

代孕中的民事法律问题研究

宁若花

Research on Civil Law Issues of Surrogacy

NING Ruo-hua

在线阅读 View online: [10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2023.01.010](https://doi.org/10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2023.01.010)

您可能感兴趣的其他文章

Articles you may be interested in

[维护海外中国公民权益的国际法问题研究](#)

Study on International Law of Safeguarding the Rights and Interests of Overseas Chinese Citizens

华北电力大学学报(社会科学版). 2021, 2(4): 89 doi: [10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.04.010](https://doi.org/10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.04.010)

[大学内部治理: 关注学生参与权推进治理现代化](#)

Universities' Internal Governance: Focusing on Students' Participation Right and Promoting Modernization of Governance

华北电力大学学报(社会科学版). 2021, 2(2): 125 doi: [10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.02.015](https://doi.org/10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.02.015)

[可再生能源电力优先并网权之证成](#)

Evidence of the Priority on Renewable Energy Power Grid Connection

华北电力大学学报(社会科学版). 2021, 2(1): 26 doi: [10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.01.004](https://doi.org/10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.01.004)

[农地“三权分置”框架下承包权的定位与制度保障](#)

华北电力大学学报(社会科学版). 2020, 1(4): 102 doi: [10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2020.04.012](https://doi.org/10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2020.04.012)

[供给侧改革视域下高校思想政治理论课话语权建设的路径创新](#)

The Path Innovation of the Discourse Power Construction of Ideological and Political Theory Courses in Colleges and Universities from the Perspective of Supply-side Reform

华北电力大学学报(社会科学版). 2021, 2(1): 119 doi: [10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.01.014](https://doi.org/10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.01.014)

[民事推定适用的逻辑及其展开](#)

The Logic of Civil Presumption Application and Its Expansion

华北电力大学学报(社会科学版). 2021, 2(2): 72 doi: [10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.02.009](https://doi.org/10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2021.02.009)



关注微信公众号, 获得更多资讯信息

DOI: 10.14092/j.cnki.cn11-3956/c.2023.01.010

代孕中的民事法律问题研究

宁若花

(同济大学 法学院, 上海 200092)

摘要:代孕特殊的福利功能使其备受青睐,但也因人为割裂自然生殖过程而招致伦理谴责与法律争议,然而我国法律目前并没有对代孕引发的民事法律问题予以回应。我国应以“未成年人利益最大化原则”作为处理代孕问题的首要原则。一方面,在子女利益最大化的基础上结合不同的代孕类型,确定代孕子女的监护权归属;另一方面,从最利于代孕子女健康成长角度出发,判断代孕母亲能否享有探望权的权利基础。

关键词:代孕;代孕协议;监护权;探望权

中图分类号:D923

文献标识码:A

文章编号:1008-2603(2023)01-0082-08

2008年发生的“中国首例八胞胎代孕案”首次引起国内媒体关于代孕的广泛关注。2016年被称为全国首例因非法代孕引起的监护权纠纷的“上海龙凤胎案”再次引起人们对代孕牵涉的法律关系、亲情伦理等问题的争论。2021年的“郑爽海外代孕案”更是引发了全民热议,直接将代孕置于舆论的风口浪尖。我国目前仅有卫生部颁布的两部较低位阶的部门规章,即《人类辅助生殖技术管理办法》(下文简称《管理办法》)和《人类精子库管理办法》涉及代孕问题,二者均对代孕持反对态度,但是对事实上可能产生的代孕协议效力问题、代孕子女子女监护权问题及代孕母亲的探望权问题没有给予明确规定。

