

家事法评注丛书

总顾问 巫昌桢

总主编 夏吟兰 龙翼飞

执行总主编 蒋月

中华人民共和国婚姻法评注 总 则

夏吟兰 主编



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



家事法评注丛书

中华人民共和国婚姻法评注 总则

主 编：夏吟兰

撰稿人及其分工：

- 张 伟（第一章）
- 夏吟兰（第二章、第五章）
- 金 眉（第三章）
- 丁 慧（第四章）
- 叶英萍、胡明玉（第六章、第七章）
- 何俊萍（第八章、第九章）
- 许 莉（第十章）
- 姜 虹（第十一章）



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中华人民共和国婚姻法评注. 总则/夏吟兰主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2016. 11
(家事法评注系列)
ISBN 978-7-5615-6321-2

I. ①中… II. ①夏… III. ①婚姻法—法律解释—中国 IV. ①D923.905

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 290272 号

出版人 蒋东明
责任编辑 甘世恒
装帧设计 李夏凌
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门集大印刷厂

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 23
插页 2
字数 562 千字
版次 2016 年 11 月第 1 版
印次 2016 年 11 月第 1 次印刷
定价 68.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总序

“家事法评注丛书”是一套以《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国继承法》为主干,精准、全面、深入解析现行婚姻家庭法律的系列著作。

为拓展婚姻家庭法研究的广度,加深其深度,方便法律人更好地理解、适用婚姻家庭和继承法律,中国婚姻家庭法学研究会和厦门大学出版社共同策划、组织出版“家事法评注丛书”。该丛书借鉴《德国法典评注》的体例,按照现行《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国收养法》《中华人民共和国继承法》等法案的结构,逐章、逐条地予以评注。本评注详细讲解、透彻分析法律中的每一个法条,释明法条的由来、意义和内涵,以及法条与相关法条之间、法条与最高人民法院相关司法解释之间的关系,引述重要或者关键性的法院判例、学术观点等。

“家事法评注丛书”的出版在中国大陆尚属首次,意义重大。中国婚姻家庭法学研究会依托其雄厚的学术资源,邀请教学经验丰富和科研能力强的资深教授担任主编,并约请本领域的专家学者共同撰稿,作者阵容强大,著述权威。中国婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学民商经济法学院夏吟兰教授、中国婚姻家庭法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院龙翼飞教授担任总主编,中国婚姻家庭法学研究会副会长、厦门大学法学院蒋月教授担任执行总主编。我们期望本丛书作为高端法学学术精品,以高质量、高品位服务于法学教育、法学研究和法律实践,成为读者查找、理解和适用家事法律的专业工具书,并在民法法典化的进程中为相关法律制度的修改完善提供重要参考。

编撰和出版本评注丛书历时五年余。2011年11月,中国法学会婚姻家庭法学研究会年会暨中国婚姻家庭法学研究会第一次会员代表大会在厦门大学举行。在此期间,中国婚姻家庭法学研究会与厦门大学出版社经深入磋商,双方达成合作协议。中国婚姻家庭法学研究会组织本学会知名专家学者精心撰写本丛书,由厦门大学出版社精心组织出版。

“家事法评注丛书”共计11卷,各卷分别如下:《中华人民共和国婚姻法评注·总则》《中华人民共和国婚姻法评注·结婚》《中华人民共和国婚姻法评注·夫妻关系》《中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系》《中华人民共和国婚姻法评注·离婚》《中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任》《中华人民共和国收养法评注》《中华人民共和国继承法评注·总则》《中华人民共和国

国继承法评注·法定继承》《中华人民共和国继承法评注·遗嘱继承和遗赠》
《中华人民共和国继承法评注·遗产的处理》。

中国婚姻家庭法学研究会名誉会长、中国人民大学法学教授杨大文先生是“家事法评注丛书”的学术顾问之一,非常关心本丛书的出版,但在丛书付梓出版之际,杨教授已仙逝。我们仅以本丛书向我们尊敬和爱戴的名誉会长杨大文教授表示崇高的敬意和深切的缅怀!

