

我国生育权立法理论

WOGUO SHENGYUQUAN LIFA LILUN
YU REDIAN WENTI YANJIU

邢玉霞◎著

与热点问题研究



知识产权出版社

我国生育权立法理论与 热点问题研究

邢玉霞 著

知识产权出版社

内容提要

本书从法学的角度,全面系统地介绍、论证了我国生育权的理论,并立足中国国情,针对社会中出现的热点问题进行深入的剖析,提出了完善我国生育权立法的建议和思考。

责任编辑:宋 云

图书在版编目(CIP)数据

我国生育权立法理论与热点问题研究/邢玉霞著. —北京:知识产权出版社,2007.9
ISBN 978-7-80198-733-4

I. 我… II. 邢… III. 生育—权利—立法—研究—中国
IV. D923.94

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第140311号

我国生育权立法理论与热点问题研究

邢玉霞 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责任编辑: 010-82000860 转 8324

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2008年1月第1版

字 数: 230千字

ISBN 978-7-80198-733-4/D·517

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000893

责任编辑: songyun@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 9.25

印 次: 2008年1月第1次印刷

定 价: 27.00元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

生育 (Fertility) 是一个历史性的话题,是伴随着人类的产生就有的行为。自 20 世纪 60 年代以来,生育权作为一项基本的人权开始进入公众的视野。在当前这个资源匮乏、人口膨胀的世界,如何协调人类—环境—社会的关系,从而实现社会可持续发展,是摆在我们面前的重大课题。人们越来越习惯从法律的视角来看生育行为及其后果,因而生育权成为法学研究的一个热点。

一、生育权研究的意义

从法律的视角研究生育问题,必定要界定权利和义务。这就使得生育权的研究变得复杂起来。这主要表现在以下几个方面: (1) 生育问题有很强的时代性、地域性。世界各国对生育权问题的认识不尽相同,围绕着国家为谋求经济、社会发展,减缓人口对资源、环境的压力,是否有权限制个人的生育行为,使个人的生育权只能在限定的范围内行使这一焦点问题,不同价值观支撑下的两种观点产生了激烈交锋、剧烈碰撞。生育权制度没有一个相对成熟的发展过程,不大可能借鉴历史发展的已有经验,而且生育权制度在不同的国家和地区相差较大,通过移植其他国家和地区的理论,很难解决本国所发生的生育权纠纷。(2) 生育制度和婚姻制度发生冲突。生育问题长期和婚姻制度紧密结合,使人们比较容易接受要生育就必须有婚姻身份的价值理念;而现代科技的发展和人们价值多元化的趋势,现代文明的不断发展使得传统的伦理道德备受挑战。人们开始选择多样的生活方

式,婚姻和生育之间的天然联系受到了置疑,越来越多的人逐渐认为婚姻并非唯一的选择,独身、同居等生活方式也逐渐泛化,不断地挑战这种理念。(3)现代社会强调男女平等,女性权利意识逐渐增强,生育不再是女性的义务。古代的“生儿育女”观念和现代女性独立意识增强产生冲突,这种冲突又大多发生在婚姻家庭内部,而且涉及人身利益,强制执行的难度大。这就需要通过当事人协商来化解冲突,然而夫妻如果用民主和平等理念来处理生育问题,这种冲突协调的可能性就大大降低了。

因此,现代社会生育问题,已经成为法律问题。尤其在我国,从法律的视角对生育权进行规范,必将产生深远的意义。

(一) 完善公民的权利体系,促进我国人权事业发展

我国自20世纪70年代以来将计划生育列为基本国策,严格限制个人生育行为,控制人口增长。一些西方国家因此对我国人口政策提出非议。美国每年公布国别人权报告,认为中国的人口政策“野蛮地干预了个人和家庭”,“中国需要的不是人口控制而是政治上的合理和经济效率”。西方发达国家对我国的人口政策存在认识偏见的一个重要原因是我国从法律的视角对生育权问题的理论研究还比较薄弱。尽管随着妇女权益保障法、人口与计划生育法的颁行,生育权获得了立法的确认,但由于界定粗疏,公民的生育权还难以得到切实有效的保护。虽然几十年来我国对把计划生育作为基本国策的政治论述比较多,但政治论述毕竟无法替代理论研究。现在非常有必要全面认识生育权,从法律上对生育权进行科学的界定和把握,促进我国人权事业的发展。

