



HUNYINFA JICHENGFA LILUN YU SHIYONG

婚姻法 继承法

理论与适用

周安平 王斌 [著]



中国经济出版社
www.economyph.com

婚姻法 继承法理论与适用

周安平 王斌 著

中国经济出版社

责任编辑:师少林

电话:68308159

封面设计:高书精

图书在版编目(CIP)数据

婚姻法 继承法理论与适用/周安平,王斌著

北京:中国经济出版社,2001.9

ISBN 7-5017-5305-9

I.婚… II.①周… ②王… III.①婚姻法-法的
理论-中国②继承法-法的理论-中国③婚姻法-法律
适用-中国④继承法-法律适用-中国 IV.D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 051367 号

婚姻法 继承法理论与适用

周安平 王斌 著

中国经济出版社出版发行

(北京市百万庄北街3号)

邮政编码:100037

北京市长陵营印刷厂印刷 新华书店经销

开本:850×1168毫米 1/32 8.7印张 220千字

2002年1月第1版 2002年1月第1次印刷

印数:5000

ISBN 7-5017-5305-9/D·410

定价:16.00元

序

本书写于《中华人民共和国婚姻法》修正之后,对婚姻法及与婚姻法关系密切的继承法的理论与适用进行了有益探讨。

本书本着解放思想、实事求是的精神,在对《中华人民共和国婚姻法》和《中华人民共和国继承法》作系统梳理的基础上,进行了科学的反思,突出了系统性、理论性和实用性的统一。本书观点新颖,见解深刻,分析独到,将理论与实务紧密结合,既有理论探讨,又有实证分析,对宣传性的内容进行了缩减,而突出了法律方法和技术方面的讨论和适用分析。

为方便读者阅读,本书的体例依据法规的体系,先对法规进行了简要的概述,而后进行理论评介和难点分析。对于一些重大的理论课题,作者提出了问题,抛砖引玉,留给有兴趣的研究者进一步研究。

自2001年4月28日《中华人民共和国婚姻法》修正以来,市面上陆续出版了一些婚姻法的普法材料,虽满足了一时之需,然而理论与实务存在一定的脱节。本书为了弥补这一缺陷,提升婚姻法学与继承法学的研究层次,在分析方法上作了一些大胆尝试,相信会具有一定的科学性、新颖性与实用性。当然,由于作者水平所限,错误在所难免,我们诚恳期待您的批评!

本书适用于各高等院校法学专业的专科生、本科生、研究生阅读,对从事司法和法律服务的实务工作者,及面临婚姻家庭关系及

继承难题的一般读者也能提供很好的帮助。本书上篇婚姻法部分由周安平撰写,下篇继承法部分由王斌执笔。

作者

2001年7月于苏州大学

目 录

上 篇

第一章 婚姻法的基本原则.....	(1)
第一节 婚姻自由原则.....	(2)
第二节 一夫一妻制原则.....	(5)
第三节 男女平等原则	(12)
第四节 保护妇女、儿童和老人的合法权益的原则.....	(16)
第五节 计划生育原则	(21)
第二章 结婚制度	(27)
第一节 结婚条件	(27)
第二节 结婚的形式条件	(37)
第三节 婚约	(43)
第四节 违法婚姻的处理	(48)
第三章 婚姻效力	(59)
第一节 夫妻人身关系论	(60)
第二节 夫妻财产制度	(75)
第四章 父母子女关系	(87)
第一节 父母子女的法律地位	(87)
第二节 婚生子女与生父母关系	(91)
第三节 非婚生子女与生父母关系	(96)
第四节 养父母与养子女关系.....	(103)

第五节 继父母与继子女关系·····	(110)
第五章 祖孙关系和兄弟姐妹关系·····	(115)
第一节 祖孙关系·····	(115)
第二节 兄弟姐妹关系·····	(118)
第六章 离婚制度·····	(122)
第一节 离婚制度概述·····	(122)
第二节 我国的登记离婚制度·····	(127)
第三节 我国的诉讼离婚制度·····	(137)
第四节 离婚的法律后果·····	(143)

下 篇

第七章 继承法及继承法的基本原则·····	(157)
第一节 继承与继承法·····	(157)
第二节 继承法的基本原则·····	(160)
第八章 继承开始·继承权·····	(164)
第一节 继承开始·····	(164)
第二节 继承权·····	(167)
第三节 继承回复请求权·····	(179)
第九章 法定继承·····	(181)
第一节 法定继承的概念·····	(181)
第二节 法定继承人的范围·····	(182)
第三节 法定继承人的顺序·····	(189)
第四节 代位继承·····	(190)
第五节 转继承·····	(194)
第六节 遗产分享人·····	(196)
第十章 遗嘱继承·····	(198)
第一节 遗嘱的有效条件·····	(199)
第二节 遗嘱的效力·····	(205)

