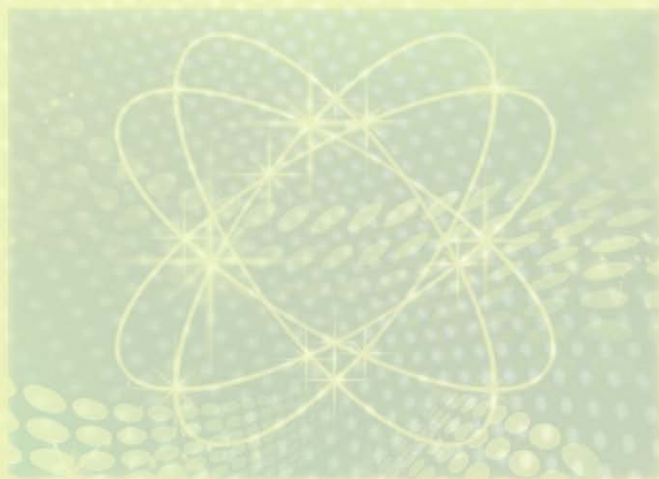


婚姻家庭法

雷新时 编著



陕西人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

婚姻家庭法 / 雷新时编著 . — 西安 : 陕西人民出版社 , 2011

ISBN 978 - 7 - 224 - 09928 - 7

I . ① 婚 … II . ① 雷 … III . ① 婚姻法 — 研究 — 中国
IV . ① D923 . 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 222911 号

婚姻家庭法

作 者 雷新时
出版发行 陕西出版集团 陕西人民出版社
(西安北大街 147 号 邮编: 710003)

印 刷 西安市建明工贸有限责任公司
开 本 787mm × 1092mm 16 开 22.25 印张
字 数 502 千字
版 次 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 224 - 09928 - 7
定 价 36.00 元

前 言

《婚姻家庭法》是为了适应高等院校法学专业婚姻家庭法教学需要而编写的一部教材用书，同时也兼顾了广大社会成员对婚姻家庭法律知识的实际需要，注意了理论性和实用性的相互结合。既是教材用书，也可作为婚姻家庭法普及性读物使用。

本书具有以下特点：

1. 考虑到学生学习上的方便，教材注意了概念上的准确性、要点上的突出性、内容上的完整性和叙述方面的条理性。
2. 教材在编写过程中注意了最新科研成果的吸收和最新法律、法规的引入。为了方便学生的理论研讨，本教材在引用科研成果和相关法律、法规时，尽可能一一注明出处，并尽可能使用原始资料。
3. 本教材以中国现行婚姻法为主轴线进行编写，在编写过程中，充分注意了我国现行婚姻法在内容方面的完整性和系统性。
4. 本教材在阐述中国现行婚姻法的同时，也选择性地介绍了一些中外古代和当代西方社会的婚姻家庭法律制度方面的相关知识，以帮助学生更好地了解和认识中国现行婚姻家庭法。
5. 本教材在编写过程中充分注意了婚姻家庭法的社会现实需要性。在夫妻关系、父母子女关系、家庭成员关系等内容的编写中，注意了这些关系的法律处理方式的介绍。在结婚制度、离婚制度等内容的编写中，也注意了相关法律程序的介绍。

