

中国代孕现状与法律问题

The Current Situation and Legal Issues of Surrogacy in China

赵 晓 舒*
ZHAO XIAOSHU
郭 虹 辰**
GUO HONGCHEN

목 차

- | | |
|-----------------|----------------------|
| I. 引言 | IV. 中国代孕制度的路径选择与立法建议 |
| II. 中国代孕现状 | V. 结语 |
| III. 代孕制度的比较法考察 | |

현재 중국에서의 이루어지고 있는 대리임신 행위는 법률상의 규제가 미치지 않고 있는 영역 중의 하나이다. 현행 관련법에 의하면 의료기관과 의료인은 절대적으로 대리임신 기술을 시행하여서는 안되는 것으로 되어 있지만, 의료기관과 의료인을 제외한 다른 집단이나 또는 의료인이 아닌 자가 대리임신 기술을 수행할 수 있는지의 여부에 대하여는 법률상 명확하게 금지하는 규정이 존재하지 않는다. 따라서 이로 인하여 여러 가지 법률상의 문제를 야기하고 있는 실정이다.

본 논문은 현재 중국사회에서 사회적인 문제의 하나로서 크게 부각되고 있는 대리 임신의 현황을 분석하고, 관련되는 외국의 법제를 살펴봄으로써 중국에서의 대리 임신제도를 합리적으로 규제할 수 있는 방안을 모색하며, 향후 적정한 내용으로서의 입법이 가능할 수 있도록 관련 자료를 제시하여 적절한 입법 방향을 건의하고자 한다.

투고일 : 2016. 12. 30. / 심사외일 : 2017. 1. 16. / 게재확정일 : 2017. 2. 7.

* 北京师范大学法学院副教授, 法学博士

Associate Professor, Law School of Beijing Normal University. Ph.D. in Law

** 北京师范大学法学院法律硕士研究生

Juris Master(JM), Law School of Beijing Normal University

구체적으로, 우선 현재 중국에서 성행하고 있는 대리임신에 관한 법적 제반 문제를 살펴봄으로써 본 연구의 논의를 시작하기로 한다. 즉, 대리임신의 개념과 유형 및 대리임신에 관한 현행 법규상의 규정과 현실 상황 내지 이로 인하여 야기되는 제반 문제점 등을 살펴봄으로써, 현재 중국 사회에서 이루어지고 있는 대리임신의 현황을 분석한다. 다음에는 비교법적 고찰을 통하여 대리임신의 절대적 금지와 대리임신의 상대적 금지 및 상업적 대리임신의 허용 등 대리임신을 3가지 유형으로 정리하여 관련 법리를 자세히 살펴보고자 한다. 마지막으로 중국에서의 대리임신제도를 규제할 수 있는 방안에 대하여 어떠한 경로를 통하여 어떻게 규제 방안을 선택해야 할 것인지 등에 대하여 심도 있게 모색하고 분석하고자 한다. 이에 따라 입법상의 기본원칙, 입법내용과 입법형식 등의 측면을 중심으로 중국에서의 대리임신제도를 적절하게 규제할 수 있는 방안을 제시하고자 한다.

[주제어] 대리임신, 대리모, 중국의 대리임신, 중국의 대리모, 중국법

I. 引言

随着科学技术的发展, 人工辅助生殖技术在临床广泛应用。这类技术让许多不能生育又对此有急切愿望的夫妇得偿夙愿, 同时也带来了伦理上的争论与法律上的问题。2016年6月27日, 上海市第一中级人民法院处理了一桩关于代孕所生之子的监护权纠纷案件: 商人罗某与陈某均系二婚, 婚后二人想要自己的孩子, 但陈某因身体原因不能生育。经二人商议一致决定由罗某提供精子, 购买他人卵子通过体外授精联合胚胎移植技术再出资委托其他女性代孕实现二人夙愿, 后生育一对异卵双胞胎。2014年2月, 罗某因病经抢救无效死亡, 嗣后, 陈某携这对双胞胎生活。罗某之父罗甲于2014年12月向上海市闵行区人民法院提起监护权之诉, 要求排除陈某与双胞胎的监护权并请求双胞胎的监护权。一审法院判决双胞胎由罗甲夫妇抚养。后陈某不服, 向上海市第一中级人民法院提起上诉。二审法院认为: 本案实体方面的争议为代孕生子女的法律地位及其监护权之确定, 对此国家没有明确的法律规定, 在此案中, 双胞胎可视为罗某与陈某在缔结婚姻之后一方的非婚生子女, 作为非生母的陈某知晓并接受其为其子女, 同时与该双胞胎生活达相当期限, 并对该子女履行了抚养教育义务, 可形成有抚养关系的继父母子女关系。且联合国《儿童权利公约》第三条确立了儿童最大利益原则, 在本案中, 陈某相对于耄耋之年的罗甲, 其身体状况及精力更足以抚养照顾两名幼儿, 故同意陈某撤销上海市闵行区人民法院的判决的上诉请求。¹⁾ 本案的焦点在于代孕所生子女的法律地位以及其与非生母陈某的法律关系, 由于代孕在中国处于法律规制的边缘地带, 如果国家的相关规定不能完善的话, 那

