

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、国际民商事程序法。

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

有意向和功能性父母原则认为,合法的父母身份,不是基于与子女的推定生物学联系,而是基于在婚姻家庭内形成亲子关系的意图和功能;对亲子关系的认识,也从生物、双重性别的养育转移到“父母意图和功能”的新概念上。父母子女身份不仅仅是基于生物学、性别、性取向甚至婚姻,而是基于实际的家庭关系。在亲子关系确认中,愿意成为孩子的父母,并在生活中作为孩子的父母发挥作用,日益成为确立法律父母的决定性因素。在家庭法中确立功能性亲子关系原则,使生物和性别父母原则有了改变,“意图”和“功能”在理解婚姻家庭的父母身份时成为更普遍的原则^[4]。可以说,有意向和功能性父母原则加速了家庭法向更多元、更广泛的空间转变。在人工生殖技术日益发展的背景下,法律上确立意向性和功能性父母原则,能够涵盖包括不同性别和同性伴侣、婚姻和非婚姻家庭以及生物和非生物父母在内的一系列的家庭^[5]。在德国,学界也提出事实或社会的父母身份的概念,即使不存在基因上的联系和法律上的归入,也有可能事实上成立父母子女关系^[6]。界定亲子关系的核心在于,某人与儿童之间是否事实上按照父母子女的一般生活形态在一起生活。

在跨国代孕的情形下,代孕儿童与其法律父母身份的建立更加复杂,往往要受到代孕儿童的出生国法(代孕者所在国)和接受国法(委托父母所在国)的双重约束。一个客观事实是,许多国家的家庭形态比以往任何时候都更加多样化。这些不断变化的家庭模式迫使各国考虑,基于“意向和功能”的社会性父母在确定合法亲子关系中应发挥积极作用。在确立代孕儿童的亲子关系时,有意向和功能性父母原则对于儿童利益的保护更具有意义。

(二)儿童最大利益原则

1989年,联合国《儿童权利公约》第3条第1款规定:“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”儿童最大利益原则正式得以确立,各个缔约国应尽最大努力使未成年子女最佳利益通过立法、执法活动得以实现。儿童最大利益原则在国内和国际代孕案件中都具有十分重要的意义。目前,各国并没有就代孕问题制定专门的亲子关系规则。实践中,关于代孕子女的父母身份的认定,主要有分娩说、契约说、基因说和子女最佳利益说四种理论^[7]。分娩说以分娩事实为依据,分娩者为代孕子女法律上的母亲,父亲身份则视代孕母亲是否已婚而定。坚持“孕者为母”原则是许多国家立法上认定代孕亲子关系的一项法定原则。如法国、德国、荷兰等欧盟国家以及英国、日本等,立法上不承认代孕合法,但尊重“分娩者为母”的原则^[8]。契约说则将意思自治作为确定亲子关系的重要标准,根据委托人(意向父母)和代孕者签署的代孕合同的效力,直接确认委托父母为代孕子女的法定父母。委托父母具有成为代孕儿童父母的意愿,通过签订代孕合同、借助代孕的方式,以期与代孕子女形成法律上的亲子关系。既然双方在代孕合同上约定了由委托父母成为孩子法律上的父母,法律应当尊重当事人的意思自治^[9]。一般而言,在代孕合法化的国家,即使代孕协议不具有可执行性,但法院也会认定委托父母是代孕儿童的法律父母。基因说则是根据代孕儿童的基因来源确定法律上的父母,代孕儿童的基因来源是确定法律父母的基础,因此供精者和供卵者当然就是代孕儿童法律上的父母。但如果儿童是由匿名捐精或捐卵所孕育,那么此种主张就无法确定其法律上的父母。子女最佳利益说是以有利于儿童健康成长为标准来认定代孕儿童法律上的父母。随着《儿童权利公约》将儿童最佳利益作为决定儿童一切事项的优先原则,各国在制定亲子关系法时均以此为基本原则。20世纪80年代,美国就开始在一些案例中对这一原则进行确认。其中,在著名的“M婴儿案”^①中,法院判决的主要依据就是儿童最佳利益原则。不过,在倡导子女最佳利益说的国家,子女最佳利益基本是用来确定代

^① 参见 *In re Baby M*, 537 A. 2d 1227, 109 N.J.396. (N. J. 1988).

