

人口发展与法治建设研究

生育控制：从公法管控迈向私法治理

杨立新^{1, 2} 李怡雯^{3, 4}

(1. 广东财经大学 法治与经济发展研究所; 2. 法学院, 广东 广州 510320;
3. 中国人民大学 民商事法律科学研究中心; 4. 法学院, 北京 100872)

摘要: 国家应如何控制生育这一私密性活动, 以实现保护“未来的人”的目标, 是学者念兹在兹的重大议题。以美国面临生育自由与生育管制时的漫长拉锯为鉴, 我国可以考虑逐步从公法管控迈向私法治理。由此出发, 应适当放开辅助生殖技术的应用, 逐步取消生育登记结婚限制。与此同时, 借助《中华人民共和国民法典》第1002条、第1007条以及第1054条前段规定的无效制度规范生育行为; 通过《中华人民共和国民法典》第1002条、第1054条后段以及第1071条第1款之规定, 保障已出生子女的法律地位。

关键词: 生育自由; 生育控制; 辅助生殖技术; 生命尊严; 无效制度

中图分类号: D923 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-9245 (2024) 03-0044-09

2023年2月, 四川省卫生健康委员会出台《四川省生育登记服务管理办法》, 规定生育登记取消结婚限制, 引发人们对生育自由的热议。生育作为私密性活动, 具有强烈的私人属性; 作为社会人口的再生产, 又天然具有公共属性, 故生育自由系公私交叉的典型议题。就个人而言, 生育自由指向生与不生的选择; 就国家而言, 生育自由指向管与不管的问题^①。就如何管这一问题, 存在公法管控与私法治理两种方式。笔者拟从私法的社会控制角度出发, 探讨生育自由。

一、问题的提出

从私法视域观察, 生育自由指个体享有选择是

否生育的自由, 表现为主体按照自己的意志为生育行为而不受他人约束的状态^②。就选择“生”而言, 要求他人的配合。辅助生殖技术为生育自由提供了技术层面的可能, 个体有权决定是否通过辅助生殖技术进行生育^③。例如, 不孕不育的夫妇可以通过人工授精、试管婴儿等方式孕育自己的孩子。就选择“不生”而言, 要求他人不得干涉。个体有权决定不生育, 例如, 选择堕胎或者丁克, 他人无权干涉。冻卵技术的发展为女性生殖力的保存提供了技术支持。女性可以通过冻卵的方式, 保存生殖力, 暂时不生育。

生育自由不仅涉及个体自我决定权的行使, 而且涉及国家对生育的态度。从这一层面看, 消极意义上的生育自由要求国家不得进行不当干预; 积极

收稿日期: 2023-03-21

基金项目: 本文系北京市社会科学基金重点研究项目“民法典实施疑难问题研究”(21FXA004)的阶段性成果。

作者简介: 杨立新, 广东财经大学法治与经济发展研究所研究员, 法学院教授、博士生导师; 李怡雯, 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员, 法学院博士研究生。

① 柳建龙:《生育登记取消婚姻前提合理吗?》, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_21815460。

② 马强:《论生育权——以侵害生育权的民法保护为中心》,《政治与法律》, 2013年第6期。

③ 张燕玲:《生育自由及其保障范围——兼论人工生殖的理论基础》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》, 2007年第5期。

意义上的生育自由要求国家通过各项措施对此予以保障^①。以下四个案例即为典型适例。

第一，中国首例单身女性冻卵案。2022年7月22日，我国首例单身女性冻卵案一审宣判。该案中，原告请求医院提供冻卵服务，医院以其属于单身女性为由拒绝。原告遂提起“一般人格权”侵权之诉，请求医院停止侵害并为其提供冻卵服务。法院认为，原告要求提供冻卵服务，并非基于医疗目的，不符合国家计划生育政策，不符合原卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第3条及《人类辅助生殖技术规范》第3条第13款之规定，故医院拒绝提供冻卵服务，未违反卫生行政主管部门的规章及技术规范的要求。在此情况下，医院不负有提供冻卵服务的法定义务，其行为不具有违法性，不构成一般人格权侵权^②。

第二，中国首例丧偶女性实施辅助生殖技术案。与中国首例单身女性冻卵案不同，该案的原告是丧偶女性。在该案中，原告和丈夫有生育障碍，遂与医院签订冷冻胚胎协议，等待原告孕育条件成熟后通过胚胎移植的方式生育子女。在此期间，原告的丈夫突发心梗去世。丈夫身故后，原告单独前往医院要求实施胚胎移植手术，医院以不能为单身妇女实施辅助生殖技术为由拒绝。原告遂诉至法院，请求医院履行合同，实施胚胎移植手术。法院认为，《人类辅助生殖技术规范》第3条第13款规定及《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》第（四）1项规定之所以禁止给单身妇女实施人类辅助生殖技术，是为防止单身妇女借此躲避婚姻和家庭责任，保障正常的家庭伦理秩序和风俗，故上述规范中的单身妇女应指没有配偶者。本案的原告属于丧偶女性，不属于上述规范中的单身妇女，故医院应继续履行医疗服务合同，为原告实施胚胎移植手术^③。

