

## 跨境代孕法律规制及子女身份权认定

主持人 齐湘泉[中国政法大学国际法治研究院教授、博士生导师]:人工辅助生殖技术的产生和发展催生出现代社会的代孕,各国对代孕持不同的立场,出现了禁止代孕国家的意向父母到开放代孕国家寻找代孕母亲跨境代孕的社会现象。跨境代孕有着复杂的社会机理,宏观上涉及不同国家的社会制度、法律制度和道德伦理,微观上涉及代孕行为是否具有正当性、合理性和合法性,代孕合同的法律效力,意向父母与代孕子女关系的认定,代孕子女权利的保护,代孕子女监护权、抚养权由谁享有和行使,外国法院认定代孕子女归属判决的承认与执行等法律问题,这些问题涉及面广且错综复杂,国际社会尚未建立健全的法律制度予以规制,解决起来十分棘手。

中国现行法律禁止代孕,这使得有代孕需求的中国意向父母寻求国际市场实现生育子女的意愿。同时,也存在少量境外的意向父母在中国境内寻求代孕母亲代孕子女的现象。中国是一个跨境代孕大国,有必要对跨境代孕产生的法律问题进行深入的理论研究。

本刊本期组约了两篇文章,即《跨境代孕法律规制研究——兼议跨境代孕产生的亲子关系认定》和《跨国代孕儿童身份权的保护:以亲子关系确立为中心》。前一篇文章采用实证研究方法,结合国内外跨境代孕司法实践,探讨了跨境代孕与亲子关系的国际法与国内法规制,阐释了各国跨境代孕亲子关系认定的法律制度,提出中国应当进行跨境代孕立法,规范跨境代孕行为,平衡代孕协议双方的权利义务,促进社会和谐发展。

后一篇文章认为,跨国代孕子女身份权的认定已是国际社会儿童权利保护的新问题,代孕子女法律父母身份认定是儿童身份权保护的前提和基础。各国一般根据“有意向和功能性父母”原则以及儿童最大利益原则来确立代孕子女的法律父母,通过法律选择方法和承认方法来确认跨国代孕子女的合法亲子关系是否成立。我国应当积极参与《承认外国有关跨国代孕安排下的合法亲子关系司法裁决议定书》的制定,在合理平衡儿童最大利益和社会公共秩序的前提下,通过完善亲子关系的国际私法机制来保护跨国代孕子女的身份权。

## 跨境代孕法律规制研究

### ——兼议跨境代孕产生的亲子关系认定

■ 齐湘泉 安 朔

(中国政法大学:国际法治研究院;学生处,北京100088)

【摘要】本文以中国公民A女士诉中国公民B女士监护权争议案为例,论述了公民生育权、儿童最大利益原则是跨境代孕及由此产生的亲子关系认

收稿日期:2021-06-20

作者简介:齐湘泉,中国政法大学国际法治研究院教授,博士生导师,主要研究国际私法;  
安 朔,中国政法大学学生处讲师,博士研究生,主要研究国际私法。

定的国际法基础。各国根据本国国情颁布允许、限制或者禁止跨境代孕及亲子关系认定的立法是对这两类法律关系的直接规制。中国目前尚无规制跨境代孕及由此产生的亲子关系认定的立法,理论上对跨境代孕及由此产生的亲子关系认定认识不一,实践中各部门的做法亦不相同。中国应当加强跨境代孕及由此产生的亲子关系认定的理论研究,并将其纳入法治轨道。

【关键词】跨境代孕 合法性 亲子关系 认定

## 一、问题提出

我国调整跨境代孕的法律阙如,跨境代孕亲子关系认定与监护权归属的法律亦不完善,实践中出现的因跨境代孕产生的亲子关系认定与监护权归属争议,无相应的法律规范进行调整。实践呼唤立法,也为理论探讨提供了鲜活的素材。中国公民A女士诉中国公民B女士监护权争议案是中国首例由涉外同性婚、跨境代孕引起的监护权纷争,一经披露立即引起社会热议。因此,有必要对本案进行深入地研究,推动这一领域的立法。

中国公民A女士、B女士为同性恋者,A女士经常居所地在甲市,B女士经常居所地在乙市。A女士和B女士2009年相识,之后相恋,2011年同居。2016年7月6日,A女士和B女士到美国洛杉矶办理了同性婚姻登记,婚后回国以夫妻名义共同生活。A女士、B女士合意决定采用人工生殖技术生育子女,并于2016年10月到美国实施手术。A女士植入自身卵子与他人提供的精子合成的胚胎、B女士卵子与他人提供的精子合成的胚胎各一枚,B女士植入自身卵子与他人提供的精子合成的胚胎一枚。胚胎移植手术成功后回国妊娠。A女士植入体内的两枚受精卵存活一枚,自身卵子与他人提供精子合成的胚胎流产。分娩前,A女士、B女士到美国待产。2017年5月,B女士在美国生育儿子C,出生证明登记B女士为C之母;2017年6月,A女士在美国生育女儿D,出生证明登记A女士为D之母。B女士、A女士在美国生育的一子一女均取得美国国籍。2017年7月,二人带一双儿女回国,在乙市等地生活。

2019年11月,B女士以感情不和为由提出与A女士离婚,结束同居关系,驱离A女士出乙市的住所,藏匿一双儿女拒绝A女士相见。A女士被驱离离家后回到甲市打工谋生。

2020年4月,A女士向某省丙市丁区人民法院提起诉讼,诉求法院判决其为俩子女的监护人、俩子女随其共同生活、B女士每月支付俩子女抚养费1万元至18岁成年为止。B女士提出管辖异议,案件移送乙市戊区人民法院审理。此案现在审理中。

本案涉及涉外同性婚的效力、境外同性婚的国内承认、夫妻人身关系与财产关系的认定(或者同居期间的人身关系与财产关系)、跨境代孕是否具有合法性、跨境代孕效力的承认、跨境代孕情形下亲子关系的确定、涉外离婚(或者同居关系的解除)、子女监护权的归属和抚养权的分配、先决问题和主要问题的法律适用等一系列法律问题。本文结合该案,在对跨境代孕国际和国内法梳理的基础上,探讨跨境代孕的法律规制问题,兼议跨境代孕产生的亲子关系认定问题,以期对中国相关事件立法提供参考。

## 二、概念厘清

跨境代孕是一种特殊类型的代孕,除具有国内代孕所有的一般性特点外,因其具有涉外因素,还有自身的特殊性,其亲子关系确认和监护权归属适用的程序也有别于国内代孕。因跨境

代孕有多种形式,精准定义十分困难且难以实现。

一般说来,代孕是指通过人类辅助生殖技术使精子与卵子在人体外结合成合子或者培育合子成为胚胎后,植入代孕母亲的子宫,由代孕母亲完成妊娠与分娩并将代孕子女交由意向父母抚养,代孕子女与代孕母亲不形成法律上父母子女关系的法律行为。

