

《民法典(婚姻家庭编)》的伦理、自治与强制

冉克平

摘要 受个人主义和自由主义思潮的影响,近年来家庭秩序与传统家国观念频受挑战。《民法典(婚姻家庭编)》规定的婚姻自由、男女平等、一夫一妻、弱者保护等原则,反映了立法者对婚姻家庭关系中的传统伦理与现代法理、家庭本位与个体自由、国家管制与家庭自治等理念的贯彻与平衡。家庭伦理与现代法理的共治旨在追求家庭共同体的完整和睦、家庭成员在情感与利益上的互利互助,以及个人尊严、自由与幸福的自我实现之间的平衡。《民法典(婚姻家庭编)》的“婚姻家庭受国家保护”原则(第1041条第1款)以及强调家风建设等伦理道德理念,表明婚姻家庭编兼顾维护家庭团体属性与保障成员个人自由的立法思路;婚姻家庭编基本原则所包含的实质正义理念,为法官对有关身份关系协议进行形式控制与法律审查提供了价值指引,有利于妥当平衡家庭法领域个人的自治权与弱者获得实质公平保护之间的冲突。

关键词 婚姻家庭法;家庭伦理;家文化;《民法典》;家庭自治;弱者保护

中图分类号 D913.9 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2023)03-0163-11

基金项目 国家社会科学基金重点项目(21AZD030)

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)以平等主体的市场经济关系与婚姻家庭生活为规范对象,标志着长期以来独立运行的婚姻法向民法体系的回归。婚姻家庭法调整近亲属之间的人身和财产关系,属于最能体现民族传统和文化的固有法。随着工商业的发展、城市化进程的加速以及人口的快速流动,在个人主义思潮和工具价值优位的影响下,人们的婚姻观念、家庭伦理以及传统的家国关系均面临巨大的挑战,由此形成两个亟待调和的价值面向:一方面,现代社会的婚姻家庭制度根植于人格独立与婚姻自由,事关个人身份关系的变更与幸福,具有明显的个体自由倾向;另一方面,婚姻家庭制度具有保障人伦秩序、维护家庭和睦、繁衍后代、扶老育幼、组织消费等社会性功能,以家的整体性为基本价值取向,涉及公共利益与社会的和谐稳定^[1](P11)。

婚姻家庭制度不仅折射出时代的精神面貌与社会特征,而且推动着宏观社会结构和制度的变迁^[2](P53)。《民法典》规定的婚姻与家庭受国家保护、婚姻自由、男女平等、一夫一妻等原则共同构成婚姻家庭编的内在体系,发挥着形塑家庭法外在体系的功能。由这些原则形成的“价值之网”,对于家庭法独特的伦理、自治及其强制具有重要影响。笔者拟从家庭伦理与现代法理、家庭团体与个体主义、家庭自治与国家管制三个方面对婚姻家庭编的价值与规范进行分析,以期增进家庭法的价值融贯性与规范整合程度。

一、《民法典(婚姻家庭编)》家庭伦理与现代法理的共治

受个人主义和自由主义思潮的影响,近年来家庭秩序与传统家国观念频受挑战。婚姻家庭法是传统伦理与现代法理共治的重要场域,有利于实现德法共治。《民法典(婚姻家庭编)》规定的“树立优良家

风”等条款旨在追求家庭共同体的完整和睦、家庭成员在情感与利益上的互助以及个人人格自由与自我实现之间的平衡。

(一) 我国家庭法从家庭伦理秩序向现代法理秩序的变迁

现代意义上的家庭源于古代社会的家族。中国自西汉以降,国家将家族变成一个基本的社会单位,社会关系建立在依据“长幼有序、尊卑有别”的人伦秩序所形成的差序格局基础之上^[3](P29)。在以伦理秩序为基础的宗法社会,家庭被认为是国家长治久安的根本。家庭关系的主要目标是维系和传承父系社会的血缘和财产,父子关系属于家庭关系的主轴,夫妇关系则为配轴。家庭财产制着眼于维持家计的“同居共财”生活样式,并反过来巩固父系血缘关系^[4](P77-84)。家庭还发挥着组织社会的重要功能。家庭之外的所有的社群行为全都受到纯粹私人的,尤其是亲属关系,或者职业上的拟家庭关系的涵盖和制约^[5](P326)。传统中国的家国同构、礼法一体的大一统秩序及其伦理与道德,构成中国法律文化最为重要的底色与价值资源。

在伦理本位之下,近代意义上的个人观念在我国完全没有产生的土壤^[6](P178)。自清末以来,源自西方的自由、平等的个体自由观念与中国延续两千年之久的家国同构、礼法一体的传统社会秩序产生了剧烈的碰撞。在救亡图存和民族复兴的思潮之下,传统的婚姻家庭制度和价值观念受到激烈批判,沦为革命的对象,强调差序格局的纲常伦理被彻底抛弃,支撑家庭的孝道、礼教因失去了伦理与法律的支撑而不断撤退,家庭在国家的视野中逐渐被边缘化^[7](P344-444)。传统家庭制度与国家秩序高度一致的政治化、神圣化以及合理性受到挑战,开启了“以法替礼”的世俗化进程。总体而言,由于现代文明对传统家庭文化的渗透与侵蚀,近代以来的家庭生活变迁主要表现为,现代法律替代了道德伦理成为维系家庭生活的基本原则。

中华人民共和国成立之后,长期实行单一公有制的计划经济体制,城市的单位和农村的人民公社成为国家组织和管理社会的主要方式。由于强调集体重于个人的集体主义观念替代了家庭重于个人的传统文化,个人权利与家庭价值均受到严重挤压,已趋于极端的国家本位^[8](P44)。传统的家庭秩序和观念不符合新社会的意识形态,被视为束缚人自由、阻碍人解放的因素,需要进行改造和重整。1950年实施的《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)不认可家的存在,而是围绕夫妻和亲子关系进行构建,以婚姻自由、男女平等、一夫一妻为重要原则。为了适应以国家为中心的新型社会秩序,传统中国家庭以父子为主轴、以孝为核心价值的架构被简化为婚姻关系。除父母、子女关系之外,其他亲属关系都被排除在法律之外,以防止亲情伦理的特殊性瓦解国家主义下的一般性和普遍性^[9](P147)。1980年颁布的《婚姻法》虽然增加了关于兄弟姐妹、祖孙、外祖孙权利义务的规定,但其以夫妻关系为中心的格局并没有变化。

