



南湖法学文库 | 总主编 吴汉东

亲属身份行为 基本理论研究

The Fundamental Theory of the Family Status Action

张作华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



南湖法学文库 | 总主编 吴汉东

本书是中南财经政法大学国家重点学科民商法学 211 学科建设项目的成果之一

亲属身份行为 基本理论研究

The Fundamental Theory of the Family Status Action

张作华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

亲属身份行为基本理论研究 / 张作华著. —北京:
法律出版社, 2011. 11

(南湖法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2800 - 2

I. ①亲… II. ①张… III. ①亲属法—研究—中国
IV. ①D923. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 234274 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2011 年 11 月第 1 版

印张/7.75 字数/206 千
印次/2011 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2800 - 2 定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

南湖法学文库编辑委员会

主 任 吴汉东

副 主 任 陈小君 齐文远 刘仁山

委 员	吴汉东	陈小君	齐文远	刘仁山	陈景良
	罗洪洋	张斌峰	张德森	刘 笋	高利红
	吕忠梅	樊启荣	刘大洪	雷兴虎	麻昌华
	姚 莉	方世荣	刘茂林	石佑启	王广辉
	郑祝君	张继承	蔡 虹	曹新明	吴志忠

总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神。中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,做出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从 1952 年 9 月成立中原大学政法学院,到 1953 年 4 月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至 1958 年成为湖北大学法律系,1977 年演变为湖北财经学院法律系,转而于 1984 年恢复中南政法学院,又经 2000 年 5 月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积淀了 50 年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围愈发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法文学库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流

派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成论。尤其是年轻的中南法学学子们,更是敢于扎根基础理论的研习,甘于寂寞;同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋于法学天地。

从历史上的政法学院到新世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍给中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一代的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5~6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新做出贡献。

晓南湖畔书声朗,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东

2011年2月1日

序

民法所调整的民事主体之间的社会关系大致可以划分为财产关系、人格关系和身份关系三种类型,虽三类关系彼此之间多有交叉或重合,但学理上和立法上仍有单独探求学理机制和分别加以规制的必要。财产法和人格法,无论是从理论层面还是立法层面,已得到学界充分的研究,其研究成果可谓丰硕和成熟,而身份法却颇为薄弱。民事领域的身份法主要是指亲属身份领域的身份关系法,亦即调整婚姻家庭领域内自然人之间基于特定亲属身份地位产生的权利义务关系的法律总称。由于西方民法的历史渊源以及中国民法继受的特殊背景,中国民法理论界存在对“身份、身份关系、身份法”等概念和制度的偏见与成见,导致国内学者对身份关系相关问题的研究还很浅薄。学者们一般是在论及身份主体之间的财产关系时将身份关系作为其前提加以研究,鲜见单独研究纯粹身份关系的论著。

“身份”作为主体在一个特定社会、群体中所处的位置或资格,广泛存在于社会生活的各个方面。国内不少学者认为“身份”、“身份关系”、“身份权”带有封建的糟粕意义,借口人类已从“身份社会进步到契约社会”而不屑在法律层面讨论身份问题。其实,现代社会的“身份”、“身份关系”无处不在。骨肉相亲,血脉相传,夫妻相

爱,系人之常情,夫妻、父母子女之共同身份生活,仍为现代人生理及心理上必然之需求。无论社会形态在“身份与契约”之间发生怎样的变迁或更迭,身份法在婚姻家庭伦理秩序领域的存在意义从来都不可或缺。在现代社会背景下,挑战传统民法观念,力倡“身份”概念及其理念,创设自成体系的身份法制度,至少需要一定的理论勇气。本书作者将身份法基本问题作为研究课题,具有显著的社会意义,值得嘉许。

由于受到财产法先入为主的定势影响,学界对身份法已有的研究均过多注重身份关系与财产关系俨然有别的个性,而且对身份关系本质特征的探究及其民法典中的设计安排过分迁就财产法,这样的研究路径势必导致将亲属身份法独立于民法体系之外,从而在法理上造成民法内容体系的不周延。而且,在现存财产法基本精神、价值取向的束缚下,无法获得对纯粹身份关系的本质认识。本书作者力图摆脱民法财产法传统理论的藩篱,探求与财产法既能共享又独具特质的身份法基本概念和制度。本人以为,以这一理论预设为基础,将身份关系研究上升到民法的调整对象的平衡、民法体系的逻辑圆满的高度,是一种难得的尝试。

