

代孕亲子关系的跨国承认： 欧洲经验与中国法上的选择

黄志慧

内容提要: 由于不同国家在代孕问题上的立场不同,导致“生育旅行”现象的出现和“跛脚”代孕亲子关系的产生。在代孕亲子关系的跨国承认问题上,欧洲人权法院对《欧洲人权公约》第8条规定的权利之解释,凸显了委托父母与代孕儿童之间存在基因联系的重要性。这种立场也促成了缔约国基于尊重私人和家庭生活权及保护儿童最佳利益之需,积极承认跨国代孕亲子关系在本国的效力。一国对跨国代孕亲子关系承认问题的立场,本质上涉及对基本权利的保护与公共秩序的维护之间的适当平衡。既要降低人和家庭在跨国迁移中产生的法律障碍,也要回应一国维护其道德伦理和社会秩序的诉求,并在此基础上形成文化和价值多元化国际社会中的平衡性法律秩序。我国应贯彻儿童最佳利益原则,以基因联系为标准分别采取跨国承认与快速收养程序的方式,保障代孕亲子关系的跨国稳定性。

关键词: 代孕亲子关系 跨国承认 基因联系 儿童最佳利益 公共秩序

黄志慧,中南财经政法大学法学院副教授。

代孕现象于20世纪80年代进入公众视野,随着全球收养市场的日益受限,代孕的规模持续扩大,国际代孕市场迅速发展。^[1] 代孕是指有生育能力的女性借助现代医疗技术为他人怀孕生子的行为。^[2] 从孕母的角度而言,代孕可分为己卵代孕(卵子来源于孕母,也被称为基因代孕或部分代孕)和他卵代孕(卵子非来源于孕母,也被称为妊娠代孕或完全代孕)。但是,实践中约定使用孕母卵子的代孕协议常被各国法院认定为违反公序良俗。^[3] 特别是,代孕中采用孕母的卵子,无法阻断代孕儿童与孕母之间的生物学联系,不仅在伦理上存在贩卖儿童之虞,而且孕母也易反悔并拒绝将亲权转移至委托父母。正因

[1] See Katarina Trimmings and Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, No. 3, 2011, pp. 627-628.

[2] 参见刘长秋:《代孕规制的法律问题研究》,上海社会科学院出版社2016年版,第28页。

[3] 参见余提:《各国代孕法律之比较研究》,中国政法大学出版社2016年版,第5页。

如此,一些允许代孕的国家和地区通过专门立法禁止代孕儿童胚胎中的卵子来源于孕母。甚至还有允许无偿代孕的国家明确要求代孕儿童至少与委托父母一方存在基因联系。但是,实践中也有国家和地区允许代孕儿童与委托父母一方(或双方)及孕母均无任何基因联系。^[4]显然,代孕中的配子来源十分复杂,这也导致代孕形式的多样性,并在客观上使得跨国代孕亲子关系效力问题的争议颇大。本文在广义上理解代孕的含义。

代孕是一个牵涉道德伦理、人性尊严和儿童最佳利益的复杂问题,各国在代孕中有关身体的商业化、对妇女的潜在剥削风险和儿童的商品化等问题上存在明显分歧,对相关当事人基本权利的保护亦未形成共识。反映在立法层面,各国在代孕的规制问题上明显存在不同立场。^[5]这也为当事人规避本国禁止代孕的立法提供了可能,并导致所谓“生育旅行”(procreative tourism)问题,由此也产生大量“跛脚”(limping)代孕亲子关系(即此类关系依一国法律有效而依另一国法律无效或可被撤销)。在跨国代孕中,尤其是在代孕儿童业已出生的情况下,最具争议的是代孕亲子关系之跨国承认问题。^[6]目前在国际法层面并无代孕亲子关系跨国承认的统一规范。因此,在法律文化多元化的国际社会,对于代孕亲子关系的跨国承认问题,研究如何妥善保障代孕亲子关系的跨国稳定性,避免“跛脚”代孕亲子关系的产生,并基于实现儿童最佳利益之目的充分保护代孕儿童享有的尊重私人家庭生活权(right to respect private and family life),具有重要理论与实践意义。

一 实践难题:代孕亲子关系效力的不稳定性

代孕问题的产生存在深刻的社会根源。伴随着人口老龄化和少子化的社会趋势,人类生育力下降已经成为影响人口繁衍和社会延续的重大问题。^[7]家庭结构的多元化,尤其是同性婚姻和生活伴侣关系在不少国家和地区的合法化,也催生了通过代孕方式生育后代的现实需求。而且,相对于其他治疗不孕不育的医学手段,通过代孕实现当事人孕育后代的成功率更高。这些现实问题使得代孕市场发展壮大并已悄然形成产业链,^[8]也推动了代孕在不少国家和地区的合法化进程。通过刑法完全禁止跨国代孕往往难以奏效,而且实践中一些国家的司法机关也不愿对相关当事人提起刑事诉讼。^[9]毕竟将代孕母

[4] 参见袁泉、罗颖仪:《跨境代孕国际私法问题研究》,法律出版社2019年版,第93、105页。

[5] 如乌克兰、俄罗斯、泰国、印度、美国加州等国家和地区允许商业代孕;英国、澳大利亚、加拿大、以色列、荷兰等国家允许无偿代孕;奥地利、法国、德国、日本等国家禁止商业及无偿代孕;还有一些国家如比利时、捷克和匈牙利等并无明确关于代孕问题的立法,而是主要借助收养法解决相关法律问题。See Claire Fenton-Glynn, International Surrogacy before the European Court of Human Rights, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 3, 2017, p. 546.

[6] See Michael Wells-Greco, *The Status of Children Arising from Inter-country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, p. 468.

[7] 据统计,世界范围内不孕不育率高达15% - 20%,中国的不孕夫妇约1500万对。参见王君平、陈文:《二孩政策一年追踪:生不出二孩真烦恼》,《人民日报》2017年2月3日第19版。

[8] 参见刘长秋:《有限开放代孕之法理批判与我国代孕规制的法律选择》,《法治研究》2016年第3期,第146页。

[9] 例如,澳大利亚家庭法委员会(Australian Family Law Council)在审查澳大利亚联邦法律有关亲子关系问题的规定时指出,其对违反禁止代孕的法律的人提起刑事诉讼并无兴趣。See Family Law Council, Report on Parentage and the Family Law Act, December 2013, p. 86.