代孕可以分为妊娠型代孕和基因型代孕两类。妊娠型代孕(又称为完全代孕或者宿主型代孕)的特点是代孕母亲与代孕子女无基因联系,代孕母亲仅以出借子宫方式植入胚胎于体内进行妊娠至分娩。植入的胚胎可分为四种情况:意向父亲的精细胞与意向母亲的卵细胞结合形成的胚胎;意向父亲的精细胞与意向母亲以外女性提供的卵细胞结合形成的胚胎;意向母亲的卵细胞与意向父亲以外男性提供的精细胞结合形成的胚胎;意向父母以外的男性精细胞与女性卵细胞结合形成的胚胎,这种胚胎与意向父母无基因联系。胚胎形成的基因不同可能导致不同的亲子关系。

基因型代孕(又称部分代孕)的特点是代孕子女与意向父亲或者意向母亲有基因联系,包含两种情形:意向母亲的卵细胞与意向父亲以外男子的精细胞培育的胚胎植入意向母亲子宫的代孕;意向父亲精细胞与意向母亲以外女子的卵细胞培育的胚胎植入意向母亲子宫的代孕。上述案例中,A女士属妊娠型代孕,B女士属基因型代孕。

跨境代孕是指有涉外因素的代孕,包含四种情形。

第一,本国公民在境外作为代孕母亲进行的代孕。上述案例中,A女士、B女士在美国植入受精胚胎,在中国妊娠,在美国分娩,属于中国公民在美国代孕生子的利己型代孕。

第二,本国公民在外国委托外国女性进行的代孕。2021年初,引爆媒体的郑爽在美国内达华州、科罗拉多州委托代孕母亲分别孕育一子一女的行为,属于这种类型的代孕<sup>[1]</sup>。

第三,外国公民作为代孕母亲在本国进行的代孕。在我国曾产生广泛影响的老挝公民坤达代孕中国公民沈杰、刘曦胚胎案<sup>①</sup>可归为此类型。沈杰的精细胞与刘曦的卵细胞在中国医院合成受精胚胎,在老挝植入坤达体内,在老挝妊娠,在中国分娩,属于外国公民在中国境内代孕<sup>②</sup>。许多中国公民为规避在外国代孕生育的子女回国需要办理的各种证明和办理证明需要履行的繁杂手续,往往采用境外寻找代孕母亲,境外进行胚胎移植手术,境外妊娠,中国分娩的方式代孕。

第四,外国公民在本国委托本国女性进行的代孕。2010年,湖南省常德市鼎城区人民法院审理的外籍华人胡某夫妇与中国公民柳某抚养权纠纷案<sup>[2]③</sup>,因胡某夫妇委托柳某代孕生子,生育后柳某拒绝将代孕所生之子交给意向父母引起,该案属于这种类型的代孕。

① 参见江苏省无锡市中级人民法院民事判决书,(2014)锡民终字第01235号。

② 2010年10月13日,沈杰、刘曦结婚,婚后不育。2012年,夫妻二人到南京市鼓楼医院做了人工胚胎移植手术,获得4枚受精胚胎,委托医院冷冻保管。2013年3月20日,沈杰、刘曦遭遇车祸先后死亡。沈杰的父母沈新南、邵玉妹与刘曦的父母刘金法、胡杏仙因4枚胚胎的继承权产生争议。2013年11月,沈新南夫妇在江苏省宜兴市法院起诉刘金法夫妇,要求获得儿子儿媳遗留的冷冻胚胎的监管权和处置权。法院追加鼓楼医院为第三人。2014年5月15日,宜兴市法院开庭审理此案。法院审理认为,受精胚胎具有发展为生命的潜能,不能像一般物那样转让或继承,不能成为继承的标的。驳回原告诉讼请求。沈新南夫妇和刘金法夫妇均不服判决,向无锡市中级人民法院提起上诉。2014年9月17日,无锡中院改判沈新南夫妇和刘金法夫妇共同监管和处置4枚冷冻胚胎。得到儿子儿媳遗留的胚胎后,沈新南通过中介公司在老挝找到代孕母亲坤达代孕。为避免代孕子女出生后入境可能产生的困难,在坤达分娩前代孕机构为其办理了旅游签证来到中国。2017年12月9日,坤达在广州产出一男婴。参见《五年前宜兴小夫妻车祸离世,他们留下的冷冻胚胎如今成功孕育生命》,https://www.sohu.com/a/227861161\_579012

③ 该案情如下:胡某是一名外籍华人,因为其妻子任某不能生育,胡某与其妻子协商代孕生育。2008年5月,胡某通过网站发贴在中国寻找代孕母亲,并最终与湖南省常德市鼎城区的柳某达成代孕协议,签订了代孕合同。合同约定柳某为胡某夫妇代孕生子,胡某支付柳某代孕费10万元,承担代孕期间的一切费用;柳某放弃对孩子的所有权利,孩子交由胡某抚养。柳某代孕生育一男婴,胡某夫妻要求接走该男婴,柳某多次以各种理由拒绝,双方私下多次协商未果,胡某夫妇随后向湖南省常德市鼎城区人民法院提起诉讼,请求法院确定其对代孕子女的抚养权。法院审理认为,胡某与柳某签订的《代孕合同书》系双方的真实意思表示,合同内容不违反法律禁止性规定,对双方当事人均有法律的约束力,柳某应当履行合同。

除上述四种形式的代孕外,在境外代孕生育子女所形成的亲子关系在本国得到承认亦属涉外代孕范畴。上述各种形式的代孕在我国都有存在,其中占比较大的是中国公民在境外委托外国女性代孕,其应该为我国实行禁止代孕政策使然。

### 三、跨境代孕国际法规制

现代医学的发展创造了人工生殖辅助技术,使人类自身繁衍进入了人工可以操控的时代。20世纪下叶以来,生命科学领域最受瞩目的成果之一是“借腹生子”成为现实。人工生殖辅助技术在增进人类福祉的同时,也引发了一系列伦理与法律问题,给人类社会带来了前所未有的挑战<sup>[3]</sup>。国际社会显然未预料到人工生殖辅助技术引起的跨境代孕浪潮汹涌而来,迄今为时尚未出台调整跨境代孕及由此产生的亲子关系认定的实体法条约和冲突法公约。

目前适用于跨境代孕与亲子关系认定的国际条约主要是保障妇女生育权、保护儿童权利的公约,这些国际条约虽未对跨境代孕与亲子关系认定作出直接规定,但条约精神在各国解决跨境代孕与亲子关系认定纠纷中得到贯彻和实施。

1968年4月22日至5月13日,在德黑兰召开的联合国国际人权会议通过了《德黑兰宣言》,首次提出生育权概念<sup>①</sup>,阐释生育权是一项基本的人权,与生俱来,并非国家和法律赋予,任何时候都不能剥夺。“生育权”是指父母有权自主决定生育时间、生育数量、生育间隔,有权获得相关信息、避孕、堕胎和安全的分娩。公民生育权提出后,在国际社会不断得到强化。1975年联合国国际妇女世界会议通过的《一九七五年关于妇女的平等地位和她们对发展与和平的贡献的墨西哥宣言》(以下简称《墨西哥宣言》)重申:每一对夫妇和每一个人都有权自由地和负责地决定是否要生育子女,并决定子女的人数和生育间隔,也有权获得这方面所需的知识、教育和方法(第12条)。1979年联合国大会通过的《消除对妇女一切形式歧视公约》第16条第1款(e)再次重申了1975年《墨西哥宣言》第16条的规定。1994年开罗联合国国际人口与发展会议通过了《国际人口与发展会议行动纲领》,增加了生育权的内涵,延伸生育权至生殖健康,扩大生育权主体至个人,将获得与生育有关的“信息、教育和手段”纳入公民基本权利<sup>②</sup>。