身份法基本理论包括身份、身份关系、身份行为、身份权等基础性概念和制度。但本书选取身份行为制度为研究对象,无疑是抓住了整个身份法的一个基石性制度。这一研究不仅有助于身份法体系的合理建构,而且对民法总则内容进而对整个民法体系逻辑完足有着重要的意义。

身份行为是自然人旨在创设或消灭身份法律关系的意思表示行为。亲属身份关系的变动虽然多因出生、死亡等自然因素而发生,但也不乏因主体的自由意志而发生者,如结婚、离婚、收养、解除收养等。本书围绕身份行为的客体、身份行为的性质和特征、身份行为的类型化、身份行为的构成要素、身份行为的效力状态等基本理论问题展开研究,最后通过探讨身份行为与民法总则法律行为的

关系问题,提出中国民法法典化中的行为制度设计方案。

本书通过研究,提出了不少有新意而且有价值的观点。如作者以财产关系基本特征为参照,对身份关系的本质特征进行了创新性归纳提炼。研究认为,婚姻、亲子等纯粹的亲属身份关系是人伦秩序内的非财产性关系,亲属身份关系具有本质上的人伦性、结合上的统体性、存续上的稳定性以及变动上的连带性。在身份行为的本体研究方面,作者明确将“纯粹身份行为”与身份支配行为、身份财产行为等身份关系领域的法律行为进行界分。本书认为,身份行为的基本特征包括行为内容上的有限性、行为方式上的要式性、行为能力上的主观性、行为主体上的自主性、行为效力的确定性以及行为基础的情感性。关于身份行为能力,作者认为民法总则行为能力应该二分为财产行为能力与身份行为能力,从而设置不同的判断标准。违反法定结婚年龄和收养年龄要件的,应解释为违反法律强制性规定而无效,而非违反身份行为能力要件而无效。另外,作者将不具备法定程序要件的身份行为谓之“事实身份行为”,将基于该类行为产生的身份关系谓之“事实身份关系”,事实身份关系的保护应该与事实身份行为的效力分而论之,以便合理解决伦理秩序和法律秩序二者之间的背反现象。

为了解决身份行为与民法总则法律行为的逻辑关系问题,本书最后用一定篇幅检讨了传统民法中法律行为制度的局限性,尝试对法律行为概念和类型体系进行改造与重构。作者提出了“权利行为”与“关系行为”二元划分理论,并认为,在民法意思表示行为的具体类型中,有一部分行为直接以“法律关系”的整体变动为法效目标,应归属于“关系行为”类型,如物权行为、合伙行为、公司章程行为等,当然也包括本书所论及的亲属身份行为。这类行为不同于传统民法中以“设定权利义务”为直接目的的债权合同行为。

总之,作者通过对身份行为的研究,纠正了人们对“身份”的错误认识,唤起学界认真对待身份法的建设。同时,作者基于独立思

考提出了一些不同寻常的观点和认识。本书的研究对象、研究目标、研究路径以及研究结论,均具有一定的合理性。本研究对民法学理论建设,尤其对中国民法法典化建设,应该具有一定的贡献意义。

当然,本书研究进路和学术观点虽具有一定的创新性,但论证过程的圆满和结论的可信,恐怕还需要进一步探索和打磨。譬如,本书建立法律行为的“二元”体系,更多的是一种理论预设,“关系行为”理论的立论根据尚需进一步的阐述。中国民法法典化过程中一直存在“体系模式”之争以及民法研究路径依赖之争,追求逻辑性、科学性还是重要性、实用性,是任何试图研究中国民法典问题的学者都无法逃避的难题。本书选择保留民法总则的民法典模式,但独具特质的身份行为如何在总则法律行为体系中有机地得到规制,恐怕还需要斟酌,否则,保留民法总则的重要意义则是可疑的。

本书主要针对民法法律行为制度进行研究,法律行为理论的源头在于大陆法系,尤其是德国法族的理论成果,而本书有关身份行为的研究起点和研究背景更多地依赖日本和我国台湾地区的相关研究。虽然具有共同文化基因的东亚民法理论可以为我们研究亲属身份问题提供有益而适恰的参照,但缺乏欧陆亲属法和英美家庭法相关理论资源的借鉴,是难以完成对现代身份法基本理论和制度体系的合理建构的。这恐怕也是作者在今后的延续研究中需要加强的地方。

