

—民商法学专题研究书系—

BIEJU FALÜ ZHIDU
YANJIU

别居法律制度 研究

王勤芳 著

知识产权出版社

中国政法大学法学博士文库

中国政法大学
法学博士文库

别居法律制度 研究

王利明 著

中国政法大学出版社

集美大学出版基金资助出版

— 民商法学专题研究书系 —

BIEJU FALU ZHIDU
YANJIU

别居法律制度 研究

王勤芳 著

知识产权出版社

内容提要

别居法律制度是很多国家婚姻家庭法的一个重要内容。我国《婚姻法》中历来只承认离婚,没有别居的法律规定,但近年来在各地出现了相应的司法实践(如“试离婚”),不断引起人们的争议和探讨。本书系统地介绍了别居法律制度在国内外发展的现状,尤其是对与别居相关的一些制度进行了横向的比较研究和分析,从设置离婚障碍机制的角度入手,希望通过引入别居法律制度,对《婚姻法》中的离婚自由原则进行合理的限制。

责任编辑:彭小华

责任校对:董志英

文字编辑:何薇

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

别居法律制度研究/王勤芳著. —北京:知识产权出版社,
2008. 12

ISBN 978 - 7 - 80247 - 372 - 0

I. 别… II. 王… III. 婚姻法 - 研究 IV. D913. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 111240 号

别居法律制度研究

王勤芳 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮编:100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010 - 82000893 82000860 转 8101

传 真:010 - 82000893

责编电话:010 - 82000889 82000860 转 8115

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm × 1230mm 1/32

印 张:10.25

版 次:2008 年 10 月第 1 版

印 次:2009 年 1 月第 2 次印刷

字 数:263 千字

定 价:28.00 元

ISBN 978 - 7 - 80247 - 372 - 0/D · 684 (2404)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

所谓“一粒沙里看世界，家庭之中知社会”。婚姻家庭是人类社会最普遍的社会关系，是以两性的结合和血缘联系为其自然条件的。正是男女两性的结合，形成了为不同社会制度所确认的夫妻关系。基于夫妻关系，产生出由血缘相连的父母、兄弟姐妹等一定范围的亲属组成的家庭。没有生物学上的自然属性，不可能有婚姻家庭制度，但仅有自然属性，又不足以解释为什么历史上出现过几种不同的婚姻家庭制度。婚姻家庭制度是人类社会发展到一定阶段的产物，其产生、发展和变化是由一定的经济基础决定的。由于经济基础对婚姻家庭关系的要求，在上层建筑领域形成了有关婚姻家庭的风俗习惯、道德伦理、法律制度等。可以说社会属性是婚姻家庭制度的本质属性，决定了婚姻家庭制度的本质特点。

人作为动物性的生命，不仅具备动物本能，同时还具有高度文明的社会关系。当今社会的发展、经济的富裕，使人们有着越来越多的选择，社会关系也随之变化。婚姻缔结的目的在于建立夫妻的共同生活，希望能白头偕老，但婚姻作为社会关系的一种，也不可避免地面临着新的变化甚至挑战。

婚姻的终止历来就是婚姻家庭法研究中一个重要的理论与实践问题。现实的婚姻无不是为了满足一定层次的利益需要，体现了主体的主观愿望与客观行为的吻合，实现着婚姻自然属性与社会属性的统一。然而人的需要是不断变化的，当现实的婚姻与个人的需要相冲突时，就会出现婚姻的危机。因此有关婚姻的法律制度就不仅需要规范婚姻的缔结及缔结之后的效力，而且还

要规范婚姻终止的程序、条件和终止的法律后果，所以各国的婚姻家庭法既规定结婚的相关内容，也规定离婚的相关规则。

婚姻是建立在爱情基础之上的，当爱情不再存在，夫妻之间所剩下的不过是法律上的夫妻名义，而通过法定程序解除婚姻关系似乎就成为必然。但是，众所周知，婚姻家庭是社会的基本组成单位，其自成立时起已对子女、对亲人、进而对社会都产生了很大的影响，离婚时涉及的问题已不仅仅是夫妻二人之间的问题，还涉及许多的社会责任。因而，当婚姻出现问题，是否就一定走向离婚？