亲或委托父母的代孕行为入罪的做法,实质上是将儿童出生的事实认定为犯罪,这违反了儿童最佳利益原则。而且,这种刑事定罪的做法,可能会使代孕转入地下,反而导致规制成本的增加。正如有学者指出的,即便绝大多数国家严禁代孕而只有少数国家允许代孕,一国完全禁止代孕的目标也是注定失败的。^[10] 特别是,一旦代孕儿童出生,刑法实际上就已经丧失规制代孕的基础。此时,需要将跨国代孕纳入国际家庭法的规制和保护范围,而非直接通过刑法对其严加禁止。

跨国代孕作为国际家庭法规范的对象,涉及诸多复杂的法律问题。其中,委托父母与代孕儿童之间亲子关系的跨国稳定性是最为重要的问题之一。^[11] 海牙国际私法会议常设局认为,国际社会有必要制定专门国际公约规范国际商业代孕,而缔约国有关代孕亲子关系的跨国承认问题,应是公约规范的重点内容之一。避免“跛脚”代孕亲子关系以及确保订立的国际代孕协议以尊重人权的方式履行,将成为公约的两个核心政策目标。^[12] 尽管由海牙国际私法会议出面统一各国规范跨国代孕问题的法律规则较为理想,但目前由其发起的“代孕项目”尚处于起步阶段,且因各国应对代孕问题的立场存在极大差异,即便此类公约最终达成,亦难确保公约的适用具有普遍性。因此,如何协调不同国家和地区因代孕法律制度的差异性产生的法律冲突,在国际家庭法中最大程度避免“跛脚”代孕亲子关系,仍是一国国际私法的重要议题之一。

但是,一国基于传统国际私法规则应对跨国代孕问题存在明显困境。对于特定国家而言,依据外国法律设立的代孕亲子关系在本国境内效力之判断,可以通过适用法院地国家冲突规范的方式,或者通过承认外国相关判决(包括身份文书)的方式作出。对于前者而言,依据法院地国家的冲突规范,一般适用委托父母的国籍国法(或住所地法)或儿童的惯常居所地法,而上述被指引的准据法通常与法院地法重合。^[13] 显然,依据禁止代孕的法院地国家之法律,委托父母与代孕儿童的亲子关系并不具有法律效力。对于后者而言,在法院地国家完全禁止代孕的情况下,基于维护该国法律基本价值的考量以及对人权和文化伦理的重大关切,法院地国家一般会援引公共秩序保留制度拒绝承认此类亲子关系的效力。考虑到委托父母和代孕儿童通常与法院地国家存在紧密联系,此情形尤其明显。^[14] 正如有学者指出的,对跨国代孕问题适用传统的国际私法方法,难以确保委托父母与代孕儿童之间亲子关系的跨国稳定性。^[15] 因此,为实现代孕亲子关系的跨国稳定性,对于代孕亲子关系的跨国承认问题,需要在传统国际私法规则之外引入新的考量因素和解决方法。在此问题上,有必要考察经验较为丰富和成熟的欧洲人权法院和各国国内

[10] See John Tobin, To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No. 2, 2014, p. 351.

[11] See D. Howe, International Surrogacy - A Cautionary Tale, *Family Law Journal*, Vol. 38, No. 1, 2008, p. 61.

[12] See Hague Conference on Private International Law, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, Prel Doc No. 3B, 2014, pp. 20 - 28.

[13] See D. Gruenbaum, Foreign Surrogate Motherhood; Mater Semper Certa Erat, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, No. 2, 2012, pp. 475, 476 - 479.

[14] 例如,委托父母是法院地国家的国民或居所、惯常居所位于法院地国家,儿童的惯常居所也位于法院地国家。

[15] See Chris Thomale, State of Play of Cross-Border Surrogacy Arrangements - Is there a Case for Regulatory Intervention by the EU, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 2, 2017, p. 468.

法院引入人权法规则的实践及采取的利益平衡方法。

目前,我国并未在立法层面对代孕问题进行明确规定。2001 年《人类辅助生殖技术管理办法》第 3 条规定,“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”从立法意旨而言,该规定应解释为我国同样禁止“医疗机构和医务人员以外的机构和个人”实施任何形式的代孕技术。我国 2015《人口与计划生育法修正案(草案)》第 35 条曾试图在立法层面禁止代孕,但终因各界分歧过大导致立法者在正式法律文本中删除了草案规定的“禁止代孕”条款。^[16] 在司法实践层面,目前我国法院的主流做法是判定代孕协议无效或拒绝认定代孕亲子关系的存在。^[17] 这种严格禁止代孕的立场导致我国有需求的公民选择赴海外代孕儿童的人数众多。据海牙国际私法会议的调查,我国是跨国代孕委托父母的主要来源国。^[18] 因此,我国当下无疑面临大量跨国代孕亲子关系的承认问题,亟需在参考其他国家和地区成熟经验的基础上提出应对之策。

二 欧洲经验:基因联系对代孕亲子关系跨国承认的影响

(一) 基因联系:儿童私人生活利益的构成因素

如果一国法律不禁止代孕,在委托父母之一与代孕儿童存在基因联系的情况下,代孕亲子关系的跨国承认并无困难。但是,若一国法律明确禁止代孕,则该国基于道德伦理禁止代孕的公共秩序可否超越相关当事人享有的尊重私人和家庭生活权以及儿童最佳利益原则之保护,就成为问题。对此问题,欧洲人权法院在梅尼森诉法国案(Menesson v. France)^[19]中作出了回答。

该案中,由于法国法律禁止代孕,法国一对夫妇到美国加州订立并履行了一项代孕协议。^[20] 代孕儿童出生后,加州法院依其法律认定法国夫妇作为儿童的法定父母。儿童返回法国后,法国最高法院认为,允许代孕儿童的出生登记将赋予本来依据法国法律无效的代孕协议以相应法律效力。在该儿童的出生登记被法国宣告无效后,这对法国夫妇向欧洲人权法院提出申诉并主张,依据外国法律合法设立的亲子关系无法获得法国的承认,侵

[16] 2015《人口与计划生育法修正案(草案)》第 35 条规定:“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”。

[17] 近三年的相关主要判决参见(2020)湘 1081 民初 90 号民事判决书、(2020)豫 01 民终 6438 号民事判决书、(2020)闽 0825 民初 1457 号民事判决书、(2020)豫 0183 民初 908 号民事判决书、(2020)川 0104 民初 89 号民事判决书、(2019)京 02 民终 13918 号民事判决书、(2019)沪 02 民终 10045 号民事判决书、(2019)湘 1321 民初 5083 号民事判决书、(2019)粤 0114 民初 7612 号民事判决书、(2019)粤 03 民终 6372 号民事判决书、(2019)川 0104 民初 5965 号民事判决书、(2019)豫 1221 民初 1205 号民事判决书、(2018)粤 03 民终 22336 号民事判决书、(2018)粤 0106 民初 12551 号民事判决书、(2018)鲁 01 民终 7948 号民事判决书、(2018)京 0105 民初 2575 号民事判决书、(2018)粤 0306 民初 13309 号民事判决书、(2018)渝 05 民终 3328 号民事判决书、(2018)赣 1121 民初 3180 号民事判决书、(2018)京 0114 民初 4168 号民事判决书、(2018)黑 01 民终 4587 号民事判决书、(2018)黔 06 民终 762 号民事判决书、(2018)粤 03 民终 9212 号民事判决书。

[18] 参见严红:《跨国代孕亲子关系认定的实践与发展》,《时代法学》2017 年第 6 期,第 105 页。

[19] See *Menesson v. France*, Application No. 65192/11, Judgment of 26 June 2014.

