



余延满 | 著

亲属法原论

ORIGINAL THEORY OF RELATIVE LAW



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

亲属法原论

ORIGINAL THEORY OF RELATIVE LAW

余延满 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

亲属法原论/余延满著. —北京:法律出版社,2007.8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7554 - 6

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 108365 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉 刘 辉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/33.5 字数/700 千

版本/2007 年 8 月第 1 版

印次/2007 年 8 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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7554 - 6

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



余延满

1964 年生，湖北省鄂州市人。法学博士，武汉大学法学院教授、博士生导师。代表性著作有《合同法原论》（独著）、《货物所有权的移转与风险负担的比较法研究》（独著）、《民法原论》（合著）等；代表性论文有：“自然人民事责任能力若干问题”、“合伙民事主体地位的再探讨”、“合同撤销权的限制与排除问题研究”、“试论近现代法上婚姻的本质”、“我国《民法通则》并未规定精神损害赔偿制度”等。



研人类中群己之界

究法理外天人之际

生学术上鸿鹄之志

目 录

第一章 亲属法概述	(1)
第一节 亲属法的性质与调整对象	(1)
一、亲属法的含义	(1)
二、亲属法的性质	(2)
三、亲属法的调整对象	(4)
四、亲属关系的法律调整与道德调整	(7)
第二节 亲属法的地位	(24)
一、亲属法地位的几种主要立法例	(24)
二、我国立法应采取的立法例	(26)
第三节 亲属法的历史发展	(30)
一、古代亲属法	(31)
二、近现代资本主义国家的亲属法	(33)
三、社会主义国家的亲属法	(36)
第四节 亲属法的渊源与适用	(40)
一、亲属法的渊源	(40)
二、亲属法的适用	(42)
第二章 亲属法的原则	(51)
第一节 亲属法原则概述	(51)
一、亲属法原则的含义	(51)
二、我国亲属法的原则	(52)
第二节 婚姻自由原则	(52)
一、婚姻自由原则的含义	(52)
二、婚姻自由原则的内容	(53)
三、婚姻自由、人身自由权与婚姻自主权	(54)
四、婚姻自由原则的历史发展	(57)
五、婚姻自由原则的贯彻	(58)
第三节 一夫一妻原则	(60)
一、一夫一妻原则的含义	(60)
二、一夫一妻原则的历史发展	(60)
三、一夫一妻原则的贯彻	(61)

2 亲属法理论

第四节 男女平等原则	(65)
一、男女平等原则的含义	(65)
二、男女平等原则的内容	(65)
三、男女平等原则的历史发展	(66)
四、男女平等原则的贯彻	(68)
第五节 保护妇女、儿童和老人合法权益原则	(68)
一、保护妇女、儿童和老人合法权益原则的含义	(68)
二、保护妇女、儿童和老人合法权益原则的贯彻执行	(69)
第六节 计划生育原则	(76)
一、计划生育原则的含义	(76)
二、计划生育原则的基本要求	(76)
三、实行计划生育原则的意义	(76)
四、计划生育原则与生育权	(77)
第三章 亲属关系	(92)
第一节 亲属的含义与分类	(92)
一、亲属的含义	(92)
二、亲属的分类	(93)
第二节 亲系、辈分和亲等	(97)
一、亲系	(97)
二、辈分	(97)
三、亲等	(98)
第三节 亲属身份法律关系	(100)
一、亲属身份法律关系的特征	(100)
二、亲属身份法律关系的发生与终止	(101)
三、亲属身份法律关系的重叠	(110)
第四节 亲属身份权	(111)
一、身份、身份权、亲属权与亲属身份权	(111)
二、“身份到契约”——亲属身份权的本质发展	(118)
三、亲属身份权的种类	(121)
四、关于亲属身份权须澄清的几个问题	(123)
第四章 婚姻的成立与有效	(129)
第一节 婚姻概述	(129)
一、婚姻的含义	(129)
二、婚姻形态的历史演进	(136)
三、现代婚姻的分类	(137)
第二节 婚姻的成立	(138)
一、婚姻成立的含义	(138)

