

公民生育权与 社会抚养费制度研究

湛中乐 等著

在人权视角下进行计划生育制度分析，是在依法治国、建设社会主义法治国家的背景下，以法学的视野和方法，对于人口与计划生育领域核心问题的一次制度性检视。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公民生育权与 社会抚养费制度研究

湛中乐 等著

2007年司法部「法治建设与法学理论研究部级科研项目成果」
(批准编号07SFB2013)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公民生育权与社会抚养费制度研究 / 湛中乐等著.
—北京:法律出版社,2011.4
ISBN 978-7-5118-2017-4

I. ①公… II. ①湛… III. ①人口与计划生育法—研究—中国 IV. ①D923.904

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第057291号

公民生育权与社会抚养费制度研究

湛中乐 著

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720×960毫米 1/16

版本 2011年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 23.5 字数 367千

印次 2011年6月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2017-4

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

当今世界,人口、资源与环境的协调发展问题变得越来越重要。人口的过快增长又给资源的开发利用和环境保护带来了许多新的挑战,这些问题在历来以“人口众多、幅员辽阔”而著称的中国表现尤为突出。中国现在可能接近 14 亿人口,^{〔1〕}如此庞大的人口数量确实给经济发展和环境保护带来了很大的制约。同时在我国还存在着人口素质有待全面提高,人口结构如何合理分布或改善的问题。所以最近三十年来,我国政府一直倡导而后也实际上采取了比较严格的计划生育政策。据有关部门统计,计划生育政策在一定程度上使得这二十多年里至少在中国少生了 3 亿人左右。但是不可回避的一个问题是,政府究竟应当如何来对待公民的生育权,能否通过强力去干预公民的生育权,或者说如何才能使公民在接受国家宏观指导的情况下,自由而且负责地决定自己生育子女的数量、时间等。究竟应当如何处理生育自由与限制的关系,应当如何利用有效的机制来制约人口过快增长的问题,这些都需要我们认真思考。过去传统的“超生罚款”能否通过国家立法演变为“社会抚养费制度”,或者说这种

〔1〕 根据最新公布的第六次全国人口普查主要数据公报(第 1 号),此次人口普查登记的全国总人口(限于内地的 31 个省市自治区)为 13 亿 3972 万 4852 人。与 2000 年第五次人口普查相比,10 年增加 7390 万人,增长 5.84%,年平均增长 0.57%,比 1990 年到 2000 年年均 1.07% 的增长率下降了 0.5 个百分点(第六次人口普查的标准时间是 2010 年 11 月 1 日零时)。

演变与转换是否合适,是否具有正当性?总之,公民生育权问题以及与计划生育紧密相关的社会抚养费问题成为其中很重要的一个方面。多年来我对这些问题有着浓厚的研究兴趣,除了我所从事的研究领域是宪法与行政法外(我80年代所读的研究生专业便是宪法与行政法,现在我所在的单位也是北大宪法与行政法研究中心——国家教育部人文与社会科学重点研究基地),还因为近十多年来,一则我有幸参加了国家层面的立法调研和论证,见证了“一法三规”的制定过程;二则又参加了国际组织(如联合国人口基金、世界卫生组织等)关于计划生育或者与计划生育保障人权相关的一些对话和研讨活动;三则接触到了许许多多的计划生育基层干部和普通民众,他们对相关问题的解决也都表示了强烈的期待,所以最终我决定申报一个课题,来作比较专门和深入的研究。2007年司法部有一个项目,我就以“公民生育权与社会抚养费制度研究”为题进行了申报。后来经过匿名通讯评审、学科专家组评审等程序,最终获得了批准。下面我对本课题研究的相关情况作以说明,以便读者可以更好地了解本课题的相关信息和内容。

