武漢大學學報【哲学社会科学版】
WUHAN UNIVERSITY JOURNAL (Philosophy & Social Sciences)
第69卷 第5期 2016年9月
Vol. 69. No. 5 Sept. 2016. 110～117

DOI:10.14086/j.cnki.wujss.2016.05.014

生育自由的保障与规制
——美国与德国宪法对中国的启示①

余 军

摘 要:作为当代西方宪法人权理论与实践机制的两大典型,美国联邦宪法与德国基本法在生育自由的保障与规制方面呈现出诸多共性与分殊:前者将生育自由纳入隐私权的保障范围,后者则以自我自决权涵盖生育自由的保障,但均以个人的"自治"与"自决"为基本内涵;在生育自由规制方面,尽管两国宪法对胎儿生命权的保护起点存在分歧,但均主张生命权优越于堕胎自由。这为我们反思当下中国生育制度提供了一个有意义的参照系。在国际通行的生育权观念早已为我国以缔结国际公约方式所肯认,人权保障、依法治国业已成为我国社会价值共识的背景下,重塑生育制度的基本价值立场,建构一个以生育自由保障为根本逻辑的生育制度规范体系,具有重要的实现意义。

关键词:生育自由;隐私权;自决权;人格权

一、问题之缘起:权利抑或义务

从人口学等功能主义的视角看,中国自2015年推出的"全面二孩"政策,在"避免我国陷入'低生育率陷阱'"、"增加劳动力资源的未来供给"以及"延缓人口老龄化趋势"等方面无疑具有积极的意义(吴敏,2016:85-87),这一生育新政也因此成为学界和公众舆论的热议话题。然而,讨论的热烈却难以掩饰其中权利话语的缺失——论者大多基于这一功能主义视角展开讨论,而鲜有从生育权利保障的视角对其作出思考与省察。不可否认,"全面二孩"政策意味着国家对个人生育活动的放松管制与权利保障水平的提升,但从法治主义的立场考察,却仍然存在着较大的提升空间。这在一定程度上反映出,历经二十余年紧缩型"一孩"生育政策以及政策宣传后,社会公众意识领域生育权利观念匮乏。

与这一现象相一致的是,我国现行法制亦主要将"生育"置于"义务"的语境中予以表征,"生育"作为"权利"的规范属性遭致极大的矮化。首先是在宪法层面,"生育"被置于"基本国策"与"公民基本义务"的语义脉络中②,《宪法》文本中并不存在生育作为权利的直接规范依据。尽管2004年宪法修正案增设的"人权条款"为基本权利保障的开放性提供了可能,国际人权保障领域亦奉行"基本权利的保障并不以宪法的明文列举为限"之准则,但生育权能否被作为一项我国宪法未列举的基本权利而受到保障,在当下中国的宪法实施机制中仍然是一个有待明确的问题。其次是在法律层面,法律规范中虽出现了"生育

①本文涉及的德国宪法法院判例、德语法学文献的翻译与运用,得到了笔者的大学校友、德语翻译高丽女士的帮助,在此致谢。当然,文责由作者自己承担。

②《宪法》第25条规定:"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。"第49条第2款则规定:"夫妻双方有实行计划生育的义务。"前者属于基本国策条款,后者系公民基本义务条款。

权”之表述①，但从生育制度的实施状况来看，“生育权利保障”之法规范目的并未得到充分的彰显，使得法律文本中的生育权利在实践中被转换为“计划生育义务之下的自由”，即义务优先于权利；晚近推出的“全面二孩”新政虽然在很大程度上提升了我国生育制度的法治化水平，但生育审批制度仍然存在，生育权在很大程度上仍未摆脱“经审批后方能行使的权利”之现状。无论从制度或是实践的角度观察，生育权观念在中国的真正确立，仍然任重而道远。

