

论《民法典婚姻家庭编(草案)》的体系、内容及其完善

冉克平

摘要 《民法典婚姻家庭编(草案)》是对现行《婚姻法》《收养法》及其司法解释的规整,其制度变革主要集中在结婚、收养尤其是离婚部分。然而该草案在体系上具有浓厚的法律汇编印记;在内容上并未广泛吸收和采纳司法实践中行之有效的规定;在立法价值理念上亦未完全体现 21 世纪现代婚姻法的发展趋势。《民法典婚姻家庭编(草案)》应当增加未成年人最大利益原则,展示现代婚姻法的价值理念,吸纳行之有效的司法解释并借鉴比较法上的成熟立法,以实现婚姻家庭法编立法的体系化与科学性。

关键词 婚姻家庭法;体系结构;价值理念;婚姻自由;可撤销婚姻

中图分类号 D913.9 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2019)06-0149-10

基金项目 国家社会科学基金一般项目(17BFX135)

家庭作为社会的基本细胞,是国家发展和民族进步的重要基石。然而,由于《婚姻法》长期以来被视为独立的部门法,致使民法调整“人身关系与财产关系”的表述仅具有形式意义。《婚姻法》的“脱单入典”,标志着该法“独立运行”存在 60 余年后,终于迈出复归民法典的决定性步伐,也促使民法的规范内容获得实至名归的表达。

民法典分编的编纂并非简单的法律汇编,而是把现行民事法律规范进行科学整理,并进行修改和完善,同时应对新时代背景之下的社会关切。依据民法典的体系观察,婚姻家庭编不仅需要内在体系上贯彻婚姻自由、男女平等、保护弱势方等原则,以及调和保障家庭共同体与维护成员个体权益之间的价值冲突,而且尚需在外在体系上协调其与民法典其他各编如民法总则、物权编与合同编等之间的法律适用争议^[1](P71)。在内容上,婚姻家庭编不仅要回应改革开放 40 年来市场经济潮流、个体权利勃兴等所表现出来的夫妻共同财产与共同债务、无过错离婚及离婚损害赔偿等制度对传统婚姻家庭伦理秩序的挑战,而且要面对婚姻家庭领域新出现的非婚同居、同性伴侣、人工生殖等新问题。笔者拟从《民法典婚姻家庭编(草案)》的体系与内容出发,对该草案展开评析,期待为我国婚姻家庭法编的立法完善略尽绵薄之力。

一、《民法典婚姻家庭编(草案)》的体系结构与制度变革

婚姻法、收养法被纳入民法典之中,与单行法相比,在体系结构与制度均有变化。

(一)《民法典婚姻家庭编(草案)》的体系结构

与德国民法亲属编(1297-1921 条)、日本民法亲属编(725-881 条)以及我国台湾地区“民法”亲属编(967-1137 条)相比,我国《民法典婚姻家庭编(草案)》不仅在条文数量上而且在规范内容上要少得多。实际上,自 1980 年《婚姻法》颁布以来,为正确审理婚姻家庭纠纷案件,最高人民法院先后颁

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具体意见》《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》等司法解释。为适应社会的变迁,2001年《婚姻法》进行了大规模的修订。2003年国务院颁布《婚姻登记条例》。最高人民法院接连颁布三个“关于适用婚姻法的司法解释”(以下简称“婚姻法解释(一)(二)(三)”),分别对审判实践中的争议问题进行阐释。为了预防和制止家庭暴力,保护家庭成员的合法权益,维护平等、和睦、文明的家庭关系,2015年全国人民代表大会常务委通过《反家庭暴力法》。针对夫妻共同债务的争议,2017年2月最高人民法院在发布《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)的补充规定》,在第24条的基础上增加两款。2018年初最高人民法院发布《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》(以下简称“夫妻债务司法解释”)。《民法典婚姻家庭编(草案)》主要是对《婚姻法》与《收养法》的整合,但未采纳各自“法律责任”中的家庭暴力与虐待、遗弃等规范^①。然而,该草案仅仅纳入寥寥数条司法解释和《婚姻登记条例》的规定^②。由此不仅会产生为何是这几条规范被纳入《民法典婚姻家庭编(草案)》的疑问,而且可能带来法律适用上的争议:在民法典通过之后,未被纳入的司法解释是否继续有效?若继续有效,则欲通过编纂民法典使现行婚姻法及其司法解释体系化的目标势必难以达到;反之,若未被纳入的司法解释失效,审判实践中又可能出现无法可依的不利局面。

在内容上,德国、日本以及我国台湾地区“民法”亲属编通常涵盖婚姻关系、血亲关系与监护(亲权)关系^[2](P1)。比较而言:《民法典婚姻家庭编(草案)》在体系上具有以下两个显著特征:第一,其仅包含婚姻关系与家庭关系,监护关系则被规定在《民法总则》之中,作为对自然人民事行为能力欠缺的救济方法。然而,近年来的发展趋势是监护的设立与民事行为能力的欠缺之间的联系正在逐渐减弱,将监护作为自然人民事行为能力欠缺者的保护措施已不符合监护制度未来的发展趋势^[3](P30)。在体系上,监护制度与亲属制度的关联度高于民事主体制度,监护制度的具体内容并不具有《民法总则》规范的公因式地位,被置于婚姻家庭法编更宜构建内容完整、体系完备的监护制度,也使婚姻家庭法编显得名正言顺^[4](P142)。第二,收养被单独作为一章。收养本质上属于拟制血亲关系,与父母子女关系具有种属关系,在体系上不应被置于离婚之后从而导致其与家庭关系相隔离。这是《收养法》作为单行法长期独立于《婚姻法》之外的不利后果。

