

新京报书评周刊：从清代“卖休”案谈起：近三百年来的妇女、家庭与法律实践

在第一历史档案馆有关清代妇女的法律卷宗里，有一份乾隆时期妇女张氏之死的案卷：乾隆十四年，山西安邑县下冯村乡的地保向县衙报称，当日晌午，有安邑县人阎洪廷到崔二珩家内，用刀子把崔二珩之妻张氏扎死了。

经过县衙的审判，阎洪廷为张氏前夫，因生活贫困，无法生存，先想卖儿子，妻子张氏拒绝，后阎洪廷与妻子商量将其“卖休”（休妻后将其嫁卖），得到钱财后再设法逃走。在部分征得父亲与岳父（两人均对“而后设法逃走”一事不知）允许后，阎洪廷请父亲找到媒人，捏称自己已死，儿媳因缺食少穿无法守节，希望再嫁。媒人联系到娶主崔二珩，付彩礼银四十一两，张氏嫁入崔家。后因阎洪廷欲将妻子领回，妻子不肯，忿而杀之。

此类因“卖休”引发的命案在 18 世纪中后期频繁发生。2013 年，还在中国人民大学读书的赵刘洋遇见了这批资料，决意着手研究中国自清代以来法律实践中的妇女权利变化。据他在第一历史档案馆的调查，《大清律例》专设一个类别叫做“刑律·犯奸”，涉及买奸、卖奸、买休、卖休的案件数量非常庞大。尽管清代法律实践中强调“礼义”，“卖妻”

行为也属违法，然而，在底层社会，大量涉及婚姻买卖、一妻多夫的现象屡禁不止。部分地方官员对此类案件的处理往往睁一只眼闭一只眼。而在张氏案件之中，我们还能看到，道德与法律在清代底层社会的生存伦理面前全然“失效”，部分基层社会的男性对于法律与礼义的理解是：既然卖妻违法，那就休了再卖，既然无法证明夫妻“义绝”，就捏称妻子守寡。

“当整个家庭因为贫困而无法生存，丈夫就将妇女视为‘物品’将其卖出而结束婚姻关系。作为一种社会关系的‘卖休’行为显示出主动的男性和被动的女性的基本区分原则：卖方出卖妇女的身体以获得钱财，买方利用妇女的生育功能延续其家族。与此同时，法律在判决中着重考虑的是妇女是否违背‘礼义’，而不会过多考虑妇女的处境。法律中的‘礼义’对于妇女更多的是贞节限制以及‘夫权’的支配”。在新书《妇女、家庭与法律实践：清代以来的法律社会史》的“从妇女张氏之死看清代妇女的生存境遇”一节中，赵刘洋这样写道。

在研究与妇女权利相关的法律建构过程中，赵刘洋指出，回溯历史不仅能让我们真切地看到不同时期的女性生存境况，更能让我们看到不同时期的法律实践与妇女权利保障之间的复杂张力。近期，《妇女、家庭与法律实践：清代以来的法律社会史》出版。他以“自杀”与“离异”作为切入点，从长时段历史演变视野观察中国法律实践中的妇女权利变化。

从清代到民国，从改革开放前期到当代中国，妇女在法律中拥有了更多的自主权，但自主权的扩展是否意味着她们的权利获得了有效的保障？赵刘洋的答案是迟疑的。他认为，中国法律从传统到现代的发展过程，看起来好像是我们越来越类似于韦伯所讲的形式理性的法律目标——去价值化、去道德化、以个人权利为中心。但是，这样一种法律在处理家庭问题的过程中，仍然存在诸种对妇女权利限制的机制。

以下是新京报记者对赵刘洋的专访。我们从法律社会史的研究方法论谈起，聊到不同时期与妇女权利相关的法律实践，也聊到当代离婚诉讼案件中的种种争议性问题。在三个小时的访问中，赵刘洋反复提到，传统中国法律对妇女的道德压迫毋庸置疑，但源自传统法律的道德关怀、仁治观念，或者说对于弱者的保护、对于家庭观念的重视等，仍旧有它的价值所在，是很重要的一部分传统。

