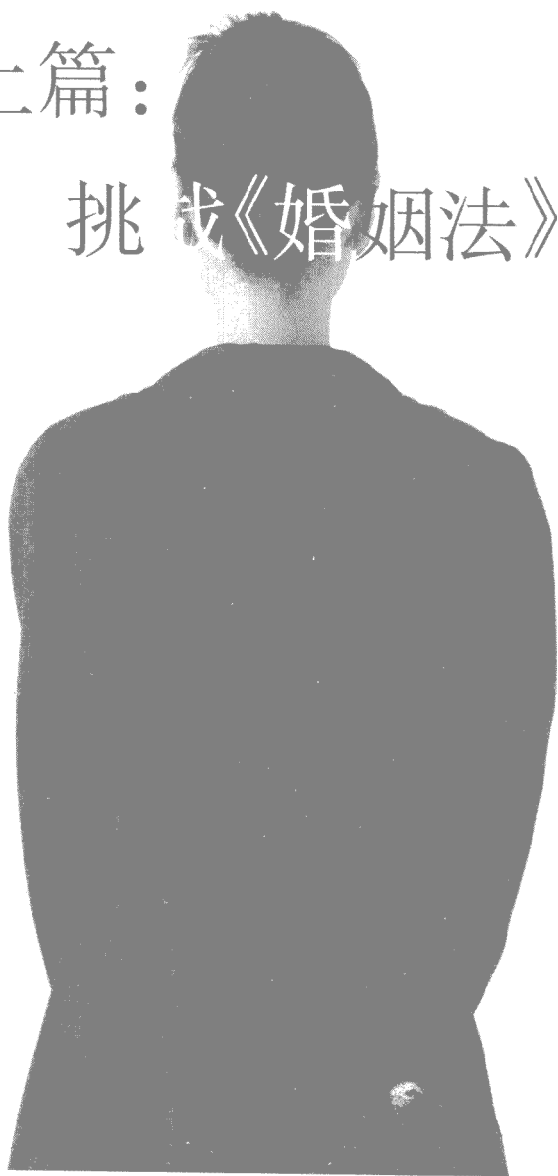


上篇：

挑战《婚姻法》



第一章：“包二奶” ——历史与现实的碰撞

没有哪部法律的修改能如此牵动万人心，
“包二奶”婚外同居，
该不该用法律手段惩罚婚外性关系，
专家访谈 前沿话题 你说我说。

A 修改牵动万人心

当新的世纪刚刚来临不久，在世界的东方，一条引起亿万人民瞩目的消息通过中国的各大媒体发出：中华人民共和国全国“人大”常委会办公厅全文公布了《中华人民共和国婚姻法修正草案》。并发出通知，在全国范围内征求广大公民的意见，以便对草案进行更为深入的研究和修改。

从 1995 年 10 月，第八届全国人大常委会第 16 次会议决定修改《婚姻法》具体工作由法制工作委员会承担，包括收集整理中国有关婚姻家庭的法律、行政法规、国务院有关规定、最高人民法院的司法解释以及国外相关的法律规定；开展调研。

1996 年，由民政部、最高人民法院、全国妇联等单

位有关人员组成的修改《婚姻法》领导小组和办公室成立，同年 11 月至 1997 年 12 月，有关部门和专家学者在认真细致的调研基础上，先后 4 次完成《婚姻法》草案试拟稿。

几易其稿，几经周折，《中华人民共和国婚姻法（法学专家建议稿）》终于在 1999 年 6 月出台。何等的艰难，何等的不易。该建议稿出台后并没有万事大吉，去年 5—6 月间，法工委调研组又南下上海、广州、西去新疆等地，与包括公安、民政、教育、妇联在内的各部门及随机抽样出来的市民，特别还包括了许许多多曾向妇联投诉的女性开座谈会，了解他们对法学专家建议稿的具体意见。

不仅如此，领导小组还委托全国妇联针对《婚姻法》修正草案进行了全国范围内的最大规模的抽样调查，4000 名 18 岁以上的成年人参加了抽样调查。最后，《中华人民共和国婚姻法（修正案草案）》终于出台。

