

代孕行为中亲子关系的法律规制研究

颜永智

重庆邮电大学, 重庆
Email: zyteam005@163.com

收稿日期: 2020年12月29日; 录用日期: 2021年2月25日; 发布日期: 2021年3月3日

摘要

随着科技的快速发展, 人类的社会生活也发生了诸多变化。人工辅助生育技术是现代科学技术的一项成果, 人工辅助生育技术为患有不孕不育病症的夫妻带来了生育的希望, 但是人工辅助生育类别下的代孕技术也带来了极大的争议。代孕行为中委托人和代孕母亲与代孕子女的关系不同于传统的伦理关系, 代孕行为是对社会伦理制度极大的挑战。尽管代孕行为为我国法律所禁止, 但是代孕子女的成功生育, 意味着该代孕行为生育的子女享有一系列的人身权利, 法律应该为其健康成长提供制度保障。如何认定代孕行为中的亲子关系成了亟待解决的社会问题, 但是现有的理论学说争议不一, 甚至现有的法院判决也有不一致的情形。因此, 调整代孕子女出生后亲子关系的法律规制的构建至关重要。

关键词

代孕, 私权, 亲子关系

Legal Regulation of Parent-Child Relationship in Surrogacy

Yongzhi Jie

Chongqing University of Posts and Telecommunications, Chongqing
Email: zyteam005@163.com

Received: Dec. 29th, 2020; accepted: Feb. 25th, 2021; published: Mar. 3rd, 2021

Abstract

With the rapid development of science and technology, many changes have taken place in human social life. Artificial assisted reproductive technology is an achievement of modern science and technology. Artificial assisted reproductive technology brings hope for couples with infertility, but surrogacy technology under artificial assisted reproductive category also brings great controversy.

In surrogacy, the relationship between client, surrogate mother and surrogate child is different from the traditional ethical relationship. Surrogacy is a great challenge to the social ethical system. Although surrogacy is prohibited by Chinese law, the successful birth of surrogate children means that the children born by surrogacy enjoy a series of personal rights, and the law should provide institutional guarantee for their healthy growth. How to identify the parent-child relationship in surrogacy has become a social problem to be solved, but the existing theories and theories are controversial, and even the existing court decisions are inconsistent. Therefore, it is very important to adjust the legal regulation of surrogate children's parentage.

Keywords

Surrogacy, Private Rights, Parent-Child Relationship

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

代孕作为一种新兴科技产物，我国尚未有明确的法律规范规制代孕协议的合法性，未有明确因代孕行为所生育的子女亲子关系的认定规范，现有法律规范对代孕及代孕带来的一系列行为和后果不能完全适用。对于那些迫切地期望养育子女的群体而言，代孕行为是解决这一期望的有效办法之一。在我国对于代孕行为无立法规范的前提下，代孕事实的出现导致产生法律纠纷问题也会接踵而至。代孕协议是否应当作为代表双方自由意志的有效合同来认定代孕生育子女的亲子关系？如果认定代孕协议无效的话，那么如何在法律上来确认是委托人还是代孕母亲取得代孕生育子女的抚养权呢？如何来构建代孕生子女的亲子关系法律规制呢？

不论代孕行为是否被法律所禁止，因代孕行为所生育的子女是无辜的，且代孕生育的幼儿迫切地需要法律来保障其健康成长的过程，因此，代孕生育子女的亲子关系认定至关重要，但是结合我国各地司法判例，并没有形成一致的判决依据，对代孕生育子女的亲子关系认定准则也有所不同。

在裁判文书网通过检索关键词“代孕 亲子关系”的现有的判例，在司法判例中关于代孕子女监护权认定有关的统计结果如表 1：

Table 1. Search results of surrogate child custody cases

表 1. 代孕子女监护权认定案例检索结果表

案由	代孕协议效力	代孕方式	亲子关系认定	判决依据	时间
陈某诉罗某监护权纠纷一审	无效	部分代孕	祖父母	拟制血亲关系	2015 年 7 月 29 日
陈某诉罗某监护权纠纷二审	无效	部分代孕	委托人中的妻子	继父子女关系；儿童最大利益原则	2016 年 6 月 17 日
陆某诉欧某 1 抚养纠纷案	未认定	部分代孕	基因关系	基因关系	2017 年 12 月 22 日
谢某与高某 1 探望权纠纷案	无效	部分代孕	不支持代孕母亲的探望请求	儿童利益最大化的原则	2018 年 9 月 13 日

Continued

沈某与王某某其他婚姻家庭纠纷案一审、二审	无效	完全代孕	基因关系	基因关系	2019年12月27日
薛某与马某同居关系子女抚养纠纷案	未认定	部分代孕	基因关系	无法律依据, 驳回诉讼请求	2019年12月28日
尹亚忠、欧东志因与广州宝如愿健康管理有限公司、罗熙坚、广州明韩商务酒店管理有限公司合同纠纷案二审	无效	未认定	未认定	合同纠纷, 委托人、受托人承担同等过错	2020年10月30日

