

婚姻家庭本质与民法体系中的婚姻家庭法

夏 沁

(中南大学 法学院,长沙 410012)

摘 要:从婚姻以及家庭制度的起源、发展、演变的历史中,可以发现婚姻与家庭密不可分。很大的程度上,婚姻是家庭的基础,家庭是婚姻的归宿。因此,在历史视角中,研究婚姻以及家庭的基本属性,能够进一步明确婚姻家庭的本质属性。婚姻通过近代社会中合同关系的演变,现代社会中普遍认为婚姻本质上应是一种身份关系。家庭从个人的容身之处逐渐演变为社会的重要的组成单位,现代市民社会中的家庭本质上是由具有婚姻或血缘关系的个人组成的共同体(团体)。据此可以说,婚姻家庭本质上是一种基于伦理性身份而结合的团体。事实上,尽管婚姻家庭法作为我国民法体系的组成部分,已经成为学术基本共识。我国立法机关也明确指出婚姻家庭法为民法典的婚姻家庭编。但我国民事立法传承大陆法系的立法模式和内容,并没有身份法的立法理念。就大陆法系的立法而言,无论是采用民商合一立法体例的民法典,抑或是采用民商分立立法体例的民法典本身并没有有关婚姻家庭特殊的价值理念,也没有婚姻家庭身份性的立法要素,其民法典中身份法的立法只是简单地将财产法的价值理念贯彻于婚姻家庭的制度之中。就此而论,传统民法典体系视角下婚姻家庭法为财产法。我国民事立法从属于大陆法系一部分,亦是如此。然而,婚姻家庭关系在本质上是具有人伦性的情感关系。民法典也不仅仅是财产法典,而是集人格法、身份法、财产法于一体的民法典。其实,婚姻家庭法立法的身份化也是现代化民法典的要求。婚姻家庭能为市民社会提供伦理的合理性。而且婚姻家庭法中的财产关系本质上也是附属于身份关系的财产关系,具有身份化的属性。为此,我国未来民法典婚姻家庭编应当以婚姻家庭的本质属性重构民法体系中的婚姻家庭法。婚姻家庭法制度的构建不仅要重新认可并定位婚姻家庭的主体地位,而且也还应当秉承人伦的观念,遵循家庭本位、家庭团体性、同居共财的理念并且适当纳入习惯法与道德规范,从而在婚姻家庭制度的设计上贯彻伦理精神,为家庭功能的重塑与家庭规则的重建提供各方面的支持。

关键词:婚姻家庭;民法体系;婚姻家庭法;民法典;伦理性;民法典婚姻家庭编

中图分类号:D923.9

文献标志码:A

文章编号:1672-8580(2018)01-0048-18

基金项目:国家法治与法学理论研究项目课题(16SFB1006);中南大学 2017 研究生自主创新项目(5202221703)

作者简介:夏沁,博士研究生(E-mail:xiaqin113@163.com)

一、引言

“所谓民法典的体系,是在采取法典形式时,将调整平等主体之间人身关系与财产关系、具有内在有机联系的民法规则或法条文以某种逻辑加以安排,从而形成的体系”^[1]。随着 2017 年 3 月我国《民法总则》的颁布,民法典的编纂也正式地拉开序幕。其中,《民法总则》第五章民事权利一章中,第 109 条规定“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”,第 110 条规定“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利,法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利”,第 112 条规定“自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护”,第 113 条规定“民事主体的财产权利受法律平等保护”,以此确定人格权利、身份权利、财产权利的基本权利体系。就此可以说,《民法总则》以民事权利体系作为民法典的轴心,确定了人身关系和财产关系的民法体系。民法体系下的民法典则是统合人格权、身份权、财产权于一体的民法典。事实上,一部体系自洽、内容完善的中国民法典也至少应当包括人格权法、身份法以及财产法等基本内容。但问题是,传统的潘德克吞体系下民法典是财产法典,《民法总则》也是财产法总则,缺乏相配套的调整人身关系的基本规范,尤其是有关身份关系的价值理念与制度设计。因此,民法典各分编的制度设计在民法总则之中确定财产权、人格权、身份权的民事权利的基础之上不应当再拘泥于传统财产法典的框架,而应当契合总则所确定民法体系。婚姻家庭法作为民法典的婚姻家庭编,也是如此。

其中,婚姻家庭又是婚姻家庭法的立法最为核心性的因素。传统的民法典中高度重视家庭对稳定社会秩序的作用,形成了以家庭为中心的身份关系和在家庭之外以市场为中心的财产关系。一般而论,婚姻家庭制度是社会发展到一定阶段的产物。在特定的社会制度中,当事人形成婚姻关系后,也组成了家庭,当然婚姻关系只是家庭关系一部分,家庭关系还包括血亲关系。但不可否认的是,婚姻关系乃家庭关系中最为重要也是最为基础的部分。事实上,婚姻制度和家庭有着相同的根源。因此,通过婚姻制度的研究,可以深化对家庭属性的认识,进而明确婚姻家庭的本质属性。为此,我们首先需要明确婚姻以及家庭的基本属性,而后再确定婚姻家庭的基本性质,并以婚姻家庭本质为基础明确婚姻家庭法的基本制度构造,进而在民法典之中实现婚姻家庭法体系性构造。笔者拟以此为研究视角,求教于方家。

二、婚姻以及家庭的源流变与婚姻家庭的本质属性

通过对婚姻的起源、发展与演变的历史中,可以发现婚姻与家庭有着密切的联系。婚姻作为组建家庭最为古老,也是最为常态的方式。一定的程度上可以说,家庭起源于婚姻。而婚姻组建家庭后,又推动并构成家庭起源、发展、演变的重要组成部分。家庭是稳定当事人的婚姻关系的主要形式。就此而论,婚姻家庭是一个整体,两者密不可分。

(一)婚姻的起源、发展、演变与基本属性

“婚姻,通常被认为是一个表示社会制度的术语”,有关婚姻的起源可能是一种原始习俗

发展而成的。“这种习性首先由习俗所认可,继而得到法律的承认,并终于形成一种社会制度。”^{[2]33-34}

1.氏族社会:婚姻为附属父权之身份关系

人类社会中,人的本能驱动不仅产生了习惯而且产生习俗和制度。在文明程度较低的原始社会中,氏族具有压倒一切的重要性。尽管随着文明的发展,氏族父权逐渐衰弱^{[3]768}。但一般来说,在法国和其他欧洲国家,父权的观念在整个中世纪以及以后很长的时间得以延续,此时期婚姻即为从属性身份关系依附于氏族父权之中。

2.近代欧洲:婚姻为民事契约关系

思想启蒙运动后,17世纪的欧洲自然法复兴,父权逐渐让位于契约制度,其最深层次的含义就是“父权即义务”。事实上,思想启蒙时代所形成的契约自由、私权神圣的思想反映在自然法之中,即“一种勇敢迈进伦理之上、宗教之上的理性法”^{[4]309}。在理性主义思潮中,康德最早提出了婚姻契约说,认为婚姻是当事人的契约关系,婚姻合意不仅是婚姻的成立要件,也是婚姻的本质所在,婚姻成立和基础完全依照契约法判断。后法国宪章中明确“法律只承认婚姻是一种民事契约。”

