

中国婚姻“私人领域化”？*

——当代中国法律实践中的妇女离婚

■ 赵刘洋

[内容提要]当代中国法律实践中对争议离婚案件的审理,在离婚判决依据、财产分割、子女抚养等方面,源自中国法律传统中面对社会实际的实用性考虑与实质道德理念相结合的“实用道德主义”思维方式仍在延续,这与极端强调个人权利的西方法律仍多有不同。当代中国婚姻法律扩展了妇女在家庭纠纷中的选择权限,增强了妇女的主体意识,但这并非意味着妇女就获得了主体性地位。法律实践应根据具体事实情形,考虑到部分妇女群体在社会中的弱势境遇,恰当结合道德关怀与实用考虑,才能真正有效保护部分弱势妇女群体的权利。

[关键词]婚姻法 妇女权利 私人领域 现代家庭“实用道德主义”

以阎云翔、戴慧思(Deborah Davis)为代表的社会学家认为国家权力逐渐从私人领域退出后,法律对个人权利的保护使得中国婚姻逐渐呈现“私人领域化”状态,在他们看来,此种变化挑战了“父权制”文化并扩展了妇女权利。与此类突出中国婚姻法律(积极)变化的观点不同,中国法律专家彭文浩、贺欣关注到当代中国婚姻法律中的(消极)延续性。彭的观点是当代中国婚姻法律同样关注社会秩序稳定,法律并未完全放开对民众社会生活的限制;贺则认为尽管当代中国婚姻法律制度发生了种种变化,但在实践中并未带

来妇女权利的扩展。

与以上两类观点皆有不同,本文认为尽管当代中国婚姻法律与以往相比,更加尊重当事人的离婚意愿,但法律实践中对争议离婚案件的审理,在离婚判决依据、财产分割、子女抚养等方面,源自中国法律传统中的面对社会实际的实用性考虑与实质主义的道德理念相结合的“实用道德主义”思维方式仍在延续,这与当代西方法律仍多有不同。当代中国婚姻并非完全呈现“私人领域化”状态,中国法律仍显示出其独特的现代性;法律若完全从私人领域退出,忽略实质主义

赵刘洋:复旦大学马克思主义学院(Zhao Liuyang, School of Marxism, Fudan University)

*本文是提交给2018年6月16日—17日中国人民大学历史与社会高等研究所召开的论文工作坊的论文。感谢黄宗智先生的建设性意见。

道德关怀,并不必然就意味着妇女权利的扩展,亦可能使得部分弱势妇女群体的权利难以获得真正保护;从前瞻性而言,中国“家事法”的构建不必采取极端强调个人权利的西方的形式化原则,源自传统中国法律实践中的一套“实用道德主义”思维方式,亦可作为重要资源,道德理念、实用考虑与权利观念并非必然对立。

一、现有的分析

(一)中国婚姻“私人领域化”

对当代中国婚姻法律与民众生活关系的研究,获得一批国际学者的关注,并主要形成两类主要研究思路。一类是强调当代中国法律越来越尊重个人权利,国家逐渐放松对民众私人婚姻生活的限制,中国的婚姻关系愈加呈现出松散弱化趋势。阎云翔的“中国社会个体化”(individualization of Chinese society)和戴慧思的中国婚姻“私人领域化”(privatization of marriage in China)等命题则从社会学角度描述了中国市场化改革以及在此过程中法律制度对个体权利的保护,由此对当代中国婚姻生活带来的影响。两种命题的基本预设是中国的市场化改革以及法律对财产权利的保护带来的是“个人”的崛起,中国的社会转型呈现的是“国家-市场”以及“家-个人”的线性式转变。

阎云翔的研究受到了以贝克夫妇(Beck & Beck-Gernsheim)为代表的“个体化”理论的启发,他认为中国社会结构逐渐趋于个体化(individualization),具体体现在三个方面:个体在身体和社会两方面的流动性不断增加,个体从家庭、团体、国家中脱嵌;个体身份和认同增强;新型社会性即作为个体的个人之间的社会互动出现,同时中国社会的道德问题和困境显现。^①

耶鲁大学社会学教授戴慧思将其称为“后社会主义婚姻”。她认为逐步呈现“私人领域化”状

态的中国婚姻类似于当代西方婚姻关系的“去体制化”趋势。她指出中国婚姻“私人领域化”的主要表现,如:“当代中国关于离婚的障碍设置已降至最低,婚前财产约定获得合法性,夫妻共同财产主张已弱化,婚前性关系以及婚外性关系亦很少被惩罚。当代中国婚姻出现了诸种新变化,婚姻趋于自愿订立的合同关系、婚姻共同财产保护以及两性关系严密监控的弱化等。”^②在戴慧思看来,国家逐渐从私人领域退出,婚姻愈加成为私人生活的重要内容。对戴而言,此种婚姻关系的“去体制化”,实际上可以视为对“父权制”文化的进一步挑战,这扩展了妇女权利。^③

因此,他们的核心观点是法律对私有财产权利的保护带来的是“私人领域”的崛起。实际上,二者的思路显示的是一种普适化、线性(西式模型的)式现代化思路,其强调的是国家从“私人领域”退出,挑战了“父权制”文化并扩展了妇女权利。

(二)中国法院的体制制约

另外一种研究思路则与此不同,其所强调的不是权利与变化,而是当代中国婚姻法律中的消极(延续)性,认为当代中国婚姻法律尽管发生了种种变化,但在实践中并未带来性别平等或者放开对民众生活的限制,当代中国婚姻法律仍然存在着诸多问题。比如著名的中国法专家彭文浩(Michael Palmer)详细检视了中国婚姻法律的诸种变化,认为许多变化不过是“新瓶装旧酒”。他认为当代婚姻法律对家庭关系的重构,目的是使家庭与改革时代不断变动的经济和社会秩序相一致。^④

与此类似,贺欣则指出了当代中国法院对争议离婚案件的判决仍然受到体制制约。他认为当代对争议离婚案件的处理主要依赖的是法院判决而非调解和解,其具体表现是对于首次离婚请求,法官通常是判决不离婚,但对于第二次离婚请求

则会判决离婚,这已经成为法院对争议离婚案件判决的常规化处理方式。法官做出此种选择主要是受体制制约即法院司法系统的评价标准的影响。^⑤在进一步的研究中,贺欣等学者更明确指出,尽管法律规定诸种妇女权利的保护,然而法官出于实用的考虑为解决纠纷而兴起的“实用话语”(pragmatic discourse)实际上造成了性别不平等。笔者认为,尽管在法律规定层面,重视妇女权利,但在实际层面,由于当代中国法官的责任不是去修复夫妻关系,而是作为一名专业者去解决纠纷,法官不会去关心夫妻关系中的对错,而出于纠纷解决的实用目的造成了性别不平等,法官的询问会挤压那些并不希望离婚的妇女选择空间。^⑥

需要说明的是,本文有几点基本考虑与以往研究不同:首先,仍然会有诸多案例显示,那些希望法院判决离婚的妇女同样可能利用法官的实用考虑,以寻求获得有利于其自身权利的判决;其次,法官的动机与法院的判决理由应该区别,我们同样不应忽略对法律判决的细致分析,判决会受到事实依据的限制。此外,法律实践中并非只有实用性考虑,法律表达层面仍然存在诸多道德规定,道德、实用与权利并非必然对立。实际上,道德性规定往往最具包容性,可以同时容纳情理、事理、法理。

(三)中国法律实践中的“实用道德主义”

