

家庭法构造模式的法文化反思

徐涤宇 胡丹

摘要：中国民法典的颁布意味着家庭法正式进入了法典时代，而当下的家庭社会关系却发生着巨大的改变，对家庭法构造模式的法文化反思有助于从容应对社会变革带来的挑战。家庭法构造模式大都是对其民族所处时代文化的恰当回应，历史中三种典型的家庭法构造模式，即中国传统的同居共财模式、法国的人法模式与德国的团体模式，分别回应了其时其地的民族文化。而在现代，由于家庭社会文化的变迁，西方家庭法构造模式正经历着从婚姻关系中心到亲子关系中心的变革。中国此次民法典家庭编对中国传统同居共财模式进行了扬弃，同时选择了德国的团体法模式。另外，民法典在成人关系上维持了传统的婚姻中心，这种选择契合了中国深厚的家文化特点；但是对亲子中心的淡化，既不符合中国的家庭文化，也难以回应现代家庭法的发展趋势。

关键词：家庭法；构造模式；法文化反思；婚姻中心；亲子中心

中图分类号：D913 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2023）04—0092—13

中国民法典中，婚姻家庭法脱离婚姻法之单行立法模式正式成为民法典的一员，这无疑具有划时代的意义。入典的婚姻家庭法比单行法有更强的稳定性，这是由法典更为严谨的逻辑性和体系性决定的。但另一方面，整个时代之精神以及现代社会婚姻家庭的观念，都在发生亘所未有的变化。法典的稳定性与婚姻家庭社会关系的剧变形成鲜明的对比，这一度成为欧陆各国解法典化^①浪潮首当其冲的原因。仅以德国为例，在20世纪下半叶后，短短60年里《德国民法典》的家庭法就历经了二十余次重大修订。^②这不禁提醒人们，家庭法入典并不意味着法律成长的终结，因为无形的法律精神本身并不因任何外在的形式而停止生长。为了更从容应对现代婚姻家庭观念剧变带来的家庭法的变革，本文将对家庭法构造模式进行法文化反思，分析典型家庭法构造模式的特点，并在观察家庭法现代变革模式的基础上，反思中国民法典家庭编构造模式的得失和可能的完善方向，以应对中国家庭社会关系的发展。

一、三种典型家庭法构造模式及其与时代文化的关系

文化在制度的形塑上起着举足轻重的作用，依文化对法律的影响而进行的解释在法学上谓之法律的文化解释，为法史方法之一种。不同于传统的法史研究方法，这种方法是对旧材料的重新安排和重新解释，

基金项目：本文是国家社会科学基金重大项目“我国民法评注编纂重大问题研究”（项目号：22&ZD205）的阶段性成果。
作者简介：徐涤宇，男，法学博士，中南财经政法大学教授，博士生导师，主要从事民法学和私法史研究。

胡丹，女，中南财经政法大学法学院民商法专业博士研究生，主要从事民法学研究。

① “解法典化”（decodification）的命题最先由伊尔蒂（Irti）教授在20世纪70年代提出，是指在有民法典的国家，层出不穷的法律特别规范造成的传统民法的内外体系逐步分解的现象。参见陆青：《论中国民法中的“解法典化”现象》，《中外法学》2014年第6期。

② [德]迪尔特·施瓦布：《德国家庭法》，王葆苒译，北京：法律出版社，2010年，第4页。

需引入新的主题、立场、观点和方法。^①梁治平将此法律文化解释的方法描述为“那种占统治地位的观念、心态和思想模式因而区别于功能主义的历史解释”^②。婚姻家庭法作为社会制度的一部分，当然不可避免地受到文化的浸润。基于此研究方法，本文将考察三种典型的家庭法构造模式与其时代的文化理念之间的关系。

（一）中国传统家族法构造的同居共财模式

中国传统文化内涵丰富，其中有机整体论是其核心思想之一。有机整体论认为天地万物是一个不可分割、密切联系的有机整体。^③中国家族法也直接受这一思想的影响，最典型的体现是将同居共财之家作为一个整体。^④同居共财是指共同维持家计的关系，而正在维持同居共财的团体就是狭义的家范围，这对中国家族生活来说是本质性的要素。^⑤首先，从其基本内涵来看，同居共财不仅划定了家的范围，区分了社会经济的基本单位，在法律的意义上更体现为将同居共财之家作为法律的主体。无论是个人之名分财产的安排，抑或司法活动，根本上都是在同居共财的家族这一基本单位中得以完成。^⑥其次，同居共财还包括家产制度，该制度直至最近的立法中仍有保留。近代立法中《民国律草案》第1083条到第1091条明确规定了家产制，其中对家产的定义、登记、限制等规则作了具体规定。^⑦到了现代，中国第一部婚姻法仍然保留了“同居共财”制度，在1993年的司法解释中，也规定个人财产婚后经过一定时间可以转化为夫妻共同财产。^⑧再次，同居共财更是直接影响了中国家族法的构造，由此学者将家的法律构造分为直系亲的同居共财和旁系亲的同居共财，前者是指直系尊亲属的家长生存的家，而后者是指直系尊亲属已经死亡，其余子孙依然继续同居的家。^⑨由此可见，中国传统社会家族法的构造属于同居共财模式，这与其有机整体论的文化密切相关。

（二）1804年《拿破仑法典》家庭法构造的人法模式

梅因关于社会发展的规律有如下论断：所有进步社会的发展有一共通之处，即家族依附之渐次淡出而个人权利不断增长，“家族”被“个人”赓续替代。^⑩个人模式之典型，是以个人主义精神著称的《拿破仑法典》，其强烈的个人主义色彩与法典编纂时期的历史文化背景休戚相关。

