

S.H. and Others v. Austria

（禁止異源性體外人工受精案）

歐洲人權法院大法庭於 2011/11/03 之裁判*

案號：57813/00

蔡宗珍** 節譯

判決要旨

1. 夫妻孕育子女的權利，以及藉助人工輔助生殖技術以達成該目的的權利，均受到人權公約第 8 條所保護。

2. 公約第 8 條之保護客體基本上是保護個人免於受到公權力之恣意干預，但該條規定並不僅僅是課予國家不為此等干預之義務，亦有使私人與家庭生活受到有效尊重的積極性義務。此等積極性義務課予國家應採取有效措施，以確保私人與家庭生活受到尊重之義務，其範圍甚至針對私人間之關係。

3. 體外人工受精技術從問世到現在，一直存有敏感的道德性與倫理性爭議。由此所引發的問題，在公約締約國間尚未形成共識。因此各國於此等範疇應享有廣泛的評斷餘地。

4. 公約第 8 條下的核心問題，並非在於立法者對於系爭事項之利益權衡是否有選擇不同解決途徑的可能，而是被告

* 裁判來源：官方英文版

** 台大法律學院專任教授

國欲求取公允的利益平衡所採取的作法是否逾越公約第 8 條所授予之評斷餘地。

涉及公約權利

生育權（公約第 8 條）、私生活受尊重權（公約第 8 條）

事 實

原告四人分別出生於 1966、1962、1971、1971 年。第一與第二原告、第三原告與第四原告分別是夫妻關係。第一原告患有與輸卵管有關的不孕症（fallopian-tube-related infertility），雖能製造卵細胞，但由於輸卵管阻塞之故，無法將卵細胞送至子宮，因此也無法自然受孕。她的丈夫，即第二原告，也是不孕患者。第三原告則患有「無性腺症」（agonadism），根本無法製造卵子，屬於完全不孕的情形，但她擁有正常的子宮。她的丈夫，也就是第四原告，與第二原告不同的是，可以製造適於生殖的精子。

第一原告與第三原告於 1998 年 5 月 4 日就人工生殖法（*Fortpflanzungsmedizingesetz*）第 3 條第 1 項及第 2 項規定（以下簡稱系爭規定）之合憲性，向奧地利憲法法院聲請為違憲審查。該等原告向憲法法院主張其蒙受前揭法律規定之直接侵害。第一原告主張，她無法自然懷孕生子，她和丈夫生育子女的唯一可能作法便是使用第三人捐贈之精子來進行體外人工受精生殖，但人工生殖法系爭規定明文禁止此種生殖技術。第三原告則主張，由於自己罹患「無性腺症」，因而完全無法製造卵子。她得以懷孕的唯一途徑便是尋求所謂「異源胚胎移植」（heterologous embryo transfer）的人工生殖醫學技術之助，也就是以第三人捐贈之卵子與她丈夫的精子結合為胚胎後，植入她的子宮來孕育。然而，奧地利的人工生殖法不許為此種人工生殖方式。第一及第三原告則

於憲法法院主張，不允許採行前述人工生殖醫學技術的法律規定，已侵犯了其受公約第 8 條所保障的權利；她們也同時引據公約第 12 條以及奧地利憲法第 7 條所保障之平等權。

奧地利憲法法院於 1999 年 10 月 14 日就涉及她們具體個案的部分予以局部受理，並認定人工生殖法第 3 條，也就是禁止使用某些人工生殖技術的規定，得直接為憲法訴訟之違憲審查標的，無須先有法院判決或有權機關之決定。至於其實體主張部分，憲法法院認為公約第 8 條於本案得予以適用。即使歐洲人權法院尚無此類事件之判決先例，但依憲法法院的觀點不同於自然生殖之情形，體外人工受精技術之運用，對由此所孕育孩兒之福祉、健康與權利等，均帶來嚴肅的議題，同時也觸及社會的倫理與道德價值，並蘊含了商業化與「篩選性生育」的風險（selective reproduction; Zuchtauswahl）。然而，於第 8 條第 2 項所定比例原則的要求下，前述考量並不能導出所有可能的人工生殖醫學技術均應通盤禁止。然而究應在多大限度內考量公共利益，主要取決於所使用的人工生殖方法，究竟是與自然生殖方式相當的同源技術（即使用受術夫妻自己的生殖細胞）抑或是異源技術（即使用受術夫妻以外之第三人的生殖細胞）。

憲法法院認為，立法者原則上僅允許同源人工生殖技術，例外始允許異源供精之人工生殖技術的決定，並未逾越公約成員國所享有的評斷餘地。立法選擇反映了當時的醫學發展狀態以及社會共識。然而，這並不意味著該等法律所設標準不會因應最新發展而改變，立法者未來對此也應詳加考慮。換言之，該等立法並未漠視必須求助於人工生殖技術之人的利益。除了嚴格的同源人工生殖技術外，系爭法律也允許以異源供精方式進行人工受精。此等技術已久為人知並加以運用，也不致帶來異常的家庭親緣關係。此外，此種技術之運用也不限於已婚夫妻，同居伴侶亦得為

之。然而，若非藉助同源人工生殖技術來孕育子女者，則個人相關利益即須在前述公共利益之前讓步。憲法法院同時也認為，許可同源人工生殖技術，但禁止異源人工生殖技術的立法，並不違反禁止差別待遇的憲法平等原則。前已指出，對異源人工生殖技術所提出的質疑，並不會發生在同源人工生殖技術之情形，因此對兩種技術為差別待遇是正當的。從而，立法者對於這兩種人工生殖技術無須採用完全一致的規定。也就是說，立法者允許異源供精的體內人工授精方式，但不許異源供卵的體外人工受精方式，並不會造成歧視；因為異源供精，並不會產生有可能危害未來所孕育孩兒之福祉的異常親緣關係的風險。憲法法院最後判定，人工生殖法系爭規定並未牴觸公約第 8 條與憲法平等原則，從而也未違反公約第 12 條。

