

從「人工生殖法」的適用主體 談生育自由的雙面性格

邱文聰*

科技的發展自啓蒙以降屢屢帶來人類從自然之桎梏中自我解放的契機。血腥的大自然牙爪 (red in tooth and claw) 從未悲憫，¹ 卻阻擋不了人類發明盤尼西林以治療細菌性感染，滅絕天花，克服早產的高死亡率，戴上眼鏡矯正視力。改變現狀以適應滿足人類自身在特定社會情境中的生存需(慾)求 (need/desire)，向來就是科技發展前進的驅動力。

壹、人工生殖助孕科技的兩種 改變現狀潛能

人工生殖助孕科技 (assisted re-

productive technology, ART)² 也具有「改變現狀」以滿足生存需(慾)求的潛能，而此種現狀之改變至少具有以下兩種不同層次的意涵。在第一個層次，雖然並非所有的助孕科技都會在個人生理上「治療不孕」，但所有的助孕科技卻都是用來「解決」某些個人在特定社會情境中的「無子問題」，³ 因此不論是人工受精 (artificial insemination)、一般體外受精 (in-vitro fertilization, IVF) 或卵細胞質內精子顯微注射術 (intracytoplasmic sperm injection, ICSI) 等科技，無一不是在協助個人去改變並克服大自然之現實，於特定社會處境下對個人生存需(慾)求之滿足造成

* 中央研究院法律學研究所籌備處助研究員，美國維吉尼亞大學法學博士。

¹ Alfred Tennyson, In Memoriam: Authoritative Text: Criticism 41 (Erik Gray ed., New York: W. W. Norton, 2nd ed. 2004) ("Who trusted God was love indeed. And love Creation's final law — Tho' Nature, red in tooth and claw. With ravine, shriek'd against his creed.")

² 依照 Michelle Stanworth 的分類，人工生殖科技可大別為節育科技、分娩科技、產前檢查科技與助孕科技四類，see Michelle Stanworth, *Reproductive Technologies and the Deconstruction of Motherhood*, in REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES: GENDER MOTHERHOOD AND MEDICINE 10-35 (Michelle Stanworth ed., Cambridge: Polity Press, 1987). 本文用語雖使用「人工生殖科技」，但主要以目前「人工生殖法」所規範的「助孕科技」為討論關切的核心。此外，目前「人工生殖法」「助孕科技」的規範對象並不包含涉及代理孕母的「代孕技術」，因此本文討論之「助孕科技」亦將限於非涉「代孕技術」的部分。

³ 雖然因生理障礙而導致不孕的並非都是女性，但助孕科技卻多半以婦女為施作對象，請參見吳嘉蓉，〈台灣的新生殖科技與性別政治，1950-2000〉，【台灣社會研究季刊】，第45期，2002年3月，20頁、28頁表一、40頁表二。

的阻礙。⁴ 在此之外，人工生殖助孕科技之「改變現狀」潛能的第二層意涵則是，因著助孕科技能打破由生理結構所給定的性別分工模式，並創造新的再生產模式以及此一模式下新的歷史主體，助孕科技做為一個獨立的「行動者」，⁵ 具有顛覆既有異性戀父權結構、帶出新的家庭型態以及親屬關係與身體觀的潛能。⁶

上述第一層意涵下的「改變現狀」，將現有的社會情境當作既定的參考點，並不特別挑戰特定社會情境對「無子問題」範圍的界定；助孕科技僅是被動地在此一範圍內，被用以改變現狀對個人所形成的限制。反之，第二層意涵的「改變現狀」，則著重助孕科技本身對社會結構的改造能力。但無論在哪个層次，掌握了人工生殖助孕科技的使用權，似乎也即掌握了人類社會演化的契機。

