

Remedy for the Conflict of Reproductive Rights of Husband and Wife

Meihua Tan

Faculty of Law, Ningbo University, Ningbo Zhejiang
Email: 390478571@qq.com

Received: Oct. 4th, 2019; accepted: Oct. 15th, 2019; published: Oct. 22nd, 2019

Abstract

Reproductive right is a citizen's basic human right. Both sides of husband and wife have equal reproductive right, in accordance with the law, have the freedom of fertility and barren, and the reproductive behaviour needed to both sides of husband and wife together to do, when the couple couldn't agree on fertility problems, couples of reproductive right conflict situation will appear. In today's society, it is not uncommon for couples to sue the court for reproductive rights and to maintain their reproductive rights. The conflict of reproductive rights between husband and wife concerns the maintenance of marital relationship and family happiness and harmony. In modern society, fertility problem, has become a legal issue, along with the social development constantly, more and more need to improve from the perspective of legal norms, and the current legal status and cannot give a couple reproductive rights conflict of the both sides of husband and wife to provide effective legal relief.

Keywords

Birth Right, The Conflict of Reproductive Rights of Husband and Wife, Legal Remedy

论夫妻生育权冲突的救济

谭梅华

宁波大学法学院, 浙江 宁波
Email: 390478571@qq.com

收稿日期: 2019年10月4日; 录用日期: 2019年10月15日; 发布日期: 2019年10月22日

摘要

生育权是公民的一项基本人权, 夫妻双方作为两个独立的个体各自都享有平等的生育权, 依法拥有生育

和不生育的自由，而生育行为的实现是夫妻双方相互配合来共同完成的，当夫妻双方在生育问题上不能达成一致时，夫妻生育权冲突的情形就会出现。当今社会，夫妻双方因生育权冲突而起诉至法院，请求维护其生育权的现象屡见不鲜。而夫妻之间生育权的冲突事关婚姻关系的维持和家庭幸福和睦。在当代社会中，夫妻生育问题，已经成为法律问题，随着社会不断地深入发展，越来越需要从法律的角度对其进行完善规范，而当前的法律现状并不能给夫妻间生育权冲突的夫妻双方提供有效的法律救济。

关键词

生育权，夫妻生育权冲突，法律救济

Copyright © 2019 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

生育与公民繁衍延续后代息息相关，作为一个基本人权，是人身权中的人格权。公民个体拥有生育的权利，夫妻拥有是否生育的自由，但是夫妻行使生育权要受到一定的限制。生育、婚姻、家庭三者之间通常是紧密联系在一起，夫妻双方，如果在生育问题上达不成一致的意见，比如主张“生育权”的丈夫与坚持“不生育自由”的妻子对簿公堂的时候，就会引发生育权纠纷。笔者在中国裁判文书网上搜索关键词“离婚 + 生育权”出现了上百起涉及夫妻生育权冲突引发纠纷的案例。

而我国对生育权的法律规定基本上都是笼统性广义上的规定，而对夫妻生育权冲突的法律解决目前只有最高院婚姻法司法解释(三)第9条规定，该司法解释确认了以离婚的形式作为生育权的司法救济手段。为生育权的重新实现排除了法律上的障碍，赋予夫妻双方选择权以实现生育权，这无疑是一个有效的途径。然而，随着现代社会关系的复杂化，该司法解释已不能解决当下各种错综复杂的夫妻生育权纠纷，导致司法实践中出现很多同案不同判的尴尬情形，其次，一些较常见且冲突较为严重的形式，其都有一个共同点，即夫妻其中一方明显存在着过错，因一方过错行为导致另一方的生育权实现受到妨碍，且这种过错行为导致的后果对于受害方来说无疑是身心的巨大痛苦，物质和精神上的极大损害，但受害方却得不到有效的法律救济。究其原因，主要是关于夫妻生育权冲突的法律救济不够完善，受害方无法得到有效地救济。在此背景下，本文通过分析夫妻生育权性质、内容、夫妻生育权冲突的主要表现形式，结合婚姻法司法解释(三)第9条的法律规定，讨论目前的法律现状及其存在的问题，为夫妻生育权冲突的救济提供完善意见。

2. 夫妻生育权冲突的概述

对于夫妻生育权的相关内容，我国法律法规没有明确的规定，而近些年来有关生育权的案件如雨后春笋般大量涌现，而自从婚姻法司法解释(三)第9条规定以及最近有关“单独二胎”政策的出台，导致学界就夫妻生育权的探讨变得越来越激烈。而什么是夫妻生育权呢？其主要是指配偶双方在婚姻关系存续期间，在法律规定的范围内有决定是否生育、如何生育子女的自由^[1]。而我们想要探讨关于夫妻生育权冲突的法律救济，就需要对夫妻生育权的相关理论有一个基本把握。

