

Advisory Opinion

concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother

(海外代孕子女法定親子關係諮詢意見)

歐洲人權法院大法庭於 2019/04/10 公布諮詢意見*

案號：P16-2018-001

翁燕菁** 節譯

意見要旨

1. 法國最高法院提問，一名由外國代理孕母以擬認領父精子與第三方捐贈卵子所生之兒童，當該兒童與其擬認領父之親子關係為內國法所承認時，其受歐洲人權公約第 8 條保障之私人生活受尊重權，應如何保障方不逾越國家評斷餘地。

2. 基於該名兒童之私人生活受尊重權，於外國合法開立之出生證明將其擬認領母載為「法定生母」時，內國法對該兒童與其擬認領母之親子關係應提供承認機會。

3. 同樣基於該名兒童私人生活受尊重權，該項承認得循轉錄外國合法開立出生證明於本國國民冊以外方式為之，例如由

* 諮詢意見來源：官方法文版，參照官方英文版

** 法國巴黎第二大學法學博士，國立政治大學政治學系兼創新國際學院副教授

擬認領母收養該名子女，惟內國法規範之相關手續須保障程序有效且迅速，以符兒童最佳利益。

涉及公約權利

私人生活受尊重權（人權公約第 8 條）

諮詢問題

法國最高法院（Cour de cassation）¹提出之諮詢問題如下：

1. 締約國拒絕將由外國孕母代孕子女之出生證明中「擬認領母」（intended mother）載為該名子女之「法定生母」，並轉錄至本國國民冊；反之，卻接受該出生證明將該名子女之生父載為「擬認領父」，並受理登錄之。締約國此舉是否逾越其基於歐洲人權公約第 8 條所享有之評斷餘地？就此評斷餘地而言，子女是否由「擬認領母」之卵子所孕育，得否作為區隔標準？

2. 假設以上兩個問題之一的答覆為肯定，倘擬認領母得以收養其配偶（即生父）之子女，作為建立親子關係之模式，是否已尊重公約第 8 條之要求？

諮詢問題提出之背景

2014 年本院之 *Mennesson v. France* 裁判（No. 65192/11），曾依歐洲人權公約（以下簡稱本公約）第 8 條檢視以下事實：兩名子女於加州由孕母代孕，相關程序皆符合加州法律規範，但未能獲得法國承認其與擬認領父母間於美國合法建立之親子關係。本院認

¹ 譯註：華語亦見稱「廢棄法院」、「破毀法院」、「撤銷法院」，係取 cassation 一詞原旨之廢止原判。惟顧及使用習慣及法院位階對照，乃採轉譯之「最高法院」。

定該案並未違反擬認領家長及其代孕子女之家庭組織權，但違反代孕子女之私人生活受尊重權。就違反本公約部分，本院強調「對私人生活之尊重，在於人人皆得建立其生而為人之身分細節，包括法定親子關係」，且「一旦涉及親子關係，即涉及個人認同之本質面向」。本院補充，「對代孕子女私人生活之尊重，關乎人人得實質建立其身分，包括親子關係，而法國法不承認代孕子女及其擬認領家長之親子關係，嚴重影響子女私人生活受尊重權」。職是，「該等情狀嚴重違反兒童最佳利益，關乎兒童之所有決定皆應以尊重兒童最佳利益為前提」。本院於判決結論認定，當擬認領家長中有一名為親生家長，亦即生父時，切斷此血親關係難以視為符合兒童最佳利益。在法國法下，生父與其代孕子女間非僅無法藉由出生證明譯本建立親子關係，甚至依據法國最高法院判決先例，亦無法藉由認領、收養或推定等方式建立親子關係。此障礙嚴重影響子女私人生活受尊重權，被告國已逾越其享有之評斷餘地。

法國最高法院於諮詢意見之聲請中指出，相較於上開案件之事實，該院之判決先例已有所變遷。外國孕母代孕子女之擬認領父倘為生父者，已可受理其出生證明登錄渠等親子關係，反之擬認領母雖仍無法登錄為生母，惟當擬認領母與生父結婚時，得於符合法定要件及兒童最佳利益之前提下，收養該名代孕子女，尤其法國法有利於收養配偶子女。2018年，Mennesson夫婦聲請再審獲得許可，法國最高法院因此暫停程序，提出本件諮詢意見聲請案。