事实上,代孕在我国并没有销声匿迹,地下代孕反而呈现出在夹缝中蓬勃发展的势态。在网络上输入“代孕”,会弹出数十万关于代孕中介、私人代孕、跨国代孕的网页。据报道,我国目前共有400多家地下代孕中介,每年有近万名婴儿通过地下代孕出生,地下代孕的业务量以每年30%左右的速度增长^[1]。代孕技术的应用,对传统的自然生育模式、伦理关系及法律关系等制度体系带来了巨大的冲击与挑战,加上非法代孕网站的泛滥、地下代孕中介的盛行及医疗机构为营利而非法运营,代孕中出现了许多难以解决的问题,严重影响了公民个人利益及社会公共利益。法律可对违法行为本身进行制裁,但因此出生的孩子并不会由于法律制裁而消失,无论代孕在我国是否合法,都必须面对代孕子女的法律地位认定问题,进而解决代孕子女的监护与抚养、代孕母亲的探望权等问题,然而依据我国现行的法律规定显然不能给出一个明确的答案。

收稿日期:2022-04-10

基金项目:国家留学生基金委员会项目“中德两国代孕法律研究”(201706260234)。

作者简介:宁若花,女,同济大学与柏林洪堡大学联合培养博士研究生,研究方向:民商法、婚姻家庭法。

一、代孕的概念及分类

代孕在我国首次官方亮相于2004年卫生部颁布的《管理办法》第3条,然而它没有对代孕做出明确的定义。目前学术界主要从以下几个角度做出定义:第一,技术说。代孕是人类辅助生殖技术的方式之一,具体指运用现代医学技术中的人工授精或体外授精—胚胎移植帮助代孕母亲怀孕的行为^[2];第二,混合说。此学说将代孕定义为女性以将孩子交于他人抚养为意图而怀孕的行为;^[3]第三,亲权转让说。比如布莱克法律词典对代孕(surrogacy)的定义是:“代孕是指一对夫妻与其他女性签订协议,约定由该女性代替妻子怀孕,孩子出生后由该对夫妻取得孩子的所有亲权。”^[4]第四,过程说。过程说认为代孕是代孕母亲接受手术、怀孕分娩、交付代孕子女等一系列过程的集合^[5]。学者们对代孕的理解都带有专业领域的特点,从不同的角度表明了代孕某方面的特征。从医学方面出发,定义直观,但是过于注重技术属性,而忽视了代孕的社会价值及法学价值;从社会学角度出发,会偏向于了解当事人的思想意识,但忽视法律身份的界定;混合说将自然代孕与人工代孕混为一谈,无视两者之间的本质区别;亲权转移说类似收养协议,未注意代孕协议的特殊性。本文认为,代孕是利用现代医疗技术(人工受精或体外受精),将委托方夫妻中丈夫或者捐赠者的精子注入自愿代理妻子怀孕者(即代孕母亲)的体内受精,或将人工培育成功的受精卵或胚胎移植入代理妻子怀孕者的体内以使其怀孕,待代孕子女出生后由该委托夫妻抚养并取得亲权的一种方式。^[6]

根据代孕母亲与代孕子女之间的血缘关系,代孕可分为妊娠型代孕、基因型代孕及捐胚型代孕^[7]。妊娠型代孕也称为完全代孕,指代孕母亲仅提供自己的子宫作为生育孩子的媒介,不提供自己的卵子,代孕子女与代孕母亲不具有血缘关系。基因型代孕也被称为局部代孕或不完全代孕,指代孕母亲不仅提供自己的子宫作为生育孩子的媒介,还要提供自己的卵子,代孕子女与代孕母亲有基因上的遗传关系。捐胚型代孕是指完全由他人捐赠精子和卵子,代孕母亲完成妊娠及分娩,委托方夫妻、代孕母亲与代孕子女均不具有任何生物学上的遗传关系。以上代孕的分类主要是从代孕母亲与代孕子女之间的血缘关系为出发点。在学界,还有观点从其它角度对代孕进行分类,如依据委托夫妻是否向代孕母亲支付费用,可以将代孕分为有偿代孕、无偿代孕和补偿型代孕^[8]。这种分类主要对代孕合同双方当事人权利义务确定具有意义,而本文主要研究代孕协议的合法性、代孕子女监护人的确定及代孕母亲的探望权,因此,第一种分类更具意义。

