

跨国代孕亲子关系认定中公共秩序的适用研究

屈伟红

广西师范大学法学院，广西桂林，541006；

摘要：在科技飞速发展和家庭观念现代化的进程中，传统的家庭结构经历深刻变革，跨国代孕案件的增多使得公共秩序保留的适用面临挑战。当下，各国在规制代孕的立法方面存在显著差异，学界对于公共秩序保留的内涵和适用标准也存在各种学说。司法实践中，各国法院多以代孕行为违反本国公共秩序为由，拒绝承认外国亲子判决，这一做法不仅损害了公共秩序保留制度的内在价值，还难以维护代孕子女的合法权益，背离了人权保护的初衷。因此，应当在区分原则的基础上谨慎适用公共秩序保留；结合“国际公共秩序说”和“公共秩序密切联系说”明确适用标准；同时将儿童最大利益原则作为承认法定父母身份时的重要考量因素，限制公共秩序的适用。

关键词：跨国代孕，亲子关系认定，公共秩序保留，儿童最大利益

DOI：10.69979/3029-2700.25.09.078

在当今全球化浪潮与医疗技术日新月异的背景下，世界各国针对代孕行为的立法不尽相同，这种差异导致了跨国代孕现象的滋生，并呈现出不断蔓延扩大的态势。与此同时，跨国代孕所引发的纠纷也与日俱增。公共秩序保留制度作为国际私法领域重要的法律制度，在处理跨国代孕纠纷时有着关键作用。在跨国代孕亲子关系的认定问题上，禁止代孕的国家常常会援引公共秩序保留拒绝承认跨国代孕所产生的亲子关系。然而，若不加限制地适用公共秩序保留否认跨国代孕的域外效力，不仅忽视了儿童最大利益，也可能会引发新的问题。

1 公共秩序保留的适用标准学说

公共秩序适用的理论是不断发展的，主要包括以下四种学说：（1）主观说认为法院在具体案件中依照本国的冲突规范指向某一外国法时，如果该外国法的规定与本国的公共秩序相冲突，那么不论该外国法的适用结果是否会损害法院地国的利益，可以直接排除该外国法的适用。（2）客观说分为联系说与结果说。联系说认为是否排除某外国法的适用，不仅要看该外国法是否违背法院地国的公共秩序，还应当判断具体案件与法院地的联系程度。结果说则是强调适用外国法的后果是对本国的公共秩序造成了实际损害。（3）国际公共秩序说依照公共性的强弱对公共秩序进行分类，区别对待纯粹的国内公共秩序、效力处在不同层级的国内和国际公共秩序。（4）公共秩序密切联系说是从传统公共秩序客观联系说改良而来的，主张只有当法院地国与案件具有密切联系，同时如果不排除该外国法的适用或不拒绝承认该外国判决必然导致法院地公共秩序遭到严重的实质损害，才能启动公共秩序保留。

2 跨国代孕亲子关系认定中公共秩序适用现状

2.1 域外适用公共秩序拒绝承认跨国代孕法定父母身份的典型实践

法国法律明确禁止代孕，实践中法国通常会认定代孕行为违背了国内的“公共秩序”，基于分娩者为母的原则，对于将意向母亲做为跨国代孕儿童的法定母亲的外国判决持否定态度，例如 Labassee 案。一对法国夫妻想要为在美国代孕出生的儿童在法国办理户口登记时，遭到拒绝，最终该案件诉至法院。一审法院 (tribunal de grande instance de Lille) 认为代孕协议无效，由于代孕协议违反了本国的法律，有违公序良俗，因此不能允许建立亲缘关系。二审法院 (cour d'appel de Douai du) 依据法国民法典身份权不可让与原则和公序良俗的有关规定，同样认为代孕协议绝对无效，因此驳回申请人有关亲子关系认定的请求。于是委托夫妇继续向最高法院提出上诉，但是最高法院 (la Cour de cassation) 仍然驳回上诉，认为不能根据代孕协议建立亲子关系。尽管该协议是在国外合法缔结的，因为它违反了法国民法的公共秩序以及身份关系不得任意处分原则。申诉人对于三审法院的判决仍然不服，最终向欧洲人权法院提起了诉讼。

在该案当中法国政府和法院为了防止人体的商品化并保护儿童的最大利益，拒绝承认基于代孕协议而产生的亲子关系。法国政府认为如果承认外国跨国代孕亲子关系的判决将使代孕协议生效，而代孕协议是受到内部公共秩序的明确禁止，若发生在法国还会受到刑事制裁。因此，政府对于跨国代孕亲子关系进行干涉是具有“合法目的”的。而法院则是认为代孕协议本身就违反

