

從人權保障的觀點審視人工生殖法制 所面對的難題*

— 兼論幾則歐洲人權法院的判決

戴瑀如**

目 次

壹、前言	一、透過人工生殖建立親子關係的可能性
一、問題的源起	二、人工生殖子女在親屬法上之親子關係
二、生殖科技的國際化	三、評析
三、以人權保障角度介入內國人工生殖法規範之可能性？	參、結語
貳、人工生殖科技在親子關係所衍生的法律議題	

* 投稿日：2011年3月16日；接受刊登日：2011年9月7日。〔責任校對：蔡秉錡、楊大維〕。

** 國立臺北大學法律學院法律學系副教授。

摘 要

人工生殖科技發展對社會以及法制所帶來的衝擊，各國皆有其因應的對策。然而因為其中的差異，在全球化的今日，造成諸多問題。本文藉由歐洲人權法院在此一領域中的相關判決，試圖指出在傳統內國法對於人工生殖的規範方式可能有所不足之處，特別是對於何種人工生殖方式可被認定是合法的爭議，嘗試提出更深入的論證。尤其該注意的是，各國在此一領域的立法，不應再以抽象模糊的理由為基礎，而是應該對可能侵害人民生殖權利的管制措施提出具體的論證，尤其是比例原則的嚴格適用，方不致對於人民的基本權利造成過度的限制，甚至是侵害。

關鍵詞：生殖科技、生育權、子女知悉生父母權利、捐贈精卵者隱私權。

The Examination of Assisted Reproductive Technology Legislations from the Human Rights Perspective

*Yu-Zu Tai**

Abstract

The advent of assisted reproductive technologies (ARTs) has imposed great impacts on societies and legal systems. Facing the new legal challenges, countries have adopted different strategies and legislations to regulate ARTs. However, different ARTs legislations between countries have caused more problems. After examining some of the decisions issued by the European Court of Human Rights in regard to ARTs, this article then argues that the current domestic regulations might be insufficient to cope with legal issues arising from the use of ARTs. This article therefore proposes that the ARTs legislations, including varied ARTs' legitimacy, should be established on the basis of concrete and valid theoretical bases, such as the principle of proportionality, rather than abstract and ambiguous rationales. In other words, whether the ARTs legislations disproportionately and unjustifiably restrict individuals' basic human rights should be carefully articulated.

* Associate Professor, Department of Law, College of Law, National Taipei University.

KEYWORDS: assisted reproductive technologies, reproduce rights, right to know parental identity, privacy of donors.

壹、前言

一、問題的源起

英國生殖醫學家羅伯特·愛德華(Robert G. Edwards)於公元1950年代即開始研究體外人工生殖技術，致力於使卵子於人體外藉由試管與精子結合，再將受精卵植回母體內，而得以分娩胎兒。在1978年首位經由體外人工生殖的子女出生後，更在臨床醫學上開創了新興的領域。此科技上的新發展，一方面帶給許多不孕夫妻希望，但另一方面卻也產生對於倫理道德的疑慮：當人類介入了原本自然之生殖過程，使得生殖可透過人為操縱之後，即可能產生許多不可預測的結果，包括以基因篩選胎兒、代理孕母的出現，或是因製造多餘胚胎可否消滅所產生的種種倫理問題。縱使如此，他所研究的成果仍然被視為醫學界的里程碑，而終在半世紀之後，於2010年獲得諾貝爾醫學獎的肯定，而在這段期間中，世界上也有將近400萬個人工生殖子女誕生¹。

於諾貝爾獎頒辭中指出，「不孕不僅是一個醫學問題，也帶來精神創傷。愛德華治療的不只是人們的身體，也治癒他們的心」。然而在透過人工生殖技術治療不孕夫妻的身心之外，卻必須正視，人工生殖技術不僅僅是治療不孕疾病的醫療處方，如同對抗癌症的新藥一般，讓患者的自身功能恢復健康，卻也同時經由該技術，介入生殖的過程，而創造一個新生命。此外，這個新生命的誕生除了基於不孕夫妻的意願之外，有時視情況的不同，尚須其他第三人的協力，包括捐贈精卵者，甚或代理孕母。因此，體外人工生殖技術就不純然是醫療問題，其不僅在於使已現存的人類恢復健康，卻更是憑藉著包括夫妻以外的各種外力協助，使一原本不存在的人類出

1 魏國金編譯、湯佳玲報導，試管嬰兒之父 獲諾貝爾醫學獎，自由時報，2010年10月5日，<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/oct/5/today-life6.htm>（最後瀏覽日：2010年12月3日）。

生，而伴隨生殖所產生的親子關係，也直接觸碰各國對於婚姻家庭所預設的制度性保障。是以，此一醫學上所開放的新技術，不可避免的同時引發了法律層面的考量，包括施術的對象，是否僅限於不孕夫妻？其他未經結婚之異性伴侶或同性伴侶，甚或單身女子，可否也有請求進行人工生殖手術的可能？又藉由生殖科技所出生之子女，是否得以一個權利主體被看待？因使用此技術而直接對之產生影響的其他第三者，包括捐精捐卵者，以及代理孕母等，其權益是否有被顧及？這些問題，都尚待釐清。

基於以上所述，在體外人工生殖技術所具有的特殊性下，各國受其傳統文化或價值觀的約束，不一定能對之無條件的予以開放，而被迫必須對該體外人工生殖技術應於何種條件下方能合法施行，作出回應，同時，亦使得與人工生殖科技相關的法律領域也應運而生。

立法者面對以上的挑戰，在建立與人工生殖相關的法律制度時，至少必須要回答兩個問題：第一，可否、以及在何種條件之下，可以允許採用人工生殖科技？其二則是，在使用人工生殖方式而出生的小孩，其親子關係應該如何歸屬？前者將涉及所謂父母生育權的爭議，後者則在立法明定親子關係如何歸屬之後，勢必衍生出該子女是否有權知悉其真正血緣的疑問。若是要對人工生殖科技法制化有整體性的了解，對於以上兩個問題的討論則是缺一不可，本文也因此將這兩個議題作為立足點，展開論述。

二、生殖科技的國際化

與人工生殖科技相關的法領域，與其他傳統法學領域不同的是，其無可避免會受到國際化的影響。一來，生殖科技的技術不僅屬於一國的專利，也是各國在醫學上競相發展的項目，因此一旦技術純熟之後，隨之面臨可否運用的問題。而在各國採取不同管制措施的情況下，加上至國外進行手術的可能性，更加深內國法對於人

工生殖科技管制的困難度。以歐洲各國為例，由於歷史文化或宗教觀念的差異性，對於人工生殖即採不同步調的規制措施，包括可合法施行人工生殖技術的態樣、施術對象與資格限制、施術要件、施術機構、胚胎的管制，對於可能涉及有關第三人之事項，各國規定亦不相同，諸如捐贈精卵者的條件、捐贈契約，甚或代理孕母的條件與代孕契約，以及人工生殖子女之法律地位等等。

惟在各國紛紛制定人工生殖法的同時，必須正視的是，內國法的規定乃無法杜絕對於人工生殖技術管制較為嚴格的國家，其人民為了達成生育子女的目的，而嘗試至管制較為鬆散的他國進行人工生殖手術，進而使已出生之人工生殖子女，依照內國法的規範，卻不一定能建立與受術夫妻法律上的親子地位，造成對該子女權益保護不周的可能性，也造成貫徹內國法規的困難性。然而，有鑑於此技術所涉及的倫理價值觀，又無法強迫各國採取統一的法政策，是以，相關法律問題在數十年的討論研究後，亦未能達成共識。

三、以人權保障角度介入內國人工生殖法規範之可能性？

(一) 人權保障的普世性

基本人權最早起源於英國，指的是作為一個人所應有的權利，而先於國家存在，又稱為原權，乃不分時、地、人，其效力具有普遍性與永久性。因此儘管世界各國因政治、文化、歷史等狀況不同，於適用程度上略有差異，但原權保障的國際化，早已為先進民主或文明國家所認同²，其除了內化為內國憲法保障之一環以外³，同時亦透過聯合國所制定的人權相關公約而受國際所保護⁴。是以，當內國法的規定有侵害人民於憲法所保障的基本權利時，則必

2 許育典，*人權、民主與法治——當人民遇到憲法*，頁49-50（2009年）。

3 我國憲法第7條至第22條明文列舉人民的各項基本人權，包括平等權、人身自由、言論自由、工作權、財產權等，甚至於第22條規定了概括的基本權條款。

4 Janusz Symonides 等著，楊雅婷譯，*人權的概念與標準*，序言，頁 xi（2009年）。

須由特定機關進行違憲審查，而宣告違憲。在所保障的人權內涵相去不遠的情況下，此使得各國在憲法對於侵害人權的法規，解釋上有趨於一致的可能。以我國身分法為例，即為貫徹男女平等原則，乃對於父權優先的條款（司法院釋字第365號解釋），或夫妻住所地的酌定（司法院釋字第452號解釋）等相關規定宣告違憲，而使得立法機構必須儘速修法，以除去該侵害平等權的法規，即與歐美諸國的發展相類似。

