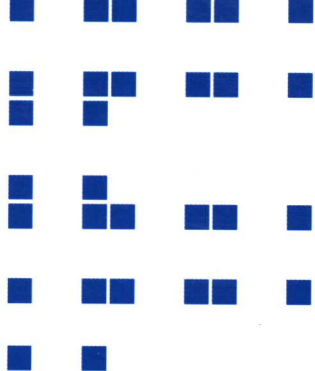




外国家庭法及妇女理论研究中心项目

One of the Items of Foreign Family Law and Women's Theory Research Center

家事法研究

RESEARCH ON FAMILY LAW

2007年卷

VOL.2007

陈 苇 主 编

CHEN WEI CHIEF EDITOR

专题研究

丁慧 刘悦：婚姻的契约属性与婚姻立法的价值选择

社会调查

袁敏殊 韩志才：安徽省农村妇女土地权益现状调查实证研究

外国继承法专题研究

陈苇 冉启玉：外国无遗嘱继承人范围与顺序制度比较研究

博士生论坛

王薇：论现代社会非婚同居立法的发展趋势

群 众 出 版 社

外国家庭法及妇女理论研究中心项目
重庆市市场交易法律制度研究基地资助

家事法研究

2007年卷（总第3卷）

陈 苇 主 编
杜江涌 副主编

群 众 出 版 社
2008年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

家事法研究. 2007 年卷 / 陈苇主编. —北京: 群众出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 5014 - 4133 - 4

I. 家… II. 陈… III. ①婚姻法 - 研究 - 文集 ②家庭 - 法律关系 - 研究 - 文集 IV. D913.904 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 152444 号

家事法研究 2007 年卷(总第 3 卷)

主 编: 陈 苇

责任编辑: 张忠华 刘玉莲

封面设计: 郝大勇

出版发行: 群众出版社 电话: (010) 52173000 转

地 址: 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编: 100078

网 址: www.qzCBS.com

信 箱: qzs@qzCBS.com

印 刷: 北京国工印刷厂

经 销: 新华书店

开 本: 880 × 1230 毫米 32 开本

字 数: 325 千字

印 张: 14

版 次: 2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5014 - 4133 - 4/D · 2033

定 价: 29.00 元

群众版图书, 版权所有, 侵权必究

群众版图书, 印装错误随时退换

《家事法研究》学术顾问

(按姓氏笔画为序)

巫昌桢（中国政法大学教授）

杨大文（中国人民大学教授）

杨与龄（台湾国立政治大学教授）

张贤钰（华东政法学院教授）

陈明侠（中国社会科学院法学所研究员）

林秀雄（台湾国立政治大学教授）

卷首语

本卷是《家事法研究》2007年卷（总第3卷）。

光阴荏苒，自《家事法研究》2005年卷、2006年卷出版后，它们受到广大理论工作者、司法实务工作者和读者们的热情欢迎。承蒙广大同仁们的厚爱和支持，编辑部收到了许多来稿，对此我们深表谢意！但基于本书的栏目设置和容量的考虑，我们不得不对惠赐的作品有所取舍和删改。在此，我们特对《家事法研究》2007年卷设置的栏目和采用的文章说明如下。

【专题研究】栏选刊九篇文章。

在我国法学界对未来的《中国民法典·婚姻家庭编》已经提出了多个“学者建议稿”的今天，我国婚姻法的立法价值取向如何？丁慧、刘悦的《婚姻的契约属性与婚姻立法的价值选择》认为，在近现代社会，婚姻的本质属性是一种契约关系，关于自由、平等、正义、效益的契约价值，均应作为我国婚姻立法的价值选择。

为预防和制止家庭暴力包括夫妻暴力，我国2001年修正后的婚姻法和相关司法解释除规定了家庭暴力的救助措施和法律责任外，并规定因家庭暴力等导致离婚的，离婚时无过错方有权请求赔偿。但如果夫妻不离婚，对夫妻间的婚内侵权应如何处理？叶英萍、李晓粉在《论夫妻间的婚内侵权责任》一文指出，法律应更关注、预防和制止婚内的侵权行为，不仅允许当事人在离婚时提出离婚损害赔偿，也应赋予当事人在婚姻关系存续期间追究对方侵权行为责任的权利。从而既可维护婚姻的稳定，减少不必要的离婚，又可达到制止违法，保护被害人合法权益的目的。李成的《论夫妻性暴力的精神损害赔偿》认为，对于婚姻关系尚未解除，但婚

