

# 对修订民法典婚姻家庭编 30 个问题的立法建议

## The Legislative Proposals of 30 Questions on the Revision of the Marriage and Family Compile of the Civil Code Law

杨立新

YANG Li-xin

**【摘要】** 民法典婚姻家庭编的修订工作正在进行中，全国人大常委会法工委近日召开了第一次专家研讨会，讨论应当修订的主要问题。民法典婚姻家庭编通则规定的亲属基本制度，以及配偶关系、亲子关系和婚姻财产关系，都有若干重大问题需要研究解决，在立法上进行改革，以使我国的婚姻家庭法律制度改变目前由《婚姻法》《收养法》构建起来的，规则比较简陋、与现实社会生活和世界主流民法亲属制度相脱节的规则体系，构建符合社会实际生活需要、与世界主流民法的亲属法律制度相衔接、具有中国特色的我国婚姻家庭法律制度。对其中存在不足、急需立法修订的主要问题，本文提出了具体的立法建议。

**【关键词】** 民法典婚姻家庭编 婚姻法 收养法 修订 立法建议

**【中图分类号】** DF55 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)06-0005-20

**Abstract:** The revision of the Marriage and Family Compile of the Civil Code Law is underway. The Law Committee of the Standing Committee of the National People's Congress (NPC) has held its first expert seminar recently to discuss the main issues that should be revised. There are a number of important issues that need to be studied and solved in the legislation of the general rules in the Marriage and Family Compile of the Civil Code Law, such as the basic system of relatives, spousal relationship, parent-child relationship and matrimonial property. We need to reform the simple rules based on the Marriage Law and the Law of Succession, which are not conform to the reality of social life and the world's mainstream domestic relationship of civil legal system, and to make China's Marriage and Family Legal System meet the needs of the actual social life, and connect to the world's mainstream domestic relationship of civil legal system. This paper presents specific legislative proposals on the main questions which are urgent to be revised.

**Key words:** The Marriage and Family Compile of the Civil Code Law The Marriage Law The Law of Succession Revise Legislative proposals

**【收稿日期】** 2017-07-24

**【作者简介】** 杨立新，男，1952年1月生，天津大学法学院卓越教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、法学院教授，中国民法学研究会副会长，中国婚姻法学研究会常务理事，研究方向为民商法。

**【基金项目】** 教育部人文社会科学重点研究基地重大科研课题“编纂我国民法典的重大问题研究”（项目编号：15JJD820009）。

2017年7月7日下午,全国人大常委会法工委在全国人大机关办公楼第一会议室,召开了“民法典婚姻家庭编专家座谈会”,讨论民法典婚姻家庭编修订中的主要问题。<sup>[1]</sup>与会专家对此进行了深入讨论。会后,作者针对会议的讨论意见,结合在会议之前准备的发言提纲,以及研究婚姻家庭法的体会和在司法实践中积累的经验,从民法典婚姻家庭编的基本亲属制度、配偶关系、亲子关系和婚姻家庭财产关系四个方面,进行了全面的整理和分析,归纳成为30个问题,在《中华人民共和国民法总则》规定的基础上做出专业说明,提出具体的立法建议,草拟了部分修订婚姻家庭编的具体条文,凡50余条。这些立法建议,几乎涉及了修订民法典婚姻家庭编需要解决的主要内容,特别是结合《民法总则》关于婚姻家庭制度的一般性规定,具体设计了相互衔接的条文,使婚姻家庭编的内容与《民法总则》的规定相互协调。

## 一、关于婚姻家庭编通则部分的建议

### (一) 民法典婚姻家庭编的正名

对于民法典婚姻家庭编的称谓究竟应该如何规定,有不同看法。目前的主张,一是称为婚姻家庭编,二是称为亲属编。对如何斟酌这个问题,应当考虑的是,德国法系民法将其称为亲属编;法国法系民法将其规定在人法编,不仅包括亲属问题,还包括主体制度,对于亲属部分的具体规定,一是结婚、离婚、分居,二是亲子关系、未成年监护及解除亲权,三是成年与受法律保护的成年人;原《苏俄民法典》将此称为婚姻家庭法,并且不属于民法典的组成部分,而是单行法,《俄罗斯联邦民法典》目前仍是如此,并且仍然影响着原苏联法系国家如蒙古、越南等的立法。

我国民法典婚姻家庭编究竟应当采用何种称谓,虽然自1950年以来我国有关亲属法的立法就称为《婚姻法》,但这个立法的名称并不能概括该法的基本内容,因此,民法典不能将其称为“婚姻编”。但是由于婚姻法的概念在我国已经使用了60余年,民法典将这一部分称为“亲属编”,在习惯上以及民众的接受程度上,还是存在一定问题的。因此,笔者建议民法典采用“婚姻家庭编”的称谓,比较切合我国社会实际,并且具有一定的传承性,便于民众接受。

### (二) 婚姻家庭编应当确认身份权

《民法总则》第112条规定:“自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护。”第26条也规定:“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”“成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。”这是《民法总则》对身份权最明确的规定,也为民法分则的婚姻家庭编的编纂确定了基本的目标和方向。这就是,民法典婚姻家庭编必须以身份权作为基本的编纂线索,在规定了婚姻家庭法的基本原则和亲属基本制度后,应当以配偶权、亲权、亲属权的基本身份权为标准,全面展开婚姻家庭编的内容。在配偶权部分规定结婚、离婚,在亲权部分规定亲子的权利义务关系,在亲属权部分规定四亲等以内的亲属相互之间的权利义务关系,然后再规定夫妻财产关系和家庭财产关

[1] 全国人大常委会法工委经济法室巡视员杨明仑主持会议。参加会议的有中国政法大学教授夏吟兰、中国人民大学教授龙翼飞、中国人民大学教授杨立新、北京大学教授马忆南、中华女子学院教授李明舜、中国人民公安大学教授曹诗权、中国社会科学院法学研究所研究员薛宁兰和中央民族大学教授雷明光。笔者在本文中的见解,部分受到了上述各位专家发言的启发,谨向上述专家致谢。

系，以及救助措施和法律责任。

身份权，本来就是民事主体基于特定的亲属身份关系产生，并由其专属享有，以其体现的亲属身份利益为客体，为维护该种关系所必需的人身权利。<sup>〔2〕</sup>身份权所表达的是亲属之间的身份地位，是亲属之间的权利义务关系，其主体有特定亲属的范围限制，其客体是亲属身份利益，其本质是以亲属之间的义务为中心，而不是以权利为中心。身份权包括配偶权、亲权和亲属权三种基本权利。

问题是，1949年以来，我国的婚姻法自立于民法之外，长期不使用配偶权、亲权和亲属权的概念，代之以夫妻的权利义务关系、父母子女的权利义务关系等不规范的称谓，既没有突出身份权这一民事权利的概念，又使亲属之间的权利义务关系的称谓变得更为复杂和不规范，甚至完全否认身份权的存在，<sup>〔3〕</sup>脱离了成文法国家的民法传统。

在《民法总则》已经规定了因婚姻家庭关系产生的人身权利即身份权之后，民法典婚姻家庭编理应采取身份权的概念，摒弃以往不规范的权利概念。因此，在民法典婚姻家庭编中，应该直接使用配偶权、亲权和亲属权的概念，并取代夫妻之间的权利义务关系、父母子女之间的权利义务关系，以及近亲属之间的权利义务关系这些不规范的表述，使整个民法典的体系协调、概念统一。

### （三）应当确认亲属法律行为

我国《婚姻法》一直不承认亲属法律行为，不认可结婚、离婚、收养、解除收养等行为是亲属法律行为，将结婚行为认为是国家认可的行为，否认结婚的合意性质。结婚的基础行为，是当事人之间的婚姻合意，这就是亲属法律行为。亲属法律行为又称为身份法律行为，简称为亲属行为或身份行为，是民事主体实施的、对亲属身份关系的发生、变更、消灭产生法律后果的民事法律行为，是民事法律行为的下位概念。<sup>〔4〕</sup>