《拿破仑法典》孕育于近代，近代转变的实质无非是对欧洲中世纪的否定。“宗教改革”以降，个人主义成为近代文化的主潮，其核心是“我”之觉醒。^⑪而启蒙运动对“理性”的推崇更是将个人主义推向顶峰，法学在理性之光的照射下，从神学奴仆的地位一跃而起，理性法的传统也自此登上历史舞台。格劳秀斯、普芬多夫等理性法的奠基者，成功地抛弃了伦理神学的传统，推崇俗世的理性法，进而使其成为启蒙运动时期主流的法理论。于此浪潮下诞生的《拿破仑法典》自然不能“独善其身”，其强烈的个人主义、自由主义色彩在法典的体系中表露无遗。^⑫该法典分为三编，依次是人、财产及对于所有权的各种限制、取得财产的各种方法。^⑬位于法典之首编的人编内容丰富、地位显赫，家庭编却全然未见踪影；

① 梁治平：《法律的文化解释》，北京：生活·读书·新知三联书店，1994年，第2页。

② 梁治平：《法律的文化解释》，第34页。

③ 《易经·系辞上传》；《道德经·第二十五章》。

④ 周立胜：《中西古代财产法律制度比较之文化进路》，北京：法律出版社，2016年，第106—107页。

⑤ [日]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年，第63页。

⑥ 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，北京：商务印书馆，2010年，第30页。

⑦ 《大清民律草案 民国律草案》，杨立新点校，长春：吉林人民出版社，2002年，第347—348页。

⑧ 强世功：《司法能动下的中国家庭——从最高人民法院关于〈婚姻法〉的司法解释谈起》，《文化纵横》2011年第1期。

⑨ [日]滋贺秀三：《中国家族法原理》，第156页。

⑩ 梅因：《古代法》，沈景一译，北京：商务印书馆，2013年，第110页。

⑪ 梁漱溟：《中国文化要义》，第58—59页。

⑫ [法]茹利欧·莫兰杰尔：《法国民法的渊源与发展》，法学教材编辑部、《民法原理》资料组编：《外国民法资料选编》，北京：法律出版社，1983年，第48页。

⑬ 《拿破仑法典》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，北京：商务印书馆，1979年，目录页。

与家庭相关的内容，如结婚、离婚、亲子关系、收养、亲权等，松散地并列分布于人编之中。这样的体系安排，既是法国大革命追求消灭中间团体，从家庭中解放个人的要求，亦是为了凸显 1804 年民法典的财产法中心地位。^① 为了忠于人的自然状态，大革命期间的这部法典牺牲家庭以成全个人，甚至极少提及家庭二字。^② 有学者对《拿破仑法典》评价道：“它忽视集体利益，把单独的个人置于国家之上，不承认法人和组织，敌视联合。”^③

在家庭法的具体制度上，家庭法的进步性体现为婚姻自由和婚姻法的世俗化，婚姻由两个独立的个人因其自由的意思而缔结，由国家而非任何宗教团体取得绝对管辖权。^④ 由于受习惯、宗教等原因的影响，《拿破仑法典》中的家庭法仍有其保守的一面，体现为对非婚生子女的歧视以及亲权上父亲与母亲地位的不平等。^⑤ 尽管如此，由于其立法理念、体系构造上浓烈的个人主义色彩，仍然可将该家庭法的构造模式描述为人法模式。

（三）1900 年《德国民法典》家庭法构造的团体法模式

理性法的存在基础，在康德的认识论批判之下并不稳固，代之而起的是实证主义、国家主义的节节胜利，《德国民法典》即是这一时代背景之下生成的重要产物。^⑥ 源自康德认识批判性的形式主义体现在法学中，即法学实证主义。^⑦ 与此同时，黑格尔的国家哲学成为法典编纂时期的主流哲学，国家意志高于个人意志是其典型特色。^⑧ 与国家同为团体的家庭在当时也受到了极大的重视，单个个体在家庭中不是一个独立的人，而是作为成员而存在。^⑨ 此形式主义和国家主义的思想传统，体现在德国民法典的外在形式和内在实质上。相较于法国民法典，德国民法典中家庭法的独立成编是其典型特色。这一方面是概念法学追求体系的结果，胡果在其《现代罗马法制度》中就做出了将家庭法独立成一个单元的努力，而海泽遵循这一观点，将家庭法从财产法及债法中分离。^⑩ 法典起草工作的主要参与者温德沙伊德认为，“家庭法应当表述内在于亲属关系的理念，不能以财产关系中的自由塑造家庭法”^⑪。另外，权利主体这一抽象的上位概念得到承认，从而使得纯粹规定权利能力和行为能力的主体法与规定身份关系的法相分离成为可能。^⑫ 另一方面则是受法典编纂时期黑格尔国家哲学对团体观照的影响，家庭既然是高于个人的伦理实在，为了突出其地位，家庭法的独立成编是其必然选择。

① Wolfram Müller-Freienfels(1977). The Problem of including commercial law and Family law in a Civil Code. In S.J. Stoljar (Eds.), *Problems of Codification* (p.112.). Canberra: the Australian National University.

② Robert Talmy(1962). *Histoire du mouvement familial en France (1896-1939)*. Paris :Union nationale des caisses d' allocations familiales, 28.

