

论生育权的性质及其法律保护

桂南岭

(湖南工业大学 法学院,湖南 株洲 412008)

摘 要:生育行为是自然的生理行为,但人类的生育行为是有意识的生育活动,必然受到社会的影响和制约。人类的生育活动历经了自然生育阶段、生育义务阶段和生育权利阶段的进化。生育权是 19 世纪为女权主义者提出的基本人权之一,所以说,生育权是人格权,并非身份权。我国法律规定“公民有生育的权利”,由此引发男性是否具有生育权、独身者是否享有生育权、死囚犯是否享有生育权以及死后是否仍有可能享有生育权等一系列有关民法对生育权的保护问题,我国对生育权立法时,应充分考虑这些问题。

关键词:生育权;人格权;民法保护;西方女权主义

生育行为似乎是自然的生理行为,但人类的生育行为是人类有意识的生育活动,受到社会因素的影响和制约,其中社会经济发展状况起着决定性作用;同时,人类的生育行为又影响与制约社会经济的可持续发展。生育权作为一项基本人权已经得到了国际社会的普遍关注并写进联合国人权文件。如 1968 年的《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”;1974 年世界人口会议通过的《世界人口行动计划》对生育权的内涵进行了全面阐述:所有夫妇和个人都享有负责自由地决定其子女人数和生殖间隔以及为此目的而获得信息、教育与手段的基本人权。1994 年的《国际人口与发展会议行动纲领》进一步指出,促进所有人负责地行使这些权利应成为政府和社会支持的生殖健康政策和方案的基础。我国《宪法》未直接使用生育权的概念。但第 25 条规定了“国家推行计划生育”,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。在第 49 条规定了“夫妻双方有实行计划生育的义务”。其他法律也对生育权作了规定,如 1992 年颁布的《妇女权益保障法》第 47 条规定:“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。”2005 年修改后变为了第 51 条。这是我国法律第一次确定公民的生育权。2002 年 9 月 1 日生效的《人口与计划生育法》更是明确提出了公民生育权的概念,并规定“公民有生育的权利,也有依法实行计划生育的义务,夫妻双方在实行计划生育中负有共同的责任。但是,迄今为止法律未对生育权的主体、内容和行使方式作出明确具体的规定。也就是说,生育权在我国只有权利根据而无具体的权利制度作为保障,为此,有必要对其进行理论探讨。

一 生育权利的历史过程

据考证,人类生育有史可查的已有几千年。在这几千年

中人类的生育经历了自然生育阶段、生育义务阶段和生育权利阶段的进化。在人类社会的初期,人类不了解性与生殖的关系,不可能有意识地通过避孕来控制生育,生育行为是人类自然的行为,是基于人的本能而不加节制的性生活的附属品。此时,人类处于自然生育阶段,生育处于无规范、无控制的状态,既非权利也非义务。在漫长的奴隶制社会、封建制社会,由于自然经济的生产力低下,对生育的生理机能无法认识,性生活的不可避免导致生育的不可避免性。妇女沦为生育的工具,加之劳动力成为主要的生产资本,传宗接代成为生育的目的。这一时期的法律没有规定生育权,相反,对生育当事人尤其是妇女,更多地体现为一种义务。如中国的习惯法中“不孝有三,无后为大”,“七出三不出”等,都把生育作为一种天然的义务。不尽义务者,就要受到家族法或习惯法的惩处,对生育当事人无任何权利可言。

生育权的概念最早出现在 19 世纪后期,西方女权主义者要求有自愿成为母亲的权利。生育权代表对生育控制的要求,主要指妇女有“不生育权”,以实现对生育进行自我决定和自由选择。其含义包括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政治、经济上的解放运动联系起来。1927 年美国最高法院在“巴克诉贝尔”(Buck V. Bell)案中确认了弗吉尼亚州一项法令的合法性。该项法令规定,在通告有关各方以及一次听证会之后,一个公证的委员会便可发出命令,对州立医院中的大脑缺陷病人进行绝育手术。负责此案的霍尔姆斯(Holmes)法官认为“生育权”并不是一般权利,而是一种特权。公众为国家福利亦可以呼吁那些消耗国家资源的人(即弱智弱能人)做出一些牺牲,做绝育手术,以免整个社会被他们连累。社会不应等待他们的后裔沦为罪犯或饥饿至死,而是要预先防止他们繁殖后代。