[20] 《法国民法典》第 16-7 条规定,为他人之利益生育或怀孕的任何协议均无效。且第 16-9 条规定,上述规定具有公共秩序的性质而不能被减损。而且依据法国刑法典,求助于代孕将被处于一年监禁并处罚金 15000 法郎。

害了其依据《欧洲人权公约》第8条享有的尊重私人和家庭生活的权利。

法国当局拒绝承认依美国加州法律合法设立的亲子关系,认为对申诉人享有的尊重私人和家庭生活权的干涉是“依法”进行的。干涉申诉人权利之目的在于防止法国国民在境外使用一种在法国被禁止的人工生殖技术,故符合《欧洲人权公约》第8条所蕴含的正当目的,即“保护健康”和“保护他人的权利和自由”。尽管申诉人证明亲子关系的存在对儿童获取家庭津贴、登记社会保障以及入学非常重要,但上述事项在实践中并非没有解决办法。申诉人与代孕儿童能够在法国与其他家庭在大致相当的条件共同生活,法国当局不会因他们在法国的法律地位而将其分离。^[21]

欧洲人权法院审理后认为,代孕涉及颇具争议的伦理问题,欧洲国家在如何处理国内和国际代孕问题上并未形成共识。鉴于此,《欧洲人权公约》缔约国在决定是否允许代孕这种人工生殖技术,以及是否承认跨国代孕协议产生的亲子关系问题上,享有广泛的自由裁量权。但欧洲人权法院也指出,缔约国在行使自由裁量权时,仍应受《欧洲人权公约》的约束。^[22]只有在相关当事人个人存在或与他人确立身份关系的权利受到威胁的情况下,这种自由裁量权才会受到限制。换言之,即使尊重私人和家庭生活权包含订立代孕协议的权利,该权利仍受制于缔约国国内法,以便基于他人权利和公共利益的需要而限制此项权利。^[23]但是,缔约国需要在国家(社会)利益与申诉人利益之间达成平衡,在此过程中尤其应考虑儿童最佳利益的保护。

在上述“梅尼森案”中,儿童最佳利益原则在审查儿童依据《欧洲人权公约》第8条享有的尊重私人生活的权利问题上得到充分体现。欧洲人权法院强调,尊重私人生活的权利包括确定个人身份详细资料的权利,以及对法律上亲子关系的承认。儿童的法律地位缺乏明确性,会导致其取得法国国籍时可能面临不确定性;而国籍以及继承权是儿童身份的重要因素,会因相关亲子关系被拒绝承认而受损。特别是,当代孕儿童无法获得法国国籍时,其只能作为受遗赠人而非继承人继承委托父母的财产。^[24]从儿童利益来看,在代孕儿童与委托父母存在基因联系的情况下,法国当局拒绝承认两者之间的亲子关系,损害了儿童确定个人身份的权利以及合法父母子女关系得到承认的权利,也导致儿童在法国相应的继承权也受到影响,显然不符合儿童最佳利益原则。可见,欧洲人权法院主张代孕儿童与委托父母之间的基因联系,是建立儿童私人生活利益方面的重要因素。

基于上述原因,欧洲人权法院最终认定,法国拒绝承认已经设立的亲子关系,已经超越了其自由裁量权的范围而违反了《欧洲人权公约》第8条。梅尼森案的裁判也在随后的福隆和鲍威特诉法国案(Foulon and Bouvet v. France)中得到欧洲人权法院的重申。该案中,法国以儿童是代孕出生为由,拒绝印度颁发的出生证书在法国登记,被欧洲人权法院认定为侵害儿童尊重私人生活的权利。^[25]

[21] See *Menesson v. France*, Application No. 65192/11, Judgment of 26 June 2014, paras. 51 – 58, 62, 99.

[22] See *Menesson v. France*, Application No. 65192/11, Judgment of 26 June 2014, para. 60.

[23] See John Tobin, To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No. 2, 2014, p. 325.

[24] See *Menesson v. France*, Application No. 65192/11, Judgment of 26 June 2014, paras. 96 – 98.

[25] See *Foulon and Bouvet v. France*, Application Nos. 9063/14 and 10410/14, Judgment of 21 July 2016.

实际上,鉴于其先前针对外国收养判决承认问题的实践,欧洲人权法院在梅尼森案中的裁判并不意外。特别是在关于收养关系跨国承认的瓦格纳诉卢森堡案(Wagner and JMWL v. Luxembourg)中,欧洲人权法院认为卢森堡拒绝承认依据秘鲁法律合法设立的收养关系,侵害了儿童依据《欧洲人权公约》第 8 条享有的尊重家庭生活的权利。^[26] 瓦格纳案裁判的逻辑与梅尼森案类似,即不能因当事人在外国依法设立的身份关系不符合本国法的要求,而拒绝承认其在本国的效力,尤其是在会损害儿童法律地位和身份稳定性的情况下。

“梅尼森案”中欧洲人权法院强调基因联系的做法,在随后在 D 诉比利时案(D v. Belgium)中得以延续。该案中,欧洲人权法院认为,比利时当局有权进行法律审查并要求申诉人提供证据证明相关当事人之间的基因联系。不过在上述工作完成之前拒绝颁发护照所造成的委托父母与代孕儿童的分离,并不违反《欧洲人权公约》第 8 条规定的尊重家庭生活的权利。^[27] 这种强调基因联系的立场实际上也得到一些禁止(商业)代孕的欧洲国家的赞同。例如,在“X 和 Y 外国代孕案”[Re X and Y (Foreign Surrogacy)]中,英国高等法院在经过 DNA 检验确认代孕儿童与委托父亲的基因联系后,才基于儿童福利原则允许代孕儿童入境英国,并依据英国 1990 年《人类受精与胚胎学法案》(The Human Fertilisation and Embryology Act)第 30 条颁发亲子令。^[28]

(二)无基因联系:家庭生活关系认定的障碍

在家庭生活的认定上,欧洲人权法院强调代孕儿童与委托父母具有基因联系的立场,在随后的帕拉迪索和坎帕内利诉意大利案(Paradiso and Campanelli v. Italy)中得到重申。^[29] 该案中,由于意大利法律禁止代孕并将其认定为犯罪行为,一对多年未能生育子女的意大利夫妇选择在俄罗斯代孕。代孕儿童出生后,经代孕母亲的同意,委托父母在儿童出生证书上被登记为法定父母,但并未明确儿童是通过代孕方式出生。委托父母被指控“错误登记民事身份”,因为依据意大利法律,儿童的法定母亲应为生育儿童的代孕母亲。由于代孕母亲将代孕儿童交给委托父母后停止了对儿童的照料,而 DNA 检测表明代孕儿童与委托父母并无任何基因联系,也无法知晓儿童生物学意义上的父母,意大利少年法庭裁定,依据意大利法律,代孕儿童已经被抛弃,应启动该儿童的收养程序。随后申诉人以其依据《欧洲人权公约》第 8 条享有的权利受到侵害为由将案件申诉至欧洲人权法院。欧洲人权法院第二庭审理后认为,尽管申诉人与代孕儿童之间并无基因联系,但申诉人在代孕儿童出生后与其共同生活了八个月,在此期间申诉人以父母身份照料儿童并与其形成一种父母子女联系,因而申诉人与代孕儿童之间存在“事实上”的家庭生活关系,可依据《欧洲人权公约》第 8 条规定的“尊重家庭生活”的权利提出申诉。同时,对委托父母在外国依法确立的亲子关系的承认与否,直接涉及委托父母与代孕儿童的身份关系的跨国一致性,因而涉及该公约第 8 条规定的“尊重私人生活”的权利,即个人享有获得和知悉自己身份信息权利。因此,第二庭认为亲子关系的承认与否与申诉人的私人生活有直接关系。^[30]

[26] See *Wagner and JMWL v. Luxembourg*, Application No. 76240/01, Judgment of 28 June 2007.

