

文章编号: 1674 - 5205(2015) 01-0089-(012)

# 不可让与性与人格权的政治经济学: 一个新的解释框架

杨 彪

(中山大学法学院, 广东 广州 510275)

〔摘 要〕 如何看待人格权与市场机制的关系, 是当代私法的重大理论难题之一。传统道德哲学的解释框架将人格与市场截然分离, 通过利他主义体系来实现人格资源的供给与分配, 但现实的困境与危机说明这种制度安排是无效率的。与之相比, 现代政治经济学的解释框架主张用经济理性取代道德理性, 将人格权的不可让与性视为对社会情势和现实因素具体考察的结果, 因而能更好地解决人格资源供给不足和分配不公的问题。基于政治经济学的研究表明, 在现实的约束条件下, 允许人格资源的市场交易可能比禁止更有效率, 而利益集团控制是立法者舍弃市场机制而选择严格管制的真实原因和主要激励。这一发现对中国的人格权立法有着重要启示。

〔关键词〕 人格权; 不可让与性; 市场机制; 利他主义

**Abstract:** The approach how we perceive the relationship between personal right and market mechanism is one of most important difficult topics of modern private law. The theoretical framework of traditional moral philosophy separates entirely personality and market, thus implements supply and allocation of personality resources in an altruism system, whereas social dilemma and crisis verify that corresponding institutional arrangements are inefficient. Relative to the ethics framework, the new framework based on modern political economy substitutes economic rationality for moral rationality, and regards inalienability of personal right as the outcome of a specific study of social circumstances and practical factors, hence finds a better solution to the problem of short supply and unfair allocation of personality resources. The study based on political economy has shown that it may be more efficient to permit but reject market - alienability of personal right under practical restrained conditions, while interest - group control is the real reason and principal incentive for legislative to choose strict regulation but market mechanism, which has great implications for the legislation of personality in China.

**Key Words:** personal right; inalienability; market mechanism; altruism

中图分类号: DF51 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2015.01.010

传统私法对待人格权和财产权的态度截然不同。在权利的可交易性上, 人格权的基本理念和具体制度设计与财产权相背而驰, 人格与市场的各种潜在联系被人为地割裂。“财产权可转让, 人格权不可转让”的认识根深蒂固, 成为各国民事立法的起点与基石。这种巨大差异的根源是什么? 主流学界给出的是基于古典道德哲学的解释框架。在这一话语体系下, 人格权作为伦理性极强的权利, 与人性尊严、自我实现等彰显个人主体性的价值取向密不可分, 禁止让渡的正当性就在于体现人本身是目的而不是手段的道德律令。<sup>〔1〕44</sup>

人格权道德哲学的论证思路及其结论对整个私

法产生了极大的影响。借助道德化的“公序良俗原则”, 人格权禁止让渡的指导思想渗透到合同法、婚姻家庭法等领域, 任何涉及人格权市场交易的法律行为都被归于无效。由于法律的严格管制杜绝了合法交易的可能, 人格资源的供给和分配就只能建立在自愿捐赠的基础之上。然而, 这种鼓吹道德互助的利他主义体系看似合理, 实则存在商榷的余地<sup>①</sup>。在复杂的经济社会环境中, 抽象的道德说理很难为立法的区分原则及其异化提供足够的支持。进一步而言, 即使人格权禁止让渡的正当性无可辩驳, 立法者仍须面对如何显著增加人格资源供给的现实压力, 以及在供求明显失衡情况下的公平分配问题。传统的道德哲学

收稿日期: 2014 - 03 - 14

作者简介: 杨彪(1980—), 男, 广东吴川人, 中山大学法学院副教授、中山大学法学理论与法律实践研究中心研究员、法学博士。

① 参见 Michele Goodwin, *Altruism's Limits: Law, Capacity, and Organ Commodification*, 56 Rutgers Law Review 305 (2004); Kimberly D. Krawiec, *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, 66 Washington and Lee Law Review 203 (2009).

路径对资源配置问题漠不关心,习惯于追寻符合人们道德直觉和前见的结论,把私法制度看成是可以不顾社会条件任意塑造人性的工具,很少真正理性地考察制度安排的社会效果,由此所展开的立法是无效率的。

有鉴于此,本文尝试提出一个基于现代政治经济学的分析框架,探讨用市场机制解决人格权问题的可能性。本文试图说明,以经济理性为基础的解释路径,可以为人格权的不可让与性提供更加令人信服的辩护或批驳,在相当程度上应对由社会发展和科技进步所引发的各类人格权利益冲突。在传统道德哲学的分析框架下,人格权的专属性是绝对的、无条件的;而在现代政治经济学的分析框架下,人格权的不可让与性是相对的、有条件的,市场机制能否作为人格利益的分配方式,取决于对现实约束条件的细致考察。研究还将表明,利益集团控制可能是当下中国最重要的约束条件,对此进行深入剖析有助于揭示人格权立法选择背后的真实原因和行动逻辑,从而解释立法者为何会青睐严格管制却拒绝更有效率的市场机制。

### 一、人格权的专属性: 传统道德哲学视角

#### (一) 主客体思想与人格权的伦理性

在哲学发展的历史上,德国古典哲学创始人康德关于主客体关系的伟大学说,率先赋予了本体与现象以认识论的意义,开启了近代私法人格权讨论的伦理范式。康德哲学中物自体与现象分离的原理,更注重主体的精神层面和理性特质,表现了强烈的人本主义精神,实现了以人为目的的启蒙。然而,在黑格尔看来,虽然康德通过揭示内在自我的深刻性支持了主体性这一现代原则,但物自体与现象的这种划分使主体与客体的二元对立绝对化,从而使生活世界与精神本身的分裂绝对化,无法重新统一起来。他认为哲学必须同内省倾向决裂,重新恢复干预社会现实的能力,重建在康德哲学中失落的主观性和客观性的统一。<sup>(2)</sup>

“康德—黑格尔”哲学对理性的推崇为人格主体打上了深刻的道德烙印,以至于后世的私法发展始终带有强烈的伦理色彩。毫不夸张地说,迄今为止所有关于人格权的理论都不过是对“康德—黑格尔”哲学的注解。当然,就对人格权的影响而言,康德哲学与黑格尔哲学还是有很大的不同。在康德的世界中,人只能被视为主体,但不能成为认识的对象,所谓“权利不能指向主体自身”,以维护人格尊严思想为基础的人格权根本无法得到承认。到了黑格尔眼中,人不仅可以占有外物,而且可以占有自身,“作为人,我像

拥有其他东西一样拥有我的生命和身体,只要有我的意志在其中就行”。<sup>(3)55-56</sup>但黑格尔本人没有区分财产权和人格权,而是将二者统属于所有权名下。因此,与其说人格权是一项具体的权利,不如说它是人的全部权利的总称。

尽管黑格尔未能将人格权从所有权中独立出来,但他将所有权分为可转让与不可转让的做法却意义深远。他认为,能够转让的事物,是因为该物按其本性来说是某种外在的东西,如财产、知识产品和劳动能力等。“那些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,或者更确切地说,实体性的规定,是不可转让的。”<sup>(3)73</sup>诸如整个人格、普遍的意志自由、伦理、宗教等人的第一重存在以及生命、身体等人的第二重存在都属于不可转让的东西。换言之,可转让的是客体对象,不可转让的是主体自我。在后来的理论演变中,黑格尔的这一分类被完整地保留下来,产生了持续性的影响力。对人们来说,即使人格被彻底权利化了,作为权利客体的人格利益和财产利益依然有着本质的区别,“人格权与物权、债权等财产权的最大差异在于将‘内在于人’的事物作为了权利的客体”。<sup>(4)</sup>显示特殊性的最好方式是,人格权交给伦理,财产权交给市场。

总之,以主客体思想为核心的古典道德哲学,为近代私法奠定一个伦理的基调,推导出人格尊严的价值共识,为后世发展独立的人格权制度预留了理论空间。但也正是受制于主客体的伦理困境,在经历了漫长的“从人格到人格权”的进化过程后,出于对人格权过度扩张和泛滥会危及传统私法体系的担忧,立法者确立了人格权的专属性,用以维系人性的道德基础,并最终使之成为不可动摇的私法根基。

