

亲属与继承法论

主 编 杨遂全

副主编 赵小平

四川 大 学 出 版 社

责任编辑:张振刚
责任校对:孙滨蓉
封面设计:罗 光
责任印制:杨丽贤

图书在版编目(CIP)数据

亲属与继承法论 / 杨遂全主编. — 成都: 四川大学出版社, 2005.11

ISBN 7-5614-3284-4

I. 亲... II. 杨... III. ①亲属法—研究—中国
②继承法—研究—中国 IV.D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 133002 号

书名 亲属与继承法论

主 编	杨遂全
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
印 刷	成都蜀通印务有限责任公司
成品尺寸	185 mm×260 mm
印 张	18.25
字 数	425 千字
版 次	2005 年 11 月第 1 版
印 次	2005 年 11 月第 1 次印刷
印 数	0 001~3 000 册
定 价	30.00 元

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。电 话:85408408/85401670/
85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请寄回出版社调换。

◆网址:www.scupress.com.cn

版权所有◆侵权必究
此书无本社防伪标识一律不准销售

目 录

第一章 亲属法与婚姻法概述	(1)
第一节 亲属法与婚姻家庭法的概念	(1)
一、亲属法的概念和定性	(1)
二、婚姻家庭法的概念	(2)
三、由婚姻家庭法向亲属法的回归	(3)
第二节 亲属法的调整对象	(5)
一、亲属的概念	(5)
二、婚姻的概念	(6)
三、家庭的概念	(7)
四、亲属与婚姻家庭关系的本质	(7)
第三节 婚姻家庭法律与制度	(9)
一、婚姻家庭法律与制度的关系	(9)
二、原始社会的婚姻家庭制度	(9)
三、我国古代的亲属制度	(10)
四、亲属立法形式的沿革	(10)
第四节 我国亲属法的渊源及适用	(12)
一、《民法通则》等民事法律的直接引用	(13)
二、行政法、刑法、劳动法与婚姻法实施的保障	(13)
三、诉讼法对婚姻法实施的程序保障	(14)
四、婚姻法的实施与相关国际条约的遵守	(15)
第五节 亲属法律关系与亲属身份权	(15)
一、身份权的内涵、特性及其与人格权的区别	(15)
二、亲属的人格权、绝对和相对身份权及财产权	(17)
三、单独存在的绝对亲属身份权不包含相对权	(18)
四、相对亲属身份权与绝对亲属身份权	(18)
五、亲属身份在一方死亡后的绝对权效力	(19)
第二章 我国亲属法的基本原则	(20)
第一节 亲属法基本原则概述	(20)
一、确立婚姻法基本原则的意义	(20)
二、婚姻法基本原则的贯彻落实	(21)
三、未来婚姻法与民法的基本原则的关系	(21)

第二节 婚姻自由与男女平等原则	(21)
一、婚姻自由的概念和内涵	(21)
二、婚姻自由的由来和发展	(22)
三、保障婚姻自由原则实施的禁止性规定	(23)
四、男女平等原则	(24)
五、婚姻自由与男女平等的关系	(25)
第三节 一夫一妻及计划生育原则	(25)
一、一夫一妻制与夫妻忠实	(25)
二、禁止重婚与姘居	(26)
三、计划生育的意义及法律要求	(28)
第四节 敬老爱幼与家庭互助原则	(29)
一、保护妇女的合法权益	(29)
二、保护儿童的合法权益	(30)
三、保护老人的合法权益	(30)
四、家庭成员的互助义务	(30)
五、禁止家庭暴力和家庭成员间的虐待与遗弃	(31)
第三章 亲属通则	(33)
第一节 亲属的法定范围和种类	(33)
一、亲属与家庭成员或家属的联系与区别	(33)
二、亲属与近亲属范围及其相关探讨	(34)
三、我国古代亲属种类的划分	(34)
四、现代亲属的分类	(35)
第二节 亲系和亲等	(36)
一、亲系、亲等划分的法律意义	(36)
二、亲系	(36)
三、亲等	(37)
四、罗马法和我国古代的亲等计算方法	(37)
五、罗马法和我国现行亲等计算方法的区别	(38)
六、罗马法和我国现行亲等计算方法的模糊换算	(39)
七、我国现行亲系亲等划分方法存在的问题	(39)
八、目前世界通行的亲系和亲等计算方法	(39)
第三节 亲属关系的发生和终止	(39)
一、血亲关系的发生和终止	(40)
二、姻亲关系的发生和终止	(41)
三、配偶关系的发生和终止	(41)
第四节 亲属的法律效力	(42)
一、如何设定亲属的法律效力	(42)