(一) 夫妻生育权的性质

要完善夫妻生育权的法律救济，不得不先讨论夫妻生育权的性质。而学者们对此问题，众说纷纭，

争议很大。其争论主要集中在几个方面：夫妻生育权是人格权还是身份权？生育权是否是一项专属于妻子的权利？

1. 夫妻生育权是人格权，但同时也体现了其身份性

我们要想知道夫妻生育权的性质，前提得清楚讨论生育权的性质。学界关于生育权性质主要有身份论、人格论之说。身份权论者着眼于生育权是基于特定的如配偶等特殊身份而享有的一项身份权；人格权论者主张生育权是一项人格权，觉得生育权是每一个民事主体必然享有的，并不需要配偶这一特殊的身份。笔者不同意那种认为生育权仅仅因配偶这一特定关系为前提才拥有的观点，而同意生育权属于人格权的理论观点。首先，从生育权本质上来说，“生育权属于一种自由，核心上是一项人格权而不是一项身份权，是作为每一个民事主体必需享有的，意味着每个公民个体都有生育权，而不以他到底有没有一个特定身份如夫妻身份为条件或者必要[2]。”其次，生育权作为一个应有权利，是每一个公民个体与生俱来的权利，虽然刚出生的孩子因为没有生育能力而不能行使生育权但我们不能因此否认其拥有生育权，因为能不能实现一项权利和有没有一项权利毕竟不是一回事。如果认为生育权是一种身份权，那么无疑是否定了单身者生育后代的合法利益，这对其来说是不公平的。王利明先生将人格权定义为“人格权是以促成和维护个体自身人格平等、人身自由、人格尊严为宗旨，以主体依法享有的人格利益作为客体的一项权利[3]。”生育权从核心上来说意味着一项人格利益，代表着一种是否生育的自由，因此生育权是一种人格权。但是其虽然属于人格权，但同时其体现身份性。因为生育权需要受到诸如我国计划生育的基本国策和社会善良风俗的道德观念，在我们的传统文化下，生育行为主要存在于夫妻之间。因此，一般来说，公民的生育权的实现要以合法的婚姻关系为前提，生育、婚姻、家庭三者经常是绑在一起的，基于正当婚姻关系成立的家庭背景下生育孩子是公民行使生育权的主流形式，这有利于为孩子成长提供一个幸福美满的家庭环境，因此可以说夫妻生育权是一种人格权，但与此同时也体现了其身份性。

2. 夫妻生育权是一种有限的自由权

夫妻生育权是夫妻双方有决定是否生育孩子的一种自由[4]。法律也明确规定了妇女有不生育的自由。在其他国家的法律实践中，生育权也被大家广泛的认可为一种自由权。如1942年美国的“强制堕胎案”中，联邦最高法院认为生育是一种“人的基本公民自由”，因此不能无理由的限制其行使。因此可以说生育权本质上体现为一种自由，意味着一种生育意志选择上的自由。但是正如任何自由都是相对的，不存在绝对的自由，夫妻生育权虽然赋予了配偶双方有自主支配是否生育孩子的自由，但是这种自由要在法律许可的界限内为前提条件才可以的。因此，夫妻生育权的行使也要受到诸如国家法律、人口政策等一些束缚，另外，夫妻双方行使自己的生育权还需要受到社会善良风俗的限制，不能滥用自己的权利，随心所欲，而是要遵守基本的道德标准底线。比如当下出现的一些“借腹生子”的现象，这正是滥用权利的体现，这对自己的婚姻、家庭、后代都带来诸多不利影响。因此，法律对夫妻生育权有所限制。

3. 夫妻生育权是一种夫妻双方都各自独立享有的权利

夫妻生育权是一个概括性的整体的权利还是夫妻双方都各自拥有的独立权利？基于此，学界有不同的看法。有的认为，婚姻的成立把各自享有的生育权吸收为一个整体的权利，“在婚姻关系存续期间内的外观下，夫妻双方各自独立的生育意思表示虽然还表现为生育权的外观，但是对于其他民事主体来说，夫妻被看作是一个共同利益体，而在这一个利益体之上，只可以有一个统一的、概括性的生育权[5]”。因此认为夫妻的生育权是一个概括的整体的被吸收的权利。还有的学者认为，这是两个独立的权利，具有相互性。夫妻各自是一个独立的有各自思想的个体，婚姻与生育不是一体的。

笔者认为，夫妻生育权是一种配偶双方都各自拥有的权利，即使因为婚姻关系的存在，生育权也是各自拥有的独立的权利。主要基于以下几点理由：第一，婚姻与生育不是一个概念，而是两个独立的意思表示，婚姻并不吸收生育。因为婚姻并不意味着一定要生育，相反，生育也不以婚姻、配偶特定身份

为前提, 男性、未婚女性也有生育权。第二, 生育权冲突的实质是生育意愿的不一致, 生育权意味着生育自由, 夫妻双方在行使生育自由上的不一致, 实质上是两个相互权利发生冲突。因此, 夫妻生育权是一种夫妻各自拥有的权利, 且理论上讲, 男性和女性是平等的拥有生育权的。

(二) 夫妻生育权的内容

对于夫妻生育权的内容, 法律和理论上对此没有明确的定义。学界对其有不一样的看法, 有的觉得, 夫妻生育权主要是包含生育决定权、生育方式选择权、生育请求权[6]; 也有人认为夫妻生育权是夫妻双方依照法律的相关规定, 有支配并行使是否生育的自由[7]。我们认为, 主要包括以下两种内容。

