

中国民法典婚姻家庭编研究专栏

编者按: 党的十八届四中全会将“编纂民法典”列入我国当前的立法重点,《民法总则》颁布后,法学界对于民法典编纂研究的重心开始向民法典各分编的方向转移。为及时反映民法典婚姻家庭编的研究状况,本期我们组织了3篇专题论文,对民法典婚姻家庭编编纂相关问题进行专门讨论,希望对推动我们民法典编纂工作有所裨益。

本刊编辑部

民法典婚姻家庭编亲属关系 通则立法研究

夏吟兰¹ 李丹龙²

(1. 中国政法大学 人权研究院 北京 100088;
2. 中国政法大学 民商经济法学院 北京 100088)

摘要: 我国现行《婚姻法》对亲属制度的一般性规则未作明确系统的规定,这与我国婚姻法长期以来的立法目的与法律存在形式有着深刻的关系。在民法法典化过程中,在婚姻家庭编中增设亲属关系通则,既是在法律形式上实现体系化的必然选择,也是达成法律内部逻辑完整性的基本要求。我国亲属关系通则的制度构建离不开对亲属伦理的认识和对现实问题的回应。在宏观审视制度架构及主要内容基础上,对亲等的计算方法、近亲属范围的确定等主要争议问题提出观点和看法。

关键词: 亲属关系; 体系化; 亲等; 近亲属

中图分类号: DF55 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2017.05.03

亲属,是基于婚姻、血缘和法律拟制而形成的社会关系。亲属关系一经法律调整,便在具有亲属身份的主体间产生了法定的权利与义务关系。婚姻家庭领域中各类主体之间的权利义务,都是以特定的亲属身份为发生依据的。亲属关系在其他法

律领域也具有一定的法律效力。在民法典婚姻家庭编对亲属关系进行一般性规定,是统一我国亲属法制的客观需要^[1]。

我国现行《婚姻法》对亲属制度的一般规则未作明确系统的规定,有关亲属关系的范围、效力等散见于各个单行法规,这与我国婚姻法长期以来的立法目的、法律存在形式有着深刻的关系。1950年《婚姻法》是新中国成立后颁布的第一部重要的基本法律,肩负着中国法律“废旧立新”的重任,其目

收稿日期: 2017-07-10

作者简介: 夏吟兰(1957),女,上海人,中国政法大学人权研究院教授,博士生导师; 李丹龙(1991),女,河南洛阳人,中国政法大学民商经济法学院博士生。

的是建立新民主主义婚姻制度^①。1980年《婚姻法》尽管勾勒了婚姻家庭法律制度体系框架,立法重心开始“从改革婚姻家庭制度转移到稳定婚姻关系、保障和发展婚姻家庭建设上来”^{[2][10]},但其“宜粗不宜细”的立法指导思想,仍然留下了许多立法空白与需要完善之处。2001年《婚姻法》(修正案)在1980年《婚姻法》的基础上进一步发展完善了我国的婚姻家庭立法,但对亲属制度、家庭关系部分所作规定仍显粗疏^②。

在21世纪初的民法典草案编纂活动中,婚姻家庭法作为民法典组成部门已经被学术界的大多数学者和立法部门所认同^③。在民法法典化过程中,对婚姻家庭编具体架构设计也引发了学界广泛讨论,在婚姻家庭编中增设亲属通则,完善体系架构、填补立法空白,已成为学界专家共识^{[1][3]}。

一、制定民法典婚姻家庭编亲属关系通则的必要性

现代各国法律有关亲属关系的立法例,主要有总体限定与分别限定两种立法模式。前者主要为大陆法系国家采用,以成文法的形式在民法典亲属编设专章或专节从总体上概括规定亲属的种类、亲系和亲等等问题,如《德国民法典》《瑞士民法典》《意大利民法典》。后者,以英美法系亲属法为主,调整亲属关系的规定散见于各个单行法规,在具体的亲属关系或法律事项上,分别就禁婚亲、扶养、继承、监护等方面亲属的效力作出规定,如《英国家庭法》《英国收养与儿童法》等。

我国婚姻法自革命根据地时期便参照苏维埃婚姻家庭法,独立于民法典而单独存在,对亲属关系的规制一直采分别限定模式,对亲属关系从未作出通则性规定。已有法律实践表明,分别限定模式不仅削弱了婚姻法的权威性,也造成了相关法律规定之间的矛盾与冲突和司法实务中的紊乱与立法资源的浪费。立足于我国的基本国情,借鉴西方已有立法经验,对我国亲属关系通则进行立法填补,改分别限定立法模式为总体限定立法模式,已成为

多数专家的共识:对于亲属制度应当从基本法的层面上作出系统的、一般性的规定,从立法体制与法律分工来看,解决这方面的问题无疑是婚姻家庭法的紧迫任务^{[2][12][3]}。

(一) 制定亲属关系通则是实现社会主义法律体系亲属关系规范一致性的基本要求

1. 现行相关各法律规定之间矛盾冲突存在造成法律适用不明

已有法律和司法解释在亲属关系问题方面的矛盾与冲突主要体现在对近亲属范围的规定上,《婚姻法》在第三章家庭关系中规定的相互间有权利义务的亲属包括夫妻、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《意见》)第12条规定“民法通则中规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”《婚姻法》与《意见》的规定,虽然亲属范围相同,但亲属名称、排序有所不同。我国《刑事诉讼法》第106条规定“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。显然,《刑事诉讼法》的近亲属范围远小于《婚姻法》之规定。再者,《法官法》《检察官法》规定的任职回避的亲属范围是夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲和近姻亲。《反家庭暴力法》将家庭暴力概念中的主体范围界定为家庭成员。对于姻亲、家庭成员的范围,《婚姻法》或《民法