(二) 规范生育秩序,完善我国的生育权立法

由于我国生育权立法不完善、不统一,近年来出现了很多新型的生育权纠纷,导致人民法院在面临生育权纠纷的时候“无法可依”,直接对我国的生育权立法形成了挑战。

这主要表现在以下几个方面:(1)夫妻一方想生育而另一

方不想生育现象。近年来，各地相继出现一些丈夫状告妻子侵犯生育权的案件，经媒体报道，在社会上引起广泛关注。诉讼中，夫妻双方都声称自己享有“生育权”。女方以妇女权益保障法第51条作为法律依据。该条第1款规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”男方则以人口与计划生育法第17条作为法律依据。该条规定：“公民有生育的权利……”一个要求生育，一个不想生育，理由都是“生育权”，法院缺乏评判的依据。（2）单身女性生育现象（未婚妈妈）。《吉林省人口与计划生育条例》规定“达到法定婚龄决定终身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”。“人工授精”这种现代医学技术的发展，使得一个人尤其是女性不需要结婚，通过现代技术手段实现生育已经成为可能。那么到底是支持还是反对，一时间各执一词、争论不休。（3）死刑犯生育权问题。浙江省一位叫郑雪梨的青年妇女，在丈夫犯下命案、一审法院判其丈夫死刑的情况下，向当地法院提出了一个在传统司法实践看来荒唐至极的请求——“让我借助人工授精怀上爱人的孩子！”一审法院当即以此做法无先例为由，拒绝了郑的请求。二审法院召开审判委员会进行讨论，认为法律对此类问题没有规定，这种请求也不属于法院的受案范围，而且如果满足郑雪梨的要求则导致小孩一出生就没有父亲的后果，这对小孩以后的成长极为不利，也将致使郑雪梨这个单亲母亲以后的生活非常艰难，最后该院以沉默的方式拒绝了郑雪梨的要求。（4）胎儿受损害要求赔偿的现象。甲是怀孕七个多月的孕妇，于某日下午外出散步时，被A所骑摩托车车尾甩动时撞到，当时没不良反应，争吵后便各自离去。至当日晚上，甲有不适感，两天后，其女丙提早降生人世。6个月后，甲发现丙比其他同龄孩子发育慢些，表现为牙齿生长的数目不及其他同龄者多，发音不如其他孩子丰富，等等，遂以甲、丙、丙之父乙三人

为共同原告向法院提起诉讼,以侵权为由要求被告A赔偿损失。法院判决支持甲的请求部分,乙、丙的请求被驳回。丙的请求被驳回的理由就是我国民法通则第9条的规定;“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务”。显然,我国的民法理论,很难保护胎儿的合法权益,如何从父母生育权的角度进行胎儿利益的保护,成为新的研究领域。(5)现代科学技术带来的生育法律问题。试管婴儿、代孕、克隆以及人造子宫技术的出现,给人类的传统生育方式注入了新的因素。我国《人类辅助生殖技术管理办法》第3条规定,医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。但是,现实生活中代孕机构盛行,代孕有禁不止。如果说代孕还需要十月怀胎的话,那么克隆和人造子宫技术的出现,就使得人类有可能成为实验室的产品。这些新技术的出现,为生育权问题的研究打开了新的空间,也带来了新的法律问题。

