

· 2022年《法学研究》论坛专题 ·

老龄社会婚姻规则多元论

鲁晓明*

内容提要：爱情、性、共同生活、生育是婚姻的基本元素，亦是追寻婚姻意蕴之钥匙。围绕这些元素，人类社会构建了一整套婚姻制度。但在老年人婚姻中，婚姻内涵发生明显变化，原有的仅对标年轻群体婚姻形态的婚姻规则遭遇巨大挑战。传统社会人均寿命不高，在严密的婚姻伦理加持下，婚姻一旦缔结即处于极强的稳定状态，故婚姻规则聚焦年轻群体即为已足。但在传统婚姻伦理崩解之现代老龄社会，老年人成为婚姻关系之活跃参加者，因而婚姻规则需要展开全龄视域的检视。在既有婚姻制度外，根据老龄社会之需求，补充构建“注册伴侣”制度和“见（公）证互惠”制度，形成见（公）证互惠—注册伴侣—狭义婚姻之多元规则，视情况酌定当事人权利义务，是值得正视和深入探讨的命题。

关键词：老龄社会 婚姻 注册伴侣 见（公）证互惠

“法律在其内容方面乃是由最具体、最坚实的社会关系构成的现实。”〔1〕在老龄社会人口结构发生巨大变化的情况下，法律亦应随之发生适应性改变。婚姻制度不仅是生命伦理、人口政策等多因素权衡的结果，亦是一国人口结构的规范表达。在老龄化成为未来长期之显著国情、高龄群体成为婚姻关系之活跃参与者的情况下，基于全龄视域考虑婚姻规则之多元化，已有必要。

一、婚姻基本元素及其外化规则

自有婚以来，婚姻这一人类社会伴生品便吸引了无数先哲的目光，关于婚姻本质之论述汗牛充栋。阐释的多样化与研究带来丰富思路的同时，亦充分显示了其复杂性及由此而致的难于形成共识的问题。然在笔者看来，对婚姻的认知虽有千面，仍不乏被广泛认可之元素。沿着这些元素追寻婚姻意蕴，应可揭示其基本要义。

* 广东财经大学法治与经济发展研究所研究员。

本文系国家自然科学基金重大项目“积极老龄化的法治问题研究”（19ZDA157）的阶段性成果。

〔1〕 张盾：《马克思唯物史观视域中的法治问题》，《中国社会科学》2021年第2期，第184页。

（一）婚姻之基本元素

纵观历史上关于婚姻的论述，无论如何看待婚姻，对其描述总是围绕四个元素展开，即性、爱情、共同生活、生育，只不过各有侧重。佛教的“不邪淫”通过否定婚外性行为，使性成为婚姻的专利；道教的男阳女阴、阴阳相交理论，重在论证婚姻中性的正当性；基督教创世纪中亚当夏娃的故事，则强调婚姻的共同生活目的，盖因上帝认为亚当“独居不好”，乃为其创造配偶夏娃，与其共同生活。因之，婚姻之本质可从此四个元素中管窥。

1. 从个体出发的爱情

婚姻中的情感，有一个美好的词，即爱情。在近现代对传统包办婚姻的摒弃思潮中，发自我体的爱情成为炫目的大旗。“具有法的意义的伦理性的爱”被视为婚姻之基石。^{〔2〕}爱情使婚姻区别于动物性两性关系，不仅成为婚姻道德标准的核心，也是婚姻成立和存续的基础。

2. 与爱情紧密关联的性

人的生物性产生性的需要和冲动，继而衍生出婚姻目的。因此，尽管演化出美学、哲学等形而上的理论，婚姻的出发点仍然是人之动物性冲动。性是爱情的基础，情爱是爱情的灵魂。^{〔3〕}两性差异和自然性关系，是婚姻的生理学基石。^{〔4〕}以年轻人结合为主要形态的婚姻中，性无疑占据着至关重要的位置。从古至今，婚姻、性和生育基本上三位一体。人与人之婚姻结合首先缘于性的冲动。可以说，具有原始色彩的强烈性冲动，是催生生理与伦理冲突、对社会秩序构成破坏的重要因素，婚姻则成为规制性行为、缓解性与社会冲突的方式。婚姻为性的合法性提供保障，没有婚姻的性生活常被认为不法。^{〔5〕}

3. 以共同生产生活为内容之稳定关系

婚姻不止是个体的选择，更是整体主义的产物，^{〔6〕}与共同体观念紧密关联。^{〔7〕}婚姻作为寄放情感的港湾和生育传承的核心方式，不是短暂的情感集散地，而是一个稳固的、有家庭和伦理加持的结合体。^{〔8〕}婚姻与非婚性交之不同，就在于婚姻当事人间存在以共同生产生活为内容的稳定关系。婚姻双方通过缔结婚姻、组建家庭，形成稳定的共同体。历史上，以婚姻为基础的家庭一直有生产、生活和生育的全方位职能。^{〔9〕}现代社会尽管生产功能日渐社会化，但夫妻共同体的生产功能仍在相当程度上存在。

4. 以生育繁衍为重要目标之婚姻目的

作为人口繁衍和人类传承路径，生育历来是婚姻的重要目标和内容。社会对人口再生产的干预亦主要通过婚姻制度实现。^{〔10〕}在中国古代，所谓婚者，“合二姓之好，上以事宗庙，而

〔2〕 参见〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第177页。

〔3〕 参见周正猷、唐洁清：《爱情三元素理论的初步研究》，《中国性科学》2017年第12期，第125页。

〔4〕 参见林葆先：《婚姻良法的伦理标准》，《河北学刊》2014年第2期，第136页。

〔5〕 最为明显的例子是，1989年最高人民法院印发的《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》（法〔民〕发〔1989〕38号）第3条规定：“自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起，未办结婚登记即以夫妻名义同居生活，按非法同居关系对待。”

〔6〕 参见陈苇主编：《外国婚姻家庭法比较研究》，群众出版社2006年版，第91页。

〔7〕 参见郑玉双：《婚姻与共同善的法哲学分析——兼论同性婚姻合法化困境》，《浙江社会科学》2013年第5期，第57页。

〔8〕 参见吴玉军：《责任感与忠诚感的回归——社群主义视野中的婚姻家庭问题》，《天津社会科学》2012年第3期，第35页以下。

〔9〕 参见邢轶：《中国古代家庭的生产、生活和生育周期》，《中国经济史研究》2016年第5期，第75页。

〔10〕 参见顾鉴塘：《论婚姻家庭的人口再生产本质》，《人口与经济》1989年第12期，第23页。

下以继后世”。〔11〕在《大戴礼记·本命》中，无子仅列于不顺父母之后，是较高顺位的休妻理由。在西方天主教教义中，亦把生育子女列为婚姻的首要目的。〔12〕

在原始社会末期的父权家长制家庭中，作为财富拥有者的男子为把财富传承给与自己有血缘关系的子女，要求妻子只能与其发生性关系。“个体婚制的产生就是与生育制度结合在一起的”，〔13〕在群婚制和对偶婚制走向个体婚制的过程中，生育扮演了重要的角色。“婚姻是社会为孩子们确定父母的手段。从婚姻里结成的夫妇关系是从亲子关系上发生的。”〔14〕尽管近现代以来，基于个体主义的社会意识经常将传宗接代视为封建纲常予以批判，后现代的一些激进同性婚姻案件中也对婚姻的生育功能提出质疑，〔15〕但无疑义的是，生育在任何时代都是一般婚姻的题中之义。

前述四点，是既有婚姻最常触及的几个方面，其或许不能谓之婚姻的构成要件，因为严格而言每一点均非不可或缺，〔16〕故笔者称之为婚姻的基本元素。除此四个元素外，登记、婚姻公告、结婚仪式等婚姻缔结的程序和形式，只是立法者加诸婚姻的形式要求，仅涉及婚姻政策，难以构成婚姻的基本元素。因之，实践中形式多样的男女结合，只要具备前述基本元素，即便没有履行登记、公告等婚姻形式，亦得成立实质上的婚姻关系。〔17〕