么类似于这种案件就不能得到统一、高效的解决。当下各国对于代孕的态度莫衷一是,学界对于此问题亦有不同观点。因此,在当今社会探讨代孕现状与法律问题,既有理论价值,又有现实意义。

II. 中国代孕现状

1. 代孕的概念和类型

韦氏法律词典对代孕(surrogacy)的定义是:做代理孕母的行为;²⁾代理孕母(surrogate mother)在韦氏法律词典的定义是:为了其他妇女通过人工授精技术或者通过外科移植受精卵而怀孕的妇女。³⁾

根据不同的标准,代孕可以分为不同类型。第一,根据代理孕母与代孕子女是否有血缘关系,可分为基因型代孕与妊娠型代孕。基因型代孕由代理孕母提供卵子,而在妊娠型代孕中代理孕母不提供卵子,与代孕子女无基因联系,通常要伴随着体外受精技术。第二,根据有意向父母是否要支付“合理费用”以外费用,分为商业代孕与无偿代孕。商业代孕中,有意向的父母要支付给代理孕母一笔费用来“感谢”代理孕母,现实中很多代理孕母就是冲着额外的费用进行代孕,甚至公开讨价还价,而无偿代孕则是指有意向的父母无需支付任何费用或仅支付其“合理费用”的代孕。

2. 关于代孕的规定

2001年2月,中华人民共和国卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》,其第三条规定:“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式

1) 《陈莺诉罗荣耕监护权纠纷一案二审民事判决书》(2015)沪一中少民终字第56号,中国裁判文书网2016年7月12日发布: <http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=733844c7-af30-441e-af1b-a420688e1612&KeyWord=%E4%BB%A3%E5%AD%95>, 2016年12月3日访问。

2) Merriam-Webster's Dictionary of Law 480(1th, 2014), China Legal Publishing House, Surrogacy is the practice of serving as a surrogate mother.

3) Merriam-Webster's Dictionary of Law 480(1th, 2014), China Legal Publishing House, Surrogate mother is a woman who becomes pregnant usu. by artificial insemination or surgical implantation of a fertilized egg for the purpose of carrying the fetus to term for another woman.

的代孕技术。”该办法明确规定了实施代孕技术的处罚方法。⁴⁾中国关于代孕问题的案件一般援引此办法。2001年5月,卫生部又发布了《人类辅助生殖技术规范》、《人类精子库基本标准》、《人类精子库技术规范》和《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》,并于2003年6月重新修订上述四项规定,将《人类精子库基本标准》与《人类精子库技术规范》合并为《人类精子库基本标准与技术规范》,将原《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》修订为《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》,规定于2003年10月1日起执行,同时废止了2001年5月的四项规定。以上部门规章对于代孕问题均采取了禁止的态度,在《人类辅助生殖技术规范》中第三条实施技术人员的行为准则第5款中规定禁止实施代孕技术;在《人类精子库基本标准与技术规范》中的技术规范篇三条第8款规定设置人类精子库的科室不得开展人类辅助生殖技术,其专职人员不得参与实施人类辅助生殖技术;在《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中第三条第5款规定了医务人员不得实施代孕技术并明确规定了人类辅助生殖技术严防商业化的原则。由此可见,中国对于医疗机构和医务人员实施代孕技术采取的是绝对禁止态度。

但是,以上规定均为部门规章,立法层次较低,规范的主体局限于医疗结构,对于医疗机构以外的其他组织和自然人实施的代孕问题无管辖效力,致使合法的医疗机构无法实施此项技术,大量的有意向的父母只得求助于不规范的代孕中介及其他个人实施代孕,从而引发各种问题。

