



人权理事会

第三十七届会议

2018年2月26日至3月23日

议程项目3

促进和保护所有人权——公民权利、政治权利、
经济、社会及文化权利，包括发展权

买卖儿童和儿童性剥削(包括儿童卖淫、儿童色情制品和其他儿童性虐待材料)问题特别报告员的报告

秘书处的说明

买卖儿童和儿童性剥削(包括儿童卖淫、儿童色情制品和其他儿童性虐待材料)问题特别报告员在她根据人权理事会第 7/13 号和第 34/16 号决议编写的报告中，概述了自 2017 年 3 月向理事会提交上一份报告以来所开展的活动。报告还载有关于代孕和买卖儿童的专题研究，并就如何遵守禁止买卖儿童的规定和如何防止买卖儿童提出建议。



一. 引言

1. 本报告系根据人权理事会第 7/13 号和第 34/16 号决议提交。其中载有买卖儿童和儿童性剥削(包括儿童卖淫、儿童色情制品和其他儿童性虐待材料)问题特别报告员自 2017 年 3 月向人权理事会提交上一份报告以来所开展的活动信息。报告还载有关于代孕和买卖儿童的专题研究。

二. 活动

A. 国别访问

2. 特别报告员于 2017 年 5 月 8 日至 15 日访问了多米尼加共和国。¹ 她还于 2017 年 11 月 8 日至 16 日访问了老挝人民民主共和国。² 访问老挝人民民主共和国的报告将提交人权理事会第四十届会议。特别报告员感谢两国政府在访问前和访问期间给予的合作。

3. 爱尔兰政府已同意特别报告员于 2018 年 5 月 14 日至 21 日访问, 马来西亚政府接受 2018 年 9 月 24 日至 10 月 1 日访问该国。特别报告员感谢两国政府接受访问, 并期待为筹备这两次访问进行建设性对话。她还请印度政府提出 2019 年的访问日期。

B. 其他活动

1. 会议和与利害关系方的接触³

4. 2017 年 10 月 4 日, 特别报告员在罗马宗座额我略大学儿童保护中心主办的“数字世界中的儿童尊严”世界大会上, 主持了一次关于儿童性虐待的会议。

5. 2017 年 10 月 10 日, 特别报告员和贩运人口特别是贩运妇女和儿童问题特别报告员向大会第七十二届会议提交了关于儿童在冲突和人道主义危机局势下遭受买卖、贩运和其他形式剥削的风险的联合报告。⁴ 2017 年 10 月 11 日, 她参加了联合国儿童基金会(儿基会)及欧洲联盟驻联合国代表团和乌拉圭常驻联合国代表团在纽约组织的关于防止暴力侵害儿童及协助重点实现《2030 年可持续发展议程》的具体目标 16.2 并跟踪进展情况的小组讨论。

2. 函文

6. 本报告所述期间发出的六份函文摘要见特别程序的函文报告。

¹ 见 A/HRC/37/60/Add.1。

² 见 www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22416&LangID=E。

³ 关于特别报告员 2017 年 2 月至 7 月的活动, 见 A/72/164。

⁴ 见 A/72/164。

三. 关于代孕和买卖儿童的研究

A. 目标、范围和方法

7. 买卖儿童和儿童性剥削(包括儿童卖淫、儿童色情制品和其他儿童性虐待材料)问题特别报告员的任务包括“与买卖儿童相关的事项”。⁵ 特别报告员的最近两份报告述及在对“儿童性剥削”之外的问题关注不足时所出现的“差距”。⁶ 因此,特别报告员提交大会第七十一届会议的报告侧重于为强迫劳动目的买卖儿童的问题,⁷ 提交人权理事会第三十四届会议的报告则侧重于非法收养问题。⁸

8. 本研究报告述及另一种这样的“差距”,涉及代孕情况下的买卖儿童问题。它是非法收养研究报告的合乎逻辑的后续行动,在该报告中,特别报告员已经指出:“国际商业代孕安排中长期存在国际监管空白,使经由这种方法出生的儿童容易受到侵权。这一做法往往等同于买卖儿童。”⁹ 儿童权利委员会始终在表示类似的关切,认为代孕可能导致或者相当于买卖儿童。¹⁰

9. 因此,本研究报告讨论代孕安排何时构成国际人权法下的、《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》所界定的买卖儿童问题。报告审查了在目前缺乏明确和具体的国际规范情况下有关代孕的各种政策。报告指出,在有管制和无管制的情况下均存在侵权行为。为了加强禁止买卖儿童的基本规范的合法性和可行性,本研究提供了关于实施这一规范的分析和建议,因为它与代孕有关。

10. “代孕”是指一种“第三方”生殖行为,即意向父母与代孕母亲商定:由代孕母亲进行受孕、妊娠和分娩。代孕安排通常包括这样一种期望或协议:代孕母亲将在法律上和实际上将孩子转给意向父母,而不保留亲权或父母责任。¹¹ 代孕一般通过辅助生殖技术进行——如移植式(或完全)代孕中的体外受精和胚胎移植(代孕母亲与孩子无遗传关系)以及传统(或部分)代孕(代孕母亲与孩子有遗传关系)中的人工授精。也可通过购买或“捐赠”方式,从既不是意向父母也不是代孕母亲的其他第三方获得配子,因此,意向父母与孩子可能有、也可能没有遗传关系。¹²

⁵ 见人权委员会第 1990/68 号决议。

⁶ 见 A/71/261, 第 15 段。

⁷ 同上,第 16 段。

⁸ 见 A/HRC/34/55。

⁹ 同上,第 52 段。

¹⁰ 见 CRC/C/OPSC/USA/CO/2, 第 29 段; CRC/C/IND/CO/3-4, 第 57(d)段; CRC/C/MEX/CO/4-5, 第 69(b)段; CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, 第 24 段; 以及 CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, 第 28 段。

¹¹ 见海牙国际私法会议(HCCH),“A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements” (March 2012), 可查阅 <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>。

¹² 同上。如果在体外受精和胚胎移植过程中使用代孕母亲的卵子,也属于传统“代孕”。

11. 本研究报告中对买卖儿童所作的分析适用于国际和国内代孕、传统代孕和移植式代孕以及商业代孕和无偿代孕。本研究集中于根据国际标准禁止买卖儿童、儿童的权利和现代代孕做法所产生的保护问题。代孕对妇女权利的影响不在本研究的范围之内，但影响儿童权利和妇女权利的问题，以及凸显监管或执行问题的某些明显侵权行为除外。特别报告员赞成其他人权专家的立场，他们表示无法接受通过为文化、政治、经济和其他目的将妇女身体工具化而歧视妇女的做法，包括根植于父权保守主义的这种做法。¹³ 特别报告员鼓励其他人权机制和联合国实体通过进一步的研究，推动关于代孕及其对妇女和其他相关利益攸关方人权所产生的影响的讨论，以制定立足人权的规范和标准，防止虐待和侵权行为。本报告的任何内容都不应被解释为限制妇女的决策自主权或其性健康和生殖健康权。

12. 本研究受益于国际专家和有关国际组织提供的资料。特别报告员于 2017 年 11 月 1 日在日内瓦组织了一次代孕问题专家会议。特别报告员还参加了国际社会服务社 2017 年 5 月在意大利维罗纳大学法律系召开的代孕问题专家会议。特别报告员特别要感谢国际社会服务社代母项目核心专家小组的成员为开展本研究所作的贡献。对儿童权利委员会、欧洲委员会和海牙国际私法会议工作的研究使特别报告员受益匪浅。对各国的访问也加深了特别报告员的认识。

