

陈莺诉罗荣耕监护权纠纷一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院
判决书

(2015)沪一中少民终字第56号

上诉人(原审被告) 陈某, XX年XX月XX日出生, 汉族。

委托代理人方洁, 上海瀛东律师事务所律师。

委托代理人谭芳, 上海市华诚律师事务所律师。

被上诉人(原审原告) 罗某甲, XX年XX月XX日出生, 汉族。

被上诉人(原审原告) 谢某某, XX年XX月XX日出生, 汉族。

上述两名

被上诉人的共同委托代理人乐佳, 上海合勤律师事务所律师。

上述两名

被上诉人的共同委托代理人李辽祺, 上海合勤律师事务所律师。

上诉人陈某因监护权纠纷一案, 不服上海市闵行区人民法院(2015)闵少民初字第2号民事判决, 向本院提起上诉。

本院于2015年9月17日受理后, 依法组成合议庭, 于2015年11月16日公开开庭进行了审理, 上诉人陈某及其委托代理人方洁、谭芳, 被上诉人罗某甲、谢某某及其共同委托代理人乐佳、李辽祺到庭参加诉讼。

经本院院长批准, 本案审理期限延长至2016年6月17日。

现已审理终结。

原审法院查明, 罗某甲、谢某某系夫妻, 婚生二女一子, 长女罗A、次女罗丙、儿子罗乙。

罗乙与陈某于2007年4月28日登记结婚, 双方均系再婚, 再婚前, 罗乙已育有一子一女, 陈某未曾生育。

婚后, 罗乙与陈某通过购买他人卵子, 并由罗乙提供精子, 通过体外授精联合胚胎移植技术, 出资委托其他女性代孕, 于XX年XX月XX日生育一对异卵双胞胎即罗某丁(男)、罗某戊(女), 两名孩子出生后随罗乙、陈某共同生活。

2014年2月7日罗乙因病经抢救无效死亡, 嗣后, 陈某携罗某丁、罗某戊共同生活至今。

2014年12月29日，罗某甲、谢某某提起本案监护权之诉。

原审另查明，2014年3月31日及同年6月10日，罗某甲、谢某某及陈某先后向原审法院提起法定继承诉讼，后均因故撤回起诉。

在法定继承案件中，双方主张继承罗乙的遗产范围包括：上海XX有限公司80%的股权份额、上海市闵行区XX路XX弄XX号XX室产权房、上海市闵行区XX街X弄XX支弄X号XX室产权房等财产。

在上述案件审理过程中，法院曾委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对罗某甲、谢某某与罗某丁、罗某戊之间是否存在祖孙亲缘关系进行鉴定，鉴定意见为：依据现有资料和DNA分析结果，不排除罗某甲、谢某某与罗某丁、罗某戊之间存在祖孙亲缘关系。

双方当事人对该鉴定意见均无异议。

本案审理过程中，原审法院于2015年3月30日委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对陈某与罗某丁、罗某戊之间有无亲生血缘关系进行鉴定，上述鉴定机构于2015年4月9日出具的鉴定意见为：依据现有资料和DNA分析结果，排除陈某为罗某丁、罗某戊的生物学母亲。

陈某为此垫付司法鉴定费人民币（以下币种均为人民币）5,000元。

双方当事人对于该鉴定意见均无异议。

原审过程中，双方当事人均明确表示，不知卵子提供者及代孕者的任何身份信息。

罗某甲、谢某某诉称，其子罗乙与陈某均系再婚，婚后未生育。

陈某以其患有不孕不育疾病为由，建议罗乙通过体外授精及代孕方式生育子女。

在取得罗乙同意后，陈某全权安排代孕事宜，采用非法购买卵子、进行体外授精形成受精卵后再非法代孕的方式生育了异卵双胞胎罗某丁、罗某戊，卵子提供方与代孕方非同一人。

两名孩子于XX年XX月XX日出生后与罗乙、陈某共同生活，陈某办理了孩子的出生医学证明，登记生父为罗乙、生母为陈某，并据此申报户籍。

罗某甲、谢某某认为，罗乙为罗某丁、罗某戊的生物学父亲，陈某并非生物学母亲；以非法代孕方式生育子女违反国家现行法律法规，陈某与罗某丁、罗某戊之间未形成法律规定的拟制血亲关系；罗某甲、谢某某系罗乙之父母，即罗某丁、罗某戊之祖父母，在罗乙去世而孩子生母不明的情况下，应由其作为法定监护人并抚养两名孩子。

