

On the Legal System
of Spousal Separation in China

我国夫妻分居法律制度建构研究

姜大伟 著



中国政法大学出版社

On the Legal System
of Spousal Separation in China

我国夫妻分居法律制度建构研究

姜大伟 著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

我国夫妻分居法律制度建构研究 / 姜大伟著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 11

ISBN 978-7-5620-6420-6

I. ①我… II. ①姜… III. ①婚姻法—研究—中国IV. ①D923. 904

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第258215号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437 (编辑室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	11.5
字 数	270 千字
版 次	2015 年 11 月第 1 版
印 次	2015 年 11 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

构建和谐稳定的婚姻家庭关系

(代序言)

家庭是社会的基本构成单位，而婚姻则是组建并维系家庭的关键内核。“天下之本在国，国之本在家”，亿万婚姻家庭的和谐稳定，不仅事关包括婚姻当事人在内的家庭成员的个人利益，而且一定程度上也关涉着社会的稳定与和谐，是故，构建和谐稳定的婚姻家庭关系，是坚持婚姻家庭范围内个人利益与社会利益相统一的重要体现，也是现阶段继续加强我国婚姻家庭法治建设的价值追求。

然而，近年来，随着经济社会的飞速发展，我国婚姻家庭领域出现了许多新情况、新问题，其中最为突出的问题就是日益畸高的离婚率以及相当比例的轻率离婚现象的存在。据国家统计局数据显示，自1978年至2011年，短短34年间，离婚绝对值从28.5万对增长至287.4万对，增长了258.9万对。粗离婚率也从有据可查的1985年的0.44‰，增长至2011年的2.13‰，增长了1.69个百分点。另据国家民政部数据显示，2012年我国离婚绝对值再创新高。截至2012年底，全国离婚310.4万对（登记离婚242.3万对，诉讼离婚68.1万对），较2011年增长约8%，粗离婚率为2.3‰，较2011年增加约0.2

个百分点。2013 年依法办理离婚手续的共有 350.0 万对，较 2012 年增长约 12.8%，粗离婚率为 2.6‰，比上年增加 0.3 个百分点。2014 年依法办理离婚 363.7 万对，比上年增长约 3.9%，粗离婚率为 2.7‰，较 2013 年增加 0.1 个百分点。这样一组冷冰冰的数字在向我们诉说着什么？每年皆有数以万计的婚姻发生破裂，家庭发生解散，即是事实。或许，离婚对于大多数生活在当下法治昌明时代的人而言，是可以理解和接受的，它反映了文明时代对于个人追求主观上幸福婚姻感受的尊重，是婚姻自由主义的彰显和体现。毋庸置疑，在现代，离婚是一种权利。当夫妻感情灰飞烟灭、婚姻既已破裂，婚姻给当事人带来的只能是痛苦而非幸福之时，继续守望婚姻已显苍白且毫无必要，离婚无疑是正确选择。然而在实际生活中，并非所有的婚姻解散均以感情彻底破裂为前提，轻率离婚还事实上存在着，这可以从登记离婚的具体个案中体现出来。

我们不禁要问：为什么有如此多的人选择离婚？甚至是闪婚闪离？难道婚姻真是爱情的葬送场？是迫不及待逃离的围城？面对这种“厄尔尼诺”离婚潮现象，我国多数学者给予了关注和省思。从宏观角度而言，多数人会认为这是当前转型期经济社会发展不可避免给婚姻家庭带来冲击的结果，从微观角度而言，多数人会认为这与当事人的婚姻观、道德责任感有关。作为法律人，我们认为一定时期内国家婚姻家庭立法同样会影响和左右婚姻当事人对待婚姻的态度及行为。1950 年《婚姻法》确立了婚姻自由原则，在此理念的影响下，我国由法院受理的离婚案件总数从 1950 年的 18.6 万件上升至 1953 年的 117 万件，粗离婚率首次突破 1‰，高达 1.99‰，出现第一次离婚潮。1980 年《婚姻法》确立了破裂主义离婚标准，当年全国离婚数为 34.1 万对，粗离婚率为 0.35‰，1981 年全国离婚数上升至 38.9

