

代孕有限合法化之探讨

祝彬

(南京医科大学医政学院,江苏 南京 211166)

摘要:从代孕技术的特点、代孕的现实需求、禁而不止的现状、代孕失范带来的问题等方面看,全面禁止代孕不可取。法律应在一定范围内允许和规制代孕行为,以满足现实需求,并且限制代孕技术的滥用,规范代孕技术的运用和发展。法律应当禁止商业性代孕;委托代孕的主体应当是不孕不育夫妻,并且妻子子宫不可孕育胎儿;应当充分考虑代孕者的生命健康以及优生优育;代孕所生子女应当与委托者具有血缘关系。

关键词:辅助生殖技术;代孕;有限合法化

中图分类号: D922.16

文献标志码: A

文章编号: 1671-0479(2016)03-209-004

doi: 10.7655/NYDXBSS20160310

随着人类辅助生殖技术的出现、发展与成熟,辅助生殖技术的应用越来越普遍。特别是试管婴儿技术的成熟运用,在解决体外受精、移植这一辅助生殖阶段性问题的同时,也催生了代孕这一特殊的辅助生殖方式。市场的巨大需求、客观普遍存在的现状与相关规范的禁止性规定,导致代孕成为一种难见阳光的地下产业,无法禁止,难以规范,从而带来一系列的法律问题和社会问题。因此,代孕应该绝对禁止、完全放开,还是有限合法化并建立规范制度,成为我们不得不认真面对的问题。

一、关于代孕

代孕,是指具有生育能力的适龄女性受不孕不育夫妻委托而代其孕育分娩孩子,并将所生的孩子交给委托人的行为^[1]。在代孕生殖过程中,需要经历和完成人工采精、采卵,并在试管杯皿中促使卵细胞受精;受精成功后将受精卵放在培植箱中进行培育,等胚胎发展到8~16个细胞周期,再植入非卵细胞生成女子的子宫中,由该女子代替他人孕育,直到分娩为止^[2]。代孕过程以胚胎植入代孕母亲子宫内为起点,以代孕子女的出生为终点。

根据代孕过程中精子和卵子来源的不同,代孕可以分为以下几种情形:①代孕的精子和卵子均来

自委托夫妻,通过体外受精(试管婴儿)后将胚胎植入代孕母亲体内,通说认为此种情形属于“完全代孕”;②精子来自委托夫妻中的丈夫,卵子由第三者提供,通过体外受精形成胚胎后植入代孕者体内怀孕分娩;③精子来自委托夫妻中的丈夫,卵子则由代孕者提供,通过体外受精形成胚胎后植入代孕者体内怀孕分娩;④卵子来自委托夫妻中的妻子,精子来自第三方(捐精者),通过体外受精形成胚胎后植入代孕者体内怀孕分娩;⑤精子来自第三方(捐精者),卵子来自代孕者,通过体外受精形成胚胎后植入代孕者体内怀孕分娩;⑥精子和卵子均来自第三方(捐精者、捐卵者),通过体外受精形成胚胎后植入代孕者体内怀孕分娩。

根据代孕的本质含义,传统的“借腹生子”不属于代孕的语义范围,代孕必须是运用辅助生殖技术使代孕母亲怀孕,代孕不应涉及性关系的问题。

二、禁止之下的代孕市场现状

随着辅助生殖技术的成熟和普及,经过多年的发展,代孕的神秘逐渐退去,代孕逐步为公众所熟悉,加之环境污染、工作压力等因素的影响,不孕不育率升高,代孕的需求不断增加,代孕成为有着巨大潜在需求的产业。以“代孕”为关键词在互联网上搜

基金项目:江苏省教育厅高校哲学社会科学基金“人类辅助生殖技术运用的法律规制研究”(2013SJB820016)

收稿日期: 2016-05-05

作者简介: 祝彬(1977-),男,安徽砀山人,法学博士,副教授,研究方向为民商法学,医事法学。

索,竟然高达1 800多万个搜索结果,排名靠前的多为代孕中介公司推广网站。中介公司根本得不到工商部门的注册许可,医疗机构开展此类行为又被禁止,代孕的技术和条件往往难以保证。面临着监管部门处罚风险的代孕公司,为了规避法律,逃避处罚,一些有实力的公司,会安排代孕母亲去法律允许代孕的印度和泰国等国家进行胚胎移植,然后再回国生孩子,这样可以做到“零风险”^[3]。有数据统计,中国每年通过代孕黑市诞生的婴儿超过一万个^[4]。