二、婚姻的一般成立要件	(139)
三、婚姻的特殊成立要件	(143)
四、婚约的效力——并非我国婚姻的成立要件	(151)
五、婚姻成立的效力	(159)
第三节 婚姻的有效	(159)
一、婚姻有效的含义	(159)
二、婚姻的有效要件	(160)
第五章 无效婚姻与可撤销婚姻	(173)
第一节 无效婚姻	(173)
一、无效婚姻的含义	(173)
二、无效婚姻制度的产生与发展	(175)
三、婚姻无效的原因	(177)
四、无效宣告请求权	(186)
五、无效婚姻的宣告	(193)
第二节 可撤销婚姻	(201)
一、可撤销婚姻的含义	(201)
二、婚姻可撤销的原因	(201)
三、婚姻撤销权	(204)
四、婚姻撤销的程序	(208)
第三节 婚姻被宣告无效或被撤销的效力	(211)
一、是否具有溯及既往的效力	(211)
二、人身关系方面的效力	(213)
三、财产关系方面的效力	(214)
第六章 婚姻的效力	(219)
第一节 婚姻的人身效力	(219)
一、夫妻姓氏权	(219)
二、夫妻人身自由权	(223)
三、同居的权利与义务	(224)
四、忠实的权利与义务	(238)
五、婚姻住所商定权	(244)
第二节 婚姻的财产效力	(245)
一、日常家事代理权	(245)
二、扶养义务与继承遗产的权利	(252)
第七章 夫妻财产制	(253)
第一节 夫妻财产制概述	(253)
一、夫妻财产制的概念	(253)
二、夫妻财产制的种类	(253)

4 亲属法原论

三、现代夫妻财产制的发展趋势	(259)
四、我国夫妻财产制的历史发展	(263)
第二节 法定财产制	(264)
一、我国的法定财产制——婚后所得共同制	(264)
二、婚后所得共同制的主要内容	(266)
三、我国法定财产制的完善——特别(非常)法定财产制的构建	(282)
第三节 约定财产制	(285)
一、我国约定财产制的特点	(285)
二、我国夫妻约定财产制的完善	(287)
三、夫妻财产制契约	(287)
第八章 离婚	(294)
第一节 离婚的概念与种类	(294)
一、离婚的概念	(294)
二、离婚的种类	(296)
三、离婚与别居	(298)
第二节 登记离婚	(311)
一、登记离婚的概念与特征	(311)
二、登记离婚制度的存在基础	(312)
三、登记离婚的要件	(313)
四、登记离婚的无效与撤销	(318)
五、登记离婚效力的若干特殊问题	(322)
第三节 诉讼离婚	(326)
一、诉讼离婚的概念与种类	(326)
二、诉讼离婚的限制	(327)
三、法院调解离婚	(330)
四、法院裁判离婚	(333)
第四节 离婚的效力	(347)
一、对当事人身份上的效力	(347)
二、对当事人财产上的效力	(347)
三、对子女的效力	(369)
第九章 父母子女	(380)
第一节 父母子女关系与父母子女关系法	(380)
一、父母子女关系的概念与种类	(380)
二、父母子女关系法的历史发展	(380)
第二节 婚生子女	(383)
一、婚生子女的概念与特征	(383)
二、婚生子女的推定	(383)