从民法典的编纂角度看,立法者为维护法律的稳定性和裁判的可预见性,应当选择抽象概括方法将其预见到的全部社会事实涵摄于法体系之内,并建构领域广泛、层次分明、意义关联、前后一致的外部体系^[5](P28)。但总的来看,《民法典婚姻家庭编(草案)》立法不太重视规范体系的构建,相反,其看重的是局部内容的完整性。相比民法典其他分则例如合同编、物权编,该草案仍然表现出“宜粗不宜细”的立法理念,条文数量过少,体系性明显不足,汇编的痕迹明显。若《民法典婚姻家庭编(草案)》的外部体系存在明显的缺漏,在民法典颁布之后,司法界将不得不再颁布相应的司法解释,理论界亦不得不承担繁重的再体系化的任务。

① 《婚姻法》第五章“救助措施与法律责任中”(第43-49条)中的家庭暴力与虐待(第43条)、遗弃(第44条)、家庭暴力、虐待、遗弃犯罪(第45条)、强制执行(第48条)、婚姻家庭的其他违法行为(第49条)均被删除;《收养法》第五章“法律责任”中收养行为涉及犯罪的规定(第31条)亦被删除。

② 在《婚姻法》与《收养法》外,《民法典婚姻家庭编(草案)》吸纳的条文包括:(1)第837条纳入“婚姻法司法解释(一)”第17条表述较为模糊的“日常家事代理权”制度;(2)第839条采纳“婚姻法解释(二)”第11条“投资收益属于夫妻共同财产”;(3)第841条之一纳入“夫妻共同债务司法解释”第1-3条;(3)第842条采用“婚姻法解释(三)”第4条“婚内分割共同财产的法定情形(夫妻法定非常财产制)”;(4)《婚姻登记条例》规定的离婚协议书事项(第11条第4项)与离婚登记的要件(第13条)分别被纳入该草案第853条第3项和第855条;(5)第856条采纳《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》第7条后段“经人民法院判决不准离婚后,又分居满一年,一方再次提起离婚诉讼的,应准予离婚”。

(二)《民法典婚姻家庭编(草案)》的制度变革

在“一般规定”部分,《民法典婚姻家庭编(草案)》第819条删除了《婚姻法》第2条“实行计划生育”原则,以适应近年来我国人口形势的新变化。自20世纪70年代末以来,“计划生育”就一直作为基本国策而存在,并在《收养法》(第3条)、《妇女权益保障法》(第51条)以及《人口与计划生育法》(第17条)上均有体现。“计划生育原则”的废除,标志着法律不再以“计划生育”的形式对自然人的生育权进行限制。生育权是个体所享有的基本人权和人格权,近年来在立法政策上从限制生育转向鼓励生育,使生育权重新归属于家庭,这具有重大的进步意义。婚姻家庭法编可以对此作出规定并以其作为相关案型的请求权基础。但是,由于近几十年来人们生育观念的变迁,此前就已存在的夫妻之间的生育权冲突可能会更加突出(“婚姻法解释(三)”第9条对此已有涉及);妇女生育的自由如积极的生育自由(例如单身女性)与既有的计划生育政策,以及妇女消极的不生育的自由(典型如堕胎自由)与胎儿生命权保护之间权利冲突的解决,尚需凝聚更多的共识^[6](P110)。此外,《民法典婚姻家庭编(草案)》第822条增加了亲属、近亲属和家庭成员的定义性条款,有利于明确婚姻家庭权利义务的主体范围。

在“结婚”一章主要有三项制度变革。其一,“患有医学上认为不应当结婚的疾病”被作为禁止结婚的规定(《婚姻法》第7条第2项),以及违反该规定构成无效婚姻的事由(《婚姻法》第10条第3项)均被删除。其二,为维护婚姻登记制度的权威性和保障婚姻当事人的合法权益,《民法典婚姻家庭编(草案)》第828条第4项增加“伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的”作为无效婚姻的事由。其三,《民法典婚姻家庭编(草案)》第830条在胁迫婚姻之外,增设欺诈婚姻作为可撤销婚姻的事由。若一方婚前患有严重疾病但在结婚登记前不告知对方,受欺诈方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻。这表明患有医学上的严重疾病不再是无效婚姻的事由,而只是作为可撤销婚姻的事由。若当事人不行使撤销权或者撤销权已经过除斥期间,则婚姻仍然有效。比较而言,可撤销婚姻主要是对私益要件的违反,即缔结婚姻时意思表示有瑕疵,而无效婚姻违反的是公益要件,即违反法律的禁止性规范致使损害社会公共利益。随着医学的发展和进步,究竟哪些疾病属于医学上认为不应当结婚的疾病都会不断地发生变化。更为重要的是,一方或者双方患有疾病,是否选择结婚,涉及的只是私人利益。在对方知情的情况下,是否患有疾病并不必然会影响当事人的结婚意愿。《民法典婚姻家庭编(草案)》将一方患有的疾病修改为可撤销婚姻的事由属于立法上的进步,表明立法者对当事人婚姻自主权的尊重。

在“家庭关系”一章主要有两个新设条文:一是《民法典婚姻家庭编(草案)》第837条新增日常家事代理权,并规定夫妻之间对该代理权范围的限制不得对抗善意相对人。日常家事代理权作为夫妻共同生活的基础,具有显著的功能。二是《民法典婚姻家庭编(草案)》第850条增加了亲子关系确认之诉与否认之诉。该制度的宗旨是在于明确亲子的血缘关系,保障当事人的正当权益,使应尽义务的人不致逃避责任,以实现法律的公正性^[7](P203)。

