

羊城晚报记者 董柳

这两天,艺人郑爽深陷“代孕弃养”传闻,使代孕话题再次引发公众广泛关注。在少数国家及地区,商业代孕形成灰色产业链。记者检索中国裁判文书网发现,我国一些居民选择赴海外找人代孕。

代孕有哪些风险?到国外代孕一旦被揭穿,身处国内的父母要不要被追究法律责任?到国外找人代孕后又弃养,将面临何种法律后果?记者进行了采访。

### 到境外找人代孕有一定市场

“在我国现行法律体系下,代孕原则上是被禁止的。因此,我国公民为实现代孕的目的往往赴国外代孕以达到规避我国禁止性法律规定的目的。依据最高人民法院发布的相关司法解释,当事人规避我国强制性或禁止性法律规范的行为,不发生适用外国法的效力。”对非法代孕有系统研究的中央财经大学法学院副教授朱晓峰昨日告诉记者。

记者检索中国裁判文书网发现,我国一些公民为了代孕走出“国门”。广州法院近期就判决了这样一宗案件——

今年36岁的陈嫣未婚,但渴望拥有自己的宝宝。2019年1月,她经朋友介绍与某泰海外医疗旅游集团有限公司(以下简称“某泰公司”)在广州签订《泰国海外医疗翻译服务协议书》,某泰公司承诺提供泰国最优秀的医院和医生资源,为她做试管婴儿和整体代孕服务。陈嫣还要求代孕公司提供的精子符合以下条件:亚洲男性、外观帅气、身高不低于175cm、身材不胖、聪明、高学历、身体健康,且明确要求胎儿性别为男。

2019年2月,某泰公司安排陈嫣到泰国做取卵手术,成功取到四个正常发育的卵泡。陈嫣回国三个月后,某泰公司告知陈嫣受精卵代孕移植代

孕母体失败。陈嫣表示很难接受,因退费问题协商未果,陈嫣于2019年8月将某泰公司告上法庭,要求对方返还38万余元。

广州市南沙区人民法院认为,《人类辅助生殖技术办法》第3条规定,“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”。某泰公司的上述合同行为是以合法形式掩盖非法目的的合同,违背了公序良俗、损害了社会公共利益,应认定为无效。

法院认为,某泰公司提供海外代孕的中介服务,对涉案合同无效存在重大过错,而陈嫣明知代孕违背我国法律和公序良俗,仍签订涉案合同并接受相关服务,同样存在过错。最终,法院酌定某泰公司在扣除为陈嫣提供相关服务的成本费用后,向陈嫣返还16万元,驳回陈嫣其他诉求。

“‘不发生适用外国法的效力’的意思是,当事人为了规避我国的强制性或者禁止性法律规定而故意到国外去做某事,还是要按照我国相应的法律规范来调整,不能适用国外的法律来处理该问题。”朱晓峰说。

### “借腹生子”存在法律、伦理风险

“目前,我国直接规范代孕行为的制定法是没有的,现存规范主要是原卫生部发布的部门规章,效力等级较低。这些规范禁止代孕主要是考虑到代孕侵犯人格尊严,违反公序良俗。特别是民法典实施后,代孕在现行法律实践中的正当性和合法性解释空间基本上没有了。”朱晓峰表示,代孕存在法律风险、伦理风险。

“代孕的法律风险主要表现为两个方面。”他介绍,一方面是代孕行为之前的行为,这里面涉及各方当事人签订的各种协议,可能因涉及违反公序良俗、违反法律的强制性规定而无效。另一方面,在代孕子女出生后,如何确定代孕子女法律意义上的父母,特别是在抚养权发生纠纷时,依据什

么标准来确定未成年子女最大利益的实现,是考量法律实践的重大难题。

朱晓峰表示,代孕涉及的重要伦理风险主要有三个:一是人的主体性问题,代孕涉及对代孕母亲身体的支配和利用问题,这可能涉及对人本身的物化和对人的尊严的侵害。二是基本的人伦关系可能受到影响,实践中出现的如母亲为女儿代孕等现象,会对既有伦理道德关系产生冲击。三是可能对代孕子女本身的伦理认知产生不利影响,由于代孕会使未成年子女的社会关系复杂化,并且代孕场合、代孕父母的选择会使代孕子女在出生前即被设计和安排,在破坏自然人生的自然性的同时也影响未成年人的生命自主性。