B. 迫切的问题

13. 作为一种生殖做法的代孕现象日益增加。实际上，随着跨国收养数量减少并日益受到国际标准的制约，国际代孕安排的数量在缺乏国际标准的情况下迅速增加。¹⁴ 因此，同 1980 和 1990 年代的跨国收养一样，代孕成为一个令人关切的领域，这个领域的需求驱动制度可能会影响到儿童的权利。¹⁵ 还有一种“不安”和担忧是，“让新兴经济体国家的代母为其他国家更富有的意向父母生育孩子，所涉及的问题与跨国收养筹备报告中讨论的问题相类似”。¹⁶

14. 国际代孕安排的跨境模式多种多样。来自澳大利亚、加拿大、法国、德国、以色列、意大利、挪威、西班牙、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国等发达国家的意向父母通常与柬埔寨、印度、老挝人民民主共和国、尼泊尔和泰国等发展中国家的代孕母亲缔结商业性国际代孕安排。¹⁷ 但美国的加利福

¹³ 见 A/HRC/32/44, 第 106(a)段。

¹⁴ 见 Katarina Trimmings and Paul Beaumont, eds., *International Surrogacy Arrangements* (2013), pp. 439, 441 and 442。

¹⁵ 见 J.H.A. van Loon, “Report on intercountry adoption”, preliminary document No. 1, sect. E, pp. 51-55, 可查阅 https://assets.hcch.net/upload/adoption_rpt1990vloon.pdf; 参见 HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”; 另见 Chief Federal Magistrate Pascoe (Australia), “Intercountry surrogacy - a new form of trafficking?”, 可查阅 www.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2012/15.pdf; 以及 Chantal Saclier (International Social Service), “Children and adoption: which rights and whose?”, UNICEF, *Innocenti Digest 4: Intercountry Adoption*, pp. 12-13。

¹⁶ 见 HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, para. 5 以及脚注 28。

¹⁷ 见 Trimmings and Beaumont, p. 472。

尼亚州和其他辖区以及格鲁吉亚、俄罗斯联邦和乌克兰是商业性国际代孕安排的中心，从而产生了一系列不同的跨境关系。¹⁸ 此外，中国的意向父母经常在东南亚和美国进行商业代孕。¹⁹ 所有这些模式都带来了人权方面的关切。

15. 规范代孕的国家法律各不相同，有的禁止，有的允许。这种不同发生在国家之间，有时也发生在国内，因为在有些情况下，代孕主要受当地法律的管辖（即澳大利亚、墨西哥和美国）。²⁰ 禁止最为坚决的国家，如法国和德国，禁止一切形式的代孕，包括商业代孕和无偿代孕，传统代孕和移植式代孕。²¹ 大多有代孕法律的国家，包括澳大利亚、希腊、新西兰、南非和联合王国在内，都禁止“商业性”、“营利性”或“补偿性”代孕，但明确允许或默许“无偿”代孕。²² 只有少数国家明确允许本国和外国意向父母的商业代孕，从而选择成为国内和国际商业代孕中心。²³ 柬埔寨、印度、尼泊尔和泰国以及墨西哥塔巴斯科州是作为国际商业代孕安排中心的国家或辖区方面的例子，但最近已采取措施禁止或限制这种安排，通常是为了应对虐待做法。²⁴ 不过，格鲁吉亚、俄罗斯联邦和乌克兰以及美国的一些州长期以来选择继续作为国际代孕安排的中心。²⁵

16. 规范代孕的法律也有很大不同，有的非常广泛，有的则根本不存在。²⁶ 虽然代孕有历史先例，²⁷ 但现代做法与辅助生殖技术的兴起有关，这些技术提供

¹⁸ 同上，pp. 311-324, 357-366 and 464-469。另见 HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, 脚注 94; HCCH, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements” (March 2014), para. 130, 可查阅 <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>; 以及 *Re D (A Child)* (Surrogacy) [2014] EWHC 2121 (Fam) (Georgia)。

¹⁹ 见下文脚注 22-24。

²⁰ 见 Trimmings and Beaumont, pp. 25, 256 and 257; 以及 Courtney Joslin (reporter), Uniform Parentage Act Drafting Committee (8 February 2016), pp. 3-6, 可查阅 www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016feb8_AUPA_Memo_Revision%20Drafting%20Committee%20Surrogacy.pdf。

²¹ 见 Trimmings and Beaumont, pp. 119-142。

²² 同上，p. 454; HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, para. 18; and Chief Judge John Pascoe (Australia), Third Annual Legalwise International Family Law Conference, Shanghai, China, 17-20 September 2014, 可查阅 www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2014/paper-pascoe-international-commercial-surrogacy。

²³ 见 Chief Judge John Pascoe (Australia), Third Annual Legalwise International Family Law Conference; 以及 Trimmings and Beaumont, pp. 443-454。

²⁴ 见“An update on the work of the Hague Conference on Private International Law”, *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, No. 144 (2017); 以及 Audrey Wilson, “How Asia’s surrogate mothers became a cross-border business”, *South China Morning Post*, 可查阅 www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business。

²⁵ 见 Trimmings and Beaumont, pp. 357-365 and 443。关于格鲁吉亚，见 HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, 脚注 94; HCCH, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”, para. 130; 以及 *Re D (A Child)* (Surrogacy) [2014] EWHC 2121 (Fam)。

²⁶ 见 Trimmings and Beaumont, pp. 443-454。

²⁷ 见 David Smolin, “Surrogacy as the sale of children”, *Pepperdine Law Review*, vol. 43 (2016), pp. 265 and 289-302, 可查阅 https://works.bepress.com/david_smolin/19/。

了新的生育机会，也提出了新的法律和伦理难题。因此人们常说，法律很难跟上不断发展的技术和实践。²⁸ 许多国家，例如阿根廷、比利时、危地马拉、爱尔兰和日本，以及美国的许多管辖区，迄今未能颁布有关代孕的立法，无论是禁止性还是允许性的立法，而由法院和主管机关自行制定应对蓬勃发展的代孕做法的措施。²⁹ 在没有专门代孕法律的情况下，代孕安排通常援用先前存在的关于父母身份、终止父母权利和收养的法律。³⁰ 在那些有代孕方面明确立法的辖区，法律的全面和明确程度各不相同。缺乏明确而全面的代孕法律，可能会导致无管制的商业代孕迅速发展，且其中伴有剥削行为。³¹

17. 意向父母往往从澳大利亚、法国或意大利等禁止商业代孕的辖区前往允许商业代孕的辖区，然后设法将代孕所生子女送回原辖区。这种旅行故意逃避禁止性的法律，给有关辖区造成难题。³² 主管机关和法院经常被要求在事后确认在其中一个或两个辖区均为非法的国际代孕安排的法律效力。³³ 保护这些代孕出生儿童的权利的必要性更加重了这一难题。³⁴ 对意向父母的同情及其组建家庭的意愿使问题进一步复杂化。对代孕母亲，特别是那些往往在由于贫困、无助、缺乏教育和多种形式的歧视而特别易受剥削的情况下为人代孕的母亲的关切，加剧了各国所面临的困境。³⁵

18. 随着法律的变化，国际商业代孕网络迅速从一个辖区转移到另一个辖区。实际上，有时会在一国进行体外受精和胚胎移植，然后将代孕母亲转到第二个国家分娩，而意向父母则来自第三国。³⁶ 因此，显然需要制定和执行国际标准。

