

从生育政策到生育权： 理论诠释、规范再造及功能定位

张 震

【摘 要】新中国成立以来,生育政策经历多次调整。进入新时代,生育政策基调已由限制生育转向鼓励生育和保障生育,生育行为的权利属性愈加突显,生育权才是不断变迁的生育政策的底色。总之,在“少子老龄化”和“人口负增长”的时代背景下,生育政策的主旨必然转向政策的法定化与生育的权利化。生育权作为公民与生俱来的应然权利,应当上升到宪法位阶进行理解和诠释,明晰生育自由作为生育权的“核”,重视生育权中的“育”,发挥生育权的“能”,实现生育权“生”和“育”的有机统一。通过生育权再构,不仅可以破除部门法藩篱,统合规范个体的权利和义务以及国家的权力和责任,还能够在引导人口政策、推进人口法治以及服务人口发展国家战略层面发挥权利的法政策功能。

【关键词】生育政策;生育权;宪法;人口法治;人口发展

【作者简介】张震,西南政法大学行政法学院教授,博士生导师,法学博士。

【原文出处】《当代法学》(长春),2023.2.28~39

【基金项目】本文系研究阐释党的十九届六中全会精神国家社科基金重大项目“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系研究”(22ZDA073)的阶段性成果。

《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》(以下简称《决定》)明确指出,预计“十四五”期间我国人口将进入中度老龄化阶段,2035年前后进入重度老龄化阶段,这将对经济运行全领域、社会建设各环节、社会文化多方面产生深远影响。^①面对人口老龄化,提高人口出生率,无疑是最直接、最根本的一种途径。为此,中央对生育政策作出深度调整。2022年7月28日,国办函[2022]77号发布,国务院同意建立由国务院领导同志牵头负责的国务院优化生育政策工作部际联席会议制度。国家卫生和计划生育委员会计划生育兼职委员制度同时撤销。党的二十大报告指出,优化人口发展战略,建立生育支持政策体系,降低生育、养育、教育成本。^②除了政策层面,还进行了专门立法。《人口与计划生育法》第1条明确了立法目的,即“为了实现人口与经济、社会、资源、环境的协调发展,推行计划生

育,维护公民的合法权益,促进家庭幸福、民族繁荣与社会进步”。在上述规定中,“实现人口与经济、社会、资源、环境的协调发展”是现实目的,“推行计划生育”是手段,“维护公民的合法权益,促进家庭幸福、民族繁荣与社会进步”是最终目标。同时,该法第17条还规定了“公民有生育的权利和义务”。据此,面对人口问题,以生育为主要对策,就至少出现了生育权、生育政策、生育法律以及人口发展等几个基本概念,它们相互之间呈现怎样的逻辑关系,为什么需要从生育的政策思维走向权利思维,这又能如何为解决现实问题提供理论思考,就是本文写作的目的和基础。

一、透视生育政策变迁中的权利底色

新中国成立以来生育政策多次调整,如果只从政策本身看,似乎难以找到一个确定的分析和评价标准。但是,如果运用权利视角展开观察,则可以清

晰展现生育政策调整变化过程中的权利底色。

(一)生育本质上是权利行为

何谓权利?代表性的教科书认为,权利是指规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。^③法律权利是指社会主体享有的法律确认和保障的以某种正当利益为追求的行为自由。^④因此,所谓权利至少包含两项实质要素,即正当利益、行为自由。依此概念,公民的生育行为兼具正当利益和行为自由的实质要素,本质上属于权利。首先,公民关于生育行为的多种选择实质上均属自由。一是生或不生,即公民的生育意愿,是公民自主决定的行为。二是何时生,在符合一国或地区合法生育年龄规定的前提下,这也是公民的自我决定。三是生几个,在一国或地区所规定的生育胎数的前提下,本质上也是公民的自我决定。四是如何育,即养育的具体方式和程度,也属公民的自主行为。其次,生育行为可构成公民的正当利益。生育行为体现人的自然属性和社会属性的结合,对于人自身的延续、家庭、文化、财产等均会形成确定利益。依公民与国家的地位及其关系理论,^⑤既有公民对国家的消极地位而形成的生育自由,也有公民对国家的积极地位而形成的因生育而受益。总之,尽管国家可以对生育的年龄、胎数、养育的基本要求等作出法律规定,但针对生育行为本身,国家的指导、提倡等行为,也必须以尊重公民的生育权为前提。

(二)生育权属于生育政策不断调整中的恒量

新中国成立以来的人口政策,大致经历三个阶段。^⑥通过一些关键的时间节点的梳理,可以呈现出我国人口生育政策发展演进的概况。第一个阶段(1949—1978年)是确定人口政策基调,并进行微调。新中国成立之初的人口政策指向,重点是保护生育,防止随意堕胎。几年之后,开始逐渐提出节育。1954年,时任总理周恩来表示:“要提倡节制生育,这个问题的发明权本来是邓小平同志的。”在该阶段,基于人口形势的不断变化,从侧重保护生育到逐步提出节育主张。第二个阶段(1979—2012年)是提倡和确立生育一孩政策。1978年10月中央批转的《关于

国务院计划生育领导小组第一次会议的报告》中提出“提倡一对夫妇生育子女数量最好一个最多两个。”1980年9月25日《中共中央关于控制我国人口增长问题致全体共产党员、共青团员的公开信》提出提倡一对夫妇只生育一个孩子及其补充政策。1982年9月1日,中共十二大报告将计划生育列为基本国策。在该阶段,限制性生育是主流。第三个阶段(2013年至今)是逐步走向三孩政策。2013年党的十八届三中全会做出《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,“启动实施一方是独生子女的夫妇可以生育两个孩子的政策”位列其中,迈出生育政策调整的第一步。2015年中央又做出一对夫妇可生育两个孩子的决定。2021年5月31日,中共中央政治局召开会议,审议《关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》并指出,为进一步优化生育政策,实施一对夫妻可以生育三个子女政策及配套支持措施。^⑦新时代以来,生育政策开始逐步进行重大调整,从限制生育逐步转向鼓励和保障生育。