赵刘洋，法学博士，师从国际著名学者黄宗智，现任教于复旦大学。

采写 | 青青子

01

法律实践中的妇女权利：以“自杀”与“离婚”为切口

新京报：能否讲一讲这项研究的缘起？为什么选择与妇女权利相关的法律社会史？

赵刘洋：我一直主要关注的领域是社会史，更关心普通民众的历史而非精英的历史。2013年的时候，我当时在中国人民大学读研究生，去了北京的第一历史档案馆，发现里面有大量关于清代妇女的法律资料，带给我很大的启发与触动。

虽然我以前读社会史，也会读到关于不同时期妇女社会生活的内容，但没有这些资料所呈现得那么丰富与直观。它展示了这些妇女更为真实的处境，这和书中读到的感觉是很不一样的。所以从史料的发掘上来看，我觉得它们是需要好好利用和解读的。同时，我一直认为，无论是看待社会发展、法治构建，还是经济发展，性别视角都是一个非常重要的视角。

当然，这也与我一直很关心的一个问题有关。它看起来好像很宏大，但可能又是很重要，即人类的沟通和理解如何成为可能。细化来讲，如何通过反观“他者”来认识“自我”？比如说在认知历史的时候，我们站在今天的视角与立场，何以能够理解过去、理解过去的人？再比如，中西方之间的跨文化理解何以可能，当我们基于现代社会科学理论，将其应用到我们对于中国社会和历史的分析时，这种沟通与理解怎么发生，对于问题的探讨是否有更进一步的延伸。而关注性别问题，同样也跟我关心的这样一个大的问题联系在一起。

具体到这本书的主题，妇女权利的实现不仅和制度有关，也与制度所处的社会环境（包括经济发展与社会文化观念变迁）有关。我希望以一个比较中时段的视角来梳理从传统到现代的社会转型过程中，中国妇女权利相关的法律实践经历了怎样的演变，其中变化了什么，延续了什么，对妇女权利的保护体现在什么样的方面，我们又需要在哪些方面进一步完善。这不是一个简单的线性关系，而是包含着复杂与张力。

新京报：为什么会着重聚焦于“自杀”与“离婚”这两个面向？

赵刘洋：在我看来，这两个面向特别能显示出妇女在遇到家庭生活纠纷时的两种极端抉择，也就是妇女的选择权问题。

在清代中后期，由于法律制度和社会文化观念的种种限制，当时妇女选择离婚的情况其实是很少的，如果男性不同意，离婚基本不是一个选项。因其所处的这样一个环境，带来的结果就是妇女在遭遇家庭纠纷的过程中，她的选择会大大受到压缩，从诉讼档案中可以看到，当时很多妇女就选择了自杀。

到了民国以后，妇女可以选择离婚、社会对离婚的包容也越来越大，这也意味着妇女在家庭纠纷过程中的选择权提升了。但我的疑问是：这样一种变化是否就意味着妇女能够实现彻底的权利保障或是自身的主体性呢？如果从法律实践的角度来看，它实际上会呈现更为复杂的面向，或者说，仍然有一系列相应的问题限制着妇女权利的实现。

