

# 家庭法中的类型法定原则

## 基于规范与生活事实的 分离和整合视角

刘征峰\*

**摘要** 类型法定是家庭法最为核心的原则。这一原则通过“规范—事实”的形式化作业来实现“法—非法”的意义分野。专制的父权制伦理观及其理想生活图景曾扮演这一原则的思想基础。在多元社会,这一被奉为主臬的原则呈现出式微的趋势。在婚姻法中,这主要反映为婚姻内容形成上个人自治的增长以及两性关系法定类型数量本身的增加。在亲子关系法中,则主要表现在婚生子女与非婚生子女的平权上。中国法对这一问题的处理具有较强的代表性,即在强化某些类型封闭性的同时,又屈从于事实保留了一些动态开放类型。动态开放类型在降低体系僵化风险的同时,增加了法律适用的不确定性。就这一原则在家庭法中的未来而言,功能主义进路的引入和道德论证的式微使得规范与事实之间的界限进一步模糊,二者重叠的趋势加深。国家在社会利益面向上的功利性考量为类型法定原则提供了新的正当化视角。

**关键词** 类型法定 功能进路 形式进路 开放类型 道德论证

### 一、从对类型法定原则研究的不均衡状态谈起

无论是在中国还是域外,学界对于类型法定( *numerus clausus* )原则的研究呈现出一种非均衡状态,并将其当然视为财产法的原则,而忽视了其在非财产法中的意义。学者们从财产法

\* 中南财经政法大学法学院讲师。本文系国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”(项目编号:14ZDC018)的阶段性成果。

视角对此原则的研究可谓是相当成熟,不胜枚举。Thomas W. Merrill 和 Henry E. Smith 教授将其归纳为现代财产法的普遍性原则。<sup>〔1〕</sup>然而,如果我们将其拉近到家庭法,其意义和作用实际上长期被学者忽视。就民法而言,numerus clausus 的准确意义应当是类型法定,而非仅仅局限于物权法定。类型法定是家庭法的一项基本原则,甚至是最为核心的原则。这项核心原则决定了作为私法核心的私人自治原则在家庭法中的有限适用。正如弗卢梅所言,“在亲属法中,只能在法律规定的框架下通过私法自治来确定人的法律地位。”<sup>〔2〕</sup>不过,弗卢梅的这一意见未能凸显类型法定原则在家庭法中的特殊意义。这是由于,即使是在合同法中,私人自治实际上也只能在法律规定的框架下发挥作用。不过弗卢梅的另外一项意见殊值赞同,即不应将债法与物权法、家庭法和继承法进行对立,因为它们之间只有度的区别,而没有质的区别。<sup>〔3〕</sup>毫无疑问,在家庭法中,砝码偏向于类型法定而非私人自治。不过这一假设是否应当适用于经历了二战后动荡改革的家庭法是值得探讨的。很多学者在归纳 20 世纪后半叶的家庭法改革时,都使用了混乱和动荡这样的描述。<sup>〔4〕</sup>学者们眼中的这种混乱和动荡很大部分是由于改革触及到了作为家庭法核心的类型法定原则。在财产法中,虽然我们目睹了财产类型的增加,但类型法定仍然是其基础。在家庭法中,这一核心遭受到了前所未有的挑战——几乎所有的改革均指向这一原则。统观国内的家庭法教科书,几乎没有学者将类型法定原则视为家庭法的基本原则并进行详细的考察,与类型法定原则在物权法相关教科书中的详实阐述形成了鲜明的对比。即使在那些未将物权法定原则作为实定法原则予以明确规定的国家,其在教义学和实务中也通常被视为物权法的基本原则。与此形成鲜明对比的是,我们很难在家庭法的教义学中寻找到类型法定的身影。如果有,通常也只是边缘的、零星的。就我国而言,学界对这一根本性原则的忽视一定程度上是由于家庭法长期游离于民法学之外,在法科学性面向上的着力明显不足,未能发现这一原则的核心地位。本文所要探究的正是被学者长期忽视的类型法定主义的家庭法面向。这一探究将在与物权法定原则的对比中进行。

## 二、家庭法中类型法定原则的两层含义

### (一)事实上的与规范上的:一种形式化的界定

类型法定(numerus clausus)在拉丁文中意指封闭的数量。<sup>〔5〕</sup>在民法中,它意指法律

〔1〕 See Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, *The Yale Law Journal*, Vol.110, No. 1, 2000, p.4.

〔2〕 (德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 15 页。

〔3〕 同上注,第 16 页。

〔4〕 See Harry Willekens and Kirsten Scheiwe, “Introduction: The Deep Roots, Stirring Present, and Uncertain Future of Family Law”, *Journal of Family History*, Vol 28, 2003, p.5; John Dewar, “The Normal Chaos of Family Law”, *Modern Law Review*, Vol 61, 1998, p.467; Vivian E. Hamilton, “Principles of U.S. Family Law”, *Fordham Law Review*, Vol.75, 2006, p.31.

〔5〕 在拉丁文中,numerus 的基本含义为数字,而 clausus 意指封闭,扩展理解为囚徒、奴隶。参见谢大任:《拉丁语汉语词典》,商务印书馆 1988 年版,第 102、371 页。

进行类型的强制。质言之,法律关系(法律权利)的种类和内容是由法律事先预设的,当事人无内容形成上的自由。〔6〕这种类型强制不仅存在于物权法中,也存在于家庭法和继承法中。与合同法相比,问题的关键并不在于法律是否进行了类型化,因为合同法中也存在类型化(有名合同)。区分的关键在于,当事人是否被允许创设既定类型之外的类型或者对既定类型进行变更。虽然物权法和家庭法、继承法采用了不同的立法原则(法律后果的相似性与生活事实的相似性),〔7〕但是这并不影响类型法定原则在这三编中的普遍效力。类型法定原则中包含了一项重要的前提,即法律必须在规范(de jure)和事实(de facto)之间做出区分。正如梅迪库斯正确指出的那样,“要实现一种唯理性的法律发现,就必须撷取有限数量的,实际上甚至较小数量的重要的情况”。〔8〕换言之,法律不理睬琐碎之事。那么,问题的关键在于,什么样的情况才是重要的情况,或者什么才是具有社会意义的那部分生活事实呢?卡尔·恩吉施在分析《德国民法典》第1589条(1969年修订前)所规定的血亲关系概念时所作的考察是具有启发性的。他指出,“之于生物学家根本不存在什么婚生与非婚生的子女的区别,之于他,只存在自然的出生这一事实”。〔9〕法律做婚生的与非婚生的区分是源于社会文化意义,而非自然意义的。事实上,这种区分的技术至少可以追溯至罗马法。最为典型的例子是,法律对自然意义上的人(homo)和法律意义上的人(persona)进行了根本性的区分。〔10〕类型法定毫无疑问是贯彻这种事实上的和规范上的区分的重要手段。就家庭法而言,只有符合法律所负载的特定社会文化意义的家庭关系才能成为法律上的家庭关系。质言之,规范上的类型只是理念上的家庭的具体化。类型法定的目的是贯彻特定的社会文化观或者伦理观。虽然人们一直主张家庭法是自然的,只有很少一部分内容属于法律,〔11〕但真实的情况是,规范上的家庭从来就不是自然的。所谓伦理的自然,不过是为父权的专制披上了外衣。罗尔夫·克尼佩尔正确地指出,“旧有的家庭法是建立在一个虚构的、自然伦理的生活关系之上的”。〔12〕卡尔·拉伦茨将

〔6〕 鲍尔和施蒂尔纳区分了类型法定(numerus clausus der Sachenrechte; Typenzwang)和内容法定(Typenfixierung)。事实上,类型法定中必然包含了内容法定,如果被固定的种类缺乏内容上的强制,那种类型法定将丧失意义。参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社2004年版,第9页。

〔7〕 (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第20—21页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第21页。

〔8〕 梅迪库斯,同上注,第53页。

〔9〕 (德)卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第11页。

〔10〕 See George Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Heidelberg: Springer, 2012, p. 86; 周相:《罗马法原论(上册)》,商务印书馆1994年版,第97页。

〔11〕 萨维尼是此类论调的集大成者。参见(德)萨维尼:《当代罗马法体系(第一卷)》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第259页。

〔12〕 (德)罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史:论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第114页。

建立在虚构图景之上的家庭称为典型家庭。<sup>[13]</sup> 家庭法的类型化工作正是从典型家庭展开的。职是之故,家庭法需要采用一种形式化而非功能化的进路。易言之,法律不会关心特定的关系是否满足了家庭的功能,而是事先预设了形式化的概念。只有满足了形式化概念要素的家庭关系才是家庭法所保护的對象。

