

# 民法典婚姻家庭编一般规定章的定位、模式及其建构

## ——基于大陆法系67项立法例的对比分析

刘征峰

(中南财经政法大学法学院, 湖北武汉, 430073)

**摘要:** 婚姻家庭编是否设立一般规定章并没有学理上的必然性。一般规定章之设置应当首先考虑立法传统与实践需求。在设置一般规定章的立法例中, 可以根据“是否存在基本原则”的标准将其划分为“社会主义-前社会主义”国家模式和“第二条道路”。考虑到婚姻家庭编一般规定章对民法总则的模仿, 其是否需要同时处理客观法和主观权利两方面的问题应当首先参考民法总则的构造技术。但是, 婚姻家庭编一般规定章的构造尤其需要考虑婚姻家庭编是基于生活事实的相似性进行聚合处理的这一特点。在主观权利部分, 它不能仿照民法总则那样, 以法律效果的相似性为基础进行提取公因式的操作。婚姻家庭编一般规定章中的某些基本原则同时扮演了客观法意义上的立法指导功能和主观权利意义上的权利限制功能。根据性质上的差异将这些原则分置于客观法和主观权利两部分并不具有实益。我国民法典婚姻家庭编的起草应当融通两种模式, 在客观法部分增设法律适用规则, 在主观权利部分增设权利主体规则(亲属的一般原理)和权利消灭规则(时效)。

**关键词:** 婚姻家庭编; 民法典; 主观权利; 客观法; 法律效果; 生活事实

**中图分类号:** D913

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2019)01-0066-10

### 一、一般规定章的存与废

虽然有不同的意见, 我国民法典编纂最终采纳了潘得克吞的“总-分”体例<sup>[1]</sup>。这一体例以总则之设置为重要标志。然而, 在各分编中, 是否需要相应的总则, 似无定论。即使是在最易进行提取公因式操作的债法部分, 是否设置一般规定章也存在争议<sup>[2]</sup>。就各分编总则的名称而言, 出于避讳与民法典总则编名称重叠的需要, 将其命名为“通则”或者“一般规定”似乎更为合理<sup>①</sup>。然而, 名称上的这一调整并不会改变其“总则”的性质, 各编一般规定章之功能应区别于《民法通则》。就婚姻家庭编而言, 在采纳潘得克吞体例的立法例内部, 实际上并不存在设置一般规定章的必然性。考察大陆法系国家(地区)立法例发现, 在民法典婚姻家庭编或者单行的婚姻家庭法中设置一般规定章的国家(地区)不足一半<sup>②</sup>。虽然缺乏这种必然性,

但仿照总则制定婚姻家庭编的一般规定章本身是存在一些优点的。这种优点不仅是为了满足学者学理上的抱负, 更是具有某些实际价值。学理上的科学性和实践价值之间虽然可能出现分离, 但在更多情况下二者是相互交织的。按照一种体系化的思维, 层层“提取公因式”, 在逻辑上存在设置一般规定章的必要性。然而, 与总则不同的是, 婚姻家庭法中这种“提取公因式”的可行性往往值得怀疑。背后的原因在于家庭关系“是不宜于抽象化和概念化的一种关系”<sup>[3]</sup>。而总则中“法律行为”的相关规范主要是从债法中的有名合同(尤其是买卖合同中)抽象出来的<sup>[4]</sup>。虽然在学理分类上, 存在亲属法律行为这样的分类, 并且也可以从实定法的规定中推导出这一分类<sup>③</sup>, 但亲属法律行为对总则法律行为的规定往往会出现经常性背离<sup>④</sup>。婚姻家庭编的这一特征实际上隐含了两个矛盾的结论。一方面, 婚姻家庭关系不宜于进行这种抽象, 所以进行提取公因式的操作是不可取的。另一方面, 亲属法律行为对于总则法律行为规则的常态性不适用产生了特殊

收稿日期: 2018-09-18; 修回日期: 2018-12-27

基金项目: 国家社会科学基金青年项目“体系视角下婚姻家庭关系法律适用问题研究”(18CFX075)

作者简介: 刘征峰(1988—), 男, 四川威远人, 法学博士, 中南财经政法大学讲师, 主要研究方向: 民法、家庭法、人权法, 联系邮箱: liu.zhengfeng@zuel.edu.cn

化的必要<sup>⑤</sup>。对立法例的考察发现，几乎没有国家(地区)会模仿民法总则，在一般规定章中抽象出亲属法律行为的一般性规则。这主要还是由于婚姻家庭编使用了不同于物权编和债权编(合同、侵权责任)的立法技术。在婚姻家庭编中，“起关键作用的并不是法律后果的相似性，而是生活事实的相似性”<sup>[5]</sup>。由于婚姻和亲子关系中行为的巨大差异，要进行基于法律后果相似性的提炼似乎并不可行。考虑到婚姻家庭编一般规定章对民法总则的模仿，如果婚姻家庭编并不能提炼出亲属行为的一般性制度，那么婚姻家庭编一般规定章存在的意义更会被大幅度减弱。正如民法总则那样，婚姻家庭编的一般规定章毋庸置疑是反映法典学术性的极佳之处，然而法典并不承担对称学术上抽象逻辑体系的任务<sup>[6]</sup>。

当然，从实践的角度来看，即使婚姻家庭编不能够提炼出身份法律行为的一般性制度，但它至少可以凝练一些适用于本章的通用性概念。这毫无疑问是一种可行的道路，也是后文我们将要分析的一种常见的一般规定章立法模式。虽然这样的概念交代也可以通过“比附援引”的方式实现，但在开篇作统一规定至少减少了立法文本的连篇累赘<sup>⑥</sup>。此外，与民法总则类似的是，婚姻家庭编还可以按照法律关系的构成要素，规定一些其他内容，例如权利行使的原则。虽然这些内容并不是从本编所有法律关系中醇化出来的，而是基于它们在各自部分的重要性。一般规定章更为关键的一项作用表现为对一般条款的规定。这些一般条款为法官的法律续造创造了基础。通过一般条款中的原则性规定，婚姻家庭编可以形成有别于总则的价值秩序(内在体系)，从而凸显其相对于民法或者在民法内的特殊性<sup>[7]</sup>。

