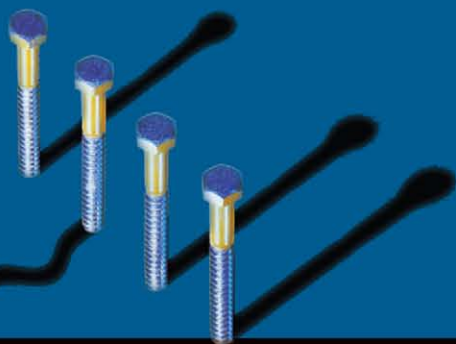


亲属法

热点问题研究

QINSHUFA REDIAN
WENTI YANJIU

曾 青 韩玉斌 吴爱辉 著

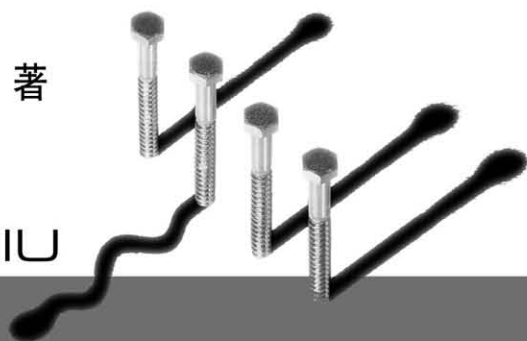


电子科技大学出版社



曾 青 韩玉斌 吴爱辉 著

QINSHUFA
REDIAN
WENTI YANJIU



亲属法

热点问题研究

电子科技大学出版社

图书在版编目（CIP）数据

亲属法热点问题研究 / 曾青，韩玉斌，吴爱辉著.

—成都：电子科技大学出版社，2005.9

ISBN 7-81094-940-3

I .亲... II .①曾... ②韩... ③吴... III .亲属法
—研究—中国 IV .D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2005）第 105422 号

亲属法热点问题研究

曾 青 韩玉斌 吴爱辉 著

出 版	电子科技大学出版社（成都市建设北路二段四号，邮编：610054）
责任编辑	汤云辉
发 行	电子科技大学出版社
印 刷	电子科技大学出版社印刷厂
开 本	787×1092 1/16 印张 13.5 字数 24 0 千字
版 次	2005 年 9 月第一版
印 次	2005 年 9 月第一次印刷
书 号	ISBN 7-81094-940-3/D · 18
印 数	1—3000 册
定 价	20.00 元

■ 版权所有 侵权必究 ■

- ◆ 邮购本书请与本社发行科联系。电话：（028）83201495 邮编：610054
- ◆ 本书如有缺页、破损、装订错误，请寄回印刷厂调换。



亲属法的利益平衡：在个体与共同体之间 (代序)

亲者，衬也，是较近之亲；属者，连也，指较远之亲。将亲与属合二为一，统称所有亲。在当代法学中，亲属指人们基于婚姻、血缘和法律拟制而形成的社会关系。婚姻是亲属之源，它促成了血亲的代代相传，通过婚姻，男女两边的亲属搭起了沟通的桥梁。因此，由婚姻所产生的夫妻关系是整个亲属关系的核心。

调整此类身份关系的法律需要有个恰当的称谓，对此，国内存在婚姻法与亲属法的分野，特别是自1997年初全国人大常委会法工委正式立项修改1980年《婚姻法》以来，关于法律的称谓问题一直是学者谈论的话题。就我国《婚姻法》的调整对象而言，已经远远超出结婚、离婚以及婚姻存续期间的夫妻权利义务关系所构成的婚姻的范畴，体现血亲的亲子关系、标榜慈善的子女收养、弘扬美德的赡养抚养，以及重在交易安全的第三人利益保护，都在婚姻之外。因此，我国现行的婚姻法倒不如正名为亲属法更为恰当。本书的写作范畴也跳出了婚姻的狭小圈子，走向了亲属法的广阔空间，婚约制度的回归、非婚同居的法律调控、人工生育子女的法律地位、代孕合同的法律调整、亲子鉴定与亲权确定、欺诈性抚养的责任定性以及婚内侵权的制度构建等，都是在现行婚姻家庭法之外的思索与探究。因此，我们将本书定位于亲属法热点问题研究。

