

跨国代孕的 法律问题研究

STUDIES ON THE LEGAL ISSUES OF
INTERNATIONAL SURROGACY

余
提
◎
著



中国政法大学出版社

作者简介

余提，女，1989年1月生，湖北麻城人。2010年本科毕业于武汉理工大学，获法学学士学位。2013年毕业于中南财经政法大学，获国际法学硕士学位。2016年毕业于中南财经政法大学，获国际法学硕士学位。现任教于湖北工程学院，主要从事国际私法方向的研究。

跨国代孕的 法律问题研究

STUDIES ON THE LEGAL ISSUES OF
INTERNATIONAL SURROGACY

余提◎著



中国政法大学出版社

2020·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

跨国代孕的法律问题研究/余提著. —北京:中国政法大学出版社, 2020. 11
ISBN 978-7-5620-9686-3

I. ①跨… II. ①余… III. ①卫生法—研究—中国 IV. ①D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 205612 号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 6.5
字 数 180 千字
版 次 2020 年 11 月第 1 版
印 次 2020 年 11 月第 1 次印刷
定 价 39.00 元

本书是湖北省社科基金一般项目“跨国代孕的法律问题研究”
(立项号: 2017002) 的最终研究成果。

序

跨国代孕问题是晚近以来伴随人员跨国流动的发展而衍生的一个新问题。代孕涉及民族、宗教、伦理以及法治等诸多方面，目前各国对代孕的合法性问题存在显著差异，由此引发一系列较为复杂的法律冲突。但基于儿童利益最大化原则以及家庭关系完整权要求，对跨国代孕问题尤其是因跨国代孕所引发的亲子关系认定等问题，我们必须予以高度重视。这也正是海牙国际私法会议自 2010 年起就开启“亲子关系/代孕计划”（parentage/surrogate project）的原因所在。我们也注意到，自海牙国际私法会议常设局出台关于“亲子关系/代孕计划进一步工作的必要性和可行性”报告之后，这一工作的进程已呈加速状态。

本书以国际私法为研究视角，对代孕的合法性问题、代孕合同的法律适用问题以及国际代孕中亲子关系的认定问题进行了研究，并在此基础上对我国代孕相关立法和司法的完善提出了建议。全书有以下几方面是值得肯定的：

第一，从国际私法角度探讨代孕的合法性问题。文章在对典型国家和地区代孕合法化立场进行比较分析的基础上，从国际私法上的公共秩序出发，认为应在尊重代孕合法化不同立场的同时，积极运用国际私法方法调整国际代孕中的一系列问题。

第二，对国际代孕合同以及亲子关系认定的法律适用问题做了较为深入的探讨。文章通过对代孕合同的性质进行分析，提出了代孕合同法律适用中可采用当事人的协议选择、经常居所地以及法院地等连结点；结合当前典型国家、国际组织在这一问题上的做法，得出国际代孕中亲子关系认定问题应注重儿童利益最大化原则这一结论。

第三，对我国代孕立法和司法的完善提出了明确建议。文章提出，我国应尽快完善相关立法，并在相关立法未出台之前，根据《法律适用法》以及相关部门规章等已有的法律解决代孕纠纷；积极参加海牙国际私法会议统一规则的制定，并积极寻求区域合作。

本书作者余提博士是位待人诚恳、静心学问的青年教师。她在攻读博士学位期间，我是她的指导教师，本书是在她的博士论文基础上修改完成的，这也是我国第一本关于国际代孕的博士论文。在我的印象中，作者答辩期间，论文评阅及答辩委员会专家以及国家相关部门的领导对本书的研究作了充分肯定。付梓之际，欣然写上数语，向读者诸君推荐并请各位批评指正！

刘仁山

中南财经政法大学副校长、法学院教授

二〇二〇年十一月三日

前 言

近年来，代孕问题备受关注。尤其是不孕不育患者的日益增多以及同性婚姻合法化范围的逐渐扩大，不孕不育患者以及同性配偶对代孕的需求不断增多，许多国家开始关注代孕的法律规制。然而，由于代孕涉及伦理、道德等问题，在不同的伦理道德观下，对代孕的法律规制也各不相同。因此当前各国关于代孕的法律规制差异极大，这些差异体现在：第一，不同国家对代孕合法化的立场不同；第二，对代孕合法化持相同立场的国家关于代孕的具体法律规则不同。为此，许多有意向的父母基于规避本国禁止代孕的法律、降低代孕成本、寻求更完备的代孕服务等原因而跨国进行代孕，跨国代孕由此产生。