此外,在2015年修订的《计划生育法》修正案曾在草案第5条规定,医疗机构实施人类辅助生殖技术需经省级人民政府卫生行政部门审查批准,同时规定禁止买卖精子、卵子、受精卵和胚胎,禁止以任何形式实施代孕,并在第6条规定违反第5条应受到相应处罚。但是,由于当时全国人大常委会对上述规定分歧较大,一些委员认为有些问题还需要深入研究论证,后来经法律委员会研究建议删去该条规定。⁵⁾所以,最终通过的修正案并没有涉及“代孕”问题。

简言之,代孕行为在中国处于法律规制的边缘地带,卫生部的部门规章规定医疗机构和医务人员不得实施代孕技术,但是对于医疗机构和医务人员以外的其他组织和自然人可否实施代孕技术,法律没有规定。因此,医疗机构和医务人员以外的其他组织和自然人实

4) 《人类辅助生殖技术管理办法》第二十二条:开展人类辅助生殖技术的医疗机构违反本办法,有下列行为之一的,由省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门给予警告、3万元以下罚款,并给予有关责任人员行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(一)买卖配子、合子、胚胎的;(二)实施代孕技术的……

5) “计生法修正草案最新修改:拟删除禁止代孕条款”, <http://i.lifeng.com/news/sharenews.f?aid=104557682&from=singlemessage&isappinstalled=0>, 凤凰新闻, 2016年12月4日访问。

施代孕没有违反法律,却也不受法律保护。

3. 代孕之现实考察

1996年9月,北京大学第三医院首次出生一名由代理孕母产下的试管婴儿,这为中国不孕不育的夫妇带来了新的希望。据国家权威部门统计,目前中国不孕不育的发病率接近20%;由于天灾人祸等原因,很多夫妇失去唯一孩子后没有再生育的能力;此外由于计划生育政策的限制,有夫妻生育后希望再生一个……诸如此类的各种因素在国家出台禁止医疗机构实施代孕技术的规定后催生了中国地下代孕产业的兴盛。在搜索引擎上输入“代孕”二字,会出现众多代孕广告,例如,金宝宝助孕网、育儿代孕公司、上海新希望代孕中心、广西南宁优贝代孕中心、完美代孕网、昆明欢欢代孕中心等。涉及的地区有北京、上海、广州、武汉、深圳、南宁等。这些代孕网号称有优质的代理孕母,先进的代孕技术以及配套服务可以帮助任何有需要的顾客实施代孕,其收费标准十分高昂。以金宝宝助孕网为例,其推出一项零风险包成功套餐总款达65万,还要求供卵方必须35岁以内,超过35岁,每一岁增加费用2万。⁶⁾这样高昂的费用使代孕公司兴盛起来,代理孕母数量也十分庞大,其年龄分布通常为32岁以下,⁷⁾这是因为这一年龄段的女性发育成熟,卵子质量高,分娩危险小,缺陷胎儿发生率低。另外,代理孕母的职业和受教育情况呈现出多样化特点,甚至按照不同姿色、学历等因素明码标价。⁸⁾

4. 代孕引发的问题

中国现存的代孕引发诸多问题:第一,代孕所引起的法律风险,如代孕合同的认定问题、子女的监护权问题等,严重的甚至会触及刑法问题,这些问题如果得不到解决,既不利于有意向的父母,也不利于代理孕母及所生子女的权利;第二,现存的代孕可能使代理孕母的人权受到侵害,代孕中介有很多将代理孕母集中管理,并进行监视,严格控制其饮食与其它自由,是为对代理孕母人身自由的侵犯,且代孕中介医疗卫生技术低、环境差,很有可能危害到代理孕母的健康甚至生命;第三,现存的代孕导致的遗弃、虐待婴儿的

