

法
治
文
库
上海社科院法学所

叶青
殷啸虎 总主编

法治研究

代孕规制的 法律问题研究

Research on the Legal Issues of Surrogacy Regulation

刘长秋 著



上海社会科学院出版社
Shanghai Academy of Social Sciences Press



法治文库

上海社科院法学所

叶青 殷啸虎 总主编

法治研究

代孕规制的 法律问题研究

Research on the Legal Issues of Surrogacy Regulation

刘长秋 著



上海社会科学院出版社
Shanghai Academy of Social Sciences Press

图书在版编目(CIP)数据

代孕规制的法律问题研究/刘长秋著. —上海:
上海社会科学院出版社, 2016
(法治文库/叶青, 殷啸虎主编)
ISBN 978-7-5520-1547-8

I. ①代… II. ①刘… III. ①卫生法-研究-中国
IV. ①D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 209364 号

代孕规制的法律问题研究

著 者: 刘长秋

责任编辑: 王 勤

封面设计: 周清华

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海顺昌路 622 号 邮编 200025

电话总机 021-63315900 销售热线 021-53063735

<http://www.sassp.org.cn> E-mail: sassp@sass.org.cn

照 排: 南京理工出版信息技术有限公司

印 刷: 上海信老印刷厂

开 本: 720×1020 毫米 1/16 开

印 张: 11.5

插 页: 2

字 数: 200 千字

版 次: 2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-1547-8/D·395

定价: 39.80 元

版权所有 翻印必究

总序

由上海社会科学院法学研究所主持编撰的旨在呈现中外法治研究精品力作、繁荣法学研究的“法治文库”丛书,经过一年多的策划与论证终于问世了!

上海社会科学院法学研究所成立于1959年,迄今已走过五十六个年头。五十多年筚路蓝缕的创建与发展,汇聚了一大批闻名海内外的法学家。潘念之、徐盼秋、卢峻、丘日庆、齐乃宽、黄道、徐开墅、周子亚、浦增元、顾肖荣、沈国明等法学前辈,秉持“明德崇法,资政兴所”的理念,励精图治、艰苦创业,教学相长、薪火相传,为我国的法治事业培养了一支中外并蓄、结构合理、充满活力的法学研究团队。今天,在上海社会科学院新一轮创新工程建设中,法学研究所坚持学科发展与智库建设双轮驱动的发展战略,全力打造刑事法创新学科团队和法治智库创新发展团队,努力建设社会主义高端法治智库。

作为一个法律人,应自觉成为社会主义法治的忠实崇尚者、严格遵守者、坚定捍卫者和积极建设者。中共十八大以来,特别是十八届四中全会作出《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,法学理论研究迎来了历史上前所未有的繁荣与发展机遇。法学研究所也有幸迎来了我国全面推进依法治国的法治建设黄金时代,学习、研究、宣传与实践社会主义法治理念责无旁贷。这是我们出版“法治文库”的初衷。但其意义远不止于此,茅盾先生曾概括“文库”的意义为:“用最经济的手段使研究文学的人们得备一部不得不读的世界文学名著的汇刻。”这套“法治文库”虽难攀其高,但用心可比。首先,它是法学研究所各学科智力成果的结晶,见证了我们自身的建设和发展;其次,它是学术研究者服务和奉献社会的窗口,也是上海社会科学院法学研究所建设社会主义高端法治智库的平台和载体;最后,它承载的不仅仅是编撰者的学术思索,更承载了他们对建设法治中国这一历史使命的责任和担当。

这套“法治文库”由三个子系列组成。

一是“法治译丛”。他山之石,可以攻玉。法学学科一直是在比较、借鉴、融

合、创新中发展和完善的。法学研究既要立足国情,又要拓展国际视野。上海社会科学院法学研究所自建所以来,就一直有翻译出版国外法律名著名篇的学术传统。1979年起,法学研究所在潘念之、徐盼秋等一批老专家、老前辈的主持下曾翻译过蜚声法坛的“国外法学知识译丛”,丛书共14本,是当时法学界人士争相查阅、收藏的译著。今天,将“法治译丛”作为“法治文库”的子系列推出,既是对法学研究所既有传统的传承,也是对建设法治社会的时代回应。

二是“法治研究”。收入所内科研人员的法学专著,集中探究中国特色社会主义法治内涵及其发展规律;重点研究国家法制建设和具有中国特色的社会主义立法、司法的重大理论和实践问题;特别注重开展全局性、战略性、前瞻性的对策研究,以提升决策影响力和理论说服力,努力为党和政府提供决策咨询服务,为社会提供理论研究服务。

三是“法治文集”。主要是由所内科研人员撰写的法学论文和其他文章组成。与专著相比,它侧重以短平快的方式探讨法学理论前沿问题、疑难问题、热点问题,以及典型案例(具有影响性的司法事件的评论)。这些成果不求全,不求大,但力求“新、特、奇、深”,体现思想性、原创性和实用性,把握时代脉搏,反映时代特色,记录学科发展,标示理论创新。若此使命能够达成,“法治文集”功莫大焉!

