

论中国家事法的变迁

贾焕银

(重庆大学法学院,重庆 400045)

摘要:善法是表述方式上的存在与实体上的存在相互一致的法。家事法与家事法律间的差异构成制约中国家事法完善发展的一大障碍。中国家事法的完善与发展存在于这种悖反与差异的不断消弭之中。发展和完善中国家事法应着重于实现:一、在观念上从家族法到家事法之变迁;二、在重心上由纠纷解决到家事生活规整之转移;三、在外延上由核心家庭到非婚家庭之拓展。

关键词:家事法;家事法律;家族法;家事生活;核心家庭

中图分类号: D923.9 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-7699(2015)01-0035-05

一如法本身表述方式上的存在与实体上的存在往往并不一致一样,在中国,家事法亦不例外。由古典社会延续和当代社会生活中衍生出来的家事生活规范大多没有被公开宣布但却实体有效,因而缺乏表述方式上的存在之有效要件;而以婚姻法、继承法等命名的家事法律虽被公开宣布但却不无实体无效的具体规范,因而部分缺乏实体上的存在之有效要件。家事法与家事法律二者间的这种极度悖反与差异构成制约中国家事法完善发展的一大障碍。

善法或者说理想状态下的法,是表述方式上的存在与实体上的存在相互一致的法,中国家事法的完善与发展存在于这种悖反与差异的不断消弭之中。所需强调者不仅仅是表述方式和实体方面趋于一致的问题,更主要的是二者各自的发展完善问题。基于事物发展普遍规律,后者更是当下中国家事法完善与发展的两个主要方面。一方面,在实体形式上,挖掘、整理和转换由古典社会延续而来的实体家事生活规范虽仍不可或缺,但当代社会生活累积成型的新型家事生活规范理应被赋予更大的重要性;另一方面,在表达方式上,既有家事法律表达技术尚需完善,而新型家事实体规范要求与其相适应的表达形式和实现家事法表达形式整体上的变迁则是重中之重。细述这两个方面,完善发展中国家事法,即在于实现下述三个方面的变迁。^①

一、观念变迁:从家族法到家事法

不论中外,家庭会议之制古已有之。我国《周礼·春官宗伯第三·大宗伯》有曰:“以饮食之礼,亲宗族兄弟”,古罗马亦有旨在防止亲权滥用的家属会议。在德、法、瑞、日等主要大陆法系国家民法中,都设有亲属会议制度。我国向来奉行家(族)事自治原则,台湾地区民法亦设有“亲族会”的规定。依台湾著名民法学家史尚宽先生观点,台湾民法此等规制与域外规定比较而言有其优点,但在立法上,家族(宗族)观念并非如其所言“片鳞半爪之遗存”,^[1]而是以各种形式、在不同层面上不仅在亲属法、民法甚至整个法律体系中存在,规整并影响法律实践、家事生活及家事法研究。

收稿日期: 2014-11-12

基金项目: 国家社科基金项目“民间规范司法运用方法研究”(09CFX059);中央高校基本科研业务费项目“法律发展方法研究”(CQDXWL-2012-Z024)

作者简介: 贾焕银(1973-),男,山东泰安人,重庆大学法学院副教授,博士生导师,法学博士。

① 本文所称家事法,一如法与法律之关系一样:一是指规整家庭生活社会规范的总称,二是指与家事法律对称的实体有效的家事规范类型。

与台湾地区民法不同,在我国现行民法中,不仅类如“家事会议”之规定付之阙如,而且家事生活的若干重要事项也多未涉及。此种法律发展状况并不能回应家事生活实践对有效家事法的强烈需求。自改革开放以来,中国社会急剧转型,由家族(宗族)家庭向核心家庭的组织形式和观念变迁致使大量法律漏洞涌现、家事纠纷化解无以为据。在理想状态下,家事法和家事法律本应是一个良性互动过程:一方面,主要借助国家推行的普法活动和公民守法行为,家事法律在家事生活实践和家事法中散播开来,得以规整社会家事行为和导向家事法发展;另一方面,经历商谈、民主和决断等政治过程与甄别、解释和适用等法律过程,家事法能够有序合理地跃迁入家事法律中,得以获致合法性和回应家事生活实践的法律需求。