因此，选择“自杀”与“离婚”这两个面向也和历史的变化实际紧密联系。

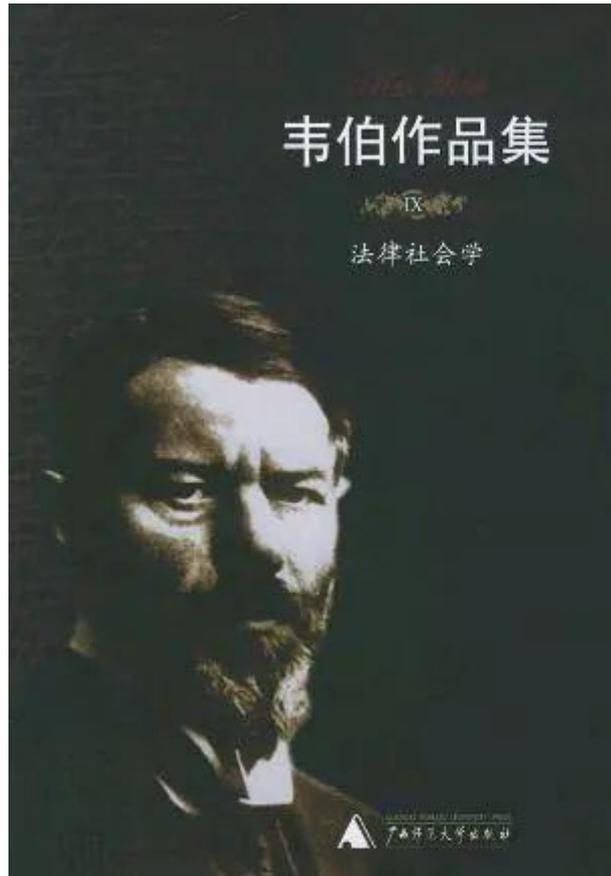
02

现代主义价值观如何影响与塑造了我们对法律的认识？

新京报：在导论部分，你对中国法律社会史的研究方法论进行了系统性的反思。一方面，你反思了西方学界长期以来对帝制中国法律的认识是基于一套现代主义价值范式。同时，你也梳理了东方学界对于中国法律史的研究脉络，并强调了东西方理论的对话。可否整体谈一下，你在方法论层面的思考？

赵刘洋：这篇导论是我思考的整体性框架。我选取的切口是韦伯式的现代主义价值观念，如何主导了我们看待中国的传统法律。换句话说，现代社会科学理论对我们认识中国传统法律究竟有着怎样的影响。

韦伯依据西方法律的发展历史，构建了一个“形式理性”理想类型的法律。“形式理性”法律以个人权利观念作为主导性理念，同时是一种高度形式化的，是一种去价值化、去道德化的法律。因为在韦伯看来，外在的、实质的道德价值考量只会带来法律的非理性结果。



《法律社会学》，[德]马克思·韦伯著，康乐/简惠美译，理想国 | 广西师范大学出版社，2005年11月。

而中国的传统法律包含着儒家的仁治观念。如果从韦伯的视角来看待中国的传统法律，我们可以得出的基本结论是：传统中国的法律不重视个人权利的保障，基本上可以说法律是社会控制的工具。这也是过去对于传统中国法律的一种普遍认识。

但如果从长时段的视角去看中国传统法律，尤其是传统法律实践与妇女权利的关系影响，我们能看到什么呢？首先，中国传统法律的确有很多对于妇女贞节以及妇女道德主义压制的部分。但是，它还有另一个面向，就是有很多对于弱者的保护、对于家庭道德观念的重视。也

就是说，传统法律所包含的道德内容实际上具有两面性：一面是贞节道德的压迫；另一面是对于弱者的关系、对于家庭道德的重视这样的一种仁治观念。

而中国法律从传统到现代的发展过程，看起来好像是我们越来越类似于韦伯所讲的形式理性的法律目标——去价值化、去道德化、以个人权利为中心。

但是在今天，我们看到的是，很多妇女在社会实际生活中仍处于弱势，仍面对着诸多限制。当法律仅仅把婚姻家庭作为一个私人领域，仅仅以个人权利作为主导性观念时，也带来了相应的问题。比如法律在排除权力干预的同时，若将道德关怀也一同排除，这可能会造成一部分弱势妇女群体境遇进一步恶化。

举个例子，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。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。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，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，并且妇女在家庭生活中照顾老人和小孩以及家务方面等付出较多，这显然会影响其劳动就业收入，然而上述这些实质内容在离婚财产分割时却很少得到考虑。

同时，我们也可以看到，在关于妇女权利保障的法律构建过程中，源自传统法律的道德关怀、仁治观念，或者说对于弱者的保护、对于家庭观念的重视等，仍旧有它的价值所在。它是很重要的一部分传统。



改编自老舍 1933 年同名小说的电影《离婚》剧照。

新京报：与此相关的另一个问题是，为什么选择从妇女与家庭这个角度来回应这一个大框架？

赵刘洋：我们刚才讲韦伯的这种框架，突出强调的是一种个人权利为中心的主导性观念，这是现代法律最基础的观念。那么，我想探究的是，它在应对婚姻/家庭问题时，有可能出现怎样的复杂情形？这是因为，家庭这个领域很特殊，一方面它是私人领域中很重要的内容，同时，它又不仅仅是私人领域，而是连接着公共生活与公共道德。在

