

权利正当性视野下代孕合法化的三重条件

李亭慧*

内容提要：人类生殖辅助技术的更迭挑战了现有的法律，引发了关于代孕合法性问题的争论。支持代孕合法化最有力的理由是生育权，但事实上只有无法克服客观生育障碍的少数人的代孕需求才值得回应，并且，帮助一个人克服生育障碍不应以牺牲他人的人格利益为代价。因为，代孕行为直接关涉代孕人核心的物质性人格利益，这类人格利益直接影响人的生命健康，支配这类利益应当以尊重人格价值为基本前提，因此不宜以有偿的商业化方式进行交易。而在非交易关系中，无偿行为或可为代孕的合法性辩护。但即便是无偿的代孕行为，仍须符合一些禁止性条件。

关键词：代孕 生育权 物质性人格权 无偿行为

一、引 论

近年来，代孕愈加频繁地出现在人们的视野内，伴随着学界对新兴权利的关注，有关代孕能否合法化的问题也争议不断。虽然，一些国家对代孕已有较成熟的法律规定，但各国法律对代孕的接受程度各不相同，而其经验也不能直接借鉴参考。我国现行法律对代孕态度模糊，一方面仅在行政法规、部门规章等行政规范性文件中明确禁止代孕，例如，在2021年4月28日颁布的《中国反对拐卖人口行动计划（2021—2030年）》规定：“严禁以他人名义入院就医和分娩。严厉打击代孕等违法行为。”但宪法、法律对代孕却无明文规定。另一方面，虽然法规及规章明文禁止代孕，但是对代孕的行政处罚力度过轻，例如，尽管卫生部2001年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第22条规定开展人类辅助生殖技术的医疗机构实施代孕技术的，“由省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门给予警告、3万元以下罚款，并给予有关责任人行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任”，但在我国刑法中却未规定对应的罪名，甚至，法律法规并未对

* 李亭慧，中国政法大学法学院博士研究生。

非医疗机构实施代孕的行为规定任何处罚措施。在这种情况下，现实中的代孕行为从未消失，有关代孕合法化的呼声也始终没有停止。那么，代孕能否被合法化呢？

目前学界已有诸多有关代孕问题的研究，具有代表性的研究角度有：在比较法视野下研究国外立法，〔1〕立足于国内代孕司法判决和立法制度的研究，〔2〕从权利视角探讨代孕正当性问题，如讨论生育权与代孕的关系，〔3〕代孕涉及的代孕妇女权利、代孕婴儿权利〔4〕等特殊群体的现实权益的保护问题等。本文仅从权利的正当性角度出发，讨论代孕的合法性条件。因为，代孕合法化争议的背后是生育权和代孕人人格权之间的冲突与权衡，每一种权利都有其正当性基础，承认代孕就是对代孕人人格权的正当性的漠视，把其人格权推向危险的边缘。出于对权利正当性的同等尊重，我们必须小心翼翼地寻找它们共存的空间，以一种“悬崖上玩跷跷板”的方式，在承认代孕的同时又把代孕限定在极其有限的领域，以寻求代孕的正当性为起点，将人格权的不容侵犯做为终点，最后得出代孕合法化的三重条件。

本文论证思路如下：首先，本文从最主流的代孕正当性理由——生育权的视角出发，讨论生育权的实现不应以牺牲代孕人的人格利益为代价；其次，通过区分物质性人格权和精神性人格权来探讨支配物质性人格利益的可能性及限度，进而探究代孕行为的可行性，由于代孕行为直接影响代孕人的核心人格利益，关涉物质性人格权利的让予问题，因此，此种对自身核心利益支配权的行使只能是无偿行为；最后，即便是无偿的代孕行为，既要谨防私下交易的风险，也要符合法律法规道德伦理的限制性条件，还不得损害代孕人的健康、不得违背代孕人的真实意愿等等。

二、代孕的正当理由：生育权的视角

目前，各国法律中代孕是否合法及其对代孕的接受程度各不相同。欧陆大部分国家的法律禁止代孕，例如，德国《胚胎保护法》（1990年）规定：“对意愿在分娩后将子女转让给第三方的妇女（代孕母亲）进行人工授精或将人类胚胎转移的任何人，最高可判处三年以下有期徒刑

〔1〕 比较典型的是肖永平和张弛根据代孕性质对其进行分类，梳理了世界各国法律对代孕的不同规定，并针对我国有关代孕的司法裁判，提出了根据当事人的诉求确定案件的性质等建议。参见肖永平、张弛：《比较法视野下代孕案件的处理》，载《法学杂志》2016年第4期。何悦和俞风雷通过研究英国的代孕模式，研究非商业代孕在我国的可行性。参见何悦、俞风雷：《我国代孕生殖立法研究——以英国代孕生殖立法为视角》，载《法学杂志》2017年第5期。又如，从亲子关系认定的视角，比对欧洲立法和中国的本土经验。参见黄志慧：《代孕亲子关系的跨国承认：欧洲经验与中国法上的选择》，载《环球法律评论》2021年第2期。