那么,支撑这种形式化界定的理由是什么呢?与物权法定原则相比,支撑家庭法类型法定的理由似乎更为多样。与物权法定原则相类似的是,家庭法中的类型法定也存在信息成本方面的原因。不过,与财产法不同之处在于,家庭法中的类型法定并不存在效率最大化的目标。个人家庭中身份的确定与产权的确定存在不同的目标。因为在家庭法中,身份的确定并不是为了高效率的交易。但是家庭法中的类型法定确实与社会成本密切相关。例如,如果法律缩小了父子关系这一法定类型的范围,那么可能带来社会需要承接更多原本可以由父亲负担的抚养成本。不过与物权法相比,“成本—效益”分析为家庭法所提供的证成依据是偏弱的。这在很大程度上是由于人们难于接受在家庭法中进行成本和效益的分析。法经济学的分析方法主要集中在财产法领域。<sup>[14]</sup> 然而,从技术的角度来看,物权法中和家庭法中的类型法定存在相似的理论依据。这一理论依据主要表现在物权和家庭权均具有对外的绝对性。易言之,要实现这种绝对化的保护,关系必须具有可以为他人所识别的特征。规范上的形式化界定正是要确定这些特征要素。否则,如果允许当事人任意创设家庭关系的种类,并要求获得绝对化的保护,将会给第三人带来严重的不合理负担。不过,支撑家庭法类型法定的最为关键的理由在于,规范上的家庭关系负载了特定的社会文化意义。比如,是德意志理念中的家庭,还是日本理念中的家庭,抑或是社会主义理念中的家庭。法律需要通过强制类型化的方法来贯彻这种特定理念。故而,被类型化的家庭关系实际上是一种理想类型(Ideal Type)。

## (二)合法与非法:类型法定原则的意义

家庭法中类型法定的意义在于区分合法与非法。在英文中,非婚生且未被认领的子女在过去被称为非法的子女(Illegitimate Child)。这种称谓可以追溯至罗马法。《优士丁尼法典》中就将婚生子称为 *legitimi*。<sup>[15]</sup> 与此相对应,未婚同居在过去不仅不会受到家庭法的保护,甚至可能会遭受刑事方面的制裁。凡是不符合形式化类型要素的关系在法律上都视为不存在。这点很容易从非婚生子女的拉丁语表述中得到印证。*filius nullius* 在拉丁语中原意指

[13] (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,法律出版社2003年版,第88页。

[14] See Régis Lanneau, “To What Extent Is the Opposition Between Civil Law and Common Law Relevant for Law and Economics?”, in Klaus Mathis (ed.), *Law and Economics in Europe: Foundations and Applications*, Heidelberg: Springer, 2014, p.32.

[15] (意)彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第118页。

“没有父母的子女”。<sup>[16]</sup> 从反面来说,没有父母的子女意指民众之子(filius populi)。<sup>[17]</sup> 与此相类似的是,拿破仑曾言,“同居者将自己置身法外,法律对他们也毫无兴趣”。<sup>[18]</sup> 他们的生活不具有法律上的意义。由此,类型法定产生了合法与非法的区分。早在《学说汇纂》中,莫德斯汀就尖锐地指出,“只有区分市民法上的亲属关系和自然法上的亲属关系才能理解亲属关系的实质”。<sup>[19]</sup> 他进一步论证道,“只有当儿子基于合法的婚姻关系出生时,该亲属关系才既基于自然法而又基于市民法而产生”。<sup>[20]</sup> 换言之,所谓的“合法”与“非法”实际上均指向市民法。在这种合法与非法的分野中,家庭法的秩序被建构。在这样的家庭秩序中,一切权利和义务的分配均是在类型化的前提之下进行的。无论是在人身上还是财产上,市民法上权利和义务的分配均是建立在满足法定类型的形式化要素之上的。换言之,只有满足这些类型化的因素,当事人才能获得特定的身份,进而获得身份所负载的权利并承担相应的义务。例如,家子的身份直接决定了其是否可以向父亲主张抚养的权利,也决定了其是否能通过法定继承的方式继承父亲的遗产。与此类似,丈夫或者妻子的身份决定了夫妻间的扶养、夫妻财产制和继承关系。值得注意的是,类型法定不仅产生种类上的合法与非法,也产生内容上的合法与非法。申言之,家庭成员生活的内容已经被法律所预设。例如,法律对于“良家父”“良家母”角色的预设极大地压缩乃至窒息了夫妻双方通过契约之债来调整彼此间的关系的空间。什么样的生活是合法的,而什么样的生活是不合法的已经被规定在了类型化的家庭关系中。由此,类型方面的强制决定了家庭法总体上的强行法秉性。<sup>[21]</sup> 私人自治在早期家庭法中的空间是极为有限的。例如,虽然将婚姻视为民事契约的观点在《法国 1791 年宪法》及随后的《拿破仑民法典》中得到了采纳,但是这种理解只有在婚姻缔结那一刻才是有意义的。因为如同物权法定那样,当事人不仅不具有创设法律关系类型的自由,也基本上不具有调整法律关系内容的自由。家庭法正是通过这样的方式来贯彻特定的理念。

从法律适用的角度来看,类型法定意味着类推适用的禁止。例如,同居关系不能类推适用有关婚姻的规定,否则类型化所扮演的法与非法的区隔作用将被严重削弱。这种类推禁止同样存在于物权法中,不能通过类推适用物权法中既有物权类型的相关规定背离物权法定原则,实质上创设新的物权类型。类型法定本身既已经为类推适用制造了障碍,即使事实层面具有相似性,也不能违背立法者的意愿。立法者有意不对这类生活事实进行调整。这实际上呈现

[16] 参见(英)戴维·M·沃克:《牛津法律词典》,李双元等译,法律出版社 2003 年版,第 425 页。

[17] See Herma Hill Kay, “The Family and Kinship System of Illegitimate Children in California Law”, *American Anthropologist*, Vol. 67, No.6, 1965, p.58.

[18] J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages, approche socio-juridique*, Paris, CNRS, 1986, p. 22.

[19] D. 38, 10, 4, 2, 参见(意)桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社 2011 年版,第 13 页。

[20] 同上注。

[21] 参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 5 页。

出了与刑法中“罪刑法定原则”相似的状态。<sup>[22]</sup> 不过,类型法定在类推禁止这一层面的意义并不意味着家庭法完全禁止类推。如果家庭法对某种生活事实所形成的类型进行了调整,但在具体法律效果上存在漏洞,则此时仍然可以进行类推。杨仁寿先生所举我国台湾地区收养无效及撤销类推婚姻无效及撤销的规定即为典型。<sup>[23]</sup> 但这种类推并不能发生在调整类似生活事实的不同类型之间。例如,在存在登记伴侣或者婚姻两种法定类型的国家,即使对登记伴侣的规定存在法律漏洞,也不能类推适用婚姻的有关规定。

### 三、类型法定原则在家庭法中衰落的两个表征

#### (一)个人自治的增长和婚姻绝对性的松动

##### 1.人格独立与内容形成自由的增长

类型法定原则在婚姻法中的衰落是建立在这样一种社会理念变迁之上。首先,妇女逐渐取得了完整的法律人格。这一进程背后是自然意义上的人与抽象人格人不断趋近而实现的。正如德国法学家克尼佩尔所言,“在 20 世纪中期,普通人才完全突然地、几乎是事后地才突然意识到:资产阶级的一半人口被剥夺行使市民自由达数世纪之久”。<sup>[24]</sup> 妇女平权运动成为 20 世纪推动家庭法改革的主要动力,而这项运动所争取的第一项目标便是妇女的完整法律人格。在所有自然意义上的人均被赋予人格(权利能力)之后,个人自治在争论中得到不断的扩张。这些扩张的核心在于“夫妻双方形成自己生活的自由”。<sup>[25]</sup> “平等协商的伴侣型”婚姻观取代了“夫权型”婚姻观。个人自治的增长首先发生在婚姻的内容上,而非两性关系的种类上。个人自治在婚姻内容上的加深首先表现在法律更多地允许夫妻双方通过契约对婚姻的内容作出调整。在很长一段时间,家庭法都曾经将意思自治作为缓解两性平等改革压力的手段。例如,我国台湾地区在进行彻底的夫妻财产制改革以前,曾通过增订夫妻协商的但书条款来缓和夫权制结构下的严重性别歧视。<sup>[26]</sup> 不过,由于人格尊严这一宪法原则的首要性,法律所允许的契约主要发生在财产领域,而非在人身领域,这种约定通常是不具有法律效力的。例如,夫妻双方不能通过契约约定强制发生性关系或者履行同居义务。<sup>[27]</sup> 因而,并非所有的夫妻间协议都能产生普通债权。尤其是在人身方面,由于欠缺可执行性,协议所产生的债权是不完整的

[22] 参见王利明:《法律解释学导论:以民法为视角》,法律出版社 2017 年版,第 591 页。

[23] 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 162 页。

[24] 克尼佩尔,见前注[12],第 113 页。

[25] Jonathan Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, London: Springer, 2014, p.5.

