

注解婚姻自由原则 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_B3_A8_E8_A7_A3_E5_A9_9A_E5_c122_483237.htm 婚姻，被认为是人伦之始，是现实社会中建立家庭的最为重要的途径。人类在采用婚姻这种方式构筑社会基本体系的时候，为了保证这个被构筑体系的稳定性，人为的在男女长时间的两性关系上设立了许多障碍，从而达到规范和掌握微观社会的目的。在这诸多条件的桎梏下，婚姻成立的私益要件，即结婚双方当事人基于合意而结合所体现的个人意思自治不受公力及其他外部因素干涉的权利，也艰难的被确立下来了。

一、婚姻自由原则的产生及其确立

(一)婚姻是两性之间的一种社会关系 要论婚姻自由原则，就不得不涉及到婚姻这个概念。对婚姻的定义，我认为，婚姻应当是具有民事行为能力的自然人之间，因合意而建立起来的相对稳定的两性关系。婚姻是人们对这种社会关系的称谓，这种社会关系在婚姻这一统一名下，随着经济的、文化的和自然的发展，从本质上发生着变化和回归。当世纪之眼再次睁开的时候，我们发现，此婚姻早以不同于此婚姻了：原始社会初期基于血缘的群居是婚姻，奴隶社会和封建社会的一夫多妻是婚姻，现代社会的一夫一妻也是婚姻。婚姻的社会性质决定了这一种社会关系决非当事人只基于一己私利而可随意决定的。钱钟书将婚姻喻为“围城”，形象的描绘了婚姻的这种桎梏性。那么，除了两性的愉悦外，是否接受这个桎梏，接受这个桎梏后是否再寻求解脱的个人意愿及行为表示的不受干预，就是我们现在谈到的婚姻自由。

(二)婚姻自由原则的产生和确立 在两个人之间建

立一种长期的被社会因公益而认可的性的关系的这种自由，并非从来就有。前婚姻关系时期人类的两性关系，完全随性，除去自然条件的限制，应该说是非常自由的，但这时的两性关系还不具备婚姻关系的特征，所以这样的自由只是人类的一种本能，不是婚姻自由。在漫长的原始群婚状态下，随着两性和血缘关系社会形式的发展变化，群婚制下的各种婚姻禁例越来越多，越来越严格，男女由选择随意的群居的自由，转向选择一男一女对偶同居的意愿，逐渐形成了原始社会的对偶婚制度。随着私有制的出现，保护家庭、宗族财产的古代型婚姻家庭制度确立了构成社会的最小单位，即一夫一妻制。这种制度“是建立在丈夫的统治之上的，其明显的目的就是生育确凿无疑的出自一定父亲的子女；而确定出生自一定父亲之所以重要，是因为子女将来要以亲生的继承人的资格继承他们父亲的财产。”它“不是以自然条件为基础，而是以经济条件为基础，即以私有制对原始的自然长成的公有制的胜利为基础的第一个家庭形式。”在这种婚姻家庭制度下，男女、夫妻、父子、家长和家属之间的人身依附关系十分强烈。婚姻当事人双方对建立婚姻关系的个人意愿的自主性微乎其微。婚姻自由这个概念，还是随着商品经济的发展而产生的。早在古代罗马，因为商品经济的发达，罗马万民法中规定，在符合法定要件时，依当事人的合意即可成婚，这种婚姻被成为略式婚，即无夫权的婚姻。这种婚姻制度，看起来似乎可以在一定程度上保障当事人的婚姻自由，而且，妻子的家庭地位也相对来说有了较大的改善。发展到后来，合意婚逐渐代替了市民法上的正式婚，成为罗马婚姻家庭社会的主流。相对而言，进入封建制的欧洲，受宗教的