三、婚生子女的否认	(386)
第三节 非婚生子女	(391)
一、非婚生子女的概念及其法律地位	(391)
二、非婚生子女的准正	(394)
三、非婚生子女的认领	(395)
第四节 养子女	(405)
一、养子女的概念与法律特征	(405)
二、收养的概念与法律特征	(405)
三、收养与相关制度	(408)
四、收养的种类	(409)
五、收养制度的沿革	(414)
六、收养关系的成立	(416)
七、收养关系的有效	(420)
八、收养的无效	(423)
九、收养的效力	(425)
十、收养关系的终止	(427)
第五节 继子女	(430)
一、继子女的概念与法律特征	(430)
二、继父母子女关系的主要形式	(430)
三、继父母子女关系的终止	(433)
第六节 人工生育子女	(435)
一、人工生育子女概述	(435)
二、人工生育的种类	(436)
三、人工生育的限制	(437)
四、人工生育子女的法律地位	(443)
第七节 亲权	(450)
一、亲权的概念与法律特征	(450)
二、亲权制度存废论	(450)
三、亲权人	(454)
四、亲权的内容	(455)
五、亲权的行使与限制	(463)
六、亲权的中止、恢复和消灭	(466)
第十章 监护	(469)
第一节 监护制度概述	(469)
一、监护的概念	(469)
二、监护制度的功能与监护的性质	(471)
三、监护制度的产生与发展	(473)

第二节 监护的设立	(482)
一、监护设立的含义	(482)
二、监护设立的原因	(482)
三、监护的设立方式	(486)
四、监护设立的时间与临时监护措施	(494)
第三节 监护机关	(495)
一、监护机关的概念与种类	(495)
二、监护权力机关	(496)
三、监护执行机关	(497)
四、监护监督机关	(502)
第四节 监护的内容	(504)
一、监护事务	(504)
二、监护责任	(506)
第五节 监护的终止	(508)
一、监护终止的含义	(508)
二、监护终止的原因	(509)
三、监护终止的法律后果	(509)
第十一章 扶养	(510)
第一节 扶养制度概述	(510)
一、扶养的概念	(510)
二、扶养的内容	(512)
三、扶养的种类	(513)
四、扶养制度的演进及我国立法的完善	(515)
第二节 扶养的范围与顺序	(516)
一、扶养的范围	(516)
二、扶养的顺序	(521)
第三节 扶养义务的发生、变更与消灭	(523)
一、扶养义务的发生	(523)
二、扶养的程度与方法	(526)
三、扶养的变更	(527)
四、扶养的消灭	(528)

第一章 亲属法概述

第一节 亲属法的性质与调整对象

一、亲属法的含义

(一) 亲属法的名称

亲属法在不同的国家或不同的历史时期有不同的称谓。例如,在大陆法系国家或地区通常称为亲属法;前苏联称为婚姻家庭法;前东德、罗马尼亚、阿尔巴尼亚和俄罗斯联邦等称为家庭法。在我国古代称之为婚律、户律、户婚律或者婚户律,《大清民律草案》设亲属编,国民党政府制定的民法典从之。中华人民共和国成立后,则称之为婚姻法。

我国立法之所以将其称为婚姻法,主要是根据革命根据地时期形成的立法习惯(如1932年中华苏维埃共和国就颁布了《中华苏维埃共和国婚姻法》),加上受前苏联立法模式的影响。对此称谓,学者们认识不一。^{〔1〕}本书认为,我国有关立法宜采用“亲属法”的称谓,因为:一是做到名副其实,避免引起歧义;二是与国际上通行的做法相接轨,避免导致法律适用上的障碍;三是鉴于其调整的亲属关系已超出家庭关系的范围,故不宜采用婚姻家庭法的名称。