推动婚姻家庭法和继承法的教学、科研和法律服务之进步,推进婚姻家庭法治事业之发展,是我们的责任与使命,是我们的光荣与梦想。期待本评注丛书在我国依法治国及家庭建设的进程中发挥积极的作用。

“家事法评注丛书”编委会

2016年6月

第一编 导 论

第一章 婚姻家庭的观念与发展演进	3
第一节 婚姻家庭的观念及其变化	3
第二节 婚姻家庭的自然属性与社会属性	12
第三节 婚姻家庭制度及其历史类型	14
第二章 婚姻家庭法的概念与属性	28
第一节 婚姻家庭法的概念	28
第二节 婚姻家庭法律关系	33
第三节 婚姻家庭法的调整对象	36
第四节 婚姻法家庭法的特征	39
第五节 婚姻家庭法的伦理属性及其立法延展	40
第三章 婚姻家庭法的历史沿革与发展	47
第一节 中国古代婚姻家庭法	47
第二节 外国古代婚姻家庭法	63
第三节 中国近现代婚姻家庭法	69
第四节 外国近现代婚姻家庭法	78
第四章 中国婚姻家庭立法之前瞻	87
第一节 新中国婚姻家庭关系之演进变革	87
第二节 中国婚姻家庭立法之发展完善	103
第三节 婚姻家庭法与国际人权公约	121

第二编 法条评注

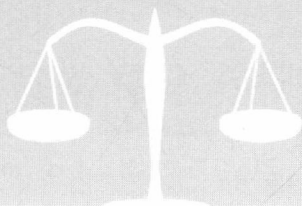
第五章 评注第一条(婚姻法之调整对象与法律地位)	139
第一节 婚姻法是调整和规范婚姻家庭关系的基本法	139
第二节 婚姻家庭法基本法地位的法理基础	144
第三节 婚姻家庭法在法律体系中地位的演变	148



第四节	司法解释在婚姻家庭法律体系中的地位与作用·····	154
第五节	关于婚姻家庭法的调整对象与地位的学术争鸣·····	157
第六节	与婚姻法之调整对象及法律地位相关联的法条·····	161
第七节	现代各国婚姻家庭法之法律渊源及调整对象比较研究·····	166
第八节	婚姻家庭法在我国民法典体系中应保持相对独特性·····	169
第六章	评注第二条、第三条(婚姻自由原则)·····	175
第一节	婚姻自由原则的立法目的·····	175
第二节	婚姻自由制度的法理基础和社会意义·····	176
第三节	婚姻自由原则的历史发展过程·····	181
第四节	婚姻自由原则的要件分析·····	186
第五节	关于婚姻自由的争议和探讨·····	196
第六节	与婚姻自由原则相关联的法条·····	198
第七节	婚姻自由是各国婚姻家庭法普遍遵循的基本原则·····	202
第八节	婚姻自由原则的发展趋势·····	206
第七章	评注第二条、第三条(一夫一妻制原则)·····	208
第一节	一夫一妻制原则的立法目的·····	208
第二节	一夫一妻制的法理基础和社会意义·····	210
第三节	一夫一妻制的历史发展过程·····	214
第四节	一夫一妻制的要件分析·····	220
第五节	关于规制违反一夫一妻制行为的争议和探讨·····	229
第六节	与一夫一妻制相关联的法条·····	235
第七节	一夫一妻制是世界各国普遍遵循的基本原则·····	236
第八节	一夫一妻制的立法发展趋势·····	239
第八章	评注第二条、第三条(男女平等原则:家庭成员男女平等)·····	241
第一节	男女平等的立法目的·····	241
第二节	男女平等原则的地位、价值与意义·····	244
第三节	我国婚姻法男女平等原则的演进·····	247
第四节	男女平等原则的主要内容·····	250
第五节	男女平等原则的重要学术观点与争鸣·····	252
第六节	与男女平等原则相关联的法条·····	254
第七节	国外关于男女平等的立法现状·····	256
第八节	男女平等由形式平等向实质平等发展·····	259
第九章	评注第二条、第三条(保护妇女、儿童和老人合法权益原则:保护家庭成员中的弱势利益)·····	261
第一节	保护妇女、儿童和老人原则的立法目的·····	261



