

山东省社会科学规划研究项目文丛 一般资助项目

中国婚姻家庭法律制度 热点问题研究

王冶英 著



中国海洋大学出版社

山东政法学院法学研究所研究项目成果——婚姻家庭法

中国婚姻家庭法律制度 热点问题研究

王福海 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国婚姻家庭法律制度热点问题研究/王治英著. —青
岛:中国海洋大学出版社,2009. 5

ISBN 978-7-81125-331-3

I. 中… II. 王… III. 婚姻法—研究—中国 IV.
D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 094823 号

出版发行 中国海洋大学出版社

社 址 青岛市香港东路 23 号

邮政编码 266071

网 址 <http://www.ouc-press.com>

电子信箱 whs0532@126.com

订购电话 0532—82032573(传真)

责任编辑 施 薇

电 话 0532—85901040

印 制 日照报业印刷有限公司

版 次 2009 年 5 月第 1 版

印 次 2009 年 5 月第 1 次印刷

成品尺寸 144 mm×215 mm 1/32

印 张 14.875

字 数 368 千字

定 价 32.00 元

《山东省社会科学规划研究项目文丛》编委会

主任委员 李 群

副主任委员 张全新

委 员 (以姓氏笔画为序)

王兆成 尹慧敏 齐 涛 刘德龙

安世银 张 华 蒿 峰 颜世元

中国海洋大学出版社

· 青 岛 ·

目次

第一章 中国婚姻家庭制度的历史演进及婚姻家庭价值观念的变化	(1)
第一节 婚姻、家庭一般原理探微	(1)
一、婚姻的概念及其本质属性	(1)
二、中国婚姻家庭制度的历史演化	(5)
第二节 从新中国三部婚姻立法看我国婚恋观的变化	(13)
一、第一部《婚姻法》确立了婚姻自由、男女平等的婚姻家庭观念	(13)
二、第二部《婚姻法》确立了夫妻感情在家庭生活中的主要地位的婚姻家庭观念	(14)
三、2001 年《婚姻法》确立了婚姻家庭观念的新境界	(15)
第二章 《婚姻法》的基本原则及其实施中的难题	(19)
第一节 婚姻自由原则及其实施中的难题	(19)
一、婚姻自由的由来及价值所在	(19)
二、婚姻自由所包含的内容	(21)
三、结婚自由和离婚自由的关系	(22)
四、《婚姻法》保障婚姻自由原则实施的禁止性规定	(23)
五、婚姻自由与当前“闪婚”现象	(24)
六、婚姻自由与未婚同居	(34)
七、婚姻自由与“包二奶”	(36)
第二节 一夫一妻制原则及其实施中的难题	(38)
一、一夫一妻制及保障一夫一妻制贯彻实施的禁止性规定	(38)
二、从一起重婚案谈重婚罪司法认定的难题	(40)

第三节 男女平等原则及其实施中的难题	(44)
一、男女权利平等的含义及具体内容	(44)
二、男女平等原则视野下的就业歧视	(45)
第四节 保护妇女、儿童和老人合法权益原则及其 实施中的难题	(56)
一、《婚姻法》对妇女合法权益的保护	(56)
二、《婚姻法》对儿童权益的保护	(56)
三、《婚姻法》对老人合法权益的保护	(57)
四、保护妇女、儿童和老人合法权益原则贯彻实施的禁止性 规定	(58)
五、家庭暴力：阳光下的阴影	(60)
六、老年人合法权益保护与老年人再婚问题讨论	(66)
第五节 计划生育原则及其实施中的难题	(70)
一、计划生育的实施及其意义	(70)
二、实行计划生育的基本要求	(70)
三、计划生育基本原则下的我国人口逆淘汰与性别比例 失调	(71)
第六节 夫妻应当互相忠实、互相尊重的法理解读	(74)
 第三章 结婚制度及其热点问题探讨	(77)
第一节 结婚制度概述	(77)
一、结婚的概念与法律特征	(77)
二、结婚制度的历史沿革	(78)
第二节 结婚的法定条件	(81)
一、结婚的必备条件	(81)
二、结婚的禁止条件	(84)
三、结婚的法定条件实施中遇到的问题	(85)
第三节 结婚程序及立法瑕疵	(90)
一、我国结婚登记的机关	(91)
二、结婚登记的程序	(92)
三、结婚登记的目的和意义	(95)
四、结婚登记的法律效力	(95)

