

# 论有限放开代孕障碍的排除

彭熙海, 白银

(湘潭大学法学院, 湖南湘潭, 411105)

**摘要:** 应放开无偿的完全代孕已为支持者充分论证, 自不待言。然其展开仍存无偿代孕者难觅、代孕主体资格不明、代孕子女法定父母认定不一、代孕相关法规欠缺等障碍。为避免代孕秩序混乱, 可由法律法规授予妇联参与代孕相关工作, 同代孕者签订利他代孕合同; 为保障代孕主体的权益, 应明晰代孕者、委托夫妻和妇联各方的权利、义务以及责任; 为解决代孕者积极性不高, 宜许委托夫妻在法定补偿金区间给与代孕者适当补偿; 为防范代孕放任自流, 亦应完善医疗机构伦理委员会审查代孕主体资格的制度并加强政府监管。代孕难题的最终解决在于加快代孕立法, 以使代孕纠纷的处理有法可依。

**关键词:** 代孕; 有限放开; 利他合同

**中图分类号:** D923-9

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2018)06-0076-09

据统计, 我国不孕不育发病率占育龄人群的10%—12%, 发病原因单属女方因素的约为50%<sup>[1]</sup>, 而其中主要为女性子宫、输卵管等器官的缺失或病变。此外, 目前我国至少有100万个失独家庭, 每年新增失独家庭7.6万个<sup>[2]</sup>。为避免老无所依, 中年失独家庭再生育愿望极高。这两个方面的成员业已成为代孕的强烈需求者。我国每年通过代孕黑市诞生的婴儿超过1万名, 且逐年增加<sup>[3]</sup>。2011年广州惠州发生的“八胞胎代孕案”<sup>[4]</sup>; 2014年江苏无锡法院审理的“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”<sup>[5]</sup>; 2017年最高人民法院公布“2016年度人民法院十大民事行政案件”, 对代孕合法性有所回避的“首例失怙代孕龙凤胎监护权案”入选其中<sup>[5]</sup>。这一系列关涉代孕的事件和案件真实地呈现在我们面前。一方面, 不孕不育给病患带来巨大的精神痛苦, 易导致夫妻感情破裂、家庭不和。而环境污染、食品安全等导致不孕不育的问题因素, 在尚未得到有效控制的情况下, 过分强调伦理道德而忽视社会迫切需求, 易造成不孕不育者心态不平衡, 不利于社会稳定。另一方面, 即使禁止代孕, 我国依然广泛存在因非法代孕导致怀孕、流产以及代孕者健康受到损害等问题。凡此种种, 亟待法律表明对代孕的基本态度并确立相应的调整规则。以下笔者将提出开展有限代孕的设想。

## 一、代孕只能有限放开

代孕即女性受他人委托, 采用人类辅助生殖技术在其子宫内植入受精卵, 为他人孕育分娩新生儿的行。根据代孕母与代孕子女是否具有基因关系<sup>②</sup>, 可将代孕分为局部代孕和完全代孕。完全代孕是指将不包括代孕者自身卵子在内的受精卵植入代孕者子宫<sup>③</sup>, 代孕者与代孕子女无基因关系的代孕。部分代孕即将包括代孕者自身卵子在内的受精卵植入代孕者子宫, 有基因关系的代孕<sup>[6]</sup>。目前我国相关部门规章明文禁止代孕, 然而简单的一禁了之弊端重重。其一, 完全禁止代孕无法满足社会需求。如前所述, 不孕不育率每年递增, 愈来愈多夫妻膝下无子, 势必严重影响婚姻关系的稳定。代孕技术的应用可谓另辟蹊径, 积极破解生育难题的同时可间接降低贩卖、偷盗婴儿等罪行发生的概率, 还可缓解国家治理代孕黑市的压力。其二, 有损公民权利。我国关涉代孕的法规适用对象均为医疗机构和医护人员, 尚未禁止普通公民代孕。根据“法无禁止即可为”的私法精神, 普通公民应有实施代孕的权利, 完全禁止非但没有保护公民私权, 反而侵害了由宪法授予的公民生育权。诚如杨立新教授

收稿日期: 2018-06-19; 修回日期: 2018-08-12

作者简介: 彭熙海(1962—), 男, 湖南湘乡人, 法学博士, 湘潭大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 民商法学; 白银(1992—), 男, 湖南岳阳人, 湘潭大学法学院硕士研究生, 主要研究方向: 民商法学, 联系邮箱: baiyin810@163.com

所言,“将所有的代孕都作为非法活动予以打击,实质上是对人的权利的限制并涉嫌以言代法”<sup>[7]</sup>。其三,完全禁止导致为人类造福的代孕医学技术得不到应用,扼杀科研者积极性,不利于医学科技的发展。然而,我国亦不可完全放开代孕。因为完全放开代孕会导致弊病丛生:其一,有偿代孕存在将女性子宫当作赚钱机器的危险,损害女性人格尊严<sup>[8]</sup>。其二,可能导致“借腹生子”、近亲代孕所引发的血缘关系混乱、称呼不当等伦理问题。其三,可能诱使能正常生育的夫妻为超生而寻求代孕,导致性别比率严重失衡,人口数量急剧增长,进而打破我国人口均衡的格局。

因此,对代孕的基本态度应是既不完全禁止亦不完全放开,而恰当的处理办法就是在两者之间寻找合理的平衡点,并设置妥当的规则以防范代孕的放任。无偿可排斥非法代孕商业化,完全代孕则可避免“借腹生子”、性关系混乱等引发的伦理冲击,符合人性且不违背公序良俗<sup>[9]</sup>。即便如此,目前我国有限放开无偿的完全代孕依然存有诸多障碍,如无偿代孕者难觅,委托夫妻和代孕者的代孕资格难以认定,代孕子女法定父母难以确定以及代孕所引发的纠纷难于解决等。为使有限代孕顺利展开,需洞悉存在其上的障碍并寻求有针对性的解决办法。