第三，罗伊诉韦德案^④。美国《德克萨斯州刑法典》规定，除为挽救母亲生命进行堕胎外，其他一

切堕胎行为均为刑事犯罪。原告罗伊认为，自己因被强奸而怀孕，《德克萨斯州刑法典》剥夺了她的选择权，违反了联邦宪法。法官一方面借助《美利坚合众国宪法》第十四修正案隐含的隐私权概念，认可妇女享有堕胎的自由；另一方面，强调州政府仍然要保护潜在的胚胎生命。因此，法官按照怀孕的不同时期，确立了二者的优先顺序，即怀孕后的第1-12周，孕妇享有堕胎自由；12-24周，以保护孕妇健康为条件限制堕胎自由；第24-28周之后，除非堕胎是为挽救孕妇生命，否则不得堕胎。

第四，多布斯诉杰克逊女性健康组织案^⑤。美国密西西比州颁布的《妊娠期法案》禁止怀孕超过15周的女性实施堕胎手术，除非存在紧急情况或者胎儿情况严重异常。密西西比州唯一的堕胎诊所杰克逊女性健康组织认为该法案违宪。经过多次审理，美国联邦最高法院认为，堕胎并非联邦宪法的权利，是否允许堕胎以及在什么条件下允许堕胎由各州决定。该案推翻了罗伊诉韦德案以来保护女性堕胎权的先例^⑥。

上述四个案例指向同一个主题，即“生育自由”。其典型化记叙旨在说明生育自由不仅是个人是否享有自由的问题，而且与国家的管控息息相关。如何回应生育自由之问，是否要打破对生育的限制，一直是公法学者和私法学者共同念兹在兹的重大问题。笔者试图聚焦控制技术与控制目标本身，分析国家对生育自由的控制过程。这将使追问延伸为：对于生育这一私密性活动，国家发挥秩序的维护者、结果取向的干预者等作用，应通过何种控制手段实现维护“未来的人”这一目标。

由此，本文的分析框架得以呈现。笔者首先分析生育管控采取的公法和私法规制方式，着眼于管制效果与成本的相当性对比。在此基础上，结合我国目前采取的生育控制方式，探讨如何进行生育控制以实现预期目标。

① 湛中乐、谢珂珺：《论生育自由及其限制》，《人口研究》，2009年第5期。

② 参见（2019）京0105民初86861号民事判决书。法院认为，医院与原告未就提供冻卵服务达成合意，故不负有约定义务；原告不属于危重病人，故医院不负有强制缔约义务。

③ 参见（2022）湘0105民初799号民事判决书。

④ Roe v. Wade, 410 U.S.113, 1973.

⑤ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U. S., 2022.

⑥ 有学者以此为出发点，对全球视野中的堕胎权争议作了全面梳理，认为堕胎问题应回到其宪法化之前的本来性质，即公共卫生和社会政策问题。刘晗：《从罗伊案到推翻罗伊案：全球视野中的堕胎权争议（1973-2022）》，《妇女研究论丛》，2022年第4期。

二、生育控制中的公私手段博弈

就生育控制而言，在中西方国家的法律传统中，均可发现公民生育背后的国家干预之手^①。一方面，不同的国家共享地球上的资源，为保证社会总财富的存量与增量，确保可持续发展，各国采取不同的措施对生育进行控制。另一方面，基于国别，各国的生育控制措施充满自主性。美国关于生育的管控在经历了从严苛到宽松的过程后，又重新回到相对严苛的阶段。笔者通过分析美国有关生育问题的历史变迁，试图论证一个重要命题，即通过公法控制生育并非长久之计，增强私法控制可以弥补其不足。

（一）自由与管制的漫长拉锯：以美国法为参照

早期，美国政府认为不受约束的生育会带来危险，需要干预生育，其主要受三方面因素影响。第一，优生学理论认为，犯罪、智障等某类遗传或传染性疾代代相传，需要予以关注。第二，地下堕胎活动增多，严重降低了出生率。第三，白人婴儿出生率下降，高生育率的贫民移民潮来袭。由此，美国若干州不仅限制了部分主体的结婚资格，而且开始强制推行绝育法，对不适格的成员（罪犯、精神病患者）实施强制绝育^②。与此同时，美国继续遵循禁止堕胎的法律传统。

20世纪，美国家庭内的私人事务逐渐摆脱公共干预，被视为自由的象征。国家推行的强制干预生育手段始终伴随质疑声，也为司法裁判带来大量困扰。反对者认为，政府的干预剥夺了妇女的自由选择权，侵犯了他人的人权。这一反对运动取得了实质性效果。20世纪后半叶，政府权力逐渐从私人生活领域退出。州绝育法大多被废除，联邦最高法院将生育和堕胎规定为受宪法保护的基本权利。由此，美国基本放弃了生育控制，生育真正成为私人事务^③。

