

本书从性的特征、民法中性权利理论的内容及私法救济、少数人的性权利、婚姻关系中性权利的自治等五个方面，对性权利问题进行了全面的论述，特别是对婚姻关系中性权利行使等问题提出了个人的见解，认为这是性权利行使和实现的主要形式。作者指出，夫妻双方在互爱的基础上，相互尊重，相互协力，相互配合，和谐、理性地行使与实现各自的性权利；婚姻性调整的本质是有利于性权利的实现，使每个人的性权利都得到保护，每个人的性人格尊严都得到尊重。总之，夫妻双方性权利行使的最终目标是有利于双方当事人性权利，尤其是精神性性权利所保护利益的共同实现。

民法中的性权利研究

SEXUAL RIGHTS
IN THE CIVIL CODE

莫爱新◎著



中国政法大学出版社

民法中的性权利研究

莫爱新◎著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

民法中的性权利研究 / 莫爱新著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 6

ISBN 978-7-5620-3948-8

I. 民… II. 莫… III. 性-权利-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第102530号

- 书 名 民法中的性权利研究 MINFA ZHONG DE XINGQUANLI YANJIU
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 7.375印张 180千字
- 版 本 2011年8月第1版 2011年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3948-8/D·3908
- 定 价 22.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

序

莫爱新同志所撰写的《民法中的性权利研究》一书，从性的特征、民法中性权利理论的内容及私法救济、少数人的性权利、婚姻关系中性权利的自治等五个方面，对性权利问题进行了全面的论述，特别是对婚姻关系中性权利行使等问题提出了个人的见解，认为这是性权利行使和实现的主要形式。作者指出，夫妻双方在互爱的基础上，相互尊重，相互协力，相互配合，和谐、理性地行使与实现各自的性权利；婚姻性调整的本质是有利于性权利的实现，使每个人的性权利都得到保护，每个人的性人格尊严都得到尊重。总之，夫妻双方性权利行使的最终目标是有利于双方当事人性权利，尤其是精神性性权利所保护利益的共同实现。

这是一部时代性较强、具有前瞻性的力作，它对于进一步强化人们对性权利的认识和把握有重要的现实意义。

巫昌祯

2011年3月25日

内容摘要

在现有人权保障水平下，人们对“人作为一个性存在享有相应人权”的观点，应该说没有多少争议，但是，对于这一人权的具体法律保障却是仁者见仁、智者见智！尤其是民法在对自然人的这一人权的实现与保障中，争议更大！主要问题有：对于获得人权保障下的自然人性利益，民法中应否肯认、如何肯认？民法上现有人格权理论中的“贞操权”理论、“性自主权”理论能否担当？如果不能完全胜任的话，自然人基于人格中性要素的保护，到底还应享有哪些人格权利？这些权利的具体内容、救济、（婚姻中的）行使以及利益实现又如何？少数性表现非常态人群的上述问题应如何？为了能够在民法上对自然人获得人权保障下的性利益提供周全的保护，在民法理论上正确地解说上述诸问题，文章首先在社会学上阐释与归纳了性的两种属性；接着，在法哲学上推理论证了性的属性、人权意义的性权利与民法中的性权利三者间的内在联系、人权意义性权利的特点以及在特点影响下民法中性权利的应有表现；最后，主要运用了概念法学的方法、实证分析的方法，对自然人基于人格中的性要素的保护，从而在民法中的人格权意义上应享有的性权利作出了全面系统的整合与归纳，分析论证了每种具体性权利的应有内容、法律救济以及它们在婚姻中的行使与实现，实证解说了变性症者、同性恋者性权利的相关问题。

文章的引言部分，交代了选题的思路，对与性相关权利的

研究现状进行简要点评，指出现有理论的合理性与不足，初步提出民法中性权利的研究路径。

文章的第一章，首先，简要揭示了性的特性、人权意义上的性权利与民法中性权利的内在关系；其次，从性的自然属性角度出发，总结归纳出性的七种自然特性，从性的社会属性出发，检讨出性的六种社会特性；再次，以性的属性为根据揭示出人权意义上性权利四个特点；最后，在性的属性、人权意义上性权利特点的基础上，初步推导出民法中性权利的一般问题，为下文对民法中性权利问题的系统研究确立了基本指导思想。

