



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

朱晓峰*

目 次

- 一、案情概要
- 二、判决要旨
- 三、判决评释
- 四、结论

摘 要 在我国现行法律体系下，并非所有代孕协议都当然无效，对此应依据民事行为的一般生效要件区分处理。当代孕协议无效时，子宫提供者即受托人是代孕子女法律上的母亲，而基因提供者即生物学上的父母则并非当然是代孕子女法律上的父母。受托人在符合《收养法》的前提下，有权将代孕子女送养，而收养人只要符合法律规定的条件即可收养，至于其是委托人还是第三人则在所不问。当受托人下落不明时，有权机关应依未成年人最大利益原则将代孕子女送养，并应重点关注事实上已与收养人共同生活且行使抚养教育职责的委托人，在无证据证明委托人存在不利于被收养人身心健康成长的情形时，应依法确立其与被收养人之间的父母子女关系并行使监护权。

关键词 代孕 代孕协议 监护权 父母子女关系 未成年人最大利益原则

一、案情概要

陈某与罗某（以下全文统称“委托人”）是夫妻关系，因妻子陈某患有不孕不育症，两人遂

* 中央财经大学法学院副教授，法学博士。

本文是北京市 2015 年社会科学基金项目“生育中人格利益的民法保护”（15FXC046）、司法部 2014 年国家法治与法学理论基金项目“中国语境下人格尊严的私法保护”（14SFB30031）的阶段性成果。

商定通过体外授精及代孕方式生育子女。为此，两人在将丈夫罗某的精子以及非法购买的卵子委托医疗机构进行体外授精并形成受精卵之后，非法委托第三人（以下全文统称“受托人”）进行代孕，共支出约80万元。2011年2月，一对异卵双胞胎出生。陈某通过非法手段为双胞胎办理了出生医学证明，登记的生父母为委托人，并据此办理了户籍申报。此后孩子一直随陈某与罗某共同生活并由其进行抚养。2014年2月9日，罗某因突发疾病去世。此后，两个孩子由陈某单独抚养。2014年12月29日，罗某父母诉至法院，他们认为罗某是两个孩子的生父，而陈某与他们无亲生血缘关系，且未形成法律规定的拟制血亲关系，要求成为孩子的监护人并抚养两个小孩。

二、判决要旨

（一）一审判决

上海市闵行区人民法院经审理认为，陈某并非卵子提供者，因而不能形成生物学上的母亲，又非分娩的孕母，亦无法将代孕子女视为其婚生子女；同时因陈某与代孕子女间欠缺法定的必备要件而未建立合法的收养关系，且代孕行为本身不具有合法性，所以陈某与代孕子女之间也不存在拟制血亲关系。在代孕子女生父罗某死亡而生母不明时，为保护未成年人的合法权益，代孕子女的祖父母要求担任监护人等要求于法有据。因此，一审法院支持了原告的诉讼请求。^{（1）} 陈某不服，提起上诉。

（二）二审判决

上海市第一中级人民法院经审理认为，代孕子女是罗某与陈某在婚后由罗某与其他女性以代孕方式所生育的子女，属于缔结婚姻关系后夫妻一方的非婚生子女。由于代孕子女在出生后一直随同委托人共同生活近三年之久，在罗某去世后又随陈某共同生活二年左右，所以在陈某与代孕子女之间已经形成了有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务关系适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。代孕子女的祖父母的监护权在陈某之后，其提起的监护权主张不符合法律规定，同时从儿童最大利益原则考虑，由陈某获得监护权更有利于两个孩子的健康成长。因此，二审法院支持了陈某的上诉请求，判决陈某拥有孩子的监护权。^{（2）}

（三）两审判决的主要分歧

两审法院均认定有偿代孕协议无效，并当然认为作为基因提供者的丈夫即生物学上的父亲为代孕子女法律上的父亲，肯定其对代孕子女的监护权。存在的主要分歧是：

一审法院认为作为委托人之一的陈某与代孕子女既无自然血亲关系，亦无拟制血亲关系，对代孕子女并无监护权。其据此依据《民法通则》第16条等认为，在未成年人法律上的父母法律或事实上无法行使监护权时，由处于第二顺位的祖父母行使监护权，故其支持了两原告的诉讼请求。

二审法院则认为陈某在与罗某的婚姻存续期间已经与代孕子女因事实上的抚养教育关系而形成了受法律保护的继父母子女关系，其依法对继子女享有优先于祖父母的监护权，同时考虑到未成年人最大利益原则的保护，应由继母继续行使对代孕子女的监护权，故其支持了上诉人的诉讼请求。

由于两种判决结果针锋相对，故此有必要阐释，在现行法律体系下究竟哪种解决思路的正

（1） 参见上海市闵行区人民法院民事判决书，（2015）闵少民初字第2号。

（2） 参见上海市第一中级人民法院民事判决书，（2015）沪一中少民终字第56号。



当性、合法性说理论证更充分,结论更准确。下文拟从规范解释的角度分析检讨,并探求非法代孕情形中如何落实未成年人最大利益原则。

三、判决评释

依据基本案情以及两审法院判决书的基本论证思路,于此需要检讨的核心问题有三:

第一,假设两审法院进行推理的前提正确,即代孕子女生物学上的父亲在现行法上当然为其法律上的父亲,那么该法律上的父亲的配偶若与代孕子女并无生物学上的关系且未通过法律程序收养代孕子女,其就当然与代孕子女无法律意义上的规范关系吗?规范依据为何?

第二,假设两审法院进行推理的前提无误,那么精子、卵子和子宫的提供者分别与代孕子女之间的规范关系如何?究竟应当以什么标准来界定代孕子女法律上的父母?规范依据为何?

第三,若问题二得出的结论指向两审法院的推理前提存在谬误,那么应当如何确定代孕子女的监护人?界定标准为何?在现行法律体系下是否存在规范依据?