## 二、有限放开代孕的主要障碍

### (一) 无偿代孕者难觅

为避免商业代孕,防止代孕者沦为生育机器,有学者主张放开无偿代孕。英国议会1985年7月通过了世界上首部规制代孕的立法——《代孕协议法》,该法核心内容为禁止商业代孕,并被英美法系大多数国家效仿。当前国外立法上允许代孕的国家,也基本只允许非商业性代孕<sup>[10]</sup>。广义的公益相当于非营利,狭义的公益是指与社会共同体、社会不特定人群相关的利益<sup>[11]</sup>。不论从广义还是狭义的角度,目前国外可被允许的代孕大多为非商业化的公益活动,关乎不特定的不孕不育者利益。但纯属公益的无偿代孕因罕有志愿者而难以实践。代孕者在长达10个月的孕期中,其身体、心理健康甚至生命均承受着巨大风险。除部分志愿者在特殊时期出于人道主义考虑无偿为陌生灾民代孕之外<sup>①</sup>,无偿代孕志愿者十分难觅,盲目地将代孕限于无偿实难达到预期效果。首先,目前我国缺乏被道德伦理普遍接受的代孕土壤。即使相关法律明文规定

允许或者不禁止无偿代孕,代孕者仍有可能受到传统伦理道德抨击而不愿代孕。其次,代孕并非简单相助,可能给代孕者带来药物反应、多胎、卵巢过度刺激综合征以及其他与生殖相关的健康危害<sup>[12]</sup>,甚至危及代孕者生命。最后,完全无偿并非对女性的尊重。女性在法律允许的情况下利用自己子宫和身体的妊娠功能是行使身体支配权的表现,在孕育期间牺牲了自己的健康、自由,应获得委托夫妻用以表达感激之情的适当补偿。

### (二) 代孕主体资格难以认定

作为一种生育辅助方式,代孕可适用于任何能提供正常胚胎的人群。目前积极寻求代孕的委托夫妻主要有三类:其一,可正常生育的夫妻,因害怕疼痛、影响身材、工作以及孕期周期长影响自由等原因寻求代孕;其二,因疾病或体质不宜怀孕者,如患有无子宫、子宫粘连等子宫疾病或者严重的高血压、肾病等怀孕生育可能危及母体生命安全的疾病的人群;其三,为维持完整的家庭而取“同性夫妻”一方精子或卵子进行代孕的同性恋者。三者目的虽同为通过代孕拥有携带自己基因的子代,但其生育环境、代孕动机以及代孕依赖程度等均存在较大差别。就代孕依赖程度而言,第一类可正常生育夫妻依赖程度明显低于第二类身体不宜怀孕者和第三类同性恋者,对其放开代孕的必要性较低。而且委托代孕不同于一般委托行为,关涉胎儿的孕育以及代孕子女的抚养、教育等责任的承担,需委托夫妻具备较强的抚养能力。目前代孕者主要有委托夫妻的亲友、无偿代孕的志愿者以及为获取报酬或特殊利益而代孕的女性,各类代孕者的动机及其代孕行为大相径庭,不仅影响代孕的性质,还关乎胎儿的生命健康安全以及代孕子女日后的生活环境。因此,必须严格规定代孕相关主体的资格以及资格审查程序,以避免非法代孕践踏人权、违背公序良俗。而对此我国法律尚付之阙如。

### (三) 代孕子女法定父母难以确定

代孕严重冲击着传统法律体系中的母子关系,导致亲属关系混乱,加之私人自行约定代孕子女的亲权,最终造成“多重”母亲的出现,典型的有委托母亲、代孕者和卵子捐赠者。代孕子女若聪明健康,三者均愿意独自抚养,甚至为争夺亲权而对簿公堂,反之则相互推诿。在认定子女法定母亲身份方面,我国采取传统民法的“分娩说”,即分娩婴儿者为法律上的母亲。然而,此学说存在的基础是没有人类辅助生殖技术参与的自然生育,但目前生殖技术早已应用于孕育的各

个阶段,故该理论已无法适应代孕现状。况且,在“分娩说”的基础上放开代孕,代孕者成为代孕子女的法定母亲,完全排除委托母亲第一时间获得法定母亲身份的可能性,即使委托夫妻可采取收养方式迂回取得代孕子女的亲权<sup>⑤</sup>,也实属多余。一方面,委托夫妻为拥有携带自己基因的子女投入大量精力,代孕成功后几无人放弃亲权,而收养反成为委托夫妻获得亲权的障碍。且收养程序繁琐,期限较长,易造成代孕信息泄露,不利于代孕子女的成长。另一方面,并非所有委托夫妻都能通过收养程序顺利获得代孕子女的亲权,导致委托夫妻对能否获得亲权缺乏足够的可预期性,不利于代孕关系的稳定。代孕子女法定父母的认定影响着代孕子女日后的成长环境、抚养关系、监护关系以及继承关系等,决定代孕目的能否实现,对此,需由法律规范予以明确,并将其作为代孕合同的必要条款,以防范日后发生夺子纠纷。

#### (四) 代孕纠纷难以解决

目前,我国相关部门规章虽明文禁止代孕,但非法代孕仍广泛存在。因其与伦理道德和亲权密切相关,又无明确的法律规范加以规定,极易引发纠纷。依据代孕纠纷产生的时间段不同,可将易引发代孕的纠纷划分为代孕前、代孕中和代孕后的纠纷等三大类<sup>⑥</sup>。代孕前的纠纷,主要有以代孕之名行重婚之实所引发的纠纷、强迫他人代孕所导致的侵权纠纷以及不按约定时间支付相关费用的违约纠纷等;代孕中的纠纷,主要有由代孕协议一方或双方当事人中途停止代孕、代孕者意外死亡以及相关费用计算等引发的争议;代孕后的纠纷,主要有由婴儿娩出后畸形、残疾甚至为死体,代孕者身心受创甚至留下了后遗症以及代孕子女的亲权认定等问题所引发的纠纷。

以上都是有限放开代孕的最大障碍,类似问题如不妥善解决,将会纠纷不断,或造成弊大于利的后果。

### 三、有限放开代孕难题的破解

#### (一) 构建利他代孕合同模式

所谓利他合同,是指“基于债权人和债务人的约定向第三人履行,并且赋予第三人针对债务人以直接履行请求权的合同”<sup>[13]</sup>。就第三人的直接履行请求权而言,学界通说认为该权利基于利他合同当事人的约定直接取得,而非权利让与和代理关系所产生<sup>[14](273)</sup>。由于我国民法未明文规定利他合同,学界对我国是否