本书作为教材，在编写体系上，侧重参考了巫昌祯、夏吟兰、杨大文等学者主编的同类教科书，在此向诸位学者表示感谢。

本书是陕西师范大学“十二五”规划教材之一。本书能够得以出版，离不开陕西师范大学教务处和政治经济学院相关领导的大力支持和两单位的财力支助，作者在此深表谢意。

本书在送交审批以及后续的出版安排过程中，得到了政治经济学院前后两任分管教学副院长雷龙乾、任晓伟同志以及法律系主任王蓓同志的大力支持和协助，在此也一并表示感谢。

本书能够在陕西人民出版社出版，离不开该社网络管理中心主任翟宝海先生

的协助和支持。本书责任编辑白艳妮同志对本书的出版，给予了热情的支持和巨大帮助。在此，作者对两位同志也深表谢意。

由于编者学识水平上的原因，错误在书中肯定难免。笔者诚恳欢迎各位学者以及读者们的批评和赐教。

编者 雷新时

2011 年 8 月于陕西师范大学家中

目 录

- ◎第一章 婚姻家庭制度概述 / 1
 - 第一节 婚姻家庭的观念 / 1
 - 第二节 婚姻的性质 / 5
 - 第三节 婚姻家庭的职能 / 8
 - 第四节 婚姻家庭关系的属性 / 12
 - 第五节 婚姻家庭制度的概念和性质 / 15
 - 第六节 婚姻家庭制度的历史演变 / 19
 - 第七节 一夫一妻制婚姻家庭制度的历史形态 / 28
- ◎第二章 婚姻家庭法概述 / 30
 - 第一节 婚姻家庭法的概念与特征 / 30
 - 第二节 婚姻家庭法的调整对象 / 36
 - 第三节 婚姻家庭法律关系 / 37
 - 第四节 婚姻家庭法的渊源及其效力 / 40
 - 第五节 中国婚姻家庭立法的历史发展 / 46
- ◎第三章 亲属制度 / 64
 - 第一节 亲属的概念和种类 / 64
 - 第二节 亲系与亲等 / 73
 - 第三节 亲属关系的发生、效力及其终止 / 81
- ◎第四章 婚姻法的基本原则 / 89
 - 第一节 婚姻法基本原则概述 / 89
 - 第二节 婚姻自由 / 90
 - 第三节 一夫一妻 / 99
 - 第四节 男女平等 / 105
 - 第五节 保护妇女、儿童和老人合法权益 / 107

- 第六节 计划生育 / 115
- 第七节 夫妻忠实 / 118
- 第八节 维护家庭和睦 / 119

◎第五章 结婚制度 / 121

- 第一节 结婚制度概述 / 121
- 第二节 结婚要件 / 127
- 第三节 结婚程序 / 137
- 第四节 无效婚姻和可撤销婚姻 / 142
- 第五节 婚约与事实婚姻 / 153

◎第六章 婚姻的效力 / 162

- 第一节 婚姻效力概述 / 162
- 第二节 夫妻人身关系 / 166
- 第三节 夫妻财产关系 / 171

◎第七章 婚姻的终止 / 188

- 第一节 婚姻终止概述 / 188
- 第二节 行政离婚制度 / 198
- 第三节 诉讼离婚制度 / 201

◎第八章 离婚效力 / 215

- 第一节 离婚效力概述 / 215
- 第二节 离婚在夫妻人身关系方面的法律效力 / 216
- 第三节 离婚在夫妻财产关系方面的法律效力 / 217
- 第四节 离婚对子女的法律效力 / 229
- 第五节 离婚时的救济方式 / 237

◎第九章 父母子女关系 / 244

- 第一节 家庭的构成 / 244
- 第二节 父母子女关系概述 / 244
- 第三节 父母子女关系的内容 / 249
- 第四节 亲权 / 254
- 第五节 婚生子女 / 271

第六节 人工授精子女 / 275

第七节 非婚生子女 / 279

第八节 继父母子女 / 288

◎第十章 收养关系 / 291

第一节 收养制度概述 / 291

第二节 收养的条件 / 302

第三节 收养的程序 / 310

第四节 收养的效力 / 313

第五节 收养的终止 / 316

◎第十一章 其他家庭成员关系 / 320

第一节 其他家庭成员关系概述 / 320

第二节 祖孙关系 / 321

第三节 兄弟姐妹关系 / 324

◎第十二章 婚姻家庭法附论 / 328

第一节 民族婚姻 / 328

第二节 涉外与涉及华侨、港澳台同胞的婚姻 / 329

第三节 涉外与涉及华侨、港澳台同胞的收养 / 331

第四节 救助措施 / 335

第五节 法律责任 / 341

第一章 婚姻家庭制度概述

第一节 婚姻家庭的概念

一、婚姻的概念与特点

关于“婚姻”二字，我国古书中的解释是：“婚，妇家也。（礼）娶妇以昏时，……故曰婚。姻，婿家也。女之所因，故曰姻。”^①“娶妻之礼，以昏为期，因名焉。”“婿以昏时而来，妻则因之而去也。”^②“姻者，妇人因夫而成，故曰姻。”^③“婚礼者，将合二姓之好，上以祀宗庙，而下以继后世也。”^④

在古罗马的《法学总论》中，是这样解释婚姻的，“婚姻或结婚是男与女的结合，包含有一种彼此不能分离的生活方式。”^⑤

古罗马著名法学家莫德斯汀也认为，“结婚是男女之间的结合，是生活各方面的结合，是神法和人法的结合。”^⑥

从古人对婚姻的解释中，我们可以看出，婚姻谈的是男女两性的结合。但是这种结合，并不是简单的男女两性间自然意义上的结合，它还包含着相应的社会形式。也就是说，男女两性的结合，是与其所处的社会历史发展阶段以及与之相适应的社会制度紧密地联系在一起的。

