

(第二版)



Marriage and Family Law

婚姻家庭法学

杨馨德 谢洁茹 / 主编

 上海财经大学出版社

非外借

婚姻家庭法学

(第二版)

主 编	杨馨德	谢洁茹
副主编	郭 莉	冯 艳
	李 双	



上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

婚姻家庭法学/杨馨德,谢洁茹主编. —2版. —上海:上海财经大学出版社,2017.2

ISBN 978-7-5642-2622-0/F · 2622

I. ①婚… II. ①杨… ②谢… III. ①婚姻法-法的理论-中国
IV. ①D923.901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 304967 号

- ☐ 责任编辑 刘晓燕
- ☐ 电 话 021-65903667
- ☐ 电子邮箱 exyliu@sina.com
- ☐ 书籍设计 张克瑶

HUNYIN JIATING FAXUE

婚姻家庭法学

(第二版)

主 编 杨馨德 谢洁茹

副主编 郭 莉 冯 艳 李 双

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海华教印务有限公司印刷装订

2017 年 2 月第 2 版 2017 年 2 月第 1 次印刷

787mm × 1092mm 1/16 19.25 印张 480 千字

印数: 7 001-10 000 定价: 49.00 元

(本教材有电子课件, 欢迎向责任编辑索取)

前 言

婚姻家庭法学是以婚姻家庭法律规范和婚姻家庭法律现象为研究对象的一门基础法学学科,也是“广播电视大学开放教育”法学专业的限选课程。《婚姻家庭法学》是“高等学校法学专业选修课程教材”之一,主要针对高等学校及高等成人院校法学专业本科、专科学生而编写。

本书以婚姻法的基本原理为指导,对婚姻家庭法律制度的历史类型以及中外婚姻家庭法的发展历史、我国婚姻家庭法基本原则及保障措施、适用范围、结婚制度及其效力、离婚制度及其效力、亲属家庭关系、收养制度以及救助措施与法律责任等婚姻家庭法学的基本知识进行了全面系统的阐述,吸收了婚姻家庭法学研究的最新学术成果,并注重对现行立法以及司法解释的讲解和分析。既重视传统学科理论,又能联系立法、司法实践,对重点、难点问题进行深入探讨,具有启发性。学习婚姻家庭法,对于学生培养正确的婚姻家庭观念和法律意识,运用婚姻家庭法律知识解决婚姻家庭领域的法律问题、维护公民在婚姻家庭领域中的合法权益,促进社会的文明进步,均具有重要的意义。本书适合法学专业婚姻家庭法学教学使用,同时可供参加自学考试及统一司法考试者学习使用。

本书由杨馨德、谢洁茹任主编,郭莉、冯艳、李双任副主编,全书由主编、副主编审阅、修改,并由谢洁茹老师协助主编、副主编参与校稿。具体分工(按章节先后顺序)如下:

杨馨德:绪论第一节、第一章第一节;

谢洁茹:第二章第五节、第二章第六节、第五章第三节

刘 旗:第一章第二节、第三节、第四节;

郭 涛:第二章第一节至第四节,第三章第二节、第三节、第四节;

冯 艳:绪论第二节、第三章第一节;

陶维国:第四章、第五章;

郭 莉:第六章、第七章;

陈良炳:第八章、第九章;

姚正泉:第十章、第十一章。

本书的撰写参考了大量的学术界同仁的研究成果,对此本书作者表示真诚的感谢!同时,对于为最终的定稿做大量校稿工作的江西广播电视大学谢洁茹老师也表达谢意!由于时间仓促,加之水平有限,书中难免有疏漏、错误之处,敬请读者和专家指正。