#### (二) 人格权商品化与私法的理论改造

20世纪以来,各国经济社会发生重大变迁,商业理念深入人心,人格利益的经济内涵逐步显现,人格权的商品化已成为不可阻挡的趋势。面对越来越多的人格商业利用个案,将人格权的专属性奉为圭臬的传统私法应对乏力,已远不能满足实践发展的需要。如何为从“绝对管制”到“相对管制”的立法政策转变找到更为合理的解释维度,成为当代人格权法发展的重要使命。

美国学者珍妮·拉丁率先对传统道德哲学范式进行了实用主义改造,为有限度的人格权市场化找到了有效的理论入口。在继承黑格尔所有权理论的基础上,拉丁将财产分为人格财产(property for personhood)和可替代财产(fungible property)。<sup>(5)</sup>所谓人格财产是指那些与人格完整密不可分的物品,如结婚戒

指、肖像、传家宝、家宅、人身、情感等,剥离这些物品将会给人们带来精神痛苦。在这里,物品是黑格尔哲学意义上的抽象的“物”(thing),具有宽泛的内涵,既包括了狭义上的财产,也包括了那些被客体化的人格利益。一个物品越是个人化,就越与人格相联,其人格财产的属性越强;反之,一个物品越是社会化,其可替代财产的属性就越强。能否转让与财产权和人格权的基本分类没有必然联系,而是要看它对人格完整是否具有重要性,如果转让不会对人格完整造成损害,就应当将其作为可替代财产允许转让。很显然,拉丁的意图是构建一个现代私权的“统一场理论”,不仅针对财产权,还针对人格权。尤其对后者,拉丁的财产权分类理论有助于缓解人格权商品化给传统私法伦理体系带来的冲击,为器官移植、人工生殖、基因信息等难题提供了新的解决思路。

在另一篇重点讨论人格权可转让性问题的论文中,拉丁对人格财产理论进行了延伸。<sup>(6)</sup>她指出,在理想的社会条件下,禁止转让是保护人格财产的最佳选择,但在充满无知、贪婪、暴力、贫穷和歧视的现实世界,绝对禁止转让的做法并没有道德上的优势,适度的商品化在效果上可能会更好。至于何种人格财产可以转让,拉丁给出的判断标准是抽象的“人类繁荣(human flourishing)”。对“人类繁荣”的内涵,拉丁没有做出正面阐释,但她参考了黑格尔的“内在之物”与“外在之物”的分类,并以卖淫、售婴和代孕为例分析了三者的可转让性。她的结论是,卖淫可以适度市场化,售婴和代孕则不允许。其主要理由在于,卖淫有助于改善贫穷妇女的经济地位,且不会削弱妇女群体的整体福祉,而售婴和代孕都与父母亲的人格有着重要关联,且没有考虑孩子的长远利益。可见,虽然拉丁没有提出人格权可转让性的明确标准,但她论证的思路仍是清晰可辨的,那就是依人格利益对人格完整的重要程度来界定核心人格和边缘人格:核心人格是“内在之物”,不可转让;边缘人格是“外在之物”,可以转让<sup>①</sup>。

拉丁关于人格权的富有创见的分类法,在伦理层面解释了为什么有些人格权可以转让,而另一些人格权则要保持其专属性。这一理论后来成为中外学界探讨人格权商品化问题的主流范式。将人格利益划分为尊严性利益和经济性利益或者是精神利益和财产利益的做法,隐含着—个理论预设:人格权的专属性是由人格的伦理性所决定的,人格之所以具有伦理性,是因为人格中存有理性,但人格中既有理性成分,又有非理性成分,因此必须区别对待。受此启发,不少学者运用财产法理来解释作为有限财产权的人格

权利,以期论证人格权市场化的正当性<sup>②</sup>。然而,这种思路在逻辑上并不周全,“人格财产化”和“财产人格化”的现象说明,用财产来佐证市场性以及用人格来佐证专属性在现实中尚存有不少反例,在理论上也难以自圆其说。

必须承认,拉丁的理论范式对人格权商品化潮流作了适时的回应,解决了很多现实的社会问题,但她的理论改造难谓成功。与传统伦理主义相比,拉丁的人格分类法在基本立场上保持了一致,即人格利益不能转让,财产利益可以转让,伦理世界与市场机制无法兼容。唯一的变化是,拉丁将人格利益中的次要部分予以剔除,划入财产利益范畴,同时保留了人格利益中的重要部分作为其核心价值。更准确地说,边缘人格之所以能够转让,在于其本质上更接近于财产而不是人格。在这个意义上,拉丁的解释框架仍旧是道德哲学式的。虽然试图克服主客体架构的诸多不利,但拉丁面临的—大困扰是,如何才能清晰地界定人格利益中的重要部分和非重要部分。对此,她未能提供有参考价值的论述,而且过于偏重实用主义的分析导致了保守的结论,从而扼杀了众多人格利益的潜在市场可能性,显然又回到了传统伦理主义的老路上。<sup>(7)</sup>

### (三) 对利他主义的检讨与反思

以道德理性为基础的—解释框架,不仅是一种思维模式,也是一种与立法直接挂钩的规则体系;同时,它更是一种行动指南,决定着政府、社会组织乃至具体个人如何构建决策的动机和战略。这一观察路径的基本特征是,最大限度地尊重人的自然完整状态,人格资源的供给与分配要么绝对禁止,要么只能采取捐赠的方式,个人不能从其人格利用中获得财富<sup>③</sup>。这种人格领域的治理模式被称为利他主义(altruism)。利他主义意味着个人的行动逻辑是集体理性而非个体理性。这显然是行不通的,将会带来许多负面的效

① 有学者运用类似的方法(centrality to personhood)来讨论代孕协议问题,却得出了不同的结论:代孕母堕胎的权利与其身体健康和情感归宿有着密切关联,因此是不可转让的,事先放弃堕胎权利的承诺不具有执行力;而代孕母对孩子的抚养权由于涉及到生父与生母的利益,并非不可转让的,事先放弃抚养权的承诺当然有效。参见 Note, Rumpelstiltskin Revisited: The Inalienable Rights of Surrogate Mothers, 99 Harvard Law Review 1936 (1986)。

② 参见 Paul M. Schwartz, Property, Privacy, and Personal Data, 117 Harvard Law Review 2055 (2004); Kermit Roosevelt III, Newest Property: Reproductive Technologies and the Concept of Parenthood, 39 Santa Clara Law Review 79 (1998); Catherine M. Valerio Barrad, Genetic Information and Property Theory, 87 Northwestern University Law Review 1037 (1993)。

③ 尽管在人格权市场化的宽容性上各有不同,但总的来说,遵循伦理主义观察路径的学者们都普遍趋于保守,在身体健康、性与生育、子女等人格权核心利益问题上,都主张进行严格的管制。这些问题,正是本文所要重点讨论的。

