www.shfzb.com.cn

法律应多层次规制代孕

李 惠

代孕是伴随着人工生殖技术问世而诞生的一种新型辅助生殖技术。其颠覆了人类传统的生育观念,改变了人类通过自然性生活结合,依靠血缘为纽带进行社会传承的传统生殖方式,犹如一把双刃剑,在给众多家庭带来可能性的同时,也强烈地冲击着社会的伦理、道德与国家的法律,因而从其诞生之日起就引发了伦理学、法学乃至社会学等众多领域的广泛争议。近日来,某女星代孕弃养事件在持续发酵,再次将"代孕"这个词推上风口浪尘。

现状与困境:

中国代孕之现行规制

目前,中国规制代孕行为主要由原卫生部的部门规章规定。卫生部 2001 年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第 3 条规定: "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。" 2003 年卫生部修订颁布的《人类辅助生育技术规范》进一步明确禁止代孕行为。卫生部 2003 年颁布的《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》在"保护后代的原则"之下规定"医务人员不得实施代孕技术"。可见,第一,我国目前是完全禁止代孕的;第二,违法实施代孕惩罚对象是实施代孕技术的医疗机构。

2015 年《人口与计划生育法》修订草案中曾有"禁止以任何形式实施代孕"的条款,希望提升到法律层面,严格且全面地禁止代孕。后因对此条款有较大意见分歧而被删除。这说明当前存在的各种违法代孕状况急需法律予以调整,同时也反映国家在有关立法方面的审慎态度。

2009 年中国人口协会公布的《中国不孕不育现状调研报告》显示,中国育龄夫妇的不孕不育率为 12.5%-15%左右,患者超过5000 万。其中 10%-20%女性存在子宫受损等问题,无法借助一般辅助生殖技术解决生育问题。

尽管原卫生部严令禁止代孕,但违法代孕现象层出不穷,还有不少人选择到国外代孕。简单完全禁止代孕,只能使代孕转人地下,全国形式各异的"代孕公司"有几百家,处于无管理的混乱中。据非官方的数据

□ 2015 年《人口与计划生育法》修订草案中曾有"禁止以任何形式实施代孕"的条款,后因对此条款有较大意见分歧而被删除。这说明违法代孕状况急需法律予以调整,也反映国家在有关立法方面的审慎态度。

□ 采取选择开放、分类规制的代孕原则,将是目前适应我国现实需求的一项有效举措。相关原则包括:明令禁止实施商业性代孕、自然方式授精代孕;不应当开展捐胚代孕;谨慎开展基因型代孕等。

统计显示,每年通过代孕出生的孩子超过1万名,且引发诸多违法案件与民事纷争。广州富商"八胞胎"案无疑是代孕监管失序的一个极端例证,凸显相关法治管控形同虚设。民众的实际需求、混乱的代孕市场,以及缺位的法律监管等问题交织在一起,使得代孕问题更为复杂。

比较与借鉴: 境外相关法律制度评析

1.绝对禁止代孕的国家

德国、法国、日本和我国等立法对代孕 持绝对禁止的态度。德国明确禁止代孕, 《胚胎保护法》出于人类尊严与生命保护的 目的,禁止所有代孕行为,保护受精卵,防 止人工生殖技术的滥用;《收养中介法》禁 止代孕有关的一切商业行为,包括禁止为代 孕进行中介行为。

2.有限开放无偿代孕的国家

英国、澳大利亚部分州、以色列等立法对代孕持有限开放态度。英国严禁商业代孕,但是开放非商业代孕。其《代孕协议法》《人类生殖与胚胎研究法》《儿童收养法》均有代孕相关的规定,立法的主要宗旨是控制和处罚商业性代孕。坚持"分娩者为母"的传统原则,委托方夫妻只能根据收养的规定来取得对孩子的亲权。申请亲权令须有以下条件:孩子已经和委托方夫妻居住在一起;夫妻一方或者双方与孩子有基因关系且在英国有住所;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。捐胚代孕是不被允许的。

3.允许商业代孕的国家

印度、美国加利福尼亚州、俄罗斯等立法则对代孕持开放态度。印度允许商业代孕,主要通过《人类参与生物医学研究之伦理规范》《辅助生殖诊所管理准则》等行业规则对代孕行为进行规制,还有尚未通过和颁布的《人工生殖技术法》和《人工生殖技术规则》。其对代孕当事人、代孕协议、代理孕母和代孕子女权利和义务、亲子关系等均有明确规定,要求代理孕母必须在21-35岁之间的已婚印度妇女,且代孕必须取得其配偶的同意;委托父母必须是无法进行自然生殖的父母。双方同意使用辅助生殖技术所生子女,应该被推定为该夫妻或伴侣的法定婚生子女。

