



高等学校法学系列教材
Gaodeng Xuexiao Faxue Xilie Jiaocai

Family Law & Succession Law

婚姻家庭继承法学

(第二版)

许莉 / 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Family Law & Succession Law

婚姻家庭继承法学

(第二版)

主编：许 莉

参编：（按撰写章节先后为序）

孙维飞 冯菊萍 许 莉

李红玲 俞立珍



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

婚姻家庭继承法学/许莉主编. —2版. —北京:北京大学出版社,2012.8
(高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-301-20949-3

I. ①婚… II. ①许… III. ①婚姻法-法的理论-中国-高等学校-教材 ②继承法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第154628号

书 名: 婚姻家庭继承法学(第二版)

著作责任者: 许莉 主编

责任编辑: 黄蔚 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-20949-3/D·3137

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 18.5印张 350千字

2006年1月第1版

2012年8月第2版 2012年8月第1次印刷

定 价: 35.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn



高等学校法学系列教材

Gaodeng Xuexiao Faxue Xilie Jiaocai

华东政法大学
课程和教材建设委员会

主 任 何勤华

副主任 杜志淳 顾功耘 刘晓红 林燕萍 唐 波

委 员 刘宪权 吴 弘 刘宁元 罗培新 杨正鸣

沈贵明 余素青 范玉吉 张明军 高富平

何明升 杨忠孝 丁绍宽 闵 辉 焦雅君

陈代波 金其荣 贺小勇 徐永康

秘书长 唐 波 (兼)

修 订 说 明

《婚姻家庭继承法学》一书于2006年1月出版,被各大学选用为本科教材,迄今已重印多次。而作为华东政法大学指定教材,使用至今已有六年多,效果良好,曾获校优秀教材二等奖。

2011年8月,最高人民法院颁布实施了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》,内容涉及结婚登记瑕疵的处理路径、亲子鉴定的证据规则、夫妻一方财产婚后所生孳息之归属、婚内析产、父母出资购房的归属等诸多方面。这次教材修订的目的主要是补充、阐述该司法解释的内容,同时修正教材使用过程中发现的问题。

此次修订涉及本书的所有章节,由原撰写者负责相关章节内容的修订,由许莉统稿。修订过程中仍不免有缺漏、疏忽之处,尚祈读者批评指正。

修订分工如下:(以撰写章节先后为序):

孙维飞 第一编第一章

冯菊萍 第一编第二章,第二编

许莉 第一编第三、四章

李红玲 第一编第五、六、七、八章

俞立珍 附论

专家鉴定书

由许莉副教授主编的《婚姻家庭继承法学》书稿是华东政法学院几位中青年骨干教师合作编写的教科书,他们大多从事专业课教学达十年以上,有较丰富的教学经验,也有较强的科研能力,已在该领域取得了一系列可喜的业绩。

书稿以现行法律的体系为框架,涉及婚姻法、收养法、继承法的全部条文和其他相关法律部门。全书设计合理、规范,各章、节、目的内容基本涵盖了婚姻家庭领域的主要法律制度,反映了当前婚姻家庭继承方面的重大科研成果。对所有法律规定以及有关司法解释都作了较为系统详尽的阐述,使读者掌握有关法律的立法原理、基本原则、法律制度以及适用中应注意的问题,为今后从事各类法律工作打下坚实的理论基础,准备了必需的法律知识。

书稿引用的资料新颖翔实,具有广泛性和代表性,而且运用得体,反映了作者的理论功底和写作能力。在部分章节中还以一定篇幅介绍外国婚姻家庭法的相应规定,以扩大读者视野,为今后修改和完善我国婚姻家庭法提供了可资借鉴参考的立法经验。

书稿在法律名称、条款顺序等方面尚需注意同一性和规范性,保持前后一致;个别用字遣词尚可斟酌,希望在统稿和校对中加以注意。相信本书的出版,将会受到广大师生和读者的欢迎。

张贤钰

2005年10月21日

中国法学会婚姻家庭法学研究会顾问
西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心顾问
华东政法学院教授

