

中国婚姻法的基础性重构

曹诗权*

重构婚姻法,是中国社会变革和法制建设发展的现实要求,也是当前婚姻法学研究的理论重心和实践主题。对此,法学界虽已探讨出一系列趋于共识的理论思路和立法建议,但其视角多侧重于婚姻家庭具体法律问题的制度建构和遗缺充补,而对有关立法重构的基本定位问题少有涉及。为弥补这一空缺,笔者现就我国婚姻法的名称、地位归属和内容重点等基础性问题略作研析,以求学界专家同仁的呼应和指正。

一、“婚姻法”的名称

新中国成立之初,我国便于1950年颁布《中华人民共和国婚姻法》,正式在全国性立法及新中国法律体系中确定了“婚姻法”名称。至1980年的第二次立法,该名称仍被沿用。受其影响,无论是法学界还是实务界,都已习惯于用“婚姻法”之名。

然而,习惯并非正确。本着对法律名称的逻辑层面的诠释,“婚姻法”的含义应由三个方面界定:一是该名称自身所包容和限定的词源内涵;二是该名称所代表的法律规范确认和调整的社会关系的特定范围及其内在联系;三是归属于该名称下的法律规范体系的结构外延,即它实际涵盖的现有内容。以此逻辑起点为基础进一步展开,对“婚姻法”之名称可提出如下质疑。

第一,“婚姻法”,在词源解释上的准确性定义只应为“有关婚姻关系的法律”,即专门规范婚姻之缔结与解除及其伴生的法律后果的法律。显然,这一概念与两部婚姻法不相符,既没有充分反映该法的实际内涵,也未全面把握其调整对象的外延范围,一挂多漏,名称的周延性严重不足。所以,现行婚姻法不得不设专条说明“本法是婚姻家庭关系的基本准则”;在法理解释和操作适用上,人们也只好从实质意义上将“婚姻法”定义为“确认和调整婚姻关系、家庭关系的法律规范的总和”,以免对“婚姻法”的认识理解和适用发生偏差,引起错觉。这一超出名称词义的人为扩张解释,虽然反映了立法的真实意旨,但亦同时造成了婚姻法名实不一、形式与内容剥离的逻辑矛盾,表现出立法技术上的不完备和确定法律名称的不严肃,进而影响法律的运行效果。

第二,既然在实质意义上将“婚姻法”认定为调整婚姻关系、家庭关系的法律,那么根据其调整对象的内在性能,该名称更是用之不当。首先,婚姻家庭是一个紧密联系的整体,在现实表

* 中南政法学院副教授。

现上,婚姻是家庭的前提和形成原因之一,家庭是婚姻的当然结果;家庭以婚姻为媒介,婚姻以家庭为依归,由婚姻而形成的夫妻关系是家庭关系的内容之一;任何一个常态型婚姻都是依存在一个家庭之中。在这里,婚姻只是原因性条件,家庭则是结果性社会关系。所以,家庭可以包容婚姻,家庭关系覆盖了婚姻关系,而婚姻则不能代表或容括家庭关系。即使在现行婚姻法上,也是将婚姻关系——夫妻间的权利义务关系置于家庭关系的规范内容中。从而在此意义上,与其称之为“婚姻法”,不如叫“家庭法”更准确。其次,从功能分析来看,一方面家庭的功能比婚姻更丰富、更复杂,另一方面家庭是婚姻功能的结构载体,婚姻功能的实现不仅依托于家庭,而且被家庭所吸收,即家庭的功能已包容了婚姻功能,因而家庭比婚姻更具积极的社会功能意义和社会组织体的价值角色。法律调整婚姻关系的主要目的之一在于通过婚姻形成良好的家庭结构,以保证家庭之利于社会的功能的实现,离开家庭则婚姻因无所依托而丧失其法律意义。故在立法名称上丢开家庭这一主要方面而仅定名为“婚姻法”,乃舍本求末、未得重心之举。再次,法律意义上的婚姻在很大程度上所反映的是一种身份地位的形成、消灭的起止行为过程,程序性事项多于实体,法律规范亦多侧重于这一起止过程的操作条件和国家的公权干预,而且对此行为过程的有关规定详见于民事诉讼法和婚姻登记管理条例之中,而在婚姻法中的规范相当简略,显然不属于该法的重点。与此相反,家庭作为其内部成员之人和物的集合体在很大程度所反映的是一种实体性社会关系,上升到法律层面即为家庭成员间的法律关系,具体表现为各类互动主体之间人身和财产上的权利义务关系。这正是名为“婚姻法”的法律规范确认和调整的主要方面。由此将实应为婚姻家庭法者指称为“婚姻法”则难免发生重婚姻、轻家庭且与立法旨意相背离的误导。

