

·医学史研究·

英国“代孕”合法化二十年历史回顾*

潘荣华^① 杨芳^①

摘要:在英国,代孕人工生殖是合法的医疗手段。《布雷热报告》等调查报告对英国代孕立法产生了深远影响。为实现生殖自由、子女利益和社会秩序的平衡,英国拟制定一部专门的《代孕法》。

关键词:代替怀孕,代孕者,代孕协议,立法

中图分类号:R-09 **文献标识码:**A **文章编号:**1002-0772(2006)11-0049-03

The Historical Observation of Regulations on Surrogate Pregnancy and Its Reforming in the United Kingdoms PAN Rong-hua, YANG Fang. *The Humanities & Social Sciences School of Anhui Medical University, Hefei 230032, China*

Abstract: In UK, surrogacy is a legal method of fertility treatment. following a number of inquiry reports such as Brazier and Fifth Report, the government is considering to introduce a new separate surrogacy legislation to achieve an appropriate balance between the infertile couples, surrogate children and the society.

Key Words: surrogate pregnancy, surrogate motherhood, surrogacy arrangement, legislation

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^[1]。英国率先于1985年、1990年颁布了《代孕协议法》和《人类受精与胚胎学法》,加强了包括代孕在内的人工生殖和胚胎研究的法律规制。当前,英国代孕立法经历了一场深刻变革,《布雷热报告》、《人工生殖技术与法律》等研究报告为政府立法改革和《代孕法》的制定确立了基本思路和框架。本文即以英国代孕立法的历史演进、基本内容、现实困境和改革方向为中心进行考察,并揭示其普遍规律,以裨益于我国的相关立法。

1 立法背景:从《沃诺克报告》到“Baby Cotton”案

1.1 代孕问题及各国的立法回应

代孕,顾名思义就是代替他人怀孕、生产。尽管代孕强烈冲击传统伦理和法律秩序,但是,代孕毕竟为不孕症患者提供一条便捷道路,因而吸引着不孕症患者和医疗机构跃跃欲试,再加上代孕有很强的私密性,涉及人的基本人权和尊严,不便于过多干预。所以,在已经进行代孕立法的国家一般都采取极为审慎的立法态度,在充分调研、科学评估的基础上给予合理规制。考察国外代孕立法,基本上有“完全禁止型”和“限制开放型”两种类型。

完全禁止型对代孕不加区分,一概禁止,以避免伦理和法律纷争;鉴于仍然有人明知故犯,造成违法代孕和生子的既成事实,为了保护已出生者的利益,法院一般会依据“子女最佳利益”原则解决孩子身份认定及亲权归属等后续问题。例如,德国^[2]。鉴于代孕对伦理、法律的强大冲击,代孕合法化的国家一般都不全面开放各种类型的代孕技术,而是设置一些“门槛”,如仅开放治疗性代孕、妊娠代孕、非商业性代孕;就开放的方式和程度而言,限制开放型主要采用收养式和契约式两种模式。契约模式允许商业性代孕中介,尊重当事人的代孕协议,委托人即使与孩子没有任何血缘关系,仍然可以依据协议成为孩子的法律父母,

代孕者则视为“劳务”的提供者,可就怀孕与生产本身的劳务获取合理报酬。这种模式以美国某些实行代孕合法化的州(如伊利诺州)为典型。收养模式的特点是法律对代孕既不禁止也不鼓励,但是否认代孕协议的法律效力,当事人的法律地位以及权利义务均由法律规定,法律一般依据“分娩者为母”的铁律,规定代孕者是孩子的法律母亲,委托人除非依据收养法“收养”自己的孩子才能成为孩子的法律父母。英国堪称这种模式的代表。

