

Thoughts on surrogacy of human assisted reproduction in criminal jurisprudence

Mamyu Zhang Chonghao Dong Xiaorui Sang Yuxuan Zhan Wei Li*

School of Health Management, Shandong University of Traditional Chinese Medicine, Jinan, Shandong, 250355, China

Abstract

This paper draws questions from the case of “Qingdao Surrogacy Laboratory” suspected of carrying out illegal surrogacy, summarizes and studies the current situation of surrogacy in China from three aspects: surrogacy legality, surrogacy prohibition and surrogacy restriction. From the perspective of comparative law, surrogacy is classified into commercial surrogacy and non-commercial surrogacy by referring to extra-regional regulation methods, and considers the social harm and future development trend of non-commercial surrogacy. Based on the principle of modesty and restraint of criminal law, the possibility of commercial surrogacy into the criminal law is considered, the needs of The Times and the public order and good customs are weighed, and the criminal law as the “last line of social defense” is grasped on the basis of necessity, so as to realize the mutual promotion of science and technology and human society.

Keywords

human assisted reproductive technology; Surrogacy system; Modesty of criminal law; Public order and good customs

关于人类辅助生殖之代孕的刑法学思考

张曼玉 董崇浩 桑潇睿 展雨萱 李玮*

山东中医药大学卫生管理学院, 中国·山东 济南 250355

摘要

本文以“青岛代孕实验室”涉嫌开展非法代孕一案引出问题, 主要围绕代孕合法、代孕禁止、代孕限制三个方面对国内的代孕现状总结研究, 运用比较法视角, 通过借鉴域外规制方式将代孕分类为商业化代孕与非商业化代孕, 考量非商业化代孕的社会危害与未来发展趋势, 并基于刑法的谦抑性原则思考商业化代孕入刑的可能性, 权衡时代需求与公序良俗, 在必要性基础上把握刑法这一“社会最后一道防线”, 以实现科学技术和人类社会相互促进。

关键词

人类辅助生殖技术; 代孕制度; 刑法谦抑性; 公序良俗

1 问题的提出

近期, 山东省青岛美克生物科技有限公司勾结三甲医院等医疗机构参与地下实验室商业化代孕活动, 其中, 涉及多名医护人员参与实施, 当地卫生健康部门已经对相关涉事人员依法进行严厉惩处^[1]。代孕与自然传统的生殖技术仍存在一定冲突, 且我国对此明令禁止, 而如何对该技术进行合理规

范, 促进其健康发展仍是需要研究的一大问题。

针对代孕的法律规制主要体现在卫生行政机关颁布的部门法规, 包括专门针对代孕等辅助生殖技术制定的部门规章《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生殖技术规范》, 其中明确禁止任何形式的代孕, 包括医疗机构和医务人员实施代孕技术, 对于违反此规定的医疗机构和医务人员, 将面临警告、罚款以及行政处分等法律后果。但这些法规在法律体系中的权威性和约束力相对较弱, 难以对代孕行为形成有效的法律规制; 与此同时, 相关法规制定时间相对久远, 难以跟上社会和科技的发展步伐, 无法很好地应对当前代孕领域出现的新情况、新问题; 此外, 对于违法行为的处分力度也相对较轻, 轻微的处分措施往往难以起到震慑作用, 在司法实践中沦为“僵尸条文”。

由于缺乏明确的法律规制, 导致在实际操作中, 一旦出现代孕相关的纠纷, 法律裁判往往缺乏直接的法律依据, 增加了判决的难度和不确定性。

【课题项目】山东省中医药管理局(厅级)项目“山东省中医药条例实施评价指标体系研究”(项目编号: 2021M001)。

【作者简介】张曼玉(2004-), 女, 中国山东泰安人, 本科, 从事卫生健康法学研究。

【通讯作者】李玮(1981-), 女, 中国山东济南人, 硕士, 讲师, 从事民法学, 卫生健康法学研究。

2 代孕的谦抑性思考

2.1 刑法谦抑性概念

刑法具有谦抑性是维护法律所要保护利益的最后一道防线^[2]。刑法的谦抑性原则也叫作必要性原则，是指只有在该犯罪行为确实有必要纳入刑法体系中去，除刑法之外的其他法律无法适当的进行规制，且也没有可以替代的刑罚，立法机关才会考虑将涉及的违法犯罪行为纳入刑法的规制中去。

2.2 规制非商业代孕的谦抑性要求

刑法需对代孕规范保持谨慎态度。由刑法规定的罪名，一旦触犯，便会对行为人的人身自由进行限制甚至是剥夺生命。基于刑罚的残酷性，行为人做出损害社会规范的行为时，会优先考虑刑法以外的法律加以规制^[3]。