③ [法] 茹利欧·莫兰杰尔：《法国民法的渊源与发展》，第 58 页。

④ 谢怀斌：《大陆法国家民法典研究》，北京：中国法制出版社，2004 年，第 16 页。

⑤ 关于法律对非婚生子女的歧视，例如《拿破仑法典》第 756 条规定，非婚生子女绝不得为继承人；法律仅对于经合法认领的非婚生子女，授予其承受死亡父母遗产的权利。其父母血亲的财产，法律并不授予非婚生子女以任何权利。参见《拿破仑法典》，第 113—115 页。关于亲权上父亲与母亲地位的不平等，例如《拿破仑法典》第 373 条规定，父母婚姻关系存续中，亲权由父单独行使之。参见《拿破仑法典》，第 54 页。

⑥ [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，上海：上海三联书店，2006 年，第 349—350 页。

⑦ [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》，第 416 页。

⑧ [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》，第 397 页。

⑨ [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，北京：商务印书馆，1961 年，第 199 页。

⑩ 徐涤宇：《范式民法典体系之解析和中国民法典体系的建构》，梁慧星编：《民商法论丛》（总第 17 卷），香港：金桥文化出版（香港）有限公司，2000 年，第 295 页。

⑪ [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，北京：法律出版社，2003 年，第 35 页。相似观点另参见 [德] 萨维尼：《当代罗马法体系 I》，朱虎译，北京：中国法制出版社，2010 年，第 264—266 页。萨维尼对家庭法与财产法的区别作了系统论述。

⑫ [意] 桑德罗·史奇巴尼：《法学研究方法以及对古罗马法学著作和近现代法典结构体系中若干问题的思考》，丁玫译，《比较法研究》1994 年第 2 期。

二、西方家庭法构造模式的现代变革

以上分析表明，各国家庭法的构造模式皆受当时居主流的哲学思潮以及民族观念的深刻影响。诚如茨威格特和克茨教授所言，一部民法典的特点本质上由其赖以产生的历史条件决定。^①随着社会的发展，家庭关系与时代文化都发生了巨大的变化，西方家庭法的构造模式亦随之改变：一方面，随着契约文化在成人关系上的发展使得婚姻不再成为家庭的中心；另一方面，在成人关系流动的背景下，更加凸显出对子女权益保护的需要，亲子关系日益被推到家庭法的舞台中心。这两者共同构成西方家庭法模式现代化的两大特点，即可以概括为“从婚姻关系中心到亲子关系中心”的变革。

（一）西方传统家庭法：婚姻中心

西方传统家庭法从范畴诞生之初，就是以婚姻为原点展开的，这不仅表现在男女间关系上，而且表现在亲子关系和其他亲属关系上。婚姻才是唯一被法律承认的男女两性亲密关系形态，由此形成的父母子女关系成为法律唯一承认的亲子关系形态，并且法律也只认可由此形成的其他亲属关系。无论是法国家庭法的人法模式，还是德国家庭法的团体模式，在现代变革以前，均呈现出婚姻中心的家庭法图像。虽以个人主义精神著称，《拿破仑法典》中的家庭法仍有对非婚生子女的歧视以及亲权上父亲与母亲地位的不平等。其家庭法的图像是一个唯一的模型：婚姻中心的、专制的、父权的。^②1900年的《德国民法典》中，家庭法的保守和伦理属性占主流，家的概念以婚姻为起点，对家的理解仅限于婚姻缔结之后的实体。^③该法典中关于男女不平等、歧视非婚生子等制度，直到二战后才有所改革。^④在当时的历史背景下，核心家庭是指包括两个形成了法律上婚姻形态的父母及他们基于婚姻形态所生育的子女的基本单位。西方传统家庭法采纳了以生活事实相似性为基准的立法技术，而此处生活事实的相似性实际上是一种以婚姻为基础的家庭生活形态。该法将非婚同居者以及非婚生子女排除在外，同时有婚生推定与非婚生子女认领和准正制度作为配套，意图通过鼓励男女结婚来转换非婚生子女的法律地位，而不是直接关注非婚生子女本身。

（二）西方现代家庭法：亲子中心

针对成人亲密关系的形态，在男女人格平等的大趋势下，法律减少了对模型家庭的塑造，家庭法在此愈加倾向于演变为一种清算性的程序规则。^⑤传统道德观应当被注入家庭法的观念变得模糊和难以确定，一种总体性的趋势是法律减少了对成人间关系的干预。20世纪40年代以来，已有越来越多的国家承认非婚同居作为两性结合的法律制度。非婚同居合法化、制度化之后，其与传统婚姻并行，其名称虽然不同于传统婚姻，也未被纳入婚姻制度之中，但其结构、法律效力均与婚姻相同，实质上是婚姻制度的另一种形式。^⑥法律假设成人能有效维护自身的利益，通过协商确定彼此间的权利义务。作为法律制度的婚姻被道德空心化，更趋近于契约。与此相应，过错逐渐退出历史舞台，破裂主义成为判决离婚的主要标准。成年人更易于解除彼此的婚姻关系；多样的成人生活形态，如登记伴侣或者民事互助契约（*pacte civil de solidarité*，以下简称PACS）成为人们的选择。即使是欠缺任何等级要素的事实关系，法律也逐步予以承认。意思自治逐渐占据上风，意味着承认家庭法原有功能的淡化。以婚姻为代表的成人亲密关系，逐渐丧失其在家庭法中的中心地位。不断增长的离婚率，总体下降的结婚率以及事实关系的不稳定，使得成人间的亲密关系流动性大大增加。在法国，20世纪60年代以后，在著名学者让·卡尔博尼尔

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿均、贺卫方译，北京：法律出版社，2003年，第218页。

② Jean-Hugues Déchaux(2016). Parenté, «polythéisme des valeurs» et délibération. Variations wébériennes. *Négociations*,25(1), 27.

