



# 宪法视角下代孕生育的合法性研究

高晨辉

中国政法大学法学院,北京 100089

**摘要:**代孕生育从诞生之初就饱受争议,我国通过部门规章禁止代孕生育,但是实践中代孕生育多有发生,并引发诸多矛盾纠纷。承认代孕生育的合法性实质上是赋予代孕母自由选择的权利,代孕生育是否侵犯代孕母的尊严应当由代孕母自己作出判断,代孕生育本身并不会侵犯代孕母的尊严。生育权的存在为代孕生育的合法性提供了可能性,夫妻一方不孕不育,另一方的生育权也可能难以实现。随着时代的发展,我国有必要承认代孕生育的合法性,以便更好地保障公民的生育权,保障失独家庭的合法权益,解决我国面临的人口问题。

**关键词:**代孕生育;生育权;计划生育

**中图分类号:**D921

**文献标志码:**A

**文章编号:**1671-0479(2019)05-354-005

**doi:**10.7655/NYDXBSS20190503

## 一、问题的提出

2017年2月,《人民日报》刊发文章“生不出二孩真烦恼”,提出了对“代孕是否可放开”这一问题的探讨<sup>[1]</sup>。需要指出的是,我国并没有出台相应的法律对代孕生育予以规范,仅仅通过一个部门规章表明我国对代孕生育持反对态度,根据《人类辅助生殖技术管理办法》(本文简称《管理办法》)的有关规定,医疗机构和医务人员不得实施代孕技术,《管理办法》对医疗机构和医务人员以外的主体能否进行代孕生育不置可否。在代孕生育法律关系中存在三方主体,即医方、委托代孕夫妻和代孕母,《管理办法》仅仅禁止医方实施代孕技术并规定了相应的处罚,但是,委托代孕夫妻和代孕母却没有相应的禁止性规定和处罚,这样的规定不仅不能解决实践中存在的代孕生育问题,反而助长了地下代孕产业的发展,由此导致的结果便是个人铤而走险选择代孕生育。

法律不得不面对不同利益之间的平衡问题,代孕生育需要平衡公民生育权的行使与公共利益的保护。此处公共利益的保护逻辑在于,代孕生育因违背社会的善良风俗而有损社会公共利益。需要指出的是,善良风俗本身就是一个不确定、模糊的概念;同时,随着社会、经济的发展,之前被认定背

离善良风俗的行为可能随着时代的发展而被人们所接受,如堕胎曾经在一些西方国家被认为是不道德的、有罪的行为,如今人们越来越多地关注孕妇的权益,对堕胎的反对声音也日渐消退。对不孕不育者来说,其一方面享有生育权,另一方面由于生育障碍导致生育权的实现陷入困境,代孕生育是解决其生育问题最可靠的方式。如何通过宪法的视角重新审视代孕生育的合法性问题,探讨全面二孩政策背景下我国是否应当放开代孕生育,即是本文所要研究的问题。

## 二、代孕生育与人格尊严的关系

我国《宪法》第33条第3款规定:“国家尊重和保障人权”。反对代孕生育的一个重要理由便是,代孕生育侵犯了代孕母的尊严。英国沃诺克委员会认为,代孕将生育与金钱挂钩,侵犯了妇女的尊严,损害了妇女的人格,贬低了她们的社会地位,不利于保护妇女自身的权益<sup>[2]</sup>。但是,笔者认为非商业代孕生育本身并不会侵犯代孕母的尊严,相反,代孕生育在不侵犯代孕母尊严的前提下有利于维护委托代孕夫妻的尊严。承认代孕生育的合法性将赋予代孕母自由选择的权利,代孕母可以根据自己的实际情况,自由地对是否进行代孕生育作出选择,如果代孕母认为代孕生育有损其尊严,其有权

