

邓
丽／著

婚姻法中的

个人自由与社会正义

——以婚姻契约论为中心

知识产权出版社

婚姻法中的个人自由与社会正义

——以婚姻契约论为中心

邓 丽 著

知识产权出版社

内容提要

婚姻兼具来自人类本能欲望的自然性和来自人类理性文明的社会性。婚姻的自然性决定了婚姻自由具有天生的正当性,因为理想婚姻中的亲密关系只有在双方自愿时才能真正得以实现。但作为一种制度性的存在,婚姻从来都是对人类两性关系的制约和规范,婚姻制度正是要使人类在两性关系中的自由天性相容于社会文化,服从于社会秩序,其首要的价值追求就是正义。

个人自由与社会正义之间的冲突与平衡是婚姻法领域的永恒命题,其贯穿于婚姻法的方方面面,不仅辐射到婚姻关系性质的界定,也影响到离婚法律制度的宽严,并在根本上决定着婚姻法的调整范围和介入方式。本书分上篇婚姻法基础命题、中篇婚姻关系理论分析和下篇婚姻终止制度专论。本书立足于自由与正义的法理之辩,揭示婚姻关系基础理论研究与具体法律制度得失之间的逻辑关联,尝试从一个新的视角对婚姻法的体系脉络加以梳理。

责任编辑:宋 云

图书在版编目(CIP)数据

婚姻法中的个人自由与社会正义——以婚姻契约论为中心/邓丽著. —北京:知识产权出版社, 2008. 3
ISBN 978-7-80247-107-8

I. 婚… II. 邓… III. 婚姻法—研究—中国
IV. D923. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 031217 号

婚姻法中的个人自由与社会正义——以婚姻契约论为中心

Hunyinfa zhong de Geren Ziyou yu Shehui Zhengyi —— yi Hunyin Qiyuelun wei Zhongxin
邓 丽 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

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860 转 8324

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

版 次: 2008 年 4 月第 1 版

字 数: 260 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860 转 8325

责编邮箱: songyun@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 9.75

印 次: 2008 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

ISBN 978-7-80247-107-8/D · 613

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序 言

追寻自由，匡扶正义是婚姻家庭制度不断演进的足迹。婚姻法中的个人自由与社会正义到底是何关系，婚姻自由能否完全取决于个人意志，在何种情形下个人所主张的自由将会与社会的正义观相抵触，社会是否应当为个人自由支付成本，如果实有必要，这种成本的限度又该如何确定？可以说，在婚姻法学领域，人们对于许多问题的判断与争议归根结底都是源自对自由与正义的认识与权衡，这在学术讨论中尤为显著。

对于上述问题本书作者试图做出自己的回应，可以说这是一次视角独特，非常有意义的婚姻自由与正义的法理之辨。作者的论述遵循了从抽象到具体的路径：从自由与正义的抽象理念出发，推衍至婚姻关系理论这样一个基础命题，进而延伸到实证法上的具体法律制度。于是，婚姻契约论就成为抽象理念与具体制度之间的联结，成为本书的核心与灵魂。作者在回顾、检视、追寻罗马法、教会法直至近现代法律的过程中不断地寻根究底，直至将契约的核心要素——交换与合意——锁定并剥离，这才步入婚姻与契约的牵手之旅。本人认为，作者所推崇的新婚姻契约观，在纯学术研究的基础上，也还有经世济用的考虑，凝结着作者关于构建理想婚姻关系和把握法律规制方式的用心。

为自己学生的专著写序还是第一次。邓丽是我的硕士研究生，在读期间聪慧好学，善于思考，严于律己。出于对婚姻家庭法学的热爱，毕业后她一直参与我所主持的研究项目，并发表过数篇学术

论文，引起学界关注。在此基础上，经过几年的沉淀、思考，她的第一本婚姻家庭法学专著即将问世，在为其欣喜之余，也对其寄予厚望。

婚姻家庭法学蕴涵了深刻的人文关怀，关系到国民的幸福和社会的和谐。对婚姻家庭法学的研究不仅仅是对法律制度的研究，更是对人性的研究，对社会的研究，必须充分考虑其普遍性、伦理性、民族性之特征。当今时代为婚姻家庭法学研究提供了极大的发展空间，愿有志于此的青年学子积极拓宽学术视野，关注社会所需，学业精进多有所成！

中国政法大学法学教授
中国法学会婚姻法学研究会会长



前 言

——游走于自由与正义之间的婚姻法

婚姻法总是以平易示人，但毋庸置疑的是，它同其他部门法一样蕴涵着深刻的人文关怀。在研习婚姻法的数年间，我多次感受到自由与正义在悄无声息的思辨空间里发生着激烈的碰撞与冲突，然后是妥协与认同……渐渐地，这种感受便演绎成一种印象，由自由与正义交织而成的纹索似长龙蜿蜒，将婚姻法领域的各个具体制度贯穿起来。于是，便有了这次尝试，将婚姻法化炼为寥寥数语而逻辑严整的架构图，于勾勒白描中体悟其中的真意与哲理。