故诉请判决：1．罗某甲、谢某某为罗某丁、罗某戊的监护人；2．陈某将罗某丁、罗某戊交由罗某甲、谢某某抚养。

陈某辩称，不同意罗某甲、谢某某之诉请。

其与罗乙登记结婚后，因患有不孕不育疾病，故向罗乙表示希望抚养与罗乙有血缘关系的子女

。

嗣后，其夫妻就购买卵子及委托代孕事宜协商一致，由罗乙一手操办并支付了包括购买卵子、

体外授精及胚胎移植、代孕分娩的全部费用。

两名孩子出生后即随罗乙、陈某共同生活，2014年2月7日罗乙因病去世后，孩子随陈某共同生活至今。

陈某认为，采用代孕方式生育子女系经夫妻双方同意，孩子出生后亦由其夫妻实际抚养，故应推定为罗乙与陈某的婚生子女，陈某为孩子的法定监护人；如无法认定罗某丁、罗某戊为罗乙与陈某的婚生子女，则基于两名孩子自出生之日起由其夫妻共同抚养的事实，应认定陈某与之形成了事实收养关系；如无法作出上述认定，则应在卵子提供人或代孕人两者中确定孩子的生母，即法定监护人，在不能确定生母是否死亡或丧失监护能力的情况下，应驳回罗某甲、谢某某要求作为监护人的诉讼请求。

原审法院经审理认为，本案的争议焦点是：陈某是否与罗某丁、罗某戊形成父母子女关系，对罗某丁、罗某戊是否享有法定监护权？一、陈某与罗某丁、罗某戊是否存在自然血亲关系？根据两份司法鉴定意见书，排除陈某为罗某丁、罗某戊的生物学母亲，故陈某与罗某丁、罗某戊不存在自然血亲关系。

二、罗某丁、罗某戊是否可视为陈某与罗乙的婚生子女？最高人民法院1991年7月8日的《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》（以下简称最高法院1991年函）明确规定：“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，父母子女之间的权利义务关系适用婚姻法的有关规定”。

该函所指向的受孕方式为合法的人工授精，孕母为婚姻关系存续期间的妻子本人。

原国家卫生部于2001年8月1日施行的《人类辅助生殖技术管理办法》对人类辅助生殖技术的实施做了严格规定，该项技术只能在卫生行政部门批准的医疗机构实施，只能以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关规定。

该办法在第三条明确规定：严禁以任何形式买卖配子、合子和胚胎；医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术等。

本案中，罗乙与陈某在婚姻关系存续期间通过买卖卵子、委托第三方代孕的方式孕生罗某丁、罗某戊，不符合上述司法解释的情形，故不适用上述相关规定。

陈某既非卵子提供者而形成生物学上的母亲，又非分娩之孕母，现其请求认定以买卖卵子、代孕方式生育的孩子为其婚生子女之主张，法院不予采纳。

三、陈某与罗某丁、罗某戊是否存在拟制血亲关系？在我国，父母子女之间即使没有血缘关系，或没有直接的血缘关系，法律仍然确定了地位与血亲相同的亲子关系，由于此种血亲非自然形成，系依法律设定，故又称“准血亲”或“法定血亲”。

婚姻法确认的拟制血亲有两类：一是养父母与养子女以及养子女与养父母的其他近亲属；二是在事实上形成抚养关系的继父母与继子女、继兄弟姐妹。

根据法律规定，养父母子女关系的形成应当符合法律规定的条件，并办理收养登记手续。

本案中，陈某与罗某丁、罗某戊之间因欠缺法定的必备要件而不能成立合法的收养关系。

拟制血亲关系必须依据法律规定加以认定，对于代孕过程中产生的“基因母亲”、“孕生母亲”、“养育母亲”各异的情况，“养育母亲”是否构成拟制血亲，法律并无规定，亦不符合现行法律规定的拟制血亲条件。

代孕行为本身不具合法性，难以认定因此种行为获得对孩子的抚养机会后，双方可以形成拟制血亲关系，故认定陈某与罗某丁、罗某戊不存在拟制血亲关系。

综上所述，原审法院认定，陈某与罗某丁、罗某戊既不存在自然血亲关系，亦不存在拟制血亲关系，陈某辩称其为罗某丁、罗某戊的法定监护人之理由，不予采信。

在罗某丁、罗某戊的生父罗乙死亡、生母不明的情况下，为充分保护未成年人的合法权益，现罗某甲、谢某某作为祖父母要求抚养罗某丁、罗某戊，并作为其法定监护人之诉请，合法有据，予以支持。