存在利他合同的相关规范未形成统一意见。目前主要围绕着《合同法》第64条进行讨论,肯定论者从文义解释、条文自身价值、立法史料研究、立法解释、体系解释以及比较法解释等方面论证了《合同法》第64条调整的对象即利他合同<sup>[14](270-271)[15]</sup>,或者认为涵盖了利他合同<sup>⑦</sup>。反对论者则主张该条实质上为“不真正的利他合同”,不宜作过度的扩张解释。他们认为在合同相对性原则框架下即使解释为利他合同,实际意义也不大,反而弱化了加强利他合同立法的紧迫性,而且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》已经明确了《合同法》第64条规定的第三人为无独立请求权的第三人,据此认定该条款不能成为我国利他合同的依据<sup>[13,16]</sup>。尽管学者们对《合同法》第64条的解释持不同见解,但均强调了我国体系化规定利他合同的理论和实践价值<sup>[13-16]</sup>。同样地,在司法实践中,法官们为方便裁判和执行,大多以其未违反公序良俗和法律、行政法规的强制性规定且属于当事人的真实意思表示为由作出认定利他合同有效的判决<sup>⑧</sup>。

笔者认为,利他合同实质上是我国合同法的立法漏洞,是民法典编撰中亟待填补的空白。理由在于:其一,传统的合同相对性原则无法满足社会需求。由于市场交易主体日渐复杂,合同关系中往往会涉及第三人,合同相对性原则不能满足市场主体旺盛的法律供给需求而被典型国家的民法所突破<sup>⑨</sup>。其二,由于我国利他合同理论体系和立法范例的欠缺,合同相对性原则一直占据《合同法》重要地位,容易导致在保险、运输、信托等相关法律规范中重点保护合同当事人利益而忽略第三人利益。如《保险法》第15条中投保人任意解除权的行使可能损害利益第三人的期待利益<sup>[17]</sup>。其三,不承认利他合同,一定程度上否认了当事人的意思自治,不符合私法自由的精神,且不利于保护善意第三人<sup>[18]</sup>。其四,就经济效率而言,允许第三人获得直接履行请求权,既缩短了履行时间,又简化了履行手续,可降低交易成本。其五,从公共利益需求及社会发展政策考量,越来越多的合同涉及第三人,第三人的行为规制及利益保护越来越凸显其独立的价值,应将第三人纳入合同法保护的范畴<sup>[19]</sup>。因此,利他合同的理论价值和社会需要应被肯定。

利他合同的特征主要表现在合同履行利益由第三人获取,且第三人可基于合同当事人的约定享有直接履行请求权,往往适用于公益事业,具有扶助和帮助第三人的作用。就代孕合同是否合法有效而言,目前

最受争议的地方在于是否构成对法律或公序良俗的违反<sup>[20]</sup>。我国法律对待代孕的态度很暧昧, 虽明文禁止医疗机构和医护人员实施代孕, 但未禁止普通公民代孕。普通公民即使私下代孕亦可以未违反法律规范为由而免受责难。因此, 有学者主张将代孕限制为无偿的完全代孕以绕开伦理抨击, 但其依旧难以完全避免违背公序良俗现象的发生。如委托夫妻同代孕者恶意串通私下有偿代孕, 使拟设立的监管防不胜防。对此, 笔者认为, 应避免委托夫妻和代孕者的直接接触, 在委托夫妻和代孕者之间由法律法规授予组织无偿代孕的妇联直接参与其中来化解以上难题<sup>⑥</sup>。即委托夫妻向妇联提出代孕申请, 在满足代孕条件且支付相关费用后, 由妇联联系代孕者并同其签订利他代孕合同, 代孕者基于利他合同的约定与妇联形成“补偿关系”, 并实施代孕行为。而委托夫妻则基于妇联执行代孕公益事务所形成的“对价关系”和利他合同的约定享有针对代孕者的直接请求权<sup>⑦</sup>。

如此操作, 至少有以下优势: 首先, 妇联作为利他合同当事人参与代孕始终, 享有选择代孕委托方和代孕者的权利, 并可及时准确地掌握代孕进程, 有效地避免了委托夫妻和代孕者的接触, 防范代孕沦为金钱交易, 从而降低违背公序良俗的可能性。其次, 委托夫妻的履行请求权可得到保障。代孕者一旦恶意停止或者做出不利于胎儿健康的行为, 委托夫妻可单独依据法律的规定和利他合同的约定行使停止侵害、赔偿损害等请求权, 及时维护自身利益。再次, 国家相关的机构参与不至于使代孕行为滥用, 可以使生育权和公序良俗形成一种平衡<sup>[21]</sup>。最后, 妇联作为社会公益组织参与代孕之中, 保障了代孕行为的合法展开, 便于国家对非法代孕行为的监管。妇联被法律法规授权参与代孕合同的全过程所呈现出的优势是由其特性所决定的。其一, 就职能而言, 依据《中华全国妇女联合会章程》的规定, 妇联的基本职能为“代表和维护妇女权益, 促进男女平等”, 主要任务包括“关心妇女工作生活, 拓宽服务渠道, 建设服务阵地, 发展公益事业”, 担负着积极主动为妇女儿童提供生产和发展的优质有形和无形的公共产品的职责。由妇联参与代孕为不孕妇女分忧, 与其职能相吻合。而且, 近年来随着政府职能的转变, 我国政府正在由全能政府向有限政府、由管制型政府向服务型政府转变, 将把那些政府不该管、管不好、管不了的事项分权于社会, 让妇联承担代孕这一公益事务亦为政府简政放权之体

