

比较 家庭法

COMPARISON
FAMILY LAW

这部专著首先展示给人们的是当今世界范围内婚家庭关系的发展动态和法律调整的最新模式，令人耳目一新，视野宏阔。在全面、深入地比较中外婚姻法律制度、亲子法律制度之后，作者针对当代中国婚家庭领域里出现的诸多新现象和新课题，提出了相当具体的可操作性很强的立法和司法建议，很有创新意义。

于静◎著

人 民 出 版 社

比较

家庭法

COMPARISON
FAMILY LAW

于静◎著

人民出版社

责任编辑：刘丽华
文字编辑：刘 群
装帧设计：鼎盛怡园
责任校对：书林瀚海

图书在版编目 (CIP) 数据

比较家庭法 / 于 静 著. - 北京: 人民出版社, 2006. 7
ISBN 7-01-005715-x

I. 比… II. 于… III. 婚姻法—研究—中国 IV. D923.904
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 080956 号

比 较 家 庭 法

bi jiao jia ting fa

于 静 著

人 民 出 版 社 出版发行

<http://www.peoplepress.net>

(100706 北京朝阳门内大街166号)

印刷: 北京新魏印刷厂 新华书店经销

2006年7月1版 2006年7月1次印刷

开本: 880毫米×1230毫米 1/32 印张: 12.5

字数: 315千字 印数: 3000册

ISBN 7-01-005715-x 定价: 25.00元

序

努力构建崭新的和谐社会，是当代中国文明与发展的最高目标。在和谐社会体系内，婚姻家庭关系的和睦与健康，无疑具有基石般的特殊功能。对婚姻家庭关系的法律调整，反映了人与社会之间积极主动、良性循环的客观需要。不断完善中国的婚姻家庭法律制度，不仅是构建和谐社会的一项基础工程，更是婚姻家庭法学研究工作者的崇高而神圣的职责。于静同志完成的《比较家庭法》一书，正是代表着婚姻家庭法学研究工作者忠实履行自己的职责所取得的又一优异成果。

这部专著首先展示给人们的是当今世界范围内婚姻家庭关系的发展动态和法律调整的最新模式，令人耳目一新，视野宏阔。在全面、深入地比较中外婚姻法律制度、亲子法律制度之后，作者针对当代中国婚姻家庭领域里出现的诸多新现象和新课题，提出了相当具体的可操作性很强的立法和司法建议，很有创新意义。关于其他成员之间关系的法律制度、监护法律制度、收养法律制度和继承法律制度，作者也从新的视角展开了相应的研究与探索。

法学研究的意义就在于揭示法律表系背后的规律，为实现法律的社会功能和社会价值提供理论依据和相应方案。于静同志的这部专著是她从事法学

研究的初步成果，相信未来她的学术成果会伴随着她更加努力的研究而不断问世。

龍翼飛
2008年3月19日

(龙翼飞，中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师)

目 录

第一编 导论	1
一、概述	1
(一) 概说	2
(二) 意义及目的	3
(三) 比较的方法	6
二、各主要法系、法域的立法情况	7
(一) 各国婚姻家庭法的名称及含义	7
(二) 各国婚姻家庭法的编制	7
(三) 各主要法系国家及我国各法域的立法概况	9
第二编 婚姻法律制度	15
一、结婚、结婚的效力及相关问题	15
(一) 结婚的概念、特征	15
(二) 结婚的要件	18
(三) 结婚的效力	35
(四) 婚约问题	60
(五) 非婚同居及法律责任	69
(六) 婚姻的无效与撤销	76
二、离婚法律制度概说	94
(一) 离婚与离婚法	94
(二) 离婚的方式	108
(三) 离婚的法律效力	123
(四) 别居制度	148