〔2〕 朱晓峰对全国首例非法代孕监护权纠纷案做出评释，认为部分代孕协议可以纳入我国现有法律体系，符合《收养法》的依据该法处理代孕子女的监护纠纷，并应依照未成年人最大利益原则为代孕子女寻找收养人。参见朱晓峰：《非法代孕与未成年人最大利益原则的实现——全国首例非法代孕监护权纠纷案评释》，载《清华法学》2017年第1期。徐明在现有法律禁止代孕的立场上，探讨对代孕行为的刑事治理问题，并认为对非法代孕行为应实行法定犯模式。参见徐明、高晨：《论代孕行为的刑事治理策略》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2021年第4期。

〔3〕 刘长秋反驳了支持代孕的权利学说，认为禁止代孕不构成对委托代孕者生育权以及代母身体权的侵害，反而法律为以上两种权利设置了合理边界。参见刘长秋：《权利视野下的代孕及其立法规制研究》，载《河南大学学报（社会科学版）》2015年第4期。

〔4〕 部分学者认为代孕不只是生理活动更涉及人格尊严，尤其是涉及代孕女性和代孕婴儿人格的内在价值。参见张新庆、梁立智、杨国利、王玉琼、廖新宇：《“生命尊严”系列讨论之四：代孕是否冒犯了人的尊严？》，载《中国医学伦理学》2018年第2期。

刑及罚款。”〔5〕《法国民法典》同样否认代孕合同的效力。与欧陆国家不同的是，英国法律虽然禁止了商业代孕，但为利他性代孕留有空间，英国《代孕协议法》（1985年）第3条第1至6款规定不得从事代孕的代理、中介活动，以及任何报纸、电视、出版物不得刊载或播出有关代孕的广告。〔6〕《人类授精与胚胎法》（1990年）又补充规定：“已婚夫妇可以（在一定条件下）简易要求法院作出命令，规定应将代孕母亲分娩的孩子在法律上视为他们自己的子女。”〔7〕而美国联邦法律没有关于代孕的统一规定，各州有着不同的规定，例如在加利福尼亚州代孕合法，路易斯安那州、新泽西州则对代孕有很多限制，而大部分州并未在法律中对代孕予以明确规定。虽然代孕问题在各国法律中各有规定，但大抵可以分为支持、禁止、部分开放三种态度。在支持代孕合法化的诸理由中，一种观点认为实现生育权是代孕合法化的正当理由。

（一）代孕是实现生育权的一种方式

这种观点将代孕的正当性与保障生育权联系在一起，并提出了相应的文本支持，即世界卫生组织对生育权的内容做出了规定：生育权基于对所有配偶和个人基本权利的承认，包括自由和负责地决定其子女的数量、间隔和时间，并有权利获得这样做的信息和手段，以及有权利获得最高标准的性健康和生育健康，还包括有权利在不受歧视、强迫和暴力的情形下作出有关生育的决定。〔8〕需要注意的是，承认生育权的正当性不能等同于承认代孕的正当性。与其他权利不同，生育权具有某种特殊性，但其并非霍菲尔德意义上的特权（privileges）即“A对做 φ 享有一项特权，当且仅当A没有义务不去做 φ ”〔9〕。如果生育权是一项特权，就会出现这种情况，你有一项权利生育子女，也就意味着你没有义务不去生育子女。如果你决定放弃生育行为，你并没有违反任何义务。生育权的特殊性在于一个人单方无法实施生育行为，无法实现自身的生育权，生育权的实现需要异性的配合。

在我国法律中，男性和女性都享有生育权。首先，女性的生育权明确规定在《妇女权益保障法》第51条，该条第1款规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”其次，男性也同样享有生育权，有关男性生育权的内容则在司法审判中得到承认，例如河南省洛阳市中级人民法院2015年的一份判决书认为：由于不遵守交通规则，造成他人及其怀孕的妻子受伤，致使胎儿流产的，属于侵害了胎儿准父亲人格权中的生育权，侵害了其所享有的保护胎儿正常发育和出生的权利，应当赔偿精神损害抚慰金。〔10〕也就是说，我国法律同样保护男性的生育权。最后，还存在男性与女性生育权发生冲突的可能性。虽然每个人都享有生育自由，但当你行使生育权，放弃生育时，有可能会侵犯另一方的生育权。例如，我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第23条规定：“夫以妻擅自中止妊

〔5〕 Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz-ESchG), Dec. 13, 1990, § 1.

〔6〕 See Surrogacy Agreement Act 1985, Sec. 3.

〔7〕 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Sec. 30.

〔8〕 See Reproductive Right, available at https://en.wikipedia.org/wiki/Reproductive_rights#cite_note-autogenerated1-2, last visited on Aug. 10, 2021.

〔9〕 [英] 莱夫·韦纳：《权利》，瞿郑龙、张梦婉译，载朱振、刘小平、瞿郑龙编译：《权利理论》，上海三联书店2020年版，第24页。

〔10〕 参见河南省洛阳市中级人民法院（2015）洛民终字第357号民事判决书。

娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的, 人民法院不予支持……”生育权的特殊性就在于一个人无法实现生育行为, 但是一个人生育权的实现不能以牺牲其他人的生育权为代价。

在婚姻关系中, 男女双方的生育权存在相互冲突的可能性, 但是由于怀孕、生产的过程主要由女性担负, 女性在生育关系中理应得到更大的保护, 因为剥夺女性生育权造成的伤害远远大于剥夺男性生育权造成的伤害, 所以, 女性应当享有选择生育还是不生育的自由。如果允许索赔, 就会变相使女性沦为生育的工具。也就是说, 无论是否存在婚姻关系, 一方若想实现生育行为, 必须有另一方的配合。生育权为男女双方共同享有, 当女性不愿生育时, 男性有义务不去强迫女性从事生育行为, 这就说明男性享有的生育权不是一种特权, 如此, 生育权就突破了霍费尔德的特权模式, 由此可见, 生育权的实现是附有条件的, 即不能牺牲另一方的生育权。