① 1950年《婚姻法》的目的是要废除包办强迫、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。该法27个法律条文中仅有4条涉及亲子关系,对其他家庭成员及其他亲属关系未作规定。

② 现行《婚姻法》(修正案)共有条文51条,直接涉及亲子关系或其他家庭成员关系的只有13条。

③ 巫昌祯会长带领中国法学会婚姻家庭法学研究会的团队起草了2002年全国人大法工委组织编写的《民法典草案》中的《婚姻家庭编》与《继承编》。有关《民法典草案》的专家建议稿分别是:梁慧星.中国民法典草案建议稿[M].北京:法律出版社,2003;徐国栋.绿色民法典草案[M].北京:社会科学文献出版社,2004;王利明.中国民法典草案建议稿及说明[M].北京:中国法制出版社,2004.

通则》都未作出详细规定。法律规定的不一致或者法律无明确规定的,法律适用时,必然影响法律的统一执行。

2. 亲属关系通则应由民法典婚姻家庭编规定

中国特色社会主义法律体系是指以宪法为纲领,以法律为主干,包括法律、行政法规、地方性法规三个层次,以及民商法(婚姻法)、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉程序法7个法律部门组成的有机整体^[4]。以特定的社会关系为调整对象是划分法律部门的基本依据,正是调整对象的差异性决定了法律部门的独特性。婚姻法调整的是婚姻家庭关系,既包含婚姻关系,也包含家庭关系,而亲属关系正是基于婚姻、血缘和法律拟制而形成的社会关系。因此,亲属关系通则理应排他地由民法典婚姻家庭编作出全面、系统的规定。

3. 增设亲属关系通则是确保法律体系规范性的必然选择

我国社会主义法律体系的规范的一致性、权威性应当体现在两个方面。一方面,在同一个法律体系中,法律术语应当一致,不能各自为政,造成司法适用与法律解释的混乱;法律部门分类标准应当一致,应当由婚姻家庭关系法律调整的内容,要由婚姻家庭法作出明确统一的规定。另一方面,法律概念应当是“对各种法律事实的概括,并基于此种概括抽象出它们的共同特征而形成的权威性范畴。”^[5]亲属关系通则规定本质上即是对不同种类亲属法律关系共性的抽象与概括。^{[6]351}对亲属关系范围、种类等的界定,体现着立法者对亲属关系所蕴含的权利义务关系的认识、定位以及立法目的,在亲属关系通则中统一予以规定,减少立法资源的浪费,有利于确保我国法律体系建构的统一性、规范性与权威性。

(二) 制定亲属关系通则是完善民法典婚姻家庭编体系化构建的必然要求

1986年《民法通则》的颁行从立法体例上宣告婚姻家庭法的民法归属,婚姻家庭法的定位成为学界长期讨论的议题。到21世纪初,立法机关再次

组织学者进行民法典草案的编纂与讨论时,婚姻家庭编作为民法典独立篇章才为学术界大多数学者所认同,对于民法典章节体系安排主要观点有二:一种为原则上采用德国式的编制法,在债法之后规定亲属编^{[7][8][9]132-133};另一种为原则上采用瑞士式的编制法,将亲属法放在第一编人身关系法的法人法之后,继承法之前^{[9]61}。尽管婚姻家庭编的体例编制与民法典的编制方式选择分不开^①,但是,对婚姻家庭编独立成编后的内部体系设计理论论证显然不如民法典体系设计那样充分。

民法典的编纂绝非杂乱无章的堆砌,不仅要有严密的内部逻辑、高度抽象的法律概念,还要有与之相适应的体例结构。婚姻家庭编作为其内部一编,也应如此。就婚姻家庭编内在关系一致性而言,亲属关系通则的构建对亲属各项制度起到了指导与统率作用,如通则应对配偶是否为亲属作出规定,这不仅体现着婚姻家庭法律借鉴与本土化的价值选择,也决定着亲属关系通则所统率的范围以及婚姻家庭编的内部逻辑^②。就法律形式的体系化而言,在婚姻家庭编规定亲属关系通则^③与民法典其

① 近代大陆法系民法典编纂体例主要分为以《法国民法典》为代表的法学阶梯体系派和以《德国民法典》为代表的潘德克吞体系派,以及在此基础上发展起来的《瑞士民法典》《意大利民法典》等兼具体系完整、注重保护家庭关系的人法优先特点的法律。其中,《法国民法典》并未将婚姻家庭法的内容单独成编,而是分别置于第1卷人法与第三卷取得财产的各种方式中,《德国民法典》《瑞士民法典》等才将婚姻家庭法(亲属法)作为独立篇章。我国近代的民法典编纂更多继受德国编制。

② 如《德国民法典》认为配偶仅为配偶,既不能够列入亲系,也无法确定亲等,并非亲属的一种。所以,《德国民法典》的亲属一般性规定仅规定在“亲属”章节,而非“亲属法”总起。

③ 有的学者主张将婚姻家庭编的“总则”与“亲属通则”分为两章。(参见:梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·亲属法[M].北京:法律出版社,2006年;夏吟兰.民法典体系下婚姻家庭法之基本架构与逻辑体系[J].政法论坛,2014(5).)有的学者主张仅做“通则”规定。(参见:王利明.中国民法典草案建议稿及说明[M].北京:中国法制出版社,2004.)但二者只是形式差异,其实际主要内容都是基本原则与亲属关系通则。此处,对亲属通则的理解应当视为婚姻家庭编的一般性规定,与民法其他章节的一般性规定立法目的一致。

