

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2021.09.005

欢迎按以下格式引用:李倩,张建文.后民法典时代生育权的人格权地位证成[J].重庆大学学报(社会科学版),2023(3):212-223. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2021.09.005.



Citation Format: LI Qian, ZHANG Jianwen. Demonstration of reproductive rights as personality rights in the post Civil Code era [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2023(3):212-223. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2021.09.005.

# 后民法典时代生育权的人格权地位证成

李倩<sup>1</sup>, 张建文<sup>2</sup>

(1. 昆明理工大学 法学院, 云南 昆明 650500; 2. 西南政法大学 民商法学院, 重庆 401120)

**摘要:** 尽管我国《民法典》第110条未明文列举生育权,但其条文内容的开放性为生育权的人格权地位证成提供了制度空间。生育权的正当性源于其自由价值,当下我国生育观念在保留传统家文化的同时,也基本完成对生育自由价值的吸纳。随着生育政策进一步放宽,公法对生育权的合理规制不构成对私法上生育权成立的阻碍。尽管生育行为须男女两性配合完成,但关于是否生育的选择本质上由个人作出,故生育权归属于作为个体的自然人,而非作为整体的夫妻。其中,即使男性在生理上无法孕育子女,但因其妻是否妊娠直接关乎丈夫的家庭规划,所以丈夫也有参与决定是否生育子女的权利,这在人类辅助生殖领域体现得尤为明显,故男性也属于生育权的主体。生育权与身体权、健康权存在本质差异。虽然对生育权的行使往往落脚于对自己身体的支配,但正如婚姻自主权、缔约自由权早已从“行动自由”这一兜底性权利中分化出去一样,生育权也因具有极其独特的内涵与外延,而应与身体权区分开来。生育权与健康权的区别较为明显,前者是自由性人格权益,而后者是物质性人格权,且两者价值追求也截然不同。生育权具有典型公开性,社会认知对于生育自由的重要性早已达成普遍共识;从对现有裁判文书的梳理来看,生育权概念在我国司法实践中已被广泛运用,相关的救济经验积累正逐步完备。生育权符合从利益到权利的一般证成标准,将其视为人格权并非权利泛化现象,生育权应属《民法典》第110条“等权利”之表述中所包含而未列明的具体人格权。

**关键词:** 生育权;人格权;身体权;权利泛化**中图分类号:** D923 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-5831(2023)03-0212-12

近年来,国内外司法实践中的生育权侵权纠纷屡见不鲜,且我国法院也对生育权的人格权地位

**基金项目:** 2021年度云南省哲学社会科学规划青年项目“民法典视域下人类辅助生殖的私法秩序建构”(QN202118);2020年西南政法大学总体国家安全观研究院重点项目“生物安全风险防控和治理体系建设专项课题”(JS-ZTGJAQG-009);2021年度云南省教育厅科学研究基金(人文社科类)项目“民法典时代云南省家庭教育地方立法研究”(2021J0078)

**作者简介:** 李倩,昆明理工大学法学院,Email:935468769@qq.com;张建文,西南政法大学民商法学院教授,Email:519948480@qq.com。

呈现肯定趋势。但在我国立法中心主义的背景下,由于我国《民法典》总则编第五章权利列举中的生育权缺位,生育权在我国私法中的定位有“民事利益说”与“民事权利说”之观点分歧。为进一步完善生育权的救济规则与人格权的类型序列,本文将从人格权证成的一般标准出发,审视生育权的正当性、归属性、独立性与典型公开性,逐步论证生育权何以脱离一般的民事利益范畴而成为独立的人格权类型。

## 一、从利益到权利的一般证成标准

对权利的体系划分和立法表达主要在成文法国家进行,面临的重要理论问题便是明确法定权利与非典型利益的区分标准。德国学界参照所有权的特征,对权利与利益的区分标准进行了较有成效的研究。其中,拉伦茨教授与其学生卡纳里斯教授归纳的法定权利的三个特征在学界认可度较高,即法定权利须具有归属效能(Zuweisungsgehalt)、排他效能(Ausschlussfunktion)与社会典型公开性(Sozialtypische Offenkundigkeit);埃尔曼、诺莫斯等民法学者也围绕这三个特征展开过相关论述<sup>[1]</sup>。该理论对我国影响较大,我国梅夏英教授、张红教授、张力教授等诸多学者对前述理论均表示赞同,并以其为分析工具对一些人格利益的权利化展开了相关探讨。也有学者在对前述三个特征进行剖析的基础上提出,绝对权与其他法益最本质的区分在于两者“对潜在责任人而言的社会典型公开性和由此所导致的预见可能性不同”<sup>[2]</sup>。

同时,也有学者未援用前述标准,而是基于中国本土理论与实践提炼出了新的学说。姚辉教授认为,一项利益能否上升为权利的标准有两项,“一是该利益值得为法律所保护的重要程度;二是该利益具备法律上使之定型化的特性”<sup>[3]</sup>。韩强教授提出,“作为主观权利的人格权,须满足权利客体确定、权能明确的要求”<sup>[4]</sup>。李景义教授对于类型化的具体人格权提出了“正当性”“独立性”“典型性”三个条件<sup>[5]</sup>。谢晖教授认为“权利推定建立在有关权利的习惯基础上”<sup>[6]</sup>。徐钝教授则认为,新型人格权的权利正当性证成,需要“自主行为领域的意思力实现”和“社会价值层面的共识达成”两个基本准则<sup>[7]</sup>。张建文教授提出了利益的“直接相关性、非类型化性、正当性和保护必要性”作为利益权利化的“四要件检测”理论<sup>[8]</sup>。另外,也有学者从“利益确认和损害禁止”两个方面论证新型的“环境人格权”之正当性<sup>[9]</sup>。也有学者归纳出“权利必须为人服务、应对主体具有善的价值、对社会公共利益有益或无害、应获得社会共识并具有可行性”<sup>[10]</sup>标准以克服权利泛化。还有学者通过阐述“性利益”的“可支配性、完整性、可处分性、不可侵犯性”而主张将其上升为“性权利”<sup>[11]</sup>。除此之外,学界所提出的可被权利化的利益特征还包括“利益的相对重要性”<sup>[12]</sup>,或“现行法律框架的张力下无法充分保护”<sup>[13]</sup>,或“有被保护的合理性”“为既有的法律体系所容纳”“有被实现的可能性”<sup>[14]</sup>或“具有特定的权利主体、权利客体与权利内容”<sup>[15]</sup>等。