改革开放以来,为了发展商品经济,国家权力逐步退出对家庭私生活的干预。随着市场化进程的深入,重视权利、自由和自我实现的个体观念迅速在社会兴起^[10](P62-63)。由于大家庭逐渐解体,加之受计划生育政策和人员快速流动因素的影响,直系血亲之外的伦常关系与传统社会已经不可同日而语。市场力量持续发展,其已由经济领域侵入到非经济领域。婚姻关系被视为两个具有独立思想和感情的个人所形成的契约关系。婚姻关系中的夫妻财产、监护权、亲权、离婚等均可通过契约协商解决。传统家庭成员之间的代际关系日益为现代家庭中的平权关系所取代^[11](P51)。通常认为,与契约自由相比,婚姻家庭的自治具有明显的限度。自然人一旦决定进入婚姻家庭,就需要受到家庭法领域大量不可选择的强行性规范的约束。这些规范试图将人们的婚姻家庭生活引入公序良俗的轨道而被法律加以定型。因此在婚姻家庭法领域适用的是“类型强制原则”^[12](P435)。然而,随着经济与社会的发展进步,婚姻家庭领域的契约自由思想得到前所未有的扩张,相应地,传统伦理观念则受到削弱。但是,农村承包经营户、个体工商户以及宅基地使用权仍然以家庭为单位,这是传统的同居共财的家产制在现代社会为数不多的表现。总体来看,市场因素、多元观念、社会矛盾等综合因素交织,导致家庭的传统功能被不断

削弱。家庭在“国家—社会—个人”的多元秩序的建构中被边缘化,婚姻家庭的维系越来越依赖经济利益,家庭成员之间的权利化与功利化色彩日益浓厚,这致使婚姻家庭的價值受到前所未有的忽视甚至贬抑。在家庭法领域,婚姻双方不再只被认为是一个具有情感和心灵的实体,而是被视为两个具有独立思想和精神的个人的联合。以功利主义和个人主义视角来审视家,将家视为完全的利益、权利和权力关系的承载体,导致传统的自然伦理作为家庭法权威来源与基础的式微。

(二)《民法典(婚姻家庭编)》德法共治的原因与规范阐释

近年来,家庭和文明建设由边缘向中心移动,家庭伦理的重要性不断被强调。全球化的发展使家庭在人力资本培育中的基础性作用得以凸显。在全球化浪潮中,国家竞争力的作用日趋重要,而人力资本又是国家竞争力的核心内容,这使家庭教育被注入了关乎国家竞争力的新的社会内涵。在现代化的过程中,家庭承担的社会保障功能和福利功能提升了家庭的重要性。例如,我国许多地区提出的居家养老模式;疫情防控期间的居家隔离、居家办公和学习等,都使人们认识到家庭在国计民生中的重要性已大幅提升。家庭在现代社会仍然是人们繁衍生息、情感交流的重要场所。浸透在人伦日用之中的家庭教育是个人社会化以及个人认同的基础。家庭承载法治和道德观念与组织社会秩序中的社会作用重新得到凸显,并成为民法学者的共识^[13]。婚姻家庭法异于财产法的“例外论”为婚姻家庭受国家保障、在家庭教育中灌输道德等观念提供了支持。

党的十八大以来,加强家庭文明建设与家庭伦理等内容已经进入决策者的视野。我国传统文化的个性突出表现为“家”在传统社会中处于特殊地位,家文化是传统文化的核心,因而我国自古以来就重视家庭教育和家风门风等家族制度的建设^[14](P17)。婚姻家庭法是传统伦理与现代法理共治的重要场域。德法互补、共治是我国古代国家治理的成果经验,也是历史发展规律的体现。《民法典》在婚姻家庭编之中注入了树立优良家风的精神内核,强调在家庭中培养个体德性。《民法典》第1043条规定“树立优良家风、弘扬家庭美德,重视家庭文明建设”,同时明确规定“夫妻应当互相忠实,互相尊重,互相关爱;家庭成员应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”,这是社会主义核心价值观在《民法典》的充分体现。但是从立法体系与立法目的角度看,该条则是《民法典》第1041条第1款“婚姻家庭受国家保护”原则的重要表现,这不仅有助于实现弘扬中华传统美德的国家治理目的,而且符合民众的切身利益与情感期盼,从而维护婚姻家庭的和谐稳定,将家庭成员培养成为人格独立、自由平等的公民。

在现代化的进程中,传统与现代并非截然对立,社会的发展进步需要弘扬优良的历史和文化传统。婚姻家庭编既要保障公民的人格尊严与自由,完善婚姻家庭的权利体系;又要维护健康和谐、文明有序的家庭伦理观念,弘扬家庭美德,维护婚姻家庭秩序,促进社会公正。在现代社会,每个人都被视为目的本身而存在,个人不再是他人意志的工具,《民法典》则为判断道德是非提供了一项普遍原则。因此,与人格尊严和自由相悖的传统伦理道德,不可避免地会被抛弃。婚姻家庭法是法律评价与道德评价相结合的重要领域,有利于实现德法共治:第一,我国《民法典(婚姻家庭编)》第1045条第3款首次规定了家庭成员及其范围,以血亲关系的远近和生活联系的紧密度作为标准,明确了法律上的家庭结构。配偶、父母、子女无论是否共同生活,始终为家庭成员;配偶、父母、子女以外的其他近亲属,如果存在共同生活事实,则为家庭成员。这样的家庭成员范围系以主干家庭为对象,而限于核心家庭。城市化和工业化使主干家庭进一步分化,但是我国亲子等直系成员无论同地抑或异地生活,代际关系仍受重视。当有经济和生活困难时,亲子仍为首要求助对象,彼此作为利益共同体的基础依然牢固^[15](P92)。第二,该法第1015条规定,自然人除特定情形外,应随父姓或者母姓氏,目的也在于维系家在法律上和情感上的连续性。第三,该法第1084条规定离婚后的父母子女关系依然不变,离婚后,子女无论由父或者母直接抚养,仍是父母双方的子女。第四,该法第1062条第1款第2项规定,婚姻关系存续期间取得的生产、经营、投资的收益属于夫妻共同财产,使夫妻共同财产的基础更为厚实,更有利于维护和睦的夫妻关系。第五,该法第1059条规定夫妻有相互扶养的义务;第1067条规定未成年子女或者不能独立生活的成年子女有