1.2 《沃诺克报告》和“Baby Cotton”案

1982年英国设立了人类受精及胚胎研究调查委员会——沃诺克委员会,对与人类受精和胚胎学有关的医学和科学研究的发展前景及产生的伦理、法律和社会问题进行全面调查和综合评估,在此基础上提出相应的对策建议和立法思路。代孕也被纳入其中。1984年7月,沃诺克委员会发布了著名的对英国代孕立法产生深远影响的《沃诺克报告》(Warnock Report),认为“代孕所潜藏的危机远远超过可获得的利益”,“在伦理上是完全不能接受的”,避免代孕及其负面影响的惟一有效办法是“使其非法化”;报告还建议尽快制定法律法规,依法规范辅助生殖技术和人类胚胎研究;建立专门的审查许可机构,禁止一切盈利性和非盈利性代孕活动,并对参与其中的医疗机构和个人处以重刑;鉴于秘密的“地下”代孕难以完全消除,委员会建议未来立法有必要明确代孕协议的法律地位——他们认为应当宣布一切代孕协议为非法,使其无权要求法院强制执行^[3]。《沃诺克报告》的结论和建议——其核心目标是借助法律手段遏制代孕协议和代孕中介活动——在一定程度上奠定了《代孕协议法》和《人类受精与胚胎学法》的基础和框架。

《沃诺克报告》发布不久,英国发生了一起跨国商业代孕案件,一位英国妇女通过美国一家商业中介机构,与一对美国夫妇约定,以自然代孕方式为其提供代孕服务,酬金6500美元。依据英国法律,收养孩子不得附有对价,否则为违法行为。法官最终依据“子女最佳利益原则”判决提供精子的美国夫妇适合承担Cotton的照顾和监护责任,并允许其将孩子带出英国^[4]。“Baby Cotton”案发生后,沃诺克委员会不得不接受代孕(协议)已经客观存在并且不可能有效禁绝的事实,但是如果鼓励或者任其发展可能对社会、伦理和法律秩序产生强烈震荡,为此建议政府禁

①安徽医科大学人文学院 安徽合肥 230032

* 基金项目:国家哲学社会科学基金项目,项目编号:03BFX038;

安徽省高校青年教师科研资助计划项目,项目编号:

2006jqw056

止商业性或者盈利性代孕。为了应对“Baby Cotton 案”产生的道德恐慌和社会震荡,英国政府仓促出台了《代孕协议法》^[5],部分采纳了沃诺克委员会的建议,严禁商业性代孕和代孕中介,而自愿性的代孕和酬金给付却得以合法化。其后的《人类受精与胚胎学法》进一步重申了《代孕协议法》的立场,并加以补充和修正。

2 立法沿革:从《代孕协议法》到《人类受精与胚胎学法》

2.1 《代孕协议法》的内容及缺陷

《代孕协议法》只有五条,条文虽然很少,内容却很丰富,除了罚则(第4条)之外,主要有三方面的内容:(1)对代孕者、代孕协议和代孕广告等相关术语进行法律界定(第1条、第3条)。(2)禁止商业性代孕,任何组织或个人以商业目的所进行的与代孕有关的倡议、斡旋、要约、承诺以及信息收集行为均为犯罪行为(第2条)。(3)禁止以报纸、杂志、通讯设施等载体发布第3条第1款列举的代孕广告或中介信息。

综上所述,英国代孕立法的主要宗旨是抑制和处罚商业性代孕。尽管英国对代孕持不鼓励政策,但是对非商业性代孕活动却极为宽容,例如,该法允许委托夫妻向代孕者支付酬金,也允许当事人为了签署代孕协议而进行倡议、斡旋或者编制代孕信息,加之该法未设立任何监管机构对合法的非商业性代孕进行有效的规范和监督,也未明确代孕当事人和子女的法律关系以及代孕协议的法律地位(只在第1条第9项笼统地规定“本法适用于所有合法及非法之协议”),很难达到有效管制和限制发展的目的,对当事人以及代孕所生子女利益的法律保护也失之乏力,故实施不久就遭到社会的尖锐批评。1990年,经过反复论证和讨论,在充分吸收了《沃诺克报告》、1986年咨询报告以及1987年白皮书的基础上,英国政府通过了涵盖代孕问题的《人类受精与胚胎学法》^[6],弥补了《代孕协议法》的缺憾。

2.2 《人类受精与胚胎学法》的内容及特点

鉴于《代孕协议法》疏于规范代孕当事人之间的权利义务,《人类受精与胚胎学法》的重要宗旨之一就是弥补《代孕协议法》、《收养法》等法律法规的不足,厘清代孕协议的法律效力和亲子关系,将利他的治疗性代孕上升为治疗不孕症的法定手段,依法保障不孕症患者获得治疗和拥有孩子的权利。这一原则主要体现在第36条和第30条等条文中。