本课题的研究意义

首先,对该问题的研究有利于我国“计划生育”基本国策的法律化和公民生育权利与自由的保障,为构建以《宪法》为根本依据,以《人口与计划生育法》为基本法律,以相关法规、规章等为配套规范性文件的具有中国特色的人口与计划生育法律体系提供理论基础。其次,对该问题的研究有利于将依法管理和服务人口与计划生育工作同维护公民的合法权益、约束政府行政行为与规范公民生育行为,确立以人为本的指导思想,更有利于稳定低生育水平,在计划生育工作领域构建公民参与国家人口政策制定、实施的互动平台。最后,对该问题的研究有助于促进中国政府在“联合国人口与发展委员会”等国际组织中信守承诺,结合我国国情执行《国际人口与发展会议行动纲领》,并在人口计划生育领域引入生殖健康、优质服务、以人为本、科学发展观等理念,树立政府崭新的国际形象。

本课题国内外研究现状与述评

关于生育权问题,国内外学者在此领域均有不少专著、论文及相关资料。在2007年8月,我们通过检索获得了如下信息:^[1]以“公民生育权”为

[1] 前言部分所提及的检索时间都是2007年8月,下同。

关键词,用“百度”检索获得相关网页 22,400 篇,用“谷歌”检索获得相关网页 350,000 篇。在“万方数据”以“生育权”进行标题及关键词检索,其中“数字化期刊知识链接数据库”获得 445 篇文章,“数字化期刊数据库”获得 76 篇论文。在“中国期刊全文数据库(1999~2007)”以“生育权”进行标题及关键词检索,分别获得 133 篇和 486 篇。“中国知网——中国优秀硕士学位论文全文数据库”中通过检索获得标题中含有“生育权”的硕士学位论文 12 篇。以关键词 family planning、birth control、right、liability、pregnancy、abortion 等在 LexisNexis 数据库的“Family Law Review Articles, Combined”中检索,获得文献 2000 多篇。其中代表性论文有《论生育权》(贾云飞:2005)、《生育权利:什么生育?什么权利?》(穆光宗:2003)、《生育权探析》(樊林:2000);专著主要有《中国生育权制度研究》(姜玉梅:2006);英文论文主要有“Family Planning, American Style”(Linda·Kelly, 2001)、“My Body, My Consent: Securing the Constitutional Right to Abortion Funding”(Eileen L. McDonagh: 1999)、“The Pregnant Child’s Right to Self-Determination”(Katheryn D. Katz: 1999)等。国内外关于生育权及其控制的研究,主要涉及以下相关领域:“生育权本质、权利主体及利益相关者”问题(蔡德仿、黄雪英:2005)、“两性生育权平等”(穆光宗:2003),以及“现代生育技术、市场经济与社会伦理的关系”(穆光宗:2003)。

关于社会抚养费问题。“社会抚养费”是由“超生罚款”、“计划外生育费”演变而来的,其概念最早源于《中国的计划生育》白皮书,该制度是源于中国本土并于最近几年在中国计划生育政策下形成的极具中国特色的一个制度。国外对此问题的专门研究基本上属于空白,但相关的中文信息却比较丰富,国内学者在此领域已完成论文、专著情况如下:在“万方数据”以“社会抚养费”进行标题及关键词检索,其中“中国学位论文全文数据库”中获得 0 篇学位论文,“数字化期刊知识链接数据库”获得 2 篇文章,“数字化期刊数据库”获得 17 篇论文。在“中国期刊全文数据库(1999~2007)”以“社会抚养费”进行标题及关键词检索,分别获得 70 篇和 219 篇。其他相关数据库没有获得重要论文资料。其中代表性成果有本课题负责人及其课题组成员 2003 年完成的论文《论我国的社会抚养费征收制度》、《社会抚养费制度问题研究》等。学界对于社会抚养费的研究,主要涉及以下相关领域:关于社会抚养费的理论基础及性质(伏静:2006 年),关于社会抚养费制度

的立法定位及征收现状研究,以及关于社会抚养费制度发展的两种路径。

本课题的主要研究内容

1. 生育权的自然性与社会性

本课题将指出生育权作为自然人与生俱来的维系民事主体独立人格所必需的一项权利,应当既是一项基本人权,是公民人身权的延续,绝不应具有任何物权属性,同时还是一种社会权。公民生育权具有责任涉他性,或者说是一种社会集体性权利。这里的责任除了对家庭利益和个人利益的考虑外,还包括了对孩子的责任和对社会的责任。

