

美国婚姻 与婚姻法



[美] 威廉·杰·欧·唐奈
大卫·艾·琼斯
顾培东 杨遂全 译

美国婚姻 与婚姻法

[美] 威廉·杰·欧·唐奈 著
大卫·艾·琼斯



顾培东 杨遂全 译
重庆出版社

William J. O'Donnell
David A. Jones
**THE LAW OF MARRIAGE
AND MARITAL ALTERNATIVES**

1982 by
D. C. Heath and Company

本书根据哥伦比亚特区希思
公司 1982 年版译出

责任编辑：张远宏
封面设计：剑 歌

美国婚姻与婚姻法

重庆出版社出版、发行（重庆李子坝正街 102 号）
新 华 书 店 经 销
重 庆 印 制 一 厂 印 刷

*

开本：787×1092 1/32 印张：8.625 插页：2 字数：174 千
1986 年 10 月第一版 1986 年 10 月第一次印刷
印数 1—3,700

书号：6114·11

定价：1.50 元

译 序

美国社会的婚姻家庭生活以及婚姻家庭制度是我国婚姻法理论工作者所不可忽视的一个研究课题。由于多方面原因，目前我们对于这方面情况的了解还局限在文学作品的描述和一些零星材料的介绍之中，从而也就影响了对这一课题的深入研究。因此，美国匹兹堡大学威廉·杰·欧·唐奈和大卫·艾·琼斯两位教授所著的《美国婚姻与婚姻法》一书在我国翻译出版，对于我们全面了解美国婚姻家庭生活及其制度，加深对这一课题的研究是一件有益的事情。

美国的婚姻家庭生活是整个西方社会婚姻家庭状况的一个缩影。近几十年来，整个西方社会的婚姻家庭生活发生了重大变化，这不仅反映在离婚率持续上升、核心家庭的解体趋势，而且还反映在同性恋以及其他非婚联盟的相继出现。人工生育技术的产生和应用更是使婚姻家庭的许多问题进一步复杂化。产生这些变化的原因也是多元的、综合的。这中间既包含着美国等西方国家现阶段生产方式、生活条件的决定作用，也还有政治制度、民族文化等因素的重要影响。总的说来，这种变化反映了美国以及其他一些西方资本主义国家物质文明发达与精神文明匮乏的畸形状态。

我们研究美国以及西方国家婚姻家庭生活及其制度的基本出发点决不简单地停留在对这些生活和制度内容的一般了解，而是要认识它们在婚姻发展史中的地位，从而分辨人类婚姻发展中的主流与支流、精华与糟粕，把我们否定和肯定的结论建立在对这些内容和制度的深刻的、本质的认识之上。同时，通过比较性的研究，进一步理解我国婚姻家庭制度的科学性，认识社会主义婚姻家庭伦理观念的生命力，特别是借助西方的某些现实，思考我国婚姻家庭生活中正在出现和将要出现的新问题，确定相应的法律对策。

《美国婚姻与婚姻法》一书较为全面地介绍了美国婚姻家庭生活的概貌，同时，对历史演变、未来发展趋势也作了一定的分析。尽管作者在立场和方法上有一定局限性，书中许多结论也尚待进一步探讨，但是，对于我们婚姻法学以及其他相关学科的研究工作者，乃至一般读者来说，仍不失为一本有益的参考资料。

顾培东、杨遂全二同志在教学之余将这本书译出。译者态度认真，译文流畅、达意，可读性强。毫无疑问，两位同志做了一件有意义的事情。

在本书即将付梓之际，应译者之约，匆作此序，赘于书首，以示首读本书之感想。

杨怀英

一九八五年十月于重庆

序 言

二十世纪西方文明中的三个巨大变化作为时代标志而载入史册。内燃机的使用引起了陆空运输方式的革命；矿物燃料能源的耗竭导致了核能的开发利用；与此相随的是家庭生活方面的变化。传统的性爱和一夫一妻制的核心家庭濒临危机；父母为追求自身的幸福不惜牺牲子女甚至未出生子女的利益。这些变化是历史的进步，还是历史的倒退，尚难定论，至少目前仍是众说纷纭，见仁见智。

这三大变化时刻相互作用着。今天，不足一日人们便可驾机飞绕全球，无需一周便能驱车横贯大陆。人们在空前广阔的地域中流动着，流动中伴随着前所未有的理智的游移和选择自由。然而，这种流动的代价是极其昂贵的。流动中交通事故所造成的死亡令人惧怕；流动和取暖所需能源的短缺使人怵然；核灾变对人们生存的威胁引人惊心。总之，今天的生活方式带来了人们在地域上的流动，同时也带来了众多不确定的恐惧。