（二）基本元素外化形成的传统婚姻规则

围绕爱情、性、共同生活与生育四个基本元素，世界各国在长期的相互影响下，构建了虽具差异但又有共通性的婚姻规则。

1. 推崇与限制兼具的意思自治规则

婚姻法上意思自治的突出表现是婚姻自主。自文艺复兴以来，作为封建专制的代表，包办婚姻受到强烈批判，男女平等和婚姻自主成为婚俗改革的方向。在我国，自中国共产党在各革命根据地的法治改革推行婚姻自由，〔18〕以及1929年中华民国民法确立婚姻自主制度，打破礼制、法制、宗规和习惯对父母主婚权的全面维护〔19〕以来，婚姻自主便成为婚姻法不可撼动的基本原则。1950年婚姻法首次赋予民事主体婚姻完全自主权。

婚姻自主强调基于感情的结合，主张以情感作为缔结和维持婚姻之基础，爱情则是择偶的

〔11〕 《礼记·昏义》

〔12〕 天主教旧圣教法典（1917年）第1013条第1项规定：“婚姻的首要目的是生育子女和教育他们，次要目的是彼此互助和治疗情欲。”转引自刘哲：《天主教的婚姻观》，《中国宗教》2001年第4期，第31页。

〔13〕 高留志：《“婚姻与生育的分离”与我国结婚制度的改革》，《河北法学》2006年第9期，第60页。

〔14〕 费孝通：《生育制度》，中信出版集团2019年版，第35页。

〔15〕 最典型的是2016年美国最高法院判决的Obergefell v. Hodges案。Anthony Kennedy等持多数意见的法官认为，对于是否生养孩子的抉择，是基于个人、情感和实际考量的综合决策，不能认为生育是婚姻的题中之义。See Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 15 (2015).

〔16〕 就情感而言，婚姻缔结后基于情感变化形同陌路者大有人在，却不一定就此终结婚姻，毕竟婚姻还承载着亲友和社会期待等因素；就性来说，无性婚姻并非完全不存在；就生育来说，现代持不育主义婚育观念者与日俱增；就共同生活而言，现代婚姻中婚内分居并非个别。换言之，即便缺少其中一或两项，只要其他元素存在，亦不妨碍婚姻的存在。若从实定法意义而言，即使缺乏性、情感和生育，亦无共同生活关系，也不能否认法律意义上的婚姻存在，只不过可作为婚姻关系破裂之理由而已。

〔17〕 符合婚姻基本元素、具有婚姻之实的男女结合，笔者称之为实质意义上的婚姻或广义婚姻。而在满足前述元素之外，还需满足登记等条件始被承认之婚姻，注重婚姻之外在形式，故笔者称之为形式婚姻或狭义婚姻。本文所称之婚姻，除现行法上之实证分析外，在未特别指明的情况下，系指实质意义上的婚姻。

〔18〕 参见周祖成、池通：《1927-1945：革命根据地婚姻自由的法律表达》，《现代法学》2011年第4期，第16页以下。

〔19〕 参见王跃生：《从尊长主婚到婚姻自主——基于中国礼、法和惯习的考察》，《江淮论坛》2015年第2期，第109页以下。

基础和首要条件。^[20]在我国,马克思主义经典作家关于婚姻的基础是男女双方的爱情,只有基于爱情的婚姻才合乎道德之经典论述,^[21]被不断引用。我国民法典第1046条、第1079条秉承这一传统,明确了感情在婚姻中的基础地位,不仅缔结婚姻时需双方自愿,而且在离婚争议中也以感情破裂作为婚姻解除的标准。

同时,婚姻作为引起人身关系变动的法律事实,涉及家庭亲属等复杂问题,事关子女抚养、亲属关系维系和生产协作等诸多事务。为防止易变之情感过度危及婚姻,导致人身关系的不适当变动,各国多从实体和程序上对婚姻中的自治意思尤其是离婚意思施加限制,使婚姻具有基本的稳定性,防止轻率离合。

2. 以性秩序和性伦理为基础的国家干预制度

尽管婚姻通常无关他人和社会公益,但由于内在地包含性之合意,而性资源尤其是与外貌、气质、学识等联通的优质性资源总是稀缺,且需遵守辈分差序等伦理秩序,防止长幼失序,故从稳定性秩序和生育伦理出发,人类构建出一整套伦理规则,规范化为婚姻家庭法律,成为当事人须遵循的行为准则。如要求婚姻履行某种缔结仪式,即为推行社会干预;强制推行婚姻登记,更是为了实施“强大的、无孔不入的国家干预”。^[22]

由此,国家权力进入婚姻领域,对民事主体的意思自治施加限制,构建包含性行为指引、性权利行使、性义务履行、性资源配置在内的系列规则,以形成稳定的性秩序。法定婚龄防止自然人过早进行损及身体健康的性行为;一夫一妻制“削弱了性资源上的激烈冲突,给了成员们更多的平等”;^[23]登记将性之日常关系纳入国家监管,并实现性之排他性独占的公示;夫妻忠诚义务将诚实信用与性秩序有机融合,成为指引夫妻生活的圭臬;离婚则是性关系的解除。

3. 以生育伦理为基础的婚姻限制规则

婚姻与生育的紧密联系,使婚姻法承担起同时调整婚姻和生育关系的双重责任。基于生育伦理,国家构建起以阻隔遗传病传播、防止伦理混乱为目的的整套制度,对婚姻自由构成强烈限制。

(1) 法定婚龄。除了防止损及健康的过早性行为之外,在法定婚龄制度中,优生优育、防止未发育成熟的父母生育体质低下的子女及心智不成熟者不负责任地生育子女,亦是重要考量。除此,还有人口发展与社会承载能力等公共政策的考虑。

(2) 禁止亲属之间通婚。小农经济时代,人们聚族而居,通婚圈子狭窄。由于“男女同姓,其生不蕃”,^[24]故“同姓不婚,惧不殖也”。^[25]禁止亲属之间通婚,既是源于辈分混乱之担忧,也是出于优生和伦理考虑。“禁止直系血亲结婚最初源于生育所带来的亲属辈分的混乱,导致伦理秩序无法建立”,^[26]继而得到遗传学加持。而旁系血亲间的禁婚,一方面是防止社会结构的破坏,“向原来没有社会关系,或是本来不属于密切合作的生活团体的人中去建立两性和夫妇关系。这样新的需要可以不必破坏已有结构而得到满足”;^[27]另一方面则是基

[20] 参见方砚:《近代以来中国婚姻立法的移植和本土化》,华东政法大学2014年博士学位论文,第90页。

[21] 恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,载《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社2012年版,第94页。

[22] 金眉:《事实婚姻考察——兼论结婚仪式的现代法律价值》,《华东政法大学学报》2011年第1期,第151页。

[23] 郑也夫:《文明是副产品》,中信出版集团2015年版,第16页。

[24] 《左传·僖公二十三年》

[25] 《国语·晋语》

[26] 参见周平安、陈婴虹:《关于结婚条件的理论与实证分析》,《当代法学》2002年第9期,第60页。

[27] 前引[14],费孝通书,第59页。

于优生目的。至于表、堂兄弟姐妹之间的禁婚，则基本出于优生考虑。

(3) 以遗传病阻隔为目标之禁婚事由。自现代遗传学产生以来，阻断遗传病就成为禁止结婚的重要事由。^[28] 比如，1978年修改之前的美国明尼苏达州法律规定，当事人一方患癫痫病、弱智、心灵耗弱或精神病的，不得结婚。^[29] 1928年墨西哥联邦民法典第156条第1款第8项规定，慢性病和不治之症患者，以其是传染性的或遗传性的为限，不得结婚。2018年修改之前的秘鲁民法典第241条第1款第2项规定，患有慢性的、传染性且有遗传性之疾病，或对卑亲属产生危险之缺陷者，不得结婚。我国原婚姻法第7条第2款亦规定，患有医学上认为不应当结婚的疾病者不得结婚。