事实上,自然法将婚姻视为一种契约制度,即天然地由某种目的决定的,并按照某种结构而设立的产物,婚姻具有完全的契约特征,即婚姻是由社会功能所决定,并且为实现该功能而受到法律的调整,由当事人之间意思表示一致即可成立婚姻关系^[5]。德国、意大利、瑞士、荷兰等欧洲国家都相继地在立法中承认婚姻乃民事契约的属性。尽管婚姻契约说表征着人类社会从“身份”到“契约”的进步,但是婚姻契约并不同于一般的民事契约,具浓烈的伦理性色彩^{[6]27-29}。

3.现代社会:婚姻为身份关系

19世纪以后,极端的个人主义思潮褪去,婚姻越来越被视为男女之间具有高度身份属性的结合,因而双方主体在心灵和精神上的联系比契约法的确定更为重要,一般来说,感情在两性关系中的作用是与精神素质对性爱的影响成正比的。据此可以说,婚姻契约说违背了身份伦理的核心观念,婚姻不应当仅仅基于夫妻之间协议,更多地还有精神情感性因素。现代通说即认为,“婚姻是法律所规定的、将男女双方结合为法律上的统一体的伴侣关系。”^{[7]26}就事实性质而论,“婚姻是一种长期持久的关系”^{[8]1233},稳定关系反映到法律性质上,即是当事人之间基于情感因素构成的身份关系,婚姻中双方财产关系也是附随于身份的。因此,婚姻本质上应是一种身份关系。

(二)家庭的起源、发展、演变与基本属性

“家庭法学和家庭政策在很大程度上反映了文化和社会的发展。”^{[7]2}家族是人类社会发展一定阶段的产物,随着人类社会不断地发展进步,文明程度愈发高级,家庭也相应地处在不断地发展变化之中^{[9]116}。进而言之,这样的变化不仅仅反映在家庭结构以及家庭性质的变化之上,更多地还表现为家庭所承载的功能的变化。

1.氏族社会:家庭屈服于氏族之下

原始社会中,尽管婚姻与家庭有着相同习俗起源,“的确,这些制度和习惯的作用,在实际上是相同的”,但不同的是,“在前一种情况下有社会条例或法规;而后一种情况下则没有这样的条例或法规。”^[27]可以说,古代社会中的家庭是事实意义上的存在体,并不需要条例或法规预设和授权。事实上,“在早期社会中,家庭和氏族似乎是一种对立的关系。”^{[10]22-24}氏族的纽带和力量越强大,就会削弱家庭的意识,反之,则会增强家庭意识。也就是说,在以家庭本位为主的原始社会中氏族一直压制家庭,此时期家庭意识薄弱,并不存在所谓家庭^[1]。直到国家出现后,削弱氏族力量,家庭的纽带才得以加强。

2. 近代市民社会:家庭为个人之处所

但“当国家的活力变得越来越强的时候,当各个家庭的人为了追求一个公共的目标而越走越近的时候,当加重的年轻人随着工业的发展而在经济上越来越独立于父母的时候,家庭便又失去了它的重要性。”^{[3]768}到17世纪,随着启蒙运动,近代各国纷纷确定了个人主义的中心地位,“个人主义意味着否定人本身于其他事物的内在关系”^{[12]4},传统家父权为主导的家庭结构彻底地瓦解。如此一来,在个人主义否定个体与其他人的关系的同时,家庭社会功能的缩减正好强化了家庭作为个人处所的特征。

近代市民社会由“群体主义向个人主义的重大转变,它不是把社会或共同体看成首要的东西,而是把社会理解为为达到某种目的而自愿结合到一起的独立的个人的聚合体。”^{[9]5}此时期,个人不断地取代氏族成为法律调整的主体,实现了个人的自由与平等,意义非凡。但是个人主义把家庭仅仅视为独立他人的个体的处所,对个人“生活于其中的共同体却视而不见”^{[13]616}。

3. 现代市民社会:家庭是社会基本单位

“近代民法是在市民社会中形成的”^{[14]2},民法应当回应市民社会中家庭的现代化。19世纪以后,民法中的个人主义理念在现代市民社会中衍生出许多弊端^①。家庭在功能上也发生了重大的变化,从具有生产功能的家庭企业逐渐转变为消费主体,家庭形态呈现出多样化,强调两性平等的原则以及重视的子女权利。与此同时,家庭关系的强度和其密度也不断增强,家庭在功能上就不仅仅是个人的处所,家庭本身也被视为具有高度身份属性的私人领域,国家法律不能随意干预^{[15]120-125}。

事实上,“在包括现代市场经济在内的社会里,家庭对一半以上的经济活动承担着责任。”^{[16]27}现代社会中家庭与个人一样,都是市民社会的重要组成部分,不同的是,家庭还是个人联合体。“家庭大概是人类社会最古老、延续时间最长的团体构造。”^{[17]463}尤其是,在现代社会中,“家庭作为一个生活单位,具有同居共财的特点。”这种共同生活、共同居住、共同财产以及共同消费的同居共财的行为,使得家庭成为密不可分的集合体以及市民社会中最为基础的组成部分。尽管家庭的概念随着不同国家法律确定的亲属范围的变化而不同,但一般而言,家庭是以婚姻血缘关系为纽带的社会生活的组织形式^{[18]51}。

毫无疑问,家庭对于社会稳定和发展而言必不可少,家庭作为社会基本单位重回市民社会之中具有重要的意义和价值^{[15]107-116}。现代市民社会中的法律也倾向于承认家庭的地位。德国基

本法中就明确家庭为父母子女构成的共同体。因此,可以说,家庭本质上是由具有婚姻或血缘关系的个人组成的共同体(团体)。

(三)婚姻家庭的本质属性

“婚姻是产生家庭的前提,家庭是缔结婚姻的结果”^[195]。婚姻家庭的价值理念不同于人格法的人格价值以及财产法的契约自由,体现为一种伦理精神。婚姻家庭“之所有能体现出理性、平时、传统、宽容的特色”,是因为“蕴含着伦理内涵和发展方向。”^[19]

1.婚姻家庭法伦理精神的基础

婚姻家庭的伦理精神“源于人类为维护自身和繁衍家庭和谐有序的内在需求”^[20],即人性。人性不仅包括人的自然属性,而且还包括人的社会属性,自然属性表现为“人的动物性”,社会属性则表现为“人的特性”,与之相对性的就是人的生理需求和人的精神需求。其中人的社会属性是人性的本质属性,反映到婚姻家庭之中,即是身份的伦理性。很大程度上,婚姻家庭法中身份的伦理性就人性中所展现的一种精神需求。“对于人性规范或引导,需要婚姻家庭的伦理”,婚姻家庭法“以其合规律性、价值性、明确性、具体细性和强制性来发挥对人性的引导、调控与提升功能。”^[21]因此,可以说,人性是婚姻家庭法伦理精神的出发点。

2.婚姻家庭法中伦理精神的内涵

既然伦理精神是以人性的社会属性为基础的,身份法制度的构建,就必须符合人性的逻辑推演,遵循身份关系至善的价值导向。身份法的价值理念不同于人格法的人格价值以及财产法的契约自由,体现为一种伦理精神。而婚姻家庭之所有能够呈现出传统、平时、理性、宽容的特征,正是因为婚姻家庭中蕴含着人性以及伦理的内涵。伦理精神是以人性的社会属性为基础的,身份法制度的构建,就必须符合人性的逻辑推演,遵循身份关系至善的价值导向。是故,婚姻家庭法中的伦理精神应当贯彻于婚姻家庭伦理实体和理性的身份关系中,并体现为亲属法价值目标和行为规则之中。“夫妻、亲子等相互之关系,伦理性色彩特别浓厚。”^[225]也就是说,伦理精神不仅是夫妻、亲子以及其他亲属关系价值、观念,也是其行为准则。事实上,当代婚姻家庭中的伦理精神是建立在近代民法自由、平等基础之上的,是人性中社会属性理性化的体现,并以追求家庭和谐为最终目的。因而,婚姻家庭法伦理精神蕴含着民法的公平、平等、自由基本价值理念以及根植于人性的尊老爱幼、和谐稳定等基本内涵。

