

“家庭法与市场法之协调”专题

主持人:夏吟兰(中国政法大学教授,博士生导师,中国法学会婚姻法学研究会会长)

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5至第7条、第10条、第12条,引起专家学者、媒体记者、法官、普通公众等人群的极大关注。反对者认为,财产法和身份法之间的界限被抹杀,财产法被不当地适用于婚姻家庭领域;丈夫市场劳动的价值被高度认可,妻子家务劳动的价值被断然否认;所有权方配偶的利益受到追捧,对方配偶的利益和子女的利益以及社会公共利益受到漠视。肯定者认为,妇女儿童合法权益丝毫未受侵犯;“纯粹的婚姻观”借此可以回归、光大。本栏目的三篇文章顺应时代呼唤,阐述了自己的立场。丁慧教授认为,正如该司法解释第5条、第7条例证的那样,目前的夫妻财产关系过多适用“物本化”规则和“市场化”规则,沦落成“保护强者的法,缺乏对弱者的人文关怀”;夫妻财产立法应坚持“人本化和去物本化”的立法理念。李洪祥教授认为,该司法解释第7条脱离生活实际、违反伦理道德观念,应做如下修改:夫妻一方或双方父母所购并登记在一方子女名下的不动产被推定为夫妻共有,但登记方能够证明归自己所有的除外。季长龙博士认为,该司法解释第10条体现的价值取向是“效率优先”,解决婚前按揭房产的归属应兼顾家庭和谐和效率。其实,解决夫妻之间、夫妻一方与第三人之间的财产纠纷,既可以考虑运用所有物共同共有这一激烈的法律武器,也可以考虑运用虽然归一方所有但所有权受到婚姻法的限制这一温和的武器,从而实现两类法律、多种主体之间的平衡。

夫妻财产关系法律异化和回归之反思

丁 慧

(辽宁师范大学 法学院,辽宁 大连 116081)

摘 要:亲属法无论是在属性上,还是在功能上都具有其独特品质,而夫妻财产关系不同于一般的财产关系,它是以身份作为前提,因此其在属性和适用规则上与财产法皆有不同。如果亲属关系立法及司法解释忽略这一点,则必然走向自己的反面,从而导致亲属法及其所调整法律关系的异化,使得亲属法时常变得不近人情,甚至产生负能量。如何避免和防

收稿日期:2013-04-16

基金项目:教育部人文社会科学规划基金资助项目“亲属法视域下身份行为问题的研究”(10YJA820011)之阶段性成果

作者简介:丁慧,女,辽宁抚顺人,辽宁师范大学法学院教授,博士,主要从事法理学、亲属法学研究。

①法律异化是指法律这种门类创造出来的本用于服务人类的社会规范,因为一些原因反而成了走向人的对立面的一种异己力量的法律变化。这里的异化,是对哲学概念的一种借用,在哲学层面异化的本意一是指矛盾或向对立面转化,二是指主体产生出反对自己的异己力量。法律异化可以说是哲学上的异化在法律领域内的具体应用。详见周世中、陈雅凌:《法律异化研究》,载《法律科学》2011年第6期。

②参见李龙:《人本法律观研究》第三章的内容,中国社会科学出版社2006年版。

范法律和法律关系异化,促使民众认同法律,不对法律规则产生疏离感,我们应该做出何种努力和承担何种学术担当。理论研究只有与人们实际上如何形成信念以及如何按照信念而行动的研究结合起来,法律的异化才可以避免。

关键词:亲属法;财产关系;法律异化

中图分类号:DF551 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-1505(2013)04-0030-08

亲属领域立法不仅是现代社会和家庭文明的表征,而且还是现代社会文明和家庭文明的重要内容和推动力量。婚姻家庭是社会的基本组织构成,是人必须的生存场所,是保障子女和其他家庭成员利益与幸福之必须。亲属法作为法学的重要研究领域,其关乎每个人的安康与福祉。但是,我们不得不看到,市场经济因素、个人主义及权利本位思想的影响,使夫妻关系变成理性的物质计算,以至日趋功利化而忽略对人的情感和亲密关系的重视。我国现有夫妻财产关系立法基本上迎合了这样的个人本位思想,法律成为了夫妻追逐利益的工具,夫妻财产关系以及夫妻财产关系立法都呈现出一种异化的趋势。^①而这种异化使得我们已有的亲属立法背离了其主体一人,变成了不以人和家庭为本,不以人和家庭为主体、为目的和动力,而是以人之外的因素,如神、物为本位与归宿,并与这些因素一道成为压迫人和迫害人的力量。^②而这种法律异化的结果,会使人们对法律产生一种异己感,人们对法律的认同乃至法律的权威和尊严都会遭致极大的破坏。

