



# 跨国代孕案件中德国法院承认 外国判决的变迁与启示

李 珏 肖永平\*

**摘 要：**德国法院在跨国代孕案件中承认外国亲子关系判决可以归纳为4个阶段：2013年之前拒绝承认的保守阶段、2013—2014年有条件承认的突破阶段、2015—2019年司法机关内部突破与冲突的共存阶段、2020年之后全面承认的成熟阶段。经过十余年的发展，德国法院形成了一套成熟的承认外国亲子关系判决的司法规则。公共政策方面，德国《家事事件和非讼事件程序法》第109条第1款确立的公共政策逐渐被限缩解释并审慎适用。具体而言，一是国内法禁止代孕的规定和亲子关系认定规则不再被认定为实质性公共政策，二是跨国代孕并不一定与德国法律的基本思想和司法观念相矛盾。相反，以违反公共政策为由拒绝承认外国判决，可能会因有悖于儿童最大利益原则而违反德国公共政策。儿童最大利益方面，德国法院保障跨国代孕儿童处于稳定的家庭关系中，不仅履行了国家保护义务，也符合欧洲人权法院的先例和德国承担的国际条约义务。生物学标准方面，德国法院对分娩标准的弱化和对基因标准的放弃，充分展现了德国法院对欧洲人权法院司法经验本土化的创新路径。总而言之，德国法院充分利用国际私法的灵活性处理复杂的涉外民事法律关系，通过对公共政策的限缩解释和对儿童最大利益的扩张解释，在国内法禁止代孕的情况下，妥善解决了跨国代孕亲子关系的承认问题，实现了保护儿童最大利益的司法目的。

**关键词：**跨国代孕 德国家庭法 外国判决的承认 公共政策 儿童最大利益

近年来，中国法院在处理跨国代孕亲子关系问题上存在较大分歧，个别判决存在忽视外国判决或说理不充分的问题。2016年，上海市浦东新区法院避开先决问题，在未判定意向母亲与跨国代孕儿童亲子关系的情况下，仅依据有利于子女健康成长认定意向母亲承担抚养费责任。<sup>①</sup>2019年，云南省昆明市中级人民法院在未分析是否承认美国法院判决的情况下，仅依据国内法规定拒绝认定意向母亲的合法母亲身份。<sup>②</sup>德国虽与中国有相似的禁止代孕和承认外国判决的国内法规定，但德国法院在近十余年来逐步放开承认了裁定意向父母与代孕儿童亲子关系的外国判

\* 李珏，法学博士，武汉大学国际法治研究院博士后；肖永平，法学博士，武汉大学国际法治研究院院长，博士生导师，长江学者。本文是中国博士后科学基金第71批面上资助项目“德国跨国代孕亲子关系认定实证研究”（项目编号2022M712449）的阶段性成果。本文所有网络文献的最后访问时间均为2024年5月15日。

① 上海市浦东新区人民法院（2016）沪0115民初67451号民事裁定书。

② 云南省昆明市中级人民法院（2019）云01民终2092号民事裁定书。

决(下文简称相关外国判决)。<sup>①</sup>国内现有相关研究虽涉及相关外国判决在德国的承认,并讨论了公共政策和儿童最大利益原则在此类案件中的适用,但局限于少数典型案例,缺乏对相关判决的全面性梳理、分类型归纳和分阶段讨论,导致研究结果不够完整、全面。<sup>②</sup>在梳理德国法院近十余年的判决后,本文按照时间顺序将其分为4个阶段,总结了德国法院在各个阶段作出的突破,归纳了德国法院承认相关外国判决以及认定意向父母与代孕儿童亲子关系的条件、理由和规律,该结论可为中国法院审理类似案件提供一些参考。

## 一 2013年以前:拒绝承认相关外国判决的保守期

近十年来,承认相关外国判决的发展进程,实质上是德国公共政策与儿童最大利益原则相互博弈与平衡的过程。在2013年之前,德国法院坚守德国公共政策,拒绝承认相关外国判决,借此表达其对跨国代孕的否定态度。其拒绝理由主要有以下3点。

### (一) 外部限制:坚守德国公共政策的安全阀

德国《家事事件和非讼事件程序法》(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)第108条和第109条规定了承认外国判决的相关事项。<sup>③</sup>第108条规定“除婚姻事项判决外,承认外国判决不需要经过任何特别程序”,前提是承认该判决的结果不存在第109条第1款中规定的例外事项,如“违背德国法律的基本原则与基本权利”。在这一阶段,德国法院坚守承认外国判决的安全阀,认为承认相关外国判决在2个方面违反了德国公共政策。

① See European Centre for Law and Justice, “Surrogate Motherhood: A Violation of Human”, Institut Européen de Bioéthique, <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/surrogacy-motherhood-icjl.pdf>; Sayani Mitra, “Cross-Border Reproflows: Comparing the Cases of India, Germany, and Israel”, in Tulsi Patel, Sayani Mitra and Silke Schicktanz (eds.), *Cross-Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg Donation, Interdisciplinary Perspectives from India, Germany and Israel* (SpringerLink, 2018), pp. 83-102. Vgl. auch Hans-Rudolf Tinneberg, Hans Wilhelm Michelmann, Olaf Naether, *Lexikon der Reproduktionsmedizin*, Band I, 1. Aufl., 2007, 45 f.

② 已有研究主要涉及2个案例:第1个是BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 - XII ZB 463/13, 该案是德国联邦最高法院在欧洲人权法院作出蒙森案(*Menesson v. France*, Application No. 65192/11, Judgment of 26 June 2014)后,首次作出承认外国代孕亲子关系判决;第2个是AG Friedberg, Beschluss vom 01. 03. 2013 - 700 F 1142/12 RI, 该案是德国地方法院首次作出承认外国代孕亲子关系判决的案件。参见黄志慧:《代孕亲子关系的跨国承认:欧洲经验与中国法上的选择》,载《环球法律评论》2021年第2期,第188页;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102页;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—44页;王洪根:《论跨国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131页;王艺:《外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨国代孕案件为中心》,载《法商研究》2018年第1期,第174页;王洪根、闫星宇:《跨国代孕法定亲子关系承认问题研究》,载《河南财经政法大学学报》2019年第1期,第161—162页。

③ Vgl. § 108 FamFG, Anerkennung anderer ausländischer Entscheidungen; § 109 FamFG, Anerkennungshindernisse. (德国《家事事件和非讼事件程序法》第108条承认外国判决,第109条承认外国判决的障碍。)第109条第1款规定了排除对外国判决的承认的4种情形:第一,根据德国法律,他国法院无管辖权;第二,未就案情实质作出陈述的一方未被正式送达起诉文件,或未在足够的时间内得到通知以使其能够行使其权利;第三,该判决与先前被承认的外国判决不一致,或该判决所依据的诉讼程序与之前被承认的外国判决诉讼程序不一致;第四,如果承认该判决会导致明显不符合德国法律基本原则的结果,特别是如果承认该判决不符合基本权利。第109条第5款明确规定,不得对外国判决的合法性进行审查。

其一，跨国代孕违背了德国法律的基本价值规则与核心内容。<sup>①</sup> 承认相关外国判决事实上是在合法化跨国代孕，这与德国法律中的基本理念和正义观念不符，具体体现在以下3个层面。宪法层面上，代孕商业化女性，操纵和改良人类精子、卵子和胚胎，超出了人类对生命可以干预的范围，违反了《德国基本法》对人性尊严的保护。<sup>②</sup> 刑法层面上，根据《胚胎保护法》（Embryonenschutzgesetz）和《收养中介法》（Adoptionsvermittlungsgesetz）中对代孕的禁止性规定，从事代孕行业的医疗工作者、协助者、广告者、教唆遗弃者，将会面临监禁、罚款等刑罚。<sup>③</sup> 合同法层面上，代孕合同涉嫌剥削女性、贩卖儿童，违反了《德国民法典》（Bürgerliches Gesetzbuch）中的公序良俗（gute Sitten），当属无效。<sup>④</sup> 德国法院认为，上述法律中对代孕的禁止性规定，不能通过申请承认外国判决的方式来规避。<sup>⑤</sup>

其二，外国亲子关系判决与德国亲子关系认定规则相悖。承认意向父母为合法父母违反了《德国民法典》规定的“生产者之母”和“婚生子推定”的规则，<sup>⑥</sup> 导致了父母身份的割裂。根据该亲子关系认定规则，代孕儿童的合法母亲是作为生母的代孕母亲，并推定其丈夫为合法父亲。即使在意向父亲与代孕儿童有血缘关系，而代孕母亲与代孕儿童没有血缘关系的情况下，意向父亲可以根据代孕母亲的同意或司法判决取得合法父亲身份，但他的配偶或同性伴侣无论与代孕儿童有无血缘关系，都无法取得相应的合法父母的身份。因为德国法律反对母亲身份的割裂，代孕儿童不可能同时拥有2个母亲，合法母亲只能是作为生产者的代孕母亲。<sup>⑦</sup> 承认外国亲子关系判决，事实上是认可意向父母与代孕儿童之间存在合法的亲子关系，这一结果是与德国亲子关系认定规则相矛盾的。

笔者认为，这一阶段德国法院坚守公共政策，拒绝承认相关外国判决，表面上看起来维护了德国法律的基本价值和亲子关系认定的基本规则，但事实上导致了跛脚亲子关系的产生，不利于保护跨国代孕儿童的最大利益。

① Vgl. KG, Beschluss vom 01. 08. 2013 – 1 W 413/12.