以婚姻家庭制度为核心的亲属法作为社会控制体系的有机组成部分，是各社会的婚姻家庭形态在上层建筑领域的集中表现，伴随着社会经济基础从自然经济到商品经济再到宏观调控的市场经济的转变，亲属法的社会控制着眼点也经历了从团体到个体再到团体的发展演变过程。在漫长的奴隶社会和封建社会，因为生产力十分低下，人们的生存环境异常恶劣，为了保障个人的生存和家族的延续，



国家构筑了以保护血缘团体利益为核心的亲属法律制度，妻子对丈夫的人身依附性、夫妻财产的统一制、家子对家长的人身财产从属性等，都体现了亲属法欲以家庭的整体来对抗当时艰难的生存条件，以使血脉能够得以持续地传承。资产阶级革命带来了崇尚自由、平等、独立的商品经济，与此相对应，自由平等的人格、私的所有、私法自治、自己责任成为近代民法的基本理念和立法模式，也成为近代亲属法的立法宗旨和制度架构的精神核心。夫妻法律地位的平等、个人财产制的推行、夫妻约定财产制的任性以及夫妻结婚离婚的自由，都是与自由商品经济相适用的法律制度。二战以后，人们认识到单纯崇尚“看不见的手”的盲动所带来的严重后果，因而便在市场机制之外加入了人的主观能动性，以宏观调控为中心的“看得见的手”让市场经济步入了正途。由此，公权力介入到私法领域，亲属法也不再任由婚姻当事人凭其主观意愿自由设计其间的权利义务关系，家的整体性理念实现了新形势下的回归。结婚登记制度的强制推行，以及无效婚姻和可撤销婚姻均反映了亲属法中的国家意志，约定财产制也受到共同财产制底线的制约，父母子女之间的权利义务进一步得到扩展，经济补偿制度的建立也使得离婚自由有了代价。这也是西方各国近年来亲属法修正的基本方向。

亲属法不仅由社会生产力水平和经济基础所决定，而且直接受当时的政治、法律、道德、宗教、风俗习惯、文学艺术等上层建筑各部门的制约和影响。不同社会因为其生产力水平、经济制度、政治文化、生活方式、价值观念等方面的区别，使得亲属法律制度深深烙上了民族的印记。在我国，传统的血缘宗法伦理对每个社会成员在家庭中的地位作了基本界定，成为在立法、司法等方面衡量人们行为的尺度，也被当成法外之法，法上之法。因此，不同于以市民伦理为本的普通法系和大陆法系，也不同于以宗教伦理为本的印度法系和阿拉伯法系，中华法系是以亲属伦理为本的，中国传统法律文化的根本精神就在于极端重视亲属伦理，义务本位、家庭（家族）主义深深地根植于国人的头脑当中。根据国人的朴素理念，无论是人身关系还是财产关系，亲属法的根本要义都是为了促进家的团结与和谐。从我国古代诸法合体的亲属法到近代的“中华民国”民法典亲属编，无不以保持家的整体性作为基本的调整方向，即便是“中华民国”民法典亲属编在中国台湾地区屡经修改，其对婚姻当事人个性的张扬也是以不危及家的基本团体利益为底线的。

解放后，为了体现新中国与旧社会体制的不同，我国建立了一套全新的亲属法律制度，实现了与传统亲属法的彻底割裂，但历史与现代、团体与个体始终是亲属法着重平衡的焦点所在。1950年《婚姻法》第17条为了推崇个体的独立和





自由而建立起来的无障碍离婚制度，在此后的六年间造成了社会的极不稳定，无奈之下，学者提出了离婚标准的正当理由论。1980年《婚姻法》以及其后与之相配套的司法解释，较好地把握了家庭整体利益与家庭成员个体利益的平衡，在认可婚姻自由的同时，对结婚条件和离婚标准的限定保障了婚姻自由不会被滥用。在财产关系方面，共同财产制促成并维护了家庭的和睦和夫妻的恩爱；个人财产向共同财产的转化又肯定了个人对家庭共同生活体的贡献，意在保持婚姻关系的长期存续，也为家庭成员提供了坚强的生活后盾；约定财产制的例外法则实现了夫妻财产关系多样化，为婚姻关系当事人对个性的追求提供了空间。