原告等四人隨即向歐洲人權法院起訴，主張人工生殖法禁止使用第三人捐贈之卵子與精子為體外人工受精，而這卻是唯一可以讓原告等孕育子女的人工生殖方法，因此系爭規定已侵害其受公約第 8 條以及第 8 條結合第 14 條所保障的權利。本案最初是由第一法庭局部受理，並就第一及第二原告部分以 6 票對 1 票、就第三及第四原告部分，則以 5 票對 2 票判決本案構成對公約第 14 條結合第 8 條之侵害；同時一致判決無須單獨依據公約第 8 條予以審查。本判決作成後，基於奧地利政府之聲請，大法庭之審查庭決定依據公約第 26 條第 4 項及第 5 項與法院審理規則第 24 條，將本案移轉於該庭審理。

系爭法律規定與歐洲各國法制現況

27.-32. 奧地利人工生殖法 (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) 係規制以性行為以外方式引導生產之醫學技術的使用 (第 1 條第 1 項)，包括了以下四種方式：(1) 將精子植入女性性器官；(2)

於女性體外為精卵結合；(3) 將可發育的細胞植入女性子宮或輸卵管。可發育的細胞指的是受精之卵子以及由此所形成的細胞；(4) 將卵子或連同精子一起植入女性子宮或輸卵管(第1條)。人工生殖技術僅得施作於已婚者或與婚姻相當的同居伴侶，且限於已無其他可能、合理的方式治療無法經由性交方式懷孕之不孕症，或無合理的成功機會之情形(第2條)。第3條規定，人工生殖技術原則上僅得使用配偶或同居伴侶之精卵(第1項)；但配偶或同居伴侶一方不孕者，得例外地以第三人捐贈之精子進行「體內人工授精」(*in vivo fertilisation* 亦即，將精子以人工授精技術植入女性子宮中)(第3條第2項)；除此之外的異源供精之人工生殖方式，尤其是異源供精之體外人工受精方式，均不許為之。卵子與可發育的細胞僅得用於其所從出之女性(第3項)。依此等規定，使用第三人捐贈之精子進行人工受精，僅限於特定的例外情形(亦即異源供精之體內人工授精)；而使用第三人捐贈之卵子為人工生殖則完全為法所不許。

35.-40. 以下有關歐洲各國人工生殖法制與實務概況主要以下列文件為據：「人工生殖與人類胚胎保護於卅九國現況之比較研究」(“Medically-assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo Comparative Study on the Situation in 39 States”，歐洲理事會，1998)；歐洲理事會成員國就生物科技倫理策略委員會(the Steering Committee on Bioethics)之「人工生殖技術之利用問卷」所為之回應(歐洲理事會，2005)；以2007年由國際生殖醫學協會聯盟(International Federation of Fertility Societies, IFFS)所作的調查。

據前揭資料所示，於2007年時，人工生殖療法在奧地利、亞塞拜然、保加利亞、克羅埃西亞、丹麥、愛沙尼亞、芬蘭、法國、喬治亞、德國、希臘、匈牙利、冰島、義大利、拉脫維亞、荷蘭、

挪威、俄羅斯、斯洛伐尼亞、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、烏克蘭、英國等國均已有法律或法規命令層級的立法。在比利時、捷克、愛爾蘭、馬爾他、立陶宛、波蘭、賽爾比亞、斯洛伐其亞等國則是由醫療實務、專業準則、行政命令或憲法一般原則加以規範。

研究顯示，自各內國法規定內容主要可得出七種不同的人工生殖技術：夫妻間之人工受精、夫妻間之體外受精、以捐贈精子為人工受精、捐卵、捐精、精卵捐贈、顯微精子注射受精（以顯微技術將單一精子注射於卵子方式為體外受精）。

在這些已立法規範人工生殖之運用的國家中，義大利、立陶宛與土耳其完全禁止精子捐贈。這三個國家均不許實施異源人工生殖技術。允許捐精的國家則並未於法規中區分人工（體內）授精或體外受精。至於異源供卵，除了前述三個國家外，在克羅埃西亞、德國、挪威、瑞士等國亦禁止為之。

此外，許多國家如賽浦路斯、盧森堡、波蘭、葡萄牙與羅馬尼亞雖未（於2007年時）立法規範，但醫療實務上已有接受精卵捐贈的情形。

比較歐洲理事會1998年所作的研究以及國際生殖醫學協會聯盟2007年的調查，顯示人工生殖醫學領域的法律規定發展快速。丹麥、法國、瑞典原先禁止精卵捐贈，但分別在2006、2004與2006年後隨著新立法之施行而解禁。挪威自2003年起即已許可用於體外受精之異源供精。芬蘭在2007年後亦立法許可以捐贈之精卵所實施之人工生殖方式。

判決理由

I. 被告國之審前異議

45. 被告國主張，如其於前審法庭中曾提出的，第二及第四原告，分別為第一及第三原告之丈夫，並未依公約第 35 條之規定用盡內國訴訟救濟途徑，蓋其並未向憲法法院聲請就人工生殖法第 3 條為違憲審查。

46. 原告等則引據 2007 年 11 月 15 日原審法庭判決辯稱，法院於該判決中已否決被告國以未用盡內國訴訟救濟為由所提的異議，因而也已明確解決了該等爭議。

47. 大法庭認為前審法庭已於 2007 年 11 月 15 日之判決中，就第二及第四原告起訴之合法性問題，否決被告國所提未用盡內國訴訟救濟之抗辯。...

