



民商法学术著作丛书

总主编：蒋月

我国非婚同居 立法规制研究

何丽新 著

*Research on the Legislation to Govern
Non-marital Cohabitation in China*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



民商法学术著作丛书

总主编：蒋月

我国非婚同居 立法规制研究

何丽新 著

*Research on the Legislation to Govern
Non-marital Cohabitation in China*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国非婚同居立法規制研究 / 何丽新著. —北京:
法律出版社, 2010. 7
(民商法学术著作丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0836 - 3

I. ①我… II. ①何… III. ①婚姻法—立法—研究—
中国 IV. ①D923. 901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 098394 号

我国非婚同居立法規制研究

何丽新 著

责任编辑 卫蓓蓓
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.25 字数 323 千

版本 2010 年 8 月第 1 版

印次 2010 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0836-3

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

事莫难于谋始,功莫大于奠基。新中国成立六十余年来,特别是改革开放三十年余来,中国大陆地区民商法的教学与研究快速进步,民商事立法、司法、仲裁、律师实务取得重大进展,有目共睹。厦门大学法学院民商法学科,着力培养民商法学各个领域高层次专门人才,以为民商事立法提供学术参考,切实支持民商事司法水平提升,服务于民商法律实践,促进中国民商事法制进步为己任。本学科师资力量雄厚,民商法各专业领域人才集中。2003 年经国务院学科评议审核获准设立专业学位博士点,是中国内地重要的民商法学教学、研究和人才培养基地。本学科点以民商法理论为基础,跟踪社会实践,研究涵盖民商法主要领域,各研究领域特色鲜明,培养了一大批民商事法律专业人才,取得了诸多重要的研究成果,特别是在民法典及民法基础理论、商事法、婚姻家庭法、罗马法、知识产权法等方面的研究,享有重大学术影响和社会声誉。本学科教师先后承担国家级、省部级课题 30 余项;出版专著 50 余部,译著 10 部;在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等有较大学术影响的专业核心刊物上发表学术论文 200 余篇。

厦门大学民商法学科的教学与研究已有 80 余年的积累。厦门大

学于1926年设法科之初,民法学就显示了强劲的教学和科研力量,聚集了陈朝璧教授、柯凌汉教授、周枏教授、李景禧教授等学贯中西的法学大家。30年代,李景禧教授将日文版罗马《十二表法》译成中文介绍给中国;陈朝璧先生所著《罗马法原理》(1937)被当时国内各大学采用作教科书。陈朝璧教授著《中比通婚中的国际私法问题》(1933)、《英美法原理》(1948),李景禧教授著《法学通论》(1935)、《法学教程》(1940)、《国家与法权基础理论》(1956)等著作在近代民法发展史上产生了重大影响。1979年,厦门大学恢复设立法律系,设立民法教研室,民商法学获得重新发展的生机,并快速成长为国内民商法学教学和研究的的重要基地之一。以李景禧先生、薛景元先生为主的民法教学科研团队开设《民法》(上)、《民法》(下)课程。1982年,获准设立民法专业硕士点,成为全国最早设立民法专业法学硕士点的院校之一。1999年,民商法学被评为福建省重点学科。2002年,本学科设立民商法研究所、罗马法研究所等研究机构,出版《罗马法与现代民法》等书刊。已培养了大量民商法专业高级人才,社会影响力日益增强。近年来,厦门大学法学院民商法学科队伍不断壮大,在承担着繁重教学任务的同时,学术研究日益精深,取得了丰富成果。

经过较长时间准备,本学科决定推出“民商法学术著作丛书”。本丛书关注民商事法律领域的重大基础性和热点难点问题。每个论题的选择注重其理论和实践双重价值,既重视基础性,又强调新颖性。部分论题直接挑战传统的法律价值或基本规则,多数论题是国内民商法学界少有研究。研究每个论题,总是细心分析,探微事理,发现规律和效用;注重对论题研究的原创性。研究一个问题,总是辨明类别,明确其内在体系;阐明主张旁征博引,论据翔实,绝不肤浅和盲从,剖析问题层层深入,见解力求精辟,殚精竭思;质疑他人观点或现行规则,究其因果,察其关联,有理有节,严谨平和;提出对策建议,力求比较各种可能方案,既眼观世界各地法律进步,又顾及中国国情,择其最适当者为要,与时俱进。所有著作均为民商法学者同仁呕心沥血

