

# 中国婚姻家庭法

## 立法研究

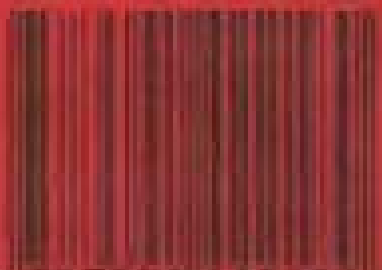
陈 苇 著



群众出版社

责任编辑: 廖志华  
封面设计: 陈 军

ISBN 7-5014-2218-4



9 787501 422180 >



ISBN7-5014-2218-4/D 1051

定价: 28.00元



# 中国婚姻家庭法 立法研究

陈 苇 著

群众出版社

二〇〇〇年·北京

**图书在版编目(CIP)数据**

中国婚姻家庭法立法研究/陈莘著. —北京:群众出版社, 2000

ISBN 7-5014-2218-4

I. 中... II. 陈... III. 婚姻法-立法-研究-中国  
IV. D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 09465 号

**中国婚姻家庭法立法研究**

**陈莘 著**

---

群众出版社出版、发行 新华书店经销  
西南政法大学印刷厂印刷  
850×1168毫米 32开 16印张 402千字  
2000年5月第1版 2000年5月第1次印刷

---

ISBN 7-5014-2218-4/D·1051 定价:28.00元

印数:0001—500册



# 自序

为适应调整新形势下婚姻家庭关系的需要,我国现行婚姻法的修改已被提上议事日程。《中华人民共和国婚姻家庭法》(法学专家建议稿)已出台第四稿,正在广泛征求各方面的意见。作者试图在自己过去对婚姻家庭法理论专题研究的基础上(本人曾就事实婚姻与非法同居关系、无效婚姻、结婚制度、夫妻财产制、离婚后父母对子女的监护权、离婚损害赔偿等问题进行专题研究,发表有相关论文),根据我国婚姻家庭关系的新情况,较系统地考察我国现行婚姻法规定的各项基本制度,分析现行立法存在的缺陷,比较国外立法并借鉴其经验,结合我国实际,对我国婚姻家庭法各项基本制度提出修改、补充和完善的立法建议,为制定一部适合中国国情的、具有时代精神的婚姻家庭法,贡献自己的绵薄之力。

全书共分为序论、本论和附论三大部分。

序论旨在介绍社会主义市场经济新形势下,中国婚姻家庭的新变化、新情况与现行婚姻法修订的历史背景;阐明婚姻家庭法的立法宗旨与基本原则;评述当代婚姻家庭法的变革趋势,及其对我国婚姻法修改和完善的启示。

本论对我国现行婚姻法的各项基本制度进行研究,着重分析立法之不足,进而提出补充、完善立法的建议,并对立法修改中有分歧的热点难点问题,比较各种观点,分析其利弊,提出自己的见解,以供立法机关参考。

附论收集了作者近年撰写的三篇论文:

《建立我国无效婚姻制度的思考》一文,首先指出建立无效婚姻制度的意义,然后考察我国无效婚姻的现状和原因,从而借鉴国外立法经验,结合我国实际,提出建立我国无效婚姻制度的立法构

想。(此系中国婚姻法学研究会 1995 年年会论文,节选发表于《法律科学》1996 年第 4 期,1999 年 4 月荣获重庆市第一次社会科学优秀科研成果三等奖)。

《夫妻财产制研究——瑞士夫妻财产制研究及其对完善我国夫妻财产制的启示》一文,在对瑞士现行夫妻财产制作全面评介的基础上,比较国外立法,分析我国现行夫妻财产制的缺陷,提出完善我国夫妻财产制的立法构想并分析其主要理由。(此系中国婚姻法学研究会 1999 年年会论文,节选《完善我国夫妻财产制的立法构想》发表于《中国法学》2000 年第 1 期;2000 年 1 月已接到梁慧星先生书面通知,全文将载于《民商法论丛》2000 年第 15 卷)。

《论预防和制止我国家庭暴力的法律对策》一文,首先对家庭暴力的定义界定进行探讨,然后分析我国家庭暴力的现状及原因,考察我国现行法律对家庭成员人身保护的规定及其立法之不足,介绍预防、制止家庭暴力的国际文献,评述英国、瑞典和美国等国预防和制止家庭暴力所采取的立法及相关措施,最后提出预防和制止我国家庭暴力的法律对策,以供我国有关部门参考。(此系 2000 年 2 月 28 日至 3 月 1 日中英“维护妇女权益,制止家庭暴力”国际研讨会论文,被特邀在大会作交流发言。)

由于本人学识有限,对婚姻家庭法立法问题的研究,有些地方还有待继续深入,有的问题还尚未涉及,如有不当之处,敬请学界长辈和同仁不吝指正。

最后,还要说明的是,本专著 1999 年 6 月被西南政法大学批准列为校级科研项目,我十分感谢西南政法大学的校、系各级领导在本人写作中给予的大力支持和学校给予的出版资助!

愿本书的出版能抛砖引玉,引起更多的理论工作者和实际工作者对中国婚姻家庭法立法的关注与研究。

作者

2000 年 4 月 18 日

# 目 录

## 序 论

<b>第一章 概述</b> .....	(3)
<b>第一节 中国婚姻家庭的新情况与婚姻家庭法的修订</b> .....	(3)
一、当代中国婚姻家庭的新情况 .....	(3)
二、中国现行婚姻法修订的意义 .....	(9)
<b>第二节 婚姻家庭法的立法宗旨与基本原则</b> .....	(13)
一、婚姻家庭法的立法宗旨 .....	(13)
二、中国婚姻法的基本原则 .....	(15)
三、中国婚姻法基本原则的增补建议 .....	(31)
<b>第三节 当代婚姻家庭法变革的趋势</b> .....	(32)
一、婚姻家庭法的历史变迁 .....	(32)
二、当代婚姻家庭法变革的趋势 .....	(36)

## 本 论

<b>第二章 亲属关系通则立法研究</b> .....	(57)
<b>第一节 概述</b> .....	(57)
一、亲属的涵义 .....	(57)
二、亲属的种类 .....	(61)
三、亲属的范围 .....	(66)

第二节	亲属关系远近的计算方法 .....	(68)
一、	亲等计算法 .....	(68)
二、	代数计算法 .....	(70)
第三节	亲属关系的发生、终止和效力 .....	(73)
一、	亲属关系的发生和终止 .....	(73)
二、	亲属的效力 .....	(77)
第四节	我国亲属关系通则性规定之不足及其 立法完善 .....	(81)
一、	我国亲属关系通则性规定之不足 .....	(81)
二、	完善我国亲属关系通则性规定的立法建议 .....	(83)
三、	我国亲属关系通则性立法修改中有分歧意见 的难点问题 .....	(84)
<b>第三章</b>	<b>结婚制度立法研究 .....</b>	<b>(86)</b>
第一节	概述 .....	(86)
一、	婚姻成立的要件 .....	(86)
二、	结婚制度的变迁 .....	(88)
三、	我国结婚制度的演进 .....	(91)
第二节	婚约 .....	(99)
一、	概述 .....	(99)
二、	婚约的效力 .....	(99)
三、	婚约的解除及其后果 .....	(100)
第三节	结婚的条件 .....	(101)
一、	结婚的必备条件 .....	(101)
二、	结婚的禁止条件 .....	(104)
第四节	结婚的程序 .....	(109)
一、	结婚登记的意义 .....	(109)
二、	结婚登记的机关和程序 .....	(111)

三、结婚登记的效力 .....	(114)
第五节 事实婚姻与非法同居关系研究 .....	(114)
一、事实婚姻的特征 .....	(115)
二、非法同居关系的特征 .....	(116)
三、事实婚姻的效力 .....	(116)
四、事实婚姻与非法同居关系的区别 .....	(118)
五、事实婚姻和非法同居关系的处理 .....	(119)
第六节 无效婚姻研究 .....	(122)
一、无效婚姻的静态识别 .....	(122)
二、无效婚姻的种类 .....	(126)
三、婚姻无效的程序 .....	(128)
四、无效婚姻的法律后果 .....	(129)
五、无效婚姻的动态监控 .....	(130)
第七节 我国结婚制度之不足及其立法完善 .....	(131)
一、我国现行结婚制度之缺陷 .....	(131)
二、对我国结婚制度的修改、补充建议及主要 理由分析 .....	(135)
三、我国结婚制度修改中有分歧意见的 热点难点问题 .....	(146)
<b>第四章 夫妻关系法立法研究 .....</b>	<b>(152)</b>
<b>第一节 概述 .....</b>	<b>(152)</b>
一、婚姻效力的涵义 .....	(152)
二、夫妻法律地位的变迁 .....	(153)
三、我国对夫妻法律地位的规定 .....	(155)
<b>第二节 夫妻人身关系法研究 .....</b>	<b>(156)</b>
一、我国夫妻人身关系的立法规定 .....	(156)
二、外国立法对夫妻人身关系的规定 .....	(162)

三、我国夫妻人身关系立法之缺陷·····	(165)
四、完善我国夫妻人身关系立法的建议·····	(168)
第三节 夫妻财产制立法研究·····	(169)
一、现代夫妻财产法的立法宗旨与立法原则·····	(169)
二、我国现行夫妻财产制·····	(175)
三、我国现行夫妻财产制立法之缺陷·····	(191)
四、完善我国夫妻财产制的立法构想·····	(196)
五、立法构想的主要理由分析·····	(201)
六、我国夫妻财产制修改中有分歧意见的 热点难点问题·····	(210)
<b>第五章 离婚制度立法研究·····</b>	<b>(224)</b>
第一节 概述·····	(224)
一、婚姻终止概述·····	(224)
二、离婚制度的变迁·····	(229)
三、现代离婚法的发展趋势·····	(236)
四、我国离婚法的指导思想·····	(239)
第二节 我国登记离婚制度研究·····	(241)
一、登记离婚的意义·····	(241)
二、登记离婚的条件和程序·····	(242)
三、登记离婚的效力·····	(245)
四、我国登记离婚制度的缺陷·····	(246)
五、完善我国登记离婚制度的立法建议·····	(248)
第三节 我国判决离婚法定条件研究·····	(249)
一、诉讼离婚概述·····	(249)
二、我国判决离婚的法定条件·····	(254)
三、我国判决离婚法定条件之缺陷·····	(260)
四、关于修改我国判决离婚法定条件的主要	

分歧意见·····	(262)
五、完善我国判决离婚法定条件的建议·····	(264)
第四节 离婚的法律效力·····	(265)
一、离婚对婚姻当事人的法律效力·····	(265)
二、离婚对父母子女的法律效力·····	(272)
第五节 离婚后父母对未成年子女监护权问题研究·····	(278)
一、离婚后父母对未成年子女监护权行使的原则·····	(278)
二、法院确定离婚父母何方行使未成年子女监护权 应考虑的基本情形·····	(285)
三、离婚后未行使未成年子女监护权的父母一方对 子女的探视权或交往权·····	(288)
第六节 建立我国离婚损害赔偿制度研究·····	(292)
一、建立我国离婚损害赔偿制度的依据·····	(293)
二、离婚损害赔偿的功能与目的·····	(295)
三、国外立法状况与比较评析·····	(299)
四、我国离婚损害赔偿制度的立法构想·····	(307)
五、建立我国离婚损害赔偿制度有分歧意见的 难点问题·····	(309)
第六章 亲子关系法立法研究·····	(311)
第一节 概述·····	(311)
一、亲子关系法的演进·····	(311)
二、亲子关系的种类·····	(312)
第二节 父母与婚生子女·····	(313)
一、概述·····	(313)
二、婚生子女的推定和否认·····	(315)
三、父母与婚生子女间的权利和义务·····	(317)
第三节 父母与非婚生子女·····	(318)

一、非婚生子女的法律地位·····	(318)
二、非婚生子女的准正和认领·····	(319)
<b>第四节 继父母与继子女</b> ·····	(322)
一、概述·····	(322)
二、继父母与继子女的法律地位·····	(323)
三、继父母与继子女关系的解除及后果·····	(325)
<b>第五节 养父母与养子女</b> ·····	(327)
一、1999年新收养法对原收养法的修改·····	(328)
二、我国收养法的基本原则·····	(331)
三、收养的成立·····	(335)
四、收养的效力·····	(341)
五、收养的解除·····	(343)
<b>第六节 父母与人工生育的子女</b> ·····	(345)
一、概述·····	(345)
二、人工生育子女的法律地位·····	(346)
<b>第七节 亲权</b> ·····	(347)
一、概述·····	(347)
二、亲权制度的演进·····	(348)
三、亲权的内容·····	(351)
四、亲权的消灭、停止和剥夺·····	(353)
<b>第八节 我国亲子法之不足及其立法完善</b> ·····	(355)
一、我国亲子法之不足·····	(355)
二、完善我国亲子法的立法建议·····	(355)
<b>第七章 监护制度立法研究</b> ·····	(362)
<b>第一节 概述</b> ·····	(362)
一、监护的特征·····	(362)
二、监护的意义·····	(363)



三、监护与亲权的联系与区别·····	(364)
四、监护制度的演进·····	(366)
第二节 监护的开始·····	(369)
一、监护开始的原因·····	(369)
二、监护开始的时间·····	(370)
三、监护的种类·····	(370)
四、监护机关·····	(371)
第三节 监护的内容·····	(376)
一、监护职责·····	(376)
二、监护责任·····	(377)
三、监护人的报酬·····	(378)
第四节 监护的变更和终止·····	(379)
一、监护的变更·····	(379)
二、监护的终止·····	(379)
三、监护变更或终止后监护人的义务·····	(380)
第五节 我国监护制度之不足及其立法完善·····	(381)
一、我国监护制度之不足·····	(381)
二、完善我国监护制度的立法建议·····	(382)
<b>第八章 扶养制度立法研究</b> ·····	<b>(385)</b>
<b>第一节 概述</b> ·····	<b>(385)</b>
一、扶养的特征·····	(385)
二、我国扶养制度的演进·····	(388)
<b>第二节 扶养关系</b> ·····	<b>(390)</b>
一、扶养关系的主体·····	(390)
二、扶养的程度·····	(391)
三、扶养的范围和方式·····	(392)
四、扶养的顺序·····	(396)

第三节 扶养的发生、变更和终止·····	(398)
一、扶养的发生·····	(398)
二、扶养的变更·····	(399)
三、扶养的终止·····	(400)
第四节 我国扶养制度之不足及其立法完善·····	(400)
一、我国扶养制度之不足·····	(400)
二、完善我国扶养制度的立法建议·····	(401)

## 附    论

### (专题研究)

建立我国无效婚姻制度的思考·····	(409)
夫妻财产制研究——瑞士夫妻财产制研究及其对完善我国 夫妻财产制的启示·····	(424)
论预防和制止我国家庭暴力的法律对策·····	(462)
本书主要参考文献目录·····	(493)
后    记·····	(498)

# 序 论



# 第一章 概 述

## 第一节 中国婚姻家庭的新情况 与婚姻家庭法的修订

### 一、当代中国婚姻家庭的新情况

在现代中国社会,婚姻、家庭仍然是人们生活中最基本的社会组织形式,承担着“维持人类社会生活中必需的抚育的作用”这一最基本的职能。<sup>①</sup>同时,我国家庭尤其是广大农村家庭还承担着重要的物质生产职能。因此,婚姻、家庭仍然是我国现代社会的基础。婚姻、家庭与社会经济、文化及生活方式等各个方面都有着密切的联系。改革开放以来,随着我国社会经济的迅速发展及人口数量、结构的变化,我国的婚姻家庭关系、家庭结构等方面也在不断发生新变化,同时也出现了一些新情况、新问题。

#### (一)当代青年的婚姻家庭及性观念发生巨大变化

据我国学者调查分析,当代青年的婚姻家庭及性观念发生了以下巨大变化:

1. 青年的择偶自主意识增强。青年中自主婚所占比例越来越高,择偶范围扩大,机会增多。1988年的一项全国性调查表明:当问及“在婚姻问题上你倾向于听谁的意见时”,无论城乡青年,选择

<sup>①</sup> 费孝通:《乡土中国 生育制度》,第129~132页,北京大学出版社,1998。

频率最高的都是听自己的意见。1996年徐安琪主持实施的《中国城乡婚姻家庭调查》结果表明：本人作主的婚姻所占比例从1966年以前的32.8%上升到1987年至1996年期间的56.8%。与此同时，择偶范围从亲缘、地缘扩大到业缘，择偶机会增多，选择空间增大。

2. 择偶条件中政治条件重要度递减，学历、职业、能力、住房、收入等经济因素和爱情因素日益升值。改革开放前，尤其是“文革”期间，青年人择偶十分注重对方的政治条件。改革开放后，以经济建设为中心，青年人择偶越来越重视对方的收入、住房以及与之相关的学历、职业和工作能力状况。这在前述1996年的调查结果中得到了充分证实。而吴鲁平1992年所作的一项调查结果显示，青年人至少已在择偶理念上把爱情因素视为第一重要的因素，而在现实中则更注重“经济社会因素”。这表明我国社会主义初级阶段有相当一部分婚姻缔结的基础仍非完全是爱情。

3. 维系婚姻的主要纽带正从责任转向爱情。随着时代发展，以爱情为基础的婚姻在青年中呈不断增长的趋势，青年的爱情深度在提高。在目前年龄处于三十岁以下的人群中，婚前“爱到极点、无法控制”(4.0%)和“甜蜜愉悦、彼此相爱”(35.5%)的比例之和为39.5%，而在目前年龄处于五十一岁以上的人群中，这一比例仅为15%。即缔结和维系婚姻的主要纽带正在实现从责任向爱情的转型。这意味着我国今后婚姻家庭的质量将会进一步提高。

4. 性开放从表层走向深层，婚前性交往呈现出全方位的快速上升态势；青年对婚外性关系持一定程度的宽容态度，对婚外恋表示有条件的同情或认可。1992年的一项调查结果显示，81.3%的青年赞成学校开展青春期性教育；有近一半的青年对婚前性与婚姻的分​​离现象持赞成(11.5%)或说不清(32.8%)的态度。对于婚后性与婚姻分离的婚外恋现象，青年中表示有条件理解或同情的

占32%；说不清的占30.1%，明确表示应严加谴责(23.3%)和应严加惩处(14.6%)的仅占37.9%。<sup>①</sup>即我国目前已有相当大部分人对婚外恋持较宽容的态度。

## (二)婚姻关系状况

1. 婚姻关系比较稳定, 离婚水平较低, 但离婚人口绝对规模较大, 并呈逐年上升趋势。我国十五岁以上人口有9.45亿人, 其中未婚者占19.33%, 有配偶者占73.72%, 丧偶者占6.06%, 离婚者占0.89%。有配偶者比例高, 离婚比例低, 表明婚姻关系比较稳定。从婚姻状况的变化趋势看, 从80年代初至今, 未婚和丧偶比例下降, 有配偶和离婚比例上升。15~19年龄组的人口未婚比例在逐渐增加, 这是低年龄早婚人口减少的一种反映; 有配偶比例由1982年的63.68%, 上升到1998年的73.73%, 有配偶比例比1982年上升了10个百分点。目前我国再婚人口有1763万人, 占有配偶者的2.53%。我国离婚水平虽较低, 但离婚人口的绝对规模较大, 自90年代以后离婚比例逐年上升, 由1990年的0.59%上升到1998年的0.89%, 上升了0.3个百分点, 呈现逐年递增的趋势。这一方面反映了随着人们思想观念的更新, 对婚姻的质量要求也越来越高; 另一方面离婚人口的不断增多, 也给社会和家庭带来许多问题, 例如, 单亲家庭的经济收入较低、未与子女共同生活的离婚父母一方如何履行对子女的抚养和教育义务等问题, 需要引起社会关注。

2. 婚姻状况城乡差别较大, 尤其是城镇居民的婚姻稳定程度明显低于农村。从婚姻构成的城乡差别看, 城镇的有配偶比例和离婚比例要高于农村。城镇的有配偶比例为75.16%, 农村为72.92%, 高出农村2.24个百分点; 城镇的离婚比例为1.34%, 是农村离婚比例

---

<sup>①</sup> 吴鲁平:《1949—1999中国青年婚恋性观念的变动轨迹》, 载《中国青年研究》, 1999(5)。

的1.3倍。这表明城镇居民的婚姻稳定程度明显低于农村。这为今后进一步分别研究城乡的离婚原因提出了新的课题。

我国有些学者根据对我国部分地区的婚姻家庭状况调查,分析指出,“凑合”并不是中国人婚姻的一般特征,“低质量”也不是中国婚姻的主流。当代中国人的婚姻具有以特点:

(1)感情生活的高满意度。在父权制的传统社会,婚姻的目的是为传宗接代,家庭以亲子关系为轴心,夫妻感情一般居于次要地位。随着工业化、都市化的进程,父权家庭趋于没落,家庭结构小型化和家庭生活民主化,夫妻感情生活正逐渐成为夫妻生活不可缺少的内容。在我国无论是城市或乡村,夫妻对感情生活的满意度都较高。

(2)对配偶的肯定评价多。大多数被访者对配偶的评价较高,尤其是以“信任”得分最高,认为家务分工“很公平”或“较公平”的均高达80%以上。

(3)婚姻质量的缺陷。尽管大多数夫妻对其婚姻的满意度较高,但调查者们指出:不能由此得出“中国人的婚姻是高质量”的结论。因为调查统计的结果还表明,被访者的婚姻还存在不少缺陷:一是维系婚姻的主要纽带是责任而不是爱情;二是互动不足情趣少;三是内地不发达农村的不如意婚姻多;四是女性的婚姻满意度低于男性。<sup>①</sup>

### (三)家庭规模、家庭结构与家庭关系<sup>②</sup>

#### 1. 家庭规模逐年缩小,家庭结构简化,以两代户组成的家庭是

① 参见武洁:《1998年我国人口状况》,载《市场与人口分析》,52、53页,1999(4);徐安琪:《世纪之交中国人的爱情和婚姻》,58-71页,中国社会科学出版社,1997。

② 参见王家玲:《据劳动部门抽样调查表明:下岗人员中妇女占62.8%》,载《重庆晚报》2000年3月13日第10版;国务院新闻办公室:《中国人权发展50年》;《重庆晨报》1999年9月4日第4版;《我国居民耐用消费品的变化》;及武洁:《1998年我国人口状况》,52页。



我国家庭户的主体,其中核心家庭占90%以上,夫妻成为家庭的轴心。自70年代初我国开始实行计划生育以来,人口的生育水平开始下降,家庭规模从1973年开始缩小,家庭户的平均人数由1973年的4.81人,降至1982年的4.51人,1990年又降到3.97人,1998年降为3.63人。1998年我国有76.54%的家庭户为四人及四人以下户。家庭规模的缩小,必然伴随我国家庭代际关系的变化。1998年在家庭户类别中,两代户的比例最高,为62.83%。家庭结构简化,多代同堂的现象越来越少,以两代户组成的家庭是我国家庭户的主体,其中核心家庭(父母同未婚子女组成的家庭)占90%以上,夫妻成为家庭的轴心。

2. 在家庭经济方面,夫妻收入存在一定差距。1996年徐安琪主持的调查统计结果显示,妻子的收入明显低于丈夫,其中上海的夫妻差距为最小,妻子的收入是丈夫收入的68.9%,广东为最大,妻子的收入只有丈夫收入的49.8%。据我国劳动部门抽样调查表明,全国1000万下岗人员中,妇女占了62.8%;有的地区高达70%至80%,下岗一年以上的人员中,女性占73%。目前我国女性就业仍存在“三低”现象:多从事层次较低、技术含量低、收入低的工作,导致妇女的总体收入低于男子。这对夫妻家庭地位的实际平等,往往会产生一定的负面影响。

3. 夫妻财产及家庭财产逐年增多。随着我国市场经济迅速发展,城镇人口比重进一步提高。人民经济收入逐年增加,夫妻财产和家庭财产数量、种类随之增加。1978年至1998年,城乡居民人均收入分别增加到5425元和2162元,扣除物价因素,实际增长2.3倍和3.6倍,年平均增长6.1%和7.9%。城乡居民储蓄存款由8.6亿元增加到53408亿元。据我国国家统计局对城镇居民耐用消费品的变化统计,我国城镇居民平均每百户拥有量:彩电1981年为0.6台、1988年为43.9台、1998年为105.4台;洗衣机1981年为6.3台、1988年为73.4台、1998年为90.8台;电冰箱

1981年为0.2台、1988年为28.1台、1998年为76.1台。随着夫妻财产数量、种类的增加,在审判实践中,离婚时夫妻财产纠纷有所增多,夫妻通谋假离婚转移财产而侵害第三人债权的现象也时有发生。

4. 绝大多数的老年人与其子女和亲属生活在一起,但单身老人户仍占一定比例。据我国国家统计局调查统计,1998年在我国六十五岁以上的老人户中,有77.02%的老年人与其子女或亲属生活在一起生活,但单身老人户仍占一定比例为10.44%。因此,子女及其他近亲属对老人的赡养,尤其是单身老人的赡养和照顾问题应当引起社会的重视。并且,随着我国人口年龄结构向老年型转变,人口老龄化问题不容忽视,老年人合法权益的保护更应受到重视。

#### (四) 计划生育状况

1. 我国人口自然增长率已降到千分之十以下,计划生育取得了巨大成就,但各地人口出生率仍存在较大差异。1998年我国人口自然增长率首次降到千分之十以下,达到了世界人口会议曾向各国提出的,在本世纪末将人口增长控制在1%以下的目标。这对我国人民生活水平的提高,促进经济发展均起到积极作用。但由于我国人口基数大,控制人口增长仍然是我们长期要坚持的。并且我国各地人口出生率仍存在较大差异,出生率高的省主要集中在我国的西北和西南地区,出生率低的省则主要集中在经济较发达的东南沿海地区,出生率处于中间类型的省大多分布在我国的中部内陆地区。不同类型出生率的省的分布,恰好与我国东、中、西部的划分相对应,东部经济发达地区的人口出生率低,中部较发达地区的人口出生率居中,西部欠发达地区的人口出生率高。这表明计划生育工作仍然不能放松,坚持计划生育工作“三结合”(即把计划生育工作与发展经济、帮助农民勤劳致富奔小康、建设精神文明幸福家庭结合起来)是十分必要的。

2. 妇女平均初婚初育年龄提高,但仍有一定数量的早婚人口,有待加强对违法婚姻的预防和处理。1998年我国妇女的平均初婚年龄由上年的23.39岁提高到23.57岁,提高了0.18岁;平均初育年龄由上年的24.5岁提高到25岁。妇女平均初婚初育年龄的提高,有利于减轻当年出生人口压力。但我国仍存在一定数量的早婚人口,有待继续加强对违法婚姻的预防和处理。<sup>①</sup>

综上所述,中国社会经济、文化的发展,使人们的婚姻家庭观念和婚姻家庭关系发生了很大的变化,其中进步是主流方面,但也不可忽视出现了一些新情况、新问题。新的情况呼唤着出台新的婚姻家庭法,以适应新形势下调整婚姻家庭关系的需要,从而保护婚姻家庭关系,保障婚姻家庭当事人的合法权益,维护第三人及社会的利益,促进社会的经济发展和文明进步。

## 二、中国现行婚姻法修订的意义

### (一)现行婚姻法修订的必要性

1980年《婚姻法》是新中国的第二部婚姻法,它是在“十年动乱”结束不久,在拨乱反正的新形势下出台的。它总结了新中国成立以来建立社会主义婚姻家庭制度的经验,对1950年《婚姻法》作了必要的修改和补充。它的实施对于巩固和发展社会主义婚姻家庭制度,促进社会的安定团结,保障社会主义现代化建设都起到了重要的积极作用。它在一定历史时期和一定程度上满足了调整我国婚姻家庭关系的需要,其历史功绩是应当充分肯定的。如前所述,目前我国婚姻家庭的总体情况是好的,以爱情为基础的自主婚姻不断增多,夫妻平等、团结和睦的家庭已成为当代婚姻家庭的主流,现行婚姻法功不可没。但现行婚姻法至今已施行了近20年,这20年正值我国实行改革开放、建设社会主义市场经济体制,政

<sup>①</sup> 参见武洁:(1998年我国人口状况),51页。

治、经济和社会生活都发生了重大变化,人们的思想观念也发生了很大变化。现行婚姻法日益显示出存在某些不足,已很不适应新形势的需要。尤其是由于受资产阶级腐朽思想和封建残余的影响,目前我国一些地方重婚、纳妾、非法同居、婚外恋等现象增多,对婚姻家庭的稳定和社会秩序的安定,产生了较大的负面影响,离婚妇女的合法权益往往得不到保障,离异家庭子女的抚养、教育得不到妥善解决,家庭暴力呈上升趋势,并由此引发了女性犯罪的上升。因此,我国广大人民群众迫切希望能及早修改婚姻法,制定一部具有中国特色与时代精神、导向正确、全面系统科学、可操作性强的新婚姻家庭法。

## (二)现行婚姻法存在的缺陷

现行婚姻法存在的缺陷:一是由于当时历史条件的限制,在该法颁布时就存在一些立法缺陷。其主要包括:如名称与其调整对象不完全相符合、调整的范围较窄、有些条款较简略、有些规定很难把握和执行、还存在一些立法空白等。例如,从我国现行婚姻法的调整对象看,包括婚姻关系和家庭关系,其名称理应为婚姻家庭法或家庭法,但其却名为婚姻法,意味其仅调整婚姻关系,造成名实不符;从我国现行婚姻法调整对象的范围看,仅调整婚姻家庭关系,调整的范围较窄;从现行婚姻法的内容看,父母子女关系、夫妻财产制、以及离婚制度的有关条款均过分简略,可操作性较差;还有一些立法内容缺乏系统性,并存在空白,如亲属关系通则、无效婚姻制度、法律责任制度等均尚属空白,等等。二是随着社会发展由于未及时修改、补充立法,致使立法滞后而表现出的缺陷。总的说来,现行婚姻法的缺陷主要表现为如下方面:

1. 亲属关系通则立法的不足,除在婚姻法这一基本法层次上,未对亲属关系作出通则性规定,明确规定亲属的概念和种类、亲属关系的发生、消灭和效力,以及近亲属的范围外,还存在的不足有:一是以“代”作为计算亲属关系亲疏远近的单位不科学;二是未将

直系姻亲纳入近亲属范围,调整的范围较窄。

2. 结婚制度立法的不足,主要有:一是禁止结婚的亲属范围较窄;二是禁止结婚的疾病规定较笼统且立法太分散;三是结婚登记制度公示性不强;四是未设立全面系统的无效婚姻制度(虽1994年2月1日施行的《婚姻登记管理条例》有所规定)。

3. 夫妻关系法立法的不足,可分为两个方面:

(1) 夫妻人身关系法之不足主要有:一是对夫妻同居关系未予规定,缺乏夫妻互负同居义务和忠实义务的条款;二是对夫妻生育权未予规定,缺乏夫妻享有平等的生育权及应正确行使生育权的条款;三是对夫妻日常家事代理权未予规定,缺乏夫妻日常家事代理权的相应条款。

(2) 现行夫妻财产制立法之不足主要有:一是我国夫妻财产制缺乏通则性夫妻财产关系的一般规定;二是我国夫妻财产制种类较少且结构不完整;三是我国夫妻财产制内容粗略且有的已经过时。

4. 离婚制度立法的不足,可分为以下方面:

(1) 我国登记离婚制度立法的不足,主要有:一是登记离婚的条件过于简略;二是未规定离婚考虑期;三是对违法登记离婚的效力未予明确具体规定。

(2) 我国判决离婚法定条件立法的不足,以“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的法定条件,存在不科学、不合理、可操作性差等缺陷。

(3) 离婚后父母对未成年子女监护权问题,立法尚存缺陷:离婚后父母对未成年子女监护权行使采用单方行使原则,已不符合新形势下父母的需要;未规定法院确定离婚父母何方行使未成年子女监护权应考虑的基本情形,不便于执法;未规定未与子女共同生活的父母一方享有与子女交往(包括探视)的权利。

(4) 尚未建立离婚损害赔偿制度,不能适应新形势的需要,离

婚时不能依法追究过错配偶一方违法侵害他方配偶合法权益的责任。

5. 亲子法立法的不足,主要有以下方面:一是未规定婚生子女的推定和否认制度;二是未规定非婚生子女的准正和认领制度;三是对继父母与继子女形成扶养关系的条件无具体规定;四是未规定人工生育子女的法律地位;五是未规定亲权制度。

6. 监护制度立法的不足,主要有以下方面:一是关于监护的种类,未规定遗嘱指定监护;二是关于监护的开始,在正式监护开始前,尚无谁出任临时监护人的规定;三是关于监护人的资格,未具体规定消极条件,且积极条件的规定也不够全面;四是关于监护的拒绝或辞退的法定事由、及无正当理由拒绝出任监护应承担的法律责任,未作规定;五是关于监护人的职责和报酬,未作具体规定;六是关于监护人的范围,将单位、村(居)民委员会等社会组织作为监护人不够科学;七是关于监护监督机关,立法尚属空白;八是关于监护的变更和终止的原因、程序,以及监护变更或终止后监护人的义务,未予具体规定。

7. 扶养制度立法之不足,主要有仅规定了亲属扶养主体(权利人和义务人)的范围和内容,而对扶养的顺序、程度和方式等均未作规定,存在立法空白,并且扶养主体范围过窄等。

由上述可见,为从根本上改变现行婚姻法之滞后现象,必须针对其不足进行修改、补充和完善,这是新形势下调整婚姻家庭新情况提出的迫切要求。

### (三)现行婚姻法修订的基本思路

党的十五大提出了“依法治国,建设社会主义法制国家”的基本治国方略。依法治国就是要把国家的政治、经济及社会生活纳入法制化的轨道。依法治国的重要标志之一,就是要有一系列完备的法律,形成一个配套的完备的社会主义法律体系。当前中国婚姻法的修改、补充和完善,正是这一立法总任务不可缺少的重要

组成部分。现行婚姻法修订的基本思路,就是要适应社会主义市场经济新形势的需要,更全面地调整婚姻家庭关系。为此,必须坚持遵循我国宪法的基本原则和精神;必须明确婚姻家庭法将成为我国今后出台的民法典的组成部分,婚姻家庭法的有关规定必须符合民法的基本原则;必须坚持从中国实际出发,借鉴外国立法先进经验;必须具有可操作性,才能更好地发挥法律的预防、引导作用;必须具有一定的前瞻性,使我国新婚姻家庭法反映时代精神,才能适应我国婚姻家庭关系的发展趋势。

## 第二节 婚姻家庭法的立法 宗旨与基本原则

### 一、婚姻家庭法的立法宗旨

婚姻家庭关系是以两性结合和血缘联系为特征的社会关系。在现代社会,婚姻家庭仍然是社会的细胞。婚姻家庭仍担负着性生活职能、人口再生产职能、物质生产职能、教育职能、保障职能和精神生活职能。尽管随着社会的经济发展和文明进步,人们的婚姻家庭观念发生了很大变化,性生活职能和精神生活职能在婚姻家庭中越来越受到重视,夫妻感情对于婚姻家庭关系的维系起着越来越重要的作用,但是,家庭仍然是人口再生产的基本单位,担负着抚育子女的重任;社会化大生产使家庭的物质生产职能在逐渐弱化,但无论是发达国家或发展中国家仍有相当一部分家庭(尤其是农村家庭)承担着物质生产的职能;社会教育力量的加强使家庭的教育职能在削弱,但父母仍然是子女的第一任教师;社会保障制度的建立和完善使家庭的保障职能在逐渐减少,但家庭仍是大

多数人生活最基本的单位,其生老病死都与家庭成员的互相关心、互相扶助息息相关。正如我国著名社会学家费孝通先生在论及婚姻的意义时明确指出的:“婚姻是人为的仪式,用以结合男女为夫妇,在社会公认之下,约定以永久共处的方式来共同担负抚育子女的责任。”“我们似乎不应把限制两性关系视作婚姻的基本意义。婚姻之外的两性关系之所以受限制,还是因为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稳定的因素。”<sup>①</sup>

在外国,有的学者通过考察前工业化以来,欧洲不同类型的家庭及其变化过程,探索当代家庭的现状及发展趋势,提出:“日益增长的离婚率,日益下降的结婚率,越来越多的独居者和类似婚姻的非法的生活共同体构成一种发展趋势……这种趋势称为合法婚姻重要性的削弱。一方面,在‘后工业’社会中,婚姻对成年人两性关系占有的垄断地位大大削弱;另一方面,考虑子女的利益仍是赞同婚姻的最有力的证据。上文概述的与婚姻和家庭不同的别样生活方式还局限在少数人,局限在年轻人身上,大多数人仍然生活在传统的婚姻家庭形式中。”“家庭生产着经济制度本身无法‘自发’产生的劳动和勤奋工作的动机……不断地通过日复一日劳动力的恢复,通过新的劳动力和消费者的再产生,产生出社会的阶级和阶层特有的结构。”因而“可以说,在目前的历史阶段中,婚姻和家庭还没有完全失去规定力量,没有完全失去其在实际上别无选择的地位。”<sup>②</sup> 而美国著名社会学家古德早在20世纪60年代就指出:“在现代工业社会中,家庭只是整个社会结构的一小部分。不过,家庭在这种社会中也仍处于关键地位,特别是将个人与其他社会机构

---

① 费孝通:《乡土中国 生育制度》,124、125页,北京大学出版社,1998。

② 参见[奥地利]赖因哈德·西德尔:《家庭的社会演变》,240~243页,商务印书馆,1996。



如教会、国家或经济机构联系起来。假如没有这个看来原始的社会机构所作出的贡献,现代社会就会崩溃,这是确实无疑的……社会是通过家庭来取得个人对社会的贡献。反之,家庭也只有在大社会的支持下,才得以继续生存下去。”“家庭如何履行其职责,这是与其他社会成员利害攸关的大事……对绝大多数个人来说,都有必要建立家庭,抚养子女,相互支持,相互帮助……即使在我们这个离婚率很高的社会里,成百万人不满意自己的婚姻,或因离婚而受到伤害,但他们却仍然会再婚。这说明,人们在慎重考虑了各种选择之后,认识到家庭……仍然会给个人提供更多的好处,而外界社会也会支持这一举动。”<sup>①</sup>

总之,在当代社会,婚姻家庭仍然是社会的基础,婚姻家庭关系的稳定不仅涉及婚姻当事人和子女的利益,而且涉及社会的稳定和发展。正因为家庭对个人、对社会都具有重要意义,为了巩固和维持婚姻生活共同体,保障家庭成员的生存和发展,使人类社会能够不断延续,现代社会的婚姻家庭法以保护婚姻家庭为其立法宗旨。保护婚姻家庭仍是现代各国婚姻家庭法的重要使命。现代各国正是通过婚姻家庭法律制度,教育、引导婚姻家庭当事人依法建立婚姻关系,享受婚姻家庭的权利,并自觉履行婚姻家庭的义务,以法律手段保障婚姻家庭当事人的合法权益,预防、制止侵害婚姻家庭当事人合法权益的违法行为,以维护婚姻家庭关系的稳定,促进社会生产和经济发展,推动社会的文明进步。

## 二、中国婚姻法的基本原则

中国婚姻法的基本原则,反映了保护婚姻家庭的立法宗旨,它既是我国婚姻家庭法立法的基本指导思想和根本准则,也是我国

---

<sup>①</sup> 参见[美]威廉·J·古德著,魏章玲译:《家庭》,4、5、16、17页,社会科学文献出版社,1986。

司法机关解释和执行婚姻家庭法的重要依据。即有关婚姻家庭的任何立法必须坚持以基本原则为指导,不得与基本原则相违背;并且,“原则支配适用”。<sup>①</sup>在司法实践中,法律有明文规定的应按法律执行,法无明文规定的则应按基本原则的精神执行。

我国现行《婚姻法》第2条规定:“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、儿童和老人的合法权益。实行计划生育。”第3条规定:“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”这些规定即是我国《婚姻法》的五项基本原则及保障基本原则实施的禁止性规定。

#### (一)婚姻自由原则

婚姻自由,是我国宪法赋予公民的一项基本权利,也是我国婚姻法的一项重要基本原则。贯彻实施这一原则,对于建立和巩固社会主义婚姻家庭关系,具有十分重要的作用。

婚姻自由作为一项法律原则,不是从来就有的,是人类进入阶级社会以来婚姻关系发展到一定阶段的产物。在古代社会,男女毫无婚姻自由。无论是在奴隶社会,还是在封建社会,婚姻的缔结和解除,都是关系结婚男女双方家族的大事。因此,古代社会的男女结婚、离婚都毫无自由。法律将主婚权赋予男女各方的家长或父母,婚姻当事人本人没有结婚的自由。“父母之命、媒妁之言”是古代缔结婚姻的合法形式。在离婚问题上,古代法律赋予男子较多的离婚特权,男子有权休妻、出妻,而妻子一般无提出离婚的权利。在欧洲中世纪,基于教会法甚至实行禁止离婚主义,当事人根本没有离婚自由权。

婚姻自由是资产阶级革命的产物。资产阶级在反对封建主义的革命斗争中,提出了“自由、平等”的政治主张。婚姻自由也被宣

---

<sup>①</sup> 参见[日]大木夫著,范愉译:《比较法》,255页,法律出版社,1999。

布为一种“天赋人权”。资产阶级革命胜利后,1791年法国宪法规定:“法律视婚姻仅为民事契约。”1804年《法国民法典》明文规定:“未经合意不得成立婚姻。”并规定夫妻双方共同请求离婚的或一方基于法定离婚理由要求离婚的,法院得判决准予离婚。此后至今数百年间,许多国家的法律相继承认结婚自由和离婚自由,婚姻自由成为现代社会绝大多数国家的法律普遍承认的一项法律原则。

资产阶级提倡和实行婚姻自由,否定了婚姻“乃神作之合”的宗教教条,打碎了封建包办、买卖婚姻的桎梏,把婚姻缔结权从家长手中夺过来交给婚姻当事人本人;打破了“婚姻不可离异性”的神话,否定了男子专权离婚的特权,使那些不堪共同生活并具备法定理由的夫妻都有权提出离婚,这在人类婚姻史上是一个大进步。但在资本主义社会,私有制和男女不平等仍然存在,妇女的经济地位一般不如男子,无法消除妇女对男子的经济依附关系,婚姻自由往往难以真正实现。恩格斯曾指出:“结婚的充分自由……只有在消灭了资本主义生产和它所造成的财产关系,从而把今日对择偶还有巨大影响的一切派生的经济因素消除以后,才能普遍实现。到那时候,除了相互的爱慕以外,就再也不会会有别的动机了。”<sup>①</sup>

在我国社会主义社会,1999年修正后的《宪法》第6条规定:“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制……消灭人剥削人的制度。”这为我国男女实行婚姻自由奠定了社会经济基础。社会主义条件下的婚姻自由,是指婚姻当事人有权依照法律的规定,决定自己的婚姻问题,不受任何人的强制和干涉。婚姻自由的内容,包括结婚自由和离婚自由两个方面:前者是指婚姻当事人有权依照法律的规定,缔结婚姻关系的自由,不受任何人的强制和干涉。实行结婚自由,把结婚的决定权完

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》,第21卷,90页。

全交给婚姻当事人,从而使公民按照自己的意愿选择配偶,以组成幸福和睦的家庭。后者是指夫妻双方或一方基于婚姻关系破裂,无法共同生活时,有权依照法律规定的条件和程序,提出解除夫妻关系的请求。实行离婚自由,目的是使那些婚姻关系确已破裂的夫妻,通过法律规定的正当途径得到解除,既能解除当事人的痛苦,使其有可能重新建立美满的婚姻,也可以消除社会的不安定因素。从现实社会生活中看,离婚毕竟只是少数夫妻迫不得已的行为。因此,就结婚自由和离婚自由两个方面而言,结婚自由是主要的,离婚自由是结婚自由的必要补充。我们要坚持保障离婚自由,反对轻率离婚。只有当婚姻关系确已破裂,夫妻难以共同生活时,才允许使用离婚这一法律手段。

理解社会主义的婚姻自由应把握以下几点:

1. 婚姻自由是法律赋予公民的一项人身权利。婚姻自由权作为一项人身权具有专属性,只能由婚姻当事人本人行使。这是基于社会主义社会要求公民建立起以爱情为基础的婚姻,因此,公民结婚、离婚都必须由当事人自己作主,当事人一方不得对他方加以强迫,任何第三者也不得加以干涉。

2. 婚姻自由权的行使必须依法进行。在阶级社会,自由是一个相对的概念,任何阶级的自由都是一种有限制、有条件的自由,绝对的自由是没有的。婚姻自由也不例外,婚姻自由是相对的自由。我国《宪法》第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”基于保护婚姻家庭的立法宗旨,法律要求婚姻当事人以对本人、对配偶、子女及家庭负责的态度行使婚姻自由权,不允许滥用婚姻自由权利,随心所欲地想结婚就结,想离婚就离,损害配偶、子女和社会的利益。因此,我国《婚姻法》明确规定了结婚的条件和程序、离婚的条件和程序。公民行使婚姻自由权利,无论是结婚还是离婚,都必须依照法律规定的条件和程序进

行,才能受到法律的保护。

3. 我国社会主义制度为实现婚姻自由提供了各种保障。在社会主义条件下,坚持男女平等原则,男女都是国家的主人,平等地参与政治生活,为婚姻自由提供了可靠的政治保障;在以社会主义公有制为主体的经济制度下,男女都平等地参加社会生产劳动,实行男女同工同酬,尽力消除几千年来妇女对男子的经济和人身依附,为妇女行使婚姻自由权提供了经济保障。社会主义法律为实现婚姻自由提供法律保障。我国《宪法》第49条规定,“禁止破坏婚姻自由。”《民法通则》第103条规定:“公民享有婚姻自主权……”我国《婚姻法》根据宪法、民法通则规定的精神,将婚姻自由作为一项重要的基本原则。为了保障这一基本原则的贯彻实施,特别规定了禁止包办、买卖婚姻,禁止其他干涉婚姻自由的行为,禁止借婚姻索取财物。我国刑法规定,以暴力干涉他人婚姻自由的行为为犯罪。可见,我国公民的婚姻自由权受到各部门法的严密保护。

保障婚姻自由原则实施的禁止性规定。我国《婚姻法》第3条规定:“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。”包办婚姻,是指包括父母在内的第三者,违背婚姻自由原则,包办强迫他人婚姻的行为。买卖婚姻,是指包括父母在内的第三者,以索取大量财物为目的,包办强迫他人婚姻的行为。包办婚姻与买卖婚姻是两个既有联系又有区别的概念。两者的联系在于:从行为主体看,进行包办、买卖婚姻的行为主体都是婚姻当事人以外的第三人,如当事人的父母或其他第三人;从行为手段和性质看,都违背当事人双方或一方的意愿而采用强制手段迫使当事人结婚,是违背婚姻自由原则的违法行为。两者的区别在于:第三者是否以索取大量财物为目的,包办婚姻不以索取大量财物为目的,而买卖婚姻必定以索取大量财物为目的。因此,包办婚姻不一定是买卖婚姻,而买卖婚姻必然是包办强迫的。其他干涉婚

姻自由的行为,是指第三者阻挠他人婚姻自主的行为。其表现形式有父母干涉子女结婚,子女干涉父母再婚、亲族干涉寡妇再婚、干涉非近血亲的同姓的男女结婚、干涉他人离婚、复婚等。

包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为的处理。对于包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为,有关部门和人民法院应依法分别情况,予以处理。对于包办、买卖婚姻关系的处理,如包办、买卖婚姻已经领取结婚证的,受害人及其近亲属可以根据1994年2月1日颁布的《婚姻登记管理条例》第25条规定,向婚姻登记机关提出申请,由婚姻登记机关宣布婚姻登记无效,收回结婚证。对包办、买卖婚姻的违法行为人可处以200元以下罚款;也可以向人民法院起诉,要求宣布婚姻无效。对于包办、买卖婚姻关系的财物处理,对于包办、买卖婚姻的第三者索取的财物,离婚时由人民法院依法收缴,上交国家。

借婚姻索取财物,是指婚姻当事人一方向对方索要一定的财物作为同意结婚先决条件的行为。在我国现实生活中,通常是女方向男方案要财物,有时女方的父母也向男方案要一定的财物,否则便不同意女儿与对方结婚。借婚姻索取财物区别于买卖婚姻主要有两点:一从索要财物的主体看,借婚姻索取财物一般是婚姻当事人一方索要财物,买卖婚姻是第三者索要财物;二从婚姻关系的性质看,借婚姻索取财物,婚姻当事人双方自愿结婚,无包办强迫行为,属于自主婚姻性质,买卖婚姻中的结婚男女一方或双方不愿结婚,由第三者强迫结合,属于非自愿婚姻性质。对借婚姻索取财物行为的处理,应按1993年11月3日最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第19条的规定:“借婚姻关系索取的财物,离婚时,如结婚时间不长,或因索要财物造成对方生活困难的,可酌情返还。对取得财物的性质是索取还是赠与难以认定的,可按赠与处理。”

## (二)一夫一妻制原则

一夫一妻制是我国婚姻法规定的基本原则。贯彻执行这一原则,对于保障男女平等和保护妇女、儿童合法权益,有着重要的意义。

一夫一妻制是人类进入阶级社会以来确立的婚姻制度。但在私有制社会中,其一夫一妻制往往是名不符实的,是公开的或隐蔽的一夫多妻制。在我国社会主义制度下,婚姻法明确规定了一夫一妻制原则,但由于历史原因和社会主义初级阶段经济发展水平的限制,现实生活中仍存在一些公开的或隐蔽的违反一夫一妻制的现象。我们必须明确实行一夫一妻制原则的必要性和合理性。首先,实行一夫一妻制符合婚姻的本质。在我国社会主义社会,提倡建立以爱情为基础的婚姻,必然要求实行名实相符的一夫一妻制。恩格斯曾指出:“既然性爱按其本性来说就是排他的……那末,以性爱为基础的婚姻,按其本性来说就是个体婚姻。”<sup>①</sup> 所以,只有实行一夫一妻制,才能保证夫妻感情专一,真诚相爱,同心协力抚育子女,承担对家庭和社会的责任。一夫一妻制符合婚姻这一伦理实体的本质要求。如果实行一夫多妻或一妻多夫制,必然会使夫妻互相忌妒,不利于社会主义婚姻家庭的稳定。其次,实行一夫一妻制是保障公民建立婚姻家庭生活的客观要求。在人类社会,人口总量中两性比例受自然规律的调节。除战争、瘟疫、人口流动、自然灾害等原因外,人口的两性比例一般都是大体平衡的。只有实行一夫一妻制,才能保证每个公民成年后有可能择偶婚配,建立婚姻家庭生活。如果实行一夫多妻或一妻多夫制,必然会使一部分男性或女性成年后无法寻求配偶而被迫独身,往往会造成两性冲突和违法犯罪的发生。第三,实行一夫一妻制是实现男女平等、保护妇女和子女的合法权益的必要条件。在封建社会的家庭中,实行男尊女卑、夫权统治,一夫多妻制是其必然要求。在社

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》,第21卷,95页。

会主义制度下,只有实行一夫一妻制,才能进一步提高妇女的家庭地位,保护妇女和子女的合法权益,实现男女平等。如果实行一夫多妻制,又会使广大妇女沦为男子的附庸,充当男性的玩物,子女因嫡庶而地位不同,这既不利于男女平等的实现,也不利于保护妇女和子女的合法权益。

为了保障一夫一妻制的贯彻实施,我国婚姻法和其他有关法律,明文规定禁止重婚、姘居和其他破坏一夫一妻制的行为。重婚是指有配偶又与他人结婚或以夫妻关系共同生活,或明知他人有配偶而与之结婚或以夫妻关系共同生活的行为。重婚根据其是否办理结婚登记,可分为法律上的重婚和事实上的重婚。法律上的重婚,是指双方或一方有配偶的男女,办理了结婚登记而形成的重婚。事实上的重婚,是指双方或一方有配偶的男女,未办结婚登记,而以夫妻名义同居生活而形成的重婚。根据我国有关司法解释规定:“新的《婚姻登记管理条例》(1994年1月12日国务院批准,1994年2月1日民政部发布)发布施行后,有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的,或者明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活的,仍应按重婚罪定罪处罚。”<sup>①</sup>

重婚是破坏一夫一妻制的行为。重婚构成重婚罪的,应依照刑法的有关规定处以刑罚,但法律另有规定的除外。如去台人员因历史原因造成的重婚、妇女因被拐卖形成的重婚等,可以不按重婚罪论处。凡是重婚案件,无论是否追究重婚罪,除因历史原因而形成的重婚外,在民事上人民法院都应当宣布重婚关系无效。如属办理了结婚登记的重婚关系,可以由婚姻登记机关宣布无效。

禁止其他破坏一夫一妻制的行为。在现实生活中,除重婚外,

---

① 《最高人民法院关于〈婚姻登记管理条例〉施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复》(1994年12月14日法复[1994]10号文件)。



还有姘居、通奸、卖淫嫖娼等破坏一夫一妻制的行为,都应依法予以禁止和严肃处理。姘居,是指双方或一方有配偶的男女,不以夫妻名义公开同居生活的行为。姘居是破坏一夫一妻制的行为,应依法给予处理。对与现役军人配偶同居(即姘居)的,应按我国刑法有关规定,以破坏现役军人婚姻罪处以刑罚。对其他姘居关系,根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部 1983 年 7 月 26 日《关于重婚案件管辖问题的通知》第 3 条规定:“公安机关发现有配偶的人与他人非法姘居的,应责令立即结束非法姘居,并具结悔过,屡教不改的,可交由其所在单位给予行政处分,或者由公安机关酌情予以治安处罚,情节恶劣的,交由劳动教养机关实行劳动教养。”通奸,是指双方或一方有配偶的男女,秘密自愿发生两性关系的行为。除明知是现役军人的配偶而与之长期通奸,造成军人婚姻关系破裂的严重后果的,应按破坏现役军人婚姻罪处以刑罚外,对于一般通奸行为,应由有关部门给予批评教育或行政处分。

### (三)男女平等原则

男女平等原则是我国《婚姻法》规定的一项基本原则,坚持贯彻这一原则,对于保护妇女合法权益,有着十分重要的意义。男女平等,有广义的男女平等和狭义的男女平等之分。广义的男女平等是指男女两性在政治、经济、文化、社会生活及婚姻家庭等各方面享有平等的权利,承担平等的义务。狭义的男女平等,仅仅是指男女两性在婚姻家庭领域享有平等的权利,承担平等的义务。我国婚姻法中的男女平等,属于狭义的男女平等,其主要表现如下:

1. 夫妻在家庭中地位平等。现行婚姻法第 9 条规定:“夫妻在家庭中地位平等。”这是我国婚姻法对夫妻地位所作的原则性规定。其内容包括夫妻人身关系和夫妻财产关系两个方面。夫妻人身关系的平等,包括夫妻平等地享有独立的姓名权、夫妻平等地享有选择婚姻住所权、夫妻平等地享有人身自由权、夫妻平等地承担实行计划生育的义务。夫妻财产关系的平等,包括夫妻平等地享

有夫妻共同财产的所有权、夫妻平等地享有夫妻扶养权、夫妻平等地享有配偶继承权。

2. 不同性别的家庭成员在家庭中地位平等。在我国家庭中,除夫妻外,一般还有父母和子女,有的家庭还有祖父母与孙子女、或外祖父母与外孙子女、及兄弟姐妹等家庭成员。这些家庭成员无论男性、女性都平等地享受权利和承担义务。其内容包括,父母有平等地抚养教育子女的义务、子女有平等地赡养父母的义务、父母子女有互相继承遗产的权利。在一定条件下,祖孙之间、兄弟姐妹间也平等地互负扶养义务,他们之间也平等地享有遗产继承权。

男女两性在婚姻家庭中的地位,是平等关系还是尊卑、主从关系,归根结蒂取决于一定的社会制度。在原始社会,原始公有制经济,决定了男女两性是一种朴素的平等关系。进入阶级社会后,在奴隶社会和封建社会,私有制经济决定了男子掌握了家庭的一切权利,实行公开的男尊女卑、夫权统治,男女两性在家庭中无任何平等可言。资产阶级在反封建斗争中提出了男女平等的主张,并在夺取政权后,将男女平等作为一项法律原则写入了法典,规定了不少反映男女平等的条文。如1804年《法国民法典》第212条规定:“夫妻互负忠实、帮助、救援的义务。”离婚后“子女不问其托付予何人监护,父母均保有对于子女抚养与教育的监督权”(第303条)。但是,在资本主义私有制经济条件下,妇女的经济地位往往不如男子。即使在当今发达的资本主义国家,夫妻的经济收入事实上仍存在一定差距,影响着夫妻家庭地位实质上的平等。例如,据路透社1999年7月14日报道,占美国劳动力45%左右的妇女,其平均收入仅为男子收入的75%,其中黑人妇女只有男子的65%……受过高等教育的妇女的工资只相当于男子工资的76%。妇女还是美国严重的家庭暴力的主要受害者。据美国司法部估计,美国每年至少要发生420万起家庭暴力犯罪案件,其中95%的

受害者是妇女。<sup>①</sup>

中国社会主义制度的建立,为实现男女平等创造了条件。中国共产党历来都把妇女解放,实行男女平等作为无产阶级革命的重要组成部分。早在民主革命时期制定的婚姻家庭法中,就将男女平等作为一项基本原则固定下来,在民主革命根据地得到广泛实施。新中国建立后,根据宪法规定的男女平等原则,婚姻法重申了男女平等原则,并进一步在婚姻家庭关系中作出具体规定,以法律手段保障男女平等的实现。随着我国社会主义革命和建设的发展,广大妇女已经成为我国现代化建设中一支不可缺少的主力军,1998年我国女性从业人员为34067万人,占社会总从业人员的48.7%,高于世界34.4%的比例。世界上妇女工资达到男子80%以上的国家只有五个,中国妇女收入是男子收入的80.4%。<sup>②</sup>在我国政治、经济、文化、科学技术、医疗卫生等各条战线,广大妇女与男子并肩工作,充分发挥自己的聪明才智,妇女的经济地位显著提高,为在婚姻家庭领域实现男女平等创造了有利条件。但我们也要看到,我国妇女的经济收入与男子相比仍存在一定差距,封建社会遗留的男尊女卑、夫权统治等思想的残余仍在一些人的头脑中存在。在有些家庭中,丈夫的夫权思想严重,不能平等地对待妻子,有的甚至采取暴力手段伤害、虐待妻子;遗弃生女孩的妻子及女婴;剥夺、限制妇女在家庭中应该享有的合法权益等。因此,为彻底贯彻男女平等原则,我们必须在进一步发展社会经济,提高妇女的经济地位的同时,与婚姻家庭领域的封建残余思想和违法行为作斗争。

#### (四)保护妇女、儿童和老人合法权益原则

保护妇女、儿童和老人合法权益,是我国婚姻法的一项基本原

① 参见中国国务院新闻办公室2000年2月27日:《1999年美国的人权纪录》。

② 参见中国国务院新闻办公室:《中国人权发展50年》。

则,体现了党和国家对妇女、儿童和老人的特别关怀。贯彻这一原则,对于实现男女平等、建立尊老爱幼、团结和睦的婚姻家庭关系具有十分重要的意义。

1. 保护妇女合法权益。保护妇女合法权益的意义主要有三:第一,这是对男女平等原则的必要补充。中国经历几千年的奴隶社会、封建社会,广大妇女处于社会的最底层,深受政权、族权、神权和夫权的压迫,社会地位和家庭地位十分低下。新中国成立后,党和国家采取了一系列社会改革措施,提高了妇女的地位。但是,旧社会遗留下来的男尊女卑、夫权统治等封建思想残余并未完全清除,歧视妇女、侵犯妇女合法权益的现象依然不同程度地存在。在婚姻家庭中,父母包办女儿的婚姻,阻碍妇女参加工作学习,剥夺妇女的财产继承权或妻子享有的夫妻共同财产份额,虐待妇女,拐卖妇女,遗弃女婴等违法犯罪行为仍时有发生。因此,法律必须对妇女给予特殊保护,才能真正实现男女平等。第二,这是妇女生理因素的要求。男女两性的生理差异,决定了妇女在体力上普遍低于同龄男子。妇女负担着怀孕、生育和哺育子女的任务,身体负担和精神负担较男子为重。因此,法律应对妇女权益给予一定的特殊保护,以照顾妇女生理因素的要求。第三,这是充分发挥妇女在社会主义革命和建设中的作用的需要。妇女占我国人口的半数,是社会主义革命和建设一支重要的力量。保护妇女在婚姻家庭的合法权益,有利于发挥妇女的聪明才智,调动妇女参加社会主义现代化建设的积极性。

现行婚姻法和妇女权益保障法对妇女在婚姻家庭方面合法权益的规定,主要有:国家保障妇女享有与男子平等的婚姻家庭权利,国家保护妇女的婚姻自主权;妇女有按照国家规定实行计划生育的权利,也有不生育的自由;女方在怀孕、分娩后一年内或按计划生育要求中止妊娠的,在手术后六个月内,男方不得提出离婚;妇女对夫妻共同财产享有与其配偶平等的占有、使用、收益和处分

的权利；父母双方对未成年子女享有平等的监护权；国家保护离婚妇女的房屋所有权；妇女结婚、离婚后其责任田、口粮田和宅基地等，应当受到保障；妇女享有与男子平等的财产继承权等。妇女在婚姻家庭中的合法权益不容侵犯。否则，将受到法律的制裁。

2. 保护儿童合法权益。保护儿童合法权益通常是指保护未成年人的合法权益。儿童是祖国的小主人，是社会主义、共产主义事业的接班人。法律对儿童的合法权益进行特别保护，使他们在德、智、体、美、劳各方面得到全面健康成长。在社会主义国家，保护儿童合法权益不仅是国家的责任，也是父母及其他家庭成员应尽的法律义务。在旧中国，礼和法律极力维护“父为子纲”，子女从属于父母、家长，只能惟家长之命是从，他们的权益得不到法律应有的保护。非婚生子女、继子女的命运更为悲惨，不仅受到社会的歧视，而且更受到父母及其他家庭成员的虐待或遗弃。新中国成立后，儿童的合法权益受到了宪法、婚姻法、未成年人保护法等多方面法律的全面保护，使儿童在家庭中的权利有了可靠的法律保障。

现行婚姻法和未成年人保护法对未成年人的家庭保护规定，主要内容有：父母或者其他监护人应当依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务，不得虐待、遗弃未成年人；不得歧视女性未成年人或者有残疾的未成年人；禁止溺婴、弃婴；必须使适龄未成年人按照规定接受义务教育；应当以健康的思想、品行和适当的方法教育未成年人；不得允许或者迫使未成年人结婚，不得为未成年人订立婚约；父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害未成年人的合法权益的，应当依法承担责任等。

3. 保护老年人合法权益。尊敬老人是中华民族的传统美德。老年人为我国社会主义革命和建设事业付出了辛勤劳动，贡献了毕生精力，为社会创造了财富。在家庭中他们也为培养后代和建设家庭操劳一生，履行了应尽的义务。因此，当他们年老丧失劳动能力时，理应受到社会和后代的尊重，使他们幸福、愉快地安度

晚年。

现行婚姻法和老年人权益保障法对老年人在家庭中合法权益的规定,主要有:老年人养老主要依靠家庭,家庭成员应当关心和照料老年人。父母或者祖父母、外祖父母在年老、丧失劳动能力、生活困难时,子女或者孙子女、外孙子女有赡养扶助的义务。赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务,照顾老年人的特殊需要。赡养人不履行赡养义务,老年人有要求付给赡养费的权利,并可以向人民法院提起诉讼。人民法院对老年人追索赡养费或者扶养费的申请,可以依法裁定先予执行。禁止歧视、侮辱、虐待或者遗弃老年人。老年人的婚姻自由受法律保护。老年人有权依法处分个人的财产。老年人有依法继承父母、配偶、子女或者其他亲属遗产的权利,有接受赠与的权利。暴力干涉老年人婚姻自由或者对老年人负有赡养义务、扶养义务而拒绝赡养、扶养,情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任等。

#### (五) 计划生育原则

实行计划生育是我国的一项基本国策,我国《婚姻法》第2条和第12条分别规定:“实行计划生育。”“夫妻双方都有实行计划生育的义务。”计划生育是指对人们的生育实行计划化,做到有计划地生育子女,调节人口增长速度,提高人口质量。计划生育包括两个方面:一是调节人口增长速度,根据人口状况的多少,或者是节制生育,有计划地降低人口发展速度;或者是鼓励生育,有计划地提高人口发展速度。二是提高人口质量,实行优生、优育。目前我国实行的计划生育是以控制人口数量增长,提高人口质量为主要内容的。

实行计划生育的必要性和意义在于:第一,实行计划生育是物质生产和人口生产必须保持一定比例的客观规律的要求。恩格斯指出:“生产本身有两种,一方面是生活资料即食物、衣物、住房以及由此所必需的工具的生产;另一方面是人类自身的生产,即种的

繁衍。一定历史时代和一定地区内的人们生活于其下的社会制度,受着两种生产的制约。”<sup>①</sup> 即物质生产和人口生产两种生产都是人类为了生存和发展所进行的最基本的生产活动。人类为了生存和发展,必须通过人的劳动从自然界获取必需的物质资料。人类为了延续,必须通过生育后代,生产新的劳动力。即两种生产是互为条件的,必须保持一定的比例,两种生产才能顺利进行。如果人口生产速度较大地超过物质资料生产的速度,就会出现生产资料和生活资料匮乏,阻碍社会生产力发展。反之,如果物质资料生产速度较大地超过人口生产的速度,就会出现劳动力不足,造成自然资源不能有效利用,不利于社会生产力发展。因此,根据生产力发展水平,有计划地调节人口增长速度,这是两种生产必须保持相适应比例的客观规律的要求。第二,实行计划生育是我国国情的需要。在旧中国剥削阶级统治压迫下,社会生产力极不发达,人民生活十分贫困。人口生产一直呈高出生率高死亡率的情况,人口增长速度极为缓慢。新中国成立后,人民作了国家的主人,社会生产迅速发展,人民的物质文化生活水平逐步提高。但我国是一个发展中国家,底子薄,基础差,自然资源有限,在一定时期内由于在人口政策上的失误,我国人口增长速度大大地超过了物质生产发展速度,给我国现代化建设造成了极大的障碍。我国自70年代推行计划生育以来的20多年间,控制人口增长数量,提高人口质量,提倡晚婚、晚育、优生、优育,取得了巨大成效,少生了三亿多人,使12亿人口日推迟了9年,节约了大量抚养费用,为发展国民经济积累了所需的资金,推进了社会主义现代化建设,人民的物质文化生活水平进一步提高,综合国力有所增强。但巨大的人口基数和生育高峰的惯性,我国每年出生的人口仍有一千多万人。因此,必须继续实行计划生育。

---

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》,第21卷,29页。

当前,我国正处于第三次人口生育高峰,60年代和70年代初出生的人口已进入结婚生育期,每年将有二千多万男女结婚和生育。根据我国目前的人口状况,我国计划生育的基本要求,仍然是有计划地限制人口数量,提高人口素质,提倡晚婚、晚育、少生、优生。即全国除人口稀少的某些少数民族地区外,普遍实行以降低人口增长速度、控制人口数量、提高人口素质为主要目标的计划生育。其基本要求是:少生、优生、优育和适当晚婚、晚育。这一要求的具体内容是:提倡一对夫妻只生一个孩子;合理安排和严格控制二胎生育;禁止非婚生育和无计划生育;对于人口稀少的少数民族,按有关政策规定对其生育的限制可以适当的放宽。

违反计划生育原则的法律责任。由于封建残余思想的影响,我国有些人在生育问题上存在着“多子多福”、“重男轻女”、“传宗接代”的陈腐观念,严重地阻碍着计划生育原则的贯彻实施,违反这一原则要求的行为时有发生。当前,在市场经济的新形势下,开展计划生育工作,应当继续坚持《中国计划生育工作纲要(1995年—2000年)》的规定:“坚持全面贯彻现行计划生育政策,保持政策的稳定性和连续性,把计划生育纳入法制化轨道。在继续完善社会制约机制的同时,积极运用经济手段,加强利益导向机制,引导群众少生、快富、奔小康。”“坚持国家指导与群众自愿相结合,贯彻宣传教育为主、避孕为主、经常工作为主的计划生育工作方针”。<sup>①</sup>在具体工作方式上要把计划生育工作与发展经济、帮助农民勤劳致富奔小康、建设精神文明幸福家庭结合起来。党的十五大明确提出了的依法治国的根本方略。我们要运用法律手段保障计划生育基本原则的贯彻实施,对违反计划生育的行为,有关机关应当分别不同情况,依法给予相应的处理。

---

<sup>①</sup> 参见:1995年1月14日经国务院批准颁布的《中国计划生育工作纲要(1995年—2000年)》。



### 三、中国婚姻法基本原则的增补建议

婚姻自由,一夫一妻,男女平等,保护妇女、儿童和老人合法权益,实行计划生育,这是中国婚姻法的五项基本原则,而禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为,禁止借婚姻索取财物,禁止重婚,禁止家庭成员间的虐待和遗弃,这是保障基本原则实施的四项禁止性规定,它们从正反两个方面反映了我国婚姻法保护婚姻家庭的立法宗旨,体现了我国广大人民群众的心愿和要求,是我国婚姻家庭法立法的基本依据,也是我国司法机关解释和执行婚姻家庭法重要准则。如前所述,随着我国社会经济、文化的发展,我国人民的物质生活水平有很大的提高,人们的婚姻家庭观念也发生了很大变化,其中文明、进步是我国婚姻家庭关系发展的主流,但是,我们也不能忽视目前我国婚姻家庭领域出现的一些不良现象,由于受资产阶级腐朽思想和封建残余的影响,目前我国一些地方重婚、纳妾、非法同居、婚外恋等现象增多,对婚姻家庭的稳定和社会秩序的安定,产生了较大的负面影响,离婚妇女的合法权益往往得不到保障,离异家庭子女的抚养、教育得不到妥善解决,家庭暴力呈上升趋势,并由此引发了女性犯罪的上升,以及离婚时夫妻财产纠纷有所增多等。我们必须针对这些情况的产生原因,进行综合治理,尤其是要完善立法,运用法律手段,保护婚姻家庭当事人的合法权益,并维护第三人的利益,以保障社会经济、生活秩序的稳定。面对新的形势,我国婚姻法的基本原则亟待补充、完善。

针对当前我国婚姻家庭方面最为突出的两个问题:一是家庭暴力在一些地区不断发生并有所上升;二是有些人滥用婚姻自由权利,插足破坏他人婚姻家庭的现象在有些地方不断增多,我们建议增补两项基本原则:一是禁止一切形式的家庭暴力原则;二是禁止滥用权利原则。

建议立法条款具体规定为:“婚姻家庭成员的人身权利受法律保护,禁止一切形式的家庭暴力。”“国家保护婚姻家庭。任何人都

应当尊重他人的婚姻家庭,行使任何权利不得违反法律和社会公共道德,不得侵害他人享有的婚姻家庭合法权益。”

(关于我国家庭暴力的现状、原因及其法律对策,参见附论:论预防和制止我国家庭暴力的法律对策;关于我国第三者插足破坏他人婚姻家庭的性质、危害及其法律对策,参见第五章第六节:建立我国离婚损害赔偿制度研究。)

### 第三节 当代婚姻家庭法变革的趋势

#### 一、婚姻家庭法的历史变迁

婚姻家庭法经历了漫长的发展过程,其经历的历史类型大体可分为:诸法合体时期的古代社会婚姻家庭法(即奴隶社会、封建社会的婚姻家庭法)、近现代资本主义国家的婚姻家庭法、以及社会主义国家的婚姻家庭法三种类型。

##### (一)古代社会的婚姻家庭法

由于古代社会小农经济生活条件的制约,古代婚姻家庭法“以家族为本位”是其特征。例如,无论是中国古代有关婚姻家庭的礼和法的规定,还是古罗马有关婚姻家庭的立法,均具有强烈的宗法性质,以维护夫权、父权、家长权为基本原则。我国古代婚姻家庭法具有婚姻不自由;男尊女卑、夫权统治;家长专制、漠视子女利益等特点,为保障整个家族的利益,维护古代社会政治、经济制度服务。<sup>①</sup>

##### (二)近代、现代资本主义国家的婚姻家庭法

在近代社会,资产阶级革命取得胜利后,为适应资本主义经济

<sup>①</sup> 参见杨大文主编:《亲属法》,10~14页,法律出版社,1997。

发展和资本主义社会化大生产的需要,资产阶级把反封建斗争中提出的“自由、平等”的口号,上升到立法中,基于资产阶级自由、平等的基本理念,资本主义国家的婚姻家庭法具有“以个人为本位”的特征。1804年《法国民法典》首开近代社会亲属法(婚姻家庭法)的先河,确立了婚姻自由、男女平等的资本主义亲属法原则。1804年《法国民法典》和1900年施行的《德国民法典》是大陆法系早期资本主义国家亲属法的典型代表,但其内容仍保留有一些封建残余。如1804年《法国民法典》对于婚姻自由仍设有不少限制,在结婚自由方面,规定年龄未满二十五周岁的男子和未满二十一周岁的女子结婚必须征得双方父母的同意;二十五周岁以上的男子结婚,必须经过每月一次、连续三次通过公证人向女方父母送交请求同意的要式“尊敬证书”(催请),而三十岁以上的男子结婚,也必须经过一次这样的催请。即其仍残留着家长制的传统。在离婚自由方面,实际上也通过复杂的程序加以限制,并明显地存在着男女差别。即使在丈夫通奸时,妻子也只能在丈夫已将姘妇留在共同居所的情况下,才能提出离婚。该法典还规定,对通奸的妻子处以三个月以上的拘禁,而在丈夫将姘妇留在共同居所的场合,也只处以100法郎以上2000法郎以下的罚金而已。因此,外国有学者尖锐地指出:“《法国民法典》尽管徒有离婚自由之名,其实很不彻底,对妇女明显不利。在此,显而易见地表明了《法国民法典》中的男子中心思想。”“个人主义尽管主张个人是自由平等的……即使在个人主义的原则下,女性也处于受男性的庇护之下。”而1900年1月1日施行的《德国民法典》,当时“期待委员们起草出立足于男女平等的婚姻法和夫妻财产法只能是无稽之谈。”<sup>①</sup>

英美法系各国的家庭法与法国、德国等大陆法系国家的亲属法,都是资本主义社会中亲属制度的表现形式,都“以个人为本位”

<sup>①</sup> 参见[日]大木夫著,范愉译:《比较法》,180、181、204页,法律出版社,1999。

为其立法特征,两者在立法原则和具体规定上有许多相同或者相似之处,但两者的立法体例形式有所不同。英美法系各国没有统一编制的民法典,其家庭法是由一系列单行法律、法规构成的,如结婚法、离婚法、家庭扶养法、已婚妇女财产法、收养法等,这些调整婚姻家庭关系的法律、法规都被视为私法,属于民法的组成部分。由于英国资产阶级革命的不彻底性,其婚姻家庭继承法方面保留有较多封建残余,如继续“承认封建社会继承法的形式,只是根据资产阶级的利益,逐步赋予其新的内容。”“表现在婚姻家庭法方面,就是其改革的缓慢、保守。”在结婚方面,直到1836年通过新的婚姻法承认不举行宗教仪式的“普通法式婚姻”,但同时又规定宗教婚仍为结婚的重要形式。长期以来离婚在英国是一件几乎不可能的事。尽管资产阶级革命后,议会于1660年曾颁布一项法令,使当事人在极端的情况下获得解除婚姻的可能,然而限制是很严格的。只有当事人一方犯有通奸且教会法院判予分居之后才准离婚。1857年英国通过《婚姻案件法》对离婚的规定有所松动,只要有夫妻一方通奸,无过错的一方便可申请离婚。1912年英国又增加几项离婚理由:虐待、遗弃三年以上;患有不可治愈的精神病五年以上;被告有强奸、鸡奸、兽奸行为等。1923年和1932年的《婚姻原因法》,确认了上述离婚理由,并规定离婚之诉原则上结婚三年内不得提起。与婚姻家庭法的发展相一致,1857年《婚姻案件法》废除了宗教裁判所的管辖权,设立离婚法院。1873年又将管辖权转交给高等法院。根据英国1950年婚姻法规定,高等法院对离婚、婚姻之无效、别居、抚养、同居之请求、婚生宣告等事件有管辖权。英国家庭法经过缓慢的发展变化,才实现了近、现代化的过程。<sup>①</sup>

英国家庭法对美国和英联邦中的各国有很大影响。美国大多

<sup>①</sup> 参见何勤华主编:《英国法律发达史》,322~324页,法律出版社,1999。

数州的家庭法源于英国普通法,但独立后的美国家庭法没有继受英国早期家庭法中的浓厚封建色彩。在原殖民地时期曾适用法国和西班牙法律的州,罗马亲属法的影响较大,特别是在财产制度上,这8个州仍适用夫妻共同财产制。美国早期的家庭法受英国普通法的影响,制定法与判例法并列,但是在现代,制定法已取代了判例法的地位,成为家庭法的主要构成部分。美国系联邦制国家,传统上家庭立法以州为本位,但近年来国会在其联邦法范围内也介入了家庭法领域,联邦法律对有关子女监护、子女抚养及其强制措施均作出了明确规定。此外,美国最高法院对有关流产、绝育、非婚生子女、收养、已婚妇女的法律地位等涉及宪法权利的案件享有管辖权。<sup>①</sup>

### (三)社会主义国家的婚姻家庭法

社会主义国家的婚姻家庭法是从原苏联“十月”革命胜利后产生的,它是社会主义国家调整婚姻家庭关系的法律规范的总和。社会主义国家的婚姻家庭法经历了两个发展阶段。第一个阶段以原苏联的苏维埃婚姻家庭法为代表。它首开将婚姻家庭法独立于民法之外的先河,因为,“对家庭来说,财产关系是次要的,有决定意义的是人身关系。同时家庭内财产关系也不同于民法所调整的那种财产关系或准财产关系。”<sup>②</sup>;第二个阶段是在第二次世界大战结束后,一系列社会主义国家诞生,包括中华人民共和国的建立,这些社会主义国家大多以原苏联婚姻家庭法为模式而相继颁布本国的婚姻家庭法,社会主义国家婚姻家庭法进入一个较大发展的时期。社会主义国家的婚姻家庭法反映社会主义公有制经济基础的需要,以保障全体人民婚姻家庭生活幸福为目的,它尤其注意照顾家庭成员中的弱者,“以弱者为本位”是其特征。社会主义

<sup>①</sup> 参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,1、2页,中国政法大学出版社,1999。

<sup>②</sup> 参见沈宗灵:《比较法研究》,385页,北京大学出版社,1998。

国家的婚姻家庭法彻底废除了旧的封建婚姻家庭制度,以婚姻自由;一夫一妻;男女平等;保护妇女和子女的合法权益为其基本原则。它坚持结婚自由、离婚自由,将婚姻的缔结和解除的权利完全交给当事人本人,不允许第三人干涉;摈弃了以男子为中心的封建法律传统,坚持夫妻在家庭中法律地位完全平等、父母子女等不同性别家庭成员的家庭地位完全平等;非婚生子女具有与婚生子女完全平等的法律地位;尤其注意照顾婚姻家庭中弱者的利益,给予妇女、儿童和老人以特殊的保护。即社会主义婚姻家庭法“以弱者为本位”,具有一定“社会法”的性质。例如,中华人民共和国1950年婚姻法第18条规定:“女方怀孕期间,男方不得提出离婚;男方要求离婚,须于女方分娩一年后,始得提出。但女方提出离婚的,不在此限。”根据该法第23条规定的精神,离婚时,女方婚前财产归女方所有;男方婚前财产和夫妻婚后所得的财产由双方协议,协议不成时,由人民法院根据财产具体情况、照顾女方及子女利益和有利于发展生产原则判决。同时,第24条还规定:“离婚时,原为夫妻共同生活所负担的债务,以共同生活时所得财产偿还;如无共同生活时所得财产或共同生活时所得财产不足清偿时,由男方清偿。男女一方单独所负债务,由本人偿还。”这是因为,我国妇女在解放前深受政权、族权、父权、夫权重重压迫,并且,当时绝大多数妇女无经济收入或者经济收入很低,所以,我国1950年婚姻法作出这些特殊照顾性的规定,以保护家庭成员中弱者的利益。这体现了社会主义婚姻家庭法的合理性和先进性。

## 二、当代婚姻家庭法变革的趋势

如前所述,早期资本主义国家的亲属法存在不少封建残余,而社会主义国家的婚姻家庭法从诞生时起就彻底摈弃了封建法律传统,确立了社会主义的婚姻自由、男女平等、保护妇女儿童合法权益等基本原则,较之前者更具有合理性和先进性。因此,当代婚姻

家庭法变革的趋势,我们主要从一些现代资本主义国家亲属法(家庭法)的修改来考察。随着人类社会的发展,尤其是第二次世界大战结束以来,现代社会的经济、生活条件和人们的婚姻家庭观念发生了很大变化,许多资本主义国家先后多次修改亲属法,摒弃原立法中的封建残余及某些过时的规定,以使其能够适应新形势下调整婚姻家庭关系的需要。

(一)基于男女平等理念,摒弃男女不平等的残余,夫妻法律地位进一步趋向实质平等

随着社会经济、文化的发展,家庭结构的变化(核心家庭逐渐占主导地位),人们的婚姻家庭观念,尤其是关于夫妻和父母子女作用的想法均随之发生很大的变化,夫妻成为家庭的轴心,为使婚姻家庭生活圆满幸福,要求夫妻双方在家中处于平等的地位,夫妻在承担扶养家庭的责任、对共同财产的权利义务及外出就业等方面,应当享有平等的权利。一些资本主义国家基于男女平等原则,逐步摒弃原来立法中男女不平等的封建残余,修改原夫妻家庭地位不平等的规定,夫妻在家庭中的地位、以及夫妻财产权、夫妻就业权和家庭扶养责任等,均逐渐在法律上趋于实质平等。

夫妻在家庭中的法律地位反映在夫妻人身关系和夫妻财产关系两个方面,夫妻人身关系是主要的,它决定夫妻财产关系,后者随前者的变化而变化。婚姻家庭担负着养老育幼的重要职能,扶养家庭的责任由谁承担?这主要取决于夫妻人身关系的性质、以及与之相适应的夫妻财产制类型。从扶养家庭责任承担者的演变,可以看出夫妻家庭地位由不平等到平等的变迁过程。从历史看,扶养家庭责任经历了一个由家长单独负担、到由夫单独负担、再到由夫妻共同负担的发展演变过程。在古代社会,封建法律规定在家庭中实行家长制,在人身关系方面,父或夫任家长而统帅家属,妻及其他家属必须服从家长;在财产关系方面,家庭成员劳动所得归家庭所有,家庭财产权由家长一人掌握,故家庭扶养责任亦

由家长负责以家庭财产承担。到近代、现代社会,夫妻的家庭地位以及夫妻财产制类型,仍然是决定由谁承担家庭扶养责任的重要依据。例如,虽然1804年《法国民法典》确立了男女平原则,但据该法典第213条规定,夫有保护其妻的义务,妻有服从其夫的义务。即仍以夫为一家之长,夫妻处于不平等地位。该法第1421条还规定,夫单独管理共有财产,无妻之同意亦可将共同财产出卖、转让或抵押。而且关于共同财产之管理无须向妻报告。夫对于妻之特有财产亦有管理权,而且有权收取其所生之果实或收益(第1428条第1项)。第214条则相应地规定,夫依其身份及资历,对妻负有提供一切生活必需品之义务。可见,其立法规定具有强烈的家父长制色彩,认为夫是家庭生活共同体的首长,家庭的财产均集于夫之手中。在此状态下,妻根本毫无履行夫妻扶养义务或家庭生活费用负担义务的可能,故只能由夫单方承担扶养家庭生活费用的责任。直至1938年法国才废止了1804年《法国民法典》关于妻无行为能力的制度,并将夫对妻之保护义务、妻对夫之服从义务删除。(1907年法国从英国导入特有财产制度,制定“关于妻之自由薪资及家庭费用分担的法律”,而将妻因职业活动所得之财产视为妻之保留财产,妻对其有管理、收益、处分等权利。妻之权利的扩大,则妻之义务亦随之增加,故1938年对该法第214条作了修改。)依修改后的第214条第1项规定,夫原则上,仍依其身份对妻负有提供一切生活必需品的义务;第2项增设规定妻基于有管理权之财产,按照自己的资历与夫的资历的比例,负担家庭费用及子女的教育费用。即妻负有分担家庭生活费用之义务。到1942年,法国正式将妻之保留财产规定于民法中,并对1938年之规定加以修正,即将该条第2项的规定移到第1项,第1项的规定移至第2项,然后对该条条文的内容稍加修改:第1项规定,如果未以夫妻财产契约约定夫妻对于家庭费用之负担时,夫妻各依其能力贡献(分担)之。第2项规定,夫以本人之资格承受负担义务,夫依



其身份及能力对妻负有提供一切生活必需品之义务。第3项规定,妻以其嫁资或共有财产中之自己财产或由保留财产所为之扣除,来分担家庭生活费用。即妻亦以其所有财产分担家庭生活费用。可见,1942年该法第214条对家庭生活费用负担的规定,已由夫单独负担向夫妻共同负担过渡。此反映着在人身关系方面,夫之家长权已逐渐弱化。在此还须指出的是,法国关于家庭生活费用负担之规定,与立法规定夫可干涉妻从事职业活动的规定也有关系。1907年立法虽设妻可独立管理、处分其职业所得,但当时,妻须取得夫之同意始可从事职业活动。至1938年才将夫之事前同意权改为事后异议权。1942年《法国民法典》第214条关于家庭生活费用负担的规定,于1965年随着夫妻财产制的改革而再次被修正。依1965年7月13日法第223条规定,夫已丧失对妻从事职业活动的事后异议权。妻无夫之同意,可以独立从事职业活动。而且妻对于从事职业所得之收入,有管理、收益及自由处分之权(第224条第2项)。同时规定关于家庭生活费用之负担,原则上由夫妻协定之,无协定时,按各自之能力分担之(第224条第2项),即夫妻在法律上平等地负担家庭生活费用的责任。1965年的法律废除旧法有关妻的一切财产由夫管理的规定(第1428条)。然而,直至1970年法国亲权法的改革,1942年第213条之规定被修正,夫才不再是家庭之首长,夫妻同时是家庭的精神及物质上的指导者,共同管理家庭。<sup>①</sup>

1900年《德国民法典》关于夫妻权利和义务的规定,也明显地带有资产阶级的保守性和夫权残余。在夫妻关系中,夫处于支配者地位,一切决定都只能由夫作出。其法定财产制为管理共同制,夫对妻之原有财产有管理、收益等权利,夫妻扶养义务与家庭生活

<sup>①</sup> 参见林秀雄:《家族法论集(一)——夫妻财产制研究》,193~200页,台湾汉兴书局有限公司,1995。

费用之规定,都以夫为主要的义务负担者。但与法国略有不同的是,德国家庭生活费用负担之规定存在浓厚的对价关系,即夫对妻之原有财产有管理、收益等权利,从而负担家庭生活费用(虽表面上夫为家庭生活费用的惟一承担者,实际上妻以其原有财产之收益负有潜在的分担义务。)而夫妻扶养义务则无此对价关系存在。第二次世界大战后,德意志联邦共和国制定新宪法即1949年《基本法》明确规定了“男女权利平等”的原则。1957年6月18日的《男女平等权利法》的主要目的之一,是使妻子在家务管理和外出就业等方面取得与丈夫平等的权利。该法宣布妻子对家庭“负有完全的责任”,并有权在不影响婚姻义务和家庭义务的情况下参加就业(《德国民法典》第1356条)。这一规定仍然将“妻子是家庭主妇”作为准则。依该民法第1360条规定,夫妻有互相以其劳动及财产扶养家庭之义务。原则上,妻处理家事以履行扶养家庭之义务。这里将妻之家务劳动视为扶养义务之履行,视为分担家庭生活费用的方式之一,较之旧法漠视妻之家务价值固然是一个进步,但以家务劳动为妻之固有责任,仍可见其带有家长制的残余。而1957年《男女平权法》最重要的改革,是建立了一种新的夫妻财产制,即关于夫管理和使用妻财产的“法定共同财产制”被“财产增值结算制”(或称剩余共同制)所取代,这是一种婚后所得财产归夫妻双方共同享有的制度(见《德国民法典》第1363条及以下各条)。该制度的目的是在夫妻之间平等地分配婚姻存续期间任何一方所取得的财产,其最主要目的是为了向作为妻子的一方提供帮助,因为她们在婚姻期间献身于家庭和孩子而无法获得自己的积蓄。到1976年德国再次对该法第1356条进行了修改,规定在管理家庭和外出就业上,由配偶双方协商决定。夫妻的家庭地位在法律上趋

于平等。<sup>①</sup>

日本在第二次世界大战结束后,修改后的新宪法第24条规定:“婚姻仅以两性的合意为基础而成立,以夫妻平权为根本,以相互协力予以维持。关于选择配偶、财产权、继承、选择住所、离婚以及婚姻和家庭其他有关事项,法律应以尊重个人的尊严与两性实质上的平等为基础而制定之。”据此修订《日本民法典》,追加规定“个人尊严及两性实质平等”为民法典解释基准。对有关婚姻家庭立法中男女不平等的条款作了修改,删除总则编关于把妻子作为限制行为能力人、歧视女性的规定,取消户主身份,删去有关户主权利的规定,删除或修订亲属编中男女不平等、歧视女性的条文,删除关于亲属会议的规定,删除继承编中关于家督继承的规定。经过昭和22年(1945年)的修订,日本民法典包括亲属法焕然一新,男女两性包括夫妻的民事权利义务在法律上实现了平等。例如,关于夫妻的姓氏,旧法规定女子结婚后即随夫姓,新法改为:夫妻可以依结婚时所约定,称夫或妻的姓氏。<sup>②</sup>

1907年的《瑞士民法典》其夫妻财产制虽有家父长制之色彩,但在20世纪初期即设有对妻之家务劳动评价之规定,是其进步之处。随着时代发展妇女地位提高,妻之原有财产由夫管理、不明财产归夫所有或妻仅三分之一剩余分配请求权等规定,均违反了男女平等的基本理念,于是瑞士夫妻财产制经1962年、1976年、1979年提出草案予以修正,1985年经全民投票表决,通过了1984年修订后的联邦法律,该法中夫妻财产制的有关条文已被修订并于1988年1月1日生效。该法以所得分享财产制为通常法定财产制,配偶在婚姻存续期间的收入为所得,配偶的婚前财产及婚后因

① 参见[德]罗伯特·霍恩等著:《德国民商法导论》,208~210页,中国大百科全书出版社,1996。

② 参见:《日本民法典》,第750条,王书江译,中国人民公安大学出版社,1999。

继承或其他无偿取得的个人财产等为夫妻个人所有的特有财产,夫妻各自对其所得财产及特有财产有管理、使用、收益、处分的权利,至夫妻财产制终止时,夫妻各方所得财产在清偿各自债务后,就剩余部分由夫妻平均分配。此外,该法还设有夫妻一方有权获得一定的自由支配的财产、夫妻之间特别贡献的补偿请求权等规定,前者指,料理家务、照顾子女或协助对方从事其职业的夫妻一方,享有定期从对方获得合理数额的由其自由支配的财产的权利(第164条);后者指,在婚后夫妻一方对他方事业或家庭作出贡献大大超过其应尽义务的,有权请求他方给予适当补偿(第165条)。<sup>①</sup>

英国在1935年、1949年分别通过有关已婚妇女财产的法律,赋予已婚妇女在财产上与男子有同等的权利。法律规定已婚妇女有:占有、取得和处分任何财产的能力;对任何侵权行为、契约、债务、义务主动地和被动地负担责任之能力等。<sup>②</sup>1978年联合国大会正式通过了《消除对妇女一切形式歧视公约》,英国是缔约国之一。该法案强调“缔约各国应给予男女在法律面前平等的地位。”并规定,缔约国应采取一切适当措施,消除在有关婚姻和家庭关系的一切事务上对妇女的歧视,并特别应保证她们在男女平等的基础上,享有结婚、离婚、家庭生活、财产方面的自由与权利。<sup>③</sup>

在美国,早期的普通法婚姻效力是以夫妻一体主义为其立法思想的,夫妻结婚后在法律上合为一体,妻之人格被夫吸收,妻即丧失其独立的人身权和财产权。因此,普通法将保护和扶养妻子、

---

① 参见陈莘、杨跃春译:《瑞士民法典》(亲属编,1987年英文版),第181、164、165、196~220条,载李忠芳主编:《外国婚姻家庭法汇编》,280、296、300~311页,群众出版社,2000。

② D. H. Clark, *Family Relationship Cause Problem*. London, 3rd 1980, P19. 转引自何勤华主编:《英国法律发达史》,325页,法律出版社,1999。

③ 参见:《消除对妇女一切形式歧视公约》,第15、16条。

儿女的责任及管理财产的权利、义务均赋予丈夫。到 19 世纪后期,夫妻别体主义逐渐取代夫妻一体主义成为普通法各州的立法思想,承认夫妻在婚姻关系中各为独立主体,人格平等。但实际上,美国各州的家庭法规范中仍保留有一部分男女不平等的规定。直到 1979 年,美国最高法院才根据联邦宪法第 14 条平等保护规定,认定一些具有性别歧视的法律规定违宪。如在奥(Orr)诉奥(Orr)一案中,最高法院认为佐治亚家庭法单方面规定夫对妻有扶养义务,而妻则无扶养夫的义务是违宪的。而美国历史上采用共同财产制的 8 个州,虽夫妻财产所有权平等,但在传统上,夫仍享有共同财产的管理权和控制权。直到 70 年代才有所变化,现各州均规定对共同财产的管理和控制权由夫妻双方共同行使或一方行使而不问性别。<sup>①</sup>

综上所述,现代资本主义国家亲属法对夫妻人身关系及夫妻财产关系的规定,已逐渐趋于平等。

(二) 基于婚姻自由原则,以婚姻关系破裂作为离婚法定条件,实行自由离婚主义

在 20 世纪 60 年代至 80 年代期间,英国、法国、意大利、德意志联邦共和国、美国加利福尼亚州等州,以及瑞典、奥地利、澳大利亚、加拿大等先后对离婚法进行改革。在离婚问题上由限制离婚主义走向自由离婚主义。

1804 年《法国民法典》以许可离婚主义取代了教会法的禁止离婚主义,无疑是一个历史的进步。但其对离婚理由作了严格的限制,采取过错主义原则,并且在离婚法定理由的规定上,夫妻是不平等的,依照原该法第 230 条之规定,妻只有在夫将姘妇留在夫妻共同住所时才得请求离婚,而按第 229 条之规定,夫在妻通奸的

<sup>①</sup> 参见金斯伯格:“性别观念的分类学说”,《康涅狄格州法学评论》第 10 期,813 页,载夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,63、71 页。

场合即可要求离婚。1975年修改后的法国离婚法规定了三种离婚方式,把共同生活破裂与双方互相同意离婚、及因过错而离婚并列,这是法国离婚立法的一次重大改革,标志着兼采限制离婚主义与自由离婚主义。<sup>①</sup>

1969年制定,1971年施行的《英国离婚改革法》第1条明确规定:“本法生效后,婚姻任何一方可以向法庭请求离婚的惟一理由是婚姻已无可挽回地破裂。”但该法第2条第1款又规定:“在法庭审理请求离婚的案件时,如果原告不能证明存在下列一条或一条以上事实,法庭就不能裁定婚姻关系无可挽回的破裂。”紧接着第2款即列举了证明婚姻关系破裂的五项事由,其中第1、3项均为过错行为,包括通奸、遗弃。第2项则是由于配偶一方的表现,使配偶他方按情理已不可能期望与其共同生活,这既可能是配偶一方有过错,也可能是配偶一方并无过错,<sup>②</sup>即其实际上采取的是相对自由离婚主义。

美国1970年加利福尼亚州制定了该国第一部破裂主义的离婚法,“为美国整个家庭法的文明化指明了方向”,到1981年美国除极少数州外,绝大多数州都实行了某种模式的无过错离婚法。与此同时,一些西方国家也先后纷纷转向采取婚姻破裂原则,瑞典于1974年、奥地利和澳大利亚于1975年,均修改立法摒弃过错原则而采用婚姻破裂原则,德意志联邦共和国于1976年关于《改革婚姻法和亲属法的第一次法律》确立以婚姻破裂作为判决离婚的主要理由,即所谓“婚姻解体”原则,加拿大1984年离婚修正案确立了婚姻破裂原则。<sup>③</sup>

---

① 参见:《法国民法典》,第229~246条。

② 参见丁保庆译:《英国离婚改革法》(1969年),载任国均、王瑞华选编:《外国婚姻家庭法资料选编》(上),55~56页,中国政法大学民法教研室,1984。

③ 参见张资钰:《当代外国离婚法改革的评介和启示》,载《中国法学》,1991(3)。

在此必须指出的是,现代多数国家的离婚立法在实行自由离婚主义的同时,对离婚仍设有一定限制,实际上是采取的相对自由离婚主义。如有的在采用破裂原则的同时仍然兼采用过错原则,有的对破裂原则的适用作了须分居达法定期间的限制性规定,还有些对适用婚姻关系破裂原则规定了例外的严酷条款(或称苛刻条款)等,便是明显的例证(参见第五章第一节第三部分:现代离婚立法的发展趋势)。其原因何在?台湾有学者认为“采用完全之破裂主义的国家,如瑞典及荷兰者,但毕竟是少数……主要还是因纯粹且完全之破裂主义,尚不能适应一般国民之意识感情”。<sup>①</sup>我们认为,其主要原因是基于保护当事人及子女的利益,国家运用公权力对其进行干预。

(三)基于保护儿童利益的原则,修改亲权的内容,更加注意尊重和保护儿童利益,并进一步消除非婚生子女与婚生子女法律地位的差别

早期资本主义国家的亲子法,废除了封建社会以父权为本位的立法,代之以父母共同享有亲权,但行使亲权却以父优先,仍保留有一定的封建残余。如1804年《法国民法典》规定:父母婚姻存续中,亲权由父单独行使(第372、373条)。父对未成年子女的人身和财产权利十分广泛,甚至有权请求将他们拘留(第375条以下)。父在夫妻婚姻存续期间对其十八岁以下子女的财产享有使用收益权(第384条)。而母亲对其子女的人身和财产权利只能在父死亡后行使(第381、384条)。可见其带有浓厚的夫权、父权残余。并且,该法典对非婚生子女也持歧视态度,非婚生子女的法律地位大大低于婚生子女,明确规定非婚生子女决不得为继承人(第756条以下)。至1970年6月4日的法律废除了夫为一家之长的规则,明确规定:“父母在婚姻关系期间,共同行使亲权。如父母对

<sup>①</sup> 参见林菊枝:《亲属法专题研究》(二),204页,台湾五南图书出版公司,1997。

子女利益之所在未能达成一致意见时,得以他们以往在相似情况曾经采用过的习惯做法代替规定。如无此种习惯做法,或对此种习惯做法或其法律根据存在争议时,夫妻中争议最积极的一方得向监护法官起诉,由监护法官在对双方作出调解努力后进行裁决。”(第 372、372—1 条)即父母已对子女享有平等的亲权。同时,基于保护儿童利益的意旨,废除了父对子女的拘留权,并且为尊重和保护儿童利益,加强了国家对子女教育的合法干预(第 375 条以下)。法国 1972 年 1 月 3 日的法律,原则上规定非婚生子女具有与婚生子女平等的地位(第 757 条)。但该法仍对非婚生子女的继承权设有限制性规定,如非婚生子女在与婚生子女共同继承时,其应继份仅为婚生子女的一半、配偶及婚生子女享有优先分配权等(第 760、761 条),即仍在一定程度上歧视非婚生子女。

1900 年《德国民法典》规定亲权也是由丈夫行使。1957 年修改后的法律对亲权问题的规定毫无新意,一方面亲权是为了子女的利益而由父母双方协商行使,另一方面,该法又将父母无法达成协议时的最终决定权赋予父亲,而且在法律上有权代表子女的也是父亲(《德国民法典》第 1628、1629 条)。这些规定显然都是有利于父亲一方。因此,联邦宪法法院宣布这些条款因与《基本法》第 3 条第 2 款所确立的原则相抵触而无效。后来法院通过判例确定,亲权和作为子女法定代理人进行活动的权利由配偶双方共同享有,在重大问题上双方无法取得一致意见时,将由法院作出裁决。这种方法取得了很好的效果,并被吸收进关于父母监护责任的新法律之中。值得注意的是,为尊重和保护儿童利益,1979 年 7 月 18 日德国的《亲权照顾权新调整法》用“父母照顾权”的表述代替了似乎有些专断的“亲权”字样(见根据该法律修订后的《德国民



法典》第 1626 及以下各条)。<sup>①</sup> 关于非婚生子女,在 1900 年《德国民法典》中,其地位也未得到根本改善。非婚生子女在法律上被视为与其生父没有关系,他们只能请求一笔抚养费,抚养费的数额取决于其母亲的社会地位,十六岁以后,抚养费即告终止。第一次世界大战以来,私生子已发展成为严重的社会问题,引起各国的重视。1919 年德国韦玛宪法对此作出了反映,该法第 121 条明确规定:“对于非婚生子女应依据法律规定使其身体的精神的及社会的发育,与婚生子女受到同一之待遇。”1969 年制定的《非婚生子女法律地位法》在生活费请求权和继承权方面提高了非婚生子女的法律地位,使之与婚生子女十分接近。在继承权方面的区别仅在于,如果其生父留有未亡人或婚生子女时,非婚生子女无权请求继承任何实物遗产,只能就其应继份额的价值享有金钱请求权(《德国民法典》第 1934a 条)。1997 年 12 月 16 日的《子女身份改革法》、《非婚生子女在继承法上的平等法》和 1998 年 4 月 6 日的《未成年子女生活费统一法》是对非婚生子女法律地位的又一次重大修改,在父母照顾权、出身、子女姓氏、监护权以及生活费请求权等方面,彻底消除了非婚生子女与婚生子女的差别。《德国民法典》之中从此不再有“非婚生”一词,“非婚生子女与父母”的称谓已被代之以“子女及其未相互结婚的父母”之称谓。<sup>②</sup>

在英国,早期普通法惯例对非婚生子女称为“无亲之子”,不承认生父母与非婚生子女之间有任何权利义务,非婚生子女在法律上既无父亲也无母亲,其与生父母相互之间互无继承权,非婚生子女推定的生父对其也没有法定的抚养义务。进入资本主义社会

---

① 参见[德]罗伯特·霍恩等著:《德国民商法导论》,209、210 页,中国大百科全书出版社,1996。

② 参见郑冲、贾红梅译:《德国民法典》,第 1615 条及以下相关各条,373~395 页,法律出版社,1999。

后,随着时代发展,非婚生子女的立法略有松动,父母对非婚生子女的权利义务逐渐被承认,而生母更有优先于生父为非婚生子女监护人的权利,并对子女的婚姻有同意权,生父如使用欺诈或胁迫等方法而占有非婚生子女身体者,法院可发出“人身保护令状”,使生母恢复对子女的占有。由于在普通法上生父与非婚生子女无亲子关系,不负抚养义务,非婚生子女同一般贫民一样依济贫法由教区抚养,直至1576年济贫法才规定由生父抚养。1948年国家救助法颁布,规定父母对于非婚生子女,均享有公法上的抚养义务,到子女十六岁为止。<sup>①</sup>

在美国,早期的立法继受英国法衣钵,对非婚生子女同样不承认与其生父母有权利义务。至19世纪,美国各州的法律对此作了很大修改,允许非婚生子女与其生母之间可以互相继承遗产。在司法判例中还承认母亲是非婚生子女的当然监护人,负有抚养非婚生子女的义务并享有监护非婚生子女的权利。自60年代末以来,美国的立法和司法对非婚生子女的态度进一步发生重大改变,主要表现为:所有的州都规定对非婚生子女的生父推定证据确凿的,生父应承担法定的抚养义务;几乎在所有的州,出生于无效婚姻和可撤销婚姻中的子女被视为婚生子女;非婚生子女可以继承父母双方的遗产。美国州法律全国统一委员会,近年先后制定了“统一子女监护法”、“统一父母身份法”、“统一互惠抚养费强制执行法”、“统一互惠抚养费强制执行法修正案”等法律规范,并在各州得到认可和实施,对子女的权利实行全方位保护。<sup>②</sup>

(四)基于保护弱者的社会法意旨,注重保护婚姻家庭中弱者的利益

婚姻家庭担负着维持家庭成员共同生活的职能,每一个家庭

① 参见何勤华主编:《英国法律发达史》,326、327页。

② 参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,2页。

成员的生老病死都与婚姻家庭的其他成员息息相关。婚姻家庭成员之间基于亲情,互相帮助、互相照顾,使家庭中的老、弱、病、残者得到温暖和关爱,能够继续生存下去。这无疑也减轻了社会的负担。因此,在现代社会,不少国家基于维护家庭生活共同体,保障实现家庭职能的需要,先后修改立法,注意加强对婚姻家庭中弱者利益的保护。保障弱者利益这一社会法意旨,已被不少国家作为婚姻家庭法的一个立法指导思想,婚姻家庭法与现代民法一样,逐渐进入“对弱者加以保护时代”。<sup>①</sup>各国具体规定主要有以下方面:

第一,确立“保障优先保护家庭成员中未成年子女和无劳动能力人的权利和利益”的原则,调整家庭关系(1995年《俄罗斯联邦家庭法典》第1条第3款)。

第二,修改夫妻财产制,注意加强对经济能力较弱的夫妻一方(往往是妻方,尤其是专事家务劳动的妻方)予以特别保护。第二次世界大战以来,一些国家先后修改夫妻财产制,注意加强对经济能力较弱的夫妻一方财产权的保护,承认妻之家务劳动的价值。例如,法国于1965年废止原动产及所得共同制改用婚后所得共同制;联邦德国于1957年废止管理共同制改用剩余共同制、民主德国于1965年改用所得共同制、瑞士自1962年推出修改立法的草案以来,经过十多年的讨论,也废止联合财产制,采用所得分享财产制,等等,这使婚姻关系存续期间夫妻双方或一方取得的婚姻财产,事实上由夫妻双方平等地享有所有权。在美国已有21个州实行夫妻财产“全部共享制”,以使夫妻经济地位平等。在英国,1970年的《婚姻收入和财产法》赋予法院广泛的权利,处理夫妻财产,以

---

<sup>①</sup> 参见[日]星野英一著,王闯译:《私法中的人——以民法财产法为中心》,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第8卷,182~190页,法律出版社,1997。

使公平地分配婚姻期间所得财产。<sup>①</sup>

第三,修改、补充离婚抚养费给付制度。法国、德国、瑞士、俄罗斯等许多国家的立法都明确规定,离婚时无经济收入或经济收入较少的夫妻一方,有权请求有负担能力的他方给付抚养费。尤其是1995年《俄罗斯联邦家庭法典》增设“离婚后原配偶获得抚养费的权利”规定,依司法程序向有负担能力的原配偶提出给付抚养费的人包括:怀孕的和自共同的子女出生之日起三年内的原配偶;照顾共同的不满十八岁的残疾子女,或者照顾自幼为一等残疾人的共同子女的生活困难的原配偶;在离婚前或者自离婚之时起一年内成为无劳动能力人的生活困难的原配偶;如果夫妻婚姻存续时间很长,自离婚之时起不超过五年已达退休年龄的生活困难的原配偶。即新立法在离婚抚养费请求权人的范围上,比原立法有较大的放宽,在法定情形上亦增多了请求离婚抚养费的事由。<sup>②</sup>英国法院以其独特的方式,实现离婚津贴之平衡事务,除使用苛刻条款外,并审查请求离婚配偶,对他方配偶提供之津贴是否充分,否则即驳回离婚。<sup>③</sup>在德国,根据以前的法律,对离婚负有主要责任或全部责任的妇女,不能向其丈夫请求抚养费,但根据1976年6月14日《改革婚姻法和亲属法的第一次法律》修改后增订的立法,现在已不存在此问题(《德国民法典》第1569条及以下相关各条)。值得注意的是,在德国,为进一步保障从事家务的一方(通常是妻子)的权益,《德国民法典》根据1976年《改革婚姻法和亲属法的第一次法律》还增订第1587条和第1587a条,确立了关于离婚夫妻

① 参见伊丽莎白·劳森:《妇女与法律面面观》,载《中英妇女与法律学术研讨会学术论文集》,19页,北京大学法律系、英国大使馆文化教育处,1996。

② 参见:《法国民法典》,第281条;《德国民法典》,第1569-1577、1578a条;《瑞士民法典》,第152条;《苏俄婚姻和家庭法典》(1968年),第26条及1995年《俄罗斯联邦家庭法典》,第90条。

③ 参见林菊枝:《亲属法专题研究》(二),205、206页。

之间实行“供养补偿”的原则规定,使夫妻双方对一方享有的领取退休金或抚恤金的权利在离婚时对半分割,其指导思想就是为了给离婚后经济地位较弱的一方更好的生活保障。

第四,修改成年人监护制度,以保护被监护人利益与尊重被监护人意愿相结合,作为成年人监护制度的立法原则。20世纪90年代以来,一些发达资本主义国家逐渐进入老年型社会,为尊重受监护的老年人的意愿,德国对成年人监护制度作了重要修改。1990年9月12日通过并于1992年1月1日生效的《关于改革成年人监护和代管法的法律》(简称《照管法》)、1997年12月4日的《废除法定官方代管和重新规定辅助法的法律》(简称《辅助法》)和1998年6月25日的《修改照管法及其他规定的法律》(简称《照管法修改法》),《照管法》修改了《德国民法典》中关于监护和代管的规定,废除传统民法中成年人的监护制度而代之以照管制度。自此德国民法中有关成年人监护规定完全被删除。此修改后,受照管的成年人并不一定一概被视为无行为能力人,其目的是更多考虑当事人——尤其是其行为能力并非因精神或智力因素而受限制的成年人的意愿。《照管法修改法》则进一步完善了对照管的规定,将“照管”改为“法定照管”,并增加修改了关于职业监护人及监护人的报酬等规定。《辅助法》废除了原有的法定官方代管,把原来的强制性措施修改为可由当事人选择的一种自愿帮助措施。尽管此次德国修改立法的出发点是积极的,但有学者对此认为,德国的《照顾法》“实际乃同时兼具公法、私法之性质。”“这项法律改革能否落实,除了需要法律人的努力,更需要社会工作人员之介入。”<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见郑冲、贾红梅译:《德国民法典》(译者的话),4页,法律出版社,1999;及陈惠馨:《德国有关成年人监护及保护制度之改革——德国联邦照顾法》,载《亲属法诸问题研究》,362页,台湾月旦出版公司,1993。

在日本,成年人监护制度的修改也正在加紧进行之中。其修改立法的主要理由是,“现行成年人监护制度只注意到保护被监护人利益,而没有考虑到尊重他们自己决定的权利。这种只以保护人为理念的制度已经不适应日本步入高龄化社会的现状。在高龄化社会不仅需要以往的保护本人的理念,而且要尊重本人决定的权利,利用老年人残存的能力,使他们过正常的生活的新理念,因此把这两种理念融合在一起,制定更灵活的成年人监护制度,已迫在眉睫。”日本监护制度修改的基本构想是,根据被监护人的不同情况,设置不同的保护和管理措施,即除与“禁治产人”和“准禁治产人”相对应设立原来的“监护人”和“保佐人”制度外,新增设以保护轻度的痴呆、智力障碍、精神障碍为目的的“辅助人”制度。这样使日本成年人监护制度由辅助人、保佐人及监护人这三级监护制度构成,以适应不同的监护情况的需要。<sup>①</sup>

第五,实行离婚分级制,无未成年子女的可登记离婚,有未成年子女的须经司法程序离婚,以便更好地保护未成年子女的利益。<sup>②</sup>

(五)基于社会利益与个人利益相兼顾原则,注意保护善意第三人利益

保护婚姻家庭当事人合法权益与维护第三人利益相兼顾,是现代婚姻家庭法兼顾个人利益与社会利益的立法宗旨的必然要求,反映了“私法公法化趋势”。<sup>③</sup>现代社会是一个开放性的社会,婚姻家庭成员在社会生活中离不开与他人交往,基于公平正义的基本理念,法律必须在保护婚姻家庭当事人合法权益的同时,注意

① 参见白绿铨:《日本修改成年人监护法律制度的动态》,载《法学杂志》,45~46页,1999年(3)。

② 参见鄢一美译:《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年),第19、21条,载李忠芳主编:《外国婚姻家庭法汇编》,群众出版社,2000。

③ 参见姚辉:《民法的精神》(序言),7页,法律出版社,1999。

保护善意第三人利益,维护交易安全。婚姻家庭法注意保护善意第三人利益,主要表现在:一是在结婚制度关于无效婚姻、可撤销婚姻的后果中,承认或增设对善意一方当事人及子女的保护性规定;<sup>①</sup>二是在夫妻财产制中,实行限制式约定或称选择式约定(包括法律明文规定约定财产制的种类及约定的方式,使约定具有公示性,以体现物权公示原则)、夫妻对共同债务承担连带责任的规定等,以保护与夫妻交易的第三人的利益(参见第四章夫妻财产制有关内容)。

(六)基于保护当事人合法权益的意旨,加强对身份行为的国家监督指导

随着近代资本主义社会发展,身份关系与财产关系之对立日益明显,社会生产关系日益发达,财产关系由亲属共同生活关系分离,而显示出其独立的存在。资本主义国家先后以法律形式承认私有财产神圣,实行契约自由,允许个人基于自由意志创设财产关系。由此随之承认建立身份关系,亦以个人意思自治为根本原则,逐渐提高了妻及子女的地位,削弱了夫权及尊亲属的特权。第二次世界大战以来,社会发生很大变化,家庭结构及社会组织都发生了重大变迁,身份行为带来的社会问题日益严重。于是各国纷纷修改立法加强国家对身份行为的监督和指导,甚至出现“身份公法化之趋势”。<sup>②</sup>许多国家修改法律对结婚、离婚、收养,以及亲权的行使,改采国家监督主义,以有效地保护当事人合法权益。

总之,随着社会发展,尤其是第二次世界大战以来,社会经济生活和人们的婚姻家庭观念发生了很大变化,世界上许多国家先

<sup>①</sup> 参见《俄罗斯联邦家庭法》,第30条;《美国统一结婚离婚法》,第209条;《法国民法典》,第197、201、202条;《瑞士民法典》,第133、134条;《德国民法典》,第1318条第1-4款。

<sup>②</sup> 参见戴炎辉、戴东雄:《中国亲属法》,2、3页,台湾三文印书馆有限公司,1998。

后对婚姻家庭法进行了修改,以适应新形势下调整婚姻家庭关系的需要。现代社会的经济、文化、生活条件和婚姻家庭的职能,决定了现代婚姻家庭法的立法宗旨、立法原则及立法变革趋势。可以相信,随着各国婚姻家庭法的改革,封建残余将进一步消除,在法律上继续实现婚姻自由、男女平等原则的同时,法律将更加注重保护婚姻家庭中的弱者(妇女、儿童、老人、残疾人等),并基于社会利益与个人利益相兼顾原则,注意保护善意第三人利益,并加强国家对身份行为的监督指导,这将是未来婚姻家庭法的发展趋势。



