

现行婚姻法的不足 与民法典立法对策

杨遂全*

内容提要:修订后的婚姻法及司法解释在若干方面仍存在缺陷。在制定民法典时应当增加关于近亲属名誉权、近亲属亲情保持权、近亲属称谓权、亲属悼念权与遗体瞻仰权、亲属遗体保护权、亲属延续后代权等亲属权的规定;完善关于生育权的规定;确立婚后共同所得和家庭生活必需的个人所得归夫妻共有的基本原则;合理确定无效婚姻请求权的主体;建立兼顾身份和产权的婚姻住房制度;并应当明确姘居第三人的共同侵权责任。

关键词:亲属权 生育权 所得财产归属 居住权

婚姻法修订后,仍存在不少漏洞,有关部门和一些学者作了很多解释,但有一些解释偏离了法律本意。应当承认新婚姻法在一些方面的规定确实很模糊,实施过程中已遇到一些难题。对此,全国人大法工委修改婚姻法的报告中已经写明:“有些问题还需要进一步研究,暂不作规定,可在制定民法典时进一步完善”。目前,制定民法典的工作已经进入实质性阶段,但还有一些亲属法的基本问题没有理清。本文对今后在制定民法典亲属编时如何予以弥补进行一些理论探讨。

一、关于身份权的特性与亲属权

目前,学界对身份权的理论问题探讨得很少,以致亲属权作为一种身份权所应有的许多实体性权利得不到法律的确认,受到侵害时得不到法律的全面保护。诸如亲属称谓权、亲情保持权、亲属名誉权、遗体瞻仰悼念权等。司法解释只好以保护死者合法权益的方式加以保护。

(一) 身份权的特征及身份法律关系对内、对外的法律效力

* 四川大学教授。

全国人大法工委民法室编:《中华人民共和国婚姻法实用手册》,法律出版社2001年版,第27页。

身份权本质上是法律以确认当事人之间某种特有的身份关系标志的方式,确定和表明当事人在广泛的社会关系中具有某种特殊的人身法律关系和法律地位的权利。

身份权产生、存在的根本目的,是为了确定两个各自具有独立人格的民事主体之间在人身所具有的某种特定的关系。身份的确定以有第三人存在为必要,即需要有与其他人的不同社会关系的对比或公认。因而,身份权必有一个双方当事人之间内部的关系和他们会与社会其他不特定人之间的外部关系同时存在。与人格权以不特定人为义务主体的对世权不同,身份权则既具有在特定当事人之间相对权的属性,同时又直接具有对不特定人的绝对权的属性。

身份权人一方死亡,身份权人相互间的相对权消灭,但客观上生存一方与死者的身份在社会上对其他人的绝对权效力并不必然消灭,除非生存方在死者亡后改变了原来的身份,如再婚。只有全面把握身份权的双重属性,才能科学地揭示死者的亲属因与死者的身份在一方死亡后仍然存在的、在社会中具有相对于其他人所特有的利益,而不能再像我国有的民法学者那样以死者的权利来解释司法实践中死者亲属的身份权利来源。

(二)对亲属权作为身份权的特性的实际分析

身份权的各种法律特征,具体到亲属身份权而言,其作为民事权利兼具的相对权与绝对权的双重属性表现得尤为明显。一对男女要在社会确定为夫妻身份,仅有这对男女之间自己相互认同为夫妻或双方内心以夫妻共同生活,尚不能真正产生夫妻身份权。如果没有社会或其他人的认可,这对男女之间的关系,只可能构成一种不法同居的关系,随时可能遭他人合法介入或被否认。显然,其对世人的特有的身份权利效力,必须得到其他人的认同(哪怕是事实婚姻),才能实际产生。

身份权是以某种特殊的称谓来做标志的,亲属权亦不能例外。正如恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一文所说:“父亲、子女、兄弟、姊妹等称谓,并不是简单的荣誉称号,而是一种负有完全确定的、异常郑重的相互义务的称呼,这些义务的总和便构成这些民族的社会制度的实质部分。”在茫茫的人海之中,每一种亲属称谓,都使得当事人之间的身份得以明确,其本身就体现着一种特殊的内涵和特殊的利益。身份权人之间的关系不同于其他陌生人之间的关系,其价值和特殊意义也就在于此。

亲属身份权在身份权人一方死亡之后,在法律上也发生一种由相对权向绝对权的自然转化。一个人的父亲死亡了,所消灭的仅仅是他们父子之间的相对权利义务关系,仍然改变不了这个人与他的亡父之间的身份,很明显的一个标志就是称谓不会改变。如果不经法定程序,是不能消灭他与他的亡父之间的身份的,除非他被别人合法收养。在准许不完全收养的国家,被收养的人与亡父之间的身份也并不必然消灭,就像我国的继子女可以同时继承继父母和生父母的财产一样。“因一方死亡而终止的自然血亲,属于相对终止,即自然实体不存在而导致双方权利义务终止,但其身份关系(其实应该是身份本身)并未消除。”血亲

《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1962年版,第40页。

巫昌祯主编:《婚姻与继承法学》,中国政法大学出版社2001年版,第97页。

间的身份是“自然人在私的关系中与生俱来或者虽得诸后天却永续性处于其中的关系中的资格或地位。”

(三) 具有身份权双重属性的尚未确定为法定权利的亲属合法权益

1. 近亲属亲情保持权

亲属关系本质上是一种亲情关系。当第三人非法致身份权人一方死亡时,基于这种亲情关系,生存的亲属一方因此身份权可以依法获得精神损害赔偿金和抚慰金。这是世界各国立法的通例。我国民法通则和最高人民法院关于精神损害赔偿的司法解释也从侧面规定了亲属的这项身份权。今后民法典对亲属之间的亲情保持权应当予以明确规定。不仅在亲属一方死亡时,而且在亲属亲情保持权受到伤害的时候,如第三人伤害致使亲属成为植物人、绑架亲属或诱使亲属离家出走,亲属都可以根据亲情保持权提起精神损害赔偿。

2. 近亲属名誉权

亲属之间事实上还在一定程度上互相共享名誉。因而亲属身份权还应该包括亲属名誉权。当其他人在第三人故意严重损害亲属名誉时,不仅直接受害人可以提起精神损害赔偿,间接受害人也有权提起损害赔偿,这样,我们的法律对公民的亲属身份权的保护才是全面的。在司法实践中,曾经发生过为了报复儿子而故意侮辱诽谤其老母亲的事例。最高人民法院根据民法通则的有关条文精神也已经明确规定,故意严重损害死者名誉的,或故意非法张扬死者隐私,致使死者的近亲属的名誉受到严重伤害的,近亲属可以提起精神损害赔偿。

在以名誉为中心的社会评价体系里,近亲属间关系密切,是一个名誉的共同体,这种现象是一个现实存在,是源于血缘、婚姻关系所产生的亲属之间不可抹煞的亲情。亲属间相互的关切,使得当活着的亲属或者死者的身体、名誉、姓名等受到恶意损害时会使其产生愤怒、悲痛、未能尽到保护责任的愧疚的情感,这些情感所带来的精神上的痛苦,是对身份利益的损害,应当可以据此请求赔偿。

死者身体、姓名、名誉受到损害时,法律予以保护的不应是死者人身权的延伸,而应当是对其近亲属身份权的保护和对社会公序良俗的维护,这其中以死者近亲属身份权的保护为核心。自然人去世后,他的权利义务便消灭;此时法律仍对他的姓名、名誉、隐私等利益进行保护,其目的显然不是针对死者。因为死者身后,人世间的物质和精神利益对其已经毫无意义,此时的姓名、名誉、隐私对其也不再是一种利益,不能成为其权利的客体。而此时真正受到影响的是他的近亲属,是近亲属的身份利益,而且与死者关系越密切的近亲属与此利益的关系就越紧密,在权利主张中,他的顺序就应当优先。主张权利的亲属的顺序应由亲属的亲疏远近决定,具体而言,就是按照继承法里列出的近亲属的顺序来决定。