可以毫不夸张地说，世界上还没有哪一个国家和哪一部法律的修改能牵动 10 多亿人口的关注。

从小二黑、小芹的争取婚姻自主到如今婚外性关系的随意；从旧社会的纳妾到如今的“包二奶”；历史在前进的同时，似乎在告诉我们：经济的发展，物质条件的提高，难道真要我们付出道德的代价？

B 专家访谈 修改不保守



杨大文 新《婚姻法 修正草案》专家建议稿起草组组长 也是 80 年代《婚姻法》草案的执笔人。

记者：请您介绍一下修正草案的大概情况。

杨大文：《婚姻法 修正草案》共有 6 章 52 条，包括总则、结婚、家庭关系、离婚、法律责任、附则 6 个部分。其中 家庭关系、离婚、法律责任等 3 个方面可能会引起比较激烈的讨论。

记者：正如您说的那样，离婚是最为人们所关心的一项内容。而且有不少人认为对离婚条件的修改、特别是时间上的要求，是不是增加了离婚的难度？

杨大文：这种担心我是知道的。人们所传言的新《婚姻法》限制了离婚自由 增加了离婚的难度 这都

是误解。前些时广东那边离婚率大涨，就是因为人们听了传言，担心新《婚姻法》出台后离婚不容易了，所以赶紧提前办理。修正草案中“因感情不和分居两年”应该是离婚的一个依据，但这句话就被许多人曲解了。人们把它理解为谁想离婚，就一定要分居两年整。其实情况并不是这样的，过去也好，现在也好，离婚最主要的是“夫妻双方感情确已破裂”。这里面有两个问题需要注意：一是不限制离婚，二是避免草率离婚。也可以这么讲，离婚应该是夫妻双方自由而且成熟后的选择，特别是有了小孩的时候，我们的修改并不是在增加离婚的难度，而是希望把“感情破裂”这个依据进一步具体化、规范化，这样也好操作一些。

记者：您能进一步讲一下具体化吗？

杨大文：可以。这里面有许多内容，比如重婚或有违背夫妻相互忠实义务行为的；比如有赌博、吸毒恶习的，或虐待、遗弃家庭成员的，或有被追究刑事责任的等等，分居两年轻仅是其中的一条。

记者：我国离婚率的状况是怎样呢？

杨大文：在我国调查中，1978年全国离婚率的对比率是100对夫妻中有3.4对离婚；1997年上升到13对，也就是说，从改革开放到现在20多年中，离婚对比率上升了10%以上。我个人不认为离婚率上升社会就不稳定了，人的道德就败坏了。其实恰恰是现代婚姻质量期望大大高于过去了。

记者：对于婚外恋，新的《婚姻法》会不会干预？有

处罚第三者的条款吗？

杨大文：我个人认为第三者问题，还是属于道德范畴的问题，因而在法律上是没有第三者一说的。夫妻关系之外的第三个人是第三者呢，还是感情之外的第三个人是第三者呢？很不好界定。关于惩罚嘛，只要他违了法，或者伤害了第二者，那么该按哪条就按哪条惩罚。

记者：现在社会上有个使用频率极高的词汇“包二奶”。新《婚姻法》会不会把“包二奶”也列入重婚罪里？

杨大文：这确实是一个热点问题，也是一个难点。有的省、市妇联同志讲，从时间上限定一下，这就是与他人共同生活半年以上就构成“重婚罪”，我看也难行得通。生活了5个月就暂分开或者再换一个“二奶”，那不就逃避了你的规定了吗？

记者：那最后怎样认定呢？

杨大文：我们提交的建议稿是这样表述的：以“夫妻”名义同居的就以“重婚罪”论处。当然现在的人都不傻，都不会以夫妻名义相称。他把“二奶”改叫小秘、公关经理、办公室主任，这样既冠冕堂皇又经常在一起。