代孕在我国虽然属于被禁止的行为,但是代孕市场却在监管之外异常活跃。为了通过代孕实现各自的目标,原本互不相识的求子夫妻、代孕母亲、医疗机构和中介公司走到了一起,形成了特有的“代孕江湖”,各取所需。金钱、道德、伦理、医学、法律、交易等交织在一起,形成了一条代孕的黑色利益链。代孕过程中的核心环节——人工移植受精胚胎必须由专业医师完成,医疗机构成为代孕产业链中最有技术含量的一个环节,并且卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》禁止医疗机构和医务人员实施任何形式的代孕技术,所以铤而走险的医务人员往往成为暴利的获得者。代孕过程中风险最大的是代孕母亲,他们不仅获得报酬相对较低,还要承担生命健康损害的风险,如果代孕失败,往往只能获得非常微薄的补贴。此前,一位32岁湖北女子,冲着高额的补偿金为南京一对教授夫妻代孕,在成功怀上双胞胎6个月后,因出血流产导致胎儿不保。随后这位代孕母亲向代孕公司和需求方讨要3万元补偿金,但均被拒绝^[4]。

代孕过程中,尽管代孕中介公司往往会同委托夫妻、代孕母亲签订合同,对代孕的费用、风险、代孕子女的抚养权等作出约定,但是在缺少法律规范的情形下,任何契约都可能是一纸空文,导致纠纷的解决无法可依,从而损害在该行为中处于弱势地位的代孕母亲的权益,并带来一系列的社会问题。

三、代孕的禁止与许可之争

对于代孕的态度,无外乎反对和支持,反对者主张应当全面禁止代孕技术,支持者则主张应当有限放开代孕,以利于更好地规范代孕,让代孕技术成为增进社会福祉的手段。

反对者多认为,代孕有贩卖婴儿的嫌疑;代孕母亲被作为生产的机器,有损代孕母亲的尊严;代孕有违公序良俗的基本原则,将会造成婚姻家庭秩序的混乱;代孕会带来委托方和代孕者之间的纠纷;代孕

会影响代孕所生子女。基于以上对伦理道德的考虑和对代孕技术滥用带来的混乱的担心,一些学者认为代孕的法律行为为无效行为,主张对代孕技术应当全面禁止。如梁慧星教授认为,代替他人怀孕的所谓“代理母亲”协议,属于违反公序良俗,因为它是“危害家庭关系的行为”,而基于公序良俗原则的强行法性格,代孕这种法律行为自应无效。还有的学者认为,“我国的国情与一些立法开放代孕的国家不同,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,还可能出现以代孕的形式规避重婚等违反婚姻法的行为。”^[5]

支持者多认为:生育权是基本的人权,无论委托方还是代孕方均享有生育的权利;没有生育能力的委托方拥有自己的孩子也是合情合理的要求;代孕者对自己身体的处分权利应当尊重;非商业的代孕行为是有益于社会和他人的行为;有限放开代孕之后会更加有利于对代孕行为的规范。特别是“完全代孕”,是真正具有互助、慈善、利他性质的代孕行为,它与“借腹生子”在行为主体和目的、代孕方的意愿、受孕方式、血缘关系和法律后果方面完全不同,决不能混为一谈。在立法上应当有条件地允许“完全代孕”,禁止传统意义上的“借腹生子”^[6]。越来越多的学者提出应当理性看待代孕问题,合理规制代孕技术的实施,针对不同人群的代孕需求给予有差别的禁止和允许。如有的学者提出,我国应当建立理性的代孕伦理和人工辅助生殖法;重罚非补充缺陷的代孕;扶助自然灾害灾民、错误司法行政受害者和独生子女父母补救性代孕;严控普通患不孕症夫妇代孕;应当实行对婚姻家庭关系无任何伤害的亲属代孕、对等互助代孕和志愿者无偿代孕为主的政策,使双方尊严和利益在人伦中平衡^[7]。

