

中国法学会婚姻家庭法学研究会会刊

2018年卷 总第14卷

# 家事法研究

Researches on Family Law  
VOL.2018



主 编 夏吟兰 龙翼飞  
执行主编 张学军

海外借



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国法学会婚姻家庭法学研究会会刊

2018年卷 总第14卷

# 家事法研究

Researches on Family Law

VOL.2018

主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 张学军



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

## 图书在版编目(CIP)数据

家事法研究. 2018 年卷 / 夏吟兰, 龙翼飞主编. --

北京: 社会科学文献出版社, 2018.6

ISBN 978 - 7 - 5201 - 2842 - 1

I. ①家… II. ①夏… ②龙… III. ①婚姻法 - 研究  
- 世界 - 丛刊 ②家庭 - 法律关系 - 研究 - 中国 - 丛刊  
IV. ①D913.904 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 118998 号

## 家事法研究 2018 年卷(总第 14 卷)

---

主 编 / 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 / 张学军

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 关晶焱 郭锡超

出 版 / 社会科学文献出版社·集刊运营中心 (010) 59367161

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: [www.ssap.com.cn](http://www.ssap.com.cn)

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 23.25 字 数: 358 千字

版 次 / 2018 年 6 月第 1 版 2018 年 6 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 2842 - 1

定 价 / 98.00 元

---

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

## 《家事法研究》学术顾问

巫昌祯（中国政法大学教授）

杨大文（中国人民大学教授）

刘素萍（中国人民大学教授）

张贤钰（华东师范大学教授）

陈明侠（中国社会科学院研究员）

夏 珍（山西大学教授）

扈纪华（全国人大法工委原民法室副主任、巡视员）

Researches on Family Law

VOL.2018

## 《家事法研究》编委会

主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主 编 张学军

编委会委员 （以姓氏笔画为序）：

马忆南 王歌雅 龙翼飞 兰 青

李明舜 李洪祥 陈 苇 杨遂全

张学军 林建军 夏吟兰 蒋 月

郭 兵 曹诗权 雷明光 薛宁兰

# 卷首语

---

2017年9月16日至17日，“中国法学会婚姻法学研究会2017年年会暨民法典婚姻家庭编立法重大问题研讨会”在苏州召开。会议的议题有五：“《民法总则》与《婚姻家庭编》之关系”；“结婚制度”；“离婚制度”；“亲子关系制度”；夫妻财产制度。来自全国各地的专家学者、法官、律师共计160多人参会，共收到会议论文62篇。

《家事法研究》2018年卷主要从年会论文中选编组稿，收录论文25篇，按照会议的议题集成六个栏目。在筛选论文时，主要遵循以下原则：（1）优先选择与民法典婚姻家庭编立法具有密切关系的选题；（2）优先选择在研究视域和研究方法上具有较大创新性的选题；（3）尽量避免重复，对于同一选题的文章，原则上只选择其一。

值此书稿交付之际，特别感谢会长及常务理事的关心与督导，感谢同人的积极参会、慷慨赐稿，感谢社会科学文献出版社刘骁军、郭锡超编辑的细致编辑和技术把关，感谢会议承办单位苏州大学提供出版资助。

惟愿以此契机，婚姻法学研究更上层楼。

本卷执行主编

张学军

2018年4月25日

# 目 录

## CONTENTS

### 专题研究

- 生育权性质及其民法保护探析 ..... 梁 琳 / 003
- 婚姻家庭法的独立与回归  
——以《民法总则》与婚姻家庭编之  
关系为视角 ..... 刘淑芬 黄思逸 / 011
- 论民法典对居住权的立法干预方法 ..... 冯 源 / 021

### 婚姻法年会论文

- 中国民法典编纂视域下婚姻家庭法定位之思考 ..... 张 伟 / 041
- 民法典监护立法的体例 ..... 但淑华 / 053
- 民法总则监护制度的创新与分则立法思考 ..... 吴国平 / 061
- 亲属法的性质问题探析 ..... 杨晋玲 / 074
- 论未成年人国家监护的立法构建  
——兼论民法典婚姻家庭编监护部分的制度设计 ..... 王竹青 / 097
- 婚姻家庭编立法的主要问题与对策研究 ..... 夏吟兰 / 113
- 当代婚姻家庭财产法价值取向批判及其克服  
——以家庭本位的提出为核心 ..... 谢 潇 / 136
- 儿童权利与父母权利/责任的冲突与协调 ..... 郑净方 / 154

