

婚姻法的几个理论问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_A9_9A_E5_A7_BB_E6_B3_95_E7_c122_485231.htm 引言婚姻法以人们的婚姻家庭关系为调整对象，涉及每个社会成员的安身立命之本，尽管对婚姻性质和婚姻法性质的认识各有不同，但无可否认的是，婚姻法是非常重要的法律。从世界各国的立法实践来考察，撇开立法体例和习惯的差异不谈，各国仅以婚姻关系为调整对象的法律规范都不吝笔墨，力求详尽，一般都在二百条上下。[1]即令是以言简意赅而著称的《瑞士民法典》，其调整婚姻关系的规范也多达162条（第90条??第251条）。而反观我国，婚姻家庭观念比西方诸国远为厚重，而且新中国颁布的第一部重要法律就是婚姻法，婚姻法的重要性在我国可见一斑，我国的婚姻法本应该及尽详尽和完备才是。然而，作为我国社会主义法律体系发轫之作的婚姻法，数十年来虽几经修改更替，其规模始终不过数十条，而且其中还包括大量的以父母子女关系等其他家庭关系为调整对象的法律规范。实际上，细数起来，我国法律中真正调整婚姻关系的法律规范恐怕从来就没有超过四十条。这与婚姻法的重要地位无疑是?不相称的。随着我国社会经济生活的不断发展，我国社会的婚姻家庭观念也在悄然发生着变化，在此社会背景下，新世纪伊始，我国又一次修改了婚姻法。随着我国社会主义法治的渐次推进，社会公众法律意识的不断增强，国人对这次婚姻法的修改倾注了前所未有的热情，又寄予了很大的希望。在万众瞩目的期盼中，这次修改婚姻法，补充了若干重要的内容。但是，必须认识到，我国目前正处于

一个新的社会转型期，包括婚姻观在内的诸多社会观念正在进行着潜移默化的变化，婚姻家庭领域中的诸多社会元素尚处于不稳定状态，法律对这变化着的社会生活当然不能熟视无睹，当然更不可贸然定论。另外，我国的立法资源又相对短缺，短期内奉献给国人一部完美的婚姻法确属力有未逮。再者，我国民事立法尚显滞后，婚姻法赖以为基础的民事基本法尚付阙如。[2]在这种情形下，期望通过婚姻法的一次修改对各项制度进行全面的完善，达到较为完备的水平，甚至达到与世界先进立法一较长短的地步，显然是不现实的。正是因此，此次修改在整体篇幅上仍未有明显的扩充，也就并不难理解了。正是因为如此，可以说，这次婚姻法的修订，只是我国婚姻法走向完备的一小步，而加强婚姻法理论研究是完善我国婚姻法的必由之路。众所周知，一切法律规范总是围绕着其所调整的社会关系的核心内容来加以设计的。通常，调整该社会关系的核心内容的法律规则就是该法律的基本规则，继而以基本规则为轴心辐射到该社会关系的方方面面。婚姻法的核心内容，就是婚姻关系的存废规则。因为婚姻关系存废的法律规则是婚姻这一社会现象的产生、消灭运动过程在法律上的直观反映，它集中体现了法律对婚姻的社会妥当性的价值评价，因而表明的是法律对婚姻的基本态度。它也最能凸显法律婚姻观与其他社会规范的婚姻观，尤其是道德婚姻观的差异，是建构婚姻法律制度的主线。从这个角度出发，我国新《婚姻法》关于结婚要件、无效和可撤销婚姻及离婚几方面的规定似乎仍有进一步补充和完善的必要。新《婚姻法》已颁布经年，现在来谈新《婚姻法》，无非是期待着对更完善的婚姻法的早日到来能在理论上有所裨益

。关于结婚要件 婚姻关系始肇于婚姻缔结，结婚是法律对婚姻关系进行规范的逻辑起点。而法律关于结婚要件的规定反映了法律在婚姻问题上，于个人自由和社会秩序之间寻求平衡的良苦用心。