人类社会发展的历史阶段性和社会制度上的差异性，决定了男女两性的结合在社会形式方面也会呈现出不同的历史阶段性以及在同一历史阶段中不同制度上的差异性。

基于以上认识，我们对“婚姻”一词作出如下概括：

婚姻是指为社会制度所确认，以建立夫妻关系为目的的男女两性的结合。

婚姻的这一概念告诉我们，它具有以下特点：

①（后汉）许慎《说文解字》，中华书局1963年12月版，第259页。

②《礼记正义》，北京大学出版社2000年12月版，第1887页。

③（清）陈立撰《白虎通疏正》，中华书局1994年8月版，第492页。

④《礼记·昏义》，见《礼记正义》，北京大学出版社2000年12月版，第1888页。

⑤（罗马）查士丁尼著《法学总论》，张企泰译，商务印书馆1989年12月版，第20页。

⑥（意）桑德罗·斯奇巴尼选编：《（罗马法民法大全）婚姻·家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社2001年11月版，第31页。

1. 婚姻是男女两性的结合

这是婚姻的基本特征和前提条件。

婚姻有一个非常重要的职能,就是生育职能,借以实现繁衍人种,延续社会。而生育职能的实现,必须以男女两性的结合为前提。这是不以人的意志为转移的自然法则。

同性的结合显然违背了这一自然规律。所以,传统的婚姻观点,是不承认同性恋为婚姻的,认为它是一种背离婚姻本质、违背社会道德的不良行为。

不过,值得一提的是,同性恋行为在许多资本主义国家都已经公开存在,并为不少国家的法律所承认。20世纪90年代,新西兰议会通过立法,男同性恋取得合法地位。2001年4月,荷兰通过了允许同性恋者结婚的法律,成为欧洲第一个使同性恋合法化的国家。当前,承认同性恋的国家已有十多个。^①

应当看到,随着人类文明的不断发展,人们对同性恋现象也越来越多地采取了理性与宽容的态度。

2. 以建立夫妻关系为目的

婚姻是男女两性的结合,但仅凭男女间的性结合本身,还不能称之为婚姻。

婚姻上的男女两性结合特点,只是表明了它的自然属性。但婚姻关系的当事人,不论男女,都是社会中的成员。作为社会中的人,他们之间的结合,不可能不带有社会的烙印。

婚姻在社会层面的表现,就是夫妻关系的形成。

夫妻关系是婚姻意义上的男女两性结合的社会表现形式。

婚姻在人类社会发展的不同历史阶段,有着不同的内涵。在人类社会早期,男女两性间的结合,还仅限于性结合本身,实际上无所谓婚姻。之后发展到要承担相应的社会责任,婚姻现象开始出现。到了个体婚姻阶段,社会对婚姻的要求越来越严格,真正意义上的婚姻形成。

真正意义上的婚姻是同严格意义上的夫妻关系紧密地联系在一起的。

严格意义上的夫妻关系,具有男女两性结合上的稳定性、永久性和全面性。

稳定性是说,男女两性间的这种结合,是完全稳固在具有夫妻身份的当事人之间的,不承认夫妻关系当事人与其他异性间的两性结合。

永久性是说,男女两性间的这种结合,是终身性结合。这既是社会制度对婚姻的理想要求,也是婚姻当事人的初衷追求。

全面性是说,男女两性间的这种结合,是全方位的结合。即,这种结合,不仅仅表现在性结合本身,还包括精神、人身、经济等涉及社会生活各个方面的内容。也就是说,夫妻意义上的两性结合,是当事人社会生活各方面都融为一体的一种结合。

可以看出,严格意义上的夫妻关系,表现在社会对男女两性的结合有了严格的限制。所以,那些不遵守这种限制的男女之间的两性结合,就不为主流社会所接受。

夫妻意义上的男女两性结合与非夫妻间的两性结合的不同在于,夫妻意义上的男女结合所追求的目的,是在建立所处社会制度所确认的夫妻身份,即夫妻关系。

^① 参看王进主编《中国社会》,中央编译出版社2006年2月版,第176页;天工编著《白美国,黑美国》,甘肃文化出版社2005年12月版,第251—253页。

婚姻必须是以形成夫妻关系为目的。不是以建立夫妻关系为目的的男女两性间的结合，就不是婚姻。这是婚姻区别于通奸、姘居及其他一切违法两性结合的本质标志。

3. 为当时的社会制度所确认

婚姻是建立夫妻关系为目的的两性结合，但也不能简单地就认为所有的以建立夫妻关系为目的的男女两性结合行为都是婚姻。

这里涉及了一个个人与社会间的关系问题。男女两性的结合，固然是他们个人之间的事情，但每一个人却都是社会之中的人，人与人之间的关系都是社会关系，都必须接受社会行为规则的规范。

