



东方法学
Oriental Law
ISSN 1674-4039, CN 31-2008/D

《东方法学》网络首发论文

题目：社会转型中的婚姻家庭法制新面向
作者：薛宁兰
DOI：10.19404/j.cnki.dffx.20200220.005
网络首发日期：2020-02-20
引用格式：薛宁兰. 社会转型中的婚姻家庭法制新面向. 东方法学.
<https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20200220.005>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

社会转型中的婚姻家庭法制新面向

薛宁兰*

内容摘要：中国社会转型对婚姻家庭的影响是全面而深刻的。婚姻家庭法制改革需与社会发展同步，回应社会需求。将男女法定婚龄降低至自然人成年年龄，符合完全民事行为能力本质内涵，有利于实现民法体系内部协调统一，还可消除男女结婚年龄上的不合理区分。在新的人口、社会、经济形势下，实现我国民事法律导向从限制生育向自主生育转型的重要举措之一是从赋权角度调整夫妻共同生育行为。人工生殖技术应用引发亲子关系确认规则变化，当传统规则“失灵”，确立新的规则成为必要。异质人工生殖情形下的亲子关系认定应综合考虑各种因素。如，采取人工生殖技术生育子女的合意、未成年子女最佳利益、事实抚养关系的形成等。

关键词：婚姻家庭法 法定婚龄 生育权 代孕 人工生殖技术 民法典婚姻家庭编

一、引言

当今社会，人人生活于一定形式的家庭之中，家庭是人们繁衍生息、情感交流的重要场所。从社会学视角和法学理念出发，包括婚姻在内的家庭首先被界定为私人领域，调整因结婚、生育、收养而形成的亲属关系的婚姻家庭法历史上因此被归为私法范畴。然而，作为私人生活共同体的婚姻家庭同时也构成社会的基本单元，是社会的细胞组织。恰如联合国《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会和文化权利国际公约》（简称“人权两公约”）所宣示的：“家庭是天然的和基本的社会单元，应受社会和国家的保护。”婚姻家庭的变迁“既嵌入宏大社会变迁的浪潮之中，折射出时代的精神面貌与社会特征”，“又将推动着宏观社会结构和社会制度的变迁。”

[1]

四十多年来，国家推行以经济建设为中心的改革开放政策，社会经历剧烈转型，已经从农业社会转变为工业社会，正在由工业社会向后工业社会转型。这一过程伴随着社会结构的巨大转型，中产化、消费化、网络化、老龄化是其基本特征。其中，中国人口老龄化“非常特殊地表现为人口金字塔顶部和人口金字塔底部的双重性老龄化”。从人口金字塔的顶部看，人口预期寿命迅速延长，65岁及以上老年人口占总人口的比重从2000年的6.96%，快速上升为2014年的10.1%，成为世界上少有的快速老

* 中国社会科学院法学研究所研究员，博士生导师，法学研究所性别与法律研究中心主任。

本文系国家社科基金项目“儿童本位的亲子关系立法研究”（项目批准号：18BFX186）阶段性研究成果。

[1] 林晓珊：《改革开放四十年来的中国家庭变迁：轨迹、逻辑与趋势》，载《妇女研究论丛》2018年第5期。

龄化国家。^[2]而人口金字塔底部的老龄化即是由低生育率导致的少儿人口比重的迅速下降。这与后工业化社会带来人们家庭观念、婚姻观念、生育观念的改变不无关系。

法社会学认为,法律存在或内在于社会,社会造就法律。^[3]中国婚姻家庭法制的发展轨迹与社会转型息息相关。新中国成立七十年来,从1950年《婚姻法》到1980年《婚姻法》,再到2020年民法典婚姻家庭编,婚姻家庭法制从形成、发展到完善,走过了制度化、体系化、法典化阶段。每一阶段的法律制度改革无不与社会转型紧密相关,立法因此成为社会转型和婚姻家庭变迁的生动写照和记录。社会学研究将四十年来我国婚姻家庭的变迁轨迹描述为:家庭形成延迟化;家庭规模微型化;家庭结构多样化;家庭关系民主化和平等化;家庭风险扩大化。^[4]面对社会转型带来的婚姻家庭变迁的诸多特征,婚姻家庭法制已经或将要如何应对,都是无法回避的现实问题。笔者聚焦社会转型过程中出现的初婚年龄延迟、总和生育率下降与人口老龄化趋势,以及人工生殖技术应用等对婚姻家庭法制提出的新需求,展开梳理、讨论和展望。

二、初婚年龄延迟与法定婚龄调整

(一) 男女初婚年龄提高的趋势

当前,我国家庭形成延迟化的突出表征便是男女初婚年龄逐年提高。相关数据表明,2000年以来,我国男女的初婚年龄一直在走高,2000年男女分别为25.27岁、23.44岁,2010年升至25.86岁、23.89岁。^[5]2015年《中国幸福婚姻家庭调查报告》显示,我国人口平均初婚年龄已达26岁,其中,男性比女性高出2.3岁。^[6]其实,初婚年龄升高是一个世界性趋势。导致这一变化的主要因素是社会现代化、工业化和城镇化发展,以及女性受教育程度提高与就业机会增长。^[7]在我国,它还与20世纪70年代初开始实行的“鼓励晚婚晚育”的政策法律密切相关。

^[2] 张翼:《社会新常态:后工业化社会与中产化社会的来临》,载《江苏社会科学》2016年第1期。

^[3] 夏勇主编:《法理学讲义 关于法律的道理与学问(上)》,北京大学出版社2010年版,第151-152页。

^[4] 前引(1),林晓珊文。

^[5] 前引(1),林晓珊文。

^[6] 全国妇联、中国婚姻家庭研究会:《中国幸福婚姻家庭调查报告》(2015)。

^[7] 联合国妇女署报告《2019-2020世界妇女进展:变动世界中的家庭》(英文版)(UN Women: PROGRESS OF THE WORLD'S WOMEN 2019-2020: FAMILIES IN A CHANGING WORLD,第51-51页。