（二）公約對於內國身分法所產生的影響

內國法院對於其憲法所保障的基本權利，固然有解釋的可能性，並可在該基本權利與其他權利產生衝突之際，得以權衡輕重。更進一步，在特定的條件之下，對於內國人民而言，當其基本人權受到侵害，但窮盡國內救濟管道仍未獲得結果時，尚有機會依賴國際公約，而得到進一步的救濟。以下就影響身分法規定之重要公約加以說明：

1. 歐洲人權公約所發揮的效力

歐洲各國致力於政治經濟的同盟後，由於地域的相近性，為進一步追求法律的統合，乃藉由國際公約的簽署，設立許多機構，以達成該目標，其中最有成效的機構，首推歐洲人權法院，其以超國際的組織，提供給簽約國的人民，在其依歐洲人權公約所保障的權利受損時，於窮盡內國法院的救濟之下，得向該法院提起訴訟。其裁判結果雖不一定有拘束內國法院的效力，但仍至少課予該國政府賠償的義務，也使得內國政府為免賠償義務的龐大負擔，而紛紛修改內國法律，使得歐洲人權法院的裁判，間接地引導其簽約國就其內國法之規定，或立法方向漸趨於一致。

透過歐洲人權公約第8條之規定，「任何人有請求其私人與其家庭生活應受尊重的權利」，而讓歐洲人權法院在歐洲公民主張相關

身分法上的權利時，擁有介入內國親屬法規範的可能性⁵。該條又透過與同法第14條禁止歧視條款之結合，「對於公約所保障的權利，不得因個人之性別、種族、膚色、語言、宗教、黨派、屬於少數民族或弱勢團體、財產及其出身，而有差別待遇」，進而使得部分備受爭議的法律議題，也受到歐洲人權法院的關注，而家庭保護的範圍向外延伸，諸如同性伴侶可否收養子女⁶，或是生父對非婚生子女得否主張行使會面交往權的可能⁷，皆為著例。

2. 兒童權利公約所造成的影響

兒童權利公約為1989年由聯合國大會決議通過，旨在建立保護兒童的國際標準，防止兒童遭到忽視、剝削和虐待⁸。該公約將兒童視為權利的主體，並非父母的私有財產，相對地，父母或其他法定代理人，應於兒童行使權利的過程中，提供適當的方向與指引⁹。公約並指出兒童權利的四大原則，包括免受歧視的權利、以兒童最大福祉(the best interests of the child)為依歸、保障兒童生命、生存與發展權，以及對於兒童觀點的尊重¹⁰。至於公約所保障的兒童權利是多元的，有屬於公民、政治與文化的權利，如表意自由、受教權等；也有屬於社會與經濟的權利，如免於受經濟剝削的權利或享有社會安全制度的權利；或是享有應受保障的自然權利，諸如姓名權、取得國籍，以及知其父母的權利等¹¹。

5 戴瑀如，國家應否及如何介入子女親權與會面交往權之酌定，收於：顏厥安、林鈺雄編，*人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究(二)*，頁271以下（2008年）。

6 戴瑀如，歐洲收養法制的特殊問題，收於：顏厥安、林鈺雄編，*人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究(三)*，頁255-262（2010年）。

7 戴瑀如（註5），頁272-276。

8 蔡百銓，邁向人權國家——人權學18講，頁226（2007年）。

9 Janusz Symonides 等著，楊雅婷譯（註4），頁340-341。

10 對於此四大原則的進一步說明，此參照 Janusz Symonides 等著，楊雅婷譯（註4），頁346-347。

11 參照 Janusz Symonides 等著，楊雅婷譯（註4），頁342-346。

由於兒童權利公約乃屬於國際法的範疇，故依該公約第4條之規定，僅有締約國受有拘束，應採取適當之立法、行政與其他措施，以履行本公約所承認的權利，而使締約國負有責任，將公約條文轉化為內國法¹²。然而，正如同前述所言，人權的保障具有普世性，因此，我國雖非締約國，也因此正視兒童的權利，而在1993年修正兒童福利法時，參照兒童權利公約的規範，增列兒童最佳利益優先條款。而所謂「兒童最佳利益」的概念，也進而以「子女最佳利益」的型態，影響民法親屬編中與父母子女相關之規範^{13、14}。此外，兒童權利公約第7條有關兒童知其父母的權利，也反映在民法第1063條之修正上。首先法務部於民國90年10月至94年3月所研擬的民法親屬編部分條文之修正草案，於民法第1063條之修正說明中，即引用該公約之規定，兒童有儘可能知道誰是其父母之權利，而增列子女為提起否認之訴之訴權人¹⁵。其後，民國93年作成之司法院釋字第587號解釋亦於其理由書中，認為子女有獲知其血統來源之權利，為兒童權利公約第7條第1項所揭櫫之原則，因此確定其真實父子身分關係，乃攸關子女的人格權，應受憲法保障¹⁶，對於將子女排除於婚生否認之訴權人外，為有害其知悉血統來源，實有違憲之虞。於是立法院在2007年，乃參酌該號解釋意旨，通過法務部

12 Janusz Symonides 等著，楊雅婷譯（註4），頁351、356。

13 施慧玲，論我國民法親屬編之修正方向與立法原則——由二十世紀的成果展望二十一世紀的藍圖，收於：家庭、法律、福利國家——現代親屬身分法論文集，頁97（2001年）。

14 1996年修正民法第1055條、第1089條，首度以子女最佳利益原則作為法院判定離婚後由父或母行使對子女親權之依據，以及父母對於未成年子女重大事項權利不一致時，得請求法院依子女最佳利益酌定之。其後，復於2007年增訂第1079條之1，與第1081條第2項，法院為未成年人被收養之認可時，或宣告終止收養關係時，應依養子女最佳利益為之。

15 請參照法務部，民法親屬編部分條文修正草案總說明，頁7。

16 參照司法院釋字第587號解釋文。關於兒童權利公約與司法院釋字第587號的關係，請參照吳煜宗，兒童權利公約對於台灣親子法的影響——再訪子女知其出自的權利與釋字第五八七號解釋，婦女及兒童權利保障與國際法研討會，輔仁大學若望保祿二世和平對話研究中心、台灣國際法學會主辦（2010年11月27日）。

原修正之草案，於民法第1063條中增列子女為婚生否認之訴之訴權人¹⁷。由此可見，具有普世性的人權公約，其內容仍有影響非公約成員國之內國實體法規定之可能。

(三) 人工生殖技術所涉及的基本人權

1. 不孕夫妻的生育權

經由人工生殖科技所直接影響的當事人，有不孕夫妻與藉此技術出生的子女。對於不孕夫妻而言，因為生殖器官的病變，而影響自然生育能力，無法擁有自己的子女，因此一旦因為醫學技術發展，使得不孕夫妻得以藉助人工生殖技術，而生育子女時，我們即必須面臨如下的提問：不孕夫妻是否有主張請求使用該技術的權利，即基於平等原則而享有之生育權。然而，在人工生殖技術中，針對必須將精卵由體內取出並於試管進行結合的過程，卻同樣帶來對於其他權利保護的必要性，即胚胎的生命權保護。此外，也擔憂開放此技術之後，對於胚胎有進行各種實驗的可能，而造成難以控制與預料的後果，同時也有碰觸內國法宗教規範底線等種種疑慮。因此，對於如此備受爭議的法律議題，涉及多數價值的取捨與不同權利的衝突，歐洲人權法院以往皆持較為中立的態度，而認為應尊重內國法之決定。

惟人工生殖技術在使用上有多種不同的方式，並非所有類型皆會產生巨大的權利衝突，再加上不孕夫妻的數目，因其生活中種種主客觀因素影響而持續增加，更加强其生育權受保護的強度，進而使得歐洲人權法院在近年來，以若干判決，表達其立場。其主要乃針對不孕夫妻的生育權，首先承認不孕夫妻於符合一定條件下，應有使用該技術生育子女的權利，其次，亦對於內國法禁止特定類型之人工生殖，則認有違反歐洲人權公約第8條家庭權，與第14條平

¹⁷ 民法第1063條之修正理由，請參照立法院法律系統，<http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/reason2/0451396050400.htm>（最後瀏覽日：2011年7月11日）。

等權之虞。如此使得簽約的歐洲各國，在人工生殖技術的管制措施上，透過歐洲人權法院的裁判，無可避免地直接或間接受到一定之限制。是以，本文的第一部分，將以歐洲人權法院的裁判為基礎，檢討不孕夫妻生育權應受保障的界線與標準。

2. 人工生殖子女之法定親子關係與知悉血統來源的權利

對於人工生殖子女而言，與其權益最為相關的，首當其衝的即是其在法律上的親子地位應如何認定的問題。出生的胎兒需要被照料，而被賦予此天職的為其父母，也因此透過法律強化父母對子女的保護教養責任。所以，胎兒一出生即應有法律上的父母親。然而在既有的法律制度下，對於親子關係的認定乃以傳統的生殖方式為主，意即當精卵結合僅能在母體內完成時，卵子既於母體內形成，又無法與子宮分離，因此對於子女之生母，皆認定「分娩者為母」的自然法則，而無需以法律特別規制，法律僅需要對進入母體精子的來源，即子女的生父，以婚生推定的制度加以確定，再以婚生否認之訴，對於反於血統真實的父子關係推定，予以救濟。