通过案例检索结果进行分析, 随着时间的推移法院在审理案件过程中更加注重儿童的利益最大化原则, 重点审查委托代孕人是否会接受、承担并且给诉争子女更有利健康成长的家庭环境, 在基因关系明确时会结合儿童保护进行综合考量, 法院在审理该类型案件时对《代孕协议》是不予认定或者认定为无效协议的, 在合同纠纷的责任划分时, 也更加倾向于委托人和受托人都作出了法律禁止的行为, 应该承担同样的合同责任。既然《代孕协议》从法院判决或法律许可的角度无效, 而儿童最大利益原则仅是法院在无法可依的情形下依照合理性进行司法决断参考的原则, 并不是代孕所生育子女亲子关系的法律规制, 那么代孕所生育子女的亲子关系到底如何认定呢?

2. 代孕事实引发的法律问题

2.1. 代孕事实分析

在传统的观念中, 孕育子女是种族繁衍的必经过程, 而有些不孕不育患者则没有生育的能力, 因为各种因素而没有生育能力的人并不是必然没有生育子女的权利, 随着科技的发展, 人工辅助生育技术的出现为不孕不育患者生育子女带来了希望。人工辅助生殖技术是指运用医学技术和方法对配子、合子、胚胎进行人工操作, 以达到受孕目的的技术, 分为人工授精技术、体外受精-胚胎移植技术及相关衍生技术[1]。

当今世界范围内, 每 7 对夫妇就有 1 对夫妇有生殖障碍; 我国国内的不孕症占已婚夫妇人数的 10%, 目前这个数字还在增加[2]。据相关数据显示, 截至 2018 年底, 我国经行政许可批准开办的准许辅助生育技术的医疗机构有 498 家, 因审批流程难度大、时间久, 且顶尖的公立医院辅助生育技术科室供不应求, 等位时间较长。我国经行政许可批准的人工辅助生殖技术机构难以满足大量的孕育子女的需求期望, 而人工辅助生殖技术的衍生技术代孕能满足大量的潜在需求期望, 代孕中介机构往往以整个流程时间短、代孕生子女性别可选择为诱导, 很多迫切期望生育子女的委托人选择代孕的方式来实现这一期望。

相较于传统婚姻关系的生育, 代孕技术的出现对社会伦理、法律规范构建带来了冲击, 但是技术本身和因代孕技术孕育的儿童是无辜的。关于代孕的概念, 杨立新教授提出“代孕是指将受精卵或者胚胎植入代孕母亲的子宫, 由孕母替他人完成孕育子女的过程”[3], 结合医学技术方面的界定, 代孕的概念归纳为: 使用人工辅助生育技术, 委托人委托并利用受托人的子宫进行生育子女的行为。代孕可以分为基因代孕和妊娠代孕, 基因代孕是委托人提供了精子和受托人的卵子结合在受托人体内孕育, 生育的子女具有委托人的基因和受托人的基因, 因此基因代孕可以称之为部分代孕。妊娠代孕是将委托人自行提供的精子和卵子结合的胚胎移植入受托人体内, 由受托人进行代孕的行为, 在妊娠代孕中受托人与生育的子女没有基因关系, 因此妊娠代孕也可以成为完全代孕。

据《纽约时报》报道，近年来中国的地下代孕市场非常活跃，地下代孕行为迅速增加。美国一些代孕机构表示，中国客户的代孕需求量很大，每年的业务增幅大概在 30% [4] (参见 James: 《纽约时报揭中国代孕黑市》)。在裁判文书网通过检索关键字“代孕”可得出随着年份的增加，因代孕问题引起的纠纷呈现增长的趋势，如图 1:

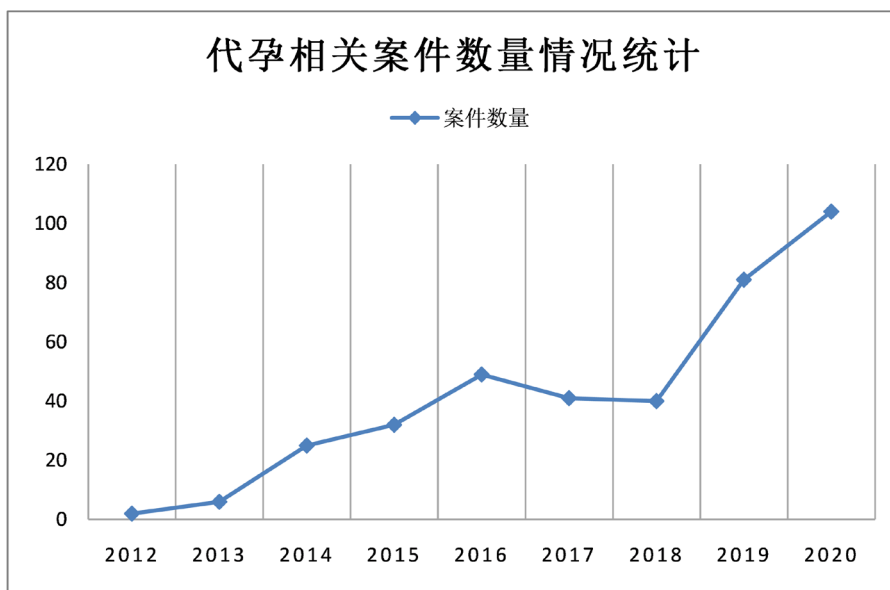


Figure 1. Statistics of surrogacy related cases
图 1. 代孕相关案件数量情况统计

代孕行为已经成为了不得不重视的社会问题，而在司法实践中，法院关注的争议焦点并不是代孕行为本身是否合法，而是代孕行为带来的纠纷如何用法律规制或者法律原则来公正的解决。

2.2. 代孕事实引发的法律问题

我国《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。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”。行政部门的管理规定严格禁止医疗机构和医务人员实施任何形式的代孕技术。对于代孕事实的行为后果，我国并没有法律规制，因此引起的现实纠纷和法律纠纷并没有一种规范来作为明确解决代孕事实问题纠纷的机制。

在公法领域，全面禁止的政策并没有达到预期的代孕机构、代孕行为的消弭，反而是随着时间推移，越来越多的代孕机构出现，越来越多的代孕行为引起的纠纷发生。究其原因在于，对于迫切需求者和利益催生的非法代孕机构在违法成本较低，获得的预期收益远高于违法成本时，代孕行为事实就可能发生。代孕行业巨大的潜在需求使得众多代孕中介机构、代孕实施机构和委托人铤而走险，形成了关于代孕的地下市场，代孕技术按常理来说应当是高科技、高精度的先进技术，无菌化环境和完备的医疗环节，但是在地下代孕市场，变成了低成本、无许可、环境差、可选择孕育子女性别等多种非法运营因素的，这些都应该是公法来监管的，但是单一管理部门规定禁止效力的现实效果并不明显。

在私权领域，民事主体的活动具有极大的自由性，但这种自由并不是无限的自由，如果私权自治影响或者破坏公法领域的范围，那么这种私权的行使是违反法律原则的。地下代孕市场组织的代孕行为掺杂着金钱交易和生命对价的转让，民事主体处于个人自愿行使代孕行为处于一种几乎无制约的状态。地

下代孕行为是我国现行法律和传统文化价值观必然禁止的。私权领域虽然有“法无禁止即可为”的原则，但是现行的《民法通则》和《民法典》对民事法律行为有效性做了规定，引用《民法典》第一百四十三条条款来确定代孕民事行为是否有效在于“是否违反法律、行政法规的强制性规定，是否违背公序良俗。”代孕事实发生是在未经行政部门审批的非法医疗机构进行的一项对生命权的试验，虽然随着人工辅助生育技术的逐渐成熟，例如体外胚胎培养-移植、人工授精等的技术至臻完善，但是代孕技术仍然是通过人类的细胞进行生命的创造，这种技术的使用必须要置之于法律的公法领域。因此，代孕行为不仅仅是私权领域的任意性民事行为，代孕行为的全流程都需要公法领域的法律监管介入。当前，代孕地下市场和跨境代孕已经逐渐进入了公众视野，尤其是那些不能生育子女群体的视野，为迫切解决生育子女的期望，促使该群体私自进行代孕行为，该行为是具有不确定风险的商业行为，是为我国法律和伦理道德所禁止的。结合当前代孕行为未合法化的前提下，代孕行为是超出了限制的私权自由，这种自由影响并且破坏了公法领域的法律价值。同时，在我国司法判例中对代孕协议或者未予认定或者都认定为违反我国社会的公序良俗而无效。因此，代孕行为过程中的代孕协议也是一种无制约、无效的民事行为。在代孕协议无效的情形下，代孕行为的后果也处于无制约的状态。通过检索案例，在因代孕行为产生的纠纷中，引发了诸如代孕子女因缺陷死亡赔偿问题、代孕行为被合同欺诈问题、代孕协议认定问题、代孕子女的抚养或者监护权等多种复杂的社会学问题。我认为对代孕行为的法律规制，要从立法上明确行政机关的监管、许可制度，明确代孕行为后果的法律责任，在公法领域规制代孕技术的实施和引导，加强公权力对代孕机构、代孕流程、代孕后的全面监管，在私权领域不能任由代孕行为、代孕后果的发生。将代孕子女亲子关系认定通过代孕行为合法性探讨、代孕行为伦理性困境、代孕子女亲子关系认定三个方面进行法律规制的完善。

3. 代孕亲子关系的认定分析

3.1. 代孕行为的合法性讨论

我国是严令禁止代孕机构从事代孕相关行为的国家，但是随着国际趋势的发展，允许代孕行为的国家越来越多，假设我国在未来立法条件成熟后，代孕行为可以合法化的缘由大致可以归纳为以下几点：