然而，生育权作为一项不证自明的基本权利，乃是当下社会的基本共识与法治实践的基本准则。这首先体现在国际公约等诸多国际性文件对这一权利的确认之中，其中最为完整的定义是“所有夫妇和个人都享有自由负责地决定其生育子女的数量和间隔以及为此目的而获得信息、教育与方法的权利”②。据此，生育权的核心涵义是指个人（无论结婚与否）所具有的决定是否生育子女以及生育子女数量、生育间隔的自由。这一权利亦体现在各国的宪法实践中，并被赋予了人之为人普遍享有的自然权利之属性，即这项权利并非是法律赋予、基于公民资格身份而享有的法定权利，而是一项“先于国家”、基于人的本质属性所应享有的权利。实际上，国际人权保障领域的生育权观念源自于各法治成熟国家的宪法实践，后者为前者提供了理论基础和实践准则。中国作为国际社会的重要成员，已通过缔结国际公约与发布《中华人民共和国人口与发展报告》，对上述国际通行的生育权观念予以肯认③。然而这种生育权观念并未在国内法制体系中得到充分实现，中国的计划生育政策尽管在“促进人口与经济、社会协调发展”等方面作出了很大的贡献，但另一方面也呈现出限制生育自由、控制生育数量之显著特征。这与各法治成熟国家承认个人广泛的生育自由、仅将关注焦点置于妇女是否拥有堕胎自由（选择不生育的自由）的状况形成了鲜明的对比。这种差异首先体现在法规范层面关于“生育”表征语境的不同——是以权利为本位抑或以义务为主导，另一方面则反映出不同生育制度的基本价值立场与内在逻辑的差别。

国内部分学者强调“生育自由”与“生育权”概念的区分进而探讨二者之间的关系④，笔者认为，“自由权”与“请求权”乃是权利最为典型的规范形态，广义的生育权主要由“作为自由权的生育权”（生育自由）与“作为请求权的生育权”（狭义生育权）构成；在宪法层面，前者的功能在于防御国家，即国家对于个人的生育自治与生育自决具有消极的不予侵害的义务；而后者意味着对应于国民的请求，国家负有采取积极行动而对个人生育自由予以救济、保障的义务。在权利的生成与保障逻辑上，生育自由无疑处于核心环节，因为“作为请求权的生育权”，其本质在于通过国家保护义务与给付义务的设置，为生育自由的实现提供保障；相对于生育自由而言，它实际上处于一种派生的、附属的地位。对于生育自由保障机制的阐释，往往能够准确地揭示特定宪法秩序中权利保障的核心机理以及各种相互竞逐的价值之间的紧张关系。因此，笔者将研究内容聚焦于生育自由的保障与规制方面。

笔者意欲对当代西方宪法的两大典型——美国和德国宪法上的生育权保障机制进行概括与梳理，以期展示一个与我国截然不同的权利保障规范系统。

二、生育自由的保障：保障范围上的分殊与耦合

（一）美国：纳入个人隐私权的生育自由

美国联邦宪法关于生育自由的保障机制，主要体现在联邦最高法院一系列关于隐私权的判决之中。

---

①《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。”《妇女权益保障法》第 51 条第 1 款规定：“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。”此外，《中华人民共和国人口与发展报告》中有这样的陈述：“个人和夫妻自由地、负责任地决定其子女的数量、生育间隔以及选择适当避孕方法的基本人权必须受到尊重。”

②1981 年 9 月生效的联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》是第一个对生育权作出确认的国际公约，其他规定生育权的国际性文件，如 1974 年联合国世界人口会议签署的《行动计划》、1984 年联合国国际人口与发展会议签署的《墨西哥城宣言》以及 1994 年《国际人口与发展大会行动纲领》等。

③中国是联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》最早的缔约国之一；而《中华人民共和国人口与发展报告》则重申了中国政府对 1994 年《国际人口与发展大会行动纲领》的承诺。这两份文件均将生育权的涵义界定为“自由、负责地决定生育子女数量、生育间隔”的自由。

④例如湛中乐教授认为“生育自由”要求国家不可对公民个人的生育活动进行不当干预，无论宪法文本是否规定，都是宪法精神所应囊括的基本人权；“生育权”由法律规定，并且常通过更为具体的权利设定来实现。参见湛中乐、谢珂珺：《论生育自由及其限制》，载《人口研究》2009 年第 5 期，第 100 页。姜玉梅认为“生育权是基本人权、是生育自由权利化的结果”。参见姜玉梅：《中国生育权制度研究》，西南财经大学出版社 2006 年，第 19 页。

在以“个人自由”为核心价值的美国宪法上,“隐私权”并不仅限于对个人隐私与私密领域的保护,其要旨在于强调排除政府干预的、个人生活领域的自我选择和自我决定权,即“每个人具有按照自己的愿望塑造自己的生活、成为自己生活主宰者”精神的体现(曼弗雷德·诺瓦克,2003:286)。隐私权(right of privacy)被赋予了“私人领域保护”与“个人事项自我决定”之双重功能。作为隐私权的重要内容,生育自由在美国宪法上主要指向个人在生育相关事项上排除政府干预的自我选择和自我决定权。政府对于个人生育事项的干预,主要体现在“避孕”和“堕胎”两个方面,因此,相关的判决内容主要围绕这两个方面展开,进而形成了关于生育自由的保护准则和规范领域。美国宪法上生育自由的保障,经历了一个将生育自由纳入夫妻之间的隐私权、最终纳入一般意义上的隐私权保护范围之发展过程;在规范依据上,构成隐私权重要内容的生育自由,属于宪法修正案正当程序条款中“自由”概念的涵盖范围,具有“基本性权利”(fundamental rights)之属性①。

