

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

彭 诚 信*

摘要:对于我国首例争夺代孕子女监护权案,一审法院基于“抚养母亲”与两名儿童之间既不存在血缘关系,也不存在拟制血缘关系,且代孕非法等理由,把监护权径直判给两名儿童的祖父母;二审法院以“抚养母亲”与两名儿童之间不仅成立继父母子女关系而且存在拟制血缘关系为由,撤销了一审判决。对此,我们应运用法释义学方法加以分析,提出本案的应然解决路径,即基于体系解释与目的解释并运用类推,充分证成“抚养母亲”与两名儿童之间存在拟制血缘关系,从而为赋予其监护权提供法律依据;同时,通过考量祖父母监护能力的缺乏或不足,从侧面加强赋予“抚养母亲”监护权的理由;参照我国司法中创设的“事实上监护或扶养关系”理论亦可为赋予“抚养母亲”监护权提供实践经验支持;而儿童最大利益原则则在深层指引整个案件的论证与说理。对于没有具体规则直接适用的疑难案件,关键在于如何确定并运用合适的法律适用方法。

关键词:代孕子女 监护权 抚养关系 拟制血缘 儿童最大利益原则

对于“全国首例代孕子女监护权案”,上海市第一中级人民法院于2016年6月17日作出的二审判决对一审判决予以撤销。^①同上海市闵行区人民法院于2015年7月底公布一审判决时在全国范围内引起巨大反响^②一样,二审判决的公布亦在全国范围内掀起巨大波澜。^③本案涉及的主要法律问题有:对于代孕所生未成年子女的监护人应如何选定?所谓“抚养母亲”(既非代孕所生孩子的卵子提供者,亦非代孕所需子宫提供者,而仅对孩子进行了抚养)与被抚养孩子之间的法律关系是什么(或者说两者有可能存在拟制血缘关系吗)?代孕的性质(合法与否)会对本案产生怎样的影响?要回答这些问题,还需先从梳理本案的简要事实及一审判决结果谈起。

一、案情简介及两审判决引发的问题

(一)案件简要事实

本案原告张某某、李某某是代孕所生张孙男和张孙女的祖父母,被告王某是张孙男和张孙女的“抚养母亲”(在生育两名孩子的受精卵中,仅精子是由其丈夫张小某提供,卵子则是购买于她人)。在张孙男和

* 上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金重点项目(16AFX003);教育部人文社会科学基金重点项目(16YJC810013)

① 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;上海市闵行区人民法院(2015)闵少民初字第2号民事判决书。出于保护当事人隐私与未成年人利益的考虑,本文所涉及的当事人均使用化名。

② 中央电视台一套“今日说法”栏目以“私人定制龙凤胎”为题分上、下两集于2015年10月23日与24日连续播报该案;上海东方卫视“东方直播室”栏目以“夺子风波”为题于2015年9月21日播报该案;国内主要网站人民网(<http://legal.people.com.cn/n/2015/1117/c188502-27823691.html>)、光明网(http://legal.gmw.cn/2015-11/17/content_17753522.htm)、网易(<http://news.163.com/15/1117/03/B8JH1LPM00014SEH.html>)、腾讯(<http://news.qq.com/a/20151117/016964.html>)等皆报道了该案,最后访问时间2016年5月7日。

③ 上海东方卫视“看东方”栏目以“上海:首例代孕龙凤胎监护权案落槌,抚养母亲取得监护权”为题于2016年6月18日播报该案。关于报刊报道,参见“抚养母亲”终获监护权,《解放日报》2016年6月28日;《代孕龙凤胎引发的婆媳监护权之争》,《北京青年报》2016年6月20日;《全国首例代孕子女监护权案落槌》,《中国妇女报》2016年6月23日。

张孙女的生父张小某因病去世后,其祖父母基于王某既非两名孩子的生物学母亲,与孩子之间亦非拟制血亲关系,且代孕行为非法而两名孩子的生母不明为由,提出作为张孙男与张孙女监护人的申请,从而引发与被告王某争夺监护权的纠纷。

(二)一审判决的论证思路及所存不足

1. 一审判决的论证思路

一审法院所总结的争议焦点为,被告王某是否与张孙男、张孙女形成父母子女关系,对张孙男、张孙女是否享有法定监护权?以该焦点问题为线索,一审法院展开了富有法律思维逻辑的论证:(1)被告王某与张孙男、张孙女是否存在血亲关系?其答案是,根据两份司法鉴定意见书的鉴定意见,排除被告王某为张孙男、张孙女的生物学母亲,故被告王某与张孙男、张孙女之间不存在血缘关系。(2)张孙男、张孙女是否可被视为被告王某与张小某的婚生子女?其答案是,被告王某既非基于卵子提供者所形成的生物学母亲,也非分娩的孕母,且又不符合有关使用人类辅助生殖技术的相关规定,从而不能将张孙男、张孙女视为被告王某与张小某的婚生子女。(3)被告王某与张孙男、张孙女之间是否存在拟制血亲关系?其答案是,本案不符合婚姻法确认的两类拟制血亲:一是被告王某与张孙男、张孙女之间因欠缺法定的必备要件(含办理收养登记手续等)而不能成立合法的收养关系;二是拟制血亲关系必须由法律明确规定,在代孕过程中产生的“基因母亲”(即卵子提供者)、“孕生母亲”(即子宫提供者)、“养育母亲”(即抚养者)各异的情况下,“养育母亲”是否构成拟制血亲并无法律规定,且代孕行为本身不具合法性,因此双方不存在拟制血亲关系。

2. 一审判决结论

一审法院基于上述论证理由认定:“被告王某与张孙男、张孙女既不存在血亲关系,亦不存在拟制血亲关系,被告王某辩称其为张孙男、张孙女法定监护人辩称理由,本院不予采信。在张孙男、张孙女的生父张小某死亡,而生母不明的情况下,为了充分保护未成年人的合法权益,现两原告作为张孙男、张孙女的祖父母要求抚养张孙男、张孙女,并作为张孙男、张孙女的法定监护人之诉请,合法有据,本院予以支持。”依据《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第16条的规定,判决“一、张孙男、张孙女由原告张某某、原告李某某监护;二、被告王某于本判决生效之日将张孙男、张孙女交由原告张某某、原告李某某抚养。”