一、结婚要件 摆脱了等级身份桎梏的文明婚姻观都认为，婚姻从本质上来说是当事人之间的私事，婚姻自由是一切婚姻规范的核心原则，法律婚姻观也不例外。本来，从自然本质上来说，婚姻是以人的性差别为纽带，以组成家庭、共同生活为目的的一种结合，这种结合是以人的感情而不是以其他为基础的。在现代道德规范中，婚姻自由就体现为人们感情的自由结合，没有感情的婚姻是不道德的婚姻。感情是道德据以评价婚姻社会妥当性的标准。然而，法律调整的是客观具体的社会关系，感情也许是婚姻社会关系发生的基础，但并不是婚姻关系的客观表现。从技术要求上来说，法律的评价标准必须是客观的、具体的，至少是可以凭籍形诸于外的客观行为加以衡量和证明的。而感情是人们的一种主观内心思想活动，不是客观行为，是极为抽象的概念，不能作为法律的评价标准。实际上，感情根本就不是法律的调整对象，是典型的“法外空间”。现代民法上所谓“精神损害赔偿”，乃是从针对对他人精神造成损害的行为而言的，该制度调整的是人们的行为而不是感情本身。如果仅对他人在思想层面上怀有怨恨。憎恶等不情感，则无论对他人造成怎样的痛苦或伤害，法律都无法、也不应该过问。至于婚姻，法国作家伯特兰---罗素更是一针见血地指出：“婚姻是比两个伴侣的快乐更为重要的东西，婚姻是一种制度，这制度通过生育这一事实，成为社会结构的一部分，它的价值远超过夫妻之间的私人感情”。[3]可见，感情是婚姻的基

础，但只是道德基础，而不是婚姻的法律基础。从法律性质上来说，婚姻是一种典型的双方法律行为，双方民事法律行为其成立的法律基础就是合意。具体到婚姻，就是当事人是否双方结成夫妻、共同生活的合意。法律对婚姻自由在结婚环节的保障就体现为给予当事人依自己的意思结成夫妻的权利。结婚的合意是法律判断婚姻关系能否成立的普遍标准，至于当事人是不是基于感情而达至合意，法律在应所不问，也无法过问。世界各国立法，大多认为“合意”是婚姻缔结的法律基础。我国新《婚姻法》第五条也规定：“结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉”。该规定本身就包含了这样一层意思：在法律上，婚姻依当事人合意而不是依感情而产生，当事人是否有感情基础，在所不问。如果将该条规定的这一含义彻底坚持下去，我国新《婚姻法》本来很容易就可以彻底走出长期困扰我们的“感情误区”，可惜最终我国新《婚姻法》还是没有走出这一步。

二、关于结婚能力 婚姻既然依当事人的合意而产生，婚姻当事人行为能力如何，对婚姻关系的缔结就有着重大的意义。而遗憾的是，新《婚姻法》对于结婚人的行为能力却没有加以规定，而只规定了结婚年龄。对于结婚年龄限制的性质，有人认为在性质上属行为能力限制。我以为不然，其一，法定婚龄的限制，其目的主要是为了维护社会利益，而行为能力制度主要是为了维护行为人的利益，二者在价值取向上可谓公私有别；其二，二者的立法所依据的基础不同，行为能力的状况如何，取决于行为人的意思能力的状态，而法定婚龄的确定，并不以行为人意思能力的状态为依据，因此，在不少国家，法定婚龄都小于法律规定的有定

全行为能力的年龄；其三，行为后果不同，民法理论上，行为人为行为能力欠缺而进行的民事行为，可以依其代理人的法律行为而予以补正，在性质上属可撤销民事行为，但不到法定婚龄而结婚，在法律上并无依人的特定行为而补正的余地，在性质上属于无效民事待行为。不到法定婚龄的结婚，本质上属无效法律行为，但若此状态延续至双方届至法定婚龄，从状态上来讲，延续至此的婚姻已经完全符合婚姻的有效要件，属有效要件，则为了稳定社会关系，尊重当事人的选择起见，法律就将以前的婚姻按有效婚姻对待，从理论上讲，时间的经过是重要的法律事实，可以导致民事法律关系的产生、变更和消灭，这并不属于补正的范畴。所以法定婚龄的限制，并不是行为能力限制，而是法律对婚姻的缔结而规定的一种特别条件。分析起来，新《婚姻法》对于行为能力欠缺者的结婚问题未作规定，恐怕与我国法定婚龄高于享有完全民事行为能力的年龄不无关系，因为成年人结婚自然就不存在意思能力欠缺问题。但这忽略了精神病人的婚姻问题。禁止精神病人结婚，则剥夺了这类民事主体享有夫妻家庭之爱的权利，显然是不公平和不人道的，现代社会的法律不应该、也不可能有此规定。实际上，在我国精神病也并不属于法律规定的禁止结婚的疾病。但是，我国《婚姻登记管理条例》第九条又规定，结婚登记必须双方亲自进行。而精神病人因欠缺必要的意思能力，是无法通过自己的行为缔结婚姻的。这样一来，就导致我国法律对欠缺行为能力的主体所为的民事行为法律效力既不认可，又排斥其通过代理实现其权利的可能。这对精神病人合法权益的维护殊为不利，也与民事法律行为的一般理论相矛盾。所以，我国《婚