（二）确定法定婚龄的因素

1980 年我国颁布实施新的《婚姻法》，确立“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁”。同时规定“晚婚晚育应予鼓励”（第 5 条）。与 1950 年《婚姻法》相比，新的《婚姻法》将男女法定婚龄分别提高两周岁。2015 年以来，针对编撰中的民法典婚姻家庭编，学界呼吁降低男女法定婚龄。然而，全国人大法工委公开征求意见的婚姻家庭编一、二、三审稿，以及 2019 年 12 月公布的民法典草案，继续维持现行《婚姻法》确立的男女法定婚龄不变，但取消“晚婚晚育应予鼓励”的内容。

据考证，我国自魏晋南北朝以来法律对婚龄的规定多属于下限型立法，^[8]我国现行婚姻法规定也属此列。由此可对“法定婚龄”的含义作出基本界定，它是法律确立的男女可以结婚的最低年龄限制。^[9]在学理上，法律关于男女结婚年龄的规定是强制性规范，构成结婚的实质要件之一；未达法定婚龄而结婚的，则构成婚姻的障碍，将在法律上产生婚姻无效或者可撤销的后果。^[10]《民法典婚姻家庭编》草案第 1047 条确定法定婚龄的同时不再规定“晚婚晚育应予鼓励”，消弭了现行婚姻法的同一法条前后内容相互制约的矛盾冲突，增强了法定婚龄的可执行性，这一删减值得肯定。

男女达到法定婚龄方可结婚，是当今各国立法通例。它是法律允许男女结婚的最低年龄限制，而非男女必须结婚的法律要求。一国法律对男女结婚最低年龄的确立是综合考虑其社会因素和自然因素的结果，前者如社会经济发展状况、人口状况、风俗习惯等，后者主要是该国所处地理位置、气候条件，以及男女性生理和性心理成熟的年龄等。如果立法只关注男女身体和心理发育成熟这一自然因素，那么，我国在制定 1980 年《婚姻法》时应当降低而不是提高法定婚龄。显然，现行 1980 年《婚姻法》将男女法定婚龄分别提高两周岁，并增加规定“晚婚晚育应予鼓励”，的确是受到当时我国人口数量增长过快这一社会因素的制约，由此推动了计划生育国策的贯彻落实。

（三）降低法定婚龄的意义

笔者主张，我国未来立法应综合考虑各种因素，降低男女法定婚龄，并实现男女

^[8] 参见秦朋：《我国古代婚姻年龄问题研究及当代意义》，郑州大学 2017 年硕士学位论文，第 20 页。

^[9] 参见巫昌桢、夏吟兰主编《婚姻家庭法学》（第二版），中国政法大学出版社 2016 年版，第 88 页；杨大文主编：《亲属法与继承法》，法律出版社 2013 年版，第 76 页。

^[10] 我国现行《婚姻法》第 10 条、《民法典》草案第 1045 条都规定，男女一方未达法定婚龄所形成的婚姻为无效婚。而在《德国民法典》和《中国澳门地区民法典》中，未达法定婚龄则属于婚姻可撤销的情形。

法定婚龄相同。其意义体现在如下方面：

1. 降低法定婚龄是促进人口增长，延缓人口老龄化进程的一项民事法律措施。男女初婚年龄上升是一种社会现象，却不是影响法定婚龄高低的因素。故而，以当前我国男女初婚年龄实际高于法定婚龄为由，作出没有必要降低法定婚龄的判断，并不妥当。相反，基于我国当前结婚率下降、人口出生率持续走低和快速老龄化的社会现实，对与婚育相关的民事法律做适当调整，是顺势而为的应有举措。换言之，当年我国婚姻立法为控制人口增长而提高男女婚龄的社会基础如今已然丧失，如果一味固守四十年前的规定，将会使立法难以应和社会需求。当下，公众对婚姻与生育关系的认知与以往有很大不同。普遍认为，婚姻与生育有联系，又在一定程度上是可分离的。尽管不能将法定婚龄等同于生育年龄，但不得不承认法定婚龄的降低必然会延长夫妻双方的生育周期，他们可以更加充分自由地协商确定生育的时间与胎次。因此，降低法定婚龄不失为我国从限制夫妻生育转向鼓励夫妻自主生育的民事法律措施之一。

2. 降低法定婚龄是促进民法体系内部协调一致的要求。众所周知，长期以来，我国民事法律一直将 18 周岁作为自然人（无论男女）成年的年龄。^[11]这表明男女年满 18 周岁都是完全民事行为能力人，他/她们可以基于自己的意思，为各种民事法律行为。而我国《婚姻法》确立的男女结婚最低年龄却一直高于成年年龄，并且存在着男大女小的婚龄差。通说认为，结婚是创设婚姻这一身份关系的法律行为，它是“身份的形成行为”或曰“创设性身份行为”。^[12]民事法律行为制度为包括结婚在内的身份行为提供了总体的理论框架、依据和指引。这体现在身份行为的成立与生效、身份行为的效力体系以及瑕疵类型体系等方面。综合我国《民法总则》第 143 条关于民事法律行为有效的一般要件（即行为人具备相应的民事行为能力；意思表示真实；行为本身不违反法律、行政法规的强制性规定、不违背公序良俗）和《婚姻法》关于结婚实质要件的规定可见，男女双方具备结婚的行为能力是结婚这一身份行为有效的首要要件。法定婚龄的上述含义表明，它是法律对男女具备缔结婚姻行为能力开始时间的规定。男女双方达到法定婚龄，客观上标志着他们在法律上具备结婚的资格。因此，从民事法律行为制度角度看，法定婚龄是自然人缔结婚姻、组成家庭行为能力的开始时间。