第三编 亲子法律制度	158
一、概说	158
(一) 概念和种类	158
(二) 亲权	163
二、婚生子女	174
(一) 婚生子女的概念及法律地位	174
(二) 婚生子女的推定、认领及否认	178
三、非婚生子女	184
(一) 非婚生子女的概念及法律地位	184
(二) 非婚生子女的准正和认领	188
(三) 建立我国非婚生子女准正和 认领制度的意义	193
四、继父母子女	196
(一) 继父母子女的概念和类型	196
(二) 继父母子女的法律地位	198
(三) 继父母子女关系的解除	200
(四) 继父母子女关系的终止及效力	201
五、一定范围内的亲姻	203
(一) 一定范围内亲姻的概念和范围	203
(二) 一定范围内亲姻的效力及条件	203
(三) 立法的必要性	204
第四编 扶养	206
一、概述	206
(一) 扶养的概念、种类及法律限制	206
(二) 扶养的范围和顺序	211
(三) 扶养的程度、方式、变更与终止	215
二、祖孙之间的法律关系	220

(一) 祖父母、外祖父母对孙子女、 外孙子女有抚养义务	221
(二) 孙子女、外孙子女对祖父母、 外祖父母的赡养义务	222
(三) 祖孙间的继承权	224
三、兄弟姐妹之间的法律关系	224
(一) 兄弟姐妹之间的抚养义务	225
(二) 兄弟姐妹间的继承权	226
第五编 监护法律制度	227
一、概述	227
(一) 监护的概念和历史沿革	227
(二) 监护的特征	230
(三) 监护的分类	232
二、监护的内容	233
(一) 监护的开始与条件	233
(二) 监护人及其权利与责任	236
三、监护的变更、终止及效力	243
(一) 监护的变更	243
(二) 监护的终止	245
第六编 收养法律制度	248
一、概述	248
(一) 收养概念的法律界定	248
(二) 收养的特征	250
(三) 跨国收养	253
(四) 收养与几个相近行为的比较 (抚养、寄养、立嗣、社会组织的抚养)	254
二、收养的成立及条件	256
(一) 收养成立的实质要件	256

(二) 收养成立的形式要件	266
(三) 两种特殊情形	274
(四) 无效收养	277
三、收养的效力	281
(一) 养子女与养父母之间的效力	281
(二) 养子女与生父母之间的效力	286
四、收养的终止	287
(一) 收养终止的概念、方式和条件	287
(二) 收养终止的效力	293
第七编 继承法律制度	296
一、概述	296
(一) 继承与继承法	296
(二) 继承权的取得与丧失	304
(三) 继承的开始	313
(四) 遗产的概念、范围及其确定	316
(五) 遗产的分割	321
(六) 债务的清偿	328
(七) 无主财产的归属	332
二、法定继承	334
(一) 概念和特征	334
(二) 法定继承的范围和顺序	336
(三) 继承份额	347
(四) 例外情形	349
(五) 代位继承和转继承	350
三、继承人之外的遗产取得人	354
(一) 概念和特征	354
(二) 种类	354
四、遗嘱继承	355
(一) 遗嘱继承的概念、特征	355

(二) 遗嘱有效的条件和形式	358
(三) 遗嘱的变更、撤销和执行	364
(四) 遗赠及遗赠扶养协议	375
(五) 特留份额	382
参考书目	387

第一编 导 论

一、概述

家庭，作为人的身份（缘于婚姻、血缘）为纽带联络而成的社会最基本的构成单位、组织形式，也是人类最基本的生活方式，最普遍地存在于人类社会的各时期。英国家庭法学者 Kate Standley 在引用一个判决中的判词时说道：“家庭一词涉及由一定程度的相互依靠、共同生活、照顾和爱情、义务和保护建立起的一种关系。”英国上议院议长艾威在 1996 年伦敦召开的欧洲家庭法会议上的发言中认为：“家庭生活是我们的社区、社会和国家赖以建立的基础。对于政府所设想的一个安全、公正和有凝聚力的社会来说，家庭是核心。”