当生育成为私人事务后，逐渐被贴上隐私权的标签。隐私权作为法律概念，具有双重含义：一是将私人生活与社会公共生活隔开的权利；二是不受公共干预地作出基本生活选择的权利。生育自由是

个人享有排除政府干预的自我选择、自我决定的权利^④。起初，生育自由的保障以合法的婚姻关系为基础，即通过最基本意义上的家庭隐私得以保障。随着隐私权被扩展为普遍的个人权利，生育自由的保护范围逐渐扩张，成为每个人自由选择、自我决定的领域，无论该个体已婚还是单身^⑤。

近日，多布斯诉杰克逊女性健康组织案再次引发广泛关注。美国拥有悠久的反堕胎的法律传统，随着女性地位的提高，有关堕胎的争议不断进入司法裁判视野。1973年，罗伊诉韦德案发生后，联邦最高法院废除了所有禁止堕胎的法律。该案被认为是生育自由的先锋。但多布斯案推翻了罗伊案确定的先例。该案的判决书明确提出，美国宪法未明确赋予妇女堕胎权。当前，是否允许堕胎由各州通过立法确定。在该案判决公布后，美国拥有3100万人口的8个州颁布禁止堕胎的法令，诊所相继停止提供堕胎服务。由此，美国政府之手再次介入生育领域。

（二）现实的质问：公法控制是否可行

从美国对待生育的历史看，国家借助公法规范实施绝育、禁止堕胎的方式控制生育，核心论证理由是保护“未来的人”的权益，绝育是避免“未来的人”出生时受遗传疾病的影响；禁止堕胎是因为胎儿是正在形成中的人，应保护潜在的生命。

问题在于，通过公法控制生育的方式，国家怎样判定让胎儿出生或者不出生是对其权益的最大保护。对于绝育这一情形，客观上国家可以通过医学技术手段即绝育措施，切断性与生育之间的联系。但问题在于有绝育措施，相应的生育恢复措施也会随之产生，故国家无法彻底落实对生育的直接控制^⑥，也难以实现维护未出生者的目标。此外，并非所有出生的婴儿都会受遗传疾病影响。对于堕胎这一情形，国家禁止堕胎，目的是保障子女有尊严地出生，有尊严地出生最重要的是伴随国家的认可和亲权人的意愿出生，前者需要国家保障子女出生后的法律地位，后者需要国家保障亲权人生育或者不生育的自由。如果该子女因乱伦、强奸等原因出生，否认女性享有堕胎的权利，使该子女在父母非

① 吴欢：《国家干预生育的历史、法理与限度》，《学习与探索》，2016年第3期。

②③④ [美]劳伦斯·弗里德曼：《私人生活：家庭、个人与法律》，赵彩凤译，北京：商务印书馆，2022年版，第9-11、9-11、90、18、208页。

⑤ 余军：《生育自由的保障与规制——美国与德国宪法对中国的启示》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2016年第5期。

⑥ 黄忠：《通过私法的社会控制——以近亲婚姻的无效为例》，《法制与社会发展》，2010年第2期。

自愿的情况下出生，可能对子女出生后的权益保障产生不当影响。由此出发，禁止堕胎并不是对胎儿的保护，也有可能构成对胎儿的侵害。因此，从这一角度看，通过规定禁止堕胎难以实现保护未出生者的目标。

即使公法控制能够实现维护“未来的人”这一预期目标，国家也将付出较大的管理成本。法律控制的成本包括用法律手段预防和阻止违法行为的所有社会支出，涉及监控、侦查、捕获、诉讼以及执行惩罚等各个环节^①。如果借助公法手段对生育进行管控，需要深入每个执法环节，具体到每一个人，与此对应的是国家要配备强大的管控网络，对绝育、堕胎、辅助生殖技术的应用进行日常管控。生育是私密性活动，人员始终处在高度流动状态中，对其进行实时监督，成本难以估量。在管理过程中，势必会出现部分服务转为“地下”的状态。对“地下”行为的管控，需投入更多的人员、资源、设备，等等。由此出发，从中获得的收益与付出的成本之间将存在严重偏差。

与此同时，公法控制带来的潜在威胁不容忽视。一方面，非法行医的风险加大，有可能危及女性与胎儿的健康；另一方面，阶级差距加大。如果通过公法控制的方式禁止生育自由，会使有关生育自由的相关措施更加昂贵。例如，美国学者波斯纳在研究堕胎时明确提出，禁止人工流产的法律禁止不了人工流产，反而使人工流产更加昂贵^②，进而可能导致部分服务（例如，堕胎、辅助生殖技术）只能由富人享受，再次拉大阶级差距。

（三）私法治理的优势

通过分析公法管控生育的弊端并非证明应坚持生育自由。完全的生育自由同样会产生相应的副作用。例如，精神病患者或者未成年人生育，不仅难以保障其本身在社会关系中作为弱者的权益，而且难以保障潜在的生命利益。由此可以理解为何需要控制生育。