一、陷入异化之围

法律异化的内在根源是人的异化。^[1]法律作为一个特殊客体,其异化当然有自身的原因,同时,也会导致其所调整对象法律关系的异化,而且通常会通过其外在的形式表现出来。笔者认为,夫妻财产关系立法异化的表现形态主要体现在以下几个方面:

(一) 基本法的虚置化

作为规范调整亲属关系的婚姻家庭立法,经历了改革开放前后两个特定历史时期。新中国成立之后,以成文法律颁布的第一部规范性文件就是1950年婚姻法,这部婚姻法是新中国成立后第一部具有基本法性质的法律,这个第一并非偶然,一方面它反映了广大民众特别是妇女在政治经济获得解放后迫切希望摆脱封建家族制度压迫的需要,另一方面也是对革命根据地时期婚姻家庭法治建设经验的总结,该法被誉为新中国“恢复女性的人权宣言”,^①这部立法标志着社会主义婚姻家庭制度得以全面建立。随着1980年婚姻法的颁布,婚姻家庭立法步入了改革开放时期,该法经2001年的修改,内容扩展为51个条文^②,该法修改的过程也呈现出专业化、公开化和民主化的特点,^③所有这些为该法的公众认同和有效实施奠定了良好的社会基础。尽管如此,该法规定过于粗疏、内容不健全等问题依然未得到有效的解决,特别是各个民事立法之间即婚姻法与民法的协调关系问题未能解决,法律实务中的操作性问题依然十分严重,其结果必然导致基本法作用功能的失真和倒向,而法律的稳定性与严格的立法过程使得本不完善的法律难以适应剧烈变动的生活实际的需要,最高法院制定的配套的司法解释,其实都是立法滞后和立法虚置的表现,所谓的规则之治,在法律实务中也将演化为“法官之治”,形成了

^①转引自陈苏、薛宁兰:《中国当代法学研究》,中国社会科学出版社2009年版,第57页。

^②1950年《婚姻法》条文数量为27条;1980年《婚姻法》条文数量为37条。

^③关于2001年婚姻法的修改:2001年1月11日,婚姻法修正案草案向社会公布征求意见,截至当年2月28日,全国人大常委会法工委共收到群众来信来函3829件,后来又陆续收到一些,大约共有4000多件,通过报纸、期刊和网络等媒体也收到数以千计的意见。

“依法律办案”和“依司法解释办案”的二元规则。

（二）立法的司法化

长期以来,受立法“宜粗不宜细”原则的影响,法律“简陋”的特征在亲属立法工作中表现得尤为突出,婚姻法的“单薄”和“体弱”的问题是通过中国特色的司法解释制度来解决的。早在1981年全国人大常委会就颁布了《关于加强法律解释工作的决议》,1997年和2007年最高人民法院就司法解释工作先后颁布了两个决定,按照上述规范性文件的规定,司法解释的主体是最高人民法院,司法解释的内容是在审判过程中如何具体适用法律、法令的问题进行解释,司法解释的效力低于法律及立法解释。由此可见,司法解释范围应该不是很宽泛的,但是在民事审判中,最高法院的司法解释甚至起着比基本法和成文法还要重要的作用,乃至成为了法院法官处理民事案件的直接依据,使司法解释呈现了立法化的趋势。以婚姻家庭立法为例,2001年婚姻法修改后,最高法院就该法先后颁布了三部司法解释。原1980年《婚姻法》第25条规定:“人民法院审理离婚案件,应当进行调解;如感情确已破裂,调解无效,应准予离婚。”由于该规定过于原则、主观,在司法实践当中难以把握和认定,为此最高人民法院颁布了《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》,该解释补充了第14条的内容。学者对司法解释的批评和质疑之声不绝于耳,特别是对2011年正式实施的《婚姻法司法解释(三)》解释立场的批判^①,认为其相关规则违反了上位法,所有这些都表明了婚姻家庭立法,特别是有关财产关系的调整规则有严重的异化趋势。司法解释在制定过程中,民众的参与性、决策的透明性和审查过程的公开性较之婚姻立法的过程都相差许多,从法理层面,司法解释不能违背法律的规定或者是越权确定某种在先前法律中不曾确认的规范,如果反其道而行之,那么频繁出现的司法解释就不是在建立秩序而是常常在破坏人们也已熟悉的法律秩序。^[2]就连我们的法官甚至司法解释的制定者都承认许多解释都是权宜之计,不具备长远规划。法律的制定者如果对那些会促成非正式合作的社会缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。^[3]