二、在亲属法上的效力	(42)
三、在其他民事法律上的效力	(43)
四、在劳动法上的效力	(43)
五、在刑法和诉讼法上的效力	(43)
六、在国籍法和行政法上的效力	(44)
七、多重亲属关系重叠时法律效力确认的办法	(44)
第五节 一般亲属权及其侵权的处理	(44)
一、所有亲属都应有的各种实体权利	(44)
二、亲属之间侵害一般亲属权的处理	(49)
三、第三人侵害一般亲属权的处理	(49)
四、亲属一方死亡后亲属身份权的保护	(50)
第四章 结婚制度	(51)
第一节 结婚制度概述	(51)
一、结婚的概念和特征	(51)
二、结婚的要件的概念与种类	(52)
三、结婚制度的历史沿革	(53)
四、结婚的目的与条件的设置	(54)
第二节 婚约	(55)
一、婚约概述	(55)
二、我国现行结婚制度对婚约的态度	(56)
第三节 结婚的条件	(57)
一、结婚的必备要件	(57)
二、结婚的禁止条件	(59)
三、结婚的特殊条件	(62)
第四节 结婚的程序	(62)
一、结婚程序概述	(62)
二、结婚登记机关	(63)
三、结婚登记程序	(63)
四、结婚登记的效力	(65)
五、结婚公告制度	(65)
六、结婚落户	(66)
第五节 事实婚姻	(66)
一、事实婚姻的概念和特征	(66)
二、国外立法对事实婚姻的态度	(67)
三、我国婚姻立法对事实婚姻的态度	(67)
四、事实婚姻的处理	(68)
五、事实婚姻与非婚同居	(68)

第六节 违法婚姻	(69)
一、违法婚姻概述	(69)
二、无效婚姻	(71)
三、可撤销婚姻	(72)
四、违法婚姻的法律后果	(73)
第五章 夫妻制度	(75)
第一节 夫妻制度概述	(75)
一、婚姻成立的效力	(75)
二、夫妻在家庭中的法律地位	(75)
第二节 夫妻人身法律关系	(76)
一、夫妻独立姓名权	(76)
二、同居权利义务	(77)
三、互相忠实义务	(78)
四、住所协定权与居住权	(78)
五、夫妻人身自由权	(78)
六、家事代理权	(78)
七、计划生育权利义务	(79)
八、互相尊重、互相协助义务	(79)
第三节 夫妻财产法律关系及类型	(80)
一、夫妻财产制立法模式	(80)
二、夫妻财产制类型	(81)
第四节 我国现行的夫妻财产关系	(83)
一、夫妻财产制	(83)
二、夫妻扶养义务	(88)
三、夫妻有相互继承遗产的权利	(88)
第六章 生育制度	(91)
第一节 生育制度概述	(91)
第二节 生育权概念的界定	(92)
一、国际社会对生育权的定义	(92)
二、我国法律对生育权的定位	(93)
三、生育权的概念	(95)
四、生育权与生殖健康权、延续家庭权的关系	(95)
第三节 生育权的主体	(97)
一、国外法律中对生育权主体的规定	(97)
二、我国对生育权主体的规定及相关探讨	(98)
三、在押犯和死刑犯的生育权问题探讨	(100)
第四节 生育权的性质	(101)