市场经济对平等的尊重和对自由的张扬渐渐席卷了一切，包括传承数千年的白头偕老和天伦之乐的理想，个性张扬和为权利而奋斗，已经成为亲属法学界最强的声音。2001年我国婚姻法的修正，正是在这样的背景下开始的。由于对西方亲属法律制度的盲目推崇，此次婚姻法修正中出现了宗旨不明、逻辑矛盾的缺憾。这主要表现在：第一，在结婚制度中，婚姻法强调了婚姻登记生效主义，却没有给同居以及非登记婚提供立足之地；第二，夫妻虽然在法律地位上实现了平等，但配偶权的具体内容却无进一步展开，使夫妻之间平等、独立的身份关系停留在抽象与形式当中；第三，为了标榜个体自由，此次婚姻法修正的重头戏在夫妻财产制上，共同财产制因为束缚个性独立而被搁置一隅，约定财产制因为与市场运行机制相吻合而得到极度张扬，夫妻可以对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产作出任意的约定，婚姻当事人的私法自治得到了尊重，但是此种财产制下的婚姻作为共同生活体的意义何在？第四，透视婚姻法关于结婚和夫妻关系的规定，婚姻契约论在悄无声息中被固定下来。既然婚姻是一种契约，当男女意愿相左的时候，婚姻自应解除，可是婚姻法规定的离婚标准是感情破裂，法律既然在调整夫妻关系时抛弃了感情，为何又在终止婚姻时提及感情？由此造成了逻辑上的混乱。

婚姻法修正案的缺憾，源于我们对亲属以及婚姻本质的认识不够深入和明晰。男女结婚是为了共同生活，无论这种共同生活是基于爱情还是基于金钱，他们最终的结果都是组建了一个共同生活体。因此，婚姻的团体性是第一位的，否则人们就没有必要组建家庭。与此同时，在家庭的团体生活中，每个成员又保持着自己的相对独立性，如果否认家庭成员的独立性，婚姻就会丧失吸引力，因为没有人会为了婚姻这种生活方式而否定自我。所以，在整个婚姻及亲属关系当中，家庭的团体和家庭成员的个体作为一对矛盾同时存在着，数千年来，亲属法就是在个体与团体之间，根据当时的经济基础、政治哲学和社会背景等因素，飘浮不定，



左右摇摆。

我国现阶段的亲属法律制度是应当更多地保护个体独立，还是更多地保护团体利益？答案不言而喻。婚姻铸就的共同生活体是男女双方当事人民事活动所共同指向的核心，亲属法律制度的设计，也应与维护这个核心为首任，即便是对夫妻个体独立性的承认，也是在不危及共同生活体利益的前提下进行的。强化亲属法对共同生活体利益的保护，也顺应了我国长期以来的亲属法律传统。无论是延续几千年的家本位的亲属法传统，还是1950年和1980年两部婚姻法，都是以亲属的共同利益为其基本出发点，而1993年最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》将亲属法的共同利益理念发挥到了极致。2001年的婚姻法修正案，给了夫妻个人以极大的自由空间，但是该修正案对个体独立的推崇，并没有为国人所接受，约定财产制平均不到2%的使用率，说明了独立、自由理念在亲属法领域的“水土不服”。法律是对现实生活的客观表达，与社会现实不相符合的法律必将被闲置一边。当然，亲属法对家的团体利益的保护也不能绝对化，婚姻的相对自由、夫妻财产约定的底线，都为亲属法中的个体提供了选择的空間。但亲属法对婚姻中个体自由的肯定是有限的，个体自由所产生的离心力，应以不危及家庭共同生活为原则，没有哪一个国家的亲属法律制度是以拆散婚姻为立法宗旨的。

