



民法典婚姻家庭编完善我国亲属制度的 成果与司法操作

杨立新*

目 次

- 一、完善：婚姻家庭编对我国亲属制度的主要修改
- 二、检视：婚姻家庭编的立法亮点与规则完善的原因
- 三、适用：婚姻家庭编规定的亲属法规则的司法操作
- 四、结语

摘 要 民法典婚姻家庭编对我国亲属法律制度进行了重要修改，具有十大亮点：一是规定了亲属的基本制度，二是强调家庭优良家风、家庭美德和家庭文明建设，三是确认亲属法律行为，四是确认身份权及身份权体系，五是规定共同亲权原则，六是规定家事代理权，七是规范夫妻共同债务规则，八是规定亲子关系确认和否认规则，九是规定离婚冷静期，十是确立身份权请求权为身份权保护方法。民法典婚姻家庭编的这些立法进展，使我国的亲属法律制度进一步完善。这些都对我国的婚姻家庭关系的法律调整具有重要价值。婚姻家庭编完善我国亲属法律规则取得进展的原因是，立法关注民生，婚姻法回归民法，完善亲属法律制度，追求亲属关系稳定。在司法操作层面，应当统一法律适用的指导思想，对具体的规则采取不同的方法进行补充，保障婚姻家庭编规定的亲属法律制度和规则的正确实施，保护好亲属关系当事人的身份权。

关键词 民法典婚姻家庭编 身份权 完善 检视 司法操作

《中华人民共和国民法典》颁布实施，将原《婚姻法》和《收养法》编纂成为民法典婚姻家庭编，^{〔1〕}使婚姻家庭法终于回归民法，以新的面貌出现在我国的社会生活中。经过三年的修

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、法学院教授，中国民法学研究会副会长。

本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中华人民共和国民法典评注”（18JJD820001）的研究成果。

〔1〕 下文对《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编简称为婚姻家庭编。



改,我国的亲属法律制度究竟发生了哪些变化,在亲属制度上有哪些创新和发展,应当进行检视。这不仅对民法典亲属法的司法操作具有重要意义,更重要的是对社会以及婚姻家庭生活的引导具有更大价值。本文以笔者参加立法的视角,对婚姻家庭编进行全面检视,揭示我国亲属制度的进展和完善的亮点,对我国婚姻家庭制度基本法理进行简要阐释,提出司法操作的指导思想 and 具体做法。

一、完善:婚姻家庭编对我国亲属制度的主要修改

(一) 婚姻家庭编“一般规定”对亲属法制度的修改

1. 删除实行计划生育的基本原则

《婚姻家庭编》第1041条在婚姻家庭法的基本原则中,删除了“实行计划生育”的内容。这是因为,国家长时间实行独生子女的计划生育政策,限制了人口增长,使后备劳动力大大减少,出现较大的社会问题,需要适当调整计划生育政策,以改变目前的状况,故删除了“实行计划生育”的规定,不再将其作为婚姻家庭编的基本原则。

2. 规定家庭和家风建设

民法典重视家庭建设。《婚姻家庭编》第1043条规定,家庭应当树立优良家风,弘扬家庭美德,重视家庭文明建设,把家庭建设好,使之成为社会和谐稳定的基础。

3. 规定亲属、近亲属和家庭的概念

《婚姻家庭编》第1043条规定“亲属包括配偶、血亲和姻亲。”“配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。”“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”这是自1949年以来,我国婚姻家庭立法第一次规定亲属的概念和种类,同时还规定了近亲属和家庭的概念,具有重要价值。

民法典第一次规定“亲属包括配偶、血亲和姻亲”,不仅规定了亲属的概念,而且还规定了亲属的种类。亲属是指因婚姻、血缘和法律拟制而产生的人与人之间的特定身份关系,以及具有这种特定身份关系的人相互之间的称谓。⁽²⁾ 亲属的含义是:第一,亲属是一种人与人之间的社会关系,这种社会关系因婚姻、血缘和拟制血缘而产生。在这个意义上使用亲属概念,实际上是指“亲属身份关系”,是亲属之间的权利义务构成的法律关系。第二,亲属标志着具有亲属身份关系的人的特定身份。亲属身份是固定的,只要亲属身份关系存在,这种特定身份就不会改变,亲属之间不能相互更换位置而改变身份。在这个意义上的亲属概念,标志着亲属之间的不同身份地位及亲属身份关系的远近亲疏。第三,亲属也是具有亲属身份关系的人相互之间的称谓。在这个意义上使用的亲属概念,实际指的是亲属之间的特定称谓。其中:配偶是关系最密切的、是因男女双方结婚而发生的亲属,是血亲的源泉、姻亲的基础;血亲是指有血缘联系的亲属,是亲属的主要部分;姻亲是以婚姻为中介而产生的亲属,配偶一方与另一方的血亲之间为姻亲关系,包括血亲的配偶、配偶的血亲和配偶的血亲的配偶。⁽³⁾

亲属之间的亲疏远近之别通常用亲等表示,婚姻家庭编仍然使用“近亲属”概念,确认配

(2) 参见金盾《我国“亲属”法律概念的变迁探析》,载《江苏社会科学》2017年第1期,第144-151页。

(3) 参见杨立新《我国亲属制度改革的进展、问题与对策——〈民法典婚姻家庭编(草案·三审稿)〉述评》,载《中国社会科学院研究生院学报》2019年第6期,第77页。

偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属，在他们之间发生亲属的权利义务关系，非近亲属不发生亲属的权利义务关系，不受婚姻家庭编的调整。近亲属的概念，相当于“配偶+三代以内的血亲”。

婚姻家庭编没有规定家或者家制，而有家庭的概念，但是没有对其作出界定，仅规定了“家庭成员”的概念，配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属是家庭成员，是组成家庭并共同生活的近亲属。

4. 规定收养应当保障被收养人和收养人合法权益的原则

《婚姻家庭编》第1044条规定了收养的基本原则，即“收养应当遵循最有利于被收养人的原则，保障被收养人和收养人的合法权益。”“禁止借收养名义买卖未成年人。”这是由于将原《婚姻法》《收养法》统一编纂为“婚姻家庭编”，因而规定了收养子女的基本原则。任何被收养人都是独立的个体，都是具有人格尊严的民事主体，应当受到尊重；由于被收养人基本上是未成年人，是祖国的未来和民族的希望，因而送养、收养都必须以最有利于他们的健康成长为原则，使他们的合法权益得到保障。

5. 规定身份权请求权

《民法典人格权编》第1001条规定了身份权请求权，以保护身份权，救济身份权人受到的身份权益损害。这一条文虽然规定在人格权编，但是其性质属于婚姻家庭编“一般规定”的内容。当亲属之间的身份权受到侵害后，可以行使身份权请求权予以救济，当然也可以选择侵权请求权救济身份权的损害。

(二) 对结婚规则的创新性规定

1. 将禁婚疾病改为可撤销婚姻的事由

《婚姻家庭编》第1048条只对“直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚”作了规定，删除了原《婚姻法》第7条关于禁婚疾病的内容，即“患有医学上认为不应当结婚的疾病”即为禁婚疾病而“禁止结婚”。⁽⁴⁾将疾病作为禁婚事由，过于严厉，限制了当事人的婚姻自由权利，故婚姻家庭编增设第1053条，把一方患有重大疾病作为可撤销婚姻的事由，把是否认可婚姻效力的权利交给对方当事人自我决定。