应。如果说,在传统社会中利他主义体系仍能凭借零星的人格权商品化例外来应对的话,那么,到了生命科技飞速发展的现代社会,机械僵化的利他主义体系开始捉襟见肘。

首先是由分配不公引发的伦理困境。在经典的人文主义论述中,人生而平等与自由。人格平等的道德呼唤昭示着生命平等的伦理隐喻,每一个人都有权获得均等的生存和发展的机会。在社会资源供给尚能满足需求时,均等的机会自然有所保障,但在资源有限的情况下,势必会牺牲部分人的利益。以人体器官移植为例,谁可以获得器官移植,谁就可以存活下去。那么,哪些人有权活下来,而哪些人只能在痛苦中死去呢?这本质上是一个稀缺资源的分配问题。在缺乏市场的场合,分配的公平性会显得格外地突出。利他主义体系在观念上强调生命平等,人与人之间没有优劣高低之分,但在实践中又不得不考虑器官移植的先后顺序。对此,各国目前主要的配置方法是根据病人的官方轮候名单上的顺序来确定,以此保证机会的均等。但这种做法的人为因素太多,在操作中极易变形,导致倾斜性的资源配置。美国学者古德温的实证研究表明,利他主义体系存在严重的机构歧视性,种族、收入、社会地位等因素都会对分配产生重要影响。他通过数据对比发现,在美国,低收入的黑人获得器官移植的几率远低于高收入的白人,占因无法得到合适器官而死亡的全美总人数的一半以上。而即便在相同的收入水平和医疗保险的前提下,白人也更容易在轮候名单上获得相对靠前的排序,黑人的利益被有意或无意地忽略了。<sup>[8]</sup>这说明,利他主义体系在制度初衷与实际效果之间存在巨大的鸿沟。正是意识到仅靠人性平等的理论假设无法解决现实中的资源分配问题,利他主义体系的支持者开始借鉴一些功利主义的做法。在2006年,美国负责器官移植组织(UWOS)曾提出一种可供替代的分配方法——器官被首先给予那些移植后可能活得最长的人。<sup>[9]</sup><sup>153</sup>姑且不论这一方案的预期效果能否实现,纵然这一方案能得到有效的执行,也已背离了人格平等的基本信条。活得长的人为什么会比活得短的人更有伦理优势?显然,这是道德哲学本身所无法解答的。

其次是供应不足带来的现实困境。利他主义体系采取严格管制的态度,禁止市场机制在人格权领域的适用,其直接效果就是供应减少导致资源短缺。例如,宣布买卖婴儿违法会减少收养的机会,同时,禁止代孕行为降低了生育的可能,二者共同加剧了孩子供给与需求的矛盾。而在利他主义体系下,捐赠根本无法弥补管制带来的供应量损失。从信号传递的角度

看,捐赠越普遍,捐赠者的高尚道德越不容易显示,相反,捐赠越罕见,捐赠者就越能显示其与众不同,获得社会良好评价的有效激励。可见,以捐赠作为唯一的资源获取渠道,会大大削弱捐赠的信号传递功能,这对激励更多的人自愿捐赠是不利的。此外,由于分配不公平,在官方系统内获利较少的人群捐赠的积极性要明显低于那些获利较多的人群,这一点在美国的器官移植问题上已经得到充分的证明。<sup>[8]</sup>利他主义体系的一个可供选择的增加供应的方法是“假定同意”:除非做出断然宣称拒绝,否则每个人将被假定同意捐出他们的器官。但此种方法的正当性存在重大的争议。有学者就批评,如果缺乏公平分配的前提,任何形式的“假定同意”都无异于奴役和掠夺,以此来增加供给是不正义的。<sup>[10]</sup>另一方面,严格管制的后果是禁而不止,黑市交易泛滥。现代经济学上一个得到最佳确认的假说是,管制不会消除需求,只会转移需求,使市场以一种非法的形式存在<sup>①</sup>。目前,作为利他主义体系的副产品,无论是在各国国内还是在国际上,都存在着规模庞大的人体组织地下交易市场。<sup>[11]</sup>黑市交易的危害主要体现在降低买卖双方的谈判能力、造就暴利的中介行业、引发恶性犯罪,同时,黑市交易的信息不对称还会加剧资源分配的不均衡,导致供应不足的问题更加突出。

归纳而言,从康德的道德哲学到当代私法的人格权专属性,伦理主义进路一脉相承。其支持者将人格权的制度安排视为道德先验判断的当然结果,在面对市场化浪潮的冲击和挑战时,依然固守人格不得物化的教条,小心翼翼地维系人格与市场的区分格局。然而,随着生命科技的进步,伦理主义进路的正当性开始备受质疑。漠视科技发展带来的增进社会福祉的机会,对人们遭受的身体痛苦(如器官坏死)和精神折磨(如无法生育)坐视不顾、冷眼旁观,很难与道德理性所崇尚的人文关怀精神相联系。如果不能有效地解决稀缺资源的供给紧张与分配不公问题,让更多的人享受科学技术的好处,维护人性尊严只会是伦理主义一句停留在纸面上的口号。在这个意义上,也许经济理性才是最符合时代精神的道德律令。

## 二、人格权的不可让与性: 现代政治经济学视角

### (一) 不可让与性的制度机理与效率条件

在现代法经济学的语境下,国家对市场的干预与强制集中表现为对个人权利的限制。美国学者卡拉

<sup>①</sup> 住房和金融是其中的典型例子。比如在中国,对集体土地流转的限制导致小产权房的出现,对金融借贷的管制催生了影子银行。

布雷西和梅拉米德于1972年极富创见地提出了不可让与性(inalienability)理论的一般分析框架,<sup>[12]</sup>系统讨论了个人权利与市场机制的关系。按照卡梅的界定,财产规则和责任规则是保护权利的两项基本规则,它们决定着被最初赋予权利以及在权利被征用或消灭时决定必须给予的赔偿。除此以外,还存在许多涉及更大程度的社会干预的权利,法律完全禁止其转让。与财产规则和责任规则不同的是,不可让与性规则不仅保护权利,而且还可被视为限制或者规制权利许可本身。

不可让与性在经济效率上被认为是可取的,因为它能保护私人免受非理性行为的伤害,增进其福利水平。家长主义(paternalism)是支持不可让与性的最重要理由。在古典自由主义的观念中,对什么会促进他们自身的福利,私人是最好的判断者。但家长主义对这一观点提出了质疑,认为人只是有限理性的个体,人们做出的选择并不总是与他们的愿望和偏好相一致,“冲动、精神疾病、幼稚、特定的可补救的信息匮乏”<sup>[13]</sup>都会导致偏离最佳利益。因此,如果一个人被禁止讨价还价,他的经济状况还能得到改善的话,法律就应当毫不犹豫地加以干预。<sup>[14]</sup>对家长主义的批判集中在,倘若禁止的法律会损害到一部分人的利益,即使能够实现福利最大化,也未必值得提倡。更何况,禁止能否改善福利,本身就是不确定的。<sup>[15]</sup>现代行为法律经济学强调,公共机构与其他所有人一样面对认知和动机方面的问题,政府干预可能把事情弄得更糟而不是更好。“家长主义问题很大程度上是一个经验的问题,而不是一个在先验基础上回答的问题。”<sup>[16]</sup>因此,对事实以及成本收益进行情势性的评估,应该取代那些回避根本问题的假设。

很显然,诉诸于家长主义难以为不可让与性找到充分的证据,这就需要做更加具体深入的分析。卡氏与梅氏在提出不可让与性规则之初就承认,如果基于效率的理由,社会在可让与性的和不可让与性的权利之间是中立的。他们试图从外部性的角度来进行解释,为不可让与性找到更多的理由。不过,卡、梅所指的外部性,更多地是指向道德成本,即权利转让在情感和观念上对他人的冒犯。<sup>[12]</sup>这种非经济性的外部成本通常无法进行客观估量,往往会将法律引向更宽泛意义的禁止,因而备受学者的批评。晚近的一些研究从不同侧面触及到外部性的经济成本问题,认为不可让与性有着复杂的效率条件,并且只是现实世界中应对市场失灵时的一种次优选择<sup>①</sup>。大致说来,不可让与性若要实现最优结果,对禁止市场交易的制度安排进行肯定辩护,必须同时满足以下几个约束条件:

1. 有效减少要挟行为。自由市场既可以提升资源配置的效率,也可能会引发“敲竹杠”(holdout)这种负面效应。由于市场主体可以自主决定是否进行交易,当交易对卖方的价值远小于买方时,卖方经常会借助谈判优势来要挟买方,以攫取超额收益。虽然正常的交易足以保证卖方获益,但趋利性促使卖方冒着交易失败的风险去追逐更高的利润。要挟行为的存在,是市场非效率性的主要表现之一,它阻碍了资源从低效到高效的流动。在卡-梅框架下,解决“敲竹杠”问题主要是靠责任规则,但很少有人注意到,不可让与性规则也是有效的手段之一。与责任规则使转让变得更容易的原理不同,不可让与性是通过使转让变得更困难来消除要挟行为。对某权利转让的限制,为私人最初是否取得这一权利提供了事前的激励——不可让与性的“锁定效应”(blocking)。由于无法通过转让来回收成本及实现收益,私人在做初始决定时会格外谨慎,只有高估值的当事人才会选择取得权利。私人的“自我选择”(self-selection),将低估值的当事人“驱逐”出市场,造成权利拥有的固定化,要挟行为变得无利可图。<sup>[17]</sup>例如,禁止经济适用房买卖,在客观上消除了富人要挟穷人的可能性;又如,禁止原告将法庭颁布的诉讼禁令转让给被告,也杜绝了原告以此要挟被告的可能。<sup>[18]</sup>