五、结婚登记程序上的瑕疵与婚姻效力	(96)
第四节 取消婚检制度亦喜亦忧	(98)
一、婚检的重要性	(98)
二、实行自愿婚检后我国的婚检率下滑的原因	(99)
三、取消婚检的争论	(100)
第五节 婚姻效力的几个特殊问题	(101)
一、婚约问题	(101)
二、未婚同居	(117)
三、事实婚姻	(126)
 第四章 无效婚姻与可撤销婚姻	(133)
第一节 无效婚姻与可撤销婚姻概述	(133)
一、无效婚姻制度的历史沿革及其发展综述	(133)
二、《婚姻法》新增无效婚姻与可撤销婚姻制度的重要 意义	(136)
第二节 无效婚姻与可撤销婚姻	(138)
一、我国《婚姻法》对无效婚姻与可撤销婚姻的规定	(138)
二、无效婚姻与可撤销婚姻的异同	(143)
第三节 从无效婚姻制度的立法趋势反观我国无效 婚姻制度的设计目的	(144)
第四节 无效婚姻与可撤销婚姻立法不足及其完善	(147)
一、无效婚姻立法不足及其完善	(147)
二、可撤销婚姻立法不足及其完善	(152)
 第五章 夫妻关系	(155)
第一节 夫妻人身关系	(155)
一、配偶权概说	(155)
二、配偶权的立法前瞻	(160)
第二节 夫妻财产制	(167)
一、夫妻财产制概说	(167)
二、我国现行的夫妻财产制	(168)
第三节 我国现行的夫妻财产制确定中的难点问题	(180)

一、夫妻共同财产范围确定中的一些难点问题	(180)
二、夫妻个人财产确定中的一些难点问题	(182)
三、夫妻约定财产制度中的一些难点问题	(186)
第六章 离婚法律制度及其热点问题	(189)
第一节 离婚概述	(190)
一、离婚的概念与特征	(190)
二、我国离婚制度的历史沿革	(191)
三、离婚和无效婚姻、可撤销婚姻的区别	(194)
四、我国处理离婚的指导思想	(195)
第二节 我国的协议离婚制度	(195)
一、协议离婚概念及协议离婚的法定条件	(195)
二、协议离婚的程序	(197)
三、关于在我国境内的涉外离婚问题	(197)
四、关于协议离婚实施中的热点问题探讨	(198)
五、别居及别居在我国《婚姻法》上的地位	(205)
第三节 我国的诉讼离婚制度	(210)
一、诉讼离婚的概念与适用范围	(210)
二、诉讼离婚的一般程序	(211)
三、诉讼离婚的特别程序	(214)
四、判决离婚的法定理由	(215)
第四节 诉讼离婚实施中的热点问题探讨	(218)
一、关于“夫妻感情确已破裂”离婚标准界定问题	(218)
二、被告犯有强奸罪、重婚罪、遗弃罪、虐待罪等严重伤害 夫妻感情的,属于夫妻感情确已破裂的情形	(222)
三、破坏军婚罪有关问题的思考	(224)
四、离婚导致单亲母亲的困境及其政策思考	(227)
第五节 离婚的法律后果	(235)
一、离婚对当事人的人身法律后果	(236)
二、离婚对当事人财产的法律后果	(237)
第六节 夫妻共同财产分割争议的热点问题	(269)
一、离婚时原为夫妻房屋的分割	(269)