原审法院审理后，依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）第十六条之规定，于二〇一五年七月二十九日作出判决：一、罗某丁、罗某戊由罗某甲、谢某某监护；二、陈某于判决生效之日将罗某丁、罗某戊交由罗某甲、谢某某抚养。

案件受理费80元，由陈某负担，司法鉴定费5,000元，由陈某负担。

原审判决后，上诉人陈某不服，向本院提起上诉称：一、原审判决在认定事实及适用法律上存在严重错误。

1．原审判决认定上诉人与两名孩子之间不存在亲子关系，系超越当事人的诉请范围作出裁判。

根据被上诉人的诉请，本案的审理范围和争议焦点应为被上诉人对孩子是否享有监护权，而原审判决却将争议焦点确定为上诉人与孩子是否具有亲子关系，并作出了否定亲子关系的认定，此超越了本案的诉请范围。

而最高人民法院颁布的《《中华人民共和国婚姻法》司法解释三》（以下简称《《婚姻法》司法解释三》）第二条对否定亲子关系之诉的诉讼主体有严格限制，仅限于夫或妻一方，孩子父母以外的第三人无权提起。

上诉人丈夫罗乙生前已确认上诉人与孩子的亲子关系，在罗乙去世后，被上诉人不具有提起亲子关系否认之诉的主体资格。

2．原审判决未查明被上诉人是否具有监护能力等事实，属认定事实错误。

原审中被上诉人多次提及其年事已高，行动不便，并表示将委托其在美国的女儿抚养两名孩子，而原审判决中对被上诉人的监护能力均未提及，完全置未成年人的利益于不顾，将孩子判给无法确定监护能力的被上诉人，欠负责任。

3．《民法通则》第十六条不能成为被上诉人取得监护权的法律依据。

根据该条款规定，未成年人的祖父母、外祖父母只有在未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力而其本身又具备监护能力的情形下才可以担任监护人。

本案中两名孩子的父亲死亡，生母虽不明，但不等于死亡或丧失监护能力，而被上诉人的自述及其证据显示其不具备监护能力，故不能依据上述规定取得监护权。

4．原审判决将婚生子女定义为亲生子女缺乏法律依据。

原审判决认为，由于代孕行为违法，孩子与上诉人又无血缘关系，故并非婚生子女，也未形成拟制血亲关系。

如按此逻辑，上诉人丈夫全程参与委托代孕事宜且支付巨款，其行为同样违法，不能因其提供了精子而当然获得父亲身份，进而被上诉人亦不能成为孩子的祖父母，更不能取得监护权。

5．《人类辅助生殖技术管理办法》不能成为否认亲子关系以及剥夺上诉人监护权的法律依据。

该管理办法系原卫生部颁布，属于部门规章，其颁布目的是为了规范医疗机构以及医务人员的行为，而根据《中华人民共和国立法法》的规定，民事基本制度只能由法律规定，亲子关系确定是婚姻家庭法的重要组成部分，理应由法律规定。

目前，有关代孕所生子女的法律地位问题在立法上仍属空白，无论上述管理办法的规定如何，都无法作为否认上诉人与孩子的亲子关系和剥夺上诉人监护权的法律依据。

二、原审判决忽略了应该考虑的其他合理因素。

在法律出现空白，情与法有一定冲突的情形下，选择何种价值取向作出裁判，需要法院正确行使自由裁量权。

上诉人认为，本案判决应当考虑如下几方面因素：1．代孕行为的违法性并不导致孩子丧失应有的法律权利，也不导致上诉人必然丧失监护权。

《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）赋予了非婚生子女与婚生子女同等的法律地位，代孕所生子女亦不应受到歧视。

本案需要解决的是孩子的监护权问题，并非讨伐上诉人委托代孕的行为，故法院判决驳回被上诉人的诉请并非是对代孕行为的肯定，而支持被上诉人的诉请也不可能消除代孕现象。

本案中上诉人虽非生育母亲，亦未办理收养手续，但事实上已抚养了罗乙与案外人所生子女，根据最相近似原则，可推定为有抚养关系的继父母子女关系。

2．法院判决应当秉承未成年人利益最大化原则。

首先，从双方的监护能力来看，被上诉人已是耄耋老人，监护能力有限，甚至自己亦行动不便，难以照顾两名四岁儿童；相反，上诉人年轻有正当工作，收入亦足以保障孩子的生活，监护能力明显优于被上诉人。