2. 解决公共产品短缺。自由市场的另一个短板是,公共产品的数量和质量都不令人满意,“公地悲剧”将导致严重的效率损失。以在公共池塘捕鱼为例,转售的收益无疑会放大私人捕捞的动力,导致私人过度消费以及可供捕捞的鱼供应不足。破解由要挟行为带来的合作难题,可以通过不可让与性的“锁定效应”来实现——没有了市场,自然就没有了要挟行为,因此也就没有了资源浪费。<sup>[17]</sup>问题是,对市场的禁止虽然不会导致公共产品的不当减少,但是否会增加公共产品的供给呢?美国经济学家索恩给出了肯定的答案。他认为,供移植的人体器官作为一种公共产品,并不会因法律禁止买卖而有所减少,相反,通过规劝捐赠的方式可以实质性地增加器官的供应。禁止买卖的方式也许存在不足,但捐赠的交易成本比买卖的要低,因此更值得提倡。<sup>[19]</sup>

3. 克服信息不对称。单方信息不完全是市场给决策者带来的最大困扰,无法辨别真与假、好与坏,阻

① 参见 Lee Anne Fennell, Adjusting Alienability, 122 Harvard Law Review 1403 (2009); Susan Rose-Ackerman, Inalienability and the Theory of Property Rights, 85 Columbia Law Review 931 (1985); Richard A. Epstein, Why Restrain Alienation?, 85 Columbia Law Review 970 (1985).

碍了决策者做出理性的选择。从理论上讲,不可让与性可以较好地解决这一问题。一方面,私人的“自我选择”有助于将参与者的真实意愿表达出来,比如禁止经济适用房买卖,可以将迫切需要住房的穷人与贪小便宜的富人区分开来,因为购买和居住经济适用房意味着富人必须以牺牲生活品质(不能住大房子)为代价。另一方面,禁止市场交易可以强化对相似行为或产品的控制,避免合法与非法的混淆。以美国对濒危鸟类的保护为例,执法者无法将捕杀禁令生效前印第安土著合法的捕猎行为和生效后非法的捕杀行为区分开来,只能通过立法禁止与该种鸟类相关物品的买卖来替代。没有了市场收益,既耗时耗力又承担法律风险的捕杀行为就失去了最主要的激励。<sup>(20)</sup>克服信息不对称的直接好处是质量保证。学者阿罗的研究表明,禁止血液交易能减少以次充好的现象,因为私人供给者在献血时比卖血时更可能提供准确病历,与卖血者有隐藏坏信息的动机不同,献血者出于利他的立场,在明知自己不适合献血时多半会选择退出。因此,献血更能远离感染。<sup>(21)</sup>由此可见,不可让与性在节约信息成本方面是有优势的。

此外,不可让与性的效率性还取决于能否消除其他较为突出的外部性,如市场交易诱发的恶性犯罪行为、贫富悬殊带来的不当分配等问题。同样重要的是,禁止规定必须得以有效执行。如果禁止规定只得部分执行或根本得不到执行,交易的实际数量并没有减少,那么其效率性将会大打折扣。总之,在满足众多约束条件的前提下,不可让与性可以产生预期的效率。不过,在现实世界中,上述条件的满足状态是极不稳定的。一旦环境稍有偏差,不可让与性不仅无法改善效率,还会因其严格管制的特性沦为寻租的工具,加剧资源配置的恶化。因此,必须对那些拟加以管制的特殊权利进行更为具体在场的考察和分析。

## (二) 人格权市场化的社会效应

下面我们将讨论不可让与性规则在人格权领域能否获得相同的效率。本文的研究首先基于以下两个判断:(1)人格需求满足的效用远大于经济需求满足的效用。对于大多数人而言,通过器官移植活下来以及借助代孕拥有亲生子女可以带来一种净正收益,与之相比,经济上的代价会显得不那么重要。(2)私人的“自我选择”不适用于人格公共产品领域。与其他公共产品不同,人格利益不存在初次进入的问题,私人最初是否有意愿拥有权利不影响人格资源的供给,但如果没有私人后来的权利让渡,就不存在所谓人格公共产品,这意味着,对供应者的激励是制度设计的关键。上述两个基本起点,大致上勾勒出人格权

治理的特殊结构。下文的分析将表明,在现有的人格权治理背景下,不可让与性受到众多现实因素的制约,其效率性被严重削弱,相应的,对人格权市场逻辑的质疑理由可能是极不真实的。

第一,禁令抑制了本可由市场机制释放出来的自由资源,同时捐赠又无法显著增加供给,供需失衡更趋于严重。不少学者认为,只要人格市场被明令禁止,人们就会自然而然地转向无偿的捐赠渠道,不必担心供应不足。但这显然不符合事实。从世界范围来看,几乎没有任何一个国家能够单靠捐赠来解决人格资源短缺的问题。在美国,目前有超过12万人在官方轮候名单上等待器官移植,在2013年1-8月间仅完成了19262例移植,同期只有9446例捐赠,最近四年来每年约有6000人因等待不及而死亡<sup>①</sup>。美国权威的器官移植组织OPTN和SRTR在2011年年报中对一百多个国家的数据进行了分析,发现器官需求与供给之间存在巨大缺口是全球普遍现象,认为资源匮乏的状况将会持续恶化<sup>②</sup>。与器官移植类似,短缺问题在其他人格领域同样存在。出生率偏低和不孕率走高使得社会对婴儿的需求大大增加,但可供领养的婴儿数量却因堕胎技术的滥用而递减。而近年来各地频繁出现的血库告急、精子库告急等现象,也都是供需关系紧张的集中表现。

捐赠为何无法弥补禁止市场带来的供应损失呢?这是由道德激励与经济激励的差异性所决定的。经验研究已经证明,在促进资源供应方面,经济激励远比道德激励更有效。一项调查显示,通过捐赠获取器官的效率值只有30%-40%,即10个适合捐赠的人中只有3到4人有捐赠意愿。<sup>(22)</sup>而且,对捐赠人来说,利他性通常不是他们考虑问题的首要因素。在记者王道斌采集的74个捐献案例中,补偿抚恤金成为捐献最主要的驱动力——面对巨额的医疗费用,在社会保障机制相对缺乏时,将近80%的家庭会从经济层面考虑进行器官捐献,其中完全迫于逝者后期费用压力的超过三成。<sup>(23)</sup>有学者研究发现,加大对身后器官捐赠的经济补偿可以大幅度地提高器官捐赠的数量。<sup>(24)</sup>这表明,以道德激励为基础的利他主义体系效率极其低下,要想改变资源短缺的局面,必须更多地倚仗对供应者的经济激励。<sup>(25)</sup>

① 数据来源于美国联合器官分享组织(United Network for Organ Sharing)的网站:www.unos.org,最后访问时间:2013年11月6日。上述统计仅为部分官方数据,实际数量会更为惊人。

② 参见U. S. Department of Health and Human Services Health Resources and Services Administration, OPTN & SRTR Annual Data Report, Washington, December 2012.