# 代孕在中国的法律风险几何

背后是国内法律空白与海外灰色产业链  
知名女星被曝「借腹生子」又欲弃养,风波

## 事件回放

●1月18日,郑爽前男友张恒网上公开发布了一篇长文,自曝两大关键信息:一是他正独立抚养两个孩子,二是孩子在美国没有户籍导致至今滞留在美难回国。一连串爆料接踵而至:郑爽疑似曾与张恒在海外有过一段婚姻,两个孩子经代孕出生。

●随后,一段事件相关录音在网络上被曝光。录音中,一中年男子说:“谁也养不起,就是跟医院说一下,就弃养了呗”,年轻女子表示“七个月,打都打不掉……我都烦死了”。

●此事迅速引爆网络。19日,郑爽在微博上回应称:“这是我非常伤心和私密的事情,本不愿意在大家面前多说……在中国国土之上我没有违背国家的指示,在境外我也更是尊重一切的法律法规。”全文并未正面回应“代孕弃养”一事。

## 对话专家

### 我国在代孕领域尚存立法空白

羊城晚报:到国外代孕孩子被揭穿,身处国内的父母要不要被追究法律责任?

朱晓峰:我国现行法律体系下禁止代孕的规范性文件主要是原卫生部发布的《人类辅助生殖技术管理办法》《人类辅助生育技术规范》等效力较低的部门规章,并且这些规范性文件主要是调整卫生部门下属的医疗机构、科研院所等单位及其医疗工作人员的行为,并未规定普通公民违反禁止代孕规则后的法律责任。2015年底提起修订的《中华人民共和国人口与计划生育法(草案)》中明确规定了“禁止以任何形式实施代孕”,但在正式通过的《中华人民共和国人口与计划生育法》中却删除了这一规定。因此,我国现行法律体系实质上并没有关于普通公民违反代孕禁止性规则应承担具体何种法律责任的法律,这意味着现行法在这一领域存在立法空白。因此,即使有些社会公众人物到美国代孕孩子被揭穿,其在国内也很难被追究法律责任。

羊城晚报:国外对代孕持何种态度?

朱晓峰:由于代孕涉及对孕母、孩子以及社会整体利益的影响,涉及普通民众的一般情感、伦理道德的判断等,因此各国对这个问题并未形成统一看法。尽管很多国家对代孕持严厉禁止的立场,但也有国家在法律上

并不禁止代孕,这就为国内想代孕的人提供了空间。

羊城晚报:到国外找人代孕后弃养,将面临何种法律后果?

朱晓峰:找人代孕后弃养的,在不同国家有不同的法律后果。在我国现行法律体系下,司法实践中法院普遍认为代孕被禁止,但对代孕所生的孩子,依然应依据民法典、未成年人保护法等确立的未成年人最大利益原则来确定其法律意义上的父母、监护人等,以保障无辜的未成年人的人格尊严、人格自由发展。

至于委托人应承担何种法律后果,取决于代孕后在哪一阶段弃养。若在孩子尚未出生时即弃养,那么委托人与代孕者之间签订的代孕协议因违反公序良俗而无效,对此导致一方损害发生的,有过错的一方应依据民法典第157条对方以赔偿。

若在孩子出生后弃养,其与孕母之间的法律关系依然依据民法典第157条解决,另外,与孩子之间的法律关系需要依据涉外民事关系法律适用法第25条确定准据法以判断其是否与孩子之间存在父母子女关系;若存在父母子女关系而弃养的,可能需要依据刑法第261条规定的遗弃罪承担责任,并且其与孩子之间的父母子女关系并不因弃养而当然消灭,其依然应当依据民法典的规定承担抚养义务。

## 海外灰产

### 近年来中国“代孕”客户明显增多

一条海外灰色产业链,在2021开年,伴随着一个流量艺人的风波,引爆关注。

此前,有媒体起底海外商业代孕时指出,境外辅助生殖中介早已在中国一些城市出现。国内大多数海外代孕中介是从留学、月子服务等业务延展而来,以“医疗咨询公司”或“健康咨询公司”为名开展业务。

在美国,联邦政府层面没有制定和代孕相关的法律。代孕合法与否,由各州政府和州法庭自行决定。目前,除了首都华盛顿特区、纽约州、新泽西州、密歇根州禁止外,代孕在其他州都被认定为合法或无明确法律规定。加州、内华达州、伊利诺伊