1942 年的“强制绝育案”(Skinner v. Oklahoma)首次提及生育权②,并将生育权提升至“人的基本自由”之高度,从而推翻了俄克拉荷马州的一项对重罪惯犯实行强制绝育的法律。斯通大法官利用正当程序条款中“自由”的广义概念,认定强制绝育是“对人的基本自由的侵犯”。而 1965 年著名的格瑞斯沃尔德诉康涅迪格州案(Griswold v. Connecticut)③,则将生育自由纳入隐私权的保护范围,强调夫妻之间关于生育事项的自我选择和自我决定权。康涅狄格州的法律因“禁止任何人为避孕而使用任何药物或用具”以及“禁止任何人为避孕提供帮助或建议”,而被诉违反宪法第 14 修正案的正当程序条款。道格拉斯大法官运用独特的“伴影”(penumbra)理论推导出《权利法案》未明确规定的隐私权,并以此为依据判决州法违宪。就生育自由而言,本案的意义在于对“禁止避孕”这样一种政府对夫妻之间私领域干预措施的排除,并首次在宪法上确立了一个以排除政府干预为目标,夫妻之间关于个人生活重大事项的自我选择与自我决定领域。它涵盖了生育、避孕、结婚以及抚养孩子等事项,即生育自由是作为夫妻之间的“最基本意义上的家庭隐私”而得到保障的。

进入 1970 年代,隐私权被扩展为普遍的个人权利,生育自由的保护范围也随之扩张,其保护对象不再以婚姻关系为基础,而是每一个人所享有的生育自我选择和自我决定领域。在 1972 年的艾森斯塔德诉贝尔德案(Eisenstadt v. Baird)④中,原告向一未婚者运送避孕用具被州政府处罚,法院基于平等保护的合理性最低标准,推翻了禁止运送避孕用具的州法。该案判决指出,对隐私权的保护不能仅限于婚姻关系,“已婚夫妻并非自身具有思维和心脏的独立实体,而是由两个具有分离思想与感情组成的个人。如果隐私权具有任何意义,它必然是个人权利,不论结婚还是单身;对于决定是否生育孩子这一影响个人的根本问题,个人有自由不受缺乏理由的政府侵犯。”1977 年的卡蕾诉人口服务国际案(Carey v. Population Services International)⑤中,布伦南法官正式把格瑞斯沃尔德诉康涅迪格州案所确立的夫妻之间的生育自由扩展为个人权利,并称:“根据其继承案例来理解,州禁避孕案的教诲在于,宪法保护个人的生育决定,不受州政府的无理侵犯。”

1973 年的罗伊诉韦德案(Roe v. Wade)以及 1993 年的“宾州限制堕胎案”(Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey)⑥,虽然重点在于强调保护胎儿潜在生命权对妇女堕胎自由的限制,但其判决书中均浓墨重彩地论证了堕胎(选择不生育)自由属于生育自由的保护范围。其要点可以分为两个层次:首先是妇女在怀孕以后具有堕胎自由,这两份判决均强调,对孕妇堕胎自由的保护,属于宪法第 14 修正案的正当程序条款中“自由”概念的涵盖范围,这项自由“涉及人在一生中可能作出的最

①“基本性权利”(fundamental rights)是美国宪法上的特有概念,并不能等同于通常意义上的基本权利,大凡指向那些宪法文本未明确列举,由法院在司法程序中予以推定、确认的权利。根据美国联邦最高法院的解释基准,这些权利属于“依据自然正义或者美国历史、社会中的传统价值,个人在有序的自由社会中所不可或缺的、极其重要的权利”。参见 Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, *Constitutional Law in a Nutshell*, Fifth Edition, WEST GROUP, 2003, p. 196.

②Skinner v. Oklahoma, 316 U. S. 535. 1942.

③Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479. 1965.

④Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438. 1972.

⑤Carey v. Population Services International, 431 U. S. 678. 1977.

⑥Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791. 1992.

