

# 婚姻家庭法定位及其伦理内涵

薛宁兰

(中国社会科学院法学所, 北京 100720)

**摘要:**建国以来,婚姻家庭法从独立法律部门到回归民法,是民法体系不断完善的结果。当前,学界对于婚姻家庭法作为民法有机组成部分的论证相对成熟,但对于婚姻家庭法伦理与财产法伦理的内涵及其区分揭示得尚不充分,致使婚姻家庭法特性被财产法规则掩盖,出现了对夫妻财产关系的法律适用简单依照财产法规则处理的现象。家庭与市场是两个不同领域,应遵循不同的伦理准则与道德规则,调整这两类关系的法律也各有其特性。婚姻家庭法伦理源自人类维系自身繁衍和家庭和谐有序的内在需求。在当代,它以亲属间互敬互爱、相互扶助、无私奉献为原则,蕴含着尊重生命、禁止乱伦、平等与尊严、敬老爱幼、适度的个人自由等内涵。这些既丰富着民法公序良俗原则的内涵,又与民法财产法所崇尚的,体现交易伦理要求的公平竞争、诚实信用等原则有别。婚姻家庭法因此在民法体系中具有相对的独立性,是民法的特别法。婚姻家庭是个人成长、民族进步、社会和谐、国家发展的重要基点。在国家重提民法典编纂之际,如何从构建民法总则开始,给予亲属关系的法律调整以足够重视,或者具有婚姻家庭视角,是学界和立法机关需要斟酌和开始行动的必要方面。

**关键词:**婚姻家庭法定位;亲属关系;婚姻家庭法伦理;财产法伦理

**中图分类号:**D923.9

**文献标志码:**A

**文章编号:**1001-862X(2015)06-0133-009

新中国成立以来,民法典编纂跌宕起伏,至今仍未完成。<sup>①</sup>与之不同的是,婚姻家庭法在建国头三十年间,以独立法律部门形式存在,与婚姻家庭法学一同成为法律领域和法学领域的“幸运异数”。<sup>②</sup>上世纪80年代初,国家实行改革开放政策,推行市场经济,中国社会开始从“传统”向“现代”转型。1986年,调整民事关系的基本法《民法通则》颁行,从立法体例上宣告婚姻家庭法的民法归属。自此,婚姻家庭法独立抑或回归,即婚姻家庭法的定位,成为中国学术界长期讨论的议题。

## 一、婚姻家庭法定位的已有研究

本文所谓“婚姻家庭法的定位”,是指它在一国法律体系中所处的位置,即它是独立的法律部门,还是某一部门法(民法)的组成部分。本世纪

以来,学术界从对修改现行《婚姻法》的世纪之交大讨论,到婚姻法司法解释(三)公布后,对婚姻家庭法立法价值取向的关注,十余年间,婚姻家庭法的定位始终是紧随国家民事立法建设步伐的学术焦点。学者在此议题上的观点可概括为“回归民法说”与“独立法律部门说”两类。

### (一)回归民法说

回归民法说是当前法学界的主流观点。学者们多以马克思的市民社会理论和大陆法系公法私法划分传统为立论根据。其论据主要有三:

1. 亲属关系是市民社会关系中不可或缺的部分。马克思的市民社会理论认为,随着社会利益分化为私人利益和公共利益两大相对立的体系,整个社会就分裂为市民社会和政治国家两个领域。<sup>①</sup>社会生活也被划分为民事生活领域和政治生活领域。其中,民事生活领域涵盖了全部经济

本刊网址·在线杂志: www.jhlt.net.cn

**作者简介:**薛宁兰(1964—),女,甘肃高台人,中国社会科学院法学研究所研究员、硕士生导师,中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长,主要研究方向:婚姻家庭法、社会保护法。

生活和家庭生活,在马克思著作中称“市民社会”。马克思认为,由于个人在物质交往中必须形成一定的组织和制度,因而市民社会“始终标志着直接从生产和交往中发展起来的社会组织”,包含财产、家庭、劳动方式等要素。它们都在民法(即民法)的调整范围之内。<sup>[2]</sup>因此,市民社会中的平等主体关系涵涉到三大领域:一是物质资料的生产、交换、分配和消费领域,二是人类自身的生产和再生产领域,三是劳动关系领域。在西方国家它们是统一的,都属于民法的范畴。我国制定民法典时,应将亲属关系即婚姻关系、家庭关系作为民法的组成部分。<sup>[3]</sup>中国推行改革开放政策几十年间,市场经济不断繁荣,家庭经济职能日益增强,“那种认为家庭生活与经济生活无关的理论逐渐被抛弃。作为现代社会民事生活和经济生活基本单位的家庭,理应成为民法的规范领域。……一个体系完整、逻辑严密的民法典,必然要对婚姻家庭关系予以规制。”<sup>[4]</sup>

