

中青年法学文库

# 离婚自由与限制论

夏吟兰 著

中国政法大学出版社

# 离婚自由与限制论



夏吟兰 著



中国政法大学出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

离婚自由与限制论/夏吟兰著. —北京:中国政法大学出版社,2007.10

ISBN 978-7-5620-3106-2

I. 离... II. 夏... III. 离婚-研究 IV. C913.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 167511 号

---

**书 名** 离婚自由与限制论

**出 版 人** 李传敢

**出版发行** 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zfs620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

**承 印** 固安华明印刷厂

**规 格** 880×1230 32 开本 10.5 印张 265 千字

**版 本** 2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月第 1 次印刷

**书 号** ISBN 978-7-5620-3106-2/D·3066

**定 价** 26.00 元

**声 明** 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

**本社法律顾问** 北京地平线律师事务所

## 总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。10多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而

## 2 总 序

言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

## 内容摘要

离婚自由及其限制是离婚制度的基础理论问题。本书以自由与正义的衡平为线索，通过法历史学、法社会学、比较法学、法哲学、经济学等多学科的研究方法，追寻离婚自由制度发展的轨迹，分析离婚自由在现代社会中所面临的挑战与问题，探讨离婚自由在婚姻自由制度中的价值与理念，论证离婚制度中自由与正义的关系。在比较法的框架内，对不同国家的离婚程序、离婚条件、离婚财产清算、离婚后的亲子关系体系进行了较为全面地考察与研究。同时，对我国的相关制度进行了冷静而理智地体系化、制度性思考，有针对性地提出了要在中国建立全面、系统的离婚衡平机制，为完善中国的离婚制度设计了具体路径和制度架构。

全书分为七个部分，共六章。

“导论”：介绍了笔者对离婚自由“度”产生兴趣的缘由，及因此兴趣在写作本书之前对离婚制度研究的基本情况。通过对离婚自由制度在中国现状的基本描述和系统分析，论证了以“离婚自由与限制”作为选题进行研究的重大理论价值和社会现实意义。对写作基本思路和写作方法的介绍，则明晰了本书涵盖的主要内容，写作维度与论域。

第一章“离婚自由探源”：通过对离婚自由制度演进史的描述，分析现代离婚自由制度的历史起点与历史脉络，论证了自由离婚主义在人类社会不断演变进程中所具有的历史必然性及其进一步发展的趋势和方向。

## 2 内容摘要

第二章“离婚制度中的自由与正义之辩”：以论证离婚自由在婚姻自由制度中的重要地位为前导，从社会学与经济学的角度对自由离婚主义制度下离婚率上升的必然性、社会原因以及因此而产生的负面影响和社会成本进行了深度分析，提出绝对的离婚自由与实行无过错的自由离婚主义不相契合，问题的实质在于离婚自由与社会正义之间关系的定位。个人自由包含于社会正义原则所要分配的对象之中，社会正义要保障平等的个人自由，但当这种自由造成不平等的实质后果时，应当对弱者施以救济。因此，为了社会正义，应当建立离婚自由的衡平机制。在保障离婚自由的前提下，对离婚自由在程序上进行适当限制，并通过在离婚当事人中的弱势一方和利益受损害一方给以法律救济，最终达到各方利益的平衡。

第三章“婚姻关系模型理论对离婚自由模式的影响”：在传统的婚姻关系理论之后，现代西方国家以婚姻关系契约理论为基础，提出了婚姻关系盟约论、合伙论、公司论、伙伴论、特许论等不同学说。根据对不同学说所构建的婚姻关系模型理论的分析，推导出婚姻关系理论对个人自由与社会正义的具体认识会在离婚标准、离婚财产分割模式和离婚救济模式三个方面决定或影响离婚制度的设计。

第四章“对离婚自由适当限制的路径”：比较法的研究显示，在无过错的自由离婚主义原则下，各国法律对婚姻身份关系解除之重要性仍予以高度重视。对离婚自由限制的路径以追求程序正义为目标，包括调解程序前置、设立离婚考虑期或和解期，限制未成年子女的父母通过行政程序离婚，在诉讼程序中，允许法官根据困难条款裁决不准离婚。而我国离婚制度的设计理念则特别强调当事人意思自治，自己责任原则。目前的离婚制度呈自由充分、限制不足之态，应借鉴外国法之规定在离婚程序与裁判离婚法定标准方面予以完善。

