrogacy: the experience of commissioning couples*. Hum Reprod 18(6), 1334-42 (2003).

McWhinnie, A., *Gamete donation and anonymity. Should offspring from donated gametes continue to be denied knowledge of their origins and antecedents?* Hum Reprod 16, 807-817(2001).

Mindy Ann Baggish, *Surrogate Parenting: What We Can Learn from Our British Counterparts*, 39 Case W. Res., 217, 227 - 256-257 (1989).

Natalie Gamble, *Crossing the line: the legal and ethical problems of foreign surrogacy*, 19 Reprod Biomed Online 151, 151-2 (2009).

Parker , P.J., *Motivation of surrogate mothers: initial findings*, American Journal of Psychiatry 140, 117–118 (1983).

Robert L. Stenger, *the Law and Assisted Reproduction in the United Kingdom and United States*, 9 J.L. & Health, 135, 157 (1995).

Snowdon, C., *What makes a mother? Interviews with women involved in egg donation and surrogacy*. BIRTH 21, 77–84 (1994).

Turner, A.J. and Coyle, A., *What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy*. HumReprod 15, 2041-2051 (2000).

van den Akker, O., *Functions and responsibilities of organizations dealing with surrogate motherhood in the UK*, Human Fertility 1, 10-13 (1998).

van den Akker, O., *The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in the UK*. Hum Reprod 15, 1849-1855 (2000).

van den Akker, O., *Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy*, Journal of Reproductive and Infant Psychology 21, 145 – 161 (2003).

- 書籍

British Medical Association (1996) *Changing conceptions of motherhood. The practice of surrogacy in Britain*. British Medical Association, London.

Baran, A. and Pannor, R. (1993) *Lethal Secrets*. Amistad, New York, USA.

Howe, D. and Feast, J. (2000) *Adoption, search and reunion*. The Children's Society, London, UK.

Ragone, H. (1994) *Surrogate Motherhood: Conception in the heart*. Westview Press, Oxford.

Ragone, H. (1998). *Incontestable motivations*. In: S. Franklin & H. Ragone (Eds) *Reproducing reproduction: kinship, power and technological innovation*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Ragone, H. (1999) *The gift of life. Surrogate motherhood, gamete donation, and constructions of altruism*. In: L. Layne (Ed.) *Transformative motherhood: on giving and getting in a consumer culture* (pp. 65–88). New York: New York University Press.

Taub, N. (1992) The surrogacy controversy: making and remaking the family. In: D.Nelkin (Ed.) Controversy: politics of technical decisions, 3rd edn, Focus editions vol. 8 (pp. 45–56). Newbury Park: Sage Inc.

- 官方報告

UK Department of Health a, Review of the Human Fertilisation and Embryology Act: proposals for revised legislation (including establishment of the Regulatory Authority for Tissue and Embryos), p1, 2006.

UK Department of Health b, Consultation on a review of Parental Order Regulations, 2009. available at http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/documents/digitalasset/dh_104797.pdf

HFEAa, Human Fertilisation and Embryology Authority (UK), 16th HFEA Annual Report and Accounts 2006/07, p6, available at http://www.hfea.gov.uk/docs/HFEA_Annual_Report-16th.pdf

HFEAb, Human Fertilisation and Embryology Authority (UK), Code of Practice, 7th Edition, London (2007), available at <http://www.hfea.gov.uk/docs/CodeOfPracticeold.pdf>

HFEAc, Human Fertilisation and Embryology Authority (UK), 11th HFEA Annual Report and Accounts 2002, (2002), p7, available at <http://www.hfea.gov.uk/docs/Annual-Report-11th-2002.pdf>

HFEAd, Human Fertilisation and Embryology Authority (UK), 13th HFEA Annual Report and Accounts 2003/04, (2004), p9, available at http://www.hfea.gov.uk/docs/Annual_report-13th-2003-04.pdf

- 判決

Re C (A Minor) (Ward: Surrogacy), also known as: Re A Baby, [1985] Fam Law 191, (1985) 135 NLJ 106;

Re: X & Y (Foreign Surrogacy), [2008] EWHC (Fam) 3030. Official transcript.

[2002] 1FLR 909

[1987] 3WLR 31

[1996] 1FLR 369

- 法條與政府網站

Human Fertilisation and Embryology Act 2008, available at
http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Legislation/Actsandbills/DH_080211

HFEA 2008 法條解釋， Explanatory Notes a, available at
http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/en/ukpgaen_20080022_en_4#cpt3-pb1-11g59_IDA3QF1B

HFEA 2008 法條解釋， Explanatory Notes b, available at
http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/en/ukpgaen_20080022_en_3#cpt2-pb9-11g54_IDAQHE1B

HFEA 2008 法條解釋， Explanatory Notes c, available at
http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/en/ukpgaen_20080022_en_3#cpt2-pb1-11g33_IDA4ZD1B

Children and Family Court Advisory and Support Service(CAFCASS),
http://www.cafcass.gov.uk/the_law_about_children/contact_and_residence.aspx

The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) (Consequential, Transitional and Saving Provisions) Order 2010, available at
<http://www.familylaw.co.uk/articles/the-human-fertilisation-and-embryology-parental-orders-consequential-transitional-and-saving-provisions-order-2010>

Human Fertilisation and Embryology (Disclosure of Information) Act 1992 ,
available at http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1992/Ukpga_19920054_en_1.htm
(last visited 2010/8/9)

HFEA website: <http://guide.hfea.gov.uk/guide/> (last visited 2010/8/09)

- 網站

COTS a, <http://www.surrogacy.org.uk/support1.htm> (last visited at 2010/8/10)

COTS b, <http://www.surrogacy.org.uk/ip-info.htm> (last visited at 2010/8/10)

COTS c, Memorandum of Agreement relating to Surrogacy Agreements , 係由 COTS<info@surrogacy.org.uk>於 2002/12/03 提供。

Surrogacy UK a, <http://www.surrogacyuk.org/whatissurrogacyc.html> (last visited at 2010/8/10)

Surrogacy UK b, <http://www.surrogacyuk.org/whoareweb.html> (last visited at 2010/8/10)

British Association for Adoption & Fostering(BAAF),
<http://www.baaf.org.uk/info/firstq/adoption.shtml> (last visited at 2010/8/10)

Gamble and Ghevaert LLP,
<http://www.gambleandghevaert.com/page/surogacy/22/> (last visited at 2010/8/10)

- 新聞

Helen Weathers, Now I realise how hopelessly naïve I was to become Britain's first surrogate mother, admits Kim Cotton, Dailymail (2008), available at <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-514230/Now-I-realise-hopelessly-naive-I-Britains-surrogate-mother-admits-Kim-Cotton.html> (last visited 2010/8/20)

BBC, Fostering and Adoption, available at http://www.bbc.co.uk/parenting/fostering_and_adoption/adopt.shtml (last visited 2010/8/20)

澳洲

基本資料

許可或禁止之立場

允許非商業代孕，禁止商業性仲介代孕
僅准許借腹型代孕

委託夫妻之限制

委託夫妻與孕母間須訂有代孕協議、委託夫妻中至少一方與子女有基因上關連、委託夫妻居住於 ACT (ACT)；代孕者或委託人不得有性犯罪或暴力犯罪之記錄，或受有兒童保護令規範(Victoria)；

代孕者之限制

孕母須 25 歲以上、有一次活產記錄，且不得使用孕母之卵子進行受孕(Victoria)

相關法源

ACT's Parentage Act 2004(ACT), Assisted Reproductive Treatment Act 2008(Victoria), Surrogacy Act 2008(Western Australia), Surrogate Parenthood Act 1988, Surrogacy Contracts Act 1993(Tasmania), Statutes Amendment (Surrogacy) Act 2009(South Australia), Surrogacy Act 2010(Queensland), NHMRC guideline

主管機關

各州的衛生部門 (Department of Health)

仲介單位

禁止商業仲介

親權歸屬程序

準收養模式(孕母及其配偶為子女法律上之父母，委託夫妻須聲請親權令移轉親權)

特色

代孕契約須事前經行政機關核准(Victoria, Western Australia)
代孕協議不得強制執行，但承認已確定之給付如醫藥費(Victoria)
親權令作成之前，孕母可隨時反悔，保留子女的監護權；孕母有四周猶豫期(ACT)

一 總則

(一) 立法情形

澳洲由各級政府共同分擔管理—聯邦澳洲政府、六個州及兩個特區地的政府，六個州分別為新南威爾斯(New South Wales)、維多利亞(Victoria)、昆士蘭(Queensland)、南澳洲(South Australia)、西澳洲(Western Australia)和塔斯馬尼亞(Tasmania)，另有北特區(Northern Territory)與澳洲首都特區(The Australian Capital Territory，簡稱ACT)，ACT位於新南威爾斯州中，為首都坎培拉的所在地。上述各行政區對於代理孕母皆有各自的規範，但基本上皆禁止商業性的仲介代孕，而純粹利他的代孕行為則因各州規定有所差異，以下介紹澳洲各州對代理孕母的基本立場(Joint Working Group, 2009)：

1. **澳洲首都特區**：在「澳洲首都特區2004年親子法」(ACT's Parentage Act 2004) (附錄第4頁)中，允許純粹利他的非商業性代孕，並准許移轉子女親權予委託夫婦。該法稱代孕協議為「替代父母協議」(substitute parent agreement)，明訂禁止商業性替代父母協議(commercial substitute parent agreements prohibited)，任何參與商業仲介之第三者及提供技術協助懷孕者，將被處以刑罰。
2. **維多利亞州**：該州於2008年通過「人工生殖治療法」(Assisted Reproductive Treatment Act 2008) (附錄第19頁)，並於2010年一月一日起生效，法案中准許在符合條件的情況下，該州已登記的人工生殖機構得以「非商業性代孕協議」作為不孕治療的選擇。該州州法院及最高法院可作成「替代親權令」(substitute parentage order)，將代孕子女的親權，由代理孕母移轉至委託夫婦。該州的不孕治療法(Infertility Treatment Act 1995)亦禁止商業性代孕，且代孕契約不得強制執行。
3. **西澳洲**：立有「代理孕母法」(Surrogacy Act 2008) (附錄第33頁)准許非商業性代孕，並透過親權令將親權移轉於委託夫妻。
4. **新南威爾斯與北特區**：依循澳洲國家健康暨醫藥研究委員會(National Health and Medical Research Council, NHMRC)所訂綱領(附錄第58頁)，而非以法律規範。此綱領禁止商業性代孕，僅准許人工生殖機構提供純利他的代孕協助。生殖診所必須確保代孕雙方皆瞭解代孕協議可能造成的道德、社會及法律衝擊，並接受諮詢，深入考量雙方及未來子女的心理狀態，經過當事人謹慎評估後，生殖診所才能促成代孕協議。新南威爾斯州目前已著手訂立人工生殖的相關法規，禁止商業性代孕及仲介協議，亦認代孕協議無效。

5. **昆士蘭**：昆士蘭的人工生殖機構亦受 NHMRC 人工生殖綱領規範，而該州之「代孕親子關係法」(Surrogate Parenthood Act 1988)則規定所有的代孕協議皆違法，包括商業性及非商業性代孕，違反者將受到最高三年或一萬元澳幣的刑罰。由於昆士蘭是澳洲唯一禁止非商業性代孕的州，該州議會在 2010 年 2 月 10 日經過多方辯論後，已決定將非商業性代孕合法化，廢棄代孕親子關係法，並通過代孕法(Surrogacy Act 2010) (附錄 83 頁)，目前正在研擬相關配套措施。
6. **塔斯馬尼亞及南澳洲**：塔斯馬尼亞的代孕契約法(Surrogacy Contracts Act 1993) (附錄 80 頁) 及南澳洲的家庭關係法(Family Relationships Act 1975) (附錄 62 頁)皆禁止商業性代孕，且認代孕契約於法無效，南澳洲更於 2009 年增訂 Statutes Amendment (Surrogacy) Act 2009 (附錄 66 頁)，補充 1975 年家庭關係法的不足。

(二) 許可或禁止之立場

澳洲目前准許非商業性代孕，禁止商業性的仲介代孕。對於代孕有諸多爭議，贊成者認為：基於個人自主性，只要雙方間的協議不侵害他人權益，委託夫妻得委託代理孕母進行代孕，若能嚴謹立法並執行，即可妥善保護代理孕母與代孕子女的權益。

反對者則基於兒童最佳利益，並顧及代理孕母的權利與情感，對於代理孕母此議題有許多法律、道德與倫理上的質疑，包括：若代理孕母或委託夫妻改變心意該如何？代理孕母若流產或懷有多胞胎？若子女有嚴重缺陷？子女應有的權利為何？是否應包含報償？在代理孕母產下子女，而交予委託夫妻時，亦有後續問題，如父母之權利、監護人、監護權及如何使用、扶養費與經濟來源等等。(Surrogacy - the issues, 2010)

一篇由 Southern Cross Bioethics Institute 提出的報告，列出了對開放代孕的疑慮(SCBI, 2008)。在孕母的告之後同意部分，該協會對於可能做為代理孕母的親戚或朋友，是否能充分瞭解所有心理與健康風險，並做出明確地告知後同意 (informed consent)有所懷疑。另一方面，代孕子女若有缺陷可能導致委託夫妻違約 (Singer and Wells, 1984; Law Reform Commission, 1988)，孕母可選擇是否墮胎，但這又涉及更深入的倫理議題。醫療技術本身亦有風險，全世界的多胞胎案例有 50%是 ART 導致 (Gurgan T and Demiroglu A, 2007)，而多胎妊娠早產的風險極高 (Sanghavi D, 2007)。除此之外，懷孕本身即是一個風險，英國每日郵報曾報導一個案例，一名 29 歲的孕母因產後高血壓導致主動脈破裂，在

生下代孕子女後 90 分鐘死亡(Daily Mail, 2005)。對此，代孕機構必須提供充分的資訊與協商。

代孕的心理諮詢其中一項為有意識地降低對於代孕子女的妊娠母性 (gestational maternity)，以利之後與子女分離，此亦稱為「降低認知失調 (cognitive dissonance reduction)」，但 Southern Cross Bioethics Institute 認為，孕母為了降低與代孕子女分離時精神上的痛苦，為了讓自己更客觀而傾向於將自己物化(think of herself as an object)，如此可能將問題埋得更深，日後造成更嚴重的心理傷害 (SCBI, 2008)。

(三) 公益團體或私人仲介機構之規範

依據澳洲國家健康暨醫藥研究委員會(NHMRC)頒訂之綱領(Ethical guidelines on the use of assisted reproductive technology in clinical practice and research) (附錄 2 頁)，不允許任何透過代孕獲取商業利益之行爲，診所亦不得藉此牟利。

就非商業性的代孕而言，澳洲之代孕需由登記有案之生殖診所進行手術，診所必須確保代孕雙方皆瞭解代孕協議之相關道德、社會與法律議題，並接受諮詢，考慮過雙方及未來子女將面對之社會與精神衝擊，經過當事人謹慎評估後，生殖診所才能促成代孕協議。診所不得廣告提供或協助代孕協議，亦不得對此收取費用。

二 代孕生殖之條件

由於越來越多澳洲不孕夫婦尋求代理孕母作為治療方案，澳洲檢察署(Australian Attorneys-Generals)及健康照護與社區服務(Health and Community Services)正擬定一全國性法規模式，使委託夫妻直接基於「生父母」的地位，成為代孕子女的法律上父母，此制度則以下列為宗旨：基於孩童最佳利益作成親權令(parentage order)；法律對人民私生活之侵犯須降至最低；法律須避免引起代理孕母與委託夫妻間的爭議。以下就澳洲各區的實施規定加以介紹(Joint Working Group, 2009)：

(一) 澳洲首都特區(ACT)

代理孕母及其配偶為子女法律上父母，委託人須在子女出生後六週至六個月內，向最高法院(Supreme Court)聲請親權令(parentage order)，法院基於子女最佳利益，且孕母亦自由地、全面地瞭解並同意之下，還須考量委託人與孕母皆受過獨立諮商單位的諮詢與評估，始得作成親權令，其效力等同於收養令。

ACT 立法禁止商業仲介代孕，違反者處以刑事處罰，僅允許非商業性代孕，並限縮於極小的範圍內(附錄 4 頁)：

1. 該子女須於 ACT 區域內經人工生殖受孕；
2. 孕母及其配偶皆不得與子女有基因上關連，意即僅准許借腹型代孕；
3. 委託夫妻與孕母間須訂有代孕協議(substitute parent agreement)；
4. 委託夫妻中至少一方與子女有基因上關連；
5. 委託夫妻居住於 ACT。

ACT 立法偏向保護孕母，在親權令作成之前，孕母可隨時反悔，保留子女的監護權。現行的 Parentage Act 2004 係系統整之前的 the Substitute Parentage Act 1994、the Artificial Conception Act 及 the Birth Act 1988，整合為一部關於親權認定與家庭組成的法規，並修正關於性別與感情關係的歧視，使同性伴侶亦可藉由相同程序取得親權令。

(二) 維多利亞(Victoria)

2008 年通過之「人工生殖治療法」(Assisted Reproductive Treatment Act 2008) (附錄 19 頁)之立法重點包括：

1. 依然禁止商業性代孕，非商業性代孕則受到縝密管制；
2. 若代理孕母或委託人曾有性犯罪或暴力犯罪之記錄，或受有兒童保護令規範，將推定不允許其進行代孕治療；
3. 對於上述之推定，將由患者審查委員會(Patient Review Panel)進一步審查其資格；
4. 孕母及委託人在接受維多利亞之人工生殖機構治療前，須進行全面諮詢，以確保雙方皆瞭解代孕協議所包含之風險與議題；
5. 代孕協議不得強制執行，但承認已確定之給付，如醫療與法律上花費；
6. 孕母須 25 歲以上、有一次活產記錄，且不得使用孕母之卵子進行受孕，符合上述規定後，患者審查委員會始准許該代孕協議；
7. 所有透過維多利亞已登記之人工生殖機構完成之代孕協議，必須由患者審查委員會核准；
8. 代理孕母及其配偶為子女法律上之父母，委託夫妻須聲請親權令移轉親權；
9. 維多利亞郡與最高法院考慮下列幾點後，得做成親權令：法院確信該親權令係基於子女最佳利益、孕母同意該親權令，若代孕協議非由已登記之人工生殖機構協助簽訂，必須接受進一步諮詢。

患者審查委員會(Patient Review Panel)是經由人工生殖治療法(Assisted Reproductive Treatment Act 2008) part 9(附錄 19 頁)授權成立之

委員會，隸屬於衛生部(Department of Health)，成員有五位，為法律、兒童福利、人工生殖諮詢、心理學、倫理與遺傳學等領域的專家，正副主席由 Governor in Council (執行該法之政務委員會)指定，該委員會負責審核與人工生殖相關的申請，主要任務包括：

1. 審查代孕協議；
2. 特定治療方式是否受阻礙；
3. 審查死後精卵及胚胎的使用；
4. 審查登記的人工生殖機構的治療方式是否有虐待或忽視人工生殖子女權益的可能；
5. 審查申請人是否符合人工生殖治療的條件；
6. 審查延長或丟棄精卵或胚胎儲存的申請。

審查委員作決定時，必須以未出生子女的利益為依歸，而委員會的決定將受維多利亞省民事與行政裁判所(Victorian Civil and Administrative Tribunal, VCAT)監督。(Patient Review Panel a)

(三) 西澳洲(Western Australia)

依據該州之「代理孕母法」(Surrogacy Act 2008) (附錄 33 頁)，委託人須為西澳洲之居民，且必須基於醫學上不孕始能尋求代理孕母，代孕協議須於代理孕母懷孕前作成，該法並規定成立生殖科技委員會(Reproductive Technology Council)，代孕協議須由該委員會認可，並對孕母的資格加以限制。生殖科技委員會(Reproductive Technology Council)，係依據西澳洲之人工生殖法(Human Reproductive Technology Act 1991) 第 14 條之授權設立，該委員會成員有十位，須由衛生部長任命，包括：

1. 一位澳洲皇家婦產科醫學院專科醫師 (the Royal Australian College of Obstetricians and Gynaecologists) ；
2. 一位澳洲醫學會代表 (the Australian Medical Association) ；
3. 一位西澳洲律師協會代表(the Law Society of Western Australia) ；
4. 三位與人工生殖法有利益關係者；
5. 一位來自兒童福利部門的負責人；
6. 三位為人工生殖科技、公共衛生與倫理專家。

該委員會主要負責：

1. 制訂人工生殖與精卵保存的施行準則(Code of Practice)，監督領有執照的人工生殖機構；

2. 提供衛生主管機關人工生殖實施的相關建議；
3. 領有執照的機構所執行之關於精卵的研究，必須經過該委員會核准；
4. 提供衛生部長人工生殖相關的建議；
5. 鼓勵並協助關於不孕政的研究，以及與人工生殖相關的社會議題研究促進關於人工生殖的大眾教育。

所有關於代理孕母牟利之行爲皆違法，但非以營利爲目的，僅要求合理花費者，則准許於此範圍內廣告或公開徵求代理孕母。非商業性代孕之目的係避免代理孕母藉此獲利，但亦不可令代理孕母自行負擔合理花費。代孕協議雖不得強制執行，但合理花費則不在此限（附件 AU-33 頁）。

該法亦規定代理孕母及其配偶爲子女法律上父母，並透過親權令將親權移轉於委託夫妻，親權令係由西澳洲家事法院(Family Court of Western Australia)作成，法院須以子女最佳利益爲首要考量，除非有例外情形，基本上推定由委託夫妻作爲子女之父母係基於子女最佳利益。委託夫妻須於子女出生後 28 日至六個月聲請親權令，亦使代理孕母有猶豫期。

僅下列事由得透過上訴西澳洲上訴法院(WA Court of Appeal)，聲請解除親權令：

1. 該解除須由州檢察長(Attorney General)、衛生部門主管(Director General of the Department of Health)，或兒童保護部門首席執行官(Chief Executive Officer of the Department for Child Protection)作成；
2. 子女成年(18歲)；
3. 發現該親權令是因詐欺、脅迫、或其他不正原因而作成。

在資訊近用權方面，子女、代理孕母及委託夫妻皆有權得知出生登記資料與聲請親權令之相關資訊。

(四) 新南威爾斯(New South Wales)

按該州之兒童法(Status of Children Act 1996) (附錄 58 頁)，孕母及其配偶爲子女法律上父母，若基於代孕協議而有親權歸屬之問題，則透過收養令或親權令，經家事法程序解決。由於代理孕母爲子女法律上母親，故認定其有照顧子女的責任，家事法院作成之親權令(parenting orders)包括居住令(residence order)、接觸令(contact order)及

其他特殊命令(specific issues order)，無法賦予委託人完整的親權；而只有在代理孕母同意下，委託人始得聲請收養令(adoption order)，取得該子女完整的親權，若代理孕母與委託人為親戚關係，則須待該子女五歲後始得進行領養程序。新南威爾斯國會於 2009 年曾對非商業性代孕之相關法規進行研究，並作成報告討論代孕相關立法建議，尋求更健全的規範。(Standing Committee on Law and Justice, 2009)

(五) 昆士蘭(Queensland)

該州 1988 年之代孕親子關係法(Surrogate Parenthood Act 1988)規定所有的代孕協議皆違法，昆士蘭居民於昆士蘭或其他地區簽訂代孕協議皆會受到刑事處罰。2008 年在經過八個月的研究後，非商業性代孕研究委員會(Investigation into Altruistic Surrogacy Committee)作成最終報告(Investigation into Altruistic Surrogacy Committee, 2008)，提供 26 項關於代孕管制的修法建議，最重要的一項為「將非商業性代孕去刑化」，由於昆士蘭是澳洲唯一禁止非商業性代孕的州，始終有改革聲浪要求將非商業性代孕去刑化，理由如下：

1. 研究顯示代孕行為不會對代理孕母或代孕子女造成傷害。英國研究指出代理孕母在接受代孕協議或與子女分離，並沒有精神問題或困難(Vasanti Jadva et al, 2003)，而澳洲維多利亞一項研究亦指出非商業性代孕之孕母有能力面對此經歷，而協議則強化契約雙方的關係(Gina Goble, 2005)。
2. 昆士蘭是澳洲唯一禁止非商業性代孕的州，與澳洲其他區域之規範不協調，就政策面而言，各州皆在檢討代理孕母的相關立法，使非商業性代孕協議之規範更趨近 ACT 模式時，昆士蘭之立場無疑是背道而馳，無法與其他州取得全澳洲一致的共識。(Catherine Brown, 2008)
3. 若非商業性代孕不去刑化，昆士蘭境內的 Torres Strait 島民可能因其收養傳統而遭受刑事處罰，即使其已受聯邦法規保護。Torres Strait 島民社群中，家族的定義不僅指血緣或婚姻關係，尚包含說著相同語言、居住在相同地區者，基於此種擴大的親族認定，故有「收養」的傳統，除了維持血脈外，可讓不孕夫妻獲得子女，強化家族連繫，並讓年老者得有人照顧陪伴，故懷胎生子須由整個家族來決定由誰扶養該子女，領養過程亦須秘密進行。基於尊重原住民之傳統文化，須對 Torres Strait 島民設制合理規範。(Investigation into Altruistic Surrogacy Committee, 2008)
4. 雖然昆士蘭禁止非商業性代孕，但實務上對於非商業性代孕協議的

起訴十分少見，即使起訴，法官基於同情，判刑亦相對輕微，可知將非商業性代孕置於刑事處罰範圍之內並非合理規範。(Catherine Brown , 2008)

基於上述各點，昆士蘭州議會在 2010 年 2 月 10 日經過多方辯論後，已決定將非商業性代孕合法化，通過代孕法(Surrogacy Act 2010) (附錄 83 頁)，目前正在研擬相關配套措施。

(六) 南澳洲(South Australia)

基於家庭關係法(Family Relationships Act 1975) (附錄 62 頁)，商業代孕係違法行爲，且代孕協議無效。另按人工生殖法(Reproductive Technology (Clinical Practices) Act 1988) (附錄 64 頁)，只有夫妻不孕或經由自然受孕可能將嚴重基因缺陷遺傳給子女時，得尋求人工生殖協助。南澳洲於 2009 年 11 月增訂 Statutes Amendment (Surrogacy) Act 2009(附錄 66 頁)，補充 Family Relationships Act 1975、Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996 以及 Assisted Reproductive Treatment Act 1988 的不足，對於代孕有更詳細規範。

(七) 塔斯馬尼亞(Tasmania)

按代孕契約法(Surrogacy Contracts Act 1993) (附錄 80 頁)，代孕契約皆無效且不得強制執行，而 2008 年塔斯馬尼亞立法委員會作成修法報告，建議對非商業性代孕協議進行監督，由家事法院作成親權令，而委託人聲請親權令之期間須爲子女出生後六週至六個月內。

三 行政機關審核代孕契約

以維多利亞州爲例：

(一) 事前審查代孕協議

按維多利亞之人工生殖治療法(Assisted Reproductive Treatment Act 2008)之規定，代孕協議須爲「利他」，孕母不得藉此牟利，但懷孕相關之費用可獲得補償；在作成代孕協議前，代孕雙方須通過犯罪記錄及兒童保護令之審查。代孕協議必須事先經由「患者審查委員」會核可，患者審查委員會收到委託夫妻與孕母之代孕申請表 (Application for surrogacy-commissioning parent/ surrogate mother)後，會舉行聽證，在聽證會結束後 14 日內，患者審查委員會將決定是否核准代孕協議，且需

闡述決定的理由。聲請人再將患者審查委員會之回覆送至生殖醫療機構以進行治療。

患者審查委員審查標準如下：

1. 委託夫妻須符合接受不孕治療之資格，如委託之妻無法受孕、懷孕或生產，或夫妻一方有基因異常或遺傳性疾病，經由自然生育顯有生育異常子女之虞；(該法第 10 條)
2. 不得使用孕母之卵進行受孕(僅允許借腹行代孕)；
3. 孕母已有一次懷孕且活產記錄；
4. 孕母須 25 歲以上；
5. 代孕雙方均接受輔導與法律諮詢；
6. 代孕雙方皆瞭解代孕協議對個人及法律上可能之後果；
7. 若協議並未如預期進行，代孕雙方亦對後果有所準備，例如委託夫妻改變心意不要代孕子女，或孕母不願放棄女之情況；
8. 代孕雙方在代孕過程中皆能作成告知後同意。(VARTA website; Patient Review Panel b)

(二) 聲請親權令

按維多利亞州之規定，孕母為代孕子女之生母，孕母之配偶即為子女之父親，並登記於出生證明上。

委託夫妻基於代孕協議，代孕子女係於維多利亞進行不孕治療之結果，且於聲請時委託夫妻居住於該州，並於子女出生 28 天後至 6 個月內，向最高或郡法院(Supreme or County Court)聲請親權令(substitute parentage order)，該命令將會命委託夫妻為代孕子女之法律上父母。

以下為法院作成親權令時之審查標準：

1. 基於子女最佳利益；
2. 代孕協議係於登記之生殖醫療機構協助簽訂，且該代孕協議已由患者審查委員會核准；
3. 聲請時該子女必須與委託夫妻同住；
4. 孕母未從代孕過程中獲得實質利益；
5. 孕母及其配偶皆同意該命令之做成。(VARTA website)

四 代孕子女之地位

非商業性代孕協議即便約定代理孕母須將子女親權移轉於委託夫妻，亦不得強制執行，即代理孕母若不願將小孩交予委託夫妻，則有權親自扶養該子女。依目前親權推定制度，代理孕母及其配偶視為子女法律上的父母，即使他們並無基因上的關連。代孕協議雖不能強制執行，但基於孩童最佳利益，法院仍可作成親權令，將親權交予委託夫妻。

對於代理孕母，澳洲各州正尋求一個全國性規範，一份由澳洲檢察署常務委員會、衛生部長會議與社區及傷殘服務部長會議，所共同提出的建議書中，主要依維多利亞、澳洲首都特區及西澳洲之規範為基礎，建議全國一致的修法方向。對於代孕子女之親權歸屬，建議透過親權令解決，其效力同收養令，委託人於親權令作成後即為子女法律上父母，排除代理孕母及其配偶之權利，並取得新的出生證明，將委託夫妻登記為父母。親權令之聲請須向州法院為之，若有任何關於子女監護權或親權之爭議，則由家事法院處理。(Joint Working Group, 2009)

法院基於子女最佳利益及福祉，自由心證作成親權令，非謂委託人得僅基於代孕契約即要求法院作成親權令。若委託人之代孕協議符合下列要件，則法院得按其聲請作成親權令：

1. 於子女出生後 28 日至六個月內聲請親權令，意即給予孕母四週之猶豫期間；
2. 孕母受孕前，雙方已經過完整諮詢；
3. 代孕協議乃雙方於受孕前作成；
4. 代理孕母自由且完全瞭解並同意親權令之作成；
5. 該子女現與委託夫妻共同居住生活；
6. 親權令係基於子女最佳利益。

按西澳洲之代理孕母法，孕母須為借腹型代孕(未提供卵子)，且委託夫妻中至少一方與子女有基因上關連時，法院得不考慮「親權令之作成需代理孕母同意」及「子女必須與委託夫妻同住」兩要件，作成親權令予委託夫妻，但必須基於子女最佳利益為之。當上述要件皆完備後，法院應推定將子女交於委託夫妻係符合子女最佳利益，而認委託夫妻為子女法律上父母。若有任何理由認為親權令無理由，則得舉反證推翻法院之推定，按西澳洲之代理孕母法，代孕協議須在孕母懷孕前通過生殖科技委員會的審核，法院之後始得作成親權令。親權令作成後，將發給新的出生登記，以委託夫妻為法律上父母，而原出生登記亦保留，於子女達特定年齡後，可取得上述二種出生登記。(Joint Working Group, 2009)

五 委託夫妻與代孕者之法律關係

(一) 代孕契約內容

澳洲之代孕契約內容有三大原則，首先不得有任何商業利益，委託人僅能給付孕母基於懷孕所生之合理花費，按維多利亞之規定，孕母不得透過代孕協議獲取任何利益，但協議中事前所約定之合理花費已實現者，則可強制執行。

其次，代孕雙方於簽訂協議前，應透過經核准之人工生殖提供者，與專家協商諮詢。協商之目的在於確保雙方完全瞭解代孕之風險，並於受孕前詳知相關資訊，而給予告知後同意。代孕協議之風險包括：孕母不願與子女分離、委託人反悔、基因檢查發現子女異常、子女出生後發現有缺陷、代理孕母於懷孕期間行為不符委託人要求，例如抽菸喝酒、懷孕引發之併發症、孕母流產或須終止妊娠、法院未如預期作成親權令等。

最後，代孕協議須於孕母受孕前簽訂。西澳洲規定代孕協議書作成書面，雙方並受獨立法律諮詢確認其效力；維多利亞則不限制書面協議，但代孕協議須經由新成立之「病患審查委員會」(Patient Review Panel) 審查，確認雙方已接受充分諮商與法律諮詢。代孕協議不屬法律契約，委託人不得以此作為起訴理由，違背孕母意願而要求移轉親權，若發現子女異常，委託人亦不得強迫孕母終止妊娠；反之，若委託人反悔不願照顧該子女，孕母亦不得以協議為由而控告委託人。(Joint Working Group, 2009)

六 代孕生殖實施相關之訴訟案例

由於澳洲禁止商業仲介代孕，故亦與英國之情況相同，面臨許多不孕夫妻至國外尋求代理孕母之情形，因地緣關係，較常去之國家有泰國與開放商業性代理孕母之印度，而澳洲為順應此情勢，於其駐泰國及印度之大使館，提供於泰國及印度所生之代孕子女申請澳洲公民資格之指引。詳見泰國與印度之部分。(Embassy website)

七 參考資料

- 英文文獻
Catherine Brown, The Queensland investigation into the decriminalization of altruistic surrogacy. *Queensland Lawyer* 29(2), 78-83 (2008).

Daily Mail, 2005, available at
<http://www.dailymail.co.uk/news/article-335871/Surrogate-mum-dies-giving-birth.html> (last visited 2010/8/16)

Gina Goble, Carrying Someone Else's Baby: A Qualitative Study of the Psychological and Social Experiences of Women who Undertake Gestational Surrogacy (2005) in Victorian Law Reform Commission, Assisted Reproductive Technology and Adoption, Final Report (2007), 161.

Gurgan T and Demiroglu A (2007) Unresolved issues regarding assisted reproduction technology. Reproductive Biomedicine Online. 14 Suppl 1:40-3.

Sanghavi D, IVF may cause higher infant death rates - More money may lead to worse health, says doctor. BioEdge 241 -- Wednesday, 21 March 2007.