既然结婚本质上属于民事活动范畴，那么，法律对具备这一身份行为能力的确定

^[11] 参见 1986 年《民法通则》第 11 条、2017 年《民法总则》第 17 条。

^[12] 前者参见史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 9 页；后者参见田韶华：《民法典编纂中身份行为的体系化建构》，载《法学》2018 年第 5 期。

标准（具象为法定婚龄）是否必须高于一般民事法律行为（具象为成年年龄）呢？对此，学界有不同认识。有一种观点以我国现行《婚姻法》中的法定婚龄高于成年年龄和禁止结婚疾病的规定为依据，认为“在当事人做出结婚的意思表示时，对其行为能力的要求是高于一般民事行为能力的要求的”。^[13] 笔者以为，这是在实然层面作出的判断，并不代表社会与法律发展的方向。从我国婚姻家庭法制发展的应然角度看，一来民法典婚姻家庭编在结婚的禁止要件中已经取消了“患有医学上认为不应当结婚疾病”的情形（第 1048 条）；二来抛开历史上许多国家法定婚龄低于成年年龄，未成年人因结婚而被视为成年的规定不表，仅就当今大陆法系国家中不乏将男女法定婚龄与成年年龄等同的立法例观之。^[14] 未来我国将男女法定婚龄一并确立为 18 周岁，使之与成年年龄相同，既有先例可循，又符合民法关于完全民事行为能力的法理。依照民法原理和我国现行民事行为能力制度，年满 18 周岁的自然人（无论男女）一律具有完全民事行为能力，他/她们能够理解自己意思表示的意义并能够按照这一理解实施行为。既然如此，为什么不能将男女法定婚龄一并确定为 18 周岁？！显然，将法定婚龄下调为自然人成年年龄，消除男女法定婚龄差的举措，既符合完全民事行为能力的本质内涵，有利于实现我国民法体系内部的协调统一，还可以消除在结婚年龄上男女有别的不合理区分。^[15]

3. 降低法定婚龄符合国际人权保障的发展方向。在国际人权法上，缔结婚姻、组成家庭是达到结婚年龄男女的一项基本权利。它得到联合国“人权两公约”承认。虽然“人权两公约”、《儿童权利公约》和《消除对妇女一切形式歧视公约》（简称“妇女公约”）都没有明确男女最低结婚年龄，但妇女公约的执行机构——消除对妇女歧视委员会在 1994 年“婚姻和家庭关系中的平等”的第 21 号一般性建议中明确指出：“委员会认为男女结婚的最低年龄都应为 18 周岁。男女结婚时承担重要的责任，因此不应准许他们在达到成年和取得充分行为能力之前结婚。”^[16] 委员会进一步指出：“一些国家规定了男女不同的最低结婚年龄。这种规定不正确地假定，妇女的心智发展速度与男子不同，或者她们结婚时的生理和心智发展无关紧要，这些规定应予废除。”^[17] 这一

^[13] 参见杨晋玲：《民法典总则编与亲属编的关系问题——以法律行为与身份行为的关系为视角》，载《中华女子学院学报》2017 年第 1 期。

^[14] 具体如《德国民法典》第 1303 条、《瑞士民法典》第 96 条、《意大利民法典》第 84 条、《韩国民法典》第 807 条、《俄罗斯家庭法典》第 13 条。

^[15] 参见高云鹏：《法定婚龄及其性别平等思考》，载《山东女子学院学报》2019 年第 6 期。

^[16] 消除对妇女歧视委员会“婚姻和家庭关系中的平等”第 21 号一般性建议，第 36 段。

^[17] 前引〔16〕，第 38 段。

关于男女结婚最低年龄限制的解释具有双重意义：一方面，它标志着自然人一旦成年而无论性别，一律平等具有结婚的资格；另一方面，强调法定婚龄不应低于成年年龄，具有防治童婚（早婚）的社会功效。虽然，条约机构的一般性建议在国际法上并不具有强制执行的效力，但它代表着法定婚龄立法的国际潮流与发展方向。

三、总和生育率低迷与生育权赋予

（一）总和生育率低迷的现状

20 世纪 70 代末期我国开始实施的严格控制人口增长的生育政策法律取得了预期效果，从 90 年代开始我国人口总和生育率便处于较低水平。目前，我国总和生育率为 1.6 左右，已经降到人口更替水平（2.1）以下，进入低生育率国家行列。^[18] 人口学界估计，如果总和生育率一直保持在 1.6 左右，我国人口的负增长将提前至 2027 年到来。^[19] 这意味着，在以“三低”（低出生、低死亡、低自然增长）为特征的中国人口再生产模式下，长期的低生育水平不仅会导致人口负增长，还会加速人口的高度老龄化，将给社会 and 经济发展带来极为不利影响。

2015 年底，国家修改《人口与计划生育法》，“提倡一对夫妻生育两个子女”^[20]，结束以“一对夫妻生育一个孩子”为主的计划生育政策法律。然而，放宽生育限制的政策法律对促进总和生育率提高的作用有限。国家统计局 2016—2018 年全国出生人口数和出生率统计数据及 2019 年最新数据都表明：^[21]一方面，我国及时调整生育政策法律满足了愿意生育第二个孩子夫妻的意愿，释放出一定的生育潜力；另一方面，由此释放出的生育潜力有限，随着新进入婚育年龄人口数量减少，年轻一代结婚和生育年龄延迟等原因，这一政策法律的激励效应会大大减弱。从人口学角度看，导致低生育率的原因是多方面的，其中，女性的工作——家庭冲突、育龄人群的生育意愿低、缺乏强烈的生育意愿驱动等是重要原因。^[22] 随着市场经济纵深发展，我国社会进入高度

