

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

朱晓喆 徐 刚 *

内容提要：生育权就其本意而言是宪法赋予公民的基本人权，不宜在具体民事案件裁判中直接适用。我国司法实务中出现的48个典型的生育权民事纠纷大致可分为三类：生殖器官受侵害型、配偶之间生育侵权型、侵害生育自主权型。前两类案件根本无须“生育权”这一概念的介入，即可依据现有民法体系和规则解决所争议的法律问题。在第三类案件中，虽不当出生或不当怀孕的确构成侵害生育自主权，但也无须动用宪法上的生育权，因为民法上的一般人格权或其他人格利益已经包含了生育自主权的具体内涵。

关键词：生育权 生育自主权 人格权 民法体系

近年来，我国民法理论界和司法实务界常常提到“生育权”这一概念，涉及生育问题的民事纠纷层出不穷，理论上对于生育权的论述更是连篇累牍，生育权成为民法上极热门之课题。然而，对于生育权之内容与性质如何、民法应如何保护生育利益以及如何适用涉及生育的法律，各方均未形成共识。有鉴于此，笔者采取一种“回到事物本身”的态度，观察司法实务中如何认识和运用“生育权”这一概念。在此基础上，以民法原理和比较法为分析工具，指出我国法院民事审判中运用“生育权”来解决生育利益方面的民事纠纷以及在民法学上提出和讨论“生育权”这一概念，或属多余，或属不精确，将生育利益提升为一项民事权利也无必要。

一、司法实务中“生育权”民事纠纷案件的类型

就我国司法实务中涉及生育问题的民事纠纷，笔者以“生育权”为关键词，检索北大法意网中国司法案例数据库（<http://www.lawyee.net>）、最高人民法院各部门机构主编的《人民法院案例选》和《民事审判案例要览》、公开出版的学术刊物以及少量的新闻报道刊物，收集整理了48起典型的生育民事纠纷案件。虽然实际发生的生育纠纷案件远不止于此，但笔者对上述渠道获得的案件进行归类整理，基本概括出实务中生育民事纠纷的三种类型：

* 朱晓喆，华东政法大学副教授；徐刚，华东政法大学2008级民商法专业硕士研究生。

本文为上海市教委第五期重点学科“民法与知识产权”（编号J51104）的阶段性研究成果。本文初稿完成后，曾在浙江大学法学院承办的第五期“判例研读沙龙”作主题发言，感谢评议人周江洪博士的批评意见。

第一，生育器官受损害。例如：甲司机违章行车，导致乙女子宫内胎儿受损害，乙以生育权受侵害为由，起诉甲要求赔偿；或者医生甲误将节育环置于乙女子宫之内，导致其生育功能障碍并多年未孕。此类案件中，法院一般在认定原告生育器官的完整性或生殖能力（身体健康）遭受损害的同时，支持原告提出的生育权主张。

第二，配偶之间的生育纠纷。例如：甲男与乙女为夫妻，甲欲生养子女，乙却拒绝生育或已单方流产，甲起诉乙生育侵权或要求乙履行生育义务；或者甲男起诉为乙女实施堕胎的医院，主张医院侵害甲之生育权。此类案件中，对于配偶向对方提出的涉及生育的诉讼请求，法院一般不予支持。而且，基于夫妻之间生育利益而向第三人提出的生育侵权主张，从未获得法院支持。

第三，不当出生或不当怀孕。例如：甲女怀孕，乙医院为其作产前检查，检查报告胎儿发育一切正常。但婴儿出生后发现为先天残疾，甲女（或夫妇）起诉医院侵害生育权；或者甲女到乙医院做绝育手术，但手术不成功，甲女随后怀孕并进行堕胎手术，甲女起诉乙医院侵害其生育权。此类案件中，医院诊疗行为存在过错或提供不实信息，导致受害人不能进行妥当的生育选择，多数法院认为其构成生育侵权。

下表初步反映司法实务中 48 起涉及生育纠纷的民事案件类型及其审判结果情况：

生育纠纷民事案件统计表

| 案件类型 | 提出生育权侵害的事由 | 案件数量 | 是否支持生育主张(支持〔1〕/调解/不支持) |
|-----------|---------------|------|------------------------|
| 生育器官受损害 | 器官完整性的损害 | 3 | 2/1/0 |
| | 器官功能的损害 | 2 | 2/0/0 |
| | 其他〔2〕 | 3 | 2/1/0 |
| 配偶之间的生育要求 | 一方主张对方生育侵权或违约 | 24 | 5/7/12 |
| | 一方向第三人主张生育侵权 | 4 | 0/0/4 |
| 不当出生或不当怀孕 | 医院错误诊断胎儿 | 11 | 7/2/2 |
| | 医院错误人流手术 | 1 | 0/0/1 |
| 合计 | | 48 | 18/11/19 |

二、作为宪法基本权利的生育权

笔者认为，生育权在严格意义上是一项基本人权。首先，一些国际性法律文件已将人类的生

〔1〕 此处“支持”意指法院支持原告基于契约、侵权或伴随离婚请求而提出的各种生育主张，不完全等同于原告胜诉。例如，法院可能判决支持原告的离婚请求，但未支持其关于生育侵害的主张。

〔2〕 三个案件的检索名称和内容分别为：1. “车祸引发的维护生育权案”（说明：本文所利用的少量案例在北大法意网中国司法案例数据库中无相应案号，因此以检索出来的案例名称来指代；如有案号，则直接引用案号）：钟某儿子被林某驾车撞死，且钟某只有这一个子女，钟某以自己做了结扎手术，不能继续生育为由，主张林某侵害其生育权；2. “遭狗咬殃及生育后代，准妈妈状告狗主人获赔”：原告于某已开始接受试管婴儿手术，但被杨某的狗咬伤，被迫终止后续手术，因而主张侵害生育权；3. “孕期被丈夫毒打流产导致的离婚纠纷案”：孕妇王某因被丈夫杨某毒打而流产，提出离婚同时主张侵害生育权。以上案例均载北大法意网中国司法案例数据库。将这三个案例归入生育器官损害案件中的“其他”类中，理由在于：一方面，原告并非以配偶之间违反生育义务或医院错误诊断为由提起诉讼，不可归入后两类；另一方面，它们都涉及原告生命或身体受侵害，类似于生育器官受损的案件类型。

育事务纳入基本人权的范畴。例如,1968年德黑兰第一次国际人权会议首次宣布人类享有“决定子女数量及其出生间隔的基本人权,有获得有关教育和信息的权利”。1979年第34届联合国大会颁布《消除对妇女一切形式歧视公约》,其第16条规定,缔约国应保障妇女自由地决定子女人数和生育间隔的权利。1994年国际人口与发展大会通过的《国际人口与发展大会行动纲领》再次重申所有夫妇和个人均享有自由决定其子女人数和生育间隔的基本权利。理论上将这些国际公约中的生育权利作为一项基本人权。^{〔3〕}

我国1982年宪法并未明确规定生育权。但宪法基本权利是一个不断发展的体系,在成文法国家,基于宪法条文的不完美性与开放性,一般认为宪法条文中的权利并非涵盖所有的基本人权。因此,应认可我国宪法上还存在未列举的基本权利。^{〔4〕}根据我国宪法第37条人身自由权、第48条男女平等权、第49条第1款对家庭和妇女儿童的特别保护以及第49条第2款夫妻双方的计划生育义务,可以综合总结其中隐含着生育权,尤其是妇女的生育自由。再者,我国妇女权益保障法属于宪法性法律,该法第47条第1句规定,“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”,可被认为是妇女的生育基本人权之规定。与此类似,人口与计划生育法第17条规定,“公民有生育的权利”。^{〔5〕}作为宪法基本权利的生育权首先应该通过立法者制定各个部门法律来将其“具体化”(Konkretisierung),^{〔6〕}例如民法上设立自然人人格权制度,刑法上确立侵害公民人身权利的犯罪类型,^{〔7〕}都能起到具体化宪法上公民生育权的作用。