孕子女的监护权,并不适用于代孕儿童的身份认定^[10]。在认定跨国代孕儿童的亲子关系时,无论采取上述哪种主张,将儿童最大利益原则作为补充适用应是各国共同的实践。

二、跨国代孕儿童亲子关系确立的法律方法

实践中,跨国代孕纠纷多表现为对代孕儿童的监护权以及公民身份的获取。由于跨国代孕案件的国际性,法院只能采用国际私法方法解决。对于跨国代孕儿童的监护权归属案件,其亲子关系的确立是先决问题。对于先决问题的法律适用,各国一般按照先决问题本身的法律性质进行法律选择。具体到跨国代孕儿童亲子关系确立,主要采用法律选择和承认两种方法。

(一)法律选择方法:通过适用冲突规范选择的准据法来确定

法律选择方法也称法律适用方法,指法院通过适用其冲突规范选择的法律来确认代孕儿童合法亲子关系是否存在。在采用法律选择方法的情况下,代孕儿童合法亲子关系的存在,由法院根据所适用的法律来确定。许多委托夫妻认为,只要代孕符合代孕儿童出生地国家的法律即可,但事实并非如此。法院在解决跨国代孕儿童争议时,如何确定代孕儿童在法院地国家的法律地位,必须首先将案件定性为法律亲子关系,并适用亲子关系的冲突规范来选择准据法。谁是代孕儿童的合法父母将由准据法来决定,准据法所属国对代孕的态度直接影响案件的处理结果。一般而言,法院适用的法律取决于法院地的冲突规范,尤其是冲突规范中的连接因素,它表明案件与适用法律之间的密切联系。

由于大多数国家没有关于代孕儿童父母身份的法定规则,因此也几乎没有就跨国代孕儿童的父母身份制定具体的冲突规范。实践中,一般将亲子关系的冲突规范适用于跨国代孕案件。令人欣慰的是,许多成文法国家的国际私法立法中均有确立亲子关系的冲突规范^①。例如,在荷兰,自2012年1月1日起,如果一对荷兰夫妇出国实施代孕安排并将代孕子女带回国,那么必须参照适用《荷兰民法典》第10编第5章中亲子关系的冲突规范,以确定与代孕儿童的法律地位有关的问题。该法典第92(1)条规定,子女是否与夫妻双方合法地存在亲子关系,首先应由夫妻双方的共同国籍国法律决定。如果没有共同国籍,则适用其共同惯常居所地的法律。如果没有共同的惯常居所地,则适用儿童惯常居所地法。对于同性伴侣婚姻情形下的子女,也根据上述基于婚姻的亲子关系的法律而确定(第93条)。非婚生子女的合法母亲的确定,适用儿童出生时母亲的国籍国法律,并以有利于确定儿童合法母亲身份的法律为补充。如果生母在荷兰有惯常居所,则其作为母亲的身份自儿童出生时始终存在(第94条)。对于父亲身份的承认,第95条规定,在荷兰承认父亲身份应适用荷兰的法律,对于国外的合法父亲身份的认可,受第101条规定的保护规则管辖。上述冲突规范中的国籍或惯常居所地,是指申请人提起司法确认申请时的国籍和惯常居所^[11]。在法国,国内代孕儿童的父母身份通过身份登记、承认、表面身份(也称身份占有)确立,也可以通过司法判决来确立^②。对跨国代孕中的亲子关系,是否存在法律上的父母身份,根据《法国民法典》第311-14条关于法律上亲子关系的冲突规范来确定。代孕儿童的合法父母身份,与根据儿童出生地的法律在出生证上记载的父亲或母亲无关。代孕儿童的父母身份,首先适用母亲的本国法;如果母亲身份不明,则由子女的本国法确定。

值得注意的是,有关父母身份的法律适用规则,一般在代孕儿童出生时意向父亲或母亲被宣布为孩子的合法父亲和母亲时发挥作用。在跨国代孕的背景下,更有可能出现的一个关键问题,

^① 邹国勇译注的《外国国际私法立法选译》一书中,有二十多个国家在父母子女关系的法律适用立法中涉及子女的出身或父母身份的确认及否认。参见邹国勇:《外国国际私法立法选译》,武汉:武汉大学出版社2017年版。