跨国代孕不仅涉及有意向的父母与代理孕母等当事人，还涉及代孕儿童出生国和代孕儿童接收国等当事国，因此跨国代孕不仅涉及个人基本权利之间、个人基本权利与社会公共利益之间的协调冲突，还涉及代孕儿童出生国与代孕儿童接收国之间公共利益的协调，这些都使得跨国代孕问题极具复杂性。同时，伴随着跨国代孕行为的日益增多，仅凭各国国内法无法有效对这一复杂行为进行规制，为有效保护跨国代孕行为中各方当事人的利益，有必要制定相关的国际法规则。2010年，海牙国际私法会议开始关注跨国代孕中代孕儿童亲子关系的认定问

题，意图制定关于跨国代孕亲子关系认定的统一冲突法规则。虽然这一统一冲突法规则尚未起草成型，但是海牙国际私法会议的工作引起了世界对跨国代孕问题的关注。

在此背景下，本书着眼于跨国代孕中相关国际私法问题，就其中较为主要的三个问题，即跨国代孕的合法性问题、跨国代孕合同的法律规制问题以及跨国代孕亲子关系的认定问题进行研究，分析跨国代孕涉及的这些重点问题的法律规制方法。

在研究内容上，以跨国代孕的合法性、跨国代孕合同的法律规制以及跨国代孕亲子关系的认定这三大问题为重点，结合典型国家、地区和国际组织的立法和司法实践，提出了对跨国代孕中这三大问题应有的法律规制方式，并在此基础上提出对我国代孕法律规制的完善建议；在研究思路上，遵循了提出问题、分析问题以及解决问题的基本思路；在研究方法上，综合使用了比较研究方法、案例分析方法和实证分析方法。

首先，本文概括了跨国代孕涉及的重要法律问题。从跨国代孕的内涵和外延出发，分析了跨国代孕产生的主要原因，并概括了跨国代孕中的重要法律问题。

代孕是女性怀着将刚出生的婴儿给他人抚养的意图而怀孕的行为，跨国代孕则是具有涉外因素的代孕行为。在跨国代孕中往往会涉及三大重要问题：第一，跨国代孕的合法性问题，这是研究跨国代孕法律规制要解决的基础问题；第二，跨国代孕合同的法律规制问题，这是跨国代孕法律规制的重要内容；第三，跨国代孕儿童亲子关系的认定问题，这是跨国代孕行为带来的不可避免的法律后果。

其次，本书探讨了跨国代孕的合法性问题。从典型国家对代孕合法性问题的不同立场出发，分析了这些立场背后的理论

原因,进而以辩证的思维从公共政策和人权角度对代孕合法化不同立场背后的理论进行了分析,从国际和谐的角度,得出跨国代孕不同于国内代孕,在对待跨国代孕合法化问题时应求同存异。具体而言即当前无法也无须追求全球范围内代孕合法化立场的统一,应在正视当前各国对代孕合法化持不同立场具有其正当性的基础上,尽量做好对跨国代孕中涉及的其他问题的统一规制。

当前关于跨国代孕合法化的立场有三种,即完全禁止代孕、有限禁止代孕和完全允许代孕。这三种立场背后有两种理论考量:第一,禁止代孕之理论基础,即认为代孕有损代理孕母和代孕儿童的人性尊严,违背本国公共政策;第二,允许代孕之权利基础,即代孕是有意向的父母实现其组建家庭权、行使私生活和家庭生活受尊重权等权利的具体体现,同时亦是代理孕母自决权的体现。

然而,无论是何立场也无论这种立场背后的利益考虑,都是各国基于其国内情况作出的。这种国别的差异使得代孕合法化问题难以在国际范围内达成统一的立场。同时,在跨国代孕中,也无必要对代孕合法化问题进行统一规制,因为国际层面的代孕不应当仅仅考虑国内立法规定,应当考虑国际和谐。尤其是跨国代孕中涉及代孕儿童亲子关系的认定问题,不能仅仅因为国内法对代孕合法化的立场不同而直接对他国法律加以否定,应当从避免跛足亲子关系出发,正确看待公共秩序保留这一概念,即公共秩序保留除了国内公共秩序这一层面,还有国际私法中的公共秩序以及国际公共秩序两个位阶更高的层面。

