

# 人类辅助生殖技术的伦理考量与法律治理

刘欢

**摘要：**人类辅助生殖技术的出现在解决不孕不育和实现生殖健康方面极大地增进了人类福祉，但同时也使得人类社会面临着一系列的伦理难题。对个体自主性的尊重和对个体之间公正的维持是人类辅助生殖技术实施过程中重点考量的两项基本伦理原则。目前我国对人类辅助生殖技术的法律治理主要依赖于行政主管部门颁布的行政规章和规范性文件，但这一治理体系存在实效不足、规范冲突、规则缺失和理念滞后等弊端，不能有效彰显上述两项伦理原则，也无法妥善处理人类辅助生殖过程中产生的纠纷。构建现代化的人类辅助生殖法治体系首先需要在技术、伦理与法律之间形成有效的沟通机制，确保这一技术始终服务于医疗目的，并始终坚守儿童利益最大化原则。

**关键词：**人类辅助生殖技术；自主性；公正；伦理协商机制；合目的性

[中图分类号]D922.16; R714 [文献标识码]A [文章编号]2096-6180(2022)01-0038-16

## 一、问题的提出

生育不仅是个体之间的私密性话题，也是人类社会永恒的公共性议题之一。费孝通先生曾指出，生育维系着人类社会结构的完整性以及促成了社会分子的新陈代谢，人类种族在这一过程中得以延续，人类个体也因此得以在社会中生存。<sup>〔1〕</sup>然而，据学者研究，不孕不育目前已成为当前影响人类健康的第三大问题。尤其是近几十年以来，受婚姻和生育年龄推迟、自然环境污染加剧、膳食结构不合理、生活节奏加快等众多因素的影响，临床不孕不育症状呈现明显上升的趋势。<sup>〔2〕</sup>人类辅助生殖技术（Assisted Reproductive Technology, ART）的出现使得人类逐渐能够对生育过程进行人为地干预和操控，在解决不孕不育和实现生殖健康等问题方面极大地增进了人类的福祉。自1978年世界上首例试管婴儿在英国诞生以来，ART在世界范围内得到了推广和应用。据统计，

〔作者简介〕刘欢，中国人民大学法学院博士研究生。

〔基金项目〕2019年度司法部国家法治与法学理论研究项目“人类胚胎基因编辑立法研究”（项目批准号：19SFB2035）。

〔1〕费孝通：《乡土中国 生育制度 乡土重建》，长江出版社2019年版，第137-153页。

〔2〕孙文希、胡凌娟：《国内外不孕不育症现状及我国的干预策略探讨》，载《人口与健康》2019年第12期，第19页。

目前我国每年试管婴儿数量逾 20 万例次，成为世界范围内 ART 治疗的第一大国。<sup>(3)</sup> 但是，技术的嵌入使得原本建立在人与人之间、人与自然之间的基础性伦理规范产生了动摇。作为一种“新兴技术”，ART 的重要特征之一就是它会产生一些人们从来没有预见过的新的伦理问题。<sup>(4)</sup> 法律作为最低限度的伦理共识自然也无法在这一过程中“独善其身”。从 2014 年的“宜兴冷冻胚胎案”到 2016 年的“全国首例代孕子女监护权案”，再到 2018 年的“基因编辑婴儿”事件，无不昭示着 ART 正在不断地重塑着人类社会关系，传统治理模式赖以生成和维系的预设场景发生了结构性的变化。

就目前而言，ART 的治理体系存在技术治理、伦理治理与法律治理三条主线。虽然三者各自秉承着不同的治理逻辑，但其关系也并非不可调和。一方面，技术治理作为一种政策工具，其秩序载体是社会治理中的制度；另一方面，伦理作为一种价值共识，它担负着技术治理与法律治理之间沟通“媒介”的职能，人们在合乎伦理性的技术治理和法律治理的过程中获得符合自身期望的“效益”，技术或者制度也由此获得了信任和合法性。<sup>(5)</sup> 由此可见，对技术、伦理与法律三种治理机制进行适度的调适是实现 ART 领域治理体系和治理能力现代化的重点。基于此，笔者拟首先回到技术这一原点，找寻这一系列难题产生的结构性因素，其次对伴随 ART 发展而带来的伦理考量因素进行阐述和提炼，并在此基础上检视我国现行的规范治理框架，就 ART 法律治理的应然路径略陈管见。

## 二、人类辅助生殖的技术背景

我国《人类辅助生殖技术管理办法》（中华人民共和国卫生部令第 14 号，2001 年）第 24 条第 1 款规定，本办法所称人类辅助生殖技术是指运用医学技术和方法对配子、合子、胚胎进行人工操作，以达到受孕目的的技术，分为人工授精（Artificial Insemination, AI）和体外受精—胚胎移植技术（In Vitro Fertilization and Embryo Transfer, IVF-ET）及其各种衍生技术。这一规定表明，在我国，允许各类医疗机构和计划生育服务机构实施的 ART 技术仅限于 AI 和 IVF-ET 及其衍生技术。

### （一）人工授精技术

AI 是最为古老的辅助生殖技术，其具体操作方式是，采用人工的方式将精子注入女性生殖道内以代替两性的自然结合，最终达到使女方受孕的目的。根据精子的来源不同，又可分为夫精人工授精（Artificial Insemination by Husband Semem, AIH）技术和供精人工授精（Artificial Insemination by Donor Semem, AID）技术两种类型。其中，AIH 所使用的精子来自女性的配偶，AID 使用的精子来自女性配偶以外的第三方男性。由于 AIH 的过程与自然生育最为接近，故而通常并未引发伦理上的争议。

(3) 张燕、言懿：《辅助生殖第一大国》，载《中国经济周刊》2021 年 6 月 15 日，特别报道。

(4) 雷瑞鹏、邱仁宗：《新兴技术中的伦理和监管问题》，载《山东科技大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 2 页。

(5) 王长征、彭小兵：《技术治理与制度道德》，载《自然辩证法研究》2020 年第 6 期，第 35 页。

从技术的角度来看, AI 仅属于常规的助孕技术, 主要适用于男性无法在自然生育过程中提供精子或者提供的精子质量不佳等原因而导致的不孕不育。与此同时, 女性在这一过程中必须提供能够正常发育的卵子以及拥有健全的输卵管。此外, 由于 AI 仅仅是将人工操作的过程代替了两性生殖的过程, 而不会对精子和卵子的结合过程进行干预, 因此也无法进行基因筛查以避免遗传性疾病等操作。