由此，我们不难发现，婚姻家庭编一般规定章的存与废在学理上和实践中似乎都没有绝对的必然性。除了权衡个中利弊外，立法上的选择当然还必须考虑长期以来的立法传统，尤其是法律继受的传统。就我国当下的民法典编纂而言，首先要考虑的便是婚姻家庭法作为单行法时期的立法传统。从这一角度来看，我国自 1950 年《婚姻法》以来就存在规定原则和总则的立法传统。这种立法传统一方面是受到了以苏联为代表的社会主义国家婚姻家庭立法的影响，另外一方面更是对中国共产党土地革命时期以来婚姻家庭立法经验的归纳总结。此次民法典编纂，自不应轻易抛弃这一立法传统。无论是 2002 年《中华人民共和国民法(草案)》还是影响力较大的王利明教授主编的《中国民法典学者建议稿》、梁慧星教授主编的《中国民法典草案建议稿》、徐国栋教授主编的《绿色民法典草案》

均设置了一般规定章，坚持了上述立法传统。此外，由国内婚姻家庭法学界权威专家起草的《中国法学会民法典婚姻家庭编建议稿》亦延续了这一立法传统，足以印证其通说地位。

## 二、一般规定章的两种模式及其构造技术

### (一) “社会主义-前社会主义”国家模式

即使设立一般规定章已经成为我国婚姻家庭法学界的主流观点，但并不代表学界已经对一般规定章的具体内容构成形成了默契。观诸各国(地区)立法例，不难发现一般规定章在内容上的巨大差异。归纳起来，大致可以分为两种模式。我们不妨将第一种模式称为“社会主义-前社会主义国家”模式。俄罗斯、立陶宛、乌克兰、罗马尼亚等国为此模式的代表性国家。但这一名称并不能表明，所有的“社会主义-前社会主义国家”都采用了相同的立法模式。且不论模式内部的细微差别，诸如爱沙尼亚、拉脱维亚、捷克这样的前社会主义国家甚至放弃了一般规定章，自无一般规定章的模式可言。此外，像埃塞俄比亚、柬埔寨这样的非“社会主义-前社会主义”国家实际上也应当被划归到这一模式。但考虑到这一模式中大部分国家的明显特征，采用“社会主义-前社会主义”的名称有其合理性。

“社会主义-前社会主义”国家模式的基本特点在于对婚姻家庭法基本原则的规定<sup>⑦</sup>。无论这些立法例是以单行法的形式还是以民法典家庭编的形式出现，都或多或少地规定了一些基本原则<sup>⑧</sup>。这些基本原则往往可以通过“平等”这条主线进行串联。从中可以延伸出男女平等(尤其是夫妻平等)、婚生子女与非婚生子女平等、保护弱者(老人、妇女和其他无独立生活能力的人)这些细化原则。一夫一妻制、婚姻自由原则也是采纳这一模式的立法例所经常规定的内容。此外，考虑到《联合国儿童权利公约》的普遍性影响，此模式中的部分立法例将未成年人利益最大化作为一项基本原则予以明确规定(如罗马尼亚、亚美尼亚)<sup>⑨</sup>。部分立法例亦将宪法中的国家保护原则予以细化，在一般规定章中规定了国家对婚姻家庭关系的保护(如越南、白俄罗斯)<sup>⑩</sup>，并概括性地规定了相应的措施。部分立法例亦规定了家庭和睦原则(如哈萨克斯坦、塔吉克斯坦)<sup>⑪</sup>，强调家庭成员间的互谅互让和友好协商。值得一提的是，部分立法例亦从相反方向规定了一些禁止性规定，如现行《塞尔维亚家庭法》和《塞尔维亚民法草案》(2015 年公众讨论稿)均规定了禁止家庭暴力

原则<sup>⑧</sup>。采纳这一模式的很多国家(如乌克兰、科索沃)<sup>⑨</sup>都规定了禁止歧视原则(基于种族、语言、宗教等表征)。类似的带有社会法性质的规定使得家庭法超越了私法的狭窄定位,并为其他相关法律的制定和适用提供了基本的指引。这实际上顺应了当代家庭法的一项重要发展趋势——在融通视角下建构和理解家庭法。按照这种理解,像美国《加利福尼亚州家庭法典》这样的一揽子解决的综合性法典似乎更有吸引力。然而,如果家庭法是被放置在作为私法基本法的民法典中进行处理时,是否应当进行原则的扩张是值得探讨的。这就必须回到前文对一般规定章功能和定位的讨论之中。亦即,婚姻家庭编是否负载通过原则性规定形成相对体系化的价值秩序的任务。

如果对这一问题的回答是肯定的,那么即使这些原则(例如在我国争论较大的计划生育原则)带有强烈的社会法属性,或者实际上是其他单行法的原则,也应当在此进行一并规定,从而凸显民法典婚姻家庭编在整个婚姻家庭领域立法中的核心地位<sup>⑩</sup>。由此,其辐射范围被极大地扩张。当然,原则的膨胀必然是一把双刃剑,可能威胁法律秩序的稳定性和可预期性。兹事体大,必须进行细致的权衡。这中间最为重要的因素乃一国宪法以及所加入国际公约中的相应原则。考虑到宪法和人权公约在推动当代婚姻家庭法发展中的特殊作用,在建构婚姻家庭领域的价值秩序时,不能背离宪法和人权公约既定的价值秩序,而只能进行细化和丰富。另外,一国当下的社会发展状况亦为原则设置之重要考量。这种考量尤其表现为禁止性原则的设置。以越南为例,针对社会现状,法律在一般规定章中设置了多达二十余项禁止性原则<sup>⑪</sup>。又如柬埔寨,针对社会普遍存在的童婚现象,法律专门设置了原则予以禁止<sup>⑫</sup>。