学术需要交流,理论需要创新。“法治文库”出版之时正值上海社会科学院大力推进国际化之机。学科的发展、理论的创新离不开国际交流与合作。一味强调传统和历史,固步自封,难免夜郎自大;片面夸大“舶来品”的功效与作用,盲目媚外,亦不为科学、客观和务实之态度。中国问题,世界眼光;全球智慧,中国贡献——这样的学术交流才能让中国学人走出去,让外国同行了解真实的法治中国;这样的学术研究才能真正体现传承与创新、借鉴与融合、发展与提升。我们期待,“法治文库”在国际交流与合作中不断传播中国法治建设的正能量,提升中国法学研究的国际影响力!

再过四年便是上海社会科学院法学研究所建所六十周年。在这六十年里,她见证了法学人的薪火相传,见证了法学研究的深入发展,见证了法学学科的创建与完善!我们有理由相信,届时,“法治文库”也定会硕果累累,它将是献给“母亲”六十华诞的一份厚礼!愿它为祖国的法治建设增光添彩!

上海社会科学院法学研究所所长



2015年9月20日于淮海苑

目 录

CONTENTS

1	总序
1	导言
2	一、国内外研究现状评述
8	二、本研究的主要创新之处
9	三、研究的理论意义与实践价值
13	第一章 人类辅助生殖技术与代孕
14	第一节 人类辅助生殖技术概述
14	一、人类生殖及其基本条件
18	二、人类辅助生殖技术的概念与分类
20	三、人类辅助生殖技术的发展
23	四、人类辅助生殖技术(代孕)引发的伦理与法律问题
24	第二节 作为人类辅助生殖技术的代孕
24	一、代孕的概念
28	二、代孕的特征
30	第三节 代孕的分类及其伦理评价
31	一、几种常见的代孕分类
34	二、代孕规制的必要性及其伦理评价
35	第四节 代孕的负面影响及其在中国的现状与成因
36	一、医学视野下的代孕风险与危害
37	二、代孕在中国的现状及其成因

41 第二章 “代孕规制二分法”:理论依据及其缺陷

42 第一节 “代孕规制二分法”的论据剖析

43 一、权利说

44 二、公正说

45 三、传统说

46 四、需求说

47 五、借鉴说

48 六、禁止代孕违背行政规制原理说

50 七、代孕无关剥削与出卖说

51 八、代孕不会对代母带来负面影响说

52 第二节 “代孕规制二分法”的理论缺陷

52 一、权利说的理论缺陷

58 二、公正说的理论缺陷

59 三、传统说的理论缺陷

61 四、需求说的理论缺陷

62 五、借鉴说的理论缺陷

64 六、禁止代孕违背行政规制原理说的理论缺陷

67 七、代孕无关剥削与买卖说的理论缺陷

68 八、代孕对代母无负面影响说的理论缺陷

70 第三章 代孕规制的域外立法考察

70 第一节 域外代孕规制的主要模式

70 一、完全禁止型

73 二、有限开放型

79 三、非统一规制型

80 四、近乎完全开放型

82 第二节 域外代孕立法规制的评价与启示

82 一、评价域外代孕立法规制的基本准线

83 二、域外代孕立法规制的一般规律及特点

86 三、域外代孕立法规制对中国的启示

88	第四章 代孕在中国应否合法化问题的学理探讨
88	第一节 各类代孕不应合法化的理由分析
89	一、商业代孕应当为法律禁止的学理论证
91	二、非商业代孕(即利他性代孕)不应合法化的论证
96	三、其他类型代孕不应合法化的理由分析
98	第二节 中国代孕规制立法的应然立场及代孕需求之应对
98	一、中国代孕规制的立法应然立场
100	二、如何回应实践中的代孕需求
105	第五章 中国代孕的规制策略:立法检讨与对策建议
106	第一节 中国代孕规制的现状与立法检讨
106	一、中国代孕规制的法律现状及其学术评价
107	二、中国代孕规制策略的立法检讨
110	第二节 改进中国代孕规制的对策建议
111	一、代孕的立法规制策略
115	二、代孕的依法规制策略
119	第六章 代孕规制的关联问题
119	第一节 代孕亲子关系的认定问题
120	一、学术界关于代孕亲子关系认定之争议
124	二、各个国家和地区的法律实践
129	三、认定通过人类辅助生殖技术出生孩子之法律上父母的立法原则
130	四、代孕亲子关系认定的标准
132	第二节 代孕用人类生殖细胞与胚胎的归属与处分
132	一、精子与卵子的归属与处分
136	二、人体胚胎的归属
144	第三节 利用代孕规避计划生育的法律规制
144	一、利用代孕进行胎儿性别选择的法律规制
151	二、利用代孕生育多胎的法律规制
156	余论
159	参考文献
171	后记