^② 参见《法国民法典》第310条规定。

即意向父母在一个国家合法建立的父母身份是否能够在另一个国家获得承认。因此,实践中,通过承认的方法对外国法所确立的父母身份(例如出生证)和司法判决加以认可更具有可行性。

(二)承认方法:对外国有关父母身份的出生证明及司法判决的认可

与法律适用方法不同,承认方法所解决的问题是如何确定亲子法律关系的存在。在采用承认方法的情况下,法院不确定是否存在亲子法律关系,而是确定这种法律关系是否可以得到认可。如果根据代孕儿童出生地的亲子关系法,意向父母双方是该代孕儿童的合法父母,那么可以通过承认的方法对外国法确定的父母身份予以认可。实践中,对跨国代孕儿童在外国建立合法亲子关系的承认方法主要分为两种:一是寻求对外国出生证明的登记或转录;二是采取法律行动承认代孕子女合法父母身份的外国判决^[12]。

1. 承认外国民事身份的登记

身份登记制度是国家机关对自然人的出生、死亡、结婚、离婚、收养、亲属、监护等身份事项加以登记、公示、公证的一项法律制度^[13]。身份登记的法律意义在于明确家庭成员的法律关系。出生登记属于身份登记制度的内容之一,通常以出生证明的形式出现,是对出生子女与父母的血统关系的事实在公共机构加以登记。因此出生登记是对身份事实的证明,具有公示性。各国关于出生登记的法律规定并不相同,但具有在法律上确认身份关系的共同本质属性。由于没有代孕儿童的亲子关系确认规则,实践中,正常法定亲子关系出生登记的一般规则,也适用于代孕中的亲子关系的确定。从国际层面来看,可以将出生登记视为一种真实文书,用于国内法律体系允许的任何目的,证明父母身份便是其目的之一。在跨国代孕情形下,通过对外国的出生证明予以承认或转录登记,以此确立代孕儿童的亲子关系,已成为一些国家解决代孕儿童父母身份的可行路径。例如,《法国民法典》第47条规定:“一切在外国作成的法国人和外国人的身份证书,如系按照该国通常方式作成者,即具有证据力。”2011年,法国雷恩法院允许在印度签发出生证的一对双胞胎在法国公民身份登记处进行登记。虽然检察官办公室根据《法国民法典》第16-7条对该决定提出上诉,但雷恩上诉法院确认了这一判决^①,认为应将代孕协议的有效性问题和儿童出生证明的登记效力加以区分。只要提交法院的民事身份文件中记录的亲子关系不是虚假的,法院即可判决承认外国的出生证明,并下令进行登记。在另一个案例中,巴黎上诉法院则根据儿童最大利益原则对外国出生证进行转录登记。该案中,一对法国夫妇于2000年在美国加利福尼亚州通过代孕母亲生下双胞胎。加州法院通过判决,在孩子出生前将父母身份授予有意成为父母的法国人,并将这对夫妇作为唯一的父母在医院登记处和出生证上转录。这对夫妇在法国寻求承认加州的判决和出生证。法院最后认为,“如果不向委托夫妇提供父母身份,就会导致孩子没有父母在法律上帮其说话,这不符合孩子的最佳利益”^[14]。

2. 承认外国亲子关系的判决

承认外国亲子关系判决的方法,是跨国代孕儿童合法亲子关系认定的主要方法。但如何承认在外国建立的亲子关系,各国都有自己的考虑和自由裁量权。每个国家都有承认或不承认外国有关代孕儿童合法亲子关系的理由,如公共政策、欺诈、与先前的判决不相容等,其中公共政策例外是常用的理由。在大陆法系国家的实践中,以公共政策例外为由拒绝承认外国亲子关系判决几乎成为通例。法国著名的Mennesson案^②最具有代表性。该案中,法国当局拒绝转录美国加州的出生证,认为根据《法国民法典》第16-7条禁止代孕的规定,该协议被认为是无效的,承认外国出生证将违反公共政策。2015年,法国最高法院认为,只要出生证不是伪造或与事实不符的,不能因为孩子是代理孕母所生而拒绝承认出生证。但只有当委托父亲也是基因

① 参见 CA Rennes, 29 Mar. 2011, No. 10/02646.