〔1〕 主要有以下观点:(1)采“婚姻法”的称谓。理由:一是广义的婚姻法既调整婚姻关系,也调整家庭关系;二是历史地看,新中国成立后颁布的第一部法律就是《婚姻法》,在逐步完善法制建设,强调依法治国的今天,在不影响其调整范围和所规定内容的前提下,保留婚姻法的名称尤为重要。(全国人大法工委民法室编:《〈中华人民共和国婚姻法〉修改立法资料选》,法律出版社2001年版,第26页。)(2)采“婚姻家庭法”的称谓。理由:一是我国《婚姻法》不仅调整婚姻关系,而且也调整家庭关系,为做到名实相符,应改称婚姻家庭法;二是亲属法的涵义虽然较婚姻家庭法为广,但实际上是以婚姻家庭法为基本内容的,两者名异而实同,一般可以作为同义语使用。(王利明主持:《中国民法典学者建议稿及立法理由——人格权编·婚姻家庭编·继承编》,法律出版社2005年版,第193页;曹诗权主编:《婚姻家庭继承法学》,中国法制出版社1999年版,第43~44页。)(3)采“家庭法”的称谓。理由:现代家庭法的调整范围已经不像以前那样广泛,它基本上只调整婚姻家庭关系,而婚姻可以被包含在家庭之中,所以称其为家庭法最为简单明了,也符合国际惯例。(王洪:《婚姻家庭法》,法律出版社2003年版,第2页。)(4)采“亲属法”的称谓。理由:一般的同居关系增多和非婚生等其他非婚姻非家庭的亲属关系增多,以婚姻法命名的调整亲属关系的法律规范会更加名不副实;离婚、再婚增加,亲属非家庭化,家庭法的名称亦存在局限;大家庭解体与立法重心向近亲属偏移的必然。(杨遂全等:《婚姻家庭法新论》,法律出版社2003年版,第4~7页;孙祥瑞、李黎:《民法典亲属编立法若干问题研究》,中国法制出版社2005年版,第10~11页。)(梁慧星教授主持的民法典草稿学者建议稿采此种称谓。

2 亲属法原论

(二) 亲属法的概念

亲属法,是指调整一定范围亲属间的人身关系和财产关系的法律规范的总称。^[2]

首先,亲属法调整的是特定范围内的亲属关系。由于我国婚姻法不仅调整婚姻关系,而且还调整其他亲属关系,因而其名曰婚姻法,实际上是亲属法。

其次,亲属法是调整一定范围亲属间的人身关系和财产关系的法律规范的总称。《婚姻法》仅为形式意义上的亲属法。实质意义上的亲属法是指调整亲属关系的法律规范的总称,它不仅包括形式意义上的亲属法,还包括法律、法规以及司法解释等中有关调整亲属关系的法律规范,如《收养法》、《妇女权益保护法》、《未成年人保护法》、《婚姻登记条例》等均属于亲属法的范畴。

二、亲属法的性质

我国亲属法调整的是平等主体之间的关系,因而其为私法;我国亲属法规定的是特定范围亲属关系当事人之间的实体权利义务关系,因而其为实体法;我国亲属法是中华人民共和国制定的,因而其为国内法;我国亲属法在中华人民共和国领域内普遍适用,因而其为普通法。除此之外,与其他民法规范相比较而言,还具有以下重要性质。

(一) 习俗性

亲属法是在各国特有的历史条件下产生与发展起来的,它深深地植根于本民族的历史传统文化、宗教、风俗习惯和生活方式,是固有法,具有强烈的民族传统特色,具有习俗性。

(二) 差异性

由于亲属法具有习俗性的性质,从而决定了亲属法又具有差异性的特征,不仅在社会制度不同的国家之间其存在本质的差别,就是在社会制度相同的国家之间也极不相同。^[3]正因为如此,尽管一些国际组织如联合国、罗马统一国际私法协会试图制定一些避免法律冲突的统一实体法规范,但在亲属法领域由于其习俗性,至今仍一事无成,到目前为止也没有制定出一部调整涉外亲属关系的统一实体法规范,涉外亲属问题主要靠各

[2] 我国台湾地区有的学者认为:“亲属法者,规律人之身分关系之法也。”(戴炎辉、戴东雄:《中国亲属法》,顺清文化事业有限公司2000年版,第5页。)此种认识显然有点以偏概全。虽然作为身份法的亲属法主要是规范人的身份关系,但亦调整基于这种身份关系而产生的财产关系。

