



代孕的相关法律问题分析

郭文姝

一、代孕的概念及形式

代孕是指孕母接受他人委托，运用辅助生殖技术为他人怀孕生子的行为。根据受精卵的来源，代孕可以分为六种不同的形式：(1) 委托方丈夫的精子和委托方妻子的卵子的结合；(2) 委托方丈夫的精子和孕母卵子的结合；(3) 委托方丈夫的精子和捐赠者卵子的结合；(4) 捐赠者的精子和委托方妻子的卵子的结合；(5) 捐赠者的精子和孕母的卵子的结合；(6) 捐赠者的精子和捐赠者的卵子的结合。在以上6种情况中，采用(5)(6)形式生育的孩子与委托方夫妻没有任何血缘关系，其效果等同于收养，并不能实现代孕的目的，因而很多人认为代孕不应当包括这两种形式。剩下的(1)-(4)种形式的代孕，按照生育的孩子与孕母是否具有血缘关系又可以分为两类：一类是代孕生育的孩子与孕母没有血缘关系，一般被称为“妊娠代孕”或“完全代孕”，包括(1)(3)(4)三种情况；另一类是代孕生育的孩子与孕母存在血缘关系，例如(2)，一般称为“基因代孕”或“部分代孕”，对于这类代孕目前存有争议，有学者认为这种情况下孕母实际上生育的是自己的孩子，并不是“代孕”，并且由于孕母与孩子具有血缘关系容易导致日后的纷争，所以应当禁止“基因代孕”。

由此可见，虽然在技术上代孕有6种可能的实现方式，但(5)(6)不具有社会意义，关于(2)尚存争议，目前关于代孕能形成共识的主要是(1)(3)(4)三种方式，即将委

精子 卵子	委托发丈夫	捐赠者
委托方妻子	(1)	(4)
代理孕母	(2)	(5)
捐赠者	(3)	(6)

托方夫妻的受精卵或者委托方夫妻一方的精子或卵子与捐赠者的卵子或精子结合的受精卵植入孕母子宫，由孕母完成怀孕分娩的行为。

二、代孕行为涉及的法律问题

我国目前没有专门规范代孕行为的法律，仅在2001年卫生部制定的《人类辅助生殖技术管理办法》中规定“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。”一般认为，卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》的规定实质上表明了我国禁止代孕的态度。在已有的涉及代孕的案例中，法院认为卫生部规章仅是对医疗机构和医务人员从事人工辅助生殖技术的管理规定，不能对抗当事人基于私法享有的正当权利，也即，无论代孕行为本身的合法与否，代孕当事人在私法上的权利都应当得到保障。但由于代孕不同于传统生育行为，代孕当事人在私法上的权利并不明确，存在以下值得探讨的法律问题：

(一) 代孕协议的法律效力

代孕协议由委托者与代理孕母签订，一般约定孩子归属、代孕费用、保险、孕母的义务等事项，其性质可以看作是委托者与代理孕母之间的民事约定，但这种民事约定的效力颇受争议。我国一些学者以及法院判决基于反对代孕而认为代孕协议无效。其理由是代孕实质上出租的是孕母的子宫，将女性的身体物化，将孩子作为交易的商品，违背了人的尊严原则，代孕协议因违反了公序良俗而无效。

另外一些学者认为可以有限度地承认非商业性代孕的合法性，主要理由是女性有自由支配自己身体的权利。但承认代孕行为的合法性并不意味着代孕协议具有法律效力，代孕协



议涉及的人的身体处置、尊严、亲子关系等重要内容，应当由法律规定更为合适，而不应由协议约定。例如，英国1990年制定的《人类授精与胚胎法》承认代孕的合法性，但不认可代孕协议的效力，代孕协议不是双方权利义务的根据，只是代孕关系存在的证据。

（二）亲子关系的认定

无论代孕是否具有合法性，事实上的代孕关系存在后，一个重要问题就是如何认定孩子的归属，即孩子与委托者、孕母之间的亲子关系如何认定。由于代孕运用生殖辅助技术打破了传统生育规律，使得代孕生子的亲子关系认定在法律上面临一些困难。

1. 理论界的划分

目前关于代孕亲子关系认定在理论上主要有血缘基因标准、分娩标准、契约（或称人工生殖目的）标准、子女利益最佳标准四种理论。血缘基因标准是指亲子之间应具有直接血缘基因关系；分娩标准即是传统民法中的“分娩者为母”原则，在传统生育行为下分娩标准与血缘基因标准是一致的；契约标准即是以双方的约定为准；子女利益最佳标准是指不考虑血缘、分娩、约定等因素，以子女利益最大化为出发认定母亲。

这四种认定标准理论都存在一些缺陷。一是若以血缘基因标准，对于那些使用捐赠者卵子代孕生育的孩子则找不到生母。二是若以分娩标准确定孕母为生母，但孕母本身并没有成为母亲的意愿，并且其与孩子不存在任何基因血缘联系（排除使用孕母卵子的情况），不符

合传统对于亲子关系的认识。三是若以约定标准认定生母，不考虑血缘基因等其他因素，不利于子女利益，并且极易导致纠纷。四是若采子女利益最大化标准，须依靠法院个案判定，社会认识具有更大的不明确性。

