

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫 期末報告

人工助孕科技下的女性生育自主：性別正義、科技發展、  
與法律規範

計畫類別：個別型  
計畫編號：NSC 100-2629-H-007-002-  
執行期間：100年08月01日至101年09月30日  
執行單位：國立清華大學科技法律研究所

計畫主持人：林昀嫻

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：許寧珊  
碩士班研究生-兼任助理人員：林宛樞

報告附件：出席國際會議研究心得報告及發表論文

公開資訊：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，2年後可公開查詢

中華民國 101 年 11 月 30 日

中文摘要：人工助孕科技進步快速，然而女性在作出生育決定時，卻不因此而享有更多自主權。為了建立探索女性生育自主之內涵、打造性別友善的醫療環境，本計劃將藉由女性主義生命倫理學之論述深度解析人工生殖相關法律與有關醫療技術施行現況，期能瞭解我國女性在生育自主行使上所面臨的困境、此種困境在新興人工助孕科技出現時是否緩解或更加緊張。並檢視現行的法律規範與倫理守則是否能充分保障女性生育自主。

在傳統生命倫理學的四大原則中，「自主原則」最為重要，然而該原則所標舉的「客觀、理性病人」標準卻難以貼近女性面臨生育選擇時身處的複雜情境。本計劃將從女性主義生命倫理學三大學說流派開始探討，對傳統生命倫理學中的尊重自主原則加以反省、調整，為其建構出更具有性別敏感度的意涵。

對自主原則理論加以深化之後，本計劃再將發展出的理論應用於在數個當前我國社會中重要且亟須深入討論的人工生殖議題上，例如，產前檢驗科技快速且精密發展時是否可能出現具歧視性的產檢政策？而現採匿名制的精卵捐贈制度是否保障了藉捐贈配子生育的夫妻及其所生子女的利益？唯有對女性的生育處境及生育自主內涵有所了解，當面對性別、科技、與規範的衝突時，我國人工助孕科技相關法制與政策才可能作出符合性別正義的回應。

中文關鍵詞：人工助孕科技、生育決定、自主、女性主義生命倫理學、人工生殖法、精卵捐贈、產前檢查

英文摘要：Procreational decisions are both fundamental and private in nature, especially to individual women. Yet the decisions are not always made by them in autonomy. As the developments of artificial reproduction technology and related technologies are moving faster and faster forward, the procreational autonomy of women is not necessarily freer of restraints. This study explores the theories of bioethics through feminist approaches, examines the current laws, ethical guidelines, and medical practices, in order to illustrate the struggle of women facing intervened or even exploited procreational decisions. As 'respect for autonomy' is the prioritized principle of the four of traditional bioethics, the

alleged ' rational and objective' standard for patients announced by it could not properly explain the unique situations faced by women in the context of reproduction? Toward friendlier medical settings for women in Taiwan, this study proposes a perspective that is more sensitive to various power dynamics which have the potential to constrain personal procreational choices. Based upon feminist theories of autonomy, topics of highly importance such as prenatal examination involving discrimination and anonymousness of gamete donation are to be examined in this study. For Taiwan' s Artificial Reproduction Act and related regulation or policies to respond to the demand of procreational autonomy, it is imperative to understand three-way power struggle among gender, technology and the law.

英文關鍵詞： assisted reproductive technology, procreational decisions, autonomy, feminist approaches to bioethics, Artificial Reproduction Act, gamete donation, prenatal examination

## 目錄

中文摘要.....	II
中文關鍵詞：.....	II
Abstract .....	III
Key Terms:.....	III
一、 前言.....	1
二、 研究目的.....	2
三、 研究方法暨文獻探討.....	3
四、 結論與建議.....	5
五、 參考文獻.....	6
六、 自評.....	7
七、 附錄一：配子捐贈者身分之揭露或保密.....	8
八、 附錄二：產檢科技與身心障礙歧視：從生命倫理觀點出發.....	34

## 中文摘要

人工助孕科技進步快速，然而女性在作出生育決定時，卻不因此而享有更多自主權。為了建立探索女性生育自主之內涵、打造性別友善的醫療環境，本計劃將藉由女性主義生命倫理學之論述深度解析人工生殖相關法律與有關醫療技術施行現況，期能瞭解我國女性在生育自主行使上所面臨的困境、此種困境在新興人工助孕科技出現時是否緩解或更加緊張。並檢視現行的法律規範與倫理守則是能否充分保障女性生育自主。

在傳統生命倫理學的四大原則中，「自主原則」最為重要，然而該原則所標舉的「客觀、理性病人」標準卻難以貼近女性面臨生育選擇時身處的複雜情境。本計劃將從女性主義生命倫理學三大學說流派開始探討，對傳統生命倫理學中的尊重自主原則加以反省、調整，為其建構出更具有性別敏感度的意涵。

對自主原則理論加以深化之後，本計劃再將發展出的理論應用於在數個當前我國社會中重要且亟須深入討論的人工生殖議題上，例如，產前檢驗科技快速且精密發展時是否可能出現具歧視性的產檢政策？而現採匿名制的精卵捐贈制度是否保障了藉捐贈配子生育的夫妻及其所生子女的利益？唯有對女性的生育處境及生育自主內涵有所了解，當面對性別、科技、與規範的衝突時，我國人工助孕科技相關法制與政策才可能作出符合性別正義的回應。

## 中文關鍵詞：

人工助孕科技、生育決定、自主、女性主義生命倫理學、人工生殖法、精卵捐贈、產前檢查

## **Abstract**

Procreational decisions are both fundamental and private in nature, especially to individual women. Yet the decisions are not always made by them in autonomy. As the developments of artificial reproduction technology and related technologies are moving faster and faster forward, the procreational autonomy of women is not necessarily freer of restraints. This study explores the theories of bioethics through feminist approaches, examines the current laws, ethical guidelines, and medical practices, in order to illustrate the struggle of women facing intervened or even exploited procreational decisions.

As “respect for autonomy” is the prioritized principle of the four of traditional bioethics, the alleged “rational and objective” standard for patients announced by it could not properly explain the unique situations faced by women in the context of reproduction? Toward friendlier medical settings for women in Taiwan, this study proposes a perspective that is more sensitive to various power dynamics which have the potential to constrain personal procreational choices.

Based upon feminist theories of autonomy, topics of highly importance such as prenatal examination involving discrimination and anonymousness of gamete donation are to be examined in this study. For Taiwan’s Artificial Reproduction Act and related regulation or policies to respond to the demand of procreational autonomy, it is imperative to understand three-way power struggle among gender, technology and the law.

### **Key Terms:**

**assisted reproductive technology, procreational decisions, autonomy, feminist approaches to bioethics, Artificial Reproduction Act, gamete donation, prenatal examination**

## 一、前言

生育與否乃是極為私密而重大的個人決定，對於女性而言更是如此；雖然男女兩性在作出生育決策時，同樣受到社會上既有的家庭倫理觀影響，但女性一旦決定生育，便需要面對從懷孕到分娩的漫長過程，使其生育決策過程牽涉的問題較男性更為複雜。再者，在數十年來的醫療科技快速發展之下，除了「是否生育」以外，當代的女性還需面對「如何生育」的抉擇。

在醫療科技水準的進步之外，對於相關醫療技術與研究如何施行和發展的法律規範更是與個人生育決定是否得以實現、生育決定能夠實現的程度習習相關。生殖醫學的發展固然減低了個人生理因素對生育決定的限制，例如不孕者因人工生殖的進步而有了行使生育自主的機會，益發多樣與精密的產前檢查也對生育決策產生諸多影響，然而，人工助孕科技的進步是否即可直接對應到更加多元、範圍更廣的女性生育自主？似乎並不盡然。反而因為人工助孕科技的發達，使得生育自主與更多倫理議題交錯，其內涵與界限也更值得進一步探索與釐清。

科技領域的發言權和思想語言觀均以男性為建構主體，長久以來形成的科技知識體系係以二元對立的基本型態呈現，既有的性別意識型態也附身於此套科學語言中，在婦女運動發展大半世紀後仍然在科技的脈絡下殘存、發揮影響。例如，在傳統生命倫理四原則中，「尊重自主(respect for autonomy)原則」地位居首，也唯有立於尊重自主原則的基礎上，才可能真正具體實現餘下的「不傷害(nonmaleficence)」、「行善(beneficence)」、「正義(justice)」三個原則。不過，尊重自主原則所尊重的乃是「客觀、理性」個人所為的自主決定，而這樣的普遍理性論述其實係承繼自中世紀以來的科學理論，而這套標準，能否真正貼近女性面臨生育選擇時的特殊處境、並適用於人工助孕科技情境中倫理規範之建構？探討人工助孕科技議題、與生命倫理學相關的學說中，亦有自女性主義觀點出發者，其對於前述標榜「客觀理性」的傳統自主理論進行批判與補充，並在建構並深化理論之後，進一步應用於自出現迄今皆具高度爭議性的人工生殖議題。

綜上所述，欲探討當代女性的生育自主時，勢必無法忽略個人生育決定、醫療科技、法律規範三者之間的相互影響，因此，本計劃聚焦於以上三者間的交互作用，期能從法規與制度面落實女性之生育自主，建構性別友善的人工生殖醫療環境。為了建立性別友善的醫療環境，本計劃從女性主義生命倫理學之不同流派與學說出發，對根植於傳統生命倫理學的自主原則以女性主義角度詮釋，使其更具有性別敏感度，適合用於探索女性生育自主的意涵。對自主原則理論加以建構、深化之後，再將理論應用於具高度爭議性的人工生殖議題，例如死後取精人工生殖、以及仍未定案的代孕生殖法草案等。

本計劃著重於探討女性主義生命倫理學理論與人工生殖相關法律，且試圖融合二者，藉以刻劃我國女性面對人工助孕科技時的困境、並檢視現行的法律規範與倫理守則是能否充分保障女性生育自主。女性作出生育決定之前

與實踐自己決定的過程中，會受到哪些因素所影響？法律是否應當配合人工助孕科技所能及的最前端，對於所有技術能夠作到之事皆予開放？人工生殖法、醫療場域的倫理守則、未來的相關法規等又應如何設計與調整，才能更完善地維護女性的生育自主？唯有對女性的生育處境有所了解，當面對性別、科技、與法律規範的衝突時，我國人工生殖相關法制才可能在醫療脈絡下做出符合性別正義的回應，此亦為本計劃所追求之最終目標。

## 二、 研究目的

生殖醫學的發展雖然減少生理因素對人們進行生育決定時的限制和影響，但卻未必使女性的生育選擇享有更大的自主空間，至於女性面臨生育選擇時所處的特殊情境，似也並非傳統生命倫理學對於自主原則的詮釋即可處理的。在這樣的前提下，現行人工生殖法規以及醫療相關倫理守則(ethical guidelines)究竟是以何種理論角度詮釋「自主」便即為重要，關乎此些法律與規範是否足以保障女性的生育自主。據此，本計劃對女性主義生命倫理學的各個流派進行理論與學說的爬梳，並將重點聚焦於不同理論對於尊重自主原則的探討與論述。

尊重自主原則 (principle of respect of autonomy) 被認為是生命倫理四大原則中最重要、最根本的一個。其概念重心在於對病人自我醫療抉擇的尊重。根據此一原則，在一個健全的醫療環境中，病人所作的選擇都被尊重，且其能夠掌控自身的情況、為自己的利益做決定，而非家父長式地由醫師居於權威地位代病人做決定。因此，生命倫理學強調，醫護人員必須儘可能提供病人重要資訊，包含治療的風險與其他治療方式等等，以利病人在資訊充分的情形下，對於將施於己身的醫療措施能夠真正地給予「知情同意(informed consent)」。

尊重自主原則在美國醫療相關判決中時常被應用、解釋、並隨社會與醫療技術變遷由法院作出程度不一的擴張，例如「理性病人」便是尊重自主原則極為重要的一次解釋與延伸，現在也廣泛應用於臨床醫療上。「理性病人」的概念源自於 1972 年的 *Canteburry* 對 *Spence* 案<sup>1</sup>，並被延用至今，例如醫護人員在請病患或病患家屬作出醫療決定前，必須告以「一個理性病人作出醫療決定前將會希望了解的資訊」，從而才能真正建立病人或其家屬對醫療決定的有效「知情同意」。另外，「知情同意」則是尊重自主原則最基本的臨床實現，例如即便病人已經明確拒絕治療，醫師仍然必須告知其不接受建議治療的後果與風險，確保病人已經獲得足夠的完整資訊。

承前段所述，在傳統生命倫理學觀點下，「尊重自主」原則的實踐前提是病人具有一般理性，而該原則的內涵則是醫師已經提供病人充分資訊、並係以病人能懂的語彙來解說、以及並未不當影響病人作成醫療決定。以這樣的觀點描繪出的「尊重自主」原則之內涵所著重者，實為醫師而非病人，雖然應受尊重的是病人的自主，但具體作法卻主要關心醫師應該如何執業施術

---

<sup>1</sup> *Canteburry v. Spence.*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).



才能符合倫理與法律的要求、並且避免訴訟。然而，因為婦女的生育決定往往受到醫療以外因素所影響，在研究有關人工生殖的決定是否確實符合尊重自主原則時，不應將其與一般的醫療決定等同而視，否則將無法顧及女性生育決定背後的眾多細微脈絡。也由於婦女在作出生育決定時身處複雜情境，傳統以「理性病人」為前提、以「醫師的作為義務」為中心的尊重自主原則在此顯得不足，以該原則直接分析時容易忽略婦女接受人工生殖治療前身繫的社會脈絡與權力結構，反而誤以為只要施作人工生殖的醫師遵循程序、獲得病人的知情同意，婦女生育自主的條件便已齊備（Dodds，2000）。

為了反映婦女做出醫療相關決定的背景因素與脈絡，生命倫理學者中有取徑女性主義者發展出由女性主義觀點出發的生命倫理(feminist approaches to bioethics)，對於傳統的「自主」概念作出修正，避免將婦女一律套入傳統的理性病人模型中、在倫理研究中為女性重覆套上社會與科技語言中的父權框架。此種研究取徑在探討人工助孕科技之倫理規範時尤其重要，因為我國社會上傳宗接代觀念仍根深蒂固於民眾心中，而人工助孕科技又集中對女性施術、兼以對健康造成危害的風險仍高，使得生殖醫學的發展似乎並未讓女性對於其生育自主有更進一步的掌控，女性反而可能因為人工助孕科技的拓展，更無法真正自主地拒絕受術以及附隨風險，反而要在家族與長輩的期待之下一再「同意」忍受治療過程的煎熬。若以傳統的尊重自主原則對此等情境分析，則將忽略女性實質遭受的種種影響和壓力，誤以為人工助孕科技脈絡下的「知情同意」之內涵和其他醫療情境中殊無二致。

本計劃將以女性主義生命倫理學之理論與法律規範、實務運作為基礎，探索女性生育自主的意涵，期望最終能夠提出建議、促進建立實質性別友善的醫療環境。本計劃之研究目的在於刻劃我國女性面對生殖科技時的困境、並檢視現行的法律規範與倫理守則是否能充分保障女性生育自主。唯有對女性的生育處境有所瞭解，當面對配子捐贈、代理孕母、胚胎基因檢測、死後人工生殖等新興人工助孕議題時，我國人工生殖法制才可能在醫療脈絡下做出符合性別正義的回應。

### 三、 研究方法暨文獻探討

本計劃首先將重新爬梳女性主義生命倫理學的各個重要流派，研究各家理論如何建構女性生育自主的內涵、對於傳統生命倫理學在探討尊重自主原則的不足之處如何批評與補充，進行理論觀點統整以後，將為性別研究與倫理研究都帶來貢獻。其次，本計劃將把經過分析比較的諸套理論應用於配子捐贈、代孕生殖、死後生殖、產檢科技等等因人工助孕科技發展而出現的議題，檢視既有的相關法律規範，或是分析未有對應法規者有哪些特色與問題，並試圖提出意見，期能供作未來有關立法之參考。

近年來，我國政府致力提升婦女權益、促進性別主流化，其努力與成果在亞洲各國之中數一數二，實屬難能可貴。然而人工助孕科技十數年來發展益發快速，為使我國相關法規的規範意識能夠跟上科技前進的速度，本計劃

對於學理與法規兩方面皆加以探討，最終目標在於建構具有性別意識的人工生殖醫療環境，促成制度面的改變。

如同前一小節所述，在 Beauchamp 與 Childress 提出的「生命倫理四原則」中，居首的尊重自主原則被認為是最重要的一個。本報告將在以下部份對本計劃曾經探討的重要文獻加以回顧並簡單整理出各個理論對於尊重自主原則的不同詮釋。但是由於女性主義理論對於生育議題的見解極為分歧、複雜，本計畫將以三種主要學派為基礎，分別說明三者對於生育自主的主要闡釋方法。

自由女性主義(liberal feminism)學說強調以自由選擇來實現生育自主，只要生育方式與過程不會在本質上對他人有害，則國家不應擅自以家父長式(patriarchal)的思維介入女性對各種生育方式的選擇(Purdy 1989)。自由女性主義者傾向擁護契約自由原則，反對法律與政策以保護婦女作為理由限制女性自由選擇的空間，因為自由女性主義者認為，此類措施往往未能確實達到保護婦女的目的，卻反而迫使婦女轉向不合法、不安全的管道來達成目標(Sherwin 1996)。由此可以看出，自由女性主義與傳統生命倫理學對於「自主」其實有著共同的想法：尊重自主即是儘可能減少對作決定者的干預。自由女性主義學者並且認為，理性病人之概念亦可套用在進行生育選擇的女性身上——只要醫師提供正確資訊，婦女就能透過理性思考而做出自主決定。

基進女性主義(radical feminism)則主張，女性可能因為生理上能懷孕生產，反而受到來自醫療科技、婚姻與家庭的壓迫(Tong 1997)。基進女性主義者注意到女性因為懷孕的可能性，而受到多方價值觀的影響，也因此，基進女性主義論者並不認為如自由女性主義者般樂觀地認為，只要由醫護人員提供正確資訊、婦女經過理性思考、並且抉擇過程中婦女並未受到強制力，所做出的生育決定即等同於一個自主的決定(Dodds 2000)。

事實上，女性在成長與社會化的過程中，往往被一再教導：結婚、生子為女性一生的終極目標，若未能達成此目標即為人生一大缺憾。此種價值觀在東方社會尤其明顯與強大。在社會壓力與家族期待下，婦女難以獨自對抗龐大的不孕汙名，即使明知接受人工助孕科技對於健康將造成風險、需要支付昂貴的價格、以及冒著不高的活產率受術，婦女恐怕仍無法拒絕施術。觀察到此種現象的基進女性主義者對於生殖科技進步的外貌感到悲觀，因為裡層所包裹的仍是傳宗接代的古老價值觀。

雖然基進女性主義認為生殖是壓迫的來源，但屬於此派的論者對於人工生殖卻發展出截然不同的兩種態度。例如 Firestone 就將女性的生育能力視為女性解放的障礙，主張應將女性從生育的枷鎖解放出來，並將生產及育兒的責任由男性與女性共同承擔，而人工生殖科技不失為達成此一目標的有效方式。然而，如同 Firestone 一樣相信人工生殖科技能帶來女性解放的基進女性主義者其實只佔少數，絕大多數的基進女性主義學者其實對人工生殖科技存有重大疑慮，認為它的發展和施行可能反而引發母親身分的斷裂。例如

Corea 便主張，由於生殖醫學的介入，使原本是排卵、受胎、懷孕、分娩、養育一整串連續過程的母職（motherhood）遭受破壞，醫療過度介入懷孕與分娩的結果使得人的誕生過程如同商品的生產模式，母親與胎兒此時都被物化，女性對於生育的掌控力降低、生殖地位被矮化。（Callahan 1995）

文化女性主義（cultural feminism）則認為性別角色特質是社會建構（social constructed）產生的結果，並不是與生俱來的（Lawler 1990）。女性的「自我」的概念是從和他人的互動中、由他人的回饋中逐漸形成的（Whitbeck 1989），這是一種在關係中形塑的自我（relational self），不同於男性所擁有的，強調獨立、與人分離的自我（separated self）概念。這樣的論述脈絡之下，文化女性主義認為：人工助孕科技內女性「自主」的概念並非如傳統生命倫理學所倡言，為一種基於原子式（atomic）個人主義、理性思維的結果，也絕不可能在社會真空（social vacancy）的情形下做出「客觀」的決定，而毋寧說是所有相關選擇皆是因為個人對於人我關係的重視而被作成（Dodds 2000）。

承上數段可知，有關女性主義生命倫理學家對於自主的看法，除了自由女性主義主張破除基於兩性先天差異而呈現出的差別對待之外，基進女性主義與文化女性主義均重視自主決定的社會脈絡，只是前者是從權力與剝削的角度看待女性的生育能力，而後者將女性的角色定義為人際關係創造者、生育決定也成為人際關係形塑過程的一環。至於我國社會中人工助孕科技的施行和規範現況究竟是擴張抑或限縮了女性的自主空間，婦女團體尚無法達成共識（雷：2006）。本計劃在對各個相關議題進行研究時，也並不拘於一尊、單以特定理論為準，而是先探究議題所依據發展的社會、科技、法規脈絡，再進一步應用論述於議題討論之中。

#### 四、 結論與建議

在計劃執行期間，本計劃已從女性主義生命倫理、科技發展、與法律規範三方面，探討死後取精、產前檢查、配子捐贈、其他人工助孕科技情境下，作出生育決定的女性的「私領域」與外在「醫療環境」之間的交互作用。以下謹以因本計劃執行而寫作、已經及即將發表的二篇論文為基礎，對產前篩檢與配子捐贈此二項人工助孕科技議題提出意見，以促進性別友善的人工生殖醫療環境的建構。

首先，我國現行《人工生殖法》雖然允許受術夫妻使用捐贈之配子進行人工生殖，然而配子捐贈制度係採取身分保密制，受術夫妻無法得知捐贈者的任何識別性資訊，在受術後所生的人工生殖子女方面，亦僅在涉及禁婚親或收養之情形，始得向主管機關查詢自己將結婚或收養之他方是否與自身有著親屬關係，不過仍然無法獲知配子捐贈者的身分。但本計劃主持人在參考實證研究後，發現仍有一定比例的人工生殖子女希望能獲知配子捐贈者身分。考量知悉血統來源對於個人自我認同的潛在影響，子女希望認識血統來源的心願應受到正視。

因此，計劃主持人發表了《配子捐贈者身分之揭露或保密》（已獲中央研究院法律所「2011 科技發展與法律規範雙年刊」接受並完成審查，即將出版）一文，探討對配子捐贈者身分採取揭露制或是保密制之差異，並將我國社會脈絡與法規理論基礎相連結，從人工生殖與收養制度比較、捐贈者隱私保護、不孕夫妻生育自主敘明為何我國不宜全面採取配子捐贈者身分揭露制。

計劃主持人藉該文提出建議，主張我國未來或可參考美國加州的選擇性揭露制，做為現行保密制及全面揭露制的中間選項，再配合完善的諮詢制度，使得配子捐贈制度能在子女最佳利益、受術夫妻及捐贈者權益間取得平衡。

不論係藉人工助孕科技懷胎、亦或是自然受孕之婦女，都需接受產前篩檢，然而產前篩檢制度中是否藏有對於身心障礙者的歧視？現行的產前篩檢制度是否已經足夠完善，能夠保障懷孕婦女在接受篩檢時受到尊重自主原則保障、獲得充分資訊，在接受篩檢後又可充分行使其生育自主決定權？計劃主持人對此議題進行研究，並在《產檢科技與身心障礙歧視：從生命倫理觀點出發》（已通過 SSCI 期刊「歐美研究」審查，收錄於中央研究院歐美研究所出版之「歐盟與美國生物科技政策」一書，2011 年出版）中以文化女性主義提出的「關係式自主理論」對現行產檢制度重新檢視。

主持人認為，接受產前篩檢固然是準父母生育自主的一部分，但政府並不應以「身心障礙者是家庭與社會負擔」的單一價值推行浮濫的產檢政策，否則將使新優生主義披著科技中立的外衣蔓延開來，使得生殖科技的使用不再合乎社會正義。在該文中，計劃主持人指出，產前篩檢政策的改革應從淡化我國社會對於身心障礙者的偏見開始，在產前篩檢之前提供受檢婦女多面向資訊，也配合宣導措施，形成一個對身心障礙社群較公平也較友善的環境，如此一來，才能賦予準父母更寬廣的自主決定空間，並使其生育自主獲得發揮行使的最大自由。

## 五、 參考文獻

1. DODDS, SUSAN, Choice and Control in Feminist Bioethics, in: MACKENZIE, C. & STOLJAR, N. eds., RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY, AND THE SOCIAL SELF, PP. 213-235 (Oxford University Press, New York, 2000).
2. Firestone, Shulamith, The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution, Farra, Straus and Giroux (2003).
3. Purdy, L., *Surrogate Mothering: Exploitation or Empowerment?*, 3(1) BIOETHICS 18-34 (1989).
4. SHERWIN, SUSAN, Feminism and Bioethics, in: WOLF, SUSAN eds., FEMINISM AND BIOETHICS: BEYOND REPRODUCTION, PP. 47-66 (Oxford University Press, New York, 1996).
5. TONG, ROSEMARIE, Feminist Perspectives and Gestational Motherhood: the

Search for a Unified Legal Focus, in: CALLAHAN, J. C. eds.,  
REPRODUCTION, ETHICS AND THE LAW: FEMINIST PERSPECTIVES,  
PP. 55-79 (University of Indianapolis, Indiana, 1995).

6. Tong, Rosemarie, *Feminist Approaches to Bioethics: Theoretical Reflections and Practical Applications*, Westview Press (1997).
7. Whitbeck, Caroline, *A Different Reality: Feminist Ontology*, in: Garry, A. & Pearsall, M. eds., *Women, Knowledge, and Reality*, pp. 51-76 (Urwin Hyman, Boston, 1989).
8. 雷文玫, 保障兒童與婦女權益: 人工生殖相關立法的挑戰與機會, 律師雜誌, 第318期, 頁1-4(2006)。

#### 六、 自評

在本研究計劃執行過程中, 計劃主持人曾參加 2012 年第八屆東亞法哲學研討會、夏威夷大學 Rainbow Rising 國際研討會、第九屆 Asian Law Institute Annual Conference、第十三屆亞洲生命倫理大會等多場重要國際會議並發表論文, 也藉此些國際會議與各國法學、生命倫理學、性別研究等學科研究者交流意見, 對他國有關人工助孕科技及女性生育自主的法律規範和政策方針都有更多瞭解。計劃主持也藉此些觀照他山之石之機, 對已於會議中發表的論文進行對照和修正, 並在論文全文完成以後, 選擇適合該文主題之國內外著名期刊投稿。

目前本計劃投稿之論文已有數篇被列入相關專書, 或被重要期刊接受且即將刊登。其中 《產檢科技與身心障礙歧視: 從生命倫理觀點出發》 一文已收錄於中央研究院歐美研究所出版、洪德欽主編之「歐盟與美國生物科技政策」中, 另有 《配子捐贈者身分之揭露或保密》 已被中央研究院法律所之「2011 科技發展與法律規範雙年刊」接受, 即將刊登。執行成果相當豐碩圓滿。

**Identifying Information of Gamete Donors: to Disclose or Not to Disclose**

林昀嫻\*

壹、前言

當夫妻之一方罹患不孕症或重大遺傳疾病時，若另一方能產生正常之配子，我國人工生殖法允許其得接受他人捐贈配子<sup>2</sup>，透過人工受精（artificial insemination）、試管嬰兒技術（in vitro fertilization, IVF）、或更晚近發展的「卵細胞質內單一精蟲注入術（intra-cytoplasmic sperm injection, ICSI）」等方式生育下一代。在使用捐贈配子的人工生殖科技（assisted reproductive technology, ART）脈絡下，夫妻將有一方與子女欠缺血緣連結。當血緣父母與法律上父母不一致，是否適合使人工生殖子女（以下簡稱 ART 子女）有權利查詢配子捐贈者的身分？

本文的主旨在於探討現行配子捐贈者身分保密制究竟有無必要調整而改採揭露制，以及制度之設計須考量哪些重要因素。第貳部分將從受術夫妻與 ART 子女的角度出發，對於我國的配子捐贈制度加以檢視，並討論司法院大法官第 587 號解釋是否適宜作為子女享有知悉血緣父母權利的依據，同時參酌外國揭露制的實施經驗作為我國之參考。第參部分則分析為何全面改採揭露制並非理想解決方案，並分別依四個面向來討論。第肆部分將從人工生殖脈絡下的子女最佳利益出發，參考歐洲的實證研究結果以及美國加州案例，試圖探求一個兼顧子女利益、尊重受術夫妻及捐贈者隱私要求的制度。第五章則總結全文的討論。

貳、配子捐贈制度之檢討

一、我國採行配子捐贈者身分保密制

依據我國人工生殖法，有關配子捐贈採行保密制。以下分別就「對受術夫妻」與「對人工生殖子女」雙方之措施加以說明。對受術夫妻而言，接受人工生殖時，至多只能獲知捐贈人之種族、膚色及血型資料，但不得要求使用特定捐贈者之配子<sup>3</sup>。即使受術夫妻有權向醫療機構要求提供實施人工生殖之病歷複製本，但該病歷複製本不得包含捐贈人之識別性資訊，例如國民身分證統一編號或護照號碼，以及在醫療機構之病歷號碼<sup>4</sup>。但是，為了顧及家庭倫理與後代健康，下列親屬間精子與卵之結合為人工生殖法所禁止：直系血親、直系姻親、以及四親等內之旁系血親<sup>5</sup>。為了避免因醫療院所欠缺對於受術夫妻親屬系統的資訊而違反前開規定，例如將捐贈之精子與受術妻的卵為體外受精，卻不知該捐精者為受術妻的

\* 美國柏克萊加州大學法學博士(J.S.D.)，現任國立清華大學科技法律研究所副教授。本文初稿發表於中央研究院法律學研究所舉辦之第三屆科技發展與法律規範學術研討會，承蒙評論人陽明大學公共衛生研究所雷文政副教授、政治大學法學院劉宏恩副教授之費心評議，以及三位匿名審查人的細心斧正，使本文論點更加完整，在此特申謝忱。本文為國科會計畫 100-2629-H-007-002-以及 2012 年兩岸清華合作研究計畫之部份成果，作者感謝研究助理許寧珊、林宛樞在資料蒐集、校對及排版上的協助。

<sup>2</sup> 人工生殖法第十一條第一項。

<sup>3</sup> 人工生殖法第十三條。

<sup>4</sup> 人工生殖法第十四條第二項。

<sup>5</sup> 人工生殖法第十五條第一項。

兄弟等情形，衛生署依據人工生殖法第十五條第二項之授權，訂定了「精卵捐贈親屬關係查證辦法」。該辦法規定受術夫妻在使用捐贈配子實施人工生殖以前，應填具一份親屬系統表，並且為了確保該系統表的正確性，受術夫妻還必須向戶政事務所申請相關親屬之戶籍謄本作為查核之用<sup>6</sup>。最後由醫療機構就該親屬系統表與捐贈人之姓名、年籍加以核對，若核對結果發現捐贈者並非受術夫妻之直系血親、直系姻親、或四親等內之旁系血親，應再送交國民健康局就人工生殖資料庫捐贈人資料，再行比對查證<sup>7</sup>，經歷雙重查核無誤後，始得實施人工生殖技術。

