

跨国代孕亲子关系认定的实践与发展

严红

【摘要】跨国代孕中亲子关系认定较为复杂,其对代孕儿的身份、国籍、抚养和继承等法律意义重大。各国法律对其规定的巨大差异以及国际条约的空白,导致法律冲突频发。未来应通过运用儿童最大利益原则和国际私法规则来解决,以保护当事人的合法权利。我国应对跨国代孕中亲子关系的认定在法律上作出相应的规定。

【关键词】代孕;跨国代孕;亲子关系

【作者简介】严红,女,浙江工商大学法学院副教授,硕士生导师,主要研究方向:国际私法(浙江 杭州 310018)。

【原文出处】《时代法学》(长沙),2017.6.97~106

在家庭模式的变化和医学技术(尤其是DNA检测和人类生殖技术)发展的共同作用下,许多家庭的成员形式比起以前更加多样,有统计显示婚姻之外出生的孩子数量正在增加,导致法定父母的不确定,如何认定代孕儿的亲子关系已经被国内外法律所关注。目前我国学者对纯国内代孕问题进行了多方面的研究,如从医学、社会学和法律规制等。代孕的亲子关系的研究仅限于国内的情况,对跨国代孕引起的亲子关系认定的研究,还未受到我国学术界研究的重视^①。本文通过研究跨国代孕中亲子关系认定的复杂性和法律意义,分析立法和司法实践的现状和困境,初步探讨了解决途径,并对我国代孕方面的有关问题进行思索。

一、跨国代孕父母身份的复杂性及其认定的法律意义

由于世界各国在立法上对代孕的态度存在很大的分歧,而且医疗技术和代孕服务水平也参差不齐,所以一些不孕不育的夫妻、单亲家庭或者同性伴侣,为了实现拥有自己孩子的愿望,跨国代孕成为他们的选择。跨国代孕成为了一个“蓬勃发展的全球性

业务”^②。跨国代孕的出现不但会影响到代孕儿的国籍、移民地位,也会影响到父母对代孕儿的责任、对代孕儿的抚养费用等多方面的问题,其中尤为突出的是亲子关系的认定。

(一)代孕及其分类

代孕是指由孕母代替他人完成怀孕和分娩的行为,有两种分类:

第一种,按照卵子来源途径的不同,分为己卵代孕(traditional surrogacy 或 partial surrogacy)与他卵代孕(gestational surrogacy full surrogacy)。己卵代孕是指卵子来源于代孕母亲。他卵代孕是指卵子来源于代孕母亲以外的第三人。己卵代孕中的代孕母亲,既是生母又是基因母亲,就是传统意义上的母亲。从委托父母的角度来讲,用自己的精子或卵子来孕育孩子,可以让孩子与代孕母亲的基因联系减少,在发生纠纷时他们获得孩子的概率更大^③。所以为了避免更复杂的伦理问题和法律问题,其中允许代孕的国家,大多只允许他卵代孕,如俄罗斯、乌克兰、印度、以色列等^④。

第二种,按照委托父母是否向代孕母亲支付酬

金,分为非商业代孕(altruistic surrogacy)和商业代孕(commercial surrogacy)。大多数国家都禁止商业代孕,因为其容易涉及剥削妇女、拐卖儿童等方面的问题^⑤。荷兰、法国甚至将以牟利为目的的代孕认定为犯罪,用刑法明确限制。但是还有一些国家和地区允许商业代孕,如美国、印度、泰国、乌克兰和墨西哥等少数国家允许商业代孕^⑥。

(二)跨国代孕下父母身份的复杂性

跨国代孕,根据海牙国际私法会议(以下简称HCCH)在2011年的《关于跨国代孕的初步报告》中对“跨国”的界定是:委托父母(intending parents)、代孕母亲(surrogate mother)的住所(resident)或者代孕的实施地至少与两个及两个以上的国家有联系^⑦。基于代孕的特殊性,在代孕之下形成的父母身份关系十分复杂,如图1所示。

如图1,代孕关系中母亲有三种:代孕母亲(生母)、基因母亲(卵子捐赠者)和意向母亲。代孕关系中父亲也有可能存在三种情况:代孕母亲的丈夫(婚生推定)、基因父亲(精子捐赠者)和意向父亲。在代孕技术运用到临床实践前,建立在自然生殖基础上的传统父母身份认定,主要是分娩和血缘相统一为基础,完全可依照子女出生的事实来确定母亲的身份,父亲身份则可通过婚生推定和否认、非婚生准正和认领的制度加以确定^⑧。自然血亲亲子关系认定规则是:在分娩者为母亲原则的基础上,父亲的身份

是以纯粹基因来确定;法律拟制血亲的父母身份的认定:是依据收养法律行为或事实上抚养关系的成立。但是代孕情形下的父母子女关系错综复杂,传统法定父母认定的法律制度,难以应对代孕方式下产生的亲子关系问题。