48. 大法庭認為，就此問題並無作成不同於前審法庭之結論的理由。準此，被告國之審前異議應予駁回。

II. 訴稱牴觸公約第 8 條部分

49. 原告訴稱，奧地利人工生殖法第 3 條第 1、2 項禁止為異源性體外人工受精技術，已侵害其公約第 8 條所保障之權利。

(下略)

A. 前審法庭的判決

51. 前審法庭於 2010 年 4 月 1 日的判決中認為本案就第一與第三原告，以及第二與第四原告部分，已違反公約第 14 條結合第 8 條之規定。

52. 前審法庭認為，夫妻生育子女的權利且藉助人工生殖醫療

科技達此目的乃屬公約第 8 條之保障範圍；蓋此等生育選擇很清楚是私生活與家庭生活的表現。因此，公約第 14 條結合第 8 條之規定自得適用於本案。

53. 至於本案是否符合公約第 14 條，前審法庭認為，有鑑於公約成員國就此議題缺乏一致觀點，以及該等議題在道德、倫理面的敏感性質，公約成員國於此領域享有一廣泛的評斷餘地。此一廣泛的評斷餘地原則上可用於對該等領域之干預決定，以及一旦為干預決定後，為求取相衝突之公、私益間之平衡所採取的細部規定。前審法庭依此分別檢視第一與第二原告，以及第三與第四原告的狀況。

54. 關於亟須透過捐贈的卵子以達成生育子女之心願的第三與第四原告的處境，前審法庭認為，基於道德面理由或社會接受度而來的考量本身，無法成為完全禁止特定人工生殖方式的充分理由，且此種完全禁止手段僅在例外情形下才會是合宜的作法。原審法庭認為，就被告國所援引的有關異源供卵的風險，特別是對經濟上弱勢婦女的剝削或「篩選」兒女的風險，人工生殖法中已有充分的防護規定。而就被告國所關切的其他特定因素，例如因同時存在基因母親與生育母親所形成之異常親緣關係，此等問題可透過適當的立法而予以克服。因此，前審法庭判定本案涉及第三與第四原告部分，已違反公約第 14 條結合第 8 條之規定。

55. 關於須透過異源供精進行體外人工受精，以達成生育子女之心願的第一與第二原告的處境，前審法庭認為，首先，此等人工生殖技術結合了兩種技術，其中任一種技術單獨使用時，均為人工生殖法所允許，也就是以夫妻自己的精卵進行體外人工受精，或是以異源供精而與妻子的卵子進行體內人工授精。若欲禁止結合此兩項合法技術之人工生殖型態，即須具備強力的論點。

然而，被告國所提出的論點中，絕大部分並不是針對以捐贈之精子為體外人工受精者。對於被告國所提出的論點，亦即非體外人工受精已行之有年，且這種技術比較好操作，如對之加以禁止的話，很難加以監控的說法，前審法庭認為，效率較低的問題，比起所涉及的重要私益來說，較不具重要性；因此判定對系爭人工生殖方法的差別對待並不具正當性。基此，前審法庭對本案此部分亦作成違反公約第 14 條結合第 8 條規定之結論。

B. 兩造當事人的主張

1. 原告

56. 原告等認為，公約第 8 條得適用於本案情形。他們主張，系爭法律規定已構成對其依公約第 8 條所享有之權利的直接侵害；蓋若未有系爭法律規定，他們所希冀的醫療方法，也就是以第三人捐贈之精或卵來進行體外人工受精，就會是一種通常且不難獲得之醫療技術，這類醫療技術在過去幾年中已有相當可觀的進展，也比過去更可信賴。如此一來，也不會有積極義務的問題，而只是國家干預的典型案例，而在一個民主社會中，那樣的干預卻是不必要也不適當的。

57. 由於建立家庭之權利與生育權利的特殊重要性，公約締約國於此等議題的規制上完全不具評斷餘地。夫妻想使用人工生殖技術的決定，涉及了他們私生活中極隱私的範疇，立法權就此等事務之規制權也應受到嚴格的限制。

58. 被告國所提出的論點是概括地反對人工生殖；因此，一方面允許某些人工生殖技術，另一方面卻拒斥另一些人工生殖技術的作法，並不具說服力。被告國所提及的女性捐卵者遭到剝削的風險，與本案類型並無關係。欲對抗奧地利處境下任何潛在的濫用可能，只需禁止有償性精卵捐贈即可；而在奧地利也已存有此

等禁止規定。此外，異源供卵的體外人工受精將導致試管嬰兒同時會有基因母親與生育母親的異常家庭親緣關係，會造成小孩情感上壓力的論點，也是無說服力的；時至今日許多孩童都已是在單親家庭中長大。

59. 原告另亦主張，用於人工生殖法的法律規範體系既不一貫亦不合邏輯，蓋該法並未概括地禁止異源性人工生殖，以捐贈之精子為特定人工生殖技術享有例外規定。此等差別待遇的理由難以使人信服。於此應指出的是，在奧地利設有一個資助體外人工受精的公共基金。這顯然是由於體外人工受精技術之使用具有公益性之故；然而在此同時該等技術之使用卻受到許多限制。

60. 有關各公約締約國之人工生殖法制情形，原告主張目前就允許精卵捐贈的部分已有共識。因此，奧地利的人工生殖法禁止精卵捐贈的規定已抵觸了公約第 8 條。

2. 被告國

61. 關於公約第 8 條是否適用於本案問題，被告國援引其憲法法院之見解，認為公約第 8 條所稱私生活面向，亦包括夫妻或生活伴侶間生兒育女的願望在內，此乃其人格性之根本的表現形式之一。基此，被告國接公約第 8 條得適用於本案爭議。