(二) 生育障碍及其代孕理由

那么, 当有人因客观原因遇到生育障碍时, 是否可以以实现生育权为理由要求代孕, 比较典型的就是因不孕不育或其他健康原因不能或不适宜生育的夫妻, 以及想要养育下一代的同性恋伴侣。这类人群虽然在主观意愿上想要实现生育行为, 但在客观上他们又无法通过正常途径孕育下一代。在这种情况下, 领养也是解决生育难题的一种办法, 但是人们普遍有一种延续自身基因的愿望, 有些人始终抱有想要一个“自己的孩子”的想法, 这是一种生育的意愿, 这就导致了代孕的刚性需求。代孕行为是指借助现代生殖辅助技术, 将胚胎植入代孕妈妈的子宫, 由其替代他人进行孕育和分娩的行为。^[11]这就意味着代孕需求方要想实现自己的生育权, 就需要代孕妈妈部分地让渡自己的身体, 而妊娠行为直接牵涉到代孕人的核心人格利益, 尤其是在代孕涉及的生殖辅助技术存在一定风险时, 这种人格利益的保护尤其重要。^[12]因此, 这就需要在一方的生育权和代孕方的人格利益之间慎重衡量, 即这类群体的生育权能否对抗代孕人的身体权和健康权,^[13]或者, 一方生育权的实现能否以牺牲他人的人格利益为代价。

这时, 首先要区分不同性质的代孕需求, 一种是上文提及的由于身体上的客观原因导致的生育障碍需要请人代孕。还有一种情况是, 需求方客观上不存在生育障碍, 单纯在主观意愿上想要请人代孕。例如, 一些职场女性因不想被生育影响工作寻求代孕; 又如一些女性不希望经受孕给身体带来的痛苦而选择代孕。当然, 这种需求不局限于女性, 现实中也有很多男性通过代孕生

[11] 本文所述的代孕仅指人工代孕, 而非自然代孕。自然代孕, 是指代孕人通过有性生殖行为怀孕、生育的代孕行为。这种代孕方式突破了婚姻制度和伦理关系, 有违社会的公序良俗, 因此不被现行法律接纳。例如, 北京市朝阳区人民法院的判决就不认可同居代孕协议的效力。参见北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初712号民事判决书。

[12] 临床表明辅助生殖技术已成为导致异位妊娠的主要因素之一, 概率高达6.97%。参见李旒、刘风华、龙晓林、张伟良、杜红姿、石宇:《辅助生殖技术后异位妊娠82例临床分析》, 载《实用妇产科杂志》2010年第5期。

[13] 这里之所以分别提及身体权和健康权, 是因为与健康权相比, 身体权除了表达了身体的完整, 更加强调积极主动支配自己身体的器官或组织的自由。而对于身体权的范围学界始终存在争议, 一种观点认为身体权与健康权、生命权共同构成了人格权的基础, 三者同等重要, 身体权是一项独立的人格权利, 不能包括在健康权之中。参见杨立新:《论公民身体权及其民法保护》, 载《法律科学》1994年第6期; 李显东:《人身权法案例重述》, 中国政法大学出版社2007年版, 第50页。另一种观点认为, 身体是生命健康的载体, 有关身体的权益可以涵盖在健康权和生命权之中, 若身体受到侵害, 健康必然也会受到损害, 如此相关的权益可通过健康权, 甚至生命权的规定予以保护。因此, “身体权”无需单独作为一项独立的权利。参见唐德华:《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释的理解与适用》, 人民法院出版社2001年版, 第28页。最终, 我国《民法典》人格权编第1003条明确认可了身体权的独立意义, 规定:“自然人享有身体权。自然人的身体完整和行动自由受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权。”以此强调人身自由和身体完整的重要意义。

育子女的例子。后一种代孕需求，仅仅是出于需求方的主观意愿，并非客观上不具备生育能力。由于代孕价格不菲，选择代孕的人群，一般都拥有优越的经济条件，具有较高的支付能力。那么，一个人能够仅仅出于主观意愿就购买使用他人的身体吗？如果可以，就会导致一种不公正的后果，即强者对弱者的剥削。并且，很多仅基于主观需求而产生的代孕案例在代孕过程中催生的生育行为已经超出了婚姻关系。一些女性误以为，代孕可以把女性从生育的桎梏中解放出来，但这种解放的代价是给弱势的代孕女性套上更加沉重的生育枷锁，代孕反而成为致使女性物化的原罪。因此，后一种代孕需求早已超出了生育权所要保障的权益范围。

（三）客观生育障碍作为代孕的正当理由

更为棘手的考量在于第一种情况，当少数人因客观上的身体障碍而无法生育时，法律是否应该为他们留有代孕的空间？首先要明确的是，这种生育障碍是源自个人原因，不能归为生育权利被剥夺或者被侵犯的情形。也就是说，一个人可能因为各种原因丧失生育能力，但导致不能生育的原因不属于我们要考虑的范围，也就是说，一个人没有生育能力是一个既定事实，即便一个人无法生育，但其仍然享有生育权。例如，某女患有先天性心脏病，如若生育会大概率导致其死亡，但她仍然有决定自己是否生育的权利。又如，某男没有生育能力，但其仍享有不因无法生育而受到歧视的权利。如上情况我们只能说这类人群具有生育障碍，而非丧失或被侵犯了生育权利。