(三)跨国代孕情形下亲子关系认定的法律意义

近几十年来,许多国家法律体系中的婚生和非婚生子女的区别已被废除,国内法中将原先对婚生和非婚生子女的地位的关注点转移到了孩子出生之后的亲子关系的认定上。在跨国代孕中,该关系不但涉及代孕儿从孩子到成人的诸多义务,同时也是其法律地位中许多重要权利的来源,如身份、国籍、抚养和继承。代孕儿与父母身份关系要受到出生地国法和接受国法的双重约束。纯国内的代孕,其父母身份认定仅受该国国内法调整,这种亲子关系在法律上是稳定的。而在跨国代孕中,委托父母跨国代孕的目的,就是将代孕儿作为自己的子女将其带回其居所地国生活。委托父母作为法定父母的身份,不但要得到代孕儿出生地国法律的认可,同时还必须获得其居所地国内法的认可,否则容易出现“跛足亲子关系”,从而影响到代孕儿的诸多重要权利。

二、跨国代孕下亲子关系的立法实践

(一)国际法层面

在国际立法方面,目前关于跨国代孕,既无统一实体法也无统一冲突法的规定。但是已经出现了一

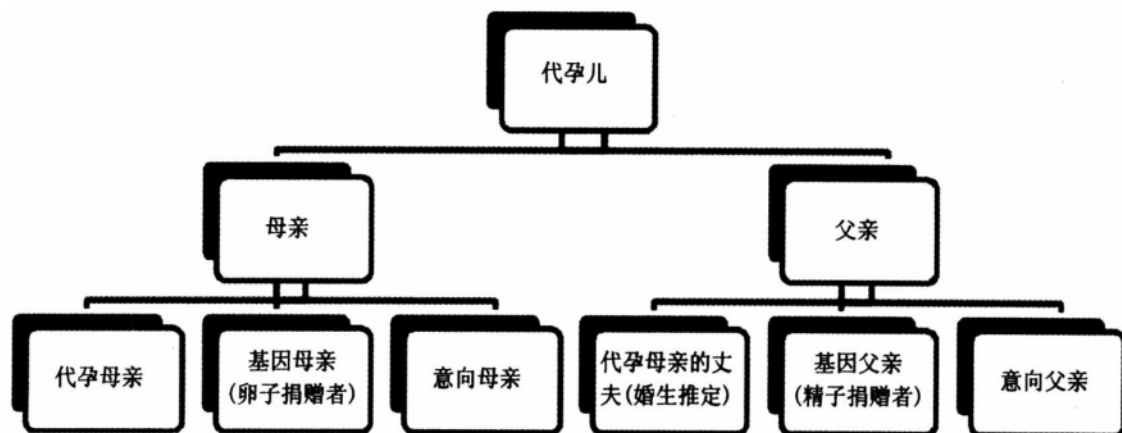


图1

些新动态:

在国际立法方面,联合国儿童权利委员会在最新的国家报告中已经开始讨论有关跨国代孕问题。该委员会在联合国关于《买卖儿童任择议定书》中指出:以色列没有为那些委托父母通过在国外的代孕母亲出生的子女,提供适当的甄别程序。该程序的目的是防止隐秘买卖儿童或者性侵害的发生^⑨。在联合国《儿童权利公约》背景下,委员会对发生在2014和2013年的跨国代孕问题,基于数据进行了思考,认为虽然瑞士法律禁止代孕母亲和不鼓励跨国代孕,都可能涉及在瑞士被收养的代孕儿,一年评估期间其法律地位不确定性的问题^⑩。

在区域性立法方面,美国的一些州,通过了代孕合同出生的代孕儿的亲子关系的问题立法^⑪,欧洲人权法院最近有三个案件悬而未决:其中一个是关于两个代孕出生的孩子,不承认其乌克兰出生证明在法国的效力。另外两个是不承认在印度代孕出生的孩子的意向父亲是法定父亲^⑫。欧洲人权法院的判决数据显示还没有考虑建立或承认以下情形的父母子女关系:a.婚姻关系下的代孕;b.传统代孕;c.代孕者试图建立或维持父母地位。欧盟的2015年底的《人权和民主的年度报告》的决议中,欧洲议会谴责代孕,认为它损害了妇女的尊严,把她们的身体和生育功能作为商品,认为代孕是为救济利益对人体的生殖功能进行开发和利用,尤其是对于在发展中国家处于弱势的妇女,应该作为一个紧急事项予以禁止^⑬。

(二)国内法层面

1. 世界各国立法上对代孕的态度

可分为四种情形:

第一种,允许所有的代孕,包括商业代孕和非商业代孕。如俄罗斯、乌克兰、印度、及美国加利福尼亚州允许所有代孕,这些国家和地区规定允许代孕的条件不同。《俄联邦家庭法》和《俄联邦公民健康保护基本法》等法律对代孕作了严格的规定。如果女方有自身无法生育的医疗证明,便有权享受商业性质的代孕服务。委托父母在将代孕儿注册为自己孩

子时,需要得到代孕者的许可。完成出生注册以后,代孕母亲便不能争夺对孩子的所有权^⑭。

第二种,仅允许非商业代孕。如英国、泰国、加拿大、瑞典、越南、澳大利亚,以色列。巴西允许二等血亲以内可以相互进行代孕,希腊立法允许他卵代孕,加拿大除魁北克外,允许非商业性代孕。英国2008年的《人类生殖与胚胎研究法》通过代孕费的规定禁止商业代孕,允许公益团体非盈利性质收取代孕协商和编纂代孕信息费用,依据允许其进行代孕广告^⑮。

