

论代孕子女的父母身份认定

——以婚生子女推定为视角

张婉芬

(烟台大学 法学院, 山东 烟台 264005)

摘要:代孕的社会需求日益增加,但仍存在法律上的障碍。同时,代孕子女的父母身份认定,也是无法回避的社会现实。在子女利益最大化的国际背景下,我国应尝试将代孕争议性与代孕子女应受保护性两分,突破传统的婚生子女血缘推定,采用意思推定,借助法律推定逻辑结构之形与婚生子女推定之实、单方身份行为原理,从夫妻双方实施代孕生殖的一致同意中,推定存在创设亲子关系的意思表示,自受孕时生效,所生子女为求孕夫妇的婚生子女。

关键词:婚生子女推定;代孕;意思推定;父母身份认定;单方身份行为

中图分类号:D923.9 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-5639(2017)05-0059-08

DOI:10.14091/j.cnki.kmxyxb.2017.05.011

On the Identity of Parenthood for Surrogate Children

——From the Perspective of the Presumption of Legitimate Children

ZHANG Wanfen

(School of Law, Yantai University, Yantai, Shandong, China 264005)

Abstract: With the increasing social demands, some legal obstacles are found for surrogacy. Meanwhile, the presumption for the identity of parenthood to the surrogate children is the unavoidable social reality. With the international context of maximization of legal interests for children, the controversy of surrogacy and protection for the surrogate children are divided, the presumption of blood relationship from traditional legitimate children are broken through. With the presumption of meaning, the form of logical structure and the presumption of legitimate children, the theory of acts of unilateral identity and unanimous agreement of the surrogacy from the legal couple, the surrogate children are the legitimate children for the couple since the pregnancy of the surrogate mother.

Key words: presumption of legitimate children; surrogacy; presumption of meaning; identity of parenthood; acts of unilateral identity

一、问题的提出

陈某与罗某系再婚,因陈某无法生育,双方一致同意通过代孕生育子女,将罗某的精子与非法购买的卵子经医疗机构体外受精后,植入孕母体内培育。2011年,孕母产下一对异卵双胞胎,并按代孕协议将该双胞胎交由罗某夫妇抚养,罗某夫妇以父母身份办理了户籍证明。2014年罗某因病去世,罗某父

母在得知双胞胎系代孕所生,与陈某无血缘关系后,诉请法院变更其为孩子监护人。一审法院经审理认为,代孕子女非陈某婚姻关系期间分娩所生,其法定母亲应为孕母。陈某既非生物学上的母亲,也不符合相关人类辅助生殖技术的规定,不能将代孕子女视为其与罗某的婚生子女,因此陈某不享有监护权。陈某认为该判决有悖子女最大利益原则,提起上诉。二审法院也以“分娩说”确定法定母亲,代孕子女虽

收稿日期:2017-05-17

基金项目:烟台大学2017年研究生科技创新项目(YDYB1704)。

作者简介:张婉芬(1992—),女,浙江湖州人,在读硕士研究生,主要从事民商法学研究。

非为陈某与罗某的婚生子女,却是罗某与孕母的非婚生子女,因已与陈某形成抚养型继母子女关系,故陈某可以行使监护权。^[1]无独有偶,在杭州拱墅区人民法院 2015 年审结的孙某(养母)诉来某甲(代孕子)婚姻家庭纠纷案中^①,法官运用与本案一审相似的思路,因代孕子女非妻在婚姻关系存续期间受胎或分娩所生,不支持婚生推定,否定原被告之间存在亲子关系。此外,在日本司法实践中,向井亚纪夫妇跨国代孕亲子关系案^②的前后三份判决曾在日本社会引起热议,也反映了传统的婚生子女推定与代孕亲子关系之间的冲突。^[2]

代孕子女亲子关系虽非本案核心,但父母身份认定确能对监护权产生直接影响。^[3]二审巧妙借助继母子女关系赋予陈某监护权,但该处理方法存在个案实质正义与普遍形式正义不一致的软肋。两份判决均主张“分娩者为母”,根据婚生子女推定原生理论“妻在婚姻关系存续期间受胎或分娩所生子女与妻之夫存在血缘关系”,即“分娩者为母,母之夫为父”,会得出孕母之夫为代孕子女法定父亲的结论,但这不符合各方当事人的预期,也不符合代孕子女的最大利益,^③且继母子女关系的说理也不周延,^[4]因此有必要探讨解决代孕子女父母身份的普适性规则。有学者尝试从“血缘说”“分娩说”“抚育事实说”“契约说”角度解决问题,^[5]但均受我国现行生育政策、身份关系原理、生殖技术发展现状扞格。本文尝试回归婚生子女推定理论,将单轨制生殖时期血缘推定发展到意思推定以解决代孕子女父母身份认定问题。