下文拟就这几项问题,在检讨法院判决的基础之上,探析我国现行法律体系下的规范依据与可行的解决方案。

(一) 继父母子女之间的法律关系

若承认生物学上的父亲为代孕子女当然意义上的法律上的父亲,那么就必须澄清于此父亲的配偶与代孕子女之间的法律关系。因为在我国现行民事法律体系内部,婚姻家庭之内的父母子女关系主要通过自然血亲和拟制血亲两条途径形成,其中自然血亲的父母子女关系是核心,以该类型为模型而通过拟制血亲构造的父母子女关系又包括通过法定收养程序形成的养父母子女关系以及男女通过再婚而与对方配偶的亲子所形成的继父母子女关系两种。⁽³⁾在继父母子女关系中,继父母是指子女对父母一方或者双方再婚配偶的称谓,继子女是指后婚配偶一方对对方配偶的子女的称谓。⁽⁴⁾对于夫妻关系存续期间一方与婚外第三人之间所出之非婚生子女是否可以成为婚姻关系中另一方的继子女,尽管在学理上仍存在否定性见解,例如傅鼎生教授即认为有抚养关系的继子女必须是婚前生育,⁽⁵⁾但该观点并未为被学界的主流观点所接受,⁽⁶⁾也没有取得司法实践的普遍支持。⁽⁷⁾一般来讲,于此情形下婚姻无过错方依然可以与过错方的非

(3) 参见王利明、杨立新、王轶、程啸《民法学》,法律出版社2016年第4版,第639页。相关判决参见甘肃省兰州市中级人民法院民事判决书,(2016)兰中民终字第112号;辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书,(2015)沈中少民终字第00033号。

(4) 这里的子女包括与前婚配偶所生的婚生子女、与他/她人发生非婚性关系所生的子女、与前婚配偶共同收养或单独收养的养子女。参见张学军“试论继父母子女关系”,《吉林大学社会科学学报》2002年第3期,第100页。

(5) 参见任跃“聚焦国内首例代孕监护权案:胜诉律师代理词全文及专家解析”,载《律新社》2016年6月20日。

(6) 相关探讨参见房绍坤、郑倩“关于继父母子女之间继承权的合理性思考”,《社会科学战线》2014年第6期,第205页;孙若军“父母离婚后的子女监护问题研究”,《法学家》2005年第6期,第73页;前注(4),张学军文,第102页。

(7) 参见上海市第一中级人民法院民事判决书,(2016)沪一中少民终字第56号;湖北省襄阳市中级人民法院民事判决书,(2015)鄂襄阳中民一终字第00546号;前注(1)。

婚生子女形成继父母子女关系。由此表明，在本案当中，若承认夫妻婚姻关系存续期间提供精子进行代孕的丈夫为其抚养之代孕子女法律上的父亲，那么就必然承认妻子与代孕子女之间的继父母子女关系。当然，存在继父母子女关系并不必然使继父母与继子女之间建立《婚姻法》第21条所规定的父母子女关系⁽⁸⁾，即继父母并不必然对继子女负有监护职责。对于继父母子女关系是否可以适用调整父母子女关系的一般规则，还需要依据其他标准进一步判断。

1. 继父母子女关系准用父母子女关系的一般界定标准

正如司法实践所明确指出的那样，“继父母子女间的权利义务关系，既不同于生父母子女关系，也不同于养父母子女关系；生父母子女之间的权利义务是无条件的，养父母子女之间的权利义务要看收养关系是否存在，而继父母子女之间的权利义务则要看继子女是否受到继父或继母的抚养教育。”⁽⁹⁾ 因为依据《婚姻法》第27条第2款规定，继父母子女关系适用第21条等规定的父母子女关系的前提，是继父母与继子女之间存在事实上的“抚养教育”关系。

对于第27条规定的“抚养教育”关系的判断，司法实践主要从五个方面展开，包括继父母是否为继子女给付了经济上的抚养支出⁽¹⁰⁾、是否存在共同生活的事实⁽¹¹⁾、继父母对继子女的抚养是否在时间上满足了持续性的要求⁽¹²⁾、继父母在主观上是否具有抚养继子女的意愿⁽¹³⁾、继子女是否已经成年等⁽¹⁴⁾。司法实践所坚持的这些判断标准，我国学理上也普遍持赞成态度⁽¹⁵⁾。这意味着，以是否存在“抚养教育”的事实关系为标准进行衡量，若继父母与继子女之间没有依据《收养法》第14条等所确立的收养规则形成合法收养关系，但他们之间存在事实上的抚养教育关系，那么依据该抚养教育关系存在的事实可以类推适用《婚姻法》中关于父母子女关系的规定来调整继父母子女关系；若继父母与继子女之间并不存在事实上的抚养教育关系，且不存在合法的收养关系，那么双方之间的关系即不得类推适用《婚姻法》中关于父母子女关系的规定⁽¹⁶⁾。

(8) 参见广东省广州市中级人民法院民事判决书，(2015)穗中法民一终字第6014号；贵州省六盘水市中级人民法院民事判决书，(2014)黔六中民终字第798号；重庆市第一中级人民法院民事判决书，(2014)渝一中法民终字第00423号；山东省烟台市中级人民法院行政判决书，(2013)烟行终字第5号。

(9) 前注〔3〕，甘肃省兰州市中级人民法院民事判决书。

(10) 参见前注〔8〕，广东省广州市中级人民法院民事判决书；上海市嘉定区人民法院民事判决书，(2013)嘉一民初字第6405号；四川省成都市金牛区人民法院民事判决书，(2012)金牛民初字第65666566-1号。

(11) 参见山东省日照市中级人民法院民事判决书，(2015)日民一终字第392号；江苏省连云港市中级人民法院民事判决书，(2014)连民申字第0004号；四川省成都市中级人民法院民事判决书，(2013)成民终字第3997号。

(12) 参见前注〔7〕，湖北省襄阳市中级人民法院民事判决书；上海市第二中级人民法院民事判决书，(2013)沪二中民一民再字第3号；浙江省嘉兴市中级人民法院民事判决书，(2011)浙嘉民终字第42号。

(13) 参见最高人民法院《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条规定：“生父与继母或生母与继父离婚时，对受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。”另参见山西省阳泉市中级人民法院民事判决书，(2016)阳中民终字第147号；北京市第三中级人民法院，(2015)三中民终字第04361号；云南省昆明市中级人民法院民事判决书，(2014)昆民二终字第1374号。

(14) 参见湖南省长沙市中级人民法院民事判决书，(2015)长中民一终字第03045号；前注〔3〕，辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书；重庆市第五中级人民法院民事裁定书，(2014)渝五中法民申字第199号。

(15) 参见前注〔6〕，房绍坤、郑倩文，第205~206页。

(16) 参见河南省焦作市中级人民法院民事判决书，(2015)焦民三终字第00346号。相关学理讨论参见顾薛磊、张婷婷“论我国继父母子女形成抚养关系的认定标准”，《青少年犯罪问题》2014年第4期，第57页。