1) 代孕行为是治疗不孕不育之症的医学治疗方案

因患有不孕不育症的夫妻是否有生育的权利？我的个人观点是有的，生育权是与生俱来的权利，因外界客观条件的不能实现而非是放弃了该权利。有的学者认为这是一种假的权利，因为患有不孕不育之症是不能实现生育权利的。但是随着科技的发展，代孕改变了这一现状，在完全代孕行为中，因委托人中的妻子一方不能实现孕育所以将委托人双方的精子和卵子结合形成胚胎，由受托人进行孕育并生产，受托人与孕育所生育的子女无基因关系，也就是在代孕过程中不发生亲属法律行为。不同于部分代孕行为，部分代孕行为需要与受托人卵子进行结合，部分代孕的行为可以类似于婚内与第三人结合而生育非婚生子女，部分代孕行为有违婚姻法律，并不是完全意义上的代孕行为，因此，代孕行为合法化的前提是区分开完全代孕和部分代孕，禁止部分代孕，在行政部门的监管下有限的允许完全代孕。同时代孕技术越来越成熟，风险越来越低，也是代孕行为可以合法化的因素之一。

2) 全面禁止的现实效果并不理想

我国《人类辅助生殖技术管理办法》第三条禁止的是医疗机构、医务人员实施任何形式的代孕技术，但是经过检索案例，代孕纠纷随着时间增长呈现出越来越多的趋势，通过百度词条搜索“代孕”关键词得出的结果有 7230 万条。随着环境污染、人口增加，不孕不育患者的数量群体越来越庞大，同时随着二胎政策的放开，代孕需求的群体增加滋生出了地下代孕市场的灰色利益链的另一种繁荣。而禁止代孕反

而会适得其反，更加难以遏制。不如采用以管代禁的方式，对代孕机构和当事人进行全流程的行政监管，做好行政审批工作。《民法典》的颁布和即将生效标志着我国立法水平已经趋于完善，未来代孕市场规范化和代孕行为是否合法化的问题已经可以提上日程。

3) 观念的转变

人们对一项的事物的观念总是发生变化的，对待新鲜的事物要保持客观的态度审视，坚持与时俱进，在变化中体现出事物的价值。代孕行为也是如此，人们的态度也会随着观念的转变而变化，反对代孕最主流的观点是反对子宫工具化，子宫工具论认为代孕行为使得女性的子宫变成了盈利的工具，践踏女性的人格尊严和身体权利。但是这种观点是片面的，这种行为属于商业代孕行为，在合法性上我的观点是商业代孕在我国不可能合法化的，当商业代孕行为被立法所禁止之后，代理孕母出于自愿和帮助的自由，在未来完全代孕行为可能合法化放开的时候，反对代孕者对于去利益化的完全代孕行为观点也可能发生符合历史背景的变化。

印度和泰国作为现在最火热的跨境代孕国家，被称之为亚洲代孕工厂，在印度和泰国允许妇女从事代孕工作，她们通过出租自己的子宫来获取利益，而在孕育、生产的过程中她们身体的生命健康权并不能得到安全保障，她们的人格尊严也被商业化利益所践踏[5]。商业代孕行为是违反人类生命健康权和对人类人格尊严的践踏，同时商业代孕行为也是变相的人口买卖行为。因此，商业化代孕是完全不符合我国法治理念，更不符合我国传统的伦理道德思想，在我国当今法治体系以及未来法律环境下禁止商业代孕是合乎法律也合乎道德的，放开商业代孕行为是不可能发生的立法行为。

代孕行为的合法性困境主要是代孕行为在无监管介入时的商业属性，其商业属性所附带的金钱交易、身体器官的商业化、买卖儿童生命等都是不合法的，通过在理论上对代孕行为合法化进行研究，将便于代孕子女亲子关系的法律规制完善。杨立新教授认为代孕行为在特殊环境下有利于社会，应当予以照顾，对于代孕行为的合法性的观点是“原则禁止，适当放开”[6]。现有的法律环境下，虽然我国部门管理办法禁止代孕机构，但是地下代孕市场的规模仍然在蔓延扩大，代孕行为的发生越来越多。即使在立法层面全面禁止代孕行为，仍然会导致跨境代孕行为的发生，而且也存在着对代孕行为的后果无法处理的情况。因此，在我国环境下，全面的禁止代孕行为不如适当放开行政许可的代孕机构从事代孕行为，由公权力介入到代孕全流程的管理当中，取缔非法代孕的地下市场。

3.2. 代孕行为的伦理性困境

代孕行为对伦理价值观的冲击，主要源于代孕行为打破了血缘关系的传统生育理念，人为的基因结合、基因延续可能会造成人类现代社会体系的崩溃。如果不加以限制的代孕行为，即使是在允许代孕的国家也会引起重大的社会风险。例如，2014年，一名日本男子在泰国进行跨境代孕生育了16个子女，这名日本男子的最终计划是生育1000名子女[7]。泰国行政部门紧急暂停了该男子的代孕生育计划，可以想象如果该计划被这名日本男子完成，代孕生育1000名子女所引发的遗产继承问题，子女亲子关系问题，以及这些子女是否能健康享有人类的生活权利？还是将会被认为是该男子基因延续的克隆人？[8]

