女性主义法学视域下反代孕 合法化之证成

李 勇*

摘 要 在批判“法律的性别为男”的基础上提出的女性主义法学以特有的研究方法及其对性别平等的强调，为反对代孕合法化提供了重要的证成路径。作为极具性别针对性的行为，代孕会给女性造成实质不平等。在资本逻辑的作用下，代孕女性的生殖功能被求利心切的中间商利用了。从进入代孕工厂到生下孩子后被中间商抛弃，女性沦为生育机器。代孕规则无视代孕女性的真实情感，打破“生者为母”的传统原则，消解了她们成为母亲的基础。造成代孕女性实质不平等的是社会性别角色分工及与之相应的社会性别机制，“第二性”的消极预设及女性作为生殖和养育者的固化角色定位是促使代孕发生的要因。凡此种种都决定了代孕不符合社会性别主流化设定之标准，有悖于消除法律中性别歧视的要求，混淆了事实、合法和犯罪行为。故代孕不应合法化，正确的做法是将之规定为代孕犯罪。

关键词 女性主义法学 社会性别平等 代孕 合法化 代孕罪

“代孕是指女性同意通过辅助受孕孕育胎儿，并在孩子出生时放弃父母权利的

* 李勇，贵州大学法学院校聘副教授、硕士研究生导师，法学博士。本文系国家社科基金一般项目“当代国外马克思主义法学最新动向和趋势研究”（项目编号：21BFX025）的阶段性研究成果。

行为。”^①附着浓厚伦理要素之代孕的出现，“打开了道德与法律争论的‘潘多拉魔盒’”。^②因为争论的核心是“代孕是否应合法化”，故其也落入法学研究的视域中。当下，基于免除不孕症患者和失独家庭的痛苦、代孕女性身体权或生育权的实现，甚或人道主义和社会公平正义等理由，主张代孕合法化的声音不断。或是全部，或是部分，代孕合法化的主张都赞同改变现行法律中禁止代孕的规定，以法律明文规定的形式承认代孕是合法的民事行为，并为代孕活动的开展提供便利。基于对现有研究的审视不难发现，支持代孕合法化的声音已高过就反对代孕合法化的坚守。

不可否认，代孕确实可能给某些主体带来具有个体针对性的利益。然而，对于某一事物价值的判断不能够仅依此逻辑展开。代孕可以带来一定的益处，不代表它符合基本善的要求或具有价值正当性，这种体现个体针对性的实效和利益可能只是个人主义的极端表现。故本文相左于主流的赞同观点，认为承认代孕合法化的主张（包括有限代孕）是错误的。运用不同的理论分析工具得出的反对代孕合法化的理由存在差异，考虑到“代孕是否应合法化”是与女性休戚相关的法学议题，本文可能的创新是基于综合女性主义和法学理论形成之女性主义法学的核心主张及方法来展开探讨。

一、女性主义法学及其在反代孕合法化议题上的适用

“女性主义法学是西方现代法理学思潮的一个重要的流派，是女性主义与法学相结合的产物”，^③出现于20世纪60—70年代。随着第二波女权主义浪潮的推进，越来越多的女性进入法学院。在接受法学教育的过程中，她们开始质疑主流法学课程设置对女性切身问题的忽视。为回应之，不少法学院校开设了与女性有直接相关性的课程——“女性与法律”。通过这一课程的学习，更多女性开始“意识觉醒”^④，这促使她们基于女性身份、从社会性别视角出发重新审视法律，认识到标榜中立和

① Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, *Indiana Law Journal*, vol. 68, no. 1 (1992), pp. 205-232.

② 孔德猛等:《从子宫工具化的视角对国外代孕生育的研究》,载《自然辩证法通讯》2018年第7期。

③ 李霞:《女性主义法学的生成及展开》,载《浙江学刊》2005年第3期。

④ 凯瑟琳·A. 麦金农:《迈向女性主义的国家理论》,曲广娣译,中国政法大学出版社2007年版,第119页。

平等的法律披着虚伪的外衣。她们由此产生改变的意愿，并采取理论批判和建构行动，女性主义法学应运而生。“女性主义法学以其独特的方法论剖析法律问题，用社会性别视角观察历史、文化、社会现象，从而展现出与以往法学理论研究的不同进路。”^①

就何谓女性主义法学、其核心主张是什么，不同的理论流派仍有争议。较有权威性的是《布莱克法律辞典》的界定，它将女性主义法学定位为法理学的分支，核心研究对象是女性与法律的关系，包括法律歧视女性的历史、这些歧视在现行法律中的存在及对女性法律权利保障现状的审视。^②换言之，女性主义法学是从女性主义视角出发对法律展开批判性反思而形成的理论学说，它的基本主张是“法律的性别为男”^③，即法律审视和对待女人的方式是按照男人的标准。这导致立法中对女性特殊生理现实和文化体验的忽视是常态，依此形成的法律不仅在保障女性权益方面倍感乏力，还会造成“权利贫困”^④。更重要的是，这种没有认真对待占人类半数之女性群体的法律被认为是符合公正之价值标准的。在批判“法律的性别为男”的基础上，女性主义法学探讨何谓男女平等及如何通过法律来促进女性实质平等的实现。

女性主义法学对“法律的性别为男”的批判和法律中性别平等的强调，亦可运用到“代孕是否应合法化”这一争议性问题的探讨中。女性主义法学既涉及对现行法律的社会性别审视，也指向对未来立法的社会性别平等指引，本文对代孕应否合法化议题的探讨多指向后者。在女性主义法学看来，立法应体现社会性别平等的要求，要把好立法的第一关，警惕歧视、贬低、压迫女性的内容以粉饰伪装的形式被纳入法律中。代孕即如此。在得出是否应合法化的结论之前需要做的是，基于社会性别视角全面审视展开相关立法行动可能给女性造成的影响，在利弊均有的情况下则需要展开比较衡量，以可能带来更少弊端为基础作决定。有鉴于此，本文将从女性主义法学的核心方法“提出问题”出发、凭借社会性别分析工具、依照其试图实现的女性实质平等的目标，指出代孕合法化对这一目标的背离及其背后的结构性原因，以证成禁止代孕合法化并将之规定为犯罪的必要性。

① 王丽萍：《美国女性主义法学及其启示》，载《法学论坛》2004年第1期。

② Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, West Group, 2000, p. 690.