亲属法律制度博大精深，每一具体规则都是各种法律价值和各方利益的折射。同时，我国社会正处于转型时期，亲属关系在从身份到契约再回到身份的螺旋形上升中，必然会出现诸多新情况、新问题，也需要我们去积极探索和勇于创新。

本书从不同的视角，解读了婚姻法中六个方面的热点问题，因为本书所关注的对象以及所运用的方法，已经远远超出婚姻法的范畴，所以命名为“亲属法热点问题研究”。

本书的第一章以婚姻缔结为核心，着重探讨了婚约制度的回归、民法与刑法对重婚的不同理解、事实婚姻制度的双重矛盾、非婚同居的法律调控、婚姻瑕疵登记与婚姻的效力、无效婚姻的利益平衡机制等六个热点问题。

第二章以生育权利为主线，重申生育权的法律规制，界定人工生育子女的法律地位，强调代孕合同的法律调整。

第三章则围绕亲子关系展开，辨析亲权与监护制度的分野，研究亲子鉴定与亲权确定的内在联系，探讨欺诈性抚养的解决方法。

第四章给出了如何平衡夫妻财产制中各方利益的制度架构，强调夫妻财产制的设计应当考虑共同财产制的利益平衡，约定财产制也应实现其价值回应，此外





还应注意夫妻财产制对交易安全的影响，使第三人利益不致因此而受到不公平的对待。

第五章的主旨是婚内侵权制度研究，本章通过婚内侵权的表现形态，评析婚内侵权的现有立法，分析婚内侵权障碍的克服之路，对如何构建婚内侵权制度得出自己的结论。

第六章作为本书的最后一章，围绕婚姻终止的理论热点和制度难点进行探究。离婚标准的利益考量为本章定下了基调，未成年子女直接抚养人的判定规则应重视子女最佳利益原则的运用，离婚损害赔偿制度重在其可操作性，探望权的行使与保护拓展了亲属权利的外延。

本书所涉，在外延上已超越了现行婚姻家庭法的范畴，拓展到亲属法的更广领域；在内容上对相关理论研究的热点问题以及现实生活的关注焦点进行了深刻剖析，提出了诸多具有创建性的观点和见解，诸如婚约制度的回归、事实婚姻制度内在矛盾分析、非婚同居的法律调控、婚姻瑕疵登记与婚姻效力的关系、无效婚姻的利益平衡机制、人工生育子女的法律地位、代孕合同的法律调整、亲子鉴定证据力及推定规则的适用、婚内侵权制度的构建以及离婚损害赔偿适用举证障碍的克服等等，都体现了作者的深入思考和独到见解。

本书三位作者均系西南民族大学法学院教师，民商法硕士，多年从事婚姻家庭法学的教学、研究工作。我们试图通过本书，立足于社会主义市场经济中我国亲属关系的现实变革的客观需要，以理性的目光重新审视我国现行婚姻家庭法律制度的不足与遗漏，采用实证、比较分析等方法，针对市民生活和司法实践中出现的婚姻家庭方面的热点、难点问题，进行深入研究和大胆探索，以期对推动我国亲属制度的协调运行，建立平等、文明、和谐的家庭关系有所裨益。由于写作上的仓促和作者水平所限，本书所持观点难免有考虑不周之处，期待各位同仁批评指正。

本书共约 24 万字，撰稿具体分工如下：曾青负责拟定写作提纲和全书统稿工作，并承担第一章第五部分、第二章、第三章、第六章第三部分的写作，约 12 万字；韩玉斌承担第一章第一、六部分、第四章、第六章第一、二、四部分的写作，约 8 万字；吴爱辉承担第一章第二、三、四部分和第五章的写作，约 4 万字。