与这些社会变革相比，法律的变化步履蹒跚。二百年前，当美国成为一个独立的国家时，她所承袭的婚姻法实质上与流行近千年的中世纪欧洲教会婚姻法如出一辙。婚姻在

当时的实际生活中是不可离异的，法定别居则作为病态婚姻的一种补充。即使在美国诞生后的大半个世纪中，也只有经过残酷斗争，证明一方确有过错后婚姻才能离异。迨至二十世纪七十年代无过错离婚制度的问世，传统的离婚模式方寿终正寝。

六十年代和七十年代，美国社会中形成了许多新的、远异传统的生活方式。这种生活方式似乎既与人口的大量流动（理智的、有选择的流动）相关，也体现着人们对各种不确定的威胁所作出的反应。许多人喜欢群集生活，但既不愿用利益来维系，也不愿用婚姻来约束。一些人故意或非故意地留下了非婚生子女。此外，法律对同性恋婚姻的否认，使同性恋者失去了结婚或收养子女的权利，从而造就了一批无子女、无婚姻的非婚家庭。然而，法律无法长期回避和否认这种现实。现今，法院已逐步取消婚生子女与非婚生子女的界限，而且，法院最终将不得不赋予非婚家庭关系某种合法形式，无论它们产生于异性恋，还是同性恋。

本书对婚姻法与婚姻的未来表示同样的关注。在美国，一方面结婚、离婚、子女监护以及这些现象的直接和间接结果都根植于深厚的历史土壤之中，另一方面，与这些历史传统相悖逆的因素也在不断生成，传统与反传统形成了耦合。本书的目的就是考察这种耦合的混成之处、交汇之点，也就是说考察在哪些方面民族生活方式发生急剧变化后，法律先例已不再完全适用。因此，本书不是启蒙示教之作，也不是结婚当事人或离婚法院的实用手册，更不能代日常法律顾问之庖。欲求结婚或离婚的人们须尽快延请律师，本书爱莫能

助。本书的目的仅在于介绍和评价美国现行的婚姻制度，探讨新的法律对策。作者试图激起，或者说鼓励新的法律制度问世，因而不可能，也无奢望穷尽有关婚姻的一切问题。相反，本书将有选择地研讨作者认为在婚姻家庭关系发展进程中亟待解决，然而又是最受抨击的有关问题。

目 录

序言.....	(1)
第一章 婚姻的法律模式.....	(1)
一、婚姻是一种身份.....	(2)
二、婚姻是一种契约.....	(4)
三、婚姻是一种财产或信托.....	(6)
四、婚姻是一个法律实体或主权.....	(10)
第二章 结婚的法定方式与实际方式.....	(16)
一、仪式婚.....	(16)
二、普通法式婚.....	(19)
三、登记婚.....	(22)
四、代理婚.....	(23)
五、推定婚.....	(28)
六、伴侣婚.....	(29)
七、开放婚.....	(32)
八、虚假婚.....	(35)
第三章 婚姻能力.....	(38)
一、婚龄.....	(39)
二、被监禁和被宣告死亡.....	(42)

三、精神耗弱·····	(48)
四、已有配偶·····	(52)
五、经济无能者·····	(54)
六、同性恋·····	(56)
七、血亲和姻亲·····	(61)
第四章 夫妻关系·····	(65)
一、夫妻一体·····	(66)
二、婚姻和谐·····	(69)
三、配偶权利·····	(72)
四、婚内强奸·····	(90)
第五章 子女与核心家庭·····	(96)
一、生育·····	(97)
二、非婚生子女·····	(103)
三、子女监护·····	(106)
四、对子女权利能力的限制和剥夺·····	(115)
第六章 离婚的法定理由与抗辩理由·····	(120)
一、离婚的概念和离婚制度的沿革·····	(121)
二、过错离婚的理由及抗辩·····	(123)
三、法定抗辩理由·····	(136)
四、精神病作为离婚理由和抗辩理由·····	(142)
五、无过错离婚·····	(146)
第七章 离婚的法律后果及附带事项·····	(158)
一、婚姻财产的分割·····	(161)
二、配偶扶养费·····	(167)
三、离婚后子女的监护与抚养·····	(171)

四、离婚中的税收	(181)
第八章 婚姻协议和非婚协议	(184)
一、婚姻契约史	(188)
二、婚姻协议	(194)
三、婚姻协议的有效条件	(199)
四、婚姻协议的一般内容	(200)
五、强制缔结婚姻协议的问题	(202)
六、非婚协议	(204)
第九章 法律对非婚家庭的限制	(208)
一、婚内配偶与非婚配偶间的关系	(209)
二、非婚配偶间的关系	(214)
三、非婚配偶与子女的关系	(220)
四、非婚配偶与其他第三人的关系	(221)
第十章 人工生育与家庭的未来	(226)
一、同质授精——用丈夫的精子 进行的人工授精	(227)
二、异质授精——用匿名者的精子 进行的人工授精	(232)
三、非同非异型授精——用非匿名者 亦非丈夫的精子进行的人工授精	(250)
四、试管授精与胚胎移植	(253)
五、代生母亲	(257)
六、无性生育	(259)
译后	(263)