《中国不孕不育现状调研报告》显示，我国育龄夫妇中有不孕不育问题的患者能够达到5000万，占育龄人口的12.5%到15%，且我国收养孩童设定了种种限制，同时对于大多数国人而言，收养是排在最后一位的选择。现今，我国生育率逐渐下降，国家出台“三孩”政策鼓励生育，但效果并不显著，而中国辅助生殖服务渗透率较低，2018年仅仅只有7%，相比中国，同期美国的辅助生殖服务渗透率却达到了30.2%，通过数据对比可见我国辅助生殖技术发展程度远远不如欧美国家，仍然具有很大的发展空间。^[4]因此，未来无偿代孕也许会发展成一项新的生育手段，若刑法急于将代孕行为纳入管制，可能会产生法律规定与社会发展脱节的问题。

刑法主要规定犯罪以及运用刑罚的方法同犯罪作斗争，只有确实需要入刑的行为，比如故意杀人、拐卖妇女儿童等对社会影响极为恶劣且长时间适用的行为应由刑法规制，这也是刑法不同于其他法律的重要特点。当我们考虑把代孕纳入刑法，便要思考如何界定“代孕罪”以及代孕是否会长期被禁止，本质上就是要考虑代孕入刑是否满足刑法谦抑性这一原则。因此，我国刑法在规范非商业化代孕时，应持谨慎态度。

3 商业化代孕的危害及刑法作为

3.1 商业化代孕的社会危害性

在艰辛的生育过程中，父母与子女之间结成了根深蒂固的情感纽带。在某些现实案例中，当委托方发现代孕母的身体状况存在一定问题，为了规避可能出现的风险，会出现“退单”的情况，而代孕母则基于情感的需要坚持将孩子生下，由此便产生了一系列后续的纷争。而我国社会亦深受儒家传统思想的影响，特别重视建立亲情关系，怀孕的过程对于这种亲情关系的建立至关重要，正是通过怀孕这一过程，母亲与婴儿在情感层面成为一个不可分离的统一体，代孕商业化将怀孕过程与养育子女的过程相分离，委托方并没有在

怀孕这一过程中与子女建立起一种情感关系，反而是代孕母在十月怀胎的过程中容易与子女建立起一种较为牢固的情感认同，这实际上并不利于亲密关系的构建，动摇了亲子关系的唯一性；代孕所引发的社会风险也远不是一纸代孕合同所能解决的，代孕商业化某种意义上是将女子十月怀胎这一艰辛过程明码标价，将原本基于情感的伦理问题简单地置换为基于金钱的契约问题，违背了中国社会传统的伦理道德，也扰乱了社会构建的生育秩序^[5]。

在商业化代孕违法的大背景下，极易滋生“地下黑色产业链”。届时，女性会被当作赚钱工具而遭到剥削，我国目前存在代孕中介机构，当资本介入时，委托过程风险加大，代孕母会被贴上各种标签，中介将这些标签展示给委托方供其选择，在这极具侮辱性的行为之下，人的尊严将不复存在。此外，委托人支付相应的金额而获得婴儿，一定程度上也将该婴儿认定为一种商品，其生命亦被商品化。在这种畸形的买卖关系之下，正常的生育行为变得僵硬，留下的只有冰冷的商业交易与并不稳固的家庭关系^[6]。

3.2 刑法对商业化代孕的规制必要性

3.2.1 商业化代孕人身危害性大

商业化代孕其实就是支付对应价款获得代孕机会的有偿代孕，他们将代孕作为一种产业模式，招募甚至拐卖足够多的有生育能力的女性，然后通过隐秘的介绍和宣传，寻找迫切需要代孕的家庭，为他们提供代孕中介服务或者代孕全程服务的行为^[7]。目前，我国法律是不允许代孕的，这也使得有心的机构将代孕在“地下”运行，助长代孕地下化发展，甚至已经形成了黑色产业链。商业化代孕使得女性真正沦为生育的工具，毫无地位和尊严，女性身体受到创伤甚至造成不可逆的伤害。从规制必要性来看，刑法应对商业化代孕积极作为。