第二,严格管制直接导致非正式市场(informal market)交易泛滥,造成价格飞涨,分配不公问题更为突出<sup>①</sup>。作为法律管制重要的副产品之一,非正式市场是供应不足的必然结果。在人格领域,私人追求稀缺资源的动机更为强烈,市场交易“禁而不止”的现象极为普遍:从美国、欧洲到中国,一直存在着规模庞大的地下器官买卖黑市<sup>②</sup>;贩卖婴儿在历史上并不鲜见,时至今日,虽然各国都明令禁止贩卖婴儿,但黑市交易几乎每天都在发生。黑市具有标准单一、快速便捷等优点,但其缺点更为明显。除了交易安全、质量保证等方面的问题,价格畸高的负面效应最受诟病。“由于黑市的价格必须要包括卖方违法的预期处罚成本并且禁止使用最有效率的买卖双方结合的手段,所以其价格就会很高。”<sup>(26)221</sup>在中国,像肾脏、心脏、肝脏等主要人体器官的黑市价格已经达到 3 万美金甚至更高。<sup>(27)</sup>显然,价格越高,对富人越有利,而穷人越难得到满足。

与黑市相伴而生的是灰市。灰市是利他主义体系失灵的主要表现,介于合法与非法之间。人们习惯认为,利他主义体系能确保穷人和富人获得同样的机会。但事实却是,富人总是资源争夺的获胜者。与黑市相比,富人在利他主义体系中的优势反而更大:黑市仅限于价格的竞争,而利他主义体系则是从财富到人脉、地位、影响力的全方位竞争。以领养孤儿为例,收养条件严苛、认定程序繁琐、轮候时间过长,使得许多普通家庭望而却步,收养孤儿成了富人的“专利”<sup>③</sup>。实践中,大多数领养机构的非营利特点,再加上规制机构的监管,催生了一个成本加利润(cost-plus)的领养费收取体制。<sup>(28)551</sup>由于缺乏有效监控,领养机构倾向于收取更高的费用来获利,这种灰色市场在运作上接近于自由市场。因此,即使在利他主义体系下,私人仍得掏钱出来“购买”人格资源,而且价格不会比黑市低很多<sup>④</sup>。

如果说,严格管制无法根除非正式市场的话,那么正式市场无疑是更优的制度选择。对放开人格权市场交易的主要担心是,供应者的要挟行为会抬高价钱,富人藉此抢走穷人所有的机会。这一批评显然没有足够的说服力。首先,非正式市场的价格通常不会比正式市场低。<sup>(29)</sup>正式市场虽然是自由竞价,但节省了质量保证、寻租费用、违法风险等成本,其价格通常最能反映出权利的真实价值。就像自由市场中穷人也能买到奢侈品一样,人们都有机会在价格较低的开放市场中购买到人格资源。其次,不容否认的是,卖方的确可能会要挟买方以哄抬价格,但基于自由协商的高价格明显不同于基于垄断的高价格。弱势群体

最害怕的其实不是高价格,而是在垄断体制下有钱也买不到的窘迫。对弱势的买方来说,只要人格需求能得到满足,接受某种程度的要挟就仍是值得的。况且,适当的高价格未必就是坏事,因为自由市场能确保同样弱势的卖方获得一定的额外“补贴”。相比之下,垄断造成的高价格同时伤害了买卖双方,受益的只是资源的垄断者。可见,至少在人格资源分配的公平性上,正式市场比非正式市场更好。

第三,不可让与性削弱了供应者讨价还价的能力。传统上,受利他主义支配的私法关注的焦点是人格资源的需求者而非供应者。在立法者看来,不可让与性是一种行之有效的风险告知机制,足以使有限理性的私人清楚地知道出售器官有害身体、买卖婴儿有违伦理、出租子宫有损尊严这些事实,转而选择合法安全的捐赠渠道,在自愿捐赠的情况下,根本不存在供应者合法权益受损的可能。这种立场显然高估了法律风险告知的有效性,同时也忽视了不同的社会阶层对私人决策的差异性影响。历史和现实都昭示,人格资源的供应者多为社会的中下阶层人士。对这些经济弱者来说,摆脱贫困生存下去是生命的第一要义。即使明知买卖人格资源有着诸多弊端,他们也只能无奈地接受,因为这是他们唯一的选择。在国际市场上,从事商业代孕的主力军是印度的贫穷妇女,她

① 非正式市场包括黑市(black market)和灰市(gray market)两种类型。黑市是指直接违法的地下交易;灰市则更多地指向那些由合法的收养机构、器官捐献组织等实施的名为非营利却实为通过收取一定费用来获取利润的准买卖行为。二者在性质上极其相似,但后者更为隐蔽,危害性也更大。为讨论方便,本文将黑市与灰市统称为非正式市场,以区别于合法的正式市场(白市)。关于非正式市场的论述,详见 Symposium, The Informal Economy, 103 The Yale Law Journal 2119 (1994)。

② 参见 Sunny Woan, Buy Me a Pound of Flesh: China's Sale of Death Row Organs on the Black Market and What Americans Can Learn from It, 47 Santa Clara Law Review 413 (2007); Alexander Dorozynski, European Kidney Market, 299 British Medical Journal 1182 (1989); Manon Eileen de Reeper & Liza Ruijs, Organ Transplantation in China: The Illegal Black Organ Market and the Role of the Chinese Government, Universiteit Utrecht, November 2011。

③ 我国《收养法》对收养人仅有原则性的要求:无子女、有抚养教育被收养人的能力、未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病、年满三十周岁。但地方福利院开展收(送)养工作时,对收养人的要求更严。以广州市福利院为例,即使是寄养而非收养(寄养监护权仍在福利院),对寄养家庭也有“中等偏上”的要求,仅“妈妈为全职主妇”一项,很多家庭都不符合。如果是收养,条件更要提高。而且,为了能收养到健全的小孩,在“排队”时靠前些,很多时候甚至需要向福利院长塞红包。参见肖欢欢、谭秋明《收养孤儿为何成富人专利?》,《广州日报》2013年2月6日。

④ 面对“无偿献血、有偿用血”的质疑,有关部门一再否认变相买卖的存在,声称收取的特定费用基本上都是成本,但在缺乏有效监管和掺杂部门利益的情况下,这种承诺通常是不可信的。参见董伟:《中国式血荒寻求破解之道》,《中国青年报》2012年2月20日。

们的收费价格比全球平均水平低许多<sup>①</sup>。在器官移植方面,来自广大第三世界国家的穷人承担了大部分的供应,尽管买卖价格远低于发达国家,但通常能达到10倍于年收入的水平或者更高,因此还是很有吸引力的<sup>②</sup>。

法律必须回答的是,如果一个人迫于压力不得不交易其人格资源,那对他(她)来说,是禁止交易好还是允许交易好。禁止的直接效果是将处于弱势地位的供应者“驱赶”至黑市。相比之下,供应者在黑市中的谈判能力远不如白市。其一,供应者急于交易以缓解经济困境,交易对象是黑市中介而非需方,其直接交易的优势不再,反而沦为被要挟的一方,结果是,成交价格严重偏低;其二,黑市合同从事前的订立到事后的执行,都无法为供应者提供强有力的保障,只能依靠脆弱的黑市信用,而且,黑市消化和吸收了大部分恶性犯罪的“成果”,是人格犯罪最主要的诱因。各种负面效应的累加,使得黑市成为欺凌和奴役供应者的重要场所。因此,通过人格资源交易合法化来增强弱势供应者讨价还价的能力就显得格外必要。反对的意见主要集中在允许交易会供应者的身体健康和家庭完整造成损害。不过,仔细深究可以发现,买卖合法化的潜在风险在捐赠体系下同样存在,而买卖合法化的优势却是利他主义所不具备的。<sup>(25)</sup>此消彼长的情况下,允许交易无疑更好。此时,法律的风险告知功能必须让位给风险分担功能<sup>③</sup>。