第三,从“婚姻法”的体系结构来看,该名称之不妥源于三个方面:其一,在立法沿革上应当承认,1980年婚姻法系以1950年婚姻法为基础,而1950年婚姻法在很大程度上是对建国前革命根据地婚姻立法的继承。在这一历史延续过程中,新法无疑有较多的发展和完善,显示出内容上的进步性和时代性,但在立法技术乃至名称使用上,却基本上是一脉相承,造就成一种立法传统定势。然而,革命根据地的立法带有特殊历史条件下的应急性,重立法实效,轻立法技术,而且革命根据地的立法多就某个突出重点问题进行,带有临时单行特别法的属性;而新中国的立法是有关婚姻家庭的全面性基本法、普通法,其规范内容已大大扩展,如沿用原为特别法之名称,即致名实难相吻合。其二,现行婚姻法的体系、结构、条文已经明示,它虽名为“婚姻法”,但专门针对婚姻关系作出规范的仅占少数,其他绝大多数原则和条款所规定的是婚姻之外的父母子女关系、非婚生子女关系、收养关系、祖孙关系、兄弟姐妹关系等。这些法律关系虽与婚姻有一定的联系,但与家庭、血缘的内在关系更紧密、更直接。即使是关于婚姻效力、离婚后果的有关条款,与其说是婚姻关系的内容,不如说是家庭关系的产生、变更、消灭更准确。所以现行婚姻法在更确切的意义上应定名为“家庭法”或“婚姻家庭法”。其三,1991年颁布的收养法是我国依法调整婚姻家庭关系的又一重要立法,在法律体系中该法无疑应属于亲属法或家庭法范畴。但如果继续使用“婚姻法”名称,则收养法的法律部门归属及地位势必陷入无所适从之困境;若将其硬塞于“婚姻法”名下则明显牵强不妥。所以要想给收养法定位,首先得对婚姻法更名。

第四,从比较法角度来看,将全面调整婚姻家庭关系的法律指称为“婚姻法”,乃中国法独创,别无他例。具体来说,在近现代各国有关婚姻家庭的立法模式中,就其名称分析,主要有三种:一是大陆法系诸国,如法、德、瑞士、日本等均以“亲属法”之名统纳婚姻家庭方面的法律规

范;二是英美法系国家以其判例和单行规范调整婚姻家庭关系,没有全面规定婚姻家庭的统一法典,只有针对婚姻家庭领域的不同具体问题所作的零散、单行的规范文件,故而名称分解很细,如婚姻法、家庭法、结婚法、离婚法等;三是前苏联和东欧国家大多制定成文法典,或统一全面或划分具体领域调整婚姻家庭关系,其名称有婚姻法、家庭法、婚姻和家庭法等多种形式,各国不相一致。尽管在后二种模式中也见有“婚姻法”名称,但须注意,它们都是根据其调整对象仅限于婚姻关系不包括家庭关系而定之,属于狭义的严格词源意义上的婚姻法,并有其他调整家庭关系的相应规范名称的单行法与之共存,所以其名实相符,内涵外延准确得当,不存在类似于中国“婚姻法”之名实分离的上述诸问题。

基上所述,“婚姻法”之用名不当已十分清楚,因此,无论在立法上,还是在法学研究中,我们都应本着科学求实的态度,抛开陈见,为“婚姻法”正名,改称“婚姻家庭法”或“亲属法”,以使上述疑义得到合理的释解,实现名实统一。

二、婚姻家庭法的地位归属

法学界似曾共识,婚姻家庭法在法律体系中的地位,经历了三种形态:一是奴隶社会、封建社会中诸法合体的古代婚姻家庭法;二是资本主义社会中普遍确立的归属于民法部门的近现代婚姻家庭法;三是所谓形成为独立法律部门的社会主义婚姻家庭法。新中国成立后,先后颁行的两部“婚姻法”,基本上是效仿前苏联及东欧国家的立法模式,带有独立部门的特性。