系爭法律規定與國際相關文件現況

19.-21. 本院主要參酌1989年聯合國兒童權利公約第2、3、7、8、9及18條，以及關於買賣兒童、性剝削兒童及兒童色情問題任擇議定書（Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography）。並參照海牙國際私法會議（Hague Conference on Private International Law）文書，以及聯合

國「關於買賣兒童、性剝削兒童、兒童色情及其他兒童性暴力內容問題」特別報告員之報告（A/HRC/37/60）。

比較法分析

22.-24. 本院就本公約除法國外之其餘 43 個締約國²法制進行比較法研析，其中 9 國准許代理孕母、10 國似予以包容，而其餘 24 國則明文或默示加以禁止。此外，其中 31 國（包括禁止代理孕母者 12 國）允許擬認領父（即生父）與其代孕子女建立親子關係。43 國中有 19 國（包括禁止代理孕母者 7 國）允許擬認領母與其無基因關係之代孕子女建立親子關係。代孕子女及其擬認領家長建立親子關係之方式因國而異，部分國家甚至一國數制。相關程序包括登錄外國出生證明、收養或其他非收養司法程序。在准許或包容代理孕母的 19 國中，16 國受理外國出生證明登錄；而禁止代理孕母之 24 國中有 7 國受理外國出生證明登錄，如果出生證明登載其中一名擬認領家長係與代孕子女有基因關係者。上開 19 個包容或准許代理孕母的國家以及 24 個禁止代理孕母國家中的 7 國，代孕子女與擬認領家長之親子關係得藉由非收養之司法程序建立。至於以收養方式建立親子關係而言，尤其關乎與代孕子女無基因關係之家長，包容或准許代理孕母國家中有 5 個准許，而禁止代理孕母國家中有 12 個允許。

本院意見

I. 先決考量

25. 本院重申如本公約第 16 號議定書前言所示，諮詢意見程序之目的，在於依據備位原則（principle of subsidiarity）強化本院與各國當局之互動以及鞏固本公約之施行，允許各國指定之司法

² 譯註：僅丹麥、聖馬林、瑞士等三國未列入。

機關就其繫屬案件，有機會向本院提出「關於本公約或其議定書定義權利自由解釋或適用之原則性問題」(第 16 號議定書第 1 條第 1 項)(同前條第 2 項)。本程序之目的不在於將爭訟轉移至本院，而在於使提問法院取得更多於個案審理時保障本公約權利的指引。本院之權限既不在於分析系爭事實，亦不在於評斷訴訟方參考本公約而對內國法規範主張之解釋，更不在於對系爭案件作出終局裁判。本院角色僅限於就提出之問題作出回答，接著由提問法院解決個案衍生之問題，並自本院意見結論中取得個案適用內國法之妥適解釋。

26. 依據上開議定書規定，本院諮詢意見應限於討論與該件內國程序繫屬中爭訟直接相關之事項。同時，諮詢意見之價值亦在於就類似個案適用之本公約相關原則問題為內國法院提供方向。

27. 本件聲請關乎本院裁判案件於內國程序重啟裁判。該件爭訟爭點係於法國法秩序下，為尊重兒童私人生活權，是否承認外國代孕子女與擬認領母的親子關係，如代孕子女係由擬認領父之精子與第三方捐贈者之卵子結合所生，且因出生證明所載擬認領父為生父而使該出生證明得登錄於法國。

28-31. 本件內國訴訟無關乎外國代孕子女係由擬認領母之卵子所生者。本意見亦無關乎代孕子女係由代理孕母卵子所生者。本意見既無關乎兒童及擬認領家長間之家庭組織權，亦無關乎擬認領家長之私人生活受尊重權。本院意見因此僅回應以下兩項問題。

32. 第一個問題：誕生自外國代理孕母的兒童於本公約第 8 條下享有之私人生活受尊重權，保障其得於內國法下與同時為其生父及擬認領父建立親子關係。然而，相同權利是否同時保障該兒童於內國法下得與其擬認領母建立親子關係？至少在子女之擬認領