第四,不可让与性加重而非减轻了信息不对称。反对人格权市场化的另一个理由基于信息经济学,认为市场机制会激励供应者说谎,隐匿质量瑕疵,继而导致质量普遍低下。至少从三个方面来看,这一判断是无法成立的:首先,在资源严重短缺的情况下,缩短轮候时间只能以牺牲器官质量为代价,许多器官移植机构被迫大量使用低于法定质量标准的捐赠器官。这表明,无视数量问题来谈质量问题是不现实的。经济激励在加大器官供应的同时,留给医生和患者更多的选择余地,移植器官的质量反而大为提升。<sup>(24)</sup>其次,随着科学技术的进步,过往由供应者道德风险所引发的信息不对称问题完全可以通过技术手段来解决。现代医学检测技术的发展使得买方在交易前能轻松获得质量方面的信息,无须担心受到卖方的欺骗。再者,为鼓励更多的人捐赠,利他主义体系会有意识地忽视瑕疵捐赠的法律责任,但正是因为责任规定的缺位,捐赠者更容易放纵自己的行为,质量反而得不到保证。在市场交易中,如果对卖方课以严苛的质量瑕疵担保责任,是足以诱使卖方吐露真实信息的。<sup>(30)</sup>应该说,在缓解人格权领域的信息不对称方

面,管制不会比市场更优。

相反,不可让与性还制造了新的信息不对称。在利他主义体系下,人格资源的流动只能通过官方认可的途径进行,而这些途径通常由那些垄断性的公益组织所掌握。这样的制度安排隐含着假设:公益组织是利益超然的中立者,增进公共福利是其决策的唯一动机。但现代公共选择理论研究表明,从政府到社会组织再到具体个人,都有自己的偏好和利益,在决策时会更多地考虑自身的私利。<sup>(31)</sup><sup>1-18</sup>这意味着,在非市场化运作中,增加流通中介环节不仅不能起到信息收集、加工和分享的作用,还会实质性地阻碍信息的传播,造成信息流失。一方面,信息流通的环节越多,交易成本越高,信息真实性和完整性受损的风险越大;另一方面,由于保持信息不透明有利于牟取私利,中介机构往往会刻意制造信息流通障碍,使供应者和需求者无法直接交流,都不了解真实情况。如此一来,中介机构就可以在供应者一方营造非营利的假象,但在需求者一方用回收成本、有偿使用的形式来实现变相交易。

至此,我们发现,在人格权领域,不可让与性虽然避免了无效率的资源流动,但其固有的“锁定效应”也维持了最初资源配置的低效率,同时还阻止了更高效的资源配置。如果将人格需求满足作为制度终极目标的话,那么增加资源供应就是制度设计的首要任务。研究表明,在管制和市场这两条路径中,后者对激励供应更加有效。而且,人格权市场化的外部性并不像想象中那么严重,即使有,也能通过对交易的适度规制来加以限制。相比之下,严格管制无法缓解紧张的供求关系,客观上导致管制失灵和制度变形,对供需双方造成了巨大的伤害,降低了社会效用。简言之,受现实条件的约束,不可让与性在效果上适得其反,允许人格资源的市场交易更符合社会最优的评价标准。

### (三) 利益集团控制: 从管制到市场的现实约束

既然人格权的不可让与性是低效率的,缘何立法者最终选择的是管制而非市场呢?是什么力量导致人格权立法走向排斥竞争这样一种发展模式?用伦

① 参见 Lucy Wallis, Living Inside the House of Surrogates, 2013年9月30日, <http://www.bbc.co.uk/news/magazine-24275373>, 最后访问时间: 2013年11月15日。

② 参见 Larry Rohter, Tracking the Sale of a Kidney on a Path of Poverty and Hope, N. Y. Times, May 23, 2004.

③ 从家长主义的角度看,对供应者最有利的不是防止自我伤害的禁止交易,而是增进弱者利益的规制交易。也就是说,强制干预是合理的,但干预的形式不是反对市场交易,而是类似交易备案登记、最低价格限制等规制措施。



理道德和家长主义来解释是行不通的,其背后还隐含着更复杂的深层原因。

通常,立法者为不可让与性给出的官方理由是,出售人格权是对人性尊严的践踏,违反了社会公认的道德观念,带来了众多意想不到的副作用,法律的强制可以增进社会整体福利。然而,这只是立法者冠冕堂皇的表面说辞而已。真实的情况却是,很多时候人们并不反对人格权市场化,至少抱有一种相对宽容的态度。在英国,有将近 40—50% 的受访民众表示原则上支持肾脏的自由买卖。<sup>(32)</sup> 广州社情民意研究中心展开的“代孕行为全国城镇居民看法民调”结果则显示,对“政府应将代孕行为合法化、规范管理”的意见表示支持的受访者比例达到了 45%。<sup>(33)</sup> 而且,迄今为止没有经验性证据表明,人格权市场化会损害社会整体利益,这是一个未经证实的判断。相反,前面的分析已经证明,严格管制才是低效率的根源。但为何立法不选择更为合理的市场机制呢?这难道仅仅是立法者的疏漏吗?答案显然不是。

从政治经济学的角度看,当法律不能解释成矫正外部性或促进效率的手段时,它们的真实目的可能在于对财富进行重新分配,也许是出于一些利益集团的要求。“危险可能在于如基于家长主义的理由被证明是正当的东西,实际上就是一种为某一群体积累分配收益的隐蔽方式,而我们并不愿意以其他方式使此类群体收益。”<sup>(12)</sup><sup>1115</sup> 真正影响和推动立法的力量,来自于那些在禁止中得到好处的利益集团。从利益集团政治(interest-group politics)或传统寻租理论(rent seeking)的维度来解释当代人格权立法行动与逻辑不一致的现象,是颇具说服力的。有研究者观察到,无论加强管制还是放宽管制的公共政策,都是利益集团游说政府以社会良治之名作出的<sup>①</sup>。在法学界,以理查德·波斯纳为代表的一些学者较早开始关注利益集团对人格权立法的推动作用。他认为,禁止婴儿买卖有三个可能的原因:第一,领养机构有自我利益,不愿出现服务竞争,制作这种“出售婴儿”黏贴标签的正是他们;第二,西方现代社会中普遍存在着反商品化的社会思潮和意识形态;第三,由于婴儿交易市场会增加对非婚生儿童的需求,因此也会鼓励婚外性行为,因而受到保守主义者等有影响力群体的反对。<sup>(28)</sup><sup>560</sup> 其中,第一个原因也许是最重要的。获得官方认可的领养代理机构在管制环境下总是会得到比自由市场更多的利润,而且如果没有了垄断的堡垒,这些领养代理机构就有可能在竞争中被淘汰出局,所以他们会千方百计推动管制。相对来说,这些领养代理机构拥有的社会资源更多,动员能力更强,其影响

立法的能力也更突出。而支持婴儿自由买卖的人群通常较为弱小和分散,很难组织起有效的对抗。<sup>(34)</sup>

这些研究对我们理解利益集团政治和人格权立法之间的互动关系是颇有启发的,但是对以下两个问题的论述尚不够充分。一是在自由竞争市场中,中介机构发挥着促进交易、降低成本等积极作用,但到了管制环境下,中介活动反而成为合法的寻租行为。这些官方认可的中介机构是如何通过立法禁令建立他们的优势地位的?二是除了直接参与资源分配并从中获益的中介机构以外,还有不少间接关联的利益集团,他们有能力营造或改变某种政治社会风气,对立法者施以巨大的影响。他们的观念和动机会给人格权立法带来什么样的变化?

对于第一个问题,理解制度差异对中介机构功能定位的影响是关键。美国经济学家史普博指出,中介机构是自由市场必不可少的组成部分,通常提供四个方面的服务:(1) 价格制定与市场清理;(2) 提供市场流动性;(3) 促使买卖双方合作;(4) 交易监督与质量保证。<sup>(35)</sup> 在人格权市场化的制度下,中介机构的存在可以减少搜寻交易对象的成本,将交易价格限制在合理的区间,同时减少买卖双方相互敲竹杠的可能,并使交易变得更安全,事后的跟踪服务和质量担保也会做得更好。但是,在严格管制的情况下,只有少数中介机构才能得到官方的认可。立法禁令使原来的“双赢”变成了“单赢”——中介机构的地位不受影响,供应者从原先的出售者变成了捐赠者。通过限制市场准入和价格控制,中介者获得了比自由市场更可观的利润:一方面,通过立法排挤竞争对手,限制其他机构取得中介服务的资质,形成垄断的局面;另一方面,由于供应者不能出售其人格权,中介机构只需给捐赠者少量的经济补偿,进而降低“进货价”,同时,以各种名目收取需求者的费用,以抬高“出货价”。<sup>(36)</sup> 也就是说,如果不考虑对需求者的负面影响,单论中介机构与供应者的关系的话,立法禁令成为了中介机构攫取超额利润——原本应为供应者所得——的寻租工具。

这也解释了在中国为何带有官方色彩的中介机构在反对人格权市场化方面总是不遗余力。管制手段之一是中介领域的准入限制。上个世纪 90 年代中期开始,试管婴儿技术迅速普及应用,手术数量激增,

① 参见 Jonathan R. Macey, Commercial Banking and Democracy: The Illusive Quest for Deregulation, 23 Yale Journal on Regulation 1 (2006); Jonathan R. Macey, Promoting Public - Regarding Legislation through Statutory Interpretation: An Interest Group Model, 86 Columbia Law Review 223 (1986) .