第三节	遗嘱变更、撤销和执行	(208)
第十一章	遗赠和遗赠扶养协议	(215)
第一节	遗赠	(215)
第二节	遗赠扶养协议	(218)
第十二章	遗产和债务	(220)
第一节	遗产及其范围	(220)
第二节	遗产的处理	(230)
第三节	遗产的分割	(232)
第四节	被继承人生前债务的清	(236)
附录一:	中华人民共和国婚姻法	(241)
附录二:	中华人民共和国收养法	(250)
附录三:	中华人民共和国继承法	(256)
附录四:	最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国 继承法》若干问题的意见	(263)

上 篇

第一章 婚姻法的基本原则

世界各国亲属立法例,关于亲属法原则的法律内容,有的采用默示的方式,在法律条款中隐含其所应遵循的原则。大陆法系一般将亲属法置于民法典中,因而,大都采用这一方式。有的则采用明示的方式,在法律条款中直接作出明确的表述,我国《婚姻法》历来都是在第一章总则部分对婚姻法的原则加以明确规定。纵观这两种立法例,采用默示的方式,原则来自具体条文的概括,因而,也就不太可能存在原则与条文冲突的情形;而采用明示的方式,就有原则与具体条文协调与衔接的问题。

我国 2001 年新修正的《婚姻法》对婚姻法基本原则的立法表述沿用了以往的惯例,第 2 条规定:“实行婚姻自由、一夫一妻制、男女平等的婚姻家庭制度。保护妇女、儿童和老人合法权益。实行计划生育。”第 3 条第一款规定:“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。”将该条第二款修改为“禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”并增加了第 4 条的规定:“夫妻应当相互忠实,相互扶助;家庭成员间应当敬老爱幼,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”这四条规定从正反两个方面对我国《婚姻法》的基本原则进行了概括,用以指导我国婚姻法的立法与司法。

第一节 婚姻自由原则

一、婚姻自由原则概述

婚姻自由是一个历史的概念。在奴隶社会和封建社会,子女的婚姻问题置于家长权的绝对支配之下,当事人无所谓婚姻自主权。中国古代的“父母之命,媒妁之言”,古罗马的家父权以及欧洲中世纪将婚姻看作是“神作之合”的观念都使得婚姻自由没有滋生的土壤。正如恩格斯所言:“在整个古代,婚姻的缔结都是由父母包办的,当事人则安心顺从。古代所仅有的那一点夫妇之爱,并不是主观的爱好,而是客观的义务;不是婚姻的基础,而是婚姻的附加物。”^①

婚姻自由首先是资产阶级在反封建、反宗教禁欲主义的斗争过程中提出来的,是“天赋人权”“人生而平等”的资产阶级革命口号在婚姻法领域的必然延伸。1791年法国宪法指出:“法律视婚姻仅仅为民事契约。”将婚姻看作契约必然要求当事人意思自治。1792年9月法国制宪会议的序言指出:“通过离婚而解除婚姻的可能性源于自由,牢不可破的义务意味着自由的丧失。”1804年法国民法典更明确规定“未经合意不得成立婚姻”,从法律上正式承认了婚姻自由的原则,后经各国竞相效仿,而见于各国亲属法之中。

我国《宪法》第49条规定“禁止破坏婚姻自由”,《民法通则》第103条规定“公民享有婚姻自主权”,我国《婚姻法》规定的婚姻自由原则是我国《宪法》及我国《民法通则》的具体体现。婚姻自由是指当事人在法律的规定范围内,不受外力强制和干预,自主自愿决

^① 《马克思恩格斯全集》第21卷,第90页。

定自己的婚姻意愿的自由,它包括结婚自由和离婚自由两个方面,离婚自由是婚姻自由原则的必要补充,两者缺一不可。有人认为离婚并不具有自由性,因为是否可以离婚必须依照法律的规定而不是取决于当事人的意愿。这种观点其实是误解了婚姻自由之“自由”的含义:(1)协议离婚就是在充分尊重当事人的意愿的基础上达成的离婚,其自由性不言而喻。(2)即使是判决离婚,法院判决依据的标准也是“感情破裂”,该标准本身就是尊重当事人真实意愿的反映。(3)任何自由都不是绝对的,而是相对的,即使是结婚自由也同样要受到对方意愿及法律关于结婚条件的限制。