姻法》必须增加有关欠缺行为能力的民事主体缔结婚姻，须由其法定代理人同意的规定。这种同意须向对方或对方代理人表示，自不待言，更重要的是这种同意还必须向婚姻登记机关表示。这样才有利于保护精神病人的合法权益。又不致引起与传统民法理论上的混乱。

三、关于婚姻障碍

结婚条件中各国立法普遍承认的还有“无婚姻障碍”。如果说，法律规定婚姻因当事人的合意而产生，是为了保护当事人个人权利而确立的普遍规则的话，那么对某些特殊情形设置结婚障碍，就是法律为了维护社会利益而作的特殊要求。婚姻从本质上讲，当然是当事人的私事，但婚姻的社会性也是显而易见的，一方面婚姻是人类社会生产和再生产的方式，另一方面婚姻还是人们参与社会生活的一种形式。因此，婚姻对社会秩序和民族发展有着深远的影响，因此法律从维护社会公共利益的目的出发，对婚姻的缔结进行适当的限制当然是极为必要的。从各国法律实践来看，婚姻障碍分为两类，一是从生理学的出发，将某些不利于人类再生产的情形确定为婚姻障碍；二是从伦理道德的角度出发，将某些对社会公序良俗有不良影响的情形确定为婚姻障碍。当然也有的婚姻障碍包含以上两种因素，如直系血亲禁止互婚的规定。我国法律也有婚姻障碍的规定。不过，我国新《婚姻法》第七条规定的婚姻障碍都是从生理学的角度考虑的，而对一些虽对当事人及其后代虽无生理上的危害，但对社会秩序有所危害的情形未作规定，这主要体现在禁止结婚的亲属方面。世界各国对禁止结婚的亲属的范围，宽窄不一，在此不必赘述[4]首先禁止结婚的情形是否包含拟制血亲在内，从各国立法实践来看，都是指明包括拟制血亲在内，而且，为稳定社会关系，

维护公序良俗，多数国家规定即使在收养关系解除后，养父母与养子女之间亦不得结婚，[5]对此，我国法律似乎应以确认为宜。1953年，最高人民法院中南分院在有关司法解释中曾规定，对直系姻亲，拟制血亲和继父与儿子等之间，应尽量说服他们不要结婚，但双方态度异常坚决的，也可根据具体情况适当处理[6]。该司法解释直至现在仍有效，但它产生于建国之初，封建婚姻家庭观念影响还很深的时代，当时的法制又不健全，解释本身对这些情况下当事人是否可以结婚也未置可否，因此对此问题实有重新检讨的必要。对此，我们认为，收养关系未解除时，法律对于养亲关系与自然血亲关系应该有同一的对待，其在婚姻法上所生之效力亦不例外。这样才符合一般社会公共伦理。在收养关系解除后，为维护收养制度的严肃性，同时顾及社会公众的一般观念，对养父母与养子女之间，亦应该禁止结婚，但对其他人之间的婚配可不必限制。其次，对于姻亲和继亲之间结婚是否有所限制的问题，我国新《婚姻法》也没有给予规定。姻亲关系虽无血缘上的联系，但尊卑直系姻亲之间结婚一方面有违传统道德伦理，另一方面也容易造成法律身份上的混乱。比如儿媳与公公结婚，则会造成儿媳与儿子原来所生之子，既为公公之亲孙又为公公之继子。该女子与前夫和现在丈夫所生之子则在血缘和法律上既为亲兄弟又为亲叔侄的尴尬局面。因此，直系尊卑亲之间不宜结婚，对此各国法律也多有规定。[7]至于继亲属，在法律上并无亲属关系，也无血缘关系，他们之间缔结婚姻恐怕不宜在法律上予以限制。关于无效婚姻和可撤销婚姻 一、可撤销婚姻、无效婚姻与离婚的制度比较 确立无效婚姻制度和可撤销婚姻制度，是新《婚姻法》的一大