② Vgl. Art. 1, Schutz der Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung, Grundgesetz – GG. (《德国基本法》第1条“保护人类尊严、人权、基本权利”。)

③ Vgl. § 1 AdVermiG, Adoptionsvermittlung; § 2 AdVermiG, Adoptionsvermittlungsstellen; § 14 AdVermiG, Bußgeldvorschriften; § 13d AdVermiG, Anzeigenverbot; § 1 Abs. 1, Mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken, Embryonenschutzgesetz – EschG. (《收养中介法》第1条“收养中介”、第2条“收养中介机构”、第14条“关于罚款的规则”、第13条“第4款禁止广告”；《胚胎保护法》第1条“第1款滥用生殖技术”。)

④ Vgl. § 138, Sittenwidriges Rechtsgeschäft, Bürgerliches Gesetzbuch – BGB. (《德国民法典》第138条“违反公序良俗的法律交易”。)

⑤ Vgl. AG Bad Oeynhausen, Beschluss vom 20. 01. 2010 – 53 F 88/09. Vgl. auch AG Hamm, Beschluss vom 22. 02. 2011 – XVI 192/08. Vgl. auch LG Dortmund, Beschluss vom 08. 07. 2011 – 9 T 210/11. Vgl. auch OLG Braunschweig, Beschluss vom 12. 4. 2017 – 1 UF 83/13. Vgl. auch Redaktion beck-aktuell, OLG Braunschweig erkennt rechtliche Elternschaft für Leihmutterkind aus USA nicht an, becklink 2006410. Vgl. auch OLG Braunschweig, Kindeswohl gebietet nicht grundsätzlich Anerkennung von im Ausland erworbener Elternschaft aus Leihmutterverhältnis, NZFam 2017, S. 522 f.

⑥ Vgl. § 1591 BGB, Mutterschaft; § 1592 BGB, Vaterschaft. (《德国民法典》第1592条“母亲”；《德国民法典》第1592条“父亲”。)

⑦ Vgl. § 1591 BGB, Mutterschaft; § 1592 BGB, Vaterschaft. (《德国民法典》第1592条“母亲”；《德国民法典》第1592条“父亲”。)

## (二) 内驱不足：非为保护儿童最大利益所必需

大量案件中，当事人以保护儿童利益为由向德国法院申请承认外国判决。<sup>①</sup>但这一阶段的德国法院认为，承认外国判决并非保护儿童最大利益所必需。<sup>②</sup>换言之，即使拒绝承认外国判决也不必然损害儿童的最大利益。

对此，法院从儿童的人身权利和财产权利 2 个方面作出了解释。法院认为，就人身权利而言，即使不承认外国亲子关系判决，儿童的处境也并不会因此恶化。因为意向父母与儿童之间已经形成了事实上的联系，并不会因为没有被认定为合法父母而拒绝照顾儿童。<sup>③</sup>就财产权利而言，儿童利益可以通过其他合法方式得以保障，比如，意向父母日后可以通过协议约定或者继子女收养等方式，来保护代孕儿童的人身和财产权利。<sup>④</sup>因此，即使在意向父母已经充分履行了监护人的抚养和照顾义务，与代孕儿童产生了事实上的亲子关系的情况下，德国法院仍不认为承认外国判决是保护儿童最大利益所必需。

笔者认为，德国法院的解释存在一定问题。首先，德国法院将“为代孕儿童确立稳定的亲子关系”和“代孕儿童受到照顾”混为一谈。换言之，即使代孕儿童有人照拂，也并不能因此弥补照顾者并非合法父母以及代孕儿童没有稳定的法定亲子关系的缺憾。其次，德国法院提出的替代性解决方法不能有效保护代孕儿童的合法权利。一方面，涉及儿童财产权益的事项众多，实践中很难通过协议约定穷尽所有事项，故而难以全面保护代孕儿童的财产权益。另一方面，赋予意向父母收养代孕儿童的选择权很可能对儿童利益造成损害。比如，代孕儿童在国外出生后，意向父母后悔代孕乃至弃养，若当地法院排除了代孕母亲夫妇的父母身份，德国法院又拒绝认定意向夫妇的合法父母身份，代孕儿童将处于无父无母无人照拂的不利境地。

① Vgl. KG, Beschluss vom 21. 1. 2020 – 1 W 47/19; KG Berlin, Beschluss vom 17. 05. 2020 – 1 W 298 + 300/19; AG Köln, Beschluss vom 05. 07. 2019 – 378 III 41/19; AG Fürth, Beschluss vom 28. 06. 2019 – 4 F 144/19 AB; OLG Hamm, Beschluss vom 17. 12. 2019 – 15 W 324/19; BGH, Beschluss vom 05. 09. 2018 – XII ZB 224/17; AG Gummersbach, Beschluss vom 04. 07. 2018, Az. 23 F /18; AG Berlin-Schöneberg, 21. 12. 2018 – III 122/18; BGH, Beschluss vom 10. 10. 2018 – XII ZB 231/18; AG Frankfurt am Main, Beschluss vom 09. 04. 2018 – 470 F 16020/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. 2. 2018 – II – 6 UF 175/17; AG Frankfurt, Beschluss vom 09. 04. 2018 – 470 F 16020/17 AD; OLG Braunschweig, Beschluss vom 12. 04. 2017 – 1 UF 83/13; KG Beschluss vom 04. 07. 2017 – 1 W 153/16; AG Heidenheim, Beschluss vom 11. 04. 2017 – 9 F 191/17; AG Wuppertal, Beschluss vom 03. 11. 2017 – 67 FH 6/16; AG Berlin-Schöneberg, Beschluss vom 07. 03. 2016 – 71a III 354/15; OVG Nordrhein-Westfalen, 14. 07. 2016 – 19 A 2/14; BGH, Beschluss vom 20. 04. 2016 – XII ZB 15/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07. 04. 2015 – II – 1 UF 258/13; BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13; KG, Beschluss vom 02. 12. 2014 – 1 W 562/13; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 14. 07. 2014 – 20 W 374/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. 04. 2013 – I – 3 Wx 211/12; AG Düsseldorf, Beschluss vom 29. 11. 2013 – 270 F 214/13; AG Friedberg, Beschluss vom 01. 03. 2013 – 700 F 1204/12 AB; AG Friedberg, Beschluss vom 01. 03. 2013 – 700 F 1142/12 RI; VG Köln, Beschluss vom 13. 11. 2013 – 10 K 2043/12; KG; AG Gießen, Beschluss vom 07. 11. 2013 – 22 III 9/13, Beschluss vom 01. 08. 2013 – 1 W 413/12; BVG, Beschluss vom 19. 12. 2013 – BvL 1/11; AG Hamm, Beschluss vom 22. 02. 2011 – XVI 192/08; OLG München, Beschluss vom 05. 12. 2011 – 31 Wx 83/11; AG Bad Oeynhausen, Beschluss vom 20. 01. 2010 – 53 F 88/09; LG Dortmund, Beschluss vom 08. 07. 2011 – 9 T 210/11.

② Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 07. 02. 2012 – 8 W 46/12; VG Berlin, Beschluss vom 05. 09. 2012 – 23 L 283. 12; BVerfG, Beschluss vom 22. 08. 2012 – 1 BvR 573/12; AG Bad Oeynhausen, Beschluss vom 20. 01. 2010 – 53 F 88/09; AG Hamm, Beschluss vom 22. 02. 2011 – XVI 192/08; LG Dortmund, Beschluss vom 08. 07. 2011 – 9 T 210/11.

③ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. 04. 2013 – I – 3 Wx 211/12.

④ Vgl. AG Düsseldorf, Beschluss vom 29. 11. 2013 – 270 F 214/13, BeckRS 2015, 14226.

### (三) 形式不符：外国判决或文书并无承认必要

2013年以前，跨国代孕亲子关系的相关案件较少，意向父母处于探索承认亲子关系路径的阶段。意向父母申请承认外国相关判决的案件中，有2种形式的外国判决被德国法院明确裁定拒绝承认。

第一，仅确认生物学亲子关系的外国判决没有承认必要。在2013年之前的大部分案件中，德国法院拒绝承认只判定生物学亲子关系的相关外国判决。<sup>①</sup> 根据德国法律规定，父母身份与基因关系无关。就母亲身份而言，德国法采取分娩标准，规定生产者之母，代孕母亲是毫无疑问的合法母亲。就父亲身份而言，如果代孕母亲未婚，意向父亲只要经过代孕母亲的同意即可依法取得父亲身份；如果代孕母亲已婚，则需要代孕母亲的丈夫或有基因关系的意向父亲或代孕母亲本人对该亲子关系提出请求，由法院判决意向父亲与代孕儿童的亲子关系。<sup>②</sup> 由此可得，即使承认了该外国判决并确认了意向父母与代孕儿童的血缘关系，意向父母与代孕儿童之间也无法据此建立亲子关系。因此，德国法院认为，基因关系并非亲子关系认定问题的核心要点，<sup>③</sup> 只有外国法院作出的确认法律上亲子关系的判决才有承认的必要。<sup>④</sup>

第二，外国出生证明没有被德国法院承认的资格。<sup>⑤</sup> 在2013年之前的大部分案件中，德国意向父母希望德国法院承认外国出生证明并认定其与代孕儿童的亲子关系，均被德国法院驳回。<sup>⑥</sup> 即使在部分案件中，一审和二审法院承认了外国的出生证明，并认定了意向父母是代孕儿童的合法父母，最终也被德国联邦最高法院驳回。<sup>⑦</sup> 法院的理由是，外国出生证明不构成《家事事件和非讼事件程序法》第108条第1款意义上可以被德国法院承认的外国判决。<sup>⑧</sup> 所谓“外国判决”，是指外国法院作出的能够产生法律上确立或宣示效力的判决（Urteile）和裁定（Beschlüsse）。<sup>⑨</sup> 原则上，外国当局的决定（Entscheidungen ausländischer Behörden）也可构成该条款意义上的判决，但是前提是该当局的地位必须与德国法院地位相当，而且该决定具有确立（rechtsbegründende）或宣示（rechtsfeststellende）的法律效力。反观出生证明，其签发单位是外国进行人口登记的行政部门，内容上是为登记提供相关事实的书面证据的文件，地位上无法等同于德国法院的判决，功

① Vgl. VG Köln, Beschluss vom 20.02.2013 – 10 K 6710/11; VG Köln, Beschluss vom 13.11.2013 – 10 K 2043/12.