二、婚生子女推定理论的本体论

(一) 婚生子女推定原生理理论

婚生子女推定源于古罗马“母卵与子宫一体”的单轨制生殖时期,先以“分娩者为母”的原则确定母亲,再以“婚姻示父”,以婚为媒确定父亲,遵循“分娩—母亲—婚姻—父亲”的寻找路径。经过不同权利本位意识的发展,根据受胎或出生与婚姻关系存续的交叉关系,衍生出“受胎说”“出生说”“混合说”三种推定规则,但均需满足由妻子分娩的主体要件。^[6]

(二) 婚生子女推定原生理理论的优势

婚生子女推定原生理理论的历史作用不可否认,以婚姻关系存续期间受胎或出生为基础事实,结合夫妻遵守夫妻忠诚义务为惯常联系,推定该子女与生母之夫具有血缘联系,简洁明了的推定规则在家族本位时期,将妻所生子女高效地纳入己身后代,满足了延续子嗣、后继香火、壮大家族门户的现实需求;在亲本位时期,婚生子女否认作为推定制度的反面保障得以强化,^[7]迎合了探求血缘真实、血统纯正、家产不外流等从家族中脱身的个人主义,被不同国家和地区立法例普遍采纳并作为亲子关系确立的一种方式。^[8]

(三) 婚生子女推定原生理理论的弊端

婚生子女推定原生理理论对生育主体的限制是单轨制生殖时期的特色,其滞后于生殖技术的发展。随

①杭州市拱墅区人民法院(2015)杭拱民初字第 666 号民事判决书。

②2003 年,日本女演员向井亚纪与丈夫高田在代孕合法化的美国内华达州与孕母签订代孕协议,由日本夫妇提供精卵来源,植入代母体内孕育,代母对生育的双胞胎不承担任何监护或其他法定抚养义务。产后,向井亚纪夫妇向当地法院申请确认其为代孕双胞胎的法定父母,内华达州法院审查后颁发生证明确认日本夫妇为法定父母。回国后,向井亚纪向品川区申请注册成为该双胞胎的法定父母遭到拒绝。2005 年,东京家事法院以该双胞胎非向井亚纪在婚姻关系存续期间分娩所生,不受婚生子女推定,认为该夫妇不是法定父母。2006 年,上诉法院东京高等法院,未依据日本国内法处理向井亚纪和高田是否与代孕子女存在亲子关系,而是依据国际私法原理,认为内华达州的判决不违反日本的公共政策,以应当执行该判决为由,撤销了一审法院判决并要求品川区进行婚生子女注册。2007 年,日本最高法院再审主张严格遵守婚生子女推定的传统理论,以分娩者为母,母之夫为父,由妻子分娩所生的子女才能确立法定的亲子关系,从而否认了向井亚纪夫妇与该子女的亲子关系。

③从事代孕服务的女性多为高额的回报所吸引,将报酬用于家庭基本生活需求,改善家庭生活,主观上没有自己抚养的意愿,客观上没有为代孕子女提供良好成长环境的基础,因而将孕母认定为法定母亲不符合子女最大利益。参见王珊:《中国新闻周刊——揭秘代孕地下产业王国:利润可达六成自称爱心事业》,2017 年 2 月 15 日, <http://www.jiemian.com/article/1116083.html>, 2017 年 3 月 15 日;沈姝华:《印度贫困妇女靠代孕维持生活每次可获 4.8 万元》,2014 年 3 月 7 日 <http://news.qq.com/a/20140307/019781.htm>, 2017 年 3 月 15 日。

着生命科技的发展,自然繁衍的生物规律多元发展,形成了双轨制的生殖方式。人工生殖的事实已突破了妻子分娩的限制,如代孕生殖。但代孕生殖既不具备婚生子女推定原理论“由妻子在婚姻关系存续期间分娩所生”的基础事实,同时因人为选择精卵来源,作为待证事实的血缘联系是否与求孕夫妇有关已一目了然,再就求孕夫妇与代孕子女之间的血缘联系进行法律推定,既不符合法律推定要求待证事实不明的逻辑结构,且耗费法律解释成本而收效甚微。由是观之,这似乎排除了婚生推定适用的可能性。但若转用其他亲子关系确定方法,分别适用不同标准或采拟制血亲确定父母,折损既有规范来迁就代孕亲子关系,借助高昂的解释成本实现“无缝对接”,个案特征明显而普适性不足的弊端突出。

