

关于代孕问题的法律思考

近来我国“代孕”市场异常火爆，社会舆论纷纷，“代孕”一词已经渐渐地被人熟知，尤其在一些发达地区，这已成为一个非常流行的词语。在一些外来人口集中的大街小巷到处张贴着找代孕的小广告，通过网络搜索代孕的网站更是多不胜数。

越来越火热的“代孕”到底是什么呢？

代孕是一项生物技术的最新成果，是指将受精卵子植入孕母子宫，由孕母替他人完成“十月怀胎一朝分娩”的过程。妇女代孕时需植入他人的受精卵子，精子与卵子在人体外的结合，必须实施“人类辅助生殖技术”。随着科学技术的进步，代孕这一技术已经走向成熟，并且在世界范围内得到广泛应用。代孕的类型分为完全代孕和局部代孕，根据代孕母与代孕子女之间是否存在基因血缘关系。代孕分为完全代孕和局部代孕，1、完全代孕的代孕母只提供子宫孕育胚胎，精卵来源于委托方夫妻或者捐赠者，代孕母与代孕子女之间没有基因血缘关系；如图

精卵来源	A型	B型	C型	D型
夫精	✓	✓		
妻卵	✓		✓	
供精			✓	✓
供卵		✓		✓

2、局部代孕的代孕母不仅提供子宫，还提供卵子，代孕母与代孕子女之间存在基因血缘关系。如图

精卵来源	E型	F型
夫精	✓	
供精		✓
代孕母卵	✓	✓

以上六种类型中，只有A类型精卵均来源于委托方夫妻，称它为妊娠代孕，而A类型以外的B、C、D、E、F五种类型，精卵不全来源于委托方夫妻，统称为非妊娠代孕。

“代孕”的出现解决了生育上一大难题。

代孕的产生是因为有着极大的需求市场。在我国，有大量的人因为无法生育而失去幸福的生活，这些人极其希望能有自己的子女。据统计，我国每年有大量的独生子女因为各种事故等死亡，而他们的父母却已经失去了生育能力；许多自然灾害之后，如地震之后，许多女性丧失了生育能力，她们是渴望有自己的小孩的；还有一些司法行政的受害者，或者由于犯罪而被剥夺生命或是自由的人。这些人群都无发生育，但是却渴望有自己的子女，这使得代孕的存在成了必然。

其次，现代医学技术的高度发展使得代孕成为可能。1978年，英国诞生了世界上首个试管婴儿，此后代孕就在欧美不断发展，已经成了解决不孕症的一种选择。而在我国北京医科大学附属三院于1988年完成中国大陆首例试管婴儿，我国首例“代孕试管婴儿”于1996年在北京出生。这些医学的进步使得代孕的技术飞速发展，使得代孕的安全性大大的提高。

除此之外，现在很多年轻的生活观念发生了变化，很多年轻人不愿意生育小孩，害怕生小孩会影响身材或是害怕承受分娩的剧痛。也有很多人担心由于怀孕而阻碍自己的事业进步和发展或者是因为工作的原因没有时间生育小孩而失去生育的机会。这些也促使代孕有了立足之地。另外，生活中还是存在很多志愿者或者是近亲属愿意免费替这些无法生育的人代孕，这样代孕市场存在着合理的供求关系，其必然产生。

“代孕”的出现也是对传统法律制度提出的挑战。

基于生育对婚姻、家庭乃至社会的重要性所在，世界上多数国家通过立法规范这一行为，确保当事人的权益，尤其是通过代孕出生子女的合法权益。然而，由于受到传统伦理道德的影响，我国法律还未对代孕进行开放，代孕只能在法律之外存在。作为一种新技术，代孕技术打破了传统的生育观念和生育秩序，如同一把双刃剑，给众多不能孕育孩子的家庭带来欢声笑语的同时，也引发许多的法律和伦理问题。如：

（一）代孕与生育权关系

1、生育权是代孕行为产生的前提。生育权的享有并不以生育能力的存在为前提，和正常夫妇一样，不孕夫妇也依法享有生育权，并不能因为其由于生理上的原因不能生育而剥夺其生育权，而且生育权对于不孕夫妇而言更能体现出意

义。目前，我国解决不孕夫妇生育权的途径是收养制度，但是收养不能完全填补不育者的心理要求，尽管人们会感到代孕子女与自然生育子女在血缘关系上不能完全等同，但是与本身毫无血缘关系（指直系血亲关系）的养子女相比，无论从当事人的主观愿望或从客观实际来讲，代孕都比收养更接近于自然生育。从目前英美各国允许代孕的情况看，代孕比收养孩子更为合理，引起的社会问题也较少。例如欧美社会进行代孕后只有 0.3% 的法律纠纷，主要是孩子的亲权归属，但收养子女却有 15% 的法律纠纷。因此，有必要采取收养以外的途径，使不孕夫妇切实享有生育权。我们知道，生育权的内容之一即为生育方式的选择权，既然生育权的享有并不以生育能力的存在为前提，那么那些不孕夫妇在不能通过自然方式进行生育时，他们可以以生育权为由选择以代孕的方式生育。