其次，从孩子已形成的生活环境来看，孩子自出生起就由上诉人及其父母抚养照顾，被上诉人从未抚养过，其现强行要求两名孩子离开已经熟悉的生活环境，明显不利于孩子成长。

被上诉人亦一再表示能力不够，希望交由孩子的姑母抚养，而孩子姑母远在美国，故监护权判归被上诉人无疑是一纸空文。

再者，从与孩子建立的感情来看，上诉人虽与孩子无血缘关系但已抚养照顾孩子四年多，而被上诉人未曾抚养过孩子，亦未建立起深厚的祖孙感情，血缘关系并不当然成为监护孩子的有利条件。

最后，从教育孩子的角度来看，年幼的孩子更需要父母的照顾与教育，法律对于祖父母和外祖父母取得抚养权和监护权的情形予以严格限制就是考虑到隔代教育的弊端。

原审法院未考虑上述因素，草率作出监护权归被上诉人的判决，背离了未成年人利益最大化原则。

3．法院判决应当发挥监护权制度的法律作用，保护未成年人的利益不受侵犯。

本案缘于双方的遗产纠纷，法庭应充分注意及考虑到，孩子并非也不应成为争夺财产的砝码。

若按原审判决，监护权归被上诉人，则在孩子生母不明的情形下，如被上诉人侵犯孩子权益，将无人监督被上诉人监护权的行使情况；若孩子继续由上诉人抚养及监护，如上诉人侵犯孩子利益，则被上诉人作为祖父母仍可通过法律途径寻求保护。

4．法院判决应当正确适用司法解释的规定。

最高法院1991年函规定，如人工授精获得夫妻一致同意，所生子女应视为双方的婚生子女。

推及本案，买卖卵子及代孕行为虽被禁止，但因此所生子女的法律地位并无法律规定，原审判决据该函认定两名孩子并非婚生子女，系适用法律错误。

相反，根据该函的精神，血缘关系并非判断亲子关系的唯一标准，故不能排除非卵子方或非孕育方的妻子能够成为孩子母亲、从而认定孩子系婚生子女的可能性。

综上所述，上诉人认为，原审判决在事实认定和法律适用方面存在严重错误，故提起上诉，请求撤销原审判决，依法改判驳回被上诉人罗某甲、谢某某的原申诉请。

被上诉人罗某甲、谢某某辩称：一、上诉人的上诉请求与其理由不符，如果认为原判违反法定程序，则应请求裁定撤销原判、发回重审，而非请求二审直接改判。

二、原审判决认定事实基本清楚，不存在应予撤销之情形。

就监护权的确定而言，首先应追溯至其源头，查明孩子是如何孕育的，而上述情况原审中已经查明，且亦未抹煞孩子出生后随上诉人共同生活的事实。

关于原审判决是否超越诉请范围的问题。

被上诉人是否享有监护权与上诉人是否有权监护孩子，是一个问题的两个方面，理当同时裁断

。

如果讨论监护权的归属却不认定各方的身份关系，法院判决则缺乏事实基础。

而要判定是否可以取得监护权，首先应判定有无权利主体资格，其次方可在有资格的人中考虑谁更有监护能力，故原审判决并未超越诉请范围。

三、原审判决适用法律正确。

《民法通则》是处理监护权、抚养纠纷案件的基本法律，被上诉人作为孩子的祖父母有权主张监护权，原审判决据此支持被上诉人的诉请，当属正确。

上诉人主张监护权的身份基础为其系孩子母亲，但上诉人既非基因母亲，亦非代孕母亲，且不符合任何一种拟制血亲关系之法定情形。

上诉人援引的最高法院1991年函所针对的情形与本案并不相同，不能适用于本案。

据此，两名孩子并非该函中所指的人工授精所生子女，不能认定为罗乙与上诉人的婚生子女，仅能视为罗乙的非婚生子女，作为生父的罗乙享有抚养权，而上诉人则无母亲身份。

四、上诉人认为原审判决一味批判代孕违法，此是对原判的过度解读。

原审判决用语客观公正，未见任何过分强调代孕违法之内容。

至于未成年人利益最大化原则，则是以严格执行现行法律法规为前提的，《民法通则》第十六条对于监护权的顺位规定正体现了未成年人利益最大化原则，即来自于血亲的监护和抚养更有利于未成年人，而监护能力、生活环境、感情建立、隔代教育的利弊只能在有监护资格的同顺位人员之间才有比较的余地，原审判决正是通过严格适用上述规定而使未成年人利益最大化原则得以体现。