现。其二, 就社会影响而言, 妇联作为中国最大、最权威的妇女组织, 为八大人民团体之一。虽然属于群众团体, 但目前其人事制度参照公务员编制执行, 与其他政府部门有着密切联系<sup>[22]</sup>, 在动员社会资源、取得群众认同方面有着特有的优势。其三, 就管制和经费而言, 自1949年妇联成立以来, 经过了近70年的发展, 组织日益强大且保持良好的稳定性, 自我约束、社会管制以及政府监督方面更加成熟, 可以较快地适应这一职务。而且其组织活动经费具有一定的保障, 妇联的行政经费、业务活动和事业发展经费, 主要由政府拨款, 列入各级财政预算, 并随财政收入的增长或工作需要逐步增加<sup>⑧</sup>。在法律规定由妇联承担代孕工作之后, 则可以根据工作的需要增加其活动经费, 以保证代孕工作的顺利开展<sup>⑨</sup>。其四, 相较其他专业性的非营利性社会组织而言, 妇联从中央、省、市到县、乡五级, 每一级都有妇联组织, 形成了强大的网络, 这种纵向到底、横向到边的妇女组织网络在国际上都是少有的<sup>[23]</sup>。同时, 妇联长期致力于妇女、儿童事业, 关爱同情弱势妇女, 与妇女建立了互相信任、互相依靠的鱼水关系<sup>[24]</sup>, 赢得了广大妇女的赞誉, 被妇女们亲切地称呼为“娘家人”, 深得妇女及相关部门的信任<sup>⑩</sup>。

## (二) 代孕主体权益的合理平衡

为使有限代孕顺利展开, 需从制度层面合理安排相关的权利义务。首先, 代孕者权益应得到充分的保障。在利他代孕行为中, 代孕者往往出于人道主义, 帮助不能正常生育的委托夫妻孕育胎儿, 而不可避免地会给她身心健康带来一定的影响, 其理应获得以下权利: ①合理补偿的权利。此种权利应使代孕者在孕育胎儿期间获得不低于普通孕妇所应有的物质保障。②保险受益权。代孕者在孕育过程中身体、生命承受着巨大的风险, 妇联应当购买受益人为代孕者和其家属的人身保险, 以规避代孕风险, 分摊由此所产生的损失, 从而最大程度地保障代孕者的权益。③代孕前无条件的撤销权和代孕中申请终止代孕的权利。依据《人口与计划生育法》第17条和《妇女权益保障法》第51条的规定, 我国公民享有生育自由的权利<sup>⑪</sup>。为最大限度地保障这一人格权, 在代孕前, 代孕者具有无条件撤销代孕合同的权利。委托夫妻提供的胚胎植入代孕者子宫之前, 应保证代孕者不受指责和不被强迫的撤回代孕意思, 以确保代孕者完全自愿和后期代孕的顺利进行。但在代孕开始后, 考虑到代孕者完全

出于自愿和利他代孕合同的实现,亦应对其终止代孕的权利作合理的限制:一是非因胎儿存在严重缺陷或者患有严重遗传性疾病;二是非因代孕者患有严重疾病,继续妊娠将危及生命安全或者严重危害其健康。同时为规范妊娠的程序,宜由代孕者向妇联提交停止妊娠申请书,并由妇联、医疗伦理委员会等参照后文将重点讨论的代孕审查制度进行审查。若代孕者因体质骤然下降或突发疾病等原因不宜继续代孕应立即终止妊娠,以确保代孕者的生命安全。④接受委托夫妻赠与的权利。在孕育过程中,并不禁止代孕者获得委托夫妻通过妇联转交的适当赠与。⑤获得代孕荣誉和税收优惠、就业安排等方面的资格。妇联或者相关政府部门可授予代孕者“爱心妈妈”荣誉称号,并在工作安排、税务优惠等方面给予特殊照顾,以提高代孕志愿者的积极性。⑥赔偿请求权。代孕过程中以及代孕之后,代孕者出现因代孕所造成的身心疾病,代孕者可向委托夫妻主张适当补偿或损害赔偿。同时,为确保优生,从源头杜绝生育缺陷,代孕者也应尽到与孕育相关的注意义务。如定期到医院检查、履行医嘱、避免参加剧烈的运动或从事强度大的工作,不得吸烟、喝酒,注意饮食等。

其次,委托夫妻应享有相应的权利并附加一定的义务。在利他代孕合同履行过程中,委托夫妻作为第三人享有直接履行请求权,并负担相应的附随义务。具体享有以下权利:①知情权。在代孕前,为了防范潜在的健康风险,妇联应将代孕者去识别化的健康情况、生活习惯、怀孕经历以及有无不良嗜好等信息告知委托夫妻。代孕中,妇联应定期向委托夫妻提供胎儿的发育情况,包括羊水亲子鉴定、唐氏筛查、胎儿医学影像以及相应的医疗意见和诊断结果等<sup>⑧</sup>,由此,一方面可确保委托夫妻能适时地掌握胎儿的健康情况,减少信息不对等带来的弊端。另一方面亦可保障委托夫妻申请终止代孕的权利。②代孕中申请终止代孕的权利。通过妇联提供的材料发现胎儿存在严重缺陷或者患有严重遗传性疾病、代孕母出现不适宜代孕的情况以及委托夫妻因离婚或丧偶等要求终止妊娠的,委托夫妻可向妇联提交停止妊娠申请书。③停止侵害和损害赔偿请求权。代孕过程中,若代孕者故意实施有害于胎儿的行为,委托夫妻有权委托妇联行使停止侵害和损害赔偿请求权。同时,委托夫妻亦需承担以下义务:①支付补偿金及与代孕相关的手续费用;②支付保险费用;③承担正常生育所存在的一切风险。若代孕者无重大过错终止代孕,委托夫妻需承担代孕

的一切费用,已经支付给代孕者的所有款项不予返还,并且需承担代孕母正常流产、娩出的婴儿畸形或患有先天性疾病等医疗技术无法避免的风险。

而对于妇联,在我们的设想中,一旦被法律法规授权,其就享有了行政主体的地位和相应的职责。宏观上,需承担组织和参加无偿代孕宣传推广、业务咨询、资料收集、数据统计、协调联络等工作,具体包括登记代孕志愿者的相关信息、受理委托夫妻的代孕申请、同代孕者签订利他合同、履行利他合同的相关义务、向委托夫妻告知代孕者的相关信息等。若妇联在此过程中存在应当受理代孕申请而不受理、应当告知委托夫妻胎儿相关情况而不告知或者违反规定向委托夫妻或代孕者披露对方信息等不作为或乱作为行为的,应承担相应的行政法律责任;若妇联在利他代孕合同签订后,不按约定将补偿费交付给代孕者、为代孕者购买相应保险等,应依法承担民事责任。若妇联同一行为既需承担民事责任又需承担行政责任的,承担行政责任后不影响民事责任的承担。

