



家事法评注丛书

总顾问 巫昌桢

总主编 夏吟兰 龙翼飞

执行总主编 蒋月

中华人民共和国婚姻法评注 家庭关系

薛宁兰 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

家事法评注丛书

中华人民共和国婚姻法评注 家庭关系

主 编：薛宁兰

撰稿人及其分工：

薛宁兰（第一章、第六章、第九章）

王丽萍、郎 芳（第二章、第三章、第四章、第五章）

邓 丽（第七章）

王竹青（第八章）



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系/薛宁兰主编. —厦门:厦门大学出版社, 2018. 11
(家事法评注丛书)

ISBN 978-7-5615-7129-3

I. ①中… II. ①薛… III. ①婚姻法—法律解释—中国 IV. ①D923.905

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 242845 号

出版人 郑文礼

责任编辑 邓 臻

封面设计 李夏凌

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 厦门集大印刷厂

开本 787 mm×1 092 mm 1/16

印张 14.5

插页 2

字数 356 千字

版次 2018 年 11 月第 1 版

印次 2018 年 11 月第 1 次印刷

定价 68.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总序

“家事法评注丛书”是一套以《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国继承法》为主干,精准、全面、深入解析现行婚姻家庭法律的系列著作。

为拓展婚姻家庭法研究的广度,加深其深度,方便法律人更好地理解、适用婚姻家庭和继承法律,中国婚姻家庭法学研究会和厦门大学出版社共同策划、组织出版“家事法评注丛书”。该丛书借鉴《德国法典评注》的体例,按照现行《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国收养法》《中华人民共和国继承法》等法案的结构,逐章、逐条地予以评注。本评注详细讲解、透彻分析法律中的每一个法条,释明法条的由来、意义和内涵,以及法条与相关法条之间、法条与最高人民法院相关司法解释之间的关系,引述重要或者关键性的法院判例、学术观点等。

“家事法评注丛书”的出版在中国大陆尚属首次,意义重大。中国婚姻家庭法学研究会依托其雄厚的学术资源,邀请教学经验丰富和科研能力强的资深教授担任主编,并约请本领域的专家、学者共同撰稿,作者阵容强大,著述权威。中国婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学民商经济法学院夏吟兰教授,中国婚姻家庭法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院龙翼飞教授担任总主编,中国婚姻家庭法学研究会副会长、厦门大学法学院蒋月教授担任执行总主编。我们期望本丛书作为高端法学学术精品,以高质量、高品位服务于法学教育、法学研究和法律实践,成为读者查找、理解和适用家事法律的专业工具书,并在民法法典化的进程中为相关法律制度的修改与完善提供重要参考。

编撰和出版本评注丛书历时多年。2011年11月,中国法学会婚姻法学研究会年会暨中国婚姻家庭法学研究会第一次会员代表大会在厦门大学举行。在此期间,中国婚姻家庭法学研究会与厦门大学出版社经深入磋商,双方达成合作协议。中国婚姻家庭法学研究会组织本学会知名专家、学者潜心撰写本丛书,由厦门大学出版社精心组织出版。

“家事法评注丛书”共计11卷,各卷分别如下:《中华人民共和国婚姻法评注·总则》《中华人民共和国婚姻法评注·结婚》《中华人民共和国婚姻法评注·夫妻关系》《中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系》《中华人民共和国婚姻法评注·离婚》《中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任》《中华人民共和国收养法评注》《中华人民共和国继承法评注·总则》《中华人民共和国



国继承法评注·法定继承》《中华人民共和国继承法评注·遗嘱继承和遗赠》
《中华人民共和国继承法评注·遗产的处理》。

中国婚姻家庭法学研究会名誉会长、中国人民大学法学教授杨大文先生是“家事法评注丛书”的学术顾问之一，非常关心本丛书的出版，但在丛书付梓出版之际，杨教授已仙逝。我们仅以本丛书向我们尊敬和爱戴的名誉会长杨大文教授表示崇高的敬意和深切的缅怀！

推动婚姻家庭法和继承法的教学、科研和法律服务之进步，推进婚姻家庭法治事业之发展，是我们的责任与使命，是我们的光荣与梦想。我们期待本评注丛书在我国依法治国及家庭建设的进程中发挥积极的作用。

