

同性伴侣亲子关系纠纷的司法现状与法律思考

——从“生育合意”的视角解读

一、问题的提出：生育合意是否重要？

根据《民事案件案由规定》¹，亲子关系纠纷可以分为两类：确认亲子关系纠纷和否认亲子关系纠纷。无论是确认还是否认亲子关系，都需要有一个明确、可适用的法律规则，此为本文所要讨论的主旨。

《民法典》第 1071 条规定，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。《民法典》第 1084 条规定，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。

根据上述法律条文，不论“父母”彼此是否有婚姻，子女的权利和地位是平等的，“父母”和子女之间的亲子关系是不受影响的。按此逻辑，同性婚姻是否合法，似乎不应影响亲子关系之认定。既然如此，同性伴侣亲子关系认定就不应囿于同性婚姻的思维框架内进行论证，而应当从《民法典》既有法律规则中寻找解决方法。

在异性伴侣/婚姻关系中，父母与子女之间的亲子关系一般是以血缘/基因关系为准，来确认或否认父亲与子女之间的亲子关系，一般通过亲子鉴定就可以实现。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》：

第三十九条 父或者母向人民法院起诉请求否认亲子关系，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以认定否认亲子关系一方的主张成立。

¹ 详见《最高人民法院民事案件案由规定》，2020 年 12 月 29 日修改发布。

父或者母以及成年子女起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以认定确认亲子关系一方的主张成立。

随着人工辅助生殖技术的日益发展，即使在异性伴侣/婚姻关系中，血缘/基因也已不再是确定亲子关系的唯一条件。必须注意到，法律也给“人工授精所生子女”的地位作出了特殊规定，并将其等同于婚生子女。也就是说，只要满足“婚姻关系存续期间”、“双方一致同意”这两个前提条件，即使没有血缘/基因关系，夫妻双方与子女之间也是存在亲子关系的。最高人民法院指导案例第 50 号“李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案”²，该案确认在夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子并使女方怀孕后，男方反悔，而女方坚持生出子女，该子女出生后应当认定为婚生子女。

《最高人民法院关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的函》
(1991 年 7 月 6 日起施行):

……我们认为，在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》(2021 年 1 月 1 日起施行):

第四十条 婚姻关系存续期间，夫妻双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为婚生子女，父母子女间的权利义务关系适用民法典的有关规定。

综上所述，我们并不难得出结论，同性伴侣所生育的子女，在法律地位上和异性伴侣/婚姻所生育的子女应该是完全平等的。但因为同性伴侣无法成为先行

² 参见最高人民法院案例指导工作办公室：《〈李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案〉的理解与参照—双方同意人工授精所生子女视为婚生子女》，载《人民司法·案例》2016 年第 26 期，第 32 页。

法律意义上的“父母”³，亲子关系应该如何认定？在我国同性婚姻尚未合法化的前提下⁴，我们是否能参照适用最高院前述司法解释之精神，以同性伴侣之间的“生育合意”作为认定同性伴侣亲子关系之基本依据？

二、司法的现状：生育合意尚未得到尊重

由于性别不同，男同伴侣和女同伴侣生育子女，在精、卵、孕、生诸方面存在不同，生育方式也不尽相同。为简化论证，本文仅以女同伴侣亲子关系争议为例。女同伴侣所生子女可大概分为三种类型：一是 A 卵 B 怀型；二是 A 卵 A 怀 B 同意型；三是 A 卵 B 同意接受捐赠精子代孕型。

就目前司法实践而言，同性伴侣亲子关系纠纷主要发生在同性伴侣关系解除时，由此衍生的相关争议案件（例如监护权纠纷、抚养权纠纷、探望纠纷等），都绕不开“亲子关系确认”这个议题。

在确认（或否认）同性伴侣亲子关系时，最基本的两个原则是：一、保障子女尊严原则；二、子女最佳利益原则。

《民法典》第一百零九条：自然人的身自由、人格尊严受法律保护。

《民法典》第九百九十一条：人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。

《民法典》第一千零二条：自然人享有生命权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。

《未成年人保护法》第四条：保护未成年人，应当坚持最有利于未成年人的原则。处理涉及未成年人事项，应当符合下列要求：

（一）给予未成年人特殊、优先保护；

³ 同性伴侣所生育子女，会出现“父父”、“母母”之情形，不同于现行法律意义上一男一女的“父母”。

⁴ 需要说明：中国法律对同性婚姻或者同性伴侣均未有明确态度，既未肯定，亦未否定。

- (二) 尊重未成年人人格尊严;
- (三) 保护未成年人隐私权和个人信息;
- (四) 适应未成年人身心健康发展的规律和特点;
- (五) 听取未成年人的意见;
- (六) 保护与教育相结合。