貳、生育自由的兩面性

然而，人工生殖之助孕科技存於社會，因此是否能盡其改變現狀之所能，

在相當程度內必須取決於社會所應允的科技活動空間與條件。在法的領域內，當前的社會系統是以「生育自由」(procreative liberty) 或「生育自主權」(reproductive autonomy) 此等規範性概念範圍的界定—亦即，「誰可以主張何種生育自由」，來進行人工生殖助孕科技在社會系統中之活動空間範圍的界定。一般的看法認為，「生育自由／自主權」之內涵即是決定生不生育，以及採取何種方式生育後代的選擇決定權。⁷ 此種選擇與決定對於個人在面對人生並探詢其人生究竟有何等價值意義之最根本問題的回答上，佔有核心的地位。⁸ John A. Robertson認為，「生育自由」是一種抵抗國家干預的「消極權利」(negative right)，雖然並不具有要求他人提供行使生育自由之必要資源或服務的「積極權利」(positive right) 性格，⁹ 但享有「生育自由」之個人卻可以依照自身對於宇宙、存在、生命奧秘為何的道德確信，選擇決定是否生育以及在何等條件下如何生育，以回應其自身對

⁴ 在此隱含著有關生理性身心缺陷(impairment)與社會性身心障礙(disability)二者的區別。

⁵ 將人與非人之物(當然包括科技)同時皆視為行動者的分析方法請參見 Bruno Latour, *Give Me a Laboratory and I will Raise the World*, in THE SCIENCE STUDIES READER 258-75 (Mario Biagioli ed., New York: Routledge, 1999) (1983).

⁶ 請參見吳嘉苓，前揭註3引文，5-8頁。

⁷ See JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE 22-23 (Princeton: Princeton Univ. Press, 1994); John Harris, *Rights and Reproductive Choice*, in THE FUTURE OF HUMAN REPRODUCTION 5, 36 (John Harris & Søren Holm eds., Oxford: Clarendon Press, 1998)。另李震山亦從「家庭權」角度論述生育自由，惟似乎較不易看出生育自由的「個人」屬性，請參見李震山，〈憲法意義下之「家庭權」〉，【中正法學集刊】，第16期，2004年，28-33頁。

⁸ See RONALD DWORKIN, LIFE'S DOMINION 160-68 (New York: Knopf, 1993).

⁹ ROBERTSON, *supra note 7*, at 23.

於此等問題的良知與道德信念。同時，也由於生育決定在個人主體性之完整上所具有的重要性，使得任何對於生育自由的限制僅能出於保障極重要利益的理由，方具有正當性。¹⁰

此種作為「消極權利」的「生育自由／自主權」當屬於 Isaiah Berlin 所稱之「消極自由」(negative liberty)，僅強調對自由之外在限制的彙除，而不對自由所欲追求或實現之實質目的做任何的設定與安排，¹¹ 此乃出於國家對於價值選擇問題應維持中立的原則 (state neutrality)。因此，從理論上看來，個人倘若被賦予完全的「生育自由／自主權」，即應能充分利用人工生殖助孕科技的「改變現狀」潛能，不僅在既有社會情境所劃定的「無子問題」範疇下，改變受桎梏的現狀，也可以將助孕科技用來更基進地改變異性戀父權體制所定義的「生育」意涵，以及其所劃定可正當援用助孕科技來解決「無子問題」的範疇。然而弔詭的是，「生育自由」在 2007 年 3 月 21 日所公布之「人工生殖法」的界定下，卻被設定成僅具有鞏固與強化既有社會體制的功能。「生育自由」作為「消極自由」原所應具有的多元價值實現的可允許性與對既有社會體制的

批判性功能已然消失，並悄悄轉化為一種伺服於特定目的實現的「積極自由」(positive liberty)。

參、夾帶隱藏異性戀婚姻價值觀的「正常物種機能」標準

依照現行「人工生殖法」第 11 條「夫妻符合下列各款情形者，醫療機構始得為其實施人工生殖」的規定，僅婚姻關係存續中之「夫妻」具有使用人工生殖助孕科技的適用主體資格，因此否定未婚（即使同居）之男女伴侶、單身女性、女同志伴侶可成為自由使用助孕科技的權利地位。¹² 此種限制性立法背後所恃的論理基礎，據立法者所信主要是以「人工生殖技術應以治療不孕為目的，而非作為創造生命之方法」，¹³ 因此，助孕性人工生殖的施行應以罹患「不孕症」而無法透過自然生殖懷孕之「夫妻」為限。¹⁴ 但此立法理由，語焉未詳，蓋即使僅針對已婚夫妻實施助孕性人工生殖，該等助孕科技仍無疑地是作為「創造生命之方法」。

實則，此一限制立法應係援引「正常物種機能」(normal species functioning) 的概念做為判準，亦即以偏離「正常物種

¹⁰ See *id.* at 24.