2. 婚姻家庭法与民法有着本质的联系。《民法通则》第二条对民法调整的社会关系范围的界定——“平等主体之间的财产关系和人身关系”,确立了婚姻家庭法与民法调整对象具有一致性,即:两者“调整的对象是私人之间所发生的以主体私人利益或独立自我利益为内容的‘私的关系’”<sup>[5]</sup>。“民法是调整民事生活关系的基本法,无论是否因市场经济引起,民事生活关系(包括家庭关系)都属于民法的调整对象。”<sup>[6]</sup>有学者认为,虽然亲属身份关系以及调整这类关系的婚姻家庭法具有强烈的伦理性。但是,“婚姻关系当事人所负担的道德义务和社会责任的特点不改变其私法属性”<sup>[7]</sup>,并且“私法自治原则并不与家庭稳固相冲突,恰恰相反,私法自治原则自其产生之日起就与婚姻家庭关系有着血肉的联系。家庭领域的私法自治原则是民法自治原则的天然的、历史的重要组成部分”<sup>[8]</sup>。也有学者指出,将婚姻家庭法作为民法的组成部分,并不必然导致婚姻家庭关系的商品化。<sup>[9]</sup>因为,“民法调整的并不都是商品关系;容易使婚姻家庭关系金钱化的因素不在于把婚姻家庭法列入民法体系内,而在于社会的政治、经济、道德等因素。”<sup>[6]</sup>

3. 婚姻家庭法在民法体系中具有相对独立性。有学者指出,亲属立法的历史发展经历了从

重视亲属身份法到重视亲属财产法的过程。即便亲属法调整亲属财产关系时需借助财产法的调整方法,也不能因此改变亲属法的性质。伦理性是婚姻家庭法的基本特性。<sup>[10]</sup>亲属关系“不同于以物质利益交换为目的的经济关系,具有深刻的精神内涵和人本主义的伦理色彩,而这种伦理性决定了婚姻家庭关系具有相对稳定性。……是一种长期的或永久的伦理结合,而不是基于利益的短暂的结合。”这些决定着“婚姻家庭法中强制性规范较多……国家为保护家庭中弱者的利益,实现实质正义,公权力的干预范围较广且深”<sup>[5]8-12</sup>。

## (二) 独立法律部门说

一些学者坚持认为,我国婚姻法应继续保持独立地位,作为民法之外的独立法律部门存在于现行法律体系之中。综其论据,主要有四:

1. 不认同“回归民法”的提法。我国古代法律诸法合体、以礼为核心,并不存在“婚姻家庭法”隶属于“民法”的情况,历史上,也没有产生过婚姻法从民法中分离的情形。既然不存在“分离”,婚姻法向民法的“回归”便无从谈起。相反,我国封建制时期的法律中很多民法的内容包含在“婚姻家庭法”中。<sup>[11]</sup>从新中国立法史看,第一部《婚姻法》早于《民法通则》颁布,并且它是建国后颁行的第一部法律,可见婚姻法并不是民法的组成部分,因而也不存在婚姻法从民法中分离的情形。

2. 婚姻家庭法与民法的调整对象不同。民法调整的社会关系是平等主体之间的财产关系和人身关系。民法调整对象的核心与本质是商品关系。而婚姻法的调整对象是亲属关系,它不具备商品的特点,本质上是伦理关系。两者相比较而言,亲属关系中最重要的是不是财产而是伦理亲情。婚姻家庭是人与人全面合作的伦理实体,并不随着市场经济的建立而发生本质改变。不一定要将婚姻家庭法划归公法或私法,其特殊的伦理性可以作为独立的法律部门,不仅包含实体法的规定,还可以将有关婚姻法的程序法也包含在内,并且以身份关系为中心构建独立于其他法律的立体式家庭法典,家事实体法和家事程序法为内容的婚姻家庭法作为一个独立的法律领域呈现完整的内部结构。<sup>[11]79-97</sup>

3. 婚姻家庭法与民法的调整手段有别。家庭

关系的常态依靠伦理道德与内部规范调整,婚姻法只能按照伦理的规则来调整财产关系,而民法是按照按劳分配、按资分配、等价有偿的对价原则进行。从法律规范强制特点看,婚姻法中大量的强制性规范。婚姻家庭关系确立或破裂时往往需要国家权力的介入,以规制婚姻家庭关系并维护弱者权益;而民法中的规范大多属于任意性规范<sup>[12]</sup>,这些都体现了婚姻家庭关系的特殊性。

4. 婚姻家庭法回归民法后产生了不利影响。婚姻法回归民法的实质目的,即以私法理论推进婚姻自由。从实践后果看,业已成为离婚、结婚等家事领域自由泛滥的制度原因,误导了立法、司法实践与社会舆论,尤其与婚姻家庭法保护家庭稳定的制度功能相悖。貌似平等的权利制度,实则加剧了当事人地位的不平等,与婚姻家庭法保护家庭弱者利益的宗旨相悖。

### (三)小结及观点延展

在两派观点的交锋对决中,回归民法说的论据更为充分,更具有说服力;其不仅具有深厚的法哲学、伦理学基础,而且一定程度上回应了独立法律部门说对于婚姻家庭法回归民法的担忧。例如,有论者在探讨亲属法对婚姻家庭伦理的同构化与谦抑化(压缩与限定)时,指出“亲属关系的伦理本质并不会因(亲属法,本文作者注)‘回归民法’转变成平等主体之间的契约关系,而民法也不会因其私法属性而不具有伦理性”<sup>[13]217-218</sup>。这不仅回应了独立论者的“忧虑”,更是向学界发出警示:强调婚姻家庭法的伦理性时,不能忽视民法自身也具有伦理性。其实,不只是民法部门,其他法律部门也体现着一定的伦理要求。在当代法治国家,法治所体现的价值与社会主流伦理道德规范有着高度的同质性,因为,法本身蕴涵着内在的正义性,“没有伦理道德基础的法律,是无法获得人们的尊重和自觉遵守的。”<sup>[14]51</sup> 此为法律与伦理道德关系的法理学命题,在此不做详论。