综上所述，被上诉人认为，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，故请求驳回上诉，维持原判。

本院经审理查明，原审认定的事实无误，本院依法予以确认。

本院另查明，根据陈某提供的病历，其患有不孕不育症。

在罗某丁、罗某戊出生后，罗乙与陈某将两名孩子接回家中抚养，并为孩子申办了户籍登记，孩子的出生医学证明上所记载的父母为罗乙、陈某。

陈某系上海杨浦区XX幼儿园在职教师，其一审中提交的单位收入证明记载年收入20万元，二审庭审中其陈述每月实际净收入不低于1万元。

罗某甲、谢某某均已退休，根据一审中提供的证据，两人每月退休金各自为3,400元左右。

另罗某甲、谢某某名下还有两套房屋，并称每年房租收入56,400元。

罗某甲、谢某某一审中还表示，可以委托在美国的女儿帮其抚养照顾两名孩子，并提交了女儿罗丙夫妇出具的同意代为抚养孩子的承诺书。

一审庭审中陈某表示，其未曾阻止罗某甲、谢某某探望孩子，如果获得孩子的监护权，其将以自己的能力抚养，并同意法院将两名孩子继承所得的财产冻结，等孩子年满十八周岁之后交付给孩子。

二审中陈某仍表示，如其取得两名孩子的监护权，其同意罗某甲、谢某某探望孩子。

关于本案之监护权纠纷，本院裁判意见如下：本案程序方面的争议为原审判决是否超越诉请范围以及罗某甲、谢某某是否具有提起亲子关系否认之诉的主体资格。

对此，本院认为，本案中作为祖父母的罗某甲、谢某某主张监护权的前提条件是两名孩子的父母已经死亡或者没有监护能力。

由于罗某丁、罗某戊的生父罗乙已经死亡，生母情况不明，均无可能对其进行监护，而两名孩子出生后一直由罗乙、陈某夫妇作为父母共同抚养，罗乙去世后陈某仍以母亲身份抚养照顾，故对陈某之法律上身份地位的认定便成为判定监护权归属的前提。

因此，本案并非属于《民法通则》第十六条第二款规定的未成年人父母死亡或丧失监护能力之后的指定监护纠纷，而是包括亲子关系确认（否认）之诉在内的监护权纠纷，原审判决先对当事人的身份关系作出认定，并在此基础上判定监护权归属，不属于超越诉请范围。

关于罗某甲、谢某某的诉讼主体资格，本院认为，作为祖父母，其取得监护权的前提条件必须是首先否定陈某与两名孩子之间存在法律上的父母子女关系，包括自然血亲关系和拟制血亲关系，故法律上父母子女关系的确认与否与其具有直接利害关系，其符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条规定的起诉主体资格。

另，本案中罗某甲、谢某某对陈某之法律上母亲身份的否认并非单纯的婚生否认之诉，而是亲子关系确认中的消极否认之诉，根据《《婚姻法》司法解释三》第二条第二款之规定，亲子关系确认之诉的诉讼主体不限于夫或妻，罗某甲、谢某某作为主张监护权的祖父母亦具有诉讼主体资格。

关于案由问题，原审法院将本案确定为监护权、抚养关系纠纷，本院认为，因罗某甲、谢某某主张的是监护权，至于要求将两名孩子交付其抚养，则是附随于监护权主张中的具体请求，不构成独立的抚养关系纠纷之诉，故案由应确定为监护权纠纷。

本案实体方面的争议为代孕所生子女的法律地位及其监护权之确定。

对此问题，目前我国法律没有明确规定，尽管如此，法院基于不得拒绝裁判之原则，对于当事人提起的相关诉讼并不因此而可回避，仍得依据民法等法律的基本原则及其内在精神，结合社会道德和伦理作出裁判。

据此，本院就本案中涉及的代孕所生子女的法律地位、陈某与罗某丁及罗某戊是否成立拟制血亲关系、罗某丁及罗某戊的监护权归属问题逐一评述如下。

一、关于代孕所生子女的法律地位之认定。

对于代孕问题，世界各国的立法各有不同，即使在允许代孕的国家，其开放程度亦有不同，我国目前尚属禁止，体现于原卫生部的《人类辅助生殖技术管理办法》，其中第三条明确规定，“禁

止以任何形式买卖配子、合子和胚胎；医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”。

此虽为部门规章，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，但由于潜在的社会需求，且人工生殖技术已发展至可实现代孕的程度，代孕情况在现实中依然存在。

法律可以对违法行为本身进行制裁，但因此出生的孩子并不经由制裁而消失，无论代孕这一社会现象合法与否，都必然涉及到因代孕而出生的子女的法律地位认定，而对其法律地位作出认定，进而解决代孕子女的监护、抚养、财产继承等问题，是保护代孕所生子女合法权益之必须。

