

计划生育综合改革专栏

综合治理出生人口性别比问题 亟待完善相关立法

江中三

(湖北省人口计生委 武汉:430000)

出生人口性别比持续升高问题已引起全社会的普遍关注。它已危及到我国的人口安全。胡锦涛总书记在 2004 年的中央人口资源环境工作座谈会上就遏制出生人口性别比持续升高问题作了重要指示,要求各级党委、政府高度重视出生人口性别比升高的问题,开展必要的专项治理活动,依法严厉打击贩卖、残害、遗弃女婴的违法犯罪活动,坚决制止非法鉴定胎儿性别和选择性终止妊娠的行为,力争经过 3~5 年的努力,使出生人口性别比升高的势头得到遏制。本文试从法治角度谈谈如何综合治理出生人口性别比问题。

1 出生人口性别比持续升高亟待完善相关立法

采取法律手段治理出生人口性别比持续升高问题是现实的需要。出生人口性别比升高的原因很复杂,重男轻女、男尊女卑、多子多福、“不孝有三、无后为大”等传统观念的影响,农村生产力水平低、社会保障制度滞后等经济因素的影响,现实社会中存在的各种性别不平等现象的影响等,是促使人们在生育问题上产生男孩偏好的社会原因;而 B 超等胎儿性别鉴定技术的滥用以及选择性别终止妊娠的行为,是造成出生人口性别比升高的直接原因。从本质上来说,出生人口性别比持续升高,是男女不平等的突出表现,是女孩生存权和发展权受到侵害的集中反映。只有从根本上提高我国妇女的政治、经济和社会地位,男女平等,才能消除人们在生育问题上的男孩偏好。但是男女平等的实现是一个长期的过程,我国出生人口性别比持续升高的现状已到了非治理不可的地步,容不得我们等待了!如果不采取切实有效措施遏制出生人口性别比持续升高的势头,将会造成严重的社会问题。几年来的各地实践证明,采取法律手段是综合治理出生人口性别比问题重要而有效的手段之一,也是目前我国的必然选择。

我国综合治理出生人口性别比问题的有关立法存在缺陷,必须及时修改和完善。目前,关于综合治理出生人口性别比问题,我国制定出台的法律、法规、规章已经比较多了,如《母婴保健法》、《人口与计划生育法》、国务院颁布的《母婴保健法实施办法》和《计划生育技术服务管理条例》对此都作出了相应的规定。此外,国家人口计生委、卫生部和药品监督管理局还联合发布了专项规章,大部分省(区、市)也就此专门制定颁布了地方性法规或政府规章。应该说,依法治理出生人口性别比问题已经是无法可依了。但是,从目前出台的法律、法规、规章的内容看,这方面立法还存在着这样或那样的缺陷:

第一,部分规章超过立法权限,明显违反《立法法》、《行政处罚法》等相关法律规定。《行政处罚法》第 13 条规定“省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区、直辖市人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度范围内作出具体规定”。“尚未制定法律、法规的,前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为,可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的幅度由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会制定。”《立法法》也有类似规定。根据《行政许可法》的规定和国务院公布的行

政许可项目,人口计划生育部门依据人口计划生育地方性法规的规定批准当事人申请再生育子女的行为是一种行政许可行为。据此,笔者认为,人口计划生育部门对违法当事人作出收回二胎《生育证》的处理应属吊销许可证的行政处罚。根据《行政处罚法》的有关规定,行政规章无权作出吊销许可证行政处罚的规定。但个别省的政府规章却作出了类似的规定。如某省规章规定:“符合计划生育规定怀孕的妇女违反本规定选择性终止妊娠的……属符合计划生育规定准予生育二胎的,不再批准其生育申请。”