第五章“在离婚财产清算体系中体现对离婚自由的衡平”：广

义的离婚财产清算体系涵盖离婚财产分割制度与离婚救济制度。20世纪末以来,两大法系在夫妻共同财产的范围与分割原则的学说与立法上均出现相互融合态势,夫妻共同财产的范围逐渐扩展至无形财产,均等分割与公平分割原则界限模糊。离婚经济帮助制度与离婚损害赔偿制度因其对当事人的救济功能不同,在中国目前的国情下,不应简单地以外国法的离婚扶养制度取而代之,而应针对存在的问题作进一步完善。

第六章“子女本位立法理念与父母离婚自由的利益均衡”:子女本位是现代亲子关系立法的基本原则,其核心是确认父母子女法律地位平等,子女具有独立的主体地位。父母离婚,其对子女监护权的变化必须尊重子女的意愿,实现子女的最大利益是处理离婚后亲子关系的准则。许多国家的司法实践表明,共同监护符合子女的最大利益。我国的婚姻立法在离婚亲子关系中规定了保护子女利益原则,明确规定在确定离婚后子女直接抚养方及子女抚养费时必须充分考虑子女的利益。但我们应当意识到,我国的保护子女利益原则是以家长和社会利益为视角的,没有承认子女的独立主体地位,没有将他们作为真正的权利主体。因此,在制度架构和具体规定中我们仍然可以发现父母本位的立法痕迹。在父母离婚时,如何均衡父母离婚自由与子女最大利益之间的关系,将是21世纪中国亲子关系修法之重点所在。

结论:离婚自由是离婚制度的核心价值,但在保障离婚自由的同时,应以社会正义之名对离婚自由在程序上予以适当限制,在夫妻共同财产分割制度和离婚救济制度中体现正义理念,并以子女本位为原则,实现保障子女利益与父母离婚自由的利益均衡。



# 目 录

1	导 论
6	第一章 离婚自由探源
6	第一节 夫权制度下的“片意”离婚自由
13	第二节 欧洲中世纪的禁止离婚主义及其影响
20	第三节 限制离婚主义到自由离婚主义的跨越
32	第四节 中国式离婚自由之发展与现状
48	第二章 离婚制度中自由与正义之辨
48	第一节 离婚自由与离婚率的上升
68	第二节 离婚制度中自由与正义的关系
86	第三章 婚姻关系模型理论对离婚自由模式的影响
86	第一节 婚姻关系模型理论
94	第二节 婚姻关系模型理论对构建离婚制度的影响
103	第四章 对离婚自由适当限制的路径
105	第一节 协议离婚制度的自由与限制
129	第二节 裁判离婚程序的特征及发展趋势
149	第三节 裁判离婚法定条件之选择
157	第四节 对中国裁判离婚法定标准的思考
193	第五章 在离婚财产清算体系中体现对离婚自由的衡平
194	第一节 “均等分割原则”与“公平分割原则” 呈相互交融态势
214	第二节 家务劳动及无形财产在离婚财产分割中的意义

226	第三节 离婚救济制度中的衡平理念
269	<b>第六章 子女本位立法理念与父母离婚自由的利益均衡</b>
270	第一节 离婚亲子关系立法的演进
283	第二节 共同监护在离婚亲子关系中体现了 子女最大利益原则
298	第三节 中国离婚亲子关系立法之观念变革与制度完善
312	<b>结 论</b>
315	<b>参 考 文 献</b>
323	<b>后 记</b>

## 导 论

离婚制度是婚姻制度的重要组成部分，也是争议较多、问题比较复杂的部分。对离婚的条件、离婚的程序、离婚的效力等规定在各国始终都有不同的声音，但归根到底是人们对自由与正义的追问。在无过错离婚浪潮席卷全球之后，对离婚自由是否需要限制、如何限制以及在实现离婚自由的同时如何体现法律的正义是我们必须要思考的问题。