但是，随着科技的进步，出现了各种辅助生殖技术帮助人类克服生育障碍，例如，人工授精、胚胎移植技术等。在这种情况下，一部分具有生育障碍的人群，就在技术的帮助下能够凭借自身的孕育实现生育行为，我们熟知的试管婴儿就是辅助生殖技术的产物。因此，比较理想的情况是，将胚胎植入母体之内，无论精子和卵子是来自父母亲本人还是来自其他人的捐献，该女性凭借自身怀孕、生产的孩子将成为其自然血亲子女。但是，技术不是万能的，仍旧有一部分人群无法凭借自身实施生育行为，例如，对女性来说，年龄过大就是很难克服的困难。而这部分人就产生了代孕诉求。也就是说，根据胚胎植入对象的不同会导致不同的结果：第一种情况是，当某人能够通过辅助生殖技术克服生育障碍，并通过自己的身体实施孕产行为时，我们认为她在行使自己的生育权，并且她在实施生育行为时没有违反任何义务；第二种情况是，具有生育诉求的某人，在生殖技术的帮助下也无法通过自身孕育子女，有可能会选择将胚胎植入代孕人体内，以获得延续后代的机会。那么，这种寻求代孕生育的行为可以被称为一种权利吗？

可以肯定的是这种行为并非是一种特权，否则就会出现如下情形：如果你有一项权利请求他人代孕，也就意味着你没有义务不去寻求代孕。如果你决定放弃寻求代孕，你并没有违反任何义务。这显然有违上文的讨论，因为，没有生育障碍的人以及通过技术可以克服生育障碍的人通过代孕实现生育行为是不正当的。另外，这种寻求代孕生育的行为是一项要求权吗？霍菲尔德认为要求（claims）就是“A享有B做 φ 的一项要求权，当且仅当B对A负有做 φ 的一项义务”^{〔14〕}。如果代孕是一项要求权，就会变成代孕需求人享有代孕人为其代孕生育的一项要求权，当且仅当代孕人对代孕需求人负有其代孕生产的义务，这项要求权才能产生。如果代孕人与代孕需求人

〔14〕 前引〔9〕，莱夫·韦纳文，第25页。

之间达成协议，这项要求权是否有可能基于契约而产生呢？

三、有偿代孕契约侵犯人格权吗？

（一）两类人格权

无法解决生育障碍的代孕需求方与代孕人达成代孕的合意，签订代孕契约。这时存在两种情况：若此契约属于有偿契约，双方存在交易关系；若该代孕行为是无偿行为，则双方属于非交易关系。有偿行为是指依法承担给付义务是以另一方承担对待给付义务为条件，并且对待给付和给付具有对等价值的情形。如果根据当事人已成为行为内容的意愿，另一方不需提供对待给付，那么负担行为就是无偿的。^{〔15〕} 有偿契约是最普遍的契约形式，有偿代孕契约中需求方对代孕方负有给付义务，也存在有中介参与的三方行为的可能。也就是说，代孕方通过自己的子宫孕育胚胎，代替需求方实施生育行为，并通过这种“租赁”换取一定收益。在这种代孕关系中，代孕行为与一定数额的金钱存在等价关系，这就出现了用经济利益换取人格利益的情形。当然，并非所有的人格利益都不能换取经济利益，例如，肖像权、姓名权。我国《民法典》第1018条至1022条^{〔16〕}规定了肖像的制作、使用、许可使用及保护等内容，肖像权人可以许可他人制作、使用、公开肖像权人的肖像。为什么同属于人格利益，肖像可以合法地许可使用，但子宫却不能用来换取经济利益呢？

民法学者认为，人格权可以分为精神性人格权和物质性人格权，精神性人格权是自然人对其精神性人格要素的不可转让的支配权的总称，例如肖像权、名誉权、隐私权等。物质性人格权是指自然人对于生命、身体、健康等物质性人格要素的不可转让的支配权。^{〔17〕} 这种划分主要是为了区分人格权保护的利益的不同性质，其中物质性人格权属于固有性权利，具有强烈的专属性，与主体不可分离，无需通过人的行为而取得，并且物质性人格权的客体是生命、身体、健康等人身固有的人格利益，因此这种人格权不得克减。^{〔18〕} 从后果主义的角度讲，物质性人格权关涉核心的人格利益，一旦出现侵害，很难用金钱或其他方式进行等价补偿。例如，对比肖像权的使用和代孕行为，如果肖像权受到侵害，一般来说分为两种：一是未经许可的使用有损肖像权人的经济利益，另一种则是不合理的使用有损肖像权人的名誉、形象等人格利益。前者可以通过补偿经济损失的方式作为弥补，后者可以通过恢复名誉、消除损害、道歉、赔偿精神损失等进行救济。相比较而言，代孕则是通过子宫实施生育行为，一旦代孕人在实施代孕的过程出现问题，人格利益遭受损害的程度更加严重，对代孕人的生命健康会产生重大影响。因此，对代孕争议来说，其中涉及的人格利益保护与物质性人格权的保护相关。