据此标准, 本案中上诉人陈某在与未成年之继子女长达五年之久的共同生活当中, 始终以夫妻共有财产及个人财产抚养继子女, 并且具有强烈的抚养继子女的主观意愿, 所以依据前述司法实践所普遍坚持的一般标准, 其与继子女之间的权利义务关系得依据《婚姻法》第27条第2款规定而适用该法第21条等所规定的父母子女关系进行调整。

2. 准用父母子女关系的法律效果

依据《婚姻法》第27条第2款规定, 既然存在事实性抚养教育关系的继父母子女关系可以准用《婚姻法》确立的父母子女关系规则来处理, 就意味着在我国现行民事法律体系下, 当继父母与继子女之间存在着事实上的抚养教育关系时, 继父母子女关系就会产生如同父母子女关系一样的法律效果, 同样也会受《民法通则》、《婚姻法》、《继承法》、《侵权责任法》等调整和保护。⁽¹⁷⁾ 因为《婚姻法》第21条、第22条、第23条、第24条等所确立的调整父母子女关系的主要规则, 明确了父母子女之间的主要权利义务包括了父母对子女有抚养教育的义务, 若父母不履行该义务时, 未成年的或不能独立生活的子女, 有权向父母主张给付抚养费; 子女有权随父姓, 也有权随母姓; 父母有保护和教育未成年子女的权利和义务; 父母和子女有相互继承遗产的权利。⁽¹⁸⁾ 这实际上表明了存在事实上的抚养教育关系的继父母子女关系参照适用父母子女关系法的核心意义在于, 继父母因事实性抚养教育关系的存在而成为继子女法律上的父母, 继父母子女之间的权利义务, 完全等同于父母子女之间的权利义务。⁽¹⁹⁾ 以此为基础, 在未成年人法定监护人确定的问题上, 依据《民法通则》第16条规定, 未成年人法律上的父母是未成年人的第一顺位的监护人。只有在未成年人法律上的父母死亡或没有监护能力时, 有监护能力的祖父母等才可以成为监护人。

因此在本案中, 若承认代孕子女生物学上的父亲在现行法上当然为其法律上的父亲, 那么该法律上的父亲的配偶虽然与代孕子女并无生物学上的关系且未通过法律程序进行收养, 但若其事实上已经在抚养教育孩子, 则其就会因此取得被抚养教育之继子女法律上母亲的地位。该法律地位在取得之后, 其存续本身就主要取决于继父母与继子女之间事实性抚养教育关系的存续以及当事人的主观意愿等。⁽²⁰⁾ 如果该抚养教育关系存在且继父母依然愿意继续抚养继子女, 即使继子女法律上的父母死亡, 也不影响继父母与继子女之间法律上父母子女关系的存续, 继母依然是继子女法律上的母亲, 为其第一顺位的监护人。当然, 依据《民法通则》第18条第3款, 当监护人存在法律上或事实上不利于被监护人利益实现情形的, 其他有监护资格的主体甚至民政部

(17) 参见杨大文主编《亲属法》, 法律出版社2007年第4版, 第231页。相关判决参见北京市延庆区人民法院民事判决书, (2015)延民初字第06940号; 广东省广州市中级人民法院民事判决书民事判决书, (2014)穗中法民一终字第2810号; 重庆市第五中级人民法院民事判决书, (2014)渝五中法民申字第199号; 江苏省苏州市中级人民法院民事判决书, (2014)苏中民终字第3714号。

(18) 例如, 《继承法》第10条规定, 遗产继承的第一顺序为配偶、子女、父母, 而子女则包括了婚生子女、非婚生子女、养子女和有抚养关系的继子女。最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第37条规定, 继父、继母与继子女之间, 已形成抚养关系的, 互有继承权。继子女继承了继父母遗产后, 仍有继承生父母遗产的权利。

(19) 参见湖南省怀化市中级人民法院民事判决书, (2015)怀中南一终字第638号; 浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书, (2015)浙绍民终字第2023号。

(20) 参见河北省廊坊市中级人民法院民事判决书, (2015)廊中民一终字第351号; 前注〔17〕, 江苏省苏州市中级人民法院民事判决书; 湖南省永州市中级人民法院民事判决书, (2014)永中法民一终字第239号。

门有权通过法律程序撤销继母之监护人资格。⁽²¹⁾而在本案中，原告并未就此提出有效证据。

3. 小结

综上，若法院承认精子提供者罗某为代孕子女法律上的父亲，那么由于罗某与陈某系夫妻关系，在夫妻关系存续期间，陈某已经与罗某的亲子因事实上的抚养教育关系而形成了被现行法所保护的可适用父母子女关系规则调整的继父母子女关系，陈某据此成为罗某之亲子法律上的母亲，当然为其第一顺位的监护人，并且陈某对继子女的监护权并不会因罗某的死亡而当然发生变化。两位原告为代孕子女的祖父母，依据《民法通则》第16条规定，其监护资格在代孕子女法律上的母亲之后，若其无法依据《民法通则》第18条第3款撤销陈某的监护人资格，其诉讼请求就无法获得法院支持。因此，一审法院于此的法律适用存在问题。⁽²²⁾

(二) 代孕子女法律上的父母

承认上诉人陈某是代孕子女有法定监护权的继母，是以精子提供者罗某为代孕子女法律上的父亲为前提，两审法院均认为，基因提供者即生物学上的父亲是代孕子女法律上的父亲。⁽²³⁾但这一判断是否于法有据，还需要依据现行法在厘清生物学上的父亲即精子提供者、生物学上的母亲即卵子提供者、分娩的孕母即子宫的提供者与代孕子女之间法律关系的基础上，进一步予以判断。对此需要明确如下三个问题：

1. 先决条件：代孕协议的效力

代孕过程中普遍涉及代孕协议的法律效力界定问题。就代孕协议的本质来看，其属于民事行为。在我国现行民事法律体系下，依据《民法通则》第55条规定，民事行为是否有效取决于当事人是否具备相应的行为能力、意思表示是否真实以及是否违反法律或社会公共利益。在我国当前的法律实践中，界定代孕协议是否有效，最受争议的是其是否构成对法律或社会公共利益的违反。