此在體外人工生殖技術打破卵子與子宮不可分離性的原則後，使得現行親屬法對於父母子女身分關係的規定，無法涵蓋所有因人工生殖所出生之子女，而對其有保護不周的地方。再加上近年來對於人格權的保障日益重視，子女的血緣認知權也透過兒童權利公約提升其保護的層次，惟相較於以自然生育方式出生之子女，對於落實人工生殖子女的血緣認知權勢必會更加困難，主要原因在於此處尚涉及其血緣上父或母的隱私權，亦即此時必須在子女的人格權與捐贈精卵者應予以匿名保護的利益中，加以權衡。歐洲各國針對此部分的應變之道，或於親屬法中為補充規定，如德國；或另立人工生殖法加以規範，如奧地利；或加以漠視不予規定，如芬蘭。是以，本文的第二部分，將以各國的相關規定為基礎，檢視人工生殖子女的權益是否享有足夠的保障，亦或其相關規範於未來亦有受到歐洲人權法院挑戰的可能性。

貳、人工生殖科技在親子關係所衍生的法律議題

人工生殖技術主要目的為以人工的方式協助不孕夫妻，使其得以生育子女。依照世界衛生組織的定義，所謂「不孕」乃指一對夫妻，超過2年為經常性的性行為，且未作任何避孕措施下仍未懷孕者¹⁸。此時，針對不孕夫妻其不孕的原因，即有下列幾種不同的方式，提供不孕夫妻進行人工生殖手術。

一、透過人工生殖建立親子關係的可能性

(一) 人工生殖技術的態樣

人工生殖技術在醫學上細分因受術夫妻於生殖能力上的障礙，而有各種不同的方式進行輔助，以下僅就人工生殖技術導致法律應加以管制的原因予以分類：

1. 體內人工生殖

(1) 同質體內人工生殖(Artifizielle Insemination)

對於受術夫無法正常射精的情形，可以此方式，將受術夫的精子以儀器注入受術妻的體內，與卵子結合成為受精卵。此種方式為最接近自然生殖的情形，然而此仍須由醫生將精子注入，因此不排除有錯植精子的可能。

(2) 異質體內人工生殖(Artifizielle Insemination durch Donor, AID)

對於受術夫無法產生精子的情形，則可以第三人捐贈的精子，依前述方式注入受術妻的體內，使其著床成為受精卵。

¹⁸ 參見世界衛生組織(WHO)網站，<http://www.who.int/topics/infertility/en/>（最後瀏覽日：2010年12月3日）。

2. 體外人工生殖(IVF)與胚胎植入(ET)

對於體內人工生殖無法發生效用時，只好將精卵細胞分別取出，不在受術妻的體內，而是在試管中結合成受精卵，之後再將之植入體內。在此則因精卵細胞的來源與植入受精卵對象的不同，又可分為下列幾種型態：

(1) 同質體外人工生殖

取出受術夫妻的精卵於試管內結合為受精卵之後，再植回受術妻的體內。

(2) 異質體外人工生殖

取出受術妻的卵子與第三人捐贈的精子，於試管內結合為受精卵後，再植回受術妻的體內；或是以第三人捐贈的卵子與受術夫的精子，於試管內結合為受精卵後，植回受術妻的體內。

(3) 代理孕母

將受術夫妻的精卵取出，於試管內結合為受精卵之後，植回代理孕母體內，而由代理孕母分娩。

(4) 候補孕母

候補孕母的卵子與受術夫的精子，於試管內結合為受精卵之後，再植回候補孕母的體內，由候補孕母分娩。

(二) 人工生殖技術所帶來的隱憂

1. 由胚胎角度所生之疑慮

此主要針對體外的人工生殖技術而言，一旦於體外進行精卵結合，則有可能會對胚胎產生危害。進而也產生對於胚胎進行篩選、改造的可能性。此外為使人工生殖技術成功，經常多製造的胚胎，

也面臨可否銷毀的問題。

2. 由人工生殖與受術夫妻的血緣連繫考量

當精卵細胞來自於第三人之捐贈，或植入第三人之體內，由其代為分娩，皆會造成人工生殖子女血緣上與受術夫妻或法律上的父母不相吻合的情形，產生是否有適用婚生否認之訴的爭議，此除了直接影響民法親屬編就父母子女關係認定之相關法規，對於人工生殖子女而言，亦攸關其利益甚深。

3. 由第三人所受之身體侵害出發

除了捐精者之外，不論是捐卵者在取出卵子的過程，或是代理孕母與候補孕母將受精卵植入，加上懷孕分娩的過程，皆對於當事人的身體造成一定的侵害與損傷。此外，無論捐贈精卵或請求代孕是否應為無償，亦或有對價關係，都無法避免有將參與者（尤其是女性）器官物化的疑慮¹⁹。

（三）對於人工生殖管制的法規各國不一

由於人工生殖技術帶來的諸多法律倫理問題，因此各國受其文化與價值觀之影響，對於人工生殖技術，並非全面性開放，乃在政策考量下，加諸一定的限制。以下就歐洲各國對於人工生殖政策²⁰加以說明：

綜觀歐洲各國對於人工生殖政策，其主要的差異性，在於允許合法施行的人工生殖類型，與施術對象略有不同。

就人工生殖類型而言，唯一沒有爭議性的人工生殖技術，為進

19 關於此部分的說明，請參照顏厥安，生命倫理與規範論證，收於：鼠肝與蟲臂的管制——法理學與生命倫理，頁106-108（2004年）。

20 有關歐洲各國人工生殖政策的規範，請參照德國馬普國際刑法所所作之比較分析，http://www.mpicc.de/meddb/show_all.php（最後瀏覽日：2011年7月11日）。

行體內或體外同質性的人工生殖，即單純使用受術夫妻的精卵，於德國，甚至可以請求健保加以給付。

至於捐精體內人工生殖，目前亦是普遍承認可施行的人工生殖技術，主因在於捐精的過程對於捐精人無負擔又簡便，注入受術妻體內，亦不會造成對於胚胎的侵害，惟對於捐精是否可以匿名為之，各國卻有不同的規定，容後述之。

然而針對捐精體外人工生殖，其雖在大部分的國家並無將其與捐精體內人工生殖加以區別，但於挪威與奧地利卻為法律所明文禁止的項目。至於以捐贈的卵子進行人工生殖，亦為挪威、奧地利、德國、瑞士、義大利諸國所禁止，其自然同時也禁止以捐贈的受精卵進行人工生殖。

最後，對於爭議性最高的代理孕母，則在大部分的歐洲國家仍為禁止的人工生殖方式，僅有英國與希臘可進行代理孕母的人工生殖方式，荷蘭、比利時則採取未禁止的方式，有些國家則未予規定，如瑞典、奧地利。德國則是於民法以確立分娩者為母的方式（德國民法第1591條），來杜絕代理孕母發生的可能。

就施術對象而言，則涉及人工生殖技術是否僅於夫妻間方得以施行，還是尚擴及其他如異性伴侶或單身婦女，甚或同性伴侶等，此與各國對於婚姻家庭保障的政策有關。其中最為開放的當屬北歐各國，除了夫妻與異性伴侶之外，於瑞典尚承認女同性伴侶有權利使用；其餘大部分的國家，則皆以夫妻與異性伴侶為限，只是有的國家對於異性伴侶，尚以2年以上共同生活為要件，如法國，或對異性伴侶為人工生殖時所應具備的書面同意必須以公證為之，如奧地利；此外，在西班牙、英國與希臘，也開放單身婦女可以施行人工生殖，惟於英國仍須檢驗是否符合子女利益。最為保守的德國與瑞士，則將人工生殖技術的施行權利，獨留給夫妻。

綜上所述，足見即使文化圈相近的歐洲，對於人工生殖技術的管制，仍有不同，此對於地緣相近的歐洲而言，無法杜絕在管制嚴厲，如禁止合法捐卵人工生殖的國家中，其內國人民為了獲得子嗣，而至其他管制鬆散的國家進行該人工生殖手術的情形。如此一來，更減弱內國人工生殖法管制所欲達成的目的，反而對於違法出生的人工生殖子女，因欠缺法律的明文規定，而使其未能獲致足夠的保障。

（四）歐洲人權法院裁判所造成的影響

歐洲人權法院近年來對於人工生殖技術之管制所持之態度，可藉由下列裁判略見端倪。該相關判決之申訴人雖然並非全部勝訴，但仍能由裁判理由中，呈現人工生殖技術所牽涉對於個人權利保障之面向，而對於歐洲各國未來人工生殖政策的走向，具有指標性的作用。

1. Evans/das Vereinigte Königreich²¹（伊凡斯訴英國政府）

（1）案例事實

申訴人為英國國籍，於1971年出生，在2000年7月12日與其年輕5歲的伴侶，於特殊的醫療機構進行體外人工生殖。3個月之後，申訴人被告知其兩邊的輸卵管發現癌細胞而必須摘除，但由於癌細胞長得比較慢，因此尚可透過體外人工生殖技術，儘快將卵子取出。醫療機構並告知依據1990年通過施行的人工生殖胚胎法，當事人必須就施行人工生殖為書面之同意，又該書面之同意，可於任何時候，在胚胎移植至申訴人的子宮前撤回之。申訴人並曾詢問，可否將其卵子於未受精的情形下加以冷凍，但醫療機構答覆，一來以此方式將會減低人工生殖的成功率，二來該醫院無法進行該程序。