宪法上的生育权具有较强的国家干预性。生育出于人类的自然本能,本无须国家或社会机构的介入即可实现。但在传统社会,由于男女两性在自然和社会政治经济方面存在重要差异,生育制度偏重考虑男性一方的利益,女性的生育自由往往被剥夺或受限制。伴随着20世纪风起云涌的男女平权化运动,现代国家逐渐通过各种干预手段平衡男女之间在政治经济社会文化方面的实力,并积极促进和落实妇女在生育方面的基本人权。换言之,生育权首先意味着国家应保障妇女有生育或不生育的自由。但由此可能引发男性是否享有生育权的争议。对此,人口与计划生育法第17条规定:“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。”可见,生育权的主体不限于妇女。

在我国,生育权还伴随着宪法确立的公民计划生育义务(第49条)。据此,我国公民的生育权是在一定法律限制范围内的生育自由。但即使在此限制前提下,国家还是必须负担促进和落实公民生育方面的规划和行动的义务。妇女权益保障法第47条第2句规定,有关部门对计划生育

〔3〕 王世贤:《生育权之检讨》,《河北师范大学学报》(哲学社会科学版)2006年第3期。

〔4〕 日本学者芦部信喜认为,宪法明确列举的权利不过是“在历史上受国家权力侵害较多的重要权利自由,并非意味着已然网罗和揭示了所有的人权(人权的固有性)”。参见〔日〕芦部信喜:《宪法》,林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第114页。我国宪法学者认为,宪法基本人权的固有性来自于天赋人权观念。参见韩大元等:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社2004年版,第259页。

〔5〕 国家计划生育机关也认可生育权是基本人权。参见国家计生委政法司:《〈中华人民共和国人口与计划生育法〉有关名词解释》,《人口与计划生育》2002年第4期。

〔6〕 拉伦茨指出,宪法上的原则是有待填补的价值准则,立法者和司法判例都应对其进行价值补充,以俾适用。但相对于法官而言,立法者享有具体化的优先权(Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers)。Vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Sechste Auflage, Springer Verlag, 1991, S. 341.

〔7〕 例如,在“陈晓燕等决定并实施切除智障少女子宫故意伤害案”中,被告人为避免智障少女月经期的生活不能自理而擅自决定切除其子宫,法院判决被告人非法损害他人身体健康,构成故意伤害罪。本案中,被告人曾抗辩,智障女属法律禁止结婚的人,不具有生育权利。对此,受理案件法院的法官评析道:“生育权是人类繁衍的基本保证,是人类与生俱来的权利”,不能因为法律对生育有所限制或因妇女之生育器官无生育作用而任意切除之。参见江苏省南通市崇川区人民法院(2005)崇刑初字第179号刑事判决书;江苏省南通市中级人民法院(2006)通中刑一终字第0068号刑事判决书。载北大法意网中国司法案例数据库。

夫妻应提供安全、有效的避孕药具和技术，保障实施节育手术妇女的健康和安全。人口与计划生育法第 19 条第 2 款规定，国家创造条件，保障公民知情选择安全、有效、适宜的避孕节育措施；第 21 条又规定，实行计划生育的夫妻可免费享受计划生育技术服务。

综上所述，生育权是一项宪法基本权利。那么，生育权及相关宪法规范能否作为民事案件的裁判依据呢？司法实务中，法官往往援引作为基本人权的生育权作为裁判的法理依据。例如，在“石华诉崔新峰强制履行生育协议案”中，妻子（崔新峰）在丈夫（石华）的要求下签订了如下协议：“堕胎约定：夫同意堕胎，妻愿堕胎后二年内怀胎生子或支付给夫生育权安慰金 78500 元。”丈夫据此诉至法院，要求妻子怀胎生子。一审法院审理后认为：“生育权是一种基本人权，是法律赋予公民生育子女的权利，属于人民自由权的范畴。生育权是一种男女共享且需要特定男女相互配合才能实现的权利……只有夫妻双方协商一致，共同行使这一权利，才能实现生育权。……本案中原告要求被告履行生育义务，怀胎生子，被告不愿生育，原告的诉讼请求本院不予支持。”〔8〕

此外，还有的法院在认定生育权作为基本人权的同时，认为它也是一项人身权，从而更模糊了宪法权利与民事权利之间的界限。例如，在“李健诉启东市陈黄秀珍医院、王海霞其他人身权案”中，法院认定“生育权是公民的基本权利，不受非法的干预”。该案审判法官对裁判理由解说道：“生育权是所有适宜生育的公民应当享有的一项基本权利。……生育权是人之为人的神圣权利，自人出生即得享有，体现了作为人的尊严。虽然我国人口与计划生育法在规定公民生育权的同时，又规定公民计划生育的义务，但这种义务仅是对公民行使生育权方式的一种要求，并非是对未婚男女生育权利的否定，生育权作为人格权的性质不因此而改变。”〔9〕

与实务中的看法几乎一致，我国很多研究者在阐述生育权的性质时，一方面认同生育权的基本权利性质，另一方面又理所当然地认为生育权是一项民事权利。如有人指出：“生育权既是宪法赋予公民的基本权利，也是受民法保护的基本民事权利，属于人身权的范畴。”〔10〕

理论界和实务界的以上观点在本质上涉及宪法基本权利能否适用于具体民事案件的问题。基本权利本是针对国家与人民之间的宪法关系而设，如将其运用于具体的民事纠纷案件中，就是将其效力向国家与人民之外的第三者扩张，涉及“宪法基本权利对于第三人的效力”。该问题在德国民法中存在直接效力和间接效力两种观点。〔11〕

支持宪法基本权利可以直接约束私人关系的学者如尼佩代（Nipperdey）、缪勒（Müller），认为古典的宪法基本权利仅仅是消极地对抗国家权力，维持个人自由领域，但基于德国基本法的社会国家原则，劳动权、受教育权、平等权等为保障社会经济弱者的基本权利并非消极性权利，而是有待于国家采取措施予以实现的积极权利。故而，法院可以直接引用基本权利的规定，不必经过民事法律来进行审判，使基本权利在民事个案中获得实现。德国联邦劳工法院自 20 世纪 50 年代开始采纳此见解，认为私人之间的劳动协议不得与宪法基本权利相抵触，从而直接适用基本权利的规定。

反对者如杜立希（Durig）、盖格尔（Geiger）认为，宪法基本权利系针对国家与人民之间的

〔8〕 河南省方城县人民法院（2003）方城民初字第 17 号民事判决书，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2006 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 478 页以下。同样的裁判旨趣见于“殷文辉诉袁叙轮应其妻的请求为其妻行终止妊娠手术侵犯生育权赔偿案”，载北大法意网中国司法案例数据库。

〔9〕 江苏省启东市人民法院（2006）启民一初字第 0558 号民事判决，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2007 年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 168 页以下。

〔10〕 谭桂珍：《论“生育权”及其救济》，《湘潭大学社会科学学报》2003 年第 2 期。

〔11〕 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München, C. H. Beck, 2004, S. 88.