生育控制的基本目标是以国家为中心实现对胎儿权益的保护，意味着国家要通过制度、组织等方式，对生育活动进行规制，而不是将这些问题完全交由个人处理。规制的手段可以分为两类，一是公法规制，二是私法治理。公法的社会控制主要借助公共威慑力，需要国家投入大量成本进行管理，配

备相应的奖（行政奖励）惩（行政处罚、刑罚等）制度。私法治理则相反，无需投入过多的成本进行事前监控，而是借助“法律行为”制度实现治理手段。其中，激励制度为法律行为有效；惩罚制度为法律行为无效。有所缺憾的是，私法的惩处力度不够，无法直面打击违法行为，不可避免地会出现因违法行为而生的产物。具体到生育层面，较为典型的是代孕所生子女。此时，如何保障已生子女的利益至关重要。对这一问题，国家认可该子女与其他子女相同的法律地位，可以实现从“潜在的人”转变为“现世的人”的过程性保护。

综上所述，厘清历史发展脉络，目的是把握未来的发展方向，其是对社会实践中法律问题的回应。在现有的社会控制手段中，通过公法手段实质性干预生育并非长久之计，应逐步走出公法的生育管控，迈向私法的生育治理。

三、走出公法管控的生育控制

面对因公法层面的生育控制而延伸出的问题，我国应如何应对是不容回避的现实。迄今为止，我国公法对生育的控制主要包括两个方面。一是对生育的直接控制，即通过禁止性规范，限制辅助生殖技术的应用控制个体的生育自由。二是对生育的间接控制，即通过限制性条件，绑定生育登记制度与婚姻制度影响个体的生育自由。由此出发，首要措施是走出公法的生育控制，在刚性禁止层面，适当放开辅助生殖技术的应用；在柔性限制层面，逐步取消生育登记结婚限制。

（一）适当放开辅助生殖技术的应用

原卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第3条规定：“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。”《人类辅助生殖技术规范》第3条第13款规定：“禁止给不符合国家人口和计划生育法规和条例的夫妇和单身妇女实施人类辅助生殖技术。”按照上述规定，单身女性适用人类辅助生殖技术存在法律上的障碍，这一障碍本身不具有正当性。

第一，上述规定系对医疗目的之误解。医疗的基本目的是恢复健康，但也存在非基本目的。随着

^① 桑本谦：《法律控制的成本分析——以对通奸和黄色短信的法律控制为例》，《现代法学》，2007年第5期。

^② [美]理查德·A.波斯纳：《性与理性》，苏力译，北京：中国政法大学出版社，2002年版，第272-279页。

技术的进步,这些非基本目的逐渐增加,并且越来越广泛。例如,医疗美容服务行业是服务个人的审美需求,而非恢复健康。体外受精、试管婴儿等辅助生殖技术不是为治疗不孕不育症,而是为解决不孕不育症引发的问题,满足个人的生育需求^①。由此可见,“恢复健康、治愈疾病”以外的非基本目的,同样属于医疗目的。全国首例单身女性冻卵案提及的冻卵,作为辅助生殖技术实施过程中的前置性步骤,虽然不是治疗不孕不育症的手段,但服务于保存女性的生育能力,解决女性未能在最佳生育年龄进行生育的遗留问题,同样属于医疗目的。如果未来该女性利用冻卵实施辅助生殖技术解决不孕不育问题,同样属于医疗目的范畴。

第二,上述规定忽略政策变更。回溯原卫生部出台《人类辅助生殖技术管理办法》及《人类辅助生殖技术规范》的背景可知,上述规定是对计划生育政策的贯彻与落实。目前,国家鼓励生育二孩、实施三孩政策,取消了对生育的严格限制。上述规定因具有历史的局限性成为具文,不应再有适用的空间。由此,前述全国首例单身女性冻卵案判决以原卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第3条及《人类辅助生殖技术规范》第3条第13款为规范依据,证成北京妇产医院拒绝为原告提供医疗服务的行为具有正当性,不具有说服力,不能为其行为的违法性辩解。此外,冻卵的实质是保存生育能力,是为未来实施辅助生殖所做的前置预备动作,不能直接将其跳跃至“辅助生殖技术”的范畴^②,也不能从单身女性寻求健康服务的事实直接跳跃至“不符合国家计划生育政策”的评价^③。

第三,上述规定是对医疗机构及医务人员的行为规制,效力不及于他人。分析这一规定的文本含义可知,这一规定规制的主体是医疗机构和医务人员,未对全体单身女性作出禁止实施辅助生殖技术的规范。当限制自然人的民事权利时,只能通过法律和行政法规,不能通过行政规章。即使行政规章