在对以上这些现象进行关注的同时,人们在认真地思考以下几个主要问题:(1)生育权的性质。生育权是人格权还是身份权?(2)生育权的内容。生育权具有什么样的内容,应该如何把握?(3)生育权实现过程中所受的限制问题。为何会有这样的限制,这些限制应该把握一个什么样的度?(4)生育侵权问题。这些是目前我国生育权的焦点问题。

二、生育权研究的方法

由于生育权是一个比较复杂的问题,涉及法律、道德、伦理、生理、社会等各方面的问題,因此,本书借鉴了其他学科研究成果,综合应用了各种研究方法。

(一)概念分析法

通过概念分析的方法,分析了生育和生育权在不同的国家、不同的历史时期的不同的表达方式,确定了生育权的内涵和外

延，从而明确了我国现阶段生育权的概念、性质和内容。

（二）辩证分析法

通过辩证分析法，分析了生育权作为一项民事权利、一项人格权，法律要保护并保障个人权利的自愿实现；同时，任何权利都是以义务为前提的，任何人的权利都是以尊重别人的权利为必要的，从而明确了作为公民个人生育权的实现条件和受到的限制。

（三）实事求是的分析方法

通过立足于对我国国情的分析以及对现阶段婚姻家庭发展趋势的洞悉，结合现代医学技术给生育权带来的客观影响，明确了在现代医学技术之下，我国生育权立法应当允许的实现方式。结合我国具体的计划生育政策，从我国实际出发，分析了生育权侵权的救济方法，提出从父母生育权的角度对未出生者利益进行保护，并在考虑我国现实的情况下，对我国生育权保护的立法提出了构想。

（四）比较的分析方法

通过对国外生育权立法的分析、比较和国内学者对生育权具体问题的观点和认识，试图通过分析彼此间的异同，进而明确各自的合理性，从而为我国的生育权立法找到合理根据并进行比较完善的制度设计。

三、本书的结构

本书在结构上，除前言外，正文分为八章。

第一章，生育权概述。本章分四节，分别介绍分析了生育和生育权的概念、生育权的历史发展、我国生育权独立的必然性分析以及生育权与其他相关权利的关系。

第二章，生育权的性质。本章分四节，通过对不同观点的剖析，详细论述了生育权作为基本人权、民事权利、人格权以及男

女平等享有的自由权利的理论基础和具体内容。

第三章，生育权的权能。本章分四节，结合国际、国内立法，指出我国生育权的内容包括生育决定权、生育知情权、生育隐私权和生殖健康权，并详细分析了各自所包含的内容。提出了“生育请求权”不是生育决定权的内容。结合我国具体实际，提出了生殖健康权，分析了生殖健康权在保护未出生者和生育权主体利益方面存在的必然性。

第四章，生育权的限制。本章分三节：第一节分析了生育权限制的概念，原因，原则和意义；第二节非婚者生育权限制，通过对不同观点的分析比较，从达到法定婚龄的未婚者、未达到法定婚龄的未婚者以及同性恋者三个方面，分别分析了生育权行使的限制；第三节刑事犯生育权的限制，从国内、国际对刑事犯生育权限制的纷争，分析了刑事犯生育权限制的内容。

第五章，生育权的积极行使——生育。本章分两节：第一节生育权积极行使的条件，从生育权的性质，分析指出生育权的行使必须要具备三个要件；第二节生育权积极行使的方式，即自然生殖方式、人工生殖方式和法律拟制方式。结合现代医学技术的发展以及国外发达国家的立法经验，分析了人工授精、试管婴儿、代孕、克隆技术之下，生育权应当允许的实现范围以及由此产生的法律问题的解决。首次提出法律拟制方式也是实现生育权的一种方式，并分析了收养子女后、再婚后能否再生育的问题，提出了解决问题的法律依据。

第六章，生育权的消极行使——不生育。本章分两节：第一节生育权消极行使概述，介绍了生育权消极行使的概念、原因、表现形式和法律后果。从生育权的人格权属性的角度，指出生育权不能通过协议进行限制，任何形式的“禁孕协议”都是违法的，即使当事人自愿，也只是消极行使生育权的表现，不能因此而限制当事人日后生育权的积极行使。第二节生育权消极行使的