纵览新中国成立70多年来的生育政策及其调整,表面上看到的只是变量。事实上,人口政策本身就是国家或地区为实现一定历史时期关于人口的路线和任务而制定的行动准则,根据条件的变化需要不断地予以调整。例如1980年《关于人口座谈会情况的报告》中明确指出:“有必要清楚地告诉人民,‘一对夫妇只生一个孩子’不是永久之计。”^⑧笔者认为,在生育政策多次的变动中,调整的只是生育行为完成的条件和程度,生育本身是得到基本的尊重和保障的。为此,可以用恒量和变量的概念来诠释生育政策及其调整。生育政策的内涵及其基本功能,就是以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调适,从而实现人口调控的国家目标。生育政策基于实际条件的变化而进行的不断调整,体现了政策本身的多变性,可称之为变量;但生育政策中对于生育行为的确认、尊重和保障,则属于政策底线,可称之为恒量。这个恒量,一是体现了对生育自由的尊重,二是对生育利益的确认,其实质构成了权利。政策中的变量属于条件,恒量是其本质。正如德国基本法第19条所规定

的“基本权利之实质内容绝不能受侵害”。^⑨如果把生育权作为公民的一项基本权利,那么生育权及其实质内容,也即本文主张的生育政策中的“恒量”,是必须予以确认和弘扬的。

(三)生育权重构之重要意义

当前学术界对于生育权的研究,从研究对象看,主要集中在对女性、服刑人员等特定群体的研究,在不同主体之间和不同社会条件之间发生的生育冲突的研究,以及代孕等特殊的生育方式的研究;从研究视角看,有学者聚焦人权及人权观整合的角度,^⑩但也有学者着眼于生育权和生育义务双重属性的角度,^⑪鲜有学者明确主张生育权的宪法化;^⑫从研究学科看,人口学和法学均占较大比例,在法学界,民法学、法理学、宪法学、行政法学等学科的学者均有研究,民法学者或者偏重民法角度的研究成果占比较大,这和在法学界有不少学者认为生育权属于人格权有关。

但目前关于生育权的研究成果,尚缺乏整体性视角和精确的规范分析,也不注重生育权的政策塑造功能。因此,有必要对生育权的概念、属性等再识别,在此基础上进行新的规范塑造,明晰生育权的核心内涵及法政策功能。具体而言:其一,生育权的权利位阶。权利本质上还是属于实证法中的权利,在不同类型的实证法中的具体规定,体现了其权利位阶。宪法是国家法律制度的总依据,宪法权利的地位高于法律权利。^⑬宪法位阶上的权利具备基本权利的主观法价值和客观法秩序的双重功能,这是法律位阶上的权利所无法企及的。所以,在宪法位阶上探讨生育权才能真正实现其权利功能,既包括发挥政策的更大效用,也包括促进人口发展。其二,生育权的基本构造。应改变对生育权的碎片化认知,对生育权进行实质的整体性再识。在宪法规范内部,宪法核是指一种根本规范提供实定法的客观合理性的依据,在法律秩序中居于最高地位,表明实定法创始的出发点。^⑭借用“宪法核”的概念,对生育权的理解,至少应包括两个维度,即“核”和“能”。生育权的“核”,是生育权最实质、最根本的内容,体现着对生育的意愿和行为最基本的尊重;生育权的“能”,

是生育权实现的条件、程度及其功能。对生育权的界定,既要以对个体的生育权的尊重和保障为前提,也要充分考虑生育权实现的条件,包括国别、经济社会发展、不同族群、群体的人的不同观念。生育政策调整表面上针对的主要是生育权的“能”,而生育政策变迁的背后对生育权的尊重和保障,则体现了生育权的“核”。其三,生育权的特定功能。通过生育权的规范再造,可在人口政策、人口法治以及人口发展等方面产生特定的法政策功能。

二、生育权有必要上升到宪法位阶

如前文所述,生育权是生育政策不断变迁中的恒量,特别是在生育政策转向鼓励保障生育的背景下,更应该坚持生育权的思维。谈到权利,本质上还是实证法中的权利,而宪法权利具有最高的权利位阶、价值与功能。尽管我国现行宪法并没有明确规定生育权,但并不影响其在宪法上位阶的证立。从体系论的视角,宪法价值与宪法规范浑然一体,宪法规范必然体现特定的宪法价值,宪法价值也一定通过规范的形态作为载体。^⑮因此,生育权在中国宪法上的证成,可从价值层面与规范层面展开。

(一)中国宪法上的特定价值体系为生育权提供价值支撑

除了对一般性宪法价值的确认,新中国的历部宪法逐渐形成了存在继承与发展关系的特定的价值体系,比如对党的领导的坚持、国家发展民族复兴的期冀以及对公民权利的重视等等,在1982年宪法上得到最集中的体现。在国家层面形成了一个有内在逻辑的价值体系,可提炼出四个关键词,分别是文化、独立、发展、复兴。在公民层面的特定表达主要围绕着人权、平等、自由、人格尊严以及经济社会文化权利等关键词展开。

就国家层面而言。其一,中国宪法上特定的文化价值为生育权提供了宪法文化基因。中国连续5000年以上的发展史形成了特定的文化体系,这也使得1982年宪法开篇即规定:“中国是世界上历史最悠久的国家之一。中国各族人民共同创造了光辉灿烂的文化。”这彰显了1982年宪法特定的文化价值,包括对国家和民族的责任意识、对人的价值的尊重