② 参见 ECHR Mennesson V. France, Application No. 65192/11, 26 Jun. 2014.

父亲时,政府才会承认出生证的效力。父亲身份得以承认,但孩子母亲的身份仍未获得承认,导致 Mennesson 夫人与代孕儿童之间形成跛脚亲子关系。2017年,法国最高院表示,基因父亲的配偶可以通过收养程序与孩子建立亲子关系。2018年, Mennesson 夫妇在欧洲人权法院起诉,声称拒绝转录出生证明与儿童最佳利益相悖,并违反了《欧洲人权公约》第8条和14条^①,侵犯了他们“私人 and 家庭生活应得到尊重的权利”。法院则认为,父母的家庭生活权利没有受到侵犯,但侵犯了儿童的身份权利,不符合他们的最佳利益^[15]。欧洲人权法院在2019年4月20日的裁决中认可了 Mennesson 夫妇(委托父母)与代孕儿童之间的亲子关系。该案对欧盟国家处理跨国代孕案件的影响深远。联邦德国法院在多起德籍同性恋伴侣在美国的代孕案中,开始均以违反德国公共秩序为由不予承认,但最后又以儿童最大利益原则认可了代孕儿童在美国获得的合法父母身份^[16]。对外国形成的代孕儿童合法亲子关系的承认,常常面临儿童最佳利益与国家公共秩序之间的矛盾,法院必须在两者之间进行平衡。值得注意的是,公共秩序的适用针对的主要是跨国代孕行为和代孕协议的合法有效性,阻止委托父母和代孕母亲之间实施非法跨境代孕,但如果以公共秩序为由不承认代孕儿童的法律地位,实际上是将委托父母与代孕母亲的非法行为转嫁于代孕子女,是对没有过错且处于绝对弱势地位的代孕儿童的惩罚。这与《儿童权利公约》所倡导的儿童最佳利益原则背道而驰。不可否认,各国代孕政策的多样性,不仅限制了对外国代孕儿童亲子关系的确认,也导致代孕儿童在外国建立的父母身份的不连续。未来立法应考虑尽量减少这种不利于保护跨国代孕儿童权利的风险。

三、跨国代孕儿童身份权保护的协调

随着人工生殖技术、人口、法律和社会的发展,跨国代孕逐渐成为一个全球现象。作为保护儿童私法性权利的国际组织,海牙国际私法会议早在2001年就建议将儿童身份问题,特别是认定亲子关系的国际私法问题作为工作专题。随着跨国代孕安排数量的快速增长,跨国代孕儿童的法律地位不确定性日益突出。2010年,海牙国际私法会议在审议跨国收养公约的特委会上指出,在跨国代孕情形下,仅适用1993年跨国收养公约保护代孕儿童显然不合适,应制定专门的保护跨国代孕儿童的国际私法规则^②。

(一)海牙国际私法会议“代孕项目”的进展

海牙代孕项目的进展可以划分为两个阶段:第一阶段(2011-2015年)为跨国代孕儿童保护公约的必要性与可行性的调研阶段。2011年10月,海牙国际私法会议(以下简称海牙会议)常设局就代孕儿童保护问题完成一份报告,通过大量案例说明跨国代孕存在的主要法律问题是解决儿童的亲权归属以及国籍问题。从历史上看,“儿童地位”一般是指儿童作为婚生子女或非婚生子女的法律地位。然而,近几十年来,很多国家已经废除婚生子女与非婚生子女的区别制度。各国家庭法的这一演变将海牙会议的工作重点从认定儿童的法律地位(婚生子女与非婚生子女)转移到对跨国代孕中亲子关系的认定。该报告提出,海牙会议在跨国代孕项目下的工作重点为:第一,建立统一的管辖权规则或建立决定合法亲子关系的专门机构;第二,建立统一的冲突规范;第三,制定亲子关系判决的承认和强制执行规则^[17]。

2012年3月,海牙会议常设局向总务委员会提交了一份更为详细的初步报告。该报告对各

^① 参见《欧洲人权公约》第8条:人人享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。第14条:应当保障人人享有本公约所列举的权利与自由。任何人在享有本公约所规定的权利与自由时,不得因性别、民族、肤色、语言、宗教、政治的或者其他见解、民族或者社会的出身、与少数民族的联系、财产、出生或其他地位而受到歧视。

^② 参见 Conclusions and Recommendations of the 2010 Council, <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>.

