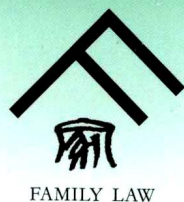


外国家庭法及妇女理论研究中心项目
One of the Items of Foreign Family Law and Women's Theory Research Center
家事法研究学术文库
Works of Researches on Family Law

陈苇 主编
Chen Wei Chief Editor



亲属法的伦理性 及其限度研究

Researches on the Ethics of Domestic
Relations Law and Its Limits

曹贤信 著
by/ Cao Xianxin



群众出版社

外国家庭法及妇女理论研究中心项目
家事法研究学术文库

陈 苇 主编

亲属法的伦理性 及其限度研究

曹贤信 著

群众出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

亲属法的伦理性及其限度研究/曹贤信著. —北京: 群众出版社, 2012.1

(家事法研究学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5014 - 4957 - 6

I. ①亲… II. ①曹… III. ①亲属法—法伦理学—研究—中国
IV. ①D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 257406 号

亲属法的伦理性及其限度研究

曹贤信 著

出版发行: 群众出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2012 年 1 月第 1 版

印 次: 2012 年 1 月第 1 次

印 张: 11

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 303 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5014 - 4957 - 6

定 价: 32.00 元

网 址: www.qzchs.com

电子邮箱: qzchs@163.com

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

《家事法研究学术文库》顾问

（以姓氏笔画为序）

巫昌桢（中国政法大学教授）

杨大文（中国人民大学教授）

杨与龄（台湾“国立”政治大学教授）

张贤钰（华东政法大学教授）

陈明侠（中国社会科学院法学所研究员）

林秀雄（台湾“国立”政治大学教授）



丛书主编简介

陈苇 女，四川资中县人，1987年于西南政法学院民法专业硕士研究生毕业，获法学硕士学位，留该校任教至今。主要研究方向为婚姻家庭继承法、妇女儿童老人权益保护。2003年12月至2004年12月，其受国家留学基金资助公派出国留学，作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修外国家庭法一年，现任西南政法大学民商法学院教授、博士生导师、外国家庭法及妇女理论研究中心主任、婚姻家庭继承法及妇女理论教研室主任，兼任家庭法国际协会执行委员会委员、中国婚姻家庭法学研究会副会长，重庆市人民代表大会内务司法委员会咨询专家、重庆市妇联法律顾问，重庆市渝北区人民代表大会代表，重庆市沙坪坝区人民法院“未成年人司法制度研究基地”专家咨询委员会委员。

代表性成果包括：独著、主编、主持翻译的《中国婚姻家庭法立法研究》（第一版、第二版）、《外国婚姻家庭法比较研究》、《中国大陆与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》、《改革开放三十年（1978~2008）中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》、《加拿大家庭法汇编》、《澳大利亚家庭法（2008年修正）》、《美国家庭法精要》（第五版）、《澳大利亚法律的传统与发展》（第三版）等著作、译作二十余部；在《中国社会科学文摘》、《中国法学》以及International Journal of Law, Policy and the Family, The International Survey of Family Law, US-China Law Review, 21st Century Law Review等中外学术刊物发表中英文学术论文六十余篇；此外，主编出版《家事法研究》学术论文集六卷（2005年卷~2010年卷）和“家事法研究学术文库”系列著作；应邀与美国、意大利学者合作撰写美国法学院比较家庭法英文教材一部：Practical Global Family Law ——United States, China and Italy（2009年4月在美国出版）。