一、生育权既是民事权利又是宪法权利·····	(101)
二、生育权是身份权，不是人格权·····	(101)
三、生育权兼具相对权和绝对权的效力·····	(102)
第五节 生育权的内容·····	(103)
一、关于生育权内容的几种观点·····	(103)
二、生育请求权·····	(103)
三、生育决定权·····	(103)
四、生育时间和方式选择权·····	(105)
五、生育权的各种限制·····	(105)
第六节 侵害生育权的法律责任·····	(106)
一、生育权的不能强制执行及其司法救济·····	(106)
二、夫妻之间侵害生育权的法律救济·····	(106)
三、第三人侵害生育权的法律责任·····	(110)
第七章 亲子制度·····	(112)
第一节 亲子关系概述·····	(112)
一、亲子关系的概念和种类·····	(112)
二、亲子关系的立法演变·····	(113)
第二节 父母子女的权利义务·····	(113)
一、父母对子女有抚养教育的义务·····	(113)
二、父母对未成年子女有保护和管教义务·····	(114)
三、子女对父母有赡养扶助的义务·····	(114)
四、父母子女有相互继承遗产的权利·····	(115)
第三节 婚生子女·····	(115)
一、婚生子女的概念·····	(115)
二、婚生子女的推定·····	(116)
三、婚生子女的否认·····	(117)
第四节 非婚生子女·····	(117)
一、非婚生子女问题概述·····	(117)
二、非婚生子女的准正·····	(118)
三、非婚生子女的认领·····	(119)
第五节 继子女·····	(120)
一、继子女的概念与类型·····	(120)
二、继父母和继子女的法律地位·····	(121)
三、继父母子女关系的终止·····	(121)
第六节 人工生育子女·····	(122)
一、人工生育子女问题概述·····	(122)
二、人工生育子女的种类·····	(123)

三、人工生育子女的法律地位·····	(124)
第八章 收养制度·····	(126)
第一节 收养制度概述·····	(126)
一、收养的概念及其与相似行为的区别·····	(126)
二、收养的法律特征·····	(127)
三、收养的社会意义和作用·····	(128)
第二节 收养法的基本原则·····	(129)
一、有利于被收养人成长和保护收养人的合法权益·····	(129)
二、当事人平等自愿·····	(129)
三、不违背社会公德的原则·····	(130)
四、不违背计划生育法律政策·····	(130)
五、尊重和保护收养秘密·····	(130)
第三节 收养关系的成立及收养行为无效·····	(130)
一、收养关系成立的条件·····	(131)
二、收养关系成立的程序·····	(134)
三、收养行为的无效和撤销·····	(135)
第四节 收养的效力·····	(137)
第五节 收养关系的解除与终止·····	(138)
一、收养关系可予解除的法定情形·····	(138)
二、解除收养关系的程序·····	(139)
三、收养关系解除或因死亡终止的直接法律后果·····	(139)
四、对养父母支出的生活费和教育费的补偿·····	(140)
五、收养关系解除时其他财产关系的处理·····	(140)
第九章 扶养制度与其他亲属关系·····	(142)
第一节 扶养的概念与特征·····	(142)
一、扶养的概念与扶养制度的作用·····	(142)
二、扶养的种类·····	(142)
三、扶养与监护及其与亲权的关系·····	(143)
第二节 扶养人的范围和顺序·····	(143)
第三节 扶养程度、方式与内容·····	(145)
第四节 扶养的变更、代位和终止·····	(147)
一、扶养的变更·····	(147)
二、直系卑血亲的代位赡养义务·····	(147)
三、扶养的终止·····	(148)
第十章 婚姻的终止与离婚·····	(149)
第一节 婚姻终止及离婚概述·····	(149)
一、婚姻终止的概念与种类·····	(149)