要求父母给付抚养费的权利,缺乏劳动能力或者生活困难的父母有要求成年子女给付赡养费的权利。体现了婚姻家庭编强化夫妻互相关爱、家庭成员尊老爱幼的道德价值理念。第六,该法第1077条新增有关离婚冷静期的规定,既体现了法律父爱主义,又在教化中彰显了立法者对婚姻稳定的期待^[16](P21)。第七,该法第1079条第3款规定的过错离婚制度,包括重婚或与他人同居、实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员,赌博、吸毒等恶习屡教不改等情形。第1091条将对婚姻忠诚、和睦的伦理义务纳入离婚损害赔偿之中。第八,家庭伦理可以发挥弥补法律漏洞的功能。如《民法典》第1086条仅规定离婚后父母对于子女的探望权,而未规定“隔代探望权”。从有利于未成年人健康成长、有利于亲属间感情融和的角度考虑,笔者建议赋予祖父母、外祖父母隔代探望权。

二、《民法典(婚姻家庭编)》团体本位与个体自由的兼容

《民法典(婚姻家庭编)》规定“婚姻家庭受国家保护”原则并强调家风建设等伦理道德,表明婚姻家庭编维系和兼容家庭的团体属性与个人自由的立法思路。在价值层面上并不能笼统认为婚姻家庭编对婚姻家庭共同体的保护优于对个人自由的保护,应结合法律规范的目的具体分析。

(一) 婚姻家庭法价值本位的嬗变

在传统社会,家庭系依据婚姻和血缘关系而形成的极为重要的团体类型,长期扮演着社会基本单元的角色,并形成超越个人主义的家庭(族)本位思想。历经启蒙哲学和近代自然法论,个人主义与形式理性日益成为近代法律的价值理念^[17](P36)。家庭本位与个人主义之两者之间的矛盾逐渐显现:现代性就是“走出家”,而传统主义就是“走不出家”。伴随着工商业的发达,个人逐渐脱离曾经隶属的身份等级共同体而实施个别化的经济活动,个人对家庭(族)共同体的依附关系逐渐减弱。个人作为自由的主体,相互之间按照契约关系构成新的社会系统^[18](P71)。

近代以来,个体主义价值论与方法论在政治学、法学、经济学等学科上得到广泛运用。功利主义的鼻祖边沁认为,“共同体是虚构体,由构成其成员的个人组成,共同体的利益实质是组成共同体成员的利益总和”^[19](P58)。哈耶克在此基础上认为,自由社会的形成定然不是人为设计的结果,只能是无数个人行为的自发产物。自我生成的秩序对应的是正当行为规则,这构成私法社会的根基^[20](P485)。弗里德曼认为,个人主义正在整体上转变为一种人类的唯一性的现代观念,而大多数的当代法律都直接体现了这种观念^[21](P187)。上述有关个人主义的经典论述对民法学者产生了广泛而深远的影响,被学者看作是整个私法无可置疑的理论基础^[22](P21)。个人主义方法论在民法领域呈现为私人主体、私人利益、私法自治、自己责任、交换正义等,因此民法的方法从研究立场上被视为是一种个人主义方法。

20世纪以来,随着传统家庭结构的解体与个人独立自主尤其是妇女解放的观念深入人心,婚姻家庭领域个人主义价值论逐渐勃兴。工业化和城市化的扩张在全球范围内推动了家庭结构的转变^[23](P863)。随着核心家庭成为主要的家庭形态,传统的“家庭主妇”婚姻模式逐渐消解,“职业妇女”婚姻模式演变成重要类型。传统家庭呈现去功能化的趋势,其所具备的生产、经营等诸多功能被效率更高的市场或其他组织取而代之。到20世纪下半叶,欧洲各国已经承认家庭中妻、夫和子女的个体性和与此相连的自治和契约架构。依据个人主义理念,作为生产团体的家庭被溶解为家庭元素,这在经济上亦属合理^[24](P171)。依据西方自由主义的主流价值观,个人不再是家庭的成员而是自主的个体,个人和国家的关系取代了家庭共同体与国家的关系。例如在德国家庭法领域,个体主义思想占据支配地位,家庭首先表现为家庭成员之间的各种权利,其次才被认为是一个共同体^[25](P3)。尽管如此,家在西方自由主义社会理论中仍有位置,其仍然是人们理解个人主义和现代性的重要载体^[26](P173)。

① 由于个体存在相互交往的需求,因此个人主义并不排斥个体之间的合作。

(二)《民法典(婚姻家庭编)》的价值本位分析

中国传统文化不可能独立产生作为现代性核心的个人观念。韦伯在对比古代文明类型的基础上,认为我国古代是独特的“家产官僚制”社会:一方面是理性主义的官僚制,另一方面是传统主义的家产制^[5](P320-P326)。这是一个悖论性的支配模式,皇室视天下为“家产”的非理性主义以多种形式对理性化的官僚制进行渗透和浸润,构成两千余年中国社会循环往复的基本政治结构。我国传统的家庭结构所蕴含家庭本位和集体主义的理念,不仅构成政治国家的意识形态载体之一,也是家庭财产法的重要价值基础。我国古代家庭(族)的生活样式可以概述为家族共产制,亦即为着眼于维持家计的同居共财,这一制度渊源反过来可以稳固近亲属之间的血缘关系^[4](P65,77)。