4. 以共同生活为基础的夫妻权利义务关系

婚姻作为经济生活的单位集团，^[30] 追求成员整体利益。由于婚姻之缔结，在当事人间形成共同生产生活关系。夫妻在婚姻存续期间休戚相关、共事生产、共同生活，形成稳定的命运共同体，^[31] 由此产生相关权利义务关系：其一，为稳固共同生活基础，夫妻应当相互忠实，互相尊重和关爱。其二，夫妻互为亲属，互负扶养义务。其三，夫妻平等享有和承担对未成年子女抚养、教育和保护的权利和义务。其四，除非另有约定，夫妻关系存续期间获得的财产自动归入夫妻共同财产。

二、老年人婚姻元素内涵变化及婚姻规则适应性需要

在传统婚姻伦理崩解之现代老龄化社会，婚姻之不稳定性日益增加，^[32] 夫妻因寿命差异而不断产生新的适婚个体，加之我国老人“空巢化”突出，以抱团养老为目的之男女结合日渐普遍，且相当部分以稳定共同体的形式存在，老年人成为婚姻关系之活跃参加者，^[33] 老年人婚姻成为不可忽视的婚姻样态。^[34]

为了解老年人婚姻特点，笔者设计调查问卷，在广东云浮、潮州和广西北海三地开展实证调研。^[35] 问卷共设计16个问题，涉及年龄、婚姻状况、婚姻意愿、财产处理、离婚时的纠

[28] 参见徐国栋：《〈中华人民共和国民法典〉应保留〈婚姻法〉禁止一些疾病患者结婚的规定》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第1期，第90页。

[29] See R. Kirsch, *How does Epilepsy Affects the Validity of Marriage?*, 10 Wyoming Law Journal 245 (1956).

[30] 参见[英] 霭理士：《性心理学》，潘光旦译，山东文艺出版社2018年版，第243页。

[31] 参见贺剑：《夫妻个人财产的婚后增值归属——兼论我国婚后所得共同制的精神》，《法学家》2015年第4期，第107页以下。

[32] 2016年至2019年，我国离婚登记对数逐年上升，分别为415.82、437.40、446.08、470.06万对。参见国家统计局网站，<https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01&zb=A0POC&sj=2019>，2021年4月24日最后访问。

[33] 实践中，“老年”是一个高度不确定的概念。即便是联合国的相关文件，对“老年”也有不同表述。与退休年龄相适应，国际上通常有60岁和65岁两种观点。近年随着各国退休年龄的延迟，以年满65岁作为老年标准的观点逐渐流行。笔者认为，鉴于“老年”意味着身体机能的下降，故将“老年”与“退休年龄”挂钩是较为合适的做法，但我国50岁多一点的实际退休年龄与国际上关于合适退休年龄的认知相去甚远。考虑到我国延迟退休并不遥远，而60岁是一个多数人认同的标准，故本文所称之“老年”，基本以年满60周岁为标准。

[34] 本文所称老年人婚姻，特指婚姻关系变动情况下的涉老年人婚姻，包括初婚、再婚、离异等诸种情形。对于婚姻关系未曾变动之老年人而言，婚姻不过是年纪尚轻时缔结婚姻之延续。时光虽逝，形式和内容却并无变化，故不在本文所指老年人婚姻之列。

[35] 为最大程度克服新冠疫情所致异地调研困难之影响，保障样本的代表性和多样性，笔者选择经济发展水平中等、可视为南方普通地区代表的广东云浮，经济相对发达、北方老人异地养老较多、可一定程度反映北方老年人婚恋观的广西北海，以及传统观念浓厚、可作为传统地区代表的广东潮汕地区进行随机调研。

纷处理等方面。问卷共发放 700 余份,回收 560 余份。去除部分表意不清晰、自相矛盾的样本,共获得有效问卷 460 份。同时,为了解老年人婚姻纠纷状况,笔者设置检索条件,对中国司法裁判文书网中符合检索要求的万余份判决书进行分析,^[36]发现老年人婚姻的数量呈不断增加的态势,^[37]且在老年人婚姻中,性、爱情、共同生活、生育等婚姻元素无不面临冲击,即便性、爱情、共同生活可勉强保持基本元素地位,内涵也已相去甚远,生育功能则基本从老年人婚姻中剥离。

(一) 老年人婚姻元素之内涵变化

1. 情感之弱化

在前述问卷调查中,针对未婚、丧偶、离异老人中有明确婚姻意愿的 31 位老人之调查显示,以“生活中有个伴”“太孤单,想找个能一起说话的人”等生活目的作为婚姻目的者,有 25 位,占比达 81%。对于婚姻对象,受访老人无一例外选择了“合适就行”,表明老人对情感并无特别高的要求,印证了诸多文献关于老龄婚姻中搭伴养老之现实考虑多过情感需求的结论。^[38]

老年人与年轻人分处生长发育和机能退化两个时期,老年人之结合明显异于年轻人。在老年人婚姻中,感情虽是婚姻的必要成分,但爱情明显丧失了基础地位。其一,在相当占比的老年人婚姻中,性只是日常生活之偶尔点缀。相应地,伴侣情感亦不再是以性为基础和纽带的爱情,而是更趋向于友情和亲情。其二,对于多数老人来说,基于搭伴养老需要而产生的彼此照料、扶持、精神慰藉等现实目的上升到突出位置。只要性格合得来,利于摆脱精神孤寂、克服生活不便,就可以一起生活,^[39]彼此间的情感需求多停留在时光同行者和生活伴侣的层面,这与传统对于爱情炙热性的理解相去甚远。^[40]

2. 性之基础地位丧失

虽然在男女结合之中,性始终是不可回避的因素,但在老年人婚育意愿中,性的考虑却处于极不重要的位置。前述有明确婚姻意愿的 31 位老人中,仅 1 人在婚姻目的栏选择了“生理需要”,占比不到 4%。

人在年富力强时期,性的需求高涨。随着年事渐高,婚姻中性的因素也不断淡化,其基础地位不再,彼此的陪伴、照料和扶持成为婚姻的主要目的。在相当占比的老人眼中,通过非婚同居之类准婚姻形式或通过组建搭伴共居的共同体,实现抱团养老的目的,越来越成为他们的

[36] 在检索中,设置案由为民事,案件类型为民事案件,文书类型为判决书,全文关键词视研究需要设置(如再婚、同居等)。同时,为保障当事人年龄已满 60 周岁,对当事人与裁判日期选项作专门设置。如当事人出生日期为 1961 年 12 月 31 日,则裁判日期设置为 2022 年 1 月 1 日及以后,如此多次切换,尽量做到对涉老年人婚姻纠纷案件的全样本分析。检索时间为 2022 年 4 月 16 日。

[37] 在 460 份有效问卷中,未婚、离婚和丧偶者达 97 人,占全体受访者的 21.09%。受访者年龄越低,越具有婚姻意愿。若按第七次人口普查统计的 2.64 亿老年人测算,有婚姻资格的 60 岁以上老人可能超过 5500 万;若按 21 世纪中叶 4 亿多老人计算,有婚姻资格的 60 岁以上老人将超过 8400 万人。

[38] 参见姜向群:《“搭伴养老”现象与老年人再婚难问题》,《人口研究》2004 年第 3 期,第 94 页以下;李鹏:《个案工作视角下福利机构丧偶老人再婚意愿研究——以 C 市福利院为例》,吉林大学 2015 年硕士学位论文,第 19 页;江艳:《老年人再婚问题初探——以沿海发达地区某老干部休养所为例》,华中师范大学 2012 年硕士学位论文,第 3 页;赵聆佑:《农村老年妇女“搭伴养老”现象的调查与研究——以伊金霍洛旗红庆河镇乌兰淖村为例》,内蒙古师范大学 2015 年硕士学位论文,第 19 页。

