

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 13020091150421

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

代孕生育的法律问题研究

Study on Legal Issues of Surrogacy

赵丽云

指导教师姓名: 蒋 月 教 授

专业名称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2012 年 4 月

论文答辩时间: 2012 年 月

学位授予日期: 2012 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2012 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日：

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

代孕生育作为一种人工辅助生殖技术，在其解决不孕不育问题方面确实显现出了它独有的强大功能，对我国法治与科技的协调发展将有重大的推动作用。但它带来了诸多法律难题，其中比较突出的有代孕协议、代孕所生子女亲子身份的认定、对提供代孕服务主体的规范等一系列的法律问题，这势必会对传统法律制度带来冲击和挑战。目前，我国现行立法对代孕采取全面禁止的态度，但这并非权宜之计。从长远看，我国应当借鉴若干国家和地区的成熟做法，有条件地适度开放代孕，积极制定法律来规范和引导代孕生育的健康发展，实现代孕合法化的有效规制，使这项技术造福于人类。

基于此，本文主要梳理了代孕中法律问题的相关理论和学说，立足我国代孕生育问题的现状，借鉴若干国家和地区的代孕立法经验，从理论和实践双重视角阐释了有限开放代孕这一立法趋势。

除了导言和结语外，本文分为三章。

第一章阐述代孕生育及其学术之争。首先对代孕产生的背景、代孕的界定、代孕的类型以及代孕之学术之争进行了讨论分析，然后就我国代孕生育问题的现状作了简单的介绍，通过讨论分析和介绍，认识到我国现行关于代孕立法的不足之处。而要弥补不足，我国的当务之急应是尽快实行专门的调查研究，制定完备的法律来规范代孕涉及的诸多法律问题。

第二章对代孕生育合法化进行探讨，借鉴若干国家和地区比较成熟的代孕立法经验，分析代孕在我国合法化的合理性和可行性，从而得出允许实施非商业性完全代孕应是我国的理性之选择。

第三章立足代孕合法化的基础上，对如何规范代孕涉及的主要法律问题，即代孕协议、代孕生育子女亲子身份的认定以及对提供代孕服务主体的规范等问题进行一定的研究，尽可能地提出了一些具有人文关怀、在法律上具体可操作性的建议和措施。

关键词：代孕；合法化；子女身份

ABSTRACT

Surrogacy has been appearing powerful function really in solving the problem of barrenness as a kind of technology on artificial assistant reproduction, which will contribute greatly to the coordinated development of the rule of law and the science and technology in our country. But it also brings about many legal problems. Surrogacy leads to a series of more prominent legal issues, including surrogacy agreements, the determination of parentage for children under surrogacy, the implementation of surrogacy surgery, the regulation of the subjects of providing the surrogacy service among them and so on. It inevitably will bring about the attacks and challenges on the traditional legal system. At present, the surrogacy is totally prohibited by the current legislation in our country totally, but that is not an expedient measure. In the long run, our country should take example by the more mature approaches of several countries and regions, moderate surrogacy should be opened limitedly, regulates and guides the healthy development of surrogacy through formulating laws actively so that realizes the effective regulation of the legalization of surrogacy and makes the technology serve for mankind.

Based on these objectives, the article mainly illuminates correlative theories on legal problems of surrogacy, which is on the basis of the present legislation on surrogacy problems in our country and by the reference of legislation experience of several countries and regions, elucidates that limited opening surrogacy will be an inevitable legislation trend of surrogacy from academic and practical visual angles.

The text is divided into three chapters apart from foreword and conclusion.

The first chapter elucidates surrogacy and the controversies of academia on surrogacy. First, the backgrounds of surrogacy, the definition of surrogacy and the types of surrogacy as well as the controversies of academia on

surrogacy is discussed and analyzed, then the current situation of surrogacy issues in our country is briefly introduced. Author realizes the deficiencies of the current legislation of surrogacy in our country by discussion and analysis. And to make up the shortcomings, the top priority of our country is to put a special investigation into practice as soon as possible, to regulate a number of legal issues involved with surrogacy through making complete law.

The second chapter discusses the legitimation of surrogacy, uses for reference the more mature legislation experience of several countries and regions on surrogacy, analyses the rationality and feasibility of surrogacy legalization in our country. Accordingly draws a conclusion that the rational choice of our country should be to allowed to carry out non-commercial and complete surrogacy.

The third chapter is on the basis of surrogacy legitimation, studies on how to regulate the major legal issues involved with surrogacy in a way, such as surrogacy agreements and the determination of parentage for children under surrogacy and the regulation of the subjects of providing surrogacy service and so on. Consequently puts forward some humanistic care and operable suggestions as well as measures in law specifically.