再次,本书分析了跨国代孕合同及其法律适用规则。以代孕合同的性质和内容分析为基础,尝试着提出了跨国代孕合同

可以采用的法律适用规则。

跨国代孕合同是兼具财产性和人身性的无名合同。根据其财产性，跨国代孕合同可以适用当事人协议选择的法；根据其人身性，跨国代孕合同可以适用当事人的惯常居所地法。同时，为增强跨国代孕合同法律适用的灵活性，从立法技术上应当加入兜底条款，即最密切联系的法，而跨国代孕还涉及当事人之间利益的平衡，因此适用最密切联系的法应当以弱者利益保护为主要价值考量。另外，跨国代孕还涉及当事人个人利益与国家利益之间的平衡，因此，跨国代孕协议还应考虑适用法院地法。

复次，本书研究了跨国代孕儿童亲子关系的认定规则。在对跨国代孕亲子关系问题产生的原因进行分析的基础上，总结了跨国代孕儿童亲子关系认定的国内方式和国际实践做法。

跨国代孕中亲子关系的认定主要面临儿童接收国拒绝承认有意向的父母与代孕儿童之间亲子关系的问题。但是随着对儿童利益保护的一致肯定，儿童接收国不再一味拒绝承认儿童出生国作出的亲子关系命令和判决，而是适用儿童利益最大化原则或冲突规范来规制跨国代孕中的亲子关系。然而即便有此较普遍意识，在实践中，仍存在公共秩序保留制度和儿童利益最大化原则的拉锯战，缺乏专门的规制跨国代孕亲子关系的统一方法。基于此，在海牙国际私法会议的带动下，各国将焦点开始转向跨国代孕亲子关系调整的国际方式上。当前关于这一问题的国际实践主要有两种，一是制定关于跨国代孕的统一国际私法规则，这一方案由海牙国际私法会议提出，将在有关亲子关系认定的公约中，采用议定书的形式就跨国代孕中的亲子关系进行调整。目前海牙国际私法会议已经召开了六次专家组会

议，就公约的范围、目的、承认外国就跨国代孕亲子关系所做出判决的条件等进行了讨论；二是直接保护跨国代孕亲子关系认定中当事人的基本权利，这一做法体现在欧洲人权法院的相关判决和联合国的相关公约中。其中欧洲人权法院对“拉巴斯诉法国案”和“曼尼森诉法国案”作出的判决对德国、西班牙、英国等许多国家的国内法产生的重大影响；联合国儿童权利委员对《儿童权利公约》的分析，为跨国代孕中代孕儿童亲子关系的认定规则限定了基本框架。

最后，本书总结了我国代孕法律规制的完善建议。在前述研究的基础上，从国内层面和国际层面提出了我国代孕法律规制的完善建议。

从国内层面来看，完善我国对代孕的法律规制需要从以下方面进行：第一，颁布关于代孕的专门立法，有限制的允许代孕，并对跨国代孕合同的法律适用以及跨国代孕儿童亲子关系的认定进行规定。第二，结合当前已有的法律，运用法解释学处理实践中的跨国代孕案件。关于代孕的立法进程将极为漫长，在此期间应当结合当前已有的合同法规则、家庭法规则以及人工生殖技术的相关规则，运用法解释学原理处理实践中的代孕案件。

从国际层面来看，完善我国对代孕的法律规制需要从以下两方面进行：第一，积极参与国际统一规则的制定。海牙国际私法会议拟制定关于代孕的国际统一冲突法规则，我国应当积极参与规则的制定。第二，加强区域合作。跨国代孕涉及的儿童出生国和接收国具有一定的对应关系。对我国而言，美国、泰国等国与我国联系密切，我国应当加强与这些国家的合作。

基于前述“跨国代孕的法律问题”之研究，可以进一步形

成如下基本认识：其一，在尊重各国国内法规定的基础上，有条件地承认他国做出的代孕亲子关系认定判决或相关命令；其二，跨国代孕合同兼具人身性和财产性，其法律适用应当根据其内容综合考虑当事人选择的法、惯常居所地法、有利于弱者保护的法以及法院地法；其三，跨国代孕中关系的认定应当以儿童利益最大化为基本原则。

总之，跨国代孕带来了一系列不可忽视的问题，一味禁止代孕无法解决根本问题。各国应当在尊重人权的基础上，完善国内法层面代孕的规制并积极促成跨国代孕相关国际统一规则的制定，以便更好地保护跨国代孕中各方当事人的利益。