2. 规定完成结婚登记时确立婚姻关系

《婚姻家庭编》第1049条规定，男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记，“完成结婚登记，即确立婚姻关系”，改变了原《婚姻法》第8条关于“取得结婚证，即确立夫妻关系”的规定。颁证是基于登记行为，在登记之后才能颁证。结婚的效力始于登记行为，而不是颁证行为。这与物权变动登记的情形相似，亲属法律行为与物权法律行为的效力都应当如此。

3. 规定胁迫婚姻应当自胁迫行为终止之日起一年内向人民法院提出撤销请求

《婚姻家庭编》第1052条规定“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。被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。”该条文是关于胁迫结婚为可撤销婚姻的规定。与原《婚姻法》第11条规定相比，本条规定进行了两方面的改变。一是删除了原《婚姻法》第11条规定的“可以向婚姻登记机关请求撤销”内容，统一由法院行使撤销权；二

(4) 原《婚姻法》第7条第2项规定“有下列情形之一的，禁止结婚：……(二)患有医学上认为不应当结婚的疾病。”



是将原《婚姻法》第11条关于“撤销权的除斥期间自结婚登记之日起一年内”修改为“自胁迫行为终止之日起一年内提出”，以更好地保护被胁迫一方当事人的合法权益。

(三) 对亲属身份关系规则进行的新修改

1. 确认夫妻双方对未成年子女享有共同亲权

《婚姻家庭编》第1058条规定了共同亲权原则，确认夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。亲权，是指父母对未成年子女在人身和财产方面的管教和保护的权利和义务。⁽⁵⁾ 共同亲权原则之前的亲权原则是父亲专权原则。直至近代，因男女平等观念的兴起，各国立法才以共同亲权原则取代了父亲专权原则，⁽⁶⁾ 在亲权领域中实现了男女平等。共同亲权是指亲权的共同行使，即亲权内容的行使均应由父母共同的意思决定，并对外共同代理子女。⁽⁷⁾ 父母共同行使亲权，以父母间有婚姻关系存在为前提。在父母离婚后，亲权由与未成年子女共同生活的一方行使；对非婚生子女，亲权由母亲行使，当其被认领后，亲权才为其父母共同行使。

2. 规定夫妻享有日常事务代理权

《婚姻家庭编》第1060条规定了家事代理权，认可夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。日常事务代理权，亦称家事代理权，是指配偶一方在与第三人就家庭日常事务为一定法律行为时，享有代理对方权利行使的权利。⁽⁸⁾ 日常事务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。日常家务的范围，包括夫妻、家庭共同生活中的一切必要事项，家庭对外经营活动不包括在内。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，行为的相对人如为善意且无过失的，则不得撤销。

3. 夫妻一方因受到人身损害获得的赔偿和补偿为个人财产

法律保护夫妻个人财产，配偶一方所有的财产属于个人财产，不认为是夫妻共同财产。《婚姻家庭编》第1063条规定，一方的婚前财产、一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿、遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产、一方专用的生活用品、其他应当归一方所有的财产，属于夫妻一方的个人财产。与原《婚姻法》第18条相比，其中增加的内容是，一方因受到人身损害获得的赔偿和补偿属于夫妻个人财产，因为这种获得的人身损害赔偿具有人身性，是救济个人的人身损害赔偿款，不能作为夫妻共同财产。

4. 明确夫妻共同债务的认定规则

对于夫妻共同债务，《婚姻家庭编》第1064条采用了最高人民法院司法解释的规则，认为夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻

(5) 李志敏 《比较家庭法》，北京大学出版社1988年版，第227-228页。

(6) 林菊枝 《亲属法新论》，（我国台湾地区）五南图书出版公司2006年版，第312页。

(7) 林菊枝 《亲属法专题研究》，（我国台湾地区）五南图书出版公司1985年版，第143页。

(8) 张盛世、舒雯 《日常家事代理权及其相关法律问题探微》，载《法律适用》2009年第7期，第48页。

关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。夫妻共同债务，是以夫妻共同财产作为一般财产担保，在夫妻共有财产的基础上设定的债务。⁽⁹⁾ 包括夫妻在婚姻关系存续期间为解决共同生活所需的衣、食、住、行、医、履行法定扶养义务、必要的交往应酬，因共同生产经营活动等所负之债，以及为抚育子女、赡养老人，夫妻双方同意而资助亲朋所负债务。夫妻共同债务与夫妻个人债务相对应。

5. 夫妻享有婚内分割共同财产请求权

夫妻共同财产是共同共有财产，在共同共有关系发生的原因没有消灭前，共同共有财产一般不能分割，目的在于保持共有关系的基础和稳定性，保护共有人的合法权益。⁽¹⁰⁾ 但是，在实践中存在婚内分割夫妻共同财产的需求。《婚姻家庭编》第1066条借鉴司法解释的规则⁽¹¹⁾ 规定在婚姻关系存续期间，一是一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为，二是一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产。这符合《物权编》第303条关于“共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割”的规定。在坚持夫妻共同财产原则上不能分割，婚姻关系存续期间一方请求分割共同财产不予支持的基础上，对特别情形作为例外，准许在婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产，以保护婚姻当事人的合法权益。

6. 规定亲子关系确认与亲子关系否认的一般规则

原《婚姻法》没有规定亲子关系确认和亲子关系否认制度，是立法的漏洞。《婚姻家庭编》第1073条规定“对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。”“对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。”这一条文包括的内容，一是确认亲子关系，也称为非婚生子女认领，是指生父对于非婚生子女承认为其父而领为自己子女的行为。其中任意认领，也称为自愿认领，是生父的单独行为，无须非婚生子女或母之同意，以父的意思表示为已足；强制认领，也叫亲之寻认，是指因被认领人对于应认领而不为认领的生父，向法院请求确定生父关系存在的行为。强制认领适用于生父逃避认领责任而母及子女要求认领的场合，以国家进行干预，体现了国家的强制力。父不为任意认领时，非婚生子女及其他法定代理人得据事实，诉请其父认领。二是亲子关系否认，也叫婚生子女否认，是父或者母对推定为婚生子女的婚生性提供否定性证据推翻该推定的证明，否定其为婚生子女的制度。否认亲子关系的前提是婚生子女推定，即子女系生母在婚姻关系存续期间受孕或出生，该子女被法律推定为生母和生母之夫之子女。即凡是在婚姻关系存续期间女方分娩的子女，就直接认定为婚生子女。确定婚生子女身份不是靠血缘关系，因此有可能出现错误，可以被客观事实所推翻。法律允许利害关系人提出婚生子女否认之诉，推翻婚生子女推定。父或者母如果确有证据证明婚生子女的非婚生性，即可提出证据，向法院主张否定亲子关系。法院审查确认该子女的非婚生性的，即可否定亲子关系，父亲与该子女的权利义务关系不复存在。⁽¹²⁾