## 实务研究

- 代孕法律制度研究 ..... 李 欣 李 睿 / 173
- 论家事审判中法院职权干预的法律维度 ..... 韩玉斌 / 189
- 论探望权制度的完善 ..... 陈 汉 / 201
- 婚姻登记瑕疵的行政救济 ..... 潘淑岩 / 212
- 夫妻共同债务推定规则的解释方案初探 ..... 吴才毓 / 223
- 夫妻间赠与的赠与人撤销权研究兼论《婚姻法司法解释（三）》  
第六条的规定 ..... 刘惠芹 / 236
- 论我国法定离婚标准与条件的坚持与完善 ..... 罗 杰 尹 鸽 / 248
- 完善我国登记离婚制度的思考 ..... 张翼杰 / 264
- 论代孕子女之抚养归属 ..... 孟令志 潘芳芳 / 276

## 青年论坛

- 夫妻共同债务之法典化表达 ..... 陈凌云 / 297
- 离婚冷静期的冷思考与新定位 ..... 郭 砚 / 316

## 域外法研究

- 美国终止父母权利制度述评 ..... 罗 清 / 329
- 俄罗斯代孕制度研究及其启示 ..... 石 雷 / 345

## 学术会议综述

- 民法典婚姻家庭编立法重大问题研讨会  
——中国法学会婚姻法年会 2017 年年会综述 ..... 张学军 范 茜 / 363

2018年卷 总第14卷

**家事法研究**

RESEARCHES ON FAMILY LAW

# 专题研究



# 生育权性质及其民法保护探析<sup>\*</sup>

梁 琳<sup>\*\*</sup>

**【内容摘要】** 生育权是一项基本的人权，国际上生育权概念的核心内涵是生育自决权。我国法律有关于生育权概念的使用，但对生育权的内涵和外延却没有规定。对生育权概念的不同定义，反映出学者对生育权的权利性质认识存在偏差。在民法领域对生育权性质的定位一直存在争议。生育权性质明晰化，可以理顺个人与国家之间的关系，可以确定生育不仅是一项自然权利，也要转化为法定权利，有利于贯彻性别平等的主流行趋势，从民法角度保护个体生育权的实现。

**【关键词】** 生育权 人格权 民法保护

## 一 生育权的概念

人类的生育发展进程经历了三个阶段：自然生育阶段、生育义务阶段和生育权利阶段。从 19 世纪后期开始，女权主义者要求控制生育的运动风

<sup>\*</sup> 本文系吕春娟主持的 2017 年国家社科基金一般项目“‘全面两孩’视域下分担未成年人养育成本的制度设计”（17xfx019）阶段性成果。

<sup>\*\*</sup> 梁琳，兰州大学法学院副教授，法学博士，主要研究方向：民商法。

起云涌，生育权利阶段开始启动。1968年在德黑兰召开的世界人权会议通过了《德黑兰宣言》，规定“父母享有自由负责地决定子女人数及其出生间隔的基本人权”。1978年《世界人口会议行动计划》中定义了生育权：“所以夫妻和个人享有负责地自由决定其子女人数和出生间隔以及为达此目的而获得资料教育与方法的基本人权，夫妻和个人在行使这一权利时应考虑他们现实的子女和将来子女的需要以及他们对社会现实的责任。”国际上生育权概念的核心内涵是生育自决权。

我国法律有关于生育权概念的使用，但对生育权的内涵和外延却没有规定。国内学者对生育权的概念未达成一致，概括有以下三种观点：第一种观点认为生育权是夫妻之间决定是否生育子女、如何生育子女的权利；第二种观点认为生育权是民事主体享有的生育子女或不生育子女的权利，不以配偶关系为限；第三种观点认为生育权是国家为保证人口质量和控制人口数量，以法律的形式赋予已婚公民的一项民事权利。对生育权概念的不同定义，反映出学者对生育权的权利性质认识存在偏差。

## 二 生育权性质辨析的意义

### （一）生育权性质明晰化，可以理顺个人与国家之间的关系

权利的本质并非追究真实与否的逻辑问题，而更多地表现了言说者的价值取向。在个人与国家的关系上，人们面临着两种选择，即强调个人意志自由，还是突出社会价值的优越地位。从利益理论角度考虑，没有人能够只为自己存在，每个人在追求自己利益的同时也在为社会付出。<sup>①</sup>