文章的第二章，首先，从性的四种含义入手，系统分析了自然人人格中的性利益构成，廓清了民法中性权利的利益保护范围；其次，正式提出民法中性权利的概念，解析并归纳其特征；再次，从性利益的全面保护出发，结合现有的人格权体系，论证了民法中性权利理论提出的必要性，初步提出了民法中性权利的立法设计，系统梳理出了民法中性权利的体系。

文章的第三章，分别论述了两种物质性性权利（性生理载体权、性健康权）和三种精神性性权利（性自主权、性别权、生育权）的概念、内容与私法救济。

文章的第四章，主要研究了少数人群（变性症者、同性恋者）性权利的相关问题。

文章的第五章，从民法中性权利的行使和实现的角度出发，对（性爱）婚姻中配偶间有关性的人格利益关系问题进行了探讨，提出夫妻双方性权利行使的共同目标应是有利于双方当事人性权利、尤其是精神性性权利所保护利益的共同实现。

文章的结论部分认为：第一，自然人作为一个性存在，无论在人权层面上，还是在民法中的人格权上都应享有相应的权利；第二，在现有民法的人格权体系下，性权利至少应包含如下五种具体权利，即性生理载体权、性健康权（物质性性权利范畴）与性自主权、性别权、生育权（精神性性权利范畴）；第三，“人作为一个性存在”是一个“复杂的性存在”，所以，变性症者、同性恋者作为性少数人群也应适当享有相应的性权利；第四，于婚姻关系中行使与实现性权利，是最可能符合性的自然属性与社会属性要求的性权利行使与实现形式，也是最主要的性权利行使与实现形式。（性爱）婚姻中双方当事人性权利自治行使的目标应是有利于双方性权利、尤其是精神性性权利所保护利益的共同实现。

引 言

日本婚姻法学者栗生武夫在其著作《婚姻法之近代化》中指出：“私法亦系指示私益获得之方法，即指示财货获得之方法，与劳务获得之方法。”“婚姻法，系异性法，即规定异性获得方法之法律。申言之，即规定确实的获得某种男性，及确实的获得某种女性方法之法律。”“法律惟规定异性获得之方法，与其丧失之程序，而于夫妻关系存续中相互应属如何？则不设详细之规定，此与惟规定财货之取得及丧失，而不规定其消费之法者，殆属相同。故婚姻法之中枢，在于结婚法与离婚法，夫妻关系法不过附属的部门而已……”〔1〕显然，在这段论述中，栗生武夫所秉持的观点建立在这样的认识基础之上：一是“婚姻法之近代化”实属“婚姻法之民法化”。所以，作为民法学专业婚姻法方向的博士研究生，用民法思维、尤其是民法特有之权利思维思考婚姻法问题，也就自属当然。〔2〕二是婚姻缘起于人类性关系以及由其衍生出的生育问题的调整与规制，婚姻法实应为人类性关系调整法。受上述两点启发，本书便尝试从民法中权利的视角出发，全面审视自然人基于“性”要素而应享有的人格权利，弄清自然人在私法上就性而言所应享有的人格利益范围，探讨与性相关权利的应有内容以及私法保护，最终从民法上（人格）权利的自治行使与实现角度，解析与诠释现代婚姻中的关系（主要指婚姻中的性关系以及由其衍生出

