

# 跨境代孕中的法律冲突及其解决路径

——《跨国收养方面保护儿童及合作公约》的经验

袁 泉 罗颖仪\*

**摘要：**对于究竟应该如何看待代孕问题，已在全球范围内出现了道德、伦理、法律等层面上的争论。目前，不同的国家也以各自不同的方式监管和规制代孕。跨境代孕的出现与发展，除对人类繁衍、保障部分家庭的生育权、促进社会稳定方面有积极的作用之外，也引发了一系列问题，包括人权、代孕合同的效力与执行地国间的法律相冲突，并因此导致部分执行地国法院以违反本国公共秩序为由拒绝承认其效力。确定跨境代孕法定父母与代孕子女的亲子关系、跨境代孕儿童的国籍将直接影响代孕儿童作为公民的基本生活权利。因此，国际社会有必要在借鉴《跨国收养方面保护儿童及合作公约》的成功经验上，制定跨国代孕的国际条约，规制跨国代孕。

**关键词：**跨境代孕 意向父母 代孕母亲 亲子关系认定 《跨国收养方面保护儿童及合作公约》

近些年来，对于人体及其器官是否可以用于买卖、租用或捐赠的问题已在全球引起了广泛的讨论。<sup>①</sup>妊娠代孕的出现，使拥有卵子却无法孕育的女性可以通过代孕母亲生育孩子，也为西方一些同性伴侣提供了拥有与自己有血缘关系的孩子的可能。随着生殖技术在过去三十年里的迅速发展，加之跨境代孕行为、代孕中介机构活动的日益频繁，跨境代孕已在伦理、生殖旅游监管、代孕合同效力的认定、亲子关系的认定、意向父母与代孕父母监护权的冲突、代孕儿童的权利等方面出现了诸多问题。

在跨境代孕中，是否允许代孕母亲生育代孕子女是一个极富争议的关键性问题。各国之间在对待代孕的态度和立法上差别很大。跨境代孕合同的效力与亲权执行地国之间存在法律冲突的现象时有发生，跨境代孕亲子关系的承认同样也是对禁止代孕国家的一种法律挑战。一方面，意向父母通常以实现儿童利益最大原则为由，强烈要求接收代孕儿童所在地国法院承认其跨境代孕合同的效力、法定父母身份的确认，从而使得接收国法院的判决受到意向父母的强烈意愿的操控，最终可能导致接收国有关禁止代孕的立法变成空壳。另一方面，从结果上看，接收国法院又往往以违反本国公共秩序为由拒绝承认跨境代孕亲子关系的成立。这种跨境代孕亲子关系的不确定性可能会

\* 袁泉，广东外语外贸大学法学院教授、法学博士。罗颖仪，广东外语外贸大学2016届国际法硕士，澳大利亚皇家理工大学法学专业博士候选人。本文系教育部人文社会科学研究一般项目“跨境代孕的国际私法问题研究”（17YJA820041）的阶段性成果。

① Kristiana Brugger, “International Law in the Gestational Surrogacy Debate”, (2012) 35 *Fordham Int'l L. J.* 665, p. 666.

在法律秩序上引发多米诺骨牌效应，在与家庭关系、个人身份相关的法律领域内形成更多的难题，造成跨境代孕儿童的公民身份和福利受到严重的影响。<sup>①</sup> 本文着重比较各有关跨境代孕的立法和实践，分析跨境代孕行为是否侵犯了代孕母亲的知情同意权、跨境代孕亲子关系、代孕子女国籍应该怎样确定，<sup>②</sup> 国际社会究竟应该如何共同规制跨境代孕中法定父母身份认定的法律冲突。

## 一 代孕亲子关系的三种立法与实践

### (一) 完全禁止代孕的国家

所谓完全禁止，是指国家禁止各种形式的代孕，甚至以刑罚加以惩罚。德国、法国、日本等均属于这一类型。<sup>③</sup> 德国于1989年颁布的《收养与代孕中介法》禁止及处罚有关代孕的中介、宣传广告行为，即公开募集资料均是违法的。<sup>④</sup> 德国于1991年颁布的《胚胎保护法》通过对胚胎的保护性规定，认定尝试将未受精的卵子移植到另一名妇女体内，出于使提供卵子的妇女本身受孕以外的任何目的，而尝试以人工方式使卵子受精的行为是非法的，间接表达了禁止代孕的态度。<sup>⑤</sup> 《法国民法典》第16条规定：“任何协议涉及到第三方的生育为无效。”据此规定，任何代孕合同在法国都是无效的。日本虽未立法明文禁止，但日本医师自律团体订立的禁令，强调违反者将无法成为产科医学会的会员，因此无法使用产科专科医师的头衔，这也间接表达出了日本禁止代孕的态度。<sup>⑥</sup> 可见，禁止代孕国家之间的国内立法虽然不尽相同，但却呈现出了禁止代孕立法的趋同化：

#### 1. 凡全面禁止代孕国家在禁止代孕的理论基础方面也大致相同

如德国、法国、日本均为国家族裔成员同构型高，或单一宗教力量强大，且该种族或宗教对代孕生殖采取的是负面评价。如德国禁止代孕生殖的理论基础是建立在个人自主决定权的重要性上的。依据德国《基本法》第1条第1款的规定，人性尊严不可侵害，对其尊重与保护是所有国家机关之义务。该法明文规定对人性尊严的保障。日本禁止商业代孕的理由是，代孕违反了不得将他人当繁殖工具的基本原则，另外，因为怀孕有可能危及代孕者的生命。<sup>⑦</sup> 此外，大多数大陆法国家禁止代孕，遵照分娩者为母亲的原则来确定法律上的母亲身份。其主流观点认为，有金钱

<sup>①</sup> Isabelle Rein Lescastereyres, *Recognition of the parent-child relationship as a result of surrogacy and the best interest of the child*, 25 August 2015, ERA Forum (2015), pp. 149–162.