3. 近亲属称谓权

由于亲属身份主要以其相互之间的称谓作为标志,所以,笔者认为亲属之间当然享有亲属称谓权。故意以口头或其他形式虚假使用他人某种亲属称谓辱骂他人的,构成对他人亲属称谓权的侵犯。对假冒他人父亲、母亲或儿子、女儿等亲属称谓的,受害人可以提起否认

之诉,必要时可以申请亲子鉴定。

由于亲属称谓的确定有时必须以亲属一方的姓名作为表达形式,如甲某的父亲,乙某是某名人的儿子,侵害亲属称谓权往往表现为同时侵害亲属姓名权的行为。特别是假冒死者的姓名,往往同时侵害其生存近亲属的亲属称谓权。因而最高人民法院明确规定以违反社会公德的方式侵害死者姓名或以盈利为目的盗用死者姓名的,生存的近亲属可以提起精神损害赔偿。

严格说来,保护死者的姓名不被冒用,并非保护死者的姓名权。但冒用死者的姓名,必然在客观上形成一种虚假的亲属称谓,这显然是对死者近亲属的亲属称谓权的侵犯。冒用名人的姓名,还涉及到死者的名誉的不正当利用。在死者无近亲属存在的情况下,冒用死者姓名影响到社会利益时,应当允许检察机关提起诉讼。

4. 亲属悼念权与遗体瞻仰权

悼念,包括遗体瞻仰,这种亲属间生者对死者的哀悼、祭祀、寄托亲情的活动,原为一种民间习惯,在中国的立法中找不到关于它的规定,在多数国家的立法里也见不到它的踪影。可近两年来,我国出现了多起悼念权(又称祭祀权)的诉讼案件。这种亲属身份权与前述的亲属身份权是不完全相同的。四川省盐边县的张世玉诉张世成案是以侵害妹妹对母亲的遗体瞻仰权为由受理的。在此之前,北京市宣武区法院审理的史广清诉史广文案、成都市青羊区人民法院审理的汪贵、汪萍、汪辛诉继母高兰案等,审理的法院在判决过程中对悼念权的态度和理论解释也不尽一致;这使得悼念权的研究有着现实的理论意义和实践意义。

首先的问题是,悼念权,包括遗体瞻仰权,是否应当规定为法定权利?

笔者认为,习惯要具有法律的效力,需要国家通过制定或以认可的方式赋予。对习惯予以认可的标准是习惯与法律的价值相一致并对现实的生活有积极意义。悼念体现的是亲属间的关心、尊敬和爱的感情,这些感情是维系婚姻家庭关系的最坚实的基础,它比法律的强行性规定更有效力。毛泽东主席在《为人民服务》一文中也反复强调,应该给死者开个追悼会,“寄托我们的哀思”。并且,亲属悼念权所体现的情感是与我国婚姻法第4条所确立的婚姻法的基本原则“家庭成员间应当敬老爱幼,互相帮助,维持平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”相一致的,对激励生者,维持亲情关系具有重大实际意义。因此,法律应当肯定悼念权,对其予以保护。

悼念权(包括瞻仰权)具有以下构成要素:

第一,悼念权的主体是与死者具有特定亲属关系的自然人。笔者主张目前其范围应当和我国现行法律确定的近亲属范围一致。即:配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母外祖父母、孙子女外孙子女(就悼念权而言,还应该包括其他非近亲属的直系血亲,如曾孙子女,即应该参照继承的顺序确定)。悼念权的义务主体是与死者生活在一起的亲属以及不特定的其他人。

前引〔4〕,张俊浩主编书,第149页。

以下参考笔者与何霞等人所著的《亲属婚姻家庭典型判解研究》,人民法院出版社2002年版,第86页。

第二,悼念权的客体是因特殊亲属身份而具有的身份利益,这种利益既可以是物质利益,又可以是精神利益,其中更重要的是精神利益。

第三,权利义务的内容:悼念权人享有对死者进行追悼、瞻仰遗容的权利;义务人负有及时通知的义务以及不干涉、不妨碍权利人行使权利的义务。

我们认为,悼念权以与死者具有特殊亲属身份关系而当然取得,不得以未尽赡养义务而予以剥夺。

在北京市宣武区法院审理的弟弟史广清诉哥哥史广文一案中,法院判决的主要内容为:“按照我国传统的道德伦理和习惯,原告有权对去世的父亲进行悼念和哀思,但由于法律对此没有规定,故被告在对父亲尽了主要赡养义务且与原告多年不联系的情况下,原告以丧失悼念权为由起诉被告没有法律依据……原告悼念权的丧失,与其长期不关心,且不与父亲联系有因果关系,故驳回原告史广清要求被告史广文赔礼道歉并赔偿其精神抚慰金的诉讼请求。”法院判决驳回悼念权之诉的原因之一是原告长期不关心其父,因而丧失悼念权,笔者认为这样的理由不妥。悼念权是身份权,是由特殊的身份派生出来的权利,只要身份没有消失,权利就不应当被剥夺。这样的权利可以放弃,他人不得非法干涉。如果死者生前留有遗言,禁止通知其奔丧,也不能作为剥夺悼念权的理由,因为悼念的方式有多种,除了瞻仰遗体外还可以通过设置灵堂,甚至不需要特定的方式也能完成。这可以作为免除义务者通知的义务。应当注意的是,侵害悼念权的人既可能是权利人的其他近亲属,也可能是其他在客观上具有通知义务的公民或单位。

5. 亲属遗体保护权

亲属遗体保护权是一种保护死亡亲属遗体遗骨完好,不被他人非法利用的权利。这种权利基于亲属之间希望死亡亲属遗体遗骨美好无缺的情感,其本质是一种特殊亲属利益的组成部分。

一些学者认为,在现实司法实践中,加害人侵害尸体时,可以构成侵权民事责任,行为人应当承担以下民事责任:第一,非法利用尸体,应当适当赔偿。这种赔偿应分为两种情况:一是非法移植死者器官的,应当按照当地移植该种器官的一般补偿标准予以赔偿;二是非法利用尸体进行教学,或者采集尸体器官、骨骼以及用整尸制作标本的,应当按照关于利用尸体的一般补偿标准予以赔偿。第二,非法损害尸体,以及其他侵害尸体的行为,应当予以精神损害赔偿。此种赔偿应当包括两项内容:一是赔偿死者人格利益损害,即延续身体利益的损害,二是赔偿死者近亲属因此而造成的精神伤害。^[8]笔者认为,上述观点存在几个值得商榷的地方。

首先,他们所依据的赔偿标准是按照合法利用尸体的受益人所获得的利益来确定的,完全忽略了加害人的行为对死者的亲属的利益和情感伤害的程度,以及死者亲属同意利用尸体和不同意利用尸体之间的根本区别。

我们认为,有无遗嘱或死者亲属的同意,是确认合法利用尸体行为还是非法利用尸体的

[8] 《法制日报》2001年12月26日。

根本标志。确定赔偿标准时必须首先考虑这一必要因素。因此,侵权行为的利用,其代价必须高于正常合法的利用他人尸体的费用。否则就等于放纵或支持非法利用他人尸体的行为。

依照我国有关法规,尸体包括死胎,均可进行有限制、符合社会公德与民俗的合法利用。由于尸体与死亡公民生前的人格利益和其近亲属的人格利益以及社会道德因素密切相关,对尸体的利用必须严格依照法律规定进行。“一般认为,下述利用尸体行为为合法利用:1. 公民生前立有遗嘱捐献其身体或身体之一部分,用于科学研究和医学事业的。这种利用,是依据死者生前的意愿进行的,是身体权中支配权的体现,为合法利用行为。2. 依照法律规定对尸体进行利用的。如为查清死因,侦破案件等需要,而对尸体进行解剖。这种利用是一种广义上的利用。在侦查手段中的开棺验尸,即为这种合法利用。3. 经死者近亲属同意,在不违法、不违背公共秩序和善良风俗的情况下的合法利用。例如《解剖尸体规则》规定,对有科学研究价值的尸体进行解剖,应先取得家属的同意。经家属同意的尸体利用行为合法利用。合法利用尸体,可以是有偿的,也可以是无偿的。为查清死因,侦查破案而利用尸体为无偿利用。为研究或医学目的而利用尸体,死者留有遗嘱的,依其遗嘱;死者无遗嘱的,依死者近亲与利用人约定;利用后就是否有偿发生争议又事先无约定的,应给予补偿。”

