【家事法】

同性同居者与其所生子女的亲子关系认定

——依照《民法典》规定的亲子关系规则之解读

杨立新

【摘　　要】同性同居者依据人工辅助生殖技术生育子女是客观存在的事实。针对该子女与同性同居者亲子关系的认定,《民法典》关于亲子关系的规则提供了较为充足的规范依据。具体内容是,在认定同性同居者与其所生子女的亲子关系时,应当遵循《民法典》第1002条规定的保障子女生的尊严原则以及《民法典》第35条、第1038条规定的最有利于子女利益原则。采用共同意志作为亲子关系认定的最佳标准,确认同性同居者与其生育的子女分别享有亲权,子女为同性同居者各自的非婚生子女,并按照《民法典》第1073条规定的内容对亲子关系的异议作出处理,就是对上述原则的最大贯彻与落实。

【关 键 词】同性同居者;子女;亲子关系;人工辅助生殖技术;基本原则

【作者简介】杨立新(1952-),男,吉林通化人,中国人民大学民商事法律科学研究中心学术委员会副主席、法学院教授,中国民法学研究会副会长,研究方向:民法学(北京 100872)。

【原文出处】《河北法学》(石家庄),2021.9.27~43

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“民法典编纂的内部和外部体系研究”(18ZDA141)。

《民法典》没有对同性婚姻或者同性性伴侣的身份地位作出规定。就现实生活而言,立法可以对此暂缓讨论和作出规范,但是,对同性同居者所生子女的身份地位的认定却是亟须解决的,因为已经出现了同性同居者生育子女的社会现象,因而发生纠纷提起诉讼,法院不能拒绝审判,须对这类争议作出判决。面对如何认定同性同居者与其所生子女亲子关系的问题,应当在《民法典》的视野下,探讨如何保护这些子女的生的尊严和身份地位,依照《民法典》的立法原则和婚姻家庭法的规范,进行正确解读和适用,正确认定同性同居者与其所生子女的亲子关系,保护好同性同居者所生子女的法律地位和合法权益。

一、同性同居者与其所生子女亲子关系认定纠纷:实例与问题

(一)实际案例的简要案情和一审裁判结果

2020年9月,南方某市的区人民法院对国内第一例同性同居者与其所生子女抚养权纠纷案作出一审判决。[①]本案原告A、被告B系女性同性同居者关系。双方在同居期间共同商定,将A的卵子与捐赠者提供的精子结合成受精卵,植入B的体内孕育,生育子女。计划实施后,B分娩女儿C,由A与B共同抚养、照顾,后原、被告因感情原因分居,B将C带至他处生活,阻止A探望。A向法院起诉,主张自己是C的母亲,对该子女享有抚养权。

一审法院审理认为,在本案审理中,虽然双方均确认C系A的卵子与接受捐赠的精子培育成受精卵后,由B孕育、分娩;但是,在无明确法律规定的情况下,不能以双方确认或仅因女儿具有原告的基因信息,就认定该女儿与原告A存在法律上的亲子关系。故原告A诉请确认其与C存在亲子关系,于理不合,于法无据,判决驳回原告的诉讼请求。

目前,本案在二审程序中,尚未终审。

(二)本案裁判引发或者可能引发的讨论问题

本案的一审裁判结果在网络传播后,引起各界关注,赞成判决结果者有之,反对判决结果者更众,

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

见解各不相同。由于本案尚未终审,裁判文书尚未公开,一审法院判决的详情尚不得而知,仅就目前网络和公众号披露的内容看,本案一审判决的主要裁判理由以及引发的法律思考,有以下几点:

第一,否认血缘关系(基因信息)是认定亲子关系法律依据的裁判理由是否成立。判决认为,本案双方当事人虽然均确认该女儿系原告的卵子与接受捐赠的精子培育而成受精卵后,由被告孕育、分娩,但是在无明确法律规定的情况下,不能以双方确认或仅因女儿具有原告的基因信息,就认定该女儿与原告存在法律上的亲子关系。这样的理由能够成立吗?

第二,判决驳回原告关于确认以自己的卵子孕育的子女与自己不存在法律上的亲子关系,实际上采纳了"分娩者为母亲"与该子女之间具有亲子关系。在当代医学科学技术应用人工辅助生殖技术所生子女,继续适用"分娩者为母亲"的规则是正确的吗?

第三,在人工辅助生殖技术所生子女特别是同性同居者所生子女的亲子关系认定,决定生育子女的双方共同意志究竟起何种作用呢?

第四,对同性同居者所生子女法律地位的认定,能否以《民法典》的规定为依据,保护好他们的合法权益。如果否认同性同居者与其共同决定生育的子女的亲子关系,形成同性同居者与其所生子女只与其中一方具有亲子关系,否定另一方与共同意志决定生育的子女的亲子关系,有利于对子女合法权益的保护吗?

本案还只是对女性同性同居者与其所生子女亲子关系认定引起的争议,而男性同性同居者与其生育子女亲子关系的认定将更有难度。因为女性作为同性同居者,关于亲子关系的争议毕竟还是在A卵B生等情形下发生,只是有捐赠者捐精受精即可。若男性同性同居者欲生育子女,除了一方或者双方可以供精之外,卵子的捐赠以及孕育和分娩都须借助于他人的帮助以及当代医学的人工辅助生殖技术才能实现,引发的法律问题将会更加复杂。

近几年来,对利用人工辅助生殖技术所生子女法律地位的认定,是民法特别是婚姻家庭法讨论的热点问题,已经有较多案例在法院作出了判决。当同性同居者一方提供卵子,另一方提供子宫孕育、分娩,对所生子女亲子关系的认定难度将会超过以往。本案作为这类法律适用问题的先导案例,率先提出这些法律问题引发思考,以此为借鉴,在《民法典》的视野下举一反三,探讨同性同居者与其所生子女亲子关系的认定规则,显然具有更大价值和重要意义。