（三）规则的物本化

法律解释作为法律适用的一种方式,无疑要以法律的基本精神(法意)为核心,不能偏离所调整的法律关系的基本属性。婚姻法属于身份法,是勿容置疑。但是,从亲属法立法的历史发展来看,亲属法对于有关亲属身份关系和有关亲属财产关系的规范并不总是同样重视的,事实上,已经经历了一个由重视亲属身份法到重视亲属财产法的发展过程,也就是说,经历了一个从“身份到契约”的历史过程。法律对亲属关系的调整已不再十分注重身份,而是注重身份中具有独立人格的个人的权利和利益。^[4]随着新法律经济学在法律领域的不断拓展,经济学的价值观对法学的价值观也产生了强烈的冲击。尤其是亲属法领域,正义与温情、公平与效率的较量尤为明显。经济学分析还刺破了笼罩在家庭和婚姻之上的温情脉脉的面纱,使我们看到感情、伦理等因素在市场经济条件下的尴尬境地和市场的力量正在如何改变着传统社会的价值观。

随着我国民法财产性规范的日臻完善,婚姻法中的夫妻财产规则与民法财产性规范的矛盾和冲突越来越受到人们的关注。例如,夫妻一方的婚前个人财产于婚姻存续期间取得的孳息是个人财产还

^①该解释第6、7、10条的规定涉及婚姻主体房产利益分配及规则,突破了国人传统的婚姻财产观念,扩大了夫妻个人财产的门类而备受关注,引发热议。认同该解释价值取向的观点包括:新解释确立的个人权益财产优先之理念,解除了婚姻当事人对婚前财产转化为夫妻共同财产的担忧;促进妇女独立;进化婚姻伦理;便于司法的认定及统一了裁判标准。批判其价值取向的观点包括:新解释规则突破了上位法婚姻法的规定;忽略了以家庭为经济单位的社会事实;过分强调财产法原理,忽略了婚姻关系的伦理性;忽视了对无形财产和家庭贡献的保护;缩小了共同财产的范围,与中国传统婚姻观相距甚远,不利于维护婚姻家庭的稳定。详见蒋月:《证明与反思:适用婚姻法解释(三)中房产归属条款之取舍》,载于《中国婚姻法学研究会2012年年会论文集》,第37页。

是夫妻共同财产?按照我国夫妻婚后所得共同制,似应解释为夫妻共同财产;而《物权法》第116条明确了孳息所有权应当归属于物权人的原则,即为夫妻一方的个人财产。又如,婚后由一方父母出资为子女购买的房屋,按照《婚姻法》第17条第三项的规定,婚后接受赠与所得的财产应认定为夫妻共同财产,无论登记在一方还是双方名下。而《物权法》第9条的规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力,即按照《物权法》的规定,如果该房屋在一方名下,应当认定为夫妻个人财产。

《婚姻法司法解释(三)》对以上两个问题都进行了明确。第5条明确规定,夫妻一方个人财产在婚后产生的孳息为个人财产;第7条明确规定:婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可视为只对自己子女一方的赠与,属于夫妻一方个人财产。显然,上述《婚姻法司法解释(三)》关涉财产的规定明显走的是一条物权法的立法路径,都是按照财产法的规范来解决夫妻财产关系的问题。正因为如此,《婚姻法司法解释(三)》一出台就引起了学术界的震动,有学者甚至得出结论,认为,财产法绑架了婚姻法,《婚姻法司法解释(三)》犯了“只见树木不见森林”的错误。^①其忽略对亲属关系的应有保护,抹杀夫妻间的利他性因素。“同居共财”的家产制逐步被我国的婚姻法的三个司法解释瓦解,夫妻间的经济纽带被削弱,夫妻关系的存续空间受到挤压,物质利益代替了人对爱与亲密关系的需求,夫妻关系降格为一种“物与物”的关系。

我国夫妻财产关系法在过多适用“物本化”规则和“市场化”规则下被异化为保护强者的法,缺乏对弱者的人文关怀。以财产法的思维来建构亲属法司法解释内容体系,将夫妻关系等同于一般的民事主体,《婚姻法司法解释(三)》无疑成为了解构和异化婚姻家庭关系的催化剂和“毒药”。