国(地区)代孕规制以及法律适用规则进行了比较研究,将全球范围内的国家和地区对代孕的立场分为三种:第一种是禁止代孕,如中国、法国、德国、意大利等;第二种是允许代孕但加以条件限制,如英国、以色列、中国香港、新西兰等;第三种是允许代孕且几乎不加以限制,如印度、俄罗斯、泰国、乌克兰、美国加利福尼亚州和内达华州等。此外,该报告归纳了各国对跨国代孕案件的处理方式,包括适用各国的冲突规范、“承认”制度或直接适用法院地法。就跨国代孕儿童合法亲子关系的国际私法规则,该报告认为尚需要进行更深层次比较法研究。

2013年,海牙会议常设局分别针对各成员国及非成员国、法律从业人员、卫生组织以及代孕机构进行一系列的调查,于2014年发布了《关于亲子关系/代孕项目未来工作的必要性和可行性》的报告。该报告指出,在亲子关系以及跨国代孕领域制定一项国际法律文件的必要性体现在两个方面:(1)各国关于合法亲子关系的确定、人工辅助生殖技术以及同性育儿的国内法差异较大,有必要在不同法系之间搭建沟通的桥梁,而不是去统一各国代孕实体法;(2)各国关于亲子关系建立的国际私法规则差异较大,由此导致跨国代孕出生的儿童可能会处于无国籍以及跛脚亲子关系状态。至于制定国际法律文件的可行性问题,主要体现在如何确定该国际法律文件的性质以及适用范围。大部分国家认为,应当统一处理有关国际亲子关系的国际私法规则,包括统一冲突规范以及判决的承认和执行^[18]。在跨国代孕安排项目下,专家组工作应实现两个政策目标:(1)确保因跨国代孕出生的儿童有明确的法律地位;(2)确保对跨国代孕项目下的儿童、父母以及其他当事人权利的保护符合国际人权标准^[19]。

第二阶段(2015年至今)为跨国代孕儿童保护公约草案的起草阶段。2015年,海牙会议成立了代孕项目专家组,以进一步研究跨国代孕问题。截至2021年3月,海牙会议就代孕项目举行了8次专家组会议,并形成系列报告。专家组一致认为,亟需制定一项具有约束力的多边国际法律文件,以处理跨国代孕的法律适用和承认外国关于合法亲子关系的判决问题。未来的国际法律文件的总体目标应为:第一,对跨国代孕情况下的合法父母身份提供可预见性、确定性和连续性;第二,解决不同法系间关于确立和认定合法亲子关系的法律冲突;第三,在合法亲子关系方面,考虑所有相关人员的基本权利,尤其是儿童的最大利益。此外,专家组还一致认为,应将儿童的姓名、抚养义务、父母对儿童的人身和财产责任、信托、继承、国籍等事项排除在未来可能的国际法律文件的范围^[20]。2019年10月,海牙会议第七次专家组会议报告中指出,亲子关系事关所有家庭和国家,面对国际社会亲子关系的复杂冲突,迫切需要采取共同的国际商定的解决办法,以避免限制合法的父母身份导致的跛脚亲子关系。为此,专家组会议讨论起草了两份国际法律文件:(1)《承认外国有关合法父母身份的司法裁决的一般国际私法公约》,即对外国有关通常情形下合法亲子关系司法裁决承认的综合性公约,涵盖各类亲子身份的承认;(2)《承认外国有关跨国代孕安排中的合法亲子关系的司法裁决议定书》(以下简称《跨国代孕亲子关系议定书》)^①,即跨国代孕安排下亲子关系承认的专门性公约。

(二)未来《跨国代孕亲子关系议定书》草案

2020年10月,海牙会议第七次专家组会议在线讨论了未来《跨国代孕亲子关系议定书》草案的主要条款。专家组重申,未来《跨国代孕亲子关系议定书》,不应被理解为支持或反对代孕。该议定书应明确在代孕协议下的合法亲子关系的建立。这将有助于确保国际代孕安排产生的亲子关系的可预测性、连续性和确定性,不仅有助于保护儿童的最大利益和所有相关个人的基本权利,还有助于防止国际代孕安排中的不良做法。议定书草案主要内容如下。