导 言

人工生殖,又称辅助生殖或人类辅助生殖,被定义为任何不通过性接触而怀孕的手段,^①是利用现代医学的最新成果用人工的手段替代自然生殖过程的一部分或全部。^②人工生殖技术的诞生开始将动物自身的繁衍推入了一个可以人工操控的时代,其在人类医学上的应用给人们带来了巨大福祉,从而将人类医学推上了一个新的高峰。作为 21 世纪生命科学中最受瞩目的前沿领域,一方面,人工生殖通过各种医学手段帮助不孕症患者实现为人父母的梦想,繁衍后代不再受疾病、年龄和生存与否的限制,^③也使得人类有能力保有自身的生育力,从而人为地控制生育的时间。但另一方面,“任何科学技术都是双刃剑,生殖技术也不例外”,^④人工生殖技术在极大地增进人类福祉的同时,也引发了一系列伦理与法律问题,给人类社会的发展带来了前所未有的挑战。代孕,亦即女性代为其他女性生育孩子的问题,就是辅助生殖领域最富争议的问题之一。^⑤当前,伴随着人类社会生活节奏的加快以及环境污染等在内的多方面因素的影响,越来越多的人正在饱受不孕不育的困扰。代孕作为一种能够帮助那些没有或失去生育能力的妇女实现其生育子女梦想的重要手段,正在中国不断出现。而近两年来发生在中国的“八胞胎事件”、^⑥“香港福臣

① Vanessa L. Pi, Regulating Sperm Donation: Why Requiring Exposed Donation Is Not the Answer, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2009, 16, (8): 379—401.

② 郭自力:《生物医学的法律和伦理问题》,北京大学出版社 2002 年版,第 199 页。

③ 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》,《河北法学》2009 年第 10 期。

④ 张燕玲:《论代孕母的合法化基础》,《河北法学》2006 年第 4 期。

⑤ See Vasanti Jadval, Clare Murray, Emma Lycett, Fiona Mac Callum and Susan Golombok, Surrogacy: the Experiences of Surrogate Mothers, *Human Reproduction*, 2003, 18, (10): 2196—2204.

⑥ 广州一对富商久婚不孕。2010 年初借助试管婴儿技术孕育的 8 个胚胎竟然全部成功,在此基础上,该富商夫妇最终找来两位代孕妈妈,再加上自身共 3 个子宫采取“2+3+3”队型,在当年 10 月内先后诞下 4 男 4 女 8 胞胎,被称“中国首例八胞胎”。该事件为媒体报道后引发了社会各界强烈关注,广东省卫生主管部门联合公安部门等迅速介入调查。经查:8 胞胎是妈妈通过自己加雇佣的代孕妈妈共同产下的,其中由 8 胞胎妈妈本人通过人工授精后到香港产下的共 3 个,另外 5 个由两个代孕妈妈生产。其中一个代孕妈妈是在广州某三甲医院生产的。2012 年 12 月 13 日,广东省卫生监督所、广东省人口计生委宣布,“广州八胞胎”事件已经基本完成调查,其父母户籍所在的肇庆市计生部门正在按照工作程序进行处罚,将对其父母征收高额罚款。

集团北京非法代孕事件”^①以及“国内首例冷冻胚胎继承案”^②等一系列涉及代孕的事件则一次次将代孕推到社会舆论的风口浪尖上。如何规制代孕,成为学术界关注的一个热点问题,受到越来越多学者的高度关注,而学术界涉及代孕的研究已越来越多,也越来越深入和系统。

一、国内外研究现状评述

(一) 国内外研究现状分析

就目前来看,国内外学术界对代孕的研究主要从以下几个方面进行:

1. 从纯医学或生命科学的角度研究

即立足于医学或生命科学的角度对代孕技术的历史与发展现状、技术安全性与影响,及其在人和其他哺乳类动物身上的应用与改进等问题加以研究。例如:舒军萍与丁晓娜等的《数字化助孕夫妇周期治疗护理信息系统的设计与临床应用》(《护理研究》2014年第4期)、祝颖与王沂峰的《子宫移植的免疫学研究进展》(《现代妇产科进展》2014年第1期)、舒军萍的《助孕夫妇“三证”审核护理管理标准化流程的研究》(《护理研究》2013年第16期)、贾振伟的《犊牛体外胚胎生产体系及卵母细胞发育能力研究进展》(《中国畜牧杂志》2014年第15期)、张波与冯贵雪等的《降低体外受精—胚胎移植多胎妊娠的策略及效果分析》(《国际生殖健康/计划生育杂志》2012年第5期)、Edwin Ricardo Ramirez、Doris K. Ramirez Nasseti 与 Matthew B. R. Nasseti 等的 Pregnancy and Out-

① 2013年3月25日,中国中央电视台《新闻直播间》栏目公开曝光了香港福臣集团违法经营代孕事件。据报道:该集团违法经营代孕业务6年,从2006—2013年,已经“孕育”了很多孩子。2010—2013年,这里每年都会有200多例,大概生300个孩子。2013年3月25日11时许,北京市卫生局联合公安、药监等部门,对东城区北京卓越医疗美容门诊部,也就是“香港福臣集团”超范围执业、涉嫌违法违规开展辅助生殖技术和实施代孕的行为进行了查处。经查:香港福臣集团网站上和大多数的医疗机构一样,充满着各种各样精美的宣传,如五星级私人医疗服务中心及来自美国的博士专家团队等,网站显著位置上公开介绍可以提供试管婴儿服务。但实际上,该机构并不在国家卫生和计划生育委员会公布的批准开展人类服务生殖技术和设置人类精子库机构名单之中,没有进行试管婴儿的资质。该事件引发了人们对于中国代孕现状的强烈关注。

② 2013年,南京一夫妇儿子、儿媳遇车祸双亡,生前没有生育,但曾在南京市鼓楼医院(简称鼓楼医院)做过试管婴儿,并留下了4枚冷冻胚胎,这也成了该夫妇及其亲家心中的唯一希望。两对失独老人都想拿到冷冻胚胎,延续“香火”。在纠纷无法调解的情况下,该夫妇起诉其亲家,并追加拒绝交出胚胎的医院为第三人,要求法院将冷冻胚胎的继承和处置权判给自己。2014年5月,无锡宜兴县法院对此案做出一审判决:冷冻胚胎不属于遗产范畴,对于原告提出的应由其监管处置冷冻胚胎的诉求,不予支持。原告为此上诉。2014年9月17日,中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案在无锡中院二审落槌,法院最终支持双方老人共同处置4枚冷冻胚胎。该案被媒体称为“中国首例冷冻胚胎案”,并入选2014年中国十大民事案件,其发生及判决在中国具有重要的实践意义,被杨立新教授评价为“一个标志人情与伦理胜诉的典型案列”。参见杨立新:《无锡已故夫妻冷冻胚胎权属纠纷案》,《人民法院报》2015年1月7日。

come of Uterine Allotransplantation and Assisted Reproduction in Sheep(*The Journal of Minimally Invasive Gynecology*, 2011 年第 2 期), W. Fageeh、H. Raffa 与 H. Jabbad 等的 Transplantation of the Human Uterus(*International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2002 年第 3 期), 以及 Tomasz Burzykowski、Geert Molenberghs 与 Marc Buyse 的 *The Evaluation of Surrogate End-points*(Springer, 2005), Frederic P. Miller、Agnes F. Vandome、John McBrewster 的 *Assisted Reproductive Technology* (Alphascript Publishing, 2009), Eric Jauniaux、Botros R. M. B. Rizk 的 *Pregnancy After Assisted Reproductive Technology*(Cambridge University Press, 2012)等。