已作出相应的规定,依然无效。因此,上述规定作为卫生行政管理规章,只能对医疗机构和医务人员形成约束,不能以此为根据,认定单身女性不得通过辅助生殖技术生育子女^④。

第四,上述规定并不能实现对“未来的人”的保护。禁止单身女性适用辅助生殖技术的论据之一是保护“未来的人”出生时避免其受到单亲家庭的影响。事实上并没有相应的实证研究证明,生活在单亲家庭的子女会受到不利影响。与此相反,禁止这一技术的实施,会加大与之相关的违法活动的开展,有可能进一步危及单身女性和胎儿的健康。

第五,上述规定构成对单身女性一般人格权的侵害。一般人格权是权利主体依法享有的人格利益的抽象概括。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第109条规定一般人格权,即“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”。《民法典》第990条第2款对一般人格权作出规定。按照这一规定,一般人格权的内容包括人格自由与人格尊严,前者指权利主体在维护自身人格利益中享有自主意志的能力和资格,后者指一个人应该享有的社会和他人的基本尊重。发挥一般人格权的母权利作用,可以解释具体人格权的内容、创造新型人格权,对具体人格权无法提供保护的其他人格利益提供保护。在这一层面生育权即为典型适例。从生育权的内涵看,主体享有的生育或者不生育的自由,本身可以概括在人格自由这一抽象概念中。承认每个主体均享有生育权,不因年龄、性别、婚姻状态而区别对待,是对生命缔造者身份的认同,体现了对他人的尊重,可以将其概括在人格尊严的内涵中。由此可以推断,如果否定他人的生育自由或者区别对待他人的生育自由,将构成对人格自由和人格尊严的侵害。根据《人类精子库基本标准和技术规范》的规定,基于“不育症”或“预防遗传病”以及“提供生殖保险”等目的,男性可以申请保存精液,无论其是否已婚。上述规定否定单身女性享有通过冻卵

① 邱仁宗:《生命伦理学》,北京:中国人民大学出版社,2020年版,第35页。

② 石佳友:《再议单身女性冻卵案:只是留一份保险和选择》,https://www.huxiu.com/article/623963.html;王康:《单身女性“生殖力保存”侵权责任之解释论》,《东方法学》,2023年第1期。

③ 王康:《单身女性“生殖力保存”侵权责任之解释论》,《东方法学》,2023年第1期。

④ 对这一观点,江苏省无锡市中级人民法院在全国首例冷冻胚胎权属纠纷案的判决中作出相关论述。该判决认为,《人类辅助生殖技术管理办法》有关“胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕”的规定,未否定权利人对胚胎享有的相关权利,且这些规定是卫生行政管理部门对相关医疗机构和人员在从事人类生殖辅助技术的管理规定,故南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定,对抗当事人基于私法享有的正当权利。参见江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡民终字第01235号民事判决书。

保存生育能力的权利，是区别对待未婚男性与未婚女性，构成对单身女性一般人格权的侵害^①。在这一方面，《吉林省人口与计划生育条例》第29条规定可资借鉴。该规定指出，达到法定婚龄决定不再结婚并无子女的妇女，可以采取合法的医学辅助生育技术手段生育一个子女。按照这一规定，单身女性可以通过辅助生殖技术实现生育自由。

综上所述，原卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第3条及《人类辅助生殖技术规范》第3条第13款规定不具有适用的空间。适用该规定不仅不能实现对“未来的人”的保护，而且会构成对单身女性一般人格权的侵害。

近年来，随着人口结构的变化，有全国人大代表提交保障单身女性生育权、赋予单身女性实施辅助生殖技术的提案，建议适时修改相关法律法规，制定专门的《人类辅助生殖技术实施法》或者《人类辅助生殖技术实施条例》^②。2020年7月，国家卫生健康委员会在《关于赋予单身女性实施辅助生育技术权利，切实保障女性平等生育权的建议》提案的答复函中，提出禁止单身女性适用辅助生殖技术的原因，一是应用卵子冷冻技术存在健康隐患；二是以延迟生育为目的的卵子冻卵技术应用在学术界依旧存在较大争议；三是严防商业化和维护社会公

益是辅助生殖技术需要严格遵循的伦理原则^③。其中，第一点和第二点与技术发展的成熟度有关，属于自然科学范畴，笔者不进行讨论。需要注意的是第三点，即辅助生殖技术需要遵循的伦理原则是禁止商业化利用^④，而非禁止利用。因此，《中共中央国务院关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》第（十四）条在规范人类辅助生殖技术应用中，提到“加强人类辅助生殖技术服务监管”，而非禁止实施辅助生殖技术。目前，国家卫生健康委员会已组织开展关于单身女性冻卵可行性的论证^⑤。上述规定应及时修改，适当放开人类辅助生殖技术应用的限制。如此可以有效回应前述全国首例单身女性冻卵案以及全国首例丧偶女性实施辅助生殖技术案。

（二）逐步取消生育登记结婚限制

“婚姻者，合二姓之好。上以事宗庙，下以继后世也。”^⑥在传统观念中，生育是家族的延续^⑦。出于“正统”的考虑，婚姻与生育具有严格的时间先后顺序。只有双方成立合法婚姻，生育才具有正当性。