婚姻是一种受社会制度所约束的行为，而非任意性行为。生活在社会之中的男女，在两性结合上，即使抱着建立夫妻关系的目的，但是如果这种结合不符合社会制度关于夫妻关系的规定，也不被认为是婚姻，如私奔、私婚等。

同样道理，男女两性间的结合，即使被社会制度认可，但不具有建立夫妻关系的目的特征，也不属于婚姻，如不少西方国家社会制度所承认的色情产业。

很显然，“社会制度确认”和“夫妻关系目的”两个条件必须同时具备，缺一不可。

人类的婚姻，在原始社会是由当时的社会习惯所确认的。自阶级社会以来，一般是由法律来确认。男女两性的结合，只有依照法定条件和程序进行，才能产生被社会制度所确认的婚姻效力。

不少学者将婚姻的“男女两性的结合”严格地限制在一男一女的范围内。当代大陆法系学者认为，“婚姻是一男一女以永续共同生活为目的之结合。”^① 英美法系的学者也认为，“婚姻是一男一女排他的自愿结合。”^② 我国学者大多也持这种观点，认为婚姻是“一男一女互为配偶的结合。”^③ 笔者认为，这种观点值得商榷。

毋庸置疑，一夫一妻的婚姻是男女两性结合的理想形式，但我们却无法将一夫一妻同婚姻这一概念划等号。因为，婚姻概念是在概括人类社会客观存在的婚姻现象。在古代，甚至在今天的一些国家和地区，我们仍能看到一夫多妻甚至一妻多夫的婚姻现象。它们不是男女间的随意结合，而是由社会制度（法律、习俗或宗教传统）所确认的男女结合的婚姻形式。我们可以用现代人的婚姻观念来评判这种婚姻不理想，但却难以否认它的婚姻属性。比较之下，我们认为，芬兰著名社会学家、人类学家韦斯特马克对婚姻的定性，似乎更符合婚姻现象的社会实际。他认为，婚姻是“得到习俗或法律承认的一男或数男与一女或数女相结合的关系，并包括他们在婚配期间相互所具有的以及他们对所生子女所具有的一定的权利和义务。”^④

① 史尚宽《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年2月版，第84页。

② 李志敏主编《比较家庭法》，北京大学出版社1988年11月版，第13页。

③ 巫昌祯主编《婚姻与继承法学》，中国政法大学出版社2001年1月第2版，第26页。

④ （芬兰）E. A. 韦斯特马克著《人类婚姻史》第一卷，李彬等译，商务印书馆2002年12月版，第33页。

二、家庭的概念与特点

我国古代词语中，对“家”这一概念的使用，大致有两种情况：一是指与卿大夫政权组织组合而为一的父系大家族，所谓“天子建国，诸侯立家。”^①二是指由父系亲属组成的共同生活体。《说文解字》中讲，“家，居也。”^②所谓“有夫有妇，然后为家。”^③“室，谓夫妇所居。家，谓一门之内。”^④

春秋战国以后，“家国合一”的宗法体制逐渐瓦解，“家”的概念仅限于共同生活的亲属团体。

近现代大陆法系学者大多也认为“家庭是居住在一起共同生活的亲属。”^⑤

我们对“家庭”一词作如下概括：

家庭是指一定范围的亲属所构成的社会生活单位。

家庭具有以下几个特征：

1. 人类社会最基本的生活单位

人是社会中的人，无法脱离社会而孤立存在。因为，任何人都不得不面对这样一个现实：幼需人育，老需人养，病需人护。所以，人必须生活在一定数量的人所构成的生活团体中。人类社会中，最小化的生活团体就是家庭。家庭是人类社会的细胞。

家庭虽然是人类社会最小化的生活团体，但作为最基本的生活单位，其生活内容却十分广泛和全面，几乎包括了人类生活需求的方方面面。经济、教育、道德、宗教等诸多方面，一应俱全。

在不同的社会历史条件下，家庭职能的内容不尽相同。但不论家庭职能如何变化，家庭作为一个生活单位，其组织家庭消费和进行家庭教育的职能则是最基本的。

在人类历史上，家庭曾经既是一个生活单位，同时也是一个生产单位。后来，随着人类社会生产的不断社会化，家庭作为生产单位的职能已逐渐消失，主要是作为人类社会最基本的生活单位而存在。

2. 成员间联系紧密，同财共居

家庭成员间幼需人育，老需人养，病需人护的这种需求，显然要以有人来承担这种责任为前提。而且，这种责任必须是无条件的，不能讲对价的。否则，家庭养老育幼、照顾病残的功能还是无法正常实现。