“离婚”一章有较多的制度变革。一是《民法典婚姻家庭编(草案)》第854条增加了登记离婚审查期间,即自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起一个月内,不愿意离婚的一方可以向婚姻登记机关撤回离婚申请。设立离婚审查期的目的是确保当事人对离婚本身和由此而产生的各种后果都能够慎重地考虑与理解,防止轻率和冲动的离婚,以维护家庭关系的稳定^[1](P71)。二是《民法典婚姻家庭编(草案)》第864条新增祖父母与外祖父母的探望权,以适应社会现实的需要。三是针对夫妻共同财产分割的判决,《婚姻法》第39条规定应当照顾子女和女方的原则,《民法典婚姻家庭编(草案)》第864条增加照顾无过错方权益的原则。四是为了与“夫妻债务司法解释”相衔接,《民法典婚姻家庭编(草案)》第867条删除《婚姻法》第41条“夫妻共同生活”的表述,直接改为“夫妻共同债务”。依据《民法典婚姻家庭编(草案)》夫妻共同债务包括因日常家事代理、夫妻共债共签(夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等)共同意思表示所负的债务以及由债权人举证证明用于夫妻共同生活、共同生产经营或

者基于夫妻双方共同意思表示引起的债务类型。五是依据《婚姻法》第40条,在分别财产制之下,若一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权要求另一方给予补偿。《民法典婚姻家庭编(草案)》第866条删除了分别财产制这一前提条件,这就扩大了离婚家务补偿的适用范围。六是《民法典婚姻家庭编(草案)》第869条新增“有其他重大过错的”作为离婚损害赔偿请求权的兜底条款。为避免挂一漏万,兜底条款可以将其他给对方造成严重损害的情形(如夫妻一方违背互相忠实的义务与他人发生婚外性关系,但尚未达到重婚或者与他人同居的程度)纳入离婚损害赔偿的范围。

在“收养”一章有一些变化。其一,《民法典婚姻家庭编(草案)》第821条之一增设“收养应当有利于被收养人的健康成长,保障被收养人和收养人的合法权益。禁止借收养名义买卖未成年人”。该条规定于“一般规定”,是指导收养关系的原则,贯彻的是保护“有利于被收养人利益”的立法宗旨。其二,《民法典婚姻家庭编(草案)》第872条删除《收养法》第4条规定的对收养对象“不满十四周岁”的限制。这表明,只要是未成年人(18周岁以下)均可以成为收养的对象;其三,《收养法》第8条规定收养仅限于1名子女。为适应我国人口形势和“计划生育”政策的新变化,《民法典婚姻家庭编(草案)》第879条修改为可以收养2名子女。其四,为与《民法总则》第19条调整限制民事行为能力人的年龄起点相适应,《民法典婚姻家庭编(草案)》第883条将《收养法》第11条规定的“收养10周岁以上的未成年人应当征得被收养人的同意”修改为8周岁以上;同时该草案第893条规定的解除收养关系应当征得养子女同意,年龄也从10周岁修改为8周岁。其五,《收养法》第9条规定“无配偶的男性收养女性的,收养人与被收养人的年龄应当相差40周岁以上”,《民法典婚姻家庭编(草案)》从男女平等出发,将该条的适用前提修改为“无配偶者收养异性子女的”。其六,《收养法》第10条规定,收养必须基于夫妻双方共同意思表示。《民法典婚姻家庭编(草案)》第881条则规定“配偶一方为无民事行为能力人或者被宣告失踪的,(另一方配偶)可以单方收养”。

由此可见,《民法典婚姻家庭编(草案)》的制度变革主要集中在结婚、收养尤其是离婚部分。诚如学者所言“家庭关系以及家庭法的变化集中地表现在离婚问题上”^[8](P2)。随着经济社会的进步,夫妻与外部的财产联系变得日益频繁,夫妻财产的类型趋于多样与复杂化,夫妻财产法遂成为亲属财产法乃至婚姻家庭法的主要内容^[9](P132)。然而,从修改的内容来看,涉及夫妻财产法的内容并不多,仅规定投资收益属于夫妻共同财产、夫妻婚内分割共同财产的情形以及扩大离婚家务补偿的范围。这表明,婚姻家庭法编制度变革的重点是亲属身份法而非亲属财产法。总的来说,《民法典婚姻家庭编(草案)》立法仍然持保守态度,不仅广受关注的夫妻共同财产与个人财产、夫妻共同债务与个人债务的界分问题完全未涉及^①,而且亦未对同居关系、人工生育子女的法律地位等现实突出问题给予应有的回应。

二、《民法典婚姻家庭编(草案)》的价值理念及其表达

近几十年来,由于社会经济条件的变迁,婚姻家庭法编的价值理念随之变革。

(一) 婚姻家庭法的价值变迁及其分歧

古代中国以“家庭”为社会结构的基本单元,在差序格局的基础上建立家国同构的宗法社会,并以“礼”作为价值和规范体系。在家庭内部,无论是道德还是法律,其目的都是为形成和维护长幼有序、尊卑有别的伦理秩序,以及保证家族继承血统的纯正^[10](P28)。中国传统文化并无作为现代性核心的个人观念,因此不可能从自由平等的契约关系角度看待家庭成员之间的关系^[11](P178)。夫妻、亲子以及子