前 言

自 1978 年西南政法学院复办以来,我国著名的婚姻法专家、中国法学会婚姻法研究会副总干事杨怀英教授担任我校婚姻法研究方向的学科带头人。1985 年 3 月至 7 月,我校承担了司法部委托的全国法律专业婚姻法师资进修班的教学任务。当时全国著名的婚姻法专家巫昌祯、杨大文、王德意、李忠芳、任国钧等教授应邀前来我校,与我校全国著名的婚姻法专家杨怀英教授及胡平等教师一起为来自全国的婚姻法师资进修班学员们上课,传授婚姻法学的理论知识和教学经验。如今,该婚姻法师资进修班学员们大部分都成为各高校的婚姻法领域的著名专家学者和骨干教师,他们为国家培养了大批优秀的人才。因此,可以说,我校是我国婚姻法学人才培养的摇篮。在科研方面,杨怀英教授先后主编出版了:《滇西南边疆少数民族婚姻家庭与法的研究》(法律出版社 1988 年出版);《中国婚姻法论》(重庆出版社 1989 年出版,1991 年荣获重庆市社科优秀科研成果三等奖);《凉山彝族奴隶社会法律制度研究》(四川民族出版社 1994 年出版,1996 年荣获四川省社科优秀科研成果二等奖)等专著和教材。1995 年杨怀英教授去世后,由中国法学会婚姻法研究会常务理事邓宏碧教授担任婚姻法学科带头人。邓宏碧教授、胡平副教授等老教师带领婚姻法课程的教师们继续努力进行教学和科研工作。尤其值得指出的是,邓宏碧教授主编的《中国少数民族人口政策研究》(国家社会科学“八五”规划重点科研项目,重庆出版社 1998 年出版),2001 年荣获重庆市社会科

亲属法的伦理性及其限度研究

学优秀科研成果一等奖。

本人于1979年9月考入西南政法学院法律系本科学习,1983年6月毕业任教一年后,于1984年9月考入西南政法学院攻读民法专业硕士研究生,师从杨怀英教授,主要研究婚姻家庭法。1987年7月本人硕士研究生毕业后留校任教至今。我在母校学习和从事教学科研工作至今已有30多年了。在这30多年期间,在母校各级领导和教师们的辛勤培养下,我由一名学生成长为教授、博士生导师、博士后合作导师;于1996年5月起担任民法教研室副主任,于1999年5月起担任民法教研室主任,于2003年5月起至今担任婚姻家庭继承法教研室主任。在婚姻法学界老一辈专家的辛勤培养下,本人于1996年7月起担任中国法学会婚姻家庭法学研究会理事;于1999年7月起担任中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事;于2004年7月至今,担任中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长。2003年12月至2004年12月,本人受国家留学基金资助由教育部公派出国留学,作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修家庭法一年。我留学回国后,于2005年1月向学校提出了建立“西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心”的书面申请。2005年4月1日西南政法大学校长办公会议批准同意该研究中心成立,任命我担任主任。

自2005年4月该研究中心成立后,本人夙夜忧虑,恐负厚望,带领研究中心的教师和研究生组成科研创新团队,勤奋科研,不敢懈怠。近6年,我担任项目负责人,主持完成并公开出版的专著、译著有十余部:《外国婚姻家庭法比较研究》(重庆市哲学社会科学“十五”规划项目,2006年1月出版)、《加拿大家庭法汇编》(2006年1月出版)、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》(重庆市教委人文社科项目,2007年1月出版)、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》(国家社科基金项目子课题,2008年1月出版)、《澳大利亚家庭法(2008年修正)》(重庆市教委人文社科重点项目,2009年1月出版)、《美国家庭法精要》(2007年第五版,

2010年3月出版)、《改革开放三十年(1978~2008)中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》(西南政法大学重点项目,2010年1月出版)、《中国婚姻家庭法立法研究》(第二版,2010年1月出版)、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》(国家社科基金项目,其结项专著被鉴定为“优秀”,并且入选2010年度《国家哲学社会科学成果文库》,全国哲学社会科学办公室在“出版说明”中指出:入选成果代表当前相关领域学术研究的前沿水平,体现我国哲学社会科学界的学术创造力,按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版,2011年3月出版)、《澳大利亚法律的传统与发展》(2011年5月出版)等。此外,应邀与美国、意大利学者合作撰写美国法学院比较家庭法英文教材1部: *Practical Global Family Law—United States, China and Italy* (2009年4月在美国出版)。