近几十年来,随着城市化和工业化的深度推进,乡土社会解体导致家庭退出社会体系主导地位,其所遗留下的真空则由工商社会基础上形成的个人主义逐步填补。重视权利和自我实现的个人主义思想迅速在我国社会兴起^[27](P82)。市场经济及其工具理性日益渗透至婚姻家庭关系的内容,个人主义价值观对于婚姻家庭关系的影响得到前所未有的增强。在市场经济向社会生活各个层面全面渗透、家庭观念所主导的传统生活世界不断退守的背景之下,现代民法中的“人”与中国社会中的家庭本位之间、现代的个体自由价值与延续至今的“家”的价值之间形成的对立和冲突,成为我国婚姻家庭制度中的重大难题之一^①。当代婚姻家庭关系存在着团体主义与个人主义两种理念:前者强调家庭共同体的维护,以感情、理想作为婚姻家庭生活的本质;后者注重个人幸福的保障,以经济状况作为衡量婚姻家庭关系是否实惠的基础标尺。有关我国婚姻家庭法律的价值本位,理论上认识不一,具体而言有三种主流观点:其一,婚姻家庭应当遵循私法整体意义上的个人主义本位。该观点通常从私法的整体出发,认为作为民法基本原则的意思自治所保障的是个人自由而非集体自由,无论是所有权自由、契约自由还是婚姻自由、遗嘱自由,它们都是个人自由在私域的具体展开与呈现^[28](P15)。其二,个人权利为基础的家庭本位。该观点通常认为,婚姻家庭法必须纠正现代社会对家庭功能的扭曲,家庭成员的个人权利平等本就与传统家庭价值相抵触,应当在注重个人的权利、平等、自由以及个人进益的基础上,提升家庭团体精神价值,后者系立足于家庭团体认同下的互助关怀^[29](P43)。其三,个人独立下的团体本位。该观点通常认为,婚姻家庭的核心价值是关爱、责任、互惠、利他、奉献,而非追求经济利益最大化。婚姻家庭法的价值选择是人格独立下的团体主义,在保障个人利益的同时要维护人伦秩序,实现家庭幸福安宁、实质正义与弱者保护功能^[30](P72)。

现代私法上以工具理性与个人主义为基础的“人”与我国社会中的家庭团体本位之间的矛盾,其本质是《民法典》之中处于主导地位的财产编与婚姻家庭编之间在价值理念上的差异。我国《民法典(婚姻家庭编)》应当采取兼顾个人尊严、自由与团体主义的价值本位,主要理由在于:第一,个人主义方法论是分析现代民法的重要工具。《民法典(婚姻家庭编)》在个人主义的影响下注重个体的幸福,可以增加并优化该编与《民法典(财产编)》之间的共性。然而不可否认的是,由于深受传统社会价值体系的影响,我国婚姻家庭法上个人自由的空间历来并不宽松。但从古代的家产本位到近现代的个人本位的发展演进过程来看,个人价值和自由仍然呈现出渐趋彰显的态势。第二,随着城市化和工业化的深度推进,我国的家庭结构并非以线性化的方式演进。尽管总体上我国家庭结构趋于小型化。现代化背景下我国民众婚育观念和选择的多元化似乎在撼动传统大家庭,然而年轻夫妇在城市化进程中所面临的抚幼、购房、家庭团聚(祖孙三代)的需求,在很大程度上依赖于传统大家庭来化解。家庭在应对老龄化社会的现实养老等问题上仍然具有独特且重要的功能,通过政府、市场等系统与家庭的合作关系可以使中国绵延千载的传统养老文化得以传承与进化。第三,个人主义的价值取向与家庭主义之间并非完全对立,而是可以兼容。“家”作为个体生命存在的完整形态包含了个人所追求的自由和幸福的价值,两者是相互依存

^① 2001年出台的《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(三)》曾引发巨大争议,争议的实质是家庭个体化问题。

的对立统一体。以“家”为方法检视个人主义观念、市场理性和工具主义对于家庭制度的社会效果,并在婚姻家庭编对作为《民法典》基本价值取向的私法自治进行必要的限制,以实现个人利益与家庭利益之间的衡平^[31](P113)。

《民法典(总则编)》强调意思自治原则(第5条),《民法典(婚姻家庭编)》又规定“婚姻家庭受国家保护”原则(第1041条第1款),并强调家风建设、夫妻互相忠实以及家庭成员之间敬老爱幼、互帮互助等,表明婚姻家庭编维系和兼容家庭的团体属性与个人自由的立法思路。然而,在价值层面上并不能笼统地得出“《民法典(婚姻家庭编)》对婚姻家庭共同体的维护优于对个人自由的保护”的结论,对此应结合法律规范的目的进行具体分析^①。