由此可知，即使為了維護倫常以及避免近親配子結合而產生不健康子女等目的，設置了嚴格的親屬系統查核程序，過程中有權利獲知受術夫妻與捐贈者之識別資料者，仍只有施行人工生殖的醫療院所與主管機關，受術夫妻通常無法獲悉捐贈者之身分。但是在保護配子捐贈人識別性資訊的原則下，為兼顧家庭成員間親和性，也為了避免 ART 子女的外型明顯與受術夫妻呈現顯著差異，導致不必要的公眾注意眼光，徒增父母與子女之心理壓力，人工生殖法仍允許提供捐贈人之非識別性資料，例如種族、膚色及血型供受術夫妻參考。

對於 ART 子女而言，僅在涉及禁婚親與收養的情形始得向主管機關查詢。國內以人工生殖方式產生之子女每年增加 2000 至 2300 人，其中約一至二成係由接受配子捐贈所生<sup>8</sup>，這類 ART 子女將來與半血緣兄弟姐妹結婚的機率雖然微乎其微，卻也無法排除其可能性。為了不違反民法第九八三條禁婚親規定，也為了維護後代健康，人工生殖法特別允許得向主管機關申請查詢<sup>9</sup>。有關該查詢的範圍、程序、內容及其他應遵行事項，則授權由衛生署訂立之「人工生殖子女親屬間關係查詢辦法」加以規範<sup>10</sup>，目的則是為了確認 ART 子女與擬結婚對象是否有血緣連結。首先由 ART 子女或其法定代理人向國民健康局申請人工生殖子女證明書<sup>11</sup>，然後由擬結婚對象持此證明書向戶政機關申請直系血親、直系姻親、六親等旁系血親及五親等旁系姻親之戶籍謄本後，填寫親屬表<sup>12</sup>，最後由 ART 子女或其法定代理人備齊法定資料向主管機關申請查詢<sup>13</sup>。

整體申請過程並非容易，除了涉及衛生與戶政部門的跨部門合作，並須要 ART 子女與擬結婚對象分階段共同完成。此外，須填寫的親屬系統表相當繁瑣，共計有超過三百名親屬須申請戶籍謄本進行查核與填寫。此乃因為我國禁婚親的範圍較他國為廣，若要改善此繁瑣不便的事實，恐須從民法的規定加以修改。除了禁婚親的疑慮外，若有違反民法第一零七三條之一近親收養禁止規定之虞者，

<sup>6</sup> 精卵捐贈親屬關係查證辦法第三條第一、二項。

<sup>7</sup> 精卵捐贈親屬關係查證辦法第四條。

<sup>8</sup> 聯合報（2007 年 5 月 12 日），陳惠惠，「人工生殖防亂倫，查親有辦法」，[http://mag.udn.com/mag/life/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=67358](http://mag.udn.com/mag/life/storypage.jsp?f_ART_ID=67358)（最後瀏覽日：2011 年 10 月 3 日）。

<sup>9</sup> 人工生殖法第二十九條第一項。

<sup>10</sup> 人工生殖法第二十九條第二項。

<sup>11</sup> 人工生殖子女親屬關係查詢辦法第二條。

<sup>12</sup> 人工生殖子女親屬關係查詢辦法第三條。

<sup>13</sup> 人工生殖子女親屬關係查詢辦法第四條。

亦得依上開辦法查詢。惟該辦法對於得查詢的內容僅規定「以民國 87 年以後於主管機關人工生殖資料庫登錄之個案為限」，至於得查詢之具體內容卻無法於條文中看出，本文認為，即使查詢的內容僅止於通知申請人是否與擬建立婚姻或收養關係之對方有親屬關係，而不及於配子捐贈者的任何個人資料，仍應於條文中明確規範。可確定者，人工生殖法有限度開放 ART 子女申請查詢之目的並非使其知悉血緣父母的身分，而毋寧是為了與民法之婚姻與收養規定取得一致性。

## 二、配子捐贈者並非法律上父母

我國大法官解釋第 587 號引用聯合國兒童權利公約（UN Convention on the Rights of the Child 1989，以下簡稱公約）第七條：「兒童出生後應立即被登記，自出生時起即應取得姓名與國籍，並應儘可能讓其知悉父母身分、享有受父母照顧的權利」<sup>14</sup>，因而主張子女獲知其血統來源，確定真實父子關係，攸關子女人格權，應受憲法保障。如夫妻皆不願或不能提出否認之訴，待除斥期間經過，將無從確定子女真實血統來源，致難以維護其人格權。基於此理由，對於民法第一零六三條婚生否認之訴的主體宜加以放寬，並賦予合理的起算日與起訴期間，使子女有機會對父子或父女間的婚生推定加以否認。

有關釋字第 587 號解釋理由書中引用公約第七條，作為子女提出婚生否認之訴的依據，由於我國並非締約國之一，大法官以公約補充並修正民法有關子女權利之規範，具有重大意義；且公約所體現的「兒童權利論」使兒童的權利由父母保護的被動形式，轉換為有權向父母與國家請求的主動形式，將為我國親子法的發展帶來深遠影響<sup>15</sup>。然而，在此涉及兩個層次的問題。第一，公約第七條所謂子女獲悉自身血統來源之權利，其內涵與限制為何？第二，知悉血緣父母的權利是否能直接轉換為子女提出婚生否認之訴的權利？均有進一步探討之必要。

首先，公約第七條謂「應儘可能讓子女知悉父母身分」，本條所謂「父母」之定義，非無爭議。有主張為血緣父母者，因為公約制定之時，人工生殖尚未普及，公約第七條既規範兒童自出生時起的權利，可推知是指提供基因之父母<sup>16</sup>。亦有主張條文中的「父母」並不限於血緣父母，而應解釋為亦包含社會父母或法律上父母<sup>17</sup>。本文認為，知悉個人來源的權利內容，包含了知悉自身的種族、家庭背景、父母身分等資訊，目的在於發現及保存個人的身分認同(identity)，例如公約第八條，文明國家應尊重兒童保存其身分認同的權利，不使受非法干擾，其

<sup>14</sup> UN Convention on the Rights of the Child 1989, Part I, Article 7, Paragraph 1. 原文為：The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

<sup>15</sup> 吳煜宗，〈子女自我否認婚生性之權利—釋字第五八七號解釋的挑戰〉，《月旦法學雜誌》，119 期，頁 220（2005 年 4 月）。

<sup>16</sup> Andrew Bainham, *Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions*, in WHAT IS A PARENT? A SOCIO-LEGAL ANALYSIS 25, 37-38 (Andrew Bainham, Shelley Day Sclater & Martin Richards eds., 1999).

<sup>17</sup> Samantha Besson, *Enforcing the Child's Rights to Know Her Origin: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, 21 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 137, 143 (2007).



中包括國籍、姓名及家庭關係<sup>18</sup>。雖然公約第七與第八條賦予未成年子女獲悉血緣父母、建立身分認同的權利，然而此係以自然生殖為前提的一般原則。在配子捐贈的特殊情形下，ART 子女縱使有認識血緣父母身分的權利，但此權利的實現必須考量其他因素。例如 ART 子女與捐精者之法律連結，與養子女及本生父母之間的法律關係並不相同<sup>19</sup>；捐精者的隱私權保護；過於強調基因可能對家庭完整性帶來的衝擊；以及改採捐贈者身分揭露制可能對捐精數量之影響等。

其次，血緣的認識權是否能等於子女提出婚生否認之訴的權利？有學者主張，婚生推定制度乃是以維護婚生子女身分安定為目的，不宜過度強調子女對血緣的追索，應基於確保子女受養育權利及法律地位之安定，對子女否認權設定適當的限制<sup>20</sup>。亦有學說認為，子女尋根以認識血統，未必須要與法律上親子關係畫上等號，因為親子關係的建立並非單純為 DNA 鑑定之結果，為了維護子女受法律上父母照顧的權利，血統真實主義須適時地讓步<sup>21</sup>。此外，子女提出婚生否認訴訟的結果乃是去除法定父親之身分，使子女失去該法定父親的扶養，影響甚為重大，在無配套措施之下，對子女未必有利<sup>22</sup>。由此可知，即使釋字第 587 號以及因此修正的民法第一零六三條第二與第三項賦予子女提出否認之訴的權利，學者基於對子女利益的個別看法，尚有不同見解。

子女尋根以認識其血緣，固然不同於建立法律上親子關係，但若有符合人工生殖法第二十三條第二項、或二十四條第二項之情形，亦即無血緣父母當初的同意有所欠缺，例如受到詐欺或脅迫時，得提出否認親子關係之訴。此時，配子捐贈者與該 ART 子女之間，是否有主動認領或請求認領的問題，在人工生殖法的制定過程中曾為焦點。例如，行政院衛生署版人工生殖法草案第二十四條第三項曾主張，受術妻提起否認之訴經勝訴判決者，捐卵者得認領該子女。本項雖未獲通過，但縱使子女單純只欲尋根，仍可能要面對否認之訴與認領的問題。即使非由子女提出，配子捐贈者也可能提出。

因此，配子捐贈者是否得與 ART 子女建立法律上親子關係，即為須探討之問題。有關 ART 子女之婚生性，人工生殖法第二十三、二十四條明文規定受術夫妻雙方合意使用捐贈之配子，所產生之子女將「視為」雙方婚生子女<sup>23</sup>。「視為」係指無法舉反證以推翻之，也因此與民法第一零六三條第一項「妻之受胎係在婚姻存續中者，推定其所生子女為婚生子女」之用詞有所區別。人工生殖法的規定使 ART 子女無法對於與自己無血緣關係之父或母提出婚生否認之訴，其原

<sup>18</sup> UN Convention on the Rights of the Child 1989, Part I, Article 8, Paragraph 1. 原文為：States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference.

<sup>19</sup> 詳見本文第肆部分「一、配子捐贈與收養之比較」。

<sup>20</sup> 吳煜宗，前揭（註 15）文，頁 223。

<sup>21</sup> 鄧學仁，〈論否認子女之訴與真實主義—評釋字第五八七號解釋〉，《月旦法學雜誌》，121 期，頁 220-221（2005 年 6 月）。

<sup>22</sup> 戴瑀如，〈血緣、家庭與子女利益—從德國立法之沿革探討我國民法上的婚生否認之訴〉，《東吳法律學報》，20 卷 2 期，頁 57-58（2008 年 10 月）。

<sup>23</sup> 人工生殖法第二十三條第一項、第二十四條第一項。

因至為顯然，對於無法製造配子之不孕者而言，既然必須接受他人捐贈之配子始得進行人工生殖，夫妻子女之任何一方自然不得以「無血緣關聯」為理由提出否認之訴。唯一的例外，是在無血緣之一方的同意有所欠缺時<sup>24</sup>，而訴之提出者也僅為該同意有欠缺之受術夫妻之一方，ART 子女並非否認之訴的主體。而血緣父親是否得主動提出婚生否認之訴？釋字 587 號解釋以避免破壞他人婚姻之安定、家庭和諧與子女受扶養之權利而否定之。學說有主張應以子女最佳利益來衡量，不宜完全禁止由婚姻外第三人來發動婚生否認之程序<sup>25</sup>，但大抵認為血緣父親提出婚生否認之權利，至多僅為補充性地位<sup>26</sup>。

依據我國人工生殖法，在接受精子捐贈的情形，生母與 ART 子女均不得請求捐贈者認領子女<sup>27</sup>。有學者主張應讓配子捐贈者對於 ART 子女享有任意認領之權利，惟該子女或其生母、生父得否認之<sup>28</sup>。然而，只有對非婚生子女始得為有效認領，ART 子女依法既為受術夫的婚生子女，捐精者自然欠缺任意認領的權利。本文認為，為了維護家庭和諧，保護子女不受干擾，應使配子捐贈者的認領權有所限縮，僅於受術夫或妻對於 ART 子女提出否認之訴，並經勝訴判決確定時始得提出，較為符合子女利益。然而，由於配子捐贈的資料應保密處理，捐贈人對於所贈配子究竟為哪對夫妻所使用、是否成功懷孕、是否活產等情形均無所悉<sup>29</sup>，又如何能行使其任意認領之權利。此在制度設計與實務操作上，仍有待進一步規劃。唯無論如何，ART 子女於現行法上並不具備對法律上父母提否認之訴的權利，也沒有請求配子捐贈者認領的權利。換言之，ART 子女的法律上父母為受術夫妻，而與配子捐贈者不生法律上身分關係。

### 三、配子捐贈者身分揭露制之實施經驗

有關是否揭露配子捐贈者身分之議題，雖然絕大多數國家尚未對之有任何規範，但已陸續出現了一些立法例。其中，瑞典為第一個全面採行配子捐贈者身分揭露制（以下簡稱揭露制）的國家，其在 1985 年立法允許因捐精而產生之子女於十八歲成年後向政府機關查詢捐精者的識別性資訊( identifying information)<sup>30</sup>。依據歐洲理事會生命倫理指導委員會之報告（the Council of Europe, Steering Committee of Bioethics Report），德國、奧地利、瑞士、荷蘭、瑞典、挪威、冰島、英國與加拿大部分省分，已經允許在特定情形下揭露配子捐贈者之識別性資訊<sup>31</sup>。

<sup>24</sup> 人工生殖法第二十三條第二項、第二十四條第二項。

<sup>25</sup> 李立如，〈朝向子女最佳利益的婚生推定制度〉，《中原財經法學》，13 期，頁 129（2004 年 12 月）。

<sup>26</sup> 戴東雄，〈司法院釋字第五八七號與生父提出婚生否認訴訟之可能性〉，《環球法學論壇》，1 期，頁 21（2006 年 9 月）。

<sup>27</sup> 人工生殖法第二十三條第三項。

<sup>28</sup> 邱玫惠，〈人工生殖子女親子法制之檢討與修法建議〉，《台大法學論叢》，38 卷 3 期，頁 310-311（2009 年 9 月）。

<sup>29</sup> 人工生殖法第十三條第一項。

<sup>30</sup> Lucy Frith, *Gamete Donation and Anonymity: The Ethical and Legal Debate*, 16(5) HUM. REPROD. 818, 819 (2001).

<sup>31</sup> Julie L. Sauer, *Competing Interests and Gamete Donation: The Case for Anonymity*, 39 SETON HALL L. REV. 919, 935 (2009), citing COUNCIL OF EUROPE, STEERING COMMITTEE OF BIOETHICS REPORT 69 (2005).

例如英國的人類生殖與胚胎法 (Human Fertilization and Embryology Act 1990) 從 2005 年開始實施新規定，只要 ART 子女年滿十八歲，即有權利申請獲知配子捐贈者的身分<sup>32</sup>。然而，更多國家以法規禁止揭露配子捐贈者之身分。例如法國、比利時、丹麥、希臘、波蘭、俄羅斯、愛沙尼亞、拉脫維亞、喬治亞、斯洛伐克、斯洛凡尼亞、以色列等國<sup>33</sup>。因此，就算有些國家已經開啟了揭露制的新趨勢，在世界各國仍屬少數。

揭露制的共同特色是：受術夫妻與捐贈人身分雙向保密；配子捐贈的相關資訊與捐贈人其他醫療紀錄分開保存，以保護其隱私；僅在 ART 子女成年後得向政府查詢捐贈者的識別性資訊，唯其仍須仰賴父母或其他知情的親友告知，才能獲知有關配子捐贈之事實<sup>34</sup>。然而在實務上，揭露制國家的實證研究顯示，大多數受術夫妻仍對於向子女透露配子捐贈的事實持保留態度。例如瑞典在 2000 年一項調查指出，在 148 對使用捐贈配子實施人工授精 (donor insemination, DI) 的受術夫妻中，約有 89% 尚未告知子女有關配子捐贈之事實，僅有 11% 已經告知，而調查對象的 ART 子女平均為九歲<sup>35</sup>。受術夫妻選擇不透露的理由多為「沒有必要」與「擔心傷害子女」<sup>36</sup>。雖然以總體而言，仍有 52% 已告知或預計將來告知子女<sup>37</sup>，但考量調查之當時，揭露制已在瑞典實施了十五年，對告知持正面態度之比例仍不算高。

實證研究發現，揭露制可能遭遇的障礙主要在於父母刻意隱瞞接受捐贈之事實，意圖避免子女成年後主動查詢捐贈者身分，以及該隱瞞可能對於親子關係帶來的負面影響<sup>38</sup>。雖然醫學研究也建議，只要父母自子女尚年幼時，即告知其係經由配子捐贈所產生，讓子女在人生初期即得知有關自己出生的相關資訊，即能以最自然的方式、使配子捐贈的事實成為 ART 子女自我認同的一部份<sup>39</sup>。如此，ART 子女對於身分認同並不致產生錯亂或混淆，而對於父母子女關係的負面影響亦得以降至最低。

由上述討論可知，即使法令允許 ART 子女成年後得查詢配子捐贈者的身分，只要其對於自己是經由配子捐贈所生之事實毫無所悉，所謂獲取捐贈者識別性資料之權利將不免被架空而難以實行。值得注意者，即使是採全面揭露制的國家，至多也僅是讓 ART 子女「成年後」有權利依照法定程序查詢配子捐贈者的識別性資訊，卻未賦予未成年子女相同的權利。本文將於第肆部分討論在何種情形下，

---

<sup>32</sup> HUMAN FERTILISATION & EMBRYOLOGY AUTH., DONATING SPERM, EGGS OR EMBRYOS, [http://www.hfea.gov.uk/docs/donating\\_sperm\\_eggs\\_or\\_embryos\\_0609.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/donating_sperm_eggs_or_embryos_0609.pdf) (2007) (last visited Oct. 3, 2011).

<sup>33</sup> Sauer, *supra* note 31.

<sup>34</sup> A. Lalos, C. Gottlieb & O. Lalos, *Legislated Right for Donor-Insemination Children to Know Their Genetic Origin: A Study of Parental Thinking*, 22(6) HUM. REPROD. 1759, 1759 (2007).

<sup>35</sup> Claes Gottlieb, Othon Lalos & Frank Lindblad, *Disclosure of Donor Insemination to the Child: The Impact of Swedish Legislation on Couple's Attitudes*, 15(9) HUM. REPROD. 2052, 2053 (2000).

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.*, at 2053-54.

<sup>38</sup> HK Jørgensen & OJ Hartling, *Anonymity in Connection with Sperm Donation*, 26 MED. & L. 137, 140 (2007).

<sup>39</sup> *Id.*

為了保護子女最佳利益，即使是 ART 子女未成年，仍應有揭露捐贈者身分之例外規定。

### 參、為何全面採行配子捐贈者身分揭露制並非理想方案

晚近在美國加州進行的實證研究顯示，參與「捐贈者身分揭露計畫 (Identity Release Program)」的受術夫妻所產下的子女中，約有 26% 的 ART 子女成年後要求查閱捐贈者的身分<sup>40</sup>。在這些要求知悉的 ART 成年子女中，有 48.6% 是由女同志伴侶扶養成人，31.4% 由單親母所扶養，只有 20% 係出身於一父一母的家庭<sup>41</sup>。不難想像在女同志伴侶及單親母的家庭中，由於「沒有父親」的事實，在面對子女詢問父親身分時，比起一父一母的家庭更傾向揭露配子捐贈的事實。而我國人工生殖法僅允許異性戀夫妻接受配子捐贈，可以推知即使我國改採揭露制，ART 子女將來查閱捐贈者身分的人數應該更少。然而，本研究亦能看出仍有少部分 ART 子女會有「尋根」的需求，值得政策制定者正視。

少部份 ART 子女認識血統來源的心理需求，在我國的保密制是完全無法獲得滿足的。然而我國是否適合如瑞典等國一般，全面採行配子捐贈者身分揭露制？揭露制的內涵並非不管子女是否想知道，一律告知捐贈者身分；亦未強制父母必須告知，因為現今沒有一個國家以法令要求父母告知子女有關使用捐贈配子的事實，最多僅是以宣導的方式加以鼓勵。正確地說，揭露制的管制對象其實是捐贈者。無論捐贈者是否願意，只要進行配子捐贈，一律須同意釋出其識別性資訊，供子女未來查閱。本文認為就我國目前的情形，不宜貿然改採揭露制，以下分述四項原因。

#### 一、配子捐贈與收養之比較

由於允許 ART 子女成年後查詢配子捐贈者身分，在許多方面與允許養子女成年後得以查詢本生父母身分之制度相類，因此有必要釐清並明辨兩者的差異。與需要人工生殖科技配合的捐精或捐卵相較，收養的制度已經在人類社會有久遠的歷史，立法也相對完善。以收養方式建立親子關係所牽涉者，為養子女、養父母、以及本生父母三方<sup>42</sup>。我國於民法第一零七六條之一規定收養必須經過本生父母之同意，除非有法定例外情形，並須向法院聲請認可（第一零七九條）；而養子女自收養關係終止時起，回復其本姓，並回復其與本生父母及其親屬間之權利義務（第一零八三條）。由以上法條可得知，本生父母與養子女之間除了血緣聯結外，在收養成立之前與收養關係終止後，均為養子女的法律上父母，雙方有密切的關聯。

依據我國兒童及少年權益保護法第二十一條第一項：「中央主管機關應保存出養人、收養人及被收養兒童及少年之身分、健康等相關資訊之檔案」，然而該資訊之範圍、來源、管理及使用辦法仍付之闕如。內政部兒童局亦於民國 94 年

<sup>40</sup> J.E. Scheib, A. Ruby & J. Benward, *Who Requests Their Sperm Donor's Identity? Analysis of Donor-conceived Adult Requests at an Open-identity Program*, 90(Suppl. 1) FERTILITY & STERILITY S8, S8 (2008).

<sup>41</sup> *Id.*, at S8-S9.

<sup>42</sup> 有關我國收養制度實質要件與形式要件的討論，請參見林昀嫻，〈民法收養制度之修正與展望〉，《月旦民商法雜誌》，17 期，頁 73-86（2007 年 9 月）。

9月成立了兒童及少年收養資訊中心，並委託兒童福利聯盟協助辦理業務<sup>43</sup>。中心提供的服務包括收出養諮詢、協助雙方簽訂或修改「收出養資料釋出意願書」、協助資訊查詢申請與尋親服務等。前述意願書將被保存在兒童及少年收養資訊中心，而本生父母得於意願書中表達是否同意將識別性資料釋出給收養人及養子女、以及是否有意願未來與養子女相認重聚，並且有權利隨時申請更新或更改該意願書的內容<sup>44</sup>。但即使本生父母勾選不釋出身分資訊，也僅在養子女未成年時有效，養子女成年後仍然得以查詢本生父母的識別性資訊<sup>45</sup>。然而在實務上，收養的途徑可分為機構收養與私下收養，我國絕大多數收養之方式屬於私下收養<sup>46</sup>。亦即由出養方與收養雙方形成合意並經法院認可，但未透過收出養機構的專業服務<sup>47</sup>。可以想見，若本生父母不願意釋出識別性資訊，多半不會透過兒童福利聯盟來出養子女。而我國少數幾個合法的收出養機構中，真正落實讓養子女成年後得查詢本生父母資料者，主要是經由兒童福利聯盟進行收出養者，僅占我國收養案件總數的極少比例<sup>48</sup>。

然而，在配子捐贈的情形，捐贈者一開始即是以捐贈的意思提供配子，讓受術妻得以經由人工生殖療程，順利懷孕並生產，並非以訂立代孕契約的意思，要求受術妻為配子提供者懷孕生產。加以我國僅允許受術夫婦中有一人使用捐贈配子，另一人必須能產生健康的生殖細胞<sup>49</sup>，ART子女相較於被毫無血緣關係者收養之養子女，至少與父母之一方仍有血緣連結，且有共同生活之事實，其追溯自身所從出的迫切性似乎不如養子女強烈。ART子女的法律上父母自始至終均為受術夫妻（人工生殖法第二十三、二十四條），而非配子捐贈者。甚至當妻受胎後，若發現有婚姻撤銷、無效之情形，其分娩所生子女，仍視為受術夫妻之婚生子女（人工生殖法第二十五條）。由此可知，配子捐贈者從來不曾享有ART子女的法律上父母之地位，ART子女自始即誕生於受術夫妻所組成的家庭，並不像養子女經歷了從本生家庭移轉到收養家庭；而在收養關係終止後，又回到本生家庭的過程。就法律上的連結而言，養子女與本生父母的關係既然比ART子女與配子捐贈者緊密得多，既然我國收養法制都未強制所有本生父母將身分釋出給養子女，全面要求配子捐贈者釋出身分資訊則似乎欠缺正當性。

除了上述法律面的探討之外，從事實面出發，採取揭露制對於ART子女與受術夫妻的家庭生活將帶來重大影響。對於子女而言，了解自身族裔的歷史與背

<sup>43</sup> 內政部兒童局，兒童及少年收養資訊中心，詳見 <http://www.adoptinfo.org.tw/AboutUs.aspx>（最後瀏覽日：2012年6月28日）。

<sup>44</sup> 同前註。

<sup>45</sup> 內政部兒童局，兒童及少年收養資訊中心，詳見 <http://www.adoptinfo.org.tw/TracingData.aspx>（最後瀏覽日：2012年6月28日）。

<sup>46</sup> 內政部兒童局，兒童及少年收出養服務方案成效評估檢討會，詳見內政部網頁：<http://www.moi.gov.tw/tornado/showdoc.htm?mylink=http://www.moi.gov.tw/news/news>（最後瀏覽日：2011年10月3日）。

<sup>47</sup> 白麗芳，〈收養制度與法規之探討〉，《福利社會》，70期，頁15（1999年2月）。

<sup>48</sup> 黃立青，〈解開身世之謎：收養家庭身世告知研究〉，東海大學社會工作學系碩士論文，頁37（2009年6月）。

<sup>49</sup> 人工生殖法第十一條一項第三款。

景固然對於個人自我認識有幫助，但卻沒有證據顯示知悉個別捐贈人的識別資訊、甚至其身分，對於 ART 子女之福祉增進有其必要性<sup>50</sup>。從醫療與心理學角度觀察，有時此資訊對於子女並不一定有正面影響，因為 ART 子女可能期待去認識捐贈者、與其建立關係，而結果也許並非如想像中能帶來尋獲自身來源的滿足感，因為捐贈者不一定樂意身分被知悉，也不一定願意與 ART 子女有任何形式的接觸<sup>51</sup>。

對於受術夫妻而言，知悉配子捐贈者身分可能是家庭中更多壓力與衝突的開始，因為捐贈者的角色恐怕為原本的父子女關係增添複雜度，也可能干擾家庭生活<sup>52</sup>。華人社會一向重視血緣連結，而對於不孕症仍抱持負面、隱諱的態度，受術夫妻極可能選擇延後或甚至不告知子女其係因為配子捐贈而產生。人工生殖法第十三條雖然禁止使用特定捐贈人的配子，卻也開放讓醫療院所提供捐贈者之種族、膚色與血型供受術夫妻參考。亦即受術夫妻雖然因一方不孕，必須使用捐贈之配子，但制度的設計讓其有機會選擇與自身種族、膚色與血型相同之子代，至少在外表上無法一眼看出與父母無血緣關係，以避免不必要的公眾眼光、與加諸於受術夫妻與子女的壓力。由此可知，實難以期待受術夫妻主動將接受捐贈配子一事告知子女，就算賦予子女成年後查詢捐贈者身分的權利，恐怕將迫使更多受術夫妻隱瞞接受捐贈配子的事實。

## 二、捐贈者之隱私保護

廣義的隱私權概念有四<sup>53</sup>：第一為資訊隱私權 (information privacy)，係指個人有權利決定與自身有關的資訊是否被公開、以及在何種情形下被公開；第二是身體隱私權 (physical privacy)，亦即決定他人得否接近個人私領域空間的權利，例如獨處不受干擾之權利 (the right to be let alone)；第三為自主決定隱私權 (decisional privacy)，為有關是否生育後代、是否繼續接受治療、以及養育子女的方式等自我決定權；第四為具財產價值的隱私權 (proprietary privacy)，個人的姓名與肖像權均涵括在內。有關配子捐贈者的隱私應如何分類與定性？嚴格而論，捐贈配子的行為並非以個人生育後代為目的，乃是協助他人生育的決定，此與委託夫妻將配子提供給代孕者，讓其懷胎生下代孕子女之情形必須加以區別。因此，對於受術夫妻而言，以接受捐贈配子的方式施作人工生殖而產生後代，可納入自主決定隱私權的範圍，因為這涉及是否生育後代以及生育的方式<sup>54</sup>。但是

<sup>50</sup> Ruth Landau, *the Management of Genetic Origins: Secrecy and Openness in Donor Assisted Conception in Israel and Elsewhere*, 13(11) HUM. REPROD. 3268, 3269-70 (1998).

<sup>51</sup> Lori B. Andrews & Nanette Elster, *Adoption, Reproductive Technologies, and Genetic Information*, 8 HEALTH MATRIX 125, 127 (1998).

<sup>52</sup> Hollace S.W. Swanson, *Donor Anonymity in Artificial Insemination: Is It Still Necessary?*, 27 COLUM. J. L. & SOC. PROBS 151, 180 (1993).