其实,伦理精神是婚姻家庭伦理实体在人性假设论的逻辑基础之上而衍生的。婚姻家庭法中的伦理性根植于人性深处情感的本能而呈现出情感性色彩。同时,“任何道德都起源于人性基础上的共同体的存在与发展的需要”^{[23]39},而道德又能契合人性的精神需要,是故婚姻家庭中伦理精神又呈现出道德性色彩。

三、潘德克吞民法体系中婚姻家庭法为财产法的基本定位

传统的民法典中高度重视家庭对稳定社会秩序的作用,形成了以家庭为中心的身份关系和在家庭之外以市场为中心的财产关系。例如,《德国民法典》就是以财产关系和身份关系为

基础构建的法典体系。但问题是,传统潘德克吞体系下的民法典的基本定位为财产法典。遵循财产法典体系和内容的民法典的一个合理逻辑结果就是缺乏调整身份关系的价值理念与制度内容。

(一)我国民法与婚姻家庭法的关系

中国古代,诸法合体,刑民不分,以刑为主,并不存在独立的法律部门,婚姻等民事法规淹没在刑事律令之中,自然也不存在所谓的婚姻家庭法。诚如学者所言:“中国婚姻制度,导源于礼,范之以令,裁之以律。违礼则犯令,犯令则入律,入律则有刑。”^[24]

1.清朝至民末:婚姻家庭法为民法部门的组成部分

直至清末,临内忧外患之局,清政府“变法”以“图强”,以《德国民法典》与《日本民法典》为蓝本起草了《大清民律草案》,共五编,其中第四编为“亲属编”^[25]¹⁸。这是中国立法史上首次将婚姻家庭法确定为民事法律部门的组成部分。后民国政府沿用清朝民事立法模式。

2.新中国成立后:婚姻家庭法为婚姻家庭法典

新中国成立后,废弃《中华民国民法》,转而借鉴原苏联家庭法典的立法模式:婚姻、家庭、监护等法律规范调整社会关系中极特殊的法律关系,应为家庭法典,构成社会主义法律体系的一个独立的法律部门。1950年,我国颁布的第一部《婚姻法》即仿照苏联1918年《苏俄婚姻法、家庭及监护法》,确定了婚姻家庭法独立于民法典之外的婚姻法典的地位^[26]²⁶³⁻²⁶⁴。此时期,我国社会主义法律体系,“包括国家法、民法、刑法”,“婚姻法、审判法等法律部门。”^[27]¹⁹1980年颁布的第二部《婚姻法》延续将婚姻家庭法作为独立法典的立法模式^[28]。

3.《民法通则》颁布:婚姻家庭法回归于民法

20世纪80年代,“中国婚姻法开启了‘回归民法’的进程。”^[29]1986年《民法通则》第2条明确民法的调整对象为平等主体之间的“财产关系和人身关系”;第103条规定婚姻自主权;第104条则进一步确定婚姻、家庭受到法律保护。可见,《民法通则》已经改变了独立家事法典的立法模式,将婚姻和家庭等身份关系纳入民事法律调整范围之内。如学者所言:“婚姻家庭法和民法的关系在立法体制上得到了解决,确定婚姻家庭法为民法的组成部分。”^[30]

4.学术界与立法界的基本共识:婚姻家庭法乃民法典婚姻家庭编

自《民法通则》正式承认婚姻家庭法的民法属性后,大部分学者开始反思并转变婚姻法律为独立法典的“思维定式”。典型的如梁慧星在其主持的《中国民法典草案建议稿》中共设七编,其中第六编即“亲属编”^[31];王利明主编的《中国民法典学建议稿》共七编,第三编即为“婚姻家庭编”^[1];徐国栋在主持编写的《绿色民法典草案》中第一编第三分编即为“婚姻家庭法”^[32]。由此可见,婚姻家庭法作为民法体系的组成部分的理论论证已经相当成熟。2002年,法制工作委员会提交的《民法典草案》(审议稿)共九编,其中第五编即为“婚姻法”。该草案由于历史原因最终被搁置。直到党的十八届四中全会上提出:“加强市场法律制度建设,编纂民法典。”民法典的编纂作为政治任务再次被提上历史议程。2016年6月27日,全国人大常委会在《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称《民法总则(草案)》)说明中就明确指出民法典共六编,第五编

即为“婚姻家庭编”。

观大陆法系诸国,婚姻家庭法的立法模式主要可以分为两种:第一种民法典组成模式,即婚姻家庭法为民法典的组成部分。尽管大陆法系国家的民法典就婚姻家庭法是否独立成编以及在民法典中如何排列安置并无统一的安排,但毫无疑问的是,绝大部分大陆法系国家的婚姻家庭法都被纳入民法典之中,如德国、法国、意大利、瑞士、荷兰等。第二种独立法典模式,即婚姻家庭法是独立于民法典的家事法典。苏联开创此种模式,1922年的《苏俄民法典》第3条即明确:“家庭关系由专门的法典调整。”后仅在俄罗斯、哈萨克斯坦等国采用。事实上,俄罗斯等国家采用独立法典模式是对历史传统的继承,但新中国采用原苏联模式制定独立婚姻法典只是特定历史条件的产物,并非传承我国婚姻家庭立法。由此明确,民法典的调整范围不仅仅包括商品经济关系还包括家庭关系等非商品经济关系。就此,独立婚姻法典赖以建立的理论模式,即民法仅调整商品经济,非商品经济关系应当由独立婚姻法典予以调整的理论,已经不具有存在的基础。就一般学理而言,亲属关系属于市民关系、婚姻家庭法的私法属性以及身份权的私权属性都表明婚姻家庭法应为民法的组成部分^②。概言之,婚姻家庭法作为我国民法典的组成部分,已经成为学术基本共识与立法基本共识。

(二)比较法视野中的民法典与婚姻家庭法

1.民商分立立法体例下的民法典与婚姻家庭法

《法学阶梯》共四卷:第一卷内容是人法;第二卷内容是物、财产取得和遗嘱取得;第三卷内容是无遗嘱继承、契约和准契约;第四卷内容是不法行为、准不法行为和诉讼。其中,有关婚姻家庭法内容集中规定在第一卷“人法”之中^{[33]4-10}。1804年的《法国民法典》即仿照《法学阶梯》的模式,共设三卷,第一卷人;第二卷财产以及所有权变更;第三卷取得财产的各种方式^{[34]2-9}。其中,婚姻家庭法中调整有关身份关系的内容被作为人法归入第一卷之中,调整财产关系的内容则被作为财产的取得方式归入第三卷之中。

法国民法典的体系与概念的表达方式,尽管包括婚姻法与监护法制的人法,继承法与遗嘱,但是它“把全部安排财产归属的归到财产法或物法里,把继承与债法放在财产取得的章节之中”^{[4]338},这样一来,婚姻家庭法中身份关系与财产关系被解构在民法典不同部分之中。“法国模式,与其他罗马模式相比较,并不显得是理性主义和体系化精神的标准秉承者。”^{[35]174}