21 EGMR, Urteil vom 10.4.2007-6339/05, NJW 2008, 2013 (2013-2017).

於是，申訴人的伴侶乃保證，不會與申訴人分開，並願意成為該人工生殖子女之父親，同時簽署了使用其精子並與申訴人卵子結合成為受精卵的同意書，而欲進行體外人工生殖。而該冷凍的受精卵之保存，最長不超過10年，或至當事人死亡亦或無行為能力之時。至於申訴人亦簽署同意進行卵子移出並與其伴侶共同進行人工生殖手術。2001年11月12日申訴人的11個卵子被取出，並與其伴侶的精子結合為6個受精卵而將之冷凍。2週後，申訴人的輸卵管被摘除。醫生並告知將於2年後進行受精卵植入子宮的手術。2002年5月申訴人與其伴侶的關係破裂，2002年7月其伴侶通知醫院，該受精卵應立即銷毀。於是醫院立即通知申訴人，依照英國人工生殖法，該受精卵依據其中一方的意願應予銷毀。申訴人因此提起訴訟，但於內國法院皆未獲救濟。2005年2月11日申訴人轉而向歐洲人權法院，以違反歐洲人權公約第8條與第14條之規定提起訴訟。歐洲人權法院於2007年4月10日以13比4的票數，認為英國政府的處置並無違反歐洲人權公約第8條與第14條之規定。

(2) 裁判理由

歐洲人權法院首先確立本案所涉及的保護客體，為歐洲人權公約第8條「私人生活」所保障的範疇。所謂私人生活的概念，也涵蓋一個人對於自己的身體與在社會中所產生之認同感，而包括對於自我人格發展，以及與他人或外界建立一定關係之權利²²，當然尊重個人想要成為父母的意願也在其中(Nr. 71)。是以，本案中的申訴人想要植入與其伴侶共同產生的受精卵，以懷胎分娩有自己血緣的子女，自屬於第8條的範疇。

惟本案中所涉及的難題，卻在於兩當事人於同受公約第8條保障下，於施行體外受精卵人工生殖時所產生的利益衝突，即若讓申

²² Pretty/das Vereinigte Königreich, EGMR, Urteil vom 29.04.2002-2346/02, NJW 2002, 2851.

訴人在違反其伴侶意願下，得以使用兩人共同之受精卵懷胎分娩時，雖保障申訴人想要成為母親的意願，但卻同時犧牲其伴侶不願成為父親的意願。此時，對於該利益衝突，則須由主管機關加以衡量決定²³(Nr. 73)。此外，歐洲人權法院也同意英國政府所提出的論點，即此處所涉及的，不僅僅是私人的權利，該1990年所通過的人工生殖法案，依據其立法目的，尚有所應保護的公共利益在內。例如，為保護法之確信力與安定性，而要求確立對於人工生殖同意權的優先保護地位(Nr. 74)。

其次，歐洲人權法院依據公約第8條之規定，尚須檢驗該被告政府於衡量利益衝突後所採取的措施，究竟是出自國家積極作為的義務，還是侵害人民權利的行為。其間的界線在於，內國政府對於衡量所衝突利益之優先性時，不管是公益或私益，是否提出合法的論據。此外，國家仍在個案中有一定裁量的空間(Nr. 75)。

最後，為了確立國家對於公約第8條所承認的裁量空間大小，有下列情形須加以考量：針對涉及有關個人之存在與對自我的認同者，國家可裁量的空間是受限制的；但就相衝突利益的比重於歐洲各國仍未達成一致性者，特別在於該利益又與倫理道德的難題相牽連時，則可更為擴張國家可裁量的空間(Nr. 77)。於本案中，毫無疑問，與人工生殖相關的法規，特別是體外人工生殖，由於其在醫學與科技上快速的發展，而產生許多與道德倫理相關的難題。此外，歐洲各國面對人工生殖技術，目前仍無一致性的法律規範，有的國家以法律或命令，明文管制體外人工生殖；有些國家則以醫療實務進行以及醫事相關規章為之。以本案所涉及的冷凍胚胎為例，雖然不只英國承認不論精子或卵子的所有人，直到該胚胎植入母體之前，皆可以將原先已為人工生殖的同意撤回，而進而銷毀該生殖細胞，但亦有他國為不同之規定。因此，歐洲人權法院在此同意英國

23 Odievre/Frankreich, EGMR, Urteil vom 13.02.2003-42326198, NJW 2003, 2145.

政府於本案中，對於侵害申訴人之私生活領域，即妨害其透過體外人工生殖成為母親一事上，有較大的裁量空間。此外，英國政府並詳細說明該爭議法條之背後立法目的所隱含的公共利益(Nr. 87)，在於確保所有的生殖細胞捐贈者，於其完全同意之下，方得進行體外人工生殖技術，甚至得在最後一刻撤回其原先的同意書，而仍應銷毀其生殖細胞，避免產生後續的法律問題，進而對人工生殖子女不利。至於，此處優先考量捐精人同意之規定，也不得產生例外的可能，以保障法的安定性，及維持人民對此敏感領域的法信賴性。

綜上所述，歐洲人權法院認為，英國政府所為的決定，雖干預申訴人對於其私生活領域所得主張的權利，但在考量同時影響他人私生活權利，以及公共利益下，此涉及與倫理道德相關的法規範，於歐洲各國尚未有統一之規定前，英國政府所為的措施，乃未逾越歐洲人權公約第8條所允許的裁量範圍。

2. Dickson/das Vereinigte Königreich²⁴ (迪克生夫婦訴英國政府)

(1) 案例事實

於公元1972年出生的第一申訴人於1994年因謀殺被判終身監禁，而其服刑後最早有可能於2009年出獄。第一申訴人於1999年在獄中結識因詐欺罪服刑的第二申訴人，並於2001年結婚，其間第二申訴人出獄。在兩人想要有共同子女的意願下，第一申訴人於2001年10月申請為人工生殖的許可。2002年，第二申訴人亦加入該申請。其申請理由中說明，由於第二申請人於公元1958年出生，待第一申請人於2009年出獄時，依其年紀已不可能懷孕，是以，人工生殖技術乃成為唯一可能使第二申請人生育具有彼此血緣子女之機會。當局於2003年5月28日拒絕其申請。其拒絕的理由為，一來受

24 EGMR, Urteil vom 4.12.2007-44362/04, NJW 2009, 971 (971-976).

刑人僅能於例外的情形，方允許其為人工生殖，此外應考量下列情形：人工生殖是否為唯一獲得子嗣的方式、於服刑完畢後與其配偶或伴侶的共同生活關係是否穩固、子女是否會獲得實質上的照顧、以及預計該子女會面臨父或母不在身邊的時間長短、最後要考量針對重罪犯可否施行人工生殖所存在的公共利益。在本案中，雖然第二申請人於第一申請人出獄時，已51歲，懷孕的比例極低，但當事人的關係於監獄中開始，並未在正常的環境中共同生活，此外該若經由人工生殖出生之子女，其實質的照顧生活也未見周全，至少在對子女最重要的分娩及嬰幼兒時期將注定無父親在身邊。最後，對於第一申請人所犯的重刑而言，對於其可依人工生殖生育子女亦有相當的疑慮，因此認為本案當事人不得請求施行人工生殖。

於是申請人乃向內國法院提起訴訟，但皆被駁回，又於2004年11月23日向歐洲人權法院以違反第8條（尊重私生活與家庭生活的權利）與第12條（組成家庭的權利）為由提起訴訟，最後歐洲人權法院於2007年12月4日以12比5的票數，認為英國政府違反歐洲人權公約第8條之規定，判處其應給付申訴人5,000歐元之慰撫金，並繳納21,000歐元的訴訟費用。

（2）裁判理由

首先，歐洲人權法院針對英國政府所提出的兩點論述，一為歐洲人權公約第8條並不保障生育子女的權利，一為當一受刑人的刑責長到無法期待其可參與人工生殖出生子女之成長過程時，亦不為第8條所保障的範圍(Nr. 65)，加以駁斥。其認為英國政府拒絕申訴人以人工生殖方式生育子女，乃涉及其私領域與家庭生活，其包括尊重個人意願，決定成為由己身所從出子女之父母。因此本案仍有適用歐洲人權公約第8條的餘地(Nr. 66)。

其次，歐洲人權法院強調，即使是受刑人，其除了依法剝奪公約第5條所保障的自由權以外，仍應享有其餘歐洲人權公約所保障

之權利，包括尊重其家庭生活、言論自由的保障、締結婚姻的權利等等。對於上述權利，僅可在基於安全的理由，如為預防犯罪或維持國家秩序的考量，具法律正當性基礎下，加以限制之，但不得單為達到公共嚇阻犯罪的效應，而剝奪受刑人之權利(Nr. 67)。

再來，歐洲人權法院對於英國政府對於申訴人所採行措施，是否有違反公約第8條之規定，則應進一步檢驗，該政府是否有將本案所涉及相衝突的私益與公益，作合理的衡量(Nr. 71)。英國政府就禁止該申訴人施行人工生殖所依據的合法性理由有三：

其一，基於受刑人所受之刑為終身監禁，其本來就無生育子女之機會。對此，歐洲人權法院認為，或許因入獄服刑之故，可能失去生育子女機會，但並非絕對不可能擁有子嗣，至少對於允許受刑人為人工生殖，既不會產生安全上的顧慮，又不會為國家帶來行政或財政上之過大負擔。