二、离婚与婚姻无效和撤销的区别·····	(150)
三、离婚立法指导思想·····	(150)
第二节 我国的登记离婚制度·····	(154)
一、登记离婚的概念和种类·····	(154)
二、登记离婚的条件·····	(154)
三、登记离婚的机关和程序·····	(155)
四、有关登记离婚的若干问题·····	(155)
第三节 我国的诉讼离婚制度·····	(157)
一、诉讼离婚的概念·····	(157)
二、诉讼外调解·····	(157)
三、诉讼离婚程序·····	(157)
四、诉讼离婚的特别规定·····	(159)
五、判决离婚的法定条件·····	(160)
第十一章 离婚的法律后果·····	(165)
第一节 离婚的人身法律后果·····	(165)
第二节 离婚的财产法律后果·····	(165)
一、夫妻财产的清算·····	(165)
二、夫妻共同财产的分割·····	(166)
三、夫妻债务的清偿·····	(171)
四、离婚时一方擅自处置财产或伪造债务的处理·····	(173)
第三节 离婚对当事人的其他经济后果·····	(173)
一、离婚时夫妻土地承包经营权的保护·····	(174)
二、离婚时分别财产制的家务补偿·····	(174)
三、离婚时对困难方的经济帮助·····	(175)
四、离婚损害赔偿·····	(177)
第四节 离婚后对子女的抚养与探视·····	(179)
一、离婚后的父母子女关系·····	(179)
二、离婚后子女直接抚养权的确定·····	(179)
三、离婚后子女抚养费的负担·····	(180)
四、离婚后对子女的探望权·····	(181)
第十二章 继承法原理·····	(185)
第一节 继承法概述·····	(185)
一、继承法的概念和特征·····	(185)
二、继承法与亲属身份财产法·····	(186)
三、继承法的调整对象·····	(186)
四、继承制度的本质和沿革·····	(187)
第二节 继承法的基本原则·····	(189)

一、保护亲属的私有财产继承权·····	(189)
二、男女平等·····	(189)
三、亲属权利义务相一致·····	(190)
四、限定继承·····	(190)
五、养老育幼、照顾弱者·····	(191)
第三节 继承法律关系·····	(191)
一、继承法律关系的概念·····	(191)
二、继承法律关系的主体·····	(192)
三、继承法律关系的内容·····	(192)
四、继承法律关系的客体·····	(194)
第十三章 法定继承·····	(197)
第一节 法定继承的特征和适用·····	(197)
一、法定继承的概念·····	(197)
二、法定继承的特征·····	(197)
三、法定继承的适用范围·····	(197)
第二节 法定继承人的范围和顺序·····	(198)
一、法定继承人的范围·····	(198)
二、法定继承人的顺序·····	(201)
三、胎儿的继承地位·····	(202)
第三节 代位继承与转继承·····	(202)
一、代位继承·····	(202)
二、转继承·····	(204)
三、代位继承与转继承的区别·····	(204)
第四节 法定继承人的遗产份额分配原则·····	(205)
一、法定继承的遗产份额分配原则·····	(205)
二、非继承人对遗产的取得·····	(207)
第十四章 遗嘱继承·····	(208)
第一节 遗嘱的概念和法律特征·····	(208)
一、遗嘱的概念·····	(208)
二、遗嘱的特征·····	(208)
三、遗嘱继承的概念·····	(209)
四、遗嘱继承的法律特征·····	(209)
第二节 遗嘱有效的条件·····	(210)
一、遗嘱的有效要件·····	(211)
二、遗嘱的无效·····	(212)
第三节 遗嘱的形式·····	(213)
一、公证遗嘱·····	(213)

二、自书遗嘱·····	Q14)
三、代书遗嘱·····	Q15)
四、录音遗嘱·····	Q16)
五、口头遗嘱·····	Q16)
第四节 遗嘱的成立和生效·····	Q16)
一、遗嘱的成立·····	Q16)
二、遗嘱的生效·····	Q17)
三、遗嘱的不生效·····	Q18)
第五节 遗嘱的变更和撤销·····	Q18)
一、遗嘱变更和撤销的概念·····	Q18)
二、遗嘱的撤销与可撤销民事行为的区别·····	Q19)
三、遗嘱变更和撤销的基本要件·····	Q19)
四、遗嘱变更和撤销的方式·····	Q19)
五、遗嘱变更和撤销的效力·····	Q20)
第六节 遗嘱继承人·····	Q20)
一、遗嘱继承人的范围·····	Q20)
二、代位继承人可否属于遗嘱继承人的问题·····	Q21)
三、遗嘱继承人的权利和义务·····	Q21)
第七节 遗嘱继承的适用·····	Q22)
一、遗嘱继承的适用条件·····	Q22)
二、遗嘱继承不适用代位继承·····	Q23)
三、遗嘱继承人仍可参与法定继承·····	Q23)
第十五章 遗赠与遗赠扶养协议·····	Q25)
第一节 遗赠概述·····	Q25)
一、遗赠的概念·····	Q25)
二、遗赠的法律特征·····	Q25)
三、受遗赠人的法律地位·····	Q26)
第二节 遗赠扶养协议·····	Q26)
一、遗赠扶养协议的概念和特征·····	Q26)
二、遗赠扶养协议的现实意义·····	Q27)
三、遗赠扶养协议的法律效力·····	Q28)
四、遗赠扶养不应排除第二顺序法定继承人·····	Q28)
五、司法实践中遗赠扶养的扩大适用·····	Q29)
第三节 遗赠与遗赠扶养协议的执行·····	Q30)
一、遗嘱执行人的确定·····	Q30)
二、受赠人不履行遗嘱时的处理·····	Q30)
三、五保对象的遗产处理·····	Q31)