“家事法评注丛书”编委会

2017年6月

第一章 导论	1
第一节 父母子女关系	1
第二节 祖孙、兄弟姐妹关系	10
第三节 立法沿革	15
第四节 立法展望	21
第二章 评注第二十一条(父母子女间的抚养与赡养)	26
第一节 立法目的	26
第二节 本条的地位与意义	28
第三节 条文演变	30
第四节 本条规范的构成要件	32
第五节 重要学术观点与争议	39
第六节 相关联的法条	46
第七节 主要国家及地区立法现状	54
第八节 立法发展趋势	59
第三章 评注第二十二条(子女的姓氏)	63
第一节 立法目的	63
第二节 本条的地位与意义	64
第三节 条文演变	66
第四节 本条规范的构成要件	67
第五节 重要学术观点与争议	73
第六节 相关联的法条	76
第七节 主要国家及地区立法现状	79
第八节 立法发展趋势	83
第四章 评注第二十三条(父母对未成年子女的保护和教育)	85
第一节 立法目的	85
第二节 本条的地位与意义	86
第三节 条文演变	87
第四节 本条规范的构成要件	88
第五节 重要学术观点与争议	94



第六节	相关联的法条	97
第七节	主要国家及地区立法现状	102
第八节	立法发展趋势	106
第五章	评注第二十四条第二款(父母子女相互继承权)	110
第一节	立法目的	110
第二节	本条的地位与意义	111
第三节	条文演变	111
第四节	本条规范的构成要件	113
第五节	重要学术观点与争议	121
第六节	相关联的法条	124
第七节	主要国家及地区立法现状	126
第八节	立法发展趋势	129
第六章	评注第二十五条(非婚生子女的法律地位)	132
第一节	立法目的	132
第二节	本条的地位与意义	133
第三节	条文演变	135
第四节	本条规范的构成要件	138
第五节	重要学术观点与争议	142
第六节	相关联的法条	147
第七节	主要国家及地区立法现状	151
第八节	立法发展趋势	157
第七章	评注第二十六条、第二十七条(养父母子女、继父母子女)	161
第一节	立法目的	161
第二节	本条的目的与意义	163
第三节	条文演变	165
第四节	本条规范的构成要件	168
第五节	重要学术观点与争议	177
第六节	相关联的法条	179
第七节	主要国家及地区立法现状	183
第八节	立法发展趋势	185
第八章	评注第二十八条、第二十九条(祖孙、兄弟姐妹间的扶养)	188
第一节	立法目的	188
第二节	本条的地位与意义	189
第三节	条文演变	191
第四节	本条规范的构成要件	192



第五节	重要学术观点与争议·····	196
第六节	相关联的法条·····	200
第七节	主要国家及地区立法现状·····	202
第八节	立法发展趋势·····	204
第九章	评注第三十条(子女对父母婚姻权利的尊重)·····	207
第一节	立法目的·····	207
第二节	本条的地位与意义·····	210
第三节	条文演变·····	211
第四节	本条规范的构成要件·····	212
第五节	重要学术观点与争议·····	215
第六节	相关联的法条·····	218
参考文献	·····	221

任何社会的婚姻家庭制度都有其特点,体现着传统文化、风俗习惯、价值观念以及意识形态等多种元素的要求。我国当代婚姻家庭制度以一夫一妻、男女平等、保护妇女儿童老人合法权益等为特征,既尊重个体尊严和价值,又注重维护婚姻家庭这一伦理实体的和谐与稳定。正如恩格斯所言:“父母、子女、兄弟、姐妹等称呼,并不是简单的荣誉称号,而是代表着完全确定的、异常郑重的相互义务。这些义务的总和构成这些民族的社会制度的实质部分。”^①

就我国现行《婚姻法》的篇章体例而言,第三章家庭关系(第13条~第30条)是有关夫妻、父母子女、祖孙、兄弟姐妹之间权利义务的规定。本书评注的家庭关系是除夫妻关系以外的其他家庭成员之间的关系,具体是现行《婚姻法》第21条~第30条规定的父母子女关系、祖孙关系和兄弟姐妹关系。相应地,本章对家庭关系法基本内容及理论、历史沿革、现状及展望的阐述,限于父母子女、祖孙、兄弟姐妹之间的关系。收养是创制亲子关系的法律行为,养父母子女关系是亲子关系的一种,鉴于我国已有单行《收养法》,本书对养父母子女关系的评注仅限于《婚姻法》第26条的原则性规定。

第一节 父母子女关系

一、父母子女关系的概念与种类

(一)父母子女关系的概念

在中文语义中,父母子女关系可概称为“亲子关系”。亲子关系中的“亲”是指父母,“子”是指子女。法律对亲子关系的调整,主要是确认亲子关系的种类,确立亲子关系形成、变更与消灭的法律事实与规则,并以权利义务的形式确认亲子关系的效力。

男女因结婚组成最初的家庭。随着子女的出生,家庭规模变大,家庭结构复杂化,形成亲子关系、祖孙关系、兄弟姐妹关系。从血缘联系看,父母子女是最亲近的血亲,依罗马法亲等计算法,他们之间是一亲等的直系血亲。因此,亲子关系是家庭关系的主要方面。