<sup>②</sup> 跨境代孕亲子关系认定案件的管辖权、法律适用、判决的承认，参见袁泉、罗颖仪：《跨境代孕亲子关系认定所涉及的若干国际私法问题》，载《国际法研究》2016年第6期，第104—116页。

<sup>③</sup> 王贵松：《中国代孕规制的模式选择》，载《法制与社会发展》2009年第4期，第118—127页。

<sup>④</sup> 陈华：《外国婚姻家庭法比较研究》，群众出版社2006年版，第321页。

<sup>⑤</sup> 资料来源：胚胎保护法相关判决（德文），[http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/presse/archiv/20090514\\_1745\\_127943.html](http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/presse/archiv/20090514_1745_127943.html)，最后访问时间：2018年8月19日。

<sup>⑥</sup> 资料来源：日本学术会议生殖补助医疗の在り方検討委员会，代理懷胎を中心とする生殖补助医疗の課題－社会的合意に向けて－，2008，<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t56-1.pdf>，最后访问时间：2018年8月19日。

<sup>⑦</sup> 资料来源：日本学术会议生殖补助医疗の在り方検討委员会，代理懷胎を中心とする生殖补助医疗の課題－社会的合意に向けて－，2008，<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t56-1.pdf>，最后访问时间：2018年8月19日。

介入的代孕合同等同于贩卖人口。<sup>①</sup> 可见，在这些国家尽管出现了少子化或高龄化的问题，但仍然禁止代孕。不过，从司法实践来看，跨境代孕现象并未因代孕合同的无效而消除，反而呈现出进一步扩张的趋势，甚至出现了意向父母专门去允许代孕的如印度、美国、俄罗斯等国寻求跨境代孕母亲生育代孕子女的情况。

## 2. 禁止全面代孕国家不承认因违法而产生的跨境代孕亲子关系

跨境代孕并不因为代孕地国的法律承认其合法性而当然地能够在意向父母所在地国得到合法承认。后者对于违法代孕所生育的跨境代孕子女的普遍做法，是依据出生地的国内法认定其法定父母，即分娩者为孩子的母亲，意向父母只能依据一般的收养程序或者法院依子女最佳利益原则作出的裁判来决定代孕儿童与其之间是否存在亲子关系。如果意向父母提出的收养申请不被批准，或法院因代孕行为违法而不承认跨境代孕亲子关系，代孕儿童将会处于无国籍儿童的状态。例如，在德国轰动一时的双胞胎案件中，印度承认代孕合同并认为婴儿一出生就是意向父母的子女，故无印度国籍。但德国因不承认代孕合同，故不同意赋予代孕婴儿以德国国籍。双胞胎尽管已被带回德国却仍处于无国籍状况。<sup>②</sup> 日本亦曾发生过在美国代孕所生的子女，回到日本后难以依美国法院判决而允许意向父母登记为代孕子女法定父母的诉讼。<sup>③</sup>

### (二) 间接承认代孕的国家

间接承认代孕的国家是新西兰。新西兰于2004年颁布的《人类辅助生殖技术法案》绝对禁止商业代孕，但允许向代孕母亲提供医疗费用的补偿；代孕子女满18岁后有权知道其“生物学意义”上的父母；代孕合同签订后，任何一方均可随时改变主意；但代孕孩子出生之后，意向父母须履行代孕合同中约定的领养手续。<sup>④</sup> “在代孕子女出生之前，代孕母亲及其配偶是合法父母；在代孕子女出生之后，意向父母必须办理领养手续才能成为其法定父母，跨境代孕婴儿需向家庭法院申办领养手续。”<sup>⑤</sup> 从这一规定中不难看出，新西兰法对跨境代孕采取的是间接承认的方式，即意向父母不能仅依据跨国代孕合同确立亲权，而只能通过收养的方式建立亲子关系。换言之，意向父母须以收养的方式确认与跨境代孕子女的亲子关系。

### (三) 允许商业代孕的国家或地区

允许商业代孕的国家有乌克兰、以色列和美国等国家。美国各州的代孕立法之间区别很大，可分为三类：第一类是各州经立法机构批准的是否许可或禁止的特定立法，特别适用于规制代孕行为，如德克萨斯州的法规即是其例。第二类是各州既有立法规制代孕，也有判例法规制商业代孕，如加利福利亚、佛罗里达、弗吉尼亚10多个州均是如此。第三类是关于代孕既无成文法也

<sup>①</sup> Tobin John, “To Prohibit or Permit: What Is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?”, (2014) 63 *International & Comparative Law Quarterly* 317, pp. 317–352.

<sup>②</sup> *Jan Balaz v Anand Municipality*, No 3020, Special Civil Application (Gujarat HC 2008).

<sup>③</sup> *Baby Manji Yamada v Union of India* 13 SCC 518 (29 September 2008).

<sup>④</sup> The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, 2012, pp. 55–56, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, 最后访问时间：2019年2月1日。

<sup>⑤</sup> Davies, Trish, “Cross-border reproductive care: quality and safety challenges for the regulator”, (2010) 94 *Fertility and Sterility* 20, pp. 20–22.