[27] See *D v. Belgium*, Application No. 29176/13, Judgment of 11 September 2014, paras. 59 – 60.

[28] See [2008] EWHC 3030 (Fam).

[29] *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, Judgment of 27 January 2015.

[30] See *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, Judgment of 27 January 2015, para. 69.

代孕亲子关系跨国承认问题,涉及如何在家庭自主权的保护与公共秩序的维护之间达成适当平衡。对此问题,欧洲人权法院第二庭认为,缔约国援引公共秩序保留制度并不能赋予国内当局采取任何措施的正当性,此时其仍有义务考虑儿童最佳利益的保护。将代孕儿童从委托父母的家庭带离是一种极端措施,只能在儿童正面临紧迫危险时才能选择。意大利法院仅基于委托父母规避意大利法律而认定其不适合养育代孕儿童,其理由并不充分,特别是考虑到委托父母此前曾获得收养的许可。^[31]

然而,欧洲人权法院第二庭在上述“帕拉迪索案”中对“家庭生活”的承认,是对“事实上的”家庭生活关系概念的危险扩展。莱门蒂法官(Raimondi)和斯帕诺法官(Spano)在该案的反对意见中甚至认为,在判断是否已经形成事实家庭生活时,应考虑儿童的监护情况;当事实明确表明委托父母对代孕儿童照料的起因是违反公共秩序的非违法行为(违反意大利禁止代孕的法律)时,《欧洲人权公约》第8条第1款不能被解释为保护儿童与其无基因联系的人之间的家庭生活。^[32]显然,第二庭很大程度上将其关于代孕的道德观强加于缔约国,也剥夺了禁止代孕国家不承认代孕亲子关系的自由。因此,上述裁判随后被欧洲人权法院大审庭推翻(11比6)。大审庭认可了此前的异议意见,认为虽然事实上的家庭生活可能在没有基因或法律联系的情况下产生,但是此时必须考虑“人际纽带”的质量以及申诉人在儿童生活中扮演的角色与共同生活的时间。尽管很难界定委托父母与代孕儿童的最短同居时间,但其仍是形成家庭生活关系的一个关键因素。在缺乏基因联系的情况下,申诉人与儿童之间建立的情感纽带质量不高、关系持续时间短且具有不确定性,以至于并未形成“家庭生活”。^[33]在此情况下,对《欧洲人权公约》第8条规定的“私人生活”的保护难以成立,将儿童从委托父母处带离亦不违反《欧洲人权公约》第8条。大审庭指出,意大利当局制止非违法行为并对“处于被遗弃状态”的儿童采取措施紧急,是基于防止混乱和保护儿童的合法目的。在此情况下对儿童的保护并非限于个别儿童,而是国家通过禁止人工辅助生殖技术更广泛地保护所有儿童。尊重私人生活的权利,不是为了保护家庭利益,而是保护申诉人更容易受到干涉的个人发展的权利。这种个人发展的权利需要与涉及公共秩序的重要利益平衡。委托父母个人发展的权利不能超越缔约国的公共秩序。^[34]

值得注意的是,大审庭中戈塔诺(Gatano)、阿尔布开克(Albuquerque)、沃吉提茨泽克(Wojtyczek)和迪多夫(Dedov)四位法官撰写的并存意见(concurring opinion)认为,帕拉迪索案中代孕儿童是“人口贩卖的受害者,其是由申诉人委托并购买的”。2000年联合国《〈儿童权利公约〉关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》对“买卖儿童”的定义很宽泛,既包括为报酬而交易的儿童(不论其目的如何),也包括转让儿童的父母权利。妊娠代孕并获得报酬,无论是否明文规定,足以属于上述议定书涵盖的范围,

[31] See *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, Judgment of 27 January 2015, para. 80.

[32] See Claire Fenton-Glynn, International Surrogacy before the European Court of Human Rights, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 3, 2017, p. 558.

[33] See *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, Judgment of 27 January 2015, paras. 148 – 152, 157.

[34] See *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, Judgment of 27 January 2015, paras. 175 – 178, 197, 215.

根据国际法是非法的。妊娠代孕不符合人类尊严,有辱儿童和代孕母亲的人格,与《欧洲人权公约》的价值观不符。^[35]

不难看出,在帕拉迪索案中,欧洲人权法院大审庭的裁判主要立足于委托父母行为的角度考虑儿童最佳利益,导致缺乏对儿童具体权利的关注。出现这种现象的原因是,由于委托父母与代孕儿童并无基因联系,也非代孕儿童的监护人或代理人,无法代表代孕儿童在欧洲人权法院提起申诉,导致本应处于案件中心的儿童沦为权利的客体而非主体。这也是帕拉迪索案与前述梅尼森案最显著的区别之一。^[36]

欧洲人权法院大审庭在帕拉迪索案中强调基因联系对于认定家庭生活关系的重要性的做法,无疑强化了欧洲人权法院先前在梅尼森案中的立场,也与前述 D 案中缔约国在允许儿童入境前有权对是否存在基因联系进行审查的做法一致。依据欧洲人权法院的实践,不论是否违反本国有关代孕的禁止性法律,一旦确认代孕儿童与委托父母存在基因联系,两者之间的亲子关系就应得到承认。换言之,基因联系是认定当事人之间家庭生活关系的重要依据,对于当事人之间亲子关系的跨国承认具有重要意义。当这种基因联系不存在时,缔约国享有充分的自由裁量权决定是否承认代孕亲子关系在本国境内的效力。

大体而言,欧洲人权法院在跨国代孕问题上引入了一种放任的自由主义方法,即出于保护个人权利的考量,在存在基因联系的情况下,对跨国代孕亲子关系予以宽容对待。但是这种做法的弊端在于,对禁止代孕的国家而言,会造成对国际代孕协议与国内代孕协议区别对待的后果。这种做法也意味着有经济能力的当事人可以通过选择允许代孕国家的法律制度之方式,规避本国禁止代孕的法律。显然,一国为了保护本国妇女而在本国禁止代孕,同时又允许本国人在外国进行代孕,是极其伪善的行为。^[37] 为避免对国内代孕和跨国代孕产生歧视,一些国家(尤其是发达国家)可能会选择逐步废除限制或禁止代孕的国内立法。正如有学者警告的:“欧洲人权法院的实践,将成为支持代孕的游说团体的工具,而这些团体在本国的代孕领域拥有商业利益。”^[38] 总之,在委托父母与代孕儿童存在基因联系的情形下,欧洲人权法院的实践潜在地推动了缔约国对代孕采取宽容立场,也在一定程度上有助于代孕亲子关系跨国稳定性目标的实现。

三 学理阐释:保障基本权利与维护公共秩序的平衡

代孕亲子关系的跨国承认问题,表面上涉及委托父母与代孕儿童身份关系跨国稳定

[35] See Claire Fenton-Glynn, International Surrogacy before the European Court of Human Rights, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 3, 2017, p. 560.

