

民法典编纂专题研究

我国亲属制度改革的进展、 问题与对策

——《民法典婚姻家庭编(草案·三审稿)》述评

杨立新

【提要】我国现行婚姻家庭制度是脱离当代市场经济基础、落后于时代的亲属法。在改革开放已经40年的今天，编纂民法典的婚姻家庭编，为改革我国亲属法提供了机会。《民法典婚姻家庭编(草案·三审稿)》在现行婚姻家庭制度的基础上，进行了较多的改进，但是还存在较多问题，没有全面反映时代发展的要求。在对《婚姻家庭编草案》的进一步修改中，应当统一立法思想，确定民法典尤其是亲属法是私法、是权利法，而不是管理法，建立完整、科学的亲属制度，给人民行使身份权利以更多的选择，实现日益增长的美好生活需要。

【关键词】民法典 婚姻家庭编 亲属法 改革 权利法

〔中图分类号〕D913.9 **〔文献标识码〕**A **〔文章编号〕**1000—2952(2019)06—0075—15

第十三届全国人大常委会第十四次会议审议了《民法典婚姻家庭编(草案·三审稿)》(以下简称《婚姻家庭编草案》)，会后全文公布征求意见。婚姻家庭编是民法典的重要组成部分，担负着调整亲属法律关系的职责，在我国法律体系中具有重要地位和作用，是在1950年制定、1980年重新颁布实施、2001年修订的《婚姻法》和1991年制定、1998年修正的《收养法》的基础上，经过编纂形成的。《婚姻家庭编草案》在二审稿的基础上，又进行了修改。总的看，《婚姻法》《收养法》规定的我国现行婚姻家庭制度存在较大问题，需要进行改革，将其修订为婚姻家庭编，为我国的亲属制度改革提供了机会。审视《婚姻家庭编草案》，能够看到我国亲属制度改革将有较大进展，但也存在较多问题，需要进一步修改，建立起完善的亲属制度。

一、我国现行亲属制度存在的问题与《婚姻家庭编草案》的改革进展

(一) 我国现行亲属制度立法存在的主要问题

我国婚姻家庭立法即亲属法经历了近 70 年，尽管最近的修订是在 17 年之前进行的，但仍然是先天不足，后天问题较多。以下列举四个方面的主要问题。

1. 法律的名称不科学

我国现行婚姻家庭法的名称是《婚姻法》，顾名思义，是调整婚姻关系的法律，但实际内容却是亲属法，是确定亲属之间身份地位和权利义务关系的法律，婚姻关系仅是其中一种。由于在 1950 年制定《婚姻法》时主要想解决婚姻关系问题，主要的立法思想是反对封建婚姻、包办婚姻、买卖婚姻，与这些传统的封建婚姻制度做彻底决裂，实行社会主义的婚姻家庭制度，^①因此才将其称为《婚姻法》。这不仅背离了大陆法系对亲属法的称谓，而且也与前苏联的“婚姻和家庭法”的名称有较大差异，不符合立法传统和法律的实际内容。

2. 婚姻家庭法的条文数量过少且规则简陋

我国《婚姻法》《收养法》的条文数量很少。《婚姻法》51 条，《收养法》34 条，共计 85 条。《德国民法典》亲属编从 1297 条至 1921 条，共有 625 个条文。《日本民法典》亲属编从 725 条至第 881 条，共有 157 条。1930 年国民政府制定的民法亲属编，从第 967 条至 1137 条，共有 171 条。原《苏俄婚姻和家庭法典》共有 166 条。我国这两部法律的条文分别是德国法的 25.5%、日本法的 54.1%、民国民法的 49.7% 和原《苏俄婚姻和家庭法典》的 51.2%。《婚姻家庭编草案》现有条文 81 条，还不如原来两部法律的条文多。用这样为数甚少、内容简单的法律条文来调整复杂的亲属关系，必然是挂一漏万，不符合现实生活需求。

3. 婚姻家庭法的法律观念落后

从 1950 年起，《婚姻法》主要着眼于改革婚姻制度，这无可厚非。但是，一部调整婚姻家庭即亲属关系的法律，将着眼点集中在婚姻关系上，忽略对其他亲属关系的调整，必然形成简单、粗略、不完善的婚姻家庭制度，使我国的亲属法规则不能适应当代调整亲属关系的需要。即使 1980 年重新制定和 2001 年修订后的《婚姻法》也没有解决这些问题，没有规定亲属、亲等、亲系等基本制度，使用了缺少立法例借鉴的“近亲属”概念和“世代亲”规则，无法准确认定亲属关系的远近亲疏，无法准确地确定亲属地位和权利义务关系。

4. 现行婚姻家庭制度不完善、不合理

首先，我国婚姻家庭制度存在很多不完善的问题，没有形成完整的亲属法律制度。例如，《婚姻法》没有规定非婚生子女认领、婚生子女推定、婚生子女否认和非婚生子女准正制度。由于没有规定，对这类纠纷缺少解决办法，最高人民法院所作相关司法解释由于缺少法律依据，总是半遮半掩，缺少完整的解决方案。例如《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》，关于婚生子女否认的问题，第 2 条只规定“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立”。“当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立”的内容，并无认定和否认亲子关系的完整规则。至于异性之间的同居、同性之间的性伴侣问题，更是立法空白。

其次，我国婚姻家庭制度还存在很多不合理的问题。例如，关于继父母子女关系，规定只要形

^① 杨大文主编：《婚姻家庭法（第 6 版）》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 34 页。

成抚养关系，就认可具有父母子女的权利义务关系，但是，对于形成抚养关系的条件、时间、后果等都缺少规定，在实践中很难准确判断，不如以是否确立收养关系的标准确定亲子关系。又如，对于兄弟姐妹之间的扶养关系，规定由兄、姐抚养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。这样的规定似乎很清晰、很细致，但似乎隐含如果兄、姐没有扶养而长大的弟、妹，尽管其兄、姐缺乏劳动能力又缺乏生活来源，也不负有扶养义务的意思。这样的规则，既缺乏亲情，又缺乏道德。这一条文与《日本民法典》第877条关于“直系血亲及兄弟姐妹有互相抚养义务”^①的规定相比较，其缺陷和不合理之处十分明显。

（二）《婚姻家庭编草案》改革亲属制度的主要进展

《婚姻家庭编草案》在改革我国亲属制度上有了较多进展，其主要内容可以归纳为以下16个方面。

1. 取消了计划生育、晚婚晚育的有关规定

《婚姻法》《收养法》要求“实行计划生育”，“夫妻双方都有实行计划生育的义务”，“晚婚晚育应予鼓励”，“收养不得违背计划生育的法律、法规”。随着我国人口形势发生变化，计划生育政策被取消，《婚姻家庭编草案》删除了上述有关计划生育和晚婚晚育的内容。