无判例法的州，如明尼苏达州。<sup>①</sup> 虽然美国许多州法律禁止或者限制代孕，但随着人工辅助技术的发展，在20世纪90年代后，妊娠代孕已变得普遍和被社会接受。新泽西州法院于1993年在审理约翰逊诉卡尔弗特（Johnson v. Calvert）妊娠代孕亲权案中，确立了有意愿为父母者原则，即任何人对代孕婴儿有基因关联性，并具有让婴儿出生的意愿，打算将婴儿视为自己子女抚养的人，具备了“有意愿为父母者”（intending parents）资格并且是代孕婴儿的合法父母。<sup>②</sup> 本案判决后，许多跨境代孕亲权案也按照有意愿为父母者原则处理。如今美国各州更倾向于在立法上监管代孕而不是禁止代孕。

2013年1月1日生效的《加州家庭法典》（Cal. Fam. Code, § 7960 – 7962）明确允许意向父母在代孕子女出生前提出确认亲子关系的请求。意向父母如果希望自始被登记为代孕子女的法定父母，在代孕母亲怀孕前就须填具申请表，并请求法院作出代孕亲权的确认判决。一般情况下，在代孕母亲怀孕前五个月内提出申请，基本上能确保意向父母被登记在代孕子女的原始出生证明。

事前签订代孕合同的目的在于防止孕母决定自己扶养代孕子女，以便法院将其作为代孕当事人缔约的证明而增加意向父母胜诉的可能性，但法院最终仍然会考虑代孕儿童的最佳利益原则并以此来确认跨境代孕亲子关系是否成立。

## 二 跨境代孕合同中当事人和代孕子女的法律风险

### （一）跨境代孕合同当事人的法律风险

在允许代孕的国家，商业代孕是以签订协议的方式完成的，该合同能反映出各方的意愿和期望。对于跨境代孕合同，应给予关注的是合同形成的过程及代孕母亲执行合同条款的能力。跨境代孕的委托方通常是来自西方发达国家的意向父母，寻找发展中国家的代孕母亲当代理人。可见，跨国商业代孕合同的双方当事人并不处于平等地位。事实表明，剥削代孕母亲已成为一个非常严重的问题。

代孕母亲面临着显而易见的风险，既可能遭遇到短期或长期的健康风险，也可能因意向父母拒绝接受代孕婴儿而被迫自己抚养婴儿，而且合同中还很可能包含防止代孕母亲流产的条款，即使胎儿检测出发育异常，也被要求继续生产。虽然合同可能无法禁止或强制代孕母亲堕胎，但代孕母亲一旦违反合同，则需要向意向父母赔偿。

对意向父母而言，同样也存有显而易见的风险，即代孕母亲在人工辅助生殖技术过程中可能不会成功，会因堕胎而违反合同，也会因违反合同中的健康要求而危害胎儿的健康，还可能出现代孕母亲拒绝放弃孩子的情况。如果代孕母亲违反合同，意向父母将会面临承担代孕费用的风险。

<sup>①</sup> Trimmings, K and P. Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon, 2013), p. 388.

<sup>②</sup> Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 (1993).

跨境代孕失败的后果，往往由意向父母和经济困难的代孕母亲承担。对此需要用法律来规制。<sup>①</sup> 同时，跨境代孕合同因过于依赖其国内合同法，导致所出现的问题越来越多，需要在国际层面严加监管。例如，在 Gammy 案中，一对澳大利亚夫妇与泰国代孕母亲签订了代孕合同。不幸的是，代孕母亲在孕期产检中发现双胞胎中的一胚胎患有唐氏综合征。意向父母因胎儿异常希望终止妊娠，但遭到代孕母亲拒绝。因此，意向父母拒绝带患儿 Gammy 回澳大利亚。<sup>②</sup> Gammy 案虽然并未涉及最棘手的跨境代孕公民身份或亲子关系认定等问题，但暴露出了合同法与个人生殖权利或公民自由相冲突的问题。拒绝医疗程序、终止妊娠的权利将使跨境代孕合同无法得到顺利执行，而必须以金钱补偿作为合同的补救措施。代孕母亲只能根据代孕合同条款履行义务，而对欺诈、胁迫或不合情理履行代孕合同的抗辩，在实践中却鲜见有成功的事例。代孕母亲没有能力根据合同价格向意向父母赔偿因违约造成的损失。正因如此，这类跨境代孕纠纷引发了有关人权和剥削弱势代孕母亲的问题，特别是代孕妇女的生殖权和隐私权问题。

## （二）跨境代孕亲子关系确认和代孕子女国籍确定中的法律风险

传统上，孩子的出生父母被确定为孩子的法定父母，各国法律也均规定出生父母是儿童的第一监护人。但是，代孕的出现使传统法定父母身份确认规则受到严重的挑战。<sup>③</sup> 如果不能明确谁是代孕儿童的法定父母，不能在跨境代孕子女与其意向父母之间确认亲子关系，就会产生代孕母亲与意向父母对代孕儿童的抚养权、监护权归属争执，从而引起代孕合同双方对代孕儿童的争夺或推诿，不利于代孕儿童的健康成长及其合法权益的保护。<sup>④</sup> 一般而言，一个国家的家庭法决定了儿童和父母的法律地位。在许多国家，亲子关系的确认取决于血统、收养或通过普通法推定，如婚姻推定或通过法院确认之诉。<sup>⑤</sup> 只有跨境代孕父母身份得到了明确，跨境代孕儿童的国籍及公民地位才能成立。因此，代孕儿童的公民身份与跨境代孕法定父母身份密切相关。