[36] See Claire Fenton-Glynn, International Surrogacy before the European Court of Human Rights, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 3, 2017, p. 561.

[37] See Claire Fenton-Glynn, Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements, *Medical Law Review*, Vol. 24, No. 1, 2016, p. 59.

[38] See Paul Beaumont and Katarina Trimmings, Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is there Still a Need for Global Regulation of Surrogacy?, in Francesca Ippolito and Giacomo Bigagioni (eds.), *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 126.

性的维系,实质上牵涉相关当事人基本权利的保护与一国公共秩序的维护之间的适当平衡。一些欧洲国家在代孕亲子关系跨国承认问题上的相关实践,也部分揭示了在上述两者之间形成平衡性法律秩序的重要性。

一方面,伴随交通的便捷和国际交往的密切,人口的跨国迁徙和流动渐成常态。受多元文化的影响,社会中家庭生活关系亦呈现多样化形态,导致“跛脚”身份和家庭关系逐渐增多。在跨国代孕中,保障亲子关系的跨国稳定性并在最大程度上保护相关当事人尊重私人和家庭生活权及确保代孕儿童最佳利益的实现,成为国际家庭法的基本价值之一。典型例证是,在梅尼森案之前,《欧洲人权公约》的一些缔约国对依据外国法设立的代孕亲子关系之承认持坚定反对立场;但受该案的影响,这些国家开始积极承认此类代孕亲子关系在本国的效力。例如法国最高法院曾主张,(商业)代孕不仅为法国法律禁止,且由于委托父母支付报酬而构成贩卖儿童的犯罪。在当事人规避法国法律的情况下,既不能援引《联合国儿童权利公约》第3条规定的儿童最佳利益原则,也无法适用《欧洲人权公约》第8条规定的尊重私人和家庭生活权来承认基于跨国代孕产生的亲子关系。正因如此,欧洲人权法院对梅尼森案的裁判最初在法国国内引发极大争议,直至2015年法国最高法院指出,法国必须遵守欧洲人权法院的判决。外国颁发的出生证书记载的亲子关系必须转录到法国民事登记册,除非有证据表明该证书是不合法、伪造的,或者登记内容与事实不符。^[39]

在梅尼森案之前,德国法院认为代孕协议的履行即违反德国的公共秩序,并拒绝承认由代孕产生的亲子关系。梅尼森案之后,德国联邦法院认为,禁止代孕的立法具有一般性预防目的,但一旦代孕儿童出生后此类禁止性立法就无能为力。根据欧洲人权法院对梅尼森案的裁判,基于对儿童福利的首要考虑,必须承认外国颁发的出生证明,^[40]否则可能剥夺代孕儿童在任何一个国家拥有真正合法父母的权利,并侵害其依据《欧洲人权公约》第8条享有的权利。正因如此,在国内法禁止代孕的情况下,德国联邦最高法院明确承认应基于儿童最佳利益的考量弱化公共秩序的要求,并认可了美国加州法院作出的代孕亲子关系判决在德国的效力。^[41]

另一方面,文化上的显著差异,也使得对跨国家庭关系的滥用行为屡见不鲜。对于涉及伦理道德、女性人格尊严以及儿童物化和商品化的代孕问题,一国存在强烈的公共秩序因素而对代孕亲子关系的跨国承认持保留态度。欧洲议会甚至主张应依据国际人权法禁止生殖剥削和利用人体获取金钱或其他利益的妊娠代孕,特别是在跨国代孕涉及到发展中国家弱势妇女的情况下。^[42]不少国家常基于公共秩序保留制度贯彻本国禁止代孕的

[39] See Claire Fenton-Glynn, International Surrogacy before the European Court of Human Rights, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 3, 2017, pp. 552, 562.

[40] See Claire Fenton-Glynn, International Surrogacy before the European Court of Human Rights, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 3, 2017, pp. 550, 563.

[41] See Jan von Hein, German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy, <https://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>,最近访问时间[2020-12-31]。

[42] See European Parliament, Plenary sitting, 30 November 2015, A8-0344/2015, p. 114.

法律政策,并借此规制当事人规避本国相关立法的逃法行为。具体表现在,一些欧洲国家即便受梅尼森案的影响,仍保留了基于维护本国公共秩序之需拒绝承认代孕亲子关系的空间。例如,西班牙法院在 2009 年曾拒绝承认因代孕产生的亲子关系。^[43] 西班牙负责民事登记的主管部门在 2010 年发布了一项决议,规定登记官不再需要西班牙法院事先承认外国判决,即可登记该外国判决所确立的亲子关系。而且,民事登记官并无确认外国判决不违反西班牙公共秩序的义务。^[44] 西班牙最高法院在 2014 年 2 月推翻了上述决议并认为,民事登记处不仅有义务核查儿童出生证明的真实性,也有义务审查其是否违反西班牙的公共秩序。但是,作为对梅尼森案的回应,西班牙民事登记主管部门声明必须执行前述 2010 年决议,而不论西班牙最高法院的裁决如何。这就产生了“法律僵局”,特别是西班牙最高法院在随后的相关实践中重申了维护西班牙公共秩序的立场。为打破上述法律僵局,西班牙 2018 年《民事登记法案》规定,只要符合程序要求,即应承认外国判决以及外国颁发的出生证明,但在明显不符合公共秩序时登记部门仍可拒绝登记。^[45]

再如,尽管有学者认为,依据欧洲法院在实践中对《欧盟运行条约》(*The Treaty on the Functioning of the European Union*)第 21 条规定的欧盟公民自由流动和居住权利的解釋,^[46]可以主张成员国不承认基于跨国代孕产生的亲子关系并拒绝赋予国籍或颁发签证的做法限制了该条约第 21 条规定的权利。^[47]但是,依据《欧盟运行条约》,任何按比例原则追求的“客观考虑”都足以成为限制人员自由流动的理由。^[48]例如,一国基于道德伦理或公共秩序禁止代孕的法律,也应被看作限制人员自由流动的“客观考虑”。正因如此,任何形式的跨国代孕都不能以欧盟公民身份、人权或儿童最大利益原则为由,超越或否定成员国的公共秩序。^[49]

客观来看,目前欧洲人权法院的相关实践并未对跨国代孕亲子关系的承认问题提供完整的答案。实际上,期待欧洲人权法院彻底解决跨国代孕中涉及的复杂利益冲突和政

[43] 例如,西班牙曾拒绝登记在美国通过代孕出生儿童的出生证书,该出生证书登记了同性配偶为代孕儿童的父母。西班牙当局认为,问题并不是存在两个父亲,而是儿童并非两人所生育。尽管有人认为基于儿童利益最大化的目的应对该亲子关系予以登记,但西班牙当局认为,尽管儿童最佳利益是一个考量因素,但其强调“目的不能证明手段的正当性”。See Marta Requejo, *Surrogate Motherhood & Spanish Homosexual Couple (III)*, <http://conflict-oflaws.net/2010/surrogate-motherhood-and-spanish-homosexual-couple-iii>, 最近访问时间[2020-12-31]。

[44] See Patricia Orejudo Prieto de Los Mozos, National Report: Spain, in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements*, Hart Publishing, 2013, p. 347.