州等州,成了代孕机构集中的“重镇”。

美国生殖医学协会曾做过统计,2012年,全美共有1898名婴儿通过代孕出生。这些年,代孕机构明显感觉到,中国客户的数量在增多。2016年,俄勒冈生殖医学中心共接待了130个中国家庭;加州一家代孕机构称,其47%的客户来自中国大陆。

据知情人士介绍,在一次成功的前提下,代孕的总花费约为12万-15万美元。代母所获报酬按时间节点发放,到手费用约为4万美元。委托人需要提前在律师管理的信托账户内存放一笔约3万美元的费用,用于代母的误工费、营养费、律师费等。

# 12岁女孩玩蹦床成十级伤残 经营方被判承担20%责任

广东法院发出民法典实施后首份司法建议:蹦床项目流行,切忌因“自甘风险”规则而放松安全管理

羊城晚报记者 董柳 通讯员 林晔晗 苏倩雯

女孩蹦床受伤

未配备人员巡逻蹦床区域,经营方担责

2019年8月14日,12岁女孩丽丽在家长的陪同下,来到香洲区某室内蹦床公园游玩。在活动过程中,丽丽在蹦床原地连续用力蹦跳5次后腾空空前翻失败,背部接触蹦床后反弹,左膝盖撞击左眼受伤。经住院治疗鉴定,丽丽左眼视物出现重影且上转受限,构成十级伤残。丽丽监护人将经营方告上法庭,要求其赔偿医疗费、残疾赔偿金等各项损失15万余元。

原告认为,事发当日,原告根据经营方关于1.4米以下儿童必须家长陪同的要求,监护人基于丽丽身高1.6米选择不进入活动区域陪同。活动前虽然签署了入园安全须知,但经营方在未询问原告是否属于第一次来游玩的情况下,未安排原告进行必要的热身运动,亦未安排技术指导人员对原告进行基本和必要的安全教育和指导,导致原告在蹦跳过程中失去平衡摔伤致残。整个事件过程中,经营方始终没有安排技术人员在旁管理或巡视,也未对未成年人做出危险系数较高的动作及时制止。据此,原告要求经营方承担所有赔偿责任。

被告方则认为,原告监护人在办理会员卡时已经签署了入园安全须知,并确保了活动设施的质量安全。同时,被告作为一家专业经营蹦床乐园的经营者,在活动场地和周围均采取了安全防

护措施并为孩子配备了防滑梯,防止消费者滑倒摔伤,且在显著位置张贴了安全须知、在电视屏幕上反复播放安全告知风险视频,提醒消费者“禁止做高难度动作、否则后果自负”等安全警示。被告认为,原告受伤是自己的不当行为造成的,应“自甘风险”,被告不应该承担原告受伤的赔偿责任,请求法院驳回原告诉讼请求。

法院经审理认为,从现有法庭调查和法官实地勘验的情况来看,经营方已在相当程度上尽到了安全保障义务,但是在从视频监控画面来看,原告在受伤前半分钟时,隔壁蹦床位置有两名年纪相仿人员在做前空翻动作,其中一人还穿着学生校服,但监控画面里并没有看到有工作人员巡视,也没有人上前制止。原告作为仅有12岁的孩子,在从众心理的促使下,极易作出模仿他人动作的不当行为,而被告作为一家具有一定安全风险性娱乐场所的经营者,除了应做好安全守则明确告知参与人员注意防范风险意外,还应当配备专门的工作人员在蹦床区域巡逻监管,负责落实安全须知内容中的规定。据此,一审法院认定被告应对事件发生的损害后果承担次要责任。

19日上午,珠海市香洲区法院对一起涉未成年人在蹦床活动时意外受伤而引发的民事纠纷案作出一审判决。该院综合原被告双方各自过错程度和原因力大小,酌定由被告对原告丽丽(化名)承担20%赔偿责任。同日,为了让各方对民法典“自甘风险”规则有更加清晰的认识,该院向市场监管部门发出司法建议。据了解,这是民法典实施后广东法院发出的首份司法建议书。