二、离婚时承包土地经营权的分割	(273)
三、对投资性财产的分割	(275)
四、对合伙企业投资的分割	(275)
五、个人投资企业中财产的分割	(275)
六、对有限责任公司中夫妻共同财产的处理	(276)
七、在离婚案件中对“夫妻公司”财产分割	(276)
八、一方婚后买断工龄款离婚时是否可以分割	(278)
九、军人的复员费、自主择业费等一次性费用如何 分割	(279)
十、登记结婚后未曾同居生活,财产如何分割	(279)
十一、一方失踪引起离婚时财产如何处理	(280)
第七节 离婚在亲民法上的效力(离婚后对子女的 抚养与探视)	(281)
一、离婚后的父母子女关系	(281)
二、离婚后子女的直接抚养	(283)
三、离婚后子女抚养费的负担	(285)
四、离婚后子女抚养热点问题	(288)
五、离婚后对子女的探望权	(292)
六、情与法的碰撞——探望权执行中遇到的难题	(297)
七、子女拒绝探视,能否中止探视权	(299)
八、探望权行使中存在的问题	(300)
第七章 收养制度	(305)
第一节 收养制度概述	(305)
一、收养的概念和特征	(305)
二、收养与家庭寄养与社会福利机构对孤儿收养的 区别	(306)
三、收养的社会意义	(307)
四、收养制度的历史沿革	(308)
五、新中国的收养立法	(309)
第二节 《收养法》的基本原则	(312)
一、有利于被收养人的抚养、成长原则	(312)

二、保障被收养人和收养人的合法权益原则	(313)
三、平等自愿原则	(313)
四、不违背社会公德的原则	(314)
五、不违背计划生育的原则	(314)
第三节 收养关系的成立及其法律效力	(315)
一、收养关系成立的实质要件	(315)
二、收养关系成立的程序	(319)
三、收养关系的法律效力	(321)
四、收养行为的无效	(323)
第四节 收养关系的解除	(325)
一、收养关系解除的法定情形	(325)
二、解除收养关系的法定程序	(325)
三、收养关系解除的法律后果	(326)
第五节 涉外收养制度	(327)
一、涉外收养的法律适用问题	(327)
二、外国人在中国收养子女的条件	(327)
三、外国人在中国收养子女的程序	(327)
第六节 我国收养制度立法现状、存在的问题 及立法完善	(330)
一、我国收养制度立法现状	(330)
二、我国收养立法存在主要问题之分析	(330)
三、逐步完善我国《收养法》	(333)
第七节 收养制度热点问题探讨	(335)
一、关于同性恋者能否成为收养人的讨论	(335)
二、从现代收养立法的国际趋势看我国《收养法》 未来的发展	(339)
第八章 扶养制度	(347)
第一节 扶养制度概述	(347)
一、扶养的概念及扶养的法律特征	(347)
二、新中国的扶养制度	(349)
第二节 我国现行扶养制度	(349)

一、夫妻之间的互相扶养义务	(350)
二、父母子女之间的扶养义务	(352)
三、祖孙之间的扶养义务	(354)
四、兄弟姐妹之间的扶养	(355)
第三节 我国现行抚养制度的立法缺陷及其完善	(356)
一、扩大扶养主体范围	(356)
二、明确扶养人的顺序	(357)
三、明确扶养的变更与消灭的具体事由	(358)
第四节 扶养纠纷及其法律救济	(359)
一、夫妻扶养纠纷及其法律救济	(359)
二、父母子女间扶养纠纷及其法律救济	(363)
三、祖孙间扶养纠纷及其法律救济	(374)
四、兄弟姐妹间扶养纠纷及其法律救济	(375)
第九章 监护制度	(377)
第一节 监护概说	(377)
一、监护的概念与法律特征	(377)
二、正确区分亲权与监护权	(381)
三、监护制度的历史沿革	(382)
第二节 监护的种类及监护人	(384)
一、监护的种类	(384)
二、监护人的范围和顺序	(385)
第三节 监护人的职责	(387)
一、监护人的职责	(387)
二、履行监护职责与未成年人的隐私权的保护	(388)
第四节 监护的内容	(390)
一、监护事务	(391)
二、监护的失职及其应当承担的责任	(391)
第五节 监护的变更与终止	(393)
一、监护的变更及引起监护变更的原因	(393)
二、监护的终止	(396)
第六节 关于农村留守儿童监护问题探讨	(396)