这种不讲条件就甘愿承担养老育幼、照顾病残的责任，如果不是发生在关系异常亲密的人之间，是不可能持续性做到的。而家庭成员之间的关系，则恰好达到了这一程度。家庭成员之间，相依为命，同甘共苦。大家共同居住，共同持家，共有财产，共同消费，形成同财共居的特点。

家庭这种同财共居的特点，不仅构成了社会中最密切的不可替代的人际关系，而且也成为家庭与其他社会单位的重要区别。

① 《左传·桓公二年》，见《春秋左传正义》，北京大学出版社2000年12月版，第177页。

② （后汉）许慎《说文解字》，中华书局1963年12月版，第150页。

③ 《周礼·地官·小司徒》郑玄注，见《周礼注疏》，北京大学出版社2000年12月版，第327页。

④ （宋）朱熹集注《诗集传·卷第一·桃夭》，中华书局1958年7月版，第5页。

⑤ 李志敏主编《比较家庭法》，北京大学出版社1988年11月版，第13页。

3. 由一定范围的亲属所构成

家庭成员间之所以能够联系紧密、同财共居，是因为他们通常都是由一定范围的亲属所构成。

亲属关系存在着普通社会关系所不具有的特殊属性，即自然属性。亲属由存在婚姻关系和血亲关系的人员所构成。婚姻关系以自然的两性结合为基础，血亲关系以自然的血缘联系为纽带。自然属性上的两性相吸和血亲连接，使得亲属之间联系的紧密程度，远远超过了其他社会关系当事人。亲属之间的关系，异常亲密，亲密到可以也需要同财共居的程度。亲属间这种同财共居的生活单位就是家庭。

家庭虽然是由亲属所构成，但它并不包括亲属的全部。以血缘联系为纽带的亲属，其范围还是相当广泛的。家庭作为人类社会最基本的生活单位，是不可能也难以囊括亲属的全部，只能由一定范围的亲属所构成。

家庭成员的亲属范围，通常是根据血缘联系的远近来确定的。血缘联系近的亲属，组成同财共居的生活单位——家庭。

家庭成员的亲属范围与所处社会环境关系极为密切，不同的社会制度，不同的国家、地区和民族，其家庭成员的亲属范围会有所不同。

在现代社会，随着人类生活社会化程度的不断提高，家庭结构日趋缩小，逐渐缩小到它的最小或接近最小的单位。这个时候的家庭成员，通常是由存在法定权利义务关系的那部分亲属所构成。

在我国的婚姻法中，存在法定权利义务关系的亲属包括：夫妻、父母子女、祖孙（含外祖外孙）和兄弟姐妹。

男女因结婚而成为夫妻，构成最初的家庭关系。因为婚姻而发生父母子女、兄弟姐妹等其他家庭成员关系，形成完整的家庭。可见，婚姻是家庭产生的前提，无婚姻便无家庭。婚姻关系在家庭关系中处于核心地位。

4. 家庭中相关亲属间的权利义务具有法定性

真正意义上的家庭是同法律同步产生的。家庭自它产生起就处于法律的保护之下。

如前所述，家庭是社会的细胞，家庭关系的稳定与否直接影响到统治阶级的统治秩序。所以，不论何种性质的国家，都会用法律手段去保护它所需要的家庭秩序。

除了国家的原因，还有家庭成员亲属本身的需要。前面我们谈到的家庭成员联系紧密、同财共居，是从亲情角度讲的。但在现实社会生活中，仅靠亲情因素，还无法保证家庭中养老育幼功能的有效实现。所以，还需要有一种带有强制力的手段来予以保证。这种带有强制力的手段，就是法律手段。

基于上述两点原因，家庭中相关亲属间的权利义务关系，一般都是由法律予以规定的，具有明显的法定性。

第二节 婚姻的性质

不同历史时期、不同地域的国家或学者对婚姻实质的认识各不相同，主要观点有

以下几种:^①

一、契约说

婚姻契约说最早出现在法国 1791 年的宪法中。该宪法第七条第一款规定“法律认定婚姻只是民事的契约。”^② 自此以后,该观点获得大陆法系学界的普遍认同,成为西方法学界始终占有统治地位的一种学说。