国际社会始终关注儿童权利的保护和父母子女关系的调整,已制定了23个公约,其中影响最大的是1989年联合国《儿童权利公约》。公约序言中提出,“应充分培养儿童可在社会上独立生活”,并“在和平、尊严、宽容、自由、平等和团结的精神下,抚养他们成长”;公约要求关涉儿童的一切行动“均应以儿童的最大利益为一种首要考虑”。公约提出儿童是有人格尊严的独立个体,有权享有权利并得到保护;公约将亲子关系理念由“父母本位”发展至“子女本位”,亲子关系认定以“儿童的最大利益为首要”条件,不完全以血缘为依据。

海牙国际私法会议作为一个全球性的政府间国际组织,一直致力于从国际私法的角度给儿童以国际保护,先后制定了三个极具影响的儿童保护公约,即1980年的《国际诱拐儿童民事方面公约》、1993年的《跨国收养方面保护儿童及合作公约》和1996年的《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行及合作公约》。上述公约要求缔约国制定保护儿童的法律,建立儿童保护法律制度,落实儿童保护措施。公约倡导各国加强儿童保护国际合作,避免和消除缔约国在儿童保护的管辖权、法律适用及承认和执行方面的法律冲突。

① 参见《德黑兰宣言》第16条规定,“家庭及儿童之保护仍为国际社会所关怀。父母享有自由负责决定子女人数及出生时距的基本人权。”

② 参见《国际人口与发展会议行动纲领》第14条(f)款规定,“所有夫妇和个人都有自由和负责任地决定生育孩子数量和生育间隔并为此而获得信息、教育和手段的基本权利;夫妇和个人在行使这种权利时有责任考虑他们现有子女和将来子女的需要以及他们对社会的责任。”

上述国际公法和国际私法公约确立的公民生育权、儿童最大利益原则、儿童生存和发展原则、国家公力救济原则及社会广泛支持原则得到了世界各国的认可。这些公约和原则在跨境代孕合法性、亲子关系认定方面发挥了重要的指导作用。

自2001年起,海牙国际私法会议着手制定一部调整跨境代孕及亲子关系认定的国际公约,但立法工作进程缓慢。2010年4月至2011年3月,常设局向总务委员会提交了两份初步报告。初步报告对各国代孕法律进行了比较研究,在此基础上提出了应对方案,构建了各国合作框架,提出了统一代孕领域国际私法规则,确保代孕所生子女的法律地位相同。

2015年3月,总务委员会决定成立一个专家组研究跨国代孕儿童身份的国际私法规则。2016年2月,专家组在海牙举行会议,来自21个国家的专家和观察员在会议上提交了一份报告,指出各国还没有专门规制跨境代孕的法律,因此有必要制定一套统一的冲突法规则。报告认为有必要对外国公文和裁决的承认进行更深入地研究,特别要考虑到各国的公共政策因素。至2017年底,专家组已经公布了5份以跨国代孕亲子关系为核心内容的调查报告<sup>[4]</sup>。海牙国际私法会议制定调整跨国代孕与亲子关系公约的计划还停留在意向阶段,跨国代孕与亲子关系的复杂性决定了立法的艰巨性,公约的制定将会经历一个漫长的过程,不能一蹴而就。当下及未来很长一段时间里,跨国代孕与亲子关系认定仍须适用国内法进行规制。

#### 四、跨境代孕的各国国内法规制

国际社会对跨国代孕与亲子关系认定的法律规制仍停留在原则性调整层面,国际条约关于生育权是基本人权的规制、儿童利益最大化的规定是国际法原则,不能直接适用,各国只有通过转化或者纳入国内法方能施行,用以调整跨境代孕与亲子关系。对于跨境代孕,各国法律规定不同,甚至截然相反。无论是允许代孕的国家,还是禁止代孕的国家,都宣称本国的做法并不违背国际条约精神。对跨境代孕子女权利的保护,各国做法比较一致,都以“儿童的最大利益”为原则予以特别保护。

世界各国对跨境代孕的立法明显不同,可以分为允许、限制和禁止三种情形。

##### (一)允许跨境代孕国家的立法

美国大张旗鼓地支持跨境代孕,不断强化立法,已建立起规范的法律制度。1973年,美国颁布了《统一亲子关系法》,对非婚子女权利保障作出规定,提出不论父母的婚姻状况如何,“所有子女与所有父母之间享有平等的权利”,此规定暗含了代孕子女与婚生子女平权。2000年,美国修改了《统一亲子关系法》,加入代孕有偿合法、代孕子女身份认定条款,明确了支持代孕的立场。2002年,美国再次修订《统一亲子关系法》,对代孕当事人要件、代孕合同效力、代孕亲子关系认定作出明确规定,建立起代孕法律制度。2017年,美国第三次修改《统一亲子关系法》,增加了如下内容:平等对待同性夫妻所生子女;事实父母为子女的合法父母;性侵犯罪者实施性侵导致怀孕生育子女,阻止其与该子女的亲子关系的确认;更新代孕合同条款,以适应代孕的发展;意向父母是生育子女的父母,“子女一出生,无论数量、性别、精神或者身体状况如何,意向父母便立刻成为该子女仅有的父母;有两个意向父母的,每个意向父母连带地成为该子女仅有的父母”;新增第九章“捐赠者的信息”,即通过辅助生殖技术出生的子女有获得配子提供者的医疗和身份信息权利等内容<sup>[5]</sup>。总体说来,《统一亲子关系法》第三次修改是围绕跨境代孕与亲子关系展开的,进一步推进了跨境代孕的规范化,完善了亲子关系的认定。根据最新资料,美国支持代孕的州在增加,禁止代孕的州在减少,截至2021年1月,美国有47个州规定代孕合法或者不禁止代孕,仅有内布拉斯加、密歇根和路易斯安那三个州明令禁止代孕<sup>[6]</sup>。加

利福尼亚、伊利诺伊等11个州被称为“完全支持代孕”的“代孕友好州”<sup>①</sup>，这些州有的制定了允许和承认代孕的成文法律，有的以判例法的形式支持或者倾向于支持代孕。