② Vgl. § 1591, Mutterschaft, § 1592, Vaterschaft, BGB. (《德国民法典》第1591条“母亲”；第1592条“父亲”。)

③ Vgl. VG Köln, Beschluss vom 20.02.2013 – 10 K 6710/11; VG Köln, Beschluss vom 13.11.2013 – 10 K 2043/12. Vgl. Margalith/Assan, Länderbericht Israel, in: Bergmann/Ferid/Henrich (eds.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 1. Aufl., 2016, S. 60 ff.

④ Vgl. OVG Nordrhein – Westfalen, Beschluss vom 14.07.2016 – 19 A 2/14.

⑤ See Engel, M., “Cross – Border Surrogacy: Time for a Convention?”, in K. Boele – Woelki, N. Dethlof and W. Gephart (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities* (Intersentia, 2014), pp. 206 – 207.

⑥ Vgl. auch BGH, Alleiniges Sorgerecht des nichtehelichen Vaters bei Ruhen des alleinigen Sorgerechts der Mutter, NJW 2008, S. 223.

⑦ 本文中所指的“德国联邦最高法院”（Bundesgerichtshof）简称为BGH，又译为“联邦普通法院”。Vgl. AG Verden, Beschluss vom 29.08.2016 – 5 III 38/15; OLG Celle, Beschluss vom 22.05.2017 – 17 W 8/16; BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 320/17.

⑧ 参见德国《家事事件和非讼事件程序法》第108条“承认外国判决”，第109条“承认外国判决的障碍”。Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 22.5.2017 – 17 W 8/16. Vgl. OLG Celle, Anerkennungsfähigkeit einer standesamtlichen Eintragung der biologischen Eltern im Falle einer Leihmutterschaft, NZFam 2017, S. 658 f.

⑨ Vgl. BGH, Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterschaft, NJW 2015, S. 479 f.

能上并没有超出德国公民身份登记册的范围，效力上缺乏实质性的既判力、约束力以及司法上的宣告性和终局性，<sup>①</sup>并不构成在法律上确立或宣示亲子关系，因此不能被视为外国判决，无法获得德国法院的承认。<sup>②</sup>

综上所述，2013年以前，德国法院拒绝承认相关判决，主要出于3方面原因。第一，存在外部限制，德国法院坚守公共政策条款，认为承认外国相关判决违反了德国禁止代孕的规定和亲子关系认定规则。第二，内驱不足，承认相关外国判决并非为保护儿童最大利益原则所必需，意向父母可以通过协议约定或继子女收养等方式，保护代孕儿童的人身和财产权益。第三，形式不符，仅判定生物学亲子关系的外国判决没有被承认的必要，外国的出生证明不符合被法院承认的资格。但是这种做法也导致了跛脚亲子关系，不利于保护跨国代孕儿童最大利益，这些问题一定程度上在第二阶段得到了解决。

## 二 2013—2014年：有条件承认外国判决的奠基期

2013—2014年，德国法院初步确立了“在一定条件下承认外国亲子关系判决”的规则。<sup>③</sup>相较于2013年以前“一刀切”拒绝承认相关外国判决的做法，本阶段德国法院承认相关外国判决以基因关系为前提。德国法院从确立到放弃生物学标准分为3步走。第一步是只有意向男性同性伴侣之一、意向夫妇双方与代孕儿童有基因关系时，德国法院才可能承认相关外国判决（2013—2015年），比如，2013年弗里德贝格初级法院承认乌克兰判决案中，意向夫妇与代孕儿童均存在基因关系，<sup>④</sup>2014年德国联邦最高法院承认美国判决案中，意向同性伴侣之一与代孕儿童同样存在基因关系。<sup>⑤</sup>第二步是基因标准平等地适用于同性与异性意向父母，只要意向父母之一与代孕儿童有基因关系，德国法院就可能承认相关外国判决（2015—2019年）。第三步是在未提及单身意向父亲与跨国代孕儿童是否有基因关系的案件中，德国法院决定承认相关外国判决，认定意向父亲为唯一合法父母，不再登记代孕母亲为母亲（2015—2023年）。第二步和第三步分别在本文第三和第四部分探讨。

① Vgl. BGH, Alleiniges Sorgerecht des nichtehelichen Vaters bei Ruhen des alleinigen Sorgerechts der Mutter, NJW 2008, S. 223 f. Vgl. auch Rolf Wagner, Anerkennung und Wirksamkeit ausländischer familienrechtlicher Rechtsakte nach autonomem deutschem Recht, FamRZ 2006, S. 744 ff.

② Vgl. AG Dortmund, Beschluss vom 01.08.2016 – 312 III 5/16; OLG Hamm, Beschluss vom 26.09.2017 – 15 W 413/16. BGH, Beschluss vom 20.03.2019 – XII ZB 530/17. Vgl. auch OLG Celle, Anerkennungsfähigkeit einer standesamtlichen Eintragung der biologischen Eltern im Falle einer Leihmutterchaft, NZFam 2017, S. 658 f. Vgl. Wellenhofer, Familienrecht und IPR: Gewöhnlicher Aufenthalt eines im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kindes, JuS 2019, S. 717 f. Vgl. auch BGH, Gewöhnlicher Aufenthalt eines im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kindes, NJW 2019, S. 1605 f. Vgl. auch BGH, Gewöhnlicher Aufenthalt von Leihmutterkindern, NZFam 2019, S. 428 f. See Gennadiy Druzenko, “Ukraine”, in Katarina Trimminggs and Paul Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing, 2013), pp. 358 – 365.

③ Vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13; KG, Beschluss vom 01.08.2013 – 1 W 413/12; AG Friedberg, Beschluss vom 01.03.2013 – 700 F 1204/12 AB; AG Friedberg, Beschluss vom 01.03.2013 – 700 F 1142/12 RI; AG Gießen, Beschluss vom 07.11.2013 – 22 III 9/13.

④ Vgl. AG Friedberg, Beschluss vom 01.03.2013 – 700 F 1204/12 AB; AG Friedberg, Beschluss vom 01.03.2013 – 700 F 1142/12 RI; AG Gießen, Beschluss vom 07.11.2013 – 22 III 9/13.

⑤ BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13.

德国法院有条件承认相关外国判决是外部松动和内部驱动共同导致的。外部松动是指，德国法院与欧洲人权法院审理的蒙森案和拉巴塞案保持一致，以存在基因关系为条件，承认相关外国亲子关系判决；<sup>①</sup> 内部驱动是指，在这一阶段，德国法院确认了保护义务的对象主要为儿童，公共政策对亲子关系相关的外国判决的限制开始限缩和松动，儿童最大利益原则的适用得以发展和扩张。

### （一）外部松动：不再固守公共政策

经过上一阶段案件的积累和发展，完全拒绝承认相关外国判决所遗留的问题逐渐显现，德国学术界对此进行了较为激烈和深入的探讨并形成共识，认为应对公共政策进行限缩解释和审慎适用，不宜以违反德国公共政策为由完全拒绝承认外国相关判决。<sup>②</sup> 与此同时，德国法院的态度也有了较大转变。<sup>③</sup> 总体看来，德国法院和学术界改弦易调的理由有以下5点。

第一，德国《胚胎保护法》和《收养中介法》中禁止医务工作者从事代孕工作的条款并不构成实质性公共政策（*materiellrechtlicher Ordre Public*）。根据德国《家事事件和非讼事件程序法》第109条第4款，如果承认外国判决的结果明显不符合德国法律的基本原则，特别是如果承认外国判决不符合基本权利，法院可以拒绝承认该外国判决。<sup>④</sup> 具体而言，承认外国判决是否违反公共政策的决定性因素是，承认结果是否与德国法律的基本思想和其中所包含的司法概念相矛盾。<sup>⑤</sup> 这里的审查标准首先是基本权利。儿童最大利益是法院衡量的重点，只有当承认外国判决明显不符合德国家庭法和儿童法的基本原则时，比如外国判决是违反德国程序法中的基本原则作出的，以至于在德国法律制度下不能认为该判决是根据法治程序作出的，则属于实质性违反公共政策的情形。<sup>⑥</sup>

第二，为达到国际判决一致性，公共政策应被限缩解释。在与民事身份相关的问题上，承认外国判决的重要目标之一就是保证国际判决的一致性。为避免跛脚法律关系的出现，德国《家事事件和非讼事件程序法》第109条第1款第4项确立的公共政策应当被限缩解释并审慎适用。<sup>⑦</sup>

① 2014年，欧洲人权法院在蒙森案和拉巴塞案中认定，完全禁止意向父母与代孕儿童建立亲子关系，尤其是在意向父亲与代孕儿童有基因关系的情况下，拒绝承认外国亲子关系判决，违反了《欧洲人权公约》第8条对儿童最大利益的保护。而且依据国内法也可以确定意向父亲和代孕儿童的亲子关系，即没有基因关系的意向父亲的同性伴侣，事实上也可以通过继子女收养成为代孕儿童的合法父亲，承认外国判决的结果与依据国内法作出的判决结果一致，并不会违反公共政策。因此，欧洲人权法院在意向父亲和代孕儿童有基因关系的条件下，承认了跨国代孕意向父母和代孕儿童的亲子关系。See ECtHR, *Menesson v. France*, app. no. 65192/11, at no. 100, Judgment of June 26, 2014; ECtHR, *Labassee v. France*, app. no. 65941/11, Judgment of June 26, 2014.

② Vgl. BGH, *Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterschaft*, NJW 15, S. 479 f = FamRZ 15, S. 240 f. Vgl. auch BGH, *Anerkennung einer US - Gerichtsentscheidung über Eltern bei Leihmutterschaft*, NJW - RR 2018, S. 1473 f.