事实上，结婚、离婚、收养、解除收养等都是民事法律行为，即亲属法律行为。我国法律没有必要回避乃至不承认亲属法律行为。民法典婚姻家庭编应承认亲属法律行为，把亲属法律行为作为发生、变更和消灭亲属法律关系的基本原因，适用《民法总则》关于民事法律行为的一般规则，对此做出明确规定。

建议的条文是：

第×条 结婚、离婚、收养、解除收养等亲属法律行为，以及婚姻法律关系无效和可撤销的规则，适用本编的特别规定；本编没有具体规定的，适用民法总则“民事法律行为”一章的规定。

### （四）应当确认虚假婚姻关系无效

《婚姻法》关于婚姻关系无效和可撤销规则的现行规定大体合适，有部分规则需要改进。此外，笔者提出一个与《民法总则》第146条第1款规定相关的假离婚问题。

《民法总则》第146条第1款规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”在现实生活中，在各地大中城市开始限购商品房以后，假离婚这种虚假民事法律行为大量发生，甚至出现了连夜排队等待离婚登记的现象。同时，也发生了

〔2〕 参见史浩明：“论身份权”，《苏州大学学报》2001年第4期，第35页。

〔3〕 参见梁慧星：“人身权研究”，载梁慧星：《中国民法经济法诸问题》，法律出版社1991年版，第52～55页。

〔4〕 参见杨立新：“论亲属法律行为”，《南阳师范学院学报（社会科学版）》2005年第5期，第1页。

大量的假离婚变成真离婚的情况。对此，如何适用《民法总则》第146条第1款的规定，是实施《民法总则》的一个重大问题，同时也是民法典婚姻家庭编修订中应当考虑的一个问题。

应当明确，假离婚就是虚假民事法律行为，应当是无效的民事法律行为。<sup>〔5〕</sup>但是，按照一般的观念，假离婚经过婚姻登记机关的登记，就变成了真离婚。如果一方当事人主张经过登记的离婚是假离婚，依据《民法总则》第146条第1款规定而主张假离婚无效，证据确实的，应当认可其是虚假民事法律行为，确认其为无效的民事法律行为。在做出上述认定以后，应当撤销原来的虚假离婚登记，恢复原来的婚姻关系。

笔者的立法建议是：

第×条 配偶双方为某种目的，采取虚假离婚的方式，并且获得婚姻登记机关的离婚登记，一方确有证据证明并主张该离婚为虚假民事法律行为的，应当依照《民法总则》第146条第1款的规定确认该离婚法律行为无效。婚姻登记机关应当依据该判决，撤销该离婚登记。

第三人确有证据证明配偶双方为虚假离婚的，依照前款规定处理。

#### （五）应当规定行政机关不得撤销婚姻关系

现行《婚姻法》第11条规定：“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。”这一规定存在的问题较多，在修订婚姻家庭编时应当进行全面修改。

首先，规定婚姻登记机关享有撤销婚姻的撤销权，并不妥当。原因是，在特定的婚姻关系登记中是否存在胁迫行为，婚姻登记机关没有调查权，无法认定这一事实。确认婚姻登记机关有此撤销权，违背婚姻登记机关的职责。这一撤销权属于受胁迫的一方当事人，性质是形成权，应当由人民法院判决。

其次，受胁迫的一方婚姻当事人的撤销婚姻的撤销权，是《民法总则》第150条规定的胁迫行为的特别规定，有关撤销权的除斥期间，则应当适用《民法总则》第152条有关除斥期间的原则规定，应从胁迫行为终止之日起计算为一年。

笔者的立法建议是：

第×条 因受胁迫而登记结婚的，受胁迫一方可以向人民法院请求撤销该婚姻关系。

前款规定的撤销权的存续期间，适用《民法总则》第152条的规定。

#### （六）规定亲属的种类和亲等

我国《婚姻法》没有规定亲属的种类，学者都是在学理层面确定亲属的种类。对此，民法典婚姻家庭编应当规定亲属的种类。

同样，亲等是计算亲属关系亲疏远近的单位。亲等数少的，表示亲属关系亲近；亲等数多的，表示亲属关系疏远。以亲等来确定亲属关系的亲疏远近，是各国亲属法的通例。<sup>〔6〕</sup>我国《婚姻法》以“世代计算法”来计算亲属的亲疏远近。“代”也是表示亲属

〔5〕 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第285页。他认为，通谋虚伪行为对身份行为（如通谋虚伪假离婚），均有适用余地。在注释中，他认为，夫妻双方通谋而为假离婚之意思表示，依照台湾地区“民法”第87条第1项规定，其意思表示无效。但不得以其无效，对抗善意第三人。

〔6〕 参见杨大文：《婚姻家庭法》，中国人民大学出版社2012年版，第69页。

亲疏远近的单位，指世辈，从己身算起，一辈为一代，代数多的，表示亲属关系疏远，代数少的，表示亲属关系亲近。我国世代计算法的缺陷在于确定亲属关系远近的标准不精确，相同世代数的不同亲属会有亲疏的差异，世代数不能清楚地反映出亲属关系的亲疏状况。<sup>〔7〕</sup>这种矛盾情形，如果适用罗马法的亲等计算法，就会迎刃而解。

在法律需要说明亲属关系的亲疏时，用亲等来表示，远比世代计算法或列举亲属称谓更为方便，立法理应舍繁取简。因此，我国民法典婚姻家庭编的亲属制度必须规定亲等及亲等计算方法：第一，明文规定亲等是计算亲属关系亲疏远近的单位；第二，规定亲等的计算方法，以采用罗马法计算法为宜。直系血亲的亲等，从己身往上或往下数，以一代为一亲等，数至要计算的亲属的世代数，即其亲等数。旁系血亲，首先找出同源直系血亲，即己身与对方的最近的共同长辈直系血亲，再按直系血亲亲等的计算方法从己身往上数至同源直系血亲，记下世代数；再从同源直系血亲往下数至要计算的旁系血亲，记下世代数；最后将两边的世代数相加所得之和，就是旁系血亲的亲等数。<sup>〔8〕</sup>计算直系姻亲和旁系姻亲的亲等，以配偶与对方的亲等为转移，如子女是一亲等的直系血亲，儿媳、女婿就是一亲等的直系姻亲；伯、叔是三亲等的旁系血亲，伯母、婶母就是三亲等的旁系姻亲。

目前有些学者担心，将我国的世代计算法改为亲等计算法，是否能够为民众所接受。笔者的看法是，将世代计算法改为亲等计算法是一个早晚都必须完成的过程，否则不能改变我国目前亲属关系远近计算的落后状态。不仅如此，这还关系到民法典继承编对法定继承人的范围和顺位的规定问题。对此，可以采取两个办法，一是规定原则性的规范，二是具体规定亲属的亲等。

关于采取具体规定亲属的种类和亲等，笔者建议采取具体规定亲属亲等的方法，具体内容如下：

第×条 亲属分为血亲和姻亲。

直系血亲，父母子女为一亲等；祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女为二亲等；曾祖父母、外曾祖父母与曾孙子女、外曾孙子女为三亲等；高祖父母、外高祖父母与玄孙子女、外玄孙子女为四亲等。

旁系血亲，兄弟姐妹为二亲等；伯、叔、姑、舅、姨，侄子女、外甥、外甥女，为三亲等；祖姑、外祖姑，伯叔祖父、外伯叔祖父，堂/表兄弟姐妹，侄孙子女、外甥孙子女为四亲等。