突破。但有人也认为，离婚制度与可撤销婚姻制度都是由婚姻当事人来决定婚姻关系的存废，二者在功能上是重叠的。因此，有离婚制度的存在，可撤销婚姻制度就不宜规定，当事人若无意维持现存婚姻，完全可以离婚。而在有些国家民法中，确实只有关于无效婚姻的规定，而无可撤销婚姻的规定。[8]对此问题，我们不妨从民法理论上作深入分析。离婚与婚姻撤销的法律后果有天壤之别，离婚是婚姻关系的解除，在离婚之前持续的婚姻是有效的，而婚姻撤销，则婚姻自始无效，这对婚姻当事人来说，其现实意义迥然有异，二者在功能上决不能相互代替。其次，有些国家民法中虽只有关于无效婚姻的规定，而无可撤销婚姻的规定。但是，这些国家也仅是在形式上对无效民事行为和可撤销发民事行为不加区分，都采取了无效民事行为的表达，而在法律后果上对这两类行为法律处置，仍然表现出不同的方法和目的。[9]比如在意大利，对仅影响当事人私益的无效婚姻，比如无婚姻能力而缔结的婚姻，是由婚姻当事人提起消灭婚姻关系诉讼的，检察机关不能主动提起消灭婚姻关系的诉讼。[10]但对影响社会公共利益的无效婚姻，比如因婚姻障碍而无效的婚姻，则可以由检察机关主动提起消灭婚姻关系的诉讼。[11]法国也一样，其民法典规定，对仅影响当事人私益的无效婚姻，仅可以由私人提起诉讼。比如，未经夫妻双方或其中一方自由同意而缔结的婚姻，仅得由当事人提起消灭婚姻关系的诉讼，未成年人结婚未经其法定代理人同意，仅得由其法定代理人提起消灭婚姻关系的诉讼。[12]但对影响社会公共利益的无效婚姻，比如因未到法定婚龄、重婚等原因而导致的婚姻无效，检察机关可以主动攻击之。[13]我国民法是区分

无效民事行为可撤销民事行为的[14]。况且，不区分无效民事行为行为和可撤销民事行为在理论上未必行得通。二者在法律后果、可补正与否等方面的差异尚在其次，最根本的原因在于二者体现了法律不同的价值取向，这不是通过法律的技术处理所能解决的。无效民事行为损害的是社会公共利益，法律对该类行为作出的是有关公共利益的否定评价，其立法目的是维护社会公共利益；而可撤销民事行为，涉及的是行为人的个人利益的得失问题，法律仅从制度上赋予当事人选择权，而并不对其直接作出价值判断，其立法目的在于维护行为人的个人利益。正是因此，从规范的性质来说，法律关于无效民事行为的规定是公法规范，而关于可撤销民事行为的规定是私法规范。[15]这决定了二者在许多民事制度的适用上有不同的处置，比如诉讼时效制度，对请求确认民事行为无效的请求权来说，应该就不适用。[16]当然，对于因无效民事行为而产生的各种损害赔偿之债，与民事行为无效本身不可混同。正如有权机关宣告民事行为无效，但不会再替因此而受损害的当事人主张赔偿一样，其目的有公、私之别。因此，这种损害赔偿之债请求权仍受诉讼时效制度的约束，自不待言。可见，无效婚姻制度与可撤销婚姻制度分立，实有其必要。我国新《婚姻法》在此问题上的选择，是非常正确的。而且必将与我国合同法关于无效合同和可撤销合同制度一道，形成一股合力，为彻底厘清无效民事行为与可撤销民事行为作出贡献。

二、婚姻无效或被撤销的财产法律后果

然而，在无效婚姻和可撤销婚姻的法律后果方面，我国新《婚姻法》的规定仍存在一定瑕疵。我国新《婚姻法》第十二条规定“无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有