③ 张龔：《论我国法律体系中的家与个体自由原则》，《中外法学》2013年第4期。

④ 谢怀斌：《大陆法国家民法典研究》，第55页。

⑤ Sandra Berns(2000). Folktales of Legality: Family Law in the Procedural Republic: The Narrative Structure of Family Law. *Law and Critique*,11 (1), 1-24.

⑥ 蒋月：《结婚自由将走向何处》，陈苇编：《21世纪家庭法与家事司法：实践与变革》，北京：群众出版社，2016年，第145页。

(Jean Carbonnier)的影响下,立法者开始对法国民法典中的家庭法进行了脱胎换骨式的改革。^①法国家庭法从唯一价值的图景走向了多元价值的图景,于1999年首次将非婚同居和民事互助契约规定在法国民法典中,其后又于2013年通过了同性婚制度。学者著作中关于家庭的定义也发生了根本性的革命,家庭除了可通过血缘关系或者婚姻关系建立外,还可以通过非婚同居关系以及民事互助契约的方式建立,它们也像通过血缘关系或者婚姻关系建立的家庭一样受到法律保护。^②阿根廷的新民商法典也赋予非婚同居(concubinato)当事人以充分的意思自由,当事人可以形成不同于婚姻的家庭生活计划。^③

而对于父母子女关系,未成年人需要特别保护的现实使得国家的干预日益加强。对非婚形态子女权利的逐步确认,实际上敲响了以婚姻关系为原点的模型家庭的丧钟。从逐步承认非婚生子女与其母亲的法律关系,到逐步承认非婚生子女与其父亲的关系,并强调非婚生子女与婚生子女的平等保护,不仅契合非婚生子女比例日益增长的社会现实,而且反映了人不应当基于出身而在法律上面临歧视这一基本人权。在欧洲范围内,对于非婚生子女的歧视在家庭法层面已被逐渐消除。欧洲人权法院以及各国具有合宪性审查权的法院,相继宣布家庭法中歧视非婚生子女的条款违反基本人权。德国联邦宪法法院指出,“《基本法》第6条第1款保护的是父母和子女构成的生活体,而无论子女是否为父母所生,也无论他们是婚生还是非婚生,家庭是承担责任的父母和子女之间的生活和教育共同体”;“如果子女与父母共同生活,他们形成共同的家庭,如果子女并不同父母共同生活,但父母实际上承担了对子女的责任,将形成两项《基本法》第6条第1款意义上的家庭,即母亲和子女构成的家庭以及父亲和子女构成的家庭。”^④质言之,法律不再将婚姻及由此生育的子女作为确立法律上父母子女关系的排他性设定,而是更关注血缘和抚养事实。在法律尚未将所有成人亲密关系全部纳入的情形下,法律已实现对未成年子女的全覆盖。法律在界定成人亲密关系形态上的困境,并不是产生这种区分的主因。一旦将抚养事实纳入亲子关系中考量,法律在界定父母子女关系时,面临与界定成人间亲密关系时同样的复杂性。并且,伴随着人类辅助生殖技术的发展,亲子关系认定上的复杂性日益提升。更为重要的原因在于,未成年人需要法律的特别保护已成为各国的一项共识。^⑤

与此同时,未成年子女父母关系的流动性,加剧了保护未成年人的需求。未成年人的生活环境在高离婚率和非婚同居生活形态的松散性背景下显得极为不稳定,传统的以鼓励结婚和限制离婚来为未成年子女创造良好生活环境的设想已经难以发挥作用。前述成人间亲密关系的流动性,使得传统婚姻制度难以为继,家庭法的首要任务逐渐演变为在成人间亲密关系的流动性背景下,尽可能保护未成年人的利益。未成年人利益本身而不是婚姻,成为确立父母子女关系的成立及其相互间权利义务的核心:家庭法不再以“两个已婚父母对子女的权利和义务”为出发点,而是单纯考虑“个体的父或者母对子女的权利和义务”。易言之,家庭法需要在父母间关系与父母子女关系脱钩的大背景下,处理如何最大限度保护未成年子女利益的问题。亲子关系作为一个持久的家庭生活单元的最重要因素,并不因成人间亲密关系的流动而消失。正如帕特里克·帕金森所言,无论父母关系可能变成怎样以及他们可能会形成任何新关系,亲子关系产生了持久性的联系,这种关系一定程度上在父母之间的关系终止后仍然继续存在。^⑥现代的离婚已被改写为“永久性的核心家庭在新扩展的生命历程中的一个阶段”^⑦。家庭关系中的这种变革体现了如下理念,即

① Edwige Rude-Antoine(2007). Jean Carbonnier et la famille. Transformations sociales et droit civil. L'Année sociologique, 57(2), 527-543.

② 张民安:《法国民法》,北京:清华大学出版社,2015年,第198页。

③ María Victoria Pellegrini(2017). Los diversos tipos de familia en el nuevo Código civil y comercial argentino: las uniones convivenciales. R. Cardilli e D.F.Esborraz, *Nuovo Codice Civile Argentino e Sistema Giuridico Latinoamericano*(p.190, 201). Milano: Wolters Kluwer Italia S.r.l.

④ BVerfG, Order of the First Senate of 9 April 2003 - 1 BvR 1493/96 - para. 90.

⑤ Nigel Love and Gillian Douglas(2015). *Bromley's Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 6.