如本案中的“四亲儿童”,由于非陈某在与罗某婚姻关系存续期间分娩所生,而不受婚生推定。一、二审分别以血缘联系和分娩事实确定罗某为父,孕母为母,这虽不影响未成年子女成长的物质基础,但割裂了婚姻与亲子关系的社会联系,造成该子女法律上有父无母或者由无婚姻情感联系的双方分别行使父母权利。父亲的妻子不是母亲,母亲的丈夫不是父亲,不利于儿童在完整的家庭结构中成长,也不利于婚姻关系的稳定恒久。

此外,二审判决主张代孕子女是罗某与孕母的非婚生子女,同时为解决生母下落不明,子女监护问题,以陈某对该子女存在四年的抚育事实为由,认定陈某与该子女已形成继母子女关系。虽然结果有利于子女在陈某的持续性抚育中成长,但将其认定为继母子女关系仍存在下述几点疑问。第一,非婚生代孕子女能否作为继子女?我国婚姻法虽未对继父母子女关系做明确界定,但理论上,根据我国婚姻家庭法学通说,继子女是指“配偶一方对他方与前配偶所生的子女”,继父母子女关系的发生限于生父母一方死亡,或离婚,后又再婚^[9]。实践中,最高院

有关调整继父母子女间人身、财产关系的批复中,均使用了“再婚”“前妻”的表述,^①表明配偶身份更替是形成继父母子女关系的基础。而孕母显然不具备生父配偶的身份,双方的非婚生子女也就无法以继子女的身份进入生父再婚家庭。虽然本案判决认为由于试婚、非婚同居、婚外情等现象日益增多,在非稳定的家庭模式中出生的子女也不在少数,所以继子女也可以是一方的非婚生子女,^②但非稳定家庭模式中的非婚生子女至少产生于共同的感情基础,而孕母与生父之间不存在基础的情感联系,代孕与上述新型家庭在形态上有本质区别,不可类推。第二,如何认定继父母子女已形成抚养关系,从而享有法定权利?虽然主观上的认知意愿、生活上的照料、经济上的负担、共同生活达到一定期限等标准,曾在《婚姻法司法解释三(草案)》中涉及,但终未被采纳。本案中法官认为,“缔结婚姻之后一方的非婚生子女,如果作为非婚生父母的夫或妻一方知晓并接受该子女为其子女,同时与该子女共同生活达相当期限,并对该子女履行了抚养教育之义务的,则具备了上述主观意愿和事实行为两个条件,亦可形成有抚养关系的继父母子女关系”,^③因此陈某与代孕子女已形成抚养关系的拟制血亲。但是,该论证也系自由心证的结果,在其他案件中未必能奉为圭臬。第三,如果肯定孕母为法定母亲,是否潜伏着继母与孕母对代孕子女人身或财产监护的纠纷?最高院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》只规定离婚时,继母不同意抚养的可以不同意抚养,未明确生母与继母发生监护权争议时谁优先,以及生父母一方死亡时,继母是否仍然享有不同意抚养即可不同意抚养的主动权。此外,认定为继子女,无形中否定了该子女代位继承的权利,^④而负担了双重赡养义务。简言之,以继子女身份解决代孕子女的法律地位,对既有的继父母子女法律关系理论突破大,能否形成抚养关系不确定性高,保留身

①参见最高人民法院《关于子女对继母有无赡养义务的请示的批复》(1979年11月2日);最高人民法院《关于继母与生父离婚后仍有权要求已与其形成抚养关系的继子女履行赡养义务的批复》(1986年3月21日)。

②参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中少民终字第56号民事判决书。

③上海市第一中级人民法院(2015)沪一中少民终字第56号民事判决书。

④最高人民法院《关于贯彻执行中华人民共和国继承法》若干问题的意见1985年9月11日,第26条:被继承人的养子女、已形成抚养关系的继子女的亲生子女可以代位继承;被继承人亲生子女的养子女可以代位继承;被继承人养子女的养子女可以代位继承;与被继承人已形成抚养关系的继子女的养子女也可以代位继承。

份不明的孕母法定权利潜藏纠纷,这种“个案智慧”不利于推广适用。至于收养,则需要公权力介入的程序性保障,因此将普适性较强的婚生推定原生理论进行适当现代化应当更为可取。

摩尔根认为:“每一种亲属制度表达了该制度建立时所存在家庭的实际亲属关系,因此它就反映了当时所流行的婚姻形态和家族形态。”^[10]因此,如何将时下流行的婚姻与代孕子女家庭联系外化成亲属制度表达,有待进化婚生子女推定制度实现。

