

公序良俗:代孕技术限制的法理基础

冯源¹ 李春斌^{1 2}

(1. 厦门大学法学院 福建 厦门 361005; 2. 西藏民族学院法学院 陕西 咸阳 712082)

摘要: 由于现代科技的发展,立法上完全杜绝代孕几无可能,视而不见也绝非明智。代孕技术立足于生育权的保障,其针对的对象主要是不能生育或生育有缺陷的主体。对于代孕,必须进行必要的限制或规范。从公共秩序的层面,国家立法和公共政策对代孕技术的实施进行了限制,并从合法性的角度对代孕行为提出了质疑。从善良风俗的层面,宪法道德、契约法道德和家庭法道德亦对代孕技术的实施进行了限制,并从合理性的角度对代孕行为提出了质疑。公序良俗原则是代孕技术限制的法理基础。

关键词: 代孕; 公共秩序; 善良风俗; 公序良俗原则

中图分类号: D920.0 文献标志码: A 文章编号: 1001-5744(2012)04-0121-05

当代社会,随着人类认识和改造自然能力的增强,繁衍后代的方式已经不再局限于传统自然生殖的范畴,利用先进的生物技术进行人工生殖在世界范围内逐渐兴起。作为人工生殖技术的一种类型,人们对代孕技术已经不再陌生。一方面,生物科技的发展为代孕技术的实施提供了必要条件,生育革命将会导致人类科学地选择自身的进化;生育革命发生在生物科技,尤其是基因工程的巨大进步基础之上,人类从自然生育,经过计划生育,终于走到了选择生育的时代^[1]。另一方面,代孕行为亦有其存在的社会现实基础——据数据显示,在异性夫妻中,有15%的不育症发生率,35%的配偶不育的原因在丈夫,40%的配偶不育的原因在妻子,25%的配偶不育的原因来自两者^[2];就总数而言,根据世界卫生组织2002年的报告,全球有八千万人患不孕症^[3]。即便科技条件与社会需求对代孕技术的实施起到了正面的推动作用,但它仍然饱受诟病,最主要的原因在于对公序良俗原则的巨大挑战。但是,如果对国家立法和社会道德加以深层的透视,却仍然能够发现代孕存在的空间。对代孕较为合理的规制方式不是从存在上予以绝对地扼杀,而是从程度上予以应有的限制。

公序良俗是公共秩序和善良风俗的合称,一是从国家的角度定义公共秩序;二是从社会的角度定

义善良风俗^[4]。因此,为了便于本文的分析讨论,我们将从公共秩序与善良风俗两方面就其对代孕技术的限制进行探讨。

一 公共秩序对代孕技术的限制

就国家立法层面而言,当下中国针对代孕行为的规制缺乏较高位阶的法律,现行的其他规范又存在诸多缺陷与疏漏。法律规范之阙如或缺陷似乎难以和代孕行为被社会公众关注的程度相契合。即便如此,我们依然可以从一些官方文件中读出国家对于代孕行为的“不鼓励”“视而不见”“躲躲闪闪”“回避”乃至“禁止”的态度。这种态度体现于部门规章,也体现于国家的公共政策。换言之,国家立法从合法性的角度对代孕行为提出了质疑。

(一) 国家立法对于代孕技术的限制

国家立法对于代孕技术的限制仅见之于卫生部的行政规章中,卫生部于2001年发布的《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定,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。同时,卫生部在2003年发布了《关于修订人类辅助生殖技术与人类精子库相关技术规范、基本标准和伦理原则的通知》,此通知对于部门以前相关立法进行修订

收稿日期: 2012-03-27

作者简介: 冯源(1989—),女,湖北老河口人,厦门大学法学院硕士研究生,主要从事家庭法学研究。

时,也在多处重申禁止实施代孕技术(比如《人类辅助生殖技术规范》第三部分“技术实施人员行为准则”第七条规定禁止实施代孕技术。《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》第四部分“维护社会公益的原则”规定医务人员不得实施代孕技术)。

研读国家立法对于代孕行为的规制及态度,我们发现,如是立法缺陷及弊端有二:其一,行政规章之规定并不能排除公民之间订立代孕合同的效力。《中华人民共和国合同法》对于公民的意思自治给予了较高等度的尊重,而在现实生活中,代孕行为主要是通过代孕的委托方和代孕受托方之间订立合同来实现。《中华人民共和国合同法》第五十二条对于合同无效的情形作出了明确的规定,代孕合同当然不符合前面四类合同无效的情形,但是在兜底条款中也无法排除代孕合同的效力,因为兜底条款规定违反法律、行政法规强制性规定的合同无效,而卫生部的行政规章本身效力位阶低于法律、行政法规,无法限制公民意思自治的自由。且不论对于代孕行为的完全禁止是否合情合理,但只有效力层级在行政法规以上的立法才能够实现相应力度的管制,否则不规范的管制只能迫使代孕行为由公开转向地下,且不规范的操作可能会引发一系列更严重的社会问题。