⑥ [美]帕特里克·帕金森:《永远的父母:家庭法中亲子关系的持续性》,冉启玉译,北京:法律出版社,2015年,第14页。

⑦ [美]帕特里克·帕金森:《永远的父母:家庭法中亲子关系的持续性》,第47页。

由于亲子关系产生的责任，将超越当事人的个体选择，超越家庭的分裂或重组，正如谚语所云“我们永远都是父母”。因此，正是亲子关系构成了家庭的基础，并且保证了这种家庭纽带的稳定性。^①成人间关系的流动性和亲子关系的持久性，逐渐将亲子关系法推向了家庭法的中心。这被琼·卡尔博纳教授形象地称为家庭法的第二次革命，亲子关系成为构建家庭法权利义务的基础。^②

三、中国民法典家庭法构造模式的选择

（一）中国民法典对三种家庭法构造模式的选择

1. 中国民法典对古代中国同居共财家族法模式的扬弃

从本质上说，中国民法典没有选择以同居共财为典型特征的家族法构造模式，其表现在体例结构上以婚姻关系为中心，废除了同居共财模式的家主体制度。同居共财之家族法模式虽有深厚的文化基础且历史悠久，但随着社会文化的变迁，该制度已不适合现代主流的家庭法律关系。民法典之所以未选择这种家族法模式，其理据在于，维护该制度存在的社会经济文化基础早已不复存在。同居共财对于家庭的绝对必要性，取决于传统社会对家庭小生产形态的依赖、社会保障功能的缺失以及妇女、子女对夫权和父权的依附。而现代社会，这些决定性的因素早已改弦更张，社会化大生产的普及、社会保障功能的健全、女性地位的崛起、平权运动等无不在宣告一个事实——同居共财之家族模式的谢幕。然而，对传统家族法模式的放弃，并不代表在家庭法上全盘否定同居共财的合理制度因素。同居共财制度的本质是传统社会人们对稳定和安全的需要，时代变迁虽然使得这种需要无须禁锢于家主体的形式，但以同居共财为要素的家庭制度对现代家庭而言仍具有稳定器的作用，只不过其作用场域已越来越限定在家庭团体模式之内核的构造上。首先，虽然《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1062条和第1063条沿袭此前婚姻法及其司法解释对夫妻共同财产和个人财产进行精细区分的道路，且第1065条关于夫妻约定财产制的规定也使这两条成为任意性规范，一定程度上体现了家庭财产法上个人主义的成色，但婚后所得共同制的存在说明立法者仍将同居共财作为夫妻财产制的法定补充形式，其立法意图不外乎是在尊重夫妻意思自治的基础上，发挥同居共财制度对婚姻关系的稳定功能。其次，第308条和第1065条在规范属性上如出一辙，说明民法典在夫妻财产共有之外，也承认家庭成员个人财产之外家庭共同财产的存在，而后者正是同居共财的现代版本。最后，《民法典》第1045条第3款在界定家庭成员时，系以共同生活作为判断标准；而“共同生活”一般被解释为“为同一家计”而在一定期间稳定的生活，由此古代中国的家族经由近亲属和同居共财这两个要素的认定而被限缩为现代法上的家庭，即民法典定义的家庭系由配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属构成。^③

2. 中国民法典未选择法国的人法模式

《民法典》婚姻家庭编在体例编排上也没有选择法国的人法模式，将各类家庭关系放在人编之下，而是按照“一般规定—结婚—家庭关系—离婚—收养”的结构来展开家庭编，这显然非以个人为中心。另外，该编一般规定中的“优良家风”条款，旗帜鲜明地表达了立法者对婚姻家庭的重视和优良家风的倡导。由此可见，以婚姻家庭关系为中心，是中国民法典模式的显著特点。民法典作出此种选择有两方面的理由。其一，个人主义作为近代文化的主潮已不适用于现代社会，尤其不适用于注重家文化与集体意识的中国。个人主义虽为近代民法的精神内核，但现代民法却对其有所削弱。近代民法中奉意思自治为圭臬的个人并非完整的个人，而是套上了“理性人”光环的个人，充其量只是人生命中最理智、最成熟的一个阶段，并未囊括理智幼小和衰微的阶段。而在这一过程中，如仍然削足适履地套上个人主义的形式，与其说是自由，毋宁说是一种遗弃。而家恰恰是对幼小阶段的个人理性和自由培育发展的港湾，强调家的价值，

① [法]于格·菲乐西隆：《论家庭纽带》，李贝编译：《法国家事法研究文集——婚姻家庭、夫妻财产制与继承》，北京：人民法院出版社，2019年，第185页。

② June Carbone(2000). *From Partners to Parents: The Second Revolution in Family Law*. New York: Columbia University Press, 239.

③ 类似观点参见韩伟：《中华法文化中“共同生活的人”》，《人民法院报》2016年2月5日。

与其说是限制，毋宁是一种被保护的自由。^①其二，中国民法典潘德克吞的立法体例具有采纳家庭模式的可行性。法国家庭法之所以只见个人、不见家庭，除了前述文化的原因外，还因其民法典采用的是法学阶梯模式。在法学阶梯模式下，只有人的概念而并未抽象出权利主体这一概念，由此家庭法中身份关系也只能寄居于人编之下；而在潘德克吞体系之下，从财产行为与身份行为中提取出的“权利主体”这一概念为家庭法从人法中的独立提供了可能。^②

3. 家庭团体法模式与家庭财产法上个人主义的辩证统一

尽管民法典婚姻家庭编在立法体例以及一般原则上表现出重视家庭的团体法构造模式，但其并不排斥对个人主义的兼容。这两种截然相反的本位的共存，看似矛盾，实则是中国传统家庭文化在面对变迁的家庭社会关系时一种必要的现代适应。就家庭财产制而言，个人主义与家庭法构造模式上的团体本位并不互斥，因为家庭法的构造模式与立法体例和立法精神有关，而家庭财产制更多地与家庭中人格与财产的独立平等有关。其中，家庭的个人财产彰显成员的独立人格，家庭共同财产则昭示家庭的团体人格，而在个人人格独立平等的基础上重视家庭，与学者提出的要辩证吸收家庭本位和个人本位的有益部分，以“平等且团结”的新的伦理原则指导当代中国家事法发展的观点有异曲同工之处。^③