三、婚生子女推定进化论

(一)保留婚生子女与非婚生子女的区分

与主张取消非婚生子女称谓不同,^[11]笔者认为该区分在婚生子女推定理论现代化中仍有存在的必要。首先,此区分有利于从逻辑上中立地说明子女出生与婚姻关系的时间次序;其次,将子女的社会评价从父母违反生育权社会属性的行为方式上剥离已有政策尝试^①;再次,大多国家和地区在立法例中已明确婚生与非婚生子女在实体上享受同等保护的權利。概念的更新会引起法律体系的变动,却不会扩大实体权利的范围,因此应尽量节约法律修辞成本,保持概念的安定。

(二)从血缘事实推定到意思推定

原生的婚生子女推定理论的逻辑结构,是以婚姻关系存续期间受孕或出生为基础事实,以夫妻遵守夫妻忠诚义务为惯常联系,推出该子女是否与生母之夫具有血缘联系的待证事实为真。

而在代孕生殖中,婚姻主体与子女的血缘事实在决定实施辅助生殖手术时,通过精卵细胞的人工选择已经确定,就血缘事实再进行推定毫无法律意义。面对代孕子女法律地位的尴尬境遇,有学者尝试开辟独立的生命法学、医事法学进行居中协调,但多关注问

题的提出,强调研究的重要性和必要性;^[12]也有学者致力于探讨人工生殖行为的效力,禁止或放行,过多地涉及生育政策性调控问题。^[13]其中,“契约说”的解决方法遭到的抵制较大;^②“禁止说”认为“契约说”虽能尊重求孕夫妇生养意愿,但代孕生殖违反我国社会习俗、伦理道德,当意思自治与伦理纲常冲突时,法律应倾向于迁就一个国家民族的伦常。^[14]笔者认为,“契约说”与“禁止说”未厘清代孕中两层不同的“意思”。一是代孕生殖中求孕夫妇与代孕子女创设亲子关系关系的“意思”;二是代孕协议双方代孕服务的“意思”,与社会习俗伦理道德相悖的是提供代孕服务的“意思”,而非前者。相反肯定前者的法律效果,正是为了治愈后者与社会政策与不兼容产生的身份真空问题。^③此外,虽然血缘和基因是自然生殖亲子关系确定的金科玉律,但人工生殖中,其已不再是亲子关系确定的唯一标准,更多的是依靠为人父母的生殖意愿,即前一种“意思”和法律认可来实现。^[15]因此,想要解决代孕子女亲子关系的尴尬地位,就应理性地对待这两种不同的“意思”。

身份法领域受到法律强制和公序良俗的限制较多,计生政策多次跃跃欲试将代孕合法化的努力也还未突破公众对代孕行为“非适德性”价值判断的围城,^④如果不区分这两种意思,将代孕协议效力与亲子关系的成立做一体评价,通过前者来证成后者的方法论,被动地等待政策回春,则需要经过一个不确定的周期。笔者认为,可通过完善身份法原理解释功能,将代孕协议的法律行为和求孕夫妇通过意思自治与代孕子女设立亲子关系的单方身份行为两分,借助诉讼法上的“推定制度”之形和婚姻家庭法中“婚生子女推定理论”之实,进化婚生子女推定原生理论。当夫妻一致同意采用代孕生殖时,根据意思自治、禁止反言和自我负责法理的惯常联系,推

①2016年国务院办公厅印发《关于解决无户口人员登记户口问题的意见》全面解决计划生育政策之外的“黑孩子”落户问题,截至6月中旬,已有13省份相继出台“黑户”如何落户的实施细则,孩子的户口不再与父母违反生育政策的行为连带,树立“没有违法的孩子,只有违法的父母”的理性观念。李金磊:《13省份出台无户口人员落户细则 多地禁设前置条件》,http://www.chinanews.com/gn/2016/06-14/7903113.shtml。

②“契约说”:以求孕夫妇与代孕者在人工辅助生殖服务协议中对代孕子女法律上父母的安排为准来确定亲子关系。

③在逻辑上推定具有共同的生殖意愿的求孕夫妇作为代孕子女的法定父母可以避免公共政策悖论,如果法律认可代孕子女自始属于求孕夫妇的孩子,孕母的行为就不构成卖孩子,求孕方的行为也不构成买孩子。