2. 简要地规定了亲属制度

与《婚姻法》不规定基本亲属制度不同，《婚姻家庭编草案》第822条简单地规定了亲属制度，即：“亲属包括配偶、血亲和姻亲。”“配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。”“共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿，视为近亲属。”“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”尽管这一规定还存在较多问题，但却是我国亲属法第一次规定亲属基本制度，改变了1950年和1980年两部《婚姻法》都不规定亲属基本制度的做法。虽然亲属关系是以配偶关系为基础展开，以血缘作为纽带的人际关系，故婚姻关系是最基本的亲属关系，但是不规定亲属基本制度的《婚姻法》就不是亲属法。《婚姻家庭编草案》规定了亲属的概念和类型，尽管还不是完善的亲属制度，还缺少具体的亲属关系规则，但毕竟还是由“婚姻法”向“亲属法”迈出了一大步。

3. 规定结婚的效力发生于婚姻登记行为而不是结婚证

将《婚姻家庭编草案》第826条与《婚姻法》第8条的内容相比较，会发现一个重大变化，即前者规定的是“完成结婚登记，即确立婚姻关系”，而后者规定的是“取得结婚证，即确立婚姻关系”。这一修改表明，婚姻登记是确立婚姻关系的事实，结婚证并不具有这样的效力。这意味着法律承认婚姻法律行为的效力，其效力产生于婚姻关系登记，因而婚姻登记簿上的记载才是确认婚姻法律行为的事实。这符合民事法律行为和民事登记的一般要求。

4. 修订了无效和可撤销的婚姻法律行为的规定

《婚姻家庭编草案》改变了无效和可撤销婚姻的事由。一是疾病婚的法律效力从无效变为了可撤销。第830条规定，一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知对方，不如实告知的，对方可以请求婚姻登记机关或者人民法院撤销该婚姻。这体现了意思自治原则，由当事人依照自己的意愿来决定是否撤销。二是新增了婚姻无效的事由。第828条增加了一项婚姻无效的情形，即以伪造、编造、冒用证件等方式骗取结婚登记的婚姻无效。此外，为了充分保护婚姻无效或者被撤销时无过错方的权益，《婚姻家庭编草案》第831条第2款特别规定了无过错方的损害赔偿请求权，即“婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。”这些修改和增加，使婚姻无效和可撤销制度更加

^① 《日本民法典》，刘士国、牟宪魁、杨瑞贺译，中国法制出版社2018年版，第220页。

完整和合理。

5. 增加了家事代理权的规定

《婚姻家庭编草案》特别规定了家事代理权，即第837条：“夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。”只要是在家事代理的范围内，夫妻一方所做的意思表示视为另一方授权，对从事日常家事行为所产生的债务，承担连带责任。^①

6. 规定对婚内夫妻共同财产可以部分分割

《婚姻家庭编草案》第842条规定，在夫妻关系存续期间对夫妻共同财产可以部分分割，即：“婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。”按照共有的法理，在共同共有关系存续期间，不得对共有财产进行分割，^②在配偶之间，只有一方死亡或者离婚，消灭了共同关系后才可以分割共同财产。不过，在实践中出现了婚内分割部分夫妻共同财产的需求，最高人民法院予以肯定。^③《婚姻家庭编草案》采纳司法解释的意见，规定了上述内容，是实事求是的。

在夫妻财产范围上也有新的规定，第839条增加“其他劳务报酬”、“投资的收益”也是夫妻共同财产，扩充了夫妻共同财产范围。

7. 增加了婚生子女确认与否认制度

《婚姻家庭编草案》第850条规定了婚生子女的确认与否认规则：“对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。”“对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。”亲属法的规则是：母子关系的确认是依据子女出生的事实证明；父子关系身份的确定都适用“父之推定”规则。例如，“妻子在婚姻期间怀胎的子女，推定为丈夫的子女。自婚姻成立之日起经过二百日，或者自婚姻解除或者撤销之日起三百日以内出生的子女，推定为婚姻期间怀胎”。^④父之推定可以依据一定的事实而推翻，婚生子女否认就是在父之推定的基础上推翻该推定，否定婚生子女的地位。同样，对于非婚生子女，可以依据事实证明而进行认领（确认）。建立亲子关系确认和否认制度是必要的，能够解决现实生活中亲子关系的复杂情况。^⑤

8. 规定登记离婚要有离婚协议

《婚姻家庭编草案》第853条规定，“男女双方自愿离婚的，应当订立书面离婚协议，并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记”，改变了《婚姻法》第31条关于“双方必须到婚姻登记机关申请离婚”，没有强调要有离婚协议的规定。这说明，结婚、离婚都是民事法律行为，结婚是双方合意，离婚也是双方合意。尽管《婚姻家庭编草案》没有规定结婚要有结婚协议，但是登记离婚须有离婚协议，并且是要式行为，就清楚地采纳了亲属法律行为的概念，结婚、离婚、收养、解除收养，都是

^① 房绍坤等：《婚姻家庭与继承法》，中国人民大学出版社2009年版，第108页。

^② 参见杨立新：《民法思维与司法对策（上）》，北京大学出版社2017年版，第1297～1298页。

^③ 《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》第4条规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”

^④ 《日本民法典》第772条。见《日本民法典》，第190页。

^⑤ 参见杨立新：《论婚生子女否认和非婚生子女认领及法律疏漏之补充》，《人民司法》2009年第17期，第94～99页。

亲属法律行为，其后果是产生或者消灭亲属法律关系。^①

9. 增加规定了登记离婚的冷静期制度

《婚姻家庭编草案》第 854 条规定了登记离婚的冷静期制度，即：“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。”“前款规定期间届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。”这一规定是对登记离婚设置门槛，针对的是草率离婚，在冷静期内，促使申请离婚的夫妻冷静情绪，以确定是否有真实的离婚意愿，可以降低高居不下的离婚率。

10. 完善了诉讼离婚制度

《婚姻家庭编草案》第 856 条在规定诉讼离婚制度时，增加了第 5 款，即：“经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。”在司法实践中，在判决不准离婚满六个月后又起诉的，通常会判决离婚。立法专家在讨论这个问题时，认为这个时间过短，应当适当延长，故确定为一年，以维护婚姻关系和家庭关系的稳定。

11. 明确规定母亲的哺乳期限为 2 年

《婚姻法》第 36 条规定：“离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。”但对哺乳期没有一个确定的期间。最高人民法院在司法解释中将哺乳期确定为两年。^②《婚姻家庭编草案》第 861 条第 3 款明确规定：“离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。”采纳司法实践经验，确定哺乳期为 2 年，便于司法实践统一操作。