家庭财产制与家庭的社会经济职能、妇女参与社会工作的程度以及男女地位的文化观念，也密切相关。在以小农生产、家庭作为生产单位且男尊女卑的古代社会下，同居共财的家产制显然能更好地适应这种社会的经济文化，成为维系家庭的基础。但是，随着社会经济文化的变迁，小农生产大都被社会化大生产所取代，绝大部分家庭不再作为生产单位，男尊女卑的文化认同被男女平权取代，如果仍然采取同古代一样的家庭财产制度，那显然不利于女性经济与人格的独立。林秀雄认为，“夫妻一体所以夫妻之财产亦应为一体的论调，不外乎是维持男性优位的社会体制之一借口而已。而采取夫妻共同财产制就是维持男性优位的社会体制之一手段”^④。完全的财产共同制，确实有利于保护在家务劳动和抚育子女上承担更多而较少参与社会工作的妇女。尽管妇女处于经济弱势的地位没有发生根本性改变，在家庭财产制上兼顾公平是必要的，所以中国家庭法在离婚财产分割时规定了照顾弱势一方的原则（《民法典》第1087条），并且赋予了对家庭的无偿性劳动如抚育子女、照料老人、协助配偶工作承担较多的一方经济补偿请求权（《民法典》第1088条），以实现家庭财产分割时的利益平衡。但是，随着妇女受教育程度的大幅度提升以及妇女劳动参与率的不断增长，完全的财产共同制的基础显然在不断丧失。家庭财产制上对个人财产的承认，更能适应妇女也参与社会工作的现代家庭，这不仅会促进女性在家庭关系中财产与人格的独立，也能帮助男性减少经济压力，促使男性承担家庭责任，进而提升家庭的稳定和谐。在现代社会，最幸福的家庭不是“男主内，女主外”，而是那些成年人互相分担家庭和工作责任的家庭，特别是在有在职母亲的家庭中，在分担家务和照顾孩子方面有更多的平等，可以提升丈夫和妻子双方的婚姻满意度。^⑤由此可见，在现代中国社会，家庭的团体人格尽管仍然重要，但维系家庭的纽带不再是唯一的财产之共同。在家庭法团体法模式以及重视家庭的立法精神之下，家庭财产制的个人主义倾向是对现代社会的一种必要适应，而不是对家庭法团体法模式的排斥。

（二）中国民法典家庭法对婚姻中心与亲子中心的选择及其评价

1. 中国家庭法对是否坚持婚姻中心的选择及其评价

西方家庭法由于主流婚姻家庭文化的变迁而发生了婚姻中心到亲子中心的现代变革，中国家庭文化是否也在发生上述的变迁，以至于也应考虑家庭法的现代变革来应对不断发展的家庭社会关系呢？对此，

① 张龔：《论我国法律体系中的家与个体自由原则》。

② [意]桑德罗·史奇巴尼：《法学研究方法以及对古罗马法学著作和近现代法典结构体系中若干问题的思考》。

③ 张剑源：《家庭本位抑或个体本位？——论当代中国家事法原则的法理重构》，《法制与社会发展》2020年第2期。

④ 林秀雄：《夫妻财产制之研究》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第60页。

⑤ [美]尼霍尔·本诺克拉蒂斯：《婚姻家庭社会学》（第8版），严念慈译，北京：中国人民大学出版社，2021年，第14页。

有不少学者建议家庭法应当考虑社会家庭关系的变迁,在婚姻家庭编中将婚姻外的家庭形态也纳入进来。例如,何丽新教授认为中国家庭法应当正视家庭形态的多样化,建立多层次的家庭制度。^①无论是西方家庭法变革的方向,还是部分学者对此问题的建议,都倾向于在家庭编中考虑现代家庭关系的特点,体现多元家庭形态,但是中国民法典婚姻家庭编在成人关系上却仍然维持传统婚姻中心的构造模式,未对成人关系中的其他构成形态作出规定。这表现在家庭编体例安排上仍然坚持以婚姻关系的起始、存续以及终结为主线贯彻始终,分为结婚、家庭关系、离婚三章,收养单独作为一章,在家庭关系这一章中仅涵盖夫妻关系以及父母关系和其他近亲属关系两节,并未囊括由事实婚、非婚同居组成的家庭形式。对于此种选择,全国人大常委会法工委发言人作了明确回复:“随着人们观念的变化,非婚同居在一些地方为一部分人所接受,但在整体社会上还远未形成共识。如果法律上对同居制度予以认可,会对现行婚姻登记制度形成较大冲击。”^②民法典对此争议焦点问题作出的选择,在笔者看来是比较审慎的。首先,应当予以厘清的是,争议的焦点其实不在于是否应该对非婚同居进行法律规制,而在于法律对家庭核心意蕴的理解是否应当发生变化。因为中国的法律体系已经对非婚同居及其相关法律后果作了规定,只是不像大部分西方国家或者学者所建议的作为婚姻以外的家庭的一种形式规定在民法典家庭编中,而是作为一种家庭以外的两性关系的补充形态规定在相关的司法解释中。民法典对非婚同居的沉默不意味着非婚同居不值得任何法律的保护,非婚同居作为一种自由的组合形态,是私法中的一个合法领域,为其提供最低限度的保护是有必要的,如中国的《反家庭暴力法》第37条对虽然不属于家庭成员的共同生活之人也提供同等程度的保护。