Available at

<http://www.australasianbioethics.org/Newsletters/241-2007-03-21.html#ivf> (last visited 2010/8/16)

Singer and Wells (1984) The Reproduction Revolution: New Ways of Making Babies. Note 12, 118-119. Melbourne : Oxford University Press

Vasanti Jadva et al., Surrogacy: The Experiences of Surrogate Mothers, 18(10) Human Reproduction, 2196 (2003).

- 官方報告

Joint Working Group (Standing Committee of Attorneys-General, Australian Health Ministers' Conference, Community and Disability Services Ministers' Conference), A Proposal for A National Model To Harmonise Regulation of Surrogacy, 2009, available at
http://www.nt.gov.au/justice/policycoord/documents/polcoord_surrogacy_consultationpaper.pdf(last visited 2010/8/17)

Law Reform Commission (New South Wales), Discussion Paper 18 (1988) -Artificial Conception: Surrogate Motherhood (1988), available at
<http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/DP18CHP6> (Section 6) (last visited 2010/8/17)

Queensland, Investigation into Altruistic Surrogacy Committee, Investigation into the Decriminalisation and Regulation of Altruistic Surrogacy in Queensland, Final Report, (The Hon Linda Lavarch, Chair), tabled 8 October 2008, available at

<http://www.parliament.qld.gov.au/view/committees/documents/SURROGACY/Report.pdf>(last visited 2010/8/17)

Southern Cross Bioethics Institute (SCBI), Submission To: The Investigation into Altruistic Surrogacy Committee (2008), available at

<http://www.bioethics.org.au/Resources/Submissions/QLD%20Surrogacy%20Submission.pdf> (last visited 2010/8/17)

Standing Committee on Law and Justice, Final Report-Legislation on altruistic surrogacy in NSW, 2009, available at

<http://www.parliament.nsw.gov.au/Prod/parlment/committee.nsf/0/6468D3AF7B117A6CCA2575C3000883D6>(last visited 2010/8/17)

Surrogacy- the issues(Victoria), available at

http://www.betterhealth.vic.gov.au/bhcv2/bhcarticles.nsf/pages/Surrogacy_the_issues(last visited 2010/8/17)

- 法規與綱領

Ethical guidelines on the use of assisted reproductive technology in clinical practice and research, available at

<http://www.nhmrc.gov.au/publications/synopses/e78syn.htm>(last visited 2010/8/17)

- 網站

澳洲駐印度大使館，http://www.india.embassy.gov.au/ndli/vm_surrogacy.html (last visited 2010/8/16)

澳洲駐泰國大使館，

http://www.thailand.embassy.gov.au/bkok/visa_surrogacy.html (last visited 2010/8/16)

Patient Review Panel a, <http://www.health.vic.gov.au/prp/about.htm> (last visited 2010/8/16)

Patient Review Panelb, <http://www.health.vic.gov.au/prp/application.htm> (last visited 2010/9/16)

維多利亞人工生殖管制局 (Victorian Assisted Reproductive Treatment Authority, VARTA),
<http://www.varta.org.au/are-you-thinking-about-surrogacy/w1/i1003324/> (last visited 2010/9/17)

加拿大

基本資料

許可或禁止之立場

僅允許非商業性的代孕行為；
基因型與借腹型代孕均可實施；
生殖細胞可接受捐贈。

委託夫妻之限制

沒有特殊限制。

代孕者之限制

代孕者應年滿 21 歲。

相關法源

Assisted Human Reproduction Act (2004).
Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations (2007).

主管機關

Assisted Human Reproduction Agency of Canada，為一獨立機關，但隸屬衛生機關首長之管轄。

仲介單位

完全禁止仲介，也不允許商業性（有償）的廣告。

親權歸屬程序

法律並無相關規定，法院態度也不甚明確。

特色

對生殖細胞使用的限制較多；
法律並未直接涉及代孕行為的核心，例如契約效力及親權判斷問題；
雖規定有代孕執照的醫療機構才能施術，但截至 2007 年仍未發出任何執照(Reily)。

一 總則

(一) 立法沿革

(1) 皇家新型生育技術委員會最終報告

在這個課題上的立法嘗試，始於 1993 年皇家新型生育技術委員會（Royal Commission on New Reproductive Technologies）發表的「步步為營：皇家新型生育技術委員會最終報告」（Proceed with Care: the Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies）。此委員會由五位政府所指派的委員所領導，目的則是評估當今與未來生殖科技發展趨勢，對於社會、倫理、健康、研究、法律及經濟等層面有何影響。基於前述關於代孕行為的擔憂（特別是女性與孩童的商品化、將女性客體化為生育工具，以及代理孕母被其家庭或委託人剝削的潛在可能），報告中建議全面禁止的代孕行為。

在 2004 年通過 Assisted Human Reproduction Act 以前，曾歷經了冗長且充滿挑戰的三次提案，前後並歷經 10 年，顯示加拿大人民在輔助生育技術（assisted reproductive technology，以下簡稱 ART）的立法管制上並沒有明顯的主流意見。

第一次提案（C-47）的內容雖禁止特定行為，但無意將較不具爭議、又可透過立法監督下 ART 加以合法化；這份提案在 1997 年舉行聯邦選舉時由議程表上消失。2001 年時，常設健康理事會（Standing Committee on Health）蒐集民間意見並舉行聽證會，最終並提交了一份報告，提出許多建議並要求優先針對代孕管制進行立法。因應而生的關於人類輔助生育的法案（An Act Respecting Assisted Human Reproduction）雖於 37 屆國會的第二會期被提出，但最終同樣由議程表上消失；然而，第三個會期重新以 C-6 提出關於人類輔助生育與其相關研究的法案（An Act Respecting Assisted Human Reproduction and related research）並於 2004 年 2 月 11 號經下議院通過、3 月 29 日經皇室御準。

(2) Assisted Human Reproduction Act (AHRA)

最終成為 AHRA 的最後一個提案，其形成過程與首次 C-47 提案的產生有著重大差異。首次提案中倉促立下的禁止規定，並未妥善考慮 ART 所帶來的好處，因而招致日漸升高的反對聲浪；意識到這些批評下，立法者在起草 C-6 法案時廣泛地將草案流通，並諮

詢包括學術人士、牧師、政府官員、生物倫理研究者、女性主義者、代理孕母及實際參與 ART 發展與研究等人士。

在二〇〇四年三月二十九日，加拿大政府公布ANRA，使人工生殖行為之規定生效，該法所有禁令第五到九節(除了第八節)至在二〇〇四年四月二十二日生效。而有關控制活動方面第十至十三節(除了第十二節)，並且第七十一節在禁令相同之時間生效。以下本文介紹該法主要之內容。

即使加拿大國會在C-47案的前言中，表達了對「生殖與基因技術，在人性尊嚴、人類健康與安全方面所帶來的威脅與風險，及所產生嚴重社會倫理問題」的「嚴重關切」，本法的前言顯示，立法者已將ART視為對個人、家庭與社會有益的技術。

此外，依據本法第21節、以「負責倫理問題之適用」為目的之一所設立的Assisted Human Reproduction Agency of Canada，顯示立法者已近一步認識到科技急速發展、社會大眾面對此議題的爭議、以及觀念快速變遷的現實，因而在此方面的管制需要更多彈性空間。即便是接受了科技創新的腳步與相對應的衍生觀點，立法者禁止特定ART的決心並未動搖，特別是針對商業性(有償)的代孕行為。

第五節(1)(A)段落禁止為任何目的創造複製人，而有關代孕者資格則規定在第六節；依據第三節之定義，代孕者係指「透過輔助生殖技術懷有生殖細胞捐贈者或他人胎兒，並在其出生後放棄對該胎兒親權之女性」。

第六節(1)、(2)、(3)規定禁止商業廣告及商業仲介，(4)對於代孕者之年齡限制最低為二十一歲，(5)規定原則上不影響目前各省通過允許代理孕母之法律，不影響代孕契約之有效性；而代孕契約之有效，執行是省法律之問題。第七部份亦禁止生殖細胞的商業行為並禁止使用他人之生殖細胞進行人工生殖；第九部份規定除非生殖細胞是為保存獲得，或有合理理由之外，禁止使用十八歲以下人之生殖細胞。第十、十一節規定所有人工生殖都必須經過委員會同意；第七十一節規定當本法實施後，於生效前一年內之所有人工生殖活動皆須經由本法委員會之審核方得繼續實施。

(二) 許可或禁止之立場，贊成或禁止之理由

在 AHRA 中，加拿大選擇明文禁止商業性(有償)代孕，對非商業性(無償)代孕則未置一詞。2004年 AHRA 立法之前，加拿大聯邦層級也不曾通過其他管制代孕的法案。

該法中許多規範，似乎是對 1993 年反對代孕報告的回應。以下是加拿大選擇禁止將代孕行為商業化的緣由：

- ◆ 道德因素
 - 天主教信仰
 - 母親角色與責任定位
- ◆ 經濟及社會因素
 - 女性商品化
 - 利用女性生育能力的剝削
 - 孩童商品化

(三) 實施規定與流程

只要不接受超過其支出費用的金錢補償，加拿大的婦女皆可合法地成為代孕者；由於法律並不允許成立仲介機構，因此多數委託人的資訊皆由各類網站自行取得。想要得到一個成功的結果，必須謹慎地遵守相關規定；因此，諮詢提供相關服務的律師不失為一個了解法規的好方式。醫學及心理測驗則可以確認，自己在身心方面是否能成為稱職的代理者。

一份網路文件建議流程如下：

第一步

檢視各種成為代孕者所需具備的條件。加拿大醫學學會（Canadian Medical Association）建議婦女在從事代孕之前，最好有生育的經驗；另外，法律則要求代理孕母年滿 21 歲以上。多數代孕者也擁有來自其丈夫或子女們的人際網路支持。

第二步

深入研究代孕行為的法律規範。閱讀加拿大國會網站上 AHRA 的內容。代孕者「不得」接受來自委託人的對價，但仍得請求償還相關費用支出，例如維他命、懷孕治裝與法律上的費用。建議尋找一位可以為你分析代理孕母法律上權利、及償還費用許可取得方式的律師（AHRA 規定請求償還費用前，應先取得許可）。

第三步

與生育專家會面並了解需面對的醫療過程；多數人會接受黃體素注射或其他有助於提升生育率的治療。除此之外，應討論包括胚胎植入與人工受精等問題，並考慮非理想中的結果，如多胞胎、流產或懷孕及生產過程中所遭遇的困難。

第四步

由家庭醫師和婦產科醫師進行全面身體檢查，確認狀況是否適合從事代孕。

第五步

由心理醫師進行完整的心理評估，告知醫師進行代孕的意願，並詢問是否合適。邀請同住的家人參加聚會，並討論他們對你成為代孕者的感受及看法。

第六步

在尋找委託夫妻之前，先決定自己要進行何種方式的代孕、可以接受哪些醫療過程、以及是否願意為他人懷「跟自己有血緣關係」的小孩。選擇借腹型代孕時，子女與自己並沒有血緣關係；但假若進行基因型代孕，則子女就會跟自己有血緣關係。

第七步

著手尋找委託夫妻。由於加拿大禁止代理孕母仲介行為，故有意願的代理孕母大多在網站上張貼廣告，但不得有收受對價的內容；除了張貼自己的廣告以外，也可以主動回覆委託人的訊息。

第八步

與委託夫妻親自見面，了解他們的背景、健康及病史（health history）、生育的難題及對代理孕母的期待，同時分享自己的看法。討論委託人在懷孕及生產中應扮演什麼角色，例如自己希望得到何種情緒上的支持，或生產時是否得在場。

第九步

完成代理孕母相關法律程序。一旦找到合適的委託夫妻，可考慮由律師執筆簽訂代理孕母契約。契約只有在「知情且同意」的狀況下才會生效，在「完全了解內容涵意之前，千萬不要輕易同意簽訂契約」。

第一〇步

計算並保留所有得償還費用的紀錄，以便日後請求。產後應調理身體並定時接受婦產科檢查，有需要時亦應諮詢心理醫師。

二 代孕生殖之條件

現有法律允許非商業性（無償）的代孕行為；因此代理孕母在加拿大是合法的，但前提是不得有收受報酬或牟利的行為，無論採行基因型或借腹型方式。

該法規定下列犯罪行為：

- (一) 給付或邀約給付使婦女擔任代理任母；
- (二) 給付或邀約給付使人為代孕仲介服務；

- (三) 以報酬徵求代理孕母或仲介服務；
- (四) 協助21歲以下之人成為代理孕母、或為其提供諮詢；
- (五) 孕母懷孕期間支出費用的償還已受管制，必須先依照法律授權行政機關制定（尚未公布）的規則取得許可（license）。

AHRA明文禁止以代理孕母做商業營利的行為，而協助他人尋找代孕人選的機構或個人將被處以罰金或徒刑：該法第6與60二節規定，安排商業代孕行為的機構或個人者，最高可處10年以下有期徒刑，得併科50萬元加幣（約合台幣1500萬元）罰金。由於孕母並非刑罰權行使對象，立法應是針對由仲介代孕行為獲利最多者加以處罰。

然而，法條用語及極其模糊難懂，使人無法分辨究竟那些費用屬於得受償還的範圍。懷孕相關合理費用，只有在符合規定且有收據證明的情況下方得受償；同樣地，因懷胎喪失工作能力的薪資減損，除應符合規定之外，尚需經醫師證明繼續工作將對母親、胚胎或胎兒有危險時，才能受償。

三 生殖細胞及胚胎之保護

AHRA 第 5 節禁止以生殖細胞進行以下行為：

- (一) 創造複製人或將複製的胚胎植入人體內；
- (二) 非出於進行輔助生殖、或提昇相關科學知識的目的而創造胚胎；
- (三) 由一胚胎中取出細胞作為創造生命的材料；
- (四) 將胚胎在體外培養超過14天。
- (五) 除了遺傳性疾病的篩檢之外，使用任何方法選擇胚胎的性別；
- (六) 對胚胎的基因進行任何改造；
- (七) 將非人類的胚胎植入人體內；
- (八) 將人類胚胎植入動物體內
- (九) 使用非人類來源的遺傳物質將胚胎進行基因改造；
- (一〇) 在輔助生殖過程內使用非人類來源的細胞。

這些規定雖然詳細，但多數顯然是規範與代孕無直接關聯的行為，而非針對保護代孕者、委託夫妻或代孕子女的健康。此外，第7節也禁止買賣或交換生殖細胞跟胚胎，第8節則規定必須取得提供稱直細胞當事人的同意，才可以使用於輔助生殖當中。

四 代孕子女之地位（Menon 2009）

加拿大各省法律並無關於代孕中父母關係的直接規定，典型的立法方式為「任何利害關係人，均得向法院起訴請求確認該男性是否為子女法律上的父親、或該女性是否為其母親」；此種用語似乎對法院判斷的幫助有限。

有鑑於生殖技術對親權確定性所帶來的變革，論者提出兩個基準：第一、子女出生時即應判定親權歸屬；第二、檢視獲得親權的一方是否正當，而得註冊為子女的父母。至於判定親權及監護權歸屬的要件，則應審酌當事人雙方締約之合意，及與胚胎的血緣關係；此外，也必須評估做出決定的後果。

目前加拿大法院面對代孕行為所產生的親權爭議時，似乎並不考慮契約條款內容的約定，僅適用現行法律判斷何方取得親權；然而，最終的考量仍在代孕子女的最佳利益。

(一) 血緣關係 (Genetic ties)

採用本標準的優點在於避免模糊地帶；然而，運用於代理孕母案例時可能導致出人意料的結果。基因型代孕方法中，胚胎是由孕母卵子及捐贈者精子所產生，直接適用本標準將導出親權屬於孕母及捐精者（有時並非委託人本人）的結論，而這兩者與孩子的利害關係又是最小的，如此或許不符合子女的最佳利益。

將上述標準套用於使用委託方精子、卵子而進行的借腹型代孕，又與某些省分法律中「母親」的定義有所扞格。安大略省人口統計法中，即將生產定義為「由母親體內排出或取出」；這種「懷孕者即母親」的定義即予從血緣關係判定的標準大相逕庭。

撇開代理孕母產下子女特殊的血緣與社會關係不談，讓其同時擁有兩位生物學上母親（biological mothers）的建議被認為是驚世之言；誠如前人所觀察，這個觀點仍不見容於今日的法律。一般在維持排他的雙親撫養模式時，通常都是實際生產的代理孕母們被犧牲。在 *Rypkema v British Columbia* 案中，與子女有血緣關係的委託方父母向法院起訴，請求將自己登記為出生證明上的親生母親、法官 Gray 判決塗銷出生登記上孕母的名字，使欲撫養子女的委託人得依該省規定，登記為名符其實的父母。

(二) 當事人雙方的合意

一位請人以基因型代孕生產的母親，在心理或物質生活上，仍會做好迎接與自己沒有血緣關係子女的準備，這份生育的意思也是促成子女來到人世間的原因之一。由此可見，此判斷標準將可較精確地反映委託人對生育方法的選擇，而不僅是因為與子女有血緣關係，就強行將撫養義務加諸於代理孕母身上。

近年的案件已逐間採取當事人合意的角度，以在 ART 快速發展的今日妥善判斷親權歸屬。J.R. v. L.H.案中，雙方雖已達成了借腹型代孕

的協議，但孕母依據人口統計法取得了法律上生母的權利，並得將孩子登記為自己的；委託人訴請確認自己才是真正的母親，附帶要求作成總戶機關依判決為出生登記變更之法院命令。安大略高等法院（Ontario Superior Court of Justice）認定「委託人出於妥善養育孩子的目的而將其帶來人世」，因此准許委託人的請求「符合孩子的最佳利益」。本案法院表示孩子的最佳利益不屬於確認標的，並非強制審酌範圍，但顯然已意識到現行法律將使子女處於不利的地位。假若委託方在子女出生時無法取得親權，他們將無法為其福利做出任何決定，那怕那是當初親自委託代孕而生的。法院認為委託夫婦與孕母達成協議的行為，足以表彰其撫養子女的意願；藉由作成利於為人父母方的推定，也希望能夠「提升子女在出生頭幾個月生活的穩定及安全」。

如此一來，代孕出生登記的法律規定，可能因此傾向於找出「有意願」負擔子女撫養義務的父母，而非單純就血緣關係來判定。在孕母僅負責懷胎的情況，法院似乎是依據委託人的意願，認定其自子女出生起負擔撫養的義務。

（三）子女的最佳利益

假若代理孕母才是孩子血緣上的母親（genetic mother），委託人意願對判定親權歸屬的影響可能會降低。想要解決生育登記上當事人意思與血緣關係的衝突，只能重新改寫代孕行為中連結關係的定義。然而，就算同時認可委託人及孕母雙方的權利，也有實益存在與否的疑慮，且可能會產生更多監護權的爭訟，或使情況更加惡化；這在當事人雙方不願共同行使親權的情況下更加明顯。

H.L.W. and T.H.W. v J.C.T and J.T.案的法院就遇到此困難。與孩子有血緣關係的孕母，和她先生請向法院聲請作成監護權及探視的定暫時狀態假處分，儘管先前已與委託人夫婦（即捐精者）達成協議。法院認為，雖然「家庭關係法（Family Relations Act）第 21 節推定生母為監護人」，但「從孩子出生以來，一直將被告夫婦（委託人）當做父母」，「對日常照護影響最小的判決，方符合孩子的最佳利益」。由此可見，法院在處理基因型代孕的案子時，偏好由「子女最佳利益」的角度出發。

五 委託夫妻與代孕者之法律關係

（一）對代孕契約之規範

加拿大法律對代孕契約的成立與否並未設有任何規定，也不要求必須經過法院認可或行政許可；此外，也沒有與美國加州「生育前命令」

類似的制度。由於過去並未發生過代孕訴訟的案件，很難預測法院會做出什麼樣的決定。

與孩子有血緣關係的父親似乎比較有主張探視權的立場，但也可能因此需負擔撫養的費用。代孕者於孩子出生時即得對其主張生母的所有權利，無論是否預先訂有契約；委託人僅得向法院訴請履行，並冀望會審酌締約時的合意及 DNA 鑑定結果，但目前同樣沒有前案可供參考。需注意的是，若孕母出於惡意而在孩子出生後將其留置，可能因此需賠償委託人的訴訟費用或其他支出。

六 參考資料

- 中文學位論文
陳家和，《代理孕母制度之研究》，中國文化大學法律學研究所, (1997)
- 英文專書
Capron, A.M. & Radin, M.J., *Choosing Family Law Over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood*, in *Surrogate Motherhood: Politics and Privacy*, Indiana University Press (1990).

Ketchum, S. A., *Selling Babies and Selling Odies*, in *Feminist perspectives in medical Ethics* (Holmes, H.B.&Purdy, L.M. eds.), Indiana University Press (1992).

Mason, J.K. & Laurie, G. T., *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics* 7th ed., Oxford University Press (2005).

Menon, N., *Regulating Reproduction-Evaluating the Canadian Law on Surrogacy and Surrogate Motherhood*, University of Toronto Press (2009).
- 英文期刊
Ciccarreli, J., & Beckman, L., *Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy*, *J. Social Issues* 21(2005).

Morgan, D., *Surrogacy: Giving it an Understood Name*, 10 *J Soc Welfare Law* 216 (1988).

McLahlan, H.V., & Swales, J.K., *Babies, Child Bearers and Commodification: Anderson, Brazier et al and the Political Economy of Commercial Surrogate Motherhood*, 8 *Health Care Analysis* 1(2000).

Radin, M.J., Market-Inalienability, 100*Harv. L. Rev.* 1849 (1987).

Reily, D.R., *Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers*, 176 *CMAJ* 483 (2007).

- 網頁

How to Become a Surrogate in Canada:

http://www.ehow.co.uk/how_6510028_become-surrogate-canada.html(last visited Jun. 13, 2010)

Surrogacy in Canada Online:

<http://www.surrogacy.ca/resources/faq.html>(last visited Jun. 13, 2010)

Surrogacy in Canada: <http://www.surrogacy911.com/laws/canada.htm>(last visited Jun. 13, 2010)

香港

基本資料

許可或禁止之立場

許可代孕行為，不允許商業性代孕
禁止使用捐贈之生殖細胞，僅允許借腹型代孕
處以罰金及刑罰

委託夫妻之限制

委託之妻須有子宮問題

代孕者之限制

未滿 21 歲不得擔任代理孕母，不限已婚

相關法源

人類生殖科技條例
父母與親子條例
生殖科技及胚胎研究實務守則

主管機關

人類生殖科技管理局

仲介單位

經人類生殖科技管理局核發牌照的醫療機構，禁止商業行為之仲介

親權歸屬程序

法院親權命令

特色

法規類似英國

一 總則

(一) 立法沿革

自 1986 年試管嬰兒首次在香港成功施行後，香港政府為解決生殖科技帶來的複雜問題，特於 1987 年 11 月成立「科學協助人類生殖研究委員會」〈Committee on Scientifically Assisted Human Reproduction〉〈以下簡稱「科委會」〉，專門研究生殖科技相關的問題，並向公眾徵詢意見。科委會於 1989 年 7 月發表一份中期報告，經過公眾諮詢後，再於 1992 年 5 月完成最後報告。香港政府於 1993 年 3 月發表這份報告書，並對報告書所載的建議向市民諮詢意見。對於代母懷孕的問題，科委會提出以下幾項重要建議：〈黃嫩綾，2006〉

1. 應成立法定組織，負責發牌予醫療機構進行生殖科技程序。
2. 應容許進行夫精人工授精而無須特別立例管制。至於他精人工授精和其他生殖科技程序，則只應在獲發牌提供這些服務的機構內進行，並須受到法例管制。
3. 不應向委託夫婦和他們透過生殖科技出生的孩子透露捐精者的身分，也不應向捐精者透露前兩者的身分。法例應規定，凡年齡達到 18 歲的人士，都可查證自己是否經由生殖科技程序出生，如果查明屬實，便應有權得知捐精者的某些資料，但這些資料不得揭露捐精者的身分。
4. 應只為已婚夫婦提供生殖科技服務。
5. 應盡量不要鼓勵採用代母懷孕；商業性質的代母懷孕和有關的安排和宣傳，更應視為刑事罪行。代母懷孕應只限於有遺傳關係的體外受精程序，即遺傳物質必須來自委託夫婦，而不是由他人捐出精子或卵子。
6. 應管制胚胎研究，包括禁止為研究目的而製造胚胎或使用受精超過 14 天的胚胎作研究用途、禁止混種受精或無性繁殖胚胎(即複製胚胎)等。
7. 應成立臨時管理局，就草擬法例和工作守則提供意見；管理局主席一職不得由醫生出任，而男女成員必須各佔一半。

在科委會的最後報告要正式發表同時，香港法律改革委員會亦將「父母與子女條例」〈Parent and Child Ordinance〉草案提交立法局，以確定非婚生及使用生殖科技出生的子女的法定地位與父母子女關

係。此草案於 1993 年 3 月經立法局通過成為法律。根據當時的「父母與子女條例」，其中關於代母與其所生子女的關係規定如下：

1. 在代母安排（包括商業及非商業性質的代母安排）的情況下，委託夫妻不是代母所生下子女的合法父母。
男女雙方須有婚姻關係才可以委託另外一名女性作為代母，但是並沒有要求代母生下的子女一定要與委託夫妻雙方均有血緣關係，才可向法院申請判定委託夫妻成為孩子的法定父母；即只要孩子與其中一方有血緣關係便可向法院申請。
2. 「父母與子女條例」通過後，香港政府未再繼續落實科委會的建議，使得科委會的建議只不過是一張空文，生殖科技的實施仍不受法律管制。第一間利用生殖科技選擇嬰兒性別的私人醫療服務機構於 1993 年 11 月正式成立，再一次引起公眾對生殖科技所帶來的問題表示關注，但是香港政府的反應並不積極，直到 1994 年，政府才把科委會的建議交給行政局，並於 1995 年 12 月成立「生殖科技臨時管理局」〈Provisional Council on Reproductive Technology〉（以下簡稱「臨管局」）。臨管局只是一個諮詢機構，沒有任何法定權力去管制生殖科技的使用。臨管局於 1996 年 7 月發表了一份諮詢文件，就性別選擇、利用胎兒組織進行不孕治療、建立生殖科技發牌制度等問題徵詢公眾意見。諮詢過程完成後，香港政府於 1997 年 1 月把臨管局草擬的「人類生殖科技條例草案」〈Human Reproductive Technology Bill〉，正式提交立法局審議。歷經 3 年多的討論，立法會終於在 2000 年 6 月 22 日通過「人類生殖科技條例」，並於 2002 年 7 月進行部份條例的修訂。（黃嫩綾，2006）

二 人類生殖科技條例

共計 45 個條文，主要規定代母安排制度。（見附錄 172 頁）

（一）名詞定義

1. 「代母」〈surrogate mother〉的定義：

代母，指依據一項安排並藉由生殖科技程序懷孕的女性。該項安排須在開始懷有孩子前作出，且其出發點是將懷有的孩子交予其他人士，並由該等人士在切實可行的範圍內行使作為父母的權利（第 2 條〈1〉）。

所謂「開始懷有孩子」，是指一名懷有孩子的女性須被視為在其體內放置胚胎、放置在受精過程中的卵子或放置精子及卵子時

〈視屬何情況而定〉開始懷有該孩子〈而該項受精或放置令其懷有該孩子〉。此外，在決定一項安排是否以上段所提述的出發點為出發點而作出時，須顧及整體情況〈在有承諾或理解會就或可能就一名女性依據該項安排懷有孩子而向她作出付款，或為該女性的利益而作出付款的情況下，尤其須顧及該承諾或理解〉；即使一項安排受到與交予孩子有關的條件所規限，該項安排仍可被視為以該出發點為出發點而作出的〈第 2 條〈4〉〉。

2. 「代母安排」〈surrogacy arrangement〉的定義代母安排，指關乎一名女性的安排，而該名女性如果依據代母安排懷有孩子，便會憑藉該項安排而成為代母〈第 2 條〈1〉〉。
3. 「付款」〈payment〉的定義付款，指以金錢或有價事物付款，但不包括就以下事宜而作出的補償或補還的支付〈第 2 條〈1〉〉：
 - (1) 取出、運載或儲存將會提供的胚胎或配子的成本。
 - (2) 某人所招致並可歸因於該人提供從其體內取出的胚胎或配子的任何開支或收入方面的損失。
 - (3) 代母為生殖科技程序而招致的任何開支或依據該項安排而懷孕和產下孩子而真誠地招致的真正醫療開支。
4. 「生殖科技程序」〈reproductive technology procedure〉的定義：

生殖科技程序，指藉人工方法協助，或藉人工方法在其他方面促成人類生殖的內科、外科或產科程序，或其他程序，而不論上述程序是否向公眾人士或某部分公眾人士提供的，並包括體外受精〈即試管嬰兒〉、人工受精、取得配子、體外處理胚胎或配子、衛生福利及食物局局長藉由憲報公告，指明屬生殖科技程序的程序、及藉或擬藉符合本定義的程序而達成的性別選擇，但不包括衛生福利及食物局局長藉由憲報公告，指明為不屬生殖科技程序的程序〈第 2 條〈1〉、〈2〉〉。
5. 「訂明物質」〈prescribed substance〉的定義訂明物質，指配子、胚胎、胎兒的卵巢組織或睪丸組織〈第 16 條〈3〉〉。
6. 「廣告」〈advertisement〉的定義廣告，包括不論是向一般公眾人士或部分公眾人士，或是個別向經挑選的人作出的任何形式的廣告宣傳〈第 2 條〈1〉〉。

(二) 專責機關的設立、職能及權力

香港地區設立依人類生殖科技條例之行政授權設立之一準官方機構「人類生殖科技管理局」〈Council on Human Reproductive Technology〉，用以負責代母安排及其所引起的醫學、社會、道德、倫理、法律問題的研究；代母安排牌照的申請、核發、續期、撤銷、更改、拒發、暫時吊銷、展示、遺失、交還；代母安排資料的登記、管理、保密、披露與提供等相關事宜〈第4-12條、第21-36條、第42條、第44-45條〉。人類生殖科技管理局的主要目的及職能包括：

1. 不斷檢討關於-
 - (a) 胚胎及任何與胚胎的其後發展有關的資料；
 - (b) 有關活動*的資料；
 - (c) 代母安排的資料，
2. 並在食物及衛生局局長要求管理局就上述事宜提供意見時，向食物及衛生局局長提供意見；
3. 規管生殖科技程序及有關活動，並就有關事項發出牌照；
4. 刊登或以其他方式提供獲發牌處所的名單，及有關中心已進行的生殖科技活動的相關統計及摘要，以及
5. 為服務提供者及公眾提供有關生殖科技的一般資料。
* 有關活動包括：
 - (i) 提供生殖科技程序(藉人工方法協助，或藉人工方法在其他方面促成人類生殖的內科、外科、產科或其他程序，而不論上述程序是否向公眾人士或某部分公眾人士提供的。)
 - (ii) 進行胚胎研究；或
 - (iii) 處理、儲存或棄置在或擬在與生殖科技程序或胚胎研究有關連的情況下使用的配子或胚胎。

(三) 罰責

任何人違反本法第13條〈禁制非依據牌照進行有關活動〉、第14條〈精和卵來源限於委託夫妻〉、第15條〈1〉〈2〉〈與胚胎有關連的禁制〉、第15條〈3〉〈禁制選擇胚胎性別〉、第15條〈5〉〈委託人限於屬婚姻關係的雙方〉、第16條〈1〉〈禁制訂明物質的商業交易〉、第16條〈2〉〈禁制訂明物質商業交易的廣告〉、第17條〈1〉〈禁制商業性質的代母安排〉、第17條〈2〉〈禁制代母安排廣告〉，或違反第27條〈7〉所述的通知指明的任何條件，或違反第29條或第32條〈2〉所指的通知指明的任何條件，或違反第34條〈7〉指明的條件，即屬犯罪。經首次定罪，可處第4級罰款及監禁6個月；經再度定罪，可處第6級罰款及監禁2年〈第39條〈1〉〉。

三 生殖科技及胚胎研究實務守則

人類生殖科技管理局於 2007 年 8 月訂定了生殖科技相關的守則「生殖科技及胚胎研究實務守則」，為進行生殖科技程序時應有的標準提供清晰指引，使生殖科技服務提供者及胚胎研究工作者有所遵循，守則中「生殖科技中心」指經由人類生殖科技管理局核發執照的不孕症醫療機構。其中第 XII 章代母懷孕，共計 10 條，主要規定代母懷孕細則：

- (一) 條例禁止商業性質的代母懷孕。作出商業性質的代母安排或刊登代母安排的廣告均屬刑事罪刑。
- (二) 生殖科技程序只可以在以下情況下依據代母安排而提供—
 - (a) 用於該程序的配子屬婚姻雙方的人的配子；及
 - (b) 該段婚姻中的妻子不能懷孕至產期，且對她而言，並沒有其他切實可行的替代醫療方案。
- (三) 某名婦女是否適合擔任代母，須由註冊醫生評定，〈但非負責就有關代母懷孕進行生殖科技程序的醫生〉，所考慮的因素包括該婦女的一
 - (a) 婚姻狀況；
 - (b) 懷孕歷史；及
 - (c) 身心狀況是否適合懷孕。較易罹患妊娠併發症的婦女不得擔任代母。
- (四) 未滿 21 歲的婦女不得擔任代母。
- (五) 代母懷孕需要得到代母及其丈夫〈如已婚〉的同意。
- (六) 生殖科技中心須告知委託夫婦及代母，代母安排在法律上不得強制執行。
- (七) 生殖科技中心（指有執照進行人工生殖手術的醫療機構）轄下由多方專家所組成的小組，需向委託夫婦、代母及其丈夫〈如已婚〉提供輔導，以確保所有相關人士明白代母懷孕在醫學、社會、法律、倫理及道德上的含意。該多專科小組最少應包括—
 - (a) 兩名建議代母懷孕的非主診醫生，負責解釋醫學上的含意和後果；
 - (b) 一名熟悉家庭事務的法律顧問，負責向代母及委託夫婦解釋法律上的含意；
 - (c) 一名熟悉醫療事務的社會工作者，負責解是社會和倫理方面的影響；
 - (d) 及／或一名臨床心理學家，負責在適當時作出評估。
- (八) 評估代母〈及其丈夫，如有丈夫〉是否進行代母懷孕時，所誕孩子的福利至為重要。評估也應顧及代母〈及其丈夫，如有丈夫〉的身心及社交健康，包括以下因素—
 - (a) 他們對於撫育或教養一名或多於一名孩子的責任承擔；

