

学校编码: 10384  
学号: 12020051300411

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_  
UDC \_\_\_\_\_

# 厦门大学

硕士学位论文

## 别居法律制度研究

Research on Separation System

廖欣

指导教师姓名: 蒋月教授

专业名称: 民商法学

论文提交日期: 2008年4月

论文答辩时间: 2008年 月

学位授予日期: 2008年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评阅人: \_\_\_\_\_

2008年4月

# 厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密 ( )，在 年解密后适用本授权书。

2、不保密 ( )

(请在以上相应括号内打“√”)

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

## 内 容 摘 要

我国现行《婚姻法》并未规定别居制度，仅仅是将“分居”<sup>①</sup>作为婚姻当事人诉请离婚的法定事由之一规定在“离婚”一章中。对于我国是否应当设立别居制度，在学术界一直存在不同意见。本文认为，现代别居制度不仅体现了婚姻自由原则，而且有效维护了婚姻当事人的合法权益，同时还保障了家庭和谐及社会稳定。但是，由于我国没有相应的别居立法，不仅给司法实践工作带来了一些不便，而且导致客观存在的别居现象缺乏法律规范。因此，创设合理可行的别居制度对于完善我国婚姻立法具有一定的积极意义。

本文分为引言、正文和结束语三大部分。正文部分分为三章。

第一章概述了别居制度的基本理论。本章首先在厘清别居的概念、性质、构成要件以及比较分析别居与遗弃、同居和离婚之间关系的基础上对别居作出界定。别居是婚姻关系的当事人依法免除夫妻同居权利义务，但并不解除婚姻关系的法律行为。它一般包括协议别居和司法别居两种形式。在明确界定别居的基础上，本章进而根据别居萌芽、确立和发展三个阶段的顺序对别居的历史渊源进行考察，力图发掘其立法原意并理顺其发展脉络。

第二章阐述了别居的现实立法并探讨了现代别居制度的价值。本章在考察两大法系别居立法异同的基础上对现代别居制度的价值进行探讨。认为现代别居制度已完全摆脱中世纪教会法时期的烙印，呈现出全新的特点，成为了婚姻法律制度的重要组成部分。

第三章论述了构建我国别居制度的立法构想。本章首先从我国立法现状和现实需求的基础出发论证了在我国创设别居制度的必要性。然后，在此基础上根据我国婚姻立法的特点，借鉴外国以及我国港、澳、台地区相关立法，提出若干具体立法建议，以期构建具有我国特色的别居法律制度。

**关键词：**立法考察；制度价值；立法建议

<sup>①</sup>此处所称“分居”即前文所指的“别居”。

厦门大学博硕士学位论文摘要库

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## ABSTRACT

Our current marriage legislation does not provide separation system, only regards “separation” as one of legal reasons appealing for divorce. Until now, there are still different opinions on whether our country should establish the separation system. The paper puts forward that the separation system in modern times not only embodies marriage liberty principle but also protects the legal rights of the spouses. Otherwise it maintains the harmony of family and society. As a result of the legislative defects, it brings on a series of issues not only causes inconvenience to judicial practice but also makes the “separation phenomenas” without any legal regulations. Therefore we had better to construct our reasonable and feasible separation system hoping to perfect our marriage legislation.

This paper proceeds as follows: preface, text and conclusion. As for the text, it consists of three chapters.

Chapter one summarizes the separation system. First of all, in order to define what is separation, the paper analyses the concept、the legal character、the constitutive elements of separation and compares it with cohabitation, desertion and divorce. Separation is a legal action for spouses to exempt cohabitation without renouncing the marriage. It can be divided into two types: separation by agreement and separation by litigation. And then, the article investigates the historical evolution of separation to clarify the legislation purpose and the development venation.

Chapter two investigates the current legislation and value evaluation of separation. By comparing the similarities and differences of separation legislation between the two legal system, the article probes into the value of separation system. And separation system in modern times has get rid of the brand of Mediaeval Canon Law and become one important part in marriage law system.

Chapter three discusses the construction of legislation of separation system. The paper proves the necessity of separation system establishment in our country from our

current legislation and realistic need. Meanwhile by using other countries and regions' experience as reference, the author puts forward some legislative suggestions to construct separation system with Chinese characteristic in our country.