收稿日期:2008-10-22

作者简介:桂南岭,男,湖南益阳人,湖南工业大学法学院副教授,主要从事人口与婚姻家庭法学教学与研究。

这对整个社会将是非常有利的。法院从此剥夺了巴克的生育权,巴克在这种情况下做了绝育手术。由于这个案例,美国最高法院才开始考虑自由生育问题。在同一时期,欧洲人权法的发展确认了生育与家庭的重要性。1942年的“斯金那诉俄克拉何马案”(Skinner V. Oklahoma)是美国生育权的一个里程碑。在此案中,斯托恩大法官(Chief Justice Stone)利用“自由”的广义概念,针对俄克拉何马州的一项法案(该法案容许被判三次盗窃罪的人进行绝育),认定强制绝育是对人类自由的侵犯。道格拉斯法官(Justice Douglas)认为,俄克拉何马州剥夺了个人的权利,而这种权利是种族不灭的基础——生育后代的权利。“斯金那诉俄克拉何马案”确认了生育能力不被侵犯的权利,同时也确认了一个人的生育能力的基本价值,引起了广泛的关注,被看作是生育权的一个里程碑。^[1]此后,联合国人权组织对生育权作出了规定,我国在2002年《人口与计划生育法》中明确规定了公民有生育的权利。生育权利化在我国终于进入了法制化的轨道。

二 生育权的性质与内容

(一) 生育权的性质

关于生育权的性质,理论中通说认为是一项基本人权,是私权即人身权。然而对此有几点值得注意:其一,有学者认为,我国的生育权是由《妇女权益保障法》、《人口与计划生育法》等公法来规定的,因而其是一种公法上的权利,民法(包括《婚姻家庭法》)不应该将其作为调整对象。此种认识显然值得研究。所谓“公法的权利”并非等于公权力,只是指公法所规定并保护的权力,而公法所规定并保护的权力可能是私权,并同时受私法的规范与保护。其二,有学者认为,从权利和义务相对性来说,可以认为生育权既是一种权利,又是一项义务,男女一方的权利同时是另一方的义务。^[2]此种认识令人费解。既然双方均享有生育权,那么夫妻一方的生育权怎么正好是另一方的义务呢?其三,应作为私权性质的公民的生育权与作为公权性质的国家生育管理权区分开来。

对生育权是人格权还是身份权认识不一,归纳起来,有如下一些观点:

1. 人格权说。该观点认为生育权为人格权,其理由有:第一,人格权是自然人与生俱来而固有的法定权利,是人之所以为人的神圣权利,是人格尊严的重要体现,那么作为自然人与生俱来的生育权当然为人格权;第二,生育权的实质渊源是人类生存的必然,生育权与婚姻家庭权并不存在必然联系,并不非要以婚姻家庭作为前提和基础,所以生育权与婚姻自主权是并列的,并非从属关系,而且与夫妻身份无关;第三,权利的本质是自由,而这种自由来自于个人的独立人格,即完全由个人意志决定。夫妻之间一方并不能强迫另一方生育;第四,社会性文化的演进和生育技术的发展使得男女双方对生育权都有更多的自主权。进步社会的运动,迄今为止,始终是一个从身份到契约的运动,社会进步的必然结果导致了人类身份权向人格权大量的转移,生育权也不例外;第五,1974年的《世界人口会议行动计划》不但赋予夫妻

而且强调了个人的生育权利,显然生育权属于人格权;第六,如果把生育权作为身份权,当生育权行使发生冲突时,社会很难作出价值选择,把生育权确定为人格权避免了这种权利冲突。

2. 身份权说。该说法认为生育权是一种身份权,是自然人基于夫妻身份而取得的一种权利,为夫妻双方共同享有。第一,如果说任何人都享有生育权的话,无生育能力的人能享有生育权吗?对无生育能力的人不能享有生育权而不能说他无人格权。第二,取消婚内生育制对未来子女的一半血缘关系无法公示,有可能导致近亲结婚,导致人种退化。第三,从婚姻家庭法律强调的保护子女的利益,“私生子”接受单亲教育和培养,不利于子女的成长,根据我国法律,生育是权利,同时也是法定义务,对有配偶者与“姘居生育者”并不被社会的道德和法律所承认。

3. 区分说。持这种观点的学者认为,生育权既为人格权又为身份权,对个人而言是人格权,对夫妻而言是身份权,具有夫妻相对权和对抗世人的绝对权的双重效力。因为在合法婚姻关系中,生育是夫妻共同行为的结果,生育权是婚姻关系派生出来的一种权利。