第一章

婚姻的法律模式

婚姻对于性爱表达、感情维系、人口繁衍、儿童抚养、文明发展以及道德维护诸方面所产生的极为重要的作用，使得婚姻和家庭系统已成为法律调节和法律控制的一个重要对象。从精子到坟茔，甚至更广泛一些，婚姻家庭问题每一方面的重要性已引起了法律的全面关注。

在民主社会制度中，法律干预婚姻家庭的基本方法是直接而明确的：运用诸如共同财产所有权、继承权、抚养权、非法死亡^①以及配偶权利等法律措施，使婚姻家庭中的各方面问题依社会要求制度化。通过这一过程，使婚姻、家庭的形式得以发展；婚姻内部的巧取豪夺得以限制；家庭免遭婚姻外部的冲击；社会不受婚姻家庭纠纷的干扰。

然而，严格地说来，法律本身怎样调节婚姻家庭关系是一个很为模糊的问题。它很大程度上依赖于人们怎样设想和制定出明确的婚姻制度。或许，在法律领域外为婚姻找到一个简洁而令人信服的定义是一件易事，但是，通过下面的分

^① 他人的违法行为所引起的死亡。——译注

析就可以看出，要为婚姻确定一个简明而又无懈可击的法律模式就绝不会那么容易。

在法律角度上，对婚姻可以从多种不同的意义来认识。婚姻可以被视为一种身份；一种契约；一种财产形式；一种信托关系；一个法律实体或一个微小的主权。身份和契约的模式自然已经广为流行并最引人注目。但是，由于其他模式在婚姻法律制度中也都以不同方式得到反映，因此，下面将依次对这些模式分别加以考察。

一、婚姻是一种身份

如果说身份是一个含蓄地反映人们不同社会或法律地位的概念，那么，婚姻则更明确地反映着人们的社会或法律地位。婚姻和婚姻当事人所受的待遇与其他法律实体（如团体或个人）差异甚大。例如，在婚姻实体的财产占有中，法律对某些债权人（如配偶一方）的保护总是比非婚姻联盟的财产占有中的债权人更为严密。与其他个人所不同，配偶一方可以要求另一方保护其免受严重危险的侵害；在某些情况下，如果他方不给予这种保护还将承担刑事责任。甚至第三人也可能受到婚姻身份的影响。例如，在第三人行为引起非法死亡的诉讼中，如果第三人丧失抗辩权败诉，他就应对死者的遗孀（遗夫）承担长期的生活扶养责任，甚至直至其再婚。这些仅是婚姻身份对于婚姻内、外部的诸多效力中的部分实例。

把婚姻看作一种身份，即便不是必须的，在形式上对于社会控制和法律进步来说亦是有益的。然而，如果对身份的意义作过于宽泛的解释，就很可能导致误解。任何类型的身份对于人类交往及其社会副产品都可能产生重要影响。但与此同时，各种身份又受制于社会结构，因而使其产生的影响各异。法律身份尤其如此，它所产生的影响不仅具有很大可变性，而且还可能彼此矛盾。婚姻身份则更是一个典型例子。不仅婚姻的法律意义不断变化，而且由此而引起的各种效果似乎也时有时无。例如，在婚姻内部当事人之间的损害赔偿案件中，如果损害是出于过失，当事人的婚姻身份就产生了作用，而如果损害是出自故意，则不考虑婚姻身份^①。有时情况又完全相反。再有，如果某种损害是由婚姻外部（即第三人）所引起的，无论出自故意或过失，被害人的婚姻身份都会发生作用。不仅如此，在婚姻身份存续期间，婚姻身份甚至还可能产生彼此矛盾的效果。例如，在夫妻性生活方面，虽然配偶似乎是最有权纵欲放荡的，但配偶又似乎是最应该节欲克制的。这方面的佐证是：婚内强奸最为常见，而法律从不把婚内强奸作为一种实际犯罪。

这种身份的不确定性已成为人们产生忧虑的缘由，因为它使人们对婚姻最终法律意义的评价变得复杂化。然而，婚姻身份的意义的自相矛盾性又似乎是整个法律观念中的合乎逻辑的组成部分，从而也就无法避免。甚至在某些间接范围内，这种自相矛盾性也随处可见。所以说，婚姻就是如此复