第一,法把人类受精与胚胎研究管理局(HFEA)的许可作为实施代孕的前提条件。创始于1991年的HFEA是依据《人类受精与胚胎学法》成立的法定主管机构,也是世界上最早成立的类似机构,其主要职责是贯彻落实《人类受精与胚胎学法》,审查和监督英国境内的人类胚胎研究;负责相关医疗机构的许可和监督;规范精子、卵子和人类胚胎的储存^[7]。实行代孕许可制可以将代孕控制在HFEA的监管之下,以避免“地下交易”和“暗箱操作”带来的可能隐患。

第二,代孕协议的法律地位。《人类受精与胚胎学法》厘清了代孕协议的法律效力。根据法第36条:代孕协议不得由当事人执行,也不得对抗当事人,这说明代孕协议只是代孕关系的证明,不是权利义务的根据,不是有法律约束力的合同,任何一方均不能请求法院强制执行。这就意味着依据代孕协议移交孩子或者支付(收受)酬金均不受法律保护^[8]。

第三,费用和报酬。《人类受精与胚胎学法》改变了《代孕协议法》将向代孕者支付酬金除罪化的办法,规定在收养子女和申请亲权令时除“合理费用”外均不得为任何金钱给付或有金钱价

值的给付,但是并未规定“合理费用”的标准,而是将“合理”与否留给当事人和法官去判断。

第四,“父母”定义。《人类受精与胚胎学法》坚持了“分娩者为母”的传统母亲定义,规定凡将精、卵或者胚胎置于其子宫内着床、孕育的妇女,即是所孕育或者已经分娩孩子的法律母亲;若以代孕方式生育子女,代孕者即为孩子的母亲;如果代孕者已经结婚,则孩子即推定为其配偶或者伴侣的婚生子女,除非他能够证明代孕行为未征得他的同意并且在孩子出生后的六个月内提出否认之诉(第28条)。

第五,代孕所生子女的法律地位。在《人类受精与胚胎学法》实施以前,委托夫妻只有依据《收养法》“收养”自己的子女,才能取得亲权身份,《人类受精与胚胎学法》简化了委托夫妻取得父母身份的条件和程序——在孩子出生后的六个月内向法院申请亲权令。申请亲权令的条件是:孩子已经和委托夫妻居住在一起;夫妻一方或者双方与孩子有基因关系并且在英国居住;夫妻双方均年满十八周岁;代孕者(及其配偶)已经知情同意且无任何酬金给付(第30条)。

由此可见,《人类受精与胚胎学法》禁止委托夫妻凭借代孕协议当然地成为代孕所生子女的法律父母,无论该子女与其有无基因关系。依据“分娩者为母”的原则,代孕所生子女出生后,在出生登记时,首先要将代孕者(及其配偶)登记为孩子父(母),然后由委托夫妻向法院申请亲权令收养子女,从而突出了对子女利益的法律保护和无效代孕协议的法律救济,把事前预防和事后救济有机结合起来,既提高了立法的针对性和实效性,又最大限度地保护了子女的合法权益。

3 改革方向:《布雷热报告》及其改革建议

3.1 现实困境

《人类受精与胚胎学法》的出台对于保障人工生殖和人类胚胎研究的健康发展都起到了积极作用,但是,任何一部法律都不可能尽善尽美,《人类受精与胚胎学法》在贯彻实施中也暴露了一些问题。一是随着医疗技术的发展和代孕需求的扩大,出现了一些新情况、新问题,部分条文已经严重滞后,难以适应社会的发展。二是有关部门和组织积累了一些行之有效的具有普遍意义的经验需要上升到法律高度。三是《人类受精与胚胎学法》毕竟不是代孕的专门法律,有些条款过于原则和抽象,操作性不强,难以有效地贯彻落实。例如,对COTS等代孕中介组织的规范和管理。COTS是英国著名的代孕中介组织,它制作的代孕备忘录为当事人签署正式代孕协议提供了条款具体、内容全面的书面参考^[9]。现行法律虽然默许了COTS的存在,但是对其行为范围、运作程序、审查监督等都缺乏具体规定。因此,COTS的合法性及代孕备忘录的效力都受到社会的质疑。再如,实践中当事人习惯于以代孕协议约定双方的权利义务(包括酬金),但是,《人类受精与胚胎学法》否认代孕协议的法律效力,一旦代孕纠纷发生,当事人和法官都受到很大困扰。对双方当事人而言,如果不能在“费用”上达成默契,则会直接影响契约的履行和亲权令的取得;而对法官来说,由于契约无效,即使当事人约定了费用,法官仍然需要对费用的合理性进行判断,但是费用合理与否往往难以统一和客观化,这就加大了法官裁判的随意性和难度。这一系列问题迫使政府不得不重新思考现行法律的灵活性和社会适应性。