秘密和私人的抉择；这些抉择对人的尊严、自主以及第 14 修正案所保护的自由具有中心意义”。其次是强调对堕胎自由“限制的限制”，即政府对这一自由的限制并不是无条件的，在本源上，女性可以“根据其精神诉求和社会地位的观念”来决定是否堕胎，只有当这一自由危及胎儿潜在的生命权时，禁止堕胎方具有正当性。

（二）德国：作为自我决定权的生育自由

如果说美国宪法上纳入个人隐私权的生育自由，旨在划定一个免于政府不当干预的个人关于生育事项的自我选择、自我决定的空间，那么，德国《基本法》则赋予了生育自由“人格的自由发展维度”与“人格发展的责任维度”之双重属性，从而使其具备更为复杂的规范构造与价值内涵。

首先，德国《基本法》亦将生育自由纳入“自我决定权”的保护范围，这意味着个人就其生育事项具有自治、自决之高度自主权，但这项权利的目的并不限于防御政府的不当干预，而是被赋予了保障“人格自由发展”之内涵。德国《基本法》奉行“人格主义”权利理论（Eberle，2002：44），“人格”是指人在“所有生活领域的全面存在”（Michalowski & Woods，1999：97），而人是具有“自由意志”的理性存在，这意味着人必须在其所有生活领域具备“自治”与“自决”之能力，这是人保持尊严的基础条件。因此，“人格主义”权利理论以“人性尊严”为最高价值，《基本法》保障“人性尊严”的根本目的被设定于保障人在“所有生活领域的自由发展”，即“人格的自由发展”；而“自治”与“自决”乃是人格自由发展、自我型塑之核心，亦成为宪法人性尊严的核心内涵；“自治”与“自决”的规范表述就是“自我决定权”（李震山，2001：139）。生育自由作为人的基本需求，显然系“人格自由发展”不可或缺的条件，因而纳入“自我决定权”之保护范围。1975 年联邦宪法法院的“第一次堕胎案”（BVerfGE39）判决对此作出了明确的阐述①，法院依据《基本法》第 2 条第 1 项中“人人有自由发展其人格的权利”之规定，认为生育自由属于这一规定所包涵的自我决定权与一般行为自由的保护范围，“基本法保护的人格自由发展意味着最为全面的行为自由，因而也涵盖了对女性自我决定、自我负责的保护，妇女原则上可以选择不做母亲，不承担父母负有的义务……”。

其次，在“人格发展的责任维度”上，《基本法》所保护的生育自由，并不是个人在其自治领域“孤立的选择”，而是体现在个人与社会共同体的关系之中，是一种受到责任约束的自由。作为《基本法》最高价值的“人性尊严”原则一方面强调个人自治与自决的重要性，另一方面则以道德义务与社会责任约束个人自由，力求宪法价值秩序的协调性与人格的自我实现（Eberle，2002：44）。对于生育自由而言，其“责任的维度”体现为个人在选择是否生育过程中的“自我负责”，即自治与自决并不仅仅意味着个人自由，也是“个人依其所愿、塑造自我负责的命运”之方式。这在“第一次堕胎案”（BVerfGE39）判决中得以清晰阐释②：宪法法院在确认生育自由属于“自我决定权”保护范围的同时，同时强调其“自我负责”的属性——判决书多次提及怀孕对女性身体和精神状态所产生的重要、深远影响，如导致孕妇整体生活方式的改变、对其人格自由发展的空间构成限制，以及胎儿生命权对孕妇生命权、身体不受侵犯权、人格权所产生的影响等，这些都是女性在行使其生育自由时需要认真考虑的因素，即自由与责任相伴随，“亲自承担责任”、“个人与社会的融合关系”是人格自由发展与自我实现的不可或缺的构成要素（阿部照哉等，2006：91）。

三、生育自由的规制：源于与其他重要法益的冲突

在宪法基本权利体系中，除了纯粹的精神自由外，任何权利都因存在界限而需受到限制。当生育自由与其他重要法益相冲突时，生育自由将受到规制。“规制”即控制和规范，是将限制和保护融为一体的调整机制。在美国与德国宪法判例中，与生育自由产生冲突的典型法益包括胎儿生命权、孕妇的生命健康等国家保护的权益，法官结合个案事实，在生育自由与这些法益之间进行衡量，进而形成了对生育自由的规制准则。

---

①Vgl. BVerfGE39，1/37ff.
②Vgl. BVerfGE39，1/37ff.