基于此种前提的明确,争议的焦点其实在于法律对于家概念的认识,而这又与文化密不可分。西方由基督教塑造的家模式和圣礼婚姻的文化随着世俗化运动而遭到抵制,理想的家概念也随之消灭,于是家变成了一个毫无限定的“什么都算”的东西,这种观念奠基于西方文化的一个根本性认识,即家的形式允许多种多样。^③如法国出现了分别由同性和异性按照婚姻、非婚同居、民事互助契约三种同居方式组成的六种家庭形态。但在中国的文化中,上溯于中国古代“齐家”观念的“家庭化”概念,意味着在中国人的生活中,“家必须像一个家”“家必须成其为家”,即家是有标准、有要求的,有规范和应然的一面。^④那中国人关于家庭的标准是什么呢?在中国人的家观念中,家是持续性的有稳定结构的存在。而在构建家庭的多种成人关系形态中,最能承载中国家文化价值的制度非婚姻莫属,非婚同居因其强烈的契约属性,天然地不具备稳定性和持续性特点,因而在其本质上为家庭所拒斥,制度安排上当然也被排除在家庭以外。中国的婚姻伦理从古代的礼教发源,以祭祀祖先、传宗接代为其要义,这是一个宗法的观念。《礼记》认为婚姻的作用是“合二性之好,上以事宗庙,下以继后世”^⑤。在现代社会,虽然事宗庙的宗法观念已逐渐淡化,但婚姻所具有的维持家庭结构相对稳定持续的客观价值并未随时代而变,家庭的结构性要求亲子关系需要被融入一个复杂而又精确的姻亲关系体系之中,这种纽带只能通过婚姻来建立,而无法通过非婚同居等其他形态完成。即便是建议将非婚同居纳入家庭法的学者,也承认“婚姻作为社会历史和文化传统的一个重要部分,到目前为止仍是最稳定的家庭形式,也是养育未成年子女的最佳家庭形式”^⑥。如果将非婚同居也作为家庭的一种形态,那么其结合和解散的任意性势必导致家庭极其短暂松散,不仅不利于未成年人的教育成长,也与中国传统的家庭观相冲突。所以,中国民法典家庭

① 何丽新:《非婚同居的规制不会冲击结婚登记制度》,《政法论丛》2011年第2期。类似观点另参见陈苇、王薇:《我国设立非婚同居法的社会基础及制度构想》,《甘肃社会科学》2008年第1期;向东、赵娜萍:《关系契约视角下家庭制度的重构——以非婚同居为例》,《河北法学》2017年第2期。

② 新京报记者王姝:《非婚同居能不能入法?安乐死该不该入典?民法典编纂中的9大问题》, https://www.sohu.com/a/397112282_391294。

③ 笑思:《家哲学——西方人的盲点》,北京:商务印书馆,2010年,第361页。

④ 笑思:《家哲学——西方人的盲点》,第357页。

⑤ 《礼记》第四十四篇《礼记·昏义》。

⑥ 何丽新:《非婚同居的规制不会冲击结婚登记制度》。

编在成人关系上坚持传统的婚姻中心，未对成人关系上的非婚同居等其他家庭构成形态作出规定，是契合中国家庭文化的模式选择。

2. 中国民法典家庭编对亲子中心的选择及其评价

虽然中国民法典家庭编在成人关系上的婚姻中心契合中国的家庭文化，但其弊端在于将婚姻关系作为整个婚姻家庭关系的中心，遮蔽了同等重要的亲子关系。婚姻家庭编在编纂体例上完全按照婚姻的起始、存续、终结的逻辑顺序展开，而亲子关系则被包含于结婚与离婚中间的家庭关系之中，这种构造安排意味着亲子关系属于婚姻关系的附庸。体例结构上的附属位置显然难以细化亲子法的具体制度规则。^①例如，相对于对夫妻财产制和夫妻债务规则的青睐，民法典家庭关系中亲子关系一节对未成年子女的个人财产和家庭财产的区分及其管理却未置一词，处于总则编的第34条也只是在大监护的名下，原则性地规定监护人对被监护人财产的照管职责，给司法实务留下了大量裁判依据上的争议空间。

首先，这种模式淡化了亲子关系的法律地位，不符合中国的家庭文化。有学者认为“身份法以婚姻法为核心、弱化或排斥其他家庭关系，导致中国传统家庭模式和传统家庭伦理遭到摧毁”^②。中西家庭文化，除了家概念的标准以及稳定性不同以外，还有一个重要的差别，即西方家观念是从个体自由出发，家是两个自由意志的结合，是成人之间的事情；而中国家文化认为家包含三个基础环节：第一环节是人从家而生，第二个环节是人从幼年而长为青年，第三个环节是肯定之否定的阶段，人从子女变为父母，完成生存结构的反转。^③易言之，西方家文化是成人中心主义的，而中国家文化还包括守护生命成长和衰微的阶段，家庭化观念中预设了家庭中的“人生阶段平等”的概念，这个概念把幼年、成年和老年这三个人生阶段看作彼此平等、同样重要的。^④在民法典的文本中，谓亲子关系的构造模式不符合中国家文化，具体表现为其模糊亲子关系和监护制度，将未成年人在家庭成长阶段的保护交由总则编大监护制度调整，淡化了亲子关系的中心地位；而在以亲子关系为中心的立法例中，监护只是构成亲权制度的延长。