《统一亲子关系法》是美国统一州法全国委员会制定的示范法，不具有法律强制力。美国许多州参照《统一亲子关系法》制定了规范代孕的法律，法院也不乏支持代孕的判决。在美国50个州中，加利福尼亚州的代孕立法较为完备。2014年的《加利福尼亚州家庭法典》对代孕和亲子关系认定作了详尽的规定，州法院在司法审判中旗帜鲜明地支持代孕。加利福尼亚州现已成为世界代孕中心，代孕机构服务周到，代孕技术堪称一流，代孕设施齐全完备，精子银行、卵母库、生殖中心、中介公司等服务机构一应俱全，以代孕法律服务为主业的律师事务所已出现，州法院设立了解决代孕争议的部门，跨境代孕已经产业化，形成了完整的产业链。

乌克兰是欧洲代孕中心，也是中国公民跨境代孕的市场之一。2002年，乌克兰议会通过《家庭法》，将商业代孕合法化，允许跨境代孕。乌克兰代孕费用在世界范围内相对低廉，不足美国的50%，在国际代孕市场具有竞争优势，每年约有一千对本国夫妇和三千对外国夫妇在乌克兰代孕。乌克兰缺乏规制代孕的法律细则，形成法律“灰色”地带。政府对代孕监管缺乏应有的力度，客观上助长了代孕市场的野蛮生长，限制跨境代孕的呼声在乌克兰不断高涨。

加拿大允许无偿跨境代孕。2004年3月29日，加拿大颁布了《辅助性人类生殖法》，旨在规范代孕市场，防止利用代孕对代孕母亲进行剥削，保护代孕子女合法权益。《辅助性人类生殖法》规定，跨境代孕在加拿大（除魁北克省外）合法，且适用于各种类型家庭，包括单亲父母、同性伴侣和异性伴侣。加拿大禁止代孕收费，代孕母亲不得获取经济收益，意向父母要承担代孕母亲妊娠期间产生的所有合理费用，包括工资损失。

俄罗斯正在由允许跨境代孕向禁止跨境代孕过渡。俄罗斯代孕业很发达，被誉为代孕之都，且是中国公民跨境代孕的主要国家之一。1995年，《俄罗斯联邦家庭法典》开放代孕和跨境代孕。2012年，《俄罗斯联邦健康保护法》推广辅助医疗生殖技术的使用，面向国内外全面放开代孕市场，组成或未组成婚姻关系的男性和女性、异性婚和同性婚、民事伴侣充分自愿同意医疗介入的，均有权利享受辅助医疗生殖技术。宽松的法律环境和相对低廉的价格吸引数量不菲的外国人到俄罗斯寻求代孕，俄罗斯每年跨境代孕有七千例左右。2020年，俄罗斯发生十余例跨境代孕儿童死亡事件，出现了外国意向父母弃收代孕子女的情况，因席卷全球的疫情造成交通阻断，意向父母因失业无法支付代孕费用等原因致使五百多名代孕婴儿滞留妇婴医院。2012年俄罗斯颁布的禁止外国人收养俄罗斯国籍儿童的法令因跨境代孕受到冲击，这些原因促使2021年1月俄罗斯国家杜马提出《俄罗斯联邦健康保护法》修正案，禁止俄罗斯公民在俄罗斯境内为外国人提供代孕服务，打击跨境商业代孕，清理跨境代孕中介机构，规范代孕市场。

除上述国家外，白俄罗斯、格鲁吉亚、以色列、澳大利亚、希腊、南非等国家也允许跨境代孕。

## （二）从禁止跨境代孕转向允许非商业性跨境代孕国家的立法

英国是由禁止代孕转向允许非商业性代孕的国家。英国代孕立法起始于“人类受精及胚胎研究”机构瓦诺科委员会1984年提交的《沃诺克报告书》（Warnock Report），该报告书以16票赞成、14票反对的微弱多数通过。报告书认为，代孕“在伦理上是完全不能接受的”，且“潜藏的危机远远超过可获得的利益”，主张代孕合同违法无效，全面禁绝代孕。面对无法禁绝的私密“地下”代孕，英国政府没有完全接受《沃诺克报告书》立场，1985年制定的《代孕安排法》实事求是地对代孕者、代孕协议和代孕广告等术语进行法律界定；禁止商业性代孕；发布与商业代孕有关的倡议、斡旋、要约、承诺以及信息收集行为均为犯罪行为；禁止媒体发布代孕广告或中介

<sup>①</sup> “代孕友好州”为加利福尼亚州、康乃狄克州、德拉瓦州、伊利诺伊州、哥伦比亚特区、缅因州、内华达州、佛蒙特州、华盛顿州、新罕布什尔州、新泽西州。

信息,违者科刑<sup>[7]</sup>。《代孕安排法》的宗旨在于抑制和处罚商业性代孕,但面对人工生殖技术推动人类生殖方式根本变革的汹涌浪潮,英国政府深刻认识到“堵”不如“疏”,代孕纳入法治轨道方能从善如流。1990年,英国制定了《人类生殖与胚胎学法》,重新修订了代孕法律制度。《人类生殖与胚胎学法》放开代孕行为,设立人类受精与胚胎研究管理局监督和审查英国境内的人类胚胎研究;负责发放医疗机构的代孕许可;规范配子、合子和胚胎的储存,置“暗箱操作”的地下代孕交易于阳光之下;明确代孕协议仅是代孕关系的证明,不作为权利义务的根据,不具有法律约束力,不能请求法院强制执行;规范代孕的收费,意向父母在收养子女或者申请亲权令时,应当支付“合理费用”。

《人类生殖与胚胎学法》在规范代孕、保障人工生殖和人类胚胎研究方面发挥了应有的作用,但也出现了否认代孕协议法律效力在实践中行不通等问题。为加强法律的灵活性和社会适应性,英国卫生部于1997年组织了由玛格丽特·布雷热牵头的调查团,对《人类生殖与胚胎学法》的实施效果进行评估。调查团调查后提交了《布雷热报告》,建议政府废止《代孕安排法》和《人类生殖与胚胎学法》,制定专门的《代孕法》规制代孕。

与英国法律制度相同的还有比利时、荷兰、加拿大、瑞典、越南等国家,这些国家将代孕区分为非商业代孕和商业代孕,允许非商业性代孕,禁止商业代孕,其中巴西只允许二等血亲以内亲属相互进行代孕,以防盘剥妇女、拐卖儿童等事件发生<sup>[8]</sup>。

### (三)由开放跨境代孕转向禁止跨境代孕国家的立法

印度是由开放跨境代孕转向禁止跨境代孕的国家,其立法从行业自律规则发展到国家制定法律管控。2000年,印度医学研究委员会颁布《人类参与生物医学研究伦理规范》,该规范无法律约束力,但对跨境代孕具有指导作用。《人类参与生物医学研究伦理规范》承认代孕合同和代孕行为的有效性,规定了代孕母亲的反悔权和堕胎权,代孕子女出生后六周内代孕母亲可以留下孩子自己抚养。代孕母亲反悔,意向父母只能基于儿童最大利益向法院申请执行代孕协议。2002年,印度医学研究会、印度国家医学研究院制定了《辅助生殖诊所管理准则(草案)》,规定了若干限制代孕的规则,明确了代孕母亲与代孕子女的亲子关系。