[26] 参见林秀雄:“论民法亲属编之修正”,《月旦民商法》特刊号,第 53—73 页;邓学仁:“亲属法之历史与课题”,《“中央”警察大学法学论集》1997 年第 2 期,第 467—500 页。

[27] 这类约定并不会产生一项完整的债,这是由于这类约定是不可强制执行的。See Rita Lobo Xavier, “Autonomy and Private Ordering in Portuguese Family Law”, in Frederik Swennen (ed.), *Contractualisation of Family Law: Global Perspectives*, Switzerland: Springer, 2015, p.260.

债权。由此,我们所言的个人自治的增长在人身方面主要体现为个人自由的增长。如果套用霍菲尔德的术语体系,人身方面个人自治的增长表现为自主权(liberty or privilege)的增长,而非权利(right or claim)的增长。<sup>[28]</sup> 质言之,法律鼓励配偶双方“根据自己的生活特点和行为习惯选择实现伴侣关系的方式”。<sup>[29]</sup>

相对于人身方面自治的自由面向,财产方面的自治则更多地具有法律上的意义。在财产方面,人格的独立不仅意味着夫妻双方都能以自己的名义对外缔结合同,而且意味着夫妻双方也能以抽象人(persona)的面貌相互缔结合同,调整彼此的财产关系。如果这种合同建立在夫妻双方具体的身份,而非抽象人的身份上,那么这种合同就被赋予了超越债的效力,可以产生物权上的变动。个人自治在财产方面的增长最为明显的标志是法律赋予了夫妻双方调整财产制的自由。不过,与不断增长的个人自治相对应的是,法律的介入加深了。法律对于夫妻所达成的协议的控制超过对抽象人之间所达成的协议的控制。强化控制的理由在于,“在家庭中的亲密关系的动态变化可能扭曲缔约过程”,<sup>[30]</sup>进而造成契约内容本身的不公平。例如,虽然现代家庭法通常赋予配偶双方选择夫妻财产制的自由,但许多国家仍然对可约定的夫妻财产制进行了类型化处理。其中一项重要原因便在于避免亲密关系对缔约能力造成不当影响。<sup>[31]</sup> 特别是,夫妻财产合同可能会对一方经济方面产生过度的压迫,从而妨碍一方人格的自由发展。

个人自治的增长还表现在离婚方面。正如前文所述,在过去,遵从婚姻双方的意愿,并将婚姻理解为契约仅仅是在婚姻缔结那一刻才是有意义的。实际上,对婚姻成立中同意原则的重视可以回溯至罗马法。作为罗马五大法学家之一的保罗在分析精神病患者的结婚问题时指出,“精神病患者不能结婚,因为婚姻需要同意的意思表示”。<sup>[32]</sup> 但是,在婚姻的终止上,同意原则并没有发挥相应的作用。直到上个世纪后半叶,无过错离婚才成为一种普遍的趋势。而在一百多年前,《拿破仑民法典》中昙花一现的离婚制度,仅仅在不到12年以后就被废止。又等了68年,直到1884年,离婚制度才又重新恢复。<sup>[33]</sup> 从最初的禁止离婚,到后来的过错原

[28] 有关霍菲尔德对基本法律概念的分类,参见(美)霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版。

[29] (德)迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆苜译,法律出版社2010年版,第66页。

[30] Barbara A. Atwood, “Marital Contracts and the Meaning of Marriage”, *Arizona Law Review*, Vol. 54, No.11, 2012, p.11.

[31] 另外一项重要因素是开放型的约定模式可能会对交易安全带来危险。参见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭:《民法亲属新论》,台湾三民书局2004年版,第173页。这一理由同样可以适用于物权法定原则。参见谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社1999年版,第40页。

[32] D.23,2,16,2,转引自(意)桑德罗·斯奇巴尼选编:《婚姻·家庭和遗产继承》,费安玲译,中国政法大学出版社2001年版,第31页。

[33] Peter de Cruz, *Family Law, Sex and Society: A Comparative Study of Family Law*, New York: Routledge, 2010, pp. 57-58.

则,再到后来的无过错原则,离婚法的思想发生了重大的变化。不过,绝不能将现在流行的无过错原则理解为契约离婚,因为无过错原则事实上包含了两项具体的原则:一为破裂原则,即婚姻无可避免的破裂,这是一项客观的原则;另外一项原则才是协议离婚,即配偶双方可以单纯通过协议的方式结束婚姻。从比较法的角度来看,完全承认双方可以通过单纯的协议来结束婚姻的国家还是较少的,<sup>[34]</sup>更多国家仍然以破裂原则作为离婚法的基础。虽然婚姻法的法定主义在减弱,但是婚姻和一般民事合同的解除仍然存在巨大的差异。

## 2. 类型的扩张

传统婚姻制度面临的危机不仅表现在结婚率总体走低趋势,而且表现在婚姻不再是具有法律效果的唯一两性生活形态。单就这一点来看,与物权法定存在相似的趋势。财产权的形态无论是在大陆法系还是普通法系都伴随着时代的发展得到了扩张。一个典型的例子是,20世纪末的《荷兰民法典》已经用财产利益(*goed*)取代了物(*zaak*)所具有的传统地位。<sup>[35]</sup>与物权形态的扩张相类似的是,两性生活形态的扩张同样是出于社会现实,尤其是未婚同居的普遍化以及非婚生子女的大幅增加,家庭法不可能对此视而不见。法律对同居关系的保护往往并不是从私法开始的,而是更多地开始于社会法。但通常而言,法律所保护的同居关系在法律效果上通常并不能与婚姻匹敌。以法国为例,改革后的法律中实际上出现了三种效力依次递减的共同生活形态:婚姻(*mariage civil*)、民事互助契约(*pacte civil de solidarité*,简称PACS,适用于同性或者异性)、事实同居(*concubinage*)。<sup>[36]</sup>与婚姻中相对较强的类型法定相对,后两种形态中契约之债的可利用空间更大。从法国经济统计局最新的统计来看,自2002年以来,两性生活形态的总体趋势表现为婚姻总体数量的不断降低而民事互助契约数量的不断上升。在2016年,异性民事互助契约和异性婚姻之间的比例已经上涨到4/5。<sup>[37]</sup>此种经验性的数据实际上表明,婚姻对于年轻人吸引力的降低,人们更乐于选择更少内容强制的生活形态。特别是对于青年人而言,婚姻这种形态的吸引力更是大幅度降低。法国2014年的调查表明,25岁以下成年人中的84%选择以单纯同居的方式共同生活。<sup>[38]</sup>与婚姻相类似,民事互助契约

[34] 例如,我国台湾地区、比利时、希腊、克罗地亚和罗马尼亚均承认配偶双方可以单纯通过协议的方式终止婚姻。See Frederik Swennen, "Private Ordering in Family Law: A Global Perspective", in Frederik Swennen (ed.), *Contractualisation of Family Law: Global Perspectives*, Switzerland: Springer, 2015, pp. 34-45.

[35] Art. 3:1 BW.

[36] See Frédérique Ferrand and Laurence Francoz - Terminal, "National Report on Informal Relationships: France", <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-IR.pdf>, last visit on December 21, 2015, pp.7-8. 需要强调的是,虽然《法国民法典》第515-8条对此概念存在界定,但单纯同居从严格意义上来说并不是被类型化的共同生活形态。与其说是一种选择,不如说是一种事实。即使是一种事实,但是法律仍然赋予其一定效力。比如双方可以接受人类辅助生殖。

[37] INSEE, *Tableau de l'Economie Française (TEF)*, édition 2018, p. 28.

[38] Ibid.