从保护儿童利益的角度出发，国籍以及公民地位的确立，对代孕儿童具有十分独特的意义。如果跨境代孕儿童无法获得出生地国或接收地国国籍，将成为无国籍儿童。由于没有任何身份信息，代孕儿童不能合法地留在出生地国，同时也因无法获得护照而不能进入接受地国。<sup>⑥</sup> 对于跨境代孕儿童而言，取得国籍的方式主要是因出生而取得。目前各国对于出生而取得国籍主要采用血统主义、出生地主义和混合主义三种不同的原则。有鉴于此，意向父母所在地国家是否承认意向父母为跨境代孕儿童的法定父母则显得至关重要，它通常对跨境代孕儿童能否取得接收地国国籍起着决定性的作用。

如果接收地国以公共秩序为由拒绝承认意向父母为代孕子女的法定父母身份，将导致跨境代

<sup>①</sup> 孟金梅：《国际代孕法律实务分析：以泰国为例》，载《中国性科学》2015年第4期，第126—128页。

<sup>②</sup> *Farnell v Chanbua* [2016] FCWA 17 [362].

<sup>③</sup> 严红：《跨国代孕亲子关系认定的实践与发展》，载《时代法学》2017年第6期，第2—8页。

<sup>④</sup> 李志强：《代孕生育亲子关系认定问题探析》，载《北方民族大学学报（哲学社会科学版）》2011年第4期，第123—126页。

<sup>⑤</sup> 高升、王洪根：《论跨境代孕中法定父母身份认定的法律冲突》，载《河南财经政法大学学报》2017年第4期，第161页。

<sup>⑥</sup> 高升、王洪根：《论跨境代孕中法定父母身份认定的法律冲突》，载《河南财经政法大学学报》2017年第4期，第161页。

孕儿童陷入无父母、无国籍的状态，严重侵害跨境代孕儿童的利益。<sup>①</sup>例如，2008年的巴拉兹（Balaz）案，引发了印度与德国之间在代孕儿童法定父母身份认定方面的法律冲突，使代孕子女国籍认定带来了挑战。<sup>②</sup>德国一对夫妻去印度通过代孕成功产下一对双胞胎。印度法律允许商业代孕，代孕母亲签订代孕合同时已表明放弃其对所生代孕子女之亲权，故该双胞胎儿童无法因代理孕母所生而取得印度国籍。同时，又因为德国法律明确禁止所有形式的代孕。即便代孕子女与意向父母有血缘联系，德国同样不承认代孕儿童与意向父母的关系，因而代孕儿童无法获得德国国籍。最后，是另一种途径打破了本案陷入的跨境代孕子女无国籍的僵局。该对德国夫妻根据德国的法律，以跨国收养之方式而使该双胞胎获得了德国国籍。双胞胎在出生两年后，由父亲简·巴拉兹（Jan Balaz）带回德国生活。<sup>③</sup>

梅内松（Mennesson）夫妇诉法国政府一案中涉及的跨境代孕合法性问题引起了欧洲国家的普遍关注。2011年4月6日，法国最高法院依照《法国民法典》第16条的规定作出判决，裁定涉案的代孕合同因违反公序良俗而无效，法国行政机构并没有义务以子女最佳利益为处理原则而承认美国法院的亲权判决，法国夫妇委托美国加州代孕母亲所生的孩子无权取得法国国籍。<sup>④</sup>于是，该夫妻最后向欧洲人权法院起诉法国政府。欧洲人权法院基于维护欧盟公共秩序的考虑，判定法国最高法院的裁定违反了《欧洲人权公约》<sup>⑤</sup>关于保护自然人享有家庭及私人生活的基本人权和保护儿童权利的规定，认为法国最高法院的裁定虽未严重干扰梅内松夫妇的权利，但两名代孕儿童将无法确定自己的父母，其私人生活却会受到侵害，甚至无法基于父母子女关系继承梅内松夫妇的财产。为使这两名儿童的私人生活不受法国公权力的不当干涉，当然也出于保护儿童权利的目的，欧洲人权法院判决法国政府败诉。<sup>⑥</sup>跨境代孕儿童中的国际私法问题也引起了海牙国际私法会议（以下简称海牙组织）的关注，该国际组织决定成立一专家组以推进有关跨境代孕儿童地位的工作，包括跨境代孕合同引起的其他问题。<sup>⑦</sup>

在上述案例中，德国、法国等国家的法律完全禁止代孕行为，以致跨境代孕中意向父母对代孕子女的法定父母身份无法得到解决。谁是代孕儿童的合法父母：是代孕母亲和她的伴侣？是通过配子捐献者的遗传父母？还是意向父母？欧洲人权法院并没有专门用来解决跨境代孕亲子关系确认问题的法律，基本上是采用人工辅助生殖技术和收养方式来确认代孕儿童的法定父母身份，在同性伴侣为意向父母的情况下更是如此。

<sup>①</sup> 王洪根：《论跨境代孕法定父母身份承认中的公共秩序》，载《西部法学评论》2018年第1期，第122页。

<sup>②</sup> *Jan Balaz v An and Municipality*, No 3020, Special Civil Application (Gujarat HC 2008).