12. 将离婚补偿制度由特别请求权改为一般性请求权

《婚姻法》第 40 条规定的离婚补偿规则，适用的前提是“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有”。《婚姻家庭编草案》第 866 条删除了这个前提条件，使离婚补偿请求权由约定财产制的规则，改为一般性的离婚补偿请求权，即“夫妻一方因抚育子女、照顾老年人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿”。这样规定适用范围更宽，更为合理、妥当。

13. 完善了离婚过错损害赔偿制度

《婚姻法》第 46 条规定的离婚过错损害赔偿责任存在适用范围限制较严的问题，除了重婚、有配偶与他人同居、实施家庭暴力和虐待遗弃家庭成员四种情形外，都不能适用。对有配偶与他人同居的条件，在司法实践中通常认为同居应当是长期的，故很难对离婚的过错方予以损害赔偿制裁。《婚姻家庭编草案》第 869 条放宽了离婚过错损害赔偿责任的适用范围，除了将“有配偶与他人同居”改为“与他人同居”之外，更重要的是增加了第 5 项即“有其他重大过错”的情形。这意味着，凡是一方配偶有重大过错导致离婚的，无过错一方都可以请求承担离婚过错损害赔偿责任，例如与他人发生性关系，没有达到同居程度，有重大过失或者故意的，可以追究其离婚过错损害赔偿责任，有利于保护无过错一方。

14. 规定夫妻共同债务认定规则

近年来，对婚姻关系存续期间夫妻共同债务的认定，在社会上引起很强烈的反响，引起各界的关注，需要制定规则进行规范。《婚姻家庭编草案》吸收司法解释的意见，规定了第 840 条之一：“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，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。”“夫妻一方在婚姻关系存

^① 参见杨立新：《论亲属法律行为》，《南阳师范学院学报（社会科学版）》2005 年第 5 期，第 3 页。

^② 《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第 5 条：“两周岁以下的子女，一般随母方生活。”这一规定，通常视为是对哺乳期的规定。

续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”这一规定在第三次审议中获得好评。

15. 完善了收养制度

《婚姻家庭编草案》将《收养法》纳入其中，进行了一些修改。一方面是修改了基本原则，即第821条之一第1款吸收了联合国《儿童权利公约》中儿童利益最大化的原则，规定了收养应当遵循最有利于被收养人原则。另一方面是修改了具体制度，其中包括四个方面。一是增加收养的人数，第879条第1款规定，无子女的收养人可以收养两名子女，有一名子女的收养人只能收养一名子女。二是对被收养人取消了“不满14周岁”的限定，符合条件的未成年人就可以被收养。三是第881条之一将“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”，改为“无配偶者收养异性子女或者有配偶者依据前条规定单方收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差40周岁以上”，取消了收养人性别的规定。四是将收养10周岁以上未成年人须征得本人同意，改为8周岁，与《民法总则》关于8周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人的规定相一致。

二、我国亲属制度改革仍须进一步完善的问题

从总体上看，《婚姻家庭编草案》对我国亲属制度所进行的改革很多，但是缺少具有重大意义、体现时代特点的改变，只是进行了适当改进。一方面，这些改进的本身还需要进一步完善，另一方面，还存在较多需要进行改革的问题。

(一) 对亲属制度的改革仍需进一步完善的问题

1. 正名

将调整亲属关系的法律称为“婚姻法”是不对的，将其称为“婚姻家庭编”也不对。

婚姻和家庭法的称谓来自前苏联。《苏俄婚姻和家庭法典》是世界上第一部称之为“婚姻和家庭法”的法典，并使其脱离民法典而成为独立的法律部门。“苏维埃婚姻和家庭立法的使命，是要积极促使家庭关系彻底摆脱物质考虑，消除妇女在生活中的不平等地位的残余，建立能够充分满足人民最深刻的个人感情的共产主义家庭。”^①该法典序言规定的婚姻和家庭法典的立法使命，表明这部法典不是亲属法，而是家庭法。在继受大陆法系民法传统的中国，规定亲属法的民法典分编不叫亲属编而继受前苏联立法传统称为“婚姻家庭编”，还是不够顺畅、妥帖。

《婚姻家庭编草案》规定的内容就是亲属法规则，这不仅是第822条规定了亲属的基本制度，而且在全部条文中，虽然有家庭成员、家庭关系的称谓，却无对家庭的具体界定，超出了家庭关系的范围。既然配偶是亲属中的基本类型，而且亲属特别是近亲属又不是都生活在家庭之中，婚姻家庭编的称谓是无法概括亲属法的全部内容的。同理，第818条开篇规定“本编调整因婚姻家庭产生的民事关系”，就不如“本编调整因亲属产生的民事法律关系”，或者“本编调整因婚姻家庭产生的亲属关系”，更为准确。

婚姻家庭编应正名为“亲属编”，而不是“婚姻家庭编”，只有这样，才能使其真正回归民法典传统中来。

2. 亲属制度的继续完善

《婚姻家庭编草案》第822条规定了亲属的基本制度，使我国的亲属制度从无到有。不过，这一

^① 《苏俄婚姻和家庭法典》，马骥泽译，王家福校，中国社会科学出版社1978年版，第3页。

规定还是过于简略，不符合我国亲属关系的实际情况，主要表现在以下几个方面：

第一，没有规定亲等、亲系制度。婚姻家庭编规定亲属制度，应该规定详细的亲属种类和亲属制度，只规定简单的亲属制度不具有可操作性，没有办法解决实际问题。特别是亲等制度，表明亲属关系的远近亲疏，直接关系亲属的身份、地位和权利义务关系。我国历来只使用世代亲的“代”来确定亲属关系的远近，不适用亲等制度，因而导致计算亲属关系远近、亲疏的方法不准确、不规范。其实这是一个很简单的问题，只要采用了亲等制度就可以解决，没有很大的难度。

第二，使用“近亲属”的概念不合情理，且违背实际的亲属关系现状。《婚姻法》长期使用近亲属的概念并且没有进行界定，《婚姻家庭编草案》第822条专门对近亲属作出定义：一是近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女，二是视为近亲属，包括共同生活的公婆、岳父母、儿媳、女婿。这一规定存在的问题是：其一，近亲属的概念在传统民法体系中并不常见，既不科学，也不准确，不利于国际交流。其二，近亲属范围的界定过于狭窄，其直系血亲只是三代以内，就连曾祖父母、曾外祖父母和曾孙子女、曾外孙子女等最亲的直系血亲都被排除在外，传统家庭所追求的四世同堂，由于超出了三代直系血亲范围，就不是近亲属，成为没有确定的身份地位、没有权利义务关系的“远亲属”，有违人伦情理。更不要说五世同堂中的高祖父母、高外祖父母和玄孙子女、玄外孙子女了。按照我国传统，应当确认五代以内直系血亲均有权利义务关系，即四亲等内的直系血亲。其三，在一定亲等之内的姻亲是有权利义务关系的，例如，“三亲等内的姻亲”是亲属，^①而不是因为共同生活才成为亲属，更不是视为近亲属。