收稿日期:2019-04-29

作者简介:高晨辉(1995—),男,河南漯河人,硕士研究生,研究方向为宪法与行政法学研究。

予以拒绝,“一刀切”禁止代孕生育无助于代孕母尊严的保障。

认为代孕生育侵犯代孕母尊严的逻辑在于,代孕生育使得代孕母进一步沦为社会的底层,使其丧失尊严而成为专门生产孩子的工具,失去成为一个人的根本<sup>[3]</sup>。但是,笔者认为这类观点是站不住脚的。在代孕生育法律关系中,委托代孕夫妻和代孕母之间存在自愿、真实的意思表示,一方面,代孕母并非是被奴役的,代孕母是在考虑其中利弊后做出的自由选择,且没有损害社会和他人合法权益,代孕母可能因为经济拮据而选择代孕生育,但是代孕生育本身并没有使其沦为生产的工具,不能将代孕母自身的经济问题归因于代孕生育;另一方面,委托代孕夫妻是在不能生育的前提下寻求代孕母的帮助,其出发点并非把代孕母当成生育的工具,代孕母是帮助他们生产孩子的恩人,因而委托代孕夫妻给予代孕母一定合理的报酬并非商业行为,而是对代孕母感激的表达,并不存在生产工具的说法。如果说部分代孕母因经济困难而选择代孕是对其尊严的侵犯,事实上侵犯代孕母尊严的,并非是代孕生育本身,而是造成其经济地位低下的种种因素<sup>[4]</sup>。由于国家禁止代孕生育,一些处于困难的女性只能选择地下代孕生育,不正规的地下代孕生育不仅不利于她们的身体健康,而且容易引发诸多矛盾纠纷;相反,承认代孕生育的合法性能够在一定程度上解决这类问题。

事实上,代孕生育是代孕母自由支配身体的行为,并不侵犯代孕母的尊严。自由支配身体的权利在不同的时代有着不同的内涵,但是底线是不得损害他人、社会和国家利益。以自杀为例,传统理论认为自杀是有罪的,自杀是要受到道德的谴责;但是,随着社会的发展,尊严死逐渐兴起,越来越多的国家或是通过立法承认尊严死,或是默认尊严死的合法性,对于身患绝症、饱受痛苦的患者来说,其可以选择尊严死,而且不应受到道德的指责。代孕生育是否真的会损害代孕母的尊严应当交由代孕母自己来判断,如果代孕母认为代孕生育侵犯了其尊严,其有权利选择不进行代孕生育。在商业化代孕的语境中,一切活动都可以被商品化,都可以被买卖,在这样的语境中,女性的生殖器官以及女性本身被仅仅视为工具<sup>[5]</sup>。但是,非商业代孕生育不存在商品化的风险,不能用反对商业代孕的理由反对非商业代孕生育。

### 三、代孕生育与生育权的关系

#### (一) 夫妻关系中的生育权与代孕生育

我国《宪法》虽然没有明文规定生育权,但是不能据此认为我国宪法层面没有生育权。有学者认

为,我国公民毫无疑问地拥有生育权,但是我国《宪法》对生育权并没有予以规定,生育权在宪法层面缺乏具体的支撑,因此,我国《宪法》有必要明确规定生育权,从宪法层面保障公民的生育权<sup>[6]</sup>。但是,也有学者从现有宪法条文推导出生育权,如有学者对此表示通过对《宪法》第49条的解释,论证生育权的存在<sup>[7]</sup>。笔者对此表示赞成,基本权利和宪法条文并非绝对的一一对应关系。生育权的存在为代孕生育的合法性提供了可能性、正当性,随着社会、经济以及人类辅助生育技术的发展,生育权的内涵不断得到充实。生育权的行使从本人可以选择生育与否,发展到可以委托他人代为生育<sup>[8]</sup>。在我国生育权的主体是公民,生育权的享有并不以生育能力的有无为前提,不孕不育者只是自然情况下生育权难以实现,并非没有生育权。

我国《宪法》第45条第1款规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。”不孕不育在我国被认为是生殖疾病,因此国家有义务尽最大的努力帮助不孕不育者治疗疾病、实现生育权。对于不孕不育者而言,他们本已处于社会劣势,社会公众不乏带着有色眼镜看待他们,认为他们是不正常的,这给他们的生活和身心带来了巨大的伤害,代孕生育是他们实现生育权最后的途径,国家应当承认代孕生育的合法性,以便对不孕不育者的生育权予以最大程度的保障。承认代孕生育的合法性能够契合《宪法》第45条的有关规定,具有宪法基础,体现了人文关怀精神,能够体现国家对不孕不育者生育权的保障。

禁止代孕生育的情况下,一方不孕不育,另一方的生育权也难以实现。我国生育权的主体是公民,因此,不仅女性享有生育权,男性也同样享有生育权。夫妻患有不孕不育,有以下三种情况:其一,男性患有生殖疾病,这种情况下,鉴于我国有精子库,可以通过使用精子库的精子实现女性的生育权;其二是女性不孕不育,这种情况下,对于部分女性来说通过试管婴儿等技术仍然存在无法生育的可能性,试管婴儿需要在女性的子宫生长,对于没有子宫或者子宫因病被摘取的女性来说,其无法通过试管婴儿技术而生产子女。倘若禁止代孕生育,男性的生育权难以得到保障,此时男性生育权的实现陷入困境;其三是男性、女性均患有生殖疾病,此时禁止代孕生育并不会影响到另一方的生育权,因为双方的生育权都处于自然不能实现的状态。可见,在禁止代孕生育的背景下,男性生育权的实现有可能受到阻碍,这对他们来说是不公平的,而且蕴含着诸多风险,可能会影响家庭和谐,发生一些违背社会善良风俗的行为。代孕生育作为生育方