《未成年人保护法》第一百零七条：人民法院审理继承案件，应当依法保护未成年人的继承权和受遗赠权。人民法院审理离婚案件，涉及未成年子女抚养问题的，应当尊重已满八周岁未成年子女的真实意愿，根据双方具体情况，按照最有利于未成年子女的原则依法处理。

在同性伴侣亲子关系争议案件中，为什么说“生育合意”标准，更有利于实现前述两个原则，笔者谨以亲自承办的两个案例加以说明：

2.1 “厦门 A 卵 B 怀”案件⁵:

关于“厦门 A 卵 B 怀”案件，厦门市湖里区人民法院作出一审判决，厦门市中级人民法院作出二审判决，该案案情简述如下：

一对厦门女同伴侣⁶，通过“A 卵 B 怀”的方式在国内生育一女，出生证明上记载的母亲为 B。女儿出生后，由 A 和 B 共同抚养。后这对伴侣分手，孕母 B 将女儿隐匿到其他城市，拒绝卵母 A 探望。卵母 A 遂提起“确认亲子关系及抚养纠纷”案件。

卵母 A 认为，双方与女儿之间均存在亲子关系，在此基础上，法院应当本着儿童最佳利益原则判决女儿的抚养和探望事宜，但一审、二审法院均驳回卵母 A 的诉讼请求。

一审、二审判决驳回卵母 A 诉讼请求的主要理由概括为：因为孕母 B 不配合亲子鉴定（因其已在先藏匿了孩子），所以无法证明 A 是卵母。既然无法证明 A

⁵ 目前该案在申请再审阶段，笔者系该案卵母 A 在二审及申请再审阶段的代理律师。

⁶ 未在国外办理过同性婚姻、伴侣登记。

是卵母，A 与女儿之间就不存在亲子关系。既然不存在亲子关系，主张抚养权、探望权就是无本之木了。

笔者认为，该案存在的重大遗憾是⁷：

1. 法院认定了同性伴侣关系，也认可了双方合意生育子女的事实，但这些事实在法院认定亲子关系时，并未起到相应的作用。
2. 即使 A 有大量间接证据⁸证明自己卵母身份，B 也承认 A 是卵母（但拒绝配合法院亲子鉴定的要求），法院仍不愿/不敢依据相关规定⁹推定 A 的卵母身份。
3. 因为法院未认定 A 的卵母身份，因此案件并未进入卵母和孕母的 PK 环节，法院自然也未能对“基因说 or 分娩说？”、“卵母优先 or 孕母优先？”“儿童最佳利益原则”进行评述、说理。
4. 法院未作“实体性”说理¹⁰，径直否定 A 与子女之间亲子关系的身份，显然不属于子女“最佳利益”之选。

2.2 “北京 A 卵 B 怀案、A 卵 A 怀 B 同意”案件¹¹：

关于“北京 A 卵 B 怀案、A 卵 A 怀 B 同意”案件，自孕母 B 于 2020 年初起诉至今已逾两年，法庭审理程序（法庭调查、法庭辩论）早已结束，但至今未作出判决¹²，该案案情简述如下：

一对北京女同伴侣，在美国登记结婚，并在美国共同生育一子一女，其中儿子是“A 卵 A 怀 B 同意”，女儿是“A 卵 B 怀”。在儿子的出生证明上，A 是母亲。在女儿的出生证明上，B 是母亲。儿子、女儿出生后，由 A 和 B 共同抚养。后 A 和 B 分手，A 将儿子、女儿隐匿，拒绝 B 探望。B 遂向法院提起监护权诉讼。

⁷ 详见笔者文章《“抢孩子”、“藏孩子”：恶意违法竟得益；“惩善扬恶”、“循环论证”：厦门中院失担当 | 明月说法》，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/yJFyWyA2SKWcy6xxULaDAA>。

⁸ 包括与卵母有关的医疗证据，以及孕母在法庭上明确承认 A 的卵母身份。

⁹ 详见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第 39 条。

¹⁰ 未对同性伴侣之间的关系、生育的合意、共同的抚养等事项作出评论。

¹¹ 该案目前在北京丰台区人民法院一审阶段，尚未作出一审判决。

¹² 详见笔者文章《两年等不到一份判决：“同性伴侣子女监护权纠纷案”进展之三 | 明月说法》，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/1O-M3ROO0hWcpLsoDggHRg>。