19. 这些未决难题给各国和国际社会造成了迫切的问题。其中有些主要涉及为逃避国家禁令而进行国际代孕所产生的难题和对人权的影响。另一些则主要涉及

²⁸ 例如见 Chief Federal Magistrate Pascoe, “The rise of surrogate parenting”, twenty-fourth Law Asia Conference, Seoul, Republic of Korea, 10 October 2011, at sect. 6 (quoting Justice Benjamin), 可查阅 www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2011/speech-pascoe-lawasia-2011。

²⁹ 见 Trimmings and Beaumont, pp. 5-24, 49-83, 167-174, 219-230, 247-253 and 391; 以及 European Parliament, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States” (2013), p. 206, 可查阅 [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403)。

³⁰ 同上。

³¹ 见上文脚注 10 所述的资料来源；以及 Trimmings and Beaumont, p. 442 和 HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”。

³² 见 HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, paras. 25, 28, 31 and 32; 以及欧洲人权法院—Mennesson 诉法国, 申诉号: 65192/11, 2014 年 6 月 26 日的判决; Labassee 诉法国, 申诉号: 65941/11, 2014 年 6 月 26 日的判决; 以及 Paradiso 和 Campanelli 诉意大利, 申诉号: 25358/12, 大法庭 2017 年 1 月 24 日的判决。

³³ 见 HCCH, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”, para. 215。

³⁴ 见 *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), para. 22, per Justice Hedley。

³⁵ 见 HCCH, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”。

³⁶ 见 Audrey Wilson, “How Asia’s surrogate mothers became a cross-border business”。

由于缺乏国际和/或国内管辖法律而可能发生的虐待做法。从这个角度来看，所需的解决办法是明确规范代孕的国际和国内法律框架。³⁷

20. 有人建议将无偿代孕和商业代孕合法化，并加以监管。他们希望合法化与监管框架相结合，将能保护各方的权利、尊严和利益，同时避免地下或无管制代孕所带来的伤害和侵权行为。另一些人则认为应禁止一切形式的代孕，这是基于对人类尊严的关切，或者基于以下看法：代孕具有内在的剥削性，或在目前权力不平衡的情况下，通常具有剥削性。国家立法和实践表明，最受欢迎的答案是禁止商业代孕，而允许无偿代孕，认为商业代孕往往将儿童商品化，并且是对代孕母亲的剥削。³⁸ 欧洲委员会未能采取立场，表明冲突很深，因为绝大多数人赞成要么禁止商业代孕，要么禁止所有代孕，而由于这些立场上的分歧，最终没有采取任何立场。³⁹

21. 即使可以就各种禁止方案达成一致，“适当”监管问题也同样具有分歧。因此，在基本监管问题上存在着根本性的分歧，如亲权的确定，是否要进行最大利益的确定，对代孕财务问题的监管，“代孕母亲”的地位甚至是术语，身份权和了解出身权的落实，对意向父母的适合性审查，遗传关系的重要性，以及合同和法院的作用，等等。因此，即使是那些主张将代孕合法化并加以监管的人，在适当的监管形式方面也可能完全持不同意见。⁴⁰

22. 在这场争论中，本研究基于一个简单前提，找到了一个安全港，这个前提是：所有国家都有义务禁止买卖儿童并制定防范措施。禁止和防止买卖儿童的必要性虽不能为所有有关代孕的政策辩论提供答案，却缩小了允许性做法的范围。

23. 这种以禁止买卖儿童为重点的办法考虑到以下可能性：各国和国际社会在对代孕进行规范时，会试图实现买卖儿童和其他侵犯人权行为的合法化和正常化。鉴于对管辖法律的需求，对儿童的需求，以及利润丰厚和发展迅速的代孕业的影响，所通过的管辖法律可能会损害基本人权。在无适当限制和不考虑人权的情况下，要求国内亲权令得到全球承认，产生了一些相关的风险，即少数辖区对商业代孕采取允许性做法，而相关规章未能保护弱势群体不受剥削的权利，可能会导致侵犯人权的做法在全球正常化。⁴¹

24. 代孕，尤其是商业代孕，往往涉及虐待做法。它还涉及对人权规范合法性的直接挑战，因为一些现行的代孕法律制度声称要将违反禁止买卖儿童的国际规定和其他人权规范的做法合法化。此外，为支持这些商业代孕法律制度而提出的许多论据如果被接受的话，可能会使其他领域、如收养领域被认为非法的一些做

³⁷ 见 HCCH — “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements” and “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”。

³⁸ 见 HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, para. 18; 另见上文脚注 22 中的 Judge Pascoe 2014。

³⁹ 见“An update on the work of the Hague Conference”, pp. 102-103 和脚注 32-33。

⁴⁰ 见 HCCH — “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements” 和 “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”; 参见美国律师协会的报告(见下文)。

⁴¹ 参见美国律师协会，报告和决议 112B，可查阅 https://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/family/Hague_Consideration.authcheckdam.pdf。

法合法化。因此，如果这种管辖法律制度被接受——无论是作为国际法还是国内法，还是通过承认原则——都将损害既定的人权规范和标准。

25. 国际社会不能放弃在制定儿童权利规范和标准方面取得的成果，包括收养方面的规范和标准。在过去几十年，国际社会面临的是以满足成人对儿童的需求为基础、受商业利益和经济利润驱动，并且实际上利用亲生父母脆弱性的收养制度。⁴² 对此，国际社会坚持认为儿童的最大利益是收养的“首要考虑”，⁴³ 制定了要求严格管理跨国收养财务方面的标准，⁴⁴ 力求保护弱势的出生家庭，并否认预期收养父母享有拥有子女的权利。⁴⁵ 这些收养规范的执行存在困难，但在制定标准、监测和遵守方面取得了重大进展。⁴⁶

26. 然而，商业代孕业及其倡导者坚持认为，在收养方面被国际社会拒绝的制度类别，在代孕方面应予接受。因此，商业代孕业及其倡导者认为，全球商业代孕应得到全球接受，它是一种基于市场的体系，主要是为了满足成人对儿童的需求，亲权主要由合同决定。例如，代表 40 多万律师的美国律师协会⁴⁷ 就倡导国内和国际商业代孕。⁴⁸ 美国律师协会的立场具有国际意义，因为它提倡商业性的国际代孕安排和在全球开展业务的中介机构。

27. 美国律师协会指出，“不可否认的是，以付钱方式委托代孕生子，这是一个市场”。⁴⁹ 美国律师协会对这个“市场”表示赞扬，指出“基于市场的机制使国际代孕业得以高效运作”。⁵⁰ 该协会拒绝将儿童的最大利益标准适用于代孕，⁵¹ 拒绝对意向父母是否适合做父母的大多数形式的适合性审查和评估，⁵² 设定对代孕母亲和配子捐助者的补偿上限，⁵³ 拒绝对代孕机构的许可要求，⁵⁴ 不承认获取出生记录或出身信息的权利，⁵⁵ 拒绝以 1993 年《跨国收养方面保护儿童及合作海牙公约》作为“代孕公约范本”，⁵⁶ 并拒绝双边代孕条约。⁵⁷ 美

⁴² 例如见 Saclier, “Children and adoption”, pp. 12-13; 以及 van Loon, “Report on intercountry adoption”。

⁴³ 见《儿童权利公约》第 21 条。

⁴⁴ 同上，第 21 条(d)项；1993 年《海牙公约》，第 4 条第 3 款第(3)项、第 8 条和第 32 条；以及 HCCH, “Note on the financial aspects of intercountry adoption (2014)”, 可查阅 <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6310>。