一是国际代孕安排情形下合法亲子关系判决的承认。在适用范围方面,多数专家建议,该

^① Prel. Doc. No 2A of October 2020. Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project, <https://assets.hcch.net/docs/a6aa2fd2-5aef-44fa-8088-514e93ae251d.pdf>

议定书应仅适用于承认在国际代孕安排(International Surrogacy Arrangement, 以下简称ISA)情形下确立的法律亲子关系。一些专家希望,可以将该议定书涵盖国内代孕安排产生的法律父母,以及通过国内收养代孕子女的法律父母。所有代孕安排应采用书面形式,因为这将促进透明度和对有关各方的保护。至于国际代孕安排情形下的合法父母身份的认定,一般要求在儿童出生后不久作出。一些专家建议,可以对作出判决的时间加以限制。

二是通过法律行动承认ISA情形下合法亲子关系的外国判决。海牙会议专家组审议了承认国际代孕安排情形下的合法父母身份判决的可能标准。大多数专家认为,在国际代孕安排的来源国作出的合法亲子关系判决,应在所有其他缔约国的法律运作中得到承认,前提是满足该议定书规定的某些条件,最好列入最低标准或保障措施,以保护有关各方的权利和福利,特别是儿童的最大利益。

三是承认的条件和认证。海牙会议专家组讨论了国际代孕安排情形下其合法亲子关系得到承认的条件,包括:(1)在整个国际代孕安排中,代孕母亲的自由和知情同意,应作为承认其合法亲子关系判决的一个至关重要的条件。(2)保存该代孕儿童出身的资料应该是得到承认的条件,这也是本议定书赋予缔约国的一般义务。缔约国有必要在适当指导下为儿童提供获得此类信息的机会。此外,对中介机构的授权和监督、代孕母亲及意向父母的资格和适合性的最低标准,也是合法亲子关系能否得到承认的裁量因素。为方便承认,工作组讨论了采用身份证的可能性(例如,通过采用统一示范格式),以证明符合该议定书规定的条件。

四是通过判决以外的手段建立ISA情形下的合法亲子关系。在许多案件中,通常不需要通过司法确定合法亲子关系,因此该议定书也适用于不是通过法院判决所确立的亲子关系。在没有司法判决的情形下,主要通过认证机制确保亲子关系跨国存续。认证机制的主要方法为接受公文书,从而实现对在国外建立的亲子关系的跨国承认。一些专家认为,未来的议定书中应约定一国签发的关于合法亲子关系的公文书(通常是出生证明)应被所有缔约国接受,并作为认定亲子关系的证据;或者颁发一种新类型的标准文件,例如国际亲子关系证书^[21],从而有助于承认合法的亲子关系。

四、我国对跨国代孕儿童身份权保护的法律应对

(一)以“主观认同”和“事实抚养”为亲子关系成立的认定标准

目前,我国立法对代孕儿童的亲子关系认定缺乏明确规定。实践中,陈某与罗某、谢某代孕儿童监护权纠纷案^①所确立的亲子关系认定规则具有里程碑意义。该案中,原告的请求虽为对代孕儿童的监护,但必须以代孕儿童的亲子关系确立作为判断监护权归属的先决问题。由此,法院的论证思路是^[22]:首先证成原告作为事实“抚养母亲”与两个儿童之间存在有抚养关系的继父母子女关系,从而形成拟制血亲。因本案的两名代孕儿童与原告没有血缘联系,也不是由其孕生,但自他们出生后便随原告一起生活至起诉时,原告也“完全将两名孩子视为自己的子女,并履行了作为一名母亲对孩子的抚养、保护、教育、照顾等诸项义务。故应认定双方之间已形成有抚养关系的继父母子女关系”,从而依据《中华人民共和国婚姻法》第27条第2款确认,在原告与两名儿童之间形成拟制的父母子女关系。在合法亲子关系成立的前提下,法院判决原告取得对两名代孕儿童的监护权。该案在说理部分也引用了《儿童权利公约》的儿童最大利益原则,并将该原则作为判决的法律依据之一。此后,“事实抚养”和“主观认同”的意向和功能