直系姻亲，公婆、岳父母与儿媳、女婿，为一亲等；外孙媳、外孙女婿，配偶的祖父母、外祖父母，配偶的孙子女、外孙子女及其配偶，为二亲等；曾孙媳、曾孙女婿，配偶的曾祖父母、外曾祖父母，配偶的曾孙子女、外曾孙子女及其配偶，为三亲等；玄孙媳、玄孙女婿、外玄孙媳、外玄孙女婿，配偶的高祖父、外高祖父，配偶的玄孙子女、外玄孙子女及其配偶，为四亲等。

旁系姻亲，兄嫂、弟媳、姐夫、妹夫，配偶的兄弟姐妹及其配偶，为二亲等；伯母、婶婶、姑父、舅妈、姨夫，侄媳、侄女婿、外甥媳、外甥女婿，配偶的伯、叔、姑、舅、姨及其配偶，配偶的侄子、侄女、外甥、外甥女及其配偶，为三亲等；祖姑父、外祖姑父，伯叔祖母、外伯叔祖母，堂/表兄弟姐妹的配偶，配偶的祖姑、外祖姑，

〔7〕 参见黄炳羽：“我国婚姻法应采用罗马法亲等计算法”，《法学杂志》1997年第2期，第35页。

〔8〕 参见前注〔6〕，杨大文书，第69页。

伯叔祖父、外伯叔祖父及其配偶，配偶的堂/表兄弟姐妹及其配偶，配偶的侄孙子女、外甥孙子女及其配偶，为四亲等。

### （七）规定家制

自1949年以来，我国民法和婚姻法从来没有规定家的概念，没有规定家制，只有户的概念，即个体工商户和农村土地承包经营户。究其原因，是认为民法或者婚姻法规定家制为封建思想残余，因为有家必有家长、家属；一个家庭既然有家长、家属，就必然存在封建伦理观念，就存在亲属间的形式上和实质上的不平等。

这些意见都是不正确的。民法典规定婚姻家庭编，就是要规定亲属以及家庭的基本规则。应当看到的是，家庭是亲属的基本单位，是社会最基本的组成部分，是社会稳定的最基本因素。<sup>〔9〕</sup>同时，在民法典中规定家制，能够传承中华民族几千年来重视家庭的优秀文化传统和家教家风，有利于稳定家庭，发挥家庭的基础作用，形成良好的家庭、家风、家教，稳定社会，培育好后代，保证国家和民族的昌盛。因此，民法典婚姻家庭编应当规定家庭的基本概念、家庭成员以及相关的其他规定。

笔者的建议是：

第×条 家庭，是以长久共同生活为目的而共居的亲属团体。共居同一家庭的亲属，是家庭成员。

虽非亲属，但以长久共同生活为目的而共居一家庭的，亦为家庭成员。

第×条 家庭负担养育、教育子女，赡养老人，相互扶助的职责。

第×条 家庭事务，应当实行民主管理。家庭的重大事务，由家庭会议决定，议决时有不同意见者，以多数人的一致意见做出决议。

家庭会议由成年家庭成员组成，但应兼顾未成年家庭成员和丧失或者部分丧失民事行为能力成年家庭成员的利益，最大程度地尊重他们的意愿。

家庭会议由家庭成员中辈分最高的尊亲属主持。

第×条 已经成年的家庭成员，可以请求由家分离。家庭会议可以决定已经成年的家庭成员由其家分离。

### （八）改变抚养、赡养和扶养上位概念的扶养为供养

在我国现行《婚姻法》中，对于扶养的概念，存在上位概念和下位概念的混同，即扶养，既是抚养、赡养和扶养的上位概念，又是具体的平辈亲属之间的扶养概念，使扶养这一概念具有两重含义，在行文中出现的扶养一词，不结合上下文就无法分清其含义，有时即使结合上下文也无法分清其含义。这种情况已经延续了百余年，应当到了终结的时候了。

笔者建议，将供养界定为抚养、赡养和扶养的上位概念，概括三种不同的供养。尽管目前对供养的定义为供养长辈或年长的人生活所需，<sup>〔10〕</sup>但是不妨对其进行改造。而且供养一词在使用中，不仅可以是对长辈或者年长的人生活所需的提供，而且也包括对

〔9〕 参见戴炎辉等：《亲属法》，台北顺清文化事业有限公司2010年修订版，第518页。国民民法审查意见书认为：“我国家庭制度为数千年社会组织之基础，一旦欲根本推翻之，恐窒碍难行，或影响社会太甚，在事实上，似以保留此种制度为宜。在法律上自应承认家制之存在，并应设专章详定之。”

〔10〕 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，商务印书馆2005年版，第477页。

晚辈或者平辈亲属提供生活所需，因此使用“供养”以代替广义的扶养，是可行的。

第×条 本法所称供养，包括对晚辈亲属的抚养，对长辈亲属的赡养，以及对平辈亲属的扶养。

### （九）改革成年亲属之间的相互供养义务规则

现行《婚姻法》对成年亲属之间的相互供养（扶养）义务的规定，不尽如人意，亦违反生活常理。例如，夫妻有互相扶养的义务，父母对子女有抚养、教育的义务，子女对父母有赡养、扶助的义务，这些规定都是正确的。但是，第28条关于“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有抚养能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母有赡养的义务”的规定，以及第29条关于“有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有抚养的义务。由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有抚养的义务”的规定，都具有片面性，甚至有得益相关的含义，负有扶养义务须以必要前提为限。这样的规定并不合理，亦不科学，应当进行改革，做出一般性的供养义务的规定。<sup>〔11〕</sup>

笔者的立法建议是：

第×条 直系血亲之间、夫妻一方与他方父母同居的在其相互之间、兄弟姐妹相互之间，以及其他成年家庭成员相互之间，互负供养义务。

第×条 负有供养义务的人有数人时，应以下列顺序确定履行义务的人：

- （一）直系血亲卑亲属；
- （二）直系血亲尊亲属；
- （三）兄弟姐妹；
- （四）媳妇、女婿；
- （五）夫妻的父母。

第×条 享有供养权利的人有数人，而负供养义务人的经济能力不足以供养其全体时，由下列顺序确定其受供养之人：

- （一）直系血亲尊亲属；
- （二）直系血亲卑亲属；
- （三）兄弟姐妹；
- （四）夫妻的父母；
- （五）媳妇、女婿。

第×条 受供养的权利人，以不能维持其生活而无谋生能力者为限。

对于前款规定的无谋生能力的限制，不适用于直系血亲尊亲属。

第×条 供养的程度，应接受供养权利人的需要，与负供养义务人的经济能力及身份确定。

〔11〕 例如，《日本民法》第877条第1款规定：“直系血亲及兄弟姊妹有相互扶养义务。”《韩国民法典》第974条规定：“下列各项亲属，互负扶养义务：（1）直系血亲及其配偶之间；（2）废止（1990年1月13日）；（3）其他亲属之间（限于共同生活的情形）。”我国台湾地区“民法”第1114条规定：“左列亲属，互负扶养之义务：（1）直系血亲相互间；（2）夫妻之一方与他方之父母同居者，其相互间；（3）兄弟姊妹相互间；（4）家长家属相互间。”

## 二、关于配偶关系方面的立法建议

### (一) 降低法定婚龄

现行《婚姻法》第6条规定：“结婚年龄，男不得早于22周岁，女不得早于20周岁。”这样的规定，对于结婚年龄限制过高，不仅违反我国自然人性成熟年龄的规律和有关民事行为能力的法律规定，而且使婚姻行为能力的年龄规定远远高于民事行为能力的一般性年龄规定，是完全不适当的。<sup>〔12〕</sup>

国外民法结婚行为能力与民事行为能力的规定相一致，并且规定低于完全民事行为能力年龄界限的未成年人也可以结婚，具有结婚民事行为能力。我国《婚姻法》的这一规定，是与我国当时的计划生育政策相一致。在计划生育政策已经改变的情况下，应当降低结婚年龄的限制，同时也不应继续区别规定男女结婚行为能力，纠正实际存在的男女不平等的现状。