⁴⁵ 见 1993 年《海牙公约》第 4 条；以及 Saclier, “Children and adoption”, pp. 12-13。

⁴⁶ 见《儿童权利公约》第 20-21 条、1993 年《海牙公约》和 A/HRC/34/55。

⁴⁷ 见 https://www.americanbar.org/about_the_aba.html。

⁴⁸ 见美国律师协会报告和决议。应当指出的是，该协会并不代表美国政府，美国既有允许也有禁止代孕的辖区。见 Joslin, 脚注 7。

⁴⁹ 美国律师协会报告，p. 9。

⁵⁰ 同上，p. 11。

⁵¹ 同上，pp. 15-16。

⁵² 同上，pp. 4, 17-18。

⁵³ 同上，pp. 20-21。

⁵⁴ 同上，p. 20。

⁵⁵ 同上，pp. 21-22。

⁵⁶ 同上，p. 15。

⁵⁷ 同上，pp. 4-5。

国律师协会指出，“任何以监管国际代孕市场本身为重点的做法都是错误的”。⁵⁸事实上，该协会敦促任何有关代孕的国际文书都不要涉及人权问题；⁵⁹因此，它拒绝“为减少侵犯人权行为的目的对代孕业进行监管”。⁶⁰如果这种立场得到认可，那么在制定与收养有关的儿童权利规范和标准方面取得的成果将会丧失殆尽，新一代的侵犯人权行为将会出现。

28. 收养与代孕之间存在显著差异，并不是所有适用于收养的规则都适用于代孕。但某些人权原则适用于两者，包括禁止买卖儿童、⁶¹以儿童的最大利益为首要考虑、⁶²无拥有子女权，⁶³对财务交易的严格监管和限制，⁶⁴身份权和了解出身的权利，⁶⁵以及保护免受剥削等。⁶⁶本报告重点讨论维护这些人权标准的必要性，以应对基于市场和合同的大规模商业代孕所造成的压力。

C. 代孕体系中的虐待行为

29. 关于代孕情况下的虐待行为，有很多记录。例如，雇用印度和泰国代母的澳大利亚和以色列人被判犯有性犯罪，⁶⁷一名富有的日本男子雇用了 11 名代孕母亲，导致 16 名婴儿在泰国和印度出生，⁶⁸泰国一名代孕出生的残疾婴儿被遗弃，⁶⁹在印度代孕出生的“超额”双胞胎婴儿被遗弃或卖掉等。⁷⁰商业代孕网络跨境转移代孕母亲(有时已经怀孕)，以逃避国内法律；在一起案件中，泰国当局发现并释放了 15 名越南妇女，导致提出了对“婴儿农场”做法中贩运人口的指控。⁷¹

⁵⁸ 同上，p. 14。

⁵⁹ 同上，p. 1。

⁶⁰ 同上，p. 7。

⁶¹ 见《儿童权利公约》，第 35 条；以及《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》。

⁶² 见《儿童权利公约》第 3 和第 21 条。

⁶³ Saclier, “Children and adoption”, pp. 12-13; 以及 Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (1995)。

⁶⁴ 见《儿童权利公约》，第 21 条(d)项；1993 年《海牙公约》第四条第(三)款第 3 项、第八条和第三十二条；以及 HCCH, “Note on the financial aspects of intercountry adoption”。

⁶⁵ 见《儿童权利公约》第 7、第 8 和第 9 条。

⁶⁶ 同上，第 35 条；《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》；以及 2000 年《禁止贩运人口议定书》。

⁶⁷ 例如见 www.geneticsandsociety.org/article.php?id=6933; www.abc.net.au/news/2014-08-06/baby-gammys-father-convicted-on-more-than-20-child-sex-charges/5653502; 以及[2016] FCWA 17, 可查阅 www.familycourt.wa.gov.au/_files/Publications/2016FCWA17anon.pdf。

⁶⁸ 见 Samantha Hawley, Japanese man fathers 16th baby via surrogate in Thailand, 9 September 2014, 可查阅 www.abc.net.au/news/2014-09-10/japanese-surrogacy-man-has-another-baby/5732856。

⁶⁹ 见上文脚注 67 中的[2016] FCWA 17。

⁷⁰ 例如见 www.bionews.org.uk/page_460525.asp 和 <http://nymag.com/thecut/2015/03/dark-side-of-international-surrogacy.html>。

⁷¹ 见 <https://www.pri.org/stories/2011-03-18/underworld-upending-asian-baby-farm> 和 www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business。

30. 许多这类虐待行为都是在无管制情况下发生的，往往涉及西方国家的父母雇用营利性中介机构与发展中国家的弱势代母订立合同的情况。⁷² 然而，在声称管理良好的商业代孕辖区，也存在虐待行为。例如，在作为一个国际代孕安排中心的加利福尼亚，某出售婴儿团伙中的两位著名代孕律师被定罪。⁷³ 据政府当局说，一位著名代孕律师承认“她和同谋者利用代孕母亲建立一个未出生婴儿库，每个婴儿将卖 10 万美元以上。”⁷⁴ 被定罪的律师告诉当地媒体，关于虐待行为，她仅是“腐败”的“十亿美元代孕业”中的“冰山一角”。⁷⁵

31. 加州的另一起案件，即 Cook 诉 Harding 案⁷⁶ 揭示了一个有管制的商业代孕辖区内有意的监管疏漏：“法律没有规定谁可以做代孕母亲(只是要求她不得与胎儿有遗传关系)或谁能寻求代母服务……对代孕或预期父母没有规定最低收入水平、智力、年龄或能力等要求”。⁷⁷

32. 在 Cook 案中，代孕机构为一名 47 岁的代孕母亲与一名 50 岁的单身意向父亲牵线。三个胚胎被移植，致使怀了三胞胎。当意向父亲不愿为高风险的三胞胎妊娠承担费用，并要求做减胎流产时，就出现了冲突。代孕合同中包含一个通用条款，即减胎流产决定由意向父亲作出。代孕母亲拒绝这种流产。⁷⁸ 因此，“C.M.的律师书面通知库克，如果拒绝减胎，她就违反了合同，要支付赔偿金。”⁷⁹ 还有人认为，拒绝减胎流产的代孕母亲应承担经济赔偿责任，包括“由此生下的孩子的医疗费用”。⁸⁰

33. 因此，一些辖区的代孕规范旨在强制执行合同，为意向父母获得子女，维持行业利润，并有意拒绝对儿童或代孕母亲的大多数保护。这种基于合同的模式导致了系统性的侵权行为。实际上，这些以合同为基础的法律制度造成了买卖儿童现象，因为它们包括依合同在出生前确定亲权。儿童权利委员会告诫说，这可能会导致买卖儿童。⁸¹

⁷² 见上文脚注 67-71 所述的资料来源。

⁷³ Smolin, “Surrogacy as sale of children”, pp. 328-330.

