法学研究 Chinese Journal of Law
Vol.46，No.1（2024）

# 家庭关系民法适用和续造的顺序

刘征峰 *

**内容提要：**超出家庭法的法律适用和法律续造不仅是可行的，而且是必要的。民法总则和其他分则的某些规范可直接适用于家庭关系。总则规范之形式统摄力原则上仅针对身份财产关系。对于纯粹身份关系，无需将排除总则规范适用作为确定开放漏洞的前提，但需要实质比较总则适用和家庭法内部续造的妥当性。对于身份财产关系，法官需要先就总则规范进行目的限缩论证，再考虑家庭法内部续造问题。在同时满足家庭法上规范和其他分则规范构成要件的情况下，前者通常构成特别法。基于对规范目的之特殊考量，后者亦可能构成特别法。在家庭法无特别规定时，法官同样有义务先就其他分则规范进行目的限缩论证，再考虑家庭法内部续造问题。涉及家庭关系的外部准用属于概括准用，证立负担与类推适用大体相当。家庭法内在体系的相对独立性使得家庭法内部续造原则上优先于外部准用和续造。家庭法内部法律适用、法律续造和超出家庭法的法律适用、法律续造之间顺序的判断，最终依赖于目的性考量。

**关键词：**家庭关系　婚姻法　继承法　民法适用　法律续造

家庭法回归民法之后，如何在民法典的体系中处理涉及家庭关系的法律适用和续造，成为摆在家庭法学者与审理家庭案件法官面前的一道难题。在大陆法系，家庭法聚合处理的趋势日趋明显，原本采分散处理模式的法学阶梯体系也逐渐转向聚合处理模式，〔1〕典型者如意大利和以巴拿马、尼加拉瓜、阿根廷为代表的部分拉美国家。〔2〕聚合处理模式下，家庭法与民法其他部分的关系较为复杂。总分式民法典构造体例进一步加剧了这种复杂性。“物权法、债法与家庭法、继承法被认为是根据两项在法律思维层面完全不同的原则进行划分的，前两者基于罗马法原则，后两者则归因于自然法体系。在这一体系中，家庭法被置于个人法之对立面。当

* 中南财经政法大学法学院副教授。
本文系国家社科基金青年项目“体系视角下婚姻家庭关系法律适用问题研究”（18CFX075）、中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金（2722023BY009）的阶段性成果。感谢中南财经政法大学程坦、何煊在日文资料翻译上提供的帮助。

〔1〕 聚合处理模式，是指实定法集中规定调整家庭的规范，表现为在民法典中独立成编或者单独成法。与之相对的分散处理模式，是指实定法不集中规定调整家庭的规范，而是根据其内容在人法和财产法中分别予以规定。

〔2〕 参见刘征峰：《走向整合的家庭法》，载苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会编：《法学的想像·苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集［第一卷］：大民法典》，中国台湾元照出版公司2022年版，第663页以下。

家庭法被置于完全不同于物权法和债法的序列中时，实际上出现了一个混乱的体系。”〔3〕由此，不仅要处理家庭法与具有形式统摄力的总则之间的法律适用问题，还要处理家庭法与其他分则之间的法律适用问题。在法源开放立场下，处理后一问题的难度不亚于前者。这主要是由于家庭法必须借助其他分则所含主观权利尤其是物权和债权来进行构造。当然，家庭法对于民法话语体系的依托并不彻底，典型者如权利义务的强制性关联，即所谓的义务性权利（Pflichtrechte）。〔4〕本文重心并非解决家庭关系能否适用总则具体规范，能否适用、准用或者类推适用其他分则具体规范的问题。本文要讨论的核心问题是家庭法内部适用、续造和超出家庭法的外部适用、准用、类推适用之间的顺序。超出家庭法的外部适用、准用、类推适用实际上并不局限于民法，亦可能涉及私法的其他领域，但在体系化的民法内部讨论顺序问题更具意义。

作为方法论上的应然之理，特别法应当优先于一般法适用，法律适用应当优先于法律续造。表面上看，家庭关系法律适用和续造的顺序在遵循这两项规则时不存在特殊性。但细究起来，并非如此。首先，一般而言，家庭法规范相对于总则规范属于特别法，但家庭法规范相对于其他分则规范尤其是物权编、合同编、侵权责任编中的规范能否被当然定性为特别法，则不无疑问。其次，虽然法律适用优先于法律续造的规则当然适用于家庭法内部，但这一规则不能解决总则规范以及其他分则规范的适用与家庭法内部法律续造孰为优先的问题。准用规范的设置，使得涉及家庭关系的民法适用和续造顺序问题进一步复杂化。这些问题实际上涉及家庭法在民法体系中保持何种程度的相对独立性的问题。

## 一、家庭法内部法律续造与总则法律适用的顺序

### （一）总则法律适用的类型区分

学说上，对于民法典总则规范能否适用于家庭关系，存在较大分歧，尤其表现在法律行为部分。〔5〕与荷兰民法典仅设置财产法总则不同，在潘德克顿体例下，总则至少在形式上不仅适用于财产关系，而且亦适用于家庭关系。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（法释〔2022〕6号，以下简称“民法典总则编解释”）第1条第1款的规定，在分则未作规定时，适用总则的规定，但是根据其性质不能适用的除外。该款规定并未就法律关系的性质进行类型区分，而是一体化地确认总则的形式统摄力。从其文义来看，对于家庭关系亦应采“原则适用、例外排除”的立场。

在此立场下，虽然可以通过论证存在但书中所称性质差异而排除适用总则规范，但此适用过程未能有效凸显家庭关系的特殊性，并进一步影响家庭法的内部续造。在此立场下，法官不需要承担为何适用总则规范的论证负担，但需要承担为何排除适用的论证负担，这可能在事实上导致总则规范在家庭关系中适用面的扩大。更为关键的是，如果法官要进行家庭法的内部续造，就必须将排除总则规范适用作为确定法律漏洞的前提，即总则规范的例外排除是家庭法内

〔3〕 Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, SavZ Rom. Abtlg 42 (1921), S. 609.

〔4〕 Vgl. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, Springer 1996, S. 360.

〔5〕 参见蔡显鑫：《身分行为之本质》，载戴东雄教授七秩华诞祝寿论文编辑委员会编：《现代身分法之基础理论——戴东雄教授七秩华诞祝寿论文集》，中国台湾元照出版公司2007年版，第300页以下。

部续造的前提。如此，会不会遮蔽家庭关系的特殊性，导致家庭关系财产化，不无疑问。相应地，为了避免这一后果，是否需要进一步的类型化以限缩该款的适用对象，殊值讨论。

对这一问题的分析，离不开对总则规范群功能的认识。总则总体是围绕权利展开的，但并非完全是提取公因式的产物，只有其中的某些规范才具有真正意义上的普适性。有观点指出，“事实上只有‘法律行为’章才包含了真正的‘一般性规则’”。〔6〕当然，这只是一种学理上的理想状态，凡采纳总分体例的民法典，无一例外地混杂了其他内容。这些规范往往并不能普遍适用于分则调整的法律关系。即使是作为“真正一般规则”的法律行为规范，能否普遍适用于家庭关系，也是存疑的。这些质疑源于这样一种理念：即使家庭法律关系的产生、变更和消灭以当事人的自由意志为前提，身份行为也无法纳入法律行为的范畴之中。质言之，身份行为并非法律行为，并非由意思表示构成。〔7〕这意味着排斥总则法律行为规范的适用。然而，“如果不适用法律行为规范，又没有明确的身份行为概念及规则来承接，只是强调身份行为的独特性，会使问题的解决更为模糊”。〔8〕如果总则规范不直接适用于身份行为，法院就必须在适用过程中处理法律空白问题。〔9〕抛开总则既有规范，完全另起炉灶并不可取。〔10〕要之，身份行为的构造仍然建立在总则法律行为的框架之上。

即便如此，仍然不能将家庭法规范与总则规范的关系按照特别规定与一般规定的适用规则处理。〔11〕这既忽略了总则规范组成的杂糅性，也忽视了家庭关系的类型差异。在此，需要探究立法者总体上根据类型所作的区分评价。总则规范的核心内容是以财产法律关系为原型的，因此对于纯粹身份性的法律关系，即使家庭法未作规定，亦不能得出适用总则规范的结论。例如，总则关于法律行为效力瑕疵的规定，“很大程度是为债权合同量身定做的”，〔12〕不能当然适用于身份行为，除非能够探知立法者适用之旨意。对于结婚行为，民法典第 1051–1053 条列示了无效和可撤销情形。这些规定并非所谓的特别规定，因此总则规范并不能作为一般规定补充适用。看似重复的列示意味着对总则其他法律行为效力瑕疵情形规范的排除适用，否则立法者不可能有选择地进行重复规定。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（法释〔2020〕22 号，以下简称“民法典婚姻家庭编解释一”）第 17 条第 1 款，婚姻无效的情形是封闭的，仅限于民法典第 1051 条规定的三种情形，完全排除了适用总则法律行为无效规范的可能。该款规定实际上是对“列示规定即为排除”立场的确认。虽然该司法解释并未涉及撤销婚姻情形的封闭问题，但其第 19 条第 2 款明确排除民法典第 152 条第 2 款的适用。结合民法典第 1052 条第 2 款、第 3 款以及第 1053 条第 2 款可知，立法者关于撤销权消灭的看似重复的规定，同样旨在排斥总则相关规范的适用。因此，对于纯粹身份关系而言，家庭法上的列举本身就意味着排除总则相关规范的适用。当然，细分领域的