第十六章 遗产的分割处理	233
第一节 遗产继承的开始	233
一、继承开始的时间	233
二、继承开始的地点	233
三、继承开始的通知	234
第二节 遗产的管理	234
一、遗产管理人的确定	234
二、遗产管理人的权利和义务	235
第三节 继承权的行使	236
一、继承人接受或放弃继承	236
二、受遗赠人接受或放弃遗赠	238
第四节 被继承人生前债务的清偿与遗产分割	238
一、被继承人生前债务的清偿	238
二、遗产的分割	240
三、无人继受遗产的处理	241
第十七章 民族涉外涉港澳台的亲属与继承制度	243
第一节 民族自治地区对亲属法继承法的变通	243
第二节 涉外婚姻家庭继承法律问题	245
一、涉外婚姻家庭继承的概念及其法律原则	245
二、涉外结婚的条件和程序问题	246
三、涉外离婚的条件和程序问题	247
四、中国公民与外国人的复婚问题	248
五、涉外扶养、监护及继承法律问题	248
六、涉外收养	248
第三节 内地涉及华侨、港澳同胞的婚姻家庭继承	252
一、涉及华侨的婚姻	252
二、涉及港澳同胞的婚姻	254
三、内地涉及华侨、港澳同胞的扶养、监护、继承	255
第四节 涉台婚姻家庭继承问题	258
一、台湾同胞与大陆公民的结婚问题	258
二、去台人员与其大陆配偶间婚姻的处理原则	259
三、涉台离婚问题	260
四、涉台婚姻家庭继承关系的处理	260
五、对台湾地区涉及两岸亲属继承裁决的认可	261
第十八章 救助措施与法律责任	263
第一节 救助措施与法律责任概述	263
一、救助措施的含义及特征	263

二、法律责任的含义及特征·····	Q64)
第二节 婚姻法中救助措施的适用·····	Q65)
一、实施救助措施的前提·····	Q65)
二、救助组织和机关·····	Q65)
三、救助措施的内容·····	Q66)
四、救助措施适用范围·····	Q66)
第三节 婚姻法与继承法中的民事责任及裁判的执行·····	Q67)
一、拒绝给付抚养费、抚养费、赡养费的法律责任·····	Q67)
二、离婚及其他损害赔偿·····	Q67)
三、妨害夫妻共同财产分割的民事责任·····	Q69)
四、继承法中的法律责任·····	Q69)
五、对婚姻家庭案件裁判的强制执行·····	Q70)
第四节 侵害婚姻家庭的行政责任·····	Q71)
一、实施家庭暴力或虐待家庭成员·····	Q71)
二、弄虚作假骗取婚姻登记·····	Q71)
三、非暴力干涉婚姻自由·····	Q71)
四、违反《义务教育法》规定·····	Q72)
五、违反计划生育法规·····	Q72)
六、不履行抚养教育义务或遗弃婴儿·····	Q72)
第五节 侵害婚姻家庭的刑事责任·····	Q72)
一、暴力干涉婚姻自由罪·····	Q72)
二、重婚罪·····	Q72)
三、破坏军婚罪·····	Q73)
四、虐待罪·····	Q73)
五、遗弃罪·····	Q73)
六、拐骗儿童罪·····	Q73)
七、拐卖妇女、儿童罪·····	Q73)
八、收买被拐卖妇女、儿童罪·····	Q74)
参考书目·····	Q75)