第三种,禁止所有形式的代孕。德国、法国、阿富汗、沙特阿拉伯、土耳其、意大利、波兰等禁止所有代孕。德国的《胚胎保护法》第1条规定禁止代孕,对实施代孕手术的人要处以3年以下的有期徒刑和罚金,除非代孕母亲愿意长期抚养照顾代孕儿。法国在《法国刑法典》第511条第24款规定禁止代孕,否则可处以5年有期徒刑和75000法郎的罚金。

第四种,法律无规定。除上述三种对代孕态度的国家外,其他大多数国家对代孕在法律上未做任何规定。有些国家尽管法律没有规定代孕问题,但是在司法实践中会有一些倾向性的案例,起到了一定的引导作用,如日本、中国等。

正是由于世界各国对代孕的态度不同,导致不允许跨国代孕国家的人,到允许代孕的国家进行代孕,跨国代孕就此出现,甚至在一些国家形成了规模庞大的产业链。如俄罗斯2013年共发生了800例代孕业务^⑯。

2. 国内法中对代孕亲子关系认定的最新动态

尽管大多数国家对代孕问题没有明确的法律规定,但在允许代孕的国家中,对如何认定代孕之下亲子关系,一些国家已经通过立法加以明确或已经开展相应的立法工作。

爱尔兰2015年的《儿童和家庭关系法案》(The Children and Family Relationships Act 2015),为代孕生育建立登记制度。法案确定了代孕母亲是孩子的母亲,而不考虑她是否与孩子有基因关系。法案的变化是代孕儿的另一方父母的地位问题。在符合条

件下,母亲的配偶或民事伴侣或同居者可以成为代孕儿的另一方父母^⑩。波兰2015年11月1日开始,使用试管婴儿技术和其他辅助生殖技术的登记规则,想怀孕的结婚夫妻或者同居同性伴侣,在12个月以后允许使用辅助生殖技术。这就意味着委托父母是代孕儿的法定父母。西班牙儿童和青少年保护体系中的新法,已经对民法中父母子女关系法律适用一些条款进行了修改,规定以经常居所作为联结,同时对亲子关系关系方面的观点和争论进行了规范^⑪。

国家委员会和在亲子关系方面的立法草案已经在一些国家出现^⑫。如荷兰政府设立了一个委员会重新评估荷兰法律关于父母身份的法律。该委员会正在审查法定父母、多个父母和代孕母亲的有关问题并发布成果。如加拿大的马尼托巴湖政府对辅助生殖和代孕的亲子关系提议立法。加拿大的魁北克的家庭法咨询委员会出版了一份关于魁北克家庭法的研究,对亲子关系包括辅助生殖技术和跨国代孕问题方面的争议问题提出了建议。

3. 跨国代孕下亲子关系认定的重要立法变化

过去几年有些国家已经考虑或通过改革国内立法中的代孕问题,并出现了有趣的变化趋势:

第一种情况,代孕母亲的来源国对跨国代孕开始限制。泰国开始禁止有偿代孕和外国人、同性伴侣的代孕。新的规定只允许至少结婚三年异性恋夫妇代孕,并且至少配偶一方是泰国人,同时要求代孕妇女至少年满25岁,与配偶一方有亲属关系^⑬。尼泊尔2015年8月25日起不再允许代孕。2015年12月14日,墨西哥的塔巴斯科25~40岁的医学上不能怀孕的意向母亲禁止在墨西哥国内代孕^⑭。还有一些国家限制跨国代孕。比如,2015年11月,印度卫生部做出决定,不支持商业代孕。卫生部通过国会颁布另一个法令,取代《辅助生殖技术法案2014》,禁止外国人和单身进行有偿代孕^⑮。

第二种情况,一些国家法律删除了原来禁止代孕的规定。2016年1月1日实施的中国新的《人口与计划生育法》删除了草案中禁止代孕的内容。另外一些国家也正在计划通过修改亲子关系的法律来规

范代孕。如塞尔维亚新的民法典草案中涉及代孕问题:当不孕或其他健康问题进行自然怀孕,或者通过其他形式的辅助生育技术生育,是不明智的。因为这样会将遗传病带给孩子。该草案允许已婚夫妇或同居伴侣代孕,某些情况下单身也可以。但是亲属间不能代孕^⑯。爱尔兰政府根据最高法院的判决,承诺对辅助生殖技术进行立法规范。澳大利亚在2015年11月3日司法部长宣布,针对国际和国内的代孕进行全国性的立法和管理方面的调查。

三、跨国代孕下亲子关系认定的司法实践

出生地国对代孕亲子关系认定至少确定一位委托父母为法定父母,做法比较统一。如上所述,在没有国际条约可以适用的情况下,各国关于跨国代孕亲子关系认定的实践具有较大的差别,是接受国之间基于对认定代孕儿亲子关系时,所采原则不同导致的:

(一)各国认定代孕儿亲子关系的原则

归纳起来主要有五种原则:第一,基因说。以与代孕儿的遗传基因联系来确定父母的身份,即以卵子提供者母亲、以精子提供者父亲。第二,分娩说。即按照罗马法的“谁分娩,谁为母”的原则来确定代孕儿的亲子关系。将代孕母亲作为代孕儿的法定母亲,而不论该代孕母亲与代孕儿间是否有生物学上的联系,如、德国、英国、荷兰、西班牙、瑞士、澳大利亚和中国香港等等。第三,契约说。代孕子女的出生是源于委托父母的意愿,基于代孕协议,平等自愿的基础上约定待孕儿出生后,代孕母亲将孩子交由委托父母抚养,法律就应当尊重当事人的意思自治,委托父母视为代孕儿法律上的父母。如美国《代孕母法范本》(草案)以及1993年著名的Johnson v. Calvert案。第四,子女最大利益说。该学说是以现代亲子法的“子本位”为基础,由法院根据客观事实,以儿童的最佳利益为首要考虑因素,来确定父母的身份。如1987年的美国新泽西州Baby M案。第五,婚生推定说。婚生推定适用于代孕母亲是代孕儿的法定母亲的国家。在这些国家中,推定代孕母亲的丈夫为法定父亲。这一规则是以传统生育为

基础的,如欧盟大部分国家。

(二)几种认定跨国代孕亲子关系的做法

由于各国法律对代孕的态度不同,实践中采用的原则也不一样,因此在代孕儿出生地国建立的亲子关系,接受国如何认定,归纳起来主要有以下几种做法:

1. 承认在出生地国建立的亲子关系

该种承认通过以下两种方式承认出生地国的亲子关系:第一种是接受国直接认可出生地国的文件如出生证明中的亲子关系。接受国承认出生地国的出生证中的亲子关系,只要代孕儿至少与委托父母中的一方有基因联系。如法国法院在2011年裁决认可在印度代孕出生的代孕儿的出生证明^③。或接受国仅认可出生证明文件中有基因联系的委托父亲,而不认可委托母亲,不论是否有基因联系。如瑞典^④、加拿大(魁北克)^⑤。第二种是接受国法院承认外国法院认定亲子关系的判决。如以色列、西班牙等^⑥。这些国家认为外国法院的判决比国外的出生证更具权威性,对确定亲子关系是终局的。2013年德国Friedberg家庭法院承认了乌克兰法院确认德国委托父母为法定父母的判决^⑦。

2. 依据法院地的实体法或冲突法来认定

一些国家根据法院地实体法,重新认定跨国代孕亲子关系。有些国家基于跨国代孕中涉外因素,依法院地的冲突法确定亲子关系的准据法,如澳大利亚(维多利亚等州)、哥伦比亚等国。这些国家的冲突法中的联结点,通常是代孕儿出生时的国籍,还有父母的国籍、父母或孩子的惯常居住地、住所等。

除上述二种司法实践外,还有以下一些替代或变通的方法:如实践中许多国家允许委托父母收养代孕儿。如德国著名的Jan Balaz案^⑧,德国不认可Balaz夫妇为代孕儿的亲子关系,拒绝他们带这对双胞胎入境德国。但最后是通过收养这对双胞胎取得德国颁发了一次性签证。加拿大、荷兰、澳大利亚(部分州)等国,也采用过类似做法。(2)颁发临时通行文件。如印度。由于法无明文规定,印度不赋予代孕儿印度国籍,通过向代孕儿颁发临时通行文件,以

使其可以离开印度前往接受国。(3)给予旅行签证或居住许可证。包括短期或一次性签证。为跨国代孕儿可以进入接受国,新西兰、荷兰和英国颁发过旅行签证^⑨。挪威也为一名单身妇女在印度代孕获得的双胞胎颁发居住许可证,以便他们与该女子在挪威共同生活。因为根据印度和挪威法律均不赋予这对双胞胎国籍^⑩。

这些其他方式不能从根本上解决跨国代孕中的亲子关系问题。

(三)国内判例的最新发展

在跨国代孕的案件已经发生了很多起,截至2015年以来,其中三个国内法院判决最值得关注:

第一个案件是:2015年5月21日,一对住在瑞士圣加伦的男同性恋伴侣,通过跨国代孕而得到孩子,瑞士联邦法院拒绝给他们作为法定父亲提供民事出生登记。孩子是在美国加州代孕,其中一个意向父亲提供了精子,卵子是通过匿名捐赠的。基于代孕协议,孩子出生之前获得了加州法院的判决,意向父亲作为法定父母登记在孩子的美国出生证明中。瑞士联邦法院对加州成立的法定父母子女不予承认。因为在瑞士只有基因上的意向父亲和代孕者才能登记为孩子的父母^⑪。

第二个案件是:2015年9月14日,瑞士联邦法院判决,不承认一对居住在瑞士阿尔高的夫妇,他们作为在2012年美国代孕出生的一对双胞胎的亲子关系。这对夫妇持有美国加州签发注明他们作为父亲和母亲的孩子的出生证明。阿尔高当局和瑞士联邦法院均不承认他们父母的地位,也不承认他们与双胞胎有基因上的联系。主要原因是他们作为委托父母没有在瑞士连续居住,同时跟美国也没有任何官方的联系^⑫。

第三个案件是:法国上诉法院在Mennesson and Labassée两个案件中,对通过意向(基因)父亲在俄罗斯代孕的孩子获得的外国出生证明,认为可以转化认可其效力^⑬。

上述三个案件可以看到,瑞士尽管承认基因的意向父亲和代孕母亲是法定父母,但是不承认同性

伴侣的另一方为与代孕儿有亲子关系。同时瑞士联邦法院留下了一个可能承认口子,即不能推测在国外基于代孕协议而建立的亲子关系违反瑞士的公共政策。如果该推测是正确的,意味着瑞士法院和政府可能在不确定的情况下,会承认外国取得的亲子关系或者出生证明。法国法院这两个案件只是适用于代孕母亲作为出生证明上的母亲的情形。对于如果委托父母在外国出生证明上记载为法定父母的情形,法国法院的态度并不清楚。