社会主义婚姻家庭法之所以一开始即形成所谓独立的法律部门,并非偶然,而是由理论、社会、文化和法制等多重背景因素共同作用的必然结果,具有特定历史时期的合理性和进步性。同时,也正因为它是特定历史条件下的产物,所以随着该历史条件的变化和理论认识上的廓清,它亦不可避免地暴露出一定的历史局限性,从而不得不引起我们的重新认识,以求对婚姻家庭法的地位寻找一个更恰当的归属。

新中国婚姻家庭法之所以带有独立部门法地位取向数十年,除受前苏联及东欧之立法影响这一表层直接原因外,更有其深层的背景渊源,具体说来,主要有四个方面:

第一,理论认识上的误导。法律部门的划分首先源于法学研究的导向。在中国法学理论系统中曾经对婚姻家庭法形成独立的法律部门产生极大影响的主要有两点:一是将马克思主义的法学思想和方法教条化,片面强调婚姻家庭法的阶级性,对资本主义近现代立法从技术形式到本质内容均予排斥和否定,忽视了人类婚姻家庭关系的普遍规律及其立法技术的相通与借鉴;认为将婚姻家庭法划归民法部门是资产阶级意志和利益的体现,是婚姻家庭关系商品化、契约化的产物,中国社会主义婚姻家庭关系与资产阶级婚姻家庭关系水火不相容,在立法上也必须有严格区别。基于此,婚姻家庭法之独立于民法被标榜为社会主义婚姻家庭法先进性、革命性的表现。二是法学界在相当长一段时期坚持认为民法只是调整商品经济关系的法律,社会主义婚姻家庭关系不是商品关系,所以不能归属于民法范畴。其结果“把民法的调整对象确定为商品货币关系,而把人身关系淡化了,另立了婚姻家庭法典,追求民法调整对象在商品关系基础上的纯化”。^[1]这一理论对中国婚姻家庭法自成独立的封闭体系产生了深远影响,至今仍见遗痕。

[1] 徐国栋:《市民社会与市民法》,《法学研究》1994年第4期。

第二,立法传统的不当束缚。仔细追寻新中国婚姻家庭法的立法源流,前后两部“婚姻法”虽时差30年,但均带有两个共同的受立法传统影响的明显痕迹:一是重伦理、重身份的中国古代礼法传统的潜移默化,使新的立法未能在深层上超越家庭本位的身份伦理关系,而这正是婚姻家庭法之有别于民法一般原理的个性基础,由此而忽视了亲属财产法和现代身份权的民法属性,人为地抹杀了婚姻法与民法的共性,强化了婚姻家庭法的独立性,使其难于与民法沟通,阻碍了婚姻家庭关系向非身份的民事法律关系的靠近和转化。二是革命根据地时期频繁进行的婚姻立法所形成的经验化传统影响。因这一传统源出于革命战争的特殊时期,谈不上法律体系、法律部门的构建,更不能苛求严谨科学的立法技术,所以其“婚姻法”以独立部门的立法形式表现无可非议。但正是这种无可非议的立法经验的传递作用,一开始即影响了新中国的婚姻家庭立法,使其从名称到地位乃至基本框架内容都没能跳出习以为常的旧模式。这两大传统的束缚,前者是文化上的,可谓根深蒂固,难于克服;后者是技术上的,一旦醒悟,则容易改进。

第三,新中国民法发展严重不足的产物。“当我们将中国法制史进行全方位考察时,就不难发现:中华法系存在着这样一个永久的缺憾,即立法体系上的重刑轻民,而弘扬自由、平等和私权神圣的民法文化几乎虚无。”〔2〕由于众所周知的原因,这种民事立法的不发达态势一直延续到解放后很长一段时间。建国四十多年,我国一直没有颁行一部作为基本法的民法典。在这种没有民法的“民法”运行态势下,中国婚姻家庭法的立法实践可谓“早熟于”民法,没有向民法归位的现实条件。