④2015年《人口与计划生育法》删除了草案中“禁止代孕”条款。

定有创设亲子关系的单方身份行为意思表示。该意思表示自受胎时生效,因此出生的子女为求孕夫妇的婚生子女,并允许“否认”提供反面保障。同时,对结果保护不意味着对卵子买卖与代孕服务适法性的肯定,对后者违反生育管理性规范的惩戒,应用行政手段解决,而非假手调拨子女法律地位的方式实现,因为这有悖于子女最大利益原则。如有学者认为,除合法有效的代孕之外,应该采取“分娩者为母,其夫为父”的原则,起到禁止代孕的作用,而且求孕夫妇不能根据人类辅助生殖特别法的规定收养孩子。^[16]笔者认为,此观点将代孕子女父母身份认定的私益作为公权力限制代孕的手段,无视求孕夫妇具备更充分的父母意识,而代孕母及其夫丝毫不存在为人父母的意识,无法为代孕子女提供健康幸福的成长环境的可能,忽视了代孕子女的切身利益。反之,将代孕行为的惩戒与代孕子女法律地位两分,能使代孕子女对家庭双系抚养需求的个人利益、求孕夫妇为父母人性追求的家庭利益、软化生殖医学技术发展和规范冲突的社会利益三者协调发展,共同守护作为责任同心圆中心的未成年子女的利益。

(三)意思推定的证成

至少从柏拉图以来,人们在其中一直重点关注的事情是,理解在真正知道某个东西与仅仅相信某个碰巧是真的东西之间的区别——是什么使得一个信念被证成,是什么东西构成了好的或适当的根据、理由或者证据。^[17]代孕生殖中的婚生性意思推定同样面临着需要被证成的问题。下文将从推定制度原理、身份行为的构成、国内外立法与判例、心理学与社会学角度解释该推定的合法性与合理性。

1. 意思推定的逻辑可行性

意思推定符合一般推定原理。证据法上的推定是在已证明的事实A——导致推定的事实——和在

另一个推定的事实B之间创设一种特定法律关系。^[18]其不同于拟制,为实现特定的目的,用“明知不同而视为相同”的规则扩张适用新情况,强行跨越差异的鸿沟,不许反驳;推定是“不知是否相同而等同”,当待证事实不清、真伪不明时,为避免多余和难以完成的证明,在待证事实和推定事实之间通过法律规范或者经验法则的连接因子平稳过渡,但两者之间前提和结论的关系并不精确,是概率性的结合,因此,也应允许反驳。^①

推定既有程序法的一般功能又能产生实体法的效果,是“用程序法的语言表示出来的实体法规则”^[19]。推定事实可能是与产生、变更、消灭某种法律关系相关的主观过错、因果关系、权利状态等法律事实,也可以是以意思表示为内容的推定事实。民事实体法中广泛存在意思推定,如被表见代理人对他以本人名义实施民事行为不置可否的基础事实,可推定本人有授予代理权的意思表示;买受人在试用期满,对是否购买标的物不置可否的基础事实,可推定试用人有购买的意思表示;自然人之间借款合同对支付利息没有约定或约定不明的基础事实,可推定借款合同双方没有订立利息从合同的意思表示。^②

婚生子女推定制度的现代化也可以借助一般法律推定的逻辑结构。婚姻关系主体是否在任何情况下都同意将代孕子女视为婚生子女的意思B在法律上待定,因此可以意思自治、禁止反言和自我负责法理为惯常联系,从求孕夫妇一致同意实施人工生殖的基础事实A中推定有创设亲子关系的单方身份行为意思表示B。既免除有创设亲子关系意愿的求孕夫妇积极举证的责任,又可以避免求孕夫妇通过故意不履行积极证明责任,而免于承担抚育责任的反言行为。同时,由于从A到B是“不知是否相同而等同”的推定,因此可以通过对基础事实的否认或证明存在异态事实而拒绝适用该推定,预留反

①如《合同法司法解释二》第一条规定:当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。当合同是否成立的待证事实不清,从人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的已知事实,推定合同已成立,同时允许法律另有规定或者当事人另有约定的反驳。

②《民法通则》第六十六条:本人知道他人以本人名义实施民事行为而不做否认表示的,视为同意;《合同法》第一百七十一条:试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物,也可以拒绝购买。适用期间届满,买受人对是否购买标的物未做表示的,视为购买;《合同法》第二百一十一条:自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的,视为不支付利息。

驳的空间。如一方证明基础事实中的一致同意不存在、该同意行为非出于自愿、求孕夫妇的生养动机不利于子女最大利益,则该方可以不受婚生推定。^①

2. 意思推定的身份法基础

立法原理和公序良俗是否认可推定的事实B,即求孕夫妇单方设立有相对人的亲子关系的意思表示在身份法上能否自治,需进一步探讨。

身份法领域是否存在以意思表示为核心的身份法律行为,素有争议。有的认为身份行为的效果意思包含于身份生活事实之中,对身份行为中是否存在意思自治的空间,态度较为晦涩;但也不乏直接否认的观点^②,认为身份法上的身份关系只是对人文社会既存的伦理关系附和性转述,身份关系中的你、我、他都得迎合定型化的身份配置。笔者更支持“肯定说”^③的主张,虽然身份法中诸多“意思”内容的张力受国家强制的限缩,身份行为自治内容非绝对自由,但不可抹杀身份行为“意思自治、自主决定、自我负责创设权利义务”^[20]的私法本质。