关于代孕子女法律地位的认定，首先涉及亲子关系的认定原则。

我国《婚姻法》对于亲子关系的认定未作出具体规定，司法实践中，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。

随着人工生殖技术的发展，人类得以利用人工方法达到使人怀孕生育之目的。

现有的人工生殖技术包括人工体内授精、人工体外授精—胚胎移植（俗称试管婴儿）、代孕三种，其中前两种已为大多数国家包括我国所认可。

针对人工授精的情形，最高法院1991年函中明确规定，“夫妻双方一致同意进行人工授精的，所生子女视为夫妻双方的婚生子女。

”人工体外授精—胚胎移植的情形与此类似，应亦可适用上述之规定。

由此可见，经夫妻双方一致同意以合法的人工生殖方式所生育的子女，其亲子关系的认定，生母根据“分娩者为母”原则，生父则以婚生推定方式确定。

上述两种人工生殖方式，生育过程中怀孕分娩的主体均是不孕夫妻中的妻子一方，而代孕与之不同的是，怀孕分娩这一环节从不孕夫妻中的妻子一方转移给了其他女性，从而背离了“分娩者为母”的原则及由此建立的法律制度，故不为我国法律所认可。

陈某上诉认为，根据最高法院1991年函之精神，血缘关系并非判断亲子关系的唯一标准，故本案可类推适用该函。

对此，本院认为，该函所针对的是以合法的人工生殖方式所生育子女的法律地位之认定，而代孕行为本身不具有合法性，故不符合类推适用之情形。

代孕所生子女的亲子关系认定具有一定的复杂性，关系到代孕目的的实现、各方当事人的利益、代孕所生子女的权益保护等，更需考虑到公众基于传统的伦理观念、文化背景等的接受程度。

目前，我国法律对此缺乏相关规定，理论上主要有血缘说、分娩说、契约说（或称人工生殖目的说）、子女利益最佳说之四种学说。

本院认为，“契约说”体现的是私法自治的法律精神，但在身份法中私法自治有严格的限制，即便在代孕合法化的国家，亦须专门立法予以规制。

“子女利益最佳说”以子女最佳利益作为认定亲子关系的依据，此与我国传统的伦理原则及价值观念不相符合，缺乏社会文化基础。

“血缘说”虽然有着天然的生物学基础，但在民众朴素的伦理观念中，香火延续、传宗接代主要是指父系而言，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。

何况，最高法院1991年函已经突破了纯粹的血缘主义，而在我国尽管合法的卵子捐献渠道极为有限，但亦不能否认存在合法捐卵的情形，故“血缘说”亦不可取。

“分娩说”符合传统民法中“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。

综上所述，本院认为，本案中作为代孕所生子女的罗某丁、罗某戊，其法律上的亲生母亲应根据“分娩者为母”原则认定为代孕者；关于生父的认定，罗乙与两名孩子之间具有血缘关系，故法律上的亲生父亲应为罗乙。

由于罗乙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。

原审判决否定了陈某提出的两名孩子系其夫妻之婚生子女的主张，本院予以认同。

罗某丁、罗某戊的出生证明及户籍登记已记载罗乙、陈某为父母，且亦被罗乙、陈某实际抚养，表明罗乙作为生父已作出实际的自愿认领行为。

罗某甲、谢某某系罗乙的父母，故为罗某丁、罗某戊的祖父母。

二、陈某与罗某丁、罗某戊是否成立拟制血亲关系。

我国法律规定的父母子女关系包括自然血亲关系和拟制血亲关系，后者是指本无血缘关系或无直接血缘关系，但从法律上确认其与自然血亲具有同等权利义务的父母子女关系，包括养父母子女关系和有抚养关系的继父母子女关系。

陈某提出，其作为罗乙的妻子，基于和罗乙共同抚养教育两名孩子的事实，应认定形成事实收养关系或有抚养关系的继父母子女关系，对此，本院评判如下：（一）是否形成事实收养关系。

首先，我国《收养法》对收养应履行的法定手续作出了明确规定，即收养必须向民政部门登记方始成立，而《司法部关于办理收养法实施前建立的事实收养关系公证的通知》，系针对《收养法》实施之前已建立事实收养的情形，本案中陈某与代孕所生的两名孩子之间显然欠缺收养成立的法

定条件。

其次，如按事实收养关系认定，实际上是认可了代孕所生子女的亲权由代孕母亲转移至抚养母亲，这将产生对代孕行为予以默认的不良效果，此种消极认可态度与我国目前对代孕行为的积极禁止立场不相符合。