二、同性同居者与其所生子女亲子关系认定可能引发的纠纷

(一)法律无明文规定不影响对同性同居者与其所生子女亲子关系的认定

迄今为止,我国法律对同性婚姻或者同性性伴侣均未有明确态度,既未肯定,亦未否定,《民法典》对此也没有明确态度。

不过,立法者对同性之间的婚姻关系或性伴侣关系没有明确态度,并不影响对同性同居者与其所生子女的亲子关系认定。这是因为,法律可以不认可性少数者的婚恋关系,但是,对于同性同居者在共同生活中却有可能生育自己的子女,因而就必须认定同性同居者与其所生子女的亲子关系。这决定着同性同居者所生子女一生一世的人格尊严和身份地位,甚至影响他们后代的福祉。如果法律确认同性婚姻合法化,他们就是合法婚姻的配偶,其所生子女当然就是婚生子女。如果法律不采纳同性婚姻合法化的立场,而确认同性性伴侣关系的合法化,他们则属于同性性伴侣,对他们所生育的子女就可以视为婚生子女。这样,同性婚姻或者同性性伴侣与其所生子女的亲子关系就得到法律的确认,所生子女的婚生子女的身份地位就得到了保障。即使法律对这两种立场都不予以采纳或者不作规定,也不能阻止性少数者的同居和决定生育自己的子女,为保护这些子女的法律地位和合法权益计,同样也应当确认同性同居者与其所生子女的亲子关系。

所以,无论立法者对同性婚恋关系采取何种立

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

场，都不能避开同性同居者与其所生子女亲子关系的认定，都应当从尊重和保障同性同居者所生子女的法律地位和人格尊严出发，依照《民法典》认定的规则予以正确认定，避免使这些子女成为被歧视、被鄙视的一群，合法的身份地位和权益受到损害，不能正常地参加社会生活。尤其是在国家人口增长率下降的情形下，更应当如此。

(二)同性同居者生育子女的不同方法

同性同居者生育子女，由于性别的不同，男性或者女性同性同居者生育子女，在精、卵、孕、生诸方面存在不同，因此生育方法也有所不同。

1.女性同性同居者对其所生子女亲子关系的争议

(1)A卵B生型。女性同性同居者，一方A提供卵子，他人捐助精子，培育受精卵，另一方B孕育、分娩子女。女性同性同居者采用这种方式生育子女的可能性最大，原因是双方都为生育子女做出了贡献，使子女成为双方的“骨肉”。

(2)A卵A生B同意型。女性同性同居者一致同意生育子女，一方A接受捐赠者提供的精子，将试管婴儿植入体内，孕育、分娩作为双方共同的子女。女性同性同居者扮演的不同角色较为分明者，采用这种方式生育子女的可能性较大。

(3)A卵B同意接受捐助精子代孕型。女性同性同居者一致同意生育子女，一方提供卵子，接受捐赠者提供的精子，受精卵或者人体胚胎由自愿者代孕生育子女。这种情况较少，应是女性同性同居者均有生育障碍，不得已而采取的生育方法。

2.男性同性同居者所生子女的情形

男性同性同居者合意生育子女，只能通过一方或者双方提供精子，与捐赠者提供的卵子结合，交由自愿者帮助代孕的方法生育子女；或者直接将一方或者双方的精子交由自愿者受精、怀孕，分娩子女。当然，也有可能因双方同居者均无生育能力，而借助捐精与捐卵结合，交由自愿代孕者代孕。因此，男性同性同居者生育子女的方法是：(1)A精或者A+B精+捐卵+代孕型；(2)A精或者A+B精+自愿者捐卵并代孕型；(3)捐精+捐卵+代孕型。

(三)同性同居者与其所生子女亲子关系认定可能发生的纠纷

同性恋合法化势不可挡，因此同性恋者想要拥有自己的孩子，代孕是一个不错的选择。[②]正是因为男性或者女性同性同居者的性别不同，其生育子女在精、卵、孕、生诸方面不同，因而在上述诸种生育情形中，同性同居者与其所生子女发生的亲子关系纠纷，可能在同居者的双方发生，也可能在同性同居者与子女之间，发生争议的基本类型是对亲子关系的确认或者否认。

1.同性同居者双方发生亲子关系争议的纠纷

目前实际发生的同性同居者与其所生子女的争议，是以抚养权纠纷为由提出诉讼的。其实，同性同居者双方发生的子女抚养权纠纷的实质，是争议对方亲子关系的有无。例如，在同性同居者之间，一方主张自己对所生子女享有亲权，另一方也主张自己享有亲权，均否定对方的亲权。亲权基于亲子关系发生，是对亲子关系的概括，抚养权是亲权的内容，因而抚养权争议就是亲子关系争议。本案争议是对A卵B生型方式生育子女的亲子关系争议，卵子提供者主张自己与所生子女存在血缘关系，因而存在亲子关系；孕育一方主张分娩者为母亲，主张自己与所生子女存在亲子关系。在这样的纠纷中，争议的实质就是哪一方与所生子女有亲子关系，并据此确定所生子女的身份关系和法律地位。

不论男性或者女性的同性同居者，也不论采取何种方式生育子女，在对其所生子女的亲子关系争议中，争议的焦点都是基于谁对所生子女有亲子关系，提供精子、提供卵子、提供子宫的一方均有事实依据，即使没有提供精子、卵子、子宫的一方也都会提出亲子关系的主张。

在同性同居者对其所生子女亲子关系的争议中，只要通过代孕生育子女，就有可能发生代孕者主张亲权的纠纷。不过，对于代理“母亲”，通常存在代孕协议的书面证据否定代孕者与所生子女的亲子关系，同时也有血缘、基因关系的事实根据可据以否

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

认,因此,这样的纠纷处理并不难。

2.同性同居者所生的子女提出的亲子关系争议纠纷

同性同居者所生的子女,主张与其父或者母确认亲子关系的争议,尽管目前还没有实际发生,但是将来是会发生的。如果同性同居者所生的子女向法院起诉,请求确认或者否认与同性同居者一方亲子关系的,法院应当受理,并且依据《民法典》的规定进行裁判。

这些纠纷的基础法律关系,都是同性同居者与其所生子女之间的亲子关系。尽管争议的内容有所不同,但是基本的法律关系是一样的。尽管这些具体的争议在《民法典》中没有明文规定,但是,因为都是在《民法典》规定的法律关系上发生的争议,因此都能在《民法典》的规范中找到解决问题的具体规范。

