

生育权的法律定位

姜玉梅

(西南财经大学法学院, 四川 成都 610071)

摘要: 生育权的法律属性是生育权制度研究的基本问题, 在生育权的法律属性上, 可谓仁者见仁, 智者见智。本文在综合论述生育权的基础上得出: 生育权是公民人身权中的一种身份权, 是具有夫妻关系的配偶共同而平等享有的权利。

关键词: 生育权; 配偶身份; 共同享有; 平等享有

中图分类号: C923 文献标识码: A 文章编号: 1000-4149(2004)01-0012-05

The Legal Character of Reproductive Right

JIANG Yu mei

(Law School, Southwest University of Finance and Economics, Chengdu City, Sichuan Province, 610071)

Abstract: One basic concern of the reproductive right system is the nature of reproductive right, on which different and even controversial views have been expressed. Based on comprehensive examining of reproductive right, the author concludes that the reproductive right is an identity right, one of the personal rights of a citizen, which is mutually and equally enjoyed by the two partners in cojugal relation.

Keywords: reproductive right; spouse; mutual possession; equal possession

我国1992年颁布的《中华人民共和国妇女权益保障法》,第一次以法的形式对公民生育权作了确认。2002年5月实施的《人口与计划生育法》再一次重申“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”。在有关国际法文件中,生育权也得到了确认。

生育权作为一项权利,虽已通过法律的方式得到确认,但这并不意味着生育权本身已经很明确,其仍然存在许多基本问题需要探讨。生育权的法律属性是生育权制度研究的基本问

题。关于生育权的法律属性,有各种各样的观点,在某些问题上,争议颇大。明确生育权的法律属性,对完善我国公民权利体系,推动相关立法进程;对促进人口与计划生育管理机关工作人员权力意识转变,构建公民与政府之间正确的关系,规范生育秩序;以及对生育权提供切实有效的司法保护,使生育权具有真实意义等都具有重要的意义。

目前人们对生育权属于人身权的范畴已没有异议。因为生育权是伴随着生育主体的独立而形成和被确定的,始终与人身紧密联系,具

收稿日期: 2003-06-27

作者简介: 姜玉梅(1963-),女,山东人,法学博士,西南财经大学法学院副院长,副教授,主要研究方向:民商法,人口法学。

有人身权的所有特征：没有直接的财产内容，以生育行为这种人身内容为直接目的，是对自己人身的支配，从本质上讲，是不可以转让的。但生育权是一种怎样的人身权，则有不同的认识。

关于生育权的人身权性质，目前学界存在分歧，焦点集中在：生育权是一种人格权，还是身份权及配偶权。一种观点认为：“属于自由权范畴的生育权，其本质应为人格权而非身份权；是作为民事主体必须享有的权利，而不以是否具有特定身份如配偶身份为前提。所以，无配偶者也享有生育权，限制其实现这一权利应有充分的理由。^[1]”与之对立的另一种观点则认为，生育权是一种夫妻之间的身份权，属配偶权中的一部分，而非人格权。“生育权只能基于丈夫、妻子的这一特定身份，在合法婚姻的基础上产生，由双方共同享有。^[2]”主张婚姻法把生育权规定在配偶权内，以完善我国的夫妻人身法律关系^[3]。笔者赞同后一种观点。

一、生育权是具有配偶身份的公民享有的权利

这样的定位受到质疑。在阐述种种质疑的论述中，王虎、范学谦的《论生育权》一文具有代表性。其基本观点是：“生育权应该属于一种人格权。这是因为它是一种人与生俱来的权利，生儿育女不仅是人类延续的前提，也是自然人最基本的精神需求，没有理由能否认这一要求的合理性。因此，它和姓名权、名誉权、荣誉权一样，都是人格主体依据其独立的人格所享有的天赋权利，并不只与特定的婚姻身份关系相关联。”在作者看来，生育权只赋予有夫妻关系的男女，没有道理^[4]。

1. “它剥夺了那些无配偶或者丧失配偶的人延续后代的正当权利”。

问题是什么样的权利才是正当的。确实，“现代文明的不断发展使得传统的伦理道德倍受挑战，人们开始选择多样的生活方式。越来越多的人逐渐认为婚姻并非惟一的选择，单身、同居等生活方式也逐渐泛化”。我们也承认“人们不选择婚姻生活，并不代表不追求生育”^[5]。可是我们在任何时候都不要忘记，生育的后果是一个人的诞生，他（她）本身也是

权利主体，享有作为人的各种权利和尊严。那么生育主体在生育时不应只是“追求生育”，把生育本身作为生育的目的和内容。未来子女的权益和幸福应当构成生育正当性的基础，影响生育权的有无。正是如此，相关国际法和国内法文件对于生育权才有了“自由地、负责地”的界定。

