



生育与法律： 生育权制度解读及冲突配置

SHENGYU YU FALU
SHENGYUQUAN ZHIDU JIEDU JI
CHONGTU PEIZHI

周平 著



人民出版社

中南民族大学法学院出版基金资助及
“本土资源视域下当代中国法治的
理论与实践”学术团队出版资助



生育与法律： 生育权制度解读及冲突配置

SHENGYU YU FALU
SHENGYUQUAN ZHIDU JIEDU JI
CHONGTU PEIZHI

周平 著



策划编辑:王青林
责任编辑:李椒元
装帧设计:肖 辉
责任校对:方雅丽

图书在版编目(CIP)数据

生育与法律:生育权制度解读及冲突配置/周平 著.
—北京:人民出版社,2009.8
ISBN 978-7-01-008070-3

I. 生… II. 周… III. 生育-权利-法规-研究-中国
IV. D923.94

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 123905 号

生育与法律:生育权制度解读及冲突配置

SHENGYU YU FALU SHENGYUQUAN ZHIDU JIEDU JI CHONGTU PEIZHI

周 平 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市永乐印刷厂印刷 新华书店经销

2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:10.5

字数:235 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-008070-3 定价:24.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

前 言

一、直面生育权问题

生育无论对于个体、还是社会,其重要性都不言而喻。马克思主义认为,社会生产本身包括两种,“一方面是生活资料即食物、衣服、住房以及为此所必需的工具有的生产;另一方面是人类自身的生产,即种的蕃衍”。^①“每一种特殊的、历史的生产方式都有其特殊的、历史地起作用的人口规律”。^②

生育现象是与人类自身一样广泛而悠久的存在,然而作为法律权利的生育权,却是晚近才发展形成的。在世界范围内,生育经历了自然生育阶段、生育义务阶段,生育权利阶段;宛如一个生命的孕育,直至18、19世纪,生育才初显权利化的端倪,而至今日逐渐成形,获得法律上的生命。生育权在我国也经历了大体相同的发展历程。所不同的是,我国的生育权制度诞生更晚,直至20世纪90年代,生育在法律上才作为妇女权利得到认可;在21世纪才作为公民权利得到确认。^③但是上述法律,都没有明确生育权的内涵、外延;而且,我国由于实施计划生育政策,公民的计划生育义

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第2页。

② 《马克思恩格斯全集》第23卷,人民出版社1995年版,第692页。

③ 我国1992年颁布《妇女权益保护法》,2002年颁布《人口与计划生育法》,这两部法律分别确认妇女有生育和不生育的自由;公民有生育的权利。

务先于生育权在法律中确立,^①生育权行使深受公权力之限制,可以说生育权在我国是先天不足的新生儿。鉴于此,以至于有些人对于这一权利的存在深表怀疑,认为这只是一种法律宣言性权利;人们对其权利属性发生质疑,对于权利内容产生不同见解,对于权利冲突各执其词,对于纠纷解决各行其道;等等,不一而足。

现代社会是权利型社会,——“我们的时代是一个迈向权利的时代,是一个权利备受关注和尊重的时代,是一个权利话语越来越彰显和张扬的时代。我们越来越习惯于从权利的角度来理解法律问题,来思考和解决社会问题。”^②“让更多的人获享更多的权利”已经成为人类共同目标。^③现代社会也是权利冲突的社会,各种冲突不断,生育权纠纷日益多发。随着人权的发展,民众生育权利意识不断增强、生育权在法律上得到广泛认可、生育权纠纷也逐渐增多。生育权纠纷是否由法律加以规制?有些人至今仍然认为,解决丈夫和妻子的生育权之争,应该是在家里而不是法庭上。但是在生育文化多元,生育道德转型的时代,希望在法庭以外通过其他机制化解生育权冲突的想法,多少是有些天真的,——生育权冲突真的能够完全在家里解决吗?生育权冲突宛如一团乱麻,借法律之力能否解开这结,如何解开这结都颇费思量。然而,是知难而上,还是知难而退,时代留给我们法学工作者的选择是不言而喻的。

① 我国1982年《宪法》即规定了公民有计划生育的义务。

② 张文显、姚建宗:《权利时代的理论景象》,《法制与社会发展》2005年第5期。

③ 夏勇:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社2001年版,第1页。

二、生育权研究价值

形形色色的生育权纠纷,一定程度上暴露了道德以及其他社会机制对此的苍白无力。当越来越多的相关问题被提交到法庭,也就凸显了生育权纠纷法律规制的必要性和迫切性。对生育权问题加以研究具有显著的价值。生育权作为法学领域的一块处女地,虽然一些学者早有涉猎;但存在的诸多荆棘表明它依然是需要开垦的土地。在这个问题上的法学研究,特别是私法视角的权利研究,至少有以下一些意义:

第一,研究生育权法律制度,明确其法律性质、内容、保护及其限制,有助于培养主体的生育权意识,促进主体负责地行使和维护自己的权利。梅因曾经说过,从法律的幼年时代起,保护人民免于不法侵害的,不是公法而是民法(侵权法)。同样,最易培养人民权利意识的,也不是公法而是民法。虽然所有重要的权利几乎都是由宪法确认的,但是真正可以用来实现和维护权利的法律主要还是民法。生育权虽然在宪法规定中有所体现,并且在几部具有公法性的法律中被提出,但是公法上的权利往往还有赖于民法的具体化、明确化。也只有民法上的明确规定,才能更好地培养主体的权利意识,给当事人行使权利提供明确的指引,在权利受侵害时提供有效的救济。因此,从私法角度对生育权研究对于主体权利意识的培养具有不可替代的意义。

第二,研究生育权法律制度,厘清生育权的法律内涵,分析生育权的立法不足,对于深化相关理论研究、为民事立法提供科学的参考意见具有积极的意义。一项科学的法律制度,需要成熟的理论研究。民法是权利法,当然不应该回避对生育这样一项重要权利的规制。但是在民法中规定生育权,就需要有成熟的生育权理

论做基础,否则难以构建合理的生育权制度。在一些学者的民法典建议稿中设计了生育权制度,更多的则没有。^① 不管规定与否,生育权研究本身的欠成熟都是妨碍生育权入民法典的绊脚石。而加强这方面的研究,对于明确生育权的内涵外延,进而在民法典中建立生育权制度,都是有所裨益的。

第三,研究生育权法律制度,明确生育权的位阶和权利的界限,提出生育权纠纷的解决方案或思路,对于司法实践处理生育权纠纷有积极的实践价值。关于生育权的研究,虽然有众多学者论及,但是对这一制度的系统研究在笔者看来还有待深入,我们现在的理论研究还未能提供给大多数法官可以接受的原则、能够操作的标准。实践中生育权纠纷时有发生,对这些纠纷的处置多数时候法官是处于“摸着石头过河”的境地。这也就难怪我们的法官会做出那么多大相径庭甚至互相矛盾的判决了。

鉴于这一领域存在的广泛争议,导致生育权性质不明,内容不确定,在发生纠纷时难以得到很好的救济。笔者认为对此进行理论研究,对于给生育行为提供指引、为立法提供建议、为司法提供参考都是有益和必要的。而如何对生育权进行价值定位、法律解读及制度完善,则是生育权研究的重点。

三、生育权研究思路

现实生活中生育权纠纷层出不穷,现行法律不完善是其诱因之一。同时形形色色的生育权纠纷也是推动生育权法律制度完善

^① 徐国栋主编:《绿色民法典》一书将生育权规定在人格权(建立家庭的权利)中;其他几部民法典建议稿则未见相关规定。

的动力。就纠纷的解决途径,通说认为存在司法和立法两种路径。^①司法路径虽然可行,但并非最佳。波斯纳就坦言:“司法裁量权概念是一块空地或一个黑箱,当规则不够时,裁量权并不是解决如何判决案件问题的办法,而只是这个问题的名字。无论你把裁量权想象得多么好,裁量权都会令法律职业界不安。”^②“权利冲突问题……是一个重要的立法问题。而立法一是要解决权利的确认问题(根据社会的发展,将那些应该确认为法定权利的应有权利而现在还未确认的使之法定化),逐步扩大权利体系的范围和种类;二是要通过立法解决权利冲突的责任问题,尤其是要明确侵权责任问题。侵权责任规定的越明晰,司法层面的权利冲突问题就越易得到解决”。^③“权利冲突问题本质上不体现为纯粹的权利冲突,而是具体制度完善的问题,或者是立法者和法官利益平衡的问题。”“抽象的权利无助于彻底解决社会冲突,而必须将之通过具体化而形成制度。”^④有鉴于此,对冲突最适合的协调者无疑应是立法者。只有立法者才拥有此种权力,才可以运用立法方式来构建制度、分配利益,以法律方式从根本上消解冲突。本文的研究也主要是寻求生育权纠纷的立法解决之道,不过鉴于立法并非万能,生育权保护的司法救济也纳入了本书的视野。