第四,两次立法的特殊社会环境的驱动。1950年新中国成立伊始,百废待兴,诸法待立,党和国家根据轻重缓急和新民主主义革命时期较为成熟的立法经验,针对婚姻家庭领域普遍存在并对社会变革和发展影响极大的现实问题及全面摧毁封建主义婚姻家庭制度、继续完成新民主主义革命任务的迫切需要,率先进行了婚姻家庭立法,使“婚姻法”揭开新中国法律体系之序幕,一开始即显示出独立势头。1980年中国社会进入新的历史转折时期,拨乱反正,正本清源,法制建设跨向恢复、创新和稳定、完善的新阶段,社会主义法律体系重构、再造面临多方面的呼唤和选择,婚姻家庭法再一次被推举为率先立法的前锋之一,诞生了第二部“婚姻法”。它仍然保留了独立部门法的历史地位。基于此,两部“婚姻法”都是出台于中国重大历史转折时期,其在立法上独立表现出鲜明的社会功利性,带有强烈的时代使命和社会环境驱动的特色。

由上述可见,中国婚姻家庭法形成为独立部门法地位是一种历史选择,对此我们不仅不能简单地将其归之为错误,反而应充分肯定其对这一领域的法制建设和法学研究所曾起到的积极推进作用。但是,在第二部“婚姻法”运作了十多年的今天,中国社会从宏观到微观发生了巨大变化,婚姻家庭法的独立地位已受到来自理论和实践的双重冲击,面临新的选择和走向。

首先,在理论认识方面,近十年被誉为法学体系中“朝阳学科”的中国民法不断掘进深度,拓宽领域,进入一个空前繁荣的阶段;〔3〕关于民法哲学、民法调整对象、民法基本原则、民法体系结构及民法典的准备等深层次的宏观理论问题在争鸣中渐趋统一和形成共识;溯源于古罗马法的西方近现代民法从价值本位、内容体系到技术范式均逐步得到法学界的公正评价和选择性认同;而婚姻家庭法学从八十年代中期开始,亦打破以往局限于作为独立部门法研究的偏狭和误区,端正了对西方近、现代亲属法的认识,克服了婚姻家庭法对民法的不当排斥,意识到

〔2〕〔3〕 赵力:《勃兴与挑战——我国民法学研究的现状与前瞻》,载《走向21世纪的中国法学》,重庆出版社1993年版。

婚姻家庭法在本质特性上应属于民事法律范畴。此乃婚姻家庭法学在新时期的长足进步和发展,表明中国婚姻家庭法从所谓独立法律部门转归入民法部门已具备了较充分的理论铺垫。

其次,在立法实践方面,伴随中国有计划商品经济向社会主义市场经济的转轨,法制建设向纵深拓展,其中三十多年一直处于立法空白状态的中国民法更是发展迅猛,以民法通则为龙头,以各单行基本法律为主干、以其他各种层次的法律为配套的中国民事法律体系初具规模,中国民法典开始从理论酝酿向立法实践迈进。基于此,特殊历史和法制背景下形成的婚姻家庭法的独立部门法地位不仅发生动摇,而且从民法通则的公布开始即正式宣告了婚姻家庭法向民法的回归,界定了中国婚姻家庭法在立法体制上应属于民法的有机组成部分。民法通则确认的公民婚姻自由权、“亲权”型监护权、身份权等民事权利,设立的个体工商户、承包经营户、夫妻或家庭共有财产的概括性规范以及涉外婚姻家庭关系的法律适用原则等,直接反映出民法对婚姻家庭关系的包容和调整,意味着婚姻家庭法与继承法、知识产权法、合同法等居于相同层次的法律地位。如果说在法律渊源上,民法通则居于现行民事立法基本法地位,那么,婚姻家庭法即应属于民事单行法。

婚姻家庭法在法律体系上归位于民法,反映了婚姻家庭法与民法的本质联系和逻辑必然。就其基础层面分析,依据如下:

其一,在调整对象的处延上,婚姻家庭法与民法具有同一性。民法通则第2条规定:中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。婚姻家庭法在表层上是确认和调整婚姻家庭关系,在深层上仍是针对两重关系:一是宏观意义的,即公民在婚姻家庭中的权利与国家的公力干预之间的关系;二是微观意义的,即互有亲属身份的自然人之间的权利义务关系。对于后者,如果说古代法强调亲属间尊卑等级的支配与服从,那么现代法则以树立主体的人格独立和地位平等为宗旨,不失其平等主体的特性。因此,婚姻家庭法所确认的公民权利、义务及其调整的财产关系和人身关系,正属于民法范畴,为民法调整对象之外延所包容。