# 本 论

## 第二章 亲属关系通则立法研究

### 第一节 概 述

#### 一、亲属的涵义

“亲属”一词,在我国不同历史时期,有不同的涵义。

##### (一)“亲属”在古代的释义

“亲属”在我国古籍中早有记载。《礼记·大传》曰:“亲者,属也。自仁率亲,等而上之至于祖。自义率祖,顺而下之至于祢。是故人道亲亲也,亲亲故尊祖,尊祖故敬宗,敬宗故收族……”又曰:“同姓从宗,合族属。”“四世而缌,服之穷也。五世祖免,杀同姓也。六世,亲属竭也。”《仪礼·丧服第十一》谓:“父至尊也。”“夫至尊也。”“妻至亲也。”“……相与居室中,则生小功之亲焉。”“外亲之服皆缌也。”汉代儒家学者刘熙在《释名·释亲属》中解释:“亲,衬也,言相隐衬也。”“属,续也,恩相连续也。”在这里可见,古人认为,亲属是基于婚姻和血缘而产生,具有亲属身份的人们之间具有“相衬相续”的密切关系,亲属的种类包括因血缘而产生之宗亲,因婚姻为中介而产生之外亲与妻亲。其范围一般来说止于缌麻亲。值得注意的是,在我国古代典籍中,“亲”与“属”两字的涵义有所不同,常分别使用,发展到后世则将“亲”与“属”两字连用,其涵义合一。如《礼记·祭义篇》:“立爱自亲始,教民睦也。”孔子曰:“继之以姓,

义无绝也。故同姓为宗,合族为属……”<sup>①</sup>《礼记·大传》孔颖达疏载:“亲者,属也者,谓有亲者各以属为服。”《说文》解释:亲为“至也”,属为“连也,从属。”<sup>②</sup>即是说,亲是本,属是末,属从亲生。“亲”一般指较近之亲,“属”一般指较远之亲。

从我国古代礼法看,礼制中多称“亲”,如《仪礼·丧服》有大功亲、小功亲及外亲等提法;《周礼·夏官·大司马》载:“凡杀其亲者,焚之。”在古代立法中,汉代确立了“亲亲得相隐匿”的原则。至唐《名例律》规定:“诸同居,若大功以上亲,及外祖父母、外孙……有罪相为隐……不坐。”即同居之亲相隐不为罪。唐律还有“亲属相盗”,“同居亲属冒名相代”等犯罪处以刑罚的规定。自明律开始广泛使用“亲属”一词,设有“亲属相为容隐”、“同姓亲属相殴”、“娶亲属妻妾”、“亲属相盗”、“亲属相奸”等条目。至清末以来的历次民律草案和1930年国民党政府民法典中,都设有亲属一编。

## (二) 亲属的概念

在当代法学中,亲属是指基于婚姻、血缘以及法律拟制而产生的社会关系。这种社会关系一经法律调整,便在具有亲属身份的主体之间产生法律上的权利和义务。

亲属,有生物学上的亲属与法律上的亲属之分。生物学上的亲属,是指以两性和血缘关系为纽带的亲属,它上下各代延续无穷、范围很广。法律上的亲属,是指法律承认并规定有权利义务的亲属,即仅包括一定范围的生物学上的亲属,以及法律拟制血亲,其范围较窄。法律上的亲属关系区别于其他社会关系,具有以下三个特征:

1. 亲属的产生有特定的原因。这是指要发生亲属关系,必须

<sup>①</sup> 参见陈鹏著:《中国婚姻史稿》,393页,中华书局,1990。

<sup>②</sup> 参见徐朝阳著:《中国亲属法溯源》,1、2页:“属相连续,若尾之在体,故从尾。”商务印书馆,1933。

具有婚姻关系、血缘关系或法律拟制三个原因之一。因婚姻而产生的亲属,包括配偶和姻亲。因血缘联系而产生的亲属,限于自然血亲。如父母、子女、兄弟姐妹,伯、叔、姑与侄子女等。因法律拟制产生的亲属,指基于某种法律行为或法律事实,法律即认为主体之间互为亲属。如因收养成立而发生的养父母与养子女,因扶养关系而发生的继父母与继子女,被我国法律承认为拟制血亲。

2. 亲属有固定的身份和称谓。亲属关系产生后,主体间的亲属身份和称谓是固定的,除依法律规定外,当事人不得随意变更和解除。亲属间的身份和称谓,从其形成的原因和可否变更或解除的角度,可分为两种:一种是因出生而自然形成的亲属身份和称谓,如父母子女、兄弟姐妹等,属于绝对的永久性的亲属身份和称谓,当事人无法变更;另一种是基于婚姻或法律拟制而形成的亲属身份和称谓,如配偶、姻亲、养父母子女等,属于相对的可变更的亲属身份和称谓,即可依法离婚或解除收养而终止亲属身份和称谓,但当事人不得随意自行解除。

3. 法律确认的亲属之间互有法律上的权利义务。亲属这种社会关系一经法律调整,即在具有亲属身份的主体之间产生法律上的权利义务关系。正如恩格斯指出的那样:“父亲、子女、兄弟、姊妹等称谓并不是简单的荣誉称号,而是一种负有完全确定的,异常郑重的相互义务的称呼”<sup>①</sup>我国现行法律确认互有扶养权利义务的亲属,包括夫妻、父母、子女、兄弟姐妹、祖孙等。当然,法律上无扶养权利义务的亲属,如叔侄、舅甥等,仍可出于道义而相互扶助。我国三代以内的旁系血亲为禁婚亲,他们负有相互间不得结婚的义务。

综上所述,法律上的亲属同时具有以上三个特征,这使其与其他一般的社会关系相区别,也与生物学的亲属区别开来。

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》,第21卷,40页。

此外,还须注意,亲属与家属及家庭成员的区别:

1. 亲属与家属的区别。家属是与家长相对应的称谓。我国古代的礼法规定,实行家长制,每个家庭设有家长,共同生活在一个家庭中的其他成员则为家属,主要包括家长的妻、子女、儿媳等近亲属。对于在家庭共同生活的奴婢、妾、童养媳等,因为与家长有人身依附关系,法律也认为是家属。国民党政府1931年施行的民法亲属编规定“家置家长”,法律强调家长的义务,并明文规定家长不分性别,男女均可充当。但在半殖民地、半封建社会条件下,“实际上,就当时家制的作用看……不过为封建社会的各种遗留物——妾、童养媳、婢仆等——设置容身之地。”<sup>①</sup> 必须指出,亲属与家属的主要区别是,亲属的范围要比家属的范围广得多,家属不一定是亲属,而亲属也不一定是家属。

中华人民共和国成立后,废除了国民党政府的一切旧法律。我国《婚姻法》亦废除了家长制,无家长、家属的划分,改称家庭成员。虽民间习惯上仍然沿用家长、家属的说法,但其内涵已与古代的家长、家属不同。此种称谓已无法律意义。同居一家的家庭成员的法律地位一律平等,享有平等的权利和承担平等的义务。

2. 亲属与家庭成员的区别。家庭成员,是指同居一家共同生活并互有权利义务的亲属。我国古代提倡几代同堂的大家庭,家庭成员往往由血缘关系较为密切的近亲属以及其配偶组成。我国现代家庭成员一般由配偶及父母子女等血缘关系极为密切的近亲属组成。随着社会的发展,家庭规模日益缩小,由父母和未成年子女构成的核心家庭日趋增多。可见,亲属与家庭成员的区别是,家庭成员仅仅是亲属中的极少部分,亲属的范围要广泛得多。因此,家庭成员一定是亲属,而亲属不一定是家庭成员。

---

<sup>①</sup> 参见信春鹰、李湘如:《台湾亲属和继承法》,82~84页,中国对外经济贸易出版社,1991。

## 二、亲属的种类

亲属在不同的历史时期,按不同的标准,划分的种类不同。

### (一)我国古代亲属的分类

我国古代礼和法根据宗法制度以男系为中心,将亲属分为宗亲、外亲和妻亲三类。

1. 宗亲。指出自同一祖先的父系男性血亲及其配偶,以及“在室女”。它由以下三部分亲属组成。

(1)出自同一祖先的父系男性血亲。如父、祖父、伯父、伯叔、兄弟、子、孙子等。这类亲属同宗同姓,在旧律中又称“本宗”或“正宗”。

(2)出自同一祖先的父系男性血亲的配偶。如母、祖母、妻、儿媳、伯母等。这些女性虽属外姓,但由于与“本宗”男性结婚而加入了“夫宗”。旧律称之为“来归之妇”。

(3)出自同一祖先,未结婚的父系女性血亲。如未婚的女儿、姐妹、姑、侄女等。旧律称之为“在室女”。这些亲属一旦出嫁,就脱离娘家的宗族而成为其夫家宗族的宗亲。如果其被夫“休弃”回到娘家,则又恢复其父亲宗族的成员身份。

2. 外亲。指以女系血统相联系的亲属,包括以下两类亲属:

(1)以母亲血统相联系的亲属。旧律称为“母党”或“母族”,如外祖父母、舅、姨、舅表兄弟姐妹、姨表兄弟姊妹。

(2)出自同一祖先已结婚的父系女性血亲及其配偶和其所生的后代。如出嫁的女儿、女婿、外孙子女、姐妹夫、外甥子女、姑父、姑表兄弟姐妹等。旧律称之为“出嫁族”。

3. 妻亲,即以妻子为中介联络的亲属。如岳父母、妻的兄弟姐妹,妻的伯叔等,旧律称之为“妻族”。

以上三种亲属中,宗亲的范围最广,关系最重要,法律上的权利、义务也规定得最多。宗亲设有宗族组织。宗族定期举行会议,

决定宗族大事,解决宗族纷争,奖惩宗族成员,成为封建统治制度下的最基本的社会单位。而外亲、妻亲则是亲属中的次要部分,相互间基本无权利、义务。我国古代对于亲属的分类,不能科学地反映亲属关系的亲疏远近,是重男轻女,以男子为中心的宗法制度的产物。这种分类法相沿数千年之久,至1930年国民党政府民法亲属编,废除了我国古代将亲属分为宗亲、外亲和妻亲的制度。

## (二)现代亲属的分类

亲属关系纵横交错,可从不同的角度加以分类。按亲属间的联系中介,可将亲属分为男系亲与女系亲、父系亲与母系亲、直系亲与旁系亲;按亲属关系的亲疏远近,可将亲属分为近亲属和一般亲属;按亲属的辈分,可将亲属分为长辈亲、晚辈亲与同辈亲;按亲属关系的发生原因,可将亲属分为配偶、血亲和姻亲。最后一种分类是当代国家对亲属最基本的分类。现代各国大都根据亲属产生的原因,将亲属分为配偶、血亲和姻亲。

1. 配偶。配偶即夫妻。男女因结婚而互为配偶。配偶关系即夫妻关系。配偶在亲属关系中居于重要的核心地位,它是血亲和姻亲产生的源泉和基础,在亲属关系中具有承上启下的作用。

关于配偶能否为亲属的类别之一,现代国家有两种不同的立法例:一种规定,亲属包括血亲和姻亲两类,未把配偶列入亲属的种类。如德国、瑞士的立法;另一种规定,亲属包括血亲、姻亲和配偶三类。如日本、韩国的立法。在法学理论上亦有两种主张:否定说认为,配偶仅为产生血亲和姻亲之源泉,而非亲属的本体,并且配偶之间既无亲系可循,又无亲等可定。故配偶自为配偶,不能列入亲属种类之中;肯定说认为,配偶既是血亲和姻亲之源泉,又是亲属本体的重要组成部分,而且配偶关系较其他亲属关系更为密切,故配偶理应列入亲属种类之中。

从我国古代的礼、法看,均承认配偶是亲属。如《仪礼·丧服》曰:“夫,至尊也。”“妻,至亲也。”古代法律有关“亲属相容隐”,“亲

属杀害”等律条中的亲属也是包括夫妻在内。我国现行法律,迄今尚无亲属种类的概括性规定。但1988年最高人民法院的司法解释和1996年3月17日修订后的《中华人民共和国刑事诉讼法》已明文规定配偶为近亲属之一。<sup>①</sup>

2. 血亲。指有血缘联系的亲属。血亲又可根据不同的标准,划分为以下种类:

(1)从血缘的真假角度,可分为自然血亲和拟制血亲。

①自然血亲。指出自同一祖先,因出生而自然形成的具有真实血缘联系的亲属。如父母与子女、兄弟姐妹、祖孙、伯叔与侄子女、舅姨与外甥子女等,不分父系、母系,无论是婚生或非婚生,也无论是全血缘(同父同母)的或半血缘(同父异母、同母异父)的,都属自然血亲的范围。

在原始社会,自然血亲是组成社会生产、生活的单位——氏族组织的基础。同一氏族的成员相互间都具有自然血缘联系。恩格斯指出:“劳动愈不发展,劳动产品的数量、从而社会的财富愈受限制,社会制度就愈是在较大程度上受血族关系的支配。”<sup>②</sup>但就是在发达的现代社会中,家庭中的权利义务也大多发生在自然血亲之间。

②拟制血亲。指本无该种血亲应具有的血缘关系,而由法律确认其与该种自然血亲具有同等权利义务的亲属。由于此种血亲不是自然形成的,而是法律设定的,故又称“准血亲”。我国现行《婚姻法》确认的拟制血亲有两类:一是养父母与养子女、及养子女与养父母的其他近亲属;二是有扶养关系的继父母与继子女。

(2)从血缘关系纵横联系的角度,可分为直系血亲与旁系血

---

① 参见:最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(1988年1月26日),第12条。

② 《马克思恩格斯全集》,第21卷,30页。



亲。(亲系,是指亲属间的联络系统。亲属以婚姻、血缘为基础,构成纵横交错,互相交织的亲属网络。除配偶外,一切亲属都有一定的亲系可循。)

①直系血亲。指彼此之间有直接血缘联系的亲属。包括己身所从出和己身所出的两部分血亲。己身所从出的血亲,即是生育己身的上代血亲,如父母、祖父母、外祖父母、曾祖父母、外曾祖父母、高祖父母和外高祖父母等;己身所出的血亲,即是己身生育的后代,如子女、孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女、玄孙子女和外玄孙子女等。这些亲属与己身有纵向血缘关系,因此,都是直系血亲。值得注意的是,直系血亲除自然直系血亲外,还包括法律拟制的直系血亲,如养父母与养子女、养祖父母与养孙子女,有扶养关系的继父母与继子女都是拟制直系血亲。

②旁系血亲。指彼此之间具有间接血缘联系的亲属,即除直系血亲外,与己身同出一源的血亲。如兄弟姐妹、侄子女、伯、叔、姑、舅、姨、表兄弟姐妹等。

(3)从血缘联系中介人的角度,可分为父系血亲与母系血亲:

①父系血亲。指通过父亲的血缘关系为中介联系的亲属,如祖父母、伯、叔、姑、堂兄弟姐妹等。

②母系血亲。指通过母亲的血缘关系为中介联系的亲属,如外祖父母、舅、姨、舅表兄弟姐妹等。

3.姻亲。指以婚姻为中介而产生的亲属,但配偶除外。男女结婚后,配偶一方与另一方配偶的亲属之间即发生姻亲关系。姻亲又可根据不同的标准,划分为以下种类:

(1)根据中介亲属的种类之不同,姻亲一般分为以下三类:

①血亲的配偶。即己身血亲的配偶,如儿媳、女婿、姐妹夫、姑父、舅母、姨父、伯母等,及无扶养关系的继父母。

②配偶的血亲。即己身配偶的血亲,如公婆、岳父母、夫的兄弟姐妹、妻的兄弟姐妹等,及无扶养关系的继子女。

③配偶的血亲的配偶。指己身与配偶的血亲的配偶,如妯娌、连襟等。

必须指出,我国《婚姻法》对姻亲未规定法律上有权利义务。但我国《继承法》规定,丧偶的儿媳对公婆、丧偶的女婿对岳父母尽了主要赡养义务的,可以作为第一顺序法定继承人,继承公婆或岳父母的遗产。这有利于提倡和宏扬敬老、养老的社会主义道德,也体现了权利义务相一致原则的要求。

(2)根据亲系之不同,姻亲可分为直系姻亲与旁系姻亲:

①直系姻亲。包括己身直系血亲的配偶和配偶的直系血亲,前者如儿媳、女婿、孙媳、孙女婿、养儿媳、养女婿以及无扶养关系的继父母等;后者如公婆、岳父母,以及无扶养关系的继子女等。

②旁系姻亲。包括旁系血亲的配偶、配偶的旁系血亲和配偶的旁系血亲的配偶三类人。

旁系血亲的配偶,如嫂、弟媳、侄媳、侄女婿、伯母、姑父、姨父、舅母、婶母等。

配偶的旁系血亲,如妻的兄弟姐妹和伯叔、夫的兄弟姐妹和伯叔等。

配偶的旁系血亲的配偶,如妯娌、连襟、夫的伯母和婶母、妻的伯母和婶母等。

附:辈分及长辈亲、同辈亲与晚辈亲

辈分又称行辈,是指亲属间的世代第次。辈分按世代来划分,以一世代为一辈分。按辈分的不同,可将亲属分为长辈亲、同辈亲和晚辈亲。

1. 长辈亲(旧称尊亲属)。指高于己身辈分的亲属,即父母辈及父母辈以上的亲属。如父母、伯叔父母、姑父、祖父母、外祖父母等。

2. 同辈亲(又称平辈亲)。指与己身辈分相同的亲属,如兄弟姐妹、堂兄弟姐妹、姐妹夫等。

3. 晚辈亲(旧称卑亲属)。指低于己身辈分的亲属,即子女辈及子女辈以下的亲属。如子女、儿媳、女婿、孙子女等。

亲属的辈分与亲属的种类及亲属的亲系相结合,可进一步细分出:长辈血亲(直系、旁系)和长辈姻亲(直系、旁系);同辈旁系血亲和同辈旁系姻亲;晚辈血亲(直系、旁系)和晚辈姻亲(直系、旁系)。但必须注意,直系亲不可能辈分相同;配偶间则无辈分之分。

### 三、亲属的范围

亲属作为基于婚姻、血缘和法律拟制而产生的社会关系,可上下左右延续无穷。亲属关系的内容也多种多样。法律无必要,也不可能调整所有的亲属关系,有的亲属关系可由道德、习惯等调整。法律所调整的,只是一定范围内的亲属关系,并且所规定的,只是必须依法处理的具体事项。在不同历史时期,不同的国家的法律调整的亲属关系范围有所不同。哪些亲属关系应列入法律调整的范围,主要是由当时社会的经济基础及亲属关系在社会生活中的作用所决定,并与该社会上层建筑相适应的。一般说来,亲属关系在社会经济、政治生活中起的作用,古代社会大于近、现代社会,故古代法律所调整的亲属关系范围是大于近现代法律的。

#### (一)我国古代礼、法调整的亲属范围

我国古代礼和法所调整的亲属范围,大体以丧服图所涉亲属为基本范围。这些亲属包括四世以内的宗亲,三世内的外亲和二世以内的妻亲。但在婚姻、继承等方面所涉的亲属并不以此为限。如唐律规定,外姻亲尊卑失序者禁婚,且无论有服无服。又如,关于立嗣,清律规定,应先尽同父之晚辈至亲,次及大功、小功、缌麻,如俱无,方许择立远房及同姓为嗣。

#### (二)我国现行法律调整的亲属范围

现代各国法律调整亲属范围的立法例,大体有分别限定与总

体限定两种立法模式。前者即立法不从总体上概括限定亲属的范围,而是在具体的亲属关系或法律事项上分别规定亲属的法律效力。也就是说,法律分别就禁婚亲、扶养、继承、监护等方面亲属的效力作出规定。如法国、我国均属此类立法模式。后者即立法从总体上概括限定亲属的范围,此范围之外的亲属关系则不属法律调整对象,也不具有亲属的法律效力。如现行《日本民法典》第725条规定:“下列人为亲属,六亲等内的血亲;配偶;三亲等内的姻亲。”韩国民法亦属此类立法模式。

我国《婚姻法》对调整的亲属范围未作总体性概括规定,是采用分别限定的立法模式。根据我国《婚姻法》规定,禁婚亲范围为直系血亲和三代以内旁系血亲;有扶养关系的亲属范围为夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙(祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女)。我国《继承法》规定,法定继承人的范围为配偶、父母子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母,孙子女和外孙子女及其晚辈直系血亲为代位继承人,丧偶的儿媳对公婆、丧偶的女婿对岳父母,尽了主要赡养义务的,可作为第一顺序法定继承人。我国《民法通则》对法定监护人的范围作了规定。我国最高人民法院的司法解释进一步说明:“民法通则中规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”<sup>①</sup>我国刑法、刑事诉讼法、国籍法等亦从不同的角度对亲属的效力作了规定。1996年3月17日修订后的《中华人民共和国刑事诉讼法》第82条规定:“‘近亲属’是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹”,缩小了近亲属的范围。我们认为,从我国《民法通则》、《婚姻法》和《继承法》规定的精神看,祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女均列入近亲属范围为妥。

---

① 参见:我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》,第12条。

## 第二节 亲属关系远近的计算方法

亲属关系有亲疏远近之分。在国外许多国家以亲等作为计算亲属关系亲疏远近的基本单位。亲等数小的,表示亲属关系亲近,亲等数大的,表示亲属关系疏远。由于计算亲等的客观依据是血缘联系,故亲等的计算是以血亲为基准,而准用于姻亲。即姻亲以血亲的亲等为其亲等。配偶则自为配偶,不计亲等。现代国外立法对亲等的计算有两种方法:罗马法计算法和寺院法计算法。我国与之不同,1950年《婚姻法》和1980年《婚姻法》均以世代来计算亲属关系的亲疏远近。我国古代则用丧服制计算亲属关系的亲疏远近。

### 一、亲等计算法

#### (一)罗马法亲等计算法

此种计算法创自罗马法,随罗马法的传播为欧洲大陆法系国家相继采用,而且目前为世界上绝大多数国家所采用。其计算方法分为直系血亲和旁系血亲两个方面:

1.直系血亲亲等的计算法。罗马法直系血亲亲等的计算方法,是从己身往上或往下数,但不算己身,以一世代为一亲等。如从己身往上数,父母为一亲等,祖父母、外祖父母为二等亲,曾祖父母、外曾祖父母为三亲等,高祖父、外高祖父母为四亲等。从己身往下数,子女为一亲等,孙子女、外孙子女为二亲等,曾孙子女、外曾孙子女为三亲等,玄孙子女、外玄孙子女为四亲等。按此方法计算,父母与子女是一亲等的直系血亲,祖父母与孙子女是二亲等的直系血亲。即父母与子女比祖父母与孙子女的血缘关系近。

2. 旁系血亲亲等的计算法。罗马法旁系血亲亲等的计算方法,是首先找出同源直系血亲,即己身与对方的共同长辈直系血亲,再按直系血亲亲等的计算方法从己身往上数至同源直系血亲,记下世代数;再从同源直系血亲往下数至要计算的旁系血亲,记下世代数;最后将两边的世代数相加所得之和,就是旁系血亲的亲等数。如要计算己身与姨表兄弟姐妹的亲等数,首先找出己身与姨表兄弟姐妹的同源直系血亲外祖父母,从己身往上数至外祖父母是二世代,再从外祖父母往下数至姨表兄弟姐妹也是二世代,然后将两边世代数相加为四,因此,己身与姨表兄弟姐妹是四亲等旁系血亲。

关于姻亲亲等的计算,是以“姻亲从血亲”为原则。即姻亲的亲等数是以赖以发生姻亲的一方与其血亲的亲等数为依据。如儿媳与公婆的亲等,因丈夫与其父母是一亲等的直系血亲,因此,儿媳与公婆是一亲等的直系姻亲;伯叔与侄子女是三亲等的旁系血亲,因此,侄子女与伯母婶母是三亲等的旁系姻亲。

## (二) 寺院法亲等计算法

此种计算法创自欧洲中世纪的教会法,由于宗教影响和立法传统等原因,至今为少数国家采用。其计算方法亦分为直系血亲和旁系血亲两个方面的计算:

1. 直系血亲亲等的计算法。寺院法直系血亲亲等的计算方法,与罗马法直系血亲亲等的计算方法完全相同。即从己身往上或往下数(不算己身)一个世代为一亲等。

2. 旁系血亲亲等的计算法。寺院法旁系血亲亲等的计算方法,与罗马法旁系血亲亲等的计算方法有所不同。寺院法旁系血亲亲等的计算方法是,从己身往上数(不算己身)至同源直系血亲,记下世代数;再从同源直系血亲往下数至要计算亲等的旁系血亲,记下世代数,如果两边的世代数相同,则用一边的世代数为旁系血亲的亲等数;如果两边的世代数不同,则取数大的一边世代数为旁

系血亲的亲等数。如己身与兄弟姐妹的同源直系血亲是父母,从己身往上数至父母是一世代,再从父母往下数至兄弟姐妹也是一世代,两边世代数相同,取一边世代数为亲等数,则兄弟姐妹间接寺院法的计算法是一亲等的旁系血亲。又如计算己身与堂侄子女的亲等数,先从己身往上数到同源直系血亲祖父母为二世代,再从祖父母数至堂侄子女为三世代,取大的一边世代数为亲等数,则己身与堂侄子女按寺院法的计算法是三亲等的旁系血亲。

寺院法姻亲的亲等计算,与罗马法相似,也是以赖以发生姻亲的一方与其血亲的亲等数为依据。

由上所述,罗马法与寺院法两者计算直系血亲亲等数的方法完全相同,但两者计算旁系血亲亲等数的方法不同。两者的主要不同点是,对己身上数至同源直系血亲的世代数,与从同源直系血亲数至计算亲等的旁系血亲的世代数,罗马法计算法以两边世代数相加之和作为旁系血亲的亲等数,而寺院法计算法则只取一边的世代数作为旁系血亲的亲等数。由于两者对两边世代数的取舍不同,导致对旁系血亲的亲等计算结果也大不相同。如按罗马法旁系血亲计算法,己身与伯、叔,己身与堂兄妹,分别为三亲等、四亲等的旁系血亲;而按寺院法旁系血亲计算法,则均为二亲等的旁系血亲。显然,罗马法的计算方法,能够科学地反映旁系血亲间血缘关系的亲疏远近。故现代绝大多数国家都采用罗马法亲等计算法。

## 二、代数计算法

我国《婚姻法》是以“代”来表明亲属关系的亲疏远近。如我国1950年《婚姻法》规定:“其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题,从习惯。”1980年《婚姻法》规定:“禁止三代以内的旁系血亲结婚。”这里所说的“代”,就是我国法律规定的计算亲属关系亲疏远近的单位。一般代数小的比代数大的亲属关系亲近。

### (一) 代的概念及计算方法

代即指世辈,以一辈为一代。计算亲属的代数分为直系血亲和旁系血亲两个方面的计算。

1. 直系血亲的计算方法。从己身开始,己身为一代,往上或往下数。如从己身往上数父母为二代,祖父母、外父母为三代,曾祖父母、外曾祖父母为四代,高祖父母、外高祖父母为五代;往下数,子女为二代,孙子女、外孙子女为三代,曾孙子女、外曾孙子女为四代,玄孙子女、外玄孙子女为五代。

2. 旁系血亲的计算方法。首先找出同源直系血亲,按直系血亲的算法,从己身往上数至同源直系血亲,记下世代数;再从同源直系血亲往下数至要计算的旁系血亲,记下世代数。如果两边的世代数相同,则用一边的世代数定代数。如果两边的世代数不同,则取世代数大的一边定代数。例如,要计算兄弟姐妹的代数。首先找出同源直系血亲父母,己身为一世代,往上数至父母为二世代;再从父母为一世代,往下数至兄弟姐妹是二世代。因此,兄弟姐妹之间是二代的旁系血亲。再如要计算己身与姨表侄子女(姨表兄弟姐妹的子女)的代数,先找出同源直系血亲外祖父母(对姨表侄子女一边来说为其曾祖父母),己身为一世代,往上数至母亲为二世代,外祖父母为三世代;再从外祖父母往下数至姨表侄子女为四世代,因此,己身与姨表侄子女为四代的旁系血亲。

### (二) “三代”、“五代”以内的旁系血亲

1. 三代以内的旁系血亲。指与己身同源于祖父母、外祖父母的旁系血亲。其范围包括伯、叔、姑、舅、姨、兄弟姐妹、堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹、侄子女、外甥子女。超过这一范围的亲属,就不属三代以内的旁系血亲。

2. 五代以内的旁系血亲。指与己身同源于高祖父母、外高祖父母的旁系血亲。其范围较广,在三代以内的旁系血亲基础上,再向上溯两代的旁系血亲。



## 附：我国古代的丧服制

丧服制是我国古代规定亲属关系亲疏远近的制度。丧服的等级是确定亲属关系亲疏远近的单位。丧服制源于周礼，后入于律。与我国古代宗法家族制度相适应，不同的丧服等级既反映亲属关系的亲疏远近，又反映亲属身份的尊卑。丧服制的效力不仅及于亲属法领域，而且及于其他民事法律和刑事、行政法律领域。《晋书·刑法志》曰：“峻礼之防，准五服以制罪。”至明律把服制图置于律首，作为总则性的规定。清律亦承袭沿用。

丧服制以祭奠死者时所穿的丧服(孝服)的等差来区别亲属关系的亲疏远近(亦反映亲属身份的尊卑)。亲者、近者其服重；疏者、远者其服轻。丧服分五个等级，五服以内为有服亲，五服以外有袒免亲，即无服亲。

第一等：斩衰，为三年之服。其丧服用最粗的麻布做成，不缝边，称为斩。斩衰是最亲近的亲属之服，守孝期为三年，故又称斩衰三年。有斩衰服之亲，称斩衰亲。属斩衰的亲属主要有：于及在室女为父母；父死嫡孙为祖父母；妻为夫；继子为继母；庶子为嫡母；庶子为生母；慈子为慈母；嗣子为嗣父母；妻为夫之父母，妾为家长等。

第二等：齐衰。其丧服用稍粗的麻布做成，缝边。根据所服对象，又分为齐衰杖期、齐衰不杖期、齐衰五月、齐衰三月。齐衰杖期(守孝期持杖，即持“哭丧棒”)和齐衰不杖期，守孝期都是一年，故又称“期年”。有齐衰期年之服的亲属，称为“期亲”。属齐衰杖期的亲属有：子为出母、嫁母；嫡子、众子为庶母；夫为妻(父母在不杖)。属齐衰不杖期的有：侄于为伯叔父母及在室姑；己为兄弟及兄弟为在室姐妹；出嫁女为父母等。属齐衰五月的有：曾孙为曾祖父母；服齐衰三月的有：玄孙为高祖父母；继子为两有大功亲的同居继父等。

第三等：大功，为九月之服。其丧服用粗熟布做成，守孝期为

九个月。如父母为出嫁女，己为堂兄弟，公婆为儿媳，兄弟为出嫁姐妹及姑等。

第四等：小功，为五月之服。其丧服是用稍粗的熟布做成，守孝期为五个月。如外孙为外祖父母；外甥为舅、姨等。

第五等：缌麻，为三月之服。其丧服是用细熟布做成，守孝期为三个月。如夫为妻之父母；己为族兄弟、表兄弟等。

丧服制除上述五等有服亲外，还有无服亲（袒免亲），即九族宗亲之内的亲属，祭奠时只穿素服，以尺布缠头，无守孝期。

丧服制是以男子为中心的古代宗法制度的产物，具有以宗亲为本，男尊女卑的特点。如夫亡，妻为夫服斩衰三年；而妻亡，夫只服齐衰期年。妻为夫之父母服斩衰三年，而夫为妻之父母只服缌麻三月。父母亡，未嫁女服斩衰，出嫁女服齐衰等。这些都表明，丧服制不能准确地反映亲属间血缘关系的远近，同样的血缘关系，丧服等级存在很大差异。因此，它在我国早已被废弃不用。

### 第三节 亲属关系的发生、终止和效力

#### 一、亲属关系的发生和终止

亲属关系因一定原因而产生，也因一定的原因而终止。由于亲属的种类不同，发生和终止原因也不同。

##### （一）配偶关系的发生和终止

配偶关系因男女结婚而发生。按我国现行婚姻法的规定，应以取得结婚证的时间，作为配偶关系发生的时间。配偶关系终止的原因有二：一是因配偶一方死亡（包括自然死亡和宣告死亡）而终止；二是因夫妻离婚而终止。即配偶关系终止的时间为：配偶一方自然死亡的时间、人民法院宣告死亡的判决书生效的时间、登记

离婚取得离婚证的时间、及人民法院准予离婚的调解书或判决书生效的时间。

## (二)血亲关系的发生和终止

### 1. 自然血亲关系的发生和终止

自然血亲是由于出生而产生的亲属关系。只要出生事实一经发生,出生者就与其父母、兄弟姐妹、伯叔等亲属存在着自然的血缘关系,发生自然血亲关系。无须当事人双方或对方认可,也不需要履行法律手续。出生者无论是婚生的,还是非婚生的,都是自然血亲。因此,出生是发生自然血亲的惟一原因。

自然血亲只能因一方死亡而终止,是古今中外立法的通例。自然血亲,除一方死亡外,不因任何人为条件而终止。例如父母子女关系,既不因父母离婚而终止,也不因双方协议、一方声明或法院判决而解除。即使子女被他人收养,仅终止双方的父母子女权利义务,因出生而形成的父母子女身份和称谓、法律上的禁婚效力和对收养人的干预权利均仍然存在。

### 2. 拟制血亲关系的发生和终止

拟制血亲是法律设定的血亲,由于拟制血亲的种类不同,其发生和终止原因也不同。

(1)养父母与养子女关系的发生和终止。养父母与养子女这种拟制血亲,是因收养成立而发生。收养关系依法成立,收养人与被收养人之间即发生父母子女关系,同时,被收养人与收养人的其他近亲属,也发生拟制血亲关系。如收养人的父母、收养人的亲生子女与被收养人之间发生养祖父母、养外祖父母与养孙子女、养外孙子女和养兄弟姐妹关系。

养父母与养子女的拟制血亲关系除因一方死亡而终止外,还可因收养解除而终止。即收养解除后,收养人及其近亲属与被收养人的拟制血亲关系终止。

(2)有扶养关系的继父母子女关系的发生和终止。这种拟制

血亲关系的发生,一是以继子女的生母或生父与继父或继母结婚为前提,二是继子女与继父母之间必须形成抚养教育关系。这两个条件必须同时具备,才能发生拟制血亲关系。

有抚养关系的继父母与继子女间的拟制血亲关系的终止,除可因继父母子女当事人一方死亡而终止外,也可基于双方当事人自愿而协议解除,或由一方当事人诉请法院依法调解或判决解除。如果生父(母)与继母(父)离婚,继子女未成年由生父母带走而继父母终止抚养的,则该子女与继父母间的拟制血亲关系终止;但如继子女已被继父母抚养成年,则其与继父母间的拟制血亲关系仍然存在,不因生父(母)与继母(父)离婚而终止。

### (三)姻亲关系的发生和终止

姻亲因婚姻成立而发生。婚姻成立是姻亲关系产生的基础,以婚姻为中介,配偶一方才与配偶另一方的亲属及双方的亲属之间发生姻亲关系,即婚姻成立的时间,为姻亲关系发生的时间。

姻亲关系除因主体一方死亡,对另一方主体而言相互间的姻亲关系终止外,是否因其他原因如离婚或配偶一方死亡而终止,各国规定不同。

1. 姻亲关系是否因离婚而消灭,现代各国立法有消灭主义和不消灭主义两种。前者如《日本民法典》第728条第一款规定:“姻亲关系因离婚而终止。”韩国民法和我国台湾地区民法的规定与日本民法相同。此外《日本民法典》第735条还规定:“直系姻亲间,不得结婚……在姻亲关系终止后亦同。”我国台湾地区民法亲属编规定,禁止直系姻亲和五亲等内不同辈分的旁系姻亲结婚。“于姻亲关系消灭后亦适用之”。即姻亲关系终止后,禁婚效力仍不消灭。我国《婚姻法》未规定禁止姻亲结婚,因而姻亲消灭后,亦无禁婚效力。相反,持不消灭主义的立法如《德国民法典》第1590条第2款规定:“由婚姻而生的姻亲关系,不因该婚姻解除而消灭。”《瑞士民法典》的规定与之相同。

2. 姻亲关系是否因配偶一方死亡而终止, 现代各国立法差异很大。有的采取任意主义, 即立法对配偶一方死亡后, 是否终止姻亲关系不予规定, 完全由姻亲双方当事人自愿决定是否继续保持姻亲关系; 有的则采有条件地消灭主义, 即立法规定配偶一方死亡后, 如生存配偶一方再婚或作了终止姻亲关系的意思表示时, 姻亲关系终止。如根据日本旧民法典第 729 条规定, 夫妻一方死亡, 生存配偶离家时(即再婚), 公婆与儿媳, 岳父母与女婿等的姻亲关系终止。而日本现行民法典第 728 条第 2 款则规定, 夫妻一方死亡, 生存配偶表示终止姻亲的意思时, 姻亲关系终止。

我国《婚姻法》未规定姻亲关系终止的原因。配偶一方死亡后, 姻亲当事人双方是否仍保持姻亲关系, 听其自便。但根据我国《继承法》规定, 丧偶的儿媳对公婆、丧偶的女婿对岳父母, 尽了主要赡养义务的, 不论再婚与否, 均可作为公婆、岳父母的第一顺序法定继承人, 且不影响其子女的代位继承。从其立法精神可见, 姻亲关系不因配偶一方死亡而终止, 也不因生存配偶一方再婚而终止。

#### 附: 亲属关系的重复

亲属关系的重复, 又称亲属关系的并存, 指有亲属关系的两人之间, 同时存在两种或两种以上不同的亲属关系。其产生主要原因是婚姻或法律拟制而形成。如在一些不禁止中表婚的国家(如我国 1950 年《婚姻法》即不禁止中表婚), 表兄妹结婚后可同时存在配偶和旁系血亲关系。又如叔侄间收养关系成立, 可同时存在养父母子女和旁系血亲关系。这种并存的亲属关系应如何对待? 各国法律无明文规定。传统的亲属法理论认为, 在亲属关系并存时, 采“一关系不为另一关系吸收或排斥”的原则。即并存的亲属关系各自独立存在, 各保有其固有的效力。如一亲属关系消灭, 不影响另一亲属关系的存在。但是, 同时并存的一亲属关系所生的

效力,得停止另一亲属关系所生的效力。<sup>①</sup> 必须指出,当亲属关系并存、互不吸收各自独立时,其法律的适用,采“从近从重”原则。即同时并存的亲属关系中,适用亲属关系近者、权利义务重者的法律规定,发生该种亲属的效力;同时停止亲属关系远者、权利义务轻者的亲属效力。如根据我国1950年《婚姻法》的规定,表兄妹按当时的习惯结婚,配偶关系近于表兄妹关系,配偶的权利义务重于表兄妹的权利义务(我国婚姻法未规定表兄妹间有法律上的权利义务),故应适用配偶关系的法律规定,发生配偶的亲属效力,同时停止表兄妹的亲属效力。又如叔侄间成立收养关系,养父母子女关系近于叔侄关系,养父母子女的权利义务重于叔侄的权利义务(我国婚姻法未规定叔侄间有权利义务),故应适用养父母子女关系的法律规定,发生养父母子女的亲属效力,同时停止叔侄的亲属效力。但是,如表兄妹离婚后则仍为表兄妹,叔侄解除收养关系后,则仍为叔侄。即恢复原处于停止状态的亲属的效力。

## 二、亲属的效力

亲属关系一经法律调整,便会在具有亲属身份的主体之间产生法定权利义务的法律后果,这种法律后果,即为亲属的效力或称法律效力。在不同的法律部门中,各自规定的亲属效力有所不同。

### (一) 亲属在婚姻家庭法上的效力

1. 扶养效力。我国《婚姻法》规定,夫妻之间、父母子女间互负扶养义务,在一定条件下,祖孙之间、兄弟姐妹间也互负扶养义务。如果负有扶养义务的一方不履行扶养义务时,享有扶养权利的一方有权要求扶养,并可向人民法院起诉。

2. 继承效力。我国《婚姻法》、《继承法》规定,配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女等为法定继承

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《亲属法论》,70页,台北荣泰印书馆股份有限公司,1980。

人,当这些亲属一方死亡后,对无遗嘱或遗嘱未处分的遗产,除依法被剥夺继承权者外,享有法定继承权。

3. 共同财产效力。我国《婚姻法》规定,夫妻在婚姻关系存续期间,双方所得或一方所得的财产,除另有约定外,归夫妻双方共同所有。夫妻对共同财产有平等的处理权。

4. 禁婚效力。基于遗传学、优生学原理和伦理道德要求,禁止一定范围的近亲属结婚。我国《婚姻法》规定,禁止直系血亲和三代以内的旁系血亲结婚。法律拟制的直系血亲,如养父母与养子女,有扶养关系的继父母与继子女间,虽无自然血亲关系,但基于伦理道德,也禁止结婚。在外国法中,普遍还禁止直系姻亲之间和一定范围内不同辈分的旁系姻亲间结婚。

## (二) 亲属在民法上的效力

民法规定的亲属效力,主要有以下方面:

1. 法定代理效力。近亲属是无民事行为能力人或限制民事行为能力人的法定代理人。我国《民法通则》规定,父母是未成年子女的法定代理人,依法行使代理权,进行民事活动。

2. 监护效力。近亲属是未成年人和精神病人的法定监护人。我国《民法通则》规定,监护人的顺序是:配偶;父母;成年子女;其他近亲属;其他关系密切的亲属。监护人的职责是依法行使监护权,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益。被监护人的人身、财产及其他民事权益受到侵害时,监护人有权要求加害人停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失、恢复原状,并可以被监护人的名义向人民法院起诉、应诉。当被监护人对国家、集体和他人的人身或财产造成损害时,监护人应承担一定的赔偿损失的民事责任。被监护人有财产的,由其财产中支付赔偿费用,不足部份,由监护人承担。

3. 对失踪人、精神病人的申请宣告效力。近亲属对下落不明人,达到法律规定失踪期限的,可以向人民法院申请宣告失踪、宣告死亡。对精神病人可向法院申请宣告无民事行为能力或限制民

民事行为能力。当失踪人生还或有生存的信息时,本人或近亲属可以向人民法院申请撤销失踪宣告或死亡宣告判决。当被宣告为无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人,经治愈而具有民事行为能力时,本人或其近亲属可以向人民法院申请撤销其无民事行为能力或限制民事行为能力的判决。

### (三) 亲属在刑法上的效力

我国刑法涉及亲属效力的规定,主要有以下方面:

1. 犯罪构成效力。我国刑法规定的虐待罪,遗弃罪,暴力干涉婚姻自由罪,加害人与被害人之间必须具有亲属关系才能成立。如果没有亲属关系,则构成其他罪。

2. 告诉、和解效力。我国刑法规定,近亲属之间的虐待、遗弃或暴力干涉婚姻自由行为,虽情节严重已构成犯罪的(除被害人重伤或死亡外)只有被害人或其近亲属告诉的,人民法院才予受理。即“不告不理”。而且即使告诉,在人民法院判决前,如被害人与加害人自行和解或原告人撤诉的,人民法院不予追究被告人的刑事责任。

### (四) 亲属在诉讼法上的效力

亲属在我国诉讼法中的效力,包括在刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼中所规定的亲属的效力,主要有以下方面:

1. 回避效力。在刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼中,审判人员、检察人员、侦查人员、书记员、鉴定人和勘验人员如果是本案的当事人或是当事人的近亲属,或者与本案有直接利害关系,则应自行回避。如不回避,诉讼当事人可以申请他们回避。如申请回避有异议,应由审判委员会、检察委员会、院长或审判长以裁定形式决定是否回避。

2. 上诉、申诉效力。对第一审人民法院作出的判决、裁定,当事人的近亲属经当事人同意可以提出上诉;对已经发生法律效力判决、裁定不服的,可以提出申诉。



3. 申请执行效力。民事案件、刑事附带民事案件、行政案件的判决或裁定及调解协议中涉及财产内容的,义务人到期不履行义务,近亲属为法定监护人的可以被监护人的名义申请强制执行。但在强制执行时,应当保留被执行人及其供养亲属的生活费用及必要的财产。

#### (五) 亲属在劳动法上的效力

根据我国《劳动法》有关规定,亲属的效力主要如下:

1. 劳动者死亡后,其遗属依法享受遗属津贴。死者生前供养的直系血亲可享受领取一次性抚恤费或定期、不定期的生活困难补助费。

2. 与配偶分居两地在国家机关、人民团体和全民所有制企事业单位工作满一年的固定职工,与父母分居两地的职工,享有探亲权,探亲期间享有一系列的福利待遇。<sup>①</sup>

#### (六) 亲属在国籍法上的效力

我国《国籍法》规定的亲属的效力,主要如下:

1. 一定的亲属关系是取得中国国籍的前提条件。父母双方或一方是中国公民,本人出生在中国或外国,即具有中国国籍。但父母双方或一方为中国公民,本人在外国出生,且出生时就具有外国国籍的,则不具有中国国籍。父母无国籍或国籍不明,定居在中国的,本人出生在中国,就具有中国国籍。与中国人有一定亲属关系的外国人、无国籍人,或是中国人的近亲属的外国人、无国籍人,可以申请加入中国国籍。

2. 一定的亲属关系是可以申请退出中国国籍的前提条件。与外国人有一定近亲属关系的中国人,可以申请退出中国国籍。

基于亲属关系产生的权利、义务,除在上述法律中有规定外,在行政法及其他法规上也有规定,此不赘述。

---

<sup>①</sup> 参见关怀主编:《中国劳动法讲座》,128、206、207页,改革出版社,1995。

## 第四节 我国亲属关系通则性规定 之不足及其立法完善

### 一、我国亲属关系通则性规定之不足

亲属是因婚姻、血缘和法律拟制而产生的社会关系。婚姻是家庭的前提,家庭是社会的细胞。亲属关系的意义和作用是不可忽视的。古今中外各国立法都十分重视调整亲属关系。我国《婚姻法》具体规定了夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙等近亲属间的权利义务。除此之外,我国民法通则、继承法、刑法、民事诉讼法、国籍法等相关法律也有调整亲属关系的规定。我国亲属关系立法为巩固社会主义婚姻家庭关系,维护亲属关系当事人的合法权益,起着十分重要的作用。但是也要看到,我国亲属关系立法还存在以下方面的不足:一是在婚姻法这一基本法层次上,未对亲属关系作出通则性规定;二是以“代”作为计算亲属关系亲疏远近的单位不科学;三是未将直系姻亲纳入近亲属范围等。

(一)在婚姻法这一基本法层次上,未对亲属关系作出通则性规定

我国《婚姻法》是调整婚姻家庭亲属关系的基本法,但却未对亲属关系作出通则性的规定,包括亲属的范围和种类、亲属的发生和终止、亲系、亲等及其计算方法等均未作出一般规定。这一立法空白,既不便于公民知法、守法,也不便执法部门执法,甚至还出现了有些调整亲属关系的法律规定,互不协调,内容不一的现象。例如,关于近亲属的范围,1988年1月26日我国最高人民法院的司法解释规定:“民法通则中规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄

弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”<sup>①</sup>我国1996年修订后的《中华人民共和国民事诉讼法》第82条规定：“‘近亲属’是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。”这样各部门法前后立法不一，使人难以适从，往往会导致执法上的混乱。

### (二)我国以“代”作为计算亲属关系亲疏远近的单位不科学

我国《婚姻法》以“代”作为计算亲属关系远近的单位，既不科学，也不便与国际上通行的罗马法亲等计算法接轨。对于旁系血亲的计算，我国《婚姻法》规定的“代”的计算法与寺院法亲等计算法，存在着相同的弊端。因两者均只取一边的世代数定旁系血亲的代数或亲等数，故都不能准确地反映亲属血缘关系的远近。而罗马法亲等计算法则以两边的世代数相加之和定旁系血亲的亲等数，故能准确地反映亲属血缘关系的远近。例如，己身与伯叔、己身与堂兄弟姐妹，按我国“代”的计算法，两者均为三代旁系血亲；按寺院法亲等计算法，两者均为二亲等旁系血亲；而按罗马法亲等计算法，则前者为三亲等旁系血亲，后者为四亲等旁系血亲。故我国以“代”作为计算亲属关系远近的单位是不科学的。另一方面，在我国改革开放，实行社会主义市场经济的条件下，国际交往频繁，涉外、涉台、涉港、涉澳的亲属关系也日渐增多。罗马法亲等计算法已为世界上大多数国家及我国台湾、澳门地区所采用，我国在处理具体婚姻家庭继承问题时，往往需在亲等与“代”之间进行换算，这显然十分不便。

### (三)未将直系姻亲纳入近亲属范围

目前，随着我国市场经济的发展，人民物质文化生活水平的提高，以及计划生育政策的实施，我国独生子女家庭日益增多。另一方面，我国人口年龄结构迅速老龄化。京、津、沪已成为老年型城

<sup>①</sup> 参见：最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》，第12条。

市；一些地区已进入老年型省份，如浙江省、江苏省；有的地区也将进入老年型省份，如山东省和广东省。<sup>①</sup> 我国家庭趋向小型化，但因我国处于社会主义初级阶段，在今后相当长的时间内，家庭仍担负着主要的养老义务。由于我国《婚姻法》未将直系姻亲纳入近亲属范围，未规定直系姻亲间互有法定扶养义务，故儿媳对公、婆或女婿对岳父、岳母，仅有道德上的扶助义务。这既不利于发挥家庭的养老职能，也不利于宏扬中华民族敬老、养老的传统美德，甚至一些不道德的人也以此作为推卸养老责任的借口。但我国早在1985年施行的《继承法》第12条规定：“丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”可见我国立法精神是倡导晚辈直系姻亲承担赡养老人责任的。在新的形势下，我国《婚姻法》未将直系姻亲纳入近亲属范围，未规定直系姻亲之间互负扶养义务，已不适应充分发挥家庭养老职能新情况的需要。

## 二、完善我国亲属关系通则性规定的立法建议

针对我国亲属关系通则性立法存在的上述不足，我们建议，以1999年《婚姻家庭法》（法学专家建议稿）的规定为基础，在新婚姻家庭法中增设专章对亲属关系通则作出规定，其主要内容包括：

1. 亲属的概念和种类（配偶、血亲和姻亲）；
2. 亲属关系的发生与终止；
3. 亲系、亲等与亲等的计算方法（亲系分直系亲与旁系亲，亲等采取罗马法亲等制及其计算方法）；
4. 近亲属的范围（建议规定：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女，以及儿媳与公、婆，女婿与岳父、岳母，为近亲属）；

<sup>①</sup> 参见王舜华主编：《老年人权益法律保障》，8、9页，经济管理出版社，1995。

5. 亲属的法律效力。(明确规定,如其他法律、法规有规定的,从其规定,但与本法相抵触的除外。从而保证婚姻家庭基本法所作的通则性规定的实施。)

此外,还须说明的是,第一,关于禁婚亲的范围。我们认为,以规定在婚姻法中似更为适宜。把它统一规定在禁婚条件之中,既便于公民知法、守法,也便于有关部门执法(参见第三章第七节我国结婚制度的修改与完善部分)。第二,关于规定直系姻亲之间互负扶养义务和扶助义务问题,拟置于“扶养”一章中为当。

### 三、我国亲属关系通则立法修改中有分歧意见的难点问题

关于亲属关系通则立法中有分歧意见的难点问题,主要有三:一是继父母与继子女之间形成扶养关系,是否应规定时间须长达五年问题;二是继父母与继子女之间形成扶养关系,是否应规定为长辈对晚辈的单向扶养问题;三是直系姻亲(除无扶养关系的继亲外)是否应纳入近亲属范围问题。

关于继父母子女,作者认为,基于保护婚姻家庭的立法宗旨,为稳定再婚家庭关系,保护继父母与继子女双方的合法权益,继父母与继子女之间发生扶养关系而转化为拟制血亲关系的时间,立法不宜规定得过长,以二年较为适宜。并且,鉴于我国人口年龄结构已开始向老年型转变,老年人口比重不断提高和老年人口绝对数量大量增加,为鼓励家庭成员赡养老人,有利于老人安度晚年,基于权利义务相一致原则,继父母与继子女之间形成扶养关系,应该是双向的,既可以因继父母抚养继子女而形成,也可以因继子女赡养继父母而形成。现行婚姻法规定的由继父母抚养继子女单向形成抚养关系,已不适应我国社会赡养老人的需要。因此,建议在1999年《婚姻家庭法》(法学专家建议稿)的规定基础上修改、增补规定:“继父母对继子女或者继子女对继父母,在经济上或者生活上尽了扶养义务已达二年以上的,应当认定继父母与继子女之间

已形成扶养关系,双方有与父母子女相同的权利义务。但继父母或继子女一方明确表示不愿设立父母子女权利义务关系的除外。”(具体理由参见第六章第八节有关内容。)

关于直系姻亲(无扶养关系的继亲除外)是否应纳入近亲属范围问题?关键是我国立法是否应规定直系姻亲(无扶养关系的继亲除外)互负扶助义务或扶养义务。我国现行婚姻法对此未作规定。1997年10月的《中华人民共和国婚姻家庭法》(试拟稿)第13条曾规定:“同居一家、共同生活的直系姻亲,在扶养关系上准用有关直系血亲的规定。”但1999年的《中华人民共和国婚姻家庭法》(法学专家建议稿)取消了此规定。从国外立法看,关于直系姻亲之间互负扶养义务或同居一家的亲属之间有扶助义务,国外有些国家立法有明确规定。例如,根据《法国民法典》第206、207条规定,儿媳与公、婆之间,女婿与岳父、岳母之间,具有子女与父母之间相同的权利和义务。《日本民法典》第730条规定,直系血亲与同居的亲属,应互相扶助;且第877条第2款规定,有特别情事时,三亲等内的亲属之间也负扶养义务。作者认为,婚姻家庭作为生活共同体,要求婚姻家庭成员之间互相关心、互相帮助。从现实生活中看,家庭成员之间不尽扶助义务,甚至虐待家庭成员的情况时有发生。为弘扬中华民族尊老爱幼的传统美德,基于保护婚姻家庭的立法意旨,建议我国立法借鉴国外立法经验,增加规定:“儿媳与公、婆,女婿与岳父、岳母,为近亲属。”(关于这些直系姻亲是否应互负扶养、扶助义务问题,详见第八章第四节有关内容。)

## 第三章 结婚制度立法研究

### 第一节 概 述

#### 一、婚姻成立的要件

婚姻成立又称结婚,是男女双方按照法律规定的条件和程序,建立夫妻关系的民事法律行为。

结婚的概念,有广义与狭义之分。广义的结婚,包括婚约的订立和夫妻关系的建立两个方面。狭义的结婚,仅指夫妻关系的建立,不包括订婚。从结婚制度的发展看,我国对结婚的概念,古代法采取广义说,近代和现代法采取狭义说。

在阶级社会里,结婚是一种法律行为,必须具备法定的要件,婚姻的成立才具有合法婚姻的法律效力。对结婚要件,可分为以下两类:

#### (一)结婚的实质要件

结婚的实质要件,是指结婚当事人本身以及双方之间的关系必须符合的法定条件。它包括结婚的必备条件和禁止条件两种:结婚的必备条件,又称积极要件,是指结婚双方当事人必须具备的不可缺少的条件。我国《婚姻法》规定的结婚必备条件有三:一是必须男女双方完全自愿;二是必须达到法定婚龄;三是必须符合一夫一妻制。结婚的禁止条件,又称消极要件,或称婚姻成立的障碍,是指法律规定不允许结婚的事项。我国《婚姻法》规定的结婚

禁止条件有二：一是禁止近血亲结婚；二是禁止患一定疾病的人结婚。

必须指出的是，结婚的必备条件和禁止条件的区分并非绝对的，而是相对的。例如，可以将必须符合一夫一妻制作为必备条件，也可将重婚作为禁止条件。法律规定的角度虽然不同，实质内容则是完全一致的。婚姻当事人双方只有具备结婚的实质条件，即完全具备结婚的必备条件，不存在结婚的禁止条件，才具有结婚的资格。

## (二) 结婚的形式要件

结婚的形式要件，是指婚姻成立的法定程序或方式。它是婚姻取得社会承认的方式。从立法原则上看，婚姻成立的方式有事实婚主义与要式婚主义之别。事实婚主义，是指当事人双方有结婚的意思，并有以夫妻名义共同生活的事实，无须履行任何手续，即有合法婚姻的效力。要式婚主义，指当事人须履行法定的程序或方式，才能成立合法的婚姻，否则当事人虽有以夫妻名义共同生活的事实，而未履行法定的结婚方式，仍不受法律的承认和保护。事实婚主义，重事实轻形式，虽有其合乎情理的一面。但婚姻既为社会公认的正当的男女两性结合关系，为保障当事人及子女的合法权益，维护社会利益，必须采取一定的方式，公示夫妻关系的成立。故现代社会大多数国家立法均采要式婚主义，即对婚姻的成立采取国家监督主义，要求结婚当事人履行法定的结婚方式，婚姻才能合法成立。在不同时代，不同国家法律确认的结婚方式有所不同，大体可分为仪式制、登记制和登记与仪式结合制三种类型：

1. 仪式制。指结婚须举行一定的仪式，婚姻才能有效成立的制度。仪式制包括三种形式：

(1) 世俗仪式。指结婚须在亲友面前举行婚礼，并有证人参加，婚姻才能有效成立。

(2) 宗教仪式。指结婚须在神职人员面前举行仪式，婚姻才能



有效成立。

(3)法律仪式。指结婚须在政府官员面前举行仪式,婚姻才能有效成立。

2.登记制。指结婚须履行法定的登记手续,婚姻才能有效成立的制度。凡未进行登记,即使举行了一定的结婚仪式,婚姻也不能有效成立。依我国《婚姻法》规定,合法婚姻成立的惟一形式是结婚登记。

3.登记与仪式结合制。指结婚须履行法定的登记手续,又须履行法定的仪式,婚姻才能合法有效成立的制度。如只履行其中一种程序,婚姻不能有效成立。

结婚当事人双方符合结婚的实质要件,是其结合受国家法律承认和保护的前提,而且又具备结婚的形式要件即履行了法定的结婚方式,才能成立合法婚姻。在我国婚姻法学中,通常将婚姻成立的实质要件称为结婚条件,将婚姻成立的形式要件称为结婚程序。

## 二、结婚制度的变迁

结婚制度主要包括结婚条件和结婚形式等内容,它是婚姻制度的重要组成部分。它的性质、内容和特点都是由社会生产方式决定和制约的。有什么样的社会生产方式,就有与之相适应的结婚制度。人类个体婚制下的结婚形式,大体有以下方式:

### (一)古代社会的结婚方式

1.掠夺婚。掠夺婚又称抢婚,是指男子以暴力手段抢劫女子为妻的婚姻。这是在原始社会末期从对偶婚向个体婚过渡时期出现的一种婚姻形式。摩尔根指出:“正是在偶婚制家族开始出现……才有买妻和抢妻的现象。”<sup>①</sup>恩格斯进一步分析说:“在以前

<sup>①</sup> 参见[美]摩尔根著:《古代社会》(下册),432页,商务印务馆,1983。

的各种家庭(指血缘家庭、亚血缘家庭——引者注)形式下,男子是从来不缺乏女子的……而现在女子却稀少起来,不得不去寻找了。因此,随着对偶婚的发生,开始出现抢劫和购买妇女的现象。”<sup>①</sup>当时一些部落成员为解决婚配,便结伙到外部落去抢劫女子到本部落成亲。为减少械斗伤亡,通常选择黄昏时进行。进入阶级社会后,后世沿用把黄昏定为嫁娶之时,故名昏礼。我国古籍《说文》载:“礼,取妇以昏时,故曰昏。”除在婚礼方面可见掠夺婚的遗迹外,我国古籍《易·屯卦》、《贲卦》及《睽卦》中屡见“匪寇昏媾”之词,寇与婚同称,表明我国古代社会也存在过掠夺婚。

2. 有偿婚。有偿婚是指男方向女家给付一定代价而成立的婚姻。根据给付代价的形式不同,有偿婚又分为买卖婚、交换婚和劳役婚。

(1) 买卖婚,是指男方用金钱或实物购买女子为妻的婚姻。由于掠夺婚较为野蛮,且容易发生械斗和伤亡,损失较大,因而买卖婚逐渐成为主要的婚姻形式。我国古籍《曲礼》载:“非受币不交不亲”等语,就是买卖婚的真实记载。

(2) 交换婚,是指婚姻当事人双方父母各以自己的女儿交换儿媳,或男子各以自己的姐妹换取妻子而成立的婚姻。我国一些地方现存的“换亲”、“转亲”就是交换婚的遗俗。

(3) 劳役婚,是指男子须在女家服一定时期的劳役或完成一定的劳务,以此作为娶妻的代价而成立的婚姻。

3. 无偿婚。无偿婚是指男方家不需要支付任何代价而结成的婚姻。其形式分为赠与婚和收继婚两大类。

(1) 赠与婚是指将侍妾或女儿赠与他人结成的婚姻。赠与婚包括赠婚与赐婚,前者指父母将女儿或男子将侍妾赠与他人为妻

<sup>①</sup> 恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,44页,人民出版社,1972。

的婚姻；后者指帝王将姬妾或美女赐与子弟、功臣等为妻的婚姻。

(2)收继婚分为逆缘婚和顺缘婚，前者指兄亡弟收嫂或弟亡兄收弟媳为妻的婚姻；后者是指姐死续娶其妹或妹死续娶其姐为妻的婚姻。

4. 聘娶婚。聘娶婚是指男家向女家交付聘金或聘礼作为娶妻条件，并依礼制程序嫁娶的婚姻。我国自西周开始，在礼制上奠定了聘娶婚的基础，汉唐以来在法律上规定聘娶是婚姻成立的惟一方式。聘娶婚即成为我国盛行几千年的主要结婚方式。由于聘娶婚往往以聘娶为名，行有偿之实，故被称为变相买卖婚姻。但聘娶婚与买卖婚既有联系又有区别。两者的联系是，都是以金钱或财物作为婚姻成立的先决条件，且都是由父母作主包办强迫婚姻。两者的区别是，在婚姻缔结的形式上，买卖婚是公开把女子作为买卖的客体，直接进行讨价还价的交易。只要男方家长向女方家长交付价金，女方家长交付子女，婚姻即行成立。聘娶婚则是由公开的买卖变为男女两家私下协议，提高了女子及其家庭在婚姻成立中的地位，聘金、聘礼要求与男方的地位基本相当，一般不把女子作为买卖的客体，同时，还要求经“六礼”程序，婚姻才能成立。所以，聘娶婚仍是人类结婚形式发展的一个进步。

5. 宗教婚。在中世纪的欧洲，宗教婚是当时占统治地位的结婚方式。教会不仅握有婚姻家庭的立法权，而且操纵婚姻家庭的司法权。结婚必须严格遵守教会法中的有关规定，教会法不仅为婚姻的成立规定了严格的条件，明列了众多的婚姻障碍，而且要求当事人结婚须履行一定的宗教仪式，婚姻才能合法成立。在现代社会有些采取登记与仪式结合制的国家，宗教仪式仍然是法定的

供结婚当事人选择的结婚仪式之一。<sup>①</sup>

## (二) 近、现代社会的共诺婚

共诺婚, 又称自由婚, 是指男女双方合意而成立的婚姻。共诺婚把婚姻缔结权从父母或其他人手中还给了婚姻当事人本人, 使其能按自己的意愿自由缔结婚姻。它是人类社会结婚形式的又一个巨大进步。

共诺婚是资产阶级革命胜利的产物, 它结束了婚姻的主体与权利相分离的时代, 把婚姻缔结权交给当事人本人, 这对于反对封建婚姻的不自由和中世纪欧洲的宗教神权婚姻观, 无疑是一个历史的进步。但由于资本主义私有制的存在, 资产阶级的共诺婚有其阶级的局限性。它只解决了“共诺”的形式, 未解决“共诺”的基础和内容。至于法律幕后的现实生活是怎样的, 法律和法学家都是无能为力的。

在解放前的旧中国, 1930年国民党政府民法亲属编规定, 婚姻的成立须以当事人的合意为要件。但由于半殖民地半封建的社会条件限制, 资产阶级式的共诺婚并未普遍通行, 依父母之命、媒妁之言的聘娶婚仍占统治地位。

中华人民共和国成立后, 建立了社会主义公有制, 人民翻身成了国家的主人, 为婚姻当事人实现婚姻自由, 建立以爱情为基础的婚姻, 提供了各种社会条件。我国《婚姻法》关于结婚条件和程序的规定, 则从法律上保障了社会主义婚姻自由的实现。

## 三、我国结婚制度的演进

### (一) 我国古代的结婚制度

我国古代的婚姻制度, 建立在古代社会自然经济基础之上, 并

<sup>①</sup> 参见:《美国统一结婚离婚法》, 第201~206条;《意大利民法典》, 第82、83、130、149条。

受封建政治、文化、道德等上层建筑的制约。从立法精神看,封建亲属法与其社会政治、经济制度相适应,以家族主义为本位,而不以个人为本位。

我国古代礼和法规定的结婚制度,包括婚约、结婚的条件和程序、违法婚姻的效力及处罚等内容。

1. 我国古代的婚约制度。我国古代的礼和法规定实行聘娶婚,定婚是结婚的必经程序。纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎为聘娶婚成立的六道程序,简称“六礼”。“六礼”中的前四礼,即为定婚。(“六礼”的内容详见后面;我国古代结婚程序部分。)我国古代的婚约制度,主要有以下内容:

(1) 订立婚约的权利,属于男女双方的尊亲属。

(2) 婚约的成立,以男女两家父母合意,订立婚书或女家收受聘财为成立要件。

(3) 婚约的效力,婚约成立后,便具有强制力。无法律规定的条件,不许反悔,应依期约完婚。凡悔婚、妄冒和违期者均予以处罚。

(4) 婚约的解除,订婚后基于一定合法事由,允许解除婚约。例如,一女数许或一男数聘在后婚已成的情况下,允许解除前一婚约;未成婚的男女有犯奸盗的,男犯听女别嫁,女犯听男别娶;订婚后五年无故不娶或夫逃亡三年不还的,经告官后获准,可别行改嫁,卑幼在外自娶妻已成婚的,尊长后定之女听其别嫁;订婚后男女一方死亡的,他方取得另行婚配权。

关于婚约解除时财产的处理,一般采取过错原则。即解除婚约,如男方有过错,则不追还财礼;如女方有过错,则得返还财礼。如非过失原因解除婚约(如一方死亡等),不返还财礼。

2. 我国古代的结婚条件和程序。

(1) 我国古代的结婚条件

① 须有主婚人。结婚决定权属于主婚人,即属于婚姻当事人

的尊亲属。我国古代的礼规定,婚姻的成立必由“父母之命、媒妁之言”,当事人无结婚决定权。我国封建法律规定,婚姻必须由祖父母、父母或期亲尊长主婚。如违反此规定,则处以刑罚。只有当男子在外结婚或无主婚人时,才由男子本人决定。此外,还规定寡妇除可由其祖父母、父母强嫁外,改嫁须自愿,即有一定的自主权。<sup>①</sup>

②须达适婚年龄。我国古代结婚年龄普遍偏低。虽《周礼·地官·媒氏》有“男三十而娶,女二十而嫁”的记载,但孔子认为这是“言其极也”,“男子二十而冠有为人父之端,女子十五许嫁有适人之道,于此而往则自婚矣。”据此可见,男三十而娶,女二十而嫁乃结婚之最高年龄。从我国古代法律的规定看,一般男子十五至十六岁,女子十三至十四岁,就可以结婚。如北周武帝规定,男十五、女十三为嫁娶之期。唐开元令的规定与之相同。宋以后到明、清朝都规定,男十六、女十四为法定婚龄。有的封建王朝甚至立法强迫人民早婚。

③禁止干分嫁娶。干分嫁娶是指干犯亲属行辈和亲属关系名分,有违人伦的结婚行为。主要包括以下情况:

第一,有妻不婚。我国古代的礼和法规定实行一夫一妻(正妻),即夫只许有一个正妻,其余的为媵妾。如我国古籍《白虎通·嫁娶》载:妻者,齐也,与夫齐体。上自天子下至庶人,其义一也。唐律规定,有妻更娶妻者,徒一年……各离之。妻妾擅去而改嫁者,徒三年。晋律、唐律等还禁止以妾为妻。

第二,亲属不婚。主要包括:母子不婚、兄妹不婚、翁媳不婚、同宗亲不婚(不论其有服与无服,包括禁止娶同宗亲之妻妾)、外姻亲尊卑失序不婚、禁娶同母异父姊妹及妻前夫之女等。

第三,同姓不婚。我国自西周始禁止同姓结婚。同姓以父亲

<sup>①</sup> 参见唐律:《户婚律》,夫丧守志条。

为准,只有后周武帝时,亦禁娶母同姓为妻妾,至宣帝时,母族绝服外者准许结婚。<sup>①</sup>至唐朝,唐律疏义对“同姓”作的狭义解释,指“同宗共姓”之意,故同姓不婚,即指同宗不婚。宋、元朝立法与唐相同。明、清朝立法也禁止同姓结婚。清末《大清现行刑律》始将禁止同姓为婚改为禁止同宗为婚。

④禁止非偶嫁娶。即根据礼法所设限制,不同等级身份的人之间或某些特定的人不得结婚。主要包括;士庶不婚、良贱不婚、监临之官(及其亲属)不得与所监临之女结婚、相奸男女不得结婚、不得与逃亡妇女结婚、僧道不娶结婚、一定品位官员之妻丧夫后不得再婚等。<sup>②</sup>

⑤禁止违时嫁娶。指在礼制规定的守孝期或某些期间内不得嫁娶。包括值帝王丧,或居父母丧、夫丧或祖父母、父母被囚禁期间不得结婚等。

(2)我国古代的结婚程序。我国古代的礼和法规定实行聘娶婚,以“六礼”为程序。“六礼”即纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎。纳采,指男方请媒人去女家提亲;问名,指男家通过媒人问清女方姓名、出生年月日、及生母的身分(以分辨嫡庶);纳吉,即男家占卜求神问婚事吉凶,如卜得吉兆,则使媒人以书面形式告知女家订婚,故纳吉又称文定或通书;纳征又称纳币,指男家向女家交纳聘财,婚约至此成立而具有约束力;请期,指男家向女家商定结婚日期。后世演变为告期,由男家择定婚期告知女家;亲迎,指新郎亲到女家迎娶新娘,回到男家履行“合卺之礼”即“成妻之仪”后,婚姻即告成立。此后,再经觐见舅姑和“庙见”的仪式,完成“成妇之仪”,妻子便成为男方宗族的正式成员。

依礼制,婚姻由纳吉而定,因纳征而成。我国古代法律亦以交

① 《后周律考》,10页。

② 《隋律考》(卷上),19页,“九品妻无得再醮”。

换婚书或收受聘财为婚约成立要件。晋书刑法志谓其新律为“崇嫁娶之要，一以下聘为正，不理私约……”唐律户婚编规定：“诸许嫁女已报婚书，及有私约，而辄悔者杖六十；虽无许婚之书，但受聘财亦是。”宋、元、明、清各朝的规定与唐大体相似。<sup>①</sup>可见，“六礼”作为聘娶婚的结婚程序，一直为历代王朝立法所肯定。但后世沿用“六礼”时有所省略，如宋《朱子家礼》只存纳采、纳征、亲迎三礼。

3. 我国古代的无效婚姻制度。我国古代的礼和法均不承认违法婚姻的法律效力。例如《诗经·齐风南山》载，齐襄公“淫乎其妹”，被斥为“鸟兽之行”。汉代有三男共娶一妇，被断为“此非人类，当以禽兽”，“请戮三男”等记载。<sup>②</sup>后魏对同姓之娶，“自今悉禁止绝之，有犯以不道论，其已定未成者，即令改聘”的记载。<sup>③</sup>到唐律有关违律为婚、嫁娶违律条的规定，均不承认违法婚姻的效力，不仅分别不同情况或“以奸论”、“离之”或“各还正之”、“追归前夫”，而且往往还要科以刑罚。<sup>④</sup>

## (二) 1930年国民党政府民法亲属编的结婚制度

1930年国民党政府民法亲属编的结婚制度，包括婚约、结婚条件和程序、婚姻无效等内容。

### 1. 1930年国民党政府民法亲属编的婚约制度。

(1) 婚约的成立条件。婚约须由男女当事人自行订立；男未满十七岁，女未满十五岁，不得订立婚约；当事人须有意思表示能力。未成年人订婚，应征得法定代理人同意。

(2) 婚约的效力。婚约不是结婚的必经程序。婚约成立后，当

① 参见陈顾远：《中国婚姻史》，156页，商务印书馆，1935；林咏荣：《中国法制史》，124、125页，1979。

② 参见：《汉律考·七户律》。

③ 参见：《后魏律考》、《后周律考》。

④ 参见：《唐律·户婚律》同姓为婚条、为婚妄冒条、有妻更娶条、以妻为妾条、居父母夫丧嫁娶条、违律为婚条、嫁娶违律条、良贱为婚条等。



事人基于自愿应履行婚约义务。但婚约无法律约束力,一方不履行婚约,他方不得请求强制履行。

(3)婚约的解除。婚约可依双方当事人的合意而解除,也可因法定原因而解除。婚约当事人一方有下列情况之一的,他方得解除婚约:第一,婚约订立后,再与他人订立婚约,或结婚者;第二,故意违反结婚期约者;第三,生死不明已满一年者;第四有重大不治症者;第五,有花柳病或其他恶疾者;第六,婚约订定后成为残废者;第七,婚约订立后与人通奸者;第八,婚约订立后受徒刑宣告者;第九,有其他重大事由者。凡按上述事由解除婚约的,可向他方作出解除婚约的意思表示。如在事实上不能向他方表示解除的意思时,无须作意思表示,可自行解除婚约不受约束。

(4)解除婚约的损害赔偿责任和赠与物的返还。依法定事由解除婚约时,无过失一方得向有过失一方请求赔偿由此所受的损害。婚约当事人一方无法定事由而违反婚约的,对于他方因此所受之损害,应负赔偿之责。赔偿范围包括财产损害和精神损害。虽然是非财产上的损害,受害人也可请求赔偿相当的金额,但以受害人无过失为限。

因订立婚约而为财产赠与的,在婚约无效、解除或撤销时,当事人一方得请求他方返还财产。

上述当事人的请求权时效为二年,过期则不享有请求权。

## 2. 1930年国民党政府民法亲属编的结婚条件和程序。

### (1) 1930年民法亲属编的结婚条件。

①结婚须男女双方合意;未成年人结婚,应征得法定代理人同意。

②结婚须男年满十八岁,女年满十六岁。男未满十八岁,女未  
满十六岁,不得结婚。

③有配偶者不得重婚。

④下列亲属不得结婚:第一,直系血亲和直系姻亲;第二,旁系

血亲及旁系姻亲之辈分不同者,但旁系血亲在八亲等之外,旁系姻亲在五亲等之外者,不在此限;第三,旁系血亲之辈分相同而在八亲等以内者,但表兄弟姐妹,不在此限。关于姻亲结婚的限制,在姻亲关系消灭后亦适用(第983条第1、2款)。

1985年6月3日台湾当局公布民法亲属编修正法,有关近亲结婚的限制范围被修改和补充,第983条第1款第3项修改为:旁系血亲之辈分相同,而在八亲等之内者(禁止结婚)。但六亲等及八亲等之表兄弟姐妹,不在此限。并增列第983条第3款,禁止因收养而成立的直系亲属间在收养关系终止后结婚。<sup>①</sup>

1998年6月17日台湾民法亲属编再次被修正,第983条第1款第2、3项被修正为:“二、旁系血亲在六亲等以内者,不得结婚。因收养而成立之四亲等及六亲等旁系血亲,辈分相同者,不在此限。三、旁系姻亲在五亲等以内,辈分不相同者,不得结婚。”

⑤监护人与被监护人在监护关系存续期中,不得结婚。但经被监护人的父母同意的,不在此限。

⑥相奸者不得结婚。但只限于因通奸造成一方或双方离婚的,或因通奸被判徒刑的,通奸者不得结婚。

⑦女子在待婚期内不得结婚。即女子自婚姻关系消灭后,包括离婚或一方死亡,非经六个月的待婚期不得再嫁。但六个月内已分娩者,不在此限。

(2)1930年民法亲属编的结婚程序。1930年民法亲属编规定的结婚程序是:“结婚应有公开之仪式及二人以上证人。”1985年6月3日该法经修订增加规定“经依户籍法为结婚之登记者,推定其已结婚。”依此规定,新法“仍维持旧法之仪式婚为婚姻成立之形式

<sup>①</sup> 参见史尚宽,《亲属法论》,175页;戴炎辉、戴东雄:《中国亲属法》,86、87页;林菊枝:《亲属法专题研究(二)》,19页。

要件”，仅以登记作为仪式婚的一种补充证明手段。<sup>①</sup> 如有反证，能确定其不具备法定形式要件的，虽经登记仍不能构成合法婚姻，而应归于无效。<sup>②</sup>

### 3. 1930年国民党政府民法亲属编的婚姻无效和撤销制度。

1930年民法亲属编关于婚姻无效和撤销的规定主要有：不具备结婚法定形式要件的或违反近亲结婚规定的婚姻无效。当事人不到法定婚龄的、重婚的、违反相奸者禁止结婚规定的、违反女子在待婚期间内禁止结婚规定的、婚后不能人道而不能治的、结婚时无行为能力的、因被诈欺或被胁迫而结婚的等，均可请求撤销。婚姻无效为当然无效，自始不发生婚姻的效力。婚姻撤销须经诉讼程序宣告婚姻撤销，其效力不溯及既往。1985年台湾当局对民法亲属编修正后，将原规定重婚为得撤销的婚姻，改订为无效。该法还规定了婚姻无效或撤销的法律后果，准用离婚有关条文之规定。<sup>③</sup>

在此必须指出的是，1998年6月17日台湾当局公布的民法亲属编修正案，已删除第986、987、993、994条有关禁止相奸者结婚、禁止女子在待婚期内结婚及此类婚姻可请求撤销的规定。

### (三)我国1950年和1980年两部《婚姻法》规定的结婚制度

中华人民共和国成立后，我国1950年《婚姻法》废除了封建主义婚姻制度和国民党政府的一切旧法律（包括1930年民法亲属编），实行新民主主义即社会主义的婚姻制度。1980年《婚姻法》根据新的情况，对1950年《婚姻法》有所修改和发展。1950年和1980年两部《婚姻法》规定的结婚制度，详见本章以下各节内容。

① 参见林菊枝：《评我国民法亲属编修正法》（上），载台湾《法学丛刊》，9页，1986年（12）。

② 参见信春鹰等编著：《台湾亲属和继承法》，22～25页，中国对外经贸出版社，1991。

③ 台湾地区现行亲属法第999条新增规定：“第1055条、第1057条及第1058条之规定于结婚无效或经撤销时准用之。”

## 第二节 婚 约

### 一、概述

婚约是男女双方以将来结婚为目的所作的事先约定。订立婚约的行为,称为订婚或定婚。婚约成立后,男女双方产生未婚夫妻身份。

婚约在历史上大致经历了两个发展阶段:一是早期型的古代婚约。即奴隶社会、封建社会的婚约;二是晚期型的近代、现代婚约。古代婚约与近现代婚约两者主要有如下区别:

1. 性质不同。前者订婚是结婚的必经程序,即所谓“无婚约即无婚姻”;后者订婚不是结婚的必经程序,无婚约同样可以结婚。

2. 订婚的权利主体不同。前者订婚的权利主体是父母等尊亲属,不须征得订婚当事人双方同意;后者订婚的权利主体是当事人本人,须当事人双方自愿才能订婚。

3. 效力不同。前者婚约一经成立便具有强大的法律约束力,无故违约要受法律制裁;后者婚约订立后无法律约束力,不得请求强制履行。

4. 解除的条件及后果不同。前者婚约解除须具有法定理由。我国古代对婚约解除时财产方面的后果,采取过错原则,男方要求解除婚约的,不得追还聘财,而女方要求解除婚约的,则返还聘财;后者婚约解除可经双方同意或一方要求而解除,无须说明理由。在有些国家婚约制度的法律规定中,对无故违约或基于法定理由而解约的,设有赔偿损害的规定。

### 二、婚约的效力

我国1950年和1980年两部《婚姻法》对婚约均未作规定,没

有设立婚约制度。根据有关司法解释及政策、法律的精神,目前我国婚约的效力及对婚约的处理原则如下:

**(一)订婚不是我国结婚的必经程序**

我国法律对婚约既不提倡,也不禁止。订婚不是结婚的必经程序。是否订婚,听由当事人自便。<sup>①</sup>

**(二)订婚的权利主体是当事人本人**

订婚必须出于双方当事人自愿,任何人不得强迫和干涉。根据我国1991年《未成年人保护法》第11条规定,父母或者其他监护人“不得为未成年人订立婚约。”包办强迫的订婚,一律无效。

**(三)婚约无法律约束力**

婚约无法律约束力,不受法律保护。只有双方完全自愿,婚约才能实际履行。如一方不愿履行婚约,另一方不得请求强制履行。

### **三、婚约的解除及其后果**

**(一)解除婚约无须经诉讼程序**

婚约的解除无须经过诉讼程序。婚约经双方同意即可自行解除;一方要求解除的,只须向对方作出意思表示即可解除,无须征得对方的同意。但对包办强迫或买卖婚约关系,人民法院可宣布无效,并对违法行为人予以处理。

**(二)对因解除婚约引起的财物纠纷,应区别情况,妥善处理**

1. 对属于包办买卖性质的订婚所收受的财物,属非法所得,应依法收缴国库。

2. 对订婚中自愿赠与的财物,按《民法通则》规定的赠与关系处理。但是,对于双方订情的信物,一方要求归还的,以归还为妥。

3. 对于以订婚为名而诈骗钱财的,不论哪一方提出解除婚约,

---

<sup>①</sup> 参见:1950年6月26日中央人民政府法制委员会《有关婚姻法施行的若干问题及解答》,1953年3月19日该委员会发布的新的《有关婚姻问题解答》。

都应将诈骗所得财物全部退还给受害人。对于构成犯罪的,还应依法追究其刑事责任。

4. 对于少数以恋爱、订婚为名,以自愿赠送财物为手段,玩弄异性的人,其交付给对方的财物,无论谁提出解除婚约,均不予以返还。

5. 对于借婚约关系索取财物的,给付财物的一方并非出于内心自愿,而且这类财产数额往往较大,给付之后往往造成一方生活困难。处理时应参照最高人民法院1993年11月《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》中第19条:“借婚姻关系索取的财物,离婚时,如结婚时间不长,或者因索取财物造成对方生活困难的,可酌情返还”的规定精神,借订婚索取的财物,可酌情返还原物或折价返还。

6. 对订婚仪式花费的钱财,不得要求赔偿。

我国婚姻法不把订婚作为结婚的法定程序,主要是为了保障婚姻自由。

### 第三节 结婚的条件

我国《婚姻法》规定的结婚条件,包括必备条件和禁止条件。

#### 一、结婚的必备条件

我国结婚的法定必备条件有三,即男女双方完全自愿、达到法定婚龄、符合一夫一妻制原则。

##### (一) 必须男女双方完全自愿

我国现行《婚姻法》第4条规定:“结婚必须男女双方完全自愿,不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。”这是

结婚的首要条件,是婚姻自由原则在结婚问题上的具体体现。

结婚必须男女双方完全自愿,包括以下三层含义:

1. 结婚是男女双方自愿而不是一厢情愿,这就排除了一方对他方加以强迫;

2. 结婚必须男女双方本人自愿而不是父母或第三者的“自愿”,这就排除了父母或其他第三人的强迫包办;

3. 结婚是男女双方完全自愿而不是勉强同意,这就排除了外界各种因素的干涉。

结婚必须男女双方完全自愿,表明法律把结婚决定权完全交给当事人本人。但这并不排除第三人(包括父母)出于关心,对当事人的婚事提参考意见,或当事人就其婚事征求父母、亲友等的意见。法律禁止的只是包办或非法干涉当事人婚姻的行为。因此,在结婚问题上,我们要注意划清善意帮助与非法干涉的界限。

## (二) 必须达到法定婚龄

法定婚龄,是指法律规定的男女结婚必须达到的最低年龄。男女双方或一方未达法定婚龄的,不得结婚,只有双方达到或高于法定婚龄的,才允许结婚。

我国现行《婚姻法》第5条规定:“结婚年龄,男不得早于二十二周岁,女不得早于二十周岁。”这比1950年《婚姻法》规定的法定婚龄,男女各提高了两周岁。<sup>①</sup>

古今中外各国确定法定婚龄的依据,主要有两方面的因素,一是自然因素,二是社会因素。自然因素主要是指人们的生理和心理发育状况,以及地理、气候等条件。男女只有达到一定年龄,生理和心理才能发育成熟,从而具备结婚的身心条件。热带地区的人们比寒带地区的人们身心发育成熟较早,故结婚年龄比寒带相对偏低。社会因素是指一定的生产方式以及与之相适应的其他社

<sup>①</sup> 我国1950年《婚姻法》规定,男二十岁,女十八岁,始得结婚。

会条件。如政治、经济、人口状况、道德、宗教及民族风俗习惯等。其中最主要的是社会生产力发展状况和人口状况。这是确定法定婚龄的主要依据。如我国古代在小农经济条件下,为适应征丁、服劳役及弥补战争对人口的消耗等需要,一直实行早婚政策,法定婚龄普遍较低。有的封建法律甚至强迫人们早婚。现在,为使人口与经济、资源及环境协调发展,必须控制人口增长,故现行《婚姻法》适当提高了法定婚龄。

我国《婚姻法》规定的法定婚龄,是结婚必须遵守的最低年龄,具有强制效力,同时又规定“晚婚晚育应予鼓励”。但它不具有强制效力,并不妨碍男女青年根据自己的实际情况,自愿实行晚婚晚育。在这里必须明确,婚龄一经法定,任何单位就不能再规定一套与法定婚龄相抵触的结婚年龄,强制青年遵守。我们要正确理解法定婚龄与提倡晚婚的关系,在执法中必须坚持法定婚龄,同时要进一步加强晚婚晚育的宣传教育,并采取有效措施,防止早婚早育。

我国《未成年人保护法》第11条规定:“父母或者其他监护人不得允许或者迫使未成年人结婚,不得为未成年人订立婚约,”第12条规定:“父母或其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益的,应当依法承担责任。”这为预防和制止未成年人早婚,提供了有效的法律保障。

此外,在某些特殊情况下,法律允许对法定婚龄作一些变通的规定。如民族自治地区可根据本民族的实际情况,制定地方性法规,适当降低结婚年龄。法律还允许某些部门规定一些已达法定婚龄的人暂时不准结婚。如中国人民解放军和中国人民武装警察部队的义务兵在未服满现役期间、全日制普通高等学校和中等专业学校的学生、运动员在国家队期间,均不准结婚。民航空勤人员须达男26岁、女24岁,才允许结婚。正在劳改的犯人在关押或保



外就医、监外执行期间,不准结婚。<sup>①</sup>

### (三) 必须符合一夫一妻制

我国1950年《婚姻法》第1条、第2条规定,实行一夫一妻制,禁止重婚、纳妾。1980年《婚姻法》第2条、第3条亦规定实行一夫一妻制,禁止重婚。实行一夫一妻制,禁止重婚,既是我国社会主义婚姻法的一个基本原则,也是结婚必须遵循的一项法定条件。我国1994年2月1日施行的《婚姻登记管理条例》第12条明文规定:已有配偶的,不予登记。这就是说,要求结婚的男女,必须是无配偶的人。无配偶包括三种情况:一是未婚,二是丧偶,三是离婚。只有双方都是无配偶的人,才能结婚。否则构成重婚。重婚为法律所禁止。

## 二、结婚的禁止条件

我国结婚的法定禁止条件有二,即禁止一定范围的血亲结婚、禁止患一定疾病的人结婚。

### (一) 禁止一定范围的血亲结婚

1. 我国《婚姻法》禁止结婚的血亲范围。我国1950年《婚姻法》第5条第1款规定,为直系血亲,或为同胞的兄弟姐妹或同父异母或同母异父的兄弟姐妹者,禁止结婚;其他五代以内的旁系血亲间禁止结婚的问题,从习惯。1980年《婚姻法》第6条第1款将此修改为:直系血亲和三代以内的旁系血亲,禁止结婚。

我国现行《婚姻法》禁止结婚的血亲范围,包括以下两类亲属:

(1) 直系血亲。包括父母子女、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女等。不问亲等和代数,凡直系血亲之间都禁止结婚。养父母与养子女、形成抚养教育关系的继父母与继子女,属于法律拟

---

<sup>①</sup> 参见:1986年9月11日民政部办公厅《关于正在劳改的犯人及正在劳教的人员申请结婚问题的通知》。

制直系血亲,他们之间虽无血缘联系,但基于伦理道德观念也禁止结婚。

(2)三代以内的旁系血亲。按照我国《婚姻法》的代数计算法,与己身出自同一父母或同一祖父母、外祖父母的血亲,除直系血亲外的三代以内旁系血亲的范围包括:

①同源于父母的兄弟姐妹,包括同父同母的全血缘兄弟姐妹,以及同父异母或同母异父的半血缘兄弟姐妹。至于异父异母的兄弟姐妹虽然名义上以兄弟姐妹相称,但实际上他们之间并无血缘关系,故不属禁婚亲,可以结婚。

②同源于祖父母或外祖父母的辈分不同的伯、叔与侄女,姑与侄子、舅与外甥女,姨与外甥。

③同源于祖父母的辈分相同的堂兄弟姐妹、姑表兄弟姐妹;同源于外祖父母的辈分相同的舅表兄弟姐妹、姨表兄弟姐妹。

2. 禁止近血亲结婚的立法理由。禁止一定范围的血亲结婚,是古今中外婚姻家庭立法的通例。其理由主要有二:一是基于自然选择规律的作用,并具有遗传学、优生学上的科学根据;二是基于伦理道德观念的要求。在古代社会,科学技术不发达,遗传学,优生学尚未产生。但人们从长期实际生活中基于自然选择规律的作用,体会到近亲婚配的危害。如我国古籍载“男女同姓,其生不蕃”。<sup>①</sup>“同姓不婚,俱不殖也。”<sup>②</sup>但受宗法制度的影响,我国古代只禁止同姓同宗亲属和异姓不同辈分亲属结婚,对异姓近亲平辈亲属的中表婚则不禁止。到近现代,遗传学、优生学原理证明,近亲通婚有很大危害。人类有多种遗传病,其中有几百种是隐性遗传病,在正常人群中,几乎每个人都有五、六种这种致病基因。各个个体带有的这种致病基因并不一定相同,由于有正常的显性基

① 《左传·僖公二十五年》。

② 《国语·晋语》。

因存在,本身并不发病。但如果血缘过近的人结婚,容易使双方从共同祖先那里获得的较多相同的病态基因,在后代的体内相遇和集中(遗传学上叫做纯合),生出素质低劣的孩子。统计表明,一些隐性遗传病如先天性聋哑的发病率,表兄妹婚配是随机婚配的7.8倍;先天性鱼鳞病的发病率,表兄妹婚配是随机婚配的63.5倍。其他如高血压、精神分裂症、先天性心脏病、无脑儿、脊柱裂、癫痫等多基因遗传病或先天畸形,近亲婚配所生子女的发病率也明显高于非近亲结婚。<sup>①</sup> 据各国发病情况调查资料统计,目前因遗传因素而致的遗传性、先天性疾病已占疾病的第三位,各种类型的人类遗传病约有四千多种,而且发病率高,死亡率也很高,已成为当前婴儿死亡的主要原因。<sup>②</sup> 为提高中华民族的人口质量,保证子孙后代的健康,必须依法保障优生优育。所以,我国《婚姻法》禁止近血亲结婚。

此外,根据人类在社会生活中长期形成的伦理道德观念,认为近亲结婚有碍风化,而为社会道德所不容。如我国古代儒家伦理观念认为:“不娶同姓者,重人伦,防淫佚,耻与禽兽同也。”<sup>③</sup> “取于异姓,所以附远厚别也。”<sup>④</sup> 在结婚问题上我国历来讲究尊卑有别,长幼有序,反对不同辈分的亲属通婚。虽然这些传统伦理观念不乏封建糟粕,但也有精华内容。从中外许多民族的风俗习惯看,也多有对近亲结婚的限制。我国《婚姻法》尊重人们长期形成的婚姻伦理道德,禁止近血亲结婚。

必须指出的是,现行婚姻法禁止三代以内旁系血亲结婚,其实际意义在于禁止中表婚。所谓中表婚,是指表兄弟姐妹间缔结的

---

① 参见王廷珍等主编:《优生优育学》,166、167页,人民军医出版社,1989。

② 参见王儒主编:《中国卫生法学》,238页,中国人民大学出版社,1988。

③ 《白虎通·嫁娶》。

④ 《礼记·郊特牲》。

婚姻。我国古代虽禁止近亲结婚的范围较广,但表兄弟姐妹除外,故中表婚较盛行。其盛行的主要原因有三:一是受小农经济和封闭型生活环境的制约;二是受宗法制度同宗同姓不婚的限制;三是受“亲上加亲”亲属观念的影响。虽明、清两朝曾立法禁止中表婚,但积习难改,只得改为规定“听从民便”。1930年国民党政府民法亲属编也不禁止中表婚。中华人民共和国成立后,鉴于当时的实际情况,1950年《婚姻法》规定,其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题,从习惯。1980年《婚姻法》则对此修改规定为,禁止三代以内的旁系血亲结婚。按我国人民的习惯,三代以内的旁系血亲,除表兄弟姐妹通婚外,其余的亲属无论辈分是否相同,一般是不结婚的。故这一修改的实际意义,就在于禁止中表婚。这有利于保障下一代的健康,提高整个民族的人口质量。

## (二)禁止患一定疾病的人结婚

男女结婚,双方须无禁止结婚的疾病。这是婚姻的性质和特点决定的。从各国立法看,禁止结婚的疾病可概括为两类:一是严重的精神方面的疾病;二是重大不治且有传染性方面的疾病。此外,有的国家还禁止有生理缺陷不能发生性行为者结婚。

我国1950年《婚姻法》第5条第2、3款规定,有生理缺陷不能发生性行为者;患花柳病或精神失常未经治愈,患麻风或其他在医学上认为不应结婚之疾病者,均禁止结婚。1980年《婚姻法》第6条第2款对此修改规定为,“患麻风病未经治愈或患其他在医学上认为不应结婚的疾病”者,“禁止结婚”。我国《婚姻登记管理条例》第12条第5项规定:“患有法律规定禁止结婚或者暂缓结婚的疾病的”,婚姻登记机关不予登记。1995年6月1日施行的《中华人民共和国母婴保健法》第9条,增加了暂缓结婚的疾病的的规定。根据上述法律规定,申请结婚登记的当事人患有法定疾病的,禁止结婚或应当暂缓结婚。

1. 患有法律规定禁止结婚的疾病者,禁止结婚。这里包括患

麻风病未经治愈或患有其他在医学上认为不应当结婚的疾病者。麻风病属恶性传染病,患者结婚后,不仅会加重自己的病情,而且会传染给对方和遗传给后代。但在现代社会,麻风病并非不治之症,所以禁止结婚的仅限于未治愈者。如已治愈者,允许结婚。“其他在医学上认为不应当结婚的疾病”,这是概括性的规定,包括所有在法律上未予列举但在医学上认为应当禁止结婚的疾病。至于那些疾病属于不应当结婚的疾病,不能任意解释,在认定时须有充分的科学依据,必要时应当进行医学技术鉴定。我国《母婴保健法》第10条明确规定:“经婚前医学检查,对诊断患医学上认为不宜生育的严重遗传性疾病的,医师应当向男女双方说明情况,提出医学意见;经男女双方同意,采取长效避孕措施或者施行结扎手术后不生育的,可以结婚。但《中华人民共和国婚姻法》规定禁止结婚的除外。”该法第38条规定:“严重遗传性疾病,是指由于遗传因素先天形成,患者全部或者部分丧失自理生活能力,后代再现风险高,医学上认为不宜生育的遗传性疾病。”患有这类疾病的人,如经男女双方同意采取长效避孕措施或者施行结扎手术不生育的,可以结婚。否则,禁止结婚。

2. 患有法律规定暂缓结婚的疾病者,暂缓结婚。我国《母婴保健法》第9条规定:“经婚前医学检查,对患指定传染病在传染期内或者有关精神病在发病期内的,医师应当提出医学意见;准备结婚的男女双方应当暂缓结婚。”该法第38条规定:“指定传染病,是指《中华人民共和国传染病防治法》中的艾滋病、淋病、梅毒、麻风病以及医学上认为影响结婚和生育的其他传染病。”“有关精神病,是指精神分裂症,躁狂抑郁型精神病以及其他重型精神病。”总之,为保护结婚当事人及其子女的健康,患指定传染病者,在传染期内,应依法暂缓结婚。为保障婚姻当事人的合法权益,要求结婚的双方当事人,必须有婚姻行为能力。患有关精神病在发病期内者,往往意识混乱或丧失意识,或生活不能自理,婚后不能履行对配偶及子女的

义务,会给家庭带来一系列不良的后果,故其应依法暂缓结婚。

关于有生理缺陷不能发生性行为者的结婚问题,我国1950年《婚姻法》曾禁止有生理缺陷不能发生性行为者结婚。现行《婚姻法》取消了这一规定,即已不禁止其结婚。如一方或双方有性生理缺陷,并已明确告诉对方或双方自愿结婚的,应准予结婚。因为,虽然性生活是夫妻生活的重要内容,但却不是惟一的内容。如一方或双方有生理缺陷不能发生性行为,事先明确告诉对方,对方仍自愿与其结婚,这对于双方和社会均无危害。故应尊重当事人的意愿,不必禁止其结婚。但如一方故意隐瞒其性生理缺陷,婚后对方发现而要求离婚的,应准予离婚。

## 第四节 结婚的程序

结婚登记是我国公民结婚的法定形式要件,即是婚姻成立的法定程序。我国1950年《婚姻法》第6条规定:“结婚应由男女双方亲自到所在地(区、乡)人民政府登记。凡符合本法规定的结婚,所在地人民政府应即发给结婚证。凡不符合本法规定的结婚,不予登记。”现行《婚姻法》第7条规定:“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记。符合本法规定的予以登记,发给结婚证。取得结婚证,即确立夫妻关系。”为保证我国结婚登记制度的实施,1955年5月、1980年10月和1986年3月我国先后颁布了三部《婚姻登记办法》。至1994年2月1日起施行新的《婚姻登记管理条例》,废止1986年《婚姻登记办法》。

### 一、结婚登记的意义

我国《婚姻登记管理条例》第1条指出:“为了保障婚姻自由、

一夫一妻、男女平等的婚姻制度的实施,加强婚姻登记管理工作,保护婚姻当事人的合法权益,依法处理违法的婚姻行为,根据婚姻法和有关法律,制定本条例。”这表明,结婚登记的目的是国家对婚姻的成立实行指导、监督和管理,以保障社会主义婚姻制度的实施,保护婚姻当事人的合法权益,防止及处理违法的婚姻行为。结婚登记的意义如下:

#### (一)保障社会主义婚姻制度的实施

通过结婚登记,国家对婚姻的成立进行指导、监督和管理,可以保障婚姻自由,防止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为,贯彻一夫一妻制,禁止重婚、纳妾,及其他破坏一夫一妻制的行为,监督结婚条件的执行,防止早婚、近亲结婚和患有禁止结婚的疾病的人结婚等,以确保社会主义婚姻制度的实施。

#### (二)保护婚姻当事人的合法权益

结婚登记是我国婚姻成立的法定程序,是合法婚姻成立的惟一形式要件。只有履行了结婚登记,婚姻才能合法成立并具有法律效力。结婚登记简便易行,便于结婚当事人履行。对于符合结婚条件的,婚姻登记机关即时予以登记,发给结婚证,并建立结婚登记档案,当事人的夫妻身份记录在案,查考方便。依法履行结婚登记的当事人的合法权益受法律保护。

#### (三)及时防止和处理违法的婚姻行为

实行结婚登记,婚姻登记机关可以及时发现结婚当事人违反婚姻法的行为,针对违法的不同情况,予以依法处理,从而预防和制止违反婚姻法的行为的发生。

总之,结婚登记不是一种可有可无的手续,而是一项严肃的法律制度。那种轻视结婚登记,只重视举行婚礼的观念是错误的。我国民间盛行举行结婚仪式的习俗。但是,必须明确,婚礼不能代替结婚登记。如果只举行婚礼而不办理结婚登记,不能成立合法的婚姻关系。

## 二、结婚登记的机关和程序

### (一) 结婚登记的机关

根据《婚姻登记管理条例》第5条规定,办理结婚登记的机关,“在城市是街道办事处或者市辖区、不设区的市人民政府的民政部门,在农村是乡、民族乡、镇的人民政府。”

婚姻登记管理机关管辖的范围,原则上与户籍管辖范围相适应。结婚当事人的户口在同一地区的,到共同户口所在地婚姻登记管理机关办理结婚登记。结婚当事人的户口不在同一地区的,可以到任何一方户口所在地的婚姻登记管理机关办理结婚登记。

### (二) 婚前医学检查

我国《母婴保健法》第7条规定,婚前医学检查是“对准备结婚的男女双方可能患影响结婚和生育的疾病进行医学检查”。这是保证《婚姻法》关于患一定疾病的人禁止结婚或者暂缓结婚规定的贯彻实施,减少出生缺陷,提高人口素质的一项重要措施。

过去,鉴于我国各地情况和条件差异较大,尚未在全国普遍开展婚前医学检查,是由各省、自治区、直辖市卫生厅(局)和民政厅(局)提出意见,报当地人民政府批准,确定开展婚前医学检查的地方。即在实行婚前医学检查的地方,申请结婚的当事人必须到指定的医疗保健机构进行婚前医学检查,这是结婚登记的一项要求。<sup>①</sup> 在办理结婚登记时,结婚当事人须向婚姻登记机关提交婚前健康检查证明。在尚未开展婚前医学检查的地方,婚前医学检查不是结婚登记的必经程序。但当事人自愿要求检查的,应予以支持。

我国1995年6月1日施行的《母婴保健法》,设立了一套较为完整的婚前医学检查制度。该法第12条规定:“男女双方在结婚

<sup>①</sup> 参见:1987年2月24日民政部办公厅《关于婚前健康检查问题的批复》。



登记时,应当持有婚前医学检查证明或者医学鉴定证明。”关于婚前医学检查疾病的范围限于:严重遗传性疾病;指定传染病;有关精神病。经婚前医学检查,医疗保健机构应当出具婚前医学检查证明。接受婚前医学检查的人员对检查结果持有异议的,可以申请医学技术鉴定,取得医学鉴定证明。(第8条、第11条)关于婚前医学检查的结果,经婚前医学检查,患有婚姻法规定禁止结婚的疾病的,禁止结婚;患有指定传染病在传染期内或者有关精神病在发病期内的,应当暂缓结婚;患有医学上认为不宜生育的严重遗传性疾病的,医师应当向男女双方说明情况,提出医学意见,经男女双方同意,采取长效避孕措施或者施行结扎手术和不生育的,可以结婚,否则禁止结婚。(第9条、第10条)关于婚前医学检查制度的实施办法及婚前医学检查的收费标准,由“省、自治区、直辖市人民政府根据本地区的实际情况,制定婚前医学检查制度实施办法。省、自治区、直辖市人民政府对婚前医学检查应当规定合理的收费标准,对边远贫困地区或者交费确有困难的人员应当给予减免。”(第13条)根据上述规定,申请结婚的当事人,应当按省、自治区、直辖市人民政府实施办法的规定,到指定的医疗保健机构,进行婚前医学检查,取得婚前医学检查证明或者医学鉴定证明。

### (三)结婚登记的程序

结婚登记分为申请、审查和登记三个环节。

1. 申请。即自愿结婚的男女,必须双方亲自到一方户口所在地的婚姻登记管理机关申请结婚登记,填写结婚申请书。结婚申请必须双方当事人亲自到场,不能由一方单独申请,也不能委托他人代为申请,或用书面意见代替本人亲自到场。申请时须持下列证件和证明:户口证明;居民身份证;所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的婚姻状况证明。离过婚的当事人申请再婚或复婚,还应持离婚证件。在实行婚前医学检查的地方,申请结婚登记的当事人,必须到指定的医疗保健机构进行婚前医学检查,向婚姻

登记管理机关提交婚前医学检查证明或者医学鉴定证明。

如果申请结婚登记的当事人受单位或者他人干涉,不能获得所需证明时,经婚姻登记管理机关查明确实符合结婚条件的,应当予以登记。

必须指出,申请结婚登记的当事人,应当如实向婚姻登记管理机关提供上述有关证件和证明,不得隐瞒真实情况。婚姻登记管理机关办理结婚登记,也不得要求当事人出具法律规定以外的其他证件和证明。

2. 审查。即婚姻登记管理机关依法对当事人的结婚申请进行审核查实。婚姻登记管理员应对当事人讲明法律规定,并依法对其结婚申请从两个方面进行严格审查:一方面看当事人所持证件是否真实、完备,有无伪造、涂改或冒名顶替的行为,必要时可亲自调查核实。另一方面看当事人双方是否都符合法定的结婚条件。

3. 登记。婚姻登记管理机关对当事人的结婚申请进行审查后,符合结婚条件的,应当即时予以登记,发给结婚证。对离过婚的,应当注销其离婚证。当事人从取得结婚证起,确立夫妻关系。

在审查中如果发现申请结婚登记的当事人有下列情形之一的,婚姻登记管理机关不予登记:

- (1)未到法定结婚年龄的;
- (2)非自愿的;
- (3)已有配偶的;
- (4)属于直系血亲或者三代以内旁系血亲的;
- (5)患有法律规定禁止结婚或者暂缓结婚的疾病的。

婚姻登记管理机关对当事人的结婚登记申请不予登记的,应当以书面形式说明不予登记的理由。

必须指出的是,结婚当事人认为符合婚姻登记条件而婚姻登记管理机关不予登记的,可以依照行政复议条例的规定申请复议;对复议决定不服的,可以依照行政诉讼法的规定提起诉讼。

#### (四)复婚登记

根据我国《婚姻登记管理条例》第19条规定,离婚的当事人双方要求恢复夫妻关系的,必须双方亲自到一方户口所在地的婚姻登记管理机关申请复婚登记。婚姻登记管理机关对当事人的复婚申请,按照结婚登记的程序办理,可以不再进行婚前健康检查。婚姻登记管理机关对复婚申请进行审查,双方当事人符合结婚条件的,应当即时予以登记,发给结婚证,同时应当注销其离婚证。

### 三、结婚登记的效力

现行《婚姻法》第7条规定,取得结婚证,即确立夫妻关系。《婚姻登记管理条例》第3条规定,依法履行登记的婚姻当事人的合法权益受法律保护。即只要男女双方履行了结婚登记手续,取得结婚证,无论是否举行结婚仪式,也无论是否同居生活,他们都是合法的夫妻关系,其合法权益受法律保护。如果一方翻悔,要求解除夫妻关系,必须按离婚程序办理。

还须说明的是,如果当事人遗失或者损毁结婚证的,可以持所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的婚姻状况证明,向原办理结婚登记的婚姻登记管理机关申请出具《夫妻关系证明书》。婚姻登记管理机关对当事人的申请进行审查,并根据当事人的婚姻登记档案,为其出具《夫妻关系证明书》。夫妻关系证明书与结婚证具有同等的法律效力。

## 第五节 事实婚姻与非法同居关系研究<sup>①</sup>

根据我国现行法律和司法解释的规定,未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活的男女两性结合,可分为两种:一是事实婚姻关系;二是非法同居关系。

<sup>①</sup> 本节节选《浅析非法同居关系》,载《现代法学》,1993(4)。

## 一、事实婚姻的特征

事实婚姻是相对于法律婚姻而言的,指未办结婚登记,便以夫妻名义同居生活,群众也认为是夫妻关系,并符合我国法定条件的男女两性结合。

事实婚姻具有以下三个特征:

### (一)欠缺结婚法定形式要件

即未办理结婚登记手续。这是其区别于法律婚的主要特征。

### (二)具有目的性和公开性

即当事人双方具有终生共同生活的目的,并以夫妻名义公开共同生活,被群众公认为是夫妻关系。这是其区别于其他违法两性关系的特征之一。如通奸具有隐蔽性;姘居等非法两性关系不具有终生共同生活的目的,且虽公开同居但不以夫妻名义。

### (三)符合法定条件

即符合法定结婚条件和法定时间条件。这是其区别于非法同居关系的主要特征。根据最高人民法院1989年11月21日《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》(以下简称《意见》)规定,符合法定条件包括以下两种情况:

1.1986年3月15日《婚姻登记办法》施行之前,未办理结婚登记手续即以夫妻名义同居的,一方起诉“离婚”,起诉时双方均符合结婚的法定条件,可认定为事实婚姻关系。如起诉时一方或双方不符合结婚的法定条件,应认定为非法同居关系。

2.1986年3月15日《婚姻登记办法》施行之后,1994年2月1日《婚姻登记管理条例》施行之前,未经结婚登记即以夫妻名义同居的,一方起诉“离婚”,如同居时双方均符合结婚的法定条件,可认定为事实婚姻关系。如同居时一方或双方不符合结婚的法定条件,应认定为非法同居关系。

自1994年2月1日《婚姻登记管理条例》施行后,未经结婚登记即以夫妻名义同居的,一律按非法同居关系对待。但在此以前

已经形成的事实婚姻,仍按事实婚姻处理。

综上所述,我国当前的事实婚姻具有以上三个特征。在一般情况下,只要同时具备以上三个特征,就可认定为事实婚姻。但法定的特殊情况除外,即离婚后双方未再婚,未履行复婚登记手续,又以夫妻名义同居生活的,即使其同时具备事实婚姻的三个特征,一般也按非法同居关系处理。

## 二、非法同居关系的特征

根据我国有关法律和1989年11月最高人民法院《意见》的精神,目前我国非法同居关系,是指未进行结婚登记而公开共同生活,或未进行结婚登记而以夫妻名义共同生活,但不符合事实婚姻法定条件的男女两性结合。

非法同居关系具有以下特征:

第一,欠缺结婚法定形式要件,即未办理结婚登记手续。这是其区别法律婚的特征。

第二,男女不以夫妻名义同居,或虽以夫妻名义同居但不符合事实婚姻的法定条件。前者如姘居的男女均不以夫妻名义同居;后者虽以夫妻名义同居,但同居双方或一方不符合事实婚姻的法定条件,本应属于无效婚姻,但依我国司法解释按非法同居关系对待。这是其区别于事实婚姻的特征。

第三,共同生活具有“公开性”。即男女双方公开同居生活为一般群众所知道。这使其与具有隐蔽性的通奸区别开来。

根据上述特征可见,我国当前的非法同居关系既包括不以夫妻名义公开同居的姘居等违法两性关系,也包括以夫妻名义同居,但不符合事实婚法定条件的其他违法婚姻(或称无效婚姻)。

## 三、事实婚姻的效力

事实婚姻的效力,各历史时期备国立法有所不同。从立法原

则看,大致有三种:一是承认主义,即法律承认其具备与合法婚姻同等效力;二是不承认主义,即法律不承认其具有婚姻的效力;三是限制承认主义,即法律有条件地承认其效力。

从我国古代礼和法的规定看,对事实婚姻一般不予承认。依礼制“男不自专娶,女不自专嫁,必由父母,须媒妁……”六礼具备者,谓之聘,否则谓之奔。“聘则为妻,奔者为妾。”对于“既非奸而又不备礼”的姘度婚,在礼法上均以私通奸淫拟之,不承认其效力,法律并规定处以刑罚。<sup>①</sup>但在某些特殊情况下,礼和法承认六礼不备的婚姻有等同于聘娶婚的效力。如“仲春之月,令会男女,于是时也,奔者不禁”;“凶荒多婚,不必备礼”等。<sup>②</sup>

1930年国民党政府民法亲属编及1985年台湾民法的修正法也不承认事实婚姻的效力(参见本章第一节我国结婚制度的演进有关部分)。

中华人民共和国成立后,1950年和1980年两部婚姻法都规定结婚必须进行结婚登记。但鉴于我国长期以来事实婚姻面广量大,产生的原因复杂,因此,有关司法解释及行政法规对事实婚姻采取限制承认原则。1989年11月最高人民法院《意见》也采有条件地承认原则。其基本精神就是实事求是,严肃执法。首先,它肯定事实婚姻是违法的,应对当事人进行严肃的批评教育,并给予相应的民事制裁。但根据我国的具体情况,有条件地承认事实婚姻关系,而不是一律宣布为非法同居关系,是符合实际的。其次,它还对事实婚姻关系的认定,贯彻了从严掌握的原则,即要掌握范围从严、今后从严,以达到逐步减少和最后杜绝这类违法婚姻的发生。第三,它明确规定了我国只在一定时期内承认事实婚姻。即

① 参见陈顾远:《中国婚姻史》,112~114页,商务印书馆,1935。

② 参见陈顾远:《中国法制史概要》,298页,台北三民书局,1977;及陈戌国点校:《周礼·仪礼·礼记》,38页,岳麓书社,1989。

自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起(1994年2月1日施行),没有配偶的男女,未办结婚登记即以夫妻名义同居生活,按非法同居关系对待。这些都体现了实事求是,严肃执法的精神。

#### 四、事实婚姻与非法同居关系的区别

事实婚姻与非法同居关系的区别,主要有三:

##### (一)两者的概念不同

事实婚姻是相对于法律婚姻而言的,指未办结婚登记,便以夫妻名义同居生活,群众也认为是夫妻关系,并符合我国法定条件的男女两性结合;我国的非法同居关系,是指未进行结婚登记而公开共同生活,或未进行结婚登记而以夫妻名义共同生活,但不符合事实婚姻法定条件的男女两性结合。

##### (二)两者的构成条件不同

事实婚姻当事人均以夫妻名义同居,且双方符合结婚法定条件和法定时间条件;非法同居当事人一般不以夫妻名义同居,有的虽以夫妻名义同居,但一方或双方不符合结婚法定条件或不符合法定时间条件。

##### (三)两者的法律后果不同

根据我国最高人民法院1989年11月《意见》规定的精神,我国对事实婚姻是在一定时期内有条件地承认其效力,比照合法婚姻进行处理,但仅限于1994年2月1日民政部新的《婚姻登记管理条例》施行前形成的事实婚姻。在此之后形成的事实婚姻的法律后果与非法同居关系的法律后果是完全相同的,即其婚姻关系无效,不受法律保护。1994年2月1日以前形成的事实婚姻与非法同居关系,在法律后果上主要有以下不同:

1. 同居关系的处理不同。人民法院对事实婚姻的处理有两种可能性,即审理事实婚姻关系的离婚案件,应当先进行调解。经调解和好或撤诉的,确认婚姻关系有效,发给调解书或裁定书;经调

解不能和好的,应调解或判决准予离婚。而对非法同居关系,应一律判决予以解除。

2.同居期间所得财产的性质不同。事实婚姻关系当事人同居期间双方或一方所得财产均为夫妻共同财产;非法同居关系当事人同居期间双方所得财产为一般共同财产,一方所得财产为个人财产。

3.所生子女的性质不同。事实婚姻当事人所生子女为婚生子女;非法同居关系当事人所生子女为非婚生子女。

4.配偶继承权的有无不同。事实婚姻当事人之间具有夫妻身份关系,互有配偶继承权,如同居期间一方死亡,他方可以配偶身份继承对方的遗产;非法同居关系当事人之间不具有夫妻身份关系,互无配偶继承权,如同居期间一方死亡,他方不能继承对方的遗产,但如果他方符合《继承法》第14条规定的,可根据相互扶养的具体情况,以法定继承人以外的人的身份酌情分得适当的遗产。

## 五、事实婚姻关系和非法同居关系的处理

根据《意见》规定,事实婚姻和非法同居关系的处理原则如下:

首先,应向双方当事人严肃指出其行为的违法性和危害性,并视其违法情节给予批评教育或民事制裁(参见《意见》第14条)。然后依法定条件认定其属于事实婚姻或非法同居关系。

### (一)事实婚姻关系的处理

1.事实婚姻关系具有婚姻的效力。根据《意见》规定的精神,凡认定为事实婚姻关系的,实际是确认其婚姻关系有效。即事实婚姻关系双方当事人具有夫妻身份,彼此间的关系适用《婚姻法》关于夫妻权利义务的规定,如互负扶养义务;同居期间一方或双方所得财产除另有约定外,均为夫妻共同财产;双方所生的子女为婚生子女;互有配偶继承权等。

2.审理事实婚姻关系的离婚案件,应当先进行调解。经调解和好或撤诉的,确认婚姻关系有效,发给调解书或裁定书;经调解



不能和好的,应调解或判决准予离婚。

必须指出,处理事实婚姻离婚案件与登记结婚的合法婚姻的离婚是有所区别的,即对经调解无效的,只能判决准予离婚,而不能像合法婚姻那样以夫妻感情是否确已破裂为标准,还可以判决不准离婚。这种区别划清了合法与违法界限,如果用判决不准离婚,是有悖于法律规定的。<sup>①</sup>

3. 事实婚姻关系离婚时,子女的抚养、财产的分割及对生活困难一方的经济帮助等问题,适用《婚姻法》第29至第33条的有关规定,注意照顾妇女和儿童的利益。

### (二)事实重婚的处理

已登记结婚的一方又与第三人形成事实婚姻关系,或事实婚姻关系的一方又与第三人登记结婚,或事实婚姻关系的一方又与第三人形成新的事实婚姻关系,凡前一个婚姻关系的一方要求追究重婚罪的。无论其重婚行为是否构成重婚罪,均应解除后一个婚姻关系。前一个婚姻关系的一方如要求处理离婚问题,应根据其婚姻关系的具体情况进调解或者作出判决。

必须注意,1994年2月1日《婚姻登记管理条例》施行后,有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的,或者明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活的,仍应按重婚罪定罪处罚。<sup>②</sup>

### (三)非法同居关系的处理

1. 经查确属非法同居关系的,应一律判决予以解除。

2. 离婚后,双方未再婚,未履行复婚登记手续,又以夫妻名义同居生活,一方起诉“离婚”的,一般应解除其非法同居关系。

3. 人民法院审理非法同居关系的案件,如涉及非婚生子女抚

<sup>①</sup> 参见:《最高人民法院对审理婚姻案件作出新的解释》,载《人民司法》,1989(12)。

<sup>②</sup> 参见:最高人民法院《关于〈婚姻登记管理条例〉施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复》(法复[1994]10号)。

养和财产分割问题,应一并予以解决。具体分割财产时应照顾妇女、儿童的利益,考虑财产的实际情况和双方的过错程度,妥善分割。

(1)非婚子女的抚养。解除非法同居关系时,双方所生的子女为非婚生子女,由哪一方抚养,双方协商;协商不成时,应根据子女的利益和双方的具体情况判决。

(2)财产问题的处理。解除非法同居关系时,同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理。该期间双方各自继承和受赠的财产,一般应按个人财产对待。<sup>①</sup>同居生活前,一方自愿赠送给对方的财物,一般不予返还;一方向另一方索取的财物,可酌情返还。同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务,可按共同债权、债务处理。一方在共同生活期间患有严重疾病未治愈的,分割财产时,应予适当照顾,或者由另一方给予一次性的经济帮助。

#### (四)继承问题

同居生活期间一方死亡,另一方要求继承死者遗产,如认定为事实婚姻关系的,可以配偶身份按继承法的有关规定处理;如认定为非法同居关系,而又符合《继承法》第14条规定的,可根据相互扶养的具体情况,作为法定继承人以外的人分得适当的遗产。

最后还须指出的是,我国事实婚姻和非法同居关系产生的原因是复杂的,必须针对其产生原因,实行综合治理,才能收到较好的防治效果。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 参见:《最高人民法院对审理婚姻案件作出新解释》,载《人民司法》,1989(12)。

<sup>②</sup> 参见拙作:《我国事实婚姻的现状及其立法对策》,载《探索》,1991(1)。

## 第六节 无效婚姻研究<sup>①</sup>

### 一、无效婚姻的静态识别

近年来,我国有些学者对法学界传统的婚姻概念提出了质疑,他们认为,婚姻是男女以夫妻名义同居生活,形成当时社会群众认为是夫妻关系的两性结合的社会形式。<sup>②</sup>作者赞同他们的见解,同时又认为,必须注意,婚姻作为男女两性结合的社会形式,它不仅是“社会现象”,也是“法律现象”。<sup>③</sup>因此,只有符合当时社会制度(原始社会为婚姻习惯、阶级社会为婚姻法律)的男女两性结合,才能被该社会制度承认具有婚姻的效力。即在原始社会,婚姻由

① 本节节选自《无效婚姻的静态识别与动态监控》,发表于《法商研究》,1999(4),被中国人民大学书报资料中心《民商法学》,2000(1)全文转载。

② 近年来我国学界有些学者对传统的婚姻概念提出质疑,有的认为应摒弃婚姻的“合法性”内涵,与民法中“民事行为”的概念相对应,借鉴其做法,“婚姻至少应涵盖合法婚姻和违法婚姻;给婚姻下定义,除了要考虑婚姻的本质外,还要考虑现实社会对婚姻的认知,并使婚姻的概念在整个婚姻法学体系中始终同一。”有的将婚姻界定为“男女两性以永久共同生活为目的的结合,而不论其是否合法,这样它就成为合法婚姻、违法婚姻的上位概念”。有的认为:“男女以夫妻名义同居生活,群众认可,就构成婚姻关系。”笔者认为,从结婚是男女双方确立夫妻身份关系的民事行为这一角度来看,这些见解不无道理。由于原始社会群婚制和对偶婚制下的婚姻当事人并无永久共同生活的目的,为使婚姻的概念能够适用于人类各种不同类型的社会,故笔者主张将婚姻界定为:婚姻是男女以夫妻名义同居生活,形成当时社会群众认为是夫妻关系的两性结合的社会形式。前述引文参见方文辉:《婚姻概念质疑》,载《南京大学法学评论》,1996年,秋,第176~179页;乔生彪:《非法同居关系的法律概念质疑》,宁夏大学学报(哲社版)1998年第1期,第49页;薛宁兰:《关于无效婚姻的几点思考》,中国婚姻法学会1998年年会(1998年8月)论文,第2页。

③ 参见陈顾远,《中国婚姻史》,1、2页,上海文艺出版社(据商务印书馆中国文化史丛书1937年第5版影印),1987。

原始婚姻习惯调整。男女两性结合须符合原始社会婚姻习惯的,才能被承认具有婚姻的效力。反之,男女两性结合不符合原始社会婚姻习惯的,则不能被承认具有婚姻的效力。自人类进入阶级社会以来,婚姻成为法律调整的对象。一定社会的统治阶级总是通过立法,规定结婚的实质要件和形式要件,指导和规范当事人确立夫妻身份关系的结婚行为,以建立和维护有利于统治阶级的婚姻家庭关系。因此,对阶级社会的婚姻可从以下不同的角度加以分类:一是分为合法婚姻与违法婚姻,即根据婚姻的成立是否符合结婚法定要件(包括结婚的法定条件和程序),可分为合法婚姻与违法婚姻。凡符合结婚法定要件的婚姻,为合法婚姻;反之,凡不符合结婚法定要件的婚姻,则为违法婚姻。二是分为有效婚姻与无效婚姻,即根据婚姻的成立是否具有婚姻的效力,可分为有效婚姻与无效婚姻。凡符合结婚法定要件的合法婚姻,法律承认其具有婚姻的法律效力,为有效婚姻;反之,凡不符合结婚法定要件的违法婚姻,法律则一般不承认其具有婚姻的法律效力,为无效婚姻(或可撤销婚姻)。但有的国家承认或有条件地承认不符合结婚形式要件的事实婚姻的效力。总之,无效婚姻是不符合结婚法定要件(结婚实质要件和形式要件)的男女两性结合。它属于违法婚姻,故法律不承认其具有婚姻的效力。

### (一)无效婚姻的概念

无效婚姻是指不符合结婚法定条件或程序,而在法律上不具有婚姻效力的男女两性结合。无效婚姻从一开始就不具有法律效力,即溯及既往,自始无效。在外国法中,有的根据婚姻的违法情况不同,分为无效婚和可撤销婚两种。可撤销婚是指违反结婚的某些法定要件的男女两性结合,其婚姻关系自撤销之日起无效。即婚姻被撤销无溯及既往的效力,在被撤销之前仍具有法律效力。这是可撤销婚与无效婚最主要的区别。

无效婚姻制度是结婚制度的重要组成部分,对于保障结婚条

件和程序的执行,保护合法婚姻,预防和制裁违法婚姻具有重要意义。

## (二)违法婚姻的特征

在阶级社会中,不同时代不同国家或同一国家不同时代,婚姻成立的法定要件不尽相同。但无效婚姻必然是不符合结婚法定要件的违法婚姻,这一本质特征则是一致的。我国当前的违法婚姻,具有以下特征:

1. 当事人以夫妻名义同居,具有公开性。即男女未办结婚登记而以夫妻名义同居生活,被群众认为是夫妻关系;或不符合结婚法定条件的当事人弄虚作假,骗取婚姻登记,取得结婚证,貌似合法夫妻。这区别于姘居、通奸等其他违法两性关系,姘居的当事人虽公开同居但不以夫妻名义;通奸则具有隐蔽性。

2. 婚姻的成立不符合结婚法定要件,具有违法性。包括结婚不符合结婚法定实质要件或形式要件,故具有违法性。这区别于合法婚姻,合法婚姻符合结婚法定要件,具有合法性。

3. 违法婚姻的责任主体不限于当事人本人,具有多样性。其责任主体既可能是当事人一方或双方(如一方或双方未达法定婚龄),也可能是当事人之外的第三人(如父母或第三人包办强迫他人婚姻)。这区别于合法婚姻,合法婚姻为符合结婚法定要件的当事人本人缔结,责任主体为当事人本人。

4. 违法婚姻的法律后果一般为无效,具有无效性。这不同于合法婚姻,合法婚姻必然具有法律效力。然而,目前我国的违法婚姻因其违法的原因不同,婚姻成立的时间不同,适用的法律不同,其法律后果也有所不相同,并非为一律无效。例如,我国的违法婚姻包括已办结婚登记的和未办结婚登记的两种类型。在未办结婚登记的违法婚姻中,既有不符合结婚形式要件(单一违法)的事实婚姻,也有既不符合结婚形式要件,又不符合结婚实质要件(双重违法)的非自愿婚、早婚、近亲婚、疾病婚等。虽然我国 1986 年 3

月15日颁布的《婚姻登记办法》首次以法规文件形式规定：“婚姻登记机关发现婚姻当事人有违反婚姻法的行为，或在登记时弄虚作假、骗取《结婚证》的，应宣布该项婚姻无效，收回已骗取的《结婚证》”，但按我国1989年11月司法解释的精神，1994年2月1日《婚姻登记管理条例》施行前形成的事实婚姻，虽系违法婚姻，仍然比照合法婚姻关系处理，具有婚姻的效力。其双方当事人之间具有夫妻身份和夫妻权利义务关系。即有条件地在一定时期内承认事实婚姻的效力，法律予以一定的保护。而对未办结婚登记的非自愿婚、早婚、近亲婚、疾病婚，以及1994年2月1日《婚姻登记管理条例》施行后形成的事实婚姻，均按非法同居关系对待，当事人之间不具有夫妻身份和夫妻权利义务关系，应一律予以解除，即不承认其具有婚姻的效力，法律不予保护。<sup>①</sup>

### （三）我国对无效婚姻的有关规定

我国1950年和1980年两部《婚姻法》都仅笼统规定，违反本法者，得分别情况，依法予以行政处分或法律制裁。但对当事人违反结婚法定条件和程序缔结的婚姻的效力，未作规定。60年代最高人民法院的司法解释首次提到婚姻无效问题，指出应“宣布重婚关系无效”。<sup>②</sup>在司法实践中，对违法婚姻的处理由于缺乏法律依据，人民法院一般是将本应宣布无效的无效婚姻按离婚处理。<sup>③</sup>这样导致违法婚姻解除的后果与合法婚姻解除的后果完全相同。一些群众误认为“婚姻法是软法，遵守不遵守后果都一样”。这显然不利于结婚法定条件和程序的贯彻执行。因此，1986年3月15

① 参见：《最高人民法院对审理婚姻案件作出新的解释——最高人民法院庭庭长唐德华答本刊记者问》，载《人民司法》，1989（12）。

② 参见：1963年8月最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》（修正稿）。

③ 参见：1984年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》离婚问题一节第1、7、8、10条之规定。

日施行的《婚姻登记办法》第9条对婚姻无效问题明确作了规定：“婚姻登记机关发现婚姻当事人有违反婚姻法行为，或在登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的，应宣布该项婚姻无效，收回已编取的《结婚证》，并对责任者给予批评教育。触犯刑律的，由司法机关依法追究刑事责任。”1989年11月最高人民法院的司法解释，对事实婚姻关系和非法同居关系的认定和处理作了规定。<sup>①</sup>1994年2月1日施行的《婚姻登记管理条例》第五章，虽规定了婚姻无效的原因及其处理等问题，但仍未建立一套系统完备的无效婚姻制度，还有待修改婚姻法时进一步加以补充和完善。

## 二、无效婚姻的种类

按照我国现行《婚姻法》的规定，结婚的实质要件是：必须男女双方完全自愿；必须双方达到法定婚龄；必须双方无直系血亲和三代以内旁系血亲关系；必须双方无配偶；必须双方无禁止结婚或暂缓结婚的疾病。结婚的形式要件是：必须男女双方亲自到婚姻登记机关办理结婚登记。为保证结婚法定要件的实施，在1986年《婚姻登记办法》有关宣布无效婚姻规定的基础上，1994年2月1日颁行的《婚姻登记管理条例》进一步对无效婚姻及其法律后果作了规定：“未到法定结婚年龄的公民以夫妻名义同居的，或者符合结婚条件的当事人未经结婚登记以夫妻名义同居的，其婚姻关系无效，不受法律保护。”“申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记管理机关应当撤销婚姻登记……宣布其婚姻关系无效并收回结婚证……并对当事人处以200元以下的罚款。”“违反本条例第十二条、第十八条的规定予以登记的，婚姻登记管理机关应当对婚姻登记管理人员给予行政处分或者撤销其婚姻登

<sup>①</sup> 参见：1989年11月最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》。

记管理员的资格;并对仍不符合婚姻登记条件的当事人撤销婚姻登记,收回婚姻登记证书。”根据上述规定精神,目前我国的无效婚姻可根据其欠缺结婚法定要件的情况不同,作如下分类:

1. 非自愿婚。指父母或其他人违反当事人的意愿所缔结的包办、买卖婚姻,以及一方对他方胁迫、诈欺或其他原因(如无民事行为能力)使他方不能表达真实意思所缔结的婚姻。

2. 早婚。指当事人一方或者双方未达到法定结婚年龄所缔结的婚姻。

3. 重婚。指当事人一方或者双方已有配偶所缔结的婚姻。

4. 近亲婚。指当事人之间具有法律规定禁止结婚的直系血亲关系或三代以内旁系血亲关系所缔结的婚姻。

5. 疾病婚。指当事人一方或者双方患有法律规定禁止结婚或暂缓结婚的疾病所缔结的婚姻。

6. 事实婚。指符合结婚条件的男女当事人未经结婚登记而以夫妻名义同居生活,群众认为是夫妻关系的两性结合。(仅指1994年2月1日《婚姻登记管理条例》施行后形成的事实婚姻。而在该《条例》施行前形成的事实婚姻为有效婚姻。)

此外,根据当事人是否办理结婚登记,上述无效婚姻可分为:

1. 已办理结婚登记的无效婚姻,包括非自愿婚、早婚、重婚、近亲婚、疾病婚。

2. 未办理结婚登记的无效婚姻,包括非自愿婚、早婚、重婚、近亲婚、疾病婚、事实婚。

必须指出的是,上述未办理结婚登记的六种无效婚姻中,除事实重婚外,我国最高人民法院1989年11月的司法解释均视为非



法同居关系。<sup>①</sup> 我国《婚姻登记管理条例》第 18 条亦有规定, 申请离婚的当事人未办理过结婚登记的, 不予受理离婚登记。我国有些学者对此提出质疑, 认为这是不科学的。<sup>②</sup> 笔者赞同此见解。因为, 同样是未办结婚登记的男女以夫妻名义同居生活, 有的被视为非法同居关系, 有的则被视为违法婚姻, 不仅在理论上自相矛盾、难以自圆其说, 而且在实践上也会造成混乱。既然未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的男女为非法同居关系, 他们“无婚可离”, 但当他(或她)又与其他人结婚或以夫妻名义同居时, 为何又“有婚可重”? 并且把这些无效婚姻视为非法同居关系, 也与我国《婚姻法》第 3 条有关包办、买卖婚姻和《婚姻登记管理条例》第 24 条有关早婚、事实婚的规定相矛盾, 互不协调, 不利于执法的统一。

### 三、婚姻无效的程序

婚姻无效从程序上可分为当然无效和宣告无效两种:

#### (一) 当然无效

婚姻当然无效, 是指结婚当事人只要具有婚姻无效的法定原因, 无须经行政程序请求婚姻登记机关或经诉讼程序诉请人民法院为婚姻无效之宣告, 其婚姻即自始无效, 不产生合法婚姻的法律效力。

我国《婚姻登记管理条例》第 24 条规定: “未到法定结婚年龄的公民以夫妻名义同居的, 或者符合结婚条件的当事人未经结婚登记以夫妻名义同居的, 其婚姻关系无效, 不受法律保护。”即采当然无效。自 1994 年 2 月 1 日起, 未经结婚登记的婚姻当然无效。

---

① 参见: 最高人民法院 1989 年 11 月《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》; 1994 年 12 月《关于〈婚姻登记管理条例〉施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复》。

② 参见乔生彪: 《非法同居的法律概念质疑》; 应慧: 《论中国内地、香港、台湾、澳门非法婚》, 载《上海社会科学院学术季刊》, 122 页, 1998(1)。

## (二)宣告无效

婚姻宣告无效,是指结婚当事人虽具有婚姻无效的法定原因,但须经行政程序由婚姻登记管理机关或经诉讼程序由人民法院为婚姻无效之宣告后,婚姻为自始无效。在未经宣告无效前,具有婚姻的效力。

根据我国《婚姻登记管理条例》第25条和第28条的规定,申请结婚登记的当事人弄虚作假、骗取结婚证的,如当事人故意隐瞒真实情况,伪造、涂改有关证件和证明,冒名顶替等。婚姻登记管理机关应当撤销结婚登记,宣布其婚姻关系无效并收回结婚证,并对当事人处以200元以下的罚款。婚姻登记管理人员对违反结婚法定条件的结婚申请予以登记的,婚姻登记管理机关除应当对婚姻登记管理人员给予处罚外,并对仍不符合结婚登记条件的当事人撤销结婚登记,宣布其婚姻无效,收回婚姻登记证书。

关于宣布婚姻无效的机关,根据《婚姻登记管理条例》和1989年11月司法解释规定的精神,已经办理了结婚登记的违法婚姻,由婚姻登记机关宣告婚姻无效;未办结婚登记的违法婚姻当然无效,如对其效力当事人有争议的,可向人民法院起诉,由人民法院宣告无效,按非法同居关系予以处理。

## 四、无效婚姻的法律后果

无效婚姻系违法婚姻,其当然无效或被宣告无效后,均自始不发生婚姻的效力。在当事人之间既不产生夫妻身份,也不产生夫妻人身及财产方面的权利义务关系,与未经结婚登记相同,其所生子女为非婚生子女。但无效婚姻仍然形成了共同生活关系,涉及到有关财产、子女抚养、继承等问题,能引起一定的法律后果。目前,由于我国法律对无效婚姻的法律后果未作规定,在我国司法实践中,是按最高人民法院1989年11月对非法同居的有关司法解释处理无效婚姻。即不符合结婚法定条件和程序的无效婚姻,依

法当然无效或被宣告无效后,其法律后果与解除非法同居关系的法律后果是完全相同的(参见本章第五节有关非法同居关系的处理部分)。

### 五、无效婚姻的动态监控

目前,各种不同违法情况的无效婚姻,在我国城乡都有,尤以农村为多。在一些地区的违法婚姻中,未经结婚登记的事实婚和早婚占绝大多数,约占违法婚姻总数的80%—90%。这些违法婚姻的产生,除旧的婚姻传统习惯的影响,当事人法制观念淡薄及某些经济因素的影响外,我国婚姻法制不健全,婚姻管理不完善,婚姻立法与司法不够协调,以及某些职能部门配合不够等,则是其产生的重要客观原因。例如,我国结婚登记制度公示性不强,缺乏群众的监督,不能有效地预防和及时发现违法婚姻。国外一些国家如法国、瑞士等国设有婚姻公告制度,在公告期内,一切熟悉结婚当事人的人都可以对婚姻存在的障碍进行监督,提出异议和告发,这有助于防止违法婚姻的发生。尤其是我国婚姻法至今尚未设立无效婚姻制度,存在立法空白,使对违法婚姻的查处无法可依。虽然1986年《婚姻登记办法》初步规定了宣布婚姻无效问题,但尚未设立一套全面系统的无效婚姻制度。1989年11月最高人民法院的司法解释,对事实婚姻关系和非法同居关系的认定和处理作了规定。但大量的违法婚姻当事人并未到法院起诉“离婚”,使此司法解释作用的范围有限。至1994年2月颁行《婚姻登记管理条例》设专章规定了婚姻监督管理制度。《婚姻登记管理条例》虽较之《婚姻登记办法》更为全面、具体,但仍未设立一套全面系统的无效婚姻制度。在实际生活中,有关部门对违法婚姻的查处仍很不得力,违法婚姻仍禁面不止,给婚姻当事人及其子女和社会都带来许多恶果。

我们认为,在我国当前社会主义市场经济的新形势下,既要依

法治国,也要依法治家。为引导当事人依法成立婚姻关系,发挥群众对婚姻成立的监督作用,预防和减少违法婚姻,并使有关部门处理违法婚姻“有法可依”、“违法必究”,必须进一步完善我国婚姻法,填补立法空白,建立婚姻公告制度和无效婚姻制度,以保证婚姻法规定的结婚条件和程序的实施,并在婚姻公告、无效婚姻制度等的相互配合共同作用下,实现法律对无效婚姻的动态监控,达到预防和治理违法婚姻之目的。

## 第七节 我国结婚制度之不足 及其立法完善<sup>①</sup>

### 一、我国现行结婚制度之缺陷

婚姻是为一定社会所承认的男女两性结合的社会形式。自人类进入阶级社会以来,婚姻就成为法律调整的对象。古今中外各国无不通过立法规定结婚的实质要件和形式要件,以指导和监督当事人的结婚行为,维护有利于统治阶级的婚姻家庭关系。男女结婚必须符合法定的结婚要件,婚姻才具有法律效力,受到法律保护。对于不符合结婚法定要件的婚姻,许多国家的立法设有婚姻无效或可撤销的制度。我国结婚制度是婚姻立法的重要组成部分,它的规定体现了婚姻自由,一夫一妻,男女平等的婚姻法基本原则,对维护社会主义婚姻关系,保护当事人的合法权益,起了十分重要的作用。但是我国结婚制度也存在着一些不足,主要有:一是禁止结婚的近亲属范围规定不够具体并范围较窄;二是禁止结

<sup>①</sup> 本节节选《我国结婚制度立法研究》,载《现代法学》,1999(5)。

婚的疾病规定较笼统且立法太分散；三是结婚登记制度公示性不强；四是未设立无效婚姻制度，存在立法空白。

#### (一)关于禁止结婚的近亲属范围规定不够具体并范围较窄

我国现行《婚姻法》仅规定，“直系血亲和三代以内的旁系血亲”禁止结婚。但对拟制直系血亲间能否结婚，直系姻亲之间能否结婚、以及拟制直系血亲关系或直系姻亲关系解除后能否结婚、还有拟制旁系血亲之间能否结婚等均未具体规定，并对旁系姻亲间能否结婚亦无法明文规定。在我国现实生活中，已出现有的直系姻亲如继父与继女双方要求结婚，有的旁系姻亲辈分不同者双方要求结婚，但受到群众非议及其本家族亲属出面干预等情况。<sup>①</sup>因此，应增补此方面的立法，以使具有这些亲属关系的当事人明确法律是否允许其结婚，并让其亲友和周围的群众明白对这些人结婚是否有权提出异议，进行干预。

#### (二)关于禁止结婚的疾病规定较笼统且立法太分散

我国现行《婚姻法》关于禁止结婚的疾病规定较笼统且立法太分散，不便于群众知道、理解和执行。我国现行《婚姻法》仅笼统规定，“患麻风病未经治愈或患其他在医学上认为不应当结婚的疾病”者，禁止结婚。1994年2月1日施行的《婚姻登记管理条例》进一步规定，患有法律规定禁止结婚或暂缓结婚的疾病的，不予登记。1995年6月1日施行的《母婴保健法》明确规定，患指定传染病在传染期内或者有关精神病在发病期内的，应当暂缓结婚；患医学上认为不宜生育的严重遗传性疾病的，医师应当向男女双方说明情况，提出医学意见，经男女双方同意，采取长效避孕措施或者

---

① 参见：《法制日报》1988年9月13日第4版：《他们能结婚吗？》（主要内容：读者来信咨询“无抚养关系的继父与继女能否准许登记结婚？”）；《光明日报》1993年9月8日第5版：《夫妹妻侄相恋受阻，糊涂夫妻劳燕分飞》（主要内容：本家族亲属出面干涉不同辈分的旁系姻亲之间结婚）。

施行结扎手术后不生育的,可以结婚。但《中华人民共和国婚姻法》规定禁止结婚的除外。上述关于禁止结婚疾病的立法先后时间不同,且分别规定在《婚姻法》、《婚姻登记管理条例》、《母婴保健法》等数个法律文件之中,不便让群众知晓,既不便于公民知法、守法,也不便于执法。

### (三) 结婚登记制度公示性不强

我国结婚登记制度公示性不强,对婚姻的成立不能发挥群众的监督作用。按我国现行《婚姻法》的规定,结婚登记是婚姻成立的惟一法定形式要件。结婚登记简便易行,便于国家对当事人结婚进行指导和监督,对保护合法婚姻,防止违法婚姻的发生起着重要作用。但结婚登记制度存在一个明显的缺陷,就是公示性不强。因结婚登记只在当事人和婚姻登记机关之间进行。当事人登记结婚后,如其未告诉亲友和周围的群众,其亲友和近邻等群众往往就不知道其已建立夫妻关系。这为今后重婚(尤其是不办理结婚登记的事实重婚)的产生埋下了隐患。此外,如果有的当事人不符合结婚的法定条件,出具虚假证件、证明,或冒名顶替等办理结婚登记,由于未进行结婚公告,也不能发挥群众对婚姻成立的监督作用,难以防止违法婚姻的发生。从我国现实生活中看,弄虚作假、骗取婚姻登记的情况也时有发生。<sup>①</sup> 在国外,一些国家如法国、瑞士、意大利等国的民法典中设有婚姻公告(或婚姻预告)制度。在公告期内,一切熟悉结婚当事人的人都可以对婚姻存在的障碍进行监督,提出异议和告发,对婚姻障碍的告发由法院审理。在公告期内如无人异议或异议告发不实经否决后,当事人得按公告的结婚日期举行结婚仪式。<sup>②</sup> 这有助于防止违法婚姻的发生,

<sup>①</sup> 参见碧水:《假婚姻证明引出的官司》,载《华西都市报》1999年4月10日第9版。

<sup>②</sup> 参见:《法国民法典》,第63~75条;《瑞士民法典》,第105~119条;《意大利民法典》,第93~104条。

值得我国立法借鉴。

#### (四)我国未设立无效婚姻制度,存在立法空白

我国现行《婚姻法》未设立无效婚姻制度,这一立法空白使对违法婚姻的处理“无法可依”,给当事人、子女、家庭和社会都带来许多恶果。婚姻无效是违法婚姻的法律后果之一。凡以夫妻名义同居而被群众认为是夫妻关系,但不符合结婚实质要件或形式要件的男女两性结合,都是违法婚姻。违法婚姻一旦被依法认定无效,就不能产生婚姻的法律后果,其责任主体还可能会受到相应的制裁(如罚款及其他制裁)。关于婚姻无效的原因、认定程序、诉讼请求权主体和请求权行使的期限、以及无效婚姻的法律后果等法律规定,构成无效婚姻法律制度。世界上许多国家都设有无效婚姻(有的同时设有可撤销婚姻)的法律制度。对违法婚姻或认定为无效或予以撤销,是外国处理违法婚姻的两种主要法律措施。从国外立法趋势看,无效婚和可撤销婚两者的区别正在缩小。尽管各国立法内容不尽相同,但根据违法婚姻的不同情况予以不同的处理和制裁,这一基本精神则是一致的。<sup>①</sup> 但我国现行《婚姻法》仅规定了结婚的实质要件和形式要件,尚未设立无效婚姻制度,未具体规定欠缺结婚法定要件的无效婚姻如何处理问题,仅在第34条规定:“违反本法者,得分别情况,依法予以行政处分或法律制裁。”由于此规定太笼统,实际部门往往难以执行,使其成为一纸空文。而对我国处理违法婚姻无法可依的情况,1986年3月15日施行的《婚姻登记办法》规定了宣布婚姻无效问题,但仍未全面系统地规定:婚姻无效的原因、婚姻无效的请求权人及请求权行使的期限,以及无效婚姻的法律后果等具体内容,尚未设立一套全面系统

<sup>①</sup> 参见:《苏俄婚姻和家庭法典》(1968年),第43~46条;《罗马尼亚家庭法典》,第19~24条;《美国统一结婚离婚法》,第207、208、211条;《日本民法典》,第742~749条。

的无效婚姻制度。1989年11月最高人民法院的司法解释,对事实婚姻关系和非法同居关系的认定和处理作了规定。<sup>①</sup>而大量的违法婚姻当事人并未起诉到法院“离婚”,使此司法解释作用的范围有限。至1994年2月1日施行的《婚姻登记管理条例》设专章规定了婚姻监督管理制度。《婚姻登记管理条例》虽较之《婚姻登记办法》更为全面、具体,但仍未全面规定婚姻无效的原因,婚姻无效的请求权人和请求权行使的期限,以及无效婚姻的法律后果等问题,仍未设立一套全面系统的无效婚姻制度。在实际生活中,由于立法不完善,有关部门对违法婚姻的查处仍力度不够,一些地方违法婚姻仍然存在,禁而不止。这不仅给当事人及其子女带来许多危害,而且破坏了社会主义法律的严肃性,使婚姻法成为“软法”,可依可不依。因此,设立一套全面系统的无效婚姻制度是完善我国结婚制度的迫切需要。

## 二、对我国结婚制度的修改、补充建议及主要理由分析

针对我国结婚制度存在的上述不足,笔者根据我国新形势下婚姻关系的新情况,从我国实际出发,借鉴国外立法经验,建议对我国结婚制度从以下方面加以修改、补充和完善:

(一) 扩大禁止结婚的近亲属范围,并规定某些近亲属禁婚的除外情形

建议明文规定,下列亲属之间禁止结婚:

1. 直系血亲包括拟制直系血亲。即使拟制直系血亲关系解除后,亦同。

2. 四亲等内的旁系血亲包括拟制旁系血亲。但四亲等内的拟制旁系血亲关系解除后,不受禁婚限制。

---

<sup>①</sup> 参见:最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》(1989年11月21日)。



3. 直系姻亲。即使直系姻亲关系解除后,亦同。

4. 四亲等内辈分不同的旁系姻亲。但四亲等内辈分不同的旁系姻亲关系解除后,不受禁婚限制。

关于立法的主要理由:上述对近亲属间禁止结婚规定的增补建议,与现行《婚姻法》的规定相比,更为明确具体,除扩大了禁止结婚的近亲属范围外,还从我国实际出发规定了某些近亲属禁婚的除外情形。

其一,关于禁止拟制直系血亲之间结婚的主要理由。从我国《婚姻法》规定的精神看,拟制直系血亲包括养父母与养子女和有扶养关系的继父母与继子女,他们之间具有与自然血亲的父母子女相同的权利义务,禁婚效力亦应相同。这也是世界各国立法的通例。如《法国民法典》第364条第2款规定:“被收养人与其有血缘关系的亲属之间,适用本法典第161条至第164条关于禁止结婚的规定。”第366条规定:“收养人、被收养人及其直系卑血亲之间,禁止结婚。”《美国统一结婚离婚法》第207条亦规定,直系血亲之间、养父母子女之间禁止结婚。1968年《苏俄婚姻和家庭法典》第16条规定,“双方是收养人和被收养人的,不准结婚”。《日本民法典》第736条也有类似规定。至于拟制直系血亲关系解除后双方当事人能否结婚?依《日本民法典》第736条之规定,即使在收养关系解除后,“养子女及其配偶,养子女的直系卑亲属及其配偶,与养父母及其直系尊亲属间,亦不得结婚”。这无疑有利于保护当事人的合法权益,也有利于维护社会伦理道德。所以,我国立法应明文禁止拟制直系血亲之间结婚,并且即使拟制直系血亲关系解除后,亦同。

其二,关于禁止直系姻亲间结婚的主要理由。从我国人民的传统习惯及伦理道德的要求看,直系姻亲间是禁止结婚的。在国外,许多国家的立法也明文禁止直系姻亲间结婚。例如,《法国民法典》第161条规定:“直系尊血亲与卑血亲之间,不问其为婚生或

非婚生,禁止结婚。同系姻亲间,亦同。”《日本民法典》第735条、《瑞士民法典》第100条、《意大利民法典》第87条的规定也与之相类似。日本、瑞士、意大利等国还规定直系姻亲关系终止后,禁婚效力亦同。我们认为,从我国国情出发,即使直系姻亲关系解除后,亦应禁止结婚。这既可避免亲属关系发生混乱,也符合我国人民的传统习惯。

其三,关于有条件地禁止拟制旁系血亲间结婚的主要理由。对拟制旁系血亲间的结婚,我国民间习惯是允许其结婚的。从国外立法看,对此大体有三种态度:一是法律无明文限制拟制旁系血亲间结婚。如前苏联、古巴及美国各州。二是法律明文允许拟制旁系血亲间结婚。如《日本民法典》第734条规定:“直系血亲和三亲等以内旁系血亲间,不得结婚。但是养子女与养方的旁系血亲间,不在此限。”《瑞士民法典》第100条第2款规定:“住所所在地的州政府,经慎重考虑认为正当时,可允许收养亲属之间的婚姻,但直系的收养亲属除外。”三是法律明文禁止拟制旁系血亲间结婚,但特殊情况下予以允许。《罗马尼亚家庭法》第7条规定,收养人的子女与被收养人或其子女间、同一收养人的养子女相互间禁止结婚,但在特殊情况下经区人民委员会执行委员会批准,应予准许。又如《法国民法典》第366条第3、4项规定:“同一人的养子女之间、被收养人与收养人的子女之间,禁止结婚。但如有重大原因,经共和国总统的特许,禁止结婚的规定得予取消。”第三种立法例似有利于防止某些拟制旁系血亲当事人滥用权利。故笔者认为,为维护拟制旁系血亲当事人的利益,立法宜规定在拟制旁系血亲关系解除后,才允许其结婚更为妥当。

最后,关于禁止一定范围辈分不同的旁系姻亲间结婚的主要理由。我国民间习惯是允许旁系姻亲辈分相同者之间结婚的,但对旁系姻亲辈分不同者(尤其是亲属关系较近者)之间结婚则往往视为乱伦行为。所以,立法对一定范围内的旁系姻亲辈分不同者

之间应禁止结婚,以维护伦理道德。鉴于我们在前面建议立法规定,拟制旁系血亲关系解除后不受禁婚限制,故亦在此建议立法规定,四亲等内辈分不同的旁系姻亲关系解除后不受禁婚限制。以免禁止结婚的亲属范围过宽,当事人往往难以接受。至于我国有些少数民族地区,如有允许旁系姻亲辈分不同者之间结婚习惯的,可制定变通条例,以适应当地实际情况。此外,这里还须说明的是,我国台湾民法典第983条亦禁止旁系姻亲(五亲等之内)辈分不同者之间结婚。

### (二)对禁止结婚的疾病,增补明确的具体规定

建议规定有下列疾病者,禁止结婚:

1. 患有精神病而丧失判断能力的;
2. 患有禁止结婚的传染性疾病未治愈的;
3. 患有其他在医学上认为不宜结婚疾病的。

关于立法的主要理由:对禁止结婚疾病的规定,是在现行《婚姻法》原有规定的基础上,结合《婚姻登记管理条例》、《母婴保健法》的有关规定新增补了部分内容。其中第1、2项规定的内容与1995年6月1日施行的《母婴保健法》第8条、第9条和第10条有关暂缓结婚、禁止结婚的规定精神相一致,第3项规定属于弹性条款,使立法留有余地。因为法律不可能罗列出全部禁止结婚的疾病,也不可能预见今后患哪些疾病将会被禁止结婚。

### (三)新增结婚公告制度,完善结婚程序

建议在现行《婚姻法》关于结婚程序的规定之中,新增以下结婚公告制度:

1. 结婚须依法办理结婚登记和结婚公告。要求结婚的男女双方必须亲自持法律规定的证件、证明,共同到一方户籍所在地的婚姻登记管理机关申请办理。

2. 婚姻登记管理机关受理当事人的结婚申请后,应委托双方当事人各自所在工作单位或住所地的村民(居民)民委员会在当地

的公告栏中予以结婚公告。但婚姻登记管理员经审查,认为当事人不符合结婚条件的,不予进行结婚公告,应当以书面形式说明不予结婚公告的理由。

3. 结婚公告的内容包括:双方当事人的姓名、年龄、工作单位或职业、出生地、现在住所地,以及双方当事人各自父母的姓名和现在住所地。

4. 受理结婚申请的婚姻登记管理员,根据双方当事人的结婚申请填写结婚公告书一式两份,交给双方当事人分别带回各自所在工作单位或住所地的村民(居民)委员会。当事人所在工作单位或村民(居民)委员会负责张贴结婚公告书。

结婚公告期为10日,应包括前后两周的星期六和星期日。在公告期内,任何人都可以对双方当事人是否符合结婚法定条件提出异议。向申请结婚当事人的所在工作单位或住所地的村民(居民)委员会提出异议时,应当说明异议的依据。

如果当事人在工作单位尚未工作满一年的,或者在现住所地尚未居住满一年的,结婚公告应同时在前住所地进行。

5. 负责结婚公告的当事人所在工作单位或村民(居民)委员会,应将结婚公告有无异议及异议的依据等情况,记载在结婚公告异议情况书内,至公告期满后,出具进行结婚公告有无异议的情况证明,寄送负责该结婚申请的婚姻登记管理员。婚姻登记管理员收到结婚公告异议情况证明后,应依照本法规定的结婚条件,对双方当事人的情况进行审查;如被提出结婚异议的,须审查异议的情况是否属实,并在收到结婚公告异议情况证明后3日内作出准予或不予结婚登记的决定。

6. 申请结婚的当事人如一方有生命危险或者有其他重大事由的情况下,根据双方当事人的申请,婚姻登记管理员经审查双方符合结婚法定条件的,可作出缩短结婚公告期限或者免除结婚公告的决定,应当以书面形式说明理由,记录在结婚登记档案中。

7. 结婚公告期满后 90 天, 双方当事人仍未到婚姻登记机关办理结婚登记的, 视为未进行结婚公告。

8. 婚姻登记机关对结婚申请, 经结婚公告和审查, 凡符合结婚条件的准予登记, 发给结婚证。结婚申请人取得结婚证, 即确立夫妻关系; 凡不符合结婚条件的不予登记, 应当以书面形式说明理由。

关于立法的主要理由: 以上是在现行《婚姻法》有关结婚登记规定的基础上, 借鉴国外立法经验, 结合我国实际, 增补的结婚公告制度。在国外, 婚姻公告制度的内容大体包括: 受理婚姻公告的机关和承办人员、婚姻公告的内容、方式、地点、期限和时间效力; 婚姻异议权人、婚姻异议的登记与审查权人、婚姻异议的法律后果; 以及婚姻公告期限缩短或免除的法定事由等。现对试拟的我国结婚公告制度的具体内容, 作如下说明:

第 1 条是关于结婚须依法办理结婚登记和结婚公告的原则性规定。旨在让结婚当事人明确, 结婚的法定形式要件是必须申请办理结婚登记和进行结婚公告。

第 2 条是关于受理结婚申请、负责结婚公告机关的规定。根据我国现行《婚姻法》和《婚姻登记管理条例》的规定, 婚姻登记机关是我国受理结婚申请、办理结婚登记的法定机关, 故结婚公告也由其一并负责办理较为适宜。此外, 我们认为, 为方便群众、节约时间, 也可在《婚姻登记管理条例》中增加结婚公告制度实施细则的具体内容, 在其中规定, 结婚当事人在申请结婚登记前, 须向本人所在工作单位或住所地村民(居民)委员会请求出具婚姻状况证明。其工作单位或村民(居民)委员会经婚姻登记机关授权后, 可根据当事人的结婚申请, 填写结婚公告书, 张贴结婚公告; 公告期满后, 向当事人出具婚姻状况证明和结婚公告有无人提出异议的情况证明, 作为其申请结婚登记的法定证明。

第 3 条是关于结婚公告内容的规定。它包括双方当事人的基

本情况以及双方当事人父母的有关情况。以便于知情者对当事人的结婚进行监督和提出异议。

第4条是关于结婚公告的方式、地点、期限,以及异议权人和受理异议的机关等规定。为使我国实行结婚公告制度具有可行性,利用我国各地机关、企事业单位、村民(居民)委员会的公告栏(或宣传栏),由双方当事人各自所在单位或住所地的村民(居民)委员会负责张贴结婚公告,并受理异议人对结婚的异议告发,既便于发挥群众对婚姻成立的监督作用,又节约人力物力。关于结婚公告的期限,《意大利民法典》第95条规定为“至少8天,包括前后两个星期天。”《法国民法典》第64条规定为:“应张贴10日。自张贴之日起,不包括张贴之日。”笔者认为,决定结婚公告期限之长短,既要考虑便于群众知道,又要考虑节约当事人的时间。由此,结合我国每周法定休息日为两天的实际情况,建议婚姻公告期限规定为10天较为适宜。

第5条是关于结婚异议的审查机关、异议的处理以及处理期限的规定。由婚姻登记管理机关代表国家审查婚姻异议是否属实,依法在法定期限内予以相应处理,以保障结婚法定条件的实施,维护当事人的合法权益。这样不采取国外由法院审理婚姻异议的做法,可能更符合我国实际。因为,我国婚姻登记管理机关对婚姻的成立具有管理和监督的职能,由其负责审查和处理婚姻异议符合其管理权限,又可避免增加人民法院的工作量,适合我国国情。

第6条是关于特殊情况下结婚公告期限的缩短或免除的规定。关于结婚公告期限缩短或者免除的法定事由,国外立法多采取概括性规定与列举性规定相结合。例如,《意大利民法典》第100条规定:“在有重大事由的情况下,根据利害关系人的请求,法院可以在听取检察机关的意见后……作出缩短结婚预告期限的决定。在此情况下,应当在预告中载明缩短结婚预告期限的决定。”第101条规定:“在结婚当事人一方面临生命危险的情况下,如果

双方当事人发誓在他们之间不存在任何婚姻障碍,也不属于必须经过特许才能结婚的情况,则新婚夫妇所在地的户籍官可以在未进行结婚预告的情况下……为他们举行婚礼。在结婚证书中,户籍官应当对他查证的新婚夫妇一方面面临生命危险的情况作出说明。”《瑞士民法典》第115条规定:“婚约人一方因疾病不能遵守公告期限完成婚姻的,监督官厅可授权身份官员缩短公告期限,或不经公告而执行结婚仪式。”《法国民法典》第75条规定:“如遇重大障碍,结婚地点的共和国检察官得请求身份官员去未婚夫妻一方住所或临时住所举行结婚仪式。未婚夫妻一方如面临死亡的危险时,身份官员得在共和国检察官请求或批准之前去其住所,并应在最短期限内向检察官报告在市镇政府以外的地方举行结婚仪式的必要性。此种情况应记载于结婚证书……身份官员在逐一听取双方表示愿为对方之夫或妻的陈述后,以法律的名义宣告双方因婚姻而结合,并立即作成证书。”因此,笔者借鉴国外立法经验,对特殊情况下结婚公告期限缩短或者免除的规定,采取概括性规定与列举性规定相结合的立法原则。这既照顾到特殊,又考虑到其他难以逐一列举的情况,以适应实际情况的需要。

第7条是关于结婚公告有效期间的规定。从国外立法对婚姻公告有效期间的规定看,《法国民法典》第65条规定为1年。《瑞士民法典》第114条规定为6个月。《意大利民法典》第99条规定为180天。笔者认为,为促使当事人在结婚公告后及时办理结婚登记,结婚公告的有效期间不宜规定得太长,以90日为宜。

第8条是有关准予或不准予结婚登记的规定。它在现行《婚姻法》规定的基础上新增了部分内容。因为,一方面要考虑与前面有关婚姻公告和审查的规定相衔接,另一方面也要考虑为《婚姻登记管理条例》今后增补结婚公告制度的具体实施规定提供依据。

#### (四)增加专节规定无效婚姻制度,填补立法空白

建议在结婚制度一章内增设专节规定“无效婚姻”制度,具体

规定如下：

1. 凡有下列情形之一的，其婚姻关系无效：

- (1) 违背当事人意愿的；
- (2) 未达法定婚龄的；
- (3) 重婚的；
- (4) 有禁止结婚的亲属关系的；
- (5) 患有法律规定禁止结婚疾病的；
- (6) 未办理结婚登记而以夫妻名义同居的。

2. 当事人、利害关系人、有关单位和组织，以及村民(居民)委员会均有权请求确认婚姻关系无效。但因违背当事人的意愿而请求确认婚姻无效的，请求权只能由当事人本人行使。

3. 有请求权的公民、单位或组织，对婚姻的效力持异议的，可向婚姻登记管理机关提出确认婚姻无效的申请，由婚姻登记管理机关按行政程序依法确认有效或宣布无效；也可向人民法院提出确认婚姻无效的诉讼，由人民法院按诉讼程序依法确认有效或宣布无效。

未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活的，由人民法院按诉讼程序依法判决宣布无效。

已办理结婚登记的婚姻由人民法院依法判决宣布无效后，人民法院应当将判决书副本送达同级民政部门。

4. 确认婚姻无效请求权行使的期限：

(1) 因违背当事人意愿而请求确认婚姻无效的，须在准予结婚登记，取得结婚证之日起一年内提出；

(2) 因未达法定婚龄而请求确认婚姻无效的，须在达到法定婚龄之日前提出；

(3) 因患禁止结婚的疾病而请求确认婚姻无效的，须在禁止结婚的疾病治愈之日前提出；

(4) 因重婚、或因有禁止结婚的亲属关系、或因未办理结婚登



记而以夫妻名义同居,请求确认婚姻无效的,不受时效期间的限制。

5. 婚姻被确认无效后,自始无效,不产生婚姻的效力。当事人之间无夫妻身份和夫妻的权利义务,不适用法律有关夫妻人身关系和夫妻财产关系的规定。

无效婚姻当事人同居期间共同所得的收入和购置的财产,适用法律有关一般共有的规定;为共同生产、生活而形成的债权、债务,适用法律有关共同债权、债务的规定。

无效婚姻双方当事人所生子女,为非婚生子女,具有与婚生子女同等的法律地位。其父母子女间的权利和义务,不受父母婚姻被宣布无效的影响。

关于立法的主要理由:无效婚姻制度是结婚制度不可缺少的重要组成部分。现行《婚姻法》有关结婚法定要件(结婚实质要件和结婚形式要件)的规定与新增此节有关无效婚姻的规定,从正、反两个方面构成结婚制度的完整内容。它们相辅相成、共同作用,保障我国社会主义婚姻家庭制度的实施,保护当事人的合法权益,防止违法婚姻的发生。现对其具体内容作如下说明:

第1条是关于婚姻无效原因的规定。婚姻无效的原因,应与现行《婚姻法》规定的结婚要件相对应。按照我国现行《婚姻法》和《婚姻登记管理条例》的规定,结婚的实质要件包括:必须男女双方完全自愿;必须双方达到法定婚龄;必须双方无配偶;必须双方无直系血亲和三代以内旁系血亲关系;必须双方无禁止结婚或者暂缓结婚的疾病。结婚的形式要件是必须男女双方亲自到婚姻登记机关办理结婚登记。故凡属本条规定的不符合结婚法定条件或程序的情形,为婚姻无效的原因。

第2条是关于确认婚姻无效请求权主体的规定。除因违背当事人的意愿而请求确认婚姻无效的,为尊重当事人的意愿,限于由其本人行使请求权外,其他无效婚姻的请求权主体范围十分广泛,

以便充分发挥群众和有关单位、组织的监督作用,防止违法婚姻的发生。

第3条是关于确认婚姻无效的机关和程序的规定。对婚姻无效,采取的是单一的宣告无效制度,而未采取宣告无效与当然无效两者并行的双轨制。因为,男女双方当事人是否符合结婚的法定条件,应由婚姻登记管理机关或人民法院依法审查,确认其婚姻是否有效,才能有效地保障当事人的合法权益。但对未办结婚登记而以夫妻名义同居的(我国民间习惯承认其为事实婚姻),因其未办理结婚登记,故不能由婚姻登记管理机关处理,只能由人民法院依法判决宣告无效。此外,由于婚姻登记管理机关是我国出具婚姻关系证明的法定机关,所以,已办理结婚登记的婚姻由人民法院依法判决宣告无效后,人民法院应当将判决书副本送达同级民政部门(由其转交原办理婚姻登记的有关机关),以便婚姻登记管理机关记录在案、备查,并通知当事人限期前来注销《结婚证》。

第4条是关于确认婚姻无效请求权行使的期限规定。鉴于目前我国违法婚姻的形成原因较复杂,故对确认婚姻无效请求权行使的期限宜采取区别规定的原则。即应根据无效婚姻的原因,分别规定其请求权行使的期间。这既可促使当事人及时行使权利,又可使某些无效婚姻经过一定期间,其无效原因消除后能转化为合法婚姻。如已办理结婚登记的非自愿婚,在同居后双方当事人已有一定感情而不愿提出婚姻无效的,或已办理了结婚登记的早婚,在同居一段时间后双方当事人已达法定婚龄的,或已办理结婚登记的疾病婚,在同居后禁止结婚的疾病已治愈的,在这些情况下,其婚姻无效的原因已消除,可视为转化为合法婚姻,不得再提出无效婚姻之诉。这有利于保护当事人尤其是妇女和儿童的利益,维护婚姻家庭和社会的稳定。而重婚、近亲婚则不论是否办理结婚登记,因其存在不能消除的婚姻障碍,故不予时效期间的限制。至于未办理结婚登记而以夫妻名义同居的,因其欠缺结婚的

法定形式要件,此缺陷又不能自行消除,故亦不予时效期间的限制。

第5条是关于无效婚姻法律后果的规定,采取的是无效婚姻自始无效的立法原则。这有利于改变我国历史上长期形成的以举行婚礼作为婚姻成立标志的传统习惯,使结婚当事人明确只有依法办理了结婚登记后,才具有婚姻的效力,才会受到法律的承认和保护。从而增强当事人的法制观念,保障我国《婚姻法》规定的结婚要件的实施,预防和减少违法婚姻,保障当事人的合法权益和社会利益,维护社会主义法律的严肃性。

### 三、我国结婚制度修改中有分歧意见的热点难点问题

#### (一)关于是否规定结婚须当事人有婚姻行为能力问题

《中华人民共和国婚姻家庭法》草案1997年4月试拟稿第22条和1997年10月试拟稿第18条均规定,“结婚须当事人有婚姻行为能力”。并且,1997年10月的试拟稿第27条第1项与之相对应还在无效婚姻制度中规定,“无民事行为能力或限制民事行为能力的婚姻无效”。关于是否规定“结婚须当事人有婚姻行为能力”问题,笔者认为,似不予规定为宜。主要理由如下:

第一,我国《民法通则》已有对公民民事行为能力的规定。结婚是一种民事行为,当事人首先应具有民事行为能力,才具有婚姻行为能力。当然,婚姻行为能力不同于一般民事行为能力。它是当事人独立以自己的行为建立夫妻身份关系,享受夫妻权利和承担夫妻义务的资格或能力。婚姻行为能力的有无,除须根据当事人的年龄是否达到法定婚龄而确定外,还须根据当事人是否具有对结婚的意思表达能力即对婚姻的判断能力而确定。鉴于我国《婚姻法》对结婚必须达到法定婚龄,以及患其他在医学上认为不应当结婚的疾病者(包括精神病患者)禁止结婚已有明文规定,也就是说,患有关精神病而不能表达结婚意思或无婚姻判断能力者

已属禁止结婚之列,故不必再增加规定“结婚须具有婚姻行为能力”。

第二,从立法必须容易为群众理解来看,如果要对“结婚须具有婚姻行为能力”加以规定,则必须同时规定什么是婚姻行为能力,如《瑞士民法典》第97条规定:“(判断能力)1.必须有判断能力的人,始得结婚。2.精神病人无论何种情形,无婚姻能力。”即确定当事人有无婚姻行为能力的决定性因素,是有无判断能力。然而,我国《婚姻法》已明文规定“结婚必须男女双方完全自愿”。这就表明,男女双方当事人必须有判断能力,意思表示一致且真实自愿,才能结婚。精神病人处于不能为意思表示或者不能为真实意思表示状态者,属于无判断能力,当然不能结婚。并且,我国1994年2月1日颁行的《婚姻登记管理条例》第12条规定:“患有法律规定禁止结婚或者暂缓结婚的疾病的”不予登记。1995年6月1日施行的《母婴保健法》第9条进一步明确规定:经婚前医学检查,对患“有关精神病在发病期内的,医师应当提出医学意见;准备结婚的男女双方应当暂缓结婚”。

第三,从立法必须尽量方便当事人来看,如果要对“结婚须具有婚姻行为能力”加以规定,则意味着对当事人有无婚姻行为能力发生争议的,须经诉讼程序由人民法院依法予以确认。正如对自然人有无民事行为能力发生争议的,须经诉讼程序由人民法院依法予以确认一样。但是,我国《母婴保健法》已确立婚前医学检查制度,明确规定经婚前医学检查,患有关精神病在发病期间的应“暂缓结婚”。因此,不宜再规定结婚须具有婚姻行为能力问题,既可避免这方面的争议,又可省略确认有无婚姻行为能力的诉讼程序,方便结婚当事人。

第四,从国外立法看,许多国家的立法也未规定“结婚必须有婚姻行为能力”,而仅规定结婚必须经双方当事人同意、精神病人不得结婚。有的国家并规定,结婚未经双方当事人同意或精神病

患者结婚,其婚姻无效。例如:《法国民法典》第146条规定:“未经双方同意,不得成立婚姻。”第174条规定:“未婚夫妻有精神病”,异议人可提出婚姻异议。第180条规定:“夫妻双方或一方未经自由表示同意而结婚者,仅未经自由表示同意的夫妻双方或一方有权提出婚姻无效之诉。”1968年《苏俄婚姻和家庭法典》第15条规定:“结婚必须男女双方同意。”第16条规定:“下述情况不准结婚:……双方中有一方因患精神病或痴呆症经法院宣告为无行为能力的人。”第43条规定:“违反本法典第15条和第16条规定的条件的婚姻……都可宣布无效。”1954年《罗马尼亚家庭法典》第9条规定:“精神病患者、精神不健全以及精神暂时不健全者,在对其行为完全失去控制能力期间,不得结婚。”第16条规定:“结婚须经未来夫妇双方同意。”第19条规定:“凡违反本法……第9条和第16条的规定而举行的婚姻仪式,都是无效的。”《日本民法典》第742条第1项规定:“因认错人或其他事由,当事人之间无结婚意思时,婚姻无效。”《意大利民法典》第85条规定:“精神病人不得结婚。”第102条规定:“婚姻异议可以由父母根据任一妨碍结婚的事由提起”。该法典第120条还规定,无辨认能力或无意思能力的婚姻无效。

## (二) 关于是否禁止四亲等内辈分不同的旁系姻亲间结婚问题

《中华人民共和国婚姻家庭法》草案1997年4月试拟稿第24条规定:“四亲等内辈分不同的旁系姻亲”之间禁止结婚。“原为四亲等内的辈分不同的旁系姻亲,在作为姻亲关系中介的婚姻终止后,结婚仍受第一款规定的限制。”然而,1997年10月的试拟稿第21条却取消了关于四亲等内辈分不同的旁系姻亲间禁止结婚的规定。即关于是否禁止四亲等内辈分不同的旁系姻亲间结婚问题,目前有两种不同的意见:实际部门有不少同志认为,不须禁止四亲等内辈分不同的旁系姻亲间结婚,以免禁止结婚的亲属范围

太宽。但学术界不少学者主张,应该禁止四亲等内辈分不同的旁系姻亲间结婚,以免引起亲属关系混乱而容易发生纠纷。笔者赞同后一种意见,但又认为,如果其四亲等内辈分不同的旁系姻亲关系解除后,应不予禁婚限制。主要理由:其一,我国民间习惯不允许辈分不同的旁系姻亲间(尤其是亲属关系较近者)结婚,认为有悖于伦理道德。其二,辈分不同的关系较近的旁系姻亲间结婚,会使原有的亲属关系发生混乱,往往容易引起近亲属之间的纠纷和群众的非议。<sup>①</sup> 所以,为维护伦理道德和防止亲属关系发生混乱,立法应禁止四亲等内辈分不同的旁系姻亲间结婚,但如其旁系姻亲关系解除后,则不应予以禁婚限制。这样既能维护伦理道德,又可避免禁止结婚的亲属范围过宽。

### (三) 关于是否规定结婚公告制度问题

《中华人民共和国婚姻法》草案 1997 年 4 月试拟稿第 28 条规定申请结婚须进行结婚公告。但 1997 年 10 月的试拟稿则未规定申请结婚须进行结婚公告。即对结婚公告制度存在着两种不同的意见:一些实际部门的同志主张,不必采用结婚公告制度。因为太费力费时,恐怕结婚当事人难以接受。而按现行《婚姻法》的规定,结婚只须办理结婚登记,当天就能办理完毕,节省人力物力。但学术界不少学者认为,必须建立结婚公告制度。笔者赞同后一种意见。主要理由:结婚公告之目的,旨在保证结婚登记的质量,使当事人慎重对待结婚问题,防止轻率和诱骗,并发挥群众对婚姻成立的监督作用,以预防和制止违法婚姻的发生,保护当事人的合法权益和社会利益。从国外立法看,有些国家设有婚姻公告制度(如前所述),有的国家如前苏联 1968 年《苏俄婚姻和家庭法典》虽未规定结婚公告制度,但仍规定有结婚考虑期。该法典第 14 条规

<sup>①</sup> 参见:《光明日报》1993 年 9 月 8 日第 5 版:《夫妹妻侄相恋受阻,糊涂夫妻劳燕分飞》。

定：“愿意结婚的人应向户籍机关提出申请，并在一个月后办理结婚手续。如有正当理由，一个月的期限可以缩短或延长。但最多不得超过三个月。这一期限的缩短或延长，由区(市)劳动人民代表苏维埃执行委员会户籍科(处)长决定，在农村和镇由村(镇)劳动人民代表苏维埃执行委员会主席决定。”总之，结婚作为人生中的一件大事，涉及双方当事人、子女及社会的利益，法律规定一个结婚公告期限或结婚登记期限，让当事人有一个考虑期，慎重考虑结婚问题，是完全必要的。只要结合我国实际，建立适合我国国情的结婚公告制度，就能被结婚当事人乐于接受，就具有可行性。此外，我国有些学者主张，结婚登记制度系行政法规(结婚公告制度亦同)，以规定在《婚姻登记管理条例》中为好。<sup>①</sup>但笔者认为，为便于群众知法、守法，立法不宜太分散，还是以统一规定在《婚姻家庭法》中为好。国外如法国、瑞士、意大利等国有关结婚公告的立法，均采取统一规定在民法典中的体例。

(四) 关于未办结婚登记而以夫妻名义同居的婚姻是否当然无效问题

《中华人民共和国婚姻家庭法》草案 1997 年 4 月试拟稿第 31 条第二款和 1997 年 10 月试拟稿第 28 条第二款均规定，未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的，不具有婚姻的效力，毋须依法请求确认无效。即对该类婚姻是采取当然无效而毋须宣告。笔者认为，诚然，对此类违法婚姻采取当然无效，省去了宣告无效的诉讼程序，具有方便、快捷的优点。但其缺陷也是显而易见的。首先，这往往可能会给一些玩弄异性的人钻法律的空子。如有的人未办理结婚登记而先后与多人以夫妻名义同居生活，既然其前婚为当然无效，当事人“无婚可离”，则为何又“有婚可重”，追究其重婚罪

<sup>①</sup> 参见巫昌祯、杨大文主编：《走向 21 世纪的中国婚姻家庭》，47 页，吉林人民出版社，1995。

的责任？这显然难以自圆其说。并且，如果对此类违法婚姻任其自生自灭，而不及时依法干预和解除，往往会放纵违法分子或犯罪分子。其次，从我国民间习惯看，群众一般承认男女举行婚礼而以夫妻名义同居的即是夫妻。对男女未办结婚登记而以夫妻名义同居的，采取由人民法院依法确认并宣告其婚姻无效，可及时解除其违法婚姻关系，同时妥善处理子女抚养、财产分割和债务清偿等问题。这有利于减少纠纷，维护当事人及其子女的合法权益，有利于社会的稳定。

最后还须说明的是，关于无效婚姻责任主体的法律责任，亦是无效婚姻制度不可缺少的组成部分。在新《婚姻家庭法》增设的“法律责任”专章中，应对其加以规定。可根据无效婚姻责任主体之违法行为的性质及情节轻重，分别对违法行为人予以行政处分、行政处罚、或追究民事责任、刑事责任（如暴力干涉婚姻自由、重婚等）。各种法律责任的规定既可单独适用，也可结合适用。



## 第四章 夫妻关系法立法研究

### 第一节 概 述

#### 一、婚姻效力的涵义

婚姻效力是指男女因结婚而产生的法律约束力或法律后果。它随婚姻关系的确立而发生,并随婚姻关系的消灭而终止。

婚姻的效力,有广义和狭义之分。广义的婚姻效力,指婚姻成立后在婚姻家庭法及其他相关部门法中产生的法律后果。例如,民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、劳动法、国籍法等部门法中都有关于婚姻效力的规定。狭义的婚姻效力,仅指婚姻在婚姻家庭法上的效力。其又可分为婚姻的直接效力和间接效力。前者指因婚姻而产生的夫妻间的权利义务关系;后者指因婚姻引起的其他亲属间的权利义务关系。本章阐述的婚姻效力,专指婚姻的直接效力,即夫妻间的权利义务。

婚姻的直接效力,从性质上可分为两个方面,一是婚姻在身份法上的效力,二是婚姻在财产法上的效力。从国外立法看,前者包括姓氏权、同居义务、忠实义务、婚姻住所决定权及日常家事代理权等;后者主要指夫妻财产制,包括夫妻财产的归属、管理和使用、收益及处分等权利和债务的清偿,以及各种夫妻财产制的设立、变更和废止等法律规定。

夫妻关系即夫妻法律关系,它是夫妻之间的权利和义务的总和。夫妻关系的内容包括人身关系和财产关系两个方面。人身关系指与夫妻的身份相联系而不具有经济内容的权利义务关系。财产关系指夫妻间具有经济内容的权利义务关系。夫妻人身关系决

定夫妻财产关系,夫妻财产关系从属于夫妻人身关系。

我国婚姻法有关婚姻效力的规定,主要集中在第9条至第14条,以及第8条、第18条的规定。其内容有夫妻人身关系和财产关系两个方面:夫妻人身关系的内容包括姓名权,参加生产、工作、学习和社会活动的自由权,计划生育义务,婚姻住所决定权等。夫妻财产关系的内容包括夫妻财产制、夫妻扶养义务、及夫妻继承权。(夫妻继承权主要由继承法规范。)本章拟分别对夫妻人身关系法和夫妻财产制进行研究(夫妻扶养义务见第八章有关内容)。

## 二、夫妻法律地位的变迁

夫妻双方<sup>①</sup>在家庭中的地位,是与男女两性的社会地位相一致的。夫妻关系的性质和特点,归根结底决定于一定的社会经济基础。随着社会经济基础及与之相适应的婚姻家庭制度的发展,夫妻在家庭中的地位也随之变化。

### (一)关于夫妻地位立法主义的变迁

在资产阶级国家的法学著作中,常常用立法主义的不同来说明夫妻在家庭中法律地位的变迁。他们把夫妻关系立法分为两大类型:一种是夫妻一体主义,又称夫妻同体主义。即夫妻因婚姻成立而合为一体,双方的人格互相吸收。从表面看,夫妻的地位是平等的。实际上,只是妻的人格被夫所吸收,妻处于夫权的支配之下。故夫妻一体主义不过是夫权主义的别名。此立法主义主要为古代和中世纪的亲属法所采用。我国古代也采取此说。如古籍载有“夫妇,一体也。”礼教还认为“夫者妻之天也”,“夫为妻纲”。这表明妻的人格为夫所吸收。另一种是夫妻别体主义,或称夫妻分离主义。即指夫妻婚后仍各是独立的主体,各有独立的人格。夫妻双方虽受婚姻效力的约束,仍各有法律行为能力和财产权利。资产阶级国家的亲属法多采取夫妻别体主义。但资产阶级国家早期的立法中,仍保留有一定的封建残余。随着社会的发展,许多资

本主义国家对有关夫妻地位的法律作了修改,使夫妻双方的法律地位在形式上逐渐趋于平等。

由于上述分类只是以某些法律形式上的特征为依据,故它无法说明不同社会制度下夫妻关系的本质。

## (二)不同社会制度下夫妻的法律地位

按历史唯物主义的观点,夫妻关系的性质及其发展变化,由社会经济基础所决定,并受上层建筑诸部门的影响和制约。因此,夫妻在家庭中的地位,与不同的社会制度相适应,可分为以下三个时期:

1. 男尊女卑、夫权统治时期。这是指奴隶社会、封建社会夫妻在家庭中的地位,以男尊女卑、夫权统治为特征。我国古籍载:“男帅女,女从男,夫妇之义由此始也,妇人从人者也,幼从父兄,嫁从夫,夫死从子。”<sup>①</sup>“夫者,妻之天也。”<sup>②</sup>“夫为妻纲。”<sup>③</sup>这些都表明夫妻的地位是不平等的,妻无独立的人格,处于服从丈夫的地位。夫妻关系完全是一种尊卑、主从的关系。这种不平等的关系,公开被法律所确认。如封建法律规定,在人身关系上,妻的地位低于夫。《唐律疏议》认为,“其妻虽非卑幼,义与期亲卑幼同。”在财产关系上,妻对家庭财产只有使用权而无处分权和继承权。在婚姻关系上,丈夫有纳妾和休妻的特权,而妻子除和离外,没有提出离婚的权利。同时,妻还受封建礼教的束缚,“一与之齐,终身不改。”<sup>④</sup>妻对丈夫要“从一而终”,不能提出离婚。在刑事责任上,夫妻相犯也是同罪不同罚。即在适用刑罚上,相同的罪,对夫犯妻,采取从轻、减轻处罚原则;对妻犯夫,采取从重处罚原则。

① 《礼记·郊特牲》。

② 《仪礼·丧服传》。

③ 《白虎通·三纲六纪》。

④ 《礼记·郊特牲》。

2. 在法律形式上渐趋平等的时期。这是指资本主义社会的夫妻关系,在法律上渐趋平等。资产阶级在反封建的斗争中提出了男女平等的口号。在资产阶级革命胜利后制定的亲属法中,规定了不少反映男女平等的条文。但是,资本主义国家早期的亲属法带有明显的封建残余,对已婚妇女的人身权利和财产权利,以致她们的行为能力都作了各种限制。如1804年《法国民法典》第213条规定:“夫应保护其妻,妻应顺从其夫。”随着社会的发展,当代资本主义国家的亲属法进行了修改,一般均规定夫妻权利义务平等。但这种平等往往只是法律形式上的平等,实际生活与法律规定之间存在明显的差距。

3. 从法律上的平等向实际上平等的过渡时期。这是指社会主义社会的夫妻关系,从法律上的平等向实际生活中的完全平等过渡。在社会主义制度下,男女两性在政治、经济、文化、社会和家庭生活等方面具有完全平等的法律地位。这些历史性的转变必然给夫妻关系带来深刻的变化。夫妻关系不再是过去那种尊卑、主从的关系,而是新型的地位平等、人格独立的关系。但是,由于我国还处于社会主义初级阶段,各地经济、文化的发展不平衡,在一些地方尤其是较偏僻的地区,封建的男尊女卑、夫权思想仍残留在一些人的头脑中。在一些家庭中仍然有夫妻不平等的现象存在,影响着夫妻关系。妇女在家庭中的地位与法律规定的要求还存在一定差距。这就要求我们既要从法律上保障夫妻的地位平等,又要加快社会主义物质文明和精神文明建设,为夫妻地位从法律上的平等向实际生活中的完全平等过渡,创造有利的条件。

### 三、我国婚姻法对夫妻法律地位的规定

我国婚姻法第9条规定:“夫妻在家庭中地位平等。”这是男女平等原则的具体体现,是对夫妻法律地位的原则性规定。我国婚姻法对夫妻关系的其他具体规定,都体现了这一原则的精神。夫

妻是家庭的基本成员,只有在家庭地位平等的基础之上,才能平等地行使权利,平等地履行义务。实现夫妻在家庭中的地位平等,有利于消除夫权统治和家长专制等封建残余影响,建立社会主义新型的夫妻关系。

夫妻在家庭中地位平等的内容。根据我国婚姻法的规定,夫妻在人身关系和财产关系两个方面的权利和义务都是完全平等的。法律不允许夫妻任何一方只享受权利而不尽义务,或者只尽义务而不享受权利。

夫妻在家庭中地位平等,既是确定夫妻间权利和义务的总原则,也是处理夫妻间权利和义务纠纷的基本依据。对于夫妻间的权利和义务纠纷,婚姻法有具体规定的,应按具体规定处理;无具体规定的,则应按夫妻在家庭中地位平等原则的精神予以处理。

## 第二节 夫妻人身关系法研究

### 一、我国夫妻人身关系的立法规定

我国婚姻法规定的夫妻人身关系,包括姓名权、人身自由权、婚姻住所决定权、计划生育义务四个方面的内容:

#### (一)夫妻姓名权

姓名权是人格权的重要组成部分,是一项重要的人身权利。所谓姓名,是姓与名的合称。姓(又称姓氏)是表示家族的字,名(又称名字)是代表一个人的语言符号。姓名虽然只是用来表示个人的特定符号,但有无姓名权却是有无独立人格的重要标志。

夫妻的姓氏被作为婚姻的效力之一,主要是基于姓氏在传统习惯上具有特殊意义。有的认为姓是血源的代表符号,为尊重血统,采取姓氏不因结婚而改变的原则;有的认为姓是一个家族的代号,为保持婚姻共同体的同一性,而采取夫妻同一婚姓的原则;有的认为姓仅是个人的代号,为尊重当事人的意思,规定夫妻既可以

夫妻一方的姓为共同婚姓,也可各自保持其本来之姓。正由于结婚可能使夫妻姓氏发生变化,所以夫妻的姓氏被法律规定为婚姻的效力之一。

在我国封建社会,婚姻多实行男娶女嫁,女子婚后即加入夫宗,冠以夫姓而丧失姓名权(赘夫则冠以妻姓)。1930年国民党政府民法亲属编第1000条也规定:“妻以其本姓冠以夫姓。赘夫以其本姓冠以妻姓。但当事人另有订定者,不在此限。”这里虽有但书的规定,但仍带有明显的封建残余。直到1998年6月17日台湾地区民法亲属编第1000条被修正,改为规定:“夫妻各保有其本姓,但得以书面约定以其本姓冠以配偶之姓,并向户政机关登记。冠姓之一方得随时回复其本姓。但于同一婚姻关系存续中以一次为限。”

中华人民共和国成立后,1950年和1980年两部婚姻法均规定:“夫妻双方都有各用自己姓名的权利。”这里虽然是夫妻并提,但其针对性主要是保护已婚妇女的姓名权。这体现了男女平等原则,有利于破除旧的习俗和法律。当然,此规定并不妨碍夫妻就姓名问题另作约定。只要夫妻双方自愿达成一致的协议,无论是夫妻别姓(各用自己的姓氏)、夫妻同姓(妻随夫姓或夫随妻姓),或相互冠姓,法律都是允许的。

夫妻享有平等的姓名权对子女姓氏的确定有重要意义。我国婚姻法第16条规定:“子女可以随父姓;也可以随母姓。”子女的姓氏,应当由父母双方协调确定。在我国奴隶社会和封建社会,子女从来都是从父姓,这是宗法制度对姓氏问题的必然要求。1930年国民党政府民法亲属编也以子女从父姓,赘夫之子女从母姓为一般原则。我国婚姻法对子女姓氏的规定,体现了夫妻法律地位平等的精神,有利于改变子女只能从父姓的旧传统,有利于破除以男系为中心的宗法制度的残余影响。

## (二) 夫妻人身自由权

夫妻有人身自由权是夫妻家庭地位平等的重要标志。在旧中国,妇女受“男女有别”、“男外女内”、“三从四德”等封建礼教的束缚,只能从事家务,伺候丈夫和公婆,没有参加工作和社会活动的权利,完全丧失了人身自由,成为家庭奴隶。这不仅摧残了妇女本身,也阻碍了社会经济的发展。

解放后,1950年婚姻法第9条规定:“夫妻双方均有选择职业,参加工作和参加社会活动的自由。”1980年婚姻法第11条进一步规定:“夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由,一方不得对他方加以限制或干涉。”这些规定,既是夫妻地位平等的标志,又为夫妻平等地行使权利和承担义务提供了法律保障。夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由。它适用于夫妻双方,任何一方都有权参加生产、工作、学习和社会活动,另一方不得对他方行使该项人身自由权利进行限制或干涉。但就其针对性而言,主要是为了保障已婚妇女享有参加生产、工作、学习和社会活动的自由权利,禁止丈夫限制或干涉妻子的人身自由。解放以来,我国妇女在政治、经济、文化和婚姻家庭等方面获得了与男子平等的地位,在社会生产劳动中发挥了重要作用。但在现实生活中,由于男女在经济、文化等方面仍存在着事实上差距,在一些家庭的夫妻关系中,封建夫权思想的残余影响还仍然存在,有的丈夫对妻子的人身自由常常加以限制。因此,进一步破除封建思想的影响,保障已婚妇女的人身自由具有积极意义。

在这里还须指出,夫妻双方都必须正当行使上述人身自由权,不得滥用权利损害他方和家庭的利益。任何一方在行使该项权利时,都必须同时履行法律规定的自己对婚姻家庭承担的义务。如果夫妻任何一方不当行使该项权利,对方有权提出意见,进行必要的劝阻。应当把善意的帮助、建议与非法的限制、干涉区别开来。

### (三)夫妻婚姻住所决定权

所谓婚姻住所,是指夫妻婚后共同居住和生活的场所。婚姻住所决定权,是指选择、决定夫妻婚后共同生活住所的权利。对于夫妻婚后共同生活的住所由谁决定,古今中外立法有所不同。在奴隶社会和封建社会,夫妻关系是男尊女卑,夫为妻纲,妻子从属于丈夫。婚姻住所的决定权亦专属于丈夫,实行“妻从夫居”的婚居方式。到资本主义社会,资本主义国家早期立法仍将婚姻住所决定权片面授予丈夫。如1804年《法国民法典》第214条规定,妻以夫之住所为住所。妻对于夫仍处于从属地位。随着社会发展,许多资本主义国家先后修改立法,规定婚姻住所由夫妻共同决定。如《法国民法典》1975年修改后的第215条第2款规定:“家庭的住所应设在夫妻一致选定的处所。”在社会主义国家,基于男女平等原则,法律规定夫妻双方平等地享有婚姻住所决定权。

在我国,1930年国民党政府民法亲属编第1002条规定:“妻以夫之住所为住所,赘夫以妻之住所为住所。”对此,不允许夫妻另有约定,显然是违背男女平等原则的。至1985年台湾地区民法典被修正后,对该条增订:“但约定夫以妻之住所为住所,或妻以赘夫之住所为住所者,从其约定。”1998年6月再次对第1002条修正为:“夫妻之住所,由双方共同协议之;未为协议或协议不成时,得申请法院定之。法院为前项裁定前,以夫妻共同户籍地推定为其住所。”

中华人民共和国成立后,一贯坚持夫妻在家庭中具有平等的法律地位,夫妻对婚姻住所的决定权也是平等的。1980年《婚姻法》第8条规定:“登记结婚后,根据男女双方约定,女方可以成为男方家庭的成员,男方也可以成为女方的家庭成员。”这一规定体现了社会主义婚姻家庭中,夫妻双方平等地享有婚姻住所决定权。其立法精神是提倡男方成为女方家庭成员,是对我国传统的“妇从夫居”婚姻居住方式的一项重要改革。



这一规定的含义有二：一是登记结婚后，夫妻双方平等地享有婚姻住所决定权。对于婚后夫妻共同生活的住所的选择，应由夫妻双方自愿约定。一方不得对另一方强迫，第三人也不得干涉。二是夫妻双方享有互为对方家庭成员的约定权。登记结婚后，根据男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，即“女到男家落户”，妻从夫居。男方也可以成为女方家庭的成员，即“男到女家落户”，夫从妻居。对于结婚时的约定，婚后也可以通过协商加以变更。当然夫妻婚后也可另组新家庭，不加入任何一方原来的家庭，即从新居。这里必须明确，一方成为对方家庭成员后，他（她）与对方的亲属间只是姻亲关系，并不因此而产生法律上的权利和义务。

男到女家落户的婚姻与旧式的“人赘婚”有本质区别。所谓人赘婚，又称赘婿婚，指婿入妻家所成的婚姻。由于赘婿为“家贫无聘财，不能娶妇，及身入妇家作质，”<sup>①</sup>即所谓“家贫子壮则出赘”。<sup>②</sup>在以男系为中心的封建宗法制度下，人赘违反了男娶女嫁，妇从夫居的通例，故赘婿在社会上和家庭中受到歧视，被称为“无能小子”。旧式“人赘婚”与男到女家落户的婚姻主要有如下区别：首先，两者的性质和目的不同。“人赘婚”是在以男系为中心的宗法制度下，女方家庭招赘婿以达到传宗接代的目的。而男到女家落户的婚姻，是在社会主义男女平等原则的基础上，提倡男到女家落户，其目的主要是为树立新型的婚姻家庭观和生育观，解决有女无儿户的实际困难，促进计划生育。其次，两者产生的条件和法律地位也不同。“人赘婚”往往是男子被迫的行为，即所谓“家贫子壮则出赘”。其夫妻法律地位也不平等，赘夫往往受到社会和女家的歧视。而男到女家落户的婚姻，是男女双方协商自愿选择婚姻住所的结果。其夫妻法律地位平等，男方在社会和女家不受歧视。

① 参见陈鹏著：《中国婚姻史稿》，741、742页，中华书局，1994。

② 《汉书·贾谊传》。

#### (四)夫妻计划生育义务

计划生育是我国的一项基本国策,也是社会主义家庭职能的一项重要内容。婚姻家庭担负人口再生产的重要任务,因此我国婚姻法既通过调整婚姻家庭关系而间接作用于生育关系,也直接调整生育关系。婚姻法第12条规定:“夫妻双方都有实行计划生育的义务。”其基本精神有三:

1. 实行计划生育是夫妻的法定义务。实行计划生育是夫妻的法定义务,必须严格履行。育龄夫妻应当按照国家有关计划生育的政策和法律规定生育子女,不得计划外生育。如果夫妻的生育行为违反计划生育法规,应承担法律责任。

2. 实行计划生育是夫妻双方的法定义务。实行计划生育是夫妻双方的职责,夫妻双方应自觉承担此法定义务。夫妻任何一方都不得拒绝履行该项义务,更不得将计划生育仅视为女方的义务。

3. 实行计划生育也是夫妻双方的法定权利。实行计划生育也是夫妻双方一项法定权利。夫妻享有依照有关计划生育规定生育子女的权利,受国家法律的保护,任何人不得侵犯。同时,夫妻也有不生育的自由,任何人不得强迫或干涉。育龄夫妻双方按照国家有关规定实行计划生育,计划生育工作部门应当提供安全、有效的避孕药具和技术,保障实施节育手术的夫妻的健康和安全。

育龄夫妇应根据国家的计划生育政策,结合考虑对家庭未来的子女以及社会应负的责任,做出是否生育和何时生育的选择。为了实行计划生育,必须破除重男轻女和只有男子才能传宗接代的旧传统观念。从历史上看,剥削阶级从来就把妇女看作是生儿育女的工具,把生育的责任单方面地加在妇女身上。我国封建社会的礼制和法律甚至把无子作为出妻的理由之一。解放后,破除了旧的生育观,但其残余影响仍在一些人的头脑中存在。妇女婚后如不生育或只生育女孩,往往受公婆或丈夫的歧视或虐待,甚至成为一些男子要求离婚的原因。有些人认为,计划生育只是妇女

的事,与男子无关。这不仅违背男女平等原则,也不符合生育的实际情况,以致妨碍计划生育工作的推行。因此,必须严格禁止歧视、虐待不生子女或只生女孩的妇女的行为。有关部门和人民法院应依法保护实行计划生育一方的合法权益,对违法行为一方应给予批评教育、或行政处分、或法律制裁。

## 二、外国立法对夫妻人身关系的规定

从世界上其他国家的法律规定看,夫妻人身关系,除与我国相似的“姓名权”、“择业自由权”外,主要有“夫妻同居义务”、“夫妻忠实义务”、“夫妻日常家事代理权”等。具体内容如下:

### (一)夫妻同居义务

夫妻同居义务,指男女双方婚后以配偶身份共同生活的义务。夫妻共同生活的内容,主要包括物质生活、精神生活以及性生活等方面。也就是说,夫妻同居,除了有共同的婚姻住所外,还包括夫妻间的性生活,夫妻共同的精神生活(相互理解,慰藉)、夫妻互相扶助(救助)和共负家庭生活责任等内容。亲属法理论认为,同居是夫妻间的本质性义务,是夫妻关系固有的基本要求,是婚姻成立的当然后果及婚姻维系的基本条件。但夫妻同居义务得在一定条件下暂时或部分中止履行。国外立法关于停止同居义务的原因,可分为两种情形:

1. 因正常理由暂时中止同居。如一方因处理公私事务的需要较长的时间内合理离家;一方因生理方面的原因对同居义务部分或全部的不履行等。一般来说,这种中止原因对夫妻关系不产生实质性影响,当中止的原因消失后,夫妻同居义务便自然恢复。故法律通常对此不作专门的规定。

2. 因法定事由而停止同居。这些事由包括,一方擅自将住所迁至国外或在不适当的地点定居,一方的健康、名誉或经济状况因夫妻共同生活受到严重威胁时,一方提起离婚或分居的诉讼、以及

婚姻关系已破裂等。如《墨西哥民法典》第163条规定：“如果一方并非出于公务需要或社团业务需要将自己的住所迁移至国外，或是在不卫生或不恰当的地点定居，法院可以因此免除配偶他方的这种(同居)义务。”《瑞士民法典》第170条规定：“配偶一方，在其健康、名誉或者经济状况因夫妻共同生活而受到严重威胁时……有权停止共同生活”；“提起离婚或分居的诉讼后，配偶双方在诉讼期间均有停止共同生活的权利。”<sup>①</sup>

此外，一些国家还规定了无故违反夫妻同居义务的法律后果，大体可分为两种：一种是申请法院裁决，由不履行义务的一方承担损害(包括财产损害和精神损害)的赔偿责任，如法国之立法；另一种是把不履行同居义务视为遗弃行为，成为司法别居的一个法定理由，如英国之立法。当然，同居义务不得强制履行，这是各国立法通例。

## (二) 夫妻忠实义务

国外立法中的夫妻忠实义务，主要是指贞操义务，即专一的夫妻性生活义务。广义的解释还包括不得恶意遗弃配偶，以及不得为第三人的利益而损害或牺牲配偶他方的利益。在古代社会，仅片面地要求妻子承担贞操义务。到近代社会，早期资本主义国家立法对贞操义务的要求，是对妻严，对夫宽。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。随着社会的发展，男女平等原则的实行，现代一些资本主义国家立法规定，夫妻互负忠实义务。<sup>②</sup>但现实生活中，西方社会“性自由”思想的泛滥，对西方国家的法律制度已造成极大冲击。

<sup>①</sup> 参见：《瑞士民法典》(1981年版)，第170条，殷生根译，法律出版社，1981；及《瑞士民法典》(1996年版)，第175条，殷生根、王燕译，中国政法大学出版社，1999。

<sup>②</sup> 参见：《法国民法典》，第212条；《瑞士民法典》，第159条；《意大利民法典》，第143条。

关于违反夫妻忠实义务的法律责任,由于这种行为涉有第三人,故法律责任可分为两个方面:一是夫妻中有过错方的法律责任。夫妻一方违反夫妻忠实义务,无过错方得以此为由提起离婚之诉,并可在离婚时请求对方给予精神损害赔偿。但对他方过错表示“宥恕”或超过一定期限者除外。二是与有配偶者通奸或姘居的第三人的法律责任。有的国家如日本1979年的判例认为,第三人与有配偶者通奸或姘居,属对配偶他方的侵权行为,允许无过错的受害配偶向破坏他人婚姻家庭关系的第三人请求损害赔偿。<sup>①</sup>在美国,北卡罗来纳州法院1997年8月5日作出了美国司法史上首次“第三者”受罚的判例。<sup>②</sup>但世界上也有的国家,已不承认违反夫妻忠实义务要承担法律责任。如英国1970年修正法,删除了因通奸所生的损害赔偿请求权,仅把一方与他人通奸规定为证明婚姻关系破裂的法定情形之一。<sup>③</sup>

### (三) 夫妻日常家事代理权

夫妻日常家事代理权,又称夫妻相互代理权,指夫妻因日常家庭事务与第三人为一定法律行为时互为代理的权利。即夫妻于日常家务事互为代理人,互有代理权。被代理方须对代理方从事日常家事行为所产生的债务,承担连带责任。如英国1970年的《婚姻程序及财产法》规定,夫妻互有家事代理权。《日本民法典》第761条规定:“夫妻一方就日常家事同第三人实施了法律行为时,他方对由此而产生的债务负连带责任。但是,对第三人预告不负责任旨者,不在此限。”《德国民法典》除规定夫妻互有日常家事代理权外,还规定,夫妻一方得限制或禁止他方从事其效果对自己

① 参见罗丽:《日本关于第三者插足引起家庭破裂的损害赔偿的理论与实践》,载《法学评论》(武汉),71页,1997(3)。

② 参见:《美国一妇女向第三者索赔百万美元》,载《民主与法制》,1997(21)。

③ 参见:《英国婚姻诉讼法》,第41条,丁保庆译,载任国钧等选编:《外国婚姻家庭法资料选编》,49页,中国政法大学民法教研室,1984。

有影响的事务的权利;但此项限制或禁止为无充分理由者,监护法院得因他方请求而取消之。<sup>①</sup>

### 三、我国夫妻人身关系立法之缺陷

我国1980年婚姻法是1950年婚姻法的继承和发展。它在夫妻人身关系方面的立法,反映了男女平等原则,体现了夫妻法律地位平等的要求,在一定历史时期和一定程度上满足了调整我国夫妻人身关系的需要。但由于当时社会条件的限制,该法有关夫妻人身关系的规定,存在有不少立法空白的缺陷。随着我国社会主义市场经济的发展,人民物质文化生活水平得到很大提高,人们的婚姻家庭观念也发生了很大变化。在新的形势下,夫妻人身关系方面出现了一些新情况、新问题,如有些人婚姻家庭观念逐渐淡化,婚姻的排他性受到挑战,明知他人有配偶而与之通奸、姘居、重婚的现象增多;<sup>②</sup>在夫妻生育权方面出现了有的夫妻一方滥用生育权的现象;随着承包经营户、个体经营户、私营企业主等大量存在并继续涌现,夫妻参与经济活动频繁,与第三人之间的经济关系日趋复杂,夫妻财产日益增多,夫妻财产权利意识不断增强,因日常家事发生的财产纠纷也有所增加等。面对这些新情况、新问题,我国夫妻人身关系立法显示出存在以下缺陷:

#### (一)缺乏夫妻互负同居义务和忠实义务的规定

我国婚姻法对于夫妻共同生活关系即同居关系未予规定,缺乏夫妻互负同居义务和忠实义务的条款。夫妻同居,又称夫妻共同生活,是基于婚姻成立而当然产生的夫妻间的本质性义务,是婚

① 参见:《德国民法典》第1357条。

② 参见陈敏:《浅谈婚姻家庭案件的特点及审理》,载《法学评论》(武汉),82页:“一些地区因夫妻一方与人通奸、姘居、重婚而导致婚姻破裂的已成为离婚的主要原因”,1997年(5)。

姻关系得以维系的基本条件。夫妻忠实义务,主要指夫妻互负专一的夫妻性生活义务,是保证夫妻共同生活圆满幸福的基本要求。国外不少国家对夫妻互负同居义务和忠实义务在法律上有明文规定。如《法国民法典》(1970年修订的法律)第215条规定:“夫妻互负共同生活的义务。”第212条规定:“夫妻互负忠实、帮助、救援的义务。”《瑞士民法典》第159条规定:“配偶双方互负婚姻共同生活的义务。”“配偶双方互负诚实及扶助的义务。”《阿尔巴尼亚家庭法》第24条规定:“夫妻双方享有同样的权利和义务……应当互敬互爱,忠诚于夫妻关系,互相帮助,并共同满足家庭的物质和文化需要。”《保加利亚家庭法》第16条规定:“夫妻除因重大理由必须分居外都应在一起生活。”我国1950年《婚姻法》第7条对夫妻共同生活关系也曾作过规定:“夫妻为共同生活的伴侣,在家庭中地位平等”;第8条进一步规定:“夫妻互爱互敬,互相帮助,互相扶养……”这对于指导夫妻双方建立平等和睦的共同生活关系起了良好的作用。而1980年婚姻法在夫妻共同生活关系问题立法上的空白,使对有配偶者与他人通奸、姘居或明知他人有配偶而与之通奸、姘居等插足破坏婚姻家庭的违法行为,不能依法追究法律责任。一些深受第三者插足破坏婚姻家庭之害的离婚当事人,发出了强烈要求填补此立法漏洞的呼声。<sup>①</sup>

## (二) 缺乏夫妻共同享有生育权及应正确行使生育权的规定

我国婚姻法对于夫妻生育权未予规定,缺乏夫妻共同享有生育权及应正确行使生育权(不得滥用权利)的条款。我国婚姻法规定夫妻有计划生育的义务。但未明文规定夫妻共享生育权。现实生活中,有的丈夫受重男轻女封建思想的影响,强迫生女孩的妻子计划外生育;也有的妻子为追求个人享乐,不与丈夫协商一致而单

<sup>①</sup> 参见:《“婚外恋”应受法律制约》,载《民主与法制》,33页,1997(2);郑红霞:《法律有没有漏洞?》,载《中国妇女》,25页,1997年(5)。

方拒绝生育,引起离婚纠纷。甚至近年还出现一妻子因与第三者有婚外情,为达离婚目的,不经丈夫同意,自行将已怀孕5个月的胎儿做了人工引产手术的典型案例。<sup>①</sup> 这些关于夫妻生育权的新情况,亟需立法明文规定,生育权的权利主体是夫妻双方,夫妻应如何行使生育权等。

### (三)缺乏夫妻互有日常家事代理权的规定

我国婚姻法对于夫妻日常家事代理权未予规定,缺乏夫妻互有日常家事代理权及权利的范围、权利义务的承担、权利行使的限制、对夫妻及第三人的效力等条款。在社会现实生活中,夫妻参与社会经济活动十分频繁,为保护夫妻双方及第三人的合法权益和维护交易安全,国外许多国家立法明文规定夫妻互有日常家事代理权。有的国家还对夫妻日常家事代理权所生债务责任的承担、权利的限制及对第三人的效力等作出具体规定。如《德国民法典》规定:“夫妻双方均有权从事满足家庭适当生活需求而效果也影响他方的事务。”“因从事此种事务,夫妻双方均享有权利并负有义务,但依情形另有约定者,不在此限。”《法国民法典》和《日本民法典》规定,对夫妻日常家事代理权所生之债务,夫妻负有连带责任。许多国家的民法一般还规定:夫妻一方滥用日常家事代理权或者

---

① 参见平葵林:《一位丈夫丧失生育权引出的话题》,主要案情是:赵某与其妻刘某系合法夫妻,多年未育。刘某因与第三者有婚外情,为达离婚之目的,虽已怀孕5月仍不经丈夫同意,自行到医院做了引产手术,以证明夫妻感情确已破裂。其夫就此起诉到人民法院,要求对妻子刘某为了第三者擅自做引产手术予以制裁,讨回丈夫在生儿育女方面的公道,并要求刘某赔偿精神损害。然而法院判决却认为,刘某的行为虽不道德,并给其夫造成一定的精神创伤。但根据《妇女权益保障法》的规定,刘某享有“不生育的自由”。因此,鉴于刘某行为的合法性,对赵某的诉讼请求不予支持。赵某虽然不服,但判决合法,他放弃了上诉的权利。他败诉了,他丧失了作为赵某合法丈夫的生育权。载《中国律师》,80页,1998(1)。



显示不堪不宜其行使时,他方得限制之,但不得对抗善意第三人。<sup>①</sup> 因此为维护我国市场经济之交易安全,保护夫妻及第三人的利益,我国婚姻法应增设夫妻日常家事代理权及其相关规定。

#### 四、完善我国夫妻人身关系立法的建议

针对我国夫妻人身关系法存在的上述缺陷,建议根据男女平等原则和夫妻法律地位平等原则,从我国实际出发,并借鉴国外立法经验,对我国夫妻人身关系立法补充、增设以下内容:

一是夫妻互负同居生活的义务,但有不能同居生活的正当理由的,不在此限。

二是夫妻有互相忠实、互相扶助的义务。<sup>②</sup>

三是夫妻有平等的生育权。实行计划生育是夫妻双方共同的权利和义务。夫妻有生育和不生育的自由。生育问题应由夫妻双方协商决定。夫妻一方如有不能生育的正当理由的,有权不生育。

四是夫妻在日常家事的范围内互为代理人。

夫妻一方就日常家事同第三人实施了法律行为时,他方对由此而产生的债务负连带责任。但事前对第三人已明确表示不負責任的意思者,不在此限。

夫妻一方滥用前项代理权,其代理行为无效。但不得对抗善意第三人。

---

① 参见:《德国民法典》,第1357条;《法国民法典》,第220条;《日本民法典》,第761条;《瑞士民法典》(1981年版),第163、164条和该法典1996年版,第166条;以及我国台湾民法典第1003条。

② 笔者认为,可在离婚制度中增设:夫妻一方违背忠实义务致婚姻关系破裂而离婚的,应承担其造成夫妻他方的物质损害和精神损害的赔偿责任。

### 第三节 夫妻财产制立法研究<sup>①</sup>

#### 一、现代夫妻财产法的立法宗旨与立法原则

在现代社会,人们的婚姻家庭观念发生了很大变化,夫妻感情在维系婚姻关系中起着越来越重要的作用。但是,家庭仍然负担着生育和经济生活等职能,“一个完整的抚育团体必须包括两性的合作”。<sup>②</sup>因此,婚姻家庭作为社会的基本生活单位,仍然是社会的基础,保护婚姻家庭仍然是当代婚姻家庭法的重要任务。现代婚姻家庭法基于男女平等的基本理念,明确规定婚姻家庭成员不论性别男女,都具有平等的法律地位。夫妻是家庭最核心的成员,夫妻双方享有平等的人身权利和财产权利,并平等地受到法律的保护。在市场经济条件下,夫妻作为社会经济活动的主体之一,广泛参与社会经济活动。这意味着夫妻财产关系不仅涉及夫妻双方的利益,也涉及第三人的利益。调整夫妻财产关系的法律,既要保护夫妻的合法财产权益,也要维护第三人的利益,即兼顾个人利益和社会利益,才能保障交易安全,促进社会经济发展。同时,在现实社会经济生活中,民事活动主体的经济实力有强弱之分;在婚姻家庭生活中,夫妻及其他家庭成员的经济能力亦有强弱之别,其结果导致在社会经济生活和婚姻家庭生活中,处于经济劣势的弱者事实上往往处于十分不利的地位。为改变这种情况,国家公权力必须介入,用法律对此失衡加以规制,抑制强者,保护弱者,从而实现实质正义。因此,现代民法进入了一个“根据社会的经济地位及

<sup>①</sup> 本节节选《完善我国夫妻财产制的立法构想》,载《中国法学》,2000(1);《关于我国夫妻财产制若干问题研究》,载张玉敏主编:《西南法学论坛》,法律出版社,2000。

<sup>②</sup> 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,122页,北京大学出版社,1998。

职业的差异把握更加具体的人,对弱者加以保护的时代。”<sup>①</sup>从劳动法到消费者权益保护法,现代民法推进了对弱者利益的关注,法律的中心已转移到弱者。属于身份法范畴的婚姻家庭法,一贯以保护妇女、儿童和老人的合法权益为己任,在当代社会尤其注意保护家庭成员中的弱者。现代夫妻财产制亦十分注意对经济能力较弱的夫妻一方给予特别保护。综上所述,现代社会的经济生活条件和婚姻家庭的职能,决定了现代夫妻财产制的立法宗旨是,坚持男女平等原则,兼顾个人利益和社会利益,保障夫妻双方的合法财产权益及第三人的利益,尤其注意维护弱者的利益,以达到保护婚姻家庭,保障交易安全,维护社会经济生活秩序,促进社会进步,实现人的全面发展之目的。

现代夫妻财产制的立法宗旨,决定了现代夫妻财产制主要有以下立法原则:约定先于法定原则、夫妻双方的财产权利和财产义务平等原则、保障弱者利益原则,以及保护夫妻合法财产权益与维护第三人利益相兼顾原则。

#### (一)约定先于法定原则

当事人意志自由,是民法调整的财产关系所具有的一个特点。它体现了民法是私法的根本属性。虽然婚姻家庭法调整的对象与民法调整的对象有所不同,婚姻家庭法具有伦理性、强制性等特点,但婚姻家庭法毕竟是民法的一个组成部分,其性质也属于私法。这就要求婚姻家庭法在法律允许的一定范围内,也应当尽量尊重当事人的意愿。因此,当代世界许多国家有关夫妻财产制的立法都首先明文规定,夫妻双方有权依法以契约形式约定其适用

---

<sup>①</sup> 参见[日]星野英一著,王闯译,《私法中的人——以民法财产法为中心》,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第8卷,182~190页,法律出版社,1997。

的夫妻财产制,如果无约定的,则适用法定财产制。<sup>①</sup>即就夫妻财产制的适用,确立了约定先于法定原则。有约定从约定,无约定从法定。基于此原则,法律同时还规定,夫妻财产制的变更、终止及夫妻共同财产的分割等,也由夫妻双方依法协商决定。也就是说,在法律允许的范围内,夫妻双方可根据其意愿,协商决定和处理其财产关系,不允许他人非法干涉。

## (二)夫妻双方的财产权利和财产义务平等原则

当事人法律地位平等,这是民法调整的财产关系所具有的又一特点,现代婚姻家庭法调整的夫妻财产关系也不例外。夫妻双方的财产权利和财产义务平等原则,是男女平等原则的要求和体现。在现代社会,许多国家基于男女平等的基本理念,在夫妻财产制的立法中都明文规定,夫妻对共同所有的财产享有平等的所有权,包括平等的占有、使用、收益和处分的权利。同时,为保障和维持家庭共同生活,立法又明确规定,夫妻双方都负有维持家庭的责任和义务。<sup>②</sup>还须指出的是,基于夫妻双方的财产权利和财产义务平等原则的精神,有些国家还规定了夫妻财产管理制度,规定夫妻双方享有平等的财产管理权。如《法国民法典》设专节规定夫妻共同财产的管理和夫妻个人财产的管理。其夫妻共同财产管理制度的主要内容包括:夫妻共同财产管理的权利主体及其管理责任;行使夫妻共同财产处分权的限制;行使共同财产管理、使用、收益权的限制;申请代理或剥夺共同财产管理权的法定事由(包括管理人一方丧失行为能力、或无能力管理、或有诈欺行为等)和程序;被

① 参见:《法国民法典》,第1387条;《德国民法典》,第1363条第1款;《瑞士民法典》,第181条;《日本民法典》,第755条;《意大利民法典》,第159条;《俄罗斯联邦家庭法典》,第33条第1款。

② 参见:《法国民法典》,第214、1388、1421~1427条;《德国民法典》,第1360、1361、1365~1369条;《瑞士民法典》(1987年英文版,以下亦同),第163、201条;《日本民法典》,第760条;《意大利民法典》,第143条第3款、168、169、180、186条。

剥夺的共同财产管理权之恢复；无效管理的撤销及其诉讼时效等。其夫妻个人财产管理制度的主要内容有：夫妻个人财产管理权、收益权、处分权的权利主体及财产责任；夫妻个人财产管理权之委托行使；剥夺夫妻个人财产管理权、用益权之法定事由及程序；恢复前述被剥夺权利的法定原因及程序；夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的结算；夫妻个人财产对清偿夫妻个人债务及负担的义务等。德国立法规定的内容与法国相似，也设有具体的夫妻财产管理制度。有的国家如瑞士的立法，虽未以专节设立夫妻财产管理制度，但对夫妻财产的管理权、收益权和处分权，一般管理权与特别管理权，管理的责任与费用，以及委托夫妻他方代为管理等，均设有具体的规定。<sup>①</sup>

### （三）保障弱者利益原则

保障弱者利益原则，反映了现代社会进入“对弱者加以保护时代”的要求。婚姻家庭法基于维护家庭生活共同体，保障实现家庭职能的需要，一贯重视保护婚姻家庭成员的合法权益，尤其注意对婚姻家庭中弱者利益的保护。这反映在现代夫妻财产制中，十分注意对经济能力较弱的夫妻一方（往往是妻方，尤其是专事家务劳动的妻方）予以特别保护。其主要表现为两个方面：一方面表现为承认妻之家务劳动的价值。例如，不少国家的法定财产制或采取婚后所得共同制，或采取兼具共同财产制特点的分别财产制（如德国的剩余共同制、瑞士的所得分享财产制），从而使婚姻关系存续期间夫妻双方或一方取得的婚姻财产，事实上由夫妻双方平等地享有所有权。正如德国学者所明确指出的那样，采取剩余共同制“目的是为了向作为妻子的一方提供帮助，因为她们在婚姻期间因

<sup>①</sup> 参见：《法国民法典》第五编设专节规定夫妻财产的管理（第1421～1440、1503条）；《德国民法典》，第1422～1470条，对夫妻共同财产由夫妻一方或夫妻双方管理作出具体规定；《瑞士民法典》，第201、227～229、231、232、195条。

献身于家庭和孩子而无法获得自己的收入或积蓄。毫无疑问,在通常情况下,一方配偶在婚姻存续期间所取得的财产,都是双方共同努力的结果。”<sup>①</sup> 在美国,除有八个州因历史原因承袭西班牙和法国的共同财产制外,目前已有阿肯色州、康涅狄格州等 21 个州实行夫妻财产“全部共享制”,以使夫妻经济地位平等。<sup>②</sup> 在英国,1970 年的《婚姻收入和财产法》赋予法院广泛的权利,以处理夫妻财产。正如英国学者所指出的,该法“最可观的变革在于,它把妇女对家庭的照顾视为对家庭的贡献,而不仅仅考虑经济收入的多少。”<sup>③</sup> 现代夫妻财产制注意对经济能力较弱的夫妻一方予以特别保护,在另一方面表现为,许多国家的立法都明确规定,离婚时无经济收入或经济收入较少的夫妻一方,有权请求有负担能力的他方给付抚养费。<sup>④</sup> 为进一步保障从事家务的一方(通常是妻子)的权益,《德国民法典》第 1587 条还确立了关于离婚夫妻之间实行“供养补偿”的原则规定,使夫妻双方对一方享有的领取退休金或抚恤金的权利在离婚时对半分割,其指导思想就是为了给离婚后经济地位较弱的一方更好的生活保障。

#### (四)保护夫妻合法财产权益与维护第三人利益相兼顾原则

保护夫妻合法财产权益与维护第三人利益相兼顾原则,是现代婚姻家庭法兼顾个人利益与社会利益的立法宗旨之必然要求。现代夫妻财产制一方面必须具体地规定夫妻双方的权利和义务,

① 参见[德]罗伯特·霍恩等著:《德国民商法导论》,210、211 页,中国大百科全书出版社,1996。

② 参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,66~70 页,中国政法大学出版社,1999。

③ 参见伊丽莎白·劳森:《妇女与法律面面观》,载《中英妇女与法律学术研讨会学术论文集》,19 页,1996。

④ 参见:《法国民法典》,第 281~285 条;《德国民法典》第 1569~1586b 条;《瑞士民法典》,第 152、153 条;《苏俄婚姻和家庭法典》(1968 年),第 35 条;《俄罗斯联邦家庭法典》(1995 年),第 90、91 条;《美国统一结婚离婚法》,第 308 条。

才能依法保护夫妻双方的合法财产权益。另一方面,由于与夫妻交易的第三人,有时往往可能处于不利的地位,为防止夫妻恶意通谋损害第三人的利益,夫妻财产法对第三人的利益亦应给予相应的保障。为此,夫妻财产制必须具体规定维护第三人利益的措施,如夫妻约定财产制的法定公示方式、夫妻财产分割不得损害债权人的利益等条款,以保障第三人的利益,维护交易安全。尤其值得注意的是,有的国家的立法还有条件地规定了夫妻对于债权人的有限连带责任。例如,《德国民法典》规定,在共同债务清偿前,如夫妻共同财产已经分割,在所分割的共同财产范围内,夫妻双方对债权人承担连带责任。《法国民法典》就夫妻各方对夫妻共同债务的清偿,承担全部清偿责任、或按份清偿责任、或有限清偿责任的条件,分别作出规定。《意大利民法典》则明文规定,在无法以夫妻共同财产清偿全部债务的情况下,夫妻以个人财产承担有限补充清偿责任(详见后述有关部分)。这些规定充分体现了保护夫妻合法财产权益与维护第三人利益相兼顾原则的精神。

总之,现代社会的经济条件和婚姻家庭的职能,决定了现代夫妻财产制的立法宗旨和立法原则。夫妻财产制只有反映当时社会的经济条件和婚姻家庭的需要,才能具有生命力。第二次世界大战以后,社会经济生活和人们的婚姻家庭观念发生了很大变化,世界上许多国家先后对法定夫妻财产制进行了修改。如德国于战后分为两部分,联邦德国于1957年废止原有的管理共同制改行剩余共同制,民主德国于1965年改行婚后所得共同制。(统一后的德国采剩余共同制。)法国于1965年改原动产及所得共同制为婚后所得共同制。瑞士原采联合财产制,先后于1962年、1976年、1979年颁布修正草案,对夫妻财产制进行修正。1985年9月2日经瑞士全民投票公决通过了1984年10月修订后的联邦法律,《瑞士民法典》中第五章“婚姻的一般效力”和第六章“夫妻财产法”的有关法律条文已被彻底修订,修订部分于1988年1月1日起生效。瑞

士现在施行所得财产分享制。日本于战后废止管理共同制改为分别财产制,等等,以适应现代社会婚姻家庭和经济生活的需要。<sup>①</sup>

现代夫妻财产制的立法宗旨和立法原则,对我国夫妻财产制的修改,无疑具有十分重要的借鉴和启示意义。

## 二、我国现行夫妻财产制

### (一)夫妻财产制概述

夫妻财产制又称婚姻财产制,是指规定夫妻财产关系的法律制度。其内容包括各种夫妻财产制的设立、变更与废止,夫妻婚前财产和婚后所得财产的归属、管理、使用、收益、处分,以及家庭生活费用的负担,夫妻债务的清偿,婚姻终止时夫妻财产的清算和分割等问题。

男女因结婚产生夫妻人身关系,并随之产生夫妻财产关系。法律为确保夫妻地位平等和婚姻生活的圆满,并保障夫妻与第三人交易安全,维护社会秩序,设立夫妻财产制,调整夫妻财产关系。

夫妻财产制的种类。在古代,各国立法对夫妻财产基于夫妻一体主义,多采取“吸收财产制”。妻的财产因结婚而为夫家或夫所有,否认妻有独立的财产权。到近、现代,夫妻财产制随着社会的发展而变化,出现了多种形式。对其可从不同的角度,作如下分类:

1. 按夫妻财产制的发生根据不同,可分法定财产制与约定财产制:

(1)法定财产制。它指在夫妻婚前或婚后均未就夫妻财产关系作出约定,或所作约定无效时,依法律规定而直接适用的夫妻财产制。由于各国政治、经济、文化及民族传统习惯不同,不同时代

<sup>①</sup> 参见林秀雄:《家族法论集(一)——夫妻财产制之研究》,43、44、127、128页,台湾,辅仁大学法学丛书编辑委员会编辑,汉兴书局有限公司,1995。



不同国家规定的直接适用的法定财产制形式也不尽相同。目前各国采用的法定财产制主要有分别财产制、共同财产制、剩余共同财产制等形式。

(2)约定财产制。它是相对于法定财产制而言的,指由婚姻当事人以约定的方式,选择决定夫妻财产制形式的法律制度。许多国家的立法都规定了约定财产制,它具有优先于法定财产制适用的效力。但前苏联等一些国家的立法,则不允许夫妻就财产关系作出约定,法定财产制是惟一适用的夫妻财产制。在允许约定财产制的国家,立法内容不尽相同,有详略之分和宽严之别。从立法限制的程度看,大体可分为两种情况:一种是立法限制较少的,即对婚姻当事人约定财产关系的范围和内容不予严格限制,立法既未设立几种财产制形式供当事人选择;在程序上也无特别要求。如英国、日本等国立法即属此类。另一种是立法限制较多的,即在约定财产制的范围上,明约定定时可供选择的财产制种类;在约定的内容上明列不得相抵触的事由;在程序上,还要求夫妻订立要式契约。如法国、德国、瑞士等国立法即属此类。

2.按夫妻财产制的适用情况不同,可分为通常法定财产制与非常法定财产制:

(1)通常法定财产制。它指在通常情况下,婚姻当事人双方无约定时依法律的直接规定而适用的财产制。

(2)非常法定财产制。它是指在特殊情况下,当出现法定事由时,依据法律之规定或经夫妻一方的申请由法院宣告,撤销原依法定或约定设立的共同财产制,改设为分别财产制。

非常财产制依产生的程序不同,分为当然的非常财产制和宣告的非常财产制两种:

①当然的非常财产制。它指夫妻一方受破产宣告或已有持“清偿不足证书的债权人”之时,基于法律的规定,其夫妻财产制当然以定为分别财产制。

②宣告的非常财产制。它指依据法定事由,经夫妻一方或债权人申请,由法院裁决宣告撤销原共同财产制,改为分别财产制。撤销共同财产制之诉的法定事由,各国规定不一,大体包括:夫妻一方无能力管理共同财产或滥用管理共同财产的权利;夫妻分居;夫妻不履行扶养家庭的义务;夫或妻的财产不足清偿其债务或夫妻财产不足清偿其总债务;夫妻一方无正当理由,拒绝对共同财产的通常管理予以应有的协作或拒绝他方为夫妻财产上之处分;配偶一方受禁治产宣告等。

3.按夫妻财产制的内容,可分为共同财产制、分别财产制、剩余共同财产制、联合财产制和统一财产制。在各国有关夫妻财产制的立法中,它们有的被作为法定财产制直接适用;有的被作为约定财产制供当事人选择适用。

(1)共同财产制。它指婚后除特有财产外,夫妻的全部财产或部分财产归双方共同所有。依共有的范围不同,又分为一般共同制、动产及所得共同制、所得共同制、劳动所得共同制等形式。

①一般共同制,是指夫妻婚前、婚后的一切财产(包括动产和不动产)均为夫妻共有的财产制。

②动产及所得共同制,是指夫妻婚前的动产及婚后所得的财产为夫妻共有的财产制。

③所得共同制,是指夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产为夫妻共有的财产制。

④劳动所得共同制,是指夫妻婚后的劳动所得为夫妻共有,非劳动所得的财产如继承、受赠所得等,则归各自所有的财产制。

上述不同共有范围的共同财产制,为世界上不少国家分别采用。有的被采为法定财产制,如巴西、荷兰、法国等国;有的采为约定财产制形式之一,如德国、瑞士等国。必须指出的是,在实行共同财产制的国家,大多对婚后所得财产共有的范围设有限制性规定,如法律有特别规定者除外,或夫妻另有约定者除外等。这些规

定即属夫妻特有财产的规定。其目的是为保护夫妻个人财产所有权,并满足夫妻个人对财产关系的特殊要求。

(2)分别财产制。它指夫妻婚前、婚后所得的财产均归各自所有,各自独立行使管理、使用、收益和处分权;但不排斥妻以契约形式将其个人财产的管理权交付丈夫行使,也不排斥双方拥有一部分共同财产。英美法系的多数国家及大陆法系的少数国家如日本等,以此制为法定财产制;还有部分国家以此制为供选择的约定财产制形式之一。

(3)剩余共同财产制。它指夫妻对于自己的婚前财产及婚后所得财产,各自保留其所有权、管理权、使用收益权及有限制的处分权,夫妻财产制终止时,以夫妻双方增值财产(夫妻各自最终财产多于原有财产的增值部分)的差额为剩余财产,归夫妻双方分享。大陆法系的德国以剩余共同财产制作为法定财产制,法国则为约定财产制之一。<sup>①</sup>

(4)统一财产制。它指婚后除特有财产外,将妻的婚前财产估定价额,转归丈夫所有,妻则保留在婚姻关系终止时,对此项财产原物或价金的返还请求权。此制为早期资本主义国家法律所采用。因其将对婚前财产的所有权转变为婚姻终止时对夫的债权,使妻处于不利地位,有悖男女平等原则,故现代国家已少有采用。

(5)联合财产制。它又称管理共同制,指婚后夫妻的婚前财产和婚后所得财产仍归各自所有,但除特有财产外,将夫妻财产联合在一起,由夫管理。夫对妻的原有财产有占有、使用、管理、收益权,必要时有处分权,而以负担婚姻生活费用为代偿;婚姻关系终止时,妻的财产由其本人收回或其继承人继承。此制源于中世纪日尔曼法,被近现代一些资本主义国家所沿用并发展。其虽较统一财产制有明显进步,但夫妻在财产关系上仍处于不平等地位,有

---

<sup>①</sup> 参见:《德国民法典》,第1363~1390条;《法国民法典》,第1569~1581条。

悖男女平等原则,故现代社会里原采此制的一些国家如德国、日本、瑞士等已废止此制改行新制。

4. 按夫妻财产的归属不同,可分为特有财产制与共同财产制。

如前所述,不少设有共同财产制的国家,对婚后夫妻共有财产的范围加以限制,把婚后所得的一定范围财产依法定或夫妻约定作为归属夫妻一方个人所有的财产。所谓夫妻特有财产,又称夫妻保留财产,是指夫妻婚后在实行共同财产制的同时,依法律规定或夫妻约定,夫妻各自保留的一定范围的个人所有财产。特有财产制,就是在夫妻婚后实行夫妻共同财产制时,依法律规定或夫妻约定,夫妻各自保留一定个人所有财产的范围,夫妻对该财产的管理、使用、收益及处分权,以及相应的财产责任,特有财产的效力等相关规定组成的法律制度。<sup>①</sup>