目 录

第一编 婚姻家庭法

第一章 绪论	1
第一节 婚姻家庭	1
第二节 婚姻家庭法的调整对象	3
第三节 婚姻家庭法的调整方法	4
第四节 婚姻家庭法和民法的关系	6
第五节 婚姻家庭法的渊源	9
第六节 婚姻家庭法的基本原则	11
第七节 身份法律行为与身份权	17
思考题	20
第二章 亲属制度	21
第一节 亲属的概念与亲属制度的历史演变	21
第二节 亲属的种类和分类	24
第三节 亲系和亲等	26
附：中国古代的丧服制	29
第四节 亲属关系的发生、终止及其效力	31
思考题	36
第三章 结婚制度	37
第一节 结婚制度概述	37
第二节 婚约	41
第三节 结婚条件	44
第四节 结婚程序	52
第五节 婚姻的无效和撤销	61
思考题	67
第四章 夫妻关系	68
第一节 夫妻关系概述	68

第二节 夫妻人身关系	72
第三节 夫妻财产关系	80
思考题	93
第五章 离婚制度概述	94
第一节 婚姻的终止	94
第二节 登记离婚	104
第三节 诉讼离婚	108
思考题	116
第六章 离婚的效力	117
第一节 离婚在当事人身份上的效力	117
第二节 离婚在当事人财产上的效力	119
第三节 离婚损害赔偿制度	130
第四节 离婚在亲子关系上的效力	133
思考题	140
第七章 亲子制度	141
第一节 亲子关系概述	141
第二节 亲权	143
第三节 父母子女	147
思考题	160
第八章 收养制度	161
第一节 收养制度概述	161
第二节 收养法的基本原则	164
第三节 收养关系的成立	167
第四节 收养关系成立的法律效力	174
第五节 收养关系的解除	177
思考题	179

第二编 继承法

第一章 继承制度概述	180
第一节 继承的概念	180
第二节 继承权	184
第三节 我国继承制度的基本原则	189

思考题	191
第二章 法定继承	193
第一节 法定继承概述	193
第二节 法定继承人的范围和继承顺序	194
第三节 代位继承与转继承	200
思考题	203
第三章 遗嘱继承与遗赠	204
第一节 遗嘱继承的历史发展	204
第二节 遗嘱	205
第三节 遗嘱继承	209
第四节 有关遗嘱继承的若干问题	210
第五节 遗赠	214
第六节 遗赠扶养协议	215
思考题	217
第四章 继承的开始与遗产的处理	218
第一节 继承的开始	218
第二节 遗产	219
第三节 遗产债务的确定和清偿	224
第四节 “五保户”遗产和无人继承遗产的处理	227
思考题	228

附 论

民族、涉外、区际婚姻家庭与继承法律问题	229
第一节 民族婚姻家庭法律问题	229
第二节 涉外婚姻家庭法律问题	231
第三节 涉外继承法律问题	240
第四节 区际婚姻家庭与继承法律问题	243
思考题	247
主要法律、法规及司法解释	248
主要参考书目	285

第一编 婚姻家庭法

第一章 绪 论

第一节 婚 姻 家 庭

一、婚姻家庭的性质

(一) 婚姻、家庭的概念

一般来说,婚姻是男女两性结合的一种特别形式,特别之处在于:男女二人以永久共同生活为目的,互享社会所认可的夫妻间的权利和义务。家庭或家则是共同生活的亲属团体,夫妻间的共同生活自然也在其中。

(二) 婚姻家庭的自然属性

婚姻家庭的自然属性是指婚姻家庭赖以形成的自然条件及其本身所包含的自然规律。^① 主要包括两个方面:(1) 男女两性的差别和人类所固有的性本能,是婚姻的生理基础;(2) 男女两性的结合可以产生繁衍后代的结果,使人种得以延续。如果人类没有两性差别,或者人类虽有两性差别,但两性之间没有性的吸引,或者人类虽然两性之间有性的吸引,但两性结合的结果不能孕育后代,那么,婚姻家庭的自然条件就不能具备,可能的结果就是:或者没有婚姻家庭,或者婚姻家庭的样式有着完全不同的面貌。^②