③ See “Win for Non - Traditional Parenthood in Germany”, Deutsch Welle, <http://www.dw.de/limited-win-for-surrogacy-gay-parenthood-in-germany/a-18142883>.

④ 参见德国《家事事件和非讼事件程序法》第109条“承认外国判决的障碍”。

⑤ Vgl. BGH, *Beschluss vom 10. 12. 2014 - XII ZB 463/13*. Vgl. auch OLG Düsseldorf, *Anerkennung einer US - Entscheidung über Elternschaft bei Geburt durch Leihmutter*, NJW 2015, S. 3382 f.

⑥ Vgl. BVerwG, *Urteil vom 29. 11. 2012 - 10 C 4. 12*; BGH, *Beschluss vom 17. 06. 2015 - XII ZB 730/12*; OLG Düsseldorf, *Beschluss vom 7. 04. 2015 - II - 1 UF 258/13*.

⑦ See Michael W. G., *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements* (Eleven International Publishing, 2016), p. 70.

换言之，承认外国亲子关系判决时，应当适用更为宽松的公共政策，只要承认该外国判决的结果没有与德国法律的基本思想和司法观念产生根本性冲突，则相关外国判决就可被承认。<sup>①</sup>在这一阶段，法院认为，在孩子和意向父母之一基因相关并和代孕母亲不相关的情况下，承认该外国判决并认可意向父母的合法身份并不违背德国公共政策。

第三，跨国代孕行为并未严重背离德国法律的基本思想和司法观念。一则，代孕不一定等同于贩卖儿童和侵犯人性尊严。德国联邦最高法院要求意向父母提供有关代孕协议内容和代孕母亲身份的文件，以确认代孕母亲代孕和移交婴儿的自愿性，从而排除代孕母亲被迫将孩子移交给意向父母的可能性。<sup>②</sup>二则，代孕儿童已经出生，即使不承认外国判决，也难以实现《胚胎保护法》和《收养中介法》中对代孕的一般性禁止性规定的普遍预防的目的。<sup>③</sup>三则，在跨国代孕案件中，儿童不应当为自己的出生承担责任，上述一般性禁止性规定应当让步于儿童最大利益。<sup>④</sup>

第四，从实体法层面上看，承认外国判决也不违反德国法律。依据《德国民法典》中关于父亲身份的规定，意向父亲经过单身代孕母亲的承认即可成为合法父亲，其伴侣可以通过继子女收养（Stiefkindadoption）与代孕儿童建立亲子关系。<sup>⑤</sup>《根据外国法收养儿童效力法》（Gesetz über Wirkungen der Annahme als Kind nach ausländischem Recht）第4条鼓励跨国收养无人陪伴的儿童，<sup>⑥</sup>司法实践中，只要收养有利于儿童的利益，法院往往会同意收养代孕儿童，<sup>⑦</sup>这事实上有利于意向父亲的配偶或同性伴侣取得合法父母身份。<sup>⑧</sup>所以，承认外国判决直接认定亲子关系，和允许当事人收养代孕儿童，往往事实上达成同样的效果。

第五，以违反公共政策为由拒绝承认外国判决反而会违反公共政策。儿童最大利益原则也是公共政策的一部分，<sup>⑨</sup>阻碍为代孕儿童建立“理想的家庭”（Wunschfamilien）反而会违反公共政策。依据德国法律，代孕母亲作为合法母亲远在国外，而且根据外国法律放弃母亲身份，法院如果拒绝承认外国判决，严格适用国内法认定代孕母亲及其丈夫为合法父母，拒绝承认作为代孕儿童的实际照顾者的意向父母的合法父母身份，将事实上导致儿童处于没有母亲甚至无人

① Vgl. Rolf Wagner, Abstammungsfragen bei Leihmutterchaften in internationalen Sachverhalten, StAZ 2012, S. 294 f.

② Vgl. BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13; BVerfG, Beschluss vom 22. 08. 2012 – 1 BvR 573/12.

③ Vgl. Konrad Duden, European Court of Human Rights: International Surrogate Motherhood – Shifting the Focus to the Child, ZEuP 2015, S. 637 f. Vgl. auch Alexander Diel, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Abstammung und *ordre public* im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts, ZEuP 2016, S. 1022 f.

④ Vgl. BGH, Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterchaft, NJW 2015, S. 479 f.

⑤ Vgl. Herbert Grziwotz, Stiefkindadoption und Adoptionshilfe – Insellösung oder Neuorientierung?, ZRP 2020, S. 6.

⑥ Vgl. § 4 Unbegleitete Auslandsadoptionen; § 5 Antragstellung, Reichweite der Entscheidungswirkungen, Gesetz über Wirkungen der Annahme als Kind nach ausländischem Recht, Adoptionswirkungsgesetz – AdWirkG. (《根据外国法收养儿童效力法》第4条“无人陪伴的外国收养”，第5条“申请的提交、判决的效力”。)

⑦ Vgl. BGH, Beschluss vom 10. 10. 2018 – XII ZB 231/18. Vgl. auch BGH, Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterchaft, NJW 2015, S. 479 f. Vgl. auch BGH, Anerkennung einer US – Gerichtsentscheidung über Eltern bei Leihmutterchaft, NJW – RR 2018, S. 1473 f.

⑧ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. 12. 2013 – BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, at no. 80 – 81. Vgl. auch BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13. Vgl. auch BVerfG, Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner, NJW 2013, S. 847 f.

⑨ Vgl. Konrad Duden, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Abstammung und *ordre public* im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts 1. Aufl., 2015, S. 655.

照顾的状态。<sup>①</sup> 德国立法和司法机关都重视儿童权益保护，若拒绝承认外国判决导致幼无所养，幼无所依，自然也违反了德国公共政策和它设计的初衷。

在这一阶段，公共政策这一安全阀开始松动。一则德国法院对代孕行为有了一定的改观，认为其并不必然违背德国法律的基本思想和司法观念。二则德国法院对公共政策进行限缩解释，认为禁止代孕的相关规定并不构成实质性公共政策，并选择适用更为宽松的国际公共政策。三则德国法院将儿童权益保护视为公共政策的一部分，反向论证了不承认相关外国判决反而会违反公共政策。这也意味着德国法院在审理跨国代孕亲子关系承认问题时，不再固守公共政策这一安全阀，而是将重点转向儿童最大利益的保护。

## （二）内驱提高：增加儿童最大利益权重

第一阶段，德国法院以并非保护儿童最大利益所必需为由拒绝承认相关外国判决。第二阶段，德国法院的态度有所改变，从国内和国际、理论和现实等多角度出发，认为承认相关外国判决有利于保护儿童最大利益。

国内法层面上，承认外国判决是国家履行保护义务的体现。国家有“保护义务”（Schutzpflichten），即通过积极的行动保护基本权利持有者的基本权利不受侵犯。<sup>②</sup> 在跨国代孕案件中，法院在确定保护义务时，最先要考虑儿童的基本权利。如果以违反德国公共政策为由拒绝承认外国判决，反而忽略了儿童基本权利和实际存在的社会家庭关系。通常情况下，除非法院承认外国判决，意向父母很难与代孕儿童建立亲子关系。根据德国法律，代孕母亲被禁止促成建立在代孕行为上的收养关系，<sup>③</sup> 故而意向父亲的妻子或同性伴侣很难通过收养取得合法父母身份。而且，如果赋予意向父母收养代孕儿童的选择权，若其后悔代孕乃至弃养，势必损害儿童利益。此外，涉及儿童人身和财产权利的事项繁杂、类型众多，无法通过协议约定的方式列举穷尽，德国法院提出的替代性解决方法不能有效保护代孕儿童的合法权利。因此，符合代孕儿童最大利益的做法是尽快承认其与意向父母的亲子关系，以保证孩子拥有稳定的社会家庭结构，<sup>④</sup> 不被置于

① Vgl. AG Hamburg, Beschluss vom 16. 06. 2008 – 60 XVI 80/05; AG Münster, Beschluss vom 30. 09. 2008 – 105 XVI 5/08; LG Hamburg, Beschluss vom 16. 02. 2009 – 301 T 527/08; LG Münster, Beschluss vom 16. 03. 2009 – 5 T 775/08; OLG Hamm, Beschluss vom 01. 12. 2009 – 15 Wx 236/09; OLG Hamburg, Beschluss vom 22. 12. 2010 – 2 Wx 23/09; BVerfG, Urteil vom 19. 02. 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09; AG Köln, Beschluss vom 25. 01. 1994 – 52 X 138/93; LG Köln, Beschluss vom 05. 09. 1995 – 1 T 657/94; OLG Köln, Beschluss vom 14. 06. 1996 – 16 Wx 105/96; AG Leverkusen, Beschluss vom 28. 02. 2001 – 30 (33) F 223/00; OLG Köln, Beschluss vom 30. 08. 2001 – 14 UF 119/01; EGMR, Beschluss vom 13. 06. 2002 – 58364/00; BVerfG, Beschluss vom 09. 04. 2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01; BVerfG, Beschluss vom 30. 09. 2003 – 1 BvR 1493/96; EGMR, Beschluss vom 15. 05. 2008 – 58364/00; BVerfG, Beschluss vom 09. 04. 2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01; AG Berlin – Tempelhof/Kreuzberg, Beschluss vom 25. 01. 2013 – 140 F 4500/11; KG, Beschluss vom 30. 07. 2013 – 19 UF 17/13; BGH, Beschluss vom 18. 02. 2015 – XII ZB 473/13; BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13.

② Vgl. Hannah Ruschemeier, Julian Senders, Abschnitt 3 Grundrechtsschutz und Dritte, in Lisa Hahn, Maximilian Petras, Dana – Sophia Valentiner and Nora Wienfort (Hrsg.) Grundrechte, 1. Aufl. 2022, § 8 Schutzpflichten, S. 93 ff.