任何有意或无意地忽略未来子女权益和幸福的生育，都有失正当。虽然我们不能简单地认为每一个生活在无婚姻家庭中的孩子都不幸福，在有婚姻的家庭中就一定幸福，但大量的事实表明，在前一种家庭中孩子不幸的情况更为普遍。我们看到，社会对非婚生子女已变得宽容，与过去相比，他们受到了更多的理解、同情（甚至怜惜）和尊重，但异样的目光和“问候”还是常常令他们感到难堪和隔膜。于是自卑、自闭、自弃在他们身上有了较多的反映，在健全人格的塑造上，他们所走的路要艰难得多。社会对他们的“伤害”是不公的，改变这种不公不是一朝一夕的事情。落后陈旧的传统观念应该摒弃，但厚重的历史积淀和化于有形与无形之间的存在，在相当长的时间内仍然是能够造成伤害的客观力量。无视这一事实是不明智的。

未婚者挑战传统，生育自己的子女可以理解，甚至可以嘉许，不过要其子女承受来自社会的“伤害”，同样是不公平的。尤其是子女幼年时期，身心发育不全，要他们理性对待外界的种种异样反映，采取合理的方式加以处理，是很不现实的。他们极易受到伤害。这种伤害有时是不可逆的，影响和伴随他们一生。也就是说，未婚者子女有更艰难，甚至是险恶的生长环境和条件。如果未婚者明知如此，还执意生育，从一开始就将子女置于艰难和险恶之中，实际上是对子女的伤害和损害。如果法律肯定和允许未婚者有权生育，也就是容忍未婚者子女的权利受到损害，这样的法律不能说是正当的。虽然“剥夺”未婚者生育子女的权利，未必是道德的，但他们毕竟有选择婚姻而生育的机会；而作为未婚者的子女，他们愿意不愿意都得面对极可能发生的社会“伤害”以致贻害终身。

两相权衡，认定生育权是身份权、配偶权，生育主体是具有夫妻关系的男女，从而保护未来子女的权益，在我国目前及相当一段时期应该是利大于弊。这样的定位也没有背离现代文明以人为本的价值目标。当然，对于未婚者实际发生的生育，我们没有必要视为洪水猛兽，看成是大逆不道。未婚生育者固然要承担一定的不利法律后果，但应相对宽容，要避免严厉的制裁。需要明确的是，这样的态度和处理不意味着未婚者的生育在法律上的权利化。

2. “它无法对越来越多的男性提供精子给精子银行的现象作出法理上的解释”。

在论者看来，“正是由于精子提供者作为正常的人享有生育的权利，他才能够将其精子提供给那些不宜生育的夫妻，帮助其完成延续后代的愿望。而如果把生育权仅仅狭隘地限制在夫妻之间的身份权内的话，那么无疑，它很难就精子提供者的法律权利作出一个合理的解释。”如果供精是行使生育权的表现，那么供精者就有权选择授精的对象、时间、次数，对授精生育的后代享有父权。然而事实完全不是这样。在异质人工授精中，无论是法律规定还是实际运作，供精者只与精子银行发生联系，供精后对精子的使用几乎没有“发言权”；至于使用该精子所生育的后代，供精者仅是其生物学上的父亲，在法律上，没有一个国家承认其父亲的地位。供精者供精，尤其是向精子银行供精，类同于血液或器官的提供和让予，属于民事赠予或买卖的行为。这样做本身不构成生育，与生育权无关。供精在法律上的根据是供精者对自己身体的支配权，或者说对自己精液这一特殊的“血液”行使处分权。

3. “由于身份是相对应的，因此身份权之间的权利、义务往往也产生对应关系。

如果将生育权纳入夫妻之间身份权体系中进行保护的话，也必然意味着丈夫有义务满足妻子的生育要求，而妻子也有义务满足丈夫的生育要求。但这样的逻辑结果不仅与《妇女权益保障法》第47条关于“妇女有按照国家有关规定生育的权利，也有不生育的自由”的规定相违背，同时，在夫妻双方不能就生育达成一致意见时，无助于问题的解决。

其实，夫妻间生育权的冲突有时是不可避免的，但这不是生育权作为身份权、配偶权造成的。根本原因在于生育权也是行动权，它的实现不仅需要生育权主体自身的行动，通常还要有相对方的行为配合。将生育权定为人格权，如果冲突出现时，仍然无法解决。以上述理由否定生育权的身份权、配偶权性质，是站不住脚的。