2. 从伦理学角度的研究

即以生命伦理学或女性伦理学、家庭伦理学、科技伦理学等伦理为视角对代孕进行的探讨。如朱红梅的《代孕的伦理争议》(《自然辩证法研究》2006 年第 12 期), 胡林英的《代孕母亲: 伦理不能承受之重》(《中国生育健康杂志》2009 年第 2 期), 梅春英与黎丽的《代孕母亲不能承受的伦理之重》(《辽宁医学院学报(社会科学版)》2012 年第 1 期), 孙伟与孙金龙的《再论“代孕母亲”的伦理问题》(《中国优生与遗传杂志》2010 年第 11 期), 梁元姣、杨国斌和吴元赭的《代孕技术的伦理学思考》(《医学研究生学报》2010 年第 4 期), 刘姣丽的《代孕的伦理审视》(湖南师范大学硕士学位论文 2010 年), 杨山田、张小娇与刘闯的《人工辅助生育技术中的伦理争议及潜在风险分析——以代孕、精子卵子库为例》(《昆明理工大学学报(社会科学版)》2013 年第 3 期), 曹钦的《代孕的伦理争议》(《道德与文明》2012 年第 6 期), 龙艺与张程琪旭的《女性主义关怀伦理学视角下的代孕探析》(《医学与哲学》2014 年第 19 期)以及 Lawrence O. Gostin 的 *Surrogate Motherhood: Politics and Privacy* (Indiana University Press, 1990), Scott B. Rae 的 *The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood: Brave New Families?* (Praeger Publisher Inc., 1993), 以及 Thomas A. Shannon 的 *Surrogate Motherhood: The Ethics of Using Human Beings* (Crossroad Publishing Co., 1988)等。

3. 立足于社会学角度的研究

主要探讨由代孕而引生的婚姻家庭关系和社会文化环境变化等社会学领域的问题。例如: 于皓的《试谈社会和谐前提下的代孕行为及规范措施》(《湖南科技学院学报》2006 年第 12 期), 李娟的《中国城市代孕问题的社会学研究》(天津师范大学硕士学位论文 2010 年), 蒋云贵的《中国古代继承制度与代孕立法——从传统到现代的理性思考》(《舟山学刊》2009 年第 3 期), 周云水的《代

孕——亲属关系中的自然与文化》(《北方民族大学学报(哲学社会科学版)》2010年第1期),刘海楠的《论代孕行为中的公序良俗问题》(《法商论坛》2010年第4期),Godwin I. Menirul 与 Ian L. Craft 的 Experience with Gestational Surrogacy as a Treatment for Sterility Resulting from Hysterectomy(*Human Reproduction*, 1997年第1期),Vasanti Jadval、Clare Murray 等的 Surrogacy: the Experiences of Surrogate Mothers(*Human Reproduction*, 2003年第18卷),Mary Lyndon Shanley 的 *Making Babies, Making Families: What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents' Rights*(Beacon Pr, 2001),Caroline Lorbach 的 *Experiences of Donor Conception*(Jessica Kingsley Publishers, 2002),Victoria T. Ferrara 的 *Gestational Surrogacy: A Primer*(Createspace, 2012),Theresa M. Erickson 的 *Surrogacy and Embryo, Sperm, & Egg Donation: What Were You Thinking?: Considering Ivf & Third-Party Reproduction*(iUniverse, 2010),Fance Winddance Twine 的 *Outsourcing the Womb: Race, Class and Gestational Surrogacy in a Global Market*(Routledge, 2011),Lisa Oliver 的 *Considering Surrogacy*(Createspace, 2012)等。

4. 立足于经济学视角的研究

主要利用成本—收益分析的经济学研究方法对代孕所涉及的各种成本与收益加以分析,以为代孕(尤其是商业性代孕)在伦理上的正当性以及法律上的合法性提供支撑。如 Mhairi Galbraith、Hugh V. McLachlan 和 J. Kim Swales 的 Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach(*Health Care Analysis*, 2005年第13卷),McLachlan H. V.和 Swales J. K.的 Exploitation and Commercial Surrogate Motherhood(*Human Reproduction and Genetic Ethics*, 2001年第7卷),Posner R. A.的 The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood(*Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 1989年第5卷),以及中国学者杨彪的《代孕协议的可执行性问题:市场、道德与法律》(《政法论坛》2014年第4期)等。