3. 一审判决引发的问题

一审判决具有相当高的专业水准,不但归纳总结出的争议焦点符合常态的法律思维,而且基于此展开的相关论证也较为充分与缜密。一审法院确立的争议焦点本身并无不当,即基于“被告王某是否与张孙男、张孙女形成父母子女关系”来论证王某“对张孙男、张孙女是否享有法定监护权”。可以说,从亲权(父母子女关系)视角为两名儿童确立监护人是最直接、最有效、最有说服力的途径。并且,判决书对于被告王某与张孙男、张孙女是否存在“血亲关系”、是否可“视为婚生子女”关系的论证,无论是从论证思路还是从论证结论上皆可成立。尽管如此,从一审判决的整体判决思路与审判逻辑尤其是从判决结果看,却还存在诸多可商榷、可完善之处。具体说来:(1)对“继父母与继子女关系”的理解尚不全面,论证亦不充分。一审判决基于王某与两名孩子之间不属于法律明确规定的继父母与继子女关系而否认两者之间拟制血亲关系的存在,该论证依据尚不充分,在某种程度上恰恰违背了现行相关法律规定的理念与目的;该论证法理依据(拟制血亲关系必须由法律明确规定)的运用也过于僵化,因为法律依据并非仅指明明确规定,完全可从法律解释、类推、价值补充等法律适用中推论出来。基于法律解释与类推得出本案的法律依据,恰是本文的努力方向。(2)对监护权取得方式的理解过于狭隘。监护权并非身份权,其取得并不完全依凭身份,监护人可有多样的主体形式。除具有亲权关系的父母之外,还可由具有其他关系的主体作为监护人,如祖父母、外祖父母;兄、姐;亲属、朋友、父母所在单位、居民委员会、村民委员会、民政部门等。既然监护权可由多种途径取得,那便能采用更为宽泛的视角为两名未成年儿童找寻监护人,而非唯亲权路径可走。(3)对是否存在“养父母子女关系”的论证也尚须充实。基于两者之间不成立“养父母子女关系”来否认拟制血

亲关系的论证,尽管有法律依据,且论证思路与结论亦都成立,但由于论证过程过于简化,其结论难以令人充分信服。一审判决指出,被告与张孙男、张孙女之间“因欠缺法定的必备要件而不能成立合法的收养关系”,除了判决中已明确指出的未办理收养登记之形式要件的缺失外,还欠缺实质要件,可惜的是一审判决并没有指明欠缺何种具体的实质要件。确切地说,这两名儿童亦不符合作为“被收养人”的实质要件。依据《中华人民共和国收养法》(以下简称《收养法》)第4条的规定,他们首先不符合作为“丧失父母的孤儿”之要件,因为判决书仅认定其父亲去世,其母亲(即卵子提供者或子宫提供者)^①是否存在尚不确定;其次也不符合“查找不到生父母的儿童”之要件,一审判决仅认定了其生母不明,其生父却是明确的(尽管其生父死亡,由于父亲的明确便可轻易找寻到可以作为监护人的其他人,如本案中的祖父母和王某)。本案若要走“收养”路径的话,确定两名儿童的生母是否存在便不可绕过,如果其生母的生存状况不能澄清,那就难以适用收养制度。但是,若孩子生母果真出现的话,那本文(甚至是两审判决书)所有的讨论都将发生彻底改变,本案将成为另外一个全新的法律故事。本文不拟对此展开想象,而仅在两审判决认定的法律事实基础上进行讨论。^② (4)一审判决在一定程度上被代孕问题引入歧途。一审判决过多强调了代孕是否合法的问题及其违法属性会直接影响拟制血亲的确立。本案中的两名儿童是基于代孕辅助技术所生,且卵子及子宫的提供者均非王某,该事实的确影响了一审判决结果,主审法院最大的担心就是此案的判决会对代孕合法性问题产生一定的司法导向。在涉及多个法律关系、多部法律、甚至多个部门法交叉的案件中,首先应明确本案所要解决的具体法律问题及其所涉及的具体法律关系。依据当事人的诉求,本案的主要法律关系是确定何者能取得两名儿童监护权的问题。孩子已经出生且被抚养成长到4岁多,至于其是如何出生的,其母亲受孕途径为何(常态受孕、代孕,甚或遭受强奸等),其手段是否合法,均属于事实问题。由于代孕的合法性与否与赋予监护权并无直接的规范关联,其在本案应主要作为自然事实而非法律事实予以考量。作为法律事实的代孕是另外的法律关系(或是行政法问题,甚或是刑法问题),可另案审理,本案无需涉及。退一步说,即便判决结果(尤其是把监护权判给“抚养母亲”王某时)可能会对代孕产生一定的社会(而非必然是法律)影响,但相较于“基于代孕违法的主观臆断”把监护权判给两位80岁左右^③高龄的祖父母所产生的对“如何保护未成年人利益”的影响,后者更应该优先或者优位考虑。儿童最大利益原则是一项不能动摇的基本法律原则和基本人权原则,也是一项不可动摇的道德原则与自然法则。

(三)二审判决的论证思路及所存不足

1. 二审判决的论证思路及结论

二审判决的核心论证思路是证成“抚养母亲”王某与两个儿童之间存在有抚养关系的继父母子女关系,从而形成拟制血亲。具体论证如下:(1)两个孩子属于“非婚生子女”。判决书花费大量的篇幅讨论了“代孕所生子女的亲亲子关系认定”的四种主要理论,即“血缘说”、“分娩说”、“契约说”以及“子女利益最佳说”,并旗帜鲜明地主张“分娩说”,基于此得出两个孩子的生母是代孕者而非王某的结论。两个孩子的生父与代孕者之间“不具有合法的婚姻关系,故所生子女当属非婚生子女”。(2)“非婚生子女”也可适用继父母子女关系。二审判决的论证理由是,现代社会随着“试婚、非婚同居、婚外情等现象日益增多,非婚生子女的数量不断增加,已经成为现实生活中不容回避的社会问题,其权益理应纳入法律保护范围”。基于《中