民法的规定应属无效，有偿代孕还容易引发人口贩卖问题，严重违反公序良俗。所以法国法律不可能承认代孕儿童和委托父母之间的亲子关系，这是立法者禁止代孕行为的结果。

2.2 我国适用公共秩序保留处理亲子关系的实践

通过在裁判文书网以及北大法宝的检索，有 2 份文书涉及到公共秩序保留规则的适用。陶某诉尹某霖监护权案是我国处理跨国代孕亲子关系认定的司法实践。陶某与尹某霖婚后在美国加利福尼亚州与代孕机构签署了代孕协议，代孕儿童出生后美国州法院作出了亲子关系判决，认定意向母亲是代孕儿童的“合法自然母亲”。随后夫妻二人由于监护权纠纷诉至我国法院，法院同样基于公共秩序保留而拒绝承认美国的亲子关系判决。一审法院以代孕协议严重违反了女性尊严、社会伦理等公共利益和秩序为由，不予认可美国的亲子关系判决。因此，法院认定被告（意向母亲）未与代孕儿童形成自然血亲的母子关系。

夏云与优宝医疗健康咨询（深圳）有限公司、高微娜合同纠纷案同样涉及了跨国代孕当中公共秩序的适用。本案与前述案件的不同在于本案中代孕行为并没有实施成功，但是法院对于代孕合同效力的认定涉及到公共秩序保留的适用，也能为公共秩序保留制度在我国的实践提供一定的借鉴意义。本案中当事人约定由被告（医疗机构）在格里吉利亚境内提供代孕服务咨询，双方签订了代孕合同，并且约定适用格鲁吉利亚的法律。但是法院认为涉案的合同并非单纯的财产性契约，缔约自由原则就不能当然适用。涉案合同涉及到代孕行为，而对于代孕行为的评价关系到女性的身体权以及婚姻家庭关系等问题，代孕过程中产生的子女抚养、亲子关系认定等都会触及到我国法律的基本原则和伦理道德，这当然属于法院在适用外国法时应予公共秩序保留的范围。因此，认定代孕服务合同无效。

基于我国禁止代孕的立场，我国法院在处理跨国代孕案件时一般会适用公共秩序保留，拒绝承认外国的亲子关系判决，这当然有利于维护我国法律秩序的稳定性与权威性，但是与此同时也面临着与儿童最大利益相平衡的难题。

3 公共秩序作为拒绝承认法定父母身份理由的合理性分析

公共秩序保留制度可以被视为国际私法中的安全阀。各国适用公共秩序保留保护本国的法律秩序和社会公共利益，这当然具有正当性与必要性。但也不能忽视

公共秩序保留在跨国代孕纠纷中的消极作用。公共秩序保留在跨国代孕亲权确认案件中的适用主要表现为接收国法院不承认代孕实施国作出的亲子关系文件，造成亲权确认难题，最终不利于儿童利益的保护。因此，对公共秩序保留的适用加以限制已经成为国际社会较为普遍的要求。

3.1 公共秩序保留的适用可能成为确定跨国代孕亲子关系的障碍

如上文所述，目前各国公共秩序保留规则的适用主要依照客观说。在禁止代孕的国家，法院在承认法定父母身份的跨国代孕案件中会严格适用公共秩序保留制度。根据客观说，不论是联系说还是结果说，接受国法院为了避免他国法律或者判决对本国公共秩序造成冲击，维护本国法法律的权威性，最终都会援引公共秩序保留，从而拒绝承认外国的亲子关系判决或身份证明，阻碍了双方之间亲权的确认。公共秩序保留制度便成了运用冲突法确认跨国代孕亲子关系的障碍。

3.2 公共秩序保留的滥用不利于儿童利益的保护

在跨国代孕亲子关系认定中，若接收国以公共秩序保留为由，拒绝承认代孕儿童出生国出具的亲子关系判决，易造成“跛脚”亲子关系的困境。在 2010 年，在意大利法院审理的 Paradiso 案件中就产生了“跛脚”的亲子关系。意大利的一对夫妇 Paradiso 和 Campanelli 前往俄罗斯进行代孕，签订了代孕协议，俄罗斯有关机构出具了代孕儿童的出生证明，确认了委托父母与代孕婴儿之间的亲子关系。但是，当 Paradiso 夫妇将婴儿带回国内后，国内法院并不承认二者之间的亲子关系。法院认为 Paradiso 夫妇的行为是故意规避意大利的法律，并且婴儿与 Paradiso 夫妇没有任何基因联系，出于对本国公共政策的考虑，拒绝承认亲子关系。因此，接收国如果严格适用公共秩序保留制度而拒绝承认亲子关系，就会使跨国代孕儿童从有父母状态转变为无父无母状态，严重损害跨国代孕儿童的合法利益。

3.3 影响儿童其他民事权利的行使

援引公共秩序保留拒绝承认意向父母与代孕儿童的亲子关系，会引发一系列连锁反应。最直接的影响是代孕儿童无法获得接受国国籍，进而严重阻碍其民事权利的正常行使。“跛脚”亲子关系和无国籍状态下，代孕儿童在民事法律体系中近乎处于“真空地带”，既无法确认身份归属，也难以保障自身权益。在意向父母死后，代孕儿童也不能正常享有继承权。联合国《儿童权利公约》明确规定了儿童享有的生存与发展权，涉及儿