<sup>53</sup> 林子儀，〈基因資訊與基因隱私權—從保障隱私權的觀點論基因資訊的利用與法的規制〉，林子儀、蔡明誠主編，《基因技術挑戰與法律回應：基因科技與法律研討會論文集》，頁 258（2003年）。

<sup>54</sup> 雖然美國學說上曾出現爭議，有認為隱私權的概念不包含自主決定權者，例如 William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960)，但此爭議已因嗣後美國聯邦最高法院的判決而消弭，例如 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)。

對於捐贈者而言，其所享有的乃是資訊隱私權。因為就算捐贈者不須負擔作為父母的法律上責任，多半也因可能影響家人的生活等顧慮，不願在多年後讓他人知悉自己曾捐贈配子的事實，遑論面對與帶有自己基因的 ART 子女接觸的可能性。

資訊隱私權在我國憲法雖無明文，但學說認為隱私權係人格權之一種，受憲法所保障。證諸憲法第二十二條「凡人民之其他自由及權利，不妨礙社會秩序公共利益者」，可知憲法所保障之權利尚及於非以明文列舉者<sup>55</sup>。而釋字第 603 號解釋更指出，基於人性尊嚴、個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。其中之「個人資訊隱私權」，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉權、控制權、以及資料記載錯誤之更正權<sup>56</sup>。

而資訊隱私權在我國法律層級之保障，原散見於民法、刑法與醫療法等，1995 年公佈施行之電腦處理個人資料保護法為我國保護資訊隱私的首部專法。該法的修正案於 2010 年 5 月 26 日已經公佈，並更名為「個人資料保護法（以下簡稱個資法）」。個資法的立法目的在於規範個人資料之蒐集、處理及利用，「以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用」<sup>57</sup>。其重點涵蓋了個人資訊自主，並以「人格權保障」做為最高指導原則<sup>58</sup>，亦即透過資訊隱私權的保護，避免公私部門蒐集、處理與利用資料之行為過度干預個人人格之型塑。

相較於舊法，新法增加了「特種個人資料」此一類型，舉凡有關醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之個人資料，均屬於具有敏感性的資訊，除非符合新法增設的四種例外情形之一<sup>59</sup>，否則不得加以蒐集、處理或利用<sup>60</sup>。配子捐贈者之病歷、健康檢查與醫療紀錄，即屬於符合個資法第六條之受保護特種資訊，當然須賦予高度的保護。然而，當 ART 子女基於健康或醫療需求，必須了解捐贈者醫療紀錄時，本文認為，衡量 ART 子女的健康、甚至生命法益與配子捐贈者隱私，應以子女最佳利益為優先，讓其有機會取得捐贈者的醫療紀錄，亦即捐

<sup>55</sup> 許志雄，〈人權的概括性保障與新人類〉，《現代憲法論》，頁 237-239（2001 年）。

<sup>56</sup> 參閱司法院大法官解釋第 603 號解釋文。

<sup>57</sup> 個人資料處理法第一條。

<sup>58</sup> 李震山，〈論資訊自決權〉，《現代國家與憲法—李鴻禧教授祝賀論文集》，頁 722-724（1997 年）。

<sup>59</sup> 個人資料保護法第六條第一項。

「有關醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之資料，不得蒐集、處理或利用。但有下列情形之一者，不在此限：

一、法律明文規定。

二、公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務所必要，且有適當安全維護措施。

三、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。

四、公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生或犯罪預防之目的，為統計或學術研究而有必要，且經一定程序所為蒐集、處理或利用之個人資料。」

<sup>60</sup> 個人資料保護法第六條。

贈者的資訊隱私必須做適當的讓步與限縮。

此外，新個資法對於受保護之個人資料定義更為擴充，更進一步規定其他得以「直接或間接方式」識別該個人之資料，均為新法概括保護之對象<sup>61</sup>。依據人工生殖法，配子之捐贈、提供與之後的儲存，必須由經衛生署認可之醫療機構或公益法人加以施行<sup>62</sup>，而醫療機構或公益法人在性質上屬於非公務機關<sup>63</sup>，對配子捐贈者個人資料之蒐集、處理或利用應有特定目的，並須符合個資法第十九條與第二十條所列舉各種情形之一。換言之，有關配子捐贈者的姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料，除非符合公共利益或為防止他人權益之重大危害等事由，否則不能合法進行蒐集、處理與利用。即使如此，仍有學者主張，「經當事人書面同意」雖為其中要件，卻僅與其它可例外蒐集、處理與利用個人資訊的要件並列，形成擇一即可的關係，並非作為前提而存在，對當事人之保護未盡周延<sup>64</sup>。由此可知，與配子捐贈者身分息息相關的識別性資訊之保護，在個資法修正通過後，更具有不揭露的正當性。但若捐贈者在捐贈之時，即充分告知法律之規範，詢問其是否願意提供識別性資訊、甚至是否願意與ART子女見面，應可消滅隱私權受侵犯的疑慮。本文將在第肆部分探討此種介於全面揭露制及現行保密制之間的選項。

### 三、避免基因中心主義之傾向

由於全面揭露制呈現了對血緣連結的重視，因此難以避免基因中心主義（genetic essentialism）或基因決定論（genetic determinism）的傾向。基因決定論主張DNA是組成個人的最重要因素，不但能用以解釋個別差異，更是左右個人命運的根本因素<sup>65</sup>。亦即將個人化約為其基因的總和，認為只要了解一個人的基因資訊便能預測其行為與未來發展<sup>66</sup>，此種論點的謬誤在於無限上綱血緣的重要性，而忽略了在親子關係中，養育、教育與實質共同生活等因素的重要性。

雖然血統真實主義是我國親子法制的重要原則之一，然而血統真實原則並非絕對，仍需與其它價值相互平衡。民法親屬編有關親子關係的建立，可歸納出三大原則。首先是「分娩者為母」或「生母恆定」原則<sup>67</sup>。由於分娩的外顯事實至為明確，因此將懷孕分娩做為建立母親與子女關係之判斷標準。立法者對於「母親」的定義當然受限於立法時之醫學水準，仍是基因、分娩事實、與法律上母職三位一體的概念。第二是經由婚姻關係來推斷父子關係，亦即「婚姻示父」原則。由於父子關係並不似母子關係有分娩事實之外顯證據，也由於男性在生育一事與

<sup>61</sup> 個人資料保護法第二條第一項第一款。

<sup>62</sup> 人工生殖法第六條第一項、第二項。

<sup>63</sup> 個人資料保護法第二條第一項用詞定義。

<sup>64</sup> 劉靜怡，〈不算進步的立法：「個人資料保護法」初步評析〉，《月旦法學雜誌》，183期，頁152-153（2010年8月）。

<sup>65</sup> Naomi R. Cahn, *Parenthood, Genes, and Gametes: The Family Law and Trusts and Estates Perspectives*, 32 U. MEM. L. REV. 563, 585-86 (2002).

<sup>66</sup> Rhadika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B.U.L. REV. 359, 359 (2000).

<sup>67</sup> 羅馬法諺之原文為“Mater semper certa est”。



子女之聯結僅限於提供精子與基因，親子法制的重點幾乎鎖定在確認法律上父子關係。民法第一零六三條第一項之婚生推定即是以妻之貞節為前提，推定由妻所生之子女均為夫之婚生子女，藉此免除妻之舉證責任，並使親子關係及早確定。有關婚生推定的前提有二，一為夫妻具備合法有效之婚姻關係，二為妻在婚姻關係存續中受孕<sup>68</sup>。須注意者，通過婚生推定之子女並不須與父母有血緣連結，因此得以婚生否認之訴來切斷父與子女間的婚生關聯性。

在子女與生母之夫不具有血緣關係的情形，則由第三原則「血統真實主義」來調整父子關係的認定。民法親屬編藉由幾項措施來確保父系的血統傳承於子代，例如第一零六三條第二項婚生否認之訴、第一零六四條的準正、以及第一零六五條至第一零七零條的認領等機制，均為血統真實主義的具體展現。然而，第一零六三條否認之訴乃是任意提出而非強制，即使法律上之父與子女之間毫無血統連結，只要在知悉真相後仍選擇不提出，在過了兩年消滅時效後，即無法提出否認之訴，亦無法切斷法律上的親子關係<sup>69</sup>。此項立法目的係在於強調親子關係的穩定性，不容許其長久處於不安定狀態。

而在有關捐精或捐卵情境下之親子關係認定，係於人工生殖法第五章「人工生殖子女之地位」加以規範，更加體現了血統真實主義之侷限性。該法第二十三條對於經夫同意，妻以自身卵與捐贈者之精子結合所生下之子女視為夫之婚生子女；與本條相對稱者為第二十四條，規定當妻同意以夫之精子與捐贈之卵結合、並植入妻之子宮內發育而出生之子女視為妻之婚生子女。此處之「夫同意」與「妻同意」之內涵與性質為何？是否如同人工生殖法第十二條第一項，僅及於人工生殖的施行方式、成功率、併發症等醫療範圍之同意？或是具有建立 ART 子女法律上親子關係之效力？

我國學說對此問題呈現不同看法。有認為人工生殖子女的婚生性是基於血緣之擬制與夫妻婚姻之存在，並非基於夫或妻的同意<sup>70</sup>，故此處的同意的性質上類似對於醫療行為的知情同意，故僅及於人工生殖醫療程序；亦有認為本法第二十三條、第二十四條的「同意」具有身分法上的效力，因其須經過公證程序<sup>71</sup>，與第十二條第一項以醫療程序為內涵之「同意」並不相同<sup>72</sup>。

在使用捐贈的精子或卵施行人工助孕之情形下，受術夫妻將有一人與人工生殖子女之間沒有血緣關係。本文認為，宜更細緻檢視人工生殖情境下建立親子關係的基礎：對於與人工生殖子女有血緣關係之一方而言，例如人工生殖法第二十三條的妻，此時妻基於傳統分娩者為母的原則，不待同意即成為法律上之母；而對於同法第二十四條之夫而言，只要符合前述婚生推定之規定，即建立法律上親子關係，亦不待其同意。而對於與子女無血緣關係之一方而言，若為夫，此時父子關係將只能以「夫之同意」來建構，性質類似於夫同意與妻共同收養子女之意

<sup>68</sup> 林秀雄，〈婚生推定〉，《台灣本土法學雜誌》，66期，頁160-161（2005年1月）。

<sup>69</sup> 民法第一零六三條第三項。

<sup>70</sup> 侯英冷，〈論人工生殖受術夫妻手術同意書之法律效果〉，《成大法學》，2期，頁93（2001年）。

<sup>71</sup> 參照人工生殖法第十二條第三項。

<sup>72</sup> 邱玟惠，前揭（註28）文，頁286-89。

思表示<sup>73</sup>。若是妻因接受捐卵而與子女無血緣連結，因有懷胎分娩的事實而不妨礙其為法律上母親。由此可見，僅「無血緣之夫」需要以「同意」建立親子關係。從夫妻尋求人工生殖的目的以觀之，此處的同意，當然不僅針對醫療性質的「施作人工生殖」，也及於「成立親子關係」之層面。由此可知，無論在自然生育或人工生殖情境下，親子關係之建立均非以血緣連結為絕對因素，因此需要謹慎面對可能強化基因中心主義的揭露制立法。

#### 四、對於捐贈配子數量之負面影響

從政策面來考量，全面改採配子捐贈者身分揭露制將可能導致捐贈者數量減少的後果<sup>74</sup>。就算捐贈者不需負擔作為父母的法律上責任，多半也不願在多年後讓他人知悉自己曾捐贈配子的事實，以免干擾或影響自己與家人的生活。在幾個主張揭露配子捐贈者資料的國家，已經出現了捐精者減少的情形，例如瑞典、奧地利、荷蘭與英國<sup>75</sup>。雖然配子捐贈減少的原因可能不只一種，而且在瑞典的情形，配子捐贈的數量在幾年後已逐漸回升到原本水準<sup>76</sup>。然而，立即且大幅度的捐贈數量下滑卻是顯然可以預見的。

我國對於配子之捐贈有嚴格規範。首先，人工生殖法只允許無償捐贈配子，不得以對價方式移轉<sup>77</sup>。此規定之主要目的，在於避免將配子標價所產生的物化（objectification）聯想，並保護社會大眾對於配子的道德感情。即使受術夫妻得委請人工生殖機構提供營養費或營養品予捐贈人，也必須在衛生署所定額度範圍內<sup>78</sup>，負擔其必要之檢查、醫療、工時損失及交通費用<sup>79</sup>，尤其是女性捐卵必須歷經刺激排卵期間的不適與副作用，以及取卵時的手術風險，如此一來，將大致排除以經濟利益為動機的配子提供者。

此外，我國將捐贈者的資格嚴格限制於未曾捐贈者、或曾捐贈但已無剩餘配子、亦無任何活產紀錄者<sup>80</sup>，並且只要提供受術夫妻完成活產一次者，剩餘配子須全數銷毀<sup>81</sup>。換言之，雖然一次活產可能產生不只一名 ART 子女，但一位配子捐贈人依循合法的管道，最多只能有一次使受術夫妻產生子女的紀錄，之後便終生無法再捐贈配子。其主要目的在於避免重複捐贈導致特定捐贈人的配子被不同

<sup>73</sup> 參照民法第一零七四條第一項。相異之處在於，收養之情形須獲得養子女及其法定代理人的同意，而人工生殖則只需夫妻雙方合意。

<sup>74</sup> Vanessa L. Pi, *Regulating Sperm Donation: Why Requiring Exposed Donation Is Not the Answer*, 16 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 379, 394-95 (2009).

<sup>75</sup> June Carbone & Paige Gottheim, *Markets, Subsidies, Regulation, and Trust: Building Ethical Understandings into the Market for Fertility Services*, 9 J. GENDER RACE & JUST. 509, 519-20 (2006).

<sup>76</sup> Ken Daniels & Othon Lalos, *The Swedish Insemination Act and the Availability of Donors*, 10(7) HUM. REPROD. 1871, 1871 (1995).

<sup>77</sup> 人工生殖法第八條第一項第三款。

<sup>78</sup> 目前衛生署核准的費用上限，完成捐精者為新台幣 5000 至 8000 元整，完成捐卵者為新台幣 99,000 元整。行政院衛生署，署授國字第 0960401478 號（2008 年 1 月 9 日），詳參國民健康局網頁：<http://www.bhp.doh.gov.tw/bhpnet/portal/LawShow.aspx?No=200801170001>（最後瀏覽日：2011 年 10 月 3 日）。

<sup>79</sup> 人工生殖法第八條第二項。

<sup>80</sup> 人工生殖法第八條第一項第四款。

<sup>81</sup> 人工生殖法第二十一條第一項第一款。

受術夫妻多次使用，產生多數半血緣之兄弟姐妹，進而提高在不知情下近親通婚的可能性，影響國民家庭生活與子女的健康。相較於其他國家，我國的規定至為嚴格。以英國為例，單一捐贈人的配子最多可供十對受術夫妻使用，且並未限制活產的次數<sup>82</sup>。

因為上述嚴格的限制，用以施做 ART 的配子供應量已經不多<sup>83</sup>，若再加上必須揭露捐贈者身分的要求，確有可能造成捐贈配子的短缺。捐贈者數量減少將使不孕夫婦的選項更加稀少，甚至對於其生育自主帶來實質負擔（substantial obstacle）<sup>84</sup>。例如因為配子來源稀少，而被迫接受品質次優者，否則必須經歷長期等待才能獲得捐贈，結果可能造成受術夫妻轉而以非法的方式獲得品質堪慮的配子，例如在網路上以高額對價購買未經 HIV 篩檢的精子<sup>85</sup>。又為了規避揭露捐贈者身分的規定，夫妻可能私下與捐贈者約定放棄認領或提起確認之訴的權利<sup>86</sup>，此亦為全面採揭露制可能發生的弊病。

#### 肆、朝向平衡子女、受術夫妻及捐贈者權益之制度

基於以上討論，全面採行配子捐贈者身分揭露制必須考量上述四個因素。為了形成一個更理想的制度，第肆部分將從子女利益的角度出發，參考實證研究及案例，意圖平衡 ART 子女、受術夫妻及捐贈者之權益，以探尋制度設計的重要考量因素。

自從聯合國兒童權利公約第三條揭示了子女最佳利益原則（the best interests of the child），所有涉及子女的措施均須以其最佳利益為首要考量，包含由公私立社會福利機構、法院、行政或立法機構之一切行動<sup>87</sup>。我國則是由司法院大法官於 1994 年做成第 365 號解釋，宣示民法第一零八九條有關父母對子女之權利行使意思不一致時由父親行使，與憲法消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正。本號解釋雖以性別平等為主軸，但在解釋理由書中亦提出須基於未成年子女最佳利益規範解決途徑。嗣後於 1996 年，民法有關父母離婚後親權行使之修正，即明示將「子女最佳利益」做為法院裁判之考量依據，並增設了多項具體考量事項以協助法官做出判斷<sup>88</sup>。直到今日，我國親子法已經確立了以子女為本位及權利主體的趨勢<sup>89</sup>。

雖然不孕夫妻透過人工助孕科技生育子女，係屬於憲法上個人基本權行使的

<sup>82</sup> HUMAN FERTILISATION & EMBRYOLOGY AUTH., *supra* note 32.

<sup>83</sup> 自由時報（2007 年 5 月 11 日），王昶閔、田瑞華，「成本高，精子銀行難存活」，<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/may/11/today-life4.htm>（最後瀏覽日：2012 年 3 月 3 日）。

<sup>84</sup> Michelle Dennison, *Revealing Your Sources: the Case for Non-Anonymous Gamete Donation*, 21 J. L. & HEALTH 1, 19 (2007).

<sup>85</sup> Ilke Turkmendag, Robert Dingwall & Therese Murphy, *The Removal of Donor Anonymity in the UK: Silencing of Claims by Would-Be Parents*, 22 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 283, 284 (2008).

<sup>86</sup> 陳惠馨，〈人工生殖技術對親屬法的衝擊〉，《高雄律師會訊》，1 卷 12 期，頁 30（1996 年 12 月）。

<sup>87</sup> UN Convention on the Rights of the Child 1989, Part I, Article 3, Paragraph 1.

<sup>88</sup> 1996 年所修正或增訂者，例如民法第一零五五條、第一零五五條之一、第一零五五條之二、第一一一六條之二、第一零八九條等，均體現子女最佳利益之考量。

<sup>89</sup> 施慧玲，〈子女最佳利益與離婚後親權行使〉，林秀雄主編，《民法親屬繼承實例問題分析》，頁 56（2009 年 2 版）。

範疇<sup>90</sup>，但只要涉及人工生殖子女的權益，依據前述之公約與我國民法親屬編的子女本位立法基準，即應考量子女利益。人工生殖法雖未有明文規定，但於歷次修正總說明中指出，「對於人工生殖子女之地位，以子女最高利益為指導原則，妥適規定人工生殖子女之地位，以維護其權益」。然而，子女最佳利益為一不確定法律概念<sup>91</sup>，應用於離婚後子女權利義務之行使與負擔、婚生推定、收養等不同脈絡下，將有不同判別標準之適用。而在人工生殖的脈絡下，子女最佳利益的具體標準有哪些？我國學者提出了三項準則<sup>92</sup>：第一，應盡量保障 ART 子女婚生性之確立，滿足其受扶養的權利；第二，應使 ART 子女之法律地位與一般自然生育子女相同；第三，應賦予 ART 子女一個適合人格發展的環境，使其未來面臨的不確定風險盡量降低。

就第一項準則而言，我國人工生殖法將配子捐贈所產生子女視為受術夫妻的婚生子女，僅在受到詐欺或脅迫、且子女與自身欠缺血緣連結時始得提出否認之訴<sup>93</sup>。即使妻受胎後，始發現有婚姻無效或撤銷之情形，該 ART 子女仍為雙方之婚生子女<sup>94</sup>，所賦予之保障較自然生育之子女更加周密。目前人工生殖法限縮受術者身分為婚姻關係存續中之夫妻，並不允許單身者或同志伴侶施作人工生殖<sup>95</sup>，固然就第三項準則並無違背，卻可能獨厚異性戀婚姻的生育權、複製了既有的社會權力結構與壓迫<sup>96</sup>。最後，第二項標準所要求的法律地位相等，ART 子女與自然生育子女在受婚生推定之後，均取得受扶養之權利與繼承之地位，並無差別。唯有在與血緣父母建立法律上親子關係方面，受配子捐贈所產生子女並不具備對受術夫妻提出否認之訴的權利，也無法請求配子捐贈人認領，其原因已如第貳部分所述。但是為了 ART 子女之利益，是否應讓其知悉配子捐贈之事實、甚至是知悉捐贈者身分？答案恐怕不能貿然推定，而必須有切合本土社會脈絡的實證研究作為佐證。

### 一、折衷方式：選擇性揭露制

有關子女最佳利益的判斷，往往需要仰賴心理學或社會工作專業人員提供協助、針對個案加以評估<sup>97</sup>。可惜的是，我國有關 ART 子女的各项長期紀錄與研究均屬欠缺，遑論特別針對知悉出生相關資訊對於 ART 子女福祉之影響。在此方面，歐美已執行了具有相當規模的實證研究，雖然歐美的國情與社會脈絡與我國

<sup>90</sup> 李震山，〈憲法意義下之「家庭權」〉，《國立中正大學法學集刊》，16 期，頁 99（2004 年 7 月）。

<sup>91</sup> 有關「子女最佳利益」之實體標準與程序保障，詳見雷文政，〈以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究〉，《台大法學論叢》，28 卷 3 期，頁 245-309（1999 年 4 月）。

<sup>92</sup> 侯英冷，〈從「子女最佳利益」原則檢視人工生殖法草案：檢視受術夫妻之條件與親子關係〉，《律師雜誌》，318 期，頁 22（2006 年 3 月）。

<sup>93</sup> 人工生殖法第二十三第二項、第二十四條第二項。

<sup>94</sup> 人工生殖法第二十五條。

<sup>95</sup> 人工生殖法第七條、第十一條。

<sup>96</sup> 邱文聰，〈從「人工生殖法」的適用主體談生育自由的雙面性格〉，《法令月刊》，58 卷 8 期，頁 153（2007 年 8 月）。

<sup>97</sup> 劉宏恩，〈夫妻離婚後「子女最佳利益」之酌定：從英美法實務看我國民法親屬編新規定之適用〉，《軍法專刊》，43 卷 12 期，頁 25（1997 年 12 月）。

有所差異，但其研究結果仍有某程度的參考價值。英國曾以 184 個有六歲到七歲子女的家庭為對象，以四種生育選擇為基準對於親子組合加以分類：第一類為夫妻一方欠缺健康配子而使用捐贈配子者 (donor insemination, DI)；第二類係以夫妻雙方之配子做試管嬰兒 (IVF)；第三為自然生育；第四類為收養<sup>98</sup>。本研究對於上述四種親子組合進行評估，比較其家庭關係與子女發展。之後本研究擴及荷蘭、西班牙與義大利等國，參與研究的家庭增加到 462 個，而四類親子組合之間的數量差距則控制在一定範圍內<sup>99</sup>。本研究除了以分離焦慮測試 (the separation anxiety test) 來了解子女對於父母的安全依附 (security of attachment) 程度，並由兒童心理學家依據以父母與子女的學校教師為對象的訪談報告，來評估子女的社會與情緒發展 (social-emotional development)、父母的心理健康、與子女的情感連結等<sup>100</sup>。研究結果顯示，DI 與 IVF 二組子女的心理健康、自尊、以及與父母的情感連結，與自然生育之子女非常類似，唯一不同者，ART 子女的父母相較於自然生育的父母，對子女顯現出更多的關愛與溫暖<sup>101</sup>。即使是與子女無血緣關係之 DI 組父母 (通常為父親)，其在表達關懷、與子女互動、參與育兒等各方面均未顯現任何差異<sup>102</sup>。

雖然本研究的結果頗為正向，但由於身分認同與血緣的問題往往在青少年時期造成親子間的緊張，本研究於上述家庭的子女成長到十二、三歲時，再進行了一次子女的家庭關係與心理發展的評估<sup>103</sup>。其結果顯示 DI 與 IVF 二組的父母子女關係較自然生育組更為緊密，父母對於親職的滿意度較高、子女對於父母在關愛與管教兩方面的評價亦較佳<sup>104</sup>。值得注意者，DI 組中有約 70% 的父母尚未告訴子女有關使用捐贈配子的事實、且將來也不打算揭露此訊息；約 10% 父母表示將在適當時機揭露；僅有 8.6% 已經告知子女<sup>105</sup>。本項研究的結果顯示，即使不告知子女其為捐贈配子所產生，似乎對其受父母保護教養與健康成長並無負面影響。由此可知，知悉自己為人工生殖子女之事實並非影響子女利益的重要因素。

依據上述資料，不告知有關配子捐贈的事實，似乎並沒有為未成年子女帶來負面影響。然而實證研究亦發現，子女獲悉捐精事實的年齡，為影響其心理反應的重要因素<sup>106</sup>。本研究所調查之對象為 DSR (Donor Sibling Registry) 登錄中心的參與者，該中心係由捐贈者與透過捐精或捐卵所產生之子女 (donor child) 自

<sup>98</sup> S. Golombok et al., *The European Study of Assisted Reproduction Families: Family Functioning and Child Development*, 11(10) HUM. REPROD. 2324, 2324 (1996). 本階段的研究對象為英國的家庭，包含使用捐贈配子之家庭 45 例、IVF 家庭 41 例、自然生育家庭 43 例、以及收養家庭 55 例。

<sup>99</sup> *Id.*, 後階段的研究對象已不限於在英國的家庭，包含使用捐贈配子之家庭 111 例、IVF 家庭 116 例、自然生育家庭 120 例、以及收養家庭 115 例。

<sup>100</sup> *Id.*, at 2326-27.

<sup>101</sup> *Id.*, at 2328.

<sup>102</sup> *Id.*

<sup>103</sup> S. Golombok et al., *The European Study of Assisted Reproduction Families: The Transition to Adolescence*, 17(3) HUM. REPROD. 830, 830 (2002).

<sup>104</sup> *Id.*, at 834-36.

<sup>105</sup> *Id.*, at 836.

<sup>106</sup> Vasanti Jadvā, Tabitha Freeman, Wendy Kramer & Susan Golombok, *The Experiences of Adolescents and Adults Conceived by Sperm Donation: Comparisons by Age of Disclosure and Family Type*, 24(8) HUM. REPROD. 1909, 1917 (2009).

願登錄其聯絡方式，以提供搜尋基因父母、子女與手足的服務<sup>107</sup>。該研究顯示，成年後始獲知者有近半對母親感到憤怒，約三分之一感覺被父親與母親所背叛；而在四到十一歲之間即獲知配子捐贈之事實者，則超過半數對母親的感覺沒有任何改變<sup>108</sup>。本研究的主要侷限在於取樣的偏差，因為已經登錄 DSR 者均已知悉配子捐贈之事實，並且有興趣得知因捐贈而產生的親屬關係。更多不知道自己是透過配子捐贈所產生者、與即使知道卻因各種因素未於 DSR 登錄者，本研究均無法涵蓋。即使取樣不多且有偏差，本研究卻也呈現了有意義的統計結果：若終究要告知子女有關配子捐贈的事實，似乎在子女未成年時即揭露，負面效果較少。從本研究亦可推知，在 ART 子女知悉後，應有機構提供其有關自我認同、家庭關係方面的諮詢，以減緩其心理衝擊；在採取揭露制的國家，並應提供諮詢以協助其在成年後，決定是否要查閱捐贈者的識別性資訊。

為了更深入了解揭露或不揭露配子捐贈之影響，英國有學者以 46 對受術夫妻與因配子捐贈所產生的子女為對象，進行家庭互動的實證研究，其中第一組的 28 對受術夫妻選擇永遠不告知子女有關配子捐贈之事實，第二組有 18 對則選擇告知<sup>109</sup>。其研究方法為對父母、子女與子女的學校教師進行問卷調查，並安排心理學家進行訪談<sup>110</sup>。其發現與之前的研究相同，兩組 ART 子女的自尊、學業表現與社會化等項目均顯示發展良好且沒有顯著差異<sup>111</sup>。值得注意者，第一組的母親們比第二組在育兒方面呈現較高度焦慮，有更高比例面臨管教子女的困難，但是對於父親與教師的調查卻未顯示類似差別<sup>112</sup>。該研究者因此主張，也許開誠佈告告知子女有關其血緣的事實，有助於使母親在教養時更有自信，並緩解其與子女間的緊張關係<sup>113</sup>。

前述研究主要以 ART 子女為對象，晚近更有以受術夫妻為研究對象者。例如紐西蘭的研究團隊一九九七年曾訪談四十四對受術夫妻，其 ART 子女目前年紀約在十五到二十一歲之間，但仍有 65% 的家庭尚未告知子女使用捐贈配子的事實<sup>114</sup>。訪談卻發現，隨著子女長大，受術夫妻越來越有壓力要揭露此事實，但並不確定何時該告知、以及如何進行告知<sup>115</sup>。他們多半憂心子女得知後，是否將與無血緣之父或母疏離、是否將責怪父母隱瞞等<sup>116</sup>。上述二項研究之價值在於從受術夫妻之角度，分析其多年來不告知子女的影響、與現在希望告知的理由。儘管

---

<sup>107</sup> *Id.*, at 1910.

<sup>108</sup> *Id.*, Table VI, at 1916.

<sup>109</sup> Emma Lycett et al., *Offspring Created as a Result of Donor Insemination: A Study of Family Relationships, Child Adjustment and Disclosure*, 82(1) FERTILITY & STERILITY 172, 173 (2004). 十八對選擇告知的夫婦中，僅有六對已經實行，尚有十二對將待子女年齡更長時才會告知，人工生殖子女的年齡在研究當時為四到八歲。

<sup>110</sup> *Id.*

<sup>111</sup> *Id.*, at 177.

<sup>112</sup> *Id.*, at 175-77.

<sup>113</sup> *Id.*, at 176.

<sup>114</sup> K.R. Daniels, V.M. Grace & W.R. Gillett, *Factors Associated with Parents' Decisions to Tell Their Adult Offspring about the Offspring's Donor Conception*, 26(10) HUM. REPROD. 2783, 2784 (2011).

<sup>115</sup> *Id.*, at 2787.

<sup>116</sup> *Id.*

研究樣本不多，卻也點出了就算受術夫妻有意願告知，亦面臨不知從何開始的困境<sup>117</sup>。本文雖認為不宜過度強調基因連結，但亦肯認子女知悉基因來源對於自我認同具有潛在價值。鑒於 ART 子女是否知悉配子捐贈之事實，多數取決於受術夫妻的態度，對於受術夫妻的教育及宣導至為關鍵。本文認為，即使採取揭露制，仍須於實施配子捐贈人工生殖之前及之後，持續對受術夫妻提供充分諮詢，協助其面對子女，妥善處理告知的議題。

對於**配子捐贈者**的實證研究則顯示，有 44% 捐精者及 75% 捐卵者希望與 ART 子女聯絡；不希望自己身分被 ART 子女知悉的捐精者約有 26.5%，捐卵者 0%<sup>118</sup>。雖然該研究樣本少<sup>119</sup>，且因為受訪者均為登錄於 DSR 的捐贈人且自願參與本研究<sup>120</sup>，自然比起多數未登錄之捐贈者更傾向於釋出身分資訊，而呈現取樣偏差；然而本研究亦提供了另一視角，指出並非所有捐贈者都拒絕釋出身分資訊，甚至有些還希望與 ART 子女聯絡。由於捐贈者的隱私保護是我國現行保密制的主要理由之一，若捐贈者自願選擇開放其身分資訊，甚至歡迎 ART 子女主動聯絡時，是否應賦予其開放身分資訊的選項？美國雖然以保密制為主，但近年來有越來越多的精子銀行與不孕症診所，為捐贈人及受術夫妻新增了選項，使其可選擇當 ART 子女成年後，經過諮詢即得以查閱捐贈者的識別性資訊<sup>121</sup>。例如加州精子銀行（the Sperm Bank of California）行之有年的「身分揭露計畫」，讓捐贈者有機會選擇開放身分資訊，也讓受術夫妻能自由選擇是否參與該計畫，或是使用原本的保密制做法<sup>122</sup>。此種介於保密制與揭露制之間的折衷方式，本文稱之為「選擇性揭露制」，可做為我國之參考。

相對於有關 ART 子女知悉配子捐贈事實的實證研究，針對子女知悉配子捐贈者識別性身分的實證研究更是少之又少。知悉捐贈的事實是知悉捐贈者身分之前提，即使在如瑞典等全面採揭露制的法域，ART 子女亦須先獲知使用捐精或捐卵之事實，才能於成年後查閱捐贈者之身分。然而，採取保密制的美國加州，在特殊情形下得例外揭露捐贈者之身分，即使當時 ART 子女尚未成年亦同。本文接下來將探討，若因未成年子女的健康因素而提前揭露配子捐贈人身分，在何種情形下具備正當性。

## 二、未成年子女有醫療需求之例外情形

我國人工生殖法第七條雖然規定，於實施人工生殖或接受捐贈生殖細胞前，應就受術夫妻或捐贈人的身心健康進行檢查及評估<sup>123</sup>，然而基因變異的情形有時

<sup>117</sup> *Id.*, at 2784-85.

