



厦门大学法学学术文库

婚姻家庭法前沿导论

(第二版)

An introduction to Forefront Issues in Family Law

蒋月 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



厦门大学法学学术文库



厦门大学哲学社会科学繁荣计划资助项目

婚姻家庭法前沿导论

(第二版)

An introduction to Forefront Issues in Family Law

蒋月 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

婚姻家庭法前沿导论 / 蒋月著. —2 版. —北京:
法律出版社, 2016. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9896 - 8

I. ①婚… II. ①蒋… III. ①婚姻法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 203196 号

厦门大学
法学学术文库

婚姻家庭法前沿导论 (第二版)

蒋 月 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 34.25 字数 497 千

印次 2016 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9896-8

定价:98.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书纪念我的恩师杨怀英教授(1924~1995),
原西南政法学院教授、中国法学会婚姻法学研究会副总干事

厦 门 大 学 法 学 学 术 文 库 编 委 会

编委会主任

宋方青

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

朱炎生	朱福惠	刘志云	何丽新	陈晓明
李兰英	李国安	张 榕	林秀芹	周东平
徐国栋	徐崇利	蒋 月	廖益新	

总 序

学术的提升需要传承积淀、厚置根基,深厚的历史底蕴是一个学科发展的重要因素。从1926年起,厦门大学有了法科,厦门大学的校园里开始有了法律人的足迹。作为厦门大学的学子,厦门大学法律人始终秉承“自强不息,止于至善”的校训精神,坚持“学术建院、民主建院”的治院方针,发扬“严谨治学、求实创新”的传统学风,经过几代人的努力,春华秋实,厦门大学法学院在人才培养、科学研究、社会服务和文化传承与创新等各个方面均取得了令人瞩目的成就。

今天的厦门大学法学院,已汇集了一批优秀的中青年骨干教师,并形成了一支结构合理、实力雄厚、后劲充足的学术梯队,拥有法学博士后科研流动站、法学一级学科博士学位授予权和硕士学位授予权、法律专业硕士(JM)学位点,形成了从本科到博士后的完整的法律专业人才培养格局,为国家的法制建设、法学昌盛和社会进步,做出了积极的贡献。2012年,教育部学位与研究生教育发展中心进行了第三轮法学学科评估,在全国650余所法律院校中,厦门大学法学学科办学实力排名第十。

学院坚持“加强优势学科、培育特色学科、支持基础学科”的发展思路,努力优化学科结构布局和资源配置,

提升学科的核心竞争力。近五年来,学院建设了应用型、复合型卓越法律人才教育培养基地,涉外卓越法律人才教育培养基地,国家知识产权培训(福建)基地三个国家级基地,以及教育部“法学教育实践基地”、福建省高校人文社会科学研究基地“国际经济法研究中心”等省部级基地。学院积极引导开展跨学科研究,组建了优势学术团队,建立了“中国崛起与国际法发展”研究团队、“社会治理与软法”研究团队、“国际税法与比较税制”研究团队、“公证法律与自动化”研究团队、“经济犯罪”研究团队、“法律认知神经科学”研究团队,以及福建省高等学校人文社科创新平台:“厦门大学财税金融法治研究中心”、“立法研究中心”,促进了学科研究交叉,推动了学院学科平台创新。厦门大学国际法学科属于国家重点学科。2012年,厦门大学法学学科同时入选“福建省特色重点学科”和“福建省省级重点学科”。

厦门大学法学院现正朝着建设国内知名、国际上有较大影响的高水平研究型法学院的宏伟目标努力奋进。成绩属于昨天,未来仍需开拓。厦门大学法学院的使命与价值,在于培养人才、传承文明、创新知识、探求真理、服务社会、引领未来。只有不断推动法学学科发展,实现新的跨越,我们才能真正担当起法学教育的使命。

2016年10月,厦门大学法学院将迎来90岁的生日。值此之际,我们将本着“回眸历史轨迹,继承优良传统,展示办学成就,凝聚发展动力,再谱辉煌篇章”的宗旨,隆重举行系列庆祝活动,并以此为契机,出版系列专著作为90周年院庆的献礼,再续南强华章。

“闻道有先后,术业有专攻”,本系列专著都是厦门大学法学院专任教师的科研成果,他们各有专攻,有着良好的法学教育背景,我们希望这套专著能够从一个侧面展示厦门大学法律人的风采。

宋方青

2016年4月20日

社会巨变与变化中的婚姻家庭法 (代序)