在婚姻家庭的立法中必然会有对自然属性的考虑,诸如法定婚龄的设置、无

^① 参见张贤钰主编:《婚姻家庭继承法》,法律出版社2004年版,第2页。

^② 随着人工生殖技术的发展,以及将来有可能会出现的单性生殖技术(克隆)在人身上的运用,婚姻家庭的样式将来(可以设想遥远的将来)是否会发生改变就是个未知数了。另外,同性恋现象的存在虽然没有从根本上改变人类异性相吸的生理属性,但毕竟对以异性结合为基础的婚姻家庭观念提出了挑战。我国目前并不认同同性之间的婚姻,同性结合也不可能产生家庭。

性行为能力作为离婚理由等都与婚姻的自然属性相关。

（三）婚姻家庭的社会属性

婚姻家庭的社会属性是指婚姻家庭作为特定社会的一部分所具有的特定属性。不同社会,其婚姻家庭的特性不同;同一社会,当其发展变化时,婚姻家庭的发展变化也在其中。

作为社会关系的特定形式,婚姻家庭的性质、特点及其变化发展都是由其社会属性决定的。^①和婚姻家庭的自然属性相比,社会属性是其本质属性。在人与人结合的形式上,使婚姻家庭形式和非婚姻家庭形式相区别的关键不是结合者的生理基础,而是其结合是否为社会所认可。^②

二、婚姻家庭的社会职能

婚姻家庭的社会职能是指婚姻家庭作为社会系统的组成部分所承担的功能。不同社会中婚姻家庭所起的作用会有所区别,但也有一些较为普遍的功能。细述如下:

（一）实现人口的生产和再生产

社会若要延续,首先必须解决人种的延续问题。人种的延续是通过生育制度来完成的。生育下一代并不是单纯的生理事件,而是在特定社会制度中完成的社会事件。我国目前人口的出生主要是在婚姻家庭的组织中完成的,因此,客观上婚姻家庭承担着重要的延续后代的职能。^③

（二）组织生活消费和参与社会经济活动

传统农业社会中,“男耕女织”,社会的经济生产主要是由家庭来完成的;在现代社会中,尤其是城市社会,经济生产是在工厂等“单位”完成的,家庭的生产功能明显弱化。但即使在现代社会,生活消费的一大部分还是由家庭来组织完成的,为家庭共同生活而发生的对房屋、汽车和饮食等的支出仍是现代社会的重要消费来源。

（三）传承社会文化,培养下一代

由于家庭是人口出生的主要场所,人一出生便面临着家庭,因此,社会学认为,家庭是人的“首属群体”。社会的文化传统首先便在家庭里对下一代发挥着作用,家庭的濡化是社会文化重要的传承渠道,同时也是个人人格形成和社会化

① 参见张贤钰主编:《婚姻家庭继承法》,法律出版社2004年版,第3页。

② 在法治社会,最重要的社会认可足法律的认可。有时法律和其他社会制度在是否认可某种结合为婚姻家庭时会有冲突,例如,法律认可的结婚方式为登记,而部分社会群体可能只接受公开仪式的形式,却不认可登记的形式。当然,法律是普遍适用的强制性准则,个别社会群体的规则和法律相冲突时应服从法律。

③ 当一个社会非婚同居和非婚生育现象越来越多时,婚姻家庭所承担的延续后代的职能就被逐渐弱化了。

的重要途径。但是随着托儿所、幼儿园和各级学校在现代社会的建立以及电视、网络等媒体进入家庭,家庭的文化教育和人格培养等功能也在一定程度上发生着改变。如何正确认识和发挥家庭在培养下一代中的作用是一个有待进一步深入思考的课题。

第二节 婚姻家庭法的调整对象

婚姻家庭法,顾名思义,是调整有关婚姻家庭的社会关系的法律。婚姻家庭关系经过法律的调整之后成为婚姻家庭法律关系,即存在法律上的权利义务关系。对婚姻家庭法调整对象的理解应当注意以下几个方面的内容:

首先,在婚姻家庭关系中,应注意区分法律和其他调整手段之间的界限。

以婚约为例,它是未婚男女承诺将来结婚的约定,这种约定不具有法律效力,不能被强制执行。但订立婚约本身并不违法,因为法律对它虽然不保护,但也不禁止。这说明婚约不在法律的调整范围之内,应由道德和风俗习惯调整。