现代社会的家庭结构日趋简单化,亲子关系成为其核心。首先,它是维系家庭的重要纽带。子女的出生丰富了父母(夫妻)共同生活的内容和目标,增强了婚姻的凝聚力,巩固了家庭的基础。其次,父母子女关系是发挥家庭职能的重要条件。当今,家庭作为社会基本组织形态,担负着其他社会组织无可取代的社会功能。我国家庭的社会职能主要有:人口再生产

^① 恩格斯:《家庭私有制和国家的起源》,载《马克思恩格斯选集》(第四卷),人民出版社2012年版,第37页。



职能、经济职能、消费职能、教育与扶养职能、情感慰藉职能等。这些职能是通过父母子女等近亲属关系来体现的,是人类社会不断发展和进步的重要源泉。

亲子关系具有如下特点^①:

1. 不可选择性。父母子女关系是一种自然血缘关系,是基于子女出生的事实发生的。它是父母性属结合的自然结果,因此具有特定性和不可选择性。子女带着父母双方的自然基因而生成,是父母生命的延续。不管父母双方的婚姻关系有何变化,子女与父母双亲的自然血缘关系和感情联系是无法割断的。

2. 错时性和不对应性。父母子女关系的发展变化,记录着人生的旅程。年轻父母与儿童时期的子女,中年父母与青少年时期的子女,老年父母与成年子女,不同阶段中的父母子女关系表现出不同的特点。子女成年前,父母要对子女尽抚养教育的义务;子女成年或父母丧失劳动能力后,子女对父母要尽赡养扶助的义务。

3. 代际差异性。父母和子女是两代人。他们在不同历史时期、不同生活环境和文化环境中成长,在价值观念、兴趣、爱好、处事哲学、道德准则、生活方式、劳动态度等方面有很大差别,甚至根本不同。这些差异和不同,成为两代人之间沟通和理解的障碍,也是父母子女之间产生矛盾、冲突的根源。

4. 稳定性。在人类社会的各种人际关系中,父母子女关系是最稳固的一种关系。父母子女之间,具有一种天然的依存性和凝聚力,他们之间的爱也是最纯洁的、不附加任何条件的和无法割舍的。

(二)父母子女关系的种类

在我国古代,亲子关系的分类名目繁多,除因出生的事实形成自然血亲的亲子关系外,拟制的亲子关系又分为嗣父嗣子、养父母养子女,以及名分恩义上的父母子女等。关于“亲”,封建礼俗中有“三父八母”之说^②;关于“子”,则有嫡子、庶子、奸生子、婢生子、嗣子、养子、义子等区分。古代礼法对亲子关系的分类有远近、亲疏之别,不同称谓者在法律上的地位不尽相同。到上世纪三十年代,从中华民国民法亲属编开始,我国借鉴大陆法系亲子关系立法经验,将父母子女总体上区分为自然血亲和拟制血亲两类。

现行《婚姻法》以引起亲子关系发生的法律事实为标准,将其分为两大类:

1. 自然血亲的亲子关系

这是基于子女出生的法律事实而发生的亲子关系,包括婚姻关系中的父母子女关系和非婚姻关系中的父母子女关系,即:婚生父母子女关系和非婚生父母子女关系。自然血亲的亲子关系因父母子女一方死亡或父母依法送养子女的原因而终止。

2. 拟制血亲的亲子关系

拟制血亲的亲子关系是基于法律的认可,人为设定的,包括养父母子女关系和有抚育关系的继父母子女关系(无事实上抚养关系的继父母子女之间属于姻亲,不产生拟制血亲的父母子女关系)。这类亲子关系的特点是:因主体一方死亡、解除收养、继父(母)与生母(父)离

^① 王卫东:《婚姻家庭关系要论》,长春出版社1994年版,第232页。

^② “三父”是指三种继父,即:同居继父、不同居继父、从继母嫁之继父。“八母”,即:嫡母、继母、养母、慈母、嫁母、出母、庶母、乳母。参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第533页。