序 言

我国于2001年4月底修订了1980年《婚姻法》。在修订《婚姻法》时，全国人民代表大会常务委员会法律工作委员会于2000年12月18日在《关于修改〈婚姻法〉的报告》中指出，“其他有些问题还需进一步研究，法律委员会建议在草案中暂不作规定，可以在制订民法典时进一步完善”。学术界（主要是民法学界）前些年已经草拟出《中华人民共和国民法典大纲（草案）》，“亲属”列为其中重要的一编。2003年，全国人民代表大会常务委员会审议了《中华人民共和国民法（草案）》，其中“婚姻法”和“收养法”分列为两编。在《婚姻法》修订之后，最高人民法院又先后颁布了两个专门的适用于《婚姻法》的司法解释。

2003年，全国人民代表大会常务委员会审议的《中华人民共和国民法（草案）》，其中也将“继承法”作为单独一编，排在“收养法”之后；并且，对原来单行的继承法进行了较大修改。最近，全国人民代表大会常务委员会审议的《中华人民共和国物权法（草案）》也对继承法做了原则规定。

本书在上述这些新旧法律法规和草案的基础上写作而成，适合于法学本专科学生和法律硕士生学习使用。

本书的整体框架共分18章，第1~3章为亲属法的基本理论；第4~11章为婚姻家庭法的基本规定；第12~16章为继承法的基本理论和基本规定；第17、18章涉及涉外、民族、法律责任等特殊的亲属继承法律问题。

本书撰稿者的具体分工如下：杨遂全负责全书目录、序言以及第1、3、6、8、9、12、17共七章；赵小平负责第2、5、10、11章，共四章；张晓远负责第4、7、16章共三章及第15章的两目；何霞负责13、14、15章共三章；李勇军负责第18章。本书参考了法律出版社出版的中国人民大学杨大文教授主编的《亲属法》和华东政法学院张贤钰教授主编的《婚姻家庭继承法》，以及其他一些专家、学者的著述和教材，在此深表谢意。

四川大学法学院和四川大学出版社对本书的出版给予大力支持，在此，对他们表示感谢。书中阐述的一些新观点和建议，肯定会有某些不周全的地方，敬请读者批评指正。

杨遂全

2005年8月8日

第一章 亲属法与婚姻法概述

【阅读提示】 本章主要了解亲属法的一般原理,认清和具体界定亲属法、婚姻家庭法及其调整对象亲属、婚姻、家庭和相关社会制度的概念、本质,从总体上把握现代亲属法的发展趋势;对我国亲属法的法律渊源和适用以及亲属法律关系的特性,有一个比较切合我国社会实际的理论认识。

第一节 亲属法与婚姻家庭法的概念

一、亲属法的概念和定性

在人类文明多元化的今天,法律的功能之一仍然是通过概念为人们提供明确的行为模式。法学则是以名称概念作为代表事物的符号进行思维的。所以,在司法实践和法学研究中首要的是对概念定性准确、界定清楚。学科划分和法律的命名亦如此。

目前,我国法学界普遍认为:“亲属法是规定亲属身份关系的发生、变更和终止,以及基于上述身份关系而产生的权利义务关系的法律规范的总和。”^①对此,我国法学界无大的争议。

从目前世界各国的亲属立法来看,亲属法中有一部分是属于人格权法和财产法的内容,但举世公认它主要属于身份法。因此,在法律特征上,我们认为亲属法既包括亲属人格权法、亲属身份法,也包括由此产生的身份财产法。它作为法律规范的总和,不仅包括以亲属法或婚姻法命名的法律文件,而且涵盖着所有调整亲属关系的法律规范,如地方法规、行政法规等。同时,我们还应该注意到,亲属法不同于其他调整亲属关系的社会行为规范,如政策、单位规章、乡规民约、道德、习惯、宗教教规等。

国外的一些学者认为:“亲属法属于‘私法’的性质,它是规定亲属关系、家长家属关系的发生、变更和终止,以及基于上述身份关系而产生的权利义务关系的法律。”“至于英美法系的国家,亲属法是由一系列的单行法规组成的,如婚姻法、家庭法、离婚法、已婚妇女财产法、处理夫妻案件(诉讼程序)法、养子法等等。属于亲属法范围的法律同样也被认为是民法的组成部分。”^②但世界各国的学者普遍认为婚姻法或家庭法绝不可能反过来包容整个亲属法的内容。