其次,上述学者的观点把确认侵害尸体的侵权行为所侵害的权利依据认定为死者的利益的延伸,也存在着理论上的错误。

笔者认为,国家对尸体的保护,完全是基于对死者的亲属利益和社会利益的保护,而不是对死者的利益或权利的保护。基于遗嘱合法利用尸体,表面上好像是对死者生前的利益的一种保护,但实质上,死者在死后是不会有利益继续存在的,就好像我们说其他物品自身不会有什么“利益”存在一样。基于遗嘱合法利用尸体,实质上是将死者生前的利益,转化为他的近亲属的利益而加以保护的。也就是说,死者的亲属对死者生前的关切,使其有义务保护死者生前的愿望能够继续实现。

如果死者生前没有留下如何处理自己尸体的遗嘱,非法利用尸体的侵权行为所侵害的权利客体则更明显不会是死者的利益。国家也没有必要对不影响社会利益的情况专门立法,保护已经死亡了的人的利益。

再者,上述学者的观点在理论上和在司法实际操作上,都存在着无视和忽略亲属权的倾向。这种理论基点的错误是其致命弱点。这种理论完全忽视这类侵权行为对亲属亲情的伤害。最高人民法院在2001年12月25日做出的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条关于保护死者生前遗留利益的规定,已根本扭转了法学界前些年忽视死者亲属亲情利益的现象。该条规定直接限定起诉的前提条件就是“死者近亲属的精神痛苦”,而并没有以死者遗体遗骨伤害的程度为赔偿的前提条件。

在现实生活中,非法损害尸体的行为是多种多样的,有的是为泄愤报复,有的是为满足某些病态需求,如搞迷信活动,结冥婚;有的是为了满足变态的性欲;甚至有的非法利用他人

尸体做陪葬。这些行为都有一个共同的特征,即严重伤害了死者近亲属的情感。一些学者片面地把这种情感归结为死者近亲属的悼念权。而笔者认为,一般地损害死者的遗体,并不会直接影响亲属的悼念权的实现。例如加害人的行为只是非法利用死者的尸体做教学用具,死者的亲属仍可以将尸体运回进行悼念活动。所以,应当认为,对侮辱尸体和损害尸体的行为进行处罚的法律依据,应归之为死者亲属对死者遗体的保护权。只有完全毁灭了尸体、遗骨或骨灰的,才侵害了死者亲属的悼念权。

6. 亲属延续后代权

在法理上,延续后代权是人的一种不言而喻的基本人权和亲属身份权。因而它是一种实体性的亲属权利,是亲属关系产生的前提之一。延续后代权的实现,通常依赖于后代的生育权的实现,但它并不等于一般的生育权。因为有时后代死亡,后代生育权消失,并不必然引起其他亲属的延续后代权的消灭。

当亲属所具有的这种延续后代的权利与死者的生存配偶的生育自由权发生矛盾时,由于它必须以牺牲死者的生存配偶的生育自由权为实现的必要前提条件(唯一途径),笔者主张,在已有符合计划生育的夫妻协议的特殊情况下,死者父母的这种延续后代权应优先于死者的生存配偶的生育自由权。因为基因遗传权是人的最基本的权利,受到一定合法限制的合同自由权应在其后。当然,如果无此条件存在,生育权应该是与这种延续后代权同质、同等重要的,加上妇女在生育方面的其他利益负载其中,儿媳的生育权和自由权应该是优先于公婆的延续后代权的。

尽管我国关于夫妻计划生育权的行使和保护的规定还不十分完善,并但不是完全无法可依,而是一些公民还不善于利用这些法律规定保护自己的权利。一些司法人员对国家有关政策法规的理解还不是很透彻。如果一个人的延续后代权的请求并没有违背计划生育原则,他只是希望要一个孙子或孙女,以延续家庭的生活或在不能生活自理时能有一个依靠,这种愿望就非常正当,完全属于人之常情。法律如果仅因为计划生育需要减少人口,就无视这种基本的延续后代、符合人性的愿望,那么,这种法律本身迟早必须改变。如果缺少合理保护基本人身权的措施,计划生育的效果肯定不会好,合理降低人口出生率的目标也难以达到。

仔细分析延续后代权,我们会发现每一个达到育龄的公民除了有依照计划生育规定通过自己的生育行为延续后代的权利外,肯定还有通过其后代或其他人的生育行为延续后代的权利。这种权利不能完全包含在一般的公民生育权的范畴内。所以,笔者把它称之为亲属延续后代权。

在现实生活中或司法实践中还会发生人工生育辅助技术实施过程中的延续后代权的问题。比如,对冷藏人类精卵的利用,以及其在法律上的支配权,就不仅仅是一个生育权的问题,而是一个延续后代的权利问题。即延续后代的权利中,还包括亲属遗传因子支配权的问题。如果法律规定死者的父母有利用死者生前保留在人类精卵库的遗传因子延续后代的权利,一些生育权与延续后代的冲突或许可以利用其他方式解决,而不必牺牲儿媳的生育自由权。

司法实践中也时常出现故意侵害他人延续后代权或叫基因遗传权的事情,俗称让某人“断子绝孙”的行为。例如,四川省双流县中和镇就曾发生一对夫妇为了报复其村支书,故意诱骗该村支书3岁的独生孙子误服放有致人终身不育化学药品的饮料。据报纸报道,河北省某地也曾发生一起为报复公司董事长,阉割其独生孙子的案件。这些案件的加害人的直接目的并非仅仅是为了伤害直接受害人,而是为了侵害间接受害人延续后代的权利。

从正反两方面来看,我们认为,法律应当在民事法律中明确确认公民生育权的同时,以民法典亲属编或其他形式的亲属法法规、计划生育法规明确确认公民有在遵守计划生育法规的前提下延续后代的权利。当加害人的直接目的并非仅仅是为了伤害直接受害人,而是为了侵害间接受害人延续后代的权利时,应依据法律保障公民延续后代的权利不受侵犯的规定,对加害人的加害行为进行双重处罚。当延续后代权必须以牺牲死者的生存配偶的生育自由权为实现的必要前提条件时,这种权利优先于死者的生存配偶的生育自由权得到保护。当后代不幸先于自己死亡时,生存的亲属延续后代权权利人可以支配或利用已亡后代遗留的遗传因子,采用合法的方式行使延续后代权。

二、关于生育权的保护

2002年9月1日开始实施的人口与计划生育法第17条明确规定:“公民有生育的权利。”1992年4月3日通过的妇女权益保障法第47条规定:“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利,也有不生育的自由。”由此,一些学者认为生育权是一种公法上的权利,民法不应该将其作为调整对象。^⑩然而,目前在执行这些规定时已发生了一些棘手的生育权民事纠纷。比如,四川省规定再婚夫妻中无子女一方的生育权要受对方已有子女多少的限制,该省一位男子隐瞒已有两个子女的事实,导致再婚妻子完全丧失生育权而引起诉讼。^⑪2001年8月,浙江青年妇女郑雪梨以有“与死刑犯丈夫合法生育子女的权利”为由,向舟山市法院提起民事诉讼,请求确认其人工授精生育权,为死刑犯的父母留下养老的后代,遭到法院拒绝。^⑫2001年6月,四川省大邑县法院审结了一桩离婚后原夫起诉原妻和第三者,要求赔偿其因两被告通奸生子延误本夫生育期丧失生育能力的案件,一审判决原告胜诉。^⑬广州市和武汉市都发生过因对方私自堕掉第一胎或坚持终生不生育而坚决要求离婚被获准的案件。^⑭但四川的一位丈夫请求私自堕胎的妻子损害赔偿被驳回。^⑮中央电视台《今日说法》栏目报道过甘肃天水一例医院误切除一位未婚女子双侧卵巢被判侵害生育权赔偿案。2002年11月1日《吉林省人口与计划生育条例》第30条第2款明确规定:“达到法定婚龄决定终