其二,在调整对象的内涵上,婚姻家庭法与民法具有一致性,构成“私法”之有机组成部分。确认主体的私人利益,调整私人利益关系,借助民法上私人利益的合理运转,达到社会整体利益的平衡和完满实现,是民法的一大基本特性。以调整两性关系和血缘关系为表征的婚姻家庭法置根于具有普遍意义的微观社会生活,其规范对象亦带有鲜明的“私人利益关系”取向,并具体表现为两个方面:一是源于婚姻家庭自然属性的人的自然需要和利益,此乃人格化的本质性利益而非目的性利益;二是由婚姻家庭社会机制所衍生的人的身份利益及其伴随的财产利益,可谓伦理化的法权利益。近现代婚姻家庭法的价值定向集中于确认这种利益,调整该利益在主体间的互动关系,通过保障此类“私益”的最佳满足达到婚姻家庭社会功能的有效实现。所以,婚姻家庭法不失其为确认和保护私人利益关系的法,理应归位于民法这一私法领域。

其三,在法的作用上,婚姻家庭法与民法具有统一性。法律确认和调整的私人利益关系必然归宿到权利实体,作为其规范表现即当然定性为权利法。因此,婚姻家庭法和民法的主要作用之一是建立权利体系,保障私权。婚姻家庭法虽有其侧重之方面,但并未超出民法这一内在旨意。在此意义上,我们可以说,婚姻家庭法和民法的“一切制度都以权利为轴心建立起来,它规定了权利的主体、行使权利的方式、民事权利的种类、权利保护的方式、权利保护的时间限制

等内容,这完全是一个以权利为中心的体系。”〔4〕

其四,在现代市民社会中,身份关系渐趋弱化,财产关系日益增强,传统亲属法的固有性能逐步消亡,导致了婚姻家庭法在原则、内容上不断向民法靠近,或直接被民法容纳。所以台湾学者陈棋炎先生指出:“因时月推移,个人就自己价格渐有自觉;且又因经济生活单位渐形个别化,于是,两者互为因果,竟导致社会上之各种结合关系,逐渐变为目的的结合关系。质言之,身份法之主宰范围缩小,而终由财产法取而代之。比如:现代法上之亲子关系,则必有亲子财产法;婚姻关系,亦应有夫妻财产制为其基础;至于继承、亲权、监护等法律关系,与其谓为身份法,宁可谓为财产法上规范,不过间接的以身份法关系为其前提而已。”〔5〕

上述四点说明了婚姻家庭法与民法的不可分离,反映出民法对婚姻家庭法的包容。但同时还应看到,婚姻家庭法同其他民法规范相比较,仍有其身份法的固有特点,所以在民法中又具有相对独立的性质。而且正如杨大文教授所言:婚姻家庭法是不是一个独立的法律部门,同婚姻家庭法学能否成为法学的一个分支学科,是性质不同的两个问题。从婚姻家庭法学的广泛内容和发展婚姻家庭法学的实际需要来看,似以作为法学中独立的分支学科为宜。〔6〕

三、重构婚姻家庭法的宏观思考

中国十多年的变革与发展,在多重社会力量的复合作用下,婚姻家庭关系交织在中西冲突与同化、传统与现代的对抗和吸纳之中,曾经有序统一的性爱、婚姻、家庭、生育、亲属等多元系列出现一定的裂变和分解,固有传统的封闭、稳固的婚姻家庭亲属模式受到强劲冲击,新的理想模式尚待建构和定型,婚姻家庭关系处于外控力弱化、内聚力松软、抗震力减低的转型“失范”状态;在人们的观念和行准则上呈现出多元价值取向,婚姻家庭关系也表现出不能并轨的多条流向,新情况、新问题大量涌现。由此,再加上现行法本身存在内容上的遗缺和技术上的不足,使婚姻家庭法的社会化受到严重滞碍,运作力度日渐疲软。针对这一现实,必须完善和重构婚姻家庭立法,提高和强化其社会权威与力度,为社会树立统一的规范模式,提供明确的价值选择标准。

完善婚姻家庭法,不仅需要在具体制度上重构,而且首先必须在宏观层面,站在时代的前沿,把握中国法制现代化的跨世纪机遇,突破和超越现行法的内容框架与技术惰性,展开基础性重构和再造。其主要思路有三:

第一,在立法技术上,由“粗放型”原则转向“细密型”规范。

概括性、原则性强是我国现行“婚姻法”的一大优势和特点。但是,整部“法典”和各项条款从形式到内容提纲挈领,抽象、笼统、简略、模糊,亦成其为严重弊端;“宜粗不宜细”的立法取向不符合现代社会法制化及法律自身价值的要求;高度概括式的法条表述背离了法律规范明确性、具体性的操作规律,而且逾越了其典型化的定位走向,使法律失去了作为社会关系和个体行为指南的严谨地位,落实到具体问题无所适从,可操作性差。例如,现行法作为调整亲属关系的基本法,对其规范对象的主体——亲属的范围、种类、等级层次都模糊不清,没有统一标准;

〔4〕 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年版。

〔5〕 陈棋炎:《亲属·继承法基本问题》,第6页。

〔6〕 参见杨大文主编:《婚姻法学》,中国人民大学出版社1989年版,第52页。

规定了计划生育、一夫一妻制基本原则,但该原则在婚姻家庭关系中的具体适用和要求却未见体现;夫妻关系本应是调整的重要领域,但现行法对夫妻间的身分权利义务不作规定,对最具实体意义的夫妻财产制只是一语带过,使法定共同财产制宽泛无限,约定财产几无准据,夫妻对外债务责任无形无实;扶养是亲属间的一大基础性法律关系,涉及夫妻、亲子、祖孙、兄弟姐妹、继亲属、养亲属等多个层次和方位,但现行法均只作概括指向,而没有具体运作条款;加强对非婚生子女的保护是西方现代亲属法的重要改革方向,也是我国立法的基本精神,但现行法对有关保护的实体要求和运行程序未置明文;离婚标准和离婚的法律后果是特别具有现实性的法律问题,理当作出详细、周密的规定,但现行法仍以高度抽象化的原则来表现,实践中无法把握,等等。这一切使婚姻法徒具虚文,在操作适用上最后不得不大量依靠“司法释法和造法”,有关司法解释或“判例法”比成文法更具效用。

同时,与其他法律一样,婚姻家庭法作为一种秩序机制,无论在结构整体上,还是在必要的制度条款中,其静态秩序都应注意正面规范与反面保障的结合,充分配置假定、处理、制裁三个立法构成要素,从而既使各项制度的因果系统化、完整化,又便于法律关系主体把握和遵行。这是一项立法的基本技术要求,也是法律取得社会化实效的形式保证。但现行婚姻法在此方面疏漏严重。其中特别突出的例举六点:一是虽然规定了缔结婚姻的必备条件和登记程序,但对不具备条件、不符合形式的“婚姻”却无相应法律规制;二是虽然规定了各种亲属间的扶养权利与义务,但对行使权利的条件和违反义务的责任却不作规定;三是虽然提出了妇女、儿童和老人享有受特殊保护的合法权利,但该权利在法律规范上的运作体系却无直接构建,只能作间接引伸;四是虽指出父母对未成年子女有管教和保护的权利义务,但没有形成完整的亲权制度规范,并与民法通则中的监护发生冲突;五是虽确立了夫妻共同财产制,但对有关共同财产的构成要件、权能及内部侵权行为却不作解释;六是虽规定了登记离婚的实质要件和形式要件,但对违法离婚行为如假离婚、骗离婚等却不作追究,等等。诸如这些问题,使婚姻法规范的技术构造显得十分松散零碎。

基于上列问题,重构婚姻家庭法首先要从立法技术上进行更新,从粗放式原则转向细密性规范。其宏观立法方向应当把握三个方面:

其一,改变现行法的概括性、抽象性及其连带的简略性纲要形式,摒弃以往“宜粗不宜细”的立法倾向,使规范体系归于详尽、明确、具体,与调整的现实社会关系贴近,增强各项制度的约束力,提高其社会适用的安全系数。为此,笔者建议完善婚姻家庭法,应在基本原则、亲属一般规定、结婚制度、亲子关系、生育制度、夫妻或家庭财产制度、离婚制度等各个领域展开全面的创建和重构,力求具体适用。^{〔7〕}