在发生纠纷时,应基于何种价值来寻求解决方案?生育因为与性有涉,因而某些部分与性一样被禁忌和无知所束缚。相应的

① 还有的认为行政机关也是权利配置的主体。参见王肃元:《论权利冲突及其配置》,《兰州大学学报》1999年第1期。

② [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第27页。

③ 刘作翔:《权利冲突的几个理论问题》,《中国法学》2002年第2期。

④ 梅夏英:《权利冲突:制度意义上的解释》,《法学论坛》2006年第1期。

讨论大都披着华丽的道德外衣,事实的面目变得扑朔迷离。道德辩论虽然有其积极意义,但是对于解决具体的实际问题并无太大帮助,而且往往还有加深矛盾的危险。判断源于道德直觉,对于普通人而言或许已经足够,但是对于立法者来说,要做出正确的选择,则还需深入的研究和系统的知识。波斯纳一针见血地指出:“如果我们有足够的知识,我们在法律上的许多道德两难就会消失。……在一种不了解事实的情况下,道德辩论会进行得最为激烈;因为当人们缺乏可以客观复制的知识时,他们就会退守,依赖扎根于个人心理和教养的直觉以及个人的经验。但这对法律没有多少抚慰,因为这种辩论对事实了解很少并且抵制科学的精神。”^①作为实践理性的法律,需要“驱除一些无知、偏见、羞怯以及虚伪的阴云”。^②对此,笔者深以为然,本文的研究更倾向于对法律实效的研究,而尽量避免沉湎于华丽空洞的道德讨论。

在生育权法律研究中,一些学者常以婚姻家庭制度受威胁、伦理道德被破坏为由反对某种纠纷解决机制。试问到底是婚姻家庭制度为人服务,还是人为维系婚姻家庭制度而存在?生育权法律规制的目标是维系现有的制度还是满足人们的合理需求?当维系现有的制度就不能满足人们的合理需求,而满足人们的合理需求就需或多或少地突破现有的制度时,我们不得不在两者间做出取舍。不同的价值判断会导致完全迥异的解决思路。马克思早就指出:“在今天,只有在政治上的迷信才会以为国家应当巩固市民生活,而事实上却相反,正是市民生活巩固国家。”“现代国家的自然

^① [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第439页。

^② [美]理查德·A.波斯纳:《性与理性》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第594页。

基础是市民社会以及市民社会中的人……现代国家就是通过普遍人权承认了自己的这种自然基础。而它并没有创立这个基础。”^①费孝通先生则更明白地指出：“一切制度的形式是人在一定的环境之内造下的，不变的并不是它的形式，而是人用它来满足的根本需要，以及满足时的效力原则。”^②笔者认同费孝通先生的理念，即制度是服务于人和社会的，如果制度滞后于社会以致妨碍了人的发展，那么就应修正制度。

在研究中，本书结合实地社会调查，借鉴法学、社会学、人口学的一些研究成果，对生育权制度进行探讨，主要运用历史研究、社会分析、比较研究、个案分析等方法，探讨了生育权基本制度，研究了生育权冲突问题，提出了解决方案或思路。

① 《马克思恩格斯选集》第2卷，人民出版社1995年版，第154、145页。

② 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1998年版，第116页。

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

上部 制度篇

第一章 生育权规制原理	(3)
第一节 生育权历史发展简析	(3)
一、生育权发展简述	(3)
二、法律及研究现状	(9)
三、生育权利化之动因	(16)
第二节 生育权纠纷本质分析	(23)
一、生育权纠纷是利益冲突	(23)
二、生育权纠纷是价值冲突	(25)
三、生育权纠纷是人性冲突	(28)
第三节 生育权规制原则探讨	(30)
一、负担衡量原则	(30)
二、少数主义原则	(33)
三、权利均衡原则	(36)
第二章 生育权概念探讨	(38)
第一节 生育权相关范畴	(38)
一、生育的含义	(38)
二、生育能力	(40)

三、生育行为	(42)
第二节 生育权概念界定	(44)
一、生育权概念厘定	(44)
二、生育权行为分析	(49)
第三章 生育权性质研判	(53)
第一节 生育权公权说之分析	(53)
一、公权与私权之争	(53)
二、基本概念与理论梳理	(54)
三、生育权公私属性之判断	(57)
四、生育权与生育管理权	(60)
五、生育权与颁发准生证	(61)
第二节 生育权身份权说之探讨	(63)
一、生育权身份权学说	(63)
二、生育权与婚姻关系之解读	(64)
三、身份权说之剖析	(71)
第三节 生育权人格权性之界定	(74)
一、人格权说简介与评析	(74)
二、生育权本质属性之界定	(77)
三、否认生育权人格权性之弊端	(88)
第四节 生育权个人享有之思考	(90)
一、生育权个人享有会否造成近亲结婚	(90)
二、生育权个人享有会否破坏计划生育	(91)
第四章 生育权内容分析	(93)
第一节 生育能力支配权	(93)
一、生育能力自主处分之许可	(94)
二、生育能力强制剥夺之限制	(95)