^⑩ 薛宁兰:《2002年中国婚姻家庭法学会年会综述》,2002中华法律网。

^⑪ 据该案代理律师称,原准备起诉确认地方法规违反《人口与计划生育法》,剥夺了无子女一方的生育权。

^⑫ 《成都商报》2001年11月27日。

^⑬ 《成都商报》2001年6月30日。

^⑭ 《武汉晨报》2001年8月2日、《北京日报》2001年8月29日。

^⑮ 《华西都市报》2002年7月29日。

生不再结婚并无子女的妇女,可以采取合法的医学辅助生育技术手段生育一个子女。”

生育作为人类延续和亲属关系产生的基础,无论法律是否明文规定,在人们的心目中向来被视为作为人的天经地义的权利。我国目前主要从公法的角度对公民生育权的保护和行使进行了调整。但是应该说,公法保护的公民权利都应该在私权上能够找到根据,才是符合法律逻辑的。从法理上来说,群体利益虽然有时可能大于个人利益,但一般情况下群体利益应首先是公民个体最大利益的体现,在生育权方面也应是如此。所以,公民的生育权首先是一种最基本的民事权利,然后才谈得上在公法上考虑根据社会利益的需要,对公民生育权这种民事权利的行使加以限制和规范化的问题。

以前学者们对公民生育权的问题极少问津。笔者曾在1995年出版的《中国人口法律制度研究》一书中,提出了公民生育权和独生子女的父母的生殖保险权的法律问题。^{①⑥}在1997年中国婚姻家庭法学会年会上,笔者提交了《论夫妻共同生育权与独生生殖保险权》的论文,对公民生育权问题进行了比较详细的论述,^{①⑦}并奢望在修改婚姻法时能有所反映。1998年初,在民政部负责拟定的《婚姻家庭法试拟稿》中设置了“生育制度”一章,但最后这一章以国家要另行制定人口与计划生育法而被取消。笔者至今仍觉得,人口与计划生育法主要属于公法的范畴,不可能详细规范公民之间如何在民事上处理生育权纠纷的问题。当前,民事上的生育权纠纷呈日益上升的趋势。故笔者主张,民法典的人身权编或亲属编对公民生殖健康权、生育权以及夫妻共同生育权纠纷的处理,须有一些基本的法律规范。

目前,我国民法学界对生育权的法律属性有几种不同的看法。一种看法认为,生育权不是独立的人身权。这种理论认为“胎儿是丈夫的精子与妻子的卵子复合后的孳息,可以认为是夫妻合伙财产”。^{①⑧}另一种看法认为生育权是一种人格权。这种观点目前是一种普遍的看法。不过,反对这种观点的人认为:“自然人所享有的生育权并不这样,并不是任何自然人任何时候都享有生育权,刚出生的婴儿享有人格权,但你能说他享有生育权吗?未婚男性享有生育权吗?他能以享有生育权为由同任何女性为之生育吗?有的自然人一出生便丧失生育能力,如果生育权是人格权,那这个人就不可能是人了?生育权的人格利益是什么呢?我们无法抽象出生育权的人格利益为何物。”^{①⑨}

笔者认为,学界目前混淆了人的生殖健康权和生育权以及夫妻共同生育权的概念。生殖健康权是每一个有两性生殖能力的人保持其生殖能力健康发展或延续的权利。生殖健康权只有实际具有或潜在具有两性生殖能力的公民才享有。它包含在公民健康权的整体概念中。我们不能片面地理解健康权这种人格权,不能因为个别人天生是盲人就否认他享有健康权。健康权是一种整体上的概念,其部分人体能力的天生缺陷,不影响其健康权的享有。但是,如果某人本来具有某种健康的人体能力,他人后天使其丧失,就应当认定侵害了该公民的健康权。我国的人口与计划生育法明确确认的生殖健康权的含义,亦应如此理解。

①⑥ 杨遂全:《中国人口法律制度研究》,法律出版社1995年版,第129页。

①⑦ 张贤钰主编:《婚姻家庭继承法学》,法律出版社1999年版,第115页。

①⑧ 《中国青年报》2002年1月4日。

①⑨ 李小花:《生育权研究》,四川大学《青年法学论坛》2002年第2期。

广义的生育权(或称基因遗传权)是指公民依法通过两性自然或人工授精受孕、怀胎、分娩以及无性生殖的方法,繁衍养育后代的权利。^{②①}在法律允许人工生育技术在人类繁衍中运用的条件下,广义的生育权作为一种人格权,人人均可享有。《吉林省人口与计划生育条例》第30条第2款明确规定的达到法定婚龄决定终生不再结婚并无子女的妇女,可以采取合法的医学辅助生育技术手段生育一个子女的权利,就是这种生育权。

事实上,我们通常所说的法律上的生育权是指狭义的生育权,即仅指建立在生殖健康权基础上的两性生育权,依法应称之为夫妻共同生育权。这是一种身份权。

生育权在本质上是一种特定的主体基于血缘遗传的自然需求和亲子关系文化的需求而产生的基本人身权利。正如马林诺斯基所说:“生殖作用在人类社会中已成为一种文化体系,种族需要延续并不是靠单纯的生理行动及生理作用而满足的,而是一套传统的规则和相关的物质文化设备活动的结果。这种生殖作用的文化体系是由各种制度组成的,如标准化的求偶活动,婚姻,亲子关系及氏族组织。”^{②②}亲子关系文化包括各种各样的观念,有传宗接代的观念,有基于生活保障方面的养老观念,也有基于夫妻感情结晶的观念。某些亲子关系文化的需求具有可替代性,譬如,如果人们的生育观念仅是养儿防老,当人们的晚年生活有保障时这种文化观念对生育的需求就不会那么强烈。换言之,自然人就会选择经济行为对亲子文化需求进行替代。^{②③}“丁克家庭”^{②④}的出现正是基于这种原因。然而,一般公民的“基因遗传情结”不会因法律赋予不生育自由权而消失,这说明生育权部分根源于人类的自然需求,而目前人类的延续在自然生理上也还必须依靠夫妻。西方国家出于社会利益的考虑,为了对付“丁克家庭”引起的人口出生率急剧下降,不得不用多征所得税或生育补贴的办法“强迫夫妻生育”。笔者猜想,除非今后人类繁衍完全人工化了,生育立法对这种人类自然需求的考虑才会消失。

作为现行法律意义上的生育权,我们认为具有如下法律特征:

首先,生育权的主体是特定的,它的产生是有条件的。在我国目前至少必须符合计划生育政策,权利人必须有两性生育能力。所以,笔者认为,《吉林省人口与计划生育条例》第30条第2款规定的达到法定婚龄决定终生不再结婚并无子女的妇女,可以采取合法的医学辅助生育技术手段生育一个子女的权利,应当加上其行使应依照收养法规定的大龄未婚男女收养子女的法定条件,而不能据此否定人类几千年来形成的婚内生育制度。西方一些国家的法律规定,强奸犯不能对受害者提出生育权的要求,但受害者本人如果已经怀孕则应享有生育权(我国安徽省已发生一例被强奸的未婚女子坚持合法生下孩子以查找罪犯的实例)。同样,因其它社会原因,终身无法结婚的独身者(比如某些残疾人)如果通过人工受精已怀孕则同样应享有生育权。当然,事实上合法生育权的主体是已婚夫妇,其他的只是法定权利的例外。非婚生育权主体属于广义的生育权人的范畴,而不是通常的法定生育权人。

^{②①} [美]威廉·杰·欧·唐奈:《美国婚姻与婚姻法》,顾培东、杨遂全译,重庆出版社1985年版,第259页。

^{②②} 马林诺斯基:《文化论》,商务印书馆1940年版,第26页。

^{②③} 前引[19]。

^{②④} 即西方国家出现的DINK(Double Income No Kids,两人挣工资(并希望终身)不要孩子的家庭)。

其次,我们认为,生育权的内容主要在于夫妻双方平等的生育决定权,否则,女性就会沦为男子的生育工具,或形成片面的绝对“女权至上”的观念。传统的生育权观念,男子支配的是女方的人身,而新型的夫妻共同生育权是一种平等的身份利益相互支配权。