与行为的规范等等。而在中国几千年来文化体系中,家族的传承观念使得生育的行为和功能一直受到重视。^⑩因此,生育权中的生育价值和生育行为与中国宪法上特定的文化价值具有高度的耦合性。其二,中国宪法上的独立、发展、复兴价值的实现均需要充分有效发挥人的关键性、能动性因素。自1840年以来,国家和民族的“独立”成为最核心诉求,这不仅指导着新中国政权的建立,在历部宪法中均予以明确宣告,而且在1982年宪法的制定背景下(改革开放时代)再次予以明确,更加彰显宪法上特定独立价值的内涵。特别是1954年宪法实施以来“发展”逐步成为国家主旋律,1982年宪法更加突出“发展”对于实现国家富强繁荣和人民美好生活的特定价值。进入新时代,“民族复兴”成为国家发展的最终的价值表达,并通过2018年修宪予以明确规定。无疑,生育权的确认、彰显与功能,可以最直接、最根本满足在国家发展与民族复兴中对于人在数量和素养上的基本要求。

就公民层面而言。其一,人权价值体系中生育权不可或缺。在全球范围内,生育权被普遍确认为一项基本人权,是人权价值彰显的重要组成。1968年联合国国际人权会议通过的《德黑兰宣言》首次提出生育权是基本人权。1979年联合国大会通过的《消除对妇女一切形式歧视公约》首次将生育权明确写入国际公约。葡萄牙、匈牙利等11个国家明确规定了生育权。^⑪我国1982年宪法在对一般意义上人权价值继受的基础上形成了特定的内涵,最直接的体现是人格尊严,最综合的依据是人权概念在根本法上的确认,最鲜明的特征是对生存权与发展权的突显。通过2004年修宪,明确了人权在宪法上的特定价值,无疑构成了对生育权在宪法价值体系上的基础性支撑。其二,中国宪法权利体系中特定的自由和平等价值均构成生育权的核心价值。中国宪法的社会主义属性,尤其强调平等理论。^⑫平等权在中国宪法权利体系中具有特定的地位和功能,作为1982年宪法中第一项明确规定的权利,强调了平等权在我国宪法权利体系中的基础性地位,其他权利均应以平等权为基本原则。当然,在凸显平等价值

的同时,也同样确认自由价值。对于生育权而言,自由和平等构成了该权利的基本价值,其中,生育自由是实质,生育平等是前提。我国宪法上的平等权价值为生育权提供宪法上平等的内涵支撑,自由权价值契合生育自由这一生育权的“核”本身。其三,中国宪法权利体系中社会权的价值与功能对生育权确认、实现提供了条件及保障。经济社会文化权利可统称为社会权,是其他权利实现的条件与保障,基于宪法的社会主义性质以及我国特定的国家主导型传统,1982年宪法非常重视此类权利的价值与功能。如前文所述,生育权至少存在两大维度,即生育权的“核”和“能”。生育自由和生育平等,属于生育权的“核”,生育权的“能”的发挥需要一定的经济社会甚至文化条件,而我国宪法上的社会权发挥体系性功能可以为生育权的实现提供条件和保障。

(二)中国宪法上的规范体系为生育权提供规范基础

整个法规范秩序都受特定指导性法律思想、原则或一般价值标准的支配,其中若干思想、原则,甚至开始具有宪法位阶。^⑬中国宪法的序言与条文共同构成了一个完整的规范体系。^⑭宪法中的指导思想以及发展性规范等构成了生育权的体系性规范基础,宪法规范中与生育权有更直接关联的内容构成了生育权的文义性规范基础。

就生育权在中国宪法上的体系性规范基础而论。其一,我国宪法中的指导思想对生育权确认及保障具有明确的指导性。现行宪法确认了包括习近平新时代中国特色社会主义思想在内的五个行动指南在国家和社会生活中的指导地位,具有最高的法律地位、法律权威和法律效力。^⑮近年来,我国的生育政策在“习近平新时代中国特色社会主义思想”指导下进行了较大幅度的调整,从单独二胎到全面二胎再到全面三孩,从权利角度而言,为公民的生育行为提供了充足的自由选择空间。2018年修宪,习近平新时代中国特色社会主义思想成为我国宪法上的指导思想,进而为宪法上的生育权提供了指导性的规范基础。以人民为中心的根本立场,意味着一切政策和法律的制定与调整均应以维护人民的利益为

根本立场;不断满足人民对美好生活向往的根本地位,在法律上最直接的体现就是对人民权利的不断确认、尊重和保障。

其二,我国宪法的发展性规范对生育权具有积极的指向性。如前文所述,发展是中国宪法的特定价值,1982年宪法中也存在着大量的发展性规范。在国家目标层面,现行宪法强调,通过贯彻新发展理念,把我国建设成为富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国,实现中华民族伟大复兴。在国家制度层面,政治制度、经济制度、文化制度、社会制度及生态文明制度等,均有效服务于国家发展的目标。在国家职权层面,所有的国家机构职权的设定及要求也是为了实现国家发展的目标。有学者指出,作为基本权利客观法面向的制度性保障类似于一种“国家通过一些制度来保障基本权利的实现”的含义。^②宪法中的发展性规范为生育权提供了两大空间,一是发展性规范最核心理念即发展指向性,对于权利体系的扩展和新权利的证成是正向积极的。二是发展性规范中对于国家的要求、规范及制度体系所产生的功能可为生育权保障提供积极的、针对性的、有效的条件。