[3] 在此值得注意的是:日本学者中川善之助博士认为,亲属法的民族色彩或风土性并非永久存续,而是随着时代的变迁逐渐薄弱,最后消失无踪。我国台湾地区学者林秀雄先生对此观点表示赞同,认为不同民族所构成的社会之间,今后将随着交通或信息网的发展,通过相互之间的联系与接触,而促进法文化的相互交流与法制的相互继受。因此,或可想象将来各国亲属法中无法统一者,恐仅限于关于婚姻能力或其他行为能力的年龄限制。(林秀雄:《夫妻财产制之研究》,中国政法大学出版社2001年版,第9~10页。)我国大陆亦有学者认为,人类两性、血缘关系的普遍属性和价值、婚姻家庭与市场经济交织的共同规律、广泛而频繁的国际交流活动对婚姻家庭的渗透与辐射、西方近现代亲属法立法技术的成熟和完善等决定了各国亲属法不可避免地吸收和渗入了外来的异质法文化。随着时代的变迁,亲属法的民族性色彩逐渐薄弱;相反地,普遍性的共同要素逐渐显著,并已有逐渐取代民族性要素的趋势。(王洪:《婚姻家庭法》,法律出版社2003年版,第7~8页。)在现代市民社会中,身份关系渐趋弱化,财产关系日益增强,传统亲属法的固有性能逐步消亡。(曹诗权:“中国婚姻法的基础性重构”,载《法学研究》1996年第5期。)

国的冲突规范或统一冲突规范来调整。^{〔4〕}国际上曾经缔结了一个关于最低婚龄的公约,规定最低婚龄为15岁。但该公约严格说来也不是一个统一的实体法公约,因为它只规定了最低婚龄,即不低于15岁,但15岁以上究竟多少岁可以结婚,仍无统一规定,需由各国自行规定。^{〔5〕}

(三) 伦理性

亲属关系,既是法律关系,又是伦理关系。马克思在《论离婚法草案》一文中指出:“尊重婚姻,承认它的深刻的合乎伦理的本质。”又说:“如果立法不能明文规定什么是合乎伦理的行为,那么它就更不能宣布不合乎伦理的行为为法。”^{〔6〕}由于“夫妻、亲子等相互之间的关系,伦理的色彩特别浓厚,亲属法之规定,须以合于伦理的规范为适宜,而且有其必要”。^{〔7〕}“在一定意义上说,亲属法堪称道德化的法律或法律化的道德,古今中外概莫能外。从历史上来看,中国古代亲属法以儒家的伦理观为思想基础,欧洲中世纪的亲属法亦以基督教的道德为其精神支柱。”^{〔8〕}在长期的历史进程中,形成了许许多多的有关亲属关系的伦理规则,这些伦理规则不少上升为亲属法规范,或者虽未上升为法律规范,但为其他诸如道德、宗教规范等确认,对亲属法亦会产生这样或那样的影响,从而使亲属法涂上了浓重的伦理色彩,具有鲜明的伦理性。这种伦理性主要表现在:亲属上的权利常与义务密切结合,如父母的义务、夫妻的义务和子女的义务;契约自由,亦只在伦理所许可的范围之内。其与义务相结合的权利,应依诚实信用原则行使,否则为滥用权利。在我国,反映广大人民意志和利益的法律和社会主义伦理道德规范在本质上是一致的,亲属法所规定的亲属之间的权利与义务,都含有丰富的社会主义伦理道德规范的内容,是社会主义社会中亲属伦理道德的必然要求。

(四) 团体性

亲属法以夫妻、亲子等超个人的结合团体为规范对象,是一定社会中“具有巨大影响的团体的行为方式”的法律表现,^{〔9〕}故立法之际多考虑全体的利害祸福,个人主义色彩远较财产法淡薄,具有团体性。

(五) 强行性

亲属法是以亲属关系为调整对象,婚姻家庭关系是其核心部分。在现代社会中,尽管婚姻的观念和家庭的形式发生了巨大的变化,但婚姻家庭仍然是社会的基础,婚姻家庭关系的稳定不仅涉及婚姻当事人和子女的利益,而且涉及社会的稳定和发展。因而,亲属法的规定大多关系公共秩序及善良风俗的公益性质,权利义务的内容大部分为强行法性质,不能任由当事人自由决定。当然,亲属法中亦有一些任意性规范。例如,法律允许夫妻就财产问题作出不同于法定夫妻财产制的约定,以协议处理离婚后子女的抚养教育和共同