三、认定同性同居者与其所生子女亲子关系应遵循的基本原则与最佳标准

(一)认定同性同居者与其所生子女亲子关系应遵循的基本原则

认定同性同居者与其所生子女的亲子关系,应当遵循以下两个基本原则,即保障子女生的尊严原则和最有利于子女利益原则。

1.认定同性同居者与其所生子女亲子关系的保障子女生的尊严原则

生命尊严维护权,是《民法典》第1002条规定生命权新增加的内容,生命权既包括生命安全维护权,也包括生命尊严维护权。传统民法只强调生命权的主要内容是生命安全维护权,没有特别强调生命尊严维护权。[③]《民法典》第1002条规定:"自然人享有生命权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。"依照这一规定,生命尊严是人格尊严的组成部分,着重保障的是自然人的生的尊严和死的尊严。生命尊严受法律保护,是指自然人有权基于人格尊严,在消极意义上是禁止他人侵害自己作为生命主体者的尊严,在积极意义上是要求自己作为生命主体者的尊严应当受到尊重,提升生命的尊严和品质。生命尊严使得生命权的保障在生命安全之外,扩展到生命过程中生命主体者的尊严赢得应有的尊重。[④]在保障死的尊严上,应当保障自然人在死的时候尊严不受侵害,在生命质量非常低下的时候,有权利按照自己的意愿选择有尊严地离开这个世界。[⑤]因此,生前预嘱、临终关怀以及尊严死是保障自然人死的尊严的必要措施。[⑥]不过,由于面临死亡的自然人还有相应的民事行为能力,多数能依靠自己的行为保障自己的死的尊严,排除其他任何组织或者个人的非法侵害。对于自然人的生的尊严,由于主体尚未出生,或者虽然出生但尚未取得民事行为能力,无法以自己的行为来自由表达意志,保障自己的尊严,需要社会、其亲权人以及其他组织和个人提供保障,使其生的尊严得到保障。即使对体外受精胚胎这种未来有发展成为生命的特殊存在物的具体处置,也都要考虑到生命尊严的价值。[⑦]

在认定同性同居者与其所生子女的亲子关系时,社会、法律以及他们的亲权人必须维护子女的生的尊严。一旦对他们的亲子关系认定上采取了不适当的方法,就可能会损害这些子女的生的尊严。这是文明社会、法治社会必须为自然人提供的基本保障,不能让这些子女的生的尊严受到侵害。因此,认定同性同居者与其所生子女的亲子关系,应当首先解决的,就是同性同居者与其决定生育的子女之间的亲子关系的性质,不论是通过人工授精还是通过代孕,不论是同性同居者之间生育子女,还是合法夫妻之间因生育障碍而通过人工生殖技术生育子女,认定与其所生子女的亲子关系,都必须保证子女享有的生的尊严能够得到保障。

2.认定同性同居者与其所生子女亲子关系的最有利于维护子女利益原则

认定同性同居者与其所生子女亲子关系应当遵循的第二个原则,是最有利于维护子女利益原则。[⑧]

《民法典》在有关监护和亲子关系的规定中,突出了最有利于维护子女利益原则。第1084条第3款规定:"离婚后,不满两周岁的子女,由母亲直接抚养

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

为原则。已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,由人民法院根据双方的具体情况,按照最有利于未成年子女的原则判决。”第35条在关于“监护人应当按照最有利于被监护人的原则行使监护职责”的规定中,被监护人当然包括子女,因而也体现了这个原则。在认定同性同居者与其所生子女的亲子关系上,同样应当遵循这一原则,依照最有利于子女利益原则的要求作出判决,以保障同性同居者所生子女的合法权益。

不论是同性同居者所生子女,还是人工授精所生子女、代孕所生子女,均为应用当代医学辅助生殖技术发生的后果,其特点是,所生子女与其父或者母之间,父或者母一方与所生子女没有自然血缘关系的情形下,为保护子女的合法权益,确认为亲子关系,享有法律规定的身份和地位,就能够实现最有利于保护子女利益原则的要求。

(二)对保障子女生的尊严原则和最有利于子女利益原则的补充论证

1.未能体现两个基本原则的案例

陈某与罗某之父母的监护权纠纷案,是我国首例代孕子女监护权纠纷案。[9]在该案中,法院把夫妻决定通过代孕所生子女与他们自己之间的亲子关系认定为继父母子女关系,就没有尊重人工辅助生殖技术所生子女的生的尊严,不符合最有利于子女利益原则。这个案例虽然不是同性同居者与其所生子女亲子关系纠纷,但是其法律适用及其后果相同,因而对于论证这两个基本原则具有说服力,处理不当,将是同样后果。

陈某与罗某系再婚夫妻。婚后,因陈某患有不孕不育症,双方又想要生育自己的子女,遂达成合意,决定通过罗某的精子与将她人的捐卵体外结合成受精卵,并请求第三人代孕,生育了一对异卵双胞胎,由夫妻共同养育,夫妻与子女之间感情融洽。嗣后,罗某因车祸死亡,子女跟随陈某生活。罗某的父母认为,陈某与该双胞胎没有自然血缘关系,既不是卵子的提供者,也不是孕育子女的母亲,遂向法院提起监护权之诉,请求确认自己为该孙子女的监护人。上海市闵行区人民法院经审理,支持了罗某父母的诉讼请求。理由是,一方面,陈某既非卵子提供者,也不是分娩孕母,与双胞胎子女不具有自然血亲关系;另一方面,陈某与双胞胎子女不能成立合法的收养关系,不存在拟制血亲关系。在双胞胎子女的生父罗某死亡且生母不明的情况下,为了保护未成年人的合法权益,应当认定双胞胎的监护人为罗某的父母。[10]陈某不服,提起上诉。上海市第一中级人民法院二审认为,按照“分娩者为母”的认定原则,双胞胎的母亲应当是代孕者,父亲应当是罗某。由于罗某与代孕子女的母亲之间没有合法的婚姻关系,故该双胞胎子女属于非婚生子女。陈某基于和罗某共同抚养两个孩子的事实,与双胞胎形成了有抚养关系的继父母子女关系。基于儿童利益最大化的原则,从罗某父母与陈某的年龄、监护能力、生活环境的稳定性、家庭结构的完整性等多方面因素考虑,确认陈某为双胞胎子女的监护人。[11]

本案一审判决与二审判决的分歧在于,陈某与代孕子女之间是否存在亲子关系。一审判决认为陈某与代孕所生子女没有血亲关系,因而不存在对代孕所生子女的监护权;二审判决认为,双方尽管不存在血缘关系,但是通过抚养而使其与代孕所生子女发生继父母子女关系,成立法律拟制的亲子关系,因而享有监护权。在陈某与代孕所生子女存在拟制血亲关系,陈某与罗某父母均有监护权的问题上,才有讨论陈某以及罗某父母谁更适宜担任监护人问题的余地。也就是说,本案的争议焦点在实质上是对代孕子女亲子关系的认定。