但当下家事法实践却呈现这样一种悖反状况:一方面,核心家庭主导下的家事生活笼罩于延续古典社会而来的家族法(宗族法)阴霾中,无法获得适合自身家事法律的规整。建国以来半个多世纪的发展,已累积形成蕴涵新型家事生活规范的当代中国基本家事生活型态(尽管仍在发展完善中),但由古典社会延续而来的家族法(宗族法)却挥之不去,在观念层面上极其强大地影响着当代中国家事生活实践。而孕育于当代家事生活实践中的新型家事生活规范虽在行动层面有效,却无法在观念上赢得支配地位并跃迁为家事法律进而正式地规整新型家事生活实践。另一方面,以婚姻法、继承法等命名的家事法律虽具形式效力但却多无实效,家事法虽在家事生活实践中具有实效但却多无形式效力。家事法律之无实效性,除立法粗疏而需解释、回应性不足而需漏洞填补等情形外,更为主要的原因是家事法律与家事法并存所生的二元规则状况。于此之适例莫过于结婚在家事法律所规定的“登记”和家事法所认可之“婚礼”间的区分与差异。此种状况不仅导致家事法律多无实效之状况,亦致使家事法上的多种纠结与无奈。但此种二元规则并存状况,不唯中国独有,在我国法律效仿颇多的德国亦有其存。所不同者,由于受到宗教传统深刻影响,在德国此种状况具体体现为“国家规则和宗教规则”之并存。德国立法者深刻体认此种社会状况,尊奉双轨制原则,认可两种家事法体系并存局面并将其在民法典中规定下来。^① 反观我国的状况,家事法律并未就其与家事法的整体关系作出具体明确规定,而只是,一则在民事一般法中原则规定民事活动应当“尊重社会公德”;二则在具体司法实践中将家事法置于补充地位。此种关系状况,一是,导致家事法律与家事法的整体关系多元化。“尊重”一词并不十分严谨,具有很大解释空间。在其中,家事法律与家事法的整体关系可做出多种设计与操作。^② 二是,产生司法实践中家事法功能的失序与混乱。如有学者将国家法与民间法之互动形式归结为六种,^[2] 此若干互动形式并不具有功能之同一性,而使得家事法对家事法律并不能充分实现可能具有之功能与作用。

中国家事法亟须克服这种悖反现象方得继续发展与完善,观念上由家族法向家事法的变迁则是重中之重。首先,延续古典社会而来的家族法固然表现为强烈的观念上的遗存,但由于赖以生长的古典社会生活已不复存在,其影响行为的实际能力已不复从前。虽然在古典社会生活背景下家族法能够延缓现代家事法律制度的接受与实施,但在当代家事生活背景下家族法传统已不复具有整体性影响,而只能为局部、点滴之规整。与这种状况相适应,中国家事法发展与完善需通过种种途径实现此类功能方式的变迁。其次,错位之观念与生活不可能长久相互撑持或羁绊,伴随现代家事生活孕育而来的家事法(观念)欲将也必将成为影响与规整当代家事生活的主导观念与规范。而综观家事法研究,古典家事法(观念)之梳理、描述和解释仍居于主导地位,现代家事法(观念)之调查、描述与分析,虽然不乏关注与求索,但整个研究仍很薄弱,^[3] 其基本意义和理论脉络尚未清晰和完全地呈现出来。中国家事法发展与完善正体现在对这一基本意义和理论脉络的追寻与呈现过程中。最后,当代家事法(观念)的自由权利导向已造成家事法

① 《德国民法典》第 1588 条特别规定,民法典中有关规定“不影响”婚姻在宗教上之义务,即民事婚姻法并不妨碍教徒按照教会婚姻生活,但民法典亦不赋予宗教婚姻以法律效力。参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆蔚译,法律出版社 2010 年版,第 24 页。