童的身体、心理和情感等的发展。显而易见，“跛脚”亲子关系和无国籍状态严重阻碍了公约规定的儿童生存与发展权。

4 限制公共秩序在跨国代孕亲子关系认定中的适用

4.1 在区分原则的基础上谨慎适用公共秩序保留

在禁止代孕的国家，法院多以代孕行为违法援引公共秩序保留而拒绝承认跨国代孕亲子关系。但是需要明确的是代孕行为违法导致代孕协议无效与亲子关系的认可是相互独立的评价行为。法院不能基于代孕协议无效而直接援引公共秩序拒绝承认亲子关系，将公共秩序适用的效力扩大到跨国亲子关系认定。在区分原则下，各国法院应当做好对于代孕行为评价与代孕亲子关系认定案件的深度区分。意向父母的母国当然可以援引公共秩序保留否定代孕行为的合法性及代孕协议效力。但当代孕儿童已经出生，委托父母仅请求本国法院承认外国法院对代孕儿童身份认定判决时，本国法院就应审慎、限制适用公共秩序保留制度。代孕亲子关系跨国承认问题，核心在于保护家庭自主权与维护公共秩序这两者之间寻求一个恰当的平衡点。应当明确承认亲子关系的出生证明和判决并不必然损害本国的公共秩序。以基因联系为纽带确认亲权也不会挑战本国的法律原则以及道德伦理观念。

4.2 结合“国际公共秩序说”和“公共秩序密切联系说”明确公共秩序适用标准

鉴于公共秩序保留在跨国代孕案件中的适用情形，必须从全球化立场出发评判公共秩序冲突问题，在个案中具体问题具体分析，才能推进公共秩序的合理启动。为最大程度减少各国法院启动公共秩序保留时的主观因素干扰，确保类案所体现的价值一致，有必要在国际层面构建一套统一的公共秩序适用标准。国际社会可依托海牙国际私法会议平台，深化对普遍公共秩序的探讨，在充分尊重各国法律、文化的基础上，根据公共性的强弱将涉及公共秩序的价值概念进行效力分级，形成统一的评价体系。同时将儿童利益最大化原则作为全球化立场的国际公共秩序，作为处理跨国代孕案件的最高效力准则。

借鉴“公共秩序密切联系说”进行个案分析。探究公共秩序保留在跨国代孕案件中的适用，必须充分考量公共秩序在个案中所保护的具体利益和作用范围。具体

到跨国代孕案件中，应依据具体的案件事实审慎判断：若某项公共秩序得以适用，儿童的利益是否会受到最实际的损害，避免公共秩序保留制度的不当滥用，在维护本国法律秩序与保障儿童最大利益间达成平衡。

4.3 将儿童最大利益原则作为承认法定父母身份时的重要考量因素

儿童最大利益原则已获广泛认可并成为了国际社会普遍遵循的准则。代孕儿童作为整个跨国代孕安排中的弱势方，其合法利益的维护应贯穿于跨国代孕过程的始终，该原则的运用也应适时指导规则的适用，填补现有法律的漏洞和合理限定自由裁量权及其范围。此外，选择保护儿童利益，承认外国的亲子判决并不意味着就一定损害了接收国的公序良俗，因为儿童属于弱势群体，弱者利益保护长期以来在国际私法领域都占据着关键的地位，许多国际条约和有些国家的国内立法已将其规定为法律选择的原则，有的甚至上升为基本原则。因此，在有关跨国代孕的司法实践中，儿童利益和公共秩序是可以寻求平衡，达到二者兼得的效果。

参考文献

- [1] 马志强, 张慧玉. 论跨境代孕中公共秩序保留制度的适用 [J]. 兰州文理学院学报(社会科学版), 2024, 40 (03) : 103-108.
- [2] 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 [J]. 青少年犯罪问题, 2018, (04) : 39-44.
- [3] 严红. 跨国代孕亲子关系认定的实践与发展 [J]. 时代法学, 2017, 15 (06) : 97-106.
- [4] 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 [J]. 环球法律评论, 2021, 43 (02) : 177-192.
- [5] 张正怡, 邹升阳. 跨国代孕亲子关系法律适用问题研究 [J]. 国际法与比较法论丛, 2021, (00) : 42-54.
- [6] 高升, 王洪根. 论跨国代孕中法定父母身份认定的法律冲突 [J]. 河南财经政法大学学报, 2017, 32 (04) : 159-166.

作者简介: 屈伟红 (2001.8—), 女, 汉族, 山西运城人, 广西师范大学法学硕士研究生, 研究方向: 国际法学。