二、代孕协议的效力问题

代孕协议指委托方夫妻与代孕母亲间签订的约定双方权利及义务的协议,不包括人类辅助生殖机构、代孕中介组织与委托方夫妻或代孕母亲间签订的合同。^[9]代孕协议涉及的内容特殊,不仅对传统民法提出了重大挑战,而且危及到伦理道德与家庭价值观念的稳定。关于代孕协议的效力问题,目前学说界存在两种截然不同的观点。

(一) 否定说

梁慧星先生认为,代替他人怀孕的所谓代孕母协议,属于违反公序良俗原则中的危害家庭关系的行为类型,该法律行为无效。^[10]此外,还有学者认为代孕协议具有以下威胁:第一,代孕将女性与儿童视为物权客体,女性充当生育工具,儿童则被当做商品贩卖,无异于买卖器官与贩卖儿童,代孕甚至为卖淫、嫖娼等严重的刑事犯罪披上合法的外衣。^[11]第二,代孕人为的割裂了自然生殖的

过程,使不同人的精子、卵子与子宫任意组合,打破了传统的亲权结构,导致了混乱的伦理关系,使得代孕子女处于多个父亲与母亲的尴尬状态中,最终威胁家庭稳定与社会和谐;第三,代孕有损人格尊严。代孕的初衷虽然是帮助不孕不育家庭实现拥有子女的美好愿望,但是实践中代孕却屡屡危及代孕母亲与代孕子女的合法权益与人格尊严。否定说认为代孕是女性向父权思想屈服的产物,女性完全沦为传宗接代的生育工具^[12];第四,代孕是对弱势群体的剥削。持否定态度的学者认为良好社会应该更加关注弱势群体的利益与需求,但代孕却与此背道而驰。代孕母亲一般来自经济贫困家庭,这些女性为了获得高额经济报酬而从事代孕。十月怀胎本身就充满了风险与不确定性,加上地下代孕中介的克扣,代孕女性的身体与生存状况陷入更加恶劣的境地。

(二)肯定说

还有部分学者认为,代孕协议并不具有无效事由,当属有效协议。首先,代孕协议并不违背公序良俗。公序良俗是一个历史范畴,其内涵与外延处于不断的变化之中。比如“三纲五常”“三从四德”等思想在我国历史上一直被认为是行为典范,但是在现代社会却成为封建思想残余,被人们诟病。^[13]代孕虽有损害人格尊严的嫌疑,但是并非所有的代孕女性都是出于金钱目的而从事代孕。其次,在完全代孕中生殖细胞全部来自于委托方夫妻,代孕子女与代孕母亲没有任何血缘上的关系,代孕母亲仅提供子宫作为生育子女的媒介,此种情况并没有违反公序良俗。再次,代孕没有违反法律规定。我国合同法第52条规定,只有违反法律和行政法规的强制性规定的合同才无效,违背法律与行政法规下位法的合同并不必然无效。我国关于禁止代孕的规定仅见于卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生殖技术规范》两部部门规章,依据上述两部部门规章并不能得出代孕协议无效的结论。由此可见,司法部也没有明确表明代孕协议的法律效力问题。依据私法领域“法无明文禁止即自由”的原则,代孕协议应该为有效协议。最后,代孕符合公平正义原则。“法律的天平总是向弱者倾斜”,体现了法律注重保护弱者的特征。一部良法不仅要维护大多数人的利益诉求,更要保障少数弱势群体的权利与利益,唯有此才能实现实质上的公平与正义。^[14]在父权思想占统治地位的中国,不孕不育女性常常遭受着家庭与社会的种种指责与非议,而代孕能够帮助不孕不育家庭获得属于自己的孩子,能够改善甚至改变不孕不育女性的弱势地位。基于公平正义价值理念,国家通过法律承认代孕协议的效力,使代孕成为一种合法的、阳光的行为,正是对弱势群体保护的体现。认为代孕协议无效的观点,是用多数人的暴政去践踏少数人权益,严重违背了公平正义的现代观念。