现代婚姻家庭领域的人伦秩序已然发生变迁,基于身份关系的请求权已经对现有的规范秩序提出挑战。随着社会观念、家庭观念的转变以及国民权利意识的勃兴,司法实务中日益出现有关亲属身份关系的纠纷,涉及夫妻同居请求权、忠实请求权、配偶对“插足”第三者的损害赔偿请求权、离婚父母对子女的探视权、近亲属之间的祭奠权、老年人的受监护权、死者人格利益受到侵害时近亲属保护请求权等问题。本书若能够在理论研究的同时,适当关照当下的社

会需求,将更具实践意义。

张作华在攻读博士学位期间就将身份行为基本理论问题研究确立为自己的博士论文主题,经过几年不断深入的研究,最终完成博士论文的写作并通过了论文答辩。本人作为他的博士论文指导教师,甚至是论文的“命题人”,基本见证了他对该主题的研究过程。客观地讲,完成这样主题的研究和论文写作是有一定难度的。一方面是因为国内民法学界的相关研究几乎空白,可资利用的研究成果和研究资源相当有限;另一方面,研究者需要具备对大陆法系传统民法中的法律行为制度完整而深入的理论把握。而这一理论极为抽象、深邃和复杂,这样的纯理论研究容易形成“空对空”的纸上谈兵,结果会“费力不讨好”。可贵的是,张作华不畏困难,很快揣摩到这一研究主题的理论价值。经过近四年的博士论文的写作,初步完成这一课题的研究。博士论文答辩通过后,他结合答辩过程中导师们提出的一些问题和建议,又用近两年的时间进行修改和补充研究。作者利用自己的外语优势,充分把握和利用亲属身份法研究较为发达的日本、我国台湾地区的研究现状以及研究资源,使自己的研究具有一定说服力。作者平时就表现出善于思辨、不畏权威、大胆质疑、独辟蹊径的学问品格,使本书的观点和认识具有了一定的“反叛性”,令人耳目一新。虽然这些“奇谈怪论”不易让人接受,但这样的学术研究要比“人云亦云”、不痛不痒的宏伟大作更具有学术价值。作者最终将自己的研究成果通过《亲属身份行为基本理论研究》这一学术专著呈现在读者面前,我为此感到欣慰。

祝贺张作华将自己的研究成果付梓成书,也期待他在今后的研究中继续努力,为中国的亲属身份法学奉献更多更好的学术成果。

是为序。

武汉大学法学院教授 余延满

2011年6月

目 录

导言	1
第一章 身份行为的概念和类型	19
第一节 身份行为的内涵及其限制	19
第二节 身份行为的分类	22
第二章 身份行为的本质属性	43
第一节 “事实先在性”理论及其评析	44
第二节 身份行为的本质属性	49
第三章 身份行为的客体——身份关系	61
第一节 身份关系概说	61
第二节 身份关系的特征——以财产关系为参照	67
第四章 身份行为的本质特征	79
第一节 身份行为的本质特征概说	79
第二节 身份行为的本质特征分说	80

第五章 身份行为的构成要素	93
第一节 法律行为构成要素一般理论	93
第二节 身份行为的构成要素	99
第三节 身份行为的成立与有效	112
第六章 身份行为的撤销与无效	134
第一节 身份行为的撤销与无效概说	134
第二节 身份行为的撤销	137
第三节 身份行为的无效	146
第七章 事实身份关系及其法律保护	
——事实与法律的背反及其解决	159
第一节 事实身份行为	160
第二节 关于“身份的生活事实”	164
第三节 事实身份关系的法律保护	167
第四节 男女非婚同居及其法律效力问题	173
第八章 身份行为与法律行为的关系	
——兼论身份行为的民法典设计	182
第一节 身份行为与民法总则的适用性问题	185
第二节 “法律行为”概念的改造——寻求身份行为的 体系归属	192
第三节 身份行为的民法典设计	213
参考文献	219
后记	232

导 言

一、认真对待民法中的“身份”