<sup>③</sup> 王吉文：《儿童最大利益原则在跨国代孕判决承认中的适用问题——以德国的判例为例》，载《青少年犯罪问题》2018年第4期，第39页。

<sup>④</sup> *Conseil d'Etat*, 4 Mai 2011. *Connseil d'Etat stated that a contract might be void according to French policy and shall not have consideration to the best interest of the child.*

<sup>⑤</sup> 《欧洲人权公约》第8条规定，每个人都享有私人生活不受公权力无端干涉的权利。

<sup>⑥</sup> 王艺：《外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨境代孕案件为中心》，载《法商研究》2018年第1期，第171—174页。

<sup>⑦</sup> The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children*, 2011, Prel. Doc. No 11, pp. 3—4, <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>, 最后访问时间：2019年2月1日。

### 三 跨境代孕与《海牙跨国收养公约》

如前所述，跨境代孕对传统家庭关系带来了严重的挑战。由于代孕母亲和意向父母往往属于不同国家，而这些国家对代孕的态度有不一致，从而导致在法定父母身份的确定方面也存在很大的差异。跨境代孕亲子身份的认定需要国际社会协调。<sup>①</sup> 对代孕儿童的国籍问题和代孕母亲的剥削问题，也需要制定有关的国际法或国内法加以解决。

从2010年起，海牙组织开始关注跨境代孕问题，常设局于2011年3月完成了一份调查了解跨境代孕的报告。2012年3月，常设局根据总务委员会的要求，从国际私法的角度提交了一份较为详尽的、针对代孕问题所提出的应对方案，其中包括统一相关领域的国际私法规则并在各国之间建立合作框架的提议。常设局又于2014年发布了题为《关于进一步从事父母身份或代孕项目的必要性和可行性》的报告。该报告强调在跨境代孕和法定父母身份确认领域制定一项国际条约具有重要的必要性和可行性。<sup>②</sup>

一些专家认为，唯一需要采取的是将现有的国际收养法律制度延伸适用于跨境代孕合同。<sup>③</sup> 而另一些专家则认为，目前急需制定一项专门用于调整跨境代孕的单独公约。海牙公约的制定有利于协调不同国家在法律制度上的差异，同时也尊重不同国家的法律制度和道德传统，更好地为解决跨境代孕纠纷提供方法。<sup>④</sup> 多数人的意见则认为，目前应当统一各有关父母身份的国际私法规则，可以借鉴和参考海牙组织于1993年订立的《跨国收养方面保护儿童及合作公约》（以下简称《海牙跨国收养公约》）的有关规定，用以解决跨境代孕的诸多法律问题。待时机成熟，由海牙组织起草制定专门的跨境代孕公约。<sup>⑤</sup>

跨国收养又称为涉外收养、国际收养。依《海牙跨国收养公约》第2条对跨国收养所作出的界定，它是指惯常居住在一缔约国（原住国）的儿童在该国被惯常居住在另一缔约国（收养国）的夫妻或个人收养，产生永久的父母子女关系。海牙组织于1993年通过了专门规范国际收养的《海牙跨国收养公约》，旨在预防跨国儿童贩运，对国家及相关非国家行为体在跨国收养中的作用和责任进行了规定。它确立了送出国和接收国合作的机制，极大地规范并促进了跨国收养的健康发展，成为当今国际社会规制跨国收养的最重要国际法律文件。<sup>⑥</sup> 欧洲理事会于2008年通

<sup>①</sup> 杜涛：《跨国代孕引发国际私法问题》，载《中国妇女报》2016年3月6日，第A03版。

<sup>②</sup> The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project* (Prel. Doc. No 3 B of March 2014), pp. 16–25, <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>, 最后访问时间：2019年2月1日。

<sup>③</sup> The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Preliminary Report on international surrogacy arrangements* 2012, Prel. Doc. No 10, p. 30, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, 最后访问时间：2019年2月1日。

<sup>④</sup> Trimmings, K and P. Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, p. 531.

<sup>⑤</sup> The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Preliminary Report on international surrogacy arrangements* 2012, Prel. Doc. No 10, p. 30, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, 最后访问时间：2019年2月1日。

<sup>⑥</sup> 师秀霞：《论跨国收养国际法律制度的完善及启示——预防儿童贩运的视角》，载《青少年犯罪研究》2016年第6期，第88页。

过的《关于儿童收养的欧洲公约》在加强被收养儿童权益保护方面有重大进步，对推动欧洲地区收养法的统一有着重要影响。<sup>①</sup>

### (一) 制定新的代孕国际公约

在国外学界，绝大多数学者呼吁应尽快制定、通过一部专门规制跨境代孕的国际私法条约。《关于国际代孕安排的国际法规制》一书中指出，<sup>②</sup> 理想公约旨在协调跨境代孕领域的法律冲突。作者建议起草这一公约的法律框架大致如下：<sup>③</sup>

1. 应明确跨境代孕公约的目的和宗旨、适用范围和基本原则。如，在适用范围上，跨境代孕公约可适用于惯常居住在缔约国的意向父母、代孕母亲；无论代孕合同签订地是否在缔约国或在第三国，代孕母亲所在国均为代孕儿童的原住国，意向父母所在国为代孕儿童接收国。代孕母亲惯常居住地一旦确认则不得更改，以防止代孕母亲被故意或恶意地带到“偏好代孕行为”的辖区进行生产，有利于减少贩卖代孕妇女的犯罪行为。与此同时，并不妨碍代孕母亲的居住自由，只要其在一国居住达到法定期间，即使在该国并无定居意图或欲前往其他国家，并不影响对代孕母亲惯常居所的认定。

2. 规定跨境代孕当事人的资格。不论代孕子女还是意向父母、代孕母亲等代孕当事人都须符合公约规定的资格，而代孕子女所在国的主管机关和意向父母的主管机关应共同负责并严格履行各自的责任和义务。