生育行为不仅是个人行为，而且是影响社会发展的行为。国家从来都不对生育行为放任自流，如古代社会的鼓励生育政策、自由资本主义的增人口思想、现代社会的控制人口政策。尤其进入20世纪，一些国家意识到人口与经济的关系可能会受到急速增长的人口的影响，提出了家庭生育计划的人口政策。中华人民共和国成立后，也面临人口增长过快的一系列

<sup>①</sup> 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2013，第488~489页。

问题,为了解决这些问题,我国在《宪法》中明确规定“国家推行计划生育”,将计划生育作为一项基本国策。

## （二）生育权性质明晰化，可以确定生育不仅是一项自然权利，也要转化为法定权利

生育权是“从人的本性中得到的自然权利，其内容是含混不清且过于随意的，随每一个阐释者的言说而有不同”。<sup>①</sup>生育是人类的性行为不可避免的结果，生育实践活动自有人类以来就存在。正如费孝通先生所言，“和个人生活攸关的是社会结构的完整，在这生死参差的人间谋社会的完整，就得维持最低限度的人口……在人类里并不能完全靠自然的保障，所以得添上人为的保障了。这个人为的保障就是生育制度”。<sup>②</sup>生育权的出现是在20世纪初，近现代的生育技术使得生育成为可以选择的行为，生育权的核心归结为生育自决权。生育权作为人之所以为人而有的权利，不仅呈现出自然权利的特征，即其效力不是法律、习俗、道德所赋予的，而是作为人所固有的权利，这种权利是每个人天生就有的，不可被剥夺。同时，为更好地保护人的生育自决权，有必要通过明晰权利的内涵和外延，确定生育权的绝对权的地位。

## （三）生育权性质明晰化，有利于贯彻性别平等的主流行趋势

“将性别问题纳入主流是一个过程，它对任何领域各个层面上的任何一个计划行动，包括立法、政策或项目计划对男性或女性产生的影响进行分析”，达到《联合国第四次世界妇女大会北京宣言》中的“将性别观念纳入所有政策和方案的主流，以便在作出决定之前，分析妇女和男子的影响”。生育权的发展本身就是伴随着西方女权运动展开的。女性是生育行为的主要承担者，她承担了孕育生命的全过程，同时也担负了生育所带来的所有生理变化，女性也容易沦为生育的工具。“传统的性道德是建立在妇女依赖男子的基础上的，随着这一依赖弱化了，传统的道德也就削弱了。这一道

① 姚辉：《人格权法论》，中国人民大学出版社，2011，第148页。

② 费孝通：《生育制度》，三联书店，2014，第25页。

德的功能就是保护男子的利益确信：他的子女确实是自己的骨血。只有当妇女的行动会得到补偿之际，妇女才会同男子合作来保证男子的这种利益，就如同当年妇女为了要孩子而需要男子保护以及不涉及孩子的职业对她们一律关闭时她们所做的那样。而随着妇女生育孩子的角色减弱了，她们的市场机遇增加了，妇女需要的以及她们得到的男子的保护都更少了。”<sup>①</sup> 因此，生育权作为人之所以为人而有的权利，不论是女性还是男性，都应平等地享有。从性别平等的视角看，生育权是对个体生命与人性尊严的尊重。要打破生育是自然行为的固有观念，建构社会性别平等视角下的生育权，对私法领域中的生育权进行剖析，构建符合社会性别平等的生育权制度。

### 三 我国生育权性质认识的现状分析

第一，从立法层面考察，生育权性质认识混乱。生育权在国家法律层面的定性是人格权，但是到了地方法规及部门规章的层面性质认识就出现了混乱。表现一是《吉林省人口与计划生育条例》，其第28条规定：“达到法定婚龄决定不再结婚并无子女的妇女，可以采取合法的医学辅助生育技术手段生育一个子女。”该条规定本身不存在任何问题，它是从人格权的角度规定生育权的主体，认为生育权的主体包括夫妻和个人（这里的个人主要是达到法定婚龄决定终身不再结婚并无子女的妇女）。但是这条规定颁布后引发了学者对生育权的持久的讨论，因为它改变了人们对生育权的传统的认识，生育权不仅是夫妻间享有的，还是每个个体享有的权利，该条规定最终因与对传统生育权的内涵理解相违背而被废止。表现二是我国《人类辅助生殖技术管理办法》，该法虽然没有指明接收人类辅助生殖的主体范围，但是其第3条规定了“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规范”，其中“符合国家计划生育政策”实际上限定了接收该项技术的主体应是夫妻。《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》中的知情同意原则、保密原则明确规定，接收辅助生殖技术的主体是夫妻。现实中，不乏法官

