

论民法典婚姻家庭编的社会化

肖新喜^{*}

内容提要 我国婚姻家庭法“入典”已成定局。“入典”后的婚姻家庭编应实现社会化,即授权“两委会”等社会权力主体广泛介入婚姻家庭领域,并对据此产生的法律关系予以系统调整。婚姻家庭编社会化的价值在于:实现形式平等与实质平等协调相容,更好保护家庭弱者权益;解决民法“非伦理性”不当入侵婚姻家庭法导致的身份法规则财产法化问题;在婚姻家庭编领域保持家庭“自治”与“他治”有机平衡。婚姻家庭编社会化应从宏观、微观两个层面展开。前者包括明确社会化的价值目标以及限度。后者则为具体制度设计,其主要内容为:以介入主体多元化为基础,根据“最密切联系”原则确定首要介入主体并合理确定各个主体之间的关系;明确介入主体享有良好家风教育、家庭矛盾化解、家事纠纷调处、家事事件处置以及义务履行支持等职权。我国民法典婚姻家庭编总则应增加相应条文对上述内容予以体系化规定。

关键词 民法典婚姻家庭编 私法社会化 整体主义

引言

“法典之外的微观法律制度却反映了其自身的态度和价值观,而此种态度和价值观常常有悖于法典的态度和价值观:对法典进行零星的修订所涉及的是法典中较为容易的部分;对其修订以适应现代生活并无大碍。但是,将特别立法部分纳入法典本身的任何努力均会引发棘手的难题,即微观法律制度可能与法典本身的立场不相吻合。”^①近现代民法典以调整财产关系为中心,本应具有特殊地位的财产法价值立场在民法典中获得了一般性地位并指导着民法典分则的制度构建。然而,作为身份法的婚姻家庭编与财产法的价值立场不尽相同。因此,要求婚姻家庭法“入典”必须实现以下三对价值立场的协调相融:一是,形式平等与实质平等的协调相融,有效保护妇女、儿童、老人等家庭弱势群体合法权益;二是,“伦理性”与“非伦理性”的协调相融,解决婚姻家庭法规则

^{*} 西北政法大学民商法学院副教授,法学博士。本文系司法部2014年度国家法治与法学理论研究重点项目“城镇化进程中的法律问题研究”(项目批准号:14SFB1006)的阶段性成果。

^① 苏永钦《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第86页。

财产法化问题;三是,协调婚姻家庭编“他治”与“自治”的有机平衡。要平衡相融上述三对价值立场,“入典”后的婚姻家庭编应实现社会化,也即适度扩张村委会、居委会等社会权力主体对家庭生活介入的广度与深度以助益实现家庭和谐。

但目前的民法典婚姻家庭编草案却似乎强化了其私法属性而淡化了社会化色彩,具体表现在:现行《婚姻法》第43条、第44条规定,经受害人请求,村委会、居委会以及“所在单位”等社会权力主体应当以劝阻、调解等方式救济因家暴、虐待以及遗弃等行为而权益遭受侵害的家庭成员。虽然这种介入仅着重于事后救济,但毕竟还有社会权力介入的相关规定。而2018年9月5日公布的《民法典各分编(草案)》^②(以下简称“各分编草案”)却没有上述规定。由此可见,“入典”后的婚姻家庭编似乎更强调私人家庭自治,而淡化了婚姻家庭编的社会化色彩。要平衡上述三种价值立场,民法典应维持并强化婚姻家庭编的社会化。笔者以廓清何谓婚姻家庭编社会化,社会化何以能平衡相融以上价值立场,以及社会化如何平衡相融以上价值立场等问题之解决为目的,期望为完善我国婚姻家庭法理性“入典”的制度安排尽微末之力。

一、民法典婚姻家庭编社会化之廓清

(一) 婚姻家庭编社会化的界定

论及当代婚姻家庭的特征与发展趋势,学者主要以“公法化”概括。“家庭法引入公平、人权等理念,增设人权保护条款,加强弱者保护,并开始与其他部门法相互渗透,部门法之间的界限变模糊了,身份法开始出现公法化趋势。”^③婚姻家庭法“公法化”是“私法公法化”在民事身份法领域的具体体现。除“私法公法化”外,私法发展的趋势还包括“私法社会化”。“民法现代化的核心观念与理论模式是私法社会化。”^④婚姻家庭编社会化以“私法社会化”作为理论基础,是“私法社会化”在民事身份法中的具体体现。以私法社会化为理论基础,可对婚姻家庭编社会化做如下界定:以维持家庭关系稳定和谐为目的,婚姻家庭编规定相当数量以调整社会权力介入家庭生活关系为内容的规范,并形成体系,进而使其兼具社会法属性,在一定程度上发挥社会法的功能。婚姻家庭编社会化具有以下特征:

1. 婚姻家庭编社会化以整体主义作为方法论根据

虽然私法领域应以个人主义方法论为主导,但作为私法有机构成的婚姻家庭编在一定程度上应秉持整体主义方法的立场。“我国婚姻家庭法的价值取向在于实现个体

^② 参见《民法典各分编(草案)》,载东方法眼网 <http://www.dffyw.com/fazhixinwen/lifa/201809/44729.html>,最后访问时间:2019年4月28日。

^③ 蒋月《20世纪婚姻家庭法:从传统到现代化》,中国社会科学出版社2015年版,第132页。

^④ 李石山、彭欢燕《法哲学视野中的民法现代化理论模式》,载《现代法学》2004年第2期。

幸福与家庭和谐,兼顾‘个体主义’和‘整体主义’。”^⑤婚姻家庭编兼顾“个体主义”和“整体主义”的方法论特征要求,不能将私人自治在婚姻家庭编领域予以无节制地扩张,作为民法典基本价值取向的私法自治应该在婚姻家庭编领域受到一定限制。社会权力介入婚姻家庭关系是防止私法自治在婚姻家庭编过度不当适用的必要手段,以社会权力介入为核心的婚姻家庭编社会化能更好落实婚姻家庭编兼顾个体主义与整体主义方法论的要求。

2. 婚姻家庭编社会化的主要内容为授权社会权力介入私人家庭生活领域

婚姻家庭法回归民法典的基本依据在于:民法所调整的财产关系与人身关系均受到私人自治的支配。然而,较之财产关系而言,人身关系受私人自治支配的空间与程度更小许多。从某种意义上讲,身份关系在很大程度上是“他治”或“管制”的。而“他治”或“管制”有两种不同的实现路径:一是以婚姻家庭编公法化为立场,由法律授权国家公权力对婚姻家庭关系予以干预;二是以婚姻家庭编社会化为出发点,由法律授权社会权力对婚姻家庭关系之介入。其中,婚姻家庭编公法化立足于权力主体一元化立场,将对私人家庭生活领域的介入主体仅限于掌握权力的国家机关。而在当代社会,权力主体不再仅局限于国家,国家之外的社会组织与社会团体等也可以掌握一定的权力,这种权力被称为社会权力。“社会权力是对应于国家权力的,是在‘国家—社会’一体化转化为二元化的条件下形成的。作为相对独立于国家的社会主体,以其所拥有的社会资源对社会与国家(政府)产生的影响力、支配力,就是社会权力。”^⑥因此,在权力主体二元化格局下,法律也可以授权社会权力介入私人家庭生活领域,以限制私人自治原则在婚姻家庭法领域的不当扩张。