[39] 参见上引姜向群文,第 94 页。

[40] 尽管情感浓度发生显著改变,但似也难以断言老年人情感无关爱情。毕竟,老年人对于配偶独占性、排他性的情感虽有降低,但仍一定程度上存在。

现实选择。^[41]我国长期受计划生育影响，家庭趋于小型化，夫妇核心家庭和单人户家庭占比居高不下，“空巢”现象突出，^[42]独生子女家庭养老压力沉重。^[43]对于相当部分的独身老年人来说，在生活不便时相互扶持，在生活困难时彼此照料，在情感需要时获得慰藉，成为其结合的重要目的和内容。^[44]性因素的淡化，使得基于性诱惑而产生破坏性追逐行为的可能性基本不复存在。

3. 共同体因素淡化

在对再婚老人之调查中，占比超过一半的老人显示出对于感情不和时好聚好散之处理方式的认可。其中，再婚两次以上的5位老人均主张不和就分。在有再婚意愿的31位受访者中，认可夫妻财产共同所有的仅10人，占比不到1/3。而就从中国裁判文书网所得数据来看，再婚老年人的离婚案件在所有离婚案件中占比高达32%，但即便到2021年这一我国人口老龄化达到新高的年份，老年人也仅占总人口的18%，表明老年人婚姻呈现出极大的不稳定性。

在老年人婚姻中，共同生活的内涵发生了迥异于其他群体婚姻之变化：其一，老年人淡出劳动力市场，夫妻共同体生产功能弱化乃至消失。老年配偶之间的共同生活，主要表现为互相陪伴、照料和扶持等生活内容，有别于传统婚姻重视生产的生活方式。其二，老年配偶财产主要来自婚前各自的积累，极少缘于婚姻存续期间的共同贡献，故维系共同财产之必要性极低。老年夫妻更倾向于减少羁绊，实现个人对财产的自主支配。再婚老人更倾向于认同婚后个人所得的财产尤其是大宗财产归各自所有。其三，由于没有孕育子女这一婚姻关系黏合剂，婚姻稳定性大幅降低，加之基于性之制约而产生的伦理性约束减少，聚散随心现象普遍存在。^[45]

4. 生育传承目的消退

在老年人婚姻中，“婚”与“育”脱钩的现象最为明显。在460份有效问卷中，笔者没有看到再婚老人孕育子女的案例。从笔者日常的观察来看，再婚孕有子女者基本只出现于少数跨越年龄层次的“老少配”婚姻之中。这说明，对于多数老人来说，其生育目标已在年轻时实现。多数老年夫妻既不存在生育责任，也不存在繁育后代的必要性。姑且不论高龄生育之子女质量，伴随精力和活动能力的退化，老年人从事生产获得物质资料的能力普遍不高，即便生育也难以承担养育子女的重任。因此，老年人婚姻基本不具有生育传承目的。尽管在试管婴儿等生殖技术助力下，一些人得以对抗自然安排而孕育后代，但整体而言，生育既超出老年人能力，亦不在其婚姻正常功能的范畴内。

（二）婚姻元素内涵变化衍生之婚姻规则适应性需要

在传统婚姻中，性具有基础、桥梁和纽带作用；情与性结合产生爱情，据此区别于友情、亲情等感情；而性的日常化，则是夫妻生活区别于其他共同生活的标志；亦正是因为两性结合，才衍生出生育问题。然而，在老年人婚姻中，伴随性基础地位的丧失，这些都已难言妥贴，由其辐射外化出的传统婚姻规则也就难以良好地适应老年人婚姻的需要。

[41] 参见吴国平：《老年人搭伴养老现象的法律规制研究》，《老龄科学研究》2018年第6期，第61页；张静波、任凤莲：《“搭伴养老”的两个法律问题》，《中共山西省委党校学报》2009年第6期，第98页。

[42] 据统计，我国近一半的老年人家庭为城乡空巢家庭或类空巢家庭。参见上引吴国平文，第60页。

[43] 参见王跃生：《制度变迁与当代城市家庭户结构变动分析》，《人口研究》2020年第1期，第55页。

[44] 参见粟霞：《对老年人“搭伴养老”现象的思考》，《中共青岛市委党校（青岛行政学院）学报》2007年第6期，第66页。

[45] 参见尹秋玲：《“相约黄昏”：农村老年人搭伴养老现象研究——基于代际关系变迁视角》，《人口与经济》2021年第3期，第74页。

其一，情感规则之变化。既然在老年人婚姻中，情感已处于以彼此是否适应为标准的很低水平，而与浓烈的爱情存在明显差异，那么情感在婚姻中的地位及婚姻中的感情判断标准也必然发生变化。感情尽管仍系婚姻缔结和维持的必备要素，但判断标准已发生重大变化。一是感情判断规则涵摄更加广泛，感情存在与否不应只从爱情维度判断。配偶间只要能够包容、和睦，即可认为存在感情。区分爱情、亲情和友情几无必要，以只有亲情和友情而不具有爱情作为解除婚姻的理由基本不成立。二是情感中生物性因素淡化而生活的社会性实用主义因素增加之后，对婚姻的制约应随伦理禁忌之淡化而相应减少。婚姻规则应更多体现当事人的自主意志，而减少其他方面的考虑。一方面，婚姻的禁止事由应相应减少；另一方面，传统婚姻中一味以稳定婚姻为目标、对离婚设置重重障碍的规则，其必要性面临质疑。

其二，婚姻关系内容规则之变化。由于共同关系受到冲击，夫妻权利义务关系面临重构。一方面，夫妻财产关系面临调整。伴随生产职能的淡出，相当部分婚姻不再具有生产共同体的性质。在夫妻系属生产共同体情况下，基于双方不分彼此的劳动付出，夫妻劳动与所获财产之间的关联和牵扯盘根错节，不仅财产难以区分，且强行区分损及夫妻关系。此时，采用夫妻共同所有制可谓较佳选择。这或许也是个体主义影响日盛情况下，不少国家仍坚持夫妻法定共同所有制的原因。但在夫妻不事共同生产的情况下，若将一方所得归入共同财产，将使原本清晰的权利义务关系变得复杂，对财产利用构成不当制约，不仅不利于物尽其用，而且可能使配偶彼此防范，反而不利于婚姻稳定。故而，适用夫妻法定共同所有制，对于老年人来说并非好的制度安排。另一方面，夫妻忠实义务的内容面临调整。在性因素淡化后，配偶虽仍互负相互尊重、相互关爱的义务，但所谓夫妻忠实，更多地体现为诚实守信、恪守承诺等生活内容，性的忠诚和约束虽仍必要，但已不像年轻群体婚姻那样居于核心位置。

其三，国家干预规则之变化。婚姻法涉及公共秩序、善良风俗等复杂问题，婚姻远非“非人格化的、短暂的、分离的和理性的”契约所能涵括。^[46]因此，婚姻中适度的国家干预始终具有必要性。但伴随性基础地位的丧失，以性健康与性秩序为目的之国家干预的必要性明显降低。老年群体既不存在过早性行为及身体健康问题，亦较少对于性资源的破坏性追逐，通过强制登记等方式干预婚姻的合理性亦面临质疑。在婚姻关系摆脱生育功能并纯粹化为配偶身份关系后，以防止遗传病传播、实现优生优育为目的之禁结婚制度也将失去根基。

三、“形”“实”结合的老齡社会多元婚姻规则

现实中数量庞大的老年人口之间的男女结合，相当部分基本具备齐全的婚姻元素，虽然这些元素的内涵有所改变，但仍符合实质婚姻的判断。在婚姻规则并无专门设计的情况下，老年人婚姻登记数量的不断增加，说明即便存在颇多不便，仍有相当数量的老人愿意接受婚姻规则的制约；而更为广泛的搭伴养老等男女结合行为，则表明占比更多的老人选择逃避现行婚姻规则的调整。这实质上开启了一扇问题之门：在搭伴养老等传统婚姻规则映射不到的地方，男女稳定结合的行为如何定性，相关者利益如何平衡，弱者的利益如何维护，现实中数量众多的纠