再者,如同其他人身权和亲属权一样,生育权是一种绝对权。除由已婚夫妇相互拥有相对权以外,同时,夫妻以外的其他任何人都是生育权的义务主体,负有不得通过强奸、通奸、伤害他人生殖健康的手段,侵犯他人生育权的义务。因而,依照我国婚姻法和人口与计划生育法以及妇女权益保障法的规定,任何人侵害公民的生育权和生殖健康权,都应当承担民事责任。

通过对多方面因素的权衡和多种因素的综合考虑,笔者认为今后我国的民法典亲属编中至少应该有如下关于生育权的规定:

1. 公民的生育权:公民的生育权受国家保护,生育权应依法行使。任何个人或单位因其非法行为侵害了公民合法生育权或生殖健康权,应承担相应的法律责任或民事赔偿义务。除法律有特别规定以外,生育权原则上应在婚姻内行使。

2. 夫妻共同生育权:夫妻享有共同生育权。在法律允许的生育数量的范围内,夫妻有权协商确定双方是否生育、何时生育和生育的方式。

3. 生育约定的变更:夫妻依法协商决定生育的事项后,一方不得擅自改变。一方擅自改变的,另一方有权提出纠正。一方改变原商定生育事项,可能导致另一方终身不能生育或严重侵害妇女不生育自由权的,在最终不能达成一致意见时,受害一方可以提起离婚。

4. 擅自婚外生育的责任:夫妻一方无论以何种方式擅自在婚外生育的,为侵害夫妻共同生育权的行为。有过错一方应负相应的民事责任。第三人明知未取得夫妻另一方同意而通谋或帮助夫妻一方婚外生育的,应负连带责任。

5. 终止妊娠:违背夫妻双方生育协议的人工终止妊娠,事先须征得对方同意。如不实行人工终止妊娠,有可能违背国家有关法规的,可以不必征得对方同意。实施人工终止妊娠手术的医务人员,无义务就夫妻是否同意进行审查。

6. 节育措施的知情权和选择权:实行计划生育应以避孕为主,辅之以必要的补救措施。实行计划生育的夫妻对避孕药具和节育措施共同享有知情权和选择权。

7. 节育手术事故的索赔权:国家有关部门对实行计划生育的夫妻应当提供安全、有效的药具和技术,保障接受节育手术者的健康。对节育手术中发生的事故,受害者或其配偶以及其近亲属有依法要求赔偿损害的权利。

8. 对生育女婴和不育妇女的保护:已婚妇女的生育自由权不受侵犯,禁止歧视、虐待生育女婴的妇女和不育妇女。因丈夫的过错导致妻子丧失生育能力的,丈夫不得因此提出离婚。

9. 人工生育同意权:利用人类生殖辅助技术生育的,须夫妻双方同意。实施该项技术的技术人员或单位,有义务就是否夫妻双方同意实施该项技术进行审查。夫妻一方不同意的,有关技术人员或单位不得实施该项技术。违背此项要求的,依照国家有关法规予以处罚。

10. 夫妻遗传因子的支配权:采用夫妻某方提供的遗传因子,为他人施行人工生育措施

的,技术部门须征得夫妻双方同意,并提供切实可行的事先预防近亲结婚的措施。违背此项规定造成严重后果的,有关责任人应负赔偿责任。

11. 死者遗传因子的亲属支配权:配偶一方死亡,生存一方对其保存的遗传因子有支配权;夫妻均已死亡的,其它近亲属有支配权。

12. 死者遗传因子的利用:符合收养子女条件的旁系血亲的配偶,可以利用平辈亲属的遗传因子,施行人类生殖辅助技术生育。近亲属依照先后顺序,分别对利用人类生殖技术保存的死者的遗传因子享有保持其正当利用的权利。未经近亲属同意非法利用死者遗传因子的,应负相应的民事赔偿责任。

13. 一般公民利用人工生技术生育:符合收养子女条件的未婚公民,决定终身不再结婚的,可以利用人工生技术生育一个子女。

三、关于婚后若干所得的归属

婚姻法第 17 条规定:“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同所有:(一)工资、奖金;(二)生产、经营的收益;(三)知识产权的收益;(四)因继承或赠与所得的财产,但本法第十八条第(三)项规定的除外;(五)其他应当归共同所有的财产。”第 18 条规定:“有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:(一)一方的婚前财产;(二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用;(三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;(四)一方专用的生活用品;(五)其他应当归一方的财产。”

婚姻法的这两条规定,对夫妻财产主要部分的归属比以前更明确了,但对未列举的婚后所得的归属定性分歧比以前更大了。与婚姻法修改前相比,明显留有法律上的漏洞。

全国人大法工委民法室等部门编写的《婚姻法实用手册》认为:“根据第 17 条规定,我国的法定财产制采用的是共同财产制。共同财产制,是指除夫妻个人特有财产外,夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产,归夫妻共同所有的财产制。”^⑭然而,第 17 条并未规定“下列”之外的“在婚姻关系存续期间所得的财产,归夫妻共同所有”。联系到第 18 条规定的“其他应当归一方的财产”的语句,我们更无法得出我国现行的是法定夫妻共同财产制的结论。

扈纪华先生主编的《最新婚姻法实务全书》也认为:“我国婚姻法规定:‘夫妻一方或双方在婚姻关系存续期间所得的财产,归夫妻共同所有’……按照我国婚姻法的规定,婚姻关系存续期间双方的一切所得,除另有约定的外,均归夫妻共同所有。”^⑮该书直接引用新法条文时,明显漏掉了关键的第 17 条的“下列”二字。

杨大文先生主编的《新婚姻法释疑》一书指出:“我国的法定财产制是婚后所得共同制。夫妻共同财产,是指夫妻在婚姻关系存续期间所得的,除个人特有财产以外的共有财产。夫

^⑭ 全国人大常委会法制工作委员会民法室和中华全国妇女联合会权益部联合编写,法律出版社 2001 年版,第 105 页。

^⑮ 扈纪华主编:《最新婚姻法及婚姻家庭问题实务全书》上册,九州出版社 2001 年版,第 377 页。

或妻一方在婚姻关系存续期间取得的养老保险金、退休金、失业保险金,应当作为夫妻共同财产。”^{②6}

笔者猜想,这些比较权威的解释大概都是受修订前的婚姻法第13条关于“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产,归夫妻共同所有,双方另有约定的除外”的规定的影晌,而后又进一步推论到新婚姻法的。可是,他们都忽略了新婚姻法第17、18条所加的“下列”二字的明确限定,未列举的财产不在法律规范之内。新婚姻法这两条最后一项规定的两个“其他应当归……的财产”,似乎是关于法定夫妻财产制概括性的规定。但两个相反归属的“应当”,在逻辑上使法律条文之间相互抵销,事实上等于没有关于法定夫妻财产制概括性的规定。最新的司法解释对此也没有任何新的解释。所以,笔者认为,今后的立法必须对这两条规定重新审定。

我国目前处于急剧变化的年代,夫妻婚后所得的财产类型和取得方式,肯定还会不断地变化,客观上存在着改变比较死板的、不能适应社会变化的法定共同财产制的要求。从目前世界各国婚姻家庭财产制变革和有关立法内容来看,我国今后应实行有限制的婚后所得共有制作为我国法定的夫妻财产制。基于法定夫妻财产制必须既能保护公民个人财产权,又要承担社会保障机制功能的考虑,笔者主张,我国立法应当确立一个概括性的“婚后共同所得和其他未列举的家庭生活必需的个人所得归夫妻共有”的基本原则,以应对未来可能发生的变化。

目前,司法实践中主要对婚前财产的利息、荣誉奖品、军人复员转业费、养老金、下岗补助金或失业救济金等新婚姻法未列举的婚后所得的归属争议较大。^{②7}依照本文上述的划定夫妻财产共有应当遵循的基本原则,笔者主张对这些婚后所得分别采取如下对策处理:

(一)关于婚前个人财产的婚后孳息的归属

根据从物随主物的物权法原理,既然我国婚姻法已明确规定夫妻婚前个人财产归个人所有,那么这种财产产生的利息和其它孳生物,似乎也理所应当属于夫妻个人财产。然而如果照此执行,就不可避免地会产生与社会现实生活的冲突,导致与上述阐明的家庭生活必需的财产和收入应归夫妻共有的原则相矛盾的结果,甚至导致其它不公平的现象。