总体来看,我国学界对于人格利益的权利化标准问题给予了较多关注,并提出了明确的解决方案,被提及的标准包括利益的正当性、重要性、归属性、排他性、典型性、独立性等。前述特质确实应该是法定权利所应当具备的;但从筛选功能上看,每一项标准的区分度有所不同,其中的“重要性”标准就无法将利益与法律泾渭分明地区分开来。同时,结合近年我国司法实践出现的“悼念权”“被遗忘权”“贞操权”“环境权”“体育权”,甚至“相思权”“亲吻权”“良好心情权”“视觉卫生权”等新型人格权益,对于不同利益类型进行考察的侧重点应有所不同,比如对于“被遗忘权”而言,其与公众知情权存在冲突,因此“正当性”论证争议较大;而“环境权”“良好心情权”则在“典型性”“排他性”

等问题上值得商榷。对于生育权而言,学界之所以对其权利地位莫衷一是,主要源自其三个方面的问题:一是对生育自由价值在我国家族观念和政策背景下的正当性有待探讨;二是基于生育行为两性配合的特殊性及生育权性质、主体有待明确;三是生育权与身体权、健康权关系紧密,故其独立性、典型公开性有待证成。

## 二、生育权的价值正当

### (一) 我国传统宗族观念对生育自由的接纳

人权是西方文化的产物,中国传统法律文化中并未发展出“人权”概念<sup>[16]</sup>,甚至没有出现能够对应表达英文中“权利”涵义的词汇,直到19世纪中期,伴随着西学东渐,我国“权利”这个词才用来对应西方“Right”<sup>[17]</sup>。有学者在谈及中国权利话语产生之艰难过程时提出,中国传统哲学中所倡导的行为模式是利他的、让与的、内省的、自制的,而非索取的、争利的,其更接近于履行义务,而非行使权利<sup>[18]</sup>。在生育的问题上,有学者也提出,由于我国传统价值观主要根植于集体主义和家族主义,致使生育权概念无法直接追溯到我国本土资源之中<sup>[19]</sup>。质言之,我国传统观念中更是鲜有追求生育自由意识,生育行为很大程度上受到宗族观念的推动。

我国古代对婚姻的定义出于《礼记·昏义》,“昏礼者,将合二姓之好,上以事宗庙,而下以继后世者也”。由此观之,古人所认同的婚姻之本质在于生育,而生育之目的在于家族的延续与祖先的祭祀,这里对婚姻和生育的认知不是从个人或社会的角度出发,而是以家族为中心的<sup>[20]</sup>。质言之,中国传统社会对传宗接代的重视,致使缔结婚姻被赋予了浓重的生育导向色彩。甚至有西方学者认为,“传宗接代是中国人唯一的宗教信仰”<sup>[21]</sup><sup>122</sup>。在“传宗接代、延续香火”观念之下,生育行为无形之中成为家族成员的重要义务之一,其对于女性而言更是如此。

不过,随着社会发展与思想解放,人们看待是否生育、生育数量、子女性别,以及生育对于个体及家庭的重要性等问题的方式也逐渐发生转变。当下我国生育观念不仅保留了部分传统家文化的色彩,同时也基本完成了对生育自由价值的吸纳。该转变主要有两个方面的原因:(1)在精神层面,生育价值衡量逐渐由家族主义向个人主义转变。自古以来,家庭观念在中国人的观念中根深蒂固,传宗接代几乎被视为家族成员一生中必须完成的任务,也是践行孝道的首要方面。除了在子女数量上多多益善,尽量使家族人丁兴旺之外,由于在严格意义上只有生男孩才被视为完成血脉延续的任务,因此传统生育观念中存在着“男孩偏好”。但随着妇女社会地位的明显提高,人们教育程度的不断提升,以及男性结婚成本增加等因素,近40年来生育中的“男孩偏好”呈式微之势<sup>[22]</sup>。在此过程中,夫妻双方,尤其是女性的生育行为正由“被动追随”转向“主动选择”<sup>[23]</sup>,在生育选择的过程中,家族观念对于生育行为的影响力正逐渐淡化。(2)在物质层面,生育的经济价值降低,而“经济不利益”逐渐受到重视。在传统社会中,生产力以人力为主,生育后代是为家庭增加劳动力的方式之一。因此,子女对于父母而言具备重要经济价值,其短期价值在于补充家庭劳动力,长远价值在于父母养老保障。这一观点被李银河教授认为仍反映了21世纪初期中国9亿农村人口的想法,农民的生育行为是一种“真正意义上的投资”<sup>[21]</sup><sup>95</sup>。随着我国生产技术提高对劳动力的逐步解放,以及九年义务教育的实施,未成年子女对于家庭物质创造价值逐渐消失;同时,社会保障体系承担一部分经济层面的养老任务,年老父母对子女的物质依赖程度有所降低。因此,子女的经济价值几乎消失殆尽,难以继续促进生育行为。与之相反,随着人们物质文化需求的提高,抚养教育子女的成本大大上升,同时父母为成年子女结婚、购房付出金钱的