因此，代孕行为的伦理性困境是影响代孕合法化的重要观念问题，在社会主流伦理观念和不孕不育患者生育子女期望的冲突之中，为了个例群体放开代孕行为几乎不可能，社会伦理是众多思想演变和人与人之间交往集成的思想结合，伦理是当前人类社会行为规范的集合，整体的伦理观念是不受特殊的个体所左右的，在个体的需求与主流伦理观念不符时。

现实情况下不孕不育患者通过不能保障安全健康也无法预见代孕行为后果的地下代孕行为，不如采用经行政部门审批有限制的允许下实施完全代孕行为，并且由行政部门保护不孕不育患者和代理孕母的隐私不能外泄，以避免产生代孕行为的参与者受到网络暴力、社交关系孤立等各种不良影响。

3.3. 代孕亲子关系认定中的具体法律问题析

我国法律对于代孕生育子女的亲子关系认定尚未有明确规定，结合判例法院在审理代孕相关案例时也有着判决不一的情形，在学术上现有的理论学说主要分为分娩说、基因说、契约说、儿童最佳利益说。

1) 分娩说

在代孕行为中，支持分娩说的认为分娩者为母，分娩说支持自然规律，尊重传统的生育繁衍规则，谁分娩即是生育子女的母亲。即使在代孕行为过程中，受托人孕母与所孕育子女无基因关系的完全代孕，孕母在十月怀胎的过程中也经历了从胚胎到生命的孕育过程，其中孕母为子女的生育提供了营养和成长的条件，也承担了可能危害自己身体健康的风险，理所应当的，孕母是她生育子女的母亲。

2) 基因说

基因说又称为血缘说，是根据基因的延续而确认的亲子关系认定。支持基因说的认为，不论是代孕方式还是自然方式的生育子女，父母与子女之间的联系是通过基因或者说血缘的延续而缔结的，在代孕行为中，完全代孕的基因关系是委托人，代孕生育的子女与委托人具有亲属关系，而受托人因与生育的子女无任何基因的连接，也就是无任何基因上的关系。而在部分代孕中，使用委托人丈夫一方精子与受托人的卵子结合进而孕育并生产，此时生育的子女与委托人妻子一方并没有基因关系，此时亲子关系认定上，生育的子女父亲是委托人中丈夫一方，母亲是受托人即代理孕母。我国的司法判例中多数是通过基因关系来划分亲子关系的认定，例如沈某与王某某其他婚姻家庭纠纷案中王某君通过完全代孕的方式委托沈某作为代理孕母生育了王某某，其中法院认定沈某与王某某之间无血缘关系，因此无亲属关系，王某某的亲属权理所应当归于其血缘上的父亲王某君；再如陈某诉罗某监护权纠纷案一审中，陈某和罗某的儿子罗甲采用部分代孕的方式委托代理孕母生育子女，后罗甲死亡，陈某和罗某因抚养权纠纷诉至法院。一审法院经审理认为陈某与子女之间无血缘关系，且代理孕母已经不能找到，因此按照顺位罗某获得代孕生子女的抚养权，虽然该判决被二审法院推翻，但是对于血缘说的认定是我国司法判例中首先要考量和分析的。

上文已经提出代孕行为可以分为完全代孕和部分代孕，在基因说中亲子关系认定划分如表 2：

Table 2. Classification of paternity in gene theory

表 2. 基因说中亲子关系认定划分表

代孕分类	主体	主体提供	结论
完全代孕	委托人(夫)	精子	基因父亲
	委托人(妻)	卵子	基因母亲
	受托人	子宫内孕育	孕母
部分代孕	委托人(夫)	精子	基因父亲
	委托人(妻)	无	无关
	受托人	提供卵子，子宫内孕育	基因母亲 + 孕母

3) 契约说

契约说认为代孕行为应当遵守契约关系，契约一般是代孕行为中委托人和受托人之间签订的关于子女亲权归属、约定代孕费用等的协议，代孕协议一般都是真实意思表示的结果。契约说在一些允许代孕合法化的国家是认可的，因为代孕协议对双方责任进行了明确的划分，也明确了子女归属等权利义务，民事代孕行为按照契约内容生效。但是代孕协议在我国司法判例中是普遍不予认可的，例如上文图表一

所列案例中均为认定代孕协议无效或者是不予认可，因为在我国法院司法实践中一旦认定代孕协议有效，则等同于认可了代孕行为，也许认可了对代孕生育子女的生命权对价的交易，是背离我国法律理念和社会伦理道德传统的，因此在我国契约说是不能适用的，契约说成立的前提是在代孕合法化且商业代孕行为也合法化的前提下。

