

代孕在中國的 實踐現況和規制建議

Current Practice and Regulatory
Suggestions of Surrogacy in China

睢素利 Su-Li Sui *



摘要

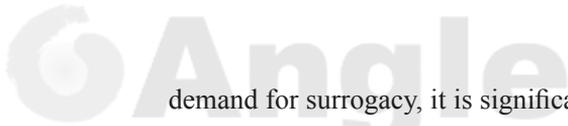
代孕問題事涉輔助生育技術的應用，並延伸諸多社會倫理與法律適用之疑義，惟基於目前社會發展與人民對於代孕需求等考量，從而如以法律就代孕問題進行法律規制，自然具有其現實意義。但是，代孕的合法化仍不宜操之過急，尚須審慎評估其對社會、倫理、道德、法律及社會公序良俗所可能帶來的衝擊與負面影響；如未來代孕予以開放，亦應定有嚴格的條件限制與管理。本文首先梳理代孕在肯否兩方的論理基礎，復於文末提出有限開放代孕時可作為考量的幾點建議。

Surrogacy involves the application of assisted reproductive technology, and extends many social, ethical and legal issues. Considering the social development and people's

*北京協和醫學院人文和社會科學學院教授 (Professor, School of Humanities and Social Sciences, Peking Union Medical College)

關鍵詞：子女最佳利益原則 (best interest of the child)、公序良俗 (public order or good morals)、代理孕母 (surrogate mother)、兒童權利公約 (Declaration of the Rights of the Child)、親權 (parental rights)

DOI : 10.3966/241553062020100048010



demand for surrogacy, it is significant to regulate surrogacy by law. However, the legalization of surrogacy should not be carried out too quickly. The possible negative impacts should be carefully evaluated, which caused by surrogacy on the society, ethics, morality, law and public order and good morals. If the surrogacy is to be applied in the future, it should be strictly restricted and regulated. This paper analyzes the ethical opinions for and against surrogacy, and it offers the practicable suggestions on legally regulating surrogacy.

壹、前言

代孕不僅僅涉及輔助生育技術之應用，同時也延伸出諸多社會倫理與法律適用的疑義，故可以說是社會倫理之法律問題在輔助生育技術應用領域中的集中體現。就代孕一詞的通常理解，係指某位婦女代替委託人完成孕育和分娩胎兒的過程。目前在中國學界對於代孕尚未有統一的定義，於以往的現實中，代孕也存在著代孕者與委託方之男性發生性關係的情況。就現代意義上的代孕而言，則通常是指作為輔助生殖技術的一種應用方式，借助輔助生殖技術的手段完成受精過程，代孕者不再需要和委託方之男性發生性關係。由於現代醫學技術的進步，精子和卵子的來源有了更多的可能性，在使用捐贈卵子的情況下，代理懷孕和生育孩子的母親可能與孩子沒有任何血緣關係，而真正撫養孩子的母親也不是懷胎和分娩孩子的「生母」。因此，可能存在三個具有「母親身分」的人，而使得親子關係的認定更為複雜化¹。雖然目前中國與衛生相關的

1 王貴松，中國代孕規制的模式選擇，法制與社會發展，88期，2009年4月，118-127頁。

部分規定，乃直接禁止一切形式的代孕，但是無論在學界或公眾面，支持和反對代孕的爭論仍一直存在。論其實際，代孕行為的確存在，並且業已發生多起因代孕而引發糾紛的訴訟案件。基於代孕問題本身的複雜性，加之缺乏相關法律的規定，這一類糾紛在法律處理上容有一定難度。本文擬以中國代孕實踐的情況作為探討基礎，分從倫理和法律的角度來詳盡地剖析代孕相關的問題及其反思和規制可能。

貳、代孕在中國的實踐現況

一、關於代孕管理規定之現況

原衛生部²於2001年頒布了「人類輔助生殖技術管理辦法」，該辦法第3條明確規定：「禁止以任何形式買賣配子、合子、胚胎。醫療機構和醫務人員不得實施任何形式的代孕技術。」至2003年，衛生部再行頒布了「人類輔助生殖技術和人類精子庫倫理原則」，其中也明確規定醫務人員不得實施代孕技術。這是目前關於禁止代孕的相關法規，但是衛生部訂定的部門規章僅對醫療機構、醫務人員產生約束力，亦即僅能約束醫療機構和醫務人員的行為，並不能阻止管理範圍之外的個人或組織實施代孕³。

基於這樣的現狀，「人口與計劃生育法」在2016年的修改過程中，其草案提出了「禁止以任何形式實施代孕」，把對代孕的禁止提升到法律的等級，希望可以透過具有普遍之約束力的法律，嚴格且全面地禁止任何形式的代孕。該草案中關於代孕禁止的規定引起社會的廣泛關注和討論。在修正案草案討論

2 2013年3月10日的「國務院機構改革和職能轉變方案」，將衛生部的職責、人口計生委的計劃生育管理和服務職責整合，組建國家衛生和計劃生育委員會（簡稱國家衛計委）。

3 劉曄，代孕之法律、倫理考，https://www.sohu.com/a/125987428_426568（瀏覽日期：2020年9月26日）。

時，即曾因為是否要在法律層面規定「代孕」的相關條款引發了巨大的爭議，惟最終修訂後的「人口與計劃生育法」中並未體現禁止以任何形式代孕的條款，從而在法律層面未設有對代孕進行限制之規定。當時的國家衛生計生委法制司司長在回答記者提問時指出：「在這次審議過程當中，一些委員認為這次人口與計劃生育法的修改時間緊，關於代孕的問題，是一項非常複雜的問題，需要進一步徵求各方面的意見，進行認真的論證，即便是寫入這部法律，一些委員也認為可能難以徹底地禁止這種現象的存在。同時也有一些委員認為，關於禁止代孕等這樣的法律、法規非常地必要，是不是一定要在這部法律中予以列入，大家也有不同的意見。」雖然最後的表決是這部法律當中沒有涉及關於代孕的相關條款，但是法制司司長仍強調會繼續按照國務院關於人類輔助生殖技術和精子庫行政許可方面的規定，以及2001年所發布的人類輔助生殖技術管理辦法和人類精子庫管理辦法等規定，會同相關部門繼續加強對這個領域的管理，並予以規範，嚴禁醫療機構和醫務人員實施任何形式的代孕技術，嚴禁買賣精子、卵子、受精卵和胚胎，同時進一步地加強人類輔助生殖技術的管理，保障正常的醫療秩序，並維護公民的合法權益⁴。可見，儘管中國代孕問題最終未能上升到法律位階的層面來加以規制，但按照衛生部的行政規章，可知中國是嚴格禁止代孕的。從修訂草案出現禁止代孕的條文，到正式頒布的法律刪除該條文，這種情況一方面反映出目前存在種種違法代孕的情況急需法律上的調整，另一方面也說明了國家在修訂有關法律時所抱持的審慎態度。

4 張春生，嚴禁醫療機構和醫務人員實施任何形式的代孕技術，中國網，http://www.china.com.cn/newphoto/news/2015-12/27/content_37404965.htm（瀏覽日期：2020年10月5日）。