二、禁止包办买卖婚姻

为了保障婚姻自由原则的实现,就必须禁止包办、买卖婚姻的行为。包办婚姻,是指第三人违反婚姻自由的原则,包办、强迫他人婚姻的行为。包办主体最常见的是当事人的父母,也有父母之外的第三人,包括以组织名义出现的包办人;买卖婚姻,是指婚姻关系的第三人以索取大量财产物为目的,包办强迫他人婚姻的行为。包办婚姻与买卖婚姻有联系也有区别,包办婚姻不一定是买卖婚姻,但买卖婚姻则一定是包办婚姻。其他干涉婚姻自由的行为,则是指除包办婚姻和买卖婚姻之外的各种干涉婚姻自由行为的总称,如干涉寡妇再婚、干涉男到女家、干涉老年人婚姻等。无论何种干涉婚姻自由的行为,如果采用了暴力,情节严重的,则应按我国刑法的相应规定追究犯罪者的刑事责任。但是,大量干涉婚姻自由并不一定构成犯罪。《婚姻法》如何禁止干涉婚姻自由的行为,我国这部新修正的《婚姻法》仍然尚付阙如。《婚姻法》第一章有禁止性条款,第五章却没有相应的责任条款。试问:缺乏责任的禁止性条款,除了宣言式的表征价值外,还有什么制约的现实意义?另外,干涉婚姻自由的行为应否承担民事责任也是一个可以探讨的问题。再是,干涉婚姻自由与干涉爱情自由有什么区别?

是否干涉爱情自由无论其手段与情节多么具有道德的可谴责性也不具有非法性?对上述问题,学术界尚未见有公开的讨论。

三、禁止借婚姻索取财物

另外,为了保障婚姻自由原则的实现,《婚姻法》还规定了“禁止借婚姻索取财物”。借婚姻索取财物主要是指婚姻当事人一方方向对方索取一定财物,以此作为结婚条件的行为。索财的主体主要是女方,有时女方的父母也从中索要,以此作为同意结婚的条件。禁止第三人索取财物,自在法理之中,但禁止婚姻当事人一方索取,则有两个问题值得探讨,一是正当性,二是执行性。

禁止一方当事人借婚姻索取财产是否具有正当性?《婚姻法》之所以禁止此类行为,无非是认为此类婚姻非以爱情为基础,而是建立在财产的基础上。根据这一思维,借婚姻“索才”,以对方必须考取什么学位作为结婚的条件也就应禁止,因为婚姻不能建立在学历的基础上;“索貌”就更不行了。那么,婚姻到底以什么为基础?婚姻以爱情为基础,问题是爱情又是以什么为基础,一定要排除经济、学历、长相等因素才是真正的爱情,可这样一来,似乎爱情什么也没有了,两情相悦,悦什么?其实,爱情观千人千面,法律不可强求一律。婚姻自由是当事人在法律的范围内自由决定自己的婚姻意愿的自由,至于其婚姻的动机是“唯物”的还是“唯心”的,法律不能究,这只是一个道德价值的取向问题,而不是法律应当干预的领域。法律强行禁止,其本身就有干涉婚姻自由之嫌。

禁止一方当事人借婚姻索取财产是否具有可执行性?假使一男方向一女方向求婚而女方借机索财,而双方尚未结婚,那么法律可以禁止。但如果男方满足了女方的要求并且双方已经结婚,试问法律如何禁止?难道法律只禁止未遂,而放任既遂?实际上,一方索财,如果对方不同意,自然索财不能成功,只有在对方愿意的情况下才可实现。此时,如何区分索财与赠予实务上往往无能为力。

另外,一方的索财行为有作为与不作为之分,不作为索财与一方赠予又怎么区分?须知许多赠予都是基于对方的不作为态度而发生的,法律对这种表面上为赠予实际上是不作为索财的行为态度如何取舍也就更为两难。法律的生命在于可操作,一项法律制定出来却不能执行,就会使法律空转并使法律权威降低。

禁止一方当事人借婚姻索财带有明显的道德主义立法倾向。恨不能所有的婚姻当事人从此都建立起完全不考虑经济因素的纯粹的爱情。这种理想主义色彩的立法脱离了社会生活的实际,也脱离了法律操作的实际。因此,最理性的选择是删去这一蛇足的规定。