〔1〕〔日〕栗生武夫：《婚姻法之近代化》，胡长清译，沈大明勘校，中国政法大学出版社2003年版，第1、2页。

〔2〕中国政法大学对《婚姻法》课程在法学学科谱系中位置的如此设定，即显示我校支持并践行“婚姻法之近代化”实属“婚姻法之民法化”的观点。

的其他关系)。

在此目标的指引下，本人分析研究了一些有关“人作为一个性存在”而应享有权利的论著，于此，也就法学领域对这一问题的研究现状做如下简单述评。一是对从人权角度研究性权利的述评。这一方面研究的力作当属中国社会科学院赵合俊的博士论文《作为人权的性权利——一种人类自由的视角》，从该文的摘要部分可知，文章以人性和人格为基础，提出了作为人权的性权利，认为性权利是人作为一个性存在的人权，性权是基本的、普世的人权，分为自由权、平等权与追求幸福权三大门类，性权利的目的在于保证和促进每个人性的自由、全面的发展，以及在此基础之上的全人类的性和谐。^{〔1〕}人权视角下性权利的研究，不仅为自然人性利益的保护提供了正当性说明，而且也为自然人作为一个性存在所应享有的全部权益作了一个整体归纳，即既包含在公法上所享有的种种权益，如基于性利益保护的结社、集会、游行、示威权，性教育权，性平等权等，也体现有私法上的人格利益，如性自主权、生育权等。可见，人权视角下性权利的研究，为民法上探讨自然人基于人格中性要素而应享有的私权利，作出了方向性的指引与原则性的指导。但是，我们也必须明白，没有民法对自然人基于性而应享有的人格权利的具体规定，人权上的性权利则更多地会是形式上的，或者是严重残缺的。因此，民法上对自然人基于性而应享有的人格权利的展开研究是必要的、不可缺少的！没有民法理论的指导，仅局限于在人权视角下对私生活中的具体性权利问题泛泛而谈，是很不够的！二是对民法上人格权视角下的“贞操权”、“性自主权”的简要评述。我国民法上性权利研究的开启始于1991年出版的张俊浩教授主编的《民法学原理》，该书

〔1〕 参见赵合俊：“作为人权的性权利——一种人类自由的视角”，中国社会科学院研究生院2002年博士学位论文，内容摘要部分。

从人格权角度第一次明确提出了“贞操”和“贞操权”概念，并在人格权体系中将贞操权归入精神性人格权中的尊严型人格权。^{〔1〕}由此，民法中以人格权视角研究自然人基于自身之性所应享有的权利的正确研究路径得以发现，并一直受到坚持，王利明教授的贞操权理论、杨立新教授的性自主权理论，以及一些民法典草案建议稿所提到的贞操权或者是性自主权规定皆是明证。从民法上人格权视角下对性利益的诸多研究看，自然人之自由型的精神性性权利即性自主权，得到了学者们的充分重视与全面解说，但由于未能与人权视角下性权利的研究相结合，极有可能导致人权保护下的性私益不能够完全得到民法上相关人格权利的承认与保护。难道在（人权意义上）性权利中只有自由权具有民法上的人格利益与相应的具体人格权，而平等权与追求幸福权就没有吗？显然，从人性与人格出发研究性权利，并在这种研究基础之上，根据民法中的人格权理论探讨与总结民法中与性相关的人格利益与人格权利，才是周全之策！三是对婚姻法中以配偶权为视角研究与性相关权利的简评。有婚姻法理论从配偶权角度，分析出了婚姻当事人之间有关性的同居义务与忠诚义务，并通过这种义务的遵守，给婚姻当事人的性人格权益提供一定的法律保护，进而有利于婚姻的美满、和谐与稳定。但这种做法也遭到了反对者的非议，认为其不符合国情、不便于司法实践操作，当然，更谈不上对婚姻以外其他性关系以及生育关系的调整与保护。一句话，配偶权理论不能很好地解决自然人性人格利益的保护问题。

受学者先进们上述三种研究路径的启迪，本书拟从人性与人格出发，归纳总结人权视野下性权利的特点，进一步推理在

〔1〕 王竹：“我国性自主权理论的发展历程综述”（上），载中国民商法律网，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31491>，访问日期：2007年3月9日。

此特点影响下民法上相应人格权利的基本思想与指导原则，继而从民法中人格权视角，全面审查自然人就人格中的“性”要素所应享有的具体人格权利，探讨这些权利的应有内容与私法救济，并以这类私权利的自治来解析与诠释性爱婚姻关系中与性相关的法律问题。