比较上述三种观点,应该说“人格权说”更符合现代生育权的本质。因为“身份权说”把生育权与生育权的行使、公民的生育权与公民对生育负有的义务混为一谈。至于导致人种退化,在现代社会中是不可能发生的,此外,就人身权而言,根本不可能形成共同享有的关系,因为人身权不同于财产权,其不可做量的分割。区分说是把同一种民事权利,分主体不同而性质不同的错误分析。

(二) 生育权的内容

具体说来,主要包含以下几方面的内容:1. 生殖健康(保健)权利。包括获得科学知识和信息的权利、获得避孕节育、生殖保健技术服务、咨询、指导的权利。同时,也包含了患不孕症的育龄夫妻有获得咨询、指导与治疗的权力。2. 男女平等权利。女性与男性在实行计划生育方面地位平等,双方都有要求实行计划生育的权利;女性与男性有同等的参与权、决定权,而不仅仅是处于受支配地位。当然,要完全实现计划生育领域的男女平等,还有赖于经济的、社会的、道德的、宗教的等多领域的促进。另外值得注意的是,随着女权运动的发展以及妇女地位的不断提高,在现实中出现了男性因女性私自堕胎而维护自己生育权的案例,其实,在生育权的行使上,女性有更大的决定权,生育权是不平等的,并且女性明显地比男性有更大的生育自主权和决定权。3. 知情选择权利。在本法中是指避孕节育方法的知情选择权,即国家通过提供充分有效的计划生育和避孕方法的信息,介绍各种避孕方法的效果、优缺点和适应对象,使需要采取避孕措施的育龄群众在充分了解情况的基础上进行选择。4. 健康及安全保障权利。这里指的是根据《中华人民共和国母婴保健法》、《中华人民共和国劳动法》等法律法规规定,对于实行计划生育的公民及妇女怀孕生育期间应享有的健康安全保障及劳动保护等权利,包括:向育龄群众提供的避孕药品、工具应当

安全、可靠;向育龄群众提供的节育技术服务应当保障受术者的安全、健康;国家采取积极措施,向育龄群众提供有效的计划生育和生殖保健服务,努力避免非意愿妊娠,减少人工流产;采取各种措施,防止性病、艾滋病传播,并使患者得到治疗;努力降低孕产妇和新生儿死亡率;妇女在怀孕生育期间享有的健康安全保障及劳动保护权等。5、生育方式的选择权。除正常的性爱活动导致女方怀孕外,还有一部分人因各种原因(包括男性无精少精、女性输卵管不通、生殖器官缺陷等)选择其他生育方式,如人工授精、试管婴儿、借腹生子乃至克隆技术等。当然有些方式由于涉及伦理、宗教、心理等方面的问题引起了争议并被立法予以禁止。笔者认为:在伦理许可的范围内,法律应尽可能地维护民众的利益,人工授精、试管婴儿、非商业性借腹生子都应允许(因篇幅所限在此不论述非商业性借腹生子的合理性)。

综上所述,公民的生育权内容广泛,形态各异,涉及诸多问题。

三 关于生育权的法律保护

由于生育权是一种人格权,任何人都不得侵害他人生育权。《人口与计划生育法》规定的“公民有生育的权利”,只是一种权利根据,而无具体制度,为此,就生育权的法律保护进行探讨。

(一) 男性生育权的保护

在我国传统理论中基本一致认为女性为生育权的主体,对男性是否享有生育权认识不一。

否定者认为:1、生育权的基础仅在于怀孕的事实,其权利主体应该是女性。2、女性承担了孕育生命的全过程,还要承担着一朝分娩的风险,赋予男性与女性平等的生育权利并不公平。3、法律规定“公民有生育权利”并不能作为男性享有生育权的法律依据,立法的本意是强调计划生育的法定义务与责任,如果男性享有生育权,男性就有权要求其妻生育子女,女性的不生育自由权得不到保护。

肯定者认为:1、生育权是一项人权,依男女平等原则,男性当然享有生育权。2、从社会学角度来看,男性和女性的生育权应该是统一而非对立。生儿育女,繁衍后代,是人的自然需要,也是男女享有生育权的伦理基础。3、生育行为需要男女共同参与,是共同意志的表现。那么,男性应同女性一样享有生育权。4、“公民享有生育权”是肯定权利与赋予义务的统一,并非只强调义务与责任,否则有违立法的本意。