自 20 世纪 90 年代修订婚姻法始，关于离婚自由与限制的争论在国内就从未停息，“法律对离婚自由的限制是一种倒退”〔1〕的呼声颇为盛行，并直接或间接地影响到了立法机关，“保护离婚自由，崇尚个人意思自治，实行自己责任原则成为修订婚姻法特别是婚姻登记条例的思维模式”〔2〕。由此引起了笔者对离婚自由“度”的兴趣，离婚自由是当事人的个人自由吗？它与社会正义之间是何关系？社会与个人为离婚自由付出的成本有多大？法律对其予以规制的制度价值何在？外国法对离婚自由作出了哪些限制？它们的立法理念及制度化设计对我国有无借鉴意义？为此，2002 年到 2005 年笔者先后主持和参与主持了中国法学会的两个课题，一是《婚姻法执行状况调查》。针对 2001 年《婚姻法》修订后的实施情况，在北

---

〔1〕 李银河、马忆南主编：《婚姻法修改论争》，光明日报出版社，1999 年版，第 177～191 页。

〔2〕 丁锋：“《婚姻登记条例》的新思维”，载《婚姻登记条例知识问答》，法律出版社 2003 年版，第 1 页。

京、厦门、哈尔滨三大城市进行了较大范围的实证研究，了解和探寻离婚制度特别是离婚救济制度在司法实践中的运行状况，以及是否达到了预期目的。二是《民法典之离婚制度》研究。对离婚制度在理论上进行梳理研究，通过比较分析的方法、经济分析的方法、历史分析的方法试图建立离婚制度中个人自由与社会正义之间的衡平机制。在这两个项目研究过程中，笔者先后发表了《民法典婚姻家庭编之我见》、《离婚救济制度之实证研究》、《在国际人权框架下审视中国离婚财产分割方法》、《离婚衡平机制研究》、《论离婚妇女权益的保障》、《对夫妻共同财产范围的社会性别分析》、《婚姻关系模型理论与离婚法律制度之间的关联性研究》等数篇论文，大多被《社会科学文摘》或人大复印报刊资料《民商法学》、《妇女研究》转载，并在许多网站转帖。这本专著就是在这两个项目的基础上，经过笔者认真思考，反复研究论证后形成的。<sup>〔1〕</sup>

对离婚自由及其限制进行理论研究意义重大，它是来自社会实践的呼唤，是建设社会主义和谐社会的需要，是婚姻家庭法学基础理论研究的需要，是完善婚姻家庭立法的需要。

和谐家庭是和谐社会的基础，所谓“家和万事兴”，“天下之本在国，国之本在家”。英国大法官，上议院院长艾威在欧洲家庭法会议上的讲话中也表达了同样的思想：家庭生活是我们的社区、社会和国家赖以建立的基础。对于政府所设想的一个安全、公正和有凝聚力的社会来说，家庭是核心。我们创设和维持有效政策去保护家庭生活是至关重要的。<sup>〔2〕</sup>