其实我倒建议干脆在《刑法》中加一条叫“已婚非法同居罪”。

记者：但现在有舆论认为，这次《婚姻法》修正草案比较保守。

杨大文：我不认为我们保守，起码我就不保守。我说了，这部法律只是规定得具体了，是严了。很多人不明

白 其实法律越笼统才越容易严 而且是人为地搞严了。

国外的《婚姻法》有几百条 法国有 500 多条。而我们现行的《婚姻法》只有几十条。这次修正草案增加了一些，也不过近百条，而且，我们建议的一些条文拿给全国“人大”讨论时 还被删减了。

记者 哪些被删减了？

杨大文 比如 有关亲属制度的通则规定 包括亲属的种类，亲属的亲疏等级。因为它关系到许多方面。举个有趣的例子，现行婚姻法规定“三代以内的旁系血亲”禁止通婚，这是按照血缘关系规定的。有一个外国记者就问我，你们不允许“近亲”通婚，那么是不是允许“姻亲”（指儿媳和公公，女婿和丈母娘之类的联姻）？我们的《婚姻法》显然没有禁止这个。既然法律没禁止，那就是可以做的，但这又不符合人们的伦理观念。如果遇到这样的事，怎么判？这还是一个少见的极端的例子，其他比如遗产分配、涉外移民等都与亲属等级有关。所以 我认为 这次《婚姻法》修改 应该确立一些框架性的通则。

记者：您认为现在它偏重了实际社会问题？

杨大文 实际的社会问题当然也应该关注 但基础建设、制度框架更重要。从 1950 到现在，《婚姻法》只修改过一次。坦率地说，1980 年《婚姻法》补充的幅度并不大，今天甚至还可依稀看到 50 年代、甚至 30 年代苏区《婚姻法》的影子。现在都是什么时代了 为什么我们还停留在“小二黑结婚、刘小二退婚”的水平？要真正

使中国成为一个法治国家，应该首先使法律具体完善，制度化、系统化。目前的法律还是太模糊、太粗疏了。

记者：回到刚才关于保守的问题。我想知道您对儿女们感情纠葛上所持的态度。

杨大文：我基本不管，随他们去。众口难调，偏重多数。

记者：这次《婚姻法》修改的依据到底是什么？它最终体现了哪些人的观念？

杨大文：这还用说，当然是大多数人的观念。妇联在全国作了非常详细的调查，我们取了很多样。我知道，尽管我们有民意调查，听取了许多人的意见，但总有反对的声音。我做法律工作几十年了，还从来没遇到过一部法律像《婚姻法》这样受人关注，几乎是一场“全民大讨论”。不过，这也可以理解，《婚姻法》确实关系到男男女女、老老少少、家家户户。但你要知道，今天中国的男男女女、老老少少，观念发生了很大变化，不是一年两年，而是一个时代。它跟年龄、性别、经济收入、文化程度、个人经历、地区差异都有关系。所以，我们只能说，情况千差万别，我们考虑的是大多数人的意志。众口难调，各执一词。法律面前人人平等，但立法很难做到人人满意。我个人以为，《婚姻法》之所以修改，不仅是为了适应变化，更重要的是要保障大多数人婚姻质量。

记者：这会不会导致法律滞后，而不具前瞻性？

杨大文：我只能说，中国的法制建设要逐步完善。

C 又出新建议

重婚纳妾、包二奶、姘居等行为正在挑战我国的一夫一妻婚姻制度。早在 80 年代初期，一些沿海开放地区重婚纳妾、“包二奶”(上海称之为“养金丝鸟”)现象就已出现。到现在，无论是经济发达还是落后的地区，上述问题已成为妇女群众投诉的热点，并呈增多之势。广东省妇联 1996 年至 1998 年接受“包二奶”的投诉分别为 219 宗、235 宗和 348 宗。过去，“包二奶”行为较为隐蔽而目前则越来越公开化了。有的包了“二奶”又包“三奶”甚至“四奶”还有的妻妾共室。据广东省反映，在有重婚纳妾、“包二奶”行为的男性中，存在着以有能力养妾、“包二奶”为荣的价值取向，不少男性对此毫不隐瞒，甚至炫耀。一些经济尚不发达的地区也不同程度的存在重婚现象。由于经济发展程度的限制，虽然不以“包”、“养”的形式出现，但姘居、有情妇的情况比较普遍，影响了家庭的稳定。四川省都江堰市近两年向妇联反映婚姻家庭问题的共 224 件，其中因第三者涉足导致婚姻危机的 125 件，占 56%。