夫妻的权利和义务，但同居期间所得的财产，除重婚的以外，按共同财产分割；对有过错的一方，可以少分或者不分。当事人所生的子女适用本法关于父母子女的规定。”该条之中对于无效或被撤销婚姻的有关财产处理的规定，颇值商榷，无效或被撤销婚姻当事人，曾经有夫妻共同生活的事实，其共同生活期间所得财产，法律认定为共同财产本无不妥，但是否可以以当事人的过错为分割依据，则在理论上不免大有疑问。共同财产的分割，在法律性质上属物权法中的所有权法律关系，而当事人对婚姻无效或被撤销负有过错，产生的是民事法律关系破裂的过失损害赔偿之债，其内在机理类似合同法上的缔约过失责任。以合伙合同为例，合伙合同无效或被撤销时，难道可以因当事人的过错而在分割共同财产时对其少分或者不分吗？当然不行，无过错方仅有损害赔偿请求权。所以，共同财产的分割与婚姻无效和被撤销的过错损害赔偿，一属所有权法律关系，一属因人身权法律关系所生之债权法律关系，二者应是并行不悖的，不可混为一谈。我国新《婚姻法》的规定，以“过错”作为共同财产分割的依据，实在是混淆了所有权法律关系与债权法律关系，在理论上显属不当。较为妥当的作法是，将“对有过错的一方，可以少分或不分”代之以“无过错的一方有权向有过错的一方请求损害赔偿”。

三、无效婚姻和可撤销婚姻的范围

根据前文对于结婚条件的分析，我国新《婚姻法》对无效婚姻和可撤销婚姻情形的列举，似乎也不尽全面。先说说无效婚姻。我国新《婚姻法》第十条第一款第二项所指的禁止结婚的亲属关系，如前文所述其范围应有所扩大自不待言。另外，依敝见，当事人双方并不以结成夫妻共同生活为目的，而是

为了其他目的而登记结婚，但实际生活当中双方互不履行夫妻义务的婚姻，是虚假婚姻，亦不应在法律保护之列。虚假婚姻是对社会公共利益的一种损害，归根据结底背离了婚姻关系的目的。在多数情况下虚假婚姻表现为一种法律规避行为，应认定其为无效婚姻，比如，美国的实践当中就有虚假婚姻无效的规定，尤其是为移民目的而缔结的虚假婚姻，是打击的重点。另外，意大利民法也有关于虚假婚姻的规定。

[17]由于我国也存在形形色色的虚假婚姻，如为骗取单位分房或为骗取他人财产，规避债务等等目的而结成的虚假婚姻。因此，法律应当将虚假婚姻认定为无效婚姻。再说说可撤销婚姻。根据前文所述，结婚应当要有完全的行为能力，则欠缺行为能力的人所缔结的婚姻，如未征得其法定代理人的同意，其法定代理人可以在知道该结婚事实以后的法定期间内享有申请撤销该婚姻的权利，以维护欠缺民事行为能力人的合法权益。另外，基于不真实的意思表示而缔结的婚姻，除受胁迫的情形之外，欺诈也是很重要的一类情形。为了达到与他人结婚的目的而进行的欺诈，通常表现为对自身情况虚假的陈述，或隐瞒自己的重大生理缺陷以及恶习等等，以诱使对方对自己形成错误判断，从而基于这种错误判断而作出结婚的意思表示。这类意思表示虽然是表意人的自己意思，但表意人作出意思表示的主观认识与本来的客观事实不一致，而且这种认识上的不一致，不是客观形成的，而是对方当事人主观恶意提供虚假信息而造成的，不属于正常的认识差异，因此也是不真实的意思表示。在实际后果上，婚姻关系赖以存在的客观基础与表意人的主观认识的反差是巨大的，从而导致所缔结的婚姻关系和继而产生的婚姻生活严重

背离表意人的意愿。比如欺诈人隐瞒自己的生理残疾，又或对自己的吸毒恶习或受刑事处分等重大历史污点，故意加以隐瞒[18]，以骗取他人信任，则这样的婚姻并不是基于受欺诈人的自由意志而产生的，而是他人以欺诈的手段强加给他（她）的，为保护民事主体权益，维护婚姻自由的原则。法律应当将此类婚姻认定为可撤销婚姻。关于离婚 离婚是婚姻关系的解除，是结婚的反向制度。离婚制度与结婚制度一样，集中地反映了法律对婚姻关系存废的评价标准，离婚的法律尺度是法律对婚姻价值评价的忠实反映。

