

西南财经大学学术专著出版基金资助

西南财经大学“211工程”资助

# 中国生育权制度研究

ZHONGGUO SHENGYUQUAN ZHIDU YANJIU

姜玉梅 著



西南财经大学出版社

中国人口学会人口理论专业委员会 中国人口学会人口政策专业委员会

中国人口学会人口数量专业委员会 中国人口学会人口质量专业委员会

# 中国生育权制度研究

中国人口学会人口理论专业委员会 中国人口学会人口政策专业委员会  
中国人口学会人口数量专业委员会 中国人口学会人口质量专业委员会

潘文峰 著



西南财经大学出版社

西南财经大学学术专著出版基金资助 西南财经大学“211工程”资助

# 中国生育权制度研究

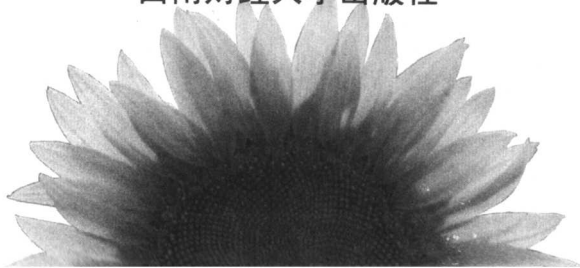
ZHONGGUO SHENGYUQUAN ZHIDU YANJIU

---

姜玉梅 著



西南财经大学出版社



## 图书在版编目(CIP)数据

中国生育权制度研究/姜玉梅著. —成都:西南财经大学出版社,2006.10

ISBN 7-81088-616-9

I. 中... II. 姜... III. 人口与计划生育法—研究—中国 IV. D922.164

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第122024号

## 中国生育权制度研究

姜玉梅 著

责任编辑:赖江维

封面设计:穆志坚

责任印制:杨斌

出版发行:	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街55号)
网 址:	<a href="http://www.xcpress.net">http://www.xcpress.net</a>
电子邮件:	<a href="mailto:xcpress@mail.sc.cninfo.net">xcpress@mail.sc.cninfo.net</a>
邮政编码:	610074
电 话:	028-87353785 87352368
印 刷:	西南财经大学印刷厂
成品尺寸:	148mm×210mm
印 张:	10.25
字 数:	250千字
版 次:	2006年10月第1版
印 次:	2006年10月第1次印刷
印 数:	1—3000册
书 号:	ISBN 7-81088-616-9/D·009
定 价:	22.80元

1. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。
2. 版权所有,翻印必究。



姜玉梅，女，山东乳山人，法学博士，教授。曾任西南财经大学法学院副院长，西南财经大学人口研究所副所长；现任西南财经大学研究生部副主任，四川省人大常委会法制工作委员会法律咨询中心立法调研员，成都市重大行政决策专家咨询论证委员会咨询专家，成都仲裁委员会仲裁员，四川英捷律师事务所兼职律师。

迄今已公开发表法学论文40余篇，出版学术专著（主编或参编）6部，编写教材（主编或参编）8部。作为主研人员完成国家级社科课题3项，主持或参研完成省部级课题3项，主持完成校级课题3项。科研成果先后获司法部优秀科研成果三等奖、全国人口科学优秀成果二等奖、三等奖，四川省社科联人口学会优秀成果二等奖，西南财经大学刘诗白奖励基金优秀科研成果一等奖等。

## 序

生育(Fertility)专属于人类。人的生育行为既有自然属性,也有社会属性,是自然科学的研究领域,也是社会科学的研究领域。人类对生育现象的研究由来已久,但是在20世纪的下半期才引起了人们的广泛关注。生育问题成为了一个世界范围内具有国际性的热门课题,成为了许多学科共同研究的对象。经济学家、社会学家、人口学家、生物学家、法学家等学者,都运用本学科的理论和方法,对生育现象进行了多角度、多层次、多领域的探讨。经济学家着重研究经济因素,如经济发展水平、家庭收入水平、生育子女的投入产出等与生育的关系。社会学家着重研究社会生活中非经济因素,如文化教育水平、妇女社会地位、生活质量等与生育的关系。人口学家

着重研究人口学因素,如交配、怀孕、避孕(成功率)、流产及绝育、生育间隔、生育次数等与生育的关系。生物学家着重研究生物因素,如性行为、性激素、性诱因、不孕、受孕等与生育的关系。法学家着重研究与生育有关的法学问题,如围绕生育有关的权利、义务等进行研究。在世界范围内,社会科学家和自然科学家围绕人类生育问题发表了大量论文和著作,提出了许多独到的见解,形成了多种理论、学说和学派。可以说当代世界学术界对生育问题的研究,无论就内容之丰富、理论体系之成熟、实践意义之重大,都可以说是空前的。