在我国，生育权在相当长的时期内应当认定为是具有夫妻身份的男女所享有的权利，是配偶权的组成部分，成立夫妻关系的男女是生育权的主体。这种定位既保证了生育权主体的普遍性，又包含了对所生子女的负责，在一定范围内为子女的成长提供了较好的条件，同时与我国的《婚姻法》、《人口与计划生育法》的有关规定也协调。虽然我国的《妇女权益保障法》关于生育权的表述是“妇女有按照国家有关规定生育的权利，也有不生育的自由”，《人口与计划生育法》规定“公民有生育的权利”，但只要把生育权置于整个法律体系和背景中考查，将其作为现实的而不是抽象的，并且能够为法律所保护的权利，那么就应该承认，这里的“妇女”指的是作为夫妻一方的妇女，“公民”指的是具有夫妻关系的公民。

二、生育权是夫妻共同享有的权利

有人认为，生育权的主体在我国仅是作为妻子的妇女，男子不享有生育权。于是有了一种呼声：在法律上确认作为丈夫的男子享有生育权。1997年草拟《婚姻法（修订稿）》时，曾有“夫妻有平等生育权”的提法；在草拟《人口与计划生育法》时也曾主张明确“公民的生育权受法律保护，男女享有平等的生育权”。但“平等的生育权”的表述最终都被放弃。在《人口与计划生育法》中所作的规定是“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”。但无论怎样，生育权主体从妇女“扩展”到了公民，男子便被涵盖了进去。于是社会舆论普遍认为，《人口与计划生育法》“首次对男性生育权作出认可”、“妻子再也不能剥夺丈夫生育权”。这也让自认为原本“没有生育权”的男性公民感到“欢欣鼓舞”。

“男性生育权”缺失感产生的原因多半是缘于《妇女权益保障法》中“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”之规定；司法实践中丈夫向未经商量便“擅自”堕胎的妻子索赔而败诉的案例则强化了这种认识。但以为男性原本无生育权的认识实在是一种误解，也过于简单化。

众所周知，在传统社会，妇女地位低下，在生育子女方面也无权利可言，甚至被当成生育工具。即使在当今社会，在一定范围内，妇女仍然可能被迫生孩子。在生育问题上，男子居于强势位置，妇女则属弱势群体，双方在事实上处于不平等的地位。男人的生育权利不言而喻，妇女的生育权需要特别强调和保护。惟有如此，才是公平的。在联合国的有关文件包括生育权在内的妇女权益也有同样的强调和保护。也就是说，这是矫正传统社会带给妇女过重的生育负担，实现公平的需要，它强调了妇女的生育权，但没有否认男子的生育权。

《妇女权益保障法》作为专门法，侧重于妇女权益保障，没有必要“面面俱到”，或者为求平衡和避嫌，规定无需自己规定的内容。《人口与计划生育法》规范生育活动，生育主体包括妇女和男子，因此对生育权主体的表述理应全面和完整，其范围要广于《妇女权益保障法》的规定。这些规定不过是对生育权及其主体范围的重申和进一步明确，而非创设。妇女的生育权不是始于《妇女权益保障法》，男子的生育权也并非自《人口与计划生育法》才享有。

夫妻生育权的认可，在新中国早已是事实。我们不仅可以从有关的社会公共政策获知，在法律中也能够找到根据。《宪法》《婚姻法》早就规定夫妻有计划生育的义务。这一规定的涵义是，夫妻有生育的权利，但生育应当有计划，不得滥用生育权。如果男方没有生育权，何来计划生育的义务。进一步讲，《婚姻法》确认夫妻作为孩子父母享有亲权，正是因为孩子是夫妻双方共同生育的结果。在自然生育中，父母的亲权与生育权一脉相承，没有生育权对生育的支配，也就不能享有亲权。享有亲权的根据，就是有权生育并且已经生育。确

认父亲享有亲权，却又否认他有生育权，亲权岂不成了“无源之水，无本之木”。如果认为丈夫没有生育权，那么在妻子受孕生育中，他的地位是什么，“精子提供者”？“助育工具”？把《人口与计划生育法》中“公民有生育的权利”的条款解读为“首次对男性生育权作出认可”或“妻子再也不能剥夺丈夫生育权”是一种误解。在现代社会中，生育权必定是夫妻双方共同享有的权利。

第一，从生理上看，人类的生育是通过两性活动，使得两性细胞（卵子和精子）结合形成新的个体生命，这需要男女的生殖系统来完成。和女人一样，男人在胚胎时，受精后第六周形成性腺，第七周就具有男性性腺的形态学特征，出生时具有完整的生殖系统。人类的生殖系统具有两个重要功能：性生活和生育。一个人成长到一定阶段，其生殖系统的两个重要功能即可发挥作用，生理生育能力就形成。妇女的生育年龄，联合国人口统计认为一般从15岁到49岁，而男人的生育年龄则比妇女长得多，自能产生成熟精子一直可持续到老年。生育功能也是男人具有的一种生理现象。