自 20 世纪 40 代以来,婚姻家庭法是变化发展最快的法律领域之一。随着社会的快速变迁,平等意识提升、人权运动发展、生物科技发达、道德观念巨变,婚姻家庭法融入了人权观念、宪法精神,婚姻家庭制度持续地变革,实现了重大修正和扩展,并与刑法、侵权法、税法、社会保障法、合同法等法律领域发生交叉、渗透。在许多国家和地区,家庭内部的权力结构、家庭成员的态度和行为模式发生了改变,家庭关系的流动性、可拆分性和互换性均显著地增强,为此,调整家庭成员关系的法律规则变化了。离婚法由过错主义转向无过错主义,大幅扩大离婚自由度;离婚率持续上升,至今看不到回落趋势。非婚同居成为与传统婚姻并行的性结合制度。法律突破人类传统性伦理的基本价值观,承认、保护同性结合。未成年子女不仅成为平等的家庭成员,而且其权利保护成为父母子女关系法之核心。在 21 世纪初,家庭领域的各种多元化成为普遍趋势:性结合多元化,单亲家庭日益增多,单人家庭日益增多,更小规模的家庭,更多人非婚同居,少子化。最近 80 年来,婚姻家庭行为的一系列变化是如此之多、如此之大,以致有家庭

法学者称当今家庭为“新家庭”,而为适应这种变化而改革或变化的家庭法被称为“新家庭法”^①。

在全球化时代,国际家庭法价值观的巨大变迁和婚姻家庭制度跨越式演进必然影响我国婚姻家庭与法的发展。我国婚姻家庭法是继续固守近代以的现代价值判断还是改良既有的价值观念?是再次跟随家庭法改革的国际大潮而开启婚姻家庭制度大改革进程,还是保持现状不变?这些是婚姻家庭法学研究绕不开的重大问题。

中国社会已发生巨变,并且这种变革将继续发生,婚姻家庭法更是首当其冲。自从清朝末年引入西方近代化经验实施社会改革以来,百余年社会变迁中,个人独立自由、人人平等就是最基本价值观和法律变革的核心追求。家庭法循此路线图实施了一场又一场的改革,婚姻自由成为个体自主自决婚姻问题时的基本准则,家庭关系由从属转为平等,男女平等、父母子女平等。从1978年实行改革开放之后,我国社会再次转型发展,经济体制由计划经济转为市场经济,经济取得了突飞猛进的发展,国民生产总值快速增长,居民拥有个人财产价值较大,家庭资产不断增长,居民生活水平显著提高。每年获准离婚人口,1978年28.5万对,1998年119.1万对,2007年209.8万对,2012年310.4万对,2014年363.7万对。粗离婚率(离婚人数与总人口之比)一路上升,从1998年的1.92‰,2012年的2.3‰,到2014年增长至2.7‰。^②我国于20世纪80年代始实行的独生子女政策,史无前例地改变了家庭面貌,家庭规模迅速缩小。据2014年我国大陆人口抽样调查,在抽样调查的365416户家庭户数中,1人户占14.92%;2人户占27.65%,3人户占26.68%;4人户占15.90%;5人户占8.76%;6人户占4.19%;7人及以上户占1.89%。^③伴随而来的是,家庭功能弱化乃至家庭脆弱化,子女在家庭中的地位快速提升,社会进入老龄化。据2015年统计,

① Harry D. Krause, Linda D. Elrod, Marsha Garrison, J. Thomas Oldham, *Family Law: Cases, Comments, and Questions*, 5th edition, Thomson West, 2003, p. 1.

② 参见国家民政部公布的历年民政事业发展统计公报或社会服务发展统计公报,载中华人民共和国民政部网, <http://www.mca.gov.cn>。

③ 各类家庭户所占百分比,是根据国家数据库中“人口抽样调查样本数据”中相关数据换算得出的。参见中华人民共和国国家统计局网站, <http://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01>, 最后访问时间:2016年3月4日。

国民人均预期寿命是76.34岁,^①由于社会保障制度尚不完善,家庭承担的养老负担沉重,中老年人担忧未来养老困难。这些社会变迁,既是家庭法变革的原因,又是家庭法改革促成的结果。

本书命名为“婚姻家庭法前沿导论”,当讨论婚姻家庭法中的前沿问题。对这些问题的认识关系到制度的定位、价值取向和具体设计。主要有下列问题:婚姻家庭法的基本价值、家庭法与人权、婚姻理论、夫妻身份权、生育权、夫妻财产制与经济公正、法定离婚理由与离婚法改革、非婚同居制度化、同性倾向与同性结合、儿童权利与父母责任、父母和监护人的医疗决定权,个人、家庭、国家和社会之关系、婚姻家庭争议解决机制等。讨论重在阐述隐藏在具体制度背后的依据或理论,而非就某些婚姻家庭法律制度进行法律解释,希望以此为婚姻家庭法的学术争论提供另一种思路。