关系会产生同居和相互扶助的权利义务,也会产生若干共同的责任。在税法、移民法、劳动法、租赁法和社会保险法领域,民事互助契约关系也能获得一定的优待。然而,与婚姻相比,民事互助契约关系并不会产生共同收养或者非遗嘱继承方面的权利,也不会当然适用婚姻中的法定财产制。<sup>[39]</sup>

在荷兰,登记伴侣的法律后果与婚姻类似,不过终止登记伴侣关系无需经过法院。但对于事实同居而言,法律仅仅在社会保险法、税法、继承法和租赁法中提供极为有限的保护。<sup>[40]</sup>在2005年由法国国家人口研究中心主导的一项对比利时、丹麦、芬兰、法国、德国、冰岛、荷兰、挪威、瑞典的同性和异性婚姻、事实伴侣和登记伴侣法律效力的比较研究显示,在这九个国家或多或少地存在对事实伴侣关系的保护。<sup>[41]</sup>在2005年由苏格兰行政院主导的一项对法国、荷兰、澳大利亚和新西兰非婚同居的法律比较研究将非婚同居区分为三类:登记伴侣、推定伴侣和契约伴侣。其中登记伴侣和推定伴侣是最为主要的法律类型,它们或多或少地会产生一定的法律效果。<sup>[42]</sup>这些效果既有私法上的,也有非私法上的。总体而言,婚姻的效力仍然是最为完整的,登记伴侣次之,事实伴侣处于最末端。不过,正如苏格兰调查报告所揭示的那样,单纯伴侣契约通常难以产生任何的法律效果。<sup>[43]</sup>这种契约既不满足法定类型所要求的形式要件,也不包含事实层面的实质内容。法律赋予欠缺登记要素的事实婚姻一定法律效果实际上意味着对这一类型的承认,只不过其与婚姻的效力之间存在差异而已。即使是在两性生活法律形态相对单一的我国,法律也赋予了非婚同居一定的法律效力。例如,同居生活期间的双方共同所得的财产按一般共有处理,而不是直接适用物权法的按份共有推定。又例如,同居关系解除时,一方应当给予患有严重疾病的另外一方经济帮助或者在分割财产时给予患病方适当照顾。<sup>[44]</sup>这些规定表明非婚同居这一类型并不等同于完全的抽象人规则,其本身既已构成一种独立的类型。

### 3. 婚姻规范结构的转换

与物权类似的是,法律对婚姻关系进行类型强制的一项重要目的在于赋予其对世效力,给

[39] See Anatol Dutta & Simon Schwarz, "Conference on the Legal Status of Cohabitants: Hamburg, April 2-3, 2004", *Journal of Comparative and International Private Law*, Vol.69, No.1, 2004, pp.150-151.

[40] Ibid, at 151.

[41] Kees Waaldijk (ed.), *More or Less Together: Levels of Legal Consequences of Marriage, Cohabitation and Registered Partnership for Different-sex and Same-sex Partners: A Comparative Study of Nine European Countries*, INED Documents de Travail 125/2005, p.41.

[42] See Sarah Bulloch & Debbie Headrick, *Cross-jurisdictional Comparison of Legal Provisions for Unmarried Cohabiting Couples*, Research Findings of Legal Studies Research Team in Scottish Executive No. 55, 2005.

[43] Ibid.

[44] 参见最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第10条、第12条。

予绝对保护。但是,我们目睹了这种目的本身的松动。这种松动表现在婚姻规范上的结构转换。在过去,丈夫对妻子在人身和财产方面的支配地位是显而易见的。而现在,无论是财产方面还是人身方面,债作为一种有益的工具在婚姻法中的作用逐渐扩大。这首先表现在配偶权结构的调整。在配偶权的人身方面,配偶间并不会存在一项完整意义上的债权债务关系。现在的法律普遍禁止通过强力来实现配偶权的人身性内容。比如,配偶一方不能通过威胁暴力等手段来实现同居生活。同理,法院也不会通过直接强制手段来实现另外一方的同居权。从这种意义上来看,同居义务欠缺可执行性。在德国法上,虽然配偶间的人身义务缺乏可执行性,但配偶一方仍然可以向法院提起诉讼,主张另外一方对于这些人身义务的违反并要求另外一方履行这些义务。只是,违反人身性的义务不会产生损害赔偿,权利人也不能从《德国民法典》第 1359 条中推导出违反人身义务的请求权。<sup>[45]</sup>由于这种内在结构的变化,其配偶权的外在结构也发生了重要的变化。至少在人身方面,即便第三人的侵害(所谓的第三人干扰婚姻关系)建立在一方同意的基础上,另一方配偶基于婚姻效力所享有的人身方面的“权利”也并不能产生一项侵权法上的请求权。<sup>[46]</sup>婚姻在对内和对外两方面出现了效力绝对性的松动,反映了对婚姻中个体意志的尊重。婚姻由类所有权结构向类债权结构转换从另外一个角度印证了类型法定原则在婚姻法中的衰落。这一判断是从目的性视角出发的,如果类型法定的主要目的——赋予配偶对另外一方配偶权利的绝对性——已经发生变化,那么对绝对的类型法定的坚持就是值得怀疑的。

## (二)婚生子女与非婚生子女的平权

在 20 世纪,婚生子女与非婚生子女的平权是家庭法改革中最为根本的一项内容。平权改革意味着建立在事实与规范,合法与非法相区分基础上的法定类型意义之衰弱。婚生与非婚生子女都被纳入到了统一的亲子关系范畴之中。由此,自然的类型与形式化的法律类型趋近。虽然婚生子女与非婚生子女的平权运动改革发生在自然人(homo)与人格人(persona)相互趋同的改革之后,但二者的思想基础是相似的。各国法律相继废除了合法的子女(legitimate children)和非法的子女(illegitimate children)这种污名化的概念。这在很大程度上是由于保护儿童利益已经成为一项普遍化的价值目标。部分国家宪法在法律平等原则之外特别强调了不得歧视非婚生子女。<sup>[47]</sup>更多的国家则是通过宪法上任何人不得基于其出生而遭受歧视的

[45] BeckOK BGB/Hahn BGB § 1359 Rn.1.

[46] 例如,《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(一)》第 29 条明确将离婚损害赔偿的主体限定为另外一方配偶,从而排除了第三人作为责任主体的可能。无独有偶,德国联邦普通法院在司法实践中拒绝将婚姻生活不受干扰地继续存在作为请求第三人排除妨碍或者进行损害赔偿的基础(BGH FamRZ 1956, 180; BGHZ 23, 279; BGHZ 26, 217)。

[47] 例如《葡萄牙宪法》第 36 条、《塞尔维亚宪法》第 64 条、《德国基本法》第 6 条。

规定来逐步实现对非婚生子女的保护。<sup>〔48〕</sup>国际性的人权公约(尤其是《联合国儿童权利公约》)、区域性的人权公约(尤其是《欧洲人权公约》)和国内的宪法共同推进了对非婚生子女的保护。<sup>〔49〕</sup>对儿童利益的价值位阶超过了其他目标,成为处理儿童相关问题的首要原则(《联合国儿童权利公约》第3条)。

需要强调的是,在亲子关系法中,类型法定的式微既指向非婚生子女和婚生子女享有均等的权利——量上的均衡,也指向父母婚姻状态和亲子关系的脱钩——父母的婚姻状态不再决定亲子关系状态。在相当多数国家,改革的目标仍然只放在了量上的均衡,而非脱离父母婚姻状态这一质上的趋同。基于婚姻的父亲与子女关系的推定(*pater is est quem nuptiae demonstrant*)在绝大多数国家仍然被保留。实际上,即使是以量上的均衡为目标的改革仍遭到了极大的阻力,进程极为缓慢。<sup>〔50〕</sup>在西方,对非婚生子女权利的保护大体经历了彻底的“无父母”状态到部分承认其对父母的权利的过程。法律首先承认了其母亲的部分权利,然后逐渐扩张至母亲与子女的完整法律关系。与此类似,在后来的改革中,法律首先承认了子女对于父亲的部分权利,然后逐渐扩张其范围。然而,非婚生子女的父亲并不能当然获得父亲的身份,虽然他可能被要求负担子女的抚养费。在此,身份与权利义务是脱钩的。

多数国家在另外一项原则上取得了共识,即父母离婚原则上不影响父母子女的法律关系。尤其是,在那些承认共同监护(照顾)的国家,父母离婚原则上并不会导致共同照顾(监护)的取消。但是在部分国家,婚姻的欠缺仍然是阻碍身份关系形成,尤其是父子关系形成的重要障碍。根据 Olga Cvejić Jančić 对国际比较法学会第19届会议国别报告的分析来看,多数国家为非婚生子女建立与其母亲和父亲的法律关系提供了通道,但仍然有部分国家(如印度和伊朗)将父母婚姻的阙如视作非婚生子女同其血缘父亲建立法律上父子关系的障碍。<sup>〔51〕</sup>事实上,将法律上的亲子关系与婚姻完全挂钩的做法不仅损害了非婚生子女的利益,也损害了父母的权利(表现为宪法和人权公约中的家庭权)。现在的改革趋势是父母婚姻的欠缺原则上不应当成为确立法律上亲子关系的障碍。以德

〔48〕 如《日本宪法》第14条和《美国宪法》第14修正案(the Fourteenth Amendment to the United States Constitution)。

〔49〕 See Johan Meeusen, “Judicial Disapproval of Discrimination against Illegitimate Children: A Comparative Study of Developments in Europe and the United States”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.43, No.1, 1995, pp.119-145.