③ 朱迪斯·贝尔：《女性的法律生活：构建一种女性主义法学》，熊湘怡译，北京大学出版社2010年版，第3页。

④ 也即，国家法律不承认女性是平等的权利持有者，女性不能享有完整公民权的原因正是法律，依此形成的是“合法化的不平等”。参见余少祥：《弱者的权利：社会弱势群体保护的法理研究》，社会科学文献出版社2008年版，第9页。

二、剥削、降格、疏离造成代孕女性实质不平等

按女性主义法学认为法律应体现社会性别平等的进路，在探讨代孕是否应合法化时首先要“提出问题”^①。与功利主义路径试图寻求更大利益不同，女性主义法学的这一基本方法旨在揭示代孕可能给女性的平等造成何种不利影响。新兴权利主张试图被法律吸收进而成为权利的底线性标准是，不存在歧视女性的内容，更毋论对她们施以程度更深的剥削、降格和疏离。具体到代孕议题上不难发现，代孕并非性别价值中立的活动，其间蕴含着很多对女性不友好的内容，这成为反对代孕合法化的关键理由。

（一）求利心切的中间商对代孕女性的盘剥

从“构成我的人格的最神秘的财富和我的自我意识的普遍本质的福利……是不可转让的”^②这一传统道德哲学的观点审视，代孕欠缺道德正当性。但利欲熏心的中间商仍悖其道而行之，将代孕视作挣钱的“香饽饽”。在很多国家，涵盖委托人、中间商、代孕女性、代孕诊所在内的产业链已形成。^③该产业链在有些国家合法，于另一些国家则以黑色产业链的形式存在。无论是前者还是后者，代孕产业链都已呈全球化趋势。“来自世界各地的‘冷冻胚胎’以低廉的‘子宫使用费’被植入第三世界国家的女性体内，从而完成资本分置的血腥过程。”^④从“当A不正当地利用B获利导致B遭受到损害或者即使B是受益的，但受益程度没有达到B应得的水平，那么A即剥削了B”^⑤这一有关剥削的定义不难发现，代孕是资本家展开剥削的“游戏”。

代孕女性遭受的剥削有多维性。从事实维度讲，中间商通过提供居间服务占有本属代孕女性的东西或损害其利益。很多时候，代孕女性实际上成为中间商牟利的工具。“代孕这一概念已将女性身体的正常生物学功能变为一种商业契约”，^⑥再

① 王丽萍：《美国女性主义法学及其启示》。

② 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第73页。

③ 参见王阳：《代孕黑色产业链调查》，载《法制日报》2019年7月16日。

④ 玛莎·菲尔德：《代孕等生殖技术法律问题的教义学展开》，吴国邦译，载《山东女子学院学报》2021年第4期。

⑤ 陈丽杰等：《商业代孕会导致剥削吗？——对禁止商业代孕的伦理辨析》，载《医学与哲学》2022年第11期。

⑥ Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304_CentreSocial_Research_Surrogate-motherhood-2014.pdf.

加上对金钱的强烈需求会缩减女性的议价空间，中间商在居间代孕服务中获得了巨额利润。在印度，中间商常以高额报酬引诱贫困女性从事代孕活动，但大部分收益都被中间商侵占了。^①根据《经济学人》的报道，中间商仅向代孕女性支付 4500—5000 美元的报酬，但向委托人收取约两倍的代孕费。^②在海外客户支付的 2.5 万—5 万美元的代孕费中，印度代孕女性到手的只有 4000 美元。如果是双胞胎且为剖腹产，最多升至 5600 美元。^③我国央视新闻频道 2015 年的调查显示，代孕中介与黑诊所联手开展代孕服务，平均一胎可盈利 40 万元。^④在更高位阶上，代孕女性还面临着包含价值性、互惠性、制度性剥削在内的系统剥削。在由此形成的剥削网络中，代孕女性无处可逃。

另需注意代孕女性的“自愿”与剥削的关系问题。正如工人表现出的为资本家劳动的“自愿”不影响剥削的定性，代孕女性表现出的“自愿”亦不能消解剥削存在的基础。掌握身体控制权，是女性享有权利并自己控制生活的基础。控制的核心是选择，只有女性既能够代孕、亦可以不代孕的情况下，女性代孕才是真正出于自愿。换言之，“‘自愿’是指不受决定其行为的外界环境控制性因素的影响”。^⑤通常，“只有当我们并没有被过分的压迫（如对金钱的需要），并且我们合理地、全面地掌握了备选项的信息时，我们才能行使自由选择”。^⑥在绝大多数女性都不愿意代孕的情况下，部分女性因为受经济挟持和金钱诱惑而表现出的“自愿”是有问题的。如果拥有体面的工作，女性根本就不会选择代孕。利用代孕女性面临的消极处境，在她们对代孕了解不多的情况下，将之引诱进代孕工厂，是资本家的惯用伎俩。当代孕中间商编织的美丽谎言被揭开，真相表现为以健康乃至生命换取微薄收入时，无论附加何等美化的语词都无法改变蕴含其中的剥削本质。

（二）伦理位序降格与沦为生育工具的代孕女性

将女性定位为生育工具的做法由来已久。“在前资本主义社会，为了满足社会

① 参见露西·瓦利斯：《印度代孕工厂里的江湖》，载《文学选刊》2014 年第 4 期。

② Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304_CentreSocial_Research_Surrogate-motherhood-2014.pdf.

③ 参见《世界代孕工厂——印度》，http://m.haiwainet.cn/middle/3541179/2018/0929/content_3140658417.html，最后访问日期：2022 年 9 月 11 日。

④ 参见《央视调查非法代孕产业链：堂而皇之叫卖无人管》，http://news.cnr.cn/native/gd/20150110/t20150110_517376591_1.shtml，最后访问日期：2022 年 9 月 8 日。

⑤ 孔德猛等：《从子宫工具化的视角对外国代孕生育的研究》。

⑥ 迈克尔·桑德尔：《公正：该如何做是好？》，朱慧玲译，中信出版社 2011 年版，第 111 页。

对劳动力的需求，女人总是被迫生育更多的孩子；而在资本主义社会，当女人所生孩子成为家庭的经济负担而非经济利益来源时，女人就被迫去做节育。”^①在此过程中，作为女性特有之能力的生育被异化，她们的身体和生育功能反过来成为压迫她们的工具。“女权运动一开始就旨在打破这种模式，女性试图控制自己的身体，以免成为生育能力的囚徒。”^②迈向解放的第一步是堕胎合法化，这让女性可以自主选择是否生育。但随着人工辅助生殖技术的出现，女性开始面临新的挑战。这其中，代孕尤其引起女性主义研究者的警觉。它可能侵蚀女权运动的成果，女性则会被资本家利用，沦为生育工具。