[46] 参见吴玉军：《责任感与忠诚感的回归——社群主义视野中的婚姻家庭问题》，《天津社会科学》2012年第3期，第36页。

纷依据什么规则解决。虽然婚姻法作为传统性极强的伦理性法律，发展极为缓慢，^[47]但在婚姻家庭事实发生变化时，仍有变革之必要。展开全龄视域的审视，在既有婚姻规则之外，酌情增加更能反映老年人意愿的实质婚姻规则，应是老龄社会婚姻规则变革的可行方向。

老龄社会的婚姻制度，应尽可能对实践中数量众多且基本具备实质婚姻元素的男女结合进行调整。近年来，随着老龄化程度的不断加深和个体主义思潮的兴起，不婚主义勃兴，老年人搭伴养老与年轻人非婚同居合流，稳定的婚外共居渐成各国常态。比如，2009年，瑞典非婚生子女占比达54%、丹麦达47%、挪威达55%、冰岛达64%，而北欧国家的结婚率则长期保持在5%左右的极低水平；^[48]在美国，非婚结合的占比早在十多年前已经超过半数。^[49]为应对快速增长的非婚结合浪潮，许多国家纷纷推出“民事伴侣”等实质婚姻制度，^[50]与传统形式婚姻制度一起，对实践中的各种男女结合进行调整，这一做法颇值借鉴。^[51]

以笔者一孔之见，我国老龄社会的婚姻规则可循两条路径进行变革：一方面，于民法典婚姻家庭编之外，补充构建“见（公）证互惠”制度和“注册伴侣”制度，对于基本具备实质婚姻元素的男女结合加以不同形式和侧面的调整，形成由见（公）证互惠—注册伴侣—狭义婚姻规则构成的、个体性到共同性不断加强的、实质婚姻规则与形式婚姻规则有机结合的婚姻规则体系，以为日趋普遍的搭伴养老等行为提供制度上的安置；另一方面，在整体稳定的情况下，对个别明显不适应老龄化趋势、确有必要修改的狭义婚姻规则进行变革。

（一）补充构建之实质婚姻规则

于狭义婚姻规则之外补充构建的见（公）证互惠和注册伴侣等实质婚姻规则，主要担负如下功能：一是使婚姻规则由重登记之形式走向重男女结合之实质，实现婚姻制度由重“形”到“形”“实”兼顾的改造；二是为实践中日渐普遍的非婚结合提供基本遵循，尤其是对弱势一方提供基本保护，避免此类结合成为纠纷频生却无相应规则调整之地；三是在民法典需在相当长时期内保持稳定情况下，发挥婚姻制度改革试验田的作用，回应现实中产生的规则变革需要，减轻狭义婚姻规则受到冲击的程度。

1. 见（公）证互惠制度

所谓“见（公）证互惠”，即具有共同生活意愿的独居自然人，以互惠共居为目的，就共同生活事宜达成协议，并由民政部门、居民委员会、村民委员会或律师事务所等进行见证，或由公证部门予以公证。此种经见证或公证后的互惠生活形式，具有如下特点：

[47] 参见裴桦、王丽霞：《论婚姻法的伦理性与传统性》，《新视野》2011年第5期，第79页。

[48] See Gran Lind, *Cohabitation and Cohabitation Law in the Nordic Countries*, in J. Ashland et al., *Nordic Cohabitation Law*, Intersentia, 2015, pp. 4-6.

[49] See Table SF 3.3. A. Partnerships and Cohabitation, 2011, 经合组织家庭数据库网站, https://www.oecd.org/els/family/SF_3-3-Cohabitation-forms-partnership.pdf, 2022年2月25日最后访问。

[50] 欧盟多数国家、美国等均制定了民事伴侣法律。在名称上，常见的有“民事伴侣关系法”“生活伴侣关系法”等。参见董思远：《我国〈同居伴侣法〉的立法构想》，《福建江夏学院学报》2017年第5期，第52页；邹国勇、林萌：《欧盟在注册伴侣财产事项领域国际私法的统一化——2016年〈注册伴侣财产事项条例〉述评》，《武大国际法评论》2018年第6期，第119页。

[51] 质疑的观点可能认为，我国婚姻观念相对传统，“民事伴侣”等制度不符合我国国情。笔者认为，我国老年人口远多于其他国家，且由于计划生育政策的影响，未来还将以前所未有的速度增长，搭伴养老等男女结合势将迅速增加。何况年轻人同居群体同样庞大，在包容性生育理念等新型婚育观的影响下，非婚生子女日渐普遍，故非婚同居数量不容小觑。婚姻观本就是随时代变化的。20世纪80、90年代，非婚性行为尚属禁忌；而几十年后，非婚同居却成为公共话题。这本身就反映了婚姻观念的变化。

其一，乃通过当事人协议产生的合同关系。不同于一般合同关系的是，此种关系发生在有特殊信赖关系的男女之间，协议内容具有广泛性和复合性，既有一定的财产内容，又有一定的人身性质。其财产性表现在，对共同生活期间的财产归属、使用、分配等有明确约定。人身性表现在，协议以人身信赖为基础，以共同生活为目标，不可避免地存在相互扶持等与共同生活相关的人身性内容，并仍然具有一定的性之因素。

其二，以共同生活为目标，合同内容主要为共同生活期间的权利义务及相关财产的处理。“互惠”表明其具有互助共济的性质，“见（公）证”则体现对合同形式的要求。之所以作此要求，一是基于互惠合同人身财产混合，较之一般合同更为复杂的特殊性质；二是促使当事人更严肃地对待搭伴养老等同居行为；三是通过增加第三方见（公）证，使协议条款更加公平和全面。

其三，互惠双方不产生亲属法上的身份关系。互惠双方不互为配偶，权利义务由当事人约定。共同生活期间所得财产归各自所有，一方死亡时另一方不享有继承权，彼此与对方之亲属不成立亲属法上的身份关系。

见（公）证互惠的人身与财产双重性质决定了，除尊重当事人意思自治，还需基于公共秩序与伦理对其进行规制。制度之核心在于引入一定数量的法定义务，弥补意思自治之不足，制度之难点则在于弱势一方的利益保护。笔者认为，考虑到互惠生活协议的合同性质及东方伦理中重视后代利益的特点，对于弱势一方的保护宜保持在基本保障之相对较低水平：

其一，双方基于共同生活关系而具有以生活扶助为内容的权利义务。一方面，必要的扶助是互惠生活协议的题中之义，当事人负有基于诚实信用而产生的附随义务；另一方面，作为以特殊信赖为基础、以相携共度为目的之共同生活者，彼此间的关心、照护和扶持不言自明。扶助不仅是双方的义务，亦是其权利，如紧急医疗情况下决定治疗的权利，^[52]一方入狱时他方的探视权利等。不过，此种扶助主要表现在为维系共同生活而给予关照，或在对方遭遇困难时应急性地给予照顾、支持和帮助，这与基于配偶身份而产生的赡养、扶助义务存在本质区别。

其二，在效力上，互惠协议对确实知悉的第三人^[53]具有对抗效力。首先，在互惠协议终止前，不得订立新的互惠协议。若第三人明知协议之存在而仍与一方订立互惠协议，则在后协议无效。其次，明知存在协议而仍与协议当事人共同生活之人，构成故意以违背善良风俗的方式侵害他人法益，应承担相应的民事责任。再次，第三人侵害互惠生活共同体利益，应对互惠双方负赔偿责任。

殊值探讨的是，互惠协议人可否基于该协议享受属于家庭成员的权利，如土地承包经营权和宅基地使用权，或以为对方支出作为家庭负担享受减免税等以家庭为对象的福利。比较法上的观点多认为，作为实质婚姻，生活共居与狭义婚姻一样都对社会有益，故不应有所区别。^[54]笔者认为此观点确有道理。但是，互惠协议仅为合同关系，若允其为土地承包经营权人或宅基地使用权人，必然招致利害关系人反对，不利于搭伴养老等关系的形成。故虽然土地承包经营

[52] 之所以赋予一方对他方在紧急医疗情况下的治疗决定权，一是由于生活共居，一方常比近亲属更早发现对方患病；二是作为共同生活者，一方对于他方病情、病史的了解远甚于其他人员；三是患者之健康实质性地影响共同体利益，赋予紧急医疗决定权有利于其及时作出有利于患者的决策。这也是各国通例。

[53] 包括双方当事人的子女、亲友及重要财产所涉相对人等。

[54] See Jens M. Scherpe, *The Legal Status of Cohabitation-Requirements for Legal Recognition*, in Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, 2005, pp. 288-291.