2. 国家公权力对公民生育权的限制

人的计划生育是计划人的生产,在某种程度上是计划经济的延伸。在计划经济时代,物的产权已经转移给政府经营;计划生育实施后,国家对于公民的生育权的强制性限制,似乎表明生育权也已经从公民转移给政府,所以现在公民要选择“计划外生育”,必须用公民财产权向政府申请“购买”生育权,在西方经济学意义上讲,那似乎是政府管制下的公民生育权与公民财产权的一种“交换”。但是,从马克思主义劳动价值论者看来,准生证的价值是由生产准生证所需要的社会必要劳动时间决定的吗?故完全从经济学意义上解释是不完整也不十分准确,我们仍有必要从法学、尤其是公法角度对国家公权力与公民生育自由进行重新阐释。

我们主张国家公权力对公民生育自由的限制方式可以实行多元化,并且必须在尊重和保障公民生育权的前提下进行,这种限制手段的采用在法律上亦应当受到一定的限制,并应遵循人权保障原则、比例原则等公法原则。由于传统强制性的干预方式既不利于人们自由权利的保护,也不利于人口目标的达成,对于人口的生育实行许可制也不是唯一有效的方式,我们因此主张采用一些鼓励、诱导性手段,如通过一系列的奖励机制,鼓励人们采取节育手段,逐渐将个人的生育意愿调整到符合国家的人口目标的水平。

3. 国家公权力的运作与社会抚养费制度的变迁

从“超生罚款”、“计划外生育费”到开征社会抚养费,体现了公权力运作方式的变迁,是我国生育政策由强制型向诱导型转变的标志。但是,管制者的思路并未完全转变,仍然重视强制型措施对人口控制的作用,将社会抚养费视为控制人口发展的最后一把利剑。这种认识受传统的管理理念影响,单纯地追求公共利益和公共管理秩序,割裂了其保障私人利益、增进

公民自由、实现社会公平之间的内在关联性;片面追求绩效,割裂了程序与实体正义之间的内在联系;片面强调管理对象的违法责任,疏于关注职权、职责、责任的对称性;对服从权力和权威的强调超过对权力监督和权利救济的关注。因此,原意在于放松管理、鼓励人们自主理性选择的社会抚养费制度又附上了浓厚的惩罚、规制的烙印。

4. 社会抚养费制度的完善及终结

社会抚养费的规则制定过程和执法过程应当引入公民的参与,形成“协商”、“听取意见和建议”的机制。权利和权力通过这种参与机制进行交融、博弈以至合作,可以避免行政行为的独断性、片面性,确保其合法性和科学性,既对相对人的权利保障有利,也为行政主体顺利执法产生积极作用,促进政府行政权的高效运作。配套的司法审查制度应能为公民权利提供救济途径,并成为社会抚养费制度中不可或缺的一部分。

人口控制的最终目标应当是通过宣传教育、知情选择、优质服务、帮扶脱贫、利益导向机制等诱导性机制,并结合完善的社会保障制度,逐步向社会抚养费的零征收,直至取消社会抚养费制度。人口和计划生育工作必须致力于推动人口计划生育从单纯控制人口数量,向既抓紧抓好控制人口数量、稳定低生育水平,又要提高人口素质、优化人口结构,最终与促进经济社会全面协调可持续发展,增进家庭幸福,提高人民生活、生命质量等方面紧密结合起来,不断提高依法行政、社会管理和公共服务水平。

本课题的研究重点、难点

1. 社会抚养费制度之理论基础及征管实践部分将是本课题研究的学术导向性重点,如构建政府对于农村部分计划生育家庭奖励扶助制度,研究西部地区少生快富扶贫工程试点计划等,对此我们将辅以对公民生育权的实现情况以及具体的法律救济途径等方面的调研。

2. 研究如何实现人口控制的最终目标问题,并重视对于公民生育自由、知情权、选择权的保障,充分体现中国政府提出坚持以人为本理念、树立科学发展观,促进经济社会全面协调可持续发展和人的全面发展,将是本课题的政策导向性重点。