〔50〕 以日本为例,非婚生子女在法律上的被歧视状态一直延续到了21世纪,see Satoshi Minamikata, *Family and Succession Law: Japan*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015, p.110.

〔51〕 See Olga Cvejić Jančić, “Rights of the Child in a Changing World: The UN Convention on the Rights of the Child: 25 Years After”, in Olga Cvejić Jančić (ed.), *Rights of the Child in a Changing World: The UN Convention on the Rights of the Child: 25 Years After*, Switzerland: Springer, 2016, pp. 12-13.

国为例,在欧洲人权法院对 *Zaunegger v. Germany* 案作出裁决后,<sup>[52]</sup>德国联邦宪法法院最终在 2010 年裁定《民法典》第 1672 条第 1 款违反了《基本法》第 6 条的规定(抚养与教育子女为父母之自然权利),<sup>[53]</sup>并颁布了相关法律修改前的临时规则——在有利于儿童利益的情况下,生父可以获得单独的父母照顾权或者父母照顾权的一部分。<sup>[54]</sup> 2013 年,《德国民法典》随即进行了修订,删除了 1672 条的规定。<sup>[55]</sup>

由此,我们不难发现,在非婚生子女与婚生子女平权的改革浪潮中,那种建立在婚姻基础上的形式化亲子关系概念已经被弱化。这种弱化既体现在婚生与非婚生子女权利量上的趋同,也表现在非婚生子女获得法律上子女地位障碍的减少。过去一百年间的改革充分表明,人权和基本权利的首要性已经弱化了婚姻在亲子关系这一法定类型中的意义。

## 四、类型的封闭与动态开放:中国法实践

### (一)类型封闭性的强化

新中国成立后颁布的 1950 年《婚姻法》与旧法进行了决裂,在制度设计上体现了鲜明的革命性。从本文所讨论的类型法定视角来看,该法无论是在婚姻部分还是在亲子关系部分均呈现出了鲜明的特征。在婚姻部分,该法彻底废除了旧法建立在男权制基础上的内容法定和角色分配,将婚姻生活的内容形成权交由夫妻双方协商。该法一改旧法中的仪式婚主义,确立了登记婚原则。在亲子关系法部分,新法废除了旧法以婚姻为基础的子女类型区分,确立婚生子女和非婚生子女同权的原则。在此领域,父母子女关系在规范上与事实上的分裂得到了弥合。值得注意的是,在此后很长一段时间,无论是婚姻关系的成立还是养父母子女关系的成立都表现出了对事实的屈从。在婚姻领域,虽然法律采纳了登记婚主义,但法律亦承认事实婚姻的效力直到 1994 年 2 月 1 日新的《婚姻登记条例》颁行。在亲子关系领域,1998 年《收养法》修订之前,登记(办手续)并不是养父母子女成立的必备要素。对于事实婚姻关系、事实养父母子女关系以及事实亲属关系(如养祖父母与养孙子女关系)的承认使得类型本身处于一种开放状态。类型法定中所隐含的事实和规范的区隔作用被极大地弱化。虽然法律均强调事实类型应同样包含法定类型中的实质要件,但二者的逻辑结构完全不同。在事实类型中,它更关注这一类型的实质内容,如婚姻的实质生活,而非形式化的要素。当然,其弊端是显而易见的,由于类型的要素处于开放状态,相应的法律关系在法院最终认定之前处于一种浮动状态。而又由于身份关系所生权利义务对第三人的影响,这种浮动状态对于法秩序的稳定明显是不利的。尤

[52] *Zaunegger v. Germany*, no. 22028/04, 3 December 2009.

[53] BVerfG FamRZ 2004, 1857 (1861).

[54] Vgl. *Völker/Clausius*, *Sorge und Umgangsrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2011, S. 48.

[55] BGBl. I S. 795.

其是在我国采用了基于“物权方案”的婚后所得共同制的情况下,<sup>[56]</sup>这种浮动状态对第三人的影响会被放大。和仪式婚中的证明难题相似,<sup>[57]</sup>事实类型往往也存在证明难题。由于当今社会的都市化趋势,从熟人社会向陌生人社会演化,人口流动也进一步加速,是否以夫妻名义进行同居生活往往难以查证,极易滋生纠纷。此外,正如有学者所指出的那样,在采用形式婚主义的同时又放开事实婚姻,“结婚登记所具有的积极的且重要的功能就无法发挥”。<sup>[58]</sup>基于这些理由,我国法律最终选择关闭婚姻和收养的事实类型。这一改革虽然遭受了很多阻力,但也存在社会背景的支撑。经过多年的法制宣传教育,婚姻和收养登记的意识已经深入民众。然而,2001年《婚姻法》在修订时仍然基于保护未登记一方妇女的需求以及农村地区未办理登记的情况较为常见之现状,<sup>[59]</sup>通过规定补办登记的方式预留了相应的补救空间。这种制度设计存在的明显缺陷在于——如果双方当事人已经发生争议,补办登记几乎不可能发生,法律所预设的保护妇女权益目标很难实现。此外,如果双方在未发生纠纷时就已补办,补办登记追溯力必须依赖于法院的裁判,<sup>[60]</sup>从而又会滋生出与前述事实婚姻相类似的查明难题。实际上,在面对现实问题时,与其将形式类型和事实类型纳入统一范畴进行处理,不如扩展类型并相应完善其制度。就事实婚姻而言,如果在特殊情形中出现保护配偶一方利益(通常是妇女一方)的特殊需求,不应当是通过开放类型的方式来对其进行保护,而是应当准确理解适用最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第8条和第12条的规定进行妥善处理。由于同居制度总体上采纳的是陌生人规则,在财产关系上适用“默示合伙契约制度”,<sup>[61]</sup>其外部成本相对较小。总体而言,我国强化类型封闭性的改革既符合当今社会变革的宏观背景,也顺应比较法上的发展趋势。

## (二)动态开放类型的保留及其适用

在财产法领域,“法律要么认可一种单一的形式,要么提供一套可以自由裁量的开放性形式”。<sup>[62]</sup>家庭法也面临类似的选择。当某种社会文化意义上的类型产生了法律保护的必要性时,家庭法要么在现有类型外创设新的类型,要么开放现有类型要素,由法院根据要素进行动态判断。易言之,规范与事实趋近的过程实际上存在两条道路:一为扩展类型数量;二为开

[56] 参见贺剑:“论婚姻法回归民法的基本思路:以法定夫妻财产制为重点”,《中外法学》2014年第6期,第1504—1505页。

[57] 参见郭振恭:“七十年来民法亲属编关于结婚要件规定之变迁与未来立法之前瞻”,载谢在全等主编:《民法七十年之回顾与展望纪念论文集(三)·物权、亲属编》,中国政法大学出版社2002年版,第229—231页。

[58] 张学军:“事实婚姻的效力”,《法学研究》2002年第1期,第76页。

[59] 参见全国人大法律委员会《关于〈中华人民共和国婚姻法修正案(草案)〉修改情况的汇报》。

[60] 参见许莉:“我国事实婚姻立法研究”,《东方论坛》2007年第1期,第107页。

[61] 参见张学军,见前注[58],第78页。

[62] (美) Henny B. Hansmann, Erinier H. Kraakman:“财产、合同及证明:财产权法定问题与权利的可分性”,李飞译,《私法》2014年第1期,第110页。

放类型要素。正如前文所述,我国在解决法律与社会生活相脱节的问题上往往倾向于采用后一种方法,而不是增设相应的类型。虽然现行法的改革趋势是强化类型的封闭性,但仍然预留了相当多的开放类型,典型者如有抚养教育关系的继父母子女关系、尽了主要赡养义务的丧偶儿媳与公、婆,丧偶女婿与岳父、岳母之间的关系,兄、姐与受其扶养长大的弟、妹之间的关系。在封闭类型之外保留开放类型的做法,一定程度上消弭了类型封闭所带来的体系僵化弊端,预留了相当程度的弹性。这一判断对于物权法定原则同样适用。我国台湾地区 2009 年修法在法律之外引入习惯作为物权创设的基础,其机理与此类似。即由法院权衡相关要素进行确认和承认。在这一过程中最为重要的步骤便是动态体系论方法的运用。