肯定说与否定说均具有一定的道理,但是囿于结果,而忽略了问题本身。以“上海龙凤胎案”为例,一审法院过于强调代孕的违法属性,认为判定由委托母亲获得监护权,无疑是对代孕这一违法行为的变相肯定,在社会上会起到鼓励代孕的作用。二审主审法官侯卫清指出,无论代孕违法与否,通过代孕生育的子女理应无罪,如何“戴着脚铐跳舞”,在法无明文规定的前提下,权衡诉讼双方条件和诉求,保护无辜未成年人的利益才是法官必然要解决的问题。我国实践中代孕引发的纠纷,基本也是围绕代孕子女的监护权或代孕母亲的探望权展开的,确定代孕子女监护人的认定原则及判断代孕母亲有无探望权基础才是立法与司法无法逾越的问题。因此,二审法院从未成年人利益最大化角度考虑,推翻了一审判决,最终判决由委托母亲承担监护责任。正如该案二审判决书中写道“我国作为联合国《儿童权利公约》的起草参与国和缔约国,亦应在立法和司法中体现这一原则。法院在确定子女监护权归属时,理应尽可能最大化地保护子女利益。”

“上海龙凤胎案”虽然是我国众多有关代孕子女监护权纠纷案件中的一个小案例,但是随着不

孕不育率的逐年攀升,我国社会对代孕的需求率必然会不断增长。这个判决为我国代孕纠纷问题提供了一个很好的思路,我们不应过分关注代孕协议的效力问题,而应当遵循“未成年人利益最大化原则”,将未成年人的利益放在最关键最首要的位置,从而解决相关民事法律问题。

三、代孕子女监护权认定

在司法实践中,由于代孕产生了混乱的亲子关系,如果代孕双方能遵守协议,或者委托方夫妻不存在离婚或者死亡等问题,一般不会产生法律纠纷。但是,若上述某一环节出现问题,导致双方拒绝履行监护义务或同时争夺监护权,则产生法律纠纷在所难免。加之我国法律对代孕持禁止态度,法院对监护权归属的判决往往以打击代孕为目的,导致监护权归属判决不明、条理不清,并没有很好的维护代孕子女的合法权益。无论法律对代孕持何种态度,代孕子女应当被不加区别的保护。

(一) 学界关于代孕子女监护人确定原则的不同观点

纵观世界,目前普遍流行着四种认定代孕子女亲子关系的原则,即血缘说、分娩说、契约说及儿童利益最佳说。第一,血缘说,也称为基因说,此学说认为代孕子女的监护人应当是卵子的提供者,她们与孩子具有生物学意义上的遗传关系。第二,分娩说是对罗马法中“分娩者为母”原则的继承,该学说认为孩子的母亲应是完成怀孕及分娩的女性,因此代孕母亲就是代孕子女法律上的母亲。第三,契约说,也称为合同说或意思说,是指依据合同自由和意思自治原则,在代孕子女监护人确定问题上应当严格遵守契约精神,将代孕合同双方当事人的真实意思表示作为判断标准^[15]。第四,未成年人利益最大化。这是一种相对比较灵活与包容的方式,具体指监护关系的认定并不局限于血缘或分娩等传统认定模式上,而是从子女的利益角度出发,综合比对委托方夫妻与代孕母亲各方面的条件,从中选择出最有利于子女成长的一方作为监护人。