事实上,《法国民法典》是在个人主义与自由主义思潮的背景下编纂的,“民法(droit law)仅仅规定个人之间的关系”^{[35]110},并不承认家庭在内的所有中间团体,故而家庭法在法国民法典并不能独立成编而只能被作为个人法和个人财产法的形式存在。“这与其说是编纂法典,还不如说是弘扬自然法。”^{[36]148}可以说,《法国民法典》中所涉婚姻家庭法既是关于个人身份法,又是个人财产法。但问题是,婚姻家庭法中人身关系与财产关系是密不可分的。具而言之,民事主体之间身份关系并不影响主体之间的财产关系,而婚姻家庭法所调整的财产关系则依附于特定身份关系。

1900年的《德国民法典》以《学说汇纂》解释为基础内容,共计五编,结构按照总分则的体

系展开,第一编总则;第二编债务关系;第三编物权法;第四编亲属法;第五编继承法^{[37]5-7}。如此一来,充分运用体系化思维,既克服《法国民法典》对婚姻家庭法解构性规定,又“为德国的法典化创立了一个重要的条件”、“开启了一个新的纪元”^{[38]213}。整部民法典既是由抽象一般概念和形式逻辑的范畴构成的体系。德国民法典在“物权性的对人权”理论的基础上,以总则的方式以财产法思想为中心抽象出的一般规则。而潘德克吞体系又是以总则为中心构建的法典体系。如此一来,民法总则作为民法典的共性规则,必然应当涵盖婚姻家庭法的基本内容。潘德克吞体系设计是从一般抽象规则到具体规定,民法典总则编作为一般性抽象规则不仅仅是宣誓性的,更为重要的是容纳各个分则共性的一般性规则,各分编则是具体适用规则,从而形式上构成严密的逻辑体系。因此,民法典总则的共同性规则应当可以适用于包括婚姻家庭法在内的各分编。典型的如,尽管理论上婚姻家庭中财产契约与一般财产契约应当具有本质区别,但《德国民法典》的亲属编第1408条明确夫妻财产契约为合同契约,应适用合同法一般规则予以调整。

2.民商合一体例下的民法典与婚姻法

20世纪大陆法系国家的民法典,典型代表为:1907年的《瑞士民法典》共计四编,第一编人法;第二编亲属法;第三编继承法;第四编物权法。1942年的《意大利民法典》共计六编,第一编序编;第二编人与家庭;第三编继承;第四编所有权;第五编债;第六编劳动和权利保护。1992年的《荷兰民法典》则共计九编,第一编自然人法和家庭法;第二编法人;第三编财产法总则;第四编继承法;第五编物和物权;第六编债法总则;第七编特殊合同,第八编运输法;第九编国际私法。可以明确的是,这些国家的民法典中有关婚姻家庭法的内容均置于一编之中,同时法典也并未单设置一般性的民法总则。

其实,《瑞士联邦债法典》中设有法律行为一般规定,《瑞士民法典》第7条即规定其他民事法律关系同样可以适用。《意大利民法典》序编中涵盖了法源以及一般性法律适用的规定。《荷兰民法典》有关法律行为、代理以及时效制度则规定在财产法总则之中。不难发现,潘德克吞式民法总则在其他国家中多是以财产总则或一般性规定的形式而存在的。我国台湾地区的大部分学者也认为按照《德国民法典》体系构建“台湾民法典”中的“民法总则编大都是以财产交易为目的。”^{[39]6} 尽管《俄罗斯民法典》设有民法总则一编,但是基于俄罗斯的婚姻家庭法已独立为法典的事实,其民法总则编很大程度上就是财产法总则。

就比较法的视角而论,事实上,德国潘德克吞式民法总则主要涵盖两部分内容:第一,私法的一般性规定,包括法源、法律适用一般性条款;第二,财产法总则规定,包括法人制度、物和动物规定、法律行为规则、代理规则、时效制度。其中,财产法总则规定,构成民法总则绝大部分甚至是全部的逻辑结构的内容。

由此可见,采用民商合一抑或采用民商分立立法体例的国家,其民法典本身并没有不能实现对婚姻家庭法的概括性规定,也没有体现有关婚姻家庭的特殊性价值理念,都只是将财产法的价值理念贯彻于婚姻家庭的制度之中。

(三) 民法典体系视角下婚姻家庭法为财产法

毋庸置疑,我国民法典之编纂所采用的德国潘德克吞式结构“使得民法典的体系化程序显著提升,丰富了民法典编制的方法,也完善了民法典的体系”,特别是民法典总分则结构“有助于民法典各种制度的体系化、规范的体系化、价值的体系化。”^{[40]227-228}事实上,潘德克吞式编纂技术借助的是“逻辑推理的经典方法,尤其是不断的演绎,从一般原则开始,由一般到个别,从而获得具体问题的解决。”^{[41]20}另一方面,可以明确的是,我国婚姻家庭法应回归于民法,作为民法典的重要组成部分。如此一来,民法总则作为民法典的共性规则,必然应当涵盖婚姻家庭法的基本内容。潘德克吞体系设计是从一般抽象规则到具体规定,民法典总则编作为一般性抽象规则不仅仅是宣誓性的,更为重要的是容纳各个分则共性一般性规则,各分编则是具体适用规则,从而形式上构成严密的逻辑体系^{[42]191-192}。因此,民法典总则编的共同性规则应当可以适用于包括婚姻家庭法在内的各分编。

但问题是,德国潘德克吞式的民法总则编实质上只是财产法的总则,“《德国民法典》总则编的设置是潘德克吞法学产物,其以私权一般理论为结构主线提取“公因式”所构成的总则编,至多只是一个财产法总则”^[43],我国亦是如此。那么,既然民法总则是以法律关系为轴心来构建民法典的体系,民法典实质上也就是以财产性法律关系为基础架构婚姻家庭法结构和内容^{[40]240-242}。其实,就本质而言,近代民法上的婚姻家庭法是按照市民社会的财产法秩序对身份关系进行调整,尽管婚姻家庭法所调整财产关系不同于一般财产关系,但却与一般财产关系没有本质上的区别,例如,《德国民法典》的亲属编第 1408 条明确夫妻财产契约为合同契约。也就是说,德国民法典视当事人婚姻关系中的财产关系为财产契约的一种,婚姻中当事人完全可以按照契约自由原则以及财产法规则,缔约合同,确定所有权归属^[44]。

四、以婚姻家庭的本质属性重构民法体系中的婚姻家庭法

近代理性主义思潮中制定的民法典,注重财产法上契约自由价值理念,有关婚姻家庭法精神理念与规则设计并不一致,即以民法典财产法的价值理念构造婚姻家庭法的相关规则,忽视了婚姻家庭中的伦理价值。然而,“家和家庭成员的关系在中国人的日常生活和价值观念中具有异乎寻常的价值和意义”^[45],婚姻家庭关系本质上是基于伦理性的身份组合,不当参杂过多的经济利益。

(一) 婚姻家庭本质属性契合现代民法精神

婚姻家庭关系在本质上具有人伦的情感因素,因而其存在内发的伦理秩序,重在维护家庭生活的稳定和和谐^{[23]6}。然而在原始社会中,氏族压倒一切家庭和个人而存在;近代市民社会,又走入极端的个人主义之中;直到现代市民社会,随着婚姻家庭法回归于民法,市民社会中法才具有些许伦理性色彩。