为促进婚姻家庭继承法领域的学术研究和学术交流,本人于2005年起创办《家事法研究》学术论文集刊。自《家事法研究》首卷面世以来,历时6年,先后出版了2005年卷至2010年卷共计6卷,推出了一批具有前沿性的学术论文,培养了一批学术新人,受到学术界同人和实务界人士的肯定和好评,产生了良好的社会影响。为进一步扩大《家事法研究》的学术影响,经本人提出申请,中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事会研究同意,《家事法研究》从2011年卷起始转为“中国法学会婚姻家庭法学研究会”的会刊。可以相信,今后在该研究会的精心主办下,《家事法研究》将在法学理论研究与司法实务探索相结合的沃土中更加茁壮成长、枝繁叶茂!

长江后浪推前浪。为了推出婚姻家庭继承法学研究领域具有前沿性、创新性的学术著作,培养学术新人,本人主编出版《家事法研究学术文库》丛书。此套丛书主要遴选婚姻家庭继承法研究领域具有前沿水平的博士学位论文和学术专著组成,每年拟出版2~3本。本学术文库丛书的出版目的,旨在通过婚姻家庭继承法

亲属法的伦理性及其限度研究

学研究领域前沿水平学术著作的出版，进一步提升家事法研究的理论水平，推出一批婚姻家庭继承法学研究领域的新秀，促进我国婚姻家庭继承法学研究朝着更深、更广的方向发展，以更多的优秀研究成果为国家的立法和司法服务。

最后，我对重庆市市场交易法律制度研究基地给予的部分资助表示感谢；对群众出版社的编辑同志们对本文库丛书辛勤的编辑工作，也表示衷心的感谢！

陈 苇

2011年8月18日

亲属法的伦理精神（代自序）

亲属法的制度建构，需要符合人性要求的逻辑推演，需要一个至善的价值导向，需要一套基本原则，需要一套行为规范体系，而这些，亲属法本身却不能自给自足，它只能借助于其伦理精神。亲属法的伦理精神是贯注于婚姻家庭伦理实体和伦理关系中的理性精神，体现为亲属法上价值目标和行为规范的伦理观念、意识或蕴涵，集中体现为正义与理性的价值理念。亲属法只有符合这种价值理念，才可获得应有的正当性和合理性。正义在任何情况下都不是一个简单的概念，犹如普洛透斯的脸。正义精神实质上是一种理性精神，是一种具有必然性和现实性的客观精神。理性精神是对理智的崇尚。正是对理智的崇尚，使一个民族和社会能够对事物的认识达到客观的公正态度和水平，能够按照一定的秩序、标准或尺度来认识和把握外部事物。法律即理性精神的产物。法律理性作为法治之下的制度之德与人格之德，必与伦理精神纠结在一起。亲属法的理性作为婚姻家庭领域内的使人之所以得以与动物相区别、使人的特性得以升华且有能力自觉认识并践行的婚姻家庭道德法则及其价值追求，就表现为一种伦理理性或伦理精神。

亲属法的伦理精神是以婚姻家庭伦理在人性假设上的逻辑推演为基石的。亲属法是以人性为基础和出发点的。但人性为什么是亲属法乃至整个法律的基础和出发点呢？学者们一旦涉及这一问题时，几乎所有的回答或假定都是“因为人性是恶的”。其实，这一假设的根基是非常脆弱的。如果人性是善的，就不需要法了；如果