近些年来我国离婚率不断上升，这其中的原因很多，如妇女经济地位的提高，不再忍受不幸福的婚姻；随着人们物质生活水平的提高，一部分社会成员在生活富裕后，缺乏更高的精神追求，道德观念、法制观念依旧淡薄，以自我为中心，一味地追求个人享乐，开始追求所谓真正的幸福与婚姻，寻求“包二奶”、“婚外情”等刺激；也有的人一时意气用事，草率离婚；现在社会上更有一群所谓“闪婚族”等。但不管出于何种原因，离婚率的增高对社会而言不是一件有利的事情，尤其对那些婚姻中的女性而言，解决问题不能依靠短浅的思维和盲目的举措，更需要开阔的视野和远见来指导，以获得解决问题的良策。所以笔者希望能从法律的角度来思考这个问题，以期给广大处于婚姻边缘的人们以启示，同时也给立法者一些建议，保障婚姻体中每一成员的合法权益。

作为一名新时代的知识女性，几年以来对离婚问题的关注，特别想对这一问题来谈谈自己的看法，为那些走出婚姻后无所适从，或者走入第二次婚姻、第三次婚姻后感觉还不如第一次婚姻的这样一些人出一份力、尽一份心，能让更多想走出婚姻的人多一份冷静与思考。

笔者并不是“禁止离婚主义者”，但是如何能既保护当事人

的合法权益又更好地维持社会的和平与稳定?感情不和导致婚姻走向解体,这是必然会出现的一种社会现象,但如何避免草率离婚,减少社会不必要的负担,则是我们必须要考虑的。现实生活中,我国也有一些夫妻因感情问题而分居,这也才使得我国《婚姻法修正案》及最高法院的司法解释具有意义,我国2001年《婚姻法》修改后将“分居期限满2年”作为法定的离婚条件之一,就是一种对别居制度事实上的认可。然而,我国法律规定的“分居”与各国婚姻家庭法立法上的别居制度有很大不同,因此导致法律的规定在实践中的具体操作成了难题。

有学者认为别居制度在国外出现有其深刻的宗教原因,所以不具有普遍性,我国没有设立别居制度的条件,所以我国婚姻法中也没有必要设立这样一种制度。当然这样一种说法有其一定的理论基础,但我国近些年来出现的大量司法实践却一次又一次地引起我的思考。同一制度在几年内不间断地被人们深入探讨,总是有其深刻原因的,所以每当国内的媒体对有关别居问题探讨一次,就引起我对这一制度更深的兴致,直至广东省去年又有专家再一次提出要在我国设立这一制度,我才决定将近几年来本人对这一问题的研究表达出来,以期能引起更多的专家学者对此问题的关注。

我国不具备别居制度产生的历史条件,但并不意味着我国不可以法律上增设这样一种制度,并且别居制度发展至今早已远离了其最初产生时的历史条件,成为离婚法律制度中一项独立的制度,所以我国完全可以直接移植过来,因为一项制度的好坏不在于它产生的基础,而在于它在社会中所起的作用。

别居制度作为离婚中的一个缓冲阶段,即一定期限内解除夫妻的同居关系,但并不解除婚姻关系,达到法定期间后再由夫妻决定是和是离。若在《婚姻法》中设立这一制度,必将在稳定社会、降低离婚率、减少对子女的伤害等方面起到积极的作用。

目 录

第一章 概论	(1)
第二章 离婚文化	(14)
第一节 离婚文化概述	(14)
第二节 离婚原因分析	(23)
第三节 离婚成本问题	(32)
第三章 别居制度的起源与发展	(39)
第一节 别居制度的起源	(39)
第二节 别居制度的历史发展	(47)
第三节 我国需要移植别居法律制度	(50)
第四章 别居制度的内涵和特征	(52)
第一节 别居制度的法律含义	(52)
第二节 别居制度的构成要件分析	(61)
第五章 别居制度与离婚的关系分析	(67)
第一节 离婚	(68)
第二节 别居与离婚的关系	(82)
第六章 别居制度域外状况分析及对我国的 立法启示	(90)
第一节 一些国家和地区别居制度的立法体例	(91)
第二节 国内外别居制度比较及对我国立法的启示 ...	(116)
第七章 我国别居制度设立的必要性与可能性	(141)
第一节 别居制度的理论基础分析	(142)
第二节 我国设立别居制度的可能性分析	(147)
第三节 我国设立别居制度的现实基础	(165)