婚姻契约说的奠基人是康德。康德认为“婚姻就是两个不同性别的人,为了终身互相占有对方的性官能而产生的结合体。”这就是婚姻的契约性。但是,这种契约并不具有任意性,“它是依据人性法则产生其必要性的一种契约。”在康德看来,男女两性相互利用对方的性官能,是为了获得“一种享受”。因此,对任何一方来说,从被使用的角度讲,则无所谓“人格”,与“物”无异,属“物权性质”。在康德看来,男女两性结合的目的是为了“按照他们的性别特点相互地去享受欢乐”,这种结合是出于他们的“自愿”,基于自愿结合而形成的关系是“平等的占有关系”,“无论在互相占有他们的人身以及他们的财物方面都如此。”^③ 这些特征实际上都是民事契约原则的反映。

英美法系国家对婚姻性质的态度通常也是采用契约说。自 19 世纪以来,英国社会大多也支持婚姻为民事契约的见解。在美国大多数州的法律中,明文规定婚姻具有民事契约性质。

现代的一些婚姻家庭法学者进一步发展了婚姻契约说,认为:法律意义上的婚姻是一男一女为了共同的利益而自愿结合为终身伴侣的契约。作为结为终身伴侣的契约,包含彼此相互提供性满足和经济帮助以及实现生育职能等内容。所以,婚姻契约与其他民事契约有很大不同,具有较强的伦理性与制度性。

早在 1888 年,美国最高法院就指出了婚姻契约与其他契约的不同:其他契约在当事人意思表示一致后即可变更,甚至完全撤销。而婚姻契约则不同,婚姻关系一旦建立,法律即介入其内规定其权利义务关系,当事人不得自行制定或修改该协议的内容,法律禁止夫妻间彼此免除对方的义务,以保护被抚养人及其他第三人对婚姻主体的附随利益,保护国家和公民的根本利益。^④

可见,婚姻契约与普通民法意义上的契约存在着很大的不同,两者之间的差异主要有以下几点:

(1) 形式要求不同。婚姻契约的形式要求严格。婚姻契约的成立,在形式上要求具备一定的方式或仪式,以便置于国家权力干涉之下。

(2) 变更规定不同。婚姻契约的变更,必须严格依法定程序进行。婚姻当事人

① 关于婚姻的性质,可参看史尚宽《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年 2 月版,第 98—111 页;李志敏主编《比较家庭法》,北京大学出版社 1988 年 11 月版,第 13—15 页。

② 见吴绪、杨人穗译《十八世纪末法国资产阶级革命》,三联出版社 1957 年版,第 50 页。

③ (德)康德《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年 9 月版,第 95—97 页。

④ John De Witt Gregorg, Peter N Swisher, Shergl L Scheible, Understanding Family Law, U. S. A: 1996, p. 19.

无法自行变更婚姻效果。仅有当事人的合意，无法终止婚姻。

(3) 身份效果不同。婚姻契约可使婚姻当事人之间发生身份法律关系上的特殊效果，这种特殊性表现在当事人之间的身份关系在婚姻关系持续期间是绝对固定不变的。

(4) 权利义务转让方面的规定不同。因婚姻契约而发生在当事人身上的权利义务，不具有让与性，法律是不允许转让的。

(5) 设立目的不同。婚姻契约的当事人，是以创造共同生活体内成员的地位和生活秩序为目的。而普通法上的契约，虽也须合意，但却是以给付、交换契约上的标的物为目的的。

婚姻契约说是对封建包办买卖婚姻的反叛，在人类婚姻史上具有历史性的进步意义。

二、伦理说

此学说的创立人是黑格尔。黑格尔认为，婚姻不是契约关系，而是伦理关系，即，夫妻共同生活的实体性关系。

在黑格尔看来，婚姻成立的目的，是实现“精神的统一”，将各自分离的、有“自我意识”的男女两性合而为一，形成精神上一个完整的人格（即，精神上成为一个人）。这种完整人格的形成，有赖于婚姻当事人双方的弃异求同。即，婚姻当事人双方，必须自愿抛弃各自自然的、单个的人格，使自己的“自我意识”与对方的意识相统一。弃异求同以爱慕对方为前提，只有爱慕对方，才能做到抛弃“自我”。所以，婚姻当事人人格合一的基础就是“爱”。但是，这种爱，并不是纯粹主观上的东西，而是“具有法的意义的伦理性的爱”，这样，“就可以消除爱中一切倏忽即逝的、反复无常的和赤裸裸主观的因素。”基于“伦理性的爱”而形成的婚姻，与通常的契约有明显的不同。在通常的契约环境下，契约当事人并不需要扬弃自己的人格，各自的人格仍然是相互独立而存在的。婚姻则不然，由于婚姻当事人“双方人格的同一化，家庭成为一个人，而其成员则成为偶性。这种同一化就是伦理的精神。”^①