建议民法典亲属编全面继承传统民法的亲属制度，而不是另起炉灶，另搞一套所谓中国特色的亲属制度，改变不合理的亲属计算方法。在坚持血亲、姻亲和配偶的亲系制度，取消近亲属概念的基础上，确定血亲以亲等为准，例如规定五亲等以内的血亲为亲属；^②规定三亲等以内的姻亲为亲属。这样确定亲属的亲等、亲系，不仅有利于扩大亲属的范围，符合人伦情理的要求，同时也扩大了法定继承人的范围。

3. 撤销婚姻关系的主体只应规定为人民法院

《婚姻家庭编草案》第829、830条规定撤销婚姻的机关为婚姻登记机关和人民法院。婚姻关系的建立有胁迫或者一方患有严重疾病的情形，一方当事人申请撤销的，婚姻登记机关有决定是否撤销婚姻的权力，不符合法理。这种撤销权是民事权利，是形成权，当事人行使撤销权，应当向人民法院请求，婚姻登记机关不具有对撤销权进行审查和决定的权力，因为是否构成胁迫或者一方患有疾病，是要经过双方当事人举证、质证，经过审理才能确定的，行政机关怎么能通过行政权力来撤销民事法律关系呢？故行使上述撤销权应当向人民法院请求，经过审理，人民法院才有权判决争议的婚姻关系是否可以撤销。

4. 规定亲子关系的确认与否认规则不足

《婚姻家庭编草案》第850条规定了亲子关系的确认和否认规则，但只是一个简单的规定，更近似于一个程序性的规范，赋予了人民法院确认和否认亲子关系的审判权。至于这个制度中究竟包含哪些具体的制度，具体实行要有哪些要件和具体要求，^③则没有规定，抹杀了婚生子女推定、婚生子女否认、非婚生子女认领（包括强制认领和自愿认领）和非婚生子女准正这四种规则的准确含义，

① 《日本民法典》第725条第3项，见《日本民法典》，第180页。

② 《日本民法典》第725条第1项规定六亲等以内的血亲为亲属。见《日本民法典》，第180页。

③ 陈苇：《中国婚姻家庭法立法研究（第2版）》，群众出版社2010年版，第401～402页。

以及相互之间的界限，使当事人行使请求权和法院的判断标准都没有具体规范，不具有可操作性，^①留给法院作司法解释的空间过大，而这些规则应当是立法的范畴。

5. 更正离婚过错损害赔偿制度中的用语

《婚姻家庭编草案》第869条增加规定了“有其他重大过错”导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。这里使用的“重大过错”不是一个科学、准确的概念，“重大”只能修饰“过失”，而不能修饰故意；而过错既包括故意也包括过失，重大过错这一用语的含义不明确，应当使用“重大过失”，或者使用“故意或者重大过失”的表述才合适。

(二) 我国亲属制度亟需进一步补充和完善的问题

在我国亲属制度中亟需进一步改革和完善的主要问题如下。

1. 宣告死亡人重新出现的备案问题

《婚姻家庭编草案》应当规定撤销死亡宣告后原配偶书面声明不愿意恢复婚姻关系的备案制度。《民法总则》第51条规定：“死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复，但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。”这一规定是明确的，而对该书面声明应当怎样进行尚不明确，婚姻家庭编应当增加规定，对此予以落实。^②建议规定：“被宣告死亡的人重新出现，死亡宣告被撤销后，其配偶向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复婚姻关系的，婚姻登记机关应当将该书面声明予以备案，并对该方当事人发给不愿意恢复婚姻关系声明的备案证明。”“不愿意恢复婚姻关系书面声明的备案证明，具有证明该方当事人与被撤销死亡宣告的人之间的原婚姻关系已经消灭的证明力。”^③

2. 规定虚假婚姻关系的处理规则

婚姻家庭编应当增加与《民法总则》第146条第1款规定相关的虚假离婚的规则。《民法总则》第146条第1款规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”在现实中，这种虚假行为大量地表现为假离婚。假离婚就是虚假民事法律行为，属于无效的民事法律行为。但是，按照一般观念，假离婚经过婚姻登记机关的登记后，就变成了真离婚。在假离婚后，如果一方当事人依据《民法总则》第146条规定主张经过登记的离婚是假离婚因而无效，且证据确实的，应当认可其为虚假行为，确认其为无效的民事法律行为。在作出上述裁判后，应当撤销原来的虚假离婚登记，恢复原来的婚姻关系。婚姻家庭编应当对此作出规定，以便与《民法总则》的规定相衔接。

3. 应当规定“家”与“家制”

《婚姻家庭编草案》虽然规定其为关于“家庭”的法、规定了“因婚姻家庭产生的民事关系”、规定了“家庭成员”概念，却在条文中没有规定“家”和“家庭”的概念，没有规定家制。顺着家庭、家庭成员的逻辑关系推演，婚姻家庭编一定要规定家庭和家制，因为家庭是亲属关系的基本单位，是社会最基本的组成部分，是社会稳定的最重要因素。规定家制，能够传承中华民族几千年来重视家庭的优秀文化传统和家教、家风，有利于稳定家庭，发挥家庭的基础作用，稳定社会，培育好后代，保证国家和民族的昌盛。^④

4. 适当降低法定婚龄

根据各国结婚年龄的惯例以及我国人口生产的实际情况，应当适当降低法定婚龄，例如可以实

^① 这一规定，与《民法典物权编（草案·二审稿）》第117条规定添附制度的缺点是一样的，该条只规定加工、附合、混合是添附，没有规定具体规则。

^② 杨立新：《民法总则：条文背后的故事与难题》，法律出版社2017年版，第142页。

^③ 参见杨立新：《对修订民法典婚姻家庭编30个问题的立法建议》，《财经法学》2017年第6期，第18页。

^④ 关于具体规则的设想，参见杨立新：《对修订民法典婚姻家庭编30个问题的立法建议》，《财经法学》2017年第6期，第10页。

行男 20 周岁、女 18 周岁，或者男女都为 18 周岁。这一方面可以给未婚男女以更多的自由，另一方面可以增加人口，改变我国目前的人口结构。《婚姻家庭编草案》第 824 条仍然坚持“结婚年龄，男不得早于 22 周岁，女不得早于 20 周岁”的规定，对结婚年龄限制过高，违反我国自然人的性成熟现状和民法总则关于民事行为能力的规定，将婚姻行为能力规定为高于民事行为能力的一般规定，与民法传统相悖。建议在计划生育政策已经改变的情况下，适当降低法定婚龄，不区别男女结婚行为能力的年龄界限，纠正这种男女不平等的状况。^①