4) 儿童最佳利益说

该学说起源于 1959 年的联合国《儿童权利宣言》，儿童最佳利益说主要是在亲子关系认定出现争议时，以儿童的利益为考量点，在亲子关系认定中确定儿童利益的最大化，我国司法判例中离婚案件经常采用儿童最佳利益说的原则，通过确定哪一方更加有益于儿童的健康成长来划分亲子关系。在代孕行为中，因代孕行为分为完全代孕和部分代孕的复杂性，其次我国也无相关的亲子关系认定的立法，因此在涉及代孕生育的儿童亲子关系认定上，法院在不能通过基因关系直接划分亲权关系时，会首要考量儿童与哪一方当事人共同生活会更加有利。例如陈某诉罗某监护权纠纷案，二审法官说理部分认为代孕生子女与陈某生活更符合儿童利益最大化的原则。推翻了一审判决结果。在我国现有司法判例中，儿童最佳利益说是基因说的补充，基因说和儿童最佳利益说是构建代孕生子女亲子关系的重要支撑理论。

4. 代孕亲子关系的构建与完善

4.1. 代孕行为及后果规制的法律框架构建

在新兴事物的发展期，法律会有一些空白时期，例如人工智能创作的主体认定、无人驾驶汽车交通事故责任划分等，代孕技术也是这般，在技术发展的过程中，立法团体时刻保持着观望的态势，对待代孕技术的立法态势尚不明晰，原因有：一是技术的成熟需要时间的酝酿，一味的全面禁止新技术的应用会阻碍科学技术的发展进步；二是新的法律规范的研究需要谨慎的态度，对代孕技术不论是全面禁止还是有限的部分放开都会带来一系列的社会问题；三是随着立法技术的成熟，法律的完善，关于代孕的法律态度也会发生转变。

随着代孕行为引起的纠纷越来越多，如何规制代孕行为产生的后果是当前要解决的问题。全面禁止代孕行为会导致地下代孕市场更加泛滥，地下代孕市场的泛滥会产生更多的纠纷，而放开代孕行为会导致我国变成如泰国、印度一般的代孕工厂，严重破坏我国的社会稳定。我国多数学者主张合理的放开代孕，但如何是为合理的放开代孕行为呢？因此，我国对代孕行为的立法态度非常慎重，以下是对代孕行为全面禁止、放开以及部分放开三种法律规范态度的假设。

1) 在法律层面全面禁止代孕的亲子关系构建

根据我国《人类辅助生殖技术管理办法》规定我国现阶段对代孕行为的态度是禁止的，但是这种禁止并没有达到预期的效果，反而使得代孕地下市场极为活跃，因没有明确的法律规范禁止代孕行为，违法成本低，造成了打击力度小，黑中介小作坊频频出现更加猖狂，这种未经行政许可的黑中介代孕机构，没有足够的力量应对各种紧急风险，环境恶劣，对代理孕母的生命健康得不到充分保障，对孕育的子女也得不到安全健康的生产、照顾。假如在立法规范上明确全面禁止代孕行为，需要更加加强力度打击非法代孕机构，《人类辅助生殖技术管理办法》是 2001 年颁布并生效的，距今已经十九年有余，对于非法代孕的处罚责任应该加重。

在全面禁止代孕行为的法律环境下，不孕不育患者想要孕育子女的期望将不能实现，但是当一种期望可以实现但是被法律禁止而不能实现的，将导致出现更多的违法代孕行为，彼时代孕行为产生的纠纷或者违法行为也无法可依。代孕行为对于帮助不孕不育患者获得子女，实现他们的期望，具有可以实现的可能性和合理性，全面禁止代孕行为并不能取得更好的现实情况收益。

2) 在法律层面全面放开代孕行为的亲子关系构建

全面放开代孕行为在我国也是不能实现的，全面放开代孕意味着代孕行为具有高度的自由性，在行政管理部门不介入的情况下，高度自由的全面放开代孕将带来不可控的社会问题，代孕协议变成人口买卖的对价协议，在我国法律环境下是不可能全面放开代孕行为的。

3) 我国在未来部分放开代孕行为的亲子关系构建

部分放开代孕行为变成合法性行为，需要建立一系列的法律规范，首先要将代孕机构列入行政许可的范围，未经行政批准的代孕机构全部依法取缔，经行政许可的代孕机构不得接受跨国业务，代孕机构未经行政审批不得私自开展代孕行为，不得制作广告宣传等；其次要规范哪些群体可以获得代孕行为的许可，应该由专门的行政部门对委托人进行保密性的必要检查和审核；再次对于受托人也就是代理孕母的身份进行法律规范的限制，受托人必须是自愿参加的无偿代孕法律行为，而且对于代理孕母的健康也要经过相关部门的检查和审核；最后对于代孕行为生育的，只放开完全代孕行为，代孕生育子女与委托人之间在基因关系上存在联系，与受托人无基因关系。有限制的部分放开代孕行为可以为不孕不育患者的特殊群体保障他们的生育权实现，但是部分放开代孕必须加强法律规范和行政管理，不然将会成为非法代孕机构另一种存在方式，为商业代孕大开便利之门。