^① 本案中卵子提供者与子宫提供者非属同一人,此为完全代孕情形。有关完全代孕中孩子母亲的认定,学术界主要有四种主要学说,即“血缘说”、“分娩说”、“契约说”(“人工生殖目的说”)、“子女最佳利益说”。参见任巍:《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》,《学术探索》2014年第8期;李志强:《代孕生育亲子关系认定问题探析》,《北方民族大学学报》(哲学社会科学版)2011年第4期;吕群蓉:《“母亲”之法律再构建——以代孕为视角》,《河北法学》2010年第6期;张燕玲:《论人工生殖子女父母身份之认定》,《法学论坛》2005年第5期。每种学说亦存在反对与争议之声,至今尚未形成具有压倒性力量的观点。由于卵子提供者与子宫提供者在本案均未出现,依据不同学说无论把卵子提供者还是子宫提供者视为母亲,均不影响本文的讨论。

^② 二审法院否定了上诉人王某主张的其与两名孩子之间“形成了事实收养关系”的主张。其理由如下:一是,事实收养关系主要是“针对《中华人民共和国收养法》实施之前已建立事实收养的情形”,王某与两名孩子之间“显然欠缺收养成立的法定条件”;二是,若承认事实收养关系,则还会“产生对代孕行为予以默认的不良效果”,且“对我国现行的计划生育政策亦可能造成一定冲击”。

^③ 原告张某某(祖父)出生于1933年8月,原告李某某(祖母)出生于1939年10月,在2015年6月本案一审时,两人分别为82岁和76岁。

华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)第 25 条之规定,继父母子女关系中的“子女范围理应包括婚生子女与非婚生子女”。(3)“有抚养关系的继父母子女关系”的成立。二审判决归纳了构成“有抚养关系的继父母子女关系”的两个条件:“一是主观意愿,即非生父母一方具有将配偶一方的未成年子女视为自己子女的主观意愿,双方以父母子女身份相待;二是事实行为,即非生父母一方对配偶一方的未成年子女有抚养教育之事实行为。”二审判决由此认为:“缔结婚姻之后一方的非婚生子女,如果作为非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,并对孩子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”。

至此,本案的两个儿童首先是“抚养母亲”王某与其丈夫的“非婚生子女”,由于自其出生后便随王某一起生活至今,王某也“完全将两名孩子视为自己的子女,并履行了作为一名母亲对孩子的抚养、保护、教育、照顾等诸项义务,故应认定双方之间已形成有抚养关系的继父母子女关系”,从而依据《婚姻法》第 27 条第 2 款确认在王某与两名儿童之间形成拟制的父母子女关系。

基于上述论证,二审判决撤销了一审判决,驳回了祖父母要求取得两名儿童监护权的诉讼请求。

2. 二审判决引发的问题

二审判决利用既有的法律规定并运用相对缜密的法律论证得出了相对令人信服并符合法律思维与生活常情的结论,的确值得称赞。整个论证过程所体现出的对儿童最大利益原则的贯彻,也令人称道。尽管如此,该判决也还有诸多值得商榷的空间,具体表现为以下几点:(1)在认定两名儿童为“非婚生子女”的法律地位方面绕了远路,这恐怕仍是受代孕问题影响所致。二审法院无非想说明两名孩子为王某与其丈夫张小某的“非婚生子女”,判决书只要指名张小某与两名孩子之间“具有血缘关系”,且与卵子提供者或子宫提供者之间任何一方均没有“合法的婚姻关系”便足以得出该两名儿童为张小某之“非婚生子女”的结论,当然更可推论出其为王某与王小某的“非婚生子女”,而完全没有必要花费大量笔墨讨论代孕的合法性与否、有关代孕所生子女之亲子关系认定的四种学说等内容,何况这四种学说本身都存在很大争议,至今并无定论。(2)缺少法律解释与法律续造等方法的明确适用,在一定程度上甚至带有法官造法的痕迹。首先,在论证“非婚生子女”也可适用继父母子女关系方面,二审法院仅因为现实社会有保护非婚生子女的需要便径直依据《婚姻法》第 25 条得出继父母子女关系中的“子女范围理应包括婚生子女与非婚生子女”之结论。对于此处的“理应”意指什么以及凭什么可以“理应”,判决书毫无说明,而径直用“理应”一词代替了判决书中本应需要的大量论证。其实,二审法院完全可以运用体系解释与目的解释(含两者的结合)来证成此点。其次,在“有抚养关系的继父母子女关系”的证成方面,证成“缔结婚姻之后一方的非婚生子女与其配偶之间也可形成继父母子女关系”是论证“抚养母亲”与两名儿童之间成立拟制血亲的前提与核心要点,二审法院准确地把握住了此点。令人遗憾的是,在解决该问题的路径选择上却又犯了简单化的法官造法老路。二审判决先是归纳出对此认定的两个要件,即“主观意愿”与“事实行为”,然后再以此证成“有抚养关系的继父母子女关系”的成立。最后,二审法院基于“子女的出生时间在缔结婚姻之前还是之后,并非《婚姻法》规定的认定形成有抚养关系的继子女关系的实质要件”,认为缔结婚姻之后一方的非婚生子女与其配偶之间当然可形成继父母子女关系,而无须运用类推。可惜,二审法院并没有说明这两个要件的法律根据或学理来源,也没有明确归纳这两个要件所使用的法律适用方法。其实,若法官能正确运用类推方法,完全可以得出同样的结论,而非通过造法的方式予以解决。(3)代孕合法性问题对二审判决仍有一定程度的影响,实属不该。二审判决尽管在认定王某与两名儿童之间存在“有抚养关系的继父母子女关系”方面排除了代孕的干扰,但在论证“关于代孕所生子女的法律地位之认定”时依然深受其影响,对此上文已有述及,此处不赘。但是,与一审法院一样,二审法院同样依据《人类辅助生殖技术管理办法》得出“国家对于代孕之禁止立场已为明确”的结论,甚至有过之而无不及,在整个判决书中多次重复与强调。该结论的得出其实大有讨论空间,因为该“办法”仅是我国原卫生部于 2001 年颁布实施的行政规章,由一个部门的行政规章并不能推论出法律对代孕的禁止,何况该“办法”规制的对象主要是“医疗机构和医务人员”,禁止他们“实施任何形式的代孕技术”,而非明确禁止私人之间的代孕。严格说来,我国目前并没有法律明确禁