3. 规定跨境代孕亲子认定的国际合作，不仅要规定中央主管机关制度，而且也要规定政府控制的公共机关和私人“委任机构”(accredited bodies)的功能、任务和条件等。比如，对中央机关的设置，从代孕子女出生国而言，其主管机关负有以下职责：(1) 必须确认该代孕母亲适合于代孕；(2) 跨境代孕须经代孕母亲、意向父母、相关机构商议同意，且相关机构向其提供了咨询意见和适当告知代孕母亲、意向父母同意的法律后果，特别是对该代孕安排是否会导致儿童与其代孕母亲之间的法律关系终止作出评估。要求代孕母亲只能在儿童出生之前作出同意。该同意须按法律明确表达或用书面方式表示。(3) 委托夫妇必须出示法律文件说明，委托代孕夫妇所在国承认此代孕行为的合法性，并许可代孕母亲产下的儿童以意向父母生子女的身份出境。(4) 委托代孕夫妇应承诺在代孕行为完成后照顾子女。(5) 委托代孕夫妇须提供与被代孕母亲经过公证的代孕合同。(6) 代孕治疗只能由已在医学研究委员会登记的诊所实施。(7) 委托代孕夫妇回国时有权得到离开许可，且有权得到一份由辅助生殖诊所出具的有关该夫妇已是代孕子女的法定父母，并与代孕母亲已无任何法律关系的证明。对意向父母所在国的主管机关而言，它的职责应包括如下内容：审核意向父母的合格性和适合性，提供意向父母合格性和合适性的报告，包括意向父母的身份、动机、经济能力、家庭和身体状况；为意向父母提供相关资讯，确保意向父母同意代孕合同是出于真实意思表示，并清楚地知悉代孕合同的内容及法律后果；许可并促进人工生殖儿童进入国境。这是跨境代孕最终实现的实质条件，如果代孕子女不能被允许进入意向父母所在国，并与意向父母一起在该国永久居住，则跨境代孕毫无意义；后续追踪意向父母有无承担抚养代孕子女义务的情况。

<sup>①</sup> 蒋新苗：《欧洲收养法律冲突解决的新方略》，载《社会科学家》2018年第4期，第7—15页。

<sup>②</sup> Trimmings, K and P. Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, p. 532.

<sup>③</sup> Trimmings, K and P. Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, pp. 532 – 535.

4. 规定跨境代孕亲子关系认定的程序。对从代孕开始到代孕结束的整个过程中，代孕子女出生国和意向父母所在国应做的工作和具体操作的程序作出规定。
5. 跨境代孕亲子关系认定的承认与效力等。

## (二) 跨境代孕公约草案借鉴《海牙跨国收养公约》的必要性

笔者倾向于克里斯·托马勒（Chris Thomale）的观点，对跨境代孕合同所产生的法律问题，比较现实的做法是对《海牙跨国收养公约》进行补充修改，即“采用《海牙跨国收养公约》适用于跨境代孕安排应是法律改革的主要焦点”。<sup>①</sup> 同时，国外也有不少学者认为，基于该公约在国际社会的高度成功，所以跨境代孕公约的草案框架可完全参照该公约，理由如下：

其一，截至2019年2月1日，《海牙跨国收养公约》缔约国有102个，<sup>②</sup> 涵盖了世界发达国家和发展中国家。该公约是国际保护儿童最有利的法律武器。这应归功于1988年海牙组织吸引了被收养儿童原住地国如中国、印度、南非和收养儿童接收地国的参加。缔约国覆盖面如此之广，有充分的理由认为公约已设法在原住国和收养国利益之间找到了平衡点——公约成功运作的前提条件。因此，为制定跨境代孕公约，需要跨境代孕中的代孕子女出生地国和意向父母所在国即接收国的积极参加。

其二，在20世纪80年代，跨国收养在各国属于道德敏感问题，但《海牙跨国收养公约》以灵活的立法方式和中立的道德态度成功地解决了这些问题，值得跨境代孕公约借鉴。

其三，《海牙跨国收养公约》为缔约国的收养子女、收养儿童的亲生父母和意向收养父母提供了一系列保障措施。因此，该公约的影响力不仅产生在缔约国范围内，而且也能让非缔约国的收养儿童受益于该公约。在海牙国际私法会议上，国际收养公约特委会的报告认为，公约的标准和保障措施不应仅适用于缔约国之间，缔约国与非缔约国处理国际收养儿童纠纷，也推荐自觉适用公约的标准和保障措施。<sup>③</sup> 而在处理跨境代孕问题，有些禁止代孕的国家尚不能加入公约，但对有大量跨境代孕行为的国家，跨境代孕公约也可参考《海牙跨国收养公约》作出类似的规定。当非缔约国涉及跨境代孕法律纠纷的，同样也推荐缔约国自觉适用跨境代孕公约规定标准和保障措施。如此一来，尚未加入跨境代孕公约的非缔约国国民也能在最大程度上得到跨境代孕公约的保护。

## (三) 跨境代孕公约草案借鉴《海牙跨国收养公约》的可行性

海牙跨境代孕公约的草案框架可借鉴《海牙跨国收养公约》的如下条款：即《海牙跨国收养公约》第1条关于公约的宗旨所涉及国际社会开展合作和目标的规定，<sup>④</sup> 可延伸适用到跨境代孕公约中，以利于实现对代孕儿童的最大利益保护，达到防止拐骗、贩卖代孕儿童或用代孕儿童作

<sup>①</sup> Chris Thomale, “State of play of cross-border surrogacy arrangements—is there a case for regulatory intervention by the EU?”, (2017) 13 *Journal of Private International Law* 463, pp. 463 – 473.