万对，粗离婚率为0.39‰，增长了0.04个千分点。2001年修正后的《婚姻法》在坚持离婚破裂主义标准的同时，对其理由予以例示性补充规定，以增强可操作性。2001年登记离婚125.05万对，较2000年的121.29万对增长了3.76万对。2003年新《婚姻登记条例》出台，废止了离婚需1个月审查期等规定，离婚手续和程序相对更加简便，当年登记离婚133万对，较2002年的117.7万对增长了15.3万对。如果包括诉讼离婚人数在内，则绝对增加值将会更大。事实证明，婚姻法的变革与离婚现象、离婚率存在一定关联。

在现代化语境中，向往婚姻自由，追求婚姻生活品质，注重个人物质或精神上的富有与享受，本无可厚非。然不可否认的是，在轻率离婚当事人的观念中，基于对自由的扭曲性解释，对婚姻抱激情主义、浪漫主义、杯水主义的态度，缺乏对婚姻本质的真正认识，当“激情”、“浪漫”被现实生活磨灭时，对婚姻的抱怨之声随之而来，婚姻家庭面临着被肢解的风险。此种消极态度，其实是对婚姻缺乏理性认知的表现，若能真正地建立以爱情为基础的婚姻，对婚姻抱以信任、责任、敬畏、珍视之心，婚姻家庭的稳定性将会在一定程度上提升，这将有益于个人、家庭和社会。

如何剔除婚姻观念中的不合理因素呢？除了积极地进行舆论宣传、道德教化之外，更重要的是，应当充分发挥婚姻法的指引和教育功能。在当今党和政府大力提倡构建“法治中国”的法治环境下，婚姻法应当在引导民众树立正确的婚姻观方面有所作为，通过设立制度性规范以引导民众加强对婚姻家庭的正确认识，以减少不合理的婚姻观念造成的轻率离婚现象。毫无疑问，改革离婚法，在婚姻法中引入分居制度应当是必要的选择。现代分居制度的核心要素是通过制度上的设计给当事人

在离婚前设置一定时间的“情感缓冲期”、“深思熟虑期”，使其有时间、有空间来冷静地、认真地审视婚姻，以决定该段婚姻是否仍有存续的必要，使离婚与否的决定基于理性的思考而产生。如此则可以一定程度上降低因不合理的婚姻观念形成的轻率离婚的比例，并有可能使其在分居期间的“考虑期”中，树立新的正确的婚姻观并理性地决定婚姻行为。

另外，在诉讼离婚案件中，对于《婚姻法》第32条例示性的法定离婚理由，有相当一部分当事人是以“夫妻感情不和分居已满二年”为由而提起离婚诉讼的，即使不以此为主要诉由，生活中亦存在分居的实际经历。事实言之，当夫妻离婚前分居现象已非个案而呈普遍性趋势之时，由分居事实而创设的一系列社会关系显然已非纯粹的社会关系。立法者应当从维护公平正义的角度出发，进行分居立法，交由法律予以调整。

由是观之，现阶段我国登记离婚中轻率离婚现象的存在，要求改革离婚法，增设分居制度；而在诉讼离婚中当事人分居期间权利义务的调整，同样需要法律规范加以指引，二者共同构成了我国设立分居制度的现实基础。但从实证法的角度看，我国现行《婚姻法》已将因感情不和分居满两年的事实作为认定夫妻感情确已破裂的法定事由之一，这值得肯定，然立法对于分居期间的夫妻关系以及亲子关系如何调整却缺乏明确规定，若无视分居期间夫妻权利义务发生的事实变化，其结果可能与公平相悖，不符合保障当事人合法权益的基本要求。另外，由于立法对分居内涵未予明晰，对分居期间可否中断未置可否，导致分居在司法实践中存在认定难问题。我国婚姻法对调整分居关系缺乏相应规范，不能满足实际需要。因此，深入研究分居制度有益于完善我国婚姻立法，为创设分居法规范奠定坚实的理论基础。本书正是基于以上考虑，以夫妻分居制度为研究

对象，证成在我国创设分居制度的正当性，并对分居制度的具体建构予以探讨。

马克思曾言，“社会不以法律为基础，那是法学家的幻想。相反，法律应以社会为基础，法律应是社会共同的、由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现，而不是单个人的恣意横行”。窃以为这句经典哲言应是目前我国当否进行离婚法改革、创设分居制度的重要判断依据。如果说婚姻以爱情为基础是合乎道德的，那么也只有继续保持爱情的婚姻才是合乎道德的。是的，让我们秉持马克思主义经典作家的教诲，认真对待婚姻家庭，务使婚姻的建立、维系与离异都基于爱情的基础之上，都以理性而非任性的目光来衡量，构建并维护好和谐稳定的婚姻家庭关系！