## (二) 体外受精—胚胎移植及其衍生技术

IVF-ET 包括促排卵、取卵、体外受精和体外培养、胚胎移植四个阶段。具体而言, IVF-ET 首先是将提取出的卵子置于培养皿内, 经加入选取的精子后, 使精卵在体外完成受精并发育成前期胚胎, 并最终将该前期胚胎植入女性子宫的过程。值得注意的是, 一般而言, 在实施 ART 过程中提取的精子、卵子以及其后形成的胚胎需要进行冷冻储存, 由此形成了配子/胚胎冷冻技术。此外, 在某种程度上, 代孕也应当属于 IVF-ET 的衍生技术。两者的过程大致相同, 只不过在胚胎移植阶段, 代孕是将该人类胚胎植入代孕母体内, 而不是委托实施 ART 的女性体内。

IVF-ET 通常被称作“第一代试管婴儿技术”。在 IVF-ET 的基础上, 为治疗不同的临床不孕不育症状, 先后衍生出了第二代、第三代和第四代试管婴儿技术, 分别为胞质内单精子注射 (Intracytoplasmic Sperm Injection, ICSI)、胚胎植入前遗传学诊断 (Preimplantation Genetic Diagnosis, PGD) 和胚胎植入前遗传学筛查 (Preimplantation Genetic Screening, PGS)、卵母细胞胞浆置换技术 (Germinal Vesicle Transfer, GVT) 等。应当说明的是, 不同代际之间的试管婴儿技术之间并非纵向上的取代关系, 而是需要根据患者的具体适应症状进行选择。

其中, ICSI 是选择形态正常的单个精子注射到卵细胞胞浆内, 使两者结合受精, 形成受精卵后在体外培养为胚胎并移植到女性子宫内的过程。不难发现, 这一过程实际上并未对生育伦理产生根本性的挑战。在伦理上存有较多争议的主要是 PGD/PGS 和 GVT。PGD/PGS 是在精子和卵子结合成受精卵后, 植入女性子宫之前, 对胚胎进行遗传学的检测, 其目的在于帮助不孕不育夫妇生育健康的后代。PGD 主要用于筛查胚胎是否携带具有遗传缺陷的基因, 从而避免后代发生已知的遗传性疾病; 通过 PGS 可以检查胚胎的染色体数目和结构是否异常, 从而增加胚胎移植的成功率。GVT 是将质量不佳的卵子与健康的卵子之间进行卵核置换, 以增强卵子的活力, 从而提高受孕的成功率。与其他 ART 技术仅诞生携带男女双方的遗传基因不同, 通过 GVT 诞生的后代将携带不孕不育夫妇和第三方女性的遗传物质, 导致了遗传学上至少“一父二母”的结果, 至多则可能同时出现 2 个父亲 (遗传学父亲、抚养父亲) 和 4 个母亲 (遗传学母亲、孕育母亲、抚养母亲以及胞浆移植和原核置换后的线粒体 DNA 遗传学母亲)。<sup>(6)</sup> 由于胚胎同时拥有两个生物学意义上的母亲, 人们不免对“第四代试管婴儿”的遗传特征产生质疑<sup>(7)</sup>, 加之其安全性也处于有待验证

(6) 肖小丹:《第四代试管婴儿技术缔造“三亲婴儿”》,载《首都食品与医药》2017年3月上半刊,第66页。

(7) 夏静、杜巍巍:《首位“第四代试管婴儿”在武汉降生》,载《光明日报》2004年2月26日。

的阶段，故包括我国在内的多数国家目前并未允许这一技术的临床应用。<sup>〔8〕</sup>

### 三、人类辅助生殖技术中的伦理考量

由上可知，ART 技术的不断更新换代扩张了人们行为的边界。在技术本身的复杂性和人类利益需求多样性的双重因素作用下，诸多与此相关的伦理问题开始凸显出来，如人类体外胚胎的道德地位、代孕中的亲子关系认定、基因筛查引发的自主性危机、配子的商品化等。为了应对这些现实的或者潜在的伦理风险，包括我国在内的部分国家和国际组织正试图通过跨区域的对话与合作构建一套新的伦理约束机制。

#### （一）“基本伦理原则”概念的引入

应当承认，伦理价值本身的多元性决定了人们在此很难达成一项能够被普遍接受的共识。因此，1979 年美国国家生物医药和行为研究受试者委员会在其发布的《贝尔蒙报告》<sup>〔9〕</sup> 中审慎地提出了“基本伦理原则”（basic ethical principles）这一概念。所谓“基本伦理原则”，是指一些具有普遍性的判断，而这些判断又可以作为许多特定的伦理规范和人类行动评估的基本理由。《贝尔蒙报告》中的“基本伦理原则”包括尊重人（respect for persons）、有利（beneficence）和公正（justice）三个方面。由于这三种价值在某种程度上具有一定的普适性，故而此后形成的国际文件大多是在此基础上作出进一步的细化。譬如，联合国教科文组织 1997 年表决通过的《世界人类基因组与人权宣言》强调应充分尊重人的尊严、自由和权利，并禁止基于遗传特点的一切形式的歧视。这实际上就是对尊重人的原则的重申。联合国教科文组织 2005 年表决通过的《世界生物伦理与人权宣言》提出的知情同意、提升受益与减少损害、社会责任和健康等也分别可以与上述三项原则进行对应。

2018 年 7 月，英国纳菲尔德生物伦理委员会在其发布的《基因编辑和人类生殖报告》中将遗传基因编辑涉及的利益进行了类型化，包括遗传基因编辑直接涉及的个人（包括受试者及其后代）、社会上的其他个体和未来世代的人类。<sup>〔10〕</sup> 这一分类方式的主要意义在于，基本伦理原则的判断不再漫无边际，而是将不同的利益置于具体的语境下进行风险和收益的评估，从而对可能处于冲突状态的利益作出更为细致的判断。再具体到 ART 的语境下，笔者结合《贝尔蒙报告》与《基因编辑和人类生殖报告》认为：第一，有利原则意味着不伤害，以及将可能的伤害最小化和将可能的利益最大化，那么这在本质上就仍然属于具体情形下的利益衡量和责任归属的问题；第二，由于

〔8〕 如《人类辅助生殖技术规范》规定：“禁止实施以治疗不育为目的的人卵胞浆移植及核移植技术。”《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》规定：“在尚未解决人卵胞浆移植和人卵核移植技术安全性问题之前，医务人员不得实施以治疗不育为目的的人卵胞浆移植和人卵核移植技术。”

〔9〕 *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research: THE BELMONT REPORT*, The U.S. Department of Health and Human Services (20 October 2021), <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>.