编 者

2016年8月

目 录

前言	1
绪论	1
第一节 婚姻家庭的基本原理及婚姻的历史类型	1
一、婚姻与家庭	1
二、婚姻家庭关系与婚姻家庭制度	6
第二节 中国婚姻家庭立法的发展	10
一、中国奴隶制时代的婚姻家庭立法	10
二、中国封建社会的婚姻家庭立法	15
三、半殖民地半封建社会的婚姻家庭立法	20
四、新中国成立前革命根据地的婚姻家庭立法	22
五、新中国成立后的婚姻家庭立法	24
【复习思考题】	30
第一章 婚姻家庭制度与婚姻法	31
第一节 婚姻家庭制度的本质及其历史类型	31
一、婚姻家庭制度的本质	31
二、婚姻家庭制度类型的历史沿革	32
第二节 婚姻法的概念、调整对象、特征和功能	42
一、婚姻法的概念	42
二、婚姻法的调整对象	42
三、婚姻法的特征	44
四、婚姻法的功能	44
第三节 婚姻家庭法的定位及与其他法律部门的关系	46
一、作为独立法律部门的婚姻家庭法	46
二、作为民法有机组成部分的婚姻家庭法	47
三、民法体系中的婚姻家庭法	47
第四节 国外婚姻法的历史发展现状	50
一、国外古代婚姻家庭法	50

二、近现代资产阶级国家婚姻家庭法	51
三、社会主义国家婚姻家庭法	53
【复习思考题】	53
第二章 婚姻法的基本原则及保障措施	56
第一节 婚姻自由	56
一、婚姻自由的定义及特征	56
二、婚姻自由的基本内容	57
第二节 一夫一妻制	58
一、一夫一妻制的概念	58
二、一夫一妻原则在我国的适用	58
第三节 男女平等	59
一、男女平等的概念	59
二、男女平等的内容	60
第四节 保护妇女、儿童和老人的合法权益	60
一、保护妇女的合法权益	60
二、保护儿童的合法权益	62
三、保护老人的合法权益	63
第五节 实行计划生育	64
一、计划生育的概念及其意义	64
二、二胎政策	65
第六节 夫妻、家庭成员的共同责任	72
一、禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为	74
二、禁止借婚姻索取财物	75
三、禁止重婚	76
四、禁止有配偶者与他人同居	77
五、禁止家庭暴力	78
六、禁止家庭成员间的虐待和遗弃	83
【复习思考题】	83
第三章 婚姻法的适用范围	85
第一节 婚姻法的效力范围	85
一、婚姻法的时间效力	85
二、婚姻法的空间效力	85
三、婚姻法的对人效力	86
第二节 民族婚姻	86
一、民族婚姻的概念	86
二、民族婚姻的特点	86

三、《婚姻法》对民族婚姻变通规定的基本情况	87
四、民族自治地方对《婚姻法》的变通规定	87
第三节 华侨、港澳台同胞在内地的婚姻与收养	89
一、华侨、港澳台同胞在内地的婚姻与收养的法律适用	89
二、华侨在内地的婚姻与收养	90
三、港澳同胞在内地的婚姻与收养	92
四、台湾同胞在大陆的婚姻与收养	93
第四节 涉外婚姻与收养	95
一、涉外婚姻的概念、特征	95
二、涉外结婚	95
三、涉外离婚	97
四、涉外收养	98
【复习思考题】	101
第四章 结婚	103
第一节 概述	103
一、婚姻成立的概念及要件	103
二、婚姻成立方式的沿革	106
第二节 结婚的要件	108
一、结婚的积极要件	108
二、结婚的消极要件	112
三、其他法律规定	117
第三节 结婚程序	118
一、概述	118
二、我国的结婚登记制度	119
第四节 婚约和事实婚姻	121
一、婚约	121
二、事实婚姻	123
第五节 无效婚姻与可撤销婚姻	126
一、概述	127
二、我国《婚姻法》规定的无效婚姻	127
三、我国《婚姻法》规定的可撤销婚姻	129
四、无效婚姻与可撤销婚姻的法律后果	130
【复习思考题】	131
第五章 婚姻效力	132
第一节 概述	132
一、婚姻效力的概念	132