面对这一挑战，我国现行法律无论《刑法》或《婚姻法》都显得十分软弱，难以保护受害方的合法权益，广大妇女投诉无门。上海一位妇女反映，她的丈夫与

第三者长期同居，生了两个孩子。她到法院起诉，法院仍以证据不足驳回起诉。这位妇女痛心地说：“我的合法婚姻得不到保护，非法婚姻反而很嚣张。我搞不懂，生了两个孩子还不算重婚，什么算重婚？我还搞不懂，计划生育政策对合法婚姻管得很严，而他们生了两个孩子却没人过问！法律何在？天理何在？”福建省上杭县才溪乡每年有大量的劳力外出打工，他们有钱后找情妇是普遍现象，而且观念上认为情妇越多越有本事，群众对此也睁一眼闭一眼。

这些行为对社会的危害性表现在：

严重违背社会主义伦理道德，败坏社会风气；影响家庭稳定，导致大量家庭破裂、解体；引发大量刑事案件和治安案件。广东江门市在 1995 年至 1996 年因“包二奶”、养情妇引起的情杀、仇杀案件共死 8 人、重伤 1 人，出现许多非婚生子女，冲击计划生育政策，败坏了党风，导致党员干部队伍腐败，侵占国家集体财产。广东到目前为止揭发的贪污犯中，包情妇的达到 95% 以上。宝安一信用社主任大肆贪污公款，仅花在几个“二奶”身上的钱就达 2000 多万元。

重婚纳妾、“包二奶”、姘居等行为泛滥的原因复杂，但多年来没有法律制度的约束是重要原因。

一是我国《刑法》对重婚罪的规定过于严格，难以调整现实社会中发生的事实重婚行为。我国《刑法》及司法解释虽然都有重婚罪的规定，但是按照这些规定，构成重婚的法律要件是：当事人需履行婚姻登记

手续；当事人需要以夫妻名义同居生活。客观现实是，有配偶的人与他人共同生活，几乎没有人再次办理登记手续，对外也不以夫妻名义相称，他们对外以秘书、兄妹、保姆等名义相称的居多。因此能够按照《刑法》重婚罪定罪量刑的是极少数。上海市高级人民法院反映，近年来处理重婚案件仅几例，《刑法》规定的重婚罪形同虚设。

二是我国现行《婚姻法》对上述行为没有法律规定和制裁措施。现行《婚姻法》已有保护妇女、儿童和老人的合法权益的条款，在司法审判实践中对无过错方也有一定的照顾。但从实际效果来看，难以达到遏制重婚纳妾、“包二奶”的目的，有重婚行为者根本不在乎少分一点财产。

多数重婚纳妾、“包二奶”者，都有预谋、有目的地转移、隐匿、消耗夫妻共同财产，等受害一方发现后，为时已晚。离婚时对财产取证又非常困难，有的在离婚时不仅分不到财产，还要分担债务。广东一妇女是医学院的毕业生，她和丈夫结婚后共同奋斗，开了一家室内装修公司，目前资产数千万。自从 1995 年丈夫有了情妇后，长期与情妇同居不回家，和情妇一起买了房子和两辆车。她说：“我结婚 15 年 现在什么都没有，离婚时公司的几千万纯利润分不着，因为我取不到证据，会计、出纳都是他的人，人家不敢作证。我现在打官司的结果是，重婚罪不成立，我却负债累累。”

2000 年 4 月 全国妇联就修改《婚姻法》对全国 31

个省、自治区、直辖市的民意抽样调查结果显示，94.2% 的人认为对重婚纳妾、“包二奶”要予以法律制裁。88.5% 的人同意离婚时对故意隐匿家庭财产的一方要予以法律制裁，以保护受害方的合法权益。