正如中央政法委在评论郑爽代孕事件时指出，代孕是“把女性的子宫当作生育工具”^③的行为。不论如何都不能否认，“代孕行为实质上是把生育能力这一核心人格属性商品化和工具化，这有损于女性最基本的人格尊严，是对女性的变相奴役”。^④相应地，代孕女性被定位为“生育机器”^⑤，子宫则成为零部件。如果说在（传统社会）出于传宗接代而控制生育功能的情境中，女性完成生育任务后通常能够以“母凭子贵”的现代化方式获得变相补偿；那么资本控制下之代孕的纯商业性则决定了，除极不对称的报酬外，她们再难得到任何回报。从这个意义上讲，代孕具有更高层次的工具性。依据康德的道德命令原则，“在目的的王国中，一切或者有价格，或者有尊严。一个有价格的事物也可以被其他的事物作为其等价物而替换；与此相反，凡超越于一切价格之上、从而不承认任何等价物的事物，才具有尊严”。^⑥如果身高、体重、外貌等与女性身份相关的一切均可以明码标价，代孕女性便沦为了商品，其尊严受到严重的贬损。

出于性质的相似性，女权主义者将代孕类比为卖淫，代孕女性会变成“育种者”，“生殖妓院”^⑦也可能出现。在“生殖妓院”中，贫穷女性将被定位为繁衍者，

① 虞晖：《分析女性受压迫问题的另一种视角——〈女权主义政治与人的本质〉述评》，载《妇女研究论丛》2012年第2期。

② Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, *Indiana Law Journal*, vol. 68, no. 1 (1992), pp. 205–232.

③ 中央政法委长安剑：《郑爽代孕弃养风波：钻法律空子，这绝不是无辜！》，<https://mp.weixin.qq.com/s/kuKqR3poLRpvhmMZuHmyQw>，最后访问日期：2022年10月21日。

④ 刘碧波：《代孕的立法和司法问题》，载《学术交流》2017年第7期。

⑤ Elizabeth S. Anderson, “Is Women’s Labor a Commodity?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 19, no. 1 (1990), pp. 71–92.

⑥ 康德：《道德形而上学奠基》，杨云飞译，人民出版社2013年版，第72页。

⑦ Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, *Indiana Law Journal*, vol. 68, no. 1 (1992), pp. 205–232.

通过人工辅助技术完成“装配”，直到胚胎发育、成熟乃至最终分娩，她们便丧失利用价值。在整个过程中，代孕女性都会受侵入性生活方式的严格限制，她们被要求放弃委托人或医生认为的对胎儿健康有害的活动，如该吃什么、是否可以使用微波炉、每天睡多长时间……^①为加速代孕周期，诊所通常会对代孕女性进行剖腹产，以对分娩的时间进行干预并保障胎儿的健康。在代孕全过程中，提高效率和保障胎儿健康是第一位的，女性的痛苦不值一提。具有讽刺意味的是，在某些国家，文明大厦下的代孕工厂被标榜为合法化的生意。在允许代孕的法律中，甚至规定可在代孕女性反对的情况下对其身体进行强制监管，^②代孕女性的主体性在其间被工具性稀释了。

（三）“生者为母”受挑战与代孕女性亲权的丧失

通常，经过自然受孕、怀胎、分娩后，女性理所当然地成为所生孩子的母亲。罗马法谚用“分娩者为母”来归纳这一看法；在中国，“生者为母”原则亦不证自明。然而，人工辅助生殖技术的出现可能打破这一古老且具有普遍适用性的原则。它像“达摩克利斯之剑”，虽可在一定程度上减轻女性的生育痛苦，但也会给她们带来严重的伤害。由此催生的代孕规则打破了“生者为母”原则，改变了母亲的定义。秉持代孕合法化主张的研究者认为，女性选择从事代孕活动是在自愿的基础上形成知情同意的结果。这种“知情同意”要求女性代孕伊始便明确地放弃对代子享有的亲权。

问题是，“女性在有生育经验之前，难以作出真正的知情同意”。^③怀孕过程中与腹中胎儿产生之血、肉及情感的实质性联系以后，生下代子的代孕女性反悔的情况不少见。虽然在“生者为母”原则依旧有效的国家或州，代孕女性在分娩后对放弃亲权的事先约定享有“反悔权”^④，但贫穷使得她们中只有极少数的人真正选择向法院主张这一权利。另外，“生者为母”在当下的某些国家或州不再被视作理所当

① Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, *Indiana Law Journal*, vol. 68, no. 1 (1992), pp. 205-232.

② Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365-392.

③ Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, *Indiana Law Journal*, vol. 68, no. 1 (1992), pp. 205-232.

④ A. M. Capron, M. J. Radin, “Choosing Family over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood”, in Lawrence O. Gostin (ed.), *Surrogate Motherhood: Politics and Privacy*, Indiana University Press, 1990, p. 61.

然，在与确定代孕亲子关系之新学说的较量中，“分娩说”已受到挑战。在此情形下，代孕女性连最后的反悔权也被剥夺了。事实上，“代孕妈妈在怀孕期间确实是婴儿的保育者，代孕妈妈也确实经历了分娩之痛，无论如何，我们都无法否定其在婴孩成活中所做的巨大贡献”。^①从吉利根的研究中得出的女性注重关系及其思维方式的网格化特点可以发现，^②代孕女性分娩后被迫与代子分开的事实不仅使她们在代孕过程中持续性地经历悲伤和恐惧的负面情绪，还可能给其造成长远且无法弥补的心理创伤。

有研究者通过对代孕女性的访谈发现，所有参与者都不愿讲述放弃代子时的感受，但通过神情和动作可窥得她们的依恋。^③具体方面，卡尔皮塔生了三个代子，但她只有一张挂在卧室墙上的照片。^④伊丹看到自己孩子时会想到代子，她说“没有人能了解，只有我们才知道要承受多大的痛苦”。^⑤范桑迪对代子的思念让她常以泪洗面。^⑥瓦桑蒂回忆起看到代子的瞬间泪流满面，“我看到了儿子。不过他们立刻把孩子抱走了”。^⑦可见，或直接或间接，代孕女性在其潜在观念里都把代子视为自己的孩子。这是她们隐藏的情感，只是在代孕外衣下其与母亲身份疏离了。“严格的监管下，她们被教导与胎儿相分离，主观上打破自己和胎儿的联系，被告知永远不能把自己看作母亲。”^⑧另外，当代孕中间商打着“包成功”的旗号招揽生意时，代孕诊所为提高存活率一般会选择多胞胎植入。当成活胚胎超过客户所需数量时，多余胚胎会被打掉。包生男孩的代孕中，所怀为女孩的代孕女性会被强制堕胎。二者均是在未征得代孕女性同意的情况下完成的。即便超出的胚胎被打掉，多余的孩子被遗弃，其也不能归代孕女性，代孕规则使其不能成为代子的母亲。

① 玛莎·菲尔德：《代孕等生殖技术法律问题的教义学展开》。

② 参见卡罗尔·吉利根：《不同的声音：心理学理论与妇女发展》，肖巍译，中央编译出版社1999年版，第22—65页。

③ Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304_CentreSocial_Research_Surrogate-motherhood-2014.pdf.