^[18] 陈卫、张玲玲：《中国近期生育率的再估计》，载《人口研究》2015 年第 2 期。

^[19] 李建民：《中国人口发展四十年（1978-2018）》，载张车伟主编：《中国人口与劳动问题报告 No.19—中国人口与劳动经济 40 年：回顾与展望》，社会科学文献出版社 2018 年版，第 27 页。

^[20] 参见《人口与计划生育法》第 18 条第 1 款，该条同时授权省级立法机关结合本地情况作出可以再生育子女的规定。

^[21] 2016 年全国出生人口 1786 万人，出生率 12.95‰；2017 年为 1723 万人，出生率 12.43‰；2018 年为 1523 万人，出生率 10.94‰。参见 <http://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01>，2019 年 12 月 30 日访问。2019 年全国出生人口数继续下降，为 1465 万人，出生率 10.48‰，资料来源：“出生人口和出生率再创新低意味着什么？”，载 <https://finance.sina.com.cn/china/2020-01-17/doc-iihnzahrk4721045.shtml>，2019 年 12 月 30 日访问。

^[22] 计迎春、郑真真：《社会性别和发展视角下的中国低生育率》，载《中国社会科学》2018 年第 8 期。

竞争和高生活成本阶段。家庭生育和养育成本高企，劳动人口就业压力增大，在很大程度上限制了人们的生育意愿。不仅如此，我国正在进入多元化社会，年轻一代追求自我实现欲望强烈，价值观、生活追求和生活方式的差异性越来越明显。社会文化结构的这种变化反映到人们的生育意愿和生育行为上，必然导致婚育年龄延迟，生育意愿降低。各种调查研究结果显示，目前我国育龄人群生育意愿已处于更替水平之下，在 1.8~1.95 之间。^[23]

在新的人口、社会、经济形势下，我国需及时调整与生育相关的政策法律导向，从限制生育转向鼓励夫妻自主生育，以延缓人口老龄化进程，促进人口与社会、经济的均衡发展。为此，一方面国家应尽快建立包括平衡女性工作与家庭、支持儿童发展、对育儿家庭给予必要财政支持的鼓励生育的家庭政策体系；另一方面基于国家立法规划，适时对与生育相关的民事、行政及社会立法作出调整。

（二）民法典婚姻家庭编的应对

婚姻家庭法是调整一定范围的亲属之间人身关系和财产关系的基本民事法律。1980 年我国制定现行《婚姻法》时，立法机关充分考虑到推行以控制人口增长为目标的时代需求，从国家对生育权限制的角度调整夫妻共同生育行为。在《婚姻法》的基本原则中增加“实行计划生育”（第 2 条），在夫妻的权利义务中增加“夫妻双方都有实行计划生育的义务”（第 16 条）。民法典婚姻家庭编一定程度上回应了我国人口出生率低迷的现状，第 1041 条不再将“实行计划生育”作为婚姻家庭编的基本原则；第三章在第一节夫妻的权利义务中也不再规定“夫妻双方都有实行计划生育的义务”。这些举措昭示着我国婚姻家庭法律导向的转变。

其实，赋予自然人依法享有生育权是鼓励夫妻自主生育的重要民法保障。我国民法典草案开创性设立人格权编，突出对人格利益的民法保护，第 990 条第 1 款在人格权的列举性规定中虽未明示生育权，第 2 款却概括性规定：“除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”生育权体现了自然人生育后代与否的行为自由。从法解释学角度看，它可被归入本款保护的自然人基于人身自由、人格尊严而产生的其他人格利益之中。

^[23] 参见吴帆：《欧洲家庭政策与生育率变化——兼论中国低生育率陷阱的风险》，载《社会学研究》2016 年第 1 期。

（三）生育权的性质及内涵

生育是自然人作为高等动物固有的生物机能，其功能和价值既体现个人和家庭利益，又关涉人口繁衍与国家发展。恩格斯的“两种生产理论”从历史和社会发展的决定性因素高度将人类自身的生产与生活资料的生产等量齐观。^[24]有鉴于此，国家有必要从个人、家庭、社会不同层面对生育行为进行法律调控。

生育权首先是一项基本人权。所谓“基本人权”是指“源于人的自然本性和社会本质，与人的生存、发展和主体地位直接相关的，人生而应当享有的、不可剥夺或转让，且为国际社会公认的普遍权利”。^[25]生育权的重要性、普遍性和道德性都体现出它作为基本人权的内涵和价值。1974年联合国世界人口大会通过的《世界人口行动计划》、1984年《墨西哥城宣言》、1994年《国际人口与发展大会行动纲领》均明确了生育权的基本人权地位，将它界定为：“所有夫妇和个人均自由地、负责地决定生育次数、生育间隔和时间，以及为此目的而获得信息、教育和方法的基本权利。”^[26]生育权还是一项宪法性权利，是“公民享有的一项基本权利”，其义务主体主要是国家，意在“保障自然人的生育权免受来自国家权力滥用的侵害”。^[27]尽管学界对以《宪法》第49条“夫妻双方有实行计划生育的义务”为依据，得出生育权是我国宪法确立的公民基本权利的结论还有不同理解，然宪法文本没有列举的权利并不意味着其不是基本人权，也不妨碍我国未来将公民享有生育的权利纳入《宪法》之中。^[28]另一方面，应当看到仅将生育权确立为宪法权利是不够的。宪法的规定具有宣示性，其具体内容应当由民法确立，否则，对生育权的民法保护将难以落实到司法层面。^[29]我国民法应在充分把握生育权私权属性基础上，将之转化为一项独立的民事权利，赋予自然人享有支配其生殖利益的法律上的支持与保障之力。这是法律对生育行为进行调控的最基本方面。