③ Vgl. §§ 13a ff. Ersatzmutterchaft (§§ 13a – 13d), Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermG; § 1 Abs. 1, Mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken, Embryonenschutzgesetz – EschG. (《收养中介法》第13a – 13d条“代孕”，《胚胎保护法》第1条第1款“滥用生殖技术”。)

④ Vgl. Engel, Internationale Leihmutterchaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, S. 538. Vgl. auch BGH: Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidung zur rechtlichen Verwandtschaft, DNotZ 2015, S. 296 f.

无国籍和无父母的境地，不处于跛脚亲子关系之中。<sup>①</sup>

国际法层面上，承认相关外国判决符合欧洲人权法院保护儿童权益的先例，也符合德国签订的国际条约义务。2014年，欧洲人权法院在蒙森案和拉巴塞案中，承认了跨国代孕意向父母和代孕儿童的亲子关系。欧洲人权法院认为，在意向父母与代孕儿童有基因关系的情况下，依据公共政策拒绝承认外国判决，禁止意向父母与代孕儿童建立亲子关系，违反了《欧洲人权公约》第8条规定的保护儿童最大利益的义务。<sup>②</sup>德国法院在承认外国判决时，应考虑其国际条约义务，尤其是已经转化为国内法的人权规范，这是善意履行国际义务（Völkerrechtsfreundlichkeit）的具体体现。<sup>③</sup>承认意向父母与代孕儿童之间的亲子关系符合德国批准的联合国《公民及政治权利国际公约》《经济社会文化权利国际公约》以及《欧洲人权公约》，也符合联邦宪法法院和欧洲人权法院确立的保护儿童利益的准则，即无论亲子关系是由哪个国家确立的，儿童被照顾和保护的权利、建立合法亲子关系的权利都应得到保障。

这一阶段的德国法院重点保护的主体发生了转变。从内部而言，德国法院在上一阶段完全拒绝承认相关外国判决的弊端开始显现。从外部而言，受到欧洲人权法院和国际公约的影响，法院所保护的权利的倾向性也从公共政策转移到儿童最大利益之上。但是，在这一阶段，德国法院承认外国判决仍有较为严格的条件，尚未冲破基因要件的藩篱。自此之后，美国和乌克兰凭借其有利于意向父母的司法判决、成熟的辅助生殖医疗技术、便利的免签政策成为德国意向夫妇跨国代孕的首选。<sup>④</sup>意向父母赴美代孕返回德国后，如果意向同性伴侣一方或意向夫妇双方与代孕儿童有基因关系，而且能够提交赋予其合法父母身份的外国法院判决，其合法父母身份就有机会被德国法院承认。然而，这一限制并不完全符合德国国内法中亲子关系认定规则，也为后期德国法院的突破埋下伏笔。

### 三 2015—2019年：艰难放宽承认外国判决条件的混乱期

2015—2019年期间，德国法院的态度分为两派，一派回归德国国内法，对基因标准作出新的突破和尝试，放宽了承认相关外国判决的条件；另一派立足德国国内法，坚守分娩标准，依据公共政策原则拒绝承认外国判决，揭示了德国法院内部的紧张关系。<sup>⑤</sup>

① See Nora Markard, *German Supreme Court Recognises Same – Sex Parents after Californian Surrogacy* (Angela Kintominas Press, 1st edn, 2015), p. 124.

② See ECtHR, *Mennesson v. France*, app. no. 65192/11, at no. 100, Judgment of June 26, 2014; ECtHR, *Labassee v. France*, app. no. 65941/11, Judgment of June 26, 2014. Vgl. EGMR, *Französisches Kindschaftsverhältnis bei Leihmutterschaft in Kalifornien – Anerkennung*, NJW 2015, S. 3211 f. Vgl. auch EGMR: *Französisches Kindschaftsverhältnis bei Leihmutterschaft in Kalifornien Anerkennung*, FamRZ 2014, S. 1527 f. Vgl. auch EGMR, *Entscheidung vom 27. 01. 2015 – 25358/12*, FamRZ 2015, S. 561 f. Vgl. auch EGMR, *Herausgabe eines in Russland von einer Leihmutter geborenen Kindes*, NJW 2017, S. 941 f. Vgl. auch Chris Thomale, *Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterschaft*, IPRax 2017, S. 583f = LSK 2017, 45124326.

③ 参见王葆蔚：《德国联邦最高法院典型判例研究（国际私法篇）》，法律出版社2019年版，第132页、第140页、第145页。

④ See Judit Sándor, “Transnational Surrogacy: An Overview of Legal and Ethical Issues”, in Tulsi Patel, Sayani Mitra and Silke Schickantz (eds.), *Cross-Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg Donation, Interdisciplinary Perspectives from India, Germany and Israel* (SpringerLink, 2018), pp. 13 – 55; Teoh, P. J. & Maheshwari, “Low – Cost in Vitro Fertilization: Current Insights”, (2014) 6 *International Journal of Women’s Health* 817, p. 827.

⑤ Vgl. OVG Nordrhein – Westfalen, 14. 07. 2016 – 19 A 2/14; VG Köln, Beschluss vom 13. 11. 2013 – 10 K 2043/12.

## （一）回归德国国内法：冲破基因标准的藩篱

第三阶段，德国法院作出了一项重大突破，不再遵循欧洲人权法院的先例，放弃了第二阶段被认为必要条件的基因关系，不再认为意向夫妇与代孕儿童存在基因关系是承认相关外国判决的必要条件。<sup>①</sup> 在意向母亲与代孕儿童没有基因关系的案件中，德国联邦最高法院、杜塞尔多夫高等法院、海登海姆市地方法院、法兰克福地方法院均承认了相关外国判决，并认定了意向夫妇的合法父母身份。<sup>②</sup> 德国法院突破基因关系的主要原因有2点。

第一，基因关系并不总是起着决定性的作用。一则，根据《德国民法典》，父母身份均与基因关系无关。母亲身份建立在分娩行为之上，父亲身份建立在母亲的承认、婚生子推定或法院判决之上。因此，意向父母是否与代孕儿童基因相关不影响亲子关系的判定。二则，亲子鉴定有时反而会因不符合儿童最大利益而被禁止，比如在欧洲人权法院作出的一项确定父亲身份的判决中，亲子鉴定程序因不符合孩子的最大利益而被禁止。<sup>③</sup> 此前德国法院效仿欧洲人权法院，认为基因关系是承认相关外国判决的必要条件，但是在本阶段回归国内亲子关系认定规则后，德国法院对欧洲人权法院的判决作出了扬弃。德国法院不再为承认相关外国判决设定基因标准为门槛，而是将关注点转至儿童的健康成长。通常情况下，代孕儿童事实上由意向父母抚养，故而承认外国亲子关系判决，并在出生证明上登记意向父母为父母，才符合儿童最大利益。<sup>④</sup> 因此，在上述案件中，德国法院对欧洲人权法院的判决作出了突破和发展，<sup>⑤</sup> 不再将基因标准认定为承认外国判决的必要条件之一，而赋予儿童最大利益更高的优先级。<sup>⑥</sup>

第二，儿童最大利益原则以相同的方式适用于同性和异性意向父母。<sup>⑦</sup> 第二阶段只有意向男性同性伴侣之一、意向夫妇双方与代孕儿童有基因关系，德国法院才可能承认相关外国判决。换言之，在第二阶段，意向父亲的同性伴侣和异性配偶取得合法父母的标准是不同的，因为同性伴

① Vgl. AG Friedberg, Beschluss vom 01.03.2013 – 700 F 1204/12 AB; AG Friedberg, Beschluss vom 01.03.2013 – 700 F 1142/12 RI; AG Gießen, Beschluss vom 07.11.2013 – 22 III 9/13.

② Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.2.2018 – II – 6 UF 175/17. Vgl. auch AG Frankfurt am Main, Beschluss vom 06.02.2018 – 42 III 4/17. Vgl. auch BGH, Beschluss vom 05.09.2018 – XII ZB 224/17. Vgl. auch AG Heidenheim, Beschluss vom 11.04.2017 – 9 F 191/17. Vgl. auch AG Heidenheim, Anerkennung einer ausländischen Entscheidung bei Leihmutterschaft, BeckRS 2017, 110021, S. 27 f. Vgl. auch BGH, Leihmutterschaft und Elternstellung, DNotZ 2019, S. 54 f. Vgl. auch OLG Braunschweig, Kindeswohl gebietet nicht grundsätzlich Anerkennung von im Ausland erworbener Elternschaft aus Leihmutterverhältnis, NZFam 2017, S. 522 f.

③ See *Ahrens v. Germany*, app no 45071/09 ECtHR 22 March 2012.

④ Vgl. AG Heidenheim, Beschluss vom 11.04.2017 – 9 F 191/17. Vgl. auch AG Heidenheim, Anerkennung einer ausländischen Entscheidung bei Leihmutterschaft, BeckRS 2017, 110021. Vgl. auch AG Wuppertal, Beschluss vom 03.11.2017 – 67 FH 6/16. Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.2.2018 – II – 6 UF 175/17. Vgl. auch AG Frankfurt am Main, Beschluss vom 06.02.2018 – 42 III 4/17. Vgl. auch OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.4.2017 – 1 UF 83/13. Vgl. auch OLG Braunschweig erkennt rechtliche Elternschaft für Leihmutterkind aus USA nicht an. Redaktion beck – aktuell, Verlag C. H. BECK, 20.04.2017. Vgl. auch OLG Braunschweig, Kindeswohl gebietet nicht grundsätzlich Anerkennung von im Ausland erworbener Elternschaft aus Leihmutterverhältnis, NZFam 2017, S. 522. Vgl. auch BGH, Beschluss vom 05.09.2018 – XII ZB 224/17. Vgl. auch BGH, Leihmutterschaft und Elternstellung, DNotZ 2019, S. 54.