婚或继父母子女扶养关系的变化而终止。

二、亲子身份的确认

“亲子身份的确认”是指依照一系列法律规则,对自然血亲的父母子女关系予以确定。亲子身份确认制度是一项基础性制度,依照这一制度确立亲子身份后,方可依法明确他们之间的权利义务。传统法对亲子身份的确认,首先依照父母有无婚姻关系,将子女分为“婚生”与“非婚生”。婚生子女即是婚姻关系存续期间受孕或者出生的子女,非婚生子女则是没有婚姻关系的男女所生子女(如男女未婚同居所生子女、有配偶者与婚外第三人所生子女等)。然后设立婚生子女的推定与否认、非婚生子女的准正与认领制度。亲子身份确认制度是一项古老的法律制度,滥觞于罗马法。古罗马时期设立这一制度的初衷在于使丈夫取得对子女的“家父权”,当代亲子关系确认制度则以保护子女利益为本位,两者有很大差别。尽管如此,罗马法确立的婚生子女推定与否认的原则和方法,非婚生子女(姪生子女)^①认领的方式等,为大陆法系各国民法所继承,并随时代变迁而不断获得发展。

(一) 婚生子女的推定与否认

1. 婚生子女的推定

所谓“婚生子女的推定”,是指妻子在婚姻关系存续期间受孕或所生的子女,可推定为(夫的)婚生子女的法律制度。婚生子女推定制度由罗马法“婚姻示父”原则演变而来。私有制和一夫一妻制产生以来,各国为维护合法婚姻及其所形成的家庭,通过婚生子女推定制度,对子女做出“婚生”与“非婚生”区分,赋予他们不同的法律地位。

在传统法中,母亲与子女的身份关系,可以通过分娩的事实确认,即罗马法“人必有确定之母”(mater semper certa est)原则。^②因此,婚生推定便主要是对父亲身份的推定。具体而言,它是依据一个显而易见的客观事实,即子女的出生和生母的婚姻关系,对另一个尚待证明的事实,即子女与生母之夫具有血缘关系做出推断。^③婚姻关系和血缘关系因此成为这一法律推定的两个关键因素。各国民法关于婚生推定的原则和方法从起初继受罗马法“婚姻关系存续中成胎之子女,以其生母之夫为父”的受胎说^④,发展到出生说,以及两说相

① 罗马法并不制裁姪度婚。受天主教宗教理论影响,为减少姪度婚,使“姪度”男女由姪度关系变为夫妻关系,通过非婚生子女认领制度中的“因日后结婚而成立之认领”这种间接方式使之合法化。姪生子女因此获得婚生子女的地位。参见陈朝壁:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第411~412页。

② 陈朝壁:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第411页。

③ 王洪:《婚姻家庭法》,法律出版社2003年版,第227页。

④ 我国台湾地区民法即采此说,其第1061条规定:“称婚生子女者,谓由婚姻关系受孕而生之子女。”日本民法也采此说,其第772条规定:“妻子于婚姻中怀孕的子女,推定为丈夫的子女。”“自婚姻成立之日起经过200天之后,或自婚姻解除或撤销之日起300内出生的子女,推定为婚姻中怀孕的子女。”转引自《最新日本民法》,渠涛编译,法律出版社2006年版,第164页。



结合的混合说。^① 比较而言,混合说更为科学合理,受胎说和出生说则过于严苛,不利于对子女利益的保护。依照受胎说,婚前受胎而在婚后所生的子女,不能推定为婚生子女,这不利于对子女利益的保护和婚姻关系的稳定;出生说的缺陷在于,它将在婚姻关系中受胎、婚姻关系终止后出生的子女排除在婚生子女之外。

2. 婚生子女的否认

社会生活具有复杂性,被推定的子女有可能与被推定为其父母的男女不存在自然血亲关系,为求得法律推定与客观事实的一致,并使真正的生父不致逃脱抚育子女的责任,自罗马法以来,法律在确立婚生推定规则的基础上,又确立对婚生推定的否认规则,只是在罗马法中仅被推定的父亲本人享有婚生否认的请求权。近现代,各国法律逐渐扩大否认权人范围,从被推定的父亲,扩展至子女,甚或妻子。各国立法例对否认权人范围的规定不同,反映出在解决亲子关系的真实性与安定性这对矛盾时,采取了不同的立法指导思想。具体而言:(1)若法律重在实现亲子关系的真实性,便对否认权人范围规定得比较宽泛;(2)若法律追求亲子关系的安定性,则对否认权人范围规定得比较狭窄。法律许可否认权人提出亲子关系否认之诉,用反证来推翻先前法律上的推定,由此可见,婚生否认是一种使法律推定与客观事实相一致的救济途径。

当代各国立法关于婚生否认制度的构成,多从否认的理由(原因)、否认权人的范围、否认权的行使期间(除斥期间)、行使否认权的程序要求,以及否认之诉的效力等方面作出规定。

(1) 婚生否认的理由(原因)