他编设置的一般性规则形成外部呼应^①;对共通性概念的提炼,正是法典化内部概念高度抽象的体现,避免了对同一法律概念的重复解释以及大量准用性规定的适用说明。作为民法典的重要组成部分,婚姻家庭编中亲属关系通则的确立不仅是亲属制度不可或缺的组成部分,而且从一定意义上说,甚至是亲属立法得以体系化的基础^[10]。

(三) 制定亲属关系通则是明晰亲属之间互负法律上权利义务的前提

婚姻家庭法与民法调整的对象虽然都是平等民事法律主体之间的关系,但婚姻家庭法调整的主体与一般的民事主体关系不同,是人伦关系,具有鲜明的伦理性,且伦理道德与法律规范相互影响,相互作用^[11]。明晰亲属之间法律上的权利义务,首先要明晰亲属关系的范围,其次才是权利义务的法律构建。

亲属关系的概念受亲属自然属性与社会属性的共同影响,恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一文中写道:“父亲、子女、兄弟、姊妹等称呼,并不是单纯的荣誉称号,而是代表着完全确定的、异常郑重的相互义务,这些义务的总和构成这些民族的社会制度的实质部分^[12]”。亲属自然属性决定了亲属关系的事实先在性、身份差异性^②;社会属性决定了亲属间道德与法律制度的发展方向。前者在一定程度上决定着后者,后者又反作用于前者,二者共同定义着亲属关系。正如台湾学者陈棋炎所言:“亲属的身份共同生活关系秩序,是法律以前之人伦秩序的存在,至于法律乃不过是以这些实在的人伦秩序为所与的东西,而加以法律上规定而已。”^[13] 亲属关系通则的制定,明晰了亲属关系的范围,当亲属关系的范围确定后,确定亲属间的权利义务才成为可能。在我们尚不明确直系姻亲是否纳入近亲属范围时,对他们之间是否负有法定扶养义务,是否属于法定继承人范围等问题的讨论都是欠缺法律依据的。

二、民法典婚姻家庭编亲属关系通则的体例选择与内容建构

(一) 亲属关系的本质特征决定了亲属关系通则的体例选择与内容建构

一部法律的问世或一项制度的设立,离不开对其本质属性与法律传统的探究。对民法典婚姻家庭编亲属关系通则的制度构建,毋庸置疑,要回归到亲属关系的本质属性与法律传统上来。亲属关系的最本质特征是习俗性和伦理性,二者都离不开民族或地域的历史传统文化、风俗习惯和生活方式。“当家庭继续发展的时候,亲属制度却僵化起来;当后者以习惯的方式继续存在的时候,家庭却已经超过它了。”^[12] 换言之,以习惯方式而存在的亲属关系要滞后于时代发展,“政治的、法律的、宗教的、哲学的体系,一般都是如此。”^[12] 这对理解我国亲属关系尤为重要。我国拥有将复杂的甚至相当疏远的亲属关系表达出来的丰富的语汇群,家庭规模小型化、代际间岁差的拉大使得某些称谓似乎完全没有意义。但正是因为中国特色亲属称谓词汇群的存在,可以看到曾经在中国的社会关系中,亲属关系这类事具有非常大的比重,甚至在这种词汇之上,可以了解到宗的观念如何深深地支配着人们的思想^[14]。我国古代法律制度中“宗”的概念完全排除女系,将亲属划分为宗亲与外亲,二者不仅在称谓上繁简不同,更为重要的是在亲等上轻重大不一样,女子嫁入夫家还要冠以夫姓以示身份变化^[15]。强烈的家族本位观念以及浓厚的等级色彩,使得不可能存在某种纯粹意义上的亲等计算法,而“服制”这种以有关人在死亡时某种范围的亲属应

① 如王利明主编《中国民法典草案建议稿及说明》中物权章节、合同章节、侵权行为章节等均有总则性规定;徐国栋主编《绿色民法典草案》中物权法、知识产权法等开篇作一般性规定,将债法甚至分为债法总则与分则两部分。

② 亲属关系的事实先在性、身份差异性主要表现为因两性关系而产生的自然繁衍以及亲属间的血缘联系是人类社会得以延续和发展的最基本的人伦关系与社会基础。家庭内部分工决定着各自的角色。

服何种程度丧的礼的规定正好满足了“宗法”社会的要求^{[14]29}。中国传统社会结构的基础就是亲属关系,亲属制度甚至可以说是一切社会关系的模范^{[16]344-345}。法律的家族主义和等级制度又是儒家意识形态的核心^[17],通过道德观念与社会习惯进一步得到强化和遵守。

亲属关系是亲属间权利义务关系建构的起点,了解传统“宗法”如何通过道德观念与社会习惯影响着我国法律,对未来民法典婚姻家庭编亲属关系通则乃至具体制度的制定有着非常重要的意义。1950年《婚姻法》第11条规定:夫妻有各用自己姓名的权利。至于子女的姓氏如何确定,法律未规定,但实际生活中,子女的姓氏往往依据民间习惯从父姓,因离婚而引起子女姓氏的争执,除因协议变更子女姓氏或子女年已长成得以自己意志决定其从父姓或从母姓外,并无使其子女改变原用姓氏的必要^①。1980年《婚姻法》在此基础上,进而规定了子女可以随父姓,也可以随母姓。2001年《婚姻法》(修正案)将此条改为子女可以随父姓,可以随母姓。正是因为“宗法”中“姓”体现着血缘传承、伦理秩序,“姓”作为一种代表决定着亲属间亲疏有别,“外祖父母”的“外”字从一开始就显现出疏远与隔阂。2001年《婚姻法》(修正案)第9条规定:登记结婚后,根据男女双方约定,女方可以成为男方家庭的成员,男方可以成为女方家庭的成员。该规定仅是在1980年《婚姻法》第8条的基础上,删去“也”字。“宗法”的婚姻决定了女子在家庭中的附庸地位,长期以来“从夫居”的婚嫁习俗,使得女方到男方家天经地义,男方到女方家往往受到歧视,“宗”的观念烙印也深深镌刻在法条文字上。