6) 来源于金宝宝助孕网<http://www.2015qhbb.com/show.asp?id=779>, 2016年12月3日访问。

7) 来源于安徽合肥代孕网<http://0551daiyun.com/shimeshidaiyun/34.html>, 2016年12月3日访问。

8) “企业家‘请人代孕’引抚养权争夺 代孕妈妈按姿色标价”,

<http://news.sina.com.cn/o/2012-12-02/172025712337.shtml>, 新浪新闻, 2016年12月3日访问。

问题, 现实中寻求代孕机构代孕的有很多对孩子的性别有要求, 或者根本就是想生一个健康的儿子, 这种情况下当孩子出生并不能让他们如愿时, 遗弃或者虐待婴儿的概率就会大大增加; 第四, 代孕还引发一些伦理问题, 中国已经出现了兄嫂借妹腹生子的情况,⁹⁾在国外甚至出现过母亲为子女代孕、子女为母亲代孕的情况,¹⁰⁾这些情况如果得不到规制, 会影响到社会伦理。因此, 尽快完善相关法律规定, 规范中国混乱的代孕市场, 树立统一、权威的行为标准十分必要。

III. 代孕制度的比较法考察

通过对域外法国家和地区关于代孕的规定和态度进行比较法考察, 整理归纳出三种模式: 绝对禁止代孕、相对禁止代孕和允许商业代孕。

1. 绝对禁止代孕

绝对禁止代孕的国家包括德国、法国、日本、奥地利、意大利等, 美国的哥伦比亚州、印第安纳州、密歇根州、新泽西州等州也绝对禁止代孕。以德国、法国和日本为例, 德国的法律规制体现于《收养介绍法》和《胚胎保护法》, 这两部法律明确禁止所有代孕行为, 并规定对违反法律的行为处以刑罚处罚。¹¹⁾同时, 代孕协议根据《德国民法典》的精神被确定为无效,¹²⁾子女监护权确定则采用孕育孩子的妇女为母亲由此获得抚养权的方式,¹³⁾有意向的父母仅在极严格的条件下可获得亲权。

法国则根据“人体不能随意支配”原则, 于1991年颁布了禁止代孕的条例, 并于1994年颁布《生命伦理法》。同年《生命伦理法》中相关条款被写入《法国民法典》, 确立了禁止代孕的准则。¹⁴⁾子女监护权确定则采用严格的孕育孩子的妇女为母亲的方式, 而且采取

9) “兄嫂借妹腹生子 抚养权之争陷入法律空白”, http://news.xinhuanet.com/focus/2004-12/15/content_2341090.htm, 新华网, 2016年12月4日访问。

10) “妈妈替儿子代孕: 乱伦还是人间大爱?”, <http://bm.szhk.com/2016/07/29/282944675274874.html>, 深港在线, 2016年12月4日访问。

11) 参见《收养介绍法》第13条, 《胚胎保护法》第1条。

12) 参见《德国民法典》第134条。

13) 参见《德国民法典》第1592条。

14) 参见《法国民法典》第16条。

对代孕孩子身份的严格限制。

日本虽没有代孕方面的法律,但是日本的政府及非政府组织对代孕持反对态度。2002年日本法务省召开会议专门探讨代孕等“生殖辅助医疗”的问题,在该研讨会上明确了代孕合同为无效合同之立场。¹⁵⁾2008年4月,日本科学理事会在“以代孕为中心的人工生殖技术问题报告书”中提出应禁止代孕,并且对商业代孕进行惩罚,但是跨国代孕的意向夫妇可以通过收养方式取得亲权。

2. 相对禁止代孕

相对禁止代孕,即禁止商业代孕,允许无偿代孕。相对禁止代孕的国家和地区主要包括英国、加拿大、澳大利亚、以色列、荷兰等,此外中国香港地区、美国的维吉尼亚州、新罕布什尔州也对代孕持相对禁止态度。英国早在1982年就成立了调查委员会对人工生殖问题进行调查并得出了著名的“The Warnock Report”,该报告对代孕持否定态度,但是代孕技术的使用并未因此终结。1985年出现的Baby Cotton案¹⁶⁾使得英国政府通过并实施了《代孕协定法》,该法规范了代孕契约的内容并明确禁止商业代孕与发布代孕广告的行为,¹⁷⁾但是并未对代孕子女的法律地位进行规定,有鉴于此,英国国会又于1990年通过《人类受精与胚胎法》,并于2008年进行了修订。该法严格禁止商业代孕,¹⁸⁾但是放宽了非商业代孕“合理补偿”的限制。另外,该法放宽了对意向人的申请条件:同性伴侣及未登记的同性情侣都可以申请亲权命令。¹⁹⁾

1993年中国香港地区通过了《父母与子女条例》用以确定非婚生子女与代孕所生子女的亲权关系,又于2000年通过了《人类生殖科技条例》,该条例规定了禁止商业代孕之原则,明确了代孕合同的效力及子女的知情权,父母子女关系以怀孕为基础。