3. 如何结合国情、展开并推广国家人口发展战略研究,如何通过制度建构体现国家公权力对于公民生育权的调控、引导、服务理念,如何构建对公民生育权的利益导向机制等诱导性机制,并促进构建完善的社会保障制度,

等等,将是本课题的主要难点。

本课题的创新点

1. 从公法视角诠释公民的生育权,提出“生育权不仅是公民人身权的延续,还是一种社会集体性权利”等观点,并以此为权利起点展开论证国家形成社会抚养费制度的根源及理论基础,开创了一个全新的研究视角和研究领域,对人口学及公法学的发展都具有重要意义。

2. 提出在政府进行人口控制方面,要转变行政执法观念,要从传统强制性控制方式转向非强制性行政模式为主,并将结合国际人权法,倡导国家公权力的运作方式在人口控制领域实现“多元化”,以体现党的“以人为本”的执政理念。

3. 借用制度经济学分析工具来论证行政法中具体制度——社会抚养费制度的变迁模式。

本课题的研究思路和方法

本研究将立足于国内社会抚养费征收管理实践,综合运用归纳法、综合分析法及一些法律推理技术,结合个案、并针对其中案件事实的形成及法律判断展开推理分析;此外还将采用定性和定量分析相结合、利益衡量法进行解析等研究方法。具体方法如下:

1. 规范研究与实证研究结合。首先从规范的层面上研究现行社会抚养费制度框架内公民生育权与政府公权力之间的法律关系;其次,通过具体的事例分析公民生育权利义务运行状况。

2. 本土研究与比较研究结合。由于社会抚养费制度是中国特色的人口控制制度,所以本课题将以我国本土研究为主,立足于国情探索我国社会抚养费制度法制化的具体路径,并结合发达国家对于人口控制的方式进行比较研究。

3. 集体研究与个人独立研究结合。课题组将在确保个体积极性的前提下,更重视集体的作用。在课题研究的各个阶段将组织若干研讨会进行专门研讨,使之形成统一的、各专题相互协调的整体成果。

可以这样说,与计划生育相关的诸多问题都是多年来困扰政府与有关民众的很棘手的问题。从个人层面讲,它涉及公民生育权等诸多问题;从国家层面讲,它涉及人口与资源、环境保护和经济社会发展诸多复杂的关系。本课题选择其中的某一个方面——社会抚养费制度来进行研究,是对其中

所涉及的相关法律问题作一初步的探讨。本课题主持人希望能抛砖引玉,得到国内外研究者同行的积极反应,共同深入研究其中的法律问题。

各章内容简介

第一章“生育权的法律定位”,系统阐释了生育权的概念、价值基础、规范依据,并界定了生育权的性质。本书认为,生育权的性质是一种基本人权,生育权的主体属于公民而不限于“夫妻”。本章从多个方面界定了生育权的内涵,认为生育权包括以下几部分内容:公民有生育的权利,也有不生育的权利;公民有自由而负责地决定生育子女的时间、数量和间隔的权利;公民有权在一定程度上选择生育方式,保障生育健康。该章进而就生育权的主体、内容以及生育权与其他权利、生育义务的关系作了澄清,认为生育权的行使在某些情况下与胚胎的生命权、子女获得发展的权利、集体的生存权和发展权存在冲突。本书主张以平衡、兼顾的立场看待这种冲突,而不能对某一方面的利益予以特别的偏重。

第二章“生育权限制的理论分析”,作者检视了对于限制生育权的既有理论观点,从个体层面、社会层面和国家层面分别审视了生育权限制的理论依据,并指出基于个体层面的限制须限于严重遗传病、违背社会伦理等十分必要的情形,还应接受比例原则的检视;而基于社会层面(集体生存和基本的发展需要)和国家层面(国家的繁荣昌盛、综合国力和国际竞争力)虽然在一定程度上可以限制生育权的行使,但应当受到严格限制以免于滥用,而其理论困境在于,难于推导出一种合理的限制标准。基于此,本章认为需要从根本上转换思路,从“限制”转换到“整合”,力图使各种价值能够在折中、兼顾的政策中协调,现实仍然存有这种协调和整合的空间,值得我们去不断努力。