以有抚养教育关系的继父母子女关系为例,由于法律并未对相关要素(如抚养教育的时间、方式)进行封闭性强制,<sup>[63]</sup>类型是否存在依赖于法院对多个相互作用的要素的整体把握。从我国司法实践的状况来看,是否共同生活,抚养教育是否达到一定期限,<sup>[64]</sup>是否支付了相关费用都只是法院在判定有抚养教育关系的继父母子女关系是否成立的一项参考因素。<sup>[65]</sup>在这些通常因素之外,法院还使用了诸如双方感情是否深厚、<sup>[66]</sup>被抚养人的主观意愿等浮动性更强的标准。<sup>[67]</sup>当然,开放类型在减少体系僵化弊端的同时,也增加了类型本身的不确定性。司法实践中出现了不少以抚养关系是否成立为争议焦点的再审案例。例如,对于以夫妻共同财产支付子女抚养费是否构成继父母对继子女抚养教育的问题,司法观点即大相径庭。<sup>[68]</sup>又如,针对继父母对成年后尚在接受教育的子女进行教育和生活资助是否形成抚养教育关系,实践中形成了两种完全相对立的观点。<sup>[69]</sup>无独有偶,各地法院在认定承担了主要赡养义务的丧偶儿媳与公婆、丧偶女婿与岳父母的关系时呈现出了较大的差异和不确定性。虽然多数法院将这一类型成立的要素锁定在经济供养和生活照顾上,但亦有法院进行了突破。例如,有法院即将“丧偶儿媳应公公请求生育遗腹子并管理房产”作为类型成立的基础。不难发现,开放类型容易滋生出同案不同判的现象。同样值得注意的是,在司法实践中部分法院将

[63] 从比较法上来看,部分立法例存在对此类型关系时间要素的强制。例如《俄罗斯家庭法典》(Семейный кодекс)97 条和《哈萨克斯坦婚姻家庭法》[Неке (ерл -зайыптылы ) жөне отбасы туралы] 第 155 条均设定了 5 年的最低抚养要求。

[64] 如赵某丙与赵某甲等法定纠纷案,(2013)莱民一初字第 481 号民事判决;马某甲、马某乙与王某某等法定继承纠纷案,(2017)宁 02 民终 455 号民事判决。

[65] 如刘锋与宋纹斌道路交通事故人身损害赔偿纠纷案,(2013)陕民提字第 00034 号民事判决。

[66] 如张玉、张玉芬与杨金梅、杨希法定继承纠纷案,(2010)沙民一初字第 390 号民事判决;丁某甲与吴某、丁某乙继承纠纷案,(2016)皖 0111 民初 9525 号民事判决。

[67] 如白翠莲与屈玉卿、董鸿继承纠纷案,(2009)晋民再终字第 10 号民事判决。

[68] 如刘锋与宋纹斌道路交通事故人身损害赔偿纠纷案,(2013)陕民提字第 00034 号民事判决;董某与邱某某等继承纠纷案,(2016)川 1181 民初 3667 号民事判决。

[69] 如高某甲与刘某某继承纠纷案,(2016)豫民再 45 号民事判决;戴某某与赵某某等法定继承纠纷案,(2016)甘民申 1109 号民事裁定书;杨增香、丁辉与董月共有纠纷案,(2016)鲁 0783 民初 2110 号民事判决;李学芬、李学芳、李学中与石某某法定继承纠纷案,(2016)沪 0101 民初 27223 号民事判决。

动态类型所含要素应用到类型判定后的权利义务分配上。例如,在继父与继子之间的抚养教育关系后,根据亲密程度、经济依赖度和生活紧密程度对死亡赔偿金和抚恤金进行了划分。<sup>[70]</sup>

事实上,由于此一类型要素的开放性,其容易成为法院进行法律续造的工具。典型的案件如“罗荣耕、谢娟如与陈莺监护权纠纷案”。<sup>[71]</sup>在该案中,二审法院通过“扩大解释”超越了“继父母子女关系”的“可能词义”,填补了法律漏洞。法院在比较了几种漏洞填补的可能方案后,最终选择了这一方案,正是基于“有抚养教育关系的继父母子女”这一类型本身的相对开放性特征。与基于收养拟制所产生的父母子女关系或者基于夫妻双方同意人工授精所生子女与父母的关系相比,“有抚养教育关系的继父母子女关系”对事实性要素的粘合度更强。虽然法院在该案中基于目的之扩大解释受到了一些批判,被认为“存在突破身份关系的法定性之嫌”,<sup>[72]</sup>但相对于其他方案,它在遵从制定法之保护未成年人利益这一首要立法目标的前提下,相对地减少了对法秩序稳定性的干扰。正如二审承办法官所指出的那样,该案二审判决并没有违反类型法定,没有创设新的身份制度。<sup>[73]</sup>由于开放类型赋予法院更多的解释和续造余地,一定程度上减少了因无法归入封闭类型而另设类型对法秩序和社会生活秩序的冲击。如前文所述,对于封闭类型而言,类型法定原则实际上禁止法院进行类推适用。易言之,在欠缺封闭类型所含强制性要素(尤其是登记要素)的情况下,法院不能依据既存生活事实进行类推。否则,类型本身的强制性和法定性将被严重削弱。根据学者的考察,在本案之前,我国司法实践中既已存在“事实上监护或者扶养关系的理论”。<sup>[74]</sup>此类案件的典型者如,陕西省宝鸡市金台区人民法院、陕西省宝鸡市中级人民法院审理的高某某等与刘某继承权纠纷案。<sup>[75]</sup>在该案中,法院实际上创设了“事实上的父母子女关系”这一新的类型。此一作法与类型法定原则存在严重背离,殊值检讨。

此外,法院之所以愿意选择开放类型作为续造的工具是由于法律所规定的开放类型在总体家庭生活形态中所占比例较小。如果最为常见的婚姻或者父母子女关系也采纳开放类型模式,那么由此所造成的社会成本将会显著上升。更多的纠纷将涌向法院,给法院造成难以承受的重负。庞大的社会成本阻却了开放类型数量的进一步上升,这也是各国不断强化身份关系

[70] 如杨增香、丁辉与董月共有纠纷案,(2016)鲁0783民初2110号民事判决;杨兰思、陶桂英与张平、白罗四提供劳务者受害责任纠纷案,(2016)云0428民初695号民事判决。

[71] (2015)沪一中少民终字第56号民事判决。

[72] 杨婷:“确定养育母亲为代孕子女监护人的必要性”,《人民司法·案例》2017年第2期,第17页。

[73] 参见侯卫清:“养育母亲获得代孕子女监护权之法律基础”,《人民司法·案例》2017年第2期,第11页。

[74] 彭诚信:“确定代孕子女监护人的现实法律路径:‘全国首例代孕子女监护权案评析’”,《法商研究》2017年第1期,第29页。

[75] 参见(2012)金民初字第00352号民事判决、(2013)宝民一终字第00521号民事判决、(2014)宝中民申字第00025号民事裁定。

登记,增加类型封闭性的重要原因。但作为例外,法律出于维护社会家庭生活形态稳定性以及保护特定当事人(尤其是儿童)利益之目的,通常会保留一定数量的开放类型,以弥补规范与事实区隔所生严重弊端。当然,伴随着当代婚姻家庭生活状态的急剧变化,原本作为开放类型所调整的家庭生活形态可能从边缘走向核心。例如,我国逐步上升的离婚率往往伴随着重组家庭比例的上升,原本的继父母子女类型在总体生活形态中的比例会进一步扩大。此时,法律对开放类型所含要素进行局部限定的必要性上升。

## 五、类型法定原则在家庭法中的未来

### (一)多元社会与类型法定原则的危机

在家庭法领域,之所以出现前述动摇类型法定原则的改革,根本上来说是由于社会中人们的观念发生了巨大的变化。这种变化尤其表现在社会宽容性的持续性增长。多元社会的理想图式逐渐取代了伦理方面的专制。在上个世纪前半叶,“妇女应当承担家庭劳务,抚育子女,男性则应当外出工作养家”的角色性分配不仅反映在社会事实层面,而且在规范层面被固化。女权革命,儿童权利运动和更为宽泛的社会革命将东西方社会的家庭伦理专制一并扫进历史的故纸堆。Carl Schneider 教授将美国家庭法的发展归结为两个方面:道德论证的衰弱;调整家庭关系的职责由法律转向曾被法律调整的人们。<sup>[76]</sup>事实上,他的这一判断可以扩展至整个西方社会乃至继受西方法律的那些国家(尤其是东亚国家)。Mary Ann Glendon 教授在讨论美国和西欧家庭法的变迁时,恰当地归纳出了两种相互对立的趋势:“一方面是官方规制在结婚、离婚和家庭生活行为方面的退却;另外一方面是现代行政国家对家庭及其成员官僚控制强度和类型的强化。”<sup>[77]</sup>她的第一项判断与 Carl Scheider 教授的前述判断相互契合。至少在婚姻领域,带有浓厚道德论证色彩的官方规制正在逐步退却,婚姻关系呈现出强烈的私人化趋势,尤其是契约化倾向。<sup>[78]</sup>不过在 Jana B. Singer 教授看来,私人化趋势不仅出现在婚姻领域,还出现在其他家庭领域,特别是收养、代孕和协议父母这些范畴之中。<sup>[79]</sup>但是,她实际上并没有将讨论的范围拓展至传统的亲子关系法领域。与此相对,这一领域的家庭法变迁恰好可以归入 Mary Ann Glendon 教授所言的第二项趋势之中。在亲子关系法领域,国家的介入

[76] See Carl Schneider, “Moral Discourse and the Transformation of American Family Law”, *Michigan Law Review*, Vol.83, 1985, p.1803.