3. 婚姻家庭编社会化表现为规范社会权力介入规定的体系化

授权社会权力对婚姻家庭关系予以介入,并对此种介入产生的法律关系予以调整的规范为婚姻家庭法中的社会化规范。目前,我国《民法总则》《婚姻法》中也存在少量零散细碎的社会化规范,但不能称之为社会化。根据制度内部体系与外部体系的构成要求,只有当婚姻家庭编中存在数量较多的社会化规范,其遵循特定价值取向且构成相对独立的规范系统,使该编兼具一定社会法属性后,才能称之为婚姻家庭编的社会化。因此,婚姻家庭编社会化以社会化规范遁入婚姻家庭编为表现形式,但社会化规范遁入婚姻家庭编却不必然导致其社会化。

(二) 婚姻家庭编社会化与婚姻家庭编公法化之关系辨析

婚姻家庭编社会化与公法化有以下异同:

1. 相同之处。第一,两者的方法论基础与目的相同。‘现行婚姻家庭法由当事人的充分自治和国家的必要管制构成,对婚姻家庭,国家既要尊重个人生活的自由,又要对

^⑤ 曹贤信《亲属法在民法典定位中的价值取向难题之破解与对策》,载《华中科技大学学报》(社会科学版)2014年第4期。

^⑥ 郭道晖《社会权力:法治新模式与新动力》,载《学习与探索》2009年第5期。

其予以干预。”^⑦无论是婚姻家庭编公法化还是婚姻家庭编社会化,其方法论基础都是整体主义,目的均在于以外界力量介入本属于私人自治领域的婚姻家庭关系,避免该领域中主体意思自治的滥用,进而确保家庭生活关系所承载的社会公共利益得以实现。第二,两者的手段具有共通之处。无论是婚姻家庭编公法化还是婚姻家庭编社会化都以法律授权外界力量——国家权力或者社会权力——介入婚姻家庭关系,限制主体的意思自治作为基本手段。

2. 不同之处。一是介入主体不同。婚姻家庭编公法化是法律授权国家机关以行使国家权力的方式干预婚姻家庭关系,婚姻家庭编社会化则为法律授权社会权力介入婚姻家庭关系。以我国《民法总则》第31条规定的指定监护为例,该条授权民政部门指定监护人的内容是公法化规范,授权村委会、居委会指定监护人的内容是社会化规范。另以《民法总则》第36条规定的监护人资格撤销申请为例,该条授权民政部门依法申请撤销监护人资格的内容是公法化规范,授权村委会、居委会等主体依法申请撤销监护人资格的内容是社会化规范。二是对意思自治的限制强度不同。婚姻家庭编公法化对民事主体在家庭生活领域的私人自治构成“强式”限制。基于国家权力的强制性,民事主体违反婚姻家庭编的公法化规范,必然承担相应的公法责任。要使自身免于承担公法责任,民事主体在婚姻家庭领域必然要遵守“公法化”的强行性规范。而以社会权力介入规范为基础的婚姻家庭编社会化是对民事主体在家庭生活领域内意思自治的软约束与“弱式”限制。社会化规范为社会权力介入婚姻家庭关系提供了合法依据,但民事主体不接受、不服从社会权力介入时,不应受到法律责任追究。

二、民法典婚姻家庭编社会化的意义

(一) 社会化有利于保护妇女、儿童、老人等家庭弱者的合法权益

1. “入典”须平衡民法“形式平等”与婚姻家庭法“实质平等”之关系,切实保护妇女、儿童、老人等弱者权益

形式平等原则是民法的灵魂已成为学界共识。但作为民法有机构成的婚姻家庭编不能仅遵循形式平等原则,还应遵循实质平等原则,这是婚姻家庭编保护家庭生活领域内弱者的必然要求。“婚姻家庭法通过一系列的可行措施对弱者实行保护就显得尤为重要。婚姻家庭法以保护弱者为其价值取向之一,这就是它的理念。”^⑧形式平等原则下,婚姻家庭编对家庭领域内的弱者——妇女、儿童、老人的权益救济采取民法的一般保护方式。婚姻家庭编草案据此规定的家庭纠纷解决方式只有两种:协商和诉诸司法。^⑨然而,协商与诉诸司法均难以实现对妇女、儿童以及老人等权益的有效保护:一是

⑦ 马亿南《婚姻家庭法领域的个人自由与国家干预》,载《文化纵横》2011年第1期。

⑧ 马亿南《婚姻家庭法的弱者保护功能》,载《法商研究》1999年第4期。

⑨ 参见前引②,《民法典各分编(草案)》第856、862、863、866、868条。

这些保护措施都是事后救济,不能有效预防婚姻家庭领域中的弱者之权益遭受侵害;二是救济成本高,且让弱者以协商方式自力救济等不符合现实生活情形。实质平等是基于具体人格的差别对待与特殊对待,符合法治文明发展方向,只有遵循实质平等,婚姻家庭编方能实现对家庭生活领域的弱者保护。因此,婚姻家庭法“入典”必须使形式平等与实质平等协调相容,防范形式平等原则对实质平等原则的过度压制,进而促其保护家庭弱者目的之实现。

2. 婚姻家庭编社会化可平衡“形式平等”与“实质平等”之关系,能有效保护妇女、儿童、老人等弱者合法权益

要遵循实质平等,对妇女、儿童、老人等家庭弱者予以特殊保护,婚姻家庭编必须借助于家庭之外的力量。而借助社会权力介入家庭关系的社会化在贯彻实质平等原则、保护家庭弱者权益方面有以下优势:第一,社会化能预防家庭侵权行为的发生,实现对弱势家庭成员权益的事前保护。国家权力介入婚姻家庭关系是对私法自治的强限制,为防止对家庭自治的戕害,其介入应保持谦抑,因之,法律授权公权力保护儿童、妇女、老人权益仅限于侵权行为发生后的事后救济。社会权力介入婚姻家庭关系是对家庭自治的弱限制,因此,婚姻家庭编可以授权社会权力以优秀家风培育、家庭矛盾化解等方式介入家庭自治,预防侵害妇女、儿童以及老人等家庭侵权行为的发生。第二,社会化符合婚姻家庭问题解决的“非合理性”本质,能在保持家庭关系和谐之基础上有效保护妇女、儿童、老人的合法权益。家庭问题往往导致弱势成员的权益遭受侵害,而社会权力可发挥熟人优势,充分利用人情、村规民约,以及家庭道德风俗等非正式约束来消除当事人之间的对立情绪,助其复原情感,以“脉脉温情”的方式解决家庭问题,妥适保护家庭弱者权益。

(二) 社会化可解决婚姻家庭编规则财产法化问题,促进家庭义务履行

1. “入典”须协调民法“非伦理性”与婚姻家庭法“伦理性”之关系,解决身份法规则财产法化问题,促进家庭道德义务履行

婚姻家庭法具有“伦理性”特质,主要体现为立法将调整婚姻家庭关系之道德规范转化为法律规范。“婚姻家庭编的主要特色之一,就在于它具有显明的伦理性。法律上的每项规定,也是道德要求。”^⑩“伦理性”要求婚姻家庭编为家庭成员规定相应的道德作为义务,“非伦理性”所导致的民法“否定性”要求其不能为家庭成员规定以作为为内容的道德义务,两者之差别要求“入典”时必须协调好其间的关系,具体包括:

第一,入典应解决“非伦理性”对“伦理性”压制所产生的身份法规则财产法化问题。民法典的“非伦理性”是市场经济的伦理体现,不但不具有家庭道德建设的功能,而且还易导致“财产性的利益交换原则被处理为人际交往的基准类型,甚至连婚姻关系也被处理为一种拟制的利益交换关系。”^⑪目前,我国婚姻家庭法规则已经出现了财产法化

^⑩ 巫昌桢、李忠芳《民法典婚姻家庭编通则一章的具体设计》,载《中华女子学院学报》2002年第4期。

^⑪ 薛军《人的保护:中国民法典编撰的价值基础》,载《中国社会科学》2006年第4期。

趋势。^⑫ 婚姻家庭法规则财产法化导致“中国家庭资本主义化”,并进而摧毁了家庭。“不受约束的市场经济会摧毁有机的社会组织,而把市场逻辑引入到婚姻家庭法中,最终摧毁的无疑是家庭本身。”^⑬因此,婚姻家庭法入典,须解决我国目前民事身份法规则财产法化问题。

第二,婚姻家庭法“入典”应解决法定化家庭道德义务^⑭难以强制履行问题。“非伦理性”导致民法规范具有“否定性”,即民法只能要求民事主体遵守道德底线,不能要求其符合道德标准的积极行为。而婚姻家庭法的“伦理性”不仅要求民事主体在家庭生活中遵守道德底线,而且须为符合亲属伦理的积极行为,此谓之婚姻家庭法规范的“肯定性”。“在被认处于紧密关系的人之间,或者基于个人无法左右的被置放的特定位置(即身份)均有可能发生肯定性义务,如父母对未成年子女承担抚养义务、夫妻之间相互承担扶养以及成年子女赡养老人等均属于此类。”^⑮基于“否定性”,民法对义务不履行采取的责任追究方式为强制执行与损害赔偿。而“宁拆十座庙,不拆一桩婚”表明,处理家庭矛盾与纠纷的最高境界在于:矛盾与纠纷得以化解且确保家庭关系和谐幸福。强制执行、损害赔偿均为强制主体履行义务,具有对抗性,因而难以满足既解决家庭纠纷,又保持家庭关系和谐的要求,不利于家庭关系的稳定和谐。

2. 婚姻家庭编社会化可以解决身份法规则财产法化问题,促进家庭道德义务履行

第一,社会化可防止婚姻家庭法规则财产法化所导致的问题发生。解决婚姻家庭法规则财产法化问题的关键在于家庭道德建设,社会化能够提升家庭道德水平,从根本上解决该问题。家庭道德建设不可能由民事主体依靠家庭自治独立完成,尤其是在家庭道德伦理受市场经济伦理冲击、陷入“家庭道德危机”的情况下,更有必要由社会权力主体参与家庭道德建设,促成家庭成员树立正确的家庭道德伦理观。婚姻家庭编可以明确规定社会权力主体负有家庭道德建设职责,以帮助民事主体牢固树立正确的家庭道德观念;而家庭成员拥有正确家庭伦理道德观后,又可反过来使财产法化的婚姻家庭法缺乏社会基础而无法实施,从根本上抵制民法财产法伦理对婚姻家庭生活的渗透。

第二,社会化有助于婚姻家庭编规定的家庭道德义务之履行。民法的“非伦理性”和“否定性”无法保障婚姻家庭编规定的家庭道德义务履行,婚姻家庭编社会化则可借由法律授权社会权力介入婚姻家庭关系,有效促进法定道德义务的履行。具体而言:一是社会权力能促成良好家风的形成,防止家庭成员将“自身利益最大化”的自由主义市场经济伦理带入家庭,进而使其形成适于家庭生活的“伦理人格”,从根本上保证主体履

^⑫ 参见李洪祥《亲属法规则财产法化趋向论》,载《求是学刊》2016年第4期。这是指财产法规则无限度适用于民事身份关系。具体表现有两个:社会表现即市场伦理对婚姻家庭伦理的冲击;法律表现即亲属法规则财产法化趋向。

^⑬ 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》,载《文化纵横》2011年第1期。

^⑭ 婚姻家庭法规定的义务必须合于家庭伦理道德。其所规定的诸多义务,先是道德义务,后为法律所肯认。我国婚姻家庭法是社会主义社会中亲属伦理道德的必然要求。详细论述可参见:史尚宽《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第5页;杨大文主编《婚姻家庭法》(第6版),中国人民大学出版社2015年版,第42页;余延满《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第3页。

^⑮ 易军《私人自治与私法品性》,载《法学研究》2012年第3期。

行家庭义务的道德自觉性。二是由社会权力督促义务主体履行家庭义务更适合家庭生活关系的本质。以国家权力的强制性要求民事主体履行家庭义务往往造成家庭成员的对立,甚至恶化家庭成员之亲情、感情。而社会权力的柔性约束力使其得以游说、斡旋、教育等方式处理家庭问题、解决家庭纠纷,可在不恶化、恢复甚至深化当事人情感的情况下,促使义务主体积极自觉地履行道德义务。^{①⑥}

(三) 社会化可实现婚姻家庭编“自治”与“他治”理念的平衡

1. 婚姻家庭法“入典”需协调“自治”与“他治”之间的关系

民法以个人主义为制度构建的方法论基础,这就要求民法“在没有足够充分且正当理由的情况下,不得主张限制民事主体的自由。”^{①⑦}而婚姻家庭法具有团体性,整体主义色彩浓厚,“个人主义色彩较为稀薄”^{①⑧},因此须对私人自治在家庭生活中予以较大的限制。“就私主体的自治空间而言,在亲属身份法领域存在着高水平的国家强制。”^{①⑨}这种高水平的国家强制使婚姻家庭法具有“他治”法色彩。因之,民法以意思自治为核心的“自治法”属性与婚姻家庭法强调外力干预的“他治法”色彩存在冲突。“入典”可能导致婚姻家庭编过度强调民法意思自治的核心地位以及自治法属性,忽视婚姻家庭编“他治法”色彩。这会造成婚姻家庭生活不和谐的不良后果。“婚姻法回归民法的实质目的,即以私法理论推进婚姻自由,从实践后果看,业已成为离婚、结婚等家事领域自由泛滥的制度原因,误导了立法、司法实践与社会舆论,尤其与婚姻家庭法保护家庭稳定的制度功能直接相悖。”^{②⑩}因此,婚姻家庭法“入典”,应协调“他治”与“自治”之关系,实现两者之有机平衡,避免民法的“自治”属性压制婚姻家庭编所应具有的“他治”属性。

2. 社会化可实现婚姻家庭编“自治”与“他治”的有机平衡

婚姻家庭编的“他治”有两种手段:国家权力干预的他治与社会权力介入的他治。前者干预家庭自治容易导致“他治”压制“自治”,不当扩张他治的空间与强度,进而使得“他治”难以奏效;而后者则可以克服国家权力干预的不足,实现“自治”与“他治”的平衡。理由在于:首先,社会权力可通过“影响力”从预防家庭问题到解决家庭问题等环节介入家庭关系,且不至于过度限制民事主体在家庭领域内的意思自治。而国家权力具有“强制力”和天然扩张性,因而需保持谦抑,无法通过事前干预来有效预防家庭问题。其次,社会权力可以多种柔性方式介入家庭关系,遵循“个别”的、“具体”的、正义