母於外國合法開立之出生證明載為「法定母親」，而兒童係經第三方捐贈卵子生殖，且兒童與其擬認領父之親子關係已為內國法承認之情形。

33. 第二個問題，倘上開問題之答覆為肯定，則該名兒童依本公約第 8 條所享有之私人生活受尊重權，是否要求內國承認經外國合法開立之出生證明並轉錄於本國國民冊，或得藉由其他方式保障之，例如由擬認領母收養該名兒童。

34. 本院將充分參酌參與本程序之諸方意見與文書³，惟強調依據第 16 號議定書，本院無義務完整回覆諸項主張與論點，亦無義務就所提供之答覆詳述其理由，以免逾越諮詢意見權限。

II. 關於問題一

35. 依據本院判決先例，本公約第 8 條要求內國法於外國代孕子女之擬認領父為生父時，提供該子女與生父建立親子關係之機會。如前所述，本院明文於前揭 *Mennesson* 裁判指出，欠缺此一機會將違反該名子女於上開條款下所享有之私人生活受尊重權（*Mennesson*, § 100-101, 同參 *Labassee v. France*, no. 65941/11, 26/06/2014、*Foulon and Bouvet v. France*, nos. 9063/14 & 10410/14, 21/07/2016 以及 *Laborie v. France*, no. 44024/13, 19/01/2017）

36. 承上，本院注意到，本院判決先例迄今一定程度著重於子女與至少一名擬認領家長間血緣關係之存在（參見前揭引述判決及 *Paradiso and Campanelli v. Italy* [GC], no. 25358/12, § 195,

³ 譯註：包含 *Mennesson* 全家合署書面意見、法國政府、英國、捷克、愛爾蘭、法國護權使（監察使）、Trento 大學跨領域性別研究中心、及諸多非政府組織之書面意見，詳見意見書原文段 4-6。

24/01/2017)。就本件聲請而言，本院重申系爭問題明確包含擬認領父與相關子女有血緣關係之事實。本院因此將縮限其回覆。惟，有鑑於代理孕母問題之變遷發展，本院未來得就此議題領域進一步作成判決，併此敘明。

37. 為回覆本件諮詢意見聲請問題(參見前揭段 32、34 及 36)，亦即確認本公約第 8 條是否要求內國法提供外國代孕子女與其擬認領母建立親子關係之機會，有兩項要件格外關鍵：兒童最佳利益以及締約國享有評斷餘地之範圍。

38. 就第一項要件而言，本院參酌之基本原則，係每當案件涉及兒童時，必以其最佳利益優先（尤見前揭 *Paradiso and Campanelli*, § 208、*X v. Latvia* [GC], no. 27853/09, § 95, ECHR 2013、前揭 *Mennesson*, §§81 and 99、前揭 *Labassee*, §§ 60 and 78，以及 *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01, § 133, 28/06/2007)。

39. 本院於前揭 *Mennesson* (段 99) 及 *Labassee* (段 78) 判決中承認，「可以想見法國或希望避免鼓勵其人民赴國外尋求其國內禁止之生育方式」。惟本院亦注意到，法國法不承認代孕子女與其擬認領家長間親子關係所產生之效果，不單純僅由家長承受。當此等家長片面決定採取法國當局譴責之生育方式，法國法亦對該等子女造成影響，尤其是子女之私人生活受尊重權受到顯著影響。

40. 對外國代孕子女與其擬認領母間親子關係欠缺承認，對該名兒童私人生活受尊重權產生多方面之負面後果。一般而言，如同本院於前揭 *Mennesson* 及 *Labassee* 判決所及，內國法不承認子女及擬認領母親子關係，使該名子女於社會中之身分陷入法律不確定性(分別參見段 96 及段 75)，對該名子女產生不利。具體而言，

相關風險包括：該名兒童無法經親子關係取得其擬認領母之國籍；該名兒童可能更難於擬認領母居住國居留（即使此風險並不存在於法國最高法院系爭案件中，因該名擬認領父兼生父擁有法國籍）；該名兒童對擬認領母之繼承權可能蒙受損害；而當其擬認領家長離異或其擬認領父辭世時，該名兒童欲與擬認領母間維繫關係將面臨困境；以及，當擬認領母拒絕或放棄撫養時，該名兒童將不受保障。