关系而设,基本权利的实现首先应以国家立法的方式为之,而不能将基本权利直接适用于私人关系,否则无异于法官完全取代了立法者的地位,私法的独立性也会受到威胁。他们主张,基本权利所表达的价值内涵,如自由、平等、人格尊严等,可以通过民法中的“概括条款”导入私法秩序,如善良风俗原则。这种理论观点被概括为“间接效力说”。〔12〕德国联邦宪法法院自1950年以来的一系列判决表明采纳这种观点,并且驳斥联邦劳工法院的直接适用方式,认为其失之过宽。〔13〕这种观点在德国民法学界已成为通说。〔14〕

笔者赞同间接效力说。这归根到底是因为宪法所规范的对象是国家权力的行使,公民的基本权利实乃针对国家而设,民事主体之间并无侵害基本权利之必要性和可诉性。司法实务中以“生育权”受侵害作为裁判涉及生育纠纷案件的依据,显然是对宪法和民法关系的认识不清所致。

三、生殖器官及其生育功能之侵害

人类的生育功能和生育利益是建立在完整健康的身体器官基础之上的,尤其是生育器官直接决定了人类的生育能力。从自然因果关系上看,如破坏生育器官的完整性,或妨碍生育器官功能的正常运转,致使受害人生育机能的减弱或丧失,的确对当事人现在或将来的生育利益造成损害。但是,民法上现有的身体权、健康权已足以保护此处的生育利益。

(一) 生育器官完整性的损害

对身体器官完整性的破坏有时并不影响器官功能的发挥,因而不会影响到健康权,例如打人耳光、割人须发,仅侵害身体权。〔15〕如果侵害身体器官的完整,致使生育器官的功能受到影响,则势必导致对生育利益的损害。例如医院错误切除患者子宫或卵巢、交通事故中生育器官毁坏或被迫流产等。于此身体权和健康权均受到损害。但是否有必要将生育健康的利益独立为“生育权”,并以此作为受害人的请求权基础(尤其是精神损害赔偿的基础)呢?

我国司法实务中流行一种普遍的看法:“未婚男女的生殖器官因侵权行为受到不可逆转的损害时,侵权行为人不仅侵害了受害人健康权,同时也侵害了受害人的生育权。”〔16〕姑且将这种观点称为“双重侵权说”。这一观点的理论基础在于:“非法伤害了怀孕妇女生育过程,致使受害者非自愿流产的,基本上没有任何处罚。甚至于许多的医疗或堕胎事故的受害者,即使部分或完全丧失了生育能力,也根本得不到任何补偿。……对侵害公民健康权,又侵害了夫妻共同生育权的故事或暴力行为,应认定为双重侵权,应加重处罚,实行双重赔偿制。”〔17〕

身体健康受侵害而致生育利益丧失,本可以作为衡量精神损害抚慰金的考量因素。在“广州新世界巴士服务有限公司与吴漫纯等道路交通事故人身损害赔偿纠纷案”中,怀孕妇女(原告)因交通事故而流产,一审法院支持其以身体健康权受侵害为基础的诉讼请求,并从生育利益减损

〔12〕 卡纳里斯指出,间接效力的“间接”是指“基本权利只有通过直接支配该法律领域的法条规定的媒介才能产生影响”。Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, Walter de Gruyter, Berlin, 1999, S. 91.

〔13〕 参见陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第302页以下;张千帆:《论宪法效力的界定及其对私法的影响》,《比较法研究》2004年第2期;张巍:《德国基本权第三人效力问题》,《浙江社会科学》2007年第1期。

〔14〕 前引〔11〕, Larenz/Wolf书,第89页; Rütters/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Auflage, München, C. H. Beck, 2009, S. 19; Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 17. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2007, Rn. 87-88.

〔15〕 王泽鉴:《侵权行为法》,北京大学出版社2009年版,第103页。

〔16〕 前引〔9〕,江苏省启东市人民法院(2006)启民一初字第0558号民事判决。

〔17〕 何志:《婚姻法判解研究与适用》,人民法院出版社2004年版,第333页。

的角度指出应给予精神抚慰金赔偿。^{〔18〕}但遗憾的是,该案二审法院的判决又回到了“双重侵权说”的立场:“本案交通事故显然侵害了吴漫纯的身体权、健康权,然而使吴漫纯在本案中享有精神损害赔偿请求权的原因不仅在于其身体或者健康受到损害……更在于本案交通事故致胎儿停止发育而致吴漫纯被迫终止妊娠。……《中华人民共和国妇女权益保障法》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。该权利与自由乃是人之自然属性,基于自然事实,与自然人之人格不可分割,解释上宜肯定为^{〔19〕}人格权。”

可见,二审法院将身体健康损害与由此导致的胎儿流产这种妊娠生育利益区分开来,并将后者作为精神损害赔偿请求权的法律基础。笔者认为,在本案的情况下,生育能力或生育利益的丧失以及由此遭受的精神痛苦是侵害身体健康权所造成的间接损害,以此为由即可主张精神损害赔偿。换言之,本案中所谓侵害“生育权”,其实只是侵害身体健康权的损害后果。而二审法院的裁判实际上是将侵害身体权造成的身体器官功能减损或丧失的损害后果作为侵权行为的客体,并作了两次法律评价。依此推论,如果某人眼睛受到侵害导致其视觉受损,或肢体受到侵害导致其不能运动,那么侵权人不仅侵害了其身体健康权,同时也侵害了其“观看权”或“运动权”,这显然是荒谬的。因此,在身体健康权受侵害时,如其生育能力或生育利益受到减损,可以作为给予精神损害赔偿的认定依据。^{〔20〕}而以生育权受侵害为由赔偿精神损害,显属画蛇添足。

(二) 生殖器官生育功能的减损

侵害身体权有时并不导致健康权受损,反之,健康权的损害也不以身体权受侵害为前提。因此,即使未有身体完整性的损害,生育器官的机能也有可能受到减损,例如医生未征得妇女同意而擅自置入节育环,^{〔21〕}或未取出节育环而告知妇女已经取出,导致其多年不孕。于此是否有必要认可独立的生育权侵权行为?试举一例分析。

在“周美兰、洪永高夫妇诉常青乡卫生院行节育取环术告知取出实际未取出致其未能生育赔偿案”中,原告周美兰1979年在被告江苏省如皋市常青乡卫生院由妇产科医生为其放置节育环。1981年,周美兰至被告处要求取环生育。医生在手术后告知周美兰环已取出。然而此后近二十年,原告夫妇一直未能生育,虽经多方诊治,终不见效果。直至1999年周美兰作妇科检查,方得知其体内仍留有节育环。原告周美兰夫妇遂向人民法院起诉。本案一审、二审法院均确认被告侵犯了原告的生育权和身体权。审理本案的法官对其裁判理由作如下阐述:“本案是一起典型的侵害生育权纠纷。所谓生育权,是指自然人享有的决定是否生育子女以及如何生育子女的自由。……被告常青卫生院极不负责任的行为显然妨碍了原告这一正当权利的实现,造成原告近二十年来竭尽所能依然未育的遗憾和痛苦。这里,原告有因未能生育而致精神痛苦的危害后果,被告既有主观过错又有客观上的行为,并且原告所受的损害与被告的行为之间具有直接的因果关系,完全具备侵害生育权四个法定要件。”^{〔22〕}

笔者认为,此类案件也无承认“双重侵权”的必要。在我国民法上,健康权是指“自然人以其

〔18〕 一审法院认为:“吴漫纯在此次交通事故中,不仅自己的身体受到伤害,而且怀孕月余的胎儿也因此流产,除了身体受到伤痛以外,精神上也受到巨大创伤。在事故后经过努力试图保住的胎儿也停止发育,不得不进行清宫手术,此对一个准备成为母亲的女性来说,不仅在于外科手术带来的身体创伤,且还带来了对未来生育的不利因素和家庭等各方的压力,对未来的生活也产生负面影响,因此此次事故对吴漫纯的精神伤害非常巨大。”参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法民一终字第868号民事判决书,载北大法意网中国司法案例数据库。

〔19〕 同上。

〔20〕 相同观点参见前引〔10〕,谭桂珍文。

〔21〕 周征:《生育权的私权化》,《中华女子学院学报》2005年第5期。在该文所报告的案件中,法院仅以身体健康权被侵害为由作出判决,应值赞同。

〔22〕 参见施汉嵘、沈杨二位法官对本案之评析,载北大法意网中国司法案例数据库(该数据库中无本案案号)。

机体生理机能正常运作和功能完善发挥,以其维持人体生命活动的利益为内容的人格权”。〔23〕 侵权行为阻碍生殖器官功能正常发挥的,即足以构成侵害健康权。至于该行为导致生育利益之减损或丧失,实乃侵害健康权之损害后果。换言之,通过保护健康权即可保护生育器官的生育能力不受侵害,而无须另行将此认定为侵害“生育权”。