权和宅基地使用权具有极强的保障性质，仍以不承认互惠协议人的权利为宜。唯在三权分置且有明确约定的情况下，互惠协议人方可享有一定的房屋财产权和土地经营权。在一方死亡时，生存一方还可基于居住权合同或遗嘱对死亡一方遗留之房屋享有居住权。

其三，由于具有较强的人身性，法律须对见（公）证互惠协议作适度干预。（1）严格限制缔约主体。为防止对婚姻造成冲击及部分人利用该制度拥有多个伴侣，须在主体上严格限制。缔约主体限于没有配偶之自然人。（2）坚持互惠协议的唯一性。既有互惠协议终止前，不得缔结新的互惠协议。（3）禁止有违基本伦理和公序良俗之互惠生活。（4）为保持必要的严肃性并保护弱势一方，可对互惠生活予以一定的期间（如不短于2年）限制。在此期间解除协议的，有过错的解除方须承担赔偿责任。（5）若共同生活期间育有子女，则双方均负抚养义务，且女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内，男方不得提出解除协议。

2. 注册伴侣制度

所谓“注册伴侣”，即由双方申请，经民政部门登记确认，在当事人间形成稳定的共同生活关系。此种注册伴侣关系具有如下特点：

其一，系经注册的男女结合。注册伴侣双方为异性，不同于通常所谓的“同性伴侣”。众所周知，由于传统上认为婚姻系异性之结合，同性婚姻经历了漫长的身份认同之路。^[55]“注册伴侣”这一对于非婚结合的直描式称呼，曾在同性婚姻合法化过程中为使其区别于异性结合的婚姻而广泛使用。但事实上，注册伴侣反映的是非婚结合之注册形式，绝非同性婚姻专用。即便是曾以其指称同性婚姻的国家（如法国），注册伴侣制度也已转向对异性开放。^[56]

其二，是一种共同生活关系。与见（公）证互惠生活方式一样，注册伴侣以共同生活为目标，兼具人身和财产方面的内容。但由于经过民政部门注册，伴侣关系更具对世性，且共同生活关系更为稳定。首先，共同生活关系经过注册，任何人均可获知，任何人与有伴侣者同居，均可构成故意以违背善良风俗的方式侵害他人法益，应当承担相应的民事责任。其次，伴侣关系的成立和消灭需要满足一定的实体和程序条件，更具稳定性。再次，基于伴侣之间以情感为基础的实质婚姻关系，伴侣间负有一定程度的法定扶助义务，且享有维持共同生活所需的必要家事代理权。

其三，系非婚共同生活方式。首先，伴侣不互为亲属法上的配偶，不具有亲属身份。伴侣与对方之亲属不成立亲属关系，不产生亲属法上的权利和义务。伴侣一方遭受损害时，他方之亲属不享有损害赔偿请求权。其次，伴侣关系以情感为基础，具有较强的稳定性，且包含性之因素，故而是一种具有实质婚姻性质的男女结合方式。

作为具有婚姻实质的生活方式，伴侣关系涉及当事人意思自治、伴侣和亲属之利益以及公序良俗等复杂问题，需要制定“伴侣关系法”等法律作出专门规定。“伴侣关系法”之核心，在于平衡伴侣与子代利益，及为弱势成员提供保护：

其一，伴侣之间的权利义务由当事人约定和“伴侣关系法”规定。在没有约定或约定不明确、“伴侣关系法”亦无规定的场合，伴侣关系准用民法典婚姻家庭编的规定。

其二，伴侣虽不互为亲属，但仍具有较多身份法上的权利和义务，系一种类亲属关系。首

[55] 参见曹伟峰：《北欧国家同性婚姻立法变迁及相关权益解读——以瑞典为中心》，《社科纵横》2013年第1期，第102页。

[56] 参见前引[50]，邹国勇等文，第119页。

先, 伴侣之间互负扶助义务和忠实义务, 享有为维持共同生活所需的必要家事代理权。其次, 在一方患病或死亡而又无近亲属或近亲属确有困难的情况下, 他方享有紧急治疗或殡葬事务的决策权。再次, 伴侣附条件地享有继承或分得适当遗产的权利。一是, 无近亲属的一方死亡时, 遗产应由生存伴侣继承; 二是, 一方死亡时, 较长时期持续同居〔57〕的伴侣可享有最高限额内一定份额的继承权(或获得遗产的权利);〔58〕三是, 即便不符合较长时期共同生活的条件, 伴侣仍可基于依靠被继承人扶养或对被继承人扶养较多等事由, 而分得适当的遗产。

其三, 伴侣财产以分别所有制为原则。但在没有相反约定的情况下, 双方均有权平等分享同居期间获得的家庭用品及与家庭开支相关的财产。因家庭生活所生之债务, 由双方负连带责任; 其他债务, 即便产生于伴侣关系存续期间, 均只属于个人债务。基于稳定共同体的性质, 伴侣应享有部分属于家庭成员的权利以及以家庭为对象的相应社会福利。

(二) 狭义婚姻规则之改革与续造

1. 禁结婚规则

婚姻缔结中的禁结婚事由, 一是防止疾病传播, 二是避免伦理紊乱。在社会老龄化背景下, 婚姻日渐分化为具有生育内容的婚姻与不具有生育内容的婚姻两种类型。在前者, 由于恶性遗传病跨代际传播危及后代与人类整体健康, 其影响已逸出婚姻当事人, 需立法者给出明确的否定态度; 在后者, 基于遗传病传播之担忧可以消解, 由于不危及婚姻之外的第三人, 婚姻缔结与否应交当事人选择, 法律不宜干预。

我国民法典没有将罹患疾病作为禁止结婚的事由, 但将罹患重大疾病一方是否如实告知作为婚姻效力的判断依据。在禁止近亲结婚方面, 民法典第1048条禁止直系血亲和三代以内旁系血亲结婚, 对于公媳等姻亲间的通婚未作规定, 而循公序良俗规则解决。可见, 民法典没有将罹患遗传病作为禁结婚事由, 较契合不具有生育内容之老年人婚姻, 但对于后代利益明显缺乏考虑。较合适的做法应是, 以罹患恶性遗传病作为禁结合一般事由, 通过但书为不具有生育能力和明显不以孕育后代为目的之男女结合设置例外。第一项例外针对所有群体, 无论何人, 只要不具有生育能力, 即便罹患恶性遗传病亦可结合, 唯须告知对方。第二项例外则只针对老年人群。对年轻人来说, 生育意愿是可变因素, 即便结婚时抱不育主义者, 亦有很大几率变更生育意愿; 对老年人来说则不然, 已完成生育目的与随年龄增长日趋力不从心叠加, 再婚老人变更生育意愿的可能性极小。

2. 忠实义务规则

在狭义婚姻中, 一般要求夫妻双方在共同生活中互相忠实, 以维护婚姻关系的专一性和排他性,〔59〕包括情感和性的专一。〔60〕忠实义务以性的专一为基础, 对于违反夫妻忠实义务所致损害赔偿的判断, 亦不会脱离婚外性行为的考量。

〔57〕 关于满足继承权之同居时限, 各国差异较大。较短者仅需两至三年, 如多数北欧国家; 较长者需九年以上, 如意大利。See Göran Lind, *Legislation for the Surviving Cohabitant from A Comparative Perspective*, in Katharina Boele-Woelki and Tone Sverdrup (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, pp. 241-268. 笔者认为, 这是一个伴侣与子代利益平衡的问题。鉴于我国重视后代的观念浓厚, 我国宜规定一个相对长的时期。