第二,立法就同一违法行为规定的执法主体不一致,导致执法上混乱。有关法律和规章对非法鉴定胎儿性别和选择性终止妊娠行为的执法主体与《人口与计划生育法》第36条规定相冲突。《人口与计划生育法》第36条规定的执法主体是计划生育行政部门或者卫生行政部门依据职权分别执法,但有些政府规章规定的执法主体仅计划生育一个部门;而《母婴保健法》规定的执法主体仅是卫生行政部门。执法主体的混乱易造成执法上的趋利避害,有利争着管,无利都不管。

第三,地方性法规或规章规定的罚款幅度超过立法权限。有的人口与计划生育地方性法规或规章照抄《人口与计划生育法》法律责任的有关规定,对罚款规定的数额明显超出《立法法》规定的地方性法规或规章的罚款限度。如照抄《人口与计划生育法》第36条的规定,这样会造成两个后果:一是降低了国家法律规范的效力,二是超越了地方性法规或规章的立法权限。

第四,政府规章与部门规章就同一事项作出不同的处理规定,给基层执法造成两难的选择。关于禁止非医学需要的胎儿性别鉴定和选择性终止妊娠的规定问题,国家三部委的联合规章(8号令)与一些地方政府的规章就同一问题的处理规定有许多不一致。如,关于“中期以上妊娠”的界定,国家三部委的规章规定为怀孕14周以上,湖北省政府规章(195号令)规定为怀孕16周以上;关于“拟实行中期以上非医学需要的终止妊娠手术的”,国家三部委的规章规定“需经县级人民政府计划生育行政部门或所在乡(镇)人民政府、街道办事处计划生育机构批准,并取得相应的证明。”湖北省政府规章对此是加以禁止的。规章之间就同一问题规定相互矛盾,导致基层执法难选择,也不利于当事人合法权益的维护。

现行的法律、法规、规章存在着一些不完善的地方,导致对现实中出现的一些违法问题处理很难找到相应的法律依据。一是一些达到法定婚龄的育龄妇女未婚先孕,再做B超鉴定。如果B超鉴定确认是女孩,她们就去引产;如果确认是男孩,他们马上登记结婚,拿《结婚证》,规避法律管理,无法对其追究法律责任。因为我国《婚姻法》并未禁止已怀孕的妇女登记结婚。由于没有拿《结婚证》怀孕,按计划生育政策规定属政策外怀孕,如果当事人主动找到计划生育部门要求引产,医疗机构或计划生育技术服务机构没有理由不给她们实施引产手术。造成计划生育部门或相关部门无法对未婚先孕对象实施有效管理;二是当事人依法结婚后先到计划生育部门领取《生育服务证》,而是怀孕经B超鉴定确认是男孩后,才找计划生育部门申请领取《生育服务证》,造成计划生育部门对其管理落空;三是当事人怀孕后要求引产,属政策内还是政策外怀孕,计划生育部门难以把握,尤其是外地流入人口即使属政策内怀孕,但她们却辩称是意外怀孕或政策外怀孕,计划生育部门很难查清。同时,对于非法同居怀孕对象进行引产,如果要其提供有关证明,还涉及到个人隐私权的保护问题;四是当事人怀孕14周上下不好把握,易造成怀孕14周以上的对象故意说成是怀孕14周以下,医疗卫生机构和计划生育技术服务机构很难准确地把握。再说14周的标准定得是否科学,值得研究。有人认为,怀孕14周以下,也可以采取抽羊水方式鉴定胎儿性别;五是孕妇终止妊娠是否属“医学需要”不好把握。一些对象怀孕确认胎儿是女孩后故意吃引产药,导致流产先兆或造成大出血,再找计划生育部门要求引产,计划生育部门很难辨认真伪,只好由他们牵着鼻子转;六是“非医学需要”应包括哪些情形,国家三部委的规章未规定清楚,基层很难操作。按照国家三部委8号令标题的含义,“非医学需要”的终止妊娠应是严格禁止的,但在该规章第七条却对“非医学需要的终止妊娠手术”的审批,仅规定了很低的“门槛”,即“县级人民政府计划生育行政部门或所在乡(镇)人民政府、街道办事处计划生育工作机构批