^① 2018年8月,全国人大常委会公布的《民法典婚姻家庭编(草案)》第一次审议稿未对夫妻共同债务予以规定。对此,全国人大宪法法律委副主任委员沈春耀认为:2018年1月,最高人民法院发布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》,修改了此前司法解释关于夫妻债务认定的规定。目前看来,司法解释基本平息了争议和热点。因新司法解释刚出台实施不久,尚需要进一步观察实践效果,再研究如何在婚姻家庭编草案作出相关规定(参见“六编1034条民法典分编草案提请审议”,载《中国青年报》2018年08月28日第4版)。2019年6月全国人大常委会公布的《民法典婚姻家庭编(草案)》第二次审议稿对于夫妻共同债务的认定则完全采纳了此前最高人民法院公布的司法解释,表明该司法解释获得了最高立法机关的认可。

女关系都受严格的身份等级伦理秩序的约束。自 19 世纪晚期西学东渐以来,源于西方的自由、平等的个人主义观念与中国古老的家庭伦理秩序产生了剧烈的碰撞。随着我国近代工商业的初步发展,伴随着社会分工的进一步细化,自由的个体开始从家族之中脱离出来并成为新的社会构成元素^[12](P699)。

1950 年《婚姻法》以革命者的姿态破除了封建社会的家族本位和等级观念,将个体从家族的遮蔽中解放出来,使之成为新的社会基础因子,并确定了婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女、子女合法权益等原则。社会主义公有制经济的确立和发展,为个体的独立提供了经济保障,使个人尤其是妇女的主体性得到完全认可和大幅提升。为了适应改革开放的新形势,1980《婚姻法》将保护妇女和儿童合法权益的原则扩大为保护妇女、儿童和老人合法权益的原则,增加了实行计划生育的原则,相应的法定结婚年龄也调整为男 22 周岁、女 20 周岁;增加禁止包办、买卖婚姻和禁止家庭成员之间虐待和遗弃的规定,并取消禁止有生理缺陷不能发生性行为者结婚的规定;在夫妻财产制、扶养、收养和继父母子女等问题上,作了更为具体的规定;在离婚程序上,规定男女一方要求离婚的,可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼;在判决离婚的理由上,规定如双方感情确已破裂,调解无效应准予离婚;对离婚后的子女、财产和生活做了一些修改,强调妇女和未成年子女利益的保护。

随着市场经济的蓬勃发展,个体有更多的机会从事各类工商业活动。传统家庭的经济价值和伦理价值迅速衰落^[13](P127)。个人愈少受到共同体意志尤其是家族的约束,他们就愈能作为自由的主体,相互之间按照契约关系将各不相同的功能组合在一起构成新的社会系统^[14](P71)。改革开放 40 年来,工业化和城市化的扩张所引起的个人的流动性与专业化导致传统大家庭逐渐解体。相应的,少子化现象与核心家庭大量形成,职业女性的人数大幅度增加。传统家庭在诸多方面呈现去功能化的趋势,如生产、经营活动就由效率更高的市场或其他组织取而代之^[15](P421)。家庭逐渐被认为是因个人而非功能的原因聚集在一起。个人意识的迅速觉醒和自由主义的传播发展,婚姻家庭中的平等和个人价值成为人们的追求的目标。典型表现为婚姻关系中男女地位平等、离婚越来越自由和简便、婚生子女和非婚生子女权利平等。随着社会的发展,婚姻之外稳定的同居生活方式也开始出现。个人的自由和价值成为家庭法变革的重要价值取向^[16](P135)。

2001 年《婚姻法》修正案及其随后的三个司法解释大幅度修改和增加了婚姻家庭法的内容。男女平等、个人主义与契约自由的精神在结婚制度、登记离婚、夫妻个人财产与夫妻共同财产的划分、夫妻约定财产制、夫妻共同财产的分割等方面得以广泛的贯彻。在夫妻个人财产婚后的收益、婚后由一方父母赠与子女的不动产的归属、夫妻之间不动产的给予以及夫妻共同财产的擅自处分等方面,无差别地适用物权法和合同法上的孳息规则、登记制度、赠与、善意取得等制度。对于《婚姻法》与系列解释及其背后的价值变迁,理论界评价不一。赞同的观点认为,“婚姻法解释(三)”体现了尊重个人财产的原则精神^[17](P4)。反对意见则对此进行了猛烈抨击。有学者认为,“同居共财”的家产制逐步被《婚姻法》的三个司法解释消解,夫妻之间的经济纽带被削弱,婚姻法过多适用“物本化”规则和“市场化”规则,不再体现弱者保护与人文关怀^[18](P57)。还有学者尖锐地指出,“婚姻法解释(二)”对资本逻辑的贯彻还只限于家庭之外的企业,“婚姻法解释(三)”则撕下了罩在家庭关系上的温情脉脉的面纱,在家庭中建立资本主义式的个人财产制。当夫妻关系被视为资本主义合伙企业之时,该司法解释也就不再是《婚姻法》的一部分,而是《物权法》或者《合伙企业法》的一部分^[19](P31)。

由于《民法典婚姻家庭编(草案)》基本未采纳上述司法解释的规定,因此无法判断该草案在立法层面上对于价值分歧的态度。婚姻家庭法编的立法价值取向不仅贯穿于整个婚姻家庭法编的各个具体制度之中,而且是法的编纂过程中立法者选取各类司法解释、其他法律规范以及裁判规则的内在依据,构成婚姻家庭立法的基本理念和宗旨。理论界对于婚姻家庭法的价值分歧,源于改革开放 40 年来我国经济、文化与社会诸方面巨大的发展和变化。在编纂民法典之际,有必要分析婚姻家庭法编的价值理论