〔6〕［德］弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店 2006 年版，第 466 页以下。

〔7〕参见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭：《民法亲属新论》，中国台湾三民书局 2011 年版，第 27 页。

〔8〕［日］窪田充見：《家族法—民法を学ぶ 第 4 版》，有斐阁 2019 年版，第 8 页。

〔9〕参见［德］卡尔·拉伦茨：《私法的重构》，魏曦岚、韦冠鹏译，载张双根等主编：《中德私法研究》第 10 卷，北京大学出版社 2014 年版，第 64 页。

〔10〕参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 35 页。

〔11〕参见郭锋等：《〈关于适用民法典总则编若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法（应用）》2022 年第 10 期，第 37 页。

〔12〕［德］克劳斯-威廉·卡纳里斯：《民法典总则的功能及其作用的限度》，陈大创译，载前引〔9〕，张双根等主编书，第 99 页。

列示规定并不代表整个领域的排除适用。例如，婚姻无效或者可撤销领域的列示规定只能表明这一细分领域不适用总则规范，并不代表整个结婚行为都不适用总则规范。对于婚姻不成立的问题，仍然可能适用总则规范，不过此时法官有义务论证为何适用总则规范。

纯粹身份关系不能原则适用总则规范的另一项证据，在于民法典第 1113 条第 1 款，〔13〕该款明示总则法律行为无效规范适用于收养行为。如果纯粹身份关系原则适用总则规范，则该款纯属冗余。需要注意的是，此种明示适用仅限于无效情形，不能任意扩张至收养不成立、收养撤销情形。就后两种情形，法官仍需论证为何适用总则规范。在处理总则中原本就不属于提取公因式产物的那部分规范能否适用于纯粹身份关系的问题时，更应严守论证后适用的立场。因此，对于纯粹身份关系而言，并不存在原则适用的问题，无需先论证为何不适用总则规范，而是可以径直在家庭法内部进行法律续造。

对于身份财产关系而言，即使家庭法存在列示规定，也不表明其排除总则相关规范的适用。例如，根据“民法典婚姻家庭编解释一”第 70 条第 2 款，离婚财产分割协议存在欺诈、胁迫情形时，受欺诈、胁迫的一方有权请求撤销。这并不表明不能适用民法典总则编的法律行为可撤销规范。〔14〕当然，在身份财产关系内部，也必然存在身份性强弱之分，因给付扶养费形成法律关系的身份性明显强于因离婚财产分割形成的法律关系。这种强弱程度的区分，不影响对总则规范的原则适用，但可通过“性质”这一不确定的概念进入总则规范的例外排除论证。这种论证可以依托具体规范中的“性质排除”但书（如民法典第 158 条、第 160 条、第 161 条第 2 款），在欠缺具体规范时，可依托“民法典总则编解释”第 1 条第 1 款的概括“性质排除”但书。由此，对于身份财产关系而言，总则之适用相对于家庭法内部续造具有优先性，如需进行家庭法的内部续造，必须先论证待决案件所涉身份财产关系的性质与总则规范之旨意不符即存在隐藏漏洞。

（二）内部法律续造与总则法律适用选择的实质考察

一般而言，法律适用优先于法律续造。这一规则对于家庭法内部适用和续造而言，自无疑义。有观点指出，这一规则同样适用于总则适用和家庭法内部续造，亦即只有在总则规范不容适用时，才能进行家庭法内部续造。〔15〕这一观点并不妥当。如上所述，总则规范并非当然适用于家庭关系，而是需要进行类型区分。对于纯粹身份关系而言，无论是适用总则规范还是在家庭法内部进行续造，法官均负有证立型论证义务。在欠缺家庭法的规定时，法官通常面临家庭法内部类推适用和总则适用的抉择。不能当然认为总则规范适用中法官的论证负担要轻于家庭法内部的类推适用。在类推适用中，法官必须论证待决案件与既有规范事实要件之间的相似性，即为何要进行同一性评价。这一过程实质上是一种目的性思考，通过利益衡量而非形式逻辑推论实现。〔16〕总则规范适用之论证同样属于一种目的性思考，需要论证总则规范适用于待决家庭关系在目的上是妥当的。从家庭法内在体系相对独立的角度看，法官在前者中的论证负担甚至可能轻于后者。既然均是一种目的性思考，就需要从实质角度权衡哪种路径更为妥当，

〔13〕 参见刘征峰：《民法典中身份关系法律适用的原则与例外》，《中国法律评论》2022 年第 4 期，第 79 页。

〔14〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 609 页。

〔15〕 参见史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 12 页；林菊枝：《亲属法新论》，中国台湾五南图书出版公司 1996 年版，第 21 页。

〔16〕 Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Springer 1991, S. 475.

这需要结合具体案型进行分析。

以收养被撤销（如送养人隐瞒被收养人重大疾病）、无效为例，民法典第 155 条和第 157 条适用于包括收养在内的身份行为并不存在形式上的障碍，〔17〕但并不能认为其当然优先于家庭法内部续造，而是需要对两种路径进行实质比较。

这种实质比较始于对民法典第 155 条和第 157 条之效果与婚姻家庭编中拟类推适用规范之效果的比较。第一种可以思考的方案是类推适用婚姻无效、被撤销的规定。在我国台湾地区，因为婚姻被撤销的效果仅面向未来，不溯及既往（我国台湾地区民法第 998 条），而收养撤销存在与婚姻撤销不溯及既往相似的原因，在此类推适用婚姻撤销之规定而非适用总则法律行为撤销之规定，更有其合理性。〔18〕与之相较，民法典第 1054 条肯认了婚姻无效的溯及力。单从溯及力方面看，类推适用民法典第 1052 条与适用民法典第 155 条并无差异。由此，需要进一步考察被撤销或者无效的其他效果。

比较二者不难发现，民法典第 1054 条及其对应司法解释并非民法典第 157 条的简单具体化，而是在效果上确立了特殊规则，包括婚姻无效、被撤销情形下仅无过错方可主张损害赔偿、可主张精神损害赔偿、财产性质不明时共同共有推定、同居期间所得财产分割照顾无过错方等。这些特殊规则无法通过解释民法典第 157 条得出，甚至与该条规定明显背离。由于父母子女之间形成的家庭共有不同于夫妻之间的共有，其并不是父母子女关系的法律效果，分割财产照顾无过错方原则以及性质不明时的共同共有推定规则不存在类推适用的可能，此处仅分析损害赔偿规则上的特殊性。

就损害赔偿的构成要件而言，民法典第 1054 条第 2 款明显背离民法典第 157 条第 2 句后半句。后者规定的“各方都有过错的，应当各自承担相应的责任”，在性质上属于与有过失规则。〔19〕但从民法典第 1054 条第 2 款的文义看，并无与有过失的适用空间。这在立法论上虽可商榷，但解释论上却无法背离文义以吸纳与有过失。〔20〕

就主张精神损害赔偿而言，在一般情形中，受胁迫方在撤销法律行为后，原则上不能仅基于胁迫人的胁迫行为主张精神损害赔偿。在此，受胁迫方受到影响的并非作为具体人格权的人身自由，而是精神自由（或者说意思自由）。“人身自由”在人格权编中具有两层含义：首先是在第 990 条第 2 款中与人格尊严并列，作为具体人格权之外其他人格利益的价值基础；〔21〕其次是在第 1003 条和第 1011 条中，作为身体权的内容予以保护。在身体权层面，从这两条的文义来看，法律已经将其局限于行动自由。而一般人格权能否涵盖精神自由，不无疑问。从表述来看，无论是民法典第 109 条还是第 990 条第 2 款，均使用“人身自由”而非“人格自由”，沿用了《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7 号，已失效）的表达方式。学者普遍主张将“人格自由”作为一般人格权的价值基础，〔22〕但此次立法明显未采纳这种意见。不过，在具体人格权层面完全排除精神自由的情况下，在一般人格权层面再将精神自由完全排除，将极大地限缩一般人格权的制度功能。对精神自由的保护

〔17〕 参见叶名怡：《〈民法典〉第 157 条（法律行为无效之法律后果）评注》，《法学家》2022 年第 1 期，第 173 页。

〔18〕 参见陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》，1980 年中国台湾自版，第 523 页。

〔19〕 参见陈甦主编：《民法总则评注》，法律出版社 2017 年版，第 157 条，第 1106 页（叶金强执笔）。

〔20〕 参见刘征峰：《结婚中的缔约过失责任》，《政法论坛》2021 年第 3 期，第 56 页。

〔21〕 参见朱晓峰：《民法一般人格权的价值基础与表达方式》，《比较法研究》2019 年第 2 期，第 60 页。

〔22〕 参见王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由：人格权篇、婚姻家庭篇、继承篇》，法律出版社 2005 年版，第 18 页；杨立新：《人格权法》，法律出版社 2011 年版，第 305 页。

应作为例外情形存在，[23] 并且应进行严格限制。由于“法益保护与行为自由范围构成‘此消彼长’的博弈要素”，[24] 对精神自由的过度保护将极大程度地限制他人的行动自由，尤其是阻碍社会交往。故而，一般情形下，实施欺诈或者胁迫等妨碍精神自由的行为并不构成对人格权的侵害，仅能通过诸如总则编、合同编、继承编中的相应规则予以解决。

与此相对，按照最高人民法院的意见，第 1054 条第 2 款所称损害赔偿既包括物质损害赔偿，也包括精神损害赔偿。[25] 此种损害赔偿实际上是侵害婚姻自主权的精神损害赔偿。婚姻自主权作为一项具体人格权，可以认为是人格权法不保护精神自由原则的一项例外。婚姻自主权在性质上属于具体人格权，被侵权人有权向加害人主张侵权损害赔偿。在婚姻自主权受侵害层面，民法典第 1054 条第 2 款实际上是民法典第 1165 条第 1 款和第 1183 条第 1 款的特殊规范，确定了此种情形下侵权损害赔偿责任的特殊成立要件，即受害人本身无过错。