5. 应当规定婚约和解除婚约的财产处理规则

由于我国婚姻家庭制度从未规定过订婚和婚约，因而对解除婚约后的财产纠纷没有具体规则。虽然婚约并不产生法律上的后果，但是解除婚约通常会发生财产纠纷，需要解决。建议规定：“无配偶的男女之间可以订立婚姻预约，但其不具有法律效力，解除婚约或者订立婚约后不结婚的，不承担违约责任。”“在婚约期间双方赠与对方的价值较大的财产，受赠与人应当返还；返还不能的，应当予以适当补偿。因解除婚约给对方造成重大财产损失有故意或者重大过失的，应当承担赔偿责任。”^②这样规定，既能够对婚约行为予以适当调整，又能够为解除婚约提供财产处理规则。

6. 应当规定同居关系

目前，我国未婚以及离异或者丧偶男女不办理结婚登记而同居的两性结合关系大量存在，立法不予承认是不行的。为了更好地维护妇女和子女的合法权益，保护好同居的老年离异或者丧偶者，婚姻家庭编应当承认并规范同居关系。^③婚姻家庭编规范亲属关系，应当具有多元性、开放性、宽容性的时代特征，尊重人们选择生活方式包括两性生活方式的自由，确认非婚同居是一种新型的家庭形态，将其纳入婚姻家庭编的调整范围。

7. 应当承认事实婚姻关系

在社会生活中存在事实婚姻关系是不争的事实。对此，在刑法领域认定事实婚姻是婚姻关系，可以构成重婚罪，而在民法领域却不承认是婚姻关系，不发生婚姻效力。对事实婚姻关系的否认，是在 2001 年 12 月 25 日《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》确定的，该司法解释第 5 条规定：“未按照婚姻法第八条规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，应当区别对待：（一）1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻对待；（二）1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理之前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。”中国国土辽阔，人口众多，强制所有的人都必须登记才认可其发生婚姻关系是不现实的。对此，一方面应当加强结婚登记的宣传，另一方面对符合结婚实质要件的，应当实事求是地承认其为事实婚姻关系。

8. 应当承认同性性伴侣关系

性关系向纯粹关系的演变和婚姻关系社会功能的弱化，以及由此所带来的社会控制和婚姻政策的转变，改变了人们看待同性关系的视角。立足于传统社会身份意义和婚姻社会功能的角度而对同性关系的指责，已越来越不合时宜，传统观念所依赖的社会基础已不再存在了。^④我国立法对同性恋采取完全不承认立场，与其他国家对同性结合共同生活诉求采取宽容的态度完全不同。目前已经有

^① 在 2017 年 7 月 7 日全国人大常委会法工委召开的座谈会上，很多专家提出了这种意见，参见杨立新：《对修订民法典婚姻家庭编 30 个问题的立法建议》，《财经法学》2017 年第 6 期，第 12 页。

^② 杨立新：《对〈民法婚姻家庭编草案（室内稿）〉的修改意见》，中国人民大学民商事法律科学研究中心编：《编纂民法典参阅》，2017 年第 21 期，第 5 页。

^③ 参见王微：《非婚同居法律制度比较研究》，人民出版社 2009 年版，第 438 页。

^④ 王森波：《同性婚姻法律问题研究》，中国法制出版社 2012 年版，第 126 页。

更多的国家和地区确认同性婚姻关系合法，或者承认同性性伴侣关系的合法性，给他们（她们）以建立家庭、共同生活的法律依据，满足他们的权利诉求。坚持拒绝同性恋合法化的立场，将使我国婚姻家庭制度脱离世界立法的主流，使同性恋者的正当权利受到限制。《婚姻家庭编草案》应当对同性恋的结合表明态度，采纳民事性伴侣的做法具有较强的现实性和可行性，比较适合我国国情，也容易被公众所接受。

9. 应当规定人工生育子女为婚生子女

人工生育子女包括人工授精生育的子女和通过代孕生育的子女。对于前者，最高人民法院司法解释承认其为婚生子女；^①对于后者，有关法院根据最高人民法院的意见，认定取得继子女的法律地位。^②前一种做法是完全正确的，后一种做法则完全没有道理。对此，《婚姻家庭编草案》应当作出统一的规定，即在夫妻关系存续期间，夫妻双方一致同意采用人工授精、人工生殖（包括代孕）等医学技术所生育的子女为婚生子女，任何一方都不得提出其他证据予以否认，以加强对这些子女的法律保护。

10. 应当改变继父母子女之间发生亲子关系的认定标准

认定继父、继母与继子女之间是否发生亲子关系，多以双方是否进行收养作为标准，予以收养的，发生亲子关系，否则不发生亲子关系。^③ 我国《婚姻法》第27条第2款采用的方法是：“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。”这里用的是双方是否形成抚养教育关系，形成则是，未形成则否。问题在于，形成抚养教育关系的标准是什么，并无规定，因而难以准确界定，容易发生争议。建议采用通常办法，即以是否收养为标准，收养则形成亲子的权利义务关系，不然则否。

11. 应当改变成年亲属之间的扶养权利义务规定

《婚姻家庭编草案》第851、852条规定的成年亲属之间的扶养关系规则，仍然沿用《婚姻法》第28、29条的规定，不仅不尽如人意，而且违反生活常理，甚至有将扶养关系形成“对价”之嫌，具有片面性，因为只有由兄、姐抚养长大的有负担能力的弟、妹，才对兄、姐有扶养义务，如果弟、妹没有被兄、姐抚养长大，甚至只扶养过而没有达到“长大”的程度，都不必负担扶养义务。应当改变这种做法，规定在直系血亲之间、夫妻一方与他方父母同居的，在其相互之间、兄弟姐妹相互之间，以及其他成年家庭成员相互之间，互负扶养义务；还应当规定扶养顺序，即负有扶养义务的人有数人时，应以直系血亲卑亲属、直系血亲尊亲属、兄弟姐妹、儿媳、女婿、夫妻的父母，为先后顺位的扶养义务人。

12. 应当将夫妻财产关系纳入婚姻登记范围

婚姻登记的目的之一，是对国家予以承认的婚姻关系进行公示，同时，对配偶双方财产关系的登记具有重要的公示意义。《婚姻家庭编草案》应当规定当事人在结婚登记和性伴侣关系登记中，同时登记双方采取的财产制形式，并在婚姻登记簿和结婚证上予以载明。在婚姻关系和性伴侣关系存续期间，登记的夫妻财产制进行变更的，应当进行变更登记。