- (b) 他們是否有能力為由代母懷孕所誕的孩子提供安穩或有助於成長的環境；
 - (c) 他們及其家族的病歷；
 - (d) 他們的年齡，以及日後照顧或提供孩子生活所需的能力；
 - (e) 他們是否有能力照顧由代母懷孕所誕的一名或多於一名孩子的需要，包括多胎生產和殘疾帶來的各種影響；
 - (f) 對於所誕的一名或多於一名孩子造成損害的任何危險，包括遺傳病、妊娠期的胎兒毛病，以及疏忽照顧或虐待孩子的問題；
 - (g) 其他家庭成員對所誕孩子可能抱持的態度。
- (九) 建議進行代母懷孕的因素及輔導詳情，必須詳細記錄在案。
- (一〇) 生殖科技中心必須在每個治療週期的程序完結後三個月內，向管理局呈報有關代母懷孕的個案。此報告可與第 14.8 段的資料收集表格 1 一併提交。所呈報的資料應包括委託夫婦、代母（其丈夫，如有丈夫）的個人資料、雙方的關係，以及需進行代母懷孕的詳細理由。

四 代孕生殖實施規定與流程

(一) 生殖科技中心提出申請

欲安排實施代孕生殖的生殖科技中心，依據人類生殖科技條例以及生殖科技及胚胎研究實務守則之規定提供相關資料向人類生殖科技管理局申請核發代孕安排之執照。

(二) 人類生殖科技管理局核發執照

人類生殖科技管理局依照申請執照的生殖科技中心所提供的相關資料決定是否核發代孕安排之執照。

(三) 委託夫妻在有代孕安排執照之生殖科技中心施行代孕生殖

委託夫妻與生殖科技中心可以參攷生殖科技及胚胎研究實務守則提供的代孕契約範本簽訂代孕契約，並依人類生殖科技條例之規定進行代孕生殖行為。

(四) 在代孕子女出生後六個月內向法院申請親權命令

代孕子女出生後六個月內代孕者及其丈夫(若代孕者為已婚)應根據父母與親子條例向法院申請親權命令，根據父母與親子條例第 12 條規定法院可以發出命令，判定代孕子女在法律上被視為委託夫妻之子女。

五 代孕生殖之條件

(一) 委託夫妻之限制條件

1. 任何人不得向並非屬婚姻雙方的人士提供生殖科技程序。即委託人限於屬婚姻關係的雙方〈第 15 條〈5〉〉。
2. 生殖科技程序只可對不育夫婦提供。即委託人限於不育夫婦。

(二) 代母不限於已婚

任何人不得向並非屬婚姻雙方的人士提供生殖科技程序。但在不損害精、卵來源限制的施行的情況下，如生殖科技程序是依據代母安排而向在該項安排下將會成為代母的人提供的，則將例外允許適用於該個案〈第 15 條〈5〉、〈6〉〉。

(三) 精、卵來源限於委託夫妻

在不損害「父母與子女條例」施行的情況下，就代母安排而言，只可使用屬於一段婚姻的雙方且屬於「代母」意義中所提述的人士的精、卵。亦即不可使用捐贈的精、卵，只可使用委託夫妻的精、卵，也就是僅限於「借腹型代孕」〈第 14 條〉。

(四) 禁制選擇胚胎性別

任何人不得藉生殖科技程序〈包括將某一性別的胚胎植入一名女性的體內〉而直接或間接使胚胎的性別得以選擇，除非進行選擇是為避免可能損害胚胎〈包括任何可能因該胚胎而產生的胎兒、孩子或成年人〉健康的「伴性遺傳疾病」或有 2 名以上註冊醫生各以書面說明該項選擇是為上述目的而進行的，而對該疾病的患者而言，該疾病的嚴重程度足以支持進行性別選擇，才可例外選擇胚胎的性別〈第 15 條〈3〉〉。

(五) 禁制訂明物質的商業交易

1. 任何人不得在香港或其他地方為提供或為要約提供擬為生殖科技程序、胚胎研究或代母安排而使用的訂明物質，而作出或接受付款〈第 16 條〈1〉〈a〉〉。
2. 任何人不得謀求尋覓願意為獲取付款而提供本法第 16 條〈1〉〈a〉所提述訂明物質的人〈第 16 條〈1〉〈b〉〉。
3. 任何人不得提出或商議涉及為提供或要約提供本法第 16 條〈1〉〈a〉

所提述的訂明物質而作出付款的安排〈第 16 條〈1〉〈c〉〉。

4. 任何人不得參與管理或參與控制屬法團或不屬法團的團體，而該團體的事務包含或包括提出或商議作出本法第 16 條〈1〉〈c〉所提述的安排〈第 16 條〈1〉〈d〉〉。

(六) 禁制訂明物質商業交易的廣告

在不損害本法第 16 條〈1〉〈b〉的一般性的原則下，任何人不得安排公布或分發，或明知而公布或分發以下廣告：

1. 邀請任何人為獲取付款而提供本法第 16 條〈1〉〈a〉所提述的訂明物質，或要約為獲取付款而提供該等訂明物質的廣告〈第 16 條〈2〉〈a〉〉。
2. 顯示發出該廣告的人願意提出或商議作出本法第 16 條〈1〉〈c〉所提述安排的廣告〈第 16 條〈2〉〈b〉〉。

(七) 禁制商業性質的代母安排

1. 任何人不得在香港或其他地方為以下事項而作出或接受付款〈第 17 條〈1〉〈a〉〉：
 - (1) 提出或參與任何以作出代母安排為出發點的商議。
 - (2) 要約或同意商議作出代母安排。
 - (3) 以將資料使用於作出或商議作出代母安排為出發點，而搜集該等資料。
2. 任何人不得謀求尋覓願意作出違反本法第 17 條〈1〉〈a〉的作為的人〈第 17 條〈1〉〈b〉〉。
3. 任何人不得參與管理或參與控制屬法團或不屬法團的團體，而該團體的事務包含或包括任何違反本法第 17 條〈1〉〈a〉的作為〈第 17 條〈1〉〈c〉〉。
4. 任何人不得在知道或理應知道某項代母安排是違反本法第 17 條〈1〉〈a〉的作為之情況下，進行或參與任何促進該項安排的作為〈第 17 條〈1〉〈d〉〉。

(八) 禁制代母安排的廣告

在不損害本法第 17 條〈1〉〈b〉的一般性的原則下，任何人不得安排公布或分發，或明知而公布或分發關乎代母安排的廣告，不論該廣告是否邀請任何人作出違反第 17 條〈1〉〈a〉的作為〈第 17 條〈2〉〉。

(九) 代母安排不可強制執行

代母安排不得由作出該安排的人強制執行，亦不得針對該人而強制執行〈第 18 條〉。

(一〇) 禁制非依據牌照〈licence〉進行有關活動

除依據牌照進行外，任何人不得進行有關代母安排的活動〈第 13 條〉。代母安排牌照的申請、核發、續期、撤銷、更改、拒發、暫時吊銷、展示、遺失、交還等，則依本法第 21-36 條規定。

六 代孕子女之地位

2000 年修正之「父母與子女條例」〈Parent and Child Ordinance〉共計 18 個條文，主要規範父母與子女之間親子關係的確認，其中關於代母所生子女的法定父母，規定在第 9、10、11、12 條，介紹如下〈附件 HK-1 頁至 HK-3 頁〉：

(一) 代母所生子女法律上的母親為代母

任何正在或曾經懷有子女的女子，若是因胚胎或精子和卵子被放置其體內而懷孕的，不論該女子在胚胎或精子和卵子放置於其體內時是否身在香港，則除她以外，別無其他女子被視為該子女的母親〈第 9 條〈1〉、〈3〉〉，且在所有情況下，該女子被視為其所生子女法律上的母親〈第 11 條〈1〉〉。

(二) 代母所生子女法律上的父親為代母的配偶

1. 若在胚胎或精子和卵子被放置於女子體內時，她是婚姻的一方及她所懷的胚胎，並不是由於該婚姻另一方的精子而產生的，則除非該子女憑藉任何條例或其他法律規定而視為婚姻雙方的子女，或除非該子女因收養而被視為養父母的子女，或除非能證明該婚姻的另一方不同意將胚胎或精子和卵子放置她體內或不同意她接受人工受精，該婚姻另一方須被視為該子女的父親〈第 10 條〈2〉、〈5〉〉，且在所有情況下，被視為該子女法律上的父親〈第 11 條〈1〉〉。
2. 若無男子憑藉本法第 10 條〈2〉被視為該子女的父親，而在該女子與她的男性伴侶共同接受助孕服務的過程中，胚胎或精子和卵子被放置她體內，或她接受人工受精，及她所懷的胚胎，並不是由於她的男性伴侶的精子而產生，則除非該子女憑藉任何條例或其他法律規定而視為婚姻雙方的子女，或除非該子女因收養而被視為養父母

的子女，否則她的男性伴侶須被視為該子女的父親〈第 10 條〈3〉、〈5〉〉，且在所有情況下，被視為該子女法律上的父親〈第 11 條〈1〉〉。

(三) 委託夫妻可向法院聲請判定代母所生子女法定父母的命令

符合下列要件時，委託夫妻可向法院聲請判定委託夫妻成為代母所生子女法定父母的命令。

1. 該子女並非由委託之妻所懷有，而是由另一名女子所懷有，且該女子是因胚胎或精子和卵子被放置其體內或接受人工受精而懷有該子女的〈第 12 條〈1〉〈a〉〉。
2. 胚胎是使用委託之夫及委託之妻的精、卵或使用其中一人的精或卵所產生〈第 12 條〈1〉〈b〉〉。
3. 委託夫妻必須在該子女出生後 6 個月內申請命令，若該子女在本條生效日期前出生，則必須在本條生效日期後 6 個月內提出申請〈第 12 條〈2〉〉。
4. 在提出申請時與發出命令時，該子女必須是與委託夫妻或兩者中的任何一人同屬一家，且委託夫妻或其中一人必須以香港為其居籍或在提出申請及發出命令當日之前的 1 年期間，一直慣常居於香港或與香港有密切聯繫〈第 12 條〈3〉〉。
5. 在命令發出時，委託夫妻均須年滿 18 歲〈第 12 條〈4〉〉。
6. 若委託之夫並非該子女的父親，法院必須獲致信納該子女的父親及懷有該子女的女子，在完全明白所視事宜的情況下，均自主地和無條件地同意法院發出命令〈第 12 條〈5〉〉。
7. 本法第 12 條〈5〉並不要求無法找到的人或無能力表示同意的人同意法院發出命令，同時，為了執行該款的規定，若懷有該子女的女子是在該子女出生後的 6 個星期內表示同意，該項同意是無效的〈第 12 條〈6〉〉。
8. 法院必須獲致信納丈夫或妻子並無為下述事情付出或接受金錢或其他利益〈合理招致的費用除外〉，但獲法院授權或獲法院其後准許付出或接受者除外〈第 12 條〈7〉〉：
 - (1) 命令的發出。
 - (2) 根據本法第 12 條〈5〉要求的同意。
 - (3) 將該子女交予委託夫妻。
 - (4) 為了使法院發出命令而作出的安排。

七 參考資料

- 網頁
人類生殖科技管理局官方網站，<http://www.chrt.org.hk/> (last visited 2010/08/19)

人類生殖科技草案委員會，
<http://www.legco.gov.hk/yr98-99/chinese/bc/bc53/papers/bc53-ppr.htm>(last visited 2010/08/19)
- 法規

人類生殖科技條例，
http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/0656B7018F745FB7482575EF001B51C8?OpenDocument&bt=0 (last visited 2010/08/19)

父母與子女條例，
http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/4932C8167409B40C482575EF00072BC6?OpenDocument&bt=0 (last visited 2010/08/19)

生殖科技及胚胎研究實務守則，
http://www.fhb.gov.hk/download/press_and_publications/otherinfo/021230_h/c_cop_full.pdf (last visited 2010/08/19)
- 官方文件
政府當局建議的委員會審議階段修正案擬稿，[CB(2)2104/99-00(01)]，2000
梁智鴻議員就條例草案詳題提出的修正案擬稿，[CB(2)724/99-00(02)]，1999
由梁智鴻議員動議的委員會審議階段修正案，[CB(2)684/99-00(03)]，1999
由陳婉嫻議員動議的委員會審議階段修正案，[CB(2)684/99-00(02)]，1999
由衛生福利局局長動議的委員會審議階段修正案，[CB(2)684/99-00(01)]，1999

政府當局就委員在 1999 年 9 月 14 日的會議席上提出的問題作出的回應，[CB(2)1070/99-00(01)]，1999

由政府當局提供有關"政府在提供生殖科技服務方面的政策"的文件，
[CB(2)1516/98-99(02)]，1999

由政府當局提供〈有關限制生殖科技服務用於不育夫婦的討論〉的文件，
[CB(2)1409/98-99(01)]，1999

由政府當局提供題為"伴性遺傳病一覽表"的文件，[CB(2)1390/98-99(01)]，
1999

由香港家庭計劃指導會提交的意見書，[CB(2)503/98-99(02)]，1998

實務守則擬稿簡介，1999

生殖科技臨時管理局就性別選擇所作出的討論摘要，1999

政府當局為回應議員於過往會議席上的要求而提供的進一步資料
[CB(2)801/98-99(02)]，1999

實務守則擬稿簡介，[CB(2)1268/98-99(02)]，1999

政府當局為回應議員於過往會議席上的要求而提供的進一步資料，
[CB(2)801/98-99(02)]，1999

由政府當局提供有關"禁止商業性質代母懷孕安排的執法情況及付款的定義
"的資料文件，[CB(2)940/98-99(02)]，1999

由政府當局提供有關 "美國生殖科技及代母懷孕法例"的資料文件，
[CB(2)940/98-99(01)]，1999

政府當局就 8 份意見書的內容作出回應而提供的文件，
[CB(2)660/98-99(01)]，1998

香港中文大學婦產科學系的意見書，[CB(2)462/98-99(01)]，1998

新西醫協會的意見書，[CB(2)573/98-99(01)]，1998

醫院管理局的意見書，[CB(2)503/98-99(03)]，1998

香港律師會提交的意見書，[CB(2)404/98-99(02)]，1998

香港大學的意見書，[CB(2)528/98-99(01)]，1998

政府當局就法案委員會於 1998 年 10 月 14 日會議提出問題的回應，
[CB(2)503/98-99(01)]，1998

科技協助人類生殖研究委員會最後報告書諮詢文件，[CB(2)416/98-99(05)]，
1998

生殖科技條例草案諮詢文件，[CB(2)416/98-99(04)]，1998

- 論文

黃嫩綾(Mei-ling Huang)，我國代理孕母政策形成之發展與爭議，2006

陳浩文、陶黎寶華，對香港應否全面禁止代母懷孕的道德探索，1997

荷蘭

基本資料

許可或禁止之立場

允許非商業性、借腹型代孕行為
不允許使用捐贈之生殖細胞
在刑法中明文規定進行商業性代孕之行為人將受處罰

委託夫妻之限制

委託夫妻之婚姻關係必須仍在存續中
委託之妻須有子宮問題而無法生育，但擁有自己的卵子，其年齡須在 41 歲以下

代孕者之限制

代孕者之年齡須在 45 歲以下，在代孕之前必須已經有過懷孕經驗

相關法源

主管機關

荷蘭衛生部（在 Zaandam 成立專責實施非商業性人工授精的代孕生殖醫療中心）

仲介單位

禁止民間仲介

親權歸屬程序

收養模式，不保證委託夫妻一定能成為代孕子女之合法父母

特色

一 總則

(一) 立法沿革

在 1986 年時，一個全國性的婦科癌症病患組織首先提出問題：「動過婦科癌症手術的婦女是否可能透過代孕生殖的方式，來獲得帶有自己基因的子孫？」在這之後，有一些婦產專科醫生為了讓荷蘭的婦科醫學界，以及荷蘭政府重視這個問題，舉行了一次遊行，此舉迫使荷蘭政府開始認真思考代理孕母的可行性。(Sylvia Dermout, 2010)

到了 1994 年之時，如前述，法律終於改變。荷蘭衛生部為了此次立法做了許多準備，包括深入徵詢婦科癌症病患組織的代表，和心理學、婦科學、法學以及倫理學的專家，這些專家協助荷蘭衛生部制訂代孕生殖醫療行為的相關準則，以讓荷蘭的代孕生殖醫療行為能順利開始運行。(Sylvia Dermout, 2010)

荷蘭衛生部指揮The Dutch Society of Obstetrics and Gynaecology (NVOG)開始引介非商業性的代孕生殖醫療行為，但執行的條件極為嚴格，且在進行的同時必須將進行的流程詳盡地記錄下來。衛生部的最終目標是為NVOG的會員訂立嚴格的代孕生殖指導準則，讓會員們在施行代孕生殖時可以遵循該準則。NVOG努力的結果是，荷蘭衛生部在Zaandam成立了一個專門進行非商業性人工授精的代孕生殖機構(Medical Center Heel Zaandam)。但是令人遺憾的是，因為不再有施行IVF的診所願意與該機構合作，在2004年時宣布停止運作(Final closure of the national intake and expertise in high technology surrogacy, 2004; Sylvia Dermout, 2010)

然而，在 2009 年四月，荷蘭某一間獲得認證的 IVF 診所宣布他們會提供非商業性代孕生殖的服務給婚姻關係仍然存續中的委託夫妻。在此之後，至少有一間以上的其他 IVF 診所願意加入實施代孕生殖的行列。(Machteld Vonk, 2008)

(二) 許可或禁止之立場及理由

有條件開放代孕生殖；禁止商業代孕生殖行為。

在 1994 之前，荷蘭對代孕生殖都採完全禁止的角度；到了 1994 年時，荷蘭對代孕生殖的態度由完全禁止轉為有條件開放，雖然仍然禁止商業代孕生殖行為，但是自 1997 開始，即在 Zaandam 成立專責實施非商業性人工授精的代孕生殖醫療中心，直到 2004 年時，因為原來與

該中心合作的 IVF 診所不願意繼續與其合作，所以該中心只好中止其營運(Machteld Vonk, 2008; Sylvia Dermout, 2010)。至於商業性代孕行為，則在荷蘭刑法中第 151 條 b 項中明文規定禁止。(The Netherlands: Surrogacy)

(三) 允許之代孕種類

在上述該荷蘭的生殖機關運行的七年間（1997-2004），基本上只允許借腹型代孕生殖，而不允許基因型代孕：

1. 夫妻雙方皆與代孕子女有血緣關係
取委託夫妻中夫之精子，與委託夫妻妻之卵子授精，再將該受精卵放入代理孕母之子宮內。所生下的孩子與代理孕母沒有基因上的血緣關係。(Machteld Vonk, 2008; Sylvia Dermout, 2010)
2. 夫妻有一方與代孕生殖所生下的孩子有血緣關係的情形：
 - 1) 與委託父親有血緣關係：
 - a. 取委託夫妻中夫之精子，使代理孕母授精。所生下的孩子與代理孕母有基因上的血緣關係。
 - b. 取委託夫妻中夫之精子，使一捐贈的卵子授精，再將該受精卵放入代理孕母之子宮內。所生下的孩子與代理孕母沒有基因上的血緣關係。
 - 2) 與委託母親有血緣關係：
取一捐贈的精子，使委託夫妻中妻之卵子授精，再將該受精卵放入代理孕母之子宮內。所生下的孩子與代理孕母沒有基因上的血緣關係。(Machteld Vonk, 2008)

二 代孕生殖之條件

(一) 前置評估

委託夫妻欲在 Zaandam 成立專責實施非商業性人工授精的代孕生殖醫療中心申請接受代孕生殖時，必須先通過該醫療中心所實施的評估，來決定其是否適合施作代孕生殖，評估內容包括以下三項：

1. 醫療評估 (Medical Intake)
 2. 心理評估 (Psychological Intake)
 3. 法律關係評估 (Legal Intake)
- (Sylvia Dermout, 2010)

(二) 委託夫妻之限制條件

1. 委託之妻
 - a. 子宮失去功能，但是自己擁有健康的卵子，例如：因為婦科癌症的治療而使子宮失去功能，或是將子宮切除；產後血崩等。
 - b. 因為合理的醫療因素而預測懷孕會使孕婦有生命危險，例如：嚴重的抗磷脂症候群；肝臟移植之後。
 - c. 年齡必須小於 41 歲。
2. 委託夫妻
不可以有不符收養規定的前科記錄，例如：性犯罪。

(三) 代孕者之限制條件

1. 必須身體健康，擁有正常功能的子宮，以及合理且不複雜的婦科歷史。
2. 進行代孕生殖之合理正當理由，例如：非商業性。代理孕母通常是委託夫妻一方的姐妹，或是好朋友。
3. 年齡必須小於 45 歲。(Sylvia Dermout, 2010)

三 代孕子女之地位

(一) 代孕者為子女法律上的母親

荷蘭的法律規定，生下嬰兒的婦女即為嬰兒法律上的母親，不論該嬰兒是否與該婦女有血緣關係。此規定具有強制效力，代孕契約無法改變嬰兒母親之認定。實行代孕生殖的夫妻必須透過一連串複雜的收養程序才能成為代孕子女的法律上父母，而且收養並不保證是否成功。因此，代孕生殖對於委託夫母有一定的風險存在。(Machteld Vonk, 2008)

(二) 代孕子女之親權移轉

代孕子女出生之後，委託夫妻必須以收養的方式來獲得親權，但是法律上並沒有強制規定代理孕母必須將代孕子女的親權移轉給委託夫妻，如果她想把孩子留著自己扶養，委託夫妻並無法對代孕子女主張任何親權。相對的，委託夫妻也沒有必須扶養經由代孕生殖所生出的代孕子女之義務。(Machteld Vonk, 2008)

根據代理孕母的婚姻狀況，親權的移轉可能會有以下三種情形：

1. 當代理孕母為已婚身分 – 在收養程序完成後再進行親權的移轉

2. 當代理孕母擁有一段穩定的關係 – 委託之夫進行認領，手續完成後再進行親權的移轉，其後，委託之妻再辦理收養手續。
3. 當代理孕母並未處於穩定關係中–委託之夫進行認領，其後再由代理孕母處將親權由其移轉至委託之夫處，其後，委託之妻再辦理收養手續。

如果委託夫妻已經接手負責照顧經由代孕生殖出生的子女，根據兒童收養法第五章(section 5 of the Foster Children Act)的規定，她們必須向居住地的行政主管機關通報，整個代孕手續必須等候代孕子女滿一歲以後才能辦理(Sylvia Dermout, 2010)。如果委託夫妻希望收養一名不滿六個月的代孕子女，她們必須向兒童保護委員會(Child Care and Protection Board)提出書面申請，若未提供書面文件即將代孕子女帶回家扶養，則會觸犯荷蘭刑法 (article 442a of the Criminal Code; article 151a of the Criminal Code)。此外，在這種情況下，兒童保護委員會可以請求法院為該孩童指定一位暫時的監護人 (voorlopige voogdij) (article 1:241, paragraph 3 or the Civil Code) (The Netherlands: Surrogacy)

四 代孕契約之規範

荷蘭的代孕生殖契約大致上包括以下內容：

1. 代理孕母承諾在懷孕期間不從事吸菸、喝酒等可能影響孩子健康的行為
2. 代理孕母承諾生下孩子之後願意放棄親權，並將孩子交由委託夫妻扶養

但是荷蘭的學者一致認為，在代孕生殖契約中事先賦予代理孕母必須放棄親權的義務為一無效之約定。(The Netherlands: Surrogacy)

五 代孕生殖實施之實證研究

(一) 結果

根據 Sylvia Dermout 及其研究團隊在 2010 所發表的實證研究文章，在 1997 到 2004 年的期間內，共有超過 500 對夫妻以電話或 e-mail 的方式向位於 Zaandam 的生殖醫療中心諮詢有關代孕生殖的問題。超過 200 對夫妻向該中心申請接受代孕生殖手術。

經過仔細的篩選，其中有 35 位代理孕母開始實際接受體內授精(IVF)之代孕手術。在此 35 組委託夫妻與代理孕母中，24 組人完成體內授精手術，結果共有 13 位孕母生出 16 位代孕子女。

(二) 結論

非商業性的體內受精代孕生殖是可行的。無論懷孕的結果，心理評估的結果都十分良好，在代孕子女出生後的後續收養程序中，並沒有法律上的爭議產生。因為在實施代孕生殖手術之前所做之前置調查手續既徹底又詳盡，故順利地避免了後續可能發生的爭端。

(三) 建議

本篇論文建議在實施非商業性代孕生殖的情況下，政府機關應該要有相關的配套措施，例如縮短或取消代孕子女出生後的一年等待期，以減輕委託夫妻取得親權之前的心理焦慮感(Sylvia Dermout, 2010)

六 參考資料

“Non-Commercial Surrogacy: An Account of Patient Management in the First Dutch Centre for IVF Surrogacy, from 1997 to 2004” Sylvia Dermout et al., *Human Reproduction*, Vol.25, No.2 pp. 443–449, 2010

“The Role of Formalised and Non-Formalised Intentions in Legal Parent-Child Relationships in Dutch Law” Machteld Vonk, *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 2 (June) 2008

J. A. M. Hunfeld ; J. Passchier ; L. L. E. Bolt ;M. A. J. M. Buijsen, Protect the Child from Being Born: Arguments Against IVF from Heads of the 13 Licensed Dutch Fertility Centres, Ethical and Legal Perspectives, *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, pp. 279–289, VOL. 22, NO. 4, November 2004

Children and Their Parents: A Comparative Study of the Legal Position of Children with Regard to Their Intentional and Biological Parents in English And Dutch Law, 2007 Available at <http://igitur-archive.library.uu.nl/dissertations/2007-1219-220809/index.htm> (Last visited: June 9, 2010)

Maternity For Another: A Double Dutch Approach, Machteld Vonk, 2010

Children and their parents', Chap.5, Machteld Vonk, 2008

Final closure of the national intake and expertise in high technology surrogacy

Available at

http://translate.google.com/translate?hl=zh-TW&sl=nl&tl=en&prev=_t&u=http://www.draagmoederschap.nl/(Last visited: August 20, 2010)

Dermout SM, Bleker OP, Heintz APM, Jansen CAM, vd Wiel HBM.
Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland. Ned Tijdschr Obstet
Gynaecol 2001;14:200. (荷蘭文)

荷蘭法條原文 Available at <http://wetten.overheid.nl/zoeken/>(Last visited:
August 20, 2010)

The Netherlands: Surrogacy (於EBSCO資料庫中以Netherlands&Surrogacy找到的單篇PDF檔案，未註明作者)

以色列

基本資料

許可或禁止之立場

明文許可代孕，但禁止商業性代孕

精子不得捐贈，須使用委託夫的精子；卵子可來自委託妻本身或捐贈者，只要不是代理孕母本身的卵子

對所有參與非法代孕之當事人皆處罰。違反相關法令者，處一年以下有期徒刑

委託夫妻之限制

委託之妻須因疾病、開刀或先天缺陷導致子宮不全

或委託妻子宮無問題，但已經歷過八到十次不等以上之失敗 IVF

限本國人，住在本地，且與委託夫妻同宗教

代孕者之限制

代孕者年齡限制:孕母必須是超過 22 歲，且不滿 40 歲

代孕者不可以有過多於五次的生產經驗，且不可以有過兩次以上剖腹生產的歷史

代孕者限本國人

相關法源

Surrogate Motherhood Agreements law

主管機關

以色列衛生署(Ministry of Health)下設的專責委員會 (the Approving Committee)

仲介單位

非營利團體，可廣告。

親權歸屬程序

準收養模式

特色

對於代孕者的保護規範內容很詳細

一 總則

(一) 立法沿革

Weisberg 在書中提到美國的 Baby M 案例對以色列代運政策以及實施上所造成的影響。美國最高法院對於 Baby M，雖說代孕契約無效但仍將小孩監護權判給委託夫妻的判決也開啓了美國商業代孕契約合法化的大門，造成以色列許多尋求代理孕母，卻想規避以色列政府種種代孕契約限制的委託夫妻，轉而赴美國尋求代理孕母。為提供以色列國人可以在國內合法進行代孕，國會在 1996 年通過代理孕母立法。

(二) 許可之立場及理由

目前僅非商業性代孕為合法（法條: Surrogate Motherhood Agreements law, 5756-1996. 1996 KMK587.A31994 A4 1996），以色列「代理孕母」合法化之新法案內容包括：

1. 「卵子」的來源，不能是代理孕母；
2. 代理孕母必須未婚且是以色列當地人（即不會干擾別人婚姻及剝削外勞）；
3. 孕母可以決定以流產來終止懷孕；
4. 孕母可經由法院的允許下保留此嬰兒；
5. 代理孕母除了必要醫療、法律、保險和生產期的生活費外，不得有任何金錢交易（即不得成為「子宮」販賣行為）；
6. 代理孕母的運作必須在政府的「專責委員會」（共七人，包括醫師、一位臨床心理師、一位社工、一位律師，及一位宗教人士）的監督下進行，以確保女性雙方（孕母和不孕母）的身心健康。

(三) 主管機關

以色列衛生署。

(四) 專責委員會

由於以色列所有的合法代孕契約都必須經過政府成立的專責的委員會所核可，因此該委員會目前為以色列國內唯一合法之政府成立仲介團體。專責委員會（The Approving Committee）的七位成員包括：

1. 兩位合格之婦產科醫師
2. 一位合格內科醫師
3. 一位臨床心理學家

4. 一位社工人員
5. 一位律師(為此小組對外代表)
6. 一位神職人員

此專責委員會所做出的決定應該是過半數同意，而且投票出席率應為至少五人以上。專責委員會是隸屬於以色列衛生署之下，為衛生署直接管轄且指派的一個特定單位。其目前的發言人為 Attorney Mira Hivner-Harel。

二 代孕生殖之條件

(一) 委託夫妻之限制條件

1. 為了保障代孕小孩未來可以擁有由父母雙方教養長大成人的權利，法律規定委託夫妻必須是“一男一女的配偶”。專責委員會並不允許單身女子或單身男子尋求代孕生殖，以免未來小孩利益受損。
2. 專責委員會也將委託夫妻的年齡做出了一定的限制:男方不可超過 59 歲，女方不可超過 48 歲。可能是考量如果未來父母因年齡過於年邁而無法自行生育，進而尋求代理孕母，這樣對於代孕寶寶在將來照顧上可能有能力較不足的情況，而影響寶寶的權益。

(二) 醫療機構實施代孕生殖前，對代孕者應為之檢查及評估

1. 孕母之同意出於自願而且是在知悉所有代孕條件及權利義務底下所為的同意。
2. 專責委員會必須確認孕母對於代理孕母契約與其約束性質有完整的了解並且在沒有被強迫的情形下同意簽署此約定。
3. 孕母的檢查醫生必須宣示其已完整的告知孕母她所有可能經歷的歷程以及代孕所可能產生的現象，包括有可能因懷孕或妊娠所導致的死亡，或是懷孕或生產後併發例如不孕或永久身體傷害的可能性。
4. 此項宣示必須經過孕母的認可與簽署。
5. 專責委員會審查孕母資格的前提要件也包括了孕母必須已經向律師尋求代孕相關專業法律意見。
6. 代孕契約中必須明文指出孕母之尋求律師費用或任何之後有關於代孕的律師顧問費用應由委託夫妻付擔。

(三) 代孕者之限制條件

1. 孕母年齡限制:孕母必須是超過 22 歲，且不滿 40 歲
2. 孕母不可以有過多於五次的生產經驗，且不可以有過兩次以上剖腹生產的歷史，以確保孕母身體的健康與安全
3. 原則上，專責委員會不會核准以代孕寶寶為頭胎的婦女成為合格代理孕母，因為從來沒有經歷過懷孕、妊娠的婦女將無法想像或預知其在代孕過程中有可能所遇到身心靈上的衝擊，包括懷孕過程本身以及生產後將代孕寶寶交予委託夫妻的心路歷程。為了維護孕母心理之健康以及減低孕母與委託夫妻雙方糾紛之可能性，孕母應該具有生產過至少一胎的經驗。
4. 為了保全孕母的身心健康並確定孕母能夠完成人工生殖療程及順利懷孕的過程，孕母須接受完整的醫療檢驗。
5. 為了避免胚胎傳染疾病於孕母，委託夫妻必須接受 HIV 等多項傳染疾病的檢測。
6. 胚胎的植入必須在合格的醫療院所進行。
7. 專責委員會要求契約要有明文規定最長的人工胚胎植入成功嘗試期間(最高為 18 個月)及最多人工胚胎植入次數(最多 7 次)。也要約定最後孕母必須懷孕至妊娠之胚胎數量。
8. 為確保孕母之精神及心理健康，在懷孕過程至生產後開始的六個月內，孕母所接受心理諮詢之費用，由委託夫妻負擔。
9. 為了孕母的身心健康，專門審查委員原則上不同意同一個孕母接受多於一次的代孕程序。

(四) 醫療機構實施代孕生殖之規定

醫療機構實施代孕生殖前，應分別向委託夫妻及代孕者說明代孕生殖之實施方法、成功率、可能發生之併發症等生殖細胞及胚胎之保護，但是否應取得委託夫妻及代孕者親自所為之同意書則無規定。

(五) 代孕者尚未懷孕前，醫療機構應停止繼續施行代孕生殖手術之情形

專責委員會要求契約要有明文規定最長的人工胚胎植入成功嘗試期間(最高為 18 個月)及最多人工胚胎植入次數(最多 7 次)。

(六) 代孕者經人工生殖手術懷孕後，得施行人工流產之條件

孕母可以決定以流產來終止懷孕，雖法無明文，但如有此需求，雙方應在契約中明文寫下。

三 代孕子女之地位

(一) 代孕子女之親權歸屬

所生之子女一出生就將監護權先歸於政府所指派之社工人員，再行後續領養程序。

(二) 父母子女關係所適用之法律

代孕生殖法。

(三) 代孕子女出生登記之相關規範

以色列代孕生殖法對於嬰兒出生登記與親權歸屬的規定如下：

1. 在所有嬰兒出生登記與親權歸屬手續完成之前，以色列社會福利局將指派一位社工人員擔任嬰兒的合法監護人。
2. 委託夫妻與代理孕母應在懷孕第五個月時，告知此社工人員預產期及預產地點。在嬰兒出生的 24 小時之內，委託夫妻或代理孕母應通知社工人員到達生產地點。此時社工人員為初生嬰兒的唯一法定監護人。
3. 在此社工人員的監督下，代理孕母在生產完後應盡快將嬰兒交予委託夫妻。
4. 委託夫妻在小孩出生的七日之內，應申請法院為委託夫妻領養嬰兒之判決。如果委託夫妻沒有就此判決為申請，則應由社工人員向法院提出此申請。
5. 法院應對所申請的事件下親權命令判決，除非此判決將嚴重影響嬰兒的福利。此時委託夫妻應為嬰兒的法定監護人。