民法是权利之法。民事权利体系由人身权和财产权两类权利组成，其中，人身权又进一步细分为人格权和身份权。学界普遍主张，生育权是一种人格权而非身份权。

^[24] 参见恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，载《马克思恩格斯选集》（第四卷），人民出版社1976年版，第2页。

^[25] 张文显：《论人权的主体和主体的人权》，载《中国法学》1991年第5期。

^[26] 转引自姜玉梅：《中国生育权制度研究》，西南财经大学出版社2006年版，第48页。

^[27] 蒋卫君：《民法视野下女性生育自己决定权研究》，中国人民大学出版社2018年版，第18页。

^[28] 参见汤擎：《单身女性生育权与代际平等》，载《法学》2002年第2期；湛中乐、伏创宇：《生育权作为基本人权入宪之思考》，载《南京人口管理干部学院学报》2011年第2期。

^[29] 参见马强：《论生育权一以侵害生育权的民法保护为中心》，载《政治与法律》2013年第6期，第18页。

所谓“人格”，是一种应受到法律保护的利益。自然人的人格利益是其之所以为人的尊严、安全、行动自由等利益。其中，人身自由和人格尊严为一般人格利益，生命、健康、姓名、名誉、隐私、肖像等属于个别人格利益。^[30]可见，人格权是民事主体依法享有的，以维护和实现其人格平等、人格尊严、人身自由为目标的权利。

生育权兼具人格权的一般属性和自身特性。首先，生育权的主体具有普遍性，是自然人作为民事主体固有的权利。自然人一经出生便依法获得该项权利，不因社会地位、经济状况、种族、年龄、性别、婚否及健康状况等而有所差别。故此，人人平等享有生育权。然而，生育权的实现又具有特殊性，即：权利人行使和实现这一权利时，有赖于另一方协助，并且在法律和道德规范约束下，自然人生育权的实现主要以婚姻为依托，通过男女缔结婚姻来实现，因之生育权的主体具有二元性。^[31]这一特性使得在婚姻家庭法中确立“夫妻共同生育权”成为必要，夫妻生育权也因此是极易发生冲突的权利。

其次，“生育利益”（“生殖利益”）是生育权的客体。生育利益是自然人基于独立人格所具有的利益，是客观存在的为法律所保障的利益。在法律上，它“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。”^[32]可见，生育自由是生育利益的核心，它体现着自然人具有生育机能的精神利益，既非财产利益和身份利益，也非其他人格利益。故而，不能无视生育权客体的独立性，将生育权统摄于身体权或健康权之中。

再次，生育权的内容是权利主体在符合法律和道德要求前提下的可为与不可为，又称为权能。综合学界通说，生育权主要包括生育知情权、生育请求权、生育决定权和生育保障权四方面权能。^[33]其中，生育请求权是生育权的基础性权能。生育权的实现主要是通过生育主体中的一方请求、另一方承诺形成生育合意的结果。在我国，夫妻之间的生育请求是生育请求权的主要表现方式。生育决定权是生育权的核心，包括权利主体对是否生育的决定权利，及其对生育时间、生育数量、生育方式选择的决定权。生育决定权由男女（夫妻）双方共同享有，以合意行使为前提。夫妻既是生育权的共同主体，又是相对独立的主体。双方行使这一权利时，应当协调一致，尊重对方的生育意愿，接受来自对方的限制。当丈夫的生育意愿与妻子的生育意愿、与妻子的身体

^[30] 王利明、杨立新、姚辉编著：《人格权法》，法律出版社1997年版，第6页。

^[31] 前引〔29〕，马强文。

^[32] 马忆南：《夫妻生育权冲突解决模式》，载《法学》2010年第12期。

^[33] 参见姜大伟：《论生育权的权能》，载《品牌（理论月刊）》2010年11期，第185-186页。

权或健康权发生冲突时，法律应当对妻子的生育决定权给以特别保护。换言之，妻子对是否生育享有最终决定权，妻子单方决定采取避孕或终止妊娠措施是行使其生育决定权的表现，不构成对丈夫生育权的侵害。只有权利主体以外的第三人未履行法律规定的义务时，才会构成生育权侵权。对此，最高人民法院《适用婚姻法司法解释（三）》第9条表达出鲜明的性别立场。^[34]

总之，生育权是自然人（亦即前述国际社会定义中的“所有夫妇和个人”）享有的一项基本民事权利。生育权蕴含着民事生活领域中最重要法益，是与自然人的“人身自由与精神自由、生活方式及未来发展最密不可分”的重大事项的自主权，它与其他人格权一样都是维护民事主体独立人格所必备的权利。“对维护主体的独立性和自主性及培养主体独立的人格意识具有重大的意义”。^[35]

（四）夫妻生育权的法律表达

由上可见，我国鼓励夫妻自主生育的民事法律转型，不能局限于删除现行《婚姻法》中体现控制人口数量增长需求的若干规定，还应从积极的、赋权的角度确立生育权在人格权法、婚姻家庭法中的位置，以促进这一转型的真正实现。并且，确立夫妻平等生育权有着国际人权法的依据。联合国1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》第16条专门就消除在婚姻家庭事务上对妇女的歧视作出规定，第16条第1款（e）项指出，国家负有义务在男女平等基础上，保证妇女“有相同的权利，自由负责地决定子女人数和间隔，并有机会获得使她们能够行使这种权利的知识、教育和方法。”此所谓“相同的权利”即是妇女享有与男性平等的生育权。我国是最早签署妇女公约的国家，我国的婚姻家庭立法应当体现公约的这一原则要求。