2005年,印度健康与家庭福利部正式公布《辅助生殖诊所管理准则》,该准则全面规定了配子的转移规则、代孕管制规则以及亲子关系规则,国家行政管理机构介入跨境代孕立法。《辅助生殖诊所管理准则》出台后引起广泛批评,被认为存在对不育症患者歧视、权利义务界定不明、缺乏对人工生殖诊所的监管等问题。2008年,印度健康与家庭福利部公布了印度医学研究会起草的《人工生殖技术法》,对代孕协议、代孕母亲与意向父母的资格、代孕母亲的权利、代孕费用、代孕子女的亲子关系及代孕子女的知情权作了全面规定。2008年的《人工生殖技术法》争议较大,一直没有被通过。2010年,印度议会起草了《人工生殖技术法案》,同时授权印度中央政府起草《人工生殖技术规则》。

2000年,印度宣布商业代孕合法化后,跨境代孕迅速成为繁荣的产业,每年创收数十亿美元,被称为“世界造婴工厂”或“子宫出租集中地”,每年有一万多名代孕儿童出生。由于缺乏有效的法律对跨境代孕进行监管,致使代孕市场呈现无序状态,中介机构对代孕妇女的盘剥令人发指,代孕母亲因难产而死、外国人遗弃代孕子女等事件时有发生,严重损坏了印度的国际形象。

自2012年起,印度政府逐步收紧跨境代孕政策,颁布法令禁止同性恋夫妇、单身人士雇佣印度妇女代孕子女。为了规范日渐失控的跨境代孕市场,印度内政部于2012年7月向各国驻印度领事机构发出通知,规定外国人须持印度签发的医疗签证,且满足相关的要求后才能进入印度寻求跨境代孕服务。2012年12月17日,印度内政部向各国驻印度使馆发布代孕服务条例,规定外国人只有获得印度政府签发的医疗类签证才能在印度接受合法的代孕服务,禁止“旅游

代孕”，寻求代孕的外国人必须是夫妻，且结婚不少于两年；寻求代孕的外国人需提供一份接收代孕子女承诺书。2016年，印度政府颁布法案，禁止外国人及同性恋伴侣在印度进行代孕。2019年，印度出台《代孕(监管)法案》强力干预代孕市场，禁止商业代孕，允许不以营利为目的利他性代孕；要求意向父母须获得“必要证书”和“资格证书”；必须是印度公民，结婚至少5年；妻子应在23到50岁之间，丈夫应在26到55岁之间，不能有任何亲生、收养或代孕子女。印度虽然没有禁止跨境代孕，但因设定的条件难以达到，事实上关闭了跨境代孕的大门。

泰国在很长一段时间里未明确跨境代孕是否合法，致使跨境代孕无法可依，这给跨境代孕产业发展提供了广阔的空间，很快就成为世界代孕工厂。2014年，泰国发生了两起受到国际社会关注的事件，一起是Gammy事件<sup>①</sup>，另一起是日本公民重田光时通过泰国孕母生育了13个子女。这两起代孕事件引起轩然大波，推动了泰国代孕立法的进程。2014年11月27日，泰国国家立法议会讨论并通过了《保护通过辅助生殖技术出生的儿童法》，对该法案，177票赞成，仅有2票反对，6票弃权，形成压倒性多数。2015年7月，该法案生效。该法案禁止商业性代孕，对利他性的非商业代孕的条件及程序也作了严格的规制。该法案禁止代孕机构通过广告等方式宣传代孕；任何人从事商业代孕活动，最高可判处10年监禁，罚款720万泰铢以下。泰国由此转为禁止跨境代孕的国家<sup>[9]</sup>。

印度、泰国等代孕大国明令禁止商业代孕后，东南亚国家的跨境代孕中心迅速转移至柬埔寨。柬埔寨政府对跨境代孕没有明确立法，加之签证制度便利，代孕价格低廉，跨境代孕迅速在柬埔寨发展起来，因跨境代孕引发的社会问题接踵而至。2016年10月24日，柬埔寨政府发布禁止商业代孕禁令，跨境代孕行为受到法律管制，商业代孕被认为非法。

2016年11月18日，柬埔寨警方抓捕澳大利亚籍女子唐美查里和两名柬埔寨籍同伙宾乐迪、森帕佐丽雅。唐美查里在柬埔寨策划了25宗代孕生子案，其中18宗客户是澳大利亚籍人，两名柬籍同伙负责伪造文件和照顾婴儿。2017年8月4日，柬埔寨金边初级法院裁定3名被告“担任领养父母和孕妇之间中介”触犯《刑事法》第332条，伪造证件触犯《刑事法》第632条，罪名成立，判处监禁18个月；并判处唐美查里罚金400万柬币，判处宾乐迪、森帕佐罚金各200万柬币。

2018年4月，柬埔寨司法部和妇女事务部草拟《代孕法》草案，共9章62条，管制商业代孕行为，避免人口贩卖的发生。

越南同样经历了从开放跨境代孕到限制跨境代孕的过程。2014年之前，越南由于未对跨境代孕进行规制，致使跨境代孕一度盛行。2014年，越南国会修订婚姻法时对跨境代孕现象展开了广泛的讨论，以高比例的赞成票通过了《婚姻家庭法修正版》。新法对非商业代孕协议法律效力，意向父母、代孕母亲的资格和权利义务作了规制，允许非商业代孕，禁止以盈利为目的的商业代孕，要求非商业代孕以当事人自愿为基础，订立书面形式的代孕协议，严禁违反人类辅助生殖方面的法律规定。违法代孕适用《民法》《婚姻与家庭法》《刑法》，将被严厉惩处。

墨西哥塔巴斯科和锡那罗亚曾允许跨境代孕，2015年修订人工生殖法律后，不再允许非居民或不符合某些标准的人进入该州代孕，外国公民不允许在墨西哥代孕。

此外，韩国、希腊、荷兰、加拿大等国家也禁止有偿代孕。

#### (四)禁止跨境代孕国家的立法

德国禁止跨境代孕，其立法特点在于重罚中介机构从事跨境代孕活动和代孕广告宣传，打击合成合子和培育胚胎的行为，不处罚意向父母和代孕母亲。1989年，德国颁布《收养中介法》，禁止一切商业代孕，禁止商业代孕中介行为，禁止中介机构进行代孕广告宣传，禁止收集已有代孕意向的意向父母和代孕母亲的信息。实施上述禁止性行为的中介机构负责人承担刑

<sup>①</sup> 澳大利亚籍意向父母在泰国委托一泰国籍妇女代孕子女，代孕母亲怀一对龙凤胎。分娩后发现男婴患有唐氏综合征。澳大利亚夫妇带走了健康的女婴，留下患病的Gammy和贫困的代孕母亲艰难求生。



事责任,最高刑期达3年,可并处罚金。1990年,德国颁布《胚胎保护法》,严厉打击医疗机构、医务人员实施代孕手术,禁止捐精、捐卵辅助生殖方式的运用。《胚胎保护法》把胚胎保护提高到维护德国基本法和人性尊严的高度,滥用生殖技术进行人工授精或胚胎移植将被处以3年以下有期徒刑及罚金。