除了设置基本原则这一明显特征之外,“社会主义—前社会主义”国家模式往往还会处理立法目标、调整对象、法源、基本概念、权利的行使和保护、时效和法律适用等问题。然而,需要注意的是,并非所有这一模式之内的立法例都会对这些问题进行处理。例如,《老挝家庭法》一般规定章在基本原则之外就只处理了立法目标。虽然在这一模式内部,婚姻家庭法常以单行法的形态存在<sup>⑬</sup>,但这与是否在一般规定章处理这些问题没有必然的关联。无论是在民法典与家庭法并立还是家庭法属于民法典一部分的国家,对这些问题的处理均处处充斥着对民法总则的模仿<sup>⑭</sup>。以这一模式中较为典型的《俄罗斯家庭法典》为例,一般规定分布在“家庭立法”和“家庭权利的实现和保护”两章,这与民法典总则编第一分编的标题结构完全对应。

略有差别的是,《俄罗斯家庭法典》将在《民法典》中以分编形式单独处理的“诉讼时效”问题置于“家庭权利的实现和保护章”进行处理<sup>⑮</sup>。由此,我们不难发现,如果我们承认一般规定章同时负担处理主观权利和客观法的任务,那么一般规定章的内容将得到极大的扩展。有学者对在民法总则中处理客观法的问题提出了批评,认为这在科学体系的立场上毫无意义并且是有害的。这种有害性主要表现在民法越俎代庖,处理了所有法律均面临的问题<sup>⑯</sup>。这一批评的正确性在于民法不再是市民社会的基本宪章。伴随着宪法地位的上升,民法的中心地位已经丧失,再处理超越自身范畴的客观法问题就显得不合时宜。如果承认这一观点的合理性,那么建立在模仿民法总则建构技术之上的婚姻家庭编自无处理客观法的必要。

然而,这种观点并没有使得在总则(序编)中处理客观法的做法消失殆尽。与此相反,自《法国民法典》以来,不少民法典均设置了序编来处理这一问题,如《意大利民法典》《西班牙民法典》《瑞士民法典》《智利民法典》。即使是在总体结构采用了潘得克吞体系的《韩国民法典》《澳门民法典》和我国台湾地区“民法”以及新近的2011年《立陶宛民法典》、2012年《罗马尼亚民法典》也或多或少地保留了对客观法的处理<sup>⑰</sup>。这种保留毫无疑问增加了法典本身的通俗性和可理解性,使之真正成为“通俗易懂的公民手册”<sup>⑱</sup>。与这种立法上的趋势相对应,同时介绍客观法的学说和主观权利的学说仍然是大陆法系民法教科书的流行体例。即使是在作为实定法的《德国民法典》放弃了对客观法处理的情况下,教科书的体例仍然维持了原貌。这在很大程度上正是基于客观法学说在民法学理体系中的重要性。

就客观法的内容而言,必然涉及调整对象、法源、法律适用等问题。在婚姻家庭编中,这其中尤为重要是法律适用问题。考虑到民法典体系建构上的财产法倾向,作为身份法的婚姻家庭编必须要处理与民法总则以及其他编的关系(在某些国家,私法的所有部分都可能以单行法的形态出现的)。这不仅是理论体系完整性的要求,更具有重大的实践价值。实际上,即使是将家庭法独立于民法典,也无法避免对民法的适用和类推适用问题。这主要是由于婚姻家庭关系不再会对独立人格造成影响,“家庭成员间亦可能形成债法及物权法上的关系,家庭法含有民法典前三编(总则、债法与物权法)之要素”<sup>⑲</sup>。在那些没有在婚姻家庭编中设置法律适用条款的国家,司法实践往往面临一项重要难题——即在何种情况下可以适用或者类推适用债法和物权法的规定。例如,在德国,对于父母损害

子女利益情形能否直接适用债法规定的争论实际上就包含了法律适用的难题<sup>[11]</sup>。由于《德国民法典》家庭编中没有设置相应的条款，此类争论往往难以避免。

考虑到前文我们所述的婚姻家庭编是基于生活事实的相似性而物权编、债权编乃至民法总则是基于法律效果的相似性这一构造技术特征上的明显差异，婚姻家庭编一般规定章在处理主观权利的问题时，不能完全按照总则“权利主体—权利客体—权利的产生—权利的内容—权利的消灭”<sup>②</sup>的完整结构来进行建构。它只能就权利的行使、保护和消灭(诉讼时效)进行一般性的规定。在权利的行使方面，考虑到婚姻家庭关系的特殊性，更为强调禁止权利滥用和以放弃权利的形式逃避义务。对权利保护的规定往往也是极为概括性的，强调司法机关、其他政府机关和社会机构在保护婚姻家庭权利方面的分工与合作。但需要注意的是，在这一模式之下，较少立法例(土库曼斯坦、越南、蒙古)在一般规定部分处理了权利主体(亲属的一般原理)的问题。但不少立法例(如摩尔多瓦、白俄罗斯、塔吉克斯坦)处理了作为权利消灭制度的时效和期间问题。“原则上排除，例外适用民法总则的规定”是这些立法例的主流处理模式。