B 认为，双方对于两个孩子均存在监护权，并要求法院本着儿童最佳利益原则判决两个孩子的抚养、探望事宜。

作为 B 的诉讼代理人，笔者在该案中明确提出，无论是“基因说”和“分娩说”，都无法保障子女的最佳利益，本案应以生育的合意（决定生育的共同意志）作为判断亲子关系的标准。笔者注意到，国内知名学者杨立新教授，在其所著文章《同性同居者与其所生子女的亲子关系认定——依照〈民法典〉规定的亲子关系规则之解读》¹³中，也持有几乎相同且论证更全面、更充分的观点。因该案尚未作出一审判决，笔者不宜过多透露庭审信息，遂引用（节选）杨立新教授在该文章中的观点加以说明：

共同意志决定亲子关系，也称为“契约说”，是以婚姻关系当事人就所生子女所达成的约定为依据，确定子女的亲子关系。这种做法体现了当事人意思自治的法律精神，不仅能够包括自然血亲的亲子关系，而且也能概括拟制血亲的亲子关系。尽管血缘和分娩事实是血亲母亲认定的充分条件，而该认定的正当性来源于自然规律以及该事实下的母亲乐于履行母的义务。但是，在当代医学辅助生殖技术适用的情况下，以分娩决定亲子或者以血缘决定亲子都存在局限性，最能够保障未成年子女的生的尊严、最有利于保护子女利益原则的方法，就是共同意志决定亲子关系。

之所以确认共同意志是决定亲子关系的最佳方法，是因为决定生育子女的共同意志就是身份法律行为的合意。《民法典》第 133 条规定：“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。”同性同居者共同决定生育子女，这种共同意志就是双方的意思表示，要通过人工生殖技术生育自己的子女，并在他们与子女之间发生身份法律关系的身份行为。这与异性配偶之间决定生育子女的身份法律行为的性质是一样的，只是需要通过人工生殖技术方可实现生育自己子女的目的而已。这就是共同意志决定亲子关系的法律根据。

¹³ 该文章发表于《河北法学》2021 年 9 月第 39 卷第 9 期。

适用共同意志决定亲子关系规则，具有“禁反言”的功能。对于那些采用医学方法生育已经表示同意的人，事后不承认由此而生的子、女者，应当对子、女之母以及子、女本人承担责任。此外，对原表示同意借助医学方法生育，事后不承认由此所生子女的人，应从裁判上宣告其存在婚外父子(女)关系。这是对共同意志决定亲子关系规则的最好注解，不仅不能否认已经表达的共同意志决定生育子女的意思表示，而且必须接受因此而应当承担的责任，并且须确定双方存在的亲子关系。本着技术中立的态度，子女的父母将毫无疑问地是委托夫妻，因为他们“为父母”的意图，是子女出生的起点，是子女到来的源头，是代孕发生的根本原因。

三、未雨绸缪的安排：如何证明存在生育合意？

3.1 他山之石：

在前述“北京 A 卵 B 怀案、A 卵 A 怀 B 同意”案件中，作为 B 的代理律师，笔者曾向北京丰台法院（一审法院）申请查明并适用美国加州的法律¹⁴，具体理由概述如下：

1. 根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十条规定：监护，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护被监护人权益的法律。因此，本案应当从中国法律（孩子的经常居所地法律）和美国法律（孩子的国籍国）法律中选择最有利于保护两名子女权益的法律。
2. 目前，中国法律尚不承认同性婚姻，本案原、被告虽在美国办理了同性婚姻登记，但在中国双方只能是同性同居关系。因此，若适用中国法律，两名子女将无法取得婚生子女的地位。司法实践中，法庭经常在卵母和孕母之间作出“二选一”之选择，显然不利于子女最佳利益的实现。
3. 因原、被告在美国加州缔结婚姻关系，两名子女也在美国加州出生，因此申请

¹⁴ 需要说明的是，针对笔者提出的上述申请，丰台法院至今尚未准许。

人在检索美国加州法律的相关规定以及加州生效的判例后发现，如适用加州法律，本案原、被告作为同性伴侣的双方，均将被认定为法律意义上的“双亲”，应共同承担对两名子女的监护责任，这是对两名子女利益最佳的选择。因此，相比于中国法律，美国加州的法律将是更有利于保护两名子女利益的法律。