⁷⁴ Federal Bureau of Investigation, “Baby-selling ring busted”. 可查阅 <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>。

⁷⁵ Rory Devine and R. Stickney, “Convicted surrogacy attorney”. 可查阅 www.nbcsandiego.com/news/local/Theresa-Erickson-Surrogacy-Abuse-Selling-Babies-140942313.html。

⁷⁶ 见 <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>。

⁷⁷ 同上，p. 6。

⁷⁸ 见 <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>；以及 Dov Fox, “Surrogacy contracts, abortion conditions, and parenting licenses”, 可查阅 <http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2016/06/07/surrogacy-contracts-abortion-conditions-and-parenting-licenses-in-the-curious-case-of-cook-v-harding/>。

⁷⁹ 见 <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>, p. 8。

⁸⁰ Dov Fox, “Surrogacy contracts, abortion conditions, and parenting licenses”。

⁸¹ 见 CRC/C/OPSC/USA/CO/2, 第 29 段；CRC/C/IND/CO/3-4, 第 57(d)段；CRC/C/MEX/CO/4-5, 第 69(b)段；CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, 第 24 段；以及 CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, 第 28 段。

D. 国际法律框架

34. 《儿童权利公约》第 35 条规定：“缔约国应采取一切适当的国家、双边和多边措施，以防止为任何目的或以任何形式诱拐、买卖或贩运儿童”。“为任何目的或以任何形式”一语具有重要意义，对于这一条所禁止的内容，代孕也不例外。组建家庭不应通过“诱拐、买卖或贩运儿童”来实现。

35. 《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》第 1 条明确禁止买卖儿童。该《任择议定书》第 2 条(a)项将买卖儿童界定为“任何人或群体将儿童转予另一人或群体以换取报酬或其他补偿的行为或交易”。《儿童权利公约》和《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》的前提是，买卖儿童本身是严重的伤害和侵犯人权行为，无需证明《公约》下的任何其他侵权行为，例如性剥削或劳动剥削。⁸²

36. 1993 年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》确认《儿童权利公约》第 35 条和《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》第 1 条中的禁令适用于组建家庭的方法(如跨国收养)，该公约第 1 条中指出：“本公约的宗旨为……在缔约国之间建立合作制度，确保上述保障措施得到遵守，以防止诱拐、出卖和贩卖儿童。”

37. 《儿童权利公约》认为，关于国内和国际收养的国家政策可以具有多样性。因此，一些国家认为国内和国外收养均是组建家庭的积极方法，另一些国家则没有在国内法中规定其中一种或两种方法。⁸³ 1993 年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》明确指出，无论这些政策有什么分歧，各国都必须制定保障措施，防止将诱拐、买卖或贩运儿童作为组建家庭的手段。这个原则也适用于代孕。在这方面，儿童权利委员会在对受代孕影响的国家的审查中持一贯立场，指出如果管理不善，代孕可能构成买卖儿童。⁸⁴ 因此，各国不管对代孕持何种观点，都必须在代孕方面禁止诱拐、买卖和贩运儿童，并制定防范保障措施。

E. 商业代孕的定义

38. 商业代孕也称为“营利性”或“补偿性”代孕，它的一个定义侧重于意向父母和代孕母亲之间的合同和交易关系，而不是无偿关系。因此，在代孕母亲同意提供妊娠服务和/或在法律上和实际上转移儿童以换取报酬或其他补偿时，即为商业代孕。

⁸² John W. Tobin, “To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy?” *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, No. 2 (2014), University of Melbourne Legal Studies research paper No. 689, pp. 18-21 and 24-27, 可查阅 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2476751。

⁸³ 见 1993 年《海牙公约》，第二十一条，以及 *Child Adoption: Trends and Policies*, United Nations publication, 可查阅 www.un.org/esa/population/publications/adoption2010/child_adoption.pdf。

⁸⁴ 见 CRC/C/OPSC/USA/CO/2, 第 29 段；CRC/C/IND/CO/3-4, 第 57(d)段；CRC/C/MEX/CO/4-5, 第 69(b)段；CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, 第 24 段；以及 CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, 第 28 段。

39. 商业代孕还包括超出代孕安排直接产生的合理和明细费用的“补偿”。⁸⁵可以推断，不合理或非明细“费用”的支付是对妊娠服务和/或转移儿童的变相支付。

40. 营利性中介的参与是商业代孕的另一个指标。在本报告中，中介被定义为替意向父母和代孕母亲牵线搭桥，以及/或者调解正在进行的代孕安排的各方(个人或组织/机构)，包括医疗诊所、医务专业人员、律师、代孕机构或“经纪人”。医务专业人员或诊所以及律师因提供代孕所需的专业服务而得到合理补偿，如果他们不履行建立和协调意向父母与代孕母亲之间关系的职能，就不一定是中介。商业代孕的这个补充定义是必要的，因为中介往往获得最大的利润，并创建大型的国家 and 跨国代孕市场和网络。

F. 代孕与买卖儿童

41. 目前的商业代孕通常构成国际人权法界定的买卖儿童。如下文第四节所述，如果根据国际人权规范和标准，以和许多商业代孕制度所不同的方式对商业代孕进行密切监管，则商业代孕就不会构成买卖儿童。对无偿代孕也必须予以适当监管，以避免买卖儿童(见下文第三(G)(8)节)。

42. 根据《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》第 2 条(a)项，只要代孕母亲或第三方为转移儿童获得“报酬或其他补偿”，代孕安排即构成买卖儿童。买卖儿童的定义有三个要素：(a) “报酬或其他补偿”(付款)；(b) 转移儿童(转移)；(c) 以“(a)”换“(b)”(以付款换取转移)。

1. 第一个要素：报酬或其他补偿(付款)

43. 从定义来看，在所有商业代孕安排中，均会收到“报酬或其他补偿”(付款)或这方面的承诺。对未来付款的承诺构成“其他补偿”，因此，即使在付款之前，该要素也已经确立。下文第三(G)(8)节讨论无偿代孕的付款问题。

2. 第二个要素：转移儿童(转移)

44. 转移儿童要求在法律上或实际上转移儿童。法律上转移儿童包括亲权或父母责任的转移。⁸⁶实际转移儿童包括一个人或一个群体将儿童移交给另一个人或另一群体的行为。实际转移儿童并不需要法律上的转移。买卖儿童的概念不要求转移者有亲权或法定父母责任。贩运者以实际转移儿童(即便其对儿童的控制是非法的)来换取“报酬或其他补偿”，属非法贩卖儿童。

45. 代孕安排中会发生儿童法律上的转移，或这方面的承诺。根据所有国家的国内法，分娩妇女在儿童出生时通常被赋予亲权和父母责任。实际上，这是1993年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》的一项规定，即使在计划跨国收养的情况下也是如此。⁸⁷在传统代孕安排中，代孕母亲在儿童出生时的亲权通

⁸⁵ 见 HCCH, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”。

⁸⁶ “父母责任”一词基于《儿童权利公约》(第 18 条)，包括一些辖区中使用的“监护”一词。

⁸⁷ 见 1993 年《海牙公约》第四条第(三)款第 4 项。

常得到认可，因为代孕母亲既是遗传学上的母亲，也是妊娠母亲。因此，意向父母要获得亲权，必须要有转移。

46. 在移植式代孕方面，情况更为复杂。由于各辖区一般并不要求分娩妇女为确立亲权而必须证明遗传关系，因此没有遗传关系并不妨碍亲权。事实上，代孕倡导者并不认为缺乏遗传关系是意向父母确定亲权的障碍，有些代孕制度甚至不要求意向父母具有遗传关系。⁸⁸

47. 然而，一些代孕国家制定了法律规则，其中规定，根据胚胎移植前签订的合同，代孕妊娠母亲(往往被称为“妊娠载体”、“代孕载体”或“妊娠代孕者”)在儿童出生前失去亲权。⁸⁹ 根据这些法律，有效的代孕合同通过两种方式实现儿童的转移，一是通过法律的实施，二是通过法院或其他主管机关的出生前或出生后行动，只要合同本身符合某些最低标准，法院或主管机关即有义务落实儿童的转移。⁹⁰ 因此，这些国家认为，使代孕母亲成为不相关的“妊娠载体”的，是代孕合同，而不仅仅是无遗传关系。⁹¹ 在这种情况下，代孕合同本身包括法律上的亲权转移，或至少是这种转移的关键和不可逆转的一步。代孕母亲在签署代孕合同时，即参与儿童在法律上的转移。因此，在 *Johnson 诉 Calvert* 案中，加利福尼亚州最高法院特别提到，代理母亲“通过签订合同，放弃了对儿童的任何权利”。⁹²