特有财产制是与共同财产制同时并存的,是对共同财产制的限制和补充。根据特有财产发生的原因,可分为法定的特有财产和约定的特有财产:

(1)法定的特有财产。它是依照法律的规定,夫妻婚后双方各自保留的个人财产。在国外立法中,其范围大体如下:

①夫妻个人日常生活用品和职业必需用品;

②具有人身性质的财产和财产权,包括人身损害和精神损害赔偿金、补助金、不可让与的物及债权等;

③夫妻一方因指定继承或受赠而无偿取得的财产;

④由特有财产所生的孳息及代位物等。

此外,在实行一般共同制时,夫妻特有财产的范围包括夫妻婚前个人财产;在实行婚后所得共同制时,夫妻特有财产的范围不包括夫妻婚前个人财产。

(2)约定的特有财产。它是夫妻双方以契约形式约定一定的

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《亲属法论》,323、324页。

财产为夫妻一方个人所有的财产。

总之,特有财产为夫妻婚后分别保留的个人财产,独立于夫妻共同财产之外,实质属于部分的分别财产,故其效力适用分别财产制的规定。即夫妻各方对其特有财产,享有独立的占有、使用、收益及处分等权利,他人不得干涉。但对家庭生活费用之负担,在夫妻共同财产不足以负担家庭生活费用时,夫妻得以各自的特有财产分担。

綜上述可见,夫妻财产制种类繁多,内容多样,但法定财产制与约定财产制是其他财产制发生的根据;通常法定财产制与非常法定财产制,前者适用于一般的通常情况,后者则是在特殊情况下对法定财产制或约定财产制的变通;而共同财产制与分别财产制,则是夫妻财产制的两种最基本形态。在现代社会,促进夫妻平等,维护婚姻共同生活之圆满,保护第三人的利益及交易安全,已成为夫妻财产法的立法原则和目的。当代夫妻财产制立法的发展趋势是,分别财产制走向增加夫妻共享权,共同财产制引进分别财产制的因素。可以相信,兼采分别财产制与共同财产制的合理因素,将成为越来越多国家夫妻财产制的改革方向。

## (二)我国夫妻财产制的沿革

在我国古代社会,没有夫妻财产制。首先,从夫妻与家庭的关系看,在宗法家族制度下,家的利益高于夫妻的利益,故一般只有家庭财产而无独立的夫妻财产。家庭财产权则集中于家长一人之手,所谓“父者家之隆也,隆一而治,二而乱”。家长不但可以支配家中财产,而且在观念上妻子、儿女也是家庭财产的一部分,甚至可以买卖。《礼记·曲礼》载:“父母存……不有私财。”其次,从夫妻关系看,古代礼法规定“夫为妻纲”,夫妻关系是尊卑关系,主从关系,妻无独立的法律地位,其人格被夫吸收,无独立的行为能力,也无独立的财产权。妻的陪嫁妆奁或受赠财物,均由夫家家长支配。正如《礼记·内则》云:“子妇无私货、无私蓄、无私器、不敢私假、不

敢私与……”如果儿子在父母尚存时有私财,则被视为“不孝”。如果已婚妇女有私财,则构成“七出”中之“窃盗”,被认为是“反义”而被出之。

我国封建法律也维护家庭财产。如唐律规定:“祖父母、父母在,子孙不得别籍异财。”此外,封建法律虽承认女子因继承可以有私有财产,对陪嫁妆奁财产也享有一定支配权利,但规定女子改嫁时,这些财产由夫家处理。如宋“户令”规定:“诸应分田宅者及财物,兄弟均分,妻家所得财产不在分限。”《清律例》规定:“其改嫁者,夫家财产及原有妆奁,并听前夫之家为主。”

至近、现代社会,1930年国民党政府民法亲属编仿效西方资本主义国家立法规定的夫妻财产制,包括法定财产制和约定财产制(第1004条、第1005条)。法定财产制是采联合财产制。约定财产制包括共同财产制,统一财产制和分别财产制三种类型。到1985年台湾民法亲属编修正法删除了统一财产制,简化约定财产制为共同财产制和分别财产制两种类型,还对其他有关规定作了一些修改。

我国民主革命时期革命根据地立法,对夫妻婚后共同劳动所得财产是采取家庭共有的原则。即夫妻共同财产溶于家庭财产之中的共同共有。如1931年《中华苏维埃共和国婚姻条例》第17条规定:“结婚满一年,男女共同经营所增加的财产,男女平分,如有小孩,则按人口平分。”后来抗日民主政权的婚姻立法明确规定特有财产归夫妻个人所有。如1942年《晋冀鲁豫边区婚姻条例施行细则》第13条规定:“夫妻离婚后,各得携回本人私有财产……”

中华人民共和国成立后,我国1950年《婚姻法》第10条规定:“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权和处理权。”根据有关解释,家庭财产不外下列三种:一是男女婚前财产;二是夫妻共同生活时所得的财产,其中包括双方或一方劳动所得的财产,双方或一方在此期间所得的遗产或赠与的财产;三是未成年子女的财产(如

土地改革中子女所得的土地及其他财产等)。立法解释指出,夫妻能“真正平等地共同所有与共同处理第一和第二两种家庭财产以及共同管理第三种家庭财产。”<sup>①</sup>也就是说,夫妻平等地对各自婚前财产和婚后财产共同行使所有权,对未成年子女的财产共同行使管理权。又根据1950年《婚姻法》第23条规定和我国司法解释,夫妻共同财产的范围包括:男方婚前财产,婚后夫妻双方或一方所得(有偿或无偿取得)的一切财产。<sup>②</sup>可见,我国1950年《婚姻法》规定的夫妻财产制是一般共同财产制。这是考虑到我国民族的传统习惯,现实生活中绝大多数人都是以一般共同财产制为夫妻财产制之通例。它既体现男女权利平等和夫妻在家庭中地位平等之原则,又区别于封建法律否定妻方财产所有权及资本主义国家限制已婚妇女财产权的法律。它的实施对我国夫妻财产制的变革和发展起了重要作用。

1980年《婚姻法》在1950年《婚姻法》规定的夫妻共同财产制的基础上,根据新的历史时期的新情况,对其作了部分修改和发展。其主要修改的内容有两点:一是将原婚姻法规定的“家庭财产”修改为“夫妻共同所有的财产”因为家庭财产的范围大于夫妻财产;二是将夫妻婚前财产排除于夫妻共同财产之外,缩小了夫妻共同财产的范围。即改一般共同制为婚后所得共同制。这样,使法律概念更为准确,夫妻财产的范围更为明确,既保障夫妻共同财产关系,又保护夫妻个人财产所有权,以适应新时期的需要。

### (三)我国现行夫妻财产制

现行《婚姻法》第13条规定:“夫妻在婚姻关系存续期间所得

---

① 参见:中央人民政府法制委员会《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告》(1950年4月14日)。

② 参见:最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见(修正稿)》(1963年8月28日)、《关于贯彻执行民事政策法律的意见》(1979年2月2日)。

的财产,归夫妻共同所有,双方另有约定的除外。”“夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。”可见,我国现行夫妻财产制是法定财产制与约定财产制相结合。

1. 法定财产制(夫妻共同财产制)。我国的法定财产制是婚后所得共同制,我国习惯称夫妻共同财产制。它是指在婚姻关系存续期间,夫妻双方或一方所得的财产,除另有约定外,均为夫妻共同所有,夫妻对共同所有的财产,平等地享有占有、使用、收益和处分的权利的财产制度。

(1) 夫妻共同财产的概念。夫妻共同财产,是指夫妻双方或一方在婚姻关系存续期间,除另有约定的外所得的财产。

夫妻共同财产具有以下特征:

第一,夫妻共同财产所有权的主体,只能是具有婚姻关系的夫妻。无效婚姻、非法同居或通奸的男女不能作为其主体。

第二,夫妻共同财产所有权的取得时间,是婚姻关系存续期间。即合法婚姻从领取结婚证之日起(1994年2月1日《婚姻登记管理条例》施行前,男女未办结婚登记即以夫妻名义同居,被认定为事实婚姻的,从同居之日起),到配偶一方死亡或离婚生效时止。恋爱或订婚期间,不属婚姻关系存续期间。夫妻分居或离婚判决未生效的期间,仍为婚姻关系存续期间。

第三,夫妻共同财产的来源,包括夫妻双方或一方所得的财产,但另有约定的除外。这里的“所得”,是指对财产所有权的取得,而非对财产必须实际占有。如果婚前已取得某财产所有权(如继承已开始),即使该财产在婚后才实际占有(如婚后遗产才分割),该财产仍不属于夫妻共同财产。相反,如婚后取得某财产权利,即使婚姻关系终止前未实际占有,该财产也属夫妻共同财产。

以上三个特征同时具备,才是夫妻共同财产。

(2) 夫妻共同财产的范围。我国婚姻法第13条对夫妻共同财产的范围作了原则性规定。为指导审判实践,我国最高人民法院



先后作出了一系列司法解释。在此基础上,1993年11月最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(以下简称《意见》)指出了夫妻共同财产的具体范围。根据该《意见》规定,夫妻共同财产按财产的来源,可分为婚后所得的夫妻共同财产和转化来的夫妻共同财产两类。

所谓婚后所得的夫妻共同财产,是指夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产,包括下列范围的财产:

- ①一方或双方劳动所得的收入和购置的财产;
- ②一方或双方继承、受赠的财产;
- ③一方或双方由知识产权取得的经济利益;
- ④一方或双方从事承包、租赁等生产、经营活动的收益;
- ⑤一方或双方取得的债权;
- ⑥一方或双方的其他合法所得。

这里必须注意以下几点:

第一,已登记结婚,尚未共同生活。一方或双方受赠的礼金、礼物应认定为夫妻共同财产;夫妻分居两地分别管理、使用的婚后所得财产,也应认定为夫妻共同财产。因夫妻财产关系自婚姻成立之日起发生,而不论是否同居或是否共同管理、使用。

第二,婚后夫妻双方对一方婚前财产上的“添附”,应认定为夫妻共同财产。婚后夫妻双方对婚前一方所有的房屋进行过修缮、装修、原折原建的,其增值部分或扩建部分,应认定为夫妻共有财产。

第三,知识产权具有人身性,与人身不可分离,故婚后一方取得的知识产权权利本身归一方所有;但由其取得的经济利益,属夫妻共同财产。

第四,婚后购置的贵重首饰,价值较大的图书资料以及摩托车、拖拉机、汽车等生活、生产资料,虽属个人使用,也应视为夫妻共同财产。

所谓转化来的夫妻共同财产,是指原是夫妻一方个人所有的财产,依法律规定在一定条件下转化为夫妻共同财产。它包括以下财产:

①在婚姻关系存续期间,复员、转业军人所得的复员费、转业费,结婚时间10年以上的,应按夫妻共同财产处理。

这里必须说明的是,复员、转业军人所得的复员费、转业费,是国家安置复员、转业军人生产、生活的专门费用,应归复员、转业军人个人所有。但考虑到婚姻关系存续期间复员、转业军人的配偶曾对军人的服役给予支持和帮助,故对结婚时间满10年以上者,其所得的复员费、转业费按夫妻共同财产处理。

②一方婚前个人所有的财产,婚后由双方共同使用、经营、管理的,房屋和其他价值较大的生产资料经过8年,贵重的生活资料经过4年,可视为夫妻共同财产。

这里必须注意:

第一,复员费、转业费转化为夫妻共同财产的条件有两个:一是在婚姻关系存续期间取得;二是结婚时间满10年以上。

第二,一方婚前个人所有的财产,转化为夫妻共同财产的条件也有两个:一是须由双方共同使用、经营、管理;二是须达到法定的年限。

综上所述,我国夫妻共同财产的范围包括婚后所得的共同财产和转化来的共同财产两类。此外,对是个人财产还是夫妻共同财产难以确定的,主张权利的一方有责任举证。当事人举不出有力证据,人民法院又无法查实的,按夫妻共同财产处理。

(3)夫妻个人财产的范围。夫妻个人财产包括夫妻婚前个人财产和婚后特有财产。如前所述,夫妻特有财产,又称保留财产,是相对于共同财产而言的,指夫妻婚后在实行共同财产制时,依法律规定或依夫妻约定,夫妻各自保留的一定范围的个人所有财产。我国婚姻法和司法解释,虽未使用夫妻特有财产的概念,但允许夫

妻在婚后实行共同财产制的同时,按双方约定或依法规定保留一定范围的个人所有财产。这些财产独立于夫妻共同财产之外,实际上就是夫妻特有财产。根据我国婚姻法第13条和最高人民法院1993年11月的《意见》规定,以及司法实践的惯例,目前我国夫妻婚前财产和婚后特有财产的范围大致如下:

①夫妻婚前个人所有的财产。包括婚前个人劳动所得财产,继承或受赠的财产及其他合法收入,以及个人出资、购置的结婚物品等。

②婚后夫妻一方个人使用的日常生活用品及职业所需用品(但价值特别贵重的除外);

③复员、转业军人所得的复员费、转业费和复员军人从部队带回的医药补助费和回乡生产补助费;

④婚后一方取得的尚未获得经济利益的知识产权;

⑤夫妻双方约定归一方所有的财产。

以上第一项为婚前财产的范围,第二、三、四、五项财产则为夫妻婚后特有财产范围。

(4)夫妻财产的权利义务。夫妻对共同财产的权利和义务是平等的。夫妻对共同财产享有平等的所有权。夫妻共同财产的性质是共同共有。夫妻对全部共同财产,不分份额平等地享受权利和承担义务。因此,不能根据夫妻双方收入的有无或高低,来确定其享有共有财产所有权的有无或多少。夫妻双方对于共同财产享有平等的占有、使用、收益、处分的权利。处分权是所有权中重要的权能之一,是所有权的最高表现。我国婚姻法特别规定:“夫妻对共同财产有平等的处理权。”夫妻对共同财产的处分,应当经过协商,取得一致意见后进行。尤其是重大财产问题,未经双方同意,任何一方不得擅自处分。夫妻一方在处分共有财产时,另一方明知其行为而不作否认表示的,视为同意,事后不得以自己未亲自参加处分而否认处分的法律后果。夫妻一方未经他方同意擅自处

分共有财产,他方有权否认该处分的法律效力。但不得对抗善意第三人。由此给他方配偶造成的损失,应由擅自处分的配偶一方予以赔偿。

夫妻对共同财产平等地享有权利,同时平等地承担义务。夫妻共同生活费用,应以夫妻共同财产负担,若共同财产不足负担时,由夫妻双方以个人财产分担。夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负债务,为夫妻共同债务,应当以夫妻共同财产清偿,夫妻双方应承担连带责任。

夫妻对特有财产的权利义务。夫妻特有财产是夫妻婚后依法或依约定保留的个人所有财产。故夫妻一方的特有财产,其效力等同于婚前个人财产。夫妻一方可依自己的意愿独立行使占有、使用、收益和处分的权利,不须征得对方同意;同时,对婚姻关系存续期间夫妻一方所负的个人债务及其特有财产所生债务等,均应由其特有财产负担清偿责任。

(5)夫妻共同财产制的终止。夫妻共同财产制因夫妻一方死亡而终止,也可因离婚或其他原因,如改用其他夫妻财产制,或依共同财产制撤销之诉等终止。夫妻共同财产制终止,意味着夫妻共同财产关系消灭,从而发生夫妻共同财产的分割。因一方死亡而终止夫妻共同财产制时,夫妻共同财产的分割,按我国《继承法》第26条规定:“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产,除有约定的以外,如果分割遗产,应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有,其余的为被继承人的遗产。”因离婚而终止夫妻财产制时,夫妻共同财产的分割,参见“离婚的法律后果”一章中有关部分。

2. 约定财产制。根据我国婚姻法第13条第1款的规定:“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产,归夫妻共同所有,双方另有约定的除外”,即允许夫妻双方就夫妻财产关系另行约定,从而排除法定夫妻共同财产制的适用,这就是我国的约定财产制。

(1)约定财产制的意义。约定财产制是关于法律允许夫妻用协议的方式,对夫妻在婚姻关系存续期间所得财产所有权的归属、管理、使用、收益、处分及债务的清偿、婚姻解除时财产的清算等事项作出约定,排除法定夫妻共同财产制适用的制度。

我国夫妻约定财产制立法于1930年国民党政府民法亲属编始有规定。按其规定,夫妻得于婚前或婚后以契约形式约定夫妻财产制(须在法律规定的共同财产制、统一财产制和分别财产制中选择其一);该项契约的订立,变更或废止,非经登记不发生对抗第三人的效力。1985年台湾民法亲属编被修订后,简化约定财产制为共同财产制与分别财产制两种类型。

中华人民共和国成立后,1950年婚姻法虽未对夫妻财产约定问题作出明文规定,但在立法解释上认为,婚姻法关于夫妻财产关系的概括性的规定,“不妨碍夫妻间真正根据男女权利平等和地位平等原则来作出任何种类家庭财产的所有权处理权与管理权相互自由的约定”,“对一切种类的家庭财产问题,都可以用夫妻双方平等的自由自愿的约定方法来解决”。<sup>①</sup>但由于传统习惯的影响和当时经济欠发达、家庭财产不多等因素的制约,实际生活中夫妻实行约定财产关系的很少见。

随着我国社会发展,人民物质文化生活水平不断提高,公民的家庭财产日益增多,夫妻财产关系日益复杂,人们的婚姻家庭观念也发生了新变化。1980年婚姻法适应新时期调整夫妻财产关系的需要,在规定法定财产制为夫妻共同财产制的同时,又规定允许夫妻就财产关系自愿约定,以排除共同财产制的适用。我国婚姻法允许夫妻按照双方的意愿,约定处理双方的财产关系,可以满足新形势下夫妻因各种原因(如个人承包经营、再婚夫妻的财产、涉

---

<sup>①</sup> 参见:中央人民政府法制委员会《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告》(1950年4月14日)。

外婚姻及涉及港、澳、台同胞的婚姻等)以多种形式处理双方财产问题的需要,体现了夫妻享有平等的财产权利,有利于减少家庭纠纷,保护当事人的合法权益,促进家庭经济和社会经济的发展。

(2)约定财产制的内容。我国婚姻法仅规定允许夫妻就财产关系进行约定。对约定财产制的内容,如约定的时间和范围,约定的条件和方式,约定的效力,约定的变更或废止等均未规定,即关于约定财产制的具体内容尚无明文规定。根据我国婚姻法的立法精神和《民法通则》关于民事法律行为的一般性规定,以及我国司法解释,约定财产制的内容大体如下:

①约定的时间和范围。对夫妻财产关系约定的时间无限制。夫妻可以在结婚前,结婚时或婚姻关系存续期间进行约定。约定的范围,限于夫妻财产,包括夫妻婚前财产和婚后所得的财产,既可就全部夫妻财产进行约定,也可就部分夫妻财产进行约定;既可以约定财产所有权的归属或者使用权、管理权、收益权、处分权的行使,也可以约定家庭生活费用的负担、债务清偿责任、婚姻关系终止时财产的清算及分割等。

②约定的条件及方式。夫妻就财产关系进行约定是一种双方民事法律行为,必须符合民事法律行为的构成要件:

第一,约定的主体必须是具有完全民事行为能力的夫妻双方,不得由他人代理。<sup>①</sup>

第二,约定必须双方自愿。夫妻双方对约定的意思表示必须真实自愿,凡以欺诈、胁迫手段或乘人之危使对方违背真实意思作出的约定无效。

---

① 但国外有的国家有限制地允许他人代为订立夫妻财产契约。如《德国民法典》第1411条规定:“法定代理人得为无行为能力的夫妻一方订立婚姻契约,但不得对共同财产制作出协议或废除。”“法定代理人为监护人者,仅在经监护法院许可后始行订立此种契约。”

第三,约定的内容必须合法,不得规避法律或损害国家、集体和他人的利益。约定的内容不得超出夫妻财产的范围,如不得将其他家庭成员的财产或国家、集体及他人的财产列入约定财产的范围,不得规避养老育幼,清偿第三人债务等法律义务。

关于约定的方式,根据我国现行司法解释规定,夫妻双方就财产关系所作的书面约定及无争议的口头约定,除规避法律的外,均为有效约定。<sup>①</sup>即约定不是要式行为。但是为了维护夫妻双方当事人的合法权益,并维护第三人的利益及交易安全,夫妻就财产关系进行约定,应当采用书面形式或经公证证明。

③约定的效力。指夫妻就财产关系进行约定后,对双方当事人及第三人发生法律上的约束力。约定的效力,可分为对内(指夫妻双方)效力与对外(指第三人)效力。由于我国夫妻财产约定为非要式行为,所以,夫妻财产关系经双方约定成立后,无论是口头约定,或书面约定或公证约定,均可立即发生对内效力,对夫妻双方发生法律约束力;但根据民法的公平原则,为保护第三人的利益和维护交易安全,夫妻财产约定须为第三人所明知或经公证的,才能发生对外效力,对第三人发生法律约束力。<sup>②</sup>

④约定的变更和废止。夫妻对财产关系进行约定后,可以变更或废止。如果约定时经过公证或有关单位证明的,变更或废止约定,也要经过公证或有关单位证明,才具有法律效力。

⑤约定的无效与撤销。无效的夫妻财产约定,是指已经成立,

---

① 参见:最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(1993年11月3日),第1条。

② 《瑞士民法典》第181条规定:“夫妻财产契约的缔结、变更及废除,须经公证并经当事人及法定代理人署名后,始得生效。”“夫妻财产契约依夫妻财产制登记后,对第三人产生效力。”《德国民法典》第1412条也以婚姻契约已登记或为第三人所明知,始发生对第三人的效力。《日本民法典》第765条规定,夫妻财产契约须结婚申报前进行登记后,始发生对夫妻及第三人的效力。

但欠缺法律行为的有效要件而不能发生法律效力的约定。可撤销的夫妻财产约定,是指因约定欠缺合法性,有撤销权的约定当事人可以诉请法院变更或撤销约定。关于约定的无效及撤销的条件,在我国婚姻法未作规定的情况下,应准用《民法通则》有关无效民事行为及可撤销民事行为的规定。

(3)约定的适用。我国实行法定财产制与约定财产制相结合的夫妻财产制。法定财产制与约定财产制两者的适用原则是“有约定从约定,无约定从法定”。也就是说,对于夫妻财产关系,如夫妻双方有约定的,应按约定处理;如无约定或约定无效,则适用法定财产制。即约定财产制可排斥法定财产制优先适用,前者具有优先于后者适用的效力。

### 三、我国夫妻财产制立法之缺陷

当前,在我国市场经济的新形势下,我国夫妻财产制的修改已被提上议事日程。近年来我国学者对现行夫妻财产制的修改,主要围绕夫妻共同财产制和约定财产制的缺陷提出修改意见,有的学者还提出了现行夫妻财产制结构不全而有待重构。但对应从总体上完善夫妻财产制体例,增设夫妻财产关系通则性的一般规定,以及增补夫妻财产的责任和夫妻财产之间的补偿请求权等问题,迄今尚无人提及。<sup>①</sup> 作者以下试以现代夫妻财产制的立法宗旨和立法原则为指导,在前人研究成果的基础上,比较和借鉴国外立法经验,结合我国实际,对我国现行夫妻财产制立法的修改、完善问题,进行较为全面系统的研究和探讨。

① 参见巫昌祯、夏吟兰:《完善夫妻关系的立法构想》、蒋月:《完善我国夫妻财产制的法律思考》、张贤钰:《完善我国夫妻约定财产制的立法思考》,载巫昌祯、杨大文主编:《走向21世纪的中国婚姻家庭》,105-142页,吉林人民出版社,1995;王歌雅:《关于完善我国夫妻财产制的建议》,载《中国法学》1997(2);吴洪、赵真籍:《论我国夫妻财产制的重构》,中国法学会婚姻法学研究会1998年年会论文。



我国婚姻法关于夫妻财产关系的立法,夫妻继承权主要由《继承法》加以具体规定,夫妻相互扶养关系,在实践中问题不多,夫妻财产制的缺陷则很突出。在社会主义市场经济条件下,我国婚姻家庭关系发生了很大变化,在夫妻财产关系方面亦出现了不少新情况、新问题。其主要表现为:随着承包经营户、个体工商户、私营企业主的增多,夫妻参与经济活动频繁,与第三人之间的经济关系日趋复杂,夫妻恶意通谋侵害第三人债权的情况时有发生。在夫妻财产日益增多的同时,夫妻的财产权利意识也不断增强,日常生活中夫妻之间对共同财产的管理、处分以及债务清偿等问题发生纠纷的有所增加。尤其是离婚时夫妻财产分割纠纷增多。有的离婚当事人发出了“有没有办法更公平一些”的呼声。例如,离婚时,夫妻一方长期从事家务劳动、抚育子女、赡养老人能否从夫妻他方获得一定的财产作为补偿?或者夫妻一方对夫妻他方的财产增值、事业发展、学习深造等作出了特殊贡献能否获得适当的经济补偿?又如,离婚时,有的夫妻对夫妻个人财产的认定举证困难,法院亦难以查明而推定为共同财产,致其夫妻个人财产权未受到法律的保护;有的夫妻一方故意隐匿、转移夫妻共同财产,使夫妻他方依法享有的分割夫妻共同财产的权利不能实现等。<sup>①</sup>

面对这些新情况、新问题,我国现行夫妻财产制已显得无力调整。作为对其补救,我国最高人民法院近年先后发布了几次司法解释,尤其是1993年11月《关于人民法院审理离婚案件处理财产

---

① 参见毕佳:《有没有办法更公平一些?》、张金丽:《我该不该多得一些?》、张修荣:《他欠的债也得由我来还?》、秦芳:《私人馈赠也需要证据?》,载《中国妇女》(法律帮助专刊),1999(4);陆见:《婚前不公证,婚后纠纷多》、蓝天:《上法庭,你准备好了吗?》,载《中国妇女》(法律帮助专刊),1999(2);索世宁:《艰难的起步——婚前财产约定侧记》,载《中国妇女》,1996(10)。

分割问题的若干具体意见》进一步就夫妻共同财产与夫妻个人财产的范围、夫妻个人财产转化为夫妻共同财产的条件、夫妻共同财产的分割、夫妻共同债务与夫妻个人债务的清偿等问题作了很多具体规定。但我国夫妻财产制仍然存在：缺乏通则性夫妻财产关系的一般规定、夫妻财产制种类较少且结构不完整、法定夫妻共同财产制的内容粗略且有的已经过时、以及对约定财产制尚无具体内容规定等诸多方面的不足。

### (一)我国夫妻财产制缺乏通则性夫妻财产关系的一般规定

关于夫妻财产关系的一般规定，是夫妻处理一般财产关系的基本准则。国外一些国家，如法国、德国、瑞士等国立法或在夫妻的权利义务或婚姻的一般效力、或在夫妻财产法通则或夫妻财产关系的一般规定中，对此有明文规定。例如，《瑞士民法典》在第五章“婚姻的一般效力”和第六章夫妻财产法第一节“一般规定”中，明确地对夫妻财产关系作出通则性一般规定，其主要内容有：夫妻财产制的约定与法定及其适用效力之先后、夫妻对维持家庭的责任（包括家庭生活费用的分担）、夫妻一方对夫妻他方所做特殊贡献的适当经济补偿、保障夫妻履行家庭经济责任的措施、对夫妻的债权人的保护、对夫妻财产的告知义务、以及制作夫妻财产清单等，以指导夫妻依法正确处理其一般财产关系。<sup>①</sup>但是，我国夫妻

<sup>①</sup> 参见：《法国民法典》（罗结珍译，北京，中国法制出版社1999年版。以下亦同。）第214、215、220-1、1387条；《德国民法典》（郑冲、贾红梅译，北京，法律出版社1995年版。以下亦同），第1360~1363条第1款；以及THE SWISS CIVIL CODE, ENGLISH VERSION by IVY WILLIAMS, M. A., D. C. L., Oxon, LL. D., Lond. Barrister - at - Law. COPYRIGHT 1987 by Siegfried Wyler, Barbara Wyler and Verlag Remak AG, Zurich. All right reserved. Made and printed in Switzerland by Hans Schellenberg, Winterthur. (以下简称《瑞士民法典》(1987年英文版))第181、163~166、168~170、173、174、177、178、193、195条及195条之一。

财产制立法却缺乏通则性夫妻财产关系的一般规定,使夫妻处理财产关系无基本的行为准则。这既不利于保护婚姻家庭和夫妻双方的合法财产权益,也不利于维护第三人的利益和交易安全。尤其是在社会主义市场经济新形势下,由于未规定对夫妻的债权人的保护条款,当现实生活中出现夫妻双方恶意通谋以夫妻财产约定或假离婚等为手段,侵害债权人利益的情况时,往往得不到适当的处理;由于未规定夫妻一方对夫妻他方所做特殊贡献的经济补偿,有的夫妻一方为夫妻他方个人财产的增值、事业发展、学习深造等作出特殊贡献已大大超过其应尽的义务,离婚时却得不到适当的补偿,有悖民法的公平原则;由于未规定夫妻享有对夫妻共同财产的知情权和制定夫妻财产清单,夫妻财产的性质不易查证,不利于减少夫妻财产纠纷和维护第三人的利益及交易安全,加大了人民法院审理离婚案件的难度。

### (二)我国夫妻财产制种类较少且结构不完整

我国夫妻财产制种类较少且结构不完整,存在明显立法漏洞。从法定财产制看,仅有通常的法定财产制(即婚后所得共同制),而无非常的法定财产制;就婚后所得共同制而言,仅有夫妻共同财产制的规定,而无夫妻特有财产制的规定;至于约定财产制则仅规定允许夫妻进行约定,尚未规定一套具体的可操作的制度。故从总体上看,我国夫妻财产制尚未形成较为完整的结构体系。

### (三)我国夫妻财产制内容粗略且有的已经过时

1. 我国通常的法定财产制的缺陷。我国通常的法定财产制即婚后所得共同制,习惯上称为夫妻共同财产制。现行婚后所得共同制主要存在以下缺陷:

(1)夫妻共同财产的范围过宽,并且未规定夫妻特有财产的范围

围。我国许多学者一致认为,这不利于保护夫妻个人财产所有权。<sup>①</sup>

(2)夫妻婚前个人财产婚后可转化为夫妻共同财产,似有侵犯夫妻个人财产所有权之嫌。我国有学者曾明确指出,不适当地强调这种转化,违背所有权取得的理论,违背民法的等价有偿原则和公平原则,实际上是一方侵害了另一方的财产所有权。这往往会助长不劳而获的思想,给一些人借婚姻敛财有可乘之机。<sup>②</sup>

(3)未设立夫妻财产管理制度,不利于保护夫妻财产权和第三人的利益及交易安全。

(4)夫妻财产的责任规定不全,且未规定夫妻财产之间的补偿请求权,不能引导夫妻依法履行义务,也不能公平地保护夫妻各方的合法财产权益。

2. 我国约定财产制的缺陷。我国婚姻法第13条仅有对夫妻共同财产“另有约定的除外”的原则规定,迄今尚未设立一套具体的较为系统全面的约定财产制。至1993年11月最高人民法院的司法解释规定:“夫妻双方对财产归谁所有以书面形式约定的,或以口头形式约定,双方无争议的,离婚时应按约定处理,但规避法律的约定无效。”但由于采用自由式约定,而非限制式约定,对约定的时间和范围、约定的条件和程序、约定的效力(对内、对外的效力)、约定的变更及废止等具体问题均无明文规定。这使夫妻约定财产关系不便操作,已不适应市场经济条件下夫妻对约定财产关系简捷的需要。尤其是对夫妻财产关系的约定,为非要式行为,无须经登记或公证程序,使夫妻约定财产制缺乏公示性,不利于保护

---

① 参见巫昌祯、杨大文主编:《走向21世纪的中国婚姻家庭》,109、110页,吉林人民出版社,1995;杨海鹏采访张贤钰教授:《财产让婚姻太沉重》,《申江服务导报》(上海),1997年12月10日;李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》,320、321、325、326、347页,光明日报出版社,1999。

② 参见杨立新:《民法判解研究与适用》,419、420页,中国检察出版社,1994。

夫妻双方及第三人的利益。

#### 四、完善我国夫妻财产制的立法构想

针对我国夫妻财产制存在的上述缺陷,笔者建议,根据我国宪法和婚姻法的基本精神,适应社会主义市场经济新形势下调整夫妻财产关系新情况的需要,基于现代夫妻财产制保护婚姻家庭,坚持男女平等原则,兼顾个人利益和社会利益,保障夫妻合法财产权益,并注意对弱者加以保护,维护第三人利益及交易安全的立法宗旨,从我国实际出发,借鉴国外立法经验,对现行夫妻财产制从以下方面加以修改、补充和完善:

##### (一) 增设通则性夫妻财产关系的一般规定

在夫妻财产关系一节中,建议首先增设通则性“夫妻财产关系的一般规定”条款。其主要内容如下:

1. 夫妻双方可以在结婚前或结婚后,约定选择适用本法所列的夫妻财产制之一;无约定的,适用本法规定的通常的法定财产制。但本法另有规定的除外。

2. 夫妻有维持家庭的责任。夫妻以共同财产承担维持家庭的经济责任,或双方协商根据各自的经济能力以个人财产分担维持家庭的经济责任;或一方通过照料子女、协助对方从事的工作承担维持家庭的责任。

3. 夫妻一方对夫妻他方所作特殊贡献的经济补偿。夫妻一方为夫妻他方的个人财产增值、事业发展、学习深造等做出贡献已大大超过其维持家庭应尽义务的,离婚时有权请求以夫妻他方的个人财产或夫妻共同财产分割时以夫妻他方享有的财产份额,予以适当的经济补偿。

4. 保障夫妻履行家庭经济责任的措施。对夫妻双方共有的房屋或涉及家庭重大利益的共同财产进行处分,必须取得夫妻双方的书面同意。否则,由擅自进行处分的夫妻一方个人承担财产责任。如果夫妻一方无正当理由不同意的,夫妻他方可以向人民法院起诉,请求进行裁决。

5. 对夫妻的债权人的保护。夫妻进行财产关系约定或夫妻财产分割,不得损害第三人的利益。如果夫妻共同财产已经转移给夫妻一方,该方应在转移财产的实际价值范围内负责清偿夫妻共同财产的债务。如果夫妻共同财产不足清偿该债务的,不足清偿部分,由夫妻协议以个人财产分担清偿责任,并承担连带责任。

6. 由夫妻一方管理的夫妻他方的财产。夫妻一方委托夫妻他方代为管理其财产时,适用法律有关委托代理的规定。

7. 对夫妻财产的告知义务(或知情权)以及制作夫妻财产清单。夫妻一方负有向夫妻他方告知有关夫妻共同财产的收入、管理、债务等情况的义务(或夫妻双方享有对夫妻共同财产的知情权)。夫妻可在取得财产后的一年内,双方共同制作夫妻共同财产清单或夫妻个人财产清单,并经夫妻双方签名后生效。

## (二) 增补夫妻财产制种类,完善夫妻财产制结构

1. 增设非常的法定财产制。其具体规定如下:

(1) 夫妻一方受破产之宣告时,其原夫妻共同财产制当然改设为分别财产制。<sup>①</sup>

(2) 在有下列情形之一时,经夫妻一方请求,人民法院应宣告解除原夫妻共同财产制,改设分别财产制:

① 夫妻因感情不和,分居已满一年以上的;

② 夫妻一方无正当理由不履行扶养义务,不依法给付家庭生活费用的;

③ 夫妻一方无能力管理共同财产或滥用管理共同财产权利的;

④ 夫妻一方的财产,不足清偿其个人债务,或夫妻共同财产,不足清偿夫妻共同债务的;

⑤ 夫妻一方无正当理由拒绝共同财产的通常管理予以应有的协作,或无正当理由拒绝夫妻他方对夫妻共同财产进行处分的;

---

① 原夫妻共同财产制,指依法定或约定适用的婚后所得共同制、一般共同制、劳动所得共同制。

⑥有其他重大事由的。

(3)改用分别财产制时,应夫妻一方的申请,法官可判决确定夫妻他方对维持家庭应给付夫妻一方的家庭生活抚养费数额及给付方式。

(4)因上列法定事由而当然实行或宣告实行夫妻分别财产制的,人民法院应当书面通知婚姻登记机关进行登记或者变更原夫妻财产制的登记记载。

(5)如果改用分别财产制的法定事由已经消除,经夫妻一方申请,人民法院应当宣告恢复原夫妻财产制。

原夫妻财产制的恢复,人民法院应当书面通知婚姻登记机关进行变更登记,恢复原夫妻财产制的登记记载。

2. 增补夫妻特有财产制度。其具体规定如下:

(1)除法律另有规定外,下列财产为夫妻一方个人所有的特有财产:

①夫妻一方的婚前财产,包括婚前个人所有财产和孳息、以及婚前个人所有财产的替代物。

②夫妻在婚姻关系存续期间所得或购置的下列财产:

a. 夫妻一方个人使用的衣物和其他日常生活用品;

b. 夫妻一方从事职业所必需的财产,但价值较大的除外;

c. 夫妻一方被遗嘱或赠与合同指明由其单独继承、受遗赠或受赠与的财产;

d. 夫妻一方所得的具有人身性质的财产,包括奖金、奖品、医疗费、保健费、保险赔偿金、损害赔偿金;

e. 夫妻约定归夫妻一方个人所有的财产;

f. 其他依法属于夫妻一方个人所有的财产。

(2)夫妻特有财产登记与财产清单

①对于婚前财产,男女在结婚登记时,可以向婚姻登记机关申请进行婚前个人财产登记,载入婚姻登记档案,发给夫妻财产登记证书;或者在结婚登记后,夫妻双方共同制作婚前财产清单,并经双方签名后生效。

②对于婚后所得的价值较大的夫妻特有财产,夫妻可在取得财产所有权后的一年内,双方共同制作财产清单,并经双方签名后生效;或者向公证机关申请办理夫妻个人财产公证,取得公证的夫妻财产证书。

③夫妻财产登记档案和登记证书,或夫妻财产清单、或公证的夫妻财产证书,应附记价额或经公证确定的估价。

④夫妻特有财产经记载于夫妻财产登记证书,或公证的夫妻财产证书的,或向第三人书面声明的,具有对抗第三人的效力。

### (3)夫妻特有财产的管理及财产责任

夫妻特有财产的管理及财产责任,适用法律关于夫妻个人财产管理及财产责任的规定。

### (4)夫妻特有财产的举证责任

夫妻一方主张某财产为其特有财产时,必须提供证据。如其不能提供证据,人民法院又无法查实的,该财产视为夫妻共同财产。

3. 增补供夫妻选择的几种约定财产制形式,包括一般共同制、劳动所得共同制、管理共同制、分别财产制(具体内容详见于后:约定财产制增补的具体内容)。

## (三)修改、完善夫妻财产制的具体内容

### 1. 法定财产制的修改与补充。

(1)缩小原夫妻共同财产范围。把夫妻一方被遗嘱或赠与合同指明由其单独继承、受遗赠和受赠与所得的财产排除在共同财产之外作为夫妻特有财产;并取消我国司法解释有关夫妻个人财产转化为夫妻共同财产的规定。<sup>①</sup>

### (2)增设夫妻共同财产和夫妻个人财产管理的规定。

①夫妻共同财产经夫妻双方协商,可以由夫妻双方或一方管理并承担相应的财产责任。

---

<sup>①</sup> 参见:我国最高人民法院1993年11月3日《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》第3、6条。



②夫妻对共同财产享有平等地占有、使用、管理、收益及处分的权利。为重大共同财产的处分时,须经夫妻双方协商书面同意。夫妻一方擅自处分重大共同财产的,他方有权主张无效。但不得对抗善意第三人。

③依夫妻协议行使夫妻共同财产管理权的夫妻一方,如丧失行为能力或无能力管理,或有诈欺行为,可经夫妻他方提出,协议停止其行使管理权;如协议不成,可请求人民法院裁决,经公告程序宣告剥夺其管理权。

如果上述法定事由已经消除或经夫妻双方协议同意恢复其管理权的,可由夫妻一方请求人民法院撤销原裁决,经公告程序恢复其管理权。

④夫妻个人财产由其本人享有占有、管理、使用、收益及处分的权利。但本法另有规定或夫妻另有约定的除外。

(3)增补夫妻财产的责任及夫妻财产之间补偿请求权的规定。

①夫妻共同财产负担给付家庭生活费用和清偿夫妻共同债务的责任。如共同财产不足负担家庭生活费用的,由夫妻协商以个人财产分担给付责任。如共同财产已分割而尚未清偿共同债务的,只要在共同财产制终止后两个月内,造具有经公证的夫妻共同财产清册的,可由夫妻协议在所分割的共同财产范围内分担清偿责任,并承担连带责任。

②夫妻个人财产负担清偿夫妻个人债务的责任。

③夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权。对应由夫妻共同财产负担的给付或清偿义务,夫妻一方以个人财产承担该义务的,有权请求以夫妻共同财产予以补偿。对夫妻个人债务,用夫妻共同财产清偿的,夫或妻均有权请求以负债夫妻一方的个人财产予以补偿。但法律另有规定的,不在此限。

(4)增设夫妻共同财产制的终止及其效力的规定。

①有下列原因之一,夫妻共同财产制终止:

夫妻一方死亡;离婚;因法定事由解除共同财产制;夫妻协议变更改用其他财产制。

②夫妻共同财产制终止时,夫妻共同财产的分割原则及方法、债务的清偿等适用离婚法的有关规定。

## 2. 约定财产制增补的具体内容。

(1)夫妻约定财产制,可在下列财产制中选择:

①一般共同制。即夫妻各方的婚前财产和婚姻关系存续期间一方或双方所得的财产,归夫妻双方共同所有。但夫妻婚后所得特有财产,不在此限。

②劳动所得共同制。即夫妻在婚姻关系存续期间一方或双方劳动所得的财产,归夫妻双方共同所有。但夫妻特有财产,不在此限。

③管理共同制。即夫妻一方的婚前财产和在婚姻关系存续期间夫妻一方所得的财产,归本人所有。夫妻双方可约定,由夫妻一方统一管理双方的财产。但夫妻婚后所得特有财产,不在此限。

④分别财产制。即夫妻一方的婚前财产和婚姻关系存续期间夫妻一方所得的财产,归本人所有,由本人管理。如果委托夫妻他方管理的,适用夫妻财产关系一般规定中有关代理的规定。

(2)对夫妻财产制的约定,订立、变更或废止,必须由具有民事行为能力的夫妻双方亲自进行。约定的内容必须合法,不得规避法律或者损害国家、集体和他人的利益。否则,其约定无效。

(3)对夫妻财产制的约定,订立、变更或废止,必须以书面形式进行,并在婚姻登记机关进行登记,载入婚姻登记档案,取得夫妻财产制登记证书。未经登记的夫妻财产制约定,不得对抗善意第三人。但未经登记的夫妻财产的约定,如果夫妻在与第三人订立的契约文书中申明其约定的,对该第三人仍具有对抗效力。

## 五、立法构想的主要理由分析

### (一)增设通则性夫妻财产关系的一般规定的主要理由分析

增设通则性夫妻财产关系的一般规定的主要理由,是为处理夫妻一般财产关系提供基本准则。关于夫妻财产关系的一般规定,体现了夫妻财产制的立法宗旨,是夫妻财产制不可缺少的内

容。因为,夫妻无论是依约定或依法定适用何种财产制,往往都会涉及处理这些一般性财产关系问题。如前所述,国外一些国家如法国、德国、瑞士等国立法明确对夫妻财产关系作出了一般规定。这些原则性规定,反映了当代社会经济生活对夫妻财产关系的要求,以及现代民法兼顾个人利益与社会利益,且“法律的中心转移到弱者”的趋势。<sup>①</sup>即现代夫妻财产制以兼顾个人利益与社会利益,并注重对弱者加以保护为其立法宗旨。现就增设夫妻财产关系一般规定的具体条款之立法理由分析如下:

1. 明确规定约定财产制与通常的法定财产制两者适用效力之先后,即约定先于法定。这反映了现代夫妻财产制对夫妻意愿的尊重,弥补了我国过去将约定财产制置于例外的补充地位的立法缺陷。国外如法国、德国、瑞士等国的夫妻财产法亦均是首先对此设立明确规定。<sup>②</sup>其次,有关但书的规定,旨在为特殊情况下采用非常的法定财产制,解除通常情况下原依约定或法定的共同财产制提供法律依据。

2. 明确规定夫妻有维持家庭的责任(无论其实行何种财产制),可促使夫妻依法履行其经济上或劳务上对家庭的扶养义务。这有利于婚姻家庭关系的稳定。国外一些国家或在婚姻的一般效力、或在夫妻的权利义务的立法中,对此有明文规定。<sup>③</sup>

3. 明确规定夫妻一方为夫妻他方所做特别贡献,离婚时有权请求予以适当的经济补偿。这体现了民法公平原则的要求。国外如瑞士立法对此设有明文规定。<sup>④</sup>笔者认为,立法赋予夫妻一方所作特别贡献的补偿请求权,以此替代我国现行司法解释有关夫

① 参见[日]星野英一著,王闯译:《私法中的人——以民法财产法为中心》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第8卷,188页,法律出版社,1997。

② 参见:《法国民法典》,第1387条;《德国民法典》,第1363条;《瑞士民法典》(1987年英文版,以下亦同),第181条;

③ 参见:《法国民法典》,第214、1388条;《德国民法典》,第1360、1361条;《瑞士民法典》,第163条;《日本民法典》,第760条;《意大利民法典》,第143条第3款。

④ 参见:《瑞士民法典》,第165条。

妻个人财产有条件地转化为共同财产、以及离婚时一方婚后所得的尚未取得经济利益的知识产权归一方所有,分割共同财产时对夫妻他方予以“适当照顾”等规定,似更名正言顺。这可补救夫妻财产分割时对做有特别贡献一方“照顾无力”的弊端,可以防止夫妻一方利用夫妻他方的人力、物力达到其目的后即提出离婚,恶意抛弃他方,变相剥夺他方对婚姻共同生活的“投资”和预期利益,造成对他方的“系统性剥夺”。<sup>①</sup> 诚然,立法设此规定,并非意味离婚时每个夫妻一方都必然会请求对方给予补偿。夫妻一方基于自愿为夫妻他方和家庭多做贡献,可放弃行使此权利。

4. 明确规定保障夫妻履行维持家庭经济责任的措施。立法明文限制夫妻一方擅自处分夫妻共同财产,保障夫妻平等地行使夫妻共同财产的处分权,有利于保证以夫妻共同财产承担维持家庭的经济责任。这体现了保护婚姻家庭的立法意旨。国外有不少国家亦对此设有具体规定。<sup>②</sup>

5. 明确规定对夫妻的债权人的保护。这可以防止夫妻以约定财产关系来逃避债务,或在夫妻财产分割时侵害债权人的利益,从而维护第三人的利益和交易安全。在现代社会,不少国家基于社会利益与个人利益相兼顾的立法宗旨,都设有对夫妻的债权人给予保护的具体规定。<sup>③</sup>

6. 明确规定提供夫妻财产信息的义务与制作夫妻财产清单。这可以让夫妻及时了解彼此之间的财产状况,并且有据可查,避免

---

① 参见:最高人民法院1993年11月3日《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》,第2、3、6、15条;苏力:《冷眼看婚姻》,载李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》,44~48页,光明日报出版社,1999。

② 参见:《法国民法典》,第215条第3款、第220-1、220-2、220-3、221条;《德国民法典》,第1365~1368条;《瑞士民法典》,第169、172、177~180条;《意大利民法典》,第180、181、184条。

③ 参见:《法国民法典》,第1411、1414、1501、1519条;《瑞士民法典》,第193条;《德国民法典》,第1383、1459、1480、1481条;《意大利民法典》,第189、190、197条;《日本民法典》,第754条。

时过境迁难于认定,有利于保护夫妻双方的合法财产权益,并间接维护第三人的利益和交易安全。在此必须说明的是,对于夫妻财产清单的制定,笔者未建议规定必须经过公证或登记,其目的是为尊重夫妻对其财产状况保密的要求。目前我国人民经济收入虽逐年增加,但婚前财产登记或夫妻财产公证难于推广。究其原因,除重义轻利的传统观念影响外,夫妻不愿意其财产状况被他人知晓是一个不容忽视的原因。从国外立法看,瑞士1988年1月1日施行修改后的夫妻财产法,将原来规定夫妻财产清单须经公证才能建立,修改为夫妻共同制作的夫妻共同财产清单并经双方签名后即可生效。此对我国夫妻财产清单的立法,具有一定借鉴意义。<sup>①</sup>

## (二)增补夫妻财产制种类、完善夫妻财产制结构的主要理由分析

现代社会许多国家的夫妻财产制以约定财产制和法定财产制为两大基本类型。约定财产制具有优先于法定财产制适用的效力,体现了法律充分尊重夫妻对其财产关系的意愿。对于约定财产制,有些国家如法国、德国、瑞士等国采取限制式约定或称选择式约定,即法律规定几种财产制形式供夫妻约定时选择,并对约定的内容明列不得相抵触的事由,在程序上则要求订立要式契约。<sup>②</sup>这体现了物权法定原则,及个人利益与社会利益相兼顾的立法意旨,反映了现代社会经济生活简便、高效的要求,有利于保障夫妻双方及第三人的利益和交易安全。对于法定财产制,有的国家又把它分为通常的法定财产制与非常的法定财产制,以适应一般情况与特殊情况的需要。如瑞士立法根据夫妻法定财产制的适用情况不同,分为通常的法定财产制(又称通常夫妻财产制)与非常的

① 参见殷根生译,《瑞士民法典》(1981年版),第197条,法律出版社,1987;及《瑞士民法典》(1987年英文版),第195条之一。

② 参见:《法国民法典》,第1387、1389~1391、1393~1397、1397-1~1399条;《德国民法典》,第1408、1410~1415、1483、1558~1563条;《瑞士民法典》(1987年英文版,以下亦同),第182~184条。

法定财产制(又称非常夫妻财产制)。前者指在通常情况下,在婚姻当事人双方无约定或未适用非常夫妻财产制时,依法律的直接规定而适用的夫妻财产制。后者是相对于通常的法定财产制而言的,指在特殊情况下,当出现法定事由时,经夫妻一方申请由法院宣告或依据法律的直接规定,解除原依法定或约定设立的共同财产制,改设为分别财产制。非常的法定财产制依其发生原因和程序不同,又分为宣告的非常财产制与当然的非常财产制。前者如《瑞士民法典》第185条规定:“基于重要的理由,应夫妻一方的申请,法院可以命令设定夫妻分别财产制。”后者如该法第188条规定:“实施夫妻共同财产制的夫妻一方破产时,夫妻财产将依法实行夫妻分别财产制。”这里必须指出的是,依非常财产制所设立的分别财产制,不同于普通情况下依法定财产制或约定财产制设立的分别财产制。它是在特殊情况下,对依法或依约定设立的共同财产制的变通规定。<sup>①</sup>它反映了因社会经济生活复杂多变,夫妻财产关系亦应随特殊情况的需要而相应变化的要求。设立此制有利于保护婚姻当事人双方的合法权益,及维护第三人的利益和交易安全,促进社会经济的发展。此外,还须说明的是,除瑞士、意大利等国设有非常的法定财产制外,法国、德国的立法则设有共同财产制的解除或撤销制度,以满足夫妻在特殊情况下实行分别财产制的需要。关于在特殊情况下解除或撤销共同财产制之诉的法定事由,各国立法有所差异,瑞士、意大利、德国的规定较为详细具体,法国的规定则较简略。<sup>②</sup>同时,瑞士、法国、德国、意大利等国还各有侧重地对解除共同财产制之诉的具体问题加以规定,包括:诉请分别财产制的程序和管辖权;分别财产制的开始及其对夫妻

---

① 在国外,除瑞士以共同财产制作为约定财产制种类之一外,法国、德国亦以不同范围的共同财产制作为约定财产制种类。如《法国民法典》第1497~1526条规定,动产和婚后所得共同制、一般共同制等均为供夫妻选择的约定财产制类型。

② 参见:《瑞士民法典》,第185~189条;《意大利民法典》,第193条;《德国民法典》,第1447、1448、1469条;《法国民法典》,第1443条。

和第三人的效力；分别财产制的终止与原夫妻财产制的恢复程序等（如依《瑞士民法典》规定，一般须按法定程序申请恢复原夫妻财产制。这区别于因夫妻约定而采用分别财产制，可直接按原约定方式予以终止和变更），从而形成一套较为完整的制度。其中以瑞士的立法较为典型而具有一定的代表性。<sup>①</sup>

关于夫妻共同财产制，世界上一些国家分别采用一般共同制、所得共同制、劳动所得共同制等不同共有范围的共同财产制。共同财产制的优点在于，它符合婚姻生活共同体的本质要求，有利于保障夫妻中经济能力较弱一方（往往是妻方，尤其是专事家务劳动的妻方）的权益，实现夫妻家庭地位事实上的平等。但其缺陷是因夫妻一方不能未经对方同意而擅自行使共同财产权，有时不能满足夫妻个人的某些特殊经济需要。为克服此缺陷，当代世界许多国家的立法在规定夫妻共同财产范围的同时，均明文列举规定了夫妻特有财产或婚后个人所有财产的范围。如瑞士、法国、德国、前苏联、罗马尼亚、意大利等国的立法。<sup>②</sup> 有些国家的立法，还进一步对夫妻特有财产（或夫妻个人财产）的管理、使用、收益、处分权利及其财产责任，特有财产的效力，特有财产的举证责任，特有财产与共同财产之间的结算等作了具体规定，从而形成一套较为完整的夫妻特有财产或夫妻个人财产制度，如瑞士、德国、法国等国立法。<sup>③</sup> 即特有财产制是对夫妻共同财产制的限制和补充。但

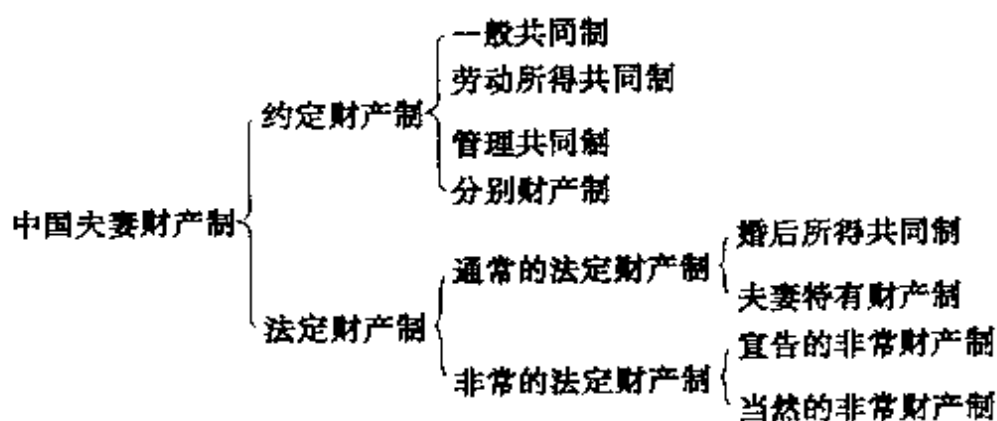
① 参见：《瑞士民法典》，第185条第1款及第186、187、189～192条；《法国民法典》，第1442～1449条；《德国民法典》，第1449、1470条；《意大利民法典》，第191、193条。

② 参见：《瑞士民法典》，第225条；《法国民法典》，第1404～1408条；《德国民法典》，第1417、1418条；1968年《苏俄婚姻和家庭法典》（马驥聪译，载张贤钰主编《外国婚姻家庭法资料选编》，上海，复旦大学出版社1991年版。以下亦同），第22条；《罗马尼亚家庭法典》（陈永玲译，载原北京政法学院民法教研室编《外国婚姻家庭法典选编》1981年出版。以下亦同），第31条；《意大利民法典》，第179条。

③ 参见：《瑞士民法典》，第226、232～235、238条；《法国民法典》，第1428～1438条；《德国民法典》，第1440～1442、1445、1446、1462～1464、1467、1468条。此外，我国台湾民法典第1013～1015条也有类似规定。

须指出的是,特有财产制不同于分别财产制,分别财产制一般是夫妻的全部财产(包括婚前的和婚后的全部财产)分别归属夫妻各自所有;特有财产则是在依法或依约定实行夫妻共同财产制的前提下,夫妻各自保留的一定范围的个人财产。也就是说,特有财产制是与共同财产制同时并存的,它作为对共同财产制的限制,其立法意旨在于保护夫妻个人财产所有权,并满足夫妻在婚姻生活中的个人特殊经济需要。它弥补了在夫妻共同财产制下,夫妻一方无权独立支配共同财产的缺憾,是共同财产制不可缺少的必要的补充。两者相辅相成,保障夫妻关系和睦及婚姻生活圆满。

由上所述,笔者借鉴国外立法经验,建议我国增补夫妻财产制种类,包括增设非常的法定财产制和夫妻特有财产制,以及明列供夫妻选择的几种约定财产制形式,从而使各种夫妻财产制相辅相成,组成一个较为完备的夫妻财产制结构,如下图所示:



### (三)修改、完善夫妻财产制具体内容的主要理由分析

#### 1. 法定财产制修改与补充的主要理由如下:

(1)缩小原夫妻共同财产范围,旨在保护夫妻的个人财产所有权。如前所述,国外不少国家对夫妻个人财产或夫妻特有财产的范围均有明确的规定。而把夫妻一方婚内继承和受赠的财产作为夫妻一方个人所有的财产(或夫妻特有财产),这是当代许多国家



立法的通例。<sup>①</sup>

(2)增设夫妻共同财产和夫妻个人财产管理的规定,可使夫妻依法履行财产管理的权利和义务,保障夫妻及第三人的利益和交易安全。国外有些国家如法国、德国等国立法均设有具体的夫妻财产管理制度。<sup>②</sup>

(3)增补夫妻财产的责任及夫妻财产之间补偿请求权的规定,主要理由:一是现行婚姻法仅规定了夫妻财产清偿债务的责任,而未规定夫妻财产给付家庭生活费的责任,现实生活中夫妻一方甚至双方不履行给付义务的情况时有发生(尤其是在夫妻实行分别财产制时)。故增加规定夫妻财产有给付家庭生活费的责任,引导夫妻依法履行扶养家庭、清偿债务的义务;并且对共同财产已分割而尚未清偿的共同债务,明文规定只要依法造具有经公证的夫妻共同财产清册的,夫妻可在所分割的共同财产范围内分担清偿责任,且负连带责任。这有利于保护婚姻家庭共同生活、保护夫妻合法财产权益、及第三人的利益和交易安全。二是增加规定夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权,体现了现代民法的公平原则,即平等地保护夫妻共同财产和夫妻个人财产。在国外,大陆法系不少国家设有夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权的规定。<sup>③</sup>笔者认为,虽然婚姻家庭关系具有强烈的伦理性,夫妻财产关系不同于一般民事财产关系,不具有等价有偿的性质。夫妻在婚姻共同生活中不能斤斤计较,应提倡奉献精神。但是,在

① 参见:《瑞士民法典》,第198条;《德国民法典》,第1418条;《日本民法典》,第762条;《意大利民法典》,第179条;《法国民法典》,第1405条;1968年《苏俄婚姻和家庭法典》,第22条;《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年),第36条。

② 《法国民法典》第五编设专节规定夫妻财产的管理(第1421~1440、1503条);《德国民法典》第1422~1470条,对夫妻共同财产由夫妻一方或夫妻双方管理作出具体规定。

③ 参见:《法国民法典》,第1412、1416、1417、1419、1433、1436~1438条;《德国民法典》,第1445、1446、1467、1468条;《瑞士民法典》,第238条;《意大利民法典》,第192条,我国台湾地区民法典第1038条也有类似规定。

社会主义市场经济条件下,夫妻的财产权利意识已逐渐增强。为避免有的夫妻一方长期不履行其对家庭的扶养义务,夫妻他方以个人财产承担了该义务却得不到补偿,或防止夫妻一方擅自以共同财产清偿个人债务,侵犯夫妻他方享有的共同财产权,立法应对夫妻财产之间的补偿请求权加以规定,由夫妻自愿决定其是否行使。

(4)增设夫妻共同财产制的终止及其效力的规定,可使夫妻依法解除其共同财产关系,并承担相应的法律后果。

2. 增补约定财产制内容具体规定的主要理由如下:

(1)建议我国立法采取限制式约定,明列多种可供夫妻选择的约定财产制形式,以适应夫妻对财产关系的不同需要。如前所述,这可适应市场经济条件下简便、快捷的要求,既便于规范夫妻财产关系,也便于第三人了解夫妻财产关系状况,保障夫妻及第三人的利益和交易安全。国外不少国家如法国、德国、瑞士等国立法均采用限制式约定。

(2)明确将分别财产制作为夫妻约定财产制的一种形式,可适应我国市场经济条件下夫妻参与社会经济生活或因其他原因需独立支配财产的特殊需要。从世界上其他国家看,英美法系的多数国家及大陆法系的少数国家如日本等,以分别财产制为法定财产制,还有部分国家则以此制作为供夫妻选择的约定财产制形式之一。分别财产制使夫妻婚前和婚后各自所得的财产均归各自所有,不因结婚而发生财产上的共同,各自保持经济独立。它尊重夫妻个人意愿,便于夫妻一方独立行使财产权,以满足夫妻对财产关系的特殊需要,在一定意义上也有利于社会经济的发展。但其缺陷是,在现代社会男女两性的经济地位事实上仍然存在一定差距。实行分别财产制往往会造造成事实上夫妻的家庭地位不平等。因此,在20世纪70至80年代,英、美两国先后对分别财产制加以

修正,引入共同财产制的因素,以补救其缺陷。<sup>①</sup>

(3)明确规定订立、变更或废止夫妻财产制的主体,必须是具有民事行为能力的夫妻,以保证其行为是夫妻的真实意思表示。同时,明确规定约定的内容必须合法,不得规避法律或者损害国家、集体和他人的利益,体现了兼顾社会利益和个人利益的立法意旨,国家公权力基于维护社会利益,对夫妻约定财产关系进行一定的干预。

(4)明确规定夫妻财产制的约定,订立、变更或废止为要式行为,必须以书面形式进行,并在婚姻登记管理机关进行登记,使夫妻约定财产制具有公示性。这体现了物权公示原则,有利于保护夫妻及第三人的利益和交易安全。由此,国外不少国家的立法都明文规定,夫妻进行财产制约定为要式行为,须经公证或登记,有的国家如法国还规定某些情况下须经公告。<sup>②</sup>并基于民法的诚实信用原则规定,夫妻财产制约定,虽未登记,但夫妻已向第三人书面申明其约定的,对该第三人仍具有对抗效力。

## 六、我国夫妻财产制修改中有分歧意见的热点难点问题

### (一)关于我国通常法定财产制采取何种财产制类型问题

关于我国通常法定财产制应采取何种财产制类型?目前我国学术界对此主要有三种主张:一是采取一般共同制;二是仍采取婚后所得共同制,但设立个人财产,适当缩小夫妻共同财产的范围;三是采取劳动所得共同制。<sup>③</sup>笔者赞同第二种主张。因为,一般共同制的夫妻共同财产范围过宽,不利于保护夫妻个人财产所有

① 参见夏吟兰:《夫妻关系的沿革与比较》,载巫昌祯、杨大文主编:《走向21世纪的中国婚姻家庭》,124~126页,吉林人民出版社,1995。

② 参见:《法国民法典》,第1394、1397~1397-6条;《德国民法典》,第1410条;《意大利民法典》,第162、163条;《瑞士民法典》,第184条。

③ 参见吴洪、赵翼韬:《现行夫妻财产制应当重构》,353页;马忆南:《略论我国夫妻财产制的完善》,载《中外法学》,43、44页,1998年(6);王歌雅:《关于完善我国夫妻财产制的建议》,载《中国法学》,100页,1997(2)。

权;劳动所得共同制的夫妻共同财产范围过窄,不利于保护夫妻中经济能力较弱的一方(在现实生活中往往是妻方,尤其是专事家务劳动的妻方)的合法权益。婚后所得共同制反映了婚姻关系的本质要求,有利于实现男女平等原则,也符合我国国情。它保障婚姻家庭共同生活,尤其注重保障夫妻中经济能力较弱一方的合法权益,有利于实现夫妻家庭地位的事实上平等,体现了加强社会主义婚姻家庭精神文明建设的要求,同时也保护夫妻个人财产所有权,反映了兼顾个人利益和社会利益,并注重对夫妻中经济能力较弱一方的保护的立法宗旨。因此,《中华人民共和国婚姻法》(1999年6月法学专家建议稿)(以下简称《1999年法学专家建议稿》)第44条关于通常法定夫妻财产制的规定,仍然是采取婚后所得共同制。这是比较适当的。

但在此必须指出的是,共同财产制虽具有符合婚姻生活共同体的本质要求,有利于保障夫妻中经济能力较弱一方的权益,实现夫妻家庭地位事实上的平等等优点,但其缺陷是因夫妻一方不能未经对方同意而擅自行使共同财产权,有时不能满足夫妻个人的某些特殊经济需要。为克服此缺陷,当代世界许多国家的立法在规定夫妻共同财产范围的同时,明文列举规定了夫妻特有财产或婚后个人所有财产的范围。如瑞士、法国、德国、前苏联、罗马尼亚、意大利等国的立法。<sup>①</sup>有些国家的立法,还进一步对夫妻特有财产(或夫妻个人财产)的管理、使用、收益、处分权利及其财产责任,特有财产的效力,特有财产的举证责任,特有财产与共同财产之间的结算等作了具体规定,从而形成一套较为完整的夫妻特有财产或夫妻个人财产制度,如瑞士、德国、法国等国立法。<sup>②</sup>即特

① 参见:《瑞士民法典》,第221~225条;《法国民法典》,第1401~1408条;《德国民法典》,第1416~1418条;1968年《苏俄婚姻和家庭法典》,第20、22条;《罗马尼亚家庭法典》,第30、31条;《意大利民法典》,第177~179条。

② 参见:《瑞士民法典》,第226、232~235、238条;《法国民法典》,第1428~1438条;《德国民法典》,第1417、1418、1440~1442、1445、1446、1462~1464、1467、1468条。此外,我国台湾民法典第1013~1015条也有类似规定。

有财产制是对夫妻共同财产制的限制和补充,它是与共同财产制同时并存的。特有财产制作为对共同财产制的限制,其立法意旨在于保护夫妻个人财产所有权,并满足夫妻在婚姻生活中的个人特殊经济需要。它弥补了在夫妻共同财产制下,夫妻一方无权独立支配共同财产的缺憾,因而是共同财产制不可缺少的必要的补充,两者相辅相成,保障夫妻关系和睦及婚姻生活圆满。因此,我国在规定实行婚后所得共同制的同时,必须明确规定夫妻特有财产制作为其限制和补充。

## (二)关于夫妻约定财产制的种类、约定的时间和公示方式问题

《1999年法学专家建议稿》第46条规定,以一般共同制、管理共同制和分别财产制,供夫妻约定时选择;第43条规定,夫妻选择财产制的约定,应在办理结婚登记时一并登记,载入婚姻登记档案;第47条规定,夫妻约定财产制须作成书面形式。未向婚姻登记管理机关登记或申报的约定,不得对抗善意第三人。即夫妻对财产制进行约定,仅有三种财产制类型可供选择;原则上约定须在结婚登记时进行;且以登记或申报为约定的惟一公示方式。笔者认为,这样规定似乎限制太严。主要理由如下:

首先,从我国现实生活中看,在市场经济条件下,夫妻对约定财产关系的原因不同,故其选择的财产制类型也有所不相同。因此,为适应夫妻对约定财产关系的不同需要,供其约定时选择的财产制种类不宜过少。再从夫妻约定财产制的时间看,有可能在婚前也有可能是在婚后,故对约定的时间可予放宽。尤其是约定的公示方式,由于我国各地经济文化发展不平衡,交通便利情况有所不同,对夫妻财产制约定的公示方式也不宜仅限于登记或申报一种方式。基于民法的诚实信用原则,虽未登记或申报的财产制约定,夫妻如在与第三人订立的书面契约中已申明其约定的,对该特定的第三人应具有对抗效力。

其次,从国外立法例看,第一,关于供夫妻约定时选择的财产制种类,国外立法规定有多少之差异。如瑞士的立法,设有共同财

产制与分别财产制两大类型,前者又包括一般共同制、所得共同制和其他共同制三种不同共有范围的共同财产制,即可供夫妻选择约定的财产制种类有四种之多。法国亦设有动产与婚后所得共同制和一般共同制、分别财产制和婚后所得净益分享制等财产制种类供夫妻选择约定。而德国和意大利各仅有两种财产制类型(德国以一般共同制和延续的婚姻财产共同制、意大利以协议共同制和分别财产制)供夫妻约定时选择。<sup>①</sup>第二,关于夫妻财产制约定的时间,国外立法有没有限制与限制之分。前者如瑞士、法国均规定,夫妻可以在结婚前或结婚后,缔结夫妻财产契约。德国、意大利的立法对夫妻财产制约定亦无时间限制。后者如日本民法规定,夫妻订立财产制约定,须于婚姻申报前进行登记。(未于婚姻申报前进行登记的,不具有对抗第三人的效力。)<sup>②</sup>第三,关于约定财产制的公示方式,国外立法亦有多少之别。公示方式多不止一种的,如法国、德国之立法。法国除以登记或法定情况下公告为约定的公示方式外,同时还规定在未履行法定手续的情况下,如果夫妻在与第三人订立的契约中申明其约定财产制的,对该第三人仍具有对抗效力。(即以夫妻向第三人申明其约定,作为向该特定的第三人的公示方式。)德国与法国的规定相似,即以约定已登记为一般情况下的公示方式,以约定为第三人所明知,为向特定的第三人的公示方式。而公示方式少仅限于一种的,如日本和意大利均以登记为约定的惟一公示方式。此外,瑞士则未规定约定的公示方式,仅以公证为约定的生效要件,但又明确规定夫妻进行财产制

---

① 参见:《瑞士民法典》,第221~226、247条;《法国民法典》,第1498、1520、1521、1526、1536、1569条;《德国民法典》,第1416、1483条;《意大利民法典》,第210、215条。

② 参见:《瑞士民法典》,第182条第1款;《法国民法典》,第1397-3条第3款;《德国民法典》,第1408条;《意大利民法典》,第162条第3款;《日本民法典》,第755、756条。

约定不得损害夫妻一方及第三人的利益。<sup>①</sup>

综上所述,笔者认为,从我国夫妻约定财产关系的实际需要出发,基于现代夫妻财产制尊重夫妻对其财产关系的意愿,保障夫妻合法财产权益和第三人利益的立法宗旨,我国宜借鉴瑞士、法国两国的立法经验,适当多设约定财产制种类供夫妻选择;且仿效瑞士、法国、德国、意大利等国的立法,对夫妻约定财产制的时间原则上不予限制。至于约定的公示方式,法国、德国两国的立法兼顾一般情况与特殊情况,采用登记或公告的公示方式与向第三人声明的公示方式并行,既保障第三人的利益,又保护夫妻双方的合法权益,似对我国立法更具借鉴意义。由此,笔者建议,在《1999年法学专家建议稿》规定的基础上,适当增加约定的财产制种类,即在一般共同制、管理共同制和分别财产制的基础上,再增加劳动所得共同制,并规定夫妻在结婚前或结婚后均可进行约定。此外,在规范夫妻财产制约定未经登记不能对抗善意第三人的同时,增加但书例外规定,即未履行法定登记手续的约定,如果夫妻在与第三人订立的契约文书中申明其约定的,对该第三人仍具有对抗效力。

(三)关于夫妻一方的个人财产可否有条件地转化为夫妻共同财产问题

关于夫妻一方的个人财产可否有条件地转化为夫妻共同财产?我国现行司法解释持肯定态度。按现行司法解释,我国夫妻婚后共同财产的范围由婚后所得的共同财产和转化的共同财产两部分构成。后者即由夫妻一方的个人财产有条件地转化为夫妻共同财产。它包括两种财产:一是夫妻一方婚前个人所有财产,婚后由双方共同使用、经营、管理的房屋和其他价值较大的生产资料经过8年,贵重的生活资料经过4年,离婚时,可视为夫妻共同财产。二是复员、转业军人婚后所得的复员费、转业费,结婚时间10年以

<sup>①</sup> 参见:《法国民法典》,第1394条、第1397-3条第2、4款及第1397-4、1397-6条;《德国民法典》,第1412条;《日本民法典》,第756条;《意大利民法典》,第162条第2、4款;《瑞士民法典》,第184、193条。

上的,离婚时,应按夫妻共同财产分割。<sup>①</sup> 对于我国司法解释规定夫妻一方的婚前个人财产可有条件地转化为夫妻共同财产,近年来我国有些学者提出了质疑。有的认为,如果不适当地强调这种转化,就会违背所有权取得的理论,违背民法的等价有偿原则和公平原则,实际上是一方侵害了另一方的财产所有权。这往往会助长不劳而获的思想,给一些人借婚姻敛财有可乘之机;有的认为,这使夫妻各方无法行使对其婚前个人财产的全部所有权,婚后所得共同制在一定时期内形同虚设;有的认为,这既不符合所有权取得的一般原理,也不利于与国际上保护夫妻个人特有财产的法规接轨,等等。<sup>②</sup> 笔者认为,上述意见不无道理。但过去由于我国夫妻财产制不健全,为保护夫妻中经济收入较少的一方(尤其是专事家务的妻方)的利益,我国司法解释作出这种有条件地转化规定是符合我国当时实际的。但是,如果我国今后制定的新的婚姻家庭法中,已增设了夫妻一方对夫妻他方所作特别贡献的补偿请求权,以及设有离婚妇女基于法定事由对前夫所有房屋的法定居住权,则可以取消这种转化的规定。<sup>③</sup> 这样,既可保护夫妻中经济收入较少的一方的利益,又可防止夫妻一方侵害他方的财产所有权,并利于与国际上相应的法规接轨。

#### (四)夫妻一方的婚前个人财产在婚后被消耗的,可否请求以夫妻共同财产补偿问题

按我国现行司法解释,婚前个人财产在婚后共同生活中自然毁损、消耗、灭失,离婚时一方要求以夫妻共同财产抵偿的,不予支

① 参见:我国最高人民法院1993年11月3日《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》第3、6条。

② 参见杨立新:《民法判解研究与适用》,415~420页,中国检察出版社,1994;王歌雅:《关于完善我国夫妻财产制的建议》,载《中国法学》,99页,1997(2);田岚:《对夫妻一方不动产所有权转移规定的质疑》,载《法学家》,1999(4)。

③ 参见拙作:《完善我国夫妻财产制的立法构想》,载《中国法学》2000年第1期;及田岚:《对夫妻一方不动产所有权转移规定的质疑》。



持。<sup>①</sup> 基于此司法解释精神,《1999年法学专家建议稿》第66条规定:“夫妻一方的婚前财产在婚后共同生活中消耗或毁损、灭失的,离婚时,不得要求以共同财产抵偿。”笔者认为,虽然,夫妻一方的婚前个人财产在婚后共同生活中自然毁损、灭失的可不予补偿。但是,如果夫妻一方的婚前财产在婚后被用于家庭生活消费的也一律不予补偿,则似乎不公平、不合理。从我国司法解释作上述规定的主要意旨看,旨在鼓励夫妻不分彼此,多为家庭作奉献,并可减少离婚时夫妻财产分割的纠纷。但其缺陷是不利于督促夫妻履行家庭义务,及保护夫妻的个人财产所有权。尤其是在我国市场经济的新形势下,夫妻的个人财产权利意识已逐渐增强。有的夫妻一方因他方无正当理由长期不履行扶养家庭的义务,用其个人财产承担了全部家庭生活费用,离婚时要求以共同财产予以补偿,却得不到法律的支持。这显然既有悖公平原则,也放纵了夫妻他方的违法行为,不利于保护婚姻家庭和夫妻的个人财产所有权。从国外立法看,瑞士、法国、德国、意大利等大陆法系国家均设有夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权的规定。即夫妻以个人财产承担了夫妻共同财产应承担的财产义务,有权请求以夫妻共同财产予以补偿;夫妻共同财产用于清偿夫妻个人债务的,亦有权请求以欠债夫妻一方的个人财产予以补偿。<sup>②</sup> 这体现了现代民法的公平原则,即平等地保护夫妻共同财产和夫妻个人财产。诚然,婚姻家庭关系具有强烈的伦理性,夫妻财产关系不同于一般民事财产关系,不具有等价有偿的性质。夫妻在婚姻共同生活中不能斤斤计较,应提倡奉献精神。但是,为避免有的夫妻一方无正当理由长期不履行其对家庭的扶养义务,夫妻他方以个人财产承

① 参见:我国最高人民法院1993年11月3日《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》第16条。

② 参见:《瑞士民法典》,第238条;《法国民法典》,第1433、1436~1438、1487条;《德国民法典》,第1445、1446、1467、1468条(该法第1370条还对家用物品替代物的所有权作了规定);《意大利民法典》,第192条。此外,我国台湾地区《民法典》第1038条也有类似规定。

担了该义务却得不到应有的补偿,或防止夫妻一方擅自以共同财产清偿个人债务,侵犯夫妻他方享有的共同财产权,立法应对夫妻共同财产与夫妻个人财产之间的补偿请求权加以规定,由夫妻自愿决定其是否行使。即立法设此规定,并非意味每个夫妻一方都必然会请求对方给予补偿。夫妻一方基于自愿为夫妻他方和家庭多做贡献,可放弃行使此权利。

(五)夫妻一方婚后所得知识产权的财产期待权,是否应归属夫妻一方个人所有的问题

根据我国现行司法解释,夫妻一方婚后所得的尚未取得经济利益的知识产权,离婚时归一方所有,在分割夫妻共同财产时,可根据具体情况,对夫妻他方予以适当的照顾。<sup>①</sup> 根据此司法解释精神,《1999年法学专家建议稿》第45条规定,夫妻一方享有的知识产权的财产期待权,为夫妻一方的特有财产,归一方本人所有。笔者认为,夫妻一方婚后所得的知识产权的财产期待权,似归属于夫妻双方共同所有,更为科学、合理。主要理由如下:

第一,将夫妻一方婚后所得的知识产权的财产期待权,归属夫妻一方个人所有,与我国现行婚姻法的规定精神相抵触。诚然,从知识产权的性质看,除商标权不直接涉及人身权利的内容外,其他各类知识产权都具有人身权和财产权双重属性,对人身权而言,只能仅由创造人独享且不可转让;但对财产权而言,则是可以转让的。按我国现行司法解释,在婚姻关系存续期间夫妻一方或双方由知识产权取得的经济利益,为夫妻共同财产;商婚时一方尚未取得经济利益的知识产权归一方所有。可见,知识产权的人身属性并未影响其取得的经济利益可以成为夫妻共同财产,而经济利益是否实际取得,才是影响其所有权归属的决定性因素。即系以经济利益是否实际取得为依据,分别确定其所有权的归属:已经取得的经济利益归属于夫妻共同财产;尚未取得的经济利益则归属于

<sup>①</sup> 参见:我国最高人民法院1993年11月3日《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》第15条。

夫妻一方个人所有。显然,这种划分婚后所得财产权归属的依据,与我国现行婚姻法的规定精神是相抵触的。根据我国婚姻法第13条的规定,夫妻在婚姻关系存续期间一方或双方所得的财产,为夫妻共同财产,但另有约定的除外。即系以财产所有权在婚后取得,作为确定财产所有权归属的依据。也就是说,在婚姻关系存续期间,只要夫妻另无约定,夫妻一方或双方已取得所有权的财产,均应作为夫妻共同财产。这当然也应包括夫妻一方婚姻期间取得的知识产权的财产权所生的现实经济利益和期待经济利益在内。因为,知识产权的客体——智力成果,是脑力劳动的产物,本身就是一种无形财产。知识产权作为无形财产权,同时具有人身权和财产权双重属性。夫妻一方在婚姻期间取得知识产权即同时取得人身权和财产权,尽管享有此种财产权与取得实际经济利益具有不同步性,也不能因此否认该财产权是夫妻一方在婚姻期间取得且已现实享有的,所以,夫妻一方在婚姻期间基于脑力劳动所得无形财产权所生的经济利益,包括现实经济利益和期待经济利益,理应与基于其他劳动所得的有形财产一样,都属于夫妻双方共同所有,才是符合我国婚姻法规定的精神的。

第二,将夫妻一方婚后所得知识产权的财产权所生经济利益,按其是否实际取得为依据,分别确定其所有权的归属,是不科学的。根据民法原理,民事主体享有的财产权根据其成立要件是否全部具备,可分为既得权与期待权。其划分的目的,在于明确该权利是否属于“完全具备成立要件”、“实际享有的”、“可行使的权利”。<sup>①</sup> 同样,夫妻婚后所得知识产权的财产权所得的经济利益,根据其是否已具备取得经济利益的全部条件,亦可分为既得权与期待权。由于知识产权的人身权和财产权同时产生,同时为权利人实际享有。如果知识产权的财产权是权利人在婚姻期间取得享有的,尽管其经济利益尚未实际取得,也不能由此改变婚姻期间所得无形财产权所生经济利益属于夫妻双方共有的性质。必须指

<sup>①</sup> 参见王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》(上),132页,中国政法大学出版社,1988。

出,知识产权的财产期待权不同于一般的财产期待权,前者是基于权利人已实际享有的知识产权,在具备一定条件(本人使用或授权他人使用智力成果)后可取得的经济利益的权利,即属于对既得的无形财产权所生经济收益之期待权。后者并无一个既得的无形财产权为基础,而是本身尚未具备全部要件,在将来其他条件具备时才能构成现实的财产权。故在婚姻期间,夫妻一方所得知识产权的财产期待权并不完全相同于夫妻一方所得一般的财产期待权。因此,对知识产权的财产期待权不能完全照搬一般财产权的期待权理论,确定其归属。也就是说,凡基于夫妻一方婚内所得知识产权的财产权所生的经济利益,无论是期待利益,还是既得利益,因为其是婚内所得的无形财产权所生,均应属于夫妻共同财产,才是科学的。

第三,将夫妻一方婚后所得知识产权的财产期待权,归属夫妻一方所有,有悖民法的公平原则。既然夫妻一方婚后所得知识产权已经取得的经济利益(既得利益),归属夫妻双方共同所有;那么,夫妻一方婚后所得知识产权尚未取得的经济利益(预期利益),也应归于夫妻双方共同所有,才是合理的。否则,仅仅因为后者是预期利益,就归属于一方所有,对他方而言显然是有失公平的。并且,从司法实践中看,离婚时夫妻财产分割中对夫妻他方的所谓“适当照顾”,往往是十分无力的。相反,如果将夫妻一方婚后所得的知识产权的财产期待权作为夫妻共同财产,则可以补救夫妻财产分割时对做有特别贡献一方“照顾无力”的弊端,还可以防止夫妻一方利用夫妻他方的人力、物力达到其目的后即提出离婚,恶意抛弃他方,变相剥夺他方对婚姻共同生活的“投资”和预期利益,造成对他方的“系统性剥夺”。<sup>①</sup>

第四,关于夫妻一方婚后所得知识产权的财产期待权,如作为夫妻共同财产,在离婚时如何分割?有的人可能认为,夫妻一方婚

<sup>①</sup> 苏力:(冷眼看婚姻),载李银河、马忆南主编:(婚姻法修改论争),44~48页,光明日报出版社,1999。

后所得知识产权尚未取得的经济利益,如果被作为夫妻共同财产,在离婚时难以分割,不如按现行司法解释“离婚时归一方所有,在分割夫妻共同财产时,可根据具体情况,对夫妻他方予以适当的照顾”。这样既可减少夫妻财产分割争议,又适当照顾了夫妻他方的利益。笔者认为,诚然,知识产权的财产期待权,因其尚未实现经济利益,在分割上具有一定难度。但前述的理由已经表明,将该财产作为夫妻一方个人所有的财产是既不科学又不合理的,所以,不能因为此类财产的分割有一定难度,就将其所有权的性质改变。鉴于知识产权具有人身性,故其财产期待权似可采取以下两种分割方法:一是可以比照民法关于不可分物的分割方法,进行估价分割。即先聘请专业人员对该知识产权的预期利益进行估价,然后将其分给享有人身权的夫妻一方所有,由该方给予对方所估一半价值的补偿;二是暂时不予分割,待今后其取得经济利益后,再行分割。

第五,从国外一些国家的立法看,夫妻一方婚姻关系存续期间取得的某些财产期待权,已经被规定为夫妻共同财产,离婚时由夫妻平均分割。例如,德国1976年6月14日通过的《关于改革婚姻法和亲属法的第一号法律》其中的一项重要改革,就是在立法中增加了“供养补偿”的规定,即离婚的夫妻双方,对于养老金等供养给付的期待资格或预期利益相互之间实行补偿。根据《德国民法典》规定,如果在婚姻期间,离婚双方或一方依该法规定的“因年老或丧失就职就业能力而给予的供养期待资格或预期得以建立或保持,则在离婚的双方之间实行供养补偿。但既不因婚姻双方的财产也不因其劳务而得以建立或保持的供养期待资格或预期,在此不予考虑。”“对应当用于补偿的供养享有较高价值的期待资格或预期的夫妻一方,为补偿义务人。享有权利的夫妻他方得到该价值差额的半数作为补偿。”<sup>①</sup> 在美国,养老金(或称退休利益)是否可以作为婚姻财产予以公平分割,各州的规定并不统一,特别是对

<sup>①</sup> 参见:《德国民法典》第1587、1587a条第1款。

养老金的分类和估价分歧较大。但在大多数实行公平分割法的州,或者将所有的养老金包括军队退休金都作为婚姻财产分割,或者将其列为法院在分割财产时必须考虑的因素。美国绝大多数法院都认为,养老金无论被授权与否,“只要在婚姻期间取得,都是婚姻财产。”(养老金只有达到最低数额的积累资金后,才能被授权,经授权后方能按计划领取。)美国加州高级法院的判例认为,养老金不仅仅是一种可期待利益,它是对雇员所提供的劳务补偿,因此是一种重要的财产。目前养老金在受雇者的报酬中的地位越来越高,雇员自加入退休计划开始,养老金的价值就在不断地提高,并成为婚姻共同体中最重要的财产。在分割财产时将养老金全部给予一方,而对他方没有任何补偿,是不符合法律规定的公平分割财产原则的。因此,无论养老金是否被授权,都应当作为共同财产予以分割。养老金作为婚姻财产,美国法院主要采取三种分割方法:一是对养老金(预期利益)进行估价后一次性地对他方予以补偿;二是法院判决未受雇的一方自他方取得养老金时,始与受雇方按一定的比例分享养老金;三是迟延判决,直至受雇方根据养老计划实际取得养老金时再判决,法院在离婚时不必对退休金进行估价分割。<sup>①</sup>

笔者认为,上述国外立法规定和司法实践,无疑对我国完善夫妻财产制立法,将夫妻一方婚后所得知识产权的财产期待权,以及夫妻一方婚后所得的领取退休金的预期利益等,纳入夫妻共同财产的范围,具有一定借鉴意义。因为,随着知识经济时代的到来,知识产权的财产期待权、领取退休金的预期利益等,将越来越在夫妻财产中占据重要地位,成为夫妻婚后所得的最重要的财产之一。

(六)在夫妻共同财产分割后,夫妻对共同财产债务的清偿是否可有条件地承担有限连带责任问题

关于夫妻共同财产分割后,夫妻对共同财产债务的清偿是否承担有限连带责任问题,我国现行婚姻法和司法解释均无明文规

<sup>①</sup> 参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,262~266页,中国政法大学出版社,1999。

定。我国婚姻法第32条仅规定：“离婚时原为夫妻共同生活所负的债务，以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时，由双方协议清偿，协议不成时，由人民法院判决。”可见，此立法精神是夫妻以个人财产对共同财产债务的清偿承担无限责任，但未明文规定为连带责任。《1999年法学专家建议稿》第68条规定：“夫妻为共同生活、共同经营以及为履行法定扶养义务所负的债务，为共同债务，离婚时，应当以夫妻共同财产清偿。如无夫妻共同财产或者夫妻共同财产不足清偿，由双方协议清偿，协议不成的，由人民法院判决。”即此规定与上述现行婚姻法的規定，两者精神是完全一致的。笔者认为，关于夫妻共同财产分割后，夫妻对共同财产债务的清偿是否可有条件地承担有限连带责任问题，立法不明确予以规定，导致存在明显的立法漏洞，这是很不妥当的。主要理由如下：

第一，从现实生活中看，在市场经济新形势下，夫妻如果尚未清偿共同债务，就已经分割夫妻共同财产的，对共同财产的债权人而言，其债务的清偿往往就缺乏保障。因此，基于保护夫妻合法财产权益和保障第三人利益相兼顾原则，我国夫妻财产制应当增补规定：对夫妻共同财产分割后尚未清偿的共同债务，只要在夫妻共同财产制终止后两个月内，造具有经公证的夫妻共同财产清册的，夫妻对共同财产债务的清偿可在所分割的共同财产范围内，承担连带责任。

第二，从国外立法例看，在现代社会，有的国家立法对夫妻共同财产分割后，夫妻对共同财产债务的清偿有条件地承担有限连带责任的问题作出了明确规定。例如，根据《德国民法典》第1480条的规定，如果在—项共同财产债务得到清偿之前分配共同财产，则在分配时不承担个人连带责任的配偶一方也对债权人承担个人连带责任。但该方的责任仅限于其所分之物。即在已分割的共同财产范围内，该方对共同财产债务的清偿承担有限连带责任。《法国民法典》亦对夫妻各方对共同债务的清偿，承担全部清偿责任、或按份清偿责任、或有限清偿责任的条件，分别作出明确规定。即夫妻各方对以自己名义所欠的应由共同财产负担的债务之全部，

负有清偿责任。夫妻各方对以配偶他方名义所欠的应由共同财产负担的债务,仅就其一半负清偿之责;且除有隐匿财产之情形外,夫妻财产分割之后,只要在夫妻财产制终止之日起9个月期限内,依法造具有财产清册的,夫妻各方对清偿债务所负的责任,仅以其从共同财产中分得的财产为限。如夫妻一方已清偿的债务超过其应负担的部分,就已超过之部分,对另一方配偶有求偿权(参见该法典第1482至1487条)。《意大利民法典》第190条则明文规定了夫妻个人财产的有限补充清偿责任。即在无法以夫妻共同财产清偿全部债务的情况下,可以作为补充手段请求用夫妻各方的个人财产清偿债务,但是,以满足债权额的半数为限。这些规定均体现了保护夫妻合法财产权益与维护第三人利益相兼顾原则的精神,对我国立法无疑具有一定借鉴意义。



# 第五章 离婚制度立法研究

## 第一节 概 述

### 一、婚姻终止概述

#### (一)婚姻终止的概念

婚姻终止,是指合法有效的婚姻关系因发生一定的法律事实而归于消灭。

婚姻终止后,意味着在婚姻当事人之间、婚姻当事人与子女及其他第三人之间将会产生一系列相应的法律后果,即婚姻终止的法律效力。婚姻终止的效力由于涉及的法律部门和主体的范围不同,可分为广义、狭义、最狭义三种:

1. 广义的效力,是指婚姻终止在婚姻家庭法和相关部门法所发生的权利和义务变更、消灭的后果。

2. 狭义的效力,是指婚姻终止在婚姻家庭法上,在当事人之间及当事人与第三人之间所发生的财产关系及人身关系方面的变更或消灭等后果。

3. 最狭义的效力,是指婚姻终止在夫妻双方当事人之间发生的人身关系及财产关系方面的法律后果,如夫妻身份关系终止、再婚自由权的取得、扶养义务的解除及夫妻共同财产的分割等。

婚姻家庭法学主要以婚姻终止的狭义效力,作为研究对象。

#### (二)婚姻终止的原因

婚姻终止的原因有二:一是婚姻当事人一方的死亡(包括自然死亡和宣告死亡);二是离婚。引起婚姻终止的原因不同,其法律后果也不尽相同。

1. 婚姻因配偶死亡而终止。配偶死亡有两种情况：一是配偶一方自然死亡；二是配偶一方被宣告死亡。配偶关系作为一种身份关系，以配偶双方的生命存在为前提条件，配偶一方死亡，双方已不能共同生活，必然引起婚姻关系终止的法律后果。配偶死亡方式不同，婚姻终止的法律后果，也有所不同。

(1) 婚姻因配偶自然死亡而终止。配偶一方自然死亡，夫妻双方已不能共同生活，夫妻之间的权利义务终止，婚姻关系也自然终止。因配偶一方死亡而终止婚姻的效力，只限于对夫妻双方的内部效力，即夫妻之间人身关系和财产关系上的权利义务不复存在，但夫妻以外的婚姻效力，并不当然消灭。在实际生活中，配偶一方死亡之后，生存配偶一方往往仍继续保持与死亡配偶一方亲属的关系，有的还仍然留在原家庭内生活，姻亲关系继续存在，不因配偶一方死亡而终止。这是婚姻因配偶自然死亡而终止与因离婚而终止，两者后果的一个显著不同之处。

(2) 婚姻因配偶一方被宣告死亡而终止。宣告死亡，是指经利害关系人的申请，由人民法院依审判程序宣告下落不明达一定期间的公民为死亡的法律制度。宣告死亡是在法律上推定失踪人已经死亡，与自然死亡产生相同的法律效力。关于配偶一方被宣告死亡后，婚姻关系终止的时间，国外有二种不同的立法例：一种规定为从宣告死亡之日起婚姻关系即行终止；另一种规定为配偶一方被宣告死亡后，直到他方再婚时，婚姻关系才被视为终止。我国实践中采取的是前一种立法例的做法。由于死亡宣告是一种法律推定，被宣告死亡的人有可能并未死亡而又重新出现，或者后来有人知道其并没有死亡，在此情况下，我国《民事诉讼法》第 169 条明确规定：“被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现，经本人或利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。”关于死亡宣告被撤销后，被宣告死亡者的原婚姻关系能否恢复问题，绝大多数国家的法律规定，如果生存配偶已经再婚，则后婚有效，前婚仍然解

除。如果生存配偶尚未再婚,在宣告死亡者生还后,有的国家规定,其婚姻关系自行恢复,而有的国家则规定,须履行一定的手续后婚姻关系方可恢复。我国有关司法解释对此问题也有明确规定,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第37条规定:“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复;如果其配偶再婚后又离婚,或者再婚后配偶又死亡的,则不得认定夫妻关系自行恢复。”

在此必须指出的是,配偶一方被宣告失踪只能通过判决离婚而终止婚姻关系。被宣告失踪人与其配偶并不因失踪宣告而终止其婚姻关系,宣告失踪期间双方均不得再婚。如果宣告失踪之后,又被宣告死亡的,则其婚姻关系自宣告死亡之日起终止。依照我国有关法律规定,失踪人的配偶要求解除与失踪人的婚姻,可向人民法院提出离婚诉讼,人民法院受理后,应当进行公告,限失踪人3个月内应诉,公告3个月期满,逾期不应诉的,人民法院可作缺席判决离婚。判决书以公告方式送达,公告之日起留3个月为送达生效期间,3个月后经过15日的上诉期,失踪人未提出上诉的,离婚判决生效,婚姻关系终止。

## 2. 婚姻因离婚而终止。

(1) 离婚的概念。离婚是在夫妻双方生存期间,依照法定的条件和程序解除婚姻关系的法律行为。离婚作为一种民事法律行为具有以下特征:

① 离婚的主体,只能是具有合法夫妻身份关系的男女。即离婚只能由具有合法夫妻身份的男女双方本人提出。其他任何人都无权代替夫妻一方提出离婚,也不能对他人的婚姻提出离婚请求。

② 离婚的时间,只能在夫妻双方生存期间办理离婚。如夫妻一方死亡或被宣告死亡的,则婚姻关系已经终止,不必进行离婚。

③离婚的前提,只有男女双方存在着合法婚姻关系为前提,才能办理离婚。离婚是对合法有效婚姻关系的解除。凡属违法婚姻(但我国法律在一定时期内承认效力的事实婚姻除外),即使骗取了《结婚证》的,也只能宣告该婚姻关系无效或撤销,收回《结婚证》,不能按离婚办理。

④离婚的要件,只能依照法定条件和程序办理离婚。离婚作为一种民事法律行为,必须具备法定的条件,并履行法定的程序,才能发生法律效力。双方当事人私下协议或由群众、村(居)委会干部参加所达成的离婚协议,都不能发生法律效力。

⑤离婚的后果,是导致婚姻关系的解除,从而会引起一系列的法律后果。如当事人的夫妻人身关系和夫妻财产关系终止,子女抚养方式的变更,以及债务的清偿等等。所以离婚不仅关系到双方当事人的利益,同时,也会影响到子女的利益和社会的利益。

(2)离婚的种类。根据不同的角度,可对离婚作如下分类:

①根据当事人对离婚的态度,可分为双方自愿的离婚和一方要求的离婚;

②根据离婚的程序,可分为行政程序的离婚和诉讼程序的离婚;

③根据解除婚姻关系的方式,可分为协议离婚和判决离婚。

(3)离婚与无效婚及可撤销婚的区别。离婚与婚姻的无效与撤销,从形式上看都是婚姻关系的解除,但实质上前者与后者是适用的两种不同的民事法律制度,两者有着根本的区别:

①两者的性质和原因不同。婚姻无效与撤销是对违法婚姻关系的处理和制裁,其婚姻无效的原因在结婚之前或之时就存在;离婚是对合法婚姻关系的解除,其离婚原因一般是发生在结婚之后。

②两者的请求权主体不同。离婚的请求权只能由当事人本人行使,其他任何第三人无权代理。而无效婚姻与可撤销婚姻的请求权除由当事人双方或一方本人行使外,还可以由利害关系人和

国家有关部门行使。

③两者的时效期间不同。离婚请求权只能在双方当事人生存期间行使,如当事人一方死亡,不能够提出离婚。而婚姻无效或撤销的请求权既可在当事人双方生存期间行使,也可在当事人双方或一方死亡后行使。

④两者的程序不同。国外许多国家规定,婚姻的无效和撤销必须依诉讼程序进行,由法院裁判,而对离婚,一些国家规定既可依诉讼程序进行,也可依行政程序进行。(在我国,离婚与婚姻的无效和撤销,两者均既可依诉讼程序进行,也可依行政程序进行,即两者的程序是相同的。)

⑤两者的法律后果不同。在我国,无效婚姻从婚姻成立之日起就不具有法律效力,在被宣布无效后,不产生离婚的法律后果,其法律后果与解除非法同居关系的法律后果相同;离婚从婚姻成立之日起就具有法律效力,在离婚后,其法律后果与解除非法同居关系的法律后果不同。

(4)离婚与别居的区别。别居,又称分居,是指通过司法裁判或当事人协议的方式解除夫妻双方的同居义务,因婚姻所生的其他夫妻权利义务亦有所变更,但婚姻关系仍然存续的法律制度。此法律制度是在欧洲中世纪基督教实行禁止离婚的情况下产生的。当时根据基督教“婚姻乃神作之合,人不可离之”的教义,夫妻关系即使恶化到不堪共同生活,也不允许离婚,只能基于有正当理由,采取别居的方式来免除夫妻间的同居义务。即当时设立别居制度的目的,是把它作为禁止离婚的补救手段。意大利、西班牙等国早期都不准离婚只许别居,后来逐步发展为别居与离婚两种制度并存。在现代社会,别居制度(或称分居制度)虽仍被一些国家采用,但现代社会这些国家的别居制度与中世纪的别居制度两者的目的有所不同,前者已不再是禁止离婚的补救手段,而是作为缓和夫妻矛盾的一种方式,或作为离婚前的一个考验期,以衡量婚姻

关系是否彻底破裂。一些国家如法国、德国、英国、意大利等都以一定时间的分居作为离婚的法定事由。例如,《法国民法典》第305条规定,被判决宣告分居的,“夫妻双方自愿恢复共同生活,即结束分居。”且第306条规定:“如夫妻分居时间已持续达三年,应一方配偶请求,分居判决当然转为离婚判决。”该法第307条还规定:“各种分居情形,应夫妻双方共同请求,均得转为离婚。但在依夫妻双方共同申请宣告分居的情形下,只有依双方共同提出新的申请,分居始能转为离婚。”

离婚与别居的主要区别如下:

①两者婚姻关系是否存续不同。别居者婚姻关系仍然存续,故双方均不得再婚。离婚者已经解除了婚姻关系,双方都可以再婚。并且,夫妻在别居之后如果愿意恢复夫妻生活,只要双方开始同居共同生活即可,不必办理复婚手续;而离婚之后双方如要恢复夫妻关系,必须依法办理复婚手续。

②两者夫妻权利义务是否继续存在不同。别居期间夫妻间的权利义务除同居义务被免除及有的权利义务被变更外,<sup>①</sup>其他权利义务如扶养、继承等方面的权利和义务仍然存在。离婚后夫妻在人身和财产方面的权利义务均全部消除。

## 二、离婚制度的变迁

离婚制度是一定社会有关解除婚姻关系的原则、条件和程序的法律规范的总和,又称离婚法律制度。它是人类婚姻家庭制度发展到一定阶段的产物。它由社会经济基础所决定,受上层建筑各部门的制约和影响,与不同时代社会形态的变迁相适应,不同类型的社会有着不同类型的离婚制度。

<sup>①</sup> 有些国家规定,夫妻分居引起分别财产,原夫妻共同财产制终止。见《法国民法典》,第302、1441条;《比利时民法典》,第311条;《瑞士民法典》,第194、204条。

### (一) 离婚立法主义的变迁

古今中外多数国家的离婚立法,对于离婚的态度无不是由限制逐渐走向自由。古代社会的离婚立法主义(或称立法原则),大体可分为两大类型:禁止离婚主义与许可离婚主义。然而必须指出的是,禁止离婚主义并不是古代社会大多数国家经历过的阶段,只是在有些地区的国家如中世纪欧洲的一些国家实行过。而古代社会的许多国家则是实行的许可离婚主义,如在古巴比伦,《汉谟拉比法典》第138条规定,倘自由民离弃其未生子的原配偶,则应给她以相当于聘金数额的费用,并应将其从父家带来的嫁妆还给她,然后才能离弃。在古代信奉伊斯兰教的一些国家,实行《古兰经》的规定:“如果你们休一个妻室,而另娶一个妻室,即使你们已给过前妻一千两黄金,你们也不要取回一丝毫。”即也是允许离婚的。<sup>①</sup> 在中国古代,“出妻”、“和离”、“义绝”等是法定的离婚方式。在古罗马,婚姻可以由于配偶一方死亡、能力丧失或婚意丧失而解除。优士丁尼法规定的离婚有四种方式:合意离婚、片意离婚(包括休妻和因一方配偶的过错而片意离婚)、无原因的片意离婚及“善因离婚”(指因不可归责于配偶任何一方的原因而离婚)。在罗马共和末期,服从夫权的妇女也可以提出离婚,并要求丈夫通过“要式退卖”或“解除祭祀婚”等行为放弃“夫权”。优士丁尼《新律》重申:“相互合意创造……婚姻……但婚姻缔结后,可以在不受处罚或受处罚的情况下解除它,因为人们之间达成的一切均可解除。”<sup>②</sup>

随着社会发展到近现代社会,古代离婚立法主义的演变大体

① 参见法学教材编辑部《婚姻法教程》编写组:《婚姻立法资料选》,131、143页,法律出版社,1983。

② 参见[意]彼德罗彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,147~151页,中国政法大学出版社,1992。

沿着两条轨迹:古代采禁止离婚主义的向采许可离婚主义演变;古代采许可离婚主义的经历了由男子专权离婚主义向男女平权离婚主义发展的过程,而近现代社会许多国家的离婚立法在采取许可离婚主义之限制离婚主义后,先后由有责主义(或称过错原则)发展到兼采无责主义(或称干扰原则),最后走向自由离婚主义(或称破裂原则)。

1. 禁止离婚主义。禁止离婚主义,是指夫妻在生存期间无论出于何种原因,均不得离婚。在中世纪,西欧各国受教会法控制,婚姻家庭案件管辖权操于教会法庭之手,根据基督教教义,“上帝配合的人不可分开”。即“婚姻乃神作之合,人不可离之”,实行禁止离婚主义。<sup>①</sup> 夫妻关系即使恶化到不能继续共同生活,也只能别居。随着社会的发展到15、16世纪,婚姻家庭案件的管辖权逐渐归还世俗法庭,而英国则迟至18世纪。<sup>②</sup> 此过程称“婚姻还俗运动”。借助欧洲15、16世纪“三大运动”(宗教改革、文艺复兴运动和婚姻还俗运动)之力,一些欧洲国家先后采取民事婚,实行许可离婚主义。但教会法的影响至今仍制约着极少数国家人们的婚姻家庭生活。虽不少国家如意大利、葡萄牙、西班牙等已摒弃禁止离婚主义,改采许可离婚主义。但仍有少数国家的法律现仍禁止离婚。

2. 许可离婚主义。许可离婚主义是指允许夫妻基于法定事由,解除婚姻关系的立法主张。许可离婚主义承认婚姻的可变性及其可离异性,允许夫妻在生存期间基于法定事由而解除婚姻关系。从古代社会至近现代社会,许多国家采取许可离婚的立法主张,但

---

① 参见法学教材编辑部《婚姻法教程》编写组:《婚姻立法资料选》,146~147页,法律出版社,1983。

② 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组:《外国法制史》,186页:“英国1836年婚姻法‘第一次改变了结婚必须按照英国教堂仪式取得执照的规定,承认了在政府登记机关举行婚礼的婚姻的合法性’。”法律出版社,1982。



许可离婚的法定事由(或法定条件)则有一个从严到宽的发展演变过程。即从古代的男子专权离婚主义,发展到近现代的男女平权离婚主义,近现代离婚法的限制离婚主义先后不同程度地从有责离婚主义发展到兼采无责离婚主义,并逐渐走向自由离婚主义,这已成为当代许多国家离婚立法的发展趋势。

(1)专权离婚主义。专权离婚主义是指夫家或夫本人单方面享有较多的离婚权,而妻本人或者没有离婚权或者离婚权受到极为严格的限制,故又称男子专权离婚主义。这种离婚制度是男子在政治上、经济上处于统治地位的必然结果。中国封建法律关于离婚的“七出”条规,是专权离婚主义立法的典型代表。

(2)限制离婚主义。限制离婚主义是指夫妻双方均享有离婚请求权,但由法律对离婚规定一定限制条件的立法主张。近代社会欧洲资产阶级在取得反封建斗争的胜利后,基于“自由、平等”的主张,认为婚姻是一种民事契约,用许可离婚主义代替了宗教神权的禁止离婚主义,并规定夫妻均有提出离婚的权利,以男女平权离婚主义取代了男子专权离婚主义,这无疑是一个历史的进步。但早期资产阶级国家的立法仍保留有不少封建残余,基于离婚是对过错方的惩罚和对无过错方的解救的意旨,实行以过错原则为中心的**限制离婚主义**。对于离婚主要从两个方面加以限制:一是离婚理由的限制;二是离婚请求权的限制。前者指法律明确规定离婚的法定理由,只有符合法律规定的离婚理由,才允许离婚,故又称“**有因离婚**”。最初规定的法定离婚理由包括:一方有过错、通奸、虐待、遗弃、重婚、一方被判刑等。后者指对于离婚请求权,只能由无过错的配偶一方享有,有过错的配偶一方无离婚诉权。故这种立法主义又被称为“**有责主义或过错原则**”。以后随着社会发展,立法者又将一些虽非当事人的主观过错,但婚姻关系却不能维持的情况,也同时作为离婚的法定理由加以规定,如一方患有精神病、一方失踪、有生理缺陷不能发生性行为等。这即是对离婚采取

无责主义的原则,当事人主观无过错而为客观的离婚原因,又被称为“无责主义或干扰原则”。

(3)自由离婚主义。自由离婚主义是指根据夫妻双方或一方当事人请求离婚的意愿,无论当事人有无过错,只要婚姻关系破裂的,均准予离婚的立法主张。也就是说,法律以尊重当事人的离婚自由权为宗旨,不以无过错作为享有离婚请求权的限制条件,即使双方缺乏离婚合意,甚至一方有过错,只要婚姻关系确已破裂致夫妻不堪共同生活的,依当事人一方或双方的要求也可准予离婚,故从准予离婚的法定条件角度,又被称为“破裂原则”。自由离婚主义对离婚既无男女性别限制,也无过错限制,享有离婚权的主体在法律上地位是平等的,夫妻任何一方,无论有无过错,都可依照法定的条件和程序提出请求离婚,因此,自由离婚主义更加符合婚姻的本质。

在前苏联,“十月”社会主义革命胜利后,率先实行自由离婚主义原则,这是人类离婚制度的又一重大进步。在20世纪60年代末,英国1969年颁布1971年1月1日生效的《离婚改革法》第1条明确规定:“本法生效后,婚姻任何一方可以向法庭请求离婚的惟一理由是婚姻关系已无可挽回的破裂。”<sup>①</sup>美国1970年加利福尼亚州制定了该国第一部破裂主义的离婚法,“为美国整个家庭法的文明化指明了方向”,到1981年美国除极少数州外,绝大多数州都实行了某种模式的无过错离婚法。与此同时,一些西方国家也先后纷纷转向采取婚姻破裂原则,瑞典于1974年、奥地利和澳大利亚于1975年,均修改立法摒弃过错原则而采取婚姻破裂原则,法国1975年修改立法兼采婚姻破裂原则和过错原则,原联邦德国于1976年确立所谓“婚姻解体”原则,加拿大于1984年确立婚姻破裂

<sup>①</sup> 参见丁保庆译:《英国离婚改革法》(1969年),载任国均、王瑞华选编:《外国婚姻家庭法资料选编》(上),55页,中国政法大学民法教研室,1984。

原则。<sup>①</sup>

从各国关于离婚法定理由的表述方式看,大体可分为列举主义、例示主义与概括主义三种立法模式:

所谓列举主义,是指法律将离婚的法定理由具体加以规定,法律未规定的原因则不能作为离婚的法定理由。此立法模式的优点是便于执法操作,缺点是过于封闭缺乏弹性,不能反映离婚原因的多样性。

所谓概括主义,就是法律不具体列举离婚的理由,只作抽象概括性规定,作为准予离婚的法定依据。这些抽象概括性规定,一般是以婚姻破裂无可挽回或夫妻关系无法继续维持等作为离婚的法定理由。如前苏联的《苏俄婚姻与家庭法典》第33条、美国1971年修订的《统一结婚离婚法》第302条、以及我国1980年《婚姻法》第25条的规定,均采此立法模式。此立法模式具有比较大的灵活性,由法院根据婚姻的实际情况,对具体案件作出裁判。但这使执法者在适用法律时有一定的难度,而且离婚的标准在实际操作中容易发生执法不统一的情况。

所谓例示主义,是法律除具体列举一定的法定离婚理由之外,又以一个抽象的、概括性的条款加以规定,以弥补列举理由之不足。此立法模式与列举主义相比,是原则性与灵活性相结合,能够反映离婚原因的多样性。如日本、英国等均采用此立法模式。<sup>②</sup>

## (二)我国离婚制度的演变

1. 我国古代的离婚制度。我国从奴隶社会至封建社会长达几千年,婚姻家庭制度一脉相承。在以男性为中心的宗法制度下,实行限制与剥夺妇女离婚权的专权离婚主义。中国古代离婚有四种

<sup>①</sup> 参见张贵钰:《当代外国离婚法改革的评介和启示》,载《中国法学》,1991(3)。

<sup>②</sup> 参见张恩沛:《离婚理由的比较分析》,载《中国法学》,1989(1)。

形式：出妻、和离、义绝，及基于特定事由的呈诉离婚。<sup>①</sup>

2. 1930年国民党政府民法亲属编的离婚制度。至近、现代社会，国民党政府1930年12月26日公布民法亲属编规定的离婚制度，反映了旧中国半殖民地、半封建社会的要求，一方面在立法体例上模仿日本、德国等大陆法系的亲属法体例，另一方面在内容上仍保留了不少封建婚姻家庭制度的残余。该法对离婚规定了两种方式：一是两愿离婚；二是判决离婚。

(1) 两愿离婚。该法第1049条、第1050条分别规定：“夫妻两愿离婚者，得自行离婚。但未成年人应得法定代理人之同意。”“两愿离婚应以书面为之，有二人以上证人之签名。”1985年台湾当局对民法亲属编进行修改后，增加了两愿离婚须在户籍机关进行登记，以登记作为两愿离婚成立的形式要件。

(2) 判决离婚。判决离婚的法定理由采取列举主义，即无法定原因之一方得向有法定原因之他方提出离婚。后经1985年6月的修正条款改为例示主义的立法模式，除具体列举离婚的十个法定原因外，另行增加了概括性条款，以补救列举之不足。

3. 解放前革命根据地的离婚立法。中国共产党一向重视解放妇女，将建立婚姻自由、男女平等的婚姻家庭制度作为自己的重要任务。在解放前中国共产党领导的苏区、抗日根据地、解放区先后进行了大量的婚姻立法，对离婚问题作了明确的规定，包括赋予夫妻平等的离婚权；确定离婚自由；对离婚原因进行或概括、或列举、或例示的规定；确立了离婚登记制；在离婚问题上，对革命军人给以特殊保护、对妇女权益给予特殊照顾、注意保护未成年子女的合法利益等，反映了革命战争时期对新型夫妻关系的要求，为新中国离婚制度的建立奠定了基础。

4. 中华人民共和国离婚制度的发展。中华人民共和国成立

<sup>①</sup> 参见杨大文主编：《亲属法》，179～187页，法律出版社，1997。

后,1950年《婚姻法》继承民主革命根据地的立法经验,针对建国初期的实际情况,对离婚问题作了明确具体的规定,主要包括:坚持婚姻自由、男女平等的基本原则,保障夫妻享有平等的离婚自由权;兼采登记离婚和诉讼离婚双轨制;采取自由离婚主义,且对离婚理由不作具体规定;注意保护怀孕、分娩期间妇女的合法权益,强化离婚时男方在财产方面的责任;并保护未成年子女的合法权益等。1950年《婚姻法》彻底废除了沿袭几千年的封建主义婚姻家庭制度所确认和保护的男子专权离婚主张,同时也否定了近代资本主义国家立法的过错离婚主义,确立了我国社会主义男女平权的新型离婚制度。

我国1980年《婚姻法》在继承1950年《婚姻法》离婚立法经验的基础上,充分总结了30年来的实践经验,针对当时社会新情况、新问题,对1950年《婚姻法》有关离婚的部分内容作了修改、补充和发展,规定以夫妻感情确已破裂作为判决准予离婚的法定条件,以适应调整新时期离婚问题的需要。

### 三、现代离婚立法的发展趋势

在现代社会,基于尊重婚姻的本质,维护当事人和社会的根本利益,绝大多数国家实行自由离婚主义,即自由离婚主义代表着现代离婚立法的发展趋势。但由于现代社会经济、文化条件的限制,婚姻家庭仍然担负着养老育幼、教育子女的职能,不少家庭还担负着物质生产的职能,因此,婚姻的解除不仅涉及夫妻两人的利益,而且涉及子女、家庭和社会的利益。许多国家正是基于保护个人利益与社会利益相兼顾原则,离婚立法实行相对离婚自由原则,也就是说,当代社会许多国家的自由离婚主义并非绝对自由,这主要表现为:

第一,现代有些国家的离婚法在采破裂原则的同时仍然兼采过错原则或以过错作为证明婚姻关系破裂的法定事由。如《法国

民法典》在离婚一章中设专节保留了因过错而离婚的规定,并规定无责的配偶得向有责的配偶要求赔偿因离婚而发生之财产上及非财产上之损害;因共同生活破裂而离婚,采取主动离婚的一方被视为败诉,有责任向他方提供津贴,用于补偿因离婚而造成的各自生活条件的差异。<sup>①</sup> 意大利、奥地利、西班牙、日本等国亦兼采破裂原则与过错原则。<sup>②</sup> 1971年施行的《英国离婚改革法》虽规定惟一的法定离婚理由是婚姻关系无可挽回的破裂,但在其后列举证明婚姻关系破裂的5项事由中,第1、3项均为过错行为,包括通奸、遗弃。第2项则是由于配偶一方的表现,使配偶他方按情理已不可能期望与其共同生活,这有可能配偶一方有过错,也有可能配偶一方并无过错。<sup>③</sup> 在美国“有20个州在规定婚姻关系破裂的同时,附加一项传统的过错理由,其他的州在适用无过错离婚时以分居或分离一定期间为前提或附加传统的过错理由。”<sup>④</sup>

第二,许多国家对破裂原则的适用作了须分居达法定期间的限制性规定。此限制主要以须达法定期限的分居,作为婚姻关系无可挽回的证明。如法国立法规定,夫妻一方以共同生活破裂为由要求离婚,须事实上分居已达六年;德国立法规定,如果婚姻双方分居一年并且均双方申请离婚或申请相对人同意离婚,则推定婚姻破裂;如果婚姻双方三年来一直分居生活,则推定婚姻破裂。澳大利亚立法规定,夫妻双方在提交解除婚姻关系的申请之前,须

---

① 参见:《法国民法典》,第242~246、265~267、270条。

② 参见林菊枝:《亲属法专题研究(二)》,202~204页;肖贤富主编:《现代日本法论》,161页,法律出版社,1998。

③ 参见丁保庆译:《英国离婚改革法》(1969年),载任国均、王瑞华选编:《外国婚姻家庭法资料选编》(上),55、56页,中国政法大学民法教研室,1984。

④ 夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,142页,中国政法大学出版社,1999。

已分居且分居的时间不少于一年。<sup>①</sup>

第三,不少国家对适用婚姻关系破裂原则规定了例外的严酷条款或称苛刻条款。如1996年《英国家庭法》规定,当婚姻一方当事人提出离婚令申请,法院认为婚姻的解除将给另一方当事人或子女造成巨大的物质上或其他方面的损害,且在此情形下,解除婚姻可能是错误的,法院可根据另一方当事人的申请,指令该婚姻不得解除(即作出禁止离婚令)。法国、德国和日本等国立法亦规定有“困难”或“不公平”等苛刻条款,作为适用破裂原则的例外。<sup>②</sup>

综上所述,我们认为,目前世界上多数国家实际上是实行的相对自由离婚主义。这反映了现代社会稳定婚姻家庭关系的要求,体现了现代离婚法既保护请求离婚当事人的离婚自由,又兼顾保障他方配偶及子女利益的立法意旨。这对我国离婚法的修改与完善无疑具有一定启示意义。当前我国婚姻法正在修改之中,对于离婚法定条件的修改,存在着较大的争议。我国有些学者认为,如果在新的《婚姻家庭法》中对离婚明列一些具体法定事由,作为认定婚姻关系破裂的依据,并适当延长离婚考虑期,增加适用破裂原则之例外的苛刻条款等,就是限制离婚自由,就是意味着“离婚立法的倒退”。我们认为,这种观点既不符合马克思主义有关离婚问题的基本观点,也不符合当代世界上大多数国家的立法现状,因而是错误的。(关于马克思主义有关离婚问题的基本观点,参见本节四:我国离婚立法的指导思想部分。)

① 参见:《法国民法典》,第237、238条;《德国民法典》,第1566条;田岚、刘智慧译:《澳大利亚家庭法》(1994年),第48条,载李忠芳主编:《外国婚姻家庭法汇编》,136页,群众出版社,2000。

② 参见:《英国家庭法》(1996年),第10条;《法国民法典》,第232条第2款、238条第2款、240条;《德国民法典》,第1568条;《日本民法典》,第770条第2款。

#### 四、我国离婚法的指导思想

##### (一)保障离婚自由

在我国,自中国共产党领导下制定了革命根据地的离婚立法,到新中国成立后制定的两部婚姻法都贯穿着“保障离婚自由,反对轻率离婚”,这一社会主义离婚法的指导思想。它既是我国离婚立法的指导思想,体现了离婚自由的基本原则,也是执法机关处理离婚问题的基本依据。

保障离婚自由,是婚姻关系的本质要求。在社会主义社会,婚姻应当是男女双方基于爱情的结合,夫妻关系的建立和存续都应以爱情为基础。但爱情作为精神感情,是处于发展、变化之中的,当夫妻关系恶化,夫妻双方的感情已经完全消失,又无恢复的可能时,就不再符合婚姻本质的内在要求,强行维护这种死亡的婚姻关系,无论对当事人,还是对子女、家庭及社会都是十分不利的。因此,法律应该允许当事人通过合法途径,解除死亡的婚姻关系,使他们有可能重新建立幸福美满的家庭。

保障离婚自由,符合马克思主义有关离婚问题的基本观点,也是社会主义婚姻家庭制度的基本要求。按马克思主义的婚姻家庭观,对离婚问题的基本主张是:“如果说只有以爱情为基础的婚姻才是合乎道德的,那么也只有继续保持爱情的婚姻才合乎道德。”<sup>①</sup>“谁不要求立即实现离婚的充分自由,谁就不配作一个民主主义者和社会主义者。”<sup>②</sup>因此,我国社会主义婚姻法坚持以保障离婚自由作为立法的基本指导思想。

保障离婚自由,有利于化消极因素为积极因素,提高婚姻家庭质量。对那些感情确已破裂、无和好可能的夫妻,允许依法解除婚

① 《马克思恩格斯全集》,第21卷,96页。

② 《列宁全集》,第23卷,67页。



姻关系,可以防止矛盾激化,提高整个社会婚姻家庭的质量。因为,离婚解除的只是那种不堪同居、已经死亡的婚姻。保障离婚自由,也是进一步清除封建主义婚姻家庭观残余影响的需要。

## (二)反对轻率离婚

必须指出,社会主义的离婚自由并不是绝对的自由,而是相对的有条件的自由。因此,保障离婚自由,必须反对轻率离婚。反对轻率离婚是我国离婚立法指导思想的有机组成部分。轻率离婚,是指对婚姻家庭不负责任,以轻率的态度对待和处理离婚问题。这是滥用离婚自由权的行为。马克思在《论离婚法草案》中曾经指出:“几乎任何的离婚都是家庭的离散,就是纯粹从法律观点看来,子女的境况和他们的财产状况也是不能由父母任意处理、不能由父母随心所欲地来决定的。”“离婚仅仅是对下面这一事实的确定:某一婚姻已经死亡,它的存在仅仅是一种外表和骗局。”“婚姻不能听从已婚者的任性,相反地,已婚者的任性应该服从婚姻的本质。”<sup>①</sup>总之,离婚是解除已经死亡的婚姻的一种迫不得已的手段,并不是社会的普遍行为。离婚关系到家庭、子女和社会的利益,只有在夫妻感情确已破裂,无法共同生活时,才能使用这一手段。因此,我们必须反对轻率离婚,决不允许人们在离婚问题上为所欲为。离婚必须符合法定条件,履行法定程序。法律上有关离婚的规定既是对离婚自由的保障,又是对轻率离婚的限制和约束。

反对轻率离婚,是对资产阶级的杯水主义、个人主义婚姻价值观的否定。坚持离婚自由,必须反对在婚姻问题上采取“杯水主义”,草结草离,见异思迁,喜新厌旧等个人主义倾向。倡导以严肃认真的态度,依法处理离婚问题,以弘扬社会主义婚姻家庭道德,树立良好的社会风气,建立和巩固更多的高质量的幸福和睦的婚姻和家庭。

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》,第1卷,183—185页。

## 第二节 我国登记离婚制度研究

### 一、登记离婚的意义

登记离婚属于合意离婚或双方自愿离婚,是指夫妻双方自愿解除婚姻关系,并就离婚后子女抚养、夫妻财产分割等问题达成协议,经过国家有关部门登记即解除婚姻关系的法律制度。在我国,这种双方自愿离婚的法定程序即登记离婚程序,是由国家婚姻登记管理机关依法进行。

由于登记离婚的协议是在当事人双方自愿、意思表示一致的情况下达成的,因而采取登记离婚方式,不仅手续简便,而且能使当事人双方心平气和地分手,避免了在法庭上当众相互指责,造成更深的敌对情绪,同时有利于当事人在没有外来压力的情况下,协商达成比较合乎双方意愿的协议,这也便于执行。所以,这种离婚方式在我国已被越来越多的离婚者所接受。

必须指出,登记离婚只是协议离婚的一种方式。协议离婚在不同的国家有不同的操作要求。在许可协议离婚制度的国家中,依照接受和办理协议离婚的机关的不同,可分为三种程序:

#### (一)户籍登记程序

由户籍机关按照户籍法的规定对协议离婚进行的离婚登记。如根据《日本民法典》规定,夫妻可以协议离婚;婚姻申报的规定,准用于协议离婚。<sup>①</sup>

#### (二)行政登记程序

通过行政官员或民事登记官员批准所达成的离婚协议。例如,《墨西哥民法典》规定:“夫妻双方自愿离婚,应亲自到其住所地的民事登记处官员面前声明,由民事官员制作一项记录,载明他

<sup>①</sup> 参见:《日本民法典》,第739、763、764条。

们的离婚请求,并在15日内传唤双方前来确认上述记录,如果当事人双方都表示同意,民事登记处官员就应宣布他们离婚。”<sup>①</sup> 根据我国《婚姻登记管理条例》的规定,夫妻双方自愿协议离婚,到婚姻登记管理机关办理,即属于行政登记程序。

### (三)司法裁决程序

司法裁决程序,指当事人的离婚协议须经法院审批或裁决才发生法律效力。例如《法国民法典》规定:“如夫妻双方共同请求离婚,无须说明其原因,夫妻双方仅应将处理离婚后果的协议草案呈报法官批准。”<sup>②</sup>

## 二、登记离婚的条件和程序

根据我国《婚姻法》第24条的规定:“男女双方自愿离婚的,准予离婚。双方须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时,应即发给离婚证。”我国1994年2月1日施行的《婚姻登记管理条例》进一步对此作了明确、具体的规定。这些规定可分为两个方面:一是登记离婚条件;二是登记离婚的程序。

### (一)登记离婚的条件

1. 双方当事人必须有合法的夫妻身份。我国《婚姻登记管理条例》第18条第4款明确规定,未办理过结婚登记的,婚姻登记机关不予受理。因为,登记离婚是对合法婚姻关系的解除,对于未办理结婚登记的事实婚姻、非法同居不能按登记离婚的程序解除。

2. 双方当事人必须为具有完全民事行为能力的人,并且本人亲自到场办理登记离婚。我国《婚姻登记管理条例》第18条第3款明确规定,一方或者双方当事人为限制民事行为能力人或者无

① 《墨西哥民法典》(婚姻篇),第272条。

② 《法国民法典》,第230条。

民事行为能力人的,婚姻登记机关不予受理。因为,登记离婚是解除夫妻身份关系的重要民事法律行为,只能由具有夫妻身份的当事人本人亲自进行,不能由任何第三人代替夫妻一方或双方办理登记离婚。为维护夫妻双方的合法权益,只能由具有完全的民事行为能力的夫妻双方本人进行。对于夫妻一方为无行为能力人或限制行为能力人的离婚,应依诉讼程序进行,并由其法定代理人代理诉讼。

3. 双方当事人必须有离婚的合意。我国《婚姻登记管理条例》第18条第1款明确规定,一方要求离婚的,婚姻登记机关不予受理。即要求离婚的双方当事人必须达成离婚的合意,而且离婚的意思表示必须是真实的、一致的,而不是虚假的或一方胁迫另一方达成的。凡欺诈、胁迫、一方欺骗另一方同意的离婚或双方恶意串通的假离婚,都不属于真实自愿的协议离婚,不符合登记离婚的要求。

4. 双方当事人必须对离婚后子女抚养、财产分割等问题达成书面协议。我国《婚姻登记管理条例》第15条规定,离婚协议书应当写明双方当事人的离婚意思表示、子女抚养、夫妻一方生活困难的经济帮助、财产及债务处理等协议事项。协议的内容应当有利于保护妇女和子女的利益。并在第18条第2款明确规定,双方要求离婚,但是对子女抚养、夫妻一方生活困难的经济帮助、财产及债务处理等事项未达成协议的,婚姻登记机关不予受理。因为,离婚不仅仅是夫妻身份关系的解除,还涉及夫妻财产关系的后果,以及对子女的后果。所以,法律要求夫妻在办理登记离婚时,必须对子女的抚养教育、夫妻一方生活困难的经济帮助、夫妻共同财产的分割、以及共同债务的清偿等问题达成一致的书面协议,以维护当事人和第三人的合法权益。

## (二) 登记离婚的程序

离婚登记同结婚登记一样都必须到婚姻登记机关去办理

登记手续。根据我国《婚姻登记管理条例》的规定,办理离婚登记必须经过申请、审查、登记三个步骤。

1. 申请。我国《婚姻登记管理条例》第 14 条规定:“当事人离婚的,必须双方亲自到一方户口所在地的婚姻登记管理机关申请离婚登记;申请时,应持下列证件和证明:(一)户口证明;(二)居民身份证;(三)所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的介绍信;(四)离婚协议书;(五)结婚证。”即要求离婚的男女双方必须亲自到婚姻登记管理机关办理手续,提出离婚的书面申请,并持有法定证件、证明,以便登记管理机关查明当事人身份,确定管辖权,证明夫妻身份,了解离婚当事人所在单位对该项离婚纠纷的处理意见等。

2. 审查。婚姻登记管理机关对于当事人的离婚申请应该根据婚姻法及《婚姻登记管理条例》的规定,进行严格的审查。审查包括两个方面:一是审查当事人提交证件、证明的真实性、合法性,防止冒名顶替;二是审查当事人是否符合登记离婚的法定条件。申请离婚登记的当事人对婚姻登记管理机关应如实提供必须了解的有关情况,不得隐瞒或欺骗。婚姻登记管理机关在审查的过程中,要向双方当事人宣传婚姻法的有关规定,教育其慎重对待和处理离婚问题。如果双方仍一致同意离婚,但对于子女及财产处理等有的不符合法律规定的,应帮助他们遵循婚姻法的规定作必要的调整。

3. 登记。我国《婚姻登记管理条例》第 16 条规定:“婚姻登记管理机关对当事人的离婚申请进行审查,自受理申请之日起 1 个月内,对符合离婚条件的,应当予以登记,发给离婚证,注销结婚证,当事人从取得离婚证起解除夫妻关系。”对不符合婚姻法和《婚姻登记管理条例》规定的,婚姻登记管理机关不予登记。《婚姻登记管理条例》第 20 条规定:“婚姻登记管理机关对当事人的婚姻登记申请不予登记的,应当以书面形式说明不予登记的理由。”

### 三、登记离婚的效力

当事人取得离婚证,即解除夫妻身份关系。《离婚证》和人民法院的《离婚判决书》、《离婚调解书》具有同等的法律效力。我国《婚姻登记管理条例》第17条规定:“离婚当事人一方不按照离婚协议履行应尽义务的,另一方可以向人民法院提起诉讼。”

关于离婚登记后,一方反悔要求人民法院给予重新处理的,我国1985年的有关司法解释指出:“男女双方自愿离婚,并对子女和财产问题已有适当处理,领取了离婚证的,其婚姻关系即正式解除。一方对这种已发生法律效力离婚,及子女和财产问题的处理翻悔,在原婚姻登记机关未撤销离婚登记的情况下,向人民法院提出诉讼的,人民法院不应受理……告知当事人向原婚姻登记机关申请解决。”但1986年的司法解释又规定:“男女双方在婚姻登记机关办理离婚登记后,因对财产、子女抚养引起纠纷,当事人向法院起诉的,可直接由有关法院依法受理。”<sup>①</sup>

关于假离婚问题,假离婚是指婚姻当事人双方为了共同的或各自的目的,约定暂离婚,待既定目的达到后再复婚的违法离婚行为。我国1994年2月1日施行的《婚姻登记管理条例》第8条规定:“申请婚姻登记的当事人,应当如实向婚姻登记管理机关提供本条例规定的有关证件和证明,不得隐瞒真实情况。”第25条规定:“申请婚姻登记的当事人弄虚作假,骗取婚姻登记的,婚姻登记管理机关应当撤销婚姻登记,对结婚、复婚的当事人宣布其婚姻关系无效,并收回《结婚证》,对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效,收回《离婚证》,并对当事人处以200元以下罚款。”但应当注意,假离婚的当事人一方如果已经另行再婚的,为保护善意第三人

<sup>①</sup> 参见:最高人民法院(1985年)35号《关于男女登记离婚后,一方翻悔,向人民法院提出诉讼,人民法院是否应当受理的批复》;以及最高人民法院批复(1986年民他字第45号)。

的利益,不影响其离婚的效力。我国最高人民法院1979年12月31日《关于陈建英诉张海平“假离婚”案的请示报告的复函》指出:“陈建英与张海平是经过双方申请,于1976年8月16日……对子女抚养和财产也达成了一致意见,领取了离婚证。张海平与朱小渝于1978年元月9日……经合法手续登记结婚,领取了结婚证。从法律上讲,张海平与陈建英的离婚是合法的,张海平与朱小渝的结婚也是合法的。现在陈建英以他们的离婚登记是张海平用先离婚后复婚的欺骗手段造成的假离婚,要求予以撤销;并要求废除张海平与朱小渝的婚姻关系,维持她与张海平的婚姻关系。这种要求在法律上是站不住脚的。陈建英与张海平在离婚当时,都是具有法律行为能力的公民,双方依法办理了离婚手续,并已发生法律效力,从那时起,他们之间的婚姻关系,在法律上已经消灭。”为“使他们今后能严肃慎重地处理婚姻家庭问题,不影响已经登记离婚的合法性。”

#### 四、我国登记离婚制度的缺陷

协议离婚对当事人双方来说是一种简便、自由的离婚方式,能减少当事人之间的指责、降低仇视情绪,因而这种离婚方式逐渐受到人们的欢迎。从国外立法看,一些国家为使当事人慎重处理离婚问题,防止轻率离婚和假离婚的发生,维护婚姻家庭的稳定,保障当事人的合法权益和社会利益,在协议离婚制度中,对申请协议离婚规定了一定的限制性措施。其主要内容有:

第一,协议离婚必须达到一定的结婚期间。即夫妻双方结婚后,须届满一定期限才能提出离婚申请。各国规定的法定结婚期限不尽一致,短的为6个月,长的为3年。如《法国民法典》第230条规定,夫妻双方结婚后6个月内不得相互同意离婚。《墨西哥民法典》(婚姻篇)第274条规定,从结婚时起未满一年,配偶双方不得请求协议离婚。法定结婚期限规定较长的为比利时和保加利

亚,前者规定为2年,后者规定为3年。<sup>①</sup>

第二,当事人提出协议离婚申请后,必须经过一定时间的考虑期(或称考验期),才能正式办理离婚手续。有的国家还规定考虑期满后必须重新再一次提出离婚申请。关于考虑期各国规定也不尽一致。如《法国民法典》第231条规定:“夫妻双方如坚持离婚意愿,法官应当指出,他们应在3个月考虑期限之后重新提出离婚申请。如在考虑期界满后6个月内未重新提出离婚申请,原共同离婚申请即失去效力。”比利时、奥地利、瑞典等国规定了6个月的考虑期。<sup>②</sup>

第三,当事人达成的离婚协议,须经一定机关审查确认。为保护当事人、子女和家庭的利益,当事人达成的离婚协议,国家以公权力予以干预,授权一定机关进行审查确认。对于当事人达成的离婚协议,有的国家立法规定须经法院审查确认,如法国、墨西哥;有的国家规定由国家授权的行政机关确认,如日本、蒙古等;有的国家还规定,有关机关有权撤销或驳回协议离婚,如日本、南斯拉夫等国。<sup>③</sup>

第四,当事人协议登记离婚,须无未成年子女。这主要在于保护未成年子女的利益。如《蒙古家庭法》第27条;《墨西哥民法典》第272条第3款;《俄罗斯联邦家庭法典》第19条第1款之规定。

从我国现行婚姻法规定的登记离婚制度看,主要存在四个方面的缺陷:一是登记离婚的法定条件过于简略。现行婚姻法仅规定了当事人双方自愿这一条件,虽1994年2月1日《婚姻登记管

① 参见:《比利时民法典》第276条;《保加利亚人民共和国家庭法典》第100条第2款,载张贤钰主编:《外国婚姻家庭法资料选编》,复旦大学出版社,1991。

② 参见汪金兰:《协议离婚制度比较评析及其借鉴》,载《安徽大学学报》哲社版,1997(2)。

③ 参见李洪祥:《我国协议离婚制度的不足》,载李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》,207~208页,光明日报出版社,1999。



理条例)增补了未办理结婚登记的、一方或双方当事人为限制民事行为能力或者无民事行为能力的,不予登记,但对子女抚养问题,未明文规定应当以“有利于子女健康成长的原则”处理。有的离婚当事人不顾子女利益,以由自己单方抚养子女或由对方单方抚养子女作为同意离婚的条件,不惜损害子女利益。二是未规定离婚考虑期。我国《婚姻登记管理条例》规定,自受理申请之日起1个月内应当予以登记,这主要是为避免过去《婚姻登记办法》将申请、审查、登记三个环节同时进行所发生的弊端,并防止登记工作久搁不决而提出的时间要求。虽客观上也为当事人提供了一个考虑期。但由于此期间太短,往往不能有效地发挥防止轻率离婚的作用。从现实生活中,出现了因当事人双方一时之气作出的轻率离婚;双方通谋的假离婚或一方欺骗他方的假离婚;及一方胁迫他方的离婚等现象。三是对婚姻登记机关审查协议内容不合法的,未明确规定有驳回的权利。四是对违法登记离婚的后果未予具体规定。

### 五、完善我国登记离婚制度的立法建议

针对我国登记离婚制度存在的缺陷,建议修改、增补以下内容:

#### (一)增补登记离婚当事人必须具备的法定条件

总结现行《婚姻登记管理条例》的立法经验,增加规定:申请登记离婚的双方当事人,须具有合法夫妻身份和完全民事行为能力。

#### (二)增补登记离婚的考虑期

建议借鉴外国立法经验,给离婚当事人一个较长的冷静考虑期,使其慎重考虑离婚问题,登记离婚的考虑期以3个月为宜。

#### (三)增补规定婚姻登记机关对离婚协议审查和驳回的取

权

增加规定:婚姻登记机关应当对当事人的离婚协议进行

审查,对于子女抚养问题,应当指导当事人依据“有利于子女健康成长原则”处理,并且注意保护妇女利益。如经审查认为不符合有利于子女健康成长原则和保护妇女利益原则的,婚姻登记管理机关有权驳回其离婚申请。

#### (四)增加违法登记离婚的具体法律后果的规定

建议总结现行《婚姻登记管理条例》的立法经验,上升到新的婚姻家庭法中。第一,增加规定:申请离婚登记的夫妻,应当双方亲自到场向婚姻登记机关提交双方自愿离婚的协议书,如实回答婚姻登记机关的有关询问,不得隐瞒真实情况。第二,在无效婚姻制度中,明确地原则性地规定无效登记结婚、复婚、离婚的法律后果:申请婚姻登记的当事人弄虚作假,骗取婚姻登记的,婚姻登记机关应当撤销婚姻登记,对结婚、复婚的当事人宣布其婚姻关系无效,并收回《结婚证》,对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效,收回《离婚证》,并对当事人处以罚款。即基于婚姻家庭法在有关婚姻家庭的法律规范中处于基本法的地位,故对于具体的“罚款数额”仍以规定在《婚姻登记管理条例》中为好。鉴于当事人的收入有多少之别,为改变“收入多的不怕罚”的状况,建议对《婚姻登记管理条例》的罚款数额增加一个弹性幅度,修改为:处以200元至2000元以下的罚款。

### 第三节 我国判决离婚法定条件研究

#### 一、诉讼离婚概述

##### (一)诉讼离婚的意义

诉讼离婚,是在夫妻双方对离婚或离婚后子女抚养或财产分割等问题不能达成协议时,夫妻一方向人民法院提起离婚诉讼,由人民法院依法审理,以调解或判决方式结案的离婚制度。

诉讼离婚与登记离婚是我国同时并存的两种离婚方式,在一

般情况下,如果夫妻双方能够对离婚及子女抚养、财产分割等问题协商达成书面协议,只须到婚姻登记机关申请办理离婚登记即可,无须经诉讼程序离婚。只有在夫妻双方对离婚不能达成协议,或虽对离婚问题达成协议,但对子女抚养或财产分割等问题不能达成协议时,才须通过诉讼程序请求离婚,由人民法院依法审理,调解或判决处理其离婚问题。随着我国社会发展,人们离婚观念的改变,采取登记离婚方式解除婚姻关系的逐渐增多,但诉讼离婚制度仍然在解决夫妻一方要求的离婚或夫妻双方对子女抚养、财产分割等问题有争议的离婚案件中,发挥着重要的作用。诉讼离婚制度与登记离婚制度两者相辅相成,共同构成我国完整的离婚法律制度体系,调整我国的离婚关系。

## (二) 诉讼离婚的程序

我国《婚姻法》第25条规定:“男女一方要求离婚的,可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。人民法院审理离婚案件应当进行调解,如感情确已破裂,调解无效,应准予离婚。”即对我国诉讼离婚的程序和判决准予离婚的法定条件作了明确规定。根据我国婚姻法的规定,男女一方要求离婚的,可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。也就是说,调解是我国处理夫妻一方要求离婚问题的主要方式。调解具体可分为两种:一是诉讼外调解;二是诉讼内调解。

1. 诉讼外调解。诉讼外调解,是指由当事人所在单位、群众团体、居民(或村民)委员会、婚姻登记机关等部门主持,利用各方面的群众关系,帮助当事人在自主自愿的基础上,就保持或解除婚姻关系及其连带的法律问题达成协议的一种形式。诉讼外调解的意义有三:一是符合我国民间以调解处理民事纠纷的传统习惯,当事人容易接受;二是诉讼外调解机关往往对当事人比较了解,能抓住主要矛盾进行说服教育和疏导工作,及时处理,既可以防止矛盾激化,也可能引导夫妻和好;三是就地解决,不耽误当事人的生产、工

作和生活,大量的纠纷解决在基层,既免除了当事人的诉累,也减轻了人民法院的工作负担。

诉讼外调解必须坚持自愿、合法的原则。诉讼外调解并不是离婚的必经程序。是否采用诉讼外调解方式完全由双方当事人自己决定。当事人可以不经过这一阶段而直接向人民法院起诉,人民法院也不得以未经有关部门调解而拒绝受理。在诉讼外调解中,调解必须合法,不得强制或变相强制当事人达成协议。

诉讼外调解可能出现三种不同的结果:一是调解和好,继续保持婚姻关系;二是通过调解夫妻就离婚及子女抚养、财产分割等问题达成一致意见,双方应到婚姻登记机关依法办理登记离婚;三是调解无效,夫妻一方仍坚决要求离婚,另一方坚持不同意离婚或者双方虽同意离婚但对子女抚养、财产分割等问题仍不能达成协议,应由夫妻当事人一方向人民法院提起离婚诉讼,由人民法院审理。

2. 诉讼内调解。我国《婚姻法》第25条规定:“人民法院审理离婚案件应当进行调解,如感情确已破裂,调解无效,应准予离婚。”这条规定表明,诉讼内调解是人民法院审理离婚案件的必经程序,是人民法院行使国家审判权的一种方式。诉讼内调解,是在人民法院审判人员的主持下,由夫妻自愿协商,就是否离婚问题达成协议的一种处理离婚问题的方式。人民法院在审理离婚案件的整个过程必须贯彻调解为主的原则,从受理案件开始到判决前为止,审判人员都可以依职权主动进行调解。调解要坚持自愿、合法原则,要查明事实,分清是非,为正确处理离婚问题打下基础。

诉讼内调解可能有三种结果:一是双方达成和好的协议,由原告撤诉或是将和好协议记录在卷;二是双方达成离婚协议,人民法院审判人员要按调解协议内容制作离婚调解书,调解书与判决书的法律效力相同,双方领取了离婚调解书,夫妻关系即告解除;三是协议不成,调解无效,由人民法院依据离婚法定条件,作出是否

准予离婚的判决。

必须注意,在离婚诉讼中,对于无行为能力人及限制行为能力人的离婚问题,须有法定代理人或指定代理人代为参加诉讼。

### (三) 离婚诉讼的特别规定

#### 1. 诉讼离婚中对现役军人的特殊保护

我国《婚姻法》第26条规定:“现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意。”这一条是对非军人一方离婚请求权的一种限制规定。它体现了在离婚问题上对现役军人的特殊保护。

保护现役军人的婚姻是军人的特殊地位所决定。人民军队担负着保卫祖国,保卫社会主义现代化建设的神圣职责。对于现役军人的婚姻,国家应当予以一定特殊保护,以免除其后顾之忧。在执行这条规定时应注意以下问题:

(1) 现役军人的范围,是指参加中国人民解放军具有军籍的干部和战士、人民武装警察部队的干部和战士(包括军队中的文职人员)。复员、转业的军人以及军事单位中不具有军籍的职工不属于现役军人的范围。

现役军人的配偶,是指非军人一方。如果双方都是现役军人或军人一方向非军人一方提出的离婚,不适用本条的特殊规定,应按婚姻家庭法有关规定处理。

(2) 处理非军人一方向现役军人一方提出的离婚问题,要区别不同情况予以处理:

如果婚姻基础、婚后感情都比较好,非军人一方又没有什么重要原因而提出离婚的,人民法院应配合当事人的所在单位对其进行说服教育,劝其珍惜军人的婚姻关系,服从国家整体利益,正确对待自己的婚姻问题,尽量调解和好或者判决不准离婚。

如果过错一方在军人,或者过错主要在军人一方,或者军人一方虽无过错但夫妻感情确已破裂,经做调解工作无效,确实不能维持夫妻关系的,人民法院应通知军人所在部队团以上政治机关,做

好军人的思想工作,取得军人同意,准予离婚。

总之,处理这类案件时应在贯彻对现役军人特殊保护原则的同时,根据案件的实际情况,也要注意保护非军人一方的合法权益,只有这样才能做到既对军人婚姻实行特殊保护,又不违背婚姻自由的原则。

必须注意,对于破坏军人婚姻的违法犯罪行为应给予坚决打击。如果非军人一方提出的离婚是由于第三者插足破坏军人婚姻家庭所造成的,包括与军人配偶通奸、姘居、重婚等。处理这类案件应该先依法处理破坏军婚的违法行为,构成犯罪的,应依法追究第三者的刑事责任,然后再根据夫妻关系具体情况处理离婚问题。

## 2. 诉讼离婚中对女方的特殊保护

我国《婚姻法》第27条规定:“女方在怀孕期间和分娩后1年内,男方不得提出离婚,女方提出离婚的或人民法院认为确有必要受理男方的离婚请求的,不在此限。”此规定的意旨,是为了保护妇女和子女的合法权益。它只是在一定条件下对男方离婚请求权在一定时间上予以限制,并不是禁止男方请求离婚。因为,女方在怀孕期间和分娩后1年内,身体上、精神上均有较大负担,尤其对胎儿、婴儿需要特别保护,因此,在此期间禁止男方提出离婚是完全必要的。它只是推迟了男方提出离婚的时间,并不涉及准予或不准予离婚的实体性问题。

至于女方在此期间提出离婚的,则不受上述限制。一般来说,女方在此期间提出离婚都是出于紧迫原因,如不及时受理,可能对女方、婴儿都不利,所以不予限制。在此期间,如果男女双方自愿登记离婚,法律也不予禁止。此外,人民法院认为确有必要受理男方的离婚请求的,可以受理男方的离婚请求。这里的“确有必要”,在审判实践中主要指两种情况:一是在此期间双方确实存在不能继续共同生活的重大事由,如一方有可能危及他方生命、人身安全的;二是女方怀孕系与他人通奸所致,导致夫妻感情确已破裂的。

在适用这一规定时,还应注意以下几个问题:

(1)《中华人民共和国妇女权益保障法》第42条规定:“女方按照计划生育的要求中止妊娠的,在手术后6个月内,男方不得提出离婚。”

(2)女方分娩后1年内,婴儿死亡的,仍依上述规定办理。

(3)女方流产的,可视女方健康状况,由人民法院决定是否受理男方提出的离婚请求。

(4)原审法院判决离婚时,未发现女方怀孕,女方自己发现并提出上诉,应撤销原判决,驳回男方离婚请求。

## 二、我国判决离婚的法定条件

判决离婚的法定条件,又称判决离婚的法定理由,是人民法院判决准予或不准予离婚的法定标准,是人民法院正确审理离婚案件的依据。因此,研究判决离婚的法定条件,在理论上和司法实践中都具有十分重要的意义。

### (一)判决准予或不准予离婚的法定条件

我国《婚姻法》第25条第2款规定:“如感情确已破裂,调解无效,应准予离婚。”即“夫妻感情确已破裂”是我国诉讼离婚中判决准予离婚的法定条件,是人民法院处理离婚纠纷,决定是否准予离婚的原则界限。这一规定包含两层意思:一是如夫妻感情确已破裂,调解无效,应准予离婚;二是如果夫妻感情没有破裂或者尚未完全破裂,虽然调解无效,也不应准予离婚。即人民法院处理离婚案件要以夫妻感情事实上是否确已破裂,能否恢复和好为根据。如果夫妻感情事实上已完全破裂,不能继续维持,没有恢复和好的可能,就应该准予离婚。相反,夫妻感情事实上没有破裂,还能够维持,有和好的可能,即使一时调解无效,也不应准予离婚。我国婚姻法把夫妻感情确已破裂,作为判决离婚的法定条件,旨在保障离婚自由,并且防止轻率离婚。

## (二)以夫妻感情确已破裂作为判决离婚法定条件的理由

1980年《婚姻法》颁行后,我国学术界一致认为,把夫妻感情确已破裂作为判决离婚法定条件的理由如下:

1. 它是婚姻本质的要求,符合马克思主义关于离婚问题的基本理论。在我国社会主义社会,提倡建立以爱情为基础的婚姻。男女双方的爱情应是婚姻建立的基础,也应是婚姻关系赖以存在的基础。以夫妻感情是否确已破裂,作为判决准予或不准予离婚的法定条件,反映了我国社会主义婚姻这一伦理实体的本质要求。虽引起离婚纠纷的原因多种多样,但准予离婚与不准予离婚,不应该着眼于引起离婚纠纷的原因本身,而应该看夫妻关系的现状与后果。马克思在《论离婚法草案》中说:“离婚仅仅是对下面这一事实的确定:某一婚姻已经死亡,它的存在仅仅是一种外表和骗局。不用说,既不是立法者的任性,也不是私人的任性,而每一次都只是事物的本质来决定婚姻是否已经死亡”;“立法者对于婚姻所能规定的,只是这样一些条件……在什么条件下婚姻按其实质来说已经离异了。法院判决的离婚只能是婚姻内部崩溃的记录”。<sup>①</sup>

2. 这是我国长期立法、司法实践经验的总结。我国1950年的婚姻法第17条第1款规定:“男女一方坚持要求离婚的,经人民政府和司法机关调解无效时,亦准予离婚。”并在第2款规定:“……人民法院对离婚案件,也应首先进行调解,如调解无效时,即行判决。”对此原中央人民政府法制委员会有关婚姻问题的解答中特别指明:“如经调解无效,而又确实不能继续维持夫妻关系的应准予离婚。如经调解虽然无效,但事实证明他们双方并非到确实不能继续同居的程度,也可以不批准离婚。”即以“不能继续维持夫妻关系”作为准予离婚的标准。1963年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》(修改稿)中指出:“对那些夫妻感情确

<sup>①</sup> 参见:《马克思恩格斯全集》,第1卷,182~185页,人民出版社,1956。



已完全破裂,确实不能和好的,法院应积极做好坚持不离一方的思想工作,判决离婚。”这就明确地以“感情是否完全破裂”作为准予离婚的标准。1979年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》中又进一步指出:“人民法院审理离婚案件,准离与不准离的基本原则界限,要以夫妻关系事实上是否确已破裂,能否恢复和好为原则。”而1980年颁布的现行婚姻法则把“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的法定条件。可见,它是我国长期离婚立法经验的总结。

从夫妻感情的实际情况出发处理离婚案件,也是我国长期司法实践经验的总结。在50年代,我国司法机关依据婚姻法掌握离与不离界限,在解除封建包办、强迫婚姻方面,取得显著成绩。但后来,由于“左倾”思想的影响,出现正当理由论,即不管双方感情是否确已破裂,只要没有正当理由,一律不准离婚。特别是对一方因喜新厌旧思想引起的离婚案件,不论双方感情是否确已破裂,有无和好可能,一概予以判决不准离婚。反之,如一方犯了政治错误或被判刑,其配偶要求离婚,就认为离婚理由正当,一般予以判决离婚。但实际上其夫妻感情不一定已经破裂。直到党的十一届三中全会以后,纠正了过去“左”的错误,1980年婚姻法明确规定以夫妻感情是否确已破裂作为判决准予或不准予离婚的法定条件。

3. 它反映了当代世界离婚立法的发展趋势。如前所述,在现代社会许多国家都采用自由主义离婚原则,以婚姻关系无可挽救的破裂,作为判决准予离婚的法定条件。即对判决离婚的法定条件,许多国家都采取破裂主义原则,这是当代世界离婚立法的发展趋势。

### (三) 夫妻感情确已破裂与调解无效的关系

为了正确适用婚姻法关于判决离婚的法定条件,必须弄清感情确已破裂与调解无效之间的关系。夫妻感情确已破裂是实体性规定,它是客观存在的事实,是判决离婚的实质要件。调解无效是

程序性的规定。一般说来,感情确已破裂,必然调解无效,调解无效是感情确已破裂的结果。但调解无效并不一定说明夫妻感情确已破裂。因为调解无效的原因很多。所以,不应把调解无效作为夫妻感情确已破裂的根据。人民法院应当准确掌握判决离婚的法定条件,对夫妻感情确已破裂的,应准予离婚;否则,应驳回原告人的离婚请求,不准予离婚。在审判实践中,我们不要把感情确已破裂与调解无效等同起来,不要把“调解无效”简单地作为“感情确已破裂”的标志,更不要把它作为判决离婚的法定条件。判决离婚的法定条件只能是“夫妻感情确已破裂”。

#### (四)夫妻感情确已破裂的认定

夫妻感情是指夫妻双方相互关切、爱慕之情。在社会主义条件下,夫妻是共同生活的伴侣,在家庭中地位平等。社会主义社会中的夫妻感情应当是夫妻双方建立在志同道合、情投意合基础上的相互关切、爱慕之情。夫妻感情属于社会意识形态的范畴,是由社会、家庭的物质生活条件和夫妻双方个人的思想境界、道德品质所决定的。它不是孤立和静止的,夫妻感情可以由好变坏,直至破裂;也可以由坏变好,和好如初,所以不能只要夫妻一方提出离婚,人民法院就判决离婚,不能把离婚作为解决夫妻矛盾的惟一手段。

夫妻感情确已破裂,包含着三层意思:一是夫妻感情已经破裂而不是将要破裂或可能破裂;二是真正破裂而不是虚假现象或者第三人的猜测臆断;三是夫妻感情完全破裂而不是刚刚产生的裂痕或者尚未完全破裂。

判断夫妻感情是否确已破裂,要对每一案件历史地、全面地、发展地分析研究,透过现象看本质。司法实践经验归纳为“四看”:

1. 看婚姻基础。婚姻基础是指男女双方建立婚姻关系时的思想感情状况和相互了解的程度。它是婚姻得以缔结的前提和起点,对婚姻关系的维持起着重要的奠基作用。一般说来,婚姻基础好的婚后感情也较好,一旦发生夫妻纠纷,通过调解比较容易和

好。相反,如果婚姻基础较差,婚后又未建立起真正的夫妻感情,发生离婚纠纷,重新和好的条件就差一些,和好的可能性就小一些。但这个问题不是绝对的,对婚姻基础也要发展地看,辩证地看。虽然婚姻基础不好,但结婚时间长了,又生有子女,夫妻间逐渐有了一定感情。反之,自由恋爱结合的夫妻,也会因其他原因造成夫妻感情破裂。而且看婚姻基础只是判断分析夫妻感情的条件之一,还要结合其他条件全面分析。

2.看婚后感情。婚后感情是指男女双方结婚以后的相互关心、忠诚、敬重、喜爱之情。看婚后感情就是看夫妻共同生活期间的感情状况。正确判断夫妻婚后的感情状况,不能单凭当事人自己的陈述。因为,有些当事人为了达到离婚目的,往往否定婚后夫妻有感情,说夫妻感情一直不好,而不同意离婚的一方则往往坚持认为婚后感情一直很好。在这种情况下就不能受当事人双方各执一词的左右,只有深入调查了解,综合全面情况,才能对夫妻婚后感情状况做出切合实际的结论。

3.看离婚的原因。离婚原因是指引起离婚的最根本的因素,亦即引起夫妻纠纷的主要因素。离婚原因可能是单一的,也可能是多种因素交错在一起;有的是主观上的,有的是客观上的;有真实的,也有虚假的;有直接的,也有间接的;有思想意识和道德品质问题,也有实际生活问题或生活琐事的影响等。值得注意的是,往往当事人自己陈述的离婚原因与离婚的真实原因并不一致。因此,只有查清引起离婚的真实原因,才能不为虚假现象所迷惑,才能分清是非,明确责任,正确判断夫妻感情的真实情况,才能正确解决纠纷。

4.看夫妻感情的现状及有无和好的可能。看夫妻感情的现状是否确已破裂(这是客观事实),看有无和好的可能性因素,包括主观有无和好愿望,客观有无争取夫妻和好的条件。也即在上述三看的基础上进一步把握夫妻关系的现状和有无有利于和好的因

素,对婚姻的发展前途进行估计和预测。夫妻感情不会是一成不变的,即使夫妻关系濒于破裂也要尽可能通过各种因素促使其转化,要调动一切积极因素做和好工作。如果不同意离婚的一方真心实意地争取和好,并主动做和好工作,往往会使坚持离婚一方回心转意。又如有过错一方诚心悔改,并有改正行动,也往往会争取到无过错方的谅解。而子女亲情则是争取和好的又一重要因素。还有通过组织和亲友帮助做和好工作,也是争取双方和好的不可忽视的因素。

以上四个方面相互联系、相互影响,要全面分析判断夫妻感情是否确已破裂、有无和好的可能。此外,处理离婚案件时,人民法院还要适当考虑子女利益和社会影响。家庭是社会的细胞,夫妻离婚必然关系到子女利益和社会利益,如果夫妻感情尚未完全破裂,应多劝导他们从子女的利益着想,不要离婚,以有利于子女健康成长。如果夫妻感情确已破裂,但对子女的抚养没处理好或者社会影响极坏,就应稍缓判离,等安排好子女生活后,或通过法制的宣传和经有关组织对违法行为人予以一定处理后,挽回了社会影响再判决离婚。但不能因此久拖不决。

为指导司法实践工作,我国最高人民法院1989年11月21日颁发《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》规定,人民法院审理离婚案件,准予或不准予离婚应以夫妻感情是否确已破裂作为区分的界限。判断夫妻感情是否确已破裂,应当从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有无和好的可能等方面综合分析。根据婚姻法的有关规定和审判实践经验,凡属下列情形之一的,视为夫妻感情确已破裂。一方坚决要求离婚,经调解无效,可依法判决准予离婚。

1. 一方患有法定禁止结婚的疾病,或一方有生理缺陷及其他原因不能发生性行为,且难以治愈的。

2. 婚前缺乏了解草率结婚,婚后未建立起夫妻感情,难以共同

生活的。

3. 婚前隐瞒了精神病, 婚后久治不愈, 或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚, 或一方在共同生活期间患精神病, 久治不愈的。

4. 一方欺骗对方, 或者在结婚登记时弄虚作假, 骗取《结婚证》的。

5. 双方办理结婚登记后, 未同居生活, 无和好可能的。

6. 包办、买卖婚姻, 婚后一方随即提出离婚, 或者虽共同生活多年, 但确未建立起夫妻感情的。

7. 因感情不和分居已满 3 年, 确无和好可能的, 或者经人民法院判决不准离婚后, 又分居满 1 年, 互不履行夫妻义务的。

8. 一方与他人通奸、非法同居, 经教育仍无悔改表现, 无过错一方起诉离婚, 或者过错方起诉离婚, 对方不同意离婚, 经批评教育、处分, 或在人民法院判决不准离婚后, 过错方又起诉离婚, 确无和好可能的。

9. 一方重婚, 对方提出离婚的。

10. 一方好逸恶劳, 有赌博等恶习, 不履行家庭义务, 屡教不改, 夫妻难以共同生活的。

11. 一方被依法判处有期徒刑, 或者违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情的。

12. 一方下落不明满 2 年, 对方起诉离婚, 经公告查找确无下落的。

13. 受对方的虐待、遗弃, 或者受对方亲属虐待, 或虐待对方亲属, 经教育不改, 另一方不谅解的。

14. 因其他原因导致夫妻感情确已破裂的。

### 三、我国判决离婚法定条件之缺陷

我国 1980 年婚姻法以“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的法定条件, 适应了当时社会条件的需要, 排除了“左”的思想的影响, 摒弃了司法实践中“理由正当”才准予离婚的作法, 解除了大

量因所谓“理由不正当”而未能解除的婚姻，调动了人们的生产、生活积极性，促进了社会生产力发展，其功不可没。但同时我们也要看到，以“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的法定条件，已逐渐显现出以下不可克服的缺陷：

首先，以“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的法定条件，是建立在凡婚姻都是以爱情为基础、并以爱情来维系这一前提条件之下的。然而，由于我国处于社会主义初级阶段，在现实生活中，虽然我国提倡婚姻以爱情为基础，事实上现有的婚姻并非全部都以爱情为基础而缔结，并且，夫妻关系也并非都是仅仅靠爱情来维系的。恩格斯曾指出：“结婚的充分自由，只是在……把今日对选择配偶还有巨大影响的一切派生的经济考虑消除以后，才能普遍实现。到那时候，除了相互的爱慕之外，就再也不会会有别的动机了。”<sup>①</sup> 我们应当承认，在我国社会主义初级阶段，由于经济发展程度和社会生活条件的限制，人们结婚还不能完全排除经济因素的考虑，目前我国的婚姻大部分是以爱情因素与物质因素相结合为基础，即是混合基础。并且，现在我国社会保障的程度还不高，婚姻家庭仍然承担着养老育幼的职能，维系夫妻关系的也不仅仅是感情，还有夫妻的法定权利和义务。正由于此，我国立法者规定离婚的法定条件，就不能仅仅以夫妻感情的有无和是否存续来作为标准。

其次，从我国司法实践中看，由于夫妻感情属于思想意识范畴，本来不应当，也不能够作为法律调整的对象。然而，现行婚姻法却以“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的法定条件，这使法官在司法实践中很难把握。对于同一案件，往往由于法官主观对“感情确已破裂”理解的差异，不同的法官可能会出现不同的处理结果。也就是说，以“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的

---

① 《马克思恩格斯全集》，第21卷，95—96页，人民出版社，1965。

法定条件,可操作性差。所以,为指导司法实践,1989年我国最高人民法院颁布了14条认定“夫妻感情确已破裂”的司法解释,但其中有的属于应当宣告无效的婚姻,如患有法定禁止结婚的疾病的;婚前隐瞒了精神病,婚后久治不愈,或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚的;一方欺骗对方,或者在结婚登记时弄虚作假,骗取《结婚证》的;包办、买卖婚姻,婚后一方随即提出离婚的等。有的则属于从未建立夫妻感情的婚姻,如婚前缺乏了解草率结婚,婚后未建立起夫妻感情,难以共同生活的;包办、买卖婚姻虽共同生活多年,但确未建立起夫妻感情的等,也就是说,我国司法解释的大部分条款均不属夫妻感情破裂问题。

第三,在我国现实生活中出现了一些人为满足个人私利,不顾配偶他方及子女利益,以“夫妻感情确已破裂”为由,多次离婚、结婚的结婚、离婚“专业户”,不仅影响婚姻家庭的稳定,对配偶他方及子女带来很大危害,也给社会造成一定不良影响。

第四,从国外立法看,当代世界上不少国家,如英国、法国、德国、澳大利亚的立法及俄罗斯联邦家庭法典等,都分别把“婚姻关系无可挽回地破裂”、或“婚姻关系彻底破裂”、或“夫妻双方已不可能继续维持共同生活”等,作为判决准予离婚的法定条件。<sup>①</sup>即外国立法经验表明,采用“婚姻关系确已破裂”似更能真实地反映现代婚姻的本质要求,以其作为判决准予离婚的法定条件,似更为科学。

#### 四、关于修改我国判决离婚法定条件的主要分歧意见

目前,关于修改我国判决离婚的法定条件问题,我国学术界对

---

<sup>①</sup> 参见:《英国家庭法》(1996年),第3条第1款;《德国民法典》,第1565条;《法国民法典》,第233、234、237-239条;《澳大利亚家庭法》(1994年),第48条第1款;《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年),第22条。

仍然应当坚持自由离婚主义,对判决准予离婚的法定条件仍然采取破裂原则,已达成共识。但对立法应以何种方式表述“破裂原则”存在较大的意见分歧,主要有两种观点:一是主张仍采取“夫妻感情确已破裂”;二是主张修改为采“婚姻关系确已破裂”。

持第一种观点的学者占少数,他们主张仍然以“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的法定条件,主要理由:第一,它符合马克思主义关于离婚问题的基本理论;第二,它符合广大人民群众的意见和利益;第三,它符合法律的统一性要求;第四,它符合社会主义婚姻关系的本质,体现了社会主义法律的先进性;这是历史的进步。

持第二种观点的学者占绝大多数,他们主张以“婚姻关系确已破裂”,取代“夫妻感情确已破裂”作为判决准予离婚的法定条件,作此修改的主要理由:第一,从婚姻的基础看,我国现有的婚姻并非全部都以感情为基础而缔结;第二,从婚姻关系的内容看,夫妻关系的内容并非仅是感情关系,还包括物质生活关系、性生活关系等,维系夫妻关系的不仅仅是感情。而且,实际上并非只有夫妻感情破裂才是导致婚姻解体的惟一原因;第三,从婚姻的法律特征看,婚姻是道德与法律、权利和义务相统一的伦理实体。婚姻一经缔结,当事人双方便产生对配偶、子女、老人及家庭的社会责任和法定义务,这既不是从感情中派生出来的,也不以感情的有无和深浅为转移的;第四,从法律调整的对象看,夫妻感情属于意识形态范畴,不能作为法律调整的对象,且感情只能反映离婚的主观原因,不能反映离婚的客观原因;第五,从司法实践中看,夫妻感情在司法实践中很难认定,以其作为判决准予离婚的标准,主观随意性较大。虽然1989年我国最高人民法院颁布了认定“夫妻感情确已破裂”的14条法定事由,但其中大部分条款均不属夫妻感情破裂问题;第六,从国外立法看,当代世界上不少国家都把“婚姻关系无



可挽回地破裂”作为判决准予离婚的法定条件。<sup>①</sup> 作者赞同第二种观点。

### 五、完善我国判决离婚法定条件的建议

作者建议借鉴国外立法经验,结合我国实际,修改判决离婚的法定条件,以“婚姻关系确已破裂”取代“夫妻感情确已破裂”,并采取概括性规定与列举性规定相结合的立法模式,汲取我国现行司法解释有关认定夫妻关系确已破裂的合理部分,结合审判实践经验,增加规定视为“婚姻关系确已破裂”的具体法定情形,以及适用破裂原则之例外的严酷条款,以保障离婚自由,防止轻率离婚。建议对此作如下规定,凡有下列情形之一的,夫妻一方要求离婚,经调解无效,可视为婚姻关系确已破裂,人民法院得依法判决准予离婚:

1. 夫妻一方患严重的精神病或传染病,久治不愈,致使婚姻关系难以维持的;

2. 夫妻双方因感情不和,分居已满3年,互不履行夫妻义务的;

3. 夫妻一方有重婚、通奸、姘居等情事,另一方不谅解的;

4. 夫妻一方受另一方虐待、遗弃的;

5. 夫妻一方下落不明满2年,另一方起诉离婚,经公告查找确无下落的;

6. 夫妻一方有赌博、酗酒、吸毒等恶习,不履行家庭义务,双方难以共同生活的;

7. 夫妻一方对另一方的身心健康造成严重损害或者人身安全构成严重威胁的;

8. 夫妻一方被判处5年以上有期徒刑,或其犯罪行为严重伤害夫妻感情的;

---

<sup>①</sup> 参见李银河、马亿南主编:《婚姻法修改论争》,131~204页,光明日报出版社,1999。

9. 因其他原因导致婚姻关系确已破裂的。

虽有前述法定情形,但如果考虑到离婚将对配偶他方或未成年子女造成极为严重后果的,法院可作为例外,驳回配偶一方的离婚请求。

## 第四节 离婚的法律效力

离婚是导致婚姻关系终止的一种法律行为,它将在婚姻当事人之间、婚姻当事人与子女及其他第三人之间引起一系列相应的法律后果,即离婚的法律效力。离婚的法律效力,依据主体之间的关系不同,可分为对婚姻当事人的法律效力与对父母子女的法律效力。

### 一、离婚对婚姻当事人的法律效力

离婚对婚姻当事人的法律效力,可分为夫妻人身关系与夫妻财产关系两个方面。

#### (一) 离婚在夫妻人身关系方面的效力

离婚在夫妻人身关系方面的效力,包括以下方面:

1. 当事人之间的夫妻身份和称谓终止。离婚后随着婚姻关系的终止,因结婚而建立的夫妻身份和称谓也随之终止。

2. 夫妻同居义务终止。夫妻同居即夫妻共同生活,是婚姻生活共同体的题中应有之义。离婚解除了夫妻的婚姻关系,夫妻同居义务亦随之终止,婚姻生活共同体解体。

3. 当事人双方均享有再婚自由权。离婚后解除了当事人之间的夫妻身份关系,双方均成为无配偶的人,依法享有再行结婚的权利。

4. 夫妻日常家事代理权终止。离婚解除了夫妻身份关系,夫妻之间的日常家事代理权也随之终止。

5. 姻亲关系终止。夫妻离婚解除了婚姻关系,夫妻双方以婚姻关系为中介而发生的姻亲关系亦随之终止。

## (二) 离婚在夫妻财产关系方面的效力

离婚不仅解除了夫妻之间的人身关系,而且也终止了夫妻之间的财产关系。离婚在夫妻财产关系方面的效力,包括以下方面:

1. 夫妻互相扶养的权利义务终止。夫妻有相互扶养的权利义务。离婚解除了夫妻身份关系,由此派生的夫妻扶养义务也随之终止。

2. 夫妻继承权丧失。夫妻继承权即配偶继承权,是基于配偶身份而享有的财产继承权。离婚解除了夫妻之间的婚姻关系,配偶身份不复存在,配偶继承权随之丧失。

3. 夫妻财产关系终止。夫妻财产关系终止,包括夫妻共同财产分割、夫妻债务清偿和对生活困难一方的经济帮助等内容。

(1) 夫妻共同财产分割。我国《婚姻法》第31条规定:“离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理;协议不成时,由人民法院根据财产的具体情况,照顾女方和子女权益的原则判决。”这是指导处理离婚夫妻共同财产分割问题的基本法律依据。我国最高人民法院总结长期审判实践经验,于1993年11月3日发布《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(以下简称《财产分割的意见》),对离婚时处理夫妻财产问题作了具体规定。人民法院审理离婚案件对夫妻共同财产的处理,应当依照婚姻法、妇女权益保障法及有关法律规定,分清个人财产、夫妻共同财产和家庭共同财产,根据夫妻共同财产的分割原则,合情合理地处理。

① 夫妻共同财产分割的原则。根据我国婚姻法的基本精神和《财产分割的意见》的规定,夫妻共同财产分割必须坚持以下原则:第一,男女平等原则;第二,保护妇女、儿童的合法权益原则;第三,照顾无过错方原则;第四,尊重当事人意愿原则,即约定先于法定原则;第五,有利生产、方便生活原则;第六,不得损害国家、集体和他人利益原则。

② 夫妻共同财产分割的方法。夫妻共同财产分割的方法,分

为协议分割与判决分割两种：前者指离婚时夫妻共同财产首先由双方当事人协商分割；后者指夫妻对共同财产分割协商不成时，由人民法院根据前述六项原则，结合具体情况进行判决。

《财产分割的意见》具体规定了以下夫妻共同财产分割的方法：

第一，夫妻双方对财产归谁所有以书面形式约定，或以口头形式约定，双方无争议的，离婚时应按约定处理，但规避法律的约定无效。

第二，一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。

第三，在婚姻关系存续期间，复员、转业军人所得的复员费、转业费，结婚时间10年以上的，应按夫妻共同财产进行分割。复员军人从部队带回的医药补助费和回乡生产补助费，应归本人所有。

第四，夫妻分居两地分别管理、使用的婚后所得财产，在分割财产时归各自所有。双方所分财产相差悬殊的，差额部分，由多得财产的一方以与差额相当的财产抵偿另一方。

第五，已登记结婚，尚未共同生活，一方或双方受赠的礼金、礼物应认定为夫妻共同财产，具体处理时应考虑财产来源、数量等情况合理分割。各自出资购置、各自使用的财物，原则上归各自所有。

第六，夫妻共同财产，原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别。属于个人专用的物品，一般归个人所有。

第七，一方以夫妻共同财产与他人合伙经营的，入伙的财产可分给一方所有，分得入伙财产的一方对另一方应给予相当于入伙财产一半价值的补偿。

第八，属于夫妻共同财产的生产资料，可分给有经营条件和能

力的一方。分得该生产资料的一方对另一方应给予相当于该财产一半价值的补偿。

第九,对夫妻共同经营的当年无收益的养殖、种植业等,离婚时应从有利于发展生产、有利于经营管理考虑,予以合理分割或折价处理。

第十,离婚时一方尚未取得经济利益的知识产权,归一方所有。在分割夫妻共同财产时,可根据具体情况,对另一方予以适当的照顾。

第十一,借婚姻关系索取的财物,离婚时,如结婚时间不长,或者因索要财物造成对方生活困难的,可酌情返还。对取得财物的性质是索取还是赠与难于认定的,可按赠与处理。

第十二,婚前个人财产在婚后共同生活中自然毁损、消耗、灭失,离婚时一方要求以夫妻共同财产抵偿的,不予支持。

第十三,离婚时夫妻共同财产未从家庭共同财产中析出,一方要求析产的,可先就离婚和已查清的财产问题进行处理,对一时确实难以查清的财产的分割可告知当事人另案处理;或者中止离婚诉讼,待析产案件审结后再恢复离婚诉讼。

第十四,一方将夫妻共同财产非法隐藏、转移拒不交出的,或非法变卖、毁损的,分割财产时,对隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方,应予以少分或不分。具体处理时,应把隐藏、转移、变卖、毁损的财产作为隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方分得的财产份额,对另一方应得的份额应以其他夫妻共同财产折抵,不足折抵的,差额部分由隐藏、转移、变卖、毁损财产的一方折价补偿对方。

对非法隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产的一方,人民法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第102条的规定进行处理。

③离婚时公房使用、承租问题的处理。根据最高人民法院1996年2月5日《关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》,人民法院审理离婚案件对公房使用、承租问题应当依照民

法通则、婚姻法、妇女权益保障法和其他有关法律规定,坚持男女平等和保护妇女、儿童合法权益等原则,考虑双方的经济收入,实事求是,合情合理地予以解决。具体处理应注意以下几点:

第一,夫妻共同居住的公房,具有下列情形之一的,离婚后双方均可承租:

婚前由一方承租的公房,婚姻关系存续5年以上的;

婚前一方承租的本单位的房屋,离婚时双方均为本单位职工的;

一方婚前借款投资建房取得的公房承租权,婚后夫妻共同偿还借款的;

婚后一方或双方申请取得公房承租权的;

婚前一方承租的公房,婚后因该承租房屋拆迁而取得房屋承租权的;

夫妻双方单位投资联建或联合购置的共有房屋的;

一方将其承租的本单位的房屋,交回本单位或交给另一方单位后,另一方单位另给调换房屋的;

婚前双方均租有公房,婚后合并调换房屋的;

其他应当认定为夫妻双方均可承租的情形。

第二,对夫妻双方可承租的公房,应依照下列原则处理:一是照顾抚养子女的一方;二是男女双方在同等条件下,照顾女方;三是照顾残疾或生活困难的一方;四是照顾无过错一方。

在坚持上述原则的基础上,对夫妻双方可承租的公房在具体分配上,可采取二种方法:一是公房由一方承租的,承租方对另一方可给予适当的经济补偿。二是房屋面积较大能够隔开分室居住的,可由双方分别租住;对可以另调房屋分别租住或承租方给另一方解决住房的,可以准许。

第三,对子一方租房确有困难的处理。离婚时,一方对另一方婚前承租的公房无权承租而解决住房确有困难的,人民法院可调

解或判决其暂时居住,暂住期限一般不超过两年。暂住期间,暂住方应交纳与房屋租金等额的使用费及其他必要的费用。如无权承租的一方另行租房经济上确有困难的,而承租公房一方有负担能力,应给予一次性经济帮助。

第四,征求有关单位意见及办理有关手续问题。人民法院在调整和变更单位自管房屋(包括单位委托房地产管理部门代管的房屋)的租赁关系时,一般应征求自管房单位的意见。经调解或判决变更房屋租赁关系的,承租人应依照有关规定办理房屋变更登记手续。

第五,关于夫妻双方共同出资而取得“部分产权”的房屋分割问题。对夫妻双方共同出资而取得“部分产权”的房屋,人民法院可参照上述相关规定,予以妥善处理。但分得房屋“部分产权”的一方,一般应按所得房屋产权的比例,依照离婚时当地政府有关部门公布同类住房标准价,给予对方一半价值的补偿。对夫妻双方均争房屋“部分产权”的,如双方同意或者双方经济、住房条件基本相同,可采取竞价方式解决。

(2)夫妻债务的清偿。我国《婚姻法》第32条规定:“离婚时,原为夫妻共同生活所欠的债务,以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时,由双方协议清偿;协议不成时,由人民法院判决。男女一方单独所负债务,由本人偿还。”据此对夫妻债务清偿的原则性规定和《财产分割的意见》的具体规定,离婚时,处理夫妻债务清偿问题,要注意区分债务的不同性质,分别以不同的财产清偿。

①夫妻共同债务的清偿。夫妻为共同生活或为履行法定抚养、赡养义务所负债务,应认定为夫妻共同债务,离婚时应当以夫妻共同财产清偿。如夫妻共同财产不足清偿的,由夫妻双方协议以个人财产分担清偿责任,并承担连带责任。

②夫妻个人债务的清偿。以下债务为夫妻个人债务,应由夫妻一方的个人财产清偿:

第一,夫妻一方的婚前债务,原则上由个人负责清偿。但如婚前一方借款购置的房屋等财物已转化为夫妻共同财产的,为购置财物借款所负债务,视为夫妻共同债务。

第二,夫妻一方未经对方同意,擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务,为夫妻个人债务。

第三,夫妻一方未经对方同意,独自筹资从事经营活动,其收入确未用于共同生活所负的债务。此外,根据我国司法解释精神,参加合伙的夫妻一方以个人财产出资,合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的,应先以合伙人的个人财产承担清偿责任,不足部分以合伙人的家庭共有财产承担清偿责任。<sup>①</sup>

第四,夫妻双方约定由个人负担的债务,从其约定,但以逃避债务为目的的除外。

(3)离婚时对生活困难一方的经济帮助。我国《婚姻法》第33条规定:“离婚时,如一方生活困难,另一方应给予适当的经济帮助。具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。”这一规定是夫妻之间互负扶养义务在离婚时的延伸,也是现代婚姻家庭法注意保护弱者利益原则的体现,是离婚时夫妻一方对生活困难的夫妻他方承担的法定义务。此规定虽是对夫妻双方均适用的,但由于历史的和现实的原因,我国妇女的经济收入大都低于男子,离婚时生活困难的一方往往是妻子。因此,这一规定的立法意旨主要在于消除妇女在离婚问题上的经济顾虑,保障其离婚自由。

根据我国婚姻法规定的精神,离婚时一方对另一方的经济帮助应具备三个条件:

①这种经济帮助具有时限性。一方生活困难是指离婚当时已经存在生活困难。而不是离婚后其他什么时候发生生活困难都可

---

① 参见最高人民法院:《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》,第57条。



以要求帮助。(此规定是否合理值得探讨。国外如俄罗斯立法不限于离婚时生活困难。参见第一章第三节当代婚姻家庭法变革的趋势。)

②提供经济帮助的一方必须有经济能力,即有经济能力给予帮助。

③接受经济帮助的一方另行结婚后,对方即终止经济帮助;原定经济帮助执行完毕后,又要求继续给予帮助的,一般不予支持。

关于经济帮助的方式,如果一方年轻有劳动能力,生活暂时困难,另一方可给予短期的或一次性的经济帮助。结婚多年,一方年老或病残,失去劳动能力而又无生活来源,另一方应在居住或生活方面,给予长远的妥善安排。

此外还须注意,不能将一方对另一方的经济帮助与夫妻共同财产的分割相混淆。前者是离婚时法定的物质帮助,后者是夫妻双方共有的财产权利分割。不能用物质帮助的方法代替共同财产的分割,损害接受经济帮助一方对夫妻共同财产的合法权益。

## 二、离婚对父母子女的法律效力

### (一)离婚不消除父母子女关系

我国《婚姻法》第29条第1款规定:“父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父方或母方抚养,仍是父母双方的子女。”根据此规定,父母离婚,不消除父母子女之间的权利义务关系。因为,夫妻关系和父母子女关系是两种不同性质的关系。前者是男女两性基于自愿依法缔结的婚姻关系,它可依法定条件和程序面成立,也可依法解除;后者是基于出生事实面发生的自然血亲关系,不能人为地解除。所以,离婚只能消除夫妻关系,而不能消除父母子女的身份和血缘关系。离婚后,子女无论随父母何方生活,仍然是父母双方的子女。我国婚姻法关于父母子女间权利义务的规定仍然适用,不因父母离婚而受影响。

养父母离婚,也不消除养父母与养子女之间权利义务关系。养父母离婚后,养子女无论由养父或养母抚养,仍是养父母双方的养子女。但在特殊情况下,如养父母离婚时经生父母及有识别能力的养子女同意,双方自愿达成协议;未成年的养子女一方既可依法解除收养关系,由生父母抚养;也可以变更收养关系,改由原养父母一方收养。但收养的变更或解除必须符合收养法的要求,不得侵犯未成年养子女的合法权益。

生父或生母与继母或继父离婚,已形成抚养教育关系的继父母与继子女,如继子女未成年并随生父或生母生活,继父或继母停止抚养继子女的,该继子女与继父母的权利义务关系,随之自然解除。如受继父母长期抚养、教育的继子女已成年,继父母与继子女已经形成的身份关系和权利义务关系则不能因离婚而解除;只有在继父母或继子女一方或双方提出解除继父母子女关系,并符合法律要求的条件下,才可以解除。但由继父母养大成人并独立生活的继子女,应承担生活困难、无劳动能力的继父母的晚年生活费。

## (二)离婚后子女随父母何方共同生活

父母离婚虽不能消除其父母子女之间的权利义务关系,但子女抚养方式却要发生变化。即由父母双方与子女共同生活、共同抚养变成由父母一方与子女共同生活,承担直接抚养责任。我国《婚姻法》第29条规定:“离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。”“离婚后,哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则,哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。”在我国市场经济条件下,离婚后子女抚养问题出现了一些新情况,离婚时发生了有的父母双方争养子女、有的父母双方推卸抚养子女责任的情况。为指导司法实践,最高人民法院于1993年11月3日发布《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意

见)(以下简称《子女抚养的意见》),对处理离婚后子女抚养问题,应掌握以下几点:

1. 人民法院处理离婚时子女抚养问题应根据有利于子女身心健康,保障子女的合法权益的原则,结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况,予以妥善解决。

2. 两周岁以下的子女,一般随母方生活。但母方有下列情形之一的,可随父方生活:

(1) 母方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病,子女不宜与其共同生活的;

(2) 母亲有抚养条件不尽扶养义务,而父方要求子女随其生活的;

(3) 父母双方协议子女随父方生活,并对子女身心健康成长无不利影响的;

(4) 因其他原因,子女确无法随母方生活的,如母方因职业、生活环境、身体条件等原因不便于抚养子女。

3. 两周岁以上未成年子女,父方和母方均要求随其生活,一方有下列情形之一的,可予优先考虑:

(1) 已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的;

(2) 子女随其生活时间较长,改变生活环境对子女健康成长明显不利的;

(3) 无其他子女,而另一方有其他子女的;

(4) 子女随其生活,对子女成长有利,而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病,或者有其他不利于子女身心健康的情形,不宜与子女共同生活的。

(5) 父方与母方抚养子女的条件基本相同,双方均要求子女与其共同生活,但子女单独与祖父母或外祖父母共同生活多年,且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的,可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。

(6)父母双方对十周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的,应考虑该子女的意见。

此外,在有利于保护子女利益的前提下,父母双方协议轮流抚养子女的,可予准许。

#### 4. 关于继子女、养子女的抚养

(1)生父与继母或生母与继父离婚时,对曾受其抚养教育的继子女,继父或继母不同意继续抚养的,仍应由生父母抚养。

(2)《中华人民共和国收养法》施行前,夫或妻一方收养的子女,对方未表示反对,并与该子女形成事实收养关系的,离婚后,应由双方负担子女的抚养费;夫或妻一方收养的子女,对方始终反对的,离婚后,应由收养方抚养该子女。

#### (三)离婚后子女抚养费的分担和变更

我国《婚姻法》第30条规定:“离婚后,一方抚养的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部。负担费用的多少和期限的长短,由双方协议,协议不成时,由人民法院判决。关于子女生活费和教育费的协议或判决,不妨碍子女在必要时向任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。”《子女抚养的意见》进一步对子女抚养费的分担和变更作出具体规定,主要内容如下:

1. 父母离婚后仍有平等地负担子女抚养费的义务。抚养费的范围包括:生活费、教育费和医疗费。父母离婚后,子女随父母一方共同生活,父母另一方应负担必要的抚养费。

2. 子女抚养费的数额、期限和交付办法,首先由父母双方协议,协议不成时,由人民法院判决,无论是协议还是判决,都应以三个因素作为确定的依据:一是子女对抚养费的实际需要;二是父母双方的实际负担能力;三是当地的实际生活水平。这三个因素要综合考虑。根据《子女抚养的意见》的规定,处理子女抚养费问题应把握以下几点:

(1)子女抚育费的给付比例。父母有固定收入的,抚育费可按其月总收入的20%~30%的比例给付。负担两个子女抚育费的,比例可适当提高,但一般不得超过月总收入的50%。无固定收入的,抚育费的数额可依据当年总收入或同行业平均收入,参照以上比例确定。有特殊情况的,可适当提高或降低上述比例。

(2)子女抚育费的给付办法。子女抚育费,原则上应定期给付。但父母从事农业生产或其他生产经营活动,没有固定收入的,可按季度或年度支付现金或实物;在特殊情况下有条件的,可一次性给付。对父母一方无经济收入或者下落不明的,可用其财物折抵子女抚育费。

(3)父母单方负担子女抚育费的条件。父母双方可以协议子女随一方生活并由抚养方负担子女全部抚育费。但经查实,抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用,影响子女健康成长的,不予准许。

(4)子女抚育费的给付期限。子女抚育费的给付,一般至子女十八周岁为止。十六周岁以上不满十八周岁的子女,以其劳动收入为主要生活来源,并能维持当地一般生活水平的,父母可停止给付抚育费。尚未独立生活的成年子女,有下列情形之一,父母又有给付能力的,仍应负担必要的抚育费:

①丧失劳动能力或虽未完全丧失劳动能力,但其收入不足以维持生活的;

②尚在校就读的;

③确无独立生活能力和条件的。

3.子女抚养关系和抚育费的变更。离婚后,子女的抚养关系和抚育费的给付,在一定条件下,可以根据父母双方或子女实际情况的变化,依法予以变更。

(1)子女抚养关系的变更。子女抚养关系的变更,有两种方式:一是父母双方协议变更;二是父母一方要求变更。凡父母一方

要求变更子女抚养关系有下列情形之一的,应予支持:

①与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的;

②与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为,或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利的;

③十周岁以上未成年子女,愿随另一方生活,该方又有抚养能力的;

④有其他正当理由需要变更的。

(2)子女抚育费的变更。子女可以依法向已离婚的父母任何一方,请求超过原协议或判决所定抚育费数额。根据《子女抚养的意见》的规定,子女要求增加抚育费有下列情形之一,父或母有给付能力的,应予支持:

①原定抚育费不足以维持当地实际生活水平的;

②因子女患病、上学,实际需要已超过原定数额的;

③有其他正当理由应当增加的。

此外,在现实生活中,基于特殊情况负担抚育费的一方可能要提出减少或免除原定子女抚育费的请求。对此,父母双方可以协商解决,如协商不成,可诉请法院解决。依法对子女抚育费可酌情减少或免除的原因,大体有两个:一是抚养子女的一方再婚,其再婚配偶愿意负担继子女的抚育费的一部或全部时,他方的负担可以减少或免除。但这种减少或免除,是以继父或继母自愿为前提条件的,如情况发生变化,继父或继母不愿负担或无力负担该项费用,有给付义务的生父或生母应按原定数额给付。二是有给付义务的一方因出现某种新情况,确有实际困难无法给付,可通过协议或判决,酌情减免其给付数额。但这种减免也是有条件的,待给付一方情况好转,有能力按原定数额给付的,应依照原定数额给付。

最后,根据《子女抚养的意见》的规定,必须注意:第一,父母不得因子女变更姓氏而担付子女抚育费。(父或母一方擅自将子女

姓氏改为继母或继父姓氏而引起纠纷的,人民法院应责令恢复原姓氏。)第二,对拒不履行或妨碍他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事人或者其他人员,人民法院可依照《中华人民共和国民事诉讼法》第102条的规定采取强制措施。

## 第五节 离婚后父母对未成年子女监护权问题研究<sup>①</sup>

监护是监护人对被监护人的人身、财产和其他合法权益依法实行的监督和保护。我国《婚姻法》至今尚未规定全面系统的父母对未成年人的监护制度,这已不适应新形势下调整父母子女关系的需要。目前,我国《婚姻法》的修改已被提上议事日程,作者试图结合我国新形势下的实际,就离婚后未成年子女监护权行使的原则,法院确定离婚父母何方行使未成年子女监护权应考虑的基本情形,离婚后与子女分居的或未行使子女监护权的父母一方对子女的探视权(或交往权)等三个问题进行探讨研究,借鉴国外立法经验,对我国《婚姻法》相关立法的修改与补充提出建议,期望对修改和完善我国《婚姻法》尽微薄之力。

### 一、离婚后父母对未成年子女监护权行使的原则

我国《民法通则》第16条规定:“未成年人的父母是未成年人的监护人。”根据我国司法解释,监护人的监护职责即监护的内容主要包括对被监护人的人身监护(保护、照顾和管教)、财产监护

<sup>①</sup> 本节全文发表于《中国法学》,1998(3),被中国人民大学书报资料中心《民商法学》,1999(2)全文转载。

(管理、保护)、以及代理被监护人的权利。<sup>①</sup> 如果把监护人与被监护人限定为父母与未成年子女,父母对未成年子女的监护关系实际就是大陆法系国家规定的父母对未成年子女的亲权关系。亲权是父母基于其特定身份对未成年子女特有的权利和义务。(英美法系国家则对此称为父母对未成年子女的监护权)。从现代国外立法看,亲权的内容主要包括三个方面:一是父母对未成年子女人身的监护(保护教养权、住所决定权、监督权、子女返还请求权等);二是父母对未成年子女财产的监护(子女特有财产的管理、使用、收益及为管理上所必要的处分权);三是代理未成年子女的权利。<sup>②</sup> 必须指出,亲权不包括亲权人与未成年子女间的扶养与继承的权利义务。即亲权并不等于父母对子女的全部权利义务。因此,如果父母因分居或离婚,一方停止行使对未成年子女的亲权,并不意味其停止对未成年子女的扶养、继承的权利义务。我国《婚姻法》虽未明文直接规定父母对未成年子女的监护权或亲权的概念,但该法第15条和第17条关于父母有教育、管教和保护未成年子女的权利义务的规定,实际上属父母对未成年子女监护权或亲权的内容,它是专为未成年子女的利益而设的。在教育、管教和保护未成年子女问题上,父母的权利义务是平等的。然而如果父母离婚,子女不能同时与父母共同生活,父母将而面临依据什么原则决定对未成年子女监护权的行使的问题。

关于离婚后父母对未成年子女监护权或亲权的行使原则,从现代国外立法看,大体可分为以下三种立法类型:

第一种立法类型采单方行使原则,即离婚时法院确定由父或母一方单方行使未成年子女监护权或亲权。这主要以20世纪70

① 参见:最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(1988年11月20日),第10条。

② 参见:《德国民法典》,第1626、1629、1631、1632、1640、1649条。



年代至 80 年代一些资本主义国家修订后的立法为代表,例如,《德国民法典》第 1671 条(1979 年修订、1980 年 1 月生效)规定:“如父母离婚时,由亲属法院确定父母的哪一方应享有对共同子女的亲权。”“亲权仅得委托于父母的一方,但为子女的财产利益,得将财产监护之全部或一部委诸他方行使。”《法国民法典》(1979 年法典)第 287 条,美国《统一离婚法》(1971 年修订)第 401 条、第 402 条也有关于单方行使亲权的规定。

第二种立法类型采双方行使的原则,即离婚后父母双方仍有权行使对未成年子女的监护权或亲权。例如《苏俄婚姻和家庭法典》(1968 年)第 54 条规定:“父母对自己的子女享有平等的权利义务。”“即使在离婚之后,父母也仍然对自己的子女享有平等的权利,并承担平等的义务。”“一切有关子女教育的问题,都由父母协商解决。”“如果不能达成协议,有争议的问题由监护和保护机关在父母参加的情况下加以解决。”

第三种立法类型兼采单方行使原则和双方行使原则,即离婚时,在符合未成年子女利益的前提下,法院决定由父母双方共同或一方单独行使亲权。这以 20 世纪 80 年代以来一些资本主义国家修改后的立法为代表。例如,法国于 1987 年 7 月 2 日修改《法国民法典》第 287 条第 1 项明文规定:“于父母离婚时,在符合未成年子女利益下,法官在听取父母意见后,决定由父母双方共同或一方单独行使亲权。”(这改变了原 287 条规定:“父母离婚时,法官在符合未成年子女利益下将亲权交给父母一方或他方。”)《德国民法典》第 1671 条关于“亲权应委诸父母一方单独行使”之规定,于 1982 年 11 月 3 日被德国宪法法院宣告违宪而失去效力。从此,德国实务界及学说均主张在一定条件之下——即符合未成年子女利

益的条件下,可由离婚的父母共同行使对子女的亲权。<sup>①</sup>在美国,关于对未成年子女监护的问题,只要适当,应该承认母亲的监护权的原则已被摒弃,完全代之以应当以“子女最优利益模式”作为基准来判断。美国已有三十多个州就共同监护制定了法规,法院也在其生效之际设定准则。共同监护正处在普及阶段。但也有人指出:要使这种新型的监护获得成功,父母双方住所必须相近,而且有必要存在协力的关系。这是共同监护的前提条件。<sup>②</sup>

值得注意的是,我国台湾地区1996年9月25日公布:民法亲属编增订第1055条之一、第1055条之二、第1069条之一及第1116条之二,删除第1051条;并修正第999条之一、第1055条及第1089条条文。即该法第1051条有关两愿离婚后,关于子女之监护,由夫任之。但另有约定者,从其约定的规定被删除。第1055条有关判决离婚者,关于子女之监护,适用第1051条之规定。但法院得为子女之利益,酌定监护人的规定被修正为:“夫妻离婚时,对于未成年子女权利义务之行使或负担,依协议由一方或双方共同任之。未为协议或协议不成者,法院得依夫妻一方、主管机关、社会福利机构或者其他关系人之请求或依职权为子女之利益酌定之。”“前项协议不利于子女者,法院得依主管机关,社会福利机构或其他利害关系人之请求或依职权为子女利益改定之。”“行使、负担权利义务之一方未尽保护教养之义务或对未成年子女有不利之情事者,他方、未成年子女、主管机关、社会福利机构或其他利害关系人得为子女利益,请求法院改定之。”“前三项情形,法院得依请求或职权,为子女利益酌定权利义务行使负担之内容及方法。”……可见,

① 参见陈惠霖:《比较中、德有关父母离婚后父母子女关系间法律关系》,1、2页,载《亲属法诸问题研究》,台湾国立政治大学法律丛书编辑委员会编辑,国立政治大学法律学系法学丛书(三十)台湾月旦出版公司,1993。

② 参见[日]利谷信义等著,陈明侠等译:《离婚法社会学》,120、121页,北京大学出版社,1991。

我国台湾地区立法,已摒弃过去关于离婚后子女监护,由夫任之的单方行使原则,而代之以在符合未成年子女利益的前提下,兼采单方行使原则和双方行使原则,并强调法院在关于子女监护协议不利于子女时,或承担子女之监护的父母一方不履行监护义务时,有权依请求或依职权设定监护人(或监护方式);还有权为子女的利益确定监护权利义务行使的内容及方法。这既符合现代社会“以未成年子女利益为基准”,决定离婚后未成年子女监护权(亲权)归属父母双方或一方行使的立法趋势,也有利于保护未成年子女的合法权益。

可以相信,“以未成年子女的利益为基准”,决定离婚后未成年子女监护权或亲权归属于父母一方或双方行使,即兼采单方行使原则和双方行使原则,将成为当今世界越来越多国家和地区立法的通例。而离婚后,父母对未成年子女监护权或亲权的行使方式,由传统的父或母单方行使(单方监护),发展为在符合未成年子女利益的前提下,由父母共同行使(共同监护),无疑有利于达到把离婚对子女的损害减少到最低限度之目的。

我国《婚姻法》第29条规定:“父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父方或母方抚养,仍是父母双方的子女。”“离婚后,父母对子女仍有抚养和教育的权利和义务。”“离婚后,哺乳期内的子女,以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。”据此表明,父母对子女抚养、教育、管教、保护的权利义务(教育、管教、保护均为监护内容之一),均不因父母离婚而消除。但由于父母离婚,父母双方已不能同时与子女共同生活,父母对子女监护权的行使及其他权利义务如抚养义务的履行方式上会有所变化,父母面临决定子女监护权的归属及行使方式(即子女监护权属于父母双方行使或一方行使及如何行使)的问题。当前,随着我国计划生育基本国策的实

施,独生子女日益增多。离婚时父母双方争要独生子女随其生活的情况也增多。但有些争要孩子随其生活的父母一方,是“想在日后割断另一方和孩子的关系”,单方行使子女监护权。<sup>①</sup>另一方面,在市场经济条件下,有些父母的价值观念发生了变化,离婚时考虑问题不是以子女利益为本位,而是以父母利益为本位。为使父母本人今后再婚更容易或生活更舒适,视子女为包袱,出现了离婚时有的父母双方相互推诿均不要子女随其生活,或有的有抚养能力和条件的父母一方坚决不要子女随其生活等推卸抚养、监护子女责任的情况。<sup>②</sup>对这些问题应如何解决?我国《婚姻法》第29条仅规定了离婚后子女由父母何方抚养的原则。(必须指出,“这里的抚养”一词,实际上是指子女随父母何方生活。因为该条第2款明文规定:“离婚后,父母对于子女仍有抚养教育的权利义务。”笔者认为,对于子女随父母何方生活用“抚养”一词来表达是不够妥当的。这容易使一些离婚父母产生误解,甚至成为一些人推卸抚养子女责任的借口。故建议在修改我国《婚姻法》时对此处予以修改。)关于离婚时子女监护权的行使原则,我国《婚姻法》尚无明文规定。(虽据该法第29条规定的精神,可推知主张由离婚父母双方共同行使未成年子女监护权,即采取双方行使原则)。一些离婚父母误以为,离婚后未成年子女随何方父母生活,则应由该方单独行使子女监护权,也就是说,他们以未成年子女随何方父母生活,作为离婚时确定子女监护权行使的原则。这既非法剥夺了未与子女共同生活的父母一方对子女的监护权,也不符合未成年子女的利益。现实生活中,不少离婚父母一方对此感到十分痛苦,甚

---

① 王洋:《一百个离婚案浅析》,《北京婚姻问题探讨》,400页,北京市哲学社会科学规划办公室编辑,1994。

② 周洁:《爸爸,你还爱我吗?》,载《婚姻与家庭》,20~23页,1997(4)。

至有的诉至法院,一些人民法院处理此类问题往往也感到无法可依。<sup>①</sup>

笔者认为,我国《婚姻法》对离婚后未成年子女的监护权单采双方行使原则,已不适应现代社会未成年子女身心健康成长的需要和父母对未成年子女监护的愿望。诚然,现实生活中不少离婚父母双方抚养、监护子女的条件大体相同,住所相距不远,且双方又有离婚后仍共同监护未成年子女的愿望,协议采取轮流抚育、共同监护子女的方式。但也有些离婚父母一方因种种原因,如职业、身体健康状况、住房条件及再婚等,愿意在离婚后停止行使对未成年子女的监护权。因此修改立法应考虑到上述两方面的情况,对离婚后未成年子女监护权的行使,以兼采单方行使原则和双方行使原则为宜。鉴于我国《婚姻法》未规定父母对未成年子女的监护权(或亲权)制度,已不适应新形势下调整父母子女关系,保护未成年子女利益的需要。为使父母依法承担对未成年子女的监护义务,离婚时父母亦能依法解决对未成年子女监护权(或亲权)的归属及行使方式问题,减少纠纷和讼累;为使人民法院在处理离婚父母对子女监护权的争议时有法可依,建议在修改我国《婚姻法》时,根据我国实际和审判经验,借鉴国外立法经验,增加规定父母对未成年子女的亲权制度。<sup>②</sup> 在新增的亲权制度中,就离婚后父母对未成年子女亲权的行使规定为:

离婚时,在符合未成年子女利益的原则下,依父母协商决定亲

---

① 参见晋北仁:《真想看看孩子》;陈莹《探视权的实现,怎么这样难?》,载《中国妇女》,51~53页,1997(3)。

② 参见刘素萍、陈明侠:《监护与抚养》,杨大文、巫昌祯主编:《走向21世纪的中国婚姻家庭》,178~180页,吉林人民出版社,1995。笔者赞成该学者们的主张,在我国《婚姻法》中似增设亲权制度为好。因为,父母对未成年子女的监护权并不完全相同于父母外的第三人对未成年子女的监护权;其次,我国属于大陆法系国家,许多大陆法系国家都设有父母对未成年子女的亲权制度,调整父母子女间关系。

权由父母一方单独行使或双方共同行使。

协商决定由父母双方共同行使亲权的,应以书面形式约定与子女分居的父母一方,以何种方式参与行使对未成年子女的亲权。

如果父母协议不成,由人民法院根据符合未成年子女利益的原则判决。

父母关于子女亲权的协议不利于子女的,人民法院得依未成年子女本人、其他利害关系人、未成年人保护机关或监护机关的请求,或依职权改定。

## 二、法院确定离婚父母何方行使未成年子女监护权应考虑的基本情形

关于离婚时法院确定父母何方行使未成年子女监护权应考虑的基本情形,我国《婚姻法》尚无具体规定。我国《婚姻法》第29条仅以哺乳期为界原则规定,离婚后,哺乳期内的子女以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳后的子女的抚养问题由父母双方协议;协议不成时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。究竟在什么情况下,才是符合未成年子女的利益?这是司法实践中往往难于把握的一个问题。除在特殊的离婚案件中,父母一方有明显的不适合行使未成年子女监护权的情形时,才较容易确定离婚父母何方适合行使未成年子女监护权外,在大部分离婚案件中,父母双方均想行使对未成年子女的监护权,且双方情况大体相同适合行使监护权。在此情况下,法院就有很大的自由裁量权。理论界有的学者总结出以下几个方面的考虑因素:

一是支持原则:行使未成年子女监护权的离婚父母一方,必须就其个人品格、能力、职业状况及其与子女间关系而言,能较好地照顾子女(尤其对年幼子女最好能亲自照顾),促进身心健康发展。对物质条件与精神支持面言,更应强调对子女在心灵上、精神上的支持。

二是继续性原则：在父母离婚的情况下，应考虑子女监护权行使的决定能使子女目前以及未来的教育、发展获得一致性。因此，在父母双方均与子女有良好关系的情况下，应考虑子女迄今为止大都与何方父母共同生活。

三是在考虑上述两个原则时，兼顾考虑子女的意愿及子女的年龄、性别。必须注意的是，一般而言子女的意愿，往往因其年龄及动机而有所不同。并且如父母一方对子女的意愿有强烈的影响时，法院应对子女的意愿加以检验。

此外，有的学者还建议在考虑上述因素后，仍无法做出较符合子女利益的决定时，法院可考虑父母婚姻破裂之原因，即有无过错。但因此主张可能使有责离婚主义死灰复燃，故为大多数学者不愿采取。<sup>①</sup>

从国外立法看，一些国家立法已明文规定，离婚时法院判决确定父母何方行使亲权或未成年子女监护权应考虑的基本情形。例如：

《法国民法典》第 289 条规定，应夫妻一方、家庭某一成员或监察部门的请求，法官得就由何方照管子女及行使亲权的方式作出裁决。第 290 条规定，法官应考虑到：夫妻间已签订的协议；根据第 287—1 条所作的社会调查及复核调查中收集到的情况（第 287—1 条规定……调查的目的为收集家庭的物质和精神状况，其子女生活及受教育的条件，以及有必要采取的措施等情况）；未成年子女的意见，如有必要听取其意见，而听取意见对其又无不便之处。

美国《统一结婚离婚法》第 402 条规定，法庭应使有关监护的决定符合子女的最大利益。法庭要求考虑所有有关事实，包括：子女的父母一方或双方在监护问题上的愿望；子女在监护人选问题

<sup>①</sup> 参见陈惠馨：《比较研究中、德有关父母离婚后子女间法律关系》，277—278 页。

上的愿望；子女与父母一方或双方，其兄弟姐妹及其他对其最大利益有影响的人相互之间的作用及关系；子女对家庭、学校和居住区的适应；所有有关人的身心健康状况。法庭不必考虑所提出的与子女无关的监护人的行为。

根据《德国民法典》(1979年修订,1980年1月1日生效。以下亦同。)第1671条第2项规定,强调家事法院在决定亲权归属,考虑子女的利益时,应考虑子女对父母及其他兄弟姐妹间的联系关系。依此规定家事法院在作决定时,必须检验子女对何方父母及兄弟姐妹间有较大依赖关系。若子女对父母双方的依赖和联系程度相同时,则可斟酌子女上学、受教育之环境、朋友圈子及对祖父母的关系。

此外,我国台湾地区1996年9月25日公布:民法亲属编增订第1055条之一。该条规定:法院为前条(指夫妻离婚时,对于未成年子女权利义务之行使或负担)裁判时,应依子女之最佳利益,审酌一切现状,参考社工人员之访视报告,尤应注意下列事项:子女之年龄、性别、人数及健康情形;子女之意愿及人格发展之需要;父母之年龄、职业、品行、健康情形、经济能力及生活状况;父母保护教养子女之意愿及态度;父母子女间或未成年子女与其他共同生活人之间的感情状况。

总之,立法明文规定法院确定由父母何方行使未成年子女监护权或亲权应考虑的基本情况,既便于审判人员执法操作,防止自由裁量权被滥用,又可指导离婚父母双方依法处理其亲权行使问题,减少纷争和讼累,有利于保护未成年子女的利益。

作者认为,我国最高人民法院早于1993年11月3日发布了《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》(以下简称《意见》),《意见》对离婚时确定未成年子女随父母何方生活,提出了若干应予考虑的基本情形。通过近几年的司法实践证明,《意见》的规定便于理解和操作,是行之有效的。故建议在修



改我国《婚姻法》时,根据《婚姻法》及《意见》的精神,借鉴国外立法经验,结合我国实际增加规定:离婚时,人民法院确定亲权归属父母何方行使,应根据符合未成年子女利益的原则,综合考虑以下情形:

1. 子女的年龄及人数;
2. 十周岁以上有识别能力子女的意愿及子女的生活、学习环境;
3. 父母在亲权行使上的愿望;
4. 父母的思想品德、对子女的感情、健康情况、照料子女生活的能力及经济条件;
5. 父母一方或其近亲属有优先行权亲权的特殊情形;
6. 未成年人保护机关或监护机关的调查报告。

### 三、离婚后未行使未成年子女监护权的父母一方对子女的探视权或交往权

根据我国现行《婚姻法》精神,目前,离婚后未成年子女监护权采取归属离婚父母双方行使原则。近年来,我国离婚后父母对未成年子女监护权关系出现的一个突出问题的是,离婚后有的与子女共同生活的父母一方,以种种理由拒绝对方探视子女,对方不能与子女见面,更谈不上对子女履行教育、监督、保护等监护权利义务;而有的与子女分居的离婚父母一方,频繁看望子女,影响到双方及子女的正常生活,甚至有的以看望子女为名,行骚扰之实。<sup>①</sup>这些情况使离婚父母之间发生纠纷,既增加讼累,也影响未成年子女的抚养和身心健康成长。对此问题应如何解决?我国《婚姻法》对离婚后与子女分居的父母一方对子女的探视权或交往权尚无规

<sup>①</sup> 参见张玉琴、丁红兵:《不让探视孩子,于情于法都不通》,载《中国妇女》,52页,1997(3)。

定。我国现行司法解释仅规定：“夫妻离婚后，与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权；但是未与该子女共同生活的一方，对子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的，人民法院认为可以取消的除外。”<sup>①</sup> 笔者认为，仅笼统地规定与子女分居的离婚父母一方对子女有“监护权”是不够的。因为监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或与人发生争议时，代理其进行诉讼。<sup>②</sup> 从现实生活中看，离婚后与子女分居的父母一方，由于与子女分居，履行子女监护职责的内容及方式会有所变化，并且如其履行监护职责而又与和子女同居的父母一方的意见不一时，往往容易发生纠纷，难于实际履行，所以，与子女分居的离婚父母一方，有的事实上已停止行使未成年子女监护权。

从国外一些国家的立法看，对于离婚后与子女分居的（或停止行使亲权或未成年子女监护权的）父母一方，除规定该方有负担子女抚育费的义务外，还较具体地规定了该方对子女的其他权利义务，例如：《法国民法典》第 288 条规定，不照管子女的夫妻一方保有监督子女的抚养及教育的权利……非有重大的原因，不得拒绝该方探望及接待子女的权利。如子女的财产利益要求良好管理时，该方得……在司法监督下承担管理子女财产的全部或一部。

《德国民法典》第 1634 条、第 1671 条第 4 款第 2 项规定，无人身照顾权的父或母，保留与子女个人交往权、请求告知子女的个人

---

① 参见：最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）（1988 年 11 月 20 日），第 21 条。

② 参见：最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）（1988 年 11 月 20 日），第 10 条。

情况权(以符合子女的利益为限)、及对子女财产利益必要时承担财产照顾权之全部或一部;还规定无人身照顾权的父或母和人身照顾权人不得为任何损害子女与他人的关系或造成教育困难的事由。

美国《统一结婚离婚法》第 407 条规定,如法庭在审理后认为进行探视不会严重危害子女的身体、精神、道德或感情的健康,可授与无子女监护权的父母一方合理的探视权。(即行使探权的程度和方式的安排应符合子女的利益,而不仅仅是符合有监护权或无监护权的父母一方的利益。)

1968 年《苏俄婚姻和家庭法典》第 56 条规定,与子女分居的父母一方,享有与子女交往权,并有参与子女教育的义务。同子女一起生活的父母一方,无权阻挠另一方与子女的来往和参与对子女的教育。该法还规定,监护和保护机关,可以在一定时期内剥夺与子女分居的父母一方同子女来往的权利,如果他(她)同子女的来往妨碍对子女的正常教育和对子女产生不良的影响。

此外,我国香港《未成年人监护条例》明文规定,父母离婚,可以确定未成年子女归哪一方监护。一方监护不影响另一方履行抚养义务和享有探视的权利。<sup>①</sup>

我国台湾地区 1996 年 9 月 25 日公布民法亲属编修正后第 1055 条第五项规定:法院得依请求或依职权,为未行使或负担(未成年子女监护)权利义务之一方酌定其与未成年子女会面交往之方式及期间。但其会面交往有妨碍子女之利益者,法院得依请求或依职权变更之。

总之,现代社会许多国家的立法及一些地区的立法都明确具体地规定,离婚后与子女分居的或未行使亲权的父母一方,有权同子女来往或有权探视子女;有的还进一步规定该方有参与子女教

<sup>①</sup> 参见李泽沛主编:《香港法律概述》,234 页,法律出版社,1987。

育的义务,有的则规定有监督子女的抚养及教育的权利、为子女的利益管理子女的财产(全部或一部)的权利、以及请求告知子女个人情况的权利等。为保证该方对上述权利义务的适当履行,有的国家还明确规定了行使探视权或子女交往权的限制条件——必须符合子女的利益;有的则规定与子女共同生活的一方不得阻挠另一方行使对子女的交往、教育权,另一方不得滥用子女交往权损害子女利益,否则,将被法院依法剥夺该权利。

笔者认为,修改我国《婚姻法》,增补关于离婚父母一方对子女的探视或交往权的立法,应结合我国实际,借鉴国外立法经验,具有前瞻性。关于探视权人的范围,除包括未行使亲权的离婚父母一方外,考虑到目前我国已有一些虽未离婚但因感情不和而事实上分居的夫妻,其中与子女分居的父母一方大多事实上已停止行使对其未成年子女的监护权,故探视权人还应包括因夫妻协议分居而未与子女共同生活停止行使亲权的父母一方,除对子女有探视权或交往权,还应享有参与教育子女权、监督子女抚养权等,以防止对方滥用亲权,保护未成年子女的合法权益。特此建议在新婚姻家庭法中,增补关于子女的探视权等问题的立法,作如下具体规定:

离婚后未行使亲权的父母一方,或夫妻协议分居而未与子女共同生活停止行使亲权的父母一方,有与子女交往的权利(子女交往权的内容包括探视子女)、有参与子女教育的权利、有监督子女抚养的权利、有为子女的利益必要时管理子女财产(全部或一部)的权利,该方应与对方达成书面协议,在符合未成年子女利益的原则下,以何种方式适当履行对子女的上述权利。协议不成时,由人民法院根据子女的利益判决。

与子女同居的父母一方无权阻挠另一方与子女交往和参与对子女的教育。如果离婚后未行使亲权的父母一方或夫妻协议分居而未与子女共同生活停止行使亲权的父母一方同子女的交往,妨

碍对子女的正常教育和对子女产生不良影响,人民法院可以在一定时期内剥夺该方与子女交往的权利。

## 第六节 建立我国离婚损害赔偿制度研究<sup>①</sup>

近年来我国离婚率呈逐年上升趋势。<sup>②</sup>随之出现的一个突出问题是,因夫妻一方与人通奸、姘居、重婚或虐待、遗弃对方而导致婚姻破裂的离婚案件增多。<sup>③</sup>不少离婚无过错方当事人因离婚过错方的违法行为致婚姻关系破裂而离婚,造成身心的严重摧残。由于我国《婚姻法》对离婚损害赔偿未作规定,使受害方所受损害不能得到任何补偿。她(他)们发出了要求填补“法律漏洞”,让离婚过错方“给予一定经济补偿”的强烈呼声。<sup>④</sup>虽然我国学术界有些专家、学者曾提及我国应建立离婚损害赔偿制度问题。<sup>⑤</sup>但对此进行专门研究的论文尚不多见。在我国《婚姻法》的修改已被提上议事日程之际,笔者试就建立我国离婚损害赔偿制度的依据、功能与目的、国外立法状况与比较评析、我国离婚损害赔偿制度之立法构想等问题作一初探,以期抛砖引玉,对修改和完善我国婚姻法,保护社会主义婚姻家庭关系,保障当事人的合法权益有所裨益。

---

① 本节第一至四部分发表于《现代法学》,1998(6)。

② 李秀平:《离婚率持续上扬》,载《法律与生活》,5页,1997(8)。

③ 参见王行娟:《婚姻“冲击波”》,载《婚姻与家庭》,46页,1997(1)。

④ 金香:《农村离婚妇女有苦难言》,载《中国妇女》,50页,1998(6);郑红霞:《法律有没有漏洞?》,载《中国妇女》,25页,1997(5)。

⑤ 参见巫昌祯、杨大文主编:《走向21世纪的中国婚姻家庭》,29页,吉林人民出版社,1995;应慧:《中国婚姻法的完善与发展》,载《政治与法律》(沪),36页,1997(5);王茂庆:《离婚案件中的精神损害赔偿》,载《中国律师报》,1998年5月2日第4版。

## 一、建立我国离婚损害赔偿制度的依据

首先,建立离婚损害赔偿制度是完善婚姻法,加强社会主义法制的需要。保护婚姻家庭是我国宪法确立的基本方针。家庭是社会的细胞,婚姻家庭的稳定是社会稳定的基础。我国《宪法》第49条规定:“婚姻家庭、母亲和儿童受国家的保护”,根据我国宪法精神,我国刑法通过惩罚破坏婚姻家庭的犯罪行为,如对暴力干涉婚姻自由、虐待、遗弃、重婚等犯罪行为处以刑罚,保护婚姻家庭关系;我国《民法通则》第104条规定:“婚姻、家庭、老人、母亲和儿童受法律保护。”我国《婚姻法》第2条规定:“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。”“保护妇女、儿童和老人的合法权益。”第3条规定:“禁止重婚。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”第34条规定:“违反本法者,得分别情况,依法予以行政处分或法律制裁。”显然,我国宪法、刑法、民法通则和婚姻法对于夫妻、父母子女等家庭成员,在婚姻家庭中的权利义务是给予法律保护的。如果夫妻一方不履行夫妻义务,与人通奸、姘居、重婚,或使用家庭暴力虐待配偶、或遗弃配偶等,侵害对方配偶的合法权益,致使婚姻关系破裂而离婚,离婚时过错配偶对其造成的无过错配偶之损害(包括财产损害和非财产损害),理应承担赔偿责任。但由于我国婚姻法对于离婚损害赔偿尚无规定。立法上的空白,导致司法实际部门“无法可依”,离婚时对过错配偶违法行为造成无过错配偶的损害,往往难以依法追究。这不仅放纵了离婚过错方的违法行为,使离婚无过错方的合法权益未能得到法律的保护,而且使我国宪法、民法通则和婚姻法关于保护婚姻家庭的规定成为一纸空文,有损社会主义法律的严肃性。1996年12月,任建新同志在全国高级人民法院院长会议上指出:对破坏他人婚姻家庭……侵害他人民事权利的违法行为,要依法责令其承担民事责任,其中构成犯罪的,还要依法追究刑事责任,以形成扶正祛邪、扬美惩恶的良好社会风

气。<sup>①</sup> 因此,建立离婚损害赔偿制度,是进一步完善我国婚姻法,加强社会主义法制的需要。

其次,建立离婚损害赔偿制度,是新形势下保护离婚当事人合法权益的需要。从我国婚姻家庭关系的现状看,近年来婚内侵权行为屡屡发生,家庭暴力呈上升趋势。据有关部门统计,我国每年约有40万个家庭解体,其中四分之一起因于家庭暴力。因夫妻一方与他人有婚外情、或通奸、姘居、重婚而导致婚姻破裂离婚的也有增无减,在某些地区已成为离婚的主要原因,占离婚案件总数的60%以上。<sup>②</sup> 许多无过错方离婚当事人因过错配偶的侵权违法行为,身心受到严重摧残,却得不到法律的救助,感到“有苦难言”<sup>③</sup> 一些深受婚外恋、第三者插足之害的离婚当事人已发出,“如果婚外恋不受法律制约,合法妻子(或丈夫)的合法权益就得不到保障”的呼吁,强烈要求填补法律漏洞,“修改后的《婚姻法》能对婚外恋、第三者插足破坏他人婚姻家庭等行为,明确规定为违法,并在经济上予以制裁”,对受害配偶“给予一定补偿”,以有效地保障婚姻家庭、妇女和儿童的合法权益。<sup>④</sup> 所以,建立离婚损害赔偿制度是新形势下离婚当事人提出的保护其合法权益的迫切要求。

第三,建立离婚损害赔偿制度是使司法部门有法可依,违法必究的需要。从我国司法实践看,由于我国婚姻法未规定离婚损害赔偿制度,因此,对于离婚过错方对无过错方造成的损害包括财产

① 参见任建新:《大力加强审判工作,保障和促进两个文明建设的协调发展》(1996年12月24日),载《最高人民法院公报》,6页,1997(1)。

② 参见孙晓梅:《伴侣有时比敌人更危险》,载《中国妇女报》,1998年6月26日第3版;陈敏:《浅谈婚姻家庭案件的特点及审理》,载《法学评论》(武汉),82页,1997(5)。

③ 参见田鹰:《离婚自由,限度在哪里?》,载《法律与生活》,11页,1997(8)。

④ 参见:《“婚外恋”应受法律制约》,载《民主与法制》,33页,1997(2);郑红霞:《法律有没有漏洞?》,载《中国妇女》,25页,1997(5)。

损害和非财产损害,离婚时法院都未责令过错方承担损害赔偿责任。这显然不利于保护无过错配偶的合法权益,不利于维护社会主义婚姻关系。在认真贯彻执行党的十五大提出的依法治国方略的今天,也应依法治家。人民法院对于离婚配偶一方违法侵害他方配偶合法权益造成的损害不能坐视不管,不能无能为力。基于公平正义原则,理应追究侵害配偶权的违法行为人的损害赔偿责任。<sup>①</sup> 面对我国司法部门审理离婚损害赔偿案件,无法可依的现状,亟需完善我国婚姻法,建立离婚损害赔偿制度。

## 二、离婚损害赔偿的功能与目的

离婚损害赔偿制度,是规定配偶一方违法侵害配偶他方基于配偶身份享有的合法权益,其过错行为导致婚姻关系破裂,离婚时无过错配偶对由此所受的损害(财产上损害和非财产上损害)有权请求赔偿,过错配偶则负有赔偿损失、给付慰抚金等侵权民事责任的民事法律制度。

离婚损害赔偿,系配偶一方违法侵害配偶他方的合法权益。导致婚姻关系破裂,离婚时对无过错配偶所受的损害,过错配偶应承担的民事责任。离婚损害赔偿民事责任的构成,必须同时具备以下四个要件:

第一,须有违法行为。因配偶一方的违法行为致使婚姻关系破裂而离婚,即有违法性存在。违法行为主要是指,实施与他人通奸、姘居、重婚、虐待、遗弃、意图杀害配偶等导致婚姻关系破裂的违法行为。

第二,须有损害事实。即因配偶一方的违法行为致使婚姻关系破裂而离婚,无过错配偶由此受到财产上损害和非财产上损害。

<sup>①</sup> 参见杨立新:《论侵害配偶权的精神损害赔偿》,载《民法判解研究与适用》(第二集),325页,中国检察出版社,1996。



离婚财产上损害的范围,仅限于无过错配偶一方因离婚所受现有财产权益的损失,不包括因离婚所受期待财产权益的损失。例如,夫妻抚养请求权,基于夫妻财产契约之请求权等因离婚而受损害,其他如强制夫妻财产分割所受之损失、离婚诉讼费用、因伤害或虐待致劳动能力之减少等亦属之。但因离婚而损失的财产期待权,如遗产继承权、保险受益权等不包括在内。<sup>①</sup> 离婚非财产上损害,包括人身损害和精神损害。精神损害包括精神利益(如名誉权、自由权、贞操权等)的损害和精神创伤两个部分。<sup>②</sup> 精神创伤指因过错配偶实施通奸、重婚、虐待、遗弃等行为,致婚姻破裂而离婚,造成无过错配偶肉体上的和精神上的痛苦。

这里还须指出,婚内侵权赔偿不同于离婚损害赔偿。但从我国现实生活看,对婚内侵权所受损害,受害配偶往往从有利于夫妻和睦团结考虑,在婚姻存续期间不提出赔偿请求。当因婚内侵权行为致婚姻关系破裂,离婚时,受害配偶就提出了损害赔偿要求。这时,就其所受损害的范围而言,既包括婚内侵权所致损害(如配偶个人财产被毁损致使财产权受侵害;遭虐待身体受伤害造成财产损失和精神痛苦),也包括因离婚所致损害(离婚致配偶享有的既得财产权益受损失,过错配偶违法行为致离婚造成无过错方肉体上和精神上之痛苦)。在此情况下,就发生了婚内侵权赔偿与离婚损害赔偿之竞合。从诉讼之经济出发,宜合并审理。

第三,须有因果关系。配偶一方实施的通奸、重婚、虐待、遗弃等违法行为,必须是导致婚姻关系破裂而离婚,造成无过错配偶遭

① 参见史尚宽:《亲属法论》,463~464页;陈棋炎等著:《民法亲属新论》,242~243页。

② 参见杨立新:《试论精神损害赔偿的概念》谓:“现代精神损害赔偿制度包括两个部分,即精神利益的损害赔偿制度和精神创伤的抚慰金制度……就我国民事立法而言,《民法通则》第120条所规定的,只包括前一部分即精神利益损失的赔偿制度,不包括后一部分的抚慰金制度”。载杨立新著:《民法判解研究与适用》(第二集),254~257页,中国检察出版社,1996。

受财产上损害和非财产上损害的直接原因。

第四,须有主观过错。即实施违法行为的配偶主观上有意图违反婚姻法或其他法律的过错。过错配偶有通奸、重婚、虐待、遗弃等有责离婚原因存在。总之,离婚损害赔偿以配偶一方有过错为主观要件。如果配偶双方都有过错,台湾有学者主张,应按过失相抵原则处理。<sup>①</sup>但许多国家只允许无过错配偶有离婚损害赔偿请求权。笔者认为,后者可能更有利于促使公民严肃认真对待婚姻关系,也可避免为证明离婚配偶双方过错大小之举证困难。

以上四个要件同时具备,即构成离婚损害赔偿民事责任。

离婚损害赔偿作为一种民事责任,具有以下三方面的功能。

#### (一) 填补损害

损害赔偿作为侵权行为法的基本救济手段,最基本的功能就是填补受害人的损害。有损害才有赔偿,无损害就无赔偿。通过补偿损失,使受到损害的权益得到救济和恢复。对于离婚损害赔偿,可分为财产损害赔偿和精神损害赔偿。离婚财产损害赔偿,旨在填补财产损害,其赔偿范围应以因离婚所受的财产实际损失(直接损失和间接损失)为限。但因婚姻关系本质上是人身关系,故因离婚所受的可期待财产权益的损失,如继承期待权等不属赔偿范围。离婚精神损害赔偿,瑞士以给付慰抚金、法国则采用支付赔偿金。我国《民法通则》第120条对精神损害之民事责任规定了两种方式,一为非财产责任,另一为财产责任即支付赔偿金。总之,对精神损害赔偿。无论是支付赔偿金,还是给付慰抚金,都是依法向被害方支付的金钱。论其本质亦属损害赔偿,与财产上损害之金钱赔偿并无不同,因而亦具有损害赔偿所具有的基本功能,即填补

<sup>①</sup> 史尚宽,《亲属法论》,463页。

损害。<sup>①</sup>

## (二)精神慰抚

如前所述,离婚损害赔偿包括财产损害赔偿和精神损害赔偿。精神损害赔偿虽亦采用财产赔偿的方式。但精神损害赔偿本身兼具经济补偿和精神慰抚的性质。精神损害赔偿之慰抚金,是一种特殊赔偿金,兼具经济补偿和精神慰抚双重功能:一是从经济上填补损害,二是慰抚受害方因合法权益遭受损害之痛苦。因为,对于精神损害而言,不能完全客观地以金钱计量和赔偿。所以,给付慰抚金除尽可能填补损害外,更主要的是慰抚被害人因精神损害所生之痛苦、失望、怨愤与不满。由加害人给付慰抚金,使受害人获得心理上的慰藉,平息其怨愤、报复感情。而我国民法通则第120条未规定给付慰抚金制度,建议在今后制定民法典时,增加此制度为宜。

## (三)制裁、预防违法行为

损害赔偿作为侵权者应承担的民事责任之一,具有制裁和预防违法行为的功能。虽西方多数学者否认损害赔偿具有制裁违法的作用,但亦有学者承认,慰抚金“确实含有惩罚之因素。”<sup>②</sup>我们认为,通过责令侵权行为人承担损害赔偿责任,使侵权者不仅未因其侵权行为获益,而且对其侵权行为之损害后果承担赔偿责任,这本身就体现了对违法行为的制裁;并且对其他有可能发生侵权行为的人而言,也有警戒和预防作用。

综上所述可见,离婚损害赔偿制度之目的,旨在通过离婚时,基于无过错配偶之请求,法院责令有过错配偶对其违法侵害合法婚姻关系和配偶合法权益造成的损害后果,承担赔偿责任、给付慰抚

<sup>①</sup> 参见王泽鉴:《慰抚金》,载王泽鉴著:《民法学说与判例研究·第二册》,252页,中国政法大学出版社,1998。

<sup>②</sup> 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第二册),255页。

金等民事责任,以期填补损害、慰抚受害方之精神,制裁加害方的违法行为,达到保护合法婚姻关系,保障无过错配偶合法权益之目的,以维护社会秩序稳定,促进社会发展。

### 三、国外立法状况与比较评析

#### (一)国外关于离婚损害赔偿之立法状况

关于离婚损害赔偿,有的国家立法有明文规定,有的国家是通过判例、司法解释给予承认。从国外立法体例看,大体可分为两种类型:

第一种立法类型,采取原则性规定的立法模式。即亲属法中仅对离婚损害赔偿的发生原因、赔偿范围、请求权的权利主体和义务主体作出原则规定,有关离婚损害赔偿金的数额,给付方式等则适用民法有关侵权行为法之财产损害赔偿和非财产损害赔偿的具体规定。如瑞士、墨西哥等国立法即属此类型。

第二种立法类型,采取原则性规定与具体规定相结合的立法模式。即亲属法中不仅原则性规定离婚损害赔偿的发生原因、赔偿范围、请求权的权利主体和义务主体,而且对离婚损害赔偿请求权行使的时间、赔偿金数额之确定与应考虑的因素、给付的方式与担保责任等作出具体规定,从而设立了专门的离婚损害赔偿制度。如法国的立法即属此类型。

国外关于离婚损害赔偿之立法内容及判例:

《瑞士民法典》第151条规定:(一)因离婚,无过错的配偶一方在财产权或期待权方面遭受损害的,有过错配偶一方应支付合理的赔偿金。(二)因导致离婚的情形,配偶一方的人格遭受重大损害的,法官可判与一定金额的赔偿金作为慰抚。<sup>①</sup>