总体而言，在我国法律中物质性人格权属于非商品化人格权，而部分精神性人格权则可以在

〔15〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2013年版，第446页。

〔16〕 《民法典》第1022条规定：“当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。”

〔17〕 参见张俊浩：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第135、138页。

〔18〕 参见王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社2005年版，第45页。

具备相关权利能力的主体的意志决断下作为商品进行交易。之所以对物质性人格权的保护程度更高，对其利用的限制更为严格，是因为物质性人格权直接关涉人自身的物质存在，影响人的行动能力和生存质量，物质性人格权的特殊性也在于此。

（二）契约自由与保护物质性人格权的冲突

对于部分精神性人格权，权利主体可以自我决断，那么，这种意志自决为什么不能突破对物质性人格权的保护呢？代孕人的同意能否对抗这种核心人格利益受损的巨大风险？这就涉及物质性人格利益的利用问题，而现实中对资源最普遍的利用方式就是以契约的方式进行交易。但由于物质性人格权的特殊性，各国法律对物质性人格利益的契约交易呈现出截然不同的态度。对比来讲，国外已有物质性人格利益商品化的先例，例如，美国是世界上人体资源利用最为开放的国家，在加利福尼亚等州代孕都属合法行为，并且，血液、卵子等人体组织都可以在相关组织的监管下进行交易。^{〔19〕}但是人体器官买卖在世界上大部分国家都属违法，当然也有例外，在伊朗允许肾脏的合法买卖。^{〔20〕}在我国，由于这些行为都会对供体的生命健康有不同程度的风险和影响，^{〔21〕}因此为我国法律所禁止，例如对血液这种可再生的人体组织，根据《献血法》，^{〔22〕}卖血和接受卖血均属于违法行为，而针对不可再生的人体器官，我国《刑法》规定了组织出卖人体器官罪。^{〔23〕}即便如此，黑市中仍旧存在肾脏交易。也就是说，人体资源的利用和稀缺是始终存在的，这也从侧面反应了物质性人格利益的宝贵。

那么，人体资源的稀缺性和意志自治能否为物质性人格利益的契约交易提供正当理由呢？具体到代孕问题，代孕人能否为了换取经济利益选择自甘风险？代孕人是否有权对自己的子宫和身体自由处置呢？必须在物质性人格权特殊性的基础上考虑这一问题，“身体是自我普遍的、不可分割的、外部的定在”^{〔24〕}，也就是说我只有拥有身体，我的生命及其外在活动才具有可能性，身体是我的前提，如果自由意志的外部定在消失了，人格本身也就失去了现实的依托。由此可见，物质性人格权的特殊性首先决定了物质性人格利益的利用不能导致人作为生物体的死亡，即自由意志外部定在的消失。

那么，自由意志能否对损害自身健康的契约做决定呢？理论上针对这一问题出现了明显的分歧，代孕契约是否合法的争议就源于此。一般法理论中认为，“人格一般包含着法权能力

〔19〕 美国的国家器官移植法对禁止买卖的人体器官作了列举式的规定，但并未将血液、卵子、精子列入禁止交易范围之内。除路易斯安那州外，美国各州没有禁止卵子的交易，弗吉尼亚州甚至通过法律明确规定了卵子的可交易属性。See Kara W. Swanson, Rethinking Body Property, 44 (1) *Florida State University Law Review*, 205-206 (2016).

〔20〕 See Dylan Fukai, Organ Donations: Why the Gift of Life Ideology is Losing Lives, 42 (2) *Hastings International and Comparative Review*, 509-539 (2019).

〔21〕 例如，一些供卵者在供卵之后感染了卵巢过度刺激综合征（ovarian hyperstimulation syndrome, OHSS）等卵巢疾病，导致不孕不育，甚至死亡。参见王雅琴、杨菁等：《取卵后黄体期应用来曲唑降低血中雌激素水平不降低卵巢过度刺激综合征发生率》，载《北京大学学报（医学版）》2013年第6期。

〔22〕 《献血法》第18条规定：“有下列行为之一的，由县级以上地方人民政府卫生行政部门予以取缔，没收违法所得，可以并处十万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）非法采集血液的；（二）血站、医疗机构出售无偿献血的血液的；（三）非法组织他人出卖血液的。”

〔23〕 《刑法》第234条之一第1款规定：“组织他人出卖人体器官的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

〔24〕 〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，邓安庆译，人民出版社2016年版，第100页。

(Rechtsfähigkeit), 并且构成抽象的、因而也是形式的法的概念和其本身权利的抽象基础。所以法的命令是: 成为一个人, 并尊敬他人为人”〔25〕。权利能力就是指我作为一个人, 法所规定的我具有的那些权利也就是使我成为人的那些权利, 如果我丧失了那些权利也就丧失了我的人格。所以, 法律要维护使人成为一个人的基本权益和人格尊严, 任何诉求想要成为合法的权利也必然要尊重人格尊严, 具有维护人格利益基本价值。契约是维护人格自由的典范, 但契约也存在否定人格的情形, 例如卖身契, 但这也是一个悖论, 因为否定人格价值的契约本身就属于不法 (Unrecht, iniustitia)。