48. 此外，代孕合同明确或隐性地包括代孕母亲配合法律程序的承诺，这些程序确保她和她的配偶(如适用)终止亲权和父母责任，亲权和父母责任在法律上属于意向父母。⁹³ 在某些辖区，根据法院或其他主管机关批准代孕安排的行为，转移在出生之前进行。⁹⁴ 同样，代孕母亲的出生前行动有助于将亲权赋予意向父母。因此，代孕安排通常包括所承诺的或实际的法律上转移儿童。在出生之前完成转移的法律制度并不改变法律转移的存在。

49. 代孕安排还包括代孕母亲承诺或实际将儿童移交给意向父母。事实上，一些代孕合同试图在合同上或实际上限制代孕母亲的行动自由，以确保意向父母在儿童出生时对儿童的控制权。⁹⁵ 代孕母亲明确或隐性地承诺在代孕安排中将生出的孩子实际移交给意向父母。

3. 第三个要素：交换(以付款换取转移)

50. 买卖儿童的第三个也是最后一个要素是“换取”一词，它指的是交换：必须为转移儿童支付“报酬或其他补偿”(付款)。

⁸⁸ 见美国律师协会报告；以及《加利福尼亚州家庭法》，第 7960-7962 条。

⁸⁹ 见 *Joslin*, pp. 3-6 (在美国有加利福尼亚州、缅因州和新罕布什尔州)。

⁹⁰ 同上。

⁹¹ 同上。

⁹² 851 P.2d (1993), p. 776 and pp. 781-782.

⁹³ 同上, p. 778。

⁹⁴ 见 *Joslin*。

⁹⁵ Deborah Forman, “Abortion clauses in surrogacy contracts”, *Family Law Quarterly*, vol. 49 (2015), p. 29; 另见 <https://www.pri.org/stories/2011-03-18/underworld-upending-asian-baby-farm>。

51. 商业代孕安排通常包括付款与转移之间的交换。在商业代孕安排中，承诺和实际转移儿童通常是所涉安排及相关协议和合同的实质，否则不会实际或承诺付款。如果代孕母亲怀孕、妊娠并分娩，则若她拒绝参与在法律上和实际上将儿童转给意向父母，就不会被视为履行了其承诺和合同义务。在商业或补偿性代孕安排中，代孕母亲为所提供的妊娠和分娩服务获得报酬，也是为转移儿童获得报酬。商业代孕的立法和实践要求执行代孕合同，特别包括转移亲权和父母责任，⁹⁶这就更清楚地表明，转移是合同的本质，是支付给代孕母亲的补偿的一部分。因此，根据当前的时间，第三个要素即交换在大多数商业代孕安排中都得到满足。

G. 特定情况下的买卖儿童

1. 买卖和订立合同的时间

52. 在加利福尼亚，怀孕期间订立的商业代孕合同被视为买卖儿童，但在胚胎移植之前签署的商业代孕合同则不是。⁹⁷

53. 如果这种区分是基于如下理论：一个不存在的人或尚未对其确立监护权的人是不能被买卖的，则根据这样的理论，只要合同或放弃是在怀孕之前签署的，就可以为收养目的合法买卖婴儿，从而导致“婴儿农场”做法的合法化。在商业世界里，商品的预生产订单是常见的，将这种做法适用于人的买卖，显然违反《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品的任择议定书》。事实上，在一个著名的代孕案例中，怀孕前订立的代孕合同被认为违反了当地禁止买卖儿童的法律。⁹⁸

2. 买卖儿童和出生时的亲权关系

54. 在一些辖区，法律将无遗传关系的代孕母亲定义为单纯的“妊娠载体”。如果订立了有效的胚胎移植前合同，则法律不将“妊娠载体”视为生母。会实施一些出生前程序，即在原始出生证件上将合同中的意向父母列为唯一的父母，无论意向父母与孩子是否有遗传关系。这种办法的支持者认为，在这种法律背景下，即使涉及商业代孕，也不会发生买卖儿童问题，因为“妊娠载体”不能转让一个从未属于她的孩子。⁹⁹上文第三(G)(1)节分析的前一种主张，即订立合同的时间逃避了禁止买卖儿童的规定，经常被与这一论点结合使用。

55. 这种观点依赖于一个有争议的前提，那就是：怀上并生下孩子的女人不是一位母亲，而是一位育儿工作者。¹⁰⁰这类观点还依赖于如下说法：代孕母亲从来不是母亲，因为她没有遗传关系——这与赋予无遗传关系的意向父母以亲权的做法相矛盾。¹⁰¹

⁹⁶ 见 Joslin, pp. 3-4.

⁹⁷ 见上文脚注 74-76。

⁹⁸ *Baby M.*, 537 A.2d, p. 1227 (pinpoint: p. 1240) (Supreme Court of New Jersey, 1988).

⁹⁹ 见 Joslin; and Smolin, pp. 311-315.

¹⁰⁰ Steven Snyder, “Reproductive surrogacy in the United States of America”, *Handbook of Gestational Surrogacy* (2016), pp. 276-278.

¹⁰¹ 美国律师协会报告，pp. 1, 5, 15 and 17.

56. 然而，即使我们接受这种有争议的前提条件和不一致之处，在一些商业代孕辖区，代孕合同也是亲权关系的主要决定性因素。¹⁰² 因此，移植式代孕合同明确和隐含性地包括亲权的转移，并且这种转移通常是向妊娠代母支付的合法补偿的核心部分。此外，还可以向代孕母亲付款以便在意向父母可到达的地方分娩，并在出生后实际转移儿童；如上所述，根据《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品的任择议定书》，即使转移者没有亲权或父母责任，也可以存在转移。

57. 关于“从来不是母亲”的怀孕载体的法定假设是一个法律概念，用来说明否定代孕母亲权利的合理性。一旦代孕母亲在怀孕期间的地位降至仅是为意向父母利益行事的妊娠载体，强制执行旨在剥夺她的权利和自由(例如健康权和行动自由权)的合同的门就打开了。¹⁰³

3. 买卖儿童和专有亲权

58. 有人主张意向父母不能购买“自己的”孩子。但意向父母至少在支付专有费用，从而使他们可以无须与代孕母亲分享亲权和父母责任。为了实现这种专有性，意向父母向代孕母亲支付报酬，使之放弃和转移法定亲权和父母责任，以及实际移交孩子。

59. 孩子自动成为意向父母的孩子这一前提也是有缺陷的。如上文第三(F)节所述，作为商业代孕辖区中亲权基础的，通常是合同或安排，而合同明确或隐含性地包括转移。

4. 买卖儿童和买卖服务

60. 有人认为商业代孕只是买卖妊娠“服务”而不是买卖儿童。虽然商业代孕由于代孕母亲同意接受人工授精或胚胎移植、进行妊娠和分娩而包括买卖妊娠服务，但通常实行的商业代孕还包括为在法律上和实际上转移儿童而支付报酬。一般来说，有关转移儿童的规定是协议的本质内容，如果没有这些规定，意向父母既不会签署协议，也不会向代孕母亲支付报酬。因此，商业代孕包括买卖服务，但通常也包括买卖儿童。

61. 一些人试图通过在代孕协议中列入实质内容如下的条款来规避禁止买卖儿童的规定：双方同意所有付款都是为了服务，无一是为了转移或买卖儿童。但是，当代孕安排实质上包括买卖儿童时，随意赋予买卖儿童其他名称的合同并不能规避禁止买卖儿童的规定。