一、目前我国农村留守儿童的生存状态	(397)
二、农村留守儿童监护存在的问题	(398)
三、造成上述问题的原因分析	(400)
四、完善农村留守儿童监护对策探讨	(402)
第七节 父母离婚后对未成年子女监护问题探讨	(407)
一、父母离婚对未成年子女的消极影响	(407)
二、父母离婚后对未成年子女监护权行使原则	(408)
三、对我国共同监护的缺陷评析	(412)
四、父母离婚后监护权的履行应考虑的因素	(414)
第八节 完善我国监护法律制度的若干思考	(417)
一、对我国现行监护制度立法的现状评价	(418)
二、我国监护制度的构建与完善	(424)
第十章 现代科技的发展对婚姻家庭法律制度的挑战	(430)
第一节 概说	(430)
第二节 人工授精	(433)
一、什么是人工授精	(433)
二、人工授精所生子女法律地位	(434)
三、法院对于人工授精子女法律地位的态度	(438)
第三节 试管婴儿	(439)
一、什么是试管婴儿	(439)
二、试管婴儿所引发的法律热点问题	(441)
第四节 代孕母亲	(449)
一、什么是代孕技术	(449)
二、代孕的几种情况	(451)
三、谁是婴儿的母亲	(452)
四、代孕所生子女的法律地位	(455)
五、代孕问题的法律规制问题	(458)



第一章 中国婚姻家庭制度的历史 演进及婚姻家庭价值观念的变化

婚姻家庭制度是建立在一定经济基础之上的上层建筑,是随着经济基础的变化而变化的,并能动地反作用经济基础。任何社会经济变革均会引发婚姻家庭领域人们思想观念及生活方式的变化,进而导致婚姻家庭领域新问题的发生。纵观新中国成立以来我国《婚姻法》的三次立法,均是由于社会变革带来婚姻家庭观念多元化引起的,而每一部《婚姻法》制定后反过来又为人们树立正确的婚姻家庭观念指明了方向。

第一节 婚姻、家庭一般原理探微

一、婚姻的概念及其本质属性

婚姻是男女两性结合的社会形式。但是,在不同的国家,不同的历史时代,不同的社会条件下,人们对婚姻的理解和认识不同,因而赋予它的涵义亦不同。我国古代在四种意义上使用“婚姻”一词:①婚姻是指创设夫妻关系的行为,即结婚仪式。《白虎通》解释说:“婚姻者何谓,昏时行礼,故曰婚,妇人因夫而成,故曰姻”;②婚姻是指男女通过结婚所形成的夫妻关系。《礼记·经解》说:“男曰婚,女曰姻”;③婚姻是指由婚姻联结起来的某种姻亲关系。《尔雅·释亲》曰:“婿之父为姻,妇之父为婚;妇之父母、婿之父母相谓为婚姻”;④婚姻指婚姻对宗法家庭的作用。《礼记·昏义》称之为“婚姻者合二姓之好,上以事宗庙,下以继后世也”。

古代婚姻的目的是在于宗族的延续及祖先的祭祀,而不是男女双方的幸福。既然婚姻的目的 在于宗族的延续及祖先的祭祀,完全是以家族为中心的,那么婚姻就不属于个人,而要服从家族之

伦理,并不仅仅是表面形式上二人之结合。所以,婚姻目的中始终不涉及男女本人,所以男女的结合不用照顾夫妻本人的意愿。直系尊亲属,尤其是男性的直系尊亲属,有绝对的主婚权。《孟子·滕文王下》有言:“丈夫之冠也,父命之;女子之嫁也,母命之……不待父母之命、媒妁之言,钻穴隙相窥,逾墙相从,则父母国人皆贱之。”可见,父母的意志可以命令其子女与任何一定的人结婚,社会和法律都承认他在这方面的权威,予以支持,不容许子女反抗。于是,父母的意志成为婚姻的成立要件。