〔58〕 设置最高限额, 乃在于防止伴侣获得过多财产, 减少对于其通过同居不正当地获取财产的担忧; 设置份额限制, 则在于平衡伴侣与子代利益。笔者认为, 鉴于伴侣不为亲属之事实, 伴侣所获遗产应以不超过第一顺序继承人份额的1/3或第二顺序继承人的继承份额为宜。

〔59〕 参见胡洁人、王婷:《夫妻忠实义务之“精神考量”》,《法律适用》2020年第11期,第76页。

〔60〕 参见李秀华:《夫妻忠实义务理论与实务维度之考量》,《中华女子学院学报》2009年第5期,第29页。

如前文所析，上述认识显系以年轻群体婚姻为对象得出的结论。就老年伴侣而言，既然性之核心地位不再，则忠实义务理应更多地聚焦于非性关系，如基于伴侣身份而形成的特殊信赖关系。对于是否违反忠实义务的判断，应主要体现在涉及他方知情权时是否履行了告知义务，是否存在故意欺瞒，在日常家事代理中是否存在明显不当行为，是否存在放任伴侣受害、为第三人利益牺牲伴侣利益等情事。换言之，忠实义务的判定规则虽仍应坚持性的专一性，但须增加告知义务的履行、家事代理的适当性、是否有违特殊信赖等方面的考虑，更加注重判断因素的多元性和判断的综合性。与之相适应，老年人婚姻中因违反夫妻忠实义务所致损害赔偿的范围应适当收缩。

3. 夫妻财产规则

在年轻群体婚姻中，基于组建家庭、形成生产生活共同体及传承血脉等原因，夫妻关系存续期间宜维持财产模糊状态，尽量不区分彼此，故夫妻法定财产制宜为共同所有制。只要没有特别约定，夫妻关系存续期间所得财产皆应为共同财产。老年人婚姻则正好相反，随着家庭去生产化，婚姻当事人多希望保留个人财务自由。共同所有制不仅成为缔结婚姻的障碍，而且成为引发家庭矛盾的导火索。多项有关老年人再婚的社会学实证调研也显示，阻碍老人间缔结婚姻的首要因素是不能就财产归属等达成一致，难以消除对于对方通过婚姻不正当获取财产的担忧。^[61] 笔者对司法裁判的大数据分析亦证明了这一点。笔者保持前文所述检索条件，设置全文关键词为同居和未办理结婚登记，经过年龄比对后，得到老年人非婚同居案件 4467 件；设置全文关键词为再婚和离婚，得到老年人再婚后离婚案件 5497 件。两类案件中，财产纠纷均高居第一。在非婚同居案件中，共有财产分割案件 518 件，婚约财产返还案件 2208 件，财产案件占比达到 61%；在再婚后离婚案件中，财产案件达 4392 件，占比接近 80%。因此，分别所有制才是适合老年人婚姻的财产规则。^[62]

我国长期受德国、法国等大陆法系国家影响，夫妻法定财产制奉共同所有制为圭臬。然事实上，日本等部分大陆法系国家，^[63] 美国多数州、英国、澳大利亚、新西兰及我国香港地区等受英美法系影响的法域，长期奉行夫妻分别所有制。^[64] 至少对于老年再婚夫妻而言，男女双方分别取得的住房补贴、住房公积金和基本养老金等推定为个人所有，而非如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（法释〔2020〕22号）第 25 条般推定为共同所有，则更有利于减少矛盾，提高老年人对婚姻的认同感和老年人婚姻的稳定。在一方因侵权而负债时，亦以认定为个人债务为宜，而非如一般婚姻中我国婚姻法学者所主张的“原则上应认定为夫妻共同债务”。^[65]

由于“伴侣关系法”可以将伴侣法定财产制规定为分别所有制，故民法典变革夫妻财产制的迫切性大为消减。不过，在条件成熟时，仍可借鉴后文所述日本修改配偶继承权的思路，

[61] 参见孙新华、宋涛：《农村老年人再婚的现状、需求与障碍——基于湖北和江西两个村庄的考察》，《老龄科学研究》2014年第9期，第25页；管典安：《人口老龄化背景下农村老人再婚问题研究》，《东岳论丛》2014年第2期，第143页；前引〔38〕，李鹏硕士学位论文，第18页；前引〔38〕，江艳硕士学位论文，第20页。

[62] 当然，适应老龄化只是制定婚姻制度的一个考量因素。一国采何种夫妻法定财产制，需要综合多种因素考虑。

[63] 参见前引〔6〕，陈苇主编书，第210页。

[64] 参见吴至诚：《夫妻债务的英美法系功能比较研究——以不采行夫妻共同财产制的模式为中心》，《华东政法大学学报》2021年第1期，第39页。

[65] 叶名怡：《民法典视野下夫妻一方侵权之债的清偿》，《法商研究》2021年第1期，第24页。

在不触动民法典的情况下,通过司法解释对婚姻存续期间较短的再婚配偶财产制进行特别限制。例如,对婚姻存续不满10年的再婚配偶,不适用共同所有制;对婚姻关系存续不满20年的再婚配偶,仅部分重要财产适用共同所有制。

4. 家事代理规则

日常家事代理权属于婚姻的当然效力。在婚姻存续期间,配偶一方不需要以被代理的另一方的名义为法律行为,任何一方在日常家事范围内从事的法律行为,效力自然及于另一方。^[66]在夫妻特殊信赖关系形成以后,日常家事的范围十分广泛。然而,对情感基础相对薄弱、共同关系相对脆弱、^[67]权利、义务和责任不清晰的老年人婚姻而言,日常家事代理范围过广,往往是引发矛盾的根源。故老年人婚姻中的家事代理虽仍然存在,但对代理权范围予以适当缩减,方有利于家庭和谐与稳定。

由于“伴侣关系法”可以对伴侣的家事代理权进行限制,狭义婚姻中家事代理规则之变革已不迫切。此时,事实上形成了二元化的家事代理规则:婚姻家庭法中的家事代理事项范围广泛,而“伴侣关系法”中的家事代理则严格限制在必需品范围内。

5. 配偶继承规则

我国对于配偶继承权采用固定顺位继承模式。这一模式过于保障配偶的继承权,^[68]成为老年再婚家庭矛盾频生的重要原因。一方面,婚姻当事人“为了确保自己辛苦创造的财富流传于自己的晚辈血亲,防范自己的遗产借由他人或自己的婚姻流到他处,只能以遗嘱、遗产信托、财产保险等各种方式、手段防范‘算计’”;^[69]另一方面,子女担心再婚摊薄遗产,普遍对父母再婚持抵触态度。实践中,即便为减轻婚姻阻力,再婚当事人以协议约定放弃对配偶遗产的继承,也常因违反老年人权益保障法第22条第3款的规定^[70]而被认定为无效。^[71]改革配偶继承规则,已成为较具迫切性的时代命题。当前,较具代表性的改革观点和实践有:

其一,变配偶固定顺位继承制为不固定顺位继承制。^[72]相对于固定顺位继承制,配偶不固定顺位继承制不会造成对其他血亲利益的排斥,更能实现“不损配偶之利益,且两全被继承人血亲之利益”。^[73]从比较法来看,“在市场经济国家,继承法基本上都是规定配偶为无固定顺序的法定继承人”。^[74]比如在德国,配偶与被继承人直系卑血亲,被继承人父母、父母的直系卑血亲,被继承人祖父母、外祖父母一起继承时,因共同继承人的不同而享有不同的权利;^[75]在日本,配偶恒与子女、直系尊亲属、兄弟姐妹同为继承人,视共同继承人不同而享有不同的权利。^[76]配偶不固定顺位之共享式继承制度,更有利于兼顾配偶与其他亲属之间的利益,也能减少子女对老年人再婚的顾虑。