第二节	保护妇女、儿童和老人合法权益原则的地位、价值与意义·····	262
第三节	保护妇女、儿童和老人合法权益原则的演变·····	266
第四节	保护妇女、儿童和老人合法权益原则的内容·····	268
第五节	关于保护妇女、儿童和老人合法权益原则的学术观点与争议·····	273
第六节	与保护妇女、儿童和老人合法权益相关联的法条·····	274
第七节	国外关于保护妇女、儿童和老人合法权益的立法现状·····	279
第八节	保护妇女、儿童和老人合法权益原则的立法发展趋势·····	285
第十章	评注第二条(计划生育原则:计划生育是家庭责任)·····	288
第一节	计划生育原则的立法目的·····	288
第二节	计划生育原则的地位和意义·····	289
第三节	计划生育原则的立法演变·····	291
第四节	计划生育原则的内容·····	295
第五节	关于计划生育原则及政策的争议·····	298
第六节	与计划生育原则相关的法条及分析·····	300
第七节	人口政策的国外立法例·····	302
第八节	计划生育原则的立法发展趋势·····	305
第十一章	评注第四条(夫妻互相忠实、尊重,家庭成员尊老爱幼、互相帮助)·····	307
第一节	夫妻互相忠实、尊重,家庭成员尊老爱幼、互相帮助的立法目的·····	308
第二节	夫妻忠实、尊老爱幼入律的法理基础与社会意义·····	316
第三节	夫妻忠实、家庭和睦纳入法律的发展历程·····	322
第四节	夫妻忠实、尊老爱幼准则的要件分析·····	326
第五节	对夫妻忠实与当代家庭价值观的争议与探讨·····	333
第六节	法律间相彰互补,有效保障婚姻家庭关系的相关法条·····	339
第七节	树立夫妻忠诚理念、提倡家庭成员互相扶助是多数国家(地区)的 立法通例·····	346
第八节	夫妻间尊重与忠实,家庭成员间敬爱与互助是法律与法治文明的方向·····	355
参考文献 ·····		360



第一编

导 论



第一章

婚姻家庭的概念与发展演进

第一节 婚姻家庭的概念及其变化

一、婚姻家庭概述

婚姻家庭是一种特定的社会关系,担当着繁衍和延续人类社会的重要功能。随着时代的发展,婚姻家庭的结构和职能正发生着剧烈的变化,人们对婚姻以及家庭的看法也在认识上出现了分歧。因此,追溯婚姻家庭的渊源及其历史性和社会性,是正确认识婚姻家庭本质的出发点。

(一) 中国传统婚姻的语源和定义及中西婚姻观念评析

婚姻之语源,即婚姻之称谓的渊源。陈顾远先生在《中国婚姻史》里指出:婚姻称谓与礼相辅,其主旨在确定聘娶婚之正当,其起源当后于有嫁娶之事实。盖婚姻本作“昏姻”或“昏因”,其义有三:其一,以婚姻指嫁娶之仪式而言。汉郑玄曰:“婚姻之道,谓嫁娶之礼。”(《诗·郑风·丰·笺》)唐孔颖达《疏》谓:“男以昏时迎女,女因男而来……论其男女之身谓之嫁娶,指其好合之际,谓之婚姻,其事是一,故云婚姻之道,谓嫁娶之礼。”据此,则婿于婚时迎娶,妻因之而入夫家,所谓“娶妻之礼以昏为期,因名焉”。历代之重视形式婚,除去仪式则非婚姻,本诸此也。其二,以婚姻指夫妻之称谓而言。郑玄曰:“婿曰昏妻曰姻。”(《礼记·经解·注》)孔颖达《疏》谓“……《尔雅》据男女父母,此据男女之身,婿则昏时而迎,妇则因而随之,故云婿曰昏,妻曰姻”是婚姻用语之一解,乃基于婚礼一义而生也。其三,以婚姻指姻亲关系而言。故:“婿之父为姻,妇之父为婚……妇之父母,婿之父母相谓为婚姻……妇之党为婚兄弟,婿之党为姻兄弟。”(《尔雅·释亲》)所谓“女氏称昏,婿氏称姻”,“妇党称婚,婿党称姻”,即此之谓,盖表明夫妻一方与他方所生之亲属关系耳。不过后世渐破此例,凡非同姓之亲缘而及者,皆曰姻亲,不以妇党、婿党为别也。凡此诸义,皆与数千年来之聘娶婚,有其呼应。^①

在中国,“婚姻”一词虽然出现在嫁娶事实发生之后,但我们在周代的《诗经》里,已经能见到“昏姻之故,言就尔居”(《小雅·我行其野》)这样的说法,这儿的“昏姻”,指的就是嫁娶。另外,“婚”“姻”二字还分别代表了夫与妻,或者指姻亲的双方。“家庭”一词,则一直到南北朝时期方才出现,不过与“家庭”同义的“家”这个字,却也和“昏”“因”(“婚”“姻”的本字)一样,在殷墟出土的甲骨文里就能见到了。后来,春秋末期的思想家墨子说“治天下之国若治