在我国现实生活中,已经出现部分公民长期靠吃利息维持生活的现象。如果丈夫赖以生存的婚前个人财产的利息婚后仍完全归其个人所有,而妻子的微薄劳动收入却作为夫妻共有财产对待,显然对妻子极不公平。因此,笔者认为,确实必须用于家庭生活需要的利息收入以及其他为家庭生活所必需的婚前个人财产的孳息,应归夫妻共同所有。否则就可能会发生婚后家庭生活使用了夫妻一方婚前个人财产却必须从夫妻共有财产中扣除“租金”的结果。

不过,对那些并非必须用于维持家庭生活的婚前个人财产利息,原则上应遵循物权法的基本要求,归个人所有。这和上述原则并不矛盾,它是法律确定夫妻财产归属必须兼顾夫妻

^{②6} 杨大文主编:《新婚姻法释疑》,中国人民大学出版社2001年版,第107页。

^{②7} 杨遂全等:《共有财产范围的明确划定与保护妇女权益的实证研究》,当代中国出版社2002年版,232页。

产权利益和身份权利义务的客观要求,在司法实践中应得到尊重。

(二) 关于婚后一方所得荣誉奖品的归属

婚姻法明确规定了“奖金”属于夫妻共有,但荣誉性奖品,比如奖状、奖牌、奖杯等物品,显然不同于奖金。笔者认为,根据一般法理,夫妻一方荣誉性获奖所得的财产中具有特殊纪念意义的物品,带有一定的人身性质,应归获奖者个人所有,不可归夫妻共同所有。但结婚多年、价值重大的,应给另一方必要的补偿,才不违背婚后所得共有的基本原则。

夫妻共有更能鼓励共同奋斗。但是,在法律上作为某种人身意义代表标志的物品,对另一方无重大的财产价值,这种不可分割的财产只能归获得者所有,否则即等于剥夺和侵害了获得者的人身权,从而影响社会奖励的积极作用。对有重大财产价值的奖品,如住房、金杯等,夫妻另一方为此奖的获得做出了贡献,不给任何补偿,有悖于公平。有些获奖者可能除此获奖物品之外,再无其它收入,不给对方任何补偿肯定伤害对方的利益。

对于非荣誉性奖品或荣誉奖同时发给的奖金,无论是婚前还是婚后购买的奖券获奖,只要是婚后所得,应一概共有。“夫妻运气共有”是在国内外共有的法律格言。奖金即使是荣誉性的,也不可能作为人身权的特殊载体,而通常它又是获奖者的劳动报酬的一种特殊形式。所以,这类婚后所得理应视为夫妻共有财产。

(三) 关于婚后所得的现役军人复员转业费的归属

军人婚后所得的转业安置费,有些高达十几万元。在结婚多年,又无其他更多的夫妻财产的情况下,如将其等同于婚姻法第18条规定的回乡生产补助金,一概将其作为复转军人个人所有,军人的配偶的合法权益会因此受到重大伤害。军人的配偶在家中扶老携幼,劳动生产、辛苦经营积攒的财产法律规定为夫妻共有,而另一方的合法婚后所得却是个人财产,显失公平。

最高人民法院1993年32号文件的司法解释规定复员转业费“结婚时间10年以上的,应按夫妻共同财产进行分割”。在新婚姻法没有明确规定它的归属问题,也没有任何相关否定的规定,应确认最高人民法院的这一规定仍然有效。笔者认为,即使如一些学者所说复员转业费属于军人生活安置费的预支,恐怕也不是单纯为了安置军人个人的,而是为了安置其全家的。

目前,可将婚后所得的现役军人的复员转业费理解为婚姻法第17条第5项的“其他应当归共同所有的财产”。当然,对军人复员转业的“医疗补助费和回乡生产补助费”,应按照上引最高人民法院的司法解释和婚姻法第18条第2项的规定,“一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”归属一方个人财产,不能与一般的转业费相提并论。

(四) 一方婚后所得的退休养老金、下岗补助金和失业救济金的归属

在法国,对一方婚后所得的养老金和失业救济金的处理不完全相同。大多数学者认为养老金带有事前的劳动报酬而在事后给付的性质;而失业救济金带有未来生活保障金的性质。所以,法国准许配偶一方死亡后,生活困难的生存一方领取已亡配偶养老金。^② 为了与

^② 杨遂全、杨玲:《比较民商法学》,四川大学出版社1997年版,第162页。

我国今后的社会保障制度相协调,笔者主张我国也应区别对待养老金和失业救济金的归属。

笔者认为,前引杨大文先生主张的养老金和失业救济金一概归夫妻共有有所不妥。即使依照上述分析的家庭生活必需的个人婚后所得共有的原则性规定判定,我国现行婚姻法未列明的一方婚后所得的再就业补助金或失业保险金等,也不能一概当然视为夫妻共有。例如,在司法实践中普遍存在的“再就业补助金”作为夫妻共有财产分割,很有可能影响下岗一方以后的生活。据悉,2000年成都市的失业保险金是每月定额198元(包括定额门诊医疗费)。^②此等数额可能仅够用于失业者一个人生活。我们还应当考虑到现在和今后失业下岗的男女比例,肯定是女多于男。女方本来收入就低于男方,个人财产通常少于男方,女方的再就业补助金或失业保险金如果再分给在岗的丈夫一半,女方离婚后极有可能陷于最低生活保障线下,从而增加社会负担,影响安定。

基于各种因素的综合考虑,笔者主张,养老金原则上应属夫妻共有,买断工龄的再就业补助金和失业救济金原则上归下岗一方个人所有。数额较大的再就业补助金,应给对方适当的补偿,因为这其中可能包含有劳动报酬和家庭生活安置的费用,完全单方所有,可能也不尽合情理。

四、关于婚姻无效诉权

新婚姻法实施以前,由于我国没有确立无效婚姻制度,因此,也就没有请求宣告婚姻无效的主体或诉权问题。修订后的婚姻法尽管对无效婚姻制度有所规定,但是,对无效婚姻请求权主体和提起诉讼的程序问题仍缺乏明确的规定。2001年12月25日最高人民法院《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释》(以下简称解释)第7条对此规定:“有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体,包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括:(一)以重婚为由申请宣告婚姻无效的,为当事人的近亲属及基层组织。(二)以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的,为未达法定婚龄者的近亲属。(三)以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的,为当事人的近亲属。(四)以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的,为与患病者共同生活的近亲属。”由此可以看出,《解释》对利害关系人的界定,其基本出发点是保护未达法定婚龄者、患病者等弱势群体。但其规定的初衷却可能因其关于请求权人的规定而不能达到。

上述《解释》对有关婚姻无效诉权问题的规定,在实施过程中在婚姻无效诉权方面存在着如下明显的漏洞:(1)该司法解释尽管是关于婚姻无效诉权的全面规定,但是没有规定对以夫妻名义同居的无效婚姻,其他公民或组织是否可以提起无效,因为该司法解释第7条仅是针对“已办理结婚登记的婚姻”。(2)该司法解释也没有规定对事实重婚,“当事人的近亲属及基层组织”有权利提起婚姻无效。目前没有任何法规条款对事实重婚或非法同居关

^② 四川大学法学院编:《劳动与社会保险法学》,四川大学出版社2001年版,第415页。

系解除的诉权进行明确的规定,因此使婚姻法的无效条款很容易造成对妇女儿童事实上的伤害。(3)在此应该特别指出的是,该司法解释第7条第2项关于“以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的,为未达法定婚龄者的近亲属”的规定错误更加明显,直接和未成年人保护法等其他法律规定相矛盾。