对于学界存在的确立夫妻生育权不利于保护丈夫生育权、会影响婚姻稳定的担忧，笔者以为，这是对生育权和当代夫妻关系性质认识模糊的结果。生育权是夫妻各自依法享有的人格权。它确实会因婚姻关系存续期间，在一方行使权利过程中受到对方的限制，但生育决定权仍然属于夫或妻各自享有。当代的夫妻关系立法采夫妻别体主义，男女婚后保持各自人格独立，平等享有权利和承担义务，“生育权的人格权属性并没有

^[34] 该解释第9条规定：“夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第三十二条第三款第（五）项的规定处理。”

^[35] 樊丽君：《生育权性质的法理分析及夫妻生育权冲突解决原则》，载《北京化工大学学报（社会科学版）》2005年第4期。

因为婚姻而改变，只是在夫妻关系领域具有了身份法上的意义”。^[36]一方面，夫妻双方行使生育权时应当相互尊重、通过协商达成共同意思表示；另一方面，女性是生育活动的主要承担者，从十月怀胎到一朝分娩，她们在人身自由、身心健康等方面承担着男性无法替代的责任与风险。法律赋予女性享有自主决定是否终止妊娠的权利，是其独立行使生育或不生育自由的体现，亦是基于生育的自然属性和女性的实际作用而为之立法选择。对此，我国《妇女权益保障法》早有明示。^[37]当夫妻生育权发生冲突时，立法通过利益衡量的方法决定优先保护的利益，这种“区别对待”是合理的，不构成对男性的歧视，也没有因此否认丈夫作为生育权主体的地位。其实，在婚姻生活中，如果夫妻双方对生育这一关涉个人及家庭发展的重大事项难以达成合意，甚或对簿公堂，那么，通过离婚，重新寻求各自生育利益的平衡，不失为双方明智的选择。

基于上述分析，笔者主张我国婚姻家庭立法在夫妻人身权利义务条文中宜对夫妻生育权的享有和行使表明立场，可分两款规定：“（第1款）夫妻双方平等享有生育子女的权利。（第2款）夫妻应当相互尊重、平等协商生育事项，对是否终止妊娠不能达成合意时，妻子一方有权作出决定。”^[38]总之，我国婚姻家庭法确认夫妻平等享有生育权，有利于培养和强化夫妻权利意识，有利于建立相互尊重、相互关爱、平等和睦的夫妻关系，以促进双方自觉规范生育行为。基于国家及相关机构负有对公民享有和行使生育权负有提供信息、教育和方法的保障性义务的法理，在民法中赋予夫妻平等享有生育权，还有利于转变生育机构及其人员的观念，增强服务意识和责任意识，为育龄夫妇提供及时优质的生殖健康服务。不仅如此，它还可作为政府后续制定鼓励夫妻自主生育的相关政策，为国家立法机关适时修改《人口与计划生育法》提供民法依据。

四、人工生殖技术应用与亲子关系确认

（一）人工生殖技术带来的挑战

人工生殖是与自然生殖相对应的概念。人工生殖技术，又称“人类辅助生殖技术”，是指运用医学技术和方法替代人类自然生殖过程中的某一环节或全部过程而受孕的技

^[36] 前引〔32〕，马忆南文。

^[37] 1992年《妇女权益保障法》第47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。”

^[38] 参见课题负责人梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由 亲属编》，法律出版社2006年版，第54-56页。

术手段。^[39] 目前相对成熟的人工生殖技术主要是人工授精、体外受精—胚胎移植,以及代孕。(1) 人工授精(英文简称 AI),是指从男性体内取出精液并使其与卵子在女性体内结合,或者在女性体外结合后植入女性体内以完成受孕的方法。凡精液源自丈夫的,是“同质人工授精”;精液来自丈夫以外第三人的,则称“异质人工授精”。(2) 体外受精—胚胎移植技术,又称试管婴儿技术(英文简称 IVF),是指用人工方法在器皿中使精卵结合,形成早期胚胎时再植入女性子宫,使其发育成胎儿直至分娩的技术。该项技术解决了女性不孕的难题。(3) 代孕是在人类辅助生殖技术帮助下,由具有生育能力的代孕者(代母)接受他人委托代为怀孕分娩,并将婴儿交由委托方养育的生育方式。代孕基因完全来源于委托夫妻的,称“完全代孕”,而由代孕母亲提供卵子的,则称“局部代孕”。代孕技术弥补了前两项人工生殖技术均需受术女性能够怀孕和分娩的局限,但因其涉及主体诸多,事关女性和儿童基本人权,为当今大陆法系许多国家法律禁止。^[40] 在我国,目前只许可采用人工授精、体外授精—胚胎移植两种人工生殖方式。2001 年原卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第 3 条明确指出:“医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”

人工生殖技术切断了生育与性行为的纽带,突破了传统的生育关系与遗传关系相一致的生殖规律,一类新型的亲子关系——人工生育子女与父母的关系在婚姻家庭领域应运而生。^[41] 与此同时,人工生殖中父母子女关系的认定标准如何,亦成为当代亲子法的崭新议题。长期以来,由于人口繁衍主要通过夫妻以自然生殖方式进行,父母子女之间天然的血缘(基因)联系便成为自罗马法以来世界各国法律认定亲子关系的主要标准。人工生殖技术的应用使得法律上的亲子关系认定规则日趋复杂化,需区分不同情形,确立不同规则。例如,在同质人工授精和同质体外受精—胚胎移植(以下统称“同质人工生殖”)的情形下,所生子女的亲子关系与自然血亲的父母子女关系完全相同。而异质人工授精和异质体外受精(包括妻卵捐精、捐卵夫精、捐卵捐精)(以下统称“异质人工生殖”)的情形下,则会出现子女生物学父亲与社会学父亲、生物学母亲与孕育自己的母亲,以及生物学父母与社会学父母的不同。故而有必要在法律上