婚姻家庭关系不同于商品交换关系,它和道德、伦理以及风俗习惯之间的联系非常紧密,和人的感情性格等也息息相关,因此,和一般的商品交换注重“物有所值”、“等价互利”等特征不同,它非常强调有一定身份关系的人(尤其是夫妻)之间的互敬互爱、和睦相处。这种关系由于注重人的感情,并不适合完全交由法律来调整。《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)第4条就规定:“夫妻之间应当互相忠实、互相尊重;……”;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《解释(一)》)(法释[2001]30号)第3条补充说明:“当事人仅以《婚姻法》第4条为依据提起诉讼的,人民法院不予受理;……”。结合这两条规定,我们可以看出:《婚姻法》第4条将夫妻忠实和互敬互爱的道德义务规定在法律条文中,但只起着宣示和导向的作用,并不具有强制执行力,不是真正的法律义务。也就是说,法律对是否将有关夫妻之间感情沟通和融洽的事项作为调整对象持限制性的态度。^①

其次,应注意婚姻家庭当事人之间所发生的社会关系并不全是婚姻家庭法的调整对象。

婚姻家庭中的当事人往往是具有一定亲属身份关系的人,他们之间的社会关系可大致分为身份关系所涉及的人身关系和财产关系以及与身份无关的人身

^① 明确涉及夫妻感情事项的是《婚姻法》第32条第2款的规定,即“人民法院审理离婚案件,应当进行调解;如感情确已破裂,调解无效的,应准予离婚”。这一款规定的内容是将有关感情的事项作为判决离婚的前提条件,体现了婚姻家庭法的特色(因为在财产法中一般不会涉及感情事项)。但这一条款并没有将维护夫妻感情和睦作为当事人的法律义务,或者说,并没有将离婚作为义务违反行为的制裁措施,所以,从这一款规定又可以看出,有关夫妻感情的事项并未完全上升为法律调整的对象。

关系和财产关系。例如,夫妻之间有关婚后所得财产如何分配的协议是有关夫妻财产制的约定,是夫妻身份所涉及的财产关系,如果不是夫妻,则不存在订立这种协议的可能;但如果夫或妻向对方借款若干,则借款协议不是夫妻身份所涉及的协议,因为不是夫妻的两个人也可能订立这样的协议。前一种协议中的财产关系因为和身份关系相关,因此是婚姻家庭法的调整对象;而后一种协议中的财产关系因为和身份关系无关,因此不是婚姻家庭法的调整对象,而应为合同法的调整对象。^①对于前一种协议,可以参照适用合同法的规定,但不能完全照搬。

在妻子的人格被丈夫完全吸收的中古时代,不存在夫妻之间订立借贷契约的可能;同样,在家父权控制着子女的财产甚至人身时,也不可能在家父和子女之间订立借贷契约。上述这些情况在现代已经不复存在,依现代法律,夫妻之间以及父母子女之间虽然有着身份关系的约束,但他们仍然互为独立人格的主体,不能排除在他们之间也可订立和身份没什么联系的买卖、租赁等契约。

概括地说,婚姻家庭法的调整对象就是因一定的亲属身份而引起的人身关系和财产关系,其中,有关一定亲属身份如何发生及变动等事项一并包括在内。有些事项虽然并不发生在具有一定亲属身份的人之间,但由于和身份有密切的联系,通常也应归入婚姻家庭法的规范事项之列。例如,由于未经登记就“结婚”的男女不能形成合法的夫妻关系,因此他们在“结婚”后因共同生活而发生的财产关系应由婚姻家庭法来调整,而不能纯粹依据财产法的规定来处理。

第三节 婚姻家庭法的调整方法

法律调整是通过法律规范的制定和实施来完成的,不同部门法之间调整方法的区别是由各自调整对象的不同造成的。欲了解婚姻家庭法的调整方法,需明了以下几点:

第一,婚姻家庭法调整的对象是因一定亲属身份引起的人身关系和财产关系,这些关系和商品交换等社会关系虽然处于不同的社会领域,但都是平等主体之间的社会关系。因此,对这两类社会关系进行调整的法律在调整方法上具有共性,体现了婚姻家庭法隶属于民法的特征。