### (三) 给予代孕者适当的补偿

在前文中略微提及了代孕者应获得补偿的权利,而该权利如何获得一直是代孕中敏感而关键的问题,此处专门提出是作为代孕难题破解的有效手段对待的。

任何良好的制度都应便于实践,无偿虽可给代孕带来美德的光环,但罕有人愿意承受自由受限、身心受损甚至死亡的风险为他人代孕。为此,应当在支付报酬和不违公序良俗中确立合理的界限。该界限的确定应确保:一方面使代孕者能够获得适当补偿而保有积极性,进而稳定代孕关系;另一方面又要限制补偿金额,避免代孕沦为金钱交易而违背有限放开代孕的初衷,导致代孕者堕落甚至滋生犯罪。至于如何确定“适当的补偿”,目前学界尚无统一论。有学者认为,应包括代孕和分娩的医疗费、营养费等<sup>[25]</sup>。也有学者提出还应包括保险费、护理费、服装费、住宿费、交通费<sup>[26]</sup>。但基本停留于代孕部分费用的具体列举,未设限制、不便计算且难涵盖全部。我们认为,为了更好地实现国家管制和私人自治在代孕中的均衡博弈,防止市井中“病急乱投医”的委托夫妻无上限地满足代孕者所提出的要求,进而出现“天价”代孕费用和巨额的代孕利润,导致代孕者在经济利益的驱使下盲目代孕而忽视自己的身体健康,以及出现高昂的代孕费用阻断穷人寻求代孕机会的现象而引发社会不公,应以当地人均可支配收入、人均消费支出以及孕

育平均支出等为参照<sup>⑥</sup>,制定当地孕育支出的合理区间作为法定区间,允许当事人在此区间内自由协商补偿金额。如此,“适当的补偿”便有了法定范围,当事人可结合自身情况在此范围内自主地设定具体的补偿金。最低补偿金的设定可填补代孕者孕育的一般消费支出,最高补偿金的设定则可防范代孕商业化进而降低违背公序良俗的可能性。

#### (四) 完善医疗机构伦理委员会审查代孕主体资格及政府监管制度

代孕关涉人权保障、道德伦理以及儿童权益保护,加之实践中委托夫妻病急乱投医而代孕者唯利是图的情况屡见不鲜。因此,主体资格的审核至关重要,否则可能引发非法代孕,致人权受侵、伦理混乱。为确保代孕符合伦理要求,应实行严格的代孕实质审查制。在利他代孕模式中,妇联在联系代孕志愿者并同志愿者签订利他代孕合同、履行合同约定义务以及承担相关责任的过程中,为确保委托夫妻、代孕者均符合代孕资格,妇联需实质地了解代孕者和委托夫妻的情况,包括深入代孕主体家庭、工作单位详细了解其自愿程度、生活作风以及经济条件等,待相关条件满足后,才可同代孕者签订利他合同,以完成代孕工作的第一步。

此后,妇联应将代孕相关的材料移送至具有开展人类辅助生殖技术的医疗机构伦理委员会进行合理性和可行性审核,审核通过后报医疗卫生机构所在地市一级人民政府主管部门备案<sup>⑦</sup>。各级地方人民政府卫生行政主管部门均有对代孕活动进行监督的职责,以防非法代孕现象的出现。我国《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》《涉及人的生物医学研究伦理办法(试行)》等法规规定了医疗机构伦理委员会的审查同意权,而对该审查同意权的性质、审查程序以及救济途径均未作详尽规定。在实践中,申请人的请求一旦被拒,除另寻医疗机构或放弃治疗外别无救济途径。为此,可借鉴高校学位评定委员会学位授予纠纷的处理方式,将医疗机构伦理委员会确定为法律法规授权行使行政权的组织<sup>⑧</sup>,医疗伦理委员会的审查同意权即具体的行政行为。同时,在国家卫计委和省级现有的伦理专家委员会或伦理审查指导咨询组织的基础上,构建独立于医疗机构伦理委员会的上级医学伦理委员会<sup>⑨</sup>。基于此,医疗机构伦理委员会拒绝申请人的请求后,妇联或相关利害关系人可向上级医学伦理委员会提起复议,不服复议者可提起行政诉讼,以防范医疗机构的地域主义,充分保障委托夫妻的救济

权。与此同时,应加强政府对无偿代孕的监管。省级人民政府卫生计生行政部门应当制定无偿代孕管理制度,各级地方政府的卫生计生行政主管部门有权对代孕活动进行监管,发现违反规定或违法的代孕行为应当及时制止,以确保代孕能在法律允许的范围内进行。妇联需将无偿代孕的登记信息、完成代孕信息和有关工作情况,定期向同级人民政府卫生计生行政部门汇报。若委托夫妻和代孕者对妇联作出拒绝受理申请书、未按期支付代孕补偿费用等行为不服的,可向同级政府相关部门提起行政复议。