第四节 一些学者对我国设立别居制度的观点	(174)
第八章 我国设立别居制度的方式及内容建议	(178)
第一节 我国设立别居制度的方式	(179)
第二节 对我国设立别居制度具体条文内容的建议 ...	(190)
第九章 与别居制度相关的法律问题研究	(195)
第一节 别居制度与“试离婚”的司法实践	(195)
第二节 别居制度与“婚内强奸”的关系	(210)
第三节 别居制度与家庭暴力	(230)
第四节 别居制度的设立与“闪婚”	(242)
第五节 别居制度与现行法中夫妻的同居关系	(251)
第六节 别居制度期限的证明与认定	(264)
第十章 幸福婚姻随想	(271)
附录一：一些国家和地区别居制度的法律规定	(277)
附录二：中华人民共和国婚姻法	(307)
主要参考文献	(315)
后记	(318)

第一章 概 论

一、问题的提出

自 20 世纪 80 年代以来,婚姻家庭问题在社会学和其他相关领域中一直是一个热门话题,这也许和家庭形态、结构的急剧变化、人们价值观念的日益自由化和多样化以及近年来婚姻冲突一直处于上升的趋势有关。由于较长时间从事婚姻家庭与妇女问题研究,使笔者在这个领域中更为关注婚姻的质量和稳定性,基于这样的考虑,笔者在做硕士毕业论文时,选择“别居法律制度研究”这一选题。

我国 1950 年《婚姻法》、1980 年《婚姻法》的颁布和实施,坚持婚姻自由的原则,从制度上确保了公民结婚自由和离婚自由。改革开放的深入、社会经济的迅速发展、物质因素的变化和社会环境的变迁直接影响人们的婚姻家庭观念,旧的婚姻家庭观念受到了前所未有的挑战。2001 年 4 月 28 日,第九届全国人大常委会第 21 次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》,修改后的婚姻法对原来的婚姻家庭制度作了部分完善和补充,但在某些方面仍存在缺陷,正如全国人大法工委修改《婚姻法》的报告中指出:“有些问题还需要进一步研究,暂不作规定,可在制定民法典时进一步完善。”^①

婚姻是一个复杂的社会工程,现行的婚姻法不可能涵盖社会生活的方方面面,随着社会生活的变化,法律也要随之跟进,因

① 全国人大法工委编:《中华人民共和国婚姻法实用手册》,法律出版社 2001 年版,第 27 页。

此笔者对我国《婚姻法》尚未立法，但近些年来司法实践不断出现，在我国是否需要建立此种制度学术上也一直存有争议的别居法律制度进行了较长时间的研究和探讨。

对此问题的关注来自笔者硕士毕业论文的选题，2001年在中国社会科学院的研究生学习即将毕业，对于毕业论文的写作很茫然，面对庞大的民商法体系不知从何处入手，于是笔者向社会科学法学所的谢鸿飞老师咨询论文选题的问题，受谢老师的启发笔者开始了对这一问题的关注，在参阅了相关资料后，决定将其作为笔者硕士毕业论文的选题，最后在中国社会科学院法学所薛宁兰老师的指导下最终完成了《别居法律制度研究》这一学术论文，并顺利毕业，不想此一选题激发了笔者无限的关注。