民法是调整平等主体之间的人身关系和财产关系的法律,其调整方法主要是通过设置有关私人之间权利和义务的规范来实现的,婚姻家庭法也不例外。

^① 假设夫妻约定实行分别财产制,那么婚后各自所得归各自所有,相互借贷自然不成问题;如果夫妻并未作任何有关财产制的约定,则依据我国现行《婚姻法》,他们的婚后所得除应归一方所有的特有财产(《婚姻法》第18条)外应属于共同所有,因此,若夫妻之间有借贷关系,贷方(出借方)出借的财产必须是个人的特有财产,而不能是共有的财产。

例如,夫妻一方重婚,对方可以以此为理由起诉要求离婚(《婚姻法》第32条),这种关于离婚理由的法律规范是调整私人之间权利和义务的规范,由私人向国家机关寻求救济;如果重婚构成犯罪,则重婚者应承担刑事责任,而这种刑事责任是由重婚者向国家而不是个人承担的责任。因此,前者是私法,是有关私人之间的权利义务的规范,是婚姻家庭法的规范;而后者是公法,是有关私人向国家应承担的责任的规范,是刑法规范。这体现了现代部门法划分的理念。但古代并非如此。例如,在我国唐律中就有强制离婚的规定,如在“妻欲害夫”等“义绝”情形中,夫妻必须离婚,否则,“违者徒一年”。这是把夫妻之间的权利义务以及他们对国家的责任合并在一起规定,体现了民刑不分、诸法合体的特色。

第二,婚姻家庭法调整的对象是因一定亲属身份引起的人身关系和财产关系,这些关系具有很强的伦理性,由此导致婚姻家庭法的调整方法具有不同于民法其他部分的特色。

首先,婚姻家庭法的规范多为强行性的规范,不容当事人协议变更或不适用。

例如,虽然结婚需要男女双方合意才能达成,但结婚当事人不能就合意的条款任意约定,诸如夫妻互为扶养等义务是法律强行性规范所规定的,不容选择。如果一方面允许男女双方结为夫妻,另一方面又承认他们结婚时互不扶养的约定有效,那么国家在婚姻家庭领域的伦理秩序就会遭到破坏。

法律在商品交换领域的目标主要是建立公正且有效率的市场,交易扩展依赖于交易自由,因此,尊重当事人自愿的安排是十分必要的;而在婚姻家庭领域,法律的目标则是维护婚姻家庭必要的伦理底线,不能全凭当事人的任性。之所以说“底线”,是因为婚姻家庭中伦理秩序的维护不能完全依赖法律,而应由法律和风俗习惯等诸多手段结合发挥作用。否则,由于法律具有国家强制性,对社会生活的干预比较大,若婚姻家庭中的问题事无巨细都上升到法律层面,公民自由就受到了不恰当的限制。

虽然婚姻家庭法的规范多为强行性规范,但也有任意性规范,即可以由当事人选择不适用的规范。其中,最典型的为有关夫妻法定财产制的规范。我国《婚姻法》规定的夫妻法定财产制为婚后所得共同所有制,但当事人可以约定排除该法定财产制的适用,而采用包括分别财产制在内的其他财产制形式(《婚姻法》第19条)。

其次,因为婚姻家庭关系的伦理性,损害赔偿救济措施的适用具有特殊性。

由于一定的亲属身份具有很强的伦理性,如果两个当事人之间的身份关系没有改变,则身份关系所具有的伦理性会抑制以金钱赔偿为主要手段的损害赔偿救济措施发挥作用。

例如,我国《婚姻法》第46条规定了离婚损害赔偿制度,即在夫妻一方有重婚、实施家庭暴力等情形时,对方可以起诉要求损害赔偿,但前提是上述情形“导致离婚”;若没有起诉要求离婚或判决不准离婚,则赔偿请求不予支持。重婚、实施家庭暴力等都是在婚姻存续期间所为,为什么损害赔偿的救济措施一定要等到离婚时才能得到支持呢?主要原因在于婚姻关系的伦理性。在夫妻关系依然维持的情况下,要求这样的金钱赔偿与夫妻互敬互爱的伦理要求有些抵牾,不甚恰当;而当夫妻关系不再维持时,抵牾情形也就消失了。另外,当父母违反对子女的照顾、保护等义务给子女带来损害时,损害赔偿是否适用以及如何适用又是一个问题。^①《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《解释(三)》)(法释[2011]18号)第9条规定:“夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的,人民法院不予支持。”该条规定并不意味着丈夫对其妻子不享有生育权,而只是表明丈夫的生育权对于其妻子来说不能受损害赔偿请求权之救济手段的保护。该条规定的理由一方面是因为妻子也享有生育权——决定生育或不生育的权利,另一方面则是出于对金钱赔偿作为维护和谐婚姻关系之手段的适宜性所持的怀疑态度。