身份法律行为以亲属身份关系的得丧变动为目的,意思自治内容具有人伦、稳定、确定的要求,身份关系是否产生、解消,如何产生、解消,以及产生怎样的类型和权利义务内容三个环节^④体现了私法自治与国家强制此消彼长的对弈关系。^[21]

首先,从产生的类型和权利义务内容上,国家强制尊重社会积累的伦理经验,从社会政策、人伦秩序等其他价值判断出发,限缩自治工具的张力,将身份关系的具体类型和权利义务内容予以定型化。只得设立夫妻、亲子等人伦秩序已有的身份类型,亲子之间抚养赡养的权利义务也只得统一概括承受,不能附条件或期限选择性接受,这也是“事实先在理论”认为身份不能人为创制,否认身份法律行为的出处。

其次,在是否产生、解消上,明确保留部分自治,

身份行为主体有权决定是否进入或退出特定身份关系的自由。虽然婚姻法将男女两性合规范性地持久共同生活的状态类型化为夫妻法律关系,相互之间尊重姓名、人身自由等权利义务的内容需一体接受,但该婚姻关系主体仍享有进入或退出婚姻关系“独善其身”的自由。

再次,在如何产生、解消的链接环节上,强制与自治关系则较为灵活,根据不同时期社会控制与治理的需要,可以相互转换。如1992年《收养法》实施之前,事实收养关系不仅在是否形成或解消上遵循自治,在如何形成和解消环节也由当事人意思自治。后为规范社会管理,颁行《收养法》,虽然“是否产生”收养关系仍属自治,但“如何产生”不再完全由当事人自治,强制涉入登记生效要件。此外,《民法通则》对“如何产生”成年精神障碍患者监护关系,规定强制由其配偶等人按序担任,而《民法总则》为回应老年人合法权益保障的现实需求,规定成年人监护可通过意定监护协议设立。从事实收养到法定收养,成年精神障碍患者监护到成年人意定监护,身份关系“如何变动”或强制或自治的转变,体现了“如何产生”环节在身份行为意思表示内容中为社会治理服务的灵活性。

根据上述意思对自治内容三环节的解构,在尊重亲子身份类型和权利义务内容“事实先在”强制性前提下,出于社会治理的实践需求,亲子关系的设立不再强制以血缘联系为必须,可将婚生子女意思推定视为“如何产生”的链接环节,发挥其解释的灵活性,求孕夫妇可通过单方意思表示创设亲子关系,该意思表示自受胎时生效,^⑤独立于代孕协议效力。在两分的前提下,赋予该带有感情、认知、目的内涵的单方意思表示以法律效力,并不背反公序良俗,反而能为代孕子女拟制法律上的“理性父母”,保障双

①如有学者认为,在人类辅助生殖条件下,一般应认为非提供基因物质的一方才有否认权,否认的理由为有效同意的欠缺。有效同意在确认父亲或母亲的身份时尤为重要,应该允许当事人举证欠缺有效同意时对于法律的推定做出否认。

②“否认说”：“身份”，在法律学上，是属于“意思表示之前”的概念，身份关系具有“事实先在性”之特性，身份关系变动的身份行为仅具有宣言（确认）的特性。“身份行为虽可实现亲属身份之得丧事实，但与身份人效果意思及意思表示无干”。

③“肯定说”：存在与财产行为相对的身份法律行为，属法律行为的下位概念，意思表示仍然是身份行为中的核心要素，是民事主体在身份领域自治的工具，能够产生、解消身份关系的法律效果。

④有学者认为身份关系的权利义务内容如何、该身份关系如何发生及如何终了等问题，均即身份关系的定性化，但是否进入或退出特定身份关系当事人可由意思自治。

⑤代孕子女此时虽未出生，但为保护胎儿的应然利益，可以赋予其民事主体资格，参与法律关系，这与《民法总则》第16条的创新之处相呼应。

系抚养,实现身份行为解决新身份问题的历史担当。

3. 意思推定的相关立法与判例

为保障未成年子女的身份利益,尊重求孕夫妇的生殖意愿,^[22]以推定的意思作为处理人工生殖子女亲子关系核心要素,不仅有上述理论支持,国内外司法实践也有所体现。如我国1991年《关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》规定,发生在婚姻关系存续期间的人工授精辅助生殖,不论精卵来源,如果经婚姻关系主体一致同意,则推定该子女为婚生子女,由求孕夫妇承担共同生殖意愿的后果。^①肯定婚生子女意思推定的合法性,有利于实现我国人工生殖子女法律地位的统一。