该案的二审判决尽管否定了罗某父母关于监护权的诉讼请求,有利于维护子女的利益,但是,将陈某与代孕所生子女的亲子关系认定为继父母子女的拟制亲子关系,则是不正确的,没有实现子女利益的最大化,割裂了婚姻与亲子关系的社会联系,造成该子女在法律上有父无母或者由无婚姻情感联系的双方分别行使父母权利。父亲的妻子不是母亲,母亲的丈夫不是父亲,不利于子女在完整的家庭结构中成长。[12]既然陈、罗二人共同决定通过代孕方式生育

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

子女，其所生育的子女就应该视为婚生子女，不应当认定为继子女。从效果上来说，尽管依照《民法典》第1072条规定，形成抚养关系的继父母子女之间同样享有父母子女的权利义务，但是，把通过代孕所生子女的法律地位认定为继子女，最终的结果，就是把该子女终身认定为非婚生子女，继子女的身份将伴随其终生，使其生的尊严受到损害，进而损害其人格尊严，既不符合保障子女生的尊严原则的要求，也不符合最有利于子女利益原则的要求。

上述认定夫妻通过代孕所生子女亲子关系的规则，对认定同性同居者与其所生子女亲子关系而言，具有极大的相似性。把同性同居者通过代孕方法所生的子女，因一方没有分娩子女而否认其母亲的地位，否认他们存在亲子关系，最终也会损害子女的身份地位。同样，对同性同居者生育子女依据传统的分娩者为母亲的原则确认他们之间的亲子关系，由于否认了具有自然血亲关系的一方与子女间的亲子关系，不是保护子女的生的尊严的最佳办法，在实现子女利益最大化的要求上还有较大的余地。

2.准确体现两个基本原则的司法解释

怎样才能在认定同性同居者与其所生子女亲子关系中实现保障子女生的尊严和最有利于子女利益原则，最高人民法院的有关司法解释早已提供了范例。

1991年，河北省高级人民法院就“关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定”问题，向最高人民法院请示称[13]：我省廊坊市三河县人民法院受理了王××(女，28岁，汉族)诉杨××(男，31岁，汉族)离婚一案，杨××和王××经人介绍于1987年12月登记结婚，婚后一年多未生育，经天津市计划生育技术指导所检查确认男方患无精症，经双方协商，王××于1989年2月实行人工授精手术，同年11月生一女杨×，后因夫妻生活琐事多次发生争吵打架，致使感情恶化，王××于1990年4月诉至法院，要求与杨××离婚，双方同意离婚，但均争养小孩，廊坊市中级法院对人工授精所生子女的法律地位发生意见分歧，请示我院，一种意见认为小孩应判归男方抚养，因男方无生育能力；另一种意见则认为小孩应判归女方抚养，因为该小孩与男方没有血缘关系。”“我院认为，此案双方争养的小孩杨×，是因男方无生育能力，在双方一致同意的情况下人工授精所生，应视为婚生子女，推定确认男方就是孩子的生父，夫妻离婚后，按照婚姻法的有关规定双方都有抚养教育子女的义务。因而也适用最高人民法院《关于贯彻执行民事政策若干问题的意见》中第22条的规定，鉴于本案中杨×年龄尚小，且一直随其母生活，从有利于子女成长考虑，应判决杨×同女方一起生活为宜，但此类问题法律尚无规定，特请示，请答复。”

最高人民法院1991年(91民他字第12号)批复：“经研究，我们认为，在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。”这一对人工授精所生子女法律地位的批复，就体现了最有利于维护未成年子女利益原则的要求，同时也体现了现今《民法典》第1002条规定的维护生命尊严的要求。

同样，最高人民法院指导案例第50号“李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案”，其裁判要旨是进一步明确通过人工授精所生子女的法律地位问题，确认夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子并使女方怀孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女，该子女出生后应当认定为婚生子女。[14]

人工授精生育子女的精子来源有三种情况：一是夫精人工授精(AIH)，即采用丈夫自己的精液进行人工授精，将丈夫的精液直接使用，或者先进行处理使精液质量改善后再使用。二是供精人工授精(AID)，即用其他捐赠者提供的精液进行人工授精，精液捐赠者须没有遗传性或传染性疾病，精液质量良好。[15]三是混精人工授精，将供精与丈夫的精液混合进行人工授精，一般认为这种人工授精并无优点，还可能因不育丈夫精液中的有害因素而使健康的供精质量降低，只是要求使用此法的不育夫妇怀有可能使丈夫的精子在人工授精中获得成功的侥幸心理，起到某种精神上的安慰作用而已。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

上述三种情况，AIH方法可以保证所生子女与夫之血缘关系，而AID方法所生子女则与丈夫完全没有血缘关系，即使通过混精方法所生子女存在子女与父有血缘关系的可能，其实可能性并不大。在这样的生殖医学科学背景下，最高人民法院批复确认，在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精所生子女，应当视为夫妻双方的婚生子女，确立了子女的婚生地位，体现了最有利于子女利益原则的要求。虽然将上述三种人工授精生育子女中的大部分——所生子女与父没有血缘关系——视为婚生子女，认定为具有血亲性质的亲子关系，是置客观事实于不顾，但是，将没有血缘关系的子女认定为亲子关系，却是保障子女生的尊严原则和最有利于子女利益原则的最好体现。[16]

同样，同性同居为女性的，虽然一般不存在捐精者主张亲子关系的可能，但是同居者无论是提供卵子还是子宫，只有将他们与所生子女的关系都视为亲子关系，才能使其所生子女的利益实现最大化，体现保障子女生的尊严和最有利于维护子女利益原则的要求。

至于男性同居者，不论哪一方提供精子，均须请求他人捐卵，且须自愿者为其代孕，因而在认定与其所生子女的亲子关系中，按最有利于子女利益的方法，就是认定他们之间为亲子关系，进而保障子女生的尊严，实现子女利益的最大化。否则，就会使其所生子女的法律地位受损，不能实现保障子女生的尊严和最有利于维护子女利益原则的要求。

(三)认定同性同居者与其所生子女亲子关系的最佳标准

1.可供选择的三种标准

认定同性同居者与其所生子女的亲子关系还应当采取最优方法，以保障未成年子女的生的尊严，实现其利益最大化。可供选择的方法有以下几种。

(1)分娩决定亲子关系

分娩者为母亲，是民法最传统的认定亲子关系的标准。这是因为，在传统医学科学技术背景下，不存在人工辅助生殖技术的使用，因而，人类自然的受精、孕育、分娩都是由母亲完成的。母亲孕育、分娩子女，分娩者当然就是子女的母亲，为天经地义之情理和传统民法之法理。本文讨论的同性同居者与其所生子女的亲子关系案件，一审法院判决所应用的规则就是“分娩者为母亲”原则。

