

# 任何人都不能从不当行为中获益

## ——论代孕龙凤胎案的当与不当

王勤芳<sup>1,2</sup>, 许翠霞<sup>1</sup>

(1. 集美大学法学院, 福建 厦门 361021; 2. 集美大学学报编辑部, 福建 厦门 361021)

〔摘要〕上海代孕龙凤胎案经过一审、二审, 终于尘埃落定, 但由此引发的争论却没有停止。对一审二审截然相反的判决结果人们有着不同的评判, 特别是二审对女方监护权的确立, 维护了“儿童利益最大化原则”, 保障了未成年人的合法权益。但对此判决结果却又总是让人感觉如鲠在喉: 我国法律明确禁止代孕行为, 在此案中女方作为代孕行为一方的共谋者, 在男方过世后却继受了原违法行为所带来的结果, 这样的判决结果是否有违“任何人都不能从不当行为中获益”的法理原则, 值得人们进一步思索和探讨。法律是保障合法权利的, 但对于因违法而获得的权利要保障时必须慎之又慎。

〔关键词〕龙凤胎案; 代孕; 不当行为获益

〔中图分类号〕DF 552

〔文献标识码〕A

〔文章编号〕1008-889X (2018) 02-0063-06

### 一、案件回顾

一对夫妻婚后由于女方原因无法生育子女, 二人求子心切, 于是设法找来卵子然后再“借腹”代孕生育一对龙凤胎。但没想到在孩子刚满3周岁时, 双胞胎的父亲却因病意外离世。由此在公公、婆婆与儿媳之间开始了一场监护权大战。抚养孩子的妈妈与孩子并无血缘关系, 有血缘关系的祖父母却已年迈……

2015年7月29日, 一审认为: 由于代孕行为本身不具合法性, 女方与两小孩不构成拟制血亲关系, 判决两个孩子由原告祖父母监护。对此女方不服, 向上海一中院提起上诉。上海一中院审理后认为: 两个小孩是由男方与其他女性以代孕方式取得, 属于缔结婚姻关系后夫妻一方的非婚生子女, 女方与两个孩子已形成有抚养关系的继父母子女关系, 其权利义务应适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定。同时从儿童最大利益原则考虑, 由女方取得监护权亦更有利于孩子的健康成长, 故二审法院做出了改判。

### 二、法官面临的几种艰难选择

由前面案情介绍得知: 案件中的男女由于女方身体原因无法亲自孕育子女, 因此才想到找来他人卵子再通过代孕方式, 最终获得龙凤胎。因此法官面对此案件无论如何也绕不开的是女方与两个孩子的身份关系问题, 即两个孩子是婚生子女还是非婚生子女? 女方是两个孩子的生母、养母亦或是继母?

#### (一) 两个子女的法律地位: 婚生子女还是非婚生子女?

婚生子女是指在合法婚姻关系存续期间受孕或出生的子女。婚生子女应具备三个要件: (1) 该子女须在合法婚姻关系存续期间受孕或出生。(2) 该子女的血缘须来自于合法配偶身份的男女, 如果受孕是来自夫以外的男人所为, 不得将该子女视为婚生子女。(3) 该子女须为生父之妻所分娩。目前在世界各国法律所设立的发生子女的推定制度中, 主要有三种推定方式: 一是子女在婚姻关系存续期间受孕的; 二是子女在婚姻

〔收稿日期〕2018-01-25

〔作者简介〕王勤芳(1966—), 女, 黑龙江友谊农场人, 教授, 硕士, 主要从事民商法学及婚姻家庭法学研究。

关系存续期间出生的;三是子女在婚姻关系解除后300天以内出生的<sup>[2]</sup>。我国现行婚姻法对于婚生子女的推定无明确规定,但在司法实践中,法院是受理子女否认之诉的。从上述规定结合本案来看,两个子女的出生是男方通过借卵子找人代孕所生,并不符合婚生子女的条件,因此无法认定其为婚生子女。

那么这种情况是否为非婚生子女?所谓非婚生子女是指没有合法婚姻关系的男女所生育的子女。包括:未婚男女所生子女,已婚男女与第三人所生子女,无效婚姻和被撤销婚姻当事人所生子女。很显然在这个案件中两个子女是男方与婚外其他人通过借卵子、找人代孕所生的子女,从法律地位上看,将两个子女认定为非婚生子女符合现行法律精神的规定。

