

编者按

近日,由某明星的代孕事件引发了人们对此现象的热议和争论,围绕代孕的女性权益问题、社会阶层分化问题、伦理问题及相应法律问题都成为关注的焦点。《新女学》周刊特邀专家撰稿,讨论代孕的形成和禁止代孕的合理性,并就当前我国法律法规关于代孕行为的适用性问题进行分析,提出将商业代孕入刑,以刑法这一“最后法”保障生命的尊严并杜绝生育权滥用。

学人关注

· 阅读提示 ·

在我国,代孕是被明确禁止的。本文作者主要从代孕的形成、代孕带来的社会问题与风险、伦理及法律问题四个方面对禁止代孕的合理性进行分析,并提出应对代孕带来的社会问题与挑战,必须完善相应的法律法规,加大对以非法盈利为目的的不正当代孕行为的打击力度和执行力度。

■ 李芳英

近日,由某明星的代孕事件引发了人们对此现象的热议和争论。在我国,代孕是被明确禁止的。国家卫生部2001年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》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”。我们为什么要反对代孕?本文主要从代孕的形成、代孕带来的社会问题及风险、伦理及法律问题四个方面来分析。

### 代孕成因及其社会问题与风险

代孕的形成,首先源于现代医学技术的进步和成熟。最初的代孕,仅是把男子的精子,通过人工授精的方式放入代孕者体内,与其卵子相结合。代孕者与孩子之间具有血缘关系。随着试管婴儿技术的发展,可以直接把受精卵移植于代孕者体内,仅借用代孕者的子宫就可以孕育孩子,代孕者与所生孩子之间没有任何血缘关系,俗称“借腹生子”。

代孕技术的成熟,从医学层面解决了不孕不育患者的生育问题。某些患有白血病、严重心血管病的女性可以通过代孕技术实现生育子女的愿望。随着这项技术的发展和运用,寻求代孕者的范围逐渐扩大。代孕技术在满足人们生育需求的同时,也带来很大的社会问题与风险,以及伦理和法律问题。

由于各国对代孕的态度不同,形成了不同的代孕现象。在开放代孕的国家,代孕分为商业性代孕和志愿性代孕。商业性代孕是指代孕者直接以经济报酬为目的帮助他人代孕,志愿性代孕则不以经济报酬为目的,获得适当补偿则可。在没有开放代孕的国家,则存在着地下代孕市场。世界范围内出现跨境代孕现象,代孕所带来的相关社会问题和风险也引起了人们的关注。

首先是代孕孩子的问题。在商业化代孕市场中,代孕孩子被视为可以交易的商品。孩子可以流水线生产,可以个性化定制,性别、体重等都可以选择。由于代孕过程的复杂性和不确定性,代孕孩子的人生历程也充满着不确定性和风险。代孕孩子一出生就面临复杂的父母和亲缘关系,必须面对多母或多父的事实。有的孩子因为种种原因,陷入没有父母、没有户口、无法落户上学、无法就医等困境,严重的可能被拒收、弃养。

其次,是对代孕女性带来的问题和风险。选择做代孕妈妈的女性,主要是出于经济利益的考虑,通过出租自己的子宫来获取经济报酬。这些女性往往出身社会底层,文化程度和自身学识有限,对代孕带来的生命健康风险和情感代价认识不足,也不了解代孕可能对身体带来的生理或病理改变,有的甚至不能理解代孕合同的内容。代孕过程中女性要经历各种风险。为了保证胚胎成功移植,代孕女性需要不断打针吃药,同时也面临多胎风险、卵巢过度刺激综合征等风险。在孕产过程中,还可能发生宫外孕、流产、大出血等意外。代孕女性一般采用剖腹产的方式进行分娩,如果伤口未愈合时再次代孕,则有伤口破裂导致大出血的风险。生产后,代孕女性可能发生因妊娠带来的健康问题甚至严重的后遗症。

由于代孕过程的不确定性,代孕女性还可能遭遇其他风险。如委托方改变主意不想代孕了,后续款项的支付出现问题,胎儿有缺陷可能被遗弃。另外,情感上的代价也不容忽视。代孕女性怀胎十月,和婴儿之间有着天然

的情感连接,生育后可能因为情感上难以割舍而抑郁。

### 代孕带来的伦理问题

技术的使用必须得到伦理的支持,但代孕却涉及多方面难以解决的伦理问题。

首先,代孕物化了女性和孩子。在商业化代孕过程中,代孕女性和孩子均被物化。孩子被视为可以定制和生产的商品,代孕女性的年龄、出身、学历、身材、人种等也被视为可以标价的商品。女性被沦为生育工具,女性的价值仅仅表现为其子宫的价值。在这里,婴儿是商品,女性是车间,婴儿可以被拒收被退货。人的生命、价值和尊严都遭到漠视,这显然有违人类伦理。