四、跨国代孕亲子关系认定的困境及解决路径

如上所述,不同国家对代孕的亲子关系的建立和争议解决途径不同,相关法律框架分散,导致和法律适用的混乱和不确定。多数国家亲子关系的建立仍采用以传统生育为基础的法律制度,不能适应代孕这种新型生育方式。国外出生文件的认可和国外法院判决的承认,用国内法进行调整,仍然受各国认可条件和认可程序不同等问题限制。另外管辖权的认定问题,也可能遇到公共秩序保留的问题,自动认可出生国建立的亲子关系仅为少数国家。

(一)困境

1. 依据法院地的实体法或冲突法来认定亲子关系,易产生法律冲突

面对跨国代孕的兴起,在既无国际条约也无有效的国际合作途径的情况下,目前有关跨国代孕亲子关系的认定均由各国国内法来调整。然而,一方面各国对代孕的态度和法律规定各不相同(有禁止代孕、允许非商业代孕、允许代孕和法律没有规定四种情形),另一方面对亲子关系认定的法律依据也有不同(基因说、分娩说、契约说和子女最大利益说),因而有关国家的司法实践必然会出现巨大差异,导致跨国代孕下会产生亲子关系的法律冲突,使得代孕儿陷入困境:接受国认定的亲子关系中的父亲和母亲与出生国的不同,或者接受国禁止代孕,既不承认出生地国认定的亲子关系,也不赋予接受国委托父母的任何一方为法定父亲或母亲,即代孕儿在接受国处于无父或无母或无父无母的状态,使得代孕儿处于十分不利的境地。此外,由于亲子关系的法律

冲突,在国籍问题上,出生地国和接受国均采取血统原则时,可能会导致代孕儿处于无国籍的状态。

以本国冲突法确定亲子关系的准据法,存在两个问题。第一是有关联结点。该方法存在逻辑上悖论。通常这类身份性质的法律关系适用属人法,属人法中的国籍国和住所地是主要的联结点,其中就包括父母国籍国、惯常居住地或住所地。先要确定代孕儿的父母,才能适用该联结点,从而确定亲子关系。所以该方法会出现逻辑上的错误。第二,依据法院地国冲突规范确定的准据法,与出生地国确定的法定父母可能会出现不同的结果,同样也会使代孕儿处于法律困境。

2. 临时性措施或其他替代方法无法根本解决该法律冲突

从有关国家的司法实践来看,临时性措施也不能从根本上解决亲子关系的确认问题。适用接受国的法律或采用其他如收养等其他替代方式的做法,也是产生法律冲突的主要原因。委托父母选择跨国代孕的最主要的原因之一,就是本国代孕禁止或限制代孕,依接受国的实体法或冲突法来确定代孕儿的亲子关系,有的情况下出生地国认定的亲子关系,接受国法律与之规定不同而不承认该亲子关系。即便接受国接受或部分接受代孕,然而各国关于确定代孕亲子关系的依据不同,可能代孕儿在出生地国与接受国认定的法定父母不同。两国确定的法定父母互相冲突,代孕儿在现实中会出现实际上没有法定父母的情况。所以这些临时性措施具有较强的不确定性和主观性,既不能解决代孕儿的法定父母问题,适用范围也存在局限,不具有解决问题的普遍效力。

(二)解决路径

由于跨国代孕的国际性和复杂性,决定了必须在国际法层面对其进行规范。

1. 制定统一冲突法来调整

尽管统一实体法在解决法律冲突方面有着可预见和明确性的优势,可从根本上解决法律冲突,但是由于代孕以及亲子关系确定方面,各国立法态度和

实践中的做法差距很大,短期内很难达成一致意见,制定统一实体目前来看比较困难,所以解决上述法律冲突,更为有效和可行的方法,是制定统一冲突法。一个具有约束力的多边冲突法条约对承认外国法院对亲子关系的判决是具有可行性的。而且由于统一冲突法,根据冲突规范的指引,确定亲子关系所指向的实体法也是一致的,从而避免在出生地国与接受国之间产生法律冲突。或者对国外亲子关系文件的认可规则进行统一规定,把具体的认可条件交由各国国内法自行决定等。

2001年海牙国际私法会议(HCCH)开始关注跨国代孕问题,并且以确定亲子关系为主要内容的制定公约工作。截止2017年HCCH已经公布了5份以跨国代孕亲子关系问题为核心内容研究的调查报告。随着跨国代孕研究的深入展开,得到了法国、瑞士、英国和澳大利亚等国家司法界和学术界的关注和支持。HCCH的目标是以《海牙收养管辖权、法律适用和判决承认公约》为参照,制定跨国代孕的国际公约以解决跨国代孕的困境,保护跨国代孕中的各方利益,尤其是解决亲子关系的确定问题。