Key words: Surrogacy; Legalization; The Status of the Children

目 录

前 言.....	1
第一章 代孕生育及其学术之争	8
第一节 代孕概述	8
一、代孕产生的背景.....	8
二、代孕的界定.....	10
三、代孕的类型.....	12
第二节 代孕生育的学术之争	17
一、支持代孕的观点.....	18
二、反对代孕的观点.....	20
第三节 我国代孕生育问题的现状	22
一、我国代孕生育问题的实况剖析.....	22
二、我国关于代孕生育问题的立法规制.....	24
第二章 代孕生育合法化的探讨	27
第一节 若干英美法系国家和地区关于代孕生育的法律规制	27
一、英国.....	27
二、美国.....	31
三、澳大利亚.....	34
四、中国香港.....	36
第二节 若干大陆法系国家和地区关于代孕生育的法律规制	38
一、德国.....	38
二、法国.....	40
三、日本.....	41
四、中国台湾.....	44
第三节 中国内地代孕生育的前景分析	46

一、代孕生育的合理性探讨.....	46
二、代孕生育的可行性探讨.....	52
第三章 对代孕涉及的主要法律问题的规范.....	56
第一节 代孕协议.....	56
一、代孕协议的效力.....	56
二、代孕协议的主体资格.....	58
三、代孕协议主体的权利义务.....	60
四、代孕双方违反代孕协议的法律.....	63
第二节 代孕生育子女亲子身份的认定.....	64
一、代孕所生子女亲子身份的认定.....	64
二、代孕母亲的法律地位.....	66
三、代孕所生子女的法律地位.....	66
第三节 对提供代孕服务主体的规范.....	67
一、对提供代孕生育医疗服务机构的规范.....	67
二、对提供代孕生育中介服务机构的规范.....	69
结 语.....	71
参 考 文 献.....	73
致 谢.....	80

CONTENTS

Foreword	1
Chapter 1 Surrogacy and the Academic Controversies of Surrogacy	8
Subchapter 1 Outline of Surrogacy	8
Section 1 Backgrounds of Surrogacy.....	8
Section 2 Definition of Surrogacy	10
Section 3 Types of Surrogacy	12
Subchapter 2 Surrogacy and the Academic Controversies of Surrogacy	17
Section 1 Viewpoints of Supporting Surrogacy.....	18
Section 2 Viewpoints of Opposing Surrogacy.....	20
Subchapter 3 Current Situation of Surrogacy Issues in Our Country	22
Section 1 Analysis of the Actual Situation on Surrogacy Issues in Our Country	22
Section 2 Legislation Regulation of Surrogacy Issues in Our Country	24
Chapter 2 Discussion of Surrogacy Legitimation	27
Subchapter 1 Legal Regulation of Surrogacy in Several Countries and Regions of Common Law System	27
Section 1 U.S.A.....	27
Section 2 U.K.....	31
Section 3 Australia.....	34
Section 4 Hong Kong of China.....	36
Subchapter 2 Legal Regulation of Surrogacy in Several Countries and Regions of Civil Law System	38
Section 1 Germany.....	38

Section 2	France.....	40
Section 3	Japan	41
Section 4	Taiwan of China.....	44
Subchapter 3	Inland of China.....	46
Section 1	Discussion of Rationality of Surrogacy	46
Section 2	Discussion of Feasibility of Surrogacy	52
Chapter 3	Regulation of the Main Legal Issues that Surrogacy	
	Involves	56
Subchapter 1	Surrogacy Agreement	56
Section 1	Validity of Surrogacy Agreement.....	56
Section 2	Qualification of the Subjects of Surrogacy Agreement	58
Section 3	Rights and Obligations of the Subjects of Surrogacy Agreement	60
Section 4	Legal Responsibility of Violating Surrogacy Agreement by both Sides.....	63
Subchapter 2	Determination of Parentage for Children Bone by Surrogacy ...	64
Section 1	Determination of Parentage for Children through Surrogacy.....	64
Section 2	Legal Status of Surrogate Mother	66
Section 3	Legal Status of Children Bone by Surrogacy	66
Subchapter 3	To Regulate the Subjects of Providing Surrogacy Service.....	67
Section 1	To Regulate the Medical Service Organizations of Providing Surrogacy	67
Section 2	To Regulate the Intermediary Service Organizations of Providing Surrogacy	69
Conclusion	71
Bibliography	73
Acknowledgements	80