美国加州高等法院在1968年 *People v. Sorenson* 一案中,最早确立了以夫妻共同生殖意愿作为确定人工授精生殖中亲子关系的依据。^[23]20世纪90年代后,美国学者开始将求孕夫妇共同生殖意愿作为确定亲子关系依据的想法扩张到代孕生殖中,呼吁在最亲密的私人领域,允许适当个性化的身份关系自治,尊重私人间对生命的选择,而非生硬地援用定型化的道德标准。共同的生殖意图比传统生殖方式要更容易判断,将一心求孕的夫妇作为代孕子女法律上的父母符合子女最大利益及其福利保障,由此推定具备代孕生殖意图的求孕夫妇为法定父母。^[24]

在 *Johnson v. Calvert* 案中^[25],加州高等法院将代孕协议效力与求孕夫妇法定父母资格两分,否认了代孕协议的效力,但仍以求孕夫妇共同的生殖意愿作为确定亲子关系的依据。在 *Jaycee B v. Superior Court* 案中^[25],代孕子女虽与求孕夫妇不存在生物联系,但求孕夫妇也因共同的生殖意愿受法定父母的推定。此外,美国路易斯安那州、马里兰州、罗德岛州都将代孕的合法性与父母资格两分,虽然立法上对代孕态度并不明确,但都支持即使不存在生物联系,具有共同生殖意愿的求孕夫妇也具备代孕子女法律上父母资格。^[26]

4. 意思推定的心理学与社会学基础

基于该意思推定建立的亲子关系以父母意识为

基础,有利于引导非对称的亲子互动作用,建立与调适良好的亲子关系。心理学研究中的亲子关系是个体成长的重要组成部分,是父母子女间建立情感联系的细腻、微妙、复杂的过程,^[27]父母既是“理性上传递知识和规则的教师,也是在行为上以身作则的榜样”。^②意识指导行为,内在的心理因素直接影响外在的教养模式,进而影响儿童不同心理层面的发展。父母意识^③是核心内在的心理因素,^[28]其影响着父母对儿童的态度和教养模式,会造成亲子关系依恋程度和儿童个性化发展的差异。在父母意识强弱的影响因素中,除父母年龄、文化水平等客观要素外,更为本质的是建立亲子关系的渴望与准备。

父母意识的本质、决定性作用是确定代孕子女法定父母的考量因素之一,比起纯粹分娩行为实施者和生物联系提供者,求孕夫妇具备更为强烈和完整的建立亲子关系的渴望与准备,以及为人父母的自信心与责任感,因此该婚生子女推定符合心理意义上的亲子关系。

基于该意思推定建立的亲子关系以婚姻关系为基础,有利于引导非对称亲子关系社会化持续进行。婚姻关系是家庭关系的基础,家庭关系是婚姻关系的扩展。^[29]在家庭三角关系中,父母婚姻关系是亲子关系社会联系的基础,儿童社会化过程不仅依赖自身本能反应,也需要父母将社会知识、价值观念等通过个性化吸收转化传递。与生殖有自然基础保障不同,这一社会化传递过程极易中断,而被社会认可、受社会制约的婚姻,超越两个人之间的情感联系,是一定社会团体之内的社会举动,^[30]这种社会粘连可以保障亲子间社会知识、价值观念的传递长期、持久运作。

婚姻为亲子关系提供的社会联系,也是确定代孕子女法定父母的考量因素之一,婚姻关系产生“先在”的共同生殖意愿,从婚姻关系一体性来构建家庭,从家庭出发寻找孩子,比分娩行为实施者和生物联系提供者“后起”的抚养意愿,更有利于确保父母的双系抚养,并且可以长期持久地传递社会资源,

①该复函也可以从意思推定的角度进行解释,夫妻双方一致同意实施人工授精的基础事实,推定其有创设亲子身份,负担父母责任的意思表示,该意思表示在成功受孕时生效,此后出生的子女为婚生子女。