1. 近代市民社会中民法的伦理性缺失

近代市民社会的民法是资本主义社会的民法,“法不带有伦理性色彩,法的非伦理性被强

调出来”,“市民社会中的法与伦理不仅在形式的存在性上得到区别,在实质上一般也处于严格区别之上。”^{[46]24}近代市民社会立足于资本主义经济中,“为使向人类供应物质商品的组织合理化而进行的运动,无疑是资本主义精神的代表”^{[47]50}。资本主义社会中的民法强调商品经济,即以商品作为等价交换的经济,在此基础之上契约自由成为整个经济的乃至市民社会的根本^{[46]25-27}。“等价交换属于利己心的世界,而伦理属于利于他心的世界”,个人主义排斥伦理性,“伦理对于资本主义经济的法,即对资本主义经济的经济规律来讲本来是异质的,‘外在的’。”^{[46]27-29}因此,尽管近代国家的民法典中规定了有关婚姻家庭法方面等身份法的内容,但内容规定并没有体现出身份权以及身份关系伦理属性,更多地是以商品经济中财产法的观点来审视身份权关系问题。

我国民法体系的构建即是以近代市民社会的个人主义为中心,婚姻家庭法为民法组成部分亦是如此。例如,《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《婚姻法司法解释(一)》)第19条规定“除当事人另有约定,夫妻个人财产不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。”最高人民法院更是以“符合物权法基本理论”来阐释《婚姻法司法解释(一)》夫妻间的财产规则,完全忽略了夫妻身份关系伦理性的本质^[48]。

2.现代民法呼唤伦理性的身份法

但是民法制度的构建,不能完全以契约思维来代替身份权的相关法律关系。尽管法律制度的规则与功能一直在变化,尽管法律是有机的统一体,尽管民法所有制度之间相互关联,但是财产法与身份法仍然有着无法逾越的横沟^{[49]73}。财产法是以契约自由为基本价值导向而构建的,而婚姻家庭法则应以身份人伦属性为基础而构建。因而,尽管财产法制度是私法的根本制度,却无法用财产法理念指导身份法立法。

现代私法是规范个人与个人之间的关系,进而言之是关于人的财产关系和家庭关系的法规。民法之所以关注身份法,不仅因为民法是人法,而是身份关系是构建市民社会秩序的基础关系^[50]。然而,近代民法是以强者为前提的,极而言之,由于伦理性的缺失扮演了制造弱者的角色,因此,近代民法不得不改变。现代民法的发展“相对于梅因‘从身份到契约’,可以反过来说是‘从契约到身份’的运动。”^{[51]66}民法上对人向现代法的变迁,可以说是对所有人的完全平等的法律人格的承认到承认个人的准变,即法律人格发生了从自由的立法者向法律保护对象,从法律人格平等向不平等的人,从抽象的法律人格向具体的人格。在其背后是从理性的、意思表示强而智的人向弱而愚的人的转变^{[51]32-41}。这种倾向是民法中人的再发现或复归的方向。也就是伦理性对民法的必然要求。

3.婚姻家庭为市民社会提供伦理的合理性

身份是伦理关系、人伦秩序中的地位,身份关系在本质上即是人伦关系^{[52]69}。婚姻家庭则是伦理性实体,婚姻家庭法其实就是人伦秩序的法律化而已。婚姻家庭为市民社会提供伦理的合理性,对市民社会作伦理合理性的解释应当寻求到家庭伦理性之中,即每个人都怀着伦理性之爱而建立生命共同体。在强调市场经济建设,忽视诚信和友爱的现代中国社会中,身份关

系中所衍生出伦理性理念甚至还可以适用到其他领域之中。诚如学者所言“家庭不仅作为市民社会伦理合理性的根源,而且作为整个伦理合理性本源都是必然的。”^{[9]278}

事实上,伦理都处在一定的人际之中。这就意味着所谓的伦理生活开始于个人需要并且依赖家庭的时候^{[9]232}。个人不仅是社会的成员,更是家庭的成员。人伦社会也是任何一个社会所必须具备的^{[15]105}。因此,无论是个人道德或社会伦理,无论是人类自身或人与自然的伦理原则和规范,都可以也应当从婚姻家庭的伦理中予以衍生。

(二)民法体系之中的婚姻家庭法应定位为身份法

1.民法调整人身关系和财产关系^③

民事法律发展到今天,身份关系不应当再被视为封建时代的产物。“从身份到契约是古代社会进入近代社会的标志,自此人格脱离身份而使身份蜕变为伦理关系中的地位。”“身份并非人格,身份权也不是人格权”^[53]。在现代市民社会中,可以明确的是,民法的调整对象既包括民事主体之间的财产关系,也包括了人身关系。民法通则以及《民法总则(草案)》、《民法总则》第2条“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”中都明确规定民法调整主体之间的身份关系和财产关系。

2.人身关系包括人格关系和身份关系

其中,人身关系亦包括民事主体之间的身份关系,又可进一步分为人格关系与身份关系^[54]。由此可见,身份关系是民事法律调整对象的重要组成部分。甚至可以说,民法既是“‘身份私法’又是‘财产私法’。”^{[5]48-49} 尽管身份关系、人格关系与财产关系三者均为民事法律关系,但是调整的利益性质却截然不同。其中,财产关系调整利益属于财产利益,人格关系中为生命、健康等人格利益,身份关系中则是基于特定主体之间的身份利益^{[40]98}。

3.婚姻家庭关系乃具有“身份利益”的身份关系

所谓身份关系所调整的“身份利益”,是基于特定主体之间形成的稳定的地位所产生的与其人身不可分离的某种利益^④。事实上,身份关系即是基于法律所保护的基于民事主体某种行为、关系所产生的与其主体身份紧密联系的关系^[56]。婚姻家庭关系则是以夫妻以及亲子或他人之间的“身份利益”为内容的法律关系,即民事主体之间基于婚姻或血缘结合所产生的稳定关系。因此,婚姻家庭关系实质上也就是民事法律所调整的身份关系。

4.婚姻家庭法为身份法的基本定位

婚姻家庭关系是身份关系,婚姻家庭法即是身份法。毫无疑问,现代意义上的身份法,法律性质属于私法,即调整平等民事主体之间的身份关系^[57]。婚姻家庭法为身份法,毫无疑问,其调整特定主体之间的身份关系。同时婚姻家庭中,主体之间还存在一定的财产关系。基于身份关系所形成的团体,具体存在四个不同层面的财产关系:身份团体与成员,身份团体中的各成员,身份团体与外部人以及身份成员与外部人之间的关系^[58]。由于我国民法并不承认家庭团体的法律地位,故而也不存在身份团体与成员之间以及身份团体与外人之间的财产关系。至于身份团体的成员与外部人之间的财产关系,尽管存在婚姻家庭之中,却不属于婚

姻家庭法调整范围。

(三)我国婚姻家庭法所调整的“财产关系”具有身份属性

1.民法体系下的婚姻家庭法调整的是附身份的财产关系

我国《婚姻法》第三章家庭关系中,专设三个条款确定夫妻间的财产归属,即第17条“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同所有”确定夫妻共有财产,第18条确定夫妻个人财产,第19条“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式”确定约定婚姻存续期间财产的归属。由此至少可以明确,我国婚姻家庭法所调整的财产关系是身份团体中各成员之间的财产关系。