婚姻伦理说的可取之处，在于它强调了男女两性的结合，应符合社会伦理规范的要求。但是，由于婚姻伦理说过分强调婚姻的精神层面，从而忽视了婚姻的市民性与物质性，这不大符合现代社会在法律层面上主张夫妻人格平等、相互独立的精神。

三、信托关系说

当代一些英美法学家认为，婚姻是国家与个人之间的一种信托关系。

如同信托关系中的委托人与受托人一样，国家自己作为委托人，将配偶置于受托人的地位。国家作为委托人，给予受托人也就是配偶双方在处理家庭问题上的一系列权利，同时也保留了婚姻利益中一些对社会有潜在影响的权利内容。

婚姻信托的效果在于，基于受托人权利来自委托人授权的原理，国家对配偶双方享有的婚姻权利进行了必要的限制，以防止配偶因获得完全的婚姻权而损害社会公共利益。

①（德）黑格尔《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年6月版，第176—181页。

依据信托关系说,配偶双方享有的婚姻权利是不完全的。如子女抚养权,如果父母虐待子女,国家会剥夺其抚养权。再如夫妻性生活权,如果夫妻一方在夫妻生活中有过度淫乱行为,将会受到国家法律的惩罚,等等。^①

该学说在试图证明国家干预公民婚姻权利的合理性,但问题在于,信托关系是财产性质的关系,而婚姻关系却是当事人之间的身份关系,国家的信托权利从何而来?似乎成了无本之木。

四、制度说

此学说最早出现于大陆法系的法国。1902年,法国学者卢斐补提出,婚姻并非契约,而是一种制度。^②

制度说认为,婚姻当事人仅有制度上的权能。婚姻当事人结婚以后,制度上的效力旋即发生,与婚姻当事人本身的意志没有关系。夫妻不能变更法律上的婚姻效果,更不能不经法律而随意将婚姻关系解除。^③

这里的问题是,能否将“制度确认”作为法律关系性质的判定标准?因为,任何法律关系都是由制度认定的。婚姻如此,契约何尝不是如此?

五、身份关系说

该学说认为:婚姻法律关系本质上是一种身份关系,婚姻双方在财产上的权利义务关系是附随于人身上的权利义务关系而发生的。

创设婚姻关系的行为是一种身份法上的行为。这种行为的效果由法律预先确定。

婚姻关系的建立,没有当事人的合意不行,但合意违反法定条件也不行。它是个人意志和法律效果的有机统一。婚姻关系依法缔结以后,当事人之间即形成法律上的夫妻身份。夫妻身份确立之后,夫妻财产关系依法随之当然发生。

基于上述原理,身份关系说认为,婚姻并非契约。因为,契约在法律上具有相对性和创设性特点,婚姻则不然,其法律效力是绝对的、预设性的。

身份关系说是目前中国婚姻法学界的通说。^④

第三节 婚姻家庭的职能

一、婚姻家庭职能概述

婚姻家庭的职能,即婚姻家庭的功能,指婚姻家庭在人类生活和社会发展方面所发挥的作用。

① 参见顾培东、杨遂全译《美国婚姻与婚姻法》,重庆出版社1986年中译本,第9页。

② 参看史尚宽《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年2月版,第105—106页。

③ 巫昌桢主编《婚姻与继承法学》,中国政法大学出版社2001年版,第105页。

④ 参看杨大文主编《亲属法》,法律出版社1997年版,第68页。

婚姻家庭的某些职能是随着婚姻家庭的产生而同时具备的，并且，随着社会的发展而不断充实和变化。

在这个发展变化过程中，首先是婚姻家庭自然职能的释放，表现为生理学和生物学方面的特征。这既是婚姻家庭建立和产生的自然基础，也是人类自身得以延续的必备条件。其次是婚姻家庭社会功能的显现，这也是婚姻家庭自然功能得以发挥的必然结果。

例如，人类的延续需要繁育。人类的繁育是异性繁殖，需要两性的结合。两性间如果天然排斥，是不可能结合的，所以需要两性间的自然吸引。自然吸引以两性相悦为基础。两性因相互吸引而走到一起，又因性爱关系上的天然排斥其他同性和诸多经济原因，导致两性关系发展成为一夫一妻制，也就是我们通常所说的真正意义上的婚姻。在这里，婚姻并没有消除两性关系上的自然属性，而是将其以一定的社会形式确定下来。这便是婚姻家庭的自然职能。