法律实践中，婚姻家庭相关的诉讼往往又会和财产分割、子女抚养等问题勾连。在这种情形之下，单纯以个人权利观念为主导的法律体系要如何应对家庭问题？这实际上是一个挑战。

同时，婚姻家庭体现出的历史传承性和延续性也是很明显的。它有很多变化的内容，但同时有很多的不变。因此，当我们单纯以公共领域的这种基于陌生人关系所构建的法律体系，来应对具有亲密关系的家庭领域时，也可能引发一系列很复杂的问题。从这个角度来说，这本书讨论的问题也是何为中国法律的现代性。

03

清代的贞节政治、婚姻买卖与民间的道德失效

新京报：整本书很大一部分是有关清代法律实践中的妇女状况。我们就先从这部分聊起。书中提到，妇女的贞节在十八世纪的中国社会地位进一步上升，无论官府还是社会中都非常重视妇女的贞节道德。同时，清代将对妇女的贞节道德限制纳入法律之中。法律对妇女的利益保护与贞节道德密切联系。为什么在这一时期，妇女贞节的重要性提高了？

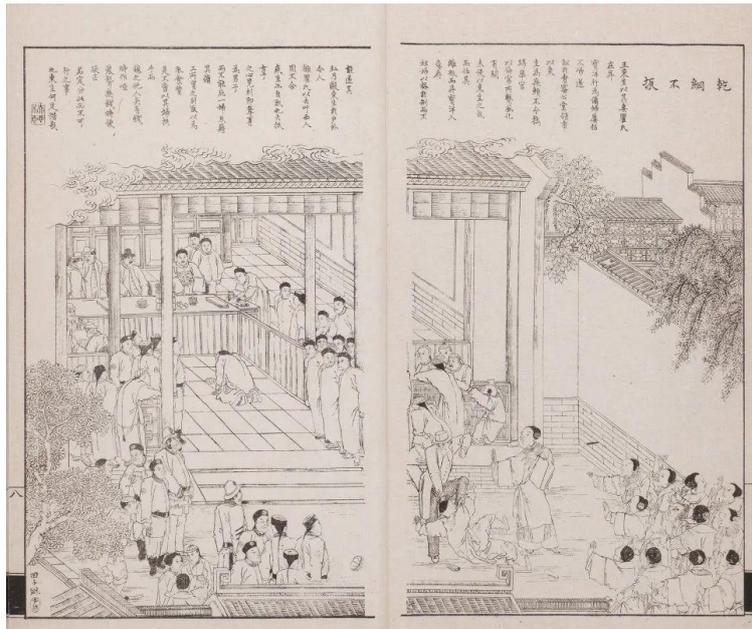
赵刘洋：有几方面的原因。一来，到了18世纪中后期，中国社会的人口迅速增长，实际上已经达到2亿多人口，这是非常重要的变化，

对当时的国家治理体系形成了一个明显的挑战。而传统中国正式官员的数量是极为有限的。比如根据萧公权 and 瞿同祖等前辈学者的研究，19 世纪一个县官要负责大约 25 万人口的管理。在这样的情形之下，怎样实现社会的有序治理一定不仅会牵涉正式治理，还会包括非正式治理，在社会中强化道德干预和限制。

伴随人口激增的另一个变化便是商品化的不断发展，人口大规模流动明显。原本稳定的士农工商阶级社会出现阶层的松动与弱化（既包括阶层间的贫富分化，也包括国家法律对于某些等级限制的弱化，比如雍正时期废除了贱民制度），这也引发了基层社会的秩序管理问题。相应的问题就是，国家要以什么样的治理方式来稳固已然松动的社会秩序。

此外还有一个原因，底层社会由于人地关系紧张，受贫穷和性别歧视的影响，溺女婴的现象很普遍，这就加剧性别失衡严重，当时底层大量的未婚男子同样威胁着社会稳定。

因此，面对当时的社会变动所引发的对于社会治理的冲击，国家就希望通过对于道德（在妇女家庭方面，即贞节政治）、家庭秩序的强调，来实现既定的管理目标，而在社会文化观念层面，清代中后期也因此形成了一整套对妇女贞节的极端强调。



清代县衙审判中的妇女。图片出自《点石斋画报》。

新京报：虽然清代法律对贞节道德极为重视，“卖妻”也属违法。但令我特别震惊的部分，是清朝底层男性卖妻/拐卖良妇现象的严重。考虑到现有清代法律资料涉及的案件基本牵扯命案，肯定还有更多类似的现象存在。能否分享一下，这一现象在当时有多普遍？