之作,视野开阔,观点鲜明,论证精要,结论可期,质量上乘。

本丛书为开放式系列。取材方面,以厦门大学民商法学科的教师、博士后研究人员的著作及博士学位论文为主,亦乐意收录当代海内外同仁的民商法新著。每册原则上在40万字以下。视民商法学同仁的研究成效,每年推出著作若干本,陆续出版。本丛书的读者对象,以从事民商法的立法、司法、教学、研究和律师实务等专业工作者为主,也可供经济、社会决策者参考。

厦门大学法学院民商法学科同仁多年来孜孜不倦地努力和付出,为共同的学术理想和事业尽力工作,卓有成效,令人敬重。相信本丛书系列著作的出版,将为民商事法学教学提供深度资讯参照,推进民商法学的研究,为民商法制建设发挥积极作用。

此为对本丛书及论题的简要说明,是为序。

蒋 月

2010年1月12日

目 录

导论 /1

- 一、研究动机 /1
- 二、研究思路 /7
- 三、两点说明 /10

第一章 我国非婚同居现状解析 /13

第一节 非婚同居的阐释与界定 /13

- 一、非婚同居释义 /13
- 二、非婚同居界定 /22
- 三、相关法律概念的评判 /27
- 四、事实状态下的相关概念 /37

第二节 非婚同居的客观现状 /43

- 一、非婚同居现象探微——以在校大学生
调研情况为基点 /43
- 二、非婚同居阶段论 /57
- 三、非婚同居存在的问题 /60

第三节 否定和排斥非婚同居的法律政

策——以婚姻家庭法规范文本为对象 /64

一、事实婚姻与非婚同居的二元制 /67

二、非婚同居法律政策的演变 /73

三、非婚同居法律适用的困境 /84

第四节 非婚同居司法救济的滞后与缺失 /95

一、非婚同居司法现状窥探——以两中院实证调研为基础 /95

二、非婚同居司法救济的缺失 /101

第二章 外国非婚同居立法规制的借鉴研究 /109

第一节 非婚同居立法规制的社会背景 /110

一、非婚同居成为并行于婚姻的家庭模式 /110

二、两性观念的变革和两性关系的多元化 /118

三、基督教对婚姻神圣性的妥协 /129

第二节 立法规制的介入 /138

一、规制立场的转变 /140

二、介入规制的时机 /150

第三节 非婚同居立法规制的模式 /170

一、异性同居与同性同居的合并与分立规制 /170

二、零散立法与统一立法 /177

三、“婚姻化”同等待遇与差别待遇 /180

四、契约模式与身份模式 /186

五、登记伴侣与事实伴侣 /192

第四节 非婚同居立法规制的内容 /199

一、人身关系 /199

二、财产关系 /201

三、亲子关系 /208

第三章 我国非婚同居立法规制的基础考量 /211

第一节 两性关系在共性中演变 /211

一、遵循人类两性关系发展史的共性 /212

二、两性结合多元化是趋势 /218

三、两性关系发展中的多元规制 /221	
第二节 两性关系伦理观念的传承与嬗变 /224	
一、传统风俗传承着事实婚姻的形式 /226	
二、变革观念孕育着非婚同居的现象 /230	
三、嬗变的两性观念冲破非婚同居的禁锢 /236	
第三节 家庭自治与家庭法的干预 /243	
一、家庭的本质非依赖于婚姻 /243	
二、非婚同居形态具备家庭实质功能 /251	
三、家庭自治下的非婚同居 /256	
四、家庭法延伸至非婚同居关系 /261	
五、家庭自治与家庭法干预的适度 /267	
第四章 我国非婚同居立法规制之障碍破解 /271	
第一节 非婚同居道德调节论 /271	
一、非婚同居是否立法规制的论争 /271	
二、立法规制的必要性 /273	
三、道德调节的局限性 /274	
四、法律和道德的协调 /278	
第二节 婚姻制度冲击论 /279	
一、结婚登记制度 /279	
二、婚姻法价值导向的弱化 /288	
三、正视家庭形态的多样化 /292	
第三节 保护非婚同居不利论 /294	
一、妇女权益的保护 /294	
二、子女抚育的实现 /296	
三、性秩序的规制 /297	
第四节 人口管制失控论 /298	
一、人口现状与非婚同居 /298	
二、非婚同居中的人口管制 /304	

