

中国法学会婚姻家庭法学研究会

2009年年会论文集

中国法学会婚姻家庭法学研究会

2009年年会论文集

赠给西南政法大学图书馆藏

目 录

20155-53
5

陈华

2009.8.31

第一部分 夫妻人身关系	1
配偶权相关问题探讨	吕春娟 2
夫妻生育权冲突的法律救济	吴国平 10
夫妻忠实义务理论与实务维度之考量	李秀华 17
夫妻忠诚协议：价值认知与效力判断	王歌雅 30
浅谈男女间忠诚协议的性质和效力	邵世星 42
浅谈夫妻忠诚协议的效力	张翼木 46
第二部分 夫妻财产制	51
婚姻财产约定中不动产是否需要履行物权变动形式	杨晓林 52
论夫妻特有财产制	焦淑敏 61
关于妻子持证可查丈夫财产问题的思考	王勤芳 78
审判实务视角下的夫妻共同债务制度研究	杜江涌 85
论夫妻一方所负债务对债权人的效力	裴桦 刘接昌 98
夫妻一方以个人名义所负债务的认定	卓冬青 106
论夫妻债务性质的认定及其在离婚诉讼中的处理	雷春红 114
夫妻间借款效力研究	刘勇 韩朱梅 123
第三部分 夫妻侵权	张华贵 128
侵害配偶财产权的认定与处理探讨	房香荣 129
家庭暴力的成因及对策探讨	李银柱 李君 138
农村离婚案件中家庭暴力的现状、成因与预防机制	郝佳 146
论保护令在家庭暴力法律防治中的作用	夏吟兰 罗满星 152
美国法对第三人干扰婚姻关系民事救济之路径	165
第四部分 亲子关系	172
论亲子关系的确定	高志 173
在校大学生生活与教育费的来源调查报告	蒋根明 甘 181
浅议在校大学生对父母的生活费和教育费请求权	林昭 190

中美探望权制度比较研究	王丽萍	196
探望权若干问题探析	王晓松	206
探望权主体相关问题研究	刘义桂	211
关于完善婚姻法 扩大探望权主体范围的思考与建议	王东坤	218
美国州法律祖父母探视权制度研究	熊金才	221
我国婚姻法应规定父母权利的丧失	何俊萍	231
论监护人对被监护人财产的法律责任	蒋月	238
收养成年人的正当性分析	冯乐坤	246
第五部分 离婚的法律后果	邓丽	256
从两则离婚析产案看我国夫妻共同财产分割理念的变迁		257
离婚时夫妻所持公司股权分割问题研究	张伟 喻怡	264
论保险财产的离婚分割	但淑华	274
论诉前离婚协议之效力	许莉	280
离婚财产分割协议的类型、性质及效力	李洪祥	285
浅析附离婚条件的财产分割协议	王竹青	291
探寻利益平衡之合理路径	樊美清	295
妇女离婚生育补偿制度探析	雷明光 刘静	302
论我国离婚损害赔偿制度之法律完善	汪明	309
农村离婚妇女合法权益保障研究	管询惟	319
第六部分 其他		323
构建和谐婚姻家庭关系——中国婚姻立法十年 陈第 冉启玉		324
论我国对家庭弱势成员权益保障的有效法律途径	赵江红	336
中国农村老年妇女养老问题研究	陈第 辛世艳	344
婚姻家庭争议解决机制研究	夏吟兰等	349
关于无效婚姻有效化问题的思考	薛宇立	378
无效婚姻制度不足与完善的再思考	邹杨 宋振华	384
非婚同居概念与性质之辨析	吴国平	391
论网络婚姻的法律思考	宋雅军	399

苏区时期婚姻家庭法律制度及审判实践介绍.....郭玉元

夫妻房产权属及其登记疑难问题研究.....杨遂全

论婚内夫妻一方家务劳动的价值及职业机会利益损失的补偿之道
——与学历文凭及职业资格证书之“无形财产分割说”商榷
.....陈苇、曹贤信

从婚生推定到父性推定
——确认亲子关系的新思维.....王洪

第一部分 夫妻人身关系

配偶权相关问题探讨

——从婚外情现象谈夫妻忠实义务

吕春娟¹

摘要:配偶权是夫妻双方享有的重要的身份权,也是我国婚姻立法中一项颇受争议的权利。虽然在2001年新修正的《婚姻法》及其解释中涉及到配偶权所应包含的具体权利义务,但立法中并没有明确规定配偶权的概念,配偶权制度的法律体系也没有完整地建立起来。现实生活中,婚外情现象的普遍性极大地伤害了配偶一方,侵害配偶权的表现及如何救济就成为本文的重点。以突出法律的公平和正义,维护婚姻关系和社会秩序的稳定。