其二,禁止实施代孕主体的法律设计不周延。行政规章明确规定禁止实施代孕技术的主体为医疗机构和医务人员,而作为国务院组成部门之一的卫生部在对于此类主体进行管制的权力也只能延及在国家卫生行政部门登记注册并受其管理的医疗机构和医务人员。这种立法对于以下几类主体并没有管制的效力:第一,对代孕委托方和受托方无约束力,他们可以通过意思自治订立代孕合同,实施代孕技术。第二,对代孕中介无约束力,代孕中介相对比较系统化的操作使得代孕的供求形成一个巨大的市场,代孕的各个环节组成一个紧密相连的产业链,有的代孕中介机构甚至认为自己从事的是高尚的事业。第三,除了医疗机构和医务人员之外的其他科研人员也有权实施代孕技术,开展代孕技术的科学研究,使其更加更熟、具有可操作性。

可见,国家虽然对于代孕行为持“不鼓励”“禁止”的态度,但是现行立法却在效力层级和完整性、规范性上存在一系列的法律漏洞。假如代孕行为之社会需求稍加推动,现行部门规章之规定无法亦无力消除立法之滞后性与社会现实需求之间的冲突,必然被虚置。长此以往,民众愈来愈无法信任法律,

则法律之神圣性价值荡然无存,最终沦为一纸空文。

(二) 公共政策对于代孕技术的限制

代孕技术的实施也伴随着新生命的孕育过程,代孕技术的广泛开展也会导致国家人口的增加。有实务界人士认为,这在一定程度上与中国计划生育的政策相冲突,是违法的^[5]。中国倡导并施行计划生育已有半个世纪的历史,不仅为《中华人民共和国宪法》所规定,且在《中华人民共和国人口与计划生育法》中予以系统的立法规制,甚至将其作为《中华人民共和国婚姻法》的基本原则之一加以倡导,同时还经常在国家出台的公共政策上予以充分重视和持续强调。人类面临的一个最重要和最基本的矛盾是人口不断增加与资源日益匮乏。这个矛盾最直观的表现就是“拥挤”^[6]。尽管计划生育之存在是为了部分地解决“拥挤”,但代孕技术是否会愈来愈造成“拥挤”,尚需人口学专家的深入研究,不便在拙文中下结论。

但不可否认的是,代孕技术在国家计划生育政策之下尚有自己的生存空间。其表现为:一方面,代孕技术的实施和国家的计划生育政策之间不存在绝对的对立关系,其完全可以在政策约束的范围之内开展;另一方面,随着现实国情的改变,计划生育政策在一定情况下有松动和缓和的趋势,并非具有颠扑不破的刚性。

事实上,代孕技术和国家计划生育政策并不矛盾。由于二者立足点不同,加之当今社会对人权的重视,国家计划生育政策应当为代孕行为留下一个缺口,以弥补少数人不能本能生育之缺憾。代孕技术立足于生育权的保障,其针对的对象主要是不能生育的主体,而国家计划生育政策立足于对生育权的限制,系国家对于生育行为进行的宏观调控。科学的进步使得原本生育能力有一定缺陷的人也可以通过技术繁衍后代,一定程度上允许代孕行为体现了国家对于人权的尊重。对此,国外的立法精神可资借鉴。如美国新泽西州最高法院法官哈尔维·索尔科在审理“婴儿 M”案时就指出,如果一个人有权以性交方式生育,那么他就有权以人工方式生育。如果生育是受到保护的,那么生育的方式也应受到保护。本法庭认为这种受保护的方式可以扩展到用代孕生孩子。^[7]我们认为,虽然不能生育的人属于少数群体,但是立法也应该禁止通过多数人的“暴政”而对少数人的权利进行剥夺,少数人的权利亦为重要的人权之一。