^{①⑥} 其鲜活例证是,目前不少地方的村委会利用新乡贤调解员调处包括家庭纠纷在内的各种民事纠纷,成效显著。这是社会权力主体化解家庭纠纷的典型中国经验。参见周雨《各种家庭矛盾、邻里纠纷到了他那里,往往几句话就能化解——吕大爷为什么这么“牛”》,载光明网 http://difang.gmw.cn/cq/2018-05/03/content_28600881.htm,最后访问时间:2019年3月5日。

^{①⑦} 王轶《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期。

^{①⑧} 前引^{①④},史尚宽书,第5页。

^{①⑨} 张作华《认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思》,载《法律科学》2012年第4期。

^{②⑩} 巫若枝《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》,载《法制与社会发展》2009年第4期。

的要求,采取灵活的个别化解决方案,以影响当事人,促使其自愿改变不利于家庭和谐的决定。而国家权力机关以执行具有普适性法律的方式干预家庭生活,易出现法律的普适性与家庭问题解决个别性之间的矛盾,导致对家庭生活领域的强制过度。最后,社会权力能通过家庭道德宣传、良好家风教育等方式,使“家庭伦理道德”深入人心,促使其成为人们在家庭生活中自觉遵守的行为准则,从根本上保证家庭生活和谐幸福。

三、民法典婚姻家庭编社会化的价值取向与限度

民法典婚姻家庭编社会化价值取向的确立既为社会权力介入婚姻家庭领域提供正当性依据,又能够使其规则符合体系化要求。民法典婚姻家庭编社会化的限度则可将社会权力介入民事主体家庭自治限定于合理范围。两者在宏观上从正反两面为社会化制度构建与规范设计提供指导,因而有必要放在一起予以探究。

(一) 婚姻家庭编社会化的价值取向

“价值问题与规范问题密切相关,但价值问题在逻辑上必须领先。”^①在婚姻家庭编社会化背景下,规范社会权力介入家庭关系的法律规范自成体系且在婚姻家庭编中获得相对独立之地位。要确保这一相对独立的规范系统符合体系化要求,首先必须确立婚姻家庭编社会化的价值取向。民法典婚姻家庭编社会化应坚持家庭本位,将维持婚姻家庭关系的稳定和谐作为基本价值取向,其法理依据在于:

第一,维持家庭关系稳定和谐是婚姻家庭编社会化的正当性依据。民事主体家庭自治滥用是影响家庭关系和谐稳定的重要原因。婚姻家庭编社会化之目的即在于克服家庭自治滥用,以保持家庭关系的稳定和谐。因此,维持家庭关系和谐稳定是社会权力介入家庭关系的正当性依据,因而也成为婚姻家庭编社会化的根本理由。

第二,较之于婚姻家庭编弱势群体保护、“伦理性”以及“自治”与“他治”相平衡等要求,这一价值取向更具根本性。其一,只有维护家庭关系和谐稳定才能更好保护家庭弱势成员的权益。家庭关系中居于核心的是夫妻关系,夫妻关系破裂对家庭领域中弱势群体的利益损害最大。“离婚带来的社会负面效应包括:离婚妇女及其抚养的子女生活贫困化、离婚不利于未成年子女身心健康。”^②可见,婚姻家庭编社会化只有以维护婚姻关系为核心的家庭关系和谐稳定作为价值取向,才能更好地维护家庭弱势成员权益。其二,家庭关系和谐稳定的价值取向与婚姻家庭编“伦理性”是目的与手段之关系。维护家庭和谐稳定是婚姻家庭编“伦理性”的基本目标。“在现代社会,法律是调整婚姻家庭关系具有强制效力的重要手段,但婚姻家庭关系涉及伦理亲情,错综复杂,法律不可能解决所有的婚姻家庭问题,法律不是万能的。法律与道德相辅相成,共同调整婚姻

^① 易军:《法律行为制度的伦理基础》,载《中国社会科学》2004年第6期。

^② 夏吟兰:《对离婚率上升的社会成本分析》,载《甘肃社会科学》2008年第1期。

家庭关系,有助于婚姻家庭关系的稳定。”^{②③}其三,以维持家庭关系稳定和谐作为基本价值取向是婚姻家庭编“自治”与“他治”相平衡的前提。“当家庭之运作有悖于个人价值与家庭价值衡平时,即构成国家依法介入或干涉的原因。”^{②④}由此可知,维护家庭关系稳定和谐的价值取向是社会权力适度介入家庭自治领域的正当理由。

第三,维持家庭关系和谐稳定的价值取向能够与民法意思自治原则、诚实信用相容共存。其一,对民事主体而言,家庭关系是一种稳定长期的社会关系。主体愿意组建家庭,一般意味着其希望维持家庭关系的稳定和谐。为维持这种长期关系的稳定和谐,法律特别规定主体有义务接受社会权力对家庭生活的介入。这种义务具有先在性,当事人自愿建立家庭关系时,就意味着其愿意接受并履行该义务。因之,以社会权力介入家庭关系为核心的社会化是尊重当事人意思自治的介入,未违反意思自治原则,而是对它的有益补充。其二,家庭关系之利他性、长久性特征对于民事主体而言是一种“先在”,即当事人自愿建立家庭关系就不能动辄任性地解除该种关系,否则,便违背了“言必行,行必果”的诚信原则要求。社会化要求社会权力介入并维持家庭关系稳定和谐,正是为了促使当事人信守诺言,因而有助于当事人在家庭领域内恪守诚信。

第四,维持家庭关系和谐稳定的价值取向符合目前“家庭本位”的主流价值观,具有坚实社会基础。无论是回应社会需求还是在家庭关系领域移风易俗,婚姻家庭编都必须有强大的社会基础,获得民众认可,否则,就会因难以获得公众认可而无法顺利实施。就目前情况而言,虽然家庭本位观受到市场经济伦理的冲击,但其依然是我国民众认可并坚持的主流价值观。“大多数人首肯家庭幸福应优先于个人的利益,并且将个人幸福建立在和谐婚姻家庭生活的基础上。”^{②⑤}因此,维护家庭稳定和谐作为婚姻家庭编社会化的价值目标与我国民众主流的家庭观相吻合。贯彻这种价值取向的婚姻家庭编社会化规范体系能够获得民众普遍认可,保持长久生命力。

(二) 婚姻家庭编社会化的限度

1. 婚姻家庭编社会化限度的确定

婚姻家庭编社会化是民法社会化在身份法领域的具体表现。“这种社会化,主要表现在传统的私法自治原则越来越受到限制,因为个人本位的法和权利本位的法主要表现在私法自治的原则上。这个原则受到限制,也就是典型地说明了民法的社会化。”^{②⑥}婚姻家庭编社会化对民事主体家庭领域内的意思自治构成限制,且社会化程度与民事主