在2001年之前修改婚姻法的过程中,我国社会各界已经对调整婚姻家庭和其他亲属关系的法律规范的科学命名问题产生了较大的争论,而且已经普遍认识到我国现行《婚姻法》“名实不符是一大问题”,“婚姻法不可能规定亲属体系的划分或亲等的计算等亲属法的基本规则”。

① 杨大文主编:《亲属法》,法律出版社2002年修订版,第25页。

② 法学教材编辑部编审:《婚姻法教程》,法律出版社1992年版,第17页。

许多学者主张,调整婚姻家庭关系和其他亲属关系的法律,应当使用目前许多国家通行的“亲属法”这一名称,以此概括所有相关的单性法规更为科学。所以,我们很有必要首先在名称上,深入研究和探讨清楚亲属法的概念,以及它与婚姻法这一概念的联系与区别。

本书采用我国法学界普遍公认的上述关于亲属法的概念。其原因在于,在我国历史上一直用亲属的概念概括称谓“户”和“婚”两类亲属关系。作为礼法合一的《礼记》专门有以“释亲属”命名的篇章,此后才定“昏义”。我国古代立法也都是“户婚”合一或分立,从未只规定“婚律”,不规定“户律”的。清朝以后,则都是直接以民律亲属编或民法亲属编立法的。^① 目前在我国台湾地区的民法典中,第四编仍以“亲属编”命名。但是,它所规定的家长与家属之间已经没有法律上的权利义务,事实上已不在亲属法的范围之内,家属的概念也失去意义。

对于目前我国大陆立法为什么不以亲属法的名称命名相关法律,有人认为主要是考虑亲属法的名称与婚姻法的名称相比带有封建意识;也有人认为亲属法的名称过于宽泛,实质上主要是调整婚姻家庭关系的,以婚姻法命名相关法律更能反映法律的根本目的。^② 但是,这些观点越来越受到社会现实和相关法律的挑战。司法部法学教材编辑部编审的高等院校法学教材已经将原来的《婚姻法教程》改为《亲属法》。但是,仍有不少高等院校继续沿用《婚姻法》或《婚姻家庭法》的课程名称。

二、婚姻家庭法的概念

依照我国法学界普遍公认的观点解释:“婚姻家庭法是规定婚姻关系的发生和终止,以及由此产生的特定范围的亲属之间的权利义务关系的法律规范的总和。”^③ 婚姻家庭法是调整婚姻家庭关系的法律规范的总和。新中国成立后一直将其简称为“婚姻法”。绝大多数成文法国家通常将主要调整婚姻家庭关系的法律以“亲属法”或“亲属编”的名称放在民法典之中。

婚姻家庭法的概念有以下特征:① 婚姻家庭法既调整婚姻关系,也调整婚姻关系以外的家庭关系;作为目前的权宜之计,它也调整婚姻家庭关系以外的其他亲属关系。② 婚姻家庭法既指形式意义上的婚姻家庭法,即以婚姻家庭命名的法律文件,也指实质意义上融合于其他法律文件中调整婚姻家庭关系的法规。③ 在现代,婚姻家庭法是一带有较强伦理性、强制性、普遍适用的普通法,不是特别法,是世界各国婚姻家庭社会制度的主要组成部分。

我国1950年制定的《婚姻法》借鉴了前苏联的《婚姻家庭监护法》,调整范围与名称相距甚远。在1980年修订婚姻法时,由于“文化大革命”刚结束,新中国成立后几十年社会状况变化不大等种种原因,保留了原来婚姻法的名称,而没有采纳当时社会各界关于婚姻法更名为“婚姻家庭法”的建议。^④ 结果,许多超出婚姻家庭范围而又需要

