同性同居者人工生育撫養權歸屬的認定

熊靜文*

摘要 人工生殖技術的發展已經為我國撫養權歸屬的審判實踐帶來了無法回避的難題，其中以同性同居者人工生育最為典型。司法裁判中局限於自然血親的邏輯前提，難以在撫養權歸屬上做出符合子女最大利益的判斷，並將無休止地陷入卵母孕母孰優孰劣的爭論，同時也無法應對“A卵B懷”以外其他類型的同性同居者人工生育撫養權糾紛。為平衡此種特殊場景中實現兒童最大利益與維護現行身份法秩序的關係，通過類比適用擬制血親關係拓寬撫養權歸屬認定的邏輯前提不失為一種可行方案。具體而言，在無法依自然血親關係妥當認定撫養權歸屬的情況下，應堅持子女本位的價值立場，遵循功能主義裁判路徑，積極關注家庭功能與兒童最大利益的實現。結合人工生育共同意願、撫養教育事實等多重因素，考察類比適用擬制血親關係的可能性，從而可將此類特殊問題轉化為一般性的撫養權爭議去處理。

關鍵詞 同性同居者 人工生殖 親子關係 子女本位 功能主義

一、問題的提出

人工生殖技術的發展與廣泛應用為我國審判實踐帶來諸多無法回避的新型問題，其中同性同居者人工生育情形下撫養權歸屬的判定，恐怕是最典型也是最為棘手的難題。我國此前備受關注的兩起同性同居者爭奪撫養權案件已真切地提出這一尖銳問題。

在福建廈門湖里區人民法院受理的一起案件中，同性同居者大提與小美（均為化名）接受的人工生殖手術中，卵子取自大提，精子為購買而來，形成的胚胎由小美孕育。2019年小美在廈門某醫院分娩一女，出生證載明母親為小美，未記載父親信息，孩子出生後由雙方共同撫養。後來二人感情破裂，孩子由小美帶離獨自撫養，於是大提起訴請求確認其與孩子之間存在親子關係並判決由其撫養。湖里法院在一審判決中指出，“二人作為同性伴侶購買精子、人工孕育生命的行為非我國法律所允許；在無明確法律規定的情況下，不能僅因雙方確認或者僅因孩子具有大提的基因信息，就認定孩子與大提存在法律上的親子關係。”法院認為，母子關係的確立並非基於生物學上的基因延續，而在於“十月懷胎”的孕育過程和分娩陣痛帶來的情感關聯，故駁回大提的訴請。^[1]廈

* 熊靜文，華東理工大學法學院副教授，法學博士。

本文係2021年度中國法學會民法學研究會青年學者研究項目“同性伴侶人工生殖中親子關係的認定”（項目編號：2021MFXH009）成果。

[1] 參見福建省廈門市湖里區人民法院（2020）閩0206民初2057號民事判決書。

門市中級人民法院維持原判，理由是“現有證據尚不足以證明卵母與女童之間構成法律上的親子關係”。由此可見，該案適用“分娩者為母”的傳統規則。

另一起由浙江舟山定海區人民法院受理的案件中，同性同居者迪迪與達達（均為化名）2016年在美国洛杉磯登記結婚。2017年二人在美國接受人工生殖手術，卵子取自達達，精子為海外購得，形成的胚胎分別植入二人體內。而後迪迪分娩一女、達達分娩一子，醫院出具的出生證載明迪迪為女兒的母親、達達為兒子的母親。同年7月二人攜子女回國共同生活。兩年後二人感情破裂，達達將子女帶離住處並阻攔迪迪探望。於是迪迪起訴請求獲得對女兒的撫養權以及對兒子的探望權。^[2]這一案件與前述案件案情相似，若按照“分娩者為母”的裁判思路，會得出兩個孩子各自與迪迪、達達形成法律上親子關係，由二人分別撫養的結論。

然而，針對直接適用“分娩者為母”規則的裁判立場，楊立新教授曾提出質疑，認為簡單、機械地適用“分娩者為母”標準不利於保護孩子“生的尊嚴”與合法權益，而應當以同性同居者共同決定人工生育的意願為依據確認親子關係，從而認定撫養權歸屬。^[3]也有學者認為，將同性同居者的人工生殖行為直接界定為代孕的思路“陌生化”了一對曾經的“戀人”，不可能照顧到無數次情感交流對孩子的影響。^[4]我們究竟該何去何從？同為生物學因素，是分娩事實更重要，還是基因聯繫更重要？除開生物學聯繫的考慮，同性同居者共同決定人工生育的意願有無約束力？在這一過程中兒童最大利益應如何實現？

儘管同性同居者不具有我國法律所認可的身份關係，但其通過人工生殖方式所生育的孩子是無辜的。如何妥當地認定親子關係、明晰撫養權歸屬的判定方式是亟待解決的問題，因為它決定了這些在非傳統家庭中以非自然方式出生的孩子能否擁有盡可能健康穩定的成長環境，更影響著監護、繼承等法律關係的判定。

二、現有認定思路的適用困境及其原因

學界關於人工生殖中親子關係認定、撫養權歸屬的討論並不少見，但鮮有專門針對同性同居者人工生育這一特殊類型的探討。大多數討論都淡化了同性同居情形下人工生育的特殊性，直接將其歸為一般人工生殖或代孕行為一並討論。^[5]直到前述兩起案件受理後，學界才開始有了一些針對性探討。^[6]從目前司法裁判和學術討論來看，以生物學決定論與共同意願說的立場最為典型。然而不

[2] 浙江省舟山市定海區人民法院（2020）浙0902民初738號。（已立案，暫未見公開的裁判結論）

[3] 參見楊立新：《同性同居者與其所生子女的親子關係認定——依照〈民法典〉規定的親子關係規則之解讀》，載《河北法學》2021年第9期。

[4] 參見郭曉飛：《法律不承認的陰影：女同性戀伴侶爭奪子女親權案》，載微信公眾號“上海書評”2020年4月22日，<https://mp.weixin.qq.com/s/gmQ7-ZR4ZurLaDeXuWgjNw>。

[5] 例如楊芳：《人工生殖模式下親子法的反思與重建》，載《河北法學》2009年第10期；汪麗青：《人類輔助生殖私法調整機制研究》，法律出版社2016年版；嚴紅：《跨國代孕親子關係認定的實踐與發展》，載《時代法學》2017年第6期；汪金蘭、孟曉麗：《民法典中親子關係確認制度的構建》，載《安徽大學學報（哲學社會科學版）》2020年第1期。