祈愿普天下人幸福！

姜大伟

2015年7月17日记于华侨大学法学院

目 录

构建和谐稳定的婚姻家庭关系（代序言）	001
导 论	001
一、选题目的与意义	001
二、国内外研究现状	006
三、研究思路与方法	013
四、主要创新点	015
第一章 夫妻分居法律制度的基本理论考察	018
第一节 分居的语义学分析及概念厘定	018
一、语义学上的分居及法学意义上的分居	018
二、分居概念的解构：特征及构成要素	029
三、分居的类型划分	040
四、分居与相关概念的界分	042
第二节 分居的法律性质之辨	048
一、分居权是夫妻免于同居义务的积极请求权	048
二、分居行为是发生一定法律后果的法律行为	055

三、分居行为是变更婚姻身份关系的形成行为	057
四、分居规范是调整婚姻关系的重要法律制度	060
第二章 夫妻分居法律制度的历史考察与评析	062
第一节 外国法中分居与离婚关系的历史演进	062
一、罗马法“时效婚”之规定应否为分居制度起源之辨析 ...	063
二、中世纪时期离婚立法主义及分居制度的形成和发展	067
三、近现代外国离婚立法主义嬗变及分居制度的完善	077
第二节 中国法中分居与离婚关系的历史演进	094
一、中国古代离婚立法及对分居的态度	095
二、民国时期离婚立法及对分居的态度	099
三、新中国成立后离婚立法及对分居的态度	103
第三节 离婚法文化视域下分居与离婚关系之中外立法比较 ...	106
一、外国法中分居与离婚关系立法演进之离婚法文化分析 ...	107
二、中国法中分居与离婚关系立法演进之离婚法文化分析 ...	115
三、中外分居与离婚关系立法之离婚法文化评析	120
第三章 我国设立夫妻分居制度的正当基础	124
第一节 社会基础：我国离婚实践问题的透视与反思	126
一、改革开放以来我国离婚实践领域出现的新问题	126
二、离婚实践问题的现实应对——“试验离婚”及“预约离婚” 的产生	134
三、法律以社会为基础：基于当前离婚实践问题的反思	139
第二节 经济基础：基于离婚“成本—收益”范式的分析	142
一、离婚“成本—收益”分析	143

二、离婚法的目标：个体与社会离婚“成本—收益”的均衡化	159
三、分居制度的导入：“门格尔法则”在我国离婚法中的实践性进路	169
第三节 伦理基础：婚姻家庭观念的再审视	171
一、传统与现代：我国婚姻家庭观念的历史嬗变	171
二、现代婚姻观对我国婚姻家庭的冲击——以离婚问题为视角	178
三、保卫婚姻家庭——重塑新时代婚姻家庭伦理观	184
第四节 法理基础：全球化背景下婚姻立法在法律继承与移植间的抉择	187
一、全球化背景下的婚姻家庭关系及我国既有法之不足	188
二、婚姻立法现代化：法律继承与法律移植间的选择	191
第四章 我国设立分居制度的立法目标、功能与价值考评	197
第一节 我国设立分居制度的立法目标	197
一、分居与保障离婚自由	197
二、分居与防止轻率离婚	204
三、分居与维护弱者利益	206
第二节 夫妻分居制度的功能	208
一、指引功能	208
二、修复功能	209
三、调控功能	211
四、救济功能	212
第三节 夫妻分居制度的价值	214
一、分居制度的工具性价值	214

二、分居制度的目的性价值	219
第五章 我国夫妻分居法律制度之建构	223
第一节 分居的形式、事由及立法体例	223
一、分居之形式	223
二、分居之事由	240
三、分居与离婚关系之立法体例	251
第二节 分居事实的证明与认定	264
一、存在的问题	264
二、比较法述评	266
三、分居事实认定之我国学者观点	267
四、分居事实认定之应然面向	268
第三节 夫妻分居的法律效力	269
一、分居对夫妻关系的法律效力	270
二、分居对亲子关系的法律效力	309
第四节 夫妻分居的期限及终止	324
一、比较法述评	324
二、分居的期限及终止之学者观点	332
三、我国夫妻分居的期限及终止之应然面向	333
结 语	337
参考文献	341
后 记	355