亲属法的伦理性及其限度研究

人性是恶的，法也是无能为力的。因为如果人的本性是邪恶的，那么法也无法引导人向善，也无法让人去恶，除非把人性连根铲除。但那样一来，人性也就不再是人性，人也就不成其为人了。应该说，人性无善恶，其乃人生而固有的普遍属性，涵盖“人的动物性”和“人的特性”两重性，统摄人的生理需要和精神需要两个层次。任何一种可以称为“婚姻”的两性关系形式，总是与某种或某些“禁忌”联系在一起。无禁忌便无婚姻，更无婚姻伦理。婚姻伦理虽以规范“人的动物性”的性禁忌为基础，以规范体现包括情感、意识在内的“人的特性”的性禁忌为最终目的，但其内涵已远非性禁忌本身。无论社会如何变迁，只要还存在由两性构成的人类，就会有人类对“性爱”精神的不懈追求，因而使得这种规范“人的特性”的婚姻伦理才具有文化传承性。对于家庭而言，与人性两重性相对应的是其生物目的和社会目的。家庭的生物目的使得各种社会必须禁止近亲之间的乱伦、虐待、遗弃等行为，以防止紊乱家庭关系和破坏家庭和睦，而家庭的社会目的使得各种社会必须维持亲属间基本的亲情秩序。家庭成员的关系全都由一种道德观念组成的义务之网加以严密规定，家庭伦理难免会强加给亲属间一些强制性的道德义务，而这正是道德法则的特征所在。因此，婚姻家庭伦理是规制人性两重性的必然和必要。对人性的规范或引导，只靠婚姻家庭伦理肯定是有限的。只有将婚姻家庭伦理上升为亲属法，以其合规律性、价值性、明确性、具体性和强制性发挥对人性的引导、调控与提升功能，才可言人性是亲属法的基础和出发点。人们之所以需要亲属法，很大程度上是一种理性要求，是希望婚姻家庭关系有序、和谐、稳定，以增强人们行为的可预期性。因此，亲属法的伦理精神恰恰是根植于人性深处的一种理性本能。质言之，人性基础是亲属法伦理精神的逻辑起点。

亲属法的伦理精神是以自由、平等、人道为原理而型塑的。为抑制婚姻家庭领域的“非理性”，需仰仗亲属法的形式理性和实质理性，而这两种“理性”又根源于亲属法形式上和实质上的伦理

理性。亲属法的伦理理性是支撑和确证亲属法是否具有“合理性”与“合法性”的终极性原因。在强调亲属法的理性时，就意味着应当探究以理性为基础的亲属法的伦理价值体系。依据亲属法调整对象的性质以及人性中根深蒂固的理性要求，由其正义与理性所体现的观念是亲属法有序化的目的或目的价值，其依次是平等、自由、人道。应当说，平等的自由与人道精神是亲属法伦理精神的核心。平等的自由与人道精神的实现过程，要求亲属法以目的价值来确立一些伦理原则，再经伦理原则转化为基本立法原则，在立法原则下制定行为规范，进而调整婚姻家庭关系。也就是说，亲属法本身的基本立法原则是亲属法在目的价值上对所有婚姻家庭行为规范的归纳和提炼，亲属法的伦理原则为亲属法本身的基本立法原则提供了伦理支持。总的来说，平等的自由与人道精神是现代亲属法体系和婚姻家庭道德体系的总纲和灵魂，也是衡量婚姻家庭行为善恶美丑的根本标准。分而视之，平等、自由、人道这三种伦理精神各自在亲属法中提纲挈领的作用都是非常重要、不可或缺的。其一，平等作为婚姻家庭生活中的一种基本伦理精神，作为亲属法的伦理原则和法律原则，主要包含三方面的要求：一是人格的平等。夫妻及所有家庭成员无论男女老少，在道德人格上应当是平等的，无任何高低贵贱之别。二是权利的平等。婚姻家庭关系中的所有当事人，都应相互尊重彼此应有的权利。诸如在夫妻关系上，应相互尊重用自己姓名的权利，尊重对方有独立身份和人格的权利，尊重对方参加家庭之外的劳动、工作、学习和其他社会活动的权利，尊重对方平等占有、使用和处理共同财产的权利，尊重对方对婚姻有继续或终止的自主权利等。三是义务的平等。婚姻家庭关系中的所有当事人，都应平等地履行相应的义务。例如，夫妻双方都应平等地履行相应的共同义务，包括相互忠实的义务、相互扶养的义务、赡养父母及其他老人的义务、抚养子女的义务等。概而言之，性别平等是平等原则的首要要求，一夫一妻是平等原则的必然逻辑，家庭成员权利义务平等是平等原则的实质内容。在当代中国家庭中，男