编 者





目 录

第一章 婚姻缔结

一、婚约制度的回归

- (一) 婚约的性质
- (二) 婚约制度回归的必要性
- (三) 婚约的制度架构
- (四) 婚约解除的法律效力

二、《民法》与《刑法》对重婚的不同理解

- (一) 问题提出
- (二) 事实婚姻与重婚
- (三) 《民法》与《刑法》对重婚的不同理解

三、事实婚姻制度的双重矛盾

- (一) 评析的法理依据与标准
- (二) 事实婚姻制度的内在矛盾
- (三) 事实婚姻制度的适用冲突
- (四) 事实婚姻制度的困境突破

四、非婚同居的法律调控

- (一) 非婚同居的现状
- (二) 非婚同居法律调控的现实意义
- (三) 非婚同居的基本理论
- (四) 非婚同居法律制度的建构

五、婚姻瑕疵登记与婚姻的效力

- (一) 婚姻登记的程序价值
- (二) 婚姻瑕疵登记的表现
- (三) 婚姻瑕疵登记与婚姻的效力



（四）婚姻瑕疵登记的救济程序

（五）完善婚姻登记制度的建议

六、无效婚姻的利益平衡机制

（一）宣告溯及力的善恶区分

（二）无效婚姻中财产的合理分割

（三）无效婚姻中子女的法律地位

第二章 生育权利

一、生育权的法律规制

（一）生育权的内容限定

（二）生育权的主体归属

（三）生育权的侵权救济

二、人工生育子女的法律地位

（一）人工生育对亲子关系的冲击

（二）人工生育子女的法律地位

（三）加强对人工辅助生育的法律调控

三、代孕合同的法律调整

（一）对代孕合同的有限承认

（二）代孕合同的主体要求

（三）代孕合同的内容限定

（四）代孕合同的公力调控

第三章 亲子关系

一、亲权与监护制度

（一）亲权制度

（二）亲权与监护的关系

（三）监护分担与学校责任

二、亲子鉴定与亲权确定

（一）亲子鉴定的程序要求

（二）亲子鉴定的推定规则

（三）诉讼外亲子鉴定的管理

三、欺诈性抚养

（一）问题提出





(二) 欺诈性抚养的观念冲突

(三) 欺诈性抚养的责任定性

第四章 夫妻财产

一、共同财产制的利益衡平

(一) 共同财产制的存续必要

(二) 共同财产制的机制缺陷

(三) 家务劳动补偿的失灵

(四) 共同财产制的理性回归

二、约定财产制的完善

(一) 约定财产制的价值回应

(二) 约定财产制的具体内容

(三) 约定财产制的立法完善

三、夫妻财产制与交易安全

(一) 共同财产制与交易安全

(二) 约定财产制与第三人利益保护

(三) 夫妻共同债务与债权人风险防范

第五章 婚内侵权

一、婚内侵权的表现形态

二、婚内侵权的立法评析

三、婚内侵权的障碍克服

四、婚内侵权的制度构建

(一) 婚内一般侵权责任的构成要件

(二) 婚内一般侵权的民事救济方式

(三) 婚内特殊侵权的民事责任

(四) 婚内特殊侵权责任的构成要件以及承担责任的方式

第六章 婚姻终止

一、离婚标准的思考

(一) 离婚标准的发展趋势

(二) 破裂原则的论战

(三) 离婚的自由与限制

(四) 离婚标准的利益考量



二、未成年子女直接抚养人的判定规则

- (一) 《婚姻法》相关条文的解读
- (二) 直接抚养人选任的历史演变
- (三) 子女最佳利益的判定基准
- (四) 子女最佳利益原则的实现偏差
- (五) 子女最佳利益原则的困境突破

三、离婚损害赔偿的适用

- (一) 离婚救济的制度评价
- (二) 赔偿请求权的性质
- (三) 对过错的理解
- (四) 权利义务人的确定
- (五) 赔偿范围的认定
- (六) 举证障碍的克服