回归论说与独立法律部门说的分歧在于:亲属关系的人伦色彩是足以使婚姻家庭法独立于民法之外,还是能使其在民法的共性之下保持个性。笔者以为,除对婚姻家庭法与财产法的伦理性作出“强”与“弱”的程度区分外<sup>(3)</sup>,还应在全面理解亲属关系本质的基础上,从历史与现实相结合的角度作出判断。

## 1. 两大法系立法体例比较

将作为“人法”的婚姻家庭法纳入“民法”是大陆法系各国(地区)民事立法传统。这无论是人法前置的法国法、瑞士法、意大利法、荷兰法,还是将物法前置的德国法、日本法、我国台湾地区法,均是如此。<sup>[15]</sup>即便英美法系国家的婚姻家庭法由一系列单行法规组成,如结婚法、家庭法、离婚法等,但法学理论认为这些法律与财产法、契约法等一起是民法的组成部分。<sup>[16]</sup>其理论根据在于,亲属法规定夫妻、亲子及其他亲属之间的身份关系,规定一般私人之间的身份事项,为私法,其调整对象与调整方法与民法相同。其实,与其说婚姻家庭法与民法(财产法)的调整对象与调整方法相同,倒不如说婚姻家庭法在调整对象和方法上与民法(财产法)具有一致性,商品关系和亲属关系虽是两类社会关系,适用的基本原则有别,但它们共同构成市民社会的基础,一并是民法的调整对象。虽然身份法和财产法是民法体系的两大领域,存在一定区别,但其“区别并没有想象的那么大”。在亲属法中,同样存在着“经济人假说”,这在当今市场经济条件下尤为突出,夫妻等亲属之间“经常地进行着利害的计算”。<sup>[17]</sup>

## 2. 近现代中国立法体例之变迁

诸法合体、以刑为主是中国封建制法的基本特征。这一立法体例于上世纪初叶,被清朝末年法律改革打破。1911年《大清民律草案》(“民律第一次草案”)、1925—1926年北洋政府《民律第二次草案》,以及南京国民政府1930年“中华民国民法”均沿用德国民法典五编制体例,将亲属法列为第四编。这标志着包含婚姻家庭规范在内的中国封建社会立法体例从体系到内容发生了剧烈变革,形成了亲属关系主要由民法典亲属编调整的当代法制格局。<sup>[18]78</sup>

新中国成立之初,废除旧的法统,在重建法律体系时没有采取清末或民国时期立法模式,而是改用苏联立法模式,将婚姻家庭法作为独立法律部门。此为婚姻家庭法长期不属于民法组成部分的外在原因,其内在原因则是,建国头30年间高度的计划经济体制致使民法部门发展迟缓,相应地,调整亲属关系的“人法”——婚姻家庭法的地位和作用在法律体系中得以彰显。可见,计划经济体制下我国婚姻家庭法异军突起,以独立法

律部门存在,有其历史的必然性。

鉴于在中国曾出现过婚姻家庭法与民法“分离”的情形,上世纪80年代以来,中国大陆地区重提民法典制定,学界再谈婚姻家庭法向民法“回归”,便非无从谈起,而是确有所指。它是指自中国清末法律改革以来,婚姻家庭法与民法的“悲欢离合”。可见,不可简单否定“婚姻法向民法回归”的提法,而应明确这一提法特指的历史阶段。

在我国当下法律体系中,婚姻家庭法已无可争辩地回到民法“大家庭”的怀抱,并且,学界对于婚姻家庭法作为民法有机组成部分的论证已经相对成熟。尽管如此,回归论者的观点还有待深化。笔者以为,在已有论证基础上,需进一步探讨两个问题:(1)婚姻家庭法调整对象的特性是否足以使其独立于民法之外,抑或使之在民法的共性之下保持个性?(2)婚姻家庭法伦理在内涵上与财产法伦理有哪些区别?

## 二、亲属关系特质再认识

亲属关系是自然人基于婚姻、血缘和法律拟制而形成的社会关系,是人们之间的血缘辈分关系。它是婚姻家庭法的调整对象,其特质塑造着婚姻家庭法的特性。社会学研究认为,家庭是初级的社会群体<sup>[4]</sup>,是人类本性的培养场所和人类主要的认同来源和安全来源。存在于其中的亲属关系是一种个人的、情感的、相对稳定的关系。它以“大量的自由交往和全部人格的互动为特征”,因而是一种亲密的情感关系。现代社会普遍存在的职场关系、市场交易关系等,则是缺乏感情深度的关系,参与者为实现特定目标将自己人格的某一方面投入其中,因此,这种关系不具有持久性和稳定性,其变更与解体较亲属关系更为频繁。亲属关系则不同,它是持续的和稳定的,当这一关系破损如夫妻离婚或亲属一方死亡,每一主体都会罹受重大痛苦。<sup>[18]193-194</sup> 亲属关系因此是人类社会最基本的社会关系,是一切社会关系赖以形成的基础。可见,将亲属关系纳入民法的调整范畴,是因为它和经济关系(财产关系)一样,是每日每时发生在私人(亲属关系的主体在民法上是自然人)之间的基本民事生活关系。并且,当代亲属关系的性质已发生根本性改变,从过去尊卑