其次，淡化亲子中心的家庭法构造模式未能应对家庭法的新发展。前已述及，西方家庭法的现代变革方向是从婚姻中心走向亲子中心，人权观念的加强以及流动的成人关系凸显了保护儿童利益的重要性，从而推动亲子关系成为家庭法的中心。阿根廷2015年施行的新民法典在第558条明确规定，亲子关系得依自然出生、人工辅助生殖技术或收养而发生，且不论是依何种方式产生的亲子关系，也不问是否婚生，其亲子关系均依民法典产生同等法律效果；在亲子关系的立法结构上，其三章就婚生和非婚生（含人工辅助生殖）、收养、父母责任依次展开，条文数目多达47条。由此，亲子关系不仅可因子女出生而产生血亲关系，也可通过收养发生拟制的亲子关系；在非婚同居等非婚情形，所生子女与其父母属于家庭关系，不因父母关系的不稳定而受影响；单亲家庭也属于家庭，不因没有婚姻关系而有任何影响；甚至对于借助人工辅助生殖技术所生子女，该民法典关注的也是亲子关系的同等法律效果，而非对技术本身的规制。由此可见，在构成家庭形态的意义上，亲子中心的立法根据参与构成的家因缘多少，可以有大小之分，有伸有缩又随遇而安，如最简单的单亲之家、父母子女之家直至五代同堂的大家。这些家分享着所谓“家人类似”，不诉诸任何简单定义式的一致。^⑤如果夫妻之家因为婚姻自由原则而解散，父母子女关系所内含的“慈孝”义务并不因夫妻之家的解散而消失；婚姻以外其他成人关系形态所生子女与其父母的关系，也不因婚姻关系的阙如而影响其家庭关系的性质以及相关的权利义务。^⑥相形之下，中国民法典虽在第1071条强调非婚生子女和婚生子女享有同等权利，但对亲子关系产生的多种形态却回应不足，尤其是在法政策上对人工辅助生殖技术等产生的新型亲子关系态度暧昧，最后只能借助于单行法或司法解释去面对其正当性的确认和具体制度的构建。

① 薛宁兰：《我国亲子关系立法的体例与构造》，《法学杂志》2014年第11期。

② 俞江：《论民法典“家庭法编”的体系构造》，何勤华编：《民法典编纂论》，北京：商务印书馆，2016年，第59页。

③ 张龔：《论我国法律体系中的家与个体自由原则》。

④ 笑思：《家哲学——西方人的盲点》，第401页。

⑤ 笑思：《家哲学——西方人的盲点》，第423—425页。

⑥ 张龔：《论我国法律体系中的家与个体自由原则》。

综上所述,梁漱溟先生有云,一时一地之社会构造实质为其时其地全部文化之骨干,此外不过是皮肉附丽于骨干。^①文化在形塑社会制度的作用上是不言而喻的,在以人伦秩序生活事实而非法律后果为构建技术的家庭法领域尤甚,这从三种典型的家庭法构造模式对其文化的契合性上可见一斑。^②对家庭法的研究离不开对其背后文化的关注,然而问题的棘手性在于文化并非一成不变,层出不穷的家庭社会观念与根深蒂固的文化传统之间经常发生碰撞,厘清家文化中哪些是历经时代冲刷依然屹立不倒的根基,哪些是随时代需要而不断变化的部分,即分清家文化中的“骨干”与“皮肉”,显得尤为重要。西方家庭文化在现代社会已然并持续进行着从婚姻中心到亲子中心的变革。而在中国,随着个人主义、契约文化在家庭关系中的渗入,家庭财产制越来越偏离同居共财而走向更加个人化的道路,非婚同居等其他可能对婚姻造成冲击的两性关系形态也日益增多,但作为团体而非个人的家观念、稳定而非松散的家观念并未改变,家文化中本有的对亲子关系的重视亦可在一定程度上回应家庭法的现代变革趋势。中国民法典在家庭团体模式的选择以及成人关系上的婚姻中心,都较好地表达了中国的家庭文化,但其对亲子关系的淡化,无论是对传统家文化的契合还是对现代家庭关系的回应,都有失担当。家文化在法律上的现代性表达这一课题并不因民法典的颁布而终止,本文仅从家庭法构造模式这一宏观视角作出研究,而更为精微的家庭法理论和制度的构建则有待于对家文化及其现代性更深的挖掘。

Legal Cultural Reflection on the Structural Model of Family Law

XU Di-yu & HU Dan

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan, 430073)

Abstract: The promulgation of Civil Code of China signifies the official entry of family law into the era of lawful codification. As great changes have taken place in family social relations, the legal cultural reflection on the structural model of family law will help to cope with the challenges brought by the changes of family social relations. Generally, the structural model of family law is an appropriate response to the national culture. There are three typical family law structural models in history, namely, the cohabitation and wealth-sharing model in traditional China, the individual model in France and the group model in Germany, which respectively respond to the local national culture at that time. In modern times, due to the changes of family society and culture, the structural model of western family law is undergoing a transformation from the center of the marriage relationship to the center of the parent-child relationship. The Family Section of the Civil Code of the People's Republic of China has optimized the traditional Chinese model of cohabitation and common property, while opting for the German model of group law. In addition, it has maintained the center of traditional marriage in adult relationship, which is consistent with China's profound family culture characteristics. However, the dilution to the center of parent-child is neither in line with the Chinese family culture nor in response to the development trend of modern family law.

Keywords: Family Law, Structural Model, Legal Cultural Reflection, Marriage Center, Parent-Child Center

[责任编辑: 陈慧妮]

① 梁漱溟:《中国文化要义》,第57页。

② 王泽鉴:《民法总则》,北京:北京大学出版社,2009年,第21页;黄立:《民法总则》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第16—17页。