在中国,早在1947年,我国的著名学者费孝通先生就发表了他的名著《生育制度》,这部著作运用社会学的理论和方法,研究了中国的生育以及婚姻、家庭等问题。到了20世纪70年代,由于大规模开展计划生育,对生育问题的研究得到了很大的发展,不仅就生育问题进行了许多社会调查,而且发表的论文、专著也很多。不仅有介绍国外各种学说、学派和各种研究成果的,也有不少从我国实际出发,研究中国人口生育问题的。但是这些论文和著作,大多是运用经济学、社会学、人口学、生物学的理论和方法,来研究我国的人口生育问题。如中国青年的生育需要、中国生育率的演变、如何平稳度过生育高峰、出生缺陷的预防和救治、计划生育的投入与产出等等。运用法学的理论和方法来研究中国人口生育问题的较为少见,而系统研究生育权的著作更为少见。姜玉梅教授的《中国生育权制度研究》一书,就是运用法学的理论和方法来研究生育权问题的一部学术专著。本书不是零星地分析和研究中国生

育权问题,而是在总结前人研究成果的基础上,对人们日常生活、国家行政管理和司法实践中提出的许多生育权问题,作了迄今为止最系统、最全面的探索。我认为本书特别值得提出的有以下两点。

首先,是本书对生育权研究的全面性和系统性。作者认为“生育权是所有自然人平等享受生育利益(生育的自由和不生育的自由),在一定限度内支配其器官,并排斥他人胁迫和非正当干预的行动自由,是生育决定权、生育请求权、生育方式选择权和生育知情权等权能的有机统一体。生育权是基本人权,是宪法权利,也是民事权利,是人格权中的身体权”(见本书,第89页)。作者这样来界定生育权的法律性质和内涵,是十分确切和非常全面的。第一,权利的价值就是自由,这是任何权利的应有之义。生育权包括生育的自由和不生育的自由,就像宗教信仰自由的权利,本身就包含信仰宗教和不信仰宗教这两个基本层面的自由和权利。第二,众所周知,基本人权和宪法权利是公民享有的最高权利,把生育权定位为基本人权和宪法权利,就把生育权的法律地位提到了应有的高度。同时,作者又指出生育权也是一种民事权利,是人格权中的身体权,这样又便于在日常司法实践的民事诉讼中,维护生育主体的合法权益。第三,把生育权的内容概括为生育决定权、生育请求权、生育方式选择权、生育知情权,这就把生育权具体化了,从而使在日常的行政管理和司法实践中,对公民生育权问题的处理变得更易于实施和操作。本书对生育研究的全面性和系统性,不仅在于生育权的法律性质和内涵做出了确切而全面的界定,还在于本书不是把生



育权作为一种孤立的公民权利来加以研究,而是研究了与生育权直接相关的许多法律规范。在法学理论中,法律制度是指调整某一类社会关系的法律规范的统称。作者这样做就把生育权由一种对权利的研究进而上升到作为一种制度来加以探讨。所以本书不仅研究了生育权的演进和生育权的法律性质及内涵,还研究了生育权的限制、生育权的实现条件、生育权的实现方式、妇女生育权的特殊保护、生育权的救济等。作者这样来构建本书的结构和内容,是十分恰当,这就是使这项研究变得更加充实、系统和全面。

其次,本书探讨了生育权的许多前沿性问题。由于科学技术的发展,主要是生殖技术的发展,生育现象中出现了许多新情况和新问题,这些新情况涉及到当代社会许多伦理道德问题,也涉及到当代社会的许多法律问题。在本书中对这些问题都进行了分析、研究和探讨。比如同性恋进而发展到同性婚的法律地位及其生育问题,又比如待执行的死刑犯有无生育权问题,再比如采用体外授精技术产生的“试管婴儿”引发的法律问题、代孕母亲的法律地位、供精(供卵)行为的性质以及供精(供卵)者的法律地位问题,以及再入克隆人问题等等。这些情况及其引发的伦理道德问题、法律问题,在国内外学术界引起了广泛的关注和讨论。在本书中,作者运用法学的理论和方法,从理论与实践的结合上对这些问题意义给予了研究、分析和回答。