在笔者看来,一个更具包容性的思路是黄宗智先生对中国离婚法实践历史的研究。基于扎实的诉讼档案研究,黄宗智认为离婚法实践(divorce law practices)是“毛主义法庭调解”制度传统的核心,对当代中国的民事法律制度产生了深远影响。^⑦他还指出调解和好在上个世纪是法庭对存在严重争议的离婚请求的普遍做法。在他看来,中国离婚法实践显示的思维方式是一种道德性与实用性的抱合,这种思维方式尽管“会存在损害权利且事实上经常以实际考虑为借口而

被容忍”的弊端,但此种思维亦具有优点,比如可以适应不断变化的社会实际以及(与西方形式主义法律传统相比)更具包容性。^⑧在笔者看来,黄宗智提出的“实用道德主义”强调的是二者的抱合,而非仅仅单方面突出实用,他亦强调道德准则的前瞻性作用。^⑨

值得一提的是,黄宗智在十余年前的一篇文章中就以其敏锐的学术洞察力指出了当代中国离婚法律实践发生的新变化。他指出:“随着市场化和党政控制弱化的加速,也随着中国共产党强烈反对离婚的立场的历史背景条件和考虑因素正在消退,有关离婚的法律规定很可能会更多地出现自由化,因此离婚也将变得更容易。改革开放前和改革早期独具特色的强制性调解的重要性在逐渐降低,这也是现实变化的反映。”^⑩

而根据民政部每年公布的《社会服务发展统计公报》数据,我们可以看到近年来中国的离婚率逐年增长,而且中国的离婚人数已经达到相当规模。2011年依法办理离婚手续的共有287.4万对,比上年增长7.3%,民政部门登记离婚220.7万对,法院办理离婚66.7万对;2012年依法办理离婚手续的共有310.4万对,比上年增长8.0%,民政部门登记离婚242.3万对,法院办理离婚68.1万对;2013年依法办理离婚手续的共有350万对,比上年增长12.8%,民政部门登记离婚281.5万对,法院办理离婚68.5万对;2014年依法办理离婚共363.7万对,比上年增长3.9%,民政部门登记离婚295.7万对,法院办理离婚67.9万对;2015年依法办理离婚手续的共有384.1万对,比上年增长5.6%,民政部门登记离婚314.9万对,法院办理离婚69.3万对。^⑪可以看出,多数离婚属于协议离婚,换言之,离婚在中国越来越容易,法律越来越“尊重”民众的“离婚意愿”。

在此基本背景下,我们仍将目光聚焦于离婚争议案件,通过详细考察法院如何对待离婚争议

案件来观察法律变化对妇女意味着什么。本文以“中国裁判文书网”纳入的2013年上海市基层法院处理的所有离婚诉讼案件(共423件)为例,分析离婚诉讼实践中妇女权利的复杂面相。之所以如此选择,主要考虑到2013年是自《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《婚姻法解释三》)颁布后全国离婚率增长最快的一年,且上海市作为中国超大城市且市场化程度高,希望能更加清晰展现法律变迁与民众生活的复杂关系。

二、当代中国婚姻法律条文中的实用规定与道德原则

进入具体案例讨论之前,我们应首先区别法律表达中的实用规定与道德原则,看到二者之间呈现复杂的关系。一部分关于道德的规定在法律实践中无法具体适用,只是宣示一种道德立场,法律实践中则将离婚作为一种既定事实,既然无法避免,法律首要考虑的是如何具体解决纠纷而不是修复情感,法律显示出对不断变化的社会实际的适应;一部分具有抽象性和模糊性的道德准则通过具体、实用化的解释,在法律实践中发挥实效;还有一部分关于照顾弱者、考虑过错的道德准则,贯穿于实用性的法律规定中,在法律实践中仍需加以考虑。戴慧思的中国婚姻“私人领域化”命题主要描述的是法律对不断变动的婚姻现实的适应,法律更少直接干预婚姻和更多尊重离婚诉讼当事人的选择,这实际上是婚姻法律实践中适应性的一面。

(一)当代中国婚姻法律对社会现实的适应

区别法律表达中的道德准则与实用规定,可以看到一套对婚姻关系保护的道德准则。比如,在《婚姻法》总则第四条就详细规定“夫妻应当互相忠实,互相尊重;家庭成员间应当敬老爱幼,互

相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”,同时《婚姻法》禁止“家庭成员之间的虐待和遗弃”等,法律构建了理想家庭关系形象。在这样的家庭关系中,夫妻双方互相尊重,相互理解,彼此之间相互忠实。法律鼓励平等、和睦的夫妻关系,同时反对破坏这种理想关系的行为。

而在社会实际中,婚姻纠纷当然无可避免,且在法院每年受理的各类诉讼案件总数中占比较高。随着中国社会经济转型,这些婚姻纠纷案件亦呈现新的特点,最高人民法院(以下简称“最高法”)不断出台具体的司法解释以应对不断变化的复杂的法律实践和社会实际。公布司法解释,一般需经过多个步骤:首先向全国各级法院发出通知,要求各地总结审判经验,将适用《婚姻法》审理中的问题及建议进行反馈;最高法整理归纳后且经过充分调查研究,草拟司法解释初稿;广泛征求各方意见,如地方法院、高级法院领导、全国人大法工委、全国妇联等单位,召开专家论证会,对解释稿不断进行修改形成送审稿;将送审稿提请最高法院审判委员会讨论通过。^⑩最高法不断根据法律和社会实际制定出台新的婚姻法解释,本身就显示了道德与实用相结合的思维方式,从实践中总结,概括抽象经验,形成法律条文。法律条文在具体应用中出现各种疑难问题再进行反馈,如此反复,以使法律条文适应不断变化的社会实际。

当然,此种道德和实用相结合的思维方式与当代中国法院内部管理体制亦有内在联系。戴慧思就认为“由于中国的法律条文具有抽象性和模糊性,且下级法院无法像英美法庭那样引用先例进行判决,法院遇到模糊的法律条文不知如何适用,首先会咨询法院党委会的意见,该机构又会咨询上一级法院的意见或党内监督机构的意见,如果此问题持续存在且影响广泛,一般就会要求最高法给予具体的司法解释,以指导下级法

院的司法判决。”^⑬

但我们不应只看到最高法相对于下级法院的支配性地位,同时也应看到抽象的法律条文通过具体的司法解释以与复杂的社会实际相适应,这亦是法律条文具体化的过程。比如,2001年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《婚姻法解释一》)就首先细致解释了新修订的《婚姻法》中具体法律条款的确切含义,以使带有道德关怀的法律条文在具体适用过程中清晰明了。通过对法律条文确切含义进行清晰细致地解释,为地方法院在实际判决中提供依据,减少判决争议。

除此之外,面对社会实际还会增加一些新的法律说明,这实际上具有立法的性质。同样,在此次司法解释中,就规定了法院在处理符合“感情确已破裂”准许离婚情形的案件,不应像以往那样因当事人有过错而判决不予离婚,进一步尊重诉讼当事人的权利;该司法解释还具体规定离婚无过错一方可以要求“损害赔偿”,此赔偿可以财产形式进行。正如戴慧思所评论的:“法院通过指导下级法院区别准许离婚情形的不同标准,准许离婚案件中的无过错方可以要求过错方进行损害赔偿,这些情形包括过错一方有重婚、与他人同居、实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的,法院支持‘过错财产化’的原则,同时又推进对人身权的保护,这就使得婚姻不仅仅只是一种情感的满足。”^⑭法律面对社会实际的含义,不仅只是滞后于社会现实,法律条文同时亦可以超前于现实,通过法律重构家庭观念。

由于《婚姻法解释一》主要是关于如何理解和适用新《婚姻法》中增加的制度,内容多是关于程序性问题的具体规定,对法律实践中经常出现的关于财产分割规定很少,针对此不足,2003年公布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚

姻法解释二》)着重解决的是离婚财产分割问题。这次解释涉及的主要是法律实践中经常遇到的离婚财产分割诸种争议,其涉及夫妻财产的认定及分割的有关情形可谓非常全面,包括:婚前给付对方财物,离婚时是否应予返还;住房补贴、住房公积金、破产安置补偿费如何分割;由国家房改政策产生的房改房分配问题,父母为子女购房提供的出资如何认定等。^⑮

这些问题复杂多样,诸多与当代中国的社会经济改革有关,这显示出法律对社会实际的适应。比如关于带有福利政策性质的房屋价值及归属问题的争议案件,就与当时国家的住房政策改革有重要关系。在房改房实行货币化配置之前,单位一般是将房屋作为给职工的福利待遇,以低租金的形式进行实物分配居住使用。而住房制度改革后,此种福利性质的实物分配制度被市场化的房屋分配制度所替代,即须通过支付相应房屋价格或较高租金取得福利性房屋的居住使用,此种性质的住房在出售价格和所有权方面都与房屋买卖合同出售的房屋不同。^⑯

针对这一问题,最高法院处理的思路是认为应该根据实际区别不同情况,司法解释最终明确规定:“双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的,应当准许;一方主张房屋所有权的,由评估机构按市场价格对房屋做出评估,取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿;双方均不主张房屋所有权的,根据当事人的申请拍卖房屋,就所得价款进行分割。”此外,还具体考虑到离婚时双方对尚未取得所有权,或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的情况,这种情形下,司法解释认为人民法院不宜判决房屋所有权的归属,应当根据实际情况判决由当事人使用。可以看到,司法解释强调根据实际情形,区别不同的解决方式,此种实用性规定有助于提供解决夫妻房产争议问题的具体可操作性裁判依据。

此外,正如戴慧思所评论的那样,《婚姻法解释二》亦进一步加强了夫妻存续期间个人财产的合法地位。除了新修订的《婚姻法》第十九条关于个人婚前财产公证的规定外,戴慧思具体指出,比如《婚姻法解释二》第二十二条具体规定父母为当事人双方购置房屋的情形如何认定财产权属的问题,实际上亦是强调个人财产的合法性。在戴看来,这样的规定实际上强化了夫妻之间个人财产的合法地位,这也是法律对社会现实的适应。她具体解释道:“以往在农村地区,父母一般会倾尽自己的财产积蓄为儿子盖房结婚,然而由于当时离婚罕见且受区域流动限制,父母很少会到法庭要求收回自己对儿子婚姻的投资。在城市地区,直接的婚姻花费实际更低,并且房子也都是租借的,父母收回对子女婚姻的投资的问题更是无关轻重。而现在却不同,不断增长的房价和人口流动的加速一方面增加了父母这方面的经济负担和压力,另一方面又冲击了子女婚姻的稳定性。”^⑩在这样的情形之下,法律必须要面对具体社会实际,《婚姻法解释二》中法律具体规定了如何认定此类房屋产权的归属,并且还注意区分具体实际情形。

由于处于转型中国社会实际中的具体离婚争议案件复杂多变,2011年新的婚姻法司法解释公布,对法律实践中出现的新的争议问题做出回应。《婚姻法解释三》自2008年开始起草,到2011年正式公布,期间经过多个步骤,重点处理在实践中出现较多、争议较大的问题:父母为子女结婚购买不动产的认定、离婚案件中一方婚前贷款购买不动产的处理、附协议离婚条件的财产分割协议效力的认定等问题。^⑪以下仅以法律实践中经常出现的一方父母为子女出资购买房产的分割争议为例,以展现司法解释针对这一点是如何体现实用性思维的。

针对当前中国的高离婚率和高房价的社会

现实,《婚姻法解释三》明确了父母为子女出资购买不动产的认定问题。第七条明确规定:“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可按照《婚姻法》第十八条第三项的规定,视为只对自己子女一方的赠予,该不动产应认定为夫妻一方的个人财产”。关于此点的基本考虑,最高法民一庭庭长杜万华解释道:“制定司法解释应考虑中国国情,考虑到中国的畸形房价和高离婚率并存的社会现实,从该司法解释公开征求意见反馈的情况来看,作为出资人的男方父母或女方父母均表示,他们担心因子女离婚而导致家庭财产流失一半。”^⑫

这一解释显示出法律对当代中国社会现实的考虑和适应:民众对婚姻稳固性的预期愈来愈低,而房价却持续走高,父母为子女购买房产很多会花费其大半生的积蓄,如果出现“闪婚闪离”,短暂的婚姻就会带走出资购房的父母积攒大半生的积蓄,这与父母出资购房的预期显然不符。因此,法律首先考虑的是财产分割时父母与子女之间的血亲原则,该条主要目的是防止因子女短暂婚姻而带走父母一半的积蓄,损害了出资父母的利益。^⑬由此亦可以看到,法律对社会现实的综合考虑。

尽管可以在《婚姻法》中看到一套对婚姻保护的道德规定,但是在司法解释中着重考虑的是如何解决离婚诉讼争议,换言之,即将离婚视为一个既定事实。司法解释中有大量关于离婚财产分割的规定,这些规定首先考虑到的是离婚既然已经无法避免,如何在离婚财产分割中不侵害任何一方的合法权益,使双方都能够接受法院的分割办法,以此解决争议。法院此时着重考虑的是既然感情已经破裂,如何解决离婚财产分割的现实问题,而不再对诉讼双方进行不顾实际的道德要求。那么是否就意味着道德在法律实践中完全不起作用?答案并非如此。

（二）对离婚的道德化理解与实用性判决依据

法院判决离婚的依据是“感情确已破裂”，此种法律构造本身即显示了对婚姻的道德式理解。滋贺秀三指出，中国传统婚姻观念认为夫妻是“人合”“义合”，即是一种后天的结合，亦可因后天的理由而解除，这不同于父子和兄弟的关系，后者是先天的、自然的结合。^②这里的“义”显示的是对婚姻的道德化的理解，夫妻之间因“义”而合，而当代中国婚姻法打破了传统中国婚姻制度中的“父权制”，突出婚姻是男女双方基于情感的结合，如果感情破裂，夫妻双方可以解除婚姻关系，但某种程度上仍延续了传统观念中对婚姻的道德化理解。

问题在于，以“感情破裂”这样一种道德化表达作为标准在实践中显然是模糊、不清晰的，因此实践中需要有具体实用性规定作为具体判决依据。由于在实践中争议不断，1989年12月13日，最高法发布“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意见”，其中列举的十四条标准具体规定了可以确认的事实情形，使道德化的表达在法律实践中成为具体实用的可操作标准。最高法的具体意见在施行数年后，2001年婚姻法修改时，部分内容被纳入到正式法律文本中“应准予离婚”诸情形中。

（三）照顾弱勢的道德准则

同样是在2003年《婚姻法解释二》公布，最高法民一庭负责人在答记者问时，数次突出在制定司法解释时，专门考虑到维护儿童和妇女等弱勢群体的合法权益。^③比如在关于财产分割的相关规定上，我们仍可以看到法律对道德原则的考虑。

法律对此方面有明确的规定，在财产分割时要考虑到照顾弱勢。比如，《婚姻法》第三十九条关于夫妻共同财产离婚处理的具体规定^④，就明

确指出：照顾子女和女方权益的原则判决，要求法院在判决时，应当考虑到照顾子女以及女方等弱勢的权益；第四十条关于补偿方面的规定^⑤，此条规定就考虑到在社会实际生活中，妇女在家庭财产方面一般并不占据主导地位，但在照顾老人和子女方面付出较多，如果不考虑妇女在这方面的基本情况，实际上对保护妇女权益是不利的，因此法律规定妇女可以就此方面要求相关补偿。此外，法律还规定夫妻离婚时仍应适当帮助，如果一方生活困难，另外一方应该给予适当帮助，亦是为了照顾弱勢。^⑥