姻关系已经处于非正常状态时发生的夫妻性暴力行为，当其情节恶劣、损害后果严重时，应当认定为强奸罪，在刑事附带民事诉讼中，妻子有权要求丈夫承担精神损害赔偿责任。在婚姻关系存续期间，妻子基于正当理由有权拒绝丈夫的性要求。若丈夫违背妻子的意愿，强行与妻子发生性行为，给妻子造成精神损害时，则构成民事侵权行为，无论当事人是否提起离婚诉讼，过错方配偶应当承担精神损害赔偿责任。王玲、何浩娟在《论受虐妇女综合症专家证据的引进》一文指出，目前，受虐妇女综合症以专家证词形式作为证据已有二十多年历史，在加拿大、美国等国的刑事诉讼中得到广泛运用，该理论证明妇女长期受虐而被迫杀夫的行为具有正当防卫性（提前的防卫），有助于陪审团和法院理解并且承认以暴抗暴之受虐妇女的处境和行为，此类案件中的受虐妇女因此得到了司法的宽容与解救。研究和引进受虐妇女综合症理论，对于在我国促进性别平等、保护受虐妇女的合法权益、防治家庭暴力无疑具有重要意义。但是，对于婚内侵权行为是否应当允许提出损害赔偿，学界也有不同的见解。唐骄煜、吴鑫磊的《理性对待婚内赔偿》认为，面对现实中大量存在的夫妻间侵权行为，诸多学者出于对夫妻个人独立法律人格的尊重以及对其合法权利的保护，认为应当建立婚内侵权损害赔偿制度。对此，作者却持相反的意见，认为应当理性地看待婚内损害赔偿制度。

在我国，离婚时夫妻债务纠纷的难于处理以及离婚经济补偿制度的适用面窄等问题都已引起了学术界和司法界的关注，朱凡的《我国夫妻债务制度的缺陷与完善》在对我国现行夫妻债务制度批判的基础上，借鉴法国立法经验，提出完善我国夫妻债务制度的建议。何俊萍的《论我国离婚补偿制度应适用夫妻共同财产制》提出，在我国现阶段家庭多采用夫妻共同财产制的情况下，建议将离婚经济补偿制度扩大适用到夫妻共同财产制中，采用不均等分割夫妻共同财产的方法，对双重负担方多分共同财产，补偿其承担主要家务劳动的付出，承认其家务劳动的价值，实现离婚财产分割的公平原则。

在联合国《儿童权利公约》等国际文献倡导以“儿童最大利益为首要考虑”的当今社会，国家应当采取有效措施，进一步加强对儿童权益的保护。邓丽的《儿童最佳利益保障体系之挪威模式》在对挪威的儿童保护制度进行观察和反思后，结合我国经济实力、福利现状以及民族传统提出：提升儿童在家庭法中的主体地位，以改进和完善家庭法律制度为主要方向，辅之以社会福利制度的逐步到位，方可在实现儿童最佳利益方面取得长足的进步。

在我国，一些地区的出生性别比严重失衡是近年引起人们广泛关注的人口问题之一。张伟的《多角审视性别失衡与“缺失的女性”》，提出我们必须通过多途径、多手段提前干预和规制，努力降低未来的出生人口性别比，缓解我国男性婚姻挤压的问题。

【社会调查报告】栏选刊三篇调查报告。

通过社会调查，了解和发现当前我国婚姻家庭领域的新情况和新问题，分析其原因，可以有针对性地提出相应的对策建议。社会调查已经成为我国专家学者们十分重视的一种研究方法。

袁敏殊、韩志才的《安徽省农村妇女土地权益现状调查实证研究》，通过对安徽省农村妇女土地权益现状的调查，提出我们要不断提高立法者和执法者的性别意识，完善相关法律规定，强化监督，增强妇女的法律意识和法制观念，从各个环节加强对农村妇女的土地权益保护。

陈苇、倪丹的《我国农村家庭暴力调查实证研究——防治对农村妇女的家庭暴力》，通过对农村家庭暴力的问卷调查，发现在我国一些农村地区家庭暴力仍较为普遍地存在，且以对农村妇女的家庭暴力为主要类型。作者依据社会性别理论进行分析指出，家庭暴力尤其是针对妇女的家庭暴力的深层原因在于社会性别不平等，并揭示农村家庭暴力是对农村妇女基本人权的严重侵害。为推动我国农村防治家庭暴力工作，特提出对策建议，首先，在法律制度构建方面应注重完善地方性反家庭暴力立法；其次，结合我国实际，借鉴引入民事保护令制度；最后，应当构建防治家庭暴力的社会合力系统。