(三)《民法典(婚姻家庭编)》价值理念的规范阐释

《民法典(婚姻家庭编)》在尊重个人尊严和自由的基础上,维护家庭团结与和睦的规范,主要表现如下。第一,结婚与离婚条件更加强调意思自治原则。《民法典》删除禁止“患有医学上认为不应当结婚的疾病患者”结婚的规定(《民法典》第1053条),增设“一方婚前患有严重疾病但在结婚登记前不告知对方”作为可撤销婚姻的事由,受欺诈方可以向人民法院请求撤销该婚姻,表明立法者对当事人婚姻自主权的尊重。为避免离婚案件“久调不判”,该法第1079条新增“经人民法院判决不准离婚后,双方又分居满一年,一方再次提起离婚诉讼的,应当准予离婚”,以保障当事人的离婚自由。第二,设立离婚冷静期制度(《民法典》第1077条),确保夫妻双方协议离婚的决定是出于真实的意愿和审慎考虑的结果,有利于保障未成年子女的最佳利益,体现了立法者在离婚自由、防止轻率和冲动离婚与维护家庭稳定之间进行适当平衡的价值取向。第三,废止计划生育的规定,使生育权重新归属于家庭。因近年来人们生育观念日益多元化,夫妻之间的生育权冲突逐渐加剧。立法者否认有关生育权的侵权责任,而是将该纠纷纳入法定离婚事由(法释[2020]22号第23条),这体现出对生育自决权和婚姻自主权的尊重。第四,《民法典》新增日常家事代理权作为夫妻共同生活的基础,肯定了夫妻双方对日常家庭生活相关事项都享有平等的家事决定权,有利于维护夫妻和家庭的团结与和睦(《民法典》第1060条)。第五,通过离婚时的财产分配制度保障夫妻和家庭成员的和睦团结。该法规定离婚时夫妻共同财产的分割依据照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决(《民法典》第1087条第1款);夫妻一方因养老育幼、协助另一方工作等负担较多义务的,离婚时可以请求另一方补偿(《民法典》第1088条);离婚时无过错方有权请求损害赔偿,并新增“其他重大过错”作为兜底条款(《民法典》第1091条),这体现出对家庭中弱势一方、负担较多义务方以及无过错方的特殊保护,有利于实现实质公平。第六,《民法典》采取婚后所得共同制作为法定的夫妻共同财产制,并明确区分夫妻共同财产(《民法典》第1062条)与夫妻个人财产(《民法典》第1063条),将投资的收益列入夫妻共同财产,扩大了夫妻共同财产的范围,并规定“夫妻对共同财产,有平等的处理权”。然而,法释[2020]22号第26条规定夫妻一方个人财产在婚后产生的收益,除孳息和自然增值外,应认定为夫妻共同财产。收益与孳息两个概念难以区分,对此予以进一步解释:因夫妻一方婚前财产的自然增值与非投资经营性收益与另一方配偶的贡献无关,将其排除在“投资的收益”之外作为夫妻个人财产,符合人们的正义观念;相反,具有风险性的投资收益(股票、基金、租金)通常离不开另一方配偶的帮助和支持,应当属于夫妻共同财产^[32](P70-71)。这样解释亦符合婚姻家庭编维护夫妻团结与和睦的价值取向。第七,夫妻共同财产系夫妻共同生活的重要物质基础,婚姻关系存续期间,通常不得通过诉讼方式请求分割夫妻共同财产。但是一方具有严重损害赔偿共同财产利益的行为或者不同意支付相关医疗费用的情形除外(《民法典》第1066条)。这体现出对家庭团结稳定的维护。第八,《民法典》在夫妻共同债务与

^① 例如,《民法典》第1001条规定,身份权的保护可以依据其性质参照适用人格权保护的相关规定。由此产生的问题是,如果第三人侵害他人婚姻关系,无过错方能否依据向第三人主张夫妻身份权遭受侵害的损害赔偿?我国司法审判实务通常对受害人向第三人主张侵权损害赔偿通常持否定态度,因为建立在个人自由基础之上的婚姻共同体并不具有阐释排他效力的夫妻身份权的效力,其基于特定的人伦秩序,仅仅具有对内效力。这也属于比较法上的共识。

个人债务的认定上(《民法典》第1064条),确立了“个人债务推定”规则,除非债权人举证证明债务的负担系基于双方的共同意思表示或用于夫妻的共同生活或者共同生产经营,否则均为个人债务。这有利于保护举债方配偶的个人利益,并兼顾债权人的利益与夫妻共同体的维护。然而,《民法典》并未涉及夫妻一方侵权之债究竟属于夫妻共同债务还是个人债务的问题,可以将该行为是否在社会观念上被认为是为家庭共同体增益而实施作为判断标准。第九,《民法典》规定夫妻共同债务应当共同偿还,共同财产不足以清偿的则取决于夫妻协商与法院判决(《民法典》第1089条)。但该条并未规定夫妻共同债务的清偿方式。在夫妻“共债共签”与单方为家庭日常生活所负债务的情形,由夫妻双方承担连带清偿责任;但在用于夫妻共同生活、共同生产经营所负债务以及单方侵权之债情形,夫妻共同债务的责任财产应当仅包括举债方的个人财产和夫妻共同财产,不包括举债方配偶的个人财产^[331](P50)。如此,有效平衡债权人交易安全保护与举债方配偶一方的利益。

三、《民法典(婚姻家庭编)》家庭自治与国家管制的平衡

随着理性与自由主义在婚姻家庭领域的渗透与擢升,夫妻和家庭关系具有契约化的趋势。《民法典》规定婚姻、收养和监护等身份关系协议参照适用合同编,该原则性规定是婚姻家庭自治扩张的重要表现。婚姻家庭编基本原则所包含的实质正义理念,为法官对有关身份关系协议进行形式控制与法律审查提供了价值基础。

(一) 家庭自治在现代家庭法领域的勃兴

近代以来,随着西方资本主义制度的逐步确立,“从身份到契约”的运动使民事主体平等、意思自治原则成为市民社会法律秩序的基础。私人自治原则被奉为民法的主臬,是“个人通过其意思自主形成法律关系的原则”^[341](P2)。婚姻自由与收养自由均以创设、解除夫妻关系与亲子关系为目的,而家庭自治系指在家庭内部,夫妻以及家庭成员之间基于平等、自由的价值理念处理私人和家庭生活事务并得到法律尊重的自由。与婚姻自由、收养自由相比,家庭自治具有更为广阔的内涵和适用领域。在比较法上,《欧洲人权公约》第8条第1款规定“人人有权享有使自己的私人和家庭生活得到尊重的权利”。20世纪末,美国一些州规定夫妻可以订立婚姻契约对婚姻关系存续期间以及离婚等事项作出预先安排,法院通常尽力维护此类婚姻关系协议的效力。这表明作为交易法核心的契约自由原则已经逐渐向婚内事务扩张。