赵刘洋：实际上，清代的法律监管很强，《大清律例》中有一个专门的类别叫做“犯奸”，第一历史档案馆有专门清代“婚姻奸情”类卷宗，案件数量庞大。从这个层面来说，尽管清代政府对于“礼义”很重视，但清代底层社会出现大量违背道德伦理的犯罪案件，而且我相信留下记录的只是其中少部分，这些案件往往涉及钱财纠纷或命案才被记录下来。

我没有专门研究这一问题。但就我看到的资料来说，涉及买奸、卖奸、买休、卖休这一类的案件数量非常庞大。我记得苏成捷（Matthew

H.Sommer) 在 2015 年在加州大学出版社有一本书《清代的一妻多夫制与卖妻：生存策略及司法干预》（暂译，Polyandry and Wife-Selling in Qing Dynasty China: Survival Strategies and Judicial Interventions），苏成捷是黄宗智教授在 UCLA 指导的博士生，现在是斯坦福大学历史系教授，这本书是在他的第一本广受好评的著作《中华帝国晚期的性、法律与社会》（暂译，Sex, Law, and Society in Late Imperial China）基础上的进一步延伸，他分析了地方和中央法律档案中的 1200 多个法律案件，探讨了在人口过剩、性别比例失衡和土地资源紧缩的情况下，婚姻、性和生育在农村穷人的生存策略中的角色。他的研究发现，尽管清代法律禁止一妻多夫与卖妻，但出于实际生存的考量，底层社会大量存在一妻多夫、卖妻买妻的行为，买卖双方通常会采取各类策略规避政府监管，而地方官员往往会采取睁一只眼闭一只眼的做法。

新京报：你在书中也援引苏成捷的观点指出：妻子买卖与小农的土地买卖存在着一模一样的用语和很多类似的行为，包括典卖、卖休，甚至还有要求涨价的行为。

赵刘洋：事实上，底层妇女在当时完全被当成财产。虽然其中有些妇女主动犯奸，但实际也是被生存逼迫，太穷了，如果被卖给别人，可能还有一口饭吃。他们的是有很多不同于政府预期的行为，既不是简单的被动受害者角色，但我们也很难说这就代表着这些妇女的主体性。从这点上来说，道德压迫在生存面前几乎是失效的。

父权与夫权：多重压迫下的清代底层妇女

新京报：你在书中提到，尽管清代法律实践中强调“礼义”，但我们不必夸大清代的“礼义”理念对底层民众观念的影响。对于一部分男性来说，他们对“礼义”的理解更多是为自己牟利，并且以此来绕过法律的制裁。这是否也反映了底层民众运用各种策略与国家机构的法律规范进行斡旋？在你的研究中，还看到哪些基层民众对于法律的策略性理解与运用？它是否能为我们理解清代的官民关系/法律实践提供新的视角？

赵刘洋：确实是这样。翻阅当时的法律诉讼资料，我们会看到一系列相当复杂的案件。比如一个妇女会被卖给好多人，而官员的查案过程也极端复杂，涉及被卖妇女及其原生家庭、多个买家及其家庭成员、中间的“媒人”等。在书中，我利用第一历史档案馆的一份档案，详细描述了乾隆时期一位妇女张氏被卖的过程，这个案件记录了各当事人的详细口供，我们可以看到在一个极端重视“礼义”的时代，民众对其如何回应，这并不是说国家权力不重要，而是制度在实际运作中会产生某种复杂反应。

事实上，当国家权力触及普通民众的日常生活时，这种权力运作形式不是简单的国家主动—民众被动的关系。权力必然会和社会的实际、

人的生存状态以及文化产生碰撞。也只有在具体的司法实践之中，我们才能更进一步地深化对于权力本质、制度特性的理解。

新京报：与此同时，清朝法律在判决妇女相关案件中，并不考虑妇女的真实处境/个人权利，而是强调考虑妇女是否违背“礼义”。在清朝的法律实践中，除了“礼义”之外，判官在审案过程中还有哪些裁决原则？这些原则如何反映了帝制中国对于法律的理解？