^① 陈顾远:《中国婚姻史》,商务印书馆2014年版,第4~6页。



一家”，其含意也是非常清楚的。

儒家对婚姻的根本观念，可拿《易经》程（颐）传的话做代表，如说：“天地万物之本，夫妇人伦之始，所以上经首乾坤，下经首咸继以恒也。天地二物，故两卦分为天地之义，男女交合而成夫妇，故咸与恒皆二体，合为夫妇之义。”^①

另外，在儒家众多的伦理观念当中，“五伦”是最基础性的一个，它是整个道德系统的起点、社会性人际关系网络的主线，也是所有礼教活动赖以建基的中轴和良好社会风尚得以存续的根本保障。就人伦关系的自然顺序而言，它是起始于血亲的联结，本之于自然的交往，在《周易》的《序卦》中，曾经对人伦关系的产生过程做过这样的一番描述：“有天地然后有万物，有万物然后有男女，有男女然后有夫妇，有夫妇然后有父子，有父子然后有君臣，有君臣然后有上下，有上下然后礼义有所错。”在这里，人伦关系中夫妇居先，父子、君臣紧随其后，完全是依照自然发生的顺序来排列的。这都说明，自然之顺序和血亲之基础，在早期的人伦系统建构当中，始终处在核心的位置。从人伦关系的自然产生之序来看，当然夫妇为先，这也是人类社会伦理构造的始点……可见，既然五伦中以夫妇为先，说明了婚姻是其他人伦关系的渊源和前提，更彰显了婚姻的重要性和基础性。

针对《周易》的《序卦》中对人伦关系产生过程的描述，陈顾远先生也认为：“顾民生之初，男女虽有性的结合，实基于人类保种之自然法则所致，尚不得遽以夫妻名，亦不得即以婚姻论。此种两性关系之表现，与其称为社会现象，毋宁称为自然现象也。迨人类知识发展以后，男女结合渐有规范，乃构成婚姻上之种种制度，或可称曰婚俗；于是有男女然后始确有夫妇矣。”^②

瞿同祖先生认为：“《婚义》说：‘婚姻者合二姓之好，上以事宗庙，下以继后世。’从这两句最古老的，同时也是最典型的关于婚姻的定义里，我们看得很清楚婚姻的目的只在于宗族的延续及祖先的祭祀。完全是以家族为中心的，不是个人的，也不是社会的。”^③

冯友兰先生指出：“……儒者对于婚姻之意见完全注意于其生物学的功用……儒者以为婚姻之功用在于使人有后。结婚生子，造‘新吾’以代‘旧吾’，以使得生物学的不死。本来男女会和，其真正目的，即在于生殖，至于由此而产生之爱情与快感，乃系一种附带的心理情形。自生物学的眼光观之，实无关紧要，故儒家亦不重视之……旧社会中人及暮年，既为子娶妻生子，以为自己生命已有寄托，即安然以俟死，更不计死后灵魂之有无。此实儒家思想所养成之精神也。”^④冯友兰先生的这种解释或可帮助我们理解为何国人近乎宗教般执着地看重重后嗣，原来，子孙生命的交相延续实在就是重视自身生命的延续，或者说就是对自我生命的本能关注……依前述冯友兰先生的观点，国人对于婚姻的观念实与对生死的理解密不可分。^⑤

可见，中国传统婚姻（习惯婚姻）是两个家庭（家族）之间的结合而并非两个人之间的结合。此种结合的目的不是追求个人的快乐，而是为了繁衍男性后代。

① 杨鸿烈：《中国法律思想史》，中国政法大学出版社2004年版，第246页。

② 陈顾远：《中国婚姻史》，商务印书馆2014年版，第3页。

③ 瞿同祖：《瞿同祖法学论文集》，中国政法大学出版1998年版，第98页。

④ 冯友兰：《中国哲学史》，中华书局1983年版，第429～432页。

⑤ 苏亦工：《香港中国式婚姻法制的变迁》，载《比较法研究》2002年第3期。



而在西方,基督教的视野中,婚姻绝不仅指男女双方通过法律程序结为一体,而首先是作为上帝与其门徒之间爱的盟约的象征。罗马早期法学家莫特斯丁指出:“婚姻是一夫一妻的终身结合,神事和人事的共同关系。”婚姻在这里被赋予了宗教性质,成为上帝与其门徒之间爱的盟约的象征。^①