但是,代孕技术有其限度和界限。如果实施代

孕技术超越一定的界限,构成对于计划生育政策的根本性违反。我们认为,其合法性亦存在质疑。这是因为,计划生育政策属于国家对于个人利益与公共利益之间的调和,计划生育之下的生育权保障了每个人至少可以拥有一个孩子的权利,计划生育的义务性也限制了生育权无限度地滥用。随着社会的变迁,面对实行计划生育出现的问题(人口老龄化、男女比例失调等),计划生育政策也将出现一些调整,这些为代孕的实施提供了一个有利的社会背景。《中共中央关于计划生育的公开信》言之:到三十年以后,目前特别紧张的人口增长问题就可以缓和,也就可以采取不同的人口政策了。因此,劳动力不足的问题可以不必担心。已有学者^[8]开始担忧中国的生育率会不会过低,人口作为重要的战略资源,不适合在数量上予以过分限制。总之,代孕技术和计划生育政策并不必然对立,二者无本质意义上的矛盾。

二 善良风俗对代孕技术的限制

代孕技术的实施受到了社会传统伦理道德的挑战,这种与自然生殖方式迥然相异的人工生殖技术在社会道德方面需要解决好以下三个问题:第一,代孕技术是否属于对人之身体不合理的支配使用,由此而导致人的社会评价降低、人格受辱、社会尊严受损。第二,代孕多以订立合同之方式明确双方权利、义务,可否请求一定的对价支付,对价支付是否需要受到合理范围的限制。第三,是否应该给予代孕技术一定的限制,以防止家庭伦理道德关系的混乱。如果解决不好这三个问题,那么代孕技术便有可能成为“不道德的”,从而超越了其存在的社会容忍度。对上述问题,容分述如下。

(一) 人格尊严框架下的身体支配权

《中华人民共和国宪法》第三十八条规定“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”。代孕技术涉及人格尊严框架下的身体支配权,属于宪法道德的范畴。如果不用宪法道德对代孕技术的使用进行必要的限制,则其不合法的利用必然会威胁到人格尊严。

代孕毫无疑问涉及自己身体权的一种支配和利用,属于独立人格权的范畴。人格权指存在于权利人自身人格上的权利,亦即以权利人自身的人格利益为标的之权利^[9]。正因为身体权具有人格属性,所以法律需要加以保护,人的独立、自由、尊严和平等是人之为人的基础需求。代孕涉及对子宫的利用,是行使身体权的一种表现,这种行使不得破坏妇

女的人格尊严,否则就是非法利用,是不道德的行为。

在代孕过程中对子宫工具化的使用将使得妇女沦为生育机器,破坏了妇女的人格尊严,有的学者从民法的一般原理出发,认为生育过程需要包括子宫在内的各个器官的协调配合,代孕是对人身体的支配和利用,人的身体不是物^[10]。自然人的身体当然不是物,但是对子宫工具化的利用根本很难和对物的利用区别开来,不是说人的身体是物,而是需要抵制在代孕过程中像对物的利用那样利用人的子宫。有一个非常精辟的“妓女模式”形象地说明了像利用物那样利用妇女的子宫:代孕行为就如同另一种形式的卖淫,代孕者出租自己的身体、子宫以及孕期,就像妓女出租自己的性器官一样;而委托方正是嫖客,购买生殖商品;提供中介服务的则相当于皮条客。在当前中国社会,部分代孕特别容易导致妇女对于子宫像对物那样利用,因为部分代孕较多以传统型代孕的方式实施,较少以体外受精代孕的方式实施,即非妇女丈夫的男子通过直接和妇女发生性关系而促使其怀孕。现在社会的性道德具有严肃性,性行为多限制在婚姻家庭的范围之内,支持部分代孕无疑会放纵婚外性行为,而且这种利用的方式可以看到子宫工具化利用深深的痕迹,侮辱了妇女的人格,比较极端的理解是卖淫的变相行为。另外,不论是何种形式的部分代孕,均不利于“儿童最大利益原则”的实施,因为代孕受托方作为孩子的亲生母亲而与其存在血缘上的天然联系,又亲身经历十月怀胎的孕育过程,却不得不在孩子落地的时刻忍受分离的痛苦。

正因为对人格尊严框架下身体支配权的考量,所以作出了不支持部分代孕的观点,但是完全代孕也许能在现行的宪法道德之下寻求到可能的存在空间。有学者认为允许对代孕的合理利用是对代孕受托方身体权的尊重,但是其没有指出合理利用是否需要按照部分代孕和完全代孕给予相应的区别,而将“部分代孕”排除合理利用的范畴,其认为科技的发展与现代伦理的进化为身体权注入了新的内容,允许自然人对自己身体组成部分进行利益处分。代母代替他人怀孕,提供的是孕育婴儿的身体利益,正是其行使身体权的体现。既然血液、皮肤等身体组成部分的器官、组织与自然人身体主体部分相脱离而进行的转让都能够获得法律的允许,我们理当宽容自然人利用自身的妊娠功能和处分子宫利益的代孕^[11]。无论如何,将合理利用代孕的方式理解为对