伴随着改革开放的历史进程,我国1980年颁布《婚姻法》、2001年修订《婚姻法》、2020年颁布《民法典(婚姻家庭编)》均是以不断扩大个人自由权利,完善家庭自治为立法理念。与经济和社会的进步相适应,人们不断地趋向于有目的地强调婚姻双方在人身和财产关系中的契约思想,与不平等的家长制结构相比,夫妻和家庭关系的契约化本身意味着理性与自由主义的擢升。现代婚姻法的“夫妻标准形象”是平等的伴侣关系,包含人格独立、个人自治和分工合作等特征。在婚姻关系内部,契约的概念已经由婚姻缔结扩张到婚姻生活的各个方面。依据《民法典》第1035条的规定,夫妻双方都有各自使用姓名的权利和参加工作、生活、学习以及社会活动的自由。在夫妻财产法上,契约自由得到广泛的适用,从单一的法定共同财产制到法定财产制与约定财产制并立,夫妻共同决定其财产状况的自由权利不断扩大。在登记离婚中,当事人就离婚、子女的抚养、财产分割等问题达成一致,经一个月的离婚冷静期,即可通过婚姻登记机关解除婚姻关系。夫妻关系、其他家庭成员之间的关系在形式上是平等的,因而是家庭自治适用的主要领域。然而,父母与未成年子女之间属于“民事屈从关系”,双方并不具备平等的要素,不可能亦无必要实现平等。

(二) 家庭自治的主要类型与《民法典》第464条的参照适用

《民法典》第464条第2款是婚姻家庭自治扩张的重要表现形式。1999年颁布并实施的《合同法》第2条第2款规定:“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”人们通常认为,该条明

确将身份合同排除在《合同法》的规范范围之外^[35](P1)。这表明,《民法典》改变了此前《合同法》不得适用于身份关系协议的规定,针对婚姻、收养和监护等身份关系协议,在具体个案中可以参照适用合同编。据此,《民法典》第464条第2款实质上成为沟通婚姻家庭编与合同编的重要桥梁。在民法诸部分中,合同法是意思自治原则得以贯彻的主要适用领域。合同法与家庭法所调整的均是人与人之间的关系,但是前者规范的是陌生人之间的利益关系,而后者规范的是具有伦理身份关系的人之间的利益关系。合同法与家庭法的上述异同点为身份关系协议参照适用合同法创造了可能性和弹性基准。身份关系协议对于合同编的参照适用应当结合具体类型进行分析。具体而言:

第一,纯粹的身份法律行为。纯粹的身份法律行为是指自然人以设立、变更或者终止身份法律关系为目的的法律行为,例如结婚、协议离婚、协议收养以及收养解除。此类身份行为具有浓厚的伦理色彩,是构建亲属身份生活秩序的基础行为,可以称之为基础身份关系协议。基础身份关系协议对于合同编的参照适用受限于亲属身份行为的伦理属性以及家庭法的秩序。例如《民法典》第1053条规定婚姻缔结的欺诈仅限于重大疾病未如实告知的情形,对此不得按照交易中的欺诈予以扩张。

第二,基于身份关系发生或解除的与财产相关的协议,以离婚协议为典型。离婚协议实质上以婚姻关系的解除为生效条件,包括夫妻离婚的合意、夫妻共同财产的分割、共同债务的清偿、未成年子女的抚养等内容的“混合协议”,这些人身和财产关系上的安排形成一个不可分割的整体^[36](P100)。与纯粹的身份关系协议相比,基于身份关系发生或解除的与财产相关的协议的伦理性趋弱而财产性增强,为参照适用合同编提供了更多的可能性。

第三,有关身份权利的行使、义务履行的协议。家庭成员之间的权利义务包括夫妻之间的忠实义务(或者称为“配偶权”)、夫妻之间给付扶养费的权利义务以及离婚后的探望权等。近年来,以上述权利的行使、义务的履行为内容的协议逐渐增多,并在协议中约定违反义务的金钱补偿条款。典型如“夫妻忠诚协议”“探望权补偿协议”“抚养费给付协议”“夫妻空床协议”等。对于此类协议的法律性质,理论上认识不一。有学者认为,夫妻关系建立在亲属伦理的基础之上,将他(她)们之间的权利义务关系契约化,不可避免地会使伦理关系被财产关系所取代,进而导致夫妻关系金钱化和功利化。“夫妻忠诚协议”“夫妻空床协议”等不应当被赋予法律效力,而是应归入道德调整领域的情谊行为^[37](P13-14)。“有关身份权利的行使、义务履行的协议”究竟是属于法外空间还是具有法律意义,主要不是法律技术问题,而是价值衡量和选择的问题,体现了家庭与市场、法律与伦理、情理与法理的互动,映照国家对个人、社会的治理智慧。家庭成员之间达成的身份权行使或义务履行的协议是对家庭身份生活作出预先的安排,双方约定的身份权行使或义务履行的赔偿金或违约金是为了使该预先安排得以实现而借以实施的法律手段。《民法典》第464条第2款规定的“参照适用”条款无疑是解决此类纠纷最为恰当的路径。

(三) 婚姻家庭领域的国家管制及其限度

家庭自治在婚姻家庭领域勃兴的同时,国家公权力强化了介入家庭自治领域的力度。我国《宪法》第49条第1款规定婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。从基本权利体系的角度看,这表明妇女、儿童等属于受国家保护的特定主体^[38](P290)。《民法典(婚姻家庭编)》第1041条第3款规定“保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益”。在体系上,该条第3款是第1款“婚姻家庭受国家保护”原则的具体表达。