按照西方社会学的定义:“婚姻乃经过某种仪式之男女结合,为社会所许可者,此种制度必以社会之许可为其特征,到处皆然。”按照法学家的解释,婚姻(marriage)一词,从语义上讲既指夫妻关系亦指创设这种关系的仪式。在英国法上,婚姻的基本法律概念是:“为基督教社会普遍认可的,亦即一男一女之间排斥他人的,延续终生或迄至最初的合法解除之前,自愿的、永久性的关系。”从上面的解释来看,西方人所说的婚姻尤为注重下述两点:其一,是强调婚姻是男女之间的事情,不容他人染指;其二,是强调社会对于婚姻事实普遍承认的效果。不过,英国人所说的社会承认并非泛泛的、中性的,而是带有强烈的文化的甚至是意识形态的色彩……客观地说,婚姻以男女双方自由意志的结合为实质要件的确是从西方舶来的,并非中国人的发明……美国人所说的“普通法婚姻”(common-law marriage),其根本精神是“一男一女自视为夫妻且继之以同居的协议”。婚姻之有效不需要任何“特别的仪式”,这与英国人的观念和制度可能大相径庭。^②

总之,西方基督教婚姻制度的中心价值为“两人相守、终此一生”(for better, for worse, till death do us apart),还特别强调婚姻是男女自己的事且不许他人干预。

显然,中西婚姻观念的差别根植于文化、根植于历史。虽然中国传统婚姻与西方基督教婚姻有区别,但是不管怎样,婚姻就像使用火、语言和工具一样普遍,正如中国学者大文豪林语堂所云:“下意识中,所有中国姑娘都梦想红色婚礼裙子和喜轿;所有西方女子都憧憬婚姻面纱和婚礼的钟声。”在这一点上,本质是一样的。

(二)婚姻的概念

1. 婚姻的社会学概念。社会学家所谓“婚姻乃经过某种仪式之男女结合,为社会所许可者,此种制度必以社会之许可为其特征,到处皆然”,云云是也。^③亦即婚姻是人为的仪式,用以结合男女为夫妇,在社会公认之下,约定以永久共处的方式来共同担负抚育孩子的责任,即男女相约共同抚育他们所生孩子的责任就是婚姻。简而言之,婚姻是社会为孩子们确定父母的手段。^④

婚姻可涵盖:(1)作为个人活动结果的实体单位,婚姻是指持续的性生活加共同生活;(2)作为社会设置的婚姻,是指个人之间按照社会所要求的契约关系来组建共同生活。

可见,婚姻,是为当时社会制度所确认的男女两性的结合。其特征为:(1)婚姻是男女两性的结合。男女两性的结合是婚姻成立的前提条件,此乃婚姻关系与其他社会关系的重要区别之一,是婚姻自然层面的要求。婚姻最早的一个功能是为了繁衍后代,故在当时同性结合不成为婚姻。(2)男女两性结合须为当时社会制度所确认。这是婚姻的社会层面的要求。

① 李宁:《论基督教婚姻的伦理价值》,载《学术研究》2008年第7期。

② 苏亦工:《香港中国式婚姻法制的变迁》,载《比较法研究》2002年第3期。

③ 陈顾远:《中国婚姻史》,商务印书馆2014年版,第3页。

④ 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第125页。



因为两性结合是人与动物的共同自然属性,但用社会的手段对两性关系予以规范,形成统一的制度化的婚姻形态则是人类婚姻的特质。其他的两性结合,如通奸、姘居、婚外情等均与婚姻有着本质上的区别。

芬兰著名的社会学家、人类学家和哲学家韦斯特马克在其所著的《人类婚姻史》里论述婚姻的起源时将婚姻定义为“……男女之间或久或暂较为稳定的结合,一直延续到繁育子女之后”。这一定义把重点放在往往被社会学家所忽视的极为重要的事实上:即在婚姻和纯粹的两性关系之间有着根本性的区别。这些纯粹的两性关系即使为习俗所认可,也不能算是婚姻。婚姻应包含在一起生活,这同中世纪的民谚相一致:“男女结婚意何谓,同吃同喝又同睡。”正如我们所知,人类的婚姻,不是一种孤立的现象,在其他许多动物种属里也有极其相似的东西,这可能是从某种“前人”祖先那里继承下来的遗产。^①

2. 婚姻的法律概念。法律学家所谓“婚姻乃具备法定要件之一男一女,以终生的共同生活为目的之结合关系”云云是也。^②亦即婚姻,是男女双方以永久共同生活为目的,以夫妻的权利义务为内容的合法结合。