②不同父母的关心爱护、纪律控制抚育模式不同,子女通过观察获得的间接强化,通过模仿创造的新行为。

③父母意识包括对于妊娠、分娩、育儿及亲子关系的态度,对为人父母的自信心与责任感,以及成为父母后对自身及配偶的评价及情感体验。

持续伴随儿童社会化过程,因此该婚生子女推定符合社会学意义上的亲子关系。

四、结语

综上所述,代孕行为的争议性与代孕子女应受保护性两分是解决代孕子女法律地位的基本思路,对意思推定的肯定并不是对代孕本身的肯定。对代孕的消极制裁,应交由行政规范调整,而非无视代孕子女的最大利益,假手调拨代孕子女亲子关系来实现。意思推定下的代孕子女父母身份认定,以法律推定为逻辑结构,依托于单方身份行为的灵活性,不仅克服了单轨制生殖时期的主体限制,尊重婚姻主体共同的生殖意愿,反映了婚姻家庭社会学与心理学原理,符合儿童最大利益原则,同时与我国人工授精子女法律地位认定规则相契合,故可以尝试用于解决大量存在的代孕子女亲子关系问题。

在本案“四亲儿童”监护权纠纷中,二审法官的裁判观点,未能经受继父母子女身份法理论细推。相反,如果运用婚生子女意思推定规则,从陈某与罗某婚内共同生殖意愿推定存在创设与代孕子女亲子关系的意思表示,自受孕时生效,并允许婚姻主体进行否认,在第一顺序法定监护人陈某未丧失监护资格时肯定其监护权,维持“四亲儿童”身份生活事实与成长环境的安定,反而更能保障代孕子女的最大利益。

【参考文献】

- [1] 陈琼珂. 全国首例: 一对代孕龙凤胎三个“妈”, 监护权应判给谁[EB/OL]. [2016-06-21]. <http://www.shob-server.com/news/detail?id=21022>.
- [2] MELISSA AHLEFELDT. Less than family: surrogate birth and legal parent-child relationships in Japan [J]. ZJAPANR/J. Japan. L, 2011(32): 68-72.
- [3] 肖永平, 张弛. 比较法视野下代孕案件的处理[J]. 法学杂志, 2016(4): 71-79.
- [4] 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[J]. 法商研究, 2017(1): 25-34.
- [5] 张燕玲. 人工生殖法律问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 157-159.
- [6] 余延满. 亲属法原论[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 384.
- [7] 王丽萍. 亲子法研究[M]. 北京: 法制出版社, 2004: 8.
- [8] 程维荣, 袁奇钧. 婚姻家庭法律制度比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 117-121.
- [9] 陈苇. 婚姻家庭继承法学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2014: 119.
- [10] 高其才. 中国少数民族习惯法研究[M]. 北京: 清华大学出版社, 2003: 80.
- [11] 曹余贤. 儿童最大利益原则下的亲子法研究[M]. 北京: 群众出版社, 2015: 6.
- [12] 植木哲. 医疗法学[M]. 冷罗生, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 299-302.
- [13] 李善国, 倪正茂, 刘长秋. 辅助生殖技术法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 67-70.
- [14] 张作华. 亲属身份行为基本理论研究[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 95.
- [15] 郭明瑞. 身份法之立法原则[J]. 北方法学, 2013(1): 7-12.
- [16] 汪丽青. 人类辅助生殖私法调整机制研究[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 174.
- [17] 王立争. 民法推定性规范研究[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 54.
- [18] 罗纳德·J. 艾伦. 证据法: 文本、问题和案例[M]. 张宝生, 译. 北京: 高等教育出版社, 2006: 852.
- [19] 肖建国, 肖建华. 民事诉讼证据操作指南[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2002: 112.
- [20] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 11.
- [21] 张作华. 认真对待民法中的身份: 我国身份法研究之反思[J]. 法律科学, 2012(4): 55-67.
- [22] 周平, 胡纪平. 异质人工生殖中亲子关系界定之法律准则探讨[J]. 中南民族大学学报, 2014, 34(4): 127.
- [23] FRANK J. BEWKES. Surrogate or “mother”? the problem of traditional surrogacy [J]. Tennessee Journal of Race, Gender & Social Justice, 2014, 3(2): 164-170.
- [24] KIRSTY HORSEY. Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements [J]. Child and Family Law Quarterly, 2010, 22(4): 8-10.
- [25] JENNIFER JACKSON. Preventative legislation ensures intended parents of gestational surrogacy benefits under the California family rights act [J]. The Freedom Center Journal, 2014, Winter (2): 9-10.
- [26] DIANE S. HINSON. State-by-State surrogacy law actual practices [J]. Family Advocate, 2011, Fall (34): 36-37.
- [27] 周奎奎. 亲子关系作用机制的心理学分析[J]. 西南师范大学学报(哲学社会科学版), 1997(2): 46-49.
- [28] 桑标, 唐剑. 父母意识的结构与内涵初探[J]. 心理科学, 2000, 23(3): 279.
- [29] 高其才. 当代中国婚姻家庭习惯法[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 1.
- [30] 费孝通. 生育制度[M]. 北京: 商务印书馆, 1997: 71-77.