准”。国家应尽快规范审批条件和程序;七是有关法律、法规中没有对利用 B 超进行非医学需要的胎儿性别鉴定和选择性别的人工终止妊娠的孕妇规定相应的法律责任,使其得不到应有的处理。

一些利用超声技术或其他技术手段为他人进行非医学需要的胎儿性别鉴定或者选择性别的人工终止妊娠等严重破坏或妨碍计划生育工作,并且造成严重后果的违法行为亟待在现行刑法中规定相应的罪名,使其得到应有的惩罚。笔者认为,1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》对打击人口与计划生育工作领域的犯罪行为规定的罪名不够,不能适应目前我国人口与计划生育工作发展的要求。新《刑法》仅在336条第2款中作了破坏节育罪的规定,即“未取得医生职业资格的人擅自为他人进行节育复通手术、假节育手术、终止妊娠手术或者摘取宫内节育器,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;严重损害就诊人身体健康的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;造成就诊人死亡的,处十年以上有期徒刑,并处罚金。”其他条文均未对人口与计划生育领域的犯罪罪名作出特别规定。这一条规定的犯罪主体仅限于“未取得执业医师资格的人”,现实中很多从事上述违法活动的人都取得了“执业医师资格”,即使是个体行医者也都具有执业医师资格,这就导致很大一部分违法行为得不到应有的处理。根据法制统一原则的要求,1993年11月12日《最高人民法院、最高人民检察院关于严惩破坏计划生育犯罪活动的通知》(法发[1993]36号)与新《刑法》规定相抵触的内容,应停止执行。由于1997年3月修改《刑法》时,取消并分解了流氓罪,修改了伪造、编造证件罪,增设了破坏节育罪,因此《通知》第一条中有关对利用摘除节育环侮辱妇女以流氓罪追究刑事责任的规定,第二条中有关伪造、变造婴儿死亡证、病残儿鉴定证明依照伪造证件罪追究刑事责任的规定以及第四条中无业人员为多名育龄妇女摘除节育器,为多人做假节育手术依照扰乱社会秩序罪追究刑事责任的规定与修改后的刑法规定相抵触,今后不再适用。那么,今后发生以上破坏计划生育的犯罪行为,依据什么对其追究刑事责任呢?现实中具有执业医师资格的人利用 B 超擅自为他人进行非医学需要的胎儿性别鉴定,导致多个婴儿引产,破坏计划生育工作,扰乱社会秩序情节严重的等,在修改后的新《刑法》中也找不到具体的罪名对其追究刑事责任。如湖北省天门市一个体医生利用 B 超多次为孕妇进行胎儿性别鉴定,导致多个婴儿引产,在当地造成很坏的社会影响,严重干扰了该市正常的人口与计划生育工作秩序,但该市计划生育部门仅能依法对其给予行政处罚,而且吊销《医疗执业许可证》处罚的有效期限仅为两年,两年后当事人又可重新申请办理《医疗执业许可证》。司法部门苦于刑法中对此未规定相应的罪名,又不能适用类推原则,无法追究当事人的刑事责任。所以,当事人接受行政处罚后仍逍遥法外,重操旧业。执法中对这种违法行为打击不力,致使利用 B 超进行胎儿性别鉴定和选择性别的终止妊娠的行为很难从根本上得到制止。

2 当前综合治理出生人口性别比升高问题执法中存在的突出问题

一些干部群众思想认识不到位,执法阻力大。一些干部、群众认为造成性别比失调的危害目前也看不出,以后的事谁管得了那么多!他们没有站在人口安全的高度、可持续发展的高度、中华民族兴衰和社会长治久安的高度来认识这一问题。他们认为,即使当地发生了 B 超鉴定胎儿性别或选择性终止妊娠行为,只要上面不知道,就争一只眼,闭一只眼,过得去就行了。有的甚至对利用 B 超鉴定胎儿性别和选择性终止妊娠对象抱同情心理,认为不就是为了生一个男孩吗!有什么大惊小怪。