赵刘洋：关于传统中国的法律制度，瞿同祖曾提到过一个概念：法律的儒家化。后来很多学者也提出过儒法合一的观点。它其实是说中国传统法律讲究的是将柔性的道德原则与强硬的刑法/行政手段紧密结合在一起。

而在具体的法律实践过程中，儒法合一的原则也呈现出很复杂的状态。一方面，县官在判决关于婚姻家庭类案件时，大多坚持道德主义的准则，并且认为那些违背道德准则的人都应该受到相应的惩处，但另一方面，我们还可以看到儒家它其实显出另一种面向：我是父母官，这些生活贫苦的人都是我的子民，即使他们违背了相应的道德观念，在某些情形下，我也仍然要考虑到他们的现实，减少甚至不对他们进行惩罚。当然，这样的处理方式一般适用于不涉及性命的案子。



《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，黄宗智著，上海书店出版社，2007年1月。

新京报：你同时反思了近年来西方学界主张的重视明清中国妇女的“主体性”叙事。的确，如果就文中提到的这些法律实践中的妇女面貌，我们很难认为这些妇女拥有丝毫主体性的空间。

赵刘洋：西方学界的中国性别史研究对我启发很多，而且阅读的感受也容易让人愉悦，多数研究都展示了妇女的自主性的画面，丰富了我们关于中国妇女历史的认知。但我的理解会有一些不同，西方关于传统中国性别研究的这些著作有意无意间在批判五四以来的革命史叙事，反对革命史叙事将妇女作为受害者的认识，因此不少研究特别关注上层妇女在当时受到的文化熏陶。

我的疑问是：第一，这样的女性在当时整个妇女群体占据的比例有多少？我们都知道，它依据的资料主要是江南部分区域的文人笔记。第

二，这种主体性存在的社会基础是什么？也就是说，她们的这种生活到底是自己得来的，还是依赖于婚姻嫁娶。不可否认的是，传统中国的女性是无法超出家庭这一活动范围的，也几乎不可能在社会之中寻求相应的职业。说到底，这些上层妇女看似有一个自在的世界，但仍然是受限于以男性为主导的空间之中。

05

从人格独立到婚姻自主，现代中国婚姻法变革与社会实际的冲突

新京报：从清代到民国时期，中国法律变革在婚姻方面体现得尤为明显。你在书中也提到，法律开始从重视“礼义”逐渐向“人格”转变。能否请你展开谈一谈，从传统到现代的转型变革时期，法律实践中的妇女权利如何演变？

赵刘洋：对这一问题只能概括而言。民国时期的法律则明显不同于清代，给予妇女更多的自主权，夫妻任何一方都有权利提出离婚诉求，离婚权限归夫妻个人而非国家；无论夫妻哪方，都应遵守夫妻道德，妇女亦可以因为男方“犯奸”而要求离婚；妇女的人格尊严应受尊重，妇女人格若受侮辱可以要求离婚；夫妻双方应该互敬互爱，皆不得遗弃对方。

然而在社会实际中，妇女权利的实现仍然困难重重，社会实际中男性仍然可以利用法律限制妇女权利。例如，男性可以用“同居义务”将妇

女限制于男性家庭之中，限制妇女接受新式教育的权利；尽管法律强调“一夫一妻”制，然而社会实际中，法律并不干预“纳妾”，“纳妾”的现象仍然较为普遍；社会中对妇女的贞节道德限制仍然广泛存在，法律对“犯奸”妇女仍然会进行处罚。民国法律实践中，法官亦会以离婚“法定理由”限制妇女的离婚诉求，容易驳回妇女的离婚诉讼请求。例如，“妾”的身份在法律实践中就往往被排除于婚姻关系之外，妇女的离婚诉讼请求，会被法院认为缺乏“法定理由”而驳回。而在实际生活中，法律又认为丈夫与“妾”的关系不同于“重婚”，这又在事实上默许了“妾”的存在；民国法律规定法定婚姻年龄，但又同时承认家长的“主婚权”，家长支配子女婚姻的现象仍然常见；法律对于姘居关系并不认可，男女双方皆可以随时解除，将其排除于婚姻关系保护范围外，这对于结婚数年的妇女并不公正，男子可以随意解除与妇女的关系，却使妇女容易陷入贫困境地。