5. 买卖儿童和中介

62. 中介往往是代孕市场的创建者和参与者，并且经常获得最丰厚的利润。意向父母和代孕母亲之间的互动构成买卖儿童的，中介往往是同谋，因此负有法律责任，因为他们在建立和协调意向父母与代孕母亲之间的关系方面起到中介作

¹⁰² 见 Joslin；以及 Johnson 诉 Calvert 案。

¹⁰³ 见 Joslin；以及 *New Hampshire Revised Statutes Annotated*, sects. 168-B:10, B:11 and B:12 (2014)。

用。对代孕情况下买卖儿童的起诉应把重点主要放在中介身上，如果没有特殊情况，被起诉者不应包括经常被视为受到剥削的代孕母亲。

63. 在实际上或法律上将孩子交给意向父母以换取“报酬或其他补偿”的中介直接对买卖儿童负责。有些中介对代孕母亲实施身体上或法律上的特殊控制，并对代孕出生的儿童进行直接控制。在这种情况下，中介可能对转移儿童负主要责任，并因此可能在适当情况下对买卖儿童负直接责任。

6. 买卖儿童和否认“拥有子女的权利”

64. 国际和区域人权文书保护“成立家庭”的权利或“尊重……私人和家庭生活”的权利。¹⁰⁴ 一些国家的法律制度使用“拥有子女的权利”一词，尽管这一术语并未出现在国际人权文书中。在此基础上，人们有时认为，所有成年人均有权建立家庭并养育子女。但普遍认为国际法没有规定“拥有子女的权利”。¹⁰⁵ 子女不是国家能够保证或提供的产品或服务，而是享有权利的人。因此，规定“拥有子女的权利”将是对儿童平等人权的根本否定。必须坚决反对“拥有子女的权利”这一做法，因为这破坏了儿童作为享有人权的人的基本前提。

65. 一般来说，商业代孕倡导者并不要求国家给他们“隐私权”，让他们在没有国家干预的情况下享有私人和家庭生活。相反，商业代孕倡导者试图争取国家以剥夺儿童享有最大利益保护的权力，以及身份权和了解出身的权利，同时剥夺代孕母亲的亲权和保健决定自主权等方式，来执行代孕合同。商业代孕倡导者寻求制定立法，以牺牲儿童和代孕母亲利益的方式赋予中介和意向父母权力，这种意愿有时会实现。¹⁰⁶ 此外，复杂的合同网络和收费高昂的中介以及商业代孕安排中涉及的财务交易并不能被视为免于监管的事项。

7. 买卖儿童与监管的作用

66. 有人可能会认为，不加管制的代孕可导致买卖儿童，而严格监管的商业代孕体系则不会。同样，也有人可能认为，发达国家严格监管的商业代孕体系可避免买卖儿童，尽管在发展中国家开展业务的国际商业代孕体系往往做不到这一点。¹⁰⁷

67. 的确，不加管制的商业代孕体系往往涉及买卖儿童，并易出现虐待和侵犯儿童权利行为。因此，儿童权利委员会特别警告说，代孕“若不明确规范，将构成买卖儿童”。¹⁰⁸

68. 但是，说有管制的商业代孕体系可以避免买卖儿童，这是不准确的。因此，儿童权利委员会在 2017 年针对美国表示，“但委员会感到关切的是，缔约

¹⁰⁴ 例如见《公民权利和政治权利国际公约》第二十三条第 2 款；《欧洲人权公约》第 8 条和《美洲人权公约》第 17 条第 2 款。

¹⁰⁵ 例如见 Saclier, “Children and adoption”, pp. 12-13; 以及 Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*。

¹⁰⁶ 见上文脚注 47-60 和 75-80。

¹⁰⁷ 例如见 Snyder, p. 284。

¹⁰⁸ 见 CRC/C/OPSC/USA/CO/2, 第 29 段；CRC/C/IND/CO/3-4, 第 57(d)段；CRC/C/MEX/CO/4-5, 第 69(b)段；CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, 第 24 段；以及 CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, 第 28 段。

国内商业化使用代孕的现象十分普遍，……可能导致买卖儿童行为。委员会尤为关切的是，有些情况下，对父母身份问题的认定只以孕前或出生前的合同为唯一决定依据。”¹⁰⁹ 委员会的关切直接适用于美国有管制的商业代孕辖区，这些辖区通常已颁布立法，规定在亲权方面，商业代孕合同是可强制执行的和决定性的。¹¹⁰

8. 买卖儿童和无偿代孕

69. 从理论上讲，真正的“无偿”代孕并不构成买卖儿童，因为无偿代孕被理解作为一种无偿行为，通常发生在已经存在关系的家庭成员或朋友之间，往往没有中间人的介入。因此从理论上讲，无偿代孕不是基于合同关系的有偿服务和/或转移儿童。但有组织的代孕体系的发展虽然也称为“无偿”，却往往涉及向代孕母亲和中介支付大量报酬，这可能会模糊商业代孕和无偿代孕之间的界限。因此，贴上“无偿”标签的代孕安排或代孕体系并不能自动免受《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》的管辖，有必要对无偿代孕加以适当监管以避免买卖儿童。法院或其他主管机关必须要求向代孕母亲支付的所有“报酬”是合理的且列有明细，否则“报酬”可能是转移儿童的变相费用。向中介支付的费用，无论中介是营利性的还是非营利性的，均可视为商业代孕，该费用应该是合理的，且列有明细。如果使用“疼痛和痛苦”或“专业服务”等开放式项目类别支付大额报酬或款项，则存在特别风险。

9. 买卖儿童和承认国外代孕

70. 禁止所有代孕或商业代孕的国家经常面临这样一种情况：他们的国民在国外进行代孕以逃避法律，然后试图把孩子带回家。跨境代孕大多是由营利性中介协调的商业代孕，通常是在允许商业代孕的辖区进行。意向父母所在国不应认为这种代孕是无偿的。鉴于在有管制和无管制的商业代孕中有买卖儿童的风险，各国通常不应自动承认来自外国的与商业代孕有关的亲权令或出生记录，而应仔细审查国外的有关程序。意向父母所在国负责进行出生后的最大利益确定、保护儿童的身份权和了解出身的权利，对亲权进行独立的评估，以及调查代孕母亲的待遇和出生后代孕母亲的同意等情况。意向父母所在国只能在进行此类评估之后，根据儿童的最大利益，赋予意向父母亲权和父母责任。儿童不得因其出生情况而受到惩罚或歧视，必须保护代孕出生儿童的权利。¹¹¹ 有关国家，即意向父母所在国和儿童出生国，负责确保不会出现无国籍状态。

10. 买卖儿童和产后放弃

71. 代孕母亲在孩子出生时专享亲权和父母责任，这一要求是禁止买卖儿童规范所必需的，并对代孕母亲的权利予以保护。但是，如果代孕母亲在出生后不想保留亲权或父母责任，那么儿童的最大利益就是要有一个转移儿童的法律机制。