^{②③} 夏吟兰《论婚姻家庭法在民法典体系中的相对独立性》,载《法学论坛》2014年第4期。

^{②④} 前引⑤,曹贤信文。

^{②⑤} 雷春红《我国夫妻财产制立法价值取向与独立法律制度的构建》,载《北方法学》2016年第1期。

^{②⑥} 谢怀栻《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第17-18页。需说明的是,谢老所提的“社会化”与本文所论及的“社会化”并非同一概念。本文此处引用谢老的“社会化”,是为了表明私法自治需要限制。但如上文所述,国家既可以借助公权力限制,也可以借助社会权力限制。谢老的社会化思想并未界分其与公法化的关系。因而,本文所提“社会化”可以视为实现谢老所提“社会化”的措施。笔者采用“社会化”表述之初衷在于:尝试以社会权力介入作为私法社会化的核心与本质,以国家权力干预作为私法公法化的核心与本质,进而探索区分私法社会化与私法公法化的合理路径及其各自对私法的制度构建价值。

体在婚姻家庭领域内的意思自治成反比例关系:其程度越高,婚姻家庭编的私法属性越弱;其程度越低,婚姻家庭编的私法属性也越强。“如果私法可以彻底丢弃个人(自由)主义,那私法就变成了‘社会法’。”然而,“私法将保持传统,不应、不能彻底社会化。”^{②7}因此,对于作为私法有机构成部分的婚姻家庭编,我们应将其社会化维持在合理的限度内,防止其过度社会化或彻底社会化。“如果私法还坚守私法自治的底线,所谓私法的社会化就一定不会超过边界。”^{②8}据此,婚姻家庭编社会化如果能“坚守私法自治的底线”,“就一定不会超过边界”。这种“私法自治”的底线和“不会超越”的边界,就是其社会化的限度。具体言之,婚姻家庭编社会化的限度可从以下两个方面确定。

其一,尊重主体在婚姻家庭领域内私人自治的底线。一是,尊重当事人对婚姻家庭领域身份关系变动的最终决定权,因之,社会权力的介入不能改变当事人对身份关系变动的最终决定权。二是,尤其要尊重当事人产生与消灭婚姻家庭领域身份关系的自愿决定权。婚姻家庭内适宜由主体自己决定的法律关系的产生、变更与消灭等事项,应由其自己决定。社会化应尽量不限制当事人产生、消灭婚姻家庭身份法律关系的意愿,因为这两种意愿决定了主体最终应否享有或负担婚姻家庭法律关系中的权利与义务,对主体私人利益的影响最大,因而应予以最大限度地尊重。

其二,确保婚姻家庭编的基本私法属性,不能因社会化而使其变为社会法。婚姻家庭编社会化的动因在于使其兼具社会法的功能,^{②9}但此种功能的发挥不应导致婚姻家庭编变为社会法。“可以毫不夸张地说:私法的彻底社会化是为私法准备的坟墓。”^{③0}为此,婚姻家庭编社会化必须坚持其基本私法属性,不能因社会化而改变其私法属性。社会化后的婚姻家庭编是私法主导,兼具社会法的制度属性。

就以上社会化限度两个方面之关系而言,在身份法领域“坚守私法自治底线”是防止婚姻家庭编变为社会法的前提,坚守婚姻家庭编的基本私法属性则可有助于身份法领域“坚守私法自治底线”。只有坚守其基本私法属性,才会使我们在社会化的进程中保持必要的理性警觉与头脑清醒,自觉抵制婚姻家庭编的过度社会化或彻底社会化,从而确保社会化的“私法自治底线”。这两个方面相辅相成,共同协力确保婚姻家庭编社会化的合理限度。

2. 婚姻家庭编社会化限度的实现路径

确保婚姻家庭编社会化限度的核心在于将社会权力介入婚姻家庭关系保持在合理程度。这可从以下几个方面展开。

第一,社会权力介入应符合比例原则。“比例原则的内核在于强调干预的适度性,反对过度干预。”^{③1}社会权力介入婚姻家庭关系是婚姻家庭编社会化的手段,其实质就是

^{②7} 赵红梅《私法社会化的反思与批判——社会法学的视角》,载《中国法学》2008年第6期。

^{②8} 前引^{②7}赵红梅文。

^{②9} 参见前引^{②3}夏吟兰文。

^{③0} 前引^{②7}赵红梅文。

^{③1} 郑晓剑《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期。

干预民事主体在此领域的私人自治,防止其滥用。社会权力干预过度必然导致社会化过度,干预适度则社会化即可保持在合理限度内。因而本文认为,比例原则因其“禁止过度”干预之精髓,乃是确保婚姻家庭编社会化限度最宜适用的原则。

根据比例原则,社会权力介入婚姻家庭关系应符合如下要求:其一,介入目的之正当性。这是比例原则之适当性子原则的要求。即社会权力介入婚姻家庭关系必须是为了维持家庭生活的稳定和谐,除此目的之外,社会权力不能介入私人家庭生活。其二,介入事由与介入职权法定。这是比例原则之必要性子原则的要求。即只有出现法定的介入理由时,社会权力主体才能行使法律明文规定的介入职权。其三,介入方式与介入事由的匹配性。这是比例原则之均衡性子原则的要求。社会权力介入家庭私人生活,应首先采取法律为解决某类型家庭问题所规定的相应特定措施——干预私人生活程度重的介入措施不能用于解决危害程度轻微的家庭问题,因为这会不当限制当事人的意思自治;但相反,干预私人生活程度较轻的介入措施可以适用于解决危害程度较重的家庭问题。

第二,适恰确定介入范围。立法对民事主体在婚姻家庭领域的私人自治限制包括两个维度。一个是广度,即确定社会权力介入婚姻家庭关系的范围。介入范围大,则对民事主体在婚姻家庭内的私人自治限制大;介入范围小,则对民事主体在婚姻家庭内的私人自治限制较小。因之,维持社会权力介入婚姻家庭领域范围的适度性,是保证婚姻家庭编社会化限度的必要手段。社会化对介入范围的选择,可从以下两个方面确定:其一,根据民事法律关系变动理论确定社会权力介入婚姻家庭领域的范围。社会权力介入婚姻家庭领域,其实质是对民事主体因法律事实而生的婚姻家庭关系的介入。婚姻家庭关系有产生、变更与消灭等诸多情形,立法可授权社会权力介入以上情形的一部分或全部,以实现社会化的价值目标。其二,以“纠纷金字塔”理论为依据,确定社会权力介入的范围。关于纠纷的界定,法学与社会学的界定有所不同。“在法律范畴内,所谓纠纷,至少要达到双方申诉(bilateralclaim)这一层次,即纠纷当事人双方各自提出了不同的权利、利益诉求、申明或主张。如往更高层次就是争执(dispute)和诉讼(litigiousness)。”^②据此,民事法律意义上的纠纷是指当事人因法定或约定权利义务的行使或履行所产生的利益争执,其核心在于可诉性。社会学意义上纠纷范围则要广得多,“并不仅仅局限于人们在行动层面上表现出来的不和谐以及相冲突的纠纷,而是将纠纷概念的外延拓展到日常生活中人们在主观层面的情绪和态度,也就是人们在生活中遇到或感受到的所有不公正,即所有的冤情(grievance)和争执或纠纷(dispute)。”^③基于后者,法社会学提出了“纠纷金字塔”理论。据此,家庭领域内的纠纷依其发展阶段与严重程度不同,包括以下四种:不满、要求、纠纷以及法律纠纷。“不满”是家庭成员之间有分歧矛盾,但不满的一方隐忍而未向对方提出请求的纠纷阶段,“要求”是局限于家庭之