代孕主体需满足严格条件。其中代孕者至少要满足:①具有完全民事行为能力的女性,年龄在20—45周岁之间,有过成功生育的经历。我国婚姻法规定女性结婚年龄不得早于20周岁,加之女性45周岁以后孕育风险较大,将代孕母年龄控制在20—45周岁之间为宜。成功的孕育经历有助于代孕母树立良好心态,提高代孕成功的概率,亦可防范代孕者今后不能再孕的风险。②完全自愿。此条件要确保代孕者能够完全理解代孕的性质和法律后果,并愿意承担由此产生的一切不利后果,而不存在欺诈、胁迫或者乘人之危等意思表示不真实、不自由的情况。本人应出具表明真实意思的书面意愿书,有配偶者需要同配偶共同出具书面意愿书,确保夫妻间形成共识,以维持家庭关系的稳定。③通过医院健康检测及评估,代孕者没有不利于生育的疾病和不良嗜好,身心健康适宜代孕,孕育器官亦成熟健全。④代孕者不可为委托夫妻直系血亲以及三代以内的异辈旁系血亲<sup>⑩</sup>,以防称呼不当、血缘关系混乱以及其他违背家庭伦理道德的情况发生。委托夫妻至少要满足:①合法夫妻。如此便于给代孕子女提供稳定的家庭。而单亲家庭在子女利益保护上具有不确定性,不利于代孕子女的健康成长,“同性夫妻”的合法性问题在我国亦尚无定论,目前还不宜对其开放。②委托夫妻至少有一方能够提供符合遗传学优生要求的精子或卵子,排除精子和卵子均源于捐赠的情况。因为代孕子女与委托夫妻任何一方均无遗传上的血缘关系,其效果基本等同于制造一个孩子供委托夫妻收养,无法体现代孕应有的价值,而且不利于代孕子女合法权益的保护和国家人口数量的控制<sup>⑪</sup>。③在现代医学条件下,委托夫妻中妻子一方因先天无子宫、子宫病变等原因不能孕育,或者患有严重的高血压、肾病等孕育可能引发生命危险的疾病而不宜生育。为避免对生育病患的歧视,对于委托夫妻中妻子一方的审核不需审查患病原因,但应排除为满足委托

代孕条件而故意损坏子宫的女性。④委托夫妻申请时不得拥有共同的子女。代孕的价值在于帮助不孕不育者实现生儿育女、延续基因的梦想,已经拥有子女的夫妻不应在此范围内。

#### (五) 委托夫妻原则上为代孕子女的法定父母

代孕可能出现委托母亲、卵子捐赠者和代孕者“三母”并存局面,代孕子女法定母亲的确定决定着委托夫妻代孕拥有子女的期望能否实现,关涉有限放开代孕目的能否实现,影响代孕子女日后的生活环境。我们认为,委托母亲原则上为代孕子女的法定母亲,但在代孕开始后委托母亲患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病,染有严重的酗酒、吸毒等恶习的,不宜与代孕子女共同生活,且在卵子捐赠者和代孕者愿意抚养的情况下,再依“子女最佳利益原则”准其为代孕子女的法定母亲。代孕者不宜作为代孕子女法定母亲的理由是:①在委托夫妻的婚姻家庭关系中承认期待确定其为法定母亲的地位存在,易引发抚养、探视、监护、继承等后续法律纠纷。②代孕子女与代孕者并不存在自然血缘关系,代孕者并非基因遗传生物学意义上的母亲,实质上亦无养育代孕子女的初衷<sup>[28]</sup>,将其视为法定母亲极不利于代孕子女的成长。③生命始于受精卵的形成,代孕只是孕育新生命的辅助方式,我们不能把辅助孕育的科学家、医生、器皿看成新生命的父母,亦不宜将代孕者看成是新生命的母亲<sup>[29]</sup>。同样,卵子捐赠者不宜成为代孕子女的法定母亲。一方面,依据前卫生部颁布实施的《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》之规定,卵子捐赠者与委托夫妻、出生后的代孕子女以及代孕者应保持互盲,医疗机构和医护人员对委托夫妻和卵子捐赠者的信息具有保密义务。卵子捐赠者的信息理应处于保密状态,即使有所泄露也应认定为违反了法律的强制性规定,卵子捐赠者不得依据基因关系主张亲权。另一方面,捐赠者出于捐赠目的提供卵子和精子,往往没有成为法定父母的期望,由其作为法定父母承担相关责任,反而易打击捐赠者的积极性。相比之下,委托母亲宜为代孕子女的法定母亲。盖因一方面委托夫妻同代孕者实施代孕的动机为借助代孕者生育携带自己基因的子代,以委托母亲作为法定母亲与此高度契合。另一方面,委托母亲成为母亲的意愿更强,对子女亦更为负责。此外,以血缘为基础确定委托母亲对遗传关系有公示作用,利于减少近亲结婚的概率<sup>[30]</sup>。

与之相适应,委托父亲也更适合为代孕子女的法定父亲。其一,委托夫妻须为合法夫妻,为实施代孕,

两者需共同出具书面的代孕意愿书,认定委托夫妻为法定父亲是公民意思自治的表示,同时也符合实施代孕解决生育问题的初衷。其二,符合“婚生推定”,委托母亲为代孕子女的法定母亲,认定委托父亲为法定父亲更利于维系家庭的完整和稳定。其三,同卵子捐赠者一样,精子捐赠者处于保密状态,亦无成为法定父亲意愿,不宜作为法定父亲。

## 四、结语:加快代孕立法工作

目前,我国部门规章对代孕虽持禁止态度,但依旧不能从根本上杜绝违法代孕的发生,以致存在大量涉及代孕的纠纷。在司法实践中,法院裁判此类纠纷时往往存在定性模糊、法律适用不当、判决理由不清等问题<sup>[31]</sup>,究其根源为我国无法可依,亟待立法填补该漏洞。社会伦理因其高度稳定性,往往不易被新的事物突破,当传统伦理观念与现行法律制度的价值相冲突时,就需要通过制度变革来加以引导<sup>[32]</sup>,而非固守已经缺乏社会基础的传统观念。传统守旧的代孕观念由来已久,单纯地寄托于社会观念的转变来改变守旧的代孕态度,已无法适应当下巨大的代孕需求。为此,我国应当加快代孕立法,引导代孕观念的革新和代孕技术的发展。诸如在法律层面承认有限代孕的合法地位,确定代孕的概念及有限适用的范围,明确代孕主体应具备的法定资格,规定代孕相关主体享有的权利以及需承担的义务和责任等。在立法层面解决代孕所遇到的法律阻碍,使法律、道德和医学三者之间达到平衡,进而满足人类生儿育女、延续基因的天性。