¹⁰⁹ 同上。

¹¹⁰ 见 Joslin。

¹¹¹ 见上文脚注 32 所述案件。

所有国家都有责任为代孕安排建立这样一种出生后转移儿童的机制，即使不允许父母放弃子女或转移亲权。

四. 结论和建议

A. 结论

72. 如果能明确代孕母亲只是因提供妊娠服务而不是转移儿童收取报酬，则商业代孕可以不构成买卖儿童的方式进行。为了使之不仅仅是一个法律上的假设，需要满足以下条件。首先，代孕母亲必须被赋予生母的地位，并且在出生时不得负有参与在法律上或实际上转移儿童的合同或法律义务。因此，即使代孕母亲保留亲权和父母责任，也会被视为通过妊娠和分娩行为履行了所有合同或法律义务。其次，必须在进行出生后法律上或实际上的转移儿童之前付给代孕母亲所有款项，并且所有付款均不得收回，哪怕是代孕母亲选择保留亲权和父母责任；这些条件应在合同中明确规定。如果代孕母亲选择保留亲权和父母责任，她可能在法律上有义务与他人(包括意向父母)分享亲权和父母责任。然而，代孕母亲没有义务因代孕安排而放弃自己的地位。代孕母亲在儿童出生后的所做的任何在法律上或实际上转移儿童的选择必须是一个无偿行为，是基于自己在儿童出生后的意愿，而不是任何法律或合同义务。

73. 一个适当监管的商业代孕体系也能为儿童提供必要的保护，其中包括出生后针对每个儿童确定其最大利益、对意向父母的适合性进行适当的审查，以及对了解出身的权利和身份权予以保护。为了保护各方利益，应在怀孕前对代孕安排进行筛查和审查，但是出生前程序对亲权和父母责任没有决定性，只能在出生后经过适当审查才能确定。同样，根据保留生母地位的规定，对代孕母亲的适当保护将包括保留对所有保健决定的知情同意权，以及行动和旅行自由——包括不能通过合同让渡这类权利的原则。对代孕财务和医疗方面的适当规范以及对中介的严格监管也是必要的。

74. 目前，在甚至无遗传关系的代孕母亲在儿童出生时仍保留亲权的辖区(如俄罗斯联邦)，也实行商业代孕。¹¹² 另外，代孕从业者声称，在一些缺乏代孕法律的国家，他们依靠先前存在的有关亲权、终止父母权利和收养的规则来实施商业代孕，从而导致代孕母亲对意向父母的出生后自愿转移和出生后亲权令。¹¹³ 此外，商业代孕从业者称，较少代孕母亲会改变主意，在出生后试图保留亲权和父母责任，因此意向父母承担的代孕母亲在出生时保留亲权和父母责任的风险相当有限。事实上，一位著名的商业代孕律师发现，意向父母比代孕母亲更常改变主意。¹¹⁴ 因此，目前的做法表明，商业代孕可在保留传统规则即生下儿童的妇女

¹¹² 见 Trimmings and Beaumont, pp. 313-319; 以及 European Parliament, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States”, pp. 333-338。

¹¹³ 见 Trimmings and Beaumont, pp. 391-392。

¹¹⁴ 见 <https://www.nytimes.com/2014/07/06/us/foreign-couples-heading-to-america-for-surrogate-pregnancies.html>。

是生母的法律制度下实行，并实施适当的出生后转移程序。当然，在无管制的环境中进行商业代孕风险仍然很高，不予建议。

75. 为了履行其禁止代孕中买卖儿童的义务并制定防范措施，各国应禁止商业代孕，除非如上所述，制定包括明确和全面的法律框架在内的适当监管制度。这种做法是以转移儿童是商业代孕安排的本质为前提的，因此是考虑向代孕母亲付款的一部分。如果各国明确制定和有效执行本结论和建议所述的规定，就可以严格监管和允许不涉及买卖儿童的商业代孕。各国不应通过以代孕合同的强制或自动执行为基础同时附带出生前亲权令的商业代孕规定，因为这样会使各国因授权实行构成买卖儿童的做法而成为共谋。

76. 同样，在所允许的无偿代孕方面，各国应适当规范这种做法，防止买卖儿童并遵守这方面的国际禁令，例如要求向代孕母亲和中介支付的所有费用和款项必须是合理的，应列出明细，并由法院或其他主管机关审查。

B. 建议

1. 在国家层面

77. 特别报告员请所有国家：

(a) 批准《儿童权利公约》及其三项《任择议定书》；

(b) 通过明确、全面的立法，禁止代孕情况下有《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题任择议定书》所定义的买卖儿童行为；

(c) 制定保障措施，防止商业代孕中的买卖儿童，其中应包括禁止商业代孕，除非有适当的监管制度，以确保禁止买卖儿童，或严格管制商业代孕，确保代孕母亲在儿童出生时保留亲权和父母责任，向代孕母亲支付的所有款项均在对儿童进行任何法律上或实际上的转移之前进行，且不可收回(欺诈情况除外)，并否定有关亲权、父母责任或限制代孕母亲权利(例如健康权和行动自由权)的合同条款的可执行性。

(d) 制定保障措施，防止无偿代孕中的买卖儿童，其中包括在允许无偿代孕的情况下对其进行适当管理(例如确保向代孕母亲和中介支付的所有费用和款项是合理的，具有开支明细，并由法院或其他主管机关监督，代孕母亲在儿童出生时保留亲权和父母责任)；

(e) 确保法院或主管机关在所有涉及代孕安排的亲权和父母责任决定中，做出符合儿童最大利益的出生后决定，这应是最重要的考虑因素；

(f) 确保法院或主管机关在做出涉及代孕安排的所有亲权和父母责任决定时，在出生之前或/和之后对意向父母进行适当和非歧视性的适合性审查；

(g) 对所有代孕安排的财务进行密切监管、监督和限制，要求向审查代孕安排的法院或主管机关充分披露所有代孕安排的财务信息；

(h) 对从事代孕安排的所有中介，在财务、相关能力、合同安排的使用和道德标准方面进行规范。

(i) 对代孕安排的医疗方面进行规范，以确保代孕母亲和儿童的健康和安全，包括适当限制一次移植给妇女的胚胎数量；

(j) 保护所有代孕出生儿童的权利，无论代孕安排在国内法或国际法中的法律地位如何，包括保护儿童的最大利益，保护身份权和了解出身的权利，并开展国际合作，避免发生无国籍情况；

(k) 主要针对从事任何非法代孕安排的中介进行刑事或民事处罚；

(l) 收集、分析和分享全面可靠的有关代孕安排及其对人权影响的数据，进行定性和定量研究，确保提供准确的信息，并促进对代孕体系、服务和结果的监测和评估，以制定适当且符合人权的措施。

2. 在国际层面

78. 特别报告员请国际社会：

(a) 支持海牙国际私法会议的工作，特别是在研究涉及国际代孕安排背景下儿童法定亲权的国际私法问题方面；

(b) 确保所制定的有关代孕，或有关国际代孕安排中对亲权的法律确认的任何国际条例，均以国际私法和国际公法为重，特别规定保护儿童、代孕母亲和意向父母的权利，并承认国际法中没有“拥有子女的权利”；

(c) 确保涉及国际代孕安排中确认亲权或确认有关亲权的外国司法裁决或其他有关亲权的外国决定的任何国际条例中还规定适当的公共政策例外，禁止外国法律制度未充分保护儿童或代孕母亲权利情况下的确认，并规定跨境商业代孕中适当的出生后审查，以防止买卖儿童；

(d) 支持国际社会服务社制定符合人权规范和标准，特别是与儿童权利相一致的有关代孕安排的国际原则和标准的工作；

(e) 无论代孕安排在国内法或国际法中的法律地位如何，都应开展合作，确保对代孕出生儿童权利的保护，其中应包括保护儿童的最大利益和防止无国籍状态；

(f) 鼓励其他人权机制，如儿童权利委员会和消除对妇女歧视委员会以及联合国各实体开展进一步的研究，推动关于代孕及其对妇女和其他有关利益攸关方人权影响的讨论，以制定立足人权的规范和标准，防止虐待和侵权行为。