〔10〕 Nuffield Council on Bioethics (2018), *Genome Editing and Human Reproduction: Social and Ethical Issues* (London: Nuffield Council on Bioethics), 2018, p.58.

可遗传基因编辑并非 ART 的必经阶段，仅在少数情况下（如基因筛查后进行的基因编辑）才会对未来世代人类的利益产生直接影响，而这种情形实质上仍是以对“公正”的讨论为起点。有鉴于此，笔者将 ART 中的伦理考量概括为对个体自主性的尊重和对个体之间公正的维持两个方面，并在此基础上对 ART 相关技术可能涉及的伦理争议问题进行检视。

## （二）对个体自主性的尊重

人的自主性被视作康德以来道德哲学的核心要义。在康德看来，人的理性是有限的，它同时受到两种法则的影响：纯粹理性是必然的领域，人受到自然因果律（或者说自然必然性）的支配，在这一领域，人不具有自主性和自由可言；实践理性是自由意志的领域，它遵从的是道德法则，道德律证明人的本体是自由的，此时，人可以不受任何经验条件限制而选择和决定自己的生活，因而是自主的。<sup>〔11〕</sup>英国古典自由主义哲学家约翰·密尔进一步指出：“任何人的行为，只有涉及他人的那部分才算对社会负责。在仅只涉及本人的那部分，他的独立性在权利上则是绝对的。”<sup>〔12〕</sup>《贝尔蒙报告》将尊重人的原则归纳为两个方面：其一，承认自主权；其二，保护那些不具有完全自主权的人。前者表明个体对于自己的私人事务应当享有自我决定和自我支配的权利；后者是指对于弱势的个体应当采取特殊的措施加以保护。

首先，对于第一种意义上的个人自决权的保护已经存在可供执行的具体规则，如《人类辅助生殖技术管理办法》第 14 条规定了知情同意原则。但是，在代孕过程中，知情同意并不能使这一行为免遭侵犯自主性的责难。根据代孕母是否向委托实施代孕的夫妇收取报酬，代孕可以分为商业化代孕和非商业化代孕。对于商业化代孕，学界普遍认为这实际上是将生育能力这一核心人格属性工具化和商品化，贬低了女性尊严，甚至往往与奴役女性和贩卖婴儿联系在一起。<sup>〔13〕</sup>非商业化代孕虽然是一种利他主义的表现，但代孕母此时可能是基于来自家庭或者社群的压力而实施代孕行为，如代孕发生在姐妹之间时，就很难判断代孕母的行为是否是出于内心真实意愿。

其次，以上两种语境下的个人自决权均不能有效保护完全不具有自主权的个体。具言之，个体固然有权决定自己的事务，但尚未出生的孩子的事务是否也能够一并视作父母的事务？这里涉及父母生育自主权的行使边界问题，即未出生的孩子对于自己未来的私生活是否享有决定权？这其实是一个两难的问题。如果对此予以肯定，那么父母的生育自主权可能将被严格限定在不突破自然遗传规律的范围之内，即回归自然生育。理由是，在 ART 出现以前，人的出生是一种男女之间基于自然规律的社会合作行为，在这种状态下出生的人对于自己未来的私生活无疑享有最为充分的自主权——虽然人们对于自己的出生不能进行选择，但其他人同样也不能对这个过程施加干预。但是，ART 的本质恰恰就是通过技术对生育过程进行人为干预，从而实现对人类生育过程的优化，如允许 PGD/PGS 的一个重要条件就是通过这一技术消除社会上对遗传病患者的歧视。因此，

〔11〕 邓晓芒：《〈实践理性批判·导言〉句读》，载《德国哲学》2015 年卷，第 3—30 页。

〔12〕 [英] 约翰·密尔：《论自由》，许宝騄译，商务印书馆 2005 年版，第 11 页。

〔13〕 刘碧波：《代孕的立法与司法问题》，载《学术交流》2017 年第 7 期，第 117 页。

肯定的观点看似占据道德制高点实际上背离了 ART 的技术本质,也不利于保障个体的尊严。反之,如果对这一问题作出全面否定的回答,那么无疑将为通过 PGD 进行的基因筛查提供了全方位的正当性辩护。因为 PGD 不仅可以筛选出携带致病基因的胚胎,从而避免将该胚胎植入母体内,也能够用于选择性地“定制”后代,包括筛选能够与患病兄姐进行组织配型的“救命宝宝”,以及得知筛查结果后进行可遗传性的基因编辑。<sup>[14]</sup>对于前一种情形,有学者提出,应当对利用“救命宝宝”进行的救治行为作出侵害性和非侵害性的类型区分。如果是非侵害性救治行为,如在“救命宝宝”出生时从其脐带血中提取急需移植的干细胞,那么就不会使其权利受到侵害<sup>[15]</sup>,故而应当允许这种行为。这实际上是一种通过行为结果论证行为本身正当性的方式,而且这也恰恰证明了“救命宝宝”是手段,而非目的。此外,对于这两种情形还存在一个共同的支持性论证,即康德和密尔的个人自决权理论存在前提条件,那就是这个人必须有理解的能力,并对自己的决定负责,而人的出生从来就不可能事先征求这个人的意见,故出生这一现象本身很难成为道德评价的对象。所以,认为需要征得未来孩子同意的观点是毫无根据的和荒唐的。<sup>[16]</sup>但是这种观点隐含了一个未经论证的重要前提,那就是将父母的决定预设作为一种基于“善意”的行为,认为它只会对后代产生“好处”。<sup>[17]</sup>此时,这里的关键问题就成为如何有效地界定父母的“善意”,否则这种预设的实质就是将人们之间的社会关系完全付诸技术,沦为了一种典型的技术决定论思维。

### (三) 对个体之间公正的维持

古罗马法学家乌尔比安曾指出:“法是实现良善与公正的艺术。”这一论断表明,一方面,“公正”是一种价值共识,它赋予了法律正当性基础;另一方面,“公正”也具有规则的属性,它指向“符合道德的行为的正确结果”。<sup>[18]</sup>《世界生物伦理与人权宣言》第 10 条将在尊严和权利面前人人平等的原则视为实现公正的保障。《贝尔蒙报告》也认为,对公正的一种理解就是平等的人应当得到平等的对待。但是,平等也并不是要拒绝一切形式的差异。在例外情形下,如果有必要偏离平等对待的原则,那么就应当找到合适的理由论证其正当性。因此,关键的问题在于差别对待背后的正当性理由是否能够成立。对于 ART 而言,不平等的原因既可能来自技术本身层面,也可能来自社会层面。