(一) 美国:女性隐私权与州政府公共利益之间的衡量

在 1973 年的罗伊诉韦德案(Roe v. Wade)中①,法院一方面将妇女终止怀孕的决定权(选择不生育的权利)纳入隐私权的保护范围,另一方则强调这项权利并非绝对,"虽然尚未出生的胚胎并不属于第 14 修正案保护的'个人',但州政府仍负有保障孕妇健康、维持医务标准并保护潜在胚胎生命等公共利益之义务"。布莱克蒙大法官结合医学知识,在对女性终止怀孕决定权与州政府所代表的公共利益之间进行权衡后,创设了著名的三阶段(three trimesters)框架,实际上是为女性生育自由的规制设定了三个具体的规则。在每一个规则中,法律所侧重保护的法益均有所不同:(1)在怀孕后的第 1 至 12 周,堕胎危险性小于正常分娩,政府没必要为保护孕妇健康而限制堕胎,孕妇与医生磋商之后,可自行决定是否堕胎;在这一阶段,孕妇的堕胎自由(选择不生育的自由)处于优先保护的状态。(2)在怀孕后的第 3 至 6 个月,胎儿尚不具有母体外存活之可能性,但堕胎危险性增加,政府得以保护孕妇健康为必要条件而限制堕胎;在此阶段,孕妇的堕胎自由受到明显的限制,但需以保护孕妇健康为必要条件。(3)在怀孕后第 24 周到 28 周之后,胎儿具有母体外存活之可能性,政府可以为保护潜在的生命或者孕妇健康而采取包括禁止堕胎在内的措施来限制堕胎,除非堕胎是为了挽救孕妇生命;在这个阶段,法律侧重于保障胎儿的潜在生命,孕妇的堕胎自由退居其次。

然而三阶段框架被诟病过于僵硬,误解了孕妇利益的性质,并在实际上过低权衡了州对潜在生命利益之保障。这种阶段划分致使在第一个阶段女性可以轻松、自由地堕胎,是对胎儿生命的漠视,因而招致了络绎不绝的批判。1993 年的"宾州限制堕胎案"(Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey)在肯定了罗伊判决对成活期的划分之后否定了怀孕后前三个月绝对禁止州政府干预的判决②:在胚胎成活以前,妇女可以寻求堕胎;但为促进州对潜在生命的深远利益,州政府可以在整个怀孕期间采取措施,以保证妇女作出明智的抉择,选择生育、放弃堕胎。"宾州限制堕胎案"相对于"罗伊诉韦德案"是一个重大的转折,表明为了保护胎儿生命权、孕妇健康等重要法益,在美国宪法上堕胎自由(选择不生育的自由)已经受到了愈来愈严的限制。

(二) 德国:胎儿生命权优先于女性生育自决权

按照德国宪法理论与实务之通说,"人性尊严"乃是《基本法》之"核心价值"或"最上位之宪法原则"(李震山,2001:19)。但联邦宪法法院在 1975 年"第一次堕胎案"(BVerfGE39)判决③与 1993 年"第二次堕胎案"(BVerf GE88)判决④中指出,"无生命,人性尊严则无所附丽",生命权是人性尊严之生存基础、是所有基本权利之前提,在该国宪法秩序中具有最高价值之地位,因而,属于人性尊严核心内涵"自我决定权"保护范围的女性生育自决权,必须受到胎儿生命权的限制,即后者在宪法价值秩序中优越于前者。与美国联邦最高法院通过利益衡量确定女性堕胎自由与胎儿生命权在怀孕各个阶段的优先保护位序不同,德国宪法法院通过上述两个判决直接规定了胎儿生命权相对于孕妇生育自决权的优先保护地位。

此种关于女性生育自决权规制准则的形成,源于宪法法院对胎儿生命起始点的认识。与美国联邦最高法院以胎儿的"母体外独立存活能力"为重要起点不同,德国宪法法院在判决中确认,个人(个体)之生命存在,始于受精后的第 14 天,"在子宫内孕育的生命,属受宪法生命权保护之独立法益",孕育生命是一个持续性过程,无法准确将个人生命的不同孕育阶段割裂开来;《基本法》第 2 条第 2 款对生命权的保护包括已经出生的人、具备独立存活能力的胎儿以及任何已经存在的人之生命,不得将孕育过程中生命的各阶段或者在未出生和已出生生命之间作差别对待(BVerfGE39)。在 1993 年"第二次堕胎案"(BVerf GE88)判决中,联邦宪法法院再次重申了"第一次堕胎案"判决对胎儿生命权的主张:在一个确定的怀胎期内,对于未出生的胎儿而言,基于其基因的同一性、独特性和不容混淆性,都已经确定其是一个不容分割的生命。这项生命,不是逐渐发展为人类,而是已经身为人类在成长与自我发展的过程中

①Roe v. Wade,410 U. S. 113. 1973.
②Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey,112 S. Ct. 2791. 1992.
③Vgl. BVerfGE39,1/37ff.
④Vgl. BVerf GE88,203(251).