② 比如这种尊重是置于之上还是之下? 如果是“之上”这种状况,则可能产生软化和稀释家事法律之实证性与确定性之危险,如果是“之下”这种状况,则往往导致蕴含家事法中实质性导向价值之不彰。纵观近年司法实践和一些具体裁判案件,两种不同之情形都有实践,缺乏一种明确具体之原则性规定。于此,我国台湾地区《民法》第 1 条规定:“法律无明文规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”依此规定,至少在漏洞填补情形下,其将由“习惯”与“法理”所构成之家事法置于家事法律之下。

律制度、公共安全和社会治理上的种种危机非其自身所能化解,而须重拾古典家族法对待义务的道理,以期与个体所享有的家事生活中自由权利保持均衡与调和。^[4]对应上述家族法(观念)当代功能实现方式,此处的均衡与调和自应是自由权利而非义务观念主导,传统家族法的义务观念应得作为当代家事法自由权利观念的保障与实现方式而发挥作用。

二、重心移转:由纠纷解决到家事生活规整

法律之于社会生活,就其根本性和长远性来看,厘定秩序重于纠纷解决。秩序导向之法律往往厘定社会生活的基本关系于井井有条之状中,倡树社会生活的根本;而纠纷解决导向的法律则往往置重于社会生活失序之处,精进于适法的技术。概览当代中国法律发展,家事法律属于纠纷解决导向型而非秩序导向型,中国家事法的完善与发展必需要实现重心由纠纷解决到家事生活规整的移转。

中国家事法律纠纷解决导向特点的形成是当代中国法律发展的结果与表征。新中国建立以来,基本社会关系类型数度变迁,法律作为规控社会关系的基本规范从无到有,每每尚未扎根社会就生迁变。上世纪70年代末实行改革开放以来,由计划向市场转型之经济关系撬动的整体基本社会关系的迁变,虽历经30余年的努力,但仍在型塑与发展中。中国社会这种迁变性特点造就涉身其中法律的便宜回应性特点。一方面,基本社会关系尚在发展中,需要借助法律之力型塑和完善自身;另一方面,基本社会关系之未定型化,也使得法律不能以其为据凝炼自身。如此以来,法律只能将自身置于社会生活失序之处,置重于纠纷解决功能,而得能够通过有效化解社会矛盾不断促进基本社会关系的完善、发展与定型,又得可能通过法律实现的若干环节凝炼自身的法意质素。中国家事法律纠纷解决导向特点的形成正是当代中国法律此种发展状况的结果与表征。

当代中国家事法律肇端于1950年颁布《婚姻法》,主要由《婚姻法》和《继承法》为主干及其若干配套司法解释构成。^①除却内容简单、规范抽象和实效有限等一般缺点外,^②纠纷解决导向的特征尚是现行家事法律最为显著的特点。具体来看,这一特点及其后果主要体现在下述方面:首先,现行家事法律并不置重于基本家事生活关系的固定化,而往往着意于社会转型所生的家事生活关系失序之处,有时反使其自身成为纠纷的源泉或制造者。家事法律乃为中国特色法律体系中最具民族性的部分,基本家事生活关系是长期民族生活累积和法律规整共同作用的结果。某一时代的家事法律只能损益之而弗能更改之,加之风行的法律工具主义的助力,现行家事法律起始就着意于社会转型所生的家事生活关系失序之处而非置重于基本家事生活关系的固定化,纠纷解决导向特点的显著性自不可避免。此点与前述《德国民法典》先行厘定基本家事生活关系而后设置纠纷解决功能不同,我国现行家事法律往往放逐基本家事生活关系而径行设置纠纷解决功能的特点,有时反使其自身成为纠纷的源泉或制造者。其次,即使现行家事法律涉及基本家事生活关系的规整,很多亦不为类型化、系统化处理,而往往只截取纠纷解决所需部分而为设置,致使法律漏洞发生。以订婚及彩礼之规制为例,《德国民法典》以一节之条文(第1297条至第1302条)进行系统化、类型化处置,内容涉及不得起诉之情形、退婚时的赔偿义务、返还彩礼和诉讼时效等。反