但是，随着当代医学的进步，人工辅助生殖技术不断发展，不仅可以通过人工授精，还可以通过体外受精、试管婴儿以及代孕等辅助生殖技术生育子女。在这样的医学背景下，简单、机械地适用“分娩者为母亲”的标准来确定亲子关系(特别是母子关系)，存在误判的可能性，进而损害子女的生的尊严，损害其合法权益。

(2)血缘决定亲子关系

血缘是确定亲子关系的基础。正如《民法典》第1045条第1款关于“亲属包括配偶、血亲和姻亲”的规定那样，除了配偶之外，亲属都是由血缘关系决定的，血亲是有直接或者间接血缘联系的亲属，姻亲是以婚姻为中介而产生的亲属，与配偶方的血亲之间为姻亲关系。[17]尽管血亲有自然血亲与拟制血亲之分，但是没有自然的血缘关系或者法律拟制的血缘关系者，不为亲属。

血缘决定亲子的基础，在于父精与母卵的结合。当父精与母卵结合成为受精卵，孕育胎儿，分娩子女，就形成了父母与子女间的亲子关系。即使不存在这种自然血缘关系，根据法律的拟制，也会在父母子女间形成法律上的血缘关系，为法律拟制的亲子关系。在人工授精所生子女的亲子关系中，之所以将所生子女视为婚生子女，是扩大拟制血亲的范围，将与父本没有血缘关系的子女视为婚生子女，更有利于保护子女利益。在代孕关系中，之所以认定孕母与其所生子女不存在亲子关系，除了双方订有确定身份关系的代孕协议之外，孕母与其分娩所生“子女”没有血缘关系，不具有发生血缘关系的基础事实，是重要原因。因而，“夫妇或者姘居的男女，为生育而借助医学方法并需第三人作为捐赠人时，应当事先按照保守秘密之条件”“对采用医学方法生育表示同意后，就亲子关系提出异议的任何诉讼，或者

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

要求取得身份的任何诉讼，均予以禁止；但如能证明子女并非采用有第三人协助之医学方法所生，或者对运用该方式表示同意的属于无效行为时，不在此限”。[18]传统民法奉行分娩者为母亲的标准，虽然是基于分娩的客观事实为基本依据，但是，其最基本的法理仍然是血缘决定亲子关系，就是因为在传统医学背景下，血缘和分娩是一致的，是不能分离的统一体。在当今，人工辅助生殖技术的应用，使血缘与分娩相分离的情形出现，因而在确定谁是所生子女的母亲时，就出现适用分娩者为母亲，还是血缘决定母亲这两个标准的选择问题。

在生母与孕母的亲子关系争议中，适用血缘决定母亲原则是最准确的。孕母分娩后，主张与该子女有亲子关系，会基于双方没有血缘关系的事实而被否认。适用这样的原则，对于因孕母分娩的子女存在身体缺陷、性别不符合要求等为由而拒绝接受所生子女为亲子的夫妇，也是否定其主张的最好理由，因而能够更好地保护子女的生的尊严和合法权益。但是，对于A卵A生B同意型或者A卵B同意接受捐精代孕型，同性同居者一方与所生子女不存在血缘关系时，适用这样的规则就会否定其与子女的亲子关系，损害子女的利益。

在女性同性同居者A卵B生的情况下，适用血缘确定母亲原则是必要的，能够直接以此确定卵子提供一方与子女的亲子关系。存在的问题是，如果完全否认分娩者与子女的亲子关系，就会否认孕育一方与子女的亲子关系，不利于对子女法律地位的认定和权益保护，不符合最有利于子女利益原则的要求。

男性同性同居者生育子女，无论是A精或者A+B精+捐卵+代孕型，还是A精或者A+B精+自愿者捐卵并代孕型、捐精+捐卵+代孕型，都须通过代孕才能实现。通过血缘决定，能够确定男性同性同居者与其所生子女的亲子关系，当然也是正确的。但是，当一方男子与所生子女没有自然血缘关系，或者双方都与所生子女没有自然血缘关系，因而确认不存在亲子关系，也会损害子女的生的尊严和合法权益。

(3)共同意志决定亲子关系

共同意志决定亲子关系，也称为“契约说”，是以婚姻关系当事人就所生子女所达成的约定为依据，确定子女的亲子关系。这种做法体现了当事人意思自治的法律精神，不仅能够包括自然血亲的亲子关系，而且也能概括拟制血亲的亲子关系。尽管血缘和分娩事实是血亲母亲认定的充分条件，而该认定的正当性来源于自然规律以及该事实下的母亲乐于履行为母的义务。[19]但是，在当代医学辅助生殖技术适用的情况下，以分娩决定亲子或者以血缘决定亲子都存在局限性，最能够保障未成年子女的生的尊严、最有利于保护子女利益原则的方法，就是共同意志决定亲子关系。

最高人民法院前述司法解释认定人工授精所生子女法律地位所适用的原则，就是共同意志决定亲子关系。通过人工授精生育的子女，即使其与父完全没有自然的血缘关系，但是，由于夫妇在婚姻关系存续期间共同决定通过人工授精方法生育子女，为了保障子女生的尊严、更有利于子女利益，实现子女利益最大化，就可以置客观事实于不顾，直接认定决定生育子女达成共同意志的双方与其子女存在亲子关系，视为婚生子女。决定生育子女的双方基于共同意志，使与该子女没有血缘关系的父成为子女的父亲。

之所以确认共同意志是决定亲子关系的最佳方法，是因为决定生育子女的共同意志就是身份法律行为的合意。《民法典》第133条规定：“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。”同性同居者共同决定生育子女，这种共同意志就是双方的意思表示，要通过人工生殖技术生育自己的子女，并在他们与子女之间发生身份法律关系的身份行为。这与异性配偶之间决定生育子女的身份法律行为的性质是一样的，只是需要通过人工生殖技术方可实现生育自己子女的目的而已。这就是共同意志决定亲子关系的法律根据。