¹¹ ISAIAH BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in *LIBERTY: INCORPORATING FOUR ESSAYS ON LIBERTY* 166-170 (Henry Hardy ed., Oxford: Oxford Univ. Press, 2002)(1958).

¹² 單身男性或男同志伴侶的生育自由在現階段科技條件下仍必然涉及子宮代孕的問題，因而自始即排除在本法規範的範疇之外。另請參見前揭註 2 之說明。

¹³ 請參見行政院衛生署，〈人工生殖法草案總說明〉，立法院第 6 屆第 2 會期第 1 次會議議案關係文書。

¹⁴ 請參見，蘇淑貞，〈談「人工生殖法」〉，【律師雜誌】，第 318 期，2006 年 3 月，30-31 頁。

機能」之生理性缺陷 (impairment) 的存在，做為施行助孕性人工生殖的前提。換言之，人工生殖助孕科技主要在協助個人回復到「正常物種機能」所能發揮的極限，並不在於達成「正常物種機能」本身所無法達成的任務。因此，單身女性或女同志伴侶無法進行生育既非出於「不孕症」的生理性缺陷，自然沒有理由可將人工生殖助孕科技當作創造生命之方法。

然而，就目前國內醫學將不孕定義為「結婚一年以上規律地無避孕性生活一年或更久仍未能懷孕」看來，¹⁵「不孕症」雖包覆著生物醫學的客觀性外衣，實則卻是特定社會制度——異性戀婚姻——下的構作產物。亦即，被定義（建構）成生理性「不孕症」的，只有在符合此一社會制度情境下所出現的「無子問題」；其他社會情境下的「無子問題」則一律在人工生殖助孕科技之可使用範疇的討論上被邊緣化與去議題化。現行人工生殖法藉由「不孕症」之概念包裹既定社會制度，進而將「生育自由」轉變為鞏固與強化此種社會制度的論述策略，可由以下幾點線索加以耙梳：

首先，顯而易見的是，將未婚伴侶的「無子問題」排除於可使用人工生殖助孕科技之「不孕症」定義之外，與任何的「正常物種機能」無涉，而與異性戀婚姻制度直接相關。

其次，「生育自由」原屬個人之權

利，「不孕症」卻以特定社會情境下之「組合」（「異性戀婚姻關係」中之「夫妻」）做為罹患疾病的單位，與「生育自由」做為「個人」權利之屬性，存在一些緊張關係。同一人在不同的關係「組合」中可能處於罹病與不罹病的不同處境，亦即，一個具有「正常物種機能」之人在某一社會情境中可能正常懷孕，卻很可能在另一社會情境中被認定屬於罹患「不孕症」之「組合」。那麼如果一個生育機能正常的「個體」在某種社會情境下的「無子問題」可以使用人工生殖助孕科技，究竟依據什麼標準來判定此一「個體」在另一種社會情境下的「無子問題」即不能正當使用人工生殖助孕科技？社會情境的選定既與「不孕症」之判定有極大之關聯，也實質影響到「個人」在現行法下能否使用人工生殖助孕科技的「生育自由」。

人類是一種生存於自然與人類自我構做之社會所共同形塑之整體環境中的動物，本不存在一種可全然獨立於社會情境的「正常物種機能」。「正常物種機能」必然是交雜著特定社會情境與特定生物性條件而組成。以「閱讀障礙」(developmental dyslexia)¹⁶為例，在無需文字的狩獵採集社會，閱讀既非社會情境之所需，根本也不會被認為是一種人類應具備的「正常物種機能」，無法閱讀即非「正常物種機能」之欠缺 (impairment)。只有當文字的發明使得閱讀成為特定社會情境所需時，無法動員

¹⁵ 請參見台灣省家庭計畫研究所，【台灣地區家庭計畫與生育保健狀況調查報告】，1994年。

¹⁶ 「閱讀障礙」又稱「失讀症」，一般認為是導因於腦部處理文字能力的欠缺，但與智力並無必然之關聯。例如，愛因斯坦患有「閱讀障礙」卻有異於常人的智力。

腦部的某種處理能量才成為一種偏離「正常物種機能」的生理性缺陷，並在特定社會環境中（例如，未提供以「語音」進行溝通之方式的環境）成為社會生活的障礙（disability）。¹⁷