通过以上婚姻无效、被撤销效果和总则中法律行为无效、被撤销效果的对比，不难发现法律对于婚姻无效、被撤销的后果作出了特别评价。此处的关键问题是收养无效、被撤销是类推适用这些特殊效果更为妥当，还是直接适用法律行为无效、被撤销的一般性规定更为妥当。法律对于婚姻无效、被撤销规定特殊后果的理由，在收养无效或者被撤销情形中同样存在。在婚姻被确认无效或者被撤销时，排除与有过失规则的主要原因在于：相比于与有过失追求的公平分担损失的目标，此处最重要的目标是惩戒过错。如果说与有过失体现的是道德衡平，此处体现的则是道德苛责。该项特殊规则源于对离婚损害赔偿规则的参照，[26] 均以惩戒过错为首要目标。有过错则不予救济本身，即是对过错的惩戒。这是由婚姻关系的高度伦理性决定的。收养关系同样存在这种高度伦理性，同样应当以惩戒过错为首要目标。由此，相对而言，类推适用民法典第 1054 条第 2 款更为妥当。对于精神损害赔偿而言，从实质理据来看，民法典之所以将结婚精神自由作为具体人格权予以保护，主要是由其所涉身份人格利益的重要性决定的。身份关系的建立和消灭会对当事人产生深刻而普遍的影响。保护身份人格利益之规范目的同样可适用于收养，以保护建立身份关系中的意思自由，但由于具体人格权确权规范本身不能作为类推适用的对象，至多只能将此种情形纳入一般人格权中予以保护。[27] 此时，可直接适用民法典第 109 条和第 990 条第 2 款，但在论证将其纳入一般人格权中予以保护的合理性时，民法典第 110 条仍可作为参照理由。在确定精神损害赔偿的构成要件时，仍有类推适用民法典第 1054 条第 2 款的必要，将受害人本身无过错作为责任成立要件。

另一种可供思考的方案，是类推适用收养解除效果规范（民法典第 1117-1118 条）。在收

---

〔23〕 关于精神自由的侵权法保护，德国和日本虽然在立法表达上具有相似性，但对条文所列自由的理解存在差异。一般认为，德国民法典第 823 条第 1 款所称自由并不包括精神自由，精神自由只能在一般人格权的框架内得到保护。参见［德］埃尔温·多伊奇、汉斯-于尔根·阿伦斯：《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》，叶名怡等译，中国人民大学出版社 2016 年版，第 93 页；MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 239。而日本民法第 710 条所列自由则同时包括身体自由和精神自由，因而欺诈、胁迫等行为可构成对自由的侵害。参见［日］五十岚清：《人格权法》，［日］铃木贤、葛敏译，北京大学出版社 2009 年版，第 179 页；于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社 2015 年版，第 247 页。

〔24〕 朱岩：《侵权责任法通论·总论》，法律出版社 2011 年版，第 86 页。

〔25〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 109 页。

〔26〕 同上书，第 107 页。

〔27〕 实践中，有法院简单以收养无效不涉及侵权责任为由，驳回精神损害赔偿请求，其实质是认为收养所涉的精神利益不应纳入侵权法保护。参见江苏省兴化市人民法院（2019）苏 1281 民初 3957 号民事判决书。

养无效和被撤销一体化评价的思路下，分析收养无效类推适用收养解除规范相对于适用总则规范的妥当性即可。有观点指出，在收养无效时，身份及财产效果均可参照收养解除规定。[28] 但是，由于民法典第 1113 条第 2 款已经明确规定无效的收养行为自始没有法律约束力，因而对身份效果不存在任何参照适用民法典第 1117 条的空间，即立法者有意区分了收养无效和收养解除的效果。收养无效同婚姻无效一样，在身份效果上均为溯及无效。对于婚姻无效或者被撤销的后果，民法典采用了溯及无效模式，即使针对子女亦无例外，子女因父母婚姻无效或者被撤销而成为非婚生子女。[29] 此时不存在参照适用离婚法律后果的空间。民法典虽未规定收养被撤销是否发生溯及力，但通过比照立法者对婚姻被撤销以及收养无效的处理，宜同样采取溯及无效模式，不能类推适用民法典第 1117 条的规定，承认收养被撤销仅面向将来发生效力。

更进一步的问题是，能否在承认收养无效或者被撤销之溯及力的同时，类推适用收养解除的清算规则，即民法典第 1118 条规定的生活费给付和抚养费返还规则。该条的特殊性在于，清算返还并非当然产生，只是在养子女成年后虐待、遗弃养父母而导致收养关系解除或者生父母要求解除时，才发生抚养费返还问题。实践中，有法院承认收养无效情形中的生活费给付义务，但未言明其请求权基础。[30] 显然，从法律行为无效后果中无法解释出收养无效或者被撤销后养子女对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母的生活费给付义务。事实上，虽然在收养解除情形中养子女对养父母的生活费给付义务与收养存续情形下的赡养费给付义务的适用要件存在一定差异，前者要求同时具备缺乏劳动能力以及缺乏生活来源两项要件，而后者仅要求缺乏劳动能力或者缺乏生活来源（民法典第 1067 条第 2 款），但二者仍然存在高度相似性。多数法院认为，生活费的计算应当参照当地人均消费支出并考虑个案情况，这与赡养费的计算大体相当。[31] 少数法院则认为，应当区分生活费给付和赡养费给付，不应参照当地人均消费支出确定生活费。[32] 前一观点更为合理，基于保护老年人利益和公平原则，此处生活费的确定实际上是参照收养存续情形下赡养费确定的结果。且生活费不仅应当涵盖狭义的生活费，还应当包含医疗费等其他费用。[33] 在计算生活费时，亦应将养子女与其他第一顺位扶养人并列，确定分担数额。[34]

婚姻无效或者被撤销的后果中并不包含生活费给付义务，该义务亦不能通过类推适用包含类似于离婚后扶养义务的离婚经济帮助规范（民法典第 1090 条）得出。与婚姻无效或者被撤销不同，在收养无效或者被撤销情形中，因为收养本身并不包含财产共有效力，无法通过性质不明时的共同共有推定以及分割财产照顾无过错方原则来保护无过错方，通过给付生活费的方

〔28〕 参见匡俊：《事实收养研究》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2014 年第 6 期，第 42 页；最高人民法院民事审判第一庭编：《婚姻家庭案件审判指导》，法律出版社 2018 年版，第 513 页。

〔29〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社 2020 年版，第 1973 页。

〔30〕 参见安徽省蚌埠市中级人民法院（2015）蚌民一终字第 00454 号民事判决书；河南省邓州市人民法院（2015）邓法民初字第 246 号民事判决书。

〔31〕 参见河北省廊坊市中级人民法院（2016）冀 10 民终 33 号民事判决书；河南省郑州市金水区人民法院（2010）金民一初字第 710 号民事判决书；江西省崇仁县人民法院（2020）赣 1024 民初 1483 号民事判决书；湖南省隆回县人民法院（2019）湘 0524 民初 90 号民事判决书。

〔32〕 参见河北省邢台市中级人民法院（2015）邢民四终字第 983 号民事判决书。

〔33〕 参见浙江省湖州市吴兴区人民法院（2010）湖吴环民初字第 102 号民事判决书。

〔34〕 参见河北省饶阳县人民法院（2018）冀 1124 民初 268 号民事判决书；山东省乐陵市人民法院（2015）乐民初字第 818 号民事判决书。

式平衡双方利益，在价值上有一定的合理性。如欲肯定收养无效或者被撤销后的生活费给付义务，在方法论上只能通过类推适用民法典第 1118 条实现。不过，此处存在一项前提，即应类推适用收养解除的全部清算规则，而不能在给付生活费效果上主张类推适用，而在抚养费返还上主张适用民法典第 157 条规定的法律行为无效或者被撤销时的清算规则。如前所述，生活费给付义务实际上参照收养未解除情形下的赡养义务，此时如果再适用民法典第 157 条主张清算返还，存在多重评价问题，并不可取。

收养无效时亦会产生抚养费返还问题。〔35〕实践中，有法院认为收养无效情形下的抚养费返还可以参照收养解除情形下的抚养费返还规则。〔36〕然而，民法典第 1118 条第 1 款和第 2 款中所称“补偿抚养费”，在性质上并不相同。第 1 款所称“补偿抚养费”，本质上是一种法定损害赔偿责任，以养子女的过错为前提。因为此时养父母通过主张生活费给付已经取得与收养未解除情形下赡养费给付类似的利益，所以不能再支持作为该利益成本的清算返还。质言之，民法典第 1118 条第 1 款中的“补偿抚养费”并非清算返还，而是对养子女过错行为的评价。与之相对，第 2 款所称“补偿抚养费”在性质上属于清算返还，在性质上与民法典第 566 条第 1 款规定的恢复原状相当。不过前者在构成要件上仍有特殊性，即养父母存在虐待、遗弃养子女的法定过错情形时，抚养费返还请求权不产生。

从司法实践看，相对于婚姻无效后果规范，法院在处理收养无效案件时，更倾向于类推适用收养解除规范。〔37〕这种法律适用倾向的价值判断基础在于类推适用收养解除财产清算规则对当事人而言可能更为公平，这实际上蕴含了收养解除和无效、撤销应当一体化评价的立场。不过，类推适用收养解除清算规范可能面临如下困境：其一，无法评价收养无效或者被撤销中的过错，此种过错只能通过适用民法典第 157 条或者类推适用民法典第 1054 条进行评价。收养解除情形中的过错评价指向虐待、遗弃这样的严重违反义务的行为，二者存在明显差异。因而，至多只能类推适用养子女成年后收养解除情形的生活费给付以及养子女未成年时生父母要求解除收养关系情形中的抚养费补偿规范。