## (二) “第二条道路”

对于第二种模式，我们似乎很难找到恰如其分的名称，这中间的多数国家(地区)属于德意志法族，但将其称为德意志法族模式并不妥当。一方面是由于《德国民法典》本身并没有采纳这种模式，另外一方面是由于部分国家(地区)通常并不会被划归到德意志法族之中，如荷兰。为了讨论的方便，且将其称为“第二条道路”。相对于“社会主义-前社会主义国家”模式，“第二条道路”规定的内容往往极为有限，通常只会规定亲属的一般原理，即规定亲属的种类和亲等的计算方式。部分立法例还规定了亲属关系的范围和亲属关系的消灭(如韩国、日本)。当然，亦有极简者。例如，《荷兰民法典》人与家庭编的一般规定章中只规定了血亲和姻亲的亲等计算以及姻亲不因离婚而消灭等三条简单规则<sup>③</sup>。简明扼要毫无疑问是“第二条道路”的总体特点。就立法技术而言，这一模式看似是以法律关系为线索进行构造的，即亲属法律关系的产生——亲属法律关系的消灭，但实际上这一逻辑无法贯彻始终。例如，婚姻关系与亲子关系的消灭就明显应当有所差异。但在具体亲属关系之前交代这些内容，确实减少了交叉援引的麻烦。如果不像《德国民法典》那样设置统一的家庭编亲属章，在整个婚姻家庭编之前进行这种交代是较为可行的做法。

在采纳此种模式的立法例中，亲属编与民法总则

之间(部分立法例并没有设置总则，如荷兰)并不存在对应关系。例如，《日本民法典》在总则部分规定了基本原则，但在亲属编中却未规定基本原则<sup>④</sup>。其总则所规定的两性平等原则主要是针对亲属编的，尤其指向夫妻间的平等<sup>[12]</sup>。将主要适用于亲属编的原则移至总则使得总则中的基本原则更具包容性，而非仅仅指向财产法。当然，日本的情况较为特殊，在总则增设两性平等原则更多是出于革新两性严重不平等之特殊考量。同处于“第二条道路”的《葡萄牙民法典》《澳门民法典》和我国台湾地区“民法”等立法例就没有采纳日本的模式，在总则确立两性平等原则。

## 三、中国民法典婚姻家庭编一般规定章的路径依赖与内容创新

### (一) 立法传统和现存分歧

如前文所述，我国自 1950 年《婚姻法》开始，就使用了一般规定章的立法模式。只不过 1980 年《婚姻法》在 1950 年《婚姻法》的基础上增加了调整对象的规定，并将章名从“原则”改为了“总则”。2001 年修订时，对相关原则进行了进一步的修订完善。学界对于是否设置一般规定章这一问题似乎并不存在争议。但在哪些内容应当进入一般规定章的问题上，有一定的分歧。从已经出版的民法典学者建议稿来看，王利明教授主编的《中国民法典学者建议稿》<sup>[13]</sup>、梁慧星教授主编的《中国民法典草案建议稿》<sup>[14]</sup>和徐国栋教授主编的《绿色民法典草案》<sup>[15]</sup>在一般规定章内容的设置上存在较大的分歧。王利明教授主编的《中国民法典学者建议稿》内容较为宽泛，不仅规定了基本原则和亲属的一般原理，还规定了法源和法律适用条款，但放弃了现行法中有关调整对象的规定。梁慧星教授主编的《中国民法典草案建议稿》基本保留了现行法的体例，只规定了调整对象和基本原则，而将亲属的一般原理单独成章。徐国栋教授主编的《绿色民法典草案》只规定了基本原则。不难发现，我国学界的主流意见基本上可以被归入“社会主义-前社会主义”国家模式。学界分歧的核心主要在于婚姻家庭编一般规定章是否应当同时处理主观权利和客观法的问题。如前文所述，对这一问题的回答应当首先考虑民法总则的结构。从我国民法总则的结构来看，它实际上同时处理了两方面的问题。易言之，它在基本规定一章处理了客观法的问题，又在其后按照潘得克吞体例的典型样态，通过提取公因式的方式处理了主观权利的一般性问题。考虑到民法总则的这一结构设计，婚姻家庭编一般规定章存在处理客观法的必要性。

## (二) 客观法部分的内容设置

处理客观法问题最先触及的便是基本原则。根据于飞的考察,《民法通则》中实际上存在两类原则,具有裁判规范意义的“概括条款”和不具有裁判意义的“一般法律思想”<sup>[16]</sup>。其中“诚实信用”和“公序良俗”原则为“概括条款”,其余原则均为“一般法律思想”。2017年颁布的《民法总则》虽然对原则的表述有所调整,但基本上延续了这种二元风格。相应地,婚姻家庭编似乎也应当维持这种风格。就现行法而言,《婚姻法司法解释(一)》第3条明确了《婚姻法》第4条所规定的原则不能直接作为请求权基础。易言之,这些原则不具有裁判功能,只能辅助法官说理。至于其他原则,司法解释语焉不详。查询相关案例数据库可知,司法实践中存在大量将《婚姻法》第2条和第3条所确立的基本原则作为裁判依据的情况。但单独作为裁判规范的情况极为罕见,法官往往需要结合《婚姻法》其他条文或者司法解释来进行裁判。这主要是由于这些原则多可以从婚姻法的相关条文中推出,与具体的规则之间存在密切的关联。

这些原则内部仍然可以进一步区分,一类原则可以被法官用来审查当事人行为,调整或者否定权利。典型者如“保护妇女、儿童和老人的合法权益”原则和“禁止借婚姻索取财物”原则。需要注意的是《婚姻法》中的“保护妇女、儿童和老人的合法权益”原则并不等同于《民法总则》或《民法通则》中的权益保护条款。通过解释,该项原则实际上属于基于“弱者保护”思想的概括性授权,构成对民法总则平等条款的修正。尤其是从中发展出的“未成年人利益优先”原则确实可能产生权利调整的功能。从这种角度来看,这类原则似乎应该被归入主观权利部分。但通过前文的立法例考察不难发现,在那些对客观法和主观权利进行区分规定的立法例中,除了禁止权利滥用外,大部分原则被规定在了客观法(即家庭立法部分)。