人身体利益的处分和支配,为我们提供了一个新的视角和思维方式。

(二) 契约法框架下的对价获得权

梅因认为社会变迁的巨大进步体现于“从身份到契约”^[12]的运动。契约立足于平等,主体为享受到的利益支付相应的对价似乎无可厚非,而这正是平等的体现。但在代孕问题上,此种解释似嫌牵强。

代孕有商业代孕合同与非商业代孕合同之分类。订立合同的出发点有利己主义和利他主义的区别。商业代孕合同往往以索取高额甚至巨额的经济利益为标志,而非商业合同往往只需要支付合理的补偿即可。有学者认为,应该禁止牟取高额利益的商业代孕合同,认为高额酬金代孕合同收取的费用大大超出了合理补偿的限度,是一种纯粹以“出卖”身体为手段的牟利性合同,与出租器官或变相出租器官并无本质上的区别,而且放纵这种商业性代孕合同的话,代孕这种行为最终将只成为富人们玩弄、左右的工具^[13]。有学者认为禁止商业性代孕合同的学者是一种“伪善”,认为收费与否、收费高低、所收之费称为什么无关道德,关键看在此民事行为中是否遵循了民法基本原则,遵循了民法基本原则就符合了公序良俗^[14]。公序良俗是契约法必须遵循的法律道德,在《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国合同法》中均有所体现。由此出发,确实应该对于高额商业代孕合同给予禁止。

代孕是一种对生育权的保障措施,并非是一种消费手段,其针对的对象具有特殊性,即针对有生育缺陷的妻子或者丈夫,有生育缺陷的人属于少数群体。基于此,实在不应该在立法上鼓励其形成一个庞大的产业链,若允许高额商业性代孕合同的存在,无疑是用市场这只无形的手吸引一批相关的人进入到这个产业,富人必然会在这个产业中占有消费优势。再加之相关立法的欠缺,有可能会使得某些没有生育缺陷但不愿意自己怀孕的富人寻求代孕的消费方式,这违背了立法给予不能怀孕之少数群体以人道主义关怀的初衷。

代孕具有最后手段性的特征,不到不得已的时候不应该进行使用,这也是立法应该给予的一种明确导向。当然,高额利润的商业代孕合同也很难和合理利用身体权或者合理支配身体利益联系起来,超越合理的限度便构成一种权利的滥用,事实上践踏了自身的人格尊严。人身利益和人格关系密切,不合理地支配人身利益是违反法律道德的行为。

当然在代孕合同的规制层面上进行绝对利他主

义的立法也具有不现实性,违背了人性,还是应该给予愿意为别人代孕的妇女以合理的经济补偿。十月怀胎历经千辛万苦,代孕妇女与腹中胎儿融为一体、不可分离。代孕受托方在孕育新生命过程中所涉及的相关费用,包括手术费、营养费、护理费等均应由代孕的委托方负担,并允许在此基础上给予高于常规的经济补偿,但最好是有一个法定的比例进行限制。这有利于国家限制代孕产业的规模,便于规范;而且,非商业性的代孕合同具有比较明显的利他性,愿意作出这种牺牲的人在人际关系上往往和代孕委托方存在一定的关联,很有可能是代孕委托方的亲戚、好朋友等,体现了基于友谊或者亲情的人与人之间的互助和关怀,是典型的基于人性的规范,不违背公序良俗原则。

(三) 家庭法框架下的亲子伦理

家庭法框架下的亲子伦理也面临着来自于代孕的挑战,如果立法不予以恰当的处理,其将导致亲子关系的混乱。代孕对于亲子伦理的挑战主要集中于以下两个方面:第一,如何处理代孕委托方与代孕受托方和代孕生下来的孩子之间的法律关系;第二,代孕技术的实施是否需要遵从一些特殊的禁忌,比如是否需要规定代孕受托方不得由某些特殊的亲属担任。媒体曾经报道过美国、日本的两位母亲分别代女儿孕育外孙的实例之后,引起社会舆论的一片哗然。