④ Abby Rabinowitz, “The Surrogacy Cycle”, 2021.6.17, <https://www.vqronline.org/reporting-articles/2016/03/surrogacy-cycle>.

⑤ 《郑爽“代孕弃养”背后：市场应有道德底线，总有不能买卖的东西》，<https://zhuanlan.zhihu.com/p/345623947>，最后访问日期：2022年10月9日。

⑥ 参见《台湾“代孕合法”事件引巨大争议：你看到了公平交易，我看到了残酷剥削》，https://www.sohu.com/a/396305494_663169，最后访问日期：2021年6月21日。

⑦ 露西·瓦利斯：《印度代孕工厂里的江湖》。

⑧ 吴梓源：《打破“分娩者为母”的主导格局——新时代〈民法典〉妊娠代孕亲子关系的“开放包容式”认定》，载《河北法学》2021年第7期。

三、社会性别机制是造成代孕女性实质不平等的要因

作为女性主义法学研究的基本方法之一，对“提出问题”的强调，除要求准确、全面揭示对女性平等权的享有构成实质性破坏的具体表现形式外，还需深入文化观念和社会结构内部，揭示代孕给女性造成实质不平等的深层原因——“社会性别角色分工及与其相适应的社会性别机制”。^①正是由此形成的女性“第二性”^②的消极预设、生育者及养育者的固化角色定位，导致实质性平等几乎无法在代孕女性身上实现，从而使得有关代孕合法化的各样主张从根本上丧失了合理性。

（一）父权制传统规范与女性“第二性”的预设

就根源而言，女性“第二性”地位的确立是父权制取代母权制的结果。恩格斯将之描述为，“母权制的被推翻，乃是女性的具有世界历史意义的失败。丈夫在家中掌握了权柄，妻子则被贬低，被奴役，变成丈夫淫欲的奴隶，变成单纯的生孩子的工具了”。^③在奴隶和封建社会时期，由此形成的丈夫对妻子的控制表现得非常明显，伴随社会的进步和女性解放的推进，其逐渐被隐藏起来。即便程度和表现形式都发生了变化，但丈夫对妻子的控制依旧以更为隐秘的方式延续至今。按照“在权力关系不对等的系统中，权力不对称的情况越明显，对弱势方的控制越明显”^④的理论观点，在两性权力关系对比中处于弱势地位的女性于代孕这一特殊的情境中同样会受直接或变相的控制。

几个世纪以来，女性一直被认为是父亲或丈夫的财产。“对女性身体特别是生殖能力的控制权，主要掌握在男性手中。”^⑤代孕唤起同样的恐慌。在代孕中，女性的身体和生育功能可能基于丈夫的目的被利用，这种控制还因附加了资本主义要素而变得更沉重。有研究显示，所有参与研究的代孕女性都来自男性占主导地位的家

① 刘伯红：《联合国促进性别平等的全球战略：社会性别主流化》，载《中国妇运》2015年第8期。

② 参见西蒙娜·德·波伏瓦：《第二性》，郑克鲁译，上海译文出版社2011年版。

③ 参见恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，人民出版社1999年版，第57页。

④ Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, *Indiana Law Journal*, vol. 68, no. 1 (1992), pp. 205-232.

⑤ Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, *Indiana Law Journal*, vol. 68, no. 1 (1992), pp. 205-232.

庭。^①由此带来的是，“一些女性可能被迫代孕，以缓解家庭经济压力”。^②针对印度代孕女性的调查显示，女性代孕有时仅出于丈夫施压。^③更直观的情况是，丈夫通过签名来彰显其主导权。很多时候，“代孕女性、代孕女性的丈夫、委托方父母、医生和证人都是代孕协议的签署者”。^④相对温和的是，妻子在没有被强迫的情况下将代孕所获报酬交给丈夫。这种情况尽管看起来没有那么明显，但代孕女性仍受父权制的规范。

父权制还会延伸到公领域，表现为社会针对女性父权制式的控制。此时，成为丈夫替代者的是作为整体的社会。社会援用家庭内部的劳动分工及由此形成之女性角色定位，定义她们在其中的作用。这导致社会可能依循“集体理性”（实际为“集体非理性”）^⑤的行动逻辑，按照功利主义对于“最大多数人的最大幸福”^⑥的强调，超越善的底线，以控制者的姿态将女性定位为“第二性”。代孕合法化主张的提出即如此，支持者把自己置身于公众中，认为足以代表大多数人背后的权利、公正和人道等不容质疑的需求，以要求女性作出牺牲。很明显，这是女性“第二性”定位在社会中的体现。相应地，女性从家庭中的“第二性”演变为了社会中的“第二性”。法律是国家意志的集中体现，在代孕合法化之国家的法律中蕴含着如下原则：“代孕女性对自己身体和健康的控制与决定需要服从于国家总体的愿望和利益。”^⑦在这里，代孕女性在国家层面沦为了“第二性”。

（二）作为女性能力的生殖演变为必负之重

在历史上的很长时间里，生殖者都是对女性的基本定位。最初，这是在考虑女性拥有生殖能力的基础上形成的自然定位。但正如密尔于《论自然》和《妇女的屈从地位》中指出的那样，在探讨合法化问题时诉诸自然经常会不加论证地由一个主张滑向另一个主张。换言之，它“从事情总是呈现为某种方式这个事实，很快就推

① Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304_CentreSocial_Research_Surrogate-motherhood-2014.pdf.

② Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, *Indiana Law Journal*, vol. 68, no. 1 (1992), pp. 205–232.

③ 参见露西·瓦利斯:《印度代孕工厂里的江湖》。

④ Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304_CentreSocial_Research_Surrogate-motherhood-2014.pdf.