人是生物，其生存必须以一定物质为基础。随着人类社会的向前发展，人类越来越难以、也越来越不满足于直接从自然界获取食物。人本身就是由劳动创造的，人类社会越发展，就越离不开劳动，这就是生产。这些情况告诉我们，人类社会需要生产和消费。家庭是社会的细胞，是人类社会最小的单位构成。婚姻家庭在生产 and 消费方面所起的作用就是婚姻家庭的自然职能和消费职能。由于生产和消费都是经济问题，所以，生产职能和消费职能统称为经济职能。

人有一个从小到大的成长过程，人的生存知识不可能在头脑中固有，也不可能主要靠自己摸索，于是就有了对教育的需要。而家庭在人成长过程中的教育作用，是其他任何教育形式所不可替代的。于是，家庭又具有了教育职能。

人也有老弱病残，这种情况说明，家庭成员应对生存的能力互有差别。这就要求家庭成员间要互相扶助。这样，婚姻家庭又出现了另一个功能——家庭成员的生存保障功能。

二、婚姻家庭职能的主要内容

（一）婚姻家庭的自然职能

自然职能指婚姻家庭基于自然属性所产生的职能。表现为生理学和生物学方面的特征。

自然职能主要有两个：性爱职能和生育职能。

1. 性爱职能

性爱职能是指，婚姻家庭在男女两性相爱过程中所发挥的作用。

在古代社会，不论中外，完全窒息了婚姻的性爱职能，将婚姻自然方面的职能，片面地限定在生育领域。在中国，认为结婚只是为了“上以祀宗庙，而下以继后世也。”^①在西方，基督教教会法也认为，“结婚只能是以生育而不能以性爱为目的。”^②

两性相爱是婚姻的当有之义。英美法系的学者甚至认为，婚姻是“固定化的性

① 《礼记·昏义》，见《礼记正义》，北京大学出版社2000年12月版，第1888页。

② 见李志敏主编《比较家庭法》，北京大学出版社1988年11月版，第18页。

结合单位”。^①

婚姻家庭是男女两性相爱的社会形式、保障和保证。

在婚姻家庭产生以后，男女之间的两性关系必须以婚姻的形式出现。只有以婚姻为形式的两性相爱才是合法的。婚姻是男女两性关系的合法形式，婚姻形式以外的男女两性关系通常不被社会所认可。

保障是说，男女两性的相爱，只有在婚姻的形式下，才是有保障的。婚姻形式以外的男女两性关系，很难给当事人以安全感。

保证是指，男女两性的相爱，是需要特定的空间和氛围的，只有家庭环境下才能满足这一要求。

婚姻为男女两性的相爱提供了合法的形式和保障，而家庭则为男女两性的相爱提供了合法的场所。

同样道理，婚姻家庭的性爱职能，是以男女两性的性爱要求为基础的。所以，男女之间的性差异是婚姻家庭得以产生的生理学基础。这样一来，两性关系就成了维系婚姻家庭不可缺少的润滑剂，婚姻家庭没有了此项职能，也就失去了它存在的前提基础。

2. 生育职能

生育职能，即人口再生产的职能，指婚姻家庭在人类的繁衍发展过程中所起的作用。

恩格斯指出：“生产本身……有两种。一方面是生活资料即食物、衣服、住房以及为此所必需的工具有的生产；另一方面是人类自身的生产，即种的蕃衍。”^②

生育是两性结合的必然产物，是人作为自然界生物的本性体现。由于人的生育繁衍是通过家庭来实现的，所以，生育职能就构成家庭的一个基本职能，这也是婚姻家庭自然属性的表现。

但同时也必须看到，人又是社会的主体，人口的再生产不可避免地要受到社会物质资料生产和包括生育观在内的其他社会条件的制约。因此，生育问题绝不是一种纯自然过程，人口的生产和再生产是在一定的社会关系中实现的，婚姻家庭是人口再生产的社会形式。

在不同社会制度下，家庭实现人口再生产的社会职能有其不同的特点。

在我国封建社会，统治阶级为了增加更多的劳役和兵役来源，采取立法强制人们早婚早育。但由于战乱不断，医疗水平低下，使人口再生产出现生育率高、死亡率也高的特点，人口增长十分缓慢。

我国社会主义制度的优越性改变了人口再生产的社会条件，尽可能使人口的增长同国民经济相适应。过去对此问题的认识不足加上医疗水平的提高，使人口长期盲目增长，给我国的经济发展和人民生活带来了严重困难。因此，我国在今后相当长的时期内，必须有计划地降低人口的发展速度，实行优生优育。

^① 参看李志敏主编《比较家庭法》，北京大学出版社1988年11月版，第13页。

^② 恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》第一版序言。见《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年5月版，第2页。