四、探望权的行使与保护

- (一) 探望权的立法动因
- (二) 探望权的主体扩展
- (三) 探望权的行使样态
- (四) 探望权的中止事由
- (五) 探望权的强制执行

参考书目





第一章 婚姻缔结

一、婚约制度的回归

恋爱和婚姻是紧密联系在一起的两种行为，特别是在强调婚姻是以爱情为基础的情况下，恋爱后的订婚环节是必不可少的结婚前奏。所以，世界各国的民法或者亲属法一般都设有婚约以及处理婚约纠纷的原则性规定。我国对于婚约的立法态度，最初是以民事司法政策的形式，通过规定如何处理婚约财产纠纷的方式间接予以认可的。由于对婚姻自由原则存在着片面理解，我国 1980 年《婚姻法》舍弃了对婚约法律关系的规范，2001 年修正《婚姻法》的时候，有不少学者提议增加婚约制度，但因种种原因对该立法建议未予采纳。我国的《婚姻法》不再规范婚约制度，但是并不意味着婚约行为在现实社会中从此就销声匿迹，无论是在城市还是在农村，婚约始终在结婚过程中扮演着重要角色。人类的行为应当受到由国家的强制力所保证的规则的制约。^①如果现实婚约行为和婚约纠纷找不到合适的法律规范加以解决，只能说是法律的制度性欠缺。因此，我们对于婚约制度的正确态度，应该是在谨慎认可的前提下，对之进行符合我国国情的现代化改造。

（一）婚约的性质

婚约者，系一男一女以将来结婚为目的所订立之预约也。^②对于婚约的性质，学术界存在着契约说、非契约说和中性行为说三种观点，以此相对应，立法上也

① 彼得·斯坦，约翰·香德．西方社会的法律价值．王献平译．北京：中国人民公安大学出版社，1989.1

② 林菊枝．亲属法新论．五南图书出版公司，1996.52



存在三种不同的立法例。

契约说认为，婚约是以结婚为目的的契约行为，是对结婚契约的预约，违反婚约应当承担违约责任。英美法系国家的立法和判例大多采用此种学说。在契约说之下，也存在着不同的分支和流派。有学者认为婚约是债权契约，违反婚约仅仅承担一般意义上的合同之债；有学者坚持婚约是亲属法上的契约，由亲属法的特别规定和民法的一般规定来调整；还有学者认为婚约具有债法和亲属法双重属性。^①

非契约说认为，婚约仅仅是结婚的一个事实过程，并不是一个必经阶段，更不具有独立的契约性质，违反婚约则产生侵权行为之债。演绎婚约非契约的立法例是《德国民法典》的订婚制度。

中性说认为，由于婚约关系本身并未列入法律调整的范围，因而婚约是中性行为，并不是法律行为。现实生活中的婚约，在性质上只是无配偶的男女之间达成的，具有道德约束力的协议。^②

我们认为，婚约应当具有亲属法和合同法上的双重属性，我国的《婚姻法》应当建立婚约制度，以特别规定来规范长期存在的婚约行为，婚约在获得我国亲属法正式肯认之前，与之有关的纠纷可根据合同法的一般规定加以解决。

第一，婚约的非契约性毫无现代法理基础。《德国民法典》和法国习惯法认为婚约并非契约，乃是基于当时的社会伦理环境提出来的。当时的德国和法国，封建残余势力在经济上、政治上以及人们的行为习惯中，影响都很巨大，婚约被解除对于相对方（特别是对于未婚女性而言）的最大伤害就是其名誉几近扫地，因而将违反婚约的行为视为侵权行为，以便使受害方获得最大限度的损害赔偿。然而在现代社会，封建的陈腐观念已经不复存在，婚约的解除可能会给当事人带来精神上的痛苦，但是这种痛苦不再像以前那么巨大，法律已无必要继续扭曲婚约的性质而将其视为非契约，因此现在亲属法（或者民法）对于婚约的定性，应以法理为根据。由于婚约当事人并不是夫妻，互不享有配偶权，违反婚约并没有侵犯对方的何种权利，将婚约视为非契约，不再具有法理根据。

第二，婚约的单纯债法契约定位有违婚姻自由原则。婚约乃一男一女期望建立身份关系的预约，具有契约属性，但是婚约并不能是纯粹意义上的债法契约。债法契约法律效力的最低要求就是，当一方违约时，另一方可以要求对方继续履