2. 我国的司法判例

以“代孕”为关键词搜索最高人民法院裁判文书网数据库内的民事案件共有51件，但大部分仅是在辩论理由中提到“代孕”，法院并没有围绕代孕行为予以分析裁判，真正意义上关于“代孕”行为涉及亲子关系认定以及监护权纠纷裁判目前仅有一例¹ 另有几例代孕监护权纠纷案中由孕母提供卵子代孕，这种代孕方式是存在争议的，一般认为由孕母提供卵子代孕，孕母实际上生育的是自己的孩子，并不构成“代孕”¹——上海市失怙代孕龙凤胎监护权案。此案中，一对夫妻以丈夫的精子与他人卵子结合委托孕母代孕生育了一对龙凤胎，后丈夫去世，孩子的爷爷奶奶与委托者妻子产生了监护权纠纷。法院坚持传统的以“分娩者为母”的原则认定生母，以血缘关系认定生父，认定孕母为孩子的生母，孩子是委托者丈夫与孕母的非婚生子，但由于委托者妻子是委托者丈夫的合法妻子，并事实上抚养孩子，形成了继母子关系，在丈夫去世后仍然拥有孩子的监护权。

我们分析，本案中法院的认定原则也仅适用于由委托者丈夫精子与捐赠者卵子结合代孕的情形，对于委托者夫妻受精卵代孕以及委托者妻子卵子与捐赠者精子结合代孕的情形很难解释得通。因为这两种情形下，委托者妻子与孩子有血缘基因关系，将其认定为继母子关系，显然与事实以及人们的认识相违背。可见，我国法院判决尚未形成关于代孕亲子关系认定的一般通用原则，其他情形代孕亲子关系的认定原则还有待于更多代孕案件的判决结果。

3. 美英的选择

¹ 另有几例代孕监护权纠纷案中由孕母提供卵子代孕，这种代孕方式是存在争议的，一般认为由孕母提供卵子代孕，孕母实际上生育的是自己的孩子，并不构成“代孕”。



关于代孕亲子关系的认定，美国并没有法律规定，在承认代孕的各州，法院一般依照子女利益最大化原则根据个案情况分别裁量认定孩子的生母。而英国《人类授精与胚胎法》，则坚持分娩者为生母原则，认定代孕者为母亲，委托方可以根据《收养法》获得亲权。

(三) 代理孕母可否获得报酬

一般认为，委托者需要为代孕支付的费用包括产检费用、孕母营养费、孕母人身保险费，但除此之外孕母可否因为代孕行为而获得“酬劳”却颇有争议。目前即使赞同将代孕合法化的学者也都认为代孕不能是有偿的、商业化



的。理由是有偿代孕实际上是将孕母作为生育机器，女性身体被物化，侵犯了人的尊严。但实践中，孕母选择为他人代孕一般都有经济原因的考虑，完全利他的、人道主义、奉献主义的代孕是很少的。这就形成了事实上的悖论，法律允许的无偿代孕事实上是基本不存在的，有社会需求的有偿代孕又被法律所禁止。从国外经验来看，英国《人类授精与胚胎法》规定禁止商业代孕，但允许代孕支付“合理的费用”，对于何为“合理的”却没有界定。

三、关于未来代孕规制的探讨

代孕不仅涉及法律问题，其从根本上还涉及伦理道德问题。代孕是否放开以及放开尺度有赖于社会公众道德伦理观念的接受程度。目前我国仅以一部部门规章禁止医疗机构及医务人员实施代孕技术表明了禁止代孕的态度，但规章效力层级较低，不具有限制公民权利的效力，不能作为禁止代孕的法律依据。从相关报道（记者、自媒体的暗访）来看，我国存在

相当数量的地下代孕行为，而相关主体的权利在现行法律制度中却无法得到保障。无论是禁还是放，代孕都需要更高效力层级的法律予以明确规定。

目前关于代孕是否放开存在激烈的争论，尚未形成社会共识，2015年全国人大常委会审议《人口与计划生育法（草案）》时删去了《人口与计划生育法（草案征求意见稿）》中“禁止代孕”的内容即是明证。意见大致可分为两派：一派观点认为应当绝对禁止代孕，主要理由是代孕侵犯了人的尊严，违背了公序良俗，会带来严重的社会伦理问题和家庭纠纷；另一派观点认为基于社会现实需求可以有限度地放开代孕以避免可能出现的伦理问题，例如可以仅适度放开非商业代孕，并对其进行严格规范。可以说，两派观点都有其合理性，未来是否放开代孕、放开的尺度及相关权利义务需要立法者在充分考察、评估社会道德伦理观念接受程度、社会现实需求程度等后作出制度安排。

如果法律明确禁止代孕，对于目前的代孕乱象应当依法严格整治。首先，对医疗机构违规实施代孕技术的，应当依照《人类辅助生殖技术管理法》第二十一条规定给予警告、责令改正，情节严重可以吊销医疗机构执业许可证。其次，对于非医疗机构的中介机构、服务公司实施代孕技术的，应当认定为非法行医依法予以处理。由于代孕行为的合法性并不影响代孕相关主体的民事权利，即使禁止代孕，前述的关于亲子关系认定、孩子的法律地位、抚养权等问题仍需要予以明确。

如果法律允许适度放开代孕，一方面应当审慎地进行制度设计，例如代孕行为的主体范围、相关主体之间的权利义务（包括代孕者是否可以收取报酬）等问题都需要充分论证后决策；另一方面应当严格执法，严厉打击违法代孕行为，将代孕可能造成的负面影响降至最低。

（作者系北京市人民政府法制办公室法制二处副处长）