其二，在收养被确认无效或者被撤销时，需要考虑类推适用收养解除清算规范的结果是否会导致不公平或者背离规范目的，进而从反面否定类推适用。如前所述，从规范目的看，生活费给付义务与赡养费给付义务几乎相当，立法者通过确立生活费给付义务维护养父母的利益，使养父母取得类似于收养未被解除时的履行利益。〔38〕在法律行为无效或者被撤销时，立法者基于特殊的法政策考量，确定参照有效法律行为中的履行利益确定清算返还范围，最为典型者

〔35〕 参见河南省南阳市中级人民法院（2010）南民二终字第 880 号民事判决书；江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院（2015）泰开民初字第 01099 号民事判决书；重庆市丰都县人民法院（2018）渝 0230 民初 3659 号民事判决书。

〔36〕 参见江苏省兴化市人民法院（2019）苏 1281 民初 3957 号民事判决书；湖南省茶陵县人民法院（2016）湘 0224 民初 83 号民事判决书。

〔37〕 参见湖南省资兴市人民法院（2013）资少民初字第 32 号民事判决书；安徽省亳州市谯城区人民法院（2017）皖 1602 民初 2363 号民事判决书；安徽省亳州市中级人民法院（2018）皖 16 民终 410 号民事判决书。

〔38〕 正是收养解除规范隐含的此项目的，使其不仅可以类推适用于收养无效或者被撤销情形，而且可以类推适用于有抚养教育关系的继父母子女关系解除情形。实践中，不少法院主张，有抚养教育关系的继父母子女关系的解除应类推适用收养解除规范。参见上海市浦东新区人民法院（2019）沪 0115 民初 91790 号民事判决书；河南省新乡市中级人民法院（2021）豫 07 民终 674 号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2022）京 01 民终 2977 号民事判决书。

莫过于民法典第 793 条第 1 款。对于收养无效或者被撤销情形，如类推适用民法典第 1118 条第 1 款第 1 句，实际上表明应同等评价收养解除与收养无效或者被撤销，参照收养行为有效时的履行利益确定清算返还范围。这实际上创设了一种例外，法官需要承担更重的论证负担。

这种更重的论证负担表现在法院不仅需要从正面论证二者在利益状态上的相似性，而且必须全面“排除‘反面推论’，即要证明规定的案件事实和本案的案件事实之间的区别对于规范和其目的而言根本无关紧要”。〔39〕对比收养无效、被撤销和解除，区别的关键在于是否产生溯及力上：收养被确认无效或者被撤销在我国法上会产生溯及力，而收养解除并不产生溯及力。将生活费给付作为一种特殊的清算返还方式，是建立在收养不溯及既往的基础上，而收养无效或者被撤销情形中并不存在这一基础。然而，类推并不是“按照形式（‘数学’）思维过程所进行的逻辑过程，而是建立在规范目的基础上的价值评价”。〔40〕规范目的是类推操作中最为重要的考量因素。规范目的考量不仅单指对于拟类推规范目的的考量，而且包含对相关规范目的的考量，它是一种整体性的内在体系考量。一如德国法上讨论将合同解除效果规范类推适用于合同无效或者被撤销时需要考虑无效或者可撤销规范之目的，〔41〕此处同样需要考虑这种类推适用在结果上是否会导致无效或者被撤销规范的保护目的落空。

类推适用收养解除效果规范无疑变相保护了被法律否认其效果的生活事实，总体有利于收养人。类推适用收养解除规范，最终将产生与有效收养类似的结果，这明显会降低收养强制性规范的作用强度。当事人甚至无需实施规避行为，即可以实现禁止性规定所否定的效果。例如，根据民法典第 1102 条的规定，无配偶者收养异性子女，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。法律如此规定，旨在阻止不满足相差四十周岁的无配偶异性收养人和被收养人共同生活，降低被收养人受侵害的风险。如果通过类推适用可以产生与当事人所意欲实现的收养效果相类似的效果，则会大幅度增加当事人违法收养的可能性，导致该强制性规定沦为具文。因此，此种情形直接适用总则的法律行为无效规定（民法典第 157 条）更为合理。由于抚养本身不存在基于物权的返还问题，只存在折价补偿问题，此时应结合当地的消费生活水平，确定折价补偿的金额。〔42〕

这一结论同样适用于违反民法典第 1105 条第 1 款规定的收养登记规范。该规范之目的主要不是基于行政管理的需要，而是通过登记程序以及登记程序中包含的收养评估程序，保护未成年人的利益。据此，违反该规定的收养关系不成立，亦不能通过类推适用收养解除规范产生生活费给付请求权。此时，二者在生活事实上的相同之处在评价上应处于劣后地位，对既存生活事实的保护必须屈从于强制性规范的既定目的。

综上，不能因为总则存在“一般性”的规定，就当然否定家庭关系领域开放漏洞的存在。所谓开放漏洞，指“依制定法之内涵体系及规范意旨，应对某法律问题明文规范却未加规范”。〔43〕对于纯粹身份关系而言，所谓未加规范，是指家庭法未加规范，而非指抽象的总则

〔39〕［德］托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》，杜志浩译，北京大学出版社 2022 年版，第 373 页。

〔40〕［德］伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年版，第 368 页。

〔41〕Vgl. Bockholdt, Die übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 206 (2006), S. 786 f.

〔42〕参见贵州省沿河土家族自治县人民法院（2021）黔 0627 民初 139 号民事判决书；北京市大兴区人民法院（2020）京 0115 民初 1868 号民事判决书。

〔43〕黄建辉：《法律漏洞·类推适用》，中国台湾蔚理法律出版社 1988 年版，第 59 页。

未加规范，抽象总则的适用本身即需论证；所谓依制定法之内涵体系应予规定，亦仅指家庭法的体系应予规定。对于身份财产关系而言，法官需要先处理是否适用总则的问题，实质是判断待决情形是否构成隐藏漏洞。所谓隐藏漏洞，指“制定法虽然含有可能适用于这类案件的规则，但根据该规则的意义和目的，它在这里不适合适用，因为在评价上这一规则恰好没有虑及此类案件的特质”。〔44〕只有先通过目的性限缩的方式填补隐藏漏洞，才能开展后续的家庭法内部续造。目的性限缩的本质是依据目的创设例外，〔45〕此处意指总则规范之目的与身份财产关系的性质不契合，需要限缩总则规范的适用范围，将身份财产关系排除在外。例如，对于离婚财产分割协议而言，“民法典婚姻家庭编解释一”第 70 条只列举了欺诈、胁迫两种情形，能否适用民法典第 151 条的规定，不无疑问。例如，夫妻一方利用另一方急于离婚而在财产分割上获得优势，此种情形虽然形式上可涵摄于民法典第 151 条之文义，但目的上并不妥当，因为离婚财产分割协议并不完全是基于经济利益考量达成的，可能包含大量的感情因素。〔46〕但这并不意味着所有身份财产行为都应作为例外，排除在总则规范的适用范围之外。实际上，婚内是可能存在利用对方危困状态达成导致双方利益状态显著失衡的财产协议的情形的，例如利用对方的经济依赖、智力或者精神劣势、怀孕状态等，但是利用对方单纯情感劣势（如不愿离婚）并不构成乘人之危。〔47〕在确定身份财产关系是否适用总则规范时，进行个案情况考察尤为重要。这一过程不需要与家庭法的内部续造进行实质上的比较判断，家庭法的内部续造总是处于劣后地位。

## 二、家庭法内部法律适用、续造与其他分则法律适用的顺序

家庭关系可以直接适用民法典分则或者其他法律规定的前提是，家庭关系所形成的权利本身即为债权、物权（相应适用合同编规范、物权编规范）或者其他权利，又或者这些权利属于侵权保护的客体（适用侵权责任编规范）。即使是在家庭法规则较为详尽的德国民法典中，家庭法也并非自给自足的独立领域，仍然有许多家庭法上的问题无法在家庭编或者总则编中得到答案，而必须求诸其他分编。〔48〕表面上看，与德国民法典不同，我国民法典分则按照主观权利及其保护的体例展开，但婚姻家庭编实际上仍然是基于生活事实的相似性进行构造的，这与合同编、物权编等存在明显差异。所谓身份权，不过是家庭关系所生权利的概称，并不是基于法律后果相似性提取公因式的产物。否定家庭法上的这些权利为物权或者债权，就要为这种特殊的关系创设全新的规则，或者又回到类推适用物权法或者债法的老路上。〔49〕没有必要因为家庭关系的特殊性，完全否定这些权利的债权或者物权性质。由此，根据生活事实的相似性与根据法律后果的相似性两种不同标准构造的家庭法和财产法之间必然存在交叉，家庭关系不

〔44〕［德］卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆 2020 年版，第 474 页。

〔45〕Vgl. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl., facultas 2023, S. 98.

〔46〕参见前引〔14〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第 609 页以下。

〔47〕Vgl. Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl., C. H. Beck 2018, § 5, Rn. 31；北京市房山区人民法院（2016）京 0111 民初 1775 号民事判决书。

〔48〕Vgl. Coester-Waltjen, Schuldrecht und familienrechtliche Rechtsverhältnisse, FS Canaris 70, Bd. I, C. H. Beck 2007, S. 131.