<sup>①</sup> 参见〔美〕理查德·波斯纳《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社，2002，第239页。

以前述规定为由,判断生育权的主体是夫妻,而非单身女性。<sup>①</sup>

第二,从司法层面考察,生育权性质争议单一化。生育权是人格权,但在我国,个人因生育权要求赔偿的案件没有出现。生育权在司法实践中集中表现为夫妻间生育权的纠纷不断。近些年来,司法实践中出现了很多妻子背着丈夫偷偷堕胎,丈夫要求保护自己的生育权,即所谓“丈夫生育权”的现象,而法院在审理这类案件时对生育权的性质虽然有比较一致的认识,但还是出现同案不同判的现象。这种混乱现象虽然在“婚姻法司法解释三”颁行后结束了,但是有学者指出,“婚姻法司法解释三”的规定本身就是混乱的,一方面不承认丈夫的生育权,另一方面又给了丈夫不能实现生育权时救济的途径。之所以出现这种认识,归根结底还是承认了婚姻关系含有生育契约关系,正如有学者指出,“结婚的行为是对夫妻双方事实上的生育约定的确认,对于婚姻双方,可以推定有生育的契约”。考虑到目前我国的具体情况,夫妻双方缔结婚姻,就可以认为达成了生育子女的合意,由此在婚姻存续期间,夫妻双方应该就达成的生育合意履行义务。因此,生育目的不能实现,当事人就有过错,婚姻关系就存在解除的可能性,丈夫解除婚姻关系就有了依据。

从以上两个方面不难发现,虽然现在学者对生育权的性质认识基本一致,都认为其是人格权。但是在有关生育权的案件中,对生育权的性质认识又回到认为其是身份权。之所以有这样的认识偏差,与我国对生育权的保护模式有关。我国《人口与计划生育法》《妇女权益保障法》中都有生育权的规定,但是《人口与计划生育法》调整的是公民与国家之间的生育关系,《妇女权益保障法》规定了女性生育权。我国公民在生育权受到侵害时,通常是根据加害主体的不同,对生育权采取不同保护方式,具体分为夫妻内部的生育权侵害、夫妻以外的第三人对生育权的侵害。这种分类本身就是沿袭传统的生育权保护模式,是夫妻间的身份权冲突,可以在婚姻、家庭领域内解决。

① 在“杨勇会诉舟山市妇幼保健院医疗服务合同纠纷案”中,法官承认了当事人的生育权,但是在认定人格权主体方面,认为享有人格权的只能是已婚夫妻,这一矛盾的观点,反映出在生育权具体的规范层面,认识不统一。

## 四 作为人格权的生育权

### （一）生育权成为人格权的历史必然

我国重新认识生育权的性质，是在前文提到的《吉林省人口与计划生育条例》的第28条出台后。该条规定促使学者开始考虑生育权是否只能是已婚者的权利，未婚者或独身是否有该项权利？该条例的第28条规定，使人们意识到生育权的主体不是唯一的，要重新审视生育和婚姻的关系。