《收养中介法》和《胚胎保护法》禁止代孕行为,《德国民法典》第134条规定违反禁止性法律的行为无效。因此,代孕母亲与意向父母或者代孕中介机构、医疗人员签订的代孕合同因违法而无效。

法国禁止任何形式的代孕活动。1994年,法国颁布《生命伦理法》,该法第227条第12款规定,对为意向父母和代孕母亲居中介绍的中介组织和个人进行刑事处罚,最高可判处1年有期徒刑和1.5万法郎罚金;如果以盈利为目的或者持续介绍代孕,最高可判处2年有期徒刑和3万法郎罚金;如果中介机构或诊所为此行为,最高可处以45万法郎的罚金。2015年,法国修订了《刑法典》,规定违反《公共卫生规范》、滥用人工生殖技术实施代孕,可处5年有期徒刑和7.5万法郎罚金。

日本禁止代孕但未进行立法,规制代孕的规则主要是医学组织颁布的行业规则,这些非规范性文件虽无法律约束力,但对医疗机构和医务人员具有规范作用。2003年,日本产科妇科学会制定并发布《关于代理怀孕之见解》,要求学会会员不得参与代孕生殖辅助医疗,不得进行代孕中介活动。2003年4月28日,厚生科学审议会尖端医疗技术评价部下设的关于繁殖辅助医疗技术的专业委员会发布《关于精子、卵子、胚胎的提供繁殖辅助医疗制度整備报告书》,提出尊重人性资源,禁止商业中介代孕,不得将代孕作为繁殖工具,禁止选择胎儿性别,优先考虑代孕子女的利益。2008年4月8日,日本科学理事会下设的辅助医疗审查委员会公布《以代孕为中心的人工生殖技术问题报告书——依据社会合意》,再次明确禁止代孕,医疗机构、医疗工作者从事商业代孕活动将受到惩罚;代孕母亲应被认作代孕子女的母亲,这种认定适用于在国外实行的代孕行为;对于意向父母委托代孕所生代孕子女的亲权,可以通过收养或特殊收养方式取得,这也适用于国外实施的代孕<sup>[10]</sup>。

2004年,新西兰制定了《人类辅助生殖技术法》,规定新西兰境内的商业代孕为非法。

此外,明确禁止商业代孕和无偿代孕的还有瑞典、奥地利、意大利、西班牙、波兰、土耳其、阿富汗、沙特阿拉伯、澳大利亚的昆士兰州等国家和地区。

## 五、跨境代孕产生的亲子关系认定

跨境代孕产生的亲子关系极其复杂。在代孕关系中,代孕子女的父亲可能是以下四者之一:基因母亲的丈夫(婚生推定)、基因父亲(精子捐赠者)、意向父亲(代孕委托人)和代孕子女抚养人;其母亲可能是以下四者之一:代孕母亲(生母)、基因母亲(卵子提供者或者捐赠者)、意向母亲(代孕委托人)和代孕子女抚养人。如何认定代孕子女的母亲及父亲,各国法律规定不一,实践中的做法也不相同。人工生殖技术使亲子关系认定复杂化,许多国家都在积极建立跨境代孕亲子关系规范体系,有的国家在普通法中作出规定,有的国家在人工生殖技术特别法中明确,有的国家强调传统秩序和社会利益,有的国家彰显个人权利和自由,有的国家倾向保守,有的国家渐趋激进<sup>[11]</sup>。

### (一)代孕母亲为代孕子女之母

禁止跨境代孕国家对父母子女关系的认定,坚持传统的“谁分娩,谁母亲”的罗马法原则,坚持代孕母亲为代孕子女之母,代孕母亲的丈夫为代孕子女之父。德国、法国、日本等大陆法系国家立法均作如此规定。

2017年,《日本民法典》第772条“婚生性推定”规定,妻子与婚姻中怀孕生育的子女形成母

子关系,生育者是子女的法定母亲,否定意向父母与代孕子女的亲子关系。在司法实践中,日本法院推定分娩者为子女之母。1962年4月27日,日本最高法院第二小法庭判决认定,“母亲和非嫡子的关系,原则上不需要母亲承认(认知),根据分娩之事实当然发生。”<sup>①</sup>2003年,日本女演员向井亚纪与丈夫在美国内华达州通过当地代孕母亲生下一对双胞胎。内华达州法院作出判决,承认代孕协议的效力并宣告向井夫妇为孩子法律意义上的父母。意向父母带一双儿女回日本申报户籍遭拒,遂向东京家庭法院、地方法院、高等法院直至最高法院提起诉讼,要求事役所撤销上述决定。日本最高法院2003年作出终审裁定,认定美国内华达州的裁定违背了日本国内法律及公共秩序<sup>②</sup>,拒绝承认意向父母与代孕子女存在亲子关系。

《法国民法典》第311-19条规定,第三人作为捐赠人协助代孕,捐赠人与代孕出生的儿童之间不得建立亲子关系。《德国民法典》第1592条规定,“一子女的生母为生育该子女的女子”。根据该规定,跨境代孕情形下,代孕母亲为代孕子女的法定母亲,不问其是否与代孕子女存在血缘关系。代孕子女的法定父亲则需视代孕母亲的婚姻状况作出判定,如代孕母亲已婚,其丈夫则为代孕子女的法定父亲。

英国、爱尔兰等英美法系国家也坚持“分娩者为母”的标准。1990年,英国颁布的《人类生殖与胚胎学法》第28条规定:怀孕、分娩者或者将精子、卵子植入其体内的任何妇女(包括代孕母亲)是子女唯一法律母亲;当胚胎、受精卵、精子或者卵子植入妇女体内时,该妇女处在婚姻关系中,即使植入其体内的胚胎、精子或者卵子不是其配偶提供的,孩子仍推定为其配偶的婚生子女,除非他能够证明该植入行为未征得他的同意并且在孩子出生后六个月内提出否认之诉<sup>③</sup>。2015年,爱尔兰《儿童和家庭关系法案》规定,代孕母亲是孩子的母亲,不考虑她是否与孩子有基因关系。

## (二)意向父母为代孕子女父母

跨境代孕的终极目的是意向父母通过代孕得到和自己有基因联系的子女。美国作为跨境代孕大国,联邦和一些州都以法律形式确保意向父母意愿的实现。2017年,美国《统一亲子关系法》第801条定义代孕协议为“一个或者多个意向父母与同意通过辅助生殖受孕的非意向父母的女子之间达成的,规定每个意向父母为根据本协议受孕所生子女的父母的”妊娠代孕协议和基因代孕协议<sup>④</sup>,确认意向父母为代孕子女之父母。在实践中,意向父母会在代孕子女出生之前向法庭申请亲子关系判决(Pre-Birth Order),确定代孕子女出生后父母身份,凭此办理出生证明。2005年1月1日实施的伊利诺伊州《妊娠代孕法》直接规定异性婚、同性伴侣、未婚者均可以通过代孕方式生育子女,拥有代孕子女唯一监护权和亲权的是意向父母,签发代孕子女出生证无需法院批准。2014年,《加利福尼亚州家庭法典》第7962条规定,代孕母亲履行辅助生殖协议后,任何一方当事人可以申请法院发布建立父母与子女关系的判决或命令,判决或命令应确立代孕协议中确定的预期父母或预期父母的父母与子女的关系,确立代孕母亲、其配偶或伴侣不是子女的父母,对子女没有父母权利或义务。