并且, 黑格尔认为“从契约中产生的权利并不是人格的权利, 而只是对他外部的某种东西或者可以由他转让的某种东西的一种权利, 即始终是对物的权利”〔26〕。但现实中, 主客体、人与物的区分愈发困难。人们很难区分主体的客体化和把主体的部分客体化, 身体、时间等主体自身的许多方面都处在模糊地带, 它们能够被外化进入所有权领域。〔27〕将身体自身对象化就导致了人的物化, 进而导致人主体尊严的丧失。与此不同, 功利主义伦理学则鼓励交易和效率, 而市场经济导致的贫富差距也会促使穷人变卖自己的身体利益, 这也是人体资源黑市交易的重要原因。因此, 现实中支持物质性人格利益完全自由流通的国家并非主流, 即便是允许物质性人格利益交易的国家, 大都附有较为严格的监管。因为, 一旦以市场价值衡量人格价值, 人就失去了主体地位, 进而在客体中丧失自我, 现实中就出现了卖肾买苹果手机例子。同样, 允许代孕契约合法化也会造成女性无法真正自主选择。因为, 一旦子宫成为工具, 人格就在金钱利益中沦丧, 这时权利主体消失, 权利也就形同虚设。

但是, 有一种观点认为, 掌握了一定的财富才能拥有更好的人生, 才能更好地实现人格价值, 没有掌握财产的人格权是空洞的。因此, 如果代孕可以帮助一些人获得更多的财富, 继而享有好的人生, 那就不应该禁止。〔28〕这种经验的考量使得当事人在很多情形下极容易达成出卖人格利益的契约。这种处置将身体视为外在于人格的物, 最终陷入了一种悖论: 通过支配和利用部分人格利益, 换取更大的人格利益, 出卖人格尊严换取更高的人格尊严。映射到现实之中, 想要获得财富的人沦为金钱的奴隶, 为拥有大量社会财富的人役使; 想要在生活中获得更广阔自由的人, 最终丧失了人身自由和选择的自主性; 想要过一种更好生活的人, 反而丧失了生活本身的伦理意义。人是目的, 不是手段。一旦人沦为了工具, 就丧失了主体资格和尊严。也就是说, “权利的必要性限于否定的方面, 即不得伤害人格或从人格中产生的东西”〔29〕。因此, 契约自由是有一定限度的, 不得以牺牲物质性人格利益为代价。而有偿的代孕契约中代孕人为了金钱利益出让自身最为核心的人格利益, 违背了契约自由的初衷, 属于不法。

〔25〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第85页。

〔26〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第89页。

〔27〕 参见冯嘉荟:《物权的人格化还是人格权的物化——黑格尔论人格、人格权和物权》, 载《北京社会科学》2020年第5期。

〔28〕 See Daisy Deomampo, Transnational Surrogacy in India: Interrogating Power and Women's Agency, 34 (3) *A Journal of Women Studies*, 174-175 (2013).

〔29〕 前引〔24〕, 黑格尔书, 第86页。

四、物质性人格利益的支配属性与代孕的可能性

（一）物质性人格利益的支配属性

如上所述，部分学者将物质性人格利益认定为支配权，凡权利人可以直接支配其标的并具有排他性之权利，均属于支配权。^[30]但人格权尤其是物质性人格权属支配权这一观点在学界仍存在争议。部分学者否认生命权、身体权等物质性人格权具有支配权能，他们认为支配是对物的支配，是主体对客体的一种关系，承认人对生命、身体等物质性人格要素的支配权，就是对人自身的物化，有损人格尊严。而《德国民法典》也持此态度，卡尔·拉伦茨认为，人身权根据他的实质是一种受尊重的权利，一种人身不可侵犯的权利，因此，人身权不是一种支配权。^[31]甚至，更有学者认为人格具有主客观一体性，物质性人格与精神性人格不可分割，其作为人格自由的体现，不存在支配的可能。^[32]而另一部分学者则认为物质性人格权本身具有支配属性，例如生命权体现的是自然人对自我生命的掌握与支配，而献身和安乐死则是生命支配权的具体实现方式，这类放弃生命的行为是正当的行为。^[33]这种对物质性人格利益的自主支配，恰恰彰显了人的尊严和自由。现行《民法典》回避了人格权支配属性的争议，但实际上对部分人格权的支配做出了认可，例如《民法典》第1006条肯定了无偿捐献人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为，《民法典》第1008条规定了人体临床试验的内容。但物质性人格利益利用的现实问题却无法回避。绝对否定和绝对肯定都无法解释实践中的法律现象，法律一方面对部分物质性人格利益的支配予以肯定，例如，《民法典》第1006条肯定了捐献人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为；但另一方面，法律又否认人对物质性人格利益的支配，例如，《民法典》第1007条第1款规定：“禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。”如此，肯定前者就不能解释后者，肯定后者就无法解释前者，可见，否定说和肯定说的理论都会导致自相矛盾。

因此，法律对物质性人格利益的支配不应一味地肯定或否定，而是需要对支配物质性人格利益的目的做详细的考察，要区分支配的目的是出于公益还是私利。黑格尔认为，目的确定内容的满足就是福（Wohl）。主观目的的“特殊性”使得行为人选择主观目的的内容是自由的，他既可以出于“个体自身的主观满足”而行动，也可以是为了实现“自在自为的有价值的目的”而行动。如上文所述，人可能为了获取金钱去卖血，也可能为了救人而去献血；代孕人可能为了获取报酬为人代孕，也可能为了帮助他人孕育孩子而代孕。如果是前者，主观目的的满足就是“私福”（das Privatwohl）^[34]，私福又叫“个人的特殊的福”（besonderes Wohl des Einzelnen）^[35]。如果是后者，就是全福（das Wohl aller）。^[36]“全福”就是“自在自为地存在的普遍东西”（an