沿袭此观念，结合人口经济发展状况，我国早期实行计划生育政策，通过行政审批性质的准生证制度进行生育管理，即由计划生育管理部门审查批准育龄夫妻进行合法生育并出具书面证明^⑧。只有

① 禁止冻卵受害的法益不是生育权，而是身体权。身体权系以身体完整、行动自由为核心内容的人格权利。冻卵是适龄女性对自己身体及身体所含生殖细胞的处置，体现的是对身体及其可分离部分自己决定的自由法益。如果未来利用冻卵作实际的辅助生殖，属于行使生育权。王康：《单身女性“生殖力保存”侵权责任之解释论》，《东方法学》，2023年第1期。

② 黄细花：《关于优化生育政策构建生育友好型社会的建议》，<https://news.sina.com.cn/c/2022-03-02/docimcwipih6195784.shtml>；彭静：《保障女性平等生育权》，<https://www.chinanews.com.cn/gn/2020/05-20/9189536.shtml#:~:text=%E5%BB%BA%E8%AE%AE%E7%94%B1%E5%85%A8%E5%9B%BD%E4%BA%BA%E5%A4%A7%E6%88%96,%E5%B9%B3%E7%AD%89%E7%9A%84%E9%80%89%E6%8B%A9%E6%9C%BA%E4%BC%9A%E3%80%82>。

③ 《关于政协十三届全国委员会第三次会议第2049号（社会管理类144号）提案答复的函》。

④ 有观点认为，禁止商业化利用本身不成立。就目前的态度看，允许赠与卵子，但不允许买卖。如果站在对价的立场上，意味着卵子允许无偿交易，而不允许有偿交易。问题在于按照举轻以明重的原理，假设允许无偿做某事，那么，有偿应该也可以做某事。在此，否定论的论据之一是如果允许卵子买卖，进入商业化利用的流程，则其表达出的是负面态度，例如，对女性身体不尊重、与社会公序良俗不符，等等。但如果赠与，则会有正面效果。然而，市场是反映和投射本来存在的问题，其本身并不会改变卵子的内在价值。例如，人寿保险早期出现时，也存在一种质疑，即对“死亡”的明码标价。但事实上，人寿保险的出现并未减损生命本身的价值，其减损的是生命作为工具时的价值。同理，市场不会改变卵子的内在价值，但有可能改变卵子作为工具的价值，相应地带来剥削等，而剥削可以通过监管的方式消除。[美]贾森·布伦南、彼得·M.贾沃斯基：《道德与商业利益》，郑强译，上海：上海社会科学出版社，2017年版，第15、92-129、193、284页。

⑤ 许雯：《国家卫健委组织就开放单身女性冻卵征求专家意见》，<https://www.caixin.com/2023-03-13/102007436.html>。

⑥ 《礼记·昏义》。

⑦ 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，北京：商务印书馆，2010年版，第103页。

⑧ 于晶：《单身女性生育权问题探讨》，《中国政法大学学报》，2021年第1期。

取得准生证,才能为即将出生的子女办理生育申请。未取得准生证便出生的子女会被认定为是“计划外”的生育,父母需要缴纳社会抚养费,等等。从这一角度看,准生证是子女“合法”出生的表征。随着放开二孩、鼓励三孩政策的实行,国家卫生和计划生育委员会办公厅出台《关于做好生育登记服务工作的指导意见》,国家卫生健康委员会办公厅出台《关于完善生育登记制度的指导意见》,生育管理制度随之发生变化,从生育审批转变为生育登记。例如,广东省将《生育登记和再生育审批管理办法》修改为《生育登记管理办法》,将“生育登记证明”更改为“生育登记凭证”。名称的修改体现了对生育的行政管理不再是限制他人生育的工具,只是行政机关数据统计的方式。但部分地区的生育登记对象依旧限定为合法夫妻,即只有出示结婚证才能为子女办理生育登记。

基于此,有必要逐步取消生育登记结婚限制,将生育与婚姻松绑。正是认识到这一点,各地逐渐取消生育登记时的结婚限制,不仅释放出“尊重个体选择和保障女性生育权的积极信号”^①,而且回归到国家生育控制的根本目标,保障子女利益。当然,潜在的质疑是,逐步取消生育登记结婚限制会变相鼓励非婚生育,破坏婚姻家庭制度。笔者认为,这一质疑并不成立。国家对生育进行管控的根本目的不是维护婚姻家庭制度,而是为了保障子女的利益。即使早期的生育管理,也是为了使人口政策与当时的经济发展状况相适应^②,而不是出于维护婚姻家庭制度的目的。考虑到子女对自己的出生不具有自决性,国家作为结果取向的干预者,理应以保障子女利益为先。如果依旧将生育登记与婚姻绑定,不仅无法有效避免非婚生育等现象的发生,而且会对子女带来不利影响,使子女承担不利后果,因此,有必要通过取消结婚限制的方式保障子女的利益。