古罗马法时期,其著名法学家莫迪斯汀曾将婚姻定义为:夫妻间发生神事与人事的共同关系的终身结合。在寺院法时期,更将婚姻视为“神作之合”,结婚是宣誓圣礼之一,故人不可离异之。古代西方大多数国家的婚姻观念是以宗教神学为基础。到了近代,康德最早提出“婚姻是契约”的理论。他认为“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……它是依据人性法则产生其必要性的一种契约。”康氏的理论着眼于夫妻之间性官能的结合,显得偏重婚姻关系的自然属性而忽视其社会属性;他又把夫妻之间的对人权加上“物权性质”,也许其本意只是要强调夫妻结合的排他性,但是终究与当今的社会理念和学术体系不合,所以早已被扬弃。

资产阶级革命爆发以后,1791年法国宪章第七条确认“法律仅承认婚姻是一种民事契约”,倡导平等、自由理念,自此这一提法就在资产阶级革命后的西方国家大为盛行。近200年来,契约学说一直是资产阶级解释婚姻关系的理论基础。正如恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》所指出的那样:“按照资产阶级的理解,婚姻是一种契约,是一种法律行为,而且是一种最重要的法律行为,因为它决定了两个人终身的肉体 and 精神的命运”。

目前我国学者对婚姻是否为一种契约尚不能达成共识,甚至对这一学说本身的理解也不尽一致。台湾学者陈棋炎认为,西方学者主张的“婚姻契约学说”是“以结婚行为为契约之见解”,而大陆的教科书则径直认为这种学说是主张“婚姻为契约”,并不区分

婚姻的成立与存续。“婚姻是为当时社会制度所确认的男女两性的结合,此结合所形成的特定的两性关系即为夫妻关系,又称之为婚姻关系或配偶关系。”^①这是我国《婚姻法》学界对婚姻的最一般概括。

婚姻作为一种社会现象客观地存在着,它不因人们如何定义而改变自己的面目,在一定的时空范围内,婚姻的内容及其存在的形式是可以被感知的,尽管人们可能仍然没有上述问题的答案,但是这阻碍不了年轻人步入婚姻的殿堂。我们知道并能感知到它的存在,这就够了。把一个复杂的社会现象用一两句简单的话来概括是否可能?也许,最佳的方式是避开这个问题,去考察婚姻的本质及其属性,知道了婚姻的本质及其属性,定义的问题就不那么重要了。古今学者在论及婚姻的本质常有多种多样的主张,即使只在法学意义上讲,我们也能听到许多不同的声音:契约说、婚姻伦理说、信托关系说、制度说、身份关系说,其中身份关系说是目前中国《婚姻法》学界的通说。

婚姻是一种自然现象,因此具有自然属性。作为自然现象的婚姻,是男女两性的结合,在男女两性的结合中实现了人类自身的繁衍,这种结合普遍存在于生物界。从自然属性来看待婚姻,婚姻就是一种长期的稳定的性关系。不管法律是否存在,这种性关系始终存在于婚姻之中。正是婚姻的自然属性和自然规律,产生构成了人类的婚姻家庭,使人类社会存在和发展具有稳固的物质载体。任何时代,任何国家的立法者在从事婚姻家庭立法时都必须考虑其自然属性。如以达到一定年龄、没有禁止结婚的血亲关系或疾病作为结婚的法定条件,以缺乏性行为能力作为准予离婚的法定条件,以出生的事实作为确定血亲关系的依据等,都反映了婚姻家庭所固有的自然属性。值得注意的是,同性恋婚姻在中国尚未被认可,而在某些西方国家,同性恋婚姻已经得到认可。现在的问题是:存在性的关系是否就是婚姻?许多实例可为其提供否定

^① 巫昌祯. 婚姻家庭法新论[M]. 中国政法大学出版社. 2002年版,第27页。

性的答案。婚前同居关系可能向婚姻的方向发展,但不必然导致婚姻;在否定重婚现象的社会里,如当前我国对婚外同居中的婚外性行为给予否定性的评价。法律保护了婚姻中夫妻之间的忠诚义务、性的权利,就不会再对婚姻之外的性关系作出肯定性的评价。