正是基于亲属关系的本质属性,各国亲属法在价值取向与具体制度上都展现出较大差异。放眼世界,到目前为止也没有制定出一部调整涉外亲属关系的统一实体法规范。今后在构建民法典婚姻家庭编亲属关系通则中必须注重考量传统亲属关系制度的影响,既要继承传统文化的精华,又要对接社会现实,将亲属关系内在的伦理性与时代观念

变化带来的先进性恰如其分地结合起来。这不仅决定了立法质量和司法适用程度,也将深刻地引导人们的行为选择与价值取向。

(二) 民法典婚姻家庭编亲属关系通则的体例选择

民法典婚姻家庭编亲属关系通则的体例选择,主要指应当将亲属关系通则放于哪一章节或独立成章以及具体编排顺序。学界目前主要观点有三种:一是独立成章,将亲属关系通则规定于婚姻家庭编通则之后,结婚之前^{[18][19][20]};二是将亲属关系通则的内容与婚姻家庭编的基本原则等内容合并为一章,共同构成民法典婚姻家庭编之通则^[6];三是将婚姻家庭编的基本原则等内容做婚姻家庭法总括规定置于开篇,亲属关系通则放于亲属编第一章,并不统率婚姻制度^[21]。仔细分析这三种体例选择的差异,其区别主要在于:一是亲属关系通则是否能够统率整个婚姻家庭法律制度;二是亲属关系通则是否应当与婚姻家庭法调整范围、基本原则等内容合并。

1. 亲属关系通则应当统率整个婚姻家庭法律制度

亲属关系通则能否统率整个婚姻家庭法律制度与对亲属种类的认知有密切关系。现代各国对亲属的分类主要有两种立法例:一种是把亲属分为血亲和姻亲两种,不承认配偶为亲属^②。其主要观点是配偶不能列入亲系,又无法确定其亲等,虽是血亲关系与姻亲关系的基础,但配偶仅做配偶即可。另一种则是把亲属分为血亲、姻亲和配偶三种,确认配偶是亲属的组成部分^③。从我国现行立法规定与理论研究来看,配偶是亲属,更是处于核心位置的亲属,并无争议。这既是我国长期以来的法律传统^[22],也是由亲属关系的起源与本质所决定

① 1951年2月28日最高人民法院《关于子女姓氏问题的批复》。

② 参见《德国民法典》《意大利民法典》《瑞士民法典》等。

③ 参见《法国民法典》《日本民法典》《俄罗斯联邦家庭法典》《英国家庭法》等。

的。配偶之间的权利义务关系完全是亲属之间的权利义务关系,不将配偶作为亲属是违反设置亲属制度本意的。婚姻家庭法的主要内容应包括婚姻、亲属、监护三大部分,既然配偶是亲属的组成部分,那么,亲属关系通则理应能够统领婚姻部分。加之,我国未来亲属关系通则改分别限定立法模式为总体限定立法模式,要体现法典化中法律概念的高度抽象,将亲属关系通则置于婚姻家庭编开篇是与之相适应的体例构造。

2. 亲属关系通则应当与基本原则等内容合并构成婚姻家庭编之通则

尽管在已有的专家建议稿^[23]^[24]与学术论文^[20]中,多将亲属关系通则作为独立章节,而非与婚姻家庭法调整范围、基本原则等内容合并成章,这是基于法律原则与法律规则的差异考量。学理一般认为法律原则具有“形式的非规范性和不确定性”、“功能的强行性和补充性”,即在一般情况下,有法律具体规定的,不能适用法律原则;没有法律具体规定的,运用该抽象概念的具体情况由法官自由裁量,在一定程度上弥补法律不足。而亲属关系通则的内容是确定的,可以直接作为裁判依据,尽管其具体制度设立时体现着某种立法价值,但它本身并不是彰显婚姻家庭立法价值的载体,因此,与基本原则具有本质区别。但是,考虑到婚姻法调整对象、基本原则等与亲属关系通则在婚姻家庭编中均起到宏观、总括作用,二者合并一章简洁明了、体系结构性更强,也与我国长久以来的立法实践相符合,更具有可行性。因此,将亲属关系通则与婚姻家庭法调整对象、基本原则等内容合并一章,共同构成民法典婚姻家庭编之通则,应是未来立法首选体例。

(三) 民法典婚姻家庭编亲属关系通则的内容建构

亲属关系通则应当包含哪些内容,不同内容具体如何规定,内部顺序如何排列,都是在内容建构时必须考虑的问题。在已有的三版专家建议稿中,由于亲属关系通则的体例构造不同,内容涵摄范围