“身份”作为主体在一个特定社会、群体中所处的位置或资格，广泛存在于社会生活的各个领域。一个社会个体或组织体始终有一个或多个社会“身份”。现代社会的身份、身份关系无处不在。政治国家通过身份或借由身份来组织管理社会、谋求社会秩序，从来都是必需的（如公务员制度、户籍制度、身份证制度的意义）。而且，有时一个主体在社会中的身份地位还关涉其资源的占有份额、利益的分配依据（如薪金制度、社会福利制度的意义）。更且，无论社会形态发生怎样的变迁或更迭，身份在伦理秩序领域的存在意义从来都未曾缺失过。然而，公民身份、社会身份、身份犯罪中的“身份”都不是民法学所要研究的“身份”。民法学主要关注“私”的身份问题。民法只调整社会生活中有限的身份关系，主要集中在婚姻家庭领域的亲属身份关系。

法律学以现实社会生活为其研究对象。全部法律在理论上大致可以划分为公法和私法。民法为典型的私法。私法又可分为“身份私法”与“财产私法”。身份私法主要指规范和调整婚姻家庭领域基于亲属身份地位产生的相关权利义务关系的法律，而财产私法则主要关乎私生活领域财产归属与财产流传过程中的相关权利义务关系。当代中国私法制度建设中，财产法的理论研究和制度建设可谓成熟与发达，合同法、物权法、知识产权法、各类商法、侵权责任法等民法部门法在深入的理论研究基础上，已经逐步形成完备的财产

2 亲属身份行为基本理论研究

法体系。而相比之下,身份法部分的理论研究和立法实践,还相当薄弱,^[1]尤其是身份法与传统民法的逻辑关联,尚未见充足的论说。^[2]民法体系的逻辑完足、民法典的最终成就、当代中国现实生活现实对身份权保护与救济的需求,都需要我们认真对待民法领域的身份问题。

在中国改革开放前,如果说存在“私法”,那也仅指“身份私法”,绝非“财产私法”。经济转轨带来观念变迁,财产私法日渐强盛,当今的私法研究显然以财产私法为重,而身份私法相对薄弱。“盖因财产法理论及经济学之普及极大促进了财产私法的繁荣。”^[3]根据近年来各种法学研究综述统计,有关亲属身份法研究的论文数量和所载期刊档次都远不如财产法的研究;^[4]各类法学研究获批的课题立项中,亲属身份法的份额也是寥寥无几。^[5]而且,现有的研究论文或研究课题很少围绕身份法基本理论而展开。^[6]中国民法学领域中财产法繁荣与身份法薄弱,个中原因,笔者认为可以从以下几个方面加以分析。

-
- [1] 2010年颁行的《侵权责任法》作为民事权利保护与救济的专门法、一般法,对亲属身份权是否作为调整对象,态度暧昧,仅将监护权明确纳入保护范围,而监护权又非严格意义的身份权。
- [2] 由于法制继受的历史背景和立法政策等因素,中国大陆现行的《婚姻法》、《继承法》、《收养法》等是否应归于民法以及如何成为民法的一部分,仍然是一个不断被讨论的问题。参见雷春红:“论亲属法在我国未来民法典中的地位”,载陈小君主编:《私法研究》(第9卷),法律出版社2010年版,第263页;另参见龙卫球:《民法总论》(第二版),中国法制出版社2002年版,第74页。
- [3] 陈棋炎:《民法亲属》,台湾三民书局1984年版,自序。
- [4] 参见“民法学·2010年科研单位论文数据统计”,载 <http://www.lawinnovation.com/html/fxpd/4391.shtml>,2011年5月25日访问。
- [5] 参见“2011年度中国法学会部级法学研究课题立项公告”,载 http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=126&InfoID=4138,2011年5月25日访问。
- [6] 参见王利明、周友军:“民法典创制中的中国民法学”,载《中国法学》2008年第1期。