新京报：在中国的婚姻法实践过程中，1950年《婚姻法》的颁布极具标志性。法律规定：“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法权益的新民主主义婚姻制度”。在实际生活中，对妇女产生直接影响的是法律规定妇女可以主动要求离婚。1953年，全国掀起了离婚高潮，妇女主动要求离婚案件激增。但与此同时，妇女自杀与被杀的案例也急剧增加。能展开谈谈其中的矛盾与问题吗？

赵刘洋：新中国成立后，国家努力推动新的法律贯彻，进一步打破“父权制”对妇女权利的限制，大大提高了妇女的各方面地位。法律强调“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度”，提高了子女在婚姻选择中的自主权；法律废除了诸种不合理的婚姻制度，

比如“重婚、纳妾”，并禁止“童养媳、干涉寡妇婚姻自由”等。诸此种，新的婚姻法律有助于建立男女平等的新型家庭关系，并且增强了妇女的主体意识。

我们也应该区别不同时期的法律实践对妇女权利的影响。1950年5月开始实施新的婚姻法律至1953年，全国掀起了离婚高潮，妇女主动要求离婚案件急剧增加。这一时期法律希望打破旧有的家庭制度，包括“家长”对家庭事务的支配以及“夫权”对妇女的压制，法院对离婚判决的标准执行得非常宽松，只要存在法定的“封建婚姻”情形，比如童养媳、妾、包办婚姻等，皆属于具有离婚“正当理由”，一般不经法庭调解即判决离婚；1954年以后，法院对离婚的限制逐渐严格。法院在审理时注重家庭关系的稳定性，改变政治动员时鼓励妇女离婚的做法，注重社会的常规化治理，要求男女双方皆应遵守家庭道德规范，维护家庭稳定性；上世纪六十年代初期，全国人口流动增加，经济困境冲击着婚姻的稳定，生存压力驱动下的婚姻买卖和妇女再婚案件增多，法律实践显示出较为宽松的立场；至于“文革”时期全国各级法院受到冲击，在判决中出现诸多压制当事人的离婚诉求的情形。

06

目前的离婚法强化了家庭主义原则

新京报：在本书的第五章关于当代婚姻的部分，你和耶鲁大学社会学荣休教授戴慧思（Deborah Davis）对中国婚姻领域变化趋势的理解有所不同。（戴慧思等学者认为，国家权力逐渐从私人领域退出后，法律对个人权力的保护使得中国婚姻逐渐呈现“私人领域化”状态，因此挑战了“父权制”文化并扩展了妇女权利）可以具体展开谈谈吗？

赵刘洋：戴慧思教授的研究对我有很多启发，她在 Modern China 等英文期刊上发表的几篇关于当代中国婚姻的文章我都仔细阅读过，她的主要观点是中国婚姻越来越像西方，也就是婚姻越来越成为一个私人领域，国家对于婚姻的管控越来越少。这当然展现出了中国当代婚姻家庭的重要变化。

但我想突出的是除了这种变化之外，我们应当看到中国法律制度更深层次的延续性。比如对于夫妻双方是否存在过错的考量。我们知道，美国在上世纪 70 年代以后就开始推行无过错离婚，只要一方认为过不下去了，就可以要求离婚，法院也不会考虑双方是否存在过错。

我认为，中国离婚判决依据不会接受这种无过错离婚原则，关于过错的考量本身就显示出中国人对于家庭观念的价值判断。如果夫妻一方存在明显过错，那他/她在后续的财产分割上就会少分甚至不分。同时，我国婚姻法里明确写有家庭道德的基本原则，这些道德原则在法律实践中同样具有法律效力。



电影《离婚合同》剧照。

新京报：你在书中提到，近年来在离婚案件的取证调查上，法院逐渐从以往的“职权主义”转向“当事人主义”。学者贺欣也曾反思过类似的问题。在你看来，这种转变的成因以及暴露出来的问题是什么？

赵刘洋：这里有一个背景。2000年以前，离婚在我国还是比较困难的。当时的社会观念对于离婚的包容性也比较弱。而2000年以后，离婚在中国越来越容易。它带来的一个结果就是：离婚类案件是今天法院基层法官最主要处理的案件类型。与此同时，和过去相比，今天法官的职权也在弱化。