其次,代孕导致富人对穷人的压迫和剥削,带来不平等等问题。穷人出于经济利益用自己的子宫帮助富人完成生育,其自愿性难以保证,因为代孕是某些贫困女性经济来源的主要方式,代孕实际上成为压迫女性的枷锁,富人通过低廉的价格让代孕女性为其承担痛苦和风险,从而对贫穷女性进行剥削。另外,一旦人体器官成为商品和工具,将使得器官买卖成为可能,这将给女性带来更大风险,比如,被拐卖或欺骗进入代孕行业。

最后,代孕孩子和父母的复杂关系带来伦理难题。部分代孕孩子甚至被剥夺了知悉自己遗传学父母的权利,这可能给今后生活带来一系列问题和风险。如,婚恋方面可能找同胞兄弟姐妹结婚生子,身患重疾需要骨髓器官移植时遇到障碍,等等。

### 代孕带来的法律问题

我国法律虽明确规定禁止代孕,但地下代孕市场仍暗流涌动,形成一个灰色地带。这不仅扰乱了正常的生育和社会秩序,违反了法律,也容易引起法律纠纷,使相关人员的合法权益受损。现实生活中,由代孕引发的抚养权、监护权和继承权等争议时有发生。无论是委托方、代孕方、孩子或者中介,都可能面临种种法律问题和风险。

首先,代孕女性的合法权益难以得到保障。在很多国家代孕合同没有法律效力,不受法律保护。此外,即便有合同,合同也多为对代孕女性的约束,代孕过程中出现的意外和风险,多由代孕女性自己承担。另外,违约现象也很常见,因而,代孕女性的权益往往得不到保障。

其次,代孕孩子的合法权益缺乏保障。代孕孩子的人生困境在被明码标价的那一刻就开始了。有的代孕孩子终其一生都不知道自己遗传学父母是谁。孩子的所有权、监护权也经常成为委托方和代孕方争夺的中心,这不仅影响孩子的成长,更影响着孩子正当权益的获得。

最后,代孕女性对胚胎的处置权也是个问题。我国法律允许早孕期女性自行决定是否保留胚胎,那代孕女性是否拥有这个处置权,如果有,委托方的权益又如何保障?

我国现行法律对代孕持否定态度,但法律的处罚力度轻,违法者的违法成本低,导致代孕地下市场混乱,黑中介大行其道,给社会治理带来极大的挑战。要解决代孕问题,必须完善相应的法律法规,加大对以非法盈利为目的的不正当代孕行为的打击力度和执行力度。

(作者单位:中华女子学院社会工作学院)



观点秀场

· 阅读提示 ·

## 商业代孕入刑：保障生命尊严杜绝生育权滥用

我国虽然明确禁止任何形式的代孕,但相关规定法律层级较低,规制力度和效果有限,难以直接作为行政乃至刑事处罚的上位法根据。本文作者对组织出卖人体器官罪等罪名对商业代孕予以规制的可能性进行分析,在此基础上建议将商业代孕入刑。

■ 张慧敏

随着社会发展和医疗技术的进步,诸如人工授精、体外受精和供体受精等辅助生殖方式出现,代孕作为一种可供不孕不育夫妇选择的生育方式也应运而生。而根据是否向代孕者支付报酬,其可被分为非商业性代孕和商业性代孕,前者指只对代孕母亲支付怀孕相关费用或予以合理补偿;后者则指对代孕母亲支付超过怀孕相关费用的款项。

### 现有罪名难以规制商业代孕

综合当前有关代孕规定的主要法律法规可以发现,我国虽然明确禁止任何形式的代孕,但相关规定法律层级较低,规制力度和效果有限,难以直接作为行政乃至刑事处罚的上位法根据。那么,能否直接适用现行刑法的一些罪名对商业代孕予以规制呢?笔者认为,商业代孕可能涉及的罪名主要包括组织出卖人体器官罪、组织卖淫罪、拐卖儿童罪、非法经营罪、非法行医罪以及刑法修正案(十一)增设的非法从事人体基因编辑、克隆胚胎罪。