二、揭示异化之弊

婚姻法作为基本法被虚置和异化的后果十分严重。弊端之一,它使得成文的基本法处于一种无功能状态。众所周知,法律规范具有指引、评价、告知、教育、预测、强制等社会功能,其中的指引功能要求法律作为一种行为标准和尺度,其发挥着引导人们行为的效果。如果从法律对社会系统的整体运作所引起的效应进行划分,就法律的功能形态而言,可以划分为正功能、反功能和非功能。法律的正功能亦为法律的积极功能,它有助于实现社会体系的良性运作,促进社会关系的协调、稳定。法律的反功能亦为消极功能,是指法律的实现将引发社会内部的关系紧张,分割社会体系内部协调和稳定的局面,降低社会系统的活力。法律的非功能即该法律的存在,对社会既无积极影响,也无消极后果,只是出于一种“具文”状态。^[5]由此可见,司法解释作为法律的渊源之一,其功能形态也如同上述。

由此看来,当一项法律规定的反功能超越正功能时,就应当抓紧予以修正乃至废除,否则,社会将为之付出沉重的代价。由于我国亲属领域财产关系立法基本呈现了虚置化和“具文化”的状态,正是表明该法的实现效果处于一种非功能化,这必然导致民众对法律的疏离感和不信任,也使得基本法的权威和尊严遭受到巨大的影响和破坏。法社会学的奠基人之一,奥地利法学家埃利希,在论述“活法”时,曾举一例:奥地利民法典和德国民法典中的某些条文,如婚姻契约、夫妻共同财产制、农业用具租赁契约等,在现实生活中未得到有效适用,在实际生活中被人们所遵守的恰恰是法典中没有规定的规范,而这些处于非功能状态的条文常常因为容易被规避而形成虚置。

弊端之二,对民众的婚姻家庭观念产生一种误导。《婚姻法司法解释(三)》在社会上会产生什么样的指引效果,是不难想象的。有的学者对此评价说,该解释在指导法院处理案件时,把财产分割摆到

^①参详拙著:《论婚姻家庭之法理要义》,载《中华女子学院学报》2012年第3期。

了一个较突出的问题,容易产生让人更关注财产的归属,而较少的关注感情、亲情的误导,使婚姻作为感情的依托、心灵归属的外衣逐渐退去,更多的显露出人类繁衍的自然属性和赤裸裸的金钱关系。《婚姻法司法解释(三)》不仅偏离了法律的本意,脱离了现实生活的逻辑,打破了婚姻主体双方的利益平衡,同时使得婚姻主体男女双方结构性的不平等更为强化,进而改变了女性的生态系统模式。^①婚姻和亲属法律关系中负载有社会利益的价值,其包含有国家意志的渗透,人们在婚姻关系中不会有绝对的自由,他们必须兼及自己所担负的社会责任和道德义务。法律规则应该倡导什么?反对什么?难道真如有的学者所言,等价有偿的市场交换规则可以纠正和阻断部分人借婚姻敛财的行为吗?中国传统的婚姻价值观,本应是有福同享、有难共担,婚姻家庭“同居共财”和传统“分工模式”,在立法上应否有所考虑?过于简单原则的婚姻家庭立法,如何回应社会生活出现的新情况和新问题?这些价值层面的争论,远非一部或者几部司法解释所能够解决的,也远非最高人民法院的“准立法者们”所能驾驭的。

弊端之三,导致婚姻家庭立法丧失观念和民众基础。现代社会的法律应该是权威的和得到民众所认同的。法治是一种规则之治,在众多的治理方式中,人类之所以选择法律作为社会治理的主要工具,除了法律在形式上具有先在性和稳定性之外,更主要是因为法律承载着人类的价值追求。法律观念的变革不仅是中国法制现代化的动力;而且,由于观念是制度的灵魂,是法律制度得以产生和正常运转的指导思想和精神动力,所以法制观念的现代化就处于优先的地位。之所以这样讲,是基于这样一个认识:西方法治进步始终有其思想理论支持,并且这种支持有着较为广泛的民众基础,而这正是我们中国实现法治所稀缺的。

“一种具有广泛社会基础和深层心理背景的思想观念,一俟形成便获得相对独立的性质和自我延续的功能,即使当时的社会背景已经消失,它仍然能够发挥作用,在无形中左右着人们的行为。”^[6]因为,法律价值与法律规则只有与人们实际上如何形成信念以及如何按照信念行事结合起来考虑,法律的预期效果才会显现。