不同,逻辑编排差异较大^①。对亲属关系通则的内容建构离不开对亲属关系通则作用的认识。费孝通先生认为,我们的社会结构本身好像是把一块石头丢在水面上所发生的一圈圈推出去的波纹,从生育和婚姻所结成的网络,可以一直推出去包括无穷的人^[16]²⁶⁻²⁷。亲属关系正是这个网络,亲属关系通则的规定应当使人能够在这个网络中准确地找到自己在亲属关系中的坐标,从而明确自己在亲属关系中的权利义务。对于法典化的制度,亲属关系通则还应当是对不同种类亲属法律关系共性的抽象与概括,并且该制度的构建也应符合长久以来的法律习惯。基于此,亲属关系通则的内容及顺序应当为亲属的种类、法律调整的亲属范围、亲系和亲等的计算方法、亲属关系的一般效力等。

三、民法典婚姻家庭编亲属关系通则主要问题探讨

(一) 亲属关系远近计算方法之选择

从目前世界各国或地区的有关立法看,以亲等来确定亲属关系的亲疏远近,是各国婚姻家庭法的通例^②。亲等是计算亲属关系亲疏远近的标准单位,其意义在于准确表述亲属间客观身份,从而确定其权利义务有无和轻重。亲等的计算方法主要有两种:一为世界多数国家所采用的罗马法亲等计

^① 梁慧星版的专家建议稿用8条规定亲属关系通则的内容:亲属的定义、亲属的种类、配偶、血亲、血亲的亲等、姻亲、近亲属、亲属的法律效力。(参见:梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·亲属法[M].北京:法律出版社,2006:10-20。)王利明版的专家建议稿用5条规定亲属关系通则的内容:亲属的范围、亲属的界定、亲等的计算、近亲属、法律渊源。(参见: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年:207-212。)徐国栋版的专家建议稿也用5条对亲属关系通则的内容作出规定:直系、旁系血亲的定义、血亲亲等的计算、姻亲的分类、姻亲的亲等及亲系的计算、姻亲关系在离婚后的存续。(参见:徐国栋.绿色民法典草案[M].北京:社会科学文献出版社,2004:204.)

^② 如《法国民法典》第735条规定:亲属关系的远近,依代数确定之。一代成为一亲等。《德国民法典》第1589条规定:血统关系的等,按照使血统关系得以形成的出生数予以确定。《意大利民法典》第76条规定:亲等,于直系场合,其始祖除外,按其所有的世代数目计算。

算法二为部分国家所采用的寺院法亲等计算法。两者直系血亲的亲等计算方法相同:从己身分别向上或向下数,以一代为一等亲,世代数为直系血亲的亲等数。对旁系血亲的计算,前者采“代次相加”,即找到双方共同的最近直系长辈血亲,然后按代次间隔单向计数累计或双向计数后相加;后者则实行“等者从一,不等从大”的原则,在找到双方的共同最近直系血亲后,分别向上数,代次相同,按此代数,代次不同,取较多者。不难看出,寺院法旁系血亲的计算上具有不确定性和不准确性,己身同表兄弟姐妹之间与同舅姨之间亲等相同,而权利义务差异显而易见。

中国古代的等级亲等制,在清朝末年的《大清民律草案》中已遭摒弃,改采寺院法的亲等计算法。辛亥革命建立共和制之后,1930年的《中华民国民法》采用罗马法的亲等计算法。新中国成立后,我国废除了民国时期的立法,之后颁布的婚姻法均未明确对亲等的计算法作出规定。根据我国《婚姻法》第7条禁止直系血亲和三代以内旁系血亲结婚的规定,以及《继承法》第11条被继承人的子女先于被继承人死亡的,由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承的规定,可推知我国目前采用世代计算法,即以血亲之间的世代来计算亲属关系的远近。我国绝大多数学者认为以“代”数计算精确性不够,不能满足日益频繁的涉外亲属间交往^{[25][26][27]90}。但也有学者认为,世代计算法与我国传统的五服制度具有相似性,司法实践中已被熟知,无需作出更正^[28]。

在对民法典婚姻家庭编亲属通则建构时,应采用当今世界通用的罗马法亲等计算法^①。这既是新中国成立后的婚姻家庭立法与司法实践经验总结的要求,也是强化性别平等理念的重要法律规定^②。一方面,罗马法的亲等计算法依血统的远近定亲等的多寡,合于情理,有利于准确限定亲属间权利义务关系;另一方面,除受宗教影响深远和立法传统等方面原因至今仍采用寺院法的亲等计数法的国

家外,世界范围内绝大多数国家的亲属法均采用罗马法亲等计算法,在日益频繁的涉外亲属交往中,统一的计算方法将减少亲等换算带来的不便。考虑到我国的司法实践亟待统一标准,应在直系血亲、旁系血亲的亲等计算后,明确拟制血亲与姻亲的亲等计算方法。

(二) 近亲属范围之厘定

在我国的立法与司法实践中经常使用“近亲属”的概念^③,对近亲属范围的厘定,首先,应当明确“亲属的范围”,以及亲属与近亲属的关系;其次,才应具体讨论近亲属的范围。

确定亲属范围,主要有两种立法例:一是总体限定的立法模式,即立法从整体上概括限定亲属的范围,此范围之外的亲属关系不属于法律所调整的对象,也不具有亲属的法律效力。如《日本民法典》规定“下列人为亲属:六亲等内的血亲;配偶;三亲等内的姻亲。”^{[29]155}二是分别限定的立法模式,立法不从总体上概括限定亲属的范围,在具体的亲属关系或法律事项上分别规定亲属的法律效力,如法国法、我国现行法律。尽管有学者认为分别限定的立法模式更具科学性和灵活性,我国立法应采此法^{[30]93 [31]73};但多数学者认为我国没有明确亲属的范围与“近亲属”的范围是立法缺憾^{[32]30-31}。一方面,没有明确的亲属范围,造成了法律规定之间的矛盾与冲突;另一方面,对相同的法律术语作不同

① 改采罗马法亲等计算法,已成为学界共识。除梁慧星、王利明、徐国栋课题组的三版专家建议稿外,参见: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, 2002(4); 余延满. 亲属法原论[M]. 北京:法律出版社, 2007: 99; 杨立新. 婚姻家庭继承法[M]. 北京:北京师范大学出版社, 2010: 29.