(1) 代孕协议是否违反法律

依据《人口与计划生育法》第17条，公民享有生育权；依据《妇女权益保障法》第41条，妇女享有生育的自由。对于生育权的具体实现途径以及妇女所享有的生育自由，法律并未予以明确规定。这是不是意味着，特定民事主体为了生育权的实现而有权与那些享有生育自由的女性约定，以代孕的形式来完成所欲实现的生育目的？依据《民法通则》第5条、第6条、第7条等规定，公民的合法权益受法律保护，但公民合法权利的行使必须遵守法律规定，在无法律规定时应遵守国家政策；尊重社会公德，不得损害社会公共利益。由此需要界定的是，在狭义的法律即制定法并未就与代孕有关的事项作出规定时，普遍意义上被认为属于国家政策的行政规章⁽²⁴⁾会对前述代孕协议的效力产生影响吗？

在当前的法律实践中，与代孕事宜相关的行政规章主要包括卫生部2001年颁布的《人类精

(21) 参见娄银生“被撤销的父母监护权——全国首例由民政部门申请撤销监护人资格的案件审理纪实”，《法庭内外》2014年第4期，第2页。

(22) 参见前注〔1〕。

(23) 参见前注〔7〕，上海市第一中级人民法院民事判决书；前注〔1〕。

(24) 国家政策对于民事行为效力的影响，相关学理讨论参见朱庆育《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第40页；龙卫球《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第35页；张红“论国家政策作为民法法源”，《中国社会科学》2015年第12期，第133~155页；刘颖“论民法中的国家政策——以《民法通则》第6条为中心”，《华东政法大学学报》2014年第6期，第78~92页。



子库管理办法》以及《人类辅助生殖技术管理办法》等。其中依据《人类精子库管理办法》第3条规定,精子与卵子的采集与提供应遵守当事人自愿和符合社会伦理原则,并且不得以营利为目的。⁽²⁵⁾这意味着,在非以营利为目的的前提下,当事人自愿且符合社会伦理原则的,精子、卵子的采集协议并不违反该行政规章。例如,在沈新南等与刘金法等监管权和处置权纠纷案中,当夫妻存在生育障碍时,其与医院达成的通过法定程序采集精子、卵子并形成体外胚胎的协议,产生法律约束力。⁽²⁶⁾同时,《人类辅助生殖技术管理办法》第3条规定,禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎,医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。⁽²⁷⁾问题是该行政规章于此仅强调受其管理的医疗机构与医务人员不得实施代孕技术,其仅希望通过技术垄断与控制而限制代孕事件的发生。⁽²⁸⁾卫生部此举实际上意味着,若夫妻双方中的妻子没有生育能力,那么其原则上无法通过与她人达成代孕协议而实现生育目标。因为于此场合通过有效协议所取得的体外胚胎仅能通过代孕技术而由婚姻共同体之外的第三人完成孕育的过程,这种技术恰恰是被《人类辅助生殖技术管理办法》所禁止的。

就此而言,即使国家政策可以作为民法法源而在司法实践当中事实性地发挥裁判功能,⁽²⁹⁾现行法以及相关的国家政策对代孕协议的效力也并未完全予以明确肯定或否定,因此不能遽然以《民法通则》第55条规定的违反法律规定来否定代孕协议的效力。对此,尚需通过社会公共利益原则进一步界定。

(2) 是否违反社会公共利益原则

依据《民法通则》第7条、第55条,民事行为应当符合社会公德,不违法社会公共利益。对于何谓社会公共利益,什么情形下会存在对社会公共利益的违反,法律并无明确规定,学理上也存在较大争议。一般认为,当民事协议以从事犯罪或帮助犯罪为内容,规避课税为目的,危害社会秩序,违反性道德,违反人格和人格尊严,危害家庭关系,限制经济自由,违反公平竞争,违反劳动者保护等时,即可认定民事行为因违反社会公德而无效。⁽³⁰⁾

在有偿代孕场合,代孕协议双方以受托人通过子宫提供生育服务行为为标的,并以一定金钱为该服务对价,属于对作为民法之价值基础的人的尊严的严重违反。康德以来的法律实践观所坚持的人仅能是目的而不能被当作工具的基本立场承认,每个人都“有权要求其他任何人尊重他的人格、不侵害他的生存(生命、身体、健康)和他的私人领域;相应地,每一个人对其他任何人都都必须承担这种尊重他人人格以及不侵害他人权利的义务”。⁽³¹⁾而在当代中国,考虑到曾经存在过的

(25) 参见中华人民共和国卫生部令第15号。

(26) 参见江苏省宜兴市人民法院民事判决书,(2013)宜民初字第2729号。

(27) 参见中华人民共和国卫生部令第14号。

(28) 参见朱晓峰“民法典编纂视野下胎儿利益的民法规范——兼评五部民法典建议稿胎儿利益保护条款”,《法学评论》2016年第1期,第186页。

(29) 对于国家政策作为民法法源,学理上存在不同观点,即使是支持者,也认为应当通过民法上的转介机制而非直接适用的方式,承认其在司法实践中的作用。参见前注〔24〕,张红文,第133页。

(30) 参见梁慧星“市场经济与公序良俗原则”,载《民商法论丛》(第1卷),法律出版社1994年版,第57~58页;朱庆育“公共利益的民法意义——以《民法通则》第7条为中心”,载郑永流、朱庆育等编著:《中国法律中的公共利益》,北京大学出版社2014年版,第39~49页。

(31) 朱晓峰“作为一般人格权的人格尊严权——以德国侵权法中的一般人格权为参照”,《清华法学》2014年第1期,第65~66页。

十年“文化大革命”对于人的尊严的公然践踏的惨痛历史教训⁽³²⁾ 1982年《宪法》第38条明确规定了人格尊严不受侵犯。⁽³³⁾ 这种不受侵犯的宪法上的人格尊严虽然不能直接作为民事裁判依据，但其可以通过民法上作为一般条款的公序良俗原则亦即社会公共利益原则而对民事活动产生影响。⁽³⁴⁾ 而将女性的子宫通过代孕协议确定为委托人提供生育服务的工具，恰恰是对《宪法》所确定的人之尊严以及以之为基础的社会公共利益的严重违反，于此场合的代孕协议当然无效。