四 委託夫妻與代孕者之法律關係

(一) 對代孕契約之規範

1. 應訂立書面契約。
2. 契約須經專責委員會認可。

(二) 委託夫妻之權利義務

1. 委託夫妻與孕母相較，雖然常為經濟強勢的一方，但因為大多數委託夫妻，也許是在自身已經歷過無數次不成功的人工生殖之後，將

尋求代理孕母視為為人父母的最後一線希望，法律也針對委託夫妻在經濟上、精神上以及對於孕母反悔之可能性做出了規範。

2. 法律原則上禁止孕母在代孕程序中反悔，除非有顯著情事變更的狀況，而且必須是在不影響代孕寶寶之權益的情形下。(子女最佳利益)
3. 專責委員會雖然對於代孕生殖的價格沒有明定的數字，不過為了保障委託夫妻的權益以及預防孕母漫天喊價，專責委員會對有不合理價格或有不合理的附加付款項目的代孕契約做適度的把關。
4. 委託夫妻也因為在心理與精神上有可能在代孕過程受到傷害，其心理與精神狀態是否適合參與代孕合約也必須先經過心理醫師鑑定。

(三) 對代孕者隱私之保護

專責委員會要求代孕契約包含保護孕母不受以私權侵害的條款，像是孕母在懷孕過程中可以拒絕不必要的醫療檢查，或在檢查中必須確保孕母的人格尊嚴的完整。所有檢查並須經過孕母的同意，委託夫妻方可參與觀看。但在過程中孕母仍有可能受到一定程度的隱私權侵害，例如胚胎植入的兩周前與植入後的三周後，孕母被禁止有任何的性行為。在整個懷孕過程中，也不可以參與任何不安全的性行為。再者，有鑑於委託夫妻常因為急於觀察且參與胚胎發育之過程，對孕母可能會有不當之肢體觸碰或造成孕母隱私權侵害之情事。為避免此類狀況，雙方可接受的肢體接觸程度都應在契約書中明文約定。

(四) 代孕契約無效之情形

未經認可之契約為無效。

(五) 得撤銷代孕契約之情形

孕母有反悔權。但前提是必須在有重大情勢變更以及不傷害代孕寶寶的利益之下為前提。

(六) 代孕契約費用與報酬之規範

原則上，專責委員會並不會干涉代孕契約裡面契約雙方所同意之代孕價格也沒有制定一定的代孕受償價格，但因為孕母常為經濟弱勢的一方，有可能為了自身經濟問題而同意簽署低於其應受償的代孕契約，專責委員會列舉出幾項應由委託夫妻負擔的項目清單，其中包含：

1. 所有孕母代孕相關醫療上的支出 (包含所有因代孕直接或間接引起的就醫支出)
2. 所有孕母的代孕相關律師諮詢費
3. 孕母及其子女從代孕程序開始至生產後六個月得心理諮詢之費用支出
4. 保障孕母因代孕過程併發死亡、傷害或是代孕期間無法工作之保險的保險費
5. 孕母因為代孕過程因醫療所承受的痛苦，例如剖腹生產、羊膜穿刺之檢驗、或胚胎減數或中止妊娠之情形，應予以補償。

爲了保障孕母的權益，專責七人委員要求委託夫妻將應付款項的數額須在律師或其他保證人的見證下先予以提存。

五 代孕生殖實施之實證研究

一項在 Rambam Surrogate Parenting Center 所進行的實證研究指出，社工單位在協助代理孕母案件得以順利進行有著高度的重要性。報告指出，大部分尋求代孕協助的委託夫妻爲社會中上階層白種人，而委託妻多爲職業婦女。

在代孕過程中，孕母時常面對對於自己腹中胎兒必須保持冷淡情感連結，且對於委託夫妻對小孩完美之要求與期望待負巨大壓力，有如同受困牢籠之心情而深感焦慮及不安。同樣的，委託夫妻也對於因爲對孕母的缺乏信任，害怕孕母中途反悔或是不將小孩移轉給自己深感困擾。委託雙方的緊張關係時常不能避免的得經由社工人員以其專業代爲紓緩。

在法案通過之後，1996 至 2002 年期間有約 170 對委託夫妻向衛生署申請代孕核准，而約有 120 個案件通過核可。截至 2003 年爲止，共有 52 個代孕寶寶出世。其中 120 個被衛生署專責七人小組核可的案件中，有 41 對委託夫妻選擇來到 Rambam Medical Center 施行醫療。Rambam Medical Center 接受了其中的 25 對夫妻。全國 52 個代孕寶寶中，有 12 個在 Rambam Medical Center 出生。此研究針對在 Rambam Medical Center 做代孕生殖的 26 個代理孕母做了一些背景分析，發現 62% 爲失業婦女，70% 不擁有房子，且 100% 皆有自己的小孩而且是爲了賺取報酬而同意爲他人代孕。

(一) 此報告中的個案研究

委託夫妻兩人皆爲 33 歲有工作人士。委託妻有過流產經驗且已經歷九次失敗人工生殖。代理孕母則爲有一個四歲兒子以及與一男子同居之三十歲單身婦人。其平時打有一份臨時工。

雙方當事人在代孕過程中有著極大的衝突，委託夫妻施加的極大壓力以及孕母本身因懷孕導致與其男伴發生不快的事件讓孕母無法承受，而要求在嬰兒 36 周時生產，否則她將自殘。醫療人員經過評估後，同意讓其在 36 周產子。隨後由社工人員相伴走過低潮。此期間孕母聲稱自己感到無盡的被剝削以及極度的空虛。

(二) 此案社工介入經過

社工人員與委託夫妻在懷孕過程中便持續約期見面，社工人員主要注重的項目為：安撫委託夫妻不安之情緒、安排委託妻得以與初生嬰兒一起留在醫院產科一段時間來補償其沒有親自懷孕的心理缺憾、以及輔導將來如何將代孕事實公開給外人知道的心理建設。對於孕母方面，社工人員則著重在調解孕母懷孕過程中與委託夫妻的衝突，以及幫助孕母在產下嬰兒後可能對於代孕過程的不滿而導致憤怒與失落的心理輔導。此案例中，孕母確實有從輔導中受惠。依照衛生署之規定社工輔導在孕母產後持續直至孕母出院一段時期，並將孕母接下來的輔導工作移交由社區的心理諮商機構接手，其工作才算完了。孕母將在法律規定的期間內，皆由社區之心理治療師照顧其心理健康上的需要。社工人員對於委託夫妻的責任則在出院後即結束。(相關研究方法細節請參照附錄)

(三) 此案例對實施代理孕母政策所造成的影響

代孕申請在審核上，對於後續孕母候選人的將會在心理健康上有更高的標準、對契約上孕母的權益方面相關事項做更嚴格的審查。更好的做法是把社工人員分為兩隊，一邊是專門輔導孕母，另一邊則是輔導委託夫妻就好。分工合作會比同一社工同時輔導兩邊來的要有成效。而且應更著重在對委託雙方對於未來事件的加強輔導，因為雖然懷孕過程眼下的紛爭仍要優先解決，如果可以加強在此時灌輸健康的心理觀念，將有助於日後雙方關係並減低小孩出生後更大紛爭問題的可能。

未來相關社工機構將以此研究為基礎，調整其輔導方法及擬訂配合政府政策更有效的方針來做一個對於代理孕母以及委託夫妻身心上更有幫助的輔導工作。

六 代孕生殖實施相關之訴訟案例

(一) Ruti跟Dan案例

在以色列政府初期禁止代孕行為所發生的一個案例。一對委託夫妻，Ruti跟Danny Nachmani，在Ruti Nachmani因為子宮頸癌開刀切除子宮無法生育之後，希望可以藉由代理孕母生下自己的小孩。Ruti雖然切除子宮，但仍保有其卵巢，所以可以利用人工受精技術結合自己的卵子與丈夫Danny的精子創造與自己及Danny有血緣關係的寶寶。但以色列政府當時並不承認代孕行為在以色列國內的合法性，而不准Ruti與Danny在以色列進行代孕人工生殖的療程。Ruti與Danny於是向法院提起對以色列衛生署的訴訟。法院最後判決Ruti與Danny可以在以色列國內進行體外人工受精的程序，但胚胎的植入必須在以色列境外進行。

(二) Rachel跟Benjamin案例

Rachel跟Benjamin是以色列第一個合法代理孕母Sarah所生下的雙胞胎代孕寶寶的血親父母。Naomi跟Dan則是立法後第二對委託夫妻。Naomi與Dan委託Hannah生下一個寶寶。這兩位以色列第一與第二個代理孕母Sarah與Naomi所生下的三個嬰兒皆為健康的寶寶。Naomi跟Dan與其代理孕母Hannah在整個過程與寶寶出生爾後的階段都一直維持著良好愉快的合作關係。但在Rachel跟Benjamin的案子裡則不然。Rachel跟Benjamin與Sarah的關係從代孕過程一開始便衝突連連。其中包括了雙方不管是個性上或者是想法上的不協調，雙方在合作過程中也曾發生過後悔的念頭。舉例來說，在胚胎剛植入初期，Benjamin相當擔心如果在胚胎剛植入沒多久，Sarah就與其丈夫行房，會可能造成小孩的生父非為自己的情形。Sarah則無法適應生活處處遭受限制的狀況，感到自己某種程度被剝削。她甚至在雙胞胎出生並移交給Rachel跟Benjamin之後，出現憂鬱症的病狀。以色列政府及專責七人委員(The Aloni Committee)並且在一次Rachel嘗試觀看並監督Sarah的產科檢驗而引起雙方不愉快的經驗後，立法明訂了保護孕母隱私權的規定，要求委託代孕雙方當事人對於代孕期間涉及個人隱私的問題要在契約中達成一定的共識。

此案中Benjamin曾因為雙方衝突而威脅不付款。針對這樣的問題，以色列政府也增訂了委託夫妻對於應付款項要對第三人先行提存的規定。此款項應再由此第三機關在約定期間撥發給代理孕母，以防委託夫妻不付款。Sarah並且力爭在自己與Benjamin跟Rachel所簽訂的契約中，增加精神醫療的給付之款項。對此，以色列政府也立法增訂了延長孕母在心理諮商上的開銷必須由委託夫妻支付的期間至小孩出生後六個月內。

七 參考資料

- 英文期刊

(Databases used: Oxford Journals Digital Archive (OJDA)-Humanities, Law and Social Science, ProjectMUSE, Wiley InterScience) (keyword: surrogacy, surrogate mothers, Israel, Israeli)

Daphana Birenbaum-Carmeli, Contested Surrogacy and the Gender Order: An Israeli Case Study, *Journal of Middle East Women's Studies* Vol.3, No.3 (Fall 2007)

Roni Gaglin, Miri Cohen, Lee Greenblatt, Hanah Solomon, Joseph Itskovitz-Eldor, Developing the Role of the Social Worker as Coordinator of Services at the Surrogate Parenting Center, *Social Work in Health Care*, Volume 40, Issue 1 February 2005

Pamela Laufer-Ukeles, Gestation: Work for Hire or the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Analysis, *Duke Journal of Gender Law and Policy* Vol.9:91 (2002)

Joseph G. Schenker, Legal Aspects of ART Practice in Israel, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, Vol. 20, No. 7, July 2003

Elly Teman, The Medicalization of "Nature" in the "Artificial Body": Surrogate Motherhood in Israel, *Medical Anthropology Quarterly* vol. 17(1):78-98. (2003)

Carmel Shalev, Sigal Gooldin, The Uses and Misuses of In Vitro Fertilization in Israel Some Sociological and Ethical Considerations, *A Journal of Jewish Women's Studies & Gender Issues*, No. 12, Fall (2006)

- 書籍

Rhona Schuz, *Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice, Surrogate Motherhood International Perspectives*, Hart Publishing 2003

Elly Teman, "Knowing" the Surrogate Body in Israel, *Surrogate Motherhood International Perspectives*, Hart Publishing 2003

Kelly Weisberg, *The Birth of Surrogacy in Israel*, University Press of Florida 2005

- 網路搜尋引擎:
(Database used: Google) (key words: surrogacy, surrogate mothers, Israel, Israeli, the Aloni Commission)
<http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3300940,00.htm> (Last visited 8/5/2010)

<http://www.haaretz.com/print-edition/news/health-ministry-mulls-letting-gay-couples-use-surrogate-mothers-1.3010> (Last visited 8/5/2010)

第四章允許商業性代孕的國家

第一節前言

允許商業性代孕的國家原因不一。有些是供給國，有許多收入低之女子為求改善環境而願擔任孕母。而下一章介紹的加州，則是因為對契約自由原則、個人自主決定權的尊重，不對商業性代孕行為作限制。印度雖未立法規範代孕，但衛生主管機關曾於 2005 年公布準則規範代孕，故算是以法令許可商業性代孕的國家。泰國法令對於禁止或允許並無規定，但實質上可以公開進行商業性代孕。韓國多數民眾雖反對代孕，但因歷史上有代孕的傳統，以及國家並未立法明白禁止的情況下，成為一些日本人尋求代孕生殖的去處。在韓國，商業性代孕雖不會受到處罰，但通常是不公開的地下行為，因此韓國的商業性代孕並不發達，也欠缺相關規範，只能說是法令不處罰的行為。

主張容許商業性代孕的理由之一，是非商業性代孕的代孕者往往是委託夫妻的親友，在嬰兒出生後有很多機會再與所生子女互動，易生糾葛，還不如讓完全沒有親友關係的人來代孕，日後永不見面。而且透過有償的制度，可以有更好的專業團隊，包括社工、法律、醫療、財務等人才，來引導整個代孕過程朝向更良好的結果前進。

對商業性代孕的質疑，通常是認為這是使孕母工具化。但就結果而言，似乎缺乏實證經驗證明孕母有被剝削或工具化的調查，或證明這些代孕國家出了什麼對委託夫妻、代理孕母或出生子女不利的證據。反而是當委託夫妻來自國外時，可能因為委託夫妻所屬國家的法令，而使出生子女處於不利的地位。因此，妥適規範跨國代孕行為，是各國必須正視的課題。

印度

基本資料

許可或禁止之立場

允許商業性質之代孕行為
允許使用捐贈之生殖細胞
只允許借腹型代孕(代理孕母不可使用自己捐贈之卵子進行代孕)

委託夫妻之限制

委託之妻不限須有子宮問題
委託夫妻不限本國人

代孕者之限制

代理孕母之年齡須在 21 至 45 歲
每位婦女一生最多只能擔任代理孕母三次(Assisted Reproductive Technology Bill, 2008)

相關法源

1. 輔助生殖診所管理準則 (National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)
2. 2008 年輔助生殖技術法草案 (Assisted Reproductive Technology Bill, 2008)

主管機關

印度健康與家庭福利部(the Ministry of Health and Family Welfare)

仲介單位

商業性的仲介單位可以合法廣告

親權歸屬程序

代孕子女自始至終皆為委託夫妻之子女

特色

與其他允許代孕生殖的國家相比，提供商業化代孕生殖服務，且費用較低廉

一 總則

(一) 立法目的

在印度，生殖醫療旅遊(Reproductive Tourism) 已發展地十分成熟，代孕生殖旅遊行為的參與者包括：希望擁有帶有自己基因的下一代的夫妻、從事代孕生殖的診所、精子/卵子的捐贈者、生殖醫療仲介業者、當地旅遊業者等(Lisa C. Ikemoto, 2009)。代孕生殖在生殖醫療旅遊的各項服務之中，屬於重點服務之一，此種營業所獲得之收益佔整體生殖醫療旅遊收益的極大部分，每年帶來至少五億美元的商機(Mike Celizic, Feb. 20, 2008)，因此自然有立法規範此行為的必要性。

在2005年公佈的輔助生殖診所管理準則(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)制定之前，印度的人工輔助生殖診所提供的服務在全世界已非常著名，且幾乎是獨一無二的，但是沒有任何一份法規專門負責規範及監督輔助生殖診所從事的商業醫療行為，因此，輔助生殖產生的許多後續爭議也常常無法獲得適當的解決。為了改善這種情況，印度政府特別制訂了此份準則以管理數量龐大的輔助生殖診所。(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)而2008年公佈的輔助生殖技術法草案則是希望在2005年輔助生殖診所管理準則的既有基礎上，再更進一步將極具爭議性的代孕生殖的親權歸屬問題做進一步的規範。此外，印度國內針對是否承認同性伴侶進行代孕生殖手續的合法性亦有熱烈的討論。但是正因為其衝突性的本質，使得本草案至今(2010年8月)仍不斷地被討論並修訂而遲遲無法通過。(Pratap Chakravarty, 2010)

(二) 立法沿革

1. 針對人類參與生物醫學研究之倫理規範，2000版 (Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Subjects, 2000)

由印度醫學研究委員會 (Indian Council on Medical Research)在2000時所公佈(因此份準則目前只有2006年之版本在流通，故以下轉譯自Usha Rengachary Smerdon於2009所著之論文)：

- A. 代孕生殖只有在經過合法授權之收養程序同時存在時才可以被執行。
- B. 在被舉反證推翻之前，應認為生下代孕子女的女性是孩子的法律上母親。

- C. 在代孕子女被生下的六個禮拜之內，若是代理孕母想將孩子留下自己扶養，她們擁有後悔的權利。而六個禮拜過後，委託夫妻應享有優先收養代孕子女的權利。
- D. 代孕契約須規定，若代理孕母希望將其生下的孩子留下，即可成爲一有效之契約。即使在其中約定當收養手續完成之後，委託夫妻將給予代理孕母合理的補償亦然。
- E. 如前項，當代理孕母希望留下其生下的代孕子女時，委託夫妻只能以孩子的最佳利益向法院聲請親權。
- F. 若代理孕母因爲醫療因素而決定墮胎，委託夫妻沒有任何權利阻止代理孕母進行墮胎，而且她們並不擁有向代理孕母拿回已付出之補償金的權利。(Usha Rengachary Smerdon, 2009)

此份 2000 年所頒布的倫理規範雖然並沒有實質的規範效力，但其內容與目前世界上開放非商業性代孕生殖的國家之規定大致相同，由此可知，在 2000 年時，印度政府對於代孕生殖行爲之態度應較現在爲保守，僅開放非商業性代孕生殖但並未開放商業性代孕生殖。

2002 年輔助生殖診所管理準則草稿 (Drafted Guidelines on Assisted Reproductive Technology(ART) Clinics, September 4, 2002)[Available at <http://pib.nic.in/archieve/lreng/lyr2002/rsep2002/04092002/r040920029.html> (last visited August 25, 2010)]

此份草稿由 ICMR(Indian Council of Medical Research)&the National Academy of Medical Sciences 於 2002 年時在 New Delhi 共同發佈，爲下面輔助生殖診所管理準則 (National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)之草稿：

- A. 委託夫妻的親戚不可以作爲代理孕母進行代孕生殖。
- B. 委託夫妻必須在代孕子女出生後進行收養程序，始能成爲其合法父母。
- C. 在通常情況下，只有因爲身體狀況或醫療狀況而無法或不適合懷孕的夫妻才能進行代孕生殖。
- D. 經由代孕生殖而出生的小孩應該被視爲委託夫妻的合法子女。(Usha Rengachary Smerdon, 2009)

在此份草案中有一項規定：「委託夫妻的親戚不可以作為代理孕母進行代孕生殖」，此項規定可謂頗為特殊。因為世界上其他國家，就算承認代孕生殖的合法性，幾乎也只允許非商業性的代孕生殖，在這種情況下，除非彼此有血緣關係，或是有良好的友誼，否則很難找到願意幫忙進行代孕生殖的代理孕母。因此，僅開放非商業性代孕生殖的國家，通常不會禁止親戚作為代理孕母。

2. 2005 年輔助生殖診所管理準則 (National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005) (參附錄 213 頁)

本行政規則係由印度醫學研究委員會 (Indian Council of Medical Research) 與印度國家醫學研究院 (National Academy of Medical Sciences) 共同研究制訂而成，並由印度健康與家庭福利部 (the Ministry of Health and Family Welfare) 公布。

此 Guidelines 中規定，在一般情況下，委託之妻應該有身體上的疾病造成其無法懷孕，然此並非強制規定。實行代孕生殖的診所必須從合格的精子/卵子銀行取得精子/卵子；雖然向精子/卵子銀行取得精子/卵子之前可以獲知捐贈者的基本資料 (如種族、血型等)，但是其身分和地址資料則是機密，精子/卵子銀行負有保密義務，無論是診所或是委託夫妻皆沒有取得相關資料的權利。

本行政規則另外限制了每次體內受精可植入的胚胎數，以前不可以將不同來源的精卵在同一次的體內受精手術中一起植入同一位代理孕母的子宮內。

此外，為了保護代理孕母的權益，而免於受仲介業者及輔助生殖診所的剝削，本行政規則對於委託夫妻和代理孕母之間所簽契約的任意性和有效性結合，若簽訂契約時代理孕母的意志有受到第三人之影響，則負責施行該次代孕生殖手術的輔助生殖診所必須負起責任。(Usha Rengachary Smerdon, 2009)

若參與代孕生殖的任何一方 (包含但不限於診所、代理孕母和委託夫妻) 違反了本行政規則中的規範，則負責管理之國家諮詢委員會 (Composition of the National Advisory Committee) 有權力對負責施行該次代孕生殖手術的輔助生殖診所處以停業或是罰鍰的行政處分。(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)

3. 2008 年輔助生殖技術法草案 (Assisted Reproductive Technology Bill, 2008) (參附錄 232 頁)

本法案係由印度醫學研究委員會 (Indian Council of Medical Research) 研究制訂而成，並由印度健康與家庭福利部 (the Ministry of Health and Family Welfare) 在 2008 年 9 月 29 日公布：

- A. 委託夫妻(或同性或異性情侶)和代理孕母必須簽定一法律上有效的代孕契約。
 - B. 所有代理孕母在懷孕期間，以及生產後所支出的所有費用，包括保險費，皆應由委託夫妻負擔。
 - C. 當代理孕母與委託夫妻簽訂代孕生殖契約時，可以合法獲得補償金
 - D. 代理孕母必須在懷孕的一開始即放棄對未來將生下之代孕子女之親權。
 - E. 擔任代理孕母的年齡限制為 21 到 45 歲。
 - F. 一位女性一生最多只能當三次代理孕母。
 - G. 委託夫妻必須經由合法註冊的精子銀行或仲介找尋代理孕母；實施代孕生殖行為的診所不可以從事仲介代理孕母的業務。
 - H. 代孕子女的出生證明上註記之父母為委託夫妻。
 - I. 無論經由代孕生殖所生下的孩子是否有任何先天缺陷或疾病，委託夫妻都對孩子負有一般父母之照顧及教養義務。
 - J. 外國國籍非印度居民之委託夫妻必須指定一位擁有印度籍的監護人負責照顧為她們進行代孕生殖的代理孕母。
 - K. 外國國籍及非居民之印度籍委託夫妻必須提供實施輔助生殖的診所保證其將代孕子女帶回自己的國家時，會妥善照顧孩子的證明文件。
 - L. 即使委託夫妻離婚，經由代孕生殖而出生的子女仍應被視為委託夫妻的合法子女。
 - M. 經由代孕生殖程序出生的孩子年滿十八歲之後，享有獲知除了身分識別之外，關於代理孕母的所有資訊。
- (Assisted Reproductive Technology Bill, 2008)

4. 各法規關係比較 – 目前有效之法規

針對人類參與生物醫學研究之倫理規範，2000 版之內容因為已有最新的 2006 版發布，故目前已不再適用；2002 年輔助生殖診所管理準則草稿因為並非正式通過之行政規則，故並不具強制規範效力。

目前 2005 年輔助生殖診所管理準則乃唯一有效之行政規則；2008 年公布的輔助生殖技術法草案因尚未通過，故並不具實質法律效力。

(三) 許可之立場及理由

印度有 79%的人口信奉印度教(包括 Sikhs, Jains 和 Parsis)；13%的人口是回教徒；另外 8%則是基督徒。由於大部份人口為印度教信仰，因此印度的社會通念之主軸乃圍繞著印度教之觀念形成。根據印度的社會習俗，包括其對人權的看法及宗教常規 (Customary social practices within the community, the norms of human rights, and religious principles)，只要非屬有害於道德的行為，凡是對人類有助益的事情皆無須禁止。因此，只要不是純粹以營利為目的，所有的輔助生殖技術都是可以接受的。(Usha Rengachary Smerdon, 2009)

(四) 主管機關

2005 年公布的輔助生殖診所管理準則(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)於第九章中規定設定國家諮詢委員會(Composition of the National Advisory Committee)，該委員會由印度健康與家庭福利部(the Ministry of Health and Family Welfare)之秘書長，以及印度醫療研究委員會的主任共同擔任主席。該諮詢委員會的成員包括國家醫療科學學會代表、輔助醫療機構代表、協助代孕生殖之非營利組織代表、專門研究哺乳類動物生殖的生物學家、婦科醫生、心理諮商顧問、病患代表及醫療專業律師等。

本諮詢委員會至少在每六個月必須舉行一次聚會，並由印度健康與家庭福利部秘書長，或是印度醫療研究委員會的主任擔任主席。(Chap. 9, National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)

2008 年公布的輔助生殖技術法草案截至目前(2010 年)尚未通過，因為對於其中多項規定印度國內仍在熱烈的討論中，該份草案規定應設置國家輔助生殖技術諮詢委員會(National Advisory Board for Assisted Reproductive Technology)，負責監督此項技術在該國內的推展。本草案規定負責監督輔助生殖的主管機關為註冊局(The Registration Authority)，負責頒發執照予符合儲存配子(gamete)與提供生育服務(fertility services)條件的診所。(Assisted Reproductive Technology Bill, 2008)

(五) 實施代孕生殖醫療機構之規範

1. 機構硬體設備

2005 年公布的輔助生殖診所管理準則(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)於第一章中對於輔助醫療診所需要設置的設施與人才有詳盡的規定，這些設施包括：

- 1) 非無菌區域：接待與等待的房間、隱密的會談房間、臨床實驗室、器材儲藏室、檔案儲藏室、滅菌室、精液蒐集房間、處理精液的實驗室、寄生蟲防護措施
- 2) 無菌區域：手術室、胚胎植入室、胚胎實驗室、附屬實驗室、荷爾蒙鑑定、微生物病理組織實驗室、其他實驗室維護設施
- 3) 備用電力供應設施
- 4) 所需人才；婦科醫生、胚胎學家、心理諮詢顧問、計畫主持人 (Chap.1, National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)

在 2008 年輔助生殖技術法草案 (Assisted Reproductive Technology Bill 2008)中，對申請進行代孕生殖的醫療機構亦有詳盡的規定，然 2005 年公布的輔助生殖診所管理準則的規範已頗為細緻，且該草案尚未通過，故在此不多做敘述。

2. 廣告

2005 年公布的輔助生殖診所管理準則中規定，實施輔助生殖的診所不應該成為從事代孕生殖的廣告業主；透過廣告或其他方式尋找代理孕母的責任應該落在委託夫妻或是精子銀行的身上。(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)

(六) 在印度與英美進行代孕生殖所需費用之比較

以同樣的代孕生殖療程來比較，在美國加州須要花費兩百六十萬到三百五十萬盧比不等的費用；而在印度只須花費不到一百萬盧比。在英國，委託夫妻每天須要花一千歐元登報尋求代理孕母；在印度，每日的登報費用則只要一百到三百歐元。因為有如此大的費用差距，有許多歐美的委託夫妻藉由生殖旅遊到印度進行代孕生殖，以求能獲得帶有自己的基因血緣的孩子。(Tanna, 2005; Martins, 2006; Ramesh, 2006)

二 代孕生殖之條件

(一) 代孕生殖契約內容

2005 年公布的輔助生殖診所管理準則對於代孕生殖契約有以下幾點規定：

1. 代孕生殖契約具有法律上的執行效力。並且，代孕契約中必須明定委託夫妻給付予代理孕母的報酬中必須涵蓋懷孕前，懷孕時，以及生產後之所有相關手續所需之費用。
2. 所有代理孕母在懷孕期間，以及生產後所支出的所有費用皆應由委託夫妻負擔，且委託夫妻應該給予代理孕母合理的補償金，補償金的金額應該代理孕母和委託夫妻共同商量後決定。
3. 關於金錢給付的約定必須以書面載明；實施輔助生殖的診所不應該涉入金錢報酬的談判之中。
4. 在簽訂代孕生殖契約的時候，在契約中的意思表示合致必須是真正的告知後同意，而且必須由一跟執行代孕生殖的醫療診所沒有關係的公正第三人見證始為有效。
5. 委託夫妻及代理孕母之間關於補償金額的協商必須獨立存在於雙方之間而不受第三人之影響干預。(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)

(二) 代孕生殖契約包含之契約種類

代孕契約的種類繁多，2008 年所公布的輔助生殖技術法草案中，針對參與代孕生殖的不同身分別提供不同的契約範本，以及代孕生殖進行中會用到的表格格式，以下僅將契約與表格的種類名稱列出，關於代孕生殖的詳細表格內容可參考附件。

- A.
 - I. 申請及定期更換實施輔助生殖執照之表格—輔助生殖醫療診所所用(Form of Application for Registration or Renewal of Registration of An Infertility / ART Clinic)
 - II. 申請及定期更換實施輔助生殖執照之表格—精子/卵子銀行用(Form of Application for Registration or Renewal of Registration of A Semen Bank)
 - III. 申請及定期更換實施輔助生殖執照之表格—使用人類胚胎之研究中心(Form of Application for Registration or Renewal of Registration of A Research Centre Using Human Embryos)
- B. 許可執照之申請(Certificate of Registration)

- C. 主管機關駁回輔助生殖醫療診所之申請所用文件格式 (Rejection of Application for Registration or Renewal of Registration)
- D. 接受細胞質外精子注射以及體外授精之委託夫妻之同意書 (Consent Form to be signed by the Couple for IVF and ICSI)
- E. 使用丈夫之精子從事人工授精之同意書 (Consent for Artificial Insemination or Intrauterine Insemination with Husband's Semen / Sperm)
- F. 使用捐贈之精子從事人工授精之同意書 (Consent for Artificial Insemination or Intrauterine Insemination with Donor Semen)
- G. 將受精後之胚胎冷凍保存之同意書 (Consent for Freezing of Embryos)
- H. Consent for the Procedure of PESA (Percutaneous Epididymal Sperm Aspiration) and TESA (Testicular Sperm Aspiration)
- I. 卵子提取/胚胎移植之同意書 (Consent for Oocyte Retrieval / Embryo Transfer)
- J. 代孕生殖之同意書 (Agreement for Surrogacy)
- K. 卵子捐贈同意書 (Consent Form for the Donor of Eggs)
- L. 精子捐贈同意書 (Consent Form for the Donor of Sperm)
- M. 精子捐贈者之個人資料表 (Information on Semen Donor)
 卵子捐贈者之個人資料表 (Information on Egg Donor)
 代理孕母之個人資料表 (Information on Surrogate)
- N. 精子捐贈者/卵子捐贈者/代理孕母之篩選結果 (Results of screening of Semen Donors / Oocyte Donors / Surrogate Mothers)
- O. 捐贈配子及代理孕母的使用記錄 (Record of use of Donor Gametes and Surrogates)
 - I. 精子捐贈者用 (For Donor Semen)
 - II. 卵子捐贈者用 (For Oocyte Donors)
- P.
 - I. 卵子-胚胎記錄 (Oocyte-Embryo Record)
 - II. 冷凍胚胎的詳細資訊 (Details of the Frozen Embryos)
- Q. 精子分析報告 (Semen Analysis Report)
- R.
 - I. 精子銀行與精子捐贈者簽訂之契約 (Contract between the Semen Bank and the Semen Donor)
 - II. 精子銀行與卵子捐贈者簽訂之契約 (Contract between the Semen Bank and the Oocyte Donor)

- III. 精子銀行與代理孕母簽訂之契約 (Contract between the Semen Bank and the Surrogate)
- S. 精子銀行與委託夫妻(病患)簽訂之契約 (Contract between the Semen Bank and the Patient)
- T. 精子銀行與輔助醫療診所簽訂之契約 (Contract between the Semen Bank and the ART Clinic)
- U. 委託夫妻(病患)與代理孕母簽訂之契約 (Contract between the Patient and the Surrogate)
- V. 保密協定 (Oath of Secrecy)
(Assisted Reproductive Technology Bill 2008)

(三) 代孕者之限制條件

1. 倫常觀念

2005 年公布的輔助生殖診所管理準則規定，無論是委託夫妻的親戚朋友或是不認識的人皆可以擔任代理孕母，但若是由親戚代為懷孕，則只有屬於同一世代的親戚才可以擔任代理孕母。也就是說，不允許母親代替女兒懷孕的情況，以避免倫常失序。

2008 年公布的輔助生殖技術法草案則突破傳統親子關係法規中，以血緣關係為判定子女親權之原則，規定卵質與卵細胞捐贈者必須放棄(relinquish)所有對該代孕子女有關的任何親權。

(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005; Assisted Reproductive Technology Bill 2008)

2. 健康狀況之要求

2005 年公布的輔助生殖診所管理準則規定，代理孕母在進行代孕生殖之前，必須先經過 HIV 的檢驗並提供一份書面文件證明她並沒有在服用管制藥品，以及她的丈夫和她並沒有與人共用針頭來注射藥品，以確保代孕子女不會受到代理孕母垂直感染 HIV 病毒。(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)

3. 年齡限制

2005 年公布的輔助生殖診所管理準則規定代理孕母之年齡須在 45 歲以下；而 2008 年輔助生殖技術法草案則規定凡是 21 歲以下 45 歲以上之婦女，皆不得擔任代理孕母。此外，該草案規定，

一個婦女一生至多僅能擔任三次代理孕母。(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005; Assisted Reproductive Technology Bill 2008)