国家对婚姻家庭领域的干预和管制源于两个方面的原因。其一,夫妻与家庭成员之间的力量存在着强弱结构。在婚姻家庭内部,家庭成员之间实力强弱的差异非常普遍。因为受制于伦理道德因素,尽管与财产法上的消费者/生产者、劳动者/雇佣者等市场关系有所不同,但是矫正自由主义的流弊,则是现代民法的共同目标。国家介入婚姻家庭领域并非以财产为对象,而是以家庭中的权威和实力为对象。通过国家的强力介入,使家庭成员养成独立和平等的观念^[17](P24)。其二,婚姻家庭关系自身具有动态性与复杂性。婚姻家庭关系可能涉及外部环境(例如工作、子女出生或疾病)以及内部关系(例如爱好、

个性、情感等)的变化。由于夫妻和家庭成员对于未来的变化会作出怎样的调整难以预测,因而很难通过充分议价而缔结公平的人身或财产契约。有必要从实质公平的角度出发,对婚姻家庭领域的自治行为进行管制^[39](P74-75)。简言之,《民法典(婚姻家庭编)》等相关规范通过协调他治与自治的关系,实现婚姻家庭成员利益的平衡,以有效保护妇女、儿童、老人等家庭弱势群体合法权益,维护婚姻家庭关系的稳定。国家对婚姻家庭关系的管制,可以称为“婚姻家庭法的公法化”^[40](P77)。国家对婚姻家庭的干预与管制是私法公法化在民事身份法中的具体表现,从而使婚姻家庭法兼具私法与公法属性。

《民法典(婚姻家庭编)》中的国家管制有两种形式:一是国家权力干预的他治;二是社会权力介入的他治。国家权力干预系指通过强制性规范的干预家庭自治行为,是对家庭自治的强限制。例如子女应尊重父母的婚姻权利,不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活(《民法典》第1069条);离婚救济制度中的家务劳动补偿规则,不再以夫妻分别财产制为前提(《民法典》第1088条),促进了形式平等与实质正义的实现^[41](P181)。为保护未成年人的合法权益,扩大被收养人范围(《民法典》第1093条),该法明确规定“收养应当遵循最有利于被收养人”和“禁止借收养名义买卖未成年人”(《民法典》第1044条),规定收养人“无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录”的前提条件(《民法典》第1098条)等。社会权力介入是指妇女联合会、居民委员会、村民委员会等行使社会权力的社会组织依法介入婚姻家庭关系,是对家庭自治的弱限制。社会权力可以充分利用人情、村规民约,以及家庭道德风俗等非正式约束来消除当事人之间的对立情绪、化解家庭矛盾,介入家庭自治,预防侵害妇女、儿童以及老人等家庭侵权行为的发生。

《民法典(婚姻家庭编)》以家庭为本位,团体主义色彩浓厚,因此须对婚姻家庭领域的家庭自治施以较多的限制。国家公权力或者社会权力对婚姻家庭关系既要适度介入,保障家庭成员的基本权利,又要尊重个人对婚姻家庭生活的自我决定权,给家庭自治以适当的空间,这亦是“婚姻家庭受国家保护”原则的重要方面。国家对婚姻家庭关系的管制必须遵循以下两大规则:一是法律保留原则,即国家对家庭生活事务的干预必须具有法律上的依据,不能非法干预;二是比例原则,即在时机、方式与程度上须与保护弱者权益的需要相对称,不能过度干预。

四、结论

婚姻家庭编法教义学的体系化构建包含三个维度:强调制度普适性的世界维度、注重符合我国国情民意的中国维度以及追求长远持续而又尚未定型的时代维度^[42](P62)。《民法典(婚姻家庭编)》中的婚姻家庭受国家保护、婚姻自由、男女平等、一夫一妻、弱者保护等原则构成婚姻家庭编的内在体系。这些原则既立足于我国新时代婚姻家庭的价值形态与基本结构,又体现了婚姻家庭法在社会发展与变化中的成长性,反映了立法者对于婚姻家关系中的传统伦理与现代法理、家庭本位与个体自由、国家管制与家庭自治等理念的贯彻与平衡。具体而言,《民法典(婚姻家庭编)》的伦理、自治与强制包括以下三个方面。

第一,家庭伦理与现代法理的共治。在现代化的进程中,传统与现代并非截然对立,社会的发展进步需要弘扬优良的历史和文化传统。婚姻家庭编既要注重保障公民的人格尊严和自由,完善婚姻家庭的权利体系;又要重视和维护健康文明、和谐有序的家庭伦理观念,弘扬家庭美德,维护婚姻家庭秩序,促进社会公正。从体系与立法目的角度看,《民法典》第1043条规定“树立优良家风”条款旨在追求家庭共同体的完整和睦、家庭成员在情感与利益上的互利互助、个人尊严与自我实现之间的平衡。

第二,家庭团体与个人主义的兼容。现代私法上以工具理性与个人主义为基础的“人”与我国社会中的家庭本位之间的矛盾,其实质是《民法典》之中处于主导地位的财产编与婚姻家庭编之间在价值理念上的差异。《民法典》婚姻家庭编规定“婚姻家庭受国家保护”原则(第1041条第1款),并强调家风建设等伦理道德,表明婚姻家庭编维系和兼容家庭的团体属性与个人自由的立法思路。然而,在价值层面上

并不能笼统地得出《民法典》婚姻家庭编对婚姻家庭共同体的保护优于个人的自由的结论,对此应当结合法律规范的目的具体分析。

第三,家庭自治与国家管制的平衡。随着经济与社会的进步,夫妻和家庭关系具有契约化的趋势,这意味着理性与自由主义的擢升。婚姻家庭自治扩张的重要表现形式是《民法典》第464条第2款,该条款针对婚姻、收养和监护等身份关系协议参照适用合同编的原则性规定。然而,在现代化进程中婚姻家庭编具有公法化的趋势。婚姻家庭编基本原则所包含的实质正义理念,为法官对有关身份关系协议进行形式控制与法律审查提供了价值基础,有利于平衡家庭法领域中个人自治权与弱者获得实质公平保护之间的冲突。