式的一种,是现代医学技术进步的产物,其出发点是帮助不孕不育者生育孩子,帮助其实现生育权。

#### (二)婚姻关系以外的生育权与代孕生育

有学者主张,代孕母须有怀孕生育的经验,并且其生理上适合再次怀孕生育<sup>[9]</sup>。笔者对此持相反态度,代孕生育的初衷在于帮助不孕不育者,并非具有婚姻关系的夫妻才有选择代孕生育的可能性,单身女性亦可能基于各种考虑选择代孕生育。但是单身女性只能成为代孕母,而不能通过代孕生育成为孩子的母亲,因为在代孕生育法律关系中存在三方主体,即医方、委托代孕夫妻及代孕母,单身女性由于没有婚姻关系而不能通过代孕生育成为孩子的母亲。

根据《吉林省人口与计划生育条例》(本文简称《条例》)的有关规定,单身女性可以通过医学辅助手段而生育一个子女,因此,实践中有些单身女性通过人工授精而生育一个孩子。虽然《条例》违背了《管理办法》规定的人工辅助生殖只能由具有夫妻关系的公民使用,但是根据《宪法》《中华人民共和国立法法》(简称《立法法》)等规定,该《条例》的规定仍然具有合法性。从性质上看,《条例》属于由省级人大制定的地方性法规,《管理办法》属于部门规章。根据我国《宪法》的有关规定,省级人大制定地方性法规的时候不能抵触宪法、法律和行政法规,但其中不包括部门规章,也就是说地方性法规可以和部门规章的规定有所冲突。根据《立法法》的相关规定,地方性法规的规定和部门规章的规定不一致的,或者国务院决定适用地方性法规的规定,或者国务院提请全国人民代表大会常务委员会裁决如何适用。

《条例》的单身女性条款赋予单身女性通过人工授精来行使生育权,笔者认为该规定为单身女性选择代孕生育提供了可能性。在这个问题上,代孕生育和人工授精具有的相似之处不容忽视,一方面,代孕生育和人工授精所使用的技术均为现代医学发展进步的产物,体现着医学治病救人的理念;另一方面,代孕生育和人工授精均为特殊情况下单身女性生育权的特殊实现,意味着国家对公民生育权的尊重和保障。单身女性基于爱心,希望帮助不孕不育夫妻而成为代孕母是应该得到支持的。根据《条例》的相关规定,单身女性取得生育权的条件之一是“决定不再结婚”,但是“决定不再结婚”只是个人的承诺,不可能构成权利的限制,这意味着单身女性在生育方面具有极大的自由。但是,学术界对此有所质疑,认为生育权是身份权,而非人格权,单身女性不享有生育权。笔者支持生育权是人格权的观点,生育繁殖是自然界生物的本能,在没有法律明确规定生育权是身份权的前提下,生育权作

为人格权更为合适,更能够保护多方的权益。

在一般的人工辅助生殖中,单身女性可以成为母亲,但是,在代孕生育中她的母亲身份应该受到限制。一般情况下,单身女性怀孕的精子来源于精子库,精子的捐献者放弃了成为父亲的权利,单身女性可以成为孩子的母亲。但是,代孕生育却恰恰相反,单身女性所用的精子是明确来自于委托代孕夫妻中丈夫的精子,男性不仅没有放弃成为孩子父亲的权利,反而殷切地期望着孩子的出生;同时,委托代孕夫妻中的妻子由于不孕不育导致生育权实现受到障碍,单身女性是基于爱心帮助其实现生育权,而非借此实现自己的生育权。因此,单身女性并不能由此成为孩子的母亲,单身女性想要成为孩子的母亲应当通过人工授精的方式实现,而不能通过代孕生育来实现。