3.2.2 商业化代孕社会影响恶劣

刑法往往是维护法益的最后一道防线。商业化代孕不仅严重扰乱社会秩序，致使许多家庭支离破碎，更重要的是侵犯了妇女的权利。首先，商业化代孕将妇女当作生子工具，并将婴儿明码标价售卖，从本质上侵犯了女性的人格尊严，“人格尊严不受侵犯”意味着人权在社会中能够得到必要的保障，人格尊严作为一项基本权利，也是所有立法应重点关注的，当人格尊严无法得到保证时，也就证明侵权行为的恶劣性；除此之外，女性生育与否应凭自身意愿，而不是迫于经济、社会等压力而变成他人生育的工具，这是对女性生育自由的侵犯，而分娩本身也是一项危险的行为，女性的生命健康在生育中可能承受巨大的风险，出于非自愿因素的接连生育使女性对自己的身体无法做主，这本身就是对女性身体权和健康权的一种严重侵犯。故商业化代孕侵犯了多项法益，并且已经触碰到刑法的红线，具有规制的必要性，只有积极的立法态度，才能有效发挥刑法的预防作用，从而更好规制社会秩序^[8]。

3.3 商业化代孕域外规制借鉴

从比较法视角看,如英国的《代孕安排法》和我国香港地区的《人类生殖科技条例》都明令禁止商业化代孕^[9]。对代孕持禁止态度的德国在其《胚胎保护法》和《收养中介法》中对代孕作出禁止性规定,从事代孕行业的医疗工作者、协助者、教唆遗弃者,将面临监禁、罚款等刑罚;法国《刑法典》也通过监禁、罚金等惩罚明令禁止任何违反《公共卫生法典》的医疗辅助生育活动^[10]。

我国刑法也应积极适应社会发展变化,可借鉴大陆法系国家做法,形成独具中国法制特色的商业化代孕规制。代孕与现行刑法规制的犯罪行为有着紧密关系,往往表现在犯罪分子在实施不法行为时,涉及到的代孕子被遗弃、买卖等情形,刑法严格规范这些行为并规定了具体刑罚,保持积极的立法态度,可以考虑延伸对相关犯罪行为的解释,重视与代孕有密切关系的犯罪行为来有效规制非法商业代孕行为,维护社会和谐与家庭美满;亦可通过直接规制,将有关商业代孕行为侵犯的刑法法益加以确定,可在《中华人民共和国刑法》分则第六章妨害社会管理秩序类罪名中增设诸如非法采集、供应、买卖人类生殖细胞罪及非法组织代孕罪、强迫代孕罪等^[11]。

总的来说,国家层面要严防严控商业化代孕行为——立法机关着重考量商业化代孕编入刑法的可能性,对遏制商业化代孕积极作为,详细制定法律条文,严格规制商业化代孕,公安机关从买卖人口、买卖人体器官等严格排查地下代孕行为,促使刑法切实发挥规制商业化代孕的作用,还社会一片净土。

4 结语

代孕为不孕不育者带来新的希望,在未来可以预见的趋势当中,“代孕”将作为一个重要议题频繁出现在学界研

讨及实践层面,诚然,生殖技术的发展可能无限冲击现有的伦理观念和社会秩序,但直接通过法制最后一道防线——刑法的全面禁止并不符合刑法谦抑性要求,也不利于艺术价值的实现。探索在前位法中平衡生育技术的充分利用和社会秩序的科学维护,同时将商业化代孕纳入刑法考量范围,又给非商业代孕留有可能的研究空间,以期实现科学技术与人类发展的相互促进。

参考文献

- [1] 赵星月. 医疗机构和医务人员禁止参与代孕相关活动[N]. 健康报, 2024-11-06 (002).
- [2] 田宏杰.“直接入刑”: 如何彰显刑法保障性与谦抑性[N]. 检察日报, 2019.
- [3] 张红昌. (2024). 积极刑法观下的轻罪立法研究. 吉林大学社会科学学报 (01), 56-70+235-236.
- [4] 周佳佳, 李木元. 助力建设生育友好型社会[N]. 人民政协报, 2024-11-01 (011).
- [5] 赵文丹, 孙旭鹏. 黑格尔承认伦理视域下代孕的社会风险探究[J]. 医学与哲学, 2024, 45(09): 25-29.
- [6] 王芷仪, 孟杰. 代孕的伦理思考与社会规制[J]. 锦州医科大学学报(社会科学版), 2023, 21(06): 21-24.
- [7] 李彦彦. 我国商业代孕行为的罪刑化研究[D]. 华中科技大学, 2022.
- [8] 王琪 & 杜金啸. (2023). 高发轻罪入刑正当性及必要性——以积极刑法展开. 宁夏大学学报(人文社会科学版) (02), 139-146.
- [9] 刘长秋. 论我国立法规制代孕的价值及其方向 [J]. 南通大学学报(社会科学版), 2021, 37 (03): 100-109.
- [10] 程红, 赵浩. 非法代孕的刑事规制路向审视与选择[J]. 社会科学动态, 2023, (02): 57-66.
- [11] 李芬静. 代孕相关行为的刑法规制研究[J]. 医学与哲学, 2021, 42 (02): 52-57.