[6] 參見楊立新：《同性同居者與其所生子女的親子關係認定——依照〈民法典〉規定的親子關係規則之解讀》，載《河北法學》2021年第9期；郭曉飛：《法律不承認的陰影：女同性戀伴侶爭奪子女親權案》，載微信公眾號“上海書評”2020年4月22日，<https://mp.weixin.qq.com/s/gmQ7-ZR4ZurLaDeXuWgjNw>；陳朝陽：《司法能動主義視野下的女同伴侶代孕生育子女撫養權糾紛裁判——基於國內首起案例》，載《江西財經大學學報》2022年第6期；古麗丹娜·吐爾遜、睢素利：《關於同性同居伴侶子女撫養權爭議的探討》，載《中國衛生法制》2023年第1期。

論單獨採用哪一種解釋方案，都存在不同程度的適用困境。

（一）生物學決定論存在局限

基於人類自然生殖的客觀規律，親子關係存在三條公認的法則：1. 一父一母，即自然人只有一位父親與一位母親，除非法律擬制，父母子女關係天然形成；2. 分娩者為母，即基於血緣、分娩的合一性，母親身份依分娩事實確定；3. 婚生推定，即為便利舉證而使父親身份依其與分娩者的婚姻關係推定，除非血緣上有相反證據。這三條法則集中體現了生物學因素在親子關係認定中的決定作用，進而作為撫養權歸屬判定的邏輯前提。這在異性結合與自然生育條件下不會出現適用矛盾與障礙，但放在同性同居者人工生育的情形中卻會出現諸多疑問。

生物學決定論包含分娩說和基因說。支持分娩說的理由主要有三點：一是以分娩事實為基準簡單方便、不易推翻，醫院出具的出生證即可證明；二是人工生殖過程中懷孕、分娩一方承受了更大的負擔和風險，且子女出生前與分娩者有著最緊密的身心聯繫；^[7]三是能夠借此提高代孕成本，減少代孕等不合規人工生殖行為的發生。^[8]前述案件中，法院正是依分娩說確認了分娩一方的母親身份從而認可其撫養權，同時否認了另一方即卵子提供者與孩子之間的親子關係。但以上理由存在解釋上的疑問。

首先，同性同居者人工生殖的技術實現方式多樣，除“A 卵 A 懷”情形以外，均不符合適用分娩說的生物學基礎。既然分娩與血緣已發生分離，那麼就無法以一方缺乏分娩事實為理由而徑直否認親子關係。因為“分娩者為母”規則的初衷，正是為簡化對客觀血緣關係的驗證，如果為採信分娩事實而否認基因血緣聯繫，有捨本逐末之嫌。其次，在我國血脈傳承、家族延續的傳統觀念下，基因血緣聯繫仍然起著重要作用，“在我們自己的文化里，對於子女的責任心的確是時常用血統的觀念來維持……生物聯繫成了感情聯繫和社會聯繫的基礎”。^[9]此外，明確親子血緣關係對於避免直系血親與三代以內的旁系血親結婚也有著重要的倫理與法律意義，這關係到人類群體的倫理秩序與生存進化。從養育角度來看，同性同居者與其人工生育子女間長期以父母子女身份相待、在共同生活中的經濟供給、生活照料與情感撫慰的事實無法被忽略。這一點在男性同性同居者人工生殖情形中體現得更為突出，因受制於生理因素，男性同性同居者人工生育只可能通過第三方女性代孕來實現。^[10]依據分娩說和婚生推定規則，會得出代孕者為母親、代孕者的丈夫（若有）為父親的結論。然而，相比於費盡周折選擇人工生育的同性同居者對於共同養育子女的熱切渴望，代孕者（及其丈夫）一般並無撫養子女的意願和能力，更缺乏密切的情感關聯，顯然不利於兒童最大利益的實現。

基因說則追求血緣客觀真實，體現了對繁衍後代、基因複製之人性本能的肯定，不過在同性同居者人工生殖情形下依然無法完全發揮作用。首先，血緣真實主義在司法裁判中也早已被突破。最高人民法院在《關於夫妻離婚後人工授精所生子女的法律地位如何確定的復函》中表明“夫妻雙方一致同意進行人工授精，所生子女應視為婚生子女”，即認為夫妻共同決定人工生育的意願比基因來源更為重要，該意見也已被《中華人民共和國民法典》（以下簡稱為《民法典》）婚姻家庭編解釋（一）第 40 條所接受。儘管該條款指向夫妻人工生殖，但已表明客觀血緣規則並非親子關係認

[7] 湖裡法院：《她們都說自己是孩子的媽媽》，載“福建法治”微信公眾號2020年9月9日，https://mp.weixin.qq.com/s/XHlvW5Aipi_pSd-KpEVDgA。

[8] 參見劉長秋：《代孕規制的法律問題研究》，上海社會科學院出版社2016年版，第117頁。

[9] 費孝通：《生育制度》，北京聯合出版公司2018年版，第72頁。

[10] 儘管這不符合我國人工生殖技術應用的法律規範與政策要求，但現實中客觀存在男性同性同居者採用境外代孕或地下代孕的方式生育子女的情況，參見微信公眾號“三男一宅”以及男同性伴侶育兒等微博自媒體的報道。

定中的鐵律。其次，與夫妻人工生殖不同，同性同居者在人工生殖中所使用的卵子或精子必然來源於伴侶關係之外的第三方，而這些取自第三方的配子多數為國外購得或者受贈而來。如果不區分配子來源簡單採用基因說認定親子關係，可能會背離生命倫理原則與醫療慣例。^[11]另外，同分婉說一樣，基因說也僅著眼於子女出生時的生物狀態，忽略了相關主體的後續行為以及他們對出生後作為獨立個體的子女可能帶來的影響。^[12]

因此，在這一特殊人工生殖的情形下，單純依據生物學因素來確認親子關係、明確撫養權實際上並不一定合理。因為它忽略了同性同居者雙方共同決定、實際參與人工生育子女的行為，更沒有考慮同性同居者與孩子長期生活撫養教育的事實以及在撫養中產生的情感關聯。而且，若直接確認非基於共同撫養目的而提供配子者與孩子存在父母子女關係不僅有悖於醫療倫理，由此產生的撫養關係後果也是無法接受的。總之，包含分婉說與基因說的生物學因素決定論，在同性同居者人工生育情境下無法成為具有排他性的判斷標準。

（二）生育意願說適用難度大

面對這一特殊現實，楊立新教授認為，應當以同性同居者共同生育子女的意願為依據來決定親子關係：同性同居者的共同意思表示即通過人工生殖方式生育子女，並與子女之間發生構建身份法律關係的身份法律行為。^[13]這一路徑體現了對意思自治的尊重，也是對行為人自身承諾與行為所生養育責任的強調。但問題在於，在我國人工生殖嚴格的政策要求下，生育意願說存在較大的適用難度，收集與提供證據困難重重。