[45] See Paul Beaumont and Katarina Trimmings, Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is there Still a Need for Global Regulation of Surrogacy?, in Francesca Ippolito and Giacomo Bigioni (eds.), *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 109.

[46] Case C-148/02, *Carlos Garcia Avello v. état belge*, ECR [2003] I - 11613, para. 36. Case C-353/06, *Proceedings brought by Stefan Grunkin and Dorothee Regina Paul*, ECR [2008] I - 7639, para. 23. 《欧盟运行条约》第 21 条规定,欧盟公民,在本条约以及为实施本条约而采取的措施规定的限度和条件范围内,有权在成员国领土内自由流动和居住。

[47] See Chris Thomale, State of Play of Cross-Border Surrogacy Arrangements—Is there a Case for Regulatory Intervention by the EU, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 2, 2017, p. 470.

[48] See Case C-208/09, EU:C:2010:896, paras. 81 - 94.

[49] See Chris Thomale, State of Play of Cross-Border Surrogacy Arrangements - Is there a Case for Regulatory Intervention by the EU, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 2, 2017, p. 471.

策平衡,无疑是不现实的。一方面,欧洲人权法院必须保护个人基本权利与自由;另一方面,也要尊重缔约国涉及社会道德和伦理问题的公共秩序。这就导致欧洲人权法院作为一个人权机构的角色,与其作为一个依靠政治合作的超国家实体的地位之间存在天然的紧张关系。在代孕问题上赋予缔约国宽泛的自由裁量权,是确保欧洲人权法院继续存在的政治上的权宜之计,但也导致其放弃就有道德争议之代孕问题作出决定的责任。^[50]应该说,代孕亲子关系跨国承认所涉及的身份关系的跨国稳定性与公共秩序之冲突,本质上需要在家庭自主权与与国家规制的法益冲突中实现妥当平衡。对此问题,可以作如下理解。

其一,当代家庭法在人权法规范的影响下致力于积极保护个人基本权利,与此同时,文化多元主义的立场促使一国在处理国际家庭法问题时,对多元法律传统的差异性予以考量。这也意味着一国在保障尊重私人和家庭生活权及儿童最佳利益等国际家庭法基本价值的同时,也应适度宽容家庭的多元文化。在前述国际家庭法基本价值得到普遍认可与充分贯彻的情势下,一国在跨国代孕亲子关系的承认问题上,应更加尊重个人对家庭关系的理性判断,允许个人享有选择并评价家庭生活权益的自由。家庭制度也应对于安定个人身份、促进个人发展的家庭生活关系,采取更宽容和更人性化的规范态度。^[51]

其二,基于保护基本权利的考量,充分尊重和保护跨国代孕亲子关系的跨国稳定性要以人权法为依据。以尊重私人和家庭生活权以及儿童最佳利益原则介入亲子关系的跨国承认问题,有助于促使一国积极承认当事人依据外国法律体系设立的亲子关系,即便该关系依法院地国家的法律并不成立。因此,通过人权法与国际私法的结合,可以形成一种解决跨国身份关系承认问题的新方法。^[52]这种新方法不仅有助于实现儿童最佳利益的保护,也起到了开放本国法律体系的作用,对于维系国际家庭法文化的多样性和国际社会的多元化具有重要意义。

其三,在代孕亲子关系的跨国承认问题上,既要降低人和家庭的跨国迁移所产生的法律障碍,也要回应一国对于社会秩序和基本价值的维护。为了在一国恪守相关的道德观念、伦理风俗和公共秩序的利益与保护亲子关系关系跨国连续性和基本权利的利益之间达成平衡,对于依据外国法律体系创设的代孕亲子关系的承认与否,需接受法院地国家公共秩序保留制度的检视。一旦代孕亲子关系的稳定性以及由此产生的正当期望受保护的权利与法院地国的法律秩序产生冲突,则需要该国基于个案进行利益权衡。对当事人在外国设立代孕亲子关系的充分尊重和保护,只有在兼顾法院地国家公共秩序的前提下才能真正实现。

总之,在强调文化多元和融合的全球化时代,要贯彻和协调不同国家法律文化和社会

[50] See Claire Fenton-Glynn, *International Surrogacy before the European Court of Human Rights*, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 3, 2017, p. 61.

[51] 参见蔡维音:《论家庭之制度保障——评释字第五〇二号解释》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2000年第63期,第143页。

[52] 参见刘仁山:《人权保护对国际民事判决承认与执行的影响——以〈欧洲人权公约〉之适用为中心》,《法学评论》2015年第3期,第19页。

价值,在人的基本权利的保护与身份关系跨国稳定性的保障之间形成平衡性法律秩序,既要对外国法律体系持宽容和开放的立场,也需充分尊重和维护法院地国家的法律秩序,并在此基础上重构多元社会的理想婚姻家庭秩序并提升对基本权利的保护。

四 中国对策:以基因联系为标准的两种应对方式

尽管我国目前在部门规章的层面禁止任何形式的代孕,但在当事人利用允许代孕国家的法律进行代孕且代孕儿童已出生的情况下,请求我国对相关亲子关系予以承认时,如何妥善保护儿童最佳利益无疑是我国需面对的现实问题。特别是在儿童最佳利益的保护与我国禁止代孕公共秩序的维护之间存在潜在冲突时,采取何种方式处理委托父母与代孕儿童之间的亲子关系的效力等问题值得思考。

(一) 跨国承认方式:存在基因联系的代孕亲子关系

欧洲国家的相关实践经验表明,对于跨国代孕亲子关系在本国境内的效力问题,一些国家的法院(如奥地利宪法法院、德国最高法院、英国高等法院)认为,应超越本国禁止代孕的立法目的而聚焦儿童最佳利益的保护,尽可能促成外国代孕亲子关系在本国境内的效力。而另一些国家法院(如西班牙最高法院、意大利最高法院、法国最高法院、瑞士最高法院)的实践则呈现保守立场。^[53] 无论如何,由于受欧洲人权法院相关实践的影响,至少在委托父母与代孕儿童存在基因联系的情形下,《欧洲人权公约》缔约国应积极承认外国代孕亲子关系在本国境内的效力。这也意味着在此情况下应基于儿童最佳利益保护之需弱化本国禁止代孕的公共秩序。此点亦可作为我国实践中的参考。

实际上,一国禁止代孕背后的动机之一是保护儿童最佳利益,但同时存在的悖论是,一国承认代孕亲子关系在本国境内的效力在很大程度上却有利于保护儿童最佳利益。因此,在代孕亲子关系的跨国承认中,应聚焦于作为弱者的儿童及其最佳利益。特别是,当代孕儿童与委托父母之一方存在基因联系时,一国对于公共秩序的考量不能超越对儿童利益最佳利益的保护。^[54] 正如海德利法官(Hedley)在相关判例中指出的,法院应在公共秩序的考量与儿童最佳利益的保护这两种相互竞争和潜在不可调和的利益冲突中进行平衡。尽管英国议会的立法禁止商业代孕,并期望英国法院在判决中贯彻这种立法政策,但应承认的是,为避免立法政策的过度僵化,也应考虑更为人道的方法兼顾儿童福利。^[55] 受此立场的影响,英国 2010 年《人工受精与胚胎(亲子令)法》(*Human Fertilisation and Embryology <Parental Orders> Order*)直接引入儿童福利要求并将其作为最高原则而非主要考量因素。这种变化的影响是,在衡量公共秩序与儿童福利的利益冲突时,儿童福利是决定性的,只有在极其明显违反公共秩序的情形下,法院才会拒绝作出向委托父母转移

[53] See Chris Thomale, State of Play of Cross-Border Surrogacy Arrangements - Is there a Case for Regulatory Intervention by the EU, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 2, 2017, p. 469.