現行人工生殖法對於有關生育之「正常物種機能」的想定，除了「足夠精蟲數的生殖細胞、通暢的精索、勃起插入射精、健全的輸卵管、健康卵子、成功著床」等生物性條件外，也預設了異性戀婚姻與插入式性交的社會情境。然而倘若先將此一社會情境置於括號存而不論後，從個人的角度而言，為達成生育之目的所牽涉動員的身體與生理資源，應只有「健康的生殖細胞」一項。在一個「不」預設異性戀婚姻與插入式性交的社會情境下，「不孕」可以只是「任何在生殖年齡中企圖生育之個人，無法藉由動員自身所具有的身體與生理資源，而成功達成生物演化意義下之生育目的」的情形，這當中可能包含求偶失敗而單身、同志關係的組合等原因造成。

肆、對限制性與差別待遇立法的檢驗

然而，指出現行人工生殖法背後獨厚異性戀已婚者的生育需求而否定他種社

會情境下的「無子問題」，並不同於論證人工生殖法不能或不應該獨厚異性戀社會制度下的情境想定。因此，在否定異性戀關係的優先性可直接建立在「正常物種機能」概念上之後，即有必要進一步探究並檢驗「把可以用人工生殖助孕科技解決『無子問題』的情形限於異性戀婚姻下之社會情境」的可能理由為何。

第一個支持人工生殖法獨厚異性戀婚姻制度的可能理由是，在現行民法體制未更動前，確保所生下小孩的婚生子女地位，以及附隨於婚生子女所享有的法律保障。問題是，法律既然未禁止異性戀者在婚姻制度外生育「非婚生子女」的可能性，「非婚生子女」的不利法律地位本身也即無法作為禁止未婚者或非異性戀者使用人工生殖助孕科技的理由。

第二個支持人工生殖法獨厚異性戀婚姻制度的可能理由是，從「未來子女最佳利益」(the best interests of the future child) 原則的角度思考，小孩生育於單親或女同志家庭中將對小孩產生不利影響。這個論據的理由看似正當合理，卻往往係建立在幾個錯誤的假設前提之上，這包括：小孩需要雙親、小孩需要父親、女同性戀者將對小孩之性別認同與性取向產生不良影響。¹⁸ 根據實證研究證據顯示不論

¹⁷ 有關 impairment 與 disability 的區別，see Christopher Boorse, *On the Distinction Between Disease and Illness*, 5 PHIL. PUB. AFF. 49, 50 (1975); NORMAN DANIELS, JUST HEALTH 29-30 (1985); ALLEN BUCHANAN ET AL., FROM CHANCE TO CHOICE 285-87 (New York: Cambridge Univ. Press, 2000).

¹⁸ See Kristen Walker, 1950s *Family Values vs. Human Rights: IVF, Donor Insemination and Sexuality in Victoria*, 14 PUB. L. REV. (Australia) 292 (2000).

是女同志家庭¹⁹或單親家庭²⁰相較於一般雙親家庭，對小孩的人格成長與生活福祉，普遍而言並未產生任何差異性的影響。²¹這也使得「未來子女最佳利益」的論據雖具有直覺的合理性，卻完全欠缺實證的基礎。事實上，某些異性戀雙親家庭對子女的身心發展造成不利的影響，但卻未見法律以保障「未來子女最佳利益」為由，禁止此等異性戀婚姻者使用人工生殖助孕科技。²²換言之，以同志家庭、單親家庭做為不符合「未來子女最佳利益」的替代指標(proxy)，顯然欠缺工具合理性，而形成嚴重的包含過廣(over-inclusive)與包含不足(under-inclusive)現象。