第五章 我国非婚同居法律制度的建构 /309

第一节 非婚同居立法規制的价值取向 /309

一、保障非婚同居的自主性 /309

二、实行婚姻与同居分别调整和差别待遇 /311

三、引入子女最佳利益原则 /314

第二节 非婚同居立法規制的模式确定 /318

一、单行法的定位 /318

二、单行法的制定 /321

三、任意性规范为主 /325

四、身份模式的选择 /328

第三节 非婚同居的双方关系規制 /335

一、非婚同居的人身关系 /335

二、非婚同居的财产关系 /343

第四节 非婚同居关系中的子女 /362

一、亲子关系的确立 /362

二、子女权益的保护 /364

第五节 非婚同居关系的解除 /365

一、解除行为 /365

二、解除后果 /367

结语 /371

参考文献 /378

附录(一) /402

附录(二) /407

后记 /411

导 论

一、研究动机

非婚同居,虽自古有之,但长期受到社会的抑制和法律的禁止。自第一次世界大战后,非婚同居在世界范围呈现出与日俱增的发展态势。从 20 世纪 60 年代开始,欧美国家对非婚同居陆续从限制、禁止的立场转向承认、保护,并立法使之规范化,同居双方因此享有法定的权利和承担某些义务。在中国内地,自 20 世纪 90 年代以来,非婚同居现象亦不断递增,成为无法回避的客观现实。尽管我国规范性文件不禁止和惩罚非婚同居,但相关立法呈现空白,有关的司法解释主要集中在符合事实婚姻状态下的非婚同居,且存在明显的滞后性和局限性。非婚同居的现实法律问题在我国目前法律状态下无法得以圆满和公正地解决。

两性关系从人类产生至今就存在多种方式,婚姻不是通向家庭和性生活的唯一合法桥梁。男女两性的结合为当时社会制度所确认,形成婚姻。在现代社会中,婚姻不仅是指男女两性之间所具有的性的权利,而且也是指男女两性之间结成这种关系的规则,是让

群体共同去遵守的一种文化现象。^{〔1〕}但随着现代生产力的急剧发展、社会生活的日益丰富多彩和个人主体意识的增强,两性关系的处理更加多元化,产生了非婚两性结合共同生活体的可能性。从婚姻的产生历史分析,婚姻是人类发展到一定阶段的选择,人类从无婚姻时代进入有婚姻时代,经历了漫长的阶段,婚姻家庭制度历史类型的依次更替取决于生产力的提高和生产关系的变更,其发展轨迹遵循其内在的规律性。除了异性互相吸引外,人类自身再生产也需要两性的结合。人类的生育与婚姻家庭有着密切的联系,婚姻与生殖功能相伴随,生育甚至被看作婚姻的主要目的。但人类的繁衍不唯一依赖于婚姻形态的两性关系,事实上,两性关系的多元化很大程度上也是婚姻在处理两性关系中的弊端所导致。从社会发展看,婚姻建立在男性统治女性的基础上,女性以婚姻作为其谋生的手段,男女不平等无法通过婚姻形式彻底地加以解决。婚姻还是高成本的行为,结婚和离婚均向国家寻求支持或救济为手段,当事人自主空间很狭窄。再者,婚姻生活双方依赖程度太高,给当事人造成约束。个体对现实婚姻和家庭制度的不满通过两种社会现象表现出来:一种是离婚;另一种是寻求替代婚姻和家庭制度的生活方式。^{〔2〕}因此,社会生产力的发展,个体经济在现代化推进和城市化进程中日趋独立,个人的自主性增强。传统的婚姻制度制约个体的自由和发展,婚姻功能弱化,两性关系形态发生多元化变革,婚姻作为两性关系唯一合法的结合途径受到挑战。

应该承认,经济发展对婚姻演变发生决定作用,反映婚姻的本质特征。^{〔3〕}但以婚姻为基础的家庭衰落的原因,一部分是经济的,一

〔1〕 陈华文、朱良、陈淑君:《婚姻习俗与文化》,黑龙江人民出版社2004年版,第2页。

〔2〕 陈功:《家庭革命》,中国社会科学出版社2000年版,第59页。

〔3〕 谭仁杰:《婚姻经济学》,河南人民出版社1992年版,第46页。

部分是文化的。〔4〕婚姻文化是中国文化的重要组成部分,传统社会的择偶文化以婚姻为重,但婚姻习俗受到地理环境、历史渊源、宗教信仰、经济发展、心理素质等因素的综合作用。人的本质属性是社会属性,后天获得的社会属性是人类独有的文化现象。观念是文化铸造的心理。社会的开放直接影响人们两性关系意识观念的转变,现代文明的发展催生现代两性关系意识形态,东西方文化的交流与汇合,社会化进程的加快,信息时代的科技发展,使两性关系的观念发展变化。人们开始对非婚同居抱以宽容态度,尊重人们选择生活方式的自由,承认多样化的家庭形式。从非婚同居的经济、文化、社会背景考量,探究非婚同居的社会基础和根源,考察和解析非婚同居的成因,进而构建不同层次法律制度调整多元类型的家庭关系,前瞻性地看待人类两性关系的发展演变,是家庭法不辱使命的课题。〔5〕