⑤ 参见王玉玲、程瑜:《个体理性与集体非理性:边界、均衡及规制》,载《财贸研究》2015年第1期。

⑥ 参见边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第58—64页。

⑦ Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365–392.

断出这种方式具有生物学基础，或者它是唯一可能的方式，又或者是正确且恰当的方式”。^① 结果导致原本“能够”生殖的自然事实演化为女性“必须”要做的事情，这种“必须”逐渐被一系列民间规范固定下来。女性只有依此生活才有望得到社会的认同。试图打破生殖者角色的“离经叛道”的女性，在古代可能会受到法律的制裁，于当下也会遭受舆论的谴责。参照女性作为生育者的角色定位，法律可能将女性视为“母性化的群体”^②。

代孕合法化的主张亦受到了根深蒂固之女性的“适当角色”——生殖者角色的影响。需要注意的是，这里提到的并非个体意义上的生殖功能的发挥，而是被赋予生殖者角色的女性整体在社会层面被系统性利用的问题。这集中体现在代孕合法化倡导者提出的诸多理由中，典型有三：一是特定群体生育权实现的现实需要。支持者认为，生育权是人权和人格权的综合体，但有些夫妇出于生理原因无法实现生育权，故他们应享有“代孕辅助生殖”的权利。^③ 二是将代孕与处于更高位阶的社会公平正义联系起来，认为患有不孕症的夫妇不存在过失责任，但已然成为弱势群体。“国家未予积极协助已属不当，怎么还反过来以立法的形式禁止代孕。”^④ 三是代孕合法化有助于从总体上增进社会福祉，比如，通过提高出生率、缓解老龄化来平衡国家总体的人口比例。^⑤ 为证明这些理由的正当性，他们还根据既有的研究成果指出，代孕非但不会给女性带来负面影响，还可能是一种积极的身体和情感体验。^⑥ 这是在探讨代孕合法化问题时非常令人迷惑的地方，但几乎所有的代孕宣传均以此为托词。

这中间蕴含着两个存在逻辑关联性的观点：一方面，为确保特定主体的生育权、公平正义、社会福祉的实现，女性被要求贡献自己的生育功能，这是为法律所接受的。这可以被概念化为“一个更大的、历史上持续项目的一部分——通过控制某些女性及其身体而选择性地控制整个女性社群的命运”。^⑦ 另一方面，出于对女性自我牺牲的强调及女性对这一认知的内化，生育功能的“利用”被认为非

① 玛莎·C. 努斯鲍姆：《女性与人类发展——能力进路的研究》，左稀译，中国人民大学出版社2020年版，第237—378页。

② 孙文恺：《美国女性主义法学的法律观及其局限性》，载《学习与探索》2004年第1期。

③ 参见曹永福：《“代孕辅助生殖”作为一项权利的伦理论证》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2017年第4期。

④ 张燕玲：《人工生殖法律问题研究》，法律出版社2006年版，第176页。

⑤ 参见刘碧波：《代孕的立法与司法问题》。

⑥ 参见王籍慧：《质疑有限开放代孕生育权说——基于权利证成的视角》，载《学术交流》2018年第6期。

⑦ Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365–392.

但没有坏处，还是舍己助人的善行。^①不可否认，就推动存在生育障碍的民众渴望拥有子女这一道义上合理的目标的实现以及缓解人口老龄化而言，代孕的确具有一定的积极效用。但这是否足以成为可通过代孕来合法利用女性生育功能的理由？姑且不论生育权非绝对权利，即便是绝对权利，若其是在将女性定位为生育者之刻板印象的基础上得出的，代孕也无正当性。若须以利用女性的生育功能为代价，那么对维护社会公平正义和整体利益的强调也欠缺合理性。凡此种种在看似无可辩驳之理由的加持下被认为是无可厚非的，但其实都暗含对女性作为生殖者角色的控制。

（三）经济上的贫困与“良母”角色的耦合作用

在代孕的污名化依然存在、医疗干预下的代孕可能给女性身心造成损伤的情况下，代孕决定的作出绝非轻易之事。那么，是什么原因使各方面条件都不尽乐观的女性敢于冒险，只身走进代孕工厂？在其中，“女子本弱，为母则刚”体现得很明显。这在表面上是对母亲良好品性的赞扬，实为对传统父权制设定之“良母”角色的认同和遵循。这种“良母”角色是在丈夫主导、妻子服从的性别权力预设之上构建起来的。在“良母”角色的作用下，男性可能通过强调母亲本能和母爱来控制女性想要作出的选择。一种牢固的信念是，好的母亲是那些为孩子而不惜泯灭自身需求和无私奉献的人。^②女性被集体性地告知，她们需要扮演好母亲的角色，为子女提供更好的生活和学习环境。若非如此，她们就存在失职，进而会受到丈夫乃至全社会的谴责。

既有研究显示，接受访谈的代孕者大多是社会中下层的贫穷已婚女性，她们都有孩子（大多数有两个）亟待抚养。^③受传统劳动性别分工的影响，“母职”往往会在这时凸显出来。“这种母亲角色的安排主张，满足孩子的需求是母亲理应做的事情。”^④特别在丈夫对子女不负责任或是没有能够挣得子女养育费，抑或单身母亲的情况下，母职的传统内容会扩展到需要承担子女养育的经济职责。然而，社会对

① 参见孔德猛等：《从子宫工具化的视角对国外代孕生育的研究》。

② Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365–392.

③ Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, <https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304CentreSocialResearchSurrogate-motherhood-2014.pdf>.

④ Delali Badasu, Sonya Michel, “On a Collision Course: Millennium Development Goals and Mothers’ Migration”, in Zahra Meghani (ed.), *Women Migrant Workers: Ethical, Political and Legal Problems*, Routledge, 2016, p. 81.