(9) 参见曲超彦、裴桦《论我国夫妻债务推定规则》，载《求是学刊》2017年第3期，第91页。

(10) 参见杨立新《物权法》，法律出版社2013年版，第160页。

(11) 《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）》第4条规定。

(12) 以上对该规则的说明，参见杨立新《家事法》，法律出版社2013年版，第175-186页。



(四) 有关离婚规定的新规则

1. 规定离婚协议是双方离婚法律行为的书面依据

《婚姻家庭编》第1076条在规定离婚条件时,强调离婚双方应当签订书面离婚协议,离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见。这一规定在学理上具有重要意义,意味着民法典承认身份法律行为。身份法律行为又称亲属法律行为,是指民事主体实施的、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。⁽¹³⁾换言之,亲属身份行为就是自然人有意识地追求亲属身份法律后果的行为。⁽¹⁴⁾从原《婚姻法》不认可身份法律行为到《婚姻家庭编》确认身份法律行为,标志着我国亲属法律制度的进步。

2. 登记离婚的夫妻双方有30天冷静期

我国当前的离婚率偏高,对登记离婚的限制较少是原因之一。宽松的离婚政策给草率离婚创造了机会,对维护家庭稳定,保护好子女利益不利。因而,很多人建议规定离婚冷静期,立法予以采纳。《婚姻家庭编》第1077条规定,自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内,任何一方不愿意离婚的,可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。期限届满后三十日内,双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证;未申请的,视为撤回离婚登记申请。登记离婚冷静期,是指婚姻双方当事人协议离婚,依照法律规定,在登记离婚时留出给当事人冷静思考,确定是否必须离婚,以减少冲动离婚、草率离婚的必要期限。⁽¹⁵⁾实行登记离婚冷静期制度,有利于防止冲动离婚、草率离婚,保障婚姻关系稳定,维护当事人和子女的合法权益,对社会的良性运转起着重要作用:一是符合婚姻家庭制度的价值取向和基本原则,完善了我国的离婚制度;二是为行政主管部门在登记离婚中适用冷静期提供了法律依据;三是防止冲动离婚,保障婚姻的稳定,改善社会的不良风气;四是协调当事人和未成年子女的利益,追求实质正义。

有人认为,对离婚自由不得加以任何限制,以冷静期限制离婚自由,违背婚姻自由原则。离婚自由是离婚权利不受干涉、不受拘束、不受限制的状态。⁽¹⁶⁾但是,离婚不仅是婚姻双方当事人的事,还涉及子女、亲属、家庭以及社会问题。设立登记离婚冷静期的目的,针对的是那些冲动离婚、草率离婚特别是“闪离”的当事人,倡导考虑清楚之后再下决心离婚。所以,规定登记离婚冷静期并不是限制离婚自由,而是保障离婚自由的必要措施。

3. 经人民法院判决不准离婚后再次起诉期间为分居满一年

对于诉讼离婚,《婚姻家庭编》第1079条在有关离婚理由的规定中,增加了“人民法院判决不准离婚后,又分居满一年,一方再次提起离婚诉讼的,应当准予离婚”的规定。原来在司法实践中通行的规则是,经人民法院判决不准离婚后,又分居满六个月,一方再次提起离婚诉讼的,应当准予离婚。本条对这一时间增加了一倍,为一年。立法者有意增加离婚诉讼的难度,促使冲动离婚、草率离婚的人有更多的时间冷静下来,使离婚率有所下降,有利于稳定婚姻关系,可以认为是诉讼离婚的冷静期。

4. 离婚后自愿恢复婚姻关系应当进行结婚登记

《婚姻家庭编》第1083条规定“离婚后,男女双方自愿恢复婚姻关系的,应当到婚姻登记

(13) 同前注〔6〕,林菊枝书,第16页。

(14) 杨大文主编《婚姻家庭法》(第5版),中国人民大学出版社2012年,第72页。

(15) 参见杨立新主编《婚姻家庭继承法》,北京师范大学出版社2017年版,第122-124页。

(16) 参见王歌雅《变异与矫正:离婚制度的公正抉择》,载《中华女子学院学报》2017年第5期,第11页。

机关重新进行结婚登记。”对此，原《婚姻法》第35条规定“离婚后，男女双方自愿恢复夫妻关系的，必须到婚姻登记机关进行复婚登记。”从恢复婚姻关系的“结婚登记”与“复婚登记”，虽然只有一字之差，却体现了一个重要的理念，即复婚也是结婚，应当按照结婚登记的实质要件与形式要件的要求，确认双方是否可以结婚。不符合结婚法律要求的，也不能恢复婚姻关系。

5. 对离婚后未成年子女的抚养遵循最有利于未成年子女以及尊重未成年子女真实意愿的原则

《婚姻家庭编》第1084条特别强调，夫妻离婚后对未成年子女的抚养必须遵循最有利于未成年子女以及尊重未成年子女真实意愿的原则，确认父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除，子女无论由父母哪一方直接抚养，仍是父母双方的子女。离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育和保护的权利和义务。不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方因抚养问题发生争执不能达成协议的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁，应当尊重其真实意愿。离婚的直接法律后果之一，是父母亲权的变更，而不是亲权消灭，只是没有直接抚养未成年子女的一方当事人行使亲权受到一定的限制。未成年子女随哪一方共同生活，谁是直接抚养人，谁就是亲权人（监护人）。即使如此，父母对未成年子女仍有抚养、教育和保护的义务，享有亲权的权利，负有亲权的义务。

6. 离婚夫妻共同财产分割要考虑照顾无过错方

《婚姻家庭编》第1087条规定，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。这与原《婚姻法》第39条规定的主要内容相同，增加的规则是，夫妻离婚时对共同财产的分割应当考虑照顾无过错方，对无过错方适当多分，对有过错方适当少分。

7. 离婚时付出较多义务一方对对方享有补偿请求权

《婚姻家庭编》第1088条规定，夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。相比较，原《婚姻法》第40条规定的离婚财产补偿请求权仅限于“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有”的情形，本条删除这一限制条件，将离婚财产补偿请求权扩展为一般性规则，使其适用范围扩大。

8. 离婚过错损害赔偿理由增加兜底条款

《婚姻家庭编》第1091条扩大了离婚过错损害赔偿的适用范围，增加规定“有其他重大过错”的，无过错方有权请求损害赔偿，增加了适用的弹性，有利于救济受到损害一方的合法权益。这种行为，首先是在主观上要有重大过错⁽¹⁷⁾应当理解为主观上的故意或者重大过失。其次，在客观上行为人实施了损害对方当事人合法权益的行为，使其造成了损害。符合这样的要求，就可以请求对方当事人承担离婚过错损害赔偿责任。

（五）有关收养的新规则

1. 收养人须无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录

《婚姻家庭编》第1098条规定，在收养人无子女或者只有一名子女，有抚养、教育和保护被收养人的能力，未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病，年满30岁的条件之上，增加了一个新条件，即无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录，是为保障被收养人合法权益的重要措施。

(17) “重大过错”这一概念不准确，因为过失有重大过失，故意没有重大故意。所以，修饰过错不应当用“重大”概念来表述。对重大过错的理解应当是故意或者重大过失，不包括一般过失。