本书是精修同名著作初版而形成的第二版。同名著作初版由科学出版社于2007年出版,至今已近十年。初版受到市场肯定,早已售罄;也曾有幸荣获福建省社会科学优秀成果奖。初版著作是笔者在厦门大学法学院开设研究生课程《婚姻家庭法与继承法研究》讲稿基础上修改而成的。这次修订主要体现在下列四个方面:(1)结构调整。其一,在章之下增设节,使问题讨论有更大框架,助益于论述深入。其二,合并了原著第二章和第四章,即现第三章“婚姻论”;合并原著第七章和第十六章为现第九章“生育权”,使逻辑更顺畅。其三,基于个人生活方式选择权的考虑,将非婚同居、同性结合等章前移,置于离婚问题之后。其四,删除了原第三章“婚姻本质论争”、原第十一章“离婚损害赔偿”。其五,增加了“近亲属的医疗同意权和决定权”、“个人、家庭、国家和社会之关系”等新章节。(2)内容修订。根据近年研究婚姻家庭法的体会,大幅度修订了原书稿。首先,增补对原有问题的论述,例如,第六章法定离婚理由与离婚法改革;第九章第二节生育权之系列、第四节人工辅助生育、第五节代孕;第十三章家庭争议的诉讼解决机制等。其次,补充了部分新内容,第二章第二节、第八章第一节、第十一章、第十二章。(3)根据新法案和相关法案的最新修正案修订了书稿相关内

^① 《2015年国民经济和社会发展统计公报》,载中华人民共和国国家统计局网站,http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201602/t20160229_1323991.html,最后访问时间:2016年3月4日。

容。最近十年间,国家立法机关制定新法和修法频繁。本书援引法条时,一般是指相关法案的最新修正案;若是其他情形的,则有文字说明或相应限定。(4)修正了笔者在个别问题上的观点。

简言之,研究婚姻家庭法问题,应当将人还原为社会之人,将人置身于社会环境中去认识,应当基于对个人、家庭、国家和社会之关系中去认识。在当代,既要认识传统婚姻家庭制度的价值和存续理由,并据之去解释人们的行为,又应当看到社会结构变化、人的需求和价值观多元化的重要事实,从社会大变迁背景之下,去反思家庭法既有问题,去发现家庭法出现的新问题,形成对家庭法的新观察和新认识,修正、建构、完善婚姻家庭法律规范体系。