以契合新时代的背景。

(二)《民法典婚姻家庭编(草案)》的价值理念

20世纪中叶以来,由于人权运动的推动并伴随着女权运动的兴起,发达国家或地区的婚姻家庭法均发生了深刻的变化。婚姻家庭法成为私法领域变化最为剧烈的领域。无论是法国、德国、日本还是我国台湾地区,宪法所确立的男女平等原则与保护儿童利益的原则,不仅具有宣示意义,而且成为促进家庭法改革的直接来源。男女平等、结婚自由、离婚自由、夫妻平等、儿童利益保护等现代意义的家庭法基本原则都得以确立。然而,基本原则的贯彻程度表现为具体制度中的价值理念,婚姻法的基本原则可能依旧,但是价值理念可能已然发生变迁。在宏观层面上,结合比较法上家庭法的最新发展,下列价值理念问题仍然值得思考。具体而言:第一,婚姻观的多元化与离婚变得越来越简便的倾向。现代社会的婚姻观念逐渐多元化,除登记婚姻之外,出现了非婚同居、同性婚姻等类婚姻关系。然而,我国立法并未承认非婚同居关系,而是主要由司法解释按照补办登记或解除同居关系的救济路径处理。在比较法上,家庭法对非婚同居当事人的权益越来越关注,在某些情形下与婚姻当事人的权益相似^[20](P50)。为回应社会需求,我国婚姻家庭法编在立法上应当接受多元化的婚姻观,将非婚同居纳入家庭法的调整范围^[21](P373)。但是,对于同性婚姻,由于我国主流社会对此尚未完全接受,因此立法目前尚无规制的必要。总的来看,离婚变得越来越自由,离婚不再以双方或一方的过错为要件。依据德国、英国法,若夫妻共同生活已不复存在,且不能预期夫妻共同生活可以恢复的即为婚姻关系破裂,夫或妻均可诉请离婚。即使兼采有责离婚原则的法国法与日本法,在与破裂主义融合的过程中,也逐渐剥离了早期浓重的伦理特别是性道德色彩,现在立法中规定的有责或过错情形更多地体现为一种证据价值,法官据此来判断夫妻共同生活是否真的难以维持^[22](P34)。随着离婚更加自由,夫妻之间横向的关系趋向于松散和多元化,纵向的未成年人子女与父母之间的关系成为家庭关系的核心,使得未成年子女的利益更需要法律特别的保护^[16](P135)。

第二,个人主义观念与家庭法上意思自治的扩张。夫妻团体本质上属于伦理实体,双方表现为全方位人格投入的初级联合体,这有别于基于工具理性的经济团体^[23](P194-195)。婚姻家庭法与财产法的重要区别在于立法理念的不同,后者的立法理念表现为个人主义与形式理性化;而前者的立法理念则是人格独立基础上的团体主义的表达,其既要保障个人利益同时也要维护婚姻家庭关系的和睦稳定。近几十年来,个人主义观念在家庭中得到不断的扩张,核心内容就在于“夫妻双方形成自己生活的自由”,法律更多地允许夫妻双方通过契约的方式对婚姻的内容作出调整^[24](P472)。契约自由受到《欧洲人权公约》第8条的保护,以确保私人和家庭生活得到尊重。近几十年来,美国家庭法发展的重要趋势是婚姻契约属性的扩张,夫妻不仅可以就婚姻关系以及离婚后果进行协商,而且法院也越来越乐意执行当事人之间经过充分协商而自愿达成的协议^[25](P92)。法律在夫妻财产法领域赋予夫妻广泛的自由,并非是为了鼓励离婚。相反,其能够促进婚姻的稳定^[26](P1479-1523)。这表明,夫妻团体已经兼具共同体与结合体的特征。结合体与共同体相对,意指行动者基于目标理性的动机以寻求利益平衡或利益结合^[27](P76)。由于我国婚姻法长期以来独立于民法之外,学者往往过于强调婚姻法的伦理性而忽略意思自治观念在该领域的适用与扩张,这可能是婚姻法长期独立于民法而运行的不利影响之一。《民法典合同编(草案)》第255条第2款规定,婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他编和其他法律的规定;没有规定的,可以根据其性质参照适用本编规定。这修改了现行《合同法》第2条的规定,无疑为契约自由原则和合同法规则适用于夫妻财产法领域提供了更多的可能性。

第三,公权力对家庭干预的加强与法律对妇女、儿童权益保护的日益增强。随着时代发展和社会变迁,公权力对婚姻家庭领域的干预不断深入和扩展,家庭法出现了“社会化”的倾向。公权力在家庭关系中的适度介入主要表现为两个方面:一是家庭成员之间发生家庭暴力时,法律应当及时地介入。家庭暴

力不仅包括单纯的身体上的殴打,还包括心理上和情感上的妨害和困扰。家庭暴力是一个普遍存在的社会问题,不仅涉及夫妻和同居者,还包括其他家庭成员。尽管我国已制定《反家庭暴力法》,然而《民法典婚姻家庭编(草案)》并无任何有关规范家庭暴力的条文。二是国家公权力机构监督父母对未成年子女责任的实施。未成年人最大利益原则是《儿童权利公约》的首要原则。国家监督责任的基准点是子女的最佳利益,其必须和父母不履行义务的严重程度以及维护子女利益的要求相适应^[2](P263-264)。婚姻关系中的个人主义的倾向,亦使未成年子女的利益更需要特别的保护。2012年我国立法机关在修订《未成年人保护法》时,强调家庭、学校、社会和司法机关对未成年人的保护。《民法典婚姻家庭编(草案)》应当增加国家监督和干预父母行使监护权的规范,以更好地保护未成年子女利益。