由於國內人工生殖技術僅對符合生育法規與政策的夫妻開放，有意生育的同性同居者多數在境外進行，也有一部分在國內隱秘地實施。進行人工生殖手術之前均需簽署標準化的知情同意書，^[14]但從知情同意書樣本內容來看，即使二人確實共同決定人工生育子女，也幾乎不可能通過書面形式明確表示。在這種情況下，很難通過客觀證據印證同性同居者雙方關於共同人工生育的真實意願。哪怕是在同性伴侶人工生殖更加開放的海外，依然面臨考察雙方共同生育意願的難題，發生在美國的 *K.M. v. E.G.* 案^[15] 即為代表性例證。該案中，同性伴侶 K.M. 與 E.G. 接受人工生殖手術之前分別簽署了格式化的知情同意書。K.M. 在《卵子捐獻者同意書》中表明：“作為捐贈人，我放棄並不得主張與捐出的卵子以及其後發生的懷孕相關的任何權利……” E.G. 簽署的《卵子受贈同意書》表明：“我認可通過試管受孕而生的孩子是我的合法子女”。孩子出生後一直由二人共同撫養，但六年後二人關係破裂並圍繞孩子的撫養權產生爭議。E.G. 認為 K.M. 是捐卵者，並不是孩子的母親；而 K.M. 卻認為這些表格僅是程序性的，她只不過是按照手術常規流程簽署了統一的格式化條款，內容並非其真實意願。經歷三次審理後，加州最高法院最終確認 K.M. “捐贈”子時的真實意願是將卵子提供給自己的伴侶且在孩子出生後共同撫養，並且認為生活事實足以證明孩子出生後確實由 K.M. 與 E.G. 共同撫養，於是判決二人與孩子均有法律上的親子關係，都負有監護撫養的責任。

[11] 在捐精捐卵的醫療實踐中，為保證子女安定成長，減少有關身份的法律與倫理糾紛，一般要求遵循雙盲原則。參見黃丁全：《醫療法律與生命倫理》，法律出版社2015年版，第1033頁。

[12] 參見熊燕：《民法典中親子關係確認規則面臨的困境與出路——以代孕為視角》，載《上海法學研究》2020年第9卷，第59頁。

[13] 參見楊立新：《同性同居者與其所生子女的親子關係認定——依照〈民法典〉規定的親子關係規則之解讀》，載《河北法學》2021年第9期，第37-38頁。

[14] 如《體外受精——胚胎移植知情同意書》《贈卵知情同意書》等。參見《衛生部辦公廳關於印發實施人類輔助生殖技術病曆書寫和知情同意書參考樣式的通知》，衛辦科教發（2005）38號，載《中華人民共和國衛生部公報》2005年第6期，第34頁。

[15] *K.M. v. E.G.*, 117 P.3d 673 (Cal. 2005).

由此可見，共同意願說，一方面確實能夠體現對意思自治的尊重與對同性同居者人工生育行為所生責任的強調；但另一方面，同性同居者共同生育意願存在相當大的證明難度，尤其是在我國更為嚴格的人工生殖政策條件下，幾乎不可能通過某種客觀證據確切地證明當事人有共同生育的意願，這使得共同意願說難以在實踐中很好地發揮實際作用。出於兒童最大利益的強調，雖然考察生育意願在表明父母的行為承諾和養育責任上具有重要價值，但是當舉證存在障礙時，也不宜直接否定撫養權歸屬的可能性，仍有必要結合其他事實綜合認定。

（三）現有思路無法有效應對同性同居者撫養權爭議的根本原因

第一，停留在自然血親關係的邏輯前提。按照家庭法的一般原理，判斷撫養權歸屬的前提是確認有無親子關係。在我國婚姻家庭法規範下，親子關係或是基於出生而形成的自然血親，或是因收養法律關係、有撫養教育事實的繼父母子女法律關係而生的擬制血親。而在同性同居者人工生育特殊情形下，由於孩子與同居的兩方顯然不存在收養法律關係與繼父母子女關係，於是通過考察養育意願、撫養教育事實等因素確認擬制血親關係的通道默認被關閉。由此一來，這一特殊情形下的撫養權歸屬判斷實際上被直接放置在兩方與孩子之間是否成立自然血親的前提之下了：當其中一方與孩子之間無法通過出生事實構建自然血親關係時，就不存在認定撫養權的可能性。然而傳統與現實之間的矛盾就在於此——當同性同居者與孩子之間彼此視為家庭成員時，法律卻視他們為陌生人。^[16] 對此，我們需要思考的是，在否認同性同居者之間身份法律關係的同時，司法裁判中是否有必要分別考量二者與孩子之間親子關係的構成方式，對於欠缺生物學聯繫的一方甚至雙方，是否可能通過類比適用擬制血親的路徑建立親子關係，從而為撫養權歸屬問題的解決提供更多選擇，以符合兒童最大利益。

第二，保留傳統親子法中“父母本位”的價值立場。“父母本位”強調以父母關係為中心去理解與構建親子關係，婚生子女與非婚生子女的法律區分即為典型表現。在同性同居者人工生殖情形下體現為，認定親子關係和撫養權歸屬時以“父母”之間是否存在婚姻關係以及二人之間的生育方式是否合法為考察原點。然而在這一過程中，我們過分強調了對“父母”行為的社會評價，欠缺對兒童最大利益的關注，幾乎沒有考慮是誰促成了孩子出生的結果，更沒有考慮這些出生在非傳統家庭中的孩子實際生活與情感需求。而單純考察同性同居者共同生育意願的解決思路與域外被廣泛接受的契約說類似，優勢在於重視“父母”在共同人工生育行為中體現出的養育承諾，但如果僅從二人共同生育的意願出發去考察親子關係和撫養權問題，也未徹底擺脫“父母本位”的底色，且只適用於兩方爭奪撫養權的情形，無法適用於雙方均拒絕撫養的情況。

第三，重形式輕實質，表現為在此種特殊生育方式下撫養權歸屬認定中，過度依賴出生證明、親子鑑定與人工生殖知情同意書，缺乏對家庭撫育功能和親子關係內容的實質考察。自然生育條件下，基因和分娩具有同一性，出生證明、親子鑑定等形式化證據與父母職責的實現並無衝突，只有當離婚或者確認擬制血親關係時，才涉及對撫養教育事實等方面的考察。但是在同性同居者人工生育的情境下，一味依賴前述形式化證據將造成對親子關係的否認過於草率。我們試想，如果同性同居者關係破裂後，雙方都不願意再繼續撫養此前共同決定人工生育的孩子，理由是他們都沒有分娩事實也都沒有血緣關係，並極力否認己方的生育意願。^[17] 那麼，此時依據形式化證據徑直否認親子關係是否合理？

[16] 參見羅或：《家庭中的陌生人：批判法學視野下的同性同居》，載《中國法律評論》2019年第6期，第172頁。

[17] 國外早已出現同性伴侶中非生物聯繫一方拒絕撫養的案例。See *Chambers v. Chambers*, No. CNOO-09493, 2002 WL 1940145 (Del. Fam. Ct. Feb. 5, 2002).