在自然生殖模式下,分娩说与血缘说契合,最符合传统的生育观念与自然规律。然而代孕技术的产生人为的割裂了自然生殖的过程,使得供精、供卵、妊娠、分娩过程变得相对独立。通过代孕出生的孩子,可能同时拥有多位父亲和母亲。此时,依据现有自然血亲与拟制血亲制度已经无法解决代孕子女的监护人认定问题。在代孕关系当中,涉及三方当事人,即委托方夫妻、代孕母亲与代孕子女。委托方夫妻寻求代孕的最终目的是获得属于自己的孩子,代孕母亲接受他人委托一般是出于金钱或帮助他人的意愿,代孕子女是这场委托带来的新生命。最理想的状态是三者的权益都能得到完美的保护,但是现实中总是冲突不断。当这三者出现矛盾时,最先保护的应当是代孕子女的权益。未成年人身体发育不完全、心理尚且不稳定、且不具有经济来源,处于绝对的弱势地位,理应被予以保护,这一点也在《联合国儿童权利公约》中得以体现。而代孕子女又是未成年人中比较特殊的一部分人,更应该受到特殊的保护。笔者认为,是否存在自然血亲与拟制血亲并不是代孕子女监护人认定的关键,如何维护代孕子女的利益才是重点,应依据未成年人利益最大化原则将监护权判给委托方夫妻,最大限度保证代孕子女的健康成长。^[16] 未成年人利益最大化原则不仅在代孕问题上被许多国家采纳,在确认夫妻离异时孩子的监护权归属时也被广泛使用,在我国的《未成年人保护法》《婚姻法》和《收养法》等单行法中都有所体现。该原则的核心观点认为子女并不是附属于父母的,父母也不是子女的支配者,公权力可以介入到子女监护权的认定当中,破除血缘、分娩或合同等阻碍因素,最终认定监护人由最有利于未成年人健康成长的亲权人担任。因此,笔者认为应当将未成年人利益最大化原则视为保护未成年人、保护代孕子女利益的根本原则,弥补我国

当下的立法缺陷。

未成年人利益最大化原则一般被认为是认定子女监护权中的最高标准,但由于其缺少可量化和固定的评价标准,赋予法官过大的自由裁量权,因而带来了实践中认定难的问题。^[17]法官不仅要综合考虑代孕双方的经济实力、文化水平、社会地位等等,还要顾及到孩子的健康成长与良好发展,因此可能作出难以让双方都信服的判决,也有可能出现同案不同判的尴尬局面,最终影响法律的确信性与威严^[18]。尽管如此,相较其它三种原则而言,儿童利益最大化原则具有最大的合理性,但考虑到人工生殖的目的,还需要区分不同类型的代孕,综合考虑以确定代孕子女的监护人。

(二) 代孕子女监护人的具体认定标准

1. 妊娠型代孕下监护人的确定

妊娠型代孕下代孕子女监护人的确定需要进一步分三种情况。一是委托方夫妻双方都同意实施代孕,且提供了自己的精子与卵子,代孕子女与委托方夫妻均具有血缘关系。在此情形,应当认定委托方夫妻就是代孕子女法律上的父母,并由委托方夫妻担任代孕子女的监护人。二是委托方夫妻双方都同意实施代孕,委托母亲提供了自己的卵子,精子来源于第三人捐赠,此时仍应当将委托方夫妻认定为代孕子女法律上的父母,由其享有代孕子女的监护权^[19]。在此情形,代孕子女与委托母亲具有血缘上的关系,与代孕母亲不具有血缘关系。从未成年人利益最大化角度考虑,让代孕母亲抚养与自己没有血缘关系的孩子,于孩子而言未必是件好事。三是委托方夫妻双方都同意实施代孕,在丈夫提供精子,第三人提供卵子的情况下,代孕子女拥有委托母亲、代孕母亲与基因母亲三位不同的母亲,此时极有可能面临着委托母亲与基因母亲、代孕母亲与委托父母、基因母亲与代孕母亲争夺代孕子女监护权的纠纷。首先可以明确的是,基因母亲的身份一般难以确定,即使可以确定,她一般也没有成为代孕子女母亲的意愿,更没有亲身经历十月怀胎的过程,无法与孩子建立深厚的母子之情。目前,没有国家将捐精者视为孩子的父亲,也没有国家将捐卵者视为孩子的母亲^[20]。那么,争议的关键就是委托夫妻、代孕母亲与代孕子女之间的亲子认定问题。笔者认为,代孕母亲仅仅提供子宫作为生育孩子的媒介,与孩子没有血缘上的关系,即使依据分娩者为母原则将其认定为孩子的母亲,也难以保证在漫长的养育过程中代孕母亲会尽心尽力的照顾与自己没有血缘关系的孩子。因此,笔者更赞同以未成年人利益最大化原则为基础,以代孕的目的为辅助,认定委托方夫妻为代孕子女的法律父母,并由其享有代孕子女的监护权。