[54] See Chris Thomale, State of Play of Cross-Border Surrogacy Arrangements - Is there a Case for Regulatory Intervention by the EU, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 2, 2017, p. 466.

[55] See *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), para. 24.

亲权的命令。^[56] 对我国而言,在援引公共秩序保留制度时,应将代孕亲子关系设立地国与承认地国的公共秩序置于国际性评价机制之下,将价值与利益范围的普遍性程度而非内外国之别作为实现公共秩序的标准。^[57]

以上分析表明,在跨国代孕亲子关系的承认问题上,儿童最佳利益作为世界范围内普遍接受的法律价值应处于优先地位。应该说,要求儿童与委托父母之一存在基因联系,既有助于强化两者之间家庭生活关系的形成,为家庭生活权的保护提供事实基础,也削弱了当事人通过代孕获得无基因联系子女的意愿,确保海牙国际私法会议1993年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》(Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Inter-country Adoption)价值的实现。^[58] 而且,这种做法也有助于适度开放我国的法律体系,通过跨国承认的方式接纳不为我国现行法律所明文认可的代孕亲子关系,积极回应和贯彻全球化时代下保护儿童最佳利益的基本价值。

在委托父母与代孕儿童存在基因联系的情况下,基于尊重私人和家庭生活权利及儿童最佳利益保护的需要,我国可以直接以跨国承认的方式处理依外国法设立的代孕亲子关系在国内的效力。在代孕儿童与委托父母之一存在基因联系的情况下,积极承认当事人之间的代孕亲子关系,符合我国传统的延续子嗣的家庭观念和思想。而且,这种基因纽带在很大程度上也有助于维系委托父母与代孕儿童之间的家庭生活关系。这也意味着在委托父母与代孕儿童存在基因联系时,我国禁止代孕的公共秩序之适用,应融入对尊重私人和家庭生活权以及儿童最佳利益的考量,并适度尊重依据外国法律设立的身份和家庭关系,最大程度上避免“跛脚”代孕亲子关系的产生。

然而,上述做法可能产生以下顾虑:可能导致境外代孕和境内代孕产生的亲子关系之不平等待遇,这不仅客观上造成了法律适用的不平等,而且也易诱使当事人至境外代孕。但实际上,我国有限承认当事人在外国设立的具有基因联系的代孕亲子关系在本国效力,不仅符合保护身份关系跨国稳定性的国际家庭法之基本价值,也有助于推动在立法层面为国内代孕亲子关系的规范和保护建立相应的规则和制度体系。这也正体现了以身份关系跨国承认机制为代表的国际私法制度促进国内法变革和完善的重要价值。^[59] 目前国内学界也有不少意见认为应通过建立相应法律规则和制度有限开放国内代孕。^[60] 对于国内和境外代孕中涉及的女性人格尊严、生殖剥削、金钱交易等争议性问题,学界主张应

[56] See Re L (Commercial Surrogacy) [2010] EWHC 3146 (Fam), para. 10.

[57] 包括准许代理孕母改善自身经济状况、尊重当事人对生育方式的选择权、保护儿童利益、身份权不可让等公共秩序类别。参见王艺:《外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨国代孕案件为中心》,《法商研究》2018年第1期,第180-181页。

[58] See Katarina Trimmings and Paul Beaumont, International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, No. 3, 2011, p. 641.

[59] 参见黄志慧著:《人权保护对欧盟国际私法的影响》,法律出版社2018年版,第308页。

[60] 参见杨立新:《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》,《法律适用》2016年第7期,第38页;申卫星:《从生命的孕育到出生的民法思考》,《法学杂志》2010年第1期,第64页;肖永平、张弛:《比较法视野下代孕案件的处理》,《法学杂志》2016年第4期,第73页;杨彪:《代孕协议的可执行性问题:市场、道德与法律》,《政法论坛》2015年第4期,第34页;王贵松:《中国代孕规制的模式选择》,《法制与社会发展》2009年第4期,第118页;李雅男:《代孕背景下亲子关系的确定》,《法律科学》2020年第2期,第133页。

通过为代孕协议的订立和履行构建系统性规则和制度予以规范。^[61] 换言之,上述顾虑并不能否定跨国承认方式在国际私法层面成为一种较为妥善的解决代孕亲子关系域外效力问题的方法。

(二) 跨国收养方式:无基因联系的代孕亲子关系

正如前述欧洲人权法院所指出的,在委托父母与代孕儿童无基因联系的情况下,《欧洲人权公约》缔约国享有充分的自由裁量权决定是否承认跨国代孕亲子关系。以此实践经验为参照,我国可以拒绝直接以跨国承认的方式认可在外国设立的无基因联系代孕亲子关系在本国的效力。实际上,当委托父母与代孕儿童无基因联系时,以跨国承认方式认可跨国代孕亲子关系在本国境内效力之做法,存在诸多弊端。

其一,导致代孕与收养的错位,冲击我国涉外收养法律制度的运行。一般认为,代孕不仅应被看作获得养育子女机会的最后手段,而且应限制在至少委托父母一方与代孕儿童存在基因联系的情形。特别是在世界上有数以百万计的儿童需要被领养的现实下,应避免跨国代孕成为委托父母从国外获得无血缘关系的儿童的“捷径”,以免冲击跨国收养制度的有序运行;^[62]其二,在委托父母与代孕儿童并无基因联系的情况下,跨国承认的方式并不比跨国收养的方式更具正当性。特别是在委托父母与我国存在充分联系,且规避我国相关禁止性法律规则挑选国际制度(international system shopping)的情况下,尤为如此;其三,在委托父母与代孕儿童无基因联系时,以跨国承认方式认可代孕亲子关系我国境内的效力,不仅违反了我国的生育伦理政策,也会实质性损害我国禁止代孕的法律政策与立法目的,并导致在国内代孕和跨国代孕之间产生歧视性结果。

上述弊端表明,我国不宜直接以跨国承认方式处理无基因联系代孕亲子关系在本国境内的效力问题。但是,基于儿童最佳利益原则的要求,即便代孕儿童与委托父母并无基因联系,代孕儿童的身份关系以及由此产生的私法利益仍应受到我国的充分保护。从欧洲经验来看,在代孕儿童与委托父母之间并无基因联系的情况下,前述“帕拉迪索案”中意大利当局仍基于代孕儿童利益保护之需为儿童提供了借助收养方式确立相关亲子关系的可能性。因此,在代孕儿童与委托父母无基因联系时,我国需要在跨国承认方式之外,为代孕亲子关系在我国的效力认可建立相应的法律通道。

值得注意的是,尽管海牙国际私法会议曾明确指出,适用 1993 年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》解决国际代孕问题并不合适,^[63]但反对代孕的学者仍主张可以通过委

[61] 包括代孕的补偿、合理费用之外的费用(确保非买卖儿童)、律师和中间人的费用、代孕协议的实际履行、代孕协议的承认及其效力、通过代孕安排出生的孩子可以查阅出生记录、儿童国籍、非法活动的规制等。See Katarina Trimmings and Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, No. 3, 2011, pp. 643 - 646.