模式未能根本改变,这使得子女对父母而言实际上是一种“经济不利益”,以致越来越多的年轻人因为高昂抚育成本而选择不育、少育或晚育。

## (二) 我国计划生育政策中的生育自由意蕴

生育权与计划生育政策并不矛盾。基于生育行为的社会属性,国家对其进行宏观调控具有现实必要性。基于公共福祉的生育控制在国际规范性文件上有据可依,1984年《关于人口和发展的墨西哥城宣言》明确提出“那些认为其人口增长率阻碍了国民计划发展的国家应当采取适当的人口政策和人口计划”。因此,在现代社会中,国家根据经济社会发展状况制定相应的生育政策或人口政策具备正当性,且在最适当的程度上保护公民生育自由是该类政策的题中之义。

我国计划生育政策是特定历史时期在承认生育权的前提下,根据基本国情所作出的具有充分理由之决策。该政策的目的是绝不在于不合理地限制公民生育自由,而在于实现我国《宪法》中“人口的增长同经济和社会发展规划相适应”之目标,以更好地保障更多公民的自由。同时,对生育权的保护并不意味着完全排除国家基于发展战略的正当干预,更不允许“公民在行使此项权利时可以无拘无束、为所欲为”<sup>[24]</sup>,而是倡导一种有节制的、负责任的自由。质言之,生育权与计划生育政策并行不悖,就如同权利与权利的限制如影随形一样正当。从法价值角度看,计划生育政策不影响我国《宪法》和其他法律对生育自由的尊重,而这构成了生育权私法保护的前提,盖因作为民事权利的生育权实质上是公法控制之外的“剩余”自由。

此外,我国计划生育政策呈现出逐渐放宽的趋势。自2013年以来,独生子女政策陆续被“单独二孩”“全面二孩”与“全面三孩”政策替代;党的二十大报告进一步强调,要“优化人口发展战略,建立生育支持政策体系”以及“及时调整生育政策”。有学者提出,在我国的生育政策变迁中,生育其实一直具有“权利底色”<sup>[25]</sup>。在过去,计划生育政策的推行主要是由于人口数量过多已严重制约社会的发展;而时至今日,我国物质资源承载人口的能力增强,“生育权克减现象所依赖的社会条件渐趋式微”<sup>[26]</sup>。在这一过程中,正因国家在公共资源层面已经基本能够保障公民生育自由的实现,生育或不生育的自由才可以被基本交给市民社会自行把控,生育问题在私法上才得以具有越来越大的可探讨空间。

## 三、生育权的归属清晰

生育权系自由性人格权益,但由于生育权的实现方式较为特殊,学界对其主体问题存在两个层面的争议:一是在主体范围上,主流观点认为生育权主体是所有自然人;也有观点认为生育权主体仅包括女性,而男性不享有生育权<sup>[27]</sup>。二是在主体结构上,一种观点认为生育权由夫妻共同享有<sup>[28]</sup>;另一种观点认为生育权由夫妻分别享有<sup>[29]</sup>。前述两个维度的观点分歧主要源于生育行为的特殊性,使得“生育行为主体”与“生育权主体”两个概念易被混淆<sup>[30]</sup>。申言之,生育权的实现须由两性配合,且妊娠及分娩行为最终由女性完成,男性在生育过程中的角色定位、男女两性配合对生育权主体界定的影响等问题都有待讨论。更何况,《妇女权益保障法》与《人口与计划生育法》对生育权的主体分别界定为妇女与所有公民,这种区别不可避免地造成某些误解,下文将对前述几个方面的争议作出澄清。

### (一) 男女均为生育权主体

女性作为生育权主体在学说上基本得到一致认同,对于男性能否成为生育权主体的理论争议,

下文主要从立法趋势及生育权的内涵两个视角进行阐述。从实然角度看,在针对生育权保护的国内立法中,生育权的主体范围经历了从妇女到全体公民的变迁。1992年通过的《妇女权益保障法》仅确立了妇女的生育权,但2002年实施的《人口与计划生育法》将生育权主体界定为全体公民,虽然后者并非民事立法的范围,但在一定程度上反映了立法者对生育权主体认知的调整。此外,1997年草拟《婚姻法(修订稿)》时,曾有“夫妻有平等生育权”的提法,但该表述最终被放弃<sup>[31]</sup>;不过,基本沿袭《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第9条的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第23条,“认可了生育权的主体为女性,但同时为了保护男方的权益,又将因是否生育发生纠纷,致使感情确已破裂作为法定的离婚事由,为男方的权利救济打开了通道”<sup>[32]</sup>。男性生育权的确立滞后于女性,主要是由于女性承担了大部分的生育任务,而生育对男性的影响在早先未能凸显。同时,强调对某一权利的救济往往是由于它容易受到侵害,我国立法将男性生育权纳入保护对象,很大程度也反映了女性的弱势群体地位逐步得到改善,而生育自由对男性的重要性日益增加,且受到侵害的可能性也较以前更大。因此,有学者总结提出,男性生育权是伴随女性生育权的成熟而逐渐确立的,其理论源流是女性生育权,而其正式确立则是基于法律的平等理念<sup>[33]</sup>。这一过程反映在立法文件中,就表现为对生育权主体的规定从妇女被扩大到全体公民。

从应然角度看,生育权概念确立之目的在于保护生育自由,而并非仅仅为保障妇女妊娠和分娩的顺利进行。也正因如此,比较法上对错误出生诉讼的探讨往往将生育权界定为“夫妻控制其所生子女的形式的权利,以及通过防止受孕或终止妊娠来控制自己生育的权利”<sup>[34]</sup>,即直接将生育视为夫妻所共同关注之事件。而对于有学者提出的以“生育权的前提是怀孕的自然事实”<sup>[35]</sup>为由否定男性生育权的观点,本文认为有待商榷。一方面,这种观点相当于认为尚未怀孕的妻子不享有生育权。然而,生育的自由包括选择是否受孕怀孕与是否继续妊娠等方面的自由,其效力显然涵盖了怀孕之前的自主决定。另一方面,男性虽然因生理原因不能怀孕,但因妻子是否妊娠关乎丈夫的责任承担与生活计划,所以丈夫也有参与决定是否共同生育子女的权利,这也是男性生育权的主要内容。因此,基于生育权的制度价值,其主体应涵盖男性,而限于女性。