<sup>118</sup> V. Jadv, T. Freeman, W. Kramer & S. Golombok, *Sperm and Oocyte Donors' Experiences of Anonymous Donation and Subsequent Contact with Their Donor Offspring*, 26(3) HUM. REPROD. 638, 642 (2011).

<sup>119</sup> *Id.*, 僅調查 34 位捐精者及 4 位捐卵者。

<sup>120</sup> *Id.*

<sup>121</sup> Joanna E. Scheib & Rachel A. Cushing, *Open-Identity Donor Insemination in the United States: Is It on the Rise?*, 88(1) FERTILITY & STERILITY 231, 231-2 (2007).

<sup>122</sup> Dennison, *supra* note 84, at 11-12.

<sup>123</sup> 人工生殖法第七條：

人工生殖機構於實施人工生殖或接受捐贈生殖細胞前，應就受術夫妻或捐贈人為下列之檢查及評

無法盡知，而發生捐贈的配子帶有缺陷基因，導致 ART 子女罹患嚴重遺傳疾病。2000 年美國加州所發生的 Johnson v. Superior Court of Los Angeles<sup>124</sup>即為一例。此時，為了釐清法律上責任，原本身分受嚴密保護的捐贈者可能再也無法維持保密狀態，捐贈者有關健康與醫療資訊之隱私權亦可能面臨妥協。

在 Johnson 案中，受術夫妻使用了精子銀行所提供之精子進行人工生殖，所產生之子女卻出現了自體顯性遺傳之多囊性腎臟病（autosomal dominant polycystic kidney disease, ADPKD）。這是一種晚發性（late onset）的遺傳疾病，大部分為四十歲以後發病，其症狀為雙側腎臟因為囊腫而致腰痛，可能導致腎臟功能惡化，甚至需要洗腎<sup>125</sup>。基於精子銀行錯誤宣稱已對該精子進行遺傳性疾病之檢驗，受術夫妻與 ART 子女起訴請求賠償<sup>126</sup>。為了有助於調查程序（procedure of discovery）的進行，原告向法院提出兩點主張：第一，強制匿名捐精者以證人身分接受原告律師的訪談取證（deposition），第二，要求精子銀行提供該捐精者所留下的相關記錄，包含個人資訊與捐精次數等<sup>127</sup>。

由於加州法為捐贈者身分保密制，僅在當法院判斷具備正當理由（good cause shown）時，才能例外允許揭露配子捐贈者的身分<sup>128</sup>。Johnson 案法官首先肯認捐精者對於其個人資料與身分確實享有隱私權，然而，本案情形卻符合州法有關「正當理由」的標準，因此允許原告的要求，該匿名捐精者的身分與相關資訊必須於調查中加以揭露<sup>129</sup>。Johnson 案法官之所以判斷捐精者對於隱私的合理期待（reasonable expectation）已出現實質上減損（substantially diminished），有兩項原因：其一為精子銀行處理精子捐贈時，均依照標準作業程序，例行性提醒捐贈者有關其非識別性（non-identifying）醫療資訊可能提供與受術夫妻做參考，因此捐精者對於其醫療資料的揭露可能性早已有所認知<sup>130</sup>；其二，該特定捐精者的捐精次數相當頻繁，已提供多對受術夫妻使用，對許多子女與家庭造成重大影響，在利益衡量下，捐精者顯然無法合理期待其基因缺陷之醫療資訊可以永久保密

---

估：

- 一、一般心理及生理狀況。
  - 二、家族病史，包括本人、四等親以內血親之遺傳性疾病紀錄。
  - 三、有礙生育健康之遺傳性疾病或傳染性疾病。
  - 四、其他經主管機關公告之事項。
- 前項之檢查及評估，應製作紀錄。

<sup>124</sup> Johnson v. Superior Court of Los Angeles, 80 Cal. App. 4th 1050, 95 Cal. Rptr. 2d 864 (2000).

<sup>125</sup> 自體顯性遺傳之多囊性腎臟病的症狀為雙側腎臟漸次出現許多個囊腫，當囊泡越來越多，越來越大時，可能會出現腰痛，血尿，尿路感染以及尿路結石，而引發高血壓，最後大部分的腎臟組織均被囊腫佔據，腎臟明顯變大，可能導致腎功能惡化，但此類多囊腎很少轉變成惡性腫瘤。在六十歲前有 50% 的患者腎功能惡化至尿毒症階段則需接受洗腎，七十歲前則有 75% 的患者需接受洗腎。台大醫院基因體醫學部，疾病資料庫，[http://www.genes-at-taiwan.com.tw/genehelp/database/disease/AD\\_Polycystic\\_kidney\\_disease\\_940214.htm](http://www.genes-at-taiwan.com.tw/genehelp/database/disease/AD_Polycystic_kidney_disease_940214.htm)（最後瀏覽日：2011 年 10 月 3 日）。

<sup>126</sup> Johnson v. Superior Court of Los Angeles, *supra* note 124, at 1056-57.

<sup>127</sup> *Id.*, at 1055.

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> *Id.*

<sup>130</sup> *Id.*, at 1069-70.



有關精子銀行所出具與受術夫妻簽定的契約中，明文約定在任何情形下，捐精者的身分與相關個人資料均不得被揭露<sup>132</sup>，本案法官則指出，該約定除了與州法相抵觸之外，也違背了公共政策（public policy），因此不得對於該條款加以強制執行<sup>133</sup>。在美國著重契約自由的原則下，Johnson 案卻衡酌捐精者對於隱私的期待與公共政策，主張隱私權並非絕對，仍須受到公共政策的限制，值得肯定。該案法官亦強調，若契約完全不設置例外規定，而讓 ART 子女無法取得配子捐贈者的醫療資訊，將不符合子女最佳利益<sup>134</sup>。須強調者，Johnson 案之所以揭露捐精者之身分與醫療資訊，乃是為了證明精子銀行有業務上過失，目的在於向精子銀行請求損害賠償，而非在於確立 ART 子女對於捐精者身分享有知悉的權利。

將 ART 子女的健康及醫療利益與自然生育子女相比較，最大差別乃在於：接受捐贈配子所產生的子女通常只能知悉百分之五十的家族健康狀況，由於不了解另外百分之五十的家族遺傳病史，對於個人形成健康的生活習慣與疾病的預防可能造成妨害。尤其在人工生殖科技愈形發達與普遍的今日，以配子捐贈所產生子女數量漸增，上述資訊的欠缺是否可能形成重大醫療問題，尚未可知。以 Johnson 案所涉及的遺傳病 ADPKD 為例，此為第 16 對染色體的基因變異所造成，患者的子女有一半機率遺傳其異常基因，通常建議患者家屬全員接受篩檢，一旦發現是多囊腎患者，就必須定期追蹤檢查<sup>135</sup>。目前醫學之水準已經可以做到在症狀發生前以影像學方式以早期診斷，例如腹部超音波、電腦斷層掃描及核磁共振等等；因此，還未出現症狀的患者應每半年或一年做腎臟功能與尿液檢查，平時應避免尿路感染，尤其高血壓更是影響腎臟功能的一大元兇，患者通常都有高血壓的症狀，就更需要特別留意以免病情惡化<sup>136</sup>。若 ART 子女能及早獲得有關捐贈者的醫療資訊，應該對於疾病的預防與治療有所幫助。固然我國對於配子捐贈係採無償方式<sup>137</sup>，與美國加州精子銀行有償移轉的方式不同，即使 ART 子女帶有嚴重遺傳疾病，亦不一定能對於捐贈者或醫療機構請求損害賠償。然而本文研究 Johnson 案的目的並非在於損害賠償之可能性，而是在探討何種情形下，不顧捐贈者的意願而要求其提供最新醫療資訊、甚至違反其身分保密的要求，仍然可能具備正當性。

我國大法官會議解釋第 603 號雖然強調，為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利<sup>138</sup>，然而，該號解釋亦指出，憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規

<sup>131</sup> *Id.*

<sup>132</sup> *Id.*, at 1069.

<sup>133</sup> *Id.*, at 1066-67.

<sup>134</sup> *Id.*, at 1067.

<sup>135</sup> 台大醫院基因體醫學部，疾病資料庫，前揭（註 125）。

<sup>136</sup> 台大醫院基因體醫學部，疾病資料庫，前揭（註 125）。

<sup>137</sup> 人工生殖法第八條第一項第三款。

<sup>138</sup> 有關釋字 603 號之討論，請見本文第四章第一節。

定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。對於 ART 子女而言，知悉配子捐贈者的身分雖然對增進健康不一定有實質助益；然而獲知捐贈者的醫療資訊卻可能有助於病因的釐清與治療。甚至對於帶有致病基因、但尚未產生症狀的 ART 子女亦有助於其預防與追蹤。我國人工生殖法第七條第一項已要求醫療機構在配子捐贈之前，為捐贈人檢驗遺傳疾病與傳染病。然而該檢驗並不能涵蓋所有遺傳病，檢驗結果也非百分之百準確無誤。

因此，本文雖傾向「選擇性揭露制」，讓願意釋出身分資訊之捐贈人及主張身分隱私者均能得其所求，但亦主張符合特定要件時，捐贈者的隱私權必須有所退讓：當 ART 子女罹患或疑似罹患嚴重遺傳疾病，非獲取捐贈者的醫療資訊難以對之實施醫療照護時，應以法律明文的方式要求捐贈者提供其最新病歷等醫療資訊。即使該捐贈者並未選擇開放身分資訊讓 ART 子女將來查詢，而提供最新醫療資訊將導致捐贈者身分被委託夫婦或 ART 子女所知悉，亦為權衡捐贈者隱私權與子女健康權之後的選擇<sup>139</sup>。

## 伍、結論

我國配子捐贈制度係採取身分保密制，受術夫妻僅能獲知捐贈者的種族、膚色及血型，即使能要求醫療機構提供捐贈者的病歷複製本，但其中並未包含捐贈者的識別性資訊。對於 ART 子女而言，亦僅在涉及禁婚親或收養之情形，始得向主管機關查詢結婚或收養之他方是否與自身有著親屬關係，卻無法獲知配子捐贈者的身分。然而，本文第三部分引用實證研究，說明仍有一小部分的 ART 子女希望能獲知配子捐贈者身分。考量知悉血統來源對於個人自我認同的潛在影響，ART 子女希望認識血統來源的心願應受到正視。

也因此，本文聚焦於瑞典等國的揭露制，亦即所有配子捐贈者均須同意釋出身分資訊，讓 ART 子女成年後得向政府查詢。實證研究顯示，此種揭露制的主要實施障礙，在於受術夫妻多半不願向子女透露有關配子捐贈的事實，導致子女獲取捐贈者身分的權利難以實現。此外，本文亦探討為何全面採揭露制並非理想方式。首先指出了收養與人工生殖的不同，本生父母與養子女之間的法律上與事實上關連，均較捐贈人與 ART 子女之間更為緊密。既然我國收養法制都未強制所有本生父母將身分資料釋出，以待養子女成年後查詢，若反而全面要求配子捐贈者釋出身分資訊，在立法設計上似乎顯得輕重失衡。

其次，捐贈者的隱私保護在個資法修正通過後，與身分息息相關的識別性資訊之保護更加具有正當性。若捐贈者自願釋出身分資料，則可將侵犯隱私之疑慮降至最低。第三，雖然血統真實主義是我國親子法制的重要原則，然而全面採揭露制可能加強基因中心主義的傾向，而忽略了養育、教育與實質共同生活等因素的重要性。最後，參照瑞典等國的實施經驗，揭露制將導致捐贈者數量減少，反而對不孕夫婦的生育自主造成實質障礙。

為了更了解配子捐贈制度之影響，本文檢視既有的實證研究而做出建議。實證研究顯示，ART 子女獲悉捐精事實的年齡，為影響其心理反應的重要因素；

<sup>139</sup> 有關配子捐贈者的隱私保護與人工生殖子女的健康利益之衡量，詳見本文第肆部分。

而不告知捐精事實的母親，在教養子女方面呈現更多的焦慮；加以部分捐精者希望能與 ART 子女有所接觸。基於上述理由，本文主張可參考美國加州的選擇性揭露制，做為現行保密制及瑞典揭露制的中間選項。

選擇性揭露制的特色，在於配子捐贈者可以自行決定是否釋出身分資訊，讓 ART 子女成年後查詢。同時讓受術夫妻新增了選項，使其可選擇身分保密或釋出身分的捐贈人。然而，當 ART 子女罹患或疑似罹患嚴重遺傳疾病，非獲取捐贈者的醫療資訊難以對之實施醫療照護時，應以法律明文的方式要求捐贈者提供其最新病歷等醫療資訊，即使因此讓捐贈者的身分被知悉亦同，以維護 ART 子女最佳利益。本文亦引用實證資料，指出須提供完善的諮詢制度，一方面對於受術夫妻進行教育宣導，使能妥善處理有關告知的議題；一方面也對於 ART 子女提供心理支持，協助其自我認同及家庭關係之健全。盼能以本文的討論，探尋一個能平衡子女最佳利益、受術夫妻及捐贈者權益之配子捐贈制度。

## 陸、參考文獻

### 一、中文

#### (一)期刊論文

- 白麗芳 (1999)，收養制度與法規之探討，福利社會，70 期，頁 13-17。
- 吳煜宗 (2005)，子女自我否認婚生性之權利—釋字第五八七號解釋的挑戰，月旦法學雜誌，119 期，頁 213-224。
- 李立如 (2004)，朝向子女最佳利益的婚生推定制度，中原財經法學，13 期，頁 109-146。
- 李震山 (2004)，憲法意義下之「家庭權」，國立中正大學法學集刊，16 期，頁 61-104。
- 林秀雄 (2005)，婚生推定，台灣本土法學雜誌，66 期，頁 160-166。
- 林昀嫻 (2007)，民法收養制度之修正與展望，月旦民商法雜誌，17 期，頁 73-86。
- 邱文聰 (2007)，從「人工生殖法」的適用主體談生育自由的雙面性格，法令月刊，58 卷 8 期，頁 146-153。
- 邱玫惠 (2009)，人工生殖子女親子法制之檢討與修法建議，台大法學論叢，38 卷 3 期，頁 281-348。
- 侯英泠 (2001)，論人工生殖受術夫妻手術同意書之法律效果，成大法學，2 期，頁 75-119。
- 侯英泠 (2006)，從「子女最佳利益」原則檢視人工生殖法草案：檢視受術夫妻之條件與親子關係，律師雜誌，318 期，頁 16-29。
- 陳惠馨 (1996)，人工生殖技術對親屬法的衝擊，高雄律師會訊，1 卷 12 期，頁 29-40。
- 雷文玫 (1999)，以「子女最佳利益」之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究，台大法學論叢，28 卷 3 期，頁 245-309。
- 劉宏恩 (1997)，夫妻離婚後「子女最佳利益」之酌定：從英美法實務看我國民法親屬編新規定之適用，軍法專刊，43 卷 12 期，頁 24-55。
- 劉靜怡 (2010)，不算進步的立法：「個人資料保護法」初步評析，月旦法學雜誌，183 期，頁 147-164。
- 鄧學仁 (2005)，論否認子女之訴與真實主義—評釋字第五八七號解釋，月旦法學雜誌，121 期，頁 211-221。
- 戴東雄 (2006)，司法院釋字第五八七號與生父提出婚生否認訴訟之可能性，環球法學論壇，1 期，頁 9-26。
- 戴瑀如 (2008)，血緣、家庭與子女利益—從德國立法之沿革探討我國民法上的婚生否認之訴，東吳法律學報，20 卷 2 期，頁 29-70。

#### (二)專書論文

- 李震山 (1997)，論資訊自決權，現代國家與憲法—李鴻禧教授祝賀論文集，頁 709-755，台北：元照。
- 林子儀 (2003)，基因資訊與基因隱私權—從保障隱私權的觀點論基因資訊的利

用與法的規制，林子儀、蔡明誠主編，基因技術挑戰與法律回應：基因科技與法律研討會論文集，頁 239-296，台北：學林文化。

施慧玲（2009），子女最佳利益與離婚後親權行使，林秀雄主編，民法親屬繼承實例問題分析，頁 39-71，台北：五南。

許志雄（2001），人權的概括性保障與新人類，現代憲法論，頁 235-248，台北：元照。

### (三)學位論文

黃立青（2009），解開身世之謎：收養家庭身世告知研究，東海大學社會工作學系碩士論文。

### (四)網頁

內政部兒童局，兒童及少年收出養服務方案成效評估檢討會，載於 <http://www.moi.gov.tw/tornado/showdoc.htm?mylink=http://www.moi.gov.tw/news/news>（最後瀏覽日：2011 年 10 月 3 日）。

內政部兒童局，兒童及少年收養資訊中心，載於 <http://www.adoptinfo.org.tw/AboutUs.aspx>（最後瀏覽日：2012 年 6 月 28 日）。

內政部兒童局，兒童及少年收養資訊中心，載於 <http://www.adoptinfo.org.tw/TracingData.aspx>（最後瀏覽日：2012 年 6 月 28 日）。

王昶閔、田瑞華，「成本高，精子銀行難存活」，自由時報（2007 年 5 月 11 日），載於 <http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/may/11/today-life4.htm>（最後瀏覽日：2012 年 3 月 3 日）。

台大醫院基因體醫學部，疾病資料庫，載於 [http://www.genes-at-taiwan.com.tw/genehelp/database/disease/AD\\_Polycystic\\_kidney\\_disease\\_940214.htm](http://www.genes-at-taiwan.com.tw/genehelp/database/disease/AD_Polycystic_kidney_disease_940214.htm)（最後瀏覽日：2011 年 10 月 3 日）。

行政院衛生署，署授國字第 0960401478 號（2008 年 1 月 9 日），載於 <http://www.bhp.doh.gov.tw/bhpnet/portal/LawShow.aspx?No=200801170001>（最後瀏覽日：2011 年 10 月 3 日）。

陳惠惠，「人工生殖防亂倫，查親有辦法」，聯合報（2007 年 5 月 12 日），載於 [http://mag.udn.com/mag/life/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=67358](http://mag.udn.com/mag/life/storypage.jsp?f_ART_ID=67358)（最後瀏覽日：2011 年 10 月 3 日）。

## 二、英文

### (一)期刊論文

Andrews, Lori B. & Nanette Elster (1998), Adoption, Reproductive Technologies, and Genetic Information, 8 Health Matrix 125-151.

Besson, Samantha (2007), Enforcing the Child's Rights to Know Her Origin: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights, 21 Int'l J. L. Pol'y & Fam. 137-159.

Cahn, Naomi R. (2002), Parenthood, Genes, and Gametes: The Family Law and Trusts and Estates Perspectives, 32 U. Mem. L. Rev. 563-606.

- Carbone, June & Paige Gottheim (2006), Markets, Subsidies, Regulation, and Trust: Building Ethical Understandings into the Market for Fertility Services, 9 *J. Gender Race & Just.* 509-547.
- Daniels, K.R, V.M. Grace & W.R. Gillett (2011), Factors Associated with Parents' Decisions to Tell Their Adult Offspring about the Offspring's Donor Conception, 26 (10) *Hum. Reprod.* 2783–2790.
- Daniels, Ken & Othon Lalos (1995), The Swedish Insemination Act and the Availability of Donors, 10(7) *Hum. Reprod.* 1871-1874.
- Dennison, Michelle (2007), Revealing Your Sources: the Case for Non-Anonymous Gamete Donation, 21 *J. L. & Health* 1-27.
- Frith, Lucy (2001), Gamete Donation and Anonymity: The Ethical and Legal Debate, 16(5) *Hum. Reprod.* 818-824.
- Golombok, S., A. Brewaeys, M T. Giavazzi, D. Guerra, F. MacCallum & J. Rust (2002), The European Study of Assisted Reproduction Families: The Transition to Adolescence, 17(3) *Hum. Reprod.* 830-840.
- Golombok, S., A. Brewaeys, R. Cook, M T. Giavazzi, D. Guerra, A. Mantovani, E. van Hall, P.G. Crosignani & S. Dexeus (1996), The European Study of Assisted Reproduction Families: Family Functioning and Child Development, 11(10) *Hum. Reprod.* 2324-2331.
- Gottlieb, Claes, Othon Lalos & Frank Lindblad (2000), Disclosure of Donor Insemination to the Child: The Impact of Swedish Legislation on Couple's Attitudes, 15(9) *Hum. Reprod.* 2052- 2056.
- Jadva, Vasanti, Tabitha Freeman, Wendy Kramer & Susan Golombok (2009), The Experiences of Adolescents and Adults Conceived by Sperm Donation: Comparisons by Age of Disclosure and Family Type, 24(8) *Hum. Reprod.* 1909–1919.
- Jadva, Vasanti, Tabitha Freeman, Wendy Kramer & Susan Golombok (2011), Sperm and Oocyte Donors' Experiences of Anonymous Donation and Subsequent Contact with Their Donor Offspring, 26(3) *Hum. Reprod.* 638-645.
- Jørgensen, HK & OJ Hartling (2007), Anonymity in Connection with Sperm Donation, 26 *MED. & L.* 137-143.
- Lalos, A., C. Gottlieb & O. Lalos (2007), Legislated Right for Donor-insemination Children to Know Their Genetic Origin: A Study of Parental Thinking, 22(6) *Hum. Reprod.* 1759-1768.
- Landau, Ruth (1998), the Management of Genetic Origins: Secrecy and Openness in Donor Assisted Conception in Israel and Elsewhere, 13(11) *Hum. Reprod.* 3268-3273.
- Lycett, Emma, Ken Daniels, Ruth Curson & Susan Golombok (2004), Offspring

- Created as a Result of Donor Insemination: A Study of Family Relationships, Child Adjustment and Disclosure, 82(1) Fertility and Sterility 172- 179.
- Pi, Vanessa L. (2009), Regulating Sperm Donation: Why Requiring Exposed Donation Is Not the Answer, 16 Duke J. Gender L. & Pol'y 379-401.
- Prosser, William L. (1960), Privacy, 48 Cal. L. Rev. 383-423.
- Rao, Rhadika (2000), Property, Privacy, and the Human Body, 80 B.U.L. Rev. 359-459.
- Sauer, Julie L. (2009), Competing Interests and Gamete Donation: The Case for Anonymity, 39 Seton Hall L. Rev. 919-954.
- Scheib, J.E., A. Ruby & J. Benward (2008), Who Requests Their Sperm Donor's Identity? Analysis of Donor-conceived Adult Requests at an Open-identity Program, 90 (Suppl. 1) Fertility and Sterility S8-S9.
- Scheib, Joanna E. & Rachel A Cushing (2007), Open-Identity Donor Insemination in the United States: Is It on the Rise?, 88(1) Fertility and Sterility 231-232.
- Swanson, Hollace S.W. (1993), Donor Anonymity in Artificial Insemination: Is It Still Necessary?, 27 Colum. J. L. & Soc. Probs 151-190.
- Turkmenbag, Ilke, Robert Dingwall & Therese Murphy (2008), The Removal of Donor Anonymity in the UK: Silencing of Claims by Would-Be Parents, 22 Int'l J. L. Pol'y & Fam. 283-308.

(二)專書論文

- Bainham, Andrew (1999), Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions, in Andrew Bainham, Shelley Day Sclater & Martin Richards eds., What Is A Parent? A Socio-Legal Analysis, 25-46, Oxford: Hart Publishing.

(三)判決

- Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
- Johnson v. Superior Court of Los Angeles, 80 Cal. App. 4th 1050, 95 Cal. Rptr. 2d 864 (2000).

(四)網頁

- Human Fertilisation & Embryology Authority (2007), Donating Sperm, Eggs or Embryos, retrieved from [http://www.hfea.gov.uk/docs/donating\\_sperm\\_eggs\\_or\\_embryos\\_0609.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/donating_sperm_eggs_or_embryos_0609.pdf) (last visited Oct. 3, 2011)。

林昀嫻<sup>38</sup>

國立清華大學科技法律研究所

E-Mail: yunhsien0720@yahoo.com.tw

### 壹、前言

以往仰賴天擇與機率來決定人類下一代的特徵，然而當生殖科技與基因體醫學之間的關係愈趨緊密，人為的選擇逐漸顯出其重要性。醫療科技的進展，得以讓準父母在懷孕期間即可窺知胎兒是否帶有身心障礙。此時若政府制定政策並強力宣導，將產生大規模的產前篩檢計畫，由醫療院所實施於個別孕婦，但篩檢結果揭曉後，下一步又該如何？即使當今的醫學發達，仍有許多遺傳疾病或先天的身心障礙無法醫治。若篩檢的目的是為了發現胎兒身心障礙、並讓孕婦及早中止懷孕，在篩檢前是否已做了充分告知？若篩檢結果呈陽性，醫院又應如何協助準父母做出決定？而針對胎兒身心障礙、選擇性的中止懷孕，對於現存的身心障礙社群將產生何種影響？個人的生育自主如何與身心障礙社群的觀感之間做出平衡？

以產前篩檢發現胎兒是否帶有身心障礙特徵，主要牽涉了三方面的價值選擇：孕婦健康與生育自主、胎兒健康與生命，以及身心障礙社群的觀點。大部分論述係從女性個人生育自主出發，探討其與胚胎生命權之間的衝突。例如美國聯邦最高法院自一九七三年的 *Roe v. Wade*<sup>1</sup> 對中止懷孕分三階段加以規範開始，直到一九九二年的 *Casey* 案<sup>2</sup> 確立了法律對於中止懷孕造成「不當負擔」則違憲的判別標準，對於不同階段的胎兒賦予不同的地位與法律保護，同時也對婦女基於隱私與生殖自由之中止懷孕的權利，經由大量辯論與闡釋加以界定。產檢的目的固然是為了確認懷孕婦女與胎兒的健康，然而以當前的醫療科技，即使發現胎兒具有身心障礙特徵，通常也無法在胎兒時期即加以治療或矯正。既然如此，身心障礙篩檢對於胎兒的意義，僅在於篩檢結果呈陽性時，須進一步做精密檢測，而若檢測亦呈陽性，則胎兒將面臨母親是否繼續懷孕的處境。而父母如何做此決定，與身心障礙者在社會所受待遇、以及父母是否獲得充分且正確的資訊有密切關係。因此，本文將放下「母胎衝突」的問題，而將從生命倫理的角度審視以產前篩檢排除身心障礙胎兒的「選擇性中止懷孕」(selective abortion)，究竟與身心障礙社群之間有哪些交互影響。

\* 作者特別感謝兩位匿名審查委員的寶貴意見，使本文在概念釐清與理論評述等方面，能有更清楚完善的呈現。對於研究助理柯盈甄、陳美婷在資料蒐集上的協助，在此一併致謝。

1 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

2 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). 本案雖然再度確認孕婦在胎兒具備獨立存活能力 (viability) 之前，擁有中止懷孕並不受政府不當干預的生殖自主權，卻也認為 *Roe* 案的三階段規範過於僵化，主張應以胎兒獨立存活為區別時點。在此時點之前，如果政府管制措施的目的或效果對於孕婦構成實質障礙 (substantial obstacle)，即屬對婦女的生殖自由造成不當負擔 (undue burden)，侵害正當法律程序所保護的自由核心，應被宣告違憲。



首先舉例說明本文所指涉的產檢技術，並釐清所謂篩檢與檢測的異同。第參節則從身心障礙社群的角度出發，比較醫療模式與社會模式觀點對於身心障礙者權利保障的論述，以及其應用的面向；進一步展開表述主義觀點的學說，分析美國學者 Asch 以「任一或特定」理論來區辨哪些中止懷孕的決定，將對於身心障礙族群產生貶抑的效果，以及學者 Nelson 提出從「大環境」與「決定過程」兩方面來審視生殖決定行為所外顯的意涵，做為實踐並補充 Asch 理論的方式。

第肆節延續前一節所呈現之醫療決定的社會脈絡，進一步指出新興生殖科技的商業化本質，以及常規化的產檢科技如何壓縮準父母的生育自主空間；並凸顯產檢科技的廣泛應用如何體現新優生主義，其與古典優生主義又有哪些異同。以上兩節的理論探尋，最終須落實於制度的改善，第伍節提出須將身心障礙社群的觀點整合於產前遺傳諮詢制度。首先指出傳統生命倫理學的「個人式自主」概念的不足，並建議以「關係式自主」呈現個人與社會脈絡之間的交互影響；本文主張應健全產前遺傳諮詢的功能，讓身心障礙者的觀點發聲，使準父母在吸收多元資訊的情形下做出更為周全的決定。第陸節為結論，主張探討新興生殖科技的利與弊之時，其評價重點絕不僅在於科技的操作面向，更是來自於科技與社會的互動。

## 貳、產檢科技之界定

本文所指涉的產檢科技，乃是用以探知胎兒是否具有先天性身心障礙或罹患嚴重遺傳疾病的各種醫療科技，例如下列幾種檢測：母血篩檢 (Maternal Serum Alpha Fetoprotein, MSAFP)、羊膜穿刺術 (Amniocentesis)、胎兒胎盤組織絨毛膜採樣分析 (Chorionic Villus Sampling, CVS)，以及超音波檢測。

首先，母血篩檢主要是抽取母體之血液，分析血清中的胎兒甲型蛋白 (alpha fetoprotein)、人類絨毛膜性腺刺激素 (human chorionic gonadotropin, HCG) 及非結合性雌三醇 (unconjugated estriol) 這三種荷爾蒙的濃度，再輔以懷孕婦女之年齡、體重、身高、妊娠週數、有無糖尿病、是否為雙胞胎等參數，經由電腦計算出胎兒罹患唐氏症 (Down Syndrome)、神經管缺損 (neural tube defect, NTD) 或艾德華症候群 (Edward's syndrome) 的機率。<sup>3</sup>當機率大於 1/270 時即為陽性，胎兒屬於該特定疾病之高危險群，懷孕婦女應接受超音波檢查以確定妊娠週數，若未屆應受檢之週數，則於正確週數時實施覆檢；若週數正確，則須施行羊膜穿刺始能確定診斷。若機率小於 1/270 則為陰性，懷孕婦女嗣後定期接受產檢即可。<sup>4</sup>

羊膜穿刺術則是利用羊水中所含之胎兒皮膚、呼吸道、尿道等組織脫落下來的細胞來檢驗生理異常。目前有一百種以上的胎兒生理異常均可透過

---

3 J. Christopher Graves and Karl E. Miller, "Maternal Serum Triple Analyte Screening in Pregnancy," in 65(5) American Family Physician (2002), pp. 915-917.

