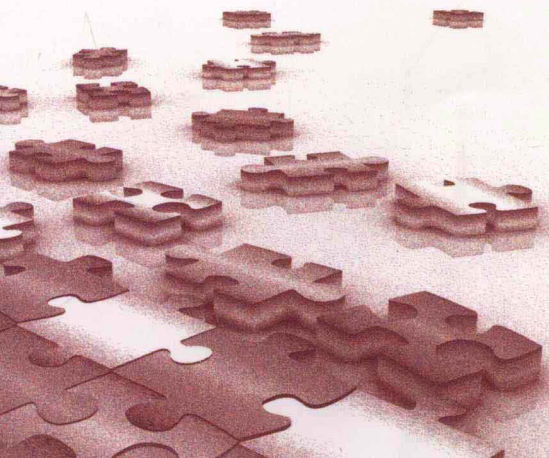




亲属身份权 与救济制度研究

刘引玲◎著

中国检察出版社



国家社会科学基金项目“亲属身份权与救济制度研究”
(课题号: 08BFX030)



亲属身份权 与救济制度研究

玲◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

亲属身份权与救济制度研究/刘引玲著. —北京:

中国检察出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0504 - 0

I. ①亲… II. ①刘… III. ①亲属法 - 研究

IV. ①D913. 904

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 122509 号

亲属身份权与救济制度研究

刘引玲 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 24. 5 印张

字 数: 447 千字

版 次: 2011 年 8 月第一版 2011 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0504 - 0

定 价: 45. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

《亲属身份权与救济制度研究》一书，就亲属身份权的制度起源、法律关系、体系构建、立法选择等进行了全面而系统的阐述，就每一项具体亲属身份权进行了深刻而独到的剖析，进而提出了亲属身份权的侵权类型、法律保护和司法救济方法。在体系上分为理论篇和实务篇，结构安排科学，体例设计得当。

亲属身份权及其救济制度是我国民法学科中一个非常重要的问题，但目前学术界对此问题的关注不够，研究比较薄弱，有待系统、完整和深入。刘引玲教授的论著系国家社科基金项目选题，该书总结了这一问题的规律性认识，丰富、发展了我国法律界对这一问题的研究，尤其是对我国亲属法立法缺陷的分析，采用亲属法名称的见解以及亲属法两大基本制度（确认权利制度、救济权利制度）的构建都具有独到的见解和理论上的创新。

该书注重理论联系实际，结合实际案例对亲属身份权理论上的问题进行了比较深入且有针对性的探讨，在亲属身份权理论研究以及解决亲属身份权实践问题方面具有重要的应用价值。

该书资料丰富、准确、充实，引证规范，对学术界进一步研究此问题有推动引领作用。就亲属法领域而言，该书的学术价值、理论价值是值得肯定的。据本人所知，我国到目前为止，在民法、婚姻法学科还没有一部相关议题的研究专著，该书的出版将填补我国这一领域的空白。

该书既可以成为理论研究的参考书，还可以成为司法实践的指导书；既可以提高人们亲属身份权理论方面的认识，还可以促使人们遵守法律规范，提高自我道德约束的能力。可以想见，其社会影响是积极和有益的。

本人对该成果表示认可和满意，并乐意向各位读者推荐。是为序。

中南财经政法大学校长



2011年2月28日

目 录

绪 论	1
-----	---

上编 理论篇

亲属身份权制度

第一章 亲属身份权	7
第一节 亲属的法律含义与制度起源	7
一、亲属的含义与本质	7
二、亲属制度的起源	10
三、现代亲属制度的核心是平等	13
第二节 亲属身份权概述	18
一、亲属法的概念、特性	18
二、亲属身份权的概念	20
三、亲属身份权的性质及意义	26
四、亲属身份权的种类	30
五、身份权行使之能力与方法	34
第三节 亲属身份权法律关系	35
一、权利与义务的辩证关系	35
二、亲属身份权法律关系三要素	45
第四节 亲属身份权的具体结构和制度体系	47
一、亲属身份权的具体结构	47
二、亲属身份权制度的体系	50
第二章 亲属身份权的立法地位与特性分析	51
第一节 当代中国民法与人权	51