因此 全国妇联建议：

一是对我国《刑法》规定的重婚罪作出司法解释，放宽重婚标准，规定以下行为视为重婚：有配偶的人与他人领取结婚证的；有配偶的人与他人举行结婚仪式的；有配偶的人与他人虽未举行结婚仪式，但以夫妻相称、在固定住所共同生活的；有配偶的人与他人虽未以夫妻相称，但有稳定的同居关系、在固定住所共同生活 6 个月以上的。重婚案件告诉才处理。对于社会影响恶劣、证据充足的重婚案件，按公诉案件处理。

二是在新《婚姻法》的总则部分增加维护一夫一妻制的条款：“保护婚姻家庭 禁止破坏一夫一妻制的行为。”在新《婚姻法》中 诉讼离婚必须实行过错原则，并分别罪与非罪，实行损害赔偿和照顾无过错方两种处罚措施。因为如果仅有照顾无过错方一种措施 很难达到遏制重婚纳妾“包二奶”行为的法律效力和社会效果，也很难达到保护受害一方合法财产的目的。建议规定：离婚实行过错原则。有下列行为的，过错方对无过错方进行损害赔偿，赔偿数额为个人全部财产的 20% 有配偶的人与他人领取《结婚证》的；有配偶的人与他人举行结婚仪式的；有配偶的人与他

人虽未举行结婚仪式，但以夫妻相称、在固定住所共同生活的；有配偶的人与他人虽未以夫妻相称，但有稳定的同居关系、在固定住所共同生活 6 个月以上的；实施家庭暴力致人重伤的。有下列行为的，照顾无过错方：有配偶的人有婚外性行为的；实施家庭暴力致人轻伤的等。

D 众说纷纭

李银河：应不应当用法律惩罚婚外性关系

在修改 1980 年《婚姻法》之初有人提出应当用法律的手段来惩治婚外性关系。具体的建议大致是这样的：夫妻应当相互忠实，如果一方不忠实，另一方可以诉诸公安部门排除妨害。后来由于反对声浪太高，在提交“人大”的正式修正草案中只增加了“夫妻应当互相忠实”一句。

本人既反对最初的建议，也反对后来保留下来的这一句被写进《婚姻法》。从法律用语的角度讲，我认为“夫妻应当相互忠实”是一个道德规范，不是法律用语（一个相反的例子是：“禁止重婚”。这样的用语才是法律用语）。把道德规范写入法律是否合适？是否必要？如果法律没有规定惩罚婚外性关系，还有没有必

要将‘夫妻应当相互忠实’写进《婚姻法》。

婚外性关系是违反婚约的，是不道德的，有婚外性行为一方往往造成无婚外性行为一方极大的精神痛苦和极大的愤慨。因此，对于一些人由此产生的用这种方法来惩罚婚外性关系的想法我可以理解，但即便如此，我认为这种想法是不妥当的，理由有三：

首先，实施惩治婚外性关系的法律是否可能。

从统计上看，婚外性关系在已婚人群中占有较大的比例。根据澳大利亚的统计，一生中有过婚外性关系的人数在已婚者中占到 43%。在西欧北美国家的统计数字也都与这一比例接近。在中国，我在 1989 年做过一个北京市的随机抽样调查，承认有过婚外性活动的人数比例是 6.4%。如果按年龄组来分别统计，年轻人比长者有过这种行为的人的比例要大得多。随着时间的推移，老一辈的谢世，婚外性关系在已婚人群中所占的比例预计会有较大的提高。

中国有句俗话说：法不责众。既然婚外性行为属于在人口中有相当大比例的人都会有的行为，一旦把它规定为非法，执行起来就会有困难。

如果在没有统计资料为依据的情况下贸然立法，就可能出现有法不依的现象。而确立了用公安机关惩治婚外性关系的法律，实际上又执行不了，或者只惩罚到那些比较笨的偷情者而使狡猾的偷情者逍遥法外，就会极大地伤害法律的严肃性。

其次，建立惩治婚外性关系的法律是否应当。