① 在中国,最高人民法院出台司法解释具有立法性质,往往针对法律缺漏和新型案件作出具体规定。现行《婚姻法》1980年颁布后,2001年修订一次,最高法院分别于2001年、2003年和2011年出台《婚姻法解释(一)》《婚姻法解释(二)》《婚姻法解释(三)》。现行《继承法》1985年颁行,至今未修订,同年最高人民法院出台《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》。

② “内容简单”在整体层面和微观层面均有体现。从整体层面而言,我国家事法律结构并不完整。一般而言,完整结构之家事法律由婚姻、亲属和继承三部分构成(比如《德国民法典》),我国家事法律只规定婚姻和继承两部分(其中偶有涉及亲属之规定),而亲属部分则未单独成篇,整体结构并不完整;从微观层面来看,就单体事项,现行家事法律往往只择取部分而为规定,很多并未概览权衡而为一完善之规整。这一状况可自家事法律体量之差异得以印证,现行《婚姻法》条文数为51条,《婚姻法解释(一)》《婚姻法解释(二)》《婚姻法解释(三)》条文数分别为34、29和19条,而《继承法》条文数为37条,《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》条文数为64条,合计总共只有234条,《德国民法典》关于婚姻、亲属和继承之规定条文数(第1297条至第2385条)达1089条之众。参见《德国民法典》,郑冲、贾红梅译,法律出版社2001年版第301-556页。两者体量之差异非考虑散布于其他民事法律中之家事法规范所能补足。

观我国现行家事法律,将古典法律系统规整的订婚事项整体放逐的同时,只就彩礼返还这一个别情形而为规定,致使若干法律漏洞发生。^①最后,纠纷解决导向的现行家事法律不仅导致家事纠纷解决的外化和过度司法化,亦导致家事生活及其纠纷内部解决的无序化。基于自治原则,大多数家事纠纷应在家庭内部解决,^[5]但纠纷解决导向的现行家事法律由于并不置重基本家事生活关系而致家事生活无序化,家事生活规范匮乏,家庭缺乏自解决纠纷的规范、机制与能力,纠纷外化并呈现过度依赖司法解决的倾向。^②

缘上述之故,中国家事法发展与完善尚需实现重心由纠纷解决到基本家事生活关系规整之移转。

三、外延拓展:由核心家庭到非婚家庭

在任何国家的家事法中,除了“婚姻”、“家庭”是出现频率最高的词之一。在不断定义和解释婚姻过程中,家庭一词要开放很多,几乎没有一个公认定义。^③但毫无疑问的是,基于婚姻所形成的核心家庭仍是家庭一词的基本含义和外在表现形式。家庭概念始终处在发展变化中,随社会变迁而生内涵或外延缩小或扩张之势。综观数十年来中国家事法的家庭概念的变迁,可以看出它呈现下述特点。