2. 放宽收养三代以内旁系同辈血亲子女的条件

《婚姻家庭编》第1099条对收养三代以内旁系同辈血亲子女的条件予以放宽。收养三代以内旁系同辈血亲的子女称为“过继”，多是本家族内的近亲属照顾无子女的近亲属，将一方的子女送养给对方作为子女。对此不必限制过多，可以不受生父母有特殊困难无力抚养子女、送养人为有特殊困难无力抚养子女的生父母，以及无配偶者收养异性子女或者有配偶者违法单方收养异性子女，收养人与被收养人的年龄应当相差40周岁以上的限制。本条改变的是，收养三代以内同辈旁系血亲的子女，不再要求被收养人不满14周岁的条件，超过14周岁也可以收养。如果是华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，除此之外，还可以不受该条第1项关于收养人“无子女或者只有一名子女”规定的限制。

3. 放宽收养人收养子女的数额

根据计划生育政策的变化，《婚姻家庭编》第1100条规定，由收养人只能收养一名子女修改为无子女的收养人可以收养两名子女，有子女的收养人只能收养一名子女。对收养人收养子女数量的限制，是防止收养人收养子女过多无照顾能力而损害被收养人的利益，同时也防止出现借收养拐卖人口的情况出现。

4. 收养异性子女的年龄差距应为40周岁以上

《婚姻家庭编》第1102条规定，无配偶者收养异性子女，收养人与被收养人的年龄应当相差40周岁以上。原《收养法》第9条只限制男性无配偶者收养女性子女的年龄差应当在40岁以上，忽略女性无配偶者收养男性子女存在的同样问题，有男女不平等之嫌。第1102条规定体现了男女平等的原则，也防止女性收养人对异性被收养人的不法行为，保护被收养人的合法权益。

5. 县级以上人民政府民政部门应当对收养依法进行评估

《婚姻家庭编》第1105条规定“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。未办理收养登记的，应当补办登记。”“收养查找不到生父母的未成年人的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。”“收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。”“收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。”“县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。”这一条文是对收养关系成立形式要件的规定，与原《收养法》第15条规定相比，增加了县级以上人民政府民政部门应当对收养依法进行评估的新规则。

民政部门进行收养登记，应当对要登记的收养关系进行收养评估，这是为了最大限度地保护被收养人合法权益所需要。收养评估包括收养关系当事人的收养能力评估、融合期调查和收养后回访。收养评估的对象，是收养申请人及其共同生活的家庭成员。收养申请人应当配合收养评估开展。收养评估工作可以由收养登记机关委托的第三方机构或者收养登记机关开展。民政部门优先采取委托第三方方式开展收养能力评估。

二、检视：婚姻家庭编的立法亮点与规则完善的原因

（一）婚姻家庭编立法的十大亮点

在婚姻家庭编上述24个方面修改和完善的内容中，突出的亮点有以下十个方面。

1. 第一次规定亲属的基本制度

婚姻家庭编的突出亮点之一，是第一次在第1045条规定了亲属的基本法律制度。在1950年以来的《婚姻法》《收养法》中，都只规定结婚和离婚以及家庭成员之间的权利义务关系，从来

没有规定亲属制度。这与该法命名为《婚姻法》的名称有关,原因是婚姻法并不特别关心亲属法律制度。婚姻家庭编虽然没有对亲属制度进行详细规定,但是,确认了亲属的概念和基本类型,确认配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属,构建了以配偶、血亲、姻亲构成的基本亲属体系,分为近亲属和“远亲属”,^[18]在近亲属之间发生法定的权利义务关系的基本亲属法律制度。这是在以往的婚姻家庭法律中从来没有明确规定的,标志着我国民法典婚姻家庭编就是民法的亲属编。

2. 第一次规定家庭成员和家庭关系建设

婚姻家庭编特别重视家庭成员的规定和家风建设,是其突出的亮点之一。婚姻家庭编不仅明确规定配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员,而且在第1043条专门规定树立优良家风、弘扬家庭美德和重视家庭文明建设。家庭是亲属的基本单位,是家庭成员共同生活的团体。无论是社会的发展还是民族的进步,以及社会的安宁和秩序的稳定,都必须有稳固的家庭关系提供保障。婚姻家庭编通过规定家庭成员和家风建设,实现家庭关系的稳定,为社会进步和社会发展提供保障,让人民安居乐业,享受幸福安康的生活。

3. 第一次规定亲属法律行为为民事法律行为

亲属法律行为也是民事法律行为。由于原《婚姻法》不强调亲属制度和亲属身份权的取得、变更、消灭的原因,因而对亲属法律行为从来没有规定过。事实上,婚姻的缔结和解除,子女的送养和收养,无一不是民事法律行为中的亲属法律行为,都须当事人意思表示一致而达成合意,才能发生或者解除配偶之间和养父母与养子女之间的身份关系。《婚姻家庭编》第1046条规定“结婚应当男女双方完全自愿”,就是结婚当事人的合意;第1049条虽然没有规定结婚的行为就是亲属法律行为,却规定了“完成结婚登记,即确立婚姻关系”的规则,当事人的结婚合意须经登记方发生配偶权的法律关系。在离婚问题上,则第1076条更进一步明确规定,离婚登记“应当签订离婚协议”,“离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见”。这正是说明,离婚的行为是解除婚姻关系的亲属法律行为。第1104条规定收养须有收养人与送养人的自愿,第1114条规定解除收养关系应当协议解除,说明在收养关系中,送养方和收养方必须通过协议的方式才能够建立起收养关系,产生养父母与养子女的身份权,解除收养关系同样如此。这些规定在亲属法律关系中具有特别重要的意义,并且是民法典总则编关于通过民事法律行为确立和解除民事法律关系规定的具体体现。

4. 第一次确认身份权及身份权体系

在以往的婚姻法律制度中,从来没有强调过亲属法律关系中的身份权,都是在民法理论中强调人身权中包含人格权和身份权,认为人格权与身份权共同构成人身权利体系。^[19]但是,原《婚姻法》并不强调甚至完全不提身份权。随着民法典把婚姻家庭法纳入其中,成为民法的组成部分,就必须确认身份权为民事权利的类型之一。民法典确认身份权的过程是:第一,2017年《民法总则》通过第112条关于“自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护”的规定,虽然没有明确提到身份权的概念,但是,确认亲属法律关系当事人享有的权利是人身权利,

[18] 法律没有规定“远亲属”的概念,这是一个通俗的说法,相对于近亲属而言,即近亲属以外的其他亲属,但须为五代以内的亲属。

[19] 郭明瑞《人格、身份与人格权人身权之关系——兼论人身权的发展》,载《法学论坛》2014年第1期,第5页。



而人身权利除了人格权，就是身份权，等于宣告了我国身份权的概念。⁽²⁰⁾ 第二，《民法典人格权编》第1001条第一次明确使用“身份权利”的概念，开启了我国民法使用身份权的先河。第三，在婚姻家庭编，虽然没有明确使用身份权以及配偶权、亲权和亲属权的具体身份权概念，但是，在该编第三章“家庭关系”的第一节规定“夫妻关系”，规定的就是配偶权，第二节规定的“父母子女关系和其他近亲属关系”就是规定的亲权和亲属权。民法典通过以上这些方法，完整地规定了亲属关系的身份权制度，以及由配偶权、亲权和亲属权构成的身份权体系。