〔49〕Vgl. Mayer, Haftung und Paarbeziehung: Ein Beitrag zu den Rechtspflichten in familienrechtlichen Lebensgemeinschaften und den Haftungsfragen im Innen- und Außenverhältnis, Mohr Siebeck 2017, S. 56.

可避免会涉及对其他分则所含规范的适用。例如，对于民法典合同编规范而言，既可能依据民法典第 464 条第 2 款准用合同编规范，也可能依据民法典第 468 条直接适用合同编规范。如果存在直接适用民法典其他分则所含规范的空间，同样面临是否需要先排除这些规范适用，再进行家庭法内部续造的问题。

（一）其他分则规范适用与家庭法适用的顺序

解决这一难题的关键在于，家庭法上的规范是否是其他分则规范的特殊规范。例如，如果认为家庭法上各种债之规范属于债法的特殊规范，那么在家庭法没有对此作出特别规定时，自然应当适用债法（合同编、侵权责任编）的规定，此时似乎并不存在漏洞。需要澄清的是，此处所称家庭法规范，并非局限于调整家庭成员之间权利义务关系的规范群，而是泛指在形式上被置于家庭法进行规定的规范群。虽然理想中的家庭法应极力避免对财产法一般性规定的干扰，但是基于保护家庭的特殊目的考量，这样的干扰或多或少是存在的。例如，即使是采债权分享方案的德国民法典，夫妻一方处分全部财产或者婚姻家庭用品时，也受到限制。这种限制属于绝对的让与禁止，排除善意取得和根据公信力的取得。〔50〕在采用物权分享方案的我国，家庭法上必然存在会对第三人发生效力的规范，如民法典第 1062 条、第 1064 条。

识别特别法与一般法的关系并非易事。所谓特别法，指“那些要求针对‘特定的人、物或关系’规定有别于一般性规则之法律状况的条款”。〔51〕特别法与一般法的关系判定不仅是逻辑问题，更是评价问题，“必须根据解释的普遍标准（文义、产生历史、法律体系）来检验，同时关键在于对竞合规定的规范目的进行比较”。〔52〕

总则规范通常具有一般法地位，不存在太大的争议。“民法典总则编解释”第 1 条第 1 款对此进行了确认，作为特别法的分则规范在适用上优先于作为一般法的总则规范。但是，所有总则规范相对于分则规范都属于一般法的看法是不全面、不正确的。〔53〕例如，处于总则编的民法典第 185 条被认为是处于人格权编的第 994 条的特别规范。〔54〕又如，处于总则编的民法典第 157 条第 1 句被认为是处于合同编的第 985-988 条的特别法。〔55〕对于分则规范与分则规范之间是否形成一般法与特别法的关系，则需要进行更为全面的考量。从逻辑上看，如果所有适用于某一法条的情形可以同时适用于另一法条，反之则不成立，则前一法条为特别规范。〔56〕但是，即使在构成要件上符合上述特征，也并非当然形成一般法与特别法的关系，关键在于两项规范所含法律效果能否相容。“如果竞合法条的法律后果彼此可以相容，就必须依立法者的规范意图来决定，在其适用范围内，特殊规范的法律后果究竟是补充或者修正一般规范的法律后果，抑或是取代一般规范的地位。”〔57〕质言之，如果根据解释之结果，可能形成择一竞合

〔50〕 参见［德］迪特尔·施瓦布：《德国家庭法》，王葆莳译，法律出版社 2022 年版，第 140 页。

〔51〕 ［德］乌尔里希·克卢格：《法律逻辑》，雷磊译，法律出版社 2016 年版，第 153 页。

〔52〕 前引〔40〕，魏德士书，第 324 页。

〔53〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《最高人民法院民法典总则编司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2022 年版，第 60 页。

〔54〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 932 页。

〔55〕 参见前引〔17〕，叶名怡文，第 182 页。

〔56〕 Vgl. Vogel, Juristische Methodik, Walter de Gruyter 1998, S. 63.

〔57〕 参见前引〔44〕，拉伦茨书，第 340 页。

或者并存竞合，则两项规范之间不存在一般法和特别法的关系。[58] 因此，对于判断特别法和一般法关系“起决定作用的仍旧是目的性考量”。[59] 这也是特别法优先于一般法规则被称为伪逻辑的重要原因。[60]

更为复杂的情况在于两项规范所含构成要件并不是完全包含关系，而是交叉重叠关系，这种情况在经过目的衡量之后，亦可能形成特别法和一般法的关系。[61] 这种情况又被称为“内容上的特别关系或者补充关系”，即“尽管诸构成要件连接了不同的要素，但是从规则的目的来看，一个规则排除了另外一个规则”。[62] 对于这种仅有交集的情况，关键在于比较交集之外的构成要件，探查这些要件在处理待决案件中有无特殊的规范意义，在两项规范之效果不能相容时，确定何为特别规范何为一般规范。[63]

在涉及家庭关系法律适用的场合，首要的前提是明确两项规范构成在逻辑上是否存在交集或者包含关系。如果连逻辑上的交集关系也不存在，自然不可能产生一般法与特别法的关系。例如，在民法典第 464 条第 2 款已经明确将有关身份关系的协议排除在合同范畴之外的情形下，婚姻家庭编中调整身份关系协议的相关规定不可能成为合同编调整合同相关规定的特别法。与之相对，按照民法典第 468 条的规定，非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用合同编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。此时则存在判定一般规范和特殊规范的可能性。当然，这种判断的前提是民法典合同编通则中的相关规范没有根据家庭关系的特殊性质而被排除适用。例如，夫妻共同债务在性质上属于连带债务。在司法实践中，夫妻共同债务的外延并不局限于民法典第 1064 条规定的类型，而是泛指双方婚姻关系存续期间根据婚姻家庭编、其他分则编以及其他法律形成的连带债务。例如，根据民法典第 1168 条的规定，夫妻二人实施共同侵权行为，造成他人损害，由此形成的债务亦属于夫妻共同债务。[64] 质言之，夫妻共同债务与夫妻连带债务处于同义互换状态。由于民法典第 518-520 条在性质上属于实质债法总则规范，并且不存在足以排除适用的特殊性质，因而可直接适用。但根据民法典第 1089 条的规定，夫妻共同债务应当先以共同财产清偿，而民法典第 518 条第 1 款规定的连带债务清偿规则并不包含此项效果。两项规范在法律效果上并不相容，第 1089 条显然属于特别法规范。

又如，依据婚后所得共同制，夫妻在特定物上形成共同共有。依据民法典第 303 条的规定，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由时可以请求分割共有物。依据民法典第 1066 条的规定，在婚姻关系存续期间，夫妻一方在“另一方严重损害夫妻共同财产利益”或者其“负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用”时，可以请求分割共同共有物。依据“民法典婚姻家庭编解释一”第 38 条，后者并非前者所称“重大理由”的简单具体化，而是排斥前者适用的特别法。判断此类具有要件包含关系的规范适用顺序

〔58〕 参见毕经纬：《〈民法典〉视域下的规范竞合》，《江海学刊》2022 年第 5 期，第 181 页以下。

〔59〕 前引〔39〕，默勒斯书，第 337 页。

〔60〕 参见［奥］恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社 2019 年版，第 77 页。

〔61〕 Vgl. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., C. H. Beck 2021, S. 32.

〔62〕 ［德］罗尔夫·旺克：《法律解释》，蒋毅、季红明译，北京大学出版社 2020 年版，第 170 页。

〔63〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，2020 年中国台湾自版，第 353 页以下。

〔64〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全（婚姻家庭卷）》，人民法院出版社 2022 年版，第 173 页。

并不困难。总体而言，相对于其他分则规范，家庭法上的规范处于特别法地位，应当优先适用。

再以离婚损害赔偿规范（民法典第 1091 条）与侵权损害赔偿规范（民法典第 1165 条第 1 款）之关系为例，有观点认为前者系后者的特别法。〔65〕这种观点隐含了离因损害立场，即认为离婚损害赔偿系对离婚原因（如家庭暴力、虐待、遗弃等）所生损害的赔偿。在夫妻一方的这些行为同时构成对另一方人格权的侵害时，因前者所含要件明显多于后者，二者会形成特别法与一般法的关系。有观点更进一步，指出前者不仅是其所涉情形侵权责任的特别法，而且是夫妻侵权责任的特别法，即只有在加害一方具有重大过错时才应对另一方承担侵权责任。〔66〕如采离婚损害说，〔67〕则离婚损害赔偿请求权与离因所生损害赔偿请求权处于聚合状态，当事人自可同时主张。〔68〕从婚姻并不消解当事人人格的角度看，采离婚损害说更为合理。离因损害说亦不能有效解释在一方虐待、遗弃其他家庭成员时，为何另一方有权主张离婚损害赔偿，受害的家庭成员亦能自己主张侵权损害赔偿。〔69〕据此，不能在整个夫妻间侵权层面将民法典第 1091 条作为民法典第 1165 条的特别法。虽然学说上对于离婚损害赔偿的性质存在分歧，但无论将其作为一种侵权损害赔偿、违约损害赔偿还是债务不履行所生损害赔偿，在离婚所生损害赔偿层面其都处于一种特别法地位。如果不作特别要件的设置，将导致责任失控，“婚姻的历史也将在涉及责任的诉讼纠纷中被改写”。〔70〕