第二，从生育心理上看，当一个人进入生育年龄，特别是婚姻关系存续期间，都会不同程度具有生育的需求。生育需求与生育职能、生育动机和生育行为之间存在着密切联系，是决定生育行为的原始动因。生育需求会有多种情况，如基本的生理动因、经济的需求、传宗接代的需求、亲情需求等等，它是成年男女特别是已婚男女所共有的。世界上有人没有任何生育需求，终身不婚或婚而不生育，但毕竟极少数，况且生育权的内容本身就包含着权利主体可以自主决定不生育。

第三，从婚姻与生育的关系看，婚姻是生育的前提和起点，而生育则是婚姻的目标和结果。即使今后两性观念有所变化，婚外性生活增加以及生物工程和生育工程有了突飞猛进的发展，通过婚姻关系实现两性结合从而繁衍后代，也仍是最基本的途径。历史和现实都表明，生育是男女建立婚姻关系的重要目的之一，不能生育往往是导致婚姻关系破裂的重要原因。

第四，从对子女的抚育义务看，历史上很长时期内，对子女的亲权被看成是父亲的特权。时至现代一般国家法律都明文规定对子女的亲权是父母共同的权利和义务。我国现行《婚姻法》规定“父母对子女有抚养教育的义务”，“父母有管教和保护未成年子女的权利和义务”。父母对子女要承担抚育、管教、保护的义务，主要产生于父母的生育行为。父母进行生育行为之后果是：子女的出生导致父母对子女义务的产生。因此，父母理所当然有权决定自己的生育行为，决定是否生育和生育次数及间隔时间，从而决定他们是否承担对子女的抚育、管教、保护义务以及承担义务的范围。既然抚育、管教、保护子女的义务为父母双方的共同责任，既然妇女享有生育权，那么，男子也应享有生育权，在一定的范围内决定自己的生育行为，从而决定其是否对子女承担义务以及承担义务的多少。

第五，从有关国际会议文件的规定看，1968年《德黑兰宣言》就已明确宣布生育权为父母享有的基本人权。1974年《世界人口行动计划》则进一步将生育正式定为“所有夫妇和个人”都享有的基本权利。联合国1984年、1994年召开的国际人口与发展会议通过的有关文件都肯定了《世界人口行动计划》确定的生育权涵义（上述三次有关世界人口问题的政治性会议，中国都派了政府代表团出席）。由此可以看出，有关国际会议文件认为生育权首先是夫妇的基本权利，同时也是个人的基本权利。

三、生育权是夫妻平等享有的权利

有观点认为，“夫妻对生育权的平等享有，这在法理上很难解释得通。……生育权只能是共同享有，它是一种共有权利”，“如果强调‘平等生育权’，就可能出现因平等关系，一方可以违背另一方的意愿强迫或擅自决定生育或不生育，或者出现一方与婚外人生育的现象”^[6]。从而否定了生育权的平等性。在这里，关键是如何理解权利平等。

关于权利的平等性，人们有一个共识，那就是平等不是对等，法律上的平等和事实上的平等也有一定的距离。谁都知道，由于生理特

性的差异，男女在生育中的作用和负担是完全不同的。因此要求夫妻在生育活动中有同样的权利，或对等地享有权利，既不可能也无必要。平等是处理夫妻关系的一个原则，我们认同生育权是配偶权，平等性必然成为生育权的品质，而且生育权也具有平等性的品质。平等的要义是：

首先地位的平等，即法律资格的平等。如前所述，夫妻双方都享有生育权，具有生育权主体的资格，而且任何一方都不能凌驾于对方，双方的地位是平等的。

其次意志的平等，即在行为涉及对方当事人时，各方要彼此尊重，只能协商进行，不允许强迫命令或把自己的意志强加于人。在生育问题上，夫妻双方都有权表达自己的意愿；在出现分歧时，夫妻双方应该协商解决，不允许一方强迫另一方生育或不生育。如果强迫而侵犯对方生育权的，应承担相应的法律后果。可见夫妻行使生育权的意志是平等的。

最后确权的平等，即权利在法律上得到同样的确认和许可。在我国，法律许可夫妻生育，确认夫妻双方均享有生育权，这不仅是一种实际运作，而且直接体现在立法上，夫妻的生育权同样受法律保护。