## (二) 生育权非夫妻共享

“生育权是夫妻共有权”<sup>[36]</sup>的观点主要是基于人类生育行为需要夫妻配合的自然属性。该观点旨在实现一种理想的局面,即要求夫妻对生育问题协商一致方可作出共同决定。然而,夫妻之间的生育意愿分歧客观存在,即使将生育权定义为夫妻共有的权利,并不能想当然地达到消弭夫妻生育意愿冲突的目的。且恰恰相反,这样的界定方式在面对夫妻生育意愿冲突时,既不能简单套用物权法中的共有制度,而自身又缺乏相应的矛盾解决机制,因此无法发挥出实际效果。相形之下,赋予夫妻各自分别享有的生育权,才能够借助权利冲突相关理论较为妥善地解决夫妻之间的生育权冲突。此外,民事主体具有法定性,“夫妻”不是我国《民法典》中认可的民事主体。因此从现有立法出发,将夫妻共同作为生育权主体不符合现有民事主体制度。

总体来看,在现代夫妻别体主义的立法模式下,关于生育的自主选择由个体作出,夫妻各自享有独立的生育权。即使生育行为由夫妻共同完成,但其主体不应是“复合主体”<sup>[37]</sup>。将夫妻这一伦理共同体作为生育权主体,不仅在法理上溢出了民事主体的范围,而且造成生育权效力的内部紊乱。因此,基于对生育自主的尊重和保障,生育权的主体应为作为个体的自然人。

## 四、生育权的地位独立

“独立性”要求法定权利的内涵与外延自成一体,不包含或被包含于其他权利类型,也不与其他权利相互交叉重复,否则便无必要或无条件成为一项有名权利。对于生育权而言,与其内容最容易混淆的权利主要为身体权与健康权。

### (一) 生育权与身体权的分离

从权利的具体性质来看,生育权与身体权有相似之处,生育权属于自由性人格权益,而身体权兼具自由性人格权与物质性人格权的属性,两者均与主体对自身的某些支配有关。其中,由于生育自由往往表现为主体支配身体的行为,故生育权可能被认为属于身体权范畴。然而,若依次推理,缔结婚姻也表现为对自己身体的支配,但婚姻自主权却能够独立于身体权。由此观之,断然认为生育权属于身体权的观点有待商榷。

#### 1. 两者的内涵区分

长期以来,身体权的概念边界较为模糊,原《民法通则》《侵权责任法》对身体权的具体人格权地位也语焉不详<sup>①</sup>。在理论层面,对于早已法定的健康权能否包含身体权的问题有不同认识,对其地位也出现了“包含说”“独立说”和“折衷说”<sup>[38]</sup>三种解释路径。在立法层面,直到我国《民法典》第110条,身体权才被首次规定为民事权利。关于身体权的内涵,《民法典》人格权编第1003条首次明确地将身体权解释为维护“身体完整和行动自由”的权利,并区别于第785条规定的健康权。该定义不同于德国学界对《德国民法典》823条第1款中侵害“身体”的理解,即“人的外在表现形态的破坏”<sup>[39]</sup>;其“行动自由”的内容也使其内涵与外延超出了传统物质性人格权的定位,而具备了精神性人格权的意味。基于这一定义,身体权与生育权的内涵有所不同:前者强调身体完整与行动自由,后者的内核在于生育自由。区分两者的关键在于辨析行动自由与生育自由:从抽象层面,身体权中的行动自由追求的是“支配自己身体物理活动”的自由,而生育权追求的是“支配自己是否进入某一身份关系”的自由,两者对于个人、家庭、社会的意义截然不同。从具体层面看,行动自由所关注的是主体自身活动方式、活动范围的自由,而对于行为的动机和结果在所不问,其行为目的不具有典型性;与之相对,生育自由的实现虽然也往往表现为一系列行为,但其关注点并非行为本身,而主要在于是否受孕、分娩的结果,它的价值在于,尊重自然人对是否为人父母这一重大人生事项的自主选择。

#### 2. 生育权的外延溢出身体权的范畴

在外延上,生育权与身体权的差别较为明显。身份权所不能涵盖的生育权之外延主要有三个方面:第一,对男性而言,其虽不直接承担妊娠、分娩的任务,但这并不代表着这妊娠过程中,丈夫不享有生育权,在其妻子因交通事故造成流产或其妻子因医疗事故造成生殖器官完整性被破坏等情形下,行为人虽未对该丈夫身体权造成损害,但有司法机关已将其明确评价为对丈夫生育权的侵害<sup>②</sup>。同理,因事故造成丈夫生殖器官完整性受损的行为也构成对妻子生育权的侵害,这也充分体现出生育权的精神性人格权特质,及其与主体身体得以分离的特殊性,与身体权具有显著差异。第

<sup>①</sup>不过在实务界,2001年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》明确将身体权列为一种人格权利。

<sup>②</sup>参见郑州市高新技术产业开发区人民法院(2012)开民初字第2975号民事判决书、鹤壁市中级人民法院(2010)鹤民再字第10号民事判决书。