第四节 婚姻家庭法和民法的关系

弄清婚姻家庭法的调整对象和调整方法之后,婚姻家庭法和民法的关系就自然显现出来:一方面,婚姻家庭法隶属于民法,是民法的组成部分;另一方面,婚姻家庭法具有自己的特殊性,是民法中相对独立的组成部分。我国现行的立法例是将婚姻家庭法的规范规定在诸如《婚姻法》和《收养法》等单行法典中,更明确地体现了这种相对独立性。

既然认为婚姻家庭法是民法的组成部分,那么,民法中总则性的规定是否适用于婚姻家庭事项?婚姻家庭法与民法其他组成部分(诸如物权法、合同法和侵权法等)之间在法律适用上应如何协调?

总则,顾名思义,就是总括性的规定,民法总则就是统一适用于民法各组成部分的规定。如果完全否认民法总则可以适用于婚姻家庭法,那么婚姻家庭法就不再是民法的组成部分,而是完全独立的部门法。这种认识显然不恰当。

首先,民法总则中的基本原则与婚姻家庭法总则中的基本原则的精神是一致的,并无冲突。

^① 父母子女的身份关系和夫妻的身份关系不同,夫妻身份通过离婚被改变了,原来的夫妻就不再是夫妻,而父母子女的身份关系是不变的,即使父母被剥夺了监护权或者子女被他人收养,也不例外。因此,在我国《婚姻法》中对于夫妻之间尚有离婚损害赔偿的规定,而对于父母子女间的损害赔偿并无直接的规定(但并不意味着完全否定)。

现代婚姻家庭法与过去不同,它首先强调的就是“男女平等”(《婚姻法》第2条),这一点与民法中的“当事人地位平等”(《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)第3条)体现的精神是一致的,两者都来源于现代民法中所蕴涵的民事主体人格平等的精神。夫妻在抚养教育子女等事务上具有同等的权利,夫妻有相互继承遗产的权利,夫妻对婚姻存续期间所得的共同财产等有平等的处理权等等,这些婚姻家庭法上的具体规定也不妨认为是民法基本原则的体现。

平等是自治的前提,意思自治则构成另一项民法基本原则(《民法通则》第4条)。但意思自治原则在婚姻家庭法中多有限制,这主要是由婚姻家庭关系的伦理性特点导致的。试举一例:《婚姻法》第11条只规定了胁迫作为婚姻可撤销的原因,并无因欺诈而请求撤销婚姻的规定。这一规定不同于《合同法》基于意思自治原则对可撤销合同的规定,在处理案件时,不能对受欺诈结婚的情况依照意思自治原则类推《合同法》加以解决。原因在于:《婚姻法》第11条是有关身份事项的规定,具有较强的伦理性,而维护身份关系的稳定性是和伦理相关的公共利益的要求,由此导致我国《婚姻法》在对待撤销婚姻的问题上持较为谨慎的态度,意思自治原则受到限制。但伦理性主要体现在因一定身份所引起的人身关系中,身份所引起的关系中尚有大量的财产性关系,对于这些关系,意思自治原则依然可以发挥作用。如我国《婚姻法》第19条所规定的“夫妻财产约定”虽然具有一定的身份性,即只限于夫妻之间发生效力,但内容仍为财产性的,是决定财产关系事项的约定。因此,在《婚姻法》对夫妻财产约定的生效问题没有作出规定的地方,如针对哪些情况下当事人可以起诉要求撤销该约定的问题,可以类推《合同法》中依据意思自治原则所作的相关规定。意思自治作为民法的基本原则虽然在涉及婚姻家庭事项时多有限制,但并不能因此否定婚姻家庭法是民法的组成部分。因为,意思自治原则虽然贯穿整个民法,但它不是具体条款(和概括条款相对),不需要直接适用于每一个民法领域中的事项,如在人格权法和物权法等领域中意思自治原则同样也受到限制。更需要注意的是,在婚姻家庭法中也有直接和民法中意思自治原则相通的原则,即婚姻自由原则,它是指婚姻的缔结和解除(结婚和离婚)应尊重当事人的自愿。婚姻自由原则和民法中的意思自治原则都根源于现代民法对人的尊重,是人格独立和人格自由的体现。