相关部门没有认真履行法定职责,部门间、地区间综合治理局面尚未真正形成。不同部门、不同地区之间没有很好地协调配合,工作严重不平衡。综合治理出生人口性别比工作是一项涉及到社会方方面面的系统工程,仅靠计划生育部门单打一是难以奏效的,卫生、药监等相关部门必须认真履行法定职责。全国未形成一盘棋管理,各地工作力度不一样,形成了管理上的漏洞。

法律、法规规定的有效的管理措施落实难。如 B 超的管理、终止妊娠药物的管理、医务人员的管理、孕情的跟踪管理等落实难度非常大,管理成本高,操作性不强。有些地方建立的相关制度仅仅是

停留在纸上或是应付检查用的,根本谈不上落实。

案件查处难。这类案件极为隐蔽,孕妇不配合,她们宁愿自己受处理,也不愿出卖医务人员。表现为:案件发现难,调查取证难,处理难。计划生育部门调查取证手段有限,不可能对工作对象采取非常规手段,管理手段的弱化,严重影响了这类案件的发现和查处。这也从另一方面助长了违法行为人的嚣张气焰。

考核评估难。根据出生人口性别比考核的一般规律,出生人口性别比考核规模必须选择出生人口在 1 万人以上的地方,考核结果才具有代表性和科学性;如果考核规模过小,考核结果则不具有代表性。这给考核工作带来很大难度。再说,一些基层在应付上级考核评估上发明许多新招,如,在死婴上报、流动人口生育上报、跨年度出生上报、非农或农业人口出生上报等方面做手脚,由于集中考核评估时间的限制,有些问题一时很难查得清楚。

3 综合治理出生人口性别比问题立法建议

治理出生人口性别比问题是一项复杂的系统工程,涉及宣传、教育、卫生、药监、财政、农业、劳动、民政、公安、司法等多个相关部门,需要采取法律、经济、行政、教育等手段进行综合治理。就目前情况看,法治手段是一项重要的治理手段。一方面要狠抓现有相关法律、法规、规章的落实;另一方面,还要尽快完善相关立法。现就完善相关立法提出如下建议:

(1) 尽快修改《人口与计划生育法》。一是,建议增加相关部门在综合治理出生人口性别比方面的管理职责;尤其要明确《人口与计划生育法》第 36 条中计划生育和卫生部门“依职权”的含义,进一步明确卫生和计划生育行政部门在综合治理出生人口性别方面的执法权限;二是,建议增加对符合生育政策怀孕而利用超声技术和其他技术手段进行非医学需要的胎儿性别鉴定或选择性别的人工终止妊娠对象的法律责任;三是,建议增加“建立人口与计划生育奖励扶助专项资金”的内容,创新计划生育工作思路和机制,从立法上确立对农村部分计划生育家庭奖励扶助制度。重点对农村独生子女和双女家庭进行奖励,对因独生子女伤残、死亡和计划生育手术并发症造成的困难家庭进行扶助。切实解除群众的后顾之忧,从根本上转变群众的婚育观念。

(2) 建议提请国务院将国家三部委《关于禁止非医学需要的胎儿性别鉴定和选择性别的人工终止妊娠的规定》联合规章上升为国务院行政法规。这样既可以提高有关规定的法律效力,解决部委规章与地方政府规章就同一问题作出不同的规定的法律规范冲突问题;同时,也与《行政许可法》关于行政许可设定权的要求相一致,可以解决“非医学需要”行政许可设定权问题。