^[39] 2001 年原卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》第 24 条第 1 款规定:“本办法所称人类辅助生殖技术是指运用医学技术和方法对配子、合子、胚胎进行人工操作,以达到受孕目的的技术,分为人工授精和体外受精-胚胎移植技术及其各种衍生技术。”

^[40] 参见张燕玲:《人工生殖法律问题研究》,法律出版社 2006 年版;杨芳:《意大利〈医学辅助生殖法〉研究》,载《东方法学》2015 年第 6 期。

^[41] 杨大文主编:《亲属法》,法律出版社 1997 年版,第 238 页。

建立新的规则，以确定谁是这些子女法律意义上的父亲或母亲。^[42]

至于代孕子女亲子关系的认定亦是不可回避的法律问题。虽然，目前多国（包括我国）法律禁止代孕行为，但社会中实际存在的代孕现象，使得所生子女亲子身份的确认成为客观需要。首先，代孕所生子女不应当对父母先前的违法行为负责，他们更不能因父母的行为违法而在法律上受到区别对待。在民法上，自然人一经出生便具有民事权利能力，一律受到法律的平等对待和保护，代孕所生子女不能被排除在外。其次，生存是任何人出生后面临的首要问题。儿童出生后享有“尽可能知道谁是其父母并受其父母照料的权利”是为联合国《儿童权利公约》确认的一项基本人权。（第7条）我国《未成年人保护法》亦规定：“父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。”（第10条）因此，从儿童的生存利益出发，一旦法律确立此类亲子关系认定规则，便会随之确立其监护人（亲权人），他们可及时得到负有法定义务的父母双亲的抚育和关爱。这是笔者关注代孕所生亲子关系认定规则的立足点。

（二）我国立法现状与司法困境

目前，我国有关人工生殖技术的行政法规相对成型，^[43]而对人工生殖所生亲子关系的私法调整机制尚未建立，尤其缺乏此类亲子关系的确认规则。《民法典婚姻家庭编》草案第1073条增加规定自然血亲亲子关系的否认与认领，却对人工生殖亲子关系的认定无所作为。目前仅1991年最高人民法院《关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》有所规定，该复函指出：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间的权利义务关系适用婚姻法的有关规定。”这一规定法律位阶虽低，却对我国确立此类亲子关系的认定规则具有奠基作用。它突破了传统上以血缘（基因）联系作为判断亲子关系的首要标准，增加夫妻双方共同意思表示（合意）这一新标准。

人工生殖技术的应用在各国及地区多以必要性为原则，即：多限于由已婚的不孕夫妻采用。^[44]一方面，决定采取人工生殖技术生育子女是夫妻双方行使生育权的表现，

^[42] 前引〔38〕，梁慧星书，第134页。

^[43] 具体如原卫生部于2001年2月发布的《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类精子库管理办法》，以及同年5月发布的《人类辅助生殖技术规范》《人类精子库基本标准》《人类精子库技术规范》和《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》。

^[44] 参见汪丽青：《人类辅助生殖私法调整机制研究》，法律出版社2016年版，第172页。

另一方面，此类生育权的行使应受道德和法律制约。随着人工生殖技术应用日益增多，涉及此类亲子关系确认的诉讼随之出现。

2015年3月，上海出现全国首例代孕所生子女的监护权纠纷诉讼案。被告陈某婚后因不能生育，与丈夫罗某协商购买他人卵子，并由罗某提供精子，通过体外受精联合胚胎移植技术，出资委托另一女性代孕。2011年2月代母生育一对双胞胎兄妹，如约随陈某夫妇共同生活。2014年2月，罗某因病死亡，陈某继续抚养一双儿女。2014年12月，死者罗某的父母以祖父母身份起诉，请求法院确认他们是两个孙子女的监护人，要求被告陈某将孩子交由他们抚养。被告认为自己具有母亲身份，拒绝将两个孩子的监护权移转。

2015年7月，一审法院以被告陈某与两个孩子既无血缘联系，也不存在拟制血亲关系，且代孕行为违法为由，判决支持原告诉求，双胞胎兄妹由原告祖父母监护。被告陈某不服一审判决，提出上诉。2016年7月，二审改判，驳回原告诉求。理由是：上诉人（一审被告）陈某与两个孩子已形成事实上的抚养关系，可适用《婚姻法》关于形成抚养关系的继父母子女之间权利义务的规定，故陈某具有母亲身份，享有对两个孩子的监护权。^[46]

本案裁判结果引发学界热议，大多数学者认为二审判决有利于维护妇女儿童权益。笔者认为，二审判决将双胞胎兄妹的监护权判归其养育母亲陈某享有固然符合情理，但法官以代孕子女与养育母亲之间形成事实上的抚养关系为由，将其推定为继父母子女关系则缺乏法理依据。通常，继父母子女关系是指生父母双方离婚或者一方死亡后，抚育子女的一方带子女再婚而形成的前婚子女与再婚配偶之间的关系。由本案事实可见，双胞胎兄妹是在陈某罗某婚后合意采取人工生殖技术出生的。他们生于陈某罗某夫妇婚姻关系存续期间，与养育母亲陈某的关系并不属于“继母及其受其抚养教育的继子女关系”。父母子女关系是身份关系，此类身份关系的确立应坚持法定原则，而不能做扩充解释或采取类推适用的方法认定。^[47]否则，会在客观上变动亲子关系的类型。本案昭示出在我国确立人工生殖亲子关系认定规则的必要性和紧迫性。

^[46] 见上海市闵行区人民法院民事判决书（2015）沪闵少民初字第2号，上海市第一中级人民法院民事判决书（2015）沪一中少民终字第56号。参见<http://gongwen.cnrencai.com/shuxin/188908.html>，2019年12月30日。