止代孕,针对代孕问题的讨论,应该是要不要合法化以及在多大范围内合法化,而非全面禁止。由于代孕是否合法在我国法律上并不确定,本案判决会在全国范围内产生什么样的影响亦不明确,唯一能确定的是应分析代孕是否会影响本案的具体法律关系。法院对于结果不确定的前两者却轻易给出肯定性预测:两审法院均认为代孕违法(尽管法律依据并不充分),一审法院甚至认为若判给王某监护权会鼓励代孕(该结论的得出近乎全靠感觉或直觉);而对于代孕对具体法律关系所生之影响,一审法院则完全忽略,从而轻易地得出代孕为影响监护权赋予之决定性因素的实质性结论,好在此点为二审法院所纠正。

二审法院判决尽管纠正了一审判决不当的法律理解与适用,但在法律论证尤其是法律解释、法律续造等法律适用方法的运用上还有继续探讨的空间。本文便从现有法律规定下所有可能的法释义学解决途径出发,运用法律适用方法来寻求解决本案的最佳路径。

二、现有法律规定下可能的法释义学解决思路

依据法释义学,^①解决本案主要有四条路径:

(一)基于含有抚养关系的继父母与继子女关系判断被告是否具有监护权

在被告王某没有明确主张运用继父母与继子女关系主张监护权的情形下,^②一审法官能够主动提及并简要论证该关系是否存在,不能不说其拥有良好的法感。可惜的是,一审判决并没有沿着正确的道路行进到底,而是轻易否认了该关系的存在,即仅凭“拟制血亲关系必须依据法律规定加以认定”便否定了王某与两名孩子之间存在继母与继子女关系,在具体论证上因缺少明确的法律适用方法而略显随意。事实上,如果遵循法释义学原理而把既有的法律规范体系^③融贯起来,并借用合适的法律适用方法,^④那么是完全可以推论出两者之间存在“继母与继子女关系”的;然后再借助两者之间既存的“抚养关系”而视为成立母亲与子女关系,从而推论出拟制血亲关系。此为解决本案的核心要点。

(二)基于监护能力判断监护权的赋予

监护能力的存在是判断能否赋予特定主体监护权的前提,即便对于被监护人的父母也不能例外,更不必说包括祖父母在内的其他任何主体了。若在法释义学路径下讨论监护权,对监护能力的判断便不可绕过。遗憾的是,一审法院并没有选择该路径,从法律适用的角度看,其论证周全性显然有所欠缺。二审法院显然选择的是第一条道路,即证成了抚养母亲王某与两名孩子之间拟制血亲的存在。对于当事人的监护能力问题,二审法院在论证两名孩子“监护权归属问题”时给出了答案,即基于双方当事人的年龄、身体状况及精力、收入等作出被上诉人(即祖父母)监护能力不足、上诉人(即抚养母亲)具有监护能力的确定性判断。作为本文的另一核心要点,下文亦将专题对此详细论证。

(三)基于法律原则判断监护权的赋予

本案的一个特殊之处在于无论监护权赋予谁,都会涉及两名未成年人的切身利益。儿童最大利益原则不仅是相关国际公约所认可的法律原则;^⑤也是各国国内法所遵循的法律原则,^⑥该原则可以说是一条不证自明的自然法则,任何文明的现代法律与司法实践只要涉及未成年人都必须受该原则的指引。

当然,若前两个论证思路能够走通的话,本案似乎还到不了适用儿童最大利益原则的境地,因为通过

^① See Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation*, 3. Aufl., 1996, S. 307. 本文主要是在“法律解释”功能上运用“法释义学”概念。“法释义学(Rechtsdogmatik)”在我国经常翻译为“法教义学”。考虑到“教义”一词很容易让人联想到其中包含的固守教条、自以为是、独断、狭隘等负面意涵,加之其本身所内含的“法律解释”功能,“法释义学”的译法或许更为准确。参见王鹏翔、张永健:《经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色》,《“中研院”法学期刊》2015年第17期。

^② 被告王某基于抚养事实的存在而主张或推定这两名孩子是其“婚生子女”,或是两者之间“形成了事实收养关系”,但被告并没有指明是依据继父母与继子女关系,抑或收养关系等来证明“婚生子女”的成立。

^③ 相关法律法规体系包括《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国继承法》以及相关的司法解释等。

^④ 本文主要是对法律适用方法的运用(尤其是目的解释、体系解释与类推等),而非对法律适用方法本身的讨论。

^⑤ 例如,经全国人民代表大会常务委员会1991年12月29日批准的《联合国儿童权利公约》第3条第1—2款。

^⑥ 在我国,《中华人民共和国未成年人保护法》第1条以及《中华人民共和国民法通则》第4、7条等就体现了儿童最大利益原则。

对既有规则的法律解释便能找到合适的解决途径。但这并非意味着本案不受儿童最大利益原则的指引,相反,该原则理应渗透于案件解决的全过程。如果说一审判决结果没有很好地贯彻与体现该原则的话,二审判决已很好地弥补了这一缺陷,在对两名儿童监护权归属的论证上,便是以儿童最大利益原则作为论证根基。需指出的是,由于原则不能直接作为裁判案件的依据,因此若要依据原则裁判案件的话,则需要复杂的法律论证理论以及原则规则(权利义务)化的论证程序,^①而非在判决书中简单地直接援引某个原则性规定作为裁判依据。^②因此,除非没有规则可以适用,或者既有规则因与原则相冲突而被排除适用,否则不宜轻易地直接适用原则解决案件。