值得注意的是,这种区分有时候并不是泾渭分明的。某些原则可能既是立法的基本原则,也是填补漏洞的依据。典型者如学界现在普遍认同的“未成年人利益优先”原则。与《民法总则》某些宣示性原则功能略有不同的是,婚姻家庭编中的某些原则虽然本身不具有直接的裁判规范意义,但属于婚姻家庭编价值秩序的重要组成部分,是作为婚姻家庭法内核的伦理秩序的外显。这一价值秩序的形成对于处理法律适用问题至关重要。通过这一价值秩序(内在体系)对溢出家庭法的法律适用或者类推适用形成限制。在那些设置了法律适用条款的立法例中,基本原则所发挥的这一作用略有差异。在某些立法例(如立陶宛)中,法律

明确规定了婚姻家庭编基本原则对其他法律的适用和类推适用的限制<sup>④</sup>。在另外一些立法例(如俄罗斯、哈萨克斯坦)中,法律虽然没有直接规定基本原则的这一作用,但规定了对其他法律的适用或者类推适用不得违反“婚姻家庭关系的本质”<sup>⑤</sup>。这些基本原则可以用来确定“什么是婚姻家庭关系的本质”。此外,在无法律可供类推适用时,这些基本原则所形成的内在体系为法官的造法活动创造了基础。通过这一分析,我们不难发现基本原则在婚姻家庭编中所发挥的核心作用。

然而,这一发现并无助于回答哪些原则应当被吸收,而哪些原则又应当被剔除。除了家庭成员间互助和睦之外,其他原则实际上并不能贯彻始终,而只是婚姻法或者亲子关系法中最为核心的原则。当然,在确定具体的原则时,我们还需要重点考虑与《民法总则》既定基本原则的对接、对现行《婚姻法》基本原则的延续、基本原则的功能以及当下社会经济状况的变化,这些因素远比体系上的科学性更为重要。按照这一思路,应当首先删除计划生育原则。将该原则逐出一般规定章并非是基于它与社会法的密切关联,整个私法的基础已经不可避免地融合了社会性因素。最为重要的判断基准是,原则在婚姻家庭编中是否具有具体化,或者说是否是一项立法的指导性原则。如果婚姻家庭编的具体规定没有实践某项原则,该项原则没有被具体化<sup>[17]</sup>,将其纳入基本原则部分难谓正当。就计划生育原则而言,现行《婚姻法》仅有第16条与其相对应,且未规定法律效果。更为关键的是,社会法领域已有单行法对此进行规定,违反计划生育义务也并不会产生私法上的效果。全国人大常委会发布的征求意见稿删除了计划生育原则,不过其理由并非出于立法科学性的考虑,而是回应人口形势的新变化<sup>⑥</sup>。至于禁止家庭暴力原则,虽然亦有《反家庭暴力法》对此进行调整,但该法本身并不涉及实施家庭暴力的私法效果,而《婚姻法》在离婚原因和离婚损害赔偿两处规定了实施家庭暴力的法律后果。但相比于两性平等、未成年人利益优先原则,它对整编的渗透力较差。将其置于基本原则部分,引导民众行为为无明显的体系问题。

其次,应当将“保护妇女、儿童和老人的合法权益”原则予以细化,明确“未成年人利益优先”原则,并参酌域外立法例,将“无独立生活能力的其他家庭成员”纳入弱势保护的對象。此外,尽管《民法总则》已经规定了“权利义务的一致性”和“不得滥用民事权利”,但婚姻家庭编仍然有进一步强调的必要<sup>⑦</sup>。这在本文所考察的域外立法例上亦有体现。例如,《立陶

宛民法典》便同时在总则和家庭编中规定了禁止权利滥用原则<sup>⑧</sup>。在婚姻家庭领域，权利义务的重叠性特征最为明显，这尤其体现在父母子女关系中。这也是诸多立法例修订相关概念术语的重要原因。例如，我国台湾地区“民法”即将原“亲权”概念修订为“对于未成年子女权利义务之行使或负担”。又如，德国、瑞士先后用父母照顾(elterliche Sorge)的概念取代过去曾经使用的“亲权”(elterliche Gewalt)概念。婚姻家庭关系的这一特性使得在婚姻家庭编中进一步强调权利行使应照顾其他家庭成员的权利和利益显得尤为必要。这一原则的设置将赋予法官以利益平衡的方法对相关权利冲突进行适度调整<sup>⑨</sup>。值得注意的是，虽然《民法总则》已经明确规定平等、自愿和公序良俗原则，但婚姻家庭编仍有细化的必要，应尽量保留诸如男女平等、婚姻自由、家庭和睦等原则。保留这些非属于“概括条款”的基本原则之重要意义在于发挥其对民众的引导作用，体现法治和德治的结合<sup>[18]</sup>。

最后，考虑到宪法不能作为裁判依据<sup>⑩</sup>，现行《婚姻法》及《民法典各分编(草案)》(征求意见稿)并无相应的条款进行转介，在婚姻家庭编中直接规定某些具有公法性质的原则显得尤为必要。最为典型的两项原则包括国家保护原则和父母抚养原则。此两项原则是《宪法》第 49 条在婚姻家庭领域的投射。就父母子女关系而言，前述未成年人利益优先原则要求国家积极行为，以便保护未成年人的利益，但与此同时，国家亦不能矫枉过正，对具有基本权利属性的父母子女关系进行恣意干涉。父母抚养原则即是父母的行为准则，也是国家监护立法的基本指导原则<sup>⑪</sup>。就其他家庭关系而言，国家保护同样具有两方面的含义——积极优待和禁止歧视。国家政策上应当优待家庭，至少不能实施歧视。国家保护的意义不仅体现在私法上，也反映在社会法乃至公法上。尤其是考虑到民法在行政法中的参照适用力，这一原则的引入对于司法审查我国实践中较为普遍的歧视婚姻家庭的各种限购限售政策具有重要意义。