导 论

一、选题目的与意义

本书以《我国夫妻分居法律制度建构研究》为题，主要基于透视近年来我国离婚实践领域出现的新情况新变化，^{〔1〕}反思我国现行婚姻法的相关不足，进而从我国当前实际出发，拟在制度层面完善我国婚姻立法，以期更好规范和调整我国婚姻家庭关系，统筹保障当事人、婚姻家庭及社会的利益。

（一）理论意义

本书对于分居制度的研究，具有重要的理论意义，主要表现在：

1. 贯彻我国“保障离婚自由，防止轻率离婚”指导思想的重要举措。我国婚姻法实行离婚自由原则，保障公民离婚自由的权利，但同时为防止公民滥用离婚自由权，又坚持防止轻率离婚的指导思想。然而如何防止轻率离婚，我国离婚法并没有具体制度性规定，对于裁判离婚，司法实践中法官凭自由心证

〔1〕 有关当前我国离婚实践领域出现的新问题，参见本书第三章第一节的相关论述。

原则,如认为感情尚未破裂,即使调解无效,亦不判决离婚。但仅凭法官内心确信这种高度盖然性做法,毕竟具有随意性,它不仅难以有效防止轻率离婚,而且在夫妻感情确已破裂的情形下,如果法官仍坚持主观臆断,判决不予离婚,则与保障离婚自由原则相悖。对于登记离婚,我国现行《婚姻登记条例》废除了离婚需1个月审查期的规定,简化了离婚登记手续,虽然方便了当事人办理离婚登记,但对于轻率离婚者难以从制度上予以规制。我国现行法的规定实际上难以规制轻率离婚问题,在此情势下,如何规制轻率离婚是值得思考的问题。分居制度,通过给当事人预设反思婚姻的机会和空间,在离婚之前设置缓冲期,赋予当事人经过一定期间的深思熟虑之后决定离婚与否的权利,让这种决定是基于当事人冷静之后的理性而非任性而做出,从而一定程度上减少或规避轻率离婚现象的发生,故在此意义上讲,设立分居制度,是我国离婚法坚持既保障离婚自由又防止轻率离婚的指导思想的重要举措。

2. 以多维度研究视角为基础,证成我国设立分居制度具有正当性。我国历史上并无分居制度,近现代以来虽然婚姻立法和司法实践对夫妻分居有所涉及,但并未具体规定分居制度,而在理论界对应否建构分居制度,亦有“肯定说”、“否定说”、“折中说”等不同见解,^[1]故如何证成在我国设立分居制度具有正当性无疑具有重要的理论意义。为解决这一理论难题,本书拟从法社会学、法经济学、法伦理学的研究视角对创设分居制度所具有的社会基础、经济基础、伦理基础以及法理基础予以分析论证。对于社会基础,通过对当前离婚实践领域的新问题、新变化的考察和反思,提出设立分居制度是对有效应对离

[1] 有关理论界对应否创设分居制度的观点,参见本书第三章的相关论述。

婚实践问题的司法经验的总结和利用,是法律以社会为基础的必然要求。对于经济基础,通过对离婚之于个体与社会“成本—收益”的考察与分析,提出设立分居制度是减轻或避免轻率离婚给当事人带来不必要的成本支出,同时也减轻社会在治愈离婚外部性问题上的沉重负担,实现离婚之于个人与社会“成本—收益”均衡化目标的可能进路。对于伦理基础,通过对现代异质性婚姻观的考察与分析,提出设立分居制度是通过法的示范效应调适或矫正部分当事人不合理婚姻观,使婚姻之缔结、维系与解体均建立在爱情的基础之上的可能举措。对于法理基础,通过对婚姻立法在法律继承与法律移植间的选择的考量,提出设立分居制度是在全球化背景下我国婚姻立法现代化的应然进路。通过多维度研究视角的分析论证,使在我国有必要建立分居制度的结论更有说服力。