3.2 《布雷热报告》及其改革建议

1997年,卫生部组织了以玛格丽特·布雷热为首的调查团,

对代孕协议以及《人类受精与胚胎学法》的实施情况进行调查和评估,着重解决以下三个热点问题:第一,代孕者是否可以收受酬金?如果可以,酬金如何界定?标准如何衡量?上限和下限如何确定?第二,民间有无代孕中介组织存在,如果有这种组织的存在,则应当如何对其规范?对其提供的代孕协议范本能否进行限制?第三,现行法律能否适应社会的需要,是否应当修订?如果需要修订,是对《人类受精与胚胎学法》进一步完善,还是单独立法,制定专门的《代孕法》?经过近一年的调查,委员会发布了一份详细具体的长篇咨询报告——《布雷热报告》(Brazier Report),^[10]报告的核心建议有:

第一,金钱给付应当限定在“合法有据”的“费用”范围内(包括可得收入的损失),任何超出合法界限的给付均导致亲权资格的丧失。首先,金钱给付应当是真正与怀孕密切相关的费用;其次,为了防范代孕的商业运作,不得支付任何额外的金钱;再次,意图签署代孕协议前,代孕者须就必要费用提交书面证据;又次,立法应当对费用进行明确界定,并且授权卫生部发布指南规定合理费用的构成要素和确定方法。

第二,卫生部应当对中介组织登记注册,应当制定详细的代孕操作规程,进一步规范代孕(协议),约束中介机构的中介行为。首先,代孕中介机构应当注册登记并且遵守依据新法律制定的相应操作规程;其次,操作规程应当由卫生部会同其他相关部门与中介机构和个人充分商讨讨论后制定,操作规程对所有正式注册的中介机构均有法律拘束力;未经注册的中介机构和个人所签署代孕协议也应参照执行;再次,在新法律正式出台以前,卫生部应当制定一个临时性、自愿性的操作规程,邀请相关机构自愿注册。又次,除操作规程外,卫生部还应当考虑建立详尽的病案记录、具体的统计资料以及明确的行为指南。

第三,为了确保代孕技术不被滥用,代孕者不被剥削,政府应当考虑废止《代孕协议法》和《人类受精与胚胎学法》,并代之以新的专门的《代孕法》。首先,《代孕法》应当确定规范代孕的法律原则和操作规程,重申《代孕协议法》第1条关于代孕协议无强制性的精神,进一步明确现行法律关于禁止代孕广告和商业性代孕中介的规定,应当包括界定和限制合法的金钱给付的新条款、关于授权卫生部颁布操作规程的条款、关于非营利性代孕中介机构须经卫生部注册和遵守卫生部制定的操作规程的条款、禁止未经注册的机构运作的条款;其次,关于授予委托夫妻申请亲权令的条款,《代孕法》应当规定申请亲权令须遵守《代孕法》和操作规程,遵守法律对金钱给付的限制,并且不得授权法官同意额外的非法给付;亲权令只能在高等法院取得,法官必须要求其作DNA测试,法定监护人应当核实犯罪记录;委托夫妻一经申请亲权令,应当在英国惯常居住达12个月。

