

对“借腹生子与借父生子”问题的法律思考

作者：贵州大学 高艳莉

[摘要]本文指出所谓“借腹生子和借父生子”都不属于《人类辅助生殖技术管理办法》中规定的人类辅助生殖技术。这种生育方式和行为违反社会公德、社会法律，不受任何法律保护。同时给社会造成的影响是显而易见的，因此，对借腹生子和借父生子应该引起人们的高度关注。应利用法律等强制手段杜绝该行为的发生。

[关键词] 借腹生子； 借父生子； 法律依据

借腹生子和借父生子这两种生育子女的方式，有别于人类辅助生育技术中提及的试管婴儿技术。虽然这种行为可以帮助不能生育的夫妻实现生育子女的梦想，但是这种行为将引发许多新的社会问题。本文主要分析借腹生子与借父生子的特点以及带来的社会问题，探讨用法律手段规范这种行为。

一、借腹生子与借父生子的含义及特点

借腹生子，显而易见就是借“肚子”生孩子，俗称“代孕”。据报道，“代孕”在我国有相当大的需求市场，而且有将“代孕”职业化的趋势，仅就代孕者的来源一项就让我们触目惊心：借腹生子中的代孕者绝大多数是女大学生！代孕者分为不同的级别，每一个级别的代孕者收取的费用是不相同的，“生子需求方”可以根据自己的家庭条件和实际情况选择“代孕者”。可见“代孕”不能排除具有商业性、营利性的嫌疑。所谓“代孕”，主要是指借助“生子需求方”的妻子以外的女性的子宫为自己生育子女的行为。这种生育有两种具体的方法，一是分别利用丈夫和妻子的精子和卵子通过体外结合，再将受精卵植入“代孕者”的子宫，从而孕育生命的过程；二是由代孕者与“生子需求方”的丈夫直接发生性关系，通过两性生殖的方法达到受孕目的，从而孕育生命的过程。本文所指的借腹生子主要是指通过第二方式生育子女的行为，这种行为所生的子女属于生子需求方的丈夫与代孕者的非婚生子女。

借父生子，简言之就是借“精子”，俗称“借精生子”，主要是指“生子需求方”借助丈夫以外的男性的精子为自己生育子女的行为。这种生育同样有两种方法，一是国家通过建立“精子库”的办法收集捐精者的精子，为一些因男性有生育障碍的家庭带来福音，这种方法是“试管婴儿”的重要组成部分，只要通过合法的医疗途径进行，是符合人类社会发展需求的；二是捐精者与“生子需求方”的妻子通过两性生育的方法进行的生育行为。第二种方法应该严格被禁止。因为这种行为涉嫌通奸或重婚，有可能侵害子女合法权利以及引发刑事案件，社会危害性很大。本文所称“借父生子”是指第二种方法。

卫生部2001年8月1日实施的《人类辅助生殖技术管理办法》（以下简称《办法》）中明确规定：人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为



目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律的规定。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。第二十四条明确规定：“本办法所称人类辅助生殖技术是指运用医学技术和方法对配子、合子、胚胎进行人工操作，以达到受孕目的的技术，分为人工授精和体外受精—胚胎移植技术及其各种衍生技术。人工授精是指用人工方式将精液注入女性体内以取代性交途径使其妊娠的一种方法。根据精液来源不同，分为丈夫精液人工授精和供精人工授精。体外受精—胚胎移植技术及其各种衍生技术是指从女性体内取出卵子，在器皿内培养后，加入经技术处理的精子，待卵子受精后，继续培养，到形成早期胚胎时，再转移到子宫内着床，发育成胎儿直至分娩的技术。”但是借腹生子和借父生子并不属于《办法》中规定的人类辅助生殖技术，可见，借腹生子和借父生子行为没有任何法律依据，也不受法律保护。

二、借腹生子与借父生子引发的社会问题

通过以上论述可知，借腹生子和借父生子都不属于《办法》中规定的人类辅助生殖技术，这种生育方式在我国应该被明文禁止，因为这种行为违反社会公德、社会法律。主要表现在以下几点：

1、涉嫌违反刑事法律，构成重婚行为

据相关报道，绝大多数借腹生子和借父生子的行为人，是直接通过两性生殖的方式来孕育生命的，也就是说“代孕者”和“生子需求方”的丈夫或者“捐精者”和“生子需求方”的妻子要通过性行为达到怀孕的目的。现实中一般是要求“代孕者”和“捐精者”在“生子需求方”家中与丈夫或妻子共同居住一段时间，通过性交途径达到受孕的目的。这本身就是一种违法行为，即非法同居行为。还有甚者在孩子出生以后为了相安无事，竟然出现两女共侍一夫的局面。这种行为不仅属于“非法同居”，还有可能构成重婚罪，应该受到法律的严惩。