第二节 生育信息知情权	(100)
一、公法上的知情权	(100)
二、私法上的知情权	(102)
第三节 生育行为自决权	(105)
一、决定是否生育的权能	(106)
二、选择生育伙伴的权能	(106)
三、选择生育时间的权能	(107)
四、选择生育方式的权能	(108)
五、决定生育数量的权能	(110)
六、选择生育质量的权能	(111)
第四节 关于生育权其他权能	(115)
一、关于生育请求权	(115)
二、关于生育隐私与安全权能	(117)
第五章 生育权保护探析	(119)
第一节 生育权纠纷性质辨析	(119)
一、生育权侵权行为	(119)
二、生育权冲突现象	(122)
三、生育权违约纠纷	(126)
第二节 生育权侵权类型研究	(128)
一、配偶侵害对方生育权	(128)
二、公权主体侵害生育权	(132)
三、医事主体侵害生育权	(136)
四、所属单位侵害生育权	(141)
下部 冲突篇	
第六章 生育权冲突基本范畴	(145)

第一节	生育权冲突的内涵探讨	(146)
一、	生育权冲突的内涵界定	(146)
二、	生育权冲突中的“权利”	(149)
三、	生育权限制与冲突之联系	(151)
第二节	生育权冲突的类型研究	(153)
一、	生育权同质冲突	(154)
二、	生育权异质冲突	(155)
第三节	生育权冲突配置的法律目标	(156)
一、	个体权利之保障	(158)
二、	人口政策之实行	(160)
三、	婚姻制度之维护	(162)
四、	母婴利益之保护	(162)
五、	道德伦理之维系	(165)
第七章	生育权同质冲突	(166)
第一节	生育权同质冲突的类型	(166)
一、	配偶间的生育权冲突与非配偶间的生育权 冲突	(166)
二、	因主观意愿不同引发的冲突与因客观原因 引发的冲突	(168)
三、	怀孕前的生育权冲突与怀孕后的生育权 冲突	(169)
第二节	生育权同质冲突的成因	(171)
一、	生育权同质冲突的生物基础	(171)
二、	生育权同质冲突的文化原因	(173)
三、	生育权同质冲突的人性原因	(174)
四、	生育权同质冲突的制度原因	(174)

第三节 生育权同质冲突的立法解决	(175)
一、生育权同质冲突的相关法例	(175)
二、生育权的协议行使	(179)
三、无协议时的冲突配置	(189)
第八章 生育权异质冲突(一)	(204)
第一节 生育权与监护权的冲突	(204)
一、生育权与监护权冲突的表现	(204)
二、生育权与监护权冲突的成因	(205)
三、生育权与监护权冲突的立法协调	(207)
第二节 生育权与胎儿权益冲突	(221)
一、生育权与胎儿权益冲突的表现	(221)
二、生育权与胎儿权益冲突的成因	(222)
三、生育权与胎儿权益冲突的立法规范	(226)
第九章 生育权异质冲突(二)	(259)
第一节 代理孕母的法律规制	(260)
一、关于代理孕母的法例	(261)
二、关于代理孕母的学理争议	(263)
三、对代理孕母的制度设计	(266)
第二节 人工辅助生殖技术应用的法律规范	(282)
一、关于人工辅助生殖技术应用的法例	(282)
二、关于人工辅助生殖技术应用的学理争议	(285)
三、对人工辅助生殖技术应用的规范思考	(287)
第三节 艾滋病患者生育权行使的法律保护	(292)
一、关于艾滋病患者生育权行使的法例	(293)
二、关于艾滋病患者生育权行使的学理争议	(295)
三、对艾滋病患者生育权行使的保护建议	(296)

第四节 罪犯生育权行使的法律对策	(301)
一、关于罪犯生育权行使的法例	(301)
二、关于罪犯生育权行使的学理争议	(303)
三、对罪犯生育权行使的政策选择	(304)
主要参考文献	(308)
后 记	(315)

上 部 制 度 篇