在客观法部分，此次婚姻家庭编的起草还面临一项重要的任务，即处理法律适用和续造的问题。如前文所述，法律适用和续造问题在婚姻家庭编不仅是一项理论问题，更具有重大的实践价值。在我国婚姻家庭司法实践中涌现的大量问题，实际上都与法律适用和续造问题密切相关。诸如忠诚协议的效力、直接抚养人侵害间接抚养人探望权能否主张精神损害赔偿、代孕所生子女的法律地位、错误抚养能否适用无因管理规则、不符合离婚损害赔偿法定条件的其他情形能否主张精神损害赔偿等问题的本质都是法律适用和续

造问题。尤其是现行法和《民法典各分编(草案)》(征求意见稿)在立法分割上仍然维持了“宜粗不宜细”的立法风格，即使配合司法解释亦存在大量的法律漏洞，从而产生了旺盛的溢出婚姻家庭编的适用和法律续造需求。从现有司法实践来看，法院在进行法律续造时，往往存在较大的分歧，说理也较为模糊。此次修法，存在以法律形式对法律适用和续造规则予以明确的必要。法律适用的关键问题是如何体现婚姻家庭关系的特殊性。这种特殊性主要是表现为婚姻家庭编基本原则所形成的价值秩序。这一价值秩序不仅为法律续造确定了界限，也与法律适用密切相关。这种法律适用上的限制主要体现在婚姻家庭关系并非当然适用民法典总则编、侵权责任编、人格权编、物权编的相关规定。除了婚姻家庭编“规定即代表封闭”的法律适用原则之外，在适用其他编及其他法律的规定时，其论证负担较重。即使是作为提取公因式产物的总则，也并非当然适用于婚姻家庭关系。作为总则核心的法律行为制度也主要是从债法中抽象出来的，故而其并非当然适用，应依其性质进行区分。婚姻家庭关系中所体现的身份性越强，其伦理属性越浓，其适用民法总则编和其他编的可能性就越小，或者说论证负担就越重。

就法律续造而言，在进行目的扩张或者限缩时，应重点考量基本原则所确定的价值秩序<sup>⑫</sup>。这是由于“立法目的与法律的基本原则之间存在密切的联系，基本原则表达了法律最为核心的价值取向和所追求的社会目的”<sup>[19]</sup>。就类推适用而言，伴随着法律对于夫妻双方通过协议确定彼此间权利义务的内容形成自由的承认，类推适用合同编的规定不可避免。《民法典分编(草案)》(征求意见稿)第 255 条更是明文规定了婚姻家庭领域协议对合同编的授权式类推适用。在类推适用场合，存在优先顺序，原则上应优先类推适用婚姻家庭编内的规则。如婚姻家庭编规则可供类推适用，则对其他编规则的类推适用应尤为谨慎，在判断待决事实是否应当与既有规则中的事实要件做相同评价时，不是一种形式逻辑的判断，而是必须回归背后所隐含的目的和基本思想<sup>[20]</sup>。从总体上来看，合同编所隐含的目的和基本思想与婚姻家庭编存在巨大的差异。在判断具体规则是否可供类推适用时，必须斟酌该规则背后的理念与婚姻家庭编基本原则所确定的理念之间的差异。易言之，对这些协议性质的判定依赖于特定的价值秩序。至于根据基本原则的法律续造，婚姻家庭编的原则相对于民法的基本原则具有优先性。

### (三) 主观权利部分的内容设置

在主观权利部分,学界对于增设“亲属的一般原理”形成了共识,但到底是置于一般规定章还是单独成章仍有不同意见<sup>③</sup>。从“亲属的一般原理”内容构成来看,其涉及的实际上是权利主体的问题<sup>④</sup>。如果我们坚持婚姻家庭编一般规定章应同时处理客观法和主观权利的问题,那么将这部分内容放在一般规定章进行处理,而不是单独成章更具合理性。这样,“权利主体”可与“权利的行使”“权利的消灭”共同构成一般规定章的主观权利部分。全国人大常委会发布的征求意见稿在一般规定章最大的调整便是增加了权利主体的相关规定,规定了亲属的种类、近亲属和家庭成员的范围<sup>⑤</sup>。就同时规定近亲属和家庭成员范围而言,立法风格上与蒙古、土库曼斯坦、越南等立法例极为相似。不过,将本处于姻亲关系而共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿整体纳入近亲属和家庭成员范围之妥当性仍然值得怀疑。且不论该规定是否能在实际生活中发挥所预想的促进养老育幼和家庭和睦功能,单从立法科学性上来看,这一规定并不合理。实际上,与此相呼应的家庭关系章并未规定任何有关姻亲之间的权利义务<sup>⑥</sup>。丧偶儿媳、女婿继承权的取得亦并非源于近亲属身份<sup>⑦</sup>。但在私法的其他领域,近亲属和家庭成员的概念经常被使用,在无特别规定时,均应适用婚姻家庭编的界定,并据此享有权利和承担义务。然而,姻亲之特殊性在于它的形成并非基于双方之血缘,亦非基于法律行为,姻亲之间不应依据他人之婚姻行为而产生彼此间的权利义务。此外,与有抚养教育关系的继父母子女关系相类似,共同生活所形成的近亲属和家庭成员关系属于动态开放类型,容易滋生司法判断难题<sup>[21]</sup>。

就权利的消灭而言,《民法总则》只将“抚养费、赡养费、扶养费”排除了诉讼时效的适用范围,但通过兜底条款预留了婚姻家庭编对这一问题进行进一步处理的余地。纵观大陆法系立法例,对于婚姻家庭关系所产生的请求权的消灭时效处理,大致可以分为两种模式。第一种模式是原则上全部排除适用,例外情况下适用,此种模式以俄罗斯、格鲁吉亚为代表。另外一种模式是将这些请求权进行分类,只有其中某些类型的请求权不受诉讼时效的限制。此一模式以德国为典型。根据《德国民法典》第194条的规定,由一项亲属法律关系产生的请求权,如其以将来回复与此种关系相符合的状况为内容,或者以允许进行基因检查以澄清血缘关系为内容,不受诉讼时效的约束。我国《民法总则》将“抚养费、赡养费、扶养费”予以排除的做法表明了立法者放弃德国模式的态度,之前