方式，即不妊娠和终止妊娠。分析了避孕、绝育和堕胎的国内立法和国外立法的规定，结合我国的计划生育政策以及对公民人身安全及生活质量的保护，分析了我国法律对堕胎应持有的态度以及司法实践中对智障女切除子宫问题的法理分析。

第七章，生育权侵权和救济。本章分三节：第一节生育权侵权的构成，分析了生育权侵权责任的规则原则、构成要件和抗辩事由。第二节生育权侵权的类型，根据侵权主体的不同，将生育权侵权分为配偶间生育权侵权、医疗机构侵权、其他单位和个人侵权。第三节生育权侵权救济方式，介绍了当公民的生育权受到侵犯的时候，从自我救济、社会救济和法律救济三个方面，具体采取怎样的救济措施。

第八章，完善我国生育权的立法构想。本章分两节：第一节我国生育权立法的必要性，通过对国际、国内形势的分析，指出现阶段我国进行生育权立法的必要性，同时分析了我国生育权立法应该注意的几个问题；第二节完善我国生育权立法的构想，从宪法、民法以及其他法律法规、政策方面，提出了完善我国生育权立法的具体构想，重点是民法层面的构想，结合我国正在酝酿的“民法典”，从婚姻家庭法的角度完善生育权立法。

目 录

前言	1
第一章 生育权概述	1
第一节 生育和生育权的概念	1
第二节 生育权的历史发展	25
第三节 我国生育权独立的必然性分析	40
第四节 生育权与其他相关权利的关系	47
第二章 生育权的性质	59
第一节 生育权是一种基本人权	59
第二节 生育权是民事权利	72
第三节 生育权是人格权	77
第四节 生育权是男女双方平等享有的自由权利	88
第三章 生育权的权能	94
第一节 生育决定权	95
第二节 生育知情权	108
第三节 生育隐私权	111
第四节 生殖健康权	117

第四章 生育权的限制	124
第一节 生育权限制的理论基础和原则	124
第二节 非婚者生育权限制	145
第三节 刑事犯生育权限制	159
第五章 生育权的积极行使——生育	165
第一节 生育权积极行使的条件	165
第二节 生育权积极行使的方式	184
第六章 生育权的消极行使——不生育	210
第一节 生育权消极行使概述	210
第二节 生育权消极行使的方式	220
第七章 生育权侵权与救济	229
第一节 生育权侵权的构成	229
第二节 生育权侵权的类型	235
第三节 生育权侵权救济方式	261
第八章 完善我国生育权的立法构想	269
第一节 我国生育权立法的必要性	269
第二节 完善我国生育权立法的构想	275
参考文献	279
后记	282

第一章 生育权概述

第一节 生育和生育权的概念

一、生育

(一) 生育的概念

我国目前对生育权还没有从立法上统一定位，对于生育权的概念众说纷纭。因此在对生育权进行界定之前，首先必须要清晰生育的概念。

1. “生育”的文本之意

通常按照字面意义来理解，“生育”一词通常有两种解释。一是指“生长，养育”^①。《淮南子·原道训》语：“是故春风至甘雨降，生育万物。”二是指“妇女受孕、足月怀胎和生产的全过程”^②，也就是“生孩子”^③。

2. 社会学上“生育”的含义

在费孝通先生的《生育制度》一书中，将“生育制度”界定为有关求偶、结婚、生殖、抚育的各种人类活动的有组织的体

① 辞海 [M]. 上海：上海辞书出版社，1979：107.

② 辞海 [M]. 上海：上海辞书出版社，1979：107.

③ 现代汉语词典（修订本）[M]. 北京：商务印书馆，2000：1131.