论文的选题、论文题目语词的表述、文章的研究路径以及文章内容上对民法中性权利体系的论证与归纳、对具体性权利的权能解析、对婚姻中性的人格利益关系的解释等，都一定程度上体现着作者试图追求创新的精神，然毕竟才疏学浅、天赋不足，创新能力的严重欠缺，也决定着文章所谓的“创新”之处往往会是文章“硬伤”之所在。

第一章 性的特性与两种 意义上的性权利

本章旨在为民法中性权利的提出正本清源。顾名思义，民法中性权利（sexual rights in civil law）应当属于民法上自然人人格权项下有关性利益保护的一种子项人格权。作为自然人的一种民事权利，其在人权或者宪法层次上的依据当属人权意义上的性权利。所谓人权意义上的性权利，就是人作为一个性存在（sexual beings）而应当享有的权利，属于人权层面的一种权利。这种意义上的性权利作为母权，是民法上性权利的正当性来源。所谓性的特性，是作为生物人与社会人并在的人，在性的方面所体现出的各种特性。性的特性是“人作为一个性存在”的必然体现，制约并规范着人权意义上的性权利，也可以说，人权意义上性权利的道德基础在于性的种种特性。可见，性的特性、人权意义上性权利与民法中的性权利存在着密切的内在联系，性的特性以及于此基础上所形成的人权意义上性权利是民法中性权利的“本”与“源”，民法中性权利的内涵与外延，也必然受人权意义上性权利与性的特性的制约与影响。

第一节 性的特性

一、性的概说

（一）性的意义

性是人类自身繁衍的手段（可以肯定地说，一定时期内，

克隆技术尚不足以动摇性的这一地位),是人自身两大生理需要的构成部分之一,正所谓“食、色,性也”(《孟子·告子上》)。人类的性行为,不仅是人的生理本能,还存在有深厚的文化,所以“人类的性=本能+文化”。^[1]可见,性也是人类逐渐摆脱野蛮、走向文明,从而区别于其他动物的重大标志之一。总之,性的意义之于人类举足轻重,在李银河看来,性的意义至少可以被概括为七种:①为繁衍后代;②为了表达感情;③为了肉体快乐;④为了延年益寿;⑤为了维持生计;⑥为了建立或保持某种人际关系;⑦为了表达权力关系。^[2]性的意义如此重大,可以断言,人类从一开始、到现在、到将来,都会永远执着地、毫不停息地了解性、认识性、探索性。一句话,性与人类同在,性与生活同在。

(二) 什么是人类之性

人类对性的研究与探索是远古而浩瀚的。从时空上看,是“无时不在”、“无处不在”的;从参与主体上看,是全人类的;从研究角度上看,是全方位的,有医学、人类学、社会学、伦理学、法学、政治学等种种视角;从研究成果的数量上看,是汗牛充栋、不胜枚举的;从探索取得的效果上看,人类在性方面渐次摆脱野蛮、走向文明,减少束缚、走向自由。然而,人类的性究竟是什么?

1. 人的本质是什么?本书以为,要回答什么是人类之性的问题,必须首先解答“什么是人”或“人的本质是什么”。根据马克思的观点,我们知道,人的本质有两个层次:第一个层次是人类的内在本质或人的一般特性,即人之为人而区别于其他动物的“类特性”;第二个层次是个人(包括某一群体)的