2. 基因型代孕下监护人的确定

基因型代孕的情况比较复杂,精子来源于委托丈夫,而卵子来源于代孕母亲,代孕子女与委托母亲没有任何血缘上的关系,而与代孕母亲有着血缘上不可分割的关系,因此在基因型代孕中存在的问题是代孕母亲与委托母亲之间的纠纷。依据血缘说和分娩说,代孕母亲都可以成为代孕子女法律上的母亲。但是代孕的最终目的是委托方夫妻获得与自己有血缘关系的孩子,代孕行为产生的首要问题是保护代孕子女的合法权益,因此我们不能单单以血缘说或分娩说作为认定标准^[21]。如果代孕母亲拒绝承担代孕子女的监护与抚养义务时,代孕子女的监护权又将归属于何人。委托方夫妻在代孕过程中不仅花费了大量金钱,还付出了诸多心血,虽然代孕在我国尚未获得法律认可,但是基于人工辅助生殖技术的初衷与未成年人利益最大化原则,在基因型代孕中一般宜将委托方夫妻认定为代孕子女的父母,由其享有代孕子女的监护权。

3. 捐胚型代孕下监护人的确定

通过捐胚型代孕生育的子女与委托方夫妻及代孕母亲均没有血缘关系,与收养制度相比,两者

并没有实质的不同。但是捐胚型代孕花费的成本更高,很多国家对库存中的精子与卵子的使用都有严格的主体与程序要求,委托方夫妻须先满足这些条件,才能找到合适的精子与卵子。其次,捐胚型代孕面临着更大的风险。若是代孕子女患有先天疾病,委托方夫妻与代孕母亲均以代孕子女与自己没有血缘关系为由拒绝抚养孩子,代孕子女则面临着无人抚养的困境。因此,在实践中捐胚型代孕不应当被提倡或允许,但是我们不能否认它的存在。即使委托方夫妻,代孕母亲与代孕子女均无血缘关系,或委托方夫妻与代孕母亲不必然具有监护人的资格,在判定代孕子女监护权的归属时也应当以未成年人利益最大化原则作为判断标准。一般来说,委托方夫妻的经济及文化条件都优于代孕母亲,而且代孕行为也是由委托方夫妻促成的,由委托方夫妻担任代孕子女的监护人,更有利于代孕子女的成长。

四、代孕母亲的探望权

在代孕生子过程中,婴儿落地之日,便是代孕母亲探视权纠纷开始之时。代孕母亲经过十月怀胎一朝分娩的漫长过程,很容易对代孕子女产生难以割舍的母子情怀。无论中外国家,在审理代孕案件时,代孕母亲提出探望代孕子女诉求的情况并不少见。委托方夫妻一般基于孩子健康成长的角度考虑,会拒绝代孕母亲探望的要求。^[22]代孕母亲因不能与孩子见面而备受煎熬,不仅要求享有探望权,甚至会拒绝交出孩子的抚养权。