婚姻是一种社会现象,因此具有社会属性。婚姻的社会属性是指决定和影响婚姻家庭的社会力量以及婚姻家庭所反映出的社会要求,这是婚姻的本质属性。作为社会关系特定形式的婚姻家庭,是一定的物质社会关系和一定的思想社会关系的结合。婚姻家庭中的物质社会关系,是同作为一定社会经济基础的生产关系相适应的,不同社会的生产资料所有制和生产组织形式等,决定了婚姻家庭领域的经济关系的性质和特点。婚姻家庭中的思想社会关系,是同一定社会的上层建筑和意识形态相适应的,具体表现在思想感情、伦理道德、法律和习惯等诸多方面。婚姻作为一种广泛存在的社会现象,受到多种规范体系的制约,综合起来说,这些制约体系包括习俗、法律、道德以及舆论、宗教、信仰等多种手段。所谓的“婚姻制度”,应该是多种制约机制共同打造出来的婚姻模式。自然属性是婚姻家庭的特点与形成的前提条件,舍此,便无婚姻家庭。社会属性是婚姻家庭的本质属性,它决定着婚姻家庭演进的发展方向。我们既不能抹杀婚姻家庭的自然属性,也不能扩大婚姻家庭的自然属性,更不能将婚姻家庭的自然属性与社会属性置于同等的地位。婚姻家庭是自然属性和社会属性的统一体,其性质具有双重属性,自然属性是婚姻家庭的形成前提,社会属性则是婚姻家庭性质的决定因素,也是其本质属性。

通过对上述婚姻的属性分析,我们可以得出:①婚姻是男女两性的结合。这是婚姻自然层面的要求,两性结合是人伦之本,男女两性的性差别、性吸引和性本能是产生婚姻的原始动力,是婚姻成立的自然条件,无此,便无人类的繁衍、社会的发展。②男女两性的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。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、姘居均与婚姻

有着本质上的区别。③婚姻是双方具有夫妻身份的结合,姘居、通奸等两性结合不称其为婚姻。经由社会制度所确认的两性结合,具有夫妻身份,受到法律保护,是婚姻法律层面的要求。

二、中国婚姻家庭制度的历史演化

恩格斯在《家庭、私有制与国家的起源》中充分肯定了摩尔根对原始社会婚姻家庭制度划分的几种类型,并对其演变模式做出精辟的概括:“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)原始社会的婚姻制度

原始社会的早期经历过一个漫长的前婚姻时期,那时生产力十分低下,人们结成规模不大的群体共同劳动、共同生活。在群体内部,男女成员在两性关系方面是没有任何限制的。随着原始社会不断地由低级向高级阶段发展,从最初毫无限制的两性关系逐渐演变出群婚制、对偶婚制的婚姻家庭关系。群婚制、对偶婚制的婚姻家庭制度是由当时的社会习惯和道德规范组成的。

1. 与蒙昧时代相适应的群婚制

群婚制是指在原始社会中一定范围的一群男子与一群女子互为配偶的婚姻形式。群婚制也是人类婚姻家庭的第一个形态。原始社会的早期经历过一个漫长的前婚姻时期,那时生产力十分低下,人类在恶劣的无法定居的自然条件下,生活的群体随时可能被洪水猛兽冲散,只能过着杂乱的两性和血缘生活。我国古籍《吕氏春秋》和《论衡》中记载“太古之民,兽居群处,未有夫妇匹配之合”,“无上下之序者,禽兽之性,则乱不知伦理”。在群体内部,男女成员在两性关系方面是没有任何限制的。随着火的使用,人类能够定居或稳定群居之后,产生了群婚制。它分为血缘内群婚制和亚血缘群婚制两种。

(1)血缘群婚。是群婚的低级阶段,与旧石器时代生产力水平

^① 《马克思恩格斯全集》第二十一卷[M]. 人民出版社 1976 年版,第 88 页。