总之,本书结构严谨、资料翔实、论证充分、说理清晰,在许多方面补充了我国生育权制度研究的缺失,充实和丰

富了生育权制度的研究领域,是一部很有新意的佳作。

本书作者姜玉梅教授是一位长期从事法学教学与研究的中青年学者,在从事法学的教学与研究的同时,又攻读人口学博士并从事人口法学的教学与研究。这使她在法学和人口学方面都具有坚实的基础和广博的知识。她的博士论文曾获西南财经大学优秀博士学位论文奖。本书是在她的博士论文的基础上补充、加工、充实、丰富而写成的,是她多年研究的结晶。近几年来,她力图运用法学的理论和方法来研究人口问题,曾参加写作《中国人口法学》、《人口与计划生育立法研究》等著作,为博士研究生讲授人口法学,是我国较早从事人口法学教学与研究的学者之一。她对学术研究具有一种努力探索、锲而不舍的精神,这是十分可贵的。在她攻读博士学位期间,我曾经担任她的指导教师,对于本书的公开出版,我感到由衷地高兴。我相信姜玉梅教授一定会百尺竿头,更进一步,向科学的高峰继续努力攀登。是为序。

吴忠观

2006年10月于光华园

# 目 录

导论 .....	(1)
第一章 生育权的演进 .....	(18)
第一节 生育权利化的进程	
——从既非权利亦非义务,到义务阶段,再到权利阶段 ...	(18)
一、生育既非权利亦非义务的自然阶段 .....	(19)
二、生育的义务阶段 .....	(20)
三、生育的权利阶段 .....	(22)
第二节 生育权主体范围的演进	
——从部分人享有到人人享有、从由男子独享到男女同享	(24)
第三节 生育权规范形式的演进	
——从“应有权利”到“法定权利” .....	(30)
第四节 生育权立法的发展 .....	(34)
一、国外的立法 .....	(35)
二、国际公约的规定 .....	(37)
三、我国的立法状况 .....	(37)
四、《人口与计划生育法》 .....	(39)
第二章 生育权的法律性质(一) .....	(43)
第一节 生育权法律性质概述 .....	(43)

一、生育权的含义 .....	(43)
二、生育权的法律性质 .....	(45)
三、生育权的权能 .....	(46)
<b>第二节 生育权的法律定位</b> .....	(47)
一、生育权是基本人权,是法定权利 .....	(49)
二、生育权也是民事权利 .....	(55)
三、生育权是所有自然人享有的人格权 .....	(57)
四、生育权是人格权中的身体权 .....	(61)
<b>第三节 生育权独立的必要性</b> .....	(63)
<b>第三章 生育权的法律性质(二)</b> .....	(67)
<b>第一节 生育权的自由蕴涵</b> .....	(67)
一、生育权蕴涵的自由包括两个基本层面 .....	(67)
二、生育权蕴涵的自由是有限支配的自由 .....	(71)
三、生育自由还包括排斥他人胁迫和非正当干预的自由 ...	(72)
<b>第二节 生育权的权能</b> .....	(75)
一、生育请求权 .....	(76)
二、生育决定权 .....	(79)
三、生育方式选择权 .....	(82)
四、生育知情权 .....	(85)
<b>第三节 生育权、生殖健康与计划生育</b> .....	(89)
一、生殖健康的概念及内涵 .....	(89)
二、生育权、生殖健康与计划生育的关系 .....	(90)
<b>第四章 生育权的限制</b> .....	(94)

<b>第一节 生育权限制的理论 and 实践</b> .....	(94)
一、限制是权利的固有属性 .....	(95)
二、生育权的限制是普遍的实践 .....	(97)
<b>第二节 生育权限制的界标</b> .....	(99)
一、以国家的计划生育目标为限 .....	(100)
二、以公序良俗为限 .....	(106)
三、以子女正当权益为限 .....	(108)
四、以配偶的生育权为限 .....	(111)
五、生育权的限制应以法律有规定为界限,这是法治的要求 .....	(113)
<b>第三节 生育权限制的路径</b> .....	(114)
一、以婚姻规范生育 .....	(114)
二、对个体生育活动的直接控制 .....	(123)
三、法律责任的明确和承担 .....	(128)
<b>第五章 生育权实现的条件</b> .....	(142)
<b>第一节 生育的权利实现条件</b> .....	(143)
一、生育主体应是基于合法婚姻,具有夫妻身份的自然人 .....	(143)
二、具有独立人格的夫妻双方,就生育达成一致的意见 ...	(157)
三、夫妻任何一方未患禁止生育的疾病 .....	(162)
四、生育子女的数量符合国家相关法律规范的规定 .....	(164)
<b>第二节 关于非婚生育</b> .....	(165)
一、从社会效果上看,非婚生育的负面影响突出 .....	(165)
二、从法律性质上看,非婚生育具有不法性 .....	(167)
三、从法律效用上看,非婚生育者必须承受不利	