一、关于离婚的法律标准的比较 这是一个老生常谈的问题，但彻底从理论上厘清这个问题，对婚姻法的建设至关重要。前文已经述及，感情并不是婚姻的法律基础，因此婚姻关系是否应予维持，也不应以感情为评价尺度，在此不必赘述。在此还需指出的是，从我国新《婚姻法》第五条的规定来看，法律只强调婚姻必须以双方自愿为基础，言下之意就是双方当事人没有感情基础的前提下自愿结婚也是可以的。对于这类婚姻，本身就并无感情可言，又何来“感情破裂”？因此我国新《婚姻法》第三十二条仍然将“感情确已破裂”作为片意离婚的标尺，不仅缺乏理论依据，而且，也使我国新《婚姻法》第五条与第三十二条的规定存在逻辑上的矛盾。况且，除了片意离婚，法律还规定了合意离婚，在我国，按照新《婚姻法》第三十一条的规定，合意离婚的唯一实质要件就是“双方确实是自愿”，可见，在我国合意离婚是否成立仅取决于当事人有无终止婚姻关系的合意，当事人的感情状态如何是在所不问的。如果将片意离婚的评价标尺定位为“感情确已破裂”将导致法律对通过片意离婚解除婚姻关系与通过合意离

婚解除婚姻关系的评价标准不一致，从而直接反映出法律在婚姻关系存废的价值判断上的莫衷一是，这在理论上恐怕也不大说得通。再从立法技术上来分析。在实践中，由于“感情确已破裂”实在太抽象，缺乏可操作性。正是因为这个原因，最高人民法院在关于如何认定夫妻感情破裂的具体意见的司法解释中，列举了14种情形，作为判断感情确已破裂的一般标准。该解释实质上成为指导我国法院审理离婚案件的必然依据。然而，这14种情形，却有半数上下与“感情”根本无关。因此，实际上“感情”标准在实践中已经被放弃，而该解释列举的情形，有些又被我国新《婚姻法》吸收，这也造成离婚的法律标准与证明该评价标准的法定依据缺乏内在联系的矛盾。所以，在离婚的法律评价标准上，我国婚姻法实在不宜再抱残守缺，坚持“感情”标准了，而应从民事法律关系的一般理论出发，将离婚的法律评价标尺定位为“婚姻关系破裂”为宜。其中，合意离婚表明双方都已经认为婚姻关系已经破裂，离婚是双方当事人的共同选择，应尊重当事人的选择。如果是片意离婚，则表明双方对婚姻关系破裂是否破裂、是否维持婚姻关系存在争议，需要法院依据法律作出判断。另外，无论是因可归责于当事人一方或双方的原因导致婚姻关系破裂，还是因双方当事人全无过错的其他原因导致婚姻关系破裂，婚姻关系已经破裂的婚姻都是不再具有婚姻关系权利义务履行可能性的婚姻，维持这样的婚姻无论是对个人还是对社会都是不妥当的。因此，法律对造成婚姻关系破裂的事由，应在所不问。过错，只是婚姻关系破裂的原因表征之一，而不能代替婚姻关系破裂本身。反映在法律上就体现为过错可以成而且必须成为婚姻关系破裂的理

由，但不能成为婚姻关系破裂的唯一理由。法律设定的离婚原因始终只有一个，那就是婚姻关系破裂。但是，根据民事法律关系的一般理论，如果婚姻关系是因为不可归责于当事人双方的原因而发生破裂，则由此而产生的一切损害亦不可归责于双方当事人，因此离婚时不发生损害赔偿；如果婚姻关系是因为可归责于对方的原因而发生破裂，则由此而产生的损害系由对方的过错而造成，那么在离婚时无过错方就有权向过错方请求损害赔偿。因此，过错不应当是离婚的事实基础，但却是发生离婚损害赔偿的事实基础。

二、分居制度之比较

离婚从本质上来说是人们的私事，但离婚毕竟会引起当事人社会关系的重大变化，而且对于当事人来说，离婚也是改变其人生生活的重大事件，而受到感情和情绪等因素的影响，当事人的离婚决定，即使已诉诸于法律，也不见得是深思熟虑的后果。因此，作为理性的化身，婚姻法的追求目标之一应当包括“离婚理性”。但法律又不宜对人们的私生活干预太多，因此，法律对离婚的控制，只能通过弹性控制的方法来达到，而不能硬性地给离婚设置法律障碍。分居制度就是法律为了给离婚抹上一层理性色彩而设置的一种弹性控制方法。法律规定分居制度，既使离婚问题能获得必要的谨慎对待，又不致于过多干涉当事人的婚姻自由，具有一定程度的弹性。既可以使当事人既暂时摆脱婚姻义务的来缚，又不彻底解除婚姻关系的前提下，获得一段检讨时间，因此，世界各国民法，采分居制度的不在少数。[19]但各国的分居制度在分居的形式、效力等方面都有不小的差异。我国婚姻法实践中长期以来存在着一种两极分化：合意离婚过于简单、草率，而片意离婚又过于困难。这与我国缺乏分居法律制