尽管各国政治、经济和社会制度不尽相同,但非婚同居从遏制到承认再到保护是各国法律较为一致的选择,欧美国家为此进行了可资借鉴的司法尝试和立法探索。我国家庭法尚未就非婚同居现象予以适当和足够的重视,理论界对非婚同居的立法规制尚欠深入、全面、成熟的研究。非婚同居是我国无法回避和不可逆转的客观现实,法律愿意涉足与否都不能挽回现实的发生。同时,非婚同居现象的增加已带来一系列社会问题,如同居者共同生活的维系、同居者逃避债务、随意解除同居关系而导致弱势一方无法得到合理的补偿、同居者相互遗赠的效力、同居生育的子女权益保护问题等。法律与事实不能相对立,法律对该事实的存在应提供足够的法律资源

〔4〕 [英]伯特兰·罗素:《婚姻革命》,靳建国译,东方出版社1988年版,第115页。

〔5〕 非婚同居立法规制问题是中国家庭法未来研究的热点和难点问题之一。详见马忆南、高庆:“改革开放三十年中国婚姻法研究回顾与展望”,载《家事法研究》(2008年卷),群众出版社2009年版,第55页。

进行调整。每个人均有权平等地接受法律所赋予的权利,平等和非歧视原则是人权规范架构中的基础性原则,法律应禁止任何歧视并保证所有人得到平等和有效的保护。法律的基本意图是体现和规制现实生活,作为广泛普适性的法律有必要理性地对非婚同居定性定位,形成有效的法律规范。

本书的研究动机主要体现在:

(一)非婚同居作为家庭的一种形态,应纳入家庭法的调整范围

非婚同居不属于由“血缘、婚姻或法律拟制”构成的家庭,但已承担着传统婚姻家庭的情感交流、生育、经济、教育等基本功能,具有家庭的特征。依据功能主义家庭观,运用家庭法调整方式对其进行规范,延伸了家庭法的调整范围。我国非婚同居的立法规制,旨在实现法律资源的有效调控,引导社会正确对待非婚同居,尊重家庭自治权,切实保护弱势者的人权,注重以人为本与法制的完善,深刻思考我国家庭法的理论基础和发展趋势。建立区分于婚姻的非婚同居法律制度,既肯定婚姻家庭制度的生命力和权威性,又尊重两性关系多元化的现实和趋势,体现以人为本的法律价值观,是构建和谐社会的需要。非婚同居中的妇女和子女权益的保护,老年人基于经济和社会等多重原因而无奈选择非婚同居形式,不可避免地涉及妇女、老人和儿童等弱势群体的权益保护。共同生活秩序,本来就是事实性质的人伦秩序,法律不可能是反社会现实和反人伦的,因此,法律应对事实存在的共同生活关系予以一定程度的认可。^[6] 家庭法作为自由裁量空间日趋增大的法律,^[7]在不断扩大其调整范围的同时,其自身也在不断地修正,以适应社会的发展和家庭生活多样化的需要。家庭法所设计的家庭制度,应为人们提供尽可能多的机会,让人们选择最适合其本人的家庭生活,这是

[6] [德]G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第151页。

[7] 蒋月:《婚姻家庭法前沿导论》,科学出版社2007年版,第15页。

家庭法的宽容和自由。家庭结合方式的多样化是家庭法现代化发展的一个方向,家庭法的重要意义在于赋予当事人行为以效力,从而引导其行使并进而保护其权利。

(二) 思考两性关系多元化的趋势,探索家庭法的未来走向

两性关系是家庭法永恒的调整对象,两性关系的现状和发展极大地影响着家庭法制度的变革。探究和思考两性关系的发展演变,是家庭法的着眼点。从家庭的起源及家庭形式的递进分析,家庭形态的变迁发展呈现多元化,人类正在转换、重构和重塑私人生活领域人际关系的图景。婚姻形态是人类发展到一定阶段的产物,晚近时代非婚同居关系的大量存在,必然引发两性关系的发展趋势是以婚姻还是伙伴关系或是其他形式的思考。立法规制非婚同居,正视婚姻可能面临的冲击,在充分肯定婚姻制度的优先性和生命力的同时,反思传统婚姻家庭关系,对两性关系的发展演变、现状及未来趋势提出思考意见,并以此展望家庭法的走向和远景。家庭领域的现象是社会的缩影,两性关系的发展变化,关乎人类社会的历史与演变;而非婚同居法律机制的构建和发展,则关乎家庭法的演变。可以肯定的是:建立多层次的法律规制体系,才能应对两性关系多元化的趋势。