〔4〕 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年版,第373页。

〔5〕 姚壮、任继圣:《国际私法基础》,中国社会科学出版社1981年版,第176~177页。

〔6〕 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第185页。

〔7〕 史尚宽:《亲属法论》,台湾荣泰印书馆1980年版,第4~5页。

〔8〕 杨大文主编:《亲属法》,法律出版社2000年版,第31页。

〔9〕 《国际比较法百科全书》(第4卷)“人与家庭”导论,第9页。

财产的分割等问题。当然,这些规范为数不多,适用时也要符合亲属法的原则。

(六) 身份法性

从各国亲属法规定的内容来看,亲属法由亲属身份法和亲属财产法两部分构成。规定亲属身份上的权利义务的,如夫妻间的同居义务、保护教育子女的权利义务,为亲属身份法,或称纯亲属法;规定亲属财产上的权利义务的,如夫妻财产制、亲子间的财产关系,为亲属财产法。亲属财产法,有两种不同的立法例:一是置其于一般财产法中。法国、意大利民法采取此立法例。二是置其于亲属法中。德国、瑞士、日本和我国台湾地区立法采取此立法例。我国现行婚姻法采后一立法例。由于亲属法所调整的财产关系是从属于亲属法所调整的人身关系的,是人身关系所引起的某种法律后果,它的发生和终止是以人身关系的发生和终止为前提,因此,亲属法就其本质而言是身份法,而不是财产法。^[10]

此外,我国绝大多数学者认为适用上的广泛性(或称普遍性)为亲属法的特性之一。^[11]其实,广泛性或普遍性并非是亲属法的特性,因为作为普通法的民法的其他组成部分如物权法、债法、继承法亦具有适用上的广泛性或普遍性的特点。^[12]

三、亲属法的调整对象

亲属法以亲属关系为调整对象。然而,亲属关系多系自然发生的社会关系,并非法律

[10] 在此值得注意的是:有学者认为,因时月推移,个人就自己人格渐有自觉;且又因经济生活单位渐形个别化,于是,两者互为因果,竟导致社会上的各种结合关系逐渐变为目的的结合关系。身份法的主宰范围缩小,而终由财产法取而代之。比如,现代法上的亲子关系,则必有亲子财产法;婚姻关系,亦应有夫妻财产制为其基础;至于继承、亲权、监护等法律关系,与其谓为身份法,宁可谓为财产法上的规范,不过间接地以身份法关系为其前提而已。甚至有人(如 Endemann)认为罗马末期的身份法,在本质上业已变成纯粹财产法。(陈棋炎:《亲属、继承法基本问题》,台湾瑞明印刷厂1980年,第6页。)此外,还有学者认为,家庭法的主要调整对象是财产问题。([德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社2001年版,第137页。)我国大陆亦有学者认为,近现代社会,由“身份到契约”,法律对婚姻家庭关系的调整已不再十分重视身份,而是注重身份中具有独立人格本位的人的权利和利益,所以传统的亲属身份法内容不断减少,亲属财产法则详呈于法条之中,我国的亲属立法应从亲属身份法向亲属财产法倾斜。(曹诗权:“中国婚姻法的基础性重构”,载《法学研究》1996年第5期;曹诗权:“中国婚姻家庭法的宏观定位”,载《法商研究》1999年第4期。)此外,我国台湾地区有学者认为,基于日本新宪法对于家族生活的平等要求,日本在战后进行了民法的大改正,使得原本带有浓厚的日本传统身份主义色彩的战前家族法规范,在内容上作了大幅度的修正,让日本民法典更加接近近代主义的精神。如此一来,原有“身份法”代称,在新法律所依据的民法原理之下,便显得极不适当。因此,目前几乎所有日本的学者,早已扬弃“身份法”之名,而改称家族关系法规范为“家族法”。然而,或许是由于在我们的社会中,仍然存在浓厚的传统主义思想之故,所以我们的法学著作中,至今鲜有人对于“身份法”一词表示异议。但从我国台湾地区“宪法”的精神以及“民法”亲属、继承两篇的内容看,似乎应该如同战后日本一般,改称“身份法”为“家族法”比较符合法规的现状。其次,学者间或有使用“家庭法”来替代“身份法”之名的提议,但“家庭”一词是着重在家族成员间的生活关系,对于现行法律规范的内容而言,不若着重家族成员间社会关系的“家族”一词,来得切乎实际。(吴煜宗:“近代·家族·法”,载谢在全等:《物权亲属编》,中国政法大学出版社2002年版,第316页。)