41. 本院也注意到，於代理孕母之脈絡下，兒童最佳利益並非僅限於上開私人生活權的面向。兒童最佳利益尚涵蓋其他基本要件且不必然有利於承認與其擬認領母建立親子關係之請求，諸如保障兒童免於因代孕引發之虐待風險（參見前揭 *Paradiso and Campanelli*, § 202）以及知悉其身世之機會（參見如 *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, §§ 54-55, ECHR 2002-I）。

42. 鑒於段落 40 所揭示之諸面向，並參酌兒童最佳利益包含依法認定對渠負撫養義務、滿足其需求且確保其福祉之人，以及於穩定環境中生活茁壯的機會，本院認為，外國代孕子女與其擬認領母間之親子關係，普遍且絕對不可能獲得承認一事，不符合兒童最佳利益，因兒童最佳利益在最低限度上要求每一個個案都能依據其個別情境獲得審視。

43. 就第二項要件而言，如同本院於前揭 *Mennesson* 判決（段 77）及 *Labassee* 判決（段 57）中所述，每個國家享有的評斷餘地範圍視情況、事物領域及背景脈絡而定。締約國法體系之間擁有共同點與否，可能構成一項有關因素。職是，當歐洲理事會會員國之間欠缺共識時，無論係就系爭利益之相對重要性或是就保障該項利益之最佳方式而言，尤其當個案涉及敏感之道德或倫理問題時，評斷餘地將較為寬廣。而自前揭比較法分析可知，即使有朝向承認

外國代孕子女及其擬認領家長親子關係發展之趨勢，歐洲對此問題仍無共識（參見前揭段 23）。

44. 然而，本院同時重申，依據前段引述之判決（分別參見段 77 與 80，以及段 56 與 59），當爭議涉及個人身分認同格外重要之面向時，如同本件涉及之親子關係，國家所得享有之評斷餘地一般較為受限。本院因此將縮限本件聲請國之評斷餘地（同前註）。

45. 就外國代孕子女與其擬認領家長親子關係之承認而言，其中爭點事實上已超越兒童之身分問題。當涉及子女生活及成長環境，以及對其負有照顧與確保其福祉等事項時，（同時參見前揭段 40-42），問題已涉及此等兒童私人生活之其他基本面向。此適足以支持本院縮限評斷餘地之認定。

46. 綜上，鑒於兒童最佳利益之要求以及評斷餘地之縮限，本院認定，就法國最高法院提問及本院於前揭段落 36 所設定之問題，基於外國代孕子女受本公約第 8 條保障之私人生活受尊重權，當外國合法開立之出生證明載明擬認領母為「法定母親」時，內國法應提供該名子女與其擬認領母間親子關係獲得承認之機會。

47. 雖然本件訴訟無關乎以擬認領母卵子生殖之外國代孕子女，本院認有必要敘明，若該案件之其他情形與本件訴訟雷同，提供承認該名（由擬認領母卵子生殖之）子女與其擬認領母間親子關係機會之需求，將更為重大。

III. 關於問題二

48. 問題二在於釐清，當外國代孕子女系出第三方捐贈卵子時，該名子女之私人生活受尊重權是否要求親子關係之承認，須以將外國合法開立之出生證明轉錄於本國國民冊之方式為之，或得

藉由其他方式保障之，例如由擬認領母收養該名兒童。

49. 對身在此等處境之兒童而言，其最佳利益在於與擬認領母間親子關係不確定之期間應盡可能之縮短。如前所述，在雙方親子關係未獲內國法承認前，該名子女在面對諸多私人生活受尊重權之面向時，將陷於困境（參見前揭段 40）。

50. 惟，上述論述尚不能解釋為對締約國課以選擇轉錄外國合法開立出生證明之義務。

51. 依本院所見，歐洲對此實際上欠缺共識：即使子女與其擬認領家長之親子關係可獲承認，其承認方式亦因國而異（參見前揭段 24）。本院亦注意到，當爭點並非涉及親子關係建立或承認之原則，而係涉及實現該目的之方式時，個人身分認同較不受直接影響。本院因此認為，以何種方式承認子女與其擬認領家長親子關係一事，屬於國家評斷餘地。