俄罗斯、乌克兰承认代孕合同具有法律效力,重在保护意向父母权利的保护。1995年,《俄罗斯联邦家庭法》第51章规定,基因父母书面同意把胚胎移植到代孕母亲的子宫里,代孕母亲书面同意后可以把基因父母的姓名写在孩子出生证里。第52章规定,在孩子出生证明上完成父母确认并登记后,代孕母亲无权以此据争夺孩子的父母权。2002年,乌克兰《家庭法》第123章1-3条规定,使用第三方助孕技术,夫妇的胚胎植入另外一个女性的体内时,代孕母亲与其所

① 参见日本最高裁判所第二小法庭昭和37年4月27日判决。

② 参见日本最高裁判所平成18年(ラ)第27号民事判决书。

③ 参见 Human Fertilisation and Embryology Act 1990。

④ 参见 Uniform Parentage Act (2017)。

生子女不具有母子或母女关系,出生证明上也不能有孕母的名字,所生子女属于与其基因一致的血缘父母。

### (三)确认跨境代孕亲子关系的其他方法

各国确定跨境代孕亲子关系主要依据“分娩”和“基因”两个客观事实,除此之外,还有收养、亲权令等方法。德国《收养协议法》禁止代孕,但规定对违法跨境代孕生育的子女,交由意向父母收养,通过收养使意向父母成为跨境代孕子女的法律父母,以保证代孕子女不被争抢或者遗弃。英国采用申请法院亲权令收养子女方式救济意向父母。意向父母在代孕子女出生后6个月内可向法院申请亲权令,法院经审查批准亲权令,意向父母根据《收养法》办理亲权转移手续,成为代孕子女的法律父母。

现代社会已不再视子女为父母的私产,不再完全以血缘来确定父母子女关系。一些国家(地区)亲子法以“子本位”为基础,根据客观事实,以儿童利益最大化为首要因素来确定代孕子女的父母。美国新泽西州最高法院1988年审理的“Matter of Baby M”案即以子女最大利益为标准确定监护权的归属。1985年,意向父母史坦夫妇与代孕母亲玛莉贝丝·怀德签订了一份有偿代孕协议,并在纽约不孕中心做了代孕手术。分娩后,代孕母亲拒绝交付代孕子女。意向父母以代孕母亲为被告提起了诉讼,要求履行代孕协议,确认意向父母对案涉代孕子女拥有永久监护权。根据子女最大利益原则,新泽西州最高法院将监护权判给意向父母,代孕母亲享有对代孕子女的探视权<sup>①</sup>。

有学者主张亲子关系采用婚生推定确定。推定代孕子女的法定母亲是代孕母亲而不是意向母亲,同时推定代孕母亲的丈夫为代孕子女的法定父亲<sup>[12]</sup>。

## 六、中国跨境代孕立法的现状与思考

### (一)我国无规制代孕的一般性立法

中国是允许跨境代孕,还是禁止跨境代孕?立法不明确,理论上争议不止。中国曾有低层级的禁止代孕立法,但学界对这些行政规章作了不同的解读。2001年2月20日,卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第3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的代孕技术”。同日,卫生部颁布的《人类精子库管理办法》规定,“未经批准,任何单位和个人不得从事精子的采集与提供活动。”根据这两个规定,医院拒绝代孕手术,公安机关打击代孕活动,学界主流观点认为中国完全禁止代孕行为。与此不同的观点认为,《人类辅助生殖技术管理办法》《人类精子库管理办法》只是行政规章,调整范围受到限制,只能禁止医疗机构及医务人员实施任何形式的代孕,不能对医疗机构之外的组织和自然人实施的代孕行为进行规范。正是因为我国缺乏明确的立法,才为医疗机构之外的组织和自然人实施代孕提供了可乘之机,形形色色的代孕机构四处招摇,五花八门的代孕网站遍布网络,地下代孕产业红红火火。缺乏法律规制的地下代孕放任对代孕母亲的盘剥,代孕母亲成为代孕中介机构赚钱的工具。现行的生育制度无法为代孕母亲提供医疗保障,增加了代孕母亲的妊娠和分娩风险。代孕子女出生后的身份确定无章可循,代孕契约的效力无相应法律调整,杂乱无序的地下代孕扰乱了社会秩序。

我国制定规制代孕法律的呼声一直很高。2012年全国人民代表大会上,人大代表秦希燕提出在刑法中增设“非法代孕罪”的建议,呼吁尽快将代孕立法入刑<sup>[13]</sup>。有代表认为这一建议

<sup>①</sup> 参见 Matter of Baby M, 109NJ396, 537A2d1227 (NJ1988)。

不妥,中国应当根据国情有限放开代孕。自2013年起,国家多次开展打击非法代孕专项行动,但收效甚微,代孕黑市屡禁不止。2015年12月23日,第十二届全国人大常委会第十八次会议分组审议《中华人民共和国人口与计划生育法修正案(草案)》时,多名全国人大常委会委员提出,对于代孕不应一棒子打死,“禁止代孕”可改为“规范代孕”,致使2015年12月27日表决通过关于修改《中华人民共和国人口与计划生育法》的决定时,删除了“禁止代孕”的相关条款。此后的全国人大会议上,禁止代孕与适当放开代孕、打击猖獗的黑色代孕利益链条与不应剥夺不孕夫妻通过代孕技术获得子女的权利,一直是争议的议题。

2021年1月1日实施的《中华人民共和国民法典》第1007条和第1009条的规定与代孕有关<sup>①</sup>,但语焉不详。第1007条规定“禁止以任何形式买卖人体细胞”,根据该规定,人体细胞买卖非法,但通过人体细胞捐献实现代孕能否理解为允许?第1009条规定,“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动应当遵纪守法”,我国目前无规制代孕的法律,该如何遵守?代孕是否危害人体健康,是否违背伦理道德,是否损害公共利益,立法未作规定,理论上认识不一,实践中司法机关、行政机关倾向于支持合理的代孕,这能否认定代孕不危害人体健康,不违背伦理道德,不损害公共利益?代孕之所以在我国能够悄然兴起,是因为存在社会基础和实际需求。由于环境污染加剧、空气质量恶化、电子辐射增加、农药残留广泛存在、工作强度提升、生活节奏加快、精神压力加大、疾病高发等原因,使得不孕不育夫妇在育龄夫妇中的占比逐年增高。2013年,中国人口协会公布的调查数据显示,我国不孕不育人数已超过了四千万人,至少占育龄人口的12.5%,这个数字还在逐年上升,形成了一个庞大的群体。2017年,世界卫生组织人类生殖特别规划署发布报告称:世界范围内不孕不育率高达15%—20%,中国不孕夫妇约有一千五百万对。我国还有数量很大的同性恋群体,这一群体中的许多人也希冀以代孕方式获得子女。我国之前实行一对夫妻只能生育一个孩子的计划生育政策,子女发生人身意外死亡,“失独”父母希望通过代孕生育子女,满足精神慰藉,解决老有所依问题。总之,生育障碍不解决,代孕不可避免。中国禁止代孕,意向父母无奈寻求国外代孕,而跨境代孕产生的法律问题更多,许多问题无法解决。中国能够做到、而且可以做好的代孕,为何还要“出口转内销”?人体器官可以移植,骨髓、血液可以捐献,利用生育器官解决不孕不育患者的无子之痛,有何不可?中国应当尽快根据国情制定调整代孕的法律,改变当下无法可依的现状。