《墨西哥民法典》第288条第1款规定:如果因离婚导致无过

<sup>①</sup> 殷生根、王燕译:《瑞士民法典》,42页,中国政法大学出版社,1999。

错配偶一方的利益遭受损害或侵害,有过错配偶一方作为违法行为的行为人应负损害赔偿。第二款规定:在双方同意离婚的场合,除非另有协议,配偶双方都无权索取抚养费,也无权索取本条所允许的赔偿。<sup>①</sup>

《日本民法典》第709条规定:“因故意或过失侵害他人权利者,负因此而产生损害的赔偿责任。”第710条规定:“不问是侵害他人身体、自由或名誉情形,还是侵害他人财产权情形,依前条规定应负赔偿责任者,对财产以外的损害,亦应赔偿。”台湾学者史尚宽先生指出:“依日本民法新亲属编,离婚时:配偶一方有过失时,解释上得依侵权行为(日本民法第709、710条)请求慰抚金。”<sup>②</sup> 值得注意的是,日本最高法院1979年3月30日就配偶一方有外遇,受害配偶和未成年子女向插足引起家庭破裂之第三者请求损害赔偿的两个案件作出同样的判决,确立以下规则:即妻子或丈夫(向第三者提出)的损害赔偿请求,只有在第三者故意,或过失而构成违法行为的场合,才得以承认;未成年子女(向第三者提出)的损害赔偿请求,只有在第三者怀有故意并积极阻止父亲或母亲对子女履行监护等义务的情况下,才予承认。也就是说,日本最高法院的判例明确地表明,肯定离婚之受害配偶向第三者提出的损害赔偿请求,而对子女向第三者提出的损害赔偿请求则给予了严格的限制。<sup>③</sup>

在美国,北卡罗来纳州法院1997年8月5日作出了美国司法史上首次“第三者”受罚的判例。该州一名叫朵罗西的妇女,援引北卡州一项有百年历史的保护家庭不受第三者破坏的法律,向法

---

① 参见:《墨西哥民法典》(婚姻编),吴翠华译,载张贤钰主编:《外国婚姻家庭资料选编》,119~120页,复旦大学出版社,1991。

② 参见史尚宽:《亲属法论》,462页。

③ 参见罗丽:《日本关于第三者插足引起家庭破裂的损害赔偿的理论与实践》,《法学评论》(武汉),71页,1997(3)。

院控告第三者考克斯与自己的丈夫通奸,使原本美满幸福的婚姻关系破裂而离婚,要求考克斯为此支付赔偿金。对此,北卡州格拉姆法院的陪审团作出一个“令所有惨遭遗弃的怨妇扬眉吐气的裁决,要求考克斯向朵罗西支付高达100万美元之巨的赔偿金!”<sup>①</sup>

在法国,《法国民法典》明文规定以下具体的离婚损害赔偿制度:

1. 离婚损害赔偿的发生原因、权利主体和义务主体以及损害赔偿的范围。

如果离婚被判为过错全属夫妻一方,则该方得被判赔偿损害,以补偿他方因解除婚姻而遭受的物质或精神损失(第266条第1款)。第270条就赔偿金作出进一步规定,除被判为共同生活破裂的离婚外,夫妻间的相互扶养义务因离婚而终止。但夫妻一方有责任向他方提供津贴,用于补偿因离婚而造成的各自生活条件的差异。

如果离婚判为过错全属夫妻一方,该方无权享受任何赔偿金。但如考虑到共同生活的时间及曾给予他方职业上的合作,而在离婚后拒绝付予一切金钱上的补偿明显不公平者,该方得取得一笔特殊的赔偿金。(第280-1条)

2. 离婚损害赔偿请求权的行使时间。

他方仅得在离婚诉讼之际请求损害赔偿。(第266条第2款)

3. 离婚损害赔偿金数额的确定。

(1) 法院判决确定赔偿数额之依据,以及法官应特别考虑的情形:赔偿金的确定应根据被给予的夫妻一方的需要和他方的财力,并考虑到离婚时的情况,以及将来可预见的情况的变化。(第271条)

在决定需要与财力时,法官应特别考虑以下几个方面:

---

<sup>①</sup> 参见:《美国一妇女向第三者索赔百万美元》,载《民主与法制》,18页,1997(21)。

- ①夫妻双方的年龄及健康状况;
- ②夫妻双方已用于子女受教育或须用于子女受教育的时间和费用;
- ③夫妻双方的专业资格(谋生能力);
- ④夫妻双方对新职务的选择余地;
- ⑤夫妻双方现有的与可预见的权利;
- ⑥夫妻双方可能丧失领取可复归养老金的权利(复归指享受养老金者在退休前死亡,其养老金可移转归其配偶享受);
- ⑦在夫妻财产制解体后,夫妻各方的全部财产,包括资金与收入。(第 272 条)

(2)夫妻两愿离婚应协议确定赔偿金的总数及给付方式,提交法官审批。

如双方共同请求离婚,夫妻双方应在提交法官批准的协议中确定赔偿金的总数和方式。但如协议不公平地确定夫妻双方的权利和义务,法官得拒绝批准。(第 278 条)

#### 4. 离婚损害赔偿金的给付方式。

(1)法院判决赔偿金的给付方式包括:支付金钱、实物(动产和不动产)、股票。如赔偿金债务人一方财产的组成有此可能,赔偿金得采用资金形式。(第 274 条)

法官决定据之实行给付或充作资金的财产的方式:

- ①支付一笔金钱;
- ②放弃实物财产,动产与不动产,但仅对用益权享用的财产,判决实行有利于债权人一方的强制让与;
- ③将收入的有息股票存人在负责向赔偿金债权人支付其收入的第三人手中。

离婚判决得取决于资金的有效支付或第 277 条规定的保证金的构成。(第 275 条)

(2)赔偿金原则上一次性缴付,如有困难经法官允许并提供担

保下,可分三年缴付或采取定期金的形式。

如赔偿金债务人一方无现款时,得经允许在第 277 条规定的保证下,资金可分三年按年缴付款额组成。(第 275-1 条)

如无资金或资金不足,赔偿金可采取定期金的形式。(第 276 条)

(3)定期金的支付期限、按指数计算以及担保责任。

定期金支付至债权人夫妻一方死亡或支付至其死亡以前。

定期金按指数计算,指数应和扶养金同样确定。

在按指数计算以前,定期金的总数就其全部期限以统一方式确定,亦得根据财力和需要的可能变化按不同时期有所不同。(第 276-1 条)

如债务人夫妻一方死亡,定期金转由其继承人负担。(第 276-2)

除法定抵押或裁判抵押外,法官得强制债务人夫妻一方提供抵押品或为定期金的担保交付保证金。(第 277 条)

5. 离婚损害赔偿数额的变更。

(1) 判决变更。赔偿金具有承包的性质,即使双方财力和需要意外变化,赔偿金的数额不得变更,但如不变更对夫妻一方具有特别严重后果时,不在此限。(第 273 条)

(2) 协议变更。(双方共同请求离婚的夫妻有关赔偿金的)协议经批准,即具有与法院的判决同样的执行力。

非经以同样手续提交批准的夫妻双方间新的协议,前项协议不得变更。

但夫妻双方有权在其协议中规定,如财力及需要发生意外变化,各方得要求法官重新审议赔偿金。(第 279 条)

除此之外,我国台湾民法典亲属编第 1056 条对离婚损害赔偿有原则性规定:“夫妻之一方,因判决离婚而受有损害者,得向有过失之他方,请求赔偿。前项情形,虽非财产上之损害。受害人亦得



请求赔偿相当之金额。但以受害人无过失者为限。前项请求权不得让与或继承,但已依契约承诺或已起诉者,不在此限。”

## (二)对国外立法之比较评析

1. 对国外立法体例之比较评析。国外关于离婚损害赔偿之立法体例,大体可分两种类型:一为原则性规定的立法模式,另一为原则性规定与具体规定相结合的立法模式。两者比较,各有利弊。前者的优点是条文简洁,但缺点是具体适用时法官的自由裁量权较大,容易出现执法不一的弊端;后者的优点是可操作性强,便于执法、守法,但缺点是似有条文繁多之嫌。笔者认为,由于离婚损害赔偿,往往以请求精神损害赔偿为多。国外一些国家立法明文规定,非财产上损害,以法律有特别规定者为限,始得请求赔偿相当金额。<sup>①</sup> 这里的“相当金额”如何确定?如果法律不明文规定法官应考虑若干情形,往往会造成执法差异太大。这既不利于保护离婚双方当事人的合法权益,也往往容易引起当事人不服判而上诉的案件增多。因此,笔者认为,从我国国情出发,为便于公民知法、守法,也便于法院执法,我国似采取第二种立法模式为宜。

### 2. 对国外立法内容之比较评析。

(1) 离婚损害赔偿请求权的发生原因与赔偿范围。离婚损害赔偿请求权,因离婚导致无过错配偶一方受到物质损害或精神损害而发生。赔偿的范围,包括财产上损害和非财产上损害。这是上述各国立法的通例。但对财产损害赔偿范围宽窄的规定有所不同:瑞士包括财产权或期待权方面的损害;法国、墨西哥、日本等国以及我国台湾地区立法则未规定包括财产期待权的损害。由于婚姻关系本质上是人身关系,因此,笔者认为,离婚财产损害赔偿的范围,似以不包括因离婚所受财产期待权之损害为宜。

(2) 离婚损害赔偿请求权的权利主体和义务主体。从请求权

---

<sup>①</sup> 参见:《德国民法典》,第253条;《瑞士民法典》(1981年修订版),第28条。

的权利主体看,大多数国家立法仅限于离婚的无过错配偶。但法国在特殊情况下,基于公平原则亦允许有过错配偶请求特殊的赔偿金。而日本判例则把未成年子女有限制地承认为请求权的权利主体。从请求权的义务主体看,大多数国家立法仅限于离婚的过错配偶。但日本、美国及我国台湾地区的判例承认,破坏他人婚姻关系的有过错的第三人应承担赔偿损失的责任。笔者认为,基于教育、引导公民严肃认真地对待婚姻家庭,保障合法婚姻关系之目的,以及公平正义原则,对离婚损害赔偿请求权的权利主体,似采取法国之规定为妥,即除特殊情况外,有过错的配偶原则上不能作为请求权的权利主体;对请求权的义务主体,应既包括离婚的过错配偶,也包括实施破坏婚姻关系违法行为的有过错的第三人。至于未成年子女因第三者破坏婚姻关系所受之损害,可作为无过错配偶请求赔偿金确定数额时应考虑的因素,而不宜把未成年子女列为请求权人。

(3)离婚损害赔偿的民事责任方式。国外立法大多只规定对离婚所受损害,应承担损害赔偿 responsibility。而瑞士法除规定承担损害赔偿 responsibility 外,还规定可请求给付慰抚金。前者着重填补财产损害,后者着重慰抚精神创伤。笔者认为,从现实生活中看,离婚无过错方所受损害,往往以精神损害为多。因此,瑞士立法似值得我国借鉴。此外,根据我国民法通则第 120 条规定的精神,侵害名誉权等人格权的民事责任,包括停止侵害、赔礼道歉等非财产责任和损害赔偿财产责任两种方式。笔者认为,离婚精神利益损害的民事责任,也宜兼采非财产责任和财产责任两种方式,可更好地维护受害人的合法权益。

(4)离婚损害赔偿请求权的发生时间。国外立法仅限于离婚之时提出损害赔偿请求。这既可避免因时过境迁,法院难于调查取证,也可促使权利人及时行使权利。我国也宜采用此种规定。

(5)离婚损害赔偿的适用范围。许多国家规定离婚损害赔偿

仅限于适用判决离婚之场合。但法国既适用于判决离婚,也适用于由法官宣判的夫妻双方同意的协议离婚,并规定夫妻协议的赔偿金总额和方式,须经法官审查批准。笔者认为,离婚损害赔偿请求权,是受害方依法享有的权利,无论是在判决离婚或两愿协议离婚的场合,都可以适用。这样可能更有利于保护受害方的合法权益。<sup>①</sup>(在我国,夫妻双方同意离婚,在办理离婚登记时,须有书面协议,故关于离婚损害赔偿的数额及给付等内容,可经婚姻登记管理人员审查批准)。

(6)离婚损害赔偿金数额的确定。许多国家立法仅原则规定得赔偿相当金额或一定数额。而法国则明确规定了确定赔偿金数额的依据,还具体列举了法官应予特别考虑的情形。后者更便于操作,值得我国立法借鉴。

(7)离婚损害赔偿金的给付方式。法国规定原则上应一次性给付。如一次性给付不能时,则分期按年给,或采取定期金的给付形式。但须提供担保(抵押物或保证金)。此立法有利于保障赔偿金的支付,亦值得我国借鉴。

(8)离婚损害赔偿金数额的变更。法国对判决确定的赔偿金原则上不得变更,但特殊情况除外;对夫妻协议确定的赔偿金之数额允许协议变更,但须经法官重新审批。笔者认为,离婚损害赔偿金的基本功能是对已发生损害之填补,故即使离婚后一方或双方情况发生变化,原则上不能允许变更。但如义务人一方丧失劳力或无经济来源,则可酌情减免其给付义务。如权利人一方丧失劳力或无经济来源,仍不能要求增加赔偿金,应通过社会保障制度予

---

<sup>①</sup> 台湾学者陈棋炎先生等指出:台湾民法就两愿离婚,不承认损害赔偿及赡养费之给予,殊不妥当。因愿否离婚,虽可听任当事人之自由,但关于损害赔偿……则宜由法院干预,否则对于弱者之一方,不足以保护,见陈棋炎等著:《民法亲属新论》,第240页。

以救济。

此外,我国台湾民法关于离婚损害赔偿请求权不得让与或继承及其例外之规定,也值得我们立法时参考。

#### 四、我国离婚损害赔偿制度的立法构想

为保护合法婚姻关系,保障离婚当事人的合法权益,维护社会主义法律的严肃性,必须进一步修改和完善我国婚姻法,增加规定离婚损害赔偿制度。为此,笔者根据我国宪法、民法通则和现行婚姻法有关规定的精神,借鉴国外立法经验,结合我国实际,试拟以下立法构想,供我国立法部门参考:

在我国《婚姻法》离婚一章中,增设专节规定离婚损害赔偿制度。具体内容如下:

**第一条** 因配偶一方违法侵害他方配偶合法权益,致使婚姻关系破裂离婚,无过错配偶一方对由此遭受的物质损害和精神损害有权请求赔偿,过错配偶一方负有赔偿损失、给付慰抚金的民事责任。

前款情形下,请求权的义务主体得包括实施破坏他人婚姻关系违法行为的有过错的第三人。第一款情形下,如无过错配偶一方的名誉权遭受侵害的,有权要求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。

**第二条** 有过错的配偶一方无权请求任何损害赔偿金。但如夫妻共同生活时间达10年以上,并曾给予他方配偶职业上的合作或帮助贡献较大,而且在离婚后不给予一定的金钱补偿显失公平者,该方可取得一定数额的特殊赔偿金。

**第三条** 离婚损害赔偿之请求,仅得在登记离婚或诉讼离婚时提出。

前款权利,不得让与或继承。但已依协议承诺或已起诉者,不在此限。

第四条 离婚损害赔偿金、慰抚金的数额与给付方式,由夫妻双方协议。协议不成时,由法院根据夫妻双方的具体情况判决。

第五条 夫妻双方关于离婚损害赔偿金或慰抚金的协议,须在离婚时提交婚姻登记机关或人民法院审查批准。如协议显失公平的,应不予批准。

第六条 人民法院对离婚损害赔偿金、慰抚金数额的确定,应根据保护合法的婚姻家庭关系,保护无过错配偶合法权益的原则,综合考虑以下基本情形:

(1)无过错方遭受损害之权益及损害程度,包括财产上所受的实际损失,但因离婚所失的财产期待权除外;精神上所受痛苦的程度,结合结婚时间长短、对配偶和家庭尽义务的多少和贡献大小、年龄、健康状况、以及过错方的过错程度等确定。

(2)过错方的过错程度,结合故意过失的轻重、动机、情节等考虑。<sup>①</sup>

(3)过错方对子女、老人等其他家庭成员造成的损害。

(4)无过错方和过错方的经济状况、谋生能力。

第七条 离婚损害赔偿金、慰抚金的给付,可采取给付金钱、实物(动产和不动产)和可转让的股票、债券、不记名国库券等有偿证券方式。

前款给付,原则上应一次性缴付。如确有困难,可分三年按年缴付。按年缴付的,经权利方请求,法院可责令义务方提供抵押物或签订保证合同约定保证人,担保给付义务的履行。

---

① 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第二册),260、261页。王泽鉴先生指出:算定慰抚金,所应斟酌之因素,应包括加害人故意过失之轻重。因“被害人苦痛、怨愤之慰藉与加害人故意过失之轻重具有密切之关系”。对此,作者深表赞同;于敏:《日本侵权行为法中的抚慰金制度研究》谓:日本学界通说认为,在抚慰金算定时加害者的行为的情节被作为左右受害者的愤怒的强度和苦痛的大小要素加以斟酌,载《外国法译评》,54页,1998(2)。

**第八条** 离婚损害赔偿金、慰抚金的数额确定后,即使后来双方情况发生变化,也不得变更。但如双方协议同意变更的,不在此限。

### 五、建立我国离婚损害赔偿制度有分歧意见的难点问题

目前,我国有的学者认为,对由于第三者插足引起家庭破裂而实行离婚损害赔偿,有使“爱情转换为金钱”之嫌,受害配偶虽得到金钱,但失去了爱情,所感到的痛苦却也更深。因而主张“与采用法规范进行强制相比”,“将对婚姻规范遵守置于伦理、道德世界之中的方法更好”。<sup>①</sup> 我们认为,诚然,婚姻家庭关系具有伦理性的一面,用道德规范加以调整是十分必要的,也是有一定效果的。但是,我们同时也要看到,婚姻家庭关系是一种民事法律关系,法律规定的婚姻家庭关系中的权利和义务,既须道德规范,也须法律规范,两者相辅相成来保障实现。而对于道德规范不足以制止的第三者插足他人婚姻之中,与配偶一方通奸、姘居,侵害配偶另一方的配偶权,导致离婚的违法行为,必须运用法律手段加以制裁,以保护无过错配偶及其子女的合法权益,维护社会主义婚姻家庭关系和社会秩序。因此,法律应当赋予受害配偶享有离婚损害赔偿请求权,由其自愿行使。如其感到得到金钱,但失去了爱情而痛苦更深,则可放弃行使此权利。不过,从我国现实生活中看,要求离婚过错方给予一定经济补偿的呼声很高(见前所述)。至于担心这会出现“爱情转换为金钱”的现象,这是只见表而,未见实质。很据我国民法通则第120条之规定,公民的人格权如姓名权、名誉权等受到侵害的,可以要求侵害人承担赔偿责任的民事责任。在这里也会出现“姓名权、名誉权转换为金钱”的表象,但实质上是用赔偿之

<sup>①</sup> 参见罗丽:《日本关于第三者插足引起家庭破裂的损害赔偿的理论与实践》,载《法学评论》,73~74页,1997(3)。

财产,填补损害、慰抚受害人精神,并有利于制裁违法行为。既然损害赔偿不会使人格权转化为金钱,那么,毫无疑问,离婚损害赔偿亦不会使爱情转化为金钱。

## 第六章 亲子关系法立法研究

### 第一节 概 述

#### 一、亲子关系法的演进

亲子关系法,又称亲子法,是调整亲子关系的法律规范的总称。亲即指父母,子即指子女。亲子关系即父母子女关系。父母子女在血缘联系上是最接近的直系血亲,是家庭中的主要成员,相互之间具有法律上的权利和义务。因此,亲子关系是家庭关系的重要组成部分。

综观亲子关系法演进的历史,大体可以看出亲子关系法经历了古代的“家本位的亲子法”、近代的“亲本位的亲子法”、现代的“子女本位的亲子法”的发展进程。在亲子关系法形成初期,亲权具有家长权的实质。罗马法的父权 *Patria potestas* 一词原来就是家长权的意思。因为在当时,家庭成员必须绝对服从父系家长的支配。在奴隶社会和封建社会中,亲子关系以家族为本位,父母子女关系完全从属于宗族制度,表现为父系、父权和父治。亲子关系受家族法的支配,养育子女是为了家族利益,父母子女的利益被淹没在家族利益之中。随着生产力的发展,家族的范围逐渐缩小,宗族制度逐步衰落,父亲成为一家之长。这一时期亲子关系法的主流是维护父权即亲的权利。近代法国的 *Puissance Paternelle* 一词就是父权或亲权的意思。社会发展至现代,亲权已从单纯的父权演变为父母对子女之间平等的权利和义务关系,并且亲子关系的内容也越来越重视对子女的尊重、保护和强调对子女的教育,发展到



“子女本位的亲子法”。<sup>①</sup>

我国古代奉行家族主义,亲子关系法长期实行“家本位”制度。亲子关系以孝道为本,“父为子纲”天经地义,子女受家长和其他尊亲属的支配,对父母须绝对服从。唐代以后,根据各个朝代法令的规定分析,亲子关系法还兼有“亲本位”的性质。发展至近、现代,1930年国民党政府民法亲属编在形式上完成了中国亲属法从古代型向近、现代型的过渡。其有关亲子关系的立法以保护子女权益为原则、父母子女权利义务关系平等,但仍然保留有一定男女不平等、以父权为中心的封建色彩。如根据该法第1089条规定,父母对行使亲权意见不一时,父有最后决定权。

中华人民共和国成立后,第一部《婚姻法》即1950年的《婚姻法》,对父母子女的关系设专章加以规定,以全法的1/6的篇幅规定了以保护子女利益为原则的父母子女之间平等的相互扶养的权利义务关系。1980年《婚姻法》又以全法1/5的篇幅重申了1950年《婚姻法》的有关规定,而且增加了关于子女姓氏问题、扶养请求权及父母对子女的管教、保护方面的规定,确立了新型的、以保护未成年子女合法权益为原则、父母子女间平等、相互扶养和相互继承的权利义务关系。<sup>②</sup>

## 二、亲子关系的种类

关于亲子关系的种类,古今法律的规定有很大区别,中外法律的规定也有所不同。

从近、现代国外有关立法看,一般将父母子女关系分为两大类:一类是自然血亲的父母子女关系,另一类是法律拟制血亲的父

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《亲属法论》,476、477页;陈棋炎等:《民法亲属新论》,247、248页。

<sup>②</sup> 参见陈明侠:《亲子法基本问题研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第6卷,2、3页,法律出版社,1997。

母子女关系。自然血亲的父母子女,根据父母之间有无婚姻关系可分为,父母与婚生子女、生父母与非婚生子女;法律拟制血亲的父母子女,主要是指养父母与养子女。

在我国古代,基于纳妾、宗祧制度,以及恩义名分等原因,父母子女的种类繁多。考察我国的法制史,父母子女的种类、称谓大致可分为两类:一是出于自然血统,即亲生父母子女,包括亲生父母、嫡子女、庶子女、婢生子女、奸生子女;二是法律拟制而形成的父母子女,包括嗣父嗣子、养父母养子女。至近、现代,1930年国民政府民法亲属编吸收了外国(主要是近代大陆法系国家亲子关系)立法的经验,将父母子女关系分为自然血亲和拟制血亲两种。

中华人民共和国成立后,废除了封建的婚姻家庭制度,实行男女平等,一夫一妻制等新型的社会主义婚姻家庭制度。在我国现行的婚姻法中,父母子女关系可分为两大类:

一类是自然血亲的父母子女关系。它是基于子女出生这一自然事实而发生的父母子女关系。自然血亲的父母子女关系是客观存在的,不能人为地解除,只能因一方死亡而消灭。根据子女出生时父母是否具有合法婚姻关系可将其分为父母与婚生子女关系,父母与非婚生子女关系。

另一类是法律拟制的父母子女关系。指本无该种血亲应具有的血缘关系,但法律上确认其与自然血亲有同等的权利义务的亲子关系,又称准血亲关系。在我国,此类亲子关系包括养父母与养子女关系,继父母与形成扶养关系的继子女关系。法律拟制的父母子女关系是依法产生的,因此,在一定条件下,也可以依法解除。

## 第二节 父母与婚生子女

### 一、概述

自从进入阶级社会,建立了调整婚姻家庭关系的法律制度以来,人类社会的生育行为就产生了是否符合当时社会的婚姻家庭

制度的问题,即有了合法与非法之分。所生子女也就相应有了婚生和非婚生之别,出现了婚生子女和非婚生子女的概念。

何为婚生子女,许多国家的立法均有规定,只是具体表述不尽相同。例如,英国普通法规定婚生子女的标准比较宽松,即如子女在婚姻关系存续中出生者,不问其是否婚前受孕,只要在出生时父母之间有合法婚姻关系,子女就取得婚生子女身份;如果在婚姻关系存续中受孕,则不问子女出生前婚姻关系是否已经解除,子女均可取得婚生子女身份,但英国普通法不承认婚后的准正。<sup>①</sup> 美国大多数州的有关规定比英国的更为宽松。如《纽约州家庭法》第24条第1款规定,父母在子女出生前或出生后,已举行世俗的或宗教的婚姻仪式,或者已按普通法规定完婚,婚姻被认为有效并经婚姻举行地法律认可的,所生子女为婚生子女,而不论该婚姻现在是无效的、可撤销的,还是已经被撤销或以后将被撤销或被判决无效。《德国民法典》1961年修订后的第1591条第1款规定,妻于婚前或婚姻关系存续中受孕,而夫于妻之受孕期间内有同居之事实者,其结婚后所生子女为婚生子女,即使婚姻被宣告为无效,也相同。《法国民法典》对子女的婚生性标准也有规定,概括地讲,只要父母因结婚而成一家,是在婚姻关系存续期间受孕或出生的子女为婚生子女。《日本民法典》第772条规定,妻于婚姻中受孕的子女即自婚姻成立起200日后,或自婚姻解除或撤销之日起300日内所生子女为婚生子女。我国台湾地区现行民法第1061条明确规定,称婚生子女者,谓由婚姻关系受孕而生之子女。并且在1062条规定了受孕期间,即从子女出生日回溯第181日起至第302日止。从上述可见,日本和台湾地区的民法对于婚生子女标准的规定和其他国家的规定相比,较为保守,不利于对未成年子女

---

<sup>①</sup> 参见陈明侠:《亲子法基本问题研究》,8页。

利益的保障。<sup>①</sup>

我国1950年《婚姻法》和现行《婚姻法》虽然都使用了婚生子女的称谓,但均未对婚生子女的概念作出规定,也无婚生子女的推定制。因此,我国有学者指出,明确婚生子女的概念,是完善我国亲子关系法首先需要解决的问题,建议对婚生子女的概念规定为:“于婚姻关系存续期间受孕或出生的子女为婚生子女。”<sup>②</sup>这无疑是有一定道理的。但必须指出的是,《德国民法典》于1998年生效的法律条文中已取消了婚生子女的称谓,该法中也从此不再有“非婚生”一词。此立法意旨在于,取消“婚生、非婚生”称谓,仅用“子女”一词,更能体现法律对儿童的尊重和保护,即有婚姻关系的男女所生子女,与无婚姻关系的男女所生子女,其法律地位都是平等的,其称谓也是相同的。这对我国立法无疑具有一定参考价值。我国似也可仅从父母是否结婚的角度,区分为“已结婚的父母”与“未结婚的父母”,而对子女不予“婚生”与“非婚生”的区别。<sup>③</sup>

## 二、婚生子女的推定和否认

### (一)婚生子女的推定

所谓婚生子女的推定,是指子女婚生性的法律强制规定,即在婚姻关系存续期间,妻子受孕所生的子女,推定为婚生子女。

婚生子女必须具备如下条件:(1)父母有合法的夫妻身份关系;(2)该子女必须是其生父之妻所生,这就排除了父与母之外的女子受孕所生之子女;(3)该子女必须是其生母之夫所受孕而生,即该子女与生母之夫有血缘联系,这就排除了该子女是由父之外

① 参见杨大文主编:《亲属法》,240、241页,法律出版社,1997。

② 同上书,243页。

③ 参见:《德国民法典》,第1591~1593、1615a~1619条。

的男子受孕所生。上述三个条件中,第(1)(2)两个条件是比较容易证明的,一般均可直接根据生母怀孕、分娩的事实和生父母婚姻关系的存在的客观状况加以确认。但是,要证明第(3)个条件就比较困难。基于此,世界各国几乎都规定了婚生子女的推定制度。而且,顺应社会的发展,很多国家的有关规定发生了较大的变化。许多国家已明确规定,婚前受孕而在婚姻关系存续期间出生的子女,视为婚生子女。这样,婚生子女必须具备的条件已经变得宽松,只要是在生父母婚姻关系存续期间受孕或出生的子女,均为婚生子女。

婚生子女推定制度,对于维护夫妻关系的稳定,巩固社会秩序,特别是未成年子女利益的保护,有着十分重要的意义。

## (二)婚生子女的否认

婚生子女的否认是指丈夫证明在受孕期间内,未与妻子有同居行为,依法否认子女是自己的亲生子女的制度,即当事人依法享有否认婚生子女是自己亲生子女的诉讼请求权的制度。

依据婚生子女的推定制度确定子女是婚生子女,实际上并未解决该子女是否是真正的婚生子女,或者说,并未真正解决该子女是否是其生母之夫所受孕而生。现实生活中也确实有受婚生推定的子女而实际上是婚外性关系所生子女的情况。因此,为了保障当事人的合法权益,体现法律的公平性,各国法律在规定的婚生子女推定制度的同时,还规定了婚生子女的否认制度。考察各国婚生子女的否认制度,尽管具体内容不尽相同,但是均涉及到以下几方面的问题:

1. 否认的原因。对否认的原因,各国一般采用概括主义,即不列举具体的原因,规定只要提供足以推翻子女为婚生的证据即可。比如,丈夫在妻子受孕期间没有同居的事实;丈夫有生理缺陷,无生育能力等。

2. 否认权人。有的国家如法国、日本、罗马尼亚等规定,只有丈

夫享有否认权;有的国家如瑞士规定,丈夫和子女享有否认权;有的国家如前苏联、保加利亚规定夫妻和子女均享有否认权。

3. 否认权的时效和限制。在外国法律中,否认请求均规定有时效限制,其目的在于促使当事人及时行使权利,尽快确定子女的法律地位。但是,有关时效的期限长短不同。有的规定为1个月如美国路易斯安纳州,有的国家如比利时为90天,有的国家如法国、罗马尼亚为6个月,有的国家如日本为1年,还有的国家如德国请求撤销父亲身份的期限为2年。至于诉讼时效从何时起算,各国规定也不尽相同。大多数国家规定从知悉需要行使权利时开始,也有个别国家规定否认权于子女出生时否认权人在出生地为起算时间,如出生时不在出生地的,以其返回出生地时起算等。<sup>①</sup>

婚生子女的推定和否认制度是亲子法的重要组成部分,不少国家立法对此设有明确规定,虽现行《德国民法典》取消了“婚生、非婚生”子女的称谓,不存在婚生子女的推定与否认问题,但仍设有“父亲身份的推定与撤销”制度,<sup>②</sup>以保护父母和子女尤其是未成年子女的利益。我国婚姻法尚无婚生子女的推定和否认、或父亲身份的推定与撤销之规定,有待修改立法时予以补充。

### 三、父母与婚生子女间的权利和义务

根据我国现行《婚姻法》第15条至第21条及有关法律的规定,父母与婚生子女间的权利义务,具体内容有以下几个方面:

#### (一) 父母对子女有抚养、教育、管教和保护的义务

现行《婚姻法》第15条规定,父母对子女有抚养教育的义务;父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母给付抚养费的权利。该法第17条规定,父母有管教和保护未

<sup>①</sup> 参见李志敏主编:《比较家庭法》,212~214页。

<sup>②</sup> 参见:《德国民法典》1998年7月1日生效的第1592、1593、1599~1600c条。

成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时,父母有赔偿经济损失的义务。

### (二) 子女对父母有赡养、扶助的义务

我国《宪法》规定,公民在年老、疾病或丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。同时还规定,成年子女有赡养、扶助父母的义务。禁止虐待老人。《婚姻法》第15条规定,子女对父母有赡养扶助的义务。子女不履行义务时,无劳动能力或生活有困难的父母,有要求子女付给赡养费的权利。《中华人民共和国老年人权益保障法》第二章“家庭的赡养与扶养”就家庭在赡养老人时应承担的义务作了更为明确、具体的规定。该法规定,老年人养老主要依靠家庭,家庭成员应当关心和照顾老人。

### (三) 父母子女间有相互继承遗产的权利。

《婚姻法》第18条规定,父母和子女有相互继承遗产的权利。我国《继承法》第10条规定,父母、子女与被继承人的生存配偶,同为第一顺序的法定继承人。

## 第三节 父母与非婚生子女

### 一、非婚生子女的法律地位

非婚生子女是婚生子女的对称,是指没有婚姻关系的男女所生的子女。

非婚生子女产生的原因较多,未婚男女所生的子女、有配偶者与他人通奸所生的子女、无效婚姻当事人所生的子女、妇女被强奸后所生的子女等,均为非婚生子女。

自人类社会实行一夫一妻制以来,随着私有制的发展,婚姻成立的要件越来越严格,生育非婚生子女的情况逐渐增多。在历史上,非婚生子女在世界各国,无论在法律上还是在实际生活中均遭受歧视和虐待。中国封建法律亦对“婢生子”、“奸生子”备加歧视。

清末颁行的《大清现行刑律》中还规定“奸生子”、“婢生子”不得继承宗祧。继承财产时，“奸生子、婢生子，依子量予半分”。近代社会对于非婚生子女态度已有了很大转变，认识到无论是婚生还是非婚生，都与子女无关，是其父母所为，没有理由歧视非婚生子女。即使如此，在早期资本主义国家立法中，仍然对非婚生子女加以歧视。英国普通法规定，非婚生子女不属于任何人的子女，其父不负有抚养义务。法国 1804 年民法典还规定非婚生子女不得请求其父认领；非婚生子女不得主张婚生子女的权利；非婚生子女不得为继承人。即使经过认领的非婚生子女，如与婚生子女同时继承，其应继分只为婚生子女的 1/3。自 20 世纪开始，非婚生子女的法律地位有了很大的改善。特别是 1918 年苏俄新的婚姻家庭法典明确规定非婚生子女与婚生子女享有同等权利，从法律上根除了对非婚生子女的歧视。但就世界范围看，非婚生子女法律地位改善的时间先后及程度，各国情况很不相同。例如，直到 1926 年英国才颁布《准正法》，承认非婚生子女因事后父母结婚准正取得婚生子女的地位。而时至今日仍有少数国家保留有对非婚生子女的歧视性规定，如日本现行民法第 900 条第 4 款规定，非婚生子女在继承时，其应继分为婚生子女的 1/2，《法国民法典》第 760 条对此的规定与日本相似。

在我国，非婚生子女与婚生子女具有同等的法律地位。《婚姻法》第 19 条规定：“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。非婚生子女的生父，应负担子女必要的生活费和教育费的一部分或全部，直至子女能独立生活为止。”《继承法》第 10 条规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母……本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女……”

## 二、非婚生子女的准正和认领

非婚生子女的法律地位如何，或者说非婚生子女与事实上的



父母间关系如何,是世界各国法律上和社会实践中不可回避的一个重要问题。为了确定非婚生子女的法律地位,保护其合法权益,当代世界上绝大多数国家都建立了确认非婚生子女法律地位的制度,即认领制度,有些国家还设立了准正制度。

非婚生子女的准正,指因生父母结婚使非婚生子女取得婚生子女资格的制度。准正制度始于罗马法。为保护非婚生子女的利益,法律规定父对于结婚前所生子女,因与其母结婚而取得家父权,对子女视为婚生。寺院法和日尔曼法也设有准正制度。1926年英国始有准正法。美国大部分州皆采用英制。大陆法系诸国如法国、瑞士、日本等国均继受罗马法原则设有非婚生子女的准正制度,东欧有些国家如原民主德国也设有此制。(但各国准正的要件和方式略有不同。)虽现行《德国民法典》已删除“非婚生子女”一词,不存在子女“婚生化”问题,但仍设有“认可父亲身份”及“父亲身份的确认”制度,以确立亲子关系,保护子女利益。<sup>①</sup>我国现行婚姻法无非婚生子女的准正制度。在现实生活中,非婚生子女的生父母结婚,被承认为其婚前所生的子女,一般当然被视为婚生子女。

非婚生子女的认领,是指非婚生子女的生父母承认非婚生子女是自己的子女。非婚生子女的认领,一般是在无法准正的情况下发生的。认领分为两种形式:一是自愿认领;二是强制认领。

#### (一) 自愿认领

自愿认领,又称任意认领,是指生父母承认该非婚生子女是自己所生,并自愿承担抚养责任,无需他人或法律的强制。

1. 认领人。认领人是指认领行为的主体。多数国家规定非婚生子女的生父为非婚生子女的认领人,如罗马尼亚、瑞士等国。有

<sup>①</sup> 参见:《法国民法典》,第331、332条;《瑞士民法典》,第259条;《日本民法典》,第789条;《德意志民主共和国家庭法典》(1965年),第54条第4款;《德国民法典》,第1594~1598、1600d~1600e条。

的国家规定,生父、生母均为认领人,如日本等。

2. 被认领人。即认领行为的对象,一般是指非婚生的子女。

3. 认领的方式。认领是一种确认人身关系的重要法律行为,涉及子女的人身权利和财产权利,应为要式行为。各国规定认领的方式不同。主要通过以下方式进行:

(1) 公证认领,如法国认领非婚生子女及德国认可父亲身份需进行公证;

(2) 登记认领,如前苏联苏维埃法典规定父母双方共同到户籍机关登记认领;

(3) 事实认领,即生父已经抚养非婚生子女,并且有认为该子女是自己的子女的意思表示,视为认领。

4. 认领的否认与撤销。为防止他人冒认子女,发生欺诈,损害非婚生子女及其生母的名誉,造成生父认领困难和障碍,设立认领的否认与撤销制度。即在认领发生后,如发现认领人非子女之父,法律给有关当事人以否认权,可向法院提出申请撤销认领。<sup>①</sup>

## (二) 强制认领

强制认领,是指当非婚生子女的生父或生母不主动地自愿认领时,由有关当事人诉请法院予以判决强制认领的方式。

强制认领的原因主要有:

1. 未婚女子所生的子女,生母指认的生父不承认该子女是他所生,生母向法院提起确认生父之诉;

2. 已婚女子与第三人所生子女,女方指认第三人为子女的生父而遭否认的,生母向法院提出确认生父之诉。

我国尚未建立非婚生子女的认领制度。在现行的法律制度下,关于非婚生子女地位婚生化作法是:基于分娩的事实,非婚生子女与生母之间的关系一般无需加以特别的证明,非婚生子女

<sup>①</sup> 参见李志敏主编:《比较家庭法》,221、222页。

按生母的婚生子女对待。非婚生子女与生父之间的关系,一般有两种情况:一是由生父自愿表示认领;二是被生母指认的生父不承认该子女是其所生。这种情况可通过生母向法院提出的证据,如在受孕期间与被告有过性关系,或被被告强奸的事实和证据等加以证明。法院在必要时,可委托有关部门进行亲子鉴定。我国最高人民法院1987年6月15日《关于人民法院在审判工作中能否采用人类白细胞抗原作亲子鉴定问题的批复》,对用该鉴定技术进行亲子鉴定给予了认可。

## 第四节 继父母与继子女

### 一、概述

继父母是指子女对其生父或生母的后婚配偶的称谓。继子女是指后婚配偶对其妻与前夫或夫与前妻所生子女的称谓。继父母与继子女关系是由子父母一方死亡,另一方带子女再婚,或者由于父母离婚,抚养子女的一方或双方再婚而形成的。由于继父母子女关系是以生父或生母再婚的婚姻关系为中介而发生的,所以属于姻亲关系。但是,在一定条件下,这种姻亲关系可以转化为法律拟制血亲关系。

继父母子女关系虽然是一种父母子女关系,但它不同于基于子女出生的事实而产生的自然血亲父母子女关系。在实际生活中,继父母与继子女的关系有两种情况:一是未形成抚养教育关系(或称扶养关系)的继父母子女关系;二是形成抚养教育关系的继父母子女关系。

我国婚姻法对继父母与继子女之间形成抚养教育关系认定的要件未予规定。实践中一般是根据继父母对继子女在经济上尽了扶养义务(对继子女给付生活费、教育费的一部或全部),或者生活上尽了扶养义务(与未成年继子女共同生活,对其生活上照料、帮助)来认定。

## 二、继父母与继子女的法律地位

我国《婚姻法》第21条规定：“继父母与继子女间，不得虐待和歧视。”“继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”因此，首先，无论继父母与继子女间是否形成抚养教育关系，他们相互之间都不得虐待和歧视。这是社会主义尊老爱幼、民主平等新型家庭关系的要求。其次，继父母与继子女之间是否发生法律规定的父母子女间的权利和义务，应根据他们是否形成抚养教育关系来确定。未形成抚养教育关系的继父母与继子女之间属于姻亲关系，他们之间无法律规定的父母子女间的权利与义务。即他们之间只是一种名义上（或称谓上）的父母子女关系，继父母因未抚养教育继子女，不享有受继子女赡养扶助的权利；继子女因未受继父母的抚养教育，不负赡养扶助继父母的义务。已形成抚养教育关系的继父母与继子女属于法律上的拟制血亲，他们之间具有与自然血亲的父母子女相同的权利和义务。与此同时，该继子女与没有和他共同生活的另一方生父或生母的关系仍然存在，他们之间的自然血亲父母子女关系并不因未在一起共同生活而消除。这样，此类继子女就具有双重法律地位。即一方面他和自己的生父母保持着父母子女间的权利和义务，另一方面他和抚养教育自己的继父或继母又形成拟制血亲父母子女间的权利和义务。所以，他享有双重权利，负有双重义务。也就是说，他既有受生父母抚养教育的权利，又享有受形成抚养教育关系的继父母抚养教育的权利；他既负有赡养扶助生父母的义务，又负有赡养扶助形成抚养教育关系的继父或继母的义务。并且，他享有的继承权也是双重的。他既享有继承生父母遗产的权利；又享有继承形成抚养教育关系的继父或继母遗产的权利。与之相应的是，形成抚养教育关系的继父或继母（如有自己的生子女）也具有双重的法律地位。即一方面他与自己的生子女保持着

父母子女间的权利和义务,另一方面他与受自己抚养教育的继子女又形成拟制血亲父母子女间的权利和义务。所以,他也享有双重权利,负有双重义务。也就是说,他既负有抚养教育生子女的义务,又负有抚养教育形成抚养教育关系的继子女的义务;他既享有受生子女赡养扶助的权利,又享有受形成抚养教育关系的继子女赡养扶助的权利。并且,他享有的继承权也是双重的。他既享有继承生子女遗产的权利,又享有继承形成抚养教育关系的继子女遗产的权利。

关于形成抚养教育关系的继子女具有双重法律地位,有人认为这不合理,会加重该类继子女成年工作后的赡养负担。即当他成年工作后,要承担赡养扶助生父母和形成抚养教育关系的继父或继母的双重义务。故认为立法应规定,凡自愿尽抚养教育义务的继父或继母应对继子女进行收养,使他们之间只存在单一的养父母子女权利义务关系,以减轻继子女成年工作后的赡养负担。笔者认为,继父母继子女的情况各有不同,是否收养继子女,应当由当事人之间自行协商决定,而不宜由法律硬性规定。这样既维护了生父母的权益,又维护了继父母和继子女的权益。因为生父母离婚并不消除父母子女关系,生父或生母带子女再婚,继子女与继母或继父也不一定建立拟制血亲父母子女关系,如果法律规定,继父或继母凡自愿抚养教育继子女的,必须对继子女进行收养,往往会因为另一方生父或生母不同意、或年满十周岁以上的继子女本人不同意、或继父(母)对继子女虽愿抚养但不愿收养(他已有或要生育亲生子女)等原因而不能实现。这反而不利于继子女的抚养教育。所以,对继子女是否收养,不宜由法律硬性规定,面由当事人自行决定为好。我国《收养法》第14条规定:“继父或者继母经继子女的生父母同意,可以收养继子女……”显然,这里未硬性规定继父或继母必须收养继子女,是否收养继子女完全由当事人自行协商决定。如果继父或继母依法收养了继子女,建立了养父

母子女关系,他们之间的父母子女权利义务就是单一的,因该继子女与另一方生父或生母的权利和义务已消除。如果继父或继母未收养继子女,但对继子女尽了抚养教育的义务,则他们之间形成抚养教育关系,具有与父母子女相同的权利和义务。同时该子女与另一方生父或生母的权利和义务仍然存在,另一方生父或生母对其仍有抚养教育的义务。这无疑是有利于继子女的抚养教育和健康成长的。至于此类继子女成年工作后,负担双重赡养义务有所偏重问题,从权利与义务相一致的角度看,他未成年时享受了双重权利,成年工作后应尽双重义务。同时从他的负担能力看,尽双重赡养义务是以其实际负担能力为限(他确无负担能力或负担能力不够的,其赡养义务可由社会保障措施予以救济)。所以,法律允许形成抚养教育关系的继子女具有双重法律地位是合理的。

至于继子女对未在一起共同生活的另一方生父或生母尽赡养义务,是否以该方生父或生母对其尽了抚养教育义务为前提?我国《婚姻法》第29条规定:“父母与子女间的关系不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父方或母方抚养,仍是父母双方的子女。”当然,离婚后另一方生父或生母对未在一起共同生活的子女仍有抚养教育的义务,但如其确属无抚养能力或因客观原因无法尽抚养义务的,其子女在该方生父或生母年老需要赡养时,仍应对其尽赡养扶助的义务,而不能以该生父或生母对子女未尽抚养教育义务为由,对其不负赡养扶助的责任。<sup>①</sup>

### 三、继父母与继子女关系的解除及后果

继父母与继子女关系的解除及其后果,应区分不同情况分别

---

<sup>①</sup> 参见:《关于人民法院处理涉台民事案件的几个法律问题》,1988年8月9日最高人民法院副院长马原在最高人民法院举行的第一次新闻发布会上发布,有关去台人员要求子女赡养的内容。

处理：

第一，未形成抚养教育关系的继父母子女关系，因生父或生母与继母或继父婚姻终止而解除。但如因生父或生母死亡而导致婚姻终止的，继子女仍可自愿与继母或继父保持父母子女的关系。

第二，已形成抚养教育关系的继父母子女关系，可在下列情况下解除：

1. 在再婚关系存续期间，继父或继母与继子女之间的抚养关系，可根据任何一方的请求及停止抚养的事实（如继子女离开继父或继母随另一方生父或生母生活）而解除。因他们之间抚养关系的建立，是基于当事人自愿的行为，而非法定的义务。但抚养关系解除后，继父母与继子女的姻亲关系及称谓关系仍存在。

2. 在再婚关系终止时，无论是因离婚而终止或因生父（或生母）死亡而终止，继父或继母与继子女之间的抚养关系均不当然解除。根据婚姻法和有关司法解释的规定，继父（母）与继子女已形成的抚养关系是一种独立的权利义务关系，不因生母或生父与继父或继母婚姻关系的终结而自然消除。<sup>①</sup> 因为，从形成抚养教育关系的继父母子女关系的产生原因看，除生父母带子女再婚外，还有继父或继母对继子女进行抚养教育的事实。如生父（母）与继母（父）离婚，除未成年继子女被生父母一方带走，继父母终止对该继子女的抚养而致抚养关系自然解除外，被继父（母）长期抚养并已成年的继子女受继父（母）抚养教育的事实不能消失，有抚养教育关系的继父母与继子女间父母子女的权利和义务，仍不能自然终止。一方要求解除这种权利义务关系的，人民法院应视具体情况

---

<sup>①</sup> 参见唐德华：《四十年审理婚姻家庭案件的回顾》，载《人民司法》，70页，1990（4）。

作出是否准许解除的调解或判决。<sup>①</sup> 如生父或生母再婚后死亡,已形成抚养教育关系的继父或继母对未成年或未独立生活的继子女,仍有继续抚养教育的义务;如生存的另一方生父或生母要求将该子女领回抚养,但继父或继母不同意的,该子女并不当然归生父或生母抚养,应由双方协商解决;协议不成的,则由人民法院根据子女利益判决;如继父或继母要求解除扶养关系,只有在该继子女生存的另一方生父或生母有扶养能力、或有其他近亲属扶养时,才允许解除,如未成年继子女不堪忍受继父或继母虐待,要求解除扶养关系的,应予准许;对已成年的继子女,如继父母子女关系恶化而不堪共同生活的,可因一方或双方的要求而解除。

继父母子女关系解除的法律后果:

第一,未形成抚养教育关系的继父母子女关系解除后,双方之间姻亲关系消除,继父母与继子女的称谓关系也不再存在。

第二,已形成抚养教育关系的继父母子女关系解除后,双方之间拟制血亲关系消除,他们之间父母子女的权利和义务也不复存在。但被继父母抚养教育成年,并已独立生活的继子女,对年老丧失劳动能力又无生活来源的继父母,应承担给付生活费的义务。

## 第五节 养父母与养子女

收养制度是我国婚姻家庭制度的重要组成部分。收养是一种重要的民事法律行为,合法的收养关系一旦成立,收养人与被收养人之间,被收养人与其亲生父母之间会产生一系列的法律后果。因此,收养关系的建立和终止,必须符合一定的条件,履行相应的手续。我国1992年4月1日施行的《中华人民共和国收养法》是

<sup>①</sup> 参见:最高人民法院《关于继父母与继子女形成的权利义务能否解除的批复》,1988年1月22日。



指导公民建立收养关系,以及人民法院处理收养纠纷的主要法律依据。该收养法在施行6年之后,1998年11月4日第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过“关于修改《中华人民共和国收养法》的决定”,对其进行了修改,修订后的内容于1999年4月1日起施行。

## 一、1999年新收养法对原收养法的修改

### (一)概述

收养是指公民依照法律的规定,领养他人的子女作为自己的子女,使之产生法律确认的父母子女关系的民事法律行为。因收养而发生的亲属关系,为收养关系。在收养关系中,依法领养子女的人,称为收养人(或养父母);被他人收养的人,称为被收养人(或养子女);将子女或儿童送给他人收养的人或社会组织,称为送养人。收养具有以下法律特征:

1. 收养是一种建立身份关系的民事法律行为。收养关系与自然血亲关系不同,它是基于当事人之间的法律行为而发生。收养人与被收养人之间本无父母子女直系血亲关系,他们通过意思表示,依照法定的条件和程序,建立相互间的父母子女关系。收养是一种民事法律行为,是当事人以建立父母子女关系的意思表示为要素,“依其意思表示的内容而引起民事法律关系设立、变更和终止的行为。”<sup>①</sup> 收养关系的成立,符合法定条件和程序的,为合法收养关系,能够产生当事人预期的法律效果,具有收养的法律效力;反之,如不符合法定条件和程序的,为违法收养关系,不能够产生当事人预期的法律效果,其收养关系无效,不受法律保护。

收养关系一经成立,将在收养人与被收养人之间、被收养人与养父母的近亲属之间,发生养父母子女、养祖孙、养兄弟姐妹等拟

<sup>①</sup> 参见马俊驹、余延瀛:《民法原论》(上),236页,法律出版社,1998。

制血亲身份关系,而被收养人与生父母及其近亲属间的权利义务关系消除。因此,收养属于一种建立、变更亲属身份关系的民事法律行为。这一特征使之与公养区别开来。

2. 收养关系当事人须符合法定限制条件。一般民事关系的当事人法律未特设限制条件。收养行为是以建立父母子女身份关系为目的。因此法律规定收养行为主体须符合法定的限制条件:

(1) 收养人、被收养人、送养人必须符合法律明确规定的资格和条件,否则不能建立收养关系。

(2) 收养仅限于发生在非直系血亲关系的人之间。收养的目的是建立父母子女关系,原已有直系血亲关系的人不能收养。因为,如父母与子女、祖父母与孙子女,互相之间允许收养,势必导致亲属关系的混乱,并且也无实际意义。因此,我国最高人民法院的有关司法解释明确规定,直系血亲间不能建立收养关系。<sup>①</sup>

3. 收养的方式为要式法律行为。收养是设立、变更亲属关系的重要民事行为,不仅涉及当事人的人身关系和财产关系,而且关系到社会公共利益包括国家计划生育基本国策的实施。因此,收养关系的成立与解除,除当事人须具备法定的限制条件外,还须履行法定的程序,才能成立合法有效的收养关系。设立收养成立的法定程序,由国家有关机关依法对收养关系的成立进行指导和审查、监督,有利于保障当事人的合法权益,也可使收养的成立具有一定公示性。

4. 收养的效力是建立法律拟制血亲关系。收养关系成立后,将在收养人与被收养人之间、被收养人与养父母的近亲属之间,发生与自然血亲的父母子女及其近亲属相同的权利义务关系,即设

---

① 参见:最高人民法院《关于毛玉堂与毛新国的收养关系能否成立的复函》1993年1月30日。该复函称:“毛新国是毛玉堂的外孙,双方是直系血亲,不能建立收养关系。”

立法律拟制血亲关系,而被收养人与生父母及其近亲属间的权利义务关系随之消除。这一特征使其与寄养、干亲区别开来。

## (二)1999年新收养法对原收养法的修改

收养制度是婚姻家庭制度的重要组成部分。随着社会发展,收养的目的发生了变化,从原始社会“为族的收养”、到古代社会“为家的收养”、再到近代社会“为亲的收养”、直到现代社会“为子女的收养”。在现代社会,收养的意义在于使幼有所育、老有所养。通过收养让未成年养子女能生活在温暖的家庭之中,让养父母能满足其抚育子女、慰藉精神的需要,以利于建立幸福和睦的婚姻家庭关系,也可在一定程度上减轻社会的负担。

我国1992年4月1日施行的《中华人民共和国收养法》在施行6年之后,根据新形势下调整收养关系的需要,1998年11月4日第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过“关于修改《中华人民共和国收养法》的决定”,对其进行了修改,修订后的内容于1999年4月1日起施行。1999年新收养法对原收养法的修改依据主要有四:一是根据收养的意义,即“幼有所育,老有所养”,法律应当在保障被收养人合法权益的同时,亦保障收养人的利益;二是在我国计划生育已取得巨大成效的新形势下,一些未达三十五周岁的当事人迫切要求收养子女,希望对其收养的年龄适当放宽,而一些孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童亟待有人领养;三是根据有利于被收养的未成年人抚养、成长原则,对收养人的健康条件应当有所规定;四是在原1992年收养法施行的过程中逐渐发现,协议收养这一成立收养的程序,脱离了国家的指导和审查、监督,出现了不少不合法定条件的收养关系,致使其收养关系无效,既不利于保护收养关系当事人的合法权益,也有损收养法的严肃性,等等。因此,基于适当放宽收养条件、严格收养程序的指导思想,对原收养法进行了修改。1999年新收养法对原收养法修改的主要内容有:

1. 增加“保障被收养人和收养人的合法权益”的基本原则(详见收养的基本原则部分);

2. 修改、补充收养人的条件。一是适当放宽收养人的年龄和收养特殊情况子女数目的条件,即放宽收养人的年龄条件为“三十周岁”,以及放宽收养特殊情况子女的条件为“收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童,可以不受收养人无子女和收养一名的限制。”二是增加收养人的健康条件,收养人须“未患有医学上认为不应当收养子女的疾病”。

3. 修改收养程序。在原收养法规定的收养登记程序和协议收养两种程序中,取消后者保留前者,使收养登记成为收养成立的惟一法定程序。并且新增了收养查找不到生父母的弃婴、儿童的公告程序。

4. 增加了公安机关应当为被收养人办理户口登记的规定。

根据上述修改后的内容,对其他有关条款也作出了相应的修改。

## 二、我国收养法的基本原则

收养法的基本原则,是国家制定收养法的指导思想,反映了设立收养制度的目的,又是公民履行收养行为必须遵循的准则,也是人民法院贯彻执行收养法的依据。它贯穿收养法的始终,具有对一切收养关系都普遍适用的效力。研究收养法的基本原则,有利于把握收养法的精神,有助于指导收养法的正确适用。

我国现行《收养法》在第一章“总则”第1条至第3条中,确立了以下几项基本原则。

### (一)有利于被收养的未成年人的抚养、成长原则

根据我国《收养法》第2条规定:“收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长。”在现代社会,各国收养法已发展到“为子女的收养”阶段。收养以确保未成年子女的健康成长为目的,这是当

今世界各国收养立法的宗旨,也被1989年11月20日联合国大会通过的《儿童权利公约》所确认。该公约第21条规定:“凡承认和(或)许可收养制度的国家应确保以儿童的最大利益为首要考虑。”我国已于1991年12月29日经第七届全国人大第23次会议批准加入此项公约。有利于被收养的未成年人的抚养、成长的原则,反映了我国应当履行的国际条约义务的要求。

在我国现实生活中,被收养人绝大多数是不满14周岁的未成年人(我国以成年人收养为例外),他们没有自我保护能力,生活上也需父母和家庭的特别照顾。因此,建立收养关系,应当以有利于被收养人抚养、成长为原则,不能为满足收养人的需要而忽视儿童的利益;更不可借收养之名,达到获取廉价劳力,甚至买卖儿童,获取暴利的目的。所以,我国收养法根据宪法第49条:“儿童受国家的保护”的规定,确立有利于被收养的未成年人的抚养、成长原则,并将此贯穿于收养关系的成立、解除、法律效力等诸方面的立法规定之中。

### (二)保障被收养人和收养人的合法权益原则

我国《收养法》第2条规定:“保障被收养人和收养人的合法权益。”此为1999年4月1日施行的新收养法中新增的一项原则。保障被收养人和收养人的合法权益,是我国新形势下收养法兼顾被收养人与收养人利益的立法意旨的反映。被收养人与收养人,是收养关系的双方当事人,他们的合法权益理应得到法律的平等保护。保障被收养人和收养人的合法权益原则,以概括性的立法方式,为处理各种收养问题提供了基本法律依据。凡属依法成立的合法收养关系,被收养人和收养人的合法权益受到法律保障。凡属违法成立的收养关系,就不能受到法律保护。保障被收养人和收养人的合法权益原则,贯穿在我国收养法的全部内容中,如收养的成立条件和程序、收养的法律效力、收养的解除等,也反映在修正后新增的一些条文中。例如,我国收养法修正案规定,在第6

条增加一项,作为第3项:“(三)未患有医学上认为不应当收养子女的疾病;”第3项改为第4项,修改为:“(四)年满三十周岁。”第8条第2款修改为:“收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童,可以不受收养人无子女和收养一名的限制。”即对被收养人和收养人的条件,有的更加严格,有的更加放宽,以切实保障被收养人和收养人的合法权益。又如对收养成立的程序,第15条第1款修改为:“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。”这样收养登记成为收养成立的惟一法定程序,使收养的成立统一置于国家的指导和监督之下,有利于保障被收养人和收养人的合法权益。此外,在新增的第16条中明确规定,收养关系成立后,公安部门应当依照国家有关规定为被收养人办理户口登记。这体现了切实保护被收养人的合法权益。

### (三)平等自愿原则

我国《收养法》第2条规定:收养应当“遵循平等自愿的原则”。平等是指收养关系的当事人法律地位一律平等。民事法律关系的建立,以当事人意思自治为基本要求,建立收养关系的法律行为也不例外。收养必须以收养人、送养人及年满十周岁以上的被收养人意思表示一致且真实、自愿为原则。只有各当事人处于平等地位的基础上,才能作出真实的意思表示。平等原则的含义主要包括:收养关系的各方当事人法律地位一律平等,无论是收养关系的成立,还是收养关系的解除都应当在平等的基础上协商,达成协议。任何一方不可强迫他方,不能将自己的意志强加于人。同时,平等原则还反映在寻求法律救济、保护方面,当事人的地位是平等的,任何一方当事人的合法权益受到侵犯时,都有权请求法律的保护。人民法院应当以事实为根据,以法律为准绳,给予妥善的处理,从而平等地保护各方当事人的合法权益。

自愿是指收养活动中,当事人意思自由,不受国家权力和其他任何人的干预,这是意思自治原则在收养法上的反映。在收养过

程中,无论是将自己的亲生子女送养,还是领养他人的子女,或者是解除收养等,都带有浓厚的感情因素,是涉及当事人切身利益的重要行为。因此,当事人必须遵循法律规定的自愿原则,在自愿基础上达成协议。自愿原则主要表现为:收养的对象、成立的时间等可由当事人根据自己的意愿进行选择;收养关系的成立与解除,必须出于收养人、送养人双方自愿,如果被收养人年满十周岁的,收养的成立或者解除还必须征求其本人的同意。

#### (四)不得违背社会公德原则

我国《收养法》第2条规定:收养“不得违背社会公德”。社会公德是指全体社会成员在社会公共生活中形成的基本道德规范和行为准则,对全体社会成员的行为具有约束力。收养关系的成立与解除,涉及亲属身分关系的设立和变更,具有强烈的伦理性。因此,收养关系的当事人在为收养行为之时,不仅要遵守法律规范,而且应当尊重社会公德。例如,收养的目的应该正当,不能借收养之名买卖儿童、招雇童工等。收养既以设立养父母子女关系为目的,因此应符合亲属中辈分的要求,年幼者不得收养年长者,晚辈亲属不能收养长辈亲属等。由于社会生活的复杂性,收养法不可能包罗万象,因而设立此“弹性”条款,以适应调整收养关系的需要,亦为司法机关处理违背社会公德的收养行为提供了法律依据,同时,提倡尊重社会公德,也有利于促进社会主义精神文明建设。

#### (五)不得违背计划生育的法律、法规原则

我国《收养法》第3条规定:“收养不得违背计划生育的法律、法规。”实行计划生育是我国的基本国策,也是我国婚姻法的一项基本原则。收养子女作为弥补自然生育之不足及解决孤儿抚养问题的手段,与我国计划生育基本国策的实施有直接的联系。收养可以满足无子女家庭的实际需要,但必须依法进行,不得违背计划生育的法律、法规。因此,不能借收养之名,违背计划生育政策。不允许以送养子女为由,要求再生子女。根据我国《收养法》第8

条的规定精神,除法律另有规定的外,有子女者不能再收养子女;无子女者收养子女以1名为限。

### 三、收养的成立

收养是设立、变更亲属身份关系的重要民事法律行为,不仅涉及当事人的切身利益,而且关系到社会利益和国家计划生育政策的实施。因此,收养法对收养成立的条件和程序作了明确规定,以指导当事人依法建立收养关系。我国《收养法》第二章明确规定了收养成立的实质要件和形式要件。

#### (一)收养成立的实质要件

1. 被收养人应当具备的条件。根据我国《收养法》第4条对被收养人应当具备的条件所作的原则性规定,被收养人应当具备以下条件:

(1)被收养人须为不满十四周岁的未成年人。这是收养法“为子女的收养”立法宗旨之体现。被收养人应为不满十四周岁的未成年人,这是对被收养人年龄上的要求。收养的目的在于抚养、教育那些不能获得父母抚育的未成年人,使其能够健康成长。如果子女已经成年,具备了独立生活的能力,则不需要他人的抚养。另一方面,收养旨在建立父母子女关系,如未成年子女年龄太大,往往难以与养父母建立起真挚、深厚的感情,也不易消除与生父母的亲情,不利于收养关系的稳固。

(2)不满十四周岁的未成年人还须具备以下法定情形之一:丧失父母的孤儿;查找不到生父母的弃婴和儿童;生父母有特殊困难无力抚养的子女。

2. 收养人应当具备的条件。我国《收养法》第6条至第10条对收养人应当具备的条件有如下规定:

(1)收养人须无子女。收养的童义之一是为满足无子女夫妻抚养子女的心愿,并且应当符合我国计划生育基本国策的要求。



夫妻婚后如果有子女的,原则上不允许再行收养。

(2)收养人须有抚养教育被收养人的能力。包括具有完全民事行为能力、经济能力和教育能力。对养子女进行抚养、教育是养父母的法定义务,因此,要求收养人须有抚养教育被收养人的能力。这就首先要求收养人必须是具备完全民事行为能力的成年人。同时,要求收养人具有抚养被收养人的经济能力,如有可靠的经济来源、住房条件等。并且,收养人还须具备教育被收养人的能力,有良好的道德品质,才能更好地履行对子女的抚养、教育义务。

(3)收养人须未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病。这既是为保障养子女的身体健康,也是收养人抚育养子女的前提条件。如果养父母身患传染病,极易将疾病传染给养子女,危害养子女的身体健康;如果养父母患有严重疾病,生活不能自理,也不能履行抚育养子女的义务。

(4)收养人须年满三十周岁。这是对收养人年龄上的最低要求。基于我国提倡晚婚、晚育的政策,收养人的年龄应适当高于晚婚、晚育年龄。

(5)收养人原则上只能收养1名子女。这与目前我国现行计划生育政策提倡一对夫妻只生一个孩子相适应。

(6)收养人有配偶者须夫妻双方共同收养。收养以设立拟制血亲父母子女关系为目的。收养人有配偶者须双方共同收养,才有利于建立和睦的家庭关系,保障养子女身心健康成长。因此,我国收养法确立了夫妻共同收养原则。如果夫妻一方不同意的,夫妻他方不得单独收养子女。但如夫妻一方收养对方的子女(即继父或继母收养继子女),可以单方收养,此为夫妻共同收养之例外。此外,夫妻一方长期下落不明或丧失民事行为能力而不能表意时,夫妻他方能否单方收养,我国《收养法》尚无明文规定。我们认为,基于我国《收养法》基本原则的精神,夫妻他方只要符合收养人的条件,应当允许其单方收养,但其效力不及于未表意的夫妻一方。

(7)收养人无配偶者的限制条件。无配偶的男性收养女性的,收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。

### 3. 送养人应当具备的条件。

(1)系有特殊困难无力抚养子女的生父母。抚养子女是父母依法应当履行的义务。但如果生父母因病或经济困难等有特殊困难,无力抚养子女时,为使未成年子女健康成长,法律允许其将子女送养。送养子女涉及到父母子女的切身利益,故收养法第10条规定了生父母双方送养原则。生父母送养子女,须双方共同送养。即使夫妻离婚,子女随一方生活,送养子女时,仍须夫妻双方同意。送养非婚生子女时,其生父明确的,也应征得生父的同意。但生父母一方下落不明或者查找不到的可以单方送养。此外,为保证计划生育政策的实施,我国收养法第19条明确规定,送养人不得以送养子女为理由违反计划生育的规定再生子女。

我国《收养法》第18条规定,配偶一方死亡,另一方送养未成年子女的,死亡一方的父母有优先抚养的权利。根据我国婚姻法规定的精神,祖父母、外祖父母是第二顺序的扶养义务人,故他们有优先抚养孙子女、外孙子女的权利。

考虑到有的生父母的亲属或朋友自愿抚养孤儿或者生父母无力抚养的子女,我国《收养法》第17条规定,孤儿或生父母无力抚养的子女,可以由生父母的亲属朋友抚养。抚养人与被抚养人的关系不适用收养关系。

(2)孤儿的监护人。孤儿是指失去父母双亲的儿意。其监护人包括祖父母、外祖父母、成年的兄、姐等近亲属,以及经批准的愿意承担监护责任的其他亲属或者朋友。根据我国《婚姻法》第22条、第23条的规定,孤儿的祖父母、外祖父母、兄姐等近亲属在一定条件下对其有抚养的义务。为维护这些近亲属的权利,及兼顾其与孤儿间的情感联系,我国《收养法》第13条规定:“监护人送养未成年孤儿的,须征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不

同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的,应当依照《中华人民共和国民法通则》的规定变更监护人。”即监护人未征得有抚养义务人的同意,不得送养未成年人。

为维护生父母对子女的抚养权,我国《收养法》第12条规定:“未成年人的父母不具备完全民事行为能力的,该未成年人的监护人不得将其送养,但父母对未成年子女有严重危害可能的除外。”

(3)社会福利机构。收养人自愿收养由社会福利机构抚养的孤儿与弃儿的,社会福利机构可作为送养人。

4. 收养当事人须有收养的合意。收养是设立和变更亲属身份关系的法律行为,关系当事人的切身利益,《收养法》第11条明确规定:“收养人收养与送养人送养,须双方自愿。收养年满十周岁以上未成年人的,应当征得被收养人的同意。”

5. 关于特殊收养条件的放宽规定。我国《收养法》对一些特殊情况的收养条件,作出以下放宽规定:

(1)收养三代以内同辈旁系血亲的子女。收养三代以内同辈旁系血亲的子女,可以不受被收养人不满十四周岁及生父母有特殊困难无力抚养子女的限制;不受无配偶的男性收养女性年龄应相差四十周岁的限制;以及华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女,还可以不受收养人须无子女的限制。由于这类收养是在自然血亲之间发生,基于传统伦理道德观念的制约,对收养的条件予以一定放宽。

(2)收养孤儿、残疾儿童或者弃婴和儿童。收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童,可以不受收养人无子女和收养一名子女的限制。这一方面旨在提倡救济、帮助弱者的人道主义,另一方面可减轻国家和社会的负担,故对收养的条件予以放宽。

(3)收养继子女。根据我国《婚姻法》第21条规定,继父母与继子女之间形成抚养教育关系的,发生拟制血亲关系。这使继子女与

生父母、继父母形成双重权利义务关系。为满足有些继父母希望设立单一权利义务关系的愿望,我国《收养法》第14条规定,继父或者继母经继子女的生父母同意,可以收养继子女,并可以不受本法第4条第3项(生父母有特殊困难无力抚养的子女)、第5条第3项(有特殊困难无力抚养子女的生父母)、第六条(无子女、有抚养教育被收养人的能力、未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病、年满三十周岁)和被收养人不满十四周岁及收养一名的限制。

(4)隔代收养,即收养养孙子女。我国现实生活中,有的收养人与被收养人年龄相差悬殊,或辈份不当,依伦理习惯,不适宜作为养子女,而以收养孙子女的名义发生收养关系。对此类收养,《收养法》没有明文规定。依照我国最高人民法院有关司法解释规定:“收养人收养他人为孙子女,确已形成养祖父母与养孙子女关系的,应予承认。解决收养纠纷或有关权益纠纷时,可依照婚姻法关于养父母与养子女的有关规定合情合理的处理。”这一规定与现行《收养法》精神不相抵触,仍可以继续适用。<sup>①</sup>

## (二)收养成立的形式要件

收养成立的形式要件,是建立收养关系的法定方式,国家机关通过收养的法定程序,指导当事人依法建立合法的收养关系,防止违法收养的发生。我国1999年4月1日施行的现行《收养法》对原1992年《收养法》规定的收养程序作了重大修改。根据现行《收养法》的规定,收养必须符合以下形式要件:

1. 办理收养登记的机关。根据《收养法》第15条第1款规定:“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。”即办理收养登记的机关是县级以上人民政府民政部门。如生父母作送养人的,应到生父母的户口所在地县级以上人民政府民政部门;收养查找不到生父母的弃婴和儿童的,在弃婴和儿童的发现地县级以上人民

<sup>①</sup> 最高人民法院1984年《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》,第29条。

政府民政部门；收养社会福利机构抚养的孤儿，在社会福利机构所在地县级以上人民政府民政部门。

2.公告程序。我国《收养法》第15条第2款规定：“收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。”弃婴和儿童的生父母下落不明，原因可能是多方面的，为防止该子女是意外走失、或生父母遗弃子女后发生反悔，维护收养关系的稳定，故应当在办理收养登记前予以公告，寻找弃婴或弃儿的生父母。经公告查找，确实生父母下落不明的，才能允许办理该弃婴或儿童的收养登记。

### 3.办理收养登记的程序。

(1)申请。办理收养登记的，收养人应亲自到收养登记机关提出申请。如被收养人是年满十周岁以上未成年人的，也须亲自到场，并提交相应的证件、证明。

社会福利机构作送养人的，还须出具该社会福利机构出具的同童送养孤儿的证明。申请收养有残疾的儿童，还须提供县级医疗单位或该儿童所在社会福利机构出具的残疾状况的证明。

(2)审查。收养登记机关一方面要认真地审查办理收养所提交的证件、证明材料的真实性、合法性；另一方面，要认真审查收养各方当事人是否符合收养法规定的条件，收养的目的是否正当，收养是否当事人的真实意思表示等。

(3)登记。收养登记机关对收养人的申请、所提交的证件、证明等材料进行审查后，对证明材料齐全有效、且符合收养条件的，准予登记，发给《收养证》。收养关系自登记之日起成立。

4.收养协议与收养公证。我国《收养法》第15条第3、4款规定：“收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。收养关系当事人各方或一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。”即收养协议与收养公证不是收养成立的必经程序，由当事人自愿选择是否进行。收养经登记合法成立后，如当事人为慎重起见，或为

保守秘密,预防以后发生纠纷,愿意订立收养协议的,可以订立收养协议。如果收养关系当事人为了强化收养行为的证明力,双方或一方当事人要求办理收养公证的,应当到公证机关办理收养公证。一般由当事人向户籍所在地或居住地的公证机关提出申请。公证机关根据民政部门的登记证明,为当事人办理公证手续。

#### 四、收养的效力

收养关系合法成立以后,将在当事人之间产生一系列的法律后果,即为收养的法律效力。

##### (一)收养的法律效力

根据我国《收养法》第23条、第24条的规定,收养成立后,其法律效力分为以下两个方面:

1.被收养人与收养人及其近亲属之间发生拟制血亲关系。《收养法》第23条第1款规定:“自收养关系成立之日起,养父母与养子女间的权利义务关系,适用法律关于父母子女关系的规定;养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系,适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。”即收养人与被收养人之间发生与自然血亲的父母子女完全相同的权利义务关系。养父母有抚养、教育、管教、保护养子女的权利和义务;养子女成年后,对养父母有赡养、扶助的义务;养父母子女之间不得虐待与遗弃;养父母与养子女之间互有继承遗产的权利。此外,为表示身份关系的变更,收养法第24条规定,养子女可以随养父或养母的姓,经当事人协商一致,也可以保留原姓。

与此同时,养子女与养父母的父母产生养祖孙关系,适用法律有关祖孙间权利义务关系的规定。养子女与养父母的子女产生养兄弟姐妹关系,适用法律关于兄弟姐妹间权利义务关系的规定。

养子女的晚辈直系血亲与养父母及其近亲属间亦产生拟制血亲关系。对此虽《收养法》无明文规定,但据最高人民法院《关于

贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题》第 26 条规定：被继承人的养子女的生子女、被继承人的养子女的养子女可代位继承。即表明收养的效力及于养子女的晚辈直系血亲。

2. 被收养人与生父母及其近亲属的权利义务关系消除。我国《收养法》第 23 条第 2 款规定：“养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。”此表明我国对收养的效力采取完全收养立法主义。收养关系一旦产生，养子女即进入养父母的家庭，完全消除与生父母及其他近亲属的权利义务关系。其立法意旨在于使养父母与养子女间建立起亲密和睦的家庭关系，以稳定收养关系，减少纠纷的发生。

当然，养子女与生父母及其他亲属之间仅仅解除的是法律上的权利义务关系，他们之间的血缘关系是基于出生而产生的，不能人为地消灭，法律有关近血亲间禁止结婚的规定仍然有效。养子女不能与其同血缘的直系血亲以及三代以内的旁系血亲结婚。

## （二）收养的无效

无效收养行为是指不具备收养成立的法定实质要件或形式要件，故不能发生收养法律效力的收养行为。根据我国《收养法》第 25 条规定，收养无效的原因有：

1. 违反《中华人民共和国民法通则》第 55 条的收养行为。包括：收养人、送养人不具有相应的民事行为能力；意思表示不真实；违反法律或社会公共利益。

2. 违反收养法的收养行为。凡属欠缺法定实质要件或形式要件的收养行为，均无法律效力。

无效的收养行为，其无效应溯及至收养成立之时。当事人如对收养行为是否有效发生争议的，可以请求人民法院确认。收养行为经人民法院确认为无效的，从行为开始时自始无效。

## 五、收养的解除

收养是设立、变更亲属关系的法律行为,因此而产生的拟制血亲关系是人为创设的。在一定情况下,当收养关系无法继续维持时,也可以人为地予以解除。我国《收养法》第四章规定了收养关系解除的原因、方式及法律后果等。

### (一)收养关系解除的原因

1. 收养人、送养人双方协议解除。基于保障未成年养子女的利益,我国《收养法》第26条第1款规定:“收养人在被收养人成年以前,不得解除收养关系,但收养人、送养人双方协议解除的除外。养子女年满十周岁以上的,应当征得本人同意。”即收养关系成立后,在被收养人成年以前,原则上不允许收养人解除收养关系,但如收养人、送养人双方协议同意的,则可以解除收养关系,由生父母承担抚养未成年子女的义务。如果养子女年满十周岁以上的,协议解除收养关系,应当征得本人同意。

2. 送养人因收养人的违法行为而要求解除收养关系。我国《收养法》第26条第2款规定:“收养人不履行抚养义务,有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的,送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。”为稳定收养关系,原则上送养人也不能随意要求解除收养关系,但如果养父母有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益的违法行为时,为维护未成年养子女的利益,送养人有权要求解除收养关系。

3. 养父母与成年养子女双方协议解除。我国《收养法》第27条规定:“养父母与成年养子女关系恶化,无法共同生活的,可以协议解除收养关系。”基于种种原因,养父母与成年养子女关系恶化,无法维持共同生活的,可由双方协议解除收养关系。

### (二)收养关系解除的方式

1. 登记解除。我国《收养法》第28条规定:“当事人协议解除



收养关系的,应当到民政部门办理解除收养关系的登记。”按照《中国公民办理收养登记的若干规定》第9条至第11条的规定,凡当事人协议解除收养关系的,应当到收养人户籍所在地收养登记机关办理登记手续。

当事人申请办理解除收养关系,必须向登记机关提交居民身份证和户籍证明、《收养证》、解除收养关系协议书等。经审查,对符合收养法规定的解除收养关系条件的,准予解除,收回《收养证》,发给《解除收养证》,其收养关系依法解除。

2. 诉讼解除。凡收养关系当事人之间就解除收养不能达成协议的,可以向人民法院起诉。人民法院在受理收养关系当事人的诉讼请求后,可进行调解。如经调解,当事人能达成协议的,应制作调解书。调解书生效之日,收养关系合法解除。经调解仍不能达成协议的,可由人民法院依法判决。人民法院应遵循保护合法收养关系,保障被收养人和收养人合法权益的原则,根据具体情况予以判决。

### (三) 收养关系解除的法律后果

我国《收养法》第29条、第30条对收养关系解除的法律后果作出了明确规定,其内容如下:

#### 1. 身份上的效力。

(1) 收养关系解除后,养子女与养父母及其近亲属间的权利义务关系即行消除。

(2) 未成年养子女与生父母及其近亲属间的权利义务关系自行恢复。

(3) 成年养子女与其生父母及其近亲属间的权利义务关系是否恢复,可以协商确定。双方自愿恢复的,可以恢复。

#### 2. 财产上的效力。

(1) 收养关系解除后,经养父母抚养成年的养子女,对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母,应当付给生活费。

(2)因养子女成年后虐待、遗弃养父母,导致收养关系解除的,养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费与教育费。

(3)生父母要求解除收养关系的,养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的生活费与教育费。但因养父母虐待、遗弃养子女而由生父母要求解除收养关系的除外。如养父母要求解除收养关系的,无请求经济补偿的权利。

## 第六节 父母与人工生育的子女

### 一、人工生育子女的概念和种类

人工生育子女是指根据生物遗传工程理论,采用人工方法取出精子或卵子,然后用人工方法将精子或受精卵胚胎注入妇女子宫内,使其受孕所生育的子女。

人工生育子女在现代科学技术条件下,主要有以下几种:

(一)同质人工授精。同质人工授精是指采用不同形式使丈夫的精子与妻子的卵子经医疗技术手段,实施人工授精,由妻子怀孕分娩生育子女。

(二)异质人工授精。异质人工授精是用丈夫以外的第三人提供的精子(供精)与妻子的卵子,或用丈夫的精子与妻子以外的第三人提供的卵子(供卵),或同时使用供精和供卵实施人工授精,由妻子怀孕分娩生育子女。对子女而言,便有两个父亲或母亲:一是供精或供卵者,为子女生物学上的父亲或母亲;一是生母之夫或生父之妻,为社会学意义上的父亲或母亲。

(三)代理母亲。代理母亲是指用现代医疗技术将丈夫的精子注入自愿代理妻子怀孕者的体内受精,或将人工授精培育成功的受精卵或胚胎移植入自愿代理妻子怀孕者的体内怀孕,待生育后

由妻子以亲生母亲的身份抚养子女。代理母亲生育的子女也有同质和异质之分,但共同特征是由妻子以外的一位妇女代理怀孕分娩。<sup>①</sup>

## 二、人工生育子女的法律地位

非男女两性性行为受孕生育子女的人工生育方法的出现和运用,强烈地冲击了传统的以自然生育方式生育子女而形成的社会观念和法律制度。对此,婚姻家庭法必须予以关注和研究。人工生育子女的法律地位如何?是首先遇到的一个问题。

如上所述,由于精、卵来源、怀孕情况的不同,人工生育子女的法律地位也比较复杂。同质人工授精生育的子女是婚生子女,没有争议。而异质人工授精生育的子女,既非完全的自然血亲,也不是法律拟制血亲。为了保障人工生育子女和实施人工生育当事人的合法权益,法律应该对父母与人工生育子女之间的法律关系即权利义务关系作出规定。最高人民法院于1991年7月8日在《关于夫妻关系存续期间以人工授精所生子女的法律地位的复函》中明确指出:“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,父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。”从这一规定精神可见,在异质人工生育的情况下,未经夫妻双方协议的,所生子女可视为实施人工生育方法一方的婚生子女(相互有父母子女的权利义务);对另一方则是继子女(为姻亲,相互无父母子女的权利义务),但可经过收养使其成为自己的养子女,从而具有与婚生子女相同的权利义务。

<sup>①</sup> 参见陈明侠:《亲子法基本问题研究》,6页。

## 第七节 亲 权

### 一、概述

亲权是指父母对于未成年子女人身方面的照顾、教育、管束、保护和财产方面的保护、管理的权利义务。目前,国外有国家如德国修改后的民法典将亲权称为“父母照护权”。

在近、现代社会,许多国家亲子法有关亲子关系的效力中,亲权是最重要、最核心的部分。不少国家设专章、或专节对亲权加以规定。有的国家如我国虽未使用亲权一词,但对父母对于未成年子女之身体上和财产上的权利义务也有明确的规定。

亲权,在现代法上其内涵主要有以下方面:

第一,亲权是基于父母子女身份,依法律的直接规定而产生的。父母对子女的其他法律行为如赠与、买卖等,虽可发生财产上的权利义务,但不属法律规定的亲权内容。

第二,亲权是父母对于未成年子女的一种权利义务。父母对已成年子女,无亲权。

第三,亲权以保护教养未成年子女为目的,其主要内容是对未成年子女人身上的照护和财产上的照护。

第四,亲权不仅是父母对未成年子女的权利,而且也是父母必须承担的法律义务。亲权具有专属性,专属于父母,父母不得抛弃。<sup>①</sup>

第五,亲权须依法行使,不得滥用。否则,亲权人将承担相应的法律责任,情节严重的,将被依法剥夺亲权。如修改后的《德国民法典》设有父母对子女行使人身照护权和财产照护权的限制,父母不当行使照护权的法律责任,以及父母对子女幸福的危害或对

<sup>①</sup> 陈棋炎等:《民法亲属新论》,354、355页。

子女财产的危害发生时,法院应当采取的措施,剥夺父母全部人身照顾权的法定情形等规定,以指导父母依法行使父母照顾权,达到保护未成年子女利益之目的。<sup>①</sup>

有关亲权的法律规范之总和,构成亲属法或婚姻家庭法中的亲权法律制度,它是亲属法(婚姻家庭法)中一个十分重要的组成部分。

## 二、亲权制度的演进

亲权源于罗马法和日尔曼法,经历了二千多年的历史,其间有了很大的改变。罗马法的家父权,表现为对家子的占有支配权。但至“罗马——希腊时代和优士丁尼法中,父权已成为有节制的矫正权和规束权。”随着成年男子在民事上逐渐享有权利能力,可以拥有少量财产,当父亲滥用亲权时,儿子可以向行政长官请求保护,长官在一定程度上可以制止父亲的行动,必要时得剥夺“父权”。<sup>②</sup> 日尔曼法的父权,还有家父对子女的保护权利之意。现代国家的亲权制度一般继受日尔曼法。从亲权制度的历史发展看,近现代立法与古代立法相比,有了很大的改变,其立法宗旨从古代的“家长本位”、到近代的“父本位”、再到现代的“子女本位”,现代社会的亲权制度已以保护未成年子女利益为立法宗旨;从其立法内容看,亲权已不仅仅是权利,而更多地是义务,是权利与义务的结合;从亲子关系看,由亲子间不平等的占有、支配关系,发展到近现代社会,亲子之间相互尊重的平等的亲子关系;从权利的行使看,已由父单方而行使演变为父母双方共同行使。总之,亲权从一种家长、父亲对子女享有的管教、惩戒、主婚等权利的统治权力,发展成为在父母子女关系平

① 参见:《德国民法典》,第1631条第2款、第1638条、第1664条、第1666条至第1666a条、第1667条。

② 参见[意]彼德罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,128页,中国政法大学出版社,1992;及《外国法制史》编写组:《外国法制史》,65页,北京大学出版社,1982。

等的基础上,父母双方共同享有和承担的保护教养未成年子女的权利和义务。法律并规定了对亲权行使的限制,即亲权不得滥用,明确规定了当父母违背职责,或侵害了子女的权利时的法律救济方法。现代各国法律对亲权的规定,各有不同的特点。例如,大陆法系国家德国、法国、日本、瑞士、秘鲁等国法律设有亲权制度,在民法典中对亲权作了明确规定。英美法系国家英国、美国、加拿大、澳大利亚、印度等国法律则未设立亲权制度,亲权与监护权不分,总称为监护,父母为未成年子女的当然监护人,无父母时则另设监护人。前苏联及东欧各国民法或婚姻家庭法典中虽无亲权制度之名,但均明文规定了有关亲权的内容。尤其值得指出的是,目前,国外有国家如德国修改后的现行民法典将亲权称为“父母照护权”,这似更充分地体现了对未成年子女的尊重和保护之立法意旨,值得我国借鉴。<sup>①</sup>

在我国亲属法的历史上,从未专门用过“亲权”的名词,但亲权是存在的。我国古代礼法处理父母子女关系的基本原则为儒家推崇的“亲亲”、“爱亲”。亲亲就是“仁”,而“孝悌”为仁之本。“孝”在我国古代社会为百行之首,百善之先。唐律及后世法律都把“不孝”作为十恶之一。“孝”包含着对长辈的敬爱、供养,这里有优良的民族传统;但“孝”作为一种思想体系则仅是为维护宗法血缘关系服务的。父母有权教令、惩戒,甚至杀死子女。子女成人之后,生死问题仍要惟家长之命是从。封建家长不仅可以行使亲权限制子孙的人身自由,而且可借助法律的力量永远剥夺其自由,放逐边疆。我国封建法律还规定,家庭财产由家长掌管,有祖父母、父母在,子孙不得别籍、异财,分家另过。否则为不“孝”的一项内容。唐律和后世封建法律皆确认了这一礼制原则,致使无所谓代管子女财产一说。虽然随着社会的发展,家长,特别是父系家长享有的

<sup>①</sup> 参见:《德国民法典》,第1626~1704条。

对子女的生杀大权有所减弱,但在中国封建社会里父权(即亲权)得到了法律的确认。父权又服从于君权,从而维持了整个封建社会秩序的稳定。也正因为如此,在中国,父权延续了很长的时间。近代社会以来,虽然中国近代婚姻家庭立法始于清末,但直到1930年国民党政府民法亲属编,才从形式上完成了中国亲属法从古代型向近、现代型的过渡。该亲属编中未用“亲权”一词,立法者即是在有意回避此词以免误会,但其中第1084条至第1090条的规定仍属于传统的亲权的范围。其有关亲权的规定具有以下特点:一是亲权是父母子女间权利义务的总和,而不是如债权、物权那样的单一权利;二是亲权专属于父母,不得转让、放弃;三是亲权以保护子女为其目的和内容,须为子女的利益而存在;四是禁止权利滥用,并有制裁的规定。我国有学者指出,这“在当时也算是比较进步的立法”,但其中也存在有一些男女不平等的封建残余。如该法第1089条关于父的最后决定权之规定即是。<sup>①</sup> 同时还要看到,在半殖民地、半封建的旧中国社会条件下,这部法律根本没有能在社会中得到贯彻,封建的父权统治的亲子关系仍占据统治地位。

我国1950年《婚姻法》彻底废除了封建主义的婚姻家庭制度和国民党政府的一切旧法律,实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女和子女合法权益的新民主主义婚姻家庭制度,并且对父母子女关系作了专章规定。该法第13条规定,父母对子女有抚养教育的权利和义务,这实际上有部分内容如教育就是关于亲权的规定。1980年《婚姻法》在此基础上,增加了父母对未成年子女的管教、保护的规定,但仍未使用“亲权”一词,没有专门设立亲权制度。

---

<sup>①</sup> 参见信春鹰、李湘如:《台湾亲属和继承法》,63页,中国对外经济贸易出版社,1991。

### 三、亲权的内容

亲权的内容,主要包括父母对未成年子女在人身和财产两方面照护的权利和义务。<sup>①</sup>

#### (一)父母对未成年子女的人身照护权

1. 照顾、教育、管束、保护权。照顾,是指日常生活中对未成年子女生活上的照料和帮助,使其身体健康成长。教育,指按照法律和道德的要求,对未成年子女进行教育。管束,指对子女行为加以必要的约束,使其身心健康成长。保护,是指预防和排除来自自然界或他人对未成年子女的危害,以使子女身心安全。监督也为保护的一种方式,属于保护权之内容。父母应该按照国家法律的规定,以健康的思想、品德和适当的方法,加强对子女的关怀和培养,让适龄子女按时入学,接受规定的义务教育,使其在德、智、体、美、劳等方面得到全面发展。父母对子女应当以说服教育为主,必要时在法律允许的范围内,父母可以适当地惩戒、斥责子女,以达有利子女身心健康成长之目的。

必须注意,法律禁止父母滥用教育、管束权,从国外立法看,如德国《亲权照顾法》特别强调父母行使亲权,应尊重、重视子女的意愿和符合子女的利益。修改后的《德国民法典》还规定:“不得采取侮辱人格的教育措施,特别是身体上和精神上的虐待。”这是为避免其违反设立亲权制度之目的。如惩戒不当,则构成亲权之滥用,得及时采取措施予以纠正,情节严重的,法院有权依法剥夺其全部人身照顾权。<sup>②</sup> 总之,照顾、教育、管束与保护四者相辅相成,共同对有利于未成年子女健康成长发挥作用。

2. 住所指定权。父母有照顾、教育、管束、保护未成年子女的权利和义务,当然理应有子女住所指定权,以便行使其权利和义

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《亲属法论》,595~607页;陈棋炎等:《民法亲属新论》,361~374页。

<sup>②</sup> 参见:《德国民法典》,第1626条第2款、1631条第2款、1666、1666a条。



务。我国婚姻法对此无规定,而大陆法系的一些国家如德国、日本等国对此设有明文规定。<sup>①</sup>

3. 身份行为的同意权和代理权。按民法一般原理,身份行为具有专属性,要求当事人本人为意思表示,一般不允许代理。但为保护未成年人的利益,对于未成年人的身份行为或其他身份事项,其父母或其他法定代理人依法享有同意权。但必须指出,由于身份行为的特殊性,这种同意仅以法律有特别规定者为限。如依我国《收养法》第10、11条的规定精神,收养生父母有特殊困难无力抚养的未成年子女,必须生父母双方自愿、共同送养。依据我国《民法通则》的有关规定,父母是未成年子女的法定代理人,有权代理其进行民事活动。由于未成年子女不具有完全民事行为能力,属于无行为能力或限制行为能力人,只能进行与其年龄、智力或健康状况相适应的民事活动,于此之外的民事活动需要由其法定代理人代理进行、或需征得法定代理人的同意。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时,父母应当依法承担民事责任。此外,当未成年子女的人身和财产权益受到侵害时,父母有权以法定代理人的身份予以自力救济,或向人民法院起诉,请求排除妨碍或者赔偿损失。

4. 子女返还请求权。父母在未成年子女被他人违法扣留时,此为侵害亲权人对子女之监督保护权,外国有的国家立法或判例认为,亲权人有向违法行为人请求返还子女的权利。<sup>②</sup>依我国现行有关司法解释规定,对拒不履行或妨碍他人履行生效判决、裁定、调解中有关子女抚养义务的当事人或者其他人员,人民法院可依

① 参见:《德国民法典》,第1631条第1款;《日本民法典》,第821条。

② 参见:《德国民法典》,第1632条第1项;陈棋炎等:《民法亲属新论》,364页;日本之判例。

照《中华人民共和国民事诉讼法》第 102 条的规定采取强制措施。<sup>①</sup>

## (二) 父母对未成年子女的财产照护权

1. 财产管理、保护权。亲权人即父母作为未成年子女的法定代理人,对未成年子女的财产享有管理、使用、收益的权利和义务。在他人违法侵害未成年子女的财产时,父母有权以法定代理人的身份予以自力救济,或向人民法院起诉,请求给予相应的法律保护。

2. 一定条件下的财产处分权。对于未成年子女的财产,亲权人原则上不享有处分权。但是,在一定条件下,亲权人有权处分未成年子女的财产,如为了使子女的财产增值而进行的处分。如果并非为了子女的利益,或者有损子女利益时,不得处分子女的财产。

综上所述,亲权的内容包括,父母对未成年子女的人身照护权和财产照护权。必须指出的是,亲权并不包括亲权人与未成年子女之间的扶养和继承的权利义务。因此,即使父母离婚,父母一方停止与未成年子女共同生活,也相应地停止其对该子女行使亲权,但该方与其子女相互之间扶养和继承的权利和义务,仍继续存在,不受任何影响。所以,该方离婚父母仍应依法承担给付未成年子女生活费和教育费的义务。<sup>②</sup>

## 四、亲权的消灭、停止和剥夺

### (一) 亲权的消灭

亲权的消灭可分为绝对消灭和相对消灭两种情况:

绝对消灭,是指未成年子女死亡或已经成年,因亲权存在的法

---

① 我国最高人民法院 1993 年 11 月《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》,第 21 条。

② 参见陈惠馨:《亲属法诸问题研究》,283 页。

定条件消灭而消灭；

相对消灭，是指亲权主体父母一方死亡，死亡一方的亲权消灭，另一方的亲权仍然存在；父母双方死亡的，双方的亲权都归于消灭，在这种情况下，可以另设监护人，照顾、保护未成年子女。

### （一）亲权的停止

亲权的停止主要有以下几种情况：

第一，亲权人一方或双方为限制行为能力人或无民事行为能力人，丧失行使亲权的能力，即视为亲权停止。如果亲权人又重新具有完全民事行为能力，亲权可以恢复。

第二，亲权人即父母离婚，未与未成年子女共同生活的一方亲权人的亲权受到某种限制，部分亲权被停止。如果情况发生变化，如亲权人与未成年子女生活在一起时，被停止的部分亲权又得以恢复。国外有些国家规定，父母离婚后，未与未成年子女共同生活的父母一方，享有与子女交往权包括探视的权利。此即子女交往权，这实质是对离婚后停止行使亲权的父母一方之补救权利。我国婚姻法对此未予规定。国外一些国家对此设有明文规定。即在一般情况下，亲权人双方与未成年子女生活在一起，亲权由父母双方共同行使。特殊情况下，如父母离婚，亲权人一方与未成年子女共同生活。这时，与未成年子女共同生活的父母一方，直接对子女行使保护管教权、代理权等；未与未成年子女共同生活的父母一方，一般行使子女交往权包括探视权，以及监督权（参见第五章第五节：离婚后父母对未成年子女监护权问题研究）。

第三，亲权人一方或双方因某种原因如重病、长期在外、被判处徒刑等，不能与未成年子女共同生活的，其亲权暂时停止，待妨碍亲权行使的障碍消除后，亲权即恢复。

### （三）亲权的剥夺

尽管亲权的消灭或亲权的停止情况较为复杂，但均是出于客观原因所至。亲权被剥夺则是指亲权人不履行亲权义务，或者滥

用亲权,严重损害了未成年子女的权益,而被人民法院宣告予以剥夺。

亲权被剥夺的原因主要有:

第一,亲权人一方或双方对未成年子女有重大犯罪行为,如虐待、遗弃未成年子女、故意侵犯子女的健康权、生命权,或者对未成年子女实施流氓犯罪活动,严重损害未成年子女利益的,得永远剥夺其亲权。

第二,亲权人一方或双方对未成年子女滥用亲权,如惩戒过重、严重侵害未成年子女的财产权益等。

## 第八节 我国亲子法之不足及其立法完善

### 一、我国亲子法之不足

如前所述,笔者认为我国现行婚姻法对亲子关系的规定,主要存在以下五个方面的不足:

第一,未规定婚生子女的推定和否认、或父亲身份的推定与撤销制度;

第二,未规定非婚生子女的准正和认领、或父亲身份的认可及父亲身份的确认制度;

第三,对继父母与继子女形成扶养关系的条件尚无具体规定;

第四,未规定人工生育子女的法律地位;

第五,未规定亲权制度。

针对上述缺陷,笔者认为,我国修改婚姻法,应当增补相关立法内容。

### 二、完善我国亲子法的立法建议

#### (一)建立婚生子女推定和否认制度

外国关于婚生子女的推定和否认制度各具特色,我国可借鉴

外国立法经验,结合我国实际,建立符合我国国情的婚生子女推定和否认制度。该制度应该包括以下内容:

1. 婚生子女的概念;
2. 婚生子女推定的原则(应采用列举的方式加以规定);
3. 婚生子女的否认,规定婚生子女否认的构成要件、提起婚生子女否认的诉讼时效及婚生子女否认诉权在哪些情况下消灭等。

## (二)建立非婚生子女准正和认领制度

1. 建立我国的非婚生子女准正制度。增设我国的非婚生子女准正制度,可借鉴国外立法经验,立法规定为:婚前所生的子女,并被认领的,其因生父母结婚当然取得婚生子女资格。

2. 建立我国的非婚生子女认领制度。我国有学者建议,我国的非婚生子女认领制度主要应包括以下内容:

(1)非婚生子女认领制度的基本原则(如充分保护非婚生子女权利的原则;尊重事实的原则;男女平等和保护妇女合法权益原则;维护社会公序良俗原则等);

(2)行使认领非婚生子女权利的主体即认领人,包括生父、生母;

(3)认领的条件(如认领人须具有完全民事行为能力;生父或生母认领非婚生子女须征得他方生母或生父的同意;非婚生子女成年后,认领时应征得其本人同意等);

(4)认领的种类和方式;

(5)认领的无效、否认和撤销;

(6)认领权的消灭和抛弃。<sup>①</sup>

在此必须说明的是,作者认为,除上述建议可供我国立法机关参考外,我国亦可借鉴德国立法经验,对子女不作“婚生”与“非婚

---

<sup>①</sup> 参见陈明侠:《亲子法基本问题研究》,25~28页。

生”的区别,而从父母的角度立法:对已结婚的父母所生子女,设立“父母身份的推定”与“父亲身份的撤销”制度;对未结婚的父母所生子女,设立“父母身份的认可”和“父亲身份的确认”制度。这样,似更能体现子女的法律地位及称谓,不受父母有无婚姻关系的影响,既能保护子女的合法权益,又能体现现代法律对儿童尊重和保护的立法意旨。

### (三)增设继父母与继子女之间形成扶养关系的条件

我们认为,基于权利义务相一致原则,并考虑到我国已逐渐进入老年型社会,离婚夫妻增多,再婚夫妻也随之增多,为更好地保护未成年继子女的利益以及继父母的利益,建议立法将原婚姻法对继父母与继子女之间“形成扶养关系”的单向性规定(即继父母对继子女的抚养教育),修改为“双向性”规定,可具体规定认定“形成扶养关系”的二个要件:一是扶养要件;二是时间要件。即增设规定:“继父母对继子女或者继子女对继父母,在经济上或者生活上尽了扶养义务已达二年以上,应当认定继父母与继子女之间已形成扶养关系,双方有与父母子女相同的权利义务。但继父母或继子女一方明确表示不愿设立父母子女权利义务关系的除外。”

所谓扶养要件,指继父母对继子女或继子女对继父母在经济上或者生活上尽了扶养义务。即包括两种情形:第一,继父母对继子女或继子女对继父母在经济上尽了扶养义务(承担了生活费的一部或全部,在此情形下继父母和继子女可能在一起共同生活,也可能不在一起共同生活,如继子女被寄养在祖父母或外祖父母家里);第二,继父母对继子女或者继子女对继父母在生活上尽了扶养义务(继父母与继子女在一起共同生活中,生活上尽了照料、扶助义务)。这两种情形只要具备其中之一的,即可认定继父母与继子女之间已具备扶养要件。

所谓时间要件,指继父母对继子女或继子女对继父母尽扶养义务须达一定期间。建议以尽扶养义务,已达二年以上为宜。因为,时间过短往往难以确定继父母与继子女之间已经形成扶养关系,时间过长则不利于稳定继父母与继子女之间的权利义务关系。在国外,如《俄罗斯联邦家庭法典》第97条规定,继父母抚养继子女少于5年的,法院有权解除继子女对继父母的赡养义务。我们认为这似乎时间太长,不利于稳定继父母与继子女之间的权利义务关系。

至于我国有学者提出,形成扶养关系,不能忽视“当事人的意愿”,即须有继父母作出与继子女形成父母子女权利义务关系的意思表示,才能形成扶养关系。<sup>①</sup>笔者认为,此种主张是不无道理的。因为,设立父母子女权利义务关系,关系到当事人的切身利益,因此,法律应当尊重当事人的意思,由其作出自愿选择。但考虑到我国的国情,继父母基于维系夫妻感情往往不愿明确提出不抚养继子女。因此,特设立上述除外条款,即只要继父母或继子女在法定期限二年内,未明确表示其不愿形成父母子女间权利义务关系的,法律上即推定继父母与继子女之间具有建立父母子女权利义务关系的意愿,以稳定他们之间的权利义务关系。

#### (四)明确规定人工生育子女的法律地位

建议我国亲子关系法明确规定人工生育子女的概念、种类,实施人工生育的法定条件以及不同种类的人工生育子女的法律地位,即他们与生物学上的父母、法律意义上的父母之间的关系等。建议对不同种类的人工生育子女的法律地位作如下规定:

在夫妻关系存续期间,双方一致同意进行人工授精包括异质

---

<sup>①</sup> 参见杨大文主编:《亲属法》,260页。

人工授精,所生子女视为夫妻双方的婚生子女,适用《婚姻法》有关父母子女间权利义务关系的规定。在异质人工授精的情况下,未经夫妻双方协议的,所生子女视为实施人工生育方法夫妻一方的婚生子女,该父母一方与该子女具有父母子女间的权利义务;同时该子女为不同意实施人工生育的父母一方的继子女,他们相互无父母子女间的权利义务,但如该子女被该方父母收养为养子女的,则具有与父母子女相同的权利义务。

#### (五)建立我国的亲权制度

我国是否设立亲权制度,是我国亲子关系法修改中分歧意见较大的难点问题。对此,我国学术界主要有两种观点:第一种观点对此持肯定意见。我国许多学者在分析亲权的概念、内容的演变及与第三人监护的主要区别后,一致主张我国应当设立亲权制度;第二种观点对此持反对意见。我国有少数学者认为,无论是从理论上还是从实践上讲,将亲权与监护合并规定都是既合理又可行的。<sup>①</sup>

笔者赞成第一种观点,因为第三人对未成年子女的监护毕竟是父母对未成年子女亲权的延伸和补充,因而不能取代亲权。如果将两者合一,抹杀两者的区别,难以使父母明确自己对未成年子女的权利义务与第三人对未成年子女的监护有何不同,不利于其职责的履行,不利于未成年子女利益的保护。反之,明确规定父母对未成年子女的亲权,使父母明确自己对未成年子女有哪些权利义务,才能更好地履行其职责,也有利于保护未成年子女的合法权益。因此,设立符合中国实际的亲子关系平等的亲权制度,尤其强调父母对子女的照顾、教育、管束和保护的权利义务是十分必要

<sup>①</sup> 参见李银河等主编:《婚姻法修改论争》,372-397页。



的。

我们认为,1999年《法学专家建议稿》拟定的有关亲权制度的条款,大部分是符合我国实际的,我国立法机关可以此作为建立我国亲权制度的参考。但该建议稿的个别条款似还有待修改。例如,该建议稿第86条关于父母对十六周岁以上未成年子女有职业许可权的规定,似不符合现代婚姻家庭法尊重未成年人人格尊严(人格平等、人格自由、人格尊重)的意旨,也有违劳动法尊重个人择业意愿的立法原则。并且,从我国现实生活中看,十六周岁以上未成年子女择业往往会事先征求父母意见,但对于择业的最后决定仍然一般是由子女本人作主。因为,该子女今后从事什么工作,涉及子女的切身利益,这不仅仅是一个社会工作需要或今后本人经济收入多少的问题,更重要的是关系到其今后的工作兴趣、工作积极性的问题。况且,由于亲子两代人在思想观念上往往存在一定差距,对于职业选择的认识也往往难以取得一致,为减少纷争,法律以赋予十六周岁以上未成年子女享有自主择业权为妥。在国外,有的国家如德国于1979年修改后的《德国民法典》第1631a条明确规定:“(1)在教育与职业事务上,父母尤其要考虑子女的才能和爱好。倘有疑义,应当征询教师或其他适宜的人的意见。(2)如果父母显然没有考虑子女的才能和爱好,并因此而理由担忧子女的发展将受到持续的和严重的损害,则由监护法院裁判。法院可以取代父母或父母一方的必须的声明。”法国、瑞士、意大利、俄罗斯等国有有关亲权的规定中,也均无父母对十六周岁以上未成年子女有职业许可权的规定。<sup>①</sup>可见,在提倡尊重人、理解人的现代社会,法律应当充分尊重十六周岁以上未成年子女的自主择业权。

① 参见:《法国民法典》,第371-1至371-5条;《瑞士民法典》,第301-303条;《意大利民法典》,第315、316条;《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年),第61-68条。

因此,笔者建议删除此条款,以使新的婚姻家庭法既符合我国国情,又能反映时代精神。

此外,我国在亲子关系立法中是否使用“亲权”一词,也值得探讨。鉴于现代国家多以强化父母对子女的义务为立法宗旨,有的国家已开始摒弃在立法中使用“亲权”的概念,而采用更能反映父母对子女义务的“照顾权或照护权”的概念,如修改后的《德国民法典》之立法即是。特此建议我国立法机关,借鉴外国立法经验,将“亲权”改为“父母照护权”,似更能反映该权利的义务性质,也更具现代色彩。

#### (六)对《婚姻法》(1999年法学专家建议稿)父母子女关系条款的修改建议

笔者对1999年《法学专家建议稿》拟定的有关父母子女关系的条款,大部分是持赞同态度的,该建议稿凝结着我国老一辈法学专家和学者们的无数心血。它基本上反映了我国调整新形势下亲子关系的需要。但笔者认为,该建议稿有个别地方似还可予以修改、补充和完善。例如,第75条关于非婚生子女的婚生化方式,只设有认领一种,建议补充:非婚生子女准正制度;第78条对继父母与继子女形成扶养关系的要件未予规定,此空白应予增补,扶养的年限可予适当缩短;第72条对子人工生育的子女法律地位,仅设有一种类型的规定,即夫妻双方协议同意而采用人工生育技术所生子女,为婚生子女。这显然不能适应社会现实生活中,有些夫妻双方协议不成而夫妻一方单方实施人工生育的、或未婚的独身男女单方实施人工生育的种种情况。因此,建议专设一条明确规定各种类型的人工生育子女的法律地位,以适应未来社会独身者、夫妻单方实施人工生育者的需要。(增补条款的具体修改内容,详见前述立法建议的有关部分。)

# 第七章 监护制度立法研究

## 第一节 概 述

### 一、监护的特征

监护是指依照法律规定,对未成年人和精神病人的人身、财产以及其他合法权益进行监督和保护的法律制度。履行监督和保护职责的人,称为监护人;被监督和保护的人,称为被监护人。设立监护的目的,主要是为了保护未成年人和精神病人的利益,以维护社会的正常程序。

监护具有以下法律特征:

第一,监护人必须具有监护能力。监护能力是指监护人具有民事行为能力、管教和保护被监护人的能力。这是由监护的目的和性质决定的。监护关系是一种民事权利义务关系,在此关系中,监护人对被监护人有监督和保护的义务,在必要时还须代理被监护人进行一定的民事活动,因此,要求监护人既具有民事行为能力,又有管教和保护监护人的能力,才能承担起监护任务,履行监护职责。

第二,被监护人是无民事行为能力和限制民事行为能力人,即为未成年人或精神病人。凡具有完全民事行为能力的人不需要监护。

第三,监护人必须是与被监护人关系密切的人或有关组织。监护人与被监护人之间具有亲属关系,或者朋友关系,或者其他行政上的隶属关系。

第四,监护人与被监护人之间依法产生权利义务关系。这种

权利义务关系,由法律明文规定,不得自行改变。监护人如果不履行监护职责,就要承担相应的法律责任。

## 二、监护的意义

监护制度是一项重要的民事法律制度,它关系着对未成年人和精神病人合法权益的保障问题。实行监护制度主要具有以下意义:

首先,有利于保护未成年人和精神病人的合法权益。自然人的民事权利能力是基于出生而取得的,人人平等。但是享有民事权利能力的自然人并不一定都具有民事行为能力。我国《民法通则》将自然人的民事行为能力分为:无民事行为能力人、限制民事行为能力人和完全民事行为能力人。只有完全民事行为能力人才能独立地参加民事活动,限制民事行为能力人只能从事与其年龄、智力和精神健康状况相适应的民事活动,无民事行为能力人不能以自己的行为参与民事活动。由于欠缺完全的民事行为能力,无民事行为能力人和限制民事行为能力人,不能亲自参加民事活动(或民事活动能力受限),满足自己物质和精神生活的需要,并且在他们的权益受到侵犯时,也没有能力加以保护。设立监护制度正是为了保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法权益,从而使未成年人和精神病人实现同其他自然人一样的民事权利。

其次,有利于维护社会的正常秩序。由于缺乏责任能力,在未成年人和精神病人实施违法行为侵害他人利益时,他们没有能力承担民事责任,会使受害人的利益得不到充分的保护。因此,设立监护制度,既能维护没有完全民事行为能力人或限制民事行为能力人的合法权益,补救他们没有民事行为能力的缺陷,保障其民事权利得以实现。同时,又能防止无民事行为能力人或限制民事行为能力人实施违法行为侵害他人的合法权益,避免他们侵权后无人承担责任的状况的出现,从而维护正常的社会秩序。

### 三、监护与亲权的联系与区别

根据监护的范围宽窄不同,监护制度有广义和狭义两种:

广义的监护制度,是指对一切未成年人和限制民事行为能力及无民事行为能力的成年人的<sub>人身和财产权益</sub>进行<sub>监督和保护的</sub>法律规范的总称。英美法系的很多国家采用广义的监护制度立法体例。我国《民法通则》第16条也作了类似规定,其中明确规定父母为未成年子女的法定监护人。狭义的监护制度,是指对无父母、或父母不能照护的未成年人(指不在亲权保护下的未成年人),以及其他限制民事行为能力人或无民事行为能力人的<sub>人身和财产权益</sub>进行<sub>监督和保护的</sub>法律规范的总称。可见,狭义的监护制度与广义的监护制度的区别在于,前者排除了父母对未成年子女的人身和财产上的<sub>监督和保护的</sub>内容,系另行设立亲权制度对此加以规定的。大陆法系大多数国家采用狭义监护制度的规定。也就是说,在采用广义的监护制度的国家,亲权包括在监护之中,谈不上两者的联系与区别。在采用狭义的监护制度的国家,监护一般是对不处于亲权保护下的未成年人和其他处于特殊情况下的人实施的<sub>监督、保护措施</sub>,监护权与亲权虽同属身份权,但两者有明显的区别。

从法理上看,监护可以说是亲权的延伸。但是,监护不仅包括对未成年人,还包括对限制民事行为能力或无民事行为能力的成年人的<sub>监督和保护的</sub>,即监护的对象范围远远大于亲权。即使就未成年人的监护与亲权两者比较,也存在许多区别:第一,从立法指导思想看,对亲权原则上采取放任主义;对监护原则上采取限制主义。第二,亲权的成立以亲子关系为基础,亲权人对子女负有抚养义务;而监护人与被监护人之间没有这种特定的人身关系和权利义务关系。第三,亲权人因亲子关系而自然取得亲权,无须经特别批准,只有在某些法定特殊情况下才受限制;而监护权必须经过法

定程序才能取得。第四,亲权人对于子女的财产进行处分的限制较少,且多享有对该财产的用益权;而监护人对被监护人的财产处分则受到严格的限制,并且不享有该财产的用益权。第五,监护人在监护开始时必须对被监护人的财产开出清单,并对该项财产负有报告义务;而对亲权人则一般无此限制。第六,监护人行使监护权,要接受监督机构的监督;而亲权的行使一般不设专门的监督机构。第七,监护人因其监护活动有请求相应报酬的权利;而亲权人则无此权利。<sup>①</sup>

为什么立法对亲权与监护采取截然不同的立法原则?其原因正如有学者所指出的那样,古代的监护制度家族法色彩很浓,监护人由家庭成员担任,且须负抚养被监护人之义务,但对被监护人的财产享有使用收益权,为一种“自益监护”形态。近代社会工业革命以后,社会生产方式,导致家族制度日益崩溃,家族生活共同体规模小型化,监护逐步演变为社会的一种“公职”,监护人与被监护人之间或许没有亲属关系,此时期之监护人不再像古代监护人那样享有强大的权利且承担抚养被监护人之义务,而仅仅成为被监护人的保护人及财产管理人,即属于保护受监护人和受保护人利益的一种“他益监护”形态。监护制度由“自益监护”演变为“他益监护”形态后,监护人与被监护人之间,既无亲子关系或亲属关系一般的感情可言,又无经济共同生活关系,于是法律对监护人的权限必须予以限制,并对监护人履行监护职务,须以法律予以监督,国家公权力之干预在此阶段尤其重要。<sup>②</sup>但我们必须指出的是,随着社会发展,基于保护被监护人利益、保护儿童利益、有利于未成年人健康成长等立法意旨,国家公权力正越来越多地介入监护和亲权领域,法律对亲权人行使亲权也逐渐设有必要的限制(参见

① 参见马俊驹等:《民法原论》(下),886、887页。

② 参见陈棋炎等:《民法亲属新论》,385、386页。

第六章第七节有关禁止滥用亲权的内容)。

#### 四、监护制度的演进

监护制度起源于罗马法。罗马法中设有监护和保佐制度。监护的对象主要是未适婚人和妇女,而保佐的对象则主要是精神病人、痴呆症人、聋哑人和胎儿等。罗马法中的监护制度最初是在家庭制度的基础上产生的,“受监护人的取得能力并不被监护和保佐所吸收……受监护人是‘自权人’,因而如果系男性,则是‘家父’”。<sup>①</sup> 这里必须指出,在当时虽然客观上被监护人包括妇女、儿童等均受到保护和监督,其人身方面和财产方面的权益都受到保护,但决不能由此认为,当时的监护制度是“为被监护人的监护”。因为,当时设立监护制度的主要目的是为“幼弱之直系血亲卑亲属,继承家长职位以后,设立助理家长,以保护家长制度,”即实际上是保护幼弱家长、为了家族利益面设立的代行家长权的一种形式。<sup>②</sup> 罗马法中的监护制度,被后世资本主义国家立法所继受。但有些国家只设统一的监护制度,有些国家立法则将监护与保佐(或保护)相区分,对无民事行为能力人设立监护,对限制民事行为能力人设置保佐。由此可见,被监护的对象(被监护人),古代与近现代既有所不同,如古罗马对妇女设有永久监护制度(这种性别监护,以维护父权、夫权为目的),但也有共同之处,如都把精神病人、痴呆症人、聋哑人等作为被监护人。但我们也不能以古代和近现代监护对象具有一定相同性,就认为古代社会是“为被监护人的监护”。