13. 应当规定家庭共同财产

《婚姻家庭编草案》仍然只规定夫妻财产关系，没有规定家庭共同财产，这是亲属法规则的不完

^① 最高人民法院《关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》认为：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。”

^② 杨立新：《代孕所生子女的亲属身份关系确定》，《南方都市报》2016年8月11日。

^③ 《日本民法典》798条规定：“对未成年人的收养，须经家庭法院的许可。但收养自己或配偶的直系卑亲属作为养子女的，不在此限。”我国台湾地区“民法”第1073条之一规定：“下列亲属不得收养为养子女：……（二）直系姻亲。但夫妻之一方，收养他方之子女者，不在此限。”

整表现。在现实生活中，家庭共同财产确实存在，在家庭共有财产中包含着夫妻共同财产。现行法规定确定夫妻共同财产范围时，应当先析产，把其他家庭成员的财产先分析出去，再确定夫妻共同财产。这样的做法是承认家庭共同财产的，但没有法律根据。在离婚中，对家庭共同财产和夫妻共同财产的析产比较复杂，婚姻家庭编应当对此作出规定。

14. 应当增加祖父母、外祖父母的探望权

《婚姻法》没有规定祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的探望权，有的法院对祖父母、外祖父母主张探望权的诉求判决驳回，违反人伦情理。我曾经撰文进行批评，^①很多学者也主张祖父母、外祖父母也应当享有探望权。^② 婚姻家庭编草案二审时采纳了这一意见，第 864 条规定了隔代探望权，即“祖父母、外祖父母探望孙子女、外孙子女，如果其尽了抚养义务或者孙子女、外孙子女的父母一方死亡的，可以参照适用前条规定。”但是，在婚姻家庭编草案第三次审议时，因对隔代探望权的意见尚不统一，^③ 立法机关便删除了这一规定，决定将隔代探望权的问题交由法院来解决。笔者认为，父母离婚后，并未改变子女与祖父母、外祖父母之间的身份关系。祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间有着同样深厚的感情联系。为了满足祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的关心爱护等情感需要，应当继续规定隔代探望权。这不仅符合人伦情理的基本要求，还将充分保障祖父母、外祖父母探望权的实现。

三、《婚姻家庭编草案》改革亲属制度不彻底的原因及对策

（一）《婚姻家庭编草案》改革亲属制度不彻底的表现

笔者在前文列举了我国亲属制度存在的问题，《婚姻家庭编草案》对亲属制度改革的进展以及仍然存在的不足，说明我国现行的亲属制度不适应时代的发展。这些问题集中表现在以下两个方面：

1. 固守落后残缺的婚姻家庭制度

1950 年制定的《婚姻法》，是我国亲属制度的奠基之作。这部最早的亲属法存在先天不足，即着重于对婚姻关系的调整而忽视对基本亲属关系的调整，制度简陋，内容粗疏，规则落后。在 1980 年改革开放之初重新制定的《婚姻法》，是为适应改革开放的新形势对亲属制度提出的需求，说是为顺应时代需求，但仍然坚持“能不改就不改”的方针，因而并无实质性改变。即使后来在 2001 年进行的修订，都强调要“小改”而不是大改，因而导致以《婚姻法》为代表的我国亲属制度一直处于落后状态。直至在民法实行法典化的今天，将《婚姻法》《收养法》编纂为婚姻家庭编时，仍然坚持“维护制度稳定、能不改就不改”的方针，因而导致婚姻家庭编草案的亲属制度仍然没有根本性的改革。

2. 拒绝时代发展的创新需求

在今天，距离我国亲属法的奠基之作《婚姻法》的颁布已经接近 70 年，距离该法的第二次颁布也已经近 40 年了，世界形势和时代发展都有了巨大变化，国家的社会生活完全不同于那个时代，但是《婚姻家庭编草案》仍然在拒绝亲属关系中的新事物、新形式，将我国的亲属制度继续保持下去。在婚姻关系的形式上，民众已经接受了新出现的两性结合方式，甚至同性结合方式，不仅出现同居、

^① 见杨立新：《杨立新作品集》，中国法制出版社 2007 年版，第 73~75 页。

^② 毛柏林：《祖父母外祖父母也应当享有探望权》，《人民司法》2008 年第 17 期，第 77~78 页。

^③ 有的意见提出，这样规定对隔代探望的限制，没有必要。也有的意见提出，隔代探望权范围过大，容易引发矛盾，影响未成年人和直接抚养子女一方的正常生活。还有的意见提出，法律不宜赋予祖父母、外祖父母单独的探望权，建议删除这一规定。见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈民法典婚姻家庭编（草案）〉修改情况的汇报》，《第十三届全国人大常委会第十四次会议文件（五）》，第 3 页。

事实婚姻，还存在同性婚姻、同性性伴侣甚至异性性伴侣等，且广泛存在。其中，承认同性婚姻也是正当诉求，认为婚姻体现着个人选择婚姻生活方式的自由，同性恋者同样有追求美好家庭生活的自由，法律需要对同性生活伴侣关系给予法律确认，从而保障他们在基本生活方式选择上的自由。^①《婚姻家庭编草案》对此毫无反映，如果发生纠纷将没有任何法律规范可以适用，导致人民法院对此束手无策，甚至拒绝审判。

从我国亲属制度存在上述问题，以及《婚姻家庭编草案》步伐不大的改革和仍然存在的问题上看，我国的亲属立法没有跟上时代的发展，无法满足人们对丰富多彩的家庭生活，特别是性结合方式的需求。其后果是，只要不是立法规定的两性结合须以登记结婚为法定方式进行的性结合方式，均不是合法婚姻或者性结合方式，法律一律不予承认和调整。这种立法思想不符合科学立法、民主立法和依法立法的要求，不能满足我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾的要求。^②