(三) 因配偶身体健康受损而提起生育侵权之诉

上文所述“广州新世界巴士服务有限公司与吴漫纯等道路交通事故人身损害赔偿纠纷上诉案”中,原告吴漫纯的丈夫也作为原告一并提起诉讼,并获得精神损害赔偿。一审法院的裁判理由是:“作为丈夫虽然不直接孕育胎儿,但其与妻子的怀孕、生育具有法律上的利害关系;夫妻在婚姻关系中享有生育权,杨楚杰的身体虽没有受到伤害,但婚姻中的生育权并非在己方身体无恙的情况下就能予以保证,还需配偶的健康才能保证其生育权不受侵害,如无发生此次事故,杨楚杰便已经行使了自己的生育权,但现因其妻子吴漫纯的流产导致杨楚杰生育权遭到侵害,因此此次事故给杨楚杰的精神上造成的影响也非常巨大的,给杨楚杰精神上造成了侵害。……杨楚杰具备主体资格。”〔24〕

二审法院认同此项观点:“妊娠之发生是基于父母的共同作用,胎儿在母体内发育成长,其安危也关系到胎儿父亲的利益。从本质上而言,作为胎儿未来的父亲,杨楚杰因胎儿停止发育而遭受的痛苦并不亚于吴漫纯。……就本案而言,吴漫纯腹中胎儿停止发育系第三人侵权导致,考虑到父母双方对胎儿应享有平等的人格利益,也宜肯定杨楚杰同样享有该项权利。据此,原审法院关于杨楚杰在本案中享有精神损害赔偿请求权的认定适当。”〔25〕

本案的裁判理由可以概括为:夫妻双方对胎儿之发育生长均有同等利益和关切,母亲因胎儿停止发育而“生育权”受侵犯,父亲的“生育权”也同样受到侵犯。

笔者认为,此类案件中,侵害人导致妻子腹中的胎儿停止发育,丈夫对此损害并无请求权。理由在于:其一,如上文所述,妻子一方被迫终止妊娠,实为身体健康权受侵害,于此可以将生育利益的丧失作为精神损害赔偿的酌情考虑因素,但无承认侵害“生育权”之必要。既然对妻子不成立“生育权”侵权行为,那么对于其身体健康并无直接损害的丈夫一方,更无从成立此项侵权行为。

其二,对妻子终止妊娠此项损害事实,丈夫可否以“间接损害”为由而主张损害赔偿请求权?换言之,请求权主体是否得向丈夫一方而扩张?侵权行为法原则上只对直接受害人给予救济,第三人(间接受害人)并无损害赔偿请求权。究其原因,一方面,立法者担心大量的间接受害人提出请求权,导致侵权责任过分宽泛;另一方面,拒绝受害人的亲属对于加害人之直接请求权,也保障了受害人是否提出损害赔偿的意思自治。〔26〕 如果要对间接受害人进行赔偿,则非由法律明文规定不可。例如,死亡之受害人所抚养之人、承担丧葬费之人得对侵权人提出抚养费请求权、丧葬费请求权,〔27〕 死者之父母子女及配偶得因死者死亡而请求精神损害赔偿,〔28〕 这些均由法典明文规定。而比较法和国内法均未有法典明文规定夫妻一方得因对方之身体健康权受侵害而主张损害赔偿

〔23〕 王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第24页。

〔24〕〔25〕 前引〔18〕,广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法民一终字第868号民事判决书。

〔26〕 以上两端,是德国民法限制第三人请求权的理由。参见〔德〕福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第196页;Münchener Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, C. H. Beck, 2009, § 844, Rn. 1. 我国司法实务界主要采前一种理由,即间接受害人的范围难以预料和确定。参见陈现杰:《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释〉的理解与适用》,载最高人民法院民事审判庭编:《民事审判指导与参考》2001年第1卷,法律出版社2001年版,第82页。

〔27〕 参见德国民法典第844条、第845条;我国台湾民法典第192条;侵权责任法第18条。

〔28〕 参见我国台湾民法典第194条;侵权责任法第22条。最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第7条甚至将死亡的精神损害赔偿请求权扩大至“其他近亲属”。

偿请求权。^[29]因此,与直接受害人关系密切的近亲属的间接损害并非均可获得法律保护。如对间接受害人之损害赔偿请求权不予限制,将会使责任范围难以预期。因此,上述法院的判决结论不值赞同。^[30]

四、配偶之间的“生育权”:不可能的权利主张

(一) 拒绝生育或单方堕胎

理论界有一种观点认为,生育权是夫妻之间的身份权,属于配偶权的范畴。其主要理由在于:生育是夫妻之间的自然事务,基于夫妻特定身份而产生,以婚姻关系为前提。^[31]配偶权本质上为相对权,多表现为夫妻之间有相互请求对方保持忠诚、同居、扶养等方面的权利义务。如果将生育权界定为配偶权,并肯定夫妻之间相互要求生育的利益,似乎解决了夫妻之间要求对方生育的问题。然而,生育活动必须通过夫妻之间的人身接触或器官支配才能进行,换言之,生育必须是自由自愿的行为。如果将生育义务带入配偶权之中,确认夫妻之间具有相对的生育义务,必然与人格自由、生育自由发生价值冲突。

司法实务中存在由于夫妻一方希望生育、另一方拒绝怀孕或怀孕之后单方堕胎而发生的夫妻之间的生育诉讼。在笔者收集的24件此类案例中,支持配偶之间原告生育权请求的有5件,法院调解结案有7件,而判决驳回的有12件。

支持原告的生育权主张均出现在一方堕胎的案件中,并可分两种情况。在4起案例中,一方提出离婚诉讼,同时原告或被告一方提出生育侵权之诉,法院判决离婚,并判决侵害生育权之损害赔偿。^[32]笔者认为,离婚中以单方堕胎为由请求精神损害赔偿,本质上属离婚中的过错赔偿,也即对婚姻关系破裂有过错的一方在离婚时应向对方承担赔偿责任。但我国婚姻法第46条关于离婚过错赔偿法定事由的规定中并不包含单方堕胎的行为,因此只能类推适用该条。但无论如何,并不需要以侵害对方生育权作为请求权基础。只有1起案件中,当事人并未主张离婚而仅仅主张生育侵权,法院支持了原告的诉讼请求。^[33]可见,主流实务见解并不支持夫妻一方单纯主张生育侵权。对此,法院一般是从如下视角展开论证:

第一,权利冲突说。实践中,如果配偶一方主张生育权,而另一方以自身的人格自由予以对

[29] 但欧洲法院有例外的判决。例如,根据冯·巴尔的报告,意大利热那亚上诉法院1993年7月5日之判决,因医疗过失错误切除一妇女的卵巢,他的丈夫获得了自己的精神损害赔偿;西班牙最高法院1988年2月9日之判决,认可一妇女因丈夫受伤后不能再与她有性生活的损害赔偿请求权。参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷,焦美华译,法律出版社2001年版,第73页,注释312。此类案件是否可能代表实务和理论发展的方向,应值得认真对待。

[30] 作为上述结论的例外,因目睹近亲属在事故中受伤害而发生的“精神震颤”(nervous shock, Schockschäden),可以基于自己的身体健康损害而主张赔偿。但在德国侵权行为法理论和实践中,对于这种损害赔偿请求权一般要求受害人自身法益受损害的程度达到应接受医治的状态。Vgl. Münchener Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, C. H. Beck, 2009, § 823, Rn. 81. 国内报道支持“精神震颤”请求权的重要案件,参见“林玉暖诉张建保等人身损害赔偿纠纷案”,福建省厦门市思明区人民法院(2006)思民初字第5968号民事判决书,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》第70辑,人民法院出版社2010年版,第146页以下。