#### (二) 两个孩子与女方的关系:养父母子女关系?

所谓收养是指自然人依照法律规定的条件和程序,领养他人的子女为自己的子女,使原本没有父母子女关系的当事人之间拟制父母子女关系的民事法律行为。《中华人民共和国婚姻法》第26条规定:“国家保护合法的收养关系。养父母和养子女间的权利和义务,适用本法对父母子女关系的有关规定。养子女和生父母间的权利和义务,因收养关系的成立而消除。”但在我国收养的成立有着严格的法律规定,《中国公民收养子女登记办法》第2条规定:“中国公民在中国境内收养子女或者协议解除收养关系的,应当依照本办法的规定办理登记。”这里所谓“应当”就是一种强制性规定,也就是说《收养法》生效后,凡是未经登记的收养是不受法律保护的。在本案件中,女方与男方有共同抚养小孩的意愿,也对代孕所得的两个小孩进行了事实的抚养,但依据现行收养法和相关规定是无法认定女方与两个小孩之间成立收养关系。

#### (三) 两个孩子与女方的关系:继父母子女关系?

所谓继子女通常指配偶一方对他方与前配偶所生的子女,称为继子女。所谓继父母是指子女的母亲或父亲的后婚配偶,称为继父或继母。继父母子女关系通常有三种类型:(1)名分型,生父(母)与继母(父)再婚时,继子女已经

成年独立生活;或虽未成年但仍由其生父母提供生活教育费,没有受继父或继母的抚养教育,也没有对继父或继母赡养义务。(2)共同生活型,即生父(母)与继母(父)再婚时,继子女尚未成年,继父或继母对其进行了抚养和教育。(3)收养型,即继父或继母经继子女的生父母的同意,已正式收养该子女为其养子女。“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务,适用本法对父母子女关系的有关规定”。但从本案的具体情况看,女方与两个孩子的关系不属于上述继父母子女关系的任何一种。虽然二审主审法官认为上述理论是人们对继父母子女的通说,也就是一般是这样认为的,但法律对此没有明确规定,因此主审法官对继父母子女关系做了延伸解释。她认为:男方在婚内与他人生育子女,女方认可并抚养该子女,则可以认定继父母子女关系的成立。这是一种认定继父母子女关系较新的一种提法,其是否成立,虽然法院予以认可,但在实务界和理论界还存在一定争议。

#### (四) 两个孩子与女方的关系:人工生育父母与子女关系?

人工生育是采用人工方法取出精子或卵子,在体外受精再植入女性子宫内受孕的方法。

人工生殖就其供体而言,一是同质人工授精,即使用丈夫的精子及妻子的卵子进行人工授精;另一种是异质授精,即使用第三人的精子或卵子进行人工授精。此外人工生殖还有代孕问题,即因妻子子宫有障碍而无法使受精卵在其子宫着床,而借用第三人的子宫孕育并分娩子女。最高人民法院(91)民他字第12号函中指出:“在夫妻关系存续期间,双方一致同意进行人工授精,所生子女应视为夫妻双方的婚生子女,父母子女之间的权利义务关系适用婚姻法的有关规定。”但同时我们注意到,《人类辅助生殖技术管理办法》第3条第2款明确规定: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。换句话说,我国法律禁止任何形式的代孕行为。也就是说通过代孕行为所生育的子女与父母关系(这里的父母既包括供精者、供卵者、代孕者、花钱实施代孕者等)法律因其违法而没有明确规定。而本案中两个小孩恰恰是代孕所生,因此他们之间的

关系也不宜认定为人工生育父母与子女的关系。

### 三、二审结果有违“任何人不得从不当行为中获益”原则

当我们看到孩子和母亲在一起时,孩子对母亲依恋的情景,我们很纠结!看到二审法院的判决结果我们依然无法释怀,在为孩子找到较好归宿感到高兴的同时却又隐隐地惴惴不安,如鲠在喉!毕竟女方是代孕行为的共同预谋人,换句话说,她是一个违法行为人,而结果却是她又通过这样一个违法的行为最终获益!

立法是对社会资源的分配,司法同样要保证整个社会的公平。法律的箴言是:体面生活,不伤害他人,让每个人各得其所。早在公元3世纪,罗马法学家庞波涅斯就提出了一条著名的法律格言:“损人而利己乃违反衡平。”这一格言后来演化成“任何人都不得从自己的错误行为中获益”,并成为民法中不当得利制度的理论。罗马法上的“基于盗窃的不当得利”“基于污点行为的不当得利”和“基于不法原因的不当得利”,即是对这一格言的忠实写照<sup>[3]</sup>。在龙凤胎案中则体现为,代孕实施者基于代孕这样的非法行为最后达到了预期目的,就属于“基于不法原因的不当得利”这种情况。对这一格言最直接的实践来自于美国法的“里格斯诉埃尔墨”案。