第三個支持人工生殖法獨厚異性戀婚姻制度的可能理由則是，異性戀婚姻不僅是先於憲法而深植於社會的制度(deeply rooted in the nation's his-

tory, legal traditions, and practices)，²³也是當前社會上多數人透過民主程序做成的道德選擇。²⁴然而，道德立法(moral legislation)在憲法之評價下雖非必然不可容許，²⁵但長久存在的社會制度與民主社會的多數決定本身也不當然就自動取得道德上的正當性，此間之判準應在於所立之道德法對吾人「包容之主體性」(flexible identity)究竟是否產生負面影響而定。人工生殖法獨厚異性戀婚姻者，並非僅牽涉非異性戀婚姻者「外在」行動自由或Dworkin所稱「行為許可自由」(liberty as license)的限制，²⁶該法藉由獨厚異性戀婚姻者所宣示的社會道德內涵，在現今的社會文化脈絡下，直接顯現為對非異性戀者的排拒與不容忍。在欠缺防止對第三人造成傷害(harm to others)的具體理由下，這樣的道德立法，

¹⁹ See Henny M.W. Bos et al., *Experience of Parenthood, Couple Relationship, Social Support, and Child-Rearing Goals in Planned Lesbian Mother Families*, 45 (4) *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 755 - 764 (2004).

²⁰ Louie Burghes, *Debates on Disruption: What Happens to the Children of Lone Parents?*, in *GOOD ENOUGH MOTHERING? FEMINIST PERSPECTIVES ON LONE MOTHERING* 157 (Elizabeth Bortolaia Silva ed., New York: Routledge, 1996).

²¹ 對單親家庭的相同論點請參見侯英冷，〈從「子女最佳利益」原則檢視人工生殖法草案〉，【律師雜誌】，第318期，2006年3月，21頁。

²² See Kristen Walker, *Should There be Limits on Who May Access Assisted Reproductive Services? A Legal Perspective*, in *THE REGULATION OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY* 123-128-29 (Jennifer Gunning & Helen Szoke eds., Burlington: Ashgate, 2003).

²³ 有關婚姻與家庭的制度性保障請參見李震山，前揭註7引文，66-77頁。

²⁴ 類似的論據當以大法官釋字第617號解釋以保障「社會多數人之性道德情感及社會風化」為由，認定刑法第235條第1項散布、播送販賣製造猥褻物品罪的合憲性，為明顯之例。

²⁵ 舉例而言，要求在實施墮胎前應先進行諮商使對生命神聖性進行慎重思辯的制度，即是一種崇尚生命神聖性的道德立法。此一制度的憲法可容許性請參見DWORKIN, *supra note 8*, at 151-154, 160-68.

²⁶ RONALD DWORKIN, *Liberty and Liberalism*, in *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 259, 262 (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1977).

顯然不具有正當性。

伍、反歧視的走向

事實上，美國自1940年代起至1970年代止發展出全面以「生育自由」取代二十世紀初嚴格管制生殖決定的公衛模式後，²⁷對於1980年代開始在美國社會蓬勃發展的人工生殖助孕科技，即採取低度控管的態度。大多數的管制僅以提供人工生殖助孕科技的醫療機構的設施與服務內容為規範對象，²⁸卻從未在使用人工生殖助孕科技的主體資格上做出限制，光在1987年概估即有八百至一千萬名小孩為同志家庭所養育，²⁹這其中雖然有大一部份係由之前的異性戀關係所生，但有越來越多的同志家庭在同性戀關係中藉由人工生殖助孕科技而生育子女。世界上其他國家早期雖亦有類似「人工生殖法」第11條規定的相關立法，但近來也受到嚴厲挑戰。

澳洲雖未在聯邦的層級直接規定人工生殖助孕技術的適用主體，但維多利亞州在1995年則通過「不孕治療法」(Infertility Treatment Act)，當中第8條規定婦女必須已婚並與其丈夫在真

實的婚姻基礎上同居，或者與其男性伴侶處於事實上婚姻關係的同居狀態中，始具有接受不孕治療的資格。³⁰本法之合(聯邦)法性在2000年受到提供不孕治療之醫生的挑戰，原告醫生所持的理由是1984年聯邦的「性別歧視法」(Commonwealth Sex Discrimination Act)第22條，禁止以個人之婚姻狀態做為拒絕對其提供服務的理由。原告擬對一單身婦女進行不孕治療，乃請求法院宣告州法因牴觸聯邦法律而無效。相對於原告的主張，天主教會在本案中提出法庭之友鑑定意見(amicus brief)，認為包括「兒童權利宣言」(Declaration of the Rights of the Child)等國際條約在內的多個法源，皆肯認小孩認識且由不同性別之雙親共同養育的重要性。本案最後經澳洲聯邦法院(Federal Court of Australia)審理，法官最後以州法違反聯邦反歧視法律為由，宣告州法應停止適用。³¹