① 根据某些法律规定，夫妻之间的损害，如果基于过失则不负责，如果出自故意则应负责。——译注

杂。婚姻当事人受到的际遇有时迥然相异，这是毫不足怪的。

二、婚姻是一种契约

婚姻也可以解释为一种契约。一般说来，契约所涉及的是物的交换，如商品或劳务交换。同时，为使契约生效，交换必须得到双方当事人的同意。在某种意义上说，婚姻似乎也同契约相一致。因为，婚姻同样明确要求双方交换劳务，并且彼此同意，达成一个真诚的协议。

把婚姻看作一种契约所产生的作用是多元的，并且作用的大小，作用的消极性和积极性因人而异。一般说来，针对第三者，婚姻的契约模式相当有用，但在配偶之间，其弊则大于其利。第三者既可因侵犯他人婚姻，也可据自己对于他人婚姻的利益（如子女的被抚养利益）而介入到婚姻契约模式中去。正因为如此，如同商事契约中的当事人可以对引起合同违约的第三人起诉一样，许多法律制度传统地授予配偶对那些通过通奸、离间爱情、诱惑或玩弄等手段而破坏他人的婚姻的第三者提起控诉之权。虽然某些权威人士可以理解地否认把婚姻义务视为契约性质的利益，但是从契约性质来认识婚姻，能够为控告第三者的破坏提供正当理由。就此意义来说，把婚姻视为契约是有益的。

婚姻契约还常被用来约束当事人向第三人实施捐赠。这种做法也具有积极意义，并且在过去很为盛行。

现行婚姻的契约模式已被恰当地视为双务契约^①，而传统的模式则仅将婚姻当做一种为第三人利益的契约，亦是指当事人制定这种契约而施惠于第三人（被抚养者等）。在此情况下，国家禁止配偶双方自行制定或修改他们之间的契约内容，禁止他们彼此免除他方的义务，试图以此保护被抚养人等第三人对婚姻主体的依附利益，保护相关社会实体或国家本身的利益。后来的无限契约范围虽然使婚姻更趋向于双务协议，从而拉平了婚姻契约与学理上的契约之间的距离，但值得重视的是，自由的双务契约性质已威胁了婚姻这样一个社会实体的健康发展，也损害了有关实体（如教会、学校、社团和组织）的完善化，影响了其他从属者（如被抚养者）的利益，还威胁着作为家庭保护者的国家的财政和行政管理的实施。

客观地说，传统契约模式的优越性并非 是 绝对 的。同时，作为一个富有实践性的问题，传统契约模式的利弊也已经在不断争论中逐步明确。然而，随着自我意志制度化（即个人自由主义在法律上得到承认）的出现，法律逐步将缔结婚姻看作个人宪法上的权利。这样，配偶双方不再把婚姻契约作为利他（第三人）的一种约束，而是通过不断拓宽彼此互利的范围，同第三人的利益进行竞争。在此情况下，虽然第三人依然可以从他人的婚姻中得到某些利益，但这种利益仅属偶然的小惠，而不再是什么法定权利。

对配偶双方来说，契约模式的婚姻的积极作用更值得怀

① 即契约当事人双方之间相互（而不是对第三者）均负有一定义务的契约。——译注

疑。虽然，缔结契约型的婚姻，目的在于促使配偶双方各尽其应尽的家庭义务，但由这种白纸黑字的契约所引起的冲突可能远远超出契约行为自身的功用。如果所缔结的契约常为当事人的行为所破坏，那么人们对此失望的程度就更大。

根据契约原理，在婚姻契约中，配偶所得到的报偿毫无疑问要同现实婚姻状况相一致。这样，家庭义务问题很容易使配偶双方陷入到违约与反违约的争端中去。更为重要的是，夫妻之间的性生活是依契约所产生的一项重要权利，这就可能使丈夫一方行使正当的纵欲权而导致婚内强奸，从而引起妻子在肉体和心灵上的痛苦和损伤。因此，从实际效果看，契约性婚姻模式亦是利少弊多。

三、婚姻是一种财产或信托

由于商事契约权利长期被看作一种无形财产，因而，所谓婚姻契约中的某些要素也可能被视为是一种财产。婚姻身份就正是如此。毫无疑问，婚姻存续中以及婚姻生活中配偶之间千丝万缕的联系要求配偶彼此利用婚姻身份利益。至少从实际意义上说，婚姻生活可以被认为与复杂的财产交换相当，它要求有大量的、持久的人的资源 and 情感的投资。但是，在法律意义上婚姻并未被正式当作一项财产。在美国法院的某些离婚判决中实际上已经强调了这一点。人们曾看到，在一些离婚案件中，某些当事人对离婚制度由过错离