三 生殖細胞及胚胎之保護

根據 2005 年公布的輔助生殖診所管理準則，關於生殖細胞及胚胎之保護大約有以下幾點規定：

- A. 實行代孕生殖的診所所有義務從合格的精子/卵子銀行取得精子/卵子。
- B. 無論是實行代孕生殖的診所或是委託夫妻皆沒有取得精子/卵子捐贈者之身分和地址資料的權利，而且精子/卵子銀行有將精子/卵子捐贈者身分保密的義務。但是兩者皆擁有瞭解精子/卵子捐贈者的身高、體重、膚色、種族、教育程度、職業、家庭背景、家族疾病史(B 型肝炎或 AIDS)、DNA 指紋等基本資料的權利。
- C. 實行代孕生殖的診所只有在代孕子女年滿 18 歲之後，在代孕子女的要求之下，才能提供其關於精子/卵子捐贈者的背景資料(因為診所並沒有捐贈者的身分資料，所以只能提供 C 點中提到的基本資料)。
- D. 一次療程不可以植入三個以上的胚胎到代理孕母的體內，即使代理孕母的狀況特殊(例如年紀較大的女性、較差的胚胎著床率、子宮內膜異位或是較差的胚胎狀況)亦然。
- E. 在同一個療程中，不可將由不同男性捐贈的精子，或由不同女性捐贈的卵子所形成之受精卵植入同一位代理孕母的子宮內。(National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005)

四 代孕子女之地位

(四) 嬰兒出生登記之行政管理

在行政管理上，2008 年公布的輔助生殖技術法草案明確規定代理孕母所生子女之出生證明應記載事項，除了標示代理孕母的姓名，更應包括使用輔助生殖技術之男性、女性、夫妻或情侶之姓名。(劉憶成, 2009)

又根據該草案，當外國人希望在印度尋求代理孕母協助生育時，將必須先向所屬國籍之駐該國大使館登記，接著必須提交此登記文件給即將進行代孕生殖之醫生。在登記時，委託夫妻必須明確聲明，若使用輔助生殖技術之男子或婦女死亡，或夫妻或情侶一方或雙方皆死亡時，將

指定應負責撫養所生子女之人，例如寶寶之祖父母等。希望藉此解決目前實施代孕生殖時所面臨的問題與爭議。(劉憶成, 2009)

(五) 印度對親權歸屬之相關規定

針對代理孕母所生小孩之法律地位，2008 年公布的輔助生殖技術法草案明確規定，不論是已婚夫妻或未婚情侶，使用輔助生殖技術所生之子女，應被推定係已得該對夫婦或情侶雙方同意所生之法定婚生子女，並與透過一般性行為方式 (sexual intercourse) 所生之法定子女有相同的法律上權利。另在該草案中出現一突破性規定為，單身之男性或女性，於使用輔助生殖技術所生之子女亦為其法定子女。(劉憶成, 2009)

此外，又進一步規定，使用輔助生殖技術後，夫妻或未婚情侶離異或分居時，其因此所生之子女亦應為此對夫妻或情侶之法律上子女。此外，更針對妻利用死亡之夫所遺留之精子，進行輔助性生殖所生之子女法律地位進行規範，認為此種情況下，該子女亦為該夫妻所生之子女。(劉憶成, 2009)

2004 年 12 月 3 日之後在印度出生的嬰兒，在下列情況當然取得印度國籍：

1. 孩子的父母皆為印度國民。
2. 孩子的父母中，有一方為印度國民，且另一方在孩子出生的時候並非印度的非法移民。

至於代理孕母是否可以視為其所產下的嬰兒的母親，則有許多爭議，在相關的規範法規通過之前，尚無定論。但是在實務上，無論代孕子女是否先取得印度國籍，其印度的身分在代孕子女取得委託夫妻所屬國之國籍後當然消滅。(Usha Rengachary Smerdon, 2009)

(六) 其他國家對親權歸屬之規定—以澳洲為例[資料來源：澳洲駐印度大使館網頁中，關於在印度出生的代孕子女身分認定之規定, *available at* http://www.india.embassy.gov.au/ndli/vm_surrogacy.html(Last visited: June 9, 2010)]

澳洲國民在到印度實施代孕生殖之前，必須先確定她們施作的流程合於澳洲政府的國籍法規，而後才能依屬人主義的要件來為經由代孕生殖所生下的子女取得澳洲國籍。

澳洲為聯合國兒童權利維護公約 (United Nations Convention on the Rights of the Child) 和海格關於兒童保護以及跨國收養合作公約 (the Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption) 的會員國，所以在處理孩童收養相關

議題時，有保障孩童最佳利益的義務，並致力於防止孩童誘拐、買賣及販運。

在澳洲以外國家經由代孕生殖出生的代孕子女，須在委託夫妻之中至少有一方為澳洲國民，且經法院判決享有絕對的親權，並符合 2007 年頒布澳洲公民法案 (the Citizenship Act 2007)，以及相關行政規則的規定，始能取得澳洲國籍。

除了必須備妥依照屬人主義申請澳洲國籍的一般文件之外，若申請人是在印度經由代孕生殖而出生的代孕子女，還必須準備以下的文件來證明該兒童與身為澳洲公民的委託夫妻有血緣上關係：

1. 證明委託夫妻已被受法院認可為該兒童的法律上父母的判決書或書面文件。
2. 代理孕母及其配偶已承諾放棄對該兒童所有親權的同意書。

五 委託夫妻與代孕者之法律關係

根據 2005 年公布的輔助生殖診所管理準則，關於委託夫妻與代孕者之法律關係大致上有以下兩點規範：

1. 懷著與自己沒有血緣關係的孩子的代理孕母必須使用她自己的名字在醫療機構註冊，在註冊之時該代理孕母必須通報她是一個代理孕母，並且提供所有關於委託夫妻的必要資訊，例如：姓名和地址等。代理孕母不可以使用委託夫妻中女性之名字來登記，否則在懷孕的發生意外之時，可能會產生身分認定的困擾。
2. 出生證明應該使用委託夫妻的名字來登記，但是實行代孕生殖的診所所有義務開立一張證明，並在其上載明代理孕母的姓名及住址。

六 代孕實施相關之訴訟案例

(四) Manji Yamada 案

2007 年 11 月，日本的一對不孕夫婦到印度進行「輔助生殖醫療旅遊」，以丈夫之精子與一個印度的匿名婦女所捐之卵結合後，再將受精卵植入一名印度婦女體內，使其代為懷孕生產。因此，經由此代孕生殖行為所產下的女嬰與委託夫妻中的妻子並沒有血緣關係。(日本 Manji 案 a)

該名代理孕母於 2008 年 7 月 25 日生下 Manji 女嬰，但在印度代理孕母生產之前，日本夫婦卻已因故離異。在雙方的婚姻關係解消之後，女方不願意以生母的身分出面為孩子辦理出生登記手續，代理孕母亦不願意出面，因此造成 Manji 的出生證明之核發遲延。(日本 Manji 案 a)

Manji的父親 Ikufumi Yamada 希望使用領養的方式以將Manji帶回日本，但是印度的法律禁止單身男性認領女嬰，而日本大使館表示，Manji的父親必須同時符合日本及印度的法律規定，並先為Manji取得印度官方核發之護照，始能合法地領養Manji。女嬰在這樣的情況下，其法律地位與去留都陷入無法確定的狀態。(劉憶成, 2009)

在順利將Manji帶回日本之前，Manji的父親只得先將Manji帶到印度的Jaipur省，讓Manji的祖母Emiko Yamada及一些當地的朋友照顧Manji。此時，一個Jaipur當地的非政府組織Satya在得知Manji女嬰的情況之後，向印度的Rajasthan高等法院請願，希望阻止Manji的父親把她帶回日本。Satya所持的理由是，在印度政府並未明文立法規範代孕生殖的情況下，Manji的父親並不當然取得親權。因此，Manji的祖母對她的監護權並不具法律上的正當性。此外，Satya也在請願書中質疑診所從事代孕生殖之法律正當性，並指控該診所之行爲已觸犯了人口販運的相關法律。因爲該份請願書，The Rajasthan High Court發函令the Union Home Ministry and Department of Home of the state government在四個星期內將Manji帶離其祖母身邊。(日本Manji案 a)

Manji的祖母在得知此份請願書的存在之後，亦以Manji的名義向法院提出訴狀駁斥Satya的請願書。終於在2008年8月14日，印度最高法院裁定Manji的祖母取得暫時性的監護權，阻止了警方帶走Manji的行動。因爲本案件，最高法院因此建請印度的立法機構重視代理孕母以及其所生子女的國籍歸屬等議題，並且盡速訂立相關法案。(Usha Rengachary Smerdon, 2009)

而針對Satya的請願書，印度最高法院在2008年9月29日所下的判決中認爲，根據2005年頒布的孩童保護法(the Protection of Children, 2005)而成立的組織對此份請願書有管轄權，該組織的總部設於Rajasthan高等法院之內，因此，印度最高法院將此案發交給Rajasthan高等法院審理。Rajasthan高等法院迅速地做出承認商業性代孕生殖之合法性的判決。

至於Manji的護照問題，印度最高法院在判決中命Jaipur省的負責核發護照的辦公室將Manji以個案方式處理，核發給Manji一個特別的身分證明(certificate of identity)，該證明之上只載明了父親的名字，母親欄的記載則爲空白。(日本Manji案 b)。在這之後，日本位於新德里的大使館基於人道考量核發給Manji一年期的簽證，讓Manji可以先回到日本，再申請日本的身分。Manji和她的祖母於2008年11月2日回到日本。(Usha Rengachary Smerdon, 2009)

(五) 德國雙胞胎案

一對德國夫妻到印度進行代孕生殖，成功產下一對雙胞胎。由於印度開放完全性的商業代孕，2005 年公布的輔助生殖診所管理準則中規定，代理孕母在簽立代孕契約之時，即已放棄其對於所生下代孕子母之親權。因此，該藉代孕所生之雙胞胎無法因其為代理孕母所生而取得印度國籍。另一方面，因為德國禁止代理孕母之故，德國政府亦不願意給予該雙胞胎德國國籍。(德國雙胞胎案 a)

此情形造成的結果為：在這之前，雙胞胎無法取得任何一個國家的身分，所以無法跟隨其“真正”的父母(委託夫妻)回到德國。因為無法帶孩子回德國之故，委託夫妻必須隨時有一人留在印度照顧雙胞胎，對於她們的精神跟體力來說都是極大的負擔。(News b)

這件案子直到 2010 年 1 月，才露出一線曙光，解決的方法為，根據德國的法律，以**跨國收養**之方式，讓委託夫妻收養該雙胞胎，以使雙胞胎獲得德國國籍。雙胞胎在 2010 年 5 月跟著他們的父親 Jan Balaz 回到德國，印度最高法院的法官祝福他們，並且希望印度政府盡早對代孕生殖做出完善的立法。這個結果距離該雙胞胎出生的 2008 年 1 月，足足過了兩年四個月之久。(News c)

七 代孕生殖實施之實證研究

(一) 該政策實施過程中產生的爭議與問題

2008 年公布的輔助生殖技術法草案仍有許多立法上的缺漏之處有待填補，印度政府及學界也針對該草案開過至少一次的討論會議(Report No. 228, 2009)。截至 2010 年 8 月，印度議會尚未通過該草案。

目前國際間對印度的醫療生殖旅遊最大的批評在於，商業代孕生殖是一種利用女性子宮、人類之精子以及卵子來營利的行為，其中子宮屬於一種人體器官；而精子和卵子為人類正常生活時產生之衍生物，雖然名為捐贈，但是捐贈者可以獲得補償，事實上已經近乎販賣，所以使得代孕生殖被提出與人口以及器官的販運作比較討論。(Lisa C. Ikemoto, 2009)

(二) 實證研究

1. 根據 Swapnendu Banerjee & Sanjay Basu 在 2009 所做的實證研究所得出的結果，發現：
 - A. 若代孕契約沒有強制執行力，則執行該契約所生下的代孕子女會處於較高的風險之下。代理孕母在執行不具強制力的代孕契約時，因為其所能獲得的報酬並無法符合其對肚中所懷嬰兒進

行最佳照護時所付出的努力，因此，當獲得補償與其最大努力不相符時，代理孕母並不會像在執行具有強制執行力的代孕契約時一般認真照顧嬰兒。從而，代孕子女的健康產生問題的情況比例較高。

B. 若代孕契約沒有強制執行力，則委託夫妻會傾向於尋求社經地位相對較低的婦女來擔任代理孕母，因為此類婦女若不提供代孕的服務，其能夠獲得報酬與擔任代理孕母相當的工作之機會較少。為了能賺取擔任代理孕母之酬金，社經地位相對較低的婦女比較會願意認真地照顧肚中的代孕子女。

C. 綜合以上兩點，可以看出為何到印度進行代孕生殖的風氣會如此盛行：

a. 依照印度的現行法規，代孕契約的強制執行力已經被承認。

b. 印度人口眾多，許多鄉村的人口普遍貧窮，符合本論文中所載之社經地位相對較低的要件。(Swapnendu Banerjee & Sanjay Basu, 2009)

2. 根據 Helena Ragone 的文章，及 Abigail Haworth 所寫關於印度代理孕母的報導，對印度的代理孕母心理有以下觀察：

印度的借腹型代理孕母在與委託夫妻配對時，事實上偏好被配對給不同國籍(尤其是歐美籍)的委託夫妻，原因在於彼此的種族不同，所以生出來的代孕子女之種族膚色都和代理孕母本身不同，也因此可以增加孕母對代孕子女的心理疏離感，使得孕母在必須與代孕子女分開較不會有心理上難以割捨的現象產生。(Helena Ragone & France Winddance Twine eds., 2000; Abigail Haworth, 2008)

八 參考資料

- 中文期刊論文

劉憶成，淺談領先全球的印度商業性代理孕母規範，科技法律透析，2009年1月

- 英文期刊論文

Usha Rengachary Smerdon, Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India, *Cumberland Law Review*, 2008-2009

Lisa C. Ikemoto, Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services, *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Summer 2009

Jennifer Rimm, Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy In India, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Summer 2009

Ruby L. Lee, New Trends In Global Outsourcing Of Commercial Surrogacy: A Call For Regulation, *Hastings Women's Law Journal*, Summer 2009

Kari Points, Commercial Surrogacy And Fertility Tourism In India - The Case of Baby Manji, available at <http://www.duke.edu/web/kenanethics/CaseStudies/BabyManji.pdf> (Last visited: June 9, 2010)

Rent a womb: Surrogate selection, investment incentives and contracting, Swapnendu Banerjee & Sanjay Basu, *Journal of Economic Behavior & Organization* 69, 2009, P. 260–273

For Reprod. Rights, Women Of The World: Laws And Policies Affecting Their Reproductive Lives, *South Asia*, 2. India P.69-114 (2004), Available At Http://Www.Reproductiverights.Org/Pdf/Pdf_Wowsa_India.Pdf (Last visited: August 25, 2010)

Helena Ragone, Of Likeness and Difference: How Race is Being Transfigured by Gestational Surrogacy, in *IDEOLOGIES AND TECHNOLOGIES OF MOTHERHOOD, RACE, CLASS, SEXUALITY, NATIONALISM* 56, 62 (Helena Ragone & France Winddance Twine eds., 2000)

- 印度政府之官方文件，包括政府報告、行政規則及草案
National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, 2005 Available at http://www.icmr.nic.in/art/Prilim_Pages.pdf (Last visited: August 20, 2010)

Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants, 2006 Available at www.icmr.nic.in/ethical_guidelines.pdf (Last visited: August 20, 2010)

Assisted Reproductive Technology Bill, 2008 Available at http://www.prsindia.org/uploads/media/vikas_doc/docs/1241500084~~DraftARTBill.pdf (Last visited: August 20, 2010)

Need For Legislation To Regulate Assisted Reproductive Technology Clinics As Well As Rights And Obligations Of Parties To A Surrogacy, Report No. 228, August 2009, available at <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf> (Last visited: June 9, 2010)

- 判決
Yamada v. Union of India, 2008 INDLAW SC 1554, ¶ 13 (Sept. 29, 2008)
- 他國資料
澳洲駐印度大使館網頁中，關於在印度出生的代孕子女身分認定, available at http://www.india.embassy.gov.au/ndli/vm_surrogacy.html(Last visited: June 9, 2010)
- 新聞
日本 Manji 案 a, Indian laws prohibit Manji's father to adopt her, Aug 26, 2008, available at <http://www.expressindia.com/latest-news/Indian-laws-prohibit-Manjis-father-to-adopt-her/353466/> (Last visited: June 9, 2010)

日本 Manji 案 b, Shruti Saxena, Baby Manji's wait may end soon, August 8, 2008, available at http://www.dnaindia.com/india/report_baby-manji-s-wait-may-end-soon_1182152 (Last visited: June 9, 2010)

德國雙胞胎案 a, available at <http://www.vamban.com/news/german-surrogate-twins-can-adoption-be-a-way-out-court-asks/> (Last visited: June 9, 2010)

德國雙胞胎案 b, available at <http://www.surrogacyeggdonorblog.com/2010/01/articles/egg-donation/german-s>

urrogate-twins-end-of-legal-battle-in-sight-after-2-years/ (Last visited: June 9, 2010)

德國雙胞胎案 c, available at

http://www.thaindian.com/newsportal/uncategorized/court-stresses-law-for-surrogacy-twins-headed-for-germany_100370036.html (Last visited: June 9, 2010)

Reena Martins, Baby boom, baby bust, *The Telegraph India*, December 13, 2009, available

at http://www.telegraphindia.com/1091213/jsp/7days/story_11857133.jsp (Last visited: June 9, 2010)

Margot Cohen, A Search for a Surrogate Leads to India, *The Wall Street Journal*, October 9, 2009, available at

http://online.wsj.com/article/sb10001424052748704252004574459003279407832.html?mod=googlenews_wsj (Last visited: June 9, 2010)

Pratap Chakravarty, Gay couples find surrogate mothers in India, *Agence France-Presse*, March 10, 2010, available at

<http://www.canada.com/health/COUPLES+FIND+SURROGATES+INDIA/2677565/story.html> (Last visited: June 9, 2010)

Rajshri on, Revealed: Gay Couples Find Surrogate Mothers in India, March 9, 2010, available

at <http://www.medindia.com/news/Revealed-Gay-Couples-Find-Surrogate-Mothers-in-India-66134-1.htm> (Last visited: June 9, 2010)

A Search for a Surrogate Leads to India, March 19, 2010,

Free-Press-Release.com, available at

<http://www.free-press-release.com/news-a-search-for-a-surrogate-leads-to-india-1268998038.html> (Last visited: June 9, 2010)

Anil Malhotra & Ranjit Malhotra, Commercial Surrogacy in India - Bane or Boon?, available at <http://www.lawgazette.com.sg/2009-3/regnews.htm> (Last visited: June 9, 2010)

Mike Celizic, More and more couples finding surrogates in India, *MSN Today*, Feb. 20, 2008, available at <http://today.msnbc.msn.com/id/23252624/> (Last visited: June 9, 2010)

Abigail Haworth, Surrogate Mothers: Womb for Rent, MARIE CLAIRE,
<http://www.marieclaire.com/world/articles/surrogate-mothers-india> (last visited
August 25, 2010)

- 專書
黛博拉·史帕 (*Debra Spar*), 造人：生殖科技的商業運作, 商周出版, 2006
年 10 月 07 日

泰國

基本資料

許可或禁止之立場

無法律明文規定，既未明文許可也未禁止

委託夫妻之限制

代孕者之限制

相關法源

主管機關

醫療相關主管機關

仲介單位

親權歸屬程序

無（本國無，但願協助配合代孕合法化國家之親權取得程序）

特色

已有草案提出

一 總則

(一) 立法沿革

在泰國起草的代孕生殖草案(2007年7月)規定只有有婚姻關係之夫婦可為代孕委託人，可以取得法定監護權。也有專家建議為了減少未來雙方爭取小孩監護權之可能性，應限制孕母為喪偶或是先前有生過小孩的婦女。但目前的草案本身並沒有明文強制規定孕母應為生產過的婦女。但草案規定孕母必須是年滿18歲，如果已婚，必須經過其先生的同意，且須提供其已受各項醫療檢驗的相關文件以及其他相關倫理道德上與法律上的諮詢文件以證明其有成為代理孕母的資格。有些學者也支持將未來的代孕相關法律增設可溯及既往，幫助過去在還未訂立代孕相關法律時所尋求代孕委託夫婦取得監護權。

代孕草案禁止商業化的代孕行為，代孕委託夫婦可以使用非為自身的精子與卵子，而代理孕母有放棄小孩監護權的義務。目前的草案對於違反商業禁止的代孕契約必無明文的相關逞罰規定。對於叫細節上的問題也還有待回答，像是萬一在代孕過程中，代孕委託夫婦離婚，那契約是否繼續執行，或是類似小孩未來是否有對父母的選擇權，可選擇跟隨孕母或委託夫婦或其基因上的父母。

泰國之代孕草案對於代孕小孩的相關權利義務的規定還尚未明確。

而泰國更在2010年5月提出了一個新的代理孕母草案。此草案包含了允許兩種代孕方式的行為：

1. 使用委託夫妻雙方的精子與卵子的代孕生殖。
2. 使用委託夫妻一方的精子或卵子與第三人的精子或卵子結合。

此草案指定泰國青少年與家事法庭為認定代孕子女親屬關係的法院。草案提出應成立專職委員來管理保護代孕子女的利益。依照此草案，代理孕母應為已婚婦女，且使用其他男性的精子為受孕的情形應經過其丈夫所同意。醫療委員會應明文制定對於代理孕母在懷孕前後及過程中一切在經濟上及照顧上的條件及標準。草案也包含了對於精卵捐贈的一些條件限制。例如，如果因為捐贈者已經身故而無法取得期使用同意的情況下，其精子或卵子將不能被使用。對於違背醫療道德以及違背相關法令來從事代孕行為的醫療人員將明訂罰則。

(二) 許可或禁止之立場及理由

雖說目前沒有明文的法源依據，但爲了因應生殖治療技術的日漸進步，目前在衛生主管機關的醫療相關法規裡面可以窺知一些目前泰國代孕生殖的相關法律問題。

大致上來說，在泰國大部分尋求法律顧問的委託人最關心的代孕相關法律資訊爲

1. 代孕過程中，萬一孕母反悔，如何在現行泰國法律下，確保委託夫婦與代孕小孩的親子關係。
2. 如何取得小孩法律上的監護權
3. 如何幫外國委託夫婦的代孕小孩取得簽證及國籍

在泰國的 Civil and Commercial Code 裡面規定寶寶一出生就爲其生母的小孩(例如，代理孕母的小孩，雖然小孩與孕母可能並無血緣關係)，而如果孕母爲已婚婦女，孕母的先生應爲小孩法律上的父親。(法律上父親身分的相關規定在 BOOK V: Family, Title II: Parent and Child of the Civil and Commercial Code of Thailand)。在泰國尋求代理孕母生殖的委託夫婦必須透過法院的認定才能夠取得小孩的監護權。

二 代孕子女之地位

(一) 本國並無直接相關規定，但願意協助他國之親權認定程序。

(二) 外國委託夫妻如何取得親子關係

以澳大利亞籍的委託夫妻在泰國尋求代理孕母的狀況來講，澳大利亞在泰國大使館有下列之相關規定：

1. 依照現行的泰國法律澳大利亞籍委託夫妻委託的泰籍代理孕母所生下的代孕子女在一出生法律上便被認定爲是代理孕母的子女。
2. 澳大利亞法律對於國人在澳大利亞國境以外進行的代孕行爲並無相關規定。在泰國尋求代理孕母的委託夫妻必須另行找尋其子女在澳大利亞相關事務之獨立法律顧問。
3. 對於如何讓在泰國出生的代孕子女取得澳大利亞國籍的相關事宜，澳大利亞政府有下列相關規定:如果委託夫妻與代孕子女有血緣關係，委託夫妻應先在泰國進行與小孩的 DNA 鑑定報告。然後再拿此報告到曼谷澳大利亞大使館提出取得國籍申請。(詳細國籍申請細節請參見附錄)

三 參考資料

New Surrogacy Law Drafted, Thailand Law

Forum:www.thailawforum.com/news/news-july-4.html, 2007 (last visited 8/4/2010)

New draft law to protect surrogate mothers,
offspring,<http://www.nationmultimedia.com/home/2010/05/12/national/New-draft-law-to-protect-surrogate-mothers-offspring-30129064.html> May 12, 2010 (last
visited 8/4/2010)

Thailand Embassy,
http://www.thailand.embassy.gov.au/bkok/visa_surrogacy.html (last visited
8/3/2010)

南韓

基本資料

許可或禁止之立場

沒有立法管制，不處罰商業性代孕行為

委託夫妻之限制

代孕者之限制

相關法源

韓國民法

主管機關

仲介單位

親權歸屬程序

代孕者為生母

若代孕者為單身可協議委託夫為代孕子女生父

委託妻只能經由收養程序取得親權

特色

無立法管制卻有許多地下化的代孕協議

一 總則

(一) 現況

南韓對於代理孕母議題目前並沒有任何法律加以規範。在 2005 年 1 月正式生效的生命倫理以及安全相關法律(The Bioethics Law)雖然規定銷售販賣及購買配子(生殖細胞)為違法行為,卻沒有任何關於代理孕母作的規範或限制。然而根據報導指出,網際網路上有提供商業性質的代理孕母服務行為。(p5, SURROGACY DONOR CONCEPTION REGULATION IN JAPAN, Yukari Semba, 2009)。因此,雖然韓國民眾對代孕行為多半持負面態度,韓國法令雖未規定代孕契約是否有效,但對商業性代孕行為是採取不處罰的容忍態度,可說是實質上允許商業性代孕(即孕母得接受報酬)的國家。但因為民眾多半反對,所以商業性代孕行為並不普及。

在韓國有一種傳統的代理孕母行為,稱為”Ssibachi”,該代理孕母行為是為幫無法懷孕的夫妻得到家庭未來的繼承人而存在。南韓現今仍為父權主義的國家,不僅如此,該國對於不孕存在許多偏見以及歧視,導致代理孕母行為多半為地下秘密進行。由於大多數的代理孕母行為並不公諸於世,所以無從得知代理孕母從過去到現在到底會遇到什麼困難或造成什麼問題。基於上述因素,在未成功的代理孕母案件中,在經濟上及社會地位上為弱勢者的代理孕母會成為無助的受害者。另一方面,在一些情況下,委託夫妻也很有可能在代理孕母懷孕後被要求多支付一大筆的賠償費用。(p5, SURROGACY DONOR CONCEPTION REGULATION IN JAPAN, Yukari Semba. Elt, 2009)

南韓目前約有 100 萬對不孕夫婦,根據 2003 年的數據顯示約有 12 萬人單獨去不孕門診就診過。南韓民間開始施行代孕生殖手術多年,然而並沒有任何法規規範或解決相關問題,雖然沒有施行代孕生殖手術的官方數據,但可以推定全國已經約有 70 至 80 宗代孕生殖案例。南韓最高法院至今仍未對代孕生殖下過任何判決,因此委託夫妻與代孕者所簽的代孕契約之有效性以及親權認定問題的爭議不斷增加。不管在平面報導或者廣播媒體常常可以看見代孕所衍生的一些問題,然而南韓刑法沒有對代孕安排以及代孕契約的合法性做任何規範,而且委託夫妻盡可能的隱藏代孕子女的背景也使得取得施行代孕生殖手術的統計數據難上加難。(Dong-Jin PARK, 2010)

(二) 立法過程

南韓目前並未立法解決代理孕母的問題。2005 年至 2006 年間韓國爆發一件駭人聽聞的醜聞，曾任首爾大學獸醫系首席教授的生物學家黃禹錫〈황우석〉，在幹細胞的研究，一度令他成為南韓的民族英雄、被視為韓民族摘下諾貝爾獎的希望，但 2005 年 12 月，被揭發偽造多項研究成果，南韓舉國嘩然。黃禹錫被指控編造了他的胚胎研究數據，且根據研究指出，在該胚胎研究中有 2,236 個由婦女提供的卵子。在該醜聞爆發後，南韓立了生命倫理以及安全相關法案，該法案對於配子及胚胎的保存管理多有規範，卻仍未對代理孕母作任何規範。雖然如此，國家生命倫理委員會仍一直討論與代理孕母相關的兩個法案，該委員會考慮將禁止商業性質的代理孕母行爲，並在一定情況下容許實行代理孕母行爲。其中一個法案爲輔助生殖醫學法，將有一條款允許委託夫妻支付一筆合理的費用予代理孕母，而合理的費用將由衛生及家庭事務部〈Ministry for Health, Welfare and Family Affairs〉加以規範。(p5, SURROGACY DONOR CONCEPTION REGULATION IN JAPAN, Yukari Semba. Elt, 2009)

1980 年代中期，大韓產婦人科學會了解到關於生殖補助規範的必要性，而制定了「體外授精的相關倫理要綱」，即便如此，對於生殖補助醫療的相關立法卻絲毫沒有動靜。在此之後，由於 1990 年後半議論逐漸茁壯，在 1993 年 5 月大韓醫學協會遂發表「人工受胎倫理宣言」，後續大韓產婦人科學會於 1999 年 2 月訂定了「補助生殖術倫理指南」。然而，該指南並未超出自我規範的內容，不僅沒有法律效力，亦未列出代理孕母出產的禁止事項。(p219, 井関あすか, 九大法学 93 号, 2006 年) 由韓國政府主導 制定了「生命科學相關之國民保健安全 倫理法〈案〉」，並列出「因商業目的使用人類胚胎、精子、卵子、代理孕母」等禁止行爲。然而，由於對這些禁止事項反彈聲浪強烈，於 2003 年 12 月重新訂定「生命倫理以及安全相關法律」，並通過了韓國國會決議。這項法律，雖說涵蓋生命倫理相關的適用對象廣泛，但是幾乎不對代理孕母出產的善惡、容許範圍進行檢討，甚至沒有確切指出立法事項的對象。(p219, 井関あすか, 九大法学 93 号, 2006 年)

現實層面，於 2001 年 1 月以商業目的提供卵子仲介服務的「DNA 銀行」始設立，於 2003 年 2 月在日本也增設其事務所，積極地向日本人進行宣傳。除此之外，也存在著基於個人交涉的斡旋業者，據說不僅提供卵子亦提供代理孕母生產契約的仲介服務。(p219, 井関あすか, 九大法学 93 号, 2006 年)

二 代孕子女之地位

根據南韓民法規定分娩者為生母，所以法律對於生母沒有其他的定義標準。在科技進步之情況下，人工受精已經不再困難，因此有些人對於法律僅分娩者為生母的規定提出質疑。雖然南韓對於父子關係已經立法規定，仍應將代孕生殖的情況考慮進去，此外，目前並沒有相關的訴訟案例但已經引起相當的爭議。(Dong-Jin PARK, 2010)

(一) 父子關係的認定

根據現行父子關係的法律規定，代孕者婚姻關係存續中之丈夫推定為代孕子女的父親，韓國民法 844(1)規定”在婚姻關係存續期間內出生之子女，推定其母親之丈夫為其父親。”，在代孕生殖的情況下這樣的推定是有爭議的，韓國最高法院承認 844(1)有例外的情形，在顯而易見的情況下發現妻子與丈夫不可能發生受孕行為，則 844(1)的推定不成立。(Dong-Jin PARK, 2010)

然而多數學者認為 844(1)的例外情形與代孕生殖沒有關係，於此觀點代孕子女基因上的父親並不能夠視為代孕子女的親生父親。根據現行韓國民法，惟有在代孕子女生母的丈夫被法院判決非代孕子女的父親之情況下，第三方才有可能依基因關係被認定為代孕子女的父親〈855(1)KCC〉。根據民法規定確定父親親權的判決只能由子女的生母或子女生母的丈夫向法院提起(846KCC)，換句話說，代孕者或其丈夫若不向法院提起確認代孕子女非為其丈夫之子的判決的話，代孕子女基因上的父親不可能被視為其生父，且與代孕子女毫無血緣關係的代孕者的丈夫會成為代孕子女法律上的生父。(Dong-Jin PARK, 2010)

若代孕者為單身，則不會適用推定生父的規定，則代孕子女基因上的父親可以被認定為代孕子女的生父，在此情況下，沒有婚姻關係存續中的代母所生的代孕子女可以合法的成為代孕子女基因上父親的子女，這種情況只限於父子關係而不能適用於母子關係。在雙方有協議的情況下，單身代孕者所生子女可以被認定為基因父親的子女，若雙方沒有協議則交由法院判決(909(4)KCC)，這種情況也只限於父子關係而不能適用於母子關係，委託妻只能透過收養程序來取得孩子的親權。(Dong-Jin PARK, 2010)

(二) 母子關係的認定

在基因型代孕，代孕者理所當然被視為生母；在借腹型代孕，代孕子女母親的認定就有分歧。根據目前的立法解釋分娩者為母，代孕者因懷孕生產而成為代孕子女的母親，相較於基因關係，懷孕與生產過程更

應該受到尊重，將代孕者視為生產工具是反對代孕者反對代孕的主要因素，因為在懷胎十月中胎兒的遺傳特性以及智能的形成受到代孕者的影響。(Dong-Jin PARK, 2010)

相反的，有些人認為代孕子女遺傳上的母親應該被視為生母，首先，在借腹型代孕相較於代孕者和胎兒毫無血緣關係，卵子的提供者與胎兒因為基因而有較深的連結，而親權認定應該以代孕子女的最大利益為考量。(Dong-Jin PARK, 2010)

如前所述，代孕者與委託夫妻很難達成親權的協議，即使達成協議，也很難隱藏孩子是經由收養來的事實。因此，為了不讓代孕子女知道自己是經代孕生殖的子女，南韓的代孕者與委託夫妻假造胎兒的出生證明以假裝自己是胎兒的親生父母。(Dong-Jin PARK, 2010)

三 代孕生殖實施之實證研究

(一) 一般國民

雖然地下的商業性代孕存在，但根據 2004 年針對南韓人民對代理孕母態度的調查顯示，大多數的南韓人對代孕生殖有負面的看法。78.4%的受訪者表示不能夠同意不孕夫妻接受代孕生殖手術，這已經可以明顯看出大多數的南韓民眾有多厭惡代孕生殖。約 83.4%的受訪者不同意商業性代孕安排，且約 83.3%的受訪者不同意非商業性的代孕安排，由此可見不論是否有金錢補償的代孕安排都不被多數的南韓人民所接受。約 83.3%的受訪者擔心精子與卵子的販賣行為，同時有 15.4%的受訪者可以接受販賣精卵作體外受精之用。(Dong-Jin PARK, 2010)

約 55.7%的受訪者認為代孕子女的親權應該屬於委託夫妻，然而有 44.3%的受訪者認為應屬於代孕者，但根據南韓民法規定，胎兒的產出者為母親與調查結果恰好相反。(Dong-Jin PARK, 2010)

此外，民眾普遍認為和收養小孩(27%)比起來比較希望能夠經由代孕生殖得到孩子(37%)，顯示有越來越多人民迷戀基因關聯性；此外，有 61%的受訪者希望代孕者是家人或親戚，可見除了基因關聯性外代孕者的個性與個人特質也是重要的考量因素。(Dong-Jin PARK, 2010)