1. 生育决定权

生育决定权是在婚姻存续期间内的配偶有依法支配自己是否生育的自由, 是生育权中最重要的权利。主要包含(1) 要不要生育, 即有权按照自己的意愿而选择要不要生育。(2) 选择生育对象, 生育是两性相互协调配合下的产物, 在生育对象的选择上, 有权自由的选择与谁生。(3) 决定生育方式, 生育方式包含自然生育和人工生育, 是选择顺产还是剖腹产。(4) 决定生育数量, 享有生育权的个体在法律规定的范围内享有生育数量的决定权。这些都是公民的自由, 其他人无理由干预, 否则构成对他人生育权的损害。对于夫妻来说, 夫妻若选择不生, 如避孕、堕胎、绝育, 这都是其享有的自由, 但是生育决定权利的行使, 必须遵守国家有关的法律、政策和社会善良风俗的规定。

2. 生育知情权

生育知情权是拥有生育权的主体有权了解和知道与自己生育权的行使有关的信息[8]。对于夫妻来说, 生育一方有必要把自己的身体、生理状况、生育意愿、避孕节育方式、生育机能等相关信息告诉另外的一方, 在此之外, 行使生育权的一方也有义务把自己的婚姻状况如实地告知对方。否则就会导致另一方的生育知情权受到不当损害。在近年的法律实务中, 因这个原因诉诸于法律的案件越来越多。比如妻子隐瞒丈夫擅自打掉孩子的做法属于损害丈夫生育知情权的行为, 前面说到, 丈夫也拥有生育权, 虽然丈夫不能据此要求损害赔偿, 但是妻子的做法是存在过错的。再比如, 夫妻中的一方对另一方隐瞒自己不能生育的生理状况, 这也是侵犯对方生育知情权的表现。

(三) 夫妻间生育权冲突的主要表现形式

由于夫妻双方属于两个完全独立的个体, 观念和思想都或多或少的存在着差异, 因为这些意志上的不一致导致夫妻间生育权的冲突时常发生, 以下主要讨论几种较常见且冲突较为严重的形式。

1. 婚外生育

夫妻生育权的行使过程中需要受到夫妻忠实义务的限制, 如果夫妻中一方在婚姻存续期间, 与之外的第三方生育孩子构成婚外生育。现实中会有这样的案例, 妻子瞒着丈夫因为婚外情并私下生下子女, 且一直欺骗丈夫孩子是亲生骨肉, 而丈夫却不知情的含辛茹苦的对孩子进行抚养, 以致后来错过最佳生育年龄, 丈夫已年老体迈, 不能再生育。这种情况下, 妻子不仅违背了夫妻之间应遵守的忠实义务, 还在婚姻期间与他人发生性关系生育孩子而导致丈夫的生育权无法实现。这种情形下, 妻子婚外生育的行为存在明显的过错, 给丈夫带来了极大的精神痛苦。

2. 擅自中止妊娠

妻子私自堕胎不告知对方, 是否有过错? 对此学者观点不一。有的学者认为妻子不存在过错, 因为在妻子怀孕后, 孩子也成为妻子自己身体中的一部分, 意味着生育行为是与妻子的生命健康是融合在一起的, 因此当妻子与丈夫的生育权因此发生冲突时, 优先选择生命健康权, 妻子私自打胎的行为并不存在过错。而有的学者认为, 妻子擅自打胎, 对丈夫进行隐瞒, 使得另一方的生育权不能实现的行为是存在过错的。笔者认为, 妻子私自堕胎的行为需要分情况综合考虑, 即妻子私自打胎是否有合法的理由, 如果没有合法理由的私自中止妊娠是存在过错的行为。首先, 因为夫妻中的各方都各自独立的拥有平等

的生育权，妻子擅自打掉孩子的行为使丈夫的生育知情权受到损害。其次，婚姻是需要相互去经营维持的，而对夫妻关系来说，生育是大事，生育行为也是双方相互配合的结果，丈夫也有权利知道。而且，很多情况下，丈夫可能为这个孩子的到来投注了很多的物质和精神上的付出，而妻子擅自中止妊娠的行为很多情况下会让丈夫感到痛苦[9]。而根据婚姻法司法解释(三)第9条的前半部分的规定，有人据此认为，妻子擅自中止妊娠不存在过错，而笔者认为这只是说明否定丈夫以妻子擅自中止妊娠为由主张精神损害赔偿的缘由，这主要是基于女性极其特殊的生理结构状况而考虑的偏向于保护妊娠女性一方的生育权。换句话说，妊娠女性这时的生育权有最终的决定权，但是，任何权利的行使应当善意，妻子至少应履行相应的告知义务，否则就存在过错。

3. 强迫堕胎

这种情形主要是丈夫基于某些缘由迫使妻子堕胎，致使生育权无法实现。中国裁判文书网上就有一个这样的案例，妻子先后两次怀孕，丈夫以经济困难无处栖身逼迫妻子两次堕胎，因此给妻子落下病根，造成习惯性的流产，影响以后的生育，给妻子造成了严重的精神分裂。强迫堕胎情形下，丈夫也存在过错，采用不合理的方式迫使妻子堕胎，严重的影响妻子的生育功能，让妻子的身体和精神都受到严重打击。