**Key words:** Legislation research; System value; Legislative suggestion.

厦门大学博硕士论文摘要库



<b>目 录</b>	
<b>引 言</b> .....	<b>1</b>
<b>第一章 别居制度基本理论</b> .....	<b>2</b>
<b>第一节 别居的界定</b> .....	<b>2</b>
一、别居的涵义.....	2
二、与别居相关的制度比较.....	4
三、别居的性质.....	7
四、别居的构成要件.....	8
<b>第二节 别居的历史渊源</b> .....	<b>10</b>
一、别居的萌芽.....	10
二、别居的确立.....	11
三、别居的发展.....	13
<b>第二章 别居的立法考察和价值评析</b> .....	<b>14</b>
<b>第一节 别居的立法考察</b> .....	<b>14</b>
一、大陆法系.....	14
二、英美法系.....	20
<b>第二节 现代别居制度的价值分析</b> .....	<b>22</b>
一、现代别居制度的价值争议.....	22
二、现代别居制度的价值评述.....	24
<b>第三章 构建我国别居制度的立法构想</b> .....	<b>29</b>
<b>第一节 我国创设别居制度的依据</b> .....	<b>29</b>
一、我国创设别居的立法理由.....	29
二、我国创设别居制度的现实依据.....	30
<b>第二节 构建我国别居制度的立法建议</b> .....	<b>34</b>
一、别居的含义.....	34
二、别居的立法例.....	34

三、别居和离婚的关系.....	35
四、别居的形式.....	35
五、别居的法律效果.....	37
六、别居终止.....	40
<b>结 束 语</b> .....	<b>41</b>
<b>参 考 文 献</b> .....	<b>42</b>

厦门大学博硕士论文摘要库

**CONTENTS**

<b>Preface</b> .....	<b>1</b>
<b>Chapter 1 Basic Theory of Separation System</b> .....	<b>2</b>
<b>Subchapter 1 Definition of Separation</b> .....	<b>2</b>
Section 1 Concept of Separation .....	2
Section 2 Comparison with Relevant Concepts.....	4
Section 3 Legal Character of Separation .....	7
Section 4 Constitutive Elements of Separation.....	8
<b>Subchapter 2 Historical Evolution of Separation</b> .....	<b>10</b>
Section 1 The Germination of Separation.....	10
Section 2 The Establishment of Separation .....	11
Section 3 The Development of Separation .....	13
<b>Chapter 2 Research on Separation Legislation and Comments on The Legal Value</b> .....	<b>14</b>
<b>Subchapter 1 Legislative Investigation of Separation</b> .....	<b>14</b>
Section 1 Continental Law System .....	14
Section 2 Anglo-American Law System.....	20
<b>Subchapter 2 Value Evaluation of Separation in Modern Times</b> .....	<b>22</b>
Section 1 Controversy on The Value of Separation .....	22
Section 2 Review on The Value of Separation.....	24
<b>Chapter 3 The Construction of Legislation of Separation System in China</b> .....	<b>29</b>
<b>Subchapter 1 The Basis of Constructing Separation System in China</b> .....	<b>29</b>
Section 1 The Legislative Reasons of Separation System Construction ....	29
Section 2 The Realistic Basis of Separation System Construction .....	30
<b>Subchapter 2 Proposal to Legislation of Constructing Separation System in China</b> .....	<b>34</b>
Section 1 Conception of Separation.....	34
Section 2 Legislative Model of Separation.....	34

Section 3	Relationship between Separation and Divorce .....	35
Section 4	The Form of Separation .....	35
Section 5	Legal Effect of Separation .....	37
Section 6	Termination of Separation.....	40
<b>Conclusion</b>	.....	<b>41</b>
<b>Bibliography</b>	.....	<b>42</b>

厦门大学博硕士论文摘要库

## 引 言

别居制度，正式确立于欧洲中世纪基督教的教会法，是当时教会法“禁止离婚主义”的产物。依教会法宗旨，婚姻是上帝的恩惠和安排，而离婚是对上帝的不忠，应当严格禁止。但事实上，婚姻生活的不和谐并不因立法的禁止离婚而得以避免。因此，为解决神的旨意和现实之间的矛盾，教会法惟有确立别居制度作为“禁止离婚主义”的补救措施。伴随宗教改革和资产阶级革命的胜利，教会法所强调的“禁止离婚主义”逐渐为“许可离婚主义”所取代。但值得注意的是，别居制度却并未为各国所摒弃。相反，现代各国大都继承、发展了别居这一古老的婚姻法律制度并赋予其新的内涵和价值。立法上，大致有以下三种：第一，将别居制度与离婚制度同时并置，由当事人自由选择。如法国；第二，以别居期限的经过作为离婚的法定理由。如德国；第三，将别居作为离婚的前置程序，欲离婚者必须先经过别居。如澳大利亚。我国学术界对于是否应当设立别居制度一直存有争议，一些学者认为我国没有设立别居制度的必要，而另外一些学者则认为别居作为一项独立法律制度不仅充分体现了婚姻自由，婚姻自主等婚姻法近代化的特征，更是成为调整婚姻关系的一项重要法律制度。