(四)“事实上监护或扶养关系”的司法实践参照

我国相关司法实践所创设的“事实上监护或扶养关系”理论,可为本案提供更为多元的解决路径,何况判例本应参与释义学的发展。^③在“杜某与李某某监护权纠纷案”^④中,一审、二审法院均以祖母李某某与其孙张某某形成“事实上的监护扶养关系”^⑤为由,驳回张某某母亲杜某索要监护权的诉请。在“段锁忠申请宣告段锁金为无民事行为能力人案”^⑥中,法院认可了申请人段锁忠与其弟段锁金之间形成的“事实上监护关系”,^⑦而判决宣告段锁金为无民事行为能力人并指定申请人段锁忠为段锁金的监护人。在“方甲法定继承纠纷案”^⑧中,一审、二审法院均以方乙“是方甲事实上的监护人”^⑨为由,肯定了方乙的监护人资格而否认了王某(方甲亲生儿子)的监护人资格。在“周文兰与徐某、徐忠平、周菊红交通事故责任纠纷案”^⑩中,法院以被告徐忠平、周菊红“作为被告徐某事实上的监护人”^⑪为由,判决其承担被告徐某造成他人损害的侵权责任。基于“事实上监护或扶养关系”赋予监护权在我国司法实践中已是司空见惯,甚至在被监护人有生母的情形(如“杜某与李某某监护权纠纷案”),法院基于有利于未成年人成长的考量,仍然依据“事实上监护扶养关系”而把监护权判给其祖母。考虑到本案王某自两名未成年儿童出生便对其抚养教育,两者之间显然存在“事实上监护或扶养关系”,法院依此并结合儿童最大利益原则赋予王某监护权应能获得诸多现实法律实践的支持。

三、法释义学下解决本案的路径证成

在上述四种可能的思路中,继父母与继子女关系的证成以及当事人监护能力的有无应该是法释义学路径下的必然选择,下文就此展开详述。

(一)包含抚养关系的继母与继子女之拟制血亲关系的证成

① 参见彭诚信:《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》,《法学研究》2014年第4期。

② 缺少原则规则化的论证程序而直接依据原则裁判案件恰是我国司法实践中常犯的错误。此类判决书可谓比比皆是,在此仅举几个典型案例:“张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案”,四川省泸州市纳溪区人民法院(2001)纳溪民初字第561号民事判决书;“顾锡炎与哈哈大酒店等房屋迁让纠纷案”,江苏省无锡市崇安区人民法院(2003)崇一初字第138号民事判决书;“吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案”,浙江省宁波市中级人民法院(2012)浙甬民一终字第123号民事判决书;“张开俊诉重庆市渝中区廉洁商贸有限公司房屋租赁案”,重庆市第一中级人民法院(2005)渝一中民再终字第783号民事判决书;“严桂英与史传宝一般人格权纠纷案”,上海市第二中级人民法院(2010)沪二中民一(民)终字第971号民事判决书;“张世德与张世国一般人格权纠纷案”,上海市徐汇区人民法院(2009)徐民一(民)初字第2189号民事判决书。

③ 参见[德]尼尔斯·扬森:《民法教义学》,朱晓喆、沈小军译,《苏州大学学报》(法学版)2016年第1期。此处提及的几个案例大多为中级人民法院的终审判决,还难以称之为判例,但至少可在一定程度上体现出我国司法实践对该类案件的判决思路及理论根据。

④ 甘肃省庆阳市中级人民法院(2015)庆中民终字第493号民事判决书。

⑤ 主要理由是,张某某自其父2010年因意外事故去世后一直由其祖母李某某抚养,而其母亲杜某5年来基本未尽监护抚养义务,由杜某担任张某某的监护人明显对其成长不利。

⑥ 云南省昆明市盘龙区人民法院(2015)盘法派民特字第2号民事判决书。

⑦ 主要理由是,申请人段锁忠与段锁金系兄弟关系,段锁金长期患精神分裂症,无民事行为能力;且段锁金的父母双亡,无配偶及子女,其吃住及生活十多年来一直由申请人段锁忠照管。

⑧ 浙江省台州市中级人民法院(2012)浙台民终字第138号民事裁定书。

⑨ 主要理由是,原告方甲随被告方乙生活近30年,期间方甲日常生活起居、看病治疗均由方乙负责照顾。

⑩ 江苏省海门市人民法院(2013)门工民初字第0182号民事判决书。

⑪ 主要理由是,被告徐忠平、周菊红虽未与被告徐某办理收养手续,但在其兄徐建平去世后,他们一直照顾徐某。

1. 现行法律并没有严格规定何为继父母与继子女的关系。^① 结合通行教科书与民法典学者建议稿中的相关理解,继父母与继子女关系往往是指因父母一方死亡或者父母离婚后再婚的,子女与父或母的再婚配偶之间所形成的亲属关系。形成继父母与继子女关系主要有两种情形:一是父母一方死亡后,生存的一方再婚;二是父母双方离婚后,与子女共同生活的一方再婚。^② 若严格依此理解,王某显然难以与两名孩子成立继母与继子女关系。首先,两名孩子的母亲是否死亡在本案中并不明晰(甚至可以说卵子的提供者或子宫的提供者事实上并未死亡);其次,本案中两名孩子的父亲与母亲(卵子提供者或子宫提供者)本就没有结婚,离婚要件亦就无从谈起。