尽管我们不能说离婚率升高必然导致社会不和谐，但我们应当以史为鉴，以他国已经付出的社会代价为鉴，绝对不能忽视离

---

〔1〕 我要特别感谢我的同仁田岚、何俊平、蒋月、王歌雅教授，我的学生邓丽、高蕾、孙威在这两个项目中曾经作出的努力与贡献！

〔2〕 英国大法官，上议院院长艾威，在1999年6月伦敦召开的欧洲家庭法会议上的讲话。

婚率升高对社会和谐和社会稳定的影响。进入新世纪以来,特别是新的《婚姻登记条例》颁布以来,我国离婚数量持续走高。从民政部每年的民政事业统计数据我们可以清楚地看到,离婚的绝对数量大幅度增加:2002年我国离婚总量为117.7万对,2003年为133.1万,2004年为166.5万对,2005年为178.5万对,2006年已经达到191.3万对。与1978年的离婚总量28.5万对相比,28年后的离婚绝对值增长了162.8万对。2005年结婚对数为823.1万对,与离婚对数相比,粗离结率为21.69%,与总人口相比,粗离婚率为2.73%。<sup>[1]</sup>这个数字与西方发达国家的离结率大多超过30%以上开始接近。<sup>[2]</sup>而我国一些大城市的离结率早在几年前已经达到了30%,如2003年北京市的结婚对数为9.3万对,离婚对数为3.1万对,离结率达到33.3%。同年,上海市结婚对数为10.5万对,离婚对数为2.8万对,离结率为31.4%,<sup>[3]</sup>也就是说,这一年在这两个大城市,平均每不到三对结婚的夫妻中,就有一对夫妻离婚。面对新一波的离婚高潮,在有些人认为“简化了离婚登记手续,提高了工作效率,极大地方便了当事人办理离婚登记,使我们的离婚制度更加人性化,更受人民群众欢迎和拥护的时候”,<sup>[4]</sup>我们还必须考虑问题的另一面,离婚制度的人性化是否仅指离婚自由,自由是否是法律正义的全部。笔者认为,在中国这样一个人均GDP刚刚达到1000美元的发展中国家,社会保障体系还相当不完善,社会福利水平也比较低下,离婚率的上升将意味着更多的低收入或无收入的夫妻一方,特别是女性一方离婚后陷入

---

[1] 关于离婚率有两种计算方法:一种是统计部门常用的粗离婚率,即在一定时间内,离婚人口占总人口的千分比;另一种计算方法被称作离结率,即在某段时间内,通常为当年离婚对数与结婚对数之比。

[2] 巫昌桢:“当代婚姻新潮”,载《当代中国婚姻家庭问题》,人民出版社1990年版,第124页。

[3] 国家统计局编:《中国统计年鉴》,中国统计出版社2004年版,第23、24页。

[4] 2003年、2004年、2005年、2006年《中国民政事业发展统计报告》。

生活贫困化，意味着他们曾经的付出没有得到预期的利益，意味着更多的孩子将生活在相对贫困的单亲家庭，当然也意味着整个社会将要付出更高的社会成本和经济成本。

因此，作为学者应当对我国的离婚制度进行冷静而理智的体系化、制度性思考和探究。离婚制度是婚姻家庭制度中的基本制度，是婚姻家庭法学中的显学，但过往的研究更多注重于注释法学，对离婚制度的基础理论研究不够。笔者期冀通过对离婚自由的探源，对离婚制度中自由与正义关系的辨析，对中国离婚状况的实证分析，在深化对离婚制度理论探究的同时，构建起符合中国国情的离婚衡平机制，为未来民法典中的离婚篇设计既保障离婚自由，又予以适当限制的路径与制度进行理论架构。

离婚制度是一个内容相当广泛的课题，无论是离婚的程序、离婚的条件、离婚的效力，甚至是离婚财产分割、离婚经济帮助、离婚救济方式、离婚后对子女的抚养等具体制度都可以单独写一部专著。但经过反复的思考，笔者认为，能够支撑起离婚制度的基础、贯穿于整个离婚所有具体制度的基本问题是离婚自由与限制理论，是在保障离婚自由的同时，如何体现法律的公平与正义理念。

本书以追寻人类离婚自由之源开篇，简述了离婚自由在人类社会中的艰难行进旅程以及它对人类社会发展的重大作用；从社会学、经济学、法学的角度全面分析了离婚自由制度在现代社会所遇到的问题与挑战；论证了离婚自由与社会正义之间的相互关系，提出了建立离婚自由衡平机制的观点；探究了现代社会婚姻关系理论与离婚制度之间的本质关系，试图在反思婚姻关系理论的基础上揭示离婚法律制度的发展进路；本书的后三章对离婚的具体制度予以研究，进一步分析论证了对离婚自由适当限制的路径、在离婚财产清算体系中如何体现对离婚自由的衡平以及如何为实现父母离婚自由的同时最大限度地保障子女的利益。

本书的写作方法包括法历史学、比较法学、法哲学、社会学、

经济学以及实证研究、交互研究、分析研究等多种研究方法。法历史学、比较法学是法学研究的一般方法，运用历史分析的方法，可以发现离婚自由制度的发展规律和在其不断演进中所形成的不同学说与理论，以及它对当时社会形态所产生的不同历史作用，为研究现代离婚自由制度提供理论研究的历史起点与法学逻辑链。而比较法学的研究，则通过对不同国家离婚法学理论与法律规定的比较研究，交互研究，分析其相同与区别，推导出一般规律与发展趋势，探究其理论精髓。自由与正义是法哲学的论域，笔者借助法哲学的方法论证离婚自由与正义的关系，虽有力不从心之感，但也自觉收获颇丰。