[31] 姜玉梅:《中国生育权制度研究》,西南财经大学出版社2006年版,第44页;阳平、杜强强:《生育权之概念分析》,《法律适用》2003年第10期;樊林:《生育权探析》,《法学》2000年第9期。

[32] 具体案件如下:1.“赵波诉刘莉私自堕胎侵害丈夫生育权案”(检索名称为“私自堕胎侵害丈夫生育权”);2.“张某某诉顾某妻子擅自做人流丈夫有权起诉离婚并要求赔偿案”(检索名称为“妻子擅自做人流丈夫有权起诉离婚并要求赔偿”);3.“陈某某诉胡某妻子擅自做人工流产侵犯丈夫生育权案”(检索名称为“妻子擅自做人工流产侵犯丈夫生育权”)(以上案例均载北大法意网中国司法案例数据库);4.“夫妻的隐私权和生育权——陈某与许某离婚案”,载蒋月、洪志坚编:《婚姻法与继承法案例精解》,厦门大学出版社2004年版,第32页。

[33] “徐州市云龙区杨某诉李女士生育权侵权案”,载北大法意网中国司法案例数据库。

抗,遂产生权利冲突。例如在“叶光明诉妻子朱桂君擅自流产侵犯其生育权案”中,法院表达了如下见解:“男、女公民均享有相应的生育权。被告享有的生育权是基于人身权中的一种生命健康权,原告所享有的生育权是身份权中的一种配偶权。当两权利相冲突时,法律应当更加关注生命健康权,而非配偶权,而且妇女权益保障法明确规定了妇女有生育的权利。因此,被告对腹中怀孕胎儿进行流产手术,不构成对原告生育权的伤害。”^[34]这是一种代表性的裁判观点,以承认男女双方均有生育权为前提,但认为一方主张生育权必须征得对方的同意,即受到对方人格自由或生育自由的制约。

第二,生育权共同行使说。在一起原告向为其妻子做堕胎手术的医院提起的生育侵权诉讼中,法官认为妻子一方单独决定堕胎并未侵害丈夫之生育权,其理由如下:“受到人类自身生理特征的限制,任何一个已婚男女要想行使生育权,必须得到配偶的支持,也就是说,生育权作为积极性权利时应由夫妻双方共同行使。虽然依托现代医学技术,夫或妻一方可以不必借助对方的身体而实现生育的愿望,但是,从一般法律原则看,在夫妻关系存续期间,选择该种生育方式仍应由夫妻双方共同决定,否则,将违背公序良俗,且所生子女无法成为双方的婚生子女。在此意义上,已婚夫妇无论以何种方式积极行使生育权,都应达成合意。”^[35]

以上理论虽然都得出妻子单方堕胎并不侵害生育权的结论,但它们都是围绕“生育权”的限制展开论证的,即先认可丈夫或夫妻之间均享有生育权,而后再寻求限制该权利的法律依据。笔者虽赞同法院的判决结果,但并不认可其构成理由。此类案件并不需要从“生育权”角度来考虑问题并驳回原告的诉讼请求,理由在于:其一,生育权是宪法基本权利,不宜直接适用于民事案件的裁判,在民事关系领域并无生育权这项法定民事权利。其二,就民法领域而言,夫妻任何一方对自身享有人格自由,并合法地支配自己的器官,因此,在我国法律原则上允许堕胎的情形下,拒绝生育或堕胎实属夫妻一方的人格自由的范畴。^[36]其三,即使拒绝生育或堕胎事实上给对方造成了一定的损害,该行为也不具有违法性,拒绝生育或堕胎既没有直接侵害某种绝对权,也未违反保护他人之法律或构成以故意悖于善良风俗的方式加损害于他人,因而并不构成侵权行为。

(二)“生育协议”的法律效力

由上文可知,配偶之间对于相对方并不负担法定的生育义务。继而需要探讨夫妻之间是否允许存在约定的生育义务。试以“石华诉崔新峰强制履行生育协议案”为例。原告石华和被告崔新峰系夫妻关系,被告怀孕后,双方协商好同意堕胎,并签订了一份协议:“堕胎约定:夫同意堕胎,妻愿堕胎后二年内怀孕生子或支付给夫生育权安慰金78500元”。但被告一直坚持不愿怀孕生育,原告诉至法院,要求被告怀孕生子,并主张侵害生育权精神损失费78500元。一审法院根据妇女生育自由、人格自由的原理,判决驳回原告的诉讼请求:“根据妇女权益保障法‘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’的规定,本案中原告石华要求被告履行生育义务,怀孕生子,被告崔新峰不愿生育,原告的诉讼请求本院不予支持。”^[37]

原告不服一审判决而上诉。河南省南阳市中级人民法院虽维持原判,但其构成理由与一审不同,侧重从案件的事实角度驳回上诉人的请求:“男方的生育权是基于女方已经怀孕,男方享有生育和育即做父亲的权利。女方的生育权是指男方有义务使女方怀孕的权利。如果女方未怀孕,男

[34] 浙江省余姚市人民法院(2006)余民一初字第1633号民事判决,载北大法意网中国司法案例数据库。类似地,在“李刚诉金珠离婚并侵害生育权案”中,法院也认为,生育是男女双方的共同行为,在生育权问题上夫妻享有平等的权利,因而仅支持原告离婚的诉讼请求,而未判决生育权侵害。参见董冠祥:《女性生育权应优先保护——从案例分析的角度》,《法制与社会》2008年7月(下)。

[35] 前引[9],江苏省启东市人民法院(2006)启民一初字第0558号民事判决。

[36] 这一结论对丈夫也同样适用。如果妻子希望生育但丈夫不予配合,或丈夫隐瞒结扎的事实,笔者认为,妻子对丈夫也不可主张生育侵权,因丈夫亦有人格自由。

[37] 前引[8],河南省方城县人民法院(2003)方城民初字第17号民事判决书。

方的生育权就无从谈起。……至于双方因堕胎所签协议的效力问题，因与本案侵权不是同一法律关系，本案不予一并审理。”〔38〕

遗憾的是，两审判决均未对夫妻之间生育约定的效力作出正面回应。笔者认为，夫妻双方虽然可以就生育问题订立契约，但不得违反法律的禁止性规定和善良风俗。生育行为是夫妻自愿支配自己身体及器官的行为，通过契约并以相应的违约责任来强迫对方生育或不生育，都是对人格自由的限制。因此，以生育义务为内容的协议虽不违反法律禁止性规范，但属于违背善良风俗的法律行为中的“束缚性契约”，〔39〕应无效。据此，原告如以生育契约为由而主张损害赔偿，因契约违背善良风俗无效而无法律上的依据。因而，于此类生育协议中，根本无须考虑一方是否享有生育权以及是否存在侵权行为。〔40〕

（三）第三人能否侵害“生育权”

关于配偶之间“生育权”的又一个问题是，是否有必要承认生育是配偶之间的法定权利义务从而对抗第三人的侵害呢？配偶一方能否以侵害“生育权”为由向第三人主张侵权？实务中法院一般驳回原告的此类诉讼请求，主要理由有以下二端：

其一，保障妇女生育自由。在“殷文辉诉袁叙轮应其妻的请求为其妻行终止妊娠手术侵犯生育权赔偿案”中，被告袁叙轮是某诊所医生，应原告殷文辉的妻子张春兰的要求而行堕胎手术。原告起诉被告违法堕胎，影响其夫妻感情，其妻张春兰自堕胎后不辞而别，至今下落不明，造成原告终生无后，精神痛苦。法院判决驳回原告的诉讼请求。对此，司法实务部门的见解是：“当女性公民不愿意生育的情况下，保护她的不生育自由应当重于保护男性公民的生育权的实现。……作为第三人的医生，应妊娠妇女的要求为其终止妊娠，是保护妇女不生育自由的重要手段，也是妨碍男性公民生育权实现的障碍之一。在要求终止妊娠的妇女具有完全民事行为能力的条件下，医生应妊娠妇女的要求为其做终止妊娠的手术，医生或医疗单位并不因此对该妇女的配偶承担侵犯生育权的责任。”〔41〕