就生育权在中国宪法上的文义性规范基础而论。众所周知,“文本自身是法律分析的明显起点。不看文字无法推断法律的精神。”^③现行宪法中与生育权直接的条款总共有四处,分别是第25条、第49条、第89条和第107条,上述条款共同构成中国宪法中对生育权的文义性规范基础。其一,国家制度中的计划生育条款。现行宪法第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。”在现代宪法中,任何一项宪法规范的结构均不是单一的,需要放在宪法文本的整体结构中去考量,既要关注其内部规范要素,也要考察规范形成的历史条件以及规范之间的关系。^④根据宪法第25条规定,国家推行计划生育,目的是人口的增长同社会发展相适应。在1982年规定该条款之时,对于计划生育的理解是适当控制人口增长,更有利于与当时的经济社会发展相适应。而面对当前人口出生率持续下降的基本情势,只有不断促进人口的有效增长

才能与社会发展相适应。所以,对宪法上计划生育内涵的理解与界定,必须与当前的经济社会形势相结合,在当前,计划生育的语境已经从控制生育转向鼓励生育。宪法条款中对人口增长的社会性需求有转化为权利具体行为的趋势,从而为权利的证成提供更现实的基础。

其二,公民权利和义务中的计划生育条款。宪法第49条第2款规定:“夫妻双方有实行计划生育的义务。”从文义上看,计划生育被宪法界定为夫妻双方的基本义务。如果说基本权利的保护义务源自基本权利的客观法性质,则保护义务的范围应涵盖所有基本权利。^⑤因此,计划生育义务履行的同时,就意味着存在对应的生育权利。

其三,国务院和地方政府职权中的计划生育条款。宪法第89条规定了国务院行使的职权,其中第(七)项包括“计划生育工作”。宪法第107条规定了县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的行政工作中包括“计划生育”。公民权利产生国家权力,国家权力服务公民权利,是一项基本的宪法原理。因此,国家的“计划生育职权”所直接对应的并不应该是公民的计划生育义务,而是生育权。而且,当前情势下,国家行使计划生育职权,最直接的要求和目的是有效促进人口增长,这更加需要确认和保障公民的生育权。现代宪法理论认为,国家对人权的尊重与保障义务并不仅仅限于公民权利和政治权利,对于经济、社会和文化权利,国家也负有同样的义务。^⑥因此,宪法中关于生育的国家职权条款可从理论上转化为对公民生育权的保障。

三、生育权的规范再造与基本内涵

法律上的权利本质上都是时代背景的产物,时代的变化必然要求变革甚至重构权利的内涵以满足权利主体的正当性需求。^⑦在宪法学上,有学者针对基本权利客观价值秩序理论进行反思,主张基本权利客观价值秩序理论应重构为客观公共价值秩序理论,即从普遍价值到公共价值。^⑧所谓生育权的规范再造,并不是提出一个新的权利概念,而是基于时代和实践的需求,针对生育权的碎片化状态进行权利

的再识别以及规范再构造。

(一)生育权在宪法位阶的权利体系中的定位

就生育权从法律位阶走向宪法位阶而论。目前,我国法律中对生育权的规定,主要见于《人口与计划生育法》,该法第17条规定“公民有生育的权利”。与法律权利相比,宪法权利的位阶和内涵,更有助于实现对生育权的保障。因为宪法权利对于国家及立法的要求,明显高于法律权利;而且从权利救济的角度看,法律权利一般只能对应一个部门法,而宪法权利则可以通过宪法实现对多个部门法的规范效力。如前文所述,生育权在我国宪法上既有价值基础,又有规范依据,因此,将生育权由法律权利上升到宪法权利位阶,既有必要性,也有可行性。

就生育权与其它基本权利的关系而论。其一,生育权与生命权。该两项权利共同的内容是对人的主体性价值的尊重,对人的生命本身的尊重。但是两者也有明显不同。《民法典》第1002条规定:“自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。”与生育权相比,生命权重点在于人的生命价值的确认与彰显,虽然包含了生育权中“生”的内涵,但没有“育”的内容;而且,生命权主要针对的是出生以后的人,而生育权很关键的内容是指向“出生”这个环节。因此,两项权利尽管有交叉,但是生命权并不能包含生育权。其二,生育权与生存权。生存权以保障“健康且文化性的最低限度生活”为主要内容,是一种靠国家的积极干预来实现人“像人那样生存”的权利。^②中国特色社会主义人权观认为,人的生存和发展是人权的实质内容和目标。^③如果说生存权主要强调“活”,而生育权主要强调“生”,所以两者也不能相互替代。其三,生育权与受教育权。该两项权利中虽然均有“育”字,但是生育权中的“育”强调抚育,受教育权中的“育”侧重学习。

就权利、义务、权力的三重维度的统合而论。生育自由既有生的自由,也有不生的自由;从生的自由作为权利的对应义务一面,就是对生的限制;从不生的自由作为权利的对应的义务一面,就是有生的要求;当然,从新时代生育权的实践目的看,一个基本的判断是,应该提倡生的自由,而生的自由的实现,

需要国家积极提供相应的条件,这就涉及作为权利对应面的外部的国家职权、职责。总之,从权利的目的论和实践论看,生育权的再构,必须实现权利、义务、权力三重维度的有机统合。