<sup>②</sup> 海牙国际私法会议官方主页上列出了各国加入该公约的时间、是否提出保留，<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/print/?cid=69>，最后访问时间：2019年2月1日。

<sup>③</sup> <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>，最后访问时间：2019年2月1日。

<sup>④</sup> 《海牙跨国收养公约》第1条关于公约的宗旨包括：制定保障措施，以保证跨国收养的实施符合儿童最佳利益和尊重国际法所承认的儿童基本权利；在缔约国之间建立合作制度，以确保上述保障措施得到遵守，从而防止拐骗、贩卖儿童或用儿童作交易；保证根据本公约所进行的收养得到缔约国的承认。

交易的目的。跨境代孕公约可参考《海牙跨国收养公约》第2条关于公约的适用范围之规定,<sup>①</sup>借此可让跨境代孕起源国(代孕母亲的惯常居所地)和代孕儿童接收国(法定父母的惯常居所)都成为缔约国。同时,根据跨境代孕的特殊性,还需考虑其他参与者像代孕服务提供者的主要营业地、代孕服务提供商的分支机构、生殖服务的所在地、代孕儿童出生地国家,也应该加入公约。

公约第4条对跨国收养原住国当局确认该儿童适于收养的责任、确认跨国收养符合儿童的最佳利益作出了规定;<sup>②</sup>公约第5条则强调了跨国收养中收养国当局的责任。<sup>③</sup>在跨境代孕中,也可采用上述规定,因为跨境代孕主要涉及起源国、接收国的法律制度,具体包括:(1)跨境代孕意向父母的资格问题,包括意向父母的法定年龄资格、提出跨境代孕的申请是单独一方还是双方联合提出,是已婚配偶双方还是事实上的同居方或者单身的申请人;意向父母的精神状况和身体健康情况等。(2)代孕母亲的资格问题,同样也包括代孕母亲的法定年龄资格,代孕母亲是否已婚或处于未婚状态,代孕母亲的精神状况和身体情况等。(3)跨境代孕合同中的“同意权”问题,包括意向父母是否同意委托代孕中介诊所、代孕母亲、是否需要取得第三方如代孕母亲配偶同意。代孕母亲是否同意租借其子宫为意向父母生育代孕子女,并且明确表态孩子出生后放弃抚养权。与《海牙跨国收养公约》类似,与代孕母亲有关的法律问题均可交给代孕儿童原籍国当局解决,与有意向父母有关的法律问题交给接收国处理。需要注意的是,在代孕儿童起源国和接收国的权力和责任之间必须取得平衡。

与跨国收养不同,跨境代孕是基于跨境代孕合同产生的。《海牙跨国收养公约》将确保收养的某些保障措施具有合同性。如果跨境代孕合同引入“公民身份资格”,则将导致跨境代孕合同的法律适用与“公民身份”之间的法律冲突,最终要依赖于儿童最佳利益原则加以解决。

关于商业代孕有效性的问题,跨境代孕合同的解释、履行问题(解除合同)、代孕母亲或意向父母不履行的救济及承担全部或部分的违约责任问题,《海牙跨国收养公约》并没有可供借鉴的规定,将由各国法院按照合同法或其他民事法律进行处理。

与《海牙跨国收养公约》第6条类似,<sup>④</sup>跨境代孕也要求缔约国建立一个中央机构,负责与

<sup>①</sup> 《海牙跨国收养公约》第2条规定:“本公约适用于惯常居住在一缔约国(原住国)的儿童在该国被惯常居住在另一缔约国(收养国)的夫妻或个人收养以后,或者为在原住国或收养国进行此收养的目的,已经、正在或将要被移送到收养国的案件。”

<sup>②</sup> 《海牙跨国收养公约》第4条规定:“本公约范围内的收养应开始进行,只要原住国的主管机关:确认该儿童适于收养;对在原住国内安置该儿童的可能性作了应有的考虑后,确认跨国收养符合儿童的最佳利益;保证:(1)对于必须经其同意方可进行收养的个人、机构和机关,必要时已经与其进行商议并适当告知其同意的后果,特别是对于收养是否导致儿童与其出生家庭的法律关系终止的结果;(2)上述个人、机构和机关已经自主地表示同意,且该项同意是按照所要求的法律形式作出,或以书面方式予以表达或证明;(3)这种同意不是以给付任何形式的报酬或补偿所导致的,且没有被撤回;且(4)有必要征得母亲同意时,该项同意只是在儿童出生以后作出的;且考虑到儿童的年龄和成熟程度,保证(1)已与该儿童商议并适当告知其收养的后果和其同意收养的后果;(2)儿童的愿望和意见已给予考虑;(3)在需要征得儿童同意时,儿童对于收养的同意是自主地作出的,且该项同意是以所要求的法律形式作出,或以书面形式予以表达或证明;且(4)此项同意不是以给付任何形式的报酬或补偿所导致的。”

<sup>③</sup> 《海牙跨国收养公约》第5条规定,本公约范围内的收养应开始进行,只要收养国的主管机关:已经确认预期养父母条件合格并适于收养儿童;已经保证预期养父母在必要时得到了商议;且已经确认该儿童已经或将被批准进入并长期居住在该国。

<sup>④</sup> 《海牙跨国收养公约》第6条规定:“每一缔约国应指定一个中央机关,负责本公约对该机关所规定的任务。联邦国家,具有一个以上法律制度的国家,或拥有自治领土单位国家,可以指定一个以上中央机关,并确定他们职权所及的领土或个人范围。当一国指定一个以上中央机关时,应指定一个可资通讯的中央机关,以便通过它将有关信息转达其国内适当的中央机关。”