4. 强制生育

主要是夫妻一方采用欺骗、胁迫、暴力等手段，强制不愿意生育的另一方违背自己的真实意愿而生育。比如妻子因为各种个人的原因而不想生孩子，但是丈夫不许可，坚持得生孩子，更严重的是，丈夫为实现自己的生育权在这个过程中会采取比较暴力、极端不可取的办法违背妻子的意愿，强行发生关系，让妻子怀孕。在这样的情况下，丈夫一方明显存在过错，妻子的身心都遭到极大的损害。

5. 婚前隐瞒自己不能生育的事实，妨害另一方生育权的实现

婚前隐瞒自己的生育信息状况主要是隐瞒自己的身体，生理状况等事实。现实中也有很多这样的情况。一方在婚前隐瞒自己不能生育的状况，多年后仍不能治愈，也导致另一方错过生育的年龄，这也存在过错。

以上几种都是较常见且冲突较为严重的形式，其都有一个共同点，即夫妻一方明显存在着过错，因一方的过错行为导致另一方的生育权的实现受到损害，且这种过错行为导致的后果对于受害方来说无疑是身心的巨大痛苦，物质和精神上的极大损害。

3. 夫妻生育权冲突的法律规定与存在的问题

现当下的生育问题也不仅仅是夫妻家庭内部的问题，其也属于法律问题。夫妻之间是完全独立的个体，在价值和利益上也可能会表现出很大的不同，加上在这个快节奏、纷繁复杂的时代里，夫妻之间就生育事项时常导致冲突，在法堂上夫妻生育权纠纷的案例也数不胜数。探讨夫妻生育权冲突的救济就离不开分析其相关的法律规定与存在的问题。

(一) 法律规定

当今社会生育问题也不仅仅是家庭、夫妻之间的问题，生育问题还是法律问题，随着人们对生育问题认识的深入和对权利意识的增强，我国法律规定对生育权的认识过程是一个逐渐深入、逐渐成熟的过程。1978年《宪法》明确提出“国家提倡和推行计划生育”，在1980年《婚姻法》中规定“夫妻实行计划生育”，后来的1982年明确了“控制人口数量，提高人口素质”。由此可见，前期的生育权立法情形主要是提倡以限制生育和优生优育为主，说明那时对生育权的了解还不够深入导致立法层级还比较低。2001年的计划生育法规定：公民有生育的权利，第一次用国家法律的形式明确了公民个体有生育的权利，关于生育权的立法因此有了进一步的发展和成熟。但是这些都是原则性的规定，而法律对于生育权冲突

特别是关于夫妻间生育权冲突的处理并没有相关的规定。直到 2011 年,最高院出台的婚姻法司法解释(三)第 9 条的规定,才终于提供了一个明确的对于解决夫妻间生育权冲突的救济途径,虽然此条文在社会上引起了强烈的反响,但这是就生育方面问题在立法上的一大前进,值得肯定。

司法解释第 9 条规定主要表达了三层意思:第一,在婚姻关系中处于妊娠期的妻子有权独自决定是否中止妊娠,具有排他性;第二,如果妻子私自打胎,否决了丈夫以此为由提出生育权被侵害要求损害赔偿的做法;第三,确认了以离婚的形式作为夫妻生育权冲突的司法解决手段。这个司法解释的规定有以下几点积极影响。

1. 首次在私法领域出现“生育权”的提法

可以看到从 1978 年《宪法》明确提出“国家提倡和推行计划生育”,在 1980 年《婚姻法》中规定“夫妻实行计划生育”,1982 年明确了“控制人口数量,提高人口素质”,再到 2001 年的计划生育法中规定公民有生育的权利,在这个立法的过程中,都没有出现正式的关于“生育权”的这一提法,而在司法解释(三)第 9 条的这个规定中首次有了“生育权”的提法,虽然司法解释最终是否认生育权的救济,但“生育权”的术语确实是第一次出现的,可谓是对“生育权”的有了进一步的重视,这是符合现在呈现的逐渐增多的关于夫妻生育权冲突引发的纠纷案件的现实需要的。

2. 侧重于保护妊娠妻子一方生育权体现其进步性

由于丈夫和妻子在生理结构上有着很大的差异,而且妻子在怀孕、养育孩子的过程中付出的更多,比丈夫更多地承受生理上的风险和心理上的压力[10],所以在立法上侧重于对女性的保护,体现了人道主义的关怀。尤其妻子在妊娠的时候,孩子已经成为妇女身体中的一部分,这时妻子的生育意愿应该大于并优先于丈夫的生育意愿,所以妻子擅自中止妊娠的做法或许损害了丈夫的生育权,但是处于妊娠阶段的妻子有绝对的排他权,因为这也是其身体的一部分,这项排他权意味着妊娠阶段的妻子在生育与否方面有最终决定权,因此丈夫不能以此为由主张生育权受到侵害而对妻子主张损害赔偿,因为这在法律和道德上都说不通,因此该司法解释的规定体现了其侧重保护妊娠女性一方生育权的进步性。