[62] See Hague Conference on Private International Law, *Report and Conclusions of the Second Special Commission on the Practical Operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, 17 - 23 September 2005, www.hcch.net/upload/wop/adop2005_rpt - e. pdf, paras. 116 - 117.

[63] See Hague Conference on Private International Law, *Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation of Intercountry Adoption*, www.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_e. pdf, paras. 25 - 26.

托父母对代孕儿童进行跨国收养的方式,确立相应亲子关系并实现对儿童最佳利益的保护。^[64] 实践中,立法上并未明确规定代孕问题的欧洲国家(如比利时、捷克和匈牙利等)也选择通过收养法实现对代孕亲子关系的保护。^[65] 换言之,委托父母与基因上无关联的代孕儿童建立亲子关系更适当途径应是跨国收养。同样,对于已出生代孕儿童的最佳利益保护可以通过跨国收养的方式实现。即委托父母在跨国收养程序中可以被作为优先的收养人,并对代孕子女适用快速收养程序。而且,在此情形下无需考虑依据代孕儿童出生地国家的法律,委托父母已经被认定为代孕儿童的法定父母的事实,从而避免代孕儿童处于无法被委托父母收养的窘境。

在委托父母与代孕儿童无基因联系的情况下,我国以跨国收养的方式确立相关代孕亲子关系的优势在于以下几点。一是依据我国法律进行的公开和正式的跨国收养,不属于联合国界定的贩卖儿童的范畴,符合国际法上禁止贩卖儿童的要求,也就消除了反对代孕者对跨国代孕中可能存在买卖儿童问题的担忧。二是有助于避免跨国代孕问题影响我国涉外收养法律制度的有序运行。即跨国收养而非跨国代孕才是相关当事人确立无基因联系亲子关系的法律途径,一定程度上也有助于规制当事人有意逃避我国禁止代孕的法律,并在外国利用人工生殖技术获得与其并无基因联系的子女之行为。三是尽管跨国收养和跨国代孕在很大程度上都是为了满足不能生育子女者的需求,但跨国代孕更多是实现无子女者个人需要的一种手段,代孕儿童是跨国代孕关系的客体而非主体;而跨国收养则是基于保护儿童利益之目的,为代孕儿童提供一个适当家庭的一种利他行为。作为跨国收养关系的主体,代孕儿童的利益能够在跨国收养程序中得到较为全面的考量,更为契合儿童最佳利益原则的要求。四是跨国收养方式使得相关当事人避免接受法院地国家禁止代孕的公共秩序之审查,有助于保护代孕儿童享有的与委托父母建立亲子关系的权利,防止委托父母与代孕儿童的分离,也有助于避免“跛脚”代孕亲子关系的产生。五是快速收养程序符合《联合国儿童权利公约》第3条蕴含的尽速确立儿童身份关系之要求,特别是在相关身份关系的确立有利于保护儿童最佳利益的情况下。

同时,相对于各国在身份关系领域已形成的自由化程度较高的跨国承认方式,以快速收养方式确立代孕亲子关系不仅需要满足我国《收养法》规定的实质条件,^[66] 还需要我国法院针对个案进行利益衡量以决定是否作出赋予亲权的命令并准许登记亲子关系。这也是在在代孕儿童与委托父母无基因联系的情况下,我国法院享有更大自由裁量权决定是否允许亲子关系确立使然。因此,尽管对当事人而言,快速收养程序相较于跨国承认方式

[64] See Chris Thomale, State of Play of Cross-Border Surrogacy Arrangements - Is there a Case for Regulatory Intervention by the EU, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 2, 2017, pp. 471 - 473.

[65] See Claire Fenton-Glynn, International Surrogacy before the European Court of Human Rights, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 3, 2017, p. 546.

[66] 跨国收养中快速收养程序仍然滞后于直接的跨国承认方式确立代孕亲子关系。例如,根据海牙国际私法会议1993年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》的相关规定,跨国收养应当满足一系列条件。即便适用“快速收养程序”,也应当在满足相关条件的基础上收养,参见 Permanent Bureau of the Hague Conference of Private International Law, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children- Including Issues Arising from the International Surrogacy Arrangement*, Prel. Doc. No 11 of March 2011, p. 21。而前文所述跨国承认方式只需证明代孕儿童与委托父母存在基因联系即可。

在程序上更为复杂且更具不确定性,但同样可以实现对儿童最佳利益的保护,一定程度上也有助于规制当事人有意逃避我国禁止代孕的法律,并在外国利用人工生殖技术获得与其并无基因联系的子女之行为。需要指出的是,鉴于实践中跨国代孕的相关费用远甚于跨国收养,各类潜在风险也高于跨国收养,加之快速收养程序在确立亲子关系上仍蕴含不确定性,应当认为,法院适用快速收养程序对我国一般性涉外收养制度的冲击总体上较为有限。

综上,基于儿童最佳利益原则,实践中我国对于跨国代孕亲子关系在境内的效力问题可以作如下区分:其一,在代孕儿童与委托父母之间存在基因联系的情形下,可以通过跨国承认的方式确立代孕儿童与委托父母之间的亲子关系;其二,在代孕儿童与委托父母不存在基因联系的情形下,可以通过快速收养程序的方式确立代孕儿童与委托父母之间的亲子关系。如此,则既可以基于儿童最佳利益原则保障代孕亲子关系的跨国稳定性,也能够适度规制委托父母以代孕方式获得与其无基因联系子女的行为,促进我国跨国代孕亲子关系效力问题的妥善解决。

[**Abstract**] Procreative tourism and limping surrogate parentage are the results of different attitudes taken by different countries on surrogacy. With regard to the transnational recognition of surrogate parentage, the importance of genetic links between the commissioning parents and the surrogate child has been highlighted by the European Court of Human Rights in interpreting the right under Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). This position has also led to active recognition by contracting parties of ECHR of the domestic legal effect of transnational surrogate parentage on the basis of the right to the respect for private and family life and the need to protect the best interests of the child. A state's position on the recognition of transnational surrogate parentage essentially involves an appropriate balance between the protection of fundamental rights and the maintenance of public order. It is necessary to address both the legal obstacles arising from the transnational movement of persons and families and the demands of a state for the maintenance of moral ethics and social order on which a balanced legal order in the international society of cultural and value pluralism will be formed. China should implement the principle of the best interests of the child, take genetic linkage as the standard to adopt a transnational recognition mode and a transnational adoption mode to ensure the stability of surrogate parentage.

(责任编辑:贾元)