② 中国古代亲等计算法实行父系本位,且具有浓厚的等级色彩,与我国当代性别平等、人格平等的立法理念背道而驰。尽管清末立法已经摒弃,但现行的代次计算法仍受古代亲等计算法的影响,采用代次实体计算法,罗马法与寺院法的计算法则是代次间隔计算法。

③ 《民法通则》《民法总则》、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》、最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》等法律与司法解释中都使用了“近亲属”这一术语。

的解释,不符合法律的规范性要求,容易造成混乱。由于近亲属的概念较亲属的概念狭窄,有学者认为我国未来立法应当采用世界上绝大多数国家的立法例,摒弃以近亲属和其他亲属的概念界定亲属范围的做法,直接规定“五亲等以内的血亲、配偶和三亲等以内的姻亲为亲属”既明确亲属范围,又使实践便于操作,且与世界各国立法相一致^[32]³¹。这种立法选择虽便捷,但忽视了新中国成立以来司法实践以及人们日常生活中对亲属间权利义务的实际要求,并不是最优选项。对于亲属范围的界定,我国理论研究,一般采用先明确亲属的种类,进而明确每种亲属内涵的方式。通说认为,我国亲属的种类包括配偶、血亲和姻亲。对配偶与血亲的内涵理论并无争议,但对于姻亲的内涵,则有不同的认识。世界各国或地区立法例主要有两分法立法主义^①,三分法立法主义^②和四分法立法主义^③,即姻亲包括血亲的配偶和配偶的血亲为二分法,在此基础上增加配偶的血亲的配偶为三分法,再增加血亲的配偶的血亲为四分法。我国学者主要争议于采纳二分法还是三分法。姻亲关系以血亲的婚姻为中介,考虑到当代离婚率呈上升趋势、家庭稳定性下降以及家庭规模小型化,不宜将姻亲关系范围规定过大。此外,既然承认配偶的血亲的配偶为姻亲,不承认血亲的配偶的血亲为姻亲是毫无道理的^[33]⁴⁴。因此,我国未来婚姻家庭编立法对姻亲范围的认定应为:血亲的配偶与配偶的血亲。

在确定了亲属的范围以及继续使用“近亲属”这一概念后,哪些亲属能成为近亲属,学者们的观点各不相同^④,主要在于:是否限定直系血亲的亲等、旁系血亲应限定为二亲等还是四亲等、共同生活的直系姻亲是否属于近亲属。对于直系血亲的限定,一种限定为四亲等内直系血亲,一种完全不加限定,四亲等直系血亲已经相当于传统立法中“本宗九族”,超过这个范围,已不属于法律意义上的直系血亲,加以限定的意义正是考虑到权利义务实现的可能性。旁系血亲应限定为二亲等还是四

亲等,主要是考虑到四亲等范围与我国现行三代以内旁系血亲范围相同,且与要求扩大法定继承人范围的呼声有关。认为应当将共同生活的直系姻亲(主要指儿媳与公、婆,女婿与岳父、岳母)规定为近亲属的学者,主要观点都是基于我国长期实行计划生育政策,独生子女相当普遍,不将直系姻亲关系纳入近亲属的范围,不明确他们之间的权利义务关系,不利于发挥家庭养老育幼的功能,也不利于弘扬中华民族传统美德^[11]^[27]⁸¹⁻⁸³。

我国现行《婚姻法》在家庭关系一章中将夫妻、父母、子女、祖孙、兄弟姐妹规定为具有权利义务关系的亲属,《继承法》规定法定继承人是配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母,以及对公、婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和对岳父、岳母尽了主要赡养义务的女婿。我国目前社会保障体系尚不完善,家庭依然承担着主要的养老育幼责任。亲属之间的血脉亲情,使得权利义务的实现多了一些本能与温情。社会发展带来的人口流动,长期以来的计划生育政策,使得核心家庭和直系家庭成为我国主要的家庭模式。一方面,家庭的职能并未弱化;另一方面,家庭抵抗风险的能力却在下降,这就共同要求未来立法要适当扩大近亲属的范围,以实现亲属制度构建的目的。鉴于亲属关系经法律规定便具有权利义务,而亲属关系的远近与实现权利和

① 王利明与梁慧星版专家意见稿采此观点。(参见:王利明.中国民法典草案建议稿及说明[M].北京:中国法制出版社,2004:59;梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·亲属法[M].北京:法律出版社,2006:16-17.)《德国民法典》《瑞士民法典》采二分法立法主义。

② 参见:薛宁兰.中国民法典亲属编立法若干问题探讨[G]//梁慧星.民商法论丛(28).北京:法律出版社,2003:203.我国台湾地区“民法亲属编”采三分法立法主义。

③ 余延满.亲属法原论[M].北京:法律出版社,2007:96.《韩国民法典》采四分法立法主义。

④ 已有观点对“配偶(夫妻)、父母、子女、祖孙、兄弟姐妹”应当属于近亲属并无争议。(参见:陈苇.中国婚姻家庭法立法研究[M].北京:群众出版社,2010:94;梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·亲属法[M].北京:法律出版社,2006:19;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,2005:211;夏吟兰.民法典体系下婚姻家庭法之基本架构与逻辑体例[J].政法论坛,2014(5).)