早期立法例关于否认的理由多规定为丈夫在妻子受孕期间未与之同居。故此,对婚内生育子女亲生的否认,丈夫应负举证责任。他只要证明在妻子受孕期间,自己未与之同居,或者证明妻子受孕并非与自己所为即可。现在看来,这一标准过于绝对。随着医学技术发展,过去认为不能生育之夫,现在也有可能使妻子受孕(如体外人工受精);并且,现在同居和受孕也不能完全划等号。^② 故当代各国及地区立法对于否认的理由多采概括主义,不限定具体的原因。法国、德国、瑞士等国民法规定,否认权人只需提供足以推翻子女为婚生推定的证据即可。我国台湾地区“民法”第1063条第2款规定:“夫妻之一方或子女能证明子女非为婚生子女者,得提起否认之诉。”但也有个别国家采列举方式,明示否认的理由,例如,《埃塞俄比亚民法典》第783条、第785条列举出二种情形:(1)否认权人与孩子的生母无性关系。法律允许被推定的父亲,提出在孩子出生前第300天到第180天之间,与其母亲无性关系,以此否认与孩子有父子关系;(2)否认权人为父不能。被推定的父亲,有确凿证据证明,在特定情形下,自己绝对不可能是孩子的父亲,例如,经科学认定孩子的体貌特征与其体

^① 出生说推定子女婚生不以受胎为限,而以子女在婚姻关系存续期间出生为准则,英美法系立法采此学说。混合说细分为两种:(1)以出生说为原则,以受胎说为补充。如《瑞士民法典》第255条第1款:“在婚姻关系存续期间或婚姻解除后的300日内出生的子女,推定夫为父。”(2)以受胎说为原则,以出生说为补充。如《意大利民法典》第231~233条。

^② 余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第387页。



貌特征显然不相符合、生母向其隐瞒怀孕或者孩子出生的事实。^①

(2) 否认权

在民法中,否认权是一种形成权。所谓形成权,是指权利人得以自己的行为,使已成立的法律关系的效力予以变更或消灭。^②它是法律赋予当事人一方享有的实体性权利,该项权利行使后将导致法律关系变动,为此,法律在赋予一方当事人享有此项权利的同时,又对否认权的有效期作出限定。法律规定婚生子女否认权期限的目的,在于促使否认权人及时行使权利,尽快确定子女的法律地位。对于否认权的有效期,法国、意大利规定为6个月,日本、俄罗斯、中国台湾地区规定为1年,德国为2年。关于此项期间的起算,一些立法例规定“自子女出生之日”起计算^③,一些立法例则规定“从否认权人知道子女为非婚生子女之日”起计算。^④此期间应自否认权人知悉子女非为亲生之日起计算,方为合理。此项期间为法定不变期间,即“除斥期间”,期间届满后,否认权归于消灭。

(3) 否认权人

否认权人,是指法定的享有否认子女为婚生的诉讼请求人。关于否认权人的范围,各国及地区规定不一。法国、日本、埃塞俄比亚等国民法仅限丈夫或其权利继受人享有此项权利。《日本民法典》第774条规定,只有受推定的丈夫可以否认子女为婚生子女。还有一些立法如德国、瑞士、意大利,以及我国台湾地区“民法”确立的否认权人范围比较宽。《瑞士民法典》第256条规定丈夫和子女均有否认权;《意大利民法典》第235条规定父母、成年子女及特殊情况下的保佐人或检察官均有否认权;《俄罗斯联邦家庭法典》第52条确立的否认权人范围最为广泛,包括被推定的父母、实际上的父母、成年子女、子女的监护人、无行为能力父母的监护人等。

(4) 否认之诉的效力

否认权的行使须以诉讼为之,在民事诉讼中属于形成之诉。关于否认之诉的效力,传统法多规定法院判决一经确定,子女即丧失婚生资格,成为非婚生子女;子女由母亲抚养,丈夫没有义务承担抚育费;妻方需给付夫方一定的精神赔偿金;妻方应返还夫方原先所承担的子女抚养费。生效的法院判决不仅对当事人有效,亦对第三人有效。^⑤

(二) 非婚生子女的准正与认领

1. 非婚生子女的准正

所谓“非婚生子女的准正”,是指已出生的非婚生子女因生父母结婚或者经法院宣告而取得婚生子女资格的制度。被准正的子女称“准婚生子女”。法律确立准正制度的初衷在于鼓励正式婚姻和保护非婚生子女。准正制度主要包括准正的形式、要件和效力三方面内容,

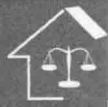
① 《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,中国法制出版社2002年版,第154~155页。

② 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第66页。

③ 例如《意大利民法典》第244条规定在子女出生后的6个月内提起。《日本民法典》第777条规定在夫知悉子女出生时起1年内提起。

④ 例如《德国民法典》第1600b条规定此期限自权利人得知反对此种父亲身份的情况之时起开始。我国台湾地区民法典第1063条规定:“夫妻之一方自知悉该子女非为婚生子女,或子女自知悉其非为婚生子女之时起二年内为之。但子女于未成年时知悉者,仍得于成年后二年内为之。”