4.2. 完善现有民事法律框架下的亲子关系构建与争议解决机制

结合我国现有的司法判例，在司法实践中对代孕行为中亲子关系的认定步骤是，法院首先判断代孕行为是完全代孕还是部分代孕。

完全代孕行为下司法实践中亲子关系构建：

1) 代孕行为是完全代孕的司法实践中会根据基因说明血缘关系，如果原被告之间是一方无血缘关系的，法院判决亲子关系归属于血缘关系一方；

2) 如果原被告都是血缘关系方的，司法实践中会以儿童最佳利益说作为补充，衡量代孕生儿童更能健康成长的环境。

部分代孕行为下的司法实践中亲子关系构建：

部分代孕行为中委托人的妻子一方与代孕生子女是无基因关系的，此时容易发生的纠纷是委托人和受托人之间代孕生育子女的抚养权纠纷，司法实践中一般会根据儿童最佳利益说，认定代孕生子女与委托人之间具有亲子关系。此时的结果虽然与代孕协议约定相似，但是两者之间的意义并不相同。

结合司法实践对代孕行为亲子关系的法律规制构建提出以下建议：

1) 严格界定代孕属性

区分开完全代孕行为和部分代孕行为，代孕原本是一个医学概念，是指将受精卵或者胚胎植入代孕母亲的子宫，由孕母替他人完成孕育子女的过程。即借腹不借卵而实现现代性代孕目的。其关键技术，是为代孕母亲植入他人的受精卵或者胚胎，精子与卵子在人体外的结合时须实施的人类辅助生殖技术。概而言之，代孕是指这个技术和这个过程。在法律上确定代孕的概念，则是一个亲属法律行为，即委托方将具有合法夫妻关系双方的精子和卵子或者至少有一方的精子或者卵子在体外受精，成为合子或者胚胎后，与代孕母亲双方合意，将受精卵或者胚胎植入孕母体内，由孕母孕育该子女，该子女与孕母不发生亲属关系的亲属法律行为。那种认为妻子同意，丈夫与孕母发生性行为或者不发生性行为，用孕母的卵子受孕并生产的所谓基因型代孕，即借腹又借卵的借腹生子，并不是严格法律意义上的代孕。

2) 适当放开后代孕法律关系须由法律行为发生

允许适当的合法范围内的代孕，应当由委托人和被委托人双方合意，经亲属法律行为的缔结而设立完全代孕行为关系。其中最为关键之处，是代理孕母的同意。将女性的身体或者子宫作为商品出租或者

借用，显然是对女性人格尊严的侵犯，也是对女性身体权的侵犯，这是非法代孕活动的典型特征。但是，自愿为他人捐助肾脏等身体器官的行为是高尚行为，女性为他人的需求而捐助自己的子宫进行代孕，同样也是高尚行为，当然地阻却违法。由行政部门出具规范或认定书，认定代孕生子女的亲权关系属于完全代孕行为的委托人，避免法律纠纷。

3) 明确代孕行为的法律后果

符合法律规定的代孕行为，必须是植入孕母身体的合子、胚胎与孕母之间没有任何血缘关系，即卵子不能是孕母所提供，孕母仅仅是用自己的子宫和身体为委托人孕育子女。用孕母的卵子，不论是体外受精还是通过性行为而体内受精，所孕育的子女都不是代孕，都不发生代孕的法律后果。代孕的法律后果是，孕母与其所孕育、生产的子女不存在亲属关系，即不存在生理学、伦理学意义上亲属关系，也不产生法律意义上的亲属关系。孕母孕育、生产的子女，与其在法律意义上的父和母为婚生子女，发生父母子女关系。孕母违反代孕协议而主张自己为代孕子女的生母的，属于违约行为，法律不予支持。生母和生父违反代孕协议，否认与代孕子女的亲属关系的，无论其是否为生理学意义上的父或者母，都不能否定其法律意义上的父或者母的地位，存在法律规定的权利义务关系，对代孕子女负有义务。

4) 加强监管以预防和避免不合法的代孕行为产生

代孕对于保障自然人的生育权具有重要价值。在法律规定了适当放开的范围内的代孕，应当有法律规定的严格审批程序和监管程序，以保障在代孕问题上的伦理秩序和社会道德，维护正常的社会秩序。代孕的批准，应当由省一级人民政府授权的医疗机构的医学伦理委员会批准，并报地市一级的人民政府主管部门备案。在有需求的家庭提出代孕的申请之后，首先应当由省一级人民政府授权的医疗机构的医学伦理委员会审查，是否符合代孕的条件，孕母是否为自愿进行，是否存在违法的内容。符合条件的，应当准予代孕，向地市一级的人民政府主管部门备案，并确定具体的医院实施代孕医疗行为。审核和实施的机构分开互相监督，形成权力的制约，以防止行政权力的滥用。各级地方人民政府的卫生行政主管部门和群众都有权对代孕活动进行监管，发现有违反规定或者违法的代孕行为，应当依法制止，保证代孕活动在法律准许的范围内正常进行。