4 盧凡，〈高品質的產前檢查〉，《健康天地電子報》，第三十二期，〈<http://www.sunmoon.pair.com/health/file.htm#032>〉(二〇〇九年十月二日造訪)。

羊水分析檢驗而得知。從羊水分離出來的細胞除了可供胎兒健康缺損的鑑定外，尚可鑑別胎兒的性別與染色體異常。<sup>5</sup>進行羊膜穿刺時，須先利用超音波測定胎兒與胎盤的位置，然後將針頭從懷孕婦女之腹部穿入，經過子宮壁進入羊水腔 (amniotic sac)，大約抽取十至三十毫升的羊水即足夠檢驗之用。<sup>6</sup>一般而言，羊膜穿刺約在妊娠第十四到第二十週進行。<sup>7</sup>由於「羊膜穿刺」與後述之 CVS 均屬於侵入性的檢查，對於母體及胎兒都具有潛在的風險。

CVS 可在懷孕初期，約第九至第十二週之間，對於胎兒之基因型進行診斷，<sup>8</sup>其操作方式乃是以探針穿過懷孕婦女的腹部，進入子宮到達胎盤的邊緣，之後再以一個更細的探針通過外層探針進入胎盤組織內，此一更細探針尾部的針筒會吸取非常微小的胎盤組織碎片，以供做基因分析之用。CVS 分析最大的價值在於能夠在懷孕的早期診斷出胎兒的健康狀況，且其採取之組織量多，足以診斷出染色體異常。<sup>9</sup>CVS 的安全性究竟如何，文獻上似乎有所爭議，<sup>10</sup>但近年的研究顯示，若懷孕週數滿十週，則其危險性並未高於稍大週數始能進行的羊膜穿刺。<sup>11</sup>

超音波則被譽為二十世紀婦產科醫學的最大進展，其原理乃是藉由高頻聲波使人體深部結構形成影像，以確定胎兒的胎位、大小和是否有肢體之缺損。超音波影像診斷技術之所以得以廣泛應用，原因之一在於其安全性，雖然理論上仍可能對於人體組織造成傷害，但在臨床應用中，尚未有因常規超音波檢查導致組織損傷的報告。<sup>12</sup>目前超音波可說是產前檢查中最普遍的項目之

一，在角度適合及足夠羊水的情形下，它能夠檢查出胎兒在型態學上的細小改變，例如小器官或面部器官的異常、或缺指（趾）、多指（趾）等，且對於先天性心臟病、無腦無脊髓 (anencephaly)、腦水腫 (hydrocephalus)、脊柱裂 (spina bifida) 及腎臟發育異常等疾病都可能經由超音波加以診斷。<sup>13</sup>然而超音波所能發現者，僅限於在檢查當下胎兒已顯現出之特徵，胎兒在子宮中不斷在發育變化著，因此許多在發育後期才逐漸發生的異常就有賴於持續的超音波檢查方能發現；且一旦胎兒的姿勢不利於觀察或缺損之

<sup>5</sup> 李文權編著，《人類遺傳學》，臺北：藝軒圖書出版社，二〇〇二年第二版，頁 217-219。

<sup>6</sup> 同上註。

<sup>7</sup> Lee P. Shulman and Sherman Elias, "Amniocentesis and Chorionic Villus Sampling," in 159(3) *West Journal of Medicine* (1993), p. 260.

<sup>8</sup> *Id.* at 263.

<sup>9</sup> 陳明，〈胎兒先天異常之超音波輔助子宮內治療〉，《台灣醫學》，第七卷第五期，二〇〇三年，頁 813。

<sup>10</sup> 相關爭議請見柯滄銘節譯，絨毛採樣的安全性評估—1999 年世界衛生組織的報告，〈<http://www.genephile.com.tw/articles/ CVS%20safety.htm>〉（二〇〇九年十月二日造訪）。

<sup>11</sup> 陳明，同前註 9。

<sup>12</sup> 「超音波檢查」，大英百科全書，2008 年，大英線上繁體中文版，〈<http://apx.lib.nthu.edu.tw:8601/tbol/article?i=077307>〉（二〇〇九年十月二日造訪）。

<sup>13</sup> 郭鴻璋、葉麗麗、張峰銘、劉志鴻，〈胎兒先天性心臟病的診斷和治療—產科超音波的應用〉，《慈濟醫學》，第三卷第四期，一九九一年，頁 349-352。

部位過於微小，超音波亦無法發現，這些都是超音波的限制。<sup>14</sup>

為了釐清定義，本文所謂「產檢科技」係包含產前「篩檢」(screening)與「檢測」(diagnosis)。而本文所指涉之「產前篩檢」，意指母血篩檢與超音波檢查。篩檢的特徵是侵入性較低，對於孕婦及胎兒的健康風險較小，然而其準確率同時也較低，這意味著偽陽性及偽陰性的情況會較多。篩檢的成本通常較低，故能大量使用，其主要目的是儘可能將所有人或具某些特徵的人廣泛地納入檢查與評估的範圍，因此其功能在於了解胎兒身心障礙的風險高低或機率大小。而相對地，所謂檢測的侵入性較高，對於懷孕婦女及胎兒的風險也較為顯著，而且花費通常較昂貴，多用於高齡孕婦、或家族已知有特定遺傳疾病之高風險懷孕，例如本文介紹的羊膜穿刺及絨毛膜取樣即屬之。然而，檢測的優點在於準確性較篩檢為高，更能確定胎兒究竟有無異常情形。從受檢當事人的動機或心理層面而論，當事人多在沒有病徵的前提下，為了預防或發現風險而接受篩檢，因此才會使用「侵入性低、成本低、準確度不高」的篩檢手段；而自知有高風險、或本身已有病徵為尋求確診的當事人，自然傾向使用「侵入性高、成本高」的檢測手段，惟同時也期待檢測的準確度要高。<sup>15</sup>在臨床應用上，通常是在母血篩檢後，發現胎兒可能帶有身心障礙或遺傳疾病，再讓孕婦接受進一步的羊膜穿刺等檢測，而超音波則為必備的輔助工具。

上述的產檢科技在準確率、對母體的侵入性，以及對於母親與胎兒的風險等方面雖然有所差異，然而在得知產檢結果為陽性之後，是否繼續懷孕或中止懷孕之決定的過程中，卻都對準父母以及身心障礙社群帶來相似的衝擊。值得注意者，較先進之醫療技術「胚胎植入前遺傳檢測」

(Preimplantation Genetic Diagnosis, PGD)已將體外胚胎的檢驗時點提早至植入母體子宮之前，藉由篩選不帶遺傳疾病之胚胎植入母體，大大減少嗣後因為胎兒身心障礙而考量中止懷孕的情形。惟 PGD 畢竟為晚近始發展完備的科技，並由於高度侵入性與高昂的費用，目前僅用於帶有特定嚴重遺傳疾病後代的高風險家庭，其應用的普及度與對於身心障礙社群的影響力遠不及行之有年的產前篩檢與檢測科技。故原則上，本文所謂產前篩檢或檢測並不包含 PGD，僅在必要時說明 PGD 的特殊性。

### 參、身心障礙社群如何看待產檢科技

#### 一、身心障礙的醫療模式與社會模式觀點

<sup>14</sup> 施景中，〈產科超音波：What is it and What Can we do with that?—由病人抱怨「每次產檢都看超音波，怎麼嬰兒出生還有這麼多問題」談起〉，《中華民國內膜異位症婦女協會會刊》，第十三卷第十一期，二〇〇六年，頁 12-14。該文於附錄二中列出許多超音波於胎兒成長過程及產前診斷上之諸多限制因素。

<sup>15</sup> screening 跟 diagnosis 的區分在醫學上有重要的意義，見 Linda A. Bradley et al., “Technical Standards and Guidelines: Prenatal Screening for Open Neural Tube Defects,” in 7(5) *Genetics in Medicine* (2005), pp. 355-356. 其於 ONTD2.5 SCREENING VERSUS DIAGNOSTIC TESTING. 中指出，「The distinction between a screening and a diagnostic test is important because the goals and expectations for sensitivity, specificity, costs, and acceptable level of invasiveness differ.」。

回顧過去幾十年間美國對於身心障礙的研究文獻，可發現早期幾乎由醫療模式（medical model of disability）觀點所主導。<sup>16</sup>此觀點多將身心障礙視為一種偏離「健康」的狀態，將之等同於疾病，因而側重於研究身心障礙的發生原因（Etiology）、病理學（Pathology），以及醫療上的症狀與結果（Manifestation），<sup>17</sup>亦即將重心放在身心障礙人士的生理損傷（impairment）特徵；將身心障礙視為因疾病、受傷或其他健康因素所造成的個人問題。即使導致偏離健康的因素係來自週遭環境，但偏離健康的狀況是發生在個人身上，因此醫療模式的分析與介入的重點仍在於個人生物功能上的限制（functional limitation），以及因此對於個人生活所造成的影響。<sup>18</sup>此外，醫療模式帶有相當的規範（normative）意味，一個人如果無法表現出「正常人」的生物功能，就會被歸類為病患的角色（a sick role）。<sup>19</sup>

醫療模式觀點常被詬病僅看到了身心障礙的生物醫學面向，而忽視了身心障礙所帶來的社會及行為方面的影響與後果（social and behavioral consequences），更無法體現身心障礙者在日常生活、甚至在社會參與上所面臨的困境。<sup>20</sup>隨著身心障礙者權利運動與相關社會研究的盛行，逐漸發展出身心障礙的社會模式（social model of disability）觀點。須注意者，醫療模式或社會模式並非單純指涉特定一種學說，同一種模式中的不同學者的論述也呈現出差異。<sup>21</sup>本文僅就這兩種模式下，各學說版本中普遍存在的特徵加以說明。

社會模式認為身心障礙實際上是個人與其所處社會與環境的互動下的產物。美國生命倫理學者 Asch 指出，身體功能的損傷在身心障礙者生命經驗中確實佔有重要性，但在生理的損傷之外，其實有部分的「障礙」是被各種經濟、政治、社會結構所建構（constructed）出來的，是外在環境與制度對身心障礙者所橫加之不便與限制。<sup>22</sup>在醫療模式下，身心障礙被視為純粹是一種身體結構或功能的不正常，而忽略不談社會對身心障礙者的種種歧視與不友善的環境和設施。「社會模式」觀點指出，其實人與人之間「正常」與「異常」的分界都是透過社會互動而被建構的，只是某些身心障礙被邊緣化（marginalize）與污名化（stigmatize），而成為有系統、有

---

<sup>16</sup> Gareth Williams, "Theorizing Disability," in Graham Scambler (ed.), *Medical Sociology: Major Themes in Health and Social Welfare* (New York: Routledge, 2005), pp. 258–260.

<sup>17</sup> 董和銳，〈身心障礙之概念架構與社會意涵〉，《身心障礙研究》，第一卷第一期，二〇〇三年，頁 33。

<sup>18</sup> Williams, *supra* note 16, at 260.

<sup>19</sup> Sophie Mitra, "The Capability Approach and Disability," in 16(4) *Journal of Disability Policy Studies* (2006), pp. 236–237.

<sup>20</sup> 張恆豪，〈特殊教育與障礙社會學：一個理論的反省〉，《教育與社會研究》，第十三期，二〇〇七年，頁 72。

<sup>21</sup> 例如「醫療模式」就至少有九種學說版本。參見 David Pfeiffer, "The Conceptualization of Disability," in Sharon N. Barnartt and Barbara M. Altman (eds), *Exploring Theories and Expanding Methodologies: Where We are and Where We Need to Go* (New York: JAI, 2001), pp. 29–52.

<sup>22</sup> Adrienne Asch, "Reproductive Technology and Disability," in Sherrill Cohen and Nadine Taub (eds.), *Reproductive Laws for the 1990s* (Clifton, NJ: Humana Press, 1988), p. 73.

結構的歧視之下的犧牲者。<sup>23</sup>如果一個社會欠缺對應身心障礙者需求的友善措施，這不只是特定個人的故意或過失，而代表著社會集體對於身心障礙族群的漠視。<sup>24</sup>

上述為 Asch 所提出的社會模式第一個面向。這個觀點對於身心障礙者的人權保障而言是極為重要的發展，藉由檢視各種社會活動，會發現其中有許多行為已經構成了法律上的歧視，而該歧視違反了身心障礙者享受充分尊嚴及平等的權利。<sup>25</sup>因此從社會模式出發，應將重點放在以法律與制度消弭對於身心障礙人士的歧視、排除社會對他們所加諸的障礙，而非侷限於過去以慈善救助等心態來看待身心障礙人士的做法。以美國為例，在實踐上以法律的方式來保障身心障礙人士的平等權，例如各種反歧視法之制定、以各州憲法保障平等權、實施特別福利措施及制定身心障礙者之人權保障原則等。<sup>26</sup>此外，針對身心障礙者的就業歧視議題，自美國一九七三年的復健法（Rehabilitation Act of 1973）<sup>27</sup>制定後始由聯邦政府開始法制化。並經由一九九〇年美國身心障礙人士法（Americans with Disabilities Act of 1990）<sup>28</sup>制定，透過平等就業委員會（Equal Employment Opportunities Commission）所頒布之各種行政規則與指導原則，以及各級聯邦法院的詮釋，已經逐漸為美國建構全面禁止針對身心障礙者的就業歧視，奠定了良好的基礎。<sup>29</sup>

社會模式的第二個面向所處理的，是極為嚴重的身心損傷類型。當身心損傷的情形已嚴重到大幅地限制其所能參與的社會活動時，其所面臨的障礙就無法單純化為社會建構的結果，這點在重度智能不足、嚴重身體或精神障礙的例子特別明顯。<sup>30</sup>學者 Asch 主張，應進一步將社會模式的觀點理解為，對於與所謂主流或典型有所偏離的族群，應強調兩者間的相似點而非相異之處，即使對於身心嚴重損傷者仍舊肯認他們能從社會受益，也

<sup>23</sup> 董和銳，同前註 17，頁 40。

<sup>24</sup> 同上註，頁 38–39。

<sup>25</sup> 廖福特，〈從「醫療」、「福利」到「權利」——身心障礙者權利保障之新發展，中央研究院法律學研究所籌備處研究群組成果發表會，「新興人權之研究」〉，二〇〇六年，頁 4。詳見以下網頁：[http://www.iias.sinica.edu.tw/951211/951211\\_1\\_4.pdf](http://www.iias.sinica.edu.tw/951211/951211_1_4.pdf)。文中指出，社會模式不從慈善救濟、特殊需求或經濟補償對待身心障礙者，而是從權利觀點看待身心障礙者，強調身心障礙者之尊嚴及國家應祛除社會障礙，使所有人均能享有充分之尊嚴及平等權利，因此社會模式又稱人權模式（human right model）。

<sup>26</sup> Jerome E. Bickenbach, “Disability Human Rights, Laws, and Policy,” in Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman and Michael Bury (eds.), *Handbook of Disability Studies* (Thousand Oaks, CA: Sage Publication, 2001), pp. 568–574.

<sup>27</sup> 29 U.S.C. §§701–796 (2000).

<sup>28</sup> 42 U.S.C. §§12101–12213 (2000).

<sup>29</sup> 有關於美國最高法院近年針對身心障礙者就業歧視作之相關判決與評釋，詳見焦興鎧，〈美國最高法院與身心障礙者就業歧視爭議之解決——2002 年庭期三則判決之評析〉，出自焦興鎧主編，〈《美國最高法院重要判決之研究：2002~2003》〉，臺北：中央研究院歐美研究所，二〇〇七年，頁 290–291。

<sup>30</sup> Christopher Newell, “The Social Nature of Disability, Disease and Genetics: A Response to Gillam, Persson, Holtug, Draper and Chadwick,” in 25(2) *Journal of Medical Ethics* (1999), pp. 172–173.

同樣能對社會其有所貢獻。<sup>31</sup>

本文認為，醫療模式跟社會模式觀點並不全然針對同一類問題謀求解決，從兩模式的內容觀之，實屬於針對不同問題的不同應對方法。醫療模式著重於減輕身心障礙者的身體症狀、加強生活適應的訓練與工作技能的養成等，以實施廣義的復健（rehabilitation）計畫。在醫學領域中，醫療模式有一套複雜的評估方式，用以區分身心障礙的程度。<sup>32</sup>因此，醫療模式在特定領域有其不可磨滅的貢獻，但由於過於單一與片面，難以用來解釋複雜的問題。尤其是當涉及人與社會的互動過程時，醫療模式自然會面臨瓶頸。總結而言，醫療模式將重點放在個人，從個人的改造與復健來促使身心障礙者與社會接軌，而社會模式則將焦點放在社會，希冀消弭身心障礙者在參與社會時的阻礙。這兩部分是不可能完全切割的，也只有從個人及社會兩方面雙管齊下，才能對於身心障礙社群的處境有較完整的認識。

身心障礙者在社會上所面臨的「障礙」有很大的一部分是社會所加諸的，是沒有充分考量與尊重帶有不同特徵族群的結果。在許多關鍵的時刻這些了解將會影響人們的判斷，懷孕就是其中之一。在產前檢測的議題上，「社會模式」能幫助社會大眾及準父母更加了解身心障礙的本質，跳脫刻板印象的框架，在面對身心障礙人士及做出是否繼續懷孕的決定時，能有更全面的考量，並與自己的道德觀念更加吻合。

## 二、表述主義論點與身心障礙歧視

欲說明產前篩檢對胎兒以外的身心障礙者有歧視之虞，在美國與我國法學界主流論述中要被接受，並非易事。因為生殖的自由是個人所享有的最根本的權利之一，而一般也認為生殖的自由除了包括「生育」與「不生育」的權利外，也包括決定「如何生育」的權利：在「如何生育」的部分，準父母選擇透過科學技術獲知子女健康資訊，並據此決定是否生育的自由，也仍在個人生殖自由的範圍內。<sup>33</sup>而這樣的基本權利一般在基本法的規範中，通常只有在「違反公共利益」或「危害他人安全」時得加以限制；<sup>34</sup>但選擇使用產前篩檢，顯然不易在具體事實上證明究竟違反了何種重大的公益或是危害了誰的安全，故單憑造成歧視的傾向或疑慮很難成為限制個人生殖自由的合法理由。另一方面，在處理天平另一端的身心障礙者權利議題時，主流法學觀點會認定，只要鼓勵或容許產前篩檢之措施並非以貶低

<sup>31</sup> Adrienne Asch, "Why I Haven't Changed My Mind about Prenatal Diagnosis: Reflections and Refinements," in Erik Parens and Adrienne Asch (eds.), *Prenatal Testing and Disability Rights* (Washington, DC: Georgetown University Press, 2000), p. 246.

<sup>32</sup> Colin Ong-Dean, "Reconsidering the Social Location of the Medical Model: An Examination of Disability in Parenting Literature," in 26(2/3) *Journal of Medical Humanities* (2005), pp. 141-142. 文中指出，許多對於醫療模式的批評都忽略了一些事實，尤其是醫學上對於身心障礙觀點的複雜性，以及在建構身心障礙者身分時醫學觀點所扮演的角色。

<sup>33</sup> John A. Robertson, "Ethics and the Future of Preimplantation Genetic Diagnosis," in 10(1) *Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine* (2005), p. 99.

<sup>34</sup> 曾淑瑜，〈誰的生命不及格——論胚胎基因篩選之倫理爭議與法律問題〉，《科技法學評論》，第四卷第一期，二〇〇七年，頁 83。

現有身心障礙者為主要目的，則身心障礙者所感受到的人格被貶低或社會福利減損等，僅只是一種間接或反射的效果，欠缺具體受損的權利，也就沒有透過限制產前檢測加以保障之必要。<sup>35</sup>

但歧視問題可能只是一個「個體」所面臨的「權利」問題嗎？制度性的保障是否應僅限於個體權利受侵害之情形呢？為了釐清這些問題，必須先跳脫「權利」角度的思考，而從「倫理」觀點來省思歧視的議題。美國生命倫理學家 Asch 在一九八九年首先提出以身心障礙者主觀視角看待歧視問題的論述，主張身心障礙只是人生諸多困難之中的一種，並非全然無法克服或彌補的缺陷。因此藉由篩選出身心障礙胎兒以避免其出生，對於現存的及未來可能出生的身心障礙者是一種貶抑與傷害。<sup>36</sup>儘管個人的生殖決定是極為私密的行為，在選擇避免身心障礙兒出生的決定中，卻可能隱含著「社會不歡迎帶有缺陷的人出生」的負面評價，而造成對現存身心障礙者的污名和歧視。學者 Buchanan 甚至指出，對於身心障礙者權利的激進支持者（radical disabilities right advocates）而言，任何致力於矯正、改善或防止先天性損傷的行為，同樣傳達了貶抑身心障礙者的訊息。<sup>37</sup>而後在二〇〇〇年，學者 Parens 與 Asch 共同提出，因為胎兒的身心障礙而選擇性中止懷孕，乃是對身心障礙人士表現出一種歧視的態度，並稱之為「表述主義論點」（Expressivist Argument）。<sup>38</sup>

從遺傳性身心障礙社群的角度來看，利用新興生殖科技偵測並積極減少身心障礙者的出生，不但預設了某些人「不應該」、或「不值得」出生，對於現已存在的身心障礙社群的生存價值也產生負面的評價。同時，在欠缺良好配套措施的情形下，除非未來科技進步到能夠完全根除或治癒特定身心障礙疾病，否則更可能會使因選擇性中止懷孕而逐漸減少的身心障礙族群，在社會照護等公共資源的爭取上立於更不利的位置，而使其陷入惡性循環的社會歧視。<sup>39</sup>甚且，這樣的操作還可能加深社會貧富階級間的差距，因為有些遺傳檢測科技，例如 PGD，必須經由人工生殖方式製造出體外胚胎，而且往往要歷經多次施行才能成功，其高額花費並非每一個家庭皆可負擔；在這樣的前提下，可以想見只有具相當經濟基礎的家庭才有能力藉

<sup>35</sup> 何建志，〈胚胎植入前遺傳診斷的倫理與法律問題〉，《生物科技與法律研究通訊》第三期，一九九九年，頁 30-31。

<sup>36</sup> Asch, *supra* note 22, at 73. 文中指出，「Every life has difficulties. Disability needs not be insuperable. Do not disparage the lives of existing and future disabled people by trying to screen for and prevent the birth of babies with their characteristics.」

<sup>37</sup> Allen Buchanan, "Choosing Who Will Be Disabled: Genetic Intervention and the Morality of Inclusion," in 13(2) *Social Philosophy & Policy* (1996), pp. 18, 28. 文中指出，「The claim is that the commitment to developing modes of intervention to correct, ameliorate, or prevent genetic defects expresses (and presupposes) negative, extremely damaging judgments about the value of disabled persons.」

<sup>38</sup> Erik Parens and Adrienne Asch, "The Disability Rights Critique of Prenatal Genetic Testing: Reflections and Recommendations," in Erik Parens and Adrienne Asch (eds.), *Prenatal Testing and Disability Right* (Washington, DC: Georgetown University Press, 2000), p. 13.

<sup>39</sup> 何建志，同前註 35，頁 30。

由 PGD 逃離遺傳性身心障礙的「宿命」，而原本就處於貧困階級的家庭若是再加上照護罹病子女所必須的支出，經濟境況必然雪上加霜，貧富階級差距愈形擴大。<sup>40</sup>

反對表述主義論點的意見則認為，合法的中止懷孕本來就可能基於多種原因，例如懷孕者的經濟能力、婚姻狀況、已經擁有的子女數目等。<sup>41</sup>如果表述主義論點也能適用於上述各例，那麼將可能對於所有中止懷孕的行為加以質疑。<sup>42</sup>為了讓論點更清晰地聚焦，Parens 與 Asch 提出了一個區辨中止懷孕是否隱含歧視意涵的方式：「任一或特定區別法」(any/particular distinction)。由於人類無法直接讀取他人的意識，勢必要藉由行為外顯的意涵來推論其目的和意圖，而在基因科技與生命倫理的領域，不同的意圖可能造成對類似行為完全不同的評價。若孕婦基於懷孕當時的情況，無論胎兒是否帶有身心障礙均傾向中止懷孕，此決定即屬於對「任一」胎兒的處置，而非針對該「特定」身心障礙胎兒。

然而，如何從諸多中止懷孕的決定中，區辨出哪些透露出歧視的意涵，又透露出哪一種歧視，卻並不容易。一個看似無針對性的、對「任一」胎兒均傾向中止懷孕的行為，在廣義的脈絡下檢視，仍可能被解讀為針對某種「特定」特徵者的歧視。例如，一個女性中止懷孕的原因，不僅因為胎兒可能有身心障礙特徵，更因為自己的未婚身分與不足以照顧身心障礙兒的經濟資源。若依據上述區辨法，似乎傾向將此種情形歸類於「依據孕婦當時情形」，對「任一」胎兒均中止懷孕，因此並未顯示對於身心障礙者的歧視。但是，該女性的中止懷孕是否也能被解讀為「非婚生子女不值得出生」或是「經濟地位低者不應生育子女」呢？無論涉及身心障礙子女與否，每一個生育決定在當下都是獨特的，包含在某特定時間父母對於自身負擔能力的評估，以及對此一胎兒需求的評估，胎兒的身心障礙固然為評估需求的因素，卻也僅是眾多因素之一。因此，「任一或特定區別法」在區辨哪些中止懷孕隱含歧視意圖而有爭議性，其價值與可行性恐怕不大。

學者 Nelson 因而提出從「大環境」與「決定過程」兩方面來審視生殖決定行為所外顯的意涵，<sup>43</sup>做為實踐並補充 Parens 與 Asch 理論的方式。Nelson 主張一方面觀察社會文化環境普遍對待身心障礙者之態度，以便貼近瞭解身心障礙者處在這樣的社會脈絡下，會如何認知並解讀與外界互動產生的訊息；另一方面則觀察做為生殖決定的一方進行選擇的過程，探究影響其決定之各種因素，包括過程中所接收到與其生殖決定內容相關的各

<sup>40</sup> 例如《聯合報》，〈試管嬰兒比媽媽健康靠基因醫學等去除有缺陷的染色體〉，二〇〇三年七月二十六日 B4 版；《中國時報》，〈病友：政府不補助受患者有限〉，二〇〇六年六月四日 A5 版。

<sup>41</sup> James Lindemann Nelson, "The Meaning of the Act: Reflections on the Expressive Force of Reproductive Decision Making and Policies," in Erik Parens and Adrienne Asch (eds.), *Prenatal Testing and Disability Right* (Washington, DC: Georgetown University Press, 2000), p. 200.

<sup>42</sup> Erik Parens and Adrienne Asch, "Disability Rights Critique of Prenatal Genetic Testing: Reflections and Recommendations," in 9(1) *Mental Retardation and Developmental Disabilities Research Reviews* (2003), pp. 40, 42.

<sup>43</sup> Nelson, *supra* note 41, at 211.



種資訊及其對於資訊理解與認識的程度。這種不僅從獨立個體之自主觀點出發，更強調必須參照其所處社會位置、背景及脈絡以便更完整理解其所為決定的方法，與本文後半部將介紹之關係式自主（relational autonomy）觀點是互相呼應的。<sup>44</sup>

須補充者，主張表述主義觀點的學說認為，歧視的形成並不完全仰賴主觀的意圖。從性別歧視或種族歧視的經驗可得知，縱使甲沒有釋放出 A 訊息的意圖，甚至根本不認為 A 訊息是正確的，但乙確實可能從甲的行為感受到 A 訊息。無論行為人的目的、意圖或其信念為何，其行為與被感受到之意涵已獨立於行為人之外，而成為他人基於生活經驗所認知的一部分。因此，就構成歧視與否的判斷上，如果要求行為者一定要有歧視的目的與意圖，不但很容易經由刻意設計的合法外表所掩飾，也與實質客觀上的認定不符。對於美國聯邦最高法院要求證明有意識的、出於故意的動機（conscious or intentional motivation），才能認定一行為為係違憲的歧視行為，<sup>45</sup>有學者認為「如此將創造出一個想像中的世界：除非有主觀意圖存在，否則就沒有歧視的問題」，如此將可能增進歧視，而非消除之。<sup>46</sup>

上一節所提及的社會模式指出，身心障礙人士在社會上所面臨的障礙有相當大的一部分是社會所加諸的、是社會未能充分尊重各種特徵的族群所導致之結果，即使受限於嚴重身心損傷而無法以社會建構來消弭的障礙，仍有諸多方法來促進身心障礙人士的社會參與。雖然準父母的主觀目的與意圖，與身心障礙社群所接收到的訊息之間，並非必然相等，然而在探究一行為所外顯的意涵時，對行為人決定做成過程的種種因素瞭解得越清楚，我們不但能夠更精確地掌握造成差異的原因，也可能會因此對於同樣或類似的行為做出不同的評價。

因此，提出與支持表述主義觀點的論者，其目的絕非在禁止一切對於胚胎或胎兒進行篩選的行為，而應該是為了經由反映出身心障礙族群所親身感受到的社會處境及待遇，提醒社會以及所有考慮對未來子女進行篩選的準父母，在做出決定的同時必須考慮到可能會造成歧視與偏見的附加效果。而這樣的思維是可以在兼顧個人生殖權利的情形下存在的。在產前遺傳檢測與篩檢的例子中，論者提出在得知胎兒具有身心障礙的基因特徵，而必須做出是否中止懷孕的決定時，懷孕婦女應該加以考慮的並非身心障礙人

<sup>44</sup> Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities," in 1 *Yale Journal of Law and Feminism* (1989), p. 31.

<sup>45</sup> *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

<sup>46</sup> Charles R. Lawrence III, "The ID, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism," in 39 *Stanford Law Review* (1987), pp. 317, 324–325. 文中指出：「[T]he existing intent requirement's assignment of individualized fault or responsibility for the existence of racial discrimination distorts our perceptions about the causes of discrimination and leads us to think about racism in a way that advances the disease rather than comba[t]ing it. By insisting that a blameworthy perpetrator be found before the existence of racial discrimination can be acknowledged, the Court creates an imaginary world where discrimination does not exist unless it was consciously intended.」另參 Susan M. Wolf, "Beyond 'Genetic Discrimination': Toward the Broader Harm of Geneticism," in 23(4) *Journal of Law, Medicine & Ethics* (1995), pp. 345, 349.

士的「感受」或「情感」，而是身心障礙者對其生命中所遭受的喜樂與痛苦的經驗述說，這才是對於準父母在評估未來是否有能力養育身心障礙子女時有用的資訊。<sup>47</sup>

## 肆、制度性歧視身心障礙者：產檢科技之應用

### 一、產前身心障礙篩檢的常規化

本文第貳節所介紹的各種產檢科技，在成為普遍的產前篩檢工具之前，都經歷了新醫療技術進入市場商品化的歷程。社會學者 McKinlay 指出其三個重要發展階段：首先為「研究報告發表」階段，該新興科技的研究結果在專業期刊上發表，其所標榜的對病人的益處與發展前景，開始受到業界所矚目；接下來是「利益團體運作」階段，在專家與專業學會的背書之下，製造藥品與醫療儀器的業界開始穩定生產。最後是「政策支持」階段，如果在利益團體的遊說下，政府為了支持這項醫療技術而訂出法令或公共政策，通常該項科技只會朝著日趨普遍的方向發展，很難再回頭。<sup>48</sup>最後，當篩檢成為一種常態，不單是準父母做決定的空間將受到相當程度的擠壓，常規化的產檢更可能深化社會對於身心障礙者的制度性歧視。

以母血篩檢為例，這是抽母體血液以檢查胎兒是否罹患唐氏症或 NTD 的技術。<sup>49</sup>首先是英國科學家在一九七〇年代發現，英國的新生兒與其他國家相比，帶有 NTD 的比率偏高，約為每一千名新生兒中有五至六位。<sup>50</sup>英國政府將此視為公共衛生問題，因此開始發展母血篩檢技術，以求產前確定胎兒是否帶有 NTD 等導致身體與認知缺損的特徵。此後，產前母血篩檢技術在許多國家，包括美國，逐漸發展為一項普遍的檢查項目。<sup>51</sup>美國加州甚至於一九八六年頒布一項政策，強制所有醫院與診所必須提供每一位孕婦母血篩檢，不論該孕婦是否高齡、有無藥物濫用史或是否有家族遺傳疾病。<sup>52</sup>諸如此類大規模篩檢的政策，不啻是昭告社會大眾「身心障礙者不受欢迎或不值得出生」。對於現存的身心障礙社群而言，更深的憂慮恐怕在於，社會寧可將有限的資源投注於預防身心障礙者出生，而不是投注於幫助更多身心障礙者融入並擁有無障礙的社會生活。

對照於政府公共政策的觀點，受檢的孕婦又是如何看待常規化的產檢呢？

<sup>47</sup> Tom Shakespeare, "The Social Context of Individual Choice," in David Wasserman, Jerome Bickenbach and Robert Wachbroit (eds.), *Quality of Life and Human Difference: Genetic Testing, Health Care, and Disability* (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 223.