#### 四、代孕生育与计划生育的关系

我国《宪法》第25条规定:“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。”计划生育制度在我国经历过长期严控人口增长时期,但是,我国于2016年正式实施全面二孩政策,鼓励人们生育二胎,与此形成对比的是不孕不育者却生育不了一个孩子。计划生育作为《宪法》明文规定的基本国策,与代孕生育有着密切的关系。一方面,由于长期推行计划生育制度,我国面临诸多人口问题,如低出生率、人口老龄化等,而代孕生育对这些问题的解决是有所裨益的;另一方面,由于计划生育制度的实施和影响,我国的家庭模式逐步转为核心家庭模式,独生子女家庭面临失独的风险,而代孕生育毫无疑问能够给予失独家庭最大程度的保障。

计划生育政策的调整是有宪法依据的,“使人口的增长同经济和社会发展计划相适应”的规定使得计划生育政策富有弹性,在不同的发展阶段可以做出不同的调整,以适应经济和社会的发展。计划生育政策能够随着时代的发展而进行调整,随着时代的发展代孕生育是否有可能进行相应的调整?笔者对此持乐观的态度。事实上,我国法律层面并没有明令禁止代孕生育,所谓的禁止代孕生育仅仅是部门规章的一项规定。《管理办法》的规定至少存在以下几个不足之处:其一,作为部门规章是否有权对公民的生育权进行限制,《管理办法》虽然没有明确禁止公民进行代孕生育,但是通过禁止医疗机构和医务人员实施代孕技术,实质上已经对部分公民的生育权构成了阻碍。其二,《管理办法》的规定并不彻底,对医疗机构和医务人员以外的人员进行代孕生育缺乏规制,正所谓“没有买卖,就没有伤害”,对委托代孕夫妻和代孕母缺少规制使得规定本身存在逻辑漏洞。其三,《管理办法》与其他法律

规范缺乏衔接,医方违法实施代孕生育生产的孩子法律地位如何、代孕生育的孩子由谁抚养、代孕母和委托代孕夫妻发生争议如何解决等后续问题没有规定。卫生部部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项,卫生部无权创制影响公民权利的“代孕”规章<sup>[10]</sup>。因此,即便是该规章的规定亦有调整的可能性。

鉴于我国面临的人口难题,代孕生育能够发挥相应的积极作用。统计显示,全面二孩政策不及预期,生育堆积效应业已消退,2018年出生人口进一步下降,总和生育率降至1.5以下。中国人口快速老龄化,预计到2050年65岁及以上人口比例约达30%<sup>[11]</sup>。面对出生率的持续下降、人口老龄化的不断加剧,代孕生育能够一定程度上缓解人口问题,对于我国人口的稳定增长无疑是十分有利的。代孕生育的初衷在于帮助不孕不育者生育子女。不孕不育是一种疾病,相较于大多数的正常家庭,不孕不育家庭必然是少数的,但是,在现代社会,尤其是在民主法治国家,少数人的权利也不能被忽视。

代孕生育对于失独家庭的保障意义重大。随着计划生育的推广实施,我国家庭模式已经从传统的大家庭模式向核心家庭模式转变,加上长久以往形成的“少生优生”观念的影响,即使国家推行全面二孩政策,核心家庭模式在我国仍然占有重要比重。我国独生子女家庭众多,独生子女家庭面临着失独的风险。据估计,我国每年15~30岁独生子女死亡人数至少有7.6万,意味着我国每年有约7.6万个家庭面临分崩离析的境地<sup>[12]</sup>。失独夫妻通常极难再怀孕,这个年龄段的夫妻一般都还有排卵和正常精子产生,如果完全禁止代孕,很明显会使他们失去延续后代的机会,无法继续生育子女,这对他们来说无疑是雪上加霜。

独生子女家庭是父母响应国家的政策而只生育了一个子女,他们曾经是光荣的一代,如今可能面临无人养老送终的风险。根据《人口与计划生育法》的相关规定,对于失独家庭国家给予扶助。但是,物质上的扶助并不能使得失独家庭得到很好的保障,如果允许失独父母进行代孕生育,很多问题也就得以解决或者不会发生,承认代孕生育的合法性对于失独家庭的保障意义重大。事实上,我国司法实践已经有相关案例,江苏省宜兴市一对双独年轻夫妻不幸车祸身亡,夫妻二人生前做过试管婴儿,在南京鼓楼医院留下冷冻胚胎。为争夺胚胎保留“香火”,双方老人对簿公堂。宜兴法院一审判决冷冻胚胎不能继承,但是,无锡市中院二审宣判,支持双方老人共同处置4枚冷冻胚胎。“只要把体外胚胎的权属判决给本案当事人,他们自有规避法律的办法,进而实现其最终目的,提出代孕的风险控制