62. 被告國認為，系爭措施是否得視為是公權力所為干預，抑或屬於積極性義務的違反，於本案可暫置不論；蓋兩種義務面向適用相同的原則。兩種情形下，均須求取相衝突之私益與公益間公允的平衡，且國家於兩種情形下均享有一定的評斷餘地；締約國間就系爭議題欠缺共識時，國家甚且享有較大的評斷餘地。無論如何，系爭禁止規定具有內國法之法律依據，其所追求之目的亦屬正當，亦即保護他人之權利，尤其是潛在精卵捐贈者。

63. 從被告國的角度來看，本案的核心議題並非在於究竟是否存有依賴醫療科技協助之生殖程序，以及國家對此之管制程度為何；問題毋寧是：國家於多大程度內必須授權並接受第三人參與完成一對伴侶孕育子女之心願。對此，並無法得出國家負有一律允許實施所有技術上可行之生殖方式，甚至提供該等生殖方式之義務。於行使公約締約國所享有之評斷餘地時，各國就其所面對之利益衝突，必須自行決定如何在該國特定的社會、文化需求與傳統下，求取相關利益之均衡。

64. 奧國立法者在考量了相關利益後，已作出符合公約第 8 條意旨之公允的利益均衡。在此等利益均衡下，在允許醫療輔助生殖之同時，也對之設下若干限制，亦即考量到醫療與社會發展所達階段，尚不允許立法開放以第三人供卵或供精為體外人工授精，如本案兩位女性原告所主張之情形。因此，人工生殖法的特性即表現在意欲防止負面效應與濫用的可能性，並將醫學進步之成果限定用於醫療目的，而不得用於如子女篩選等其他目的，蓋立法者無法也不應忽視社會大眾對當代生殖醫學扮演的角色與可能影響所抱持的憂慮不安。

65. 經過徹底的準備程序，立法者找到一個考量了人性尊嚴、子女之福祉以及生育權的適當解決方式。體外人工受精為卵子與精子之篩選開啟了極廣泛的可能性，最後有可能導致「篩選性生育」。此等技術對以此方式孕育的子女（試管嬰兒）帶來了健康方面的根本性的問題，也觸及了本質上的社會倫理價值與道德價值。

66. 於國會進行立法辯論時，有論者指出，異源供卵仰賴卵子的供應，由此可能導致諸如對婦女的剝削與羞辱，特別是對那些

來自經濟上弱勢階層的婦女。風險也可能出現於，接受體外人工受精的婦女可能蒙受得提供多於其自身治療所必須之卵子的壓力，好讓她們能付得起治療費用。

67. 體外人工受精也可能引發社會境況與生物血緣境況分離的不尋常的關係，亦即「母親身分」分裂為血緣上之母親，以及孕胎之母親。最後，子女獲知其血緣的正當利益亦必須顧及，而絕大多數的異源供精或異源供卵所生之試管嬰兒均無從得知其真實血緣。凡是依法供精或供卵而進行合法的人工輔助生殖者，此種試管嬰兒之血緣上的父母親並不會在出生、結婚與死亡登記上揭露，而有關收養的保護性法律規定對於人工輔助生殖之情形並無效用。

68. 之所以允許體內人工授精之理由，如奧國政府所提出之人工生殖法立法理由中提到的，是因為與其他方式相比，體內人工授精是一種相當容易操作的人工輔助生殖方法，且無法被蓄意操控。該技術也已經行之有年。因此，禁止此一相對簡易的技術是難有效果的，其結果，也無法訂出有效地達成立法目的合適手段。

C. 第三方參加人（略）

D. 本院判決

1. 公約第8條之可適用性

78. 被告國同意公約第8條得適用於本案。被告國於此脈絡下援引其憲法法院1999年10月14日之判決，主張配偶或同居伴侶作成欲藉由人工生殖醫學技術之助而孕育子女之決定，乃屬其私生活應受尊重權利之範圍，從而亦在公約第8條所保護領域之內。

79. 原告亦同意被告國就公約第8條之適用性的見解。

80. 法院重申，公約第 8 條所稱「私生活」指涉的意義極廣泛，其中亦包括與他人建立並發展關係之權利（見 *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251 B）、「人格發展」的權利（“personal development”）（見 *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001 I），或者自我決定的權利（見 *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002 III）。此概念包含了諸如性別認同、性取向與性生活等受公約第 8 條所保護之個人領域內的要素在內（參照 *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45, 以及 *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, 19 February 1997, § 36, 裁判彙編 1997-I 等案例），以及是否孕育子女之決定受到尊重的權利（參見 *Evans v. the United Kingdom [GC]*, no. 6339/05, § 71, ECHR 2007 IV, 以及 *A, B and C v. Ireland [GC]*, no. 25579/05, § 212, 16 December 2010）。

81. 於涉及否准提供受刑人與其妻人工生殖便利的 *Dickson v. the United Kingdom* 一案中，本院認為就否准系爭人工生殖便利所牽涉到的當事人私生活與家庭生活中有關孕育自己血緣子女之決定應受尊重之權利，公約第 8 條可得適用（見 *Dickson v. the United Kingdom [GC]*, no. 44362/04, § 66, ECHR 2007 XIII）。

82. 本院認為，夫妻孕育子女的權利，以及藉助人工生殖之醫療技術以達該目的的權利，同樣受到公約第 8 條所保護，該等選擇正是一種私生活與家庭生活的表現。從而，公約第 8 條得適用於本案。

2. 積極義務抑或權利干預?