强烈影响，在婚姻家庭制度，发展缓慢。当时的教会以婚姻家庭为其世袭领地，力图使其宗教化和神圣化。在实质要件方面列举了众多的婚姻障碍，在形式要件方面要求举行一定的宗教仪式。关于婚姻的解除，寺院法诸教义均采取禁止离婚主义。此时的婚姻自由是以明文规定的婚姻不自由的方式表现出来的。宗教改革以后，婚姻家庭方面的立法权和司法权逐渐由教会转归国家机关，婚姻家庭从天国回到人间，这场轰轰烈烈的婚姻还俗运动为罗马法的复兴和资产阶级婚姻家庭制度的确立奠定了基础。同古代型的婚姻家庭制度相比较，资产阶级的婚姻制度中开始确立了婚姻自由的原则，并赋予其更加先进的内容。1804年《法国民法典》以公民权利平等、契约自由等资产阶级的法律原则为其立法依据，关于婚姻的成立，该法对婚姻合意、法定婚龄、禁止结婚的亲属关系和禁止重婚等都作了具体规定。在当时的历史条件下对确立资产阶级的婚姻自由原则具有进步意义。关于婚姻的终止，该法在有关规定中列举了各种法定的离婚理由，同时还规定了须受法律严格限制的协议离婚制度。离婚理由方面的某些规定对夫妻双方来说还是不平等、不公正的。作为大陆法系婚姻家庭制度的代表，1804年的《法国民法典》中的婚姻制度代表了那一时期资产阶级对婚姻自由和社会利益的理解，从此，婚姻自由的精神开始在文明社会滥觞。英美法系在亲属法近现代化的发展过程中的立法改革是比较缓慢、保守的，但自第二次世界大战后也有了明显变化。在离婚自由原则上，1957年以前，英国法仍采取禁止离婚主义，1957年颁行的处理夫妻案件法开始实行判决离婚制度，但当时离婚的法定理由极为有限，经过多次修改后离婚的法定理由才逐

渐扩大。1969年的离婚法不再坚持过错原则，将婚姻已经无可挽回的破裂作为诉请离婚的理由。为此，原告一方必须证明存在着法律所指明的一项或一项以上的事实，以此作为婚姻破裂的依据。这些事实包括：被告与他人通奸为原告所不能容忍；基于被告的表现，原告无法与其共同生活；被告遗弃原告达二年以上，并在继续状态之中；双方分居二年以上，且被告也同意判决离婚；双方分居五年以上。由此可见，上述规定是兼采破裂主义和有责主义，将两者结合起来考虑的。不论是法国、德国等国的婚姻家庭法还是英国、美国的婚姻家庭法，都是资本主义婚姻家庭制度在存续期间因社会政治、经济、文化、妇女地位、家庭结构与功能、生活方式和伦理道德等诸多方面的不断变化的适应和调整。表现在对滥用亲权的限制，夫妻的法律地位更趋平等，在离婚法上从限制离婚主义走向自由离婚主义等方面。婚姻自由原则定义的外延也因这些外在表现而不断扩大，现代婚姻自由的精神在全世界大多数国家普及开来，人们由觉醒、接受转变为自觉的追求和维护。我国的婚姻家庭制度，受前苏联婚姻家庭制度的影响颇深，从它的发展轨迹可以看出：在根据地时期的1931年《中华苏维埃共和国婚姻条例》、1934年《中华苏维埃共和国婚姻法》的最主要内容就是确立男女婚姻自由原则：废除封建包办婚姻、强迫和买卖婚姻、实行离婚自由、实行男女平等等等。与此同时，为维护革命军队的稳定，还规定了红军战士之妻离婚必须征得其夫同意。从立法的角度来看，这两部婚姻制度调整的范围没怎么涉及到家庭关系，但就其所规定的有关结婚、离婚及相关问题来看，这两部有关婚姻制度的规定对男女在平等地位上的婚姻自由阐述的十

分贴切，带有很浓的乌托邦色彩，为我国新的婚姻家庭制度奠定了初步的法律基础，新中国婚姻家庭立法由此而威。

二、婚姻自由的内容和实质

(一)婚姻自由的现行定义 从我国历次修改婚姻法的结果来看，我国婚姻家庭制度中规定的婚姻自由原则，主要还是排除第三人对婚姻合意自主权的侵害和婚姻关系中一方对另一方的强迫，侧重于对其他私力干预的排除。而对符合公共利益的公力干预，予以认可和支持。这一点，从我国婚姻法中对婚姻自由的定义可以看出。婚姻自由作为婚姻制度的首要原则，我国学者现在给它的定义是：婚姻当事人有权根据法律的规定，自主自愿的决定自己的婚姻问题，不受任何人的强制和非法干预。这个定义的大前提是在先行法律允许范围内和可以依法干预，当事人的自主自愿早已不是从完全私益的角度出发的了。现在有一种观点认为：“国家对于婚姻的所有规定，目的仅仅在于为结婚的当事人服务，结婚者之所以来登记，决不是来通过政府的审查，更不是央求政府批准。而是来与政府达成这样一项契约，既然我们来登记了，那么我们就付出了代价——限制了自己的不登记而结婚的自由；因此，你必须拿出一些东西跟我们交换，就是政府服务。但我们不要求你服务时，政府不要来干涉我们的私事，你应是招之即来、来之能干、干之能好。对于不来登记的结婚者的唯一惩罚是：他们不能要求政府提供关于政府的服务。”(注2)我认为，如果政府也是持这种观点来看待结婚登记程序，减少形式上的制约，肯定会使结婚的实质要件即当事人自主自愿的合意更加真实。