遗憾的是,由于种种原因,《布雷热报告》的改革建议当时并未引起政府的足够重视,直至2004年,尘封了八年之久的《布雷热报告》才进入有关部门的视野。2004年1月21日,在HFEA年会上,卫生部宣布了重新评估《人类受精与胚胎学法》的决定,并承诺在2005年举行一次公众咨询——它直接决定《人类受精与胚胎学法》修订的范围和程度。公众咨询涉及三个问题:现行法律是否需要修订?如果需要修订,布雷热报告描绘的思路是不是最佳选择?是在《人类受精与胚胎学法》的基础上进一步完善,还是走单独立法的道路?从咨询结果来看,公众普遍认为代孕问题千头万绪,《人类受精与胚胎学法》不足以囊括代孕的全

部法律问题,应当制订单独法律,构造一个完全不同的法律体系^[12]。关于《布雷热报告》,尽管有人认为八年前的《布雷热报告》已经不可能适应现在的情况,但是全国天主教妇女委员会(NBCW)、英国心理学会(BPS)、英国医学会(BMA)、经济与社会研究会(ESRC)等绝大多数组织和个人仍然坚信“布雷热报告远未过时”^[11]。

关于研究和调查,英国议会上议院科学技术专门委员会作出的《人工生殖技术与法律》占有十分重要的地位,^[12]一方面,它通过深入的调查研究和网上公众咨询,考察了英国公众对人工生殖立法的态度,客观公正地评价《布雷热报告》的价值;另一方面它归纳总结了人工生殖技术与法律之间的紧张关系,提出了立法改革的具体方案和行动措施。归纳了八项议题和104条具体的立法建议。目前,这份报告已经引起英国社会的极大关注,对政府立法改革也将产生深远影响。

参考文献

- [1] KERR A. Session 34 - Ethics and law. 22nd Annual Meeting of the European Society of Human Reproduction and Embryology. Human Reproduction[J]. 2006, 21 (Supplement 1): i50 - i51.
- [2] KEPPLER V, BOKELMANN M. Surrogate motherhood: the legal situation in Germany[EB/OL]. (2006 - 06 - 06) [2006 - 07 - 02]. <http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.html>
- [3] WARNOCK M. A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilization & Embryology[M]. New York: Basil Blackwell, 1985: 80 - 86.
- [4] BRINDEN P R, TIM C A, ELIZABETH M, et al. Treatment by in vitro fertilisation with surrogacy: experience of one British Centre[J]. British Medical Journal, 2000, 320(7 239): 924 - 929.
- [5] Surrogacy Arrangements Act 1985[EB/OL]. (2006 - 06 - 06) [2006 - 07 - 02]. <http://www.surrogacyuk.org/surrogacyact1985.pdf>
- [6] Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37)[EB/OL]. (2006 - 06 - 06) [2006 - 07 - 02]. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900037_en_2.htm#mdiv8.
- [7] About the HFEA[EB/OL]. (2006 - 06 - 08) [2006 - 07 - 05]. <http://www.hfea.gov.uk/cps/rde/xchg/SID-3F57D79B-A2465D1C/hfea/hs.xsl/272.html>
- [8] BRAZIER M, GOLOMBOK S, CAMPBELL A. Surrogacy: review for the UK Health Ministers of current arrangements for payments and regulation[J]. Human Reproduction Update, 1997, 3 (6): 625.
- [9] Who are COTS? [EB/OL]. (2006 - 06 - 08) [2006 - 07 - 05]. <http://www.surrogacy.org.uk/Support1.htm>
- [10] BRAZIER M, GOLOMBOKS, CAMPBELL L L A. Surrogacy: review for the UK Health Ministers of current arrangements for payments and regulation[J]. Human Reproduction Update, 1997, 3(6): 623 - 628.
- [11] Department of Health. Report on the Consultation on the review of the Human Fertilisation & Embryology Act 1990[EB/OL]. (2006 - 07 - 28) [2006 - 08 - 09]. <http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/11/78/72/04117872.pdf>
- [12] House of Commons - Science and Technology Committee. Human reproductive technologies and the law: Fifth Report of Session 2004 - 05 [M]. London: The Stationery Office Limited, 2005.

作者简介:潘荣华(1970 -),男,安徽无为,法学硕士,博士在读,副教授,硕士生导师,研究方向:政策科学(卫生政策)。

收稿日期:2006 - 08 - 28

修回日期:2006 - 09 - 29

(责任编辑:张斌)