事实上,身份团体内部成员之间的财产关系,应当是附着于特定主体之间的身份关系而存在,具体的财产关系被特定的身份团体以及团体内部的成员的结构以及团体性规则所影响,导致财产关系丧失与财产法中财产同质性,形成具有家庭组合功能,以服务身份团体为目的的财产^[59]。《婚姻法》之中规定因身份关系而产生的给付一定经济内容为媒介的义务,即表现为以身份关系为前提的财产关系。例如,夫妻之间因抚养义务给付金钱而产生的财产关系。也就是说,婚姻家庭法所调整的财产关系以特定身份为前提,具有强烈的身份关系附随性,并不同于一般财产关系,“这种财产关系不能脱离亲属身份关系而独立存在,它是依附、从属于亲属身份关系的,它随着相应的身份关系发生或终止,其内容也反映了相应的身份关系的要求。”^{[6]54}例如,夫妻关系终止,则不能依据婚姻法判定夫妻间财产的归属,抚养给付义务也相应地终止。

2.《婚姻法》与《物权法》调整财产关系的衔接

“附随身份的财产法律行为一经做出即产生物权变动效果,无需另行履行物权变动手续。”^[59]《婚姻法》第19条即明确规定,在婚姻存续期间,如果双方约定一方婚前财产作为共同共有财产,即使未办理物权变更登记或转移交付,也应当直接发生物权变动的效果。但是该规定与《物权法》确定的所有权归属规则,即第9条“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外”规定的不动产登记转移,第23条“动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力,但法律另有规定的除外”规定的动产交付转移的规则是相冲突的。显然,婚姻家庭法中的财产性规定以及财产关系相对于一般财产法来说,属于特别规定。因而一般而论,附随身份关系的财产法律行为,应当优先适用身份法予以调整,财产法在婚姻家庭领域内应当保有其应有的谦抑性^[59]。

其实不尽然。事实上,财产法与身份法所调整的财产关系的范围并不一致。《物权法》调整的是婚姻家庭团体成员与外部人之间以及外部人之间的财产关系。如此,可以明确,婚姻家庭中只在涉及外部的财产关系才需适用物权法的相关规则。故而,协调婚姻家庭法与物权法所调整的财产关系首先应当区分团体内部和外部之间不同财产关系。在此基础之上,明确不同类别的财产关系适用不同的法律调整,从而实现《婚姻法》与《物权法》融洽的衔接^{[40]496-497}。概言之,我国婚姻家庭法调整的是具有特定身份主体之间的关系,包括身份关系以及婚姻家庭中

附身份的财产关系。

(四)既有民法体系中婚姻家庭法制度的弊端和重构

第一,婚姻家庭不具有主体地位,但却是事实上的团体。尽管财产法上的团体与身份法上的团体存在实质上的区别,但不可否认的是,两者都是由两个以上主体构成的团体性组织体。然而,近现代民法中倾向于承认财产法中的组织体的地位,例如,《德国民法典》承认法人主体地位,《意大利民法典》承认企业的主体地位,我国《民法总则》确定了法人与非法人组织的主体地位。另一方面,基于“个人应当独立于家庭”的认识,现代民法中普遍并不认同婚姻家庭组织体的法律地位。但不可否认的是,婚姻家庭本质上就是一定范围内的亲属所组成的生活单位^[632]。通常情况下,这样的结合是以婚姻关系、血缘关系或收养关系等伦理性身份为基础的,因而也可以说,婚姻家庭“是一个伦理共同体,是以不分彼此,为了对方和子女有必要做出牺牲和贡献,具有利他主义精神的团体。”^[60]并且基于伦理性结合也使得身份法上的团体较之财产法上的团体更具有稳定性和持久性。因而,婚姻家庭是事实意义上的团体,我们必须认识到婚姻家庭结构本质上具有团体性^{[52]75-76}。

其实,随着工业社会发展,当代婚姻家庭中伦理理念逐渐商事化^[61]。例如,夫妻一方代理另一方购买某物件,该物品所有权并不归属于被代理人,而属于双方共同所有。现行《婚姻法》司法解释一第 17 条就确定了夫妻家事代理权,即夫妻之间可以互相代理从事民事法律行为。如此,总则中代理规则,便成为夫妻相互代理一般规则,但是基于夫妻之间特殊的身份关系,一般代理规则,包括代理效果、无权代理、表见代理并不能适用于夫妻之间。这一点尤其表现在民事主体制度上^[61]。我国《民法总则》就坚持多年市场经济中形成的民法传统,将以家庭成员为核心参与商事活动的重要形式——个体工商户和农村承包经营户作为为民事主体中的重要类型。实质上,个体工商户和农村承包经营户就是以家庭的形式参加经营活动或商事活动所产生的特定的组织形态。是故,在社会化转型的今天,中国的婚姻家庭法制度的构建不仅要重新认可并定位婚姻家庭的主体地位,而且也还应当秉承人伦的观念,遵循家庭本位、家庭团体性、同居共财的理念并且适当纳入习惯法与道德规范,从而在主体制度的设计上贯彻伦理精神,为家庭功能的重塑与家庭规则的重建提供各方面的支持^[62]。值得强调的是,家庭不仅是社会的细胞,更是参加市场经济活动的重要组织形式。由此,民商合一的民法典婚姻家庭编之中应当确定家庭的主体地位并彰显家庭主体的特点。这也正是连接人身关系和财产关系进而统一于民法典之中的重要着力点。

第二,婚姻家庭法应以团体本位构建基本制度。近代民法的基本价值取向是个人本位主义,婚姻家庭制度,包括婚姻自由,男女平等原则以及个人财产权,即是以个人本位为中心而展开的^{[2]118}。毫无疑问,个人本位原则彻底地废除了封建家父权,实现了不平等的身份地位转向平等的身份关系,现代婚姻家庭法仍应予以坚持^[11]。然而,步入 20 世纪后,特别是在全民皆商的 21 世纪,商业高度繁荣,商事规则大幅度侵入民法典,民商事合一化,家庭生活商品化,更加使得身份关系迈向自由化与财产化的个人本位,婚姻家庭沦为物质计算的单位。家庭本位契合

婚姻家庭的价值理念。婚姻家庭法应当确立以个人本位为基础的家庭本位。

第三,身份制度上,以合理范围内的道德准则为基准。法律与道德有着密切的联系,如学者所言,“法律与道德代表着不同的规范性命令,然而它们控制的领域却在部分上是重叠的。”^{[63]400}法律与道德的联系关系在婚姻家庭领域尤其如此。事实上,婚姻家庭领域中之所以必须要遵循道德规范,则是由婚姻家庭制度本身的特点所决定的^[64]。在婚姻家庭领域内,由于身份伦理性之属性,婚姻家庭法与伦理道德高度重合。“在基本原则和规范层面上,亲属法与现代婚姻家庭伦理之间存在相互包容、相互渗透的关系”,“虽然有些婚姻家庭伦理道德不是亲属法的调整范围,但亲属法调整确实婚姻家庭伦理道德所要求的。”^{[23]203}其实,婚姻家庭关系“具有鲜明的地域、民族特性和传统伦理内涵,与社会的民族文化传统、伦理道德紧密联系,立法时不能超越民族文化和伦理道德。”^[65]道德伦理规范在婚姻家庭法价值取向上表现为家庭成员之间的“相亲相爱”,在婚姻家庭法原则上则表现为保护弱势群体。也正是如此,婚姻家庭法“反映出法律制度‘温情脉脉’的人文关怀的一面”^[66]。