[30] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第92页。

[31] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2004年版，第379页。

[32] 参见曹相顺：《人格权支配权说质疑》，载《当代法学》2021年第5期。

[33] 参见杨立新：《人身权法论》，人民法院出版社2002年版，第473页。

[34] 前引〔24〕，黑格尔书，第229页。

[35] 前引〔24〕，黑格尔书，第229页。

[36] Hegel, Hegel Werke in zwanzig Bänden 7: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1970, S. 236.

und für sich seiende Allgemeine)。对涉及物质性人格利益的行为，要区分来看，如果行为目的是为了全人类的福祉或追求保障更为整全的人格价值和尊严，就属于黑格尔所说的“全福”，例如，医学试验、人体器官捐献等，看似是对物质性人格利益的支配，将人身作为客体，实则为了成就更大的人格利益。如果行为的目的仅是为了个人私利，即黑格尔所说的“私福”，例如卖血行为，为了获取金钱将人体组织作为客体，彻底将人物化。所以，不是要完全禁止对人体的支配，而是对人体的支配不得违背人格尊严。^[37] 如果支配物质性人格利益的目的是实现“全福”，则不违背尊重人格尊严的原则，如果支配物质性人格利益的目的仅是实现“私福”，则是对人格尊严的践踏，因此，不应该承认以私福为目的对物质性人格利益的支配。

在我国，临床试验就属合法，因为是出于救人治病的公益目的。但是，只要是试验就会有风险，因此，合法的医疗试验也需要有一些限制条件：为着公共利益，即“为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法”；接受相关部门监管，“依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意”；医疗试验机构具有告知义务；不得向受试者收费。^[38] 可以看到，为了科学的发展和医疗技术的提升，法律允许在一定范围内利用物质性人格权，甚至予以鼓励，允许向受试者付费。即便在相关机构的监管之下，试验依旧存在伤害受试者身体的可能，但是，为着人类能够克服更多的疾病和痛苦，法律允许这种风险的存在。这样的例子还有很多，如，卖血是违法行为，但捐献血液挽救其他人的生命为法律所允许。买卖器官是违法行为，而器官捐献为法律所允许。并且，这些为着公共利益、帮助他人的行为为道德所肯定。人格内在于人，是与人不可分离的本质性的东西。人格成为最具价值的东西，无法用金钱衡量或置换。可以发现，被法律所允许、道德所认可的支配部分人格利益的情形，是为了成就更大、更整全的人格价值。例如，医疗试验是在最低风险下维护全人类生命健康，献血是通过捐献部分可再生的人体组织挽救其他人的生命利益。可见，生命存在本身具有独立的价值，是实现其他人格价值的前提，但在某些情况下人们为了维护更高的人格价值，可以支配某些物质性人格权益。

（二）无偿性能为代孕的合法性辩护吗？

如上可见，代孕似乎存在一定的合法空间，即，在为着“全福”或公共利益的情况下，或在无偿的非交易关系中，法律认可物质性人格利益的支配。那么，代孕作为无偿的行为能否被合法化呢？类比器官捐献行为，器官捐献一般默认为自然人死亡后捐献，但也存在活体捐赠的情况，但活体捐赠器官是有条件的，而捐赠的范围仅限于捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲，或者有证据证明与活体器官捐献人存在因帮扶等形成亲情关系的人员，并且不得摘取未满18周岁公民的活体器官。^[39] 无论是捐赠器官给陌生人还是一定范围内的亲属，都属于牺牲自己的部分身体利益，帮助他人延续生命或者获得更完整的生命价值。而活体捐献直接影响捐献人的身

[37] 参见周平、严永和：《现代科技背景下生命支配权之理论审视与制度构建——兼论“民法典·人格权”编之生命权立法的完善》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2019年第1期。

[38] 《民法典》第1008条规定：“为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法，需要进行临床试验的，应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意，向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况，并经其书面同意。进行临床试验的，不得向受试者收取试验费用。”

[39] 《人体器官移植条例》第9条规定：“任何组织或者个人不得摘取未满18周岁公民的活体器官用于移植。”第10条规定：“活体器官的接受人限于活体器官捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲，或者有证据证明与活体器官捐献人存在因帮扶等形成亲情关系的人员。”

体完整、生命健康和生活质量，我国法律仅将活体捐赠局限于肝脏、肾脏等非单一数量的器官，摘取其一，在不会导致捐献人失去生命的同时挽救另一个生命，或者允许捐赠例如骨髓、血液等可再生的组织，不影响捐献人身体的完整性，仅将牺牲重大身体利益的活体捐献限制在捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲、因帮扶而形成亲情关系内。法律不允许陌生人活体捐献器官，避免名为捐献实为利益交换的情形发生。

同理，如果根据帮助的对象不同，无偿的代孕行为也可以分为两种情况：一种是针对不特定的对象，即无偿帮助陌生人代孕；另一种是针对特定对象，无偿帮助具有一定特殊（亲属）关系的人代孕。第一种情况在现实中极少存在，实践中很多政府和学者都担心代孕引发商业化风险，^{〔40〕}容易造成暗中利益交换，所以予以排除。需要重点讨论的是第二种针对特定对象的无偿代孕，通常是把这种特定关系设为亲属关系。虽然现实中也可能存在好友之间代孕的诉求，但友情无法实实在在地被法律鉴定，仍旧存在私下交易的风险。因此，只能把无偿代孕的主体限定在有特定亲属血缘关系的人之间。