一、民法与人权的辩证关系	52
二、当代中国民法对人权的确认和保障	54
第二节 亲属身份权的历史发展及沿革	62
一、人身依附关系的古代法时期	63
二、平等基础上的近、现代法时期	65
第三节 亲属身份权在民法中的地位	66
一、新中国成立前的亲属身份权在民法中的地位	66
二、新中国成立后的亲属身份权在民法中的地位	67
第四节 我国亲属身份权的制度构建	68
一、我国亲属法的立法缺陷及分析	69
二、我国亲属法立法模式的选择	70
三、亲属法立法内容的构建为确认权利和救济权利	74
第五节 亲属身份权的特性分析	81
一、道德、伦理性分析	81
二、自然性分析	89
三、社会性分析	90
第六节 亲属身份权上的平等价值	94
一、平等总原则	94
二、平等的理论价值	97
第七节 亲属身份权行使的目的是追求幸福	100
一、幸福：善待自己的普遍原则	100
二、亲属身份权行使的价值表现	106
第三章 配偶权	109
第一节 配偶权的法律内涵和特性分析	109
一、确立配偶权制度内容的学界争议	109
二、配偶权的概念及法律特征	114
三、配偶权法律关系	116
四、配偶权的历史演变	122
第二节 配偶权的具体权利内容	126
一、配偶权内容概说	126
二、配偶权的具体内容	128
三、配偶权研究的意义及社会功效	146
第三节 配偶权的产生及消灭	150

一、配偶权的产生·····	150
二、配偶权的消灭·····	155
第四章 亲权 ·····	170
第一节 亲权法律内涵及历史沿革·····	170
一、亲权的概念和性质·····	170
二、亲权制度的历史沿革·····	174
三、亲权与其他相关制度的关系·····	179
第二节 我国亲权的制度构建及内容·····	182
一、我国亲权的制度构建·····	182
二、亲权制度的内容·····	184
第五章 亲属权 ·····	204
第一节 亲属权概述·····	206
一、亲属权的概念及法律特征·····	206
二、亲属权为独立的身份权·····	207
三、亲属权的历史沿革·····	209
第二节 亲属权的内容·····	211
一、亲属权内容概说·····	211
二、亲属权具体内容·····	212

下编 实务篇

权利侵害与法律救济

第六章 亲属身份权的侵权类型 ·····	221
第一节 侵害配偶权的类型·····	222
一、直接侵害婚姻关系的侵权行为·····	223
二、间接侵害婚姻关系的侵权行为·····	238
三、家庭暴力对配偶权的侵害·····	241
第二节 侵害亲权的类型·····	248
一、子女受侵害的现状与相关研究观点·····	249
二、侵害亲权的行为类型·····	252
第三节 侵害亲属权的类型·····	256
一、侵害亲属权行为类型·····	258