希冀与建议: 代孕必须纳入法制轨道

不孕不育被世界卫生组织认定为疾病,列 为全球公共卫生问题,我国不孕症患者众多。 原卫生部严令禁止代孕,维护了大部分民众习 惯的伦理道德,却忽视了另一部分民众向往美 好生活的权利。

代孕作为一种新型的人工辅助生殖技术在造福人类的同时,也强烈地冲击着社会的伦理、道德与现存的法律制度,引发了众多方面的问题。然而,如果因为代孕存在这样那样的问题就要将其束之高阁,封藏起来,那显然是一叶简目。

任何新生事物在初期都会出现许多问题, 我们应该抱着解决问题的态度,而不能因噎废 食,一棍子打死,可以做出相应限制或规定, 而没必要完全禁止。随着科学发展和社会进 步,人们的道德观念不断发生变化,评价事物的社会价值和道德标准也不是僵化不变的。传统医德不允许堕胎,但随着人口爆炸和女权运动的兴起,现在人工流产早已不被认为是不道德的,而是有关孕母的一项权利。冷冻胚胎这个新生事物曾被视为异物,如今已逐渐为社会接受,代孕也可能在将来被赋予合法性。我们认为应当合理、谨慎地确立有条件开放代孕的法律法规,让代孕技术回归到其产生的初衷。

2017 年,我主持并完成了上海市法学会重大研究项目《代孕的生命伦理与法律规制研究》,对代孕所引发的生命伦理及法律问题进行专项深入的研究和探讨,提出了"分类规制"代孕的设想与具体建议。

对于代孕,根据代孕者、委托夫妻与婴儿之间的基因关系为标准,可分为妊娠代孕(包括捐胚代孕)和基因型代孕;根据委托方夫妻向代孕者支付费用情况及代孕者的主要目的不同为标准,可分为商业性代孕和非商业性代孕;根据代孕者受孕方式的不同为标准,可分为自然方式授精代孕和人工授精代孕。

对自然力式投情代字和人工投情代字。 我们认为,采取选择开放、分类规制的代孕原则,是目前适应我国现实需求的一项有效举措。相关原则包括: (1) 明令禁止实施商业性代孕、自然方式授精代孕; (2) 不应当开展捐胚代孕; (3) 谨慎开展基因型代孕; (4) 由委托方丈夫供精、妻子供卵而实施的妊娠代孕可以优先合法化; (5) 由委托方丈夫供精或妻子供卵、第三人供卵或供精而实施的妊娠代孕可以循序渐进,稳步推进合法化; (6) 提倡利他代孕,允许合理补偿代孕(仅限补偿代孕者在怀孕和生产期间的医疗费、营养费、误工费等)。应该强调的是: 这里所说的代孕委托方必须是合法夫妻,且妻子由于某种疾病(子宫疾病等)不能或不宜怀孕生子者。

选择开放、分类规制代孕必须纳人法制轨道。我国目前有关代孕生殖立法仅限于部门规章,立法层级较低,立法时间较早,调整对象较窄,已经无法适应规范代孕的需要。为了维护数以万计的不孕不育家庭的生育权益,防范非法"地下代孕",我国应制定《代孕生殖法》。当然,中国社会环境比较复杂,一项法律规范的制定还需伦理、道德等多方因素综合者是

(作者系上海市法学会生命法研究会会长、上海政法学院教授)

集团式非法集资案如何认定管理人员"明知"

罗开卷 潘庸鲁

当前,集团式非法集资已成为非法集资 演化的新动向。不同于传统类型的相对简单 的金字塔式结构,集团式非法集资类似树形 结构,以集团公司核心决策团队为根基,设 立、控制多家子公司、分公司、区域公司、 分支机构或关联公司,又将公司运营和业务 划分众多板块,结构非常复杂,上下级及不 同职能公司之间的非法集资犯意不明显。

高管尽管对资金这一最核心的要素掌握不全,但是高管所管理的正是集团整体运营的重要组成部分。如某集团公司分管理财产品项目设计的高管,推出一款年化收益率40%项目,如此高收益率如何确保项目盈利是高管必须评估和预判的,如果以不清楚或者没有想过辩解,至少主观上是放任态度,本身就可认定为明知或者概括性明知。

对管理人员主观明知的认定必须依靠事实和证据,甚至在被告人否认犯罪时,还需运用司法推定,对非法集资明知的认定必须坚持证据确实充分的证明标准。那么,应收集哪些证据就成为必须面对的问题。

我们认为,可以从以下五个方面进行把 .