---

[14] 应当说明的是,PGD/PGS 还可用于进行性别选择和基因改良(如为后代选取智商、身高、肤色、体型等具有特定遗传特征的基因)。就前者而言,父母得知筛查结果后采取避孕措施属于父母的选择权问题,而不直接涉及后代的自主性,此外,性别选择可能导致的性别失衡也属于社会问题,我国《人类辅助生殖技术管理办法》第 22 条明确禁止进行性别选择。就后者而言,有学者指出,目前这种技术仅存在于理论层面,因为人类的多数特征并非取决于单基因,而是多基因共同作用的结果,而且这些特征同样可能受到外部环境的影响。参见汪丽青:《人类辅助生殖私法调整机制研究》,法律出版社 2016 年版,第 81 页。

[15] 汪丽青:《人类辅助生殖私法调整机制研究》,法律出版社 2016 年版,第 93-94 页。

[16] 王云岭:《“自然人”和“技术人”:对基因编辑婴儿事件的伦理审视》,载《昆明理工大学学报(社会科学版)》2019 年第 2 期,第 39 页;陈景辉:《有理由支持基因改进吗》,载《华东政法大学学报》2019 年第 5 期,第 11 页。

[17] 刘叶深:《基因提升伤害平等和伦理了吗?》,载《华东政法大学学报》2019 年第 5 期,第 36 页。

[18] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2013 年版,第 156 页。

在技术本身层面，ART 技术是否可以对社会不同群体实现“平等可及”在某些情况下会成为决策者制定决策的考量因素之一。这方面的典型例证就是 2019 年在北京朝阳区发生的“全国首例单身女性冻卵案”。在该案中，原告徐某是一位 31 岁的单身女性，她希望在最适合生育的年龄取出卵子并冷冻保存，以避免将来有结婚生育意愿时产生遗憾，故而向医疗机构申请冷冻保存自己的卵子。然而，医疗机构以徐某的要求“不合法”为由予以拒绝，徐某因此将该医疗机构诉至法院（目前该案判决结果尚未公布）。此处的“不合法”是指，我国 2003 年 6 月修订公布的《卫生部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》（卫科教发〔2003〕176 号）附件 1《人类辅助生殖技术规范》规定：“禁止给不符合国家人口和计划生育法规和条例规定的夫妇和单身妇女实施人类辅助生殖技术。”与此形成对照，附件 2《人类精子库基本标准和技术规范》明确规定，男性基于“生殖保险”<sup>(19)</sup>的目的，可以向医疗机构申请冷冻保存自己的精子。就此而言，该案争议的实质问题是，可否将禁止单身女性冻卵视为一种不平等对待？应当认为，在保存生育能力的意义上，精子、卵子或者胚胎冷冻确实并没有本质区别。在这里，偏离平等对待的正当性论证主要包括以下三点：第一，相对于已经发展成成熟的精子和胚胎冷冻技术而言，卵子冷冻依旧面临着诸多技术上的难关，如冷冻保护剂的副作用容易使卵母细胞受到损伤而影响受精卵的质量；第二，促排卵使用的药物可能给女性的身心健康带来损害<sup>(20)</sup>；第三，担心女性冻卵一旦开放将刺激代孕的兴起。<sup>(21)</sup>其中，前两点属于对技术因素的考量，第三点则是对社会风险进行评估的结果。

在社会层面，新兴技术普遍存在的一个平等难题就是，“当一项新的产品研发出来后，迫不及待地投入市场，不考虑怎样使利用纳税人的钱发展科技的新成果能够让更多的人享用”，“结果仅能为极少数有钱人享用”。<sup>(22)</sup>ART 自然也不例外。部分人担忧诸如“试管婴儿”、代孕、基因筛查以及基因编辑等技术的允许或者推广会不合理地加剧社会的阶层分化，从而导致人与人之间的不平等。然而，如果仅仅因为部分人无力支付 ART 的费用就拒绝推广甚至禁止相关技术的理由显然是不合理的。因为按照这样的逻辑，同样也应当禁止诸如癌症、艾滋病病毒（HIV）等其他价格高昂的治疗方式。在笔者看来，社会层面的公正性考量应当重点观察不可逆的社会风险，如可遗传性基因编辑的实施存在将不平等一直延续下去的风险。社会贫富差距导致部分主体无法享受技术进步带来的效益，在严格意义上并非是由技术本身所导致，而是在任何时代、任何社会都可能存在的医疗资源分配不均的现象。事实上，对于诸如代孕、基因筛查等应当主要考量其是否侵蚀了个体的自主性，而非公正或者平等的问题。

---

(19) 根据该规范，这主要包括两种情形：“(1) 需保存精子以备将来生育者；(2) 男性在其接受致畸剂量的射线、药品、有毒物质、绝育手术之前，以及夫妻长期两地分居，需保存精子准备将来生育等情况下要求保存精液。”

(20) 刘长秋：《冻卵：法律应采取怎样的立场与对策》，载《探索与争鸣》2016 年第 11 期，第 90-91 页。

(21) 赵丽、顾小妍：《冻卵政策一旦放开将刺激代孕兴起》，载《法治日报》2021 年 1 月 29 日，第 004 版。

(22) 雷瑞鹏、邱仁宗：《新兴技术中的伦理和监管问题》，载《山东科技大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 6 页。

#### 四、我国人类辅助生殖技术的规范框架及其评析

目前,我国围绕 ART 技术的法律治理,可供参考或者适用的法律规则主要来自《中华人民共和国宪法》(下称《宪法》)、《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)和《中华人民共和国刑法》(下称《刑法》)等法律中的一般性规定。就专门性的规定而言,主要包括国务院卫生行政主管部门颁布的行政规章和规范性文件。其中,前者除前述《人类辅助生殖技术管理办法》之外,还包括 2001 年 2 月颁布的《人类精子库管理办法》(中华人民共和国卫生部令第 15 号,2001 年);后者主要包括前述 2003 年 6 月一次性打包修订并公布的《人类辅助生殖技术规范》(附件 1)、《人类精子库基本标准和技术规范》(附件 2)、《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》(附件 3)。从整体上来看,一方面,《宪法》作为我国的根本大法,以及《民法典》和《刑法》作为各自领域的基础性法律,无法对纷繁复杂的 ART 技术实现精准治理;另一方面,以《人类辅助生殖技术管理办法》为代表的行政规章和规范性文件大多已出台 20 余年,这些文件所确立的某些原则和规则在一定程度上已无法适应技术发展的前沿。在以上两方面因素的共同作用之下,我国实证法体系在 ART 领域的治理显露出实效不足、规范冲突、规则缺失和理念滞后四大弊端。