二,生育知情权与身体权完全不同,而前者属于生育权的范畴。即使对生育权概念持否定意见的学者,也承认在错误出生等典型情形下,生育自主权作为民事权益具备独立性<sup>[40]</sup>。盖因在医务人员产前诊断失误而阻碍准父母获知准确的胎儿健康信息,导致残障婴儿出生的情形下,既有的法定人格权类型无法被扩张解释至受害人应受保护的利益这一范围。正因此类案件的普遍发生,多国司法机关都关注到了生育权独立存在的价值,将其表述为“生育权”“生育选择权”“优生优育选择权”“生育知情权”等。概言之,依据正确的产前诊断信息作出是否生育的决策,是生育权的重要外延之一,而身体权显然无法涉及这一内容。第三,在人类辅助生殖技术实施的情形下,丢失、毁损准父母的体外配子或胚胎,构成对其生育权的侵害,但因配子或胚胎已离开自然人本体,故不构成对其身体权的侵害。这一观点此前在比较法上有一定争议,在德国1987年经典的“精子灭失案”中,原告在膀胱手术前为避免自己生育能力丧失,将精子存储在医院的精子库中,而后,该男子自然生育能力丧失且该存放的精子也被毁坏。德国联邦法院认为医院行为构成对原告身体的侵害,因而获得25 000马克的痛苦金损害赔偿<sup>[41]</sup>。该判决对身体权采扩张解释,认为精子虽与原告身体分离,但因这一短暂分离后,将来还将植入身体,因此仍属于身体权的范畴。不过,美国学者在此类案件中曾提出相反意见,精子丢失并非身体损害的范畴,若要寻求填补其损害,须扩大美国判例法上可赔偿的精神损害(mental suffering damage)类型<sup>[42]</sup>。对此,王泽鉴教授提出了稍有不同的观点,“卵子、精子旨在供他日生育之用,权利主体者对其具有高度人格关系,医院人员因故意或过失加以销毁,应认侵害他人的人格利益,被害人得依‘民法’第195条第1项规定,就非财产上损害,请求相当金额的损害赔偿”<sup>[43]</sup>。这一观点未将体外的卵子、精子作为身体权的对象,而模糊地将其描述为人格利益。本文认为,将体外精子作为身体权的对象有所不妥,因精子与原告身体分离之后,在将来有生育之需时,则须将其植入其配偶体内,并非将其植回该男性体内。鉴于此,很难说该精子与原告的身体分离后还会结合,其一体性在精子离开其身体的那一刻便丧失,男子的身体权不应及于其体外的精子。因此,应当以生育权理论解决这一问题,自然人体外用以人工辅助生育的配子应作为生育权的对象,以解决身体权无法涵摄之情形,而这也是当下及未来的科技背景下,生育权与身体权的重要区别。

### 3. 两者交叉部分的非本质性

诚然,在某些场景下,主体对身体权与生育权的行使无法区分,诸如夫妻通过性行为达到生育目的,妻子继续妊娠以达到分娩目的等情形。然而,这只是事实层面的偶然交叉,正如身体权与健康权、身体权与婚姻自由权存在重叠一样,这不影响彼此的独立性。实际上,以生育为目的强迫配偶实施性行为,以及以不生育为目的强迫妻子堕胎等行为均同时侵害受害人的身体权、生育权。具体人格权的区分并非逻辑划分的结果,而是源于实践经验的积累,这就决定了,两种人格权在某些特殊情形下的“交叉格局”并非罕见,正如以营利为目的公开使用他人私密照片的行为既侵犯他人肖像权,也侵害他人隐私权,而这种情形的存在并不能否定隐私权与肖像权彼此之间本质上的独立性。因此,前述特殊情形下的损害赔偿请求权聚合,反映了身体权与生育权之间的“非本质性交叉”,但不能抹煞两者之间的“本质性差异”。

实际上,行动自由是诸多权利行使的基础,除了生育之外,结婚、离婚、缔结合同等均表现为主体的行为,但婚姻自主、缔约自由早已从行动自由中分化出去。其中,缔约自由的独立源于缔约行为通过意思表示引起了财产关系的产生,而婚姻自主的独立源于结婚、离婚行为通过意思表示引起

了身份关系的变动,它们因足够典型而得以离开行动自由,逐渐成为独立、成熟的自由性权利。那么,生育这种通过事实行为引起身份关系变动的行为,目前虽然不如结婚、离婚、缔约等行为那样典型,但随着科技的发展,生育自由表现出越来越多的个性,并足以从行动自由中分离而“另立门户”。从这个角度看,身体权本质上可被视为一项兜底性,甚至框架性权利,而前述三种自由性权利都源于主体的行动自由,并按照“生育权—婚姻自主权—缔约自由权”的序列,呈现出离身体权越来越远的顺序。因此,即使对生育权行使往往落脚于对自己身体的支配,也不能否认生育权内涵的独特性;恰恰相反,随着生命科技的发展,生育权在外延上也逐渐发展到了身体权所不能涵盖的地带。从正当性和必要性看,生育权已经能够从身体权中分化出来,而成为一项独立的自由性人格权。