四、迈向私法治理的生育控制

生育管控的核心目的是维护未出生的人。在实现这一控制目标的路径上,更重要的是迈向私法治

理,通过行为禁止的端口,对生育进行直接或间接控制。与此同时,配备事后的保障性措施,实现对“潜在的人”转变为“现世的人”的过程性保护。

(一) 行为禁止:无效法律制度的引入

《民法典》第1002条规定生命尊严的目的在于人的生命应当得到承认与尊重。在这一命题下,生命尊严的内涵被充分挖掘。首先,人享有维护自己生命尊严的权利。其次,这些权利是要排除任何第三人对他人的生命的干涉。最后,基于公序良俗的考虑,对生命的自由塑造存在必要限制。这种限制主要通过“禁止”规范,借助无效的法律后果,实现管控生育的目的。

第一,通过买卖无效制度实现对生育的直接控制。在市场交易过程中,最重要的是当事人之间的信赖。这一信赖不仅包含当事人主体之间的信赖,而且包含当事人之间就该交易会获得国家认可的信赖。《民法典》第1006条规定,完全民事行为能力人有权依法自主决定无偿捐献其人体细胞;第1007条规定,禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体,违反这一规定的买卖行为无效。按照这一规定,如果当事人通过买卖卵子、有偿代孕等方式实现生育目的,将无法得到私法认可。无论卖方或者代孕方、买方或者委托代孕方,出现权利和义务争议时均无法通过事先的合意定分止争。由此可见,借助这一民事法律行为无效制度,可以使民事主体审慎对待通过有偿交易实现生育目的的行为,进而实现对生育的控制。

第二,通过婚姻无效制度实现对生育的间接控制。从策略看,国家除了可以直接对生育进行控制外,还可以对生育的干预提前至婚姻关系缔结时,通过对结婚行为的否定(即婚姻无效制度)达到控制生育的目的^③。以婚姻无效制度控制生育,是通过区别有效婚姻制度的法律效果实现。《民法典》第1054条规定,无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力,当事人之间不具有夫妻的权利和义务。按照这一规定,无效婚姻中,当事人之间不仅在经济上无法形成夫妻共同财产,而且在人身关系中也无法形成基于夫妻身份享有的权利。例如,日常家事代理权,等等。当事人通过婚姻结合时会首

① 柳建龙:《生育登记取消婚姻前提合理吗?》, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_21815460。

② 生育政策的内涵与基本功能是人人享有生育的权能,但以家庭为基础的子女生育必须与经济社会发展状况相适应,进而实现人口调控的国家目标。张震:《从生育政策到生育权:理论诠释、规范再造及功能定位》,《当代法学》,2023年第2期。

③ 黄忠:《通过私法的社会控制——以近亲婚姻的无效为例》,《法制与社会发展》,2010年第2期。

先意识到此类风险，即该婚姻未得到法律认可，将来难以借助法律实现对自身权益的保障。因此，当事人之间会慎重考虑生育行为。由此可见，有效的婚姻制度因为受到法律保护，为双方结合提供信赖的力量，有助于维持双方的信任；无效的婚姻制度试图拆除婚姻信任中的法律基石，通过向婚姻生活中投放不信任实现其控制目标^①。《民法典》第1048条规定近亲婚姻为无效婚姻，正是出于遗传学上的优生目的，通过宣告婚姻无效的方式，实现对近亲生育的控制。

（二）事后保障：同等法律地位的肯认

除在行为方面引入无效的法律效果外，《民法典》第1002条规定的生命尊严通过事后保障的方式实现对潜在生命的保护。“生育——从被生出的人的角度来看——始终是他人决定的行为。”^②从基因开始，进而成为受精卵，形成胚胎，孕育为胎儿，最终分娩，胎儿个人无法控制，而是由他人决定。医疗科技的发展加强了“现世的人”的自我决定，但无法使“未来的人”的自我决定从无变有。此处“现世的人”包括传统意义上自然生殖的父母、辅助生殖技术下决定生育的父母，甚至包括为了科研自主研究编辑人体基因行为的人员，等等。由此可见，生命虽是体现自由的直接定在^③，但在有关人的出生的选择上具有非自决性。

《民法典》第1002条规定的生命尊严概念，蕴含“生的尊严”，指向生而为人的利益。“生而为人”中“生”代表出生这一客观事实；“为人”更加具有规范的含义，即出身。具言之，从事实角度观察，胎儿分娩为“出”，呼吸为“生”^④，“生而为人”指胎儿作为母亲身体的一部分转变为作为独立的主体存在，从“非人”（正在形成中的人）转变为“人”，从“潜在的人、未来的人”转变为“现世的人”。从规范角度观察，“生而为人”指以人的身份诞生，作为法律主体上的人的保护。黑格尔曾