^① 参见民事判决书(2015)沪一中少民终字第56号。

性父母原则在代孕儿童监护权案件中得到广泛的应用。在前述美籍夫妇跨国代孕儿童监护纠纷案中,对两名跨国代孕儿童父母身份的认定,同样遵循了意向和功能性父母原则以及儿童最大利益原则。可以预见,我国在不改变代孕违法的情境下,以主观上具有父母意愿和客观上存在抚养事实作为认定合法亲子关系成立的标准,将成为解决代孕儿童父母身份的主要路径。当然,理论上也不排除意向父母通过收养的方式与代孕儿童之间形成合法亲子关系。

(二)寻求儿童最大利益与公共秩序之间的平衡

据海牙国际私法会议调查,我国是跨国代孕的委托父母主要来源国之一^[23]。我国目前没有禁止代孕的法律和行政法规,仅2001年在《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。”杨立新教授认为,该规定只是行政规章,不具有限制公民权利的效力,不能作为禁止代孕的法律依据^[24]。但在司法实践中,以代孕违反我国的强制性规定或公序良俗为由,否认代孕儿童的亲子关系的案例并不少见。必须指出的是,代孕行为本身的违法性,不等同代孕儿童的法律地位不合法。无论代孕儿童的父母身份如何确定,都无法阻却代孕行为的违法性质。跨国代孕中,如何在利用公共政策例外和遵循儿童最大利益原则之间进行取舍,需要国家在立法层面加以考虑。

国际私法理论中,公共政策例外是指为了维护某种社会或法律制度中被认为必不可少的价值观和利益,排除外国法律适用的一种制度,其作用不是抽象地控制外国法律的适用或否认外国判决,而是阻止外国法律适用或承认外国判决对法院地产生不利的效果。公共政策的概念不是绝对的或精确的,也不能简化为一个刚性的公式,而是随着时间、地点和环境的变化而变化。因此,在适用公共政策例外时,必须对每个案件的不同利益进行评估。有学者指出,跨国代孕安排中的公共政策的影响是可识别的,具体包括:(1)人体不能成为商业对象;(2)个人身份(如父母身份)不能通过私人协议获得;(3)反对儿童商品化和非法安置儿童的公共政策;(4)反对剥削妇女的公共政策;(5)保护母亲及其子女的家庭生活;(6)建立合法家庭的社会家庭生活;(7)儿童了解其出身和儿童身份权的利益;(8)反对违反收养法的公共政策,如收养中随意终止父母权利、支付金钱;(9)支配儿童的法定监护和身体安置的法规和判例法,重点是儿童的最大利益^[25]。在解决跨国代孕儿童亲子关系确立问题时,通过对公共政策的合理识别,防止对公共政策例外的滥用。对于外国作出的代孕儿童亲子关系判决,我国可以在儿童最大利益原则优先的情况下,适当援引公共政策例外。

(三)完善跨国代孕儿童身份权确立的国际私法机制

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)中没有专门调整跨国代孕的冲突规范。对于涉外父母子女关系,该法仅在第25条笼统规定,“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。”现行立法概括地将父母子女关系归纳为“父母子女人身关系”和“父母子女财产关系”,缺少亲子关系成立的冲突规范,且与监护、扶养冲突规范的适用边界存在重叠,导致司法实践中法院对于父母子女关系争议的法律适用不一致。在审理跨国代孕案件时,法院如何适用法律,对载明亲子关系的外国出生证的效力如何认定,目前均缺乏明确的法律依据。因此,必须完善对跨国代孕儿童身份权确立的国际私法机制。

一方面,增设亲子关系成立与否的冲突规范,将其适用于跨国代孕儿童亲子关系的认定。在处理跨国代孕中的亲子关系时,《法律适用法》第25条规定的范围过于宽泛,且其连结点(共同惯常居所和国籍)所指引的准据法难以落实。因为对于刚出生的代孕儿童而言,在没有确定其合法父母之前很难确定其经常居所地或国籍,若机械地适用这条冲突规范,则导致无论什么情况都是适用意向父母的属人法。而作为我国意向父母的属人法即中国法,在一般情况