[77] Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, Chicago: The Chicago University Press, 1989, p.2.

[78] John Witte Jr. and Joel A. Nichols, “The Frontiers of Marital Pluralism”, in Joel A. Nichols (ed.), *Marriage and Divorce in a Multicultural Context: Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp.362-263.

[79] See Jana B. Singer, “The Privatization of Family Law”, *Wisconsin Law Review*, Vol.5, 1992, pp. 1443-1567.

不断加深,那种将子女视为父母财产(chattel)的做法不再为法律所承认。虽然在婚姻法领域和亲子关系法领域呈现出了不同的改革趋势,但二者都将矛头指向了类型法定原则。在多元社会,不同利益群体具有不同的诉求,当这种诉求不断扩大,并被人权和基本权利所承认时,家庭法必须做出相应的调整。在多元社会,一方面是两性生活样态多样化诉求的不断扩大,由此产生两性生活类型的扩张和婚姻内容强制的弱化。另外一方面是亲子关系形态多样化诉求的扩大,法律上的亲子关系不再仅仅等同于婚姻产生的亲子关系。

在道德观念与利益诉求多元的社会,似乎很难将根植于某一伦理道德的家庭类型进行强制。正如 Janet Finch 所言,“由于假设现实中的家庭按照某些特定的方式行为,政府经常陷入恣意地以立法形式确立某种标准家庭模型的危险。”<sup>[80]</sup>既然标准模型家庭在法律上是不可取的,那么是否意味着家庭法应该转向罗尔斯所主张的那种“程序正义”呢? Sandra Berns 即提出了类似的观点。她认为,家庭法呈现出了向程序共和国(Procedural Republic)演化的趋势。<sup>[81]</sup>事实上,如果承认多元社会中家庭法向程序共和国演化的事实,则必然会承认罗尔斯等人所主张的“权利优先于善的假设”。易言之,法律应当中立,不应当支持某一种特定的家庭伦理观。的确,我们目睹了家庭法中个体权利(婚姻法中的主观权利和亲子关系法中的客观利益)意义的上升和绝对善的衰落。“权利话语”与单一而绝对的家庭伦理观总是存在某种程度上的冲突。理解家庭法的方式已经发生重要的变化,不是作为整体秩序的家庭,而是从个体性的权利出发。当然,人们可能会主张,在多元社会仍然存在客观的价值秩序。这种客观价值秩序是由宪法和人权公约所决定的。<sup>[82]</sup>然而这种客观价值秩序的基础仍然是消极自由权。即使是宪法和人权公约规定了家庭受国家保护,也并不意味着某种家庭生活方式受国家保护。这种规定应主要从个人角度出发来进行诠释,并且主要是针对国家而不是其他家庭成员。如果我们完全根据个体自由来建构家庭法,那么家庭关系乃至整个家庭法将面临空洞化的危险。

同样不可否认的是,现代家庭法在自由之外融入了大量的其他价值,尤其是宪法和人权公约所规定的平等和非歧视原则。由于家庭法与福利法的密切关联,<sup>[83]</sup>家庭法中还融入了某些功利主义的考量。家庭法并非完全转向了自由权,而是转向了一种混合体系。在这种混合体系中,家庭成员的自治是其基础,但是同样需要融合其他价值,尤其是平等。“自由主义”和“社群主义”在过去半个多世纪之间发生的争论对于我们理解这个问题极具启发性。美国学者

[80] Janet Finch, “The State and the Family, Institute of International Social Sciences”, Text of lecture given at the Institute, Edinburgh, 1996.

[81] See Sandra Berns, “Folktales of Legality: Family Law in the Procedural Republic”, *Law and Critique*, Vol.11, 2000, pp.1-24.

[82] 刘征峰:“家庭法与民法知识谱系的分立”,《法学研究》2017年第4期,第65页。

[83] See Tonya L. Brito, “The Welfarization of Family Law”, *The University of Kansas Law Review*, Vol.48, 1999, pp. 229-283.

迈克尔·桑德尔将公正的路径概括为三条：一是功利或者福利的最大化，二是选择的自由，三是德性的培养和共同善的推进。<sup>〔84〕</sup>简而言之，功利主义(utilitarianism)、道义论(deontology)和目的论(teleology)是三条相互对立的有关于公正的学说。如果我们将这一分析框架应用于家庭法中，我们不难发现当下的家庭法是这三种路径的混合体。<sup>〔85〕</sup>道义论的观点指向了两方面的主张：“某些个体权利如此重要，以至于普遍福利也不能僭越之；具体规定我们权利的正义原则，其正当性并不取决于善生活的任何特定观念，也就是罗尔斯最近所说的，任何‘完备’的道德观念或宗教观念”。<sup>〔86〕</sup>就家庭法而言，这首先意味着国家在社会福利方面的总体利益不能作为论证类型强制的基础。比如，国家不能以只给予婚生子女福利可以降低社会开支而将非婚生子女排除。其次，家庭法的正当性，尤其是国家进行类型强制的正当性不能建立在某种特定的生活样态和道德观念上。这是由于，对一种生活样态和道德观念的支持，即意味着对其他生活方式和道德信念的压制。照此理解，则意味着家庭法中的类型只能建立在事实层面，而不能建立在某一道德观念之上。典型的例子是父母子女关系必须与有关于婚姻的道德判断脱钩。这样，类型法定原则面临巨大的危机。因为家庭成员的自治意味着将家庭理解为私人的机制(private institution)，而类型上的强制则意味着国家和公共权力的当然介入，与私人自治的假设存在背离。

事实上，我们所谓的类型法定的危机不过是传统类型的危机。至少在家庭法中，那种完全中立化的主张仍然未能实现。法律中的家庭仍然根植于背后的理念图景。在过去是父权制的家庭结构，而现在则转变为一种平等基础上的商谈性家庭结构。法律鼓励家庭成员通过理性商讨达成共识而不再将专制权利赋予家父。从这一角度来看，家庭不能被仅仅理解为一系列的契约，也必须被理解为组成社会的细胞。与此相应，家庭必须负载特定的公共价值，法律和其他政策也在不断地影响家庭。<sup>〔87〕</sup>正如 Anne C. Dailey 所指出的那样，“当美国最高法院把宪法上的隐私权条款扩展至对家庭的保护时，并不是简单的创造了一个空无一物，而只有消极自由的领域，与此相对，它包含了服务于特定政治目标的价值和机制结构”。<sup>〔88〕</sup>家庭法实现价值负载的方式主要是通过类型化。虽然法定类型的要素以及类型种类已经发生调整，但类型本身并非完全空洞。婚姻法和亲子关系在多元社会所面临的困境并不相同。在婚姻法领域，危机主要是由私人自治引发的。因为如拉兹所言，“承认人的自治性就意味着对道德多

〔84〕 (美)迈克尔·桑德尔：《公正：该如何做是好？》，朱慧玲译，中信出版社 2011 年版，第 308 页。

〔85〕 See Martha Minow and Mary Lyndon Shanley, “Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory and Law”, *Hypatia*, Vol.11, 1996, p.4.

〔86〕 (美)迈克尔·桑德尔：《自由主义与正义的局限》，万俊仁等译，译林出版社 2011 年版，第 2 页。

〔87〕 See Mary Daly and Kirsten Scheiwe, “Individualisation and Personal Obligation: Social Policy, Family Policy, and Law Reform in Germany and the UK”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol.24, No.2, 2010, pp.177-197.

〔88〕 Anne C. Dailey, “Constitutional Privacy and The Just Family”, *Tulane Law Review*, Vol.67, 1993, p.959.