其二,合理恰当地配置法律规范所必要的假定、处理、制裁三个要素,引入法律责任机制,使制度的整体构造和单元结构完整、疏而不漏,一般性、典型性法律控制模式既有概括性和透明性,又不失具体的针对性和操作性。从而保证婚姻家庭法有明确的着力点和施控方向,有效地激励、诱导人们的积极行为,禁止、约束人们的消极行为,矫正、制裁人们的违法行为,健全相应法律制度的责任保障体系,创设积极的法律秩序。为此,笔者认为,婚姻家庭法在确立正面制度体系的同时,至少应创设四个反面责任体系:一是与亲属身份权相对应,配置侵犯身份权的民事责任;二是与亲属财产权如扶养权、共同财产权相对应,引入侵犯财产权的民事责任制度;

〔7〕 参见曹诗权:《现行婚姻法的不足与立法改建之我见》,《中南政治学院学报》1994年第1期。

三是与婚姻制度相对应,健全违法婚姻无效制度和违法离婚责任制度;四是对与社会公益相关的违法或侵权行为,如违反计划生育、破坏一夫一妻制等,增强相应的法律责任约束和处罚。

其三,由于婚姻、家庭、亲属身份关系具有广泛的社会渗透性、扩散性特点,在不同场合与种种法律关系相联系,并在诸多法律中产生一定的法律效力,从而不仅国家根本法及各相关部门法要涉及较多的婚姻家庭法规范,而且从法律、法规、司法解释到风俗习惯等各个层次的法律渊源亦相应地有不少婚姻家庭规范内容,因此,婚姻家庭法在客观上必然被划分为形式意义和实质意义的法律。作为形式意义的婚姻家庭法,在法律体系中,既要有综合性特点和集大成的地位,全面反映社会现实需要和立法之前瞻,为各个法律部门和法律渊源的有关规范内容提供基本的法律依据,消除现行法所存在的零散、单薄、疏漏等缺陷,同时又要要有横断性特点和独立的不可替代的地位,集中体现婚姻家庭领域的一般性、普遍性法律问题,为自己划定相对封闭、明确的调整对象和范围,拥有独立完整的规则体系和价值系统,不致于成为其他法律部门和法律渊源之规范内容的简单重复罗列和堆积,以便充分显示自身的鲜明个性特点。

第二,在立法内容的重心本位上,从亲属身份法向亲属财产法倾斜。

婚姻家庭法在内容上由亲属身份法和亲属财产法构成。前者源于婚姻家庭的人伦秩序,是严格意义上的身份法;后者由前者派生,但更贴近于财产法范畴。在古代社会,以家庭为本位的亲属体系具有鲜明的等级特权和支配服从的身份伦理属性。维护这种身份等级关系不仅是人伦道德之要旨,也是法律规范之重心,所以其婚姻家庭法的价值本位在于身份,亲属财产关系只能为这种身份服务,居于从属依附地位。近现代社会由“身份到契约”、由“家本位”的农业社会到“人本位”的市民社会的转轨,也带来了婚姻家庭内容重心的移位。传统的反映等级特权、支配服从之人伦要求的身份法因与人格独立、自由、平等的市民社会难于相容而丧失了法律意义;法律对婚姻家庭关系的调整已不再十分注重身份,而是注重身份中具有独立人格本位的人的权利和利益。所以传统的亲属身份法内容不断减少,亲属财产法则详呈于法条之中。

在中国几千年的封建社会,宗法家庭及其亲属系统充当着特别重要的社会角色,并造就了一整套控制人们的婚姻家庭行为、调整婚姻家庭关系的封建伦理纲常,将君臣父子夫妻兄弟关系熔铸成礼法一体化的身份伦常模式,确立了以牺牲个体利益和强调尊卑等级、孝顺敬畏、支配服从等身份不平等内容的婚姻家庭价值体系。这一礼法并重的身份社会价值体系在中国源远流长,根深蒂固,从而一方面因其封建性和腐朽落后性而构成新中国婚姻家庭制度和婚姻家庭立法的主要斗争目标,使我们的婚姻家庭法从创建开始就不得不将重心置于废除旧礼法的身份伦常、确立新型身份关系之上,身份法地位特别突出;另一方面又因其顽强的文化传统的情性和社会遗传性而潜伏地滞留于新的时空,不仅残存在人们的道德、法律意识层面,而且在不知不觉中影响新法的立法实践和执法操作,使之难于彻底超越重身份、重伦理、重家庭本位的传统固有法定势。再加上新中国几十年社会体制的直接作用,两部“婚姻法”均共同表现出忽视亲属财产法的特性;有关婚姻家庭中的利益关系、财产关系的规范或空缺,或简略带过。