系。^①其实社会学上“生育”的含义非常广泛，费孝通先生的“生育制度”的含义可以看做生育的“广义”概念，包括求偶、婚姻、生殖以及抚育等各项活动。

3. 法学上“生育”的含义

其实广义上的社会学意义的生育概念不是我国法律所研究的生育的范畴。第一，“求偶”并不是一国法律的客体和调整对象。我国现行的《中华人民共和国婚姻法》第1条就明确规定“本法是婚姻家庭关系的基本准则”。显然，求偶不属于“婚姻家庭关系”。第二，我国法律对于婚姻与抚育有非常严格的概念规范。虽然我国现行法及司法解释均未明文规定婚姻的概念，学者们给婚姻下的定义在内容上也不尽相同，^②都未将“抚育”包含于内，而是将“抚育”一般界定为一项重要的民事义务，一般指的是上辈对下辈在生活、学习等方面的照顾、抚养、教育等义务。在法律上它们与“生育”的概念不是统一关系。目前，我国法律上的“生育”概念，严格来讲指的是生育制度中“生殖”的范畴。

(二) 生育的性质

人类的生育，既是一种生理现象，又是一种社会行为。作为生理现象，生育具有与其他动物相同的自然属性，其过程也基本一致；作为社会行为，它具有与其他动物根本不同的社会属性，是人类生育的本质属性，是人类区别于其他动物的根本标志，也

^① 费孝通：生育制度[M]//费孝通文集·第4卷，北京：群众出版社，1999：1。

^② 比较具有代表性的定义有两种：一是认为婚姻是“男女双方以永久共同生活为目的，以夫妻的权利义务为内容的合法结合”。杨大文：婚姻家庭法，中国政法大学出版社，2001：3。二是认为婚姻是“男女双方以永久共同生活为目的而缔结的，具有公示的夫妻身份的两性结合”。方文晖：论婚姻在法学上的概念[J]，南京大学学报，哲学人文社科版，2000（5）。

是生育的基本属性。

1. 生育的自然属性

生育的自然属性,是指生育赖以形成的自然条件和自然规律。生育,是一切生物繁衍后代、延续生命现象的自然过程。生育的自然规律,是指从精卵结合而形成受精卵开始,经过卵裂和囊胚形成、着床、胎儿在母体内发育成长,直到胎儿从母体内娩出,一个新的生命形成的一系列复杂的生物演变过程。在这个全过程中,传统的自然生育方式不能缺少其中任何一个阶段或环节,顺序上也不可更换。但因个体身体的自然状况的差异,生育过程并非人人都能实现。

影响生育的自然因素主要有:(1)性成熟状况,即男女达到一定年龄,性成熟,能产生精子和卵子。(2)精卵质量。男方精液中精子浓度要达到一定标准,女方有正常的卵子成熟和排卵功能,并能及时地被输卵管接获。(3)男女双方有正常的性功能。任何一方或双方的性功能不正常,不能完成性交或性交不完全,都不可能使精子和卵子相遇。(4)女方生殖器官必须有适合于精子和胎儿生存与活动的环境。如果阴道酸度太高,宫颈黏液太稠,或子宫内膜发育不佳,或因发炎等原因而妨碍受精卵的着床,都会影响正常怀孕。怀孕之后,母体内还必须提供胎儿生长发育的条件和环境,特别是要有足够的蛋白质、维生素、矿物质等营养物质供应。否则,就不能保证胎儿的健康成长,甚至导致流产、早产和死胎等生育过程的中断。

随着科学技术的发展,生殖技术取得了重大进步,可以通过技术手段代替上述自然过程的某一步骤或全部步骤。到目前为止,有人工授精、试管婴儿和无性生殖三种生殖技术,具体包括以下几种生殖方式:(1)用丈夫的精子对妻子进行人工授精(AIH)。(2)用别人的精子对妻子进行人工授精(AID)。(3)用丈夫的精子对妻子的卵子人工授精后植入妻子的子宫(IVF)。