3. 规定了以离婚形式作为解决夫妻生育权冲突的特有渠道,为夫妻生育权冲突提供了明确且有效的法律解决方式

现实生活中有很多这样的案例,妻子怀孕后基于一些个人原因如为事业考虑而选择去堕胎或者妻子因为这些原因不愿意生小孩,可是丈夫却非常想要孩子,如果妻子一直不想要孩子,丈夫会觉得自己会错过生育的最佳年龄而觉得自己的生育权无法实现,在这样的情况下,这条规定就赋予丈夫可以选择解除婚姻关系以促成其生育权。意味着如果男方有着生育孩子的迫切、强烈要求,但是妻子出于一些原因不同意其生育要求而因此产生重大分歧时,可以请求法院判决离婚,为其得以为生育权的重新实现排除法律上的障碍,这个离婚的法律解决方式无疑是最有效率的方式,既然夫妻就生育问题达不成一致意见,那就离婚,这无论对丈夫还是妻子来说都是可以适用的。这项规定立场鲜明,手段明确、解决果断,其为这类纠纷的解决来说进步性是不言而喻的。

(二) 存在的问题

任何东西都像硬币有正反两面一样,我们看到其进步性的同时也不能忽略其存在的问题,法律制度也是如此,想要推动其进一步发展完善,需要分析它所存在的问题,从问题中改进。

1. 私法上缺乏对生育权的认可和保护

可以看到,关于生育权的立法现状还是比较薄弱的,更没有形成一个完整的权利保护体系。生育权散见于一些“小法”当中,偏向于一些原则性的规定。现实中,很多原告会向被告主张其侵犯了自己的生育权而要求赔偿,笔者在中国裁判文书网上检索关键词“离婚 + 生育权”,然后得到 402 条结果,其中,大多数原告主张自己的生育权受到侵害而主张损害赔偿,而在法官的判决中,大多法官没有就生育

权的主体、内容、侵权形式等方面展开论述,选择对生育权展开论述的回避。究其原因,与生育权的理论和实务立法薄弱的现状不无关系[11]。首先,司法解释仅仅提出了“生育权”这一术语,却没有任何一个法律或司法解释对“生育权”有所解释或者论述,比如生育权的内涵和外延是怎么样的,生育权的权利和义务是怎么样的。其次没有一套完整的生育权保护体系,使得生育权在现实面前倍显“骨感”,很少被法官用于论理,以致其观赏价值远远超过其实用价值。

2. 离婚标准适用不统一

司法解释(三)第9条中规定了以离婚来处理夫妻间生育权的冲突。该规定的进步在于将是否生育纳入32条第5项,作为判定感情破裂的因素,对于实践中的生育冲突判案作用巨大,缺点在于因其不是明确规定的法定离婚理由,仍然由法官掌握如何认定生育问题导致感情破裂,带有较大的主观性色彩,以致在夫妻生育权冲突纠纷案件中,经常会呈现同案不同判的窘迫情形。同样的夫妻生育权冲突纠纷的案子,法院有些判离,有些判不离。主要原因是这类离婚纠纷的处理标准不统一。

3. 缺乏对过错方的惩罚和对非过错方的损害填补

首先,关于夫妻生育权冲突的法律救济,很多人会觉得离婚是作为夫妻生育权冲突的一个救济手段,其实并不是这样。因为在民法的相关规定中,主体承担民事责任的方式中并不包括离婚的方式。其次,不论是协议离婚还是诉讼离婚,离婚的最终结果都是婚姻关系的解除,它并不具有制裁惩罚的功能,也没有弥补损失的效果,没有为无过错方达到权利救济的结果[12]。离婚只是对于夫妻间就生育问题达不成一致,一方生育权受到限制不得已实现,因此赋予其通过离婚方式让生育权受到约束的一方得以能够从这个被束缚中的状态解脱出来。在夫妻生育权冲突的纠纷情形中,配偶受害者一方提出离婚诉求外,其他的救济方式并没有,这样受害方的损失没有得到填补,而对过错方也没有制裁惩罚,是极其不公平的。

其次,精神损害赔偿等救济方式没有相关规定也因此不能获得认可。婚姻法司法解释(三)第9条前半部分的规定,虽然体现其侧重保护妊娠女性生育权进步的一面,但是,也存在问题。首先,处于妊娠阶段的女性在行使自己的生育权的时候是否有一个合理的限度?从该规定来看,处于妊娠阶段的女性的生育权体现为一种特权和排他权,可是,于丈夫来说,妻子擅自中止妊娠的做法也是很有可能对丈夫一方造成精神损害的,因为现实生活中发生的绝大多数的案例都是男方和其家庭有着比较强的生育期待,并很有可能基于这种生育期待进行了很多持续的物质情感的投入,而女方无正当理由的擅自堕胎的行为给男方来说有时是毁灭性的打击,会带来极大的痛苦的,但是女性基于其特殊的生理结构,擅自堕胎的行为又具有很强的可非异性,丈夫又不能以此为由主张损害赔偿,但对于丈夫的合法利益保护又显得有些“不公平”。其次,从前论述所知道,夫妻生育权冲突的主要表现方面不仅仅有妻子擅自中止妊娠这一情形,实践中还有很多诸如婚外生育、婚前隐瞒不能生育的事实等一方存在严重过错的行为,在婚外生育情形中,妻子违背了夫妻忠实义务,还在婚姻存续期间与他人发生性关系且生育小孩,这对丈夫来说,心理和精神上都是无法接受的。而该条规定只是否定了妻子擅自中止妊娠的情形丈夫不能主张损害赔偿,那么其他严重的妻子一方明显存在严重过错的情形丈夫是否可以主张损害赔偿?法律并没有详细规定,而相反,在一些强迫生育、强迫堕胎等丈夫存在过错的严重情形下,妻子是否可以向丈夫以其侵犯生育权为由主张损害赔偿?所以,该规定并没有明确是否认可精神损害赔偿等救济,缺乏一个对过错方的惩罚和对受害方的损害填补救济。