其二，医疗机构履行正常职责。在“李健诉启东市陈黄秀珍医院、王海霞其他人身权案”中，丈夫起诉医院主张侵害生育权的损害赔偿，而妻子王海霞被列为第三人。法院首先明确妻子一方单独流产的行为并不构成对丈夫生育权的侵害。既然妻子的堕胎行为是合法行为，那么医院的手术行为也不具有违法性：“由于第三人王海霞终止妊娠具有正当、合理的权利基础，被告为第三人王海霞施行终止妊娠术，既是对其意愿的尊重，更是被告为保障女性公民不生育权利而必须履行的义务，故被告的手术未侵犯原告的合法权益，不应受到法律上的责难。……被告的手术行为，是为第三人王海霞正当行使权利而提供的业务上的协助，不构成对原告生育权的侵害，无需承担民事责任。”〔42〕

可见，司法实践拒绝认可第三人实施流产手术对配偶另一方构成侵害生育权。从民法原理上分析，配偶不得主张第三人侵害其生育权。侵权行为法所保护之客体首先是绝对权，例如人格权、物权、知识产权等。即使认可配偶对于对方在生育方面享有法律上的利益，这种利益也只在配偶之间特定的关系中产生。侵权行为法原则上不保护相对权，因而第三人施行流产手术并不构成侵害生育权行为。

〔38〕 河南省南阳市中级人民法院（2003）南民终字第548号民事判决，载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（2006年民事审判案例卷）》，中国人民大学出版社2007年版，第478页以下。

〔39〕 所谓“束缚性契约”（Knebelungsvertrag），是指过分限制了契约一方当事人人格或经济上自由的契约。Vgl. Hans Brox/Wolf Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 32. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2008, Rn. 338.

〔40〕 如果生育协议并非在配偶之间达成，而是在配偶一方的父母与另一方配偶之间达成，如限制一方人格自由，也属无效。例如，在“限制生育权的协议无效”案中，刘某（男）与王某（女）系夫妻，王某怀孕期间，刘某因车祸去世。此后刘某父母与王某签订生育协议，约定王某如不生育，应赔偿刘某父母5万元精神损失费。王某人工流产后，刘某父母以其违约为由诉至法院，法院判决驳回原告的诉讼请求。该案载北大法意网中国司法案例数据库。

〔41〕 参见江西省高级人民法院程新生对本案的评析，载北大法意网中国司法案例数据库。

〔42〕 前引〔9〕，江苏省启东市人民法院（2006）启民一初字第0558号民事判决。

进而言之,虽然相对权原则上对第三人并无绝对性效力,但如果第三人故意以悖于善良风俗之方法致使相对权的权利人遭受损害,则相对权人可径向第三人请求损害赔偿,典型者如第三人侵害债权。配偶关系本质上是具有相对性的权利义务关系,但在特殊情况下,得成立第三人侵害配偶权,另一方可对侵权人主张损害赔偿。^[43]据此,可能会产生一种第三人侵害生育权的论证方式:假设生育权是夫妻之间的相对权,丈夫可通过类似于第三人侵害配偶权之构造,向实施手术或帮助实施手术的第三人主张侵害生育权。对此,笔者认为原则上不应认可第三人侵害生育权。

首先,第三人侵害债权或配偶权的成立,以侵权人故意悖于善良风俗为要件。从笔者收集的案例来看,被起诉的医院或医生实施流产手术并非以破坏他人的生育计划为目的,这也是法院驳回原告诉讼请求的主要原因。

其次,债权和配偶权乃法律明确认可的相对权,而生育权首先是宪法上权利,并未在实证法或民法理论上被认可为一项明确的民事权利,因此第三人侵害债权或配偶权的构造不宜类推适用。

最后,退一步而言,即使第三人以阻止夫妻生育为目的而使孕妇流产,从而可能构成故意悖于善良风俗侵害配偶的生育利益,但于此也不需要假设夫妻之间“生育权”的存在。因为故意悖于善良风俗的侵权责任可以针对法定权利之外的利益,甚至纯粹经济损失。^[44]配偶的生育利益也可依此获得保护,而不必利用“生育权”这一容易滋生歧义的概念。

五、作为人格权的生育自主权

(一) 不当出生、不当怀孕与生育自主权

医疗机构未尽职责范围内的注意义务,在胎儿检查中,提供有关胎儿发育状况的错误或不准确信息,致使父母误信胎儿健康而非自愿地生育出残疾婴儿,在学理上称为“不当出生”(Wrongful Birth)。如果父母以此为由提起诉讼要求损害赔偿,就其请求权基础而言,首先考虑的是医疗服务契约。医疗契约中医疗机构的给付义务是提供疾病诊治服务,医生如果未尽合理注意义务而发生错误诊治,则违反了保护患者人身安全的附随义务,构成加害履行,应负违约损害赔偿责任。^[45]因此,德国联邦最高法院20世纪80年代采纳违约责任观点,认为孩子的父母得以医疗机构违约为由主张损害赔偿,尤其是对于孩子的特殊照顾费用。^[46]学说对此见解亦有赞同。^[47]但是,德国近期理论多数认为,医生错误的诊疗行为导致非自愿的生产,既是医疗合同的积极违约,也是一种对身体健康的侵害。^[48]

[43] 例如我国台湾于1999年修正其民法典债编,新增第195条第3项:“前二项规定,于不法侵害他人基于父、母、子、女或配偶关系之身分法益而情节重大者,准用之”。即侵害父母子女以及配偶关系,得请求非财产损失(精神损害)赔偿。德国民法一般认可在第三者侵入婚姻住所时,配偶可主张排除妨害和不作为请求权,但无损害赔偿请求权。Vgl. Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 12. Aufl., München, C. H. Beck, 2007, § 823, Rn. 90; 前引[11], Larenz/Wolf书,第257页。但也有学者认为应赋予婚姻配偶对第三者的损害赔偿请求权。参见前引[39], Hans Brox/Wolf Walker书,第508页。我国司法实务中也有判决认可第三人侵害配偶权。参见“周某诉王某等侵犯配偶权案”,江苏省南京市六合县人民法院(2000)六民初字第731号判决书,载国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览(2001年民事审判案例卷)》,中国人民大学出版社2001年版,第3页以下。

[44] 前引[15],王泽鉴书,第70页。

[45] 参见丁春燕:《错误出生案件之损害赔偿责任研究》,《中外法学》2007年第6期。

[46] BGHZ 86, 240, JZ, 1983. See B. S. Markesinis, *Comparative Introduction to the German Law of Torts*, Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 120.

[47] Vgl. Hein Kötz/Gerhard Wagner, *Deliktsrecht*, 10. Auflage, München, Wolters Kluwer Deutschland GmbH, 2006, S. 140.