<sup>48</sup> John B. McKinlay, "From Promising Report to Standard Procedure: Seven Stages in the Career of a Medical Innovation," in John B. Milbank (ed.), *Technology and the Future of Health Care*, Vol. 8 (Cambridge, MA: MIT Press, 1982), p. 230–270.

<sup>49</sup> Graves and Miller, *supra* note 3, at 915–917.

<sup>50</sup> N. J. Wald et al., "Maternal Serum-Alpha Fetoprotein Measurement in Antenatal Screening for Anencephaly and Spinal Bifida in Early Pregnancy: Report of U.K. Collaborative Study on Alfa Fetoprotein in Relation to Neural Tube Defects," in 309(8026) *Lancet* (1977), pp. 1323–1333.

<sup>51</sup> Neil A. Holtzman, "What Drives Neonatal Screening Programs?" in 325(11) *New England Journal of Medicine* (1991), pp. 802–804.

<sup>52</sup> Nancy Press, "Assessing the Expressive Character of Prenatal Testing: The Choices Made or the Choices Made Available?" in Erik Parens and Adrienne Asch (eds.), *Prenatal Testing and Disability Right* (Washington, DC: Georgetown University Press, 2000), pp. 218–219.

學者 Browner 與 Press 的實證研究發現，隨著加州政府的政策，母血篩檢已成為常規化 (routinized)，並成為產前檢查的標準化作業程序之一，但對於受檢者的訪問卻顯示出，孕婦對於母血篩檢的意涵與目的只有模糊的認識—許多孕婦認同醫療人員的說法，即接受母血篩檢是一個負責任的母親應該做的事，因為這項檢驗能夠提供有關胎兒健康的資訊、同時讓孕婦更安心；有些孕婦甚至以為母血篩檢的目的在於保護胎兒、促進胎兒的健康。<sup>53</sup> Press 指出，從執行篩檢的醫療人員角度觀察之，篩檢的真正目的—藉由檢查胎兒是否有先天身心障礙，好讓父母決定是否中止懷孕—似乎被刻意地避而不談；而對於孕婦而言，由於篩檢的大量性與常規化，個別孕婦是否想知道胎兒有無身心障礙或是否認為篩檢有必要，似乎也不是政策所在乎的事。<sup>54</sup>

又以超音波在產前篩檢的應用為例，這項科技已經有幾十年的歷史，因為其相對安全而取代了胎兒 X 光檢驗術。在視覺資訊已成為最重要資訊來源的今日，超音波的顯像科技讓胎兒從準父母的想像，變成了眼前有形體的存在。儘管美國食品與藥物管理局 (Food and Drug Administration, FDA) 從一九八〇年代起即以安全性仍不明為由，呼籲不要讓超音波檢查常規化；美國婦產科醫學會 (American Societies for Obstetrics and Gynecology) 於一九九〇年代也制定了醫師執業準則 (practice guidelines)，要求醫師只在孕婦懷孕十八週到二十週之間施作超音波檢查，仍無法阻擋此項科技常規化的發展態勢。<sup>55</sup> 推究其原因，學者 Sherwin 指出，傳統上仍認為生育是女性的責任，若因為疏於產檢而生出「不健康」的下一代，女性不但要承受「不負責任」的責難，同時也要承擔照顧該身心障礙嬰兒的主要責任。當然，自醫師的角度觀之，為了避免在產下身心障礙兒後，準父母以醫療疏失為理由向醫師與醫院提出訴訟，自然會傾向做各種檢驗，以及更頻繁施作超音波檢查，形成防衛性醫療。從母血篩檢與超音波的例子不難發現，產前篩檢之所以成為常態，固然有其結構性的根源，但可以確定的是，常規化會讓接受篩檢成為一種常規 (norm)，使得拒絕篩檢變得比想像中更困難。

在一個標榜著「別讓孩子輸在起跑點上」、「孩子，我要你將來比我強」的競爭型社會文化中，更應該注意可能因醫療的普及與進步，進而連帶影響社會對「疾病」或「障礙」意涵的界定。<sup>56</sup> 今日的產前篩檢已經能夠診斷出如唐氏症或 X 染色體脆折症等遺傳疾病所造成的智能障礙，<sup>57</sup> 試想若未來科學家找出能夠精確測量個體智能的方法，人類必須達到怎樣的智商

<sup>53</sup> *Id.* at 219.

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> Susan Sherwin, "Normalizing Reproductive Technologies and the Implications for Autonomy," in Rosemary Tong, Gwen Anderson and Aida Santos (eds.), *Globalizing Feminist Bioethics: Crosscultural Perspectives* (Boulder, CO: Westview Press, 2001), p. 103.

<sup>56</sup> Sonia M. Suter, "A Brave New World of Designer Babies?" in 22(2) *Berkeley Technology Law Journal* (2007), pp. 934–935.

<sup>57</sup> 病毒資料庫，〈[http://www.genes-at-taiwan.com.tw/genehelp/database/disease/FXS\\_940328.htm](http://www.genes-at-taiwan.com.tw/genehelp/database/disease/FXS_940328.htm)〉，(查訪日期：二〇〇九年十月三日)。

才能算是一個「正常」的人？而相關的醫療矯正擴張到比方所有智商低於平均標準的人身上，似乎也非難以想見。無怪乎有論者斷言，基因科技的進展將會使人們對於「正常」與「健康」的認知愈趨於嚴格。<sup>58</sup>

由此可見，論者對於各種產前遺傳檢測可能產生滑坡效應(slippery slope effect)的擔憂並非全無憑據。<sup>59</sup>儘管現行的技術還無法篩選大部分的生理與認知特徵，但隨著科學家對基因資訊的掌握越來越充分，到底哪些特質可以作為篩選的項目、哪些又不應被容許，在屢次重複斟酌劃定新界線的同時，其中的價值衝突也將會越來越明顯。有能力支付相關費用的準父母可能想藉由篩選，擁有更「完美」的子女；因此隨著篩選的技術門檻越來越低，選擇的標準卻越來越高，這正是引發新優生學浪潮的原因之一。<sup>60</sup>

## 二、新優生學對於身心障礙社群的影響

生殖科技與基因體醫學的新發展對於個人的生育自主帶來了新的挑戰。由於西方社會所強調的個人主義權利觀，生育自由被認為是最根本的個人自主決定，其中包含了生育、避孕與中止懷孕的自由。即使在決定生育的方式時，採用了新興生殖科技的幫助，也通常被視為生育自由的一部分，而無關乎二次世界大戰時，為人所詬病的，以集體社會改造為目標的古典優生學。<sup>61</sup>然而從本文的論述中，會發現新興生殖科技的應用可能不如所想的單純，其所牽涉者不僅是個人的權利或意願，更牽連到身心障礙者的尊嚴。因此，新興生殖科技與個人及與身心障礙社群之間如何取得平衡，將是科技與社會(Science, Technology and Society, STS)的重要議題。

產檢科技促成了對下一代的人口素質之注重與提升，其機制的發動者從古典優生學的國家層級，改變為現今新優生學的個人層級，所造成的影響範圍以及效力可能不盡相同，但新舊優生思想實際上卻有著極為類似的核心概念。學者 Suter 整理出新舊優生學思想的幾個重要區辨方式，包括：(1)從發動過程究竟為國家強制或個人自願，區別是否牽涉及國家對人民生殖的高權操控；(2)對於遺傳科學之瞭解與掌握程度有高下之別；(3)是否包含減少或滅絕特定種族的種族主義意圖；(4)係為自己的利益或為群體的利益而為之。<sup>62</sup>然而，是否只要非政府強制、對於基因科技的控制力達到某種穩定程度、不具備種族主義意圖，並以個人之利益為出發點，即足以根除所有對於新優生學的疑慮？新的優生思想或許因為包覆著個人生育自主的外衣，看起來對社會的威脅似乎較小；但實際上所隱涵的基因決定論思想、可能形成基因歧視的傾向、科學(或醫學)至上的意識形態、強調基

<sup>58</sup> Suter, *supra* note 56, at 936.

<sup>59</sup> 曾淑瑜，同前註 34，頁 83。

<sup>60</sup> Lindsey A. Vacco, "Preimplantation Genetic Diagnosis: From Preventing Genetic Disease to Customizing Child. Can the Technology Regulated Based on the Parents' Intent?" in 49 *Saint Louis University Law Journal* (2005), pp. 1193–1194.

<sup>61</sup> 李瑞全、蔡篤堅主編，《基因治療與倫理、法律、社會意涵論文選集》，臺北：唐山出版社，二〇〇三年，頁 201–203。

<sup>62</sup> Suter, *supra* note 56, at 938–948.

因改良對社會整體的利益，以及透過科學與醫學專業的背書，所形成的追求優生的社會壓力，這些使古典優生學受到批判的重要元素，卻在新優生思想中陰魂不散，甚至變本加厲。<sup>63</sup>

今日的優生學可說是「個人化的優生學」(individualized form of eugenics)，<sup>64</sup>在生殖科技的突飛猛進之下，迫使個人逐漸面臨不得不「自願」加入篩除身心障礙胎兒、以提高後代素質的行列。來自醫療專業、社會衛生教育以及人口政策等各方面的壓力，已經使「預防重於治療」的金科玉律從一般醫療領域擴張至人類的生育。弔詭的是，產前檢查作為一種醫療行為，卻很少能針對胎兒的身心障礙即時作出治療，反而以「避免身心障礙胎兒出生」為主要的解決之道。<sup>65</sup>此種解決方式暴露出政策制定者或社會大眾隱藏的思維：亦即結合優生學與社會成本的控制觀念，將身心障礙者一體視為家庭與社會的負擔。由於讓身心障礙者受教育、工作、參與公共生活均需要提供與「正常人」不同的設備與協助，因此將耗費大量社會成本。假設政府的宣導品特別強調生下身心障礙子女之後，父母必須承受多少經濟、心理壓力，甚至是社會的排斥和責難，皆能夠有力地促成準父母接受產前篩檢，並進而針對胎兒的身心障礙特徵，做出中止懷孕的決定。<sup>66</sup>而這種大量且觀點單一的官方宣導，正隱含了一個清楚的訊息：身心障礙者不值得家庭與社會耗費資源。

誠然，「反制身心障礙歧視」與「維護父母生育自主」之間並不必然成為互不相容的概念。但可確定者，這兩者均受到產檢常規化與新優生主義的壓迫。由於大量、普遍且觀點單一的產檢政策，父母的生育自主空間受到限制，拒絕產檢或是決定生下身心障礙兒的父母恐怕被視為不智的，甚至不負責任的父母，因為他們無視於身心障礙子女的受苦，也「增加了社會成本」。同樣地，常規化的產檢無異於放大「身心障礙者是負擔」的形象，使得身心障礙社群更加邊緣化，在爭取社會資源時處於不利的地位。就某些輕度身心障礙胎兒的個案，本文雖然不主張以強烈手段全面禁止準父母中止懷孕，卻主張對於浮濫的產檢加以限制。同時，為了兼顧對於身心障礙族群的基本尊重，衛生主管機關實施大規模產前篩檢的執行方式須加以檢討，應避免以一般人習焉不察的語言與態度形成對於身心障礙者的歧視。

在一個篤信個人化優生學的社會，發現胎兒為身心障礙而中止懷孕，通

<sup>63</sup> *Id.* at 948.

<sup>64</sup> *Id.* at 900.

<sup>65</sup> Sonia M. Suter, "The Routinization of Prenatal Testing," in 28(213) *American Journal of Law & Medicine* (2002), pp. 233, 235.

<sup>66</sup> 蔣欣欣、喻永生、余玉眉，〈剖析產前遺傳檢測之諮詢與倫理議題〉，《中華心理衛生學刊》，第十八卷第一期，二〇〇五年，頁 69-70。該文以臺北市衛生局所出版的「新婚優生保健手冊」為例，引用其中描述唐氏症可能造成極大負擔與「家庭悲劇」的說明：「『唐氏兒』最主要是有智力障礙，也可能同時有許多生理上的合併症（如：先天性心臟病）。而這些病患終其一生均須要家人的長期照顧，造成極大的精神及經濟上的負擔」。但作者亦指出，實際上這樣的敘述太過籠統，並未考量每個唐氏兒都可能有的不同身心發展狀況。

常被視為是負責任的作為，因為父母有保護未來子女免受遺傳疾病傷害的義務。<sup>67</sup>在醫學專業的誘導以及社會教育的勸服之下，產前遺傳篩檢不但是生育過程中的常規，更成為我國生育文化的一環。<sup>68</sup>而 PGD 可以預先排除帶有遺傳疾病的胚胎，雖然因為高昂費用與複雜技術，目前尚未被廣泛使用，但其毫無疑問已立於個人化優生學可見的延長線之上。

由此可知，優生思想可能造成的惡害並非只是國家力量是否公然介入的問題，即使是在號稱為「個人自由」的領域中，國家或社會的力量仍然有極大的操作空間。這也正是為何在此本文將進一步介紹關係式自主的主要內涵。因為透過關係式自主的觀點，將能更清楚地呈現產檢科技帶來的新優生觀念及其所隱涵的偏見，以及對社會弱勢團體的傷害。<sup>69</sup>

### 伍，整合身心障礙觀點的產前遺傳諮詢

#### 一、以關係式自主彌補個人式自主的不足

學者 Beauchamp 與 Childress 於一九七九年提出生命倫理學的四大原理原則：自主 (autonomy) 原則、不傷害 (nonmaleficence) 原則、裨益 (beneficence) 原則與正義 (justice) 原則，做為醫療人員專業倫理的基本要求。<sup>70</sup>自主原則做為四大原則之首，主要意義為保護並尊重病人對於自己身心的掌控權，不受國家或醫療人員的干涉。<sup>71</sup>欲實踐自主原則，醫療人員必須先判斷病人是否有充分的決定能力，判別的標準包括病人的年齡、身心發展階段與精神狀況等；進而提供病情的解說、與治療相關的資訊以及目前可能的選項，然後在不干預病人的情形下，由其自行考量後做出決定，也就是「知情同意」(informed consent)。<sup>72</sup>

傳統生命倫理學對於「自主」的詮釋，其實是奠基於以個人為出發點的原子式 (atomistic)、個人主義式 (individualistic) 的想像，它假設每個人只要有客觀的資訊，就可藉由理性的運用，做出對自己最有利的決定。<sup>73</sup>但近年來針對這種以「原子式理性個人」為基礎的自主決定論，已逐漸出現檢討或反思的論述，包括由女性主義生命倫理學者率先提出的「關係式自主」概念，強調任何個人都無法脫離社會群體而生存，而任何有關生殖或醫療的決定都不是在真空狀態下做成，而是深植於社會脈絡 (social context)

---

<sup>67</sup> Lori B. Andrews, "Prenatal Screening and the Culture of Motherhood," in 47(5) *Hastings Law Journal* (1996), pp. 981-982.

<sup>68</sup> 同前註 66，頁 68-69。

<sup>69</sup> Suter, *supra* note 56, at 901.

<sup>70</sup> Tom L. Beauchamp and James F. Childress, *Principle of Biomedical Ethics* (New York: Oxford University Press, 1994), pp. 121-123.

<sup>71</sup> Barry Furrow et al., *Bioethics: Health Care Law and Ethics* (St. Paul, MN: Thomas/West, 2001), p. 229.

<sup>72</sup> Mark Kuczewski, "Reconceiving the Family: The Process of Consent in Medical Decision Making," in 26(2) *Hasting Center Report* (March-April, 1996), p. 30.

<sup>73</sup> Susan Dodds, "Choice and Control in Feminist Bioethics," in Catriona Mackenzie and Natalie Stoljar (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self* (New York: Oxford University Press, 2000), p. 216.

中的。<sup>74</sup>同時，個人做為一個行為主體的自我認同是在層層的社會關係之下所養成，並且受到諸如種族、階級、性別等多重因素的交互影響與型塑。<sup>75</sup>換言之，所謂的「自主」必須透過與他人之間的互動，並與社會規範或價值產生關連才具有意義。<sup>76</sup>

由於關係式自主強調做決定的整體脈絡，準父母與身心障礙人士之間的相對社會位置，以及其對身心障礙人士社會處境的認識，對於做決定之過程與結果將有重要的影響。產前篩檢使懷孕婦女得以獲知胎兒具有身心障礙的基因特徵，而是否會做出中止懷孕的決定，實與其所認知到的身心障礙人士的生活狀態與形象有著很大的關係。如果懷孕婦女所接觸或聽聞過的身心障礙人士能夠享有與一般人相當的生活品質，在教育、工作與家庭等各方面都未遭受到太嚴重的阻礙，則準父母較有可能傾向於接受具有身心障礙的胎兒，對於其未來教養、撫育子女的能力也會比較有自信。然而，如果準父母所感受到的是一個對身心障礙者不友善的社會環境，政府的福利措施與照護計畫亦乏善可陳，或是社會不斷釋放出身心障礙者是病態的、痛苦的、更會拖累其家庭陷入絕境的負面訊息，則絕大多數準父母都會對於生下身心障礙子女感到躊躇猶豫，轉而傾向於中止懷孕。<sup>77</sup>

學者 Nedelsky 指出，關係式自主是偏向程序意義的理論取徑 (the procedural-oriented approach of theories of relational autonomy)，<sup>78</sup>在應用於產檢科技議題上時，其目的並不是要為「特定產檢科技是否應普遍施做」提出答案，而是將重點放在個人做決定的過程，以及在此過程中，做決定的主體與周遭社群的互動的關係。例如在產前篩檢的例子中，「個人式的自主觀念」預設準父母能夠在醫師說明胎兒可能有身心障礙之後，依照個人理性做出自主的選擇，即使決定中止懷孕也只關涉到個人與子女間的關係，對於其他身心障礙者並不產生影響或損害。然而事實上，醫護人員究竟是如何進行告知後同意，以及告知的態度都會影響準父母的決定。而準父母所做的決定也會透過社會網絡，對於決定的主客體以外的他人發生影響。就如同表述主義支持者認為，對於一行為之評價不應只觀察其所產生之結果，即使最終都是決定要中止懷孕，所產生的影響也會有所不同。因為真正對身心障礙者造成歧視或貶抑者，並非產前篩檢本身，而通常是其動機、決定程序及所處社會脈絡綜合交織的過程。<sup>79</sup>

由此可知，關係式自主的概念包含兩個面向：一方面強調個人在成為「完全自主」個體的過程中，其認同之養成，以及日後賴以作出決定之基礎，

<sup>74</sup> *Id.* at 216–218.

<sup>75</sup> Catriona Mackenzie and Natalie Stoljar, *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self* (New York: Oxford University Press, 2000), p. 4.

<sup>76</sup> Nedelsky, *supra* note 44, at 31.

<sup>77</sup> Marsha Saxton, “Why Members of the Disability Community Oppose Prenatal Diagnosis and Selective Abortion,” in Erik Parens and Adrienne Asch (eds.), *Prenatal Testing and Disability Rights* (Washington, DC: Georgetown University Press, 2000), pp. 149–151.

<sup>78</sup> Nedelsky, *supra* note 44, at 73.

<sup>79</sup> Nelson, *supra* note 41, at 211.

其實無法脫離環境而單獨形成，也因此容易受到國家政策與特定社會觀念所影響；另一方面，個人運用自主能力所做的決定，實際上無法避免與社會網絡產生互動，並對於他人或其他社群產生影響。「個人的生育決定造成對特定群體的歧視」，這樣的論述在崇尚自由主義與個人主義的規範體系或許難以想像；但是從關係式自主的觀念出發，任何關乎自我定義的決定，其實都建立在個人與周遭世界，並受到包括家庭、社群、種族或國家的影響；若是抽離掉這些關係，所謂個人的「自我」恐怕只是一個稀薄的概念。以生育下一代為例，生育是為了創造新的家庭成員、建立新的關係所做出的決定，具有特殊的意義，當然不僅僅牽涉個人，更與周遭的互動息息相關。

在過去「原子式個人」的觀點下，容易傾向預設個人只要憑藉理性的運作，即可形成自主決定。然而從實際的經驗與觀察中，我們很容易就可以發現所謂「在真空環境下做出理性決定」的情形是不存在的，任何人所做的任何決定都會受其對周遭環境的認識所囿；因此在為決定前所獲得的資訊多寡與準確性，對於個人決定之結果有重大的影響。生殖決定對於大多數人而言，是影響個人自我定義、自我認同與他我關係至深的一項抉擇，所需要的資訊也更形複雜。而當準父母在生殖的醫學、倫理以及社會意義等各個面向能夠獲得越充分的資訊，越是在深思熟慮、充分自主的環境下做成決定，則其決定不僅能夠最為吻合其本身之利益，對於身心障礙族群可能造成的歧視等不良影響也應該可以降到最低。

## 二、協助準父母做決定：產前遺傳諮詢

本文第參節討論了美國身心障礙社群所發展出的社會模式理論以及表述主義論點，第肆節則分析了常規化的產檢、結合社會成本觀念的優生學對於身心障礙社群的壓迫，並得出限制過度產檢的結論。由於準父母的生育決定與身心障礙者在社會中的處境息息相關，本文因此主張，除了應追本溯源改善身心障礙者的社會參與及生活品質，並以反歧視的語言與態度執行產檢政策之外，更應該讓身心障礙者的經驗得以被呈現，成為準父母做出重大決定時考量的一環。以下即針對遺傳篩檢或檢測後呈陽性，亦即胎兒可能帶有身心障礙的狀況，討論在政策實踐上應如何協助準父母做決定，才能減少對身心障礙社群的負面影響。

在關係式自主的觀點下，唯有當個人的決定能夠通過特定程序標準的檢驗，該決定才會被認為是「自主」的，是權利規範所應加以保障的。但這種程序理論的關鍵通常在於如何設置適當的「自主性」檢驗程序。依據傳統生命倫理的自主原則，確保個人自主決定的主要機制是知情同意。知情同意的目的乃在於協助病人做出選擇，所以應理解為「知情選擇」(informed choice)。<sup>80</sup>以美國為例，醫療人員需告知的資訊範圍一向為爭議之所在，

<sup>80</sup> 楊秀儀，〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學雜誌》，二〇〇五年，第一二一期，頁 146。



一般而言，應告知的事項有五種：(1)將實施的檢驗、醫療步驟，以及拒絕治療的風險；(2)醫師建議的治療方案、其本質與目的；(3)該治療方案的風險；(4)治療成功率；(5)其他可能之替代方案及其利弊。<sup>81</sup>由此可見，在臨床實際操作中，屬於告知範圍的資訊多限於病情資訊、風險、預後情形等醫學上的知識。<sup>82</sup>

然而，在產前篩檢或 PGD 等生殖科技的領域，面對是否接受篩檢的選擇或是篩檢結果呈陽性的準父母，其所面對的絕對不只是醫療風險的問題而已；更相關的可能是準父母的生命倫理觀念、對於未來子女可能為身心障礙及其影響的認知，以及其是否有能力養育、照護身心障礙子女的評估、養育身心障礙子女可能遭遇的困難與解決方式、如何取得資訊與資源、有哪些社會支援團體等，甚至是準父母本身與周遭親友，乃至所處社群之間的關係可能產生的變化等。<sup>83</sup>知情同意所傳達的醫學知識僅是決定過程中的一小部分，單憑這項程序顯然無法滿足準父母「知」的需求，同時在關係式自主的觀點下，單純的告知後同意也難以做為判斷個人決定是否真正「自主」之標準。正因如此，目前在產前篩檢與遺傳檢測的施行上，遺傳諮詢等配套措施的重要性已經逐漸浮現。<sup>84</sup>

產前遺傳諮詢又稱為「生育遺傳諮詢」(reproductive genetic counseling)。<sup>85</sup>其所以具有重要性，第一個原因是檢驗結果涉及準父母的心理與情緒反應。期盼新生命的到來對於準父母而言具有特殊的意義，甚至關係著其他家族成員的期待。當懷孕婦女得知胎兒具有身心障礙或先天性疾病的情形時，往往會歷經震驚、疑慮、悲傷、自責等複雜的情緒，<sup>86</sup>這種在心理與情緒層面上的問題其實未必適宜由一般婦產科醫學中，針對生理上症狀加以診療的方式來處理，且相關的醫療人員未必具備解決病人心理層面問題的專業技巧，因此有必要以專業諮詢的方式來協助準父母面對這項困難的決定。第二個原因是面對檢驗的結果，準父母所需的資訊比起一般的治療更形複雜。當醫療科技尚無法真正地治療胎兒的先天性疾病或身心障礙時，中止懷孕成為一個可能的選項。<sup>87</sup>孕婦在中止懷孕後，不但要面對情緒低潮以及身體的不適，更影響其日後與社會的接觸與互動，甚至影響將來的懷孕等。<sup>88</sup>因此當我們能深刻體會「胎兒具有遺傳疾病或身心障礙情形」

<sup>81</sup> 同前註，頁 145。

<sup>82</sup> Elizabeth B. Cooper, "Testing for Genetic Traits: The Need for a New Doctrine of Informed Consent," in 58(2) *Maryland Law Review* (1999), pp. 346, 395. 文中指出，"the focus [of informed consent doctrine] largely remains on the medical nature of the procedure and the risks and benefits that might be associated with its performance."

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> 欣欣、喻永生、余玉眉，同前註 66，頁 74-79。

<sup>85</sup> B. B. Biesecker, "Goals of Genetic Counseling," in 60(5) *Clinical Genetics* (2001), pp. 323, 328.

<sup>86</sup> 欣欣、喻永生，〈唐氏症嬰幼兒父母認知真相後之調適過程〉，《護理研究》，第五卷第一期，一九九七年，頁 22-24。

<sup>87</sup> Suter, *supra* note 65, at 233, 266。

<sup>88</sup> 陳淑齡、余玉眉，〈懷有唐氏症胎兒的初孕婦接受終止妊娠過程的生活處境〉，《護理研究》，

此一資訊對懷孕婦女的意義，以及中止懷孕背後的種種痛苦、掙扎、遺憾與不捨時，將更能理解產前遺傳諮詢的必要性。<sup>89</sup>

產前遺傳諮詢的內涵包括：從家族史及醫療史來評估某疾病的發生率或再發率；教導準父母關於遺傳、檢驗、疾病預防、相關研究與資源的資訊；以及促進知情選擇；對於風險或症狀的適應等。<sup>90</sup>除了傳遞與檢測、疾病的相關資訊外，遺傳諮詢更包括了教育以及對於當事人在心理上、情緒上的支持與協助，<sup>91</sup>與中止懷孕的決定有關者，由於人工流產具有相當的道德意涵，有些模式的遺傳諮詢甚至具有道德建議（moral advisor）的功能。<sup>92</sup>簡而言之，遺傳諮詢至少具備兩項功能，第一是資訊的傳達，第二則是對於當事人的心理與情緒上的支持。在進行諮詢的方式上，特別強調促進婦女的自我決定（self-determination），<sup>93</sup>因此諮詢倫理中「非指導性」

（non-directiveness）的要求至為關鍵，有論者甚至主張，非指導性的要求應專門適用於生育遺傳諮詢。<sup>94</sup>非指導性的諮詢倫理特別強調當事人的自主（autonomy），<sup>95</sup>亦即從尊重每個人的自主決定權出發，諮詢師不應以個人的價值觀或信念來評價、批判或企圖影響當事人的決定。美國的「國家遺傳諮詢師學會」（National Society of Genetic Counseling）所制定的倫理守則中亦規定，諮詢師與當事人之間的關係，乃是立於關心與尊重當事人之自主、個人特質、福祉與自由等價值之基礎上，且當事人之利益乃是諮詢師最重要之考量。<sup>96</sup>

須注意者，非指導性諮詢倫理也並非全然無爭議。其所強調的個人自主，同樣面臨了前述「個人式自主」的問題：誤以為個人是在真空狀態下，脫離社會脈絡而做決定，低估了社會價值與國家政策對於個人的操控；同時也可能忽略了個人行為對於他人及其他社群的影響。<sup>97</sup>非指導性原則是心理學家 Rogers 於一九三〇年間所倡導的學說，然而其於一九五一年起，已將之修正為重視當事人成長的「以當事人為中心（client-centered）治療法」，又進一步於一九七四年修正為「人本的心理治療」，強調諮詢關係中的雙方

---

第八卷第二期，二〇〇〇年，頁 183-186。

<sup>89</sup> Terry Nicole Sternberg, "Abortion Counseling: To Benefit Maternal Health," in 15(4) *American Journal of Law & Medicine* (1989), pp. 483, 489-493. 文中指出，諮詢所提供的在心理及情緒上的支持都能減輕懷孕婦女在中止懷孕後的心理創傷。

<sup>90</sup> Robert Resta et al., "A New Definition of Genetic Counseling: National Society of Genetic Counselors' Task Force Report," in 15(2) *Journal of Genetic Counseling* (2006), pp. 77, 79

<sup>91</sup> Joan H. Marks, "The Importance of Genetic Counseling," in 74(3) *American Journal Human Genetics* (2004), p. 395.

<sup>92</sup> Cara Dunne and Catherine Warren, "Lethal Autonomy: The Malfunction of the Informed Consent Mechanism within the Context of Prenatal Diagnosis of Genetic Variants," in 14(2) *Issues in Law & Medicine* (1998), pp. 165, 186.

<sup>93</sup> Biesecker, *supra* note 85, at 328.

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> Jon Weil, "Psychosocial Genetic Counseling in the Post-Nondirective Era," in 12(3) *Journal of Genetic Counseling* (2003), pp. 199, 203.

<sup>96</sup> National Society of Genetic Counselors, "The Code of Ethics of The National Society of Genetic Counselors," in 15(5) *Journal of Genetic Counseling* (2006), pp. 309-310.

<sup>97</sup> Dodds, *supra* note 73, at 216-218.