日本法学家栗生武夫认为:“私法亦系指示私益获得之方法,即指示财货获得之方法,与劳务获得之方法……异性问题亦然,私相授受,因不失为异性获得之方法,然究欠确实,故为法院所不保护。确实的方法而为法所指正者,厥为婚姻。婚姻,适法的安全的获得异性唯一之手段焉。”^③

可见,婚姻是双方具有夫妻身份的结合。其特征为:只有符合结婚的法定条件,才具有夫妻身份,而具有夫妻身份者才享有法定的权利与义务。这是婚姻的法律层面的要求。世界各国的婚姻法除明确规定了婚姻成立的法定要件外,还明确规定了夫妻间的权利和义务,不符合婚姻成立要件的两性结合不是婚姻,当事人之间不具有夫妻身份。

陈顾远先生在所著的《中国婚姻史》序文中,阐述了婚姻既为社会现象又为法律现象的特质:“婚姻为社会现象之一,而又为法律现象之一,社会学家及法学家均重视其问题,详为探讨,求有所明……”^④他还特别强调,欲求对婚姻的全面认识,对其作为社会现象(受婚俗或婚制之支配)和法律现象(受婚律之支配)的两个方面的考察必须包罗并举,绝不可只重其一。

(三)家庭的概念

1. 家庭的社会学概念。在家庭定义不断发生变化的情况下,仍然有一些基本的核心是不变的,那就是家庭是一种对资源、照顾、责任和义务的共享^⑤。

既然必须选择一个定义,家庭也许可以定义为个体的结合:他们通过血统联系在一起;他们居住在同一个屋顶下或构成同一个整体的若干住所里;他们在一个服务的共同体里。^⑥

① [芬兰]E.A.韦斯特马克:《人类婚姻史》,商务印书馆2002年版,第71~72页。

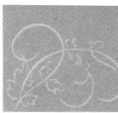
② 陈顾远:《中国婚姻史》,商务印书馆2014年版,第4页。

③ [日]栗生武夫:《婚姻法之近代化》,胡长清译,中国政法大学出版社2003年版,第1~2页。

④ 陈顾远:《中国婚姻史》,商务印书馆2014年版,第1页。

⑤ [加]大卫·切尔:《家庭社会学》,彭钢施译,中华书局2005年版,第8页。

⑥ [法]伊冯娜·卡斯泰兰:《家庭》,商务印书馆2001年版,第1页。



费孝通先生在《生育制度》第六章“社会结构”中的基本三角里指出,“雷蒙德·费思说:……社会结构中真正的三角是由共同情操所结合的儿女和他们的父母。……婚姻的意义就在于建立这社会结构中的基本三角。夫妇不仅是男女之间的两性关系,而且还是共同向儿女负责的合作关系……孩子的出世才完成了正常的夫妇关系,稳定和充实了他们全面合作的生活。”这个完成了的三角在人类学和社会学的术语里被称作家庭。在概念上家庭就等于这里所说的基本三角。父母子女所形成的团体,我们称作家庭。家庭一词在这里是一个用来分析事实的社会学概念,它的含义和日常的普通用法,可以稍有出入。^①

可见,家庭是由一定范围的亲属所构成的社会生活单位,是一个完全放松、无顾忌的表达自己的思想的环境。家庭的出现早于法律,因而调整家庭关系时,不仅仅要从法律上去规范,也要重视道德和伦理的介入。在当代社会里,家庭的范围扩大了,家庭模式日益多样化,家庭在传统的婚姻、血缘组合形式以外,又多了非婚家庭、同性结合的家庭等新模式。即便是这样,传统家庭结构所具有的功用是不容忽视,也不可取代的。

2. 家庭的法律概念。家庭,是同居一家共同生活,其成员依法互享权利、互负义务的亲属团体。可见,家庭的特征是:(1)家庭是一个生活单位,具有同居共财的特点。(2)家庭是由一定范围的亲属所构成的生活单位。家庭成员是基于婚姻和血缘或收养形成的。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。(3)家庭成员间具有身份性,法律承认家庭成员的差序性。