刘建霞的《我国婚约制度之立法构想——我国青海省世居回族、撒拉族婚约调查之启示》认为，通过对青海省回族、撒拉族婚约习俗的调查，发现当前民族地区的婚约习俗中还存在一些比较严重的问题。建议我国《民法典·亲属法编》应制定出能够适用于我国本土特色的婚约制度，而作为具有浓厚的民族性、伦理性、习俗性的亲属法，特别是婚约制度，则更应该在“挖掘本土资源，理解民间法律”，“与民间法律相互沟通，相互理解，相互妥协，相互合作”的基础上展示其应有的价值。

【外国继承法专题研究】栏选刊四篇文章。

本部分是陈苇教授担任项目主持人的 2005 年度国家社会科学基金项目：《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》[05BFX019] 的阶段性成果，作者们分别从不同的角度对外国继承法的有关内容进行阐释和比较评析，并结合陈苇教授主持的《当代中国民众继承习惯调查实证研究——北京市、重庆市、武汉市和山东省四地区民众继承习惯调查报告》（此亦为 2005 年度国家社会科学基金项目 [05BFX019] 的阶段性成果，2005 年 10 月始进行实地调查，2006 年 7 月实地调查工作结束）的统计分析数据进行研究，以期为 21 世纪《中国民法典·继承编》的制定提供有益的参考和借鉴。这四篇文章包括陈苇、冉启玉的《外国无遗嘱继承人范围与顺序制度比较研究》、李俊的《外国继承权取得制度比较研究》、杜江涌的《外国遗产债务清偿制度比较研究》、皮锡军的《外国继承权丧失制度比较研究》。

【博士生论坛】栏选刊三篇博士学位论文节选。

家事法神圣殿堂的构筑，离不开家事法研究的深厚沃土。博士生作为学术研究的新鲜血液，他们的不懈探索，将为家事法研究注入强劲的活力；他们的真知灼见，将促进家事法理论的发展。王薇的《论现代社会非婚同居立法的发展趋势》通过对现代非婚同居立法的立法模式和具体内容的比较评析，总结现代非婚同居立法的发展趋势，揭示对设立我国非婚同居法律制度的启示。黄宇的《中国现行婚姻家庭法之女性主义分析》选择了几个与现行婚姻法

有关的主要问题,包括家务劳动、家庭暴力、夫妻财产制等作为研究对象,运用女性主义的视角与方法对其进行考察和分析,进而提出完善我国立法的思考和建议。魏小军的《我国继承法之遗嘱有效要件研究》认为,遗嘱有效要件作为对遗嘱有效性进行判断的依据,是遗嘱制度中的核心问题。在研究和分析我国继承法中遗嘱有效要件的现状和不足的基础上,提出完善我国遗嘱有效要件立法的建议,以期为我国民法典的制定提供借鉴。

【硕士学位论文摘登】栏选刊八篇硕士学位论文节选。

苏竞男的《农村婚姻现状调查及完善我国婚姻法的思考——以四川省×市×区×镇枣山村为例》通过调查而解剖一个我国西部村庄的婚姻现状,并从法学角度分析现行婚姻法在这个村庄的实践情况,提出完善我国婚姻法的思考,对立法者、有关司法部门以及婚姻当事人有一定参考价值。万旭梅的《论婚姻的契约性本质》尝试以婚姻关系理论为视角来探讨婚姻的本质,审视我国现行婚姻法的不足,并提出完善立法的建议,以表自己的一孔之见。辛世艳的《性骚扰法律问题研究》在汲取学界现有研究成果的基础上,从保护公民的性自主权出发,结合我国当前性骚扰立法及司法的现状,并借鉴国外和我国台湾地区的相关立法,提出我国性骚扰的立法设想。王帅的《论生育权》研究和分析了生育权的性质、内容、主体和救济等相关内容,进而提出完善我国生育权立法的构想。蒋亚婷的《论我国分居制度之构建》借鉴国外及我国港、澳、台地区的分居立法,结合我国国情和婚姻立法现状,在前人研究的基础上,对我国分居制度的构建提出了自己的思考和建议。文帆的《继承的接受与放弃制度比较研究》吸取我国学者们的研究成果,较为详细系统地介绍了外国继承的接受与放弃制度,借鉴其立法经验并结合我国的实际情况,提出了立法建议。吴浩的《继承权丧失制度研究》尝试将理论与审判实践相结合,并借鉴刑法理论,对我国内地现行继承权丧失制度进行探讨,指出其不足,分析其原因,并借鉴国外及我国港、澳、台地区立法,提出完善该制度的建议。沈镇友的《继承回复请求权研究》综合考察世界主要国家和