(二) 婦產科醫師

2009 年在南韓還有一項規模較小而針對婦產科醫師的調查，約 66%的婦產科醫師不同意商業性代孕安排，其中甚至有 62%的婦產科醫師也不同意非商業性代孕安排。66%的受訪者認為應該針對代孕安排加以立

法管制，根據該項調查顯示在代孕安排尚未合法化前，醫界對於是否應該施行代孕安排已有歧見。(Dong-Jin PARK，2010)

四 參考資料

- 官方網頁
Bioethics and Biosafety Act，
<http://www.ruhr-uni-bochum.de/kbe/Bioethics&BiosafetyAct-SouthKorea-v1.0.pdf> (last visited 2010/08/19)
- 新聞
Surrogacy on offer between Japan and South Korea,
http://www.ivf.net/ivf/surrogacy_on_offer_between_japan_and_south_korea-o1631.html (last visited 2010/08/19)

Korea's Surrogate Mother Industry Draws Japanese,
<http://english.chosun.com/w21data/html/news/200610/200610170016.html>
(last visited 2010/06/28)
- 研討會
Dong-Jin PARK，Surrogate Motherhood in Korea; Legislative Theoretical Research，International Congress on Comparative Law Washington, 2010
http://www.wcl.american.edu/events/2010congress/reports/National_Report_s/II_A_2_Surrogate_Motherhood/Korean_Report.pdf?rd=1 (last visited 2010/08/19)
- 論文

井関あすか，代理母出産における法的母子関係に関する考察，2006

Three Conditions toward Bioethical Governance A Case Study on South Korea，2008

Young-Gyung PAIK，The Discourse of National Population Crisis and Its Framing of Bioethical Issues in Contemporary South Korea，2009

Yukari Semba, Chiung-Fang Chang, Hyun-Soo Hong, Ayako Kamisato,
Minori Kokado and Kaori Muto · Surrogacy Donor Conception Regulation
in Japan · 2009

第五章美國

一 前言

由於美國是屬於聯邦體制，聯邦與州政府管轄的權限必須要嚴加區分。聯邦憲法第一條第八節詳細列舉了國會的立法權行使範圍，各州立法機關的權限則及於所有該節所未規定事項；家事關係（domestic relations，相當於我國民法親屬編所規範的內容）即屬之。由於代孕關係中普遍引起爭議的，除了物化、剝削女性生殖能力與主體性的潛在疑慮之外，就以親權（parental rights）歸屬的判定問題最為棘手，而這正是家事法的範疇。是故，代孕的允許與否、孕母與委託夫妻間關係的處理、還有法院遭遇相關案件的處理等等，原則上都應以各州立法的內容為基準。

然而，正由於代孕的允許與否牽涉到許多難解的問題，截至本文寫作之日，美國仍只有 18 個州（包含哥倫比亞特區）對代孕議題進行明確的立法，表明是否允許代孕的行為、或當事人間應如何成立一個有執行力（enforceable）的代孕契約；另外有 4 個州雖未直接規定代孕契約的效力，但在禁止人口販賣或付費收養的刑法條文中，明示排除對代孕契約的適用（即該條處罰對象並不包括代孕行為）；剩餘 29 個州的成文法（立法機關所通過的 statutes 或 code），則沒有任何關於代孕行為的規範（包含加州與紐澤西州在內）。

由於美國與英國同屬於海洋法系（相對於我國的大陸法系），法院的判決先例一向是十分重要的法源（即一般通稱的普通法（common law）或判例法（case law））。法官在審理案件時，若認為現有的制度不足以提供該案件一個公平並合乎法理的解決方案，得創設新的規則加以因應，以補充立法之不足；因此，對那些代孕規範粗略或甚至完全缺乏的州來說，成文法的疏漏並不至於產生太大的問題。加州就藉由法院的判決先例，建構出一套堪稱最開放且便捷的代孕親權判斷系統。

二 各州立法狀況概述

（一）明文立法規範允許代孕與否的州（18）

1. 禁止代孕，並對違反規定者科以處罰（3）：哥倫比亞特區（District of Columbia）採取禁止的立場，並對相關當事人（包含代孕者、委託夫妻、實施代孕手術的醫師、仲介、以及其他協助之人）科以行政或刑事處罰；密西根州（Michigan）及紐約州（New York）同樣禁止代孕行為，但僅商業性

(有償)代孕契約的相關當事人需負刑事責任，並加重處罰「以未成年人(unemancipated)為代孕者」的行為。以上三個州均規定代孕契約為無效(void)且沒有執行力(unenforceable)。

2. 禁止代孕並宣告契約為無效，但未設處罰規定(4)：亞利桑那(Arizona)、印第安那(Indiana)、路易斯安那(Louisiana)及內布拉斯加(Nebraska)四個州的法律明文禁止代孕契約；亞利桑那州法條僅表示禁止(prohibits)，後三者則直接宣告其為無效(void或null)且沒有執行力，但對違反規定的行為人並沒有任何處罰。

內布拉斯加州法律似乎僅禁止有償(compensated)代孕契約，但一篇2008年的文獻(Tuininga)指出，該州立法機關的態度不甚明確，且目前仍缺乏直接相關的法院判決先例，無償(uncompensated)代孕契約是否會被許可仍有疑問。

亞利桑那州禁止代孕的法律條文中，直接明訂「代孕者是代孕子女的合法母親(legal mother)」。然而，在一件1994年借腹型代孕的案件當中，第一分區上訴法院維持下級法院的判決，認為該規定違反美國聯邦憲法第十四條修正案的「平等保護條款」(Equal Protection Clause)而無效；由於該州最高法院並未接受上訴，這個見解只在該分區中有拘束力。

3. 僅允許借腹型代孕(5)：伊利諾(Illinois)、內華達(Nevada)、北達科他(North Dakota)、德州(Texas)與猶他州(Utah)等五個州只允許借腹型(gestational)代孕，代孕者不得與代孕子女有任何血緣關係。

4. 允許基因型代孕(6)：除了借腹型之外，阿肯色(Arkansas)、佛羅里達(Florida)、新罕布夏(New Hampshire)、田納西(Tennessee)、維吉尼亞(Virginia)與華盛頓(Washington)六個州也允許基因型(traditional)代孕。

(二) 未明確規範代孕行為，但將其排除在刑罰適用之外的州(4)

人口販賣是世界公認的犯罪行為，美國各州也設有處罰條文，有些並將「收受費用將子女供人收養」(下稱「有償收養」)的行為列為獨立罪名。阿拉巴馬(Alabama)、愛荷華(Iowa)、奧勒岡(Oregon)與西維吉尼亞(West Virginia)四州法律並未直接規定是否允許代孕行為，但分別於禁止人口(或未成年人)販賣與有償收養的刑法條文明示排除代孕，不加以處罰。

(三) 成文法無代孕相關規定，但已透過法院判決先例形成標準的州(5)

由於立法機關遲遲未制定代孕相關法律，有五個州的法院已經透過判決先例形成較為明確的規範；他們的共通之處，在於該州的最高法院均已針對代孕案件做出拘束下級法院的見解，而且均採取部分、甚至是全面開放的態度。

1. 加州 (California)：加州是全美對代理孕母態度最開放的地方，不僅同時允許借腹型與基因型代孕（同性伴侶也可以進行），對於收受報酬的商業性代孕或仲介也沒有任何限制。委託夫妻只要依據法院判決，就可以在代孕子女出生時起取得親權與原始出生證明，毋須經過收養；日後發生爭議時，法院會優先考量該州的家事法規並參酌當事人締約合意後，做出符合代孕子女最佳利益（best interests of the child）的判決。

2. 康乃狄克州 (Connecticut)：早在 1998 年，康乃狄克州最高法院就曾以扶養事實與子女最佳利益為由，做出由委託妻取得基因型代孕子女親權的判決，下級法院也認可借腹型代孕契約；然而，目前仍未針對代孕契約的效力表示任何意見。

3. 麻州 (Massachusetts)：麻州最高法院傾向於認可代孕行為，無論是借腹型或基因型，但表示「代孕契約本身的效力未定，應由法院依據子女最佳利益做出親權判決」；同時，判決先例賦予代孕者一定時間的猶豫期與反悔權，並提出許多判斷契約效力的基準。

4. 紐澤西州 (New Jersey)：紐澤西州的判決先例允許非商業性（無償）的借腹型代孕，而禁止商業性（有償）或基因型代孕；法院也賦予代孕者一定時間的猶豫期與反悔權。

5. 俄亥俄州 (Ohio)：俄亥俄州法院向來對代孕契約效力抱持肯定的態度，包括基因型和借腹型；但直到 2007 年，最高法院方於判決中明確表示「非商業性（無償）借腹型代孕並不違反該州的公共政策」。相較於前四者，該州在代孕議題上的見解尚未非常穩固，但大體上並不禁止代孕契約的存在。

(四) 成文法無代孕相關規定，或雖有但立場不甚明確的州（24）

全美近半數的州尚未就允許代孕與否進行直接且明確的立法，相關案件也大多付之闕如而欠缺統一的法院見解。

美國：加州

基本資料

許可或禁止之立場

允許所有代孕行為，無論是屬於商業性（有償）或非商業性（無償）；
不限制生殖細胞來源，可由代孕者（基因型）、委託夫妻或捐贈者提供（借腹型）；
沒有任何處罰規定。

委託夫妻之限制

沒有任何資格限制。

代孕者之限制

沒有任何資格限制。

相關法源

法院判決先例；
該州家事法典（California Family Code, Cal. Fam. Code）§ 7600 以下的「統一親子關係法」（Uniform Parentage Act）（本文引用條文請見附錄第 392 頁以下）。

主管機關

由判例法形成的規範，沒有主管機關。

仲介單位

允許私人經營之仲介，不限制其商業行為，亦不限制廣告。

親權歸屬程序

法院命令。

特色

當事人擁有很大的契約形成自由；
提供委託夫妻快速便捷的親權取得程序；
親權歸屬產生爭議時，法院最終將考量代孕子女最佳利益做出判決。

一 總則

(一) 立法沿革 (Markens 2007)

(1) 副檢察長備忘錄：開放立場以避免地下化與剝削

加州的立法機關於 1992 年推行的代孕法採持監管態度。可從加州而大體窺見藏身於複雜且冗長的法令背後之代孕親權議題。

一如紐約，加州對代孕夫妻進行的第一次調查大致得到了正面且積極的回應。1988 年三月，加州副檢察長寫了份給司法部的備忘錄，提供加州對代孕生殖的見解，並檢討了現行州法律的規範可能性。在備忘錄最後一段的「立法需求」部分，作者承認對代孕商品化表達高度關切，但又似乎傾向以「不孕的困境」做為實踐框架：

若要說有什麼是確定的，就是立法機關必須頒布禁止各方剝削及彌補特定情況下的商業化趨勢之法案，即使這樣的措施會一併禁止有給代孕。節節攀升的不孕人口、領養孩童的漫長等待及有些夫婦堅定而不計代價地想要自己孩子的決心，將導致私下代孕交易。因此，適當規範可預防私下代孕交易的商業化，同時也保護了代孕子女、代孕者及代孕夫妻，並維護社會秩序。

雖然副檢察長的建議對加州的立法程序似乎沒有太多直接影響，但這份備忘錄的確指出，政府即使在全國的反彈聲浪中仍偏向規範代孕。

(2) 分裂的聯合委員會：報告建議禁止有償代孕，但未獲採納

1988年九月，加州立法機關通過了由設立了代孕親權之聯合立法委員會的議員Sunny Mojonnier所提出的解決辦法。決議陳述道，「這項措施將創立聯合代孕委員會，直接關聯或授權聯合委員會以確定、研究及分析商業及非商業代孕……這項舉措將授權聯合委員會委任諮詢機構。」一旦設立，聯合委員會便將任命專家小組。

不若紐約州的生命法律專門小組，該小組並非一個代表多元利益的常設委員會。它的設立目的完全在於處理代孕議題，其會員皆由對代孕議題採既定立場的立法委員中所挑選。聯合委員會主席為決議提案者，同時也是立法機關最強而有力的代孕議題對手，議員 Mojonnier。Mojonnier的任命伴隨著批評及擔心其偏見的憂慮。

該小組於1990年發表報告。在這份標題為「商業性及非商業性代孕」的文件中，小組成員總結道：(1) 有給代孕非法；(2) 代孕協定中，精子捐贈者被視為法定父親；(3) 分娩者為母；(4) 代孕合約無效。

此專家小組並未取得共識，六名委員對於代孕持相對意見。內部分裂肇因於兩份報告的準備工作，起因為拒絕「嬰兒販賣」、贊成協助「不孕的困境」之政策框架。「如多數派報告所稱，代孕並不代表生殖商品化……另外，證據也指出，加州及美國的代孕行為並未傷害牽涉在內的代孕者、代孕子女及委託夫妻。同時，代孕更提供了形成新家庭的可能性此一巨大利益。」而在少數派報告中，小組成員建議道：「代孕立法作為公共政策是十分有益的。與其立法以刑事制裁嚇阻、懲罰代孕相關者，多數派建議頒布代孕立法宗旨，並在少數有爭議的例子中以代孕子女最佳利益為衡量。」然而，代孕聯合委員會拒絕採納自身小組的建議，並未採取任何一方所建議的行動。即使多數派建議禁止商業性代孕，兩方代孕框架的競爭仍然存在。參議員Watson的參謀長花了數小時抹黑小組多數成員的立場，其他批評則針對小組成員並未參照各方利益：「這就如同一個名為討論民權的小組未能整合有色人種。」

小組的缺乏共識、粉飾太平的調查方法及外界抗議聲浪看似挖掘出合法性背後的陰影。多數派所提出的禁止商業性代孕的建議，並未達到紐約生命法律專門小組所提出的類似建議之影響力。除了小組的母體——聯合委員並未接納多數派、少數派雙方意見之外，洛杉磯時報顯然也認為這份報告的重要性微不足道得不值一評，迥異於紐約時報對紐約生命法律專門小組提交的成果所表現出的迅速而積極的回應。由於少了像紐約州機關強烈支持的「嬰兒販賣」框架勝出，使得加州自成另一個推行「不孕的困境」的空間。

(二) 許可或禁止之立場，贊成或禁止之理由

加州是對代孕行為最寬容的地方，全世界的不孕夫妻都將此地當作代孕及卵子捐贈的天堂；該州並沒有明確的成文法規，但長期以來法院已經形成一套穩定的判斷標準，法官也已經非常習慣審理相關案件（曾啓瑞 1990，頁 7）。

加州法院首創美國司法之先，擴大解釋該州現有的法律規定，以保障代孕行為中的各方及捐贈卵子的代孕者，並讓委託夫妻及代孕者合理的表達他們需求。維護親權的一貫態度，使得委託夫妻、代孕者及生殖細胞捐贈者了解到：自己在代孕契約中所表現的合意將被法院認可；同

時，委託夫妻也必須對代孕子女負起扶養的責任，無論是否採用自己的生殖細胞或者人工受精。

(三) 實施規定與流程

代孕關係中親權歸屬的判斷關鍵，牽涉契約內容以及法院提出的生父關係申請（paternity application）。代孕契約必須在整個流程開始前經當事人簽名，在懷孕的前五個月內都可以提出申請；完成相關法律程序之後，出生證明就會將委託夫妻（而非孕母）登記為子女的父母。作成確認判決之前，孕母和她的伴侶必須先簽屬一份親權命令（Parentage Order），表示他們自願放棄對代孕子女的所有權利；如此一來，法院將做出由委託夫妻取得親權的判決。

加州法院在代孕相關議題一向是開路先鋒；他們提供了獨特的法律程序，並制定作出生育前判決（pre-birth legal judgments）所應遵守的統一法則。在各州代孕法律與判例日趨複雜的同時，若能有更多立法機關採取相同見解與立場，將可大幅簡化委託夫妻取得親權的程序，排除孕母與其先生的影響。

由於代孕契約並不是進行親權確認程序的必備條件，法院也接受附錄（addendum）型式的約定。無論如何，當事人必須填具許多申請表、同意相關規定並親筆簽名，在懷孕開始前五個月內向法院提出申請；假使不幸沒能趕上這段期限，就得額外提供子女的出生證明（也就是說孕母及其先生）會先被登記為出生證明上的父母。

書面的代孕契約或協議雖然並非必要，不過卻能提供當事人雙方額外的保障，以避免日後對代孕子女親前歸屬產生爭議；許多代孕醫療機構或仲介也都要求當事人簽訂受孕前協議。如果委託夫妻任何一人在簽訂協議後反悔，法院仍將依其內容判定其應受原協議所拘束；就算當事人沒有事先達成協議，還是可以證明具有擔任雙親的原始意思（見下述 *Buzzanca* 案）。

一旦代孕者通過醫療檢驗，通常會擬定一份代孕契約並把客戶轉介給律師，律師將負責撰寫修改契約條款的附錄，並在代孕者懷孕後為委託夫妻取得親權命令。為杜絕爭議，所有申請及代孕的關費用，都應在契約與附錄完成時付清。

事前簽訂代孕契約的另一項優點，在於防止孕母改變心意，決定自己扶養代孕子女的情形。雖然這樣的情形比較少見，但假若真的發生，法院將可以審酌契約內容，作為當事人締約的證明，進而增加勝訴的機會；然而，由於法院最終仍會考慮代孕子女的最佳利益，如何做好扶養的準備也是十分重要的關鍵。

二 代孕生殖之條件

由於加州成文法並沒有代孕的相關規定，私人間的契約或協議並沒有明確規範；不過，只要不涉及販賣嬰兒的行為，法院一般都會認可其效力並賦予相當高的證明力。當事人有所爭執時，法院將優先適用家事法規定判斷親權歸屬，並依據判決先例的法則加以分析。

整體來說，該州對代孕者或委託夫妻的資格並沒有任何限制，生殖細胞來源雖會影響成文法中親子關係的判斷，但這些規定並非針對代孕而設，法院並不願意將它們直接適用於此類案件；因此，當法院遭遇現有法律導出相衝突結果或無法解決爭議的情形下，當事人簽訂代孕契約時的合意就變得非常重要。

此外，仲介與廣告也沒有任何限制，任何人都可以從事關於代孕的商業活動。

三 生殖細胞生殖細胞之使用與保護

無特別規定。

四 代孕子女之地位

此處僅歸納相關案件的結論，詳細討論請見「六、代孕生殖實施相關之訴訟案例」。

(一) 血緣關係

加州法院在過去的訴訟案件中，已考慮代孕子女與委託夫妻之間多種不同血緣關係的組合：由委託夫妻兩者提供生殖細胞進行的借腹型代孕（*Johnson v. Calvert*, 1993）、以委託夫精子進行的基因型代孕（*Adoption of Matthew B.*, 1991; *In re Marriage of Moschetta*, 1994）、甚至是同時使用捐贈者精子與卵子進行的借腹型代孕（*In re Marriage of Buzzanca*, 1998）。

綜合這些判決的見解，可以發現法院雖然會優先適用家事法典的親權認定標準，但卻拒絕墨守成規。Cal. Fam. Code § 7610 (a)規定：母親與子女間的關係「得」（may）因分娩行為而成立；解讀該節文意並準用主張父親權力之訴的規定（同法§ 7650 準用§ 7630），加州最高法院（in *Johnson*, 1993）認為分娩與血緣（genetic）關係都是母親權力的可能來源。當這兩個標準得出不同結果時，法院將視代孕契約的內容判斷「誰有扶養孩子的意願」；然而，面對 *Moschetta* 案的基因型代孕時，

加州上訴法院曾以「法律判斷結果並不互相衝突」為由，判決由孕母及委託夫取得親權，委託妻則無從主張權力。

(二) 當事人雙方的合意

當家事法典的兩個標準產生衝突時，加州法院接下來將檢視當事人所成立的代孕契約內容：一般契約中都會載明由委託夫妻取得親權，代孕者則放棄主張任何權力。基於委託夫妻「（藉由代孕契約）將代孕子女帶來世上」的事實，法院一般傾向賦予親權約定條款極大效力。

(三) 子女的最佳利益

需要再次強調的是，雖然當事人合意是十分重要的判斷基準，法院最終仍將以「代孕子女的最佳利益」為主要考量；可能的因素包括經濟能力、家庭環境、以及代孕子女是否有健全成長的機會等等。

五 委託夫妻與代孕者之法律關係

(一) 對代孕契約之規範

加州的判決先例並未要求代孕契約使應具備任何要件，但執行相關業務的律師或仲介，一般都建議當事人簽訂書面的契約，以預防日後產生爭議時無法證明締約時真意；即便如此，法院在親權爭執訴訟進行時，自仍得對契約內容做實質審查，以平衡當事人間權利義務的分擔。

(二) 親權與出生證明之取得

如果委託夫妻希望自始被登記為代孕子女的父母，懷孕前期就必須填具申請表，並請求法院做出親權確認判決（一般建議在懷孕前五個月內提出申請表，較能確保委託夫妻被登記於原始出生證明）。雖然此時代孕子女尚未出生，依據 Cal. Fam. Code § 7633 規定：該章所授權的親權確認訴訟均得於「子女出生前」提起、命令和判決之作成亦同，並於該子女出生時發生效力；戶政機關將依據此項判決書的內容製作出生證明，把委託夫妻登記為代孕子女的生父母。

假若無法在出生證明製作的法定期限（出生後 10 天）內提出判決佐證，代孕者與其先生將會先被登記於原始的證明上，而委託夫妻則必須另外向法院聲請換發新的出生證明。由於原先的出生證明依法必須由戶政機關留存，如此一來將會留下記錄。

(三) 費用與報酬

加州判決先例並未對代孕者得接受給付的範圍設限，當事人得自由約定是否有額外報酬或其他項目；因此，商業性（有償）代孕是被容許的。就一般美國各州法院及立法例而言，代孕者至少可以請求償還懷孕、醫療、律師及法院相關費用。

六 代孕生殖實施相關之訴訟案例

由於加州並無明文針對代孕生殖規定的法律，相關規定係由判例法逐步建立起來，因此重要的判決就形成加州代孕管制的法源。

(一) **Adoption of Matthew B., 232 Cal. App. 3d 1239 (1991) :**

由委託夫提供生殖細胞的基因型代孕

本案代孕者在簽名同意代孕契約領養條款的八個月後，向法院聲請撤回當初的意思表示；她依據人工授精（artificial insemination）的法律，主張原本確認父親關係的判決（paternity judgment）為無理由而應廢棄。加州民法法典第 7005 節(b)項（California Civil Code §7005(b)）規定，捐贈精子而使自己太太以外婦女懷孕的人，不是該子女的自然父親（natural father）。然而，法院並不認同代孕者的理論，並進一步指出：綜合她在該確認判決中的主張、諸多文件中指定父親身分的記載、加上憲法所保障生物學上父親（biological father）關於子女的利益，代孕者不得任意「戲弄」法院（"trifling" with the court），及指摘確認父親關係判決的正當性。依據代孕協議中的約定，代孕者之所以生下孩子，完全是抱著使自然父親取得親權的意思；在此個案中，也就是指捐贈精子的委託婦。

為了使判決符合代孕子女的最佳利益（best interest）、有機會發展為一位穩定與健全（well-adjusted）的人，上訴法院適用「收養程序的基本規定」（cardinal rule of adoption proceedings）後維持下級法院的判決，認為綜合考慮當事人與代孕子女關係及擔任父母的合適度，由代孕者取得親權是不適當的。由於未婚男性對其子女的利益（interest）也受聯邦憲法所保障（cognizable），就算代孕者質疑生物學上父親（biological father）身分（paternity）的合法性，結果也相同。

(二) **Johnson v. Calvert, 5 Cal.4th 84 (1993) :**

生殖細胞均由委託夫妻提供的借腹型代孕

加州最高法院在極具影響力的 1993 年 *Johnson v. Calvert* 案中表示：當事人在借腹型代孕契約中所表現的合意，足以使「促成孩子出生、並有意加以養育的一方」成爲自然且合法的父母（*natural and legal parents*）。代孕契約約定由委託夫妻提供精子與卵子、代孕者懷胎，但在孩子出生後即應放棄所有親權；本案的爭點即在於「到底誰才是真正的母親」。

孩子出生前，雙方同時向法院聲請確認其父母。下級法院依據血緣關係，認爲代孕者無從主張親權（及委託夫妻才是孩子的父母）；上訴後，該州最高法院雖維持原判決，但理由則變更為當事人之合意。加州最高法院認爲僅提供子宮的代孕者並沒有孩子的親權，確認了下級法院所裁決的代孕合約合法性及執行性。本案審理法院適用現行的加州家事法典，以兩種方式證明母親身分：一爲分娩者，二爲有血緣關係者（經由血液鑑定）。若有爭議，便如 *Johnson* 案審理法院所宣布的：在加州法律規範下，提議使孩子出世且打算視爲己身所出地扶養孩子的那一位婦女，才視爲是孩子的生母。

同時，法院也拒絕接受代孕者主張，自己在借腹型代孕中的行爲屬於憲法上生育權利範疇，並認爲這僅是提供一種必須且重要的服務（*necessary and important service*），自始即有並非生育自己子女的認知；因此，根據契約而懷有與委託人具血緣關係的代孕子女，跟決定是否生育自己孩子的行爲，在憲法評價上並不相同。

此外，法院在判斷父母身分時，也檢視了撫養相關法律的適用性，認爲借腹型代孕與其規範對象於本質上有所不同，不能以之相繩，從而駁回代孕者聲稱契約令其在生育前預先放棄親權、違反撫養規定的主張。簽訂契約時，當事人均出於自願同意進行代孕與相關醫療程序，且代孕者並未受到金錢誘惑而決定與代孕子女分離。在法院眼中，款項的給付係針對代孕者所提供的服務，而非作爲放棄親權的對價。

經過更詳盡的論述，加州最高法院認定：即使統一親子關係法（*Uniform Parentage Act*，下稱 UPA）主要立法目的並不在於解決代孕問題，仍應適用於所有親權的判定；至於在血緣（*genetic*）與分娩（*birth*）標準得出不同結果的情形，則應孕契約中，當事人促成代孕子女出生的真意（*intent*）而定。這種「母親地位」（*maternity tie*）的抉擇，肇生於法院不願受該法推定生育者即母親的拘束；然而，透過類推適用（*parity of reasoning*）關於父親身分（*paternity*）的規定，法院認爲兩造當事人都已提出具有說服力（*credible*）的證據。

(三) *In re Marriage of Moschetta*, 25 Cal. App. 4th 1218 (1994)：

由委託夫提供生殖細胞的基因型代孕

Moschetta 夫婦希望能擁有一個小孩，但妻子卻無法生育；因此，他們與代孕者達成協議，由先生提供精子、代孕者提供卵子進行基因型代孕。協議中約定：監護權將屬先生一人獨有，代孕者也同意由妻子領養小孩。當委託夫妻在懷孕中分居時，代孕者曾決定將孩子留在自己身邊；然而，最終仍因夫婦和好，而讓步將孩子交由他們撫養。七個月後，兩人還是決定結束這段婚姻關係；妻子依據契約內容、及孩子多數時間均與其同住之事實，主張自己是孩子的合法母親。

上訴法院認定：由於委託妻與子女沒有任何血緣關係，與 *Johnson* 案的情形並不相同，無法適用相同的原則；同時，該州公共政策要求婦女將嬰兒提供他人領養前應先經過一段期間的延遲，以避免心意改變時產生爭執，代孕者也應當受此原則所保護。此外依據法律規定，提供卵子的代孕者及提供精子的委託夫才是真正父母；因此，法院將案件發回更審，並指示應依據孩子的最佳利益判定探視及監護權（*visitation and custody*）。一審法院最終判決由委託方先生取得監護權；之後，他就搬離加州，與兩位委託以及代孕者的聯繫也逐漸中斷（本案是加州上訴法院所做出的判決，最高法院並未加以審酌）。

本案屬於基因型代孕的問題：代孕者所懷的胎兒，是由已婚的委託夫提供精子、使自己的卵子受孕發育而成。因此代孕者除了是孩子的生母外，還有血緣上的關係；但在雙方的代孕約定中，卻約定由委託夫妻作為合法雙親。孩子出生的六個月內，委託夫妻婚姻關係觸礁，因而向法院訴請離婚。法院認為無論依據 UPA 兩種判斷母親的標準，代孕者同時是孩子合法且自然的母親（*legal and natural mother*），並不如 *Johnson* 案有需要抉擇的情形；同時，也表明只有在 UPA 產生模糊的結果時，才應適用「當事人合意原則」。

(四) *In Re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410 (1998)：

同時使用捐贈者精子與卵子進行的借腹型代孕

Buzzanca 案中，委託夫妻在與代孕者簽訂借腹型代孕契約之後，向法院訴請離婚；由於胚胎是由捐贈者的生殖細胞體外人工授精而成，跟委託夫妻並沒有血緣關係，委託夫主張婚姻中並沒有任何子女，法院也無權課予任何撫養義務。此案的難題，在於如何判斷在此特殊情形下，誰才是代孕子女的真正父母。依據加州最高法院在 *Johnson* 案中所創設的「當事人合意原則」（*intent of the parties test*），本案法院認定委託夫妻是造成受孕及代孕子女出生的始作俑者、並有做為雙親加以養育扶養的意思；因此，他們就是合法的父母。

由於委託妻在孩子出生後將其接去撫養，而在本案中向委託夫請求給付贍養費用。一審法院同意先生的主張，認為並沒有做出支付贍養費命令的權限；然而，上訴法院審酌該州人工授精法律後，認定委託夫同意進行人工授精的行為，足以使他成為代孕子女法律上的父親。由於本案與 *Johnson* 案中的委託夫妻，均是出於養育孩子的目的而同意進行相關醫療程序，法院認為應類推適用加州最高法院在該案中宣示的原則。

法院接下來分別針對先生的另外兩個論點予以駁斥。第一、他主張 *Johnson* 案中的「當事人合意原則」，僅於委託夫妻與子女有血緣關係（genetic tie）時有效；上訴法院明確地指出該原則並非如此狹隘，而適用於任何「代孕因委託人出生」的情形。第二個「領養優先」（adoption default）理論，則主張與孩子沒有血緣關係的委託夫妻，皆應先經撫養程序過濾；但法院認為，如此將使得代孕子女在領養程序完成前處於沒有父母的狀態，與法律規定及 *Johnson* 案判決精神有所牴觸。法院進一步由立法者的角度加以闡釋：公共政策傾向在子女出生時，即建立負有撫養義務的父母關係；同時，*Johnson* 案已宣示借腹型代孕及領養在本質上並不相同。最後，上訴法院推翻一審判決並將實體部分發回，以做成由委託夫妻取得合法親權的判決。

Buzzanca 案擴大了 *Johnson* 案的適用範圍；法院在評論 *Moschetta* 案見解時，具弦外之音地解釋人工授精代孕並不會威脅到委託妻子的親權。自此之後，除非委託妻子放棄自己的親權，否則人工授精代孕的代孕者無法在委託妻子宣稱自己的親權後取得親權。

導出 *Buzzanca* 案判決的關鍵，在於法院認為委託夫妻出於創造子女目的而進行的醫療行為，實可與自然受孕過程相比擬，而該當為合法父母；自從本判決做成以降，已有許多委託夫妻成功透過生育前確認判決取得親權。如此處理的優點在於：一、代孕者（及其先生）對子女的親權於出生前即告終止；二、委託妻可避免耗時的收養程序；以及三、由於不需等待出生證明的更正，保險和其他財務文件準備起來較為容易。

本案最大的貢獻，或許在於統一法院面對借腹型與基因型代孕時所應採取的標準，使得代孕的結果更具有可預測性。

七 代孕生殖實施之實證研究

尚未尋獲相關文獻。

八 參考資料

- 研究報告

曾啓瑞，〈代理孕母國際現況分析〉，行政院衛生署八十八年下半年及八十九年度科技研究發展計畫（計畫編號：DOH89-TD-1177）。

- 法院判決

Adoption of Matthew B., 232 Cal. App. 3d 1239 (1991).

Johnson v. Calvert, 5 Cal.4th 84 (1993).

In re Marriage of Moschetta, 25 Cal. App. 4th 1218 (1994).

In Re Marriage of Buzzanca, 61 Cal. App. 4th 1410 (1998).

- 英文專書

COHEN, S.E. ET AL., PARENTAGE, ADOPTION, AND CHILD CUSTODY(2006)

GOSTIN, L.O., SURROGATE MOTHERHOOD: POLITICS AND PRIVACY (1990)

MARKENS, S., SURROGATE MOTHERHOOD AND THE POLITICS OF REPRODUCTION (2007)

Wald, D.H., *California Surrogacy – A Gay Primer* (2008)

- 英文期刊

Campbell, Ardis.L., *Determination of Status as Legal or Natural Parents in Contested Surrogacy Births*, 77 A.L.R.5TH 567 (2000).

Gurgan, Timur&Demiroglu, Aygul, *Unresolved Issues regarding Assisted Reproduction Technology*, 14REPROD.BIOMED.ONLINE 19, Supp. (2007).

Healy, Nicole M., *Beyond Surrogacy: Gestational Parenting Agreements under California Law*, 1 UCLA WOMEN'S L.J. 89 (1991).

Ieu, Matthew, *Oh Baby Baby: The Problem of Surrogacy*, 19 BIOETHICS RESEARCH NOTES (2007).

Lawrence, Dale E., *Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights*, 21 GOLDEN GATE U. L. REV. 525 (1991).

Shapo, Helene S., *Frozen Pre-embryos and the Right to Change One's Mind*, 12 DUKE J. COMP. & INT'L L. 75 (2002).

Snyder, Steven H. &Byrn, Mary P., *The Use of Prebirth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings*, 39 FAM. L. Q. 633 (2005).

- 網頁

Baby Miracles, Inc., Legal

Aspects,<http://www.baby-miracles.com/legal.html> (last visited Jun. 13, 2010).

GLAD, Selected Bibliography of Recent Co-Parent Cases,

<http://www.glad.org/rights/Co-ParentBibliography.pdf> (last visited Jun. 12, 2010)

Human Rights Campaign, California Surrogacy Law,

http://www.hrc.org/your_community/1505.htm (last visited at August 24, 2010).

Infertility Answers, Surrogacy State by State,

http://www.infertilityanswers.org/surrogacy_state_by_state (last visited Jun. 12, 2010).

Jackie Gorton Nurse Attorney, A Step by Step Guide to Working with Our Agency, http://www.jackiegortonnurseattorney.com/what2expect_ip.htm (last visited Jun. 12, 2010).