2.共同意志决定是认定同性同居者与其所生子女亲子关系的最佳标准

共同意志决定亲子关系，不仅是人工授精所生

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

子女亲子关系认定的标准以及代孕所生子女亲子关系认定的标准，而且也是认定同性同居者与其所生子女亲子关系的最佳方法。确立这一规则，将会使同性同居者与其所生子女亲子关系认定中的所有疑难问题都迎刃而解。

首先，A卵B生的女性同性同居者对其所生子女发生亲子关系争议，适用共同意志决定亲子原则，符合最有利于保护子女利益原则的要求。血缘决定母亲，能够使提供卵子的一方理所当然地成为子女的母亲；利用自己的子宫孕育子女的一方虽然与该子女没有直接的血缘关系，且存在适用分娩决定亲子原则存在缺少事实依据的弊病，但是，因其与提供卵子一方的共同意志决定生育子女，就能够使其成为该子女的母亲，所生子女是女性同性同居者基于共同意志而使他们具有亲子关系。这样，不仅否定了机械适用分娩决定亲子认定母亲原则可能发生的误判，能够使提供卵子一方的亲权得到保护，而且也能使没有自然血缘关系的同性同居者作为孕母的亲权得到保护，更重要的是使同性同居者所生子女的法律地位得到保障，成为同性同居者双方的非婚生子女，确定各自与该子女的亲子关系。

其次，男性同性同居者基于共同意志决定生育子女，即使其中一方并未提供精子，与其通过代孕等辅助生殖技术所生子女不具有自然血缘关系，但是基于共同意志的作用，仍然可以依据法律规定而使其与子女发生亲子关系，视为非婚生子女。同时，对于代孕者的亲权主张也是反驳的有力依据。

再次，不仅如此，适用共同意志决定亲子关系的标准，还可以对其他以人工辅助生殖技术所生子女亲子关系的认定发挥决定的作用。例如上海法院判决的代孕子女监护权纠纷案，法院虽然确认不具有婚生子女地位的子女基于抚养关系而使双方成立继父母子女关系，比依据分娩决定亲子以及血缘决定亲子而认定双方不具有亲子关系的结果确实有所进步，保护了女方配偶的抚养权，但是，仍然会使所生子女的法律地位受到损害，非婚生子女与继子女的法律地位将伴随其终生，且永远不能推翻。反之，适用共同意志决定亲子关系的标准，直接认定具有生育子女合意的父母对代孕所生子女视为婚生子女，确立亲子关系，就能够全面保护所生子女的合法权益，符合最有利于子女利益原则的具体要求。[20]

最后，适用共同意志决定亲子关系规则，具有“禁反言”的功能。对于那些采用医学方法生育已经表示同意的人，事后不承认由此而生的子、女者，应当对子、女之母以及子、女本人承担责任。此外，对原表示同意借助医学方法生育，事后不承认由此所生子女的人，应从裁判上宣告其存在婚外父子(女)关系。[21]这是对共同意志决定亲子关系规则的最好注解，不仅不能否认已经表达的共同意志决定生育子女的意思表示，而且必须接受因此而应当承担的责任，并且须确定双方存在的亲子关系。本着技术中立的态度，子女的父母将毫无疑问地是委托夫妻，因为他们“为父母”的意图，是子女出生的起点，是子女到来的源头，是代孕发生的根本原因。[22]

所以，为保障同性同居者所生子女的生的尊严，最有利于子女的利益维护，共同意志确定亲子原则对认定同性同居者与其所生子女的亲子关系具有最好的效果。只有这样，才能保障同性同居者所生子女的尊严和权益，并且能够保障同性同居者的身份地位和权利义务。

四、认定同性同居者与其所生子女亲子关系的具体规则

在确定了认定同性同居者与其所生子女的亲子关系的原则之后，应当进一步探讨认定同性同居者与其所生子女亲子关系的具体规则。这里的法律障碍是同性同居者的身份关系尚未得到国家法律的承认，但是，这不能成为损害同性同居者所生子女法律地位和合法权益的理由。依据我国《民法典》有关亲子关系的规定，结合同性同居者与其所生子女之间关系的实际情况，提出以下探讨意见。

(一)同性同居者与其所生子女之间发生亲子关系

既然同性同居者通过人工辅助生殖技术能够生育子女，在其相互之间必然产生亲子关系。这就是

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

同性同居者与其所生子女之间存在的客观事实基础，以及依据这种客观事实基础所发生的亲属法律关系。

《民法典》第26条规定："父母对未成年子女负有抚养、教育、保护的义务。""成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。"这一规定，第1款规定的是亲权，第2款规定的是亲属权。同性同居者各自与其生育的子女，在子女未成年时享有的是亲权；在子女成年之后享有的是亲属权。本文着重讨论的是前者，兼顾后者。事实上，在同性同居者相互之间对所生子女发生的抚养权争议，就是基于同性同居者与其所生子女之间的亲子关系，对亲权和亲属权发生的争议。父母对于未成年子女的抚养权，甚至在上海案例中，祖父母与母亲争议的监护权，也是对亲权发生的争议。这些争议产生的基础都是亲子关系，即父或者母对其所生子女间的亲子关系。

在确定了这个基础法律关系之后，对于同性同居者所生子女的法律地位认定问题，就有了统一认识的基础。

(二)同性同居者之间不具有被法律所认可的身份关系

我国法律目前对同性同居者之间的身份关系没有明文规范进行调整。在私法领域，法无禁止即可为，不能因为没有法律规范就认定同性同居者的同居行为违法。不过，尽管同性同居者的同居行为属于"即可为"的范围而不违法，但是，由于没有可供调整的法律规范，因而无法依照法律规定确认同性同居者之间的身份关系。

法律对于性少数者的身份关系的确认方式，一是同性婚姻，二是同性性伴侣。前者直接确认同性婚姻关系合法化，双方发生婚姻关系，相互享有配偶的身份地位，发生配偶的权利义务。对于后者，法律确认双方为性伴侣，可以共同生活，也发生相互之间的权利义务，只是不认可其配偶身份。

我国在法律既没有确认同性婚姻关系，也没有确认性伴侣关系的情况下，对于基于同性之间的感情而同居者，称为"同性同居者"是最简便且最符合实际的称谓。同性同居者目前在我国法律上没有亲属的身份地位，没有相互之间的权利义务关系，就像我国目前的异性同居者也没有法律规范的依据一样，相互之间也没有相应的身份地位和权利义务关系。