我国婚姻家庭法的心应向亲属财产法倾斜。即一方面进一步明确界定市民社会中最后一个身份王国——亲属身份权利义务的具体内涵,另一方面充分借鉴国外现代亲属法变革与发展的经验,加强亲属财产法方面的立法,确认和保护亲属范畴的财产权益,调整婚姻家庭领域的物质利益冲突,创设良好的微观经济秩序,使其与社会经济运行轨道合拍同步,补救现行法律在此方面的严重滞后性。这是身份社会向市民社会转变的必然要求,是中国社会历史变迁赋予婚姻家庭法不得不重新建构的时代使命。当然,立法上重视和加强婚姻家庭领域物质利益

关系的调整,吸纳国外亲属财产法的合理形式和内容,填补现行法的不足,并不意味着完全抛弃重伦理、重道德、重和谐、重精神的民族传统,而是希冀在两者之间谋求一种相互沟通的连接契机,使之兼收并蓄,相得益彰,而不是彼此排斥,相互抵触。

第三,在立法功能指向上,力求“公法”功能与“私法”属性兼顾,保障功能与权利本位并存。

笔者认为,作为民法组成部分的婚姻家庭法,无论是身份关系,还是财产关系,都应以主体的权利为价值本位和规范重心,旨在确认和保护主体的身份权及其连带的财产权利与利益,从而拥有传统民法的“私法”属性,民法的功能体系应充分映现。但同时由于婚姻家庭亲属关系又是一种特殊的民事关系,与市民社会的价值或利益法则不同,它渊源于人伦秩序这一本质的、自然的社会共同体结构,并非目的性利益关系,其自身的存在和功能带有鲜明的“公法”秩序和社会保障、福利属性,保护“弱者”和“利他”价值取向直接纳入权利义务关系之中,“意思自治”的自律性、授权性与社会规范的强制性、义务性及个体需要与社会利益、自然属性与社会属性同构一体,不可分割。因此,重构婚姻家庭法,既要注意与民法的一般价值体系相一致,又要留守自身固有的功用法则,做到“公法”功能与“私法”属性兼顾,保障功能与权利本位并存。

· 补白 ·

注 释 别 议

湖 舟

由于专业的缘故,许久以前就知道,史学界不少前辈、同仁都富有这样一种习惯:在阅读专业论著之前,先要审视其注释,一看数量,即全文共有多少注,与正文的比例关系如何;二看质量,注释中引用的文献是否经典、独到、全面。人们似乎有一种观念:注释在一定程度上反映着论著的水平。由此,对其注释水准的判断有时竟会影响到对论著是读还是不读。

这里显现出来的原则在史学界自然有其特殊的背景,但是,它于学术发展又并非毫无普遍意义可言,因为这里既涉及注释的功能和原则问题,也涉及学术的规范问题。

关于注释的功能和原则,依我个人浅见,除通常关注的学术道德之外,还有两点也颇为重要,其一是支持论证,其二是便利读者。

正如慕槐先生所言,“学术如积薪,每一代人只能在前人之上求得些许进步。”这意味着,我们的学术进展须得以先辈或先前的相关成果作支撑。注释既可部分地反映出论点的可靠程度与论证的充分程度,又能显示作者对他人成果的了解和熟悉程度,并从而揭示出作者的学术功底。因此,如下两种倾向在通常情况下就显得很不可取了:一是根本不加注释,这要么意味着对他人剽窃,要么意味着自己的论证是无根之萍、难以令人置信;二是只顾自我注释(只引证自己先前的成果或只引证与自己的观点相一致的成果),这不仅会有前一倾向之弊,也会有自我标榜之嫌,而且也说明,作者尚局限和封闭在自我的狭小圈子里,其视野还不够开阔、其论证还不够充分。注释的另一重要功能和原则是便利读者,让读者明晰作者的思想渊源和论证依据,除此之外,这里还应有形式性便利,它主要地涉及注释技术问题。如对编者省事的尾注,于作者方便的夹注,便利读者的脚注等。在注释技术这等小事上,我们是否也应提倡“读者是上帝”?

注释看似小问题,然而注释的合理与规范程度正可从一侧面标识出学术发展的规范程度。