对此，有的意见是女18周岁、男20周岁，有的意见是男女均为20周岁。笔者的建议是，我国自然人的婚姻能力年龄应当与我国自然人的完全民事行为能力的年龄规定相一致：

第×条 结婚年龄，男女均不得早于18周岁。晚婚晚育应予鼓励。

### (二) 规定婚约以规范婚约解除后的财产纠纷

婚约，是男女双方以将来成立婚姻为目的所订立的预约，也是以结婚为目的而做出的事先约定。<sup>〔13〕</sup>我国《婚姻法》从来没有规定婚约，主要理由是认为婚约不受法律保护，不受法律规制，由当事人自然为之。但是在现实生活中，婚姻当事人在结婚之前普遍订有婚约，法律对此完全不加以规制，并不适当。同时，由于没有婚约的规定，继而对于解除婚约后的财产纠纷也没有法律上的规定，没有解决纠纷的具体办法。

一般认为，对于婚约应予一定程度的法律保护，是客观现实的。但是应当明确，婚约不是结婚的必经程序，婚约为非要式行为，婚约不得强制履行。在适当规范婚约的基础上，对于婚约解除后发生的赠与物的返还，以及财产损害赔偿问题，法律应当规定具体规则。

因此，建议民法典婚姻家庭编规定以下条文：

第×条 无配偶的男女之间可以订立婚姻预约，但其不具有法律效力。解除婚约，或者订立婚约后不结婚的，不承担违约责任。

第×条 在婚约期间一方赠与对方的价值较大的财产，受赠与人应当返还；返还不能的，应当予以适当补偿。因解除婚约给对方造成重大财产损失有故意或者重大过失的，应当承担赔偿责任。

### (三) 规定事实婚姻关系

事实婚姻，是相对于法定婚姻而言的婚姻状态，是具备结婚实质要件的男女，未进行结婚登记，便以夫妻关系同居生活，群众也认为是夫妻关系的两性结合。我国存在事实婚姻，是不能回避的现实问题，但在立法上一直都在回避。<sup>〔14〕</sup>在司法中，则采取矛

〔12〕 参见高颖、张秀兰：“降低法定婚龄适时可行吗？——基于北京市近年初婚年龄的实证研究”，《北京师范大学学报（社会科学版）》2012年第6期，第89页；沈剑：“降低法定婚龄的可行性分析——基于法经济学的视角”，《西安财经学院学报》2013年第3期，第111页。

〔13〕 参见前注〔9〕，戴炎辉等书，第47页。

〔14〕 参见张学军：“事实婚姻的效力”，《法学研究》2002年第1期，第79页。

盾的做法：在刑事案件中认定事实婚姻构成重婚，而在民事案件中不认定事实婚姻具有婚姻的效力。

世界各国都存在事实婚姻，均依本国的文化传统和具体国情，对事实婚姻大致采取承认主义、相对承认主义和不承认主义。我国对事实婚姻应实事求是，采取相对承认主义，即在原则上不认定事实婚姻的效力，但如果事实婚姻具备了一定的条件，例如共同生活时间较长、生有子女等，就应承认其婚姻的效力，发生亲属法上的一切权利义务关系，在形式上则责令其补办结婚登记手续即可。

笔者的立法建议是：

第×条 未经登记的婚姻关系，具备以下构成要件的，确认为事实婚姻：

- (一) 双方当事人符合结婚的实质要件；
- (二) 双方当事人具有终生共同生活的目的；
- (三) 双方当事人应当具有公开的夫妻身份；
- (四) 双方共同生活时间较长或者生有子女。

第×条 构成事实婚姻，发生以下亲属法上的后果：

- (一) 事实婚姻关系的当事人之间产生配偶身份地位；
- (二) 事实婚姻当事人所生的子女为婚生子女；
- (三) 发生婚姻关系所发生的亲属法后果；
- (四) 当事人主张离婚时，应当依照法定婚姻的规定，解除婚姻关系；对子女抚养、财产分割等，应依法进行。

#### (四) 规定同居关系

目前，我国普遍存在同居现象。同居也称为准婚姻关系，是未婚以及离异或者丧偶男女不办理结婚登记手续而同居的两性结合关系的事实状态。对此，立法不予承认是不现实的。对同居关系采取漠视态度，不予法律规制，受到损害的只能是处于同居关系中和同居关系破裂后的女方以及所生育的子女，以及同居的老年丧偶者。<sup>〔15〕</sup>为了更好地维护妇女和子女的合法权益，保护同居的老年离异或者丧偶者，民法典婚姻家庭编应当承认同居关系。尽管从1950年《婚姻法》以来，我国婚姻法的调整对象就明确界定为婚姻关系与家庭关系，从未将非婚同居关系作为形式意义上的婚姻法的调整对象，<sup>〔16〕</sup>但是，随着社会文明的不断发展和进步，以及社会婚姻家庭观念的变化，对其进行必要的法律规制，承认同居关系是一种亚婚姻的事实状态，既不是结婚，又不是一般的同居或者姘居的他种两性结合关系，是完全必要的。确认非婚同居是一种新型的家庭形态，多元性、开放性、宽容性的家庭法应尊重人们选择生活方式的自由，将非婚同居关系纳入婚姻家庭法调整的范围。<sup>〔17〕</sup>

故民法典婚姻家庭编应当确认，两性同居关系是男女结合共同生活的一种家庭形式，但不是婚姻关系。建议的条文是：

第×条 未婚、离异或者丧偶的男女，自愿公开共同居住，共同生活，不具有结为夫妻关系合意的，为同居。

同居的双方当事人之间不产生亲属的身份，不发生配偶的权利义务关系；与对方的

〔15〕 参见何群：“同居关系的法律保护”，《宁夏社会科学》2005年第3期，第24页。

〔16〕 参见夏吟兰：“民法分则婚姻家庭编立法研究”，《中国法学》2017年第3期，第78页。

〔17〕 参见何丽新：《我国非婚同居立法规制研究》，法律出版社2010年版，第373页。

亲属之间不产生姻亲关系。

第×条 同居关系的当事人所生的子女,适用本法关于亲子关系的规定,发生父母子女间的权利义务关系,享有亲权。

同居当事人所生的子女,与当事人的父母间产生直系血亲关系,取得祖孙、外祖孙身份,享有亲属权。

第×条 同居的双方当事人可以随时终止同居关系,一方生活确有困难的,对方应当予以适当帮助。

第×条 同居关系中的双方当事人的财产关系,适用按份共有规则,当事人另有约定的,依照其约定。

### (五) 承认同性性伴侣关系合法

同性是否可以建立婚姻关系,是亲属法中的一个重要问题。自20世纪80年代以来,相继有一些国家或地区承认同性婚姻的合法地位,在英美法系,以英国、加拿大等为代表的国家,陆续出合同性婚姻合法化的法案。2015年6月26日,美国最高法院九位大法官以5:4做出的同性婚姻与异性婚姻平权的裁决,要求各州给同性婚姻办理结婚登记,同时要承认其他州已经予以登记的同性婚姻。在大陆法系,丹麦、荷兰、比利时、挪威、瑞典、法国、德国、意大利、奥地利、匈牙利、西班牙、葡萄牙等国家,都先后通过法律承认同性婚姻的法律地位,对同性婚姻关系给予法律保护。<sup>[18]</sup>

我国现在对同性恋的态度是不予承认,理由是,确认婚姻关系是男女双方以共同生活为目的,以产生配偶之间的权利义务为内容的两性结合,并不包括以共同生活为目的,以产生配偶之间的权利义务为内容的同性结合。但是,目前世界各国对同性结合共同生活的诉求采取更加宽容的态度,有更多的国家确同性婚姻关系合法或者承认同性性伴侣关系的合法性。始终拒绝承认同性恋合法化,将使我国婚姻家庭法的立法脱离世界主流,使同性恋者的正当权利受到限制。