再次，如果按事实收养关系认定，对我国现行的计划生育政策亦可能造成一定冲击。

综合上述因素，本院认同原审判决关于陈某与罗某丁、罗某戊之间不成立事实收养关系的认定意见。

（二）是否形成有抚养关系的继父母子女关系。

继父母子女关系，通常理解是指生父或生母一方死亡，另一方带子女再婚，或生父母离婚，抚养子女的一方再婚，由此形成的前婚子女与再婚配偶之间的关系。

这一概念的形成基础为传统的社会结构。

然而，随着人们传统的家庭伦理观念不断受到科技发展的影响及新的价值理念的冲击，稳固的婚姻家庭模式发生动摇，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。

《婚姻法》第二十五条规定，“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。

” 此为非婚生子女的权益保护提供了法律依据。

关于拟制血亲的继父母子女关系，其子女范围理应包括婚生子女与非婚生子女。

《婚姻法》第二十七条第二款规定，“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。

” 由此可见，《婚姻法》在区分直系姻亲和拟制血亲的继父母子女关系时，系以是否存在抚养教育之事实作为衡量标准。

根据上述规定，有抚养关系的继父母子女关系的成立应具备两个条件：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。

上述两个条件同时具备，方可成立有抚养关系的继父母子女关系。

据此，缔结婚姻之前一方的非婚生子女，因在双方结婚之前孩子已经存在，作为非生父母一方，接受孩子并与之共同生活，是其与孩子生父母一方结婚时的自愿选择，若同时有抚养教育之事实的，则形成有抚养关系的继父母子女关系。

本案中需要进一步探讨的是，缔结婚姻之后一方的非婚生子女与其配偶之间是否亦可形成拟制血亲的继父母子女关系？本院认为，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，并对该子女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父母子女关系的实质要件。

本案中，罗某丁、罗某戊是陈某与罗乙结婚后，由罗乙与其他女性以代孕方式生育之子女，属于缔结婚姻关系后夫妻一方的非婚生子女。

两名孩子出生后，一直随罗乙、陈某夫妇共同生活近三年之久，罗乙去世后又随陈某共同生活达两年，迄今为止陈某与孩子共同生活已有五年，其间，陈某已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，其权利义务关系应当适用父母子女关系的有关规定。

该拟制血亲的继父母子女关系一旦形成，并不因夫妻中生父母一方的死亡而解除，亦不容继父母随意放弃监护权，仅在生父母与继父母离婚时，继父母不同意抚养的，方仍由生父母抚养，故罗乙的死亡并不能使陈某与两名孩子之间已存在的有抚养关系的继父母子女关系自然终止。

罗某甲、谢某某认为，罗乙与陈某以非法代孕方式生育子女，违反了国家现行的法律法规，故陈某与两名孩子之间未形成法律规定的拟制血亲关系。

对此，本院需要阐明的是，将陈某与两名孩子之间认定为有抚养关系的继父母子女关系，并不表明法院对非法代孕行为予以认可。

首先，之所以作出这一认定，是基于陈某抚养了其丈夫罗乙的非婚生子女这一事实行为，至于该非婚生子女是否代孕所生对此并无影响。

如果否定代孕行为并进而否定代孕所生子女的身份及法律地位，则罗乙亦不能成为两名孩子的生父，这显然不符合民法的基本原则。

其次，本案审理的并非代孕协议纠纷，而是代孕所生子女的监护权纠纷，故法院所面临的首要任务是如何保护未成年子女的合法权益，而非仅着眼于对代孕行为的合法与否进行司法裁判。

就本案而言，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保护。

因此，不管是婚生子女还是非婚生子女，是自然生育子女抑或是以人工生殖方式包括代孕方式所生子女，均应给予一体同等保护。

三、本案中罗某丁、罗某戊的监护权归属问题。

联合国《儿童权利公约》第三条确立了儿童最大利益原则，我国作为该公约的起草参与国和缔约国，亦应在立法和司法中体现这一原则，法院在确定子女监护权归属时，理应尽可能最大化地保护子女利益。

就本案而言，无论是从双方的监护能力，还是从孩子对生活环境及情感的需求，以及家庭结构完整性对孩子的影响等各方面考虑，将监护权判归陈某更符合儿童最大利益原则。

首先，从纠纷双方的年龄及监护能力考虑，陈某正值盛年，有正当工作和稳定收入，亦有足够的精力和能力抚养照顾好两名孩子；而罗某甲、谢某某分别已至耄耋、古稀之年，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。