② 陆益龙《纠纷解决的法社会学研究:问题及范式》,载《湖南社会科学》2009年第1期。

③ 前引②,陆益龙文。

内,一方家庭成员向其他家庭成员提出请求,欲消灭分歧争议的纠纷阶段。“纠纷”是在请求人请求无果后,求助于当事人之外的私人第三人介入,以解决争议的纠纷阶段。“法律纠纷”则是当事人请求专门的纠纷解决机构(法院或仲裁机构)解决其权益争执的纠纷阶段。以纠纷的发展进程为基准,法律可以授权社会权力在何种阶段以及哪几个阶段介入婚姻家庭关系。

第三,合理确定介入强度。立法对婚姻家庭领域内私人自治之限制的另一个维度是强度。要将婚姻家庭编社会化控制在合理限度内,关键在于确定社会权力介入对民事主体婚姻家庭内意思自治的限制强度。介入对民事主体婚姻家庭领域之“自由的决定”影响大,则对私人自治的限制强度高;反之,则对私人自治的限制强度低。社会权力对当事人意思自治的限制,由强到弱,有以下几个层次:一是介入能够终局性改变当事人的意思自治;二是介入不改变当事人的意思自治,但主体有义务接受社会权力的介入;三是介入不改变当事人的意思自治,主体也没有义务接受介入,法律规定仅在于为介入主体干预提供阻却违法理由。由于社会权力介入不必然影响当事人对婚姻家庭关系以及纠纷解决结果选择的最终决定,因而不能改变主体的选择而终局性的强行限制当事人的意思自治,所以,婚姻家庭编社会化不存在对民事主体意思自治的最强程度限制,只存在后两种程度较弱的限制。在第二种情形下,社会权力介入必须辅之以强制性规范以使得被介入者接受介入。在第三种情形下,社会权力介入可辅之以任意性规范或倡导性规范,但为提升当事人接受介入的可能性,婚姻家庭编应多辅之以奖励、支持等倡导性规范。

四、婚姻家庭编社会化的基本内容及其民法典因应

在确定婚姻家庭编社会化价值取向与适当限度后,应据此合理确定社会化的基本制度内容。基本制度内容的设计应从介入主体、介入职责以及介入保障机制等三个基本方面展开。其中,介入职责与社会化限度直接相关,因而应合理协调其与介入强度确定方式之间的关系,以将后者限定在合理限度内。

(一) 确定介入婚姻家庭关系的主体

婚姻家庭编授权社会权力介入婚姻家庭关系,首要环节便是确定介入的社会权力主体,具体应遵循以下几个原则:

1. 坚持介入主体的多元性

我国民法典婚姻家庭编应坚持介入主体的多元性,理由在于:坚持介入主体多元性能够实现民法典总分则的协调,符合体系化要求。根据我国《民法总则》第24、27、28、31、32、36条等规定,目前法律授权介入家庭关系的介入主体有两种类型,一是民政部门等行使国家权力的行政机关,二是居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等行使社会权力的社会组织;且各介入主体行使职权没有先后顺序。可见,《民法总则》坚持了介入主体的多元性。因此,作为民法

典分则的婚姻家庭编也应坚持介入主体多元性,以使总则与分则相互关照,实现婚姻家庭编与《民法总则》的体系协调。由于民政部门是国家公权力机关,与本文所持社会化乃是社会权力对婚姻家庭关系介入的观点难谓符合,因而,民法典婚姻家庭编社会化的介入主体只应包括《民法总则》所确立的居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等,而不应包括民政部门。

2. 依“最密切联系原则”确定首要主导的介入主体

现有《民法总则》确立的介入主体多元且无序化履职的规定存在以下弊端:其一,不利于树立介入主体的权威,难以有效维持家庭稳定和谐,保护家庭弱者权益。多元化的主体介入机制导致每个主体都难以成为介入力量的核心,因而权威性不足,而权威性不足则会削弱介入效果,使婚姻家庭编的社会化意义大打折扣。其二,不利于介入效率的提升,难以实现社会化的应然效果。对社会权力主体而言,介入家庭生活关系属于出力不讨好之任务,这导致其缺乏介入积极性。在多元无序的介入模式下,各个主体介入职责分工不明确,介入积极性的缺乏导致他们容易互相推诿,使社会化的制度目标难以实现。

为克服以上不足,我国民法典婚姻家庭编应依“最密切联系原则”确立首要主导的介入主体。所谓“最密切联系原则”是指将与自然人婚姻家庭生活最紧密相关的社会权力主体作为首要主导介入主体。因为,社会权力是以其“影响力”防止民事主体婚姻家庭内私人自治的滥用,与民事主体生活联系最为紧密的社会权力主体介入,能够最大限度地发挥其影响力,使民事主体自我决定符合社会化价值目标,防止其家庭领域内意思自治的滥用。

根据“最密切联系原则”,民法典婚姻家庭编应将居委会、村委会作为首要主导的介入主体。因为,“两委会”人员与其自治范围内成员是一种“近距离接触关系”,在社会与家庭生活中与各成员的联系持久广泛,符合“最密切联系原则”,较之于其他介入主体,他们不但具有信息优势,能及时介入化解家庭问题,防微杜渐;而且还有熟人优势,可以借助其脸面、人情等有利因素提高介入效果的可接受性,能够有效地息事宁人以恢复有裂痕的家庭关系。

3. 明确各个介入主体之间的关系

以介入主体多元化为基础,并以“最密切联系原则”确立“两委会”作为首要主导介入主体后,民法典婚姻家庭编还应需明确各个介入主体之间的关系。具言之:其一,明确规定各个介入主体之间不是相互排斥的关系,而是相互补充,相互协力之关系。因之,即使立法已经明确规定了“两委会”的首要主导介入地位,也无须排除其他主体的介入。其二,明确“两委会”首要介入的规则。“两委会”是介入的首要主导主体,出现法律规定的介入事由时,其应首先行使法定介入职权。当其与其他主体因由谁介入发生争议时,应首先由“两委会”介入。其三,确立介入后负责到底规则。当某一有权主体已经介入婚姻家庭关系后,其应对此次介入负责到底,除非中途退出移交给其他主体能提升介入效果,不能中途停止或退出。其四,明确介入主体之间的配合协助义务。“两委会”行使介入职权,维护家庭关系和谐稳定时,可向法律规定的其他介入主体请求帮助,

其他介入主体必须予以积极配合协助,不能推诿。“两委会”以外的其他介入主体行使介入职权需要其他主体配合协助时,其他主体也应予以协力,不能推诿。

(二) 主体的介入权限和效力

在明确规定介入主体后,民法典婚姻家庭编还应根据社会化的价值目标与限度,妥当规定介入主体的介入权限以及介入效力。具体而言:

1. 优良家风教育职能

在市场经济利己主义、个人主义的冲击下,以利他性为核心、以义务与责任为内容的家庭道德容易受到冲击、削弱甚至丧失。“家风好,就能家道兴盛、和顺美满;家风差,难免殃及子孙、贻害社会”。^④因之,要抵御个人利益最大化的市场伦理对家庭利他性伦理的冲击,婚姻家庭编应明确规定包括“两委会”在内的社会权力主体拥有以帮助民事主体树立正确家庭观为目标的家风教育职能。其主要内容包括婚前教育、产前教育、育儿教育以及日常家风教育。婚前、产前教育以及育儿教育是指在婚前、产前以及育儿过程中,由“两委会”等社会权力主体对社区成员开展的以优生优育、家庭关系和谐、代际关系和睦等为内容的教育。日常教育则是指介入主体在日常工作中针对社区成员开展的优秀家风宣传、幸福家庭与家庭道德模范评选等良好家风塑造与引领活动。社会权力主体行使家风教育职能的方式为积极介入,以助力社区成员形成良好家风。但只有接受教育对象积极参与,此种介入才能获得良好效果,而为使社会化不超过必要限度,介入主体又不能强制社区内成员参加。为此,家风教育职能的行使必须辅之以“倡导性规范”。婚姻家庭编可规定,“两委会”等介入主体可以对参加教育的家庭给予奖励等方式鼓励社区成员积极参加。

2. 家庭矛盾化解职能

家庭矛盾是指尚未上升到家事纠纷与家事事件的影响家庭成员之间情感的家庭小事。长期的、频繁的家庭矛盾最终可能会酿成家事纠纷,甚至引发家事事件,最终导致婚姻解体,代际关系恶化。“家庭矛盾的处理与解决也不能仅仅交由家庭自身来完成,……社会力量介入到家庭矛盾的解决过程中是必要的,而且社会力量的介入具有家庭自身不可比拟的优势。”^⑤据此,要维持婚姻家庭关系稳定和谐,民法典婚姻家庭编应规定“两委会”等介入主体有职责与权利化解家庭矛盾,使其介入有专门的民事基本法可以倚仗,将家事纠纷、家事事件消灭在萌芽状态。介入主体化解家庭矛盾,是消极地坐等上门还是“主动出击”,值得探究。从预防家事纠纷以及家事事件发生,促进社会化价值目标实现的角度出发,法律应规定介入主体有积极化解家庭矛盾的职权。当其获知社区成员的家庭矛盾后,应积极主动寻求介入。但为防止介入超过必要限度,婚姻家庭编应规定被介入者有拒绝接受的权利。

^④ 《习近平:在会见第一届全国文明家庭代表时的讲话》,载新华网 http://www.xinhuanet.com/politics/2016-12/15/c_1120127183.htm,最后访问时间:2019年5月6日。

^⑤ 张红阳、孙伟红《现代社会治理视角下的家庭矛盾治理——兼论家庭矛盾的原因与动力》,载《石河子大学学报》(哲学社会科学版)2015年第4期。

3. 家事纠纷调处职能

“家事纠纷,是指在夫妻、亲子、其他家庭成员及近亲属之间发生的人身和财产关系的纠纷。”^{③⑥}家事纠纷的核心特征有两个:一是主体不履行义务,侵害其他家庭成员合法权益;二是可诉性,即因不履行义务而权益受损的家庭成员可以请求义务主体履行义务或承担责任。根据发生纠纷的主体及发生原因不同,家事纠纷的范围大体包括:其一,配偶之间的纠纷;其二,因父母不履行亲权所产生的纠纷;其三,因不履行或不适当履行赡养义务所引发的纠纷;其四,家庭财产继承纠纷;其五,监护人不履行或不适当履行监护职责所产生的纠纷;其六,监护权争议纠纷。

以上范围内的家事纠纷,“两委会”等社会权力主体均可以介入调处并着力化解。为调处以上家事纠纷,婚姻家庭编应规定介入者有权采取以下介入措施:一是主动干涉。对于不履行法定义务,侵害妇女、儿童以及老人等家庭弱势成员权益,尚未构成家事事件的侵权行为,法律应规定“两委会”等介入主体有权采取说服劝解、诚勉谈话、批评教育等措施督促义务主体履行义务,以救济弱势家庭成员受损的合法权益。此种侵权涉及弱势群体保护的公共利益,因而被介入者没有权利拒绝。二是被动调解。“尽管家事调解并不适用于所有的家事纠纷,但对于家事纠纷的处理和解决来说,家事调解却是一种首选的最优机制。”^{③⑦}因此,民法典婚姻家庭编应明确规定“两委会”等介入主体有调解家事纠纷的职权,并原则性规定以下内容:其一,调处家庭纠纷的首要目标为说和。即介入目的应该是说和,情理法并重,甚至“和稀泥”,帮助当事人恢复甚至深化情感,巩固关系。其二,离婚调解。在离婚家事纠纷中,“两委会”等介入主体应进行离婚调解。离婚调解首先应进行说和教育,在经过说和难以奏效,主体坚持离婚的,“两委会”等介入主体应教育、游说当事人积极履行离婚后法定或约定的义务。

4. 家事事件处置职能

本文中所称之家事事件不同于家事纠纷,是指家庭暴力、虐待、遗弃以及其他严重损害家庭成员权益的违法行为。我国现行《民法总则》《婚姻法》《妇女权益保障法》《反家庭暴力法》赋予“两委会”处置家事事件时拥有监护撤销申请权、预防权、劝阻权、调解权、帮助权、制止权以及处理权等。民法典婚姻家庭编应对以上规定予以整合并进行体系化概括规定:在诸如家庭暴力、虐待、遗弃以及其他严重损害家庭成员权益的家事事件发生时,“两委会”等介入主体有监护撤销申请权、劝阻权、帮助权、制止权、报告权等处理权限,以救济受害人。但因家事事件不同于家事纠纷,调解权并无必要,民法典婚姻家庭编不应继续规定介入主体处理家事事件的调解权。为确保社会化的合理限度,立法应规定,对于家庭暴力、虐待、遗弃以及其他严重侵害家庭成员权益的违法行为,“两委会”等介入主体应积极主动介入,以保护受侵害主体的合法权益。对于此等介

^{③⑥} 巫若枝《30年来我国家事纠纷解决机制的变迁及其启示——基于广东省某县与福建省厦门市五显镇实践的分析》,载《法商研究》2010年第2期。

^{③⑦} 汪拥政、吴志刚《构建家事纠纷调解制度的法理分析》,载《齐鲁学刊》2008年第5期。

入,被介入者不仅没有拒绝的权利,而且必须服从介入者的要求。

5. 义务履行支持职能

赡养、抚养、扶养以及监护等义务的履行,均以主体有能力履行义务为条件。当家庭生活关系中的义务主体没有能力履行上述义务时,“两委会”等社会权力主体有对其提供物质帮助、精神扶助等义务。为此,民法典婚姻家庭编应明确规定,家庭生活中的义务主体丧失履行义务的能力时,有财力的“两委会”以及其他社会主体应积极采取措施筹资,对其给予物质帮助,以支持其履行上述诸种义务。此种介入应为积极主动之介入,被介入者无特别理由不得随意拒绝帮助。理由在于:一是此种介入会给被介入者带来利益,一般不会违背当事人的意志;二是履行抚养、赡养、扶养以及监护等义务,事关维护家庭和谐的公共利益,因而不允许当事人以意思自治为由随意拒绝。