根据设立监护目的的变化,考查监护制度的演进过程,大约经历了四个阶段。古代社会的监护制度,可分为“为家长的监护”和

① 参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,169~171页。

② 参见陈棋炎等:《民法亲属新论》,385~386页。

“为父的监护”两个阶段。古罗马初期为家族利益而设立的代行家长权的、具有家长辅佐人、代表人性质的监护,即是“为家长的监护”。随着宗族制度和家长制的逐步瓦解,亲权和夫权逐渐独立于家长权之外。监护逐渐演变成为一种社会的“公职”,对不在亲权之下未成年人及不在夫权之下的妻子也开始设立监护人,此时期的监护制度仍带有浓重的父权家族法性质,是作为弥补父权监护之不足而设立的,属于“为父的监护”。近代社会的监护制度,逐渐过渡到“为被监护人的监护”之第三个阶段。这一时期,工业革命的结果,实行社会化大生产,许多国家为了适应生产关系、社会结构和思想观念变化的需要,逐步摒弃了家长制。与此同时,随着监护人与被监护人财产的相对独立,监护制度“社会公职”性质明显化,资本主义国家监护法中未成年人的法律地位有所提高,人身和财产权益得到一定的保护,并且立法中行使监护权的男女不平等条款亦不断地被修改。尤其是前苏联在1926年公布了《苏俄婚姻家庭和监护法典》,确立了社会主义的男女平等地行使监护权、加强保护被监护人利益的监护制度。现代社会的监护制度,逐渐过渡向“保护被监护人利益与尊重其意愿相结合的监护”之第四个阶段,即监护制度进一步现代化阶段。第二次世界大战以后,战争留下了大量的孤儿,这对监护制度的发展起了重要的推动作用。东欧许多国家借鉴前苏联婚姻家庭和监护法典,修改了监护制度。同时,许多资本主义国家也基于保护未成年被监护人利益的宗旨,先后废除监护制度中有关父母行使未成年子女监护权的不平等规定,使其监护制度向男女平等方面前进了一大步(参见第五章第五节离婚后父母对未成年子女监护权问题研究)。但目前世界上有的国家和地区的监护制度,仍保留了一些男女不平等的残余。

尤其值得注意的是,20世纪90年代以来,一些发达资本主义国家逐渐进入老年型社会,为尊重受监护的老年人的意愿,对成年人监护制度的改革已开始在一些发达资本主义国家进行,以《德国



民法典)的修改为代表,而日本亦紧随其后。基于保护被监护成年人的利益与尊重被监护成年人的意愿相结合之立法意旨,德国对成年人监护制度作了重要修改,废除传统民法中的成年人监护制度,代之以照管制度。从此以后,受照管的成年人不一定一概被视为无行为能力,其目的是更多考虑当事人——尤其是其行为能力并非因精神或智力因素而受限制的成年人的意愿。在日本成年人监护法的修改也正在加紧进行之中。(详见第一章第三节当代婚姻家庭法变革的趋势。)

在我国古代社会,宗法观念十分严重。一家之内,子必从父,弟必从兄,妻必从夫,家属必从家长。《唐律疏议》规定,祖父母、父母在,子孙别籍、异财,若供养有阙等,视为不孝,为十恶之一。在家长制极为发达的情况下,家族中若有未成年人或无民事行为能力人、限制民事行为能力人,也无需设定专职监护人。当家长本人年幼或其他原因无法操持家务、管理家政时,多以“管家”、“顾命”、“托孤”等形式委托他人进行辅佐,但没有形成一定的制度。至清末,1911年起草完成的《大清民律草案》,开始有监护内容的规定。该草案将亲权、监护、保佐作为对未成年人及其他无民事行为能力人、限制民事行为能力人进行保护的民事法律制度,虽具有浓重的封建色彩,但却是我国监护立法的发端。1930年国民党政府民法亲属编设专章规定了监护制度。将监护分为不在亲权下的未成年人的监护和无民事行为能力人或限制民事行为能力人的监护,规定亲属会议是监护机关。<sup>①</sup>

中华人民共和国成立后,废除了国民党政府的一切旧法律。1986年颁布的《民法通则》采用广义的监护制度立法模式,在第二章第二节对监护制度作了原则性规定,在对监护人范围的规定中,明确规定父母为未成年子女的法定监护人。

---

<sup>①</sup> 参见杨大文主编:《亲属法》,307、308页,法律出版社,1997。

## 第二节 监护的开始

监护与亲权不同,不是根据父母子女身份关系而自然发生的,而是依据法律规定的原因,符合法律规定的条件设置的。所谓监护的开始,是指当具备监护的原因或称条件时,应当依法开始进行监护。

### 一、监护开始的原因

#### (一) 未成年人监护开始的原因

未成年人监护开始的原因主要有二:一是未成年人无亲权人,如其父母死亡或父母下落不明;二是未成年人的亲权人不能行使亲权,如丧失民事行为能力、或被剥夺亲权等。因为,对未成年人的监护是对亲权的补充,在大陆法系采取狭义监护制度的国家,对未成年人监护开始的原因大体相同。如德国民法规定:“未成年人在未处于父母照顾权之下或父母既无权在涉及人身的事务上也无权在涉及财产的事务上代理该未成年人的,得有一名监护人。未成年人在其家庭户籍无法查明时,也得有一名监护人。”瑞士民法规定:“对不处于亲权管理下的所有未成年人,应当为其任命监护人。”“成年人因精神病或精神耗弱不能自理事务而需经常照料和监督的,应当为其任命监护人或者辅助人。”<sup>①</sup>

#### (二) 成年人监护开始的原因

我国《民法通则》第19条规定:“精神病人的利害关系人,可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或限制民事行为能力人。”因此,成年人监护开始的原因是,其被宣告为无民事行为能力或限制民事行为能力。

<sup>①</sup> 参见:《德国民法典》,第1773条;《瑞士民法典》,第368、369条。

在国外,许多国家法律均规定,在成年人被宣告为禁治产人时,应当开始设立监护。所谓禁治产人,即是无民事行为能力人或限制民事行为能力人。<sup>①</sup>

## 二、监护开始的时间

监护开始的时间,从理论上讲,应从法律规定的监护开始的原因发生之时起开始。但现实生活中,开始监护的原因发生后,有时还需要确定谁担任监护人,只有在监护人被确定之后,监护才能开始。那么,在开始监护的原因发生之后,到监护正式开始之前,这段时间的监护应当由谁负责?国外立法的规定多为由有关国家监护机关担任临时监护人。如《瑞士民法典》第386条第1款规定:“如果在决定监护人人选之前,有关监护事务有处理的必要时,监护官厅应依职权采取必要的措施。”我国立法对此尚无规定,有待加以补充。

## 三、监护的种类

按照不同的标准,可将监护分为以下种类:

### (一)法定监护与指定监护

按照监护的发生根据不同,分为法定监护与指定监护。法定监护,是按照法律直接规定的监护人担任的监护。指定监护,又称遗嘱监护,是依遗嘱人指定的监护人担任的监护。

我国《民法通则》仅规定了法定监护,而未规定指定监护。在国外许多国家立法均承认指定监护,但也有少数国家不承认指定监护,而由监护官厅选任监护人,但近亲属和配偶有优先受任监护权,并且在任命前,要听取被监护人的父母指定他人为监护人的意

---

<sup>①</sup> 参见:《法国民法典》,第488条;《德国民法典》,第1896条;《日本民法典》,第7~9条、第11、12条。

见,如无重大反对事由,该指定为有效。即由监护官厅任命该被指定之人为监护人。<sup>①</sup>

### (二)选任监护与约定监护

按照监护的产生根据不同,可分为选任监护与约定监护。选任监护,是由法律规定的监护权力机关所选任或选定的监护人担任的监护。约定监护,是由有监护资格的监护人以协议确定的监护人担任的监护。

我国《民法通则》对选任监护有明确规定,最高人民法院的司法解释对约定监护也有规定,有监护资格的监护人之间协议确定监护人的,应当由协议确定的监护人承担监护责任。但如以协议规避法律,相互推诿监护责任的,其约定无效。<sup>②</sup>

### (三)对未成年人的监护与对精神病人的监护

根据监护的对象不同,可分为对未成年人的监护与对精神病人的监护。对未成年人的监护,是对未达法定成年年龄的人的监护。对精神病人的监护,是对因精神病或精神耗弱而丧失民事行为能力的人或限制民事行为能力的人的监护。

### (四)单独监护与共同监护

根据监护人人数的不同,可分为单独监护与共同监护。单独监护,是由一人担任监护人的监护,故又称一人监护。共同监护,是由二人或二人以上的人担任监护人的监护。共同监护人一般应承担连带责任。

## 四、监护机关

所谓监护机关,是指行使监护职能的机构。它是监护立法目

① 参见:《法国民法典》,第397、398条;《德国民法典》,第1776、1777条;《日本民法典》,第839条;《瑞士民法典》,第363、366、379~381、385条。

② 参见:最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》,第15条。

的实现的组织保证。监护机关根据其职能之不同,可分为监护执行机关、监护权力机关和监护监督机关。

### (一)监护执行机关

监护执行机关,是具体担任执行监护事务的人或社会组织,一般多由自然人担任监护人。

1. 未成年人之监护人的范围和顺序。根据我国《民法通则》第16条规定的精神,未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列人员中有监护能力的人担任监护人:

(1) 祖父母、外祖父母;

(2) 兄、姐;

(3) 关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经未成年人的父、母的所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的;

(4) 没有上述法定监护人时,由未成年人的父、母的所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门担任监护人。

上列顺序,可视为确定监护人的顺序。前一顺序有监护资格的人无监护能力或对被监护人明显不利的,可从维护被监护人的利益出发,在最后一顺序有监护资格的人中择优确定。如果被监护人有识别能力的,应当征求其本人意见。

根据我国《民法通则》第16条第3款规定,对担任监护人有争议的,如多个法定监护人都愿意担任监护人而互不相让的,或多个法定监护人都不同意担任监护人而互相推诿的,由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的,由人民法院裁决。即是说,对担任监护人有争议的,通过选任监护的方式,确定未成年人的监护人。

2. 精神病人之监护人的范围和顺序。根据我国《民法通则》第17条第1款的规定,无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人,由下列人员担任监护人:

- (1)配偶;
- (2)父母;
- (3)成年子女;
- (4)其他近亲属;

(5)关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任,经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

(6)没有第1款规定的以上各种监护人的,由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

上列顺序,可视为确定监护人的顺序。

根据我国《民法通则》第17条第2款规定,对担任监护人有争议的,由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定,对该指定不服提起诉讼的,由人民法院裁决。此即通过选任监护方式确定精神病人的监护人。

3. 监护人的资格。监护人的资格是指监护人具有胜任监护工作的能力。它直接关系到被监护人的合法权益能否得到切实保障的问题,法律应对此作出规定。我国民法通则对此未予规定,但《最高人民法院关于贯彻执行(中华人民共和国民法通则)若干问题的意见(试行)》第11条规定,认定监护人的监护能力,应当根据监护人的身体状况,经济条件以及与被监护人在生活上的联系等因素确定。在我国下列人员不能担任监护人:无民事行为能力或限制民事行为能力人;在身体和经济方面没有监护能力的人;被判有期徒刑、有不良嗜好者;其他具有明显不利于被监护人的因素的人。

4. 监护人拒绝或辞退监护问题。国外立法例有两种原则:第

一种采取任意原则,即被确定的监护人可自愿决定是否担任监护人。如前苏联立法即采此原则。但《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年)已无此种规定,摈弃了任意原则。<sup>①</sup> 因为,监护职责本身是一种法定义务,除有法定的正当理由外,不能由监护人任意拒绝。第二种采取限制原则,即如无正当理由,被确定的监护人不得拒绝出任监护人,并具体规定了拒绝担任监护人的法定情形,以及无正当理由拒绝承担监护责任的法律责任。如德国法之规定即是。<sup>②</sup> 我国立法对于监护人拒绝或辞退监护问题,尚无规定。监护人拒绝或辞退监护问题,涉及被监护人和监护人双方的切身利益,尤其是在现代社会,监护已由权利转变为一种以承担义务为主的职责的情况下,我国应当以维护被监护人利益为意旨,增补规定监护人拒绝或辞退监护的法定事由,及无正当理由拒绝或辞退监护应承担的法律责任。

5. 关于社会组织担任监护人问题。根据我国《民法通则》的规定,在没有法定监护人、选任监护人时,由未成年人的父母所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门担任监护人;或由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。其立法意旨是这些单位或基层组织与被监护人比较熟悉,住所相隔一般较近,便于履行监护义务。但从现实生活中看,有关所在单位或居民委员会、村民委员会,本身往往无专人履行监护职责,结果对被监护人的监护往往不尽如人意。再从民政部门看,其为国家政府机构,而非监护机构,虽其担任有监护监督和管理职能,但并无专人履行监护义务。而民政部门领导和管理的社会福利院、孤儿院等监护机构,才有专人

① 参见:《苏俄婚姻和家庭法典》(1968年),第126条;《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年),第146条。

② 参见:《德国民法典》,第1786~1788条。

负责履行监护事务。因此,我国此方面的立法有待修改、完善。

在外国,有些国家也规定,在无适当的监护人时,有关社团或组织可作监护人,或青少年保护组织可作公职监护人,监护监督人可临时作监护人。如德国法对社团作为监护人、及青少年局作官方监护人或法定的官方监护人均设有明确规定。<sup>①</sup>

### (二) 监护权力机关

监护权力机关是负责任免、变更监护人,并对监护中的一些重大事务作出决定的机关。所谓监护中的重大事务,如被监护人就学、就业及重要的财产进行处分等。

关于监护权力机关,按照我国民法通则第16、17条规定的精神,我国监护权力机关有二种:一是基层社会组织,其对关系密切的其他亲属、朋友担任监护人有同意权,并在发生争议时有选任监护的权利;二是人民法院,对选任监护不服有裁决权、或其他重大监护事项有决定权。

在外国,监护权力机关有监护法院或监护官厅(前者如德国、法国,后者如瑞士)、亲属会议(如法国、瑞士)、家庭法院(如日本)、监护和保护机关(如俄罗斯)等。<sup>②</sup>

### (三) 监护监督机关

监护监督机关是指对监护人的监护活动负有监督责任的人或者社会组织。监护监督人可以是自然人,也可以是法人。

设立监护人的目的是为了维护被监护人的合法权益,如果监护人违背这一监护宗旨,实施侵犯被监护人利益的行为,不仅不能实现监护制度的目的,而且会严重侵害被监护人的合法权益。因

① 参见:《德国民法典》,第1791a、1791b、1791c条。

② 参见:《德国民法典》,第1779条;《瑞士民法典》,第363、366、385条;《法国民法典》,第395、403、404、406、407—416条;《日本民法典》,第841条;《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年),第121、123条。



为被监护人属于无民事行为能力或限制民事行为能力人,在监护关系中,处于被保护的被动地位,如受到监护人的侵害,既没有识别能力,也没有自卫能力。因此,为确保被监护人的合法权益不受侵犯,必须设立监护监督机关。国外不少国家均设有监护监督机关。<sup>①</sup>我国现行监护制度中未明确规定监护监督人,在修改后的新婚姻家庭法中应当设立监护监督人。

### 第三节 监护的内容

#### 一、监护职责

监护人的职责,即监护事务,指监护人对被监护人在人身方面和财产方面依法承担的权利和义务。根据我国《民法通则》第18条的规定,以及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第10条的解释,“监护人的职责包括:保护被监护人的身体健康,照顾被监护人的生活,管理和保护被监护人的财产,代理被监护人进行民事活动,对被监护人进行管理和教育,在被监护人的合法权益受到侵害或与人发生争议时,代理其进行诉讼。”

监护人的职责可根据监护对象的不同,分为对未成年人的监护职责和对成年人的监护职责。

#### (一)对未成年人的监护职责

对未成年人的监护职责主要有以下内容:

1. 未成年人人身方面的监护。对未成年人人身方面的监护,具有与亲权的人身照护权相同的权利和义务。因为对未成年人的监护是亲权的延伸。但为保护未成年人的利益,法律对监护人设

---

<sup>①</sup> 参见:《俄罗斯联邦家庭法典》,第147条第2款、155条第2款;《瑞士民法典》,第366、398、399、413、421—424条;《日本民法典》,第863、864条;《德国民法典》,第1792、1799、1810、1826、1832、1837、1842、1843条;《美国统一结婚离婚法》,第408条。

有必要的限制,凡监护中的重大事务须经监护权力机关或监护监督机关同意。

2. 未成年人财产方面的监护。主要内容包括:

(1)及时清点被监护人的财产,列出财产清单。在监护关系存续期间,对财产的增加、减少和变化等情况,登记造册。被监护人的财产有收益的,监护人应依法及时收取,并妥善保管。对被监护人的生活费、教育费、医疗费等各项开支,监护人应及时记录,保存好收据、发票等单据。

(2)保护和管理被监护人的财产。除为被监护人的利益外,无权处理被监护人的财产。因此,监护人只有为被监护人的利益时,才可以处理被监护人的财产。如用于被监护人的生活费、教育费、医疗费,或支付因被监护人造成他人损害而进行赔偿的费用等。

3.担任未成年人的代理人,进行民事活动和诉讼活动。如当被监护人的人身、财产和其他合法权益受到侵害时,监护人有权代理被监护人请求法院给予保护,代为参加诉讼活动。

## (二)对成年人的监护职责

对成年人的无民事行为能力或限制民事行为能力人的监护职责,也包括人身方面的监护、财产方面的监护和担任法定代理人的权利义务,大体上与未成年人的监护事务相同。但成年人监护有其特殊性,有些国家对此作出特别规定,即成年人的监护应侧重于人身上的照护,包括治疗、照顾和保护的责任,把对成年被监护人进行必要的医疗规定为法定义务。如《德国民法典》第1901条第4款规定:“照管人在其任务范围内,应当致力于利用能使被照管人的疾病或残障得以消除、好转、防止恶化或减轻后果的可能性。”

## 二、监护责任

我国《民法通则》第18条第1款规定:“监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。”可见,监护人应当履行监护职责,积极维护被监护人的利益,而不能作出有损于被监护人利益

的行为。监护人依法履行监护的权利,受法律保护。

我国《民法通则》第18条第3款还明确规定:“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请,撤销监护人的资格。”即监护人如不履行监护职责,侵犯被监护人的人身和财产权益时,监护人应承担相应的法律责任。

国外许多国家对监护职责有明文规定。如德国法规定,“监护人对于因违背义务而产生的损害有过错,应向被监护人负责。此规定同样适用于监护监督人。如数人均对损害负有责任,则由他们承担连带责任。”<sup>①</sup>

### 三、监护人的报酬

国外关于监护人的报酬问题主要有三种立法例。第一种是采取无偿原则,即把监护作为一种社会义务,监护人不得索取报酬,或者只是对有特别贡献的监护人给予一定的奖励。如《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年)第150条第5款规定,监护和保护义务,应由监护人(保护人)无偿履行。第二种是采取有偿原则,即把监护作为一种有代价的民事法律行为,给予监护人适当的报酬。如《日本民法典》第862条规定:“家庭法院可根据监护人及被监护人的资力及其他情事,从被监护人的财产中,给予监护人以相当报酬。”第三种是采取补偿原则,即原则上是无偿的,但监护当局可以根据监护人的要求,给予其一定的补偿。如德国等。<sup>②</sup>我国法律对监护人的报酬问题未作明确规定,笔者认为,第三种立法例似

① 参见:《德国民法典》,第1833~1835条;《日本民法典》,第860、873条;《瑞士民法典》,第426~430、447~450、454~456条。

② 参见:《德国民法典》,第1836~1836c条。

值得我国借鉴。

## 第四节 监护的变更和终止

### 一、监护的变更

监护的变更是指在监护期间内更换监护人。

监护的变更有协商变更和法定变更两种方式。根据我国司法解释精神,如果是约定监护,其变更可以由当事人协商确定,当事人对变更监护人不能达成协议,诉请人民法院裁决的,在人民法院作出裁决之前,原监护人应当继续履行监护职责。对于选任监护,监护人被选定后,不得自行变更。凡经人民法院或者有关单位选择确定的监护人,在更换时应该按原选定的程序进行。未经人民法院或者有关单位重新选定而擅自变更的,由原监护人和变更后的监护人承担监护责任。夫妻离婚并不影响双方对子女的监护权,但一方对子女有犯罪行为、虐待行为或者对子女明显不利的行为的,人民法院可以依法取消其监护权,指定另一方单独进行监护。对不称职的监护人,人民法院也有权撤销其监护人资格,另行选定监护人。<sup>①</sup>

### 二、监护的终止

监护的终止是指监护关系的消灭。监护既可以基于一定的原因产生,也可以在一定的条件下终止。引起监护终止的原因如下:

#### (一)被监护人方面的原因

1. 被监护人已成年而具有完全民事行为能力;

<sup>①</sup> 参见:我国最高人民法院1988年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》,第15~19、21、22条。

2. 被监护人的精神病已治愈而具有完全民事行为能力；
3. 被监护人死亡或被宣告死亡；
4. 被监护人被他人收养；
5. 被监护人的父母的亲权恢复；

凡由上述被监护人方面的原因而导致监护关系终止的，将引起监护关系的自然终止、绝对终止。

#### (二) 监护人方面的原因

1. 监护人死亡或被宣告死亡；
2. 监护人丧失监护能力；
3. 监护人被法院撤销监护职务；
4. 配偶担任监护人的，因离婚而终止监护关系。

5. 监护人因正当理由辞退了监护职务。监护人有正当理由时，法律应准许其辞职。我国法律对此未作规定。在国外，有的国家如瑞士规定，监护人年满 60 周岁；因患疾病或因工作性质、家庭负担繁重等原因，难以履行监护职务的，均属“正当理由”。<sup>①</sup>

上述监护人方面的原因出现后，将引起监护关系的相对终止，监护职责转移，将另设监护人，继续履行监护职责。

### 三、监护变更或终止后监护人的义务

因监护关系变更或监护终止，原监护人应在一定的期限内向新的监护人或已经取得完全民事行为能力的被监护人，清点监护人的财产，必要时列出财产帐目。后者发现前者有欺诈等违法行为的，应当在诉讼时效期间内或者其他法定期间内提出或向人民法院起诉。监护监督人有义务协助监护人完成监护变更、或者终止后的一切事务之处理。

---

<sup>①</sup> 参见：《瑞士民法典》，第 383 条。

## 第五节 我国监护制度之不足及其立法完善

### 一、我国监护制度之不足

我国《民法通则》第 16 至 19 条对监护作了原则性的规定。另外,我国《婚姻法》、《收养法》、《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》等法律,以及 1984 年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》、1988 年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》、1993 年最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》等司法解释中,也有关于监护问题的规定。如对监护人的范围和顺序、对监护人有争议的选定和裁决、监护人的职责、监护人资格的撤销、无民事行为能力或限制民事行为能力的宣告,以及民事行为能力的恢复等作了明确规定。但其立法之不足主要有以下几点:

- 一是关于监护的种类,未规定遗嘱指定监护;
- 二是关于监护的开始,在正式监护开始前,尚无谁出任临时监护人的规定;
- 三是关于监护人的资格,未具体规定监护人的消极条件;
- 四是关于监护的拒绝或辞退的法定事由、及无正当理由拒绝出任监护应承担的法律责任,未作规定;
- 五是关于监护人的职责和报酬,未作具体规定;
- 六是关于监护人的范围,将单位、村(居)民委员会等社会组织作为监护人不够科学;
- 七是关于监护监督机关,立法尚属空白;
- 八是关于监护的变更和终止的原因、程序,以及监护变更或终止后监护人的义务,未予以具体规定。

## 二、完善我国监护制度的立法建议

### (一)完善我国监护制度立法建议

笔者建议,针对我国上述立法缺陷,借鉴国外立法经验,从以下方面修改、补充和完善我国监护制度:

1. 在原有法定监护和选任监护两种方式的基础上,增补规定遗嘱指定监护方式,以及法定限制条件。以在保护被监护人利益的前提下,充分尊重遗嘱人对监护人的选择意愿。

2. 补充规定,在开始监护的原因发生之后,到监护正式开始之前,这段时间的监护应当由被监护人本人或其父母所在有关单位,或其住所地的村民委员会或居民委员会指定专人任临时监护人。

3. 增补规定监护人应当具备的资格。对自然人作监护人的任职资格,明确规定具体的条件。我国可结合我国实际,总结司法解释经验上升到新的立法之中,对此加以规定:无民事行为能力人或限制民事行为能力人不得作为监护人;因为身体上或经济上的原因没有监护能力者不得作为监护人;受刑事处罚被拘禁者,或者其他被免职的法定代理人不得作为监护人;具有明显不利于被监护人的因素者不得作为监护人。

4. 增补监护的拒绝或辞退的法定事由,以及无正当理由拒绝或辞退监护应承担的法律责任。《德国民法典》的有关规定比较具体,值得我国立法借鉴。

5. 关于监护人的职责和报酬,增加规定监护人的具体职责:包括人身方面的监护、财产方面的监护、法定代理权及不履行监护职责的民事责任。并且规定监护人的报酬,采取区别情况,适当补偿原则。凡公职监护人不给予报酬;非公职监护人在被监护人有财产给付的情形下,可请求给予适当报酬,经费从被监护人的财产中支付。

6. 修改监护人的范围。建议修改、补充规定:在没有法定监护人、选任监护人时,由未成年人住所地的社会福利院、孤儿院担任

监护人。

7. 增设规定监护监督机构及其监护监督的职责内容, 建议规定以下内容:

(1) 监护监督人的产生。在下列情况下应设置监护监督人:

① 未成年人的监护人不是其亲权人的;

② 无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人的监护人不是其配偶、父母、成年子女的。

监护监督人可由最后行使亲权的人用遗嘱指定; 如没有遗嘱指定, 可由法院或有关部门如监护权力机关, 根据一定的条件选任。如监护人是被监护人的亲属或其他人, 以监护人以外的与被监护人亲等最近的、有监护能力的亲属为监护监督人。但是, 监护监督人不能为监护人的配偶、直系血亲、其他近亲属。监护人是孤儿院、社会福利机构的, 以当地民政部门(可设立专门的监护管理机构)为监护监督人。

(2) 监护监督人的职责。监护监督人应监督监护人依法行使监护权利, 履行监护义务。在监护人欠缺时, 有权请求法院指定监护人。如果发现监护人不能胜任监护工作或侵害监护人利益的, 有权请求法院撤销监护人的监护资格。

8. 具体规定监护变更和终止的原因、程序, 及监护变更或终止后监护人的义务。

(二) 对《中华人民共和国婚姻法》(1999 年法学专家建议稿) 的修改、补充建议

笔者认为该法学专家建议稿有关监护制度的规定, 大部分条款是符合我国实际, 具有科学性的。但是还存在一些立法空白, 并且还有少数条款似有待修改、补充。

第一, 监护的拒绝或辞退的法定事由, 以及无正当理由拒绝或辞退监护应承担的法律责任, 该建议稿没有规定。这方面的内容是监护制度不可缺少的重要组成部分。外国立法如《德国民法典》



对此专门设立三个法律条文(第 1786、1787、1788 条)予以全面规定,包括拒绝或辞退的法定事由,无正当理由拒绝或辞退监护应承担的法律责任,以及强制罚款等。从我国现实生活中看,监护人互相推诿不愿承担监护责任的情况也时有发生,为促使监护人依法承担监护义务,应当增补此方面的立法规定。

第二,对共同监护未予规定。建议增加规定:共同监护的发生原因(如根据监护人的协议、或监护权力机关的指定、尤其是离婚父母的共同监护条件等)、共同监护人对监护职责的分担原则(原则上协议分担监护职责)、以及共同监护人应当承担连带责任等。

第三,该建议稿第 120 条第 3 款关于监护费用的负担,建议补充:公职监护人不得请求报酬。其他符合法定条件的监护人请求监护报酬,须在不影响被监护人的正常生活,且被监护人的财产有给付能力的请情形下,才予允许。这样才能切实地保护被监护人的合法权益。

此外,还须说明,关于我国监护制度立法修改讨论中曾经争论过的一个问题是,是否应将监护制度纳入婚姻家庭法之中。对此持肯定意见的学者占大多数,一致认为应当将监护制度纳入婚姻家庭法之中;对此持反对意见的少数学者则认为,监护制度不应纳入婚姻家庭法之中,仍然以保留在民法中规定为好。笔者赞成第一种意见。主要理由有二:从亲权与监护的关系看,无论是对未成年人的监护,还是对精神病人的监护,均是以亲属监护为主,第三人监护只是对前者的补充和延伸。因此,将监护制度纳入婚姻家庭法是恰当的。第二,从国外立法例看,大陆法系的法国、德国、瑞士、日本、意大利等国立法,均将监护规定在亲权或父母照顾权之后,作为对亲权或父母照顾权的补充和延伸。因此,笔者认为,将监护制度纳入新婚姻家庭法之中既是科学的,也是合理的。

## 第八章 扶养制度立法研究

### 第一节 概 述

#### 一、扶养的特征

##### (一) 扶养的概念

1. 扶养的概念。扶养的概念有广义和狭义之分：

广义的扶养，是指一定范围的亲属间相互供养和扶助的法定权利义务。它没有身份、辈分的区别，是赡养、扶养、抚养的统称，即包括长辈亲属对晚辈亲属的扶养（如父母对子女、祖对孙的扶养）、晚辈亲属对长辈亲属的赡养（如子女对父母、孙对祖的赡养），以及平辈亲属间的扶养（如夫妻之间和兄弟姐妹之间的扶养）。我国继承法、刑法使用“扶养”一词，即采用广义的解释。从国外立法看，大多数国家采用广义说。

狭义的扶养，仅指夫妻之间和兄弟姐妹等平辈亲属之间相互供养和扶助的法定权利义务。我国婚姻法和东欧一些国家的立法采用狭义说。

2. 扶养法律关系的三要素。婚姻家庭法规定的一定范围亲属间的扶养关系，是一种民事法律关系。同其他民事法律关系一样，它由主体、内容和客体三要素组成。

(1) 扶养关系的主体，是在扶养法律关系中享受权利和承担义务的人。扶养关系的主体可分为两种：一种是享受扶养权利的人，

被称为扶养权利人；另一种是承担扶养义务的人，被称为扶养义务人。

(2) 扶养关系的内容，指扶养主体享有的权利和承担的义务。即扶养权利人享有的受扶养的权利及扶养请求权；扶养义务人承担的扶养义务。也就是说，扶养关系的内容包括扶养权利和扶养义务两个方面，前者是扶养权利人享有的权利；后者是扶养义务人承担的义务。

(3) 扶养关系的客体，是扶养关系主体的权利义务所共同指向的对象，包括扶养权利人接受扶养和行使扶养请求权的行为，以及扶养义务人履行扶养义务的行为。在一般情况下，扶养义务由义务人自觉履行。只有在扶养义务人不履行义务时，需要扶养的權利人才行使扶养请求权，要求义务人履行法定的扶养义务。

3. 扶养的分类。扶养可从不同的角度进行分类。依扶养主体间辈分之不同，可分为：长辈亲对晚辈亲的抚养、平辈亲之间的扶养及晚辈亲对长辈亲的赡养；依是否共同生活之不同，可分为：同居共同生活(供养与扶助)的扶养与不同居共同生活而给付扶养费的扶养；依扶养行为内容之不同，可分为：经济上供养、精神上慰藉和生活上扶助；<sup>①</sup> 依扶养的程度之不同，可分为：生活保持义务与一般生活扶助义务。最后一种分类，旨在明确扶养的程度，以便于义务人履行义务。

## (二) 扶养的特征

婚姻家庭法调整的一定范围亲属间的扶养民事法律关系，不同于一般的民事法律关系，也不同于国家扶助或社会扶助，它具有以下特征：

---

<sup>①</sup> 《中华人民共和国老年人权益保障法》(1996年10月1日施行)第11条规定：“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务……”即我国立法在此对扶养的内容作了扩张解释。

1. 扶养权利义务是一种私法上的权利义务,是依亲属法(我国为婚姻法)的规定而产生的。亲属法上的扶养具有私法性质,不同于公法上的国家扶助(如社会保障制度规定的社会救济),也不同于社会扶助(如社区帮助、邻里互助)。例如,我国《宪法》第45条规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。”另外,企业设立的伤残赔偿及社会保险制度,国家设立的医疗卫生保险制度等,均为公法上的“扶养”。公法上的“扶养”是公民的一项权利,是由国家和社会履行的义务。而私法上的扶养则是依婚姻家庭法规定而产生的亲属间相互承担的经济上的供养和生活上的扶助,与公法上的“扶养”性质完全不同。亲属法上的扶养权利义务,只能发生于法定的近亲属之间,并具有双向性、对等性的特点。即在相互具有扶养关系的近亲属之间,扶养权利义务是相互对应的,一方享有受对方扶养的权利,同时也承担扶养对方的义务,反之亦然。而国家扶助和社会扶助除发生的依据(或依公法或依道义)而不同外,权利义务也都是单向的。

2. 扶养关系基于一定亲属身份关系而发生。这是亲属扶养发生的特定原因。亲属扶养关系,因具备法定的要件而当然发生。如夫妻间的扶养关系,因婚姻成立而发生;兄弟姐妹、祖孙间的扶养须具备法定条件而发生。因此,虽为法定的近亲属,如果非因具备法定要件而发生扶养,而基于其他原因如道义上的帮助而扶养,则不属于婚姻法上的扶养。

3. 扶养关系只能发生于法定的近亲属之间。这是亲属扶养的主体特征。我国婚姻法规定具有扶养关系的近亲属,包括夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙等。如非法定范围的近亲属,虽也可能发生扶养义务,如基于遗赠扶养协议或友谊、同情而发生扶养,但都不属婚姻法上的扶养,只是一般的民事扶养或道义上的扶养。

4. 扶养一般是有条件的。扶养以义务人有扶养能力和权利人

需要扶养为条件。如果义务人没有扶养能力,可依法免除扶养义务;如果权利人不再需要扶养,即无权要求义务人再履行扶养义务。

5. 扶养权利义务具有人身专属性。这是亲属扶养之权利义务具有的特点。在扶养关系存续期间,其为义务人和权利人的专属权利义务,不得继承、处分(包括放弃)或抵销。但已届清偿期之后,权利人可依其意愿放弃,让与或抵销其债权。<sup>①</sup>

### (三) 扶养的意义

由上所述,扶养是一定范围的亲属间相互供养和扶助的法定权利义务。在我国,一定范围的亲属,包括:父母子女、夫妻、兄弟姐妹、祖孙等。扶养的内容,包括经济上的供养,精神上的慰藉,以及生活上的照顾、扶助。扶养一般须具备法定要件,即须有扶养之必需,与有扶养之能力。扶养义务是亲属关系成立后所产生的法律效力之一。婚姻家庭的重要职能之一是养老育幼,而扶养制度正是实现这种职能的有力保障。所以,扶养制度的完善和实施,能够使幼有所育、老有所养、残有所靠,对于稳定婚姻家庭关系,保障社会安定,推动社会发展进步,都具有十分重要的意义。

## 二、我国扶养制度的演进

我国古代盛行宗法家族制度,“敬宗所以收族”,其中就有扶养之意。随着宗法制度的逐渐衰退,收族之制不复存在,但尚有以祭田或族产的一部分贍贖族中贫寒孤寡之规定。在一家之内,拥有家庭共同财产,家属不得有私财,一家老小全靠家长以家庭财产扶养。“而分居异财时,大率为尊亲属(尤以祖母、母)设定贍养业,以其收益保持其生活,或子孙轮流奉养祖父母、父母。又以设定义庄、祭田或族产等,以其收益允作祭祖、办事及贍贖族中贫寒孤寡

<sup>①</sup> 参见史尚宽:《亲属法论》,676~677页。

之用。”故古代社会不必设立以个人亲属关系而定的扶养制度。我国古代法律规定,父子、祖孙之间互负扶养义务。并规定,祖父母、父母在,子孙别籍、异财,若供养有阙,为十恶中不孝之一。至于其他亲属之间的扶养义务,依唐律规定:“诸鳏寡孤独,贫穷老疾,不能自存者,令近亲收养。若无近亲令乡邻安恤。”即以亲属扶养为先,乡邻抚恤为后,且扶养义务人不限于亲属。<sup>①</sup>

到近、现代社会,1930年国民党政府民法亲属编的颁布,标志着我国婚姻家庭法由古代型向近、现代型形式上的转化,扶养制度也随之发生变化。但是,该法规定的扶养制度仍“带有宗族与家族生活的色彩,适合当时宗族与家族的情况。”<sup>②</sup>

中华人民共和国成立后,1950年《婚姻法》和1980年《婚姻法》均规定了家庭成员和近亲属之间尊老爱幼、平等互助的扶养关系。此外,我国最高人民法院还颁发了一些司法解释性文件,以补充婚姻法立法规定的不足。如1958年1月最高人民法院《关于已出嫁女儿赡养父母和媳妇赡养婆婆问题的批复》、1979年11月最高人民法院《关于子女对继母有无赡养义务的请示的批复》、1980年5月最高人民法院《关于非婚生子女抚养问题的批复》、1981年9月最高人民法院《关于对年老、无子女的人能否按照婚姻法第23条类推判决有负担能力的兄弟姐妹承担抚养义务的复函》、1985年2月最高人民法院《关于兄妹间扶养问题的批复》、1986年3月最高人民法院《关于继母与生父离婚后仍有权要求已与其形成抚养关系的继子女履行赡养义务的批复》,以及1993年11月最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》等等。

---

① 参见戴炎辉、戴东雄:《中国亲属法》,483、484页,台湾三文印书馆有限公司,1998。

② 参见信春鹰等:《台湾亲属和继承法》,78页。

## 第二节 扶养关系

### 一、扶养关系的主体

扶养关系,是一定范围的亲属之间依法产生的相互供养和扶助的权利义务关系。扶养关系的主体即是扶养关系的当事人,包括权利主体和义务主体。在扶养关系中,接受扶养即受扶养的一方为权利主体,履行供养和扶助职责的一方为义务主体。

根据我国婚姻法的规定,扶养关系的主体只能是一定范围的近亲属。凡不属于法定范围内的近亲属,便不能成为扶养关系的主体。法定范围内的近亲属即扶养关系的主体,具体包括:父母与子女;夫与妻;祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女;兄弟姐妹。

必须注意,扶养关系主体的地位不是确定不变的,而是在一定条件下有所变化的。例如,扶养关系主体有时是双务主体,有时则是单务主体;此时为权利主体,彼时为义务主体。如在夫妻扶养关系中,夫妻双方为双务主体。夫承担有扶养妻的义务,同时又享有要求妻扶养的权利;妻承担有扶养夫的义务,同时也享有要求夫扶养的权利。在父母子女扶养关系中,在子女未成年时,子女享有要求父母扶养的权利,父母承担有扶养子女的义务,父母子女双方均为单务主体;在子女成年独立生活后,父母年老或生活困难时,子女承担有扶养父母的义务,父母则享有要求子女扶养的权利,父母子女双方此时也为单务主体。而且,某当事人是权利主体还是义务主体不是固定不变的,而是随着时间的推移、条件的变化而变化的。因此,扶养关系的主体的这些特点,我们在分析具体的扶养关系时应该加以注意。

## 二、扶养的程度

世界上有些国家的立法,根据扶养关系主体之间亲属关系之远近和权利义务之多少,明确规定了不同的扶养条件,使义务人承担不同程度的扶养义务。如瑞士法规定:“父母应负担子女的扶养费,其中包括教育、职业培训及子女保护措施的费用。父母的扶养义务至子女成年时终止。子女此时尚未完成合理教育的,父母得在其条件许可范围内,继续履行扶养义务,直至相应的教育得以结束。”该法还规定:“直系尊血亲及卑血亲以及兄弟姐妹间,互负扶养义务。但仅以无此帮助生活陷于贫困者为限。兄弟姐妹间,无充分财力时,不负扶养义务。父母及配偶的扶养义务不在此限。”德国法之规定与瑞士相似。<sup>①</sup>可见,依扶养程度之不同,可以把扶养义务分为两类:一是生活保持义务;二是一般生活扶助义务。

第一,所谓生活保持义务,是指夫妻之间、父母与未成年子女之间的扶养,是无条件的、义务人必须履行的义务。因为,此种扶养义务为具备身份关系不能缺少的要素,维持对方生活,即为保持自己生活。如父母以其子女的生活作为自己生活的一部分而维持;夫扶养妻或妻扶养夫,即为保持自己的生活。其扶养与自己的生活程度应相等,虽然因此而降低自己地位相当的生活水平,也应予以维持。可见,这是一种无条件的在扶养人与被扶养人之间必须保持同一生活水平的扶养。故又称之为“共生义务”。

第二,一般生活扶助义务,指除夫妻、父母与未成年子女外,其他法定的亲属间(如我国兄弟姐妹间、祖孙间)的扶养,是有条件的,只有在一方无力独立生活,他方有扶养负担能力时,才履行的义务。即扶养义务人仅在不降低自己地位相当的生活水平限度内给予扶养,这是一种相对的、有条件的扶养,扶养人与被扶养人之

<sup>①</sup> 《瑞士民法典》,第276、277、328条;《德国民法典》,第1603条。



间无须保持同一生活水平,故称为一般生活扶助义务。

总之,立法根据亲属关系的不同情况,规定不同的扶养条件,确定不同的扶养程度,便于义务人更好地履行扶养义务。

### 三、扶养的范围和方式

#### (一)扶养的范围

扶养的范围指在哪些人之间依法发生法定的扶养权利义务,即互负法定扶养义务的一定亲属的界限。

##### 1. 父母子女之间的扶养。

(1)父母对子女的抚养义务。我国《宪法》第49条规定:“父母有抚养教育未成年子女的义务”。现行《婚姻法》第15条规定:“父母对子女有抚养教育的义务……父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母给付抚养费的权利。”这里所说的子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和形成抚养教育关系的继子女。可见,抚养教育未成年子女是父母的法定义务。父母应从经济上供养未成年子女,在日常生活中关心和照顾未成年子女,保证他们健康地成长。父母对未成年子女的抚养是无条件的;对成年子女的抚养是有条件的,即在成年子女没有独立生活能力的情况下,父母负有抚养义务,否则,父母没有抚养义务。

(2)子女对父母的赡养义务。我国《宪法》第49条规定:“成年子女有赡养扶助父母的义务。”我国《婚姻法》第15条规定:“子女对父母有赡养扶助的义务……子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女给付赡养费的权利。”这里所说的父母,包括亲生父母、养父母和形成抚养教育关系的继父母。根据法律的规定,成年子女对父母的赡养是有条件的。赡养扶助是指经济上的供养,生活上的关心、帮助,以及精神上的尊敬和安慰。父母可以直接要求子女给付赡养费,也可以请求有关组织调解,说服子女给付。父母还可以向人民法院提起追索赡养费之诉,

通过诉讼程序要求子女给付赡养费。

## 2. 夫妻之间的扶养。

我国《婚姻法》第14条规定：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。”夫妻之间的扶养具有以下特征：

(1) 夫妻之间的扶养关系是基于夫妻双方婚姻的效力而产生的，是婚姻效力的内容之一。如果当事人之间不存在合法的婚姻关系，或者合法的婚姻关系已经依法解除，那么，其间则不存在相互的扶养关系。即夫妻身份关系是夫妻之间扶养关系产生和存在的前提。

(2) 夫妻之间的扶养关系是相互的、对等的，双方都既是权利人，又是义务人。即是说，任何一方都有扶养对方的义务，同时也都有要求和接受对方扶养的权利。

(3) 夫妻扶养的内容和程度，夫妻扶养义务是在经济上相互供养、生活上相互扶助的义务，属于维持同一生活水平的生活保持义务。其目的在于保障夫妻共同生活，是婚姻关系的必然要求。在一般情况下，这种扶养义务是在夫妻共同生活中实现的。

(4) 夫妻之间的扶养义务具有强制性。夫妻之间的扶养义务不是可有可无的，而是必须履行的。婚姻法规定了对不履行扶养义务一方的强制性条款，赋予权利人依法追索扶养费的请求权。发生纠纷，可经有关部门调解，或者直接向人民法院起诉，要求对方付给扶养费。人民法院可调解或判决义务人给付扶养费。

## 3. 祖孙之间的扶养。

祖孙是一种隔代的直系血亲关系，他们之间的扶养必须具备一定的条件。我国《婚姻法》第22条规定：“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡的未成年的孙子女、外孙子女，有扶养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。”最高人民法院1984年8月30日

《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》对此义务作了扩大的解释：一是有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母一方死亡，另一方确无能力抚养或父母均丧失抚养能力的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养义务。二是有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女确无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。

根据上述规定，祖孙之间的扶养必须具备的一定条件是：

- (1) 被扶养人祖或孙需要扶养；
- (2) 扶养人孙或祖有扶养能力；
- (3) 被扶养人祖的子女或孙的父母已经死亡或确无能力扶养。

同时具备上述条件的祖孙之间才能发生扶养权利义务关系。否则，祖孙之间不产生法定的扶养义务，自愿扶养的，应加以提倡。

#### 4. 兄弟姐妹之间的扶养。

所谓兄弟姐妹，包括同父同母的兄弟姐妹、同父异母或同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹和有扶养关系的继兄弟姐妹。兄弟姐妹虽然是最接近的旁系血亲，但一般情况下相互之间没有法定的扶养义务。我国《婚姻法》第23条规定：“有负担能力的兄、姊，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有抚养的义务。”最高人民法院1984年8月30日《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》对此项义务作了补充解释：“由兄、姐抚养长大的有负担能力的弟、妹，对于丧失劳动能力、孤独无依的兄、姐，有扶养的义务。”这些规定说明，兄弟姐妹之间的扶养义务是有条件的。

兄、姐对弟、妹扶养的条件：

- (1) 弟、妹需要扶养；
- (2) 父母已经死亡或确无扶养能力；
- (3) 兄、姐有扶养能力。

弟、妹对兄、姐扶养的条件：

- (1) 兄、姐丧失劳动能力，孤独无依确实需要扶养；

(2)弟、妹是由兄、姐抚养长大且有扶养能力。

5. 丧偶儿媳对公、婆的扶养;丧偶女婿对岳父、岳母的扶养。

公婆与儿媳、岳父母与女婿之间属于姻亲关系,在法律上没有法定的扶养义务。他们之间的扶养关系,是依据丧偶儿媳对公、婆或者丧偶女婿对岳父、岳母是否事实上尽了扶养义务来确定的。这种事实上的扶养关系完全听凭当事人的自愿,不得强制形成。

丧偶儿媳对公、婆尽了主要扶养义务,形成事实上扶养关系的,根据我国《继承法》第12条和《妇女权益保障法》第32条的规定,儿媳可作为公、婆的第一顺序法定继承人。

根据我国《婚姻法》第8条规定的精神,夫妻双方约定男方成为女方家庭成员,女婿到女方家庭与岳父母共同生活的,应当遵守家庭成员间不得互相虐待或遗弃的规定。在此必须注意的是,当女儿健在时,即使女婿在日常生活中对岳父、岳母尽了主要扶养义务,但由于他们之间为姻亲关系,在法律上也没有相互扶养的权利义务,因此,也不能对岳父、岳母享有遗产继承权。如岳父或者岳母死亡,该女婿只能根据《继承法》第14条的规定,作为法定继承人以外的对被继承人尽扶养义务较多的人,酌情分得适当遗产。如果女儿死亡,丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要扶养义务的,则可根据我国《继承法》第12条的规定,作为第一顺序法定继承人。

## (二)扶养的方式

在现代社会扶养的方式主要有两种:一是共同生活扶养,即被扶养人同扶养义务人共同居住,进行直接扶养。如夫妻、父母子女一般以同居一家共同生活的扶养方式为主。二是不共同生活,定期支付扶养费(或实物)进行扶养。此种扶养方式,包括定期从经济上供养、精神上探望和关心、以及生活上提供一定劳务帮助等。除父母子女间和夫妻间的扶养以外,其他亲属之间的扶养一般以后一种扶养方式为主。

我国《婚姻法》对于扶养方式未作规定,只规定对不履行扶养

义务的义务人, 权利人有请求其履行义务的权利。在最高人民法院的司法解释和批复中, 也作过一些相应的规定。由于法律规定过于原则、笼统, 司法实践中, 对一些扶养、赡养纠纷难以解决。因此, 修改《婚姻法》时, 可考虑对扶养方式作出规定。

#### 四、扶养的顺序

当扶养义务人或扶养权利人只有一人时, 不发生扶养的顺序问题。当扶养义务人或扶养权利人为数人时, 履行扶养义务、享受扶养权利就必然有先后之别。所谓扶养的顺序, 是指扶养义务人或扶养权利人有数人时, 确定履行扶养义务人, 或者享受扶养权利人的先后顺位。由于世界各国的国情、风俗习惯及文化传统不同, 各国关于扶养顺序的规定不尽一致。

##### (一) 扶养义务人的顺序

关于扶养义务人顺序的规定, 在立法上主要有三种情况:

1. 概括主义方式, 即对扶养顺序只作原则规定, 如日本民法规定, 扶养义务人顺序由当事人自行协议, 协议不成或不能协议时由家庭法院确定。<sup>①</sup>

2. 列举主义方式, 即对扶养义务人的顺序加以具体的规定。如根据德国民法规定, 扶养义务人的顺序分别是卑亲属先于尊亲属承担扶养义务; 在卑亲属之间和尊亲属之间, 近亲先于远亲承担扶养义务; 同亲等的亲属有数人时, 按其收入和财产状况分担义务。由此, 德国民法典规定的扶养义务人的顺序可排列如下: 配偶; 直系卑亲属; 直系尊亲属; 近亲先于远亲承担义务; 同亲等的扶养义务人有数人时, 依收入和财产状况分担义务。<sup>②</sup> 我国台湾地区民法亲属编规定, 扶养义务人有数人时, 顺序为: 配偶、直系血亲

<sup>①</sup> 参见:《日本民法典》, 第 878 条。

<sup>②</sup> 参见:《德国民法典》, 第 1604、1606~1608 条。

卑亲属；直系血亲尊亲属；家长；兄弟姐妹；家属；子妇、女婿；夫妻之父母。同是直系血亲尊亲属或直系血亲卑亲属，以亲等近者为先。扶养义务人亲等相同时，依其经济能力分担义务。<sup>①</sup>

3. 法律无明文规定。如法国对扶养的顺序无明文规定。在扶养义务人为数人时，其扶养义务的履行，主要依据财产及其他具体情况，当事人自行协商承担，或由法院决定。

## (二) 扶养权利人的顺序

在扶养顺序上，有些国家只规定了扶养义务人的顺序，而没有规定扶养权利人的顺序。大多数国家对扶养义务人和权利人的顺序都作了规定。这些国家对扶养权利人的顺序的规定主要采用两种方式：

1. 概括主义方式，即对扶养权利人的顺序只作原则规定。如日本民法规定，扶养权利人为数人，义务人经济能力不足以扶养其全体时，关于应受扶养者的顺序，应采用由当事人协议的办法解决，协议不成或不能协议时，由家庭法院确定。<sup>②</sup>

2. 列举主义方式，即明确规定扶养权利人的顺序。如根据德国民法规定，如果需要生活者为数人并且生活费义务人不能够向所有人提供生活费时，未成年的未婚子女先于其他子女，子女先于其他卑亲属，卑亲属先于尊亲属，尊亲属中近亲先于远亲。配偶与未成年的子女相同，先于其他子女和其他亲属。如离婚或撤销婚姻时，有受扶养权利的配偶先于成年的或已结婚的子女以及负扶养义务人的其他亲属。德国的扶养权利人的顺序可排列为：配偶与未成年的未婚子女；未成年的未婚子女先于其他子女；子女先于其他直系卑亲属；直系卑亲属先于直系尊亲属；同系亲属之间以亲等近者为先。我国台湾地区民法亲属编规定，当扶养权利人有

① 参见：台湾地区民法亲属编第1115、1116条之一。

② 参见：《日本民法典》，第878条。

数人而扶养义务人的经济能力不足扶养其全体时,扶养权利人的顺序为:配偶、直系血亲尊亲属;直系血亲卑亲属;家属;兄弟姐妹;家长;夫妻之父母;子妇、女婿。同为直系尊亲属或直系卑亲属的,以亲等近者优先;同亲等权利人有数人时,依需要酌情予以扶养。<sup>①</sup>

对于扶养的顺序,我国现行《婚姻法》和相关法律都没有明确规定,但是,从立法关于扶养的法定条件规定中,大体可推出二个顺序:第一顺序,夫妻间和父母子女间的扶养权利义务;第二顺序,祖孙间及兄弟姐妹间的扶养权利义务。为使当事人明确其扶养顺序,便于依法履行义务,修改我国《婚姻法》应对扶养的顺序作出明确规定。

### 第三节 扶养的发生、变更和终止

扶养的发生、变更和终止,即扶养关系的发生、变更和消灭,与其他民事法律关系一样,其发生、变更和终止是由一定的法律事实引起的。

#### 一、扶养的发生

扶养关系的发生需要有一定的法律事实出现。但是,不同的扶养关系发生需要的法律事实是不一样的。如父母作为扶养义务人与未成年子女之间扶养关系的发生,只需要相互之间具有父母子女的身份关系即可,而父母作为扶养义务人与成年子女之间扶养关系的发生,则不仅需要相互之间具有父母子女的身份关系,而

<sup>①</sup> 参见:《德国民法典》,第1609条;台湾地区民法亲属编第1116、1116条之一。

且还要有成年子女无独立生活能力需要扶养的事实存在。又如,祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间扶养关系的发生,必须同时具备被扶养人祖或孙需要扶养;扶养人孙或祖有扶养能力;被扶养人的子女或父母已经死亡或确无能力扶养,这三个条件。

扶养关系一旦发生,就在双方当事人之间形成了一种法律上的权利与义务关系,扶养义务人必须切实履行自己的义务,以保证扶养权利人受扶养的权利的实现。

## 二、扶养的变更

扶养的变更,是指已经发生的扶养关系的主体及内容等方面的变化,如扶养义务人、扶养权利人的顺序,扶养的程度、方式等发生变化。很多情况下,扶养关系的发生都是有条件的,而条件又是在不断地发展变化的,当引起扶养关系发生的条件发生变化时,扶养关系应随之而变更。如扶养关系中当事人一方或双方在经济条件和生活状况发生变化时,当事人有权提出变更请求,包括增加、减少或免除原扶养协议所定的扶养费等。

各国法律对扶养的变更问题均有规定。如法国民法规定,如扶养义务人与扶养权利人情况变更,使一方无力再行负担,或他方需要减少一部分或完全不需要扶养时,得请求免除扶养义务或减少其数额。该法还规定,如扶养义务人证明其无力支付扶养费时,法院可判令其接纳扶养权利人在其住所,给予衣食、照应。德国民法规定,当事人应根据德国政府颁布的调整法令所规定的提高或降低扶养金的百分比,自行调整扶养费或请求有关部门调整扶养费。现行日本民法规定,就应履行扶养者或受扶养者的顺序、扶养的程度或扶养的方法达成协议或判决后,情势发生变更时,家庭法



院可以变更或撤销该协议或判决。<sup>①</sup>

我国现行《婚姻法》对扶养变更原因没有具体的规定,有待补充完善。

### 三、扶养的终止

扶养的终止,即扶养关系的消灭或扶养义务的消灭,是指基于一定的原因或一定的事实出现,当事人之间的扶养权利义务归于终止。根据各国法律的规定,引起扶养关系终止的原因或事实主要有以下几个方面:

#### (一)当事人死亡

扶养权利人或扶养义务人任何一方死亡的,扶养关系自然终止。

#### (二)当事人亲属身份关系解除

扶养关系是基于当事人之间特定的亲属身份关系产生的,此种关系消灭时,扶养关系也随之消灭。如夫妻离婚,使夫妻之间的扶养关系消灭;收养关系解除,导致养父母子女之间的扶养关系消灭。

#### (三)扶养要件消灭

扶养权利人的扶养需要改变,不再需要扶养;扶养义务人扶养能力完全丧失,无法再履行扶养义务,均使扶养关系随之解除。当然,这种原因是相对的。因为扶养要件消灭后,在一定条件下又有可能重新出现,于是,当事人之间也可能重新发生或恢复扶养关系。

我国现行《婚姻法》对扶养终止的问题规定不够完善,在修改《婚姻法》时,应明确规定扶养终止的法定情形。

---

<sup>①</sup> 参见:《法国民法典》,第209、210条;《德国民法典》,第1612、1612a条;《日本民法典》,第880条。

## 第四节 我国扶养制度之不足及其立法完善

### 一、我国扶养制度之不足

扶养制度是我国现行婚姻法规定中较为薄弱的部分,有关扶养的问题仅作为家庭关系的一部分在《婚姻法》第三章“家庭关系”中以少许条文加以规范。只规定了扶养主体(权利人和义务人)的范围和内容,而对扶养的顺序、程度、方式及扶养的变更和终止等问题均未作规定或规定得相当笼统、简略。在市场经济条件下,外出务工人员增多;国有企业体制改革,下岗人员增多,尤其是妇女在下岗人员中占大多数,夫妻一方遗弃他方,不履行扶养义务的情况时有发生;随着我国离婚人口增多,离婚父母一方对子女抚养费不按时给付甚至拒不给付问题日益突出;随着我国人口老龄化进程的加快,老年人口逐年增多,养老问题越来越引起政府和社会的普遍关注,而现实生活中遗弃老人的现象也时有出现,保障家庭对老人赡养义务的履行问题显得日益重要。因此,完善我国扶养制度,用明确具体的法律规范来调整日益复杂、多样的扶养关系,以切实保护扶养关系当事人的合法权益,从而使社会主义家庭养老育幼的职能得到充分发挥,已经显得十分迫切。

### 二、完善我国扶养制度的立法建议

我国立法机关,应借鉴国外立法经验,结合我国实际,增补专章规定“扶养”制度,其主要内容包括:亲属扶养的主体(权利人和义务人)的范围,扶养的顺序、内容、程度和方式,保障扶养义务履行的具体法律措施,以及不履行扶养义务的法律责任等。具体建议如下:

### (一)“扶养”一词在法律用语上应统一化

现行婚姻法根据扶养权利人和扶养义务人辈分的不同情况,将扶养分为抚养(长辈对未成年晚辈而言)、赡养(晚辈对长辈而言)、扶养(对同辈而言)。婚姻法这种按辈分不同分别使用不同词语表述“扶养”,与我国继承法、刑法不区分辈分的不同情况,统一用“扶养”一词予以表述,在用语上不一致,使得各部门法的规定不协调统一。从国外立法看,绝大多数国家均采用广义的扶养一词。因此,建议修改立法时将抚养、赡养和扶养统一用“扶养”一词涵盖,以求法律用语的统一性,也便于与国际上立法接轨。

### (二)增补规定扶养的顺序、扶养的程度和方式、以及扶养的变更和终止等问题

1. 扶养的顺序,建议采取列举主义和概括主义相结合的方式,作出规定。

(1)扶养义务人的顺序。扶养义务人有数人时,应按下列顺序确定履行扶养义务的人:

①配偶、成年子女;

②父母;

③成年的兄弟姐妹,祖父母、外祖父母,成年的孙子女、外孙子女,儿媳、女婿,夫妻之父母。

(2)扶养权利人的顺序。在扶养权利人为数人,扶养义务人的能力不足以扶养全体的权利人时,应按下列顺序确定接受扶养的权利人:

①未成年的或不能独立生活的子女、配偶、父母;

②祖父母、外祖父母,夫妻之父母;

③未成年的孙子女、外孙子女,未成年的弟、妹,儿媳、女婿。

(3)当同一顺序的扶养义务人有数人时,扶养义务的承担,应由扶养义务人协商确定;协商不成或不能协商的,由人民法院根据扶养义务人的扶养能力确定。当同一顺序扶养权利人有数人而扶

养义务人经济能力不足以扶养其全体时,应首先扶养最需扶助、经济最困难者。

## 2. 扶养的程度和方式:

(1) 扶养的程度,应与扶养人的扶养能力与受扶养人的需要相适应。原则上第一顺序的扶养权利人与义务人为生活保持义务,第二顺序的扶养权利人与义务人为一般生活扶助义务。

(2) 扶养的方式,可由权利人与义务人协商,或采取共同生活的扶养,或采取定期给付扶养费、定期提供劳务帮助等方式。

## 3. 扶养的变更和终止:

(1) 扶养变更的原因及程序。扶养当事人一方或双方在经济和生活状况发生变化时,当事人双方均有权提出请求变更原扶养协议或判决。原为协议的,可以协议方式变更之,协议不成或无法协议的,可向人民法院提起诉讼;原为判决的,可以协议变更之,也可向人民法院起诉,请求判决予以变更。凡有下列情形之一者,可提出扶养费的变更请求:

① 物价调整,生活必需品费用提高,原定扶养费不足以维持被扶养人的生活需要的;

② 因被扶养人升学、患病或其他原因导致实际所需费用增加的;

③ 扶养义务人因患病、丧失劳动能力等其他重大事由无法继续履行扶养义务的;

④ 其他扶养义务人愿意承担被扶养人的全部或部分扶养费的;

⑤ 其他重大事由,需要变更扶养费用、顺序或方式的。

(2) 扶养终止的原因。凡有下列情形之一者,扶养关系终止:

① 扶养权利人或扶养义务人任何一方死亡的;

② 扶养权利人或扶养义务人相应的亲属身份关系解除的;

③ 扶养要件消灭的。

### (三)增补扶养关系的主体

建议在保留现行《婚姻法》规定的父母与子女；夫与妻；祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女；兄弟姐妹等扶养关系主体范围的基础上，增加直系姻亲为扶养关系的主体。即规定：直系姻亲之间互负法定的扶养义务，但未形成扶养关系的继父母与继子女除外。增补立法的主要理由如下：

我国扶养制度立法修改中有分歧意见的主要问题是，是否规定“同居一家的直系姻亲之间互负扶养义务”问题。1997年10月的《中华人民共和国婚姻家庭法》(试拟稿)第13条曾规定：“同居一家、共同生活的直系姻亲，在扶养关系上准用有关直系血亲的规定。”但1999年的《中华人民共和国婚姻家庭法》(法学专家建议稿)第17条有关近亲属范围、及其权利和义务的规定中，又取消了关于同居一家、共同生活的直系姻亲，准用有关直系血亲的规定。在对婚姻法建议稿的多次修改讨论中，关于立法是否规定“同居一家的直系姻亲之间互负扶养义务”问题，主要有两种意见：

1.肯定说。持肯定意见的学者的主要理由：一是我国人口众多，经济尚不够发达，社会保障制度还不很完善，家庭仍然承担着主要的养老职能，扶养关系的主体范围不宜过窄。二是我国现阶段三代同居的家庭虽然大大减少，但仍然占三分之一左右。直系姻亲生活在一起，相互之间的扶养义务应是责无旁贷的。三是随着经济的发展，人民生活条件的改善，医疗卫生技术的提高，我国人口结构逐渐向老年型转变，且人口老龄化问题越来越突出。加之计划生育基本国策的实行，独生子女增多，老人赡养问题日益突出。将直系姻亲也规定在扶养关系主体的范围之内，对建立良好的家庭关系，促进社会安定、经济发展是有进步意义的。

2.否定说。持否定意见的学者则认为，目前我国独生子女逐年增多，“四二一”(即祖父母、外祖父母、父母加一个独生子女)家庭将成为我国家庭的主要模式。独生子女负有赡养自己的父母、

祖父母、外祖父母的义务,实属负担过重,不宜再增加其对同居直系姻亲的赡养负担。

笔者赞成肯定说,并且认为,直系姻亲之间互负扶养义务,不应仅仅限于“同居共同生活的”,还应当包括“未同居共同生活的”。主要理由是:

第一,从我国现实生活中的家庭看,婚姻家庭作为生活共同体,要求婚姻家庭成员之间互相关心、互相帮助。基于中华民族尊老爱幼的传统美德,同居一家的直系姻亲之间,事实上在精神上互相关心、生活上互相照料、经济上互相供养的情况占绝大多数。但现实生活中,也有少数家庭成员之间不尽扶养、扶助义务,甚至还有虐待家庭成员的情况发生,故立法应对此加以规定。

第二,规定直系姻亲之间互负扶养义务,有利于宏扬中华民族敬老、养老的优良传统美德,并有利于推行计划生育政策。目前我国有的地区如海南省,为贯彻计划生育政策,鼓励女婿主动扶养岳父母,已明确地在当地计划生育法规中规定,负责赡养女方父母的女婿与岳父母之间视为直系亲属,有女无儿户父母,可以享受女婿直系亲属劳保医疗待遇。<sup>①</sup>

第三,如仅规定“同居一家的直系姻亲之间互负扶养义务”,未同居的直系姻亲之间则互无扶养义务,那么,可能有一些人为逃避承担扶养义务,拒绝与公、婆或者岳父、岳母同居一家,共同生活。显然,这既不利于老人的赡养,也不利于宏扬中华民族敬老、养老的优良传统。并且对未能同居一家共同生活的直系姻亲而言也是不公平的。相反,如果立法规定直系姻亲无论是否同居生活,均互负扶养义务,则有利于鼓励儿媳或女婿赡养和扶助公、婆或岳父母,有利于老人安度晚年。

第四,独生子女固然依法负有赡养自己的父母、祖父母、外祖

<sup>①</sup> 参见邓宏碧主编:《中国少数民族人口政策研究》,375—385页,重庆出版社,1998。

父母的义务,但其对祖父母、外祖父母的扶养义务是有条件的,即其有负担能力才承担此义务;如其无负担能力的,则其祖父母、外祖父的生活由社会承担保障义务。并且,如果立法规定直系姻亲之间互负扶养义务,独生子女承担赡养配偶父母的义务,独生子女本人的父母亦由配偶他方承担赡养义务,因此,不存在加重独生子女负担问题。

第五,从国外立法例看,关于直系姻亲之间互负扶养义务或者扶助义务,有些国家立法有明确规定。如根据《法国民法典》第206条、207条之规定,儿媳与公、婆;女婿与岳父、岳母之间有着子女与父母之间相同的权利和义务。即法国并未限于同居一家的直系姻亲之间才互负扶养义务。而《日本民法典》第730条规定:“直系血亲与同居的亲属,应互相扶助。”第877条第2款规定:“有特别情事时,家庭法院可……使三亲等内的亲属之间亦负扶养义务。”也就是说,在特殊情况下,“伯叔阿姨与侄之间、媳妇与公婆之间也有扶养义务。”<sup>①</sup> 作者认为,基于维护老人合法权益的意旨,为宏扬中华民族的传统美德,促进我国婚姻家庭的精神文明建设,增加老人晚年生活的保障,国外立法经验值得我国借鉴,尤其是法国直系姻亲间承担扶养义务不限于同居一家的立法经验,似对我国更具借鉴意义。因为我国是一个人口众多的发展中国家,在相当长一段时期内,社会保障资金数量都相对不足,亲属扶养仍占主导地位。因此,建议我国立法增加规定:“儿媳与公、婆,女婿与岳父、岳母之间,互负扶养义务。”

---

<sup>①</sup> 参见肖贤富主编:《现代日本法论》,164页。

# 附 论

(专题研究)





# 建立我国无效婚姻制度的思考<sup>①</sup>

## 目 次

### 引言

- 一、无效婚姻制度是婚姻立法不可缺少的重要组成部分
- 二、我国违法婚姻的现状表明，迫切需要立法予以调整
- 三、建立我国无效婚姻制度的立法构想
- 四、关于立法构想的说明

## 引 言

违法婚姻是当前我国婚姻家庭问题中较为突出的问题。近年来在我国一些地区违法婚姻仍大量存在，损害了社会主义婚姻法的严肃性，给当事人和社会造成了不少危害。笔者试图在阐述建

---

<sup>①</sup> 本文系中国婚姻法研究会 1995 年年会论文，节选载于《法律科学》，1996（4），被中国人民大学书报资料中心《民商法学》1996（10），全文转载，1998 年入选《中国新时期社会科学成果荟萃》，1999 年荣获重庆市第一次社会科学优秀科研成果三等奖。

立无效婚姻制度的必要性，考察国外无效婚姻立法和我国立法现状的基础上，联系实际分析我国违法婚姻的现状和原因，进而借鉴国外立法经验提出建立我国无效婚姻制度的立法构想，以期对完善我国婚姻法，建立无效婚姻制度有所裨益，为预防、处理和制裁违法婚姻，巩固和发展社会主义婚姻家庭促进社会主义两个文明建设尽绵薄之力。

### 一、无效婚姻制度是婚姻立法不可缺少的重要组成部分

婚姻是为一定社会所承认的男女两性结合的社会形式。自人类进入阶级社会以来，婚姻成为法律调整的对象。马克思指出：“如果婚姻不是家庭的基础，那末它就会像友谊一样，也不是立法的对象了。”统治阶级通过立法规定结婚的实质要件和形式要件，以维护有利于统治阶级的婚姻家庭关系。男女结婚必须符合法定的结婚要件，婚姻才具有法律效力，受到法律保护。这是现代世界多数国家立法的通例。对于不符合结婚法定要件的婚姻，许多国家的婚姻立法均有婚姻无效或予以撤销的规定。

婚姻无效，是对不符合结婚法定条件和程序而成立的婚姻关系不具有法律效力的认定，是违法婚姻的一种法律后果。凡属不符合结婚实质要件和形式要件的男女两性结合，都是违法婚姻。违法婚姻一旦被依法认定为无效，就不能产生婚姻的法律后果，并会受到相应的制裁（宣告无效和其他制裁）。法律对婚姻无效的原因、认定程序、请求权人、行使请求权的时效期间以及婚姻无效的法律后果等规定，构成无效婚姻法律制度（简称无效婚姻制度）。无效婚姻制度是婚姻制度不可缺少的一个重要组成部分。它对保障结婚要件（法定条件和程序）的实施，保护合法婚姻，预防和制裁违法婚姻，具有重要意义。世界上许多国家都设立了婚姻无效（有的同时设有婚姻得撤销）的法律制度。对违法婚姻或认定无效或予以撤销，是外国处理违法婚姻的两种主要法律措

施。根据各国立法规定，婚姻无效和得撤销制度的主要内容有：

1. 婚姻无效和得撤销的原因。主要包括：(1) 缺乏当事人的合意或受诈欺、胁迫而结婚；(2) 重婚；(3) 违反禁止近亲结婚的规定；(4) 未达法定婚龄；(5) 未经法定代理人同意；(6) 不具备结婚的法定方式；(7) 虚假的婚姻。此外，有的国家把违反关于待婚期的规定、监护人与被监护人结婚等，作为得撤销婚的原因；不能人道，也被作为婚姻无效或得撤销的原因，等等。

2. 无效婚和得撤销婚的认定程序。分为当然无效和宣告无效两种，除个别国家如日本对无效婚采当然无效，即无需经诉讼程序法院宣告，由当事人自行主张，婚姻即自始无效。但这往往容易引起纷争，最终还须经法院裁决。因此，绝大多数国家如瑞士、罗马尼亚、前苏联、美国等均采宣告无效制度。即宣告婚姻无效或予以撤销，必须由请求权人起诉，经诉讼程序法院审理，才能宣告婚姻无效或予以撤销。

3. 无效婚和得撤销婚的请求权人及行使请求权的时效期间。无效婚和得撤销婚的请求权人有当事人、利害关系人、近亲属、法定代理人、监护人及检察官等，由于形成无效婚和得撤销婚的原因不同，对请求权人限制的范围也不相同。如未达法定婚龄的结婚，请求宣告婚姻无效的权利人为父母、监护人；因重婚而请求宣告婚姻无效的权利人为前妻或前夫，因诈欺、胁迫结婚要求宣告婚姻无效或撤销的，请求权人为受害方等。一些国家规定了无效婚和得撤销婚的请求权行使的时效期间，时效时间届满，权利人未行使权利的，其请求权消灭，以促使权利人尽快行使权利，防止婚姻关系长期处于不稳定状态。不同国家不同原因的无效婚和得撤销婚，其请求权行使的时效期间不尽相同。如未达法定婚龄的结婚，请求宣告无效或撤销，须于法定婚龄到达前提出；因诈欺、受胁迫结婚的，请求宣告无效，受害方须在了解情况后 90 天（美国统一结婚离婚法）或 6 个月内（罗马尼亚家庭

法)提出,日本民法则规定,诈欺、胁迫婚经过3个月的,不得请求撤销等。此外,有的国家还对请求宣告婚姻无效或得撤销权利的行使设有某些限制。例如,未达法定婚龄的结婚,如女方已怀孕或生育时,请求权即丧失;撤销权人在发现撤销原因后表示认可该婚姻,或受害当事人愿意继续维持婚姻关系时,不得再请求撤销等,以从实际出发保护当事人的权益。

4. 无效婚和得撤销婚的法律后果。主要有:宣布无效的婚姻,从其缔结之时起即为无效,双方当事人无夫妻身份,除特殊情况外,双方不产生任何夫妻的权利义务。宣布予以撤销的婚姻,于撤销后即丧失婚姻的法律效力。关于子女的法律地位,有的国家规定在无效婚姻中受胎而生的子女为非婚生子女,在婚姻被撤销前受胎的子女为婚生子女。但现代许多国家对无效婚的效力已采取有部分追溯力的无效、或无追溯力的无效,以保护子女和善意一方当事人的权益,承认子女为婚生子女,善意一方当事人享有共同财产分割和生活扶养的权利(即准用离婚的有关规定)。这既有利保护子女的合法权益和善意一方当事人的财产权,又有利于制裁恶意一方当事人的违法行为,从而达到预防和减少违法婚姻的目的。

从国外无效婚姻制度的立法趋势看,无效婚和得撤销婚的区别正逐步缩小。外国学者把婚姻成立的要件分为公益要件和私益要件,违背公益要件者,被认为对社会危害较大,因而为无效婚姻,其效力被认为自始无效,有溯及力;违背私益要件者,被认为社会危害性较小,为得撤销婚姻,其效力为可能无效,即撤销后无效,无溯及力。但公益要件和私益要件的划分,各国立法者的认识并不完全一致,致使同一种违法婚姻行为的后果,在甲国被认为无效,在乙国则被认为得撤销,故无效婚与得撤销在原因上区分很难统一。尽管各国立法体例和内容不尽相同,但根据违法婚姻的不同情况予以不同处理和制裁,这一基本精神则是一致

的。这对我国无效婚姻立法无疑具有借鉴意义。

从我国无效婚姻制度的发展看，我国古代的礼和法均不承认违法婚姻的效力。依礼制“男不自专娶，女不自专嫁，必由父母，须媒妁……”“六礼具备者，谓之聘，否则谓之奔。”“聘则为妻，奔者为妾。”唐律集封建社会立法之大成，是一部承前启后的法律，其中有关违律为婚、嫁娶违律条的规定，不仅不承认违法婚姻的效力，分别不同情况“以奸论”，或“离之”或“追归前夫”，而且对嫁娶违律的主婚人、当事人和媒人等的违法责任有明确规定，以刑罚手段予以制裁。至近、现代社会，1930年国民党政府民法亲属编规定的婚姻无效和撤销制度，大多系仿照德国及日本民法典的规定。婚姻的无效采取当然无效的形式，不需经审判程序宣告，其无效为绝对无效，即自婚姻成立之时起即为无效，当事人之间不产生夫妻的权利和义务，所生子女为非婚生子女。婚姻的撤销须经审判程序宣告，其撤销效力只及于将来不溯及既往。婚姻无效的原因包括：不具备结婚法定形式要件、违反禁止近亲结婚的规定。婚姻得撤销的原因包括：当事人不到法定婚龄、未成年人结婚未得法定代理人同意、重婚、婚后不能人道而不能治的、结婚时无行为能力、被诈欺或被胁迫而结婚的等。1985年台湾当局对民法亲属编修正后，将原规定重婚为得撤销的婚姻，改订为无效。该法还规定了婚姻无效或撤销的法律后果，准用离婚有关条文之规定。中华人民共和国成立后，我国1950年婚姻法废除了封建法律和国民党政府的一切旧法律，实行新民主主义即社会主义的婚姻制度。我国1950年和1980年两部婚姻法明确规定了结婚的法定条件和程序，但对不符合结婚法定条件和程序的违法婚姻的处理，仅作笼统规定，违反本法者，得依法制裁（包括予以行政处分），尚未设立无效婚姻制度具体规定无效婚姻问题。1952年6月的司法批复中，首次提到无效婚姻问题“婚姻法颁布后，未达婚龄而私行结婚或同居的早

婚男女，任何一方提出离婚时，应视为婚姻无效，无条件取消其婚姻关系。”1963年8月最高人民法院的司法解释指出应“宣布重婚关系无效”。1979年2月最高人民法院的司法解释指出：“对要求解除包办、强迫婚约关系的，应坚决支持其正当要求，宣布婚约无效。”这些散见的司法解释既不便于司法机关执法，也不便于群众守法。我国无效婚姻制度立法的空白，使处理违法婚姻无法可依，有的地区还出现了同一种违法婚姻在甲地法院按婚姻无效处理，在乙地法院按离婚处理的司法不协调统一现象。现实生活违法婚姻因无具体法律制裁而大量存在，已成为较严重的社会问题。1986年3月民政部颁布的《婚姻登记办法》（以下简称《办法》）中才首次规定：“婚姻登记机关发现婚姻当事人有违反婚姻法的行为或在登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的，应当宣布该项婚姻无效，收回已骗取的《结婚证》……”。《办法》对无效婚姻问题第一次以立法形式予以规定，这是我国婚姻立法的一个发展。但这一规定仍很笼统，仍没有规定婚姻无效的原因、婚姻无效的请求权人及行使请求权的时效期间、婚姻无效的后果等具体内容，尚未设立一套全面系统的无效婚姻制度。为适应处理违法婚姻的需要，使司法部门有法可依，1989年11月最高人民法院的司法解释对事实婚姻和非法同居关系的认定和处理作了规定。但大量的违法婚姻未起诉到法院“离婚”，使此司法解释作用的范围有限。1994年2月民政部颁行的《婚姻登记管理条例》（以下简称《条例》）设专章规定婚姻监督管理制度，主要内容有：未办结婚登记的早婚、事实婚，“其婚姻关系无效，不受法律保护”。弄虚作假、骗取婚姻登记的“婚姻登记机关应当撤销婚姻登记，对结婚、复婚的当事人宣布其婚姻关系无效并收回结婚证，对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效并收回离婚证，并对当事人处以200元以下的罚款”。对于重婚，“其配偶不控告的，婚姻登记机关应当向检察机关检

举”。并对单位或组织、或者婚姻登记管理人员违反婚姻法行为的处理，当事人对婚姻登记机关的监督权利等问题都作了具体规定。对无效婚姻问题的规定，《条例》虽较之《办法》更为全面、具体，但由于仍未设立一套全面系统的无效婚姻制度，实践中对违法婚姻的查处仍很不得力。因此，建立全面系统的无效婚姻制度是完善我国婚姻立法的当务之急。

## 二、我国违法婚姻的现状表明，迫切需要立法予以调整

违法婚姻，是当前我国婚姻家庭问题中较为突出的问题之一。违法婚姻是指由于当事人双方或一方、或第三者的违法行为，形成不符合法定结婚要件的男女两性类似夫妻关系的结合。其主要特征为：一是婚姻行为具有违法性。婚姻的成立不符合法定结婚实质要件或形式要件。二是外在表现准夫妻性。婚姻当事人之间一般对外以夫妻相称，对内以夫妻相待，事实上存在夫妻权利义务关系，双方公开以夫妻名义共同生活，群众往往不知其违反法定结婚要件而公认其为夫妻关系。三是形成违法婚姻的责任主体具有多样性。其责任主体既可能是当事人一方或双方，也可能是当事人之外的第三人。四是违法婚姻的法律后果具有多样性。违法婚姻因其违法的原因不同，适用法律不同，其法律后果也不尽相同。目前我国的违法婚姻，根据其违反结婚要件的情况不同，可作如下分类：

### 1. 办理了结婚登记的违法婚。分为两种：

(1) 欠缺结婚实质要件的早婚、非自愿婚、重婚、近亲婚、疾病婚。

(2) 弄虚作假、骗取婚姻登记婚。（一般指当事人无建立婚姻关系之目的，建立的虚假婚姻。）

### 2. 未办理结婚登记的违法婚。分为两种：

(1) 仅欠缺结婚形式要件，具备结婚实质要件的事实婚。



(2) 既欠缺结婚形式要件, 又不具备结婚实质要件的早婚、非自愿婚、重婚、近亲婚、疾病婚。(此类具有双重违法性的婚姻, 现行司法解释视其为非法同居关系。)

以上各种违法婚姻在我国现实生活中均有存在, 城乡都有, 有些地区数量较大尤以农村为多。仅据 1994 年 6 月四川省婚姻登记管理研究会理论研讨会(交流论文)提供的资料反映, 该省一些地区现存的各种违法婚姻中, 未办理结婚登记的事实婚和早婚占绝大多数, 两者合计约占违法婚姻总数的 80%~90%。如该省南充市近两年共查出违法婚姻 9650 对, 占同期结婚总数 9.2%。从这些违法婚姻的种类看, 早婚 2568 对, 为总数的 54.6%; 事实婚 2840 对, 占总数的 29.4%; 其余 1542 对中有包办婚 852 对、近亲婚 343 对、换亲婚(非当事人自愿的) 207 对, 等等。从上述违法婚姻的地区分布看, 南充市的南部县共清理出违法婚姻 6600 多对, 该市所辖的西充县清理出违法婚姻 432 对, 各地区分布很不平衡, 但以农村为多。另据四川省通江县麻石区统计, 每年该区约有 410 多对男女结婚, 但办理结婚登记手续的不到 300 对。即不办理结婚登记手续而以夫妻名义同居的约 120 多对, 约占当年结婚总数的 30%。1994 年 3 月全区共清理出近几年形成的违法婚姻 365 对, 其中符合结婚法定条件的事实婚达 328 对, 约占总数的 90%, 其余的为早婚、近亲婚及疾病婚。此外, 在已办理结婚登记的婚姻中, 也查出不少违法婚姻。

违法婚姻在我国一些地区的存在和发展, 影响了结婚制度的贯彻执行, 破坏了社会主义法律的严肃性, 婚姻的成立脱离了国家的指导、审查和监督, 降低了婚姻家庭的质量, 给当事人、子女、家庭和社会带来了许多恶果。据人口普查资料推算, 1990 年全国早婚人口有 1.6 万人处于丧偶状况, 6.7 万人处于离婚状况, 这些人品尝了他们根本不应品尝的苦果。早婚造成了早育和多育, 1989 年 15~19 岁早婚女性所生孩子数达 134 万, 为

1981年的3.5倍，其中生第二胎的达到13.9万人，为1981年的6.4倍，生三胎以上的也有1.1万人，为1981年的11.3倍。<sup>①</sup>

我国第一部婚姻法颁布已45年，第二部婚姻法颁布也15年了，结婚制度已在全国普遍施行，但违法婚姻为什么禁而不止，不仅长期存在，而且不断产生，甚至有的地区还有上升趋势？其主要原因有旧的婚姻传统习惯的影响、当事人法制观念淡薄、经济因素的刺激、婚姻法制不健全、婚姻管理不完善、婚姻立法与司法不够协调等。如一些农村地区在早婚习俗影响下，加之当事人法制观念不强，出现大量事实早婚。据学者对湖南、四川部分地区违法婚姻调查的分析，作出未婚同居决策的主要是当事人自己，上述两地分别占72.9%和93.8%，而在这些未婚同居者中，因不知道应依法办理结婚登记的人分别只占8.3%和0.7%，说明未婚同居的产生具有的明显的主观选择色彩，也反映了当事人法制观念淡薄，既有法盲，也有相当部分人为知法不守法。<sup>②</sup>再从经济因素看，在农村联产承包责任制后，以户为单位独立经营，为增加劳力，有的农民实行早娶媳妇早生儿，以求早得济。同时，至今仍在一些地区盛行的结婚索要高价彩礼之风，使农民尽量缩短订婚后的待婚期间，以免除待婚期间不断追加彩礼之重负，是实行早婚的又一经济因素。而我国婚姻法制不健全、婚姻管理不完善、立法与司法不够协调、以及某些职能部门配合不够，则是造成违法婚姻产生的又一重要客观原因。我国《婚姻法》和《婚姻登记管理条例》虽对违反婚姻法的婚姻规定

---

① 参见李荣时：《利用普查资料对我国早婚状况的初步分析》，载《人口与经济》，1992（3）。

② 参见刘爽：《对湖南、四川部分地区违法婚姻的调查分析》，载《人口学刊》，1993（1）。

了一些制裁措施。但过于原则、笼统，内容不全面，也不便于具体操作。如违法婚姻宣布无效的原因，《条例》只规定了早婚、事实婚及欺骗登记婚，而其他种类的违法婚如何处理未规定，哪些人有无效婚姻请求权不明确，使对其他种类违法婚查处无法可依。又如对婚姻登记机关如何查处违法婚姻无具体规定，使立法难以执行。再从我国婚姻登记机关的现状看，我国各地基层婚姻登记机关普遍存在人员缺少（有的无专职婚姻登记管理人员）力量薄弱、司职不专、调动频繁的问题，客观上无力顾及查处违法婚姻的工作，在婚姻管理中还未形成“有法必依、违法必究”的大气候。此外，有些职能部门和基层政府在结婚登记的法定条件之外，任意附加条件，“搭车”收费，名目不同，金额不等，包括计划生育保证金、婚前体检费、避孕药具费、儿童保健费、生育证回收费等，少则一百多元多则几百元，群众感到负担过重，有的就宁愿不办理结婚登记而以夫妻名义同居，造成了不少违法婚姻。再从司法实践看，立法与司法也不协调，人民法院按司法解释，对有些违法婚姻如疾病婚；包办、买卖婚姻；欺骗登记婚等按离婚处理。即违法婚姻解除的后果与合法婚姻解除的后果完全相同。这使一些人认为婚姻法是“软法”、无罚的法，可依可不依，于是结婚不办理登记手续，形成大量违法婚姻。总之，违法婚姻产生的原因是多方面的，这些原因又相互作用，限于篇幅在这里不一一论及，而我国婚姻立法不完善，对结婚条件和程序的实施无有效的法律保障，对违法婚姻无相应的法律预防及制裁措施，则无疑是导致违法婚姻产生、存在甚至发展的一个重要原因。所以，治理违法婚姻，迫切需要建立无效婚姻制度予以调整。

### 三、建立我国无效婚姻制度的立法构想

为使处理违法婚姻“有法可依”、“违法必究”，必须进一步

完善我国婚姻法，建立无效婚姻制度。为此，笔者根据我国长期司法实践经验，根据我国现行婚姻法有关对违反本法者，依法予以制裁的原则规定，以及我国《婚姻登记管理条例》有关宣布婚姻无效的规定，并借鉴其他一些国家如前苏联、罗马尼亚，日本，美国等对无效婚姻的立法经验，从我国实际出发，试拟以下立法构想，供我国立法机关参考：

在我国婚姻法结婚一章之中，增设专节规定无效婚姻，具体规定对违法婚姻的处理问题。

### （一）宣布婚姻无效的原因

凡下列情况的婚姻，都可宣布无效：

1. 非自愿的婚姻。父母或其他人违反婚姻当事人的意愿而缔结的包办、买卖婚姻，一方对他方胁迫、诈欺或其他原因使他方不能表达真实意思而缔结的婚姻无效。

2. 无意建立家庭的欺骗登记婚（虚假的婚姻）无效。

3. 早婚。一方或双方未达到法定婚龄的婚姻无效。

4. 重婚。双方或一方已有合法配偶而重婚无效。

5. 近亲婚。属于直系血亲和三代以内旁系血亲的婚姻无效。但民族自治地区补充性法规或偏远地区地区性法规允许的三代以内旁系血亲的婚姻，经结婚登记后，有效。

6. 疾病婚。患麻风病或性病未治愈、以及患其他在医学上认为不应当结婚或者暂缓结婚的疾病的婚姻无效。

7. 一方无性行为能力因而不能过性生活，另一方在婚前不了解这一生理缺陷的婚姻无效。

8. 事实婚。未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活的婚姻无效。

### （二）宣布婚姻无效的程序

宣布婚姻无效，由婚姻登记管理机关或人民法院办理。

在当事人无未成年子女时，由婚姻登记管理机关宣布婚姻无

效；在当事人有未成年子女时，由人民法院宣布婚姻无效。

双方当事人及其近亲属、利害关系人、监护人、社会团体、户籍机关、婚姻登记管理机关和检察机关都有权提起宣布婚姻无效。

1. 非自愿的婚姻，当事人在6个月内有权请求宣布婚姻无效。

2. 无意建立家庭的欺骗登记婚，当事人、利害关系人、婚姻登记管理机关均有权提起宣布婚姻无效。但如在受理宣布婚姻无效请求前，双方当事人实际上已建立了家庭的，则不能认为是无意建立家庭的虚假婚姻。

3. 早婚，当事人及其法定代理人、监护人、户籍机关、婚姻登记管理机关、社会团体均有权提出宣布婚姻无效。但如受理婚姻无效请求时，双方当事人已达法定婚龄的，经对当事人进行严肃的批评教育，责令补办结婚登记或撤销原违法结婚登记，重新办理结婚登记后，婚姻自合法登记之日起，有效。

4. 重婚，当事人及其子女、利害关系人、户籍机关、婚姻登记管理机关、检察机关均有权在当事人死亡前或死亡后两年内提起宣布婚姻无效。

5. 近亲婚，当事人及其父母、监护人、户籍机关、婚姻登记管理机关均有权提起宣布婚姻无效。

6. 疾病婚，当事人及其父母、监护人、婚姻登记管理机关均有权提起宣布婚姻无效。但如受理婚姻无效请求时，经指定的县级以上医疗单位鉴定，禁止结婚或暂缓结婚的疾病已治愈的，该婚姻不得被宣布无效。

7. 一方无性行为能力者，对方在获知此情况后，一年内有权请求宣布婚姻无效。

8. 未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活的事实婚，当事人及其法定代理人或监护人、社会团体、户籍机关、婚姻登记管

理机关均有权提起宣布婚姻无效。但1994年2月1日《婚姻登记管理条例》施行前，双方符合结婚条件未经结婚登记以夫妻名义同居的，经对当事人进行严肃批评教育，责令补办结婚登记后，其婚姻关系有效。补办结婚登记时，可说明实际同居开始的日期，其效力可自实际同居开始之日起算。

在女方怀孕期间和分娩后一年内，男方不得提出宣布婚姻无效之诉。女方提出宣布婚姻无效之诉，或人民法院认为确有必要受理男方宣布婚姻无效请求的，不在此限。

### （三）宣布婚姻无效的后果

被宣布无效的婚姻，从其成立之时起即认为无效。

被宣布无效的婚姻，在未被宣布无效期间，善意当事人享有合法配偶的权利；善意当事人在需要时，有受对方扶养或要求对方给付扶养费的权利；有分割共同财产的权利；有继承对方遗产的权利；在宣布解除无效婚姻关系时，如生活困难，有请求对方给予适当经济帮助的权利。

被宣布无效的婚姻存续期间双方的共同收入和共同购置的财产，适用《民法通则》关于一般共同财产的规定。

被宣布无效的婚姻，其子女仍享有与婚生子女同等的权利。

### （四）婚姻无效责任主体的法律责任

#### 1. 行政制裁

（1）罚款。对无效婚姻责任主体，应视其违法情节，处以罚款。（罚款数额一般为其年总收入的5%~20%）。

（2）行政处分。无效婚姻责任主体为国家机关工作人员的，由其所在单位或组织视违法情节，给予行政处分。

#### 2. 法律制裁

（1）民事制裁。无效婚姻责任主体侵害他人合法权益，造成财产损失或者其他损害的，应当依法赔偿或者承担其他民事责任。

(2) 刑事制裁。无效婚姻责任主体构成暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪、破坏军人婚姻罪或其他罪的，依照刑法和其他法律有关规定追究刑事责任。

上述法律制裁手段可以单独使用，也可以合并使用。

#### 四、关于立法构想的说明

1. 立法构想对违法婚姻的处理是采取补救与制裁相结合的原则。鉴于目前我国的违法婚姻形成的原因较复杂，而且其中事实婚和早婚又占绝大多数，故建议立法在原则性规定婚姻无效请求权人的基础上，又分别规定各种违法婚的婚姻无效请求权人、请求权行使的时效期间或补救措施（这些补救措施也可规定在婚姻登记管理条例实施细则中，以使婚姻法的条文简洁。）这可使占违法婚姻大多数的事实婚和早婚经补救转化为合法婚姻，有利于保护妇女和儿童的合法权益，有利于婚姻家庭的稳定，维护社会安定团结，也易为违法婚姻当事人接受。

2. 关于欺骗登记婚，包括两种：一种是双方当事人符合结婚实质要件，但无意建立家庭的虚假的登记婚；另一种是双方或一方不符合结婚实质要件，弄虚作假、欺骗登记婚。后者可根据其不具备结婚法定条件的情况，分别按非自愿婚、未达法定婚龄婚、重婚、近亲婚、疾病婚等，宣布无效，故仅把前者单列为宣布婚姻无效的原因之一。

3. 关于女方怀孕期间和分娩后一年内，男方不得提出宣布婚姻无效之诉。即在特定期间限制男方行使婚姻无效请求权，其目的是为保护妇女和胎儿、婴儿的利益。但如女方为非婚怀孕或非婚生育（往往为计划外怀孕或生育），人民法院应通知计划生育部门，由计划生育部门依法对其处理。

总之，根据违法婚姻违法的情况不同予以区别处理，这较符合当前我国违法婚姻的实际，既有利于加强社会主义法制，维护

婚姻法的严肃性和一致性，增强当事人的法制观念，保证结婚制度的贯彻执行，也有利于加强国家对婚姻的管理和监督，保证婚姻质量，维护当事人、子女和家庭的利益，尤其是妇女和儿童的利益，从而达到预防、补救和制裁违法婚姻，保护合法婚姻，巩固和发展社会主义婚姻家庭，稳定社会秩序，促进社会主义物质文明和精神文明建设之目的。

最后，笔者认为，违法婚姻产生的原因是多方面的，除完善立法建立婚姻无效制度处理违法婚姻外，还应针对违法婚姻产生的各种原因，予以综合治理。尤其要以贯彻预防为主的方针，健全婚姻登记管理机关，制定婚姻登记管理条例实施细则，强化管理措施，加强婚姻法宣传教育，与其他各职能部门相互协调配合，防重于治，才能逐步减少乃至消灭违法婚姻。限于篇幅对此不再赘述。



# 夫妻财产制立法研究

## ——瑞士夫妻财产制研究及其对完善我国夫妻财产制的启示<sup>①</sup>

### 目 次

#### 引言

- 一、瑞士现行夫妻财产制的主要规定
- 二、瑞士现行夫妻财产制的立法特点评价
- 三、我国现行夫妻财产制的立法缺陷
- 四、修改、完善我国夫妻财产制的立法建议

### 引 言

当前在我国社会主义市场经济新形势下，婚姻家庭关系发生了很大变化，在夫妻财产关系方面亦出现了一些新情况、新问

---

<sup>①</sup> 本文系中国婚姻法学研究会 1999 年年会论文，节选《完善我国夫妻财产制的立法构想》，载《中国法学》，2000（1）；全文发表于梁慧星主编：《民商法论丛》，第 15 卷，法律出版社，2000。

题。为适应新形势下调整婚姻家庭新情况的迫切需要，我国《婚姻法》的修改已被提上议事日程，夫妻财产制的修改则是我国《婚姻法》修改的重要内容之一。笔者试图通过对瑞士现行夫妻财产制的研究，总结评价其立法特点，联系我国实际，考察分析我国现行夫妻财产制的立法缺陷，借鉴国外立法经验，结合我国国情，提出完善我国夫妻财产制的立法建议，供立法机关参考，期望对修改和完善我国《婚姻法》有所裨益。

### 一、瑞士现行夫妻财产制的主要规定

1907年制定的《瑞士民法典》有关夫妻财产制的规定，“虽有家父长制的色彩，但于20世纪初期，即设有对妻之家务劳动评价之规定，已属相当进步之立法。但随着时代之变迁，女性之地位逐渐向上，妻之原有财产由夫管理、不明财产归属于夫所有或妻仅三分之一之剩余分配请求权等规定，均违反了男女平等之基本理念。”因此，为实现男女平等之基本理念，瑞士先后于1962年、1976年、1979年颁布修正草案，对夫妻财产制进行修正。<sup>①</sup>尤其是1985年9月2日经瑞士全民投票公决，通过了1984年10月修订后的联邦法律，《瑞士民法典》中第五章婚姻的一般效力和第六章夫妻财产法的有关法律条文已被彻底修订，修订部分于1988年1月1日起生效。现行《瑞士民法典》（以下简称瑞士民法）对夫妻财产制的规定，主要包括：关于夫妻财产关系的一般规定、夫妻财产制的种类和结构、夫妻财产制的具体内容

---

① 参见林秀雄：《家族法论集（一）——夫妻财产制之研究》，125～128页，台湾，辅仁大学法学丛书编辑委员会编辑，汉兴书局有限公司，1995。

等。<sup>①</sup>

### (一) 瑞士民法关于夫妻财产关系的一般规定

瑞士民法在第五章“婚姻的一般效力”和第六章“夫妻财产法”第一节中，对夫妻财产关系作了通则性的一般性规定。<sup>②</sup>其主要内容如下：

1. 夫妻财产制的约定与法定及其适用效力的先后。

夫妻如在夫妻财产契约中无约定或未适用非常的夫妻财产制的，其财产关系适用所得分享财产制的规定。

2. 夫妻对维持家庭的责任（包括维持家庭的经济责任）。

夫妻双方根据各自的能力承担共同维持家庭的责任。夫妻双方约定各自承担多少维持家庭的责任，特别是通过收入、照顾子女、维持家庭开支或者通过协助对方从事的工作、职业或行业来承担维持家庭的责任。

3. 夫妻一方从事家务劳动或为夫妻他方所作贡献的经济补偿。

(1) 取得一定的自由支配的财产。料理家务、照顾子女或协助对方从事其职业或行业的夫妻一方，享有定期从对方获得合理数额的由其自由支配的财产的权利。在确定个人自由支配的财产的数量时，必须考虑有权获得该项权利的夫妻一方的个人收入及其为家庭、事业及行业的未来做适当准备的责任。

---

① 参见 THE SWISS CIVIL CODE, ENGLISH VERSION by IVY WILLIAMS, M. A., D. C. L., Oxon, LL. D., Lond. Barrister - at-Law. COPYRIGHT 1987 by Siegfried Wyler, Barbara Wyler and Verlag Remak AG, Zurich All right reserved. Made and printed in Switzerland by Hans Schellenberg, Winterthur. 以下简称《瑞士民法典》(1987年英文版)第181、163—166、168—170、173、174、177、178、193、195条及195条之一。

② 参见：《瑞士民法典》(1987年英文版，以下亦同)，第181、163—166、168—170、173、174、177、178、193、195条及195条之一。

(2) 夫妻一方所做特别贡献的经济补偿。夫妻一方为夫妻他方所从事的事业或行业所做的贡献已大大超过其维持家庭应尽的义务时，该方有权获得合理的补偿。同样，夫妻一方以自己的个人收入或财产用于家庭扶养而大大超过其应尽的义务时，该方也有权获得合理的补偿。但如果夫妻一方所做的特别贡献，是基于雇佣合同、贷款合同及任何类型的合伙协议或其他合法职业关系，则该方不能请求补偿。

(3) 法官可以应夫妻一方的申请，决定家庭扶养费用的数额，以及决定料理家务、照顾子女、协助对方事业的夫妻一方应得的补偿财产数额。前述情形，对将来的扶养和提出申请以前对家庭所做贡献的给付款项，均可以提出诉讼。

4. 保障夫妻履行维持家庭经济责任的措施。关于夫妻双方的房屋。只有取得夫妻他方的同意，夫妻一方才能终止租约、出售家庭的房屋或公寓，或者通过其他合法交易限制家庭对住房的使用权。前述情形，如果夫妻一方不能为夫妻他方有关协议的履行提供保证，或该协议在无正当理由的情况下被拒绝，夫妻他方可以向法官提出诉讼。

关于对债务人的命令。在夫妻一方不顾及其对家庭的责任时，法院可以命令夫妻双方的债务人将全部或部分债务的清偿款给付夫妻他方。

关于财产自由处分权。如果有必要对家庭的物质基础予以保护，或者对一项财产责任的履行加以限制，法官可以应夫妻一方的申请，将一定财产的处分权判与夫妻他方。

前述情形，法官可以采取适当的保护措施。如果法官拒绝将财产的处分权判与夫妻一方，其应将此判决告知土地登记注册部门。

5. 债权人的保护。夫妻财产制的约定、变更或夫妻财产的分割，不能损及夫妻一方或者双方的债权人的利益。债权人为其

债务清偿，有权提出诉讼。

如果夫妻共同财产已经转移给夫妻一方，则由该方个人负责清偿该共同财产的债权人的债务。但经证明被转移的财产之价值不足清偿所欠债务的，不在此限。

6. 提供夫妻财产信息的义务。夫妻一方可以向夫妻他方询问关于收入、财产及债务的情况。根据夫妻一方的申请，法官可以命令夫妻他方或者第三人提供被询问的信息和出示必要的文件。前述规定，同样适用于从事保密性职业的律师、公证人、医生、教堂牧师和其他人员。

7. 由夫妻一方管理的夫妻他方的财产。夫妻他方明确表示或者默示由夫妻一方管理其财产时，其有关的委托条款可以适用，但夫妻双方另有不同协议的除外。

8. 财产清单。

(1) 夫妻一方随时可以要求夫妻他方参与编制夫妻共同财产清单，该清单必须及时生效。

(2) 在财产取得后一年内建立的财产清单，被推定为准确。

(二) 瑞士夫妻财产制的种类和结构

瑞士的夫妻财产制，可从不同的角度，作如下分类：

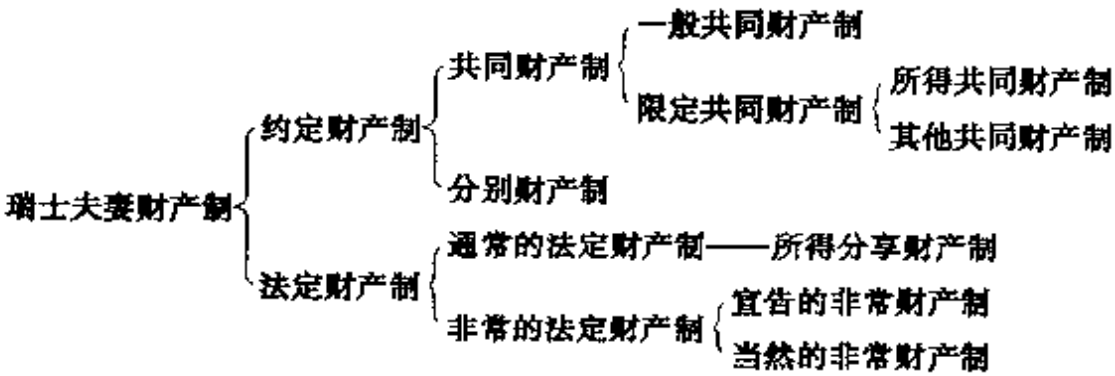
1. 根据瑞士夫妻财产制的发生依据不同，可分为约定财产制和法定财产制。前者是指关于婚姻当事人以契约订定的方式，选择决定夫妻财产制形式的法律制度。约定财产制具有优先于法定财产制适用的效力。后者是相对于约定财产制而言的，是指关于在夫妻婚前或婚后均未就夫妻财产关系作出约定，并且未适用非常的夫妻财产制时，依法直接适用某种夫妻财产制的法律制度。如《瑞士民法典》第181条规定：“夫妻双方如果在夫妻财产契约中无另行约定或未适用非常的夫妻财产制的，其财产关系适用所得分享财产制的规定。”即所得分享财产制是其法定财产制。

2. 根据瑞士夫妻法定财产制的适用情况不同，可分为通常的法定财产制（又称通常夫妻财产制）与非常的法定财产制（又称非常夫妻财产制）。前者指在通常情况下，在婚姻当事人双方无约定或未适用非常夫妻财产制时，依法律的直接规定而适用的夫妻财产制。后者是相对于通常的法定财产制而言的，指在特殊情况下，当出现法定事由时，经夫妻一方申请由法院宣告或依据法律的直接规定，撤销原依法定或约定设立的共同财产制，改设为分别财产制。非常的法定财产制依其发生原因和程序不同，又分为宣告的非常财产制与当然的非常财产制。前者如《瑞士民法典》第185条规定：“基于重要的理由，应夫妻一方的申请，法院可以命令设定夫妻分别财产制。”后者如该法第188条规定：“实施夫妻共同财产制的夫妻一方破产时，夫妻财产将依法实行夫妻分别财产制。”

3. 根据瑞士夫妻财产制的内容不同，可分为所得分享财产制、共同财产制和分别财产制。其中后两种财产制被作为约定财产制供当事人选择适用，如《瑞士民法典》第182条规定：“订婚人或者夫妻只能在法律范围内选择、废除或者更改夫妻财产制。”前一种财产制则被作为法定财产制，在当事人对夫妻财产制无约定且又未实行非常的夫妻财产制时依法直接适用。所得分享财产制，是指夫妻在婚后对于自己的婚前财产及婚后所得财产，各自保留所有权、管理权、使用收益权及有限制的处分权，当夫妻财产制终止时，在夫妻财产清算后，婚姻财产的盈余归夫妻双方分享的财产制。共同财产制，是指婚后除特有财产外，夫妻的全部财产或限定的部分财产归双方共同所有的财产制（如一般共同制、限定共同制等）。分别财产制，是指夫妻婚前、婚后所得的财产均归各自所有，各自独立行使管理、使用、收益和处分权的财产制。但此制亦不排斥夫妻以合同约定将其个人财产的管理权交付夫妻一方行使、或者双方拥有一部分共同财产。

4. 根据瑞士对夫妻财产范围的规定，可分为特有财产制与共同财产制。所谓夫妻特有财产，又称夫妻保留财产，是指夫妻婚后在实行共同财产制的同时，依法律规定或夫妻约定，夫妻各自保留的一定范围的个人所有财产。特有财产制，就是在夫妻婚后实行夫妻共同财产制时，依法律规定或夫妻约定，夫妻各自保留一定个人所有财产的范围，夫妻对该财产的管理、使用、收益及处分权，以及相应的财产责任等相关规定组成的法律制度。根据特有财产发生的原因，可分为法定的特有财产和约定的特有财产。前者是指依照法律的规定夫妻婚后双方各自保留的个人财产。后者是指夫妻双方以契约约定一定的财产为夫妻一方个人所有的财产。由于特有财产是夫妻婚后分别保留的个人财产，它独立于夫妻共同财产之外，实质上属于部分的分别财产，故其效力适用分别财产制的规定。

综上所述，瑞士的夫妻财产制可从不同的角度分为不同的种类，它们相辅相成组成一个较为完备的夫妻财产制结构。如下图所示：



### (三) 瑞士夫妻财产制的具体内容

1. 约定财产制。<sup>①</sup> 瑞士民法对约定财产制的具体内容规定，主要有：

(1) 约定的主体。夫妻必须是具有判断能力的人，才能缔结夫妻财产契约。未成年人或者被监护人，必须取得监护人或者辅佐人的同意，才能缔结夫妻财产契约。

(2) 约定的时间和内容。夫妻双方可以在结婚前或者结婚后，缔结夫妻财产契约。订婚人或者夫妻只能在法律范围内选择、废除或者更改夫妻财产制。

(3) 约定的方式。夫妻财产契约必须经公证并经当事人签名，必要时须经监护人或者辅佐人签名之后，才能生效。

(4) 约定的限制（对债权人的保护）。

如前所述，在有关夫妻财产关系的通则性一般规定中，已明确规定夫妻财产制的约定和变更，不能损及夫妻一方或者双方的债权人的利益。

(5) 约定的效力。约定财产制具有优先于法定财产制（所得分享财产制）适用的效力。

2. 法定财产制。瑞士的法定夫妻财产制根据其适用的情况不同，分为通常的法定财产制和非常的法定财产制。

(1) 通常的法定财产制。<sup>②</sup> 即所得分享财产制，其具体内容规定主要有：

① 夫妻财产的范围。夫妻一方所得财产与个人财产的范围如下：

a. 夫妻一方所得财产的范围。夫妻一方的所得财产，是夫妻一方在夫妻财产制存续期间取得的财产。其范围具体包括：工

<sup>①</sup> 参见：《瑞士民法典》，第181-184、193条。

<sup>②</sup> 参见：《瑞士民法典》，第196-220条。



作报酬、职工福利机构或社会保险和社会福利机构提供的款项、因丧失劳动能力获得的补偿金、个人财产所获的收益、以及个人所有财产的替代物。

b. 夫妻个人财产的范围。夫妻一方个人所有的财产，包括法定的个人所有财产和约定的个人所有财产。前者如夫妻一方专有的个人使用的物品、结婚时属于夫妻一方所有的财产或在婚姻关系存续期间通过继承或其他方式无偿取得的财产、夫妻一方因精神损害赔偿所获得的补偿金、夫妻一方个人财产的替代物。后者系根据夫妻财产契约，夫妻双方可以约定，夫妻一方从事职业或者经营商务的所得财产为其个人财产，以及夫妻一方个人财产的收益不属于所得财产。

此外，瑞士民法还明确规定，夫妻一方主张某财产为其个人财产时，必须提供证据。如果不能提供证据，该财产被视为夫妻双方共同所有的财产。夫妻一方的全部财产在尚未证明以前，均被视为所得财产。

### ②夫妻财产的管理权、使用权、处分权以及财产责任。

a. 关于夫妻各自所得财产和个人财产的管理权、使用权和处分权。在法律允许的范围内，夫妻双方对各自的所得财产和个人财产享有管理、使用和处分的权利。

b. 对于夫妻双方共有的财产，在未经对方同意的情况下，夫妻双方任何一方均不得处分该财产，但双方另有协议约定的除外。

c. 夫妻双方均以各自的全部财产对自己的个人债务负责。

d. 关于夫妻之间的债务。夫妻所得分享财产制，不影响夫妻之间的债务清偿。但如果清偿债务或者返还财物给夫妻一方造成严重困难，以致危及婚姻共同生活的，该方可以要求给予一个宽限期。在情况表明是正当的时，该权利将被保证。

### ③所得分享财产制的解除和夫妻财产的分割。

a. 所得分享财产制解除的原因和日期。夫妻一方死亡或者新的夫妻财产制协议达成，将解除原有的夫妻财产制。在离婚、判决分居、宣告婚姻无效，或者法院命令夫妻实行分别财产制的情况下，原夫妻财产制溯及自诉讼呈请之日起解除。

b. 夫妻个人财产的返还和债务清偿。所得分享财产制解除时，夫妻任何一方，均可以收回对方占有的财产中属于自己的个人财产。如果属于夫妻共有财产，但夫妻一方有证据证明该财产对其有重要的利害关系，除法律的限制外，该方可要求将全部财产分配给自己且不负补偿义务。夫妻一方的所得财产和个人财产，按夫妻财产制解除时存在的实际价值进行分割。夫妻一方从福利基金处获得的救济金或因丧失劳动能力而得到的补偿金，按年金的数额价值增加入其个人财产中，在夫妻财产制解除时，该方有权要求获得该部分财产。

所得分享财产制解除时，夫妻双方承担清偿共同债务的责任。

c. 夫妻财产分割时对夫妻一方已处分的所得财产的返还。根据瑞士民法规定，所得财产还包括：除普通礼物外，夫妻一方在夫妻财产制解除前的五年内，未经夫妻他方同意所为的赠与；以及在夫妻财产制存续期间，夫妻一方放弃的财产，仅限于造成侵害夫妻他方的财产分享请求权的。如果对上述赠与和财产放弃发生争议，法院可判决从已声明受益的第三人处返还该赠与及放弃的财产。

d. 夫妻一方对他方财产所做贡献的经济补偿。如果夫妻一方为夫妻他方财产的取得、财产增值和财产维持作出了贡献，而未给予适当的补偿，并且在财产分割之日尚存在财产增值的，夫妻一方有权对其所做的贡献要求给予相应的补偿。补偿的数额按现存财产价值计算；但如果在财产分割之日，财产已经贬值的，夫妻一方的财产补偿要求只能按其最初的贡献相应计算。如果上

述财产已经被出售，夫妻一方的财产补偿要求，按财产出售时所获得的价值计算。夫妻双方可以通过书面协议，排除或者变更对财产所增价值的分享。

e. 夫妻财产之间的补偿请求权。如夫妻一方以个人财产清偿了夫妻他方所得财产的债务，或夫妻一方以其所得财产清偿了夫妻他方个人财产的债务的，在夫妻财产分割时，互有补偿请求权。如果夫妻一方的大笔财产已经贡献给属于夫妻他方的大笔财产之取得、改善及维持方面，并使其产生了增值或贬值，夫妻一方有权提出与其所做贡献相应的补偿请求，其数额根据夫妻财产分割时或出售时的财产价值计算。

f. 婚姻财产盈余的分享。在债务扣除之后，所得财产总价值与财产补偿请求金额之间的差额被视为婚姻财产的盈余。婚姻财产的亏损不予考虑。依照法律规定，夫妻一方或其继承人，有权享有夫妻他方婚姻财产盈余的一半，并有权请求补偿。并且，夫妻可以财产契约另外约定关于参与婚姻财产盈余分享的协议。但协议不能侵害非夫妻共同生活期间所生子女及其后代的应得份额。在离婚、判决分居、婚姻无效或由法院命令实行分别财产制时，涉及改变法定婚后所得财产盈余分享的协议，只有在夫妻财产契约对此已有明确规定的情况下才能适用。

婚姻财产盈余的给付。当夫妻一方被要求立即给付婚姻所得财产的盈余及新增价值有严重困难时，可以要求被准予延期付款。从夫妻财产分割结束时起，给付对方分享婚姻所得财产盈余及新增价值的款项中应包括利息，但如果当事人另有约定且情况合理应受保护的，不受此限。

g. 因夫妻一方死亡，夫妻财产分割时对生存夫妻一方的特殊照顾。为使生存夫妻一方能够继续其一贯的生活方式，应其请求，可允许其获得夫妻双方居住的属于死亡夫妻一方的房屋或公寓的收益权或居住使用权，且无需承担补偿义务；另有安排的，

由夫妻财产契约约定。前述情形，该生存的夫妻一方可要求获得死亡夫妻一方个人动产的所有权。在证明是正当的情况下，经生存夫妻一方或死亡夫妻一方的其他法定继承人要求，房屋或公寓的收益权或居住使用权可以由所有权代替。

但如果死亡夫妻一方的子孙要求获得死者生前从事某种经营或职业的房屋以继续该项经营或职业，生存夫妻一方不能要求获得上述权利；关于农业遗产适用继承法的规定。

h. 夫妻财产分割时，对受益的第三人的请求权及其时效。在夫妻财产分割时，如果夫妻一方的财产或其继承人的财产，不足以支付对方要求分享婚后所得财产盈余所需的付款，有合法请求权的夫妻他方或其继承人可以从受益的第三人处，收取负债夫妻一方未能偿付的金额，并将它加入其所得财产中。前述提起诉讼的权利，必须在夫妻他方或者其继承人知道自己的权利受到侵害时起一年内行使，逾期则诉权消灭。但在夫妻财产制解除十年之后，无论夫妻他方或其继承人是否知道自己的权利受到侵害，其诉权因时效消灭。