基本上无法实现。”<sup>[13]</sup>可以预见四位老人对冷冻胚胎的处置,或者是在我国通过地下代孕生育生产孩子,或者是在国外承认代孕生育合法化的国家生产子女。而本案的双方当事人均是两个失独家庭的父母,本案的判决充分体现了法律对法理和情理的兼顾,从某种意义上来说,至少没有否定当事人选择代孕生育的可能性,反而给他们提供了可能性。

费孝通先生在《乡土中国生育制度》写道:“孩子的出生不仅给夫妇创造了一个共同的将来的展望,而且把这空洞的将来具体地表示了出来”<sup>[14]</sup>。代孕生育技术从诞生之初就是为了帮助不孕不育者实现拥有一个自己孩子的梦想,这是医学进步的体现,更是医学造福不孕不育者的福祉。代孕生育的分歧实际反映的是个人生育自由与公共利益的冲突,国家应当更多地考虑如何保障不孕不育者的生育权,而不能出于管理的方便一味地禁止代孕生育<sup>[15]</sup>。代孕生育本身并不会侵犯代孕母的尊严,承认代孕生育的合法性实质上是赋予代孕母自由选择的权利,代孕生育是否侵犯代孕母的尊严应当由代孕母自己作出判断,国家不宜过多干涉。面对日益广泛的代孕需求,“一刀切”禁止代孕亦有侵害不孕不育者生育权的嫌疑。通过合理的制度安排和法律规范,代孕生育能够给予失独家庭更大程度的保障,维护不孕不育者的家庭和谐,缓解我国面临的人口问题。

#### 参考文献

- [1] 人民网. 生不出二孩真烦恼:45岁以后近90%女性无生育能力[EB/OL]. [2017-02-03]. <http://politics.people.com.cn/n1/2017/0203/c1001-29055188.html>
- [2] 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,1995:22
- [3] 谢立斌. 中德比较宪法视野下的人格尊严——兼与林来梵教授商榷[J]. 政法论坛,2010(4):53-67
- [4] 任巍,王倩. 我国代孕的合法化及其边界研究[J]. 河北法学,2014(2):191-199
- [5] 王福玲. “人是目的”的限度——生命伦理学视域的考察[J]. 中国人民大学学报,2017(6):109-115
- [6] 湛中乐,伏创宇. 生育权作为基本人权入宪之思考[J]. 南京人口管理干部学院学报,2011,27(2):15-20
- [7] 秦奥蕾. 生育权、“计划生育”的宪法规定与合宪性转型[J]. 政法论坛,2016(5):37-46
- [8] 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[J]. 法学杂志,2017(5):46-52
- [9] 许丽琴. 代孕生育合理控制与使用的法律规制[J]. 河北法学,2009,27(7):150-152
- [10] 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):161-165

- [11] 凤凰网. 中国生育报告 2019:拯救中国人口危机刻不容缓[EB/OL]. [2019-01-02]. [http://finance.ifeng.com/a/20190102/16657321\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20190102/16657321_0.shtml)
- [12] 杨遂全, 钟凯. 从特殊群体生育权看代孕部分合法化[J]. 社会科学研究, 2012(3):77-83
- [13] 杨立新. 一份标志人伦与情理胜诉的民事判决——人的体外胚胎权属争议案二审判决释评[J]. 法律适用, 2014(11):48-55
- [14] 费孝通. 乡土中国, 生育制度[M]. 北京:北京大学出版社, 1998:163
- [15] 祝彬. 代孕有限合法化之探讨[J]. 南京医科大学学报(社会科学版), 2016, 16(3):209-212

## Study on the legality of surrogacy in the perspective of constitution

Gao Chenhui

Law School, China University of Political Science & Law, Beijing 100089, China

**Abstract:** Fertility surrogacy has been controversial since its inception. China has passed the departmental regulations prohibiting surrogacy, but in practice, there are many births and more conflicts. Recognizing the legality of surrogate birth is essentially the right to give the surrogate mother the freedom to choose. Whether the surrogacy of the surrogate mother violates the dignity of the surrogate mother should be judged by the surrogate mother. The surrogate birth itself does not infringe the dignity of the surrogate mother. The existence of reproductive rights provides the possibility of the legality of surrogacy, and at the same time, the infertility of one spouse and the reproductive rights of the other may be difficult to achieve. With the development of the times, China needs to recognize the legality of surrogacy, in order to better protect the reproductive rights of citizens, protect the legitimate rights and interests of families who have lost their families, and solve the population problems facing our country.

**Key words:** surrogacy; reproductive rights; family planning