52. 於此評斷餘地之相關結論外，本院認為本公約第 8 條並未對國家課以承認子女與其擬認領家長親子關係自始存在之一般性義務。兒童最佳利益首重具體而非抽象之評斷，而其要求者，係於外國合法建立之親子關係能於其成為事實時盡早獲得承認。原則上，須由內國主管機關，而非本院，依個案之特殊情狀評估親子關係是否及何時成為事實。

53. 在本院所解釋之兒童最佳利益下，本公約第 8 條所保障子女私人生活受尊重權，固然要求承認子女與其擬認領母之親子關係，惟尚不至於推導出國家有義務轉錄外國出生證明所載關於擬認領母為法定母親之內容。依據個案情況，兒童最佳利益亦得藉由其他方式滿足之，包括收養。就親子關係之承認而言，收養所產生

之效果與外國出生證明之轉錄相同。

54. 關鍵在於，依個案情況，最遲至子女與其擬認領母之關係成為事實時(參見前揭段 52)，應提供有效機制以便承認親子關係。一旦要件合宜且程序有利於迅速決定，避免子女長時間陷於親子關係之法律不確定狀態，收養程序即得滿足此一要求。當然，上開要件須包含法官參酌個案情況就兒童最佳利益加以評估。

55. 綜上，鑒於國家就手段選擇之評斷餘地，採取轉錄之外的其他方式，尤其是由擬認領母收養該名子女，皆屬可接受範疇，只要內國法規範之程序，能於符合兒童最佳利益之情形下，有效且快速執行。

56. 法國最高法院於其聲請中指出，法國法有利於收養配偶子女(參見前揭段 14)，不論係採完全收養(*adoption plénière*)或簡易收養(*adoption simple*)⁴。

57. 法國政府指出，於 2017 年 7 月 5 日及 2018 年 5 月 2 日間，其近乎全面認可配偶間外國代孕子女收養之聲請。惟本院注意到，該程序僅對彼此有婚姻關係之擬認領家長開放。此外，依據法國監察使提出之意見，就代孕子女之個案而言，收養配偶子女之手續仍存在不確定性，例如是否有取得代理孕母事前同意之必要。

58. 即便如此，本院亦無權在此諮詢意見程序，評價法國收養相關制度是否符合上開段落 54-55 所揭示之原則。此一問題，應由內國法院考量兒童於收養程序未完成前所遭遇之困境等因素而決

⁴ 譯註：法國法之完全收養，係完整取代被收養人家長，惟不得撤銷；簡易收養則不取代原有親子關係，僅涉及親權轉移。

定（參見前揭段 25）。

59. 最後，本院明白代理孕母相關問題之複雜程度。經查海牙國際司法會議已著手起草相關國際公約，以擬加入公約各國所接受之諸項原則為前提，回應上開複雜問題（參見前揭段 20）。

綜上所述，本院一致決議：

提出以下意見：

如同法國最高法院於提問中之假設情況，當一名孩童由外國代理孕母以擬認領父精子與第三方捐贈卵子生殖，且該名孩童與其擬認領父之親子關係為內國法所承認時：

1. 基於該名兒童於本公約第 8 條下所享有之私人生活受尊重權，於外國合法開立之出生證明將擬認領母載為「法定母親」時，內國法應提供承認該名孩童與擬認領母間親子關係之機會；
2. 該名兒童於本公約第 8 條下享有之私人生活受尊重權，並未要求上開承認須以轉錄外國合法開立出生證明於本國國民冊之方式為之；該項承認得循其他方式辦理，例如由擬認領母收養該名子女，惟內國法規範之相關手續須保障程序有效且迅速，以符兒童最佳利益。

本諮詢意見以法語及英語書寫，依本院議事規則第 94 條第 9 項及第 10 項，於 2019 年 4 月 10 日公布。

【附錄：判決簡表】

Originating Body	Court (Grand Chamber)
Document Type	Advisory Opinion - Protocol 16
Title	Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother
Importance Level	Key cases
Respondent State(s)	France
Request Number	P16-2018-001
Date	10/04/2019