女性作为养育者之传统角色的关注会造成就业性别歧视，加上社会地位和受教育水平低下等因素的综合作用，她们很难找到工作，进而无法为孩子的生存和发展提供足够的经济支持。在美国，从事代孕活动的一般是失业者或领取政府补贴的女性。^① 笔者基于国内外资料的收集亦发现，绝大多数代孕女性都是失业、农村、靠政府补贴生活的女性。这些女性急需用钱，故不惜出租自己的身体。很多时候，代孕女性获得的报酬在旁观者看来微乎其微，但对这些母亲来说可能是供养子女的经济命脉。

在这里，代孕女性把赚钱养家视为关爱子女的行为。有研究表明，受访者均指出，让孩子接受更好的教育是她们选择代孕的重要驱动力。^② 针对 100 名印度代孕女性的调查亦显示，在她们袒露之同意代孕的多样化理由当中，“自家孩子能接受更好的教育”是最为重要的一个。^③ 对教育的强调，也是因未曾接受良好教育而面临生活困苦的母亲寻找替代成功机制的必然结果。另外，在印度代孕女性纪录片《代孕者》里，平基（Pinki）在谈及从事代孕时说到，“仅靠我日常工作挣的钱是很难生活下去的，我女儿也从来没有怨言，但我觉得很难过。为了拥有属于自己的房子，不再受房东的欺辱，给女儿们一个更好的未来”。^④ 这些事实都表明，母职是促使女性走进代孕工厂、落入实质不平等之消极循环的核心要素。

四、女性免遭实质不平等对待需要禁止代孕合法化

上文对代孕给女性造成之实质不平等的具体表现形式及其要因的揭示，给予我们批驳有关代孕合法化之主张的有力武器。当然，除了揭示弊端、找寻要因之类的禁止代孕合法化的反向证成，亦需要从正面明确其必要性。换言之，如果将代孕这一社会事实以合法化的方式融入法律，不符合社会性别主流化的标准、有悖于消除法律中性别歧视的要求以及存在错误的法律定性，该主张就应遭到坚决地抵制。

① Nicole F. Bromfield, Karen Smith Rotabi, “Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations”, *Global Social Welfare*, vol. 1 (2014), pp. 123-135.

② Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, <https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304CentreSocialResearchSurrogate-motherhood-2014.pdf>.

③ 参见露西·瓦利斯：《印度代孕工厂里的江湖》。

④ “House of Surrogates”, 2021.6.18, <https://www.imdb.com/title/tt4891290/>.

（一）不符合社会性别主流化的性别平等标准

1995年“联合国第四次世界妇女大会纲领性文件——《北京行动纲领》”正式提出将性别平等纳入主流（社会性别主流化），开启了国际社会促进性别平等的新纪元”。^①1997年，联合国经社理事会明确将社会性别主流化定义为：“性别平等主流化是一个过程，它对任何领域各个层面上的计划行动，包括立法、政策或项目计划对妇女和男人产生的影响进行分析。……最终目的是实现性别平等。”^②在立法中体现性别平等的要求，是社会性别主流化的题中之义，亦是女性主义法学的题中之义。鉴于社会性别评估是落实社会性别主流化的重要工具，^③拟合法化的代孕主张便需要接受量化的社会性别评估。当下我国没有官方的评估标准，但已有研究者提出了大体的评估框架，一是评估的对象为文本内容及其可能的实施效果，二是核心在于评判待评估对象是否符合性别平等的要求、会不会给某一性别的主体造成不利影响。^④

如前所述，无论是有关社会性别主流化的定义，还是量化评估标准的具体内容，核心都是要体现社会性别平等的要求。就代孕合法化问题展开社会性别评估应当考察的是，按照流行的性别角色分工及与之相适应的社会性别机制，将代孕合法化会不会对男女两性产生不同的影响（特别是消极影响）？如果答案是肯定的，某一性别的人面临之消极影响的表现形式是什么？这种消极影响会不会构成对该项立法主张的实质性否定？总之，需要回答代孕合法化的总体立法假设是否体现性别平等的要求。当然，在代孕合法化的主张尚未转化为合法化行动（尚未在地化完成）、具体制度设计尚未被提出来的情况下，学术探讨只能依照“女性主义实际推论”^⑤展开。基于此，研究者可以合理地推测，代孕合法化不符合性别平等的要求。结果是，无论从文本内容还是可能的实施效果看，代孕合法化都不符合社会性别平等的要求。

就文本内容而言，与其他规定普通民事行为的法律制度不同，如果要将作为社会事实的代孕合法化，必然会涉及对代孕女性人格权、尊严、身体健康权乃至生命权的控制。我国虽然始终未曾以任何法律规定的形式许可代孕，但国外一些允许代孕的法律文本呈现出来的消极情况，让我们不得不就此保持高度的警惕。比如，

① 杜洁：《国际有关社会性别主流化的理论观点述评》，载《妇女研究论丛》2013年第6期。

② 沈奕斐：《被建构的女性：当代社会性别理论》，上海人民出版社2005年版，第323页。

③ 参见刘伯红：《开展社会性别评估》，载《中国妇运》2016年第7期。

④ 参见李勇：《立法性别平等评估的地方经验和国家构建的着力点》，载《中华女子学院学报》2020年第2期。

⑤ 孙文恺：《美国女性主义法学的法律观及其局限性》。

“伊利诺伊州的法律规定，代孕协议可以要求代孕女性接受成功怀孕、确保胎儿健康和顺利分娩所需的医疗检查、治疗和胎儿监测程序。类似的措辞也出现在其他州的法律中，包括特拉华、内华达和俄克拉荷马。俄克拉荷马州的法律明确规定，这种合同条款能够强制执行”。^① 概言之，代孕活动的性质决定了代孕合法化背景下的法律条文设计难以跳出控制性的规范路径，在这种情况下往往会构成对女性权利和尊严的克减，由此带来的种种行为都违反了宪法、法律乃至国际人权法确立之男女平等的基本要求。^② 相应地，诸如此类的规范内容设定也注定无法通过立法性别平等评估的第一关。

在实施效果上，这些极具控制性的内容设定无法体现性别平等的要求，甚至会带来一系列意想不到的问题。首先，代孕合法化描绘的解决贫困女性现实难题的理想图景，不足以弥补她们在此中受到的身心伤害。而且，一旦社会公众在观念层面接受代孕带来的女性异化，以及如此畸形的社会发展被规范化，才是悲剧真正的开始。^③ 其次，合法化语境下的代孕可能只指向少数女性，但“当代孕女性的生活要受到检测和控制的时候，所有作为权利倡导者和依据宪法拥有平等主体地位的女性都处于危险之中”。^④ 这归因于，“代孕市场化后，生孩子便有了定价，此价格将锚定所有的生殖行为”，^⑤ 亦会波及被定位为生殖者的所有女性。最后，合法化代孕的主张允许对部分、特别是弱势女性生殖功能的利用有悖于女性群体内部的平等要求。女性解放的理论和行动不能在批判的同时援用男性宰制女性的逻辑，允许处于优势地位的女性对弱势地位之女性的利用。基于相关文献和对代孕的实际观察可见，从事代孕的多是社会底层的贫穷女性，直接受益者则是社会中上层女性，这些明显基于性别阶级的利用和被利用关系应被法律拒绝。

（二）有悖于消除法律中性别歧视的迫切要求

代孕非但不符合社会性别主流化有关在任何情况下均需要实质性地平等对待男女两性的要求，而且在现实情境中，基于代孕这一特殊的行为内容安排直接构成针

① Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365-392.

② Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365-392.

③ 参见玛莎·菲尔德：《代孕等生殖技术法律问题的教义学展开》。

④ Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365-392.

⑤ 李勇：《从社会主义女权主义看反代孕合法化的必要性》，载《哲学动态》2022年第3期。

对女性的歧视。《消除对妇女一切形式歧视公约》第1条^①在“对妇女的歧视”的界定中内含了三重要素：一是单纯基于性别而对女性作出区别对待；二是这种区别对待足以妨碍或否认女性对人权和基本自由的享有；三是无法证明此种妨碍或否认女性人权或基本自由的区别对待具有公正性。依此审视代孕活动及其中的代孕女性不难发现，允许代孕合法化极可能形成“对代孕女性的生活、身体完整权和控制权进行潜在的全面控制”^②，这显然构成了对女性的歧视，从而与《消除对妇女一切形式歧视公约》所确立的反对性别歧视的宗旨及与之相关的具体制度安排相违背。

首先，代孕合法化是针对女性的区别对待。单就生物学而言，拥有生殖功能的性别主体是女性。但自以男性中心主义为基调的父权制社会形成以来，对女性生育功能附加的文化和社会控制已超过自然属性，演变为“有着特定社会意义的实践”^③。由此形成以女性差异性为基础的“生物政治”^④，代孕合法化主张依此逻辑提出。故毋论添加何种具有美化色彩的理由，都不容否认“代孕实际上是将作为核心人格属性的生育能力工具化和商品化，贬损女性的尊严，与奴役女性有着不可分割的联系”。^⑤这种做法干扰了女性对身体自主权和决策权的享有，与性别平等背道而驰。就受益者而言，由于依照“传宗接代”观念和“生儿育女”的母职预设，负担怀孕和分娩责任的是女性，故代孕合法化的直接受益者是她们。但鉴于二者均是父权制的产物，男性便成为代孕合法化的最终受益者。

其次，代孕合法化中存在的针对女性的区别对待会给女性带来不利后果。在现实中，这种不利后果具有多维性。从最根本的角度讲，代孕会克减女性作为独立主体的固有品质。代孕女性没有尊严、缺乏自由、权利得不到保障，甚至没有人知道她们的姓名，代孕诊所看重的只是能够带来经济利益、被分离出来的子宫。就身体健康而言，反复接受授精试验、药物副作用以及剖腹产，会使代孕女性受到可能终身都难以复原的损伤。^⑥分娩并将代子交给委托人以后，代孕女性便被资本家抛弃，

① 《消除对妇女一切形式歧视公约》第1条：“为本公约的目的，‘对妇女的歧视’一词指基于性别而作的任何区别、排斥或限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。”

② Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365-392.

③ 曹钦：《代孕的伦理争议》，载《道德与文明》2012年第6期。

④ Carlotta Cossutta, “Maternal Relations, Feminism and Surrogate Motherhood in the Italian Context”, *Modern Italy*, vol. 23, no. 2 (2018), pp. 215-226.

⑤ 刘碧波：《代孕的立法和司法问题》。

⑥ Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365-392.

她们被要求立即离开集体宿舍，代孕诊所不再对她们的安全、健康和基本生活负有任何责任。^①在代孕污名化依旧普遍存在的情况下，代孕女性的不利后果不仅来自身体的痛苦，甚至来自她们最亲近的人。从代孕诊所回家的女性难以为原有的社会关系网络所接受，丈夫和子女也会刻意疏远她们。通常的情况是，“她们独自一人，得不到情感、基础设施或金钱的支持”。^②这一切都表明了，从代孕开始到结束乃至生命历程的终结，代孕女性面临的不利后果都是有目共睹的。

最后，无法证明代孕合法化情境中对女性区别对待的公正性。依照女性主义法学主张的男女实质平等的要求，法律允许甚至鼓励出于某些特定事由对女性作出区别对待，如果这些区别对待不会产生有害于她们的后果，甚或带来积极效果。在除要求女性必须作出必要牺牲的特定情境下，可在出于善意目的且充分保障各项权利的情况下，适当发挥女性的生育功能。相反，若由此带给女性的坏处超过益处，这种区别对待就有问题了，代孕合法化语境下的区别对待便应归为此类。支持者提出的免除不孕症患者和失独家庭的痛苦、代孕女性身体或生育权的实现、人道主义和公平正义等理由，不足以成为证成代孕应合法化的恰切根据。上述问题或是即便允许代孕合法化也无法解决的事项；或是人在风险社会中难免遇到的事情，而非真正的权利；或是打着人道主义和公平正义旗号对权利的滥用。对这些问题，不是不可以通过法律的渠道解决，而是不应以合法化代孕的方式来处理，妥当的做法是采取强化养老保障和社会救济等其他替代措施。

（三）允许合法化是对事实代孕行为的错误定性

代孕合法化主张的提出沿着“存在即合理”的消极证成逻辑，混淆了事实和合法行为，将代孕需求高涨、代孕事实屡禁不止的现实视作依据，得出代孕应当被合法化的结论。^③在新近的女性主义法学看来，法律不是万能的，无法从根本上消除社会中的不平等现象。但它至少可以扮演“安全阀”的角色，将有悖于社会性别平等的行为排除在为法律所认可和接受的大门之外，拒绝将存在于社会生活中之歧视、贬低、压迫女性的事实行为吸收为合法行为。另外，参照女性主义法学依据的女性主义核心观点，可以为代孕作出相对准确的法律定性，避免将实为犯罪行为的

① Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, <https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304CentreSocialResearchSurrogate-motherhood-2014.pdf>.

② Centre for Social Research (CSR), “Surrogate Motherhood Ethical or Commercial”, 2022.10.28, <https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/33304CentreSocialResearchSurrogate-motherhood-2014.pdf>.