此后在2004年前后，中国河南、天津、厦门等省市出现了“试离婚”制度（也有称“冬眠离婚”或“试验离婚”）的司法实践，并且在实践中取得了较好的社会效果，得到了绝大多数当事人的认可，于是在社会上出现了呼声一片，认为此制度的实行对于扼制我国不断提高的离婚率、增进社会的和谐有一定的社会作用，因此有许多学者纷纷主张我国应将这一司法实践合理化，即应在我国《婚姻法》中增设别居制度。但同时，反对设立此制度者也各自发表自己的观点，一时间纷争四起，对于此制度的设立与否引起了人们的高度关注。但争论归争论，在当今的法治社会，一切应以法律作为惟一的衡量标准，所以“试离婚”的司法实践，最后由于缺少相应的法律支撑，在一些地方实行了一段时间后，不得已被宣布叫停，但这一司法实践的实施却引起了人们无限的思考。

2007年8月，广东省妇联发布的《“十五”广东妇女发展报告》中指出，鉴于广东省近些年来离婚率过高的现实，为减少草率离婚现象，在报告收录的《广东女性离婚人口现状考察》一文中，文章作者广东家庭期刊集团编审郑晨指出，面对广东离婚

人口绝对数的不断增加及离婚率的提高,建议实行“别居”制度,即所谓的“试离婚”。文章指出,中国约有1/10的离婚当事人复婚,说明“别居”制度有合理的价值。考虑住房等现实因素,建议在广州、深圳、珠海等发达城市试行“别居”,条件成熟后再推广。

据2007年12月20日《现代金报》报道,宁波一女子2年内结婚7次离婚6次。^①一位婚姻登记员总结,在她所审理离婚案中,性格不合、独立生活能力差、与双方父母不能和谐相处是导致“闪离”的三大主因。这位婚姻登记员感慨地说:“速婚、闪婚、闪离,这些词出现得越来越频繁,盲目结婚导致轻率离婚的情况屡见不鲜。”对此她建议,其实可以实施“别居”制度,即所谓的“试离婚”,为处在婚姻十字路口的夫妻提供“第三种选择”。

从2001年笔者开始关注此问题,至今已有八年之久,八年以来这一问题不断有人提起,并不断地有相关的司法实践出现,同时也不断地引起争议,近八年来笔者也不间断地发表了一些与此相关的学术论文,如《别居法律制度研究》《别居与离婚的关系》《别居制度与婚内强奸》《别居制度与同居的关系》《别居制度与闪婚》《别居制度与家庭暴力》《别居期限的证明与认定》等,所以在此基础上,将其整理并系统化,很希望能借此书,对别居法律制度进行系统的介绍,让人们对这一产生于中世纪的婚姻家庭制度有一个基本的了解。但由于笔者收集到的资料有限,文中有所不到之处,请各位专家、学者能给予谅解。

① 潘慧敏:“宁波一女子2年内结婚7次离婚6次”,载《现代金报》2007年12月20日。

二、研究的目的和意义——建立离婚障碍机制

成功的婚姻常常是建立在夫妻间相互负责的基础上。夫妻间在相互制约和均衡的绝妙法则激励下彼此加强了责任心。婚姻中夫妻不仅应有良好的性关系，还应在经济上相互扶助、精神上相互安慰、工作学习上相互帮助。夫妻间和睦还在于相互间表示敬重，换句话说夫妻间的关系是多年来相互尊重的结果。漫无节制的感情绝不会比有纪律的感情更深刻。古谚说“浅溪流水声喧”，又说“深潭无波”，真正爱一个人的时候，就一定会节制自己的行为，以期促进对方的心灵成长，臻于最高境界。

但是婚姻的冲突总是由两个人的相互行动引起的，他们分担着程度不同的责任。在任何一个缺少感情和濒临绝境的婚姻里，总有一对典型的伴侣，一人相对来说并不关心他们之间的隔阂，另一个则往往焦虑万分，甚至惊慌失措。这是因为我们中几乎没有一个人会心甘情愿地与一个仅仅能施予同情的人生活在一起。这时夫妻间的爱处在危机的顶点——爱需要坚强。但夫妻之间的爱为何会受到如此挑战？这主要是人性的弱点使然。事实上，不同年龄阶段的人在不同的阶段会有不同的心态。就拿男性来说，从21~35岁是属紧张时期，在这段时期内，男人集中精力于立业成名、结婚成家。30多岁的男人可能已达到平静的巩固阶段，他成了丈夫和父亲，已经有了一种权威的神态。40多岁的男人将进入中枢十年，这时已步入中年，心态上处于极度激动狂乱的心境。50多岁的男人应该达到平衡阶段，对自己的世界心平气和。最后阶段是从退休开始，处于满足和宁静的时期。女性在不同时期所呈现的心理特点同样不同。20~30岁：单纯女性阶段。这一阶段的女性大多还处于单身或准备成立新家阶段，她们自信、快乐，从身边不乏男性朋友呵护照顾到渐渐走入稳定恋爱期。30~50岁：“上有老、下有小”阶段，这一阶段的女性都较