83. 於 *X, Y and Z v. the United Kingdom*（1997 年 4 月 22 日，

裁判彙編 1997-II) 一案中，本院注意到公約締約國間對於透過「異源人工受精」(artificial insemination by donor) 所生子女，與其扮演父親角色者間之社會關係的法律規制，並未存有一種共通的態度。事實上，就法院所得資訊來看，雖然人工輔助生殖技術在歐洲已運用了數十年，許多因此所引致的問題仍不斷存有爭議，有關親子關係的議題尤然。舉例言之，歐洲會議的成員國間對於維持供精者之匿名性究竟是否為異源人工受精所生子女之最佳利益，抑或其應有權獲知供精者身分之問題，一直未有共識。法院從而認為，本案爭議領域屬於歐洲會議成員國間幾未有共同立場者，且一般而言，相關法律也處於轉型階段。

84. 上述判決作成於 1997 年，正在本案原告等 1998 年向奧地利憲法法院提出本件所涉之奧地利人工生殖法相關條文法律違憲審查訴訟前不久。從法院取得的資料來看，在奧地利憲法法院作成本件原因判決後，相關醫學科技又有了許多進展，不少締約國也因此立法因應。此等轉變可能也影響了本院對事實的評估。然而，禁止系爭精卵之捐贈在今日是否仍符合或已不符合公約之要求一點，並非是本院所得判斷。本院所應判斷的是，奧地利憲法法院就系爭精卵捐贈之禁止的審查是否符合公約之規定（見 *J. M. v. the United Kingdom*, no. 37060/06, § 57, 28 September 2010; *mutatis mutandis, Maslov v. Austria [GC]*, no. 1638/03, § 91, 2008 年 6 月 23 日；以及 *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 106, 2010 年 11 月 22 日）。然而，此無礙於本院於進行評價之時將後續相關醫學科技發展納入考量。

85. 其次於本案系爭法律是否合於公約第 8 條規定之審查上，應進一步辨明其係涉及對原告等受公約第 8 條所保障之私生活與家庭生活應受尊重權利之干預（國家的消極性義務），抑或是國家未履行該條規定所課予之積極性義務。

86. 原告等主張系爭法律已對其受公約第 8 條所保障權利之直接干預；蓋若無該等法律規定，其所欲尋求之醫療 — 亦即以異源精子或卵子來進行體外人工受精 — 便只是一種很普通且現成的醫療技術。被告國則認為有關本案系爭措施究屬一種公權力干預行為，抑或構成積極義務之違反的問題可暫置不論，因為兩種義務均引據相同之原則。

87. 本院重申，雖然公約第 8 條之客體基本上是保護個人免於受到公權力之恣意干預，但該條規定並不僅僅是課予國家不為此等干預之義務。除了此一首要的消極不作為義務外，亦可能存有一種為使私人與家庭生活受到有效尊重而應具有的積極性義務。此等積極性義務可能涉及國家應採取有效措施以確保私人與家庭生活受到尊重，甚至是針對私人間關係之範疇。國家於公約第 8 條下之消極性與積極性義務間之界線，並無法精確地予以劃定；但所得適用的基本原則是相仿的。特別是兩種情形下均須就牽涉其中的利益衝突求取公允的平衡（見 *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003-III, 以及上述 *Evans* 案, § 75）。

88. 大法庭認為，系爭法律所引發的問題，可視為是國家究竟是否負有應允許以第三人捐贈之精子或卵子為特定人工生殖程序之積極性義務的爭議。然而，此事件亦可視為是國家透過人工生殖法第 3 條第 1 項及第 2 項禁止為特定人工生殖技術之規定，而對原告等之家庭生活應受尊重權利所為之干預；因為被禁止實施的人工生殖技術雖然在醫學上已經可行，卻囿於系爭法律之禁止而無法加以利用。對於本案，本院將以原告等原本有權利用相關人工生殖技術，卻因人工生殖法之系爭規定 — 原告等對此等規定亦未能於奧地利法院中成功地加以挑戰 — 而無法實際為之，因而已涉及對原告等此等權利之干預的方式處理。但無論如何，

如前所述，兩種分析方式中，關於公約第 8 條第 2 項所定正當化事由之適用，均高度相仿（見前述 Evans 案，§ 75，以及 Keegan v. Ireland, 1994 年 5 月 26 日，§ 49, ECHR, Series A no. 290）。

3. 公約第 8 條第 2 項之合致性

89. 此等干預若非符合公約第 8 條第 2 項所定之「依法為之」、「追求條文所列舉之正當目的」以及為達成所追求之目的而為「民主社會所必要者」等正當化事由，即屬違反公約第 8 條。

(a) 依法為之與合於正當目的 In accordance with the law and legitimate aim

90. 本院認為本案系爭措施具有法律依據，亦即人工生殖法第 3 條之規定，也亦具備正當之目的，即保護健康、道德與他人之自由與權利。兩造當事人對此均不爭執；其爭議焦點在於該等干預之必要性。

(b) 於民主社會所必要以及相關之評斷餘地

91. 於此脈絡下，本院重申，為論斷系爭措施是否為「民主社會所必要」，應就本案情形為整體觀察，對公約第 8 條第 2 項規定之立法目的而言，用以正當化系爭干預措施之理由是否重要且充分…。

92. 對於個人所提起之訴訟，本院之任務並非抽象地審查相干立法或實務行為；本院毋寧應在不忽略通常脈絡關連的前提下，盡可能地自我克制權限於審查繫屬案件之爭議問題…。因此，本院的任務並不是取代內國有權機關之地位，而決斷人工生殖事務之最適立法政策為何。