概言之,婚姻关系的类型化与渐趋多元化的婚姻观、家庭整体利益的维护与个人权利和自由的增进以及国家公权力的适度介入与家庭领域意思自治的扩张,构成婚姻家庭法领域相互交织的价值理念。我国《民法典婚姻家庭编(草案)》应对上述相互冲突的价值理念予以适当调和,以适应新时代的发展。

三、婚姻家庭法编制度的不足与完善

婚姻家庭法编在体系结构上应当维系现有的“通则—分则”结构,但应当涵盖婚姻关系、血亲关系与监护关系。在架构上包括通则、结婚、夫妻关系、离婚、父母子女关系与其他近亲属关系、收养、监护等。以婚姻自由、一夫一妻、男女平等以及保护妇女儿童利益为原则,展示现代婚姻法的价值理念,并大量吸收实践中已证明行之有效的司法解释与其他法律规范,实现立法的科学性与可操作性。

(一) 一般规定

《民法典婚姻家庭编(草案)》的“一般规定”需要完善之处如下:(1)第821条规定的是家庭成员之间的道德原则。依据“婚姻法解释(一)”第3条规定,家庭成员之间的道德原则属于倡导性条款,不能单独作为当事人提起诉讼的依据。该解释规定可以纳入婚姻家庭法之中,作为第821条的第2款。(2)建议增加保护子女最佳利益原则,该原则已发展成为现代婚姻法的重要原则^[28](P5)。我国是《儿童权利公约》的签署国,在家庭关系中优先保护未成年人合法权益,正是履行国际条约的应有之义。(3)第820条规定的禁止婚姻行为,在性质上属于不完全性规范。该条要么构成对婚姻自由(包办、买卖婚姻)或一夫一妻原则(重婚)的违反,要么在具体制度上有所规范(非法同居及家庭暴力、虐待等),因而并无规定的必要,应当予以删除。(4)该章应增加亲等的规定。立法上宜采取罗马法的亲等计算法,因其可以比较准确、科学地反映亲属关系的远近,优于现行《婚姻法》规定的世代计算法。

(二) 结婚

“结婚”一章存在以下问题:(1)草案未规定非婚同居关系,对此可以比照婚姻关系与契约关系,对双方的人身关系与财产关系进行适当的规定。(2)“婚姻法解释(一)”规定的宣告婚姻无效的主体(第7条)、宣告婚姻无效的阻却事由(第8条)、胁迫的理解及其撤销权的主体(第10条)以及同居期间的财产处理(第15条)、“婚姻法解释(二)”规定的一方或双方死亡的婚姻无效(第5条)、申请宣告婚姻无效的当事人(第6条)、彩礼返还请求的处理(第10条)等应当纳入婚姻家庭法编之中。(3)立法者既然将欺诈作为可撤销婚姻的事由,但是欺诈的范围限于一方在结婚之时隐瞒患有严重疾病的情形,这显然过于狭窄。对此,可以借鉴比较法上的立法例,将欺诈与胁迫并列作为可撤销婚姻的类型。(4)婚姻无效与被撤销的法律后果和合同无效或被撤销的法律后果相同,这显然忽略了财产行为与身份行为之间的区别,不利于保护善意或无过错一方当事人的利益,尤其是不利于保护妇女的合法权益。从比较法上看,例如美国《统一结婚离婚法》第208条规定,即使法官做出无追溯力的婚姻无效判决,但有关财产与子女抚养问题均可以适用离婚财产分割、离婚抚养费、抚养及子女的监护等相关规定。因此,立法上宜借鉴绝大多数国家或地区的做法,规定婚姻被宣告无效或撤销后,原则上溯及既往地自始无效,但对于善意的配偶一方仍然发生有效婚姻的效力;婚姻被宣告无效或被撤销后,其对子女的效力不受影

响^[3](P212)。(5)通谋虚伪表示与重大误解应当被列为可撤销婚姻的类型。为维护夫妻共同生活以及保护未成年子女的利益,缔结婚姻时的瑕疵意思表示效力应变通适用^[29](P118)。