2. 以儿童最大利益为原则

这个多边条约应该明确以儿童最大利益原则为法院认定的依据,制定选择适用的冲突规范,联结点可以考虑当事人的惯常居所、出生地、国籍国等。儿童最大利益原则,在联合国《儿童权利公约》中规定,成为各国亲子法普遍恪守的最高立法准则被认为是世界各国处理关于儿童的事务所必须遵守的原则。该原则在各国确定跨国代孕亲子关系的实践中,已经被频繁运用,尤其因国内法律规定空白导致无法可依时,成为法院或行政部门遵守的首要处理原则。通过制定统一冲突法,确定决定跨国代孕亲子关系所适用的法律,从而确定亲子关系及代孕儿的国籍等问题。

3. 管辖权的确定以及建立国家间的合作制度

管辖权是承认外国法院判决的前提,在审查管辖权时,要考虑一些联结因素。确定管辖权涉及一些联结点,作为确定管辖权的联结点,可以考虑出生

地国、代孕母亲的习惯居所地、孩子的国籍国或者习惯居所地,也可以是委托父母的一方或双方的国籍国或习惯居所地。这些联结点中如果是动态的,应该限定时间,最好在司法程序开始之前。建议公约中设立中央机关制度,通过中央机关之间进行直接合作,以保证各国之间的合作机制。

4. 关于公共秩序保留的问题

法院以公共秩序为由,拒绝承认出生地国获得的亲子关系的判决或有关公文。公共秩序保留制度是用冲突法确定跨国代孕亲子关系的障碍。随着国际上对公共秩序使用的趋势淡化,许多国家在跨国代孕亲子关系发生争议时,虽然认为违反公共秩序,但最终确认了委托父母与代孕儿的亲子关系,希望不损害国家法律与儿童利益得到保障之间寻找最佳平衡点。所以应限制公共秩序的使用,只有在“明显违反公共政策”才适用公共秩序保留制度,同时要与儿童最大利益挂钩。

五、我国的有关立法实践及思考

据HCCH调查,中国是跨国代孕委托父母的主要来源国之一。泰国(新法已使得中国夫妇无法再在泰国代孕)、美国是我国委托父母的首选代孕之地。遗憾的是我国研究跨国代孕很少,导致HCCH召开的2017年1月3日至1月31日的关于代孕项目的专家组的会议,中国也没能派出专家参加^⑥。

(一)有关代孕的法律规定

目前我国还没有制定专门规定代孕方面的规范,仅在2001年8月1日施行的卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》中规定:“任何医疗机构及医务人员不得实施任何形式的代孕”。同时配套施行了《人类精子库管理办法》。2015年《人类辅助生殖技术配置规划指导原则》以及2016年1月1日实施的中国新的《人口与计划生育法》。《人口与计划生育法》草案中“禁止买卖精子、卵子、受精卵和胚胎;禁止以任何形式实施代孕”引起社会争议,最后删除了这一拟新增的规定。这部法律当中没有涉及关于代孕的相关条款,也就意味着仍继续按照2001年实施的《人类辅助生殖技术管理办法》和精子库行政许可方面的规

定执行,所以我国当前的法律规定仅禁止医疗机构及医务人员实施代孕手术,而并没有规定禁止个人实施代孕。我国地下代孕黑市兴盛^⑤,政府对代孕的禁止态度和严打措施,使得人们选择跨国代孕来实现拥有孩子的愿望。

(二)有关代孕的司法实践

对于代孕协议的效力,我国司法实践存在分歧:目前我国法院主流观点认为代孕协议无效。2010年广东省佛山市顺德区人民法院对一起抚养权纠纷案件的判决书中认定代孕协议违法。2012年福建省厦门市思明区人民法院审理的一起代孕生子抚养权争议案件中,认为代孕协议违反公序良俗,属于无效协议^⑥。相反,2010年湖南省常德市鼎城区人民法院审理的一起监护权纠纷案中,认定代孕协议有效^⑦。

代孕亲子关系的认定,我国司法实践以DNA鉴定结果为标准来确定的。上海法院、厦门法院和常德法院处理的代孕案中均用这种方式认定亲子关系。常德市鼎城区法院的这起案件中意向夫妇是外国国籍,代孕儿的出生地国是我国,我国法院认定了委托父亲与代孕儿的亲子关系。委托夫妇携带该代孕儿到他们的国籍国,仍将面临国籍国对其亲子关系要进行重新认定。

我国司法实践中已将儿童最大利益原则用来确定代孕儿的监护权。2016年6月17日上海市第一中级人民法院从被监护的儿童利益出发,对三个成人之间的监护权纠纷争议案件作出了最有利孩子成长的判决。该案中,一对非法代孕双胞胎,法院将监护权判给了抚养孩子的母亲^⑧。我国作为联合国《儿童权利公约》的起草参与国和缔约国,应在立法和司法中体现这一原则,法院在确定子女监护权归属时,应尽可能最大化地保护子女利益。法院认为本案无论是从双方的监护能力,还是从孩子对生活环境及情感的需求,以及家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑,将监护权判归抚养孩子的母亲,更符合儿童最大利益原则。这是我国法院第一次依据联合国《儿童权利公约》中的儿童最大利益原则处理代孕案件,体现了我国司法实践的进步。但是该案并