第二节 一夫一妻制原则

一、一夫一妻制原则概述

人类婚姻的历史经历了群婚制、对偶婚制和一夫一妻制三个阶段。一夫一妻乃个体婚,是由对偶婚演变而来。通常认为,一夫一妻制度是在原始社会崩溃过程中,随着生产力的发展,剩余产品的出现,阶级社会的形成而形成的。其实,一夫一妻现象与一夫一妻制度并非同时产生。一夫一妻作为一项制度,是于1545年至1563年在意大利特兰特地方召开的罗马天主教的大主教会议上正式确立的,^①从此一夫一妻制才成为世界主流。而且,即便是今天,有些国家与地区的法律也仍然默许一夫多妻制或一妻多夫制的存在,这说明一夫一妻制与阶级社会并非完全为一一对应关系。

^① 参见刘达临:《世界古代性文化》,上海三联书店1998年1月第1版,第85页。

历史上的一夫一妻制在很长一段时期实行的实际上是事实上的一夫多妻。女子只是男子的私有财产和工具,男子可以纳妾和嫖娼,女人却必须从一而终,始终充斥着男性对女性的性压迫与性剥削。我国历史上的媵妾制度就很典型。即使是当代,冲击一夫一妻制的社会丑恶现象仍大量存在。正如恩格斯所概括的:“群婚制是与蒙昧时代相适应的,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。”^①一夫一妻制的产生是为了纯洁性关系,却衍生着许多不纯洁的社会现象。因而,从某种意义上讲,一夫一妻只是作为制度而言是单一的,但作为一种现象而言却难以说是纯正的。因此,为维护一夫一妻制原则,自然必须排斥同性婚,并禁止重婚,禁止有配偶者与他人同居。

二、关于同性婚

一夫一妻制至少在制度层面上排斥同性婚,但同性恋的现象却自古以来绵延不绝。从古希腊的苏格拉底、亚里士多德和柏拉图到今天的“酷儿理论”^②,从中国的“龙阳”、“断袖”^③到英国的“沃尔芬顿报告”^④,古今中外,同性恋的故事一直与人类历史同

^① 《马克思恩格斯全集》,第21卷,第88页。

^② 酷儿理论是90年代在西方兴起的一种新的性理论,酷儿是 queer 一词的音译,原意指“怪异”,为英语口语中对同性恋的贬称,后被激进的同性恋者借用,以概括其反叛传统,标新立异的理论。

^③ 史载龙阳君为魏王“拂枕席”;汉哀帝与董贤共枕,因董贤熟睡中压住了汉哀帝衣袖,汉帝为不惊醒他,毅然“断袖而去”。后人于是以“龙阳”、“断袖”暗指同性恋。

^④ 1957年9月4日英国政府同性恋和卖淫问题委员会发表了“同性恋罪行和卖淫问题委员会报告”。该委员会主席为雷丁大学副校长沃尔芬顿爵士,因而该报告又称为“沃尔芬顿报告”。

在。

尽管历史上同性恋现象不绝,但同性恋的法律地位却经历了一个复杂的历史变迁。从历史上看,人们对同性恋的态度大致经历了“是犯罪——是不道德——是疾病——是性反常——是一种生活方式”的过程。从这一历史演变过程中,我们发现人们对同性恋的态度由苛刻到歧视再到理解,表明了社会文明的开放及文化的宽容。

当今流行于西方的酷儿理论更是针对主流的异性婚提出了很多具有颠覆性的理论:为什么社会必须实行一夫一妻?为什么结婚一定要生育?为什么生育就是为了养儿防老?如果上述理由在今天已不充分,那么,为什么就不可以实行同性婚姻?酷儿理论提出了一个“第三性”的概念,认为同性恋是一种可供选择的生活方式,只不过是获得快感的方式不同罢了。酷儿理论认为同性恋是对一夫一妻制的挑战,它创造了一种新的文化;同性恋是对性别角色认同的挑战,它创造了一种真正的男女平等的气氛,因为在同性恋中,男性也被客体化了;同性恋更是所有边缘群体对主流意识形态及话语垄断的挑战,是对多数人压迫少数人的反抗。酷儿理论实际上已远远超出了婚姻制度的论争,其意义已覆盖了整个社会既存的制度,对其理论冠以“颠覆性”实为不过。

在婚姻法上,同性恋取得婚姻的认可当首推1988年12月丹麦通过的《同性婚姻法》。在这部世界上第一个承认同性婚姻的法律里,同性婚姻的配偶双方在遗产继承、住房津贴、退休和离婚方面,享有与异姓婚姻同等的权利。继丹麦之后,美国的几个州以及挪威、瑞典、法国、荷兰等国也都从法律上相继承认了同性婚姻。有些国家更是从法律上允许同性夫妇领养子女,满足同性婚姻家庭的“正常化”要求。