4. 夫妻生育权冲突的法律救济的完善意见

笔者在中国法律文书裁判网上查询关键词“生育权”,共找到458个结果。而搜索“离婚+生育权”找到402个结果,可见,生育权问题纠纷主要出现在婚姻关系中。在生育权纠纷越来越多,夫妻生育权冲突引发的纠纷也越来越多的背景下,有必要在理论和实践中加强对生育权问题的重视,进一步完善夫

妻生育权冲突的救济,也有利于引导婚姻关系、家庭关系良性发展。

(一) 私法上明确对生育权的确认和保护

生育权作为一种基本人权,关系着婚姻、家庭的幸福美满和谐,生育对每一对夫妻来说都是一种很重要的权利,从前面的法律规定,可以看到“生育权”虽然在一些法律和司法解释中都有明确提到过,然而,夫妻在生育权冲突中可以明确主张自己的“生育权”吗?从司法实践出现的案例来看,法院一般会选择规避这个问题。夫妻生育权涉及到很强的伦理道德性,或许又处在道德与法律的交叉地带,很难管也不好去干涉,但是对于一些严重的夫妻生育权冲突案件如丈夫使用暴力手段强迫妻子生孩子或者以暴力强制妻子去打胎致使妻子无法再生育,或者妻子婚外生育以致损害丈夫的生育权,如果不能有相应的救济是不公平的。正所谓“无救济,无权利”。其次,生育权多停留在原则性的规定,而且也多从理论上探讨,作为一项“应有权利”存在,让人感觉“摸不着”。对此,很有必要在私法层面上构建一套完整的生育权保护体系,将之“落实”。

首先,民法上明确认可生育权,把生育权纳入到民法人身权保护体系中,将其作为一项民事权利,明确其含义、主体、内容、侵权、救济等形式。前面我们也提到过,生育权是一种人格权,可以作为人格利益的一种。鉴于现在司法实践中呈现的逐渐增多的生育权冲突纠纷案例,而现实对于此的规定却寥寥无几,大多是原则规定,这导致生育权在现实面前显得很“骨感”,很少被法官用于伦理,就像一个“花瓶”,其观赏价值大大超过它的实用价值。面对这样的情况,我们应该完善生育权的理论,明确其内涵和外延,将其纳入到民法人身权体系中,将生育权私法化,是其最好的归属,也使其更接地气,而不是“可远观而不可亵玩焉”。在人格权中明确生育权的具体含义和外延,明确其主体、内容、侵权形式等。其次,婚姻家庭法作为具体的一个部门法,也不能回避生育权的问题,婚姻法中也应明确夫妻生育权的权利义务、行使生育权的限制、明确其发生纠纷时的相关法律救济。因为,正如前面所说,婚姻、家庭、生育三者通常是紧密联系在一起。因此,对生育权的确认与保护,婚姻法是责无旁贷的。

(二) 将一方有过错的夫妻生育权冲突作为离婚的法定理由

在婚姻家庭法中明确“夫妻生育权”具体的权利和义务、行使的限度。明确将严重的一方有过错导致的生育权冲突情形作为离婚的法定理由。在我们的文化传统中,家庭的概念大于婚姻的概念,一个大的家庭也许由数个婚姻关系组成,与婚姻内在相连的生养子女问题也不再单纯是夫妻双方的事,夫妻的一方双方会面临其他家庭成员的压力,这种压力会增强关于生育的期待和加深精神上的损害。

婚姻和家庭就其意义来说应当是直面而不是回避这种文化传统^[13]。因为“没有一种制度像婚姻制度这样,如此深入地关注法律之外的(尤其是宗教的、伦理的、社会福利政策的)生活秩序^[14]”。夫妻双方的生育权处于一种特定的社会关系即婚姻关系之中,尽管现下的婚姻不必然生育,但是生育却构成了婚姻的重要组成部分。因此,婚姻法也不能再回避这个问题了,婚姻法应对夫妻生育权的主体、内容、实现方式、以及因此问题上不能达成一致时的解决方式等作详细规定。因此可以在《中华人民共和国婚姻法》第32条中的离婚法定理由5项中明确单独将一方有过错导致的生育权冲突情形作为一项准许离婚情形。这样,对于可以解决在实践中,法官对于夫妻生育权冲突案件导致的离婚纠纷,是否判决离婚的标准不一、同案不同判的尴尬情形。