有序的身份支配与服从关系,演变为平等的、注重家庭弱势成员利益保护的互助型的共同生活关系。正是基于亲属关系所具有的构成社会细胞的基础性地位,及其主体之间的独立性和平等性,将之归为民法的调整范围便具有了正当性。

然而,亲属关系在民法体系中又是相对独立的一类民事关系,具有不同于民法财产法所调整的其他财产关系(物权关系、债权关系)的特性:

1. 亲属关系由婚姻、血缘和法律拟制连接而成,是本质的结合关系。日本学者将人类社会的各种结合关系分为“本质的社会结合”与“目的的社会结合”。所谓“本质的社会关系”,是指作为社会有机体的个人,其本质上必须相互结合,并且每个人以自己的整个人格与其他个人进行全面的结合;“目的的社会关系”,则是人为形成的,成员各自怀有特殊目的,因某一动机而结合,在利益上彼此是对立的,所以是“意欲的”或“目的性的”结合。<sup>[22]</sup>民事财产关系多是目的的社会关系,亲属关系是一种自然的、不可避免的本质的结合,它以人类社会客观存在的人伦秩序为基础,是以具有共同伦理目的为本质的结合关系。并且,作为社会细胞组织的家庭,一方面与某一民族世代延续的婚姻家庭习俗密切相关,另一方面又与国家、民族等较大秩序与利益相关。

2. 亲属关系是具有浓厚伦理性的身份关系。虽然,亲属关系在民法中表现为人身关系和财产关系,但其本质是一种具有浓厚伦理性的身份关系,即便是亲属间的财产关系,也不能简单等同于经济关系。它是具有人身附随性的财产关系,以身份关系的存在为前提,当亲属的身份关系终止,亲属的财产关系便随之解体。亲属财产关系的性质和社会功能与其他民事财产关系相比也有很大不同。亲属财产关系的目标在于实现亲属共同生活需要和家庭经济职能,它与亲属人身关系一样,不仅以强烈的伦理性为特征,而且有着共同的伦理价值追求。其他民事财产关系如物权关系、债权关系,是民事主体为满足商品交换需求缔结的,以实现特定经济利益为目的的缺乏感情深度的关系。恰如我国台湾地区学者所言,“该结合关系,不但是为作为的,而且其构成成员皆怀有特殊目的,又纵因偶然动机而结合者,亦仅为意欲的结合关系而已。”<sup>[19]</sup>

总之,其他民事财产关系的主体之间并不如亲属关系的主体用整个人格进行全面的结合,而只是为实现特定经济利益的一部分人格的结合。民事主体在经济交往中利益是对立的,并且其关系存续也不如亲属关系绵长恒久,而是短暂的、快捷的;其他民事财产关系虽然也具有一定的伦理性,但在强度与内涵上均有别于亲属财产关系。

笔者以为,强调亲属关系不同于其他民事财产关系的上述诸多特性,并不是否认婚姻家庭法与民法的同质性(两者均为构成市民社会基础的私法),而在于厘清民法体系中的婚姻家庭法与财产法不同之所在;认识到婚姻家庭法因其调整对象、立法目标、价值取向的特殊性而成为民法体系中相对独立的部分。<sup>[20]</sup>它是民法的特别法,需要一些特殊的、不同于民法财产法的调整方法和规则。

### 三、婚姻家庭法伦理之内涵

亲属关系的上述特性使之成为法律和道德共同规范的对象,调整这一人伦关系的婚姻家庭法也因此具有鲜明的伦理性。已有研究揭示了婚姻家庭法伦理不同于民法财产法伦理的产生途径,即:前者由自然选择规律进化而成,基于亲情、爱情等关系自然而然地产生,并先于法律和道德存在;后者则不是源自财产关系内部,而是通过法律规定强加于这些关系的主体。笔者以为,除此之外,婚姻家庭法伦理在内涵上也有别于民法财产法伦理。

#### (一) 婚姻家庭伦理

所谓“伦理”,是处理人与人关系应遵循的原则。“伦”字的本意是“关系”或“条理”;伦理学就是研究人伦之理、做人之理,即人与人关系的学问。<sup>[5]</sup>在我国古代,伦理与亲属关系有着非常密切的联系。古人所言“五伦”就是人与人的五种主要关系,孟子有云:“父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信。”<sup>[14][35]</sup>从中可见,我国传统社会伦理规范主要调整父子、君臣、夫妇、长幼、朋友五种关系,它们都是相当熟悉和亲密的关系,并且主要是以婚姻家庭为基础的亲属关系。在亲属关系中,主体之间固定的称谓,如夫

妻、父母子女、兄弟姐妹等代表着人们在婚姻或血缘方面的身份联系,也体现着人类的血缘辈分这一人伦秩序的基本要求。社会关于亲属之间应遵循的伦理道德准则(即婚姻家庭伦理),皆以此为基础。恩格斯曾指出“父母、子女、兄弟、姊妹等称谓,并不是简单的荣誉称号,而是一种负有完全确定的、异常郑重的相互义务的称呼,这些义务的总和便构成这些民族的社会制度的实质部分。”<sup>[21]</sup>这在我国传统的小农经济社会中尤其如此,其时的家庭伦理与社会伦理融为一体,家族制度甚至直接构成国家的社会制度。<sup>[22]</sup>