婚姻法律纳入道德原则的另一重要表现，就是明显考虑过错。法律关于无过错方在离婚时可以向过错一方要求损害赔偿的规定，其主要考虑到法律调整社会关系中的两种重要功能即遏制和补偿。所谓遏制，就是“通过运用赔偿的方式使得有过错方为其实施的损害行为承担不利的法律后果，从而遏制其从事违法行为的意念”。所谓补偿，即是“国家通过公力救济的方式，使得受到侵犯的权利人的相对利益得到补偿，从而强调国家对权利的保护”。如此的考虑主要是“法律尊重个人情感选择的自由，但法律也同样应对已造成的精神损害给予救济”，即“离婚损害赔偿制度是对破裂主义离婚原则的补充，它保证了在自由离婚的同时又对有过错方进行惩罚，对无过错方进行赔偿”。^⑦法律尊重当事人的离婚意愿，当事人一方可以以感情已破裂请求法院判决离婚，但是法院即使判决离婚，也会考虑是否存在过错，并规定无过错方可以要求损害赔偿。如此的规定，主要是考虑到对实质主义的家庭道德和社会公正观念的支持。

那么，法律中的道德准则与实用规定对于妇女意味着什么，尤其是在实践中真正起到保护妇女权利的作用吗？以下我们将视角转至基层法院的离婚诉讼实践中。

三、当代中国法律诉讼 实践中的妇女离婚

当代中国基层法院对于离婚争议案件,一般会先进行调解,调解所依据的是双方的妥协,调解本身就显示出实质主义的道德原则的延续。如果调解不成,一般即进入判决。因此在法律实践中,妇女若不同意法官调解,可以要求法院进行判决。下文将通过离婚诉讼实践分析法律判决如何对待离婚诉讼。

(一)对离婚请求不予支持的家庭判决

法律实践中,法院判决的依据是夫妻感情,由于“感情”难以精确定义,因此法院的做法往往具有灵活性。以“感情破裂”作为判决离婚的依据,其根据不是权利观念,而是人际相处的道德理念。此种依据在法律实践中具有模糊性,但恰是此种模糊性使法官可以根据具体案件实际情形,做出较为符合双方实际情况的判决,这并不意味着“感情”就完全成为忽略、操纵的标准。这也明显不同于西方极端强调个人权利的“无过错”离婚制度,法律重视家庭关系的亲密特征。

法律判决文书显示妇女很多是因为和男方父母居住在一起引起家庭矛盾,这可以反映出妇女对家庭的期望要高于男性,这种情形下法院通常判决不离。比如,原告张某某(女)向法院诉称女儿出生以后,搬到被告家和被告父母一起居住后,由于生活习惯不同,自己就与被告的父母逐渐发生矛盾。在她看来,夫妻感情已经破裂,没有和好的可能,请求法院判令双方离婚。被告王甲(男)则辩称:原、被告感情没有破裂,故其不同意离婚。

对于此类双方皆无过错的离婚诉讼案件,如果一方坚持不离的,法院初次判决一般会判决不离。在该案中,法院的主张是原、被告经自由恋爱而结合,并已生育女儿,这就说明双方有较好

的感情基础。至于双方出现的家庭矛盾,法院认为这主要是因为缺乏有效的沟通及正确处理矛盾的方法。因此,在该法院看来,夫妻双方仍有和好的可能。^{②7}

法院的此类判决具有“调解和好”的性质,其依据的仍然是实质性的道德观念,不同于只强调个人权利的“无过错”离婚制度。法院在判决说理中注重运用道德劝诫,考虑到夫妻之间的感情基础以及有无和好的可能。这样的一套道德表达方式,比如“以家庭为重”“互相沟通”“彼此信任”“互相关心”等,所强调的是“推己及人”的人际相处的道德准则,要求双方皆能站在彼此的立场上考虑问题,以此希望有效化解矛盾。在这一案件中,我们从双方的描述以及法院查明的事实亦可以看到,夫妻矛盾主要源自家庭生活中的琐事,双方皆无过错,如果法院直接判决离婚,并非就意味着对权利的保护。

在法律实践中,因家庭琐事而要求离婚的案件很多,法院考虑到双方感情基础及现状,综合判断是否有和好的可能。原告倪某某(女)诉称,婚后不久,被告开始到外地工作,由于夫妻长期分居,无法建立起和谐幸福的婚姻家庭。现双方已分居两年有余,感情彻底破裂,且已不可挽回,故诉请要求离婚。相反,被告居某(男)辩称,原告陈述不是事实,被告不同意离婚。在他看来,“现夫妻没有法定的感情破裂的情形,请求法院驳回原告的诉请”。

在该法院看来,原、被告婚初夫妻关系尚可,之后被告因工作原因不能天天回家,才致夫妻感情逐渐淡漠,可以看到双方并没有大的矛盾。该法院认为:“只要双方今后加强沟通、互相信任,共同积极承担家庭责任,妥善处理家庭矛盾,夫妻关系应能得到改善。”^{②8}

法院判决考虑到家庭领域的特殊性,尽量顾及家庭成员之间的亲密情感关系。尤其是涉及

子女抚养的离婚诉讼案件,如果轻易判决离婚,并不就意味着家庭纠纷的解决,有可能也会带来矛盾的进一步恶化,因此要考虑到家庭亲密关系,而非单一强调个人权利。法院根据夫妻双方相处的具体实际,强调家庭成员应“互敬互爱”“相互理解”,希望以此解决双方的纠纷。

当然,妇女亦可以强调对方“不务正业”“没有家庭责任感”“感情不忠”等以期获得法院判决离婚的结果,但法院仍然要考虑到事实及夫妻感情基础等诸多方面,如果无法就此举证,法院亦会做出不予支持离婚的判决。原告杨某某(女)诉称,婚后由于被告不务正业,参与赌球等不良行为,前后多次向原告借款六十余万元,夫妻已无法共同生活,故要求与被告离婚。相反,被告葛某某(男)则辩称原、被告夫妻感情一直尚好,不同意离婚。

该法院考虑到,因被告赌博及家庭生活琐事等原因而发生矛盾,产生不睦,但夫妻感情尚未破裂,并不符合法定要求的应判决离婚的诸情形。法院根据法律规定,当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明,原告请求离婚,但未能提供足以证明夫妻感情破裂、依法应准予离婚的证据,最后判决对原告离婚之诉不予支持。^②可以看到,法院在判决离婚诉讼案件时,会考虑到夫妻双方相处的事实,比如是否存在如“与他人同居”“家庭暴力”等过错行为。妇女为获得法院判决离婚,尽管可以将另一方描述为过错方,但这样的描述显然无法作为法庭证据。妇女若无法就感情破裂提供具体证据,法院在此种情形下一般会判决不支持离婚。

此外,还有如夫妻双方皆认为对方没有家庭责任感,不能满足自己对家庭的期许,但由于一方不同意离婚,法院亦会考虑到“给对方一次机会”而判决不支持离婚。法院对于坚持要求离婚的一方会强调“给对方一次和好的机会”等道德

劝诫,希望可以解决诉讼纠纷。此类道德劝诫的意涵在于:提醒夫妻双方应该珍惜彼此之间情谊,尽量和睦相处,不要轻易选择离婚,既然对方不同意离婚,这也就说明对方希望可以改善夫妻关系,离婚的一方亦应该珍惜夫妻感情。