关键词:配偶权 侵权 法律救济 损害赔偿

案例一 李露的前夫是她的大学同学,从大学时代开始,他们谈了四年恋爱,感情一直很平稳。可是,李露婚后很快感觉到恋爱和婚姻生活的差距。“他业务应酬多,常常彻夜不回家。”于是,两人关系开始不睦,经常为此发生争吵。原本以为他只是因为工作忙,李露仍然有信心将这段婚姻经营下去。后来,她不经意在前夫的手机里看到了一个女孩子的暧昧短信。至此,李露已经无心、也深感无力挽救自己的婚姻。她感慨:一段恋爱能坚持四年是多么不易,可婚姻却是这般“风吹可破”。

案例二 大学毕业后不久,柳颜(化名)就和相恋多年的男友结了婚。现在,24岁的她在合肥一家大型企业担任文秘,而丈夫则从事销售工作。婚后,柳颜发现丈夫变了,不像以前一样关心自己,也很少想到送她礼物给她惊喜。更糟糕的是,因为工作关系,丈夫一个月有大半时间在外地。每天下班后一个人独守空房的寂寞让柳颜实在难以忍受。结婚一年后,柳颜遇到了以前的同学A,发现和他有很多共同语言,感情渐渐有了新的寄托。²

上述两则案例充分说明当前我国存在的不可忽视的婚外情现象,其严重侵害了配偶的一些权利。说起婚外情,不少人会认为,在当今的婚外情战场上,男性总是孜孜不倦的“偷腥馋猫”,而女性则总是黯然神伤的羔羊。其实并非如此,日本著名学者国分康孝指出:“见异思迁,是人类的普遍心理,是社会生活中普遍存在的一种现象。”因此,在我国婚姻法中确立配偶权,保护配偶权就显得更加紧迫和重要。

¹ 吕春娟(1972—),女,汉族,甘肃陇西人,兰州商学院法学院副教授,民商法学硕士,主要从事民商法学的教学与研究。

² www.ahwomen.org.cn/main/ 89K 2009-6-19 安徽妇联网 2009.6.19

一、关于配偶权涵义的界定

配偶权的概念源于英美法系,美国学者认为,“其价值在于确认和保护婚姻关系的独有利益,它对于表达婚姻结合的法律意义和象征意义有极大的重要性,因为它能够将构成婚姻实体的各种心理要素概念化,诸如家庭责任、夫妻交往、彼此爱慕、夫妻性生活因素都被概括于其内并为法律所确认。”¹因此,在英美法系,配偶权是指配偶之间要求对方陪伴、钟爱和帮助的权利。²我国目前立法虽有其自己独特的配偶权制度,仍未明确配偶权的涵义,且理论界对配偶权的涵义也是众说纷纭,莫衷一是,从定义的方式上看,主要有以下几种类型:一是身份说,认为“配偶权为合法有效的婚姻关系存续期间夫对妻及妻对夫的身份权。”³二是利益说,“配偶权是指夫妻之间互为配偶的基本身份权,表明夫妻之间互为配偶的身份由权利人专属支配,其他任何人负有不得侵犯的义务。”⁴三是陪伴说,认为配偶权是指要求配偶的陪伴。四是性权利说,认为“配偶权是一项民事权利,夫妻互为配偶就有配偶权,配偶权的核心特色是性权利。”⁵五是身份权利义务说,认为配偶权是指“配偶之间身份上的权利和义务,即夫对妻和妻对夫基于婚姻而互享、互负的特定的身份权利和义务。”⁶

以上是学者们从不同角度对配偶权概念的界定,可谓仁者见仁、智者见智,但总体来说有其共同点:1、配偶权属于身份权;2、配偶权产生的前提是男女双方之间具有合法有效的婚姻关系;3、权利义务的一体性,夫妻间互享权利、互尽义务。综合其共同点,笔者将配偶权概念概括为:配偶权是法律赋予合法婚姻关系中夫妻的基本身份权,夫妻间互享权利、互尽义务。