首先,家族式家庭逐渐式微,核心家庭成为主导家庭模式。已如前述,家族虽在观念上仍对家事法产生重要影响,但在实体形式上却不复存在,家族式家庭逐步式微,核心家庭成为主导家庭模式。究其原因有三:一是,现代化进程不仅使得城市社会与乡村社会间差距日益缩小,城市化进程也使得更多农民移居城市,适宜家族式家庭成长的空间环境和条件日益缩减,现代家庭观念支配下的核心家庭主导地位更加凸显。二是,血亲内涵逐步缩减的结果。伴随现代经济社会和法律发展,家庭功能重心逐步由生产向消费移转,家庭观念更强调成员间情感联系而不是生产分工,由此导致界定家庭成员身份主要依据的血亲概念由旁系关系向直系关系缩减。由此决定,血亲内涵主要是指由父母和直系子女所构成的关系。三是,计划生育政策推行和法律实施的结果。上世纪 70 年代初,我国开始执行计划生育政策,1982 年上升为基本国策,20 年后的 2002 年施行《人口与计划生育法》。计划生育 40 余年政策的推行和 10 年法律实施的结果,不仅有效控制人口数量,提高整体人口素质,而且不断促成家庭模式由家族式家庭向核心家庭的变化。从“70 后”起算,“80 后”甚至“90 后”,特别是城市地区,基本都是独生子女,他们所组建的家庭都是核心家庭,由于并无兄弟姐妹形成旁系血缘关系,缺乏在核心家庭基础上继续扩展形成家族式家庭的社会基础。加之计划生育政策推行前后构筑之可得形成家族式家庭的社会基础,由于种种原因,正在加速消解中,这种或进或退的状况不断叠加,促进并稳固家族式家庭逐渐式微,从而,核心家庭成为主导家庭模式的发展趋势。

其次,伴随核心家庭主导地位的确立,数代人同居共财的大家庭开始消解。当代经济社会和法律发

① 《婚姻法解释(二)》第 10 条规定,请求返还按照习俗给付之彩礼,只有三种情形,法院才予支持:(1)双方未办理结婚登记手续的;(2)双方办理结婚登记手续但确未共同生活的;(3)婚前给付并导致给付人生活困难的。实现此条之立法目的尚需填补两大法律漏洞:一是何者为适格返还主体;二是彩礼外延或其数额之确定。就前者而论,是订婚者及其父母还是代替二者行事之第三人?就后者而论,彩礼仅系订婚当天给付之财物还是亦包括日常交往之馈赠,都不无疑义。参见贾焕银:《司法判决中习俗的考量与适用分析》,载《民俗研究》2009 年第 2 期,第 173-186 页。

② 下述二例为此处描述情形之适例:一是,一对夫妇结婚 20 余年,经 5 次诉讼离婚后,又 9 次诉请法院分割砖、树、狗盆等财产。参见裴晓兰:《老夫妻离婚前后对簿公堂 14 次,老妪 9 告前夫分割狗盆等财产》,载《京华时报》2012 年 1 月 4 日报道。二是,江苏省润州法院近期审结这样一起案件:妻子起诉离婚,丈夫诉请妻女支付扶养费和赡养费,女儿则起诉父亲人身损害赔偿,一家三口连环上法庭。参见王蒙、林清智:《妻告夫,女告父,夫告妻,一家三口制造连环官司》,见《现代快报》2003 年 1 月 1 日报道。

③ 在德国,根据其《基本法》和有关判例,家庭首先是指核心家庭,即由父母及其照顾下之子女间形成之生活共同体,而不论子女是继子女、养子女还是非婚生子女,但其他血亲(比如祖父母和孙子女)之间关系不属于家庭范畴。非婚同居关系也不属于家庭范畴,而由 2001 年颁布《生活伴侣关系法》规整。参见[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆苒译,法律出版社 2010 年版,第 11-12 页。在英国,有关家庭法中也没有关于家庭定义,但就适用范围不仅调整基于婚姻、同居产生之社会关系,而且调整同性之间关系来看,家庭在其中也没有一个确定含义。参见[美]凯特·斯丹德利:《家庭法》,屈广清译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 20 页。在美国,过去 40 多年中,核心家庭在所有家庭模式中之比重,从 40%降到不足 25%,婚姻失去了昔日之垄断地位,而呈现家庭多元化之趋势,进而促成了“家庭法向私法秩序”之移转。参见[美]哈里·D·格劳斯,大卫·D·梅耶:《美国家庭法精要》,陈苇等译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 11 页。

展所产生血亲缩减的现象,不仅导致家庭由旁系血亲向直系血亲的迁移,而且致使传统直系血亲关系“松动”,不仅四世同堂之家实属鲜见,为方便生活,越来越多父母和已婚子女选择毗邻而居而不是同居共财,而且依传统家族观念理所当然之事也更多为人所质疑。比如对“啃老族”的批评、有些老人向已婚子女讨要“带孙费”,^[6]就是对父母“一切为了孩子”的传统观念的反思,是主体权利和财产观念的觉醒。如此一来,数代人同居共财的大家庭开始消解,更多选择以核心家庭形式组织生活。