⑤ See ECtHR, *Menesson v. France*, app. no. 65192/11, at no. 100, Judgment of June 26, 2014.

⑥ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.2.2018 – II – 6 UF 175/17; AG Frankfurt, Beschluss vom 09.04.2018 – 470 F 16020/17 AD; BGH, Beschluss vom 05.09.2018 – XII ZB 224/17. Vgl. auch BGH, Leihmutterschaft und Elternstellung, DNotZ 2019, S. 54 f.

⑦ Vgl. Wellenhofer, Familienrecht und IPR: Gewöhnlicher Aufenthalt eines im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kindes, JuS 2019, S. 717 f.

侣并不会像异性伴侣一样，被登记为合法“母亲”，对代孕母亲的身份产生直接的冲击。而第三阶段法院认为，根据外国判决，代孕母亲所有的母亲权利都被消灭了，即使根据德国法律认定代孕母亲是合法母亲，她也无法履行任何母亲职责。因此，基因标准应平等地适用于意向父亲的同性伴侣与异性配偶，只要意向父母之一与代孕儿童有基因关系，德国法院就可能承认相关外国判决。<sup>①</sup> 综上所述，在跨国代孕案件中，儿童最大利益原则是法院决定是否承认外国判决的首要考量因素，不论申请人是同性伴侣或是异性配偶，该原则都具有最高的优先级。

但是，德国法院作出上述判决，并不意味着在跨国代孕案件中完全放弃基因标准，与代孕儿童没有血缘关系的意向父母必然可以顺利取得合法父母身份。因为德国法院内部就相关问题尚未形成统一意见，相关德国法院的判决也并没有被其他德国法院强制援引的效力，尤其是在确定母亲身份时，部分德国法院仍坚持“生产者为母”的分娩标准。

## （二）立足德国国内法：分娩标准的坚守

德国是成文法国家，判例仅作为法的认识渊源（Rechtserkenntnisquelle），并非正式的法律渊源，不具有直接强制法官予以援用的法律上或者规范上的约束力。如果判例中所表达的实质论点已经不再令人满意时，法官就可以与时俱进地作出新判决。<sup>②</sup> 因此，尽管早在2013年已有先例承认意向父母的合法父母身份，随后还辅之以德国联邦最高法院的背书，但直到2017年仍有法院在一审、二审中都以违反公共政策为由拒绝承认外国判决。<sup>③</sup> 所以，这一阶段承认外国亲子关系判决的条件并非完全统一的、可预测的。

意向母亲取得合法母亲身份尤其艰难。承认男性同性伴侣为代孕儿童的合法父母，并不会直接造成对代孕母亲的母亲身份的冲击，因为孩子实质上拥有了2个父亲，没有基因关系的另一位意向父亲不会被认定为德国法律中的“母亲”。比如，2015年杜塞尔多夫高级法院改判地方法院的判决，承认了美国亲子关系判决，认定赴美代孕的同性伴侣是代孕儿童的合法父母。<sup>④</sup> 而认定异性夫妇合法父母身份的外国判决如果被承认，将直接导致代孕母亲丧失母亲身份，这和《德国民法典》中“生产者为母”的规定相悖。故而在许多案件中，德国法院仍拒绝承认意向母亲的合法母亲身份。尽管这些判决可能并非终审判决，经过当事人的上诉，地方高等法院或德国联邦最高法院最终改判并承认了外国判决，<sup>⑤</sup> 但仍揭示了司法机关内部的紧张关系。因此，即使在

① Vgl. BGH, XII ZB 463/13 (2014). Vgl. auch Martin Engel, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, S. 538.

② 参见高尚：《德国判例使用方法研究》，法律出版社2019年版，第41—42页。

③ Vgl. OLG Braunschweig, Beschluss vom 12. 4. 2017 – 1 UF 83/13. Vgl. auch AG Wuppertal, Beschluss vom 03. 11. 2017 – 67 FH 6/16. Vgl. auch KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 21. 1. 2020 – 1 W 47/19. Vgl. auch KG, Geburtseintrag nach Leihmutterschaft und Geburt in Kalifornien, BeckRS 2020, S. 635 f. Vgl. auch Marc Eckebracht, Anerkennung einer kalifornischen Wunschelternschaft unabhängig von genetischer Abstammung, NZFam 2020, S. 227 f. Vgl. auch OLG Braunschweig, Kindeswohl gebietet nicht grundsätzlich Anerkennung von im Ausland erworbener Elternschaft aus Leihmutterverhältnis, NZFam 2017, S. 522 f. Vgl. auch BGH, Leihmutterschaft und Elternstellung, DNotZ 2019, S. 54 f.

④ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07. 04. 2015 – II – 1 UF 258/13; AG Düsseldorf, Beschluss vom 29. 11. 2013 – 270 F 214/13.

⑤ Vgl. AG Wuppertal, Beschluss vom 03. 11. 2017 – 67 FH 6/16. Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. 2. 2018 – II – 6 UF 175/17. See Sabrina Dücker and Tatjana Hörnle, “German Law on Surrogacy and Egg Donation: The Legal Logic of Restrictions”, in Tulsi Patel, Sayani Mitra and Silke Schick Tanz (eds.), *Cross – Cultural Comparisons on Surrogacy and Egg Donation, Interdisciplinary Perspectives from India, Germany and Israel* (Springer Press, 2018), p. 231.

德国联邦最高法院有先例的情况下，也并非所有的法官都愿意承认外国法院作出的与德国法律立场相矛盾的判决。

相似的，单身意向父亲也很难取得唯一合法父母的身份。2019年以前，在单身意向父亲与代孕儿童有血缘关系，代孕母亲夫妇与代孕儿童无血缘关系且放弃父母身份的情况下，法院仍拒绝认定单身意向父亲为唯一的合法父母。例如，科隆地方法院拒绝承认外国判决，驳回了单身意向父亲作为唯一合法父母的申请，认为代孕母亲应当在出生证上登记为双胞胎的母亲。<sup>①</sup> 法院认为，出生证明上的父母身份登记适用公民身份的真实性原则（Grundsatz der Wahrheit der Personenstandsführung）。民事身份登记应始终是证明民事身份关系存在与否的可靠手段，不仅要保证登记的正确性和完整性，而且不能使人对实际情况产生误解。<sup>②</sup> 根据现在的生殖医学技术水平，可以默认孩子由妇女所生，而只录入申请人的父亲身份，不录入母亲身份，不符合登记要求的真实原则。<sup>③</sup> 只有在母亲身份无法确定的特殊情况下，比如匿名生产时，才可以省略对母亲的登记，而代孕显然不属于这种情形。所以，在单身意向父亲跨国代孕的案件中，不予登记母亲身份无法反映出孩子出生的实际情况，是不正确、不完整的登记。<sup>④</sup> 因此，登记机关坚持分娩者为母的标准，依照公民身份真实性原则，拒绝承认单身意向父亲为唯一合法父母并予以登记的做法，被德国法院支持。但是，近两年此类判决已被德国法院新的判决推翻，<sup>⑤</sup> 具体情况将在第四部分详述。

综上所述，德国法院在第三阶段实现了2个突破，也留下了1个问题。一方面，回归德国国内法，立足亲子关系认定规则，冲破基因标准的藩篱，是德国法院针对欧洲人权法院先例中基因标准作出的本土化和适应性调整。另一方面，扩大儿童最大利益的适用范围，认为儿童利益高于基因标准的判定原则平等地适用于同性伴侣和异性配偶，认为德国法院有义务作出判决，使儿童拥有稳定的家庭关系。德国法院留下的一个问题是，部分法院严格按照分娩标准确认代孕母亲为合法母亲，导致意向母亲难以取得合法母亲的身份，单身意向父亲难以取得唯一合法父亲的身份，代孕儿童仍然难以避免陷入跛脚亲子关系中。

## 四 2020年至今：形成完善承认相关外国判决规则的成熟期

2020年至今，在继承与发展中，德国法院全面放开承认外国判决的要求，形成了一套较为

① Vgl. AG Köln, Beschluss vom 05. 07. 2019 – 378 III 41/19.

② Vgl. KG, Beschl. v. 01. 08. 2013 – I W 413/12. See also Dina Reis, “German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy”, Conflict of Laws, <https://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>.

③ See Kees Jan Saarloos, *European Private International Law on Legal Parentage? Thoughts on A European Instrument Implementing the Principle of Mutual Recognition in Legal Parentage* (Maastricht University Doctoral Thesis, 2010), p. 13.

④ Vgl. AG Berlin – Schöneberg, Beschluss vom 07. 03. 2016 – 71a III 354/15; KG, Beschluss vom 4. 7. 2017 – I W 153/16. Vgl. auch Bastian Biermann, Anmerkung zu KG, Beschluss v. 4. 7. 2017 – III 354/15, NZFam 2017, S. 923 f. Vgl. auch KG, Anerkennungsfähigkeit einer ausländischen Gerichtsentscheidung über die Feststellung der Vaterschaft eines einzelnen Wunschernteils, NZFam 2017, S. 919 f. Vgl. auch Anm. Coester – Waltjen, §§ 1591 BGB, 108 f. FamFG; Geburtenregistereintragung bei “Leihmutter – Kind” und mehrfachem Auslandsbezug, FamRZ 2017, S. 1693 f.

⑤ Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 17. 12. 2019 – 15 W 324/19; KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 21. 1. 2020 – I W 47/19. Vgl. auch KG, Geburtseintrag nach Leihmutterchaft und Geburt in Kalifornien, BeckRS 2020, S. 635 f. Vgl. auch Marc Eckbrecht, Anerkennung einer kalifornischen Wunschernterschaft unabhängig von genetischer Abstammung, NZFam 2020, S. 227 f.