用以规范该类社会关系的法律制度——家庭法（或称婚姻家庭法、亲属法），同样作为一门古老的学科以不同的形态存在于自人类有法律制度史以来的各国、各时期。家庭法因为调整对象涉及了每个家庭、每个人而具有普遍性。但同时，又因为其调整对象是基于人的精神寄托载体的婚姻、家庭所产生的亲属关系，带有明显的“人”的色彩，这就要求调整它的社会规范比较其他规范而言，更具有人文精神、更体现人性。而不同的社会习俗、传统文化、民族心理特质等方面背景的差异，使得这些需求的制度内容和制度表现形式差距巨大。今天，当人们的两性交往、通婚日益国际化时，我们必须对在法律体系中最具个性的、不同法域间的婚姻、亲子法律制度加深了解，并通过对规范比较，来促进我国关于“私人”交往的法律建设的国际化。

(一) 概说

1. 婚姻、亲子法律制度比较的概念及调整对象

在法律范畴内，各部门法的概念、定义都是其调整对象的突出和直观反映。纵观世界各国的婚姻家庭立法，无论名称如何，一般都遵循了名称涵盖其所调整的全部社会关系的命名原则。婚姻、家庭法律规范的调整对象是人类的两性关系和血缘关系，也包括了婚姻关系和家庭关系。该类规范被称为婚姻家庭法，也称为亲属法、家庭法，是以婚姻和家庭法律现象为研究对象的学科，应当包括婚姻法（或称结婚、离婚法）、家庭关系法（包括亲子法）、收养法、监护法、继承法等几个方面的法律制度。当然，家庭法不可避免地与其他法律之间相互影响，例如，合同法、侵权法、刑法……但是家庭法调整的重点是身份的创设、取消及其所带来的法律效力。现代西方学者认为还应包括或者说是反映政府对于家庭问题上的引导倾向、对家庭的保护的各部门法。

我国现行的调整婚姻家庭法律关系的部门法系列，分别称为《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国收养法》（分别简称为《婚姻法》、《继承法》、《收养法》），至于监护、亲权的内容，则在《中华人民共和国民法通则》（简称为《民法通则》）中表现；所有的涉及婚姻家庭法律关系的程序规则，是由《中华人民共和国民事诉讼法》（简称为《民诉法》）来规范的。如果一个部门法我们称其为婚姻法，那么它的调整对象，应该只包含了婚姻关系而并不包括家庭关系，因为婚姻法仅指调整、约束两性之间婚姻的设立、终止及其效力的法律规范。而我国的《婚姻法》，从其调整的内容或其调整对象的范围来看，是包含了两性关系和血缘关系的。也就是说，它不是仅仅调整婚姻关系，同时还调整了家庭关系。这就明显地表现出我国现行《婚姻法》的名称，并没有准确地涵盖该法的调整对象，不能清晰、直观地反映我国婚姻

法的调整对象及其范围。所以,《婚姻法》应该称为家庭法或婚姻家庭法更为明确、严谨。

我们应当这样认识:婚姻家庭法应当既包括调整两性关系、婚姻关系的婚姻法(结婚法、夫妻关系法、离婚法),也包括调整血缘关系、家庭关系法(调整除配偶关系外的父母子女关系、其他家庭成员间的关系)、监护法、收养法、继承法几个方面的法律制度。

在本书里,我们将采用这种方式来界定婚姻家庭法:我们把调整两性关系、婚姻关系的规范称为婚姻法律制度,把家庭关系法、亲子法的有关内容笼统地称为亲子法律制度。因为讨论这些关系必然要涉及相关的监护、收养、继承问题,因此监护制度、收养制度、继承制度我们在此一并比较。

比较婚姻、亲子法律制度,作为比较法学的一个分支,是对各国、各法域不同时期的婚姻、亲子以及相关的监护、收养、继承等法律制度、司法制度以及法学观点的比较,并通过比较其现象和本质的异同,得出对各具体法律制度的评价和重新认识。