三、同性同居者人工生育撫養權歸屬認定的理論框架

基於前述認定思路的反思，在解決同性同居者人工生育撫養權問題時，應首先以兒童最大利益原則為基本導向，拓寬親子關係成立的路徑，進而為撫養權歸屬的判定留有餘地。具體從以下三方面展開理論框架的建構：1. 通過法律擬制方式補充撫養權歸屬認定的邏輯前提；2. 價值立場應從父母本位轉變為子女本位；3. 重視非傳統家庭中養育功能的實現，避免陷入形式主義。

（一）以兒童最大利益原則為基本導向

親子關係的認定作為確定撫養權歸屬的前置性問題，其原本屬於法律事實判斷，並不存在利益衡量空間。由此在自然生育下，包含兒童最大利益在內的價值考量並不能用於自然血親關係本身客觀的認定過程，其僅能用於後續撫養權歸屬判定的考量。但同性同居疊加人工生殖的複雜情況，打破了自然生育中親子關係的單一性與可預見性，父母身份變得多元，超出了以往事實判斷的認知範疇，因此不能不從親子關係認定環節即進行包含價值判斷在內的全面考察。

如前所述，生物學決定論與生育意願說均未考慮這些以非自然方式出生在非傳統家庭中的孩子實際生活狀態與情感需求。前者僅著眼於出生時的生物關聯，並不關心人工生殖中各參與方後續行為對孩子可能帶來的影響；後者未徹底擺脫“父母本位”的底色，也無法應對雙方均否認生育意願、拒絕撫養的情況。如果排他地依據分娩或基因，或者僅依賴當事人能否提供共同生育意願證據，來決定同性同居者人工生育親子關係，都將為這些原本已缺失常規雙系撫育的孩子在身份關係安定與身心健康上帶來更大的負面影響。基於此，有必要在同性同居者人工生育撫養權歸屬的前置性判斷——親子關係認定過程中明確以兒童最大利益原則為基本導向。

兒童最大利益的觀念源於英美家庭法，^[18] 後在世界範圍內形成共識，並在《兒童權利公約》中予以明確。兒童最大利益既是一項基本的解釋性法律原則，也是一項具體的行事規則。^[19] 聯合國兒童權利委員會曾就此指出判斷兒童最大利益應考察兒童的意見、身份、家庭環境及其關係、兒童的照料、保護和安全、兒童的弱勢處境、健康權及受教育權等內容。^[20] 以兒童最大利益原則為導向，意味著在同性同居者人工生育中採用更為開放的親子關係認定過程，它並不單獨採信基因、分娩或生育意願其中之一，而是強調應當從子女的最大利益出發綜合裁量決定。考量要素既應包括與同性同居者共同生活的兒童最基礎的生存需求，也應包括更高層次的兒童與相關主體之間的生活狀態、情感聯結。就此，需要進一步從邏輯前提、價值立場與認定路徑三方面具體展開。

（二）判斷邏輯：避免拘泥於自然血親的認定前提

由於不符合以法定收養或繼養事實擬制親子關係的條件，目前司法裁判關於同性同居者人工生育撫養權歸屬問題中親子關係認定的前提性考察，停留在以出生事實為依據的自然血親路徑上。而在自然血親的邏輯前提下，又無休止地陷入“孕母”和“卵母”孰優孰劣的理論之爭，同時也無法應對完全由第三人提供配子或由第三人代孕的同性同居者人工生育撫養權糾紛。^[21] 在自然血親的邏輯前提之外，結合養育意願和養育功能的事實基礎，類比適用擬制血親的成立條件與法律關係內容不失為一種可行方案。

[18] See Claire Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law*, Springer, 2002, p.44.

[19] 參見苑寧寧：《最有利於未成年人原則內涵的規範性闡釋》，載《環球法律評論》2023年第1期，第146頁。

[20] See Committee on the Rights of the Child, General Comment No.14, CRC/C/GC/14, 2013, paras. 52-79.

[21] 以男性同居伴侶尋求第三人代孕的人工生育為典型實踐樣態。

從家庭結構的現實變遷來看，這一構想並不缺乏社會學基礎。多元價值觀念衝擊下的家庭領域正發生巨大變革，上世紀 80 年代未來學家阿爾溫·托夫勒曾預測：核心家庭將不再是社會仿效的理想家庭形式，人類將生活在一個包含獨居、不育、離異、單親、多父母、同居等多樣化家庭形態的社會中。^[22] 我們的確正在經歷他所預言的時代，大量非基於婚姻關係的家庭樣貌已經出現。社科院此前進行的一項大型研究“中國城市家庭結構和家庭變遷”中，研究者們也已意識到家庭形態多元化的現實，在調查中沒有給出家庭的任何定義，而是請被訪者主觀認定他的家庭是如何構成的，哪些是他認同的家庭成員。^[23] 就同性同居者與人工生育的孩子之間的關係而言，恐怕無法以自然血親的論證路徑一以概之。一項田野調查顯示，同性同居者在日常家庭生活中非常注意強化非血緣聯繫一方和孩子之間的親緣聯繫。^[24] 雙方在家庭成員意義上的彼此認同已經遠遠超出了傳統所想。還有調查表明，同性同居者在與孩子的關係質量、心理健康、社會適應以及親情投入等方面的表現絲毫不亞於異性。^[25] 這些是我們在面對特殊類型撫養權糾紛時應當考慮的現實情況。

從類比適用擬制血親的可行性來看，不存在無法克服的事實障礙。相反，同性同居者與孩子之間的關係與收養法律關係、繼父母子女法律關係，在養育意願和養育功能的事實層面存在一定的同質性。首先，收養和繼養下的擬制血親關係，均是基於收養人和繼父母明確的養育意願而成立，反之則不可能建立養父母子女的擬制血親關係，或者繼父母子女之間彼此僅構成姻親關係。這種養育意願本質上“來源於一種強烈而自然的自我道德束縛意識，即作為家庭成員的自我約束意識和對子女的無條件付出意願。”^[26] 與之類似，如果同性同居者並無共同養育合意，孩子便不會以此特殊方式來到世上。此與收養、繼養下擬制血親關係的內含要素高度一致。另外，擬制血親關係的確認之訴中，裁判是否構成擬制血親關係的事實依據，乃是基於對雙方共同生活的事實基礎、撫養教育功能實現的綜合考察。^[27] 同性同居者與孩子之間關係的形成並不與此相悖，甚至有著更為充分體現。