1882年,埃尔默在纽约用毒药杀害了自己的祖父。埃尔默知道祖父在其遗嘱中给自己留下了一大笔遗产。后来他的祖父再婚,埃尔默担心祖父会变更遗嘱而使他什么都得不到。于是他投毒杀害了自己的祖父。按照当时纽约州的遗嘱法,如果某个被指定的遗嘱继承人杀害了立遗嘱人,他是否还能够按照遗嘱中的条件继承遗产,纽约的遗嘱法对此没有规定。埃尔默的律师认为,既然祖父的遗嘱没有违反纽约州遗嘱法规定的条件,那么这份遗嘱就是有效的,那他就必然要继承。厄尔法官推理说,立法者具有一种普遍和广泛的尊重传统正义原则的意图,“在任何地方,法律都尊重下述原则,即任何人不得从其错误行为中获得利益。因此,遗嘱法应被理解为否认以杀人来获得遗产的继承权”。这样,运用“任何人不得从其错误行为中获得利益”这一原

则,解决了疑难案件<sup>[4]</sup>。

在当时法律并不完善的情况下,认定遗嘱有效并不违反当时的法律,但认定遗嘱有效必然带来杀害立遗嘱的人可以依法得到被害人财产的后果,这显然并不公平。因此法官并没有依据有关遗嘱的法律规则裁决案件,而是依据普通法中的一项原则,即“任何人都不得从他的不当行为中获益”,做出裁决,埃尔默无权继承其祖父的财产。

在我国司法实践中也有类似的案件发生。在法理学中,法律规则是具体的,它直接规定了人们的权利和义务,但法律规则相对于法律原则而言比较抽象,是涵盖性较高的一个概念。一般而言,在法律规则有具体规定的情况下,一般优先适用法律规则,只有在法律规则没有具体规定的情况下,才退而适用法律原则解决问题。下面的两起案例发生的时间有一定的差距,但其法律适用的结果却有异曲同工之处。

案例1:四川泸州遗产案:黄某和蒋某是四川省泸州市天伦集团公司404分厂的职工,两人于1963年结婚,婚后一直未能生育。1994年,黄某与另外一名女子张某产生感情,在外面租了房子并以夫妻名义共同生活,后生育有一子。2001年4月,黄某在患肝癌晚期的情况下立下了经过公证的遗嘱,将自己依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金以及与原配蒋某的夫妻共同财产中属于自己的部分遗赠给张某。

黄某去世后,张某请求按遗嘱内容取得财产遭到拒绝,遂将原配蒋某起诉于泸州市纳溪区人民法院。泸州市中级人民法院终审判决以“损害社会公德、遗赠行为无效”为由,驳回了张某的诉讼请求。

案例2:遗产赠小三案:2016年4月5日,家住广西壮族自治区梧州市龙圩区的欧先生因高血压不治身故,处理好他的身后事后,“小三”雷女士拿着遗嘱到法院与欧先生的妻子和两个女儿争夺房屋继承权。6月11日,梧州市龙圩区人民法院对这起遗嘱纠纷继承案件做出了一审判决,未支持雷女士的诉请。

上述两个案例中,遗赠人黄某与欧先生生前立下书面遗嘱将其财产赠予张某和雷女士这一遗赠行为均符合我国继承法关于遗赠的法律规定,

张某和雷女士均符合受遗赠人的条件,单从遗赠的角度看,死者以遗嘱的方式将个人所有财产赠予法定继承人以外的人,是符合遗赠条件的。但因受遗赠人张某和雷女士在本案中恰恰是侵犯合法婚姻的第三者,换句话说也就是违反婚姻法的行为人,如果她们能够获得该遗产,则她们就会因侵犯他人婚姻的违法行为成为受益者,这是与立法的初衷相违背的。因此法院最后剥夺了张某和雷女士的受遗赠的权利。

在这两个案例中,第三者均符合受遗赠人的条件,但最后法院仍剥夺其继承权,主要也是因为其首先是违反法律和道德本应受谴责之人,法律是维护公平和正义的,案件审理的结果应该昭示的是公平、公正,如果第三者因其成为第三者而获益的话,将在社会上造成极坏的影响,无法体现法律的公正和正义原则。因此两起案件中,受遗赠人最终都被剥夺了继承权,这应该也是“一个人不应该从不当中获益”这样一个公理性原则的具体体现。