[11] 杨大文主编:《亲属法》,法律出版社2000年版,第31页;巫昌桢主编:《婚姻家庭法新论》,中国政法大学出版社2002年版,第55页;马忆南:《婚姻家庭法新论》,北京大学出版社2002年版,第38页;任国钧:《婚姻法通论》,中国政法大学出版社1988年版,第6~7页。

[12] 我国台湾地区有的学者认为,亲属法还具有要式性的特点。(史尚宽:《亲属法论》,台湾荣泰印书馆1980年版,第5页。)这种认识也是值得研究的。其实,要式性并非亲属法的特点,而是身份行为的特征。

创设;而且亲属关系以夫妻、父母为连结中心,上下各代连绵不断,左右血缘联系无穷,加之婚姻这一媒介,范围极为广泛,内容复杂多样。在现实生活中绝非所有亲属都能发生相互作用,法律没有必要也不可能调整所有的亲属关系。亲属法所调整的只是一定范围的亲属关系,而且其规定的亦只是必须依法处理的具体事项。

(一) 调整对象的范围

亲属法只调整一定范围的亲属关系,那么哪些亲属关系由亲属法调整呢?在不同的历史时期,不同的国家,亲属法所调整的亲属关系的范围不尽相同。哪些亲属关系应当列入亲属法调整的范围,主要是由当时的社会经济基础及亲属关系在社会生活中的作用所决定,并与该社会上层建筑相适应的。一般来说,亲属关系在社会经济、政治生活中起的作用,古代社会大于近、现代社会,因而古代亲属法所调整的亲属关系的范围大于近、现代亲属法。

近、现代亲属法中,关于亲属法所调整的亲属关系的范围主要有两种不同的立法例。一是总括限定法(概括主义),即立法从总体上概括限定亲属的范围,然后再根据亲属的种类、远近确定其法律效力。在此范围之外的亲属关系不属于亲属法调整的对象,不具有亲属的法律效力。日本、韩国等国民法采此立法例。二是分别限定法(非概括主义),即立法不是从总体上概括限定亲属的范围,而是在具体的法律关系或法律事项上分别规定亲属的法律效力。例如,法律分别就禁婚亲、扶养、继承、监护等方面的亲属效力作出规定。德国、瑞士等国民法和我国台湾地区“民法”采此立法例。

本书认为,分别限定法显然更为科学、合理,因为各种法律关系有其不同的具体情形,分别规定更为切合实际。如果采取总括限定法,又要能够全面包容一切涉及亲属事项的法律关系,其范围必定会失之过宽。反之,范围失之过窄,又不符合全面调整亲属关系的需要,势必还要在此范围之外作若干补充性的特别规定。正因为如此,我国古代亲属法及《大清民律草案》采取总括限定法,^[13]但国民党政府在制定民法典时以“各种法律关系,其情形各有不同,即规定之范围亦应随之而异,则虽应为概括之规定,而遇有特别法律关系,例如民法上之亲属禁止结婚,亲属间扶养义务及继承权利,刑事上之亲属加重及亲属免刑等类,仍以分别规定其范围为合于实用,故亲属之范围无庸为概括之规定”为由,采纳了分别限定法。^[14]

从我国现行的有关亲属立法的规定来看,采纳了分别限定法。根据我国《婚姻法》的规定,禁婚亲的范围为直系血亲和三代以内旁系血亲;有扶养关系的亲属范围为夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖孙(祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女)。根据我国《继承法》的规定,法定继承人的范围为配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、对公婆或岳父