第四,财产制度上,实现“同居共财”的现代化。家庭是家庭成员共同生活的居间,家庭的共同财产即家产,在财产所属上,家庭伦理相对应就表现为家产制。确定夫妻、亲子或其他亲属同居共同拥有的财产制度即为家产制。其中,共同生活是家产制的基础,而家产制则是家庭共同生活得以延续的保证。“理解家产制的性质,还须理解家产归属于家。如果非要给家产找一个归属,那么只能说家产归属于家,而不是任何个人”,进而言之“家产制是用财产以维持的存在与延续为目的的制度,家产是家庭公共的产业,任何家庭成员不对家产享有排他性的权利。”^[67]在家产制的基础上,方能实现家庭养儿育老与相互扶助的功能^{[23]289-291}。事实上,我国1950年的《婚姻法》第10条“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权”以此确定家庭财产的概念,即明确家产制,但是《婚姻法解释(三)》第10条“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款,婚后用夫妻共同财产还贷,不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的,人民法院可以判决该不动产归产权登记一方,尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分,离婚时应根据婚姻法第39条第一款规定的原则,由产权登记一方对另一方进行补偿”的规定又使得家产制成为仅有的法律概念^[68]。

五、结 语

就法典价值而言,“理性主义凭着对理性的信仰,力图把法律的调节掣肘伸进社会生活的各个角落,追求详尽具体、无微不至的法典法,并且乐观地为我们提供了一个绝对完美的法典标准。”^{[69]216}不难发现,民法典的内容和体系结构都是理性主义价值指导的结果。而就理性主义的经济基础而言,19世纪的法典编纂运动是自由资本主义经济发展的结果,经济发展需要确定的、理性的民法典,而体系完整的法典有利于保障私有财产神圣不可侵犯、契约自由等资本主义社会基本的政治和经济原则^{[69]85}。在经济发展之中,理性民法典的必然结果即是民法典财

产的法典化。此种情形下,经济高速发展往往容易让我们过于重视制度的经济效应而忽视婚姻家庭法的身份属性。我国现行的民事立法,就是以《民法通则》为中心而展开的,其延续财产法典的理性立法理念,为构建系统化的民法体系,契合民商合一的立法体例不恰当融入并贯彻诸多财产性的法律价值和内容规范。但这样一来,民法体系之中过度地浸入财产法制度和财产法规范,典型的如,现行婚姻家庭法及婚姻法的司法解释之中有关的立法原则、监护制度、法律行为以及代理规则处处彰显着财产法的气息。然而值得强调的是,民法典并不仅仅是民商合一的财产法典,更是集人格、身份和财产合一的民法典。通过认识到婚姻家庭的伦理性本质,提醒着我们注意民法体系之中的婚姻家庭法的特殊性。正值中国民法典编纂的深水期,婚姻家庭法所具有的特殊性也恰恰是编纂民法典婚姻家庭编所亟需的。那么,民法典婚姻家庭编的法律制度、法律规范应当与婚姻家庭身份法的伦理价值理念相统一。婚姻家庭编的制度构建以及立法设计也应当遵循身份伦理精神的价值指导,而不是财产规范的价值理念。为此,婚姻家庭法,必须跳出传统商品经济之拘囿,以身份关系为依托,贯彻家庭伦理精神之价值,从而以身份法的形式作为民法典的组成部分。民法典婚姻家庭编的法律制度、法律规范应当与婚姻家庭身份法的价值理念统一。因此,婚姻家庭制度的构建应当遵循身份伦理精神的价值指导,而不是商事规范的价值理念。同时,婚姻家庭法身份性的回归,必须跳出传统商品经济之拘囿,以身份关系为依托,贯彻家庭伦理精神之价值。这也就意味着我国民法典婚姻家庭编应当以伦理精神的价值理念为核心而构建婚姻家庭基本制度和内容规范。

注释:

①个人主义所确定的近代民法三大基本原则:所有权绝对,契约自由以及过错原则,到19世纪后,随着工业化程度加深,愈发显现出适用上的弊端。参见:李少伟,王延川.现代民法文化与中国民法法典化[M].北京:法律出版社,2016:253-348.

②理论上,关于婚姻家庭法应作为民法典的组成部分的论证已经相当充分详尽,笔者在此不赘述。具体参见:李洪祥.我国民法典立法之亲属法体系研究[M].北京:中国法制出版社,2014:13-18.

③也有学者认为根据权利的内容和性质,民事权利可以分为财产权、人身权和综合性权利,其中综合性权利是财产权与人身权结合所产生的一种权利,包括知识产权、社员权以及继承权。通说认为民事权利为财产权与人身权,且为我国民事立法所确认,事实上,综合权利仍然有所侧重是财产权或人身权,故而笔者采用通说,特此说明。参见:王利明.民法总论:第2版[M].北京:中国人民大学出版社,2015:97-99.

④人格关系中的“人格利益”特定主体所享有的精神利益,财产关系中的“财产利益”则是主体现实地享有或可以取得的财产性利益。参见:房绍坤.民法:第3版[M].北京:中国人民大学出版社,2014:12-16.

参考文献:

- [1] 王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由[M].北京:法律出版社,2005.
- [2] E·A·韦斯特马克.人类婚姻史:第1卷[M].北京:商务印书馆,1992.
- [3] E·A·韦斯特马克.人类婚姻史:第2卷[M].北京:商务印书馆,1992.
- [4] 弗朗茨·维亚克尔.近代私法史:上[M].陈爱娥,黄建晖,译.上海:上海三联书店出版社,2004.