其二，若允許重刑犯可藉由人工生殖生育子女，則阻礙該刑罰所欲達成之贖罪與嚇阻效用的實現，而破壞刑事政策上對於公權力的信賴。針對此一論點，歐洲人權法院一方面認為，寬容與開放的思想，是現代民主國家的特色，因此不再承認只為了不使社會大眾感到不安作為唯一目的，即否定讓受刑人享有權利的正當性。他方面，其亦承認內國政府為保護人民對於刑事政策的信賴所應採取措施的重要性。因此英國政府認為不使其享有接受人工生殖的權利，本可屬於判處自由刑的目的之一，惟歐洲人權法院也指出，在歐洲現代刑事政策思潮的影響下，自由刑的目的也轉向提供受刑人再社會化的機會，特別當其刑期將要結束之際，而在此英國政府似乎並未充分加以考量。

其三，英國政府強調子女在長期缺乏一方父母的照料下，會對子女本身，甚至對於社會將造成不利。就此論點，歐洲人權法院承認必須考量子女利益，但本案中，其母親並未受監禁，其可於其父

親出獄前，對之加以照料(Nr. 73-76)。

最後，歐洲人權法院尚須就英國政府基於相衝突利益衡量之後所採取禁止施行人工生殖措施，是否有符合第8條所賦予內國法裁量空間之範圍內的問題，作出裁判。如前述案件，歐洲人權法院已樹立若干內國政府所擁有裁量空間的判斷標準，特別當涉及個人存在與自我認同時，如決定是否成為父母，則該裁量空間將會受到限制。惟該標準於下列情形，仍有放寬之可能，如在歐洲成員國中，對於所涉及相互衝突利益的比重仍無共識，或是該案件將會重大影響內國之政策，而內國的法院將比國際法院更能直接掌握內國法所重視之原則者，應尊重成員國的裁量，除非，該原則已失去明顯合理的理由(Nr. 78)。雖然本案所涉及的問題，確實尚未在歐洲各國達成共識，而使國家在此擁有較大的裁量空間，但並非毫不受限制，仍應具備正當理由。因此，歐洲人權法院對於英國政府，並未就本案相衝突的私益與公益進行仔細的衡量，又未對其所採取的禁令，就其手段正當性加以檢驗，進而使得此項措施將會使所有受刑人，不管其刑期多長、其犯罪行為的輕重，或是否有個人的特殊情形，皆可能一體適用，因此加以質疑(Nr. 79)。

以手段正當性而言，雖然在一半以上的歐洲國家皆已允許受刑人配偶於監獄內訪視，而使主管機關不用考慮人工生殖的施行。但歐洲人權法院在此仍認為是否允許此類型的訪視，仍屬內國各自形成的刑事政策，而不加以干預(Nr. 81)。因此，英國在未允許此類的配偶訪視之下，乃在監獄行政上讓受刑人得以申請為人工生殖之手術，但僅在例外的情況下允許之，並要求受刑人提出各項證明，乃屬於內國法之裁量空間，並無疑義。然而目前為止，僅有三人獲得允許得以施行，歐洲人權法院乃根據此項事實，認為實際獲得准許可能性不可期待，且基於本案第一申訴人出獄時，依其配偶的年紀，其自然生育的機率極低，而僅能透過人工生殖達成其成為父母的目的，此為歐洲人權公約第8條所保障的權利，國家若對該權利

要進行合法的干預時，則依第8條第2項之規定，必須對於該干預措施，其所牽涉的公益與私益，加以合理的衡量，並進行手段適當性的檢驗，英國政府在本案中並未為之，而違反了歐洲人權公約第8條之規定。

3. S.H. u. a./das Österreich^{25、26} (S 夫婦與 H 夫婦訴奧地利政府)

(1) 案例事實

申請人為兩對奧地利的不孕夫妻，其中第一對不孕夫妻，不但夫無法產生精子，妻也因輸卵管病變，雖有卵子，但無法透過體內人工生殖技術達成，而必須將其卵子取出，與第三人捐贈的精子結合為受精卵，再植回體內懷胎分娩。第二對則為妻完全無法產生卵子，但其子宮仍健康，而可懷胎分娩，其夫則為生殖能力正常。因此唯一可讓此兩對夫妻產生有一半出自於該夫妻血緣的子女，只能透過捐精或捐卵之體外人工生殖而達成。然而依照奧地利法之規定，無論是捐精與捐卵的體外人工生殖皆為法律所明文禁止，而無法施行。因此此二對夫妻乃於1998年5月4日向奧地利的憲法法院，針對人工生殖法第3條第1項與第2項之規定提起違憲審查，主張基於人工生殖法第3條之規定，使得申請人唯一可獲得子女的方式被排除，乃有違歐洲人權公約第8條與第12條之規定，以及奧地利憲法第7條所保障的權利。憲法法院則於1999年11月8日將之駁回。奧

25 S.H. u. a./Österreich, 1. Sektion, EGMR, Urteil vom 1.4.2010-57813/00, available at <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=865856&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (last visited Dec. 3, 2010).

26 本案為經委員會審查受理後，由歐洲人權法院一庭之7位法官審理後之結果，敗訴之一方仍可上訴，再由17位法官所組成之大法庭加以審理。奧地利政府於2010年10月4日提起上訴，而於2011年2月23日先進行聽審，之後方為不公開審理。2011年11月3日，大法庭以12票對5票推翻之前審理結果，判決奧地利政府勝訴。

地利憲法法院雖然認為，人工生殖法限制部分人工生殖技術之施行，的確涉及申請人依歐洲人權公約第8條所保障的權利，但肯定這些干預措施卻符合第8條第2項之規定，乃為防止異常的關係發生及保護藉此出生的子女利益，有其正當性的基礎，該法之禁止措施並未逾越歐洲人權法院針對該條所開放的裁量空間，同時憲法法院也否定有侵害公約第12條組成家庭權的可能。於是申請人乃於2000年5月8日向歐洲人權法院提起訴訟，歐洲人權法院於2010年4月1日作出裁定，對於奧地利人工生殖法第3條針對捐卵與捐精人工生殖的禁止，前者以5比2的票數，後者以6比1的票數，認為有侵害歐洲人權公約第14條與第8條所保障的權利，而判處奧地利政府應支付每位申請人1,000歐元的損害賠償，以及律師與其他費用18,333歐元(Nr. 7-24)。

(2) 裁判理由

本案之爭議點主要是針對奧地利人工生殖法²⁷第3條之規定。依該條規定，人工生殖僅能於夫妻或與夫妻相近之異性伴侶間施行，此外並限制只能於施行體內人工生殖者，方得使用第三人所捐贈之精子，以及完全排除使用第三人所捐贈卵子進行人工生殖的可能性。

首先，歐洲人權法院確認本案爭議，即夫妻想要藉由人工生殖成為父母的意願，屬於其人格發展的一部分，確屬歐洲人權公約第8條為落實尊重私領域與家庭生活所保障的範疇。另外，由於申訴人認為，奧地利人工生殖法所限制人工生殖施行的態樣，乃對不孕夫妻產生差別待遇，而同時觸及歐洲人權公約第14條有關平等權之規定(Nr. 56-62)。

其次，在檢驗是否違反公約第14條與第8條之規定時，必須先

27 奧地利人工生殖法於1992年制定，2001年與2004年予以增修。

確立奧地利人工生殖法規定所產生對於不孕夫妻的差別待遇，是否具有正當的理由，以及該規定是否為達成其目的的適當手段。歐洲人權法院也承認，各國在此仍有一定的裁量空間，只是在涉及特別重要的權利，如本案中的組成家庭，則為保障該權利，國家的裁量空間將會受到限制。惟針對與倫理道德相關的議題，又在歐洲仍尚未達成共識下，各國的裁量權限也因此放寬。是以，本案正屬此類情形，不管是捐精體外或是捐卵人工生殖技術，是否得以合法施行，在各國仍有分歧之規定，而承認內國有為不同立法規定的空間，但無論如何，仍然必須針對該不同規定給予合理的理由，說明其不同對待的正當性基礎。就此，歐洲人權法院針對兩對申訴人的不同情況分別檢驗(Nr. 63-68)。

A. 捐卵人工生殖：

由於申訴人無法製造卵子，在其配偶生殖能力正常的情況下，僅能透過捐卵人工生殖方式生育具有夫妻一半血統的子女，而捐卵人工生殖卻為奧地利法所禁止。於此情形，是否有違反第14條平等權，應先視該差別待遇之規定是否具有客觀合理性的理由，以及為達成該目的之手段適當與否。針對奧地利政府所持的第一個論據，該法之所以禁止捐精體外人工生殖，乃是衡量公益與私益的結果，在基於生殖科技所帶來高度的倫理道德爭議，以致使社會上大部分人所產生的不安，必須以對人工生殖科技加以限制來解決。但歐洲人權法院認為，僅基於安撫人心之故，以完全禁止捐卵人工生殖的立法，無法達成此目的，而非適當手段，其決定是否應允許或禁止人工生殖之理由，應更為慎重以及詳細。同時歐洲人權法院也強調，各國並不負有義務對於人工生殖立法，或允許其施行。然而一旦內國決定允許人工生殖的施行，則為人工生殖目的所制定的相關法規，在衡量各種不同利益下，應具有一致性，以符合歐洲人權公約所要求的人權保障(Nr. 70-74)。