第一,身份法的封建糟粕导致现代民法学者的意识形态偏见。在古代西方社会尚未从“身份”进步到“契约”之前,身份法的地位在法制史上优于财产法。罗马法的人法就是“身份法”,它担负着社会组织化的功能,具有很强的公法特色;〔7〕而且,罗马法将自然人的法律人格与身份“捆绑”在一起,统治者利用这一法律工具(也可以说是政治工具)对被统治者进行“适格”判断,实现其统治所需的差序格局;更有甚者,将奴隶排除在人格判断之外,使之成为法律的“客体”。罗马法的身份人格显示出招致后世诟病的反伦理性。〔8〕等级森严的身份法建立后,社会财产、经济利益的流动与分配自然以此为标准和依据。身份的高下,意味着人格的优劣、财产的多寡。〔9〕直至中世纪,身份法仍是公法、社会组织法。中世纪的身份权是人身支配权、专制权、绝对权。身份社会几乎就是“封建社会”的别名!击碎社会身份的枷锁遂成为近代资产阶级革命的主要任务。于是在法律领域,从身份法到契约法的转变,标志着社会的进步。

现代身份法理论与立法的薄弱以及“身份”备受冷落,很大程度上缘于社会大众及法律学者们对封建社会的身份制度抱有成见。不少学者和立法者将现代社会中身份概念及制度功能与中世纪以前的身份概念及制度功能相关联,从而在意识形态上排斥“身份”概念。因此,重提身份关系、身份权、身份法等概念,似乎具有“封建复辟”之嫌,“身份”的话语和研究成为主流学者们的禁忌。也

〔7〕 参见徐国栋:“再论民法中人格法的公法性——兼论文主义的技术根源”,载《法学》2007年第4期。

〔8〕 参见张作华:“法律人格的伦理变革——来自罗马法又回到罗马法”,载《西南政法大学学报》2007年第6期。

〔9〕 罗马法的人法,实质上是一种人格法,其有关自然人身份的规则确定了人的一般法律地位,作为组织身份社会的基本法,具有公法的性质,而财产法不过是身份法的附属品,即身份确定是财产分配的前提。无身份即无人格,无人格即无财产。参见尹田:“民法典总则与民法典立法体系模式”,载《法学研究》2006年第6期。

正因为如此,在现代民法内容体系中,尽管“人身关系”被立法明示为两大民法调整对象之一,而众所周知,人格权的勃兴使得民法中“身份关系”内容被挤压在非常狭小的空间。^[10]事实上,人类社会从身份社会进步到契约社会后,“身份”的内涵和社会功能已经发生了巨大变化。^[11]近代社会以来,民法不再具有社会组织化功能(该功能由宪法等基本法承担),近代民法典之人法,完全不同于罗马法上之人法,其主要是规范婚姻家庭伦理秩序上之身份关系的身份法。^[12]因此,若要建立健全完整的民事法律理论体系,需要摒弃对“身份”的偏见与成见,从而改变身份法领域理论研究的薄弱现状。身份法不光彩的历史不能成为现代民法排斥、轻视其存在的理由。

第二,现代社会中,“身份”的政治学意义、社会学意义湮灭了其法律学意义。在多数学者们的意识形态领域里,身份问题似乎不属于法律尤其不是民法研究的问题。政治学学者、宪法学者热衷于研究“公民身份”,认为公民身份比起其他各种社会身份,更能够满足人类的根本政治需求;^[13]公民身份由公民的要素、政治的要素和社会的要素所组成,三种要素分别表明了公民身份所包含的三种权

[10] 学者们在谈及法律关系、法律行为、权利类型等概念时,针对身份关系、身份行为、身份权等要么寥寥数语,一笔带过,要么避而不论。

[11] 近现代身份权的内容与中世纪以前的身份权内容发生了本质的变化。身份权人支配的不再是人身而是身份利益;以权利为中心转变为以义务为中心。如亲权以照顾、养护未成年子女为权利内容,配偶权已经摒弃了不平等的夫权主义糟粕。参见杨立新:《从契约到身份的回归》,法律出版社2007年版,第91~92页。

[12] 所以法国民法之人法与物法,不过是身份法(婚姻家庭法)与财产法(所有权法)的别称。

[13] “公民身份”已经变成我们这个时代最重要的政治理念之一,这个理念不仅承认个人享有权利的资格,同时也承认稳定统治者所需的集体责任。参见[英]齐斯·佛克:《公民身份》,黄俊龙译,台北市巨流图书有限公司2003年版,封底文字及第7页。另参见[英]尼克·史蒂文森:《文化与公民身份》,陈志杰译,吉林出版集团有限责任公司2007年版,引论部分。