我们认为,对于代孕行为应当运用发展的眼光看待,尊重客观现实,探寻存在的法理基础,考量伦理道德的包容空间,构建有限放开与合理规范的路径。代孕技术的成熟和普及使得该技术已经不再神秘,环境污染、工作压力等因素导致的高不孕不育率困扰着无数家庭,巨大的需求带来的庞大市场使得完全禁止似乎已不可能,尤其是一些中介公司通过合法化国家代孕规避国内法律的行为,更是让国内的禁止制度显得苍白无力。代孕现象的普遍存在也似乎并未引起人伦的混乱和失序,现实是很多无法生育的夫妻倒是实现了为人父母的愿望。而且,生育权利是人的基本权利,不孕不育夫妇也同样享有该权利,通过他人代孕实现生育权只要符合相关条件,并不违背法理的精神。法律作为社会的调节器,应当

审时度势、顺应社会,当某种现象无法彻底禁止又有广泛的市场需求,并且不违背法理精神和人伦时,理当对新的现象接受并且进行规范和调整,这也是法律自身的开放性和发展性所要求的。

四、代孕法律制度的考察与比较

欧洲的德国、意大利、法国、瑞典、挪威,亚洲的日本、新加坡,以及美国的新泽西州、亚利桑那州、密歇根州,澳大利亚的昆士兰州等许多国家或地区禁止任何方式的代孕,包括无偿代孕和有偿代孕在内。1991年法国最高法院根据“人体不能随意支配”的原则,颁布了禁止代孕母亲的条例,并在1994年通过了生命伦理法律,这些法律条文全面禁止了代孕母亲的做法。尽管许多学者和医生向法国议会提出了代孕的立法建议,但是法国议会拒绝了这些建议,他们以“孩子权利与家庭信息委员会”的名义起草了一份报告,在报告中他们再次声明将继续维持禁止代孕母亲的法律现状。委员会的委员们认为,即便在欧洲其他国家里存有允许代孕母亲的做法,但这并不意味着法国立法机关必须放弃自己的原则和立场^[8]。德国的法律也禁止任何形式的代孕行为。1990年10月颁布实施的《胚胎保护法》明确规定,任何执业医师不得为意图代孕的妇女进行人工授精或者体外受精,否则,即构成刑事犯罪,将面临罚款或者入狱的处罚。该法同时也对其他人工辅助生育方式的采用进行了严厉的限制,并且禁止捐卵。1989年颁布的德国《收养经纪法》禁止任何人在潜在的委托夫妻和“代孕母”之间进行中介活动。一切关于潜在委托夫妻和代孕母亲的商业广告均构成刑事犯罪^[6]。

英国、荷兰、丹麦、希腊、澳大利亚(除昆士兰州以外)的绝大多数州和地区以及韩国与泰国的法律都明确禁止有偿代孕,但并不禁止无偿代孕^[6]。1984年,英国的《沃诺克报告》否定了任何形式的代孕,但到了1985年的《代孕协议法案》对非商业性的代孕表示了认可。在澳大利亚,除个别州外,非商业性代孕(即代孕母亲出于自愿,免费给有代孕需求的夫妇提供帮助,而后者只需支付医疗费用)均是合法的,但是商业性代孕属于违法行为。澳大利亚还有的州规定,不仅禁止在当地找人进行商业代孕,还禁止向海外女性支付报酬的商业性代孕。前往海外代孕合法国寻求代孕的居民将面临最高两年有期徒刑和11万澳元罚款的严厉处罚^[9]。

我国台湾地区和香港地区针对代孕的态度为谨慎、保守的有限开放,既未完全禁止,也未完全放

开。我国台湾地区于2007年3月21日颁布了《人工生殖法》,立法意图在于有条件地开放代孕人工生殖^[10]。2013年12月16日,台湾地区卫生福利事务主管部门又公布了新修订的《人工生殖法修正草案》,草案明确了将有条件开放代孕,并对委托者和代孕者的资格作出了相应规定。我国香港地区2000年6月22日通过了《人类生殖科技条例》,将代孕限制于已婚夫妇,并且只开放非商业性的代孕,一切商业性的“代母”活动都是违法行为^[6]。

目前世界上对于代孕的法律态度,一部分国家坚持绝对禁止的立法态度,一部分国家和我国的香港、台湾地区采取的是有限开放的态度。国际人权公约禁止买卖和转让人体器官以及人体组织的行为,但是,目前世界多数国家均允许自然人对自己身体或身体组成部分进行利益处分。如利用自己的身体进行医学实验,捐赠自己的身体组织如血液、皮肤,甚至器官等。恰如有的学者所言,“这种转让正是体现自然人对其身体组成部分的器官、组织的支配权。这种身体组成部分的器官、组织与自然人身体主体部分脱离的转让尚且允许,那么自然人利用自身的妊娠功能和处分子宫利益的代孕行为为什么就不能得到相应的宽容呢?”^[11]当然,对于代孕一定要进行合理的规范,防止代孕的滥用对代孕母亲的伤害和对社会带来危害。