为忙碌，兼顾工作、照顾孩子和老人等多重责任，承受着较重的经济压力和精神压力，但这一阶段的女性由30岁的躁动进入稳定，在家庭领域得心应手，生活感觉很好。50岁以后：由忙转闲、准备退休或已退休阶段。这一阶段的女性，子女多已独立，忙碌了一辈子，真的要一下子停下来，可能会不适应。但同时这一阶段又是女性的生理转折期，身体心理的变化都需要一个过程。有时成年人也会像刚刚学步的儿童和少年人一样，为了检验父母的自信心和勇气，会精心地向父母挑战。丈夫和妻子之间有时也会有同样的行为，他们像孩子那样，想要试探一下爱的戒律的可靠性，这条戒律就是“不可越雷池一步”，特别是那些不成熟的人，绝对要试探一下，以感到满足。而此刻夫妻需要爱的约束，以迫使他们在美好和丑恶之间作出抉择。这时，那种令人窒息的爱只会促发不负责任感并导致不尊敬，这就肢解了相互负有责任的婚姻。

我国婚姻法规定的基本原则之一是婚姻自由，包括结婚自由和离婚自由。在我国，离婚自由原则的确立，首先源于新中国成立前的革命根据地立法。中华人民共和国成立后，在1950年和1980年公布的两个《婚姻法》中该原则得到了发展和完善。我国的立法实践和司法实践证明，离婚自由是婚姻自由不可缺少的一方面，是对结婚自由的必要补充，是完善社会主义婚姻家庭制度必须遵循的基本原则之一。但离婚自由的权利只是一种相对的权利而不是绝对的权利，更不是超越我国国情、超越现存社会发展的权利。从婚姻的目的看，婚姻是男女两性结合为夫妻的社会形式，是一种具有强烈的伦理性质的社会关系，这种关系是以男女双方共同生活、组织家庭为目的而建立起来的。在现实生活中，结婚不是为了离婚。因此，保障和维系婚姻家庭关系的稳定不仅是婚姻双方共同的意志和愿望，也是夫妻双方共同的责任和保证婚姻自由的真正目的。

婚姻是家庭的基础，家庭是社会的细胞，婚姻、家庭关系的稳定与否直接或间接地影响到社会的稳定。所以，婚姻问题绝非个人的私事，它还涉及子女、家庭和社会的利益。因此，保障和维护婚姻家庭关系的稳定也是家庭、社会和国家的愿望和责任。因此，应当在法律上对离婚加以规范和限制。

在一定条件下对离婚自由予以适当的限制，是离婚自由平衡机制中很重要的方面。当然，这种限制是法律为了保障个人自由的实现，保障所有人的利益和社会公众的共同利益所设立的。正如西塞所说：“我们都是法律的奴隶。正因为如此，我们才是自由的。如果没有法律所强加的限制，每一个人都可以随心所欲，结果必然是因此而造成的自由的毁灭。”^①

对离婚自由予以适当的限制，可以防止当事人草率离婚，可以对有特别困难的一方提供保护，也有利于实现子女的最佳利益。同时，把离婚限定在合理的限度内，在平衡个人选择自由时，也会使更多的人愿意对家庭投入较多的时间和精力，以共享婚姻中的可期待利益，最终实现巩固婚姻关系的目的。