3. 关于家的含义。日本著名学者滋贺秀三先生在其《中国家族法原理》一书中,^②对中文“家”的含义作了界定。他认为,私法意义上的家(家族)有广、狭义之分,“在广义上,总称家系相同的人们为家。所谓的家是指,由同一个祖先分家而来的总称为一族的一家,因而亦称为同宗,又叫一家子。在狭义上,将共同维持家计的生活共同体称之为家”。现代汉语中“家族”的含义等同于广义上的家;而“家族本位”所指的“家族”,则是狭义的,即“由一定亲属组成的社会生活共同体”。“概括起来看,中国语所提到的‘家’,可以说是意味着共同保持家系或家计的人们的观念性或现实性的集团,或者是意味着支撑这个集团生活的财产总体的一个用语。”我国传统亲属法中的“家”,是作为完全主体的家长和作为不完全主体的其他家庭成员的联合,是家长享有管理权的财产共有团体,权利义务承担者不是“家”,而是家庭成员。因此,我国传统亲属法的“家”和罗马法的“家”一样,不是法律上的主体。古今中外,家庭都不是法律主体。法律对“家”的规定,从来不是规定其主体资格,而是规定家庭成员间的法律关系,包括身份关系和财产关系,只是不同国家、不同时期,此类身份关系和财产关系的内容不同而已。因此,不同意义上的家具有不同的特性,家在私法上和公法上具有不同的作用。家在私法上是指以家族关系为目的,同居的营造共同生活的亲属团体。私法意义上的家可以作为亲属法研究的对象,对家的研究可以深化对亲属关系的认识。而公法意义上的家则主要代表课税的对象、作为户籍登记的对象,公法上的家相当于“户”。现代意义上的家是指以永久共同生活为目的而“同居共财”的亲属团体。

总之,婚姻家庭的法律概念,实际上就是婚姻家庭法律关系的概念。婚姻家庭法律关系

① 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第159、163页。

② [日]滋贺秀三:《中国家族法原理》,张建国等译,法律出版社2003年版,第41~72页。



是基于法律对婚姻家庭关系的调整而形成的。婚姻家庭的一般概念和法律概念既有联系又有区别,前者指的是婚姻家庭这种社会关系,后者则是专门针对婚姻家庭法律关系而言的。婚姻是男女双方以永久共同生活为目的,以夫妻间权利义务为内容的合法结合。家庭是共同生活的,其成员间互享法定权利、互负法定义务的亲属团体。婚姻和家庭二者有着密切的联系。传统婚姻家庭理论认为婚姻通常是产生家庭的前提,家庭是缔结婚姻的结果。由于婚姻家庭法律关系是基于法律对婚姻家庭关系的调整而形成的,因此,婚姻的缔结和家庭的组建并非单纯的只是一项传统的人文社会活动,而应符合法律的相关规定。婚姻家庭法律关系包括身份关系和财产关系,身份关系方面的权利义务关系是婚姻家庭中首要的法律关系,而财产方面的权利义务是基于特定的身份关系而发生的。身份关系与财产关系间相互重叠与交叉的特殊属性是婚姻家庭法律关系区别于其他法律关系的重要特征。

二、婚姻家庭概念之变化

(一)婚姻与同居

同居作为一种社会现象和一种客观上存在的事实,正在发生着剧烈的变化。虽然同居这种生活方式满足了当事人对生活方式的多元化选择,但是由于同居关系特别是非婚同居关系突破了传统意义上的婚姻家庭价值观,所引发的当事人身份地位、财产分割、子女抚养、侵犯人身权等纠纷屡见不鲜,而现行的法律却没有对各种形式的同居关系予以规定和厘清,造成实践中出现问题后没有具体的法律依据去解决,从而导致社会矛盾的激化和社会的不稳定。笔者认为,对于其中符合现代社会发展趋势的同居方式应以法律的形式加以规制,并寻求多元化的纠纷解决机制,引导人们对两性生活方式的合理选择及对未来婚姻家庭的理性安排,以期最大限度地保护当事人的合法权益,维护社会的稳定和健康。

1. 同居(Cohabitation, of two unmarried people to live together as though married^①),在英文中意指“未婚男女共同生活”。《现代汉语词典》把“同居”一词解释为三种含义:第一,指同在一处居住。第二,指夫妻共同生活。第三,指男女双方没有结婚而共同生活。^②同居的这三种语源含义,对应了三种法律含义。根据《现代汉语词典》的解释,同居的第一种含义,即同在一处居住,是最广泛意义上的同居,也是同居最原初的含义。^③日本学者滋贺秀三先生在其《中国家族法原理》一书中指出:“‘同居共财’或者仅称同居的用语,是个显著的法律化的概念,而绝不是指在同一个家屋中居住这样的事实,这一点必须特别留意。”^④因而作为我国古代意义上的同居,一般指家族成员同居共财、同居合食的累世同居,其法律意义在于规定家庭成员的共同财产关系和特定亲属之间的权利义务关系。因此,作为语源含义上的同居和中国古代法律意义上的同居是有明显区别的。随着家庭结构的变化,传统中累世同居的观念已然打破,家族逐渐分化为众多独立的个体(家庭),而法律对个体间的权利义务已作出相应的规范,因此对于第一种意义上的同居,法律已没有必要为其设定权利义务。