度不无关系。另外，我国新《婚姻法》既然将“分居”作为离婚的法定事由之一，却又没有确立真正的分居制度，从而使我国新《婚姻法》所指“分居”的法律含义不明。它既可能包括协议分居，又可能包括婚姻当事人不负责任的离开家庭，这无异于会助长婚姻当事人为达到离婚的目的而离家出走。而从本质上来说，不负责任的离家出走是对婚姻义务的违反，在法律上是一种可归责的行为，不应产生有利于行为人的法律后果，因此，为完善离婚制度，确立分居制度是十分必要的。从世界各国的立法实践来看，分居可分为当事人协议分居、申请分居和法院判决分居。协议分居体现的是双方当事人对婚姻的理性处理，法律应予尊重。自不必细述。而申请分居，是婚姻当事人一方对婚姻状态不满意，不愿再履行婚姻义务，但又不愿草率离婚，则可以向人民法院申请分居，以暂时免除其婚姻义务。而判决分居，则是在片意离婚中，人民法院经过审查，发现婚姻关系尚未完全破裂，但当事人请求离婚态度坚决的，可以依法判决分居以暂时免除当事人的婚姻义务。分居期过后，如当事人仍坚决请求离婚的，应推定为婚姻关系已无可挽回地破裂，应予准许。在有些国家，分居是离婚的前置程序，从婚姻自由的角度来看，分居不应该是离婚的前置程序。如双方属合意离婚，或虽属片意离婚，但有证据表明婚姻关系已无可挽回地破裂的，应准许直接离婚。分居在法律性质上是婚姻权利义务关系的中止，婚姻义务对分居当事人不具有强制的约束力，是婚姻义务的法定免除。在分居期间，除不得结婚外，应该说，当事人双方不受其他婚姻义务的束缚。如果一方当事人强迫对方履行已被免除的婚姻义务，则构成侵权。因而分居期间的当

事人不互负婚姻权利义务，而只有恢复婚姻权利义务关系的可能。这不难从一些国家民法上的规定得出结论。比如在瑞士和意大利，如果没有约定，其法定财产制都不是分别财产制，但他们的民法典都规定，夫妻双方分居的，依法实行分别财产制，[20]可见，分居使婚姻关系在财产制方面的效力消失了。例外，德国民法也规定，夫妻双方分居的，不适用该国民法典第1357条有关“家事代理”的规定。实际上，在分居期间，夫妻双方除依法有扶养的义务外，几乎已经不存在其他任何权利义务关系。但扶养关系的存在是不以夫妻关系的存在为基础的，因为在绝大多数国家，扶养关系，即使在夫妻双方离婚以后仍然可以存在。因此，扶养关系的存在不能说明分居的夫妻之间仍然存在婚姻的权利义务关系。按史尚宽先生的分析，除不得再婚外，分居在许多国家发生与离婚结合之效力。[21]如果在分居期间一方当事人死亡的，婚姻关系的状态如何呢？这在几个主要的大陆法系国家的民法典中却都没有规定。但在瑞士民法上，分居不影响夫妻双方的继承权，[22]这就说明，该国认为，分居期间一方当事人死亡的，婚姻关系并不受分居的影响。我们认为，根据分居的法律效力来看，既然分居几乎具有与离婚同等的法律效力，那么，推定分居当事人一方死亡时，发生离婚的法律后果似乎更科学。因为，当事人如果是协议分居，则由于分居表明了双方当事人不受婚姻关系约束的意愿，并已为法律所承认，因此，应推定为双方有协议离婚的合意，推定双方发生继承关系，是违背双方意愿的；如果是经法院判决分居的，也至少表明当事人一方有离婚意愿，且已进入法律程序，如果其意愿不改变，离婚是必然的法律结果。对此法律应该

尊重当事人的既有意愿，而不应该臆测当事人心理状态的变化。所以，除非确有证据表明双方已有结束分居，恢复婚姻权利义务的心愿，否则，在分居期间一方当事人死亡的，婚姻关系不应该推定为恢复，不应该发生继承关系，而应该按离婚处理为宜。当然，这并不意味着法律只保护主张分居者的利益。不保护被动接收分居后果一方的利益，因为后者的利益，可以而且应该通过分居责任制度来保护。即法律应该规定，对分居负有责任的一方对另一方在分居期间有扶养或补偿的义务，也可以规定在分居当事人一方死亡时，婚姻关系消灭，对分居无过错的一方有权按照离婚的过错赔偿的规定，依法向有过错的一方请求赔偿。相反，如果用准予继承来保护分居无过错的一方的利益，则不免也有将婚姻的过错损害赔偿之债与继承法律关系相混淆的嫌疑。同时，这也可能使对分居有过错的一方得到继承对分居无过错方财产的权利，反使其从分居中获得利益，这岂不与法律的本来目的背道而驰？