随着生物技术的不断发展，婚姻与生育牢不可破的关系逐渐消解。自从1770年英国有了第一例人工授精的生育技术以后，人工生育技术不断发展。婚姻外的技术生育方式使婚姻和生育实现了人为的分离。婚姻与生育的合一关系是社会建构的产物，“在个体家庭形式产生以前，人口是以原始群为其存在形式的。法律产生的年代，家庭已进入了一夫一妻制，人口生产就以婚姻的形式进行”。同时，婚内生育结果与国家的人口政策又联系在了一起，国家公权力对婚姻中的生育强行管理，“婚姻的自主性也就嬗变为国家权力对性资源的分配权力”。从国际视野的角度考察，生育权这一概念是在19世纪伴随西方女权主义运动而被提出的。这与女性在社会生活中的分工角色有着密切的联系，女性在家庭生活中承担着孕育的责任，在很长一段时间内沦为生育的工具。美国非常著名的案例“罗伊诉韦德”（Roe v. Wade），赋予了美国妇女选择是否生育的权利，女性摆脱了生育方面对自然的依赖现状。当生育权被国际社会普遍接受后，各国均认可生育权的主体是不受性别限制的。生育不再是人类无法掌握的自然事件，而变为人类意志可以掌控的行为。“因此生育的需要决定着婚姻家庭的合理性，而不是婚姻家庭的存在决定着生育的正当。”<sup>①</sup>生育权的实质渊源是人类生存的必然，因此它的发展是单独成体的，婚姻家庭无法决定其是否需要变化。生育权不隶属于婚姻关系，不以婚姻关系的成立、有效为前提和基础。

<sup>①</sup> 参见张继承《生育权若干争议问题研究》，《南昌大学学报》（人文社会科学版）2008年第1期，第70页。

## （二）生育权成为人格权体现了人的全面发展的特点

2017年3月15日颁布的《中华人民共和国民法总则》第五章民事权利部分，规定自然人的人身自由、人格尊严受法律保护，对具体人格权的内容作了列举式的规定。虽然人格权没有被纳入具体人格权范围，但是《中华人民共和国民法总则》的具体人格权条款是一个开放式的条款，有待以后的法律解释对其进一步的明确。这部法律本身就是人的全面发展的最好诠释，生育权作为人的一种自然权利，本来也是人人尊重的。但是生育权与一国的计划生育制度、经济发展规划紧密结合，很容易成为公权力侵害的对象。比如，美国的司法判例中曾经有对痴呆傻人实施禁止其生育的措施，主审法官认为这类人是社会的负担，他们生育的子女也将成为社会的新麻烦。德国纳粹时期对犹太民族实行种族灭绝。这些行径都是反人类的，理应受到法律的制裁。因此当生育能够被人类所控制时，生育权作为一种体现人格尊严的权利理应受到法律的尊重，受到法律的保护。

## 五 我国生育权民法保护方式的完善

### （一）废除计划生育原则作为婚姻法的基本原则之一

计划生育是公民对国家的一项义务，表现为国家限制生育的数量、控制生育的质量。我国2000年颁布的《人口与计划生育法》中的第17条明确规定了“公民生育权”，将生育权的主体范围由夫妻扩大到了公民，反映出国家对生育权性质的正确认识和对生育权地位的肯定。国家控制生育的行为本身是公法行为，没有必要规定在私法中。因此，应将计划生育政策从《婚姻法》的基本原则规定中删除，把控制人口数量、提高人口质量的生育政策交归《人口与计划生育法》进行规制。

### （二）改变结婚的实质要件

婚姻法主要调整的是婚姻关系，现阶段我国婚姻的功能之一仍然是生育、抚育功能，表现为现有法律要求有效成立婚姻的条件之一就是没有禁

止结婚的疾病、没有禁止结婚的亲属关系。如果婚姻仅考虑两情相悦，又何必考虑影响后代的健康问题。因此，曾经有一段时间，学者们就比较一致地认为生育权是具有配偶身份的主体所享有的。

生育与婚姻的分离，是婚姻制度发展的趋势。结婚不必然要生育，生育也不是只有结婚这一条途径。过去人们只能通过控制婚姻达到控制人口增长的状况发生了极大的变化，婚姻制度与生育分离具有必然联系性。婚姻法的功能在现代社会呈现出多元化，婚姻与生育相生相伴的关系就不是不可被打破，生育权的主体实质上是任何个人。因此，需要改变国家惯常使用的方式，即通过夫妻的结婚条件的限制性规定，达到限制人口数量的目的。

### （三）在人格权法中规定生育权

《中华人民共和国民法总则》第109条规定“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”，第110条规定“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利”。对于人格权保护采取了一般人格权与具体人格权列举的形式，生育权没有列入其中。但是第110条规定中有“等权利”字样，众所周知，人格权具有发展性，一一列举人格权的种类不现实，也违背人格权发展的规律。生育权具有人格权的特性，是人格权的一种，可以在民法分则中对其加以明确的规定。