(二)“生”与“育”统一视角下生育权的多元内涵

就深化生育自由作为生育权的“核”而论。其一,从生育权的行为逻辑来看,生育本质上是生育主体的自我选择,这应该是不区分国家、族群等的共识性认知。无论是在道德、哲学的层面,或是在宪法理论与实践,生育自由的“不证自明”以及“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。^④事实上,在世界上11部明确规定生育权的宪法中,明确规定生育自由的就有7部,可见生育自由在生育权中的核心地位。生育自由的内涵包括:一是生或不生的自由;就生的自由而言,要确认、尊重和保障。同时,不生的自由也要尊重,但是国家和社会可以积极地引导、鼓励人们生育。二是怎么生的自由,只要合乎法律和伦理的规定,具体的生育方式、生育地点等应该是生育权主体的自我决定行为。三是生育时间的自由;何时生以及生育间隔,也是应该尊重和维护的。当然生育自由,并非没有任何限制。但是这种限制一定不能以损害生育自由的基本价值和内涵为前提,而且应该是基于正当的利益和理由,同时对于生育权限制的本身也有限制。其二,从生育权的历史逻辑看。事实上,中国自古以来的生育行为都存在自我调节。据有学者考证,中国历史上的核心家庭的平均规模从未超过五人,大家庭只是凤毛麟角。如果从西汉末年算起,即便按照1%的增长率,中国人口至少也会有32亿以上了。^⑤而事实上,根据第七次人口普查数据,中国的人口在2021年,也仅14亿多一些。这里面,刨除掉战争、自然灾害、朝代更替等次要因素,每个家庭对于生育行为的自我调节应该是主要因素。这种行为从权利角度看,即属于生育自由的体现。其三,从生育权的实践逻辑看。当前生育政策调整的主要内容和方向就是鼓励生育,释放和激发人们的生育意愿。为此,以生育自由作为突破口具有较强的实践意义。通过强调生育自由,重构人们对生育权一段

时间以来的观念,实现从偏保守到鼓励性的转变,可很大程度上改变人们对生育行为偏限制性的认知,从而极大程度上释放人们的生育意愿。

就明晰生育权中的“育”的内涵而论。其一,阐释“育”之含义。从语义上讲,生育权既包括“生”的内容,也包含“育”的内容。费孝通先生在其著名的《生育制度》一书中,就将“生育制度”界定为有关求偶、结婚、生殖、抚育的各种人类活动的有组织的体系。^③在汉英法学辞典中,“生育”对应的英文解释是“birth”和“child-bearing”,很明显,该解释既包括生,也包括育。^④在我国的法律法规中,对于“生育”的概念使用,也含有“育”的内容。如《人口与计划生育法》第18条规定:“国家提倡适龄婚育、优生优育。一对夫妻可以生育三个子女。”该条文中“优生优育”的表述,包括了生和育的两个行为。以上表明,不论是一般意义上人们对生育的理解,还是法律的规定,“育”都是生育权不可或缺的内容。其二,强化“育”作为权利的有效构成要素。如1974《世界人口行动纲领》明确规定:“所有夫妇和个人都有自由和负责任地决定生育孩子数量和生育间隔并为此而获得信息、教育和手段的基本权利;夫妇和个人在行使这种权利时有责任考虑他们现有子女和将来子女的需要以及他们对社会的责任。”^⑤生育权主体在行使该权利时,通过综合考虑“育”的因素,包括“育”的方式、目标等等,从而决定是否或者何时生育。其三,降低“育”的成本,从而发挥生育权的权能。近年来,生育政策通过不断调整来鼓励人们生育,但实际效果并不很明显。究其原因,很大程度上归结于“育”的问题。“育”是完整意义上完成出生行为的重要环节,虽然主要由家庭完成,但明显受到各种外界因素的影响。当前,生育成本太高,是目前人们生育意愿不强烈的最关键因素。不管是基于中国宪法的社会主义属性而对于人民权利保障的经济社会要求,还是具体到生育权的实践功能的体现,都必须通过强化对生育权中“育”的一面的理论研究,为生育政策的调整及人们的生育行为,提供强有力的理论支持。如果说,生育自由是生育权的“核”,“育”则决定着生育权的“核”到底能产生多大的“能”。生育自由如何转

化为生育行为,国家的经济社会发展水平、生育政策、人们的思想观念以及生育条件是决定性因素。因此,应当改善生育权的保障条件,既包括与生育直接相关的条件,如医疗条件等;也包括与生育权间接相关的条件,如学校、住房、社保等。其四,平衡“育”的度。尽管要重视“育”,但是,生育中的“育”,还是与“生”密切联系的。生育权中的“育”,是指出生行为完成后,紧接着进行的养育的行为,某种意义上还是出生行为的延续。因此不能完全对“育”进行没有边界的扩张。所谓“育”,既有时间上的度,也有内容上的度。时间上一般不超过6岁,6岁之后自上小学开始,属于义务教育;如果将来幼儿园也纳入义务教育了,则可能提前到3岁。内容上,这个“育”的直接主体是家庭,属于生的行为的延续。总之,生育权与抚养权是不同的,不能混淆。其五,明确关于“育”的禁止性、限制性行为。主要包括“生而不育”和“育而不当”的情形,如《妇女权益保障法》第38条规定:“禁止溺、弃、残害女婴;禁止歧视、虐待生育女婴的妇女和不育的妇女。”

四、生育权的法政策功能

作为恒量的生育权对生育政策的实质性调整使其更具适应性的功能。根据我国的政策、法律与发展之间的实践中的逻辑关系,即由政策入法,政策和法律相互作用,共同对社会发展产生促进功能。

(一)生育权对生育政策的引导功能

党的十八大以来,生育政策已经从改革开放初期的适当控制生育转向了积极鼓励生育,即从单独二孩到全面二孩再到全面三孩。《决定》指出,到2025年,积极生育支持政策体系基本建立。其中,“优化生育政策”和“积极生育支持政策体系”的表述,均意味着生育政策需要进一步调整。在生育政策进一步的调整中,如何更好发挥该政策的功能以实现其目标?人是第一活跃的因素,如果坚持只是就政策而调整政策的思路,无法真正调动人的积极性,只有更多注入权利的因素,除了集体利益,还要加强对个人自身利益的关注和维护,才能真正起到政策调适的效果。正如有学者指出的,对一个社会而言,不同的社会政策计划应当并存,针对不同的对象,影响着公民权的结构,