Northern California Fertility Medical Center,

Surrogacy,<http://www.ncfmc.com/surrogacy.htm> (last visited Jun. 12, 2010).

Surrogacy 911.com, How to Choose a Good Surrogacy Agency,

<http://www.surrogacy911.com/laws/choose-good-agency.htm> (last visited Jun. 12, 2010).

Surrogacy Legal Aspects,

<http://answers.google.com/answers/threadview/id/779548.html> (last visited Jun. 12, 2010).

Surrogate Mothers California, Surrogate Solutions,

<http://www.surrogate-solutions.com> (last visited Jun. 6, 2010).

The American Surrogacy Center, Inc., Necessity of a Contract,<http://www.surrogacy.com/legals/article/checklist/chklst7.html> (last visited Jun. 12, 2010)

The American Surrogacy Center, Inc., Surrogacy law in California, available at <http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.html> (last visited June 12, 2010).

The American Surrogacy Center, Inc., The Surrogacy Team,<http://www.surrogacy.com/legals/article/checklist/chklst1.html#IIA> (last visited Jun. 12, 2010)

Theresa M. Erickson, Surrogacy Agencies and What to Look for,http://www.ericksonlaw.net/surrogacy_agencies.html (last visited Jun. 12, 2010)

美國：伊利諾州

基本資料

許可或禁止之立場

允許借腹型代孕，且可以給付額外報酬（商業型代孕）；
委託夫妻其中至少一人需提供生殖細胞；
沒有任何處罰規定。

委託夫妻之限制

限委託夫妻經醫師證明有自然受孕困難而有代孕需求（包含委託夫或委託妻）；
法條明示單身者亦可。

代孕者之限制

需年滿 21 歲，並至少有一次生產經驗。

相關法源

Gestational Surrogacy Act, 750 Illinois Compiled Statutes (Ill. Comp. Stat.) 47/1-70
Illinois Parentage Act of 1984, 750 Ill. Comp. Stat. 45/5-6.
Vital Records Act, 410 Ill. Comp. Stat. 535/12.

主管機關

相關醫療行為均應遵守該州衛生主管機關 Department of Public Health 的規定。

仲介單位

無相關規定。

親權歸屬程序

法律直接規定。

特色

委託夫妻自代孕子女出生時起即依法律規定取得親權；
代孕者與委託夫妻都應通過醫療與心理檢驗，並分別有律師獨立代理及諮詢。

一 總則

(一) 立法概況

伊利諾州 (Illinois, 以下將以原文或「該州」稱之) 允許商業性的借腹型代孕, 但以委託夫妻有不得不採用代孕的醫學理由為限; 只要符合法定要件, 代孕契約將被推定為有執行力。同時, 由法條的用語觀察, 單身者在也可以進行合法的代孕。

與加州及新罕布夏州較為不同的是, 該州透過法律規定直接賦予委託夫妻親權, 而並未採行法院認可的機制; 自代孕子女出生時起, 委託夫妻當然取得其親權。

值得一提的是, 該州 2004 年進行立法時, 並未受到任何顯著的阻礙: 民間團體沒有對嬰兒販賣或剝削女性生殖能力的批評, 在參、眾兩議院也均以全數贊成表決通過 (Richey 2005, Scott 2008)。

(二) 主管機關

依法律規定, 衛生主管機關 Department of Public Health 得制定借腹型代孕中醫療程序的行政規則; 在此之前, 應遵守美國相關醫學學會所採行的標準。

(三) 實施代孕生殖醫療機構之規範

法律並未對代孕施術機構訂有明確的限制, 衛生主管機關也沒有制定相關行政規則。

二 代孕生殖之條件 (750 Ill. Comp. Stat. 47/20)

Illinois 的「借腹型代孕法」(Gestational Surrogacy Act, 下稱 GSA 或本法) 對代孕者及委託夫妻資格有所限制, 分述如下:

(四) 針對代孕者

本條(a)項規定, 代孕者應符合以下要求:

1. 需年滿 21 歲;
2. 至少有一次生產經驗;
3. 通過醫學及心理評估;

4. 必須有**獨立律師代理**並諮詢代孕契約法律事項；
5. 懷孕期間至產後 8 週應參加**醫療保險**，視代孕契約約定，得由委託夫妻要保。

(五) 針對委託夫妻

同條(b)項規定委託夫妻應具備的資格，除了通過醫學與心理的評估之外，也必須有獨立律師代理並提供諮詢；此外，更要經過**醫師書面證明**有進行代孕的醫學上理由，無論夫妻何者的因素皆可。本項(1)款則限制生殖細胞的使用（見下述）。

(六) 委託夫妻的定義

750 Ill. Comp. Stat. 47/10 將委託夫妻 (intended parents) 定義為「與代孕者訂立代孕契約之人 (person or persons)」，明示將單身者涵蓋在內，可依據 GSA 進行借腹型代孕；為了行文方便，以下將直接以「**委託方**」稱之。

三 生殖細胞之使用（750 Ill. Comp. Stat. 47/20(b)(1)）

GSA 中僅允許借腹型代孕契約（參見 47/10 中對 Gestational surrogacy 的定義），同時要求**委託方至少一人應提供生殖細胞**；對於植入數量、保存期間及使用之同意則未設規定。

四 代孕子女之地位

(一) 法律預設的親子關係（750 Ill. Comp. Stat. 47/15(a)）

如同一般家事法，Illinois 亦推定生產者為孩子的母親；但依據 GSA 所生的代孕子女，其親權自出生時即歸委託方所有（見下述）。

五 委託方與代孕者之法律關係

(一) 對代孕契約之規範（750 Ill. Comp. Stat. 47/25）

只要符合本條的要件，代孕契約將被推定為可執行（(a)項）；其中形式條件有（(b)項）：

1. 代孕契約應以**書面**為之；

2. 在施行任何醫療程序前即完成簽訂(但不包括資格判定所必須的檢驗),代孕者與委託方也應符合法定資格限制(見二代孕生殖之條件);
3. 在代孕者或委託方已婚的情形,夫妻二人都必須為代孕契約當事人(Illinois 目前禁止同性伴侶的婚姻);
4. 代孕者與委託方應有獨立律師分別代表;
5. 代孕者與委託方應出具**書面聲明**,表示對代孕契約的法律、費用、權利義務等資訊已有所了解;
6. 代孕契約若約定有償還費用以外(商業型)的**報酬**,則應在施行任何醫療程序前(不包括資格判定所必須的檢驗),將金額交由**第三人代管**;
7. 需經 2 人以上**公證**。

除此之外,代孕契約應具備以下內容(c)項):

1. 代孕者**書面明示同意**進行胚胎移植並代為懷孕,並由委託方取得代孕子女的親權;
2. 若代孕者已婚,先生也必須明示同意接受代孕契約的權利義務,並由委託方取得代孕子女的親權;
3. 代孕者在懷孕期間得自由選擇所接受的醫療行為,但應先與委託方進行討論;
4. **委託方**明示同意在代孕子女出生後負擔完全的**撫養義務**;

除了法定項目之外,以下約定也為法律所許可(d)項):

1. 代孕者同意進行醫師所建議的醫事檢驗、治療或者胎兒健康情形的檢查;
2. 代孕者同意**不進行對胎兒有害的行為**,例如飲酒、抽煙或服用未經醫師許可的藥物等;
3. 委託方同意給付合理的報委託方同意給付合理的(商業型)報酬(reasonable compensation);
4. 委託方同意**償還**(reimburse)與代孕相關的醫療、法律或其他費用。

(二) 親權與出生證明之取得 (750 Ill. Comp. Stat. 47/15(b)-(d), 25(e), 35)

雖然 Illinois 法律推定生產者為母親(47/15(a)),但只要代孕者、委託方及代孕契約均符合本法的規定(同條(d)項),則**無待法院許可或行政認可**,委託方(含委託夫與委託妻)自代孕子女出生時即取得親權,代孕者及先生則無從主張任何權利(同條(b)項);假若因**施術機**

構疏忽 (error) 造成代孕子女與委託方完全沒有血緣關係時，除非法院有不同之認定，否則仍由委託方取得親權 (同條(c)項)。

如在代孕者懷孕當中有適用該州 1984 年親子關係法 (Illinois Parentage Act of 1984) 的必要，則經當事人雙方律師證明 (certify) 代孕契約合法性、並將該證明書提交衛生主管機關後，委託者視為自代孕子女出生前即具有親子關係 (47/35)；搭配人口統計法第 12 節的規定 (Vital Records Act, 410 Ill. Comp. Stat. 535/12)，委託方將可直接被登記在出生證明上，毋須申請更正或換發。

當系爭代孕契約不符合本法要件時，法院應審酌當事人真意 (intent) 來判斷代孕子女親權歸屬 (47/25(e))，但其最佳利益也必定會扮演重要角色。

(三) 費用與報酬 (750 Ill. Comp. Stat. 47/25 (d)(3)-(4))

雖然法條內容並未直接而正面地允許商業性報酬，但代孕契約即使約定合理的給付，仍被推定為可執行 ((3)款)；因此，商業性代孕在 Illinois 是被允許的。同時，當事人亦可約定代孕相關費用的償還，且不限於醫療與法律的費用 ((4)款)。

(四) 契約執行力與違約後果 (750 Ill. Comp. Stat. 47/45, 50(b), 55)

無論是代孕者或委託方因故意或過失 (47/40) 違反代孕契約 (47/45)，他造都可依據法律或衡平規則 (equity) 請求損害賠償 (47/55)；然而，「要求代孕者一定要懷孕」的約定不得訴請強制履行 (47/50(b))。

需注意的是，即便有部分違反本章的情形，其他規定只要效力不受影響時，仍然有其適用 (47/65)。

六 其他規定 (750 Ill. Comp. Stat. 47/40, 50(a), 60-70)

(一) 扶養義務

依據本法取得親權之人，即應履行對代孕子女的撫養義務 (47/30(a))，委託方片面違約者亦無從免除之 (同條(b)項)；未與委託方明確約定代孕子女親權歸屬的生殖細胞捐贈者，也有可能因此被認定要負擔扶養義務 (同條(c)項)。遇有當事人不願履行代孕子女的撫養義務時，法院應分配各當事人間的權利義務 (47/50(a))。

(二) 代孕醫療行為主管機關

依據 GSA 規定，Illinois 衛生主管機關得制定代孕契約當事人資格限制的認定標準；在相關行政規則生效之前，相關醫學與心理評估都應遵守美國生殖醫學會（American Society for Reproductive Medicine）與婦產科醫師聯會（American College of Obstetricians and Gynecologists）的專業守則（47/60）。

(三) 確認代孕契約無效或親權不存在之訴的時間限制

為避免代孕子女身分的不確定性，在其出生滿 12 個月之後，不得對符合要件的代孕契約、或依本法或該州 1984 年親子關係法取得的親權，提起確認契約無效或親權不存在之訴（47/70）。

七 代孕生殖實施相關之訴訟案例

該州目前並無相關訴訟案例。

八 參考資料

- 成文法
Gestational Surrogacy Act, 750 Illinois Compiled Statutes (Ill. Comp. Stat.) 47/1-70.

Illinois Parentage Act of 1984, 750 Ill. Comp. Stat. 45/5-6.

Vital Records Act, 410 Ill. Comp. Stat. 535/12.
- 英文期刊
Hofman, Darra.L., “*Mama’s Baby, Daddy’s Maybe:*” *A Stat-by-state Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact*, 35 WM. MITCHELL L. REV. 449 (2009).

Richey, Jeromy.J., *A Troublesome Good Idea: An Analysis of the Illinois Gestational Surrogacy Act*, 30S. ILL. U. L.J.169 (2005).

Scott, Elizabeth.S., *Surrogacy and the Politics of Commodification*, NELLCO LEGAL SCHOLARSHIP REPOSITORY (Sept. 2008), http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1045&context=columbia_plt.

Spivack, C., *The Law of Surrogacy Motherhood in the United States*, 58 AM. J. COMP. L. 97 (2010).

- 網站
Human Rights Campaign, *Illinois Surrogacy Law*,
<http://www.hrc.org/962.htm> (last updated Sept. 9, 2010).

美國：紐約州

基本資料

許可或禁止之立場

禁止商業性代孕，事實上容忍非商業性代孕。

「商業性代孕」的定義是：代孕者收取醫療支出以外之金錢。

違反商業性代孕禁令者，初犯將處以行政罰鍰並沒入相關所得，累犯將科以刑事重罪（包括代孕者、委託夫妻、施術醫師、仲介等參與其中之當事人）。

委託夫妻之限制

代孕者之限制

相關法源

Consolidated Laws of New York, Domestic Relations (N.Y. Dom. Rel.) §§ 121-124.

主管機關

無。

仲介單位

親權歸屬程序

由法院依基因決定親權歸屬。

特色

無。

一 總則

(一) 立法沿革 (Markens 2007)

(1) 參議院司法部委員會報告：建議開放，但未獲通過

在紐約，第一個政府製作關於代孕行為的報告於 1986 年 12 月 31 日被送到州參議院長 Warren M. Anderson。這份代孕報告是應參議員 Jonn Dunne 要求之下，由參議院司法部委員會的人士草擬後，送往該委員會的一份立法改革建議案。在該報告建議下之結論是「該州承認代孕契約是合法且可執行的。」該建議案特別立足於有關兒童的權利與代孕被商品化之問題：「第一個最根本的考量，是立法必須確保在代孕契約中出生的孩童都能有一個安穩且永久之家.....，除此之外，立法的設計應避免過度的商品化行為。」而制定該法的理由乃為解決「不孕夫婦的困境」和反應經常於辯論中被提出的有關生育權問題：「任何代孕法案都必須要認清實施後，將能夠帶給不孕夫婦甚麼樣的好處，並且解除現狀下對於孩童的法律地位的不確定感.....，除此之外，該法必須試著去限制可能被濫用的情形，並且要盡可能保留生育方面的隱私。」對於一個「不孕夫婦的困境」需要代孕的理解，明顯地是委員會評估因應日益漸增的「需求」的作法：「一個關於不孕症者持續地增加的研究支持了這樣的結論，由於代孕夫婦可以了解到這麼樣的一個需求，在可預見的將來，這將會持續帶來更多的代孕人口。」

參議員 Dunne 與共同提案的 Mary B. Goodhue 在 1987 年提出的代孕法案，即依據這份委員會報告的研究，而形成了法案 S1429。這項法案建議所有自代孕交易中出生的孩童責任應歸屬於委託夫婦，而且這項法案提供司法上的准許和確保告知同意書的執行。這項法案在兩院的委員會中皆胎死腹中。在這些事件過後幾年內，這份報告再也沒有被任何紐約州的代孕政策議題上被引用過。1992 年紐約州通過反商業化代孕法案，期間並沒有人在紐約州嘗試去引進類似 Dunne-Goodhue 的提議案。

(2) Task Force on Life and Law 的研究報告

Task Force on Life and Law 這個組織是一群由各領域專家人事所組成的，它建立於 1985 年，該組織致力於解決一些醫療道德問題，像是安樂死、器官捐贈、試管嬰兒等。至今該組織團隊已經產出 11 篇研究報告，且政府已經實施了 7 件該組織的政策建議案。此

外，該組織的地位與影響力相當的高，就其對其他州的立法影響力與最高法院裁決引用該組織的文獻可見一斑。

儘管它是由混合的成員組成，當該組織的團隊調查研究完代孕制度後，於1988年發布了意見一致的報告，代孕行爲：公共政策的分析與建議。該組織建議社會應勸阻代孕行爲的實施，這項政策目的是要完成立法，宣示代孕契約是無效的，並且明文禁止代孕費用。立法應該將代孕人士完全阻隔於紐約州之外。

它的結論—代孕契約無效及代孕費用禁止—是對商業化（有償）代孕的一項嚴重控訴，感嘆「在商業社會與產業的成長下，致力於人類繁殖和生下孩童的方法來賺錢」，該組織將「販賣嬰兒」框架在代孕上，這份報告解釋了這項政策建議背後的理由，並批評將生產視爲商品化的過程和結論：

將懷孕視爲一種商業服務去交換金錢，是對社會客觀上對於懷孕價值的一種激進的衝擊。它會讓商業上的價值得以輕易替換掉與生育與懷孕有關的人與人之間的聯繫、情感與道德觀念，這種轉變將對生育過程、對婦女、對親子關係都有相當深遠的影響。該組織推論這種市場價值的分配任務不該被昇華至一種權利，應該被視爲是一種減損人類生育意義與價值的行爲而被反對才是，而不是去接受以契約模式下來形成家庭生活與人際關係，社會應該去勸阻這種商業化模式進入人們的私生活。

該組織的研究報告與政策建議對於形塑代孕制度與公眾對於代孕的反應皆有很大的影響，而且當這份文件發布後所產生的效應，使得各種對代孕的態度及意見都能被加以衡量。

(3) 最終立法結果：禁止代孕行爲

是甚麼原因讓這個組織所提出有關代孕所制定與提出的政策意見得以被紐約州所接受？首先，該組織是由各式各樣的人士所組成的，包括宗教領袖、女權律師、哲學家、醫界人士及病人代表，它們的研究發現可以被視爲是無偏見、公正的，也因此是有其根據的。同時，當該組織開始選定成員來研究代孕行爲時，不會以它們舊有的觀點來選人。更重要的是，該組織最終做出一致的結論更強調了該決定的重要性。也就是說，這份同意是由如此多樣化的人士所提出解決代孕問題(販賣嬰兒)也意味著他們的建議(禁止商業代孕)是合理的政策反應。該組織敏銳的察覺到此效應發生的可能

性，他們於該研究報告的前言寫著：「組織希望團員一致的共識可以被當作是一種公共議題解決的催化劑。」

在組織的報告發表之後，有兩個額外的政策報告被紐約政府部門所提出。最終，除了這兩個以外還有更多被推廣與推崇的政府代孕報告立法形成，代孕制度在紐約州被定義為是一種「販賣嬰兒」的行為。這兩個報告會特別重要的原因是因為他們皆被媒體所報導且評論，因而突顯出他們所設的框架，且被視為是商業化代孕的證據而必須以適當的政策方式將此種行為禁止掉。這些發表文獻引起了重大的影響，尤其被拿來與加州的部門所研究出來的代孕制度做對照。

(二) 許可或禁止之立場，贊成或禁止之理由

依據N.Y. Dom. Rel. § 123對違法進行商業性代孕設有處罰規定，對象包括代孕者、委託夫妻、實施代孕的醫師及仲介等相關當事人，詳述如下。

1. 第 1 項：除了該州收養法律所允許、進行人工或體外授精的合理醫療支出之外，不允許任何給付或要求給付費用（商業性）的行為；此項規範對象為代孕契約的兩造當事人（及代孕者與委託夫妻）。由於依此規定，**代孕者不可向委託夫妻收取醫療支出以外的任何金錢，否則就被認定為商業性代孕**，因此大大限縮了非商業性代孕行為的發生。
2. 第 2 項(a)款：任何違反此節規定的代孕者、代孕者先生與委託夫妻，將處以美金 500 元以下行政罰鍰（civil penalty）。
3. 第 2 項(b)款：除前款規定以外的所有其他人（含醫師與仲介），以任何方法安排或協助代孕契約成立「並收取費用」者，首犯處美金 10000 元以下行政罰鍰，並沒入該所得；違反第二次以上者，將依刑事重罪（一年以上有期徒刑）加以科刑。

紐約州法並不處罰未收取報酬（非商業性）的代孕行為，但沒有罰則，不代表法律許可，至多只能說法令對非商業性代孕採取「容忍」的態度，亦即容許其存在，但不提供任何立法的助力以協助代孕契約的實現。N.Y. Dom. Rel. § 124第1項規定：在面對代孕親權爭執的訴訟案件時，法院「不得」基於代孕者為他人懷孕之事實，對其親權做任何不利之認定；因此，法院將考量子女的最佳利益後做出判決。同條第2項則處理訴訟費用之分擔。不過如下訴訟案例所示，在借腹型代孕的情況，法院還是會依基因而認定委託夫妻取得親權。

(三) 實施規定與流程

無法令提供相關規定。

二 代孕生殖實施相關之訴訟案例

(一) *Doe v. New York City Bd. of Health*, 782 N.Y.S.2d 180 (2004).

Doe 夫人因為癌症關係切除了子宮而無法生小孩，她的妹妹因此願意無償的讓由 Doe 先生精子與 Doe 夫人卵子所組成的胚胎在她子宮內懷孕。

在三胞胎出生以前，這三位當事人前往法院提出初步禁令，等候法院確定親子關係：(1)根據 Section 201.03 紐約市的健康法規，命令醫院與工作人員不得將出生報告給紐約市衛生局和紐約市健康與心理衛生局(DOHMH)；(2)強制 DOHMH 將三胞胎的出生證明暫停發布；(3)強制 DOHMH 發布該三胞胎的出生證明要遵循法院確認親子關係的判決。

接著他們前往爭取命令聲明 Doe 夫人是 A、B、C 這三胞胎的母親，為了支持這項行動，原告提出三份文件標明「讓渡親權」，由生母所誓言再次確認她的立場，她並不想要對這三個小孩主張任何實際或潛在的權利。

DOHMH 反對授予這項出生前的命令，反駁說這將違反親屬法 Article 8，代孕契約在紐約州內是無效且無法執行的。DOHMH 更反駁說醫院及醫護人員應該要對真實的出生醫療情況作出回報，包括生母的身分，才能讓醫療記錄能夠確實且避免在確認身分、國籍、繼承、保險方面，有虛偽不實或錯誤的資訊。然而，DOHMH 並不反對授予出生後，尋求救濟途徑來修改出生證明，在法院根據 DNA 證據判斷為基因父母後，或是經由正式收養程序確認為法定父母後，提供他們得以修改身分的機會。

對於這項出生前命令，法院裁定在嬰兒出生後，有微小的機率代孕者會改變想法；因此原告的請求是在出生前即終結代孕者權利，並且這麼一個交出孩童權利的同意書是違反紐約法律的。第二個獨立的反駁理由是，家事法庭在確認親子關係的法律程序有「專屬原始管轄權」(Family Court Act §115, §511)。這項法案是 1962 年通過，是在今日醫療進展允許一個孩子有兩個母親和對於母親身分採默認制度下以前就有的法案，接著最高法院以法院有「一般性法律與衡平法的原始管轄權」，強調法院有權力去發布母親身分的裁定。

接著，關於孩童的出生證明的發布，紐約市行政法規 Section 17-166 要求 DOHMH 要「保留出生、流產、死亡記錄」，原告反駁說將 Doe

夫人列為孩子的母親比將沒有基因關係的代孕者列為母親，在醫療正確性上更具有意義，此外，在這件案子裡，所有的雙方當事人都完全同意誰是真正的親生與委託父母，所發布的出生證明聲明有關身分、國籍、繼承、保險，並不會有任何虛偽不實情形或錯誤發生。從令人信服的醫學證據，關於親子血緣關係認定部分(見下段)，法院聽從原告應得的權利，依照他們想要的身分關係得到出生證明，規定 DOHMH 須將兩份出生證明依次發布。第一份出生證明應該根據醫院的資料，將代孕者命為孩子的母親，接著，DOHMH 須發布第二份出生證明，命 Doe 夫人為孩子的母親，且不得有關於「修改」、「更正」或「補充」等字眼，第二份文件將寄給 Doe 夫婦而第一份文件則被密封。

回到有關於 DNA 證據是否應該被提出的問題，原告提交一份紐約市醫院生殖科醫生的口供，該醫生確認體外受精過程是成功的，並且是由 Doe 先生的精子與 Doe 夫人的卵子形成可養育的胚胎，由他本人於 2004 年 1 月將此胚胎成功植入代孕者的子宮裡。代孕者並且被施以藥劑，讓她無法在胚胎移植期間中排卵，醫生總結說，根據他專業的醫療意見，Doe 夫婦是這三胞胎的基因父母沒有錯。這項結論並沒有被挑戰(且家事法庭通常不用 DNA 證據來發布確認父子關係命令，因為父親通常不是爭議的一方)，Doe 先生在一天之內不須任何數據就得到父子關係確認命令，並提交這份命令做為他們行動的論據，在這情況下，法院必須確認母子關係，根據記錄，Doe 夫人有一定程度上合理的確定她是基因母親，並且代孕者也放棄親權，因此法院判定 Doe 夫人有權得到她所聲明的權利。

(二) 其他早期案例

在 *Arredondo by Arredondo v. Nodelman*, 622 N.Y.S.2d 181 (1994) 一案中，法院表示由於該婦女的卵子被取出與其丈夫的精子體外受精、並植入於代孕者體而所生下雙胞胎，該婦女是這對雙胞胎的母親，這案子在基因父母和代孕者間並無爭議；然而，出生證明上面將代孕者認定為母親。這件上訴案是由下級法院認為他們對於認定親子關係方面缺乏管轄權，而這份由上訴法院認定親子關係的聲明是基於基因測試以排除代孕者為基因上母親，並且該名太太的母親機率為 99.31%和 99.56%。因此該請求聲明親子關係確定被同意，並且根據事實發布新的出生證明。(Belfi 2009)

在 1992 年紐約立法將所有代孕契約視為無效前，法院在收養案 *Adoption of Baby Girl L.J., Matter of*, 505 N.Y.S.2d 813 (Sur. Ct. 1986) 中，認為代孕契約並非無效，但若違背該州收養法規，則可被撤銷或使

之無效。由於法院的特質，這件案子牽涉到私人安排的收養，並且收養的這小孩是由代孕與人工受精所生，而該精子捐贈者為收養父親。根據沒有爭議的契約在三方(基因父親、代孕者、代孕者的先生)，該小孩被送給親生父親與他不能懷孕的太太，於各方關注重點，經由法規收養程序，這小孩最終會變成親生父親和他太太的。在這契約之下，代孕母親收到了一大筆金錢，法院在考量孩童的最佳利益下，允許了這份收養，並且認為若為了勸阻代孕契約形成，就否決掉收養關係是不恰當的。雖然該法院表達出「強烈保留」的態度關於代孕契約，基於道德和倫理的理由下，法院判斷這屬於立法層面的事而非司法，應經由合適的公民論壇去解決他們合法性的問題。(Belfi 2009)

然而，法院在收養案 *Adoption of Paul*, 550 NYS2d 815 (1990)，在立法規範代孕前，即認為代孕契約是無效且無法執行的，總結說金錢交易而成的代孕契約會形成相同的風險與潛在傷害當它關係到與金錢關聯的收養。當孕母同意被收養由其代孕人工受精生下的孩童，並經由契約提供 10,000 美金上下，包括各種花費有關受精、懷孕和出生，這份契約是無效，並且違反公共政策對於以金錢交換生下孩子並收養的法規。法院表示接受終結代孕母親的權利，只有在下列情形，即代孕母親宣誓承諾她將不會要求、接受或得到 10,000 元美金，並且當收養父母也宣誓他們不會提供任何補償去交換這個孩子，才可能獲得法院支持。(Veilleux 1989)。

三 參考資料

- 研究報告
曾啓瑞，《代理孕母國際現況分析》，行政院衛生署八十八年下半年及八十九年度科技研究發展計畫（計畫編號：DOH89-TD-1177），1990。
- 法院判決
Doe v. New York City Bd. of Health, 782 N.Y.S.2d 180 (2004).
McDonald v. McDonald, 608 N.Y.S.2d 477 (1994).
- 英文專書
MARKENS, SUSAN., *SURROGATE MOTHERHOOD AND THE POLITICS OF REPRODUCTION* (2007)
- 英文期刊

Belfi, Catherine, *Birth of a New Age: a Comprehensive Review of New York Inheritance Law Responding to Advances in Reproductive Technology*, 24 ST. JOHN'S J. LEGALCOMMENT 113 (2009).

Campbell, Ardis.L., *Determination of Status as Legal or Natural Parents in Contested Surrogacy Births*, 77 A.L.R.5TH 567 (2000)

Veilleux, Danny.R., *Validity and Construction of Surrogate Parenting Agreement*, 77 A.L.R.4TH 70 (1989).

- 網頁

Center for American Progress, *Guide to State Surrogacy Laws*,
http://www.americanprogress.org/issues/2007/12/surrogacy_laws.html (last visited June 6, 2010).

Human Rights Campaign, *New York Surrogacy Law*,
http://www.hrc.org/your_community/1505.htm (last updated Sept. 9, 2009).

Surrogate Mothers California, *Surrogate Solutions*,
<http://www.surrogate-solutions.com> (last visited June 6, 2010).

The American Surrogacy Center, *New York Surrogacy Law*,
<http://www.surrogacy.com/legals/article/nylaw.html> (last visited June 6, 2010).

美國：新罕布夏州

基本資料

許可或禁止之立場

允許非商業性代孕，禁止商業性代孕；
借腹型、基因型代孕均為合法；
禁止任何人或組織以任何方式仲介代孕，違者將科以刑事罰（misdemeanor）。

委託夫妻之限制

委託夫妻其中一人需提供生殖細胞；
委託夫妻應年滿 21 歲，且委託妻需具有生理上懷孕的困難或風險；
精子得接受捐贈，但只能使用孕母或委託妻的卵子，不得接受第三人捐贈。

代孕者之限制

代孕者應年滿 21 歲；應具備一次以上成功懷孕並生產的經驗。

相關法源

Revised Statutes of the State of New Hampshire (N.H. Rev. Stat.) §§ 168-B:1-32.

主管機關

相關醫療行為均應遵守該州衛生主管機關 Department of Health and Human Services 的規定。

仲介單位

僅允許非營利仲介。

親權歸屬程序

法院命令。

特色

法律明定代孕者得接受償還的費用種類，其中包含勞務損失與產後調養費用；
法院審理代孕契約認可之案件不對外公開；
代孕者得於孩子出生後 3 天猶豫期內，以書面通知行使反悔權而取得親權。

一 總則

(一) 立法概況

新罕布夏州 (New Hampshire, 以下將以原文或「該州」稱之) 對代孕行為採取開放的態度, 並明文允許基因型和借腹型兩種模式, 但只有親自懷孕生產有困難的夫妻能進行代孕, 且實施相關醫療程序前應先經法院認可。該州立法規範嚴謹, 除對各項名詞均有詳盡定義之外, 也有關於契約應記載事項、法院管轄與判斷標準的規定, 更要求所有當事人應先接受心理諮商, 以確保代孕過程能順利進行。

較為特別的是, 該州規定精子得接受第三人捐贈, 但卵子需由委託妻或代孕者提供。同時, 除當事人雙方在成功懷孕前均得任意終止契約之外, 代孕者在孩子出生後還擁有 3 天猶豫期, 得於期限內以書面行使反悔權, 取得所生子女的親權。

(二) 主管機關

依法律規定, New Hampshire 的衛生主管機關 Department of Health and Human Services 應制定醫學檢驗的行政規則, 以及出生證明發放的相關規範。

(三) 實施代孕生殖醫療機構之規範

New Hampshire 法律並未訂定具體的形式要求, 但當事人聲請法院認可代孕契約時, 應檢附實施代孕生殖醫療機構的名稱與地址; 如此一來, 法官將可做實質審查。另外, 心理諮詢與其他非醫學面的檢驗, 也只能由領有執照的人或機構實施。

二 代孕生殖之條件

New Hampshire 法律 (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:13; 16, III; 17-19) 對代孕者及委託夫妻資格有所限制, 分述如下:

(一) 兩者共同的限制

依據 §§ 168-B:13, 17 兩條第 I 項的規定, 接受體外人工授精或胚胎移植之人 (即代孕者)、與代孕契約所有當事人皆需年滿 21 歲。同時,

所有當事人也必須通過**非醫學方面的資格審查**，如接受有執照的精神科醫師、心理學家與社工人員諮詢與檢驗，以及衛生機關與兒童收養機構**確認撫養能力** (§§ 168-B:13, III; 18)，以確保代孕過程能順利進行。

(二) 針對代孕者

New Hampshire 法律對代孕者資格限制十分嚴格，除了年齡之外，還要具備**一次成功懷孕並活產的經驗**，且不得有影響懷孕之健康狀況 (§ 168-B:17, V)；此外，也必須通過醫學檢驗 (§§ 168-B:13, II; 16, III; 19, I)，確認有能力接受相關醫療程序。若代孕者年齡在 **35 歲** 以上，則應接受**遺傳方面的諮詢** (genetic counseling, § 168-B:19, II)。

(三) 針對委託夫妻

只有在**委託妻無法安全地自行懷孕生產**的情況下，才能夠進行代孕 (§ 168-B:17II)；若由委託妻提供卵子，同樣必須經判定有接受醫療程序的能力 (§ 168-B:13, II; 19, I)。

(四) 委託夫妻的定義

N.H. Rev. Stat. § 168-B:1 針對 168-B 章所使用的名詞提供詳盡的定義。其中 intended parents (第 VII 項，直譯為「**委託夫妻**」) 係指「**已結婚**」並依據本章規定訂立代孕契約之人，未婚者即被排除在適用範圍以外。雖然同性伴侶在 New Hampshire 可以合法結婚並進行收養，但該項又明文限制 intended parents 包含 intended father(委託夫)與 intended mother (委託妻)，故他們是否得進行合法的代孕尚有爭議。

三 生殖細胞之使用與保護 (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:10; 14; 15; 16, II)

針對代孕所使用的生殖細胞，至少必須由委託夫妻其中一人提供，且**卵子不得接受第三人捐贈** (§ 168-B:17, III, IV)；將胚胎植入孕母體內的醫療程序，必須遵守衛生機關所訂定的行政規則 (§168-B:16, II)。

人工授精所使用生殖細胞的捐贈者都必須通過醫學檢查 (§ 168-B:10, 14)，所產生的胚胎不得在體外培養超過 14 天，並不得將研究用胚胎植入人體之內 (§ 168-B:15)。

四 代孕子女之地位

(一) 法律預設的親子關係 (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:2-5)

除本章另有規定之外，懷孕生產者（即代孕者）為（法律上的）母親（§ 168-B:2），而無論法律是否別有規定，符合§ 168-B:3 規定之男性亦推定為（法律上的）父親（與代孕者曾有或現有婚姻關係之人；簡言之，就是指代孕者的先生）；這份親子關係持續到法院判定親權屬於委託夫妻的命令生效、或是代孕者實施反悔權取得合法親權為止（§ 168-B:4）。以上三條屬於強制規定，無論當事人是否確實遵守本章要求或依契約履行與否，都有其適用（§ 168-B:5）。

(二) 子女的最佳利益

依據 N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:24, III, d，法院認可代孕契約之前應考量其內容是否符合代孕子女的最佳利益，藉由實質審查來保障其未來的權益。

五 委託夫妻與代孕者之法律關係

(一) 對代孕契約之規範 (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:16, I; 25)