二、配偶权的特征、主要内容及目前侵害配偶权的主要表现

配偶权具有如下法律特征:一是权利主体的特定性。配偶权的权利主体是配偶双方,配偶权是配偶双方的共同权利。二是权利义务的一致性。他们互享权利,互负义务,配偶双方的权利义务是完全一致的。三是配偶权的客体属于配偶身份利益,不包括法律明定的财产权利,也不包括离婚自由权。四是配偶权具有绝对性、排他性和支配性。配偶权是绝对权,具有排他性,其他任何人均不能侵害配偶利益,更不能与其成为配偶、夫妻。配偶权也是支配权,配偶共同对配偶身份利益平等支配。

配偶权是一种权利的集合,主要包括夫妻姓名权、夫妻同居权、忠实请求权、住所决定权、互相扶助权、人身自由权、生活事务代理权和共同生育权等等。其

¹美·威廉·杰欧·唐奈等著,顾培东,杨遂全译:《美国婚姻与婚姻法》[M].重庆出版社,1986.102

²[英]戴维·M·沃克.牛津法律大辞典[M].北京:光明日报出版社,1988:199.

³陈林林.婚姻侵权及其保护[J].学术交流,1992,(5).

⁴杨立新.人身权法论[M].北京:中国检察出版社,1996.774.

⁵韩松.婚姻权及侵权责任初探[J].中南政法学院学报,1993,(3):

⁶张俊浩.民法学原理[M].北京:中国政法大学出版社,1991.161.

中，配偶权的核心内容是忠实义务，它是指专一的夫妻性生活的义务。专一即排他性。性爱的排他性是夫妻性心理的重要内容，性爱的排他性决不能简单地归结为婚姻的不可离异性。“性爱是变化发展的，而婚姻形式一经确立就有相对的稳定性，如果婚姻由性爱的理想居所变成性爱的囹圄时，解放性爱的方式不应是去反抗婚姻制度，而应该是重组另外一个婚姻形式。无婚姻的性爱是个人的任性和两性关系无序的表现，而任何任性和毫无节制的性爱最终难免会伤及他人。”¹ 相对于其他婚姻形式而言，一夫一妻制这种配偶关系满足人们信任和专一的感情和心理需求，虽然不是每一对夫妻都能白头偕老的，但是这种一对一的关系所产生的亲密感觉是其他婚姻形态所不具备的，这种亲密感的也源自夫妻性关系的排他性，因此恩格斯也曾指出：“在我所知道的一切家庭形式中一夫一妻制是现代的性爱能在其中发展起来的唯一形式。”²

当今社会婚姻家庭领域出现了一些新情况：有些夫妻在追求自己的享受时，很容易忘记自己对配偶另一方、对家庭、对子女、对社会的责任的承担。婚外性行为即婚外情主要有这样两种情况：第一，夫妻双方结合时缺乏了解，彼此带有各自不同的想法和目的，婚后各种矛盾随着婚姻生活的琐碎而显现出来，于是一方或双方就有了在婚外寻求安慰和寄托的举动；第二，夫妻双方结合初期感情深厚，彼此很相爱，但因婚姻时间的推移，双方因各自的事业、孩子等因素而忙碌，缺乏交流，感情疏远，出现“审美疲劳”，同时受到社会一些不良因素的影响而产生在婚外寻找刺激、新鲜感等想法。第一种情形不可否认存在一些感情因素，但第二种绝大部分是建立在金钱、刺激、权势和色欲的基础之上的，因此法律有必要对其进行规制。

在婚姻缔结之际，夫妻双方很容易对配偶另一方行为产生一定的心理期待，这种期待一方面可以促使婚姻关系的和谐，另一方面也增加了夫妻心理冲突的可能性。在导致婚姻破裂的诸多因素中，与其他因素相比较，配偶一方违背忠实义务对配偶另一方伤害是最大的，受伤害的一方绝大多数会感到痛苦、屈辱和焦虑，由此留下的负面影响足以使他们对今后的爱情和婚姻失去美好的期待。人类在进行物质生产的社会活动中逐步形成了处理相互间利害关系的制度，夫妻相互忠实是婚姻稳定和家庭和睦的重要保证。根据侵害配偶权的侵害主体的不同（是配偶中一方或第三者），配偶权的侵权主要分为两种类型：一是外部侵权型，二是内部侵权型。对外，配偶权是对世权、绝对权，任何第三人都负不得侵害的义务；对内，配偶权则具有相对性，即使是配偶一方，也不得侵害另一方配偶权。

1、外部侵权型。侵权的主体是来自夫妻以外的第三人。第三人可以直接或

¹黄明理 宣云凤. 新婚姻法伦理精神取向解读[J]. 淮阴师范学院学报, 2002, (4): 505.