## (二) 生育权与健康权的区别

生育权与健康权的区别较为明显,前者是自由性人格权益,而后者是物质性人格权,两者的内涵也截然不同。其中,理论和立法对于健康权的界定方式有所不同。在理论层面上,学界一般认同健康权是指以自然人维护其机体生理机能正常运作和功能完善发挥为内容的权利<sup>[44]</sup>;在立法层面,《民法典》人格权编第1004条简洁地将健康权规定为自然人维护自己“身心健康”的权利,将健康权延伸至“心理健康”的范畴。在具体的外延上,学界对于生育权与健康权是否存在交叉之处,以及该交叉是否影响生育权的独立性有不同的观点。其争议主要在以下两个方面:第一,在生殖健康权与健康权的关系上,有观点认为生殖健康权属于健康权,主张“将生育利益的丧失作为精神损害赔偿的酌情考虑因素”<sup>[21]70</sup>以达到损害填补之目的,并以此否定确立生育权概念的必要性。不过,也有学者提出相反意见认为,如果侵权行为导致受害人丧失生育能力,则构成对生育权的侵害<sup>[45]</sup>。总体来看,在加害行为影响受害人生殖机能正常运作或生育功能完善发挥时,学界对于权益侵害和具体请求权的认定,大体上存在着“侵害生育权的损害赔偿请求权”“侵害健康权的损害赔偿请求权”“请求权聚合说”“请求权竞合说”四种不同观点<sup>[46]</sup>。本文采第三种观点,并认为生育权的独立性不受此影响。原因一,从事实层面看,生殖健康权关乎身心健康,也关乎生育自由,因此既可被健康权,亦可被生育权所涵摄。质言之,将生殖健康权纳入生育权的范畴具有基本的正当性。原因二,在已婚未育自然人的生殖健康权受到侵害时,其配偶的生育自由的实现也受到实质影响,该行为实际上构成了对其配偶生育权的侵害,司法实践中有法院已作出这样的判决<sup>③</sup>;那么,在认定其配偶生育权受到侵害的情况下,如果否定对该直接受害人生育权的侵害,在逻辑上难免不妥,因此在生殖健康受损的情形下,承认对直接受害人生育权的侵害有现实必要性。原因三,尽管生育权与健康权在生殖健康问题上交叉重叠,但两者的内涵与价值截然不同,且外延上的差异点也远远多于共同点,这正如身体权与健康权、隐私权与肖像权等人格权在某些场景的交叉一样,由于各人格权的边界本身较财产权而言就相对模糊,特殊场景下对数个人格权的同时侵权并不能掩盖各自的独立性。第二,在对孕妇造成人身伤害致使孕妇流产的情形下,是否可将加害行为评价为对孕妇生育权的侵害也是学界争议的重要问题。与前一问题的思考路径相似,本文认为,该加害行为直接干扰了孕妇继续妊娠的自由,对该准父母的生育自由造成严重损害,这种情形下仅仅支持对孕妇健康权的损害赔偿是不够的<sup>[47]</sup>,还应该赔偿对孕妇及其丈夫的生育权造成的损害,这也是司法实践中较为主流的裁判立场。

<sup>③</sup>参见:大连市甘井子区人民法院(2013)甘民初字第4729号民事判决书、大连市中级人民法院(2014)大民一终字第1358号民事判决书。

总体来看,尽管实践中存在同时侵害他人生育权、健康权的行为,这主要出现在自然人生殖健康受到损害而丧失生育能力、意外事故造成孕妇流产等情形之下,但这仅仅是生育权与健康权之间几乎仅有的外延交叉,并不能因此否认两者各自内涵的独特性。在所述情形中,受害人有权同时要求行为人承担对生育权、健康权的双重损害赔偿赔偿责任,两个请求权应为聚合关系,而非竞合关系。

## 五、生育权具备典型公开性

### (一) 伦理观念对生育权价值的内在认同

对于生育权的伦理价值,有学者提出,“没有比‘适当生育’为社会生存更基本的行为模式”<sup>[48]</sup>。也有学者认为,对是否成为父母之事失去控制是一种伤害,其超出了任何其他相关的身体、经济或情感后果<sup>[49]</sup>。对生育或不生育的自主选择之所以如此重要,很大程度源于生育行为对个体带来的极其典型的利益与不利益。

一方面,现代社会中生育带来的利益主要是血脉延续上的精神利益。其中,为人父母的一个重要方面是以自己的方式创造另一个人的经历,看到承载自己遗传特征的子女的成长、发展,并在成长的过程中看到自己<sup>[50]</sup>,这是父母身份中最有意义的内容之一。同时,由于死亡不可避免,而生育使个体的血脉得以在世问永续,这是人类内心深处的普遍欲求<sup>[51]</sup>。质言之,是否生育的选择关乎个体独特生命观的实现。另一方面,生育为人类身体、物质、精神带来的不利益也是生育自由之所以如此重要的原因。尤其是对女性而言,“孕妇的痛苦、临盆的危险、哺乳的麻烦,自是无法掩盖的事情”,因此从生物学层面看,生育是“损己利人”,是“自我牺牲”<sup>[52]</sup>。孟德斯鸠也提出“雌性动物的生殖力几乎是固定的。但是人类,思维的方式、性格、感情、幻想、无常的嗜欲、保存美色的意识、生育的痛苦、家庭人口太多的负担等,却给他们的繁衍生殖以千百种的障碍”<sup>[53]</sup>。由此观之,生育与否关乎个体的基本生存与发展状况。

因此,生育自由的背后是人之尊严与自治<sup>[54]</sup>,自由选择是否生育的权利实属人之为人而与生俱来的权利范畴。对大多数自然人而言,生育自由往往被自然而然地享有和行使而未被发觉,这是自由本身的无形性决定的。而只有当生育自由被妨碍时,其正当性才被感知,生育权保护的必要性才凸显出来。在现代社会一般观念中,自然人的生育自由应免于来自第三人干扰之共识已经形成。从第三人的角度看,尊重他人生育权也是其遵守的基本行为准则。质言之,通过社会习惯的积累,生育权在当下已具备客观的可识别性,社会中形成了尊重他人生育权的内在认同,生育权属于可被感知的保护对象。

### (二) 司法裁判对生育权概念的广泛运用

人格权法是法律实证的产物<sup>[55]</sup>。人格权的外延是司法实践的经验总结,而非先验地存在。我国立法之所以能够正面确权,系吸收其他大陆法系国家司法经验积累的结果。因此,人格权从一开始就不是源于逻辑体系和演绎推理,而是源自实践的需要<sup>[56]</sup>。有学者甚至进一步提出,当下应主要依托司法裁判,而非通过立法来创制和救济新生的民事权利<sup>[57]</sup>。近年来,为满足社会发展的需要,我国司法机关在“发现无名权利、总结无名权利识别标准方面大胆尝试”<sup>[58]</sup>,逐步形成了诸多“新兴权利”或“新型权利”类型。其中,法官在民事审判中对生育权概念的使用也颇为频繁。

据统计,威科先行数据库中包含“生育权”,以及与之密切相关的“优生优育选择权”“生育知情权”“生育选择权”任一关键词的民事裁判文书已超过1 000份,具体主要表现为离婚纠纷、医疗损