法院在离婚诉讼判决中还要考虑到诸多现实情形,比如要考虑到离婚诉讼方离婚后的实际生活状况,如果简单判决离婚,不仅不利于解决纠纷,有可能会导导致更为严重的矛盾,法院亦会判决不离。原告严甲(男)与储某(女)的离婚案中,尽管双方皆同意离婚,但由于房产分割未能达成一致,该法院认为尽管原告要求与被告离婚,被告也表示同意离婚,但该法院考虑到双方现居住的房屋系原、被告的唯一住房,法院考虑到“如果只解决离婚,并不能解决双方的矛盾。”^③此种情形下,该法院认为离婚诉讼双方争议的焦点并不在于感情等主观性因素,而是现实的生活居住问题。尽管双方均同意离婚,但在房产问题上无法达成一致意见,如果判决离婚,房产争议问题无法解决,诉讼双方的矛盾仍然存在。

可以看到,法律判决中以道德化的“感情破裂”作为判决离婚的依据,此种依据具有抽象化和模糊化的特征,法院恰能以此具体分析夫妻感情的实际状况,并做出符合实际的判决。我们应该首先区别法官的判决动机与法官判决的说理,法官判决的动机可以多种多样,但法院在判决理由中仍然会利用道德式的表达来说明判决不离的原因,此种情形同样应该区别对待:这有可能存在不顾夫妻感情的真实情况而不切实际地判决不离的情形,但也不能忽略法院在离婚案件判决时,的确考虑到家事纠纷案件的特殊性,顾及家庭成员之间的亲密关系,对那些双方皆无过错的案件,法院希望有效化解家庭纠纷。总之,对于离婚争议案件,当代中国法律并未采取西方“无过错”适用于所有离婚案件且极端强调个人

权利的形式化原则,而是注重分析具体情形并强调人际相处道德准则的意义。

再次强调,与当代西方所普遍采取的“无过错”离婚制度不同,纵然当代中国婚姻法律愈加尊重当事人的离婚意愿,法律亦未接受前者那一套适用于所有案件的形式化原则,而不管具体实际情形是否涉及过错的做法。法律实践中仍然以感情为依据,根据案件的具体事实,通过分析夫妻感情的实际而做出具体判决,并且突出实质性道德理念的意义,而非单一极端强调个人权利。

因此对于离婚争议案件,法律实践仍然显示出其注重家庭主义的一面,而非完全呈现戴慧思所说的“私人领域化”的状态。但我们可以明显看到,法院的此种干预也并非必然意味着对(妇女)权利的损害,而是顾及案件的具体情形和家事案件的特殊性,并非将“权利”与“家”对立。

(二)房产分割争议的法庭判决

尽管法院对于双方皆无过错的离婚诉讼案件会“判决和好”“希望双方感情能够维继”,然而仍然可以看到法院“判决和好”之后许多仍未和好,甚或恶化,因此就需要面对财产分割等实际问题。对于戴慧思而言,中国婚姻“私人领域化”的一个表现即是前述其所认为的婚前财产约定获得合法性、夫妻共同财产主张已弱化。纵然如此,在财产分割方面中国仍然是面对具体实际,而且明显考虑过错,而非如“无过错”离婚制度依赖一套极端强调个人权利的形式化原则,并将实质主义道德理念排除于法律之外。

诉讼案例显示,法律实践中法院一般会尊重当事人双方的财产分割约定。法院对当事人双方财产分割约定效力的认定,除了看其是否违背法律所规定的形式要件,即财产分割约定首先形式上不能违背法律规定,另外就是确认协议是否为夫妻合意的体现以及当事人真实意思的表示,

约定不能违背实质要件。如果二者皆符合的话,当事人签订的财产分割约定即对双方皆具有约束力。除非有事实根据,财产约定对双方皆具有约束力,一方违背约定的重新分割财产要求无法获得法院支持。由于房产往往是最主要的夫妻财产,这里仅以房产为例。

关于夫妻共同房产的分割方式,这些诉讼案例显示,法律判决中一般是以折价款的方式进行分割。这有实用方面的考虑:一方面这与房屋本身属于实物不动产的属性有关,房屋很难进行实物分割;另一方面,实物分割也容易造成双方矛盾,采取给付折价款的方式进行分割可以减少矛盾。此外,折价款具体数额的确定亦可根据具体实际情形确定,使诉讼双方皆易接受。关于折价款具体数额,法院一般综合房屋所有权人的登记情况、集体建设用地使用证的登记情况、房屋实际使用情况及评估结果等,最终确定。而房屋判决归谁所有,法院就要考虑到房屋登记情况以及具体使用情况。一般而言,判决归谁所有,就由房屋所有者向另一方给付折价款。以下我们将具体以离婚诉讼案件为例,以此详细展现法院如何根据具体案件情形解决诉讼争议。

比如,原告陈某(女)要求与被告龚某(男)离婚,原告认为被告对于婚姻生活的背叛,导致双方感情彻底破裂,已无和好的可能,双方对房屋产权归属等意见不一,调解未成。

法院首先查明房屋登记的权利人为原、被告,属二人共同财产。而如今双方皆同意解除婚姻关系,因此该房屋应予分割。关于涉案房屋的归属及分割问题,法院认为,“应综合考虑原、被告的出资比例、贡献大小等情况,并根据公平合理、方便生活、照顾女方、子女合法权益等原则予以处理。”关于房屋,法院首先查明系原、被告婚前共同购置,因此认为应考虑各方婚前出资比例。具体方面:首付款部分,结合原、被告庭审陈

述及在案证据,法院认定原告出资的购房首付款多于被告;至于婚前还贷部分,法院认为同居期间的还贷款项应视为双方共同支出;关于装修费用,结合双方庭审陈述,确认双方共同出资装修房屋,因为无证据表明该费用系被告个人出资,法院认为应视为双方共同出资。综上,该法院认为,考虑双方婚前共同购买房屋、支付首付款、出资装修并偿还部分贷款、婚后双方共同还贷等因素,原告对于该房屋的取得所做贡献较大,应予以多分;另一方面,考虑原告与女儿现共同居住于该处,“根据方便生活、照顾女方及子女原则”,法院认为房屋归原告所有,该房屋剩余贷款由原告负担,综合考虑房屋目前市场价格及双方所占比例,法院认为由原告支付被告房屋折价款十万元的分割方式较妥。最后法院判决房屋归原告陈某所有,该房屋剩余银行贷款由原告陈某负担。^③

在另外一例案件中,亦可看到法院依据同样的方法,根据案件的具体事实情况计算折价款数额。原告姜某(女)诉称双方因婚前缺乏了解,婚后矛盾不断,原告希望离婚,被告王某(男)同意离婚,房屋归原告所有,但原告需支付被告相应的折价款,且被告应占的份额多于原告,婚前财产归各自所有,婚后共同财产平均分割。法院在判定折价款数额基于以下具体事实的考虑:首先,法院认为被告就其婚前公积金一节于庭审中明确陈述系以房屋装修名义贷出后用于归还房屋借款,不应视作为购房时的出资。但鉴于被告对系争房屋所做贡献,可在分割时予以酌情考虑;其次,关于被告父母的出资方面,结合庭审中的双方陈述确认因购买系争房屋尚余夫妻共同债务299000元,并由原告按照双方确认的市场价格给付被告相应的房屋折价款。^④

法院在判定折价款数额时着重考虑的是诉讼双方对所购房屋的贡献,根据贡献的大小按比

例进行折价。法院此时将离婚视为不可避免的事实,如何根据事实确定具体数额以解决诉讼纠纷成为主要问题。尽管主要考虑的是诉讼双方对房屋的贡献比例,但法律同时也会顾及实际居住的情况、妇女在家庭生活的贡献等具体情形以确定折价款具体数额。

由此可以看到,中国的房产分割并未完全采取西方的“夫妻一体”原则。黄宗智已经清晰指出西方(美国)“夫妻一体”观念的一种具体体现是“美国的房产几乎都属于夫妻‘共同所有’,即如果一人去世,便会自动成为留存者全权所有的制度,被普遍采用于大多数的夫妻房产,也多被使用于夫妻银行账户等财产,而中国则至今都没有采纳那样的‘共同’财产制度。”^⑤