奧地利政府所持的第二個論據在於，體外人工生殖不僅僅是治療不孕症的藥方，同時帶來對於子女進行篩選的風險，允許捐卵更可能導致對於女性，特別是處於經濟弱勢的女性的貶抑與剝削。歐洲人權法院承認與人工生殖相關的規範的確具高度敏感性，而值得內國立法者審慎對待，而將其所產生的風險以不同的角度加以仔細評估。然而若因此僅禁止捐卵人工生殖作為達成上述目的的手段是不適當的，除非在審慎評估後，認為禁止捐卵可以防止生殖科技所產生的負面影響。但在本案中，法院並不認為禁止捐卵人工生殖是立法者唯一能管制的手段，例如立法規範僅有經審核的專業有經驗之醫生方得進行人工體外生殖，並使其負有義務遵守醫師倫理而針對個案進行審核判斷，必要時尚可以損害賠償規定加以防範等。至於對婦女產生剝削的可能，則可以設立禁止有償規定的方式解決(Nr. 75-77)。

奧地利政府另外也認為，相較於捐精者，對於捐卵者而言，取出卵子的過程對於其身體傷害性大，風險較高，所以加以禁止。歐洲人權法院就此同意內國立法者對於保護不必要的健康損害所作的努力，但卻認為奧地利政府無法說明，為何在奧地利未禁止夫妻進行同質體外人工生殖，因為對於該妻而言，其亦需要取出卵子，而造成與第三人捐卵同樣的身體損害(Nr. 78)。

奧地利政府最後的論點，則是跟子女利益有關：

其一是認為透過人工生殖將產生複雜的親子關係，造成法律上的父母與血緣上的父母不一致的情形，甚至產生多元的母親，包括基因母親、分娩母親與法律上母親。歐洲人權法院則認為，此時可以民法親屬編之規制，如分娩者為母的原則，推定法律上的母親。而避免此處使子女產生兩個法律上母親的困擾。至於與血統不合的親子關係，並不僅限於此處才有，經由收養關係亦然，此證明以現行法的規制下，並非不能解決捐卵人工生殖所帶來的身分法難題。

其二則是基於保障子女知悉其生父母之權利所為的考量，在捐贈精卵的情形下，則無法落實該權利的實踐。歐洲人權法院就此亦無法支持其論點。雖然基於公約第8條第1項之規定，因對自我的認同為發展人格的要件之一，因此對於取得與人格發展有關之資訊，如知悉生父母，亦為第8條所涵蓋。但獲知生父母資訊的權利卻非絕對性的，仍必須與其他相衝突的利益為合理性的衡量，在此，奧地利政府並未對此處子女的血緣認知權以及捐贈精卵者維持匿名性需求之隱私權之間，相互加以合理的衡量(Nr. 79-84)。

基於以上論點，歐洲人權法院認為奧地利政府並未對其人工生殖法中禁止捐卵的措施提出實質上合理的論據，而違反歐洲人權公約第8條與第14條之規定。

B. 捐精體外人工生殖

另一對申訴人中，所涉及的則是關於捐精體外人工生殖的爭議，依奧地利人工生殖法第3條之規定，只有體內人工生殖方得使用第三人捐贈之精子，但不得用於體外人工生殖。在此，歐洲人權法院必須檢驗第3條區別體內與體外人工生殖而為不同規定之合法性理由。

然而奧地利政府於此所持論點，包括子女有被篩選的可能，或是子女無法知悉血統來源等，皆未能說服歐洲人權法院。奧地利政府又對於為何針對體內與體外人工生殖為差別對待時指出，將第三人捐贈精子使用於體內人工生殖，於奧地利人工生殖法通過以前，已行之有年，基於手術的簡便性與無需專業醫生的考量下，而不予禁止。歐洲人權法院認為內國政府所提論點，應著重所有相關當事人之利益，並在公益的層面上加以衡量。依據歐洲人權法院的見解，對於干預個人生育子女權利的措施，必須具備更有說服力的理由，而在此顯然並不具備，是以，奧地利禁止捐精體外人工生殖之規定，乃與立法者為達成目的應採取之手段顯不相當，而違反歐洲

人權公約第8條與第14條之規定(Nr. 86-94)。

小結：人工生殖技術起源於歐洲，繼而流傳於全世界。歐洲各國必須正視如何對該技術加以規制，然而也因為各國的文化不一，而對於生殖科技所加諸的限制有寬有嚴。在現今注重人權保障的趨勢下，使得各國的人工生殖政策也必須接受相關的檢驗，以確保該立法所設限制或規定，未有侵害個人權益之虞。其中，歐洲人權法院即為承擔該任務的機構之一，並以歐洲人權公約所規定的基本權利與自由為其標準。

在前述幾個案例中，歐洲人權法院雖然也意識到因人工生殖科技所具備的高度倫理爭議性，可否合法施行於歐洲各國仍無統一的標準，但該法院卻仍然確立個人可否主張使用人工生殖科技孕育子女，即成為父母的意願，既為自我人格發展的一環，又屬組成家庭的開端²⁸，而為公約第8條尊重私人與家庭生活所保障的範疇內。此也使得對於因內國的人工生殖政策，所導致無法合法施行人工生殖的個人，有了超國際的救濟管道，也迫使內國必須對於其人工生殖的管制，以權利保障的觀點，提出正當性基礎的說明。一旦內國政府所提出的理由不夠嚴密，即會如同奧地利政府一般，被歐洲人權法院認定違反歐洲人權公約。是以，特別在奧地利一案之後，在歐洲各國引發一波對人工生殖政策的檢討，尤以德國²⁹、瑞士等尚如同奧地利禁止捐卵人工生殖的國家為甚，奧地利本身國會的生殖

28 歐洲人權公約第8條所保護的「家庭生活」不但其概念較一般內國法對「家庭」的理解要廣，此外，歐洲人權法院亦強調應以「現今的觀點」，尋求對於歐洲人權公約之適當詮釋。故此處家庭尚包括父母與其子女所建立的共同生活關係。參照戴瑀如（註5），頁286以下；許耀明，歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護：從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起，收於：洪德欽編，歐洲人權政策，頁218-221（2009年）。

29 *Christian Rath*, Die Liberalisierung ist überfällig, available at <https://www.taz.de/1/debatte/kommentar/artikel/1/die-liberalisierung-ist-ueberfaellig/> (last visited Dec. 3, 2010).

委員會亦有因此修法之倡議³⁰。足見，以權利保障的角度切入，連人工生殖政策如此具有各國獨特性的法規，在歐洲人權法院的要求下，亦有趨於一致標準的可能性。

二、人工生殖子女在親屬法上之親子關係

(一) 法律上父母的確立——分娩者為母與婚生推定制度

人工生殖子女如何確立其法律上的父母，是人工生殖科技帶給親屬法的新難題。基於人工生殖技術的態樣，產生血緣上的父母與法律上的父母有可能不一致的情形，惟此情形於親屬法並非是陌生的，在婚生推定制度或收養制度之下，皆可能產生此種情形。因此，對於人工生殖子女最首要的，應是確立由一出生起，即有一法定的父母親，可對之進行保護教養。是故，在檢視各國關於人工生殖子女身分關係的法規範中，即使未對其特別立法，然而在一定程度內，仍可以現行制度加以適用，另外再針對人工生殖的特殊性，作一定範圍的修正即可，例如德國法與奧地利法。或是在人工生殖法中，另外針對人工生殖子女之身分關係，另為訂定，而排除親屬法的適用，如瑞士法。

在正視人工生殖所帶來子宮與卵子分離的現象，而對於母子關係也如同父子關係，需要一個判斷的標準，基於考量子女利益與防止代理孕母的情形下³¹，乃於民法親屬編中以分娩者為母，作為人

30 參見德國媒體 TAZ，<http://www.eizellspende-dissertation.de/aktuelles.html>（最後瀏覽日：2010年12月3日）。惟於奧地利亦有反對的聲音，醫事人類學與生物科技機構的發言人即批評歐洲人權法院的論點乃忽視子女的權益，並指責其與收養制度相比擬的不當，收養制度為將一已出生欠缺父母照料的子女予以保護教養，而與經人工生殖分娩與自己無血緣關係的子女是不同的，此外，也未考慮目前日益嚴重的卵子交易買賣的情形，而使婦女的器官淪為被剝削的對象，如奧地利 Katholisches 雜誌，<http://www.katholisches.info/?p=7894>（最後瀏覽日：2010年12月3日）。

31 戴瑀如，從德國立法例論我國新人工生殖法對親屬法之衝擊，法令月刊，58卷8期，頁133（2007年）。

工生殖子女法定母親的依據（德國民法第1591條、瑞士民法第252條第1項、奧地利民法第137條之2）。至於父子關係，則仍以婚生推定制度為原則（奧地利民法第163條第2項），即與該分娩母結婚之人為人工生殖子女之父親。此無論在使用受術夫妻或第三人的精卵進行之人工生殖，皆能符合受術夫妻之意願，人工生殖子女亦在其意願下會受到照料。僅有在代理孕母中，會違反當事人之意願，進而造成對於子女利益的危害。因此，在允許代理孕母的國家中，則必須對於母子關係的確立，另外訂定法規，希臘即針對代理孕母，推定不孕妻為母，而非分娩之代理孕母³²。