##### (一) 实效不足

美国著名法学家庞德认为,法令的成分由各种规则、原则、说明概念的法令和规定标准的法令所组成。当人们缺少可供执行的具体规则时,可以通过各种原则和概念来“应付那些没有现成规则可循的各种新情况”。<sup>(23)</sup>就此而言,围绕我国实证法体系中“人格尊严”这一概念进行法的续造似可弥补 ART 统一立法缺失之不足。具言之,我国《宪法》第 38 条、《民法典》第 109 条、第 990 条第 2 款等均规定自然人的人格尊严受到法律保护。按照宪法学者的解释,宪法上的人格尊严首先应当理解为一种基础性的价值原理,在实际内涵方面,人格尊严又具体指向名誉权、荣誉权、姓名权、肖像权、隐私权、自我决定权等“狭义”上的人格权。<sup>(24)</sup>同时,在民法学者看来,民法上的人格尊严是对宪法上人格尊严条款的具体化,并构成了《民法典》“人格权”编的首要价值,各项具体人格权都旨在彰显对人格尊严的维护。<sup>(25)</sup>在比较法上,基于人的尊严,还进一步衍生出了人的先在性、自生命开始对人的尊重、人体的不可侵犯、禁止对人体的商业性利用等更为具体的原则。<sup>(26)</sup>在这个意义上,宪法上的人格尊严与民法上的人格尊严确实具有某种程度的同构性,两者实际上都隐含了康德提出的“人是目的而非手段”的哲学

(23) [美] 罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆 2010 年版,第 28 页。

(24) 在宪法学者看来,广义上的人格权还包括生命、身体、精神以及与个人的生活相关联的权利或利益。参见林来梵:《宪法学讲义》(第 2 版),法律出版社 2015 年版,第 387 页;许崇德主编:《宪法》(第 5 版),中国人民大学出版社 2014 年版,第 164-165 页。

(25) 王利明:《人格尊严:民法典人格权编的首要价值》,载《当代法学》2021 年第 1 期,第 3-14 页。

(26) 石佳友:《治理体系的完善与民法典的时代精神》,载《法学研究》2016 年第 1 期,第 13 页。



命题。

但应当看到的是，无论是在大陆法系抑或普通法系，通过“原则+概念”的方式来处理具体的法律纠纷只能是一种极其例外的情形，而不能代替具体规则的适用。就宪法上的人格尊严而言，2016年6月，《最高人民法院关于印发〈人民法院民事裁判文书制作规范〉〈民事诉讼文书样式〉的通知》（法〔2016〕221号）中《人民法院民事裁判文书制作规范》明确表明：“裁判文书不得引用宪法……作为裁判依据，但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。”这实际上是确立了合宪性解释的宪法实施路径。换言之，在我国，宪法人格尊严的主要意义在于，为包括但不限于民法上的人格权等具体法律规则的适用提供解释论上的依据，宪法人格尊严之立法目的须交由《民法典》和《刑法》等部门法来具体落实。然而，就民法上的人格尊严而论，通说认为，人格尊严构成一般人格权的规范依据，主要承担价值判定和条文补充的功能。<sup>〔27〕</sup>在教义学上，一般人格权作为一种“框架性权利”，“几乎无法作出概括性的描述”。<sup>〔28〕</sup>正是这种不确定性导致了这一概念并不能如其他民事权利一般直接适用，而必须经过裁判者的利益衡量，在个案中作出决断。因此，运用一般人格权的概念来解决ART中纷繁复杂的技术和伦理问题将极大地增加裁判者的论证负担。例如，裁判者将面临单身女性是否享有冻卵的“权利”、《宪法》中的“生育权条款”应当如何与一般人格权进行概念上的衔接等问题。

## （二）规范冲突

在第三方辅助生殖<sup>〔29〕</sup>的情形下，互盲和保密原则与后代知情权之间存在着明显的冲突。一方面，根据《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》，配子的捐赠者应当与受方夫妇、出生的后代之间保持互盲；医疗机构和医务人员应当对捐赠者和受者的有关信息予以保密。应当承认的是，对于捐赠者而言，社会主流话语对捐赠配子的行为评价通常较为负面，捐赠者大多不愿自己的个人行为被他人所知晓<sup>〔30〕</sup>，他们的隐私权应当得到保护；对于受者来说，后代的基因来源同样属于家庭隐私，而且淡化与孩子有生物联系的第三方的存在对于维持受者家庭的稳定性具有十分重要的意义。<sup>〔31〕</sup>另一方面，从保护后代的原则出发，通过ART技术诞生的后代应当享有“知晓自己身世的权利”。在比较法上，《瑞士民法典》第268c条第1款已将知晓自己身份的权利确认为一项具体人格权。<sup>〔32〕</sup>我国《民法典》第1034条第2款将自然人的生物识别信息确认为个人信息的一种类型；第1037条第1款规定了自然人可以依法向信息处理者查阅或者复制其个人信息。从解释论的

〔27〕 黄薇：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第344页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第542-548页。

〔28〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第208页。

〔29〕 第三方辅助生殖，是指夫或者妻至少有一方不能提供合格的配子，故而需要借助第三方捐赠的配子进行生育，主要包括AID和供卵IVF-ET两种情形。

〔30〕 国熙：《论地下商业冻、捐卵行为中的卵子流动》，载《浙江学刊》2020年第6期，第120页。

〔31〕 王婷、史潇、全松：《供精人工授精技术的伦理思考》，载《国际生殖健康 / 计划生育杂志》2015年第4期，第271页。

〔32〕 石佳友：《人权与人格权的关系——从人格权的独立成编出发》，载《法学评论》2017年第6期，第101页。

视角来看，上述两款规定可以与《瑞士民法典》第 268c 条第 1 款得出相同的解释结论。事实上，知晓自己的身世或者基因来源不仅关乎一个人在人类社会中对自我是否有正确的认知和定位<sup>(33)</sup>，更为重要的是，在后代患有特定遗传性疾病的情况下，能够知晓自己的基因来源往往对于疾病的预防和治疗具有重大意义。因此，互盲和保密原则在以上场景下是否仍具有正当性有必要作出更为细致的利益衡量。笔者认为，在后代患有特定基因遗传性疾病的情况下，互盲和保密原则应当让位于后代的知情权。