### 注释:

- ① 详见裁判文书:(2014)锡民终字第1235号。
- ② 由于我国大陆无相关法律规定,本文借鉴了我国台湾地区代孕生殖的相关规定。所谓代孕子女即通过代孕生殖孕育生产的子女;代孕夫妻即因疾病等原因无法生育,须委托他人代孕的夫妻;代孕者即接受胚胎移植替委托夫妻孕育生产胎儿者。委托母亲即委托夫妻之妻,委托父亲即委托夫妻之夫。
- ③ 此处包含精子和卵子其中之一或均源自捐赠者(捐赠精子、卵子后体外受精和直接捐赠胚胎)的情形。对于后者,由于争议极大,各国基本禁止之,而且代孕子女与委托夫妻不存在基因关系,代孕价值完全不及收养之大,故不作讨论。
- ④ 在汶川地震后,网上就曾经见到过明确表示愿意帮失去所有孩子的灾民代孕代生的志愿者。参见杨遂全、钟凯:《从特殊群体生育权看代孕部分合法化》,《社会科学研究》2012年第3期,第78页。
- ⑤ 目前,许多国家和地区直接认定代孕子女的法定母亲为代孕母,然后允许委托母亲收养代孕子女。如美国哥伦比亚特区、

- 佛罗里达、印第安纳、马萨诸塞、俄勒冈等州, 德国、奥地利、瑞典等国。
- ⑥ 刘余香教授提出: 代孕的起点为胚胎的植入, 终点为代孕子女的出生。基于此, 文中所指称的“代孕中”即胚胎植入后到代孕子女的出生这一时间段; “代孕前”为胚胎植入之前的时间段; “代孕后”即代孕子女出生之后的时间段。
- ⑦ 即宽泛肯定说, 在肯定第三人具有直接履行请求权的同时, 纳入了第三人代债权人接受履行的说法。参见王利明: 《合同法研究》(第 2 卷), 中国人民大学出版社 2003 年版, 第 55 页。值得注意的是: 近年来, 王利明教授已倾向将该条文解释为第三人享有直接请求权, 详见王利明: 《合同法研究》(第 1 卷修订版), 中国人民大学出版社 2011 年版, 第 131 页。
- ⑧ 参见裁判文书: (2017)苏民申 1622 号; (2014)阳中法民二终字第 125 号; (2017)鄂 0106 民初 2332 号。
- ⑨ 《德国民法典》第 328 条第 1 款规定“合同双方可以约定债务人向第三人为给付, 并由第三人获得直接请求权”; 《日本民法典》第 537 条第 1 款规定: “当事者之一方依契约, 对第三者, 约应为某给付之事。则其第三者, 对债务者, 有直接请求其给付之权利”; 法国在司法实践中已经确立了利他合同, 1859 年劳伦斯诉福克斯案开创了美国利他合同制度的先河。参见吴旭莉: 《合同第三人存在情形的实证分析——兼评第三人利益合同在我国存在与否之争》, 厦门大学学报(哲学社会科学报)2012 年第 5 期, 第 76 页。
- ⑩ 可借鉴法律授予红十字会参与器官捐献职责的方式。《中华人民共和国红十字会法》第 11 条第 3 项规定其职责包括“参与、推动无偿献血、遗体和器官捐献工作, 参与开展造血干细胞捐献的相关工作”。《人体器官移植条例》第 4 条第 2 款规定“各级红十字会依法参加人体器官捐献的宣传工作”等。
- ⑪ 利他合同关系结构主要包括二重原因关系, 即债权人和债务人之间的补偿关系, 债权人与第三人之间的对价关系, 其中补偿关系是指利他型合同的内容, 决定了债务人向第三人为给付履行的性质与方式, 不以有偿为限。对价关系亦不以合同关系为必要。参见韩世远: 《合同法总论》, 法律出版社 2011 年版, 第 263 页。对价关系通常表现为对待给付、法定义务、赠与等法律关系。参见董庶、王静: 《试论利他保险合同的投保人任意解除权》, 《法律适用》2013 年第 2 期, 第 20 页。
- ⑫ 详见《中华全国妇女联合会章程》第 36 条。
- ⑬ 我们设想, 在条件允许的情况下, 妇联还可以创建由医学、法学、伦理学等方面的专家共同组成的咨询团, 以便于妇联合法、合理地选择委托夫妻和代孕者。
- ⑭ 2017 年 10 月, 我们对某市部分卫生计生委员会、红十字会、妇联、妇幼保健医院进行了关于利他代孕合同的可行性调研。除少数卫计委组成部门反对外, 其他机构均表示遇到过寻求代孕的委托夫妻并深表同情, 支持社会组织介入代孕关系中, 并认为妇联作为利他合同当事人最为妥当。红十字会虽然在组织、参与人体器官捐献方面经验比较丰富, 较适合作为代孕的组织者, 但由于近年“万元帐篷”“天价餐费”“郭美美炫富”等一系列丑闻发生之后, 红十字会尚未走出公信力的低谷, 可信程度不及妇联。
- ⑮ 《人口与计划生育法》第 17 条规定“公民有生育的权利, 也有依法实行计划生育的义务, 夫妻双方实行计划生育中负有共同的责任”; 《妇女权益保障法》第 51 条第 1 项规定: “妇女有按照国家有关规定生育子女的权利, 也有不生育的自由。”
- ⑯ 据了解, 在母亲怀孕 4—5 个月之间(羊水采集的最佳时间), 可从孕妇的羊水或者绒毛中提取细胞进行胎儿的 DNA 鉴定。参见杨荣芝、杨庆恩、余纯应等: 《羊水亲子鉴定及其社会问题思考——附 28 例羊水亲子鉴定分析》, 《医学与社会》2005 年第 1 期, 第 12 页。
- ⑰ 目前我国官方虽没有与孕育平均支出相关的统计数据, 但随着二孩政策的放开以及生育支出的持续走高, 此类数据备受社会关注, 具有极大的实用价值。国家统计局可统计并公布全国孕育平均消费支出以及我国东、中、西部的孕育平均消费支出, 各级人民政府统计机构亦应统计和公布所在地区的孕育平均支出。
- ⑱ 据统计, 自新《行政诉讼法》及立案登记制实施以来, 高校涉诉行政案件成为新的增长点, 截至 2017 年 1 月, 海淀区人民法院共受理高校被诉案件 30 余件, 被告均为高校或其学位评定委员会。
- ⑲ 三代以内的同辈旁系血亲间可相互代孕, 一来旁系血亲间无私代孕的几率较大, 可确保志愿者的来源, 二来限定在同辈之间能较好地防范称呼不当等伦理问题的出现。