在著名的美国新泽西州“Baby M”案中,二审法院最终将代孕子女“Baby M”的监护权判给了血缘父亲,因为委托方夫妻的经济条件更好,更有利于代孕子女的健康成长,但同时承认了“Baby M”与代孕母亲玛丽之间的亲子关系,并肯定了玛丽作为生母享有法定探望权。正如波纳斯所分析的:“代孕生育的孩子交由委托方父母抚养,与残忍隔断亲生母亲与孩子之间的联系是存在本质区别的。一个女性做母亲的权利不会因为代孕而被剥夺,而是为了另一个不能生育的女性成为母亲。”在美国,局部代孕比较常见,代孕母亲与代孕子女多具有生物学上的遗传关系,故法律一般既承认委托夫妻“法律父母”的身份,享有代孕子女的监护权,同时又承认代孕母亲“生物母亲”的地位,赋予代孕母亲探望权。^[23]这样的做法力图兼顾与平衡各方面利益,但实际上它并没有彻底解决问题,反而“合法地”将代孕子女的家庭关系置于混乱之中。在我国的司法实践中,也出现了代孕母亲要求行使探望权的案件。在“谢某与高某探望权纠纷案”中,被告高某夫妻与原告谢某签订《合作协议》,约定由谢某自愿为高某夫妻代孕生子,在孩子出生后,高某夫妻(丈夫高某,妻子陶某)支付一笔补偿费,谢某将孩子交由高某夫妻抚养并书面承诺放弃孩子的亲权。在高某夫妻抚养孩子期间,谢某要求探视孩子被拒,故谢某提起诉讼要求享有探视孩子的权利。一审法院重庆市九龙坡区人民法院认为生母谢某是出于获得高额经济利益的目的生育孩子,主观上没有抚养孩子的意图,客观上也没有尽到抚养子女的义务。故法院认为谢某作为生母虽然享有探望权,但是谢某的探望有违儿童利益最大化原则,故驳回谢某要求享有探望权的请求。

国内有部分学者倾向于将代孕子女认定为非婚生子女,依据《婚姻法》中非婚生子女享有与婚生子女同等权利的规定,代孕母亲理应享有探望权,委托方夫妻有协助义务。代孕母亲与委托方夫妻可以通过协商或协议等方式约定探视相关事宜,也可以通过司法程序确定探望事宜。但是从儿童利益最大化原则出发,应当否认代孕母亲的探望权。探望权设立的根本目的是最大限度的保护未成年子女的合法利益,法律赋予父或母探望权的前提是有利于子女身心的健康成长。^[24]探望权是一个严格的法律概念,我国法律对探望权的主体、客体、方式、时间及终止事由等事项都作出了

明确的规定,而代孕母亲完全不符合探望权的行使条件。探望权的初衷是维护离异后没有与子女一起生活的父或母的亲权,及父母离异子女的亲权,探望权的最终目的是保障子女的健康成长。代孕存在的意义是代孕母亲将代孕子女的亲权转移给委托方夫妻,而代孕母亲享有探望权明显违背了代孕双方的真实意图。未成年子女的心里相对脆弱,简单稳定的家庭环境更有利于代孕子女的健康成长,代孕母亲享有探望有违探望权的主旨。

五、结语

法律作为维护社会秩序和公民行为的基本规范体系,应当适应社会发展的需求,对新兴技术运用带来的问题及时予以应对,而不是消极的漠视或贸然禁止。面对代孕产业在我国悄然兴起的现实,一味的禁止并不能真正达到“因禁而止”的效果,反而会催生地下代孕产业的壮大与更多的法律及社会问题,利用法律手段约束和规范代孕行为已经迫在眉睫。在我国目前的社会及科学环境之下,肯定代孕协议的合法性,进而解决由代孕引发的相关民法问题,具有重大的学术价值与实践意义。即可以推动现代民法学的发展,取其精华去其糟粕,以便更好的适应现代社会;也可以解决困扰不育不育家庭的巨大难题,促进家庭和谐和社会稳定。

[参考文献]