存在问题的是，对于无偿的情谊代孕行为是否当然无效，值得讨论。以人之尊严的普遍承认为基础的社会公共道德观，还应当内涵尊重人格自由发展的积极要素。在我国现行法律体系下，特别是在此之前稍微放开的严厉的计划生育政策影响下，对于那些因国家实施计划生育政策而仅生了一个孩子的夫妻来讲，在孩子成年后因事故去世而自己又因年龄或者其他缘故一方或者双方丧失生育能力的场合，在不违反人伦基本原则的前提之下，是否可以适当承认那些基于友情而无偿代孕的行为？如果人因自主意志选择不生或少生，那么其基于《宪法》所享有的基本人权中内涵的以基因传承以及种的繁衍为核心的生育权在实践中遭遇的风险就属于自己责任的范畴；但如果因为国家的干预而使人被迫选择只生一个，那么人因为这种选择而在嗣后遭遇生育权实现危机时，国家是否有义务采取补救措施来为这些陷于困境的家庭提供救济？而通过有限度的承认代孕，恰恰可以在技术上部分程度地解决失独家庭的困境。⁽³⁵⁾ 就此而言，在坚持保护人的尊严的价值基础之上，基于人格自由发展特别是特定情形下生育权的实现的考虑，无偿的友情代孕行为并不必然因违反社会公共利益原则而无效。

(3) 小结

综上，在本案中，委托人与受托人之间签订有偿的代孕协议，以金钱给付作为受托人提供子宫并孕育体外胚胎之行为的对价，侵犯了受托人的人格尊严，违反了社会公共道德以及由此体现出来的社会公共利益原则，依据《民法通则》第7条、第55条，应为无效。对此，二审法院在判决书中笼统地认为《人类辅助生殖技术管理办法》“虽为部门规章，不能作为确认代孕子女法律地位及监护权的法律依据，但国家对于代孕之禁止立场已为明确。私权领域虽有‘法无禁止即可为’之原则，却并不代表私权主体的任何权利义务都可通过民事协议来处分，代孕行为涉及婚姻家庭关系、伦理道德等人类社会之基本问题，不同于一般民事行为，故不适用契约自由原则。尽管代孕行为在我国尚不合法……”等，并没有根据代孕所涉具体事宜对代孕协议的效力进行区分界定，显然并不适当。

2. 代孕协议无效时父母子女关系的确定

当代孕协议未违反法律强制性规定等而为有效时，自然应依据代孕协议中的约定来确定代

(32) 参见许崇德《宪法》，中国人民大学出版社2007年第3版，第222~223页。

(33) 依据我国当代宪法学主流理论，1982年《宪法》第38条的人格尊严应受法律保护，一方面是考虑到“文化大革命”期间关于人之尊严遭受侵犯的惨痛教训，一方面是借鉴国外宪政主义的经验，因此，该规定具有启蒙的意义。这也表明，我国法律实践中人格尊严的思想基础并非源自传统法律文化，其毋宁是因现代社会背景下实践的需要而借鉴和学习西方宪政主义的产物。相关论述参见前注〔31〕，朱晓峰文，第49页。

(34) 关于社会公共利益原则与公序良俗原则之间规范关系的详细论述，可参见前注〔30〕，朱庆育文，第39~40页。对基本权利规则第三人效力理论的批判观点参见李海平“基本权利间接效力理论批判”，《当代法学》2016年第4期，第48页。

(35) 事实上，沈新南等与刘金法等监管权和处置权纠纷案中的失独家庭对于子女所遗留之胚胎的争夺，所反映出来的正是这种困境。参见江苏省无锡市中级人民法院民事判决书，(2014)锡民终字第01235号。



孕子女法律上的父母以及当事人之间的具体法律关系。当代孕协议因违反法律规定而无效或有效的当事人事后产生争议时,确定相关主体的权利义务,主要应考虑如下几种情形:

(1) 生物学上的父母是否当然为法律上的父母

在我国现行法律体系下,法律上父母子女关系的确立,主要通过二条途径:一是自然血亲关系,依据《婚姻法》第25条,在父母子女关系上,包括婚生子女与非婚生子女权利平等;二是拟制血亲关系,包括收养关系以及继父母子女关系,前者依据《婚姻法》第26条规定,经法定程序收养的子女与养父母的关系为父母子女关系;后者依据《婚姻法》第27条规定,若继子女由继父母抚养和教育,准用父母子女关系。⁽³⁶⁾ 第一条途径的核心在于是否存在自然血缘的事实,第二条途径则主要取决于当事人的自由意志。据此司法实践认为,依据自然血缘而形成的父母子女关系是无条件的,而依据法律拟制所形成的父母子女关系则是有条件的。⁽³⁷⁾

在我国当前的法律实践中,是否存在生物学上的血缘关系,对法律上父母子女关系的确定至关重要。一般而言,当婚内所出之子女并非母亲之配偶在生物学上的子女时,其与母亲的配偶之间也不存在法律上的父母子女关系,只有其生物学上的父亲才是其法律上的父亲,负有相应的抚养义务。⁽³⁸⁾ 另外在子女非为婚内所生且其出生本身违背生物学上的父亲的意志场合,生物学上的父亲也对该与之有血缘关系的子女负有法定抚养义务而不能拒绝。⁽³⁹⁾

当然,生物学上的血缘关系并不必然导致法律上父母子女关系的建立。在存在法定事由时,这两者之间的规范联系即会被切断。例如,经生父母同意进行的收养,⁽⁴⁰⁾ 利用合法捐精者提供的精子所孕育的子女等,⁽⁴¹⁾ 生物学上的父母即不再是法律上的父母。对此,本案二审法院也明确予以承认。司法实践的主要考虑是,法律上的父母子女关系应是典型、简单、稳定、符合社会伦常的,从而利于家庭关系的稳定和谐以及未成年人最大利益原则的实现。

存在问题的是,本案二审法院一方面承认血缘关系并非判断亲子关系的唯一标准,另一方面又认为“对于生母的认定,根据出生事实遵循‘分娩者为母’原则;对于生父的认定,则根据血缘关系而作确定”,在逻辑推理上显然并不严谨,并且也可能违反现行法的基本义旨。因为承认子宫提供者代孕子女当然的法律上的母亲,同时又承认生物学上的父亲为其当然的法律上的父亲,那么依据《婚姻法》中规定的事实抚养教育关系确定父亲的配偶与子女之间的继父母子女关系,依据类推解释规则而承认生物学上母亲的法律地位即为当然之理。如此一来,本案中代孕子女法律上的父亲有一位,而法律上的母亲则有三位,并不符合我国现行民事法律体系中尤其是《婚姻法》中规定的父母子女关系的典型外观,与二审法院在判决书中所明确宣称的当前社会一般观念格格不入,有违社会公共道德原则。而且,这种父母子女关系对代孕子女而言过于复杂且不稳定,并不利于未成年人身心健康的成长,有违我国法律实践所普遍承认且

(36) 参见魏振瀛主编《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第592~593页。

(37) 参见前注〔3〕,甘肃省兰州市中级人民法院民事判决书。

(38) 相关法院判决参见重庆市沙坪坝区人民法院民事判决书,(2010)沙法民初字第7148号;江苏省南京市六合县人民法院民事判决书,(2000)六民初字第731号。