中国台湾地区1994年颁发《人工生殖协助管理办法》明确规定禁止代孕,但由于该“办法”效力很弱,在实践中并不能有效禁止代孕。随着岛内代孕呼声合法化的高涨,台湾行政院卫生署于1999年提出了《人工生殖法》草案甲、乙两案,在乙案中表达了支持代

15) 张艳玲:《人工生殖法律问题研究》,法律出版社2006版,第70-71页

16) 英国女士Cotton接受了一对美国夫妇的6500美元报酬并为其产下一女,后经英国法院确定监护权归属美国夫妇,此案在英国引发了激烈讨论。引自黄定全:《医疗法律与生命伦理》,法律出版社2007版,第454页。

17) 参见《代孕协定法》(Surrogacy Arrangement Act1985)第2条、第3条。

18) 参见《人类受精与胚胎法》(Human Fertilisation and Embryology Act1990)第30条。

19) 参见《人类受精与胚胎法》(Human Fertilisation and Embryology Act2008)第54条。

孕的倾向,并将代孕形式规定为无偿代孕,当时由于正反双方难以达成一致意见,这个问题被交付“公民共识会议”讨论,最终结果是“有条件的开放”——将代理孕母问题单独讨论并进行立法。到目前为止,中国台湾地区并没有一部法律对代理孕母问题进行规定,但由于其对代孕的态度呈有限开放态势,因此笔者暂时将其归为相对禁止代孕。

3. 允许商业代孕

允许商业代孕的国家有印度和俄罗斯等,美国的加利福尼亚州等州也通过立法或者判例允许各种形式的商业代孕。印度法律及政策在对待代孕方面是极为宽松的,印度政府甚至希望通过代孕带动旅游业的发展。虽然印度暂时没有一部国家层面的立法规范代孕问题,但是由于其在代孕规制方面的开放性 & 代孕产业的发达性,印度的相关政策法律也有很高的借鉴意义。印度医学研究委员会于2000年发布《人类参与生物医学研究之伦理规范》,并于2006年进行了修订。这一规范承认代孕行为的有效性,并规定了大量保护代理孕母的措施。另外,印度政府于2005年公布了一项《辅助生殖诊所管理准则》,该项准则限制规制了代孕的亲子关系,如有意向的父母的亲属不得作为代理孕母为其代孕,仅有因为身体状况或医疗状况而无法或不适合怀孕的病人才能进行代孕,有意向的父母被视为代孕子女的法定父母。²⁰⁾此后印度又尝试颁布多部法律来对代孕进行进一步规定,这些法案虽然尚未通过,但是由此也反映出了印度对于代孕问题的开放态度。

IV. 中国代孕制度的路径选择与立法建议

1. 中国代孕制度的路径选择

1.1 应否绝对禁止代孕的论争

鉴于中国关于代孕的立法不足和代孕所引发的诸多社会问题,中国学界逐渐关注代孕,

20) Usha Rengachary Smerdon, "Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India", *Cumberland Law Review*, 39(2008-2009), P34-35. 转引自余提:《各国代孕法律之比较研究》,中国政法大学出版社2016版,第74-75页。

出现了赞成绝对禁止代孕与反对绝对禁止代孕两种截然相反的立场。

赞成禁止代孕的学者认为代孕有违公序良俗。中国社会科学院梁慧星教授认为: 违背公序良俗的表现之一就是危害家庭关系的行为, 而代孕属于危害家庭关系的行为, 故称其违背公序良俗而应被禁止。²¹⁾代孕合同由于违反了民法原则而应直接归于无效。也有观点认为代孕将子女视为工具, 违反了伦理原则, 如中山大学鲁英教授认为: 在大多数人看来, 代孕违反社会公德和有伤风化, 同时难以界定孩子的地位, 还可能出现以代孕形式规避重婚等违反婚姻法的行为。²²⁾还有观点认为代孕是物化女性、侵犯女性身体自主权的行为这种观点以人性之尊严为立足点, 强调人只能是目的, 不能作为手段。²³⁾此外, 不利于社会公平、对代理孕母造成的伤害以及对孩子的抚养问题、可能导致近亲结婚等也是赞成绝对禁止代孕的理由。