(二)关于离婚自由的争论和立法进步 作为婚姻自由的两个方面，结婚自由和离婚自由共同构成婚姻自由原则的完整含义。结婚自由

是建立婚姻关系的自由，离婚自由是解除婚姻关系的自由；结婚自由是实现婚姻自由的先决条件，离婚自由是结婚自由的必要补充。离婚使不自由的婚姻得以解除，为缔结自由的婚姻创造条件。没有离婚自由，就根本不可能有完全的结婚自由。相对于结婚自由，离婚自由是经历了更多的坎坷和责难才逐步建立起来的。婚姻制度发展到今天，经历了禁止离婚主义、限制离婚主义，到如今成为立法主流的自由离婚主义，越来越强调尊重和保护公民的婚姻自主权，尊重婚姻关系的本质，这正是婚姻法律制度先进化、文明化的标志，也是我们继续追求更完美的婚姻自由的动力。前段时间，因，为新婚姻法草案的修改，对离婚自由是否应当进一步限制的问题，各界展开了激烈的争论，赞成进一步限制的理由是：离婚自由导致草率离婚，离婚率急剧上升，对社会稳定不利。反对进一步限制的理由是：限制离婚自由就是限制结婚自由，是婚姻制度的倒退，限制离婚自由只会使婚姻当事人双方的矛盾继续困在旧有体制下，不得舒解，更加不利于社会的稳定与发展。其实，从我国的立法实践来看，随着社会经济的发展文化的进步，对离婚自由的限制不是更多了，而是一个在逐渐放宽的过程。来分析一下：一、离婚理由方面：80年《婚姻法》第二十五条“……．人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。”比之50年《婚姻法》第十七条的“……男女一方坚决要求离婚的，经人民政府和司法机关调解无效时，亦准予离婚”更具体，有更明确的调解目标，并且，50年《婚姻法》规定，离婚得先由政府进行调解，调解不成再转报县或市人民法院处理。80年婚姻法之一方提出离婚的只需直接向法院起诉，较

之更为简便，宽松。二、与怀孕、分娩妇女离婚的限制：50年《婚姻法》第十八条“女方怀孕期间，男方不得提出离婚；男方要求离婚，须于女方分娩一年后，始得提出。但女方提出离婚的，不在此限。”80年《婚姻法》第二十七条“女方在怀孕期间和分娩后一年内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚要求的，不在此限”。从这两条可以看出，对与怀孕及分娩妇女离婚的限制，80年比50年放宽了，男方之离婚诉求不再全部禁止，这显然是社会发展到一定阶段，男女平等的一种表现。三、离婚成本中财产分割及子女费用方面：50年《婚姻法》第二十一条、第二十二条第二十三条、第二十四条等，强调保护妇女的财产权利，如：女方之婚前财产归女方，其他家庭财产协议或根据照顾女方子女利益等原则判决分配(第二十三条)；女方抚养的子女，男方应负担生活费和教育费的全部或一部分(第二十一条)；共同债务如以夫妻共同财产不足清偿时，由男方清偿(第二十四条)等。80年《婚姻法》强调在男女平等的基础上保护妇女、儿童的财产权利。如：一方抚养子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部分或全部(第三十条)；共同债务以共同财产不足清偿时，协议清偿，协议不成，由人民法院判决(三十二条)。这种对男方离婚成本的放松规定，恰恰是在回归自由的本质，即真正的婚姻自由应当是建立在当事人地位平等的基础上的。当然，在我国目前的情况下，因传统、自然条件、风俗等诸多方面的原因，妇女的社会和经济地位明显低于男子，国家用立法和司法的方式来保护妇女、儿童和老人这些弱势群体的利益是非常有必要的。但我相信，随着产业革命的不断更新，男子与女子相比