（二）法律上父母的推翻——婚生否認之訴？

由於民法親屬編對於親子關係的酌定，乃以血緣為基礎，因此對於反於血緣的婚生推定制度，則有救濟的管道，可讓當事人提起婚生否認之訴，以排除法定的親子關係。又基於以往母子關係不發生血緣與法律上母子分歧的可能性，對於母子關係並無婚生否認之訴的相關規定。惟此規定在適用人工生殖子女身分的酌定上，即產生一定之疑義。當受術夫妻以第三人之精卵施行人工生殖時，勢必有一方，甚至雙方與該子女無血緣上的連繫，此時若仍可讓其提起婚生否認之訴時，則有違禁反言原則，應予以限制。是以，德、奧皆於親屬編中於婚生否認之訴增訂排除同意進行捐精人工生殖之夫或伴侶，可於人工生殖子女出生後，再行提起婚生否認之訴；此外，亦不得對捐精者提起強制認領之訴（德國民法第1600條第5項、瑞士民法第256條第3項、奧地利民法第163條）。惟上述法規中，並未針對反於真實血緣的母子關係提供任何的救濟管道，一來捐卵本為法所禁止，二來為保障子女利益，確保子女出生時有照料的母親，而不給予否認之權³³。

32 請參照註20德國馬普國際刑法所對歐洲各國人工生殖法規的分析比較中對希臘的說明。

33 戴瑀如（註31），頁141。

(三) 子女知悉生父生母的保障

若以確保子女受父母保護教養的權利出發，則目前就人工生殖子女，其法定親子關係的酌定原則來看，仍屬適當。然而，為保障子女的人格權，所延伸的知悉生父生母的權利，目前在親子法中，引發各國對於婚生否認之訴修法的緣由，我國亦不例外。

為落實子女知悉生父生母權利的保障，有些國家將子女列為婚生否認之訴的訴權人，在知悉與父之血緣不合者，即有推翻該法定父子關係的可能。但人工生殖子女若要主張此權利，卻會產生更大的困難，一來，面臨與捐贈精卵者匿名的權利相衝突；二來，以婚生否認之訴來落實該知悉血緣的權利，代價過大，因其無法在提起婚生否認之訴後，再針對捐贈精卵者提起強制認領之訴，該捐贈精卵者亦無承擔該父母責任之意願與義務。

為此，各國對於保障子女知悉血緣的權利，於人工生殖法中作不同的規定，有些國家選擇保障捐贈精卵者的權益，而允許其匿名，如丹麥、挪威、比利時。但也有國家同時也保障子女知悉血統的權利，而讓子女於成年之後有向醫師或國家機關請求告知捐贈精卵者之一般資訊，並以事前讓捐贈精卵者以書面授權方式為之。此包括瑞典、奧地利、瑞士、西班牙與英國等。

歐洲人權法院對此亦承認子女知悉其血統來源，乃屬於其自我人格發展的重要面向之一，而為公約第8條所保障尊重其私生活的權利。但其同時也承認該資訊權並未受絕對性的保障，而應與其他相衝突的利益予以衡量。其在針對法國生母可匿名於收容所棄嬰一案表示，該規定雖然導致子女知悉其生母的權利受到危害，然而在法國政府所據論點下，包括防止墮胎，以保障母體與子女的健康，或是防止將子女置放在野外，進行周詳的私益與公益權衡後，而認為這樣的政策仍屬內國具有裁量空間的範圍，而未逾越歐洲人權公

約所劃的界線³⁴。

此案顯示，歐洲人權法院對於子女知悉生父母之權利，雖承認亦屬公約第8條保障的範疇，但截至目前為止，歐洲人權法院仍未特別針對人工生殖子女是否應有知悉其生父生母權利作出表示，惟在奧地利案中已指出，此處容有不同利益發生衝突的可能，是以內國法仍應就相關法規，進行利害關係人所涉及公約保障權利的檢驗，使得人工生殖子女的權益儘可能受到完整的保障。

三、評析

由於人工生殖科技的發達所帶來法律規範的必要性，正誠如歐洲人權法院所言，是一屬於高度敏感具倫理性的法領域，其所涉及的不單是不孕夫妻的生育權、胚胎的生命權，也包括子女受父母保護教養的權利，以及保障其儘可能有知悉生父生母的權利。這使得本是屬於各國基於不同文化，而可各自對於人工生殖技術的合法性予以設限或規制的權力，但在受到人權保障普世性的影響，也受到一定程度的限制。在觀察歐洲人權法院針對人工生殖領域所作的裁判，可以觀察到其在未來將會對於此領域所產生的效應，以及衍生待解決的問題：

(一) 人工生殖科技所帶來的各項細部規範，將面臨嚴格檢驗的必要性

歐洲人權法院針對奧地利政府的裁判中指出，奧地利人工生殖法禁止捐精體外與捐卵人工生殖的理由，並非毫無根據，一是對於體外人工生殖的疑慮，會產生對於胚胎篩選的風險，一則是對於捐卵者可能因取出卵子所造成對身體的過大危害，以及兩者所導致人工生殖子女血緣上與法律上父母的不一致，造成身分關係的複雜。

³⁴ Odievre/Frankreich, EGMR, Urteil vom 13.2.2003-42326/98, NJW 2003, 2145 (2145-2151).

惟這些疑慮卻無法透過該法解決，主因在於奧地利法並未禁止捐精體內之人工生殖，以及取出受術妻之卵子與受術夫之精子於體外結合之人工生殖。由於前者同樣會造成子女身分關係的複雜性，後者亦對受術妻的身體造成危害，為何加以差別對待，仍有論理不足之處。是以，誠如歐洲人權法院所強調，雖然基於人工生殖的特殊性，各國仍保有極大的裁量空間，決定是否立法禁止或允許人工生殖的施行，然內國一旦決定進行立法管制後，就其所制定之法規應有一致性，方不會對於當事人造成差別性的待遇。奧地利人工生殖法所作的禁止規定依據內國法所持理由，顯然有相互矛盾的情形³⁵。

惟歐洲人權法院所言的一致性，在此是否可理解為，內國法可以對於人工生殖技術採取全面禁止的措施？因為唯有如此，方可杜絕奧地利政府所論述因人工生殖技術所產生的各種負面風險，也具備其所要求之一致性。有鑑於歐洲人權法院已於之前英國的判決中，承認不孕夫妻使用人工生殖技術生育子女為公約第8條所保障的權利，是以，對人工生殖技術不分種類一致性的禁令，同樣會導致違反公約的結果。因此，歐洲人權法院對內國法所要求的應是就內國人工生殖政策，若是對於部分人工生殖態樣的施行加以禁止，其應就該禁止所欲保護的利益與不孕夫妻的生育權加以周密地衡量，而提出有說服力的理由³⁶。

此在歐洲人權法院對英國的裁判中可看出端倪，針對禁止一方伴侶使用他方伴侶於進行植入前將同意撤回之受精卵的英國法判決，雖然害及該方伴侶生育與自己有血統連繫子女的權利，但在考量他方伴侶不願進行該人工生殖的意願下，又為達成該政策基於人

35 有學者指出奧地利人工生殖法為立法者因應當時社會上自由主義者與天主教保守勢力相執不下，所作的折衷方案。Brigitta Lurger, Das Fortpflanzungs-medizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof, DEuFamR 2000, S. 134 (138).

36 Dagmar Coester-Waltjen, Anmerkung Zur Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, FamRZ 2010, S. 957.

工生殖所牽涉之倫理性，而要求在可預見的法安定性下，不允許此處容有依個案單獨判斷的可能。至於另一案中，禁止對於該案受刑人所要求進行人工生殖的請求，則因主管機關所設定批准施行該類人工生殖之標準過高，內國法院又無針對主管機關所設此高標準而引發私益與公益產生衝突的情形，為是否符合比例原則的審酌，故認為對於侵害該案中夫妻的生育權，並無合理的正當性基礎，而逾越內國法對於人工生殖技術可否施行的裁量空間。由此可見，內國政府在私益與公益衡量的過程中，自然需要透過更積密的論證過程，以正當化其限制人民進行人工生殖之理由。

又在兩案中，法院雖有提及子女最佳利益的考量，細究而言，其實僅為法院在為公益衡量中的諸多因素之一，而非以子女為主體而得以主張之主觀權利。因此與一般內國法在實質審查子女最佳利益之概念有別。以受刑人一案中為例，本案中雖有提及子女最佳利益，但法院卻也只是輕言帶過，認為當事人服刑期滿之後就將復歸正常社會生活，因此將不致於對於子女最佳利益造成危害，因而也不能因此否認當事人主張權利的可能性。

在此，作者除了贊同法院的見解之外，並認為有詳細說明之必要。蓋子女最佳利益原則，已經國際人權公約以及各國內國法之肯定，並廣泛獲得適用，但其適用的時點，是否應前置到父母生育權利的階段及加以考慮，確是值得深思。因此以受刑人一案為例，主張權利受侵害的當事人乃是想要透過人工生殖手段一圓成為父母希望的夫妻，而尚未出生的子女，最多也只能視為可能受該判決影響的相關當事人，其權利在本案中應如何加以主張，並非無疑義，更遑論被期待未來可能出生的嬰兒能否取得權利主體適格，並得以其最佳利益應受重視，恐怕會有困難。因此該院判決只是將子女最佳利益的考量約略提及，筆者猜測，應該也是有顧慮到適用此一論點作為判決依據的困難性，或是僅將其視為該公益保護所及之反射利益的呈現。除此之外，若是在此時就將子女最佳利益的觀點納入考