害侵权纠纷、一般人格权纠纷,以及不当得利纠纷等。其中有的裁判文书中还对生育权作了明确的概念界定,认为“生育权是指生育主体享有依法生育或不生育的自由、权利,以及生育或不生育并因此受到侵害、阻碍时,有请求法律保护的权利”<sup>④</sup>或表述为“生育权所针对的生育利益体现的是人的行为自由,人可以自由地决定生育这一与自己的生活方式、未来发展等密切相关的重大事项”<sup>⑤</sup>。这一现象说明生育权在我国司法实践中正在或者已经发展为一项较为独立、成熟、典型的民事权利,相关的救济经验积累也逐步完备,基本达到典型化的程度。

## 六、对可能质疑的回应

毋庸讳言,任何一项人格利益的权利化证成都将天然地伴随质疑。尽管前文已经从生育权的正当性、归属性、独立性、典型性等方面较为详细地阐述了生育权作为独立人格权类型的必要性、正当性与可行性,但学界对于由此引发的权利泛化问题可能仍存有隐忧。诚然,过分强调权利话语、权利思维,并非总能起到推进社会和谐和效能,反而可能导致立法、司法成本与政府投入过高<sup>[7]</sup>,危及对公共利益与共同善的追求<sup>[59]</sup>,甚至引发目标与实效相背离的“权利乌龙”现象<sup>[60]</sup>。但实际上,认可生育权的独立地位并非权利泛化现象,承认生育权的具体人格权地位恰恰是节约了司法资源,使得司法机关在裁判中免于重复论证与类案不类判的困境<sup>[61]</sup>;且生育权私法保护的目标与实效之间具有一致性,适度保护生育自由是对自然人尊严的捍卫,同时也使行为人明确自己的行为边界,对社会的文明法治具有积极意义。因此,本文对于生育权作为独立人格权的论证,是在防范权利泛化风险的基础上进行谨慎论证之后得出的结论,即生育权应当属于我国《民法典》第110条第1款“等权利”表述中未列明的具体人格权类型。

### 参考文献:

- [1] 于飞. 权利与利益区分保护的侵权法体系之研究[M]. 北京:法律出版社,2012:56.
- [2] 朱虎. 侵权法中的法益区分保护:思想与技术[J]. 比较法研究,2015(5):44-59.
- [3] 姚辉. 侵权责任法视域下的人格权[J]. 中国人民大学学报,2009(3):22-27.
- [4] 韩强. 人格权确认与构造的法律依据[J]. 中国法学,2015(3):138-158.
- [5] 李景义,项定宜,李浩. 人格权体系研究[M]. 北京:人民出版社,2016:95-96.
- [6] 谢晖. 论新型权利生成的习惯基础[J]. 法商研究,2015(1):44-53.
- [7] 徐钝. 论新型人格权司法证成的基本准则[J]. 法商研究,2018(3):38-49.
- [8] 张建文. 新兴权利保护的合法利益说研究[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版),2018(5):87-95.
- [9] 付淑娥. 环境人格权正当性论证之归纳推理[J]. 广西社会科学,2017(5):83-88.
- [10] 王方玉. 权利的内在伦理解析:基于新兴权利引发权利泛化现象的反思[J]. 法商研究,2018(4):82-92.
- [11] 陈运华. 论作为人格权的性权利及其法律限制[J]. 政治与法律,2008(8):133-137.
- [12] 于柏华. 权利认定的利益判准[J]. 法学家,2017(6):1-13,175.
- [13] 姚宇. 新型民事权利的界限及其证成[J]. 学术交流,2016(11):61-66.
- [14] 雷磊. 新兴(新型)权利的证成标准[J]. 法学论坛,2019(3):20-29.
- [15] 胡卫萍. 新型人格权的立法确认[J]. 法学论坛,2011(6):17-21.
- [16] 严海良. 人权论证范式的变革:从主体性到关系性[M]. 北京:社会科学文献出版社,2008:323.
- [17] 夏勇. 中国民权哲学[M]. 北京:生活·读书·新知三联书店,2004:132-133.