婚姻家庭伦理是一个民族在自己的历史进程中形成的,为人们普遍遵守的有关夫妻、父母子女等亲属关系的价值、观念及行为准则。其内涵以人性为基础,与本民族文化传统密切相连,具有民族性、地域性和时代性。<sup>[6]</sup>在不同民族、不同国家,以及同一国家的不同历史时期,其婚姻家庭伦理规范有不同的内涵。

以我国婚姻家庭伦理的嬗变为例,我国古代婚姻家庭伦理以儒家伦理观为思想基础,奴隶制时代的宗法观念认为,婚姻是人伦之始,西周时便有“同姓不婚”的禁例(即禁止同一宗族内部的男女通婚);父系家长之下子女的行为准则以“孝悌”为最高原则。<sup>[7]</sup>到我国封建制时代,有关婚姻家庭的宗法伦理观念更加完备,以“亲亲”、“尊尊”、“长长”、“男女有别”为主要内容的“三纲”、男尊女卑、“三从四德”,是指引人们日常婚姻家庭观念与行为的核心原则。这些决定了由封建礼教和法律共同塑造的中国古代婚姻家庭制度的基本特征有三:(1)男尊女卑,实行一夫多妻(妾)制;(2)男女婚姻包办强迫、不自由;(3)家长专制,漠视子女利益。新中国成立后,中央政府颁布的第一部法律——《婚姻法》(1950年)彻底废除以包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益为特征的封建主义婚姻制度,确立了男女婚姻自由、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<sup>[23]</sup>,从而为建立新型的婚姻家庭关系提供了法律保障。新型的社会主义婚姻家庭伦理以婚姻自由、一夫一妻为根本特征,以男女平等、相互尊重、尊老爱幼、相互帮助为核心,用民主平等的婚姻家庭关系取代了等级依附的传统婚姻家庭关系。

上世纪80年代以来,改革开放和市场经济的发展标志着我国社会结构真正从“传统”向“现代”转型——从封闭的、家国一体的宗法社会转向开放的、多元社会组织和社会利益群体共存的公民社会。<sup>[24]</sup>现代化浪潮推动中国社会体制与结构转型的同时,社会伦理与家庭伦理也经历着再造和重新定位的“洗礼”。当前,我国家庭关系趋向于规模小型化、结构核心化,兄弟姐妹关系日趋弱化,夫妻、亲子关系居主要地位。<sup>[25]</sup>市场经济体制下的现代家庭伦理以“尊重家庭成员人格与个性,强调权利和义务的双向性,注重感情性和自律性;具备一定的宽容性”为基本特质。<sup>[26]53-54</sup>家庭伦理不仅以性伦理为基础,还与家庭功能紧密相关,其内涵包括:为实现家庭的生育功能,将夫妻性关系与家庭利益相结合,禁止乱伦,对人类自身生产进行规范;为实现家庭同居、教育、扶养等共同生活职能,要求家庭成员之间相互尊重、相亲相爱、敬老爱幼、无私奉献。<sup>[13]44-48</sup>

法经济学研究发现,利他主义普遍存在于家庭生活中,这是“因为家庭组织很小,有许多相互影响的因素”,且“婚姻市场存在着把利他主义‘分配’给其受益者的倾向”。“利他主义家庭的孩子也可能取得更大的‘成功’,这将会把利他主义家庭的影响扩展到其他家庭成员中去”,对子女的利他主义多是从上一代人传承给下一代人,并且世代相传。<sup>[27]</sup>然而,从伦理学角度观之,家庭成员之间普遍存在的利他主义现象,正是这类人伦关系的本质要求与特性体现。它是婚姻家庭伦理强加给家庭成员间道德义务的体现,这些又通过立法转化成为夫妻、父母子女等亲属间的法定义务。

## (二) 婚姻家庭法伦理

基于亲属关系的特质,调整这一人伦关系的婚姻家庭法与婚姻家庭伦理在基本原则和规范层面存在着“相互包容、相互渗透的关系”,其内容也具有很大程度的一致性。因之,可以认为“亲属法本身就是婚姻家庭伦理的最低限度”<sup>[13]203-204</sup>。美国法哲学家博登海默将道德价值的等级体系区分为两类:一是体现社会有序化要求的伦理道德。它是维系社会正常运转所必需的“最低限度的道德”,如避免暴力伤害、忠实履行协议、调整家庭关系等。二是有助于提高生活质量,增进人与人之间密切关系的伦理原则,如慷慨、仁慈、博

爱、无私等价值。只有那些“社会交往的基本而必要的道德正义原则,在一切社会中都被赋予了具有强大力量的强制性质。这些道德原则的约束力的增强,是通过将它们转化为法律规则而实现的”<sup>[28]</sup>。婚姻家庭伦理规范在我国当代伦理道德价值体系中居于基础性位置,是体现社会有序化(亲属关系有序化)要求的“最低限度的道德”,因此,有必要通过立法赋予其具有普遍适用的国家强制力。从社会控制的角度看,法律和伦理道德是两种社会控制力量,两者既相互区别又密不可分。“法律规范大都起源于伦理道德规范,它们原是伦理道德规范中最重要、最基本的内容。惟其最重要、最基本,国家才将其上升为法律规范,借助国家强制力予以保障。”<sup>[14]50</sup>