[1] 刘达临、胡宏震:《中国性文化史》,中国出版集团东方出版中心2007年版,第1页。

[2] 李银河:《性的问题·福柯与性》,文化艺术出版社2003年版,第9页。

现实本质或人的个性，也即常驻于人自身的人类内在本质通过个体（或某一群体）在特定社会关系中的活动而表现出来的现实形态。^{〔1〕}可见，人的一般本质将人区别于其他动物，人的特殊本质将个人（或某一群体）区别于其他个人（或某一群体）。根据人的一般本质，人是区别于动物的类存在物，“有意识的生命活动把人同动物的生命活动直接区别开来。正是由于这一点，人才是类存在物”。^{〔2〕}“人们不仅为生存而斗争，而且为享受，为增加自己的享受而斗争，准备为取得高级享受而放弃低级享受”。^{〔3〕}“正是在改造对象世界中，人才真正地证明自己是类存在物”。^{〔4〕}根据人的特殊本质，在不同的社会关系下，人类有意识的生命活动也会有所不同、各有特点，反映着特定个体或群体的个性与现实本质。

2. 人的本质决定着人类之性的两种属性。根据马克思关于人的本质的观点，可以做出如下推论。首先，从自然意义上讲，人也是一种动物，因此，人类之性也是如此，也具有相应的自然属性。其次，“人之所以为人”的根本原因，即人的本质不在于人的自然属性，而在于人的两种社会属性，这两种社会属性会这样地反映于人类之性：其一，人类可以有意识地对待与性相关的各种活动，因为与性相关的各种活动毫无疑问也属于人的生命活动的一个组成部分。其二，“人之为人”的话，就可以认识与改造性，可以追求性、享受性。因为性作为人自身的组成部分，同样属于人的认识与改造对象世界的一部分。马克思说：“人是类存在物，不仅因为人在实践上和理论上都把类——自身的类及其他物的类——当做自己的对象；而且因为——这

〔1〕 陈波：《马克思主义视野中的人权》，中国社会科学出版社2004年版，第81、82页。

〔2〕 《马克思恩格斯全集》（第42卷），人民出版社1979年版，第96页。

〔3〕 《马克思恩格斯全集》（第34卷），人民出版社1972年版，第163页。

〔4〕 《马克思恩格斯全集》（第42卷），人民出版社1979年版，第97页。

只是同一件事情的另一种说法——人把自身当做现有的、有生命的类来对待，当做普遍的因而也是自由的存在物来对待。”^{〔1〕}“人之为人”的话，还可以追求性、享受性。如前文马克思所说，人在为生存与享受、乃至更高级的享受而斗争，而这一斗争过程中，当然也包括追求性与享受性的斗争。其三，人在认识与改造自身之性时，受人的特殊本质影响，必定会立基于特定的社会条件，体现出自身的个性、反映着社会现实，使人在认识与改造自身之性方面展现出复杂多元性。

这样，“人之为人”虽然是“生物人”，但更重要的是，要把他当做一个“社会人”，这样的“人”能够把自身作为认识与改造对象世界的一部分，可以于实践与理论探索中发现自身生理需求的客观规律，并在此基础上发挥主观能动性，从而使“人”能摆脱动物界生物法则的绝对控制，科学合理地引导、控制、调节人的各种客观生理需求。无疑，这里的客观生理需求，当然包括人在性方面的生理需求。因此，文明社会中，一个受尊重的人应该是“一个生物人与社会人的并在”，这样，人类之性也就有作为“生物人”的性——“生物之性”与作为“社会人”的性——“人化之性”两种特性。人在性方面的两种特性为人权视角下的性权利提供了正当性根据，也为科学、合理、恰当地明确民法中性权利的范围提供了客观尺度。

3. 兼具两种属性的人类之性的含义。“性是什么？就是最高的性研究的权威也轻易不敢下一个定义，但我们不妨解释一下。”^{〔2〕}在通常情况下，性有以下几种含义：其一，代表性器官及其性机能的“性”（sex）。如同其他动物一样，可以称之为公、母或者雄、雌，是性与生俱来的在生物学上的差别或自然