2. 基本内容和体系

如果在上述这样一个概念所涵盖的内容中探讨的话,比较婚姻、亲子法律制度的内容和体系包括:婚姻法律制度(包括结婚法律制度、离婚法律制度)、亲子法律制度(包括调整父母子女关系的亲子法律制度、其他家庭成员间关系的扶养法律制度)、监护法、收养法、继承法。

(二) 意义及目的

在现阶段,我们可以从以下几个方面来认识比较婚姻家庭法的意义:

1. 通过比较,为我国婚姻家庭法律制度的完善以及民法典的博采众长做贡献

目前,学界普遍认为:婚姻法回归民法,完善学科体系,是我国婚姻家庭法学所要面临的一个基础性问题,也是我国婚姻家庭法律制度自身完善的一个体现。1950年我国的第一部《婚姻法》,作为新中国成立后社会主义法律体系中第一部颁布实施的成文法,由于当时过多地受前苏联法律体系的影响,被定位成了一个独立的法律部门,而不是其本更应当成为的民法的组成部分,这就造成了本来应该是民法有机组成部分的婚姻家庭法,此后长期作为对民法不当排斥的一个独立的部门法,也在一定程度上造成了其研究的局限性,以及对西方近、现代亲属法认识的阻碍,加大了今天与国际接轨的距离。

调整婚姻家庭关系的法律,其调整对象包括了婚姻、家庭、财产继承等,这些均属于人身关系和基于人身关系而产生的财产关系,都属于民法的范畴。在民法典出台在即的今天,婚姻家庭法学者也已经完成了在学科体系上对婚姻家庭法学的正确认识——对民法的回归。而民法典的制定需要博采众长,作为民法典组成部分的婚姻家庭法,也需要通过比较的研究方式,去了解、比较不同的婚姻家庭法律制度,得到对西方的亲属法律更加全面的认识,进而完善我们自己的法律制度框架体系,从而博采众长,由借鉴趋向自我完善。

2. 通过比较,完善我国日益开放的社会制度体系

为了配合我国加入WTO,完善法律制度需要更加全面地了解各国的婚姻法律制度。婚姻,是人类所特有的制度性文化。在任何一个国家的整体社会制度体系中,婚姻家庭制度,是具备了最有可能展现人文精神条件的社会制度。因此,与例如商事法律制度、刑事法律制度不同的,在各国各自的社会制度体系中,婚姻家庭制度都是最具特质性、最不容易被同化的。各国社会历史、文化背景的不同造就了相差巨大的婚姻家庭制度。同时,由于婚姻家庭本身所具有的鲜明的民族性、地域性、传统伦理性,加之对外来文化排斥性强、同化或吸收力差的特点,使其成为本土化个性非常突出的社会规范。它的这一特点在世

界趋同化日益明显的今天，在显得相对保守的同时，要求我们必须认识到：我们在重视了对其个性的了解的基础上，才有可能为我所用。

同时，在我国加入了 WTO，整个社会呈开放态势的形势下，在由于经济因素、互动目的所引起的社会生活的全方位变化中，涉外婚姻的增多，使得亲属关系的国际化现象日益普遍。而由于法律冲突直观地表现在法律观念及法律制度上的冲突，人们在婚姻、家庭领域里的涉外行为，首先需要对不同法律体系之间的差异有基本的认识，并在此基础上增进各法域之间制度层面的相互认同度。这就要求我们去了解、比较不同的婚姻家庭法律制度，进而完善我们自己的法律制度，使我国的婚姻、亲子法律制度建设适应国际化的需要，以适应开放的、国际化的调整对象对其制度化的要求。

3. 通过比较，为日益增多的涉外婚姻、家庭法律问题的法律适用奠定认识基础

用比较的方法了解各国的司法制度，是适用法律的现实需要。任何具有跨国性质的法律问题，表现出的法域之间的碰撞，最终都要落实在法律的适用上。婚姻、家庭领域里法律行为的跨国性，也同样必然面临着不同法域之间的法律适用问题。在司法实践中，我们必须首先通过比较，去了解外国法中的技术规则、国际通行的惯例，完善我国调整婚姻家庭关系的冲突规范，从而解决涉外婚姻法律适用中的外国法适用、国际间的司法承认与协助执行等司法实践问题。