（二）《婚姻家庭编草案》改革亲属制度不彻底的原因

我国亲属制度存在诸多问题，在编纂民法典婚姻家庭编中又不能加快改革步伐，主要原因在于以下几点：

首先，长期以来，我国婚姻家庭法深受前苏联婚姻家庭法立法和理论的影响，^③继受落后的婚姻家庭法律制度却误认为是我国亲属法特色而固守之。在成文民法典的立法传统中，亲属法历来是民法典中的人法，是民法典的重要组成部分。而前苏联却另起炉灶，坚持认为婚姻家庭法不是民法的组成部分，不是私法而是公法，单独制定婚姻与家庭法典，独立于《苏俄民法典》之外，成为单独的部门法。1950年我国制定《婚姻法》，不仅完全采用了前苏联的立法思想，而且比前苏联走得更远，直接叫“婚姻”法，连“家庭”也不管了。直至今天，在新时代中编纂民法典却仍然套用前苏联的做法，将调整亲属关系的民法分编称为“婚姻家庭编”，继续沿用前苏联的立法传统。在内容上，《婚姻法》第29条即《婚姻家庭编草案》第852条规定的具有“对价”性质的兄弟姐妹之间的扶养权利义务关系，就来源于《苏俄婚姻和家庭法典》第82条关于“有足够物质条件的兄弟姊妹，有义务扶养其需要帮助的不能得到父母抚养的未成年兄弟姊妹。对于无劳动能力而需要帮助的成年兄弟姊妹，如果这些成年兄弟姊妹不能得到父母、配偶或子女的扶养，他们也承担同样的义务”的规定。^④相比之下，《苏俄婚姻和家庭法》这一规定的“对价”性还没有这样鲜明，而我国的上述条文却有过之而无不及，走得更远。这两种立法例，都不如《日本民法典》第877条关于“直系血亲及兄弟姐妹负相互扶养的义务”^⑤的规定更为准确。结论是，前苏联民法特别是其婚姻和家庭法，是传统民法中的另类，是建立在计划经济基础之上的落后制度。我国《婚姻法》以及《婚姻家庭编草案》借鉴的就是这样落后的亲属法制度，没有反映当代市场经济社会的要求。

其次，为了维护制度稳定而固守落后制度，不予改革。亲属制度改革进展不快的另一个原因，是主张婚姻家庭制度需要稳定，不宜大起大落，避免造成不必要的舆情和思想波动。近七十年来，我国的婚姻家庭制度远离当代社会生活现实，是计划经济的产物，具有鲜明的计划经济社会和前苏联立法制度的烙印，却认为是自己的传统和特色而予以固守。如果这些亲属制度是正确的、合理的、符合我国国情和民族习惯的制度，维护其稳定就是必要的和合理的。但是，对落后、残缺

^① 《同性婚姻法律问题研究》，第62页。

^② 《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民出版社2017年版，第11页。

^③ 参见杨立新：《编纂民法典必须肃清前苏联民法的影响》，《法制与社会发展》2016年第2期，第141页。

^④ 《苏俄婚姻和家庭法典》，第27页。

^⑤ 《日本民法典》，第220页。

的亲属制度抱残守缺而维护稳定，就不能更好地保障人民的权利，不符合“健全民事法律秩序，就是要加强对民事主体合法权益的保护，更好地维护人民群众的切身利益”^①的要求。最简单的事例是，在一部调整亲属关系的法律中，不规定基本的亲属制度，或者只规定简单的亲属制度，将曾祖父母、外曾祖父母和曾孙子女、曾外孙子女都排除在有权利义务关系的所谓近亲属的范围之外，怎么能够说这是符合我国国情的制度呢？这不是我国亲属制度的特色，而是落后的、不符合实际生活要求的制度，应当在改革之列。维护这种亲属制度的稳定，就是拒绝改革，拒绝人民对权利的正当要求。

第三，不顾及民事主体对行使亲属权利的正当诉求。历史在进步，时代在发展，人民在新时代面前，对于权利的行使有新的诉求。曾几何时，未经登记而同居是违法行为，是羞于见人并且应当检讨和受到处分的行为；而同性恋不仅曾经被认为是病态，甚至被认定为犯罪行为和流氓行为，是要受到刑法制裁的。但是在今天，同居被未婚青年以及丧偶、离异老人作为一种选择。即使对同性恋，不仅不能作为违法行为对待，不得认定其为病态，^②而且是合理合法的权利选择，被很多国家认定为合法的婚姻形式或者性伴侣形式，得到法律的认可和保护。在这样的时代发展面前，我国亲属法拒绝承认同性婚姻或者同性性伴侣，对同居不加任何规范，是对人的正当权利诉求的不尊重。

第四，错误地把民法典这部权利法认为是管理法。民法是私法，是权利法，是以权利的方法将市民社会的利益公平、合理地分配给每一个市民社会成员，使每一个民事主体都享有同等的权利，获得相应的民事利益，使其生活得更美好，被称为社会生活的百科全书。因此，编纂民法典包括亲属编，应当坚持人民主体地位，坚持人民立场这一根本政治立场，恪守以民为本、立法为民理念，保证人民依法享有广泛的权利和自由，承担应尽的义务，实现好、维护好、发展好最广大人民根本利益。^③这就是民法是权利法的立法思路和基础。权利法的基本表现就是任意法，民法主要作为任意法，应当像苏永钦教授在“第八届海峡两岸民商法论坛”上指出的那样，民法典是一个工具箱，提供民事权利行使的模板，^④应当在其中规定民事主体享有更多的权利，提供更多实现权利的工具和模板，让人民在社会生活中有更多的选择余地，而能够得到民法典的规范和调整。民法典不是管理法，不是政府管理人民的法律，不能在民法典中设置更多的政府权力，并且通过这些权力的行使而使人民的权利受到限制。例如，合同编需要列举有关合同的各种方法，但不是强制性的，只要当事人出于双方意思表示一致，不违反法律、法规的强制性规定，就发生合同的法律效力。在现实生活中，自然人只要达到法定婚龄，就可以与所喜欢的人，采取不同的方式，实现性结合的目的，享受社会生活的美好和愉悦。所以，亲属法不应当只规定一种婚姻形式，而应当提供数种可以选择的形式，供当事人选择自己认为最合适的方法实现自己的性结合目的。强制人们接受唯一的婚姻形式，否则就是违法，法律就不予理睬、不予规范、不予调整，就是管理法的模式而不是权利法的立法。例如《最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》第5条关于认定事实婚姻时间界限的规定，就是典型的管理法思路，将婚姻自由原则强加了唯一形式的政府管束。在这样的角度上研究问题，

① 李建国：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》，《中华人民共和国民法总则·含草案说明》，中国法制出版社2017年版，第46页。

② 世界卫生组织于1994年将同性恋从精神与行为障碍名单中剔除，2001年我国卫生部科学基金编第三版《中国精神障碍分类与诊断标准》，删除了同性恋的病名。参见杨立新、吴烨：《为同性恋者治疗的人格尊严侵权责任》，《江汉论坛》2015年第1期，第122页。

③ 李建国：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》，《中华人民共和国民法总则·含草案说明》，第48页。

④ 苏永钦：《新世纪民法典承担的功能——更多的议题还是更多的工具选择》，北京航空航天大学法学院编：《民商法新趋势与民法典各分编一审稿评析论文集》，2018年，第1~10页。