言，自为地存在的意志即抽象的意志就是人。人间最高贵的事就是成为人。所有的生物都是主体，而人是能够意识到主体性的主体^⑤。这两个角度看似乎不存在实质性的关联，其实隐含规范对事实的回应。申言之，以人的身份诞生，意味着必须符合人的理性。因此，尽管生命尚未诞生，但维护潜在的人于出生时作为人的尊严这一理性要求已在事实上存在^⑥。

由此出发，一方面，即使该子女系通过基因编辑或者辅助生殖技术出生，其法律地位也应当得到承认，不得受到歧视^⑦；另一方面，如果当事人无视无效婚姻的法律效果依然生育，《民法典》第1054条和第1071条同样配备相应的保障措施。《民法典》第1054条提及无效或者可撤销婚姻的“当事人所生的子女，适用本法关于父母子女的规定”；《民法典》第1071条第1款规定，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。按照上述规定，即使婚姻效力受到否定性评价或者当事人之间不存在婚姻关系，只要当事人双方生下子女，该子女与婚生子女享有同等法律地位。

五、结 语

对生育自由这一问题不可避免地存在有关伦理性的讨论。如何有效回应这一社会关切，需要进行充分的论证说理。

对于这一议题，公私法的角色分工有显著不同，但最终要回溯到维护“未来的人”这一目标导向，才具有相互比较的可能性。在这场公私法的博弈中，依靠私法直接或者间接规制生育更为可行。长期以来，我国借助公法控制生育。一方面，借助禁止性规范，通过限制技术适用范围的方式，直接控制生育；另一方面，借助生育管理制度，通过准

① 黄忠：《通过私法的社会控制——以近亲婚姻的无效为例》，《法制与社会发展》，2010年第2期。

② [德]K.A.施瓦茨：《以人类胚胎干细胞为例研究胚胎保护的法律问题》，《中德法律论坛2003》，南京：南京大学出版社，2005年版，第22页。

③⑤ [德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张启泰译，北京：商务印书馆，2017年版，第214、52页。

④ 徐国栋：《出生与权利——权力冲突》，《东方法学》，2009年第2期。

⑥ 与这一点相似的是人与国家的关系。人生来就是国家的公民，不能脱离国家而单独存在。在人尚未诞生之前，建立国家这一理性要求已经存在。[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张启泰译，北京：商务印书馆，2017年版，第95页。

⑦ 杨立新、李怡雯：《保障人工辅助生殖技术所生子女的生的尊严——认定人工辅助生殖技术所生子女的法律地位的基准点》，《中国应用法学》，2021年第3期。

生证、结婚证、身份证等将生育登记与婚姻绑定的方式，对个体的出生进行信息编码，间接干预生育。这一做法不利于维护“未来的人”的权益，因此，有必要适当放开辅助生殖技术的应用，逐步取消生育登记的结婚限制。与此同时，迈向私法的生育控制，借助私法中的无效制度引导、规范他人的生育行为，同时，配备事后保障措施，实现对“未来的人”转变为“现世的人”的过程性保护。

本文讨论的仅是生育控制的部分内容，隐含的目的是服务未来关于公法控制的讨论。前文已述，

私法治理的缺陷在于不是正面对违法行为进行打击，而是将其排除在法律肯认的评价体系之外。基于此，一旦维护“未来的人”这一目标无法通过对个人行动的引导实现，公权力就有必要介入。当公法介入时，本文有关私法治理的讨论也可以反哺公法。私法更加贴近社会生活，从实践中迸发的场景将成为素材供给，成为规范条文中新的注脚，这不仅有利于对公法条文形成具体的阐释，而且可能重新形成对公法的诠释，即依循私法的社会实践，推动公法解释论的展开。

Birth Control: From Regulation with Public Laws to Governance with Private Laws

YANG Li-xin^{1, 2} LI Yi-wen^{3, 4}

(1. Institute for Rule of Law and Economic Development ; 2. School of Law,
Guangdong University of Finance and Economics , Guangzhou Guangdong 510320 ;
3. Research Center of Civil and Commercial Jurisprudence ;
4. School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872)

Abstract: The question of how the state should control the private activity of reproduction in order to protect “future human beings” has been a major issue on the minds of scholars. In the light of the long tug-of-war between reproductive freedom and birth control faced by the United States, China can consider gradually moving from public law control of reproduction to private law governance of it. Viewing from this perspective, the use of assisted reproductive technology should be appropriately liberalized and marriage restrictions on birth registration should be gradually lifted. At the same time, Articles 1002 and 1007 and the invalid situations stipulated in the first part of Article 1054 of the Civil Code of the People’s Republic of China should be used to regulate reproduction ; Article 1002, the second part of Article 1054 and Article 1071 should be employed to guarantee the legal status of the born child.

Key words: Reproductive Freedom ; Birth Control ; Assisted Reproductive Technology ; Dignity of Life ; Nullification System

[责任编辑: 潘静静]

[责任校对: 李 蕾]