二、夫妻在家庭中的法律地位	133
三、我国《婚姻法》对夫妻法律地位的规定	133
第二节 配偶权	134
一、婚姻的社会功能是配偶权的本源	134
二、配偶权是近代、现代法制文明和进步的产物	135
三、我国现行《婚姻法》上的配偶权	136
第三节 夫妻财产制	142
一、夫妻财产制概述	142
二、我国夫妻财产制的立法沿革	143
三、我国现行的法定夫妻财产制	144
四、我国的约定夫妻财产制	151
五、夫妻遗产继承权	153
【复习思考题】	154
第六章 离婚	155
第一节 概述	155
一、婚姻终止和离婚	155
二、离婚制度的历史沿革	158
三、中国离婚制度的历史发展	160
第二节 离婚的程序与处理原则	163
一、登记离婚	163
二、我国现行登记离婚制度	163
三、诉讼离婚	166
四、离婚的处理原则	171
第三节 判决离婚的法定条件	172
一、该原则的基本含义	172
二、夫妻感情确已破裂与调解无效的关系	172
三、夫妻感情确已破裂的认定	172
四、关于认定夫妻感情确已破裂的法定具体标准	173
五、我国《婚姻法》的两项特殊规定	174
第四节 常见的离婚纠纷类型及其处理	175
一、因封建思想引起的离婚纠纷	175
二、因外遇引起的离婚纠纷	176
三、因家庭暴力引起的离婚纠纷	177
四、因恶习引起的离婚纠纷	177
五、因分居引起的离婚纠纷	178
六、因一方犯罪服刑、被劳教引起的离婚纠纷	178
七、因一方患病或有生理缺陷而引起的离婚纠纷	179

【复习思考题】	179
第七章 离婚效力	181
第一节 概述	181
一、离婚效力的概念	181
二、离婚效力的表现	181
第二节 离婚后的身份及子女抚养关系	182
一、离婚对夫妻身份关系的效力	182
二、离婚在父母子女关系方面的法律后果	182
第三节 离婚后的财产及债务债权关系	189
一、夫妻共同财产分割	189
二、离婚时的债务清偿	196
【复习思考题】	198
第八章 亲属	205
第一节 概述	205
一、亲属的含义、产生	205
二、亲属制度的起源与发展	206
三、亲属制度的本质	209
四、亲属的特征	211
五、亲属关系的伦理、社会及法律价值	214
第二节 亲属的种类	216
一、配偶(夫妻)、血亲和姻亲	216
二、亲属种类的发展、沿革	217
三、当代亲属法中的亲属类别	219
四、亲属的其他分类	221
五、我国亲属称谓	222
第三节 亲系和亲等	223
一、亲系	223
二、亲等	224
第四节 亲属关系的法律事实和效力	227
一、亲属关系的法律事实	227
二、亲属法律关系的发生和终止	228
三、亲属关系的法律效力	229
【复习思考题】	231
第九章 家庭关系	233
第一节 概述	233

一、家庭关系的含义	233
二、我国古代的家庭关系	236
三、家庭关系的范围、调整对象	237
四、家庭的属性	237
五、家庭的社会功能	238
六、家庭关系的法律原则	238
第二节 夫妻关系	239
一、夫妻关系的含义	239
二、夫妻法律地位的历史沿革	240
三、夫妻关系的法律意义	240
四、夫妻关系的内容	241
五、夫妻的权利和义务	246
第三节 父母子女关系	248
一、父母子女关系的含义	248
二、父母子女关系的种类	249
三、亲子关系的发生与变更	249
四、父母子女关系的权利和义务	251
五、不同种类的子女及其法律地位	253
第四节 其他家庭成员关系	254
一、其他家庭成员关系的含义	254
二、其他家庭成员之间的权利与义务	255
三、监护	256
【复习思考题】	257
第十章 收养	259
第一节 概述	259
一、收养的概念及特征	259
二、收养制度的历史沿革	261
三、我国《收养法》的基本原则	263
第二节 收养关系的成立与效力	265
一、收养关系的成立	265
二、收养关系的效力	273
三、收养的无效	273
四、与收养相关的两个问题	274
第三节 收养关系的解除	275
一、依当事人协议解除收养关系	275
二、依当事人一方的要求解除收养关系	276
三、收养关系解除的法律后果	276

【复习思考题】	277
第十一章 救助措施与法律责任	279
第一节 概述	279
一、救助措施概述	279
二、法律责任概述	281
第二节 救助措施的具体内容	283
一、救助措施的适用条件	283
二、救助措施的实施机关	283
三、救助措施的内容	284
四、救助措施的适用情形	284
第三节 法律责任的相关规定	285
一、给予行政处分的违法行为	285
二、追究民事责任的违法行为	285
三、追究刑事责任的违法行为	288
第四节 婚姻法的执行问题	290
一、执行的概念	290
二、执行的条件	290
三、强制执行的措施	291
四、执行中应当注意的问题	292
【复习思考题】	292
参考文献	294