(三) 家庭关系

该部分有待完善之处包括:(1)夫妻、父母子女之间的继承权在继承编中已经有明文规定(第906条),因此建议删除该重复性规定(第838条、第847条)。(2)应当增设有关夫妻的住所决定权、同居的权利和义务等规定,展现夫妻关系的身份属性。(3)本章极为重要的规定是夫妻法定财产制,大体延续了《婚姻法》第17-18条的规定。然而,夫或妻一方婚前财产在婚姻关系存续期间的孳息或者自然增值的归属应当如何判断?“婚姻法解释(二)”与“婚姻法解释(三)”的规定并不一致。“婚姻法解释(三)”第5条以《物权法》原物与孳息的规则为基础,将一方婚前个人财产因市场供求关系或通货膨胀的因素而形成的自然增值与孳息排除在夫妻共同财产之外^[30]。对此,理论上争议很大^[31](P210)。总的来说,由于现行《婚姻法》过于强调夫妻共同体的利益而忽略了近年来个人主义与人格独立的倾向,因此司法解释在夫妻财产法上强调个人主义的价值具有相当的合理性。有学者认为,若个人财产在婚后的收益凝聚了另一方配偶的贡献(包括直接贡献和间接贡献),则属于主动增值和夫妻共同财产^[32](P3)。由于夫妻属于共同体,很难否认配偶一方对另一方的个人财产在婚姻关系存续期间的增值没有间接贡献。若配偶以经营投资为职业或者另一方配偶对增值部分具有实质性贡献,则个人财产在婚姻关系存续期间的增值应当属于夫妻共同财产。准此以言,则夫或妻一方在婚姻关系存续期间继承或者赠与(包括遗赠)所得的财产原则上应认定为个人财产,因为其配偶对此并无实质性贡献。从比较法上看,采取共同制的如比利时、法国、意大利、葡萄牙、西班牙、俄罗斯等法律均规定,婚姻存续期间无偿所得属于个人财产,除非赠与人或遗嘱人明确表示由夫妻双方共有。(4)夫妻约定财产制属于非限定类型,为保护交易的安全,应当借鉴德国民法的规定,规定夫妻之间的财产约定自生效时发生物权的变动,同时未经登记不得对抗善意第三人。夫妻财产约定的登记制度可以预防和减少夫妻之间及夫妻和第三人之间的财产纠纷,同时可以为离婚时的财产清算提供有效依据。(5)夫妻共同债务与个人债务的界分。“婚姻法司法解释(二)”近年来饱受争议,根源于立法上认为夫妻应作整体考量而忽略各自人格的独立性^[33](P28)。2018年1月,最高人民法院公布《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》废止了“婚姻法解释(二)”第24条。该解释从个人主义的角度出发,并将其举证责任分配给债权人,倾向于保护举债方配偶的利益,强调个人人格独立与经济自主的地位,应当予以采纳^[34](P111)。(6)协议离婚财产的分割。“婚姻法解释(二)”规定的财产分割协议的效力(第8条)、有价证券等的分割处理(第15条)、有限公司出资额(第16条)、合伙企业出资转让(第17条)以及独资企业的处理(第18条)等可以被吸纳入《民法典婚姻家庭编(草案)》。同时规定,夫妻之间不得通过离婚财产分割协议逃避债务,否则债权人可以行使债权撤销权(《合同法》第74条)。(7)应当对家庭成员之间的家庭暴力、虐待、遗弃等作出规定,以维护弱势配偶尤其是女方的利益。现行《婚姻法》规定的家庭暴力与虐待(第43条)、遗弃(第44条)以及“婚姻法解释(一)”对“家庭暴力的理解”(第1条)等应当纳入婚姻家庭法编。同时,《反家庭暴力法》规定的“人身安全保护令”亦应纳入婚姻家庭法编,法官可以根据家庭暴力受害者的请求发布保护命令,体现出通过公权力的介入对家庭中个人利益的保护。(8)人工生育子女问题。最高人民法院第50号指导案例(“李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案”)的裁判摘要中认为:“夫妻关系存续期间,双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后,男方反悔,而女方坚持生出该子女的,不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生,都应视为夫妻双方的婚生子女。”该摘要虽具有指导意义,但是尚不足以涵盖人工生育子女的更多案型。对此可以借鉴德国民法的规定,分娩者为子女的母亲;子女出生时,与生母有婚姻关系者或者因任意认领而产生父子关系者为子女的父亲;在夫妻双方一致同意的情况下,妇女通过人工授精的方式借助第三人捐

献的精子受孕并生育子女的,丈夫和子女的生母均无权撤销父亲的身份。但该子女的撤销权不受影响^[2](P291-292)。

(四) 离婚

离婚一章有待完善之处如下:(1)为避免夫妻轻率地协议离婚,缓和节节攀升的离婚率^①,《民法典婚姻家庭编(草案)》对于离婚冷静期的规定值得赞同。但是,该条的适用应当规定除外条款,若配偶一方遭受严重的家庭暴力或者处于人身安全保护令之下的,另一方配偶无权撤销离婚申请。(2)裁判离婚的立法理念兼采过错主义和破裂主义(夫妻感情破裂),其立法模式则是概括规定加示例情形。然而,由于夫妻感情属于主观范畴,外人很难对夫妻双方的内心情感活动进行判断。长期以来学说上有用“夫妻或婚姻关系破裂说”取代“感情破裂说”的观点,即以夫妻共同生活已不复存在或不能期待双方恢复其共同生活予以判断^[22](P34)。比较而言,“婚姻关系破裂说”更为合理。(3)借鉴《瑞士民法典》第146条、第176条,增加裁判分居制度。除法定离婚理由之外(《民法典婚姻家庭编(草案)》第856条第3款第1-3项),有下列情形的可以向法院申请分居:法院判决不准离婚的;一方与他人发生不正当两性关系,另一方无法容忍与之共同生活的;一方明知患有传染性疾​​病而坚决要求与配偶发生性关系的;其他原因导致夫妻无法共同生活的。(4)增加无民事行为能力人与限制民事行为能力人诉讼离婚的,应由法定代理人参加诉讼。法定代理人无权就离婚与否作出意思表示,但是对于财产分割、子女抚养问题则可由法定代理人与无民事行为能力人及限制民事行为能力人的配偶达成调解协议。(5)离婚损害赔偿在性质上属于因身份契约关系解除后,有过错的一方应当赔偿无过错方因此而受到的损害。离婚损害赔偿的范围包括物质损害赔偿和精神损害赔偿,其不仅适用于诉讼离婚,而且适用于登记离婚。“婚姻法解释(一)”规定的“损害赔偿范围”(第27条)和“婚姻法解释(二)”规定的“协议离婚后提出离婚损害赔偿”(第27条)、离婚损害赔偿请求权的提出时间(第30条)等规定应当纳入婚姻家庭法编。