了。因此，胎儿的生命权并非基于母亲的认可与接受才产生，而是基于自身的存在，源于不得转让的人性尊严；胎儿生命权优越于孕妇的生育自决权，原则上适用于整个怀孕期间，而不仅是在特定期限内。

依据上述两个判决的规定，堕胎属于德国宪法所禁止的不法行为，只有以避免孕妇生命危险或健康严重受损为必要的堕胎，方具有合法性。当然，这种例外情形并未打破德国宪法秩序中生命权优越于生育自决权的价值位序，因为在这种情形中，参与衡量的是孕妇的生命权、健康权与胎儿生命权之间的对抗，前者的“份量”大于后者，因而受到优先保护。

四、对中国保障生育自由的启示

美国与德国宪法上生育自由的保障与规制机制，为我们清晰地展示了作为基本权利的生育自由的规范构造。这一规范构造由权利的规范领域和权利的规制准则两部分组成。

首先，在权利的规范领域方面，无论是纳入隐私权还是自我决定权的保障范围，生育自由的要旨均指向——个人有关生育事项的“高度自治与自决”；在诸多国际性文件中，“高度自治与自决”的具体事项则被清晰地表述为选择生育或不生育、决定生育子女的数量和生育间隔的自由，这实际上为个人的生育活动划定了一个宽泛的自主空间。由于宪法权利理论存在的差异，两国宪法对这一“自主空间”内涵与功能的设定产生了分歧——美国宪法以隐私权予以保护，目的在于排除、防范政府的不当干预，这是典型的英美法治传统中“立基于社会的独立个人与国家二元对抗的个人主义的权利论”的体现（林来梵，2008：47-55）；而德国宪法二战以后确立的人格主义权利论，则赋予了生育自由更为丰富的内涵：一方面强调个人的生育自治和自决是实现人性尊严的必要条件，另一方面又彰显个人在生育自治与自决过程中的“自我负责”。这种关于生育自由的内涵在强调个人自由的基础上增加了个人“亲自承担责任”的维度，但即使是对个人责任的强调，仍然立足于个人的主体性、主张在个人自律的基础上实现“个人与社会的融合关系”，其终极关怀在于实现“人格的自由发展”与“自我实现”（阿部照哉等，2006：91）。尽管存在上述差异，但两者所共有的基本价值立场仍清晰可辨——将人作为“目的”而非“手段”、在高度尊重个人主体性的基础上确立生育自由在宪法上的崇高价值位阶与排他性地位。

其次，在权利的规制准则方面，两国宪法均以胎儿的生命权限制孕妇的堕胎自由（选择不生育的自由）——美国的宪法判例通过利益衡量确立怀孕各阶段两者之间的不同保护位序，从而使得堕胎自由的范围发生极大的限缩；德国的宪法判例则直接强调生命权在宪法上具有最高价值之地位，胎儿的生命权较之女性生育自决权应受到优先的保护，从而为生育自由设置了更为明确和直接的规制准则。这种规制方式既明确了生育自由的界限，又发挥“对其限制条件实施限制”的效果——即明确了除了胎儿生命权以外，生育自由具有绝对的排他性，只有当生育自由与生命权（所有基本权利之前提）发生冲突时，方构成对其实施规制的正当理由。这是生育自由在宪法价值秩序中重要地位的根本保证。

上述关于生育自由的保障与规制机理，为我们观察与审视我国当下的生育制度提供了一个有意义的参照体系。在生育制度的基本观念和内在逻辑层面上，与上述保障机制相比，我国的生育制度呈现出一定的“工具主义”、“唯理主义”观念之色彩，这种观念主张通过国家计划调控、安排个人的生育活动，以解决资源匮乏与人口快速增长之间的矛盾（弗里德里希·冯·哈耶克，1997：61），尽管该制度在特定历史时期内产生了显著的效果，但另一方面也形成了矮化生育权利、强调经济与社会发展之宏观目标优越于个人生育自由的固有逻辑，这显然不利于我国生育制度的法治化。