序 / 001

前 言 / 003

导 论 / 001

第一章 跨国代孕法律关系概述 / 020

第一节 跨国代孕产生的主要原因 / 020

第二节 代孕国际规制的必要性 / 024

第三节 跨国代孕及相关概念的界定 / 033

第四节 跨国代孕引起的主要法律问题 / 037

本章小结 / 040

第二章 国际私法角度下代孕合法性的分析 / 042

第一节 代孕合法化的实践之争 / 042

第二节 代孕合法化的理论之争 / 069

第三节 涉外情境下代孕合法化的理性分析 / 076

本章小结 / 089

第三章 跨国代孕合同及其法律适用 / 091

第一节 跨国代孕合同的性质 / 092

第二节 跨国代孕合同的内容 / 097

第三节 跨国代孕合同的法律适用 / 105

本章小结 / 109

第四章 跨国代孕亲子关系的认定 / 111

第一节 跨国代孕亲子关系认定的问题 / 111

第二节 跨国代孕中亲子关系认定的国内法方式 / 121

第三节 跨国代孕中亲子关系认定的国际实践 / 123

本章小结 / 142

第五章 我国关于代孕的法律规制及反思 / 144

第一节 我国代孕实践的现状 / 144

第二节 我国代孕法律规制的现状 / 152

第三节 我国代孕的国内法完善 / 168

第四节 我国代孕的国际法律规制 / 173

本章小结 / 176

参考文献 / 177

后 记 / 192



一、选题的背景

(一) 选题的原因

繁衍后代是生物与生俱来的本能，人类社会正是基于此而得以延续，代孕使得无法通过自然性行为繁衍的人得以延续自己的血脉。例如不育症患者和同性伴侣得以通过代孕达成孕育子女的愿望，行使其组建家庭的基本权利，所以代孕有不可替代的功能；但同时，代孕涉及伦理道德问题，例如代孕对代理孕母人性尊严的贬损、代孕对传统家庭伦理的挑战等，而各国对这些伦理道德问题较为敏感，不同的历史、宗教以及文化传承下的国家对这些问题的看法各不相同；因此各国关于代孕的法律规制差异极大，例如有的国家严格禁止代孕，有的国家仅禁止商业代孕而允许无偿代孕，还有的国家既允许无偿代孕也允许商业代孕。在各国关于代孕法律规制存在冲突的背景下，有意向的父母基于规避本国禁止代孕的法律或寻求更好的代孕服务等原因，开始跨国进行代孕，例如禁止代孕的国家的有意向的父母可能到允许代孕的国家进行代孕，代孕成本高昂国家的有意向的父母可能到代孕成本较低的国家进行代孕等，跨国代孕由此产生。

跨国代孕简言之即具有涉外因素的代孕行为，其较之国内代孕更为复杂。在跨国代孕中，不仅涉及有意向的父母和代理孕母等多方当事人，还涉及代孕儿童出生国和代孕儿童接收国等国家。跨国代孕引起的法律后果不仅包括当事人个人权利与义务的协调，还包括对国家公共秩序甚至国际公共秩序的维护。因此，随着跨国代孕的发展，国际社会开始关注这一问题。

2010年海牙国际私法会议开始的“亲子关系/代孕计划”（Parentage/Surrogacy Project），尝试从国际层面对跨国代孕中亲子关系的认定问题进行规制。在海牙国际私法会议的带动下，欧盟和联合国等组织也开始关注代孕引起的法律问题。在2013年5月，欧盟内部政策总司（EU Directorate-General for Internal Policies）发布了对澳大利亚、比利时、德国、意大利等11个成员国国内代孕的比较研究。联合国儿童权利委员会也分别在2013年和2014年就以色列、德国等出现的代孕法律问题进行讨论。

除此之外，近年来，在司法实践中也出现了许多关于跨国代孕案件的判决，这些判决对许多国家国内法规则产生了重要影响。例如2014年欧洲人权法院处理的 *Menesson v. France*^{〔1〕}、*Labassee v. France*^{〔2〕}以及 *Paradiso and Campanelli v. Italy*^{〔3〕}等。

然而，虽然跨国代孕问题引起了广泛关注，许多国家开始正视本国代孕法律规制的缺失，但从全球范围来看，当前无论是在理论上还是在立法和司法实践上，对跨国代孕问题的研究仍有待进一步深入。从理论上来看，代孕合法性问题仍存在极

〔1〕 *Menesson v. France*, Decision of 26 June 2014, Application No 65192/11.

〔2〕 *Labassee v. France*, Decision of 26 June 2014, Application No 65941/11.

〔3〕 *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Decision of 27 January 2015, Application No 25358/12.