真正困难的是前述要件存在交集的情形。这主要指向同时受家庭法和其他分则调整的涉他性法律关系。以共同意思表示型夫妻共同债务和保证为例，两者在构成要件上存在交集。夫妻一方作出“在另一方不履行到期债务时由其履行债务”的意思表示，既可能适用合同编保证责任的相关规定，亦可能适用民法典第 1064 条的规定，被认定为夫妻共同债务。同时适用的前提是该意思表示同时符合保证合同相关规范和共同意思表示型夫妻共同债务相关规范的构成要件。如果夫妻一方作出该意思表示时没有采用书面形式，则保证合同不成立，〔71〕此属于保证合同成立之特殊要件。不符合该要件，自然无法适用涉及保证合同效果的相关规范，也不会产生规范冲突问题。同样，民法典第 1064 条适用的前提是夫妻一方表明了身份或者形成了可信赖的夫妻身份外观。〔72〕该项要件系对该条规定中所称“夫妻双方”或者“夫妻一方”进行解释之结果。不满足该要件，自然亦不会产生规范冲突问题。

虽然保证和夫妻共同意思表示均会形成连带债务，但二者在法律效果上存在一些冲突。例如，根据民法典第 693 条，保证期间经过，一般保证的债权人未提起诉讼或者申请仲裁，抑或

〔65〕 参见代贞奎、樊仕琼：《婚内私生他人子女应承担侵权损害赔偿责任》，《人民司法·案例》2012 年第 14 期，第 70 页；山东省青岛市中级人民法院（2015）青民五终字第 281 号民事判决书。

〔66〕 民法典施行之前，尚需参照适用原婚姻法第 46 条，将重大过错作为夫妻间侵权的归责原则。参见山东省聊城市东昌府区人民法院（2020）鲁 1502 民初 1222 号民事判决书；江苏省苏州市中级人民法院（2017）苏 05 民终 1648 号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法审监民再字第 33 号民事判决书；河北省滦平县人民法院（2020）冀 0824 民初 1623 号民事判决书。民法典第 1091 条新增“其他重大过错”项，在解释上扫清了该条规定作为夫妻间侵权责任特别法的形式障碍。

〔67〕 离婚损害说是指离婚损害赔偿并非是对离婚原因所生损害的赔偿，而是对离婚本身所生损害的赔偿。

〔68〕 参见上海市浦东新区人民法院（2016）沪 0115 民初 69329 号民事判决书。

〔69〕 参见前引〔14〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第 731 页。

〔70〕 Vgl. Schwenzer, BGH, 19. 12. 1989-IVb ZR 56/88. Zum Vorrang des Ehe- und Familienrechts gegenüber dem Recht der unerlaubten Handlungen, JZ 45 (1990), S. 442.

〔71〕 参见王蒙：《论保证的书面形式》，《清华法学》2021 年第 5 期，第 46 页。

〔72〕 参见刘征峰：《共同意思表示型夫妻共同债务的认定》，《法学》2021 年第 11 期，第 120 页。

连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。此时债权人能否选择以民法典第 1064 条作为请求权基础，要求作为保证人的夫妻一方承担基于夫妻共同债务的责任，不无疑问。对于该问题，司法实践分歧较大。一种观点认为，虽然保证期间经过，夫妻一方不应承担保证责任，但是构成共同意思表示型夫妻共同债务，应承担对夫妻共同债务的清偿责任。〔73〕另一种观点则认为，保证期间经过后，作为保证人的夫妻一方的保证责任免除，亦同时免除基于夫妻共同债务的责任。〔74〕前一种观点隐含了请求权竞合的立场。如果是请求权竞合，两项规范自然不会形成特别法与一般法的关系。后一观点则认为保证期间规范属于特别规范，在适用上应当优先于共同意思表示型夫妻共同债务规范。对这一问题的分析，关键还是进行目的论上的细致考察。

保证期间制度无疑“限制了保证人的责任，从而避免保证人无限期地承担责任”，具有“督促主债权人行使权利的作用”，〔75〕这是就保证人与债权人利益进行衡量的结果。“保证合同是单务合同、无偿合同，保证人在没有从债权人处获得任何对待给付的情形下，单方面地负有债务。”〔76〕即使保证人实质上可能从债务人或者第三人处获利，这种获利也不能改变保证合同的性质。通常，这种获利也与其承担的风险不匹配。如果承认两项规范系择一竞合关系，而非特别法与一般法的关系，则意味着法律对于保证人的保护实质上被架空。债权人完全可以民法典第 1064 条为依据主张夫妻共同债务，从而规避保证期间对保证人的保护。赋予特别法规范排他效力的真正理由，在于避免立法者在特别法规范中所预设的目的落空。〔77〕因此，有必要赋予民法典第 693 条以特别法地位，承认其在法律适用上的优先效力。对此，一种可能的反对意见是，作为保证人的夫妻一方不同于一般情形中的保证人，其从婚后所得共同制中获得了利益。作为婚姻效力的所得共同制影响了作为主债务人的夫妻另一方的责任承担，导致其责任财产减少。民法典第 1064 条正是平衡债权人保护和配偶利益的产物。这种反对意见实际上混淆了两类夫妻共同债务，并不可取。作为保证人的夫妻一方是否从作为主债务人的夫妻另一方的行为中获利，并不是共同意思表示型夫妻共同债务关注的对象。是否有潜在获益可能性是共同生活、共同生产经营型夫妻共同债务关注的对象。在后一种类型中，夫妻一方是否有间接或者直接获益可能性，是判断该类型夫妻共同债务是否成立的核心。因此，不能将夫妻一方是否通过婚后所得共同制获益作为论证择一竞合的依据。

当然，如果案涉情形又同时符合共同生活、共同生产经营型夫妻共同债务的构成要件，在考虑此类夫妻共同债务规范与保证期间规范的关系时，才需要考虑获益可能性问题。如果作为保证人的夫妻一方可能从相关活动中获益，与通常情形中的保证人利益状态存在明显差异，立法者规定保证期间的目的在此至少存在被权衡的空间。因婚后所得共同制而处于不利地位的债权人在此存在特别保护的需要。承认请求权竞合，赋予其选择行使的权利，无疑更加符合立法者之目的，此时二者不存在一般法与特别法的关系。

从上述分析不难发现，在同时满足家庭法上规范和其他分则规范构成要件的情况下，前者

〔73〕 参见海南省万宁市人民法院（2022）琼 9006 民初 3436 号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2022）粤 01 民终 9435 号民事判决书；甘肃省兰州市红古区人民法院（2022）甘 0111 民初 1410 号民事判决书。

〔74〕 参见吉林省敦化市人民法院（2020）吉 2403 民初 2143 号民事判决书。

〔75〕 前引〔29〕，黄薇主编书，第 1315 页。

〔76〕 程啸：《保证合同研究》，法律出版社 2006 年版，第 503 页。

〔77〕 参见前引〔60〕，克莱默书，第 79 页以下。

通常属于特别法。家庭法为处于特定身份关系之中的当事人确定的规则明显优先于财产法为不具有特定身份的抽象主体确定的规则。这在根本上还是由前述民法典的构造方式决定的，即除总则外，更为一般性的法律效果规定散布在合同编、物权编、侵权责任编之中。然而，待决案件事实同时满足财产法规范和家庭法规范的情况下，后者也并非绝对处于特别法地位，这主要涉及会对第三人发生效力的规范。

（二）其他分则规范适用与家庭法内部续造的顺序

“法律适用自然应当优先于法律续造”这一方法论规则的依据在于，如果不存在法律漏洞，则法官无权进行法律续造。法官具有适用法律的义务（法官法第 3 条），如果允许法官在没有法律漏洞时自由创制法律，将导致立法者的权力被架空，背离宪法（第 58 条）和立法法的规定。当然，虽然有法律规范可供适用，但如果法律适用与规范目的相悖，则存在隐藏漏洞。就家庭关系的适用和续造而言，家庭法内部的适用优先于续造无疑，但是家庭法内部续造和民法典其他分则适用之关系则并非当然如此。即使家庭法未就某种情形进行调整，也并不代表能当然适用其他分则规范。立法者可能有意在家庭法上进行封闭性和终局性规定，进而排除对其他情形的调整，适用其他分则规范则可能架空立法者的封闭意图。即使立法者没有封闭意图，其他分则规范仍然可能因家庭关系的性质而被排除适用。分则部分参引规范中明确规定了“根据其性质不能适用的除外”。例如，民法典第 468 条在规定非因合同产生的债权债务关系对合同编通则的适用时，即采纳了该表述。即使其他分则未作此规定，法官仍然享有根据其性质排除适用的权力。以身份之债为例，法官可以通过论证其特殊性排除债法规范的适用。身份之债这一交叉领域总是受到不断变化的社会观念和状况的影响。〔78〕在债法适用中不可想象的个案公平衡量，在家庭法适用中却是必要的，这是由家庭关系的社会性和高度人身性决定的。〔79〕如果认为其他分则规范包含的关于债权和物权的一般性规定属于提取公因式的产物，那么排除这些一般性规定则意味着对某项规范进行目的性限缩，即该规范不适用于待决案件所涉家庭关系。这实际上已经包含了法官的造法活动，法官需要论证在家庭法未对此作出特别规定时，为何不适用这些一般性规定。这一论证活动往往需要揭示拟处理的家庭关系与排除适用规范规定的法律关系在性质上的巨大差异。

由此，问题的关键演变为，法官可否不进行排除适用其他分则的论证，而径直在家庭法内部进行续造。这一问题背后深层次的判断仍然是，这些规范究竟是狭义财产法的通则规范，还是超越财产法的通则规范。或者从主观权利的角度说，家庭法上形成的这些权利在本质上是否为债权或者物权。如果持肯定答案，毫无疑问不能绕开为何不适用其他分则规范的论证。如果法律已经设置民法典第 468 条这样的提示性参引规范，法官就不能绕开该参引规范的指引，径直在家庭法内部进行续造。即使欠缺这样的提示性参引规范，如前所述，亦存在直接适用相应分则规范的可能性。这不仅源于我国家庭法立法的抽象风格带来的法源开放需求，〔80〕更是源于家庭关系中所包含的这些权利在性质上就是债权或者物权。因此，法官有义务先论证为何限缩其他分则规范的适用范围。

〔78〕 Vgl. Gauch, Familienschuldrecht, in: Familie und Recht, FS Schnyder 65, Universitätsverlag Freiburg 1995, S. 272.