无论是在道德、哲学的层面，或是在宪法理论与实践中，生育自由的“不证自明”、“先于国家”的自然权利属性，乃是当今国际社会的一项基本价值共识。尽管我国政府通过缔结国际公约等形式对这一国际通行的生育自由观念予以肯认，但由于受到传统人口观念的影响，我国生育制度对生育自由的保障仍非常不足。中国不应排拒这一基于“人的基本道德和情感”而确立的普适标准，尤其是在“依法治国”、“人权保障”业已成为我国社会基本共识的大背景下，在对计划生育政策的实际效果进行科学、客观的评估与反思的基础上，改变我国生育制度的基本观念，重塑一种“把人当作目的”、以生育自由保障为内在逻辑的全新生育制度规范体系，无疑具有充分的可行性和现实的必要性。这种转变需要着眼于以下结

构性要素的建构:

首先,最为理想的方案是在我国宪法层面上确立生育自由的基本人权地位、并明确其基本内涵与限制准则,但这并不意味着必然要以修改宪法的方式将生育自由"入宪"①。与世界上许多国家的宪法一样,生育自由并未成为我国《宪法》明文列举的基本权利,但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)"(芦部信喜,2006:114),即宪法对人权的保障,并不限于宪法所列举的权利,对于那些宪法所未列举的人权亦必须给予同样的尊重和保障。生育自由在西方宪法上的"默示权利"(implicit right)地位,是因为这一权利"与生俱来"、"不证自明"的自然法属性已经广为人们所接受,在实践中亦未遭受国家权力的广泛侵害,无需宪法文本予以明示而加强保护。但在中国则不同,无论是在规范层面或是在事实层面,生育自由的保障均存在严重不足。因此,通过宪法解释与宪法实施,明示生育自由的基本人权属性并明确其保障机制,具有十分重要的现实意义。在宪法解释技术上,可将我国《宪法》第 33 条"国家尊重和保障人权"之规定作为概括性人权保障条款,对其中的"人权"涵义作出解释,从而将生育自由纳入宪法的保护范围,成为我国宪法上的未列举基本权利②。在生育自由的保障范围设定方面,美、德两国宪法将生育自由定位于个人的"自治"与"自决",无疑是值得我们借鉴的。"自治"与"自决"乃是个人作为基本权利主体最为核心的人格利益范围,将生育自由纳入此规范领域,方能彰显其在宪法价值序列中的崇高地位,从而使其在宪法适用时与其他价值、利益的竞逐中处于优越的地位。我国《宪法》第 38 条规定:"中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯",这一规定为宪法上人格权的确立提供了规范依据。按照当代宪法理论之通说,"人格"可以理解为"人的存在",而对于"人的存在"具有本质意义的生命、身体、健康、名誉、隐私、自我选择与自我决定等相关的利益整体,均被广泛地称为人格权。因此,这一规定中的"人格尊严"实际上可以被宽泛地解释为人格权所指涉的利益。而生育自由作为"人的存在"之核心利益,显然可以纳入人格权所涵盖的自我选择与自我决定的保护范围。

其次,鉴于中国国情以及宪法规范依赖于立法的具体化方得以实施之现状,另一个较为现实的方案则是通过修改现行法律、明确生育自由的规范领域与保障准则,从而通过法律的实施实现对这一宪法基本权利的"间接保障"。我国现行法制(如《人口与计划生育法》、《妇女权益保护法》)虽提及生育权,但关于这一权利具体含义和保护范围的规定却十分含糊;相反,现行法律法规中关于生育权的限制规定却十分明确(如生育审批制度、超生社会抚养费的征收等),这是导致这项权利实效性匮乏与矮化的重要原因。因此,修改现行法律法规,将我国政府通过《中华人民共和国人口与发展报告》所承认的《国际人口与发展大会行动纲领》中关于生育自由的定义——"个人和夫妻自由地、负责任地决定其子女的数量、生育间隔以及选择适当避孕方法的基本人权"——写入国内法,开宗明义地确立生育自由在法秩序中的崇高地位,具有重要的意义。

更为重要的是,如果承认生育自由的基本权利地位,那么现行生育制度中的生育审批机制、经济制裁机制,便可能需要结合计划生育基本国策的发展趋势在特定范围内作出某些调适。随着生育自由保障水平的提高,甚至不排除最终废止这些机制的可能性。生育审批机制以政府"事先介入"的方式要求个人在生育子女数量等方面符合一定的标准,这在一定程度上使得生育自由成为"经政府审批方能行使的权利",即生育自由受到了政府事前的严格控制。而经济制裁措施(征收超生社会抚养费)则以"事后追惩"的方式对不符合政府要求的生育行为施加经济负担(法律责任机制),实际上是对个人的生育自主与自决作出了"不法性"评价,即生育自由亦受到了政府事后的严格限制。当然,生育自由并非不应受到任何法律之限制,但只有在排除国家公权力的不当干预之前提下,才能复原其"人之固有权利"的本相。