履行义务的方式、程度、顺位等有关,因此,有必要作出“近亲属”“其他亲属”的区分。并将近亲属的范围规定为“配偶、四亲等以内直系血亲和旁系血亲,共同生活的直系姻亲”为宜。

(三) 其他争议问题

1. 确定继父母子女为拟制血亲的条件

继父母与继子女关系,是由于生父母一方死亡,另一方带子女再婚;或者父母离婚后,另行结婚而形成的。根据有没有抚养事实或者收养,继父母子女关系可以分为三类:名分型直系姻亲关系、共同生活型、收养型^[34]。我国《婚姻法》第27条规定:继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务,适用本法对父母子女关系的有关规定。即我国法律认定形成抚养教育关系的继父母子女关系为拟制血亲关系。拟制血亲是法律设定的血亲,世界其他国家与我国其他法域立法例,一般都仅规定养子女与养父母之间是拟制血亲,不认为继父母子女是拟制血亲关系^{[31] 76}。我国对继父母子女关系作特别的规定,是因为在旧中国,由于受封建宗法制度的影响,继子女受到歧视,其权益得不到应有保障。1950年《婚姻法》第16条即可见法律对继子女的保护。

对于继父母子女之间是否形成抚养教育关系的标准,我国《婚姻法》未做明确规定,理论认识不一,主要有时间标准认定与义务履行认定两类衡量方法。时间标准认定,主要以共同持续生活时间或抚养教育年限为标准,有以2年^{[27]97}、3年^{[23]396-398}、5年^[35]三种认定方式。对于义务履行的认定,是否共同生活并不是必要条件,学者主要以是否有“生活费、教育费”的负担^[36]或者给予“生活上的照料与抚养”^{[33]240}两个角度对是否形成抚养教育关系下定义。判断继父母子女关系能否转化为拟制血亲关系的标准虽五花八门,其核心实质是如何衡量已经形成稳定的身份关系。现代社会,人们对精神生活与情感生活的要求不断提高,很难仅以生活费用的支付作为评价标准,继父母子女关系必须以收养的方式明确权利义务不符合我国长久以来的现实习

惯,为了严肃身份关系的稳定性、明确当事人真实的意思表示,应以共同生活或抚养教育时间作为确定拟制血亲的标准,建议至少共同生活三年或抚养教育达三年以上^①,才能将继父母子女关系认定为拟制血亲关系。同时,还应当注意到继父母子女关系的双向性,若继子女长期赡养扶助继父母,也应当认定为形成了拟制血亲关系,时间也应以三年为宜。

2. 姻亲关系是否因配偶一方死亡而终止

亲属身份法律关系的发生与终止,是指因一定法律事实的出现,而使当事人之间产生亲属身份法律关系或使既存的亲属身份法律关系归于消灭。对于亲属关系通则是是否应规定亲属身份关系的发生与终止,学者认识不一^②。鉴于亲属间的权利义务关系是以特定的亲属身份为其发生依据,在亲属关系通则中确定亲属关系的起止时间尤为重要。其中,姻亲关系是否因配偶一方死亡而终止争议较大。

对姻亲关系是否因配偶一方死亡而终止作出规定的国家,主要有三种立法例^③:不终止主义,即认为姻亲关系不因配偶一方的死亡而终止,如《瑞士民法典》第21条,《意大利民法典》第78条;任意主义,即立法给予生存配偶自由选择权,如《日本民法典》第728条;终止主义,即条件一旦达成,当事人没有意思表示自由,如《法国民法典》第206条。我国现行立法对此未做明确规定,但由于《继承法》

① 对于三年标准的来源,孔子在《论语》中“子生三年,然后免于父母之怀。夫三年之丧,天下之通丧也。”子女出生三年,几乎要依靠于父母怀抱,这既是古人守孝三年的原因,也从另一方面说明了父母子女之间建立亲密情感需要三年。尽管今日已无古人守孝三年的礼制,但习俗和文化中仍有类似基因。

② 王利明与徐国栋主编的专家建议稿未对此内容作出规定,梁慧星版专家建议稿对此作了规定。

③ 已有学者对姻亲关系是否因配偶一方死亡而终止的立法例作出分类,但不仅分类方式不同,理解也存在矛盾,比如对《日本民法典》第728条之规定,一位学者认为属于任意主义,另一位认为属于有条件的消灭主义。(参见:杨大文. 婚姻家庭法学[M]. 上海:复旦大学出版,2002:81-82;陈苇. 外国婚姻家庭法比较研究[M]. 北京:群众出版社,2006:77;余延满. 亲属法理论[M]. 北京:法律出版社,2007:93.)

规定,丧偶的儿媳对公婆、丧偶的女婿对岳父母尽了主要赡养义务的,无论再婚与否均可作公婆、岳父母的第一顺序法定继承人。可推知,姻亲关系在我国并不因配偶一方死亡而必然终止。现实中,丧偶一方继续扶养死亡配偶父母的情况并不少见^①,甚至与死亡配偶的亲属仍有禁婚的伦理要求。在未来立法时,宜采任意主义,充分尊重当事人意思自治。可理解为当婚姻关系终止时,以婚姻为纽带的姻亲关系应随之终止,但当事人自愿保留的除外。