当代中国离婚法律中的房产分割,重视该房产的内容和来源,法律并未接受应用于所有案件的形式化原则,而是依据案件的具体实际采取不同的分割方法,法律实践中仍然坚持“血亲”先于“姻亲”的原则。房产分割时若涉及父母赠予房产的,法律首先考虑的是财产分割时父母与子女之间的“血亲”原则,防止因子女短暂婚姻而带走父母一半的积蓄,损害了出资父母的利益。房屋产权登记在出资父母子女名下的,视为父母明确只对自己子女一方的赠予;同时,法律也考虑到如果是由双方父母出资购买,产权登记在一人名下,在这样的情形下,就按照双方父母的出资份额按份共有。^⑥通过此规定,法律希望在离婚诉讼实践中,可以“使父母出资购房真实意图的判断依据客观化,便于司法认定及统一裁量尺度。有利于均衡保护结婚的双方及其父母的权益。”^⑦

纵然是对于常见的夫妻双方以按揭贷款方式购买房屋的,当代中国婚姻法律也并未简单接受“夫妻一体”的原则。法律未接受适用于所有案件的形式化原则,而是通过确认房产的内容和来源,确定具体的分割方法。如此的考虑,亦与

中国婚姻法律关于“婚姻”的构造有关,不同于天主教传统以及西方现代契约传统中关于“婚姻”的观念。

除此之外,当代中国离婚法律实践在财产分割时仍然会明显考虑过错以及照顾弱势方,这同样是中国婚姻法律中实质主义道德理念延续的表现,明显不同于西方极端强调个人权利的“无过错”离婚制度。

在以下具体案例中,我们可以看到法院如何在财产分割中考虑过错。原告何某(男)称自己在照顾小孩时,却“发现小孩与原告没有一点相像之处,于是原告做了亲子鉴定,结果为原告不是何乙的生物学父亲”。现原告坚决要求与被告解除婚姻关系,所有共同财产均归原告所有,并且希望法院判令被告赔偿原告精神损失费、要求经济补助以及返还抚养费。被告戴某(女)同意离婚,而且承认原告确实不是孩子的生物学父亲,关于共同财产,请求依法分割。至于原告要求赔偿,被告不同意,也不同意扶助原告。戴某称自己作为女性,生活状况本来就很差,还要在外租房、支付孩子的费用,被告没有能力给予原告经济补助。

法院在确认事实的基础上综合考虑过错和被告的实际生活状况确定财产分割方式和具体数额。该法院认为在该案中被告存在过错,原告要求被告赔偿精神损失,应予以支持。何乙并非原告所生,故原告对何乙没有抚养义务,原、被告共同生活期间,原告承担的子女抚养费,被告应予返还,现原告要求被告返还抚养费,应予以支持。此外,考虑到被告自身的生活状况比较困难,不支持原告要求给予扶助的诉讼请求。至于双方的夫妻共同财产,法院认为应“以照顾无过错方兼顾照顾妇女合法权益的原则合理分割,原告方对争议房屋贡献较大,且在本案中被告有过错,故原告应当多分。”^⑩

因此,法院在处理财产分割诉讼中考虑到过错,又注意到被告作为离婚女性,实际经济状况较为困难,寓实质道德理念于具体实际中。被告在这一案件中,一方面属于法律所规定的过错方,法院在财产分割时考虑到被告戴某的过错,支持原告要求被告返还抚养费、精神损失费等损害赔偿要求,并且在财产分割时照顾原告;另一方面,关于具体数额的确定,法院又注意到被告戴某作为离婚女性,其自身实际生活情况较为困难,在具体数额酌定上又顾及过错方自身的经济状况。法院通过此种结合道德与实用的方式,一方面照顾离婚诉讼中的无过错方,支持无过错方要求离婚损害赔偿的要求,又关注到过错方的实际生活状况,希望以此种方式有效解决离婚诉讼纠纷,提出一个双方都尽量可以接受的判决结果,而非依据适用于所有案件且极端强调权利的形式化原则。

(三)子女抚养权利争议的法庭判决

戴慧思并未讨论离婚判决中的子女抚养,实际上离婚子女如何抚养是离婚诉讼判决中另一重要内容,法院在判决时既运用道德劝诫,希望双方“多从孩子的角度考虑”,又根据子女具体情况以及诉讼双方的具体生活条件判决抚养权归属和抚养费具体数额。妇女作为原告一般都会要求获得子女的抚养权,如果婚生子女尚处于婴幼儿,法院一般会强调“母子亲情对子女成长的作用”,会判决子女归女方抚养,但法院亦同时根据法律规定,指出父母双方对子女的责任不因离婚而消除,这同样是法律中家庭主义的体现。

比如,原告汪某某(女)要求与被告傅某某(男)离婚,法院查明原告起诉本案时,双方所生之子未满两周岁,尚为婴幼儿。因此法院主张“从保护婴幼儿权利,以及与生俱来的母子亲情对孩子的身心健康成长有较大影响力的角度出发”,认为婚生儿子随母亲共同生活更有利于成

长。尽管被告提出其居住物质条件比原告优越,要求婚生儿子判随被告共同生活,但在法院看来,“孩子尚处婴幼儿阶段,被告的主张不足以作为被告携子共同生活的充分理由”。同时,法院依据法律,认为“父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或母直接抚养,仍是父母双方的子女。随着孩子的逐步成长,待条件成就时被告可以再行主张孩子随其共同生活”^⑳。

法院既突出母子亲情对婴幼儿成长的重要作用,强调诉讼双方应皆能从有利于子女成长的角度考虑,又同时指出父母与子女的关系不因离婚而消除。对于抚养费,要考虑到诉讼双方的具体生活条件。法院希望以此可以有效解决诉讼双方的纠纷矛盾。

此外,法院在判决时同时会强调夫妻双方应“尽早从离婚事件中走出”“从有利于子女健康的角度”等道德劝诫,希望以此解决诉讼双方的矛盾。因此,法院关于双方婚生儿的抚养归属问题上,既考虑到子女具体成长环境以及夫妻双方的实际生活条件,又运用道德劝诫,希望双方“多从有利于子女健康的角度思考问题”。比如在一起离婚诉讼案件中,法院就考虑到陈乙已在幼儿园读书,需要稳定的成长环境,认为随原告共同生活较妥,由被告支付一定金额的抚养费。法院最后尤其指出双方应尽快重新安排生活,将离婚对子女的消极影响降到最低,法院在判决中说道:“希望原、被告在今后的生活中能冷静处理,多从孩子健康成长的角度去考虑和解决问题,将离婚对孩子的影响降至最低。”^㉑

然而,即使法院判决子女归女方,在社会实际中,对妇女而言,独自抚养子女并且偿还房屋贷款将面临诸多经济压力。比如原告李某某(女)诉称,其与被告于2008年1月2日登记结婚,婚后生育一女。双方在性格及价值观上存在巨

大差异,其从2012年6月起与被告分居,之后独自一人照顾子女并归还房贷,生活上非常困难。现再次诉至法院要求与被告离婚,女儿随其生活。被告现同意离婚,但不同意女儿随原告生活。法院考虑到子女已长期随原告生活,从给予子女稳定的生活环境等因素考虑,认为继续随原告生活较为妥当。^㉒