---

①在我国当下的权利研究中,出现了诸多要求通过修改宪法、将某一重要基本权利"入宪"的诉求。这种研究进路仍然停留在立法论的基础上,忽视了宪法实施的精髓在于宪法解释,即通过宪法适用于具体情形对其条文的解释,乃是赋予宪法"活力"的根本路径。但基于我国释宪机制的现状,这种诉求似乎是一种无奈的选择。

②这实际上是将《宪法》第 33 条"国家尊重和保障人权"之规定,视为我国《宪法》上的"概括性人权保障条款",以弥补成文宪法在基本权利规定方面的不完满性与缺漏,从而赋予《宪法》文本开放性。有关未列举宪法权利与概括性人权保障条款的研究著述,参见余军:《未列举宪法权利:论据、规范与方法》,浙江大学 2009 年博士学位论文。

五、结　语

由于国家人口观念等方面的原因，我国生育制度在生育自由的保障方面与国际人权保障标准呈现出一定的差异。随着我国人口结构的变化、“全面二孩”新政的推出，我国生育制度对生育自由的限制趋于宽松，但这种制度调整尚未达至一种“基于权利保障”的境地。笔者以美国与德国宪法为参照对我国生育制度进行反思，并不意味着作者认同那种不顾中国实际国情、简单借鉴与挪用国外法制资源的改革思路。从规范与事实两个角度考察，无论是在贯彻实施我国《宪法》确立的“人权保障”原则的层面上，还是基于人口学等功能主义视角，为缓解我国人口结构变化引起的人口老龄化危机（生育率远低于更替生育率、人口红利消失等），提升我国生育制度的法治化水平、建构一个以生育自由为基本价值立场的生育制度规范体系，具有十分重要的实现意义。

参考文献：

[1] [日]阿部照哉、池田政章、初宿政典、户松秀典(2006). 宪法——基本人权篇. 周宗宪译. 北京：中国政法大学出版社.

[2] [英]弗里德里希·冯·哈耶克(1997). 自由秩序原理(上卷). 邓正来译. 北京：三联书店.

[3] 李震山(2001). 人性尊严与人权保障. 台北：元照出版公司.

[4] 林来梵(2008). 人的尊严与人格尊严——兼论我国宪法第 38 条的解释方案. 浙江社会科学，3.

[5] [日]芦部信喜(2006). 宪法. 林来梵等译. 北京：北京大学出版社.

[6] [奥]曼弗雷德·诺瓦克(2003). 民权公约评注. 毕小青等译. 北京：三联书店.

[7] 吴　敏(2016). 全面放开二孩政策的原因及其影响分析. 法治与改革，4.

[8] Edward J. Eberle(2002). *Dignity and Liberty——Constitutional Visions in Germany and the United States*. Westport: Praeger Publishers.

[9] Sabine Michalowski & Lorna Woods(1999). *German Constitutional Law——The protection of civil liberties*. Dartmouth: Ashgate Publishing Ltd.

Protection and Regulation of Reproductive Freedom:

Enlightening Significance of U. S. Constitution and German Basic Law for China

Yu Jun (Zhejiang University)

Abstract: As two typical mechanisms of contemporary western theory and practice of human rights, U. S. Constitution and German Basic Law have both commonalities and divergences in the protection and regulation of reproductive freedom. Specifically, reproductive freedom is subsumed into the protection of privacy in the U. S. Constitution; while it belongs to the right of self-determination in German Basic Law. Individual “autonomy” and “self-determination” serve as the foundation for both of them. Though they remain different regarding the starting point of the protection of right of life, they both propose that right of life is prior to right of abortion. Therefore, the above-mentioned contents provide a meaningful frame of reference for reflecting the present birth system in China. Furthermore, the internationally accepted concept of reproductive right has long been affirmed by our government by entering international covenants. In the meantime protection of human rights and rule of law have already became the consensus value of the whole society in China. Under such background, it has a great realistic significance for remodeling the basic value standpoint of birth system and constructing a normative system aimed at protecting the reproductive freedom in China.

Key words: reproductive freedom; right of privacy; right of self-determination; right of personality

■**作者地址：**余　军，浙江大学光华法学院；浙江 杭州 310008。Email：junyu912@163.com。

■**基金项目：**国家“2011 计划”司法文明协同创新中心研究成果；国家社会科学基金一般项目(12BFX041)；广东省人文社科重点研究基地重大项目(2012JDXM－0005)

■**责任编辑：**李　媛