量，並依其來准駁當事人之請求，筆者認為，也將引發另一個倫理上的重大爭議，亦即是國家是否有權力來審查父母親適格的問題。實言之，若是在當事人主張其有實踐其依人格發展權所導出的生育權時，若允許國家以未來子女的最佳利益作為同意的判準，那勢必引發例如有遺傳疾病風險，或是父母一方已經罹患不治之疾，甚至是經濟上極度弱勢的夫妻，能否享有生育權利的爭議。因此筆者反對在此處將子女最佳利益作為一種主觀權利而加以考量，反之，若討論人工生殖子女是否有知悉其生父母之權利時，則子女作為權利主體，子女最佳利益作為主觀權利的面向自然不得忽略，而成為法院論證之核心依據。此一差別，應加以注意。

綜上所述，透過歐洲人權法院於人工生殖法所作之相關裁判，將使各國政府必須重行檢視內國的人工生殖政策，一旦有因各項管制措施，而侵害不孕夫妻的生育權者，則必須就該措施與其管制所需達成之目的，為比例原則的衡量。以德國為例，即有學者提出，在面對歐洲人權法院這一系列的判決後，德國立法者必須重新審慎思考相關的內國法律是否仍然合宜的問題³⁷。

(二) 人工生殖技術的快速發展，與歐洲人權公約保障生殖權之結合，會加速合法人工生殖技術的管制放寬

在針對歐洲各國人工生殖技術合法性所作的比較法研究指出，於1998年至2007年之間，許多國家皆紛紛放寬可合法施行的人工生殖態樣，如本來對於捐精與捐卵人工生殖加以禁止的丹麥、法國與瑞典，皆在2006年、2004年與2006年允許合法施行，本來禁止捐精體外人工生殖的挪威，也在2003年使其合法化³⁸。雖然歐洲人權法

37 即必須檢討胚胎保護法第1條第1項第1款對於禁止捐卵者與所附罰則是否合乎公約之要求，而進行對於捐精與捐卵人工生殖規定的檢驗，有無差別待遇的正當性理由，此包括對於卵細胞或對於多餘胚胎的處置問題等。參照 *Dagmar Coester-Waltjen* (Fn. 36), S. 958.

38 S.H. u. a./Österreich, I. Sektion 一案，請參見註25之網址（最後瀏覽日：2010年

院一再指出，各國並不因此負有義務，對於人工生殖技術立法規範之，或必須針對何種人工生殖技術許可其施行。但是一旦越來越多的國家承認各種人工生殖技術的合法性之後，將使得仍然禁止的國家，必須以更強而有力的理由，說明不開放的原因，否則最後依舊有可能受到歐洲人權公約第8條的限制，而被迫開放，盧森堡對於禁止單身收養子女之規定即為一顯例³⁹。

因此，在歐洲人權法院肯定個人的生殖權屬於公約保障的範疇下，人工生殖政策將在未來面臨更多考驗，諸如在大部分國家皆已承認夫妻與異性伴侶皆可進行人工生殖，如北歐各國、英、法、奧地利、西班牙等國，使得僅允許人工生殖限於夫妻間實施之德國、瑞士面臨要進一步檢驗該規範的正當性基礎。另外，有的國家進而允許單身婦女施行，包括英國、西班牙、希臘等，瑞典甚至允許女同志進行捐精體內之人工生殖⁴⁰。這些在各國差異性極大的規定，還包括前述所言，對於捐贈精卵者匿名性的保護，與人工生殖子女是否有權知悉捐贈精卵者之資訊權的衝突，以及代理孕母可否施行等疑難問題⁴¹，皆待各國政府對之採取更精密的論證，而在內國立法上一一做出回應。

3月10日)。

39 歐洲人權法院認為在47個成員國中，皆未對收養人設置已婚的要件，因此盧森堡仍禁止單身人士收養子女，為輕忽社會現實的結果，而侵害申訴人與其養子建立家庭生活的機會，侵害其公約所保障的權利。請參照戴瑀如（註6），頁262-267。

40 對於人工生殖法適用主體的討論請參照邱文聰，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146-153（2007年）。

41 英國與希臘立法予以許可，荷蘭與比利時未予禁止，至於其他許多國家則仍持反對態度。請參考註20。

參、結語

人工生殖技術所帶來的法律問題，牽涉多個法領域，又因其與倫理密切相關，且受各國文化影響，使得其在各國立法規制的難易度不一。歐洲因其宗教背景之故，特別在天主教會的作用下，對於生殖科技抱持極端懷疑的態度，而延緩其開放的腳步。歐洲人權法院以人權的觀點，進入了人工生殖領域後，直接或間接的促使內國法重新檢討其內國法規，而以人權保障的角度，設法正當化該法規背後所蘊含的價值觀，並檢驗其手段的適當性，此為令人欣喜的改變。同時，在重視子女利益的趨勢下，也使得不只不孕夫妻的生育權應被考量，人工生殖子女的權益亦不應忽視，不論對其身分關係的確定，或是其獲知血統來源的權利，至少應於人工生殖政策下與其他利益作等價衡量⁴²。

我國人工生殖法於2007年通過，只允許夫妻進行體內與體外之人工生殖，其可使用第三人所捐贈的精子與受術妻的卵子結合，或是第三人所捐贈的卵子與受術夫的精子結合，而由受術妻懷胎與分娩，而排除代理孕母的可能性。代理孕母須另外制定相關之特別法，但基於其所涉及的權利衝突尤其激烈，該草案至今仍未通過。

此外，也確立人工生殖子女之身分地位，使其於出生時即有法律上的父母。但卻同時仍讓未與子女有血統連繫的夫或妻於因受詐欺脅迫同意人工生殖時，有提起婚生否認之訴的可能，且之後無法向捐贈精卵者請求認領（人工生殖法第22條至第23條）。至於人工生殖子女可否提起婚生否認之訴，因未於人工生殖法中規定，此時即產生可否適用民法第1063條的疑義。因此，人工生殖子女仍有可能出生之後，於未成年之際失去該法律上父母保護教養的可能，此

42 陳英鈴，人工生殖法的幾個問題，法令月刊，58卷8期，頁122-124、127（2007年）。

一漏洞，仍有待我國立法者儘快彌補。

又為落實人工生殖子女的血緣認知權，由於依該法第9條之規定，人工生殖機構對於捐贈精卵者有載明其資料的義務，但卻於同法第29條限縮人工生殖子女僅能於有違反禁婚親或禁止近親收養規定之虞者，方可查詢該資料，顯見對人工生殖子女的該權利保障不周⁴³。

在我國政府不斷宣示重視人權的發展之下，各項法規也必須落實對於人權的保障⁴⁴，此在人工生殖法亦不例外。因此，前述歐洲人權法院透過其判決，貫徹以及強化基本人權的實踐，因而在人工生殖領域上所樹立的原則，或可為我國日後在思考現行人工生殖法的適當性，甚至代理孕母的合法性問題上，提供一個較為明確的方向。

43 陳英鈴（註42），頁127。

44 立法院於2009年3月31日通過公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，於第2條說明兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。

參考文獻

1. 中文部分

- Janusz Symonides 等著，楊雅婷譯（2009），*人權的概念與標準*，台北：韋伯文化。[Symonides, Janusz. Ed. 2000. *Human Rights: Concept and Standards*. Paris: UNESCO.]
- 吳煜宗（2010），*兒童權利公約對於台灣親子法的影響——再訪子女知其出自的權利與釋字第五八七號解釋*，婦女及兒童權利保障與國際法研討會，輔仁大學若望保祿二世和平對話研究中心、台灣國際法學會主辦。
- 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。
- 施慧玲（2001），*論我國民法親屬編之修正方向與立法原則——由二十世紀的成果展望二十一世紀的藍圖*，收於：家庭、法律、福利國家——現代親屬身分法論文集，頁89-179，台北：元照。
- 許育典（2009），*人權、民主與法治——當人民遇到憲法*，台北：元照。
- 許耀明（2009），*歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護：從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起*，收於：洪德欽編，*歐洲人權政策*，頁213-243，台北：中央研究院歐美研究所。
- 陳英鈴（2007），*人工生殖法的幾個問題*，法令月刊，58卷8期，頁117-127。
- 蔡百銓（2007），*邁向人權國家——人權學18講*，台北：前衛。
- 戴瑀如（2007），*從德國立法例論我國新人工生殖法對親屬法之衝擊*，法令月刊，58卷8期，頁128-145。
- （2008），*國家應否及如何介入子女親權與會面交往權之酌*

定，收於：顏厥安、林鈺雄編，人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究（二），頁265-299，台北：元照。

——（2010），歐洲收養法制的特殊問題，收於：顏厥安、林鈺雄編，人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究（三），頁247-279，台北：元照。

顏厥安（2004），生命倫理與規範論證，鼠肝與蟲臂的管制——法理學與生命倫理，頁77-125，台北：元照。

2. 外文部分

Coester-Waltjen, Dagmar (2010), Anmerkung zur Entscheidung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, FamRZ 2010, S. 957-958.

Lurger, Brigitta (2000), Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof, DEuFamR 2000, S. 134-143.