三 亲属法的伦理性及其限度研究

女两性平等的伦理精神成了最基本的伦理精神，并进而辐射为家庭成员一律平等的伦理观念。这种伦理精神有力地促进了夫妻的幸福和家庭的和谐。其二，自由首先是一项重要的伦理原则，其次才是由此而产生的评价法律规范之善恶标准的一项法律原则。自由作为一项伦理原则，其既具有自由之价值上的抽象性，也具有自由之内容上的具体性。自由是人性内在的要求，无需更多的理由。自由作为一项重要的法律原则，它是人性自由之伦理价值在法律上的体现。在亲属法上，自由原则主要体现在婚姻自由原则。婚姻自由可以分为意志自由权、人身自由权和性自主权三项基本要素。意志自由权或称意志自主权，是人性固有的权利，具体指道德主体有意志决定自己的终身大事。人身自由权和性自主权是道德主体的行为自由，是意志自由权在道德和法律限度内的具体表现。其三，人道体现在以人为中心的家庭成员相互尊重方面的道德倡导规定、有关具体权利义务规定及其禁止性规定。人道原则要求“家庭成员间应当敬老爱幼”。尊老爱幼是我国的传统美德，是婚姻家庭道德中的人道原则的重要体现。在亲属法基本立法原则层面，人道原则表现为弱者保护原则，而弱者保护原则就是现行婚姻法规定的妇女、儿童和老人合法权益保护原则。从对象来看，毋庸置疑，妇女、儿童和老人的合法权益是应当给予特别的重视和保护。从权利来看，弱者保护原则所要保护的权利主要有以下几种：人身权和不受虐待权、儿童受抚养权和老人受赡养扶助权、婴儿不受溺杀权、配偶受扶养权、生育保障权、财产权等。亲属法以保护弱者为其立法原则之一，既是其伦理价值的体现，也是人道主义的应有之义。

亲属法的伦理精神是以个体幸福和家庭和谐为最终价值取向的。和睦是中华民族传统伦理精神——中和主义精神的精华要素在当代社会家庭伦理生活中的更新和发展。中国文化特别重视伦理，家庭是实施伦理的主要场所。在家庭中，伦理被设定为个别家庭成员与作为实体的家庭整体之间的关系。中国人对家十分爱护和珍惜。因而，保证和维护家庭成员间的和谐相处，就自然顺理成章地

成为中国家庭的基本伦理精神。要使和睦精神体现在整个婚姻家庭生活之中，必须努力做到在平等、自由、人道基础上互相尊重、互相敬爱、互相信任、互相体谅、互相勉励、互相关心、互相爱护、互相帮助、互相宽容、互相谦让，这样就能够有效地推动婚姻和家庭获得和谐、美满与幸福。和睦精神促进了家庭成员的互爱、互助的发展，使家庭成员以家庭利益为重，并在寻求家庭和谐的同时体现自己的平等、自由，体验自己的幸福。家庭成员的互爱、互助可以使他们过一种高质量的精神生活和物质生活，这可以为个体的幸福和发展提供最广泛的基础。家庭成员间的相互理解、坦诚无私、相互关怀与支持、和睦相处等伦理要求是家庭实现情感满足功能的基本条件，即家庭成员从家庭中满足情感需要的基本条件，也是家庭稳定与和谐的基本因素和根本保证。在家人的交往中，可以感受到家人最深沉、最持久的快乐和幸福，即便是夫妻单纯的性爱，也是人性的满足。最初的、直接的、自然的伦理精神就在家庭成员的交往过程中生长出来。在一切社会交往中，人的以他人、以集体为重的伦理精神最初就是在家庭中获得的。因此，家庭是最初的、直接的、自然的伦理实体，是伦理原理、伦理生活的范型，家庭伦理乃是一切德性的始发点，也是一切社会规范的渊源。家庭伦理权威是民众服从亲属法的社会基础。没有家庭伦理自律为基础，亲属法也会无能为力。没有亲属法保驾护航的家庭伦理同样也苍白无力。此为亲属法具有权威的正当性来源。亲属法虽在每个社会及其各个阶段的正义关注点是有差异的，但确实存在一些最低限度的正义要求。这些最低限度的正义要求就根源于人的生理需要和精神需要，根源于家庭的生物目的和社会目的。如果法律允许亲属间乱伦、虐待、遗弃，又如果法律鼓励亲属间钩心斗角、相互利用，那么人们的身份信息、人格尊严、人伦情感就会遭受到严重侵害。如果婚姻的功利性增强、家庭的责任淡化、家庭的稳定性降低、家庭暴力增多等，这些都直接影响到亲属法正义目标的实现。亲属法的正义目标就是在满足个体生理需要和精神需要，满足家庭的生物目的和社