学界的主流意见并没有得到立法机关的采纳<sup>[22]</sup>。从这一角度来看,婚姻家庭编采用第一种模式似乎更为妥当。相应地,在涉及除斥期间问题时,原则上也应排除《民法总则》相关规则的适用。

## 四、结论

通过以上分析,我们不难发现,在大陆法系国家,无论是在学理上还是实定法上,对于婚姻家庭编或者婚姻家庭法是否设置一般规定章的问题呈现出较大的差异和分歧。考虑到婚姻家庭编或婚姻家庭法基于事实的相似性进行聚合处理这一立法技术上的明显特征,它不可能抽象出类似于民法总则“法律行为”这样的核心内容,设置一般规定章的意义似乎被严重削弱。当然,一般规定章可能带来的实践价值、一国的法律继受和本土立法传统亦应构成立法抉择之基础。即使是在那些设置了一般规定章的立法例中,一般规定章的内容也呈现出较大的差异。总体而言,婚姻家庭编或者婚姻家庭法一般规定章的结构应当与民法总则相互呼应。亦即,应比照民法总则的构造技术来决定婚姻家庭编或者婚姻家庭编是否需要同时处理客观法和主观权利问题。就我国此次民法典婚姻家庭编的编纂而言,参照《民法总则》的结构,婚姻家庭编一般规定章在内容上应当包含两部分内容。其基本框架可参酌“社会主义-前社会主义”国家模式,但这并不妨碍对“第二条道路”的借鉴。具体规则的设计上应当秉持“在继受中发展”的理念,重点考量当下的社会变迁。就一般规定章的具体内容而言,建议作如下规定:

### 第一章 基本规定

#### 第一条 【调整对象】

因婚姻家庭产生的民事关系,适用本编。

#### 第二条 【国家保护】

国家保护婚姻、父母子女关系和其他家庭关系。

#### 第三条 【婚姻自由、夫妻平等】

婚姻建立在男女双方完全自愿的基础上。夫妻双方在家庭关系中享有平等的权利,承担平等的义务。

#### 第四条 【未成年人利益优先】

未成年人的权利和利益受法律优先保护。

在处理涉及未成年人的事务时,应当首先考虑未成年人的利益。

#### 第五条 【父母抚养】

父母是照顾、教育和抚养未成年子女的首要责任人。父母的权利依照本编的规定被限制或者剥夺时,

不影响其责任的承担。

#### 第六条 【子女平等】

非婚生子女、养子女和婚生子女享有同等权利。

#### 第七条 【家庭和睦】

夫妻应当互相忠实，互爱互敬；家庭成员间应当互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系；未成年子女、老人和其他无独立生活能力的家庭成员应当得到优先照顾。