元的背书”。〔89〕但是,我们发现在那些承认多样两性生活形态的国家,被类型化的生活形态并不是空洞的,而是充斥了道德和价值判断。婚姻中仍然保留了忠诚、共享和协力互助这些道德期许。在亲子关系法中,危机的根源在于亲子关系形态的事实上的多样化。处于这些事实关系中的人们要求获得法律或多或少的承认。当法律上的亲子关系样态与现实生活(尤其是非婚生子女数量不断上升的事实)严重脱离时,法律必须进行反思和修正。易言之,在亲子关系法领域,危机主要来源于对客观上事实多样性的回应。当然,这在某种程度上也与观念和道德的多样性有关。对非婚生子女的承认本身即是一种道德多元的表现。但正如前文所分析的那样,婚姻并没有与亲子关系完全脱钩的事实表明,法律仍然希望子女生活在婚姻家庭的形态中。质言之,出于实际利益的功利考虑,国家或多或少的倾向于形塑家庭类型。从这一角度来看,类型强制已经演变为一种引导机制(guided-choice regime)。〔90〕

## (二)功能主义进路的扩张

功能主义方法的引入是法学与社会学智识融合的产物。在家庭法中,功能主义扩张的背景是在合理多元主义社会中家庭关系法定类型的道德空心化。拉德布鲁赫在探讨婚姻法哲学时指出了“婚姻法和婚姻事实构成的自然性基础之间越来越直接的重叠”的现象。〔91〕现在,这一重叠有进一步加深的趋势,规范和事实的区分在家庭法中变得越来越模糊。而功能主义方法关注的正是事实方面。由于前述道德多元的事实,家庭法进行类型化的依据不能再是理想化的图景,而是社会事实。家庭法在描述性方面的特质更为显著。社会学对于家庭功能的关注由来已久。安东尼·吉登斯和菲利普·萨顿描述了家庭功能的一般性转化——“随着工业化的到来和家庭与工作的分离,家庭作为经济生产的一个单元不再那么重要,而是更多地关注于再生产、儿童抚养和社会化”。〔92〕与此相对应,家庭法中的功能主义路径正是建立在家庭功能的关注之上。〔93〕它主张“如果一群人扮演了特定的功能,那么法律就应当将其定义为家庭”。〔94〕功能主义的这一立场带有明显的反形式主义特征,因为它关注的是事实上的家庭。这样,“是否存在”的判断取代了“合法与非法”的二元代码。

功能主义进路为我们分析事实中的家庭关系提供了视角,使得诸如“事实婚姻”和“事实亲子关系”的争论浮出水面。这些争论的焦点都在于满足了传统家庭功能的关系是否应当得到法律的承认。功能型进路最为明显的应用发生在亲子关系法领域。父母生活样态的多样化以

〔89〕 Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p.399.

〔90〕 See William N. Eskridge JR., “Family Law Pluralism: The Guided-Choice Regime of Menus, Default Rules, and Override Rules”, *The Georgetown Law Journal*, Vol.100, 2012, pp.1881—1987.

〔91〕 (德)古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版,第171页。

〔92〕 (英)安东尼·吉登斯、菲利普·萨顿:《社会学》,赵旭东等译,北京大学出版社2015年版,第402页。

〔93〕 See Lisa Glennon, “Obligations between Adult Partners: Moving from Form to Function?”, *Journal of Law, Policy and the Family*, Vol.22, 2008, pp. 22—60.

〔94〕 Jonathan Herring, *Family Law*, 4th Edition, London: Longman, 2009, p.3.

及科学技术的发展使得亲子关系法的类型化处理面临巨大的挑战。亲子关系法面临婚姻推定进路、血缘进路和事实进路(社会功能进路)的选择问题。<sup>[95]</sup>在这三种进路的争论中,社会功能进路取得一定的地位。由于保护儿童利益的首要性,社会功能进路的意义逐渐被凸显。由于必须给予儿童一个相对稳定的生活环境,过去履行父母功能的事实之重要性上升。在儿童最大利益原则面前,婚姻推定进路和血缘进路不再具有绝对性,而是必须一定程度上考虑既有的抚养事实。例如,欧洲人权法院在长期司法实践中就给予了抚养事实相当重要的地位。在确定诉争的亲子关系是否属于《欧洲人权公约》第8条意义下的家庭生活时,欧洲人权法院并没有给予形式主义或者血缘主义以绝对地位。<sup>[96]</sup>如前文所述,我国司法实践对有抚养教育关系的父母子女关系这一动态开放类型的认定同样采纳了一种功能主义的进路。

功能主义进路的引入是否为类型法定原则敲响了丧钟呢?答案似乎并不完全明朗。一方面,功能主义进路的扩张的确对传统的类型法定原则产生了冲击。与功能主义的进路不同,类型法定原则是建立在形式化的界定之上的,它关注“是什么”的问题。而功能主义进路关注“做了什么”的问题。功能主义视角成为冲击传统类型法定原则的有力武器。另外一方面,功能主义所关注的事实关系在很多国家本身已经被类型化为一种关系,具有较弱的法律效力。如果要归入这一关系,则仍然需要进行要素(例如,关系存续的时间)上的强制。家庭作为一种类型或者机制的发展并不代表它的规范核心会消失,只不过用以界定这些类型的基本规范特征发生了变化。<sup>[97]</sup>由此观之,事实功能与形式化的要素之间呈现出一种互动关系。

## 六、结 论

通过上文的分析,我们不妨作这样的总结:类型法定原则的调整实际上是家庭法动荡不安的缩影。这背后的基础是人们观念的调整。类型法定原则的式微主要表现在唯一家庭生活形态理想图式的式微。在婚姻法中,这主要体现在个人自治增长所带来的内容形成自由和类型的扩张。在亲子关系法中,这主要体现为婚生子女与非婚生子女权利量上的均衡。从更为宏观的视角来看,类型法定原则的式微是事实与规范不断趋近的过程。不过,只要事实与规范并不完全重叠,类型法定原则就有其生存的土壤。家庭法的类型强制并不只涉及个人的自由和自治问题,也涉及公共利益的功利主义考量。无可否认,国家在回应人们多样诉求的同时,也

[95] June Carbone 归纳了确定亲子关系的三种路径——婚姻推定、血缘父母以及功能上的父母。不过这一归纳并没有将收养包含在内。See June Carbone, “The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity”, *Louisiana Law Review*, Vol.65, 2005, p.1297.

[96] 刘征峰:“亲子关系冲突中的利益平衡原则:以欧洲人权法院判例为中心”,《华中科技大学学报(社会科学版)》2015年第5期,第37页。

[97] See Carl E. Schneider, “The Channeling Function in Family Law”, *Hofstra Law Review*, Vol.20, 1992, pp.500—501, 516.

一直在直接或间接地形塑家庭。值得探讨的是,在理性多元状态不断加深的当今社会,家庭法中类型法定原则的基础是否如物权法定那般,最终只能寄居于“成本—效益”分析之上。<sup>[98]</sup>可以肯定的一点是,绝不当因旧有伦理专制逐渐逝去而感到悲痛惋惜,并进而主张返古与复魅。与传统类型法定原则式微的消极意义相比,人们对多样家庭生活形态的积极态度已经足以表明这一趋势的进步意义。在许多人看来,旧有的秩序是压制性的。习惯了理性多元社会活力的人们很难返回伦理专制的奴役状态。

**Abstract:** The *numerus clausus* principle sits at the heart of family law. It adopts a formal approach based on the distinction between facts and norms to distinguish legality from illegality. Patriarchal ethic and its corresponding living image were taken as its ideological foundation. In the age of moral and ethical pluralism, there is a decline in this stereotyped principle. In marriage law, there is a sharp increase in individual autonomy and the type of sexual relationship. Furthermore, the reform of equality between children born in wedlock and out of wedlock supports this trendline. Chinese law bears its own distinctive characteristics in this area, *i.e.*, closing the gate of some usual types continually while reserving other open types as a result of the pressures from social fact. Admittedly, open types in family law avoid the rigidity of the legal system to some extent-but increase the uncertainties of law application. The introduction of functional approach and the decline of moral argument have jointly obscured the boundary between facts and norms. In another word, there is a growing trend of the overlap between the norms and facts in family law. Utilitarian consideration about the social benefit provides a fresh justification for this principle.

**Key Words:** The *Numerus Clausus* Principle; Functional Approach; Formal Method; Open Type; Moral Argument

(责任编辑:薛 军)

[98] 苏永钦教授指出,物权法定的正当化基础已经不再是形而上的哲学思考,也非对封建体制复辟的疑虑,而只余“成本—效益”分析。参见苏永钦:“民事财产法在新世纪面临的挑战”,《人大法律评论》(2001年卷)第一辑,第204页;苏永钦:“可登记财产利益的交易自由:从两岸民事法制的观点看物权法定原则松绑的界限”,载《南京大学法律评论》(2010年秋季卷),第16页。