尽管原告获得了子女的抚养权,然而作为女性,如果独自生活,仍将面临诸多现实生活压力,这样的情形在社会实际生活中较为普遍。根据第三期妇女社会地位调查统计数据,“18—64岁女性在业者的收入多集中在低收入和中低收入组,在城乡低收入组中,女性分别占59.8%和65.7%,比男性高19.6和31.4个百分点;在城乡高收入组中,女性仅占30.9%和24.4%,均明显低于男性”^㉓。即使法律尊重其诉讼请求,但由于其在财产、就业等方面的诸多弱势,离婚之后可能面临诸多困境。

四、在诉讼案件之外： 实质主义道德理念与妇女权利

戴慧思强调国家权力从个人婚姻生活中退出,带来“私人领域”的崛起,以此挑战了“父权制”文化并扩展妇女的权利。如此论点的背景与西方国家20世纪六七十年代以来普遍实行“无过错”离婚制度密切相关,实际上戴在文中也承认婚姻“去体制化”是当代世界的普遍趋势。^㉔黄宗智曾敏锐地指出:“现代西方的离婚法在实践历史过程中面对生活实际,已经放弃原来的观念而普遍运用‘无过错’离婚制度,必争对错的制度长期以来导致持久的极其昂贵的离婚争执,不再适用于当前的西方社会。”^㉕我们当然不能忽略“无过错”离婚制度的积极意义。在西方社会,法律尊重诉讼当事人的离婚诉求,亦有助于提高妇女

在家庭中的地位。比如桑福德·卡茨(Sanford N. Katz)就认为“无过错”离婚制度的施行进一步削弱了“父权制”对妇女的压制。^④法律尊重妇女离婚的诉求,有助于提高女性在家庭生活中的地位和主体性认同,扩展妇女在家庭纠纷中的选择权限。

但是,忽略实质正义而采取一套形式化的“无过错”原则同样会造成诸多问题。法律在排除权力干预的同时,也将道德关怀一同排除,这可能会造成一部分弱势妇女群体境遇进一步恶化。法律尽管尊重诉讼双方的离婚诉求,给予双方平等的选择权利,然而在社会实际中,对妇女的限制因素仍然广泛存在,妇女在照顾子女以及就业等方面都容易面临比男性更多的压力。

对于部分中国妇女而言,由于其在工作领域的弱势地位,与男性相比,她们会更加重视拥有房屋产权对离婚后实际生活的关键意义。尽管妇女可以主动诉请法院判决离婚,但妇女选择权的扩展并非意味着妇女在社会实际生活中诸方面权益就可获得保障。依据2010年第三期妇女社会地位调查数据,在财产方面,性别差异仍然明显。数据显示“女性有房产(含夫妻联名)的占37.9%,而男性为67.1%。已婚女性中,自己名下有房产的占13.2%,与配偶联名拥有房产的占28.0%;而男性分别为51.7%和25.6%。”^⑤社会实际生活中,妇女在财产方面仍然居于弱势。房产不同于一般财产,加上妇女在社会实际生活中的弱势,大部分还需要抚养子女,因此诸多诉讼案例显示妇女在离婚诉讼中积极争取对房屋的所有权。

妇女在法庭中积极争取房产,这与其在社会中的弱势境遇应有一定关系。既有的诸多经验研究已经揭示了妇女在就业和教育等诸领域中的弱势境遇。比如刘浩明(音)关注到中国城镇社会中性别不平等与经济改革的关系。基于数

据分析,刘认为在中国改革初期的性别不平等主要表现为劳动力市场中的性别不平等,其后则表现为就业机会不平等。^⑥同样,李丹可(音)关注中国教育领域获取知识途径中的性别不平等,并认为这将导致就业领域的性别不平等。作者发现自从1985年的课程改革以来,中国的教育系统实际上成为妇女获得平等教育途径的阻碍。^⑦约翰·鲍尔(John Bauer)等学者也关注到中国教育领域和就业领域中的性别不平等。在他们看来,妇女在这两个领域中取得的结果是复杂的:尽管在教育领域妇女获得与男性同等的受教育权利,然而与男性相比,妇女进入学校接受教育并最终获得高等教育的比率与男性相比仍然存在诸多差距;妇女在就业领域集中于特定的行业,并且与男性相比,她们很少成为其所属机构中的领导者,在职业成就上性别不平等也很明显。^⑧这些研究皆说明了社会实际中妇女权利的实现仍受到诸多限制,妇女在社会实际中仍面临诸多困境。

妇女在社会实际中居于实际弱势地位,若完全采取一套形式化原则而忽略实质正义的法律则很难真正保障妇女权利。2010年全国第三期妇女社会调查数据显示:“72.7%的已婚者认为,与丈夫相比,妻子承担的家务更多;女性承担家庭中照顾孩子生活等家务的比率均高于72.0%,而男性均低于16.0%。女性承担照顾老人主要责任的占45.2%和39.7%,分别比男性高28.2和22.9个百分点。”^⑨妇女在家庭生活中付出较多,这显然会影响其劳动就业收入,诉讼案例显示这些实质内容在离婚财产分割时却很少得到考虑。

此外,在离婚案件的取证调查上,当代离婚过错举证责任由“职权主义”改为“当事人主义”,其对离婚财产分割案件产生的影响是,如何恰当处理实质主义道德理念与法律程序的关系。实际上,由于多数妇女在家庭财产方面本身的弱势

地位,对妇女而言,财产转移取证显然存在诸多困难,妇女权利的真正实现困难重重。黄宗智已经明确分析当代中国法律实践中离婚取证程序方面的变化及其影响:“今天的案卷内容更多的是书面证据,以及伴之而来高度形式化的证据交换程序材料。而离婚法庭所需要考虑的许多事实情况,都不是简单地可以依赖书面证据而判断的。”^④离婚取证程序的形式化趋向,导致原本保护弱势的法律规定难以真正发挥作用。总之,法庭的此种形式化做法,容易忽略夫妻相处中的真实情况和公正,显然不利于保护那些处于弱势的妇女的权利。

五、结语

戴慧思以上论点的形成当然与西方社会现实的转变有密切关系。20世纪六七十年代西方社会的家庭结构发生了重要的变化,离婚率的大幅增加只不过是家庭逐渐趋于弱化趋势的一种表现而已。除此之外,这样的转变至少还表现在如著名经济学家贝克(Gary Stanley Becker)所列举的:“已婚妇女劳动参与率大幅增加,减少了母亲和子女之间的相处;妇女就业的增加导致就业市场中两性的冲突,进而影响到婚姻关系;离婚率和妇女劳动参与率的增加,降低了民众对拥有大家庭的意愿;家庭代际冲突扩大,家长权威弱化。”^⑤实际上,戴慧思的婚姻“私人领域化”命题更接近于西方社会的现实。

而当代中国婚姻法律在愈加尊重当事人离婚诉求的同时,仍然呈现出与西方法律极端强调个人权利的不同特征,中国婚姻法律并未接受这样一套排除实质道德理念而适用于所有案件的形式化原则。对于带有争议的离婚案件的处理,在离婚判决的依据、财产分割、子女抚养等方面,法律实践仍然显示出道德化的抽象理念与面对

具体实际的实用性考虑相结合的思维方式,实质主义道德理念仍然延续。

尽管国家权力的退出在某种程度上确实有助于扩展妇女权利,但是考虑到部分妇女群体在社会实际生活中存在着诸多现实困境和限制,法律应当注意到弱势妇女群体的现实境遇。法律实践若采取一套适用于所有案件的形式化原则,容易忽略部分妇女群体在社会中的弱势地位,使得法律并未认真考虑对弱势方的照顾。实际上,戴慧思的中国婚姻“私人领域化”命题,预设的仍然是“国家-社会”的二元对立,以及一种普适化、线性(西式模型的)式现代化思路。