- [1] 代孕黑色产业链: 中介超400家, 费用40万至135万 [EB/OL]. (2019-07-17) [2021-05-01], <http://finance.sina.com.cn/consume/puguangtai/2019-07-16/doc-ihytercm3897576.shtml>.
- [2] 梁慧星. 民法学说判例与立法研究 [M]. 北京: 行政学院出版社, 1999: 15.
- [3] 刘长秋. 代孕的合法化之争及其立法規制研究 [J]. 伦理学研究, 2016(01): 115-124+136.
- [4] Ruiz-Robledillo N, Moya-Albiol L, Gestationa surrogacy: Psychosocial aspects [J], Psycho-social Intervention, 2016(03): 187-193.
- [5] 杨芳. 我国“代孕”合法化的制度环境和观念基础 [J]. 政治与法律, 2008(06): 20-28.
- [6] 北京大学法学百科全书编委会. 北京大学法学百科全书—民法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2004: 110-126.
- [7] 刘长秋. 代孕规制的法律问题研究 [M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 2016: 65-69.
- [8] Ingwill Stuvoy, Troublesome reproduction: surrogacy under scrutiny [J], Reproductive Biomedicine & Society Online, 2018(07): 33-43.
- [9] XiaomingJiang, ZhuoyanSong, Different surrogacy approaches for stream macro invertebrates in discriminating human disturbances in Central China [J], Ecological Indicators, 2017 (12): 182-191.
- [10] 梁慧星. 民商法论丛(第1卷) [M]. 北京: 法律出版社, 1994: 57.
- [11] 罗维萍. 代孕与人的尊严辨析 [J]. 昆明理工大学学报(社会科学版), 2015(05): 9-14.
- [12] 杨彪. 代孕合同的可执行性问题: 市场、道德法律 [J]. 政法论坛, 2015(04): 34-47.
- [13] 王彬. 法律论证的伦理学立场—以代孕纠纷案为中心 [J]. 法商研究, 2016(01): 31-42.
- [14] 吕群蓉. “母亲”之法律再构建—以代孕为视角 [J]. 河北法学, 2010(06): 19-24.
- [15] 李英芬, 张芳. 代孕所生子女亲子关系确认的法律问题研究 [J]. 内蒙古师范大学学报(哲学社会科学版), 2018(03): 49-54.
- [16] 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(01): 24-33.

- [17] 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(01): 120-133.
- [18] 周平, 胡继平. 异质人工生殖中亲子关系界定之法律准则探讨 [J]. 中南财经大学学报, 2014(04): 30-35.
- [19] 任巍. 论完全代孕中子女身份归属的法律认定—从子女最佳利益原则出发 [J]. 学术探索, 2014(08): 42-45.
- [20] 吴国平. “完全代孕”协议的效力及其法律规制 [J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2013(04): 45-51.
- [21] 吴国平. 局部代孕之法律禁止初探 [J]. 天津法学, 2013(03): 48-54.
- [22] Craig Dashiell, From Louise Brown to Baby M and Beyond: A Proposed Framework for Understanding Surrogacy [J], Rutgers Law Review, 2013(12): 852-890.
- [23] Miran M. Perkins, Trends and outcomes of gestational surrogacy in the United State [J], Fertility and Sterility, 2016(02): 435-442.
- [24] Karin Hammarberg, Martyn Stafford-Bell, Intended parents' motivations and information and support needs when seeking extraterritorial compensated surrogacy [J], Reproductive Biomedicine Online, 2015(05): 689-696.

Research on Civil Law Issues of Surrogacy

NING Ruo-hua

(College of Law, Tongji University, Shanghai 200092, China)

Abstract: The special welfare of surrogacy makes it popular, but it also incurs ethical condemnation and legal disputes due to the artificial separation of the natural reproductive process. However, China's law does not respond to the civil legal issues caused by surrogacy. China should take "Best interest" of the child as the first principle to deal with the affair about surrogacy. When determining the guardianship of the surrogate children, we should combine different types of surrogacy and principle of the "best interest of the child". When judging whether the surrogate mother can visit the surrogate child, we should also firstly premeditate from the perspective that it is most conducive to the healthy growth of surrogate children.

Key words: surrogacy; Surrogacy Agreement; guardianship; visitation rights

(责任编辑: 孙 帅)