二、因祭奠死者而发生纠纷的认定及处理·····	261
-------------------------	-----

第七章 亲属身份权的法律保护·····	267
----------------------------	------------

第一节 亲属身份权的民法保护·····	267
---------------------	-----

一、确认侵害亲属身份权的行为为侵权行为·····	268
--------------------------	-----

二、民法保护以损害赔偿为基本方法·····	272
-----------------------	-----

三、民法保护的其他方法·····	283
------------------	-----

第二节 亲属身份权的刑法保护·····	286
---------------------	-----

一、刑罚的保护方法·····	287
----------------	-----

二、刑事附带民事损害赔偿的保护方法·····	292
------------------------	-----

第三节 亲属身份权的行政法保护·····	298
----------------------	-----

一、行政处罚的保护方法·····	298
------------------	-----

二、行政损害赔偿的保护方法·····	300
--------------------	-----

三、行政附带民事损害赔偿的保护方法·····	301
------------------------	-----

第八章 亲属身份权的民事司法救济·····	304
------------------------------	------------

第一节 亲属身份权请求权基础·····	305
---------------------	-----

一、亲属身份权的双重特性——具有相对性的绝对权·····	305
------------------------------	-----

二、亲属身份权请求权的界定与特征·····	307
-----------------------	-----

第二节 亲属身份权的民事司法救济程序·····	310
-------------------------	-----

一、民事司法救济的内涵·····	310
------------------	-----

二、诉权的性质·····	312
--------------	-----

三、诉权存在的条件·····	316
----------------	-----

四、诉讼审理的指导原则与程序·····	321
---------------------	-----

五、司法裁判决定·····	329
---------------	-----

六、亲属身份权诉讼时效的适用·····	333
---------------------	-----

第三节 侵害亲属身份权的民事责任·····	336
-----------------------	-----

一、侵权民事责任概述·····	336
-----------------	-----

二、侵权民事责任制度的功能与价值·····	338
-----------------------	-----

三、侵权民事责任方式概述·····	339
-------------------	-----

第四节 侵害亲属身份权的归责原则·····	342
-----------------------	-----

一、归责原则概述·····	342
---------------	-----

二、侵害亲属身份权的归责原则是过错责任原则·····	343
----------------------------	-----

三、过错责任原则的功能·····	344
第五节 侵害亲属身份权的民事责任构成·····	346
一、民事责任构成概述·····	346
二、侵害亲属身份权的构成要件·····	355
三、侵害亲属身份权的民事责任·····	363
结 语·····	367
主要参考文献·····	369
后 记·····	378

绪 论

人身权是人自由体面生存的根基，是人自由全面发展的前提，是人享有自由幸福生活的根本依托。人身权具有自己的特征。首先，人身权是人与生俱来、每个人都平等享有的权利。它是无价的、不可转让的权利。其次，人身权是核心人权、第一人权。它作为人直接与身体相连的权利，是一切人权的基础和载体。再次，人身权是宪法赋予公民的基本权利。宪法明确规定了人身权，并从根本法的高度予以保护。最后，人身权是一个权利群。包括人格权和身份权。因此，对人身权的尊重必须是全面的，对人身权的保护必须是广泛而周到的。保障人身权利的充分实现，这是民主宪政的本质要求，是人类社会文明进步的重要标志，是经济发展和繁荣的内在动力，是国家安宁与昌盛的重要保证。^①

人身权也可以说是自然人依法所享有的涉及其生存和发展空间安全的自由。人身权在法律上的实践有赖于两个基本条件的存在：其一，权利主体的人格必须是独立的。一个人只有在精神和行为上摆脱了对他人的依赖，才可能做到人格独立，真正体现出他的社会价值。其二，个人安全的价值在司法中被确认。一个人要在社会生存和发展，他自身及所处的环境就必须是安全的。人身不安全，他的生存和发展就谈不上安全。人身权是人成为人的最基本的条件，是自然人其他权利实现必不可少的前提。而普遍的个人安全是社会安全和国家安全的重要前提。个体人身安全成为司法保护的重要对象，国家对个体人身的侵扰受到法律程序的严格限制，是近代以来社会制度文明发展的结果。

亲属身份权作为人身权的重要内容之一，是人们亲属关系的法律表现，是人们最基本的社会关系。人类依赖于婚姻、血缘关系进化、演变而走过漫长的历史过程，并且还将继续发展下去。每一个人都存在于特定的亲属身份关系之

^① 王家福主编：《人身权与法治》，社会科学文献出版社2007年版，第1页。王家福：《序一人身权、法治与和谐》。

中，既享有一定的权利也须承担相应的义务与责任。亲属身份权是我们每个人必不可少的民事权利之一，是我们基本生存状态下的婚姻、血缘联系的法律制度保障。对于社会稳定、家庭和谐有着重要的积极意义。其制度构成也应体现出两个方面：其一是权利被广泛确认，以亲属法或婚姻家庭法为主要确认基础；其二是权利遭到侵犯后能够获得法律救济，民法为亲属身份权的保护提供了周全的民事法律救济方式，诉讼法为对侵犯亲属身份权犯罪、违法行为、民事侵权行为追究责任和司法救济提供了可靠的程序保障。