“编纂民法典是全面推进依法治国，实现国家治理体系和治理能力现代化的重大举措”的说法，^①就值得研究：如果是强调国家治理体系和治理能力是为了保障人民的权利，就是正确的；否则，认为民法典的要求就是对人民的“治理”，体现的就是管理法的思路，违反民法的本质。

（三）进一步完善我国亲属法律制度的应然对策

在下一步对《婚姻家庭编草案》进行修改的过程中，应当采取以下对策：

1. 切记和恪守私法的本质属性和基本逻辑

从罗马法开始确立了私法的本质，通过将调整私人利益的私法与调整国家利益的公法相区别，将两大法律分支的区分归因于预设不同的目的，并且据此确立了私法和公法区分上不可撼动的起点，体现了人类存在的二重目的。^②私法的本质属性是调整私人利益，调整私人利益的根本方法是赋予民事主体以权利，分配市民社会中的民事利益，实现正义。权利法的本质不是管理，而是示范。这是因为民事权利是对法律生活多样性的最后抽象，是实现民事利益的可能性，体现的是民事主体的行为自由，国家的强制性表现在以其保障民事权利的实现，而不是强制对民事主体行为的限制。^③私法的基本逻辑是规定民事权利，并且提供行使民事权利的示范或者模板，供民事主体在行使民事权利时选择，就像在夫妻财产关系那样，除了规定法定制之外，再列举多种夫妻财产制模式，供特定的夫妻进行选择。长期存在的错误观念是，认为法律就是管理的规范，即使民法典这样的私法和权利法，也是对民事主体行使民事权利的管理，因而什么样的权利应当怎样行使，什么样的权利不能给予主体，完全是立法者的决策。这不是私法的基本逻辑，而是违背私法的本质要求。应当坚持民法典包括亲属编是权利法，遵循私法的基本逻辑要求，规定行使权利的更多模板，真正实现民法典行使权利工具箱的功能，保障人民行使权利的自由，明确在行使民事权利时，法无明文禁止即为自由的原则，牢记立法为民的宗旨而不是“立法管民”，不要试图在私法领域中强制地管理人民、教育人民怎样行使权利。如果能够做到这一点，我国民法典的编纂就能够成功，成为21世纪的伟大民法典。

2. 排除根深蒂固的前苏联婚姻家庭法传统的影响

前苏联婚姻和家庭法是建立在计划经济基础之上的非私法，是大陆法系亲属法的异类，反映的是强大的计划经济基础对婚姻家庭关系的强制干预。在民法典各分编草案中，对于前苏联民法传统和思想继受最广泛的就是婚姻家庭编和继承编；而物权编基本上是我国的固有法，合同编主要借鉴国际交易规则，侵权责任编则是大陆法系和英美法系侵权法的融合，受前苏联民法影响不深。几十年来，前苏联婚姻家庭法的传统和思想已经深入到很多人的骨髓中，成为根深蒂固的立法指导思想。如果不继续排除前苏联婚姻家庭法的传统和思想影响，我国的亲属法无法实行有效的改革，无法继续进步。改革开放以来，各行各业都在思想上进行了深刻的反思，进行拨乱反正，但是在法律领域特别是在民法领域却没有进行这样的反思，因此导致前苏联民法思想和传统一直在顽固地表现着，甚至被认为是我国民法的特色。对此，应当充分提高警惕，排除其影响，保护好人民的权利。

3. 呼应时代进步和人民行使权利的要求

时代发展和社会进步，必然使人民对其在市民社会享有的民事权利有新的需求。人民对生活并非沿着符合逻辑的路线前行，而是处于各种有生力量的角逐与争斗之中。^④立法机关不应当依照自己

^① 李建国：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》，《中华人民共和国民法总则·含草案说明》，第46页。

^② [德]奥托·基尔克：《私法的社会任务》，刘志阳、张小丹译，中国法制出版社2017年版，第25~26页。

^③ 参见王利明：《民法总则研究（第2版）》，中国人民大学出版社2012年版，第412~419页。

^④ 《私法的社会任务》，第32页。

的价值选择和逻辑去确定人民享有什么样的民事权利以及怎样行使民事权利，而应当根据时代发展和社会变化的要求，响应人民的需求，赋予人民应当享有的民事权利，规定好行使民事权利的示范方法，供人民在行使权利时进行选择。在当今社会，青年男女并非恪守传统的婚姻方式采取登记结婚的方法进行家庭生活，很多都采取婚前同居或者非婚同居的方式共同生活，法律想禁止是不可能的。特别是丧偶或者离异老人的同居，是比采取再婚的方法更佳的选择。对此，法律不能采取不闻不问的态度，而应当根据实际情况，给出示范的方法和纠纷解决的规范，进行法律调整。对此不闻不问，是不作为的立法态度，应当予以纠正。

4. 建立健全完善的亲属法律制度

面对并不理想的《婚姻家庭编草案》存在的诸种问题，目前的批评态度比较强烈，立法机关应当直接面对批评，依照科学立法、民主立法和依法立法的原则，对我国亲属法律制度重新进行审视，对照在新时代出现的亲属关系的新问题，正视人民提出的新的民事权利要求，按照上层建筑必须与社会经济基础相适应的基本原理，着眼于社会主要矛盾的调整，在编纂民法典分则各编的立法中，对我国亲属制度进行全面改革，建立起完整的、符合21世纪中国国情需要的亲属法律制度，使我国的法治建设达到一个新的程度。

本文作者：杨立新，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，法学院教授、博士生导师，中国民法学研究会副会长

责任编辑：龚赛红

The Progress, Problems and Countermeasures of the Reform of Kinship Systems in China—A Review of the Marriage and Family Volume of the Civil Code of PRC (Draft · Third Review)

Yang Lixin

Abstract: The current marriage and family regulations in China break away from the contemporary social foundation of the marketing economy and lag behind the times. After 40 years since the beginning of the reform and opening-up, the compilation of the Marriage and Family Volume of the Civil Code of PRC provides an opportunity to reform the kinship law in China. The Marriage and Family Volume of the Civil Code of PRC (Draft · Third Review) has made many improvements on the basis of the current marriage and family regulations, while it still has many problems and can't fully reflect the requirements of the times. In the further revision of the Draft of Marriage and Family Volume of the Civil Code of PRC, it is necessary to unify legislative thoughts and confirm that the Civil Code of PRC, especially the kinship law, is a private law and a law of rights, rather than a management law, so as to establish a complete and scientific kinship system, providing more opportunities for Chinese people to exercise their rights and achieve their growing needs for a better life.

Keywords: the Civil Code of PRC; the Marriage and Family Volume; kinship law; reform; law of rights