在我国,同性恋在医学上长期被视为疾病,1994年中华精神科学会通过的中国精神疾病分类和诊断方案中继续将同性恋作为

性变态,以致于同性恋者长期接受被迫的治疗和矫正。直到2001年4月20日修订的《中国精神障碍诊断标准》对同性恋进行了重新定义,同性恋不再作为病态。^①在我国法律上,同性恋向来不被法律所承认,在《婚姻法》修改的讨论中,《中国青年报》2000年9月4日的《修改婚姻法热门话题再聚集》一文对同性恋婚姻合法化的讨论曾引起了国人对同性婚姻的关注。最终修改的《婚姻法》仍以一夫一妻制为原则,从制度上排斥了同性婚姻,对同性恋的同居问题仍持一贯的“不干涉”态度。

三、禁止重婚

对一夫一妻制度构成最大破坏的首推重婚行为。所谓重婚,是指有配偶者又与他人结婚的行为,即一个人在同一时间点上并存两个甚而两个以上的婚姻。我国刑法将重婚分为两种,一为法律重婚,一为事实重婚。前者是指前婚未解除,又与他人登记结婚;后者是指前婚未解除,又与他人以夫妻名义同居。这是刑法为防止现实生活中大量事实重婚规避法律而作的规定。但是,事实重婚这个概念在婚姻法上是难以成立的。因为,根据民政部1994年2月1日颁布的《婚姻登记条例》,自1994年2月1日起,“未经结婚登记以夫妻名义同居的,其婚姻关系无效,不受法律保护。”即自此以后,不再承认所谓的事实婚姻。既然婚姻法已无事实婚姻之说,刑法又谈何事实重婚?这种法律与法律之间的不协调现象多少反映了法律的无奈。

重婚的法律后果,于刑法而言,构成重婚罪的应承担刑事责任。重婚罪的主体有两种,一是已婚者,即有配偶者又与他人结婚者;一是未婚者,即明知他人有配偶而仍然与之结婚者。一般来说,实务中对前者的量刑往往重于后者。于婚姻法而言,前婚合

^① 参见《扬子晚报》2001年4月17日A5版对同性恋的讨论。

法,后婚无效。即使是前婚当事人提出离婚,亦应在确认后婚无效的前提下再解决前婚的离婚纠纷,以维护一夫一妻制的严肃性。对于重婚,修正的《婚姻法》规定的内容有:(1)在总则中规定了夫妻应当相互忠实,相互扶助。(2)在法律责任中规定对重婚的,受害人可以依照刑事诉讼法的有关规定,向人民法院自诉;公安机关应当依法侦查,人民检察院应当依法提起公诉。(3)一方重婚,另一方要求离婚的,调解无效,应准予离婚。(4)因一方重婚而导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿。不过,《婚姻法》就此规定的内容值得商榷。“忠实”义务与其说是法律义务,勿宁说是道德义务。重婚的刑事责任及其追诉,实际上属于刑法和刑事诉讼法的内容。请求赔偿一方必须为无过错,条件是否过于苛刻。

四、禁止有配偶者与他人同居

除了重婚外,还有许多违反一夫一妻制的行为。通奸、姘居、卖淫嫖娼等行为都程度不同地侵蚀着我国的一夫一妻制。我国目前正处于社会转型时期,各种价值观念异彩纷呈,冲击着我国传统的婚姻道德,“情人”、“小蜜”这些浪漫的字眼已不再陌生,“包二奶”、“傍大款”已成为公开的秘密。这就涉及到应不应该追究第三者的责任问题,这也是《婚姻法》修改过程中争论的一个焦点。

在《婚姻法》修正讨论过程中,有人针对包二奶现象,提出:如果夫妻一方重婚或与他方同居的,有过错的第三者也应承担相应的民事责任。1804年《法国民法典》第289条规定:“基于证明通奸而准许离婚时,有罪的配偶决不许与相奸者结婚。”但这种相奸者禁婚的规定,现已为大多数国家废除。也有国家允许受害方向第三者提起中止妨碍之诉,也可向第三人要求损害赔偿。但美国在1976年以后的判例中认为,配偶一方因对方的通奸而对相奸人请求损害赔偿,是在道德、性、伦理方面的错误,是侵害个人基于自然合意性关系的隐私权;要已婚者因与他人有自然的、自发的性关