与此同时，笔者向法庭提交了美国权威专家美国加州大学戴维斯分校的考尼特. 乔斯林教授出具的关于美国法律的法律意见，相关内容概括如下：

原文：Under California law, both Woman A and Woman B would be considered legal parents of both children, regardless of the parties' marital status. Years before California began allowing same-sex couples to marry, California courts held that a child could have two legal mothers under California law. See, e.g., *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660, 670 (Cal. 2005) (holding that both members of an unmarried lesbian couple were legal parents of twins conceived through assisted reproduction and born during their relationship). See also *id.* at 666 ("We perceive no reason why both parents of a child cannot be women."). The following is the analysis of each child's parentage under California law.

译文：依据加州法律，无论婚姻状况如何，女 A 和女 B 都是两个孩子的在法律意义上的双亲。早在加州允许同性伴侣结婚数年之前，加州的法院已经裁定认为，在加州法律下一个孩子可以在法律上有两个母亲。例如 *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P. 3d 660, 670 (Cal. 2005)（本案中裁定认为，未婚女同性恋伴侣二人为其通过辅助生殖受孕并在伴侣关系持续期间出生的双胞胎的合法父母。）另参见上述案例 666 页（“我们想不出任何理由为什么一个孩子的双亲不可以都是女性。”）以下是对两个假设中每一个孩子在加州法律下的双亲情况的单独分析。

针对“*A 卵 A 怀 B 同意*”情形下所生育的子女，依据美国加州法律，即使没

有办理同性婚姻登记，A 和 B 也均为所生育子女的双亲¹⁵，具体可以有两方面的法律依据：

1、Consent to Assisted Reproduction – Cal. Fam. Code § 7613(a)

译文：同意辅助生殖说——《加利福尼亚州家庭法典》§ 7613(a)

California Family Code § 7613(a) provides: “If a woman conceived through assisted reproduction with sperm … donated by a donor who is not the woman’s spouse, with the consent of another intended parent, that intended parent is treated in law as if that intended parent is the natural parent of a child thereby conceived.” The statute further provides that the required consent can be established either by proof of written consent, or by proof by clear and convincing evidence that “prior to the conception of the child, the woman and the intended parent had an oral agreement that the woman and the intended parent would both be parents of the child.” CAL. FAM. CODE § 7613(a)(2).

译文：加州家庭法典 § 7613(a) 规定：如果一个女性在另一个预期的双亲同意下通过精子辅助生殖受孕……精子捐献者并非该女子配偶，那么另一个预期的双亲就有和孩子的自然父母一样的法律地位。该法还规定，可以通过书面同意证明或通过明确而有说服力的证据证明“在受孕之前，那位女性和另一个预期的双亲已经口头约定二者都是孩子的双亲。”《加利福尼亚州家庭法典》§ 7613(a)(2).

2、Living with the Child and Holding the Child Out as One’s Child – Cal. Fam. Code § 7611(d)

译文：和孩子一起居住并视如己出——《加利福尼亚州家庭法典》§ 7611(d)

Woman A’s parentage of Child B could also be established under the “holding out” presumption of parentage. Under California law, a person is presumed to be a legal parent if, during the child’s minority, the person “received the child into their home and openly

¹⁵ 针对北京“A 卵 A 怀 B 同意”情形中，B 若主张与所生育子女之间存在亲子关系，依据何在？从比较法角度，我们可以了解美国加州法律的相关规定。

holds out the child as their natural child.” CAL. FAM. CODE § 7611(d).

女 A 和孩子 B 的亲权也可以根据“抚养”亲权推定。在加州法律中，如果一个人在孩子儿童时期接纳其进入自己家庭，并将其当做自己的亲生孩子抚养，这个人就被推定为孩子的法定双亲之一。

This provision applies equally to all persons, regardless of marital status or sex. See, e.g., *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660, 670 (Cal. 2005) (holding that an unmarried same-sex partner was a parent of twin children conceived through assisted reproduction and birthed by her former same-sex partner).