没有判决抚养孩子的母亲跟这对代孕双胞胎的亲子关系。

(三)思考

首先应加强有关跨国代孕的立法。我国的委托父母进行跨国代孕,要么在国内找好代孕母亲,将其带出境在国外接受代孕手术后,再回到国内分娩。要么是我国的委托父母直接到境外寻找代孕母亲代孕并且生子。我国应有针对性地制定相关的法律:委托父母与代孕儿之间关系问题;代孕儿的国籍问题;对外国法院亲子关系的判决和对外国的出生证明是否承认以及如何承认问题;对代孕中涉及抛弃缺陷婴儿、拐卖儿童、代孕母亲遭受健康损害问题。跨国代孕中的亲子关系中,代孕母亲与委托父母发生纠纷,管辖权和法律适用等问题如何确定。这些问题不但涉及实体法,也涉及冲突法和程序法。

其次应修改现行的法律。我国《涉外民事关系法律适用法》第25条^⑨是我国目前对涉外父母子女人身关系规定法律适用的唯一条款,该条中的联结点经常居所地法律和国籍国法,由于代孕儿的经常居住地与国籍通常不确定,而出生地国是最明确的,所以建议增加子女出生地国作为联结点,而出生地国通常是认可委托父母与代孕儿的亲子关系的,这样对保护弱方当事人有利于的法律就多一个选择。鉴于收养也是一种替代性解决代孕儿与委托父母亲子关系的方法,在《中华人民共和国收养法》中加入与代孕有关的收养及具体的条件要求,通过收养来建立代孕儿和委托父母之间的养父母和养子女的亲子关系。

再次应积极参与国际条约的制定。中国是HCCH的成员国,应积极参与HCCH有关跨国代孕的国际条约的制定工作,表明我国对跨国代孕及其亲子关系的态度,以促使国际规范的形成朝更合理的发展方向,以便未来的跨国代孕公约,能够充分有效地解决中国的代孕亲子关系问题。

六、结语

由于国际条约的空白以及各国法律宽严不一,在跨国代孕亲子关系的认定上法律冲突频发。传统

意义上的代孕儿与父母的身份关系要受到出生地国法和接受国的双重约束,因此容易出现“跛足亲子关系”。对于该问题解决,不同国家存在不同的路径,导致国际法律框架的高度分散,容易导致法律适用的不确定性。因此,应将“儿童最大利益原则”引入法院的实践认定中,并同时制定统一冲突法进行调整,以最大化地介绍双重约束引起的法律冲突,力争能从根本上解决跨国亲子关系认定问题。跨国代孕引发的多且复杂,本文仅对在出生地国建立的亲子关系,在接受国的认定问题进行初步探讨,关于涉及的代孕协议问题、国际私法的其他问题如管辖权、准据法和共同的认定标准等方面有待今后进一步研究。

注释:

①杜涛.跨国代孕引发国际私法问题[EB/OL](2016-03-02) [2016- 09- 21].<http://www.rmzxb.com.cn/c/2016- 03- 02/716482.shtml>.

②The Permanent Bureau of HCCH. Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements. p. 3[EB/OL]. (2012- 03) [2016- 07- 03]. <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

③E. Gary Spitko: The Constitutional Function of Biological Paternity: Evidence of the Biological Mother's Consent to the Biological Father's Co- Parenting of Her Child, Arizona Law Review, Vol. 48,2006.

④Yasmine Ergas: Babies Without Borders—Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy, Emory International Law Review, 2013, 27(1).

⑤See Alice Hotheimer, Gestational Surrogacy: Unsettling State Parentage Law and Surrogacy Policy, Review of Law & Social Change, Vol. 19,1992.

⑥汤瑜.国外代孕游走在法律边缘.民主与法制时报[EB/OL].(2015- 05- 19) [2016- 09- 21].<http://www.mzyfz.com/cms/benwangzhuanfang/xinwenzhongxin/zuixinbaodao/html/1040/2015-05-19/content-1125241.html>.

⑦The Permanent Bureau of HCCH. Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements. p. 3[EB/OL].

(2012- 03) [2016- 07- 03]. <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⑧李志强.代孕生育亲子关系认定问题研究[J].北方民族大学学报(哲学社会科学版),2011,(4):PH.

⑨See the "Concluding observations on the report submitted by Israel under article 12, para 1, of the pornography(CRC/C/OPSC/ISR/CO/1), 8 June 2015, Para. 28.

⑩See the "Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland"(CRC/C/CHE/CO/2-4), 26 February 2015 at para. 46.

⑪Labassée v. France 和 Mennesson v. France。

⑫这三个案件分别是 Laborie v. France、Foulon v. France 和 Bouvet v. France。

⑬See <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA-&language=EN&reference=P8-TA-2015-0470>, General Consideration No 115. It should be noted that there is no reference to surrogacy or surrogacy arrangements in the European Union's Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 (see <www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/06/22-fac-human-rights-report/>).See as well, No Maternity Traffic, Petition to the Council of Europe.

⑭黎史翔.代孕是否应该一禁了之? 这事儿在国外也有争议[EB/OL].(2015- 12- 24) [2016- 10- 01].http://news.china.com/international/1000/20151224/21004355_all.html#page_1.

⑮余提.各国代孕法律之比较研究[M].北京:中国政法大学出版社.2016.53-54.

⑯钟通.俄年轻女子代孕挣钱[EB/OL].(2015- 10- 16) [2016-10-01].http://sztqb.sznews.com/html/2015-10/16/content_3359372.htm.

⑰See www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/9/enacted/en/pdf.