在法的诸多价值理念中，自由与正义之所以成为婚姻法的底色和基调，乃是由婚姻法的调整对象所决定的。婚姻兼具来自人类本能欲望的自然性和来自人类理性文明的社会性，婚姻的自然性决定了婚姻自由具有天生的正当性，因为理想婚姻中的亲密关系只有在双方自愿时才能真正得以实现；但作为一种制度性的存在，婚姻从来都是对人类两性关系的制约和规范，婚姻制度正是要使人类在两性关系中的自由天性相融于社会文化，服从于社会秩序，其首要的价值追求就是正义。

自由与正义的内涵极为广泛，采用个人自由与社会正义的提法既是一种选择，也是一种限定。即便如此，两者在婚姻法中的关系依然富于变幻：当我们试图通过串联婚姻关系基础理论与离婚法律制度建构婚姻法逻辑体系时，个人自由与社会正义似对立统一的两端，自由多一点还是正义多一点，是一个需要抉择、需要取舍的问题；而在我们透过新婚姻契约观推崇和张扬现代婚姻关系中的平

等、自由、正义理念时，自由与正义归于统一战线，都代表着文明开放的价值理念。

个人自由与社会正义之间的冲突与平衡是婚姻法领域的永恒命题，其贯穿于婚姻法的方方面面，不仅辐射到婚姻关系性质的界定，也影响到离婚法律制度的宽严，并在根本上决定着婚姻法的调整范围和介入方式。本书按照从抽象到具体、从理论到实证的逻辑顺序来编排，分为上篇——婚姻法基础命题、中篇——婚姻关系理论分析和下篇——婚姻终止制度专论三个部分。立足于自由与正义的法理之辩，揭示婚姻关系基础理论研究在具体法律制度得失之间的逻辑关联，尝试从一个新的视角对婚姻法的体系脉络加以梳理。

当然，这只是一个起点。即使在书稿付梓之时，我也未曾有丝毫自得的惬意，心中沉沉地牵挂着文中未尽完备之处，然而一岁年轮一分智慧，无法取巧，我只好带着缺憾，继续前行。

目 录

前言	1
----------	---

上篇 婚姻法基础命题

第一章 婚姻的制度本质	3
第一节 婚姻制度的基本认识	3
第二节 婚姻制度的本质所在与潮流所向	11
第二章 婚姻的法律规制	17
第一节 婚姻法的理念与诉求:自由与正义的平衡	18
第二节 婚姻法的调整范围和介入方式:道德与法律的分界	23

中篇 婚姻关系理论分析

第三章 婚姻关系理论乃婚姻法律制度之基石	37
第一节 不同婚姻关系理论的更迭与争锋	38
第二节 婚姻关系理论与离婚法律制度之间的关联	45
第三节 对传统婚姻契约理论的反思	52

第四章 新婚姻关系契约论——平等、自由与正义	
理念在两性关系中的折射	55
第一节 婚姻关系的契约属性	58
第二节 实证法层面的婚姻契约观	80
第三节 关于我国现行婚姻法的再认识	98
第四节 小结:婚姻契约观与婚姻关系的规制	105
第五章 婚姻关系的最大利害关系人——子女	108
第一节 父母子女关系之历史考察	109
第二节 当前国际化视野中的子女权益保护	131
第六章 以契约理论为基础的婚姻争议解决机制	
多元化探索	149
第一节 我国婚姻争议的主要解决路径	151
第二节 可资借鉴的美国和我国香港特区的婚姻争议 调解机制	163
第三节 关于构建我国多元化婚姻争议解决机制的思考	204

下篇 婚姻终止制度专论

第七章 我国婚姻法制度框架	209
第一节 婚姻法基础理论	209
第二节 我国婚姻家庭立法沿革	214
第三节 我国婚姻家庭法的基本原则	220
第八章 我国婚姻关系终止制度专论	230
第一节 婚姻终止制度概述	230
第二节 协议离婚制度	243
第三节 诉讼离婚制度	248

第四节 离婚的法律效力·····	257
第九章 离婚法律制度中的自由与正义 ·····	274
第一节 离婚法律制度的分解·····	274
第二节 我国离婚救济制度评述·····	282
参考文献 ·····	290
后记 ·····	297