### (三) 规则缺失

在现行法体系内，ART 中的部分技术仍处于适法性不明的境况。以代孕的合法性争论为例，《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生殖技术规范》均规定了医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。主张代孕违法的学者认为，在法律没有明确规定的情况下，行政法规、部门规章毫无疑问应当成为秩序维护的规范。因此，上述禁止性规范应当解释为“我国同样禁止医疗机构和医务人员以外的机构和个人实施任何形式的代孕技术”。<sup>(34)</sup>但也有学者指出，以上规定作为行政规章或规范性文件，其效力应当仅限于医疗机构和医务人员的业务行为，根据立法保留原则，对一般主体的行为自由进行限制必须通过立法为之。<sup>(35)</sup>此外，还有学者主张，既然 ART 在本质上仍是一种“医疗行为”，那么《刑法》第 336 条规定的非法行医罪亦可达到禁止代孕的效果。<sup>(36)</sup>也就是说，当医疗机构和医务人员以外的人实施代孕手术时，可以非法行医罪定罪量刑。应当认为，广义的医疗行为，是指出于医疗目的所实施的行为，包括疾病的诊断和预防、生育的处置等符合医疗目的的行为。<sup>(37)</sup>现实中，代孕也经常用于解决不孕不育患者或者同性婚姻者的生育问题。<sup>(38)</sup>就此而言，通过解释《刑法》第 336 条第 1 款从而间接达到禁止代孕的目的确实不失为一种可行的思路。但是，此一进路仍存在以下两个问题：第一，非法行医罪属于典型的职业犯，要求行为人必须以实施医疗活动为业。如果行为人只是针对特定的个人从事医疗活动，就不可能构成本罪。<sup>(39)</sup>第二，即使在例外情形下，非法行医罪可以适用于不以非法行医为职业的特定个人（如贺建奎案），但却无法有效约束委托实施 ART 技术的个人。这也是现实中某些尚处于法律“灰色地带”的 ART 技术大多体现为跨国交易或地下“黑市”的重要原因之一。

(33) 李晓珊：《论配子捐赠辅助生殖后代的基因来源知情权》，载《东方法学》2020 年第 6 期，第 147 页。

(34) 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，第 180 页。

(35) 杨立新、李怡雯：《保障人工辅助生殖技术所生子女的生的尊严——认定人工辅助生殖技术所生子女的法律地位的基准点》，载《中国应用法学》2021 年第 3 期，第 84 页。

(36) 徐明、高晟：《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，第 115 页。

(37) 张明楷：《刑法学》（第 5 版下），法律出版社 2016 年版，第 1126 页。

(38) Tina Lin, *Born Lost: Stateless Children in International Surrogacy Arrangements*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21:545, 545–588 (2013).

(39) 张明楷：《刑法学》（第 5 版下），法律出版社 2016 年版，第 1126 页。

#### （四）理念滞后

根据前文所述,《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》不允许单身女性冻卵是基于“公共利益原则”,即上文提出的三点正当性理由。然而,就目前而言,这三点理由均已不合时宜。对于第一点理由其实比较容易反驳,只须技术成熟即可宣告其不成立。事实上,早在2012年10月,美国生殖医学会就发布声明称:“通过卵子冷冻技术获得妊娠的成功率达到了与体外受精相同水平,因此该技术可不再被认定为试验阶段。”<sup>(40)</sup>对于第二点理由,反对者将申请冻卵视为一种行使私权的行为,因此,基于“避免身心伤害”而不允许单身女性冻卵也就成了一种典型的“法律父爱主义”,是“假保护之名行干预女性自由之实”<sup>(41)</sup>;有学者甚至认为,这种做法将使《宪法》规定的公民在法律面前一律平等的原则“形同虚设”。<sup>(42)</sup>对于第三点理由,如果是为了防止地下代孕市场的猖獗,最具效果也最符合“平等”理念的做法应当是,无论男女,一律禁止单身状态下实施配子冷冻技术。由此可见,在政策上禁止单身女性冻卵的做法有必要根据ART技术的最新发展情况作出相应调整。

### 五、人类辅助生殖技术的法治实现

在“基因编辑婴儿”事件发生后,我国法律对于ART的监管漏洞显露无遗。不少学者就此呼吁对基因编辑进行专门立法,以实现对该项技术的有效监管。<sup>(43)</sup>实际上,对人体基因进行编辑也是以实现辅助生殖为最终目的。2021年6月26日,中共中央、国务院联合发布了《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》,确立了“规范人类辅助生殖技术应用”,“加强人类辅助生殖技术服务监管,严格规范相关技术应用”的治理目标。就此而言,建立全面、系统的专门立法,形成完善的技术监管体系是在ART领域实现治理现代化的应然路径。笔者认为,构建现代化的ART法治体系的前提包括三个方面:其一是在技术、伦理与法律之间形成有效的沟通机制;其二是确保ART技术始终服务于医疗目的;其三是ART技术的实施应当始终坚守儿童利益最大化原则。

#### （一）构建技术、伦理与法律的协商机制

法律的谦抑性一般体现在刑事治理语境之中,它是指立法机关只有在不能通过其他有效手段制止某种违反社会秩序的行为时,才能将该行为设定为犯罪行为。这是因为刑法相对于其他部门法而言,其制裁措施往往最具严厉性,从而需要适当控制刑法的处罚范围。<sup>(44)</sup>进而言之,相对于不具有强制行为规范效力的科技伦理治理机制而言,法律治理机制的实现以国家强制力为保障,

(40) 王健、吕阳:《社会性冻卵的技术合理性及其生命伦理困境》,载《自然辩证法研究》2021年第8期,第81页。

(41) 姚旭鑫:《论单身女性享有冻卵之权利》,载《中国卫生法制》2021年第3期,第58-59页。

(42) 王倩蓉:《我国冻卵的立法正当性分析及法律建议》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2019年增刊,第21-22页。

(43) 王康:《“基因编辑婴儿”人体试验中的法律责任——基于中国现行法律框架的解释学分析》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2019年第5期,第143页。

(44) 张明楷:《论刑法的谦抑性》,载《法商研究》1995年第4期,第55页。

因而具有整体上的相对严厉性。在这个意义上，法律应当保持适度的谦抑性，否则将有可能对技术的创新形成不当限制。当然，这种谦抑性也存在必要前提，就是在技术风险尚不能确定的情况下，风险防范应当优先于技术发展。