1.管理人员在集团公司所处的层级

层级决定了管理人员对公司运营情况的 了解程度,层级越高对公司经营、财务状况 越了解,参与集团公司的董事会、项目会、 总结会的可能性就越大,尤其与集团公司实 际控制人接触的时间、频率就会越多;反之,远离核心层,其主观明知就会弱化,对公司的了解就局限于点或线,无法达到面,除非行为人处于特定岗位,否则一般应以非法吸收公众存款罪处理。如一个省级分公司或区域公司的总经理一般仅掌握其所管辖范围内的非法集资情况,而集团公司董事、财务总监、总经理等则往往掌握集团公司整体经营情况,尽管高级管理人员不一定掌握集资款的全部流向,但至少知道部分流向,尤其参与董事会为公司资金使用讨论时应有概括性明知。

需收集的证据包括:被告人供述、证人证言、岗位任职表、集团公司及下属或关联公司架构表、集团公司或分公司会议纪要、付款申请单、用印申请单、工资单等。

2.管理人员在集团公司所处的岗位及从 事的工作

不同的岗位决定了管理人员从事的工作不同,人力资源部、财务部、项目设计部、业务部等不同岗位意味着对非法集资的认识存在差别,这里还要区分总公司和分公司岗位的差别,例如项目设计部设计的运营项目必须了解或预判项目的盈利情况,如果这个项目本身就是虚假的,那么管理人员应认定为集资产编罪

需收集的证据包括:被告人供述、证人 证言、人事任命书、岗位任职表、公司关于 管理人员的分工会议记录或书面或口头的任命 书、奖励方案、考核材料等。

3.管理人员参与集团公司运行的程度

这里既包括管理人员参与的时间,也包括参与的具体项目以及所担任的职务。参与时间越长,对集团公司的了解越多,就越有可能知道是否非法或者是否诈骗;职务、岗位职责与非法集资活动密切相关,如系被动地接受指派、奉命参与实施非法集资流程中部分环节的行为,可以不作为直接责任人员追究刑事责任。

需收集的证据包括:被告人供述、证人证言、股东会决议、公司会议纪要、岗位任职时间证明、收取的代理费、返点费或佣金等报酬证明、周例会会议纪要、业务端考核指标及提成比例列表等。

4.管理人员所从事职业经历和教育背景

社会经验首先来源于教育背景和知识积累,其次是来源于所从事的职业。对于有金融背景、理财经验或公司所推广自己曾从事过的行业项目,对非法集资的了解程度和预判程度要比无此背景的人高,尤其对于曾从事过非法集资工作因公司倒闭又再次从事这个行业的。

同理,教育背景决定了个体的起点和对所 学专业的感知力和灵敏度,对风险的预判要高 于非专业的人士,需收集的证据包括:被告人 供述、学历学位证书、工作经历证明、先前公 司出具的情况说明等。

5.管理人员与不特定社会对象之间的接触

客观讲,核心层一般不接触集资参与人,而是把握公司经营方向、项目设计、集资款的使用等,只有普通员工、较低层级的管理人员才和集资参与人直接接触,所以和集资参与人接触越频繁的人员,往往都处于非法集资集团的较低层,对于集团的整体运作情况、非法集资款的使用情况等可能并不清楚,故往往被认定为非法吸收公众存款罪。需收集的证据包括:宣传手册、宣传单、投资指南等其它宣传方式的材料、集资参与人的证言、被告人供述、投资或理财协议、产品代销协议、资产管理合同、代持股协议书、关于集资数额的审计报告等。

综上,当集团公司被认定为集资诈骗罪时,管理人员一般可划分为四级:第一层级即集团公司的实际控制人,第二层级即核心层,均应认定为集资诈骗罪;第四层级即低层级管理人员,如无非法占有目的,根据主客观相一致原则,一般认定为非法吸收公众存款罪。对于第三层级即中层或部分较高层级的管理人员,一般认定为非法吸收公众存款罪,但不排除部分关键岗位或部分管理人员被核心层管理人员临时任命从事某项工作,如认识到集团公司项目的虚假性或者缺乏真正的生产经营能力等,可认定具有非法占有目的,根据主客观相一致原则,一般应以集资诈骗罪论处。

(作者单位:上海市高级人民法院刑事审判庭)