〔79〕 Vgl. Zankl, Bereicherung und Schadenersatz im Familienrecht, EF-Z 61 (2019), S. 110.

〔80〕 参见前引〔13〕，刘征峰文，第 76 页以下。

## 三、家庭法内部法律续造与其他分则准用、类推适用的顺序

### （一）分则准用规范的特殊性

对比德国、法国、葡萄牙、瑞士、韩国、日本、意大利等大陆法系国家的民法典，我国民法典中的家庭法条文数量总体偏少。即使叠加配套司法解释，家庭法在我国民法典和配套司法解释的整体数量中仍然占比较小。民法典特别设置了两项准用规范来缓解家庭法法源供给不足的问题。民法典第 464 条第 2 款和第 1001 条分别涉及身份协议和身份权利保护这两个家庭法的重要领域。前者主要涉及身份关系协议对作为债之发生原因的合同相关规范的准用，后者主要涉及对人格权特殊保护规范的准用，不包括对侵权责任编规范的准用。两条准用规范的设置实际上表明立法者对家庭法法源持开放立场。

探讨分则准用的顺位，首先需要明晰准用规范的类型和体系位置。所谓类型，系指概括准用和特别准用。概括准用只是指向特定的规范群，并没有指向具体规范，需要法官进行甄别。〔81〕在概括准用中，虽然立法者已经在此预设了待决案型与拟准用规范群共通事实要件间的类似性，但其预设的类似性程度非常低，法官在此需要承担较重的论证负担。易言之，概括准用规范只是一定程度上降低了法官的类似性论证负担。法官需要结合具体拟准用规范之目的，证立准用之妥当性。与之相对，在特别准用中，立法者已经预设了待决案型与拟准用规范之间较强的相似性，如果反对参照适用，法官则需要承担较重的反面论证义务。〔82〕

民法典第 464 条第 2 款、第 1001 条均属于概括准用。由于这两条准用规范的事实要件亦为概括描述，而非指向具体的规整事实，相较于事实要件具体的准用规范，法官的论证负担更重。此外，这两条准用规范前置了根据其性质参照适用的要件，法官仍然需要先行论证拟处理案型中的事实与拟准用规范中事实要件的相似性，以证成二者为何应当同等评价。法官在参照适用中所承担的类似性论证义务与类推适用大体相当。〔83〕

以离婚财产清算协议能否准用赠与合同任意撤销规范（民法典第 658 条）为例，首先需要解决的问题是，其中包含夫妻一方无偿给予另一方或者子女财产的条款是否属于赠与合同。如将其认定为赠与合同，自然不存在准用的可能性。〔84〕但细究起来，此类条款并非赠与合同，而是作为离婚财产清算协议的一部分，在性质上属于身份财产协议或者说与婚姻相关的协议。〔85〕认定其为身份财产协议并不能当然排除准用之可能，需要从正反两方面进行论证，比较两者的相似性。民法典第 464 条第 2 款并不能免除法官的此种论证义务。民法典第 658 条之所以弱化赠与合同效力，传统观点认为是基于其无偿性。〔86〕但无偿性论据不能有效说明为何

〔81〕 参见王利明：《民法典中参照适用条款的适用》，《政法论坛》2022 年第 1 期，第 50 页。

〔82〕 参见前引〔13〕，刘征峰文，第 82 页。

〔83〕 同上文，第 83 页。

〔84〕 有法院认为离婚财产清算协议中的赠与是具有道德义务的赠与，所以不得撤销。参见四川省高级人民法院（2017）川民申 4362 号民事裁定书；吉林省白山市中级人民法院（2022）吉 06 民终 371 号民事判决书；吉林省长春市中级人民法院（2015）长民二终字第 499 号民事判决书。

〔85〕 参见陆青：《离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究》，《法学研究》2018 年第 1 期，第 97 页以下；Löhnig/Gietl, Schuldrecht II -Besonderer Teil 1：Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., W. Kohlhammer 2018, S. 52。

〔86〕 参见前引〔29〕，黄薇主编书，第 1260 页；刘勇：《报偿赠与论》，《法学研究》2023 年第 5 期，第 133 页，第 138 页。

其他无偿合同不能任意撤销，因此无偿性至少不能单独作为其依据。有观点进一步提出了“转移不需要返还的所有权+无偿”及“非要式”的理由。〔87〕离婚财产清算协议的典型特点在于其条款之间的高度牵连性，不能孤立识别个别条款的性质。〔88〕无偿转移财产的个别条款实际上是当事人权衡各项安排后的结果，其背后可能存在财产对价，也可能存在非财产目的。前者具体表现为一方基于为个人目的使用共同财产而对他方的补偿、对他方承担夫妻共同债务清偿责任的补偿、对他方直接抚养子女的补偿等，但离婚本身不能作为一种对待给付。当事人除了纯粹财产利益的考虑外，还有子女抚养、夫妻感情等因素的考量。〔89〕此外，离婚财产清算协议要求书面形式，无需通过赋予当事人任意撤销权来救济其轻率行为的必要。这些显著区别并非无关紧要，而是会动摇准用之基础。再以离婚财产清算协议能否准用赠与合同穷困抗辩权规范（民法典第 666 条）为例，此时法官仍需结合立法者赋予赠与人穷困抗辩权之目的，比较二者的相似性。民法典第 666 条之立法理由主要在于赠与合同的无偿性。〔90〕离婚财产清算协议所含给予“欠缺对无偿性的合意”，〔91〕导致赋予给予财产一方穷困抗辩权欠缺理据。〔92〕从以上例子不难发现，法官基于第 464 条第 2 款考虑准用合同编具体规范时，与类推适用一样，必须公开其性质相似比较的正反论证过程。与类推适用相比，概括准用至多只能省略存在漏洞的论证步骤。立法者设置准用规范，表明此处不存在违反计划的不圆满性，不存在漏洞。〔93〕

此外，对于家庭法之外的准用规范，立法者所预设的类似性程度往往低于家庭法内部的准用规范。如果立法者在家庭法内部设置了准用规范，这实际上暗含了立法者的抉择，即该准用规范的适用优先于外部准用以及对总则相关规范的适用。以送养人隐瞒被收养人患有重大疾病以及胁迫收养情形为例，如果立法者已经就此明确规定准用婚姻撤销的规定，此为立法者之计划，应直接按照准用规范的指引适用法律。比较法上，日本民法第 808 条明确规定，其第 747 条和第 748 条关于婚姻撤销的规定准用于收养，只不过撤销权的除斥期间调整为 6 个月。日本民法第 747 条规定：“受欺诈或者胁迫而结婚的人，可以请求家庭法院撤销婚姻；前款规定的撤销权，在当事人发现欺诈事实或者胁迫终止三个月后，或者予以追认后消灭。”第 748 条规定：“婚姻的撤销，仅面向将来发生效力；结婚时不知道存在撤销原因的当事人，应以现存利益为限，返还因婚姻所取得的财产；结婚时知道存在撤销原因的当事人，应返还因婚姻所取得的全部利益。在此情形，在相对人善意时，应对其负损害赔偿责任。”不难发现，基于欺诈和

〔87〕 参见李永军：《“契约+非要式+任意撤销权”：赠与的理论模式与规范分析》，《中国法学》2018 年第 4 期，第 173 页以下。

〔88〕 实践中，有法院认为离婚协议不宜严格按照等价有偿的原则进行评判，从处理方案的完整性出发，亦不适宜作出部分变更或者撤销的处理决定，否则极有可能得出违背当事人真实意愿的结论，进而破坏一揽子处理方案所能实现的衡平。参见广东省江门市中级人民法院（2015）江中法民一终字第 672 号民事判决书。还有法院认为，不能适用赠与合同规定的理由在于解除婚姻关系、子女抚养、共同财产分割等内容构成一个整体，双方达成的所谓赠与协议，是一种以解除婚姻关系为条件的赠与，不同于赠与合同。参见广西壮族自治区高级人民法院（2020）桂民申 4800 号民事裁定书。

〔89〕 参见新疆生产建设兵团第八师中级人民法院（2020）兵 08 民终 653 号民事判决书。

〔90〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 1215 页。

〔91〕 ［德］迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谌译，法律出版社 2007 年版，第 151 页。

〔92〕 参见四川省乐山市中级人民法院（2021）川 11 民终 1009 号民事判决书。

〔93〕 Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie Über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Duncke & Humbolt 1983, S. 24.