但最终都应致力于公民权利的实现。^⑧生育权对生育政策的引导功能,可从以下三个方面展开:

其一,尊重生育。社会政策完全是关于社会目的及其选择的问题,如何选择就需要以公民权利的尊重和行使为基础。^⑨在生育政策中,国家的目标是表,生育权是里,只有真正尊重生育权,才能实现生育政策既治标又治本的效果。首先,在生育政策调整中,应当把尊重公民的生育权和生育意愿,放在政策的首要内容并且作为贯彻政策始终的主线。生育本身就是公民的基本权利,长期对公民生育权进行限制显然不利于人的全面发展。其次,不仅要尊重所有的生育权主体,还要保护特别的生育权主体。最后,在条件具备的前提下,应当将生育自由作为生育权的“核”体现在政策的制定与实施中。为了应对可能到来的低生育危机,政府应进一步放宽生育限制,对公共生育权力适度加以稀释,在尊重和还原个体生育权利的基础上,预防低生育带来的危机性影响。^⑩以生育权为基础,重新诠释计划生育基本国策,从而确保“有计划的按政策生育”尽快转型为“有计划的家庭自主生育”。^⑪

其二,鼓励生育。面对人口出生率不断降低的不利局面,近年来,韩国、日本、新加坡等国的相关政策已从“节制生育”到“鼓励生育”。^⑫匈牙利在宪法中明确规定:“匈牙利鼓励生育子女。”^⑬针对我国的实际情况,具体建议如下:首先,生育权不仅是公民个人的一项基本权利,也具有重大的社会与公共价值,应明确将鼓励生育写入新的生育政策,明确生育政策的国家目标;其次,完善政策配套,平衡生育权的“核”与“能”的关系,充分发挥生育权的能效,细化鼓励生育的政策,提供促进生育的条件。如《黑山共和国宪法》明确规定:“国家应创造条件鼓励生育。”^⑭最后,各地方可以根据实际情况开展促进生育的体制机制创新。

其三,保障生育。作为基本权利,公民具有对国家的主观请求权功能,不仅体现在尊重层面,也包括对权利保障及实现的请求。同时,对生育的保障是生育权的“能”最主要的体现和要求,生育政策应该充分发挥政策灵活多变调整适应性强的优点,充分

保障生育权的“能”得以实现。首先,应该在政策调整中,明确保障生育的理念与原则并具体化为制度体系;其次,应该在深化党和国家机构改革中,改革并增设保障生育的专门机构;最后,应该在经费、财力物力上为生育保障提供具体的条件支持。从世界各国的经验上看,德国自2003年出台生育的相关政策以来,生育率明显提升。经验表明,政策确定的目标需要通过时间、金钱和基础设施三个方面的政策措施来实现,与此同时,各个政策领域加以配合,形成政策合力。^⑮

(二)生育权对人口法治的推进功能

有学者曾经回顾改革开放以来人口和计划生育工作的发展历程,我国走的是一条从政策调控到法律调控、从地方性法规到国家法律的渐进之路。^⑯《决定》指出,到2035年,促进人口长期均衡发展的政策法规体系更加完善。将长期以来党领导人民在统筹解决人口问题方面的创新理念、改革成果、实践经验转化为法律,保障人民群众合法权益。

现行的《人口计划生育法》于2015年和2021年进行了两次修改,从而对生育政策进行了相应调整。但整体上看,该法并没有将生育权作为核心理念。有学者指出,在现代法治国家,法规范背后隐藏着形态各异的政策目标。^⑰如前文所述,该法第1条规定的立法目的主要还是以计划生育政策实施为目标。虽然该法第17条规定了生育的权利,但从结构上看,该条文属于“生育调节”一章,很明显是为了实现生育调节的目的才规定生育权,而且“生育的权利”的表述,与明确的“生育权”表述,在内涵上还是有相当大的差别的,换句话说,该条文的规定是还是为了实现特定的政策目标。

《人口与计划生育法》制定实施以来,对促进人口与经济、社会、资源、环境协调发展,发挥了重要作用。即便在当前计划生育继续作为基本国策的背景下,也仍然有其特定价值。但是,由于生育自由与计划生育政策始终无法完全弥合两者之间在价值取向上的差异,该法中的计划生育概念,很难诠释出完全地鼓励生育甚至实现生育自由的意涵;因此,即便通过修改,把生育权作为该法核心理念,也可能无法

完全发挥生育权的功能。

综上,建议在继续修改完善《人口与计划生育法》的前提下,制定《人口发展法》。第一,该法应当完全坚持以生育权为核心理念,充分发挥生育权作为公民基本权利的综合功能。第二,该法以人口发展、人的全面发展为总的目标。第三,该法应当明晰人口与发展之间的逻辑关系,明确人口与发展的不同类型与具体制度。包括人口规模与发展的关系、人口质量与发展的关系、人口结构与发展的关系等。应综合考虑公民的经济福利、生态的持续支撑能力、社会和谐发展等多维因素来确定最佳的人口数量,并通过设置具体制度来保持这一适宜的人口规模。以人口的科学文化素质为重要标志的人口质量高低,既可以看成是一定人口再生产模式的结果,也在很大程度上对人口再生产模式发生作用,最终对人类的持续发展前景产生影响。近年来在中国人口结构问题上,人口老龄化和少子化、人口性别比失衡、城乡人口分布不合理等现象,已成为社会普遍关注的焦点。因此,该法应明确提出中国在新发展阶段人口发展战略重心的转变方向,即应从数量控制转移到结构优化上来,通过结构优化,带动数量控制和质量提高。第四,该法在框架结构设计上大体可包括总则、人口规模与发展、人口质量与发展、人口结构与发展、法律责任等章。在该法总则中,应明确规定该法的立法目的和依据、生育权的基本内涵和构成要素、该法的基本原则、新发展阶段的人口发展战略以及人口发展工作的领导机关、主管部门和社会参与力量等。就该法的基本原则而言,至少可包含坚持党领导人口发展工作原则、尊重生育权和生育意愿原则、鼓励和保障生育原则、生育权受侵犯依法获得救济原则、实现和保持人口适宜规模原则、全面提高人口素质原则、科学优化人口结构原则等。最后,该法不再以计划生育国策作为主要原则。《人口发展法》和《人口与计划生育法》两法可互为补充,作为人口法治体系的重要组成部分,共同构成人口法治体系的核心和基础性法律。