3. 建构分居法律规范,完善我国婚姻立法体系。我国现行婚姻法将因感情不和分居满2年的事实作为证明夫妻感情确已破裂的事由之一,仅仅是确认分居事实所能引起的法律后果,但对于2年分居期间内的夫妻关系以及亲子关系如何调整却缺乏相应的明确规定。如果仍将分居期间视为一般婚姻期间来调整,无视分居期间权利义务事实上发生的变化,则可能有违公平原则,不符合保障当事人合法权益的要求,这表明随着社会的发展,我国婚姻立法具有一定的滞后性,对于调整分居关系尚付阙如,不能满足调整婚姻家庭关系的实际需要。另外,从世界婚姻立法看,无论是大陆法系还是英美法系国家,多数国家和地区均在婚姻立法中设立分居制度,而在全球化背景下,随着跨国婚姻的不断增多,设立分居制度也是减少文化冲突,方便国际交流,保障跨国婚姻当事人利益的现实需要。故研究如何建构分居法律规范,具有一定的理论意义,是完善我国婚姻

立法体系的必然要求。

（二）实践意义

本书对分居制度的研究，同样具有重要的实践意义，主要表现在：

1. 为实际生活中夫妻分居行为提供指引性规范。现实生活中，有部分夫妻仅因吵闹不和即轻率离婚但事后又选择复婚的情况，如此不仅给当事人双方带来本可避免的伤害，而且亦浪费司法资源。增设分居制度，给这些游离在离婚边缘的夫妻提供一个恢复感情、弥合婚姻裂缝的缓冲地带，无疑对当事人、家庭及社会而言皆是最佳选择。同时，现实生活中还存在着部分夫妻因感情不和而选择事实分居的情况，但在分居期间，夫妻权利义务如何调整，我国现行法尚无调整此类社会关系的规范依据，这导致夫妻分居行为不受法律调整，分居期间的权利义务难以明晰，分居当事人的合法权益难获法律保障的局面。增设分居制度，详细规定分居期间夫妻权利与义务，尤其对分居期间财产归属及子女抚养教育等关涉财产利益的重大问题作出规定，可以有效减少财产纠纷，同时也给当事人分居期间权利义务的行使和履行提供指引，有利于保护当事人的合法权益。

2. 为立法机关构建分居立法提供有益的借鉴和参考。当前，我国正值制定民法典之际，从已公布的民法典草案看，婚姻法作为单独一编而纳入其中，我国多数学者也主张婚姻法应回归民法。在这样的立法背景下，纳入民法典的婚姻法必然是完善的法规范，故将来制定民法典时，婚姻法必然会被再次修改完善。而在 2001 年修改婚姻法时，曾有学者建议将分居制度纳入其中，但由于当时的社会实际情况，此建议未获采纳。但随着社会的发展与进步，夫妻离婚前而分居的现象有

不断增多的趋势，分居关系亟待法律调整。法律以社会为基础，立法者应从社会实际需要出发，在婚姻法中或未来民法典中构建具体的分居法规范，而本书的研究将为立法机关构建分居立法提供借鉴和参考，本书的研究结论是在比较分析现代部分国家和地区的分居立法，并对我国学者的相关观点进行简介和总结的基础上，结合我国实际情况而得出的，它不仅反映了现代分居立法的总体概况，而且也基本反映出目前我国学者有关分居问题的研究现状和水平，因而其结论具有参考价值。

3. 为司法机关审理涉及分居的离婚案件提供智力支持。当前，在我国司法机关审理的部分离婚案件中，是以“因感情不和，分居已满2年以上”为理由而提起诉讼的，但由于现行法对于何谓分居、分居时间的起算等认定问题并未明确规定，实践中常存在分居事实认定难问题。由于缺乏统一的裁判标准，审判人员对分居的认识也存在不同，同时由于部分当事人分居不为第三人知悉，当事人往往难以举证证明分居事实的存在，在双方对分居事实存在异议的情形，分居事实难以获得法院采信，故如何认定分居事实是审判实践中亟待解决的问题。本书通过对分居制度的系统性建构，对分居事实的认定标准予以具体地分析论证，一方面确立认定分居事实的实质性标准，另一方面在证据的证明规则上，采证据可能性占优势标准。这为解决司法实践中分居认定难问题，提供了有益的参考和借鉴。

4. 为维护婚姻家庭稳定及构建和谐社会提供身份法之制度保障。当前，我国正值社会转型期，轻率离婚的存在，离婚率的连续走高，婚姻家庭的破裂，不仅给当事人造成伤害，在一定程度上还给婚姻家庭的稳定以及社会建设所需要的和谐