(39) 参见北京市海淀区人民法院民事判决书,(2013)海民初字第23318号。

(40) 参见《收养法》第10条、《婚姻法》第26条。

(41) 参见“李雪花、范洋诉范祖业、滕颖继承纠纷案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第7期,第33页。

被二审法院在判决书中明确肯认的未成年人最大利益原则。⁽⁴²⁾

因此，本案两审法院均以代孕子女与罗某之间存在生物学上的血缘联系而当然确定二者存在法律上的父母子女关系，并不妥当。

(2) 子宫提供者优先保护的正当性与合法性基础

事实上，以精子、卵子、子宫的提供者为标准，可以将代孕场合的主要情形区分为：精子为丈夫一方提供，卵子与子宫皆由第三人提供；精子为丈夫一方提供，卵子由妻子一方提供，子宫由第三人提供；精子为第三人提供，卵子由妻子一方提供，子宫由第三人提供。对于前三者何者为代孕子女法律上的父母，我国现行制定法并未提供明确答案。对此究竟应该依据什么标准来进行界定呢？

在我国司法实践中，有法院在阐述女性生育权应优先于男性保护的法理意见时认为“法律概念上的生育权存在于受孕、怀胎和分娩的全过程。相较于男方在生育子女时仅发生性行为即可，女性生育子女要历经受孕、怀孕、生产近十个月的时间，女性的投入显然更多，因此其在生育权上应优先于男性保护。”⁽⁴³⁾ 在比较法的视野下，联邦德国宪法法院在就类似问题阐述判决意见时也表明：男女之间在生理结构上的差异决定了他们在漫长而又艰辛的生育过程中的角色与相应的地位，男性在此过程中仅参与了最初的短暂的一瞬，且这短暂的一瞬也是与身体上的快乐相关的，而之后父亲与子女关系的建立主要是通过时间上的与生育过程本身无关的社会行为来完成；女性则完全不同，其不仅要经历艰辛而又漫长的孕期，还有至为痛苦的分娩以及哺乳等长期的生理行为，其身体上所承受的痛苦深深地影响着她们对性以及生育的认知，对其而言，性爱以及生育并不完全意味着身体上的享受，而是与痛苦和责任密切相关。相较于女性，男性则不会有类似的感受，其更注重身体上的享受而忽视与性行为密切关联的社会责任。⁽⁴⁴⁾

同样的道理，相较于精子和卵子的提供者而言，子宫的提供者即受托人全程参与了孩子的孕育过程，其与子女之间更容易建立密切的关系，这种骨肉之情在应受法律保护的伦理价值层面高于基因方面的价值。就此而言，原则上应当将受托人即孕母确定为代孕子女法律上的母亲。对此，本案二审法院也予以明确承认，其在判决书中写道“母子关系的确立更多在于十月怀胎的孕育过程和分娩艰辛所带来的情感联系，在于母亲对孩子精力、心血、感情上的巨大投入和无形付出，单纯以生物学上的基因来认定母子关系，将缺乏社会学和心理学层面的支撑。”当然，学理上的主要反对意见认为，将受托人当然地界定为代孕子女法律上的母亲，并未考虑代孕的初衷⁽⁴⁵⁾也未考虑未成年人之最大利益原则。⁽⁴⁶⁾事实上，优先承认受托人的法律地位，并不意味着委托人以及未成年人的利益不会被考虑。因为：

第一，尽管代孕协议可能会因为违反社会公共利益而被认定为无效，但在代孕协议无效场合，受托人优先取得法律上的母亲地位后，若委托人仍愿意通过法定收养程序同代孕子女确立收养关系，在取得合乎《收养法》规定的被收养人之父母同意并符合法定条件时，仍然可以实现代孕的原初目的。当然，依据《收养法》第2条，于此场合的收养应在充分保障被收养人之

(42) 审理法院的相关判决内容，具体参见前注〔7〕，上海市第一中级人民法院民事判决书。

(43) 孙欣“女性单方面决定生育不构成对男性生育权的侵犯——北京海淀法院判决赵某诉许某抚养费纠纷案”，载《人民法院报》2014年5月29日，第6版。

(44) Vgl. BVerfGE 6, 389 ff.

(45) 参见朱川、谢建平“代孕子女身份的法律认定”，《科技与法律季刊》2001年第3期，第42页。

(46) 参见李志强“代孕生育的民法调整”，《山西师大学报（社会科学版）》2011年第3期，第21页。



最大利益原则下才可实施。这与《德国民法典》中规定的代孕场合的收养情形一致。⁽⁴⁷⁾

第二，若委托人事后反悔不要代孕子女，而受托人也不愿或者事实上无经济能力抚养代孕子女，那么依据《收养法》第2条、第4条、第5条，受托人符合条件的可以依法将孩子送养。受托人因此遭受损害的，可以依据《民法通则》第61条第1款、第106条第2款或《侵权责任法》第6条结合第2条主张民法上的损害赔偿。

第三，承认子宫提供者法律上优先受保护的法律地位，正是基于未成年人之最大利益原则的考虑。实践证明，由于子宫提供者事实上全程参与了生命的孕育过程，其与代孕子女之间更容易建立密切的关系，一般情形下是代孕子女利益的最佳照看者。在受托人拒绝或者无能力抚养未成年人时，还可以通过收养制度等来最大程度的保障未成年人利益的实现。

当然，对于未成年人最大利益原则的保护来讲，将精子、卵子以及子宫提供者当中的哪一个确定为法律上的父母只是立法上的一种“决断”，确立任何一方在法律上的优先地位都可能存在缺陷。因此，重要的毋宁是个案中依据利益衡量规则就具体的应受保护的未成年人来确定保护其最大利益实现的最优方案。⁽⁴⁸⁾

(3) 基因提供者不应被承认的正当性与合法性基础

除了在孕育过程中的参与度方面的考虑外，拒绝将精子、卵子提供者优先确定为代孕子女法律上的父母，还考虑到了如下因素：

第一，避免法律评价中可能出现的逻辑矛盾。在现行法律体系下，通过适用《民法通则》第7条、第55条规定的社会公共道德原则和社会公共利益原则来判定有偿代孕协议无效，实为否定了委托人通过有偿代孕来实现自己的生育权并建立与代孕子女法律关系之意思表示的效力。若现行法在否定了有偿代孕协议的效力之后，又承认委托人与代孕子女之间在法律上的父母子女关系，就否定了之前关于代孕协议无效的效力评价，这在法律适用的规范逻辑体系上是自相矛盾的。对此，本案二审法院在判决书中予以明确承认，其在判决书中写道“承认‘分娩者为母’的认定原则，亦与其他两种人工生殖方式中的亲子关系认定标准相同，且符合我国传统的伦理原则及价值观念。另外，‘分娩者为母’的认定原则亦与我国目前对代孕行为的禁止立场相一致。”⁽⁴⁹⁾