儘管我國現行婚姻家庭法律制度並未直接提供同性同居者與孩子之間構成擬製血親的法律依據，但民事立法精神充分體現出對家庭關係實質內容的重視與評價。例如《民法典》第 1043 條將家風建設納入法律規範，實質上是對家庭關係內涵的重視；第 1044 條進一步強調家庭成員之間的情感聯係和互助義務，也是重視家庭關係實質內容的體現；第 1071 條強調對非婚生子女的同等保護，將子女的法律地位與父母的婚姻關係脫鉤，更加關注親子關係的實質內容，也為包容新類型的親子關係提供了制度空間。在擬製血親制度之下，一些特殊的家庭關係得以通過法律擬製建立等同於自然血親的權利義務關係內容，從而有效保護兒童最大利益，而其制度價值並非僅局限於繼養、收養關係，也為司法實踐中妥善處理其他新型家庭關係提供了一定的制度基礎。

因此，為保障這些在非傳統家庭中以非自然方式出生的孩子能夠實現接受正常撫育的權利，需要考慮拓寬此種情境下撫養權認定的邏輯前提。雖然在我國法律規範下擬制血親關係僅包含收養、繼養兩種情形，但由於同性同居疊加人工生殖的複雜情況已經改變了這一過程中親子關係的單一性

[22] 參見[美]阿爾溫·托夫勒：《第三次浪潮》，黃明堅譯，三聯書店1983年版，第273-291頁。

[23] 參見馬春華、李銀河、唐燦等：《轉型期中國城市家庭變遷：基於五城市的調查》，社會科學文獻出版社2013年版，第105-106頁。

[24] 參見魏偉：《同性伴侶家庭的生育：實現途徑、家庭生活和社會適應》，載《山東社會科學》2016年第12期，第79頁。

[25] Stacey, Judith and Timothy J. Biblarz. (How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?, *American Sociological Review* 66(2), 2001: p.159-183.

[26] 陳朝陽：《司法能動主義視野下的女同伴侶代孕生育子女撫養權糾紛裁判——基於國內首起案例》，載《江西財經大學學報》2022年第6期，第145頁。

[27] 參見湖南省株洲市中級人民法院（2020）湘02民終2270號民事判決書。

與可預見性，父母身份變得多元，超出了以往的事實認知範疇，因此不能不在自然血親的考察之外，通過類比適用擬制血親關係的方式進行補足，從而為撫養權歸屬問題的解決提供更符合兒童最大利益的裁判結論。

（三）價值立場：從父母本位到子女本位

將撫養權歸屬認定的邏輯前提適當拓寬，能夠為這類非傳統家庭中兒童最大利益的實現提供一個相對寬松的語境，在此基礎上需進一步反思撫養權認定的價值立場。事實上，“子女本位”已經是現代親子法的世界性趨勢，即對父母子女關係的考察以子女為中心，而非以父母為中心。許多國家在“子女本位”下已紛紛擯棄了對婚生子女與非婚生子女的法律界分，以此實現對所有子女實質意義的平等保護。^[28]但從我國目前立法與司法情況來看，離“子女本位”的實現還存在一定的距離；^[29]並且仍保留了以父母是否存在婚姻關係為標準劃分子女類型的做法。在這一價值立場下，對同性同居者之間關係的關注和評價直接取代了對同性同居者分別與孩子之間關係的認定過程。

前述廈門案件的裁判中，法院指出當事人雙方作為同性伴侶購買精子、人工孕育生命的行為非我國法律所允許，並將生育行為是否符合公序良俗作為考慮親子關係乃至撫養權歸屬問題的前提。^[30]此種思路明顯體現出“父母本位”的價值取向：由於同性同居者之間的關係本身不符合婚姻制度規範，所實施的人工生育行為亦違反現行技術管理規範，由此便直接否認非生物聯繫方與孩子之間的親子關係，撫養權更無從談起。這一處理思路並非偶然，生育行為是否合規合法往往被作為判斷撫養權歸屬的前置性問題。

如果我們轉而以“子女本位”的價值立場予以考慮，即以孩子為原點去分別考察其與同性同居者二人之間的關係，即會得出這樣的結論：基於對同性結合、買賣配子以及代孕等行為的反對態度，直接剝奪不能決定自己出生環境的孩子接受撫育的權利，既不合邏輯，也不公正。因為孩子是無辜的，以同性同居者人工生殖的方式出生並非他們自己的選擇，否定親子關係與撫養權看似是對不合規人工生殖行為的譴責，懲罰後果實則由孩子所承受。子女在親子關係中擁有獨立的人格與主體地位，在親子關係認定乃至撫養權歸屬問題的解決上，應注重對其身心健康等利益的維護避免將親子關係、撫養權問題與“父母”身份關係、人工生殖行為的合法性評價綁定處理，即同性結合不受法律承認、違規買賣配子和代孕都不是直接剝奪所生子女接受撫養、照顧權利的理由。

此外，“子女本位”價值立場還要求從對父母權利的關注轉向子女權利的關注，即強調父母撫養義務與責任以維護子女最大利益。現有討論將考察重點均放在哪一方能夠享有完整的父母權利、誰對孩子有充分的控制權能上。無論生物學決定論還是生育意願說，也都只表明瞭父母權利設立的合理性，而沒有考察子女所承擔的實際法律後果。一旦不符合父母權利傳統的設立依據，撫養權會直接被否定，父母責任隨之也陷入真空狀態。在這一過程中，人工生育子女似乎被作為了成年人關係破裂之後互相爭奪或推脫的一件物品，這對於本就出生在非傳統家庭的孩子來說更加殘酷。因此有必要從社會關係的維度明確“作為養育者的責任”。美國特拉華州的 *Chambers v. Chambers* 案^[31]

[28] 例如，1998年修正後的《德國民法典》親屬編、1960年《埃塞俄比亞民法典》、1986年《越南婚姻家庭法》中均不再出現“非婚生子女”一詞。

[29] 例如《民法典》婚姻家庭編立法體例中，離婚後的父母子女關係仍然被作為子女的歸屬問題安排在離婚一章，而未歸入親子法部分。參見馬憶南：《婚姻家庭繼承法學》，北京大學出版社2019年版，第23-24頁。

[30] 湖裡法院：《她們都說自己是孩子的媽媽》，載“福建法治”微信公眾號2020年9月9日，https://mp.weixin.qq.com/s/XH1vW5Aipi_pSd-KpEVDgA。

[31] 該案中法院還認為，有關“父母子女關係”的解釋不能排除同時有兩個母親的可能，即一個家庭中親子關係可以包括兩對母子關係。See *Chambers v. Chambers*, No. CNOO-09493, 2002 WL 1940145 (Del. Fam. Ct. Feb. 5, 2002).