还有学者认为,尽管男女均享有生育权,但不平等地享有这一权利,女性的权利要大于男性。1、男子的性权利和生育愿望要通过女性才能实现,因此,必须要尊重女性意愿,在女性的认同下才能达到目的。任何违背女性意愿的男性强权都会造成女性心理、生理的双重伤害。2、如果片面强调保护男性生育权的话,就会给一些家庭暴力、婚内强奸等极不人道的行为披上合法的外衣。而将生育权赋予女方最坏的结果只是双方离婚,男方可选择愿意与其生育子女的其他异性再婚。毫无疑问,前者可能导致的恶果远远大于后者。因此,夫妻之间就生育问题产生纠纷时,应将生育决定权赋

予女方。3、生育不是婚姻的必然结果,女性也不是生育的工具。4、女性不仅在照顾抚养子女方面履行了比丈夫更多的义务,而且在怀孕、生育和哺乳过程中独自承担艰辛和风险。根据权利义务一致原则,女性在生育方面就应该享有大于男性的权利。法律对女性生育权大于男性生育权的肯定,正是体现了其保护弱者的原则,也是对妇女的人文关怀和特殊保护,更加体现了法律的公正性。^[3]

综上所述,生育权作为自然人依法享有的一种人格权,无论男性还是女性均应享受。生育权这一概念是19世纪伴随着西方女权主义运动而被提出来的,并且作为妇女专有的权利。在相当的时期内都是作为妇女的特殊权利来寻求社会的承认和保护的,这主要是当时资产阶级鼓吹平等、自由等天赋人权,为保护妇女享有与男性平等的权利提出来的,在当时的男权社会的历史条件下,具有十分重要的意义。但它并没有否定男性早已享有的生育权。也正因为如此,当生育权的概念为国际社会普遍接受后,各国立法与司法实践及有关国际文件均承认无论是男性还是女性都为生育权的主体。我国对生育权的立法亦遵照了这个原则。

(二) 对独身者生育权的保护

我国《人口与计划生育法》颁布后,各省市都根据本省市的具体情况制定了相应的条例保证法律的实施,而吉林省的条例中的第30条第2款规定:“达到法定婚龄决定终身不再结婚并无子女的妇女,可能采取合法的医学辅助生育技术手段生育一个子女。该条例一出台,在全国引发了关于独身者或未婚者是否应享有生育权的一场大讨论。

肯定者认为,1、该条例与我国法律并不抵触。因为该条例为地方性法规,只在本行政区域内有效,并不涉及其他地方,按《立法法》的规定,各地可根据和结合自己的实际情况依照法律的规定制定具体办法,该条例正是依照上述规定制定的具体的实施办法,并与其相关法律没有冲突。2、生育权是一种天赋人权,它并不必然以婚姻关系的存在为前提,生育方式选择权是生育权的一项重要权能。随着科学技术的发展,使不用婚姻方式生育子女成为可能。3、单身女性享有生育权的生理基础是女性生殖器官的子宫,单身女性生育权的属性,实际应从它的生理基础的法律权属状态开始,即人对自己的器官享有何种权利,人是由一系列器官组成,身体器官是人的物质基础,但人不仅是生物性的存在,人更重要的是精神性的存在,因此法律规定了人格权,对人格利益进行确实和保护。人对器官的所有权更确切地体现为人格利益,即维护人格尊严。^[4]

另一种相反的观点认为,1、独身女性的生育权无法律依据,生育权的主体是公民,公民对这种权利的享有与履行义务是相对应的,而义务需要夫妻双方共同履行。生育权是一种身份权,是公民基于夫妻身份而取得的一种权利。2、“决定终身不再结婚”是一种似是而非的说法,并且独身女性的这种生育权是影响到后代人的知情权的实现。3、生育权是人之应然的人格权,只有在夫妻关系中才能转化为实然权利。否则,这种作为价值取向的应然权利无法拥有使自己得

以实现的根基与土壤。4. 独身女性生育权的立法违背了法律的基本精神。人的权利由自由权利和法定权利两部分构成,生育权是公民与生俱来的自由权利,但人的自由权利是有限制的,生育权的行使必须符合法律的规定。既然我国法律禁止非婚生育,那么该规定就违背了法律的基本精神,并且是对现行的婚姻制度和婚姻观念的背叛。如果大量的单亲家庭出现,对法律中规定的监护权、抚养权、知情权、继承权等的权利冲突。国家计生委赵炳礼副主任也认为,虽然单身女子也有生育的权利,但不宜通过法律法规的形式加以规定。