亲属法的伦理性及其限度研究

会目的的需要的同时，维系婚姻家庭生活所必需并达致个体幸福与家庭和谐的理想状态。简而言之，亲属法的正义目标在于实现个体幸福与家庭和谐，这就是亲属法的伦理价值取向。亲属法的正义目标给人们提供一种达致个体幸福与家庭和谐的指引和评价，如什么样的行为能实现个体幸福与家庭和谐，什么样的行为会摧毁个体幸福与家庭和谐。符合个体幸福与家庭和谐的行为，即为“好”的、“善”的，是亲属法应加以确认的；反之则否定。亲属法由结婚、离婚、夫妻、亲子等基本法律制度构成，亲属法的正义目标应当而且必须体现在这些基本法律制度中。亲属法如果离开这些基本法律制度的伦理价值取向之支撑，其正义目标则会成为“空中楼阁”，无实现之可能。

亲属关系在本质上具有人伦的情感因素，故往往存在其内发的伦理秩序，重在维护家庭的稳定与和谐。然而，在市场经济条件下，因导入个人主义及权利本位的思想，使亲属关系面临成员间理性的物质计算，从而呈现日趋功利化的现象。不幸的是，最高人民法院在新婚姻法颁行后的几次司法解释实质上也是不断朝着摧毁“家产制”这一维持家庭稳定的财产纽带方向迈进，不断朝着将家庭推向货币化、资本化的“合伙投资企业”方向发展。司法解释如果罔顾中国社会的实际情况，对婚姻意义及其“同居共财”等财产特征缺乏体认和尊重，那么就丝毫不具有提升道德、弘扬价值的功能，而完全可能成为法官用来办案的技术依据。这些法律技术应用与实践之后，必将给中国的婚姻和家庭带来变革甚至是巨大打击。试想，夫妻之间一清二楚地明算账，家庭关系彻底退化成契约关系，家庭的组合与“合伙投资企业”这种物质计算单位没有什么两样，那我们为什么还结婚呢？为什么还需要家庭呢？当下，法律如果继续剪切“同居共财”之理念并不断扩大“个人财产”，强调所谓的个人自由，必然会影响家庭稳定和谐及个体幸福的实现。因此，我们应当重塑亲属法规范的权利模式，必须矫正现代社会对家庭功能的扭曲。亲属法应当纠正家庭财产资本化的倾向，防止家

庭成为物质计算单位，发挥次级规范体系的作用，扩大亲属团体的自治空间，同时不应只着重个人的权利、平等、自由以及个人的长进，忽略其所造成的家人之间情感的疏离，而应重在人格尊重与发展，提升家庭的团体精神价值。

曹贤信
2011年9月

目 录

前 言	陈 苇 (1)
亲属法的伦理精神 (代自序)	曹贤信 (1)

导 论	(1)
一、选题缘起与意义	(1)
二、选题之基础范畴	(5)
三、国内外研究述要	(14)
四、研究思路与方法	(22)
五、本书创新与不足	(27)

上篇 亲属法伦理性之实然面向

第一章 亲属法的伦理基础	(31)
第一节 婚姻家庭伦理的人性之维	(32)
一、人性与伦理	(33)
二、人性与婚姻伦理	(40)
三、人性与家庭伦理	(44)
第二节 亲属法伦理正当性的进路及既有学说	(48)
一、亲属法伦理正当性的进路	(49)
二、亲属法伦理正当性的既有学说	(53)