(4) 将丈夫的精子植入到另一个妇女的子宫中,人工授精后由代孕者妊娠,分娩后交由契约对方抚养 (Artificial Insemination Surrogacy)。(5) 用丈夫的精子 and 妻子的卵子受精后的受精卵植入到另一个妇女的子宫中妊娠,分娩后转移亲权于契约对方 (Gestational Surrogacy, also called IVF Surrogacy)。(6) 无性繁殖,即“克隆”(Clone),由同一个祖先细胞分裂繁殖而形成的纯细胞系,该细胞系中每个细胞的基因基本相同。

“生殖细胞的成熟,性爱的冲动,雌雄交配,生殖细胞的结合,就个体的产生——这一串在较高级的生物中是共有的现象,既属生物就无所逃于这一连串注定的连环,虽则我们还不明白这连环是靠了什么这样配合着的。种族延续是这连环所造成的结果,所以可以说是一件素白的生物事实。”^① 不论自然生育方式,还是人工生育方式,不论是有性生殖还是无性生殖,生育仍是一种生物机能。

2. 生育的社会属性

生育的社会属性,是指决定和影响生育的社会力量以及包含的社会内容。它表明生育在本质上是人与人之间的一种特殊的社会行为,依存于一定的社会关系,具有丰富的社会内容,承担多种社会职能,对社会稳定和发展起着重要的作用。人类的生育同其他动物的生育虽然都是生物的机能,但却与其他动物的生育有本质的区别。人类的生育是一种社会行为,具有与其他动物根本不同的社会属性。所以,婚姻家庭总是与特定的社会背景和社会条件紧密联系,因此,其本质属性就在于它的社会性。

(1) 生育行为是人们的有意识的生育活动

意识是人脑的机能,是客观存在的反映。意识活动具有目的性和计划性,具有创造性和灵活性,具有调控性和指导性。这是

^① 费孝通. 生育制度 [M]. 天津: 天津人民出版社, 1981: 5.

人和动物的本质区别。人类的生育在人类产生的早期，由于人类刚从动物进化而来，生育还是一种本能的活动，是自然而然的现象，是毫无节制的性交活动的结果。但随着人类与自然斗争、在自然界中生存和发展，随着人类对自然认识的加深，意识进一步发达，活动范围的拓宽，劳动工具的使用和创造，以及部落间的战斗和对动物的战斗产生的对人口数量增长的需求，人们愈加认识到生育的作用，崇尚生育、崇尚多生，社会制度和传统文化也鼓励生育，受此影响，生育增加。众多的人口促进了农业文明和初期工业文明的发展。但随着生产力的发展，科学技术突飞猛进，人类对自身、自然和社会认识愈加科学全面，人类生活质量的提高，使人类认识到人口须与经济、社会、资源、环境协调发展和可持续发展，故在人口数量急剧膨胀对经济社会发展构成阻碍的国家，则实行节制生育，人们通过避孕来减少生育、减少人口数量。可见人类完成了从盲目的自然而然的生育到有意识可自控调节的生育。人的生育行为受生育观和生育意愿影响，并由生育动机直接支配。人类生育行为不同于动物，不是简单的两性结合及其一般的生物演变规律的产物，而是有目的、有步骤、有计划、可自由调节的活动。

（2）生育行为在一定的社会制度下产生新的社会关系

生育行为在亲属关系和婚姻家庭关系下产生新的亲属关系和婚姻家庭关系。在人类社会初期，因为恶劣的无法定居的自然条件，人们只能杂居合群，任何异性间都可以任意发生性关系，两性关系和血缘生活杂乱，不仅兄弟和姊妹起初曾经是夫妇，而且父母和子女间也可随意性交。我国古籍《吕氏春秋》和《论衡》中有“太古之民，兽居群处，未有夫妇匹配之合”，“无上下之序者，禽兽之性，则乱不知伦理”。随着人类战胜自然的能力的提高，火和劳动工具的使用，人类和社会开始进步，产生了群婚制，一群男子与一群女子互为配偶，开始排除父母和子女之间的