⑤ 史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第547~548页。



各国及地区立法对这些方面的规定并不一致。

(1) 生父母结婚而准正。德国、比利时仅以生父母结婚为要件；法国、日本、瑞士、意大利等国则以结婚和认领为双重要件，只结婚不办理生父认领手续的，不发生准正的效力。^①

(2) 法官宣告而准正。经法官宣告而准正的，仅法国、德国有相应规定。所谓“法官宣告而准正”，是指男女订立婚约后，因一方死亡或双方存在婚姻障碍，使经婚姻而准正不能实现时，婚约的一方当事人或其子女可提请法官予以裁判，由法官宣告子女为婚生子女。^② 上世纪 60 年代以来，随着一些国家法律中取消“婚生”与“非婚生”子女的称谓，有无必要延续准正制度，引发学界质疑。一个显见的例子是，1998 年《德国民法典》废止准正制度。（参见本书第六章第七节）

3. 非婚生子女的认领

传统法对因同居、通奸、强奸等原因在婚姻关系之外所生子女的亲亲子关系确定，通过生父自愿认领与法院强制认领加以规范。

(1) 自愿认领。自愿认领，又叫“任意认领”，是指认领人承认子女为自己所生，并自愿对其承担抚育义务的法律行为。自愿认领为单方法律行为，只要认领人有承认自己为非婚生子女生父母的单方意思表示即可成立，无需未成年子女及其母亲的同意。

(2) 强制认领。强制认领又称“亲之寻认”，是指在生父母不主动认领子女的情形下，利害关系人诉请法院强制其认领子女的制度。强制认领之诉是在非婚生子女与生父母之间创设法律上的亲子关系，子女已经成年的，亦有权向法院提起强制生父认领之诉。法院对子女认领的判决属于形成之诉，对第三人亦生效力。

当代各国法律对强制认领请求权人的范围规定不一。法国规定仅为非婚生子女本人，子女未成年的，由生母行使诉权；瑞士规定为生母和子女；日本规定为非婚生子女及其直系血亲卑亲属，及其法定代理人；我国台湾地区“民法”第 1067 条关于请求权人范围的规定，经历了逐步扩大的过程。1930 年颁布之初的中华民国民法该条规定仅非婚生子女之生母或其它法定代理人，可请求生父认领。1985 年修改为“非婚生子女或其生母或其它法定代理人，得请求其生父认领为生父之子女。”2007 年修法后，该条对仍规定请求权人为非婚生子女或其生母或其它法定代理人，但扩大了强制认领人的范围，规定“前项认领之诉，于生父死亡后，得向生父之继承人为之。生父无继承人者，得向社会福利主管机关为之。”从而进一步强化法律对非婚生子女的保护。

关于认领请求权应否有法定期间的限制，各国及地区立法规定也不一致。主要有三种立法例：(1) 无期间限制。德国民法第 1600d 条“父亲身份的裁判上确定”，没有对这一权利的行使做出期间的限制。我国台湾地区“民法”第 1067 条经 2007 年修改后，取消对认领请求权期间的限制，当属无期间限制的立法例。(2) 有期间限制。依《法国民法典》第 340-3 条，原则上“应当在子女出生后 2 年内提起”，亦可在父母“停止姘居 2 年届满”后，或在“子女成年后 2 年内”提起。(3) 原则上无期间限制，但规定例外情形。《日本民法典》第 787 条规定：“子女及其直系卑亲属，或其法定代理人，可以提起认领之诉。但自其父母死亡之日起经

^① 余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 394 页。

^② 王洪：《婚姻家庭法》，法律出版社 2003 年版，第 236 页。



过3年的,不在此限。”^①本书认为,从保护子女利益的角度出发,原则上,法律不宜对认领请求权作期间限制,但对已死亡生父认领请求权的行使应有法定期间限制,以保护子女及其他继承人的财产继承权。为此,日本民法的规定值得借鉴。

非婚生子女依法由生父自愿认领或经法院裁判强制认领后,与生父之间产生与婚生父母相同的权利义务关系,并且,认领的效力及于子女出生之时。

三、亲子之间的权利与义务

在古代,以父权为核心的父母子女关系是支配与被支配的不平等关系。父母对于子女的人身和财产拥有绝对支配的权力。近代大陆法系国家法律中的“亲权”概念起初具有古代亲子关系特征,后又随时代变迁不断被赋予新的内涵。