我国古代婚姻立法奉行“许可离婚主义”，规定有“七出”、“和离”、“义绝”等法定离婚方式，但并未涉及别居法律制度。新中国成立之后的婚姻立法中首次出现别居内容的是1989年最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》中第7条规定：“因感情不合分居已满3年，确无和好可能的，或者经人民法院判决不准离婚后又分居满1年，不履行夫妻义务的”；此后2001年修订的《婚姻法》明确将“因感情不合分居满两年”规定为诉请离婚的法定理由之一。但是对“分居”的涵义、形式、程序、法律效果等内容却并未涉及。因此，本文试图在研究别居基本理论的基础上，通过考察别居历史渊源和世界主要国家、中国港澳台地区的相关立法之后，探讨、研究现代别居制度的价值以及我国是否应当构建别居制度的问题，从而为围绕别居的学术争论提供参考，同时也为构建我国别居制度提出浅见。

## 第一章 别居制度基本理论

### 第一节 别居的界定

#### 一、别居的涵义

##### (一) 别居的概念

我国台湾学者史尚宽先生认为别居是：“依判决或合意，免除夫妻同居义务之制度”。<sup>①</sup>此涵义不仅明确了别居的原因和程序，即“依判决或合意”，更解释了别居的基本内容和法律效果“解除同居权利义务”。我国现行婚姻立法并未规定别居，因此，对于别居的涵义，学界众说纷纭，莫衷一是。相较史尚宽先生的定义，有的学者强调别居的期限可以是暂时也可以是永久，“在婚姻存续期间，因出现某种法定情况而无法进行同居时，通过法院判决或双方合意，配偶双方暂时或永久地免除夫妻之间的同居义务”。<sup>②</sup>有的学者则指出婚姻关系的存续是别居制度的基本前提，“依法院判决或双方协议而免除夫妻的同居义务，但婚姻关系不因此而解除”。<sup>③</sup>另外，还有学者从别居的理由、种类和效力多角度进行归纳，“夫妻不和，无法共同生活时，由当事人申请判决中止夫妻同居义务(司法别居)，或者由夫妻双方订立正式别居契约而中止夫妻同居义务(协议别居)的制度”。<sup>④</sup>综合上述学者的定义，由此可见，别居的涵义至少应当包括两个因素：(1) 配偶双方免除同居义务。夫妻同居义务是男女双方以配偶的身份共同生活，包括夫妻性生活及夫妻在共同生活中物质和精神上的扶助和支持。免除同居义务，即绝对地排除主要包括性生活在内的共同生活。(2) 不解除婚姻关系。别居以婚姻关系的存续为前提，这是别居与离婚最本质的区别。婚姻关系若不存在的的话，别居也就无从说起。

总之，笔者认为，别居的涵义可以作如下界定：婚姻关系的当事人在婚姻关系存续过程中，通过双方合意或者诉请法院裁判的方式得以在一定期间内依法免

<sup>①</sup> 史尚宽.亲属法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.522.

<sup>②</sup> 白良德.论别居制度[EB/OL].

<http://www.fsou.com/html/text/art/3355460/335546040.html>

<sup>③</sup> 孟德花.国外域外别居制度比较一再谈我国别居制度的完善[J].河北法学,2002,(5):132.

<sup>④</sup> 陈苇,主编.婚姻家庭继承法学[M].北京:法律出版社,2002.318.

除夫妻同居权利义务，但并不解除婚姻关系的法律制度。该涵义不仅从别居的主体、理由、种类、程序、期限和法律效果的角度对别居进行了界定，而且强调了别居的基础是不解除婚姻关系。

## （二）别居的种类

综观世界主要国家和地区关于别居的立法，依照不同的标准，可以将别居划分为不同类型：

1、以时间为标准，可以分为永久别居、不定期别居、定期别居三种。（1）永久别居是指夫妻终身别居，永远停止共同生活。中世纪欧洲教会法下的别居制度采取永久别居制，但因该种制度使得夫妻关系永久性的处于名存实亡状态中，妨碍人性解放和婚姻自由，因此，现代各国基本已经不再采用，惟有美国一部分州以及其它一些深受宗教信仰影响的国家仍然保留。（2）不定期别居是指夫妻在不确定的期间内依法免除同居义务。典型代表有《瑞士民法典》，其规定宣告别居的期限为1年以上3年以下或不定期限。（3）定期别居是夫妻在事先约定或确定的一定期限内别居。目前设立别居制度的国家中，大多采定期别居，期限一般规定在1—3年之间。