93. 原告等主張，基於建立家庭權與生育權之特殊重要性，公

約締約國於此領域之立法不應享有任何評斷餘地。

94. 本院重申，於判斷公約締約國在涉及公約第 8 條之案件中究竟享有多大評斷餘地時，應考量許多要素。凡攸關個人之存在與身分的極重要面向者，成員國所享有的評斷餘地範圍原則上受到限縮…。然而，若是歐洲會議成員國間並無共識存在者，不管是對所牽涉利益之相關重要性方面，還是有關保護該等利益之最適手段方面，特別是涉及敏感性倫理道德議題時，評斷餘地的範圍會放寬…。基於各國對於自己國內動態之直接且持續的接觸，各國公權力機關比起國際性法官來，不管是對於國家中「道德要求之確切脈絡」，還是對於為符合該等要求所應有之限制，基本上均擁有作成較佳判斷的立場…。若國家被要求應於相衝突的私益與公益或公約權利間求取公允的平衡者，則各國通常也享有一廣泛的評斷餘地…。

95. 在此脈絡下，本院注意到，依據歐洲會議 1998 年所做的「39 國有關人工生殖與人類胚胎保護現況之比較研究」，奧地利、德國、愛爾蘭、挪威、斯洛伐克、斯洛伐尼亞、瑞典與瑞士明文禁止卵子捐贈；奧地利、德國、愛爾蘭、挪威、瑞典明文禁止精子捐贈。目前禁止精子捐贈者，除了奧地利外，僅有義大利、立陶宛與土耳其三個國家；但禁止卵子捐贈者，除了上述國家外，還加上克羅埃西亞、德國、挪威與瑞士。然而，這些國家中的相關立法 — 如果有的話 — 也是千差萬別。有些國家對人工生殖為鉅細靡遺的規定，有些國家只是大略規定，更有些國家根本未加規定。

96. 本院總結指出，公約締約國已出現允許以捐贈的精卵進行體外人工受精的明顯立法趨勢，此亦顯現了歐洲共識在形成中。然而，此一形成中的共識並非植基於各成員國法律中所建立的穩

固且源遠流長的基本原則，毋寧是變化性很大之法律領域一個發展階段的反應，國家的評斷餘地並不因此即受到全然地減縮。

97. 由於體外人工受精（IVF）技術從問世到現在，對此等快速發展的醫療科技一直存有敏感的道德性與倫理性爭議，且由於本案所引發的問題觸及了成員國間尚未有清楚的共同立場的範疇，本院認為被告國家於此應享有廣泛的評斷餘地（見 X, Y and Z v. the United Kingdom, § 44）。國家的評斷餘地原則上見於對系爭領域為干預之決定，以及一旦為干預後，為均衡地調節相衝突之公、私益而採行之細部規定之構成…。然而，這並不意味著各國所選擇的立法解決之道完全不受法院審查。本院仍有權就立法程序所納入的考量因素導出立法選擇結果，以及國家利益與因立法選擇結果而直接受害之法益間的利益權衡是否允當之決定，為審慎之審查。為此，本院認為第一與第二原告之處境，以及與第三與第四原告之處境，應予以分別審查，並應從第三與第四原告之處境著手。

(c) 第三與第四原告（涉及異源供卵問題）

98. 第三原告屬於完全的不孕者，而她的丈夫，即第四原告，生育能力並無問題。無爭議的是，這對夫妻僅能透過異源供卵的體外人工受精方式來達成其生育至少帶有夫妻一方基因之子女的心願。然而，由於奧地利人工生殖法第 3 條第 1 項禁止異源供卵之體外人工受精的人工生殖技術，這種可能性遂遭排除。該條項規定並未有例外條款。

99. 被告國主張，奧地利立法禁止異源供卵之體外人工受精乃屬民主社會所必要者。依其觀點，奧國系爭立法已公允地平衡了相關公益與私益。其亦主張，系爭立法之所以對人工生殖醫學技術所得提供的人工生殖方式設定了某些限制，是因為必須考量系

爭議題所牽涉到的道德與倫理層面之敏感性爭議，以及廣大社會大眾對當代生殖醫學所扮演之角色與可能性所存有之疑慮。

100. 本院考慮到，於如同人工生殖般的敏感性範疇，道德層面的憂慮或社會大眾的接受度均應嚴肅地納入考量。然而，這些因素本尚不足以構成完全禁止特定人工生殖技術——例如異源供卵之人工生殖方式——的充分理由。即便締約國享有廣泛的評斷餘地，為此一目的所設計的法規範必須以各種牽涉其中的正當利益均得以適切地受到考量的一致方式來建構。

101. 被告國指出，特別是像體外人工受精之類的人工生殖醫學的先進技術所帶來的內在風險是，此類科技並不僅用於醫療性目的，亦可用於其他目的，例如「子女篩選」。體外人工受精技術正具有此等風險。此外，被告國亦指出，異源供卵可能導致婦女受到剝削與羞辱的風險，特別對那些處於經濟上不利地位的婦女。對於那些原本是不必製造多於所需之卵子以提供人工受精的婦女，更會造成壓力。必須從婦女身上取卵始得進行的體外人工受精技術是有風險的，也會對接受此種手術者帶來危險的負面影響。相關立法必須很小心地降低此等牽涉到第三人——例如供卵者——之風險。

102. 原告等主張被告國為論辯系爭干預措施之必要性所提出的負面影響，可藉由奧國更多的立法措施而減少，即便無法完全防免。無論如何，那些論點均不足以推翻原告希冀生育子女的利益。

103. 本院認為，不管從科學角度來看，還是從其醫技運用之法律規範的發展來看，人工生殖領域之進展均極為快速。正因如此，欲建立一套評定相關立法措施之必要性與妥當性的合理根