① 史尚宽. 亲属法论. 中国政法大学出版社, 2000.114

② 杨大文. 亲属法. 法律出版社, 1997.77





行合同。然而人身不可买卖，自由不能限制，当一方毁约时，另一方可否通过法院强制毁约方继续履行婚约呢？答案显然不能。人身自由在亲属法上的具体演绎就是婚姻自由原则，为了保障婚姻自由原则的实现，我国法律禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为，因此，婚约并不具有债法契约的履行上的强制性。我国合同法第2条第2款也将婚约这种身份协议排斥在合同法之外。

第三，婚约就其本质而言是亲属法上的准身份契约。婚约虽然是结婚的预约，但并不意味着只是结婚的准备，其间含有诸多亲属法上的效力。婚约的首要任务就是在男女之间建立起将来结婚的期待，一男一女因为婚约而构建起一种准身份关系，在婚约关系存续期间，互相负有不再与他人另行订立婚约的义务，男女之间也应互相保持各自的操行。因此，婚约是一种准身份契约。

第四，婚约是含有债法内容的身份契约。婚约是未婚的男女双方意思自治的反映，自愿订立的婚约对双方当事人都有约束力。虽然婚约中的缔结婚姻的义务不得强制履行，但是并不能因此而否认婚约的契约性质。婚约乃含有债法内容的双务身份契约，其间也存在婚约无效或可撤销的情形，如果一方违约，另一方虽然不能诉请继续履行合同，也不能要求支付违约金，但是可以就其损害请求赔偿。这种损害因为当事人恪守婚约而产生，主要包括因订婚和筹办婚姻所产生的费用，但更多的是恪守婚约一方当事人遭受精神痛苦所产生的损害赔偿。因为毁约不仅会使守约方的婚姻期待权落空，而且会减少其与他人成就婚姻的机会，如果不给与损害赔偿，守约方的损失将得不到任何填补，婚约也就失去其存在的价值。

（二）婚约制度回归的必要性

婚约是一个非常古老的婚姻礼制和法制，我国封建社会的历代户婚律均以成立婚书、收受聘财作为订婚的依据，订婚与嫁娶（结婚）合为一体，不得悔盟解约。民国时期，古代婚约制度被现代化改造后，仍然大行其道。但是新中国成立后，我国先后颁布了三部《婚姻法》，均未对婚约问题作出规定，其主要理由是：第一，为了反对早婚的旧习俗；第二，为了保护婚姻自由的权利；第三，认为订婚不是结婚的必要手续；第四，婚约是道德的调整对象，不属于法律的调整范围。

①

我们认为，上述否定婚约的理由都不成立。

1. 传统婚约制度可以进行现代化改造

① 邱玉梅：婚约问题探析，法商研究，2000年第5期



传统婚约的确是一种旧习俗，其间含有大量封建社会的陈规陋习，与现代法治格格不入。但是，婚约也并不因此而一无是处，如果我们对之进行现代化改造后，婚约仍然会是亲属法的重要制度。传统婚约制度的封建性主要体现在婚约的可强制履行性上，即婚约一经签订，便不得反悔，如果一方毁约，另一方可申请有司判决强制履行。^①如果我们将继续履行合同从婚约的违约责任承担方式中剔除出去，传统婚约制度的封建性不就不复存在了吗？然而，有人还会认为亲属法承认婚约制度会造成早婚的大量出现。其实，婚约与早婚并无任何关系。婚约仅仅是婚姻的预约，并不是结婚的必经程序，也不是结婚的组成部分，一男一女订立婚约并不意味着他们就是夫妻。此外，婚约是身份契约，具有专属性质，他人不得代理，必须亲自签订，如此一来，无行为能力人和限制行为能力人都被排斥在婚约的当事人范围之外，因此那些认为承认婚约制度就会导致早婚的说法根本站不住脚。