我们知道，因为我国判决离婚所依据的是夫妻双方的感情是否破裂。而离婚类案件的难点在于对夫妻真实感情状况的判断。对于时间、精力、职权都受限的法官来说，他们每天处理那么多的离婚纠纷案件，往往倾向于一种程序化的处理方式，有时候就会演变为一刀切的状况。比如，有一段时期，当夫妻一方第一次提出离婚，法官往往判决不离

（也就是我们说的一审不离），等到第二次提出时，法官直接判离。这几年这种状况有所好转。

而在取证方式上，以往都是由法院来取证，现在转变成当事人自己提供，也就是你说的从“职权主义”转向“当事人主义”。尤其涉及争议性的离婚纠纷时，以前法院的做法是会跑到你家各种调查，和当事人聊，和邻居聊，我的书中有相应的案件记录，你可以看到当时的法官对离婚诉讼的调查处理真是极其细致。现在基本不会了。但我们也知道，在许多时候，当事人是无法自己提供的。例如，女性想要调查丈夫是否在婚内转移财产，就必须去银行找证明，但银行是不会提供证明的，所以就无法取证。这在涉家暴的离婚案件中尤为明显。

法律应该面对社会实际，在调查取证程序上注意到婚姻家庭纠纷的特点，根据具体事实情形有效解纠纷；根据具体案件事实，注重离婚损害赔偿制度的真正适用，以及在财产分割时要考虑妇女家庭劳动贡献等，如此方能使得注重实质正义的法律规定，在实践中真正发挥保护妇女权利的作用。

新京报：在这本书的最后，你写道：在由“家-个人”的转变的过程中，又正在重回“祖荫”中国的家庭关系因财产权利的变化而发生改变，在改变的过程中，也在重新构筑新的家庭伦理。在你看来，中国传统文化中的“家庭主义”正在发生怎样的转变？它对于妇女权益相关的法律制定与实践将会产生哪些影响？

赵刘洋：首先，中国的家族主义在今天仍然在延续着。最突出的例子是 2011 年有关婚姻法的司法解释。它规定了父母给子女一方的赠与或者是购买的财产，在夫妻离婚时是不分割的。

表面看起来，这似乎意味着夫妻一方的财产归个人，依据的是一种个人主义原则。但如果我们仔细阅读司法解释，在血亲和姻亲原则上，法律选择血亲原则。所以，我们国家的法律实际上是站在支持父母一方。这本身就是家庭主义的一种体现。

今天，一个二三十岁的普通年轻人很难有财力买房，所以婚前购房基本都是父母出资。这样一来，子女与父母无论是情感还是财产关系必然是深度绑定，甚至是高于夫妻双方的关系。

它对妇女权利的影响是复杂的。我的看法是，女性在以后的婚姻财产权上受到的保障实际上变弱了。比如说当一个男的跟一个女的结了婚，房产是婚前男方父母购买的。接下来，不管他们共同生活了很多年，女方在婚姻存续期间付出了多少（生育/家庭劳动），离婚的时候依旧分不到房。哪怕法院出于保护弱势的态度，提出竞价，但许多女性因为经济状况仍旧是吃亏的。

同时，法律的变化也可能会反过来影响社会的变化。比如再过 10 年，社会观念关于婚房的购买可能会天然地是由夫妻双方共同购买。但它同时也对妇女一方的经济地位提出更高的要求。总之，目前的法律在

表面上看是突出（夫妻）个人主义原则，在社会影响方面反倒是强化了（子女和父母）家庭主义原则。

新京报：接下来的写作计划是什么？

赵刘洋：在学术写作方面，我有一个“法治与中国社会转型”三部曲的写作计划。这本书是第一本。在这本书中，我是从性别视角来探讨中国的法治道路，也就是法律和道德应该如何依据中国社会实际进行结合，才能够使得妇女实现更好的权利保障。

我目前正在着手写的第二本书（《市场转型、法律实践与日常生活》），其实是进一步扩展这本书的问题。我们知道，改革开放以后，中国社会经历的一个重要变化就是市场转型。我想要具体研究市场转型给我们中国普通民众带来了怎样的变化，尤其是从法律实践的角度来看待市场转型的复杂影响。

我还计划写第三本书，更加突出历史与理论的结合，通过对中西法治历史演进过程进行比较，尝试总结和提炼中国法治道路的内在逻辑。