#### 第八条 【禁止权利滥用】

家庭成员行使家庭权利时不得损害其他家庭成员的权利和利益，也不得违背善良风俗或损害第三人的权利和利益。

#### 第九条 【亲属】

配偶、血亲和姻亲为亲属。

#### 第十条 【配偶】

处于婚姻中的男女双方，互为配偶。同性伴侣的法律地位由其他法律另行规定。

一方死亡或双方离婚，配偶关系终止。

#### 第十一条 【血亲】

血亲可因生育或法律拟制而产生。

生育自己或自己所生育的上下各代人之间的关系，是直系血亲。除直系血亲外，与自己拥有共同祖先的人，都是旁系血亲。

拟制血亲是指收养成立或继子女受继父或继母抚养达四年以上而形成的亲属关系。

拟制血亲可以依法解除，其亲系和亲等适用生育血亲的亲系和亲等的规定。

#### 第十二条 【姻亲】

姻亲是指配偶的血亲和血亲的配偶。

配偶的长辈直系血亲、晚辈直系血亲的配偶，是自己的直系姻亲。

配偶的旁系血亲、旁系血亲的配偶，是自己的旁系姻亲。

姻亲因婚姻的终止而消灭，但法律另有规定的除外。

#### 第十三条 【亲等的计算】

直系血亲的亲等计算应以自己数至长辈直系血亲或晚辈直系血亲，一世代为一亲等。

旁系血亲的亲等计算应以自己数至同源的长辈直系血亲，再从该长辈直系血亲数至要计算的旁系血亲，世代数之和为亲等数。

#### 第十四条 【近亲属】

除另有规定外，近亲属是指配偶、直系血亲、四亲等以内的旁系血亲以及具有五年以上实际赡养关系的直系姻亲。

#### 第十五条 【法律适用】

家庭成员间的权利义务，本编没有规定的，可以根据其性质适用或者参照适用本法其他编的规定，但不得违反本编规定的基本原则。

在不违反本法总则和本编基本原则、其他法律强制性规定的情况下，家庭成员可以在平等协商基础上，通过协议方式确定各自的权利义务。

#### 第十六条 【诉讼时效和除斥期间】

婚姻家庭关系中的请求权、撤销权、解除权等权利的诉讼时效和除斥期间不适用本法第一编第九章的规定。本编另有规定的，依照其规定。

#### 注释：

- ① 当然，这种避讳也并非绝对，《韩国民法典》亲属编、《日本民法典》亲族编均使用了“总则”作为章名。我国台湾地区“民法”使用了“通则”作为章名，而澳门地区《民法典》则使用“一般规定”作为章名。虽然作为学界主流意见的《中国法学会民法典婚姻家庭编专家建议稿》中使用了“通则”作为章名，但考虑到已经颁布的《民法总则》第一章使用了“基本规定”作为章名，作为对应，婚姻家庭编的相应内容似乎也使用这一名称。《民法典各分编(草案)》(征求意见稿)将“一般规定”作为章名。本文在讨论中不进行这种名称上的细致区分，除特别说明外，均使用“一般规定”指代。
- ② 中国法学会民法典编纂项目婚姻家庭编子项目通则分组(夏吟兰、徐涤宇、陈汉、刘征峰)共考察了 67 个大陆法系国家(地区)。其中某些国家(地区)的性质在不同的法系分类标准中可能存在一定的差异，如北欧国家可能单独被划归到斯堪的纳维亚法系中，又或者如加拿大魁北克省可能被归入混合法系中。民法典家庭编(或人与家庭编)或家庭法典(或家庭法、婚姻家庭法以及其他立法形式)设立了家庭法总则、一般规定、序言或者基本原则的国家(地区)共 32 个，分别为中国澳门地区、中国台湾地区、日本、朝鲜、韩国、柬埔寨、老挝、越南、蒙古、俄罗斯、哈萨克斯坦、塔吉克斯坦、土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、阿塞拜疆、乌克兰、阿尔巴尼亚、埃塞俄比亚、科索沃、保加利亚、亚美尼亚、塞尔维亚、罗马尼亚、匈牙利、黑山、立陶宛、荷兰、葡萄牙、白俄罗斯、摩尔多瓦、古巴。民法典家庭编(或人与家庭编)或家庭法典(或家庭法、婚姻家庭法以及其他立法形式)未设立家庭法总则、一般规定或序言的国家(地区)共 35 个，分别是西班牙、法国、意大利、德国、比利时、拉脱维亚、希腊、瑞士、爱沙尼亚、波兰、格鲁吉亚、泰国、土耳其、捷克、瑞典、奥地利、芬兰、挪威、冰岛、丹麦、委内瑞拉、阿根廷、巴西、智利、哥伦比亚、墨西哥、乌拉圭、巴拉圭、厄瓜多尔、哥斯达黎加、多米尼加、玻利维亚、美国路易斯安那州、加拿大魁北克省、菲律宾。
- ③ 例如，我国《民法总则》第 123 条将民事法律行为界定为民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。根据第 2 条的规定，民事法律关系包含财产关系和人身关系两个方面，由此可推断出我国民法中的法律行为包含了婚姻家庭编中的行为。
- ④ 根据余延满教授的考察，《德国民法典》总则中所规定的法律行为制度基本上不能适用于身份行为。参见余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 46-47 页。
- ⑤ 朱庆育教授指出，身份行为虽有其特殊之处，但仍不妨统辖于



- 律出版社, 2001: 21.
- [6] 弗朗茨·维亚克尔. 近代私法史: 以德意志的发展为观察重点(下册)[M]. 陈爱娥, 黄建辉, 译. 上海: 上海三联书店, 2006: 467.
- [7] ORSOLYA SZEIBERT. Marriage and cohabitation in the new hungarian civil code: Answering the new challenges [C]//Attila Menyhárd, Emőd Veress. New civil codes in Hungary and Romania. Switzerland: Springer, 2017: 173-191.
- [8] 恩斯特·齐特曼. 民法总则的价值[J]. 王洪亮, 译. 田士永, 校. 中德私法研究, 2014(10): 70-85.
- [9] 曾祥生. 再论民法典总则编之存废[J]. 法商研究, 2015(3): 110-118.
- [10] Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. 7, Familienrecht I)[M]. München: C. H. Beck, 2010: 15.
- [11] 迪特尔·施瓦布. 德国国家法[M]. 王葆蔚, 译. 北京: 法律出版社, 2010: 353-354.
- [12] 近江幸治. 民法讲义 I 民法总则: 第 6 版补订[M]. 渠涛, 等译. 渠涛, 审校. 北京: 北京大学出版社, 2015: 23.
- [13] 王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由·人格权编、婚姻家庭编、继承编[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 199-213.
- [14] 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, 2013: 3-34.
- [15] 徐国栋. 绿色民法典草案[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2004: 185.
- [16] 于飞. 民法基本原则: 理论反思与法典表达[J]. 法学研究, 2016(3): 89-102.
- [17] 王泽鉴. 民法概要[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 503.
- [18] 巫昌祯, 李忠芳. 民法典婚姻家庭编通则一章的具体设计[J]. 中华女子学院学报, 2004(4): 4-6.
- [19] 王利明. 法律解释学导论: 以民法为视角[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 690.
- [20] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 258.
- [21] 刘征峰. 家庭法中的类型法定原则: 基于规范与生活事实的分离与整合视角[J]. 中外法学, 2018(2): 472-492.
- [22] 陈甦. 民法总则评注(下册)[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 1420.

## Roles, patterns and construction methods of general chapters in family law of civil code: A comparative study on sixty-seven jurisdictions

LIU Zhengfeng

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

**Abstract:** There is no theoretic necessity to set up a general chapter in family law. Lawmaking tradition and practical need are the two key factors to be considered in drafting the general chapter. Based on the criteria whether there are general principles or not, the surveyed laws in sixty-seven jurisdictions can be divided into two categories: the Socialism - Former Socialism Model and the Second Model. Considering the imitation of civil code by the general chapter in drafting family law, it should first refer to structural technique of civil general principles whether it should deal with objective law and subjective rights simultaneously. Nevertheless, the structure of general chapters in drafting family law especially needs to consider the characteristic that drafting family law is dealt with in combination based on the similarity to real life situations. In the part of subjective rights, it is unable to adopt an analogous method used in the general part of civil code to extract common factors in line with the similarity of legal effects. Some general principles in family law play a dual role of both its guiding function from the perspective of objective law and the limiting function from the perspective of subjective right. Then it is of little practical use to assign these principles in two parts according to the differences in nature. The drafting work of family law in Chinese civil code should integrate these two models—adding law application rule into the part of objective law while adding the rules that stipulate the subject of rights (general principles of relatives), and the rights in the part of subjective rights (prescription).

**Key Words:** family law; civil code; subjective rights; objective law; legal effect; living facts

[编辑: 苏慧]