2. 现代婚约制度与婚姻自由原则并不相悖

现代意义上的婚约制度较之古代婚约已有了本质的不同，其间已注入了婚姻自由的理念，那些认为亲属法承认婚约制度会动摇婚姻自由原则的担心是毫无必要的。一方面，整个订婚过程中贯彻了当事人意思自治的原则，当事人双方在平等、自愿的基础上缔结婚约关系，任何一方不得强迫另一方缔结婚约，父母、尊长等的意见仅具有参考意义，订婚当事人双方婚约的成立基于当事人双方的感情。另一方面，婚约的履行完全基于双方的自愿，婚约成立后，可基于双方感情的发展变化，既可双方合意解除婚约，也可单方解除婚约，法律不要求婚约必须履行，当事人任何一方在不履行婚约时，另一方不得请求法院强制执行。因此，我国亲属法让古老的婚约制度实现回归，并对之进行现代化改造，与婚姻自由原则并不相悖。

3. 婚约不是结婚的必要手续，而是一种需要法律调整的客观存在

现代亲属法都不把婚约视为结婚的必经程序，但是婚约并不因此就销声匿迹，在实际生活中婚前订立婚约的现象普遍存在，我国许多地方仍然把订婚看成是结婚前的习惯程序，未订立婚约而结婚者被认为是违反规矩而遭受世俗的非议。在

^① 杨大文. 亲属法. 法律出版社, 1997.78





某种意义上，婚约可称为“具有习惯法效力的规范的小传统”。^①对于婚约，如果我们一味地采取当前这种“既不禁止，也不保护”的回避态度，未免过于不负责任。进行婚姻家庭立法，必须实事求是，从实际出发，尊重现实和中国国情，把现实生活中存在的客观规律正确反映在法律规范之中，这是立法导向的现实性定位。^②婚约是我国婚姻家庭法文化中不可分割的有机组成部分，它反映了我国婚姻传统的民族性、地域性和历史延续性，虽然婚约不再如旧社会那样是结婚的必经程序，但是对于婚约这一客观存在，法律应当加以调整。只有在亲属法中重新建立起婚约制度，人们才能知道自己婚约行为的是非曲直，借以指引、评价、预测自己的婚约行为，最终使自己的婚约行为符合法律的规定。如果我们不将婚约纳入亲属法的调整范围，人们的婚约行为就会因为没有法律规定的指引而失去了其发展的正确方向，那些过早订婚、父母代办订婚、借婚约索要聘礼等丑恶现象将得不到法律的有效规制。

4. 正确分清法律与道德的界限

虽然法律和道德都是行为规范和社会控制手段，但是各有自己的存在空间和活动轨迹。道德的上限是道德自身调节的问题，道德的下限是法律所要解决的问题。也就是说，什么是高尚或卑劣，由道德去评价和调节，而对最严重的违背道德的行为，必须有法律上的制裁措施。^③也就是说，对于道德能够有效调整的事情，法律没有必要通过强制性或禁止性的规范横加干涉，以实现亲属领域的意思自治；但是，对于道德无法调整或者不能有效调整的行为，法律的强制性规范便责无旁贷。具体到婚约制度上面，对于婚约中的一般行为，交由道德来调整便已足矣，而对于其中的严重问题，比如父母代为订婚、同时与多人订立婚约、假借婚约索取财物等恶劣行为，道德调整已无有效性，必须由亲属法加以规范。

由于传统文化的影响和我国婚姻家庭法对婚约问题的回避态度，婚约现象因缺乏法律的正面引导，纠纷不断出现。由此引起的家庭械斗、非法拘留、强奸、报复杀人等恶性事件时有发生，因婚约解除时要求退还彩礼、赔偿青春损失费等纠纷大量存在。由于现行《婚姻法》中婚约问题的立法空白，法院在审理此类案件时陷入无法可依的困境。司法实践中，法官只能凭借自己的理解自由裁量，有的法官甚至牵强附会地利用所谓的相似条款实行类推适用。权衡利弊，我们认为

① 谢晖．我国乡村法制建设的几对矛盾及其对策．山东法学，1999年第3期

② 曹诗权．中国婚姻家庭法的宏观定位．法商研究，1999年第4期

③ 杨遂全．新婚家庭法总论．法律出版社，2001．7