其他缔约国中央机构的合作，以及在管辖区域内对从事代孕行业的私人机构进行监管。它的职能通过由中央机关、政府直接控制的公共机关、委任已合法登记的私人人工生殖诊所进行合作。中央机关以保证各缔约国之间跨境代孕合作机制为目的，全面负责跨境代孕工作，促进跨境代孕的顺利健康发展，为代孕实施和成功的运作提供保障。

必须指出，跨境代孕应通过中央机关进行，首先由意向父母向本国的中央机关提出跨境代孕申请，并经本国的中央机关同意，然后由其向代孕母亲所在国的中央机关转交该申请。中央机关在接到申请后，认为该代孕行为可以实施，则应准备一份包括代孕母亲所在国允许代孕规定的报告，并将其转交意向父母所在国的中央机关，经其中央机关确认同意意向父母的代孕合同，并符合代孕母亲所在国法律或意向父母所在地国中央机关的法律。两国的中央机关都同意该代孕安排，确认代孕当事人条件合格并适于代孕，而且该代孕子女已经或将被批准进入并长期居住在意向父母所在国。两国中央机关应采取一切必要措施，以使代孕儿童获准离开出生地国，进入并长期居住在意向父母所在国。与该公约第7条<sup>①</sup>、第9条<sup>②</sup>、第10条<sup>③</sup>和第11条<sup>④</sup>之规定类似，跨境代孕的中央机关有两个重要的职能：一是负责提供各自国家有关代孕法律的资料以及统计数据和标准格式等其他资料；二是就本公约的实施和执行情况互通信息，并尽力消除贯彻实施公约的任何障碍。

## 四 结论

从当今世界各国的情况来看，跨境代孕将呈现出继续发展壮大的趋势。跨境代孕主要牵涉合同（私人自治）、儿童身份和福利以及合法父母身份（公共利益）等问题。这些问题，尽管被一些国家逐步重视并在国内立法上进行了规定，但因为各国立法的差异，导致未解决的问题更多。

要切实保护跨境代孕中意向父母、代孕母亲和代孕儿童利益，单靠现有的国际私法规则远远不够的，必须加强国际合作，尽可能地消除跨境代孕所引发的法律冲突。一是大部分外国学者积极倡导，通过一部协调各国之间关于跨境代孕法律冲突的跨境代孕公约。这一公约实际上并不是统一的跨境代孕实体规范条约，也不是致力于消除跨境代孕法律冲突的统一冲突法公约，而是通过规定一系列跨境代孕亲子关系认定的程序，加强代孕子女出生国与意向父母所在国之间的国

<sup>①</sup> 《海牙跨国收养公约》第6条规定：“第7条规定中央机关应相互合作，并促进其各自所在国家主管机关之间的合作，以保护儿童和实现本公约的其他宗旨。中央机关应直接采取一切适当措施以便提供各自国家有关收养法律的资料以及其他一般资料，诸如统计数字、标准格式等；就本公约的执行情况经常互通信息，并尽力消除实施公约的任何障碍。”

<sup>②</sup> 《海牙跨国收养公约》第9条规定：“中央机关应直接或通过公共机关或在本国受到适当委任的其他机构，采取一切适当措施，特别是：收集、保存和交换有关儿童和预期养父母情况的资料，只要这对于完成收养是必要的；促进、遵守和加快收养的程序，以便实现收养；推进各自国家的收养咨询和收养后服务的发展；相互提供关于跨国收养经验的综合性评价报告；在本国法律允许的情况下，对其他中央机关或公共机关关于提供一具体的收养情况资料的正当请求作出答复。”

<sup>③</sup> 《海牙跨国收养公约》第10条规定：“一个机构只有当其表现出有能力正当履行委托给它的任务时，才能得到委任并保持这种资格。”

<sup>④</sup> 《海牙跨国收养公约》第11条规定：“受委任机构应该按照委任国主管机关确定的条件和限制范围，追求非营利目标；由在道德标准方面和在跨国收养领域培训或经验方面合格的人员进行领导，并配备此类人员；且接受该国主管机关对其组成、业务和财务情况的监督。”

际合作来避免或消除跨境代孕中法定父母身份确认法律冲突的发生。二是可以现有保障代孕儿童利益的《海牙跨国收养公约》为蓝本，敲定跨境代孕公约的内容。当然，跨境代孕毕竟是以代孕合同为基础的，而跨国收养则不是。所以，《海牙跨国收养公约》并不能提供完整的借鉴和参考模式。只能将其中的相关规定延伸适用于解决跨境代孕问题。

## **Legal Conflicts and Its Resolution Paths in Cross-Border Surrogacy: Experience from the Hague Adoption Convention**

*Yuan Quan and Luo Yingyi*

**Abstract:** At the level of morality, ethics, and law, there has been a global debate on how to treat a new social phenomenon-surrogacy. At present, different countries regulate surrogacy in different ways. The emergence and development of cross-border surrogacy, in addition to its positive effects on human reproduction, guarantee for the reproductive rights of some families, and promotion of social stability, has also led to the non-recognition of the foreign judgment on the grounds of violating the public order, resulting in a series of human rights and surrogacy contracts enforcement issues. Determining the parent-child relationship between the legal parents and the surrogate children, and the nationality of the children will directly affect the identity of surrogate child as a citizen to enjoy some basic rights. Therefore, it is necessary for the international community to formulate international treaties for cross-border surrogacy and to regulate surrogacy following the successful experience of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption.

**Keywords:** Cross-Border Surrogacy, Intending Parents, Surrogate Mother, Parent-Child Relationship Identification, Hague Adoption Convention

(责任编辑：李庆明)