2、代孕不会损害他人的生育权

代孕涉及的当事人主要是委托“代孕”的夫妻和供精或供卵的捐赠者以及代孕情况下的第三方。从法律上看，委托人在行使生育权时，是几方当事人在完全自由的情况下做出的真实的意思表示，因此，并没有对任何一个参与者的私权利尤其是生育权造成侵犯，当然更不会损害社会或国家利益。他们的行为对社会、对他人并没有什么损害，代孕存在的法理基础是个体生育权中的生育方式的自主选择权，它是个体所享有的一项基本人权并或多或少地受到各国宪法、婚姻家庭法的保护。

（二）代孕与亲子身份认定

1. 亲子认定的含义

在亲属法上，父母子女关系也称亲子关系，它因出生的事实或法律拟制而发生，是最近的直系血亲关系。这里的亲，指的是父母，子指的是子女。我国现行婚姻法中，父母子女关系可分为以下两大类：一类是自然血亲的父母子女关系。它基于子女出生这一自然事实而发生的父母子女关系。另一类是法律拟制的父母子女关系，即指本无该种血亲应具有的血缘关系，但法律上确认其与自然血亲具有同等的权利义务关系的亲子关系，所以这是一种人为设定而法律加以确认的亲子关系。这种父母子女关系包括养父母子女关系和形成扶养关系的继父母子女关

系。认定亲子关系，主要是为了确定亲子间的权利义务关系。一般情况下，婚生子女可直接根据生母怀胎、分娩的事实和生父母婚姻关系存在的客观状况加以确认。但是，要证明子女的血缘来自具有合法配偶身份的男女双方比较困难。[14] 各国有不同标准，一般情况下，有婚姻关系的夫妻双方在婚姻关系存续期间，妻受胎所生子女或婚姻关系存续期间受胎在婚姻关系终止后所生子女，推定夫为父。

2. 代孕引发亲子认定难题

代孕在很大程度上解决了人们生育的烦恼，然而，于此同时，却带来了亲子关系认定的难题。在代孕行为下，传统的民法婚姻家庭体系被打破，人们不得不重新思考通过代孕出生的子女及其父母的法律地位以及相应产生的民事法律关系。代孕致使传统的只由夫妻参与的生育过程出现分化，原本只是夫妻之间的任务由多人参与。在此情况下，不可避免的出现了几个父亲与母亲。然而，无论是现实还是法律，最终能被社会接受的父母有且只有两个。如何认定代孕方式出生的子女的法律地位是代孕引发的最重大的法律问题之一，不确定其法律地位就无法明确其与父母子女间的权利义务关系，甚至可能引发纠纷，造成对子女监护权的争夺或推诿，影响父母子女之间权利的享有和义务的履行。

“代孕”何去何从

2001年卫生部公布的《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类精子库管理办法》都明令禁止医疗机构和医务人员实施任何形式的代孕手术。事实上，代孕行为并没有因为法律禁止就不复存在，反而在近几年来出现了日益增多的现象。因此，有必要在梳理相关法律的基础上，修正我国婚姻法的不足，赋予代孕合法化的地位。代孕行为属于婚姻法调整的领域，婚姻法有着强烈的伦理性与民族色彩，婚姻家庭中的许多行为属于道德问题，要靠道德来规范、舆论来引导和约束。婚姻家庭关系中的有些行为应有道德加以调整，法律对其介入并无实益；而有些行为则是侵犯他人利益、危害社会的行为，法律理应对其介入。对于那些以谋利为目的的商业代孕，不仅有悖道德，还亵渎了生育权，则应当加以严格限制。

社会是不断进步的，这种具有开创性的行为总的说来是具有进步意义的，正如克隆技术在经历了各种非议之后最终被人们所承认一样，代孕也会获得社会的认可。但是也应当注意以下问题：

1. 将代孕定位为生育辅助手段，仅用于治疗不孕不育

利用法律的强制性将其限制在合理使用范围之内，不在其他人群中推广，更不能使之成为取代自然生殖。并且要明确适用人工生殖的当事人资格，只有具备合格条件的夫妇才可采取代孕的方式生育后代。

2. 确定保密原则

从保护契约父母利益，孩子健康成长，家庭稳定和供体利益出发，在人工生殖中应坚持保密原则。

3. 在处理代孕情况下的父母子女问题是应该遵循保护子女利益的原则

在优先考虑子女利益的前提下，比较代孕母亲和委托母亲的情况，推定最有利于子女成长的契约父母为法律父母。

代孕是满足不能生育夫妻生育权的一种手段，在不损害社会公共利益的前提下，只要利害关系人自愿，就不应当制止这种行为。因此，修正婚姻法的不足，承认代孕合同的效力，使代孕步入正轨实属必要。