(3) 增强出生人口性别比偏高问题专项治理法规规章的可操作性。一是立法中需对“非医学需要”情形作出较为明确的规定,规定特定条件和审批程序,便于基层操作,避免审批过程中的随意性,堵住管理中的漏洞。二是建议将国家三部委联合规章中第七条第一款“符合省、自治区、直辖市人口与计划生育条例规定生育条件,已领取生育服务证,拟实行中期以上(妊娠 14 周以上)非医学需要的终止妊娠手术的,需经县级人民政府计划生育行政部门或所在乡(镇)人民政府、街道办事处计划生育工作机构批准,并取得相应的证明”。修改为“符合省、自治区、直辖市人口与计划生育条例规定生育条件,已领取生育服务证,拟实行非医学需要的终止妊娠手术的,需经县级人民政府计划生育行政部门或所在乡(镇)人民政府、街道办事处计划生育工作机构批准,并取得相应的证明”。删除了“拟实行中期以上(妊娠 14 周以上)”几字,可以增强可操作性,杜绝人情关。三是完善“医学需要的终止妊娠手术”的审查条件和程序,从程序上确保执法公正。

(4) 建议全国人民代表大会对《刑法》及时修改完善。笔者认为,利用超声技术和其他技术手段进行非医学需要的胎儿性别鉴定或选择性别的人工终止妊娠的行为,严重干扰人口与计划生育工作秩序,造成一些地方出生人口性别比失调,严重危害人口安全,是严重危害社会的行为,给社会造成严重的后果,而且这种危害后果具有极强的隐蔽性,是在若干年后才能显现出来,它造成的严重社会危害

性也是短期内无法消除的。目前,如不规定对这种行为承担相应的刑事责任,就难以使这种行为得到有效遏制。建议在刑法上增加规定相应的罪名,对这种行为依法追究刑事责任。可恢复 1993 年 11 月 12 日《最高人民法院、最高人民检察院关于严惩破坏计划生育犯罪活动的通知》(法发[1993]36 号)规定的有关罪名。同时,还要从下面几个方面修改完善:一是,建议将《刑法》第 336 条第二款单列一条,犯罪主体和违法行为修改为:“违反人口计划生育法律法规,擅自为他人进行节育复通手术、假节育手术、终止妊娠手术、摘取宫内节育器或为他人使用终止妊娠药品情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;……”本条其他内容不变。这样本条就扩大了犯罪主体,增加了犯罪行为包含的情形;二是,建议增加一条内容,对违反人口计划生育法律法规,利用超声技术或其他技术手段为他人进行非医学需要的胎儿性别鉴定造成严重后果的,规定相应的罪名;对明知故犯的,规定从重处理;三是,建议规定“组织、介绍他人进行节育复通手术、假节育手术、终止妊娠手术、摘取宫内节育器或为他人使用终止妊娠药品,进行非医学需要的胎儿性别鉴定或者选择性别的人工终止妊娠的,以共犯论处”“单位犯本条罪的,对单位判处罚金”,并要对主管人员和直接责任人规定相应的刑事责任。

(5) 建议完善相关社会经济立法,依法建立和完善有利于人口计划生育工作的利益导向和社会保障机制。全国人大常委会的相关立法要真正体现男女平等,女孩在上学、就业、从政、遗产继承等方面与男孩机会均等,实行男女同工同酬,使生育女孩的妇女不被歧视,建立对女孩家庭的奖励扶助制度,从根本上转变人们的生育观念。

(责任编辑:石 玲 收稿时间:2004 - 12)

封 二 征 稿 启 事

本刊封二为图片专版,主要报导人口学界和计划生育战线的各类活动。欢迎广大人口学者、计划生育工作者、新闻工作者及摄影爱好者将拍摄到的反映人口学和计划生育领域里方方面面的照片投寄我们,我们将从中选择能够体现人口和计划生育战线状况及动态的照片予以发表。照片一经采用即付稿酬和样刊。照片请用电子版方式通过电子信箱发给我们(E-mail 地址见封 4,请在“主题”一栏标注“投稿”字样),并附图说。照片要求灰度模式(彩色亦可),文件量 350 千字节以上(JPEG 格式),或不小于 1024 × 768 像素。

《人口研究》编辑部

2005 年 3 月