^[47] 杨婷：《确定养育母亲为代孕子女监护人的必要性》，载《人民司法》2017年第2期。

（三）异质人工生殖中亲子关系确认的新规则

在亲子法中，“亲子关系确认”是依照一系列规则确定父母子女身份的法律制度。它是一项基础性制度，对父母子女而言，只有依法确认双方的亲子身份，才可享有和承担亲子间的法定权利义务。正如有学者指出的，如果不设立这一制度，“亲子法的其他内容真的就处于‘皮之不存，毛将焉附’的境地”。^[48]

如前所述，同质人工生殖中的配子（精子和卵子）全部来源于夫妻双方，不会出现生物学父母与社会学父母不相一致的情形，可沿用传统的亲子关系认定规则，即：采取“分娩者为母”的母子关系认定规则，生父身份的确定则实行推定原则，以母亲的丈夫为子女的父亲，如此等等。而在异质人工生殖的情形下，如若继续采用血缘（基因）联系规则，夫妻双方选择进行人工生育的目的将无法实现。当传统规则“失灵”，确立新规则的法律需求随之产生。

既然婚内生育是夫妻双方基于“为人父母意愿”的共同意思表示，那么，不孕不育夫妻决定采用人工生殖技术生育子女，必定是在各自意志自由基础上，自愿作出的意思表示，此乃双方共同行使生育权的前提。异质人工生殖情形下存在着两个层面的意思表示：首先，在夫妻的内部关系中，双方达成生育子女的合意；其次，在夫妻双方与捐卵者、捐精者的外部关系中，有生育合意的夫妻双方与第三人签订了捐献精卵（甚或代孕）的委托协议。其中，夫妻双方意思表示的内容是生育出共同的子女，精卵捐献者并无成为父亲或母亲的意思。法律在确认“谁”是新生儿法律上父母时，只关注夫妻双方有无或者是否真实地表达了通过人工生殖技术生育子女的意思表示。故此，笔者赞同将“生殖意愿准则”或“同意原则”作为异质人工生殖所生亲子关系认定的主要准则。^[49]

由于代孕存在更大的伦理和法律风险，故认定代孕所生子女的亲子关系时必须平衡代孕母亲、委托母亲和代孕子女之间的利益。尽管如此，在理论上，也不能仅因代孕协议无效而直接适用“分娩者为母亲”的自然生育规则。^[50] 否则，其结果不仅与各方当事人本意相去甚远，也会影响未成年子女健康成长，甚或危及婚姻家庭稳定。在我国法律尚未有条件允许代孕的当下，对代孕子女亲子关系的认定宜综合考虑各种因

^[48] 王丽萍：《亲子法研究》，法律出版社 2004 年版，第 275 页。

^[49] 参见周平、胡纪平：《异质人工生殖中亲子关系界定之法律准则探讨》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2014 年第 7 期；许莉：《代孕生育中亲子关系确认规则探析》，载《青少年犯罪问题》2017 年第 1 期。

^[50] 参见朱晓峰：《非法代孕与未成年人最大利益原则的实现》，载《清华法学》2017 年第 1 期。

素，其中，未成年子女最佳利益是处理此类涉及儿童事务时应遵循的基本准则，形成事实上的父母子女关系（主要表现为抚养关系）亦是应当考量的因素。本文前述判例赋予与子女形成抚养关系的养育母亲监护权（亲权）的做法，值得肯定。

结语

婚姻家庭既是个人的，又是社会的。在宪法中，作为一种社会制度的婚姻家庭被置于国家秩序的特别保护之下；而作为自然人共同生活体的婚姻家庭，则由民法调整和规范。故此，婚姻家庭法在一国法律体系中居于重要的基础性地位。

中国社会转型对婚姻家庭的影响是全面而深刻的。中国家庭的变迁已经“呈现出多种形态、多种路径和模式、多元动力、现代与传统兼容的变化格局”。^[51]从比较法视角看，当代家庭法的变革突出体现在两方面：一是强调夫妻之间、家庭成员之间平等，加强对未成年子女利益保护和意思尊重的平等价值取向；二是尊重当事人意愿和选择的契约化趋势。^[52]中国婚姻家庭法制历史性回归民法，在立法体例上成为民法典的独立一编，顺应了家庭法变革的世界性趋势。笔者从民事行为能力与身份行为能力、宪法权利与民事权利、夫妻生育权行使中的合意与儿童利益保护相关联的角度，结合中国社会转型过程中的事实和数据，对法定婚龄、（夫妻）生育权、异质人工生殖下亲子关系认定规则的探讨与构建，也是某种程度上应和婚姻家庭法制发展的国内和国际趋势的学术探索。

New Orientation of Chinese Marriage and Family Legal System in Social Transformation

XUE Ninglan

Abstract: The impact of Chinese social transformation on marriage and family is comprehensive and profound. The legal reform of marriage and family needs to keep pace with social development and respond to its needs. Reducing the legal age of marriage for men and women to the adult age meets the requirements for full civil capacity, which is conducive to the internal coordination of the civil law system and eliminates the unreasonable distinction between men and women. Under the new demographic, social, and economic situation, one of the important measures to realize the transition of Chinese civil law orientation from restricting fertility to autonomous fertility is to adjust the husband and

^[51] 国家卫生和计划生育委员会编《中国家庭发展报告 2014》，中国人口出版社 2014 年版，第 6 页。

^[52] 石佳友：《民法典与社会转型》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 10-11 页。

wife's common fertility behavior from the perspective of empowerment. The application of artificial reproductive technology has caused changes in parent-child relationship confirmation rules. When traditional rules fail, it becomes necessary to establish new rules. In the case of heterogeneous artificial reproduction, the determination of parent-child relationship should consider various factors, such as the agreement of infertile couples , the best interests of children, and the formation of de facto parenting relationship, etc.

Key words : marriage and family law; legal age of marriage; Fertility rights; surrogacy ;artificial reproductive technology ;civil code on marriage and family