——组织出卖人体器官罪。组织出卖人体器官罪即违反国家人体器官商业化禁令,组织他人将人体器官作为商品加以出卖的行为。其中,“出卖”一词意味着在人体器官贩卖活动中,供体的器官被摘取并转移给受体,从而获得受体一方所支付的报酬。但是,商业代孕是租借/出租子宫以获取子女/报酬的活动,标的是孕育期间代孕妇女子宫乃至人身的“使用权”,代孕妇女的人身受到委托方或中介机构的实质性干预;出卖人体器官是出售器官以获取报酬的活动,标的是供体器官的“所有权”,供体的身体未被他人实质性控制。将“出租”解释为“出卖”,显然超出了后者的语义范畴,属于类推解释,因而难以对商业代孕适用组织出卖人体器官罪。

——组织卖淫罪在刑法中体现为空白罪状。2003年,国务院法制办在《对浙江省人民政府法制办公室〈关于移送审查处理公安部复字[2001]4号批复的请示〉的复函》(国法函[2003]155号)中明确,卖淫嫖娼是指通过金钱交易一方向另一方提供性服务,以满足对方性欲的行为,至于具体行为采用什么方式,不影响对卖淫嫖娼行为的认定。但是,商业代孕是购买/提供生育以繁衍后代或得到酬劳的活动,标的是怀孕及生产这一生殖行为,代孕者的日常行为受到严格管束和诸多限制;卖淫是购买/提供性服务以满足性欲或获取利益的活动,标的是性行为,性工作者的日常活动也不会受到实质性干预,为他人进行商业性代孕,显然也超出了“卖淫”这一词语的“射程”,因此也难以适用组织卖淫罪对商业代孕进行规制。

——拐卖儿童罪。拐卖儿童罪是指以出卖为目的,拐骗、绑架、收买、贩卖、接送或中转儿童。2000年3月20日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、全国妇联联合印发了《关于打击拐卖妇女儿童犯罪有关问题的通知》。拐卖儿童罪的核心并非在于“拐”而是在于“卖”,即本罪侵犯的应当是作为独立个体的儿童不被作为商品而出卖的

权利。拐卖儿童并不一定会侵犯监护关系(例如,出卖亲生子女或被遗弃的孤儿)或人身安全,但势必会使儿童被商品化而在“市场”上被“流通”。人身和财产的二分性应当被认为是法律规范的一个基本原则,二者之间是不可完全通约的。加上传统民法上以“分娩者为母”为基本原则,故从这一角度出发,代孕母亲为他人代孕并收取报酬,生产后将孩子交给委托方的行为,也应当可以被评价为拐卖儿童。然而,该处理路径仍存在不少问题。例如,对作为主导方的委托方和中介方——代孕机构的打击不够,对作为被动方的代孕者的打击则畸重。又如,认定代孕构成拐卖儿童罪,其着手的时间点应当在于代孕者生产并将孩子交给委托方之时,而此前签订合同、支付款项、实施注入受精卵手术、孕育胎儿的漫长过程均为该行为的预备阶段,难以对相关行为及其实施者予以有效且有力的打击。

——非法经营罪。非法经营罪是指自然人或者单位,违反国家规定,故意从事非法经营活动,扰乱市场秩序,情节严重的行为。一方面,成立非法经营罪的前置条件是“违反国家规定”。而根据“刑法”第96条,违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会指定的法律和决定、国务院的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。目前对代孕作出禁止性规定的是卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》《人类辅助生殖技术与人类精子库相关技术规范、基本准则和伦理原则》等部门规章,其并非法律所要求的法律法规,因而不符合非法经营罪的前置条件。另一方面,非法经营罪属于刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”下的“扰乱市场秩序罪”,保护法益是市场经济秩序。商业代孕确属经营活动,但危害的并非市场秩序,而是人格权益及伦理秩序,不符合非法经营罪法律规定的立法精神。

——非法行医罪。非法行医罪是指未取得医生执业资格的人非法行医,情节严重的行为。根据最高人民法院的司法解释,具有下列情形之一的,应认定为除此处的“情节严重”:造成就诊人轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍的;造成甲类传染病传播、流行或者传播、流行危险的;使用假药、劣药或不符合国家规定标准的卫生材料、医疗器械,足以严重危害人体健康的;非法行医被卫生行政部门行政处罚两次以后,再次非法行医的;其他情节严重的情形。因此,除非代孕机构的中介行为具有相当程度的人身损害性,否则很难达到刑法规定的“情节严重”程度而被认定为非法行医罪。