5. 第一次规定夫妻共同亲权原则

共同亲权原则是亲权的基本规则，父母对未成年子女享有亲权，行使亲权必须由夫妻共同行使。即使离婚后父母一方不能直接行使亲权，也仍然享有亲权，仍然须由夫妻共同行使亲权。原《婚姻法》对共同亲权原则没有明确规定。民法典规定夫妻共同亲权，首先是《总则编》第26条第1款规定“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”，表达了共同亲权原则的基本要求；其次是《婚姻家庭编》第1058条进一步规定这一原则，确立了共同亲权原则的具体规则。

6. 第一次规定家事代理权

我国《婚姻法》70年来没有规定家事代理权，没有明确在夫妻之间因家事方面有代理对方行使权利的权利。这是立法疏漏，会使夫妻一方因家事实施的民事法律行为可能由于另一方表示不同意，而使该民事法律行为无效或者被撤销，对该民事法律行为相对人的权益受到损害。一些法院在司法实践依据法理逐步承认家事代理权，以解决这种纠纷，取得了很好的效果，司法解释予以确认。⁽²¹⁾ 《婚姻家庭编》第1060条规定了家事代理权，弥补了这一立法疏漏，完善了配偶权的支分身份权内容⁽²²⁾ 是立法的一大亮点。

7. 第一次规范夫妻共同债务

在夫妻财产关系中，最难处理的是夫妻共同债务问题。1980年《婚姻法》对夫妻共同债务作了一般性规定，没有规定具体规则，在实践中存在较多的问题。最高人民法院在司法解释中规定了夫妻共同债务的处理规则⁽²³⁾ 引起社会的普遍关注，妇女界的反对声音比较强烈，甚至组织团体，反对“婚姻法司法解释（二）”第24条。最高人民法院两次进行补充解释，才基本平息了反对意见。在编纂民法典中，各界也普遍要求婚姻家庭编规定夫妻共同债务的规则，故在婚姻家庭编草案二次审议稿中加进了现在的第1064条，借鉴司法解释的有关规则，基本上解决了这个问题，也成为婚姻家庭编立法的一大亮点。

(20) 参见杨立新《中国民法总则研究》（下卷），中国人民大学出版社2017年版，第596页。

(21) 《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（一）》第17条规定“婚姻法第十七条关于‘夫或妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权’的规定，应当理解为：（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”

(22) 家事代理权是配偶权的支分身份权，身份权的具体内容通常称之为支分身份权。

(23) 《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条规定“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”“夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。”“夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。”

8. 第一次规定亲子关系确认和否认

原《婚姻法》专注于对夫妻关系的调整而忽视对其他亲属法律关系的调整,因而在亲子关系中出现较多的立法缺漏,不能满足实际生活的需要。例如,对婚生子女推定、婚生子女否认、非婚生子女认领和非婚生子女准正等亲子关系规则,都没有规定,当出现这些纠纷时缺少解决的规则,司法解释也没有相应规定,⁽²⁴⁾直至今日,这些规则仍然在我国民法领域中显得很陌生。《婚姻家庭编》第1073条规定了确认或者否认亲子关系的规则,弥补了亲子关系中的制度缺漏,是婚姻家庭编的一大立法亮点。

9. 第一次规定离婚冷静期

鉴于我国离婚数量和离婚率不断增高,影响家庭关系稳定,婚姻家庭编采取冷静期的立法措施进行适当限制。《婚姻家庭编》第1077条规定了登记离婚的冷静期制度。第1079条规定,在诉讼离婚中,法院判决不准离婚的,将原来在实践中掌握的又分居6个月后再次提出离婚诉讼一般判决离婚的做法,明确规定“双方又分居满一年的,一方再次提出离婚诉讼的”,才准予离婚。由登记离婚和诉讼离婚的两个冷静期构成的离婚冷静期制度,将会比较有效地控制离婚数量和离婚率的不断攀高,也是婚姻家庭编的立法亮点之一。

10. 第一次规定身份权请求权为身份权保护方法

婚姻家庭编规定了身份权,包括配偶权、亲权和亲属权。身份权是具有对内和对外两种不同内容的民事权利,对内是相对的亲属之间的权利义务关系,表现为身份权的相对性;对外是其他任何民事主体对身份权负有的不可侵义务,表现为身份权的绝对性。⁽²⁵⁾无论是身份权的对内关系的义务人,还是对外关系的义务人,违反法定义务,使权利人的权利受到侵害,都产生身份权请求权,使权利人依据该请求权保护自己的权利。⁽²⁶⁾原《婚姻法》没有规定过身份权请求权,形成立法缺漏。⁽²⁷⁾当身份关系的义务人不履行义务时,缺少明确的救济方法,只能依靠侵权法的救济,形成了对身份权保护不周的问题。民法典第1001条确立了身份权请求权的救济方法,只是没有规定在婚姻家庭编中,而是规定在人格权编中,即“对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护,适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定,没有规定的,可以根据其性质参照适用本编人格权保护的有关规定。”据此,在身份权义务人不履行义务时,权利人可以依照这一规定,行使身份权请求权保护自己的权益,同时,也使我国民事权利保护请求权的体系得以完善。⁽²⁸⁾

(二) 婚姻家庭编完善亲属规则成功的主要原因

编纂民法典婚姻家庭编,对亲属规则进行了较大规模的修改和完善,是比较成功的。归纳

⁽²⁴⁾ 对于现实存在的这类纠纷,最高人民法院的司法解释曾经就其程序问题,例如否认亲子关系的证据取得,作过相应的规定。见《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》第2条规定“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在,并已提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定,人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。”“当事人一方起诉请求确认亲子关系,并提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”

⁽²⁵⁾ 这种权利笔者称为具有相对性的绝对权,参见同前注〔20〕,杨立新书,第565页。

⁽²⁶⁾ 参见杨立新、袁雪石《论身份权请求权》,载《法律科学》2006年第2期,第54页。

⁽²⁷⁾ 同上注,第53页。

⁽²⁸⁾ 参见杨立新、曹艳春《论民事权利保护的请求权体系及其内部关系》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第4期,第58页。



起来, 主要原因是:

第一, 立法关注民生。我国民法典突出人文主义立法思想, 突出人性化的私法规则, 最重要的就是要关注民生, 规定好广大人民群众急需解决的亲属法律制度, 使亲属之间的权利义务明确, 身份地位分明, 婚姻家庭关系和睦, 更好地进行生活和建设。婚姻家庭编就是直接关系民生的亲属关系法, 更要突出人文主义立法思想。立法者通过对我国亲属法律制度的修改和完善, 体现的正是关注民生, 保证人民幸福、和谐生活的立法意旨。

第二, 婚姻法回归民法。我国的婚姻法脱离民法而自立门户已经 70 年了, 存在的最大问题, 就在于使亲属法脱离了民法规则的约束, 愈加突出其社会性而消减其私法性, 以社会法的面貌向脱离私法轨道的方向发展。事实上, 婚姻家庭法就是亲属法, 就是民法的身份权法, 调整的是自然人之间的身份关系, 当然是民法典的组成部分。通过编纂民法典, 实现了婚姻法回归民法的立法目的, 使婚姻家庭法归位于民法典的亲属法。正是在民法亲属法的基本属性的确认下, 婚姻家庭编的规则才更加私法化, 突出了私法自治的原则, 着重于亲属法规则的建设, 强调了对身份权保护的基本方法, 实现了婚姻家庭法的私法化。