對於我們反思父母責任有重要參考價值。在該案中，同性伴侶 Carol 與 Karen 通過人工生殖的方式生育一子。和其他案件不同的是，兩人關係破裂後 Carol 拒絕繼續支付孩子的撫養費，理由是其既不是孩子的分娩母親，與孩子也沒有基因血緣聯繫。如果從父母權利的考察視角來看，Carol 確實不符合親子關係的認定標準，沒有繼續支付撫養費的理由。但是法院更多地考察了在二人關係破裂之前 Carol 積極參與生育與撫養的事實，從而認定了 Carol 的母親身份，要求繼續支付撫養費。這或許可以啟發我們，在非傳統家庭的親子關係認定中，當不符合基於出生事實而形成父母身份的標準時，出於維護子女最大利益與明確撫養責任的考慮，還需要特別重視人工生殖過程中的共同養育意願以及長期以父母子女相稱共同生活、撫育照顧的事實。

（四）基本路徑：從形式主義到功能主義

從父母本位到子女本位的轉變解決的是宏觀層面的價值立場問題，從形式主義到功能主義的轉化則是期望從方法論視角優化同性同居者人工生育撫養權認定的基本路徑。

形式主義路徑表現為，依賴親子鑑定、出生證明以及人工生殖過程中的知情同意書等形式化證據，一旦欠缺這些證據，便會直接對親子關係予以否認。但是，無論親子鑑定、出生證明還是人工生殖知情同意書，它們本身其實並不設立親子關係，只是以技術性記錄方式提供的一種法律假定，^[32]並不能完整體現撫養關係的實質內容。從父母子女形成的情感關聯來看，形式化證明並不一定符合兒童情感與身心發展的最大利益。兒童在早期階段就與照護者建立有強大的依戀關係，即與照護者之間形成對等、持久的身心聯繫。^[33]而這種身心聯繫不完全來自生物學或收養，不是僅依靠父母的法定身份或彼此間的婚姻狀況就能形成的。儘管在自然生育與合法人工生育下，形式主義的認定路徑能夠起到簡化親子關係驗證的作用，也與撫養關係的實質內容相契合，能夠在親子關係與撫養權歸屬認定中發揮重要作用，但對於同性同居者人工生育的特殊情境而言，形式主義的認定路徑並不能代替對撫養關係內容與家庭功能實現的實質考察。

功能主義路徑則根植於親子關係的社會屬性，以法律擬制為手段，強調共同生活單位的內生特質，著眼共同生活成員之間的行為而非他們法律上的身份或者地位，^[34]這更有利於實質考察同性同居者親子關係的形成與撫養功能的實現，從而真正實現兒童最大利益。親子關係本質上是一種社會關係，除追求親緣的客觀真實以外，社會屬性是其更強烈的特徵，具體體現為作為兒童照護者的成年人對於家庭生活的承諾，以及真實生活中父母子女彼此的身份認同與行為互動。同性同居者所採取的人工生殖方式原本已弱化了生育的自然屬性，更多地體現社會性。^[35]在此背景下，保持撫養關係的相對穩定、維護後代的最大利益，比一味堅守基因血緣的客觀真實性顯得更為重要。有調查顯示，當同性同居者中的兩位“母親”都積極地為孩子提供照料時，孩子會同時與雙方形成強烈的身心依戀關係。^[36]如果忽視對撫養關係內容與家庭功能實現的實質考察，或將對被迫以非自然方式出生於非傳統家庭中的兒童再次造成重大而痛苦的後果。^[37]

因此，對同性同居者人工生育特殊情形下撫養權歸屬的認定，有必要與家庭養育功能的實現結

[32] See Hannah Kalichman, *For the Children: Intentional and Functional Approaches to Same-Sex Parentage in Connecticut*, 52 Connecticut Law Review. p.411, 422 (2020).

[33] See Linda D. Elrod, *A Child's Perspective of Defining a Parent: The Case for Intended Parenthood*, 25 Brigham Young University Journal of Public Law. p.245, 249 (2011).

[34] 參見劉徵峰：《論現代家庭法中的事實親子關係》，載《法大研究生》2014年第1輯，第188頁。

[35] 參見周平：《生育與法律：生育權制度解讀及衝突配置》，人民出版社2009年版，第46頁。

[36] See A. Brewaeys et al., *Donor Insemination: Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families*, 12 Hum. Reprod. p.1349, 1354-1356 (1997).

[37] See Douglas NeJaime, *The Nature of Parenthood*, 126 The Yale Law Journal. p.2264 (2017).

合在一起。與其將親子鑑定、知情同意書等形式化證據視為親子關係與撫養權認定的唯一路徑，不如在同性同居者與孩子之間所形成的社會關係中去進行真正的檢驗。^[38]

四、同性同居者人工生育撫養權歸屬的具體判定

將同性同居者人工生育撫養權歸屬的判斷從自然血親的邏輯前提中跳脫出來，補充考察成立擬制血親的可能性，更有利於在撫養權歸屬問題上做出最符合子女利益的選擇；子女本位與功能主義則進一步從價值立場與基本路徑的層面予以明確。基於此，對待同性同居者人工生殖的特殊情形，我們不應期待僅採取某一種學說就能徹底解決司法實踐中撫養權歸屬的判定難題。這應當是一個集合生物學因素、生育意願與撫養事實的綜合性判斷過程，在同性同居者與人工生育孩子之間身份關係的事後認定標準上發揮著重要作用。在具體判定中，遵照首先認定有無親子關係，進而再明確撫養權歸屬的基本邏輯，可從以下三個層面展開。

（一）親子關係認定中生物學因素的有限作用

多數同性同居者寧願大費周章地進行人工生殖，也不願意選擇通過收養實現做父母的願望，一方面是因為目前的收養制度不支持同性二人共同收養子女，如果想要收養，只能作為法律上的無配偶者申請，並須符合與異性被收養人年齡相差40歲以上等條件；另一方面，和異性伴侶一樣，他們也更傾向於共同養育至少與一方有生物學聯繫的孩子。^[39]基於這一現實，國外有地區甚至規定，只要孩子由同性伴侶其中一方分娩或者至少與其中一方具有基因血緣聯繫，那麼孩子就能與兩方同時成立法律上的親子關係。^[40]可見，生物學因素在親子關係的判斷中仍然起著一定作用。

但這種作用應當是有限的，即在同性同居者人工生殖情境下僅具有親子關係的肯定效力，但不宜用以直接否定親子關係。具體而言，若同性同居者中某一方與孩子之間通過出生事實建立生物學聯繫，應當認可親子關係的存在，在此可遵循傳統親子關係認定思路。但如果同性同居者中某一方或者雙方與孩子之間不存在生物學聯繫，此時需要進一步結合人工生殖過程中雙方所體現的生育意願、與孩子有無共同生活、撫養教育事實等因素來進行實質性考察，通過類比擬制血親關係進行補足。因為從兒童最大利益原則出發，一味否定非生物學聯繫方建立親子關係的可能性，將為這些孩子帶來家庭關係和生活環境上的巨大不確定性和負面影響，尤其是當同性同居者兩方均與孩子缺乏生物學聯繫，或者自然血親一方發生死亡、棄養等情形時，局限於自然血親關係的邏輯前提將讓後續撫養權歸屬的判定陷入無路可走的境地。所以在追求親子關係的客觀真實性之外，我們還應當結合特殊的現實情況，考慮親子關係的穩定性對未成年子女健康成長的影響。

（二）類比擬制血親關係：生育意願與撫養事實的實質性考察

當同性同居者中某一方或者雙方與人工生育的孩子之間欠缺生物學聯繫時，有必要從生育意願與撫養教育事實兩個層面，進一步考察能否類比擬制血親建立親子關係。即在前述學者所主張的生育意願說之外，應當補充考察以子女為中心的撫養教育事實。

[38] See Theresa Glennon, *Somebody's Child: Evaluating the Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, 102 West Virginia Law Review. p.547, p.589-590 (2000).