(五) 收养

《民法典婚姻家庭编(草案)》第892条沿袭现行《收养法》第25条第1款的规定,有总则编关于民事法律行为无效规定情形或者违反本法规定的收养行为无效,无效的收养行为自始没有法律约束力。该规定存在以下两个问题:一是因欺诈、胁迫导致的收养,应该属于可撤销的法律行为;二是收养行为属于身份行为,与财产性的合同行为不同,因此在收养行为无效或被撤销的情形,从最大限度地保护未成年收养子女的利益出发,应采纳不溯及既往的原则。此外,收养行为被宣告无效或被撤销后,养子女与亲生父母的权利义务关系自动恢复。

参考文献

- [1] 夏吟兰. 民法典分则婚姻家庭编立法研究. 中国法学,2017,(3).
- [2] 迪特尔·施瓦布. 德国家庭法. 王葆莼译. 北京: 法律出版社,2010.
- [3] 余延满. 亲属法原论. 北京: 法律出版社,2007.
- [4] 夏吟兰. 民法典体系下婚姻家庭法之基本框架与逻辑体系. 政法论坛,2014,(5).
- [5] 谢鸿飞. 民法典的外部体系效益及其扩张. 环球法律评论,2018,(1).
- [6] 余军. 生育自由的保障与规制——美国与德国宪法对中国的启示. 武汉大学学报(哲学社会科学版),2016,(5).
- [7] 林菊枝. 亲属法新论. 台北: 五南图书出版公司,1996.
- [8] 利谷信义,江守五夫,稻本洋之助. 离婚法社会学. 陈明侠等译. 北京: 北京大学出版社,1991.
- [9] 冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法: 下. 焦美华译. 北京: 法律出版社,2004.
- [10] 梁治平. 寻找自然秩序中的和谐. 北京: 中国政法大学出版社,2002.
- [11] 金观涛、刘青峰. 观念史研究. 北京: 法律出版社,2009.
- [12] 张龔. 论我国法律体系中的家与个体自由原则. 中外法学,2013,(4).

^① 自2010年至今,离婚率连续八年攀升,2017年的离婚率为3.2%;相反,结婚率则持续走低。参见民政部《2017年社会服务发展统计公报》。

- [13] 伯特兰·罗素. 性与婚姻. 文良, 文化译. 北京: 中央编译出版社, 2005.
- [14] 费迪南·滕尼斯. 共同体与社会. 北京: 北京大学出版社, 1999.
- [15] 加里·S. 贝克尔. 家庭论. 王献生等译. 北京: 商务印书馆, 2014.
- [16] 罗冠男. 近现代意大利家庭法的发展阶段与借鉴. 政法论坛, 2018, (6).
- [17] 杨立新. 最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [18] 陈苏·薛宁兰. 中国当代法学研究. 北京: 中国社会科学出版社, 2009.
- [19] 赵晓力. 中国家庭资本主义化的号角. 文化纵横, 2011, (2).
- [20] 哈里·D. 格劳斯. 美国家庭法精要. 陈苇等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2010.
- [21] 何丽新. 我国非婚同居立法规制研究. 北京: 法律出版社, 2010.
- [22] 马忆南·罗玲. 裁判离婚立法研究. 法学论坛, 2014, (4).
- [23] 戴维·波普诺. 社会学. 李强译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007.
- [24] 刘征峰. 家庭法中的类型法定原则. 中外法学, 2018, (2).
- [25] 邓丽. 婚姻法中的个人自由与社会正义——以婚姻契约论为中心. 北京: 知识产权出版社, 2008.
- [26] B. STARK. Marriage Proposals. From One-Size-Fits-All to Postmodern Marriage Law. 89 Cal.L.Rev., 2001.
- [27] 马克斯·韦伯. 社会学的基本概念. 康乐, 简惠美译. 桂林: 广西师范大学出版社, 2011.
- [28] 夏吟兰. 论婚姻家庭法在民法典体系中的相对独立性. 法学论坛, 2014, (4).
- [29] 冉克平. 论婚姻缔结中的意思表示瑕疵及其效力. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2016, (5).
- [30] 张先明. 总结审判实践经验凝聚社会各界智慧、正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件——最高人民法院民一庭负责人答记者问. 人民法院报, 2011-08-13.
- [31] 赵玉. 司法视域下夫妻财产制的价值转向. 中国法学, 2016, (1).
- [32] 裴桦. 夫妻财产制与财产法规则的冲突与协调. 法学研究, 2017, (4).
- [33] 叶名怡. 婚姻法解释(二)第24条废除论. 法学, 2017, (5).
- [34] 冉克平. 夫妻团体债务的认定及清偿. 中国法学, 2017, (4).

On the System, Content and Perfection of “Marriage and Family Law (Draft)”

Ran Keping (Wuhan University)

Abstract The Civil Code of Marriage and Family (Draft) is a regulation that compiles with the current Marriage Law and Adoption Law, and its institutional reforms mainly focus on marriage, adoption, and especially divorce. However, the draft has a strong imprint of legal compilation on the system, the content has not incorporated the current effective judicial interpretation, and the legislative value concept does not fully reflect the developing trend of modern marriage law in the 21st century. Marriage and family law should maintain the existing “general principle-specific rule” structure, integrate the principle of the best interests of minors, demonstrate the value concept of modern marriage law, absorb effective judicial interpretation and learn from the mature legislation of comparative law so as to achieve the systematization and scientificity of marriage and family legislation.

Key words Marriage and Family Law; system structure; value concept; freedom of marriage; revocable marriage

■ 收稿日期 2018-12-02

■ 作者简介 冉克平, 法学博士, 武汉大学法学院教授、博士生导师; 湖北 武汉 430072。

■ 责任编辑 李 媛 桂 莉