应当看到的是,同性恋的存在是一个现实,是不可以强制改变的。一个自然人喜欢同性,向往与自己喜欢的同性共同生活,建立配偶或者性伴侣关系,是部分人的生理和心理上的需求。法律应尊重人性,尊重人的基本选择。既然有一部分人群愿意选择同性婚姻,法律强制性地予以制止,不能体现尊重人性和人权的基本选择。同性恋者的权利应当得到保障,他们较多地受到社会歧视,法律应为其提供保障,不让他们的合法权益受到侵害。<sup>[19]</sup>

各国法律对同性恋的保护主要有三种模式,即婚姻保护模式、注册性伴侣关系保护模式和同居保护模式。我国民法典婚姻家庭编采取民事伴侣制度的做法,具备较强的现实性和可行性。<sup>[20]</sup>故建议:

第×条 18周岁以上的同性成年人,可以根据自愿原则,确定组成同性性伴侣家庭。同性性伴侣相互之间的权利和义务,准用本法关于配偶权利义务以及关于家的规定。

### (六) 家事代理权

我国《婚姻法》从来没有规定过夫妻之间的家事代理权。家事代理权亦称夫妻日常事务代理权,是配偶一方在与第三人就家庭日常事务为一定法律行为时,享有代理对方

[18] 参见前注〔16〕,夏吟兰文,第79页。

[19] 参见王歌雅:“论同性恋者婚姻权的法律规制”,《甘肃社会科学》2008年第1期,第33页。

[20] 参见前注〔16〕,夏吟兰文,第81页。

行使权利的权利。家事代理权行使的法律后果是，配偶一方代表家庭所为的行为，对方配偶须承担后果责任，配偶双方对其行为应当承担连带责任。

家事代理权与表见代理相似，适用表见代理的原理，其目的在于保护无过失第三人的利益，有利于保障交易的动态安全。

建议民法典婚姻家庭编承认家事代理权，具体规定：

第×条 配偶双方中任何一方，于共同生活期间，代表对方处理家庭日常事务。

家事代理权的行使，应以配偶双方的名义为之。配偶一方以自己的名义为之者，为有效。

第×条 家事代理权行使的后果，及于配偶二人。

配偶一方超越日常事务代理权的范围，或者滥用该代理权，另一方可以因违背其意思表示而予以撤销，但是不得对抗善意相对人。

第×条 超出正当家事代理范围的婚姻事务，应当由夫妻双方共同决定，不得一方决定。

对于超出正当家事代理范围的事务，一方配偶赋予他方特别授权的，则该方为有代理权。

第×条 夫妻一方滥用日常事务代理权的，他方可以对其代理权加以限制。但是该种限制不得对抗善意第三人。

#### （七）改变目前婚姻无效和被撤销的法律后果

现行《婚姻法》第12条“无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定”，总体内容是正确的，但是部分内容违反《民法总则》第155条和第157条的规定，应当进行调整。

《民法总则》第155条规定：“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”第157条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”无效的民事法律行为与被撤销的民事法律行为，在后果上虽然都是自始无效，但是无效的民事法律行为自始就没有发生过效力，而被撤销的民事法律行为在被撤销之前还是发生过法律效力的。因此，对于现行《婚姻法》第12条的规定，应当依照《民法总则》第155条和第157条的规定进行适当修正。

建议的条文是：

第×条 婚姻法律关系无效或者被撤销，自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。

当事人在同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则，判决予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此造成的损失；各自都有过错的，应当各自承担相应的责任。

对因重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。

当事人在无效婚姻关系存续期间和婚姻关系未被撤销之前所生的子女，适用本法有

关父母子女的规定。

#### （八）规定登记离婚和诉讼离婚的冷静期

民法典婚姻家庭编应当增加登记离婚和诉讼离婚冷静期的规定。在婚姻家庭法领域，离婚冷静期也称为离婚审查期、离婚等待期，即在离婚登记中，设置一个月的审查期，使得协议离婚得到一个缓冲，减少“闪离”现象。在韩国，叫作离婚熟虑期；在美国，叫作离婚等待期。<sup>〔21〕</sup>在诉讼离婚中，通常第一次起诉离婚，判决不准离婚后，在第二次起诉离婚前要有六个月的时间间隔，也被称作诉讼离婚的冷静期。<sup>〔22〕</sup>登记离婚和诉讼离婚增设审查期，并不是对离婚自由的限制，而是防止当事人一时感情冲动而离婚，同时也防止法官轻易判决或者调解离婚。有了冷静期的规定，可以减少当事人因感情冲动而离婚的情形，也可以减少用假离婚而规避法律的情形出现，还可以避免法官因嫌麻烦而轻易判决离婚。

增加登记离婚的冷静期，可以在现行《婚姻法》第31条和第32条的内容上加以改造：

第×条 男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚，并且对子女和财产问题已有适当处理的，应当予以备案，不消灭双方的婚姻关系。自备案之日起满三个月，双方仍然坚持离婚的，发给离婚证；不再坚持离婚的，撤销离婚的备案。

第×条 人民法院审理离婚案件，应当进行调解；双方婚姻确已破裂，调解无效的，应当登记备案，不消灭双方的婚姻关系。自登记备案起满三个月的，人民法院应判决准予离婚。

#### （九）规定离婚的苛刻条件

对于判决离婚，规定适当的苛刻条款是可行的，但是必须适度。有人认为，对婚姻关系已经破裂，但一方坚决不同意离婚，如果判决离婚对未成年子女有明显不利，或者对不同意离婚一方将造成严重伤害的，法院可以判决不准离婚。<sup>〔23〕</sup>事实上，设置诉讼离婚的苛刻条款，主要是为了保护未成年子女的利益，因为夫妻离婚，关系到未成年子女的切身利益。<sup>〔24〕</sup>如果过于强调离婚从对方当事人利益考虑而设置苛刻条款，判决不予离婚，则严重限制了离婚自由，并且会造成凡是不愿意离婚的一方当事人，均可以离婚的苛刻条款为依据，而主张不准离婚的后果。唯一可以考虑的是，只有当拒绝离婚的一方身罹严重疾患时，可以适用苛刻条款。《德国民法典》第1568条规定的是离婚的苛刻条款，目前仍然有效的仅为第1款，即“为婚生的未成年子女的利益，如果且只要由于特殊原因而例外的有必要维持婚姻，或者，如果且只要离婚基于非正常情况而对于拒绝离婚的被申请人会意味着较为严峻的苛刻，以至在考虑到申请人的利益的情况下也显得例外地有必要维持婚姻的，即使婚姻已破裂，也不应该离婚。”其中对于适用于拒绝离婚的申请人的苛刻条款的要件，只包括拒绝离婚的被申请的一方身罹严重疾患。

〔21〕 参见周月：“论我国协议离婚制度的完善——兼探讨2003年《婚姻登记条例》”，《商》2016年第35期，第232页。

〔22〕 参见刘敏：“二次离婚诉讼审判规则的实证研究”，《法商研究》2012年第6期，第84页。

〔23〕 参见前注〔16〕，夏吟兰文，第84页。

〔24〕 参见谢其生、吴国平：“离婚‘苛刻条款’的未成年人权益保护功能研究”，《长春理工大学学报（社会科学版）》2016年第6期，第58页。

因此，建议在民法典婚姻家庭编离婚部分，适当规定诉讼离婚的苛刻条款：

第×条 人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如婚姻确已破裂，调解无效的，应准予离婚，但是有下列情形之一的除外：

- (一) 为婚生未成年子女的切身利益等特殊原因而例外地有必要维持婚姻；
- (二) 拒绝离婚的一方患有严重疾患而例外地有必要维持婚姻。

#### (十) 对离婚损害赔偿规则进行改革

《婚姻法》第46条规定的离婚过错损害赔偿的规则比较严苛，在司法实践中较少能够适用。<sup>[25]</sup>其内容是：“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：(一)重婚的；(二)有配偶与他人同居的；(三)实施家庭暴力的；(四)虐待、遗弃家庭成员的。”例如，有配偶与他人同居，对于同居的规定要求特别严格，在现实生活当中，与他人通奸就不包括在内，因为达不到同居的程度。对此，建议适当放宽离婚过错损害赔偿的适用范围。