④参见:湛江市霞山区人民法院(2015)湛霞法民一初字第335号民事判决书。

⑤参见:南京市玄武区人民法院(2017)苏0102民初4549号民事判决书。

- [18] 夏勇. 人权概念起源: 权利的历史哲学[M]. 修订版. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 192.
- [19] 湛中乐. 公民生育权与社会抚养费制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 5.
- [20] 瞿同祖. 中国法律与中国社会[M]. 北京: 商务印书馆, 2010: 103.
- [21] 李银河. 生育与村落文化[M]. 呼和浩特: 内蒙古大学出版社, 2009.
- [22] 侯佳伟, 顾宝昌, 张银锋. 子女偏好与出生性别比的动态关系: 1979—2017[J]. 中国社会科学, 2018(10): 86-101, 206.
- [23] 陈丽琴. 从被动追随到主动选择: 新中国成立以来农村妇女意愿生育性别偏好变迁及其原因[J]. 浙江社会科学, 2019(9): 26-36, 156.
- [24] 吴欢. 国家干预生育的历史、法理与限度[J]. 学习与探索, 2016(3): 64-70.
- [25] 张震. 从生育政策到生育权: 理论诠释、规范再造及功能定位[J]. 当代法学, 2023(2): 28-39.
- [26] 姜帆. 法治视野下的公权力与生育权克减[J]. 商业时代, 2013(17): 133-134.
- [27] 周永坤. 丈夫生育权的法理问题研究: 兼评《婚姻法解释(三)》第9条[J]. 法学, 2014(12): 9-15.
- [28] 樊林. 生育权探析[J]. 法学, 2000(09): 32-37, 42.
- [29] 王旭霞. 夫妻生育权的实现与救济[J]. 甘肃政法学院学报, 2009(2): 145-150.
- [30] 罗潇. 法律规制视野下的生育行为研究[M]. 天津: 天津大学出版社, 2016: 57.
- [31] 姜玉梅. 生育权的法律定位[J]. 人口与经济, 2004(01): 12-16, 54.
- [32] 杨立新. 最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011: 188-189.
- [33] 张作华, 徐小娟. 生育权的性别冲突与男性生育权的实现[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2007(2): 129-136.
- [34] COLLINS E F. An overview and analysis: Prenatal torts preconception torts wrongful life wrongful death and wrongful birth: Time for a new framework. [J]. Journal of Family Law, 1983, 22(4): 677-711.
- [35] 阳平, 杜强强. 生育权之概念分析[J]. 法律适用, 2003(10): 32-33.
- [36] 李小年. 夫妻生育权若干法律问题探讨[J]. 学习与探索, 2008(2): 116-119.
- [37] 张荣芳. 论生育权[J]. 福州大学学报(哲学社会科学版), 2001(4): 36-38.
- [38] 王竹, 方延. 身体权学理独立过程考[J]. 广州大学学报(社会科学版), 2012(5): 36-41.
- [39] 克雷蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法(下卷)[M]. 焦美华, 译. 北京: 法律出版社, 2001: 80.
- [40] 米晓喆, 徐刚. 民法上生育权的表象与本质: 对我国司法实务案例的解构研究[J]. 法学研究, 2010(5): 64, 66-78.
- [41] 程啸. 侵权责任法[M]. 2版. 北京: 法律出版社, 2015: 129-130.
- [42] AUGER E N. The "art" of future life: Rethinking personal injury law for the negligent deprivation of a patient's right to procreation in the age of assisted reproductive technologies[J]. Chicago-Kent Law Review, 2019, 94(1): 51-68.
- [43] 王泽鉴. 人格权法: 法释义学、比较法、案例研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 104.
- [44] 李适时. 中华人民共和国民法总则释义[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 339.
- [45] 武秀英. 对生育权的法理阐释[J]. 山东社会科学, 2004(1): 97-100.
- [46] 张津. 简论我国生育权的法律规范与社会人性化的对立统一[J]. 山西师大学报(社会科学版), 2010(S1): 7-9.
- [47] 武秀英. 法理学视野中的权利: 关于性·婚姻·生育·家庭的研究[M]. 济南: 山东大学出版社, 2005: 199.
- [48] M. 薄兹, P. 施普曼. 社会与生育[M]. 张世文, 译. 天津: 天津人民出版社, 1991: 430.
- [49] FOX D. Reproductive negligence[J]. Columbia Law Review, 2017, 117(1): 149-241.
- [50] HILL J L. What does it mean to be a parent—The claims of biology as the basis for parental rights[J]. New York University Law Review, 1991, 66(2): 353-420.
- [51] JOHN A R. Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies[M]. Princeton: Princeton University Press, 1994: 24.
- [52] 费孝通. 生育制度[M]. 北京: 群言出版社, 2016: 13-15.
- [53] 孟德斯鸠. 论法的精神(下册)[M]. 张雁深, 译. 北京: 商务印书馆, 1997: 108.
- [54] 马驰. 人类基因编辑的权利基础[J]. 华东政法大学学报, 2019(5): 46-59.
- [55] 李永军. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 247.
- [56] 韩强. 人格权确认与构造的法律依据[J]. 中国法学, 2015(3): 138-158.
- [57] 谢晖. 论新型权利的基础理念[J]. 法学论坛, 2019(3): 5-19.
- [58] 张力. 权利、法益区分保护及其在民法总则中的体现: 评《民法总则(草案)》第五章[J]. 河南社会科学, 2016(11): 1-12.

[59]陈景辉. 回应“权利泛化”的挑战[J]. 法商研究, 2019(3): 40-49.

[60]陈林林. 反思中国法治进程中的权利泛化[J]. 法学研究, 2014(1): 10-13.

[61]王歌雅, 张小余. 生育利益私法保护的权基础与规制范式[J]. 思想战线, 2021(1): 152-160.

## Demonstration of reproductive rights as personality rights in the post Civil Code era

LI Qian<sup>1</sup>, ZHANG Jianwen<sup>2</sup>

(1. Law School, Kunming University of Science and Technology, Kunming 650500, P. R. China;

2. Civil and Commercial Law School, Southwest University of Political  
Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

**Abstract:** Although Article 110 of the Civil Code does not expressly establish the reproductive rights, its openness provides an institutional space for the status of personality rights of reproduction rights. The legitimacy of reproductive rights stems from freedom value. At present, the concept of fertility in China has basically completed the absorption of the value of reproduction freedom while preserving the traditional family culture. The reasonable regulation of reproductive rights by public law does not deny the establishment of it in private law. Although the reproductive behavior needs the cooperation of men and women, the choice of whether to have children is essentially made by individuals, so the reproductive right belongs to natural persons as individuals, not to couples as a whole. Meanwhile, even if men are physically unable to have children, whether the wives are pregnant is directly related to the husbands' family planning, husbands also have the right to participate in deciding whether to have children, which is particularly obvious in the field of human assisted reproduction, so men also belong to the subject of reproductive rights. There are essential differences between reproductive rights, body rights and health rights. Although the exercise of reproductive rights often rests on the control of one's own body, just as the right of marriage autonomy and freedom of contracting has long been differentiated from the basic right of "freedom of action", reproductive rights should be distinguished from body rights because of their extremely unique connotation and extension. The difference between reproductive rights and health rights is obvious. The former is a free personality right, while the latter is a material personality right, and their value pursuit is completely different. Reproductive rights are typical, and the public has already reached a general consensus on the importance of reproductive freedom. Judging from the existing judgment documents, the concept of reproductive rights has also been widely used in judicial practice, and the protection system for reproductive rights has gradually improved. Reproduction rights conform to the general justification standard from interest to rights. Treating reproduction rights as personality rights is not the generalization of rights. Reproduction rights belong to the type of personality rights that not listed in Article 110 of the Civil Code.

**Key words:** reproductive rights; personality rights; body rights; generalization of rights

(责任编辑 胡志平)