婚姻家庭法的规则要么是伦理道德规范的转化,要么体现着社会主流伦理道德规范的基本要求,婚姻家庭法因此无可争辩地具有了强烈的伦理性。我国现行婚姻法确立的婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女儿童老人合法权益等原则,构成当代婚姻家庭制度基本价值观的内涵,也体现着社会主流的婚姻家庭伦理道德观的基本要求。2001年修订后的现行《婚姻法》在总则一章增加规定:“夫妻应当互相忠实、互相尊重;家庭成员间应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”(第四条)这一条款是婚姻家庭立法对于我国主流婚姻家庭伦理道德观的肯定,是法律价值引导功能的体现。它虽不具可诉性<sup>(8)</sup>,却是我国婚姻家庭法伦理价值取向的宣示,它对于民众如何处理婚姻家庭问题具有引导作用。

## 四、婚姻家庭法伦理与财产法伦理之区别

### (一) 财产法伦理

发展中的市场经济冲击着我国传统的家庭式的社会组织结构。随着法人等市场主体的形成及其横向联系的普遍化,与市场经济相适应的新的社会伦理规范应用而生。这种新的社会伦理具有广泛性、理性化、平等性、公益性四方面特征,它是在传统的属于私德范畴的“五伦”基础上出现的“第六伦”,属于公德范畴。<sup>[26]52</sup>有学者通过对民法伦理性的研究指出,伦理性是民法的基本特征。“一个国家的民法及至整个法律制度的合法

性,取决于该国家的社会认同和遵守的一致性——即不违反社会的公理。……任何民法制度的设计,都必须符合基本的社会理念,这些理念包括正义、公平和公正,必须符合人的基本权利的要求。”<sup>[14]</sup><sup>15-16</sup> 笔者以为,民法的伦理性集中体现于基本原则中。以诚实信用、公序良俗两个“克服法律局限性工具”<sup>[29]</sup>为例,它们均是对自由的限制,其内容抽象概括,边界不甚清晰,适用范围广泛,为民法的一般条款。<sup>[30]</sup><sup>85-86</sup>

### 1. 诚实信用原则

诚实信用原则被誉为当代大陆法系各国民法的“帝王规则(条款)”。它将一切市场参与者做诚实商人和诚实劳动者的道德标准,上升为民法的立法指导思想 and 价值追求,是市场经济活动中道德准则的法律化。民法确立这一原则的目的在于平衡当事人之间、当事人与社会之间的利益关系,使市场参与者在追求自己利益时,不损害他人利益和社会公益。“惟在市场经济条件下,方才发生交易双方利益冲突及双方与社会一般公共利益冲突的问题;诚实信用原则,旨在谋求利益之公平,而所谓公平亦即市场交易中的道德。”<sup>[31]</sup>为此,我国民法通则、合同法、担保法均设专条,要求当事人行使权利,履行义务应当遵循诚实信用原则。<sup>[9]</sup>

### 2. 公序良俗原则

在现代市场经济社会中,立法时不可能预见一切损害国家利益、社会公益和道德秩序的行为,并作出详尽的禁止性规定,为此,大陆法系各国在民法总则中设公序良俗原则。这一原则要求民事法律行为的内容及目的均不得违反社会的公共秩序与善良风俗,否则,该行为将受到法律的否定性评价。我国台湾地区学者通说认为,公共秩序,是指社会存在和发展所必须的一般秩序;善良风俗,则是指社会存在和发展所必须的一般道德。<sup>[32]</sup>可见,公序良俗原则有维护国家社会一般利益及一般道德观念的重要功能。我国大陆地区学者主张应分别将违反公共秩序和违反善良风俗的行为类型化,其中,危害亲属关系的行为,如约定断绝亲子关系的协议、代孕协议等均属于违反善良风俗的行为。<sup>[33]</sup>也有学者认为,类型化方法存有迟延性、滞后性、不周延性的缺陷,建议增加价值补充方法,弥补这一不足。<sup>[30]</sup><sup>159-170</sup> 在德国,法院曾认为有过错的丈夫与提起离婚之诉的妻子约定承担“今后不单独进行业务

旅行或娱乐旅行的义务”的协议,违反善良风俗。因为,“对丈夫的行动自由做出这样的限制,违背了婚姻的道德本质。”<sup>(10)</sup>可见,公序良俗原则中的善良风俗包括婚姻家庭生活中的伦理道德准则,然其内涵又不限于此。学界通说认为,善良风俗还包含社会生活中的其他道德风尚。从违反这一原则要求的行为类型看,主要如有违人伦和正义的行为、有伤社会风化的行为,以及违背职业道德的行为等。