这样，代孕合法化的路径就变得极其狭窄了，一方面，基于权利正当性，只能是基于保障有客观生育障碍人的生育权才能启动代孕；另一方面，为了避免代孕对人格权的侵犯，代孕只能是无偿的，并且仅限于有特定亲属血缘关系的人之间。但是，有特定亲属血缘关系的人之间的无偿代孕有可能违背伦理，例如母亲帮女儿代孕。所以，即便特定亲属血缘关系的人之间为了克服客观生育障碍的无偿代孕，也不一定被合法化，还需要参照《民法典》第1009条的规定^{〔41〕}附加四个禁止性条件：不得违反人伦道德、不得有损健康、不得违背真实意愿和不得违反法律法规。首先，代孕要符合伦理性要求。即便是出于自愿的无偿行为，此种代孕也不得违背伦理道德，即亲属之间的代孕行为不能有违人伦，例如，女儿为父母代孕，为养父母代孕。其次，代孕不得损害他人健康。代孕人不应具有某些基础性疾病，导致代孕人因妊娠行为而加重疾病或引起更严重的后果，甚至威胁生命。并且，代孕人也不能具有某些对婴儿健康有不良影响的疾病。再次，代孕不得违背代孕人的真实意愿，所以，代孕人必须是完全行为能力人，并符合我国法律的相关年龄要求，虽然《民法典》并未直接规定法定生育年龄，但可以参考法定的单身收养年龄，即“不得早于三十周岁”。^{〔42〕}尤其要知晓妊娠行为对其自身的生理性和社会性影响，甚至，可以要求代孕人须具有生育史，以此确保代孕是在代孕人知情前提下的自愿行为。总之，要履行详细告知的义务。最后，应当遵守法律、行政法规和国家对代孕的有关强制性规定。而这些具体的限制条件都需要专门机构的监督和管理，例如，独立于代孕双方当事人和实施代孕医疗技术的医疗机构的伦理委员会。

五、结 论

我国不孕不育人口逐年攀升，虽然代孕不是解决这一问题的唯一方式，但现实中代孕的数量

〔40〕 See Eva Steiner, Surrogacy Agreements in French Law, 41 (4) *The International and Comparative Law Quarterly*, 867 (1992).

〔41〕 《民法典》第1009条规定：“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。”

〔42〕 依据《民法典》第1098条，收养人应当同时具备一些条件，其中一个条件就是年满30周岁。

只增不减。至今,在我国代孕仍处于灰色地带,每年有大量的代孕婴儿被“生产”出来,而有关代孕的纠纷也层出不穷,但由于代孕的法律性质不明,处罚依据不足,现有法律法规不能约束代孕链条中的全部参与者,这导致大量司法判决对代孕性质、代孕协议的效力问题保持沉默,弱势群体权利无法得到有力的保障。因此,无论是禁是放,都亟需对代孕概念进行严格界定,并明确代孕行为的法律后果。基于此,本文从权利的正当性视野分析了代孕合法性问题,既要保障具有客观生育障碍的人群的生育权,又要谨防代孕人的人格权遭受侵害,由此得出结论,代孕须同时满足如下三个限制条件才有可能为法律所认可:第一,代孕的起因限制条件:代孕只限于上文讨论的极少数特殊群体,即具有不可克服的客观生育障碍的群体,在此范围内的代孕诉求才具有正当性;第二,代孕的公益限制条件,该代孕行为必须属于无偿行为;第三,代孕的主体限制条件,为了谨防代孕中潜在的商业化可能,应将代孕行为限制于近亲属之间,杜绝虚假串通以无偿之名行有偿之实,避免暗中交易。

总之,只有特定亲属血缘关系的人之间为了克服客观生育障碍的无偿代孕,才可能被合法化。可见,代孕合法化的路径极其狭窄。即便是这类代孕还须同时满足四个禁止性条件:不得违反人伦道德、不得有损健康、不得违背真实意愿和不得违反法律法规。需要注意的是,即便符合这些条件,也不一定意味着代孕行为能够被纳入现有的法律体系。因为除了抽象的理论推演,实践中还有很多现实因素需要考量,例如社会经济水平、配套法律的健全程度、对相关医疗行业的管理控制等因素,但这些经验层面的讨论超出了本文的范围。

Abstract: The development of assisted reproductive technology (ART) has challenged existing laws and has triggered controversy over the legality of surrogacy. The realization of reproductive rights is the most powerful reason to support the legalization of surrogacy. But in fact, only a few people can't overcome the objective barriers to fertility, and their surrogacy needs is truly reasonable. But helping a person overcome birth barriers should not be at the expense of others' personal interests. Surrogacy is directly related to the core material personality interests of the surrogate. Such personality interests directly affect the people's life and health. The transfer of such interests should be based on respect for the value of personality. Therefore, it is not suitable for commercial transactions. Then, in a non-transactional relationship, gratuitous act may justify the legality of surrogacy. However, even unpaid surrogacy should still be subject to multiple restrictions.

Key Words: surrogacy, reproductive rights, material personality rights, gratuitous act

(责任编辑:赵真 赵建蕊)