结 语

婚姻家庭领域中各类主体之间的权利义务,都是以特定的亲属身份为发生依据的。亲属关系在其他法律领域也具有一定的法律效力。如何确定亲属关系,从基本法层面上作出系统的规定,无疑是民法典婚姻家庭编的重要任务。婚姻家庭编亲属关系通则的确立,是实现社会主义法律体系亲属关系规范一致性的基本要求,是完善民法典婚姻家庭编体系化构建的必然选择,也是明晰亲属间权利义务关系的前提。亲属关系通则的体例选择与内容建构,既离不开对其他国家及地区立法经验的借鉴,更需扎根本土回应现实需求;既要继承传统文化精华,又要彰显时代主流价值。只有充分认识到亲属关系的本质属性与法律意义,才能发挥出亲属制度一般性规则的最大作用。■

参考文献:

- [1] 杨大文. 民法的典化与婚姻家庭法制的全面完善——关于民法婚姻家庭编的总体构想[J]. 中华女子学院学报, 2002(4): 1-3.
- [2] 巫昌桢, 杨大文. 走向 21 世纪的中国婚姻家庭[M]. 长春: 吉林人民出版社, 1995.
- [3] 巫昌桢, 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, 2002(04): 4-6+72.

[4] 张文显. 法理学[M]. 3 版. 北京: 高等教育出版社, 2007: 130-132.

[5] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 287.

[6] 王利明. 中国民法典草案建议稿及说明[M]. 北京: 中国法制出版社, 2004.

[7] 江平. 制定民法典的几点宏观思考[J]. 政法论坛, 1997(3): 26-31.

[8] 梁慧星. 当前关于民法典编纂的三条思路[J]. 律师世界, 2003(2): 4-8.

[9] 徐国栋. 中国民法典起草思路论战[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.

[10] 李俊, 肖洪. 论祖国大陆亲属法通则性规定的确立——以海峡两岸亲属制度之比较为视角[J]. 西南政法大学学报, 2010(6): 18-24.

[11] 夏吟兰. 论婚姻家庭法在民法典体系中的相对独立性[J]. 法学论坛, 2014(4): 5-14.

[12] 恩格斯. 家庭、私有制和国家的起源[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局, 译. 北京: 人民出版社, 1999.

[13] 陈琪炎. 亲属·继承法基本问题[M]. 台北: 三民书局, 1980: 134.

[14] 滋贺秀三. 中国家族法原理[M]. 张建国, 李力, 译. 北京: 商务印书馆, 2013.

[15] 金眉. 中国亲属法的近现代转型[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 2.

[16] 费孝通. 乡土中国·生育制度·乡土重建[M]. 北京: 商务印书馆, 2011.

[17] 瞿同祖. 中国法律与中国社会[M]. 北京: 商务印书馆, 2010: xii.

[18] 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.

[19] 杨大文. 中国婚姻家庭法的修订和完善[J]. 法商研究, 1999(4): 3-5.

[20] 夏吟兰. 民法典体系下婚姻家庭法之基本架构与逻辑体例[J]. 政法论坛, 2014(5): 142-148.

^① 参见: 女子两段婚姻均丧偶 赡养两任残疾公婆 23 年 [EB/OL]. (2014-08-21) [2017-07-05]. <http://news.cjn.cn/shxw/201408/t2526334.htm>.

- [21] 徐国栋. 绿色民法典草案[M]. 北京: 社会科学文献出版社 2004.
- [22] 巫昌祯. 婚姻家庭法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2002: 65 - 66.
- [23] 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.
- [24] 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.
- [25] 孔祥瑞, 李黎. 民法典亲属编立法若干问题研究[M]. 北京: 中国法制出版社 2005: 29 - 30.
- [26] 巫昌祯. 进一步完善婚姻法的几点思考——纪念婚姻法修改五周年[J]. 金陵法律评论 2006(1): 3 - 7.
- [27] 陈苇. 中国婚姻家庭法立法研究[M]. 北京: 群众出版社 2010.
- [28] 程维荣, 袁奇钧. 婚姻家庭法律制度比较研究[M]. 北京: 法律出版社 2011: 27.
- [29] 渠涛. 编译. 最新日本民法[M]. 北京: 法律出版社 2006.
- [30] 余延满. 亲属法原论[M]. 北京: 法律出版社 2007.
- [31] 陈苇. 外国婚姻家庭法比较研究[M]. 北京: 群众出版社 2006.
- [32] 杨立新. 婚姻家庭继承法[M]. 北京: 北京师范大学出版社 2010.
- [33] 王洪. 婚姻家庭法[M]. 北京: 法律出版社 2003.
- [34] 夏吟兰. 婚姻家庭继承法[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2017: 178.
- [35] 王歌雅. 扶养与监护纠纷的法律救济[M]. 北京: 法律出版社 2001: 89.
- [36] 杨遂全. 等. 婚姻家庭法新论[M]. 北京: 法律出版社 2003: 171.

Legislative Study on General Rule of Kinship in the Part of Marriage and Family in the Civil Code

XIA Yin-lan¹ LI Dan-long²

(1. China University of Political Science and Law, Institute of Human Rights, Beijing, 100088;

2. China University of Political Science and Law, College of Civil, Commercial Law and Economic Law, Beijing 100088, China)

Abstract: China's present marriage law has no clear and systematic stipulation on the general rule of kinship system, which is closely linked to the legislative aims and existence form of marriage law for a long time. In the process of the codification of civil law, adding the general rule of kinship in marriage law is not only a certain choice to realize the systemization of legal form, but also a basic requirement for the law's internal integrity of logic. The structure of China's general rule of kinship system cannot be built without the perception of kinfolk ethics and the response to realistic problems. This article first took a macroscopic view of the institutional framework and the basic contents, and then discussed several major controversial issues such as the reckoning method of degree of relationship and the determination of the range of close relatives.

Key Words: kinship; systemization; degree of kinship; close relatives

本文责任编辑: 林士平