而反对绝对禁止代孕的学者则认为代孕是对生育权的尊重与保护, 贵州大学高艳莉教授将代孕生育权视为一种附条件的生育权, 是指“具有合法婚姻关系的男女, 依照法律规定决定是否生育、何时生育、怎样生育和生育多少子女, 并获得具有夫妻双方基因的子女以及与此相关的生殖技术、信息和服务的权利”,²⁴⁾并认为这种生育权应当予以保护。四川大学杨遂全教授认为: 允许代孕是人道主义的体现, 在面对地震、海啸、泥石流等天灾人祸而失去所有孩子的灾民面前, 完全禁止代孕明显是违背人道主义的。此外, 完全禁止代孕会妨碍公平正义的实现, 最终导致有钱有势的人以低成本偷偷代孕, 而真正穷人被迫“断子绝孙”的恶果。²⁵⁾中国人民大学杨立新教授也认为: “代孕原则上应该禁止, 但特殊情况下也应该照顾。”²⁶⁾

1.2 相对禁止代孕的路径

代孕问题关系到公民的生育权, 法律是否禁止, 需经详细论证并征求民意, 必须慎重考

21) 梁慧星: 《民商法论丛》第一卷, 法律出版社1994年版, 第57页。

22) 转引自周斌: “代孕市场何去何从亟待法律定夺”, 《法制日报》, 2008年9月9日。

23) 李震山: 《“复制人”科技发展对既有法律思维与制度之冲击——以基本人权保障为例》, 载《中外法学》, 2002年第5期。

24) 高艳莉: 《代孕生育权的宪政分析》, 载《法治与社会》, 2014年12月(下)。

25) 杨遂全: 《从特殊群体生育权看代孕部分合法化》, 载《社会科学研究》, 2012年3月。

26) “一禁了之? 代孕这事儿没那么简单”, http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MjM5NzQ0MzQ4MQ==&mid=403245615&idx=1&sn=5a5663cea403104e8aef0d7e5998fe99&mpshare=1&scene=1&srcid=1223aPsViULpoxfvEqIs2zpQ#wechat_redirect, 《光明日报》, 2016年12月4日访问。

虑。立足当今中国国情,完全放开允许商业代孕明显不利于社会稳定,但鉴于当前中国的代孕现状和客观现实需求,绝对禁止代孕又明显不利于部分国民生育权的实现,因此,笔者主张借鉴比较法上的相对禁止代孕来进行符合中国国情的代孕制度路径探索。

相对禁止代孕,即禁止商业代孕,只允许无偿代孕。这样既能整顿现在混乱的代孕市场,避免代孕中介侵害代理孕母的人权,有利于维护社会秩序,又能满足有辅助生育需求的意向人实现其生育权的现实需求,并为全面制定代孕法律规范代孕行为、解决代孕引发的诸多问题提供了可能性。从法理上看,一个社会的“公序”与“良俗”不是一成不变的,要结合时代发展来看,代孕通过人工辅助生殖技术,将受精卵或胚胎植入代理孕母的子宫,待到孩子出生后交给有意向的夫妇,帮助他们实现梦想,这与以往的认识——代孕就是借腹生子、包二奶、嫖娼等天差地别,不应当视为对善良风俗的破坏。而“公序”作为一个国家赖以规范社会生活秩序的手段,本身应该服从进步所提出的正当要求。“一个法律制度如果跟不上时代的需要或要求,而且死死抱住上个时代的只具有短暂意义的观念不放,那么显然是不可取的。”²⁷⁾而法律允许一位女性得以其自由意志利用自己的身体无偿帮助一对悲惨的夫妇完成生育梦想,不是物化女性,而恰恰是尊重女性身体自主权的表现,因为“身体权是公民维护其身体完全并支配其肢体、器官和其他组织的人格权”²⁸⁾。至于代孕违反社会伦理与家庭秩序,会对代理孕母造成伤害、对孩子造成损害、可能导致近亲结婚等,笔者认为这恰恰是缺乏相应明确的法律规范造成的,如果有相应的立法规制现在混乱的代孕现状,对代理孕母及代孕子女都将起到积极作用。

另外,对代孕通过立法进行相对禁止规制也是适应中国共产党十八届五中全会关于全面开放二孩政策的体现,现如今全面开放二孩的条件下现有的独生子女家庭有权利生育二孩,而对于符合条件、具有生育意愿却因为客观原因不能生育的家庭来说,有限放开代孕符合其权益。