²恩格斯: 马克思恩格斯选集4卷[M]. 北京: 人民出版社, 1972. 65.

间接地侵害配偶权。直接侵害配偶权即通常所说的“第三者插足”，是明知对方有配偶，而与其发生不正当男女关系，从而导致夫妻感情破裂的行为。具体表现有：通奸、姘居、重婚等行为。通奸是指双方或一方有配偶的男女自愿发生的不正当两性关系的侵害配偶权的行为。姘居是指已婚男女双方或一方为非法的、缺乏长久共同生活目的的临时性公开同居。姘居也是一种严重侵害配偶权的行为，它同通奸明显不同在于其有一定的公开性。重婚是指第三者与夫妻一方登记结婚或以夫妻名义同居生活的严重侵害配偶权的行为。重婚行为从婚姻家庭法的基本原则来说，违反了一夫一妻制原则，从配偶权侵权角度来看，严重地侵害了配偶另一方的同居权、忠实请求权等一系列的配偶权利。

间接侵害配偶权主要有拐卖配偶一方、引诱配偶分居、离间夫妻关系等行为。侵害配偶一方身体造成残废或死亡，使受抚养的一方——配偶丧失抚养权的，也构成间接侵权。

2、内部侵权型。是配偶一方违反婚姻义务而对另一方实施的侵害。其实，在配偶权的侵权行为中，多数是内部侵权与外部侵权相结合，共同实施侵权行为的，如在第三者插足中，配偶一方与第三者结合起来侵害另一方的配偶权，但也有配偶一方自己单独实施的侵害行为，如一方滥用日常事务代理权，不尽夫妻相互扶助的义务，侮辱、虐待、遗弃另一方以及不履行同居义务等等。同时，美国学者认为，同肉体外遇相比，单纯的心灵外遇更具有背叛性，特别是女人。当她们对另一个男人产生情感上的强烈欲求时，总会倾向离开丈夫，尤其她们的婚姻并非出于感情结合，或在不清楚理由却想走出婚姻时更会如此。¹

三、夫妻忠实义务的意义

忠实义务是指夫妻不为婚姻外之性交，在性生活上互守贞操，保持专一，也包括夫妻不得恶意遗弃配偶，不得为第三人利益牺牲、损害配偶利益。²性生活的专一性是忠实义务的核心内容。婚姻是男女双方以永久共同生活为目的的两性结合，不与他人为通奸、姘居或者重婚行为，是配偶一方对另一方在两性生活方面的义务。在实行一夫一妻制现代社会，夫妻互负忠实义务是婚姻关系的本质要求，也是一夫一妻制这种婚姻形态与以前其他的婚姻形态最大的区别。夫妻双方平等的忠实义务的规定，有利于家庭生活的和睦和婚姻关系的稳定，符合社会文明发展的要求，也是子女血缘清白纯正的保证。正如费孝通先生所言：“婚姻之外的两性关系之所以受限制，还是要维持和保证对儿女的长期抚育作用，有必要防止发生破坏婚姻关系的稳定因素。”³

¹美·威廉·杰欧·唐奈等著，顾培东，杨遂全译，《美国婚姻与婚姻法》[M]，重庆出版社，1986. 104

²杨大文，婚姻家庭法学[M]，上海：复旦大学出版社，2002. 164.

³费孝通，乡土中国生育制度[M]，北京：北京大学出版社，1998. 125.

在古代法时期出于维护男系血统的纯正,法律对妻子的贞操要求(也就是性行为专一性方面)极为严格,对丈夫的通奸行为却相当宽容,允许丈夫纳妾。资本主义早期虽然在法律上有所进步,但在贞操要求上对妻子的要求仍然比丈夫严格。如1804年《法国民法典》第229、230条规定,夫得以妻与他人通奸为由诉请离婚,而妻只能以夫与他人通奸,并在婚姻住所姘居为由诉请离婚。直到第二次世界大战后,资本主义国家纷纷修订婚姻家庭法,才逐渐地将忠实义务作为对夫妻双方的平等要求。当代各国立法普遍规定夫妻互负忠实义务。例如,《法国民法典》第212条规定:“夫妻负相互忠实、帮助、救援地义务。”《瑞士民法典》第159条第3项规定:“配偶双方互负诚实及扶助的义务。”对违反忠实义务的法律后果,一些国家也有规定,有的国家立法认为,与配偶者通奸是对配偶他方的侵权行为,一方面允许无过错方向另一方及通奸的第三人提起妨害之诉,另一方面还可以向侵权人请求精神损害赔偿,也有的国家规定,有过错的配偶一方负有向无过错的一方配偶负损害赔偿责任。¹