不仅如此，西方学者认为，现代家庭法发展的一个趋势是国际化：解决家庭纠纷已经不能仅仅依靠国内法，还应依靠国际公约、条约、协定。法律的颁布和实施要与公约权利相一致，国内法必须以符合公约规定的方式解释和实施……表现在各国国内法，以其自身的发展见证国际化程度的不断扩大过程，所以涉外婚姻、家庭法律问题的法律适用，还需要我们研究国际公约类的法律渊源。

(三) 比较的方法

比较法的研究对象是对不同的法律体系或分属于不同的司法管辖权的法律制度的比较。在开展比较法研究时，因为研究的目的和角度不同，学者们对比较法方法的选择也不尽一致。但“比较法的一切研究，正如在所有思想活动中一样，都是以提出问题或者规定一种工作假设——简言之，即一种思想——开始的。常常是由于对本国制度的解决办法感到不满，于是驱使人们探究别国的法律制度是否产生过较好的解决办法。”^①

基于上述的比较目的，笔者的研究侧重于运用以下方法：

1. 宏观比较与微观比较相结合的方法

在比较法领域里，宏观比较和微观比较的方法是基本的比较研究方法之一，但具体运用和范围界定，不同的学者有不同的方式。一般而言，宏观比较是从总体上进行的，微观比较是从具体方面入手的。本书对于婚姻、亲子法律制度的比较，在宏观方面侧重于对不同法系间的比较；在微观方面，将通过对个别国家、法域间的婚姻、亲子、监护法律制度的各项内容进行对比性认识，来进行微观的对比研究。

2. 侧重实用性的比较方法

相对于各国的婚姻家庭法学理论体系、理论特征、发展规律等理论化的研究来说，本书更多的是通过对比具体的法律规定，来列举同一法律问题在各国的法律制度中的不同从而可以更贴近对实践的指导。

^①[德] K. 茨威格特、H. 克茨著《比较法总论》，法律出版社 2003 年版，第 46 页。

二、各主要法系、法域的立法情况

(一) 各国婚姻家庭法的名称及含义

各国法律制度中都有一部分用于调整婚姻家庭关系，但各国对这部分法律的称谓及解释各有不同：

英美法系国家习惯上把调整婚姻家庭关系的法律通称为家庭法，其内容包括婚姻、家庭关系的形成、效力、解除以及监护等，如英国 1969 年便有以家庭法为名的法规《家庭改革法》。

大陆法系国家则多采用“亲属法”的称谓，它是指规定因婚姻、血缘和收养而产生的人们之间的权利义务的法律。

也有用“婚姻法”称谓的国家，但在解释上有广义和狭义之分。前者即“实质意义上的婚姻法”，指一切有关婚姻、家庭和亲属问题的法律规范的总和；后者指规制婚姻的成立、效力及其终止的法律。我国采用“婚姻法”一词，它是广义的婚姻法，既调整婚姻关系，又调整家庭关系，还调整一定范围内的亲属关系。

本书以婚姻法律制度（包括结婚制度、离婚制度）和亲子法律制度为篇章来讨论婚姻、家庭关系，而把收养和继承、监护这些笔者认为虽然与婚姻家庭法律制度有相当的关联，但已单独成章，宜作另外处理的内容，设立独立篇章展开讨论。

(二) 各国婚姻家庭法的编制

外国婚姻家庭法大致有三种编制法：

(1) 作为民法典一部分的婚姻家庭法。欧洲大陆的许多国家和属于大陆法系的国家一般采用此编制。如法国、德国、瑞士、日本。由于婚姻家庭法在民法典中所处的地位不同，又有