作为一本研究离婚问题的学术专著，其研究方法不可能囿于法学研究的一般方法，首先必须对社会现象有深刻的了解。所以，实证研究是本书的基点，这包括笔者本人所作的具体的实证研究及借鉴与使用其他学者所作的各种相关实证研究的成果。而运用社会学与经济学的研究方法则是离婚问题涉及领域宽广所决定的，笔者试图通过运用这些学科已有的研究成果及其成熟的研究方法，使本书研究的主题更具深度与广度。

## 第一章 离婚自由探源

离婚制度作为婚姻家庭制度的重要组成部分，是一个历史的范畴，经历了长期的历史演变。它与社会形态的变迁相适应，有其产生、发展和变化的演进过程。在这一过程中，它既要受到社会物质生产条件及其生产关系制约，又要受到社会政治、法律、宗教、道德、艺术等上层建筑、意识形态的影响。因此，在不同的历史时期，在同一历史时期的不同时空下，不同国家和不同地区的离婚制度会表现出不同的模式和特点。

### 第一节 夫权制度下的“片意”离婚自由

无论在古罗马、古日耳曼、古印度还是古代中国，男尊女卑、夫权统治都是婚姻家庭制度中的重要特征，与之相对应的男性专权离婚主义，在夫权制度下就表现为丈夫的“片意”离婚自由。

#### 一、从罗马法的有夫权婚姻谈起

人类早期的婚姻制度是以男尊女卑、男权文化为基础，与家族利益、传宗接代联系在一起，东西方的法律文化概莫能外，这从各自对婚姻的定义中即可看出。罗马早期法学家莫德斯汀认为：“结婚是男女间的结合，是生活各方面的结合，是神法与人法的结



合。”〔1〕《礼记·昏义》称：“婚礼者，将合两姓之好，上以祀宗庙，下以继后世也。”〔2〕日耳曼习惯法认为：婚姻的目的不是个人感情的满足，而是合法继承人的再产生。〔3〕因此，亲属立法必须以保障家族利益为能事，婚姻解除的理由自然与此相关。在许多国家的古代社会，只有丈夫有要求离婚的权利，且离婚的理由主要是与传宗接代有关的不生育或不利于家族血统纯正的重大过错。这正是专权离婚主义下男性“片意”离婚制度的语境。无论是古罗马的《十二表法》、古印度的《摩奴法典》、古巴比伦的《汉谟拉比法典》、伊斯兰教的《古兰经》均明确规定只有男性享有离婚的权利与自由，女性是没有任何离婚权利与自由的。

在古罗马法的有夫权婚姻中，只有丈夫有权提出离婚，提出离婚一方的意思表示无须对方同意即可生效。有夫权婚姻建立在权利支配之上，享有夫权的丈夫或他的家长可以片面地休妻。《十二表法》第4表第4条规定：“夫得向妻索回钥匙，令其随带自身物件，把她逐出。”〔4〕有夫权的片意离婚根据不同的离婚原因，又分为无过失的片意离婚，即因女方失踪或患精神病而使婚姻目的无法达到而离婚；有正当理由的片意离婚，即因女方有不能生育或有其他重大过失而离婚；无因片意离婚，即男方无故与妻子离婚，在罗马法不同时期要受到财产上或亲子关系方面的制裁。〔5〕有夫权婚姻的离婚，一般必须采用和结婚相反的方式。在共食婚，则用拒食的仪式。离婚时，仍由夫妻在大祭司、神官和十证人前，用麦饼祭天神，但拒绝共食麦饼，

〔1〕 [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编：《婚姻·家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社2001年版，第31页。

〔2〕 法学教材编辑部《婚姻法教程》编写组：《婚姻立法资料选编》，法律出版社1983年版，第16页。

〔3〕 贺卫方：“天主教的婚姻制度和教会法对世俗法的影响”，载《世界宗教研究》1986年第1期。

〔4〕 周相：《罗马法原论》（上册），商务印书馆1994年版，第205页。

〔5〕 江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社1987年版，第110、111页。