第一节 婚姻家庭的基本原理及婚姻的历史类型

一、婚姻与家庭

人类两性、血缘关系进步到社会制度范畴的婚姻家庭,是一个复杂、曲折、漫长的历史过程。作为社会制度组成部分的婚姻家庭制度,是以各种具体的历史形态存在于社会发展的一定阶段的。总的来说,婚姻家庭制度的历史类型和社会制度的历史类型是一致的。我们通常以经济基础的类型作为划分婚姻家庭制度的历史类型的基本依据。

原始社会早期经历过一个漫长的前婚姻时代,那时生产力十分低下,人们结成规模不大的群体,共同劳动,共同生活。在群体内部,男女成员在两性方面是没有任何限制的。随着原始社会的缓慢发展,从最初的那种无限制的两性关系中逐渐演变出群婚制的各种形态。从广义的婚姻家庭的概念的意义上说,群婚制的出现标志着婚姻家庭制度的产生,可将婚姻家庭制度分为群婚制、对偶婚制和一夫一妻制三种历史形态。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中指出:“群婚制是与蒙昧婚姻家庭制度时代相适应的,对偶婚制是与野蛮时代相适应的,以通奸和卖淫为补充的一夫一妻制是与文明时代相适应的。”另外,恩格斯还对未来的婚姻家庭制度做了科学的预见,断言资本主义生产方式消灭后,必将出现与新的时代相适应的、婚姻自由、男女平等的真正的一夫一妻制的婚姻家庭。

1. 关于婚姻

(1) 婚姻的概念

我国现代婚姻有两种含义:一种是从社会关系的角度,指由一男一女组成的配偶关系,比如“婚姻关系”“婚姻撤销”等都是在这个意义上使用“婚姻”一词的;另一种是从特定行为的角度,指一男一女形成或者解除配偶关系的行为,比如“婚姻自由”“借婚姻索取财物”等,其中的“婚姻”都具有动态的特点。在多数情况下,人们在讲婚姻制度的时候指的是静态意义上的婚姻;在动态的意义上常用结婚、离婚等具体行为概念来表述或加以说明。“婚姻”这一概念应包含以下含义:

①婚姻是男女两性的结合。这是我们传统及主流的观念,认为婚姻必定是两性的结合,同性之间不得为婚姻。传统婚姻包含人类自我繁衍的功能。尽管同性之间的结合也包含有性本

能的因素,但同性之间不可能自然地生育子女,因而不具备生育的功能。尽管同性恋自古有之,但一直受到歧视,甚至被认为是犯罪而受处罚。西方国家已经在实践中有立法使同性婚姻合法化,并且赋予了相应的权利,如有关同性婚姻中财产方面、继承方面等。在领养子女的问题上,承认同性婚姻的国家,做法不同。有的是否定,但是如英国、丹麦、挪威和瑞典等国家事实上并不是把同性婚姻纳入传统的婚姻中,而是以单独的法律承认由同性者组成民事伴侣或同性伴侣(Civil Partnership)。可见,它们和传统的婚姻现在仍无法等同。

在中国,社会学家几次向全国人大提议案,以承认同性婚姻,像李银河博士,一直在争取同性婚姻的立法,从而在社会中引起了较大的反响,有的支持,有的反对。而中国立法机关并没有接受其为议案而进行审议,同性婚姻立法在我国为时过早。

笔者认为,中国具有几千年的传统,传统男女婚姻有着牢固的感情和观念,所以把同性关系作主婚姻,是违反国民的观念和情感的,当然,不是说对于同性恋者的权利和人格就不予以尊重,也应该保护他们作为公民的一切权利。同时,为降低艾滋病传染,保障同性关系中双方的权益,也应该有单独的立法加以明确,但不宜使用同性婚姻的概念,可以借鉴外国,以同性伴侣或同性结合来概括。

②婚姻是男女双方以终身共同生活为目的的两性结合。这要求婚姻必须具备有主观的因素,即以终身共同生活为目的,这种主观的因素使婚姻更具严肃性、稳定性,并区别于通奸或一时的婚外情。