(三) 阐释和总结外国非婚同居制度,构建适合我国本土化的非婚同居法律机制

尽管家庭法是在各国特有的历史条件下产生与发展起来的,植根于本民族的历史传统文化、宗教、风俗习惯和生活方式,具有较强烈的民族传统特色。^{〔8〕}但人类存在两性关系的普遍属性和价值,且随着经济全球化、交通或信息网的发展,通过相互之间的联系与接触,广泛而频繁的国际交流活动对家庭的渗透与辐射,促进了法文化的相互交流与法制的相互继受,西方近现代家庭法立法技术的成

〔8〕 余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第2页。

熟和完善等决定了各国家庭法不可避免地吸收和渗入外来的异质法文化,传统家庭法的固有性逐步削弱。^[9]非婚同居关系虽是家庭法的新兴领域和前沿课题,但西方各国对此进行不同的立法探索和尝试,各种学说和制度在不断的完备和深入中,通过借鉴性地研究欧美国家非婚同居法律制度,就人类发展史、东西方文化、社会保障体系、家庭政策等对两性关系的立法规制是否形成规律性的影响做出必要的结论意见,揭示外国法对待非婚同居的态度大致遵循从禁止惩罚、漠视回避到保护性调整的发展方向,^[10]并探索欧美国家对待非婚同居规制立场的转化、规制时机的介入、规制模式的多样、规制法效的生成等,吸收和借鉴其中适合我国社会基础和非婚同居现状的规制内容,更新立法理念,从我国实际出发,对家庭形态的多样和变迁予以理性的回应。

(四)正视非婚同居的现实问题,引导人们选择家庭生活模式

我国现行婚姻法以结婚登记制度规范结婚行为,婚姻关系因此获得法律保护。在结婚登记制度下,事实婚姻因不符合结婚登记要件而被纳入广义的非婚同居体系。我国运用司法解释等规范性文件,以时间评判和补办登记为标准,对事实婚姻和非婚同居实行二元化规制。该模式既缺乏现实操作性,又无法适应现代两性关系的发展,存在明显的滞后性和局限性。但在现实生活中,与我国风俗习惯和文化传统相伴沿袭的非登记婚由来已久,我国历次婚姻法在固守结婚登记制度的同时,开放司法解释等规范性文件对事实婚姻予以适度妥协,但非此即彼的思维定式,既陷入事实婚姻取舍的两难困境,又产生非婚同居规制的法律漏洞,导致非婚同居期间产生的人身和财产纠纷无法在当事人之间化解,且缺乏“有法可依”的救济途径。非婚同居的立法规制,设置约束力弱于婚姻的同居伴侣身

[9] 王洪:《婚姻家庭法》,法律出版社2003年版,第7~8页。

[10] 王薇:《非婚同居法律制度比较研究》,人民出版社2009年版,第333页。

份,充分肯定婚姻的优先保护论,合理协调主流价值和特殊利益,正视婚姻所面临弱化的现实和趋势,引导人们正确对待家庭生活的选择,有利于维护非婚同居伴侣和子女的合法权益,有利于全面解决非婚同居现实法律问题,避免和减少社会矛盾的激化,有利于形成与时俱进、开放宽容的家庭立法观念,有利于构建多层次的法律体系,以适应多元化的社会发展的需要。

二、研究思路

家庭领域长期定位为私领域,适用私法自治基本原则,家庭规范和制度的设计围绕着这一原则。多元化的社会造成多元化的家庭形态,家庭法应尽可能被赋予广阔的自治空间。“权利是私法的核心概念,同时也是对法律生活多样性的终极抽象”,^[11]对权利的保护是家庭法的基础和核心任务。社会发展的历史形成一个经验法则,保障个人自主决定得以实现的制度是符合人性和人权的制度,是最具生命力的制度。将家庭局限于婚姻范围内,忽视了家庭的本质,忽视了其他与婚姻关系一样承担家庭职能的准家庭关系。非婚同居是一种家庭形态,家庭法应提供充分的法律资源予以调控。但以婚姻为基础的家庭仍是现代社会的主流,在保证婚姻第一位性的前提下,对非婚同居的确认也是对现存家庭关系保护局限性的一种补充。同时,由于两性关系的社会性,弱势群体利益的保护,家庭领域的自治从来不是绝对的、任意的、不受限制的,自治和管制的关系,实际上就是私人利益与国家和社会公共利益的关系。非婚同居法律机制的构建应以自治和管制的关系为线索,公平合理地维护同居者的合法权益。

在研究思路,本书分层次展开:

[11] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第62页。