(2) 非常的法定财产制，<sup>①</sup> 即非常夫妻财产制。根据非常夫妻财产制的发生原因和程序的不同，分为宣告的非常财产制和当然的非常财产制两种：

①宣告的非常财产制。它指依据法定事由，经夫妻一方或其监护人、或监督官厅的申请，由法院判决宣告撤销原共同财产制，改为分别财产制。基于重要的理由，应夫妻一方的申请，法院可以命令设定夫妻分别财产制。该重要的法定理由包括：

a. 夫妻他方负债过多，或者夫妻他方享有的夫妻共同财产份额面临亏损的；

b. 夫妻他方危及到离婚申请人或者婚姻共同生活的财产利

<sup>①</sup> 参见：《瑞士民法典》，第185～192条。

益；

- c. 夫妻他方无重要理由而拒绝同意对夫妻共同财产的处理；
- d. 夫妻他方无重要理由而拒绝向离婚申请人提供有关其收入、财产、债务或者夫妻共同财产的信息；
- e. 夫妻他方永久性地丧失判断力。

如果夫妻一方永久性地丧失判断力，其监护人或者辅佐人也可以此为由，向法院提出财产分离的申请。

上述申请法院宣告实行夫妻分别财产制，夫妻双方任何一方住所地的法院，为具有管辖权的专门法院。

夫妻分别财产制的终止。夫妻双方在任何时候都可以通过夫妻财产契约，约定采用原有的或不同的夫妻财产制。

②当然的非常财产制。指夫妻一方受破产宣告时，基于法律的规定，其夫妻财产制当然设定为分别财产制。如前所述，瑞士民法第188条之规定。

此外，该法还规定，在实行夫妻共同财产制的夫妻一方，被强制以其个人财产清偿债务并且转让其享有的夫妻共同财产份额时，监督官厅为强制支付，可以要求法院命令实行夫妻分别财产制。该诉讼可以对夫妻双方提出。债务人居住地的法院为具有管辖权的专门法院。此亦属法院宣告的非常财产制。

夫妻分别财产制的变更。如果债权人的债权已经全部得到清偿，法院可应夫妻一方的申请，命令恢复夫妻共同财产制，或者通过夫妻财产契约，夫妻双方也可以将其夫妻财产适用所得分享财产制。

3. 共同财产制。<sup>①</sup> 瑞士民法对夫妻共同财产制的具体内容规定，主要有：

(1) 夫妻共同财产制的种类及夫妻共同财产的范围。根据夫

---

<sup>①</sup> 参见：《瑞士民法典》，第221~245条。

妻共有财产的范围不同，夫妻共同财产制分为一般共同财产制和限定共同财产制：

①一般共同财产制。夫妻各自的财产和收入合并为属于夫妻双方的不可分的共同财产，但按法律规定属于夫或妻的个人财产除外。共同财产归夫妻双方共同所有，夫妻双方均不得自由处分其享有的部份。

②限定共同财产制。其又分为所得财产共同制与其他共同财产制。前者是指根据夫妻财产契约，夫妻双方可将共同财产限定为所得财产。夫妻一方由个人财产所获的收益亦属于共同财产。后者是指夫妻双方，可依据夫妻财产契约，将某些特殊财产排除于共同财产之外，如不动产、夫妻一方的工作收入或夫妻一方从事某项职业或经商所需财产所得的收益。如果无其他规定，由前述财产所生的孳息亦不属于共同财产。

(2) 夫妻个人财产（又称夫妻特有财产）的范围。夫妻特有财产，包括法定的特有财产和约定的特有财产。其范围可根据夫妻财产契约约定、或根据来自第三人分配所得的财物、或依法律规定予以认定。根据法律规定，供夫妻一方个人专用的物品及精神损害赔偿的补偿金，属于夫妻一方的个人财产。

凡无证据证明属于夫妻一方个人财产的财物均视为夫妻共同财产。

(3) 夫妻财产（共同财产和个人财产）的管理权、处分权及其财产责任。

①夫妻共同财产的管理权和处分权，分为一般管理权和特别管理权。一般管理权，指夫妻双方为婚姻共同生活的利益管理共同财产。在一般管理权限范围内，夫妻一方可以对外承担共同财产的债务及处理共同财产。特别管理权，指除一般管理权外，只能由夫妻双方共同或者夫妻一方征得另一方同意之后，以夫妻双方的名义对外承担婚姻共同生活的债务及处理共同财产。在第三

人不知道或者不可能知道的情况下，可以推定夫妻一方已经征得夫妻他方的同意。夫妻一方在征得另一方同意，以属于夫妻共同财产的财物从事某项职业或进行一项商务活动时，可以处理从事这些活动所需的一切法律事务。

关于继承权的放弃与接受的限制。未征得夫妻他方的同意，夫妻一方不能放弃继承可能成为夫妻共同财产的遗产，也不能接受负债累累的遗产。前述情形，如果夫妻一方不能征得夫妻他方的同意，或夫妻他方无重要理由而拒绝表示同意的，夫妻一方可以向其住所所在地的法官提出申请。

关于财产管理的责任及费用。夫妻财产制解除时，管理夫妻共同财产的夫妻一方以与受托人相同的方式，承担与共同财产有关事务的责任。管理费用从共同财产中支出。

②夫妻个人财产的管理权和处分权及管理费用。夫妻双方均可在法律规定范围内管理及处分其个人财产。如果夫妻一方个人财产的收益成为其个人财产的一部分，管理费用应从其个人财产中支出。

#### (4) 债务清偿。

①夫妻一方个人财产的债务和夫妻共同财产的债务。夫妻任何一方均可以其个人财产或者夫妻共同财产拒；夫妻一方在行使婚姻共同生活的代表权或者管理夫妻共同财产期间所欠的债务；夫妻一方在进行日常经营或从事某项职业期间所欠的债务，如果其在从事这些活动过程中使用了夫妻共同财产、或者所得收益已经成为夫妻共同财产的一部分；夫妻他方承担的个人债务；夫妻双方与第三人约定，除欠债配偶的个人财产之外，以夫妻共同财产作为担保财产的债务。

②夫妻一方个人财产的债务。对于其他个人债务，夫妻一方仅以其个人财产拒清偿责任；如果用夫妻共同财产清偿的，清偿部分的价值不得超过夫妻共同财产价值的一半。但为夫妻共同

财产的增加所欠的夫妻一方个人债务，其债务清偿责任除外。

③夫妻之间的债务。夫妻共同财产制不影响夫妻之间的债务清偿。在法定的特殊情形下，欠债方可以要求给予一个宽限期。（其法定的特殊情形，与所得分享财产制的有关规定相同。）

(5) 夫妻共同财产制的解除和财产分割。

①夫妻共同财产制解除的原因和时间。当夫妻一方死亡或者另一种夫妻财产制建立，或者因破产而不利于夫妻一方时，夫妻共同财产制解除。如果夫妻双方离婚、由法院判决分居或婚姻无效，或法院命令实行夫妻分别财产制，夫妻共同财产制的解除从诉讼文书呈交之日起生效。夫妻共同财产制解除的时间，对夫妻共同财产和夫妻个人财产的构成都具有重要意义，即夫妻共同财产分割。

②夫妻财产分割。

a. 夫妻个人财产的返还。如夫妻一方从养老基金获得的金钱或因丧失劳动能力获得的补偿金已经成为夫妻共同财产的一部分，夫妻财产制解除时，该方有权要求将其所得该年金价值的数额增加到个人财产中去。

b. 夫妻个人财产与共同财产之间的补偿请求权。如果夫妻一方个人财产所欠的债务已经由夫妻他方的所得财产偿还，夫妻财产制解除时，夫妻共同财产与夫妻一方的个人财产之间有补偿请求权。

c. 财产增值的分享。如果夫妻一方的个人财产或夫妻共同财产被用于获得、改善或维持属于另一大笔财产的财产项目，对该财产新增价值的分享适用有关所得财产分享的条款。

d. 夫妻共同财产的分割。当夫妻共同财产制因夫妻一方死亡或另一夫妻财产制的确立而解除时，夫妻中任何一方或其继承人有权获得共同财产的二分之一。前述情形，也可以夫妻财产契约约定其他财产分配形式，但不能影响继承人依法享有的遗产继



承份额。夫妻共同财产的价值，按财产分割时实际存在的价值估价。

e. 家庭住宅和家用设备分割时，对生存夫妻一方的照顾。如果夫妻双方居住的房屋或公寓或家用设备属于夫妻共同财产，生存夫妻一方可以要求获得这些财产的所有权，并且不承担补偿义务。如果情况证明是正当的，生存夫妻一方或者死亡夫妻一方的其他法定继承人，可以要求获得除所有权之外的房屋或公寓的收益权或居住权。前述情形，如果夫妻共同财产制不是因夫妻一方死亡而解除，夫妻任何一方在提出证明自己对其享有优先权的情况下，可以提出上述请求。

4. 分别财产制。<sup>①</sup> 瑞士民法有关夫妻分别财产制的具体规定，主要内容有：

(1) 夫妻个人财产的管理、使用和处分。在法律允许范围内，夫妻一方可以管理、使用和处分其个人财产。

(2) 夫妻个人财产的认定。主张某项财产属于其个人所有的夫妻一方，应当承担提供证据的责任。如果不能提供证据，该财产被推定为夫妻双方共同所有。

(3) 债务清偿责任。

①夫妻一方对第三人的债务。夫妻一方以其全部个人财产承担所负个人债务的责任。

②夫妻之间的债务。夫妻分别财产制不影响夫妻之间的债务清偿。在法定的特殊情形下，欠债方可以要求给予一个宽限期。（其法定的特殊情形，与所得分享财产制的有关规定相同。）

(4) 共同财产的分配。

如果某项财产属于夫妻双方共同所有，而夫妻一方证明对其享有优先权，除其他合法措施外，夫妻财产制终止时，该夫妻一

<sup>①</sup> 参见：《瑞士民法典》，第247~251条。

方可以要求将此财产全部分配给自己，并且不承担补偿义务。

## 二、瑞士现行夫妻财产制的立法特点评价

根据前述瑞士现行夫妻财产制的主要规定，可见其立法具有以下特点：

（一）瑞士民法关于夫妻财产关系的一般规定，为处理夫妻财产关系提供了基本准则

瑞士现行夫妻财产制立法，首先对夫妻财产关系作出通则性一般规定。其主要内容包括夫妻财产制的约定与法定及其适用效力的先后、夫妻对维持家庭的责任（包括维持家庭的经济责任）、夫妻一方为家庭或为夫妻他方所作贡献的经济补偿、保障夫妻履行维持家庭经济责任的措施、债权人的保护、提供夫妻财产信息的义务、由夫妻一方管理的夫妻他方的财产，以及财产清单等。无论夫妻依约定或依法定适用何种夫妻财产制，有关夫妻财产关系一般问题都必须遵守这些规定，它是处理夫妻财产关系的基本准则。诚然，这些对夫妻财产关系一般问题的原则性规定，反映了当代资本主义社会对夫妻财产关系的要求。但它同时也体现了现代民法兼顾个人利益与社会利益，且“法律的中心转移到弱者”的趋势，<sup>①</sup>即现代夫妻财产制以兼顾个人利益与社会利益，并注重对弱者加以保护为其立法宗旨。为适应现代社会经济生活的要求，它在保护婚姻家庭，坚持男女平等原则，保护夫妻双方合法财产权益的同时，尤其注意保护夫妻中经济能力较弱的一方的利益，并坚持公平原则，注意维护第三人的利益及交易安全。

（二）瑞士夫妻财产制的种类较为齐全、结构比较完整

瑞士的夫妻财产制以约定财产制和法定财产制为两大基本类

<sup>①</sup> 参见〔日〕星野英一著，王闯译：《私法中的人——以民法财产法为中心》，载梁慧星主编：《民商法论丛》，第8卷，188页，法律出版社，1997。

型，约定财产制具有优先于法定财产制适用的效力，体现了充分尊重夫妻对其财产关系的意愿。同时，还规定了共同财产制（包括一般共同制、限定共同制等财产制形式）和分别财产制，供当事人约定时进行选择。法定财产制又分为通常的法定财产制与非常的法定财产制，以适应一般情况与特殊情况的需要。这里必须指出的是，依非常财产制所设立的分别财产制，不同于普通情况下依法定财产制或约定财产制设立的分别财产制。它是在特殊情况下，对依法或依约定设立的共同财产制的变通规定。<sup>①</sup>它反映了因社会经济生活复杂多变，夫妻财产关系亦应随特殊情况的需要而相应变化的要求。设立此制不仅有利于保护婚姻当事人双方的合法权益，也有利于维护第三人的利益和交易安全，促进社会经济的发展。

此外，瑞士的夫妻共同财产制亦与夫妻特有财产制相辅相成，共同维护夫妻在财产关系方面的合法权益。特有财产制是对夫妻共同财产制的限制和补充。特有财产制不同于分别财产制，分别财产制一般是夫妻的全部财产（包括婚前的和婚后的全部财产）分别归属夫妻各自所有；特有财产则是在依法或依约定实行夫妻共同财产制的前提下，夫妻各自保留的一定范围的个人财产，即特有财产制是与共同财产制同时并存的，它作为对共同财产制的限制，其立法意旨在于保护夫妻个人财产所有权，并满足夫妻在婚姻生活中的个人特殊经济需要。它弥补了在夫妻共同财产制下，夫妻一方无权独立支配共同财产的缺憾，是共同财产制不可缺少的必要的补充。两者相辅相成，保障夫妻关系和睦及婚姻生活圆满。

---

① 在国外，除瑞士以共同财产制作为约定财产制种类之一外，法国、德国亦以不同范围的共同财产制作为约定财产制种类。如《法国民法典》，第1497～1526条规定，动产和婚后所得共同制、一般共同制等均为约定财产制形式。

### (三) 瑞士夫妻财产制的内容比较具体, 可操作性较强

瑞士夫妻财产制立法, 在原则上对夫妻财产关系作出通则性一般规定的基础之上, 对各种夫妻财产制的具体内容等均分别加以规定。

关于各种夫妻财产制的具体内容。对约定财产制的具体规定主要有: 约定的主体; 约定的时间和内容(约定财产制的种类); 约定的方式; 约定的限制(对债权人的保护)以及约定的效力等。对法定财产制的具体规定, 根据其适用的情况不同, 分为通常的法定财产制和非常的法定财产制。前者即所得分享财产制, 其具体规定主要有: 夫妻财产的范围; 夫妻财产的管理权、使用权、处分权以及财产责任; 所得分享财产制的解除和夫妻财产的分割等。后者即由法院宣告或依法直接设定分别财产制, 具体规定主要有: 非常财产制的发生原因和程序; 诉讼管辖权; 及其变更和终止等。对共同财产制的具体规定主要有: 夫妻共同财产制的种类及夫妻共同财产的范围; 夫妻个人财产的范围; 夫妻财产的管理权和处分权及其财产责任; 债务清偿; 夫妻共同财产制的解除和财产分割等。对分别财产制的具体规定主要有: 夫妻对其个人财产的管理、使用和处分的权利; 夫妻个人财产的认定; 以及债务清偿责任等。

由此可见, 瑞士夫妻财产制内容的规定比较具体, 故具有可操作性。这既便于公民知法、守法, 也便于司法机关执法。

### (四) 瑞士夫妻财产制的不少规定颇具时代特色

瑞士的夫妻财产制体现了现代社会夫妻财产制的立法宗旨, 有不少规定颇具时代特色。

1. 关于夫妻财产关系的通则性一般规定主要有以下特点:

(1) 明确规定夫妻财产制的约定与法定及其适用效力的先后。瑞士民法明文规定夫妻财产制种类有约定财产制(可在法律范围内约定共同财产制或分别财产制等形式)与法定财产制(包

括通常的法定财产制与非常的法定财产制)。各种夫妻财产制适用效力的先后,以非常的法定财产制为最先,其次为约定财产制,最次为通常的法定财产制。对于各种夫妻财产制的适用,在通常情况下,约定先于法定,体现了法律对当事人意愿的尊重;在特殊情况下,则法定先于约定,体现了现代民法基于个人利益与社会利益相兼顾的意旨,国家公权力对夫妻财产关系的一定干预。

(2) 明确规定从事家务劳动的夫妻一方有权定期从夫妻他方取得一定的自由支配财产。这体现了对从事家务劳动的无经济收入或经济收入较少的夫妻一方(往往是妻方)的特殊保护。这意味着承认夫妻一方从事家务劳动、照料子女及协助对方从事其职业等具有经济价值,故有权获得一定的自由支配的财产作为补偿。在现代社会,对家事劳动予以经济评价,尤具现实意义。正如1974年国际妇女年联合国会议的世界行动计划中所指出的:“家事对家庭生活而言,非常必要,但一般仅承认其具有极少经济的、社会的价值。惟所有的社会若希望达成维持家庭、教育子女之基本任务,则对于这些家事劳动,应给予高的评价。”并且,对家事劳动予以一定经济评价,提高了从事家事劳动一方(往往是妻子)的家庭地位,即妻作为家庭主妇不再是受扶养者,而是与夫共同维持家庭生活之人,在家庭中妻与夫具有同等地位,体现了夫妻关系平等的要求。必须指出的是,为避免复杂的算定手续,现代社会不少国家的立法例“将妻之家事劳动与夫之职业劳动同等评价,而使家事劳动之评价与夫妻财产制相结合”。如法国、意大利、前苏联及东欧诸国所采取共同财产制,以及德国、瑞典等国所采取剩余共同制、所得参与制,即体现了此立法精

神。<sup>①</sup>

(2) 明确规定夫妻一方为夫妻他方所作特别贡献，有权获得一定的经济补偿。这体现了民法公平原则的要求。笔者认为，立法赋予夫妻一方所作特别贡献的补偿请求权，由其自愿决定是否行使。这有利于保护夫妻的合法财产权益，防止夫妻一方利用夫妻他方的人力、物力达到其目的后即提出离婚，恶意抛弃他方，变相剥夺他方对婚姻共同生活的“投资”和预期利益，造成对他方的“系统性剥夺”。<sup>②</sup> 诚然，立法设此规定，并非意味每个夫妻一方都必然会请求对方给予补偿。夫妻一方基于自愿为夫妻他方和家庭多做贡献，可放弃行使此权利。

(3) 明确规定保障夫妻履行维持家庭经济责任的措施。这体现了保护婚姻家庭的立法宗旨，有利于督促和保障夫妻各自履行维持家庭的经济责任。

(4) 明确规定对债权人的保护。这可以防止夫妻以约定财产关系来逃避债务，或在夫妻财产的分割时侵害债权人的利益，从而维护第三人的利益和交易安全。

(5) 明确规定提供夫妻财产信息的义务与制作夫妻财产清单。这可以让夫妻及时了解彼此之间的财产状况，并且有据可查，避免时过境迁难于认定，有利于保护夫妻双方的合法财产权益，并间接维护第三人的利益和交易安全。值得注意的是，对于夫妻财产清单的制定，瑞士1988年1月1日施行修改后的夫妻财产法，将原来规定夫妻财产清单须经公证才能建立，修改为夫妻共同制作的夫妻共同财产清单、并经双方签名后即可生效。这

---

① 参见林秀雄：《家族法论集（一）——夫妻财产制之研究》，156、162～170、122～124、129～135页。

② 参见苏力：《冷眼看婚姻》，载李银河、马忆南主编：《婚姻法修改论争》，44～48页，光明日报出版社，1999。

体现了法律尊重夫妻对其财产状况保密的要求。<sup>①</sup>

## 2. 各种夫妻财产制的特点。

(1) 约定财产制的特点。其主要特点是实行限制式约定，即法律明文规定几种夫妻财产制形式供当事人约定时进行选择，并规定约定为要式行为，须经公证订立，约定不得损害债权人的利益等。这反映了兼顾个人利益与社会利益的立法意旨，在尊重夫妻约定财产关系意愿的基础上，实行物权法定原则和物权公示原则，以适应现代社会经济生活简便、高效的要求，既便于规范夫妻财产关系，也有利于第三人了解夫妻财产关系状况，保障夫妻及第三人的利益和交易安全。

(2) 法定财产制的特点。其主要特点如下：

①通常的法定财产制——所得分享财产制的特点，其实质是分别财产制中引入共同财产制的因素。即在法律允许的范围内，夫妻各方有权对其所得财产和个人财产独自管理、使用和处分，但所得分享财产制解除时，婚姻财产的盈余由夫妻双方平均分配。此制在一定程度上兼具分别财产制和共同财产制的优点，在保障夫妻双方合法财产权益的同时，亦利于维护第三人的利益和交易安全。但我们也要看到，由于现实生活中妇女的经济收入往往低于男子，对于经济收入较少或专事家务的妻方而言，实行此制往往难以实现夫妻家庭地位事实上的平等，故立法在夫妻财产关系的一般规定中原则规定，专事家务的夫妻一方有权定期从夫妻他方获得一定的自由支配财产、及夫妻一方对夫妻他方所作特别贡献有补偿请求权予以补救。此外，所得分享财产制的内容还有夫妻财产（所得财产与个人财产）的管理权、使用权、处分权以及财产责任，从而使夫妻能依法行使其财产权利和承担财产义

<sup>①</sup> 参见殷生根译：《瑞士民法典》（1981年版），第197条；及《瑞士民法典》（1987年英文版），第195条之一。

务；并允许夫妻之间的债务清偿在特殊情况下给予一个宽限期，以避免由此危及夫妻关系；还规定了所得分享财产制解除的原因和日期，尤其是规定在离婚、判决分居、宣告婚姻无效，或者法院命令夫妻实行分别财产制的情况下，原夫妻财产制溯及自诉讼呈请之日起解除，这有利于避免夫妻财产被非法转移、隐匿，可以减少夫妻财产纠纷；关于夫妻财产分割时对法定期限内夫妻一方已处分的所得财产返还的规定，有利保护夫妻对所得财产的参与分享权；关于夫妻财产之间补偿请求权的规定，公平地保护夫妻各方的财产权益；关于因夫妻一方死亡，夫妻财产分割时对生存夫妻一方的特殊照顾规定，赋予生存配偶对某些生活所需财产享有优先权，体现了现代立法注重对生存配偶的特殊保护。

②非常的法定财产制的特点，其实质是在特殊情况下，应夫妻一方的申请由法院宣告或依法律的规定，撤销原依法或依约定实施的所得分享财产制或共同财产制，实行分别财产制。它是特殊情况下对原夫妻财产制的变通，以保护夫妻各方及第三人的利益，维护交易安全，体现了个人利益与社会利益相兼顾的立法宗旨。此外，还须说明的是，除瑞士、意大利等国设有非常的法定财产制外，法国、德国的立法则设有共同财产制的解除或撤销制度，以满足夫妻在特殊情况下实行分别财产制的需要。关于在特殊情况下解除或撤销共同财产制之诉的法定事由，各国立法有所差异，瑞士、意大利、德国的规定较为详细具体，法国的规定则较简略。<sup>①</sup>此外，瑞士、法国、德国、意大利等国还各有侧重地对撤销共同财产制之诉的具体问题加以规定，包括：诉请分别财产制的程序和管辖权；分别财产制的开始及其对夫妻和第三人的效力；分别财产制的终止与原夫妻财产制的恢复程序等（如依瑞

---

① 参见：《瑞士民法典》，第185—189条；《意大利民法典》，第193条；《德国民法典》，第1447、1448、1469条；《法国民法典》，第1443条。



士民法规定，一般须按法定程序申请恢复原夫妻财产制。这区别于因夫妻约定而采分别财产制，可直接按原约定方式予以终止和变更)，从而形成一套较为完整的制度。其中以瑞士的立法较为典型而具有一定的代表性。<sup>①</sup>

(3) 共同财产制的特点。此制是瑞士约定财产制的形式之一，其特点是，根据夫妻共同财产范围的不同分为一般共同财产制与限定共同财产制，后者又分为所得共同财产制和其他共同财产制。多种不同共有范围的共同财产制并存，为夫妻约定财产制提供了较大的选择余地。同时，还对夫妻个人财产的认定依据和范围、及其管理权、处分权和管理费用、夫妻个人财产的债务清偿、夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权等加以规定，形成一套较为完整的夫妻个人财产制度（或称夫妻特有财产制度）。必须指出的是，除瑞士外，一般共同制、所得共同制等不同共有范围的共同财产制，亦为世界上许多国家分别采用。有的被采为法定财产制，如我国、巴西、荷兰、法国及意大利等国；有的被采为约定财产制形式之一，如德国。共同财产制的优点在于，它符合婚姻生活共同体的本质要求，且有利于保障夫妻中经济能力较弱一方（往往是妻方，尤其是专事家务劳动的妻方）的权益，有利于实现夫妻家庭地位事实上的平等。但其缺陷是，夫妻一方不能未经对方同意而擅自行使共同财产权，有时不能满足夫妻个人的某些特殊经济需要。为克服此缺陷，当代世界许多国家的立法在规定夫妻共同财产范围的同时，明文列举规定了夫妻特有财产或婚后个人所有财产的范围。如瑞士、法国、德

---

① 参见：《瑞士民法典》，第185条第1款及第186、187、189~192条；《法国民法典》，第1442~1449条；《德国民法典》，第1449、1470条；《意大利民法典》，第191、193条。

国、前苏联、罗马尼亚、意大利等国的立法。<sup>①</sup>有些国家的立法，还进一步对夫妻特有财产（或夫妻个人财产）的管理、使用、收益、处分权利及其财产责任，特有财产的效力，特有财产的举证责任，特有财产与共同财产之间的结算等作了具体规定，从而形成一套特有财产制度。如瑞士、德国、法国等国立法。<sup>②</sup>其目的在于保护夫妻个人财产所有权，并满足夫妻个人对财产关系的特殊需求。

(4) 分别财产制的特点。此制是瑞士约定财产制的形式之一，其特点是夫妻婚前、婚后所得的财产均归各自所有，夫妻对主张的个人财产负有举证责任；夫妻对个人财产各自独立行使管理、使用、收益和处分的权利，并以其全部个人财产承担个人债务；夫妻之间个人债务的清偿在特殊情况下允许给予一个宽限期，并且不排斥夫妻双方拥有一部分共同财产。从世界上其他国家看，英美法系的多数国家及大陆法系的少数国家如日本等，以分别财产制为法定财产制，还有部分国家则以此制为供夫妻选择的约定财产制形式之一。分别财产制使夫妻婚前和婚后各自所得的财产均为各自所有，不因结婚而发生财产上的共同，各自保持经济独立。它尊重夫妻个人意愿，便于夫妻一方独立行使财产权，以满足夫妻对财产关系的特殊需要，在一定意义上也有利于社会经济的发展。但必须指出，在现代社会男女两性的经济地位事实上仍然存在着差距。因为，妇女的就业机会和经济收入大多不如男子。同时，女方承担的家庭义务一般也多于男子，这往往

- 
- ① 参见：《瑞士民法典》，第225条；《法国民法典》，第1404～1408条；《德国民法典》，第1417、1418条；《苏俄婚姻和家庭法典》（1968年），第22条；《罗马尼亚家庭法典》（1954年），第31条；《意大利民法典》，第179条。
- ② 参见：《瑞士民法典》，第226、232～235、238条；《法国民法典》，第1428～1438条；《德国民法典》，第1440～1442、1445、1446、1462～1464、1467、1468条。此外，我国台湾民法典第1013～1015条也有类似规定。

会影响其经济收入。在此情形下，实行分别财产制的主要缺陷是往往会造成事实上夫妻的家庭地位不平等。因此，在20世纪70年代至80年代，英、美两国先后都对分别财产制加以修正，引入共同财产制的因素，以补救其缺陷。<sup>①</sup>

### 三、我国现行夫妻财产制的立法缺陷

我国现行《婚姻法》第13条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。”“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”可见，我国现行夫妻财产制是法定财产制与约定财产制相结合。诚然，我国1980年《婚姻法》作为1950年《婚姻法》的继承和发展。它在夫妻财产关系方面的立法，反映了男女平等原则，体现了夫妻法律地位平等的要求，在一定历史时期和一定程度上满足了调整我国夫妻财产关系的需要。但由于当时社会条件的限制，该法存在重人身关系，轻财产关系，立法条文过于简略，并有不少立法空白等缺陷。随着我国社会发展，在社会主义市场经济条件下，计划经济体制下传统的单一经济形式已被打破，多种经济形式并存，个体经济、私营经济迅速发展。同时，人民的物质文化生活水平得到很大提高。在新的形势下，我国婚姻家庭关系发生了很大变化，在夫妻财产关系方面亦出现了不少新情况、新问题。主要表现为：随着承包经营户、个体工商户、私营企业主等大量存在并继续涌现，夫妻参与经济活动频繁，与第三人之间的经济关系日趋复杂，夫妻恶意通谋侵害第三人债权的情况时有发生。在夫妻财产日益增多的同时，夫妻的财产权利意识也不断增强，日常生活中夫妻之间对共同财产的管理、处分以及债务清偿等问题发生纠

<sup>①</sup> 参见夏吟兰：《夫妻关系的沿革与比较》，载巫昌祯、杨大文主编：《走向21世纪的中国婚姻家庭》，124～126页，吉林人民出版社，1995。

纷有所增加。尤其是离婚时夫妻财产分割的纠纷增多。有的离婚当事人发出了“有没有办法更公平一些”的呼声。例如，离婚时，夫妻一方长期从事家务劳动、抚育子女、赡养老人能否从夫妻他方获得一定数量的财产作为补偿？或者夫妻一方对夫妻他方的财产增值、事业发展、学习深造等作出了特殊贡献能否获得适当的经济补偿？又如，离婚时，有的夫妻对夫妻个人财产的认定举证困难，法院亦难以查明而推定为共同财产，致其夫妻个人财产权未受到法律的保护；有的夫妻一方故意隐匿、转移夫妻共同财产，使夫妻他方依法享有的分割夫妻共同财产的权利不能实现等。<sup>①</sup> 面对这些新情况、新问题，我国现行夫妻财产制已显得无力调整。作为对其补救，我国最高人民法院先后发布了几次司法解释，尤其是1993年11月《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》进一步就夫妻共同财产与夫妻个人财产的范围、夫妻个人财产转化为夫妻共同财产的条件、夫妻共同财产的分割、夫妻共同债务与夫妻个人债务的清偿等问题作了很多具体规定。但我国夫妻财产制仍然存在缺乏对夫妻财产关系的通则性一般规定、夫妻财产制种类较少且结构不完整、法定夫妻共同财产制的内容粗略且有的已经过时、以及对约定财产制尚无具体内容规定等诸多方面的不足。

#### （一）我国夫妻财产制缺乏通则性夫妻财产关系的一般规定

夫妻财产关系的通则性一般规定，体现了夫妻财产制的立法宗旨，是夫妻处理财产关系的基本准则，是夫妻财产制不可缺少的内容。因为，夫妻无论是依约定或依法定适用何种财产制，往

<sup>①</sup> 参见毕佳：《有没有办法更公平一些？》、张金丽：《我该不该多得一些？》、张修荣：《他欠的债也得由我来还？》、秦芳：《私人馈赠也需要证据？》，载《中国妇女》（法律帮助专刊），1999（4）；陆见：《婚前不公证，婚后纠纷多》、蓝天：《上法庭，你准备好了吗？》，载《中国妇女》（法律帮助专刊），1999（2）；索世宁：《艰难的起步——婚前财产约定侧记》，载《中国妇女》，1996（10）。

往都会涉及处理夫妻财产制的约定与法定、夫妻对维持家庭的责任（包括家庭经济费用的分担）、夫妻一方对夫妻他方所作特殊贡献的经济补偿、保障夫妻履行家庭经济责任的措施、对夫妻的债权人的保护、对夫妻财产的告知义务（或知情权）、以及制作夫妻财产清单等一般财产关系问题。所以，瑞士立法首先对夫妻财产关系作出通则性一般规定。而我国现行夫妻财产制立法缺乏通则性夫妻财产关系的一般规定，使夫妻处理财产关系无基本的准则。这既不利于保护婚姻家庭和夫妻双方的合法财产权益，也不利于维护第三人的利益和交易安全。尤其是在市场经济新形势下，由于未规定对夫妻的债权人的保护条款，当现实生活中出现夫妻双方恶意通谋以夫妻财产约定或假离婚等为手段，侵害债权人利益的情况时，往往得不到适当的处理；由于未规定夫妻一方对夫妻他方所作特殊贡献的经济补偿，有的夫妻一方为夫妻他方个人财产的增值、事业发展、学习深造等作出特殊贡献已大大超过其应尽的义务，离婚时却得不到适当的补偿，造成被“系统性剥夺”，有悖民法的公平原则；由于未规定夫妻享有对夫妻共同财产的知情权和制定夫妻财产清单，夫妻财产的性质不易查证，不利于减少夫妻财产纠纷，加大了人民法院审理离婚案件的难度。此外，值得注意的是，目前我国倡导实行婚前财产登记或夫妻财产公证，但难以被广大群众所接受。究其原因，除重义轻利的传统观念影响外，夫妻不愿意其财产状况被他人知道是一个不容忽视的原因。笔者认为，瑞士关于夫妻共同制作夫妻财产清单并经双方签名即生效的规定，尊重了夫妻对其财产状况保密的要求，此立法经验值得我国借鉴。

## （二）我国夫妻财产制种类较少且结构不完整

我国夫妻财产制种类较少且结构不完整，存在明显立法漏洞。从法定财产制看，仅有通常的法定财产制（即婚后所得共同制），而无非常的法定财产制，不能适应在特殊情况下夫妻须依

法实行分别财产制的需要；就婚后所得共同制而言，仅有夫妻共同财产制的规定，而无夫妻特有财产制的规定，对夫妻个人财产所有权明显保护不力；至于约定财产制则仅规定允许夫妻进行约定，尚未规定一套具体的可操作的制度，不利于保障夫妻及第三人的利益和交易安全。总之，在夫妻财产制种类及结构上与瑞士立法相比，我国夫妻财产制种类不全，尚未形成较为完整的结构体系，不能相辅相成有效地发挥调整夫妻财产关系的作用。

### （三）我国夫妻财产制内容粗略且有的已经过时

1. 我国通常的法定财产制的缺陷。我国通常的法定财产制即婚后所得共同制，习惯上称为夫妻共同财产制。现行婚后所得共同制主要存在以下缺陷：

（1）夫妻共同财产的范围过宽，并且未规定夫妻特有财产的范围。我国许多学者一致认为，这不利于保护夫妻个人财产所有权。<sup>①</sup> 从前述瑞士及法国、德国、意大利、前苏联等国的立法看，在规定夫妻共同财产范围的同时，对夫妻个人财产或夫妻特有财产范围均有明确的规定。并且，把夫妻一方婚内继承和受赠的财产作为夫妻一方个人所有的财产（或夫妻特有财产），这是当代许多国家立法的通例。<sup>②</sup>

（2）夫妻婚前个人财产婚后转化为夫妻共同财产，似有侵犯夫妻个人财产所有权之嫌。

（3）未设立夫妻财产管理制度，不利于保护夫妻财产权和第

---

① 参见巫昌祯、杨大文主编：《走向 21 世纪的中国婚姻家庭》，109、110 页；杨海鹏采访张贤钰教授：《财产让婚姻太沉重》，《申江服务导报》（上海），1997 年 12 月 10 日；李银河、马忆南主编：《婚姻法修改论争》，320、321、325、326、347 页。

② 参见：《瑞士民法典》，第 198 条；《德国民法典》，第 1418 条；《意大利民法典》，第 179 条；《法国民法典》，第 1405 条；《苏俄婚姻和家庭法典》（1968 年），第 22 条。

三人的利益及交易安全。在国外，除瑞士立法设有夫妻财产管理的规定外，法国、德国等国立法还设有具体的较完善的夫妻财产管理制度，值得我国借鉴。<sup>①</sup>

(4) 未规定夫妻财产之间的补偿请求权，不能公平地保护夫妻各方的合法财产权益。笔者认为，瑞士及大陆法系的一些国家有关夫妻财产之间的补偿请求权的规定，对我国具有借鉴意义。<sup>②</sup>

2. 我国约定财产制的缺陷。我国《婚姻法》第13条仅有对夫妻共同财产“另有约定除外”的原则规定，迄今尚未设立一套具体的较为系统全面的约定财产制。至1993年11月最高人民法院的司法解释规定：“夫妻双方对财产归谁所有以书面形式约定的，或以口头形式约定，双方无争议的，离婚时应按约定处理，但规避法律的约定无效。”但对约定的时间和范围、约定的条件和程序、约定的效力（对内、对外的效力）、约定的变更及废止等具体问题均无明文规定。这已不适应我国市场经济条件下，夫妻对约定财产关系简捷的需要。尤其是对夫妻财产关系的约定，为非要式行为，无须经登记或公证程序，使夫妻约定财产制缺乏公示性，不利于保护夫妻双方及第三人的利益。笔者认为，前述瑞士、法国、德国等国基于现代民法个人利益与社会利益相兼顾的意旨，实行物权法定原则和物权公示原则，采取限制式约定的立法经验，值得我国借鉴。这可适应市场经济条件下简便快捷的要求，既便于规范夫妻财产关系，也便于第三人了解夫妻财产关

① 参见：《法国民法典》第五编设专节规定夫妻财产的管理（第1421—1440、1503条）；《德国民法典》，第1422—1470条，对夫妻共同财产由夫妻一方或夫妻双方管理作出具体规定。

② 参见：《法国民法典》，第1412、1416、1417、1419、1433、1436—1438条；《德国民法典》，第1445、1446、1467、1468条；《瑞士民法典》，第238条；《意大利民法典》，第192条。我国台湾地区民法典第1038条也有类似规定。

系状况，保障夫妻及第三人的利益和交易安全。

#### 四、修改、完善我国夫妻财产制的立法构想

针对我国夫妻财产制的上述缺陷，笔者建议，根据我国宪法和《婚姻法》的基本精神，适应调整市场经济新形势下夫妻财产关系新情况的需要，基于现代夫妻财产制保护婚姻家庭，坚持男女平等原则，兼顾个人利益和社会利益，保障夫妻合法财产权益，并注意对弱者加以保护，维护第三人利益及交易安全的立法宗旨，从我国实际出发，借鉴国外立法经验，对我国夫妻财产制从以下几方面加以修改、补充和完善：

##### （一）增设通则性夫妻财产关系的一般规定

在夫妻财产关系一节中，建议首先增设通则性“夫妻财产关系的一般规定”条款，其主要内容如下：

1. 夫妻双方可以在结婚前或结婚后，约定选择适用本法所列的夫妻财产制之一；无约定的，适用本法规定的通常的法定财产制。但本法另有规定的除外。

2. 夫妻有维持家庭的责任。夫妻以共同财产承担维持家庭的经济责任，或双方协商根据各自的经济能力以个人财产分担维持家庭的经济责任；或一方通过照料子女、协助对方从事的工作承担维持家庭的责任。

3. 夫妻一方对夫妻他方所作特殊贡献的经济补偿。夫妻一方为夫妻他方的个人财产增值、事业发展、学习深造等做出贡献已大大超过其维持家庭应尽义务的，离婚时有权请求以夫妻他方的个人财产或夫妻共同财产分割时以夫妻他方享有的财产份额，予以适当的经济补偿。

4. 保障夫妻履行家庭经济责任的措施。对夫妻双方共有的房屋或涉及家庭重大利益的共同财产进行处分，必须取得夫妻双方的书面同意。否则，由擅自进行处分的夫妻一方个人承担财产



责任。如果夫妻一方无正当理由不同意的，夫妻他方可以向人民法院起诉，请求进行裁决。

5. 对夫妻的债权人的保护。夫妻进行财产关系约定或夫妻财产分割，不得损害第三人的利益。如果夫妻共同财产已经转移给夫妻一方，该方应在转移财产的实际价值范围内负责清偿夫妻共同财产的债务。如果夫妻共同财产不足清偿该债务的，不足清偿部分，由夫妻协议以个人财产分担清偿责任，并承担连带责任。

6. 由夫妻一方管理的夫妻他方的财产。夫妻一方委托夫妻他方代为管理其财产时，适用法律有关委托代理的规定。

7. 对夫妻财产的告知义务（或知情权）以及制作夫妻财产清单。夫妻一方负有向夫妻他方告诉有关夫妻共同财产的收入、管理、债务等情况的义务（或夫妻双方享有对夫妻共同财产的知情权）。夫妻可在取得财产后的一年内，双方共同制作夫妻共同财产清单或夫妻个人财产清单，并经夫妻双方签名后生效。

## （二）增补夫妻财产制种类，完善夫妻财产制结构

1. 增设非常的法定财产制。其具体规定如下：

（1）夫妻一方受破产之宣告时，其原夫妻共同财产制当然改设为分别财产制。<sup>①</sup>

（2）有下列情形之一时，经夫妻一方请求，人民法院应宣告解除原夫妻共同财产制，改设分别财产制：

①夫妻因感情不和，分居已满一年以上的；

②夫妻一方无正当理由不履行扶养义务，不依法给付家庭生活费用的；

③夫妻一方无能力管理共同财产或滥用管理共同财产权利

---

① 原夫妻共同财产制，指依法定或约定适用的婚后所得共同制、一般共同制、劳动所得共同制。

的；

④夫妻一方的财产，不足清偿其个人债务，或夫妻共同财产，不足清偿夫妻共同债务的；

⑤夫妻一方无正当理由拒绝对共同财产的通常管理予以应有的协作，或无正当理由拒绝夫妻他方对夫妻共同财产进行处分的；

⑥有其他重大事由的。

(3) 改用分别财产制时，应夫妻一方的申请，法官可判决确定夫妻他方对维持家庭应给付夫妻一方的家庭生活抚养费数额及给付方式。

(4) 因上列法定事由而当然实行或宣告实行夫妻分别财产制的，人民法院应当书面通知婚姻登记机关进行登记或者变更原夫妻财产制的登记记载。

(5) 如果改用分别财产制的法定事由已经消除，经夫妻一方申请，人民法院应当宣告恢复原夫妻财产制。

原夫妻财产制的恢复，人民法院应当书面通知婚姻登记机关进行变更登记，恢复原夫妻财产制的登记记载。

2. 增补夫妻特有财产制度。其具体规定如下：

(1) 除法律另有规定外，下列财产为夫妻一方个人所有的特有财产：

①夫妻一方的婚前财产，包括婚前个人所有财产和孳息、以及婚前个人所有财产的替代物。

②夫妻在婚姻关系存续期间所得或购置的下列财产：

a. 夫妻一方个人使用的衣物和其他日常生活用品；

b. 夫妻一方从事职业所必需的财产，但价值较大的除外；

c. 夫妻一方被遗嘱或赠与合同指明由其单独继承、受遗赠或受赠与的财产；

d. 夫妻一方所得的具有人身性质的财产，包括奖金、奖品、

医疗费、保健费、保险赔偿金、损害赔偿金；

e. 夫妻约定归夫妻一方个人所有的财产；

f. 其他依法属于夫妻一方个人所有的财产。

(2) 夫妻特有财产登记与财产清单：

①对于婚前财产，男女在结婚登记时，可以向婚姻登记管理机构申请进行婚前个人财产登记，载入婚姻登记档案，发给夫妻财产登记证书；或者在结婚登记后，夫妻双方共同制作婚前财产清单，并经双方签名后生效。

②对于婚后所得的价值较大的夫妻特有财产，夫妻可在取得财产所有权后的一年内，双方共同制作财产清单，并经双方签名后生效；或者向公证机关申请办理夫妻个人财产公证，取得公证的夫妻财产证书。

③夫妻财产登记档案和登记证书，或夫妻财产清单、或公证的夫妻财产证书，应附记价额或经公证确定的估价。

④夫妻特有财产经记载于夫妻财产登记书，或公证的夫妻财产证书的，或向第三人书面声明的，具有对抗第三人的效力。

(3) 夫妻特有财产的管理及财产责任

夫妻特有财产的管理及财产责任，适用法律关于夫妻个人财产管理及财产责任的规定。

(4) 夫妻特有财产的举证责任

夫妻一方主张某财产为其特有财产时，必须提供证据。如其不能提供证据，人民法院又无法查实的，该财产被视为夫妻共同财产。

3. 增补供夫妻选择的几种约定财产制形式，包括一般共同制、劳动所得共同制、管理共同制、分别财产制（具体内容详见于后：约定财产制增补的具体内容）。

(三) 修改、完善夫妻财产制的具体内容

1. 法定财产制的修改与补充。

(1) 缩小原夫妻共同财产范围。把夫妻一方被遗嘱或赠与合同指明由其单独继承、受遗赠和受赠与所得的财产排除在共同财产之外作为夫妻特有财产；并取消我国司法解释有关夫妻个人财产转化为夫妻共同财产的规定。

(2) 增设夫妻共同财产和夫妻个人财产管理的规定。

①夫妻共同财产经夫妻双方协商，可以由夫妻双方或一方管理并承担相应的财产责任。

②夫妻对共同财产享有平等地占有、使用、管理、收益及处分的权利。对重大共同财产的处分时，须经夫妻双方协商书面同意。夫妻一方擅自处分重大共同财产的，他方有权主张无效。但不得对抗善意第三人。

③依夫妻协议行使夫妻共同财产管理权的夫妻一方，如丧失行为能力或无能力管理，或有诈欺行为，可经夫妻他方提出，协议停止其行使管理权；如协议不成，可请求人民法院裁决，经公告程序宣告剥夺其管理权。

如果被剥夺共同财产管理权的夫妻一方，上述法定事由已经消除或经夫妻双方协议同意恢复其管理权的，可由夫妻一方请求人民法院撤销原裁决，经公告程序恢复其管理权。

④夫妻个人财产由其本人享有占有、管理、使用、收益及处分的权利。但本法另有规定或夫妻另有约定的除外。

(3) 增补夫妻财产的责任及夫妻财产之间补偿请求权的规定。

①夫妻共同财产负担给付家庭生活费用和清偿夫妻共同债务的责任。如共同财产不足负担家庭生活费用的，由夫妻协商以个人财产分担给付责任。如共同财产不足清偿共同债务的，由夫妻协议以个人财产分担清偿责任，并承担连带责任。

②夫妻个人财产负担清偿夫妻个人债务的责任。

③夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权。对应由

夫妻共同财产负担的给付或清偿义务，夫妻一方以个人财产承担该义务的，有权请求以夫妻共同财产予以补偿。对夫妻个人债务，用夫妻共同财产清偿的，夫或妻均有权请求以负债夫妻一方的个人财产予以补偿。但法律另有规定的，不在此限。

(4) 增设夫妻共同财产制的终止及其效力的规定。

① 有下列原因，夫妻共同财产制终止：夫妻一方死亡；离婚；因法定事由解除共同财产制；夫妻协议变更改用其他财产制。

② 夫妻共同财产制终止时，夫妻共同财产的分割原则及方法，债务的清偿等适用离婚法的有关规定。

2. 约定财产制增补的具体内容。

(1) 夫妻约定财产制，可在下列财产制中选择：

① 一般共同制。即夫妻各方的婚前财产和婚姻关系存续期间一方或双方所得的财产，归夫妻双方共同所有。但夫妻婚后所得特有财产，不在此限。

② 劳动所得共同制。即夫妻在婚姻关系存续期间一方或双方劳动所得的财产，归夫妻双方共同所有。但夫妻特有财产，不在此限。

③ 管理共同制。即夫妻一方的婚前财产和在婚姻关系存续期间夫妻一方所得的财产，归本人所有。夫妻双方可约定，由夫妻一方统一管理双方的财产。但夫妻婚后所得特有财产，不在此限。

④ 分别财产制。即夫妻一方的婚前财产和婚姻关系存续期间夫妻一方所得的财产，归本人所有，由本人管理。如果委托夫妻他方管理的，适用夫妻财产关系一般规定中有关代理的规定。

(2) 对夫妻财产制的约定，订立、变更或废止，必须由具有民事行为能力的夫妻双方亲自进行。约定的内容必须合法，不得规避法律或者损害国家、集体和他人的利益。否则，其约定无

效。

(3) 夫妻约定财产制，应对家庭生活费用的负担达成协议。如双方对此无约定的，适用夫妻财产关系的一般规定中的相关规定。

(4) 对夫妻财产制的约定，订立、变更或废止，必须以书面形式进行，并在婚姻登记管理机关进行登记，载入婚姻登记档案，取得夫妻财产制登记证书。

(5) 夫妻在婚前订立的约定，自结婚登记之日起生效；在婚后订立的约定，自订约之日起生效。未经登记的夫妻财产制约定，不得对抗善意第三人。但未经登记的夫妻财产制约定，如果夫妻在与第三人订立的契约文书中已申明其约定的，对该第三人仍具有对抗效力。

# 论预防和制止我国家庭暴力的法律对策<sup>①</sup>

## 目 次

引言

一、家庭暴力的定义界定及其性质和特点

二、我国家庭暴力现状和原因

三、我国法律对家庭成员人身权利的保护性规定及其立法之不足

四、有关预防、制止家庭暴力的国际文献及一些国家采取的相关措施

五、预防和制止我国家庭暴力的法律对策

## 引 言

家庭暴力问题，是一个当代世界不少国家都存在的较严重的社会问题，我国也不例外。家庭暴力行为侵害家庭成员的人身权

<sup>①</sup> 本文系中英“维护妇女权益，制止家庭暴力”国际研讨会论文（2000年2月28日~3月1日）。

利，影响婚姻家庭关系的稳定和社会秩序的安定。因此，如何有效地预防和制止家庭暴力行为，已成为各国政府和人们日益关注的一个重要问题。近年来我国学术界不少学者和实际部门许多同志对家庭暴力问题展开了研究，发表了不少文章及调查报告。作者试图在前人研究成果的基础上，着重研究探讨家庭暴力的定义界定、性质及特点，分析我国家庭暴力的现状和原因，考察我国现行立法的不足，提出防治我国家庭暴力的法律对策，以期对我国形成一个配套的较为完善的预防、制止家庭暴力的法律机制，尽绵薄之力。

### 一、家庭暴力的定义界定及其性质和特点

什么是暴力？《中国大百科全书》法学卷的定义是：所谓暴力，是指对被害人实施殴打、捆绑、禁闭等强暴行为。<sup>①</sup>

什么是家庭暴力？我国有的学者表述为：“家庭暴力有广义和狭义之分，广义的家庭暴力是指所有家庭成员之间的暴力行为，包括夫妻之间、父母子女之间的暴力；狭义的家庭暴力，主要指家庭中对妇女的暴力，即夫妻之间以武力或胁迫手段，侵犯妇女人身权利，致使肉体和精神造成一定程度损害的强暴行为。”有的学者表述为：“家庭暴力是指对家庭成员进行伤害、折磨、摧残和压迫等人身方面的强暴行为，其手段有殴打、捆绑、凌辱人格、残害身体、限制人身自由以及性虐待等，受害对象绝大多数是女性。”<sup>②</sup>

在上述定义中，第一种定义首先指明家庭暴力与夫妻暴力各

---

① 中国大百科全书总编辑委员会：《中国大百科全书（法学）》，468页，中国大百科全书出版社，1984。

② 参见徐维华：《制止在家庭中对妇女实施暴力》；张贤钰《论家庭中对妇女的暴力及其对策》；载《中英妇女与法律学术研讨会学术论文集》，北京大学法律系、英国大使馆文化教育处编印，1996年3月。



自的行为主体与对象的范围，然后具体指明夫妻暴力的主体与对象、行为手段、行为侵害的权利性质及损害后果；第二种定义着重于指明家庭暴力的行为的对象、手段及表现形式、行为侵害的权利性质、及绝大多数受害人的性别。尽管我国学者对家庭暴力的表述不尽相同，但都一致认为，家庭暴力是发生在具有家庭成员身份的亲属之间、手段具有强暴性的、侵害受害人的人身权利（包括身体的、精神的、性方面的侵犯）的行为。

关于家庭暴力的定义，从国际文献看，1993年12月联合国大会正式通过的《消除对妇女暴力宣言》第1条就对妇女的暴力作了界定：对妇女的暴力系“对妇女造成或可能造成身体、心理及性方面伤害或痛苦的任何基于社会性别的暴力行为，包括威胁进行这类暴力、强迫或任意剥夺自由，不论其发生在公共还是私人生活中；第2条将暴力定义为：身体、心理和性方面的暴力，并根据其发生的场所（家庭、社区、国家）把它分成三类，每一类别之下列举了盛行的暴力类型。即此“妇女的暴力”的定义，指明行为侵害的对象是妇女；行为的手段是暴力包括以暴力相威胁；行为侵害的权利性质包括身体、心理（精神）及性方面的权利；行为发生的场所包括公共或私人生活中。可见，这实际上是广义的妇女暴力的定义，包括家庭对妇女的暴力、社区对妇女的暴力和国家对妇女的暴力。狭义的妇女暴力定义，即家庭对妇女的暴力，仅限于在家庭中发生的对妇女的暴力行为。

从国外学者对家庭暴力的定义的表达看，与我国学者的表述有一定差异。如英国学者认为：“家庭暴力一词是指男性伴侣为了支配和控制女性，在他们关系存续期间或是终止之后对女性所施行的暴力和虐待行为。”并明确指出，“家庭暴力”这一术语在这里并不确切。“家庭”一词表面上似乎仅指暴力发生在共同生活在一起的人们之间，然而，即使分居之后，男性伴侣施加的暴力仍会继续。“暴力”一般仅指身体上的虐待，然而，妇女经历

的是一系列不同形式的虐待，包括身体上的暴行、性虐待、强奸、威胁、恐吓、羞辱，受其男伴操纵，失去自我，丧失权利，受到冷落、轻视、挑剔等等。情感虐待，持续不断的挑剔，伤害，羞辱以及生活在恐惧之中，这些同身体上的、性的暴力一样对受害人的健康产生很坏的影响。正如杰克·巴伦指出的，家庭暴力“包括一系列的虐待行为，然而不是所有这些行为本身都是暴力的”。进一步说，“家庭暴力”一词还掩盖了性别问题，事实上，家庭暴力中绝大多数加害方为男性而受害方为女性。<sup>①</sup>

可见，国外学者对“家庭暴力”定义的内涵包括：行为主体与行为对象的性别、行为的目的、行为的手段、行为的时间、行为侵害的权利性质，以及损害后果。笔者认为，从其对家庭暴力行为的主体和对象的界定中，可以看出，这实际上是狭义的家庭暴力或称为夫妻暴力（并包括同居男女间的暴力）的定义，其主要含义如下：

第一，指明行为的主体和对象的性别差异，即加害人绝大多数为男性，受害人绝大多数为女性；

第二，指明行为目的的特殊性，即男性为从精神上支配和控制女性；

第三，指明行为的手段并不仅限于暴力行为，它既包括作为的伤害、胁迫、羞辱等暴力行为，也包括不作为的冷落、轻视等情感虐待的非暴力行为；

第四，指明行为的时间并不仅限于婚姻存续期间，它可以发生在婚姻存续期间或分居期间，也可以发生在离婚之后；

第五，用列举的方式表明暴力行为侵害的权利性质。（包括

---

① 马丽安·海斯特：《家庭暴力和离婚——对妇女和儿童的影响》，载《中英妇女与法律学术研讨会学术论文集》，北京大学法律系、英国大使馆文化教育处编印，1996。

夫妻一方的人格尊严、人格自由及人格独立，以及身体权、性权利、健康权等人身权利。)

第六，指明行为的损害后果，是造成受害人身体上的损害和精神上的痛苦，较严重地危害其身心健康。

诚然，上述国外学者的家庭暴力定义有其合理之处，但笔者认为，从其对夫妻暴力定义的内涵看，有以下几点值得商榷：

第一，将夫妻暴力行为的目的一律界定为男性对女性的控制和压迫，似有以偏概全之弊端。它无法解释现实生活中发生的一些女性对男性的暴力。(即使其只占少数且大多都是在女性忍无可忍的情况下实施的。)

第二，将夫妻暴力行为的时间包括夫妻婚姻关系存续期间和夫妻已离婚之后，似有时间扩大化倾向。这导致混淆了夫妻暴力与非夫妻暴力的区别，实际上是将已离婚夫妻之间的暴力行为等同于夫妻暴力行为，不利于两者的区别处理。因为，由于家庭成员之间具有亲属身份关系，故他们之间发生的有些侵权行为以及告诉才处理的犯罪行为，其处理与非家庭成员之间发生的侵权行为的处理，所适用的法律有所不同。

第三，将不作为的行为也纳入夫妻暴力的范围，似有淡化暴力手段特点之缺陷。诚然，夫妻一方受到不作为的冷落、轻视等情感虐待，往往给受害人造成较严重的身心创伤。但情感虐待毕竟为非暴力行为，其较之暴力行为的危害性还是有一定程度的区别。只有将两者区别开来，才能给予不同的处理。

综上所述，笔者认为，家庭暴力定义的内涵似应包括行为的主体和对象、行为的手段、行为侵犯的权利性质，以及行为的损害后果等内容。据此，笔者试拟家庭暴力和夫妻暴力的定义如下：

所谓家庭暴力，有广义与狭义之分：广义的家庭暴力，是指家庭成员以暴力或胁迫、侮辱等手段，侵害其他家庭成员的人身

权利包括身体上、精神和性方面的权利，造成一定损害后果的行为。家庭暴力依行为主体和对象的不同可分为：夫妻暴力、父母子女间的暴力以及其他家庭成员间（如无扶养关系的继父母与继子女间、兄弟姐妹间）的暴力。狭义的家庭暴力，即是夫妻暴力，指在婚姻关系存续期间夫妻一方以暴力或胁迫、侮辱等手段，侵害夫妻他方的人身权利包括身体上、精神和性方面的权利，造成一定损害后果的行为。

家庭暴力行为的性质。在我国，家庭暴力行为（包括夫妻暴力行为），侵害了某家庭成员或夫妻他方受法律保护的人身权利，对受害人在身体上和精神上造成一定的损害后果，其性质一般属于民事违法行为。但其中情节严重或后果严重触犯刑法的，则构成犯罪行为。

家庭暴力行为（包括夫妻暴力行为）主要有以下特点：

第一，家庭暴力的行为主体具有特定性。家庭暴力的实施者与受害人之间具有夫妻身份关系或者其他近亲属身份关系，且多为同居一家的家庭成员，相互关系十分密切。正是这一特点，一方面使受害人基于亲情和在生活上、经济上的相互依赖关系，在家庭暴力发生后一般愿意原谅对方的侵权行为或期待对方自动改正而不主动告发其违法或犯罪行为。另一方面国家法律基于对当事人意愿的尊重和维护家庭团结的意旨，一般对此不主动进行干预。

在我国，根据我国有关法律的规定，对于家庭成员之间发生的比较轻微的人身伤害、虐待等违法行为，或虐待家庭成员，情节恶劣已构成“告诉的才处理”的犯罪行为等，均由受害人本人决定是否请求人民法院追究违法行为人或犯罪行为的法律责任（民事责任或刑事责任）。并且，我国法官在刑事自诉案件的审理中，依照我国《刑事诉讼法》第172条的规定，可以进行调解。当然，对于家庭暴力造成严重后果的犯罪行为，如虐待家庭成员

致使被害人重伤、死亡的，应由我国检察机关依法提起公诉，追究其刑事责任。

第二，家庭暴力的行为具有经常性、隐蔽性。家庭暴力行为的行为人与受害人多为同居一家的近亲属，有条件经常性地实施对受害人殴打、捆绑、禁闭等暴力行为或以暴力相威胁、侮辱等行为，往往给受害人造成较严重的身心摧残。同时，由于家庭暴力多发生在家庭内部，所致伤害的部位，外人又往往看不到，故具有隐蔽性，国外有学者则称之为“静悄悄的犯罪”。经常性和隐蔽性这两个特点，一方面对法院而言，对于受害人告发的家庭暴力行为，往往因难于取证和查实，致使无法依法追究违法行为人的法律责任。另一方面，对社会而言，社会有关单位或组织对家庭暴力行为一般不能及时发现，进行制止和对受害人给予及时的帮助。这些都往往会导致对家庭暴力行为的放纵。并且，由于有的家庭暴力涉及当事人的隐私，受“清官难断家务事”思想的影响，有些当事人的亲友、邻居及其所在单位组织对其不便主动干预，而对家庭暴力行为采取较宽容的态度，不予过问。这又使受害人处于孤立无援的境地，在忍无可忍的情况下容易发生自杀或他杀的恶性事件。因此，采取有效的法律措施，及时发现和制止家庭暴力，并对受害人给予及时的法律援助显得尤为重要。

第三，家庭暴力的行为手段具有多样性、所致损害的后果具有不确定性。家庭暴力手段呈多样性，包括殴打、捆绑、禁闭等暴力行为或以暴力相威胁、侮辱等手段，侵害和摧残受害人的身心健康，有的甚至割鼻子、挖眼睛、挑脚筋、毁容等手段十分残忍。由于家庭暴力行为的手段、情节和程度不同，所致损害的后果亦有轻重之不同。所以，对家庭暴力行为的处理，应区别不同情况适用相应的法律、法规，予以不同的处理，才能收到较好的预防和制止效果。

## 二、我国家庭暴力现状和原因

当前我国的家庭暴力主要表现为以下状况：

第一，近年来我国家庭暴力日益增多，在一些地区呈上升趋势。据有关部门统计，与80年代相比，90年代我国家庭暴力上升了25.4%。来自全国人大、部分省市法院、检察院、妇联等单位的材料表明，家庭暴力约占婚姻家庭纠纷的30%，个别地区达50%。浙江省温州市妇联1992年至1995年受理的婚姻家庭纠纷案占信访总数的70%，其中家庭暴力案件占信访案件总数的20.2%。四川省妇联1993年全年处理的家庭纠纷案件涉及家庭暴力的占50%以上。据长沙市妇联调查，1993年1月至1995年10月仅该市城乡有登记的家庭暴力案件有1936件次。哈尔滨市1994年家庭暴力案占到妇联上访案总数的16.14%，1995年1月至5月上升为占24.7%。沈阳市妇联1994年接待因家庭暴力上访的占上访总数的25%，1995年占30%，1996年占34%，1997年占35%。重庆市渝中区妇联1997~1998年信访接待的家庭暴力案件占信访件总数的比例，1997年占12%，1998年上升为占19%。

第二，家庭暴力中绝大多数受害者是妇女。上海市妇女保护委员会1992年调查统计，该会全年接待受理家庭暴力事件3899件，受害者绝大多数是女性，丈夫施暴占61.5%。1995年北京某区对106名离婚女性调查表明，因不堪忍受丈夫毒打而起诉离婚的占50%以上。另一项对2118位女性的抽样调查表明，有21.3%的妻子受到暴力威胁。重庆市南岸区妇联1993年至1994年两年接待的信访件中，家庭暴力案件有63件，占信访件总数的51.2%；其中妻子为被害者的占家庭暴力案件总数的78%。辽宁省妇联1999年1月的调查表明，该省的家庭暴力98%发生在夫妻之间，其余发生在父母与子女或与其他家庭成员之间。前

述长沙市妇联调查的 1936 个家庭暴力案件中，受害者多数是妇女和儿童，95% 以上是丈夫殴打妻子。

第三，家庭暴力的手段多种多样，有的十分残忍。据重庆市南岸区妇联 1995 年的调查材料反映，受害妇女不少被打得鼻青脸肿、肌肉挫伤、鼻梁骨折、肋骨断裂。该区一妇女反映在 9 个月中丈夫对其殴打 9 次，采取毒打、脱光衣服不准睡觉、强迫喝酒致酒精中毒等多种手段进行摧残。这些受害妇女在遭受肉体痛苦的同时，往往还要遭受性虐待。辽宁省妇联 1999 年的调查材料反映，家庭暴力违法行为的表现形式：轻者拳打、脚踢、罚跪、造成鼻青脸肿、眼出血、耳膜穿孔；重者使用棍棒、针扎、刀割、挖眼睛、汽油烧，造成骨折、毁容、终身残疾的后果。有些家庭暴力的手段十分残忍，从近年报道的一些恶性案件可见一斑：1994 年河南省泌阳县农民曹某在婚内强奸被拒绝后，朝妻腹部猛踢一脚致其肠管破裂后死亡；1996 年 3 月 8 日兰州市发生了震惊社会的“3·8”丈夫李某对妻杨某的特大毁容案；1997 年 6 月 12 日北京市发生了轰动京城的丈夫王某烧妻案；1997 年 8 月 7 日四川省南溪县发生了丈夫用刀挑断妻子脚筋的严重恶性案件……<sup>①</sup>

第四，家庭暴力正严重地影响我国一些地区婚姻家庭的稳定和社会秩序的安定。近年来在我国一些地区，家庭暴力已成为离婚率上升的一个重要原因，并成为近亲属间犯罪案件增加的一个原因。据我国有关部门统计，我国现有家庭 2.67 亿个，目前离婚率为 1.54%，即每年约有 40 万个家庭解体，其中四分之一一起

---

① 参见程新青：《婚内强奸遭拒绝，丈夫害妻被判刑》，载《中国妇女报》1995 年 5 月 12 日；廖明等：《晚霞三年苦争春 高院纠错还公正》，载《中国妇女》（法律帮助专刊），52 页，1999（5）；张祺：《北京重审烧妻案》，载《中国妇女报》，1999 年 11 月 4 日；纪籍：《一个被害女人对野蛮丈夫的血泪控诉》，载《婚姻与家庭》，1998（2）。

因于家庭暴力。重庆市南岸区妇保会 1993 年调查发现，因家庭暴力导致离婚的占调查的离婚案件总数的 80% 左右。据辽宁省妇联统计，家庭暴力导致离婚率上升，锦州市古塔区 1996 年离婚率为 49.7%，1997 年为 58.2%，1998 年上半年为 64.7%。离异家庭带来子女教育问题，鞍山市立山区少年犯罪中父母离异的占 33%。从辽宁省杀亲案占伤害致死案总数的比例看，1994 年占 11.5%，1995 年占 23%，1996 年占 24.1%。在我国其他地区也发生了不少家庭暴力引起的严重恶性案件，并随着家庭暴力对妇女侵害的增多，女性犯罪又以极大的幅度在增长，引起人们的严重关注：在中国第一个国际家庭日（1994 年 5 月 5 日）到来前夕，重庆市发生恶夫张文勇割掉其妻李忆琴的左耳和鼻子的恶性案件；1995 年 12 月 27 日长沙市发生丈夫谭自忠高楼抛妻致死案；1996 年 6 月 3 日海南省琼海县发生农村妇女王良梅因不堪其夫长期的家庭暴力愤而杀夫案；1998 年 12 月 28 日某省新田县发生农妇邹青姣不堪丈夫的经常性毒打，因绝望而杀夫案；1998 年 4 月 12 日重庆市发生恶夫唐俊良（暴力虐待其妻 8 年后）殴妻致死案……在我国各地，除夫妻暴力外，其他家庭成员间的暴力引起的恶性事件也时有发生。1998 年 4 月 9 日湖南省衡阳市发生某厂女工谢树贵因不堪其兄长期对其家庭成员（包括对其父、其妹、其弟、其妻等）的残忍暴力而雇人杀兄案。1999 年 8 月 20 日山东铝业公司第二小学二年级学生年仅 8 岁的王源源在受其继母魏某长期虐待后，又被继母杀死……这一桩桩、一件件令人震惊的家庭血案，警醒着人们：预防和制止家庭暴力刻不容



缓!①

家庭暴力为什么在我国禁而不止,且近年呈增多趋势?主要有如下原因:

第一,封建夫权思想的残余影响,在市场经济新形势下有所抬头。随着我国市场经济的发展,在城市,不少企事业单位的内部机构调整改革中,女职工换岗、下岗多于男性。据重庆市南岸区妇联1996年对40个企业下岗女工情况的调查中反映:因下岗对夫妻感情影响大的占18.5%,有一定影响的占48.1%;因下岗对妇女在家庭中地位影响很大的占16.9%,有一定影响的占56.3%。不少家庭的妻子因下岗无经济收入或换岗经济收入减少,对夫妻感情和妻子在家庭中的地位发生了一定影响,有的家庭矛盾增多,家庭暴力行为也有所增多。在农村,有些农民丈夫外出经商富裕起来后,在外“包二奶”,对家中的妻子实施虐待,稍不如意就辱骂、殴打;有的农民丈夫游手好闲,甚至是赌徒,在社会上被人看不起,在家中以打老婆为能事。甚至有的恶夫如王崇雄竟然公开跟朋友打赌:“我敢把我老婆杀了。”(1996年6月3日被海南省琼海县农妇王良梅愤而杀死的丈夫王崇雄是懒汉、是淫棍、是恶魔。王良梅与其结婚后经常遭受毒打。她几次起诉离婚法院只调解不判离,而丈夫的虐待却变本加厉,在忍气吞声11年之后,王良梅终于仇恨如火山爆发,举刀向恶夫砍去……)同时,还要注意到近年我国城乡家庭暴力有所增多的现象,与市场经济新形势下,注重经济建设,有些基层单位的思想教育工作有所放松,婚姻家庭精神文明建设未及时跟上也有一定

① 参见罗祥:《中国家庭暴力的现状、原因及法律措施浅议》,载《新疆大学学报》(哲社版),49页,1997(4);邓小波:《她该不该宽大处理》,载《中国妇女报》,1998年6月26日第3版;欧阳春中:《夫啊,我的疯狂源于你的虐待》,载《法制月刊》,1999(5);廖桂元等:《弱女杀兄为哪般?》,载《法制与新闻》,1999(1);董丁等:《继母斩杀八龄童》,载《重庆商报》,1999年12月29日第10版。

关系。

第二，当事人思想文化素质低，法制观念淡薄。从加害人方面看，在我国农村，家庭暴力的行为人多数思想文化素质低，有的性格偏执，对配偶无端猜疑，有的不能正确处理家庭矛盾，经常因一点小事就打骂家庭成员；在我国城市，家庭暴力的行为人也以初中以下文化程度居多。无论城乡的违法行为人都有一个共同点，就是法制观念淡薄，未认识到自己对家庭成员实施暴力是违法或犯罪行为。再从受害人方面看，多数受害人的法制观念不强，由于受“家丑不可外扬”思想的影响，或受加害人的威胁而恐惧，在受到家庭暴力的侵害后，一般都是忍气吞声，不主动向有关部门反映；同时，也不知道应借助法律来保护自己的合法权益，往往是逆来顺受。这使家庭暴力违法行为愈演愈烈。有的受害人在忍无可忍之时，不是求助于法律而是自行了结，导致发生严重的恶性案件，自己也由受害人变成了犯罪者。

第三，社会有关部门对家庭暴力问题重视不够，来予及时处理或处理不当。有些单位的负责人认为家庭暴力是一般家庭内部事务，不予过问；有的法官对于受害人因不堪家庭暴力请求离婚的诉讼，一味调解和好而不判离。这使违法行为人更加肆无忌惮地实施家庭暴力行为，从而酿成了一些杀夫或杀妻的恶性案件发生。如前述兰州市发生的“3·8”丈夫李某对妻杨某的特大毁容案，丈夫李某与妻子杨某因性格不合常为生活琐事争吵，后来发展到拳脚相加，也无人过问。女方多次提出结束这不幸的婚姻，但男方坚决不同意，两人积怨日深。案发当天因一点琐事两人发生争吵，夫李某即用汽油淋在妻杨某身上点燃，造成杨某毁容、残疾的严重后果。又如，前述海南省农妇王良梅结婚后长达11年来经常遭受其夫毒打。她几次起诉离婚法院都只调解不判离，而丈夫的虐待却变本加厉，在忍无可忍之下她愤而杀夫。

第四，我国现行法律对家庭暴力的预防、处理及制裁措施不

力。目前我国法律有关保护公民人身权利及家庭成员人身权利的规定有些比较原则，可操作性差；同时这些规定散见于各种法律、法规及各地的地方性条例或规定之中，不便公民知法、守法；尤其是对受害人的法律援助措施不具体，导致有关机关往往未履行其援助职责；加之各种措施尚不完善、不配套，未能相辅相成有效地发挥预防、处理及制裁家庭暴力的作用。即预防和制止家庭暴力的法律机制不健全，这是我国家庭暴力长期禁而不止的一个十分重要的原因。因此，进一步完善立法，强化我国防治家庭暴力的各种法律措施，是我国现实提出的一个亟待解决的重要问题。

### 三、我国法律对家庭成员人身权利的保护性规定及其立法之不足

中国政府一贯重视对公民包括家庭成员人身权利的法律保护。我国宪法作为国家的根本大法，在第33、37、38、49条分别规定：中华人民共和国公民在法律面前一律平等。中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。禁止虐待老人、妇女和儿童。

根据我国宪法规定的精神，我国《民法通则》第98、101、104条分别规定：公民享有生命健康权。公民的人格尊严受法律保护……婚姻、家庭、老人、母亲和儿童受法律保护。根据《民法通则》第134条规定，侵犯公民的人身权利应承担的民事责任方式有：赔偿损失、停止侵害、赔礼道歉等。各种民事责任适用的情况有所不同，例如，赔偿损失是最主要最基本的侵权民事责任方式，适用于补偿被侵害的财产损害、人身损害或慰藉精神损害；赔礼道歉，适用于恢复被侵害的非财产损害；停止侵害，则适用于制止各种正在进行的侵权行为。同时，我国《民法通则》

第134条还规定，人民法院审理民事案件，除适用有关民事责任的规定外，对严重的民事违法行为人还可予以训诫、责令具结悔过，以及依照法律规定处以罚款、拘留等民事制裁措施。即民事制裁措施主要适用于那些承担民事责任尚不足以惩罚违法行为人的严重违法行为。

我国1979年《刑法》设有专章规定妨碍婚姻、家庭罪，对侵害家庭成员人身权利构成暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪等的犯罪人，应当依法追究其刑事责任。1997年10月1日施行的新《刑法》第四章规定了侵犯公民人身权利罪，第257、260条分别就暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪的构成要件及其刑事处罚作了规定，以保护家庭成员的人身权利不受侵犯。我国《刑事诉讼法》等有关法律还对验伤程序、轻重伤标准、自诉与公诉、附带民事诉讼、和解与撤诉等相关问题有具体规定。

我国1980年《婚姻法》就保护家庭成员的人身权利，在第2、3、9、11、19、21、34条分别规定：保护妇女、儿童和老人的合法权益。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。夫妻在家庭中地位平等。夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制或干涉。非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。继父母与继子女间，不得虐待或歧视。违反本法者，得分别情况，依法予以行政处分或法律制裁。

我国1992年1月1日施行的《未成年人保护法》明文规定保护未成年人的人身权利，并以专章规定了家庭保护，在第4、5、6、8、12、46、47、52条分别主要有以下规定：保障未成年人的合法权益；尊重未成年人的人格尊严；国家保障未成年人的人身、财产和其他合法权益不受侵犯。中央和地方各级国家机关应当在各自的职责范围内做好未成年人保护工作。父母或者其他监护人不得虐待、遗弃未成年人；不得歧视女性未成年人或者有

残疾的未成年人。父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益的，应当依法承担责任。父母或者其他监护人有前款所列行为，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护的资格；依照民法通则第16条的规定，另行确定监护人。未成年人的合法权益受到侵害的，被侵害人或者监护人有权要求有关主管部门处理，或者依法向人民法院提起诉讼。侵害未成年人的合法权益，对其造成财产损失或者其他损失、损害的，应当依法赔偿或者承担其他民事责任。侵犯未成年人的人身权利或者其他合法权利，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

我国1992年10月1日施行的《妇女权益保障法》就妇女的人身权利保护，在第2、3、33、34、35、39、40、41、48、49条分别主要有如下规定：禁止歧视、虐待、残害妇女。保障妇女的合法权益是全社会的共同责任。国家机关、社会团体、企事业单位、城乡基层群众性自治组织，应当依照本法和有关法律的规定，保障妇女的权益。国家保障妇女享有与男子平等的人身权利。妇女的人身自由权利不受侵犯。禁止非法拘禁和以其他非法手段剥夺或者限制妇女的人身自由；妇女的生命健康权不受侵犯。禁止用迷信、暴力手段残害妇女；禁止虐待、遗弃老年妇女。国家保障妇女享有与男子平等的婚姻家庭权利。国家保护妇女的婚姻自主权。禁止干涉妇女的结婚、离婚自由。妇女的合法权益受到侵害时，被侵害人有权要求有关主管部门处理，或者依法向人民法院提起诉讼。被侵害人可以向妇女组织投诉，妇女组织应当要求有关部门或者单位查处，保护被侵害妇女的合法权益。违反本法规定侵害妇女合法权益，其他法律、法规已规定处罚的，依照该法律、法规的规定处罚。该法第50条还对有关侵害妇女权益的申诉、控告、检举、推诿、拖延、压制不查处的，对失职的直接责任人员的处理机关和处理办法等作了具体规定。

并在第 52 条规定，侵害妇女的合法权益，造成财产损失或者其他损害的，应当依法赔偿或者承担其他民事责任。

我国 1996 年 10 月 1 日施行的《老年人权益保障法》第 4、6、43、44、46、47 条分别规定：禁止歧视、侮辱、虐待或者遗弃老年人。保障老年人合法权益是全社会的共同责任。老年人合法权益受到侵害的，被侵害人或者其代理人有权要求有关部门处理，或者依法向人民法院提起诉讼。人民法院和有关部门，对侵犯老年人合法权益的申诉、控告和检举，应当依法及时受理，不得推诿、拖延。不履行保护老年人合法权益职责的部门或者组织，其上级主管部门应当给予批评教育，责令改正。国家工作人员违法失职，致使老年人合法权益受到损害的，由其所在组织或者上级机关责令改正，或者给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。以暴力或者其他方法公然侮辱老年人……或者虐待老年人，情节较轻的，依照治安管理处罚条例的有关规定处罚；构成犯罪的依法追究刑事责任。暴力干涉老年人婚姻自由……情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。

综上所述，我国宪法就保护公民的人身权利作了原则规定，我国《刑法》、《民法通则》和《婚姻法》，尤其是《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》和《老年人权益保障法》进一步就家庭成员人身权利的保护作了具体规定，体现了国家保护婚姻家庭、老人、妇女、儿童合法权益的宪法原则。值得指出的是，《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》和《老年人权益保障法》的规定较为具体，分别就保障未成年人、妇女和老年人合法权益的禁止性规定；全社会的保护责任；未成年人、妇女和老年人的合法权益受侵害后的请求权主体和受理的部门；人民法院和有关单位及组织的相关职责；对暴力侵害未成年人、妇女或老年人合法权益的，视其不同的情节，适用不同的法律、法规；以及执法监督机关和相应的处理办法等，作出了比较具体的规定，比《婚

姻法》的制裁性规定更具有可操作性。

为贯彻实施我国保护公民人身权利的法律规定，在地方立法方面，我国许多省市近年来结合当地实际制定了有关保护妇女、儿童和老人合法权益的地方性条例，全国30个省、直辖市、自治区已颁布《妇女权益保障法实施办法》。我国有的地方政府还制定了反家庭暴力的地方性法规。1996年初，在高楼抛妻发生地长沙市政府制定了《关于预防和制止家庭暴力的若干规定》。这是我国第一部反家庭暴力的地方性法规。为贯彻这个法规，1999年10月长沙市公安局出台了《〈关于预防和制止家庭暴力的若干规定〉的意见》。它明确规定家庭暴力违法犯罪案件由行为发生地的公安机关管辖，对于构成犯罪的，公安机关应当移送有管辖权的人民法院，并告之当事人向法院起诉；对于违反治安管理的违法行为人，公安机关应针对家庭暴力案件的特点，综合考虑案件的起因及今后家庭关系的协调等因素，区分具体情况妥善处理。尤其是对多次受治安处罚仍屡教不改，且够劳动教养的，应依法送劳动教养。这些规定对当地预防和制止家庭暴力具有积极作用。

在执法措施方面，湖北省襄樊市从1997年开始，在市中级人民法院民二庭设立合议庭，专门审理涉及婚姻家庭问题的案件，摸索与妇联合作审理该类案件的新途径。两年多的实践表明，聘请妇联干部担任特邀陪审员参与案件审理，帮助法庭解决了一些棘手的案件，已结案件的执行率达95%以上。1999年该市在全市法院系统推广这一经验，成立了16个合议庭，聘请了50名妇联干部担任特邀陪审员，以切实保护妇女儿童的合法权益。为及时给受害人保存遭受暴力伤害的证据，北京市高级人民法院法医门诊开设了“家庭暴力伤害专项鉴定”，为受害人建立家庭暴力伤害专项档案，受害人可通过领取“案号证”，在门诊连续进行伤情检查、记录；门诊还可为其提供法医鉴定文书；应法院要求，

鉴定人可以出庭作证。1998年4月青岛市中级人民法院和该市妇联联合成立了家庭暴力致伤鉴定中心，在一年多的实践中，不但为家庭暴力案件的处理提供了可靠的鉴定结论，使违法犯罪分子受到应有的法律制裁，依法维护了妇女的合法权益，而且在为受害妇女进行致伤鉴定的同时，也发挥着普法教育与心理治疗的作用。

在法律援助措施方面，全国妇联为维护妇女合法权益做了大量工作。全国妇联权益部通过信访网络、法律宣传和服务机构、妇女投诉站、妇联系统陪审员队伍等帮助妇女。各级妇联权益部门已在全国建立了法律援助中心48个，一些地区妇联维权干部固定担任审理侵害妇女儿童案件的特邀陪审员，直接参与案件陪审。截至1998年底，全国已有13个省市共4266人的妇联陪审员，参与处理陪审案件940多起。我国不少妇女报刊杂志，尤其是《中国妇女报》为预防和制止家庭暴力，作了大量法制宣传教育工作，以创造一个良好的知法、守法、执法环境。河南省商丘市为使妇女及时得到法律服务，1999年以来在该地区各级妇联组织设立了妇女法律援助中心，律师事务所、公证处及其他法律服务机构都设有专人为妇女服务，深受广大妇女的好评。我国有些地方的基层单位、社会人士采取了一些援助受害人、制止家庭暴力的社会措施。例如，1994年底上海市虹口区某街道成立了首家老人保护所，安置合法权益遭受侵害的老年人；1995年4月该区另一街道成立了第二家老人庇护所。该区计划将在30%的街道成立老人庇护所。此举对制止对老年人的侵权行为，保护老年人合法权益，推动《上海市老年人保护条例》的贯彻实施起了积极作用。在1995年9月联合国第四次世界妇女大会召开之日，武汉市民间人士创办的“新太阳女子婚姻驿站”挂牌成立，其宗旨是减少家庭暴力，避免社会歧视，提高女子素质，保障不幸女子人身安全。随后不久，“上海市南方妇女儿童家庭暴力救



助中心”成立，旨在为受害人提供一个暂时躲避场所，以减少家庭暴力和降低其危害到最低限度。总之，上述各地采取的立法、执法和法律援助措施，对该地区预防、制止家庭暴力发挥了积极作用。

但是，从全国范围看，上述地区行之有效的立法、执法和法律援助等经验，并未在全国普遍推广。在实际生活中，我国立法、司法仍存在以下缺陷：

第一，我国现行保护家庭成员人身权利的立法太分散，有的规定较原则、可操作性差。我国现行保护家庭成员人身权利的立法，从立法形式看，有关规定分散在《民法通则》、《刑法》、《婚姻法》、《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》、《老年人权益保障法》等数个法律、法规之中，既不便于当事人知法、守法，也不便于实际部门执法；从立法内容看，还存在一些立法空白，有些保护性规定比较原则，不具体，可操作性差。例如，对家庭暴力的定义、性质和主要表现形式；有关单位或社会组织，尤其是公安机关对家庭暴力行为的预防和制止应履行哪些具体职责等，均无明确的规定。

第二，法制宣传教育力度不够。尽管近年我国先后开展了多次大规模的普法教育运动，但在我国有些地区，尤其是一些农村较偏远的地区法盲人数仍然较多。这些人法制观念淡薄，普遍未认识到家庭暴力是一种违法或者犯罪行为。对于当地发生的家庭暴力行为，社会舆论未予谴责而持宽容态度，没有形成一个反对家庭暴力的社会舆论氛围，对家庭暴力行为人无威慑作用。另一方面，家庭暴力的加害人和受害人大多数都缺乏法律意识，故而加害人实施家庭暴力行为肆无忌惮，受害人忍气吞声不知求助于法律的保护，致使家庭暴力愈演愈烈。

第三，执法和法律援助的力度不强。根据我国现行有关法律的规定，对暴力侵害妇女、儿童、老人等家庭成员人身权利的违法

行为人，可予以行政处罚、或民事制裁；如构成犯罪的，应追究刑事责任。即对家庭暴力行为人的处理应区别不同情况，分别予以行政法律制裁、或者民事法律制裁、或者刑事法律制裁。但是，从全国范围看，现有法律的执行力度不强。这主要表现为，其一，我国迄今尚未在全国普遍建立家庭法庭，由其专门负责审理婚姻家庭案件包括家庭暴力案件。并且，未很好地发挥民事法律对预防和制止家庭暴力的作用。目前我国大部分地方的人民法院一般是将家庭暴力案件混同于一般案件审理，忽视了这类案件的特点，即其是发生在家庭内部的近亲属之间。如果视其不同情节，正确适用相应的民事法律，就能有效地发挥民事法律的保护、预防和制裁的功能。根据我国《民法通则》的有关规定，侵害公民人身权利的民事违法行为人应承担停止侵害、赔礼道歉、或赔偿损失（包括补偿人身损害和慰抚精神损害）等民事责任；情节严重的，人民法院可予以训诫、具结悔过、罚款、拘留等民事制裁措施。但在现实生活中，我国人民法院对家庭暴力行为采用民事责任方式或民事制裁方式处理的极其少见。其二，在不少地区对受害人法律援助的力度不强。家庭暴力行为，不仅侵害婚姻家庭当事人的合法权益，而且影响社会秩序的安定，应动员社会各方面的力量形成合力，在共同预防和制止家庭暴力行为的同时，对受害人提供及时的法律援助和医疗、心理咨询等其他帮助措施。但我国现行法律对公安机关、律师、法医鉴定所、医院、妇女组织、有关单位和社会基层组织，应如何对家庭暴力的受害人提供法律援助和其他帮助措施，尚无具体规定，还未形成一股预防和制止家庭暴力行为的社会合力。

第四，执法监督机制缺乏。虽然我国《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》和《老年人权益保障法》分别就对未成年人、妇女和老年人的人身权利有保护性规定，并对有关部门负责对失职的直接责任人员的处理也有规定。但是，目前有关部门执法监

督的力度不够，“有法不依、违法不究”的现象在一些地方仍然存在。前不久，我国全国妇联权益部部长丁露发出强烈呼吁：“妇女权益，期待司法强力保护。”<sup>①</sup>我国家庭暴力行为禁而不止，与我国执法监督机制不健全不无关系。

#### 四、有关预防、制止家庭暴力的国际文献及一些国家采取的相关措施

众所周知，家庭暴力绝大多数是夫对妻施暴，即是男子对妇女的暴力。1979年联合国大会通过的《消除对妇女一切形式歧视公约》是涉及妇女权利问题的最重要而全面的国际文献。它于1981年9月3日在第20个国家批准之后成为一项国际条约。公约确定了一个国际妇女权利清单，其中虽无直接论述暴力问题的条款，但它将对妇女施暴当作一种歧视行为，消除对妇女的暴力被当作消除对妇女的歧视部分在文献中得到了应有的重视。1985年12月被联合国大会决议认可的《内罗毕提高妇女地位前瞻性战略》要求：消除对妇女一切形式的歧视。并确定到2000年的最低目标之一，是实施确保实行妇女平等的法律。1986年在维也纳举行了家庭暴力对妇女地位的影响问题专家会议。1990年在哈瓦那召开的第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会上，重申了关于家庭暴力及在刑事司法中公平对待妇女的决议，并敦促各会员国在刑事司法内外，探讨、制定和执行对家庭暴力所有方面的多学科性政策、措施、战略及立法。（我国是这些国际组织的会员国，有责任和义务执行这些决议。）1993年联合国在维也纳召开世界人权大会，妇女人权被写入《维也纳宣言和行动纲领》。并在同年12月联大正式通过了《消除对妇女暴力宣言》。《消除

<sup>①</sup> 丁露：《妇女权益，期待司法强力保护》，载《检察日报》1999年6月23日第5版。

对妇女暴力宣言》第1、2条就对妇女的暴力作了界定，列举了暴力侵害的权力的性质，并根据暴力发生的场所，把暴力分为家庭、社区、国家三类，每类均列举了盛行的暴力类型（见前所述）；第4条重点阐明国家对消除对妇女施暴的职责和义务，要求各国政府尽快采取一切手段来实施消除对妇女施暴的政策等。为此，《宣言》提出了17条具体行动，其中包括批准《消除对妇女一切形式歧视公约》；对执法人员和政府官员进行培训，使之对妇女的需求保持敏感；通过教育改革来改变男女行为的社会和文化模式；加强对暴力原因、性质及后果的研究和数据的收集，等等。1995年联合国第四次世界妇女大会通过的《行动纲领》在《消除对妇女暴力宣言》的基础之上，就对妇女施暴问题作了进一步的补充和完善。《行动纲领》提出了三个战略目标：采取综合性的措施预防和消除对妇女的暴力；研究对妇女施暴的原因与后果及各种预防措施效益……并针对每一项战略目标，对国际组织、各国政府、非政府组织、及有关机构提出了一揽子整合性的措施，以增强受害妇女本身的权利，并改变使妇女的暴力合法化和永久化的社会文化环境。总之，《行动纲领》为全方位、多维度地解决对妇女施暴问题提供了一个行动指南。<sup>①</sup>

目前国外对家庭暴力已从研究阶段步入法制化进程，一些国家采取了一些预防和制止家庭暴力的法律措施。例如，在英国，1996年《家庭法案》第四章第42条规定了制止家庭暴力的法律措施，包括“互不妨害令”、“附加拘留权”等。“互不妨害令”是由当事人一方申请法院作出或由法院主动作出的，禁止夫妻（或同居男女）一方妨害与之共同生活的另一方；或者禁止夫妻

---

① 参见胡玉坤：《国际社会与妇女施暴问题》，载《国外社会科学》，1998（2）；郭佳平：《家庭不应是暴力特区——与中国政法大学副教授夏吟兰女士一夕谈》，载《法制日报》，1995年3月14日第5版。

(或同居男女)一方妨害有关子女的指令。“互不妨害令”适用的法定情形是：为了保证利害关系人及有关子女的健康、安全及幸福，针对一般妨害或特定妨害的行为，或两者兼之。同时对“互不妨害令”的撤销及失效条件等也有明确规定。根据该法案第47条规定，法院认为答辩人（被告）对申请人或有关子女使用暴力或以暴力相威胁，应当在指令中附加拘留权。同时还规定，法院在已根据第45条第1款作出“互不妨害令”的情形下，只有在答辩人对申请人或相关未成年人使用暴力或暴力相威胁，且如不附加拘留权，答辩人的行为足以造成申请人或相关未成年人的危险时，才能附加拘留权。附加拘留权的期间（可短于相关指令如“互不妨害令”的期间，并可予以一次或多次延长）。对附加拘留权指令的执行，当出现法定情形（答辩人违反指令的规定）时，由警察执行拘留，在24小时内移送相关司法机关处理或还押。对未附加拘留权的指令，申请人认为答辩人违反了该指令的，可向相关司法机关申请签发拘留令；相关司法机关根据申请签发拘留令，必须符合法定情形。此外，对被还押人的保释条件也有规定。第49条对“互不妨害令”的变更或解除作了规定。第50条规定治安法庭有权以违反“互不妨害令”等指令为由，拘留某人。

在美国，鉴于家庭暴力犯罪的特殊性，一些地方法院创立了专门的家庭暴力法院，主要审理民事案件和轻微刑事案件中涉及家庭暴力的案件，由经过专门训练的一组法官办案。在处理中采取刑事处罚、民事制裁和多学科并用的方式，改变了习惯上单一的刑事惩罚手段，而辅之以预防的方法（即制裁与心理辅导相结合）。其具体做法有三个特点：一是设置司法审查日。法院对被判有罪的施暴者多数处以缓刑，由缓刑官监督执行，只有少数重罪者入狱服刑。同时对确有虐待行为的犯人提供一套双轨诊疗项目，接受缓刑刑事处罚的犯人每隔30天左右向法官报告一次受

治疗、监督的情况。二是法官为暴力家庭的孩子提供心理治疗；三是法官在庭审以外发挥作用，经常到学校讲演，对公众进行制止家庭暴力的教育；与律师、医生、教育工作者、心理专家、牧师、新闻记者、社会活动家等建立广泛的社区联系，形成治理家庭暴力问题的社会协作系统，许多不施暴的男性也被邀请参加这项工作。这样形成了一股预防、制止家庭暴力的社会合力。还须注意的是，目前美国各州都有自己的反家庭暴力协会，全美也成立了美国反家庭暴力协会。各州反家庭暴力协会都把制定反家庭暴力的法律作为其活动的重要任务，促使法律的顺利通过。美国的第一个反家庭暴力条例是《家庭暴力的预防及提供服务》，主要规定家庭暴力的定义、家庭暴力的表现形式及对受家庭暴力侵害的妇女所提供的服务。1994年全美又通过一部《反对对妇女行暴的法律》，这对美国推进反对家庭暴力运动具有重大意义。尤其需要指出的是，美国各州的妇女组织为敦促政府尽快制定反家庭暴力的法律做了大量宣传鼓动工作。同时，各州为配合反对家庭暴力运动，建立起了行之有效的民间支持系统，主要包括：普遍建立受虐妇女保护组织；建立“男性制怒训练中心”；以及医院对受虐妇女的支持。这些都是美国反家庭暴力的一种特色。目前，受虐妇女保护组织遍及美国各州，“妇女庇护所”及类似机构有2000个，免费为受虐妇女提供法律帮助、身体伤害的治疗、心理辅导和生活上的照顾。如果某妇女被丈夫殴打、又无处躲避，可以申请来这里暂住6~8周（甚至可以带上未成年子女在这里一起生活）。同时，为从根本上预防和制止家庭暴力的发生，美国还建立了“男性制怒训练中心”，对那些实施暴力的丈夫或男性生活伴侣给予心理辅导和惩戒。如果某男子被妻子或其他人指控有施暴的行为，该中心就与警察机构联系，警察会将其带到法院，法院经查证属实，如果施暴者还不够判入狱，法院会发给他一个书面指令，责令其去“男性制怒训练中心”接受心理

辅导。每一个来这里的男性施暴者都要接受一年的辅导（一周一次，一次3小时），每次的辅导费用由个人承担。据统计，1998年美国法院处理的家庭暴力案件中37%的受害妇女都经过了医院急诊室的抢救。为更好地处理家庭暴力案件受害妇女的伤情，许多医院或医学院培训了一批专门负责处理家庭暴力案件的医生护士，如教育她们如何对待受虐妇女、如何询问伤情、如何报警及在对受虐妇女治疗时如何保存证据等。现在美国的医学界有个不成文的规定，即各医学院都要开设家庭暴力课程，每个学习护理专业的学生必须对受家庭暴力侵害的妇女进行至少8小时以上的护理实习。<sup>①</sup>

在瑞典，1982年通过了一个新法律，废除了“对施暴者惩罚时考虑受害者行为”的条款，并把强奸的范围扩大到违背妇女意愿的手淫和口交的行为。新法律要求关注受害者。这就要求对受害妇女的康复工作，从她可能遇到的第一个人是医生、警察和社会工作者开始做起。于是，该国政府1992年拨专款要求开展医院、司法和社会福利部门的合作项目，以期实验如何更好地对妇女受害者保护和施暴者惩罚。1995年该项目结束，效果很好。在1996年该国自上而下地开展了一个“让妇女在和平中生活”项目，警察是这个项目的主要协调者。项目的主要目标之一就是：使反家庭暴力的工作进入到日常警务中。比如，警察接到妇女遭受暴力的报案，就要作为刑事案件侦查，对打破的家俱要拍照，对男女各自的口供要录像，对妇女的受伤情况要作记录，并派人送妇女到医院检查。如果妇女因为报案而受到男性威胁，感到不安全，她可以申请警察的保护，或安装报警器。对妻子施暴

---

① 参见郭萍：《虐妻男人接受家庭暴力治疗——介绍美国家庭暴力法院》，载《中国妇女》，1997（1）；田瑶：《民间组织，一双强有力的手——美国开展反家庭暴力有奇招》，载《中国妇女报》，1999年11月4日第3版。

的男子可能会被判处一年或更长时间禁止探望妻子和孩子。如果妇女希望离婚，法律规定，她们可以免费请律师。值得注意的是，除采取法律措施外，瑞典政府还采取了一些社会措施，一方面及时发现对妇女的暴力行为，并给予各种社会援助。在开展该项目的医院，医生如发现就诊的某妇女身体多处部位有伤，就要关切地询问她是如何受伤的，是否有人侵犯她。并告诉她只要她愿意，医生可以为她做全面的检查，检查报告可以在法庭上作为证据。如果妇女还没有考虑好，或感到特别伤心，医院有一名社会工作者可以和她交谈，为她提供相关的法律知识，并为这类妇女准备了写有医院急救中心、医院社工、妇女庇护所、警察局电话的一张小卡片，只要她们需要随时可以与这些部门联系。另一方面，加强对因施暴而被判刑的男子的心理辅导治疗。因对妇女施暴而被判刑的男性犯人可以与法院签订一个协议，他们同意到一个对施暴者进行康复治疗的地方，接受50个小时的治疗（采取小组讨论的方式进行心理治疗），经常讨论的题目是：嫉妒、孤独和恐惧，一次两个半小时。这样他就可以不去监狱服刑。<sup>①</sup>

综上所述可见，国外一些国家对预防、制止家庭暴力采取的立法、执法和法律援助等法律措施，以及一些卓有成效的社会救助措施，各具以下特色：

英国1996年《家庭法案》规定法院有权作出互不妨害令、并可附加拘留权；警察负责执行拘留；受害人可向法院申请签发拘留令；治安法庭可行使拘留权等具体的法律措施，从而使受害人、法院、警察和治安法庭共同监督家庭暴力的加害人遵守互不妨害令等指令，以期加大执法力度，及时有效地制止家庭暴力行为。

美国为预防和制止家庭暴力，采取了大力立法（全美通过了

---

<sup>①</sup> 参见王凤仙：《反对向妇女施暴——瑞典在行动》，载《中国妇女》，1999（9）。



一部《反对对妇女行暴的法律》)、强化执法(一些地方法院创立了专门的家庭暴力法院)的法律措施。其法律制裁或处理方式也颇具特色,即对构成犯罪者采取缓刑为主、心理辅导为辅的方式;对于未构成犯罪的违法行为人,则采取责令到“男性制怒训练中心”接受心理辅导治疗的方式。这反映了对家庭暴力行为的区别处理原则,即已构成犯罪的,以刑罚为主心理辅导为辅;未构成犯罪的,以心理辅导为主。同时,还积极发挥民间社会组织及医院的救助作用,发挥医学院培养具有救助受害人常识的医护人员的作用,向受害妇女提供庇护、救助、伤害治疗,以及指导报警和保存证据等社会援助措施;同时,对男性施暴者进行心理辅导,以防止家庭暴力的再发生。

瑞典预防和制止家庭暴力的特点是,要求关注受害者,以警察机关为主体,让反家庭暴力的工作进入到日常警务中,为受害者提供全方位的法律援助。同时,加强医院对受害者的援助职责,以及对施暴者以心理康复治疗代替刑事处罚。

笔者认为,英国的“互不妨碍令”和附加拘留权,对于及时制止正在进行的家庭暴力及预防其今后再次发生,不失为一种较为有效的法律措施。(必须指出,我国现行民法规定的停止侵害的民事责任方式,以及可以合并处以拘留的民事制裁措施,具有与之相类似的功能。)美国制定了一部全国统一的《反对对妇女行暴的法律》;建立专门的家庭暴力法院强化执法力度;在法律制裁方式上实行区别处理原则;动员各种社会力量形成一股合力,为受害人提供法律援助和多种社会帮助,并对男性施暴者进行心理辅导等防治措施。瑞典反家庭暴力以警察机关为主体,为受害者提供全方位的法律援助,并加强医院对受害人的援助职责等经验,均对我国具有一定借鉴意义。而美国、瑞典对情节轻微的暴力行为人,以心理辅导治疗代替刑罚,注意消除暴力产生的心理根源,这对我国应注意对情节轻微的暴力行为人的法制教育

和心理辅导治疗，也有一定启示。

### 五、预防和制止我国家庭暴力的法律对策

近年来，我国许多学者和实际部门的同志对我国家庭暴力的原因和后果进行了研究，发表了不少论述，一致认为，应当针对其产生的原因，标本兼治，采取综合性的措施，实行综合治理，包括完善立法，采取有效的法律措施预防和制止家庭暴力；动员各种社会力量，建立一个防范家庭暴力行为、援助受害人的社会合力系统。并且，为从根本上消除家庭暴力的根源，要大力发展经济、普及九年制义务教育、加强婚姻家庭精神文明建设，以切实措施提高妇女地位，促进整个社会的进步和发展，才能收到良好的效果。<sup>①</sup> 笔者十分赞同他们的意见。限于篇幅，笔者以下仅就预防和制止我国家庭暴力的法律对策措施方面，提出自己的一点浅见。我国 1999 年 3 月 15 日修正后的宪法规定了“依法治国”的根本方略，确立了建设社会主义法治国家的目标。因此，必须加快法制化进程，强化法律手段在预防和制止家庭暴力中的作用。笔者建议，总结我国立法和执法经验，并借鉴国外立法、司法及法律援助等方面的经验，结合我国实际，从完善立法、加强法制宣传教育、加大执法和法律援助力度，以及强化执法监督等环节入手，形成一个配套的较为完善的预防和制止家庭暴力的法律机制。

---

① 参见王秀红：《家庭内部暴力干涉婚姻自由的现象、成因和防治对策》，载《人民法院报》，1995 年 11 月 17 日第 3 版；前揭书徐维华：《制止在家庭中对妇女实施暴力》；张贵钰：《论家庭中对妇女的暴力及其对策》；李明舜，林建军：《反对和消除针对妇女的暴力》；慕一平：《抵制家庭暴力，需要社会合力》，载《中国妇女报》，1997 年 2 月 6 日第 3 版；罗萍：《中国家庭暴力和现状、原因及法律措施浅议》，载《新疆大学学报》（哲社版），1997（4）。

### (一) 完善立法，制定一部适用于全国的预防和制止家庭暴力法规

建议我国立法机关，从我国实际出发，在总结我国现行立法经验、以及地方性立法和各地行之有效的司法实践经验的基础上，借鉴国外经验，制定一部全国性的“预防和制止家庭暴力法规”。其主要内容可包括：家庭暴力的定义、性质及其主要表现形式；受害人的保护请求权之行使；各有关部门包括公安机关、检察院、法院、律师、司法鉴定机构、医院、妇女组织、其他社会组织及基层单位等，各自对预防和制止家庭暴力负有哪些职责，以及对受害人有哪些法律援助义务；确立对不同的家庭暴力行为区别处理的原则，不同的情节分别适用不同的法律、法规或法律措施；对于家庭暴力行为，有关部门或工作人员处理不及时或处理不当造成严重后果的，失职的直接责任人员由何部门依据何法律、法规进行处罚等。

### (二) 加强普法宣传教育，提高公民的法律意识

建议在我国“预防和制止家庭暴力法规”中规定，加强普法宣传教育，提高公民的法律意识。我们认为，预防和制止家庭暴力，必须贯彻预防为主方针，把好预防和制止家庭暴力的第一关。因此，要利用报刊杂志、广播、电视、宣传栏、文艺节目等群众喜闻乐见的方式，广泛深入地进行法制宣传教育，倡导做遵纪守法的公民，弘扬社会主义婚姻家庭道德，建立平等和睦的婚姻家庭关系，创造良好的守法环境。要向广大群众宣传家庭成员的人身权利受法律保护，家庭暴力行为是违法行为，预防和制止家庭暴力，援助受害妇女和其他受害的家庭成员，是全社会的责任。在中、小学开设的法制教育课中，要把反家庭暴力作为一个重要内容；还可仿效美国、瑞典的做法，对医护人员、医学院和护士学校的学生开展对家庭暴力受害人的救助措施教育；在有条件的地区，可印发防范家庭暴力的宣传资料，发放到每个家庭，

让家庭暴力的受害人知道在被殴打后应在 24 小时内报警验伤，并使妇女热线和家庭暴力热线电话家喻户晓，以便及时与救助机关联系，争取获得法律援助和社会救助；要充分发挥社会传媒和舆论的监督作用，对发生的家庭暴力行为及时曝光和谴责，形成反家庭暴力的社会舆论氛围，以遏制家庭暴力的发生。

### （三）加大执法和法律援助的力度

建议在我国“预防和制止家庭暴力法规”中规定，加大执法和法律援助力度的具体措施，主要有三：一是在各级人民法院建立家庭法庭。由其专门负责审理婚姻家庭案件，以便针对家庭暴力案件的特点，区别不同情况，适用不同的法律制裁手段，及时予以适当的处理。尤其应注意适用民事制裁手段，如责令停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失；情节严重的，可予以训诫、责令具结悔过、拘留等民事制裁措施；二是将调解作为家庭法庭审理家庭暴力案件的必经程序，但属于公诉的刑事案件除外。鉴于家庭暴力案件的当事人之间具有近亲属关系这一特殊性，受害人往往愿意借助法院的力量多做加害人的思想教育转化工作。我国可借鉴国外对施暴者实施心理辅导的做法，充分发挥法院调解对加害人的教育、转化功能。因此，有必要将调解作为家庭法庭审理家庭暴力案件的必经程序（其他婚姻家庭案件也应如此），以便向违法行为人进行法制宣传教育，提高思想认识，促使其改正违法行为；三是以公安机关为主体，加大法律援助力度。可借鉴瑞典的做法，赋予公安机关接受报案及制止家庭暴力的职责，具体明列其可以采取的各项法律措施，包括向受害人提供全方位的法律援助和制止加害人违法行为的法律措施。

### （四）强化执法监督，实现“有法必依，违法必究”

建议在我国“预防和制止家庭暴力法规”中规定，有关执法监督机关要认真履行执法监督职能，对家庭暴力案件的处理，要定期实行执法检查。这就要求上级人民法院要加强对下级人民法

院的执法监督力度,及时处理上诉、申诉的婚姻家庭案件及家庭暴力案件,防止拖延、推诿,以避免一些婚姻家庭矛盾激化。同时,也要求有关执法监督机关要严肃查处失职的直接责任人员。尤其是我国各级人民代表大会的执法监督机关,要认真定期进行执法检查,督促有关单位及时严肃查处失职的直接责任人员,防止执法不严的情况发生。

附:

### 本文参考文献

1. 杨立新:《人身权法论》,中国检察出版社,1996;《侵权法论》,吉林人民出版社,1998。
2. 马俊驹、余延满:《民法原论》(上、下),法律出版社,1998。
3. 《中国妇女报》1994年~1999年。
4. 关淑兰、焦淑敏:《对我省婚姻家庭问题的调查分析》,中国法学会婚姻法学研究会1999年年会论文。
5. 《中英妇女与法律学术研讨会学术论文集》,北京大学法律系、英国大使馆文化教育处编印,1996年3月。
6. 青岛市妇联:《解决家庭暴力问题的新探索——记青岛家庭暴力致伤鉴定中心》,载《中国妇女报》1999年11月4日第3版。
7. Family Law Act 1996 (CHAPTER 27) PRINTED IN THE UNITED KINGDOM BY MIKE LYNN Controller and Chief Executive of Her Majesty's Stationery Office and Queen's Printer of Acts of Parliament.
8. 联合国:《消除对妇女一切形式歧视公约》、《内罗毕提高妇女地位前瞻性战略》,载联合国《1970—1990年世界妇女状况趋势和统计数字》(中文版),1993,转载《人口与计划生育》,75~76页,1995(2)。

## 本书主要参考文献目录

1. 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，人民出版社，1972。
2. 巫昌祯、杨大文主编：《走向 21 世纪的中国婚姻家庭》，长春，吉林人民出版社，1995。
3. 李银河、马忆南主编：《婚姻法修改论争》，光明日报出版社，1999。
4. 李志敏主编：《比较家庭法》，北京大学出版社，1988。
5. 张贤钰主编：《外国婚姻家庭法资料选编》，复旦大学出版社，1991。
6. 李忠芳主编：《外国婚姻家庭法汇编》，群众出版社，2000。
7. 杨大文主编：《亲属法》，法律出版社，1997。
8. 巫昌祯主编：《婚姻与继承法学》，中国政法大学出版社，1997。
9. 杨怀英主编：《中国婚姻法论》，重庆出版社，1989。
10. 邓宏碧主编：《婚姻家庭继承法学》，成都科技大学出版社，1995。
11. 陈明侠：《亲子法基本问题研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 6 卷，法律出版社，1997。
12. 曹诗权主编：《婚姻家庭继承法学》，中国法制出版社，1999。
13. 史尚宽：《亲属法论》，台湾荣泰印书馆股份有限公司，

1980。

14. 陈棋炎等：《民法亲属新论》，台湾三民书局股份有限公司，1995。

15. 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社，1998。

16. 徐安琪：《世纪之交中国人的爱情和婚姻》，中国社会科学出版社，1997。

17. 沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社，1998。

18. 马俊驹、余延满：《民法原论》（上、下），法律出版社，1998。

19. 王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》（上、下），中国政法大学出版社，1988。

20. 周枬：《罗马法原论》，商务印书馆，1994。

21. 姚辉：《民法的精神》，法律出版社，1999。

22. [日] 星野英一：《私法中的人——以民法财产法为中心》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第8卷，法律出版社，1997。

23. 杨立新：《民法判解研究与适用》，北京，中国检察出版社，1994。

24. [日] 利谷信义等：《离婚法社会学》，陈明侠等译，北京大学出版社，1991。

25. 夏吟兰：《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社，1999。

26. 何勤华主编：《英国法律发达史》，法律出版社，1999。

27. [美] 孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社，1999。

28. 信春鹰等：《台湾亲属和继承法》，中国对外经济贸易出版社，1991。

29. [日] 北川太郎:《日本民法体系》, 科学出版社, 1995。
30. [意] 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社, 1992。
31. [美] 摩尔根著:《古代社会》, 商务印书馆, 1983。
32. [美] 威廉·J·古德著:《家庭》, 魏章玲译, 社会科学文献出版社, 1986。
33. [奥地利] 赖因哈德·西德尔:《家庭的社会演变》, 商务印书馆, 1996。
34. [日] 大木夫著:《比较法》, 范愉译, 法律出版社, 1999。
35. [德] 罗伯特·霍恩等著:《德国民商法导论》, 中国大百科全书出版社, 1996。
36. 陈鹏:《中国婚姻史稿》, 中华书局, 1990。
37. 徐朝阳:《中国亲属法溯源》, 商务印书馆, 1933。
38. 陈顾远:《中国婚姻史》, 商务印书馆, 1935。
39. 林秀雄:《家族法论集(一)——夫妻财产制之研究》, 台湾, 辅仁大学法学丛书编辑委员会编辑, 汉兴书局有限公司, 1995。
40. 戴炎辉、戴东雄:《中国亲属法》, 台湾三文印书馆有限公司, 1998。
41. 林菊枝:《亲属法专题研究》(二), 台湾五南图书出版公司, 1997。
42. 陈惠馨:《亲属法诸问题研究》, 台湾月旦出版公司, 1993。
43. 李浩培等译:《拿破仑法典》, 商务印书馆, 1979; 马育民译:《法国民法典》, 北京大学出版社, 1982; 罗结珍译:《法国民法典》, 中国法制出版社, 1999。
44. 上海社会科学院法研所译:《德国民法典》, 法律出版



社, 1984; 郑冲、贾红梅译: 《德国民法典》, 法律出版社, 1995。

45. 费安玲等译: 《意大利民法典》, 中国政法大学出版社, 1997。

46. 丁保庆译: 《美国统一结婚离婚法》, 载北京政法学院民法教研室编: 《外国婚姻家庭法典选编》1981年。

47. 曹为、王书江译: 《日本民法典》, 法律出版社1986年版; 王书江译: 《日本民法典》, 中国人民公安大学出版社, 1999。

48. 殷生根译: 《瑞士民法典》, 法律出版社, 1981; 殷生根、王燕译: 《瑞士民法典》(1996年版), 中国政法大学出版社, 1999; 陈苇、杨跃春译: 《瑞士民法典》(亲属编)(1987年英文版), 载李忠芳主编: 《外国婚姻家庭法汇编》, 群众出版社, 2000。

49. 鄢一美译: 《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年), 载李忠芳主编: 《外国婚姻家庭法汇编》, 群众出版社, 2000。

50. 张雪忠等译: 《英国家庭法》(1996年), 载李忠芳主编: 《外国婚姻家庭法汇编》, 群众出版社, 2000。

51. 丁保庆译: 《英国离婚改革法》(1969年), 载任国均、王瑞华选编: 《外国婚姻家庭法资料选编》(上) 中国政法大学民法教研室, 1984年1月。

52. 马骧聪译: 《苏俄婚姻和家庭法典》(1968年), 载张贤钰主编: 《外国婚姻家庭法资料选编》, 复旦大学出版社, 1991。

53. 田岚、刘智慧译: 《澳大利亚家庭法》(1994年), 载李忠芳主编: 《外国婚姻家庭法汇编》, 群众出版社, 2000。

54. 陈永玲译: 《罗马尼亚家庭法典》, 载北京政法学院民法教研室编: 《外国婚姻家庭法典选编》, 1981。

55. THE SWISS CIVIL CODE , ENGLISH VERSION by IVY

WILLIAMS, M. A., D. C. L., Oxon, LL. D., Lond. Barrister — at—Law. COPYRIGHT 1987 by Siegfried Wyler, Barbara Wyler and Verlag Remak AG, Zurich All right reserved. Made and printed in Switzerland by Hans Schellenberg, Winterthur.

56. 《中华人民共和国婚姻法诠释》编写委员会：《中华人民共和国婚姻法诠释》，人民法院出版社，1995。

57. 法学教材编辑部《婚姻法教程》编写组：《婚姻立法资料选编》，法律出版社，1983。

58. 法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史》，法律出版社，1982。

59. 胡平、陈苇编：《婚姻法教学参考资料》（第三辑修订本），西南政法大学民商法教研室，1996年4月。

60. 《民事法律实用大全》编辑组：《民事法律实用大全》，中国人民大学出版社，1990。

## 后 记

本人在西南政法大学法律系本科毕业后，攻读民法硕士研究生，师从杨怀英教授研习婚姻家庭继承法，毕业后执教，一直得到恩师的点拨和教诲。恩师不幸于1995年2月去逝，我万分悲痛。我永远铭记恩师的谆谆教诲：“老老实实做人，勤勤恳恳做事。”在繁忙的教学工作之余，我潜心致力于婚姻家庭继承法研究，就我国婚姻法的修改，近年发表了多篇专题研究学术论文。自1995年以来，我先后4次参加中国婚姻法学研究会年会，与到会的婚姻法学界老一辈专家及中青年学者们共同讨论中国婚姻家庭法的修改、补充和完善问题，进行广泛的学术交流，获益匪浅。

在本书出版之际，我深深地怀念杨怀英老师！深切地感谢恩师对我的培养和教诲！深切地感谢西南政法大学的老师们多年来对我的培养和帮助！同时，我也衷心地感谢婚姻法学界老一辈专家们对我的培养和指教！衷心地感谢婚姻法学界中青年学者们对我的启迪和帮助！

最后，我还要深深地感谢我的丈夫，正是他的理解、支持和帮助，使我完成了本书的写作。

陈 葶

2000年4月18日