代孕契約有效成立之要件計有三項（§ 168-B:16, I）：

1. 所有當事人均通過醫學及其他相關檢驗，並取得書面證明；
2. 事前經過法院認可；
3. 所有當事人以書面向實施醫療程序之機構表明同意。

除此之外，契約應經委託夫妻、代孕者及代孕者先生簽名，並明確記載以下五點約定（§ 168-B:25, I-IV）：

1. 代孕者與其先生同意放棄對代孕子女主張任何權利，而由委託夫妻取得親權；
2. 若代孕者行使反悔權，她與先生同意取得代孕子女的親權；
3. 委託夫妻同意取得代孕子女的親權（除非代孕者行使反悔權）；
4. 代孕者的反悔權及其行使方式；
5. 代孕者費用償還項目。

(二) 親權與出生證明之取得 (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:20-24, 26)

在進行人工或體外授精的程序之前，締約當事人應向 New Hampshire 遺囑認證法院 (probate court；除遺囑外，該法院亦管轄信託、監護、收養、姓名變更、不動產分割等案件) 聲請認可 (preauthorize)

代孕契約 (§ 168-B:21, I)；代孕者或委託夫妻需在該州居住達 6 個月以上，且此項聲請專屬雙方居住地的法院管轄 (§ 168-B:20)。

提出聲請時，必須檢附 § 168-B:21, II 規定的各項文件，包含代孕者基本資料 (含婚姻資訊)、代孕契約、所有應具備的書面同意與證明、以及實施代孕手術醫療機構的資訊等等。法院接獲聲請後，應通知有關人士 (如進行心理評估的醫師、兒童福利機構等等)，並於 90 天內進行審理 (hearing) (§ 168-B:22)；所有當事人均應親自出席並得提供其他相關證據，法院亦得依職權要求當事人提供必要資訊 (§ 168-B:23, I, II)。

代孕契約審理程序並不對外公開，而且相關記錄文書的檢閱也受到限制 (§ 168-B:24)。在判斷是否認可時，法院應視代孕契約是否符合以下要求 (§ 168-B:21, I)：

1. 所有當事人都清楚了解契約條款、知悉實施代孕所可能帶來的正面及負面影響、了解是否有其他替代方法，並給予明示同意 (informed consent，參見 § 168-B:1, VI)；
2. 代孕契約具備法定應記載事項，也沒有任何不合理或法律禁止的約定 (如不當限制代孕者權利、給付法律所不許的費用或強制履行條款)；
3. 當事人已通過醫學與其他檢驗，足可勝任代孕程序的進行；
4. 契約內容符合代孕子女的最佳利益。

一旦法院認定符合以上要求，就可以作成認可代孕契約的命令；這個命令將使得因該契約所生之代孕子女出生後，原本預設的親子關係即告消滅，轉由委託夫妻自該子女出生時起取得親權 (除非代孕者行使反悔權) (§ 168-B:23, IV)。

§ 168-B:26 規定出生證明於代孕子女出生 72 小時過後方得製發；除非反悔權被行使，否則證明上應直接登記委託夫妻的名字。

(三) 費用與報酬 (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:25, V)

代孕者能接受的費用償還僅限於以下項目：

1. 懷孕相關費用，包括生產後 6 週內因之所生的症狀治療；
2. 懷孕期間或產後因無法工作所產生的勞務損失，但必須經醫師書面建議代孕者不應工作；
3. 懷孕期間至生產後 6 週內的健康、殘障與人身保險；
4. 合理的律師與法院費用；
5. 心理諮商、其他非醫學檢驗及調查孕母與其丈夫家庭的費用。

由於本節採取列舉之方式，其他報酬都不在許可的範圍內；因此 New Hampshire 並不允許商業性（有償）的代孕行為。

(四) 代孕者專屬的權利 (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:6; 25, IV)

New Hampshire 代孕法律的特點之一，在於明文規定代孕者有合法取得代孕子女親權的「反悔權」 (§ 168-B:25, IV)。代孕子女出生後 72 小時內為「猶豫期」，只要代孕者改變心意，可以在期限內以書面送達委託夫妻、施術醫師或其指定之人；這是代孕者專屬的權利，必須由其親自行使方有效力。一旦反悔權被行使，代孕者與其先生將取得代孕子女的親權，出生證明也會依此而做登記。

除此之外，身為代孕子女的生母 (birth mother)，代孕者對自身與胎兒的健康相關事項有完全的主控權 (§ 168-B:6, I)。這個權利更延伸到代孕子女出生後、猶豫期結束之前；除非當時代孕者無法做決定，委託夫妻才能干涉代孕子女的健康問題 (§ 168-B:6, II)。

(五) 契約執行力與違約後果 (N.H. Rev. Stat. §§ 168-B:8, 27-28, 29, 30, 32)

假若代孕契約訂有以下條款，代孕者並沒有遵守的義務，違約後也無法訴請法院加以執行 (§ 168-B:27)：

1. 要求代孕者一定要懷孕；
2. 要求代孕者進行墮胎；
3. 禁止代孕者進行墮胎。

代孕契約被法院認可之後，代孕者卻無法懷孕時，雙方當事人均得任意解除契約 (§ 168-B:28, I)。然而，若委託夫妻違反契約中的重大項目 (material term)，代孕者將可以請求償還醫療相關與其他契約約定的費用；在委託夫妻拒絕接受代孕子女時，代孕者於盡通知義務之後，便可以其請求履行撫養義務 (§ 168-B:28, II)。這些訴訟都專屬當初認可代孕契約的法院所管轄 (§ 168-B:28, III)。

在參與人工、體外授精、胚胎植入或代孕契約的當事人未遵守本章規定的情形，法院有權在審酌其原因及違法性之後，課以該當事人代孕子女的扶養義務 (§ 168-B:8, II)。若行為人非因過失違反本章規定、而導致不應被許可的程序施行，除依法付損害賠償責任之外，還有可能會被認定需履行對所生子女的扶養義務 (§§168-B:8, III; 30, I)；同時，所接受的處罰也可與其他法律的處罰並存，沒有雙重處罰的問題 (§168-B:30, III)。反之，任何非過失的行為都不會招致任何民刑事責任，符合合理標準的醫療人員亦同 (§ 168-B:29)。

需注意的是，即便有部分違反本章的情形，其他規定只要效力不受影響時，仍然有其適用 (§168-B:32)。

六 其他規定 (N.H. Rev. Stat. §§ 7; 8, I; 9; 11; 16, IV; 31)

(一) 營利性仲介之處罰

New Hampshire 法律禁止任何人或組織進行營利性仲介 (§168-B:16, IV)，違反者將科以刑事處罰 (§168-B:30, II)。

(二) 代孕者先生應接受心理諮詢

§168-B:13, IV, (b)是該州較為特別的規定之一。依據此款要求，接受體外授精或胚胎移植婦女（即代孕者）的先生應接受心理諮詢；其他款則是要求應取得其書面同意、以及同時為精子捐贈者時的醫學檢驗。

(三) 扶養義務

只要依據本章規定成立親子關係，孩子就是合法的子女 (§168-B:7)，而父母則應履行扶養義務 (§168-B:8, I)。

(四) 代孕醫療行為主管機關

該州衛生機關應制定其權責範圍法條所適用的行政規則（代孕者、委託夫妻、捐贈者與生殖細胞的醫學檢驗，以及出生證明製發） (§168-B:31)。

(五) 繼承權規定

§168-B:9 為繼承權相關的規定。

七 代孕生殖實施相關之訴訟案例

該州目前並無相關訴訟案例（雖然代孕契約應經法院認可，但其審理與相關文書均不對外公開，見上）。

八 參考資料

- 成文法

Revised Statutes of the State of New Hampshire (N.H. Rev. Stat.) §§
168-B:1-32.

- 英文期刊
- Hofman, Darra.L., “*Mama’s Baby, Daddy’s Maybe:*” *A Stat-by-state Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact*, 35 WM. MITCHELL L. REV. 449 (2009).

Snyder, Steven.H. &Byrn, Mary.P., *The Use of Prebirth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings*, 39 FAM. L. Q. 633 (2005).

- Spivack, C., *The Law of Surrogacy Motherhood in the United States*, 58 AM. J. COMP. L. 97 (2010).
- 網站
Human Rights Campaign, *New Hampshire Surrogacy Law*,
<http://www.hrc.org/1334.htm> (last updated Sept. 9, 2009).

第六章總結

第一節 我國代孕政策之演進

是否開放代孕政策，在我國爭議甚久，遲遲無法達成共識。根據黃世團的研究，我國代孕政策大約可分成五期（黃世團，2009：136-143）。第一期是 1985 至 1996 年，在 1985 年我國第一位試管嬰兒誕生後，衛生署公告實施「人工生殖技術倫常指導綱領」，提供人工生殖技術之執行的原則性規範，其中原則上禁止代孕，但經醫師證明無法正常生育者，可例外允許之。（陳美伶，1994：273）後來在 1988 年，衛生署邀集醫學、法律、社會學、宗教界人士對人工生殖技術管理辦法草案進行討論，認為代孕行為涉及的法規改革幅度過大，無法在修法前開放代孕，故 1994 年的「人工協助生殖技術管理辦法」以行政命令明文禁止公孕行為。（蔡篤堅，1998：135-137）1996 年，衛生署為研擬更高位階的「人工協助生殖法」，邀請專家組成「人工生殖技術諮詢委員會」。該委員會雖決定代孕行為暫不納入人工協助生殖法草案中，但也基於社會輿論對該議題的重視，建議應考慮開放代孕合法化。（黃世團，2009：137-138）

第二期是在 1997 至 1999 之間，社會各界持不同立場的團體分別熱烈召開各種會議爭取社會認同，以影響決策。持贊成立場者主要有不孕團體、台灣生殖醫學會、中華民國不孕症暨生殖內分泌醫學會等。持反對立場者，包括婦女新知基金會、女性權益促進會、台灣女人連線、兒童福利聯盟等、宗教界。值得注意的是，雖然台灣反對開放代孕的主要以婦運團體為主，認為代孕是一種以生殖科技鞏固父權體制的行為，卻也有另一批婦女團體，認為代孕可以破除社會對「母親」角色的傳統觀念，且不應由不孕婦女一肩扛起破除血親迷思的重擔，獨自面對無法生育下的社會壓力。（黃世團，2009：138-139）

第三期是 2000 至 2003 年，人工生殖相關法案在行政及立法部門審查期間，以中央機關為舞台的爭議。這段期間中，各屆衛生署長立場不同，持禁止或開放政策曾有更改。一些立法委員亦提出自己的人工生殖法草案版本。最後，為避免人工生殖法案遲遲無法通過，政府決定採取脫鉤作法，在人工生殖法草案的總說明揭示不在該法中對於代孕問題作處理，改採另立法規的方式解決。（黃世團，2009：140-142）

第四期是 2004 年迄今。為避免延宕人工生殖法的立法時程，行政院一方面將人工生殖法草案提交國會（後於 2007 年 3 月公布施行），另一方面委託台灣大學社會學系召開「代理孕母公民會議」，公開徵求各界人士參與討論。該公民會議於 2004 年 9 月召開，由 18 位透過公開徵求後抽籤及推薦的民眾組成，其成員包括公務員、媒體從業人員、民營企業的雇主與員工、會計、衛生志工、家庭主婦、大學助教、安親班課輔老師、學生及從事自由業、服務業、餐飲業、旅遊業等，其中 12 位女性，6 位男性，年齡從 22 歲到 62 歲，平均年齡 39.2 歲。（黃世團，2009: 154-156）該會議作成「不禁止，但是有條件開放代理孕母」之結論。該結論雖僅供決策參考而無拘束行政機關之效力，但由於代表利益團體以外的一般社會大眾看法，因此相較於個別利益團體的發言，有較強的民主正當性。（黃世團，2009: 141-144）

總結我國的代孕政策發展過程，伴隨國家從解嚴邁向民主化的發展，期間經歷過各界利益團體各說各話的階段，再透過代議民主和公民會議，逐漸形成有條件開放的共識。由於相較於本研究所探討的十四個國家而言，我國的代議民主成熟度整體而言發展較晚，因此對於這種具高度倫理爭議性的問題，較晚形成政策決定有其現實因素。從以上各國政策演進可知，自一九八〇年代孕技術發明以來，各國均經過相當長期的討論與經驗學習，才演進到目前的階段，而且許多國家由於文化社會觀念的演變，直到最近都還有政策變更的例子。我國代孕生殖政策討論多年，直至最近幾年產生草案，尚待審議，相較於其他國家並不算太晚。而從目前看到的草案中看來，相當程度與許多國家的作法若合符節，內容的考慮規劃周詳，並有在進行代孕手術前就提早認定親子關係的規定，實屬重要創舉，足見過程中各方參與專家的用心與考慮周詳。就公民會議結論及目前草案內容看來，代孕政策可能會朝下列方向發展：

- 1、 基於普世人權，代孕應開放但政府須積極介入嚴格管制(公民會議結論)
- 2、 限已婚夫妻始可委託代孕，夫妻雙方的生殖細胞均有受孕能力，委託妻必須有不能懷孕之事實
- 3、 代孕者須限於本國人，有順利生產經驗，並經事先專業評估身心狀況
- 4、 由法院或政府機關審查委員會審查委託者、代孕者、施術機構之資格要件，及契約內容之認定與審查
- 5、 商業化或非商業化見解不一，若採商業化代孕，孕母的報酬是否訂立下限或上限亦未達共識

6、鼓勵非營利性仲介團體

以下本文透過我國目前草案規劃與各國制度間之比較，分別針對以上項目逐一討論。

第二節 各國立法例之啓示

(一) 是否開放代孕

雖然仍有一些國家採取禁止代孕的立場，但這些國家也有鬆動的跡象。例如新加坡過去採禁止立場，甚至以刑法處罰非法代孕行爲。目前草案則朝開放方向，甚至可能允許基因型代孕。另外德國、法國、日本雖仍採禁止的立場，但對於非法代孕的行爲處罰方式不同。原則上委託夫妻及代孕者不會受到處罰，施行生殖手術的醫護人員可能受到行政（日本）或刑法（德國、法國）處罰，另外提供仲介者也會受處罰。所以若非以生殖手術方式產生的代孕行爲，且不透過仲介爲之，仍可達成代孕的目的。但由於生下來的子女仍只能透過收養程序使委託夫妻取得親權，整個代孕過程有許多易生爭端的環結。

值得一提的是，雖然台灣反對代孕者當中，婦運團體佔了相當比例，但其他國家卻也有從父權的角度反對代孕的情形。例如新加坡以往採取禁止代孕的理由之一，是擔心提供這個選項之後，一般健康、非不育的婦女有選擇拖延生育年齡的情況，而將工作及對自身身材的關注放在生兒育女等婦女「天職」之前。亦即，從女性主義或從父權思想，似乎都可推導出反對代孕的結論。

在醫界，針對這個問題似已逐漸形成共識。世界醫學會（the World Medical Association）2006年在南非作成一份關於生殖科技的宣言（the WMA Statement on Assisted Reproductive Technologies），其中對代孕問題，明白表示：當婦女因醫學理由無法懷孕時，代孕可以作爲一種解決不孕的方法，除非國家法令或該國醫學會的倫理規範禁止。在實施代孕時，對於各方利益應妥善注意。（參見附錄 WMA-1）因此，朝向開放的方向，應已是不可抗拒的潮流。

(二) 是否開放基因型代孕及精卵捐贈

在許多開放代孕的國家中，借腹型代孕是較無爭議的，例如澳州、以色列、香港、荷蘭，甚至連一些正在研議草案的國家例如韓國也限於借腹型代孕。但一些長期實施代孕的國家，例如英國、加拿大、美國，則允許基因型代孕。從醫學角度而言，或許會認為在基因型代孕的情況，代孕者是等同於一個完全的母親，但由於各國的人工生殖法規目前多半允許捐贈卵子的行為，因此若從捐贈的角度來看，若代孕者認為自己一方面捐贈卵子，另一方面又提供子宮，則代孕者主觀上還是可以不視自己為母親，而是為他人懷孕，此時哪個當事人有成為代孕子女之父母的意圖，就可能成為判斷親子關係的標準。這也是為何美國某些州，強調委託夫妻「意圖」（intent）的重要性，稱委託夫妻為 *intended couple*，而非像英國一樣稱為 *commissioning couple* 之故。從各國實施經驗而觀，在開放基因型代孕的國家中，基因型代孕的代孕者，似乎並不比借腹型代孕者，在生產後更難割捨所生子女，或需要較長的心理回復期。然而，一旦兩造產生爭議，基因型代孕的司法判斷標準可能較複雜，因此從避免爭議的角度來看，宜暫不開放基因型代孕。

若開放基因型代孕，在委託夫妻取得代孕子女親權的程序上，會較為複雜。由於基因型代孕的孕母有提供基因，因此生產後反悔拒不交付子女，要求保持親權，其正當性較強。一旦允許孕母有反悔權，就不可能在出生前就確定親子關係，而必須先認定孕母是生母，待反悔權除斥期間經過後，才能使委託夫妻確定取得親權。

在此要特別說明的，是基因型代孕的成本較低廉，因為不必再另外支付卵子捐贈的費用，代孕手術成本較小，甚至可能不透過醫學行為進行，這是為何有些夫婦仍希望以基因型代孕方式進行的主因。亦即此部分的需求，主要與代孕的成本有關。若能控制代孕成本，則可有效減少基因型代孕的需求。

關於是否允許捐贈是另一個問題。我國草案、香港、荷蘭希望委託夫妻均提供生殖細胞，但許多國家，例如英國、加拿大、澳洲、印度、美國則允許（以色列較特別，精子不得捐贈，但卵子可以。這可能與該國的血統思想有關）。討論這問題的文獻不多，或許可從一般人工生殖與代孕生殖的比較進行探討。許多國家均將一般的人工生殖與代孕生殖，規定於相同的法典中。我國分開規定，雖可將代孕生殖作更為清楚的定義，卻也可能產生部分規定與人工生殖法在衡平考量上不相等之情形。我國人工生殖法第十一條允許夫妻只有一方具有生殖細胞情形下之生殖權，但代孕草案卻否定這種夫妻的代孕權。其實，只要代孕者不提供卵

子，亦即在借腹型的代孕模式下，無論胚胎係全部來自委託夫婦，或只有一方來自委託夫妻，另一方來自第三者，對於代孕者的權益而言並無差別。因此，在我國人工生殖法已允許只由夫妻一方提供生殖細胞的情況下，限定必須委託夫妻雙方均提供生殖細胞才能進行代孕生殖，在論理上似欠缺一貫性。不過，未來我國若開放讓只有一方有生殖細胞的夫妻進行代孕委託，則整個代孕流程及親子關係取得之認定上，可能會需要作較大幅度的調整，例如法院介入的時點，使法律問題變得較為複雜。

（三）親子關係之認定標準

親子關係之認定程序，可說是代孕政策的最重要問題。蓋代孕行為的主要目的，就是要讓委託夫妻解決不孕問題。如果因為法規的制定，使委託夫妻有可能無法取得親權，就產生不確定性與爭議可能性。

在許多開放代孕的國家中，包括只允許借腹型代孕的以色列、香港、澳洲，均給予代孕者一定程度的反悔權。誠然，反悔權的存在使委託夫妻取得父母身份的可能性產生一定程度的不確定性，卻至少符合非商業性代孕行為之本質。因為，既然代孕行為是非商業性的，則代孕者的意思在形成代孕行為的過程中，就可能與委託夫妻在經濟上居於平等地位，而非必然是處於弱勢、被剝削的角色。由於代孕者與委託夫妻的意思在子女出生時均有可能改變，因此是否一定要完全否定代孕者取得父母身份的可能性，一定要委託夫妻負扶養該子女之義務，無論從子女最佳利益的角度，或考慮代孕者與委託夫妻之間的衡平關係上，均值得再進一步考量。反悔權的理論基礎，在於許多女性在生產後會產生對所生子女的強烈依戀感（母性），而這種情感是在懷孕前未必能預知的。因此重點在於，在實施代孕手術之前，必須要讓代孕者有完整的告知後同意（informed consent），確定代孕者是在獲得充分資訊的情況下，依自由意志所為的決定。同時，代孕者若曾懷孕過，也比較能對這種身心狀況有經驗。另外，若代孕者有反悔權，也可以提昇在代孕過程中與委託夫妻之間的談判籌碼。

不過從另一角度，或許可以主張毋須給予代孕者反悔權。首先在借腹型代孕的情況，代孕者並未提供生殖細胞，因此與該子女無血緣關係。其次，醫學上的告知後同意，同意者在事前也不可能預知實施該醫療行為之後的後果，這跟代孕

者在代孕前無從預知自己生產後的身心狀況是一樣的，但醫療行為並不要求這種反悔權。第三，從實證經驗上看，借腹型代孕幾乎不會行使反悔權。第四，各國司法在爭議狀況下，幾乎無異議地一律將親權判給委託夫妻。最後，讓代孕者把反悔權當成與委託夫妻之間的談判籌碼，可能導致不利於代孕子女撫養的結果。

不過在特殊情況，或許代孕者會比委託夫妻更適合取得親權。草案第十五條確定代孕子女從受精卵著床開始即視為委託夫妻之婚生子女，固可避免代孕者在產後反悔所生之糾紛，且具有要求委託夫妻必須負責到底之意義。然而，當代孕者有得依優生保健法進行人工流產之情形，而無正當理由拒絕終止懷孕時，草案第十四條及第十七條規定此時委託夫妻縱使終止代孕契約，仍為代孕子女之父母，此規定與英國及一些國家剛好相反。這些國家規定在代孕者違反委託夫妻意願而不願進行人工流產時，委託夫妻不必負扶養義務。蓋在委託夫妻有意終止懷孕時，可推測此時委託夫妻已無意扶養該子女。我國草案的規定雖迫使委託夫妻負起扶養義務，卻也否定代孕者（唯一有意生下該子女者）取得該子女親權或監護權的可能性。這樣是否完全符合該子女之最佳利益，實值懷疑。另外，既然代孕契約之終止，不影響委託夫妻與代孕子女之父母子女關係，則在此種情形下的契約之終止權，除了讓委託夫妻得不負擔代孕者的醫療、生活費用之外，究竟具有何種實益，亦值深究。

此外，我國草案這種自始以委託夫妻為法定父母的作法，當委託夫妻在生產前離婚或兩人均死亡的情況，由於代孕子女出生後無法繼承遺產，離婚亦可能有贍養費不給付的爭議，因此若代孕者的經濟狀況達一定標準，未嘗可以考慮此時讓代孕者有接替委託夫妻，不經收養程序直接成為法定父母的可能性。

各國規定中，如我國草案一般直接規定委託夫妻為父母者，有以色列。另外，印度 2005 年的輔助生殖診所管理準則，明訂在代孕者表明自己是孕母情形，醫院應直接在出生證明中將委託夫妻登記為父母。美國的阿肯色州、伊利諾州、內華達州、北達科他州、田納西州、華盛頓州，也是由法律明定由委託夫妻為法定父母。值得注意的是，這些州除了阿肯色州外，其餘州均只允許借腹型代孕。

這種以法律直接規定親權歸屬的作法，跟「子女最佳利益」原則之間，可能有兩種關係。第一：把「代孕」視為一種合法的生殖方式，與一般的其他自然或人工生殖行為完全一樣，因此不再從「收養」或「準收養」的角度來看此問題，而是認為代孕子女就是委託夫妻所生，有資格的生父或生母只有一個，不存在要考慮親權歸屬的問題，自然也毋庸考慮子女最佳利益。第二種看法，是在進行代

孕手術前，就已由法院或行政機關依據子女利益的考慮，除了醫療評估之外，並且進行心理評估或法律評估，考慮委託夫妻是否具有適合扶養子女的能力。因此審核評估結果的機構就變得很重要。此外，在此種以法律直接規定親權歸屬的情況下，由於與傳統民法上親權認定的標準不同，因此在何種情況下始能適用該規定，就必須加以明確定義。通常身份行為具有普世效力，因此這種與傳統民法親權認定標準不同的行為，勢必要具備一定的公示性，始生效力。因此涉及政府機關和法院介入的時點與審查密度問題。

（四）政府機關和法院之介入與審查密度

許多允許代孕的國家，例如英國、加拿大、美國某些州、香港、荷蘭、印度、泰國、韓國，並不要求代孕契約在成立時，必須先經過行政機關或法院的認可，多半允許不要式契約，至多只要求書面或公證而已。但另一方面，這些國家的委託夫妻欲取得親權，通常須要獲得法院發布的親權命令或收養許可。亦即，法院的介入是在事後而非事前。在法院介入之前，親權屬於代孕者而非委託夫妻，故親權的歸屬自始至終都是很清楚的。

其次，大英國協等採非商業性代孕政策之國家，均要求法院在頒布親權命令時，需考慮子女最佳利益，故委託夫妻並非必然能取得親權。我國草案第九條規定，代孕契約未經法院認可，委託夫妻、代孕者及醫療機構不得實施代孕生殖，第十八條復明訂法院審查之標準。此規定乃屬各國罕見的創舉，蓋其使得法院的介入提早到代孕手術之前，具有避免事後糾紛的目的。然而，該條的規範似乎不夠清楚，有進一步詳細說明的必要。首先，第十八條所訂法院審查之內容，偏向於形式審查，亦即審查該契約之規定在形式上是否有無效或得撤銷之原因、第六、七、八、十、二十之程序要件、代孕者是否取得配偶書面同意等等，而並未要求法院進行契約實體內容之評估，尤其依子女最佳利益原則評估該代孕生殖行為的合理性。雖然「違反誠信原則」亦屬草案中的法院審查標準之一，但此原則較強調委託夫妻與代孕者間之關係，而非所生子女之利益。因此，此項法院事先審查之規定，偏向契約成立及生效要件之審查。

我國在代孕手術前須先經法院認可的這種規定，在目前蒐集到的資料中，只有美國新罕布夏州有此種規定。依該州規定，在進行人工或體外授精的程序之

前，締約當事人應向 New Hampshire 遺囑認證法院聲請認可。法律規定該法院須於九十日內召開審理，當事人親自出席，且法院除了審查契約是否出於當事人真意、記載法定應記載事項之外，尚須考量子女最佳利益，亦即須進行實質審查。按代孕子女係整個代孕過程中，是唯一無機會表達自己聲音的當事人，因此倘使整個過程中唯一的公權力機關是法院，則應使法院有審查子女最佳利益的機會。建議在我國條文中，明白揭示子女最佳利益原則，並將第十條的專業諮詢意見，列為法院審查時應參考之資料，以確定委託夫妻確能提供代孕子女所需之照護。亦即，雖然我國不採取準收養模式，不認為代孕者為代孕子女之母，但仍可要求法院在認可時，仿效民法第 1079 條之一，依養子女之最佳利益來判斷親子關係。

由於法院事務繁重，代孕涉及心理評估、兒童福利、生殖醫學等專業問題，且代孕子女之親權歸屬宜及早決定，因此或許可考慮改採一些國家的作法，由行政機關或委員會來審查代孕契約，認可代孕手術之施行。以色列由國家設有全國唯一的專責委員會審查所有的代孕契約，澳洲各州亦設有名稱不同的委員會，來認可代孕契約的效力。我國公民會議結論中，亦採取此種見解，認為宜由行政機關成立一個涵納多種專業的委員會，從事代孕契約的認可工作，以預防弊端的發生。若採此種見解，或許整個過程除非產生爭議，否則毋須有法院的介入。

比起由行政機關或法院介入的方式更進一步，是完全由私人的代孕契約決定親權歸屬，自始至終沒有行政機關或法院參與認可代孕契約或宣告親權移轉。這種作法可見於印度和美國的伊利諾州。這種作法背後的精神，是視代孕為一種與自然或其他人工生殖方式的意義完全相同的生殖方法，因此正如同政府不會去審查一般的自然或人工生殖行為的進行一樣，完全是個人的決定。但這種政策下，通常還是會採取一些公示作法，以避免親權關係對他人而言產生混淆不確定。具體的作法，包括醫師出示代孕手術證明、代孕雙方要有律師的參與、公證、書面等等。

本文認為，雖然美國伊利諾州和印度的實例，證明毋須行政機關或法院介入，也可以好好運作代孕制度，但在我國目前的情況，由行政機關在進行代孕手術之前，先作代孕契約的形式審查，確認代孕雙方已通過醫療、心理評估、財務狀況等相關檢驗，再進行代孕手術，可避免、減少事後爭議的產生。其理由在於，我國律師界的專業自律程度不若美國，若代孕過程的真實性全部委由律師把關，在律師界良莠不齊的情況下，難保弊病不發生。

另外一種行政機關或法院不必介入的作法，是把責任放在仲介團體身上。亦即，頒訂行政規則及定型化契約，要求仲介團體依法操作代孕行為，並在仲介團體違背責任時，令其對代孕雙方負賠償責任，或受行政處罰。此時，仲介團體的好壞，就成為重要關鍵。

（五）仲介機構及廣告問題

仲介機構對代孕過程成敗的影響，似乎在我國較少受到關注。我國目前的草案設計，雖明示得存在非營利仲介組織，但似乎主要的規範焦點，還是放在醫療機構。若以醫療機構為中心，香港在這方面的規定值得參考。香港係由生殖醫學的專責行政機關發放執照給進行人工生殖的生殖科技中心，其轄下有多方專家組成之小組，向委託夫妻、代母及其丈夫（如已婚），以確保所有相關人士都能明白代母懷孕在醫學、社會、法律、倫理及道德上的含意。值得注意的是：香港並不像美國一樣要求雙方都找一位法律顧問，而是由專家小組中的一位法律顧問，以中立的角度向雙方解釋法律含意。

惟我國醫療機構不負責兒童福利或心理評估等業務，或許並不適合成為委託夫妻尋求援助的第一站，而要由其他仲介機構扮演此種角色。是否容許營利性仲介機構的存在，與一國是否採取商業性代孕政策，有直接的關聯性。在採取非商業性代孕的國家，若非僅允許非營利性仲介，就是完全禁止仲介。不過，在採取非商業性代孕政策的情況下，是否一定要禁止營利性的仲介，似值討論。誠然倘使仲介者可以營利，最辛苦的代孕者卻不能營利，似乎自相矛盾，但在將委託夫妻與代孕者配對的過程中，良好仲介團體的介入，不僅可以有更好的配合組合，大大有效減少未來爭端的出現，也可以透過各種專業人士的參與，使整個過程各方的身心及利益更能獲保障。以採取禁止營利性代孕的加拿大及英國為例，非營利仲介團體的運作，不僅在經費上較困窘，而且相當比例的委託夫妻並非透過這些團體的仲介，而是自行在網路或其他管道進行配對，反而提高產生糾紛的可能性。

關於廣告，我國目前草案並未規定，故似乎是沒有嚴格限制，仲介機構得自由採取各種形式的設計。誠然廣告形式若未規範，可能會產生將女性物化的廣告，但過度的限制，可能會使仲介機構難以發揮其配對功能。因此，未來若決定對廣告的方式與內容設限，宜採列舉禁止而非列舉允許事項，讓廣告行為有較為寬廣的設計空間。

（六）跨國代孕生殖問題

雖然開放非商業性代孕已開啓了不孕者尋求代孕的大門，但由於供給有限，各國均有跨國尋求代孕之個案，不僅造成親子關係認定的困難，也常是新聞媒體眾矚目的焦點。雖然爲了避免鼓勵跨國進行有償代孕，以維持支持非商業性代孕的精神，故未必需要在本法中明白規定。但事實上此種事情無法扼止，倘若可一併解決，可以減少未來法院審判上的困難，並預防主管機關面對媒體的壓力。我國國籍法第二條規定，出生時父或母爲中華民國國民，則嬰兒享有我國國籍。但何謂父、母，需參考涉外民事法律適用法。新修正涉外民事法律適用法第五十一條規定：「子女之身分，依出生時該子女、其母或其母之夫之本國法爲婚生子女者，爲婚生子女。」，第五十三條規定：「前項（非婚生子女）被認領人爲胎兒時，以其母之本國法爲胎兒之本國法。」第五十四條規定：「收養之成立及終止，依各該收養者被收養者之本國法。」第五十五條規定：「父母與子女間之法律關係，依子女之本國法。」，因此，若出生嬰兒之國家，允許代孕生殖，並規定代孕所生子女一出生即爲委託夫妻之子女，則該子女無法取得代孕者國家的國籍。但因爲依該國認定，該子女與委託夫妻之間並非收養關係，因此無法依第五十四條之規定收養，又無法依其他方式讓該嬰兒取得我國國籍，因此該嬰兒可能成爲無國籍者。澳洲目前的作法，是依據血緣主義，請委託夫妻在代孕國進行嬰兒DNA鑑定，以證明嬰兒與委託夫妻間具有血緣關係。此作法值得參考，按我國國籍法規定只要父或母有一方爲我國國民，其子女就取得我國國籍。

第三節 結論

綜上所述，參照我國代孕政策發展沿革，歷史文化背景，與本研究探討的十四個國家進行比較，本報告認爲我國代孕政策宜採下列方向發展：1、限於借腹型代孕，但考慮開放一方的生殖細胞捐贈，亦即代孕夫妻只要有一方提供生殖細胞即可。2、設立審查代孕契約之行政委員會，經認可者委託夫妻自始取得親權，毋須給代孕者反悔權。3、但在委託夫妻離婚或均死亡，以及在懷孕期間發生得合法進行人工流產事由，而代孕者不願遵照委託夫妻之意願進行人工流產的情

形，宜考慮讓代孕者有權聲請法院依子女最佳利益標準判決取得親權。4、宜考慮在設定限制條件的情況下，允許營利性仲介機構的存在，並應給予較大的廣告設計空間。5、我國對跨國代孕行爲，宜提出一套解決認定標準，例如只要具備血緣關係，縱使代孕子女係以商業性代孕的方式而生，仍承認委託夫妻具有親權。

代孕問題爭議已久，當初開始推動代孕的不孕者經歷這麼多年後，已難享有代孕政策開放的果實。但我國人民結婚年齡不斷延後，不孕人口逐年增加，代孕需求與日俱增。開放代孕已成世界潮流，希望本研究的成果有助代孕法規及早制訂施行，讓不孕夫妻得享有現代生殖醫學科技帶來的喜悅。

參考文獻：

陳美伶，人工生殖之立法規範，國立政治大學法律研究所博士論文，1994年

蔡篤堅，代理孕母法規新探---由衛生署長之施政理念談起，應用研究倫理研究通訊，1998年，第7期，頁135-137

黃世團，公民會議與代議民主的制度連結---以「代理孕母」爲分析個案，國立台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，2009年