[48] Vgl. Gert Brüggemeier, *Deliktsrecht, Ein Hand- und Lherbuch*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, S. 143; Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlage, 2009, Rn. 665. 我国学者王泽鉴也主张债务不履行与侵权行为的竞合。参见前引[15],王泽鉴书,第138页。

笔者共收集到我国司法实务中 11 起涉及不当出生的案例。法院大多支持原告的诉讼请求（7 起），驳回原告诉讼请求的有 2 起，^[49] 调解结案 2 起。虽然理论界和实务界对不当出生可以成立侵权行为原则上达成了共识，但尚有疑问的是：医院究竟侵犯了原告的何种民事权利？我国法院大多是以医院侵害患者的“生育选择权”来支持原告诉讼请求的。

例如，在“何志强、吴秀秀诉重庆市第二人民医院侵害生育选择权案”中，法院的裁判理由是：“原告吴秀秀前往被告处进行 B 超检查，双方即建立了医疗服务合同关系。被告在使用 B 超仪器进行胎儿发育检查后，应当提供较为完整的准确结论，但根据法医学鉴定，被告在对吴秀秀进行 B 超检查时，应该能够发现胎儿畸形而未发现，且其 B 超检查报告内容过于简单，由此说明，被告对本案医疗纠纷存在一定过错，在一定程度上侵害了原告吴秀秀的生育选择权，给原告精神上造成一定程度的损害，因此应当对其精神损害进行相应的赔偿。”^[50]

无独有偶，我国台湾实务界也在不当出生案件中确认妇女对生育选择自由的权利。例如我国台湾“最高法院”2003 年台上字第 1057 号判决指出：优生保健法课以医师发现胎儿不正常时，应将实情告知本人或其配偶，并于必要时，劝其施行人工流产之义务，而妇女对于怀有先天性疾病之不健康胎儿，有选择除去之权利，如因医院及相关人员之疏忽未发现此种情况并及时告知，“致妇女继续妊娠，最后生下不正常胎儿，自属侵害妇女对本身得决定施行人工流产之权利”。^[51]

虽然上述判决中对不当出生所侵害的权利的称谓各异，但根本意旨相同，都是指妇女自主决定生育的权利，可简称为“生育自主权”。^[52]

此外，生育自主权还可延伸到“不当怀孕”（Wrongful Conception）的案件类型，即妇女不愿生育，但由于医生节育手术失败而导致其错误怀孕并生子。不当怀孕与不当出生类似，均可以违约或侵权主张损害赔偿，^[53] 只是医院或医师的错误诊疗行为不同而已。我国法院亦支持此类案件中原告的诉讼请求。^[54] 笔者认为，此类案件中原告所受侵害之权利与不当怀孕案件相同，均为生育自主权。^[55]

（二）侵害生育自主权的请求权基础

按上文，医院及其工作人员因医疗过失而违背当事人意愿，致其本应选择流产而未流产，或本来不愿怀孕而怀孕，即构成生育自主权的侵权行为。然而，生育自主权究竟是一项独立的具体人格权，抑或是一般人格权的具体类型，仍有疑义。

可以比较法入手。德国民法典第 823 条第 1 款保护的是生命、身体、健康、自由、所有权以及“其他权利”等绝对权。德国早期司法实务完全否定不当出生或不当怀孕案件中存在受侵害的“权利”，尤其是所谓“家庭计划权”。^[56] 但近期有学说提出，不当出生或不当怀孕侵害原告的个人家

[49] 驳回的主要原因，一是被告医疗行为没有过错（“杨超等与彭州市妇幼保健院医疗侵权赔偿纠纷上诉案”，四川省成都市中级人民法院（2008）成民终字第 296 号民事判决书，载北大法意网中国司法案例数据库）；二是诉讼主体不适格（张健、向婧：《“不当出生”——侵权诉讼民事审判实证研究》，《法律适用》2009 年第 5 期）。

[50] 重庆市永川市人民法院（2003）永民初字第 2229 号判决书；重庆市第一中级人民法院（2005）渝一中民终字第 308 号判决书，载北大法意网中国司法案例数据库。

[51] 转引自前引 [15]，王泽鉴书，第 137 页。

[52] 同上书，第 138 页。

[53] 参见前引 [45]，丁春燕文。

[54] 参见李燕：《不当怀孕损害赔偿研究——从上海“绝育手术不绝育索赔案”说起》，《东岳论丛》2009 年第 10 期。

[55] 王泽鉴教授认为：“生育自主权，并适用于 Wrongful conception（如为避孕而结扎失败）的情形。”前引 [15]，王泽鉴书，第 138 页。我国有研究者将不当怀孕案件中受侵害的权利称为“计划生育自主权”（前引 [54]，李燕文）。为了简便和概括，笔者倾向于“生育自主权”这一表述。

[56] BGHZ 86, 240, JZ, 1983. 参见前引 [46]，Markesinis 书，第 120 页。

庭计划权利 (Rechts auf Familienplanung),^[57] 似有将生育自主决定独立为权利之倾向。但主流观念还是将不当出生或不当怀孕作为第 823 条第 1 款下身体健康的损害问题来讨论,^[58] 因为其首先涉及怀孕妇女的身体健康利益,“怀孕和生产显然与身体的变化和痛苦相联系,妇女的身体损害是再明显不过的了”。^[59] 但是,此种损害本质上是干扰怀孕妇女对身体的自我支配自由 (Dispositionsfreiheit), 因而侵权损害赔偿既是保护其身体完整性,同时也是保护其人格自主权 (Selbstbestimmungsrecht der Persönlichkeit)。正是在这个意义上,瓦格纳 (Gerhard Wagner) 将此类案件称为位于身体伤害与一般人格权侵害之间的临界处。^[60] 但多伊奇 (Deutsch) 以类似于第 823 条第 1 款“其他权利”的表述,将此类“家庭计划损害” (Familienplanungsschaden) 归入到“损害的其他形式”。^[61] 总之,生育自主权在德国民法上徘徊于身体健康权、一般人格权与“其他权利”之间,尚未获得明确独立的地位,但均是第 823 条第 1 款 (即侵害绝对权) 所保护的利益范围。

我国台湾民法学说也有类似处理方案。我国台湾民法典采德国立法例,于第 184 条第 1 款第 1 句规定“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任”,通说认为此处受侵害之“权利”一般为绝对权。第 195 条又规定,“不法侵害他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操,或不法侵害其他人格法益而情节重大者,被害人虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。”人格权当然是绝对权,但不当出生或不当怀孕侵害的生育自主权并不属于上述有名的具体人格权。虽然生育自主本质上是一种“意思决定自由”,似乎与自由权相关,然而第 195 条规定的自由权乃针对行动自由而言,不包括意思决定自由,生育自主应当纳入“其他人格法益”以作较为弹性的保护。^[62] 所谓其他人格法益,是“未经明定为个别人格权的人格法益,此一部分将随着人格自觉、社会进步、侵害的增加而形成具体的保护范围”,^[63] 生育自主权恰符合上述特征,为一种应受保护的人格利益。^[64]

我国法院在讨论医疗机构侵害生育自主决定时,经常使用“生育权”、“生育选择权”、“优生优育权”等表述,但往往以民法之外的法律法规作为请求权基础。例如“云南平安中西医结合医院与陈武凤等医疗损害赔偿纠纷上诉案”,两审法院都依据我国母婴保健法和人口与计划生育法肯定原告享有优生优育选择权。^[65] 笔者认为,虽然母婴保健法和人口与计划生育法从行政法或社会法的角度规定了妇女优生优育的选择自由,但不宜作为民事案件中当事人具体的请求权规范基础。生育自主权在我国民法体系中究竟应该如何定位,仍然是个问题。

最高人民法院在《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第 1 条第 1 款明定人格尊严和人格自由为一般人格权;同时,该条第 2 款规定违反社会公共利益、社会公德侵害

[57] 前引 [48], Brügge-meier 书,第 143 页; Münchener Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, C. H. Beck, 2009, § 823, Rn. 89.

[58] 前引 [48], Brügge-meier 书,第 134 页以下; Münchener Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, C. H. Beck, 2009, § 823, Rn. 86-98; 前引 [26], 福克斯书,第 12 页以下。

[59][60] Münchener Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, C. H. Beck, 2009, § 823, Rn. 89.