(三)生育权对人口发展的战略功能

习近平总书记指出,人口问题始终是我国面临

的全局性、长期性、战略性问题。^⑥人口发展被认为是关系中华民族发展的大事情,促进人口长期均衡发展是终极目标。^⑦人的全面发展是社会文明进步的要求,是经济发展的目的。^⑧人口发展,是指人口的规模与素质,合理的可持续的不断提升,与经济社会发展相适应,在此基础上满足建设现代化强国及民族复兴的需求。人的全面发展,侧重于个体的人的综合能力的不断提升,在彰显人的个体价值的同时,满足国家和社会对于作为共同体中的个人的能力与行为的要求。人口发展,既有利于实现人的全面发展,对于社会主义现代化强国建设及中华民族伟大复兴也是重要基础。生育权再构对于人口发展,既产生直接功能,也产生间接功能。所谓直接功能,是指通过生育权的提倡,特别是生育自由作为生育权的“核”的权利理念的传输,通过生育权的“能”的强调,特别是强调“生”和“育”的统一,生育权的“核”“能”综合发挥效果,提高人口生育率与人口素质,从而为人口发展提供基础性支撑。所谓间接功能,是指通过生育权对生育政策和生育法律的调适,通过人口法治体系的建构及其完善,逐步形成适度的人口规模、较高的人口素质、合理的人口结构,最终实现新时代人口长期均衡发展的目标。

结语

古语有云:“春风至则甘雨降,生育万物。”正是通过生育,人类才得以繁衍不息发展至今。生育行为是人类的自然行为,生育权则是公民与生俱来的根植于生育行为的应然权利。透过我国生育政策优化变迁的表象发现其背后蕴含着具有基本权利属性的生育权,继而对生育权进行宪法意义的内涵再构和时代性的功能定位,这实际上体现了一种法政策学的研究理路。法政策学是研究法与公共政策相互关系之学问,其基本观点认为法律和政策是紧密关联而非二元对立的。在现代法治国家,承担政策调控任务的法律规范日益普遍,公共政策已经深刻融汇于国家法律体系之中。故此,将关涉公民权益、社会发展的公共政策之内容及诉求融入宪法和法律,实现符合公共政策治理目的的制度设计,是法政策学所秉持的基本立场与研究进路。在这种研究进路

下,宪法学者对国家生育政策的关注和研究,需要基于法学立场,探究宪法和法律对生育政策的影响与改造,使其在形式与内容上具有合法性乃至合宪性,进而促进生育政策的宪法法律化。从生育政策走向作为法律权利的生育权,呈现了在法政策学视阈下探究和促进生育政策宪法法律化之努力。

自党的十八大以来,生育政策多次调整,鼓励生育日益成为生育政策的主基调。然而,提高人口出生率的政策效果并不显著。为此,应改变就政策而调整政策的单一思维,充分诠释政策背后的生育权概念,以生育权的提倡来重建人们的生育观,以生育自由的强调来激活生育行为,同时通过对生育权中“生”“育”统一的强调,在尊重和鼓励生育自由作为生育权的“核”的基础上,更好发挥生育权的“能”。应当改变对生育权碎片化的认知,绕开是否入宪的争论,为之寻求根本法上的依据,在此基础上,进行体系性诠释与建构。这不仅对生育政策会产生实质的实施性功能,而且通过生育政策与生育法律之间特殊的相互关系的路径,从而对人口法治的完善也可产生实质性功能。在对生育政策和生育法律双重调适的基础上,实现生育权的人口发展功能。党的二十大报告明确指出,人民健康是民族昌盛和国家强盛的重要标志。^⑨因此,面对生育权,一定要跳出在规范主义与功能主义之间非此即彼的固化的单一思维,生育权同时面对生育政策和生育法律,在权利保障的法律思维与维护公共利益的政策思维之间找到妥善的平衡,这种分析本身就超越了传统的基本权利的保障与限制理论。^⑩总之,以生育权重构作为路径,不仅通过激发生育意愿来解决我国人口老龄化带来的人口比例失衡问题,更希冀针对人口规模、人口质量、人口结构的优化发挥其应有功能。

对于生育政策变迁中作为“恒量”的生育权展开学术研究依然任重而道远。一方面,需要加强对生育权规范模式的全局把握,在尊重生育、鼓励生育、保障生育的价值取向下,健全完善以宪法为核心的公民生育权保障法律体系。另一方面,伴随着生育技术革命和生育理念更新,社会公众广泛关注的单身女性生育权保护、监狱服刑人员生育权保护、配偶

间生育权冲突以及生育权的司法救济等问题,亟待学界加强相关理论研究。

注释:

①《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》; http://www.gov.cn/zhengce/2021-07/20/content_5626190.htm, 2022年6月9日访问。

②《国务院办公厅关于同意建立国务院优化生育政策工作部际联席会议制度的函》,载中华人民共和国中央人民政府网: http://www.gov.cn/zhengce/content/2022-08/19/content_5706022.htm, 2022年9月9日访问; 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,人民出版社2022年版,第49页。