有关婚姻家庭立法改革的讨论中，有一种观点认为：既然我国实行婚姻自由，就不应该对离婚加以限制；如果法律对离婚加以限制，就是对离婚自由权利的侵犯，从而也就是剥夺了离婚当事人追求幸福的权利。

许多国家正是基于个人利益与子女、家庭、社会利益兼顾的原则，在确立离婚自由原则的同时，对其给予了相应的限制。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的财产上及非财产上之损害；因共同生活破裂而离婚，主动离婚

^① 彼德·斯坦等著，王献平译：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1980年版。

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的差异。德国立法规定，如果婚姻双方分居一年并且双方均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。这反映了现代社会稳定婚姻家庭关系的要求。我国 2001 年《婚姻法》也确立了离婚过错损害赔偿原则，赋予婚姻体中无过错一方要求损害赔偿的权利。

作为我国离婚法的指导思想，“保障离婚自由”与“反对轻率离婚”是一个问题的两个方面，是相互结合而不是相互对立的，决不能只强调一个方面，而忽略另一个方面。孟德思鸠在《论法的精神》中阐述：“政治自由并不是愿意做什么就做什么。在一个国家里，也就是说，在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情。……自由是做法律所许可的一切权利；如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他人也同样会有这个权利。”^① 我们不能因“保障离婚自由”而对离婚不加以限制，因为任何自由都是相对的，无论什么样的自由，一旦绝对起来也就不自由了，绝对的自由必然会侵犯到他人的权益，也就是侵权，所以说也就不自由了，离婚自由也不例外。

总之，本书试图从对离婚设置相应的障碍入手，引入许多国家婚姻家庭法领域存在的“别居制度”。我国婚姻法史上从来没有设立这项制度，但随着近些年来社会的发展变化、离婚率的提高及年轻人婚恋观的变化，再加之出现“闪婚”等社会现象，笔者想尝试建议将国外的这项法律制度“移植”到我国，即使做不到入法，也可以向人们系统地介绍这种制度。更希望本研究结果能对现行的婚姻家庭法理论研究有所推动，让更多的婚姻法

① 孟德思鸠著，张雁深译：《论法的精神》，商务印书馆 1963 年版。

理论专家关注此项制度、论证此项制度，为我国的司法实践提供有力的支持，让法律更好地为我国的婚姻家庭撑起一片天空。

三、本书研究的内容结构及思考局限

由于本书的研究仅仅是自 2001 年以来我国相关司法实践的不断出现所引发的思考，就现代中国复杂的婚姻家庭关系来说，谈不上更广泛的普遍意义，只是作为一个法律工作者，笔者想将自己多年来的关注表达出来，传达给社会大众，让更多的人了解别居法律制度。有很多人在报纸和新闻上看到或听到有关专家建议我国需要设立别居制度，但同时也有很多人并不了解别居是一种什么样的制度，为什么随着离婚率的上升专家们要提出此种建议。所以，一种职业的责任感让笔者想将几年以来对此问题的所思所想表达出来，但由于此项制度在国外出现是有其深层次的原因——宗教的因素，我国历史上就没有这种“土壤”，所以没有这样一项制度也不足为怪。其实，这样一项制度如今早已改变了其设立的初衷，但其于不经意间却更有利于保护现代的婚姻家庭制度，更有利于婚姻的稳定，所以在许多国家经久不衰，我国也出现了相应的司法实践，如“试离婚”等。

所谓“试离婚”或称“冬眠离婚”即是别居法律制度的中国版。在我国的河南省、天津市、厦门市等地都曾有过这种司法实践。有了司法实践却没有相应的法律支撑，这与当今的法治社会不相吻合，所以这一司法实践引发了人们更深层次的思考。越来越多的人对这样一项婚姻家庭法领域的内容开始研究和关注。但同时也有很多人包括身边的一些同行对这样一项制度了解不多，甚至没听说过，因此笔者觉得有一种责任要向广大普通民众宣传介绍这种制度，本书也正是基于此种考虑，介绍了别居法律制度的起源、发展历史及在我国出现的前前后后的状况。

本书以马克思主义婚姻家庭观为基本指导思想，以建立和谐