第三章“生育控制政策的比较法考察”,作者选择了印度、泰国、新加坡、日本四国的生育控制政策加以比较分析,通过阐明各国生育控制政策的经验与教训,为我国生育控制政策提供一定的制度借鉴。本章将国外生育政策的经验归结为政府与民间组织的通力协作、利益导向机制的广泛使用、带有科学性和民主性色彩的综合治理手段的推行等,并强调要通过国际合作,合理解决人口问题,促进生育领域基本人权的保障。

第四章“我国的人口与计划生育政策”界定了计划生育政策的含义,检视了计划生育政策的演变与现状,指出当前计划生育政策的缺陷表现为生

育数量僵化、奖惩措施不平衡以及负担性行政措施调控效果不明显等问题,并导致计划生育政策的城乡差异和民族差异;提倡放宽生育政策,全面落实利益导向机制,完善计划生育工作机制,充分保障公民生育权的实现。

第五章“计划生育政策的制度核心——社会抚养费制度”,检视了社会抚养费制度的发展历史,在此基础上界定了社会抚养费的概念和内涵,指出负担性的经济措施作为当前计划生育主要政策工具的原因。本书肯定社会抚养费的确立使计划生育经济限制措施走向规范化,社会抚养费征收具体制度的确立对计划生育相对人权利起到一定的保障意义;但也认为这一制度将随着法治的发展而被扬弃。该章接下来分析了社会抚养费制度的性质,明确其属于行政征收而非行政处罚,在实践中其性质遭遇误解有着众多现实原因,需要对相关实践加以完善。本书认为,社会抚养费当前的实践与其理论目的已经出现不相称的情形,征收标准并不科学,征收手段也不符合比例原则,社会抚养费的制度目的和环境变迁,都要求这一制度进行变革。

第六章“社会抚养费制度的规范分析”,将社会抚养费制度概括为纵向体系(从法律直至地方政府规范性文件的一系列不同位阶规范)、横向体系(征收主体、征收对象、征收标准等内容上的体系),进而系统而详细地从征收主体、征收对象、征收标准、征收程序、资金的管理与使用等若干方面阐述了社会抚养费的规范体系,并对相关规定的合理性进行了十分具体的评述,此外还对流动人口社会抚养费制度进行了规范分析。

第七章“社会抚养费的实施状况评估”,基于课题组发放的三百余份调查问卷和收集到的司法案例,以及中国期刊网等处可兹利用的其他数据,对社会抚养费的实施效果进行了比较全面的分析,同时对计划生育政策、法律的认知状况进行了评析。通过分析,本书指出,社会抚养费制度存在认知度不足、性质认定混乱、征收主体多头化、对特殊群体征收不力、征收标准不统一、裁量权过大、征收适用程序不明确、执法过程中滥用职权现象严重、征收到位难等问题,并指出在司法实践中还存在对“再婚夫妻”等法律概念的认定问题,以及“计划外怀孕费”等巧立费用名目的性质认定问题等。调查显示,大部分群众认为社会抚养费制度存在问题需要改进,表示利益导向机制是可接受的最佳政策实施方式,在未来应当用更好的机制代替社会抚养费制度。社会抚养费本应是一种行政收费,但在许多公民的意识中它仍然是一种处罚,这是值得我们深思的,其存在的各方面问题亦值得我们认真检

讨。社会抚养费是当前中国人口政策发展过程的一个阶段性产物,对遏止人口过度增长起到的作用具有一定的限度,其作为一种对国家和社会的经济强制补偿措施在保护公民的生育权、平等权方面具有局限性,我们应认识到它是一种终将减弱乃至消亡的过渡性措施。

第八章“计划生育的利益导向机制”,先阐述了利益导向机制的学理基础,继而梳理了利益导向机制的历史演变与规范体系,在历史梳理与规范体系阐述中指出一个重要问题,即市场经济时代的利益导向机制已日益失去充分的吸引力,而计划生育法制对利益导向机制的重视明显不足。基于课题组的调查,利益导向机制在实践中呈现出认知度不够、受益面窄、激励不足等情形,而其根源在于经费保障的困难。本书认为,加大中央财政投入、吸引社会资源、发展综合性养老机制,是利益导向机制的改革要点。本章的最后检视了新近开展的计划生育综合改革,认为这种努力是一个值得肯定的开端,主张我们要站得更高,以更开阔和更深远的视野推进计划生育领域的综合改革,统筹、协调个体、社会与国家的利益,完成人口与计划生育领域的政策转型。