5. 立足法学的研究

就已有的研究成果来看,相关研究主要从以下几个角度对代孕的法律问题进行了探讨。

(1) 立足于部门法学的角度,如刑法学、民法学、经济法学以及行政法学等的研究。主要成果有:刘春园的《相关部门法缺位状态下的刑事司法判断——

以一起基因代孕案件为视角》(《中国刑事法杂志》2011年第5期),李艳霞的《代孕行为的犯罪化研究》(《中国卫生法制》2012年第3期),黄姝的《代孕过程中涉及的刑法适用问题研究》(上海大学硕士学位论文2013年),鲁谔文的《代孕涉及的刑法问题研究》(南昌大学硕士学位论文2012年),宫晓燕、潘珍珍的《代孕行为之民法思考》(《安徽警官职业学院学报》2007年第5期),徐海燕的《论体外早期人类胚胎的法律地位及处分权》(《法学论坛》2014年第3期),李志强的《代孕生育的民法调整》(《山西师大学报(社会科学版)》2011年第3期),康茜的《代孕关系的法律调整问题研究——以代孕契约为中心》(西南政法大学博士学位论文2011年),任巍的《代孕生育的民法规制研究》(吉林大学博士学位论文2015年),王贵松的《中国代孕规制的模式选择》(《法制与社会发展》2009年第4期),王国平的《“完全代孕”的法律规制初探》(《时代法学》2013年第4期),以及杨怡然的《代孕产业该何去何从——从产业法的角度对代孕产业的分析》(《法制与社会》2014年第1期)等。

(2) 立足于比较法学角度的研究。主要成果有:杨芳、张昕与潘荣华的《台湾地区“代孕”立法最新进展及其启示》(《医学与哲学(人文社会医学版)》2008年第4期),潘荣华与杨芳的《英国“代孕”合法化二十年历史回顾》(《医学与哲学(人文社会医学版)》2006年第11期),席欣然与张金钟的《美、英、法代孕法律规制的伦理思考》(《医学与哲学》2011年第7期),孟金梅的《关于代孕法律问题的国际视角分析——以美国加利福尼亚州为例》(《北京政法职业学院学报》2009年第2期),甘勇的《美国合同法中意思自治的限制及对中国的启示》(《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2014年第3期),王萍的《代孕法律的比较考察与技术分析》(《法治研究》2014年第6期),Marcelo De Alcantara 的 *Surrogacy in Japan: Legal Implications for Parentage and Citizenship* (载 *Family Court Review*, 2010年第3期),Eric Blyth 的 *Surrogacy Arrangements in Britain: Policy and Practice Issues for Professionals* (载 *Human Fertility*, 1998年第1期),D. Kelly Weisberg 的 *The Birth of Surrogacy in Israel* (University Press of Florida, 2005),Amrita Pande 的 *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India* (Columbia University Press, 2014)等。

(3) 立足于法理学角度的研究。主要探讨代孕合法化的问题或者探讨代孕所涉及的权利问题,如:于晶的《代孕技术合理使用之探究》(《河北法学》2012年第11期),吴才毓的《代孕行为非法化的复合思路——以代孕行为探讨进程中的三步程序为中心》(《中华女子学院学报》2013年第3期),冯源、李春斌的《公序良俗:代孕技术限制的法理基础》(《宁夏大学学报(人文社会科学版)》

2012年第4期),杨博闻的《代孕中的亲权研究》(《赤峰学院学报(汉文哲学社会科学版)》2013年第5期),李华思的《中国代孕行为的合法性研究》(《东南大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期),刘霏的《困境与出路——变性人代孕合法化问题探析》(《温州大学学报(社会科学版)》2015年第3期),杨遂全、钟凯的《从特殊群体生育权看代孕部分合法化》(《社会科学研究》2012年第3期),以及 Carmel Shalev 的 *Birth Power: The Case for Surrogacy* (Yale University Press, 1989)等。

(4) 立足于法学、伦理学或社会学等双重或多重视角的研究,如:霍玉芝等的《代孕技术中的伦理道德及法律问题》(《中国医学伦理学》2006年第2期),李斌的《代孕:在法理与伦理之间——兼论公序良俗原则的社会变迁》(《湖南公安高等专科学校学报》2010年第2期),王晓君的《中国代孕的伦理及法律问题》(《南京中医药大学学报(社会科学版)》2010年第2期),张会永的《基于代孕技术的伦理与法律思考》(《湖北第二师范学院学报》2010年第11期),李龙玺的《游走在法律与道德边缘的代孕行为——以富商通过代孕生下八胞胎案例为视角》(《湖北警官学院学报》2012年第6期),杨素云的《代孕技术应用的法伦理探析》(《江海学刊》2014年第5期),邹涛的《关于“代孕爸爸”事件的生命伦理与法律问题思考》(《医学与哲学》2008年第19期),以及 Eric Blyth、Ruth Landau 共同主编的 *Third Party Assisted Conception across Cultures: Social, Legal and Ethical Perspectives* (Jessica Kingsley Publishers, 2003), Martha A. Field 的 *Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues* (Harvard University Press, 1990)等。