[13] 如我国《唐律》规定,亲属的范围为宗亲5代、外亲3代、妻亲2代。

[14] 史尚宽:《亲属法论》,台湾荣泰印书馆1980年版,第65~66页。在此值得注意的是:亦有学者认为,我国台湾地区“民法”采分别限定法的理由似欠充分,且有矛盾之处。既谓规定亲属范围,在事实上须有限制,又否定概括规定亲属范围,理由上不够充分,因我国民族性和社会结构与外国不同,如能于亲属法中妥加规定,更可发挥民族性的团结精神,其对于安定社会秩序,无形中有极大的裨益。(辛学祥:“现代身分法之探讨”,载陈棋炎先生六秩华诞祝贺论文集《身分法之理论与实用》,台湾燕南彩色印刷有限公司1980年版,第11页。)

母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿,以及作为代位继承人的被继承人子女的晚辈直系血亲。根据《民法通则》司法解释的规定,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。^[15]而依我国《刑事诉讼法》第82条的规定,近亲属是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。^[16]此外,我国《刑法》、《国籍法》等,都从不同的角度对亲属的效力作了规定。^[17]

(二)调整对象的内容

亲属法以亲属关系为调整对象,但并非亲属关系的所有内容亲属法都调整。例如,亲属法没有必要也没有可能把夫妻感情本身作为其调整对象。就亲属法所调整的亲属关系的内容来看,为亲属法所调整的是亲属之间的人身关系与财产关系。

亲属人身关系,是指存在于具有特定的亲属身份的自然人之间,本身并无直接财产内容的一种社会关系。亲属人身关系以主体之间的特定亲属身份为前提,因而亲属关系在本质上是一种身份关系。这种身份关系具有“事实先在性”的特点,即先有身份关系后法律始加以调整,非先有法律而后成立身份关系。身份关系的产生,有的基于自然事实,比如,因出生而产生自然血亲关系;有的基于法律行为,比如,因结婚而产生配偶关系,因收养而产生拟制血亲关系。此外,这种人身关系并无直接的财产内容,并不是出于经济上的目的而创设和存在的。

亲属财产关系,是指以亲属人身关系的存在为前提,直接体现为一定的经济内容或者以一定的财产为媒介所形成的社会关系。亲属财产关系是依附、从属于亲属人身关系的。这种从属性,具体地表现为发生上的从属性、内容上的从属性和终止上的从属性。亲属财产关系只能随着相应的亲属人身关系的发生而发生,随着相应的亲属人身关系的终止而终止;财产关系的内容,反映了相应的亲属人身关系的要求,主要是为了满足亲属间共同生活和家庭经济职能的需要。

(三)调整对象的性质

亲属法所调整的亲属关系是以婚姻、血缘为基础而形成的一种社会关系,它的存在与发展既具有两性结合、血缘联系的特征,又具有一般社会关系决定于社会的生产关系,并受社会上层建筑各个因素影响和制约的共性。前者为其自然属性,是其特性;后者为其社会属性,是其本质属性。

[15] 参见1988年1月26日通过的最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第12条。

[16] 有学者认为,《民法通则》司法解释和我国《刑事诉讼法》关于近亲属范围的界定显然是冲突的,对于这种冲突的协调,“应依民法通则的关于近亲属概念的规定为准,因为民法通则是实体法,诉讼法是程序法。程序法是为保障实体法的实施服务的,对同一概念的使用,不当再有两种含义。今后法律修订亲属法时,应声明以亲属法概念为准,其他规定与此相冲突的,一概以此解释”。(杨遂全:《新婚姻家庭法总论》,法律出版社2001年版,第79~80页。)此种认识显然是不知何为分别限定法的产物。

[17] 我国有学者认为,由于分别限定法需要人们对亲属法做出全面了解之后,才能把握亲属的范围,因此,总括限定法无疑便于人们从总体上了解亲属的范围,故主张在完善我国有关立法时采总括限定法。(王利明主持:《中国民法典学者建议稿及立法理由——人格权编·婚姻家庭编·继承编》,法律出版社2005年版,第211页。)