关于代孕子女亲子关系的认定,主要有“血缘说”“分娩说”“婴儿最佳利益说”和“契约说”等观点。“血缘说”顾名思义是指以血缘关系或基因来源判定亲生父亲、母亲的身份并在此基础上建立亲子关系的观点^[15]。“分娩说”认为,由十月怀胎的漫长过程和分娩的痛苦所建立的骨肉之情具有比基因更重要的价值,故在代孕情形下也应同样坚持“分娩者为母”的民法传统原则,由代孕者成为孩子法律上的母亲^[16]。“婴儿最佳利益说”认为,形成婴儿的卵子来自何方并不重要,重要的是其行为是否有足以认定为母亲的条件,能否为婴儿提供一个良好的成长环境^[17]。“契约说”强调,代孕子女的出生是基于委托夫妻与代母达成的代孕协议,双方约定了由委托夫妻成为孩子法律上的父母,故法律应当尊重当事人的意思自治^[18]。

我们同意以“契约说”来厘清代孕受托方、代孕委托方与子女之间的法律关系,双方通过代孕合同之规定,明确相应的权利、义务。代孕受托方只是作为生育辅助者来帮助代孕委托方完成整个人工生殖的过程,其本人并没有成为代孕子女之父母的意思

表示。法律尊重当事人意思自治的表现,就在于承认代孕委托方为代孕子女之法律父母的地位。况且,立法有限度地允许代孕的存在本来就是为了保障有生育缺陷之人的生育权,如果不认可代孕委托方为代孕子女之法律父母的地位,这违背了立法的初衷。另外,基于“儿童最大利益原则”的考虑,一般情况下,代孕委托方较代孕受托方具有更明显的经济优势地位,也具有强烈抚育子女成人的动机,从而更有利于子女的健康成长。

三 简短的结语

代孕是一把双刃剑,正面效应与负面效应并存。由于现代科技及社会需求对于代孕技术的采用起到了一定的推动作用。立法上完全杜绝几无可能,视而不见也绝非明智。代孕技术立足于对生育权的保障,其针对的对象主要是不能生育或生育有缺陷的主体。按一般法理,这些人是“少数群体”。对“少数人权利”的保障,法律不能忽略不计。非商业性的代孕合同具有比较明显的利他性,其体现了基于友谊或者亲情的人与人之间的互助和关怀,是典型的基于人性的规范,并不违背公序良俗原则。公序良俗原则是代孕技术限制的法理基础。在我国将来《民法典·亲属编》的制定过程中,应当对此类重要的生育类型予以规制,以利生育秩序。学界(尤其是民法学界或亲属法学界)应当加强与医学界的沟通,在学理上加深研究,从而为代孕技术的规范化提供智力支持和学理指导。

参考文献:

- [1]樊新民. 生育革命[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2001: 178.
- [2]徐国栋. 体外受精胚胎的法律地位研究[J]. 法制与社会

发展 2005(5):50.

- [3]徐国栋. 体外受精胚胎的法律地位研究[J]. 法制与社会发展 2005(5):50.
- [4]王利明. 民法[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2007: 46.
- [5]高丛林. “代孕”对计生管理冲击及其规制[EB/OL]. <http://www.tmfpc.gov.cn/renkouzhongheng/rkyjhsy/z/593/2012-03-05/2012-03-12>.
- [6]蒋作君. 论拥挤[M]. 北京: 商务印书馆 2010: 1.
- [7]廖雅慈. 人工生育及其法律道德问题研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 1995: 41.
- [8]穆光宗. 中国人口转变的风险前瞻[J]. 浙江大学学报: 人文社会科学版 2006(6):30.
- [9]梁慧星. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社 2007: 91.
- [10]肖华林. 代孕合同之法律问题探微[J]. 怀化学院学报, 2007(6):38.
- [11]刘余香. 论代孕的合理使用与法律调控[J]. 时代法学, 2011(3):67.
- [12]梅因. 古代法[M]. 沈景一,译. 北京: 商务印书馆, 1959: 112.
- [13]肖华林. 代孕合同之法律问题探微[J]. 怀化学院学报, 2007(6):39.
- [14]任汝平,唐华琳. “代孕”的法律困境及其破解[J]. 福建论坛: 人文社会科学版 2009(7):163.
- [15]杨芳,潘荣华. 台湾地区代孕合法化之争研究[J]. 台湾法研究 2006(4):69.
- [16]李志强. 代孕生育亲子关系认定问题探析[J]. 北方民族大学学报: 哲学社会科学版 2011(4):124.
- [17]杨芳,潘荣华. 台湾地区代孕合法化之争研究[J]. 台湾法研究 2006(4):69.
- [18]李志强. 代孕生育亲子关系认定问题探析[J]. 北方民族大学学报: 哲学社会科学版 2011(4):125.

【责任编辑 蒋宇】