#### 四、权利保护原则的平衡

法律通过权利义务的设定来保障社会的正常运行,人们通过行使权利、履行义务来保障自己的权益实现。但权利是有边界的,任何人都不能超越,否则就可能会造成侵权。

##### (一) 权利行使有边界

权利是指特定社会成员依照正义原则和法律规定享有的利益和自由。利益是人维持生存和改进生活质量必需的外在条件;自由是作为主体的人自我支配、自我追求和自我实现的内在条件<sup>[5]</sup>。美国学者庞德曾说过“法学之难者,莫过于权利也”<sup>[6]87</sup>。古代法律是以义务为本位,现代法治社会中的法应当是以权利为本位的,这是现代法的一个基本价值取向。法律通过确定权利人从事法律所允许的行为的范围,在这一范围内,权利人满足自己利益的行为或者要求义务人从事一定行为是合法的,而超过这一范围,则是非法的或不受法律保护的。一般认为,法律权利行使时不得违反公共利益,即国家或社会不特定多数人利益;禁止权利滥用,反对恶意行使权利;权利行使时应尊重诚实信用原则,提高法律

行为的伦理价值。我国法律明确规定保护公民的生育权,但这一权利的行使同样是有边界的,公民只能正确行使该权利,不得滥用。诸如代孕等生育行为是法律明确禁止的,所以这也是公民行使生育权的边界所在。

##### (二) 权利的冲突

法律设定权利以确保每个人合法权益的实现,但在现实中人们经常会遇到权利的冲突,即两个或两个以上同样是法律所保护的权利在一个事件中发生了矛盾,需要我们做出取舍。权利冲突有以下特点:(1)冲突双方的权利都是正当的权利。(2)冲突双方的权利都是法律承认的权利,因此一般而言“权利的冲突”是指正当的、现实的权利之间的冲突。权利冲突发生的原因主要在于利益冲突。利益也可以说是好处,或者说某种需要或愿望得到满足。它表现了社会主体对客体的一种关系,构成了人们行动的内在动力。马克思曾指出“世界并不是一种利益的世界,而是许多利益的世界”<sup>[6]226</sup>。因此利益可分为眼前、长远和全局利益,在特定条件下,需要对利益进行均衡:在有时候甚至需要牺牲部分个体利益。一切立法、执法、司法活动都是对相互冲突的利益进行权衡,以决定何者应该受到优先保护,其他利益只能被舍弃。有时即使是某种正当利益,只要它与另一种更重要的利益发生了冲突,也难以受到法的保护。法律通过把利益确定为权利实现了对利益的承认和保护,因此权利冲突的实质就是利益的冲突。解决权利冲突的方法就是要给予整个利益方案以最大的效果。一般而言,就是社会利益以及一般利益优先,兼顾特殊利益。

在龙凤胎案中即出现了“子女利益最大化”原则与“一个人不能从非法行为中获益”原则相冲突,需要法官对此进行平衡,从国家、社会、法的一般利益原则等角度进行取舍,而不应仅局限于某一个案之中,需要审视案件判决的社会效果。

#### 五、案件判决的社会冲突及效果分析

事实上,由于案件性质的特殊性,在现行法

律规定不是很完整的情况下,从一开始就将法官置于一个艰难的境地。对于一审判决而言,没有支持女方对孩子的抚养权,这是基于其既非孕母也非生母,更不是卵子的提供者,其只是这个代孕行为的预谋者之一,而精子的提供者恰恰是死者即案件中的男方,因此按中国固有的传统观念,孩子判归爷爷奶奶监护也就理所当然,虽然不能说它是先进的,但也是一般普通百姓所认可的。虽然他们也是违法行为的受益者,但因其血缘关系的存在,法官也无法完全置血缘关系于不顾。事实上,就代孕行为本身而言,男方也是违法者,因此无论法官判决孩子归男方或女方都存在一个违法行为是否获益的问题,只不过是代孕所使用精子来自男方,因此法院做出此判决。

现在的中国处于变化开放的时代,人们越来越注重私权、注重每个人权利的保护,观念是一回事,但权利保护则是另外一回事。二审法院最后以女方与孩子“形成有抚养关系的继父母子女关系”最终确立了女方对孩子的抚养权。在这个案件的二审中我们看到了“儿童利益最大化原则”的采纳。“儿童利益最大化原则”是指国家和社会在制定法律或者实施其他涉及儿童的一切行为,都必须以儿童的最大利益为考虑,这在《儿童权利公约》的第3条第1款有明确规定。儿童利益最大化原则要求:在涉及儿童的案件中如果发生成年人的利益与儿童利益相冲突时,要优先考虑儿童利益,要从全方位考虑儿童生存环境及未来发展,要做到儿童利益最大化。但在《儿童权利公约》中对于什么是儿童权利最大化并没有做出具体解释,这是因为各国国情不同,立法也不同,所以各国都是以“儿童利益最大化”为原则并结合本国国情来具体操作,给予法官较大的自由裁量权。在这个案例中,“儿童利益最大化原则”的应用是比较具有典范作用的。龙凤胎案审理的是抚养权纠纷,因此法官优先适用了“儿童利益最大化”原则。但这个判决却让我们产生一丝隐隐地担忧:我们看到法律在进步,我国人权保障事业在快速发展,这是令人欣慰的,但就这个个案而言,又总感觉如鲠在喉:因为它的结论是建立在“不当行为人获益”的基础上得出的,这里就涉及一个利益的平衡问题。