综上所述,生育权作为自然人的一种人格权,那么自然人享有生育权就不受其婚姻家庭的限制,至于单亲家庭影响孩子的成长只是一种传统观念,关键是什么样的单亲才决定孩子的健康成长,该条例并没有违背我国的立法原则和立法精神,法律规定的“公民有生育的权利”而并非“夫妻有生育的权利”。公民无论婚否均享有生育权是我国法律保障公民基本人权的成果。同时,《立法法》第63条规定:“省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。”为此,吉林省有权就当地的人口政策制定具体的规定。

(三)死囚犯生育权是否需要保护

2001年11月20日,《浙江工人日报》独家披露了一条社会新闻,其主要内容是丈夫被判死刑,妻子则向法院提出通过人工授精为丈夫生一个孩子的请求。但法院以此做法无先例为由,驳回了妻子的请求。此案引发了对“死囚犯有无生育权”的大讨论。

持肯定者认为:1. 死刑犯在执行死刑前依然是我国的公民,享有与普通公民平等的民事权利能力,死刑犯被剥夺的政治权利不包含民事权利。因此,死刑犯在剥夺生命前仍然是完整意义上的公民,依然享有相对完整的民事权利。^[5] 2. 我国《刑法》并没有剥夺罪犯的生育权。

持否定者认为:1. 罪犯剥夺了人身自由权,无法行使其生育权。2. 生育权作为一种相对要求权,不能要求他人为其实现生育权而实施积极作为。3. 生育能力存在于生命之中,生育权存在于生命权中,死刑犯没有了生命权,自然也就没有了生育权。4. 《刑法》规定怀孕的妇女不得判处死刑,那女死囚犯主张生育权怎么办? 5. 依卫生部颁布的《人工辅助生殖技术管理办法》的规定,人工辅助生殖技术的应用是以医疗为目的,而死囚犯的妻子的人工授精请求不是以医疗为目的。

综上所述,死囚虽然被依法判处死刑,但在执行前,其生命权仍然存在,仍是一个民事主体,仍然享有生育权。至于其生育权能否行使、如何行使,是值得探讨的问题,可以肯定

的是女死囚不可能行使生育权,总的原则是不能用行使生育权来规避法律的制裁。

(四)对一方侵害另一方生育权的保护

有学者认为,下列行为亦属于夫妻一方侵犯另一方生育权的行为。一是夫妻一方与他人有婚外性关系而生育子女的;二是夫妻一方在婚姻关系存续期间未征得另一方同意为他人供精或供卵进行人工生育的。^[6] 其实这两种行为都值得探讨,第一种情形婚外性行为并不构成侵犯对方的生育权,而婚外性行为导致非婚生子女而又需要转正致使对方受到生育限制,此种应该说是夫妻中有过错方侵害了对方的生育权。第二种情形显然不构成对其配偶生育权的侵害。因为此种行为并不影响其配偶生育权的行使和实现。

(五)对第三人侵害他人生育权的保护

1. 实行计划生育的国家其政府对符合生育条件的已婚夫妻不发给准生证。2. 从事某种有损生殖系统损害的职业或意外事故造成生殖系统损害不能生育的。3. 符合生育条件、依法自愿选择人工生殖技术而医疗机构不作为的。4. 由于医疗技术对妇女构成习惯性流产而不告知真情况的。5. 由绝育手术的操作失误导致“错误出生”的。6. 妻子在怀孕期间,在医院进行了胎儿健康检查,医院负有告知义务,但医院对胎儿存在严重生理缺陷或患有严重遗传疾病未告知父母终止妊娠而让其出生的。在德国、西班牙、比利时、英国等国的法院是赞成对错误出生进行抚养费有限赔偿的。对于上述情况,我国立法对此未做规定。但依照《民法通则》第106条规定,有过错方实际上构成了对公民生育权的侵害,其当然应当承担侵权损害赔偿的民事责任。至于如何赔偿、赔偿的标准国家应该在有关法规中作出规定。

参考文献:

- [1] 廖雅慈. 人工生育及法律道德问题研究[M]. 北京:中国法制出版社, 1995: 29 - 34.
- [2] 王洪坤. 生育权保护对法律的挑战[N]. 广西政法报, 2003 - 05 - 08.
- [3] 熊进光. 对生育权的法律思考[J]. 甘肃政法学院学报, 2002(6).
- [4] 元光. 单身女性生育权的法哲学思辨[J]. 医学与社会, 2005(6).
- [5] 尤洪杰. 死囚犯生育权解析[N]. 法制日报, 2002 - 03 - 03.
- [6] 杨遂全, 等. 婚姻家庭法新论[M]. 北京:法律出版社, 2003: 154 - 156.

(责任编辑:黄声波)