完善的承认外国亲子关系判决的司法规则。这一阶段德国法院承认外国亲子关系判决的流程日渐简化，审级逐渐降低，不再需要上诉至高等法院或者德国联邦最高法院，德国意向夫妇取得合法父母身份之路相较前几阶段更加顺利。

承认同性伴侣合法父母身份的法院的级别，呈自上而下规律性降低的趋势；承认异性伴侣合法父母身份的法院的级别，始于自下而上，终于自上而下。就同性伴侣而言，2014年德国联邦最高法院承认美国判决并认定男性同性伴侣的合法父母身份，是对欧洲人权法院判决的延续。<sup>①</sup> 2015年杜塞尔多夫高等法院推翻一审判决承认美国判决，是与德国联邦最高法院判决保持一致的体现。<sup>②</sup> 2019年德国拜恩州菲尔特地方法院一审承认了美国判决，认可涉案男性同性伴侣的合法父母身份，并被其他地方法院效仿。<sup>③</sup> 就异性伴侣而言，早在2013年就有地方法院承认外国判决，并认定与代孕儿童有血缘关系的意向父母为合法父母。<sup>④</sup> 但2014—2018年间，仍有各级法院以公共政策为由拒绝承认外国判决。<sup>⑤</sup> 2019年，波茨坦地方法院承认了美国法院有关亲子关系的判决后，才逐渐正式形成了异性伴侣合法父母身份可以被承认的规则。<sup>⑥</sup> 2020—2022年，该规则得到了更多法院的确认。2020年，舍恩伯姆地方法院在一审中承认美国判决，并命令登记处登记已婚意向父母为代孕儿童的合法父母，登记处提起两次上诉。2022年，德国联邦最高法院最终支持了一审地方法院判决。<sup>⑦</sup> 综上所述，德国法院承认异性伴侣合法父母身份的判决机制的完善始于自下而上，是指地方法院最开始作出承认外国判决的先例，但同级和上级法院仍会作出相悖的判决，远未形成成熟的司法经验；终于自上而下，是指经过各级法院数年的司法经验的积累，德国联邦最高法院最终形成一套承认外国判决的司法规则，并为各级法院所遵循。生物学标准从第二阶段的建立，到第三阶段的松动，再到第四阶段的放弃，便是这套司法规则所作出的重要突破。

### （一）彻底突破：生物学标准的放弃

在越来越多的外国判决被德国法院承认的背景下，近年来德国法院突破性地完全放弃生物学标准，明确表态代孕母亲无须被登记在出生证明上。<sup>⑧</sup> 2019年比勒菲尔德地方法院决定承认外国判决，认定单身意向父亲是代孕儿童唯一的合法父母，不登记代孕母亲为合法母亲。<sup>⑨</sup> 2020年，

① Vgl. KG, Beschluss vom 01.08.2013 – 1 W 413/12. See ECtHR, *Mennesson v. France*, app. no. 65192/11, at no. 100, Judgment of June 26, 2014. See also ECtHR, *Labassee v. France*, app. no. 65941/11, Judgment of June 26, 2014.

② Vgl. AG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.2013 – 270 F 214/13. Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.04.2015 – II – 1 UF 258/13.

③ Vgl. AG Fürth, Beschluss vom 28.06.2019 – 4 F 144/19 AB. Vgl. auch AG Nürnberg, Beschluss vom 14.12.2020 – UR III 106/20. Vgl. auch AG Nürnberg, Beschluss vom 18.01.2021 – UR III 106/20. Vgl. auch BGH, *Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterschaft*, FamRZ 2015, S. 240 f. Vgl. auch BGH, *Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidung zur rechtlichen Verwandtschaft*, DNotZ 2015, S. 296 f.

④ Vgl. AG Friedberg, Beschluss vom 01.03.2013 – 700 F 1142/12 RI

⑤ Vgl. AG Wuppertal, Beschluss vom 03.11.2017 – 67 FH 6/16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.2.2018 – II – 6 UF 175/17; OLG Braunschweig, Beschluss vom 12.4.2017 – 1 UF 83/13.

⑥ Vgl. AG Potsdam, Beschluss vom 14.08.2019 – 421 F 54/19.

⑦ Vgl. AG Berlin – Schöneberg, Beschluss vom 08.10.2019 – III 70/19; KG, Beschluss vom 17.03.2020 – 1 W 298/19; BGH, Beschluss vom 12.01.2022 – XII ZB 142/20.

⑧ Vgl. Claudia Mayer, *Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen*, IPRax 2014, S. 57 ff.

⑨ Vgl. AG Bielefeld, Beschluss vom 15.04.2019 – 3 III 59/18. Vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 17.12.2019 – 15 W 324/19. Vgl. auch Christian Bruns, *Die Entwicklung des Familienverfahrensrechts im Jahr 2020*, NZFam 2021, S. 101 f.

柏林高等法院推翻了2018年舍恩伯姆地方法院的判决，承认了美国加州高等法院的判决，认定德国意向父亲是代孕儿童唯一的合法父母。<sup>①</sup> 2022年，德国联邦最高法院驳回了登记处的上诉，承认了加州判决并认定意向同性伴侣为合法父母，驳回登记处将代孕母亲登记为合法母亲的请求。<sup>②</sup> 德国法院作出上述裁决的主要理由有以下2个方面。

一方面，承认外国亲子关系判决的标准同等地适用于同性、异性、单身男性意向父母。与此前的其他案件一样，认定意向父亲为唯一合法父母的外国判决是可以被承认的。上述判决都是有约束力的终审判决，符合“最终而确凿”的要求，<sup>③</sup> 而且不存在德国《家事事件和非讼事件程序法》第109条第1款规定的承认外国判决的障碍，可以在德国得到充分承认。<sup>④</sup> 法院再次重申，适用公共政策时应当非常审慎，仅仅基于对代孕的立法态度不同，就援引公共秩序拒绝承认儿童出生地国的亲子关系判决是不合理的。因此，认可意向父亲为唯一合法父母，并不会导致明显不符合德国法律基本原则的结果，即并不违背德国公共政策，该外国判决依法可被承认。<sup>⑤</sup>

另一方面，代孕母亲不被登记为母亲并不违反公民身份真实原则（Grundsatz der Wahrheit der Personenstandsführung）。第一，根据德国《公民身份法》（Staatsangehörigkeitgesetz）第4条，儿童的亲子关系以其出生时为准，本案中外国判决在孩子出生前已经作出，代孕母亲从一开始就没有合法母亲身份。<sup>⑥</sup> 第二，儿童知晓其生理父母的权利不需要通过事后认证和出生登记来保障，<sup>⑦</sup> 登记处不能以此为由拒绝当事人的事后认证申请，并强制要求登记代孕母亲为合法母亲。<sup>⑧</sup> 第三，出生证明应当放宽登记标准和要求，给予当事人更多的自由空间。法律并不要求每个孩子都有双亲，在生母不详或未婚母亲没有透露姓名的情况下，母亲一栏可以被省略。<sup>⑨</sup> 因此，意向父亲作为唯一父母录入出生证明既没有不正确，也没有不完整，并不违反公民身份真实原则。<sup>⑩</sup>

综上所述，德国法院放弃生物学标准分为三步走。第一步，在2014—2015年，只有意向男性同性伴侣之一、意向夫妇双方与代孕儿童有基因关系，法院才可能承认外国亲子关系判决。第

① Vgl. AG Berlin – Schöneberg, Beschluss vom 21. 12. 2018 – III 122/18. Vgl. auch KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 21. 1. 2020 – 1 W 47/19. Vgl. auch KG, Geburtseintrag nach Leihmutterschaft und Geburt in Kalifornien, BeckRS 2020, S. 635 f. Vgl. auch Marc Eckebrecht, Anerkennung einer kalifornischen Wunschelternschaft unabhängig von genetischer Abstammung, NZFam 2020, S. 227 f.

② Vgl. AG Berlin – Schöneberg, Beschluss vom 08. 10. 2019 – 71c III 70/19; KG, Beschluss vom 17. 03. 2020 – 1 W 298/19. BGH, Beschluss vom 12. 01. 2022 – XII ZB 142/20.

③ 参见张文亮：《论外国判决承认与执行中的“确定性要件”》，载《武大国际法评论》2020年第2期，第22页。

④ Vgl. BGH, Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterschaft, NJW 2015, 479 = StAZ 2015, S. 51 f.

⑤ Vgl. BGH, Beschluss vom 20. 03. 2019 – XII ZB 530/17; BGH, Beschluss vom 10. 12. 2014 – XII ZB 463/13.

⑥ § 4 Staatsangehörigkeitgesetz – StAG. Vgl. BGH, Statuswechsel bei Vaterschaft des geschiedenen Ehemanns nach rumänischem Recht, NJW 2018, S. 2642 f, Rn. 10. Vgl. auch BGH, Keine Feststellung der Vaterschaft für im Ausland extrakorporal aufbewahrten Embryo, NJW 2016, S. 3174 f, Rn. 12. Vgl. auch KG, Anerkennungsfähigkeit einer ausländischen Gerichtsentscheidung über die Feststellung der Vaterschaft eines einzelnen Wunschelternteils, NZFam 2017, S. 919 f.

⑦ Vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte Große Kammer, Französisches Personenstandsrecht: Anerkennung des rechtlichen Mutter-Kind-Verhältnisses eines von einer Leihmutter im Ausland geborenen Kindes zur Wunschmutter, EuGRZ 2019, S. 185 ff.

⑧ Vgl. BGH, Anerkennung eines kalifornischen Urteils zur Elternstellung bei Leihmutterschaft, StAZ 2015, S. 51 ff, Rz. 63.

⑨ Vgl. KG, Beschluss vom 4. 07. 2017 – 1 W 153/16. Vgl. KG, Eintragung als alleiniger Elternteil bei indischer Leihmutter und Vorentscheidung in Israel, NJW 2017, S. 3241f = StAZ 2018, S. 183 f.