地区在遗产保护方面的制度建构，结合我国立法及实践，就继承回复请求权在我国的设立进行理论研究和现实问题的探讨。

陈苇

2007年8月8日

目 录

卷首语	(1)
-----------	-------

专题研究

婚姻的契约属性与婚姻立法的价值选择

..... 丁 慧 刘 悦 (1)	
论夫妻间的婚内侵权责任	叶英萍 李晓粉 (15)
论夫妻性暴力的精神损害赔偿	李 成 (28)
论受虐妇女综合症专家证据的引进	王 玲 何浩娟 (43)
理性对待婚内赔偿	唐骄煜 吴鑫磊 (57)
我国夫妻债务制度的缺陷与完善	朱 凡 (66)
论我国离婚补偿制度应适用夫妻共同财产制	何俊萍 (78)
儿童最佳利益保障体系之挪威模式	邓 丽 (91)
多角审视性别失衡与“缺失的女性”	张 伟 (102)

社会调查报告

安徽省农村妇女土地权益现状调查实证研究

..... 袁敏殊 韩志才 (116)	
我国农村家庭暴力调查实证研究	
——防治对农村妇女的家庭暴力	陈 苇 倪 丹 (131)
我国婚约制度之立法构想	
——我国青海省世居回族、撒拉族婚约调查之启示	
..... 刘建霞 (152)	

外国继承法专题研究

外国无遗嘱继承人范围与顺序制度比较研究

- 陈 苇 冉启玉 (170)
- 外国继承权取得制度比较研究 李 俊 (190)
- 外国遗产债务清偿制度比较研究 杜江涌 (206)
- 外国继承权丧失制度比较研究 皮锡军 (222)

博士生论坛

- 论现代社会非婚同居立法的发展趋势 王 薇 (240)
- 中国现行婚姻家庭法之女性主义分析 黄 宇 (261)
- 我国继承法之遗嘱有效要件研究 魏小军 (281)

硕士学位论文摘登

农村婚姻现状调查及完善我国婚姻法的思考

- 以四川省×市×区×镇枣山村为例 苏竞男 (301)
- 论婚姻的契约性本质 万旭梅 (321)
- 性骚扰法律问题研究 辛世艳 (336)
- 论生育权 王 帅 (350)
- 论我国分居制度之构建 蒋亚婷 (364)
- 继承的接受与放弃制度比较研究 文 帆 (380)
- 继承权丧失制度研究 吴 浩 (395)
- 继承回复请求权研究 沈镇友 (409)

附录

西南政法大国外国家庭法及妇女理论研究中心简介

- (423)
- 《家事法研究》稿约 (428)

CONTENTS

Preface (1)

Special Articles

The Contractual Attribute of Marriage and the Value Choice of Marriage Legislation *Ding Hui, Liu Yue* (1)

On the Liability of Spousal Torts during Marriage
..... *Ye Yingping, Li Xiaofen* (15)

A Study of Mental Compensation in Conjugal Sex Violence
..... *Li Cheng* (28)

On the Introduction of Expert Evidence of Battered Woman Syndrome *Wang Ling, He Haojuan* (43)

Treating Spousal Compensation during Marriage Rationally
..... *Tang Jiaoyu, Wu Xinlei* (57)

The Defects and Improvement of the Matrimonial Liability System in China *Zhu Fan* (66)

On the Economic Compensation by One Party on Divorce should be Applied to the Community Property System *He Junping* (78)

Norwegian Model of System of Guarantee for the Best Interests of Children *Deng Li* (91)

Multi-Perspective Studies on the Gender Imbalance and "the Lack of Women" *Zhang Wei* (102)

Social Survey Reports

A Case Study Report on the Current Conditions of Rural Women's
Land Right in Anhui Province

..... *Yuan Minshu, Han Zhicai* (116)

An Investigation into the Domestic Violence in Some Rural Areas of
China—Preventing the Domestic Violence Against Women in Some
Rural Areas of China

Chen Wei, Ni Dan (131)

Legislative Conceptions of the System of Marriage Promise in Chi-
na—Enlightenment from the Investigation into Marriage Promise of
Hui Ethnic Minority and Sala Ethnic Minority in Qinghai Province

..... *Liu Jianxia* (152)

Special Researches on Foreign Succession Laws

A Comparative Study of Foreign Succession Laws on the Scope and Or-
ders of Intestate Successors

Chen Wei, Ran Qiyu (170)