上篇 婚姻法基础命题

第一章 婚姻的制度本质

何为婚姻？何为家庭？每个身处社会关系中的人都能对此给出自己的解答，有多少个回应者就可能有多少种表述。但是法学意义上的“婚姻”和“家庭”有其特定的内涵。在本书的论域中，婚姻是指为当时社会制度所确认的、男女两性共同生活互为配偶的结合；而家庭则是指主要以婚姻关系、血缘关系为纽带而形成的、包含一定范围的亲属在内的社会生活单位。

一般认为，婚姻双方是家庭的基本成员和重要成员，婚姻关系是家庭关系的基础和源泉。在微观层面，对每个家庭而言，婚姻关系稳定是家庭关系良好的重要前提和保障；在宏观层面，好的婚姻风尚能够减少很多家庭问题、社会问题。

婚姻制度是指由包括道德、宗教、法律等各种社会规范构成的调整婚姻家庭关系的规范体系。对于特定社会而言，有关婚姻的道德规范、伦理制度、风俗习惯等都是婚姻制度的组成部分。其中，法律属于正式的社会控制范畴，相关法律规范是阶级社会中婚姻制度最集中、最典型的体现。

第一节 婚姻制度的基本认识

在人类历史上，婚姻曾有过怎样的形态，它具有何种属性，又承担着哪些社会功能，探讨婚姻法律问题需要对婚姻问题本身有必要的认识和共识。

一、婚姻形态的历史演进

在原始社会，两性结合先后经历了杂乱性交关系、群婚制、对

偶婚制等阶段；其后，随着生产力的发展和提高，在原始共有社会内部出现了私有制的萌芽，人类由此进入阶级社会时期。作为上层建筑对物质基础的呼应，对偶婚制因无法满足传承私有财产的社会需求而逐渐退出历史舞台，一夫一妻制成为主要的、典型的婚姻家庭形态。

（一）原始社会时期的群婚制和对偶婚制

在杂乱性交关系阶段，同一群体中的两性结合几乎没有任何限制和禁忌，除了直接的血缘关系外，其他的亲属关系根本无从判明。人类进入蒙昧时代的中级阶段后，学会打制石器，一面采集食物一面进行渔猎活动，于是出现了以性别和年龄为基础的自然分工，年龄相近的男女成为共同劳动群体，经常在一起活动；年龄差距大的男女逐渐分开并疏远，他们发生性关系的机会大大减少，最后他们的性生活逐渐分离。正如马克思在描述血婚制的形成时谈到的：“一俟原始群团为了生计必须分成小集团，它就不得不分成血缘家族。”^①

群婚制是人类历史上最早出现的婚姻家庭形态，它是指原始社会中一定范围内的一群男子与一群女子互为夫妻的婚姻形式，也被称为集团婚。从那时起，两性关系开始有了一些禁忌，存在一定范围血缘关系的男性和女性之间不允许缔结婚姻。按照这一禁忌的具体范围，群婚制又可划分为两个阶段，即血缘群婚制与亚血缘群婚制。

血缘群婚制是群婚制的低级阶段，这一阶段排除了不同辈分之间的两性关系，即只有同辈分的男女才可以结为夫妻。这样，在聚居的人群中就出现了按照辈分来划分的若干个婚姻集合：所有的祖父和所有的祖母，都互为夫妻；他们的子女互为夫妻，在该群体中处于父亲或母亲的地位；父亲或母亲的后代，异性之间也互为夫

① 马克思·摩尔根《古代社会》一书摘要 [M]。北京：人民出版社，1978：20。

妻。依此类推，整个群体由各同辈异性组成的若干婚姻集合而构成。

亚血缘群婚制是群婚制的高级阶段，又称为伙婚制或普那路亚家庭。^①在这一阶段，两性结合的禁忌进一步扩张，同辈旁系血亲间的通婚被禁止。也就是说，兄弟姐妹关系之外的同辈男女可结为夫妻。最初，这种婚姻形态只是排除同胞兄弟姐妹间的两性关系，后来又逐渐排除了血缘较远的兄弟姐妹间的两性关系。

恩格斯认为，从最初的杂乱性交关系到建立血缘群婚制，是人类婚姻史上的第一个进步，而从血缘群婚制过渡到亚血缘群婚制，则是人类婚姻史上的第二个进步；而且，由于同辈份的兄弟姐妹年龄相当，亚血缘群婚制的确立较之血缘群婚制的确立要困难得多，然而也重要得多。^②随着人类婚姻形态的变迁，人类社会的组织形式也从原始群体进化为氏族部落。