在当代,父母子女关系是一种新型的身份关系。它既以亲情为纽带,又是双方地位平等、人格独立的关系。当代亲子法以子女利益为本位,注重儿童(未成年子女)最佳利益的实现,立法不仅对父母的权利义务予以规范,更加突出对儿童在家庭中权利的保护。我国现行《婚姻法》第21~27条是父母子女权利义务的原则性规定,其内容涉及父母子女间的抚养与赡养、子女的姓氏确定、父母对未成年子女的保护和教育、相互继承遗产的权利、非婚生子女法律地位,以及养父母子女、继父母子女之间的权利与义务等。其中,现行法关于父母对未成年子女的保护和教育,便是亲权的原则性规定。

本节侧重阐述“亲权”基本原理,至于未成年子女的权利义务,将在本章第四节叙及。

(一) 亲权的性质

大陆法系中的“亲权”概念源自古罗马的家长权和古日尔曼的父权。^②在法文中,亲权原为父亲的权力,1987年法国修改民法典,将亲权表述为父母的职权。2002年修订后的《法国民法典》第371-1条规定:“亲权是以子女的利益为最终目的的各项权利义务的整体。”“父母……均应当保护子女的安全、健康与道德,确保其教育,使子女能够得到发展,人格受到尊重。”^③在当代,亲权的性质已失去古代家长权、支配权的特性,而是父母双亲的共同责任。它既是父母的权利,更是他们必须承担的义务。1980年的《德国民法典》采用“父母照顾权”代替“亲权”(参见本书第四章第八节)。1989年的《英国儿童法案》称之为“父母责任”。成立于2001年的欧洲家庭法委员会(CEFL)提出统一欧洲各国关于亲权的术语为“父母责任”,认为它是“促进和保护子女福利的权利和义务的集合”。^④

当下,亲权的法律特征主要体现在四方面:(1)亲权是民法上的身份权。它只存在于父母与未成年子女之间,以双方主体具有亲子身份为前提;子女已成年或被依法视为成年的,亲权归于消灭。(2)亲权以保护教养未成年子女为目的,以对未成年子女的人身照护和财产照护为内容,其行使以符合子女最佳利益为限。(3)亲权具有权利义务的双重性。它不仅是父母双方享有的民事权利,更是他们的法定义务。作为权利,父母依法自觉行使,不得滥用;

① 《最新日本民法》,渠涛编译,法律出版社2006年版,第166页。

② 陈苇主编:《外国婚姻家庭法比较研究》,群众出版社2006年版,第278页。

③ 《法国民法典》(上册),罗结珍译,法律出版社2005年3月版,第344页。

④ 夏吟兰:《比较法视野下的“父母责任”》,载《北方法学》2016年第1期。



作为义务,他们不得抛弃和转让。(4)亲权是专属权,父母双方均不得让与、继承或抛弃;除法律有特别规定外,通常不得由他人代为行使。

随着各国主法对亲权制度的现代化改革,传统亲权所具有的人身支配性、不平等性、维护亲权人利益的三大特点^①,已不复存在。从大陆法系诸国民法典分设亲权制度与监护制度的关联性看,未成年人监护的功能主要在于,当父母死亡或均不能行使亲权时,由其他近亲属继续保护和监督未成年人。监护人的职责中必然会包含教育和保护的内容。学理上因此认为监护是亲权的延伸与补充。然而,此仅为监护与亲权制度设计上的关联性,其实,两者有着本质上的区别。(具体参见本书第四章第五节)

(二)亲权的内容

亲权以保护教养未成年子女为目的。围绕这一目的,参照法、德、日等国家有关亲权的立法和学说,亲权的内容总体包括父母对子女人身上的权利义务(人身照护)和对子女财产上的权利义务(财产照护)两个方面。

1. 父母对子女人身上的权利义务

依照我国《婚姻法》第23条,父母对子女人身上的权利义务,包括对未成年子女的保护和教育两方面。此所谓“保护”,是指亲权人为未成年子女心身成长的安全,预防和排除来自他人及外界的各种侵害与危害。对子女日常起居及行为的监督也是保护的方法之一。此所谓“教育”,是指亲权人在法律允许的范围内,采取说服、引导等文明方式对未成年子女开展思想品德等全方位的培养与引导,为未成年子女以健全的人格走向社会奠定良好的家庭教育基础。对于有严重不良行为的儿童,父母应当采取措施严加管教,但以不损害未成年子女身心健康为限。

保护和教育是人身照护的总体概括性权利义务,而父母对未成年子女姓氏的选择、住所的确定、职业的许可、子女身份上行为及事项的同意和法定代理等,都是保护和教育的具体表现。限于篇幅,在此不做详述。