2. 中国代孕制度的立法建议

2.1 代孕立法的基本原则

代孕立法的基本原则是代孕法律规则的基础和本源。立足中国国情,借鉴比较法和学

27) (美)E·博登海默,《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年1月修订版,第340页。

28) 杨立新:《人身权法论》,人民法院出版社2006版,第436页。

界观点,笔者认为现阶段中国代孕立法应遵循的原则应主要包括:非商业化原则、有限使用原则、要式合同原则、儿童最大利益原则和伦理原则。

非商业化原则应是基本原则,中国现阶段不具备全面开放代孕的现实条件,如果允许代孕商业化,势必会造成代理孕母为了赚钱而沦为工具,造成代孕的滥用,这与后几项的原则相悖,所以代理孕母必须是自愿为他人代孕且代孕期间不得获得除误工费、医疗护理费等“合理支出”以外的收入。

有限使用原则规范国家允许的代孕主体及方式等。严格限定代孕主体是为了保护社会公平正义的要求,具体应体现为有关代孕的法律应规定在满足《计划生育法》与《婚姻法》的前提下,只允许因自然灾害或者事故失去全部子女的无生育能力且有生育意向的夫妇,或者有生育意向但经所在单位或居住地的居民委员会、村民委员会及有资质确诊的医院证明无生育能力的意向夫妇施行代孕。对于代孕的方式,应规定妊娠型代孕为唯一代孕方式以避免纠纷。

要式合同原则规范代孕的主要形式,代孕的实施应当由有生育意向的父母、代理孕母、实施代孕的机构三方签订符合代孕法律规范要求的书面合同。以有生育意向的父母为中心,与代理孕母签订代孕合同,其内容应包括实施代孕的方式、权利义务、受精卵或胚胎的来源等内容;与实施代孕的机构签订辅助生殖合同,约定代理孕母的护理照顾等内容,此举旨在明确双方的权责,根据意思自治原则避免纠纷。

儿童最大利益原则是《儿童权利公约》中所确立的,并被认为是世界各国处理关于儿童的事务所必须遵守的原则,因此该原则应该是处理代孕纠纷,进行法律价值判断时所应坚持的基准性原则。

伦理原则属于兜底原则,无论代孕如何实施、合同内容如何,代理孕母的选择、实施代孕的方式、婴儿最后的归属、在发生不可预见的意外情况时的处理等都不能违背社会通常之伦理。

2.2 立法内容

在代孕法律规范的立法内容中,应肯定代孕合同的效力,具体规定保护代理孕母的条款、限制实施代孕的主体范围条款、限制有生育意向父母的范围条款、保护代理孕母及婴儿条款、突发事件解决条款、争议解决条款以及违反本法法律后果之条款等,以适应代孕立法基本原则的要求。

另外, 由于代孕法律规范是新产物, 其施行需要与其他相关法律法规相协调, 所以代孕法律规范与其他相关法律法规的体系化配套整合也不容忽视。例如, 现行规定绝对禁止代孕的规章条款需要予以修改或废止, 正在起草的《民法总则》中民法基本原则之公序良俗原则和民事法律行为等内容在涉及代孕问题时应从符合时代发展的新视角进行解释, 《合同法》应肯定符合法律规范的代孕合同的效力, 《婚姻法》、《继承法》应承认代孕子女的法律地位等。

2.3 立法形式

在立法形式方面, 由于中国以往规定代孕问题的规章的法律层次较低, 无法规制其管辖主体以外的其他组织和自然人, 对于中国现存的代孕情况管辖力度不够, 所以提高立法层次十分必要。此外, 由于中国对于代孕的认识程度还不够, 贸然立法可能会使得法律与现实生活脱节, 造成与预期相反的效果, 建议先由相关部门对中国的现实情况进行调查, 调查的内容包括代孕需求、习俗、宗教、民众对于代孕的认识等, 兼采其他国家立法之精粹, 制定符合中国国情的代孕法律规范。具体立法形式宜采取单独立法, 这样既不影响中国现阶段的民法典编纂进度, 又能对现存的代孕问题进行有针对性的规范和调整。