在原始社会晚期，群婚制下的婚姻禁忌越来越多，越来越严格，成对配偶在一定期间内得以相对稳定地保持同居关系。至此，对偶婚制便成为主要的婚姻形态，它是指一男一女在一段期间内保持相对稳定的偶居关系的婚姻形态。具体表现为，在原来群婚制所形成的一群男子与一群女子互为夫妻的情形下，一个男子开始与众多女子中的一位保持较为稳定的两性关系，但同时也会与其他异性有短暂的或偶然的两性关系。这同样适用于女性，即她主要与众多男子中的一位保持稳定的两性结合，但也不排除会与其他异性发生关系。恩格斯将这一过程描述为：“由于次第排斥亲属通婚——起初是血统较近的，后来是血统愈来愈远的亲属，最后是仅有姻亲关系的——任何群婚形式终于在实际上成为不可能的了，结果，只剩

① “普那路亚”一词是夏威夷语中亲密伴侣的音译词。

② 马克思，恩格斯。马克思恩格斯全集：第21卷[M]。北京：人民出版社，1965：49-50。

下一对结合得还不牢固的配偶，即一旦解体就无所谓婚姻分子。”^①

人类婚姻家庭形态从群婚制到对偶婚制的演变，直接的原因是两性结合的禁忌越来越多，越来越严格，而在这背后，则是自然选择的强大力量在起作用。所谓自然选择，是指人作为一种高级动物，在生存环境中互相竞争、适者生存的自然过程。自然选择规律通过阻止血亲婚配的意向，缩小通婚范围从而促使有利变异的保存、积累和发展，促进人的进化，促进人类群体的发展。越是在生产力水平低下的原始阶段，自然选择的作用就越大。那些率先限制血亲婚配的部落，其发展速度较之尚未确立这一禁忌的部落要迅速得多。面对这一现实，人类群体逐渐抛弃了血亲婚配的陋俗。

（二）阶级社会时期的一夫一妻制

当原始社会走向崩溃，阶级社会逐渐形成之际，对偶婚制也慢慢演化为一夫一妻制。私有制的确立及随之而来的传承私有财产的社会需求是促使这一转变发生的重要动力。

原始社会末期，生产力的进一步提高先后引起两次大的社会分工，即农业和畜牧业、农业与手工业的分工。这就使得个体劳动的生产方式成为可能，从而个人或家庭所创造或保有的财产也就逐渐从公共财产中分离出来，其所有权逐渐归属于私人或家庭。

与此同时，男性基于其天生的体力优势得以在劳动生产中占据主导地位，并最终确立男权统治地位。这样，丈夫在家庭中的地位升至妻子之上，并成为家庭财产的主人，继而要求将其所拥有的财产传承至血统纯正的子嗣。在对偶婚制这种婚姻形态中，很难准确地标明后代血统，而一夫一妻制不仅有助于确立丈夫在家庭中的主导地位，还能够更好地适应传承私有财产的社会需求。关于一夫一妻制在当时的历史使命，恩格斯论道：“它是建立在丈夫的统治之上的，其明显的目的就是生育确凿无疑的出生自一定父亲的子女；

^① 马克思，恩格斯。马克思恩格斯全集：第21卷[M]。北京：人民出版社，1965：59。

而确定出生自一定的父亲之所以重要，是因为子女将来要以亲生的继承人的资格继承他们父亲的财产。”^①由此说来，一夫一妻制是不以自然条件为基础，而以经济条件为基础，即以私有制对原始的自然形成的公有制的胜利为基础的第一种家庭形式。^②

在不同历史阶段，一夫一妻制的表现形式不尽相同。奴隶社会和封建社会的一夫一妻制度，更确切的称谓是“一夫一妻多妾”。《汉穆拉比法典》和《古兰经》都明确规定，丈夫可以公开迎娶数位女性，而妻子则必须忠实于丈夫。我国古代的嫔嫁制度规定，女子出嫁时，要由新娘的妹妹或侄女（后为新娘的侍婢）随其出嫁，随嫁者为新郎的妾。一夫一妻多妾制的家庭具有典型的等级制特征，丈夫居于绝对主导地位，妻妾有序、嫡庶有别是家庭成员必须遵循的伦理纲常。

资本主义社会，一夫一妻制开始在形式上趋向于两性平等，即婚姻关系中的夫妻双方是一一对应的，丈夫不得在妻子之外迎娶其他女性。但同时也应看到，至今为止，社会现实中仍充斥着通奸、卖淫等不良现象，这些现象对婚姻家庭的稳定产生了极大的破坏效应，也直接冲击到一夫一妻制所推崇的两性平等理念。

只有当生产力的发展达到相当高的水平，生产资料在讲求效率的前提下成为社会共享资源，男女两性达到真正平等地位时，一夫一妻制才能够真正实现其理想形态。

二、婚姻的属性与职能

（一）婚姻的属性

探讨婚姻家庭的属性，主要着眼于考察和把握那些决定或影响

① 马克思，恩格斯．马克思恩格斯全集：第21卷[M]．北京：人民出版社，1965：74．

② 马克思，恩格斯．马克思恩格斯全集：第21卷[M]．北京：人民出版社，1965：77．