⑩ Vgl. Marc Eckebrecht, Anerkennung einer kalifornischen Wunschelternschaft unabhängig von genetischer Abstammung, NZFam 2020, S. 227 f.

第二步，在2015—2019年，基因标准平等地适用于同性与异性意向父母，只要意向父母之一与代孕儿童有基因关系，外国判决即可被承认。第三步，2019—2023年，在单身意向父亲单独寻求跨国代孕的案件中，判决书在未提及意向父亲与代孕儿童是否有基因关系的情况下，决定承认外国判决，认定意向父亲为唯一合法父母，不再登记代孕母亲为母亲。<sup>①</sup>自此之后，德国法院事实上放弃了生物学标准，包括父子之间的基因标准和母子之间的分娩标准。无论单身意向父亲、意向父亲的配偶或同性伴侣是否与代孕儿童有基因关系，在证明代孕合同并非在受胁迫的情况下签订、代孕母亲夫妇的基本权利没有受到侵犯的前提下，即可承认外国判决。<sup>②</sup>

## （二）走向成熟：形成承认相关外国判决的规则

2019年后，无论申请人是已婚夫妇、同性伴侣，还是单身意向父亲，无论代孕母亲与代孕儿童是否有基因关系，在证明代孕合同并非在受胁迫的情况下签订、代孕母亲夫妇的基本权利没有受到侵犯的前提下，德国法院即认为承认外国亲子关系判决不违反德国公共政策，并命令登记处进行相关亲子关系的登记。<sup>③</sup>甚至在登记处提起上诉后，二审法院和德国联邦最高法院仍然维持一审法院判决，支持意向父母与代孕儿童之间建立亲子关系。至此，基本形成如下承认相关外国判决的司法规则。第一，被承认的判决必须由外国法院或与法院功能相近的机构作出，外国行政当局作出的出生证明和公证文书不属于可以被承认的外国判决。第二，外国判决必须宣布或确认了法律上的亲子关系，而非生物学上的基因关系。第三，意向父母须证明承认外国判决符合儿童最大利益。比如证明代孕儿童自出生便与意向父母共同生活，事实上建立了亲子关系等。第四，当事人有义务提供有关代孕母亲身份和代孕协议内容的文件，并证明代孕母亲自愿同意代孕，并自愿交付婴儿。第五，放弃生物学标准，基因关系不再是承认外国判决的必要条件，分娩标准也可以不体现在出生证明上。

在符合上述5个条件的情况下，2019年后，已婚夫妇、同性伴侣、单身意向父亲取得的相关外国判决均可被德国法院承认。总体而言，德国法院的态度呈逐步开放的趋势，一是承认相关外国判决的法院的级别逐渐降低，越来越多的基层法院承认相关外国判决，意向父母不再需要层层上诉才能取得合法父母身份；二是逐渐放弃生物学标准，如基因标准和分娩标准，并放开出生登记政策，更加强调儿童最大利益原则，标志着德国法院承认外国代孕亲子关系判决的司法规则走向成熟。

## 五 启示

从完全禁止到部分放开，再到全面放开，德国法院用了十余年解决跨国代孕案件中外国亲子

① Vgl. KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 21. 1. 2020 – 1 W 47/19. Vgl. auch KG, Geburtseintrag nach Leihmutterschaft und Geburt in Kalifornien, BeckRS 2020, 635. Vgl. auch Marc Eckebrecht, Anerkennung einer kalifornischen Wunschelternschaft unabhängig von genetischer Abstammung, NZFam 2020, S. 227 f.

② Vgl. KG, Beschluss vom 17. 03. 2020 – 1 W 298/19; AG Nürnberg, Beschluss vom 18. 01. 2021 – UR III 106/20; BGH, Beschluss vom 12. 01. 2022 – XII ZB 142/20.

③ Vgl. KG, Beschluss vom 17. 03. 2020 – 1 W 298/19; AG Nürnberg, Beschluss vom 18. 01. 2021 – UR III 106/20; BGH, Beschluss vom 12. 01. 2022 – XII ZB 142/20.

关系判决的承认问题。中国与德国有相似的成文法体系，相似的禁止代孕的国内法，也面临着相似的承认跨国代孕判决问题，德国的司法经验在一定程度上具有启发性。

### （一）充分借助国际私法的灵活性和法官的自由裁量权

宏观层面，德国法院借助国际私法的灵活性和法官的自由裁量权，充分论证法律适用的理论基础，较好地解决了跨国代孕亲子关系认定问题。

第一，充分利用国际私法的灵活性处理复杂的涉外民事法律关系。在代孕目的国与德国立法冲突的情况下，德国法院将意向父母与代孕儿童亲子关系认定问题转化为是否承认外国判决问题，为亲子关系的建立留有余地。在国际私法的介入下，法院适用德国《家事事件和非讼事件程序法》第108条和第109条承认外国判决的灵活规定，承认意向父母与跨国代孕儿童的亲子关系，让禁止代孕、生产者为母和婚生子推定等国内法规则为儿童最大利益让步。

第二，法官行使自由裁量权，通过解释法律达到司法目的。一方面，法官通过对公共政策的限缩解释，不再认定禁止代孕的规定为实质性公共政策，转而适用更为宽松的公共政策，体现了司法保护的侧重对象从国内秩序转变为儿童利益。另一方面，法官通过儿童最大利益的扩张解释，逐步放宽承认外国判决的条件。德国法院不再囿于基因标准、分娩标准、婚生子推定等规则，实现了为代孕儿童组建家庭的司法目的。

第三，充分论证法律适用的理论基础。德国法院在拒绝或承认外国相关判决过程中，充分论证了儿童最大利益和公共秩序保留原则的具体适用条件，详细分析了基因标准和分娩标准等生物学的判定标准，对中国法院具有一定的启示意义。

### （二）结合中国国情，对“两个原则”“三项区分”予以扬弃

具体层面，中国法院应立足于现行国内法，酌情参考德国相关司法实践，继续坚持“两个原则”，尝试实行“三项区分”，妥善解决跨国代孕亲子关系的承认问题。

“两个原则”中的第一项原则是儿童最大利益原则。儿童最大利益原则已在中国立法、行政、司法以及涉及儿童权利的所有政策、制度和具体方案、项目中予以确立。中国目前已形成以《中华人民共和国宪法》为核心，以《中华人民共和国未成年人保护法》为主体，由《中华人民共和国母婴保健法》《中华人民共和国义务教育法》等其他民事、刑事和行政法规以及地方性法规为配套的未成年人保障体系。中国法院在司法事务中也注重考虑儿童的身心健康的发展，如儿童优先原则的适用，儿童案件的不公开审理制度等。在跨国代孕案件中，中国法院也宜着重考量儿童最大利益原则，在法律允许的情况下，便捷高效地为代孕儿童组建稳定的家庭。第二项原则是指，在民事身份案件中，承认外国亲子关系判决时，对于公共政策原则应秉持审慎考虑、从窄解释、从严适用的原则。

所谓“三项区分”，一是恰当区分国内法禁止代孕与承认外国判决。本文认为，与德国《胚胎保护法》相比，中国《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生殖技术与人类精子库伦理原则》中禁止医务人员实施代孕技术的规定属于部门规章的规定，立法层级不高，其严格意义上是否构成实质性公共政策值得商榷，未必构成拒绝承认外国判决的理由。二是严格区分亲子关系认定规则与承认外国判决。与德国相比，《中华人民共和国民法典》并未明确规定父亲和母亲身份的确认标准，学界主要有“分娩说”“血缘说”“意愿说”“子女最佳利益说”四种理论。

因此，相关外国判决所确立的亲子关系，与适用国内法所确立的亲子关系是否一致尚未定论，并不构成拒绝承认相关外国判决的理由。三是妥善区分生物学标准和承认外国判决。欧洲人权法院和德国联邦最高法院最初承认的都是与代孕儿童有基因关系的意向父母的合法身份，体现了法院尽量避免承认外国判决对社会文化认知的冲击，中国法院可以酌情参考。但德国法院对生物学标准的突破并不一定适合中国，考虑到中国传统观念对血脉传承的重视，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第2条规定，亲子鉴定是提起亲子关系确认或否认的必要证据，在做外国司法经验本土化适应时可以考虑保留承认外国判决的基因要件要求，即至少要求意向父母一方与代孕儿童有基因关系。

## Vicissitude and Illumination of the Recognition of Foreign Judgments by German Courts in Transnational Surrogacy Cases

*Li Jue and Xiao Yongping*

**Abstract:** The recognition of foreign paternity judgments by German courts in transnational surrogacy cases can be summarized in four phases: the conservative phase of refusing to recognize foreign judgments until 2013, the breakthrough phase of conditionally starting to recognize paternity judgments from 2013 to 2014, the chaotic phase of coexisting breakthroughs and conflicts in judicial system from 2015 to 2019, and the mature phase of fully recognizing of foreign judgments after 2020. After a decade of development, German courts have formed a mature set of judicial rules for recognizing foreign paternity judgments, and have made breakthroughs in public policy provisions, the best interest of children, and biological standards. In terms of public policy, the public policy established in Article 109 of Law of Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-Contentious Jurisdiction (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) has been gradually interpreted restrictively and applied prudently. With regard to the principle of the best interest of children, by guaranteeing a transnational surrogate child a stable family relationship, German courts not only fulfill the State's obligation to protect (*Schutzpflichten*), but are also in line with the precedents of European Court of Human Rights and the international treaty obligations entered into by Germany. With regard to the biological standard, it is mainly reflected in the weakening of the childbirth standard and the genetic standard from establishment to weakening to abandonment, which fully demonstrates the innovative path of the German courts in localizing the judgment from the European Court of Human Rights.

**Keywords:** Transnational Surrogacy, German Family Law, Recognition of Foreign Judgments, Public Policy, Best Interest of Children

(责任编辑: 沈倩)