下都是禁止代孕的,否则我国意向父母也不会寻求跨国代孕。由此导致的问题是,跨国代孕出生的儿童的亲权归属很难确定,甚至会处于无父母无国籍的状态。因此,跨国代孕儿童保护的重点是解决儿童的身份问题。无论将来我国有关代孕的政策如何,都必须解决已经出生的跨国代孕儿童的亲权归属问题,从而保护代孕儿童的合法权益。因此,本文认为,从儿童最大利益原则出发,将儿童的出生国和经常居所地作为连结点,在《法律适用法》中增设亲子关系确认的冲突规范:“亲子关系的确定,适用下列法律中对子女最有利的法律:(1)子女的经常居所地法律;(2)子女出生国法律;(3)父母一方的经常居所地或国籍国法律。”在一般情况下,儿童的出生国都是允许代孕的,且承认意向父母与代孕儿童之间的合法亲子关系。因此将儿童出生国作为一个连结点,有利于确定代孕儿童的亲权归属,实现对跨国代孕儿童民事身份权的保护。

另一方面,建立承认和执行外国有关代孕亲子关系的公文书或司法判决机制。将子女出生证和公民海外出生的领事报告纳入海牙国际私法会议的公文书范畴。由于这些公文书在国际民事交往中属于免证的法律文书,具有最高的证明效力,因此在没有相反的证据加以反驳的情况下,应直接承认外国的出生证明记载的合法父母身份。至于外国亲子关系的司法判决,属于民事判决的范畴,可以通过承认外国法院判决的方式,对其确立的亲子关系予以承认。与一般外国民事判决的承认所不同的是,对公共秩序的审查应让位于儿童最大利益原则。

[参 考 文 献]

- [1] 肖永平 张 弛:《比较法视野下代孕案件的处理》,载《法学杂志》,2016年第4期。
- [2] 袁 泉 罗颖仪:《跨境代孕亲子关系认定所涉及的若干国际私法问题》,载《国际法研究》,2016年第6期。
- [3] 刘征峰:《家庭法与民法知识谱系的分立》,载《法学研究》,2017年第4期。
- [4] Douglas NeJaime. Marriage Equality and the New Parenthood, Harvard Law Review, 2016, (5).
- [5] Douglas NeJaime. The Nature of Parenthood, 126 Yale Law Journal, 2017.
- [6] 迪特尔·施瓦布:《德国国家法》,王保荫译,北京:法律出版社2010年版,第270页。
- [7][16] 袁 泉 罗颖仪:《跨境代孕国际私法问题研究》,北京:法律出版社2019年版,第18-20、138-141页。
- [8][10] 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124、122-123页。
- [9] 李雅男:《代孕背景下亲子关系的确定》,载《法律科学(西北政法大学学报)》,2020年第2期。
- [11][12][14][25] Michael Wells - Greco. The Status of Children Arising from Inter - country Surrogacy Arrangements, Eleven International Publishing, 2016, pp.137、63 - 64、66、71.
- [13] 张学军:《身份登记制度研究》,载《中国法学》,2004年第1期。
- [15] Asma Alouane. Legal Parentage of Children Born of A Surrogate Mother: What about the Intended Mother? <http://conflictoflaws.net/2018/legal-parentage-of-children-born-of-a-surrogate-mother-what-about-the-intended-mother/>
- [17] Permanent Bureau of Hague Conference on Private International Law. Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, 2011, p.24.
- [18][19] Permanent Bureau of Hague Conference on Private International Law. The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project, 2014, pp.19 - 21、29.
- [20][21] Permanent Bureau of Hague Conference on Private International Law. Report of the Expert's Group on the Parentage/Surrogacy Project, 2018, p.4.
- [22] 彭诚信:《确定代孕子女监护人的现实法律路径——“全国首例代孕子女监护权案”评析》,载《法商研究》,2017年第1期。
- [23] Permanent Bureau of Hague Conference on Private International Law. Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, 2012, p.8.
- [24] 杨立新:《适当放开代孕禁止与满足合法代孕正当要求——对“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”后续法律问题的探讨》,载《法律适用》,2016年第7期。

(责任编辑:崔 伟)