### (二) 婚姻家庭法伦理与财产法伦理之区别

家庭与市场是两个不同领域,遵循着不同的伦理准则与道德规则。如果说,调整经济关系的财产法为保障市场经济的健康发展,必须以平等自愿、诚实信用、公平竞争为其道德信条的话,那么,在婚姻家庭领域,法律所遵循和倡导的伦理准则应以亲属间互敬互爱、相互扶助、无私奉献为原则。唯其如此,方可使家庭在现代市场经济环境下不致被“经济理性”全面入侵,从而失去其“人文关怀”的特质;婚姻家庭法只有遵循符合人类婚姻家庭本质要求的伦理准则,才会有利于民生,才能为实现当代家庭具有的心理慰藉、精神安抚、救助保障等社会功能提供制度性支撑,从而使家庭成为塑造儿童健康人格、保障老人安享晚年的夫妻恩爱、长慈幼孝的爱的港湾。如此,婚姻家庭法的本位(或“价值取向”)与民法的本位既有相同之处,又有所区别。具体而言,婚姻家庭法应在坚持民法权利本位和社会本位相结合的基础上<sup>(11)</sup>,增加家庭本位,从维护特定亲属结成的社会生活单位——婚姻家庭稳定与和谐出发,确定亲属间的权利义务。此乃“亲属法在价值取向上与民法典实现融通的交汇点”,从而实现亲属所保障的个人价值(利益)与家庭价值(利益)的衡平。<sup>[34]</sup>

总之,婚姻家庭法伦理源自人类为维系自身繁衍和家庭和谐有序的内在需求,并在当代蕴含着尊重生命、禁止乱伦、平等与尊严、敬老爱幼、适度的个人自由等内涵。<sup>[35]</sup>这些既丰富着民法公序良俗原则的内涵,又与民法财产法崇尚的体现交易伦理要求的上述原则有别,婚姻家庭法藉此在民法体系中获得了相对的独立性,应定位为民法的特别法。并且,国内外民法学说与判例将有害于亲属关系的行为纳入善良风俗内涵之中,亦是婚姻家庭法作为民法有机组成的论据之一,此应列入回归论者证成婚姻家庭法归属民法部门的论据清单。

## 五、结语

显然,婚姻家庭法调整对象的上述特性并不导致其独立于民法之外,相反,亲属关系的伦理特性使婚姻家庭法在民法体系中获得了相对独立性。基于已有研究,从亲属关系特质出发,揭示婚姻家庭法伦理内涵及其与财产法伦理之区别,是对回归民法后的婚姻家庭法如何保有特性并获得相对独立性的学术关怀,更是从构建具有“改革性和进步性”<sup>[36]</sup>的中国民法典角度,防止在市场经济大潮裹挟下,亲属关系由温情脉脉的“人伦”关系全面走向冰冷的“物化”关系的学术警觉!因为,如果不从理论上阐释婚姻家庭法属性,廓清它与民法财产法之关系,将难以在已经启动的民法典总则立法中关照到亲属关系的特殊性与重要性,从而建立有别于民法财产法规则的调整亲属关系的特殊规则。毕竟中国大陆地区有过将婚姻家庭法作为独立法律部门的历史,毕竟处在社会转型期的中国婚姻家庭正经历着从观念到行为方式的巨大转变。当下较之以往任何时候都显现出在理论上为婚姻家庭法找到准确定位的必要性与紧迫性!

婚姻家庭是个人成长、民族进步、社会和谐、国家发展的重要基点。在国家重提民法典编纂之际,如何从构建民法总则开始,给予亲属关系的法律调整以足够重视,或者具有婚姻家庭视角<sup>(12)</sup>,是学界和立法机关需要斟酌和开始行动的必要方面。为此,可从民法调整对象、基本原则、民事主体制度、法律行为制度、代理制度等方面入手,研讨和构建符合婚姻家庭法伦理特质的“家庭友好型”的民法规则体系。

### 注释:

- (1)关于中国民法典编撰的曲折历史,参见梁慧星:《关于中国民法典编纂问题》,资料来源:<http://www.i-olaw.org.cn/showArticle.aspx?id=4200>,访问时间:2015年3月4日。
- (2)在《现代汉语词典》中,“异数”一词是指“特殊的情况、例外的情形”。建国以来,与民法及其他部门法的社会待遇相比、与民法学以及其他部门法学的历史境遇相比,婚姻家庭法与婚姻家庭法学都得到了另眼对待,在制度上长期存续,在理论上延续