但如此理解继父母与继子女关系在现实社会中显然过于狭隘,并且也有违法律规范继父母与继子女关系的法律目的以及相关规范体系形成的法秩序。其理由在于:首先,上述理解过于狭隘,是因为现实生活中需要继父母与继子女关系保护的子女至少有四种情形:除上述两种情形外,还应包括未婚的生父或生母与他方结婚以及未婚的养父或养母与他方结婚两种情形。而传统继父母与继子女关系的理解显然把后两种情形排除在外,没有涵盖复杂的生活实际。其次,上述理解有违继父母与继子女关系的立法目的(保护新的婚姻关系中一方或双方所带有子女的利益),是因为传统界定中排除了非婚生子女或养子女适用继父母与继子女关系的情形。最后,上述理解有违相关规范体系形成的法秩序(或称之为体系违反),是因为无论《收养法》第23条还是《婚姻法》第25条都可作为解释继父母与继子女关系的现行法律依据,两部法律相关规定的精神或立法目的集中体现为,无论是养子女还是非婚生子女在法律上都必须与婚生子女同等对待。既然婚生子女的父或母与第三方结婚可以成立继父母子女关系,那么养子女或非婚生子女的父或母与他方结婚时同样也应成立继父母子女关系,否则养子女或非婚生子女的权利便同婚生子女的权利在成立继父母子女关系方面有异。

清楚了这些,便可知不能把上述学者的观点理解为澄清“继父母与继子女关系”的“通说”,何况通说也仅是一种学理解释,而不具法源效力。理解继父母与继子女关系还应回到现行法,尤其是应从相关法律体系中所反映出的立法目的或基本精神中去寻找。既然受继父母与继子女关系保护的子女在现行法律体系中不仅包括婚生子女,还应包括非婚生子女、收养子女等,相应的,形成继父母与继子女关系的“再婚”要件也不能狭隘地理解为曾经结过婚的人带子女再次结婚,而应从符合相关法律体系的立法目的的角度解释为包括没有结过婚的人(未婚的生父或养父或未婚的生母或养母)带子女初次结婚的情形。在此基础上,形成继父母与继子女关系的条件至少应该有:(1)一方或双方已有子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女等;(2)该子女须随父或母一方共同生活,既包括婚生父或婚生母、非婚生父或非婚生母,也包括养父或养母等;(3)一起共同生活的父或母因特定事由(父母一方死亡、离婚等)发生后与他方再婚,或一起共同生活的未婚生父或养父或未婚生母或养母与他方结婚等。基于现行立法目的,可把继父母与继子女关系解释为:“因父母一方死亡或者父母离婚后再婚的,子女与父或母的再婚配偶之间所形成的亲属关系;或者子女的未婚生父或生母或未婚养父或养母与第三方结婚所形成的亲属关系。”亦可简要概括为“子女随父或母一方与他方结婚所形成的亲属关系”。

即便如此解释继父母与继子女关系,本案仍有难题。因为传统的继父母与继子女关系存在前提是,继子女是先于其父或母与其继母或继父的婚姻关系存在,本案中的两名儿童却是在其父与其“抚养母亲”结

^① 涉及继父母与继子女的相关法律规定,如《中华人民共和国婚姻法》第27条、《中华人民共和国收养法》第14条、《中华人民共和国继承法》第10条、《最高人民法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》第13条、《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》第21条等,都没有明确界定何为继父母与继子女关系。

^② 参见陈苇主编:《婚姻家庭继承法学》,中国政法大学出版社2014年版,第177页;杨大文、龙翼飞、夏吟兰主编:《婚姻家庭法学》,中国人民大学出版社2013年版,第156页;中国民法典草案建议稿课题组(负责人梁慧星):《中国民法典草案建议稿附理由:亲属篇》,法律出版社2013年版,第240页;巫昌桢主编:《婚姻与继承法学》,中国政法大学出版社2011年版,第237页;马忆南:《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2011年版,第192页;王歌雅:《婚姻家庭继承法学》,中国人民大学出版社2009年版,第130页。

婚后出生。这种情形在现实生活中亦为常见,即在夫妻关系存续影响一方或双方与第三方所生子女^①的加入。在此情形下,只要夫妻一方允许(无论情愿与否)另一方与他方所生孩子加入家庭共同生活,为遵循相关法律体系反映出的保护未成年子女利益的立法目的以及儿童最大利益原则,便应类推适用继父母与继子女关系。基于此,本案中的两名儿童尽管是借助代孕技术而生,但在血缘关系上无疑是王某丈夫张小某的孩子。由于王某从两名孩子出生就跟他们生活在一起并一直抚养至今,可看出王某实际上已经接纳其夫与他人所生的两名孩子,由此类推适用继母与继子女关系可谓合理、合情亦符合法律目的。唯有采用开放而非封闭的视角理解继父母与继子女关系才能适应复杂的社会现实,符合相关法律体系的真正立法目的。否则,诸如非婚生子女、养子女等都有可能被排除在继父母与继子女关系之外,而得不到法律保护。

2. 证成两者存在继父母与继子女关系亦不必然等同于证成父母子女关系的存在,只有两者存在“抚养关系”时,才可视为父母子女关系。这可从现有相关法律规定中知悉。依据《婚姻法》第27条第2款规定,继父母与继子女间的权利和义务若要视为父母子女关系的话,必须要以“抚养教育”为条件。同样,依照《中华人民共和国继承法》第10条的规定,若继父母与继子女间享有父母子女间继承顺位的话,那他们之间也必须存在“抚养关系”。“抚养关系”的存在是判断继父母与继子女之间是否能够视为父母子女关系的必要条件。其实,“抚养关系”的存在恰是表明继父或继母对其继子或继女间形成事实上或法律上父母子女关系的一种认可或同意。基于一审判决认定的如下事实:“2011年2月13日,异卵双胞胎张孙男(男)、张孙女(女)出生,并随张小某、王某共同生活;2014年2月5日,张小某因患重症胰腺炎被送至医院急诊治疗,2014年2月7日,张小某因抢救无效死亡;嗣后,被告王某携张孙男、张孙女共同生活至今”,王某从这两名孩子出生开始便接纳他们并视为己出,两者之间存在“抚养关系”可谓不言自明。在此基础上,视两者存在“父母子女关系”(拟制血亲)也就顺理成章,基于拟制血亲把监护权判给王某在现有法律上亦无任何障碍。