依该司法解释第7条第2项的规定,只有“未达法定婚龄者的近亲属”才有权提起婚姻无效的诉讼。而未成年人保护法第11条规定:“父母或者其他监护人不得允许或者迫使未成年人结婚”;第5条明确规定:“对侵害未成年人的合法权益的行为,任何组织和个人都有权予以劝阻、制止或者向有关部门提出检举或者控告”。而在现实生活中,欺骗、唆使或迫使未成年人或未达法定婚龄的人缔结婚姻的,多数是他们的父母,最高人民法院的司法解释却把提起婚姻无效诉讼的主动权交给了他们,显然与法律禁止未达法定婚龄的人结婚的目的恰恰相反。如果未成年人保护组织、计划生育管理部门在发现严重欺诈、谎报的年龄相差太大或明显违反未成年人保护法的情况下无权提起无效诉讼,而未成年人却无诉讼行为能力,其法定代理人又是这种婚姻的始作俑者,婚姻法关于法定婚龄的规定就在事实上无法真正贯彻实施。

一些学者认为,婚龄问题与社会利益关系不大,我国的法定婚龄规定得偏高,应当把这种婚姻的无效诉权交给当事人自主决定。^{③④}这些学者的观点有一定道理。但是,他们没有看到我国目前一些地区还有订童婚的恶习,有的14岁的少女竟然领到结婚证,有三个乡的男青年中18岁以下登记结婚的竟占到17%。^{③⑤}而“早生子早得福”的观念在农村的许多地方还相当流行,不少人故意规避计划生育的法律要求,早婚现象还比较突出;一些村干部甚至在当事人年龄上帮助出具假证明,而无视未成年人的合法权益。因此,笔者认为,如果法定婚龄确实偏高,只能通过立法修改,不能通过放纵违法婚姻的办法,损害法律的严肃性。亲属编应该准许对未成年人负有保护责任的组织提起婚姻无效的诉讼。

五、关于夫妻及离婚时的居住权

住所是夫妻和家庭成员共同生活的必要条件。夫妻住所或家庭住房,可能是夫妻共同创造的共有财产,也可能是父母无偿提供的、国家或雇主提供的、一方或双方承租他人的房屋。

随着住房制度改革和房屋产权多样化,我国欠缺夫妻住房制度和家庭成员居住权制度的弊端日渐显露。同时,由于夫妻分别财产制和阶段性就业政策的实施,已婚妇女就业和直接从社会劳动中获取报酬的困难加剧,离婚妇女住房难这个一直困扰着司法部门的社会问题日益严重。为此,笔者主张建立兼顾身份与产权、以家庭成员无偿居住权为中心的家庭住

^{③④} 黄松有主编:《婚姻法司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第34页;付琴:《论目前我国仍然欠缺婚姻无效具体程序的弊端》,载《亲属婚姻家庭典型判解研究》,人民法院出版社2002年版。

^{③⑤} 巫昌祯等主编:《当代中国婚姻家庭问题》,人民出版社1990年版,第101页;前引〔25〕,扈纪华主编书,第283页。

房制度。

(一) 国内外夫妻或家庭住房制度评介

在古代及资本主义社会初期,妻除嫁妆外不得有其它私财,婚姻居住权和同居义务相一致,通常包括在法定住所决定权或同居权中。妇从夫居被视为天经地义的法律准则。我国古代和近代法规定:同居之事由夫决定,正式婚之妻不能别居,妾不得居于婚房。^{③②} 1938年的法国民法仍规定:“夫为一家之长,有选定其家居处之权利”。

现代各国的婚姻住房制度已把住所决定权的立法和住所产权的立法结合在一起。概括起来有以下四种形式:(1)夫妻协商式,即婚姻住所由配偶双方共同协商选定。对夫妻协商选定的住所,无论其是否拥有产权,只要一方能取得该住房的居住权,双方即均有权居住。1975年修订的法国民法典规定:“家庭的住所应设在夫妻一致选定的处所”,有产权的一方不得强令对方迁出。加拿大的魁北克省、罗马尼亚等国亦采此形式。(2)双方自由式,即规定夫妻双方都有选择各自住所的自由,双方可以分别拥有自己的住所。例如1995年的俄罗斯联邦家庭法典第31条第1款规定:“夫妻各方都有选择工作类型、职业、居所和住所的自由。”^{③③} 在这种形式下,夫妻双方对对方的住所并无法定的居住权。(3)丈夫权利式,即立法仍维护丈夫的住所决定权,但专制性质有所转变。瑞士民法典第160条第2款规定:“夫决定婚姻住所并应以适当的方式扶养其妻及子女。”(4)丈夫义务式,即立法改变夫对住所的专制决定权,改为强调夫有提供婚姻住所的义务,而妻有在该住所居住的权利,以此实现男女平权。如英国1996年的家庭法和1967年婚姻住房法规定,即使夫对婚姻住房并无产权,未经司法裁判其它人也不得强令其妻子迁居它处。^{③④}

目前,我国婚姻法对于夫妻住所的决定权或夫妻住房产权的确定,尚无明文规定。最高人民法院为了处理此类纠纷,于1993年规定:在婚后一方继承受赠的房屋为夫妻共同共有;结婚8年后,共同使用的一方所有的房屋视为夫妻共有;离婚后生活必需的一方,对原夫妻租用的房屋有优先承租权和对对方房屋的暂住权;夫妻共有的房屋不宜分割的,离婚时应判归离婚后生活必需的一方。笔者认为,一些国家单纯用婚姻住所决定权的规定解决婚姻住房制度问题,已经明显过时,不能适应当代人们注重产权的实际情况,我国不应照搬。不涉及婚姻住房产权的婚姻住所决定权已无任何实际意义,法律也就没有必要再做专门规定。而我国对最高人民法院1993年的有关规定稍加修正,即可上升为法律的明文规定。

(二) 亲属编或物权编应有兼顾身份和产权的婚姻住房制度

笔者主张,必须在民法典亲属编确认夫妻一方在婚姻存续期间有对对方拥有、受赠、承租和其它用作婚姻住房的房屋,有法定的无偿居住权和合理的使用、管理、部分收益的权利,特殊情况下法官可以确认夫妻一方具有所有权的婚姻住房视为夫妻共有。具体来说,婚后10年(或20年)内,双方对婚前一方所有的房屋进行过修缮、装修、翻建,未变更产权的,房

^{③②} 徐朝阳:《中国亲属法渊源》,商务印书馆1926年版,118页。

^{③③} 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475页。

^{③④} 李志敏主编:《比较家庭法》,北京大学出版社1988年版,第104页。

屋仍归产权人所有,增值部分为共同财产,另一方应得的份额,应由产权人折价补偿给另一方;婚后进行扩建的,扩建的房屋按夫妻共同财产处理。对不宜分割的夫妻共同所有的房屋,应根据双方住房情况,以照顾住房困难方和抚养子女方或者无过错方的原则,分给一方所有。分得房屋的一方对另一方应给予相当于该房屋一半价值的补偿。未用作婚姻住房的个人房屋或一方所有的生产、办公用的个人房屋一概不能因结婚时间的长短转化为夫妻共有。

家庭住房无偿居住权不属于夫妻扶养义务的内容,而是一种物权法上的法定用益物权。换句话说,无论享有法定的无偿居住权的一方客观上是否需要对方扶养,这种法定的无偿居住权是无条件的。提供住房的一方不能以对方有独立生活的能力、不需他人扶养为理由,令对方迁出。这种无偿居住权在必要时可以部分或短期出让,以获取必需品,保障物尽其用。

目前,瑞士等国的民法典,都规定有家庭住房无偿居住权。甚至一些国家将这种权利扩大到一切家庭成员和被监护人。^{③⑤}我国完全可以借鉴这些成熟的立法。

(三) 完善夫妻离婚后居住权问题的立法构想

在离婚的情况下,夫妻同居义务当然消灭。如婚姻住房原属双方共有,则在离婚时根据离婚后的需要予以分割,不会产生太大的离婚后住房难问题。但是,如果婚姻住房原属单方财产,另一方于离婚后又缺乏住房,则容易造成其流离失所,产生社会安定问题。因此,为保护弱者,主要是妇女儿童,法律对离婚时的住房问题不能不有所规定。