據，便分外困難；其結論可能要經過相當長的時間後才會明朗化。因此，國家認為在人工生殖領域有必要分外謹慎，是可以理解的。

104. 於此脈絡下，本院注意到奧國立法並非完全排除人工生殖技術，而是允許運用同源人工輔助生殖技術。依據奧國憲法法院1999年10月14日判決之理由，奧國立法之主導思考是，在醫學輔助下所為人工生殖之實施條件應與自然生殖相當，特別是民事法基本原則——即「母親自始確定原則」——（“mater semper certa est”）必須予以維持，因此應避免同時有二人可宣稱為同一子女之生母的可能性，且應避免出現生理母親與基因母親不同而生之爭議。為此針對那些引發了敏感的道德性與倫理性爭議的當代生殖醫學的角色與能耐，相關立法試圖調和欲藉助人工生殖技術之希望與社會大眾之憂慮。

105. 本院也進一步觀察到，奧國的人工生殖法下建立了特殊的保護與預防機制，亦即將人工生殖技術之運用保留於具備此一領域之專門知識與經驗的專科醫生為之，並使之受專業倫理規範所拘束，同時也在法律中明文禁止有償性精卵捐贈。此等措施意在預防優生篩選及其濫用的潛在風險，並預防弱勢處境的婦女遭受剝削而為供卵者的風險。奧國立法者理論上可以設計並施行進一步的措施或防護作法，以降低被告國聲稱之異源供卵所帶來的風險。有關被告國所提出的，人為製造之關係的社會環境存有偏離生物性親緣關係之社會環境的風險，本院認為廣義的特殊家庭關係，亦即不是建立在直接親緣屬性上的典型父母子女關係者，在締約國的法秩序下並不罕見。為了提供特殊家庭關係適當法制依據的收養制度早已出現，並為所有成員國所悉。因此，因異源供卵所生難題，亦可建立適當法制規範以為規制。然而，本院所不能忽視的事實是，異源供卵所生基因母親與生育母親兩種母親角色分裂的情況很明顯是與收養關係下的父母子女關係大異

其趣的，也因此帶來了新的問題面向。

106. 本院同意，奧國立法者對於人工生殖之法律規制也可能設計成與現制不同而許可異源供卵的法制。本院也注意到歐洲會議有許多國家正是採取此等許可異源供卵的立法方式。然而，於公約第 8 條下的核心問題並非立法者對於系爭事項之利益權衡是否有選擇不同解決途徑的可能，而是奧國立法者欲求取公允的利益平衡所採取的作法是否逾越公約第 8 條所授予之評斷餘地（見 Evans 案, § 91）。為此，本院更加重視於以下事實，亦即前已提及的，關於異源供卵之體外人工受精方面，尚未建立充分的歐洲共識。

107. 於此脈絡下，本院進一步觀察到歐洲目前處理異源供卵之人工生殖議題的唯一憑藉便是 1989 年之生物醫學進展之特別專家會議（ad hoc committee of experts on progress in the biomedical sciences of 1989）上所通過的原則。其中第 11 點表明，體外人工受精原則上應使用夫妻雙方之生殖細胞。1997 年人權與生物醫學公約與 2002 年增定之議定書均未就此議題有所著墨。歐盟 2004/23/EC 準則明定「本準則不干預成員國使用或不使用特定型態之人類細胞，包含生殖細胞與胚胎幹細胞，之決定」。

(d) 第一與第二原告（涉及異源供精問題）

108. 第一原告患有輸卵管病變所致之不孕症，她的丈夫，第二原告，也是不孕者。無爭議的是，在他們的不孕狀況下，僅能透過異源供精的體外人工受精方式始能達成他們孕育至少具有夫妻一方血緣之子女的心願。

109. 然而，在奧國人工生殖法第 3 條第 1 項禁止異源性人工生殖技術用於體外人工受精的規定下，異源供精之體外人工受精

受到禁止；像第一原告與第二原告的情形，便被排除了達成心願的可能性。但同法第 3 條第 2 項卻允許異源供精用於體內人工授精。

110. 本院重申，公約締約國就私生活之重要面向立法予以規範，並不違反公約第 8 條之要求；公約第 8 條之要求並不提供每一個案情狀下利益衝突之權衡結果。凡涉及此等重要面向，立法者制定強行性法律以滿足法安定性之要求，即不牴觸公約第 8 條之規定（見 Evans 案, § 89）。

111. 前審法庭特別重視此等人工生殖類型（即異源供精之體外人工受精）下結合兩種技術——即體外人工受精技術以及異源供精之體內人工授精技術——的事實。這兩種技術單獨使用的話，均為奧國人工生殖法所許；但若結合使用，即屬違法。前審法院認為禁止結合兩種可個別合法使用之技術而進行人工生殖的法律規定，即須有更具說服力的理據。從前審法院的觀點來說，對此唯一的理據是，體內人工授精技術已經施行有年且容易操作，若予以禁止將會難以控管。此等理據僅僅考慮到效率問題，尤其未將與此相關的重要私益納入考量。前審法庭因此認定系爭法律中之差別待遇不具正當性（見前審法庭判決 §§ 92-93）。

112. 大法庭則不認同此一論理。大法院認為，於審查禁止某一特定人工生殖技術之法律規定是否合於人權公約相關要求時，應將其所屬之整體法律規範架構納入考量，並在此宏觀脈絡下看待系爭禁止規定。

113. 被告國為辯護其禁止以捐贈之精卵用於體外人工生殖技術之規定所提出之部分理據，的確僅能適用於禁止異源供卵之情形；例如預防弱勢處境婦女遭受剝削、限制供卵者潛在的健康風

險，或防止因分裂的母親角色而形成非典型家庭關係。然而，被告國所據之基本考量始終都是，對尖端的醫療技術程序下牽涉到第三人的精卵捐贈之禁止，在奧國社會是一項爭議性議題，也引發了社會面與倫理面的複雜問題；對此，社會中尚未形成共識，故也必須將人性尊嚴、由該等人工生殖技術所孕育之子女的福祉、防止負面效應或可能的濫用等納入考量。此外，本院認為，以前揭考量因素為據之禁止異源供卵的體外人工受精技術之規定符合人權公約第 8 條所定要求，且——在關照了系爭禁止規定所在之整體法律規範架構下——於此亦具有關聯性。