除此之外的很多著述中也都有关于代孕问题的探讨,如:廖雅慈的《人工生育及其法律问题研究》(赵淑慧、何家弘译,中国法制出版社 1995 年版),张燕玲的《人工生殖法律问题研究》(法律出版社 2006 年版),邢玉霞的《辅助生殖技术应用中的热点法律问题研究》(中国政法大学出版社 2012 年版),郭自力的《生物医学的法律和伦理问题》(北京大学出版社 2002 年版),黄丁全的《医疗法律与生命伦理》(法律出版社 2007 年版),熊永明的《现代生命科技犯罪及其刑法规制》(法律出版社 2012 年版),刘维新的《医事刑事法初论》(中国人民公安大学出版社 2009 年版),高桂云与郭琦的《生命与社会:生命技术的伦理和法律视角》(中国社会科学出版社 2009 年版),谈大正的《生命法学论纲》(法律出版社 2014 年版),以及笔者的《生命科技法比较研究——以器官移植法与人工生殖法为视角》(法律出版社 2012 年版),Kenneth D. Alpern 主编的 *The Ethics of Reproductive Technology* (Oxford University Press Inc., 1992), Emily Jackson

主编的 *Medical Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2010), Ian Kerridge 与 Michael Lowe 及 Cameron Stewart 的 *Ethics and Law for the Health Professions* (the Federation Press, 2009), Johnna Fisher 的 *Bio-medical Ethics: A Canadian Focus* (Oxford University Press, 2009), Stephen Wilkinson 的 *Bodies for Sale: Ethics and Exploitation in the Human Body Trade* (Routledge, 2003), 以及 Kara W. Swanson 的 *Banking on the Body: The Market in Blood, Milk and Sperm in Modern America* (The Belknap Press, 2014) 等。

(二) 国内外研究现状评析

就目前来看,国内外学术界对于代孕的研究可谓相当丰富,而研究的视角也纷繁多样。既有直接关于代孕本身的研究,也有关于代孕规制中的亲子关系、胚胎归属等具体微观问题的研究;既有法学的研究,也有伦理学、经济学及社会学的研究。这对于人们科学、理性而全面地认识和把握代孕无疑具有重要的意义。总体来看,国外对于该问题的研究要比国内的相关研究深刻、全面和细致得多,已经出版了包括伦理学、社会学、法学等多个学科在内的数十部专著或论文集。国外的研究如此细致,已有不少成果,甚至已经对海外代孕所生孩子的国籍归属及国际代孕市场之法律规范及代孕课税等这类十分微观的问题展开了探究。^①而国内学者在这一问题的研究上则基本还处于“小打小闹”阶段,以论文为主,迄今未见有系统、专门的著作问世,而且研究的问题相对集中,近乎千篇一律,比较侧重于对面上那些相对宏观问题的探讨,缺乏对微观问题的关注。就研究的内容与观点来看,各个学科研究显现出了明显的不同。医学界与生命科学界的研究多关注技术的发展与应用,很少讨论其中的伦理与法律问题,在技术的应用方面缺少人文关怀。社会学领域的研究引入了对于代孕这一技术发展的人文关切,也立足于本学科立场上提出了相应的应对策略,但对于代孕规制的伦理与法理分析似乎还不够充分。伦理学领域的研究相对较为深入而全面,对于代孕的应用体现出了足够的忧思,也正因为如此,伦理学界对于代孕的放开都持相对谨慎的观点。相比之下,法学领域的研究尽管成果众多,研究的视角也较为开阔:既有纯理论的分析,也有现实案例的切入;既有纯

^① See Kristine S.Knaplund, Baby without a Country: Determining Citizenship for Assisted Reproduction Children Born Overseas, *Denver University Law Review*, 2014, 91:335—367; George S.Yacoubian, Jr. & Lucy Clements, An Examination of Compliance with the Inter-Country Adoption Convention: Exploring Surrogacy in Armenia as a Form of Human Trafficking, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2014, 31, (3):811—834; Jay A.Soled, Surrogate Taxation and the Second-Best Answer to the In-Kind Benefit Valuation Riddle, *Brigham Young University Law Review*, 2012:153—192.

法学的研讨,也有跨法学与伦理学的研读,但总体而言,大多数成果的研究结论都囿于部门之见,难以从多学科的视角更全面、系统地考量。对于中国学者的研究成果来说,这一点尤其明显和突出。体现在研究结论上,绝大多数研究者都对开放代孕(或称有限度地开放代孕)言之凿凿,认为中国对代孕一刀切的禁止方式过于武断,而应当参考和借鉴诸如英国、美国、以色列以及中国香港特区等一些国家和地区在代孕规制方面的所谓“成熟做法”,在考虑代孕社会需求的基础上有限度开放代孕。但实际上其并未更多地从人类学、心理学尤其是伦理学等方面去加以考量,没有立足于中国的国情尤其是中国的文化与社会环境去加以分析。这使得中国法学的相关研究成果尽管数量丰硕,看似繁荣,但却始终难以找到令人眼前一亮的著述。在此背景下,进一步加强国内学术界关于代孕的研究,已经成为国内相关研究领域的内在需求。