[66] 参见曾祥生:《日常家事代理制度研究》,《江西社会科学》2020年第11期,第164页。

[67] 参见前引[45],尹秋玲文,第73页。

[68] 参见杨立新:《民法典继承编草案修改要点》,《中国法律评论》2019年第1期,第125页。

[69] 马新彦:《遗产限定继承论》,《中国法学》2021年第1期,第102页。

[70] 该款规定:“老年人以遗嘱处分财产,应当依法为老年配偶保留必要的份额。”

[71] 参见江丰:《剥夺老年配偶继承权的遗嘱无效》,《检察日报》2018年7月28日第3版。

[72] 参见杨立新、和丽军:《我国配偶法定继承的零顺序改革》,《中州法学》2013年第1期,第50页。

[73] 参见张玉敏编:《中国继承法立法建议稿及立法理由》,人民出版社2006年版,第6页。

[74] 前引[68],杨立新文,第125页。

[75] 参见德国民法典第1931条。

[76] 参见日本民法典第890条。

其二，区分婚姻状况，规定配偶差异化的继承权利。老年人婚姻增多后，通过修改继承法对配偶继承权作出针对性安排，已有比较法先例。日本于2018年颁布修改部分民法及家事事件程序法的法律以及关于法务局进行遗嘱保管等的法律，修改遗产分割制度、遗嘱制度、特留份制度和继承效力制度，在生存配偶生活保障、被继承人真实意思、避免遗产分割纠纷与保护交易安全之间进行平衡，〔77〕其中不乏以婚姻存续期间为标准规定生存配偶权利之尝试。比如，婚姻存续不满20年的生存配偶须将从被继承人处获得的赠与财产等特别利益“归入”遗产；婚姻存续超过20年的，生存配偶对此特别利益享有“免予取回”的权利等。〔78〕

其三，引入有限继承理论，对配偶继承权进行针对性限定。我国有学者主张，“继承人是配偶的，其继承遗产的范围应限于先逝配偶遗产中属于婚后劳动所得并经分割共有财产后归先逝配偶个人所有的部分”，〔79〕对于前述以外的财产，生存配偶不得继承。

虽然狭义婚姻规则存在过度偏重配偶继承利益的问题，但如果可以通过“伴侣关系法”等实质婚姻规则加以缓和，改革的迫切性可大为缓解。至于配偶继承权规则之变革，配偶不固定顺位制更能体现继承权的兼容共享，应为改革方向。以婚姻存续期间为标准差异化规定配偶的继承权利，对完善我国婚姻制度亦有一定的借鉴意义，可作为完善继承制度之参考。对配偶继承权进行限定，亦是可行的思路，但不区分婚姻情况对生存配偶权利一概予以限定，可能过于忽视生存配偶的利益。可借鉴美国路易斯安那州民法典的做法，对生存配偶与先逝配偶直系卑血亲之间的利益进行平衡。路易斯安那州民法典以先逝配偶无直系卑血亲为前提，先逝配偶在共同财产的份额由生存配偶继承；而在先逝配偶存在直系卑血亲时，则生存配偶在遗嘱未作处分的范围内享有至死亡或再婚时止的用益权。〔80〕我国亦可规定，在限定继承范围的情况下，对于生存配偶具有重要利益的不动产主要是房屋，生存配偶不能继承，但享有至死亡或再婚时止的用益权。

6. 夫妻关系解除规则

维护婚姻、稳定家庭在任何时代均具有重要意义，但就不同群体而言，婚姻稳定之必要性存在显著差异。老年人经历丰富，对婚姻风险把控和婚姻变化的承受能力显著强于年轻人。在搭伴养老情况下，老年人之间的聚散随心是认知和精力不济情况下化繁为简的本能使然。出于维护家庭稳定目的而采取附严格条件之诉讼离婚及离婚冷静期制度，虽有防止轻率离婚的功效，〔81〕但过于严格的限制并不适合老年人追求简便、突出自主意思之婚姻安排的需要。

轻率和冲动本就不是老年人行为的特点。老年人达成解除协议即意味着对终结彼此关系达成共识并愿受此共识约束。登记机关受理协议人的解除申请之后，不顾双方已达成共识之事实，强行搁置一段时间，并赋予任意一方违背协议撤回申请的权利；在冷静期届满后，当事人须再次亲自到登记机关申请，这些做法和要求不仅有违诚信原则，对于行动不便的老年人来说，亦是不必要的负担。是故，未来在条件成熟时，可在现行民法典第1077条中增加第3款：“双方均年满六十岁的夫妻协议离婚的，不受本条前两款的限制”，以排除离婚冷静期对老年

〔77〕 参见杨安丽：《日本继承法修改的动向与课题——少子高龄化时代的法制创新》，载牟宪魁主编：《日本法研究》第5卷，四川大学出版社2019年版，第150页。

〔78〕 参见日本民法典第903条第1款、第4款。

〔79〕 前引〔69〕，马新彦文，第103页。

〔80〕 参见路易斯安那州民法典第889条、第890条。

〔81〕 参见夏沁：《民法典登记离婚冷静期条款的解释论》，《法学家》2020年第5期，第27页。

人婚姻的适用。〔82〕

结 语

由于长期关注老龄事务，笔者得以深入养老院等场所与老年人进行深入交流，深感经历丰富之老年人在婚姻情感方面与年轻群体之显著不同。我国现行婚姻制度系于20世纪50至80年代创设、改造而来，其时正处人口快速增长期，65岁以上的老年人口占比长期维持在5%以下。〔83〕立足于人口年轻化的婚姻制度，基本只反映了年轻群体之婚姻状况。然而，我国人口出生率自1987年达到峰值之后持续下降，〔84〕老年人口占比迅速提高。不断攀升之老龄婚姻从形式到内涵都对传统婚姻规则形成挑战。单纯基于规则稳定而忽视婚姻规则之适配性，只会造成规则与社会现实的严重脱节。日本等老龄化严重的国家已经开始着手规则修改等工作。随着积极应对人口老龄化国家战略的实施，婚姻规则由单一对标年轻群体转向全龄视域，对婚姻形式与缔结标准、当事人身份关系、家庭财产规则等作出调整，也就势在必行。

Abstract: Sex, love, cohabitation and reproduction are the basic elements of marriage and the keys to finding the meaning of marriage, around which human societies have all made a whole set of marriage rules. However, in the marriage of the elderly, the connotations of the elements of marriage have changed significantly, and the traditional marriage rules that only target the marriage form of the younger group have encountered great challenges. In a traditional society, low life expectancy, coupled with the stringent ethics of marriage, contributed to the strong stability of marriage. In such a context, it is sufficient for marriage rules to be mainly followed by the younger generations. However, in a modern aged society, in which traditional marriage ethics is on the verge of disintegration, marriage rules need to be examined from the perspective of all ages. Hence, according to the demands of the elderly, the supplementation and construction of registered couple and reciprocal witness (or notarization) mechanisms owns a realistic foundation, and the formation of diversified rules consisting of reciprocal witness (or notarization), registered couple, and marriage in a narrow sense, aiming at appropriately balancing the stakeholders' interests and rights, are worthy of attention and discussion.

Key Words: aged society, marriage, registered couple, reciprocal witness (or notarization)

〔82〕 由于此系依据老年人行为特征作出的规定，故无须区分年满60岁的夫妻是否为再婚夫妻。

〔83〕 1953年第一次人口统计时，我国65岁老年人口占比为4.41%，到1982年，我国老年人口占比为4.9%，三十年间仅增加了不到0.5%。参见国家统计局编：《中国统计年鉴2005》，中国统计出版社2005年版，第95页。

〔84〕 人口出生率1987年峰值为23.33%，至2019年则仅为10.48%，人口自然增长率也从1987年的16.61%下降至2019年的3.34%。随着高峰期出生人口逐渐步入老年，截至2020年11月1日零时，我国60岁以上老年人口占比达到18.70%。参见国务院第七次全国人口普查领导小组办公室：《第七次全国人口普查公告（第五号）——人口年龄构成情况》，国家统计局网站，http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjgb/rkpcgb/qgrkpcgb/202106/t20210628_1818824.html，2023年2月27日最后访问。