胁迫的婚姻撤销不仅在撤销权的行使期间上与总则的规定不同（日本民法第 126 条），在法律效果上也与总则的法律行为被撤销之效果存在差异（日本民法第 121 条、第 121 条之二）。法律设置准用条款表明，日本立法者认为相对于总则规定的法律行为被撤销的效果，亲属编中婚姻撤销的效果更适于收养撤销。日本民法第 748 条第 2 款和第 3 款实际上系一种特殊的不当得利规则。〔94〕“与一般的不当得利不同，在婚姻被撤销的情形中另外一方需符合善意要件（才能主张损害赔偿责任），这是由于如果双方都知道有撤销婚姻的原因，那么根据一种过失相抵的理论，可以公平地认为任何一方都不需要承担赔偿责任。”〔95〕在善意和恶意的判断上，不能适用不当得利法上的一般判定规则（日本民法第 703 条、第 704 条）。在不当得利法上，恶意的判断应以受领利益时是否知道为标准，不考虑过失。〔96〕而在此处，即使受胁迫方知道受领利益没有法律上的根据，亦不能将其认定为恶意。〔97〕需要注意的是，日本民法于 2017 年修改后，〔98〕立法者对法律行为被撤销的效果进行了重构，仅在无偿行为或者行为人之行为能力存在瑕疵时可主张得利丧失抗辩。日本民法总则编关于法律行为无效后的清算规则构成特殊的不当得利规则。〔99〕如此，虽然存在前述差异，收养和婚姻被撤销后的财产清算规则实际上更加趋近于不当得利的一般规则，而非总则法律行为被撤销后的清算规则。易言之，总则关于法律行为被撤销后的清算与婚姻、收养被撤销的清算都构成不当得利法的特殊规则，但二者的特殊性并不相同，后者并非前者基础上的再特殊化。

我国民法典并未设置家庭法内部的准用规范，因而并不需要处理家庭法内部规范准用和外部分则准用的优先性问题，但准用规范所处位置会影响其与家庭法内部续造以及总则适用的关系。对于身份财产关系而言，法官需要先论证为何排除总则规范适用，再论证为何准用分则相关规范或者在家庭法内部进行续造。对于纯粹身份关系而言，无论是适用总则规范还是准用分则规范、在家庭法内部进行续造，法官均负证立义务，不存在论证上的实质先后顺序。由于前述较低的类似性预设以及分则准用规范所处的体系位置，对合同编和人格权编相关规范的准用亦不能优先于对总则编相关规范的适用。

（二）内部续造相对于外部准用和类推适用的优先性

除依据民法典第 464 条第 2 款和第 1001 条准用合同编及人格权编相关规范外，亦可能存在对其他分则规范的类推适用。相对于前述对总则和其他分则规范适用、其他分则规范准用，对其他分则规范类推适用在实践中总体较少。前文已经就总则和分则规范适用与家庭法的内部续造顺序进行讨论，此处主要讨论其他分则规范准用、类推适用与家庭法内部续造的顺序问题。在民法典第 464 条第 2 款和第 1001 条属于概括准用且在体系位置上处于家庭法之外的背景下，对合同编和人格权编相关规范的准用并不当然优先于家庭法内部续造。更为常见的情况是，法官进行内部续造的难度甚至低于依托准用条款参照适用合同编和人格权编的相关规范。

〔94〕 参见［日］近江幸治：《民法講義 VII 親族法・相続法第 2 版》，成文堂 2015 年版，第 59 页。

〔95〕［日］二宫周平编：《新注釈民法（17）親族（1）》，有斐阁 2017 年版，第 159 页。

〔96〕 参见［日］我妻荣：《我妻荣民法讲义 V4 债权各论》（下卷一），冷罗生、陶芸、江涛译，中国法制出版社 2008 年版，第 201 页以下。

〔97〕 参见［日］中川善之助编：《注釈民法（22）の2 親族（3）親子（I）〔養子〕》，有斐阁 2013 年版，第 706 页。

〔98〕 民法の一部を改正する法律（平成 29 年法律第 44 号）。

〔99〕［部会資料 29］「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（2）」33 頁以下。法務省ホームページ2022 年 5 月 7 日時点のURLは，https://www.moj.go.jp/content/000078875.pdf，2024 年 1 月 8 日最后访问。

外部准用和类推适用虽然可行，但是其与内部续造之间在形式上的先后顺位是显而易见的。家庭法内部续造的形式优先性是由其内在体系的相对独立性决定的。“所谓内在体系是指民法内在论证关联的根本价值取向体系，集中体现为法的基本原则的价值网络，取决于人类社会发展中形成的伦理价值与经济基础。”〔100〕简言之，内在体系是法的意义和脉络。虽然家庭法已经回归民法，但是其在意义脉络上仍然具有较强的特殊性。论及家庭关系的法律适用时，处于首要地位的是家庭法内部的价值融贯，而非整个民法层面的价值融贯。即使是适用民法典总则、其他分则或者其他法律规定，仍然必须首先考量家庭法的内在体系。无论是家庭法内部续造还是外部续造，都必须首先置于家庭法的内在体系之下。俄罗斯家庭法典第 4 条和第 5 条明确规定，对超出家庭法的适用、参照适用以及家庭法内部的参照适用，均不得违背家庭关系本质，正是对这一立场的反映。只有在契合家庭法特有内在体系的前提下，才考虑整个民法的内在体系。

家庭法与继承法、商法、劳动法、著作权法一样，都是建立在特定的生活关系秩序之上，它们反映了生活关系秩序对于法的外在体系的影响。〔101〕这些生活关系秩序本身即与特定的价值秩序相关。因此，家庭法具有双重意蕴，其不仅是该特定生活关系秩序领域规则和概念（素材）的集合，更是该领域价值、原则和理念的体系。这些规范背后的价值目标即是家庭法内在体系的有机组成部分。法官无需再去论证这些规范的立法目的是否与家庭法的内在体系契合，只需考虑法律续造的结果是否与家庭法的内在体系契合。反过来说，依托于家庭法内部规范进行续造本身也是家庭法内在体系的要求。这是以内部续造实现家庭法的体系融贯。

家庭法内部续造的优先性在实践中可表现为一种思考顺序。在欠缺可供适用的规范时，法官首先应当思考能否在家庭法内部寻找妥适的法律续造路径，如果不可行，再考虑外部准用和类推适用问题。例如，对于有关身份关系的协议，如无规范可直接适用，首先应考虑家庭法内部是否有调整类似协议的规范可供类推适用，再考虑有无其他利益状态相似的有名合同规范可供参照适用。当然，内部续造并非具有绝对的优先性。内部续造在某些情况下虽然可行，但可能并非最佳法律续造路径。当家庭法外部规范背后的利益状态与待决案件更为相似时，自应选择家庭法外部规范的准用和类推适用。要之，最终的判断依据仍然是何种路径与待决案件所涉关系的本质最为契合。

## 结 论

不仅家庭关系能否直接适用民法典总则和其他分则规范的论争隐含了家庭法与整个民法在理念与精神上的微妙关系，而且在确定家庭关系可以直接适用民法典总则和其他分则规范下的法律适用和续造顺位考量，同样依托于对二者关系的认识。家庭法的核心问题始终是在多大程度上能够剥离古老的自然法内容，并将家庭无矛盾地融入个人主义的私法体系。〔102〕民法的整

〔100〕 朱岩：《社会基础变迁与民法双重体系建构》，《中国社会科学》2010 年第 6 期，第 154 页。

〔101〕 Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Duncker & Humblot 1983, S. 34.

〔102〕 Vgl. Auer, Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016), S. 262.

个主观权利谱系基本是建立在财产法之上，家庭法并没有发展出完全独立的主观权利的完整规则体系。即使是在家庭法形式上独立于民法典或者在法典内部与财产法保持相对独立的国家，家庭法也必须依赖于财产法所形成的主观权利规则体系。这些概念和规则对于家庭法而言必不可少，否则家庭法将缺少躯体。民法典第 464 条第 2 款以及第 1001 条所呈现的家庭关系法源开放立场与这一趋势相吻合。不过，统观整个大陆法系，还没有哪个国家真正将家庭法完全融入了个人主义的私法体系。家庭法的价值体系或者意义脉络有其相对独立性，家庭法在一定程度上突破了民法体系的融贯。不能当然基于融贯性要求处理家庭关系的民法适用问题，家庭法内部体系的融贯才是首先应当考虑的因素。只要家庭法在内在体系或者外在体系上没有与民法实现完全融贯，对民法典总则的适用，对民法典其他分则的适用、准用或者类推适用的难题，就将一直存在。质言之，这种若即若离的特殊关系使法官不能简单依托方法论上的形式规则处理家庭法内部法律适用、法律续造和超出家庭法的法律适用、法律续造之间的复杂关系，而是必须进行目的性实质判断。因此，方法论上的形式规则更多是一种思考顺序，旨在约束法官基于表面论证负担差异向总则或其他分则的逃逸行为。

**Abstract**: The application and development of law beyond family law is not only feasible but also indispensable. Certain norms of the General Part and other special parts of the Chinese Civil Code are directly applicable to family relations. The formal unified force of the norms of the General Part is, in principle, limited to property relations between family members. In the case of pure family relations, it is unnecessary to exclude the application of the norms of the General Part as a prerequisite for determining an open gap, but it is necessary to make a substantive comparison between the appropriateness of applying the norms of the General Part and the appropriateness of law development within family law. In the case of property relations between family members, the judge needs to argue for limiting the application of the norms of the General Part before considering the question of the development of the law within family law. Where the elements of both the family law norm and the norm of another special part are met, the former usually constitutes *lex specialis*. The latter may also constitute *lex specialis* based on special considerations of the purpose of the norm. In the absence of special provisions in family law, the judge is likewise obliged to make a teleological reduction argument in respect of the related norm in other special parts before considering the question of the development of the law within family law. Since the external analogy stipulated by law regarding family relations is an abstract analogy, the burden of argumentation on the judge is largely equivalent to that of the analogy by the judge. Because of the relative independence of the internal system of family law, priority is given to the internal development of the law over the external analogy stipulated by law and law development in principle. The determination of the sequence between the application and the development of the law within and beyond family law ultimately relies on teleological considerations.

**Key Words**: family relations, marriage law, law of succession, application of civil law, development of law