2、子女的合法权益得不到应有的保障

借腹生子和借父生子这两种生育方法，大多发生在夫妻一方患有不孕不育症的家庭，在实施生育之前，一般都会取得配偶的同意。但是这两种行为都是通过两性生殖的方式进行的，也就是说，进行两性关系的男女之间不具有合法的婚姻关系，属于婚外性行为。可见，所生子女应该属于非婚生子女。虽然非婚生子女与婚生子女享有同样的权利，但是在现实生活中这些子女的权益很难得到应有的保障。由此也会引发一系列的社会问题。

3、下一代有潜在的“乱伦”危险

《人类精子库管理办法》第二十条规定：一名供精者的精子最多只能提供给5名妇女受孕。这个前提是在合法的医疗机构中进行的“人工授精”。也就是说，一名供精者可能同时至少存在5个孩子，这些孩子是同父异母的。但是医院可以采取一定的办法尽量避免这种情况的发生。对于“借父”来讲，在下一代中出现同父异母的几率就大大增加，从而给下一代的婚姻、生子方面带来不必要的阻碍，甚至出现兄妹结合的乱伦危险！

除了上面提到的可能出现的社会问题以外，“借腹”和“借父”还可能引发恶性的伤人或杀人事件的发生，可能导致更多的家庭走向破裂！

三、措施

借腹生子和借父生子弊大于利，应该引起人们的高度关注。利用法律等强制手段杜绝借腹生子和借父生子行为，保护人类辅助生殖技术的正确、合理、合法的应用，并造福于人类是我们每一个人的责任，可以采取以下措施来禁止这种行为的发生：

1、增强社会舆论的导向作用

杜绝某一项行为的出现，首先要让人们了解这个行为。应该加大对人类辅助生殖技术的宣传力度，让人们了解什么是真正意义上的辅助生殖，怎样才能最大限度的发挥这项高技术带给



人类的积极作用。与此同时，也要加大对借腹生子和借父生子存在的危害性进行宣传，可以通过电视、电影等载体更加形象的反映现实问题，让绝大多数人都知道这种行为弊大于利，从而从思想上彻底放弃这种想法。

2、计划生育部门应该加强对生育工作的监管力度

一是加大对孕妇在妊娠期间进行身体检查的力度。目前，我国相当一部分正规医院在对妊娠期妇女进行身体检查时，要求其出具计生部门核发的“准生证”，办理“检查卡”之后才能进行身体检查。这个规定是符合我国国情的，可以在一定程度上降低非婚生子女的出生率，对于提高国民身体素质起到一定的作用。因此，应该强化这个规定，在对孕妇进行身体检查时应该要求同时出具“结婚证”和“准生证”。在开具新生儿出生证明时，要认真核对夫妻双方的结婚证、身份证以及计划生育部门出具的“准生证”。这样可以防止借腹生子行为的发生。

二是加大对新生儿户籍的管理。借腹所生子女面临着落户的问题，孩子的户口是制约双方的一个重要因素。因此在给新生儿落户时一定要严格把关，认真核对医院的出生证明，防止代孕者和生子需求方以冒名顶替的方式生产子女。

3、加大法律监督和制裁的力度

我国目前还没有相关法律明确禁止借腹生子和借父生子，唯一可以找到法律依据就是《办法》第十二条规定：“人类辅助生殖技术必须在经过批准并进行登记的医疗机构中实施。未经卫生行政部门批准，任何单位和个人不得实施人类辅助生殖技术。”为了达到真正的警戒作用，应该在刑法中明确禁止借腹生子和借父生子，并且通过一定的制裁手段加以威慑。

[参考文献]

- [1]巫昌祯.《婚姻法》(M).中国政法大学出版社.北京：1998
- [2]罗国杰.《伦理学》(M).人民出版社.北京：1990
- [3]杨立新.《论人工授精所生子女的法律地位》.载杨立新：《民法判解研究与适用》(M)第二集.中国检察出版社 1996年5月第1版
- [4]冯建妹：《生殖技术的法律问题研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第8卷
- [5]孙国祥：《人工生育技术中的法律问题》，见 <http://www.wtolaw.gov.cn> >> 专家论述 >>2004年9月14日，原载《南京大学学报》2002年第6期
- [6]裴立琴.我国生殖技术立法有关内容的探讨(J).载《法学杂志》2001年第4期

[作者简介]

高艳莉（1980—），女，硕士研究生、讲师，研究方向为法学、高等教育学。