## 法院司法建议

进一步明确蹦床项目管理规范和活动安全提示

法官表示,根据最高人民法院关于适用民法典时间效力的若干规定第16条,即“民法典施行前,受害人自愿参加具有一定风险的文体活动受到损害引起的民事纠纷案件,适用民法典第1176条的规定”,本案应当适用民法典。但是,原告受伤并不是因其其他活动参加者的行为造成,故本案不适用民法典第1176条第一款“自甘风险”规则,而应按照第1176条第二款适用民法典第1198条审查被告是否尽到经营者的安全保障义务。本案中,事件主要原因是原告违反安全守则擅自进行危险动作导致,而被告虽然已经采取了一定的安全保障措施,但是在现场监督管理上存在失当,是导致事件发生的次要原因,因此根据双方过错程度和原因力大小,判决被告承担20%赔偿责任。

香洲法院家事少年审判庭院长代敏表示,此案在较大程度上反映了

部分消费者和经营者在“自甘风险”方面存在认识和理解上的误区。为此,该院在作出一审判决的同时,向珠海市市场监管局发出司法建议书,建议市场监管部门加大安全教育、警示和管理工作的力度,引导各方特别是经营者在“自甘风险”规则时切实履行好安全保障和管理的义务。

司法建议提出,蹦床项目正日益成为时下未成年人流行的娱乐项目之一,但由于该项目具有一定风险,又未列入国家公布的高危性体育项目目录,缺乏相应的行业监管,容易引发民事纠纷。法院指出,要进一步明确管理规范和活动安全提示,减少参与者因不熟悉相关问题活动固有风险而受伤的可能,切忌因为“自甘风险”规则而放松安全管理;要安排专门的现场管理和指导人员,及时发现和制止违反活动安全提示的不当行为,减少相关行为的不良示范效应,等等。

## 焦点追踪

四川省图16年前被盗的部分文物信息,近日在中国被盗(丢失)文物信息发布平台公布

# 多件文物失窃次年就被公开拍卖

羊城晚报记者 朱绍杰

日前,公安部与国家文物局主办的中国被盗(丢失)文物信息发布平台发布了8件在四川成都被盗文物的相关信息。这些文物多为清代、民国时期的名人书法、书信,也包括书写于一千多年前的唐代《金光明最胜王经》。

据该平台发布的相关信息显示,这批文物均于2004年12月13日于四川省成都市锦江区被盗。从公开信息可知,上述文物均系四川省图书馆书库2004年12月13日失窃案中的失窃文物。其中,《鱼雁集》丛札、《金光明最胜王经》、《清贤书札》等均在2005年存在拍卖记录。

2020年,四川省图书馆曾发文称,广东某拍卖行2020年上拍的一件文物《鱼雁集》丛札与16年前该图书馆被盗的文物高度相似。随后,拍卖行撤拍了该拍品,公安机关亦对该拍品进行了暂扣。对此,涉事的广东某拍卖行负责人对羊城晚报记者表示,在拍卖前,拍卖行

此外,另一件此次发布的失窃文物《清贤书札》也疑似在2005年被拍卖。中国被盗(丢失)文物信息发布平台显示,这套书札共四册,其中一册遗失。所存三册的题签均有繁体书写的“清贤书札,铁夫藏,无量题”等文字,并钤印有“铁夫清玩”印章。相关部门推测,丢

### 唐代《金光明最胜王经》被盗次年以9万余元成交

曾对《鱼雁集》丛札进行审核,但该拍品并未在中国被盗(丢失)文物信息发布平台备案。拍卖行还表示,《鱼雁集》丛札曾在2005年(即四川省图书馆失窃案的第二年)被公开拍卖。此次中国被盗(丢失)文物信息发布平台发布的失窃文物《金光明最胜王经》是唐代的经

### 失窃文物《清贤书札》信息与2005年拍卖记录高度相似

失的一册上也有类似装帧形式。此外,遗失一册内有刘咸荣的手札,札内有钤印“豫叟”。

而据雅昌拍卖网上的拍卖记录显示,2005年6月30日,上海某拍卖行的中国古代书画专场,拍出了一件题签为“清贤书札,铁夫藏,无量题”的书

札,该题签上也有“铁夫清玩”钤印;此外,该书札中有刘咸荣书写的跋,并有“豫叟”的钤印——与平台发布的信息高度相似。

目前,相关部门尚未回应2005年被拍出的《清贤书札》是否就是四川省图书馆2004年遭窃的文物。



本报2020年9月15日报道