目 录

前言	1
第一章 生育权的法律定位	1
一、生育权形成及其价值基础	1
二、生育权的规范依据	6
三、生育权的性质辨析	9
四、生育权的内涵解读	17
五、生育权与相关范畴的关系	24
第二章 生育权限制的理论分析	36
一、生育权限制的现有观点	37
二、对生育权限制之理论反思	45
三、理念调整与机制保障:从价值取舍到价值整合	58
第三章 生育控制政策的比较法考察	66
一、印度	67
二、泰国	81
三、新加坡	89
四、日本	100
五、国外经验的启示	108
六、国际视野中的生育政策	113
第四章 我国的人口与计划生育政策	117
一、人口政策与计划生育政策的含义	117

二、我国人口与计划生育政策的形成与发展	122
三、我国人口与计划生育政策的现状	134
四、现行人口与计划生育政策存在的问题及其对策	145
第五章 计划生育政策的制度核心 ——社会抚养费制度	147
一、社会抚养费制度产生的历史回顾	147
二、社会抚养费制度确立的意义	157
三、社会抚养费制度的概念探析	160
四、对社会抚养费制度理论基础的反思	174
第六章 社会抚养费制度的规范分析	183
一、社会抚养费的规范体系	183
二、社会抚养费制度的具体分析	189
三、流动人口社会抚养费制度的规范分析	218
第七章 社会抚养费的实施状况评估	224
一、社会抚养费实施的局限性	225
二、社会抚养费实施的评价	248
第八章 计划生育的利益导向机制	260
一、利益导向机制的理论基础	261
二、利益导向机制的历史演变及法律规范体系	265
三、利益导向机制的实践情况	276
四、利益导向机制的前景展望	283
五、计划生育综合改革	287
附录一 调查问卷	295
附录二 司法案例选编	303
后记	359

第一章 生育权的法律定位

在中国,人口政策、抚养费的征收和利益导向机制等都涉及政府与公民的关系问题,其中一个核心的问题就是生育权。关于生育权,现有研究中的大多数争论是围绕民法具体展开的,例如关于生育自由是身份权还是人格权,如何通过民法手段对其予以救济与保护等。生育权的探讨是政府与公民关系在人口政策中的基点,它既涉及政府行使公权力的限度,也涉及政府在社会服务中的角色。私法层面的研究终归只能解决民事主体层面有关生育权的纠纷,公法学者特别是宪法学者的失语使得生育权的讨论无法上升到政府与公民的关系层面,无法上升到宪政和基本权利的高度,因而这亟须公法层面的探讨。生育权不仅仅是一项民事权利,它还是一项基本人权。无论是生育政策,^{〔1〕}还是具体的社会抚养费制度、利益导向机制,都必须建基在生育权是基本人权的基础之上。

一、生育权形成及其价值基础

“生育”一词通常有两种理解:一是指“妇女受孕,足

〔1〕 这里的“政策”采取广义的含义,一般以法律法规、行政规定或命令、国家领导人口头或书面的指示、政府大型规划、具体行动计划及相关策略等为表达形式。谢明编著:《公共政策导论》,中国人民大学出版社2008年第2版,第5页。

月怀孕和生产的全过程”,^{〔1〕}亦即“生孩子”;二是指既生且育,“生”为“生孩子”,“育”则主要是指对出生的孩子进行抚养教育。还有费孝通先生将生育制度概括为结婚、生殖和抚育,“当前的世界上,我们到处可以看见男女们互相结合成夫妇,生出孩子来,共同把孩子抚育成人”。^{〔2〕}费孝通先生将这一套活动称为生育制度。费先生对生育制度的定义着眼于社会学的角度,因而采取了广义的含义。“生”与“育”有着密切联系,一般情况下是既生且育,但毕竟两者处于不同的阶段,在特殊条件下会出现生者不育,育者不生(如收养)的现象。生育权与生育不同,“生育”一词多用在人类学和社会学的领域,而生育权则更多地强调了个人的权利,从生育权与计划生育、社会抚养费征收的角度而言,生育权中的“生育”指向的是第一种含义。生育属于生物学、社会学的概念,生育和生育权并非同步产生,生育到生育权的演进伴随着社会的发展进程。生育权的形成也建立在多元主义的价值基础之上。