英國1990年所制訂的「人類受孕與胚胎形成法」(Human Fertilisation and Embryology Act of 1990)雖未如我國「人工生殖法」第11條或前述維多利亞「不孕治療法」第8條直接以婦女之婚姻狀

²⁷ See DIANE B. PAUL, CONTROLLING HUMAN HEREDITY: 1865 TO THE PRESENT, 129 (Atlantic Highlands, NJ: Humanities Press International, 1995).

²⁸ 例如 Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992, 42 U.S.C.A. §§ 263a-1~7 (2002).

²⁹ See WILLIAM RUBENSTEIN ED., LESBIAN GAY MEN, AND THE LAW 474 (1993).

³⁰ Victorian Infertility Treatment Act of 1995, §8(1).

³¹ McBain v. Victoria (2000) 99 FCR 116. 但即便如此，在本案之後維多利亞仍繼續維持不孕治療僅提供予臨床不孕症婦女的規定。亦即雖然未婚且罹患生理不孕缺陷者可以接受不孕治療，但其他未婚女性仍不能接受包括捐精人工受精(DI)在內的不孕治療。

態做為使用人工生殖助孕科技的主體資格，而是在該法第13條第5項規定施行助孕性人工生殖前必須考慮包括「需求父親」在內的子女福祉（the welfare of any child including the need of that child for a father），以做為決定是否應施行人工生殖的依據，除此之外該法並不以診斷罹患生理性不孕作為接受人工生殖助孕科技的前提。本條在表面上看來較諸直接以婚姻狀態做為適用資格的立法例更具彈性，並未將任何特定類別的婦女直接排除於人工生殖助孕科技的適用範圍之外，但實際運作的結果，卻往往仍傾向於排斥單身與同性戀者。此一現象在2000年施行的「人權法」（Human Rights Act of 1998）進一步將「歐洲人權暨自由公約」（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）中禁止歧視的要求，具體化為可在國內法院訴訟主張的權利後，已逐漸發生一些改變。³²

陸、未竟的解放承諾？

人工生殖助孕科技的兩種改變現狀潛能在現行「人工生殖法」限制性的適用主體資格規定下，受到不對稱的壓抑，使得人工生殖助孕科技究竟是一種解放還是一種壓迫的爭論，再次浮上台面。

一方面，「不孕夫妻」藉由人工生殖助孕科技的協助，使其完備家庭成員組成並透過生育以延續其生命的生存需（慾）求獲得滿足。在這層意義上，人工生殖助孕科技當然帶來了解放。然而，另一方面，非異性戀者卻無法獲得人工生殖助孕科技的協助，尋求相同的生存需（慾）求滿足，³³反而受制於異性戀夫妻在人工生殖過程中所鞏固強化之異性戀婚姻制度的束縛。在這層意義上，人工生殖助孕科技僅複製了既有的社會桎梏，並帶來了更多的壓迫。

倘若要回復人工生殖助孕科技的完整解放能量，即必須要完整回復生育自由做為一種「消極自由」的批判性功能，亦即必須承認非異性戀者、未婚者的生育自由，使之在這個基礎上尋求相對的目的多元可能性。也唯有在這樣的基礎上，人工生殖助孕科技所創造的新的歷史主體，才有可能帶領吾人邁向一個更寬容的社會合作體制。

³² See Eric Blyth, *Fertility Rights: Will the UK's Human Rights Act Make Any Difference to Access to Assisted Conception Treatment?*, in *THE REGULATION OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY*, *supra* note 22, at 151, 156.

³³ 根據實證研究同志與異性戀者對於生育的慾求並無二致，see Henny M.W. Bos et al., *Planned Lesbian Families: Their Desire and Motivation to Have Children*, 18(10) *HUMAN REPRODUCTION* 2216-2224 (2003).