① 郑荣成等译:《朗文英汉双解词典》,外语教学与研究出版社1992年版,第248页。

② 《现代汉语词典》,商务印书馆1990年版,第1152页。

③ 王薇:《非婚同居法律制度比较研究》,人民出版社2009年版,第11页。

④ [日]滋贺秀三:《中国家族法原理》,张建国等译,北京法律出版社2003年版,第56页。



第二种意义上的同居,特指夫妻共同生活。与其相对应的是法律意义上的婚内同居,即夫妻双方以配偶身份共同生活。它包括夫妻日常生活中的相互照顾和扶持、经济上的帮助、精神上的抚慰以及作为夫妻共同生活实质内容的夫妻性生活。这类同居是婚姻的法律后果之一,是婚姻关系得以维系的基本要求和表现。大多数国家的法律都有关于婚内同居的规定,并在一定程度上承认和保护夫妻间同居的权利和义务。这一层含义的同居由现行的《婚姻法》及其相关司法解释予以规范。第三种意义上的同居,指男女双方没有结婚而共同生活。在法律意义上是指没有婚姻关系的男女双方共同生活,即非婚同居。通常表现为在共同的居所同食共寝并保有性生活。由于非婚同居男女之间没有正式的婚姻关系,因此其权利义务哪些受到法律的承认和保护,哪些受到法律的禁止和惩处,哪些不属于法律的调整范围,在不同国家和不同时代各不相同。

综上所述,同居的三种语源含义对应着三种法律含义,在一定程度上,反映了同居制度在我国历史演进中的发展脉络。前已提及,第一种意义上的同居的现实关怀意义已不大,第二种意义上的同居现行法律已作出相应的规范,因此笔者着重探讨的是第三种意义上的同居,即男女双方没有结婚而共同生活的同居关系。基于此,笔者将同居定义为男女双方较持续地、较稳定地共同生活的结合。具体内容包括双方日常生活中的照顾和扶持、经济上的帮助、精神上的抚慰以及性的结合。

2. 同居的种类。按照不同的标准,同居可以作出不同类型的划分。按照同居的范围大小划分,可以分为广义上的同居和狭义上的同居;按照同居主体的性别划分,可以分为异性同居与同性同居;按照同居主体的合法性划分,可以分为合法同居与违法同居;按照同居主体有无婚姻关系划分,可以分为已婚同居与非婚同居。上述同居类型在现实生活中交替出现。

其中婚内同居是指具有合法婚姻关系的配偶间共同生活的行为,该种同居是婚姻的法律后果之一,是当事人双方的权利义务。有配偶者与他人同居是指有配偶者与婚外异性,不以夫妻名义,持续、稳定地共同生活,是一种违法行为。重婚是指有配偶者又与他人结婚的违法犯罪行为,形式上是以夫妻名义出现的。事实婚姻,又称准婚姻同居,是指男女双方均无配偶又未办理结婚登记手续即以夫妻名义同居生活,群众也认为是夫妻关系的事实。试婚同居是指男女双方在履行结婚登记手续之前,为了确定日后生活是否和谐而形成的同居关系。搭伴养老是指丧偶或离异的老年人,为了相互照顾和扶持,但又不愿办理结婚手续而同居生活的行为。临时性的且不固定的未婚同居是指男女双方共同生活,但该种关系不具有持久性,且一般没有固定性的居所。

3. 同居的性质及特点。如何界定同居的性质,有学者按照同居的阶段做了不同的界定。^①也有学者认为同居身份关系的法律属性具有民事契约性。^②笔者认为,从本质上讲,同居的性质是一种特殊的关系型契约。原因在于同居主体的双方具有共同的目的,双方当事人以共食共寝,并保有一定的性生活为其同居目的。因此,如果双方的意思表示不一致,就不可能保有同居关系。所以相对稳定的同居身份关系是建立在当事人明示或默示的意思自治基础上的,这种明示或默示的意思自治即合意,具有契约的特性。这种合意抑或契约只

① 秦志远:《非婚同居之实质初探》,载《家事法研究》(2005年卷),群众出版社2006年版,第265页。

② 何群:《现代同居身份关系基本问题研究》,载《法学杂志》2008年第5期。