四、关于配偶权的法律保护与救济

婚姻是家庭的基础,家庭是社会的细胞。婚姻本身不仅具有伦理性,由婚姻产生的家庭还具有的特殊的经济功能和社会功能,夫妻相互忠实不仅仅是道德问题、伦理问题,而且是社会问题,因此,婚姻关系当事人所负担的道德义务和社会责任决定了婚姻不仅仅是私法上的契约,也是制度上的安排,当事人一旦选择进入婚姻,必然要接受法律对婚姻生活的规制和约束。婚姻法将夫妻忠实义务纳入到配偶权的核心并使其法律化,将其提升到法律层面,使得婚姻家庭法中的权利、义务和责任三者关系融为一体,体现了法律对伦理道德观和个人利益与社会利益的协调。夫妻一方违背忠实义务的行为是违法行为,是侵权行为,要追究其相应的法律责任,我国《婚姻法》第45条规定,重婚构成犯罪的,可依法追究刑事责任。第46条规定,如果因夫妻一方重婚或与他人同居的,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿。但关于过错方对无过错方的财产赔偿和精神损害赔偿没有做出具体规定,还有待进一步完善。配偶是否有权向第三人要求损害赔偿,我国法律没有规定,目前学术界争议较多,有学者认为第三者行为在更大程度上是个人性道德意识问题,只会造成对私人生活秩序的干扰,而不会侵害社会秩序,因此不必用法律调整。并且认为“第三人赔偿问题不应得到立法支持,因为一旦可以向第三人要求赔偿,则很可能会在社会生活中捉奸成风,不可避免地影响公民其他权利,而且实际效果未必理想。”²还有学者认为,必须对第三者进行法律上的严惩,因为“第三者插足,严重破坏社会主义一夫一妻制,给家庭子女带来不良影响和毒害,助长

¹李志敏. 比较家庭法[M]. 北京: 北京大学出版社, 1988. 105.

²姚洋. 法律是否应该惩罚婚外恋——一个经济学的分析 <http://www.unirule.org.cn/index.asp> 天则经济研究所.2009.6.8

青少年犯罪;严重影响正常的生产、科研、生活秩序,污染社会风气;容易导致谋杀、自杀、虐待、遗弃、重婚、暴力干涉婚姻自由、伤害、放火等严重刑事案件的发生。”¹世界各国立法也是仁者见仁,如,依照法国民法解释,配偶一方对他方通奸的第三人,可依据民法关于侵权行为的规定索取赔偿;如第三人不停止通奸关系,受害配偶可请求间接强制罚金。笔者认为在我国现有道德和法律框架中,应有条件的对第三者进行惩罚,即第三者不知对方有配偶而轻信所言与之同居,其本身就是受害者。同时,处罚第三者要面临无过错方取证,如何找到第三者以及如何处罚等困难,在操作上确实存在不少问题,而操作性又是法律必须重视的一个方面。既然在操作上有一定的问题,那么对婚外情进行法律控制是不是有非常大的作用或效果,以至于非得动用法律不可呢?法律是神圣的,但法律并不是万能的。柏普有句非常有名的格言:“犯错误是人性,宽恕则是神性”。以理性的方式和道德的说教感化他们,以更多的婚姻家庭专家和专业社会工作者拯救他们,家庭和世界都会是美好的。²

同时,婚姻关系是受国家法律保护的民事关系,任何人都负有不得侵犯的义务,若第三者明知对方有配偶而又与其同居或发生婚外性行为,使原有的幸福的婚姻关系破裂,应追究第三者的侵权责任,以保证法律的公平和正义,维护婚姻关系和社会秩序的稳定。

五、侵害配偶权损害赔偿的范围

(一) 有过错配偶的损害赔偿

有过错配偶的损害赔偿范围是:

1、物质性赔偿。根据《民法通则》及其他法律的规定,侵权行为人对被侵权人的物质性赔偿主要包括因身体受到伤害而支出的医疗费、营养费、护理费及误工费等。

2、精神性赔偿。侵害配偶权主要是侵害了受害人的人身权,2001年3月10日开始施行的最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》已明确将生命权、健康权、身体权等人格权列入可向人民法院诉请赔偿精神损害的范围,同时在第8条中规定了,因侵权致人精神损害,造成严重后果的,人民法院除判令侵权人承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等民事责任外,可以根据受害人一方的请求判令其赔偿相应的精神损害抚慰金。另外,婚姻法第46条规定,重婚的;有配偶者与他人同居的;实施家庭暴力的;虐待、遗弃家庭成员的,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿。该条为无过错方请求损害赔偿提供了法律上的依据。

¹ 杨遂全:《新婚姻家庭法总论》,法律出版社 2001.7 第253--256页

² www.chinanews.com.cn 中新网 深圳特区婚外情调查 2009.6.19

（二）第三者的损害赔偿

按照一般解释，损害赔偿是指加害人因侵权行为使受害人财产、人身遭受损害而产生的应补偿受害方损失的民事责任。第三者侵害配偶权，既可能造成人身伤害、财产损害，也可能造成精神损害。人身损害主要包括因身体受到伤害而支出的医疗费、营养费、护理费及误工费等。财产损害指配偶权受损时，所发生的直接和间接财产损失。主要表现为两个方面：一是夫妻共同财产支配利益和物质上相互扶助的利益的损失。如配偶一方为第三者的利益隐藏、转移、变卖夫妻共同财产。二是受害配偶为恢复被侵害的权利而支出的必要费用。如王泽鉴先生先生所列举：1. 侦查通奸事实之费用；2. 通奸子之生产费用；3. 对通奸子之抚养费；4. 撤销通奸子为自己婚生之生产费用；5. 离婚诉讼费；6. 闻悉通奸事实，情绪激动致身体健康所受之损害。对于财产损害，第三者应承担返还财产、恢复原状和赔偿损失的民事责任。

精神损害，指“第三者介入”破坏了配偶身份的纯正和感情专一，而导致的配偶精神受损状态。“第三者介入”侵害配偶权，导致夫妻关系破裂直至离婚，最主要的是引起配偶另一方的精神损害。精神损害赔偿的范围，理论上存在广义和狭义两种学说。广义学说认为精神损害包括精神痛苦与精神利益的损失。精神损害赔偿金包括精神利益损害所引起的直接财产利益损失赔偿、间接财产利益损失赔偿、纯精神利益损害赔偿和慰问金赔偿在内的综合的金钱赔偿数额。狭义学说认为精神损害仅以精神痛苦为范围。精神痛苦主要指自然人因人身权受到侵害而遭受的生理、心理上的痛苦，导致自然人的精神活动出现障碍。或使人产生愤怒、绝望、恐惧、焦虑、不安等不良情绪。笔者认为，广义说扩大了精神损害赔偿金的范围将侵害人身权所引起的直接和间接的财产损失包括在内，似有不妥之处。狭义说将精神损害赔偿金限于精神痛苦慰抚金，范围似嫌狭窄。因此，笔者认为，第三者侵害配偶权精神损害赔偿金应包括纯精神利益损害的补偿金和精神痛苦的抚慰金。精神损害是一种无形损害，本质上不可计量。关于精神损害赔偿金的确定，通说认为，不能运用数学的计算方法，而是要用人文的方法，由法官从司法裁判的角度对精神损害的程度、后果和加害行为的可归责性及其道德上的可谴责性作出主观评价。为了尽量减少或降低法官自由裁量的主观性和任意性，最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》规定了如下参照标准：1. 侵害人的过错程度；2. 侵害的手段、场合、行动方式的具体情节；3. 侵权行为所造成的后果；4. 侵权人的活力情况；5. 侵权人承担责任的经济能力；6. 受诉法院所在地的平均生活水平。

结语：

¹王泽鉴.民法学说与判例研究I[M]. 北京：北京政法出版社，1998. 350.