③婚姻须为一男一女的结合,即一夫一妻制。

④男女的结合须为当时社会制度所确认。

关于我国现代婚姻的概念,需要说明如下两点:

第一,基于对婚姻本质的认识和维护,我国的社会观念和社会制度都不接受“同性婚”,所以婚姻只能发生在一男一女之间。尽管“同性恋”确实存在,但它不能成为“婚姻”。

第二,在前面的定义中,我们没有为“婚姻”设定“依法成立”或者“被国家所承认的前提”,这是因为无论在现实生活中还是在法律条文里,婚姻都有合法与非法之分。就像我国民法上将“无效的民事行为”也看成民事行为一样,我们只能说唯有合法的婚姻才受国家保护,而不能将婚姻的概念局限在“合法”的范围之内。否则,像《婚姻法》中“婚姻无效”这样的提法就完全不能成立,因为合法的婚姻不能被宣告无效;刑法中的“重婚罪”也将无法解释,因为凡是重婚的婚姻,不管是登记婚还是事实婚,都是有配偶者与他人形成的非法婚姻关系。

(2) 婚姻的性质

不同历史时期的法律规范及各国学者对婚姻实质的解释有所不同,有关婚姻性质的学说各执一词,众说纷纭,有统一体说、契约说、伦理说、信托关系说、制度说、身份关系说等。现择其要者,概述如下:

① 统一体说

在人类漫漫婚姻史中,有相当长的时期婚姻被视为统一体,妻在婚后丧失独立人格,其人格当然地被夫的人格所吸收。统一体说不仅存在于古罗马法,存在于教会法,亦存在于古代中国法。

在古罗马法的“有夫权婚姻”中,妻在未嫁前如为他权人,婚后则摆脱生父的家长权而处于夫权或夫的家长权下,她所携嫁妆要归丈夫或丈夫的家长所有;如未嫁前为自权人,则摆脱监护权而处于夫权或夫的家长权下,妻受人格变更,由自权人变为他权人,脱离原来的家族,消灭

一切继承、监护等法定关系,而加入丈夫的家族,她原有的财产也要归丈夫或丈夫的家长所有。妻在家庭中处于丈夫的女儿的地位,夫对妻有惩戒权。^①

罗马法中有自权人和他权人的划分。他权人是处在他人权利下的人,这种权利,在罗马法中分为家长权、夫权和买主权。

例如,家父对家属的生命权(杀死)、身体完整权(殴打)和自由权(监禁)等人格权享有支配权,也包括对家属在内的他权人的名誉享有吸收权。例如,侵犯奴隶,视为是对主人的人格尊严的侵犯;侵犯家女,视为对家父和丈夫的人格尊严的侵犯。这样就造成了社会的分裂:一部分人有人格权,另一部分人无人格权,后一部分人的人格权被前一部分人的人格权吸收,侵犯他们的人格利益视为侵犯前一部分人的同样利益。

在相反的情形下,自权人是自己的人格利益的承载者,也是此等利益的所有人,他们对自己享有的人格利益,无非就是生命、身体完整、自由、名誉而已。

乌尔比安在其《论通奸》中说:“一个不在其自己权利下的人似乎不可能有他人在其权利下。”

“一个不在其自己权利下的人”显然指的是他权人,相反的人是自权人,即对自己的生命权、名誉权等享有掌控的人。

在教会法中,婚姻的统一性几乎是绝对的,夫妻不可离异,而且夫妻之间也是不平等的,“丈夫受托对他的妻子行使权力,这是教会的法律,也是国家的法律……顺从是妻子的职责”。