③张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第115页。

④卓泽渊主编:《法理学》,法律出版社2000年版,第119页。

⑤参见[德]格奥尔格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第74页以下。

⑥参见田雪原:《亲历与研究:新中国人口政策70年》,载张车伟主编:《新中国人口学研究70年》,中国社会科学出版社2019年版,第1-64页。

⑦《中共中央政治局召开会议,听取“十四五”时期积极应对人口老龄化重大政策举措汇报,审议〈关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定〉》,载中国共产党新闻网: <http://cpc.people.com.cn/nl/2021/0601/c64094-32118763.html>, 2022年9月13日访问。

⑧同前注⑥,田雪原文,第34页。

⑨孙谦、韩大元主编:《世界各国宪法》(欧洲卷),中国检察出版社2012年版,第180页。

⑩参见朱尧耿、王欢:《论〈人口与计划生育法〉的人权观》,载《人口研究》2004年第2期,第87页; 郝林娜:《从国际人权标准看中国的计划生育与人权保护》,载《人口研究》2006年第2期,第25页; 湛中乐、苏宇:《中国计划生育、人口发展与人权保护》,载《人口与发展》2009年第5期,第7页。

⑪参见王淑娟:《论〈人口与计划生育法〉中公民的权利与义务》,载《人口研究》2003年第2期,第77页。

⑫参见秦奥蕾:《生育权、“计划生育”的宪法规定与合宪性转型》,载《政法论坛》2016年第5期,第185页。

⑬参见张震:《作为基本权利的环境权研究》,法律出版社2010年版,第61页。

⑭参见韩大元:《论宪法规范的至上性》,载《法学评论》1999年第4期,第28-29页。

⑮参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——一种规范宪法学的前言》,法律出版社2001年版,第4页以下。

⑯参见葛剑雄:《中国人口发展史》,四川人民出版社2020年版,第2,332-333页。

⑰中国人权发展基金会编:《人权与主权》,新世界出版社2002年版,第223页;《消除对妇女一切形式歧视公约》<https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/A-RES-34-180.shtml>,2022年9月6日访问;参见前注⑨,孙谦、韩大元文,亚洲卷第460页;美洲卷第112、241、367、406、828、866页;欧洲卷第430、481、586、655页。

⑱张震:《区域协调发展的宪法逻辑与制度完善建议》,载《法学杂志》2022年第3期,第34页。

⑲参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第316页。

⑳参见马克思主义理论研究和建设工程重点教材《宪法学(第二版)》,高等教育出版社2020年版,第47-48页。

㉑同上注,第85页。

㉒王锴:《婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心》,载《法学评论》2013年第2期,第5页。

㉓The status of Bill as law reinforce the importance the textualism. Granted, lawyers and judges often beyond the letters of the law, but the text itself is an obvious starting point of legal analysis. Is it even possible to deduce the spirit of a law without looking at its letter. See Akil Reed Amar, The Bill of Right, Yale University Press, 1999, p. 296.

㉔张震:《宪法环境条款的规范构造与实施路径》,载《当代法学》2017年第3期,第33页。

㉕同前注②,王锴文,第8页。

㉖See Mario Gomez, Social Economic Rights and Human-Rights Commissions, Hum, Rgt, Qt, 1955, p. 155.

㉗参见王利明:《彰显时代性:中国民法典的鲜明特色》,载《东方法学》2020年第4期,第5页。

㉘李海平:《基本权利客观价值秩序理论的反思与重构》,载《中外法学》2020年第4期,第1062、1075页。

㉙[日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第3页。

㉚同前注②,第185页。

㉛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》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期,第116页。

㉜同前注①⑥,葛剑雄文,第452页。

㉝费孝通:《生育制度》,载费孝通:《费孝通文集》第4卷,群言出版社1999年版,第1页。

㉞余叔通、文嘉主编:《新汉英法学辞典》,法律出版社1998年版,第698页。

㉟中国人权发展基金会编:《人权与主权》,新世界出版社2002年版,第223页。

㊱李清伟:《论社会政策与公民权利的实现》,载《政治与法律》2008年第3期,第20页。

㊲杨伟民:《社会政策与公民权利》,载《江苏社会科学》2002年第3期,第40页。

㊳参见黄娟:《从新中国生育政策变迁看公民权利与公共权力博弈》,载《人口与发展》2015年第1期,第107-108页。

㊴参见胡湛、彭希哲:《重新诠释“计划生育”的内涵——实现“家庭自主生育”转型并避免误读“鼓励生育”》,载《探索与争鸣》2019年第1期,第93页。

㊵参见陶鹰:《从国际视野看鼓励生育》,载《人口与计划生育》2018年第11期,第37页以下。

㊶同前注⑨,孙谦、韩大元文,欧洲卷第481页。

㊷同上注,第315页。

㊸郑春荣:《德国鼓励生育的家庭政策措施》,载《人民论坛》2022年第6期,第104、107页。

㊹参见石泰峰:《法制建设与人口发展》,载《人口与计划生育》2008年第12期,第7页。

㊺鲁鹏宇:《法政策学初探——以行政法为参照系》,载《法商研究》2012年第4期,第112页。

㊻《习近平对人口与计划生育工作作出重要指示 强调推动计划生育基本国策贯彻落实 促进人口长期均衡发展与家庭和谐幸福》,载共产党员网:<https://news.12371.cn/2016/05/18/ART11463569857782101.shtml>,2022年11月22日访问。

㊼同前注①,2022年11月29日访问。

㊽国家人口发展战略研究课题组:《国家人口发展战略研究报告》,载《人口研究》2007年第1期,第7页。

㊾习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,人民出版社2022年版,第48页。

㊿王旭:《人口战略的多维法治透视》,载《中国图书评论》2015年第5期,第122页。