第三, 完善亲属法律制度。自 1950 年以来, 《婚姻法》突出的是对婚姻制度的规范, 并非全面规范亲属关系的法律, 因而亲属制度的残缺是不可避免、且不可否认的客观现实。诚然, 婚姻制度是亲属制度的重要部分, 但却不是亲属制度的全部。婚姻家庭法即亲属法所要规范的, 是基于婚姻制度而产生的全部亲属法律关系。婚姻家庭编在编纂过程中, 比较突出了完善制度的要求, 在尽可能的情况下, 补充亲属制度的立法不足, 例如亲属概念、婚生子女确认和否认、家事代理权等, 使我国亲属制度有了较大程度的完善, 取得了亲属法立法的重要进展。

第四, 追求亲属关系稳定。亲属法律制度关乎所有的家庭和人口的现在和将来的生活秩序, 因而对制度稳定的要求是必须的。所以, 对亲属法律制度的改变须取谨慎、稳妥的态度。婚姻家庭编的编纂遵循这一要求, 谨慎从事, 没有贸然作出过大的改动, 维持基本制度的稳定性。

三、适用: 婚姻家庭编规定的亲属法规则的司法操作

婚姻家庭编对完善我国亲属法规则有了重大进展, 应当予以充分肯定; 不过, 也存在规定比较原则、缺少具体规范、欠缺一些亲属法律制度的不足。因此, 在司法操作中适用婚姻家庭编的时候, 应当准确理解法律规定, 正确调整婚姻家庭关系即亲属关系。

(一) 适用婚姻家庭编亲属法规则的司法操作指导思想

在司法操作中适用婚姻家庭编的规定, 应当遵守以下指导思想:

第一, 明确调整婚姻家庭关系的亲属法的基本属性是私法。婚姻家庭法就是亲属法, 不论是配偶, 还是其他家庭成员以及近亲属的相互之间, 法律要确定的是他们相互之间的身份地位以及权利义务关系。配偶和其他家庭成员的身份地位要规范, 其他近亲属之间的身份地位和权利义务关系也要明确, 接受法律规范的规制。在司法操作中, 必须明确婚姻家庭编的亲属法基本属性是私法, 而不是社会法。由于婚姻法长期脱离民法而作为法律的独立部门, 逐渐形成了社会法的偏向, 是应当纠正的。这一点, 在司法实践中似乎问题不大, 因为婚姻家庭纠纷案件一直是由民事审判庭主管, 法官受理论上的影响并不大。在理论上和对法官的培养上, 应当加强这一指导思想的养成, 坚定亲属法的私法信念, 摆脱社会法的影响。

第二, 明确亲属法律规则的核心是身份权。婚姻家庭法就是亲属法, 民法典婚姻家庭编的基本内容就是规定亲属的身份地位和权利义务关系, 规定身份权, 规定身份权的内容, 规定身

份权的保护方法。身份权概括的是特定亲属之间的身份地位和权利义务关系，是贯穿亲属法的核心概念，也是婚姻家庭法的全部内容。《民法典总则编》第122条关于“自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护”的规定，说的就是身份权。《人格权编》第1001条规定“对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护，适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编人格权保护的有关规定。”这一条文明确使用了身份权利的概念。长期以来，婚姻法学界通常不使用身份权的概念，只是近年来才逐渐使用，且不普遍。应当看到的是，民法典是以民事权利为核心的法律，人格权、物权、债权、继承权分别是人格权编、物权编、合同编、继承编的核心，尽管婚姻家庭编没有以身份权为编名，但是，在实际上就是身份权编，调整的就是亲属身份关系。在司法操作中，适用婚姻家庭编规定的亲属法规则，应当突出身份权的概念，以身份权为核心，贯穿法律适用的过程，保护好亲属之间的身份权。

第三，明确婚姻家庭编原则规定的具体适用办法。在司法操作中必须看到，婚姻家庭编规定的一些亲属法规则都比较原则，需要有具体的操作规则。例如第1045条第1款规定的亲属类型，第1060条规定的家事代理权，第1073条规定的亲子关系确认否认规则等，都只作了原则性规定，缺少具体的操作规则。对于类似的规定，在司法操作中，一是对起诉到法院的案件应当勇于应对，以习惯或者法理为基础，作出判决；二是积累审判经验，及时总结；三是在成熟时由最高人民法院作出司法解释，统一适用法律的尺度和规则。对于这些问题，应当特别重视法理的支持，在原《民法通则》实施以来的30多年里，如果没有法理的支持，仅仅靠其156个条文，如何能够实现对所有的民事法律关系的调整呢？对此，各级法院都应当特别在意。

第四，明确规范亲属法律关系须顺应时代发展要求。亲属法律制度必须顺应时代的发展，解决好时代发展带来的亲属关系问题，不能躲避和拒绝新出现的亲属法律问题。对于时代发展和科学技术发展带来的亲属法的新问题，应当依据亲属法的原理和基本规则，作出科学的认定，解决实际问题，对自然人的身份地位和权利义务依据法律作出判定，防止侵害自然人身份利益的问题。例如，对人工生殖医学技术发展带来的人工生殖子女的法律地位问题，也是时代发展的产物，也应由法律予以确定。最高人民法院对人工授精所生子女的身份地位，有过明确的司法解释，正确认定其身份地位，保护了这些子女的合法权益。⁽²⁹⁾ 不过，在有的法院的判决中，对通过代孕的人工生殖技术所生子女的身份地位，却违反司法解释的精神，作出了“属于继父母子女关系”的判定，损害了当事人的合法权益。⁽³⁰⁾ 这是违反亲属法基本原理的。在适用婚姻家庭编的亲属法规则时，应当顺应发展需求，避免出现这样的问题。

第五，明确适用亲属法律规则须满足亲属关系的需求。私法规则是对社会生活规则的概括，主要不是统治阶级意志的体现。亲属法更是如此，是把社会生活中亲属生活关系的规则加以概括，上升为亲属法律制度和具体规则，而不是想当然或者按照一个预设的框架进行编造。立法的要求科学立法、民主立法和依法立法，⁽³¹⁾ 司法也应当如此，将法律规定的原则贯彻在司法实践之中。在婚姻家庭编的法律适用中，对同居等社会实际问题，尽管立法没有规定，但是司法

(29) 《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》认为“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。”