1949年建立中华人民共和国以来，中国的社会制度发生根本变革，几千年的封建王朝被彻底摧毁。1950年《中华人民共和国婚姻法》的颁布实施，使得我国的婚姻家庭关系朝着我们预设的目标发展，建立起社会主义婚姻家庭关系与秩序。1978年我国实施经济体制改革，三十多年来，我国的经济水平得到大幅度的增长。但在创造物质财富改变我们生活的同时，亲属家庭关系出现了以往不曾发生的大量问题，特别是违背婚姻家庭法律原则的行为呈逐年增多趋势，一些新型违法行为发生、发展蔓延很快。人们彷徨、迷茫的是这种变化为什么会发生，它有自身的规律吗？可以在我们的认识能力范围内进行选择吗？哪些是人类文明的总结应该加以弘扬？哪些是人类的放纵行为需要收敛、控制和防范？

在加快现代化建设的过程中，具有悠久和优良的家庭道德传统的家庭关系受到前所未有的冲击。在城市，离婚率比农村高，家庭的解体比农村快，且在年轻人中，同居正在取代结婚，婚外恋和卖淫等现象正在以愈来愈猖獗的形式冲击着稳定的家庭。在农村，特别是在一些文化落后的山区，从山外传来搞活经济连同搞活性生活的大量信息，人们的传统观念受到的冲击不难设想会有多么巨大。更活跃的是青年女性，女性从山区、从农村奔赴大、中城市打工的比男性更容易适应，打工妹比打工仔更得到城镇企业的欢迎。这无形中给中国农村中的男性造成了更大的生活压力。越是自卑越是感到对异性缺乏吸引力和自信心的男人，越是对自己的妻子多疑，从而也越是容易显示出绝望的残忍。

人类在发展的过程中，很多时候无法确信自己需要什么，无法掌控看似先进、时尚的东西，最后演变为对人类的惩罚与报复。在人类追求物质现代化的过程中，金钱、权力、名利、地位左右着人们的灵魂，人们将丧失做人的理性，只具有物的理性，家庭、家庭观念遭到前所未有的颠覆，丈夫可能已经钟情于别人，妻子也可能已经爱上他人，儿子小小年纪就已经变得相当冷漠，女儿不到妙龄便已经被诱惑，随时可能出走，这是我们想要的结果吗？

学者黎鸣在其《道德的沦陷》一书中有这样的观点：“社会的分裂和社会情感的消亡，家庭的分裂与家庭情感的消亡，这对于一个社会中的人来说，已

经是非常不幸了。家庭中、社会中人与人之间，已经是父不父、母不母、夫不夫、妻不妻、子不子、女不女、兄不兄、弟不弟、朋友不是朋友、同事不是同事……唯一剩下的就只有任何人对于任何人都是一个显在或潜在的对手、竞争者、可利用者（暂时可供选择的性伙伴、游戏伙伴、工作伙伴、生活伙伴等）、可欺骗者、可剥夺者……最后甚至是不共戴天的敌人，非杀死之后才可消心头之恨者。”^① 这看似悲观主义的观点是对我国现实社会一部分现象的描述和概括，甚至是对人类发展趋势的预测，这不能不引起我们的重视与深刻的思考。

“人格的分裂也就是人性的分裂。人格即人性的格调、人性的品格。每个人都有自己不同的格调，但总体上有结构、功能、意义的类似处。人性分自然人性（又称人类本性）、社会人性（又称人类理性）和精神人性（又称人类精神性）；社会人性与精神人性共同组成人类的文化人性。相当于人性的这种（既是时间的，又是空间的，也是信息内涵的）结构层次，也分别具有自然人格、社会人格和精神人格，后二者又合称人的文化人格。这三种人性和三种人格在每一个正常的人都应是三位（有机）一体的、完整的、无缺失无断层的，虽然每一个正常人在每一种层次的人格上不必发育充分和完善，并且都总有所侧重，但大体上能保持均衡，不至于过分顾此失彼，有这无那，造成人格和人性的缺失和断层。”^② 亲属身份权领域发生的很多违法行为与人格的分裂有关联。基于此，需要专家、学者、大众对其进行理性的思考和研究，这也是该课题研究的主要动因。我们需要对发生在亲属身份权方面的一些违法行为、出现的新问题等予以分析，从理论上客观认识人们在亲属身份权领域的各种行为。属于法律方面的问题从法律层面解决，属于道德建设方面的问题从道德层面解决。