〔1〕《马克思恩格斯全集》（第42卷），人民出版社1979年版，第95页。

〔2〕〔英〕霭理士：《性心理学》，潘光旦译注，商务印书馆1997年版，第9页。

的差别，完全属于生物属性。在英文中，sex 这个词由 secus 衍生而来，而后者又渊源于 seco 一词，意为“截下，切割开”，^{〔1〕}也体现的是性的生物属性。其二，表示男女性别之“性”（gender）。性别是具有心理学意义和文化意义的概念，是一种社会标签，它是用来说明文化赋予每一性别的特征和个体给自己安排的与性有关的特质，^{〔2〕}也即性角色与性身份两个组成部分。性角色指的是人们所处的社会文化体系对男性或女性所约定俗成的社会行为模式，是个体性的社会属性的外显状态，性角色不同，性角色行为也不同，如男孩喜欢舞枪弄棒，女孩喜爱抱洋娃娃。性身份内涵具有双重性：一是内在的，即性身份是个体对自我生物的性的认知、确信和态度，即对自我是男是女的感知，是个体性的社会属性的自我心理状态；二是外在的，即性身份是对个人性行为归属的认同，一个人的行为暴露了它内在的本质，根据这些本质，人就拥有了不同的身份。^{〔3〕}其三，为生殖或愉悦而进行的有性器官参与的身体活动，即性活动之“性”。其四，指表示人有关于性爱的主观心理状态，如性感受、性欲望、性幻想等，^{〔4〕}也即性心理之“性”。以上四种含义下的人类之性充分展示了人的两种属性。

（三）法律层面上的性

根据著名婚姻法专家巫昌祯教授的总结，从我国现有涉性之法律来看，主要有婚姻法、刑法以及侵权法。在婚姻法中，性罪错发生主要有两个因素：一是由于一方有婚外性关系而引

〔1〕 参见〔美〕O. A. 沃尔：《性与性崇拜》，翟胜德等译，光明日报出版社1989年版，第7页。

〔2〕 参见魏国英主编：《女性学概论》，北京大学出版社2000年版，第27页。

〔3〕 周运清主编：《性与社会》，武汉大学出版社2005年版，第13页。

〔4〕 关于性的四种含义的划分，参见〔美〕Spencer A. Rathus, Jeffrey S. Nevid, Lois Fichner-Rathus：《性与生活》，甄宏丽等译，中国轻工业出版社2007年版，第3页。

起的，主要有通奸、姘居、重婚；二是由于夫妻间性生活冲突而引起的，主要是性虐待。刑法中的性犯罪有：强奸罪，强制猥亵、侮辱妇女罪，组织、强迫卖淫罪，引诱、容留、介绍卖淫罪，传播性病罪，嫖宿幼女罪，以及与性相关的文化市场上的犯罪，如制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，传播淫秽物品罪，组织淫秽表演罪等。侵权法中的性侵权，主要指各种形式的性骚扰。^[1]

根据这一总结，我们可知：①我国调整性问题的民事法律除婚姻法律之外几乎付诸阙如；②性问题的刑法调整极其发达；③上述法律在性秩序的构建中，主要关注性的善良风俗、公共管理秩序以及程度极其有限的性自由保护。上述情况反映，在我国的民事法律中，急需完善并落实“人作为一个性存在”的人格保护，也就是文章所讨论的民法中性权利问题。

彭晓辉认为，性权利的内容至少应该包括以下几方面：①性别发展权，指个人根据其生理性别发展相适应的性别角色和性别特征的权利；②合法性行为权，指个人合法地进行性行为的权利；③性繁殖权，指人们为了延续生命和发展种族而进行性行为的权利；④性隐私权，指个人保护其身体隐私部位、性行为特征和性生活秘密的权利；⑤性健康权，指个人保护其性生理发育和性心理发展健康的权利。^[2] 结合上文人类性之四种含义的分析，本书初步认为，属于民法中人格权项下的性权利至少应该有：性生理载体权、性健康权；性自主权、性名誉权、性隐私权及品行纯洁权；性别权；生育权。至于民法中性权利实际应具有哪些具体性的权利、每种具体类型的权利意义如何，以及如何在体系上协调与其他人格权的关系，容后文

[1] 参见江汉声、晏涵文主编：《性教育》，中国青年出版社2004年版，第271~282页。

[2] 彭晓辉主编：《性科学概论》，科学出版社2002年版，第361、362页。