在另一方面，也应当考虑第三人侵害他人配偶权的侵权责任问题。《婚姻法》第46条规定，有配偶与他人同居的，仅仅制裁配偶之间的侵权行为，这是正确的。但是也应当考虑制裁第三人侵害配偶权的侵权行为，与对方配偶实施通奸行为，情节严重的，应当追究侵权责任。

确立侵害配偶权的精神赔偿制度，是婚姻关系的内在要求、民法属性的直接反映、保护离婚当事人合法权益的需要。重婚、实施家庭暴力等侵害配偶权的行为导致离婚的，除了承担财产损失、人身损害的赔偿责任之外，还应承担精神损害赔偿责任。

立法建议条文：

第×条 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求对方承担损害赔偿

- 责任：
- (一) 重婚的；
- (二) 有配偶者与他人通奸的；
- (三) 实施家庭暴力的；
- (四) 虐待、遗弃家庭成员的。

构成上述离因损害赔偿，应当依照本法侵权责任编的相关规定，确定过错方应当承担的人身损害、财产损害和精神损害的赔偿责任。

符合本条第一款第一项和第二项规定，与配偶一方重婚，或者与配偶一方通奸情节严重，对方配偶主张追究其民事责任的，应当承担侵权责任。

#### (十一) 规定撤销死亡宣告后原配偶书面声明不愿意恢复婚姻关系的备案制度

《民法总则》第51条规定：“被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复，但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。”这一条文的最后一段，是一个新增加的规定，即被宣告死亡的人的配偶在被宣告死亡人重新出现时，如果向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复婚姻关系的，不能恢复婚姻关系。这是说，虽然被宣告死亡的人的配偶没有再婚，但是，在死亡宣告被撤销后，如果对方配偶不愿意恢复婚姻关系，可以通过向婚姻登记机关进行书面声明，而拒绝恢复婚姻关系。

[25] 参见许丽琴：“离婚损害赔偿制度探析”，《法学杂志》2009年第4期，第111页。

《民法总则》对这个规则没有规定具体的程序，如果出现了被宣告死亡的人又重新出现，死亡宣告被撤销，对方配偶没有再婚的，本来是可以自行恢复婚姻关系的，但是对方配偶不愿意恢复婚姻关系，可以通过书面声明的方式，阻断婚姻关系的恢复，仍然保持婚姻关系消灭的状态。<sup>[26]</sup>对于该书面声明，应当在民法典婚姻家庭编增加规定新的程序，落实这一规定。接受不愿意与宣告死亡被撤销的人恢复婚姻关系的书面声明，婚姻登记机关应当进行备案。被撤销死亡宣告人的配偶不愿意跟被撤销宣告死亡的人恢复婚姻关系，将其书面声明在婚姻登记机关备案以后，就不再恢复婚姻关系，可以与他人结婚。

建议的条文是：

第×条 被宣告死亡的人重新出现，死亡宣告被撤销后，其配偶向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复婚姻关系的，婚姻登记机关应当将该书面声明予以备案，并对该方当事人发给不愿意恢复婚姻关系声明的备案证明。

不愿意恢复婚姻关系书面声明的备案证明，具有证明该方当事人与被撤销死亡宣告的人之间的原婚姻关系已经消灭的证明力。

### 三、关于亲子关系的立法建议

#### （一）应当规定亲权

《婚姻法》对于父母子女关系的规定，主要是第21条。这一条文混淆了父母与未成年子女的亲权与父母与成年子女相互之间的亲属权的性质，将其规定在一起。这种错误的做法应当纠正，在民法典婚姻家庭编中分别规定父母与未成年子女之间的亲权，以及成年子女与父母之间的亲属权。

对于父母与未成年子女的亲权，《民法总则》第26条第1款已经有了规定，即“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”但对亲权的内容规定得不完整，应当予以补充规定。<sup>[27]</sup>同时还存在一个问题，《民法总则》第27条第1款将父母对于未成年子女之间的亲权关系，规定为监护关系，亦属不当，应当进一步进行调整。

建议规定的条文是：

第×条 父母对未成年子女有抚养、教育的义务；成年子女对父母有赡养、扶助的义务。

父母对未成年子女不履行抚养义务时，未成年子女有要求父母付给抚养费的权利。

成年子女不履行赡养、扶助义务时，父母有要求子女付给赡养费的权利。

第×条 子女可以随父姓，可以随母姓。

第×条 父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。

第×条 父母对未成年子女的权利和义务，除法律另有规定外，由父母共同行使和负担。父母一方不能行使亲权时，应由他方行使；父母不能共同负担义务时，由有能力者负担。

第×条 未成年子女因继承、赠与或其他原因无偿取得的财产，为其特有财产。

[26] 参见杨立新：《民法总则：条文背后的故事与难题》，法律出版社2017年版，第142页。

[27] 同上，第89页。

未成年子女的特有财产，由父母共同管理。

父母对于未成年子女的特有财产，有使用、收益的权利，但是不得非为子女的利益而予以处分。

第×条 父母离婚后，与未成年子女共同生活的一方为未成年子女的亲权人，行使法定代理人的权利。未与未成年子女共同生活的一方，不免除其亲权义务。

## （二）建立非婚生子女认领和婚生子女否认制度

在亲属法领域内，对于婚生子女和非婚生子女的称谓，有不同意见。一种意见是，应当取消非婚生子女的概念，〔28〕理由是这种概念有人格歧视或者贬损的因素。另一种意见是，以亲生子女与非亲生子女的概念替代婚生子女和非婚生子女的概念。〔29〕笔者不建议采用亲生子女和非亲生子女的概念。这不仅是因为现行《婚姻法》第25条已经使用了婚生子女和非婚生子女的概念，可以继续沿用，只要不采取歧视态度，就不存在人格贬损或者歧视的问题；而且亲生子女与婚生子女以及非亲生子女与非婚生子女并非同一概念。

对于婚生子女推定、婚生子女否认、非婚生子女认领、非婚生子女准正制度，我国《婚姻法》长期没有做出任何规定，而在司法实践当中，这样的问题存在较多，应当进行规范。〔30〕有学者认为，非婚生子女准正并没有特别的意义，因为夫妻在缔结婚姻关系之前生育的子女，在婚姻关系缔结之后，当然就是婚生子女，没有必要再增加一个准正的程序。对此，笔者的意见是，可以不必增加准正的程序，但是可以做出一条规定，确认非婚生子女经其父母缔结婚姻关系后，即为婚生子女。

建议规定的条文是：

第×条 在夫妻婚姻关系存续之中，女方受孕生育的子女，推定其所生子女为夫妻的婚生子女。

前款的婚生子女推定，夫妻一方或子女能证明该子女为非婚生子女的，可以向人民法院提起否认之诉。否认权的行使，适用《民法总则》第152条撤销权消灭的规定。该否认权经过人民法院判决确认之后，原亲子关系自始消灭。