为全国数量有限的各省生殖中心创造了巨大的收益。湖北同济医院的统计数据显示,2007年该院共开展试管婴儿手术1300多例,2008年则有1800多例,几乎每年都以40%左右的速度递增。<sup>(37)</sup> 限制试管婴儿的成功率显然能给各生殖中心带来更多的好处,因为父母们将被迫多做几次手术。代孕试管婴儿技术的产生,可以在很大程度上提高试管婴儿的成功率,这无疑会损害生殖中心的利益。倘若各生殖中心也开展代孕试管婴儿业务,他们在找代孕母亲方面不如私立医院有优势,反而会侵蚀原有的业务。2001年8月,卫生部出台了《人类辅助生殖技术管理办法》,严格禁止代孕母亲的试管生产,代孕试管婴儿这项新业务胎死腹中。这一禁令,在很大程度上就是由那些生殖中心所推动的。类似地,《人体器官移植条例》第四条第二款规定“各级红十字会依法参与人体器官捐献的宣传等工作。”该条确立了红十字会在器官移植领域的法定垄断地位,在实际操作中,也是由红十字会主要负责,这无疑给了红十字会及其工作人员谋取非法利益的机会。而且,为维持既有的格局,政府会对边缘性中介机构予以严厉的打击<sup>①</sup>。管制手段之二是严格控制经济补偿数量。除了排挤同行,常用的寻租方式还有价格控制。<sup>(38)</sup> 在器官捐赠的问题上,中国红十字会一向坚持适用无偿原则,强调捐赠者本身不应也无法从捐赠中获得直接利益。受此影响,《人体器官移植条例》对经济补偿只字不提。即使后来考虑纳入刺激机制,对捐赠者给予一定人道救助经济补偿,但在补偿标准、资金来源等涉及器官成本的敏感问题上,红十字会始终不愿意正面回答。一种颇能反映他们心声的观点认为“需要慎重对待器官捐献的救助捐款公开机制,不能让公众误认为,身后捐献器官,家属就可以得到现金补偿。”<sup>(39)</sup>

对于第二个问题,在当下中国很难找到现成的答案,但在社会发展相对成熟的西方发达国家,复杂多变的立法实践则很好地展示了利益集团压力、政治社会风气与立法者态度这三者之间的关系。美国关于代孕合法性的论争就是一个很好的例子。<sup>(40)</sup> 这场围绕道德与法律的社会大讨论缘起于新泽西州最高法院的M婴儿案<sup>②</sup>。判决作出后,美国公众普遍出现了担心新的人类生殖技术会危及传统家庭结构的道德恐惧心理。势力强大的女权主义者将代孕技术描述成奴役贫穷妇女和损害生育能力的象征,保守的宗教团体也将代孕技术视为贩卖婴儿和侵蚀传统伦理观的元凶,他们利用社会公众抗拒新科学技术的心理,成功地将代孕技术塑造成商品社会的洪水猛兽。受此影响,美国各州先后通过立法严格禁止代孕技术的

推广适用,有人甚至预言了这项新技术的死亡。但这种情况并没有出现。相反,从上个世纪90年代后期开始,许多州逐渐放宽了对代孕技术的限制。在经历了坚决抵制的十年后,美国的政治风向和社会观念已经发生了重大变化。在女权主义团体内部,对不孕夫妇的同情压倒了对代孕技术的质疑,代孕被描绘成温情脉脉的人际互助,更重要的是,她们大部分的精力都投到了关于反堕胎的讨论中,无暇旁顾。宗教团体也不再关注代孕问题,而将焦点集中在堕胎合法性、同性婚姻、离婚制度改革等更加热门的话题上。与此同时,倡导生育权的父母亲团体和从事代孕业务的中介机构取代了原先的利益集团,成为了影响代孕立法的主要社会力量。当一种新的利益格局形成后,立法的变革就不可避免了。2004年,伊利诺伊州通过《妊娠代孕法》(Gestational Surrogacy Act),规定代孕母对孩子不享有亲权。在一些尚未制定成文法的州,法院也肯定了代孕合同的可强制执行性<sup>③</sup>。

对美国代孕立法变革动因的分析表明,决定人格权立法走向的社会主流道德观念不是一成不变的,它只是某一时期各种利益集团博弈的结果。在利益集团的政治压力下,立法者很少会真正考虑社会的长远利益。<sup>(40)</sup> 因此,所谓基于伦理道德观念的立法本身并不代表着合理性与效率性,它们与社会最优的理性选择可能是不一致的。在中国,虽然目前利益集团游说立法的条件尚不成熟,可供解读的实践案例也不多见,但上述结论仍有着重要的意义。它有助于我们挑战那些貌似牢不可破却未必经得起仔细推敲的立法理由。

### 三、结论与讨论

本文的研究表明,现代政治经济学是一个比传统道德哲学更好的人格权分析框架。对于私法如何应对科技发展的挑战,走出人格资源供应不足和分配不公的困境,基于伦理主义的理论解释是不充分的,这在很大程度上是因为忽视了各种现实约束条件对立法效果所产生的复杂作用机制。与道德哲学路径先

① 例如,民政部、发展改革委、公安部等部门于2013年5月14日联合下发《关于进一步做好弃婴相关工作的通知》,规定“社会力量兴办以孤儿、弃婴为服务对象的社会福利机构,必须与当地县级以上人民政府民政部门共同举办。严禁任何机构和个人私自收留弃婴。”

② In re Baby M, 109 N. J. 396, 537 A. 2d 1227 (1988).

③ 参见 Doe v. Roe, 717 A. 2d 706 (Conn. 1998); In re Roberto D. B., 923 A. 2d 115 (Md. 2007); Culliton v. Beth Israel Deaconess Med. Cntr., 756 N. E. 2d 1133 (Mass. 2001); A. H. W. v. G. H. B., 772 A. 2d 948 (N. J. Super. Ct. 2000); J. F. v. D. B., 879 N. E. 2d 749 (Ohio 2007); J. R. v. Utah, 261 F. Supp. 2d 1268 (Utah 2002).