我们承认夫妻的生育权在量上有差别，权利内容不对等，但这不影响生育权在质上是平等的。这不仅是价值所系，而且是实践的需要。如果否定其平等性，一个最直接的后果恰恰是，夫妻任何一方都可以将自己的生育意愿强加于对方，而法律却不得干涉。显然，这有失公允，有悖法律精神和实际规定，也不是现实。

综上所述，生育权是公民人身权中的一种身份权，是具有夫妻关系的配偶共同而平等享有的权利。夫妻双方的生育意愿应当受到尊重。一方面不受他人的强迫和不当干预，另一方面夫妻双方应彼此尊重，意愿不一致时，只能采取协商方式解决，不允许强迫对方生育或不生育。对侵犯生育权的行为，法律通过不同的方式救济受损的权利，从而达到保护的日的，使生育权具有真实的意义。

（参考文献见第54页）

用好中央补助，督促地方财政加大对养老保险的支持力度。继续抓住欠费大户不放，对千万元以上欠费企业实施动态监控，带动全国的清欠工作。继续做好稽核和防冒领工作，核实缴费基数和缴费人数，扩大费源，堵塞各种漏洞。加强稽核工作的制度化、规范化建设，对专项稽核查出问题的整改情况进行跟踪督办，扩大已经取得的成果。

4. 进一步完善基本养老保险政策。要加强对有关政策的研究，不断完善养老保险制度。在退休年龄方面，延迟领取养老金的年龄是不可避免的政策选择，目前我们的对策应该是：①当前是国有企业下岗分流成为焦点的时期，不是出台延迟领取养老金年龄政策的适当时机。这一时期的主要策略目标是，控制比标准退休年龄更早的“提前退休”风潮，同时对退休年龄问题进行全面、系统的理论研究和实证分析，制定政策方案，准备今后投入实施。②推迟领取养老金年龄应借鉴发达国家的经验，采取渐进的方法。③对低于标准年龄退休者，规定减额支付养老金政策和标准。

5. 加快街道、社区劳动保障工作平台建设，大力推进企业退休人员社会化管理服务工作。尽快在所有城市的街道全部建立劳动保障事务所，在社区设立社会保障工作站并聘用专人负责劳动保障工作，形成和完善工作网络，在此基础上，积极推进社会保险管理服务社会化，争取在全国尽快实现社会化管理服务。一是规范社会化管理工作的形式。既要坚持因地制宜、分类指导，对不同地区提出不同要求；又要始终明确社区管理是社会化管理的基本形

式和目标模式。在社区条件比较好的地区，要尽可能多地将退休人员直接转入街道、社区，争取一步到位。新办理退休手续的人员要直接纳入社区管理。二是做好宣传和思想工作，创造良好社会氛围。退休人员纳入社区管理，是管理体制上的一种变革，涉及他们的切身利益。退休人员的观念转变也要有一个过程，一定要做好宣传引导和思想工作，创造出一个好的氛围来。三是继续落实企业责任。企业应积极与退休人员所在街道（乡镇）劳动保障事务机构联系，做好档案资料的交接工作；企业不得以社会化管理为由随意减少退休人员的福利待遇，统筹项目外的养老金、尚未参加医疗保险企业的退休人员的医疗费、退休人员居住企业住房的管理和维修工作等，企业仍要负责；企业现有的用于退休人员活动的场所、设施，要维持原用途，继续发挥作用，并向社会开放。

6. 积极推进养老保险信息化建设。全面启动“金保工程”，建立覆盖辖区内各城市全部参保人员和单位的集中式资源数据库，市域网延伸到业务经办窗口和相关服务机构。完成社会保险省级数据中心建设，实现省—市联网和中央—省互联，网上传输养老保险费用监测数据，建成全国网雏形。

7. 加强社会保险法制建设。争取早日出台《社会保险法》、《基本养老保险条例》等，使养老保险进一步走上法制化和规范化的轨道。

[责任编辑 崔凤垣]

(上接第16页)

参考文献:

- [1] 许莉. 供精人工受精生育的若干法律问题. 华东政法学院学报, 1999, (4).
- [2] 马慧娟. 生育权: 夫妻共同享有的权利. 中国律师, 1998, (7).
- [3] 徐建昭. 关于《婚姻家庭法》立法的几点建议. 理论观察, 2000, (3).

- [4] 王虎, 范学谦. 论生育权. 华中科技大学学报, 2001, (5).
- [5] 王虎, 范学谦. 论生育权. 华中科技大学学报, 2001, (5).
- [6] 张荣芳. 论生育权. 福州大学学报·哲学社会科学版, 2001, (4).

[责任编辑 王树新]