3. 基于继父母子女关系的适用而赋予继父母监护权也存在一定的法律风险,那就是,若继父母放弃对继子女的抚养是否便意味着放弃了监护权?依照《民法通则》第16—18条的规定,基于自然血亲和拟制血亲所形成的监护关系不能自由放弃,除非存在丧失监护能力或不履行监护职责,甚至侵害被监护人利益的情形。既然存在抚养关系的继父母、继子女关系在法律上视同为父母子女关系,而当继父母放弃对继子女的抚养关系(如一方抚养了另一方与他方所生的孩子后,其反悔而放弃抚养)会影响已经存在的监护关系时,当然可以参照生父母不履行监护职责甚至侵害被监护人合法权益的相关规定,而令继父母承担相应的法律责任。当这种情形出现时,应为继子女寻找新的监护人,《民法通则》第16条已提供了确立监护人的多种途径。

(二)基于监护能力判断赋予监护权之路径

依据《民法通则》第16条的规定,监护权的赋予还要以监护人具有监护能力为前提,否则哪怕跟被监护人存在自然血亲或拟制血亲关系,也难以赋予其监护权。基此,即便祖父母跟两名孩子之间具有血亲关系,倘若其没有监护能力或监护能力不足,也难以赋予其监护权;反之,哪怕王某与两名孩子之间没有任何血亲关系,只要其具有监护能力,她基于“关系密切的其他亲属、朋友”关系也有可能获得监护权。由于本案发生于上海市,且两名儿童的亲生母亲不明,如果王某基于亲属或朋友身份提出承担监护责任申请的话,那么依法应该向两名儿童父亲所在的居民委员会提出。由于王某没有提出过此类申请,两审法院判决亦没有循此路径,^②本文只能结合两审判决书所提供的相关信息并假定若王某采取此类举措的话,讨论可能出现的法律程序以及可能涉及的实体问题认定。

^① 既包括婚生子女,也包括非婚生子女或者养子女;既包括在现存婚姻关系之前与他人所生子女,也包括在现存婚姻关系之中与他人所生子女。

^② 二审法院在论证两名儿童监护权归属问题时,的确把认定“双方的监护能力”作为一个重要的考量因素,并得出祖父母“监护能力不足”而“抚养母亲”具有监护能力之结论。但二审法院把监护能力的有无或是否充分仅作为证成赋予何方当事人的一个补充理由,且其论证过程与事实依据均略显简单。

1. “抚养母亲”基于亲属或朋友身份提出承担监护责任申请所可能经过的法律程序。从本案两审法院提供的双方当事人争夺两名儿童监护权的执着表现来看,王某可能会经由所有可能的法律程序并最终还是要经过“由人民法院裁决”的程序。具体程序如下:(1)王某基于亲属或朋友身份向两名儿童父亲所在的居民委员会提出承担两名孩子监护责任的申请,如果王某的申请最终被否定,那就只能寻求其他诉讼途径(如上述第一种路径);即便王某的申请获得肯定,祖父母对其担任监护人的资格亦会提出疑议,由此便转入指定监护人的程序;(2)王某基于亲属或朋友身份向两名儿童父亲所在的居民委员会提出指定监护的申请,依据《民法通则》第16条以及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第14条的规定,无论居民委员会指定何方当事人为监护人都已没有实体意义,^①因为对方都不会服从该指定而转入“由人民法院裁决”的程序。

2. 法院裁决程序中的实体问题认定。其中最核心的实体问题是对于“双方当事人监护能力”以及王某是否属于“愿意承担监护责任的关系密切的其他亲属、朋友”的认定。

(1) 双方当事人监护能力的判定。依据《民通意见》第11条的规定,从原被告在本案之前提起的两起法定继承诉讼案件来看,原被告的经济条件应都不会太差,^②二审法院还补充了王某“有正当工作和稳定收入”之事实,本文基于此不再讨论“经济条件”因素,仅从“监护人的身体健康情况”、“与被监护人在生活上的联系状况”方面来判断原被告的监护能力。1) 祖父母监护能力不足之认定。A. 祖父母身体健康状况方面的考量:依据两审判决书中提供的自然信息,在一审开庭审理之时,祖父张某某年近82岁,祖母李某某年近76岁,可谓是“耄耋、古稀之年”。本案虽然没有提及两位老人的身体健康情况,但一般情况下这般年纪的老人抚养一个年仅5岁的儿童都可谓勉为其难,更不要说抚养两名双胞胎儿童了。^③ 二审法院由此得出的结论是,祖父母“身体状况及精力均不足以抚养照顾两名年幼的孩子,一审中其表示将委托远在美国的女儿帮助抚养照顾,表明其亦意识到自身监护能力之不足”。B. 祖父母与被监护人在生活上联系状况的考量:对于祖父母跟被监护人生活上的联系状况,两审法院均没有提及。即便仅从一审判决书中原告诉人的描述——“每逢周末,张小某在不出差的情况下会携两名子女回两原告住处看望两原告”——来看,祖父母与被监护人在生活上的联系也算不上紧密。如果说二审法院基于年龄、身体状况及精力等因素能得出祖父母“监护能力之不足”的结论,那么再附之以祖父母与被监护人在生活上联系状况的考量,此结论会更为充分与令人信服。2) “抚养母亲”监护能力的肯定。先不考虑其他因素,王某的监护能力在客观上可谓显而易见。A. 被告身体健康状况方面的考量:本案仅提及王某没有生育能力而并无谈及其他方面的身体健康状况,且在2015年6月一审公开审理本案时尚未及40岁,正值盛年。B. 王某与被监护人在生活上联系状况方面的考量:两者生活上的联系显然异常密切,因为两名孩子从出生便跟王某生活在一起,而且关系亲密。