发展。参见陈甦主编《当代中国法学研究》,中国社会科学出版社2009年版,第56页。

- (3)有学者指出,调整财产关系的法和调整身份关系的法一样,都具有伦理性,但是,财产法只具有“弱度”的伦理性,身份法具有更加鲜明的伦理性。参阅余能斌、夏利芬:《试论亲属法的基本属性——兼谈亲属法应否从民法典中独立》,《湖北社会科学》2007年第9期,第139页。
- (4)初级群体是一种规模较小又非专业化的群体,其成员在交往时既直率又亲密。参见【美】戴维·博普诺:《社会学》(第十一版),李强等译,中国人民大学出版社2007年版,第116页。
- (5)有学者指出,“道德”一词更多地用于人,更含主观、主体、个人、个体意味;“伦理”一词更具客观、客体、社会、团体的意味。参见何怀宏:《伦理学是什么》,北京大学出版社2001年版,第11页。
- (6)有学者从时代性、传承性、变异性、地域性、民族性、共通性这六个方面概括了婚姻伦理的特性。参见王歌雅:《中国婚姻伦理嬗变研究》,中国社会科学出版社2008年版,第3-11页。
- (7)“孝”指子女善事父母,即事亲之孝。“悌”指弟弟要敬爱顺从兄长。参见陶毅、明欣:《中国婚姻家庭制度史》,东方出版社1994年版,第142-143页。
- (8)2001年最高人民法院适用婚姻法司法解释(一)第4条指出:“当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。”
- (9)具体内容可见《民法通则》第4条、《合同法》第6条、《担保法》第3条。
- (10)另一方面,德国法院又支持丈夫承诺如果自己提出离婚申请,就向妻子一次性支付一笔补偿费的约定,为有效。参见【德】迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第515页。
- (11)回顾民法发展史,民法基本观念的演变经历了义务本位、权利本位、社会本位三个时期。社会本位仍以保护个人权利为基本出发点,但对个人权利的行使又有多种限制,是对权利本位的矫正。参见梁慧星:《民法总论》(第三版),法律出版社2007年版,第41-45页。
- (12)此所谓“婚姻家庭视角”,是指法律和政策制定过程中应将婚姻家庭作为制度设计的基本单位和关注点,重视其内容及实施能够促进或有利于家庭功能发挥,实现法律促进家庭和睦与社会发展的价值目标。

## 参考文献:

- [1]梁慧星.民法总论(第三版)[M].北京:法律出版社,2007:31.
- [2]徐国栋.市民社会与市民法——民法的调整对象研究[J].法学研究,1994,(4):7.
- [3]江平.民事立法中的几个热点问题[J].江西财经大学学报,2000,(1):54.
- [4]薛宁兰.中国婚姻法的走向——立法模式与结构.[M]//夏吟兰,蒋月,薛宁兰.21世纪婚姻家庭关系新规划——新婚姻法解说与研究.北京:中国检察出版社2001:197.
- [5]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).
- [6]雷春红.婚姻家庭法的定位:“独立”抑或“回归”——与巫若枝博士商榷[J].学术论坛,2010,(5):143.
- [7]刘凯湘.界定婚姻家庭关系的实质是修改和理解婚姻法的前提.资料来源:<http://www.fatianxia.com/civillaw>,访问时间:2010-1-10.
- [8]李洪祥.我国亲属法应当回归未来民法典[J].吉林大学社会科学学报,2011,(2):143-144.
- [9]余延满.亲属法原论[M].北京:法律出版社,2007:27.
- [10]余能斌,夏利芬.试论亲属法的基本属性——兼谈亲属法应否从民法典中独立[J].湖北社会科学,2007,(9):138-139.
- [11]夏吟兰,龙翼飞,主编.家事法研究[M].北京:中国社会科学文献出版社,2011.
- [12]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):67-68.
- [13]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.
- [14]赵万一.民法的伦理分析[M].北京:法律出版社,2003.
- [15]徐国栋,主编.中国民法典起草思路论战[M].北京:中国政法大学出版社,2001:278-279.
- [16]杨大文,主编.亲属法(第四版)[M].北京:法律出版社,2004:12.
- [17]徐国栋,主编.中国民法典起草思路论战[M].北京:中国政法大学出版社,2001:95-96.
- [18]李秀清.新中国婚姻法的成长与苏联模式的影响[J].法律科学,2002,(4).
- [19]陈棋焱,黄宗乐,郭振恭.民法亲属新论(修订五版)[M].台北:三民书局,2006:2-3.
- [20]杨大文.婚姻家庭立法的思考[N].中国妇女报,2010-4-30.
- [21][德]恩格斯.家庭、私有制和国家的起源.马克思恩格斯选集(第四卷)[M].北京:人民出版社,1976:24-25.
- [22]冯友兰.中国哲学简史[M].北京:北京大学出版社,1995:24.
- [23]刘素萍主编.婚姻法学参考资料[M].北京:中国人民大学出版社1989:48-55.
- [24]李桂梅.中国传统家庭伦理的现代转向及其启示[J].哲学研究,2011,(4):115.
- [25]吴帆.第二次人口转变背景下的中国家庭变迁及政策思考[J].广东社会科学,2012,(2):24.
- [26]李桂梅.现代中国的社会伦理与家庭伦理[J].湖南师范大学社会科学学报,2004,(2).
- [27][美]加里·斯坦利·贝克尔.家庭论[M].北京:商务印书馆,2005:357-359.
- [28][美]E·博登海默.邓正来,姬敬武,译.法理学——法哲学及其方法[M].北京:华夏出版社,1987:361.
- [29]徐国栋.民法基本原则解释——成文法局限性之克服[M].北京:中国政法大学出版社,1992:12.
- [30]于飞.公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [31]课题组负责人梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由(总则编)[M].北京:法律出版社,2004:11.
- [32]史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:334-335.
- [33]梁慧星,主编.民商法论丛(第一卷)[M].北京:法律出版社,1994:57.
- [34]曹贤信.亲属法在民法典定位中的价值取向难题之破解与对策[J].华中科技大学学报(社会科学版),2014,(4):36.
- [35]蒋月.婚姻家庭法前沿导论[M].北京:科学出版社,2007:18-20.
- [36]王利明.民法典的时代特征和编纂步骤[J].清华法学,2014,(6).

(责任编辑 吴兴国)