之共同參與，亦即諮詢師在與當事人互動過程中，也需要隨時檢視自己的思考與言行。<sup>98</sup>

諮詢師固然應以當事人之利益為最主要的考量，但其仍有一定的社會責任。美國的國家遺傳諮詢師學會倫理守則（The Code of Ethics of The National Society of Genetic Counselors）於「諮詢師與社會」（Genetic Counselor and Society）一節規定，諮詢師應促進防止歧視之政策、反對遺傳資訊被用於歧視的用途、參與社會改革，以及教育公眾使其了解科技發展對社會的衝擊，及其應用對社會可能造成的改變等。<sup>99</sup>以胎兒帶有唐氏症為例，美國的倫理學專家在全國唐氏症大會（National Down Syndrome Congress）中主張，得知其胎兒具有身心障礙特徵的準父母，建議應給予其下列資訊：一、須破除一般對於身心障礙者錯誤認知的資訊，並從身心障礙人士的觀點來呈現身心障礙的狀況；二、社區對於身心障礙兒童及其家庭所提供的服務，及財務協助計畫；三、有關出養與收養之資訊；四、保障身心障礙人士權利的法律簡介，儘可能讓準父母與身心障礙人士或扶養身心障礙兒童之家長有面談的機會。<sup>100</sup>

在關係式自主的概念下，配合產前遺傳諮詢或其他社會扶助系統，對面臨抉擇的準父母及其家庭盡可能提供多元資訊的協助體系，不管對準父母或間接受到影響的身心障礙族群，都比完全仰賴診療室內的知情同意更為理想。對於可能產下身心障礙兒的準父母而言，在決定的過程中，讓身心障礙者有主觀經驗述說的機會至為重要，因為這是評估是否有能力與意願養育身心障礙子女時最需要的資訊，同時正確地傳達身心障礙者的生活樣態，亦有助於減輕社會因為對該族群不瞭解，而加以歧視或漠視的弊害。因此，一個理想的諮詢過程中，準父母能夠完整而全面地接收與其胎兒具有相同身心障礙狀況者之資訊，若選擇繼續懷孕，未來可能面臨的挑戰與求助管道；若選擇中止懷孕，可能引發的風險以及費用、程序等，如果準父母能夠得知這些資訊，好好地思考自身能力範圍、衡量子女可能帶來的滿足與各種挑戰，那麼無論最終的決定為何，都是出於深思熟慮的結果。

### 陸、結論

根源自西方個人主義與自由主義傳統的法律和社會規範，都強調以「個人」為單位。因此當對於後代遺傳特質的追求成為個人層面的自主訴求時，似乎也很理所當然的被正當化了。<sup>101</sup>然而，個人係身處於特定社會脈絡中，個人的存在必須經由和他人與社會互動而發生意義。必須承認人類群體生活現象的事實，由此出發以思考規範的實效性。關係式自主理論的意涵，除了在個人自主層面應強調給予主體充足諮詢機會與正確資訊，協助其做

<sup>98</sup> 蔣欣欣、喻永生、余玉眉，同前註 66，頁 78。

<sup>99</sup> National Society of Genetic Counselors, *supra* note 96, at 310–311.

<sup>100</sup> The Professional Advisory Committee, National Down Syndrome Congress, “NDSC Position Statement on Prenatal Testing and Eugenics: Families’ Rights and Needs Eradicating Handicap,” in 17(7) *Down Syndrome News* (1994), p. 3.

<sup>101</sup> Suter, *supra* note 56, at 900.

出真正對自身最有利的決定並尊重其決定結果外，在社會政策層面，則必須能評價當前的社會是否帶有偏見和歧視，包括社會結構如何定義與對待「不完美」的生命。<sup>102</sup>在許多遺傳疾病無法治療的今日，哪些胎兒的身心障礙特徵需要大規模的篩檢來發現？這些決策究竟如何做成？是否有社會參與、公共論壇或實證研究為基礎？當產檢科技已經開始對帶有身心障礙的胎兒進行數量的控制，也許將導致先天性身心障礙的人口漸漸減少。但面對現存的身心障礙族群，以及未來仍存在因為經濟能力或其他因素而無法擺脫身心障礙的少數人來說，篩檢科技的常規化會不會讓社會對於「異己」社群的敏感度和容忍度逐漸消失？<sup>103</sup>

本文主張產前篩檢固然是準父母生育自主的一部分，但反對以「身心障礙者是家庭與社會負擔」的單一價值推行浮濫的產檢政策。當針對胎兒身心障礙的產前篩檢成為常規化，當新優生主義披著科技中立的外衣逐漸蔓延，在極私密的生育決定過程中，個人的自由意志究竟受到多少來自政策面的操弄？個人的生育自主空間又如何在不覺間被壓縮？可確定者，醫療或生命科學的應用並不僅只是科技發展的議題，更是社會發展的議題，而社會整體的風氣與觀念，則是證立生殖科技的使用是否合乎正義時的一項重要指標。從淡化社會對於身心障礙的偏見開始，透過多面向資訊的獲取與傳遞，才能形成一個對身心障礙社群較公平也較友善的環境，同時賦予準父母更寬廣的自主決定空間。

## 參考文獻

### 中文

- 李文權（編）（2002）。《人類遺傳學》，第二版。臺北：藝軒圖書出版社。
- 李瑞全、蔡篤堅（編）（2003）。《基因治療與倫理、法律、社會意涵論文選集》。臺北：唐山出版社。
- 何建志（1999）。〈胚胎植入前遺傳診斷的倫理與法律問題〉，《生物科技與法律研究通訊》，3: 28-32。
- 施景中（2006）。〈產科超音波：What is it and What Can we do with that?—由病人抱怨「每次產檢都看超音波，怎麼嬰兒出生還有這麼多問題」談起〉，《中華民國內膜異位症婦女協會會刊》，13, 11: 10-14。
- 陳明（2003）。〈胎兒先天異常之超音波輔助子宮內治療〉，《台灣醫學》，7, 5: 813-815。
- 陳淑齡、余玉眉（2000）。〈懷有唐氏症胎兒的初孕婦接受終止妊娠過程的生活處境〉，《護理研究》，8, 2: 177-189。
- 郭鴻璋、葉麗麗、張峰銘、劉志鴻（1991）。〈胎兒先天性心臟病的診斷和治療—產科超音波的應用〉，《慈濟醫學》，3, 4: 349-353。
- 張恆豪（2007）。〈特殊教育與障礙社會學：一個理論的反省〉，《教育與社

<sup>102</sup> Nedelsky, *supra* note 44, at 31.

<sup>103</sup> Suter, *supra* note 56, at 955-956.

- 會研究》，13: 71–93。
- 曾淑瑜 (2007)。〈誰的生命不及格—論胚胎基因篩選之倫理爭議與法律問題〉，《科技法學評論》，4, 1: 65–102。
- 焦興鎧 (2007)。〈美國最高法院與身心障礙者就業歧視爭議之解決—2002年庭期三則判決之評析〉，焦興鎧 (主編)。《美國最高法院重要判決之研究：2002~2003》。臺北：中央研究院歐美研究所。
- 董和銳 (2003)。〈身心障礙之概念架構與社會意涵〉，《身心障礙研究》，1, 1: 32–42。
- 楊秀儀 (2005)。〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學雜誌》，121: 138–152。
- 蔣欣欣、喻永生、余玉眉 (2005)。〈剖析產前遺傳檢測之諮詢與倫理議題〉，《中華心理衛生學刊》，18, 1: 65–85。
- 蔣欣欣、喻永生 (1997)。〈唐氏症嬰幼兒父母認知真相後之調適過程〉，《護理研究》，5, 1: 22–24。
- 廖福特 (2006)。〈從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展〉，〈[http://www.ias.sinica.edu.tw/951211/951211\\_1\\_4.pdf](http://www.ias.sinica.edu.tw/951211/951211_1_4.pdf)〉

## 外文

- Andrews, L. B. (1996). Prenatal Screening and the Culture of Motherhood. *Hastings Law Journal*, 47, 5: 981–1016.
- Asch, A. (2000). Why I Haven't Changed My Mind about Prenatal Diagnosis: Reflections and Refinements. In E. Parens & A. Asch (Eds.), *Prenatal Testing and Disability Rights* (pp. 234–260). Washington, DC: Georgetown University Press.
- Asch, A. (1988). Reproductive Technology and Disability. In S. Cohen & N. Taub (Eds.), *Reproductive Laws for the 1990s* (pp. 69–128). Clifton, NJ: Humana Press.
- Beauchamp, L. T. & Childress, J. F. (1994). *Principle of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University press.
- Bickenbach, J. E. (2001). Disability Human Rights, Laws, and Policy. In G. L. Albrecht, K. D. Seelman & M. Bury (Eds.), *Handbook of Disability Studies* (pp. 565–584). Thousand Oaks, CA: Sage Publication.
- Biesecker, B. B. (2001). Goals of Genetic Counseling. *Clinical Genetics*, 60, 5: 323–330.
- Bradley, L. A., et al. (2005). Technical Standards and Guidelines: Prenatal Screening for Open Neural Tube Defects. *Genetics in Medicine*, 7, 5: 355–369.
- Buchanan, A. (1996). Choosing Who Will Be Disabled: Genetic Intervention and the Morality of Inclusion. *Social Philosophy and Policy*, 13, 2: 18–46.

- Cooper, E. B. (1999). Testing for Genetic Traits: The Need for a New Doctrine of Informed Consent. *Maryland Law Review*, 58, 2: 346–422.
- Dodds, S. (2000). Choice and Control in Feminist Bioethics. In C. Mackenzie & N. Stoljar (Eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self* (pp. 213–234). New York: Oxford University Press.
- Dunne, C. & Warren, C. (1998). Lethal Autonomy: The Malfunction of the Informed Consent Mechanism within the Context of Prenatal Diagnosis of Genetic Variants. *Issues in Law & Medicine*, 14, 2: 165–202.
- Furrow, B., et al. (2001). *Bioethics: Health Care Law and Ethics*. St. Paul, MN: Thomas/West.
- Graves, J. C. & Miller, K. E. (2002). Maternal Serum Triple Analyte Screening in Pregnancy. *American Family Physician*, 65, 5: 915–920.
- Holtzman, N. A. (1991). What Drives Neonatal Screening Programs? *New England Journal of Medicine* 325, 11: 802–804.
- Kuczewski, M. (1996). Reconceiving the Family: the Process of Consent in Medical Decision Making. *Hasting Center Report*, 26, 2: 30–37.
- Lawrence III, C. R. (1987). The ID, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism. *Stanford Law Review*, 39: 317–388.
- Mackenzie, C. & Stoljar, N. (2000). *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*. New York: Oxford University Press.
- Marks, J. H. (2004). The Importance of Genetic Counseling. *American Journal Human Genetics*, 74, 3: 395–396.
- McKinlay, J. B. (1982). From Promising Report to Standard Procedure: Seven Stages in the Career of a Medical Innovation. In J. B. Milbank (Ed.), *Technology and the Future of Health Care*, Vol. 8 (pp. 230–270). Cambridge, MA: MIT Press.
- Mitra, S. (2006). The Capability Approach and Disability. *Journal of Disability Policy Studies*, 16, 4: 236–247.
- National Society of Genetic Counselors (2006). The Code of Ethics of the National Society of Genetic Counselors. *Journal of Genetic Counseling*, 15, 5: 309–311.
- Nedelsky, J. (1989). Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities. *Yale Journal of Law and Feminism*, 1: 7–36.
- Nelson, J. L. (2000). The Meaning of the Act: Reflections on the Expressive Force of Reproductive Decision Making and Policies. In E. Parens & A. Asch (Eds.), *Prenatal Testing and Disability Right* (pp. 196–213).

- Washington, DC: Georgetown University Press.
- Newell, C. (1999). The Social Nature of Disability, Disease and Genetics: A Response to Gillam, Persson, Holtug, Draper and Chadwick. *Journal of Medical Ethics*, 25, 2: 172–175.
- Ong-Dean, C. (2005). Reconsidering the Social Location of the Medical Model: An Examination of Disability in Parenting Literature. *Journal of Medical Humanities*, 26, 2/3: 141–158.
- Parens, E. & Asch, A. (2003). Disability Rights Critique of Prenatal Genetic Testing: Reflections and Recommendations. *Mental Retardation and Developmental Disabilities Research Reviews*, 9, 1: 40–47.
- Parens, E. & Asch, A. (2000). The Disability Rights Critique of Prenatal Genetic Testing: Reflections and Recommendations. In E. Parens & A. Asch (Eds.), *Prenatal Testing and Disability Right* (pp. 3–43). Washington, DC: Georgetown University Press.
- Pfeiffer, D. (2001). The Conceptualization of Disability. In S. N. Barnartt & B. M. Altman (Eds.), *Exploring Theories and Expanding Methodologies: Where We are and Where We Need to Go* (pp. 29–52). New York: JAI.
- Press, N. (2002). Assessing the Expressive Character of Prenatal Testing: The Choices Made or the Choices Made Available? In E. Parens & A. Asch (Eds.), *Prenatal Testing and Disability Right* (pp. 214–233). Washington, DC: Georgetown University Press.
- Resta, R., et al. (2006). A New Definition of Genetic Counseling: National Society of Genetic Counselors' Task Force Report. *Journal of Genetic Counseling*, 15, 2: 77–83.
- Robertson, J. A. (2005). Ethics and the Future of Preimplantation Genetic Diagnosis. *Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine*, 10, 1: 97–101.
- Saxton, M. (2000). Why Members of the Disability Community Oppose Prenatal Diagnosis and Selective Abortion. In E. Parens & A. Asch (Eds.), *Prenatal Testing and Disability Rights* (pp. 147–164). Washington, DC: Georgetown University Press.
- Shakespeare, T. (2005). The Social Context of Individual Choice. In D. Wasserman, J. Bickenbach & R. Wachbroit (Eds.), *Quality of Life and Human Difference: Genetic Testing, Health Care, and Disability* (pp. 217–236). New York: Cambridge University Press.
- Sherwin, S. (2001). Normalizing Reproductive Technologies and the Implications for Autonomy. In R. Tong, G. Anderson & A. Santos (Eds.), *Globalizing Feminist Bioethics: Crosscultural Perspectives* (pp. 96–113).

- Boulder, CO: Westview Press.
- Shulman, L. P. & Elias, S. (1993). Amniocentesis and Chorionic Villus Sampling. *Western Journal of Medicine*, 159, 3: 260–268.
- Sternberg, T. N. (1989). Abortion Counseling: To Benefit Maternal Health. *American Journal of Law & Medicine*, 15, 4: 483–518.
- Suter, S. M. (2007). A Brave New World of Designer Babies? *Berkeley Technology Law Journal*, 22, 2: 897–969.
- Suter, S. M. (2002). The Routinization of Prenatal Testing. *American Journal of Law & Medicine*, 28, 2/3: 233–284.
- The Professional Advisory Committee, National Down Syndrome Congress (1994). NDSC Position Statement on Prenatal Testing and Eugenics: Families' Rights and Needs Eradicating Handicap. *Down Syndrome News*, 17, 7: 3.
- Vacco, L. A. (2005). Preimplantation Genetic Diagnosis: From Preventing Genetic Disease to Customizing Child. Can the Technology Regulated Based on the Parents' Intent? *Saint Louis University Law Journal*, 49: 1181–1228.
- Wald, N. J., et al. (1977). Maternal Serum-Alpha Fetoprotein Measurement in Antenatal Screening for Anencephaly and Spinal Bifida in Early Pregnancy: Report of U.K. Collaborative Study on Alfa Fetoprotein in Relation to Neural Tube Defects. *Lancet*, 309, 8026: 1323–1332.
- Weil, J. (2003). Psychosocial Genetic Counseling in the Post-Nondirective Era. *Journal of Genetic Counseling*, 12, 3: 199–211.
- Williams, G. (2005). Theorizing Disability. In G. Scambler (Ed.), *Medical Sociology: Major Themes in Health and Social Welfare* (pp. 258–260). New York: Routledge.
- Wolf, S. M. (1995). Beyond “Genetic Discrimination”: Toward the Broader Harm of Geneticism. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 23, 4: 345–353.



## 赴國外出差或研習心得報告

**出國人員：**林昀嫻，國立清華大學科技法律研究所副教授

**會議名稱：**the 13th Asian Bioethics Conference, (第十三屆亞洲生命倫理學研討會)

**會議時間：**2012年8月27~30日

**會議地點：**吉隆坡，馬來西亞

**主辦單位：**Asian Bioethics Association

**會議目的：**發表論文"Posthumous Reproduction in East Asian Contexts: the Legal and Ethical Issues"

### 與會過程及心得：

1.本人所參加的是"Session 15: Women, Gender and Bioethics"，同場報告的尚有來自日本、巴基斯坦、印尼及印度的學者。本人的報告係由台灣孫吉祥上尉死後取精案談起，對於死後人工生殖的法律管制提出建議。報告獲得廣大迴響，接連有七、八位各國學者提問出問題及評論，本人皆一一回應，茶敘時間仍有多位學者陸續向我表達正面的感想。閉幕典禮之前有個 feedback session，有某個國家的代表甚至發言，特別感謝台灣來的林教授做了精彩的報告。

2.除了個人表現之外，我國也在本次會議中爭取到 Asian Bioethics Association 大會的一席代表席次，對於我國在國際會議中的能見度、

影響力與資源分配意義重大。亞洲生命倫理學研討會是跨領域性質，每年吸引醫學、護理學、醫療社會學、生命倫理學、應用哲學、醫療法學者前來與會，為每年之盛事。亞洲生命倫理學會在區域型學會中地位重要，我國每年均有多位學者與會，今年主要為台北醫學院醫學人文所、醫療管理所、國立清華大學科技法律所等國內學者參加，也加強了跨領域學者的交流聯繫。

3. 本次會議所攜回資料為：會議摘要一冊、會議議程一冊、及論文光碟一張。

# Posthumous Assisted Reproduction in East Asian Context: the Legal and Ethical Issues

(Preliminary Draft: Please do not cite without the author's permission)

*Yun-hsien Diana Lin*

## Abstract

In 2005, a Taiwanese military officer, Chi-hsiang Sun, died from an accident. His fiancée, Ms. Li, required Officer Sun's sperm to be retrieved so as to bear his child through artificial insemination. The Taiwan Department of Health gave permission to the extraction of sperm but later opposed to the posthumous reproduction. The sperm was finally destroyed. In 2007, the newly enacted Taiwan Artificial Reproduction Act responded to instances of posthumous reproduction in a forbidding fashion. This article will argue that the blanket regulation is overly broad that it may impose substantial obstacle to an individual's autonomy in procreation, which should be narrowly tailored under consideration of all the competing interests.

This article will frame the theme of posthumous reproduction from both the legal and bioethical perspectives. In the first part, various models of regulation from the restrictive to the permissive approach will be discussed in light of protecting the procreational autonomy of the deceased. Next, since the assisted reproduction medicine will be performed upon the surviving spouse, she will need comprehensive consultation in order to make autonomous choices. The contents, goals, methodologies of such consultation and the system of collaboration and referral will be the main concern in this part. Lastly, the best interests of the resulting child must be given due consideration. To reduce the uncertainty and potential risks, issues of legal parentage and inheritance will be explored. This article will conclude by proposing a comprehensive framework of regulation where interests of the deceased, the surviving spouse, the resulting child and social justice will be balanced.

**Key Words:** posthumous reproduction, procreational autonomy, legal regulation, the best interests of the child

## I. Introduction

In 2005, a Taiwanese military officer, Chi-hsiang Sun, died of injuries suffered after a tank driven by a fellow officer negligently ran him over<sup>1</sup>. The late officer's fiancée, Hsin-yu Li, required to have Sun's sperm retrieved in hoping to bear his child through artificial insemination. Without any applicable law in place, the controversial case sparked debates in Taiwanese society. The Department of Health (DOH), initially opposed the procedure rigidly, caved in to public pressure and gave permission to the extraction of sperm from the deceased body<sup>2</sup>. While the sperm was in the state of cryopreservation<sup>3</sup>, a panel of scholars and experts were assembled by the DOH to decide whether posthumous reproduction shall be allowed in Taiwan<sup>4</sup>. The panel opposed Li's request and all sperm taken from Sun's body was finally destroyed<sup>5</sup>.

This real case generated three main issues. First, who has the right to decide whether to proceed with posthumous reproduction, especially in cases where the deceased man left no instruction? Secondly, since the surviving wife is the one who will bear risks of assisted reproduction and who will take care of the resulting child, if any, how can the medical system help her to make an informed decision? Thirdly, for a posthumously conceived child, how shall the law provide protection in terms of legal parentage and rights for succession? Is the existing law sufficient to cope with challenges presented by assisted reproductive technologies?

The Taiwan Artificial Reproduction Act (hereinafter, the Act) later enacted in 2007 defines artificial reproduction technologies (ART) as the non-coital way to achieve conception and birth with assistance from reproductive medicine<sup>6</sup>, which is reserved only to married couples who satisfy both of the following conditions. First, at least one member of the couple must be diagnosed of infertility or having a major hereditary disease that natural conception and birth will cause abnormal conditions for

---

<sup>1</sup> The China Post staff, *DOH to OK extraction of sperm from late officer*, THE CHINA POST, September 10, 2005, <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/2005/09/10/68342/DOH-to.htm> (last visited Oct. 3, 2011).

<sup>2</sup> The China Post staff, *Sperm extraction sparks controversy over legislation*, THE CHINA POST, September 11, 2005, <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/2005/09/11/68404/Sperm-extraction.htm> (last visited Oct. 3, 2011).

<sup>3</sup> The sperm had been stored in liquefied nitrogen at a temperature of 196 degrees Celsius below zero. The China Post staff, *Dead military officer's sperm destroyed*, THE CHINA POST, December 23, 2005, <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/2005/12/23/74061/Dead-military.htm> (last visited Oct. 3, 2011).

<sup>4</sup> The China Post staff, *DOH offers widow advice on artificial insemination*, THE CHINA POST, September 14, 2005, <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/2005/09/14/68558/DOH-offers.htm> (last visited Oct. 3, 2011).

<sup>5</sup> The China Post staff, *Dead military officer's sperm destroyed*, THE CHINA POST, December 23, 2005, <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/2005/12/23/74061/Dead-military.htm> (last visited Oct. 3, 2011).

<sup>6</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act (2007)], art. 2 (Taiwan).

children<sup>7</sup>. Secondly, at least one member of the couple must be able to produce healthy gamete, so as to keep the resulting child genetically related to at least one parent. Furthermore, cryopreserved gametes must be destroyed in case any of the following circumstances occurs<sup>8</sup>:

- (1) The gamete provider has asked for their destruction.
- (2) The gamete provider has deceased.
- (3) The gametes have been preserved for more than ten years.

According to the Act, even married couples who demonstrate strong intentions to have a child and who are taking steps by undergoing artificial reproduction may claim no right to continue the medical procedure once the husband is deceased. This article argues that the regulation is overly broad that it poses substantial obstacle to an individual's autonomy in procreation, which should be narrowly tailored under consideration of all the competing interests.

Unlike in common law system where contracts and court rulings are the major factors that shape the legal obligation and rights of parties involved, in the civil law system like Taiwan, statutes play the key role in regulating innovative technologies. It is the statutory law that is to specify whether or not an individual's reproductive material may be used after death, the person who may use it, and the legal status of any resulting children. The article will, therefore, focus its discussion on the design of legislation.

In search of a comprehensive framework of regulation, this article proposes to give due consideration to the decedent's expressed intent, the surviving spouse's procreational autonomy, the resulting child's best interests and public policy. Although posthumous retrieval of ovaries is viable in technology; this article only focuses on scenarios involving male decedents to allow in-depth analysis.

## **II. Regulating Technologies and Paternity in the Context of Posthumous Assisted Reproduction**

This part focuses upon the deceased man who may or may not have expressed his intentions for or against posthumous assisted reproduction, using his gametes. The spectrum of regulation, as well as legal paternity in the context of posthumous

---

<sup>7</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act (2007)], art. 11, para. 1 (Taiwan).

<sup>8</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act (2007)], art. 21, para. 2 (Taiwan).

assisted reproduction will be discussed in the effort of searching for a system that better responds to procreational autonomy.

## A. The Spectrum of Regulation

According to the levels of regulation, laws and policies concerning posthumous reproduction can be viewed as a continuum. One end of the regulation continuum would be the **restrictive** approach, which is adopted by Taiwan, Germany<sup>9</sup>, Sweden<sup>10</sup> and Italy<sup>11</sup>. Down the spectrum stands the **pro-restrictive** approach that requires written consent before proceeding with posthumous reproduction. The province of British Columbia (B.C.) of Canada just passed the amendment to its Family Law Act that allows posthumous assisted reproduction where the deceased, before his death, gave written consent to the use of his gamete or embryo by the spouse for the purpose of reproduction and to be the legal parent of the resulting child.<sup>12</sup> Further down the line is the position of **pro-permissive** approach, which allows posthumous reproduction upon the showing of reasonably inferred consent by the decedent, such as the guideline developed by the New York Hospital on the issues of posthumous reproduction.<sup>13</sup> Also in Israel, permission to posthumous conception is to be determined on a case by case basis, in keeping with the man's presumed wishes<sup>14</sup>. And at the other end of the continuum is the **permissive** approach that assumes people generally desire to become parents, unless otherwise expressed.

### 1. Restrictive Approach

Proponents for banning posthumous reproduction mainly frame their arguments in terms of human dignity. Specifically, they express concerns about whether the deceased's body would be treated with esteem and reverence<sup>15</sup>. If the state allowed family members to utilize the gametes of the dead for procreation without the man's earlier consent, it would fail to afford the decedent proper respect. And the lack of

---

<sup>9</sup> Act for Protection of Embryos, Section 4, Article 1-3.

<sup>10</sup> Genetic Integrity Act (2006:351), Chapter 6, Article 4. See also Rajesh V Bardale & P G Dixit, *Birth after death: questions about posthumous sperm retrieval*, 3(4) INDIAN J. MED. ETHICS 122, 123 (2006).

<sup>11</sup> Rules on Medically Assisted Procreation, Article 5-1. See also Shelly Sarig & Nili Tabak, *An Unusual Petition for Posthumous Sperm Retrieval? What Does it Add to the Debate?*, 27(2) MED LAW 463, 467-8 (2008).

<sup>12</sup> Bill 16-2011, Family Law Act, Part 3, Article 28.

<sup>13</sup> New York Hospital Guidelines for Consideration of Requests for Postmortem Sperm Retrieval, <https://www.cornellurology.com/resources/guidelines/> (last visited Aug.23, 2012).

<sup>14</sup> Judy Siegel-Itzkovich, *Israel allows removal of sperm from dead men at wives' request*, 327 BMJ 1187, 1187 (2003).

<sup>15</sup> See Robert D. Orr & Mark Siegler, *Is Posthumous Semen Retrieval Ethically Permissible?*, 28 J MED ETHICS 299 (2002). See also Shelly Sarig & Nili Tabak, *An Unusual Petition for Posthumous Sperm Retrieval? What Does it Add to the Debate?*, 27 MED LAW 463 (2008).

assurance that individuals would have about the fate of their own body parts could be a source of apprehension to the living.<sup>16</sup> Apprehension about the welfare of any resulting children who will be born without the opportunity to be cared by their genetic fathers also supports the restrictive views<sup>17</sup>.

## 2. *Pro-restrictive Approach*

This pro-restrictive view is one that permits posthumous procreation in very limited circumstances: it requires that the decedent must have indicated explicitly by writing down the intention to have his gametes used for procreation even after his death<sup>18</sup>. Taking the California statute for example, it includes a detailed list of the information the writing must contain, and thus resembles a will<sup>19</sup>. The Ethics Consult Service and Ethics Committee of the University of Virginia developed a very similar policy, which further requires naming in advance the individual who can request to use the gamete for posthumous reproduction<sup>20</sup>. The issue of parentage shall also be instructed so as to avoid challenges involving the estate of the decedent<sup>21</sup>. The Family Law Act of British Columbia, Canada, recently passed an amendment that allows a deceased person to be considered a parent if he left written consent for the posthumous reproduction by his wife; the posthumously conceived children will presumptively have the same rights of inheritance as any other children of the deceased person<sup>22</sup>.

## 3. *Pro-permissive Approach*

A pro-permissive approach permits posthumous reproduction based on the reasonably inferred consent of the decedent<sup>23</sup>. A person might be willing to consent to posthumous reproduction for many reasons: for example, to have a life plan fulfilled<sup>24</sup>, to perpetuate his genes and to promote happiness of his loved ones<sup>25</sup>. Also, it is argued that it is justifiable to retrieve gametes in the absence of explicit prior consent,

---

<sup>16</sup> Paul M. Quay, *Utilizing the Bodies of the Dead*, 28 ST. LOUIS U. L.J. 889, 920 (1984).

<sup>17</sup> E.E. Gottenger & H.M. Nagler, *The Quagmire of Postmortem Sperm Acquisition*, 20(4) J. ANDROLOGY 458, 460-1 (1999).

<sup>18</sup> James J. Finnerty et al., *Gamete Retrieval in Terminal Conditions: Is It Practical? What are the Consequences?*, 2(3) CURR WOMEN'S HEALTH REP 174, 175 (2002).

<sup>19</sup> CAL. PROB. CODE § 249.5(a)(1)-(3) (West 2008).

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> Bill 16, 2011: Family Law Act, British Columbia, Canada, Part 3, Section 28, [http://www.leg.bc.ca/39th4th/3rd\\_read/gov16-3.htm](http://www.leg.bc.ca/39th4th/3rd_read/gov16-3.htm).

<sup>23</sup> Carson Strong, *Ethical and Legal Aspects of Sperm Retrieval After Death or Persistent Vegetative State*, 27(4) J Law Med & Ethics 347, 347 (1999)

<sup>24</sup> Rebecca Collins, *Posthumous Reproduction and the Presumption Against Consent in Cases of Death Caused by Sudden Trauma*, 30(4) J MED PHILO 431, 435-6 (2005).

<sup>25</sup> *Id.*, at 435.

following the example of organ donation<sup>26</sup>. Even though a written consent is not required, only men undergoing fertility treatment, actively attempting conception, or who had specifically expressed their plans to attempt conception in the immediate future would be suitable candidates for sperm retrieval after death<sup>27</sup>.

#### 4. *Permissive Approach*

Since the restrictive view of posthumous insemination and conception currently dominating law and practice, proponents of permissive legislation contend that respect for the dead is best served by allowing posthumous conception, thereby satisfying the interest of the deceased in parenthood<sup>28</sup>. It is therefore alleged that postmortem sperm retrieval should be allowed unless the decedent had explicitly refused<sup>29</sup>.

#### 5. *The Stand Taken by This Article*

The reason why the permissive and the pro-permissive approaches not plausible lies in the problematic assumption that people in general would likely to consent to posthumous reproduction, had they contemplated it. Since posthumous reproduction is far from a norm in many societies, it is unfair and undesirable to place the burden upon individuals to state their opposition to such reproductive action<sup>30</sup>. The permissive approach is, therefore, not given credits.

In occasions of sudden and unexpected death, there is little opportunity to be sure of the decedent's intention because most men have never considered the possibility that sperm would be sought or put to use after death<sup>31</sup>. In such cases, testimony by family members and sometimes medical personals are essential in determining the decedent's willingness to procreate posthumously. Absent prior explicit consent, it mostly depends on guesswork in determining what the decedent would have wanted. Any guess is, however, inevitably colored by the interests, motivations and purposes

---

<sup>26</sup> Strong, *supra* note 23, at 351.