在古代中国法中,婚姻的统一体中尤其显出男性的绝对权威,封建伦理明确提出“夫为妻纲”,妻必须恪守“三从四德”。

显然,尽管各国的规定有所不同,但统一体说都极力维护男性的权威,强调丈夫在夫妻关系中的绝对主导地位。

②契约说

视婚姻为契约是在西方国家产生并至今仍在法学界占统治地位的重要学说。该学说的代表人物康德认为:婚姻关系是“性的共同体”,是基于人性自然法则必要的契约。婚姻契约说最早由法国宪章所确认:“法律只承认婚姻是一种民事契约。”(第7条)并由此在世界范围内奠定了婚姻自由的法则。现代的一些家庭法学者进一步发展了契约说,认为:从法律的观点看,婚姻是一男一女为了共同的利益而自愿终身结合、互为伴侣、彼此提供性的满足和经济上的帮助以及生儿育女的契约。因而,婚姻契约与其他的民事契约不同,具有伦理性与制度性。早在1888年美国最高法院就指出了婚姻契约与其他契约的不同:其他契约在当事人意思表示一致后即可变更,甚至完全撤销。而婚姻契约则不同,婚姻关系一旦建立,法律即介入其内规定其权利义务关系,当事人不得自行制定或修改该契约的内容,法律禁止夫妻间彼此免除对方的义务,以保护被抚养人及其他第三人对婚姻主体的附随利益,保护国家和公民的根本利益。^② 婚姻契约说是对封建包办买卖婚姻的反叛,在人类婚姻史上具有历史性的进步意义。

③伦理说

黑格尔是此学说的创始人,并由新黑格尔派承继。该学说认为:婚姻是“精神的统一”“实

^① 周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2002年版,第195—200页。

^② [美]John De Witt Gregory, Peter N. Swisher, Shery, *Understanding Family Law*, 1996, p.19.



质是伦理关系”。这种自我意识与对方的统一就是爱,而这种爱是“具有法的意义的伦理性的爱”。^①因此,婚姻作为伦理关系与契约有严格的区别。通常的契约成立之后,契约当事人仍有个别的、独立的人格,而婚姻成立的目的是实现统一,将有“自我意识”的男女两性合二为一,扬弃双方自然的、个别的人格,另行成立一完整的人格。日本的山中康雄博士认为:身份行为与市民社会法上的契约不同,在其本质上无法分为“要约”与“承诺”两个意思表示行为,所以,身份行为的效果发生根据,并不在意思表示。一些学者还将结婚行为视为合一行为,因为,结婚行为并不以个别的给付或以财产的交换为目的,而是以夫妻二人纳入全人格的结合的共同生活体为目的。婚姻伦理说强调婚姻的精神层面,而忽视了婚姻的市民性与物质性,也不符合现代社会在法律层面上夫妻人格平等、人格独立的准则。

④信托关系说

当代一些英美法学家认为,婚姻是一种信托关系,是国家与个人之间的信托关系,如同信托关系中的委托人与受托人一样,国家自己作为委托人,而将配偶置于受托人的地位,给予他们在处理家庭问题上的一系列权利,同时又保留了婚姻利益中一些对社会有潜在影响的权利。国家所保留的这部分权利是婚姻信托利益的重要部分。因此,婚姻信托的效果在于把不完全的婚姻所有权及其附属的自然权利,如子女抚养、夫妻性生活以及婚姻身份权等交给配偶。但如果父母虐待子女,国家就会剥夺其父母权利。与此相同,配偶享有彼此性爱的权利,但国家从来都保留着对夫妻一方在夫妻生活中过度淫乱行为的惩罚权。很显然,法律把婚姻当作一种信托关系所要达到的目的仅是防止配偶因获得完全和至上的所有权而损害社会利益。^②问题是婚姻关系是当事人之间的身份关系,国家的信托权利从何而来。

⑤制度说

该学说始创于大陆法系的法国。1902年法国学者卢裴补主张婚姻并非契约,而为制度之一。持此学说者认为,婚姻当事人仅有制度上的权能,故婚姻当事人结婚后,制度上的效力立即发生,而与婚姻当事人的意思如何无任何关系。彭奴卡也认为,结婚行为是使婚姻当事人结合而达成婚姻制度上的效果为目的之法律行为。夫妻不能变更婚姻效果,更不能因解除的合意而将婚姻自行予以解除了。^③婚姻关系确由法律制度所确认,但不能由此认为制度是婚姻的本质,否则,任何法律关系的本质均可认定为制度。

⑥身份关系说

该学说认为:婚姻法律关系本质上是一种身份关系,婚姻双方在财产上的权利义务关系是附随于人身上的权利义务关系。创设这种关系的婚姻行为是一种身份法上的行为,行为人须有结婚的合意,但是婚姻成立的条件和程序、婚姻的效力、婚姻解除的原因等,都是法定的,而不是当事人意定的。因此,不应当将结婚行为视为契约,将婚姻关系视为契约关系。身份关系说曾是中国婚姻法学界的通说。^④