第×条 非婚生子女在其生父与生母结婚后，视为婚生子女。

第×条 非婚生子女经生父认领的，视为婚生子女；经其生父抚育的，视为认领。

非婚生子女与其生母的关系，视为婚生子女，无须经过生父认领程序认领。

第×条 有事实足以证明为非婚生子女的生父的，非婚生子女或其生母或者其他法定代理人，可以向生父提出强制认领之诉。于其生父死亡后，可以向生父的继承人行使该项权利。

第×条 非婚生子女经过认领，其效力溯及其出生时。

第×条 生父认领非婚生子女后，不得撤销该认领。但有事实足以认定其为非生父者，不在此限。

## （三）将现行的继父母子女关系改为养父母子女关系

我国现行《婚姻法》关于继父母与继子女之间的关系，是规定得最为复杂的部分，

〔28〕 参见李慧敏：“儿童最大利益原则与我国儿童权益保护的制度完善——从婚姻家庭法的角度”，《温州大学学报（社会科学版）》2015年第2期，第82页。

〔29〕 在会议讨论中，有的学者提出要用亲生子女和非亲生子女的概念来替代婚生子女和非婚生子女的概念。

〔30〕 参见王丽萍：“非婚生子女认领与准正制度初探”，《法学家》1997年第3期，第48页。

且不合理：第一，究竟何谓形成抚养关系，没有准确的判定标准。第二，形成抚养关系后，继父母子女之间适用本法对父母子女关系的有关规定，但是与其生父母之间的关系仍不消灭，会形成双重的父母子女关系。这是不科学，也是不合理的。继父母子女关系由于产生的特殊性、关系的复杂性、权利义务的不确定性和关系维持的艰难性、长期性的特点，必须重视其法律调试问题。但由于我国婚姻法对这一关系的规定过于原则、简约，在实践中带来了一些问题，其中尤以对继父母子女之间的权利义务关系规定得不明确造成的矛盾最为突出。<sup>〔31〕</sup>对此，应当采取的办法是，夫妻再婚，一方或者双方带有未成年子女的，可以根据双方的合意，并征得未成年子女同意，予以收养，形成养父母子女关系；不同意收养的，为继父母子女关系，不发生亲子关系。

因此建议规定：

第×条 夫妻再婚，一方或者双方带有自己的未成年子女，在一起共同生活超过一年的，视为养父母子女关系，发生亲权关系，不必另外进行养父母子女关系的登记。

尚无独立生活能力的成年子女，在其父或母再婚后，适用前款规定；已经独立生活的成年子女除外。

第×条 不符合前条规定条件的继父母子女关系，不发生父母子女的亲属关系，但是，各方均确认为养父母子女关系的除外。

继父母子女之间应当互相尊重。

#### （四）将收养法的规则纳入民法典婚姻家庭编的亲子法

将《收养法》的规则纳入婚姻家庭编，实际上是一个很简单的东西，因为所有的收养法规则，都是亲子关系的规则。因此，所有有关收养的规定，都放在亲子关系一章当中规定，作为亲子关系发生的一种具体情形。

#### （五）规定人工生育子女为婚生子女

人工生育子女在现实生活当中是存在的，包括人工授精生育的子女，以及通过代孕生育的子女。例如，被告李琳和其丈夫高俊商定，采取代孕的方法为自己生育子女，并且事实上通过代孕生育了两个子女。对于人工授精所生子女的婚生子女认定，并不复杂，已经有司法解释予以规范。对于代孕所生育的子女，问题复杂，首先在于卫生部的行政规章规定禁止采取代孕方法生育子女，但在现实生活中，用代孕方法生育子女，能够使女方不能生育子女的夫妻实现生育子女的愿望。不过，在本案中，并不涉及代孕是否合法的问题，而在于确认通过代孕方法所生育的子女与母方的血缘关系问题。毫无疑问，代孕的母方既没有自己提供卵子，也没有由自己孕育，在生理上与代孕的子女毫无血缘关系。但问题是，通过代孕生育子女，是双方配偶共同的意思，不能否认他们之间的婚生子女关系，父母双方是代孕所生子女的法律上的父母，反之，将破坏现实的亲属关系。与自己有自然血缘关系的祖父母，在其子女去世后，否认代孕子女与其法律上的母亲的血缘关系，以自然的血缘关系否定法律认可的血缘关系，是不符合法律规定的，必须维护通过代孕所生子女与原来父母的婚生子女关系，保护母方的亲权不受侵害。

在现实的法院判决中，对此没有认定为婚生子女，而是认定为继父母子女关系。这

〔31〕 参见杨晋玲：“继父母子女关系的法律调适”，《思想战线》2001年第4期，第85页。

样的认定是不正确的。对此，应当参照《最高人民法院关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》规定的精神，即在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用婚姻法的有关规定。这一精神应当完全适用于以其他人工生殖方法所生的子女，这些子女均应认定为婚生子女，以保护其合法权益。<sup>[32]</sup>

对此，应当在民法典婚姻家庭编中做出统一的具体规定。建议的条文是：

第×条 在夫妻关系存续期间，夫妻双方一致同意采用人工授精、人工生殖等医学技术所生育的子女，为婚生子女，任何一方不得提出其他证据予以否认。

## 四、对于规定婚姻家庭财产关系的立法建议

### （一）将夫妻财产关系纳入婚姻登记内容

我国的婚姻登记制度，只登记婚姻关系内容，不登记夫妻财产关系的内容。这样的规定是有缺陷的。

婚姻登记的目的之一，是对国家予以承认的婚姻关系进行公示。但是，这只是婚姻登记的内容之一。事实上，对于配偶双方婚姻财产关系的登记，具有更重要的公示意义。<sup>[33]</sup>这是因为，我国夫妻财产制并非只有一种法定夫妻财产制，还包括约定财产制。目前对夫妻财产关系在婚姻登记中不予登记，他人就不知道特定夫妻之间的财产关系状态，究竟是采何种所有形式。由于缺少财产登记的公示制度，因而使与该婚姻关系当事人进行交易的当事人难以查知。因此，配偶之间未在结婚登记中登记财产制的形式，对于保证交易安全存在巨大的隐患，存在制度上的漏洞。目前社会广泛关注的《最高人民法院关于婚姻法司法解释（二）》第24条有关夫妻共同债务的问题，就与此具有密切关系。如果能够制定夫妻财产制的登记公示制度，在婚姻关系登记中一并登记配偶的财产关系，将会对解决这个问题，保障交易安全，具有重要价值。

建议规定：

第×条 要求结婚的男女双方必须到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

要求结为同性性伴侣的双方亦应到婚姻登记机关进行性伴侣登记。具体程序准用前款规定。

当事人在结婚登记和性伴侣登记中，应当同时登记双方采取的财产制形式，并在婚姻登记簿和结婚证上予以载明。在婚姻关系和性伴侣关系存续期间，登记的夫妻财产形式发生变更的，应当进行变更登记。

### （二）详细规定夫妻约定财产制度

现行《婚姻法》第19条对夫妻约定财产做出了比较详细的规定，但是仍然存在较多的问题。其中“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有”规定中的“部分各自所有、部分共同所

[32] 参见杨立新：“代孕所生子女的亲属身份关系确定”，载《南方都市报》2016年8月11日。

[33] 参见张丽明、曾学明：“关于建立夫妻财产登记制度的思考”，《龙岩学院学报》2006年第1期，第36页。

有”的规定，缺乏可操作性。<sup>[34]</sup>对此，民法典婚姻家庭编在夫妻约定财产的规定中，应当提供可以选择的夫妻约定财产模式，供夫妻约定财产时予以选择，避免双方当事人约定的财产制不规范，形成日后的财产纠纷。

同时，应当特别强调，在夫妻约定婚姻关系存续期间所得的财产各自所有的，须以书面形式确定，并且应当在婚姻登记中进行财产约定的登记，同时还应规定夫妻约定财产关系协议的变更和终止的程序。

建议条文：

第×条 夫妻可以在结婚前或者结婚后，以协议方式约定夫妻关系存续期间所得的财产为各自所有，约定夫妻各保有其财产的所有权，各自行使自己财产的管理、使用、收益及处分权。