[39] See Radhika Rao, *Hierarchies of Discrimination in Baby Making? A Response to Professor Carroll*, 88 Indiana Law Journal. p.1217, p.1220-1221 (2013); Christopher Marlborough, *Evolution, Child Abuse and the Constitution*, 11 Journal of Law and Policy. p.687, p.687 (2003).

[40] See Richard F. Storrow, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 Hastings Law Journal. p.597, 599 (2002).

生育意願要素強調行為人對人工生殖行為後果的承擔。每一個選擇將孩子帶到世上的人都應當有相應的法律義務來照顧和撫養孩子。^[41] 因此有必要考察同性同居者是否基於共同生育意願促成了人工生殖目的的實現。但如前所述，共同生育意願的證明存在較大的現實困難並且停留在“父母本位”的視角，出於對兒童最大利益的維護，須進一步考察是否形成撫養教育事實。

撫養事實要素的考察分為兩個方面。一是從同性同居者之間關係的視角進行考察。同性同居者之間缺乏法律認可的身份關係，不是直接否定親子關係的理由，但這並不意味著二者之間的親密關係對於親子關係的判斷毫無意義。相反，它構成了共同生活與撫育子女的事實基礎，這是區分同性同居者共同生育撫養與一般捐精捐卵、代孕等行為的關鍵。如果雙方並無長期穩定共同生活的事實認同，就不存在所謂共同撫養子女的現實基礎，進而也無法考慮以擬制血親關係的方式進行補足，只能按照捐精捐卵、代孕的一般規則來處理。二是從行為方式的視角進行考察。如果孩子與兩方在長期穩定的家庭生活中彼此以父母子女相待，共同生活並形成了緊密的經濟與情感依賴，則可認為符合類比擬制親子關係的條件。具體可比照有關繼父母子女之間形成的“撫養教育”事實來判斷，例如，是否進行生活上的照料、教育和經濟上的供養；撫養教育持續時間等。^[42] 這一思路在比較法理論與實踐上已經得到較為廣泛的應用與檢驗，被稱為“事實上的親子關係”。例如法國與我國澳門地區，即允許以“身份佔有事實”來確定母親身份。^[43] 在德國家庭法理論中，這種類型的父母身份被稱為“社會的父母身份”（*psychischer oder sozialer Elternschaft*）^[44]，即按照父母子女方式共同生活即可確立親子關係。英美法中，這種依據家庭生活事實所認可的父母身份被稱為“事實父母”（*De Facto Parents*），並且司法實踐中也有一些案件通過法院裁定以“事實父母”身份取得對子女的監護權。^[45] 不過，由於同性同居不是法律所認可的結合，對孩子單純的經濟供養與短時的照顧教育還不足以建立親子關係。為避免擬制血親關係認定的隨意性，還有必要重點考察是否已形成“父/母—子女”身份認同以及共同居住時間的長短。考察非生物聯繫方與孩子之間是否形成了“父/母”“子女”的身份認同，必要時考察其他親屬友鄰是否視其父母子女關係，目的是排除保姆等其他主體尋求建立親子關係的可能性。共同居住時間的影響儘管並非絕對，但對於輔助證明是否形成了情感依賴至關重要。對此可參考美國印第安納等州界定事實監護人（*De Facto Custodian*）的要求：與不滿3歲的兒童共同居住超過6個月，或者與年滿3週歲的兒童共同居住超過1年。^[46] 總之，可綜合考察共同居住、經濟支持、身份認同與情感依賴等要素來判斷。

綜合生育意願與撫養事實，拓寬同性同居者與人工生育子女親子關係的成立方式，無關乎對同性同居者身份關係的法律認同，而是為了從社會生活維度，平衡實現兒童最大利益與維護現行身份法秩序的關係，也是解決撫養權實踐爭議的現實需要。《民法典》婚姻家庭編及其司法解釋相關

[41] See Stefan H. Black, *A Step Forward: Lesbian Parentage after Elisa B. v. Superior Court*, 17 *George Mason University Civil Rights Law Journal*. p.237, 238(2006).

[42] 參見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典婚姻家庭編繼承編理解與適用》，人民法院出版社2020年版，第217頁。

[43] 我國澳門地區《民法典》第1656條第3款規定：如符合下列之全部要件，則存在身分佔有：a) 子女與假定母親或假定父親彼此如母子或父子般相稱相待；b) 在社會上，尤其在各人本身之家庭中，兩人被視為母子或父子。

[44] 參見[德]迪特爾·施瓦布：《德國家庭法》，王葆蔭譯，法律出版社2010年版，第270頁。

[45] See *E.N.O. v. L.M.M.*, 711 N.E.2d 886 (1999); *V.C. v. M.J.B.*, 748 A. 2d 539 (2000); *Kristine Renee H. v. Lisa Ann R.*, 16 Cal. Rptr. 3d 123 (2004).

[46] *Burns Ind. Code Ann.* § 31-9-2-35.5. 再如肯塔基州、明尼蘇達州規定：在近兩年內與不滿3歲的兒童共同居住超過6個月，或者與年滿3週歲的兒童共同居住超過1年。See *Kent. Rev. Stat.* § 403.270(1); *Minn. Stat.* § 257C.01.