⑦婚姻经济说

我国学者叶行昆认为婚姻有三要素:情感、性爱与经济利益。

① [德]黑格尔:《法哲学原理》,贺麟、张企泰译,商务印书馆1982年版,第117页。

② [美]威廉·杰·欧·唐奈、大卫·艾·琼斯:《美国婚姻与婚姻法》,顾培东、杨遂全译,重庆出版社1986年版,第9页。

③ 巫昌祯主编:《婚姻与婚姻家庭法》,中国政法大学出版社1997年版,第106页。

④ 杨大文主编:《亲属法》,法律出版社1997年版,第86页。

评述:我们认为,婚姻是男女双方自愿缔结的有关夫妻身份的特殊契约,它是缔约双方以建立夫妻关系为目的,以夫妻间的权利义务为内容的身份协议。尽管我国《合同法》第2条第2款规定:“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”但《合同法》也第一次在我国法律中明确,婚姻是有关身份关系的契约。与一般的财产契约不同,婚姻关系负载着人类社会繁衍发展、子女后代抚养教育、社会伦常尊重维护的责任,因此,当事人之间缔结婚姻的合意受到了更多的法律规定的限制。

这包括婚姻成立的条件和程序、婚姻的身份效力和财产效力等都是法定的,不可由当事人根据其意志自行改变。但不可否认的是,在现代社会是否缔结婚姻关系,与谁缔结婚姻关系的意思表示均须由当事人自行做出,意思表示不真实或有瑕疵的,将会导致婚姻的无效或被撤销。而且,婚姻效力中的身份关系和财产关系的内容已经有了越来越多的缔约空间,如在许多国家,姓名权、住所权、财产权、生育权等权利均已允许当事人自行约定。因此,婚姻关系的实质是身份契约,既有身份性,也有契约性。

笔者认为,婚姻,从设立行为即缔结而言,是一种契约。当事人享有选择的自由,个人作为平等的民事主体,无须服从于他人对人身的支配。婚姻的成立,是双方当事人意思一致的法律行为,只有双方当事人合意,才能处于作为合意的直接或间接结果的状态。但婚姻关系不同于一般的契约关系。首先,婚姻关系是一种自然的、必然的关系,而一般的契约关系其构成成员都具有特殊的目的,是为了利害的打算。其次,婚姻是共同生活实体的关系,包括身体的及精神的共同,家的共同及性的共同,诚实、协助以及教养子女的共同,在市场经济条件下,婚姻功能虽发生了嬗变,物质的中介因素作用增强,然而,共同生活、共享情感、经济上互相扶助仍然是婚姻重要的功能。婚姻不像一般契约关系以追求经济结构最优化和经济效益最大化为特征。再次,婚姻的主体人格利益统一,而一般的契约关系,契约当事人的人格互相对立,以给付、交换契约上的标的物为其目的。

2. 关于家庭

在我国现阶段,家庭具有两大社会职能:一个是进行人口再生产的职能。由古及今,家庭一直是人口再生产的基本单位,我国当今的家庭也不例外。而且,从宏观上讲,“计划生育”是我国的基本国策;而从微观上说,这项国策必须通过在家庭中控制生育行为来实现。另一个是组织生活和生产的职能。这里的生活既包括物质生活,也包括精神生活。就物质生活而言,不但人们的衣食住行往往离不开家庭,而且家庭所发挥的养老育幼功能也是在短时期内无法全部转移给社会的。就精神生活而言,家庭不但为满足人们的日常文化、教育需求提供必要的条件,为满足人们的感情生活提供特定的环境,而且还是进行家庭教育和精神文明建设的重要空间。

它是一个社会生活单位。实际上随着个体的不断解放和独立,家庭观念愈来愈淡薄。而在历史上,家庭曾是生产单位,也是生活单位。在人类社会的发展过程中,最早的原始时期,都是一个血缘族群,有相同血缘的人们群居一处,共同劳动,共同分配,并没有家庭的观念,更无家庭制度。加之婚姻制度中是群婚制,民知其母不知其父,根本没有家庭的观念。

