

跨国代孕儿童身份权的保护:以亲子关系确立为中心

■ 汪金兰

(安徽大学法学院,安徽合肥 230601)

【摘要】人工生殖技术的发展和代孕的法律差异导致大量跨国代孕儿童的出现。代孕儿童的法律父母身份认定是儿童身份权保护的前提和基础。各国一般根据“有意向和功能性父母”原则以及儿童最大利益原则来确立代孕儿童的法律父母。实践中,通过法律选择方法和承认方法来确认跨国代孕儿童的合法亲子关系。为便于承认跨国代孕儿童的法律父母身份,海牙国际私法会议拟制定《承认外国有关跨国代孕安排下的合法亲子关系司法裁决议定书》。目前,我国没有规制代孕的基本法律,实践中以事实抚养型亲子关系的认定方式确立代孕儿童的法律父母。未来应在合理平衡儿童最大利益和社会公共秩序的前提下,通过完善亲子关系的国际私法机制来保护跨国代孕儿童的身份权。

【关键词】跨国代孕 亲子关系确立 功能性父母原则 国际协调

近年来,委托夫妻之间以及委托夫妻与代孕者之间争夺代孕儿童监护权的纠纷时有发生,并成为我国家事审判中的热点问题。由于我国法律不承认代孕行为的合法性,一些当事人选择去代孕合法化的国家实施代孕行为,代孕儿童出生后回到国内生活,由此产生跨国代孕儿童监护权纠纷。跨国代孕儿童是一个特殊的社会群体,其法律地位不同于一般的儿童,不仅受一国代孕政策的影响,更受委托父母、代孕者以及出生地等多国法律的制约。在儿童利益最大化原则具有普适性的当下,跨国代孕儿童的权利却不能得到应有的保护。实践中,跨国代孕儿童的权利保护面临诸多困境,下面两则案例具有代表性。

案例1:A女与B女代孕子女监护权纠纷案^①

2016年,A女和B女在美国加利福尼亚州登记结婚。婚后,A女、B女在美国寻求胚胎移植生育子女。2017年,A女生育一女(B女卵子与他人精子),B女生育一子(B女卵子与他人精子),均具有美国国籍,出生后由A女、B女带回中国生活。2019年,B女以感情不和为由提出与A女离婚,并藏匿子女。2020年4月,A女向法院提起诉讼,请求对子女的监护权和抚养权。

案例2:美籍夫妇跨国代孕子女监护权案^②

美籍夫妇婚内协商一致,由男方提供精子、他人提供卵子,通过两个泰国孕母在泰国实施

收稿日期:2021-07-01

作者简介:汪金兰,安徽大学法学院教授,博士生导师,主要研究国际家庭法、国际商事程序法。

基金项目:本文系国家社科基金规划项目“全球化背景下国际婚姻家庭法律问题研究”(课题编号:15FXB202)的阶段性研究成果。

① 参见(2020)浙0902民初738号。

② 参见民事判决书(2018)京0105民初15181号。

代孕,于2016年2月在中国生下一男一女,具有美国国籍,由该夫妇在中国共同抚养。2018年12月,男方以女方与孩子无血缘关系为由,未经女方同意,单方带走两个孩子并匿藏,拒绝告知女方的下落。2019年2月,女方向法院提起离婚诉讼,并主张对两个孩子的抚养权和监护权。

上述两则案例提出了同样的法律问题:跨国代孕儿童的监护权如何确定?法律如何保护跨国代孕儿童的民事身份权?这些问题的解决依赖于原告与代孕儿童之间是否存在法律上的亲子关系。因此,在跨国代孕儿童争议中,确定代孕儿童的法律父母身份是其中最核心的问题,也是代孕儿童获得抚养、监护、家庭照顾以及国籍等权利的先决问题。

一、跨国代孕儿童亲子关系确立的法律原则

代孕^①是指有生育能力的女性借助人类辅助生殖技术,接受意向父母的委托为其妊娠、分娩婴儿的行为。实践中,一般将代孕分为完全代孕与部分代孕、商业代孕与利他代孕^[1]。在国际私法中,跨国代孕是指不同国籍或惯常居所地不在同一国家的代孕母亲与委托父母之间通过代孕协议而生育代孕子女的行为^[2]。在跨国代孕情形下,委托父母与代孕母的国籍或惯常居所分别在不同的国家,委托父母在代孕儿童出生后将其带回自己的惯常居所国。然而,各国代孕政策的差异导致跨国代孕儿童的法律地位不明确,法律对父母身份的理解与保护也存在不同的理论与实践。逻辑上,代孕儿童的法律亲子关系的确立是跨国代孕儿童身份权保护的基础。对于跨国代孕儿童来说,其法律父母身份的确立更加复杂。如何确立代孕儿童的法律父母身份,传统亲子关系理论几乎失灵,必须有新的亲子关系理论加以支撑。随着生殖技术的发展、同性恋以及代孕等问题的出现,各国家庭法开始反思过去家庭关系的规范性界定。与代孕儿童是否建立合法亲子关系的争论,集中表现在血缘论和社会功能论之间的交锋^[3]。不可否认,作为对新家庭形态和代孕的回应,一些国家在认定亲子关系时对父母身份的法律理解已经发生变化,亲子关系的确立已从传统的生物和性别父母原则向有意向和功能性父母原则转变。

(一)有意向和功能性父母原则

传统的生物和性别父母原则主张,亲子关系以生物学、性别和婚姻状况为标记,并以此最终确立儿童在法律上的父母。婚姻作为父母子女身份的基础,丈夫被认为是妻子所生孩子的亲生父亲,也是合法父亲,生育孩子的人为母亲。因此,亲子关系法的重点是对非婚生子女的父亲身份的确立,通过以对父母关系的承诺为核心的“认领”与“准证”制度,体现法律对未婚亲生父亲的承认。20世纪后期,在婚姻家庭中父母关系的逻辑发生了变化。法律越来越多地承认父母身份可以独立于婚姻和生物学而成立。为回应通过辅助生殖技术形成的家庭和继父母家庭,法律开始承认已婚的非生物学的父母,保护他们构成的非婚姻、非生物亲子关系。进入21世纪,婚姻家庭的形态更加多元化,伴随着注册伴侣关系等婚姻的替代方式以及同性婚姻在一些国家被引入,儿童的出生与婚姻的联系日益松散。全球统计数据显示,越来越多的孩子是非婚生的^②。例如,在美国,为保护新型婚姻家庭形态中的父母和子女关系,一些学者主张减少异性婚姻和同性婚姻、亲生父母和非生物父母、婚姻和非婚姻家庭之间的区别,建立一种“有意向和功能性”的亲子关系,即社会功能性亲子关系。法律亲子关系的确立应遵循有意向和功能性父母原则。

^① 代孕的定义和类型有很多表述,参见刘长秋:《代孕规制的法律问题研究》,上海:上海社会科学院出版社2016年版,第25-26页。本文所指的代孕具备三个构成条件:代孕者指仅提供子宫的女性;委托父母(意向父母)指意欲成为代孕儿童的父母的夫妻(包括同性婚姻);配子者指夫妻一方与精子或卵子的捐献者。

^② 参见 OECD Family Database, SF2.4 Share of Births outside Marriage and Teenage Births, www.oecd.org/els/social/family/database, visited on 16-12-2020