2016年5月

目 录

社会巨变与变化中的婚姻家庭法(代序) /1

第一章 婚姻家庭的界定与婚姻家庭法的价值 /1

第一节 婚姻和家庭是什么 /1

一、婚姻是什么 /1

二、家庭是什么 /4

第二节 婚姻家庭的价值和功能 /5

一、婚姻家庭的价值及其认识争议 /6

二、婚姻家庭的基本功能 /18

第三节 婚姻家庭法的界定和渊源 /21

一、婚姻家庭法的概念 /21

二、婚姻家庭法的范围和渊源 /24

三、婚姻家庭法的价值 /28

第四节 婚姻家庭法的道德基础 /29

一、生命价值 /30

二、独立自由和平等 /30

三、诚实信用 /32

四、团结互助 /32

五、公平合理 /34

第二章 家庭法与人权 /36

第一节 结婚权与人权 /36

一、结婚自由权与人权之关系 /36

二、结婚自由权应属于宪法权利 /37

三、健康作为结婚资格是否具有正当性 /39

四、限定结婚当事人的性别是否具有正当性 /46

第二节 防治家庭暴力 /48

一、家庭暴力的概念释义 /48

二、家庭暴力的种类:身体暴力、精神暴力、性暴力 /51

三、反家庭暴力法的调整对象之一:家庭成员 /53

四、反家庭暴力法的调整对象之二:家庭成员以外共同生活者 /55

五、人身安全保护令 /63

第三章 婚姻论 /68

第一节 婚姻利益论 /69

一、婚姻利益之解释:以社会或者国家为视角 /69

二、婚姻利益之解释:以个体为视角 /72

三、婚姻利益的分类 /73

四、婚姻利益分配与婚姻法规则 /75

第二节 婚姻身份论 /80

一、婚姻身份学说 /80

二、评论 /82

第三节 婚姻契约论 /84

一、婚姻契约论的主要观点 /84

二、婚姻作为民事契约的法律实践 /87

三、评论 /88

第四节 婚姻财产论 /91

一、婚姻财产论的主要观点与由来 /91

二、评论 /91

第五节 婚姻信托论 /93

一、婚姻信托论的主要观点 /93

二、评述 /95

第六节 婚姻实体或主权论 /95

一、婚姻是一个法律实体或主权 /95

二、评论 /96

第七节 婚姻伦理爱情说 /96

一、婚姻伦理爱情说的主要观点 /96

二、评论 /99

第八节 婚姻制度说 /100

一、婚姻制度说的主要观点 /100

二、评论 /101

第四章 配偶权和夫妻忠实研究 /103

第一节 配偶权论 /103

一、配偶权是否为婚姻权利之论争 /104

二、普通法中的配偶权 /107

三、现行《婚姻法》对配偶权之立场 /110

第二节 夫妻忠实 /111

一、性自由权与婚姻之关系 /112

二、忠实是否应成为法定婚姻义务 /113

三、《婚姻法》第4条是否具有可诉性 /122

四、忠实协议的效力 /124

第五章 夫妻财产制与经济公正 /131

第一节 夫妻财产制的功能和变迁规律 /131

一、婚姻财产制的地位和功能 /131

二、夫妻财产制演变的规律性 /134

第二节 离婚时分割夫妻财产的原则 /137

一、夫妻财产类型的区分 /137

二、分割夫妻财产时应考虑的主要因素 /138

第三节 婚姻住所房屋的分割 /139

一、婚姻住所与居住保障 /139

二、离婚时住房分割规则的变迁 /142

三、离婚时住房的分割 /148

四、夫妻一方个人所有的房屋能否判归他方居住使用 /151

五、《适用〈婚姻法〉解释(三)》中的房产利益归属之认定 /152

第四节 论学历和职业资格证书视为“财产”予以分割 /161

一、学历学位证书和职业资格证书视为夫妻财产予以分割的可能性 /161

二、如何分割学历和职业资格证书 /164

第六章 法定离婚理由与离婚法改革 /166

第一节 过错和过错离婚法 /166

一、过错和古代离婚法 /167

二、近代早期的过错离婚法 /168

第二节 20世纪法定离婚理由改革:从婚姻过错到婚姻破裂 /171

一、欧洲法定离婚理由改革 /173

二、美洲法定离婚理由改革 /177

三、澳洲法定离婚理由改革 /183

四、亚洲法定离婚理由改革 /184

五、非洲法定离婚理由改革 /189

第三节 离婚法改革评论 /190

一、无过错离婚法的基本原则和特点 /190

二、无过错离婚原则诞生背景 /193

三、破裂主义的类型 /198

四、关于无过错离婚法的论争 /203

第四节 当代法定离婚理由比较研究 /209

一、欧洲的法定离婚理由 /210

二、美洲的法定离婚理由 /226

三、亚洲的法定离婚理由 /231

第五节 我国法定离婚理由改革 /237

一、我国法定离婚理由改革路线 /237

二、我国离婚率与法定离婚理由改革之关系 /241

第七章 非婚同居制度化之研究 /248

第一节 非婚同居的认定 /249

一、非婚同居的概念 /249

二、非婚同居的性质与法律地位 /252

第二节 域外法中的非婚同居制度 /256

一、西方世界的非婚同居状况 /256

二、非婚同居普遍流行的原因 /260

三、域外法承认和保护非婚同居的实践 /268

第三节 我国非婚同居法律政策评述 /277

一、法律对待非婚同居的立场演变 /277

二、立法规制非婚同居之选择 /279

第八章 同性结合与同性婚姻研究 /284

第一节 性倾向与性结合模式之选择 /284

一、性倾向的界定和类型 /284

二、性结合模式的选择与确认 /287

第二节 同性结合的正当性与合法化之论争 /292

一、反对观点 /292

二、肯定观点 /295

三、评议争论 /301

第三节 域外同性结合合法化的法律实践 /303

一、欧洲的同性结合合法化之法律实践 /303

二、北美洲的同性结合合法化运动与法律实践 /309

三、亚洲国家和地区对待同性结合的立场和法律政策 /324

第四节 规制同性倾向和性结合之公共政策法律评述 /324

一、我国法律政策规范同性恋之立场 /324

二、我国应对同性结合诉求的法律进路 /327

第九章 生育权 /330

第一节 生育权之释义 /330

- 一、生育权的概念 /330
- 二、生育权的由来和演变 /334
- 三、生育权概念解释的论争 /338
- 四、生育权的法律性质 /343

第二节 生育权之系列 /347

- 一、怀孕权 /347
- 二、避孕权 /348
- 三、堕胎权 /349
- 四、结扎权 /352

第三节 生育权的行使与冲突 /353

- 一、单身者生育权的行使 /353
- 二、夫妻生育权冲突之解决 /356
- 三、生育争议和诉讼之评析 /357
- 四、生育协议的效力 /362

第四节 人工辅助生育 /363

- 一、人类辅助生殖技术 /363
- 二、辅助生殖技术利用的伦理争议 /369
- 三、同意借助人工辅助生殖生育的表示方式及其效力 /372
- 四、父母身份确认与孩子出生登记 /372
- 五、子女的知情权 /377
- 六、冷藏胚胎的所有权与管理权 /377
- 七、与婚姻家庭法有关的人类生殖技术规范 /378

第五节 代孕 /381

- 一、代孕的概念和形态类型 /381
- 二、代孕协议 /383
- 三、代孕的禁止与许可之论争 /387
- 四、域外法规制代孕的法例类型 /392