條文為此判定路徑提供了一定的規範參考，但需結合同性同居者人工生育的特殊性適當進行擴張解釋。首先，關於訴訟主體資格。《民法典》第1073條第1款將有權提起親子關係確認之訴的主體明確為“父或者母”，解釋上一般包含孩子血緣上的生父母以及通過婚姻關係推定的父親。由於同性同居者與人工生育的孩子之間往往缺乏生物學聯繫，同性同居者二人彼此之間也不存在用以推定父母身份的婚姻關係。因此在解釋上宜將“父或者母”擴大解釋為包含“可能形成擬制父母身份的主體”，由此解決訴訟主體資格問題。其次，關於否定親子關係的理由。根據《婚姻家庭編解釋（一）》第39條，否認親子關係的主要理由是通過親子鑑定證明不存在血緣關係。然而如前所述，生物學聯繫在同性同居者人工生殖中的效力應當是有限的。如果其中一方甚至雙方在撫養人工生育子女多年後，以不存在生物學聯繫為由否認親子關係、拒絕撫養，此時應當謹慎考察是否已形成事實上的擬制血親關係。再次，非生物聯繫方法律地位的明確。經由生育意願與撫養事實的實質考察，非生物聯繫方若符合條件，其身份性質應明確為法律擬制的直系血親。且此種法律擬制並不屬於能夠依據《民法典》第1073條與《婚姻家庭編解釋（一）》第39條以欠缺生物學聯繫為理由而被推翻的身份推定，因為法律擬制直系血親的基本邏輯則是明知為假而假定其為真。^[47]換言之，在已經確同性同居者中非生物學聯繫方的法律擬制父/母身份後，其他主體不得再以其與人工生育子女之間存在生物學關聯為理由否定已形成的擬制血親關係。

（三）撫養權歸屬的確定

面對同性同居者人工生育特殊情境，以類比擬制血親的方式適當拓寬親子關係成立方式，為後續撫養權歸屬的判定留出了必要的餘地。具體而言，當同性同居者中一方或者雙方與人工生育的孩子之間欠缺生物學聯繫時，如果按照前述路徑結合生育意願、撫養事實等因素進行實質考察後，仍然無法認定其與孩子之間構成擬制血親關係，那便從根本上被排除在撫養權歸屬主體之外。

反之，如果綜合生育意願、撫養事實等因素，能夠通過類比擬制血親的方式，認可非生物聯繫方與孩子之間的親子關係，那麼這一特殊類型的問題即可轉化為一般性的撫養權歸屬判定問題。在這種情況下，可比照夫妻離婚或異性非婚同居狀態下的撫養權裁判規則處理，即由法官根據個案具體情況“按照最有利於未成年子女的原則”，裁量決定由某一方直接撫養。當然，不直接撫養的一方仍應當負擔部分或者全部的撫養費，並有探望的權利，以保障兒童正常生活與情感依賴所需。

現有關於撫養權歸屬的裁判原則與規則可類比適用，其中需要特別分析的是，對於同性同居者而言，如何實現“不滿兩週歲的子女，以由母親直接撫養為原則”。在同性同居者中有分娩事實的情況下，這一原則的實現不存在障礙。從幼兒哺乳養育的現實需要考慮，原則上由分娩一方直接撫養為宜，另一方有探望權並有義務提供經濟供給。但是，同性同居者雙方均為男性，或均為女性卻無分娩事實的情況，需要由法官結合裁判中的特定事實，借助心理學、社會學分析方法識別同性同居者中“母親型”一方，^[48]例如，結合幼兒對各方的心理依賴、受照顧程度、彼此身份認同等要素，盡可能為兩週歲以下的幼兒提供最為充分的撫育保障。

同性同居者中已確認擬制父/母身份、且不直接撫養孩子的一方，要求其負擔部分或者全部撫養費的規範依據，可借助《民法典》第1071條第2款來解釋，“不直接撫養非婚生子女的生父或者生母，應當負擔未成年子女或者不能獨立生活的成年子女的撫養費”。其中“生父或者生母”亦需擴大解釋為包含“法律擬制父親或者母親”在內的主體，即同性同居者中已確認擬制父/母身份但不直接撫養孩子的一方同樣也應當負擔未成年子女的撫養費用。另外需要說明的是，同性同居者

[47] 參見劉徵峰：《論現代家庭法中的事實親子關係》，載《法大研究生》2014年第1輯，第198-199頁。

[48] 參見陳朝陽：《司法能動主義視野下的女同伴侶代孕生育子女撫養權糾紛裁判——基於國內首起案例》，載《江西財經大學學報》2022年第6期，第146-147頁。

關係破裂後，已形成的擬制血親關係並不因此而自然終止。這一點可以比照養父母離婚後收養關係的效力來解釋：養父母離婚只發生解除養父母間的婚姻關係的效力，並不產生終止養父母與養子女之間收養關係的效力。

結語

法官不得拒絕裁判。面對新出現的社會現象，司法裁判不能不在現行法律框架下做出最符合最有必要維護的核心利益之選擇。從擬制血親關係的視角對撫養權歸屬的邏輯前提進行對策性補足，並不是為同性婚姻合法化做鋪墊，更不是袒護不合規人工生殖行為，其目的在於正視客觀上已經形成的共同生活與撫養教育事實對實現子女最大利益的重要作用，關注的是縱向的“父/母—子女”關係。“父母”本位的痕跡在親子法理論探討與立法實踐中殘留已久，面對人工生殖技術帶來新現象與新問題的當前，不失為向“子女本位”作出根本轉變的良好契機。現代親子法應當秉持維護親子關係穩定性並兼顧親子關係真實性的理念，在司法過程中也應有意識增強裁判的前瞻性。在人工生殖技術應用發展持續成熟、擴大的現實趨勢下，欠缺生物學聯繫不宜再作為徑直否認親子關係，進而否定撫養權的絕對性標準，更重要的是考察以父母子女身份共同生活的事實，積極關注養育功能與子女最大利益的實現。

Abstract: The advancement of Assisted Reproduction Technology (ART) has introduced complex challenges to custody adjudication in China, particularly in cases involving same-sex partners. The traditional legal framework, which predominantly relies on natural blood relations as its logical premise, proves inadequate in addressing these emerging scenarios. This limitation not only hinders the determination of custody arrangements that truly serve the best interests of the child but also perpetuates contentious debates regarding the relative rights of genetic mothers (egg providers) and gestational mothers (birth mothers). Furthermore, the current system fails to effectively resolve custody disputes arising from same-sex partnerships in artificial reproduction contexts. To reconcile the tension between safeguarding children's best interests and maintaining the established legal order of identity relations in these unique circumstances, the analogical application of quasi-consanguineous relationships to expand the logical premise for determining custody rights presents a viable solution. Specifically, in cases where the determination of custody cannot be adequately resolved through natural consanguineous relations, judicial practice should adhere to a child-centered value orientation and adopt a functionalist adjudication approach, with particular emphasis on the realization of family functions and the maximization of children's welfare. Through a comprehensive examination of multiple factors, including the mutual intent for assisted reproduction and the factual circumstances of child-rearing and education, this approach investigates the potential for establishing quasi-consanguineous relationships through analogical reasoning. This methodological framework enables the transformation of such specialized cases into conventional custody disputes, thereby facilitating their resolution within the existing legal framework while ensuring the protection of children's fundamental rights and interests.

Key words: Same-Sex Partners; Assisted Reproduction; Parenthood; Best Interests of Children; Functionalism

(責任編輯: 咎晨東)