我国的同性同居者虽然可以同居且不违反法律，但是，双方由于不存在亲属法上的身份地位，因而同性同居者各自与其所生子女虽然发生亲子关系，但却不能共同成为所生子女的父或者母，是认定同性同居者与其所生子女亲子关系的客观基础。这也与异性同居者与其所生子女的亲子关系相一致，即父或者母各自与其所生子女发生亲子关系，但是父或者母却没有配偶关系。

(三)同性同居者与其所生子女的亲子关系的特点

同性同居者一旦共同决定生育子女，并且已经生育了子女，必须确定同性同居者与其所生子女之间发生亲子关系。这种亲子关系有以下特点。

首先，同性同居者与其生育的子女分别发生亲子关系。这就是，决定生育子女的每一方同居者，都是其所生育子女的父或者母。子女与同性同居者发生亲子关系，相互享有亲权，至子女成年后，发生亲属权的身份关系。

其次，这种亲子关系属于单方的亲子关系，而不是共同的亲子关系。原因在于，由于同性同居者之间没有亲属关系，因而各自对所生的未成年子女享有亲权，但是不能共同享有亲权，而是分别享有亲权。这与《民法典》第1058条关于"夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的权利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务"共同亲权原则的规定有所不同，虽然也是平等享有，却不能共同享有，因为没有"夫妻"的身份地位而分别行使亲权，承担对未成年子女抚养、教育和保护义务。

再次，由于同性同居者没有法律确认的亲属关系，因而不能将同性同居者所生子女认定为婚生子女，这也和异性同居者生育的子女一样，只能认定为非婚生子女，适用《民法典》第1071条关于"非婚生子

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。”“不直接抚养非婚生子女的生父或者生母，应当负担未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费”的规定。这样，就能确认以下亲子关系的层次：(1)合法婚姻关系的配偶生育的子女为婚生子女，适用《民法典》关于婚生子女权利义务关系的规定；(2)合法婚姻关系的配偶共同决定通过人工授精或者代孕等人工辅助生殖技术所生子女，没有自然血亲关系的，视为婚生子女，享有婚生子女的权利义务关系；(3)异性同居者所生子女，为同居双方的非婚生子女，适用婚生子女的法律规定，确认各自与子女之间的权利义务关系；(4)同性同居者所生子女，亦为同居双方的非婚生子女，比照适用婚生子女的法律规定，确认各自与所生子女之间的权利义务关系。我国《民法典》第1071条继续使用“非婚生子女”的概念，不仅适用于异性同居者以及异性非同居者所生子女的亲子关系，而且也可以适用于同性同居者所生子女的亲子关系。

最后，如果同性婚姻合法化已经实现立法，同性同居者通过合法登记成为合法配偶，就如同异性同居者结婚登记一样，适用婚生子女准正规则，成为合法的婚生子女，配偶双方与其所生子女为婚生子女，发生婚生子女的亲子关系。

(四)对同性同居者与其所生子女亲子关系的确认或者否认

按照上述认定同性同居者与其所生子女亲子关系的法律适用规则，本文所述同性同居者对其所生子女抚养权纠纷案究竟应当怎样定性和适用法律，就完全清楚了，即：本案的同性同居者即原告A和被告B基于共同意志，决定生育了子女C，双方采取何种辅助生殖技术方法并不重要，重要的是其所生的子女C应当是双方的子女，各自与C发生亲子关系；尽管A与B之间并无亲属身份关系，但是却不能否认A与C、B与C之间的亲子关系。在A与B共同生活期间，双方与C是这样的亲子关系，即使A与B分居后，双方与C仍然是这种亲子关系，不能因A与B的分居而使这种亲子关系消灭。在A与B同居的共同生活期间，应当共同负担对子女的抚养义务，各自与C之间相互享有亲权和监护权；在分居后，不直接抚养子女的一方作为C的父或者母，仍然应当负担未成年子女C或者已经成年但是不能独立生活的C的抚养费，善尽抚养义务。如果一方因不直接抚养该子女，他方以及子女都有权利主张其承担抚养义务，甚至强制其承担。

既然确认同性同居者分别与其所生子女之间存在亲子关系，那么，本案双方当事人的争议就不是抚养权纠纷，而是原告与被告对其所生子女C的亲子关系确认之诉。

《民法典》第1073条规定：“对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。”“对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。”对这一规则，通常认为是非婚生子女认领和婚生子女否认制度。前者是对不承认亲子关系的父之认领，后者为父对于婚生子女推定的否认。[23]由于当代医学科学技术迅猛发展带来的人工辅助生殖技术的革命性进展，有关亲子关系确认和否认法律规范的适用范围会进一步扩展，适用于更加广泛的领域。对于同性同居者与其所生子女亲子关系的确认和否认，同样也适用本条规定的规则。

将基于共同意志决定亲子关系的原则作为基本依据，同性同居者的任何一方都与其共同决定生育的子女存在亲子关系。据此可以判定，本案原告A和被告B与其所生子女C为基于自然血亲产生的亲子关系，或者基于法律的规定确认为亲子关系。当B将C抱走隐藏，否认A与C之间存在亲子关系时，A向法院起诉主张对C的抚养权，其实质，不就是在请求确认A对C的亲子关系吗？而B基于分娩的事实主张自己是C的母亲，否认A对C的抚养权，也正是对自己与C的亲子关系的肯定，而对A与C之间的亲子关系的否认，由于B在诉讼中未提出反诉，因而法院一审判决只是驳回A的诉讼请求，对B的反驳主张没有作出认定而已。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

基于上述分析可以看到,《民法典》并非未对同性同居者与其所生子女间亲子关系认定作出规范,而是现行规定完全可以适用于这种亲子关系认定的场合。这是因为,在同性同居者所生子女,基于保护子女的生的尊严和最有利于子女利益原则,将同性同居者所生子女界定为非婚生子女,存在亲子关系。既然如此,当对亲子关系有异议且有正当理由时,有异议的一方或者子女就享有确认权或者否认权,并且有权行使这些权利。依照《民法典》第1073条第2款规定,成年子女对亲子关系有异议且有正当理由的,也可以向法院提起诉讼,主张确认亲子关系,保护好自己的合法权益。同性同居者所生子女成年之后,对于同性同居者共同决定生育自己的一方不认可存在亲子关系的,可以依据这一规定请求确认亲子关系,法院应当依据《民法典》第1073条第2款规定,确认亲子关系。不过,这一条文将这一确认的权利限制在成年子女的范围,有所不妥,因为即使子女未成年,也可以由法定代理人代理行使确认权,主张保护自己的权益。限制未成年子女行使亲子关系确认权,表面上看起来是对不能辨认或者不能完全辨认自己行为的未成年子女行为能力的尊重,但是在实际上是在限制他们的权利,对保护他们的根本利益并不有利。