配偶权作为夫妻间的身份权，是一项十分重要的权利。它不仅规定了夫妻间的权利义务，规范、约束着夫妻的行为，全面反映了婚姻生活的内在本质要求，而且还保障着婚姻生活的健康发展以及婚姻生活的安全、和谐、幸福。正是由于配偶权在调整婚姻家庭生活中发挥着其他民事权利所不能替代的作用，我国应该正式在婚姻法中规定配偶权，并阐明其内容势在必行。

夫妻生育权冲突的法律救济

吴国平¹

摘要：在婚姻关系中，夫妻双方的生育权处于对立统一的关系。夫妻双方均享有平等的生育权，夫妻生育权利的行使和实现有赖于夫妻双方的协力与配合，应当通过协商方式加以解决。其中，妻子一方享有生育的天然优势，完全有权实行意思自治。法律在保护女性生育权的同时，对男性生育权也应予以肯定和保护。当夫妻之间发生生育权冲突时，应由当事人协商或第三人调解解决；在双方无法达成合意的情况下，离婚便成为解决夫妻生育权冲突的合理途径。

关键词：夫妻 生育 生育决定权 冲突 法律救济

生育权是一项基本人权和重要的民事权利。随着计划生育制度的有效实行和人口增长的合理控制，我国人口出生率有所下降。近年来，伴随着我国上世纪70年代末出生的第一代独生子女陆续进入婚育阶段，有关夫妻生育权问题越来越成为人们关注的热点问题，在现实生活中出现不少亟待解决的问题。例如夫妻双方都是独生子女，在婚前没有明确约定的情况下，婚后一方要求生育子女，而对方不同意生育，不同意生育一方是否侵害了对方的生育权？如果在婚前、结婚时或结婚后夫妻双方有明确约定同意生育，但妻子怀孕后未经丈夫同意而擅自中止妊娠的是否侵害了丈夫的生育权？妻子在丈夫一方意外死亡后未与公婆商量就实行了人工流产是否合法等等，由此引发了一系列纠纷和冲突，甚至产生激烈对抗而引发不良后果。而我国有关生育权方面的民事立法也相对滞后。因此，迫切需要在立法上对这一问题作出明确的规定。笔者在此对夫妻生育权冲突的法律救济问题做些粗浅的探讨，以期抛砖引玉。

一、生育权的内容与特点

生育是人类追求生命永恒，延续自我生命的一种方式。在我国家庭中，生儿育女，繁衍后代，历来为人们所重视。在现代社会，虽然人的个性和需求得到全社会的普遍肯定与尊重，生育与否完全属于个人私事，也不再为社会舆论所左右，但生育利益仍然是已婚男女的一般共同利益，甚至在有些家庭中成为“头等大事”。生育[Child-bearing]一词，按照《牛津法律大辞典》的解释，是指受孕、足月怀胎和生产的全过程。²在我国现代汉语中，生育一词有两层意思。一是指

¹ 吴国平，男，福建省政法管理干部学院副院长、教授，福建师范大学硕士研究生导师。

² [英]戴维·M·沃克《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第155页。

生孩子；二是指生养，¹即生育抚养。本文所说的生育，是专指“生孩子”，即人类新生命的造就——生殖。关于生育权，目前我国国内法律对其没有明确界定。一般认为，所谓生育权，有广义和狭义之分。广义的生育权（或称基因遗传权），“是指公民依法通过两性自然或人工受精受孕、怀胎、分娩以及无性生殖的方法，繁衍养育后代的权利。”狭义的生育权，“即仅指生殖健康权基础之上的两性生育权，依法应称为夫妻共同生育权。”而夫妻共同生育权是指“在法律允许的生育数量的范围内，夫妻有权协商确定双方是否生育、何时生育和生育方式。”²它实质上是夫妻通过平等协商而共同行使其依法各自享有的生育权。夫妻生育权的内容就是生育自由和不生育自由。其中，生育自由权包括生育决定权、生育时间决定权、生育数量决定权、生育方式决定权、生育性别决定权、生育地点决定权等。在妻子怀孕的情况下，妻子享有生育的最终决定权。其核心权利在于生育决定权。不生育自由权包括避孕权、堕胎权、绝育权等。

1992年4月3日第七届全国人大第五次会议通过的《妇女权益保障法》（经2005年8月28日第十届全国人大常委会第十七次会议修正后重新颁布）首次在我国法律中确认了生育权，该法第47条（现为第51条）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。”从这一规定的内容看，没有规定男子是否享有生育权。2002年9月1日实施的《人口与计划生育法》第17条规定：“公民有生育的权利”。该条规定则进一步明确了公民不论男女，均享有生育权，表明生育权利是夫妻平等的权利。