具体到 ART 法律治理的语境下，应当通过伦理协商机制的构建实现对技术治理、伦理治理与法律治理之间关系的适度调和，确保自主性和公正性的价值理念贯穿于治理过程的始终。目前，对于这两个概念的本质同时存在最低限度的共识和无休止的争论。例如，人们普遍认为个人自主就是自己的选择不受他人的控制和干涉，但是，在 ART 技术实施过程中，判断医务人员是否对不孕不育患者充分履行了告知义务时却又同时存在专业实践标准、理性人标准和主观标准三种不同路径，且这三种路径各有其合理性。<sup>〔45〕</sup>因此，在绝大多数情况下，现代化的 ART 法治体系的形成不能是单向度地将伦理治理机制固化为行为规范，进而向技术实施者发布相应的命令或者指示，而是应当针对相同的治理对象、治理目标，将技术治理、伦理治理与法律治理建构为一个动态的治理系统，实现三者之间关系的调适。伦理协商机制正是旨在实现此种治理目标，促成不同群体之间就 ART 的相关问题展开深入的对话与交流，在对相应的技术风险、社会风险是否符合自主性和公正性作出初步评估和判断的基础上，为生成法治化的治理路径提供启示和依据。《世界生物伦理与人权宣言》第 18 条明确指出，在决策和应对生物伦理问题时，“当事人、相关的专业人员和全社会应当定期开展对话”；应当“进一步创造机会，开展知情的、多元化的公开辩论，使相关各方都能自由发表意见”。

## （二）确保技术实施的合目的性原则

“合目的性”旨在确保 ART 技术的实施应当符合“医疗目的”。恰如学者所指出，只有目的正当，才能产生正当的行为；如果作为起点的目的不正当，由此而产生的行为也就自然不正当。<sup>〔46〕</sup>从域外治理的经验来看，美国国家科学院和美国国家医学院将 ART 界定为“一种通过实验室处理配子（卵子和精子）或胚胎的生育治疗手段”。<sup>〔47〕</sup>日本法务省在起草相关法律的过程中拟将“生殖辅助医疗”定义为“基于辅助生殖之目的而实施的医疗行为，具体包括人工授精、体外受精、显微受精、代孕等”。<sup>〔48〕</sup>我国《人类辅助生殖技术管理办法》第 3 条和第 24 条也将“医疗目的”作为实施 ART 的前置条件。问题在于，“医疗目的”本身是一个内涵和外延都极其模糊的概念，法律上也并未对此予以明确。例如，医学研究和医疗行为在某种程度上似乎均可认为是基于“医疗目的”，但两者事实上又存在本质上的区别。《赫尔辛基宣言》认为，医生可以将医学研究与医疗措施相结合，但仅限于该研究已被证实具有潜在的预防、诊断和治疗价值的情况下。也就是说，“医

〔45〕 [美] 汤姆·比彻思、詹姆士·邱卓思：《生命医学伦理原则》（第 5 版），李伦等译，北京大学出版社 2014 年版，第 81-83 页。

〔46〕 刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014 年第 4 期，第 135 页。

〔47〕 National Academy of Medicine, National Academy of Sciences & The Royal Society ed., *Heritable Human Genome Editing* (2020), The National Academies Press, 2020, p.200.

〔48〕 日本法务省『精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案』による，[https://www.moj.go.jp/MINJI/minji07\\_00071.html](https://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00071.html)。

疗目的”应当是为了实现疾病的预防、诊断和治疗等目的。然而,《贝尔蒙报告》却指出,医疗行为和医学研究之间的界限模糊不清,一方面是由于医学研究活动和医疗行为经常同时发生,如旨在评估治疗的研究;另一方面,当“实验”和“研究”这两个术语没有被细致地界定时,人们会将某些明显偏离标准治疗方法的行为称作“实验”。尽管如此,《贝尔蒙报告》对“医疗”的界定仍然是“旨在改变个别患者健康状况的干预手段,而这些手段很有可能会获得成功。医疗或行为治疗的目的在于为特定个体提供诊断、预防或治疗”。由此可见,两份报告对于“医疗”以及“医疗目的”的界定没有实质性区别,均指向疾病的诊断、预防和治疗。

相比较之下,我国卫生行政主管部门于2017年修正的《医疗机构管理条例实施细则》(国家卫生和计划生育委员会令第12号)对“医疗行为”显然采取了更为广义的理解。根据该细则第88条,“诊疗活动”“是指通过各种检查,使用药物、器械及手术等方法,对疾病作出判断和消除疾病、缓解病情、减轻痛苦、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动”。自文义的角度观之,本条的规范构成大致包括三个方面:其一,诊疗活动的行为主体具有特殊性,即按照国家有关法律、法规和规章的规定取得卫生技术人员资格或者职称的人员;其二,诊疗活动的对象是“疾病”;其三,诊疗活动的目的并不局限于疾病的诊断、预防和治疗,“改善功能”“延长生命”的表述隐含了允许通过“诊疗活动”将正常状态下人的能力提升至更佳的程度。换言之,根据这一界定,通过基因筛查和基因编辑进行的基因增强事实上也可认为是属于“改善功能”和“延长生命”的范畴。

笔者认为,ART技术实施的“合目的性”仍应当根据自主性和公正性的标准来进行判断。在这两项价值判断之下,一方面,“医疗目的”应当是指将目前处于非正常状态的人恢复至正常状态<sup>(49)</sup>,此处的“正常状态”应当根据社会一般情形作出具体判断。具言之,ART技术的实施应当以实现正常的生育为最终目的,包括使在正常状态下无法生育的夫妇实现生育的目的,以及帮助无法生育健康后代的夫妇实现生殖健康的目的两个方面。根据此界定,社会性代孕和前述不以治疗基因遗传性疾病为目的的基因筛查显然不能被认为具有目的上的正当性。因为前者的实质是通过给予经济报酬的方式对他人的身体进行操纵;后者则正如学者所言,它以不正当的方式获得了超越其他人的优势地位,因而可以被视作是一种“作弊”行为,这也是对其他人的不尊重和贬低。<sup>(50)</sup>另一方面,“医疗目的”的实现不能建立在不具有或者不完全具有自主意志的第三方的基础之上。在这个意义上来说,“救命宝宝”的诞生在本质上也是一种侵犯自主性的体现,它其实是在给予患病兄姐的利益与干预“救命宝宝”的自主性之间作出了一个倾向于前者的抉择。尽管“救命宝宝”可能并不会受到任何生理上的伤害,但他/她在出生的那一刻起,就被当作了治疗其患病兄姐的一个“工具”。