(30) 参见杨立新《如何确认代孕所生子女的亲属身份》，载《南方都市报》2016年8月11日，第AA18版。

(31) 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过。



不能不管，应当有解决实际纠纷的具体办法，而不是放任纠纷发展，酿成严重后果。

（二）适用婚姻家庭编亲属法规则的司法操作具体问题

在司法实践中适用婚姻家庭编规定的亲属法规则，应当说明的问题很多，本文仅就以下8个问题提出具体看法。

1. 正确理解家庭的民法地位

在亲属法律关系中，家庭具有非常重要的地位，在社会生活中也是如此。民法典突出家庭的地位，把规定亲属法规则的这一编称为“婚姻家庭”编；在总则编和人格权编、婚姻家庭编的条文中，都规定“因婚姻家庭关系产生的人身权利”“因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护”和“调整因婚姻家庭产生的民事关系”；在婚姻家庭编的“一般规定”中，特别规定第1043条第1款，强调树立优良家风、弘扬家庭美德、重视家庭文明建设；第1045条规定家庭成员的概念。有欠缺的是，在婚姻家庭编的规范中，没有规定“家庭”和“家”的概念，使民法典有关家庭的规范没有准确的概念依附，缺少有关家庭的法律规则，例如家庭成员之间的权利义务关系，家庭议事、分家等规则。在司法实践中，一方面，应当特别看到家庭在婚姻家庭领域中的重要地位，是近亲属共同生活的亲属单位，在司法操作中维护家庭的地位和稳定；另一方面，则是对家庭关系出现的问题，采用习惯和法理，用民主的方法处理家庭纠纷，使家庭的地位更稳固，家庭成员之间的关系更和睦，使树立优良家风、弘扬家庭美德、重视家庭文明建设的要求落到实处。

2. 正确适用亲属基本制度的具体应用规则

婚姻家庭编规定了亲属的基本制度，确定亲属包括配偶、血亲和姻亲，固然是我国婚姻家庭编的立法亮点，具有重大意义，但是，没有对基本的亲属制度作出具体规定，在应对亲属关系出现的具体问题上，需要具体规则作为补充。在司法操作中，一方面应当看到，我国近亲属制实行的世代亲不能准确反映亲属关系的远近亲疏，局限了亲属之间产生权利义务的范围，使超出三代的直系血亲都不具有法定的亲属权利义务关系，如四世同堂的曾祖父母、曾外祖父母与曾孙子女、曾外孙子女之间竟然不是近亲属，不存在亲属的权利义务关系，与人民群众对亲属关系的认知大相径庭；另一方面，应当对亲属制度用习惯和法理作为补充，特别是关于亲等、亲系等亲属基本规则应当掌握好，完善亲属基本制度的知识储备，为准确适用婚姻家庭编规定的亲属规则打牢执法基础。例如，对于四世同堂的曾祖父母、曾外祖父母与曾孙子女、曾外孙子女之间，虽然不是法律上的近亲属，但却是关系最密切的亲属。当他们之间因权利义务发生纠纷时，应当比照近亲属和家庭成員的规定，确定他们之间的权利义务关系，而不是因为法律没有规定而无法处理，推出门不管。

3. 认定夫妻共同债务规则须妥善保护债权人的债权

对夫妻共同债务，婚姻家庭编借鉴司法解释的内容，在第1064条规定了对婚姻当事人有利的认定规则，只有夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。对于超出家庭日常生活需要所负的债务，认定为不属于夫妻共同债务，将否定这一认定的举证责任加给债权人，不能承担举证责任的，不认定为夫妻共同债务。这对保护夫妻未共同举债主张的一方显然十分有利，而对债权人的债权保护明显不利。在立法过程中，笔者和其他部分立法专家都不建议在民法典中对此作出规定，将其放在司法实践中解决比较稳妥。不过，婚姻家庭编既然已经作出了这样的规范，当然应当适用，只是在司法操作中应当注意这个问题，保护好夫妻债务的债权人的合法权益，不能有太大的偏差，否则，不仅对私人借贷会造成影响，也

会对金融机构的借贷增加压力，造成融资困难，影响社会经济的发展。

4. 确认亲子关系或者否认亲子关系的具体规则适用

原《婚姻法》从来没有规定过亲子关系认定和否认规则，似乎我国亲子关系不存在这些问题而无须规定，司法解释也仅仅规定了一些程序问题，没有规定实体上的规则。⁽³²⁾ 在实际生活中，这样的问题大量存在，需要法律调整。婚姻家庭编增加规定了亲子关系的确认和否认的一般规则，是很大的进步，只是这个规则是一个体系，是以婚生子女推定为前提，需要构建一个完整的系统，包括非婚生子女认领、婚生子女否认、非婚生子女准正等规范，才能够解决好这些纠纷。

第一，应当确立亲子关系确认和否认的必要前提，即“夫妻在婚姻关系存续期间出生的子女，则推定丈夫为其父亲”⁽³³⁾ 的规则，母亲与子女的亲子关系依据出生的事实证明；父亲与子女的亲子关系只能推定，当提出否认亲子关系的时候，才需要举证证明，例如用 DNA 方法鉴定。没有父之推定的规则，无法建立亲子关系确认和否认规则。

第二，亲子关系确认，是指传统民法的非婚生子女认领制度；亲子关系否认，是指传统民法的婚生子女否认制度。这些情形在传统民法中都有成熟的规则。《婚姻家庭编》第 1073 条的规定，父或者母以及成年子女的确认或者否认的权利，只是一般性规定，需要具体规则才能操作。这些应当通过实践，借鉴习惯和法理，积累经验，形成具体的操作规范，补充立法规定的规则不足。

第三，对于非婚生子女准正的制度，第 1073 条内容无法涵盖，但也是确实存在的。例如，在男女双方未建立婚姻关系时怀孕生育的子女，为非婚生子女，当双方缔结婚姻关系后，该非婚生子女成为婚生子女，即为准正。我国事实婚姻关系存在较多，事实婚姻关系当事人生育的子女，由于不承认事实婚姻而被认定为非婚生子女，当双方进行了婚姻登记之后，该子女即准正为婚生子女。好在我国亲属法并不认真区分非婚生子女和婚生子女的界限，其亲子关系的内容也没有原则的区别，因此，在司法操作上，没有特别的要求，但是，需要建立这种观念，不得歧视非婚生子女的身份地位。

5. 正确认定人工生殖技术生育子女的法定地位

如前所述，在亲子关系中，特别值得重视的是利用人工辅助生殖技术生育子女的法律地位问题。这关系到这些子女的法律地位和权利义务关系问题。在司法实践中，最高人民法院通过司法解释，规定夫妻共同决定通过人工授精技术生育的子女为婚生子女，是正确的，在实践中产生了良好的社会效果。目前急需解决的问题是，通过代孕方法生育的子女究竟是何种法律地位，司法解释没有规定，立法也没有规定。在这个问题上，对于司法操作而言，最大的障碍是行政规章中规定的禁止代孕的规定⁽³⁴⁾ 有的法院对此受到限制，作出认定代孕所生子女为继父母子女关系的判决⁽³⁵⁾ 损害了代孕所生子女的身份地位；也有的法院认为这一行政规章是对医

(32) 见《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（三）》第 2 条规定“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。”“当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”

(33) 《瑞士民法典》第 255 条第 1 款，见《瑞士民法典》，于海涌、赵希璇译，唐伟玲校，法律出版社 2016 年版，第 87 页。

(34) 《卫生部人类辅助生殖技术管理办法》第 3 条规定“医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”

(35) 这个案例参见同前注〔30〕，杨立新文，第 AA18 版。



疗机构的规范,法院裁判不受其拘束。⁽³⁶⁾既然婚姻家庭编对此没有规定,法院应当依照司法解释的规定精神,认定通过代孕已经出生的子女为婚生子女。理由是,既然妻子通过人工授精技术接受他人的精子怀孕所生子女为婚生子女,那么,利用他人的卵子和身体所生的子女,当然也应当认定为婚生子女。否则,将会出现亲属关系混乱的后果。