③ 参见张融：《女性主义法学视角下的代孕规则检讨》，载《中华女子学院学报》2017年第4期。

代孕基于错误的证成逻辑定性为合法行为，从而给代孕女性乃至所有女性带来不可磨灭的伤害。

随着人工辅助生殖技术的推进及不孕问题的凸显，代孕开始在中国出现。就当下而言，隐秘或明目张胆地谈及代孕，去往代孕合法化的国家或走进本土地下代孕工厂，都已经屡见不鲜。问题是，代孕广泛存在的事实不足以成为其应以合法化的身份入法的理由。失独家庭和生育障碍者对孩子的期望，在道义上可以被理解，但不是有待法律救济的事项。^① 在目前的法治环境中，代孕以合法化的方式进入法律的重要路径是将之证成为一项新兴权利，但是这种“权利泛化”^② 的趋势应当受到抑制。“声称或主张某项权利可能只是一种现象、修辞或策略性行为，而判断某项权利的存在则属于理论证成的任务。”^③ 在新兴权利证成中，“被保护的合理性”^④ 是前置性要素。就此，如果说特定主体生育目标的达成需要以剥削、压迫和物化代孕女性为代价，代孕行为就存在问题了。这使其不仅丧失了道德正当性，也不可能获得法律的积极评价。在这里，首先需要承认代孕现象存在的真实性，而且确实带来了许多社会问题，依此明确代孕是不能被法律接受的不道德行为，再考虑既然这种不道德行为不得以合法化的路径入法，是否存在法律层面的其他规制路径。

不同于有研究者在证成代孕应合法化时提到的，“地下黑市的代孕只有在有效规范的情况下才能够真正保障弱势者的价值及利益，而这又必须在代孕合法化的前提下才有可能实现”。^⑤ 事实上，考虑到代孕可能给女性造成的不利后果及代孕乱象对这种不利程度的加深，非但不能将代孕转化为合法行为，反而亟待以法律明文规定的形式对其进行打击。而且，这种打击应被置于最高程度的刑事处罚语境中。更妥当的做法是，“提高我国代孕立法规制的效力层级，在刑法中增设代孕犯罪”。^⑥ 作为系统性剥削、利用生殖功能且贬低、歧视女性的行为，代孕在实际运作中常伴随非法拘禁、故意伤害、过失致人伤亡、非法行医等犯罪行为，这使代孕行为可能落入相关犯罪的规制领域。但考虑到上述罪名难以体现代孕在犯罪动机、行为手段和目的上的特殊性，故本文主张新设“代孕罪”。就犯罪主体而言，出于设置这一罪名的初衷——确保女性不因代孕行为而遭到否定对待，故代孕女性无须

① Courtney G. Joslin, “Surrogacy and the Politics of Pregnancy”, *Harvard Law & Policy Review*, vol. 14 (2020), pp. 365-392.

② 陈景辉：《回应“权利泛化”的挑战》，载《法商研究》2019年第3期。

③ 雷磊：《新兴（新型）权利的证成标准》，载《法学论坛》2019年第3期。

④ 同上。

⑤ 陈丽杰等：《商业代孕会导致剥削吗？——对禁止商业代孕的伦理辨析》。

⑥ 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。

“罪化”^①。代孕中间商、代孕委托方、代孕医疗技术提供者及其他实质参与代孕活动的单位和个人，则应当成为代孕犯罪的惩治对象。

五、结语

基于不同视角在“代孕是否应合法化”问题上可能得出不同答案，这也是就此形成广泛争议的重要原因。本文从女性主义法学出发审视该问题，得出代孕不应合法化的结论。女性主义法学与女性争取平权的运动相伴而生，其使命之一就是把好关，将有悖于性别实质平等的内容“拦截”于立法环节。代孕作为具有极强性别针对性的行为，其出现伊始就与女性实质性地勾连起来。它表面上为代孕女性描绘出一幅美好的图景，即她们可以通过代孕获得报酬，进而摆脱经济困境。但当她们真实地置于代孕的情境中，中间商的谎言才被揭露出来。在代孕工厂中，女性实质性地被异化为生育工具，她们身体的一切似乎都是为生下有较高经济价值的代子服务的，独立、自由、权利、人格尊严无从谈起。面对超越“不可让与性”^②规则，将具有人格属性的生殖功能置于市场，进而催生出的如此歧视、贬低、剥削、伤害女性的代孕行为，女性主义法学理应坚决反对。故本文主张非但不能以任何规范的形式表示认可，还应将之规定为代孕犯罪。

① 参见李茜、付玉明：《代孕行为的类型分析与其中的刑事治理》，载《医学与法学》2022年第4期。

② Guido Calabresi, A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, no. 6 (1972), pp. 1089-1128.

英文摘要

Ratio Juris

2023

Legal Philosophy, Legal Methodology and Artificial Intelligence

1

Vol. 9

June, 2023

Symposium 1: Practical Concerns of Feminist Jurisprudence

The Justification of Anti-Surrogacy Legalization from the Perspective of Feminist Law

Li Yong

Abstract: Feminist jurisprudence, based on the criticism of the gender of law is male, provides an important path of justification for opposing the legalization of surrogacy with its unique research methods and emphasis on gender equality. As a highly gender-specific behavior, surrogacy will cause substantial inequality to women. Under the influence of capital logic, the reproductive function of surrogate women is utilized by profit-seeking middlemen. From entering the surrogacy factory to giving birth to offspring, women

are abandoned by middlemen, and women become fertility machines finally. Surrogacy rules ignore the real feelings of surrogate women, and break the traditional principle of parturient is the mother and dissolve the foundation of their becoming mothers. It is the division of social gender roles and the corresponding gender mechanism that causes the substantive inequality of surrogate women. The negative presupposition of second sex and the solidified role of women as reproductive and parenting are the main reasons for the occurrence of surrogacy. All these determine that surrogacy does not meet the standards set by gender mainstreaming, runs counter to the requirement of eliminating gender discrimination in the law, and confuses facts, legality and criminal behaviors. Therefore, it should not be legalized, and the correct way is to stipulate it as a surrogacy crime.

Keywords: feminist law; gender equality; surrogacy; legalization; surrogacy crime

Interpretation and Extension of the Identification Rules of Parent-Child Relationship in Assisted Reproduction in China

A Comparative Study of Oriented Functionalism

Wang Meng

Abstract: In order to better protect the rights and interests of children born based on human assisted reproductive technology, it is necessary to reasonably foresee the development trend of human assisted reproductive technology. Also under the guidance of the functionalist ideas of effectively leading people's behavior patterns and legal intentions, and then realizing good law and good governance, the rules of identifying parent-child relationship should be reformed accordingly, and concepts such as common parents, de facto parents, willing parents and psychological parents should be introduced. In order to better practice the principle of maximizing the interests of children and enable children to grow up in a stable family environment, we should successfully obtain birth registration for children and legally set a benchmark for them to determine suitable parents.

Keywords: assisted reproductive technology; maximize the interests of children; identification of parent-child relationship; functional regulation; value judgment