第二，代孕协议无效场合夫妻双方的平等保护。在有偿代孕场合，当精子为夫方提供且卵子与子宫皆由不同的第三人提供并进行代孕，或精子为第三人提供、卵子由妻子提供且子宫由第三人提供并进行代孕的，当代孕协议因违反法律规定而无效时，若优先保护基因提供者，则当提供了精子或卵子的夫或妻事实上在成为代孕子女生物学上的父母后，自然也就成了其法律上的父母。这也就意味着，因代孕协议无效而被法律否定评价的夫妻双方共同意思表示事实上仅会对代孕中未提供基因的婚姻一方产生实际效力，而对提供了基因的一方并未产生任何影响。这显然违反了民法的平等保护原则。而本案二审法院在判决当中采取双重标准，一方面依据出生事实遵循“分娩者为母”原则确定生母，另一方面依据自然血缘关系确定生父，显然并不适当。

第三，避免形成过于复杂的社会关系进而影响未成年人最大利益原则的实现。在代孕场合

(47) Vgl. Hans-Ulrich Maurer, Annahme an KindesStatt: Vorbemerkungen, In: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II: §§ 1589 ~ 1921, Dieter Schwab Hrsg., C. H. Beck, 2008, S. 1340 ~ 1341.

(48) 参见朱晓峰“论德国未成年人收养最大利益原则及界定标准”，《预防青少年犯罪研究》2014年第2期，第68页。

(49) 审理法院的相关判决内容，前注〔2〕。

尤其是局部代孕场合，即作为委托人的夫妻其中一方提供了精子或卵子而由第三人提供子宫的场合，若承认基因提供者代孕子女法律上的父母，那么就会形成一种全新的社会关系。因为子女法律上的父母是基因提供者，而基因提供者中有一方并非婚姻共同体的成员。基于法律的规定，法律上的父母对未成年子女负有法定抚养义务，而婚姻共同体中非基因提供者一方因与继子女之间存在抚养教育的事实而形成继父母子女关系。这样，就像本案所示情形一样，对代孕子女而言，其存在着三位法律上的母亲，第一位是子宫提供者，第二位是基于基因即自然血亲关系而形成的母亲，最后一位是基于事实上的抚养教育即拟制血亲关系而形成的母亲。由此形成的过于复杂的社会关系可能导致未成年人社会认同方面的偏差，影响未成年人身心健康，与《未成年人保护法》等制定法所确立的基本价值取向不相符合，与未成年人最大利益原则不相符合。⁽⁵⁰⁾

(4) 小结

综上所述，在本案中，作为精子提供者的罗某，并不当然是代孕子女法律上的父亲。双胞胎法律上的母亲原则上是作为案外第三人的受托人即子宫提供者。两审法院均以精子提供者罗某为双胞胎生物学上的父亲为纽带，确定二者之间存在法律上的父母子女关系，进而认定在罗某死亡时由双胞胎的继母或生物学上的祖父母为其监护人，显然并不准确。

(三) 代孕子女的监护人

既然代孕子女法律上的母亲是受托人即子宫提供者，那么依据《民法通则》第16条，该子女的法定监护人原则上只能是受托人。同时，由于代孕本身的特殊性，在确定监护人时存在争议的，需要考虑如下情形：

1. 委托人与受托人之间存在争议

(1) 受托人反悔

若受托人在代孕子女出生后反悔而没有依据代孕协议将之交给委托人，那么委托人也无权主张对代孕子女的监护权。即使委托人依据《收养法》第2条规定的未成年人最大利益原则而以委托人在经济能力、教育背景、家庭环境、生活习惯等方面存在着不利于代孕子女成长的因素而主张收养，原则上也不能对抗受托人基于法定监护权而享有的权利。依据《收养法》所确定的收养规则，我国现行民事法律体系当中，实际上隐含着承认未成年人之生父母为其最大利益的照看者的基本价值判断，只要生父母愿意照看，那么原则上其享有的监护权就不能被剥夺。⁽⁵¹⁾ 在例外情形下，若未成年人之生父母不具备完全民事行为能力且其可能构成对该未成年人的严重危害，则其他监护人可以将其送养。

若受托人存在《收养法》第5条第3项规定的特殊困难而无力抚养代孕子女，那么其有权将代孕子女送养。受托人有权依据《收养法》规定而将子女送给符合收养条件的第三人，也有权将之送给符合条件的受托人收养。于此存在的基本判断依据，是《收养法》第2条规定的被收养人之最大利益原则等。这也符合比较法上的惯常做法。⁽⁵²⁾

(2) 委托人反悔

若委托人在代孕子女出生之后反悔而不再主张对孩子的抚养权，于此场合受托人又不想抚养或无力抚养孩子，对此应如何处理？于此情形下，首先依据子宫提供者优先原则，受托人依

(50) 参见《未成年人保护法》第3条。

(51) 参见《收养法》第2、5、10、11、12条。

(52) 参见朱晓峰“论德国收养法上的最佳利益标准与同性伴侣的共同收养”，载《民商法论丛》（第53卷），法律出版社2013年版，第363页。



然是代孕子女法律上的母亲。同时,由于委托人明知自己的委托行为会导致受托人身体、健康以及人身自由受侵害而依然从事相应行为,符合《民法通则》第106条第2款或《侵权责任法》第6条结合第2条所规定的关于侵权责任成立的一般构成要件,⁽⁵³⁾因此,对于受托人因代孕所遭受的损害,包括因代孕行为本身导致的包括收入损失等在内的财产损失,包括身体、健康等受损所遭受的精神损害以及孩子出生之后必须支出的包括抚养费在内的相关费用等,受托人可以向存在过错的委托人主张侵权法上的损害赔偿。同时考虑到受托人本身对于相关损害的发生亦存在过错,因此依据《侵权责任法》第26条的规定,可以适当减轻委托人的责任。