- [5] 杨楨.英美契约法论[M].北京:北京大学出版社,2000.
- [6] 巫昌祯.婚姻家庭法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [7] 迪特尔·施瓦布.德国家庭法[M].王葆蔚,译.北京:法律出版社,2010.
- [8] E·A·韦斯特马克.人类婚姻史:第3卷[M].北京:商务印书馆,1992.
- [9] 赵庆杰.家庭与伦理[M].北京:中国政法大学出版社,2008.
- [10] 雷春红.婚姻家庭法的地位研究[M].北京:法律出版社,2012.
- [11] 许莉.家族本位还是个人本位——民国亲属法立法本位之争[J].华东政法学院学报,2006(6):73-81.
- [12] 大卫·雷·格里芬.后现代精神[M].王成兵,译.北京:中央编译出版社,1998.
- [13] 查尔斯·泰勒.黑格尔[M].张国清,朱进东,译.北京:译林出版社,2002.
- [14] 谢怀拭.外国民商法精要[M].北京:法律出版社,2002.
- [15] 蒋月.20世纪婚姻家庭法:从传统到现代化[M].北京:中国社会科学出版社,2015.
- [16] 加里·斯坦利·贝克尔.家庭论[M].王献生,王宇,译.北京:商务印书馆,1998.
- [17] 朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2013.
- [18] 潘允康.家庭社会学[M].北京:中国社会科学出版社,2002.
- [19] 丁慧.论中国亲属法的现代化转型[J].中华女子学院学报,2013(4):15-20.
- [20] 薛宁兰.婚姻家庭法定位及其伦理内涵[J].江淮论坛,2015(6):133-141.
- [21] 曹贤信.亲属法伦理本质的人性之维——由婚姻法司法解释(三)引发的思考[J].重庆大学学报(社会科学版),2013(5):217-134.
- [22] 史尚宽.亲属法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [23] 曹贤信.亲属法的伦理性及其限度研究[M].北京:群众出版社,2012.
- [24] 陈鹏.中国婚姻史稿[M].北京:中华书局,1990.
- [25] 陈苇.婚姻家庭继承法[M].北京:群众出版社,2005.
- [26] 魏磊杰,张建文.俄罗斯联邦民法典的过去、现在及其未来[M].北京:中国政法大学出版社,2012.
- [27] 中共中央干部学校民法教研室.中华人民共和国民法基本问题[M].北京:法律出版社 1958.
- [28] 雷春红.论亲属法在我国未来民法典中的地位[J].私法研究,2010(6):257-264.
- [29] 巫若枝.三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统[J].法制与社会发展,2009(4):67-85.
- [30] 杨大文,马忆南.中国婚姻家庭法学的发展及我们的思考[J].中国法学,1998(6):34-39.
- [31] 梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·亲属编[M].北京:法律出版社,2006.
- [32] 徐国栋.绿色民法典草案[M].北京:社会科学文献出版社,2004.
- [33] 徐国栋.优士丁尼《法学阶梯》评注[M].北京:北京大学出版社,2011.
- [34] 法国民法典:上册[M].罗结珍,译.北京:法律出版社,2005.
- [35] 约翰·贝尔.法国法律文化[M].唐家昕,等译.北京:清华大学出版社,2012.
- [36] 艾伦·沃森.民法法系的演变及形成[M].李静冰,姚新华,译.北京:中国政法大学出版社,2005.
- [37] 德国民法典:第4版[M].陈卫佐,译.北京:法律出版社,2015.
- [38] 吴香香.民法的演进——以德国近代私法理念与方法为线索[M].北京:世界知识出版社,2012.
- [39] 戴东熊,戴炎辉.中国亲属法[M].台北:五南图书出版公司,2002.
- [40] 王利明.民法典体系研究:第2版[M].北京:中国人民大学出版社,2012.
- [41] 让·路易·伯格.法典编纂的主要方法和特征[M]//清华法学第8辑.郭琛,译.北京:清华大学出版社,2006.
- [42] 大木雅夫.比较法[M].范愉,译.北京:法律出版社 1999.

- [43] 曾祥生.再论民法典总则编之存废[J].法商研究,2015(3):110-118.
- [44] 冉克平.民法典总则存废论——以民法典总则与亲属法的关系为视角[J].私法,2008(6):256-263.
- [45] 王轶.人文社科高端讲座——民法总则的时代精神与中国特色[N].大众报,2017-08-15.
- [46] 川島武宜.现代化与法[M].王志安,等译.北京:中国政法大学出版社,1994.
- [47] 马克思·韦伯.新教伦理与资本主义精神[M].彭强、黄晓京译.陕西:陕西师范大学出版社,2002.
- [48] 赵玉.司法视域下夫妻财产制的价值转向[J].中国法学,2016(2):210-227.
- [49] 卡尔·伦纳.私法的制度及其社会功能[M].王家国,译.北京:法律出版社,2013.
- [50] 杨立新.常回家看看条款的亲属法基础及具体适用[J].法学论坛,2013(6):99-106.
- [51] 星野英一.私法中的人[M].王闯,译.北京:中国法制出版社,2004.
- [52] 张作华.亲属身份行为基本理论研究[M].北京:法律出版社,2011.
- [53] 尹田.民法典总则与民法典立法体系模式[J].法学研究,2006(6):3-11.
- [54] 朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2013.
- [55] 刘引玲.亲属身份权与救济制度研究[M].北京:中国检察出版社,2011.
- [56] 徐国栋.“人身关系”流变考[J].法学,2002(7):46-53.
- [57] 周湖勇,关今华.身份关系的流变及保护的基本价值[J].福建师范大学学报(哲学社会科学版),2012(6):54-61.
- [58] 马俊驹,童列春.身份制度的私法构造[J].法学研究,2010(2):59-72.
- [59] 马杰,肖长伟.附身份财产法律行为应优先适用身份法[J].人民司法,2016(3):59-62.
- [60] 丁慧.再论中国亲属法的立法价值选择——在民法典起草和制定的语境下[J].西南政法大学学报,2016(1):122-128.
- [61] 周立梅.试论当代中国婚姻家庭伦理关系的新变化[J].青海师范大学学报(哲学社会科学版),2006(5):45-49.
- [62] 丁慧.试论中国亲属法哲学的发展方向——兼与徐国栋教授商榷[J].法学杂志,2012(7):66-74.
- [63] E·博登海默.法理学——法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004.
- [64] 赵万一.婚姻家庭法与民法典关系之我见——兼论婚姻家庭法在我国民法典中的实现[J].法学杂志,2016(9):9-25.
- [65] 杨立新.完善我国亲属法法律制度涉及的六个基本问题[J].重庆社会科学.2008(6):53-61.
- [66] 马忆南.婚姻家庭法的弱者保护功能[J].法商研究,1999(4):14-17.
- [67] 俞江.家产制视野下的遗嘱[J].法学,2010(4):93-101.
- [68] 赵晓力.中国家庭资本主义化的号角[J].文化纵横,2011(2):31-34.
- [69] 封丽霞.法典编纂论——一个比较法的视角[M].北京:清华大学出版社,2002.

责任编辑:梁 雁

The Nature of Marriage and Family and the Law of Marriage and Family in Civil Law System

XIA Qin

(Law school, Central South University, Changsha 410012, China)

Abstract: From the origin, development and evolution of marriage and family, people can find the marriage and family are inseparable. To a large extent, marriage is the basis of family and family is the home of marriage. Therefore, in the historical perspective, the study on the basic attributes of marriage and family can further clarify the essential attributes of the marriage family. Through the evolution of contract relations in modern society, marriage is generally considered to be an identity relationship in modern society. Gradually evolving from the individual's shelter into the important composition unit of the society, family, in the modern civil society, is essentially composed of community (group) with marriage or blood relationship. In this sense, the marriage family is essentially a group based on ethical identity. In fact, marriage and family law, as the constituent parts of the civil law system, has become the basic consensus of the academic community. Chinese legislative body also clearly points out that marriage and family law is marriage and family section of civil code. But China's civil legislation inherits the legislative model and content of the continental law system, and has no legal concept of identity law. In terms of the civil law legislation, in the civil code of integrated or in the separate civil and commercial legislation system, there is no special value concept concerning marriage family legislation system nor legislation factors of marriage and family status. The status legislation in the civil law just simply implements the value concept of the property law into the marriage and family system. In this regard, the traditional civil code system considers the marriage and family law as property law. As the civil legislation of China is part of the continental law system, so it is the same case. However, the relationship between marriage and family is an emotional relationship in essence. The civil code is not only the property code, but also the civil code which integrates personality law, identity law and property law. In fact, the identity of the marriage and family law is also the requirement of modern civil code. The marriage and family can provide ethical rationality for civil society. Moreover, the property relationship in the marriage and family law is also the property relationship attached to the identity relation, which has the attribute of identity. Therefore, in the future civil code, marriage and family code of China should reconstruct the marriage and family law in civil law system with the essential attribute of the marriage and family. Marriage and family law system building should not only recognize and locate the subject status of the marriage and family, but also adhere to the concept of ethics and follow family's basic unit and entity group, and the concept of co-residence and common property so as to carry out the ethical spirit in the design of marriage and family system and provide supports for the reconstruction of family function and the reshaping of the family rules.

Key words: marriage and family; civil law system; law of marriage and family; civil code; ethicality; marriage and family section of civil code