V. 结语

代孕技术的产生, 既为有强烈生育意愿的夫妇提供了更多机会, 也造成了许多法律上的问题。代孕行为在中国正处于法律规制的边缘地带, 虽然卫生部的规章明确规定医疗机构和医务人员绝对禁止实施代孕技术, 但是对于医疗机构和医务人员以外的其他组织和自然人可否实施代孕技术, 法律没有规定。立足中国国情, 借鉴比较法上的相对禁止代孕, 即禁止商业代孕, 仅允许无偿代孕, 探索中国代孕制度的路径更符合现实需要。因此, 建议现阶段中国代孕立法应遵循的原则应主要包括: 非商业化原则、有限使用原则、要式合同原则、儿童最大利益原则和伦理原则, 并建议应全面规范并整合代孕法律体系, 提高立法层次, 进行单独立法。

参考文献

著作:

黄定全:《医疗法律与生命伦理》,法律出版社2007版.

梁慧星:《民商法论丛》第一卷,法律出版社1994年版.

杨立新:《人身权法论》,人民法院出版社2006版.

余 提:《各国代孕法律之比较研究》,中国政法大学出版社2016版.

张艳玲:《人工生殖法律问题研究》,法律出版社2006版.

(美)E·博登海默,《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年1月修订版.

期刊:

高艳莉:《代孕生育权的宪政分析》,载《法治与社会》,2014年12月(下).

李震山:《“复制人”科技发展对既有法律思维与制度之冲击——以基本人权保障为例》,载《中外法学》,2002年第5期.

杨遂全:《从特殊群体生育权看代孕部分合法化》,载《社会科学研究》,2012年3月.

判决:

《陈莺诉罗荣耕监护权纠纷一案二审民事判决书》,(2015)沪一中少民终字第56号.

新闻:

“代孕市场何去何从亟待法律定夺”,《法制日报》,2008. 9. 9.

“计生法修正草案最新修改:拟删除禁止代孕条款”,

<<http://i.ifeng.com/news/sharenews.f?aid=104557682&from=singlemessag&isappinstalled=0>>, 凤凰新闻, 2016. 12.4访问.

“企业家‘请人代孕’引抚养权争夺 代孕妈妈按姿色标价”,

<<http://news.sina.com.cn/o/2012-12-02/172025712337.shtml>>, 新浪新闻, 2016.12.3. 访问.

“兄嫂借妹腹生子 抚养权之争陷入法律空白”,

<http://news.xinhuanet.com/focus/2004-12/15/content_2341090.htm>, 新华网, 2011.12.4. 访问.

“妈妈替儿子代孕: 乱伦还是人间大爱?”,

<<http://bm.szhk.com/2016/07/29/282944675274874.html>>, 深港在线, 2016.12.4. 访问.

“一禁了之? 代孕这事儿没那么简单”,

<http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MjM5NzQ0MzQ4MQ==&mid=403245615&idx=1&sn=5a5663cea403104e8aef0d7e5998fe99&mpshare=1&scene=1&srcid=1223aPsViULpoxfvEqIs2zpQ#wechat_redirect>, 《光明日报》, 2016.12.4. 访问.

网站

金宝宝助孕网<http://www.2015qhbb.com/show.asp?id=779>, 2016年12月3日访问.

安徽合肥代孕网<http://0551daiyun.com/shimeshidaiyun/34.html>, 2016年12月3日访问.

[中文摘要]

中国代孕现状与法律问题

ZHAO XIAOSHU*

GUO HONGCHEN**

代孕行为在中国正处于法律规制的边缘地带, 虽然规定医疗机构和医务人员不得实施代孕技术, 但是对于医疗机构和医务人员以外的其他组织和自然人可否实施代孕技术, 法律没有规定, 从而引发了诸多法律问题。

本文从热点案件入手, 通过分析中国代孕现状和比较法考察, 探索中国代孕制度的路径——相对禁止代孕, 并提出立法建议。全文共分为以下几个部分: 首先, 通过热点案件引出代孕问题; 然后, 从代孕的概念和类型、代孕的规定和现实情况及引发的的问题, 分析中国的代孕现状; 其次, 通过比较法考察, 整理出绝对禁止代孕、相对禁止代孕及允许商业代孕三种模式; 最后, 对中国代孕制度的路径选择进行探索, 并从立法基本原则、立法内容、立法形式等层面对代孕制度提出立法建议。

[关键词] 代孕, 代理孕母, 中国代孕, 中国的代理孕母, 中国法

* 北京师范大学法学院副教授, 法学博士

** 北京师范大学法学院法律硕士研究生