随着生产力的发展,以及自然的进化,再也不用一大群人共同劳动就可以获得足够的食物,甚至有了剩余的产品。在婚姻中,有了一定的血缘禁忌,比如同辈血亲方可结婚。再进化到对偶婚,再到个体婚。那么,由一男一女或一男多女作为夫妻构成的家庭分出来了,再不是整个部落作为一个生产单位了,家庭就成为一个生产单位,包括完成人类的自我生产。



家庭是一定范围的亲属所构成的生活单位。亲属是以血缘关系为标准的,虽然也包括拟制血缘关系(如收养、继父母子女等),但不是所有的亲属都构成家庭,只是在一定范围内各自构成,一般是夫妻、父母子女、祖父母孙子女(外祖父母外孙子女)、兄弟姐妹等。

在农业社会,家庭成为最基本的生产单位,而在工业社会,家庭本身已经不再是生产单位了,而仅仅成为生活单位。每个人基本上都是在一个家庭中,有时只有一个人,也可以构成家庭。

家庭是由一定范围的亲属所构成的社会生活单位。它具有以下两个特征:

(1)家庭是一个生活单位,具有同财共居的特点。家庭作为社会的一个细胞,是以婚姻、血缘为纽带而构成的生活单位。这个生活单位的内容是非常广泛的,它包括经济生活、道德生活以及政治、宗教、教育等各方面的生活,在不同的社会条件下,其内容也不断地发生变化,但无论何种社会,家庭作为一个生活单位,组织家庭消费和进行家庭教育都是其基本的职能。

家庭成员共同生活、共同居住、共有财产、共同消费。这种同财共居的特点不仅构成了社会中最密切的不可替代的人际关系,而且成为家庭与其他社会单位的重要区别。

(2)家庭由一定范围的亲属所构成,相互间具有权利义务关系。生活在同一家庭的成员,一般以一定的亲属关系为前提条件,具有固定的身份和称谓。组成家庭的亲属包括因婚姻、血缘和法律拟制而产生的亲属。所谓一定范围的亲属,通常是指在法律上有权利义务关系的亲属,而非全部亲属。在不同历史时期以及同一历史时期的不同国家、不同民族,家庭所包含的亲属范围宽窄不一,这取决于社会环境和统治阶级的需要。

经法律所确认和调整的家庭,具有法律所明确规定的权利义务关系,而这一权利义务关系的范围通常是与家庭成员的范围相一致的。根据我国《婚姻法》的规定,在法律上具有权利义务关系的家庭成员包括:夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖父母外祖父母与孙子女外孙子女。各个家庭因其情况不同,其家庭结构的规模与家庭成员的范围亦有所不同。

二、婚姻家庭关系与婚姻家庭制度

1. 婚姻家庭关系

婚姻家庭关系是一种人和人之间的关系;由于它具有其他一般人际关系所没有的特点,所以又是一种特殊的人际关系;由于没有婚姻家庭关系就谈不到其他关系,所以它是全部社会关系中一个重要的基础环节;由于它不能与世隔绝、孤立存在,婚姻家庭关系同时也必然受其他社会关系的影响和制约。

首先,婚姻家庭关系是一种两个以上的自然人相互依存的关系。就婚姻而言,它并非单个的人所能完成的,必然是基于当事人双方的互动;就家庭而言,它是在婚姻基础上形成的人的组合,每一个人都因自己的身份而处于特定的地位,在共同生活中发挥着各自的作用,而且这种作用会随着时间的推移而发生转化。

其次,婚姻家庭关系具有独特的个性。正常的婚姻关系基于男女两性的差别,蕴涵着性的因素;自然的亲属关系是生育的后果,形成了血缘的纽带,它们在很大程度上反映了人类生理的和心理的需求以及自然界生生不息的演进规律。

再次,人类社会本身就是一个有机的整体,虽然由于生存环境的差异出现了不同的人群,随着生产方式的不断变革形成了错综复杂的社会结构,但是婚姻家庭始终是社会的基本单位。社会性是人的本质属性,而对于绝大多数的人来说,婚姻家庭生活是全部社会生活中不可或缺