[61] 前引 [48], Deutsch/Ahrens 书,边码 663 以下。

[62] 前引 [15], 王泽鉴书,第 138 页。

[63] 同上书,第 133 页。

[64] 需要指出的是,我国台湾民法第 18 条原本即规定了保护人格权的一般条款,学理上侧重强调一般人格权是一种母权,衍生出各种个别人格权。参见前引 [15], 王泽鉴书,第 119 页。但林诚二教授认为,第 195 条第 1 款因增订“其他人格法益”之概括条款,显已扩张其适用范围,故而已无区分一般人格权与特别人格权之必要。参见林诚二:《民法总则》上册,法律出版社 2008 年版,第 162 页。据此,我国台湾民法第 18 条规定的一般人格权与第 195 条第 1 款规定的其他人格利益之间的关系,尚待学理的进一步澄清。

[65] 参见昆明市五华区人民法院 (2006) 五法西民初字第 487 号民事判决书;云南省昆明市中级人民法院 (2007) 昆民三终字第 854 号民事判决书,载北大法意网中国司法案例数据库。

“隐私和其他人格利益”应赔偿精神损害，从而涵盖了不能归入“权利侵害”类型中的“其他人格利益”。〔66〕据此，生育自主权的受害人可能具有两个请求权基础，或者主张一般人格权（人格自由）受侵害，或者主张其他人格利益受侵害。

根据该司法解释第1条第2款，侵害其他人格利益的侵权行为须以行为悖于善良风俗（违反社会公共利益、社会公德）为构成要件，因而受害人须就行为悖俗的违法性负举证责任。而从学理上看，一般人格权是否受侵害亦须从法益衡量的角度加以判断。〔67〕具体言之，一方面要考虑受害人的何种人格利益受侵害、侵害后果的严重性和持续时间以及受害人自身行为反应，另一方面从加害人方面要考虑侵害的动机、与宪法上言论、出版自由和艺术自由等是否冲突。如果利益权衡的结果不利于加害人，侵害就具有违法性。〔68〕因此，无论是以侵害一般人格权还是以侵害其他人格法益作为不当出生或不当怀孕案件的请求权基础，均需审慎判断加害人行为的违法性。至于何种请求权基础更具合理性，及其与侵权责任法之间如何协调，〔69〕尚待我国民法学说和判例的发展与检验。

由上可见，虽然不当出生或不当怀孕是新型的侵权案件，但如果现有的民法理论体系和法律规定足以应对此类纠纷，就没有必要在民法领域引入易生误解的（源自于宪法的）“生育权”概念。或者，如果一定要在民法领域谈论“生育权”，那么也只能说宪法保障公民生育权的价值理念，通过一般人格权这一价值导管输入民法领域，并体现为达到法定婚育年龄的男女在生育事务上的自主决定权。换言之，作为一般人格权之具体类型的生育自主权落实了宪法上的生育权。

（三）生育自主权的延伸案型

事实上，可能涉及生育自主权的案件并不限于医疗机构与怀孕妇女之间。以下试举两个笔者构想的案例：1. 甲男与乙女是夫妻，乙患有严重疾病，甲因担心遗传而本不欲生育。乙希望生育，于是采取欺诈手段使甲相信其疾病不会遗传。甲同意生育，结果乙生产的婴儿带有其遗传疾病。甲起诉乙侵害其生育自主权。2. 甲男与乙女是夫妻，乙怀孕期间，甲因车祸死亡。乙不愿继续妊娠，但甲之父母为传宗接代而胁迫乙继续妊娠。乙因恐惧而未终止妊娠。乙生育后，情绪紧张、感情痛苦，不堪忍受，遂起诉甲之父母侵害其生育自主权。

上述案件中，侵害人采取欺诈、胁迫等手段干扰受害人对生育一事的自主决定，致使受害人违背自己的真实意愿而生育。于此，受害人可以一般人格权或其他人格利益的相关法律规定为请求权基础，主张其生育自主权受侵害的损害赔偿。换言之，生育自主权并不限于不当出生或不当怀孕，在其他涉及生育自主决定的民事纠纷中亦有适用之可能。因此，一般人格权或其他人格利益意义上的生育自主权具有较为广泛的法律实用价值。

结 论

理论界与实务界常常误将“生育权”作为一项新型的具体民事权利。但是通过本研究可知，在涉及生育纠纷的民事案件中，根本无需利用本属于宪法上的“生育权”概念，各种涉及生育民事纠纷的案件各有其体系位置与解决方案。具体言之：

〔66〕 前引〔26〕，陈现杰文。

〔67〕 前引〔11〕，Larenz/Wolf书，第127页。与德国民法理论相同，瑞士民法上关于人格权侵权行为的违法性判定，原则上均须进行法益衡量。Vgl. Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Herausgeber, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, Art. 28, Rn. 49.

〔68〕 参见前引〔39〕，Hans Brox/Wolf Walker书，边码338；Hans Brox/Wolf Walker, Besonderes Schuldrecht, 33. Auflage, München, C. H. Beck, 2008, S. 520—521, 519；Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 12. Auflage, München, C. H. Beck, 2007, § 823, Rn. 67.

〔69〕 侵权责任法第2条规定，侵权行为的客体为民事权益，不限于具体的法定权利，包括一般人格权和其他人格利益。

第一，在生殖器官完整性被破坏和生殖能力受减损的情况下，受害人以身体健康权受侵害为其请求权基础，即可保护其生育利益，而无需主张身体健康权与生育权受到双重侵害。

第二，根据我国现行法律，配偶之间在生育问题上既无法定生育义务，亦无约定生育义务。如一方拒绝生育或单方人工流产，实属个人人格自由的范畴，且此类行为并不具有违法性，从而不构成侵权行为。即使双方签订生育协议约定生育义务，该约定也因违背公序良俗而无效。配偶之间既无生育权主张，就更不可向实施或帮助实施堕胎行为的第三人主张生育侵权。

第三，不当出生和不当怀孕案型可以一般人格权或其他人格利益作为请求权基础以为救济。在此意义上，大陆法系各国的判例和学说均认可“生育自主权”。

因此，实务中涉及的“生育权”仅对第三种案型有意义。当事人的生育自主权是人格权的内涵之一，将其命名为“生育权”也本无不可。但“生育权”本是宪法上的固有概念，将其引入民法中无助于增加解决案件的便利，反而徒增困扰。更重要的是，现今民法上的各种法定权利类型，如生命权、身体健康权、所有权、债权、配偶权，原属民事生活领域最重要之法益，将其明确为权利，实有必要。而一般人格权或其他人格利益等具有发展性和弹性的概念，其具体包含的权能内涵和类型均历经司法判例与学说整理的千锤百炼始获确认。因此，如动辄将眼前的某种具体利益要求提升为民事权利，实乃我国民事立法者和司法者过于缺乏自信的表现。

Abstract: The last decade has witnessed the increasing arguments about a general conception, i. e. , right to procreation, which is often used to describe the claims concerning personal procreative interests in the current civil academics and judicial practices. However, the right to procreation, based on the meaning of itself, belongs to the constitutional rights. It is inappropriate to resort directly to constitutional fundamental rights in concrete civil judgments, for the constitutional law and civil law have different functions and domains.

The authors use the case - classification method to study the judicial practices concerning to the right to procreation. We select 48 typical cases from current judicial practices, which can be classified into the following three categories. The first one is the injury of genital organ, that is, the plaintiff's genital organ is injured by the defendant and cannot function properly, so the plaintiff sues for damages. The second one is the duty violation between spouses, for example, the wife refuses to procreation or aborts the baby against the husband's will, so the husband claims that the wife breaches the duty between spouses. The last one is the injury of right to autonomous procreation. In this category of cases, the hospital makes a medical conduct negligently and causes the patient to conceive wrongfully or the baby to be born wrongfully, thus the patient claims that the hospital injures his/her autonomy of procreation.

In the first two categories of cases, it is not necessary to introduce the concept of right to procreation, because the solution to these cases can be found in the existing rules of civil law. Only in the last category can the injury of the right to procreation be admitted. However, it is not necessary for this category of cases to resort to the constitutional right to procreation either, because the concept of general personal right or other personal interests can embrace the essence of this concept and therefore these cases can be solved by the existing legal system and theories in civil law.

Key Words: right to procreation, right to autonomous procreation, personal right, civil law system