五、代孕的有限合法化及其规制

关于代孕问题的规定,我国目前尚未有基本法律层面的规定,仅有的规范性文件属于部门规章范畴。原卫生部于2001年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第三条第二款明确规定:“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的代孕技术。”同时在《人类辅助生殖技术规范》中明确禁止医疗技术人员实施代孕技术。这表明我国卫生行政部门对于代孕技术运用的观点,也代表了国家的主流观点。值得注意的是,2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过的全国人大常委会关于修改《中华人民共和国人口与计划生育法》的决定,删除了原修正案草案中“禁止以任何形式实施代孕”的规定。这反映出立法机关对于代孕的态度转变,并不一味追求绝对的禁止;也从另一个侧面反映出立法机关对于代孕的客观需求和客观存在的理解与包容,为将来预留了规范和调整代孕技术运用的空间。

我们认为,尊重需求、有限开放、合理规范应当成为立法对代孕的规制态度。对于代孕的规制,应当

考虑以下几个基本方面:第一,禁止商业性代孕,应当将代孕行为控制在互助范围内,但可以考虑给予代孕者一定的补偿。第二,委托者一定是不孕不育的夫妻,并且女方子宫因疾病无法孕育胎儿。坚决杜绝有生育能力但是却因为非医学的原因,如担心身材变形、工作需要等而不愿意生育的现象。让代孕这一技术的运用只能是弥补生育不能的缺憾,而不可成为取代自然生育的手段。第三,出于对代孕者生命健康保护和优生优育的考虑,代孕者的年龄应当限制在合理的范围,且已经有过生育经历,并且应当限制参与代孕的次数。第四,受精卵至少应有夫妻一方的精子或卵子,保证通过代孕技术所生子女和委托者之间存在一定的血缘关系。否则,完全可以通过收养等途径实现委托者为人父母的愿望。

参考文献

- [1] 蒋月. 婚姻家庭法前沿导论[M]. 北京: 科学出版社, 2007:356
- [2] 任汝平,唐华琳. “代孕”的法律困境及其破解[J]. 福建论坛(人文社会科学版),2009(7):161-165
- [3] 杨大正. 游走在法律边缘的代孕江湖[N]. 南方日报, 2011-11-28(A19)
- [4] 乌梦达,李德欣,袁汝婷. 地下代孕产业链:出租子宫的“买卖”[N]. 新华每日电讯,2014-09-23(8)
- [5] 自周斌. 代孕市场何去何从亟待法律定夺 [N]. 法制日报,2008-09-09(6)
- [6] 吴国平. “局部代孕”之法律禁止初探[J]. 天津法学, 2013 (3):48-54
- [7] 杨遂全, 钟凯. 从特殊群体生育权看代孕部分合法化[J]. 社会科学研究,2012(3):77-83
- [8] 赵念国. 法国地下代孕市场禁而不止[J]. 检察风云, 2007(8):32-34
- [9] 吴琼. 澳或重新审视商业代孕法规[N]. 法制日报, 2014-10-14(11)
- [10] 杨芳,张昕,潘荣华. 台湾地区“代孕”立法最新进展及其启示[J]. 医学与哲学,2008,29(7):25-27
- [11] 徐舜芝. 代孕合同法律问题初探[D]. 北京:中国青年政治学院,2004

Discussion on the finite legalization of surrogacy

Zhu Bin

(School of Health Policy and Management, Nanjing Medical University, Nanjing 211166, China)

Abstract: According to the characteristic of surrogacy technology, the practical demands, being impossibly banned, surrogacy getting out of control, it is not desirable to ban surrogacy completely. Surrogacy should be permitted in certain scope and regulated by the law to satisfy the practical demands, limit abuse of surrogacy technology, and regulate utilization and development of surrogacy technology. The law should forbid commercial surrogacy. The client should be infertile couple and the wife's uterus can't be pregnant with fetus. Surrogate mother's life and health should be taken into account fully. There should be genetic relationship between the client and the baby born by surrogate mother.

Key words: assisted reproductive technique; surrogacy; finite legalization