西方国家对此已有一套完整的法律制度,值得我们借鉴。法国民法典第 285 条第 1 款规定:“如家庭住所原属于夫妻中一方个人所有,在下列情形下,法官得以租约形式让与他方:1. 如他方受托照管一个或数个子女者。2. 如离婚系应房产所有人一方的请求判为因共同生活破裂时。在第一种情形下,法官得规定租约的期限并得续订租约直至最小子女成年时止。在第二种情形下,让与租约不得超过 9 年,但得根据新的判决加以延长。但如受让与一方重新结婚,租约即告终止。如受让一方公然与他人姘居,租约即终止。”鉴于离婚后双方具体情况多变,难以用法律完全概括,故法国授权法官可根据新出现的具体情况,灵活处理,即“如新的情况证明有必要时,法官得解除租约”。关于离婚后的夫妻住房分配问题,保加利亚家庭法第 28 条另有一项简明规定:“判决离婚时,如果家庭住房不能由双方同时单独使用,法院应根据子女利益、造成离婚的过失责任、各方健康状况等因素,把住房判归离婚夫妻中的一方使用。”^{③⑥}这些原则是世界各国法律的长期经验总结,其合理性和必要性不言而喻。

根据我国目前和今后一个时期住房制度改革的具体情况,笔者认为,完善的解决离婚后住房难问题的婚姻住房制度至少应包括如下内容:1. 夫妻关于离婚后住房问题的协议在不损害无房一方基本生活、子女或他人的合法利益的前提下有效;协议不成时,由法院根据保障双方及子女的基本生活条件和有利于社会稳定的原则判决。2. 借住夫妻一方父母单位分配给其父母使用的公房的,离婚时有使用权的人的子女有优先使用权,但不得以此使用权否定法院判定

^{③⑤} 殷生根译:《瑞士民法典》,法律出版社 1987 年版,第 93 页。

^{③⑥} 前引[34],李志敏主编书,第 193 页。

给对方的暂住权。3. 原夫妻承租房管部门出租的廉租公房,均属双方共同承租,离婚时双方原则上享有平等分割的使用权。无法分割使用的,离婚时无能力自行解决住房问题的一方有优先承租权。4. 双方居住的房屋在离婚时属于一方所有或者一方的父母所有,离婚后另一方确实无房居住的,可以暂住,暂住期限到房屋所有权人能够承受、无住房一方再婚或能够自行解决住房问题时为止。5. 双方租用单位房管部门出租的公房,如租赁关系是一方婚前与房管部门建立的,双方结婚时间不满四年,离婚时承租一方有优先使用权;双方结婚时间已满四年,双方有平等的使用权。6. 原夫妻居住的房屋系婚姻关系存续期间购置,只有使用权或部分产权的,离婚时双方有平等的使用权和分割权,^{③7}但根据有关原则规定必须特别照顾的可以不平均分割。这样才能真正做到各相关部门法(如妇女权益保障法、未成年人保护法、物权法等)与住房制度改革的相互协调,应付未来新的社会保障机制的重大变化。

对婚姻法第42条的规定,许多学者理解为,离婚时一方对生活困难的另一方的帮助只能是居住权,而不能是住房所有权。他们认为:“我们要强迫性地剥夺夫妻一方的(私人房屋)所有权的做法,显得很生硬,并且在法理和制度建设上还有欠缺。”^{③8}但此后最高人民法院的司法解释明确规定,法院判决的离婚时的生活帮助可以是住房所有权。笔者比较赞同采用居住权的帮助方式。

六、关于姘居者的共同侵权责任

2001年末,最高人民法院关于适用新婚姻法的解释第29条规定:“承担婚姻法第四十六条规定的损害赔偿责任的主体,为离婚诉讼当事人中无过错方的配偶。”据此推定,该司法解释在婚姻法上否定了姘居第三人承担共同侵权责任。据悉,目前在民法典侵权行为编起草过程中对这一问题又引起了争议。这归根到底牵扯着一个如何评价通奸姘居行为的问题。

2001年初,在修改婚姻法的过程中,一些学者就明确提出“配偶权既然是基于婚姻契约而产生,定位为绝对权未免牵强”。他们认为:“那些性生活不满意或者配偶一方丧失了性功能的,婚姻由于有了婚外性补偿,反倒得到了稳定”,^{③9}因而法律在普遍意义上禁止通奸姘居,“无论在理论上还是在实务上都很不成熟”。对这种观点的错误倾向,笔者称之为婚姻家庭领域里的“侵略有功论”。

人身权为绝对权,具有对抗一切人效力。这一民法基本原理已为法学界公认。目前,不管婚姻法是否明确使用了配偶权的概念,它规定的夫妻排除“婚外同居”请求权等人身权应该都“具有对抗一切人的效力”。试想,如果法律规定的夫妻“忠实”请求权或排除“婚外同居”请求权的效力仅限于夫妻之间,其他人都没有一般的、不加妨害的义务,别的任何人随时

^{③7} 参见巫昌祯、杨大文主编:《走向21世纪的中国婚姻家庭》,吉林人民出版社1996年版,第81页。

^{③8} 孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2001年版,第128页。

^{③9} 杨遂全:《新婚姻家庭法总论》,法律出版社2001年版,第41页。

都可以与夫妻的某一方同居,法律确立婚姻制度还有什么实际意义。

民法通则第 61 条规定:“二人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任。”像重婚和姘居所侵害的夫妻性尊严权或贞操权,如果没有第三人的共同侵权行为,或者法律的此类禁止性规定如果没有包含第三人的义务,在法律逻辑上说,客观上是不可能发生重婚或姘居行为的。只要法律上有共同侵权的规定,又有禁止姘居的规定,第三人明知他人有配偶而与之姘居的,就绝难逃脱共同侵权的民事责任。笔者认为,最高人民法院原规定有关于“第三者插足”的处理办法,^[40]目前最高人民法院关于新婚姻法的司法解释,尽管有在婚姻法上排除姘居第三者责任的意思,^[41]但绝不具有完全排除其他法规规定婚姻当事人之外的第三者民事责任的效力。

最近,一些学者把姘居第三者的责任归之为道德问题,认为法律不应该调整。^[42]对此,全国人大法制工作委员会多次召开座谈会和论证会,较为一致的意见是,通奸姘居违反一夫一妻制的行为情况比较复杂,应当通过法律、党纪、政纪、道德、教育等多种手段、多种渠道予以遏制。因此,新婚姻法仅规定了“有配偶者与他人同居”导致离婚的,无过失方有权请求损害赔偿,而没有明确规定一般公民之间通奸的赔偿责任。事实上法律已经对此问题划出了明确的界限,即以通奸行为损害他人婚姻家庭,属于道德问题,不承担民事赔偿责任;姘居行为不属于道德问题,已经越过了道德的底线,应承担民事赔偿责任。通奸并不直接导致其他公民终身无法找到配偶或社会无法实现一夫一妻制的后果;而姘居双方是长期稳定居住在一起的,可能直接导致其他公民终身无法找到配偶或社会根本无法实现一夫一妻制的后果。因而,对姘居这种涉及公民结婚权等基本人权能否实现的社会基本矛盾,法律不应当将其交给道德调整。所以,笔者认为婚姻法明确禁止姘居,确认姘居的侵权责任,是十分必要的。另外,法律也不可能违背其自身必须遵守的逻辑规律,不顾姘居共同侵权的客观事实,确认法律责任只让过错配偶一人承担。显然,上述解释仍存在重大理论缺陷。因此,在民法典侵权行为编应当明确规定姘居第三人的民事责任,真正禁止姘居。

Abstract :Many problems remain in the revised Marriage Law and its judicial interpretation. The Civil Code should contain provisions on the various rights of kinship, such as the near relatives' right of reputation, the near relatives' right to keep intimate relationship, the right to the titles as near relatives, the right to mourn for a deceased relative, the right to pay respect to the remains of a deceased relative, the right to protect the remains of a deceased relative, and the right of relatives to carry on the family line, improve the provisions on the right of procreation, establish the basic principle of community ownership of joint income and separate income necessary for the family life, rationally determine the subject of the right to claim void marriage, establish a community housing system that take takes into consideration both status and property, and clarify the joint tort liability of the third person who illegally cohabits with a married person.

^[40] 杨遂全主编:《第三人侵害婚姻家庭的认定与处理》,法律出版社 2001 年版,第 152 页。

^[41] [42] 前引[30],黄松有主编书,第 103 页。