二、本研究的主要创新之处

作为专门针对代孕规制法律问题研究的一项成果,本研究是在前人研究基础之上的一项深化研究,吸收了前人研究的经验,并避免了已有研究的一些不足,其主要创新之处如下。

(一) 是目前国内在代孕规制方面最为系统的一项研究

如前所述,代孕是一个关涉医学、伦理学、社会学以及法学、经济学等多个学科的医学技术问题,而学术界在这一问题上的研究也涉及医学、伦理、社会及法学等多个学科领域。但就目前来看,国内学术界还没有专门针对代孕形成一部较为系统的研究专著,甚至连有关代孕的专门论文集也未曾出现。本研究立足于国内外现有的相关研究成果,在介绍了涉及代孕之相关医学知识的基础上,系统分析了代孕的基础理论、代孕规制在学术界的各种学说及各国规制代孕的法律实践,分析了中国现行代孕规制模式的缺陷,并有针对性地提出了相应的对策建议。这是迄今为止国内学术界针对代孕进行系统、专门研究的第一部学术著作,在研究的理论性、系统性以及针对性等方面都有较大提升。

(二) 研究方法的多样性

本研究尽管是对代孕规制法律问题的专门研究,但其研究方法却涵盖了医学、伦理学与法学等多个学科,是跨学科研究成果的产物。在具体研究结论上,本研究更关注从其他学科视角考察相关结论的准确性。同时,本研究还特别进行了比较研究,在摆脱对二手资料依赖的基础上,更多地采用外文第一手资料,对国外代孕规制的法律实践进行了比较细致的梳理和分析。不仅如此,本研究尤其注重理论与实践的结合,强调理论对于实践的指导以及实践对于理论的检

验。为了使研究成果更经得起推敲,本研究成果的作者利用到国家卫计委参加《人类辅助生殖技术管理办法》及《人类精子库管理办法》修改座谈会的机会,认真听取了来自一线实务部门(包括医院和一些地方卫计委、民政部门与司法部门甚至是军队等)的意见与建议,使研究的结论在有理论支撑的同时,更具有现实针对性与可操作性。

(三) 坚持研究的系统性,不单纯就事论事

代孕问题看似很小,但实则关系重大,直接挑战和考验中国政府的社会治理能力。研究者将代孕作为一项关涉社会治理而需要采取多方治理手段的社会现象,在对代孕规制之法律对策进行专门研究的同时,还针对代孕过程中引发的其他问题,如代子(由代孕生下的孩子)的法律地位、利用代孕技术进行性别选择或生育多胎等问题,以及代孕所涉及的社会心理、社会保障体系完善等相关问题也进行了相应论述,从社会治理的高度研究了代孕规制的应对策略。

(四) 立足于中国的国情与文化分析中国代孕规制策略

与目前中国学术界绝大多数研究成果比较依赖比较法学的研究,对国外代孕规制的经验更为看重的研究方法不同,本研究尽管也对国外代孕立法规制的经验进行了比较细致的考察,但出发点是为了让人们更全面、系统地把握各国代孕立法规制的特点,而非对这些经验简单加以借鉴或移植。在此基础上,本研究主要立足于中国国情与文化对代孕规制策略进行探讨,对其他国家与地区立法规制的介绍更强调对其制度成因的分析,从而为中国立法规制提供更全面的视角。本研究在研究过程中坚持唯物辩证法,注意具体问题具体分析。

三、研究的理论意义与实践价值

本书选择以“代孕规制的法律问题研究”为题,旨在探讨围绕代孕规制产生的法律问题及其对策,至少具有以下几个方面的理论意义与实践价值。

(一) 理论意义

1. 促进中国生育法学学科的建构与发展

近20年来,经济社会的急速发展催生了很多法学新学科,方兴未艾的生命法学就是其中最引人关注的一个,依照笔者关于生命法学学科体系建构的论证,生命法学由生育法学、健康法学(亦即卫生法学)、死亡法学以及人与其他生物关系法学四个分支学科构成。^①就目前来看,国内学术界在冠以医事法学或卫生法学之名的健康法学研究方面开展得如火如荼,出版了大量的教材和专

^① 刘长秋:《生命法学理论梳理与重构》,中国政法大学出版社2015年版,第35页。