同性同居者确认或者否认与其所生子女的亲子关系,要求应当比较严格,不仅须存在是否为亲子关系的异议应当有正当理由,且应有充分的证据证明。首先,原告A提起诉讼,是同性同居者供卵一方向法院主张确认其与被告B生育的子女C的亲子关系。这是关于是否为亲子关系争议的异议要件。其次,由于双方A与B在争议中都认可A卵B生,具有生育子女的共同意志,由于双方共同确认的事实,又没有对此提出否定性证据,因而就可以直接认定这一共同确认的事实为证明了的事实。因而,也存在充分的事实证明,可以认定存在亲子关系的事实。再次,A证明、B自认,A确实是C的卵子提供者,与C具有血缘上的亲子关系,主张其为所生子女C的母亲,有亲子关系,异议当然成立。最后,这些都符合《民法典》第1073条规定的要求,法院应当支持原告的诉讼请求,认定A与C之间有亲子关系,双方为母亲与非婚生子女的权利义务关系。进而确认,A与B都是C的母亲,C为A与B的共同子女,各自与C为亲子关系,均须承担亲权义务。即使双方分居,也应当如此认定。只有这样,才能够保障C的生的尊严,使其利益最大化,终生享有人格尊严不受侵犯的权利。

因此,对于本案讨论的最终意见,应当定性为亲子关系确认之诉,同性同居者A与B基于共同意志生育了C,A与B均为C的母亲,具有法律认可的亲子关系,C为A与B的非婚生子女,相互之间享有亲权。原告A应当依照《民法典》第1073条第1款请求法院确认A与C之间的亲子关系,相互享有亲权。法院就A对B否认其与C有亲子关系的主张有异议,且有正当理由,并有充分的证据予以证明,法院应当判决支持A的主张,确认A与C之间的亲子关系。

结语

在我国法律尚未对同性婚姻或者同性性伴侣的身份关系未予合法化的情况下,并未禁止性少数者的同居。在同性同居者基于共同意志决定生育子女,并且在其生育了子女后,为保障子女的生的尊严,贯彻最有利于未成年子女利益原则,应当确认同性同居者与其生育的子女的亲子关系,分别享有亲权。子女为同性同居者各自的非婚生子女,各自与子女产生权利义务关系。对亲子关系有异议且有正当理由者,享有确认权和否认权,向法院主张行使权利,确认或者否认亲子关系,保护好子女的合法权益。成年子女(其实也包括未成年子女)也有权主张确认亲子关系,以保障自己的生的尊严,维护自己的合法权益。

注释:

①(2020)××民初2057号民事判决书。由于该案尚未终审,因此隐去一审法院名称。所述案情,根据网络报道本案的内容进行了简要整理。

②参见李英芬、张芳:《代孕所生子女亲子关系确认的法律问题研究》,载《内蒙古师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第50页。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

③参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年版,第143页;王利明主编:《人格权法新论》,吉林人民出版社1994年版,第282页。

④参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编释义》,中国法制出版社2020年版,第64页。

⑤参见马俊驹:《人格和人格权理论讲稿》,法律出版社2009年版,第251页。

⑥参见杨立新、李怡雯:《论〈民法典〉规定生命尊严的重要价值》,载《新疆师范大学学报》2020年第6期,第100-108页。

⑦同前注④,黄薇主编,第64页。

⑧类似观点参见徐文:《甄别与分类:论代孕案件基础争议的解决进路》,载《河北法学》2019年第11期,第151页。

⑨这里的监护权纠纷,其实就是亲权纠纷。由于我国法律习惯于使用监护权的概念,忽视亲权的概念,因而形成目前的这种情形。

⑩参见上海市闵行区人民法院(2015)闵少民初字第2号民事判决书。

⑪参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中少民终字第56号民事判决书。

⑫参见张婉芬:《论代孕子女的父母身份认定——以婚生子女推定为视角》,载《昆明学院学报》2017年第5期,第61页。

⑬河北省高级人民法院1991年冀法(民)(1991)43号文件。

⑭最高人民法院案例指导工作办公室:《〈李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案〉的理解与参照——双方同意人工授精所生子女视为婚生子女》,载《人民司法·案例》2016年第26期,第32页。

⑮同上注。

⑯类似观点可参见杨芳:《人工生殖模式下亲子法的反思与重建——从英国修订〈人类受精与胚胎学法案〉谈起》,载《河北法学》2009年第10期,第120-121页。

⑰最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典理解与适用·婚姻家庭编》,人民法院出版社2020年版,第49页。

⑱《法国民法典》第311-20条第1款和第2款的部分内容。参见《法国民法典》:罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第101页。

⑲参见周子琪:《代孕背景下母亲身份认定反思》,载《医学与哲学》2019年第22期,第56页。

⑳类似观点参见任巍、王倩:《我国代孕的合法化及其边界研究》,载《河北法学》2014年第2期,第193-194页。

㉑《法国民法典》第311-20条第4款和第5款的内容。参见《法国民法典》:罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第102页。

㉒同前注⑲,周子琪文,第59页。

㉓参见杨立新:《婚姻家庭与继承法》,法律出版社2021年版,第92、93页。

Identification of Paternity between Same-sex Cohabitants and Children: Interpretation in accordance with the Rules of Parent-child Relations as Stipulated in the Civil Code

Yang Lixin

Abstract: It is an objective fact that same-sex cohabitants have children on the basis of artificial assisted reproductive technology. In view of the determination of the parent-child relationship between the child and the same-sex cohabitant, the rules of the Civil Code on paternity provide a sufficient normative basis. The specific content is that in determining the paternity relationship between a same-sex cohabitant and his or her children, the principle of guaranteeing the dignity of the child's birth, as stipulated in article 1002 of the Civil Code, and the principle of the best interests of the child, as set out in articles 35 and 1038 of the Civil Code, shall be observed. Using common will as the best criterion for the determination of parent-child relations, confirming that same-sex cohabitants and their children have parental rights, that children are children born out of wedlock to same-sex cohabitants, and that objections to parent-child relations are dealt with in accordance with the contents of article 1073 of the Civil Code, is the greatest implementation and implementation of the above-mentioned principles.

Key words: same-sex cohabitants; children; parent-child relationships; artificial assisted reproductive technology; basic principles

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/