114. 有關奧國於施行禁止異源供精、卵之體外人工受精的人工生殖法之同時，並未禁止異源供精之體內人工生殖——此種技術在此之前已被運用了相當時日，且已為社會所接受——的事實，對於相關利益間之平衡深具重要性，且不應僅於禁止措施之有效執行脈絡中來考量。該等規定毋寧顯示了奧國立法者試圖以此一範疇之原則性方法來調和社會現實之小心、謹慎的態度。於此脈絡下，本院亦注意到奧國法律並未禁止國人赴國外以國內所不許的人工生殖技術來治療不孕症，甚至於治療成功時，民法中還明定了以尊重父母意願為原則的父親與母親之認定規定(…)。

(e) 本院結論

115. 基於上述考量，本院總結認定，奧國人工生殖法第 3 條禁止異源供卵之人工生殖，以及異源供精之體外人工受精之規定，均未逾越奧國立法者於立法時所得享有的評斷餘地。

116. 從而，所有原告所訴稱之情形，均未違反公約第 8 條之規定。

117. 但本院也注意到，奧國國會至今未曾隨著前述科技與社

會之動態性發展而就人工生殖之管制法規為通盤檢討。本院也提到，奧國憲法法院於認定系爭法律合於人權公約第 8 條第 2 項所定比例原則之同時，亦指出，立法者原則上僅許可同源性人工生殖技術，例外始允許以異源供精進行授精，乃反應當時醫學之最新發展狀況與社會共識。但這並不意味著該等判準不會隨著立法者未來應納入考量的發展而改變。

118. 被告國並未顯示其有權機關確已遵循該國憲法法院前述見解而為跡象。於此脈絡下，本院重申，人權公約之解釋與適用均應依當前之情狀為之（見 *Rees v. the United Kingdom* 案，1986/10/17，§ 47）。本案雖未違反人權公約第 8 條，本院認為對於此等相關法規應持續進化，且受到科學與法律極其動態之發展所影響的領域，公約締約國有必要持續予以審查檢討（…）。

III. 訴稱違反公約第 14 條結合第 8 條部分

119. 原告等訴稱人工生殖法第 3 條第 1 項與第 2 項有關禁止異源性體外人工受精技術的規定，亦違反了其受公約第 14 條結合第 8 條所保障之權利。

120. 於本案之情形，本院認為此一訴求之實體內容已在前揭有關人權公約第 8 條之審查中充分加以考量，從而並無必要就相同的事實，再另外依據公約第 14 條結合第 8 條而予以審查。

綜上所述，本院判決：

1. 一致駁回被告國之審前異議；
2. 13 票比 4 票判定本案未違反公約第 8 條；
3. 一致判定無須依據公約第 14 條結合第 8 條審查本案。

【附錄：判決簡表】

審判庭	大法庭
判決形式	判決
案名	CASE OF S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA
出版處	Reports of Judgments and Decisions 2011
案號	57813/00
重要等級	Case Reports
被告國家	奧地利
裁判日期	2011/11/03
公約之適用	可適用公約第 8 條
裁判結果	先決抗辯駁回(未窮盡內國救濟程序) 未違反公約第 8 條
相關公約條文	第八條；第八條第一項；第八條第二項；第三十五條；第三十五條第一項
不同意見	有
系爭內國法	人工生殖法第三條第一項及第二項
本院判決先例	A, B and C v. Ireland [GC], no 25579/05, 16 December 2010 Bensaïd v. the United Kingdom, no 44599/98, § 47, ECHR 2001-I Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no 28957/95, ECHR 2002-VI Dickson v. the United Kingdom [GC], no 44362/04, ECHR 2007-V Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981, § 41, Series A no 45 Evans v. the United Kingdom [GC], no 6339/05, ECHR 2007-I

Fretté v. France, no 36515/97, § 41, ECHR 2002-I
J. M. v. the United Kingdom, no 37060/06, § 57, 28 September 2010
K. et T. v. Finland [GC], no 25702/94, § 154, ECHR 2001-VII
Keegan v. Ireland, 26 May 1994, § 49, Series A no 290
Kutzner v. Germany, no 46544/99, § 65, ECHR 2002-I
Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom, 19 February 1997, § 36, Reports 1997-I
Maslov v. Austria [GC], no 1638/03, § 91, 23 June 2008
Niemietz v. Germany, 16 December 1992, § 29, Series A no 251-B
Odièvre v. France [GC], no 42326/98, § 40, ECHR 2003-III
Olsson v. Sweden (no 1), 24 March 1988, Series A no 130
P., C. and S. v. Royaume-Uni, no 56547/00, § 114, ECHR 2002-VI
Pretty v. the United Kingdom, no 2346/02, § 61, ECHR 2002-III
Rees v. the United Kingdom, 17 October 1986, § 47, Series A no 106
Schalk and Kopf v. Austria, no 30141/04, § 106, 24 June 2010
S.H. and Others v. Austria (dec.), no. 57813/00, 15 November 2007

	Stafford v. the United Kingdom [GC], no 46295/99, § 68, ECHR 2002-IV X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997, § 44, Reports 1997-II
相關國際法	1997 年人權與生物醫學公約 歐盟 2004/23/EC 準則
關鍵字	私人與家庭生活受尊重之權利、對私人生活之尊重、對家庭生活之尊重、干預、民主社會所必要、健康之保護、道德之保護、他人權利及自由之保護、評斷餘地、比例性、起訴合法性之標準、窮盡內國救濟途徑