与其他民事权利相比，生育权具有以下独特的特点：第一，夫妻双方均享有生育权。它是一种人格权，而不是身份权。因为它是人生来俱有的与人身不可分的一种权利，是绝对权和支配权，是天赋人权，无论性别、年龄、婚姻状况如何，都不影响生育权的存在。在每一个家庭中，夫妻双方均享有平等的生育权，包括生育和不生育的权利。第二，夫妻双方均享有平等的生育决定权。对于是否生育，何时生育，采用何种方式生育，均应由夫妻共同协商，平等决定，体现夫妻的共同意志，不允许一方对他方进行强迫，甚至威胁和侵犯。第三，夫妻生育权的实现需要夫妻双方的共同努力、相互配合。第四，夫妻的生育权又是相对独立和相互分离的。夫妻一方同意或不同意生育，是行使自己生育权的行为，并不侵害对方的生育权。

二、生育权的行使与实现

如前所述，我国1992年颁布的《妇女权益保障法》第47条对女性生育权作了特别规定，没有涉及男性生育权。2002年颁布实施的我国《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

¹ 范庆华、周广德：《现代汉语全功能词典》，吉林人民出版社1998年版，第1027—1028页。

² 杨遂全：《现行婚姻法不足与民法典立法对策》，《法学研究》2003年第2期，第72页。

方在实行计划生育中负有共同的责任”。这一规定就明确了夫妻双方都享有生育权。笔者认为,婚姻是男女双方缔结的具有法律上的权利和义务内容的民事契约。缔结婚姻,不仅意味着婚姻权利的实现,也意味着婚姻责任和义务履行的开始。这种婚姻的权利义务,理所当然地包括了生育的内容。如果双方在结婚前或者结婚时经过共同协商,明确约定将来不生育孩子,有的还办理了公证手续,这是双方对生育利益的共同支配和不生育自由权的共同行使,则双方当事人应当遵守约定,生育权就无法实现;如果双方没有明确约定结婚以后不生育孩子,则应当推定双方当事人有在结婚之后生育孩子的共同意思表示,双方都享有生育的期待权。如果婚姻当事人双方都能够自觉地履行和实现自己的承诺,则婚姻和家庭一定是美满幸福的。当然,要产生缔结婚姻这一契约所预期的法律后果,还需要法律的规范、约束和保护。可以说,在婚姻关系中,夫妻双方的生育权处于对立统一的关系。因此,在民事主体的各种民事权利中,生育权是一种比较特殊的民事权利。它主要涉及三个问题:第一,如果夫妻双方均想生育,则须有双方共同生育的合意,并共同协力完成两性自然或人工受精受孕并致怀胎、分娩一系列行为过程。此时,双方的生育权才真正实现。无性生殖亦如此。第二,如果夫妻双方均不想生育,可采取避孕措施,以实现不生育的自由。他人(包括双方父母)均无权加以干涉。如果一方想生育,而另一方不想生育,只能通过夫妻协商的形式来解决。不能取得一致意见时,想要生育的一方不能为了实现自己的生育权而强迫对方生育,侵犯对方不生育的权利。解决问题的唯一途径就是双方离婚,想要生育的一方通过再婚来实现自己的愿望。^①除此之外,通过重婚、“养小蜜”、“包二奶”或“包二爷”等其他形式来实现自己的生育愿望是不可取的,更是不合法的。第三,在妻子已经怀孕的情况下,她所怀的胚胎体现了夫妻双方的生育利益,她是否有权单方决定是否生育?笔者认为,根据《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”。鉴于生育权的相对独立性,妻子怀孕后擅自中止妊娠也是行使其自己生育权的行为,她有权单方决定是否生育,并不构成对丈夫生育权的侵害。首先,如前所述,生育权是一种人格权,具有专属性和支配性。在妻子怀孕后,胎儿已经成为妻子身体的组成部分,随之产生了一些特定的连带的权利。包括妻子的生命权、健康权、人身自由权和保护胎儿成长的权利。除妻子自己外,任何其他人都不能也无法行使和控制。在这种情况下,由于男女性别、生理机能和分工的差异,丈夫的生育权只能通过妻子来实现。如夫妻双方对是否生育意见一致,则丈夫的生育权能够实现。但如果双方意见不一致,丈夫的生育权则无法暂时实现。因为,此时是否生育更是妻子的人身自由权,也与妻子的生命权和健康权有关。丈夫行使生

^① 吴国平、张影主编:《婚姻家庭法原理与实务》,中国政法大学出版社2004年版,第121页。