2、以程序为标准，可以分为协议别居、司法别居和事实别居。（1）协议别居是指夫妻双方在自愿的基础上，依照法律的规定，通过订立协议以实现别居的方式。协议别居制充分尊重当事人的意思自治，强调当事人之间的合意，因此，夫妻双方协议别居时通常不需要理由。在美国，许多协议别居的夫妻，一般都聘请律师为其制作正式的别居协议，并以书面的形式就财产归属、子女抚养、夫妻间继续保留的权利义务等问题作出协商。但是也有一些国家不承认未经法庭批准，仅以配偶合意达成的别居协议的效力，如意大利。<sup>①</sup>（2）司法别居是指夫妻通过一定的诉讼程序向法院申请，并依法院的判决或裁定而实行的别居。大部分国家就司法别居的理由和离婚的法定理由作出了同一规定，但也有部分国家规定了除离婚理由之外的一些尚不足以构成离婚，但可以提请司法别居的理由。别居裁判的内容由法院确定，在日后可能进行的离婚审判中，该裁判可以作为离婚判决条款的基础。（3）事实别居是指法律未明确规定别居的条件、程序但允许当事人在符合一定事由的情形下不通过司法程序即可形成别居，并产生相应的人身和

<sup>①</sup>《意大利民法典》第158条规定，未经法官批准，以配偶的合意达成的分居协议无效。

财产法律关系变更的别居制度。目前采取该种立法例的国家或地区相对较少，比较典型的是德国以及我国澳门地区、台湾地区的立法。

## 二、与别居相关的制度比较

### （一）别居与同居

同居是婚姻自然属性必然派生的权利，同时也是夫妻间的本质性义务。它既是夫妻生活的基本内容，又是夫妻关系得以存在并维持的基本条件。“法律规定夫妻之间有同居义务，将人的本能需求合理地置于婚姻家庭制度的保护下，是顺应婚姻本性的，符合婚姻当事人的意愿，有助于婚姻关系的稳定和巩固”。<sup>①</sup>由此可见，夫妻同居关系是婚姻关系中的基础性关系。若仅将其停留在道德调整的层面以自然权利的方式予以保护，显然是不够的。因此，世界多数国家和地区，均以法律权利的形式对同居予以规范。而早期资本主义国家的婚姻家庭立法对同居的规定大多带有夫权的色彩，将同居设定为妻子的单方面义务。如 1804《法国民法典》第 214 条规定：“妻负与夫同居义务，有随从夫所定居之任何场所之义务”；<sup>②</sup>1898《日本民法典》第 789 条规定：“妻负与夫同居义务，夫须许妻与之同居”。伴随女权运动的发展，各国开始对旧法中不平等的同居义务进行了修正。现行《法国民法典》第 215 条规定：“夫妻双方相互负有在一起共同生活的义务”；<sup>③</sup>《日本民法典》也在修正后的第 752 条规定：“夫妻须同居、互相协助和扶助”。<sup>④</sup>同样，我国也并未回避同居问题的立法。1943 年的《晋察冀边区婚姻条例》第 11 条规定：“夫妻互负同居义务”；1950 年《婚姻法》第 7 条规定：“夫妻为共同生活之伴侣”，此条文虽只谓“伴侣”而未明确提及“同居”字眼，但其中显然已包含了夫妻互负同居义务的精神。<sup>⑤</sup>同样，我国现行《婚姻法》对同居权利义务虽未明文规定，但是根据第 3 条、第 4 条、第 32 条第 3 款第（四）项的规定，可以推断，我国立法对于同居权利义务持肯定态度。即夫妻之间应当存在同居权利义务。

1、同居的涵义。同居，居住一处，共有家业者。《汉书·惠帝记》：“今吏六

<sup>①</sup> 蒋月.配偶身份权的内涵和类型界定[J].法商研究,1999,(4):20.

<sup>②</sup> 杨大文.婚姻家庭法[M].北京:中国人民大学出版社,2000.138.

<sup>③</sup> 罗结珍.法国民法典(上册)[Z].北京:法律出版社,2005.201.

<sup>④</sup> 渠涛.最新日本民法[Z].北京:法律出版社,2006.160.

<sup>⑤</sup> 蒋月,何丽新.婚姻家庭与继承法[M].厦门:厦门大学出版社,2002.134.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库