(一) 生育到生育权的历史演进

有学者认为,生育权的确立是由生育制度的历史演化所导致的。生育制度经历了三个阶段:(1)自然生育阶段,此阶段的特点是:①人们过着毫无节制的性交活动;②人们不了解性与生殖的关系;③由于生殖和性在观念上的分离,人类早期不可能有意识地通过避孕来控制生育。生育在人类早期更多地体现了自然的属性,是基于人的本能不加节制的性生活的附属品。生育处于无规范无控制的状况,既非权利,亦非义务。(2)生育义务阶段,此阶段的特点是:夫妻本身便是实现生育职能的工具。显然,对社会家族而言他们都没有选择权,毫无自由可言,“生育—义务”观念在整个社会被普遍推崇。(3)生育权利阶段,随着庞大的人口基数反而成为各种社会的沉重负担,人类改变扩张型的行为模式,生育与性爱一定程度上相互分离而使生育成了一个可以选择的问题,社会保障制度的完善使继承及养老的迫切

〔1〕 [英]戴维·沃克主编:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第194页。

〔2〕 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第99页。

性已有所改变,以及人权观念的盛行等,使得生育成为一种可选择的权利。^{〔1〕}有学人提出,生育权在奴隶制、封建制社会则是不存在的,即使在资产阶级革命胜利后的相当时期内,人们也没有重视生育权。直到19世纪,妇女运动组织才首次提出了生育权的概念,并仅仅作为妇女专有的权利。其含义是指妇女有权决定是否生育,何时生育和怎样生育,将生育问题与妇女在经济、政治上的解放运动联系在一起。而在20世纪70年代有关国际会议文件才涉及生育权。即使如此,1994年联合国在开罗召开的国际人口与发展会议上的一般性辩论中,梵蒂冈和多数伊斯兰国家仍然“根据宗教传统观念认为个人不能自由选择决定生育数量,不能随便选择避孕方法”。至今许多国家在国内法上都没有确认生育权。^{〔2〕}有学者认为,生育进入权利的时代具有五个方面的社会原因:^{〔3〕}(1)生产力和生产方式的交互作用,引起社会经济结构的深刻变化,农业文明逐渐被工业文明所取代。(2)对环境容量的有限性有了新的认识。(3)人权观念的广为传播和深入人心,特别是19世纪女权运动,加强公民人权权利保护已成为一种潮流。(4)随着生殖技术的发展提高,生育与性爱在一定程度上相互分离,生育不仅是意志自由的问题,而且在技术上成为可能,具有更大的可控性,从而为生育自由提供了更广阔的实现空间。(5)社会保障制度的建立和完善,缓解了“养儿防老”的迫切性。当然如果将生育权的形成完全归因于历史的演化值得商榷,其结果是导致了对人权的价值基础的漠视,而从生育到法律文本上生育权的形成来看,社会与历史的进程仅仅只是生育权进入法律文本的一个方面。

(二) 生育权的价值基础

中国古代生育的价值基础应定位于家族本位,即血缘延续的至高无上。家族血缘延续的价值本源导致古代的生育行为具有如下特质:首先,生育是义务。生育行为对生育个体而言,并非权利,而是义务。“不孝有三,无后为大”,就是要将生育行为构造为血缘传承、家族延续的价值追求,进而实

〔1〕 樊林:“生育权探析”,载《法学》2000年第9期;另见李冬:“生育权研究”,吉林大学2007年博士学位论文,第27~36页。

〔2〕 焦少林:“试论生育权”,载《现代法学》1999年12月。

〔3〕 姜玉梅:《中国生育权制度研究》,西南财经大学出版社2006年版,第22~23页。