此外,对于其他的夫妻生育权冲突情形,如双方对此都没有什么过错的,但是双方对生育问题意见不统一,争执不下,导致感情破裂,这种情形法官就可以以此作为离婚的参考因素。由于离婚案件里,还有一项关于“夫妻感情确已破裂”的模糊性要求,而在司法实务中,评判其是否确已破裂,需要考虑很多弹性很大的方面,诸如婚姻基础、婚后感情等,这些判定给夫妻生育权纠纷的离婚情形中增加了许多复杂性。所以将生育纠纷单独作为一项离婚的法定情形显得更有必要,而对于一些严重的夫妻一方存在过错生育权案件,应准许原告的离婚诉求。

(三) 建立对过错方的惩罚和对非过错方的损害填补救济

前面说到, 离婚不是救济方式。因此婚姻法司法解释(三)第9条的规定只有离婚方式的解决是不够完整的, 还缺乏相应的制裁惩罚和对受害方损失的弥补。

1. 扩大离婚损害赔偿的范围

首先, 需要扩大离婚损害赔偿的范围。我们知道, 当夫妻其中一方违法侵害另一方的合法权益, 使得婚姻关系破裂时, 其中的无过错方有理由在离婚时对过错的一方提出包含物质和精神损害赔偿在内的民事赔偿。根据婚姻法第46条, 受害无过错的一方有理由就以下的几项提出损害赔偿: (一) 重婚的; (二) 有配偶者与他人同居的; (三) 实施家庭暴力的; (四) 虐待、遗弃家庭成员的, 笔者建议扩大离婚损害赔偿的范围, 增加配偶一方存在过错的严重情形下的夫妻生育权冲突, 作为损害赔偿的法定理由之一。这样的必要性在于, 第一, 离婚之外给受害方带来救济以填补损害抚慰痛苦, 也让过错方得到制裁惩罚。离婚损害制度的定义和作用与此宗旨是符合的。第二, 现行的离婚损害赔偿范围中并不能全部囊括关于严重的夫妻生育权冲突纠纷的情形。婚外生育一般和第2项有配偶者与他人同居的情形竞合, 强迫生育有时会和家暴情形竞合, 但是有些生育权侵权情形如丈夫以威胁、欺骗的方式迫使妻子多次堕胎, 以致后面导致终身不育的情形, 丈夫也没有实行家暴, 那受害方就无法以此要求离婚损害赔偿了。至于具体的生育权侵权的严重情形就需要法官根据具体情况去综合考虑了。当然, 需要强调的是, 这项离婚损害赔偿并与下面所说的损害赔偿如精神损害赔偿是不一样的, 毕竟两者的功能是不一样的, 那么损害方可以根据自身情况选择其一, 以此得到充分有效的救济。其次, 可以增加离婚后夫妻财产分割上对过错方的惩罚。比如在婚外生育情形中, 妻子违背了夫妻忠实义务, 还在婚姻存续期间与他人发生性关系且生育小孩, 这对丈夫来说, 心理和精神上都是无法接受的。夫妻之间任何一方不可以在婚姻关系存续期间内与他人生孩子, 任何一方私自与其他的第三人生育, 导致另一方的生育权受到损害。否则, 在另一方提起的离婚诉讼中属于过错方, 要承担责任, 少分或者不分夫妻的共同财产, 以对过错方做出相应的惩罚。

2. 建立生育权侵权救济体系, 明确肯定精神损害赔偿和生育权侵权的法律责任

明确侵犯生育权的民事责任承担方式, 当权利受到侵害后就需要救济, 其根本目的在于恢复受害人的权利至权利侵害之前的状态。而当生育权受到侵害后, 受害人则受到了物质和精神上的双重痛苦, 所以于生育权的救济不仅包含物质损害赔偿, 也应当包含精神损害赔偿。根据侵权责任法的相关规定, 其可以作为一项人格利益, 这样可以为生育权侵权请求精神损害赔偿提供正当的请求权基础。具体的民事救济方式按照侵权责任法的规定可以包括停止侵害、排除妨碍、消除危险。中国法律裁判文书网上就有一些关于夫妻生育权冲突纠纷的案例, 原告其中一项主张就是要求被告就侵犯生育权道歉, 因为有时金钱不足以抚慰受害人的心理痛苦, 因此这些非财产性的民事救济方式对于抚慰受害人来说是必不可少的。

而确定完整的生育权侵权救济体系, 有其存在的必要。首先, 虽然生育权最早是在国际上作为一个基本人权提出, 但是停留在公法领域的生育权由于其具有很大的抽象性和模糊性, 因此当公民的生育权受到侵犯时, 这些原则性规定很难为受害者寻求司法救济时提供请求权基础, 以致生育权难以得到有力的保护。在这个情形下, 生育权的私法化显得尤为必要。其次, 生育权侵权的确立, 可以有力的保护公民的生育权, 将生育权作为一个“法定权利”, 当每一个公民个体的生育权受到侵害时, 得以通过侵权责任法的相关规定得到有效的救济。最后, 在夫妻关系中, 也为在婚姻关系存续期间内, 受害一方不离婚也能通过生育权侵权救济体系得到相应的救济。因为在一些情况下, 有些夫妻可能基于一些特殊的原因如出于为孩子的成长考虑而没有离婚, 而按照现有的法律规定, 其不能得到救济, 这对受害方来说是不公平的, 而生育权侵权救济体系的建立, 既可以为婚内损害赔偿的实现提供基础, 也可以给配偶受害