(2) 王某是否属于“愿意承担监护责任的关系密切的其他亲属、朋友”的认定。1) 如何认定“关系密切”?或许更为关键的是应认定“与何人关系密切”?基于立法目的解释,最有可能的理解是“与被监护人关系密切”;但从该条文的上下文义看,也可理解为“与被监护人的父母关系密切”;基于体系化解释,还可把这两类主体(“被监护人”或“被监护人的父母”)都包括在内,本文遵此解释。无须赘言,王某无论是与“被监护人”还是“被监护人的父亲”的关系都非常密切。2) 如何认定“其他亲属、朋友”?先从亲属来看,这里既有可能指“被监护人”的亲属,也有可能指“被监护人的父母”的亲属。亲属是指基于血缘或婚姻而产生一定法律关系的人。此处的“其他亲属”,是指除“祖父母、外祖父母、兄、姐”等近亲属之外的亲属。从王

^① 其程序价值是,依据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第16条的规定,由有关组织指定监护人是法院裁决的一个前置程序。

^② 双方主张继承张小某遗产的范围为:上海XXX软件开发有限公司80%的股权份额、上海市闵行区七莘路XXX弄XX号XXX产权房、上海市闵行区富强街X弄XX支弄X号XXX室产权房等财产。

^③ 司法实践中基于当事人高龄而否认其监护能力的案例亦并不鲜见。参见山东省潍坊市中级人民法院(2014)潍民一终字第876号民事判决书;湖北省钟祥市人民法院(2015)鄂钟祥民特字第00009号民事判决书;山西省潞城市人民法院(2014)潞民特字第1号民事判决书。

某与“被监护人”的关系看,若前文论证的两者之间拟制血亲关系成立的话,其亲属关系当然存在,但也因此无需进行任何其他讨论了。退一步说,假设两者难以证成存在拟制血亲,依据王某与“被监护人的父亲”之间的夫妻关系,推出王某与被监护人存在类似“继母与继子女”之间的姻亲关系似乎亦合情理。^① 而从王某作为“被监护人的父亲”的妻子而言,其是“被监护人的父亲”的亲属应无任何疑义。在此意义上,王某作为“其他亲属”,尤其是作为“被监护人的父亲”的亲属申请承担监护责任,应完全具有法律依据。³⁾ 从“朋友”关系的解释看,由于《民法通则》第16条规定的是“未成年人”的监护人,此处的“朋友”主要指的应是“被监护人父母”的朋友。当然也不排除作为未成年“被监护人”的具有监护能力的朋友,但此种情形肯定需要获得“被监护人”的认可。由于监护人资格的赋予最终要经过“未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意”,基于此可避免发生侵害未成年人利益的潜在风险。即便在扩张解释“朋友”的含义上,王某与“被监护人”的朋友关系亦可谓一目了然:王某从两名孩子出生起就跟二人生活在一起,两者亲密无间;何况两名孩子将王某一直作为亲生母亲,举重以明轻,说两者存在朋友关系,应无疑义。王某与“被监护人父亲”的朋友关系也是顺理成章,其作为“被监护人父亲”的妻子,举重以明轻,不言自明两者存在朋友关系。王某作为“朋友”提出承担监护责任,更无任何法律障碍。

基于此,如果“抚养母亲”王某果真依据“关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任”提出监护权申请并最终依靠法院裁决的话,那么把监护权判给王某不但有法律规则上的依据,也有法释义学下法律适用方法上的支持,更不必说还有儿童最大利益原则保驾护航了。

本部分主要是依据法释义学证成解决本案的两条路径。其实,最为理想的论证途径是结合多种思路,多视角、全方位地论证王某可获得监护权的法律依据与理由。从法释义学的角度,首先可基于继母与继子女关系之拟制血亲的证成为王某取得监护权提供最强有力的法律依据;其次可考量两原告监护能力的缺乏或不足,从侧面加强赋予王某监护权的理由;我国司法实践所创设的“事实上监护或扶养关系”理论亦可为赋予王某监护权提供实践经验参照;而儿童最大利益原则则在深层指引整个案件的论证与说理。^②

四、结语

在由人们共同参与制定的以正义为内核与目标的法律规范(含规则与原则)中,一定包含着人类求真、逐善、尚美的普适价值与慈母温情,儿童最大利益原则便是同情、关心与爱护未成年人之普适价值与慈母温情的具体体现。以该原则为指导,运用法释义学下的法律适用方法,本案完全可以基于“继父母与继子女关系”的适用及“抚养关系”的存在来证成“抚养母亲”与两名孩子之间成立拟制血亲关系,从而无需打破两名孩子“原本幸福的人生”。

法律规范不是僵死的,因为有了规则、原则尤其是多元的法律适用方法,它便具有无限的包容性;法律规范不是冰冷的,它内含的正义之追求与良善之保护,使它充满脉脉温情;法律适用不是封闭的,规则优先适用并非意味着完全受限于既有规则(因为还有解决规则与原则相冲突的原则冲突理论^③),没有规则可以适用并不意味着一定存在法律漏洞(因为有更具有包容性的法律原则可以适用),即便存在法律漏洞,还可运用广义的法律解释、推理、类推、价值补充等多元的法律适用方法予以填补。针对具体个案,尤其是疑难案件,转换思路、拓展视野,寻求多元的法律适用方法,相信会柳暗花明、海阔天空。不过,这一切都要受包含求真、逐善、到达至美之人类永恒法则与体现公平正义、惩恶扬善之法律基本精神的引领。

责任编辑 温世扬

^① 参见李洪祥:《我国民法典立法之亲属法体系研究》,中国法制出版社2014年版,第241页。

^② 此处提到的四种解决路径,除“事实上监护或扶养关系”理论外,其他三点在二审判决中均有体现。

^③ See Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, trans. by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, pp. 44-86; Robert Alexy, On the Structure of Legal Principles, Ratio Juris, Vol. 13, No. 3, 2000, pp. 295-298; Robert Alexy, The Weight Formula, in Brian Bix and Horacio Spector (eds.), Rights: Concepts and Contexts, Ashgate Publishing, 2012, pp. 539-557.