<sup>27</sup>

<sup>28</sup> See Malcolm Parker, *Response to Orr and Siegler--Collective Intentionality and Procreative Desires: The Permissible View on Consent to Posthumous Conception*, 30(4) J MED ETHICS 389 (2004). See also Robert D. Orr & Mark Siegler, *Is Posthumous Semen Retrieval Ethically Permissible?*, 28 J MED ETHICS 299 (2002).

<sup>29</sup> Parker, *supra* note 28, at 390-1. The author defends his presumption in favor of posthumous conception by postulating that people generally desire to become parents.

<sup>30</sup> Anne Reichman Schiff, *Posthumous Conception and the Need for Consent*, 170 MED J AUSTRALIA 53, 53 (1999).

<sup>31</sup> Gladys B. White, *Commentary: Legal and Ethical Aspects of Sperm Retrieval*, 27(4) J L MED & ETHICS 359, 359 (1999).



of those who are seeking to use the sperm<sup>32</sup>.

The position taken by this article, therefore, is comparable to the pro-restrictive approach. Where the decedent had explicitly expressed the wish of having a child posthumously, and the wife also chooses to undergo artificial reproduction, such wishes should be honored. Decisions to have children are without doubt private choices of significance. It does not mean the choices are always consequence free to others, nor does that they should never be limited. Some commentator suggests that those who would limit procreational choice bear the burden of showing that the reproductive action at issue would create substantial harm that they could justifiably be limited<sup>33</sup>.

This article argues that, the explicit wish and the steps taken by the decedent in advance embody his procreational autonomy, which should not be overlooked by the law. Among the reasons to procreate during one's lifetime may be: participating in the creation of new life, affirming mutual love, providing a link to future persons, and experiencing child rearing as well as pregnancy and childbirth<sup>34</sup>. Some of these reasons, such as the former three ones, may still be applicable to postmortem procreation. Therefore, where both the decedent's and the surviving wife's procreational autonomy is exercised and the resulting child is reasonably provided, such procreational action should be permitted. The coming parts of this article will further explain the stand from three viewpoints: the decedent husband, the surviving wife and the resulting child. As a result, banning posthumous reproduction all together without making distinctions among different scenarios can hardly be justified.

## **B. Procreational Autonomy of the Gamete Provider: the Issue of Consent**

The possibility to conceive children using the genetic material of the deceased presents unique problems to legal fatherhood. To examine whether permitting posthumous conception interferes with the procreational autonomy of the deceased gamete provider, this Part looks into the scenarios where the deceased has or has not left directions about the use of his sperm. Next, reasons why the decedent's previous consent matters will be examined.

---

<sup>32</sup> *Id.*, at 359-60.

<sup>33</sup> JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 24 (1996).

<sup>34</sup> Strong, *supra* note 23, at 349-51.

## 1. *When the Man Left Instructions about His Gametes*

There are many reasons that a man might give his gamete over to cryopreservation while still alive. For one, before a vasectomy a man might wish to preserve a future option for fathering a child if he should have a mind change later in life. In a scenario where a man is diagnosed of cancer, it is not uncommon to bank the sperm before receiving chemotherapy or radiotherapy, because both radiation and chemotherapy prove to have adverse effects on the quality of sperm<sup>35</sup>. Other situations involving premortem cryopreservation of gametes might concern particular nature or conditions of one's job, such as before an astronaut going into space or before a soldier going to an area of war<sup>36</sup>.

Where the deceased has left instructions regarding his gametes, fertility clinics and courts in some jurisdictions tend to respect his wishes. In the California case of *Hecht v. Superior Court*<sup>37</sup>, William Kane stored his sperm in a California sperm bank before committing suicide<sup>38</sup>. He executed a will leaving the sperm to his girlfriend, Ellen Hecht, for the purpose of posthumous reproduction, issued the sperm bank a document authorizing the release of the sperm to the same person, and even went so far to write a letter to his existing child about the potential posthumous conception<sup>39</sup>. The court ordered the sperm bank not to destroy the preserved gamete as the existing children demanded and Hecht finally received Kane's sperm under a settlement agreement<sup>40</sup>.

On the other hand, a decedent's wish *not* to have children after death has also been upheld by the California court. In the case of *Estate of Kievernagel*, Joseph and Iris Kievernagel had been married for ten years but could not have children<sup>41</sup>. The couple sought infertility treatment from the Northern California Fertility Medical Center. Before cryopreserving a sample of Joseph's sperm to be used in artificial insemination, the Center had Joseph sign a consent form. On the form, Joseph indicated that, when he died, he wished the Center to dispose of the frozen sperm instead of releasing it to Iris<sup>42</sup>. After Joseph was killed in a helicopter crash, Iris

---

<sup>35</sup> A.K. Schroder, K. Diedrich & M. Ludwig, *Strategies for Preventing Chemotherapy and Radiotherapy Induced Gonadal Damage*, 3(2) AM. J. CANCER 97, 98 (2004).

<sup>36</sup> Katheryn D. Katz, *Parenthood From the Grave: Protocols for Retrieving and Utilizing Gametes from the Dead or Dying*, 2006 U. CHI. LEGAL F. 289, 292 (2006).

<sup>37</sup> *Hecht v. Superior Court*, 20 Cal. Rptr. 2d. 275, 276 (Ct. App. 1993).

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> *Id.*, at 291.

<sup>41</sup> *In Estate of Kievernagel*, 83 Cal. Rptr. 3d. 311, 312 (Ct. App. 2008).

<sup>42</sup> *Id.*

petitioned the probate court for an order to force the Center into giving her Joseph's sperm<sup>43</sup>. Eventually, the California Court of Appeals ruled against Iris's wish to conceive Joseph's child, reasoning that the Center had to respect Joseph's wishes to destroy his sperm<sup>44</sup>.

## 2. *When No Instruction Is Available*

Why is consent so important to paternity in the context of artificial reproduction? Inherent in many artificial reproductive processes is the splitting of the previously unified role of parent into different roles<sup>45</sup>. Motherhood, originally thought to be easy to define, is separated into genetic, gestational, and social motherhood. Paternity likewise was divided into genetic and social paternity. According to the Act, any child born through the use of donated sperm with the consent of the mother's husband shall be considered a child born in the wedlock<sup>46</sup>. The significance of the recipient husband's consent is demonstrated in the next paragraph: "Where the husband can prove that his consent was obtained by fraud or coercion, he may bring a lawsuit for denial of paternity not later than six months after the fraud or coercion has ceased<sup>47</sup>". It should be noted, however, that such a lawsuit is only allowed within three years of the child's birth<sup>48</sup>. The emphasis on recipient husband's consent means that legal fatherhood can be constructed without biological connection but merely through his consent. This article argues that, where the deceased husband has biological connection to the resulting child and has also explicitly consented to posthumous reproduction, the law should extend the protection to such procreational action.

In the absence of specific instruction, especially where the man did not store his sperm in advance, the decisions of sperm retrieval and posthumous conception raise issues of the gamete provider's intention to procreate. Even after death, individual dignity must be respected. Since sperm retrieval from the deceased is invasive in nature, we must be careful that in removing sperm we do not abuse or exploit the dead body. The desire for continuity through one's descendants is natural and logical, but it cannot be assumed that it is everyone's wish. Some, for instance, may not want to generate children whom they will not have the pleasure of raising themselves<sup>49</sup>. To

---

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> *Id.*, at 317.

<sup>45</sup> Susan B. Apel, *Cryopreserved embryos: a response to "forced parenthood" and the role of intent*, 39(3) FAM. L.Q. 663, 706 (2005).

<sup>46</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act], art. 23, para. 1 (Taiwan).

<sup>47</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act], art. 23, para. 2 (Taiwan).

<sup>48</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act], art. 23, para. 2 (Taiwan).

<sup>49</sup> Shelly Sarig & Nili Tabak, *An Unusual Petition for Posthumous Sperm Retrieval? What Does it Add to the Debate?*, 27 MED LAW 463, 468-9 (2008).

thwart the possibility of violating the deceased's dignity, written or other explicit evidence of their wishes is essential and care must be taken not to jump to conclusions based on circumstantial evidences. For example, the facts of the deceased having received anti-fertility treatment does imply the wish to be a parent when alive, but it does not necessarily mean that he would also have wanted to be one after death.

Some claim that sperm should be treated like organs<sup>50</sup>. If a man leaves instructions about the posthumous distribution of his sperm, those should be honored. If he does not, his next of kin should be allowed to decide what shall be done with the sperm<sup>51</sup>. This article opines that, organ donation after death should be differentiated from posthumous reproduction. One reason lies in procreation's special significance to one's meaning of life, which involves one's connection with the family, the community and even the ethnicity. Another reason is that, although organ donation may save existing people's life, it does not bring a new life to the world; nor does it create legal parenthood for the gamete provider which involves issues of succession. For the reasons, this article takes the position that the essential question is whether the decedent showed the intention for posthumous reproduction. Where the decedent's intention is negative or unknown, there is no sound reason to force fatherhood upon the deceased. Under such conditions, posthumous reproduction shall not be permitted and the spouse or the next of kin shall not take the liberty to decide for the deceased.

### **III. Obtaining an Autonomous Decision from the Surviving Wife**

Procreational liberty means the freedom to reproduce or not to reproduce in the genetic sense. It is mainly a negative right against state interference with choices concerning procreation, not a positive right to have the state or a particular person provide the means or resources necessary to have children<sup>52</sup>. In scenarios where the intent of the later deceased husband is negative, unknown or less than explicit, prohibiting posthumous reproduction against the wife's wish does not constitute violation of her procreational liberty because she still has opportunities to produce offspring later in life with other men through coital or non-coital reproduction. As a result, this Part focuses on the issue that, where the deceased has left explicit consent to posthumous reproduction, what can medical personnel do to assist the surviving wife in reaching an autonomous decision of procreation.

---

<sup>50</sup> E.g., Andrea Corvalan, *Comment: Fatherhood After Death: A Legal and Ethical Analysis of Posthumous Reproduction*, 7 ALB. L.J. SCI. & TECH. 335, 364 (1997).

<sup>51</sup> Susan Kerr, *Post-Mortem Sperm Procurement: Is It Legal?*, 3 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 39, 66-7 (1999).

<sup>52</sup> ROBERTSON, *supra* note 33, at 23.

## A. Why Is the Surviving Wife's Procreational Autonomy an Issue

The procedure of posthumous reproduction may involve reproductive technologies of gamete cryopreservation, artificial insemination, in vitro fertilization (IVF) and sometimes intra-cytoplasmic sperm injection (ICSI). Both IVF and ICSI require the removal of egg cells from a woman's ovary through surgery while artificial insemination needs only placing spermatozoa into the vagina or uterus without sexual contact<sup>53</sup>. In the case of IVF, the egg cells are fertilized by sperm in vitro, incubated until the blastocyst stage, and then implanted into the woman's uterus<sup>54</sup>. Where the quality of sperm is compromised, the technology of ICSI will be applied. The technology of ICSI aims to achieve fertilization through injecting a single sperm into an egg cell<sup>55</sup>, and therefore is able to circumvent the problem of low sperm count.

It is to be noted that, the artificial reproductive technologies involved in posthumous procreation are to be performed upon the surviving wife, where she decides to beget and bear a child in this fashion. Since the risks of undergoing artificial reproduction, gestation and laboring means significant burden to a woman, she should be provided opportunities of reaching an autonomous decision.

## B. The Requirement of Consultation: How Can It Help

In the officer Sun's case, Gynecologist Li Mao-sheng reminded Ms. Li that as the sperm were extracted more than 30 hours after Sun's death, no more than 20 percent of the sperm were still functional and that using the sperm for artificial insemination would create a high risk of abnormalities for the unborn child<sup>56</sup>. He said Sun's death appeared to be a severe psychological blow for Li and suggested she undergo counseling to help ease her distress rather than making hasty decisions. Despite the reminder, Li was determined that she must try to "give Sun a baby"<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> The definition of artificial insemination can be found in "the free medical dictionary", <http://www.thefreedictionary.com/artificial+insemination> (last visited Oct. 19, 2011).

<sup>54</sup> The definition of in vitro fertilization can be found in "the free medical dictionary", <http://www.thefreedictionary.com/in+vitro+fertilization> (last visited Oct. 19, 2011).

<sup>55</sup> The definition of intra-cytoplasmic sperm injection can be found in "the free medical dictionary", <http://acronyms.thefreedictionary.com/intra-cytoplasmic+sperm+injection> (last visited Oct. 19, 2011).

<sup>56</sup> The China Post staff, *Marriage declaration inked in sperm extraction case*, THE CHINA POST, September 12, 2005, <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/2005/09/12/68440/Marriage-declaration.htm> (last visited Oct. 3, 2011).

<sup>57</sup> The China Post staff, *Sperm extraction sparks controversy over legislation*, THE CHINA POST, September 11, 2005, <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/2005/09/11/68404/Sperm-extraction.htm> (last visited Oct. 3, 2011).

In making particularly difficult decisions such as posthumous reproduction, the procedure of consultation is crucial. The Act mandates the couples to undergo psychological and physiological assessments before receiving treatments<sup>58</sup>. To satisfy the requirement of informed consent, the recipient couple must be made knowledgeable on the necessity of artificial reproduction, the implementation technique, the success rate, any possible complications, and alternative treatment methods<sup>59</sup>.

In cases concerning posthumous reproduction, this article argues that consultation must contain at least two parts, provision of information and psychological counseling, which can be made available through collaboration of professionals due to the interdisciplinary nature of this service. The identified goals of consultation are as follows: to increase the client's knowledge and understanding of medical information; to assess the risks; to provide support; to make needed referrals; to empower clients to feel in control of their situations; and finally, to facilitate decision making<sup>60</sup>.

The information part includes medical procedures on sperm retrieval if applicable, assisted reproduction and legal issues. The *event model* of informed consent emphasizes on providing comprehensive information to the patient from the standpoint of the professionals, thus is less attentive to how the information is interpreted and taken by the patient<sup>61</sup>. The *process model* aims not just to obtain the informed consent from the patient by giving information, but also to explore and understand the meaning of information to individual patient<sup>62</sup>. The process model is better adapted to the client's needs in both research and clinical services, therefore is preferred. Taking genetic counseling for example, studies show clients in general are impressed by not only the counselor's expertise in medical knowledge, but the manner in which information is presented, the amount of time spent with the counselor, and the thoroughness of the discussion<sup>63</sup>. This article posits that, since medical and legal information is of utmost significance for the surviving wife, the consultation she receives must be of similar standard. The interactions should be dialogic rather than authoritative, tailored to the individual client's emotional needs

---

<sup>58</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act (2007)], art. 7 (Taiwan).

<sup>59</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act], art. 12, para. 1 (Taiwan).

<sup>60</sup> Barbara A. Bernhardt et al., *Goals, Benefits, and Outcomes of Genetic Counseling: Client and Genetic Counselor Assessment*, 94(3) AM. J. MED. GENET. 189, 191 (2000).

<sup>61</sup> Nancy Press & Ellen W. Clayton, *Genetic and Public Health: Informed Consent beyond the Clinical Encounter*, in *GENETICS AND PUBLIC HEALTH IN THE 21ST CENTURY* 505, 509 (Muin J. Khoury, Wylie Burke & Elizabeth J. Thomson eds., 2000).

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> *Id.*, at 192.

and cognitive capacities, and sensitive to the distortions that can be created by power differentials between the professional and the lay person<sup>64</sup>.

As for the part of psychological counseling, there are different models in health care settings. The *directive approach* features listening to the problems, deciding with the counselee what should be done, and then encouraging and motivating the person to do it<sup>65</sup>. The *nondirective approach* was developed by psychologist Carl Rogers and has been widely used by professional psychotherapists<sup>66</sup>. However, the nondirective method's emphasis on neutrality of the counselor has imposed barriers in effective communication<sup>67</sup>. This is especially true where the decision involves medical, legal and ethical controversies. The nondirective method later evolved into the *person-centered approach*, which emphasizes the mutual participation and growth of the counselor and the client<sup>68</sup>. This type of counseling focuses on the counselee, not the counselor as a judge and advisor, hence is helpful to the counselee's independent decision making.

The goal of consultation for the surviving wife is to provide immediate and long-term psychological support<sup>69</sup>. It shall be noted that a period of **grieving** depends upon the situation and varies greatly from person to person. The counselor must be skilled in serving people who are experiencing the loss of family members or beloved ones. Through listening to and validating concerns of the client, the consultant may be of great help in evaluating the information the client received from other sources such as books and the internet<sup>70</sup>. Additionally, where the consultation includes other family members, communication among families is usually improved<sup>71</sup>. Through empowering the client, anxiety is reduced and an autonomous decision can be reached. After a successful counseling session with much interaction, some counselees have an ongoing supportive relationship with their counselors. The long term psychological support persists mostly through telephone or letters<sup>72</sup>.

Methods of consultation must be sensitive to cultural context. The research and

---

<sup>64</sup> Peter H. Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 Yale L.J. 899, 903 (1994).

<sup>65</sup> Integrated Archive Publishing's Service, *Types of Counseling*, [http://www.tpub.com/content/advancement/14144/css/14144\\_105.htm](http://www.tpub.com/content/advancement/14144/css/14144_105.htm) (last visited Oct. 23, 2011).

<sup>66</sup> Hsien-Hsien Chiang et al., *Poxi Chanqian Weichuan Jiance Zhi Zixun Yu Lunli Yiti* [Explore the Ethical Issues in Counseling for Prenatal Genetic Test], 18(1) ZHONGHUA XINLI WEISHENG XIAOKAN [FORMOSA JOURNAL OF MENTAL HEALTH] 65, 76-7 (2005).

<sup>67</sup> *Id.*, at 77.

<sup>68</sup> *Id.*, at 77-8.

<sup>69</sup> Bernhardt, *supra* note 60, at 194.

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> *Id.*, 194-5.

<sup>72</sup> *Id.*, 194.

clinical practices of consultation are mainly modeled after western theories, which embody the individualism. However, the family-centered ethics of Han Chinese culture may play a part in the wife's decision making process. Specifically, Confucian teachings highly values filial piety. To fulfill the requirements of filial piety, one must be obedient to one's parents and continuing the family line<sup>73</sup>. Since fertility and male heirs are emphasized in the Han Chinese culture, the consultant needs to perceive its influence both upon herself and upon the client during the counseling sessions. Whether artificial reproductive technologies have been used as innovative tools to perpetuate patriarchal social norms is a worthy topic for research.

The systematic framework for consultation described above has, unfortunately, not been established in Taiwan. Even in cases of abortion counseling, which has much longer history than consultation involving artificial reproduction, interdisciplinary trained, qualified counselors are in shortage<sup>74</sup>. As a reality of clinical environment in Taiwan, gynecologists and nurses are the main personnel responsible for abortion counseling<sup>75</sup>. Besides of the two professionals mentioned, medical technicians trained in embryology are among the main providers of infertility counseling. The major concern is that, people in medical background do not necessarily have the ability to explain legal issues to patients, nor are they equipped the skills of psychological counseling. Constructing a sound system of referral and collaboration would better integrate different disciplines for the purpose of serving the clients' needs in cases of posthumous reproduction.

#### **IV. Protecting the Posthumously Conceived Child**

After receiving the deceased man's prior written consent and the surviving wife decides to proceed with artificial reproduction after full sessions of consultation, this Part focuses on the legal status of the resulting child in the practice of posthumous reproduction.

##### **A. The Best Interests of the Child**

Since the goal of ART is to bring the child into the world, the wellbeing of the child must be the center of all considerations. In the situation of posthumous

---

<sup>73</sup> A famous Chinese maxim that is still quoted and believed by many people in Taiwan goes, "Of the three types of unfilial behaviors, the worst is to have no heirs".

<sup>74</sup> Yu-Chan Li et al., *You Rengong Liuchan Zishang Fuwu Tan Kuazhuanye Zhenghe De Jizhi [Abortion Counseling: Strategies for Interdisciplinary Service]*, 54(2) HULI ZAZHI [THE JOURNAL OF NURSING] 5, 8 (2007).

<sup>75</sup> *Id.*



reproduction, the major controversy lies in the question that, where the biological father will for certain not be able to know or to take care of the child, is it still the child's interest to be born? The definition and contents of the child's best interests should be explored.

In the context of assisted reproduction, although the Act does not state the term of children's best interests, its preamble recognizes the necessity of giving due consideration to ART children's legal status<sup>76</sup>. The specific standards and factors for such consideration is, however, less than clear. Some commentators held the opinion that, restrictions on the procreational liberty of would-be parents are justified when the use of reproductive technologies may jeopardize the welfare of resulting children<sup>77</sup>. On the contrary, John A. Robertson suggested that, with respect to any given child born with the use of assisted conception, its only choice would be either existence under the posthumous condition imposed by the parental behaviors or total nonexistence<sup>78</sup>. Citing the rationale of "wrongful life" cases to support his position, Robertson believes there are no conditions under which it would have been better for the child not to have been born at all<sup>79</sup>.

From the view of ART children's best interests, it is not enough to simply bring them to the world. Some commentator set principles for protecting the interests of ART children<sup>80</sup>: firstly, the legal parentage shall be constructed so the resulting child will be born as a legitimate child; secondly, the ART child shall have the legal status and rights comparable to children of coital reproduction; and thirdly, recipients of ART should be able to provide a sound environment for the resulting child. Based on the above principles, the Act recognizes only married couples as lawful recipients of ART, between whom at least one can produce healthy gametes and the wife must be able to carry the fetus to term<sup>81</sup>. The limitations rule out homosexual couples, unmarried heterosexual couples, older persons, single persons and the possibilities of gestational surrogates.

---

<sup>76</sup> Taiwan Artificial Reproduction Act, Preamble for Final Draft, Executive Yuan (2007).

<sup>77</sup> See, e.g., Ann MacLean Massie, *Regulating Choice: A Constitutional Law Response to Professor John A. Robertson's Children of Choice*, 52 WASH. & LEE L. REV. 135, 137-9 (1995); ELIZABETH BARTHOLET, FAMILY BONDS: ADOPTION AND THE POLITICS OF PARENTING 229 (1993).

<sup>78</sup> See ROBERTSON, *supra* note 33, at 111.

<sup>79</sup> *Id.*, at 247.

<sup>80</sup> Ying-ling Hoe, *Cong Zinu: Zuijia Liyi Yuanze Jianshi Rengong Shengzhifa Caoan Jianshi Shoushu Fuqi Zhi Tiaojian* [Examining Taiwan Artificial Reproduction Act from the Viewpoint of the Best Interest Principle: Conditions of the Recipient Couples and Legal Parentage], 318 LVSHI ZAZHI [TAIPEI BAR JOURNAL] 16, 22 (2006).

<sup>81</sup> Rengong Shengzhifa [Artificial Reproduction Act], art. 2, para. 1 & art. 11, para. 1 (Taiwan).

This article believes that the uncertainty for legal status and potential risks shall be reduced to meet the best interest standard for ART children. In the context of posthumous reproduction where the most obvious feature is the biological father's absence in the resulting child's life, this article would urge a more cautious policy for legislation. It is true that unmarried parents and single parents could be nurturing and loving. In fact, empirical studies prove that children in single parent families demonstrate no perceivable difference in their characters and wellbeing, compared to those in heterosexual two-parent families<sup>82</sup>. Nonetheless, that a posthumously conceived child by an unmarried woman must undergo paternal lawsuits to ascertain legal parentage and estate issues, in addition to the facts that lawsuits are sometimes unpredictable and always time-consuming cause this article to support the limitation of access to posthumous reproduction for married couples only. Furthermore, this article suggests that children conceived in this manner should directly have the birth mother's and the deceased father's name written on the birth certificate without the need to go through paternity lawsuits. Once legal parentage is established through legislation, it is not necessary for the deceased to provide for the resulting child in his will, because the Taiwan Civil Code features a detailed intestacy system that serves as a default for the distribution of property after death.

## **B. Striking a Balance among Competing Interests**

Although granting the posthumously conceived child legal rights on issues of parentage and probate promotes the child's best interests, there are competing interests that require due attention. Keeping the man's estate open to give the child the opportunity to be conceived and born may interrupt the interests of the state to ascertain the status of estates, frustrate the deceased man's debtors' collection of the amount owed, and suspend other existing heirs' rights to inheritance. In order for the probate system to operate properly, the probate court must close estates within a reasonable period of time<sup>83</sup>. To address these concerns, some US jurisdictions have placed time restrictions on the birth of posthumously conceived children seeking to inherit from their fathers<sup>84</sup>. For example, in Louisiana, in order to inherit, the posthumously conceived child must be born within three years of the death of his or her father<sup>85</sup>. According to the California's statutes, the child has to be conceived

---

<sup>82</sup> Louie Burghes, *Debate on Disruption: What Happens to the Children of Lone Parents?*, in GOOD ENOUGH MOTHERING? FEMINIST PERSPECTIVES ON LONE MOTHERING 157, 157 (Elizabeth Bortolaia Silva eds., 1996).

<sup>83</sup> *Fazilat v. Feldstein*, 848 A.2d 761, 766 (N.J. 2004).

<sup>84</sup> E.g., CAL. PROB. CODE § 249.5(c) (West 2008) & La. Rev. Stat. Ann. §9:391(A) (2011).

<sup>85</sup> La. Rev. Stat. Ann. §9:391(A) (2011).

within two years of the father's death<sup>86</sup>. In order for the surviving wife to reach an informed and autonomous decision on posthumous reproduction, the hardship and period of grieving confronts the surviving wife must be considered. In addition, several cycles of treatment may be needed before a successful conception is achieved. This article thus proposes a two years restriction for conception of the resulting child, beginning from the death of the father in order to strike a balance among the interests of the resulting child, the state, debtors and existing heirs.

As for the posthumously conceived children who do not fit into the lawful category specified in this article, their legal status will be determined by Taiwan Civil Code. These children may be born by mothers who are not married to the deceased biological father, or whose father failed to leave a written consent, or who are conceived two years after the father's death. According to Article 1067 of Taiwan Civil Code, where there is sufficient evidence to prove biological connection between the man and the child born out of wedlock, a petition can be sought for paternal acknowledgement so as to establish legal paternity<sup>87</sup>. This petition can even be filed after the biological father's death against the father's existing heirs<sup>88</sup>. The original purpose for such legislation in 2007 is based upon the notion of children's best interests, because although the father is deceased, a successful petition can give the child a status of legitimacy and the opportunities to inherit the late father's property. It should be noted, however, that the property already distributed and received by the existing heirs will not be affected thereby<sup>89</sup>.

## V. Conclusion

This article discusses conditions that should be satisfied before posthumous reproduction is permitted by the law. Given the fact that reproductive medicine evolves rapidly, the law is expected to keep pace with technologies. As long as the possibility exists for conceiving a child after death, the legislatures must take steps to ensure the procreational autonomy of the parents and to address the rights of the resulting child. In order to establish a comprehensive framework of regulation, any system put in place must balance the interests of the state, the decedent, the surviving spouse, the resulting child, debtors and existing heirs.

Since posthumous reproduction is far from a normal way of procreation and its

---

<sup>86</sup> CAL. PROB. CODE § 249.5(c) (West 2008).

<sup>87</sup> Minfa [Civil Code], art. 1067, para. 1 (Taiwan).

<sup>88</sup> Minfa [Civil Code], art. 1067, para. 2 (Taiwan).

<sup>89</sup> Minfa [Civil Code], art. 1069 (Taiwan).

significant implications to all parties involved, this article adopts the pro-restrictive approach of regulation. First of all, a written consent to posthumous reproduction is required from the deceased father to ensure his intention, which is consistent with the requirement of other types of ART.

Next, considering the impact of pregnancy and child-rearing to a lone parent, the surviving wife must undergo consultation so as to receive medical and legal advices, as well as psychological counseling. Only when the surviving wife is duly informed of the risks and the alternatives of posthumous reproduction after a certain period of time can she be able make an autonomous choice. Although the requirement of such consultation may be integrated into the Act, the establishment of such system is far from easy. This article, therefore, emphasizes referral and collaboration among professionals of reproductive medicine, psychology and law.

Thirdly, the posthumously conceived child whose parents fulfilled the above requirement shall be given legal status of a marital child who may righteously claim a share of the late father's property. This article further indicates that the interests of the state, the existing heirs and debtors shall not be overlooked and therefore proposes a two year restriction for conceiving such a child. It will be necessary to amend the Act and the intestacy law in Civil Code to be compatible with each other in the overall Taiwanese probating system.

# 國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2012/11/14

國科會補助計畫	計畫名稱: 人工助孕科技下的女性生育自主: 性別正義、科技發展、與法律規範
	計畫主持人: 林昀嫻
	計畫編號: 100-2629-H-007-002- 學門領域: 性別研究
無研發成果推廣資料	

100 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：林昀嫻		計畫編號：100-2629-H-007-002-					
計畫名稱：人工助孕科技下的女性生育自主：性別正義、科技發展、與法律規範							
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	0	0	0%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	0%		
		研討會論文	2	1	100%		
		專書	2	1	100%		
	專利	申請中件數	0	0	0%	件	
		已獲得件數	0	0	0%		
	技術移轉	件數	0	0	0%	件	
		權利金	0	0	0%	千元	
	參與計畫人力 （本國籍）	碩士生	2	2	100%	人次	
		博士生	0	0	0%		
		博士後研究員	0	0	0%		
		專任助理	0	0	0%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	0%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	0%		
		研討會論文	3	2	100%		
		專書	0	0	0%		章/本
	專利	申請中件數	0	0	0%	件	
		已獲得件數	0	0	0%		
	技術移轉	件數	0	0	0%	件	
		權利金	0	0	0%	千元	
	參與計畫人力 （外國籍）	碩士生	2	2	100%	人次	
		博士生	0	0	0%		
		博士後研究員	0	0	0%		
		專任助理	0	0	0%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>無</p>
--	----------

科 教 處 計 畫 加 填 項 目	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

# 國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

## 1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

## 2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表  未發表之文稿  撰寫中  無

專利： 已獲得  申請中  無

技轉： 已技轉  洽談中  無

其他：（以 100 字為限）

## 3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

在本研究計畫執行過程中，計畫主持人曾參加 2012 年第八屆東亞法哲學研討會、夏威夷大學 Rainbow Rising 國際研討會、第九屆 Asian Law Institute Annual Conference、第十三屆亞洲生命倫理大會等多場重要國際會議並發表論文，也藉此些國際會議與各國法學、生命倫理學、性別研究等學科研究者交流意見，對他國有關人工助孕科技及女性生育自主的法律規範和政策方針都有更多瞭解。計畫主持也藉此些觀照他山之石之機，對已於會議中發表的論文進行對照和修正，並在論文全文完成以後，選擇適合該文主題之國內外著名期刊投稿。

目前本計畫投稿之論文已有數篇被列入相關專書，或被重要期刊接受且即將刊登。其中《產檢科技與身心障礙歧視：從生命倫理觀點出發》一文已收錄於中央研究院歐美研究所出版、洪德欽主編之「歐盟與美國生物科技政策」中，另有《配子捐贈者身分之揭露或保密》已被中央研究院法律所之「2011 科技發展與法律規範雙年刊」接受，即將刊登。執行成果堪稱豐碩。