入为主地认定“人格权不可转让”是可欲的目标追求不同,政治经济学路径没有预设管制与市场的先天优劣,而是将人格资源的可转让性视为对社会情势和现实因素进行具体考察的结果。当理性分析代替了直觉判断后,我们就会发现,允许人格资源市场交易的后果没有想象中这么坏,禁止的效果也没有想象中这么好。相对而言,市场机制可能是更有效率的安排。因此,人格权政治经济学的意义,不仅在于它会改变制度设计的思维模式,还在于它将影响公共选择的立法结果。正如卡拉布雷西指出的,这关乎于我们的身体及其组成部分究竟是属于我们自己的,还是那些在某些特殊情况下亟需它们的人。<sup>(41)</sup>

不可让与性是卡梅理论框架的重要组成部分。然而,与财产规则和责任规则相比,不可让与性在法经济学上一向不受重视。学界常见的误解是,不可让与性是与某些特定类型权利的固定搭配。很少人意识到,不可让与性与另外两种财产保护规则一样,也是有条件的。在人格权领域,受现实条件的约束,不可让与性很难取得预期的正向效果。需要强调的是,本文的目的不是为市场机制的普适性提供一般化的辩护,而是试图说明,市场机制也许可以成为人格权利他主义体系的有益补充,以应对现实世界的突出矛盾。肯定市场不意味着否定捐赠,相反,还应当进一步提高捐赠机制的效率。对于那些真正的利他主义者而言,允许市场是不会影响他们的决策的。如果允许市场对他们产生了影响,那只能说明利他主义的自

相矛盾,同时也会反证市场机制的必要性。不过,即使引入了市场,也不会是自由放任的市场,它必须受到严格的限制,政府仍应在其中扮演重要的角色<sup>①</sup>。

对中国未来的民法典制定来说,这一研究发现有重要的启示。近年来,人身家庭公共治理领域乱象频发,红十字会牟利引发信任危机、代孕个案惹来社会热议、私自收养弃婴遭到政府叫停等各种事件,都预示着中国人格权的立法绩效还有很大的提升空间。运用政治经济学的理论分析工具,可以改变传统私法中伦理判断的思维定式,使人格权立法更注重统合当代中国社会经济诸领域的结构要素,真正成为公平与效率的推进器。由于利益集团控制是当前最重要的约束条件,在现实中突破利益固化的藩篱可能比理论上阐释人格权市场机制的效率性更为关键。最后,特别说明的是,本文的分析框架可以被一般化,用于解释所有的伦理性权利问题,包括人格权和身份权,甚至还可以为构建不可让与性的法经济学理论体系提供必要的参考。

① 参见 Gregory Crespi, *Overcoming the Legal Obstacles to the Creation of a Futures Market in Bodily Organs*, 55 *Ohio State Law Journal* 1 (1994); Lloyd R. Cohen, *Increasing the Supply of Transplantable Organs: The Virtues of a Futures Market*, 58 *The George Washington Law Review* 1 (1989)。

## 参 考 文 献

- (1) 王泽鉴. 人格权法: 法释义学、比较法、案例研究 (M). 北京: 北京大学出版社, 2013.
- (2) 张盾. 黑格尔对康德哲学的批判和超越——从马克思哲学的视角看 (J). 哲学研究, 2008 (6): 39-46.
- (3) [德] 黑格尔. 法哲学原理 (M). 范扬, 张企泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1961.
- (4) 胡平仁, 梁晨. 人的伦理价值与人的利益——人格权内涵的法哲学解读 (J). 法律科学, 2012 (4): 11-23.
- (5) Margaret Jane Radin. Property and Personhood (J). 34 *Stanford Law Review* 957 (1982).
- (6) Margaret Jane Radin. Market - Inalienability (J). 100 *Harvard Law Review* 1849 (1987).
- (7) Stephen J. Schnably. Property and Pragmatism: A Critique of Radin's Theory of Property and Personhood (J). 45 *Stanford Law Review* 347 (1993).
- (8) Michele Goodwin. Altruism's Limits: Law, Capacity, and Organ Commodification (J). 56 *Rutgers Law Review* 305 (2004).
- (9) [美] 罗伯特·考特, 托马斯·尤伦. 法和经济学 (M). 史晋川, 董雪兵, 等译. 上海: 格致出版社, 2010.
- (10) Michele Goodwin. Deconstructing Legislative Consent Law: Organ Taking, Racial Profiling & Distributive Justice (J). 6 *Virginia Journal of Law and Technology* 2 (2001).
- (11) Julia D. Mahoney. The Market for Human Tissue (J). 86 *Virginia Law Review* 163 (2000).
- (12) Guido Calabresi & A. Douglas Melamed. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral (J). 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972).
- (13) John D. Hodson. The Principle of Paternalism (J). 14 *American Philosophical Quarterly* 61, 62 (1977).
- (14) Kronman. Paternalism and the Law of Contracts (J). 92 *The Yale Law Journal* 763 (1983).

- (15) Walter Block. Alienability, Inalienability, Paternalism and the Law: Reply to Kronman (J). 28 American Journal of Criminal Law 351 (2001).
- (16) Christine Jolls et al. A Behavioural Approach to Law and Economics (J). 50 Stanford Law Review 1471, 1545 (1998).
- (17) Lee Anne Fennell. Adjusting Alienability (J). 122 Harvard Law Review 1403 (2009).
- (18) Ian Ayres & Kristin Madison. Threatening Inefficient Performance of Injunctions and Contracts (J). 148 University of Pennsylvania Law Review 45 (1999).
- (19) Emanuel D. Thonet. When Private Parts Are Made Public Goods: The Economics of Market – Inalienability (J). 15 Yale Journal on Regulation 149 (1998).
- (20) Susan Rose – Ackerman. Inalienability and the Theory of Property Rights (J). 85 Columbia Law Review 931 (1985).
- (21) Kenneth Arrow. Gifts and Exchanges (J). 1 Philosophy and Public Affairs 343 (1972).
- (22) Edward Guadagnoli et al. Potential Organ – Donor Supply and Efficiency of Organ Procurement Organizations (J). 24 Health Care Financing Review 104 (2003).
- (23) 王道斌. 74 案例中近 8 成器官捐献人家出于经济考量 (N). 南方都市报 2013 – 10 – 21 (A II 04 – 06).
- (24) T. Randolph Beard & David L. Kaserman. On the Ethics of Paying Organ Donors: An Economic Perspective (J). 55 DePaul Law Review 827 (2006).
- (25) Steve P. Calandrillo. Cash for Kidneys? Utilizing Incentives to End America's Organ Shortage (J). 13 George Mason Law Review 69 (2004).
- (26) [美] 理查德·波斯纳. 法律的经济分析 (M). 蒋兆康译. 北京: 法律出版社 2012.
- (27) Sheri R. Glaser. Formula to Stop the Illegal Organ Trade: Presumed Consent Laws and Mandatory Reporting Requirements for Doctors (J). 12 Human Rights Brief 20 (2005).
- (28) [美] 理查德·波斯纳. 性与理性 (M). 苏力译. 北京: 中国政法大学出版社 2001.
- (29) Richard A. Posner. Regulation of the Market in Adoptions (J). 67 Boston University Law Review 64 (1987).
- (30) Reuben A. Kessel. Transfused Blood, Serum Hepatitis, and the Coase Theorem (J). 17 The Journal of Law and Economics 265 (1974).
- (31) James M. Buchanan. From Private Preference to Public Philosophy: Notes on the Development of Public Choice (G). Arthur Selden ed. The Economics of Politics. London: Institute of Economic Affairs, 1978.
- (32) Astid Guttman & Ronald D. Guttman. Attitudes of Health Care Professionals and the Public Towards the Sale of Kidneys for Transplantation (J). 19 Journal of Medical Ethics 148 (1993).
- (33) 谭秋明. 超七成女性不赞成代孕 (N). 广州日报 2013 – 5 – 10 (A II 2).
- (34) Elisabeth M. Landes & Richard A. Posner. Economics of the Baby Shortage (J). 7 The Journal of Legal Studies 347 (1978).
- (35) Daniel F. Spulber. Market Microstructure and Intermediaries (J). 10 Journal of Economic Perspectives 135 (1996).
- (36) Kimberly D. Krawiec. Altruism and Intermediation in the Market for Babies (J). 66 Washington and Lee Law Review 203 (2009).
- (37) 陈鸣. 潜伏地下的婴儿制造线 (J). 南都周刊 2009 (306).
- (38) Kimberly D. Krawiec. Sunny Samaritans and Egomaniacs: Price – Fixing in the Gamete Market (J). 72 Law and Contemporary Problems 59 (2009).
- (39) 魏铭言. “人为干预”器官分配引发利益之惑 (N). 新京报 2013 – 7 – 8 (20 – 21).
- (40) Elizabeth S. Scott. Surrogacy and the Politics of Commodification (J). 72 Law and Contemporary Problems 109 (2009).
- (41) Guido Calabresi. An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts (J). 55 Stanford Law Review 2114 (2003).

(本文责任编辑 焦和平)