① 陈顾远著:《中国古代亲属法》,商务印书馆1943年版,第4页;杨怀英主编:《中国婚姻法论》,重庆出版社1989年版,第3页、第124页。

② 见《民主与法制》杂志1997年第9期,第8页;杨大文著:《民法的法典化与婚姻家庭法制的全面完善》,《中华女子学院学报》2002年第4期,第2页。

③ 教育部高等教育司组编、张贤钰教授主编:《婚姻家庭继承法》,法律出版社2002年版,第20页。

④ 巫昌祯等主编:《走向21世纪的中国婚姻家庭》,吉林人民出版社1995年版,第17页。

法律调整的亲属关系，后来只好由司法解释来补充调整。^①

我国 20 世纪 90 年代颁布实施的调整各类亲属关系的单行法规也都没有再局限于婚姻家庭关系的范围内。比如 1993 颁布实施的《收养法》，明确规定的不同类型的收养条件和收养的法律效力都远远超出了婚姻家庭关系的范畴。三代以内的旁系血亲特殊的收养条件，被收养人和收养人的“近亲属”之间权利义务的产生等规范，都超出了婚姻家庭的范围。其他法规对不同类型的亲属法律效力的规定也都远远超出婚姻家庭的范围。我国《公务员任职回避暂行办法》规定的公务员任职回避中，亲属回避的范围最广，涉及“三代以内的旁系姻亲”^②，但如何计算三代内的旁系姻亲，则找不到任何有关的法律规定。

在 2002 年 12 月提交全国人大常委会讨论通过的民法草案中，第五编仍然是以“婚姻法”命名的，“收养法”列为第六编。目前，大部分学者认为，“婚姻法”应当与“收养法”两编合而为一，称之为“婚姻家庭法”才科学。部分人认为，将“婚姻家庭法”简称，继续以“婚姻法”命名未尝不可。我们认为，以“亲属法”命名比较科学。如果这一部门法一定要使用“婚姻家庭法”的名称，其简称也以“家庭法”更为合适。无论如何，如果未来将这些本来只适合于用亲属法加以规定的内容，再用“婚姻法”来规定肯定会影响立法的科学性。

三、由婚姻家庭法向亲属法的回归

从近几十年的调查统计看，我国大家庭模式日渐消逝，以父母和未成年子女组成的小家庭已成为我国当代家庭的主要形式，3 口或 4 口之家已占主导地位。^③ 几十年前还属于典型的大家庭内部关系的家庭关系，现已演变为一般的互有某种法定权利义务的近亲属关系。同时，随着现代人离婚率的越来越高，非同一家庭的婚生或继父母子女关系等近亲关系也越来越多。在原来的一些婚姻家庭关系在不知不觉中潜变为具有法定权利义务的非婚非嫁的近亲属关系的情况下，原以婚姻家庭关系为调整对象的法律，也在不可逆转地潜变为以近亲属关系为调整对象的法律制度。可是，我国婚姻法学界不少人并未注意到这种社会关系潜变的实际状况，仍僵守着传统的法学思维观念，把许多根本不是婚姻家庭关系的社会关系，比如，在父母离婚后各自另属一家的父母子女关系、已与父母分家的成年子女关系、未共同生活的非婚生父母子女关系和祖孙关系等，都归之为婚姻法或家庭法的范围内。所以，我们在此指出这种社会变化，进一步分析未来亲属法存在的必要性。

（一）一般的同居关系增多，亲属非婚姻化与婚姻法名称的局限

目前，我国的婚前同居和老年独身者之间的非婚同居，基本上为人们所默认。婚外同居现象屡见不鲜，离婚后不再结婚而只同居的现象也在日益增多。我国结婚的绝对数虽未明显减少，但结婚率在下降。据国家统计局统计，近十年来，我国每年的结婚率在慢慢下降，从 1990 年的 1897 万人下降到 1998 年的 1773 万人。^④ 事实婚发生的比例居

① 杨遂全著：《论婚姻法正名为亲属法的必要性》，《社会科学研究》1998 年第 3 期。

② 参见国务院 1996 年颁布实施的《国家公务员任职回避暂行办法》第 6 条。

③ 参见杨遂全著：《中国人口法律制度研究》，第六章有关统计数字，法律出版社 1995 年版，第 127 页。

④ 参见滕蔓等著：《离婚纠纷及其后果的处置》，法律出版社 2001 年 7 月版，第 27 页；陈苇著：《中国婚姻家庭立法研究》，群众出版社 2000 年版，第 4～5 页。