厦门大学博硕士学位论文摘要库

厦门大学博硕士学位论文摘要库

前言

一、选题背景和研究现状

(一) 选题背景

现代社会中严重的环境污染、食品问题、人类疾病、结婚和生育年龄的普遍延后、巨大的工作压力，加之人流技术的滥用以及多种不良的生活方式等因素正导致全球不孕不育人口明显增多，不孕不育率迅速飙升。中国内地不孕不育发生率由 20 年前的 3% 提高至 12%，数量已超过 4000 万，接近发达国家水平。^①2009 年中国国际不孕不育高峰论坛公布的《中国不孕不育现状调研报告》显示：我国不孕不育者以 25 岁至 30 岁人数最多，呈年轻化趋势。从医院门诊的情况来看，不孕不育症的发生率约占生育年龄妇女的 15%-20%，且这一比例呈现出上升趋势，其中，单纯女方患病的占 50%，单纯男方患病的占 30%，男女双方都患病的占 10%，未查出病因者约为 10%。^②世界卫生组织预测，不孕不育将成为仅次于肿瘤和心脑血管病的第三大疾病。^③不孕症发病率不断增加的现状令人担忧，在我国，传统的血缘观念更是让许多不孕不育夫妻得不到理解和关爱，甚至因不堪承受生理、心理的负担和背负的思想包袱，最终劳燕分飞，使原本恩爱和睦的家庭支离破碎。调查显示，不孕夫妇离婚率是正常人群的 2.2 倍。^④可见，不孕症不仅给患者及其家人带来痛苦，同时也导致社会不安定因素增多，已成为影响千家万户的社会问题。因此，解决不孕不育问题具有相当重要的社会意义。

进入 20 世纪以来，随着医疗技术突飞猛进的发展，人工辅助生殖技术

^① 中国宁波网. 中国不孕不育患者 20 年增长三倍

[EB/OL]. <http://health.cnb.com.cn/system/2010/11/09/006737170.shtml>, 2010-11-9.

^② 2009 年中国不孕不育现状调研报告[EB/OL]. <http://by.xtata.com/b/20091023/0300158460.shtml>, 2011-10-14.

^③ 从玉华. 不孕不育莫成灾—读《我想要个孩子》[J]. 中国减灾, 2009, (2): 57.

^④ 高爱梅, 郭东晓等. 不孕不育影响因素的研究[J]. 中国妇幼保健, 2011, 26(21): 3280.

开始渗透到自然生育的众多过程，使得人类能够掌握和控制生育过程，成就不孕不育患者的求子夙愿。代孕作为人工辅助生殖技术的一种，是指女性接受他人委托，综合采用人工授精技术、体外受精、胚胎移植技术及各种衍生技术，针对委托夫妻的特定生理状况，将其精子和卵子在试管中人工授精，进行人工培育形成胚胎后，植入代孕者子宫内，为委托人生育子女的行为。它的出现使得人类利用现代科技手段实现了一种新的生育方式，让原本不能靠自己身体实现孕育的家庭可以拥有与自己有血缘关系的孩子，为不孕不育家庭带来了福音。一方面，从家庭来看，代孕生育解除了因不孕不育给人们带来的精神上的痛苦，从而实现其儿孙绕膝、共享天伦之乐的愿望，促进了家庭结构的稳定；另一方面，从缓解人口老龄化趋势、实现和谐稳定的社会发展目标来看，代孕生育对社会人口的发展将起到一定的积极作用。

然而，任何事物都具有两面性，代孕生育行为也不例外，其在造福人类的同时，也不可避免地会对人类传统的生育方式、亲权的认定、社会伦理道德、法律等一系列问题带来诸多挑战。当前，代孕不仅在我们的实际生活中大量存在着，而且随着代孕事件的时有发生，如何解决代孕生育产生的法律问题无疑就摆在了我们的面前，但依据我国现行立法显然力不从心。我国现行立法采取武断禁止代孕的态度，导致了现实生活中代孕的滥用和泛滥，并引发了一系列的纠纷，违背了代孕生育产生的初衷。因此，对代孕问题的研究，不仅具有重大的理论意义，更具有深远的实践意义。

（二）研究现状

代孕作为人类辅助生殖技术的一种新方式，是医学科技高速发展的产物，因其涉及伦理、道德、法律等诸多问题，一出现就引发了各界激烈的争论。争论激烈的“代孕问题”主要集中在是否应该使用“代孕”来解决女性的不孕不育问题，目前国内外学术界对这个问题还未达成共识，法学界对此亦众说纷纭，出现了两大对立的学说：