的体能优势将会不断弱化，男女真正意义上的平等《良快就会实现，这时的“婚姻自由”将会有新的含义。这场争论不光表明了大家对婚姻自由的想法，也向我们展示了一个婚姻家庭制度不可回避的问题，那就是对待婚姻，个人意愿与社会利益的矛盾问题。在两性关系中，国家应当扮演什么样的角色？我们欣喜的看到，2001年4月28日颁布的修改后的《婚姻法》中第一次规定了“子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。”这一条款，解放了悬在中老年人头上的亲权束缚和经济上的顾虑，对人们在中老年时期的婚姻自由给予了明确的法律支持。我国是一个受前苏联影响极大的社会主义国家，50年和80年的婚姻立法，都带有非常明显的计划经济的影子。社会供应要计划，社会需要要计划，作为组成家庭这一社会细胞的重要方式婚姻，当然也要计划。在计划的婚姻制度下，社会公共的利益被片面的夸大了，当事人的意思自治，被社会的可控制性这一公利的需要压到了一个较小的层面。一切，服从于社会，服从于国家。《婚姻法》中关于婚姻自由的原则，虽已成文，在司法实践中却没能得到充分的实施。前面谈到的关于离婚自由是否应当进一步限制的争论，其实也是婚姻自由社会性与自然性的矛盾体现。婚姻自由是一个社会范畴的概念，必然随着社会的发展不断更新变化。由于人们对自由不同理解，婚姻自由也展现着社会定位与自然定位的迥异面孔。其中，社会干预在于行使自由不得侵犯他人，不得危害公共利益；个人意愿则侧重由心而发，不受干预。两种矛盾你消我涨，互相牵制，幸好，人类社会在发展，人和社会都在进步。婚姻自由

在内部矛盾和外部矛盾的相互作用中螺旋上升，体现着婚姻制度中最为重要的价值的进步和回归。三、婚姻自由原则的进化 婚姻自由原则由婚姻制度来体现，作为民法体系中的婚姻家庭法，无论是身份关系还是财产关系，都应以婚姻关系主体的权利为价值本位和规范重心。所有的婚姻制度都应是旨在确认和保护主体的身份权和连带的财产权利及利益。而婚姻自由权正是婚姻主体最基本的权利，从其发展轨迹可以看出，婚姻自由源于两性间达成长期性关系及接受这种关系的后果的合意，是自发形成，开始仅受自然条件约束，继而被氏族约束，被体制约束，被宗教、被伦理约束，约束成为一种习惯，变成文化。但是，当私有制再度发展壮大并成为社会的主要方式时，婚姻主体的这一权利，有了实现的物质和思想条件。结婚与否，采取什么样的两性生活方式，是否需要法定形式来记录自己的结合与分离已是当事人可以自主决定的并为社会舆论所默认或赞同的了。现在，除了对婚姻生活方式的自由选择(如同居)已被被社会所认可外，对性的主体的选择自由也在为世人所接受的过程中。同性恋，在几年前还被认为是离经叛道的变态行为，现在也逐渐被宽容和允许。西方国家中已有法律承认和保护。这其实是对主体的一种选择，婚姻的主体不再局限于两性之间，这令婚姻自由从对主体的选择权上得到了解放。我国现行《婚姻法》还不承认同性婚姻，但在民间，已经有了许多同性同居关系或明或暗，正在被理论界和世俗所认可。从同居到同性恋，我们似乎看到婚姻自由在无节制的滥用，这是否意味着社会即将堕落，干预必须奋起呢？当然不是！首先，人是社会的动物，在充分实现的婚姻意愿当中，就综合了性的偏向、个人的道德

观念、宗教思想等等社会性的东西，不再像原始人那样只有性和繁衍的需要。其次，自然法则也在不断规范着人类的性的方式，随着性传播疾病特别是爱滋病的泛滥，人类正在自觉和不自觉的调整着自己的性行为，在这些调整方式中，形成较为固定的性伴侣关系不也接近传统的婚姻关系吗？第三，社会的过多干预，不但与事无补，反而会造成婚姻法律制度的倒退。历史唯物主义已经阐明，经济基础决定上层建筑。社会经济发展影响到了人们的生活方式，人们形成的新的社会关系又将影响上层制定新的行为规范，许多国家不是已经承认同性恋合法了吗？写到这里，我也不禁想问：我心目中的婚姻自由，到底是什么？看起来似乎已有了明确的答案，只是，当我选择具有民事行为能力的双方对形成长期的两性关系所表现出来的合意来作为它的定义的时候，我不知道应该更贴切的叫什么，婚姻自由吗？100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com