5) 尊重儿童自己的意愿^[9]

司法实践中法院的判决不是冰冷的切割亲属关系，在存在复杂争议的代孕行为法律关系中更不能简单的通过一纸判决来强制儿童亲权归属，如果待遇生育的儿童已经有充分明辨是非和表达能力的情况下，法院应该让儿童作为当事人表达自己的意愿，尊重儿童的想法，例如在谢某与高某 1 探望权纠纷案中，谢某作为部分代孕生育儿童的基因母亲、分娩母亲，法院充分考量了儿童利益最大原则，认为谢某不适合打扰并影响代孕生儿童的健康成长，但是法院并没有尊重儿童的自己的意愿，怀胎十月生育的艰辛和儿童之间基因关系纽带被冰冷的切割开来，最终法院认为谢某不便于行使探望权，假如儿童与谢某之间关系更加亲密，冰冷的判决切断了他们之间仅有的探望权利，容易对儿童心理造成更大的伤害。因此，在儿童年满一定年龄时，可以尊重儿童的自己的意志，不一定将儿童意志作为判决的标准，但是可以为儿童与复杂代孕关系之间给与温暖的关怀，更加有利于儿童的健康成长。

5. 总结

代孕行为已经逐渐进入到公众的视野，在近期陈凯歌导演的片段《宝贝儿》中，人物对话和故事结局隐晦地支持有偿代孕，引起了公众抵制。由此可见，我国当前环境下社会公众对于有偿代孕是坚决抵制的。但是，随着代孕需求的增加，地下代孕市场的越来越多，由此产生的法律纠纷也越来越多，不论代孕行为是否支持，对于代孕生育的子女都应该持尊重的态度，代孕生育的儿童没有选择的权利，他们在分娩后即同于其他的婴儿一样都是受到法律保护的享有人身权利和人格权利的生命。全面禁止代孕行

为可能会导致地下代孕市场更加猖獗，法律纠纷更多，不利于无辜的代孕生子女的利益保障。而与之相反的全面放开代孕行为合法化在我国也不可能实现。我国在现实环境和法律、伦理道德规范允许的情况下可以适当有限制地开放完全代孕行为，通过行政审批和监管环境下的完全代孕行为，可以有利于代孕子女亲子关系的认定，有利于保障代孕行为当事人的健康权利，降低代孕行为的风险，同时保障代孕行为参与人的隐私权，保障代孕行为当事人因自身特殊情况与社会主流伦理观念不符，隐私泄露造成网络暴力等严重后果。

目前，我国法律对代孕行为的立法仍然处于空白阶段，理论研究仅能通过学术讨论和司法实践判例来进行，相信未来会出台专门的代孕行为相关法律。不论是全面禁止代孕行为、全面开放代孕行为还是部分有限制地开放代孕行为并不是通过简单的纸面分析就能得出结论的，相关立法的出台需要国家、社会群体对代孕行为的认知进行更深入的研究讨论。最后希望文章总结归纳的司法实践中亲子关系认定以及提出的代孕子女亲权关系认定应用建议能够为未来代孕生育子女亲子关系法律规制构建提供帮助。

参考文献

- [1] 卫生部关于印发人类辅助生殖技术与人类精子库评审、审核和审批管理程序的通知[EB/OL]. <http://www.nhc.gov.cn/bgt/pw10303/200708/6998a89f66c247469a179482dd9f930c.shtml>, 2007-08-14.
- [2] 杨遂全, 钟凯. 从特殊群体生育权看代孕部分合法化[J]. 社会科学研究, 2012(3): 77-83.
- [3] 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[J]. 法律适用, 2016(7): 38-42.
- [4] 纽约时报揭中国代孕黑市: 代孕母亲供不应求[Z/OL]. <https://china.cankaoxiaoxi.com/2014/0817/463621.shtml>, 2012-08-13.
- [5] Elrod, L.D. (2010) National and International Momentum Builds for More Child Focus in Relocation Disputes. *Family Law Quarterly*, **44**, 341-371, 373-374.
- [6] 侯卫青. 代孕子女监护权纠纷中的利益衡量及法律路径选择——以全国首例代孕子女监护权纠纷案为例[J]. 青少年犯罪问题, 2017(1): 5-14.
- [7] Elrod, L.D. and Spector, R.G. (2011) A Review of the Year in Family Law: Working toward More Uniformity in Laws Relating to Families. *Family Law Quarterly*, **44**, 469-518.
- [8] 朱晓峰. 非法代孕与未成年人最大利益原则的实现——全国首例非法代孕监护权纠纷案评释[J]. 清华法学, 2017(1): 120-133.
- [9] 费小兵, 陈进. 国内首例代孕所致监护权案引发的代孕合法性反思——基于中华法之道与西方相关哲学的多维视域[J]. 民间法, 2019, 23(1): 136-159.