其次，从生活环境的稳定性、与孩子的亲密程度及孩子的情感需求考虑，罗某丁、罗某戊出生后一直随罗乙、陈某夫妻共同生活，罗乙去世后由陈某抚养照顾，已与陈某形成了难以割舍的母子感情，而与罗某甲、谢某某并未共同生活过，能否适应环境的改变以及与老人共同生活的状态尚属未知。

更何况，对于幼儿来说，母爱是无法替代的，孩子的这一情感需求不能不予考虑。

最后，从家庭结构关系的完整性考虑，认定陈某与两名孩子为有抚养关系的继父母子女关系，则对罗某丁、罗某戊来说，其家庭结构关系仍是完整的，不因其是代孕所生而有异于常人。

人皆有父母，父母子女之情是人类最基本的情感元素，维护正常的亲子关系和家庭内部结构，对幼儿人格的形成具有重要意义。

故此，关于罗某丁、罗某戊的监护权归属，本院认为，首先，根据《民法通则》第十六条的规定，未成年人的父母是未成年人的监护人，其监护顺序处于第一顺位。

本案中陈某虽非罗某丁、罗某戊的生母，但已与两名孩子形成了有抚养关系的继父母子女关系，根据《婚姻法》第二十七条第二款，应适用父母子女关系的规定，从监护顺序而言，陈某优先于作为祖父母的罗某甲、谢某某。

其次，根据儿童最大利益原则，从双方的监护能力、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，监护权归陈某更有利于孩子的健康成长。

据此，本院认定，罗某丁、罗某戊的监护权应归于陈某。

罗乙的去世，无论是对罗某甲、谢某某及陈某，还是对两名孩子，都是一个巨大的伤痛，而罗某甲、谢某某与陈某此后又因争夺两名孩子的监护权而发生诉讼，无疑更增彼此的伤害。

本院需要指出的是，虽然《婚姻法》规定的探望权主体为离婚后不直接抚养子女的父母一方，祖父母通常只随同父母探望，不单独享有探望权。

但考虑到探望权的设置目的在于满足亲情需要和保护未成年子女的最大利益，而亲情不应局限在父母子女之间，也包括其他和子女关系密切的近亲属，故本院认为，基于本案的特殊情况以及陈某在诉讼过程中的承诺，应给予作为祖父母的罗某甲、谢某某以探望权，此一方面可使罗某丁、罗某戊感受到来自祖父母的关爱，另一方面亦可令罗某甲、谢某某知悉陈某对两名孩子的抚养监护情况，既慰其思孙之情，又有监督保护之效。

关于具体的探望方式，双方可自行协商，若协商不成，亦可通过其他合法途径解决。

至于两名孩子将来可通过继承获得罗乙遗产一节，与本案监护权的归属并无关联，实不应成为双方争夺监护权的动因，且法律对于监护人的职责权利与民事责任均有明确规定，成为未成年人的

监护人并不意味着可因此自由控制处分其财产，更并不意味着可获得其财产。

裁判虽然是理性而坚硬的，但亲情却是温暖而柔软的，在家庭关系引发的矛盾纠纷中，更需要的是亲情的温和化解，而非裁判的冷硬切割。

希望双方能够多以孩子为念，化解不必要的矛盾和摩擦，置怨结欢，处理好今后的探望及遗产继承等事宜，给孩子们营建一个亲睦、和谐的家庭环境，使其能够健康、快乐地成长。

综上所述，本院认为，陈某与罗某丁、罗某戊已形成有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。

罗某甲、谢某某作为祖父母，监护顺序在陈某之后，其提起的监护权主张不符合法律规定的条件，同时，从儿童最大利益原则考虑，由陈某取得监护权亦更有利于罗某丁、罗某戊的健康成长，故对陈某的上诉请求，本院予以支持。

据此，依照《中华人民共和国民法通则》第十六条第一款及第二款、《中华人民共和国婚姻法》第二十七条第二款、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：一、撤销上海市闵行区人民法院（2015）闵少民初字第2号民事判决；二、驳回被上诉人罗某甲、谢某某的原诉讼请求。

一审案件受理费人民币80元，二审案件受理费人民币80元，共计人民币160元，由被上诉人罗某甲、谢某某负担。

司法鉴定费人民币5,000元，由上诉人陈某负担。

本判决为终审判决。

审判长侯卫清

代理审判员胡天和

审判员潘兵

二〇一六年六月十七日

书记员周仕颖

附:相关法律条文

一、《中华人民共和国民法通则》第十六条未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

.....二、《中华人民共和国婚姻法》第二十七条.....继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。

三、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：.....（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；.....