在龙凤胎案件中,孩子从小由女方抚养至4岁,也与其形成了类似父母子女的关系,孩子依赖和信任这个母亲,这是孩子的权利,是我们需要思考的;同时其所谓的母亲是通过代孕的非法行为取得母亲的身份,而我国是禁止代孕行为的,因此对女方母亲身份的认可是对国家法律权威的挑战,这个判决对其他无法孕育子女想通过代孕方式获得子女的一个群体而言是不公平的。案件判决结果可能引起的社会效果:对于法律专业人士能够理解法官在这个案件审理中的纠结,也为法官的决绝叫好,切实保障了儿童利益最大化原则;但作为非法律人,他所看到的可能就是一个人实施了代孕行为,结果是法院判决肯定了她的代孕行为,判决孩子归其所有,于是人们会认为原来代孕行为法院是支持的,换句话说,通过代孕生育孩子是可以,由此会引起人们错误的认识。由于此案作为典型案例介绍给学生,二审一结束,就有学生来问:“老师,代孕是合法了吗?”这样一个判决的社会效果应该不是审判的法官所愿意看到的。

## 六、结 语

我国不是判例法国家,但并不代表法院的判例不会对后续的案件产生影响,人们对于龙凤胎案关注与探讨早已超越了专业人士的关注,其社会影响是巨大的。人们对两个孩子终于有良好的归宿而感到安慰,同时代孕的话题又再一次引起人们的关注。近些年来,富豪人工代孕生育八胞胎等类似的报道常见于各新闻媒体,人们在传说、羡慕中谈论着,但作为专业人士却隐隐担忧:我国法律禁止代孕行为,这种判决会带来什么样的后果还很难料想。中国是法治国家,龙凤胎案的判决再一次触动了人们的神经,代孕问题需要立法者必须认真思考和对待!

### [参考文献]

- [1] 敖颖婕,刘皓,李姝微. 中国大陆首例失怙代孕龙凤胎监护权归属见分晓 [EB/OL]. (2016-06-17) [2017-07-10]. [http://news.china.com.cn/rollnews/jiaodian/live/2016-06/17/content\\_3629](http://news.china.com.cn/rollnews/jiaodian/live/2016-06/17/content_3629)

6904. ht.
- [2] 蒋月. 婚姻家庭与继承法 [M]. 3 版. 厦门: 厦门大学出版社, 2014: 164-165.
- [3] 陈林林. 任何人都不得从自己的错误行为中获利 [N]. 人民法院报, 2005-09-19 (3).
- [4] 高其才. 法理学 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2005: 23.
- [5] 夏勇. 走向权利的时代 [M]. 修订版. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 44.
- [6] 宋方青. 法理学 [M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2007.

## No One Can Profit from the Misconduct ——On Surrogate Twins Case of Impropropriety

WANG Qin-fang<sup>1,2</sup>, XU Cui-xia<sup>1</sup>

(1. School of Law, Jimei University, Xiamen 361021, China;  
2. Journal Editorial Department, Jimei University, Xiamen 361021, China)

**Abstract:** After the first and second trials, Shanghai surrogate twins case was recently settled, but the controversy it caused has not stopped, people have a different evaluation on the two opposite verdicts, especially about the establishment of the woman's custody by the second trial, maintaining the "the best interests of the child" principle, protecting the legitimate rights and interests of the minors. This decision seems like a choke in the throat; surrogacy is expressly prohibited by the law of our country. In this case, the woman acts as a conspiracy of surrogacy, but receives the merits from her unlawful act after the death of the man. Whether or not this result violates the legal principles of "no one can profit from the misconduct" is worth people thinking and discussing. The law is set to protect the legitimate rights, but we must be cautious when it comes to conserving the illegally gained rights.

**Key words:** twins case; surrogacy; profit from misconduct

(责任编辑 陈蒙腰)