这项规定平等地适用于所有人，不论其婚姻状况或性别。例如在 *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660, 670 (Cal. 2005) 案中，法院认为一个未婚的女同性恋者是利用辅助生殖技术并由其前任生下的双胞胎的双亲之一。

3.2 如何证明存在“生育合意”？：

3.2.1 如何证明彼此之间属于同性伴侣？

笔者在办理诸多涉及同性伴侣法律争议案件时发现，一旦案件诉诸法庭，经常有一方会竭力否认彼此之间存在同性伴侣关系之事实，只要这种“否认”会为其带来更大的诉讼利益¹⁶。因此，笔者建议同性伴侣之间，应当尽可能多地保留证明彼此身份关系的证据，包括但不限于双方在外国办理的同性婚姻/伴侣关系登记的材料以及彼此之间存在亲密关系的证据材料（文字、合影、视频等）。

3.2.2 如何证明彼此之间存在生育的合意？

在实际生育过程中，相关的医疗资料（病历、医药、发票等）应当妥善保管，但仅有这些资料，只能证明存在生育的事实，并不一定能证明生育的合意。在一

¹⁶ 比较典型的案件是南京同性伴侣案件，二审判决案号：(2018)苏01民终10499号。

些案件中，实际分娩的一方往往会被另一方伴侣指称为：“只是（为了金钱）而代孕，并非真正想要孩子”。因此，生育的合意还需要更明确、更清晰的意思表示加以证明。笔者建议同性伴侣双方签署共同生育子女的书面协议，明确双方基于协商一致，基于共同的意愿，共同生育子女。在协议中，可以明确生育方式的细节：谁提供精子、谁提供卵子，谁分娩、谁承担费用。更进一步的，双方也可以约定彼此对于孩子的监护安排（抚养、教育和保护）。笔者认为，决定共同生育子女，往往是在双方感情最好的时候，此时顺利签署协议的可能性会更高。

在子女出生之后，出生证明如何填写也是关键问题。如果能在出生证明上直接登记为父亲或母亲，将是直接的法律身份确认。对于未能登记在出生证明上的另一方伴侣，如果己方系基因父/母，则也建议及时做好亲子鉴定，并妥善保管好亲子鉴定之证据材料。

子女出生后，国籍取得、户口登记都是比较重要的涉及“身份认同”的环节，笔者建议，同性伴侣双方应当充分协商，本着未成年人最佳利益原则做好妥善安排。

3.2.3 如何证明共同抚养、视若己出？

在异性婚姻子女抚养权纠纷案件中，实际的抚养事实往往是法庭判断抚养权的重要考量因素。同理，同性伴侣（尤其是既未在出生证明中登记，又不存在基因/血缘关系）¹⁷的一方，就需要尽可能保存自孩子出生至今其一直共同抚养、视若己出的证据材料，包括但不限于：大量的照片、视频、文字记录、生活医疗费用支出凭证等。同性伴侣在日常生活中，是如何对外（如对自己父母、亲朋好友以及医院、学校等第三方机构）披露自己与子女关系，这也是非常重要的证据。

除了亲子关系确认，“生育合意”在监护领域也有理解和运用的空间。在非

¹⁷ 譬如，在女同伴侣 A 卵 A 怀 B 同意情形下的 B，以及男同伴侣 A 精捐卵代孕型中的 B。

诉讼的司法实务中，同性伴侣之间也可以通过“监护协议”的方式，通过包括但不限于遗嘱监护、协议监护等方式，约定同性伴侣双方共同监护子女的权利和义务¹⁸：

《民法典》第二十七条：父母是未成年子女的监护人。

《民法典》第二十九条：被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。

《民法典》第三十条：依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。

综上，我们再回到《民法典》第 133 条之规定：“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。”同性伴侣基于共同意志决定生育子女，就达成了“建立亲子关系”身份法律行为的合意，这与异性配偶/伴侣之间决定生育子女的身份法律行为的性质是一样的。因此，在子女出生后，为保障子女的生的尊严，贯彻最有利于未成年子女利益原则，应当确认同性伴侣与其生育的子女之间存在亲子关系，同性伴侣对子女分别享有亲权。子女为同性伴侣各自的非婚生子女，各自与子女产生权利义务关系。

在司法实务中，若同性伴侣决定共同生育子女，笔者建议双方应当依法及时、妥善保存与可以证明“同性伴侣身份”、“共同生育的合意”、“实际共同抚养子女”有关的材料，这些材料将成为法院判断（确认/否认）亲子关系的最重要的事实依据。（完）

作者：高明月律师，北京观韬中茂（上海）律师事务所合伙人

¹⁸ 详见笔者文章：《穷尽法律手段，只为更好爱你 | 明月下午咖》，链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/y9JuHWjSFhYMEtLTue8GLw>。