6. 适用登记离婚冷静期规则的特别要求

婚姻家庭编规定的登记离婚冷静期制度,是一个新规则,主要是对登记离婚的要求,针对的是婚姻登记机构的法律适用,原则上不涉及法院的司法问题。

婚姻家庭编规定的登记离婚冷静期,规则比较简单、单一,虽然容易操作,但是存在特殊情况,需要处理。主要的表现是,只规定了冷静期的两个30天,即申请登记之日起30天,以及前一个30天即规定期间届满后的30天。前一个30天是冷静期,后一个30天是亲自领取离婚证的期间。存在的特殊情况是,对特殊的不能适用冷静期的情形应当不受冷静期的限制,否则,会导致不利后果出现。⁽³⁷⁾例如,夫妻一方实施家庭暴力,好容易达成离婚协议,由于存在冷静期而不能马上登记离婚,在冷静期中一方继续实施家庭暴力,或者反悔而不同意离婚,使弱势一方当事人继续遭受侵害而不能解脱。对此,应当借鉴韩国的做法,对特殊情形,即“因暴力将会对当事人一方造成无法忍受的痛苦等应予离婚的紧急情形”的时候,可以缩短或者免除冷静期(熟虑期)的期间。⁽³⁸⁾

7. 对同居关系的法律调整

在当前的社会生活中,男女之间的同居已经形成比较普遍的两性结合方式,既包括青年男女之间的未婚同居,也包括丧偶老年人之间的同居,并不只是在个别地区和为个别人所接受,也不是在整个社会还远未形成共识,反而是社会基本接受的两性结合状态。社会生活的现状就在客观上存在,法律承认与不承认都不能改变这一现实。认为法律上对同居制度予以认可的话,将会对现行的婚姻登记制度形成较大的冲击,且考虑未婚同居涉及诸多法律问题,比如财产分割、抚养权等,对大多数的问题现在有不同意见,还没有达成共识。所以从目前情况看,法律上明确规定同居这个问题的时机还不成熟,⁽³⁹⁾理由都不充分。《婚姻家庭编》第1042条第2款

(36) 无锡市中级人民法院民事判决书,(2014)锡民终字第01235号。参见杨立新《一份标志人伦与情理胜诉的民事判决——人的体外胚胎权属争议案二审判决释评》,载《法律适用》2014年第11期,第48-55页。

(37) 参见杨立新、蒋晓华《对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估》,载《河南社会科学》2019年第6期,第41页。

(38) 《韩国民法典》第836条之二规定“1. 欲协议离婚者应得到家庭法院提供的离婚咨询,必要时家庭法院可劝当事人接受具备专业知识和经验的咨询员的咨询。2. 向家庭法院申请确认离婚意思的当事人,自接受第1款咨询之日起经过以下各项期间后,得到离婚意思的确认:(1) 有需要抚养的人时(包括胎内的子女,以下本条亦同)为三个月;(2) 不符合第一项时为一个月。3. 因暴力将会对当事人一方造成无法忍受的痛苦等应予离婚的紧急情形,家庭法院可缩短或免除第2项的期间。4. 有需扶养的人时,当事人应出具第837条所定的子女协议书及第909条第4款所定的子女的亲权人决定协议书,或第837条及第909条第4款所定的家庭法院的审判正本。5. 家庭法院应当制作确认当事人关于抚养费内容的承担抚养费协议。承担抚养费协议准用《家事诉讼法》第41条。”参见《韩国民法典》第836条的内容,前四项见《韩国民法典——朝鲜民法》,金玉珍译,北京大学出版社2009年版,第129页;后一项根据《韩国民法典(韩文版)》翻译。

(39) 全国人大法工委发言人臧铁伟称法律上规定同居制度时机还不成熟。参见《“夫妻共债”有何新规?“未婚同居”能否入法?——人大常委会法工委发言人回应立法热点问题》,载《中国妇女报》2019年10月21日,第1版。

规定“禁止有配偶者与他人同居”，但是，并没有禁止无配偶者与他人同居，因而，同居是不违反法律的行为。问题在于，法律应当对同居者发生的权利义务关系、所生子女、财产纠纷等如何处理作出规范，使这些纠纷出现时，能够有法律规则进行调整，而不是一律推给法院自己去处理，而法院又推脱不管，就使这些青年同居者和老年同居者的合法权益无法得到保障。

在司法实践中，对同居问题虽然无法依据婚姻家庭编的规定确认他们之间的权利义务关系，但是，应当解决的问题是：第一，他们同居期间所生子女的法律地位应当受到尊重，尽管为非婚生子女，根据《婚姻家庭编》第1071条关于“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视”的规定，应当尊重和保障他们的权利。第二，虽然同居男女之间没有身份权，但是，非婚生子女对父和对母均享有亲权，且对父和母的近亲属产生身份权，有确定的权利义务关系。在解除同居关系后，子女的身份权不消灭，双方都对子女负有抚养义务。第三，同居男女在同居期间的财产不能适用共同共有的夫妻共有财产制，在没有约定的情况下，应当为按份共有，当解除同居关系时发生财产纠纷时，有约定的应当按照约定处理，没有约定的应当界定为按份共有，无法确定具体份额的，为各占一半的份额。

8. 如何对待同性性伴侣发生的问题

在当前的社会生活中，同性恋者绝不在少数。尽管婚姻家庭编没有对同性性伴侣或者同性婚姻作出规定，不承认同性性结合的法律地位，但是，在司法操作上，依照法律不能认定同性恋者的同居具有法律上的效力，能够做到的是：第一，不能侵害同性恋者的权利，例如不能认为他们或者她们的结合是非法结合；第二，一旦他们或者她们领养了或者自己通过人工生殖技术生育了孩子，应当认为是非婚生子女，适用《婚姻家庭编》第1071条规定，保障这些子女的地位和权利；第三，对于同性恋者的正当权利诉求，应当予以保障。例如，世界卫生组织和我国原卫生部都确认同性恋不是病，不得对同性恋者实施治疗行为。北京市海淀区法院受理原告关于为同性恋者进行治疗的歧视案件，依法予以处理，保护了同性恋者的合法权益⁽⁴⁰⁾就是一个比较好的案例，值得肯定。

四、结 语

婚姻家庭编在规定亲属法律制度上有了很大的进展，有很多重要的修改，使我国的亲属法律制度有了相当程度的完善。这对于加强家庭家风建设，确认和保护身份权利，依法调整亲属法律关系，维护我国的亲属法律制度，建立和谐的亲属法律关系，推动我国社会的不断进步和发展，具有重要的意义。在法律适用中，应当统一司法操作的指导思想，坚持亲属法的私法属性，完善亲属法律制度，对法律的原则性规定依照习惯和法理予以补充，顺应社会和时代的发展，满足社会和当事人的实际需求，保障婚姻家庭编的正确实施，稳定婚姻家庭关系，维护我国的亲属法律秩序。

(40) 参见杨立新、吴焯《为同性恋者治疗的人格尊严侵权责任——兼论搜索引擎为同性恋者治疗宣传的虚假广告责任》，载《江汉论坛》2015年第1期，第123页。