The Comparative Study of Foreign Succession Laws on the Obtaining
Heirship

Li Jun (190)

Comparative Researches on Foreign Systems on Discharging Estate
Debts

Du Jiangyong (206)

Comparative Studies on Foreign Succession Laws on the Deprivation Of
Heirship

Pi Xijun (222)

Doctor Candidates' Forum

On the Legislative Trend of Nonmarital Cohabitation Relationship in
Modern Society

Wang Wei (240)

Analysis on Feminism in the Current Marriage and Family Law of
China

Huang Yu (261)

On the Effective Requirements of Wills in the Succession Law of
China

Wei Xiaojun (281)

Extracts from Master' s Theses

An Investigation into the Marital Status in A Village of the Rural Areas, China and the Legislative Suggestion	<i>Su Jingnan</i> (301)
On Marriages as Contracts in Nature	<i>Wan Xumei</i> (321)
On Legal Issues on Sexual Harassment	<i>Xin Shiyan</i> (336)
A Study of the Reproductive Rights	<i>Wang Shuai</i> (350)
Legislative Conceptions of Spousal Separation System in China	<i>Jiang Yating</i> (364)
A Comparative Study of the Systems on the Acceptance and Disclaimer of Heirship	<i>Wen Fan</i> (380)
A Study of the System of the Deprivation of Heirship	<i>Wu Hao</i> (395)
On the Right to Claim for the Revival of Succession	<i>Shen Zhenyou</i> (409)

Appendix

Introduction of the Research Center on Foreign Family Law and Women' s Theory of Southwest University of Political Science and Law, China	(423)
Invitation to Theses	(428)

专题研究

婚姻的契约属性与
婚姻立法的价值选择

丁慧 刘悦*

目次

- 一、婚姻契约说溯源
- 二、契约的基本理念和婚姻的本质内涵
- 三、婚姻立法的价值核心

尽管婚姻在人类社会中广泛存在,但婚姻具有典型性、个性化,这使得古今中外学者对婚姻属性和本质的认识有着重大的区别。仅仅从法律科学角度来看,对婚姻属性也形成了诸多的学说和流派。本文从追溯婚姻本质契约说的本源着手论述,继而阐述婚姻的本质内涵,通过对婚姻属性和内涵及其特征的揭示,进而推导出婚姻立法价值核心。

一、婚姻契约说溯源

婚姻是一种契约。契约说也是西方法学界对婚姻本质与属性认

* 丁慧,女,辽宁师范大学法学院教授;刘悦,女,辽宁师范大学法学院硕士研究生。

识的观点，资产阶级革命以来，这种观点越来越多地被各国的民事立法所接受。在大陆法系，自1791年法国大革命时期的宪法规定“法律仅承认婚姻为市民契约”以来，“婚姻契约学说”即以结婚等身份行为为契约的见解风靡一时，延续至今。在英美法系上的婚姻行为，通说亦采契约说观点。19世纪以来，将婚姻视为民事契约的观点也为英国社会所支持，在美国大多数州的立法，均以法律明文规定婚姻具有民事契约的性质。英美法系解释婚姻契约应具备民事契约的一般性质，如当事人应有缔结婚姻契约的意思；应有契约能力，应以法定的适当方式进行，婚姻始为有效。^[1]康德最早提出了“婚姻契约”的理论，他认为婚姻不是任意的契约，而是基于人性自然法则必要的契约，他主张应当承认婚姻关系为“性的共同体”，即是“两个不同性别的人，为了终身相互占有对方的性功能而产生的结合体”。^[2]契约说认为独立意思主体的当事人（夫妻）基于平等法律地位，且由于当事人的自由意志的表达，而其意思业已合致者，当即产生法律效力，也即婚姻效力，即在夫妻之间形成法律上的权利义务关系。据此得出结论，结婚行为实为财产法上的契约别无异趣。其他学者如柯朗、加比堂也都认为婚姻是一种男女之间的“要式契约”。^[3]也有的学者认为婚姻契约与财产契约并不完全一致，二者之间存在着明显的区别，例如，日本东京大学的川导武宜教授虽就结婚行为作此结论，但就当事人将为结合的意思作了一定的区分：婚姻是为出于当事人全人格的本质意思；但在财产法上的交易，只不过是出自利害打算的选择意思而已。^[4]

康德的理论着眼于夫妻之间性功能的结合，显得偏重婚姻的自然属性而忽视其社会属性，与当今的社会不相吻合，所以早已被扬弃。现代的一些婚姻家庭法学者将契约说进一步发展，认为从法律