因此,法律实践应该面对社会实际,考虑到离婚诉讼案件的特殊性,道德理念、权利观念与实用考虑不必对立,源自传统中国法律实践中的“实用道德主义”思维同样可以作为当代中国目前正着力构建“家事法”的重要资源。比如,在调查取证程序上应注意到婚姻家庭纠纷的特点,注重实质家庭道德观念的作用,有效解决诉讼纠纷;法律实践应该考虑到妇女在社会实际的弱势现实,重视对弱势妇女群体的保护,根据具体案件事实,注重离婚损害赔偿制度的真正运用以及在财产分割时要考虑妇女家庭劳动贡献等,使得注重实质正义的规定在实践中真正发挥保护部分弱势妇女权利的作用。总之,法律实践应根据社会实际以实用的方式调整权利与道德的关系,现代法律尤其要处理个人权利与家庭主义的关系。

注释:

①阎云翔:《中国社会的个体化》,陆洋等译,上海译文出版社2016年版,第301、305、309、311、312页。

②Deborah Davis, “Privatization of Marriage in Post-So-

- cialist China,” *Modern China*, Vol. 40, No. 6, 2014, p. 551.
- ③ Deborah Davis, “Privatization of Marriage in Post-Socialist China,” *Modern China*, Vol. 40, No. 6, 2014, pp. 570-571.
- ④ Michael Palmer, “The Re-Emergence of Family Law in Post-Mao China: Marriage, Divorce and Reproduction,” *The China Quarterly*, No. 141, 1995 (Special Issue: China’s Legal Reforms), p. 110.
- ⑤ 贺欣、冯晓川:《离婚法实践的常规化——体制制约对司法行为的影响》,载《北大法律评论》2008年第2辑,第456—457页。
- ⑥ Xin He & Kwai Ng, “Pragmatic Discourse and Gender Inequality in China,” *Law & Society Review*, Vol. 47, No. 2, 2013, p. 282, p. 283, p. 304.
- ⑦ [美]黄宗智:《离婚法实践——当代中国法庭调解制度的起源、虚构和现实》,载[美]黄宗智:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,北京:中国人民大学出版社2007年版,第271页。
- ⑧ [美]黄宗智:《中国民事判决的过去和现在》,载[美]黄宗智:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,第333、345页。
- ⑨ 对二者关系详细的例证和论证,可参阅[美]黄宗智:《道德与法律:中国的过去与现在》,载《开放时代》2015年第1期;[美]黄宗智:《中西法律如何融合:道德、权利与实用》,载《中外法学》2010年第5期。
- ⑩ [美]黄宗智:《中国民事判决的过去和现在》,载[美]黄宗智:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,第342页。
- ⑪ 《中华人民共和国民政部社会服务发展统计公报》, <http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/>, 访问日期:2018年5月7日。
- ⑫ 《最高人民法院民一庭负责人就婚姻法司法解释(二)答记者问》(2003年12月26日),载最高人民法院民事审判第一庭(编著):《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,北京:人民法院出版社2015年版,第39—40页。
- ⑬ Deborah Davis, “Privatization of Marriage in Post-Socialist China,” *Modern China*, Vol. 40, No. 6, 2014, p. 558.
- ⑭ Deborah Davis, “Privatization of Marriage in Post-Socialist China,” *Modern China*, Vol. 40, No. 6, 2014, p. 558-559.
- ⑮ 最高人民法院民事审判第一庭(编著):《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,第55页。
- ⑯ 同上,第223页。
- ⑰ Deborah Davis, “Privatization of Marriage in Post-Socialist China,” *Modern China*, Vol. 40, No. 6, 2014, p. 559.
- ⑱ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(2011年8月12日),载最高人民法院民事审判第一庭(编著):《最高人民法院婚姻法司法解释(三)的理解与适用》,北京:人民法院出版社2015年版,第7页。
- ⑲ 最高人民法院民事审判第一庭(编著):《最高人民法院婚姻法司法解释(三)的理解与适用》,第14页。
- ⑳ 同上,第28页。
- ㉑ [日]滋贺秀三:《中国家族法原理》,张建国、李力译,北京:商务印书馆2014年版,第485—486页。
- ㉒ 最高人民法院民事审判第一庭(编著):《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,第40—41页。
- ㉓ 《中华人民共和国婚姻法(1980年通过,2001年修正)》,载法律出版社法规中心:《新编婚姻家庭法小全书》,北京:法律出版社2016年版,第4页。
- ㉔ 同上。
- ㉕ 同上。
- ㉖ 最高人民法院民事审判第一庭(编著):《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,第281—282页。
- ㉗ 《张某某与王甲离婚纠纷一案民事判决书》,上海市松江区人民法院民事判决书,2013年。
- ㉘ 《倪某某与居某离婚纠纷一案民事判决书》,上海市浦东新区人民法院民事判决书,2013年。
- ㉙ 《原告杨××诉被告葛××离婚纠纷一案一审民事判

判决书》，上海市浦东新区人民法院民事判决书，2013年。

③⑩《原告严××诉被告储××离婚纠纷一案一审民事判决书》，上海市浦东新区人民法院民事判决书，2013年。

③⑪《陈某与龚某离婚纠纷一案一审民事判决书》，上海市闵行区人民法院民事判决书，2013年。

③⑫《原告姜××诉被告王××离婚纠纷一案一审判决书》，上海市浦东新区人民法院民事判决书，2013年。

③⑬[美]黄宗智：《中国正义体系的三大传统与当前的民法典传统》，载《开放时代》2017年第6期，第28页。

③⑭最高人民法院民事审判第一庭（编著）：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）的理解与适用》，第28页。

③⑮同上，第14页。

③⑯《何甲与戴某某离婚纠纷一案一审民事判决书》，上海市闵行区人民法院民事判决书，2013年。

③⑰《汪某某诉傅某某离婚纠纷一案一审民事判决书》，上海市浦东新区人民法院民事判决书，2013年。

③⑱《陈甲与倪某某离婚纠纷一案一审民事判决书》，上海市浦东新区人民法院民事判决书，2013年。

③⑲《李某某与罗甲离婚纠纷一案一审民事判决书》，上海市闵行区人民法院民事判决书，2013年。

④⑩第三期中国妇女社会地位调查课题组：《第三期中国妇女社会地位调查主要数据报告》，载《妇女研究论丛》2011年第6期，第12页。

④⑪Deborah Davis, “Privatization of Marriage in Post-Socialist China,” *Modern China*, Vol. 40, No. 6, 2014, pp. 569-570.

④⑫[美]黄宗智：《中国法律的现代性？》，载[美]黄宗智：《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》，第406页。

④⑬Sanford N. Katz, “Historical Perspective and Current Trends in the Legal Process of Divorce,” *The Future of Children*, Vol. 4, No. 1, 1994, p. 44.

④⑭第三期中国妇女社会地位调查课题组：《第三期中国妇女社会地位调查主要数据报告》，第8页。

④⑮Haoming Liu, “Economic Reforms and Gender Inequality in Urban China,” *Economic Development and Cultural Change*, Vol. 59, No. 4, 2011, pp. 871-872.

④⑯Danke Li, “Gender Inequality in Access to Knowledge in China,” *China Review*, Vol. 2, No. 1, 2002, p. 121.

④⑰John Bauer, et al., “Gender Inequality in Urban China: Education and Employment,” *Modern China*, Vol. 18, No. 3, 1992, pp. 365-366.

④⑱第三期中国妇女社会地位调查课题组：《第三期中国妇女社会地位调查主要数据报告》，载《妇女研究论丛》2011年第6期，第13页。

④⑲黄宗智、巫若枝：《取证程序的改革：离婚法的合理与不合理实践》，载《政法论坛》2008年第1期，第7页。

⑤⑩盖瑞·贝克：《家庭论》，王文娟等译，台北：立绪文化事业有限公司1997年版，第2页。

责任编辑：刘 琼