若受托人无力抚养子女,依据《收养法》第5条第3项规定,其有权将孩子送养,具体情形如前所述。

2. 委托人与第三人之间存在争议

若受托人依据协议将代孕子女交给委托人而与之没有争议,但委托人与协议外的第三人就子女的抚养问题发生争议,那么,在确定监护权时应考虑:

(1) 可以查找到受托人

由于受托人即子宫提供者是代孕子女法律上的母亲,所以在符合法律规定的前提下其有权自由选择收养人。这意味着,若委托人亦符合《收养法》规定,则受托人与委托人可以通过法定收养程序,使委托人与代孕子女之间建立以拟制血亲为基础的父母子女关系,委托人据此即可取得其对代孕子女的监护权。这种做法在比较法上也有例可循。例如,在德国的法律实践中,依据《德国民法典》第1741条第2款,在委托代孕场合,委托人因受托人同意进行收养的,也为法律所允许。⁽⁵⁴⁾而在第三人请求收养的场合,若未成年人已经被委托人事实性地照顾着,并且这种照顾也符合法律的一般性规定,在此情形下如果未成年人健康成长的危险并不能被具体地证实,则对请求收养该未成年人的第三人而言,生母的同意就是不可或缺的。⁽⁵⁵⁾

(2) 受托人下落不明

依据《收养法》第4条,查找不到生父母的儿童可以被收养。因此,若受托人事实上已无法查找到,那么就可以依《收养法》中的具体收养规则来确定代孕子女法律上的父母。依据《收养法》第2条、第3条,收养应遵循的主要原则包括被收养人最大利益原则;保障被收养人和收养人的合法权益原则;平等自愿原则;不得违背计划生育的法律、法规以及社会公德。尽管现行制定法并未明确未成年人最大利益原则的核心位置,⁽⁵⁶⁾但我国当前的司法实践实际上已经将之奉为第一原则。⁽⁵⁷⁾这也就意味着,当其他原则与该原则发生冲突时,司法实践原则上会优先保护未成年人最大利益原则。本案审理依然应遵循这一实践作法,即当最大利益原则与社

(53) 参见程啸《侵权责任法》,法律出版社2016年第2版,第208页。

(54) Vgl. Rainer Frank, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4. Familienrecht § § 1741 ~ 1772, Sellier de Gruyter, 2001, S. 63.

(55) Vgl. Hans-Ulrich Maurer, O. a. a., S. 1303.

(56) 参见陈苇、谢京杰“论儿童最大利益优先原则在我国的确立:兼论《婚姻法》等相关法律的不足及其完善”,《法商研究》2005年第5期,第37页;冯源“论儿童最大利益原则的尺度:新时代背景下亲权的回归”,《河北法学》2014年第6期,第157页。

(57) 相关判决参见河北省高级人民法院民事裁定书,(2013)冀民申字第1219号;浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2014)浙杭民终字第39号;广东省佛山市中级人民法院民事判决书,(2014)佛中法民一终字第3012号;重庆市第五中级人民法院民事判决书,(2014)渝五中法少民终字第05039号。

会公共利益原则相冲突时，仍应选择优先保护前者：

一方面，本案中代孕子女事实上自其出生之时已经由委托人抚养教育了近六年之久，其间并无证据显示委托人存在着不利于被抚养人的不利情形，若无正当理由而再行为被抚养人重新确定监护人，则被抚养人势必需要重新适应新的生活环境，建立新的社会关系等，明显与被收养人的最大利益原则不相符合。因为依据未成年人最大利益原则，稳定的人际关系是未成年人健康成长所必需的，其中尤其重要的是未成年人与父母之间这种人际关系的连续性。⁽⁵⁸⁾

另一方面，委托人与受托人之间订立的有偿代孕协议因违反社会公共利益原则而无效，若在此之后又承认委托人对代孕子女的监护权，则会抵消法律在消极评价有偿代孕时为保护相关社会公共利益原则所产生的效力，亦即由委托人收养可能存在违反社会公共利益原则之虞。

之所以选择优先保护被收养人之最大利益原则，德国相应法律实践给出的理由是：当有偿代孕场合的未成年人一经出生，确定未成年人收养的一般性的预防式的衡量标准，即不再适当，对于该类型中未成年人的收养而言，唯一具有决定意义的是，具体被收养的未成年人的最大利益的实现。⁽⁵⁹⁾ 该正当性理由亦适应于本案的论证。对此，本案二审法院审理法官亦明确承认并指出“无论对非法代孕行为如何否定与谴责，代孕所生子女当属无辜，其合法权益理应得到法律充分保护。……根据儿童最大利益原则，从双方监护能力、孩子对生活环境及情感的需求、家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，监护权归实际抚养人陈某更有利于孩子的健康成长。”⁽⁶⁰⁾

3. 小结

综上所述，在本案中，当代孕子女的法律上的母亲即子宫提供者下落不明时，应以《收养法》第2条所确立的被收养人最大利益原则为核心，依据《收养法》第4条、第5条、第6条等，依法在委托人与代孕子女之间建立以收养为基础的拟制血亲关系，明确陈某为代孕子女法律上的母亲，由其行使监护职责。

四、结 论

在现行法未对代孕问题提供明确解决方案的背景下，法律实践应以理性的态度在既存法律体系中通过规范解释论的方案为相关法律纠纷的适当解决提供规范依据。从本案的判决结果来看，两审法院在法律适用时所普遍存在的问题是，其当然地认为基因的提供者是代孕子女法律上的父母，并没有充分顾及到现行法体系下将基因提供者确定为法律上的父母在正当性与合法性论证方面存在的重大缺陷，由此导致相应判决在法律适用方面存在明显错误。相比较而言，依据民事行为的生效要件将代孕协议区分为有效、无效两种类型，在有效的情形下依据协议约定确定当事人之间的法律关系，在无效的情形下将子宫提供者确定为代孕子女法律上的母亲，并在其下落不明时依据未成年人最大利益原则为其确定法律上的父母以行使监护权，可能在合法性基础与正当性基础的论证方面更为充分。

[责任编辑：程啸]

(58) Vgl. Boos-Hersberger, Die Stellung des Stiefelternteils im Kindsrecht bei Aufloesung der Stieffamilie im amerikanischen und im schweizerischen Recht, Helbing Lichtenhahn, 2000, S. 14.

(59) Vgl. Hans-Ulrich Maurer, O. a. a., S. 1340 f.

(60) 宋宁华、敖颖婕 “全国首例非法代孕监护权纠纷案终审，孩子判归抚养母亲”，载《新民晚报》2016年6月19日，第A07版。