民法基本原则除当事人地位平等和意思自治外,还有诚实信用原则、公序良俗原则和权利不得滥用原则。后三个原则主要用于调整私人利益之间以及私人利益与社会公共利益之间的平衡。即使针对婚姻家庭事项,维护私人利益之间以及私人利益与社会公共利益之间的平衡显然也是十分必要的,因此,这三个原则虽然没有在《婚姻法》中写明,但依然可以适用于婚姻家庭事项。另外,这三

个原则不同于前述的平等原则和意思自治原则,它们具有授权条款的性质,即在现行法缺乏具体规定时,授权法官可直接依据这三个原则进行裁判。^① 婚姻家庭法作为民法的组成部分,在针对婚姻家庭事项缺乏具体规定时,这三个原则也可以直接作为裁判的依据。家庭关系中的伦理秩序是社会公共利益的重要组成部分,是这三个原则适用于婚姻家庭事项时应考虑的必要内容。例如,随着社会的变迁,一种防备配偶不忠的夫妻忠实约定悄然出现,即如果夫妻一方有婚外性行为等不忠实的情形,应向对方支付约定数额的违约金。这样的约定在法律上是否有效?对这个问题的回答有赖于对婚姻家庭领域中公序良俗原则的理解和判断。由于民法基本原则作为一般条款具有一定的模糊性,在适用于具体案件时难免会有争议。^②

总之,从民法基本原则和婚姻家庭法基本原则的一致性以及民法基本原则可以直接适用于婚姻家庭事项的角度来看,婚姻家庭法作为民法组成部分的性质不容否认。

其次,除基本原则外,民法总则中较重要的具体规定主要是与法律行为相关的规定。这些规定能否适用于婚姻家庭事项,须结合身份关系的伦理性特点具体看待,不可一概而论。^③

民法中有关法律行为的规定主要是以财产关系为典型事项,一般不能适用于有关身份产生和变动的行为(如结婚、协议离婚和协议收养等行为)。对于这些行为应适用婚姻家庭法的特别规定,如《婚姻法》第10条和第11条有关婚姻无效和可撤销的规定。如果婚姻家庭法上没有特别规定,也不应类推适用民法上的相关规定,而应类推适用婚姻家庭法上的其他规定。例如,《中华人民共和国收养法》(以下简称《收养法》)第25条第1款规定“违反《中华人民共和国民法通则》第55条和本法规定的收养行为无法律效力”,而在《民法通则》中,民事行为违反《民法通则》第55条的法律后果既有无效,也有可撤销和效力待定,并非一概的“无法律效力”。对于收养行为自然应优先适用《收养法》的特别规定,但《收养法》第25条并未对协议解除收养的民事行为作出规定,因此,若解除收养协议违反《民法通则》第55条,其效力该如何决定?我们认为应类推适用《收养法》第25条,后果一律为无效。

婚姻家庭法中也会涉及财产关系,虽然这些财产关系和一定的亲属身份有

① 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2004年版,第43页脚注[33]。

② 认为这样的约定违反公序良俗的见解,参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2004年版,第43、205—206页。

③ 在总则中较为明确地指出民法和婚姻家庭法在法律适用上的关系的婚姻家庭法典是《俄罗斯联邦家庭法典》(1995年),其第4条规定:“只有在民事立法不与家庭关系的本质相抵触时,家庭立法未调整的本法典第2条所指的家庭成员之间的财产关系和人身非财产关系,才适用民事立法。”参见中国法学会婚姻法研究会编:《外国婚姻家庭法汇编》,群众出版社2000年版,第466页。