学说是法的一种渊源。在今天，学者对法律进行思索，并提出从法律陈述和建议的角度来看，学说是法的渊源。他们有权指出什么是正确的，即提出法，即使这法不是强制规定的。因此，学说在法的形成中发挥了主要作用，许多法律和判决是由一种观点或者一种流行的学说决定的，即使对此很难作准确衡量。法学家，特别是大学教授在这一点上应该意识到自己的责任。^③ 学说的作用首先是让人们了解法。学说是从内部审视法律制度。学说的影响常常是通

① 黎鸣著：《道德的沦陷》，中国出版社2004年版，第64页。

② 黎鸣著：《道德的沦陷》，中国出版社2004年版，第67页。

③ [法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博著，陈鹏等译：《法国民法典总论》，法律出版社2004年版，第503—504页。

过它对法的解释和系统化来实现的。学说对实体法进行解释和系统化阐述。学说必须对法作出有价值的判断。

学说的基础是权威。学说通过权威而发挥作用。事实上,没有法律或者判例的接替,学者的建议不能直接变成实体法,它们是立法或判例的思想渊源。因此,学说的作用完全决定于它的权威。但权威不仅仅是个人的问题:一位名不见经传的作者的一篇文章,可能具有极大的权威,如果它包含的建议特别令人信服的话。更确切地说,权威是一种“社会公认的”学问。^①在中国现代化发展的过程中,研究法律、推动法律的发展成为法律工作者义不容辞的责任,也成为我们每一个法律人潜心研究法律的巨大动力。

《亲属身份权与救济制度研究》一书综合国内研究现状,归纳总结成熟理论研究成果,系统全面地论述亲属身份权的理论基础、历史发展、立法现状与完善建议。根据亲属身份权的特性及法律、法规、司法解释等,解决当前实务中遇到的一些困惑,论证解决实务纠纷的思路,准确理解法律及法规的含义,借鉴民法制度体系中的内容,提出解决问题的法律对策。

该书分为上编理论篇和下编实务篇。在理论篇亲属身份权制度中包括五章内容:亲属身份权、亲属身份权的立法地位与特性分析、配偶权、亲权和亲属权;在实务篇权利侵害与法律救济中包括三章内容:亲属身份权的侵权类型、亲属身份权的法律保护和亲属身份权的民事司法救济。

尽管有着多年的思考仍然感到自己功力之不足,对一些问题的研究不能得出确切的结论。对具体的社会现象分析后仍然感到法律的苍白无力。婚姻家庭关系本身的伦理、道德性决定亲属身份权无法在法律框架下予以强制规范。人是感情动物,亲情血缘关系有很浓烈的感情色彩,但又会因人因事而有很大的差异。法律只能寻找普遍适用的规则对亲属身份权予以规范和调整,对于普遍权利加以法律确认,对权利受到侵害时提供相应救济。这是我们所应该努力和能够实现的目标。同时希望加强婚姻家庭道德观念建设,提高人们自我约束的能力,尽量减少违背法律、违背道德的行为发生。构建和谐社会需要社会细胞——家庭单位首先和谐。该书如果能够起到一定的社会推动作用,也就是我们进行研究的最大收获。

^① [法] 雅克·盖斯只、吉勒·古博著,陈鹏等译:《法国民法典总论》,法律出版社2004年版,第507页。

上编 理论篇

亲属身份权制度

第一章 亲属身份权

第一节 亲属的法律含义与制度起源

每个人都生活在具体的亲属网络关系中，都离不开亲属关系的存在与发展，并能把亲属同与他没有亲属关系的人区别开来。从这个意义上说，亲属概念人人皆知。但是，如果请他解释什么是亲属、亲属关系等法律概念，那么几乎任何人都会觉得不好解释。这并不奇怪。正如黑格尔所说，知道的东西还不等于理解的东西。然而，确切的亲属概念是必不可少的。只有在对概念含义有所了解的基础上，才能深入分析和理解所要研究的问题。