参考文献

- [1] 薛宁兰,谢鸿飞. 民法典评注·婚姻家庭编. 北京:中国法制出版社,2020.
- [2] 林晓珊. 改革开放四十年来的中国家庭变迁:轨迹、逻辑与趋势. 妇女研究论丛,2018,(5).
- [3] 费孝通. 乡土中国 生育制度 乡土重建. 北京:商务印书馆,2016.
- [4] 滋贺秀三. 中国家族法原理. 张建国、李力译. 北京:商务印书馆,2013.
- [5] 马克斯·韦伯. 中国的宗教:宗教与世界. 康乐、简惠美译. 桂林:广西师范大学出版社,2011.
- [6] 金观涛,刘青峰. 观念史研究. 北京:法律出版社,2009.
- [7] 郑全红. 中国家庭史·民国时期. 广州:广东人民出版社,2007.
- [8] 梁慧星. 民法总论. 北京:法律出版社,2017.
- [9] 李拥军. “家”视野下的中国法制现代化. 上海:上海三联书店,2020.
- [10] 络德睦. 法律东方主义:中国、美国与现代法. 魏磊杰译. 北京:中国政法大学出版社,2016.
- [11] 方乐. 法律实践如何面对“家庭”. 法制与社会发展,2011,(4).
- [12] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论:下. 王晓晔、邵建东、程建英等译. 北京:法律出版社,2013.
- [13] 王轶. 民法典的立法哲学. 光明日报,2016-03-02.
- [14] 梁漱溟. 中国文化要义. 上海:上海人民出版社,2011.
- [15] 王跃生. 中国当代家庭家户和家的“分”与“合”. 中国社会科学,2016,(4).
- [16] 谢鸿飞. 《民法典》中的“国家”. 法学评论,2020,(5).
- [17] 陈聪富. 韦伯论形式理性之法律//许章润. 清华法学:第2辑. 北京:清华大学出版社,2003.
- [18] 费迪南·滕尼斯. 共同体与社会. 林荣远译. 北京:北京大学出版社,1999.
- [19] 边沁. 道德与立法原理导论. 时殷弘译. 北京:商务印书馆,2000.
- [20] 朱庆育. 法典理性与民法总则——以中国大陆民法典编纂为思考对象. 中外法学,2010,(4).
- [21] Lawrence M. Friedman *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture*. Cambridge: Harvard University Press,1990.
- [22] 朱庆育. 民法总论. 北京:北京大学出版社,2016.
- [23] E. Nathaniel Gates, Bondage, Freedom and the Constitution. *The New Slavery Scholarship and Its Impact on Law and legal Historiography*. *Cardozo Law Review*, 1996, (18).
- [24] 古斯塔夫·拉德布鲁赫. 法哲学. 王朴译. 北京:法律出版社,2013.
- [25] 迪特尔·施瓦布. 德国家庭法. 王葆蔚译. 北京:法律出版社,2010.
- [26] 肖璞. “家”作为方法:中国社会理论的一种尝试. 中国社会科学,2020,(11).
- [27] 易军. 私人自治与私法品性. 法学研究,2012,(3).
- [28] 易军. 私人自治的政治哲学之维. 政法论坛,2012,(3).
- [29] 曹贤信. 亲属法在民法典定位中的价值取向难题之破解与对策. 华中科技大学学报(社会科学版),2014,(4).
- [30] 夏吟兰. 婚姻家庭编的创新和发展. 中国法学,2020,(4).
- [31] 肖新喜. 论民法典婚姻家庭编的社会化. 中国法学,2019,(3).
- [32] 冉克平. 夫妻财产制度的双重结构及其体系化释论. 中国法学,2020,(6).
- [33] 朱虎. 夫妻债务的具体类型和责任承担. 法学评论,2019,(5).
- [34] 维尔纳·弗卢梅. 法律行为论. 迟颖译. 北京:法律出版社,2013.

- [35] 崔建远. 合同法总论:上卷. 北京:中国人民大学出版社,2011.
- [36] 陆青. 离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究. 法学研究,2018,40(1).
- [37] 余延满. 亲属法原论. 北京:法律出版社,2007.
- [38] 胡锦涛,韩大元. 中国宪法. 北京:法律出版社,2018.
- [39] 凯瑟琳娜·伯勒·沃基. 欧洲婚姻财产法的未来. 樊丽君译. 北京:法律出版社,2017.
- [40] 夏吟兰. 民法分则婚姻家庭编立法研究. 中国法学,2017,(3).
- [41] 王歌雅. 民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修为. 东方法学,2020(4).
- [42] 谢鸿飞. 民法典制度革新的三个维度:中国、世界和时代. 法制与社会发展,2020,(4).

Ethics, Autonomy and Coercion in Marriage And Family Section of *The Civil Code*

Ran Keping (Wuhan University)

Abstract Due to the influence of individualism and liberalism, the family order and the traditional concept of family and country have been challenged frequently in recent years. The principles of freedom of marriage, gender equality, monogamy, protection of the weak, etc. stipulated in *The Marriage and Family Section of The Civil Code* reflect the legislators' implementation and balance of traditional ethics and modern legal principles, family standard and individual freedom, state control and family autonomy in marriage and family relations. The co-governance of family ethics and modern legal principles aims to pursue the integrity and harmony of the family community, the mutual benefit and mutual assistance of family members in terms of emotions and interests, and the balance among the self-realization of individual dignity, freedom and happiness; The principle that marriage and family are protected by the state (Article 1041, paragraph 1) and the emphasis on ethics and morals such as family tradition, show that *The Marriage and Family Section* take into account both the family's group attributes and individual freedoms. Formal control and legal review of identity relationship agreements provide a value basis for judges to properly balance the conflict between the autonomy of individuals in the field of family law and the substantial and fair protection of the weak.

Key words marriage and family law; family ethics; family culture; *The Civil Code*; family autonomy; protection of the weak

■ 收稿日期 2022-05-22

■ 作者简介 冉克平,法学博士,武汉大学法学院教授、博士生导师;湖北 武汉 430072。

■ 责任编辑 李 媛