者一方提供除离婚损害赔偿以外的救济方式，夫妻无过错的一方可以根据自身情况选择其一。

最后，要明确以及肯定可以提出精神损害赔偿等方式救济的情形。婚姻法司法解释只是规定，当妻子私自打胎时，丈夫不能以此为依据提出损害赔偿，而至于其他严重的一方存在过错的情形是否可以要求精神损害赔偿，现有的法律并没有相关明确规定。而且，现有法律规定下，丈夫除了选择离婚就没有其他的救济方式了，但是在我国“不孝有三，无后为大”的文化传统中，基于婚姻家庭的价值，在充分保障个人生育决定自主性的前提下合理的救济丈夫的生育期待是应该得到合理支持的。比如婚外生育导致丈夫一直没有自己的小孩，妻子一方存在严重过错，此行为对于丈夫来说，无疑精神上会受到巨大打击，在这种情形下丈夫提出精神损害赔偿，应得到支持。总的来说，建议在夫妻生育权冲突纠纷中，对于一些严重的情形，一方存在过错的可以提出精神损害赔偿。

5. 结语

生育权作为一个民事权利，是人格权的一种，与公民息息相关，应得到法律的有效救济。夫妻生育权是一项夫妻双方各自享有的权利，夫妻因为个体利益的差异经常就生育问题达不成一致，以致发生夫妻生育权冲突。婚姻是需要相互去经营维持的，而对夫妻关系来说，生育是大事，生育行为也是双方相互配合的结果。生育、婚姻、家庭三者通常紧密联系在一起，因此夫妻生育权的冲突的解决对于婚姻家庭关系的和谐影响至关重要。然而，在现有的法律框架下关于夫妻生育权冲突纠纷的解决却得不到有效的法律救济。婚姻法司法解释(三)第9条的规定也在夫妻生育权冲突的纠纷的实践中面临着挑战，逐渐暴露出一些问题，亟待去完善夫妻生育权冲突的救济。以实现夫妻生育权中的夫妻各方之间能达到平衡、和谐状态。在我们的文化传统中，家庭的概念大于婚姻的概念，一个大的家庭也许由数个婚姻关系组成，与婚姻内在相连的生养子女问题也不再单纯是夫妻双方的事，夫妻的一方双方会面临其他家庭成员的压力，这种压力会增强关于生育的期待和加深精神上的损害。因此，婚姻法需要更多的关注夫妻生育权冲突问题，因为没有一种制度像婚姻制度这样，如此深入地关注法律之外的(尤其是宗教的、伦理的、社会福利政策的)生活秩序。夫妻双方的生育权处于一种特定的社会关系即婚姻关系之中，尽管现下的婚姻不必然生育，但是生育却构成了婚姻的重要组成部分。因此，婚姻法也不能再回避这个问题了，而是要直面这个问题，寻求其解决。

致 谢

在本文的写作过程中，朱亚芬老师对我进行了悉心的指导，给予了我许多帮助，对本文的完成和完善起着至关重要的作用；也感谢我的室友们，一遍遍为我检查、修改文章；学校图书馆为本文的写作提供了资料收集上的便利，在此，一并表示感谢。

参考文献

- [1] 许莉. 供精人工授精生育的若干法律问题[J]. 华东政法学院学报, 2002(4): 1-5.
- [2] 王利明. 人格权法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- [3] 马慧娟. 生育权夫妻间共同享有的权利[J]. 中国律师, 1998(7): 56-57.
- [4] 熊英. 婚姻家庭继承法判例与制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [5] 潘峰宇. 以生育权冲突理论为基础探寻夫妻间生育权的共有属性[J]. 法学评论, 2012(1): 60-65.
- [6] 杨遂全. 婚姻家庭法新论[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [7] 樊林. 生育权探析[J]. 法学, 2000(9): 32-37.
- [8] 姜玉梅. 中国生育权制度研究[M]. 成都: 西南财经大学出版社, 2006.
- [9] 王旭霞. 夫妻生育权的实现与救济[J]. 甘肃政法学院学报, 2009(10): 145-150.

- [10] 郑卫东. 生育权冲突——妻子意愿优先[J]. 当代工人, 2014(20): 88-91.
- [11] 申友祥. 夫妻婚外性行为相关民事责任研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中国政法大学, 2016.
- [12] 陈玉玲. 论生育权的权利属性及其侵权责任[J]. 法治论丛, 2009(6): 32-36.
- [13] 朱振. 妊娠女性的生育权及其行使的限度[J]. 法商研究, 2016(6): 53-60.
- [14] [德]德哈里·韦斯特曼. 德国民法基本概念[M]. 张定军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.