### 建议增设“商业代孕”类罪

根据刑法修正案(十一),非法从事人体基因编辑、克隆胚胎罪是指将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体或者动物体内,或者将基因编辑、克隆的动物胚胎植入人体内,情节严重的行为。代孕是指借助人类辅助生殖技术及其衍生技术,将受精卵植入代孕者的子宫内,使其为委托方妊娠、分娩的行为。此处的“受精卵”难以被“胚胎”的语义范畴所涵盖,故也属于不允许的类推解释。但本罪的增设也为刑法规制代孕行为提供了可能的空间。

商业代孕是对生育权的滥用和对身体权的剥削性使用,同时有损儿童利益、代孕者人格权利以及亲子关系。因此,笔者建议应当将商业代孕入刑,在现行刑法第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”第七节“破坏婚姻家庭的犯罪”中增设“商业代孕”类罪,下设“组织商业代孕罪”“实施商业代孕罪”“引诱、介绍、协助商业代孕罪”等个罪,以刑法这一“最后法”保障生命的尊严和伦理的稳定,形成敬畏生命的社会氛围,体现国家对生命纯洁性和个体尊严性的尊重。(作者单位:法律出版社)

# 代孕的形成与禁止代孕的必要性

## 《论伊利格瑞的女性主义植物诗学》

作者:康毅

当代西方理论中,“动物转向”之后兴起了植物问题的研究。露西·伊利格瑞的植物理论是在性别差异理论基础上发展起来的一种性态化的女性主义植物诗学。性态化理论关注人与包括植物在内的其他生命体的关系,强调变化和差异。植物的张合摇曳、生长衰败自有其节奏,这是植物的性态化属性,是对减损物种间本质差异的逻各斯的颠覆。本文认为,西方传统追求抽象理性,将植物边缘化的同时遗忘了构成生命体的元素,伊利格瑞运用女性主义的视角和精神分析的方法分析了元素的流动性和繁殖能力,批判父权文化的同时呼吁建构人与自然的性态化关系,以抵抗或直面后现代性的虚无,解放困在逻各斯之内的自然、女

性以及男性。  
来源:《外国文学》2021年第1期

## 《德国职业教育与培训中性别刻板印象及应对》

作者:陈晓雨

以严密标准、系统完整、融汇互通的顶层设计为基础,利用“双元制”确保劳动力再生产质量,通过人才培养与劳动力市场的紧密联系来保障就业,德国职业教育与培训体系的优势显著。但职业性别刻板印象仍广泛存在,使德国教育和就业系统中出现显著的性别差异,加剧了德国劳动力市场风险,不利于职业教育与培训体系的持续健康发展。本文分析发现,德国发挥学术界先锋作用,利用研究佐证克服职业性别刻板印象的必要性和迫切性;采取结构调

整措施增强“双元制”的吸引力,改善职业教育与培训性别差异;并从不同教育阶段着手帮助学生建立性别平等观念,消解职业性别刻板印象的负面影响,全面应对职业性别刻板印象对其职业教育与培训体系带来的挑战。  
来源:《比较教育研究》2021年第1期

## 《两男恐惧:一种值得关注的孩子性别偏好》

作者:石人炳 杨辉

近些年,我国存在因一孩性别不同而呈现相异的二孩生育意愿与行为,部分家庭担心、害怕生育两个男孩,而现有的性别偏好论和成本效用论在对这两个现象进行解释时存在不足。文章将家庭对两个男孩这一子女性别结构感到担心、害怕的现象称为“两男恐惧”,运用2017年全国生育状况

抽样调查中南、西南九省(区、市)数据,从理想子女性别结构、妇女分一孩性别的一孩生育打算和二孩生育行为三方面来求证部分家庭存在“两男恐惧”,以此为上述两个现象寻求另一种解释。研究发现:各群体中,除0男0女外,2男0女是目前最不受育龄妇女欢迎的子女性别结构;在理想子女性别结构为1男1女的育龄妇女中,一孩为男孩的妇女比一孩为女孩的妇女更不可能拥有二孩生育打算;在理想子女性别结构为1男1女的育龄妇女中,一孩为男孩的妇女比一孩为女孩的妇女更不可能发生二孩生育行为。本文作者提出,上述三个研究发现共同佐证了当前部分家庭存在“两男恐惧”。最后,我国20世纪50年代以后家庭对男孩态度的演变表现为从“多男偏好”到“有男偏好”再到“两男恐惧”三个阶段,“两男恐惧”概念对低生育影响因素模型具有改进意义同时对提升当下我国妇女二孩生育水平具有政策启示。  
来源:《人口学刊》2021年第1期  
(素波 整理)

研究视窗