⑱See www.boe.es/diaroioe/txt.php?id=BOE=A-2015-8470.

⑲"The Family Law Reform Act(Putting Children First)" is available at <<https://web2.gov.mb.ca/bills/40-4/b033e.php#A14>>.

⑳See <www.bionews.org.uk/page_498893.asp>.And <www.bangkokpost.com/news/general/638264/lawbanning-commercial-surrogacy-takeseffect>.

㉑See<www.congresotabasco.gob.mx/comunicacion/ver-bolet/in/id/904>.

㉒See <[www.dhr.gov.in/latest% 20Govt.% 20instructions% 20on% 20ART% 20Surrogacy% 20Bill.pdf](http://www.dhr.gov.in/latest%20Govt.%20instructions%20on%20ART%20Surrogacy%20Bill.pdf)>.See also <www.thehindu.com/news/cities/Delhi/art-bill-may-close-surrogacy-doors-

for-foreigners-unmarriedpeople/article7793884.ece》。

②③ See <www.crin.org/en/home/what-we-do/crimail/children-court-crimail-44-surrogacy-and-childrensrights>。

②④ Katarina Trimmings, Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements—Legal Regulation at the International Level*, United Kingdom: Hart Publishing Ltd, 2013, pp 122–127.

②⑤ Kees Jan Saarloos, *European Private International Law—Thoughts on a European Instrument Implementing the Principle of Mutual Recognition in Legal Parentage*, Maastricht: Océ Business Services, 2010, p.17.

②⑥ See HCCH, *The Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note*. Preliminary Document No. 3A, 2015[EB/OL](2015–01–01) [2016–07–01], <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>.

②⑦ See Katarina Trimmings & Paul Beaumont: *International Surrogacy Arrangements—Legal Regulation at the International Level*, United Kingdom: Hart Publishing Ltd, 2013, p. 527. 以及 Velina Todorova: *Recognition of Parental Responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i. e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for EU action?* European Parliament, Brussels[EB/OL]. <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

②⑧ 详见 HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, Preliminary Document No. 3C, 2014. 案情: 一对德国已婚夫妇以自己的精子和卵子, 通过一名乌克兰妇女代孕, 孩子出生后, 乌克兰做出裁决, 确定该德国意向夫妇为代孕儿的法定父母, 这对德国夫妇随后向德国 Friedberg 家庭法院提出申请, 请求确认该裁决。法院首先援引《欧洲人权公约》第8条, 认为拒绝认可该乌克兰裁决, 会损害孩子的幸福, 因为意向母亲同时也是孩子的基因母亲, 并提出不应违背代母意愿, 迫使其成为孩子的法定母亲。而对于法定父亲, 法院认为若代母未婚或代母丈夫否认自己的父权, 那么确定意向父亲为法定父亲的裁决, 就不违反德国公共秩序。德国法院在认可乌克兰的裁决中, 提出了许多论点, 但是都建立在该案具体要件(如基因联系)的基础之上, 因此在不具备这些要件的其他跨国代孕案中, 德国法院是否仍然会认可关于法定父母的国外裁决还不清楚。

②⑨ 案件详情见 Charles P. Kindregan & Danielle White, In-

ternational Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements, *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, Vol. 36(3).

③⑩ Katarina Trimmings, Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements—Legal Regulation at the International Level*, United Kingdom: Hart Publishing Ltd, 2013, pp. 508–509.

③⑪ Katarina Trimmings & Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements—Legal Regulation at the International Level*, United Kingdom: Hart Publishing Ltd, 2013, p.510.

③⑫ 瑞士禁止代孕和使用其他辅助生殖技术, 结婚的同性伴侣的另一方收养最近也被限制。

③⑬ ATF 17.9. 2015, A_443/2014(d).

③⑭ Arrêt No 620 du 3 juillet 2015(15–50.002), Cour de cassation, Assemblée plénière.

③⑮ See List of Participants Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project[EB/OL] (2017–01–03) [2017–03–21]. <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>.

③⑯ 石磊. 代孕妈妈的非常生活[N]. 南都周刊, 2009–04–14 [2016–09–02]. 根据广州计生部门统计的数据, 如果按照代孕网提供的1377例的平均数来算, 中国代孕妈妈生育的孩子约有2.5万个。

③⑰ 吴亚东. “代孕合同”有违公序良俗被判无效[N/OL]. 法制日报, 2012–11–01 [2016–09–03]. <http://news.163.com/12/1101/06/8F74PITC00014AED.html>. 参见郑金雄. “请人代孕”引发抚养权争夺战[N]. 人民法院报, 2012–12–02.

③⑱ 任文婧, 王蓓, 高英明. 常德女子代孕引发夺子大战? 法院判决代孕协议有效[EB/OL]. (2010–08–18) [2016–09–12]. <http://look.people.com.cn/GB/14778/21707/12468135.html>.

③⑲ 陈莺诉罗荣耕监护权纠纷一案二审民事判决书(2015)沪一中少民终字第56号[EB/OL]. (2016–07–12) [2016–09–21]. <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=733844c7-af30-441e-aflb-a420688e1612&KeyWord=%E4%BB%A3%E5%AD%95>.

④⑩ 《涉外民事关系法律适用法》第25条规定“父母子女人身、财产关系, 适用共同经常居所地法律; 没有共同经常居所地的, 适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。”