夫妻也可以约定在婚姻关系存续期间取得的财产为按份共有。

第×条 夫妻约定财产的协议，应当在婚姻登记机关进行夫妻约定财产的登记；未经登记的，不得对抗善意第三人。

夫妻于婚姻关系存续期间，可以协议方式废止其财产约定的协议，或者改用其他约定财产方式。终止或者变更夫妻约定财产的协议，亦应经过登记。

### （三）明确夫妻共同债务

在夫妻共同财产关系中，目前争议最大的，就是对《婚姻法司法解释（二）》第24条规定的争议，甚至目前民间成立了所谓的“反第24条联盟”，共同反对该条规定。

我国夫妻共同债务认定规则在司法实务中陷入困境，梳理该规则的法律规定与司法指导意见，可以发现，我国现行法上有四项夫妻共同债务认定规则：一是共同生活之用途规则，二是双方约定之合意规则，三是家事代理之权限推定规则，四是婚姻期间借款之时间推定规则。<sup>[35]</sup>应当承认，该第24条规定确实存在较大的问题，最高人民法院虽然对其进行了修正，但是问题并没有得到圆满解决。其存在的主要问题是：

第一，确立的夫妻共同债务的认定标准，不符合规则统一性的要求。第23条规定在判断夫妻一方以个人名义所负债务是否为夫妻共同债务时，标准有二：一是债务的产生经过了配偶的同意，属于基于夫妻双方合意产生的债务，二是债务的目的是用于夫妻共同生活。就第二个判断标准而言，由于婚姻关系的存在，夫妻双方形成了生活共同体，因此当设定债务的目的是用于夫妻共同生活时，可以推定债务的产生是不违背夫妻双方意志的，因而这一债务应视为夫妻双方合意的体现。而《婚姻法司法解释（二）》第24条的规定，判断夫妻一方以个人名义所负债务为夫妻共同债务的标准为“债务发生在婚姻关系存续期间”，较之前两种具有内在一致性的判断标准，该条确定的判断标准存在较大不同。这种不同破坏了婚姻法规则的统一，导致司法实践对夫妻共同债务判断的混乱；同时，这一判断标准所体现出的对意思自治较低程度的关注和保护，有损于整个民法规则的统一。

第二，分配给债权人和债务人配偶的举证责任不合理。由于债务人配偶在举证证明该司法解释第24条规定的两种例外情形（即夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约

[34] 参见林承铎：“夫妻约定财产制度的适用困境——由夫妻二人公司出资协议性质争议引发的思考”，《法学杂志》2012年第3期，第150页。

[35] 参见陈法：“我国夫妻共同债务认定规则之检讨与重构”，《法商研究》2017年第1期，第126页。

定为个人债务，或者能够证明属于《婚姻法》第29条第3款规定的）时存在困难，因此，首先，就债权人与债务人明确约定为个人债务的情形来看，在夫妻共同财产制之下，债权人出于规避风险的考虑，通常不会将债务约定为债务人的个人债务，即使约定了，也可能因为相应证据由债权人掌握而使债务人配偶具有举证上的困难；其次，在夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，且第三人知道该约定情形的，由于我国实行法定夫妻共同财产制，实践中约定分别财产制的夫妻数量很少，同时，在现行法律尚未对夫妻财产制公示做出相对系统规定的条件下，即使夫妻双方约定了分别财产制，债务人配偶在不知债务人已经负债的情况下，其在举证证明债权人已经通过债务人告知或者其他途径知晓债务人夫妻双方的财产约定时无疑具有相当的困难。

因此，在民法典婚姻家庭编中，应对夫妻共同债务做出明确的规定。建议的条文是：

第×条 离婚时，具有下列情形之一的，为夫妻共同债务，应当共同偿还：

- （一）夫妻双方约定为共同债务的；
- （二）夫妻共同生活所负的债务；
- （三）双方为维护共同财产所负的债务；
- （四）双方因共同进行生产经营活动所负的债务；
- （五）一方实施侵权行为所负债务，且自己没有个人财产的。

第×条 债权人就夫妻在婚姻关系存续期间，一方为生产经营活动以个人名义所负债务主张权利，且能证明该经营活动的收益为夫妻共有的，应当按夫妻共同债务处理。

#### （四）允许特殊情况下的婚内夫妻共同财产析产

依照《物权法》关于共同共有的规则，在共同共有关系存在的情况下，不得分割共同共有的财产。在夫妻共有关系中，在夫妻关系存续期间，原则上亦不得分割夫妻共同财产。但是，在现实生活中，当确实存在部分分割夫妻共同财产的必要时，法院也有确定的判决对此诉求予以支持。<sup>[36]</sup>因此，民法典婚姻家庭编应当规定，在特殊情况下，对于婚内夫妻共同财产进行部分分割，以满足实际需要。

因此，建议条文是：

第×条 在婚姻关系存续期间，具有下列情形之一的，一方可以主张对夫妻共同财产进行部分分割，归自己所有：

- （一）对方挥霍夫妻共同财产的；
- （二）一方因自己或者己方父母患有疾病需要支付费用的；
- （三）一方从事经营活动，对方予以反对的；
- （四）对方实施家庭暴力的；
- （五）一方具有其他特别需要的。

#### （五）规定家庭共同财产

随着商品经济的迅速发展，家庭为生产经营单位的个体经济大量涌现，使家庭财产构成发生了重大变化，家庭共同财产是家庭财产中重要的部分。<sup>[37]</sup>我国《婚姻法》对

[36] 参见黄银斌：“婚内夫妻共同财产分割法律问题研究”，《广西政法管理干部学院学报》2015年第4期，第64页。

[37] 参见王速会：“论家庭共同财产”，《公安部管理干部学院山西分院学报》2000年第1期，第17页。

家庭共同财产没有做过明确规定，但是在现实生活中，家庭共同财产比较普遍存在。同时，在家庭共同财产中，又包含夫妻共同财产。因此，在离婚案件中，对家庭共同财产和夫妻共同财产的析产是比较复杂的，也是法院审理离婚案件较为棘手的问题。民法婚姻家庭编应当对此做出规定。

对家庭共同财产的分割，民法婚姻家庭编也应当做出专门规定。在司法实践中，通行的做法叫作“先析产后分割”。

建议的条文是：

第×条 在家庭共同生活关系存续期间，全体或者部分成年的家庭成员对共同所得和各自所得的财产约定为共同共有的财产的，为家庭共同财产。

家庭共同财产包括以下内容：

- (一) 父母的夫妻共同财产；
- (二) 共同继承的财产；
- (三) 其他家庭成员投入家庭的财产；
- (四) 其他列为家庭共同财产的财产。

第×条 对于家庭共同财产，家庭成员享有平等的所有权，根据约定，可以共同处理或者单独处理。

全体共有人可以推举一名共有人作为全体共有人的代表；该代表享有代表权，在家庭共有关系的范围内行使代理权。

在家庭共同财产上设置负担，应当经全体共有人一致同意。

第×条 对家庭共同财产的管理，由全体共有人进行，也可以由有代表权的共有人进行。管理的费用，由家庭共同财产支付。

第×条 在终止家庭共同关系时，应该对家庭共同财产进行分割。

分割家庭共同财产，在家庭共同财产中有夫妻共同财产的，应当先分析出夫妻共同财产，然后再进行家庭共同财产分割。

第×条 在家庭共同关系存续期间，家庭共有财产的共有人之一，可以主张分割家庭共同财产。

分割家庭共同财产，可以根据家庭成员对家庭共同财产的贡献大小以及其他情形，做出分割。

## 参考文献

- [1] 梁慧星. 人身权研究 [M] // 梁慧星. 中国民法经济法诸问题. 北京：法律出版社，1991.
- [2] 杨立新. 论亲属法律行为 [J]. 南阳师范学院学报：社会科学版，2005（5）.
- [3] 王泽鉴. 民法总论 [M]. 北京：北京大学出版社，2009.
- [4] 杨大文. 婚姻家庭法 [M]. 北京：中国人民大学出版社，2012.
- [5] 夏吟兰. 民法分则婚姻家庭编立法研究 [J]. 中国法学，2017（3）.
- [6] 陈法. 我国夫妻共同债务认定规则之检讨与重构 [J]. 法商研究，2017（1）.

（责任编辑：朱晓峰 赵建蕊）