(三) 婚姻家庭编应通过转介条款明确履职保障机制

为确保“两委会”等介入主体上述权限得以行使、履行,并发挥应有功效,立法还应规定相应的履职保障机制,其主要内容包括人员保障、物质保障以及奖惩措施等。但问题在于,以上履职保障的规范应规定在何处。婚姻家庭编社会化不能改变其私法的本质属性,而以上履职保障的规范属性似乎完全超出了私法范畴,将其规定在婚姻家庭编中难谓妥适。因此,社会化的婚姻家庭编作为一般法,应通过转介条款转引适用《未成年人保护法》《妇女权益保障法》《老年人权益保障法》以及《反家庭暴力法》等特别法对以上履职保障机制的相关明确规定。

(四) 民法典对婚姻家庭编社会化制度内容的增补

如上所述,“各分编草案”的婚姻家庭编取消了现行《婚姻法》关于社会权力介入的相关规定,强化了该编的私法属性,但这不符合婚姻家庭编社会化的要求。因之,民法典婚姻家庭编应增补社会化的具体规定。就此,应解决两个问题:一是应规定于何处;二是应规定哪些具体内容。“各分编草案”的婚姻家庭编按照“总一分”的体系化模式分为五章,其中第一章“一般规定”是总则,其他四章是分则。因总则的规定可以适用于分则,民法典婚姻家庭编社会化的制度内容在总则中予以统率性规定即可。

婚姻家庭编草案总则“一般规定”从第818条到第822条,共计5条。^③总则中的“社会化规范”应放在其中何处位置才合乎体系化要求,殊值考虑。根据社会化的意义与价值目标,可以将其增补在第819条或第821条之中。第819条第2款明确规定婚姻家庭编应保护妇女、儿童和老人的合法权益。社会化作为实现该目的之手段,放在其后符合“目标—手段”的逻辑关系。第821条明确规定理想的婚姻家庭关系应是平等、和睦、文明的。社会化也是实现该理想型关系的手段,根据“目标—手段”的逻辑关系,其内容也可以规定在第821条中。就第819条与第821条的关系而言,后者包容性广,因为只有家庭关系平等、和睦与文明,弱者权益才自有保障。因此,社会化规范应规定在总则第821条中为宜。另外,婚姻家庭编第820条以一般规定的方式,对以下严重侵害

^③ 参见前引②,《民法典各分编(草案)》。

家庭成员的行为予以禁止:干涉婚姻自由的包办、买卖婚姻等行为;违反忠实义务与同居义务的重婚及有配偶与他人同居的行为;严重侵害家庭成员权益的家暴、虐待与遗弃行为。其所列家事事件,也是社会权力介入的重要缘由。在本条后,也应增加与其相对应的社会权力介入规定,以救济因该等行为而权益遭受侵害的家庭成员。

结合上文关于体系位置确定的论述,建议我国民法典婚姻家庭编总则的第一章“一般规定”应增补以下内容:

第一,在第 821 条增加三款,规定介入的社会权力主体、介入职权和方式,以及介入的保障措施。

(1) 新增一款作为第 821 条的第 2 款,确定介入的社会权力主体:为维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系,村民委员会、居民委员会、妇女联合会、当事人所在单位以及其他社会组织等可以依法介入婚姻家庭关系。

(2) 新增一款作为第 821 条的第 3 款,确定主体的介入职权:为实现本条第 1 款规定的目标,本条第 2 款规定的主体应当开展优良家风培育活动,化解家庭矛盾、调处家事纠纷、处置家事事件,并为无力履行家庭义务的主体提供必要支持。为实现上列职责,第 2 款规定的主体有权采取说服、疏导、鼓励、奖励、批评教育、劝诫、劝阻、调解、化解、制止、专业指导、监督、督促、物质帮助、精神扶持等手段。

(3) 新增一款作为第 821 条的第 4 款,原则性确定社会权力主体介入的保障措施:村民委员会、居民委员会、妇女联合会、当事人所在单位以及其他社会组织行使介入职责时的人员保障、物质保障、奖惩措施等,参照适用未成年人保护法、妇女权益保障法、老年人权益保障法、反家庭暴力法等法律的有关规定。

第二,在第 820 条增加一款,作为该条的第 4 款,专门对社会权力介入该条所列禁止的行为予以规定:家庭成员有前三款所规定行为的,村民委员会、居民委员会、妇女联合会、当事人所在单位以及其他社会组织应当对行为人予以批评教育、劝诫、劝阻或制止,必要时可报告公安机关或其他有权机关处置。

结 语

因民法与婚姻家庭法在价值立场上有所差异,婚姻家庭法“入典”需要平衡调适形式平等与实质平等、非伦理性与伦理性、意思自治与意思管制之关系。要妥适平衡以上三对价值立场之关系,婚姻家庭编可采取公法化与社会化两种路径。然而,公法化存在管制过度、难以适应家庭生活关系重亲情伦理之“非合理性”之要求、无法保障具有道德属性之身份义务顺利履行等弊端。因之,要平衡以上三对价值立场,婚姻家庭编社会化是较佳选择。

为实现维持家庭关系稳定和谐的价值目标,在保证妥当限度的前提下,婚姻家庭编社会化的主要制度内容包括:规定多元化的介入主体,以“最密切联系原则”确立“两委会”的首要主导介入主体地位,合理确定各介入主体之间的关系;赋予“两委会”等介入

主体优良家风培育、家庭矛盾化解、家事纠纷调处、家事事件处置以及义务履行支持等职权。民法典婚姻家庭编应在总则中统率性增补相关的规定以体系化规范社会权力介入婚姻家庭关系的行为。在家庭保护领域,社会化的婚姻家庭编与妇女、未成年人、老年人等权益保障法以及反家庭暴力法等构成一般法与特别法。如何具体处理其间的规范关系、消除规范重复、冲突,以实现它们之间的真正体系化,尚有待于进一步深入探究。这既是本文未竟之任务,也是继续研究的新目标。

Abstract: It has become a foregone conclusion that the Marriage and Family Law would be incorporated into the Civil Code in China. After being incorporated into the Civil Code, the Marriage and Family Book shall be socialized, that is, to authorize the residential committee, the village committee and other agencies of social power to extensively intervene in the field of marriage and family and systematically adjust the resulting legal nexus. The value of the socialization of the Marriage and Family Book includes: achieving the coordination between form equality and substantive equality so as to better protect the rights and interests of the weak in family; solving the problem of applying regulations of the property law in the rules of identity law caused by inappropriate ‘non-ethicity’ intrusion of the Civil Law into the Marriage and Family Law; and keeping an organic balance between the autonomy of family and heteronomy in the field of the Marriage and Family Book. The socialization of the Marriage and Family Book should be carried out from both macroscopic and microcosmic aspects. The former is to clarify the value goal and the limitation of the socialization. The latter is a specific system design, which is, based on the diversification of intervention subjects, defining primary intervention subjects and the relationships among the subjects according to the principle of ‘the closest connection’; clarifying that the intervention subjects are entitled to good family tradition education, family contradiction resolution, family disputes mediation, family affair handling, obligation fulfillment support, etc. The General Provisions for the Marriage and Family Book in the Civil Code should be supplemented by corresponding provisions to systematically stipulate the above contents.

(责任编辑:任彦)