### 参考文献:

- [1] 康登慧, 常红. 我国不孕不育发病率占育龄人群 10%至 12% [EB/OL]. (2016-05-24)[2018-03-01]. <http://world.people.com.cn/n1/2016/0524/c197902-28375966.html>.
- [2] 苏向东. 调查: 中国年增失独家庭 7.6 万 怕老怕病不怕死 [EB/OL]. (2012-07-30) [2018-03-01]. [http://www.china.com.cn/news/2012-07/30/content\\_26059259.htm](http://www.china.com.cn/news/2012-07/30/content_26059259.htm).
- [3] 周蜜. 美披露中国代孕黑市: 每年或诞生上万名婴儿 [EB/OL]. (2014-08-04)[2018-03-01]. <http://china.cankaoxiaoxi.com/2014/0804/447952.shtml>.
- [4] 刘显仁, 卢迎新. 试管婴儿+代孕 富商生下八胞胎 [N]. 广州时报, 2011-12-19(006).
- [5] 2016 年度人民法院十大民事行政案件 [N]. 人民法院报, 2017-01-07(004).
- [6] 李惠. 论代孕的分类与法律涵义 [J]. 医学与法学, 2014(4): 1-5.
- [7] 杨立新. 适当放开代孕禁止与满足合法代孕正当要求——对“全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案”后续法律问题的探讨 [J]. 法律适用, 2016 (7): 38-42.
- [8] 刘士国. 中国胚胎诉讼第一案评析及立法建议 [J]. 当代法学, 2016(2): 3-10.
- [9] 罗满景. 中国代孕制度之立法重构——以无偿的完全代孕为对象 [J]. 时代法学, 2009(4): 73-79.
- [10] 于晶. 代孕技术合理使用之探究 [J]. 河北法学, 2013(1): 125-130.
- [11] 赵立波. 公益事业、社会事业、公共事业辨析 [J]. 山东社会科学, 2017(1): 77-85.
- [12] 刘长秋. 代孕规制的法律问题研究 [M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 2016: 36.
- [13] 薛军. 论《中华人民共和国合同法》第 64 条的定性及解释——兼与“利他合同论”商榷 [J]. 法商研究, 2010(2): 51-56.

- [14] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [15] 崔建远. 为第三人利益合同的规格论——以我国《合同法》第64条的规定为中心[J]. 政治与法律, 2008(1): 68-70.
- [16] 尹田. 论涉他契约——兼评合同法第64条、第65条之规定[J]. 法学研究, 2001(1): 48-49.
- [17] 代琴. 利他保险合同解除权中的第三人保护——《保险法》第15条的修改建议[J]. 保险研究, 2015(12): 98-106.
- [18] 张圆圆. 对利他合同的探讨[J]. 法治研究, 2007(12): 74-75.
- [19] 吴旭莉. 合同第三人存在情形的实证分析——兼评第三人利益合同在我国存在与否之争[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2012(5): 75-82.
- [20] 朱晓峰. 非法代孕与未成年人最大利益原则的实现——全国首例非法代孕监护权纠纷案评释[J]. 清华法学, 2017(1): 120-133.
- [21] 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.
- [22] 徐宇珊. 浅析妇联与其他妇女组织的关系[J]. 妇女研究论丛, 2004(2): 44-48.
- [23] 张洪林. 论妇联维护妇女权益社会职能的历史变迁与现实现理[J]. 求索, 2012(1): 52-54.
- [24] 丁娟, 马焱. 妇联承担政府职能的优势与阻力研究[J]. 妇女研究论丛, 2006(S2): 120-123.
- [25] 何悦, 俞风雷. 我国代孕生殖立法研究——以英国代孕生殖立法为视[J]. 法学杂志, 2017(5): 46-52.
- [26] 吴国平. “完全代孕”的法律规制初探[J]. 时代法学, 2013(4): 43-52.
- [27] 王宏斌, 王樱儒. 法律视角下的医学伦理委员会制度之完善[J]. 医学与哲学, 2017(9A): 31-33.
- [28] 刘余香. 论代孕的合理使用与法律调控[J]. 时代法学, 2011(3): 65-70.
- [29] 任汝平, 唐华琳. “代孕”的法律困境及其破解[J]. 福建论坛, 2009(7): 161-165.
- [30] 任巍, 王倩. 我国代孕的合法化及其边界研究[J]. 河北法学, 2014(2): 191-199.
- [31] 肖永平, 张弛. 比较法视野下代孕案件的处理[J]. 法学杂志, 2016(4): 65-73.
- [32] 王贵松. 中国代孕规制的模式选择[J]. 法制与社会发展, 2009(4): 118-127.

## On the exclusion of obstacles of the limited release of surrogacy

PENG Xihai, BAI Yin

(Faculty of Law, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

**Abstract:** It has already been justified by the supporters that the free and full surrogacy should be released. However, there are still some obstacles in carrying out this system. For example, the free surrogate is hard to find; the qualification of the surrogate is not quite clear; the confirmation of the surrogate children's legal parents cannot reach an agreement, and there lack relevant laws and regulations for surrogacy. To avoid the disorder of surrogacy, the Women's Federation, which is granted with the surrogacy duties by laws and regulations, can sign altruistic surrogacy contracts with the surrogate. In order to protect the rights and interests of the surrogate as the subject, the rights, obligations and responsibilities of the surrogate, the entrusted couple and the Women's Federation should be clearly defined respectively. To solve the problem that the surrogate is not highly motivated, the couples are allowed to compensate the surrogate appropriately within the legal compensation range. In order to prevent surrogacy from laissez-faire, the system that the Ethics Committee of the Medical Institution audits the surrogate's qualification should be improved and at the same time the government regulation should be strengthened. The final solution for the surrogacy difficulties is to accelerate the process of surrogacy legislation so as to make the handling of surrogacy disputes legal.

**Key Words:** surrogacy; executability; altruistic contract

[编辑: 苏慧]