支持代孕的学者认为，代孕为那些不孕不育夫妇带来为人母的希望，

通过代孕获得一个后代，是人道主义的行为，符合法理的正义原则，不应禁止；代孕是实现无妊娠能力妇女以及部分健康男性生育权的有效途径，代孕的合法化能从实际上保障夫妻生育的自决权。如姜玉梅在《中国生育权制度研究》一文中就提到：“生育权的内容之一为生育方式的选择权，这是一种私权利，只要夫妻共同选择的生育方式不违背社会公德，不损害他人利益，便可在伦理许可的范围内采取其自愿选择的方式受孕。”此外，赞成该观点的学者也认为，代孕符合无伤害不禁止原则、男女平等原则以及合同自由原则等，虽然其不可避免地触动了传统自然生育和血脉传承观念，造成科学技术至上与推崇传统生育文化这两种不同价值取向之间的冲突，但没有理由继续回避它，阻碍它，代孕合法化势在必行，这是时代环境发展的需要，也是妇女行使身体支配权，保障生育权的体现，更是和谐、法治社会建设的必然要求。

反对代孕的学者认为，代孕抨击了人们的生育观念，与现行的伦理道德秩序存在很大的差异。如张国安在《基因技术干预人类生殖的现状、问题与对策》一文中就这样提到：“专门替别人生育孩子的代理母亲在一些国家已经成为一种职业，与此同时，代理母亲产生了一些不容忽视的法律问题。代理母亲致使妇女沦落为生育工具，伤害了传统道德文明，并产生了一系列商业化的弊端。”而以梁慧星教授为代表的学者认为，代人怀孕的所谓“代孕母”协议，属于违反公序良俗行为中的危害家庭关系行为类型，基于公序良俗原则的强行法性格，该行为自应无效。宋豫,陈苇在《中国大陆与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》中也认为，“可以参考澳门地区的立法经验，规定违反社会善良风俗的代孕合同无效。”反对代孕的国外很多学者则认为，代孕导致亲属伦理关系及权利义务关系的混乱，其会把子宫变成工具，让女人变成商品，并有贩婴之嫌。如2007年日本律师公会联合会发布的报告重申禁止代孕，理由是：代孕有损儿童利益；代孕侵犯妇女尊严；代孕导致家庭关系恶化等。

1. 国外研究现状

国外关于代孕问题的研究起步相对较早，主要集中在法律学领域，对代孕行为进行了长期广泛而深入的讨论，各国对于代孕的立法规范及判例也各有千秋。国外学术界主要从两个方面对代孕进行研究：（1）代孕所生子女的法律地位。在法律上代孕子女的身份认定成为核心问题，对此国外学术界一直有四种学说，分娩说、血缘说、契约说以及子女最佳利益说。立法机关则主要采取契约保护主义和收养主义来认定代孕所生子女的亲子关系。（2）代孕协议。承认代孕合法化的很多国家，均立法对代孕协议的效力、代孕协议主体的条件、代孕协议的终止以及违约赔偿等方面作出明确的规定。由于本文对于国外代孕问题的探讨主要是从其立法方面进行的，因此根据掌握的资料对各国的代孕立法作个简单的介绍。

英国是世界上第一例试管婴儿的诞生国，也是人工生殖和胚胎研究高度规范化的国家，其对代孕的立法也一直走在世界的前列。目前，英国有关代孕的立法主要包含在两部法律中，一部是1985年颁布实施的《代孕协议法》，后来考虑到《1985年代孕协议法》内容上存有不周全之处，英国于1990年颁布实施了《人工授精与胚胎法》，其中第30条、第36条对代孕涉及相关问题的规定相当细致，这加强了包括代孕在内的人工生殖和胚胎研究的法律规制。英国《1985年代孕协议法》虽禁止出于商业利益而从事代孕安排活动，但并不反对非营利性组织居中介绍委托夫妻与代孕人认识，代孕中介组织便顺势产生。

美国是联邦制国家，各州关于人工生殖的立法不尽相同。1973年通过的《统一亲子法》对人工生殖中子女与委托夫妻及精卵的捐赠者的法律关系做了明确规定，但未规定代孕子女的法律地位。随着人工生殖手术行为在20世纪90年代极为普遍，美国遂于2000年修订该法，增加了关于代孕契约和代孕子女法律地位的内容。美国有些州完全禁止代孕，在这些州参与代孕合同被认为是犯罪。如亚利桑那州、哥伦比亚州。而有些州仅裁定商业性的代孕行为是犯罪。如密歇根州、维吉尼亚州、纽约州。有些州确实有限制条件立法承认代孕合法化，这些州有：伊利诺斯州、佛罗里达州、

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库