2. 父母对子女财产上的权利和义务

父母对未成年子女财产上的照护,主要体现在对其财产法上行为及事项的同意和法定代理,以及对子女特有财产的管理权、使用收益权及一定条件下的处分权。在子女成年或解除亲权时,父母应将子女的全部财产交还。基于其他原因导致亲权终止的,父母应将属于子女的全部财产交给子女的其他监护人。我国现行《婚姻法》关于父母对未成年子女财产上的权利义务未做明确系统规定,此为立法重大缺漏,导致我国亲权制度支离破碎、难成体系,相反,2016年颁行的《民法总则》第34条关于监护人职责的规定,虽概括却不失全面,体现为“代理被监护人实施民事法律行为,保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益”等方面。

(三)亲权行使的原则

现代亲权制度以父母共同行使亲权为原则。在婚姻关系存续期间,父母对于双方的亲生子女(婚生和非婚生)、养子女等共同行使亲权。所谓共同行使,是指父母双方以共同的意思决定亲权内容的实现,对外是未成年子女的共同代理人。当父母双方对行使亲权的意思

^① 余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第452页。



不一致时,应如何处理?对此有两种立法例:(1)早期大陆法系立法多规定由父亲一方行使,赋予父亲享有最后决定权。如1900年的《德国民法典》第1628条,1996年修正前的我国台湾地区“民法”第1089条。(2)现代大陆法系民法多规定父母对共同行使亲权有争议时,由法院裁判。我国台湾地区“民法”第1089条第2款规定:“父母对于未成年子女重大事项权利之行使意思不一致时,得请求法院依子女之最佳利益酌定之。”^①《德国民法典》第1628条规定:“父母在个别事务或在特定种类的父母照顾事务中不能达成合意,而这些事务的处置对于子女有重大意义的,家庭法院可以根据父母一方的申请而将决定托付给父母一方。该项托付可以与限制或负担相关联。”^②

在父母共同行使亲权原则之外,仍有一方单独行使的情形发生。例如,父母一方失踪、丧失行为能力、甚至死亡而无法行使亲权,此时由无障碍一方单独行使。再如,父母分居、离婚或者本无婚姻关系时,应如何行使亲权?对此,有不同立法例:(1)由一方单独行使亲权。《日本民法典》第819条列举了由父母一方单独行使亲权的情形:①父母协议离婚时,协议必须确定其中一方为亲权人。②裁判离婚时,由法院确定父母一方为亲权人。③父母在子女出生前离婚时,亲权由母亲行使。子女出生后,父母可协商确定父亲为亲权人。④经父亲认领子女的亲权,以父母协商确定父亲为亲权人为限,由父亲行使。⑤前述情形不能达成协议时,父或母可提请家庭法院做出代替协议的裁定。⑥出于子女利益的需要,家庭法院经子女其他亲属请求,可做出变更亲权人的裁定。(2)由父母共同行使亲权。依照2002年修改后的《法国民法典》第286条和第373-2条,亲权行使和转移规则仍然适用本卷第九编亲权的一般规定。这意味着亲子关系不因父母双方离婚或分居而受到影响,父母双方依然共同履行对子女的亲职。1993年法令确立的第287条至第295条随之被废止。《法国民法典》还规定父母非经法院判决,不得擅自放弃行使亲权。这是亲权具有不同于其他民事权利的性质使然。依我国现行《婚姻法》第36条规定^③,我国立法是主张父母离婚后共同行使亲权的。对此,学者认为,法律不宜对离婚后亲权的行使做划一的强制性规定,可规定在符合未成年子女最佳利益原则下,由父母协商或者经法院判决确定亲权由父母共同行使或者一方行使。^④

综上所述,当代大陆法系各国及地区立法普遍确立共同亲权原则,取消父亲的最后决定权,父母共同行使亲权产生争议的,允许一方诉诸司法,由法院基于男女平等原则和儿童最佳利益原则,对亲权的行使做出裁决。

(四)亲权的停止与消灭

1. 亲权的停止

亲权的停止,是指因一定原因发生而暂时中止父母行使亲权。具体分为当然停止和判

① 台湾地区“民法”第1089条第3款接着规定:“法院为前项裁判前,应听取未成年子女、主管机关或社会福利机构之意见。”

② 《德国民法典》,陈卫佐评注,法律出版社2015年第4版,第504页。

③ 现行《婚姻法》第36条第1款、第2款规定:“父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父或母直接抚养,仍是父母双方的子女。”“离婚后,父母对于子女仍有抚养和教育的权利和义务。”

④ 王洪:《婚姻家庭法》,法律出版社2003年版,第260页;余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第465页。