再次,非婚家庭日益增多。在因社会观念更新、道德批判隐退后,未婚男女婚前同居共同生活已为社会广泛接受,俨然成为非婚家庭主导力量;除此之外,一是所谓“白发银潮”的老年人同居现象,二是同性共同生活现象,共同构成非婚家庭愈发不可忽视的部分。所以越来越多丧偶老人不是选择婚姻而是同居方式共度晚年生活,就在于同居比婚姻有各自财产、继承权和子女关系“三不变”这一便利。而同性共同生活现象则是现代社会价值宽容和多元的结果。可以见得是,尽管同居只是试金石而不是婚姻的永久替代,^[7]很多同居者会选择婚姻作为其共同生活形式,但婚姻已失去对人类共同生活形式的垄断地位,由这三种同居类型所构成的非婚家庭必将成为人们选择共同生活的稳定形式。

最后,家庭多元发展日益要求专门、统一的治理模式。由上述家庭概念随社会变迁而生内涵或外延缩小或扩张之势可得看出,家庭多元化已是不争的现象。各种家庭关系日益复杂,新型家庭事件会随各种多元家庭的成长而次第出现,比如夫妻共同债务的认定^[8]、“婚前出轨协议”裁判^[9],非婚家庭对第三人应当具有何种法律后果等问题,都不仅需要审慎面对与思考,而且需要发展和设置专门、统一的治理模式予以规整。目前,中国规整家庭事务部门繁多,计生委只管生育,妇联只管妇女,无一部门统管家庭。于此,应当借鉴一些国家做法,设置统管家庭事务的家庭事务部和专门裁判家庭事件的家事法院,来因应家庭多元发展所产生的一体化治理模式的需求。

由家庭概念上述特点来看,中国家庭呈现核心家庭主导、家族式家庭式微和非婚家庭萌芽的发展趋势。新型家庭类型出现和家庭多元化现象,要求以规整核心家庭为本的之中国家事法必须要拓展外延范围,以应对家庭发展的这种新变化。

参考文献:

- [1]史尚宽.亲属法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:784-809.
- [2]王勇.国家法和民间法的现实互动与历史变迁[J].西北师范大学学报:社会科学版,2002(4):115-120.
- [3]高其才.当代中国婚姻家庭习惯法[M].北京:法律出版社,2012:2.
- [4]马汉宝.法律思想与社会变迁[M].北京:清华大学出版社,2008:138.
- [5][美]斯蒂芬·B·戈尔德堡,等.纠纷解决[M].蔡彦敏,等译.北京:中国政法大学出版社,2004:469.
- [6]唐中明,等.儿子儿媳“带孙费”拿来! [N].重庆晚报,2012-12-7(10).
- [7][美]哈里·D·格劳斯,大卫·D·梅耶.美国家庭法精要[M].陈苇,等译.北京:中国政法大学出版社,2010:4.
- [8]林利萍.离婚后,天降2800万“共同债务”[N].海峡导报,2012-11-24(7).
- [9]陈保发.出轨者蚀财,婚前协议你咋忘了? [N].重庆商报,2012-9-14(26).

The Changes of Chinese Family Law

Jia Huanyin

(Law School of Chongqing University Chongqing 400045)

Abstract: A law with mutual consistency between expression approach and entity can be considered a good law. The difference between family law and family law of state is one of obstacles which restrict improvement and development of Chinese family law. To develop and advance China family law should start from three aspects: first of all, the transition from clan law to family ideally; then the transfer from dispute resolution to normalization of family affairs intensively; lastly expansion from nuclear family to unmarried family extensively.

Key words: family law; family law of state; clan law; family affair; nuclear family

(责任编辑:董兴佩)