的法律后果 .....	(168)
<b>第三节 同性婚生育 .....</b>	<b>(170)</b>
一、同性恋的历史发展和法律地位 .....	(170)
二、同性婚的法律地位及其生育问题 .....	(173)
<b>第四节 罗锋案引发的思考——刑事犯的生育权问题 ...</b>	<b>(178)</b>
<b>第六章 生育权实现的方式(一) .....</b>	<b>(181)</b>
<b>第一节 生育的方式概述 .....</b>	<b>(181)</b>
<b>第二节 人工授精方式 .....</b>	<b>(182)</b>
一、同质授精的实现方式 .....	(183)
二、异质授精的实现方式 .....	(185)
三、人工授精同意的撤销 .....	(188)
<b>第三节 体外授精 .....</b>	<b>(191)</b>
一、自孕方式 .....	(191)
二、代孕方式 .....	(193)
<b>第四节 异质人工授精、体外授精方式中供精(供卵)</b> <b>行为的性质 .....</b>	<b>(200)</b>
<b>第五节 对“克隆”方式的评估 .....</b>	<b>(206)</b>
<b>第六节 辅助生殖研究与应用中犯罪及其</b> <b>刑法规制 .....</b>	<b>(211)</b>
一、刑法规制的范围 .....	(211)
二、刑法规制的实现路径 .....	(213)
<b>第七章 生育权实现的方式(二) .....</b>	<b>(216)</b>
<b>第一节 不生育的方式概述 .....</b>	<b>(216)</b>

<b>第二节 避孕与绝育</b> .....	(218)
一、避孕方式概述 .....	(218)
二、避孕的法律地位 .....	(224)
三、绝育 .....	(228)
<b>第三节 堕胎</b> .....	(235)
一、堕胎在国外的法律地位 .....	(235)
二、我国对堕胎的法律规制 .....	(239)
<b>第四节 破坏计划生育的犯罪</b>	
——非法进行节育手术罪 .....	(243)
一、破坏计划生育犯罪的立法概况 .....	(243)
二、非法进行节育手术罪的特征及刑事责任 .....	(244)
三、关于《刑法》第336条第2款规定的完善问题 .....	(246)
<b>第八章 妇女生育权的特殊保护</b> .....	(250)
<b>第一节 妇女生育权特殊保护的动因</b> .....	(250)
一、陈旧的生育观念抑制妇女生育权 .....	(251)
二、现实生活中,生育权受到侵犯的主要是妇女 .....	(253)
三、生育过程的重负,妇女应该得到更多的保护 .....	(254)
四、生育后繁重的照料负担,需要法律“补偿” .....	(256)
<b>第二节 妇女生育权特殊保护的途径和措施</b> .....	(258)
一、计划生育是对妇女生育权的最好保护 .....	(258)
二、妇女的生殖健康保护 .....	(262)
三、工作权利的切实保障 .....	(268)
<b>第九章 生育权的救济</b> .....	(275)

第一节 生育侵权的涵义及其类型 .....	(276)
一、生育侵权的涵义 .....	(276)
二、生育侵权的类型划分 .....	(279)
第二节 生育权救济的性质和途径 .....	(281)
一、生育权救济的性质 .....	(281)
二、生育权救济的途径 .....	(283)
第三节 不当怀孕、不当出生的侵权问题 .....	(286)
一、不当怀孕与不当怀孕侵权 .....	(286)
二、不当出生与不当出生侵权 .....	(290)
第四节 配偶间生育侵权的救济 .....	(293)
一、配偶间生育侵权的救济 .....	(293)
二、配偶侵权的特殊性 .....	(296)
三、救济原则 .....	(299)
四、救济方法 .....	(301)
参考文献 .....	(306)
后记 .....	(312)



## 导 论

人类不能没有权利,就如不能没有规则一样。没有规则的社会,是一个无序的社会;权利不充分的社会,是一个不健全的社会。当然,权利人也不能对权利肆意放纵,掠夺式的权利不仅会使人丧失尊严,而且也会毁坏秩序的和谐。一个社会权利的大小,可量出该社会价值的尺寸。“认真看待权利”,是对国家、社会和个人的共同要求。

人类社会生生不息,绵延不绝,受到多种因素的制约,生育毫无疑问是最基本的制约因素和条件。没有人的生育,就不可能有人类的今天,也不可能有人类的明天。自人类产生以来,人们在从事物质资料生产行为的同时,从未间断过“人类自身的生产和再生产行为”。对于一个家庭、一个民族、一个国家来说,生育数量的多少,生育率的高低直接影响着人口规模,关系到生存