一、亲属的含义与本质

（一）亲属的含义

1. 我国古代亲属的含义

“亲属”一词在我国古已有之，在早期文献《礼记·大传》中有“亲者，续也”之说；汉儒刘熙在《释名·释亲属》中称：“亲者，衬也，言相隐衬也，”“属，续也，恩相连属也。”这些解释是为说明亲属之间具有不同于常人的、相衬相续的密切关系。这种相衬相续的亲属网络，是以婚姻为基础，以血缘为经纬编织而成的。^①

还需说明的是，在我国古代典籍中“亲”与“属”二字有不同的含义，故常将其分别使用，两者各有所指，这同后世将“亲属”二字连用，使其意义合一，是大异其趣的。《礼记·大传》孔颖达疏载：“亲者，属也者，谓有

^① 参见杨大文主编：《亲属法》，法律出版社1997年版，第1页。

亲者各以属为服。”属乃言及亲属是以亲为主，以属为从的。《说文》中释亲为“至也”，释属为“连也”，从中不难看出两者有亲疏远近之别。一般来说，较近之亲均为亲，较远之亲常称为属。^①

就法制而言，我国封建时代前期、中期的法律中称亲之处颇多，如期亲、大功亲、小功亲、缌麻亲等；间或也有将亲属二字连用的，如《唐律·户婚》中的娶所监临女为妾者条。^② 疏议中的解释是：“亲属，谓本服缌麻以上亲及大功以上婚姻之家。”及至明清，亲属二字连用滥觞于律例，如“妻与夫亲属相殴”条，“同姓亲属相殴”条，“娶亲属妻妾”条，“亲属相盗”条，“亲属相奸”条，以及“亲属相为容隐”条等。

2. 亲属在现代法上的含义

杨大文教授认为：“在当代法学中，亲属系指人们基于婚姻、血缘和法律拟制而形成的社会关系。婚姻为亲属之源，血亲为亲属之流，姻亲则是以婚姻为中介而发生的。亲属关系一经法律调整，便在相关的主体之间产生法定的权利和义务。”^③

亲属是一种古老的人与人之间的关系，它是人类社会存在与发展的基本前提条件。恩格斯曾经指出：“亲属关系在一切蒙昧民族和野蛮民族的社会制度中起着决定作用。”^④ 从历史的发展来看，越是在古代，亲属间所承担的权利义务越重，所占地位越重要。“父亲、子女、兄弟、姊妹等称谓，并不是简单的荣誉称号，而是负有完全确定的、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。”^⑤

一个亲属组织提供了社会规范的典型，用之来直接调节和生命因素及生命循环有关的各种关系。它还确定了各种人际社会关系，包括巨大的利益和热烈的感情、权威和秩序等迫切问题，以及某些互惠性的依赖和支持的契约。^⑥ 因此，在当今世界各国的法律制度中，亲属法仍然占有特定的地位。集中表现在婚姻家庭法或者称亲属法的立法中。同时在其他相关法律部门中也有相当多的内容涉及亲属。即当今社会的法律仍然需要对亲属进行调整。在社会发生变革的过程中，近百年工业革命促使经济飞速发展，各个领域的科技进步使人们的

① 参见杨大文主编：《亲属法》，法律出版社1997年版，第1页。

② 该条指出：“诸监临之官，娶所监临女为妾者，杖一百，若为亲属娶者亦如之；……各离之。”

③ 参见杨大文主编：《亲属法》，法律出版社1997年版，第2页。

④ 《马克思恩格斯全集》（第21卷），人民出版社1979年版，第40页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》（第21卷），人民出版社1979年版，第40页。

⑥ 小鲁宾·M. 威廉姆斯著：《美国的亲属关系和家庭》，载《美国社会》，第3版，纽约，艾尔弗雷德·A. R. 诺夫，1970年，第47、60页。