三、离婚的财产分割

我国新《婚姻法》对于离婚时的财产处理，还有不尽妥当的地方。该法第三十九条规定。“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理……协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾女方和子女权益的原则判决”。婚姻关系是调整夫妻之间权利义务的法律关系，与子女无关，共同财产的分割是夫妻共同财产的分割，子女并不是夫妻共同财产的权利主体，不应对夫妻共同财产的分割产生影响。子女与其父母的财产关系应该通过继承法律规范来调整，况且离婚并不对父母子女关系发生影响，因此子女的对离婚当事人双方的继承的权益原则上并不会因离婚而受到影响。我国新《婚姻法》的这种规定将婚姻关系和父

母子女关系相混淆，将所有权法律关系与继承法律关系相混淆，侵害了离婚当事人一方的所有权。当然，如果考虑到何种财产对子女的成长更为重要，这是对财产分割具体方式的考量，决不应该影响夫妻共同财产的分割份额比例，因此，照顾子女权益不应该是分割夫妻共同财产的原则。注释：[1] 《法国民法典》第144条??第310条；《德国民法典》第144条??第310条；《意大利民法典》第79条??第210条；《日本民法典》第731条??第771条；我国台湾地区民法典第972??1058条。

[2] 目前，在我国起民事基本法作用的是《民法通则》，但其并非完整的民事基本法（民法典），尤其是关于民事法律行为的一般规定很欠缺，早已难以担当指导民事立法、司法实践的重任。因而，制订我国民法典的呼声日高。[3] 伯特兰·罗素：《婚姻与革命》，靳建国译，东方出版社1988年版，第53页。[4] 关于婚姻障碍，史尚宽先生在其力作《亲属法论》中对世界各国的规定，有十分详尽的介绍，对此，可参看该书中国政法大学出版社1997年版本第193页??第205页。[5] 《德国民法律》第130条《日本民法典》第736条。《法国民法典》第161条，《意大利民法典》第87条，《瑞士民法典》第100条，我国台湾地区民法典第983条。[6] 最高人民法院中南分院关于《“公公与媳妇”“继母与儿子”等可否结婚问题的复函》。[7] 《日本民法典》第753条，《法国民法典》第161条，第162条，《意大利民法典》第87条，《瑞士民法典》第100条，我国台湾地区民法典第983条。[8] 例如法国民法和意大利民法。[9] 参见《法国民法典》第一卷第五编第四章“婚姻无效之诉”；《意大利民法典》第一编第六章第六分节“无效婚姻”。[10] 意大利民法典第120条。[11] 意大利

民法典第117条。 [12] 法国民法典第180条、第182条。 [13] 法国民法典第184条。 [14] 我国《民法总则》对无效民事行为和可撤销民事行为的区分在形式上很明确，但在实质上存在不清晰的地方，这一情形在《中华人民共和国合同法》颁布后，得到了改观。 [15] 对于公私法的划分标准，法学界争论已历经数千年，但总的来说，公私法的区别是法学界的共识，对公、私法的区分，以往学者们总习惯于在法律部分之间进行，笔者以为，更贴切的划分方式，似乎应当在具体规范的层面进行。 [16] 当然，因身份权的性质而不适用于诉讼时效，又另当别论。 [17] 意大利民法典第123条。 [18] 所谓故意隐瞒，是指在对方向及的情形下，或有充分的理由表明应该作某中陈述的情形下，而不作真实陈述，除此而外不能认为是行为人故意隐瞒事实真实。 [19] 据悉，我国台湾地区也正在研讨在离婚制度中设立分居制度，参见2001年2月22日《参考消息》第8版“面对包二奶台商妻子苦海无涯，台湾晴协会妻子结自立自强”。 [20] 瑞士民法典第155条、第181条，意大利民法典191条。 [21] 参见：史尚宽著，《亲属法论》，中国政法大学出版社1997年出版，第524页。 [22] 参见：史尚宽著，《亲属法论》，中国政法大学出版社1997年出版，第525页。

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