## (二)我国允许跨境代孕的特别立法

跨境代孕在我国有法律基础。1980年7月,我国签署《消除对妇女一切形式歧视公约》,1981年9月,该公约对我国正式生效。该公约有关妇女生育权的规定对我国产生了重大影响。1992年4月3日,第七届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国妇女权益保障法》,首次以法律的形式规定了生育权,承认“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利”。公民跨境代孕,是实现生育权的一种途径,具有合法性。

2002年,《吉林省人口与计划生育条例》(以下简称《条例》)规定,“达到法定婚龄决定不再结婚并且没有子女的妇女,可以采取合法的医学辅助生育技术手段生育一个子女。”此规定是我国唯一对单身女性生育权作出的肯定。此前我国生育权一直是夫妻的权利,单身人士不能生育子女。2020年,吉林省对《条例》进行了修改,该条规定一字未动。单身女性生育,只能通过人工生殖辅助技术,只有代孕一条路可走。国内禁止代孕,只能寻求跨境代孕,《条例》是跨境代孕合法化的依据。

<sup>①</sup>《中华人民共和国民法典》第1007条规定,“禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。违反前款规定的买卖行为无效。”第1009条规定,“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动,应当遵守法律、行政法规和国家有关规定,不得危害人体健康,不得违背伦理道德,不得损害公共利益。”

### (三)对我国跨境代孕立法的思考

生育是族群延续的基本保障,人口繁衍是人类社会存续的必要条件。1978年首例试管婴儿出现之前,自然繁衍是人类繁衍的唯一途径,随着人工辅助生殖技术的问世,现代医学创造了人类繁衍人工可以操控的时代。发明代孕技术的初心是想通过医学手段帮助不孕症患者实现为人父母的梦想,但其在发展过程中被演化为商业运作,在一些国家被少数人利用成为谋财的工具,产生了弃婴、拐卖人口、盘剥孕母等一系列法律问题。由跨境代孕产生的法律问题并非人工辅助生殖技术之过,乃法律规制缺失所为。解决跨境代孕法律问题的正确途径是借鉴美国、以色列等国家的经验,制定符合国情的法律,实施行之有效的监管,建立井然有序的法律秩序。各国应当建立和完善代孕法律制度,适当放宽代孕的条件限制,解决不孕不育群体、同性恋群体的生育需求,减少跨境代孕,避免法律冲突。

跨境代孕亲子关系的认定,应尊重当事人之间的协议,承认代孕协议的效力,以代孕协议约定为准。“分娩说”作为自然繁衍确定亲子关系理论,不宜适用于人工辅助生殖产生的亲子关系确定。“基因说”确定亲子关系虽有合理之处,但不能涵摄跨境代孕所有情形。德国、法国等国家采用收养方式确定亲子关系的做法更不足取,这种方式在浪费了大量的司法资源之后,变相回归到对代孕协议的承认。

我国应当建立合理的代孕法律制度,适当放开代孕,满足特殊家庭、大龄单身人士的生育需求。现行一禁了之的做法是一种懒政行为,产生的法律后果是把有代孕需求的中国公民逼到国外跨境代孕,浪费宝贵的外汇资源。代孕行为没有损害任何人的权利和利益,允许合法代孕,规范代孕行为,平衡代孕协议双方的权利义务,有利于促进社会和谐发展,利国利民。

我国已经步入老龄化社会,放开代孕可以缓解老龄化进程。近年来,我国为解决人口老龄化问题正在持续加力。2013年12月,我国宣布实施单独两孩政策;2015年10月,党中央决定全面放开两孩,但这两项政策未达到预期效果。2021年5月31日,中共中央政治局作出《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》,对生育政策进行第三次重大调整,鼓励生育三个子女,完善配套支持措施。我国的生育理论陷入悖论,一方面鼓励生育,另一方面禁止代孕生育;我国的生育实践进入怪圈,一方面大量的育龄夫妇“躺平”规避“内卷”,恐惧生育,新生儿数量持续下降,另一方面对有生育愿望、有经济实力和抚养能力、希望通过代孕得到子女的群体的生育需求进行严格限制。我国应当调整代孕政策,打破悖论,走出怪圈,造福社会。

### [ 参 考 文 献 ]

- [1] 《郑爽代孕弃养风波:钻法律空子,这绝不是无辜!》, <https://ent.sina.com.cn/s/m/2021-01-19/doc-ikftssan8416723.shtml>
- [2] 任文婧:《湖南常德女子代孕引发夺子官司,法院判决代孕协议有效》,载《南方都市报》,2010年8月18日。
- [3] 刘长秋:《权利视野下的代孕及其立法规制研究》,载《河南大学学报(社会科学版)》,2015年第4期。
- [4] 杜 涛:《跨境代孕引发国际私法问题》,载《中国妇女报》,2016年3月2日。
- [5] 陈 苇 郭庆敏译:《美国新〈统一亲子关系法〉(2017年修订)》,载《民商法论丛》,2020年第1期。
- [6] 苏 乐:《揭秘美国代孕地图:聘用会中文员工,56万元人民币起》, [https://finance.sina.com.cn/chanjing/cywx/2021-01-20/doc-ikftpmnx9609947.shtml?cre=tianyi&mod=pcpager\\_fin&loc=9&r=0&rfunc=88&tj=cxvertical\\_pc\\_pager\\_spt&tr=174](https://finance.sina.com.cn/chanjing/cywx/2021-01-20/doc-ikftpmnx9609947.shtml?cre=tianyi&mod=pcpager_fin&loc=9&r=0&rfunc=88&tj=cxvertical_pc_pager_spt&tr=174)
- [7][10] 余 提:《各国代孕法律之比较研究》,北京:中国政法大学出版社2016年版,第51-52、43-44页。
- [8][12] 严 红:《跨国代孕亲子关系认定的实践与发展》,载《时代法学》,2017年第6期。
- [9] 刘长秋 严佳扬:《代孕立法东南亚各国有何新动向》,载《健康报》,2020年5月16日。
- [11] 杨 芳:《人工生殖模式下亲子法的反思与重建——从英国修订〈人类受精与胚胎学法案〉谈起》,载《河北法学》,2009年第10期。
- [13] 明 星:《人大代表建议刑法增设非法代孕罪遏制借腹生子》, <http://news.cntv.cn/china/20120307/122918.shtml>

(责任编辑:崔 伟)