(49) 陈景辉:《有理由支持基因改进吗》,载《华东政法大学学报》2019年第5期,第9页。

(50) 陈景辉:《有理由支持基因改进吗》,载《华东政法大学学报》2019年第5期,第18页。

### （三）始终坚守儿童利益最大化原则

事实上，早在《贝尔蒙报告》发布之时就对儿童利益有所考量。该报告指出，对于理解能力受到限制的试验参加者，例如未成年人或者存在精神残疾的人，需要视具体情况对此类群体作出特殊的规定。1989年11月20日，第44届联合国大会通过的《儿童权利公约》正式确立了儿童利益最大化原则<sup>(51)</sup>，该公约第3条第1款规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”由此，儿童利益最大化原则成为《儿童权利公约》缔约国公共管理部门和社会机构处理涉及儿童争议话题的基本准则之一。1991年12月29日，第七届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议正式决定批准我国加入该公约。至1992年4月2日，《儿童权利公约》正式对中国生效。<sup>(52)</sup>就我国法而言，《民法典》第35条第1款规定了监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责；第1044条第1款规定了收养应当遵循最有利于被收养人的原则；第1084条第3款规定了离婚后，父母对于已满两周岁子女抚养问题无法达成一致协议的，由人民法院按照最有利于未成年子女的原则判决。

遗憾的是，在ART技术的实施过程中，儿童利益最大化原则并未得到全面的贯彻。如前文所述，“救命宝宝”的诞生实际上是以侵犯未出生子女的自主性和尊严为代价。此外，有关司法的实证研究也表明，由于儿童利益最大化原则概念的高度概括性以及这一概念本身的法律原则属性等原因，该原则在我国司法实践中呈现出不确定适用、不平衡适用和过激适用等特征<sup>(53)</sup>，因此，有必要对儿童利益最大化原则作出更为细致和具体的阐述。笔者认为，在ART技术实施过程中贯彻儿童利益最大化原则应当对“儿童”的概念作出更为广义的理解。儿童不仅包括已实际出生的个体，同时也应当包括尚未出生的个体。对于前者利益的关照，应体现为创造有利于儿童成长的最佳环境。例如，在确定代孕所生子女的监护权时，不应当一味地坚持所谓“分娩说”抑或“血缘说”等既定路径，而是应当具体考量委托方和代孕母各方面的实际情况。在代孕母已婚的情况下，一般而言，其家人往往不愿意接纳代孕子女，此时如果坚持所谓“分娩说”显然将不利于为孩子的成长提供良好的环境。而在代孕母具有抚养意愿且具有抚养的客观条件时，儿童利益最大化原则亦不排斥“分娩说”。如果代孕母通过十月怀胎的过程与代孕子女产生了情感上的联系，不妨为代孕母设置6个月的考虑期以作进一步的思考。<sup>(54)</sup>对于后者利益的考量，应当在技术上能够评估

---

(51) 联合国大会1989年11月20日第44/25号决议，<https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/A-RES-44-25.shtml>，2022年1月4日访问。

(52) 应当说明的是，我国在批准加入《儿童权利公约》时声明：“中华人民共和国将在符合其宪法第二十五条关于计划生育的规定的前提下，并根据《中华人民共和国未成年人保护法》第二条的规定，履行《公约》第六条所规定的义务。”[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en)，2022年1月4日访问。

(53) 黄振威：《论儿童利益最大化原则在司法裁判中的适用——基于199份裁判文书的实证分析》，载《法律适用》2019年第24期，第59-66页。

(54) 潘芳芳：《论代孕子女之抚养归属》，载《预防青少年犯罪研究》2020年第1期，第70-71页。

孩子诞生以后相较于一般的个体，其生理机能是否会发生异化。因为当代人基于自己所谓的“善意”而为后代人作出的选择，实际上是剥夺了后代自我选择和自我决定的机会。<sup>(55)</sup> 总体而言，在 ART 技术的背景下，儿童利益最大化原则实际上是对成年人权利的限制。它要求无论儿童是否已经出生，都被当作一个独立的权利主体来进行保护，成年人不得以“善意”作为正当性理由作出使儿童在成长以后不同于社会上其他的一般个体的改善，除非这种“改善”是为了避免某种生理或者精神上的疾病，且这种“改善”的背后风险可控性能够在技术上作出准确的评估。

## 六、结语

正如学者指出，法律制度是理性建构的产物，也是利益平衡的产物。<sup>(56)</sup> ART 同时涉及不同个体、不同群体乃至不同代际之间的利益冲突。随着近年来一系列疑难案件的发生，这些利益冲突逐渐成为社会关注的焦点问题。现行的法律治理框架既未能在一些具体问题上彰显其正当性，也未在处理具体利益冲突时体现其有效性。笔者认为，ART 作为一项前沿技术，其治理应当始终密切关注技术发展的最新动态，并适时对治理理念和治理框架作出调整，从而实现技术治理、伦理治理与法律治理三者之间的理论共融。对此，笔者试图通过构建制度化的伦理协商机制来调和三者之间的关系，从而为形成一套动态化的、具有价值位阶的 ART 法律治理体系初步奠定基础。与此同时，在这一体系中，最为核心的任务是实现 ART 向医疗目的的回归。

# Ethical Crisis and Legal Governance of Human Assisted Reproductive Technology

LIU Huan

**Abstract:** The emergence of human assisted reproductive technology has greatly improved human well-being in solving infertility and realizing reproductive health, but it also makes human society face a series of ethical problems. Respect for individual autonomy and the maintenance of justice between individuals are two basic ethical principles that should be followed in the process of technology implementation. At present, the legal governance of human assisted reproductive technology in China mainly depends on the administrative regulations and normative documents issued by the relevant competent departments. However, this governance system has some disadvantages, such as insufficient effectiveness, normative conflict, lack of rules and lagging

---

(55) 徐娟：《“设计婴儿”技术实施的风险及其伦理治理》，载《西部法学评论》2020年第1期，第86页。

(56) 梁上上：《制度利益衡量的逻辑》，载《中国法学》2012年第4期，第74页。

ideas, which can not effectively highlight the above two ethical principles and properly deal with the disputes in the process of human assisted reproductive technology. To build a modern legal system of human assisted reproduction, we first need to form a good communication mechanism between technology, ethics and law, and ensure that this technology always serves the purpose of medicine, and always adhere to the principle of maximizing the interests of children.

**Keywords:** Assisted Reproductive Technology; Autonomy; Justice; Ethical Consultation Mechanism; Purposiveness

(责任编辑: 孔祥稳 汪友年)