三、走出困境之路

解决夫妻财产关系法律异化的问题,主要应该着眼于亲属法及相关的司法解释的两大弊端:立法价值理念缺失和立法路径选择错误。

(一) 立法理念的坚持——人本化和去物本化

国内外学者不乏对亲属法进行广泛深入的研究,但现有研究主要围绕婚姻家庭纠纷的解决、婚姻当事人及未成年子女权益保障、离婚的法律后果等方面展开,对人这一主体的认识不够,缺乏对人的需求的全面考虑,难以摆脱法律“工具主义”论的局限。

正如谢怀栻先生所说:“我们研究财产关系时,当事人之间的权利义务关系、权利义务的大小、权利义务的范围完全取决于其经济义务关系。我们研究财产法上权利义务的大小,随时应该从经济上找出原因。但是身份法完全不取决于经济。身份法上权利义务关系不能用经济上的原因去解释。这一点我们要明确,否则就会助长亲属之间不正当的关系,儿子扶养父母就是为了多取得遗产,这是违背我们的道德观念的。”^[7]勿容置疑,以身份为前提的财产关系也是带有浓厚的身份法色彩的,它不同于民法上一般的财产关系,后者通常是基于当事人合意所形成。此外,民法上一般的财产关系,以等价有偿为原则,而以身份为前提的财产关系显然是不适用等价有偿原则,例如一定亲属间扶养义务的履行是

^①仇普良,张建云:《对〈婚姻法〉司法解释(三)财产条款的反思和建议》,载《中国婚姻法学研究会2012年论文集》,第33-35页。

无偿和非对价的。即使当代亲属法借助财产法的调整方法也不能改变亲属法的性质,当发生亲属法上的纠纷时,只能借助财产法上的手段,实行一种间接的强制。但我们不能据此就认为身份法就被财产化了,身份法就变成财产法了。

与财产法上一切基于经济上利益的考虑完全不同,亲属法具有鲜明的伦理性;身份法律关系在主体、内容和客体方面都具有不同于财产法律关系的特征。^[4]前苏联学者B·T·斯米尔诺夫在谈到民法同家庭法的关系时说:“家庭中形成的财产关系和人身非财产关系,构成家庭法的对象。但是,在民法中占首要地位的是财产关系;在家庭法中,占主导地位的则是人身非财产关系。此外,价值规律在由家庭法调整的财产关系中的作用,比在民事法律关系中的作用要小得多。”^[8]与财产法及其他绝大多数“不近人情”的法律规范不同,亲属法的伦理性体现了法律体系“温情脉脉”的人文关怀的一面。有的学者认为,“婚姻家庭法在功能指向上,应力求公法功能与私法属性兼顾,保障功能与权利本位并存。由于婚姻家庭亲属关系是一种特殊的民事关系,与市民社会的价值或利益法则毕竟不同。其自身的存在和功能带有鲜明的公法秩序和社会保障、福利属性,保护弱者和利他价值取向直接纳入权利义务关系之中,意思自治的自律性、授权性与社会规范的强制性、利己性和利他性、自然属性与社会属性同构一体,不可分割。因此,中国婚姻家庭法既要注意与民法的一般价值体系相一致,又要坚守自身固有的功用法则,做到公法功能与私法属性兼顾,保障功能与权利本位并存。”^[9]

我国民法典正在起草中,科学的民法典应当体系完整,内容契合。婚姻法与各种财产法作为民法典的组成部分,它们之间的冲突和协调必将为民法典起草中不可避免的问题。《民法通则》颁布前三十多年的时间,由于受前苏联的影响,婚姻法一直是作为独立的法律部门存在于我国的法律体系中,在法学理论界学者也尽量摆脱民法特别是财产法对其影响,努力创造自己的概念和体系;《民法通则》颁布后,在立法体例上,亲属法已经回归了民法,那么,如何改变夫妻财产关系立法的异化趋势,笔者建议:首先,在立法理念上,坚持身份法的人伦性和人本化。身份法和财产法虽然同属于民法,但是身份法绝不是财产法的附庸,在价值层面,亲属法应体现利他主义、义务重心和国家干预;其次,在法律规则方面,确定夫妻财产归属时,减少“物本化”规则的适用,以有利于维持“同居共财”的家产制,强化夫妻关系的维系纽带。同时,考虑家庭中存在的男女两性分工的社会现实,尊重家务劳动方的劳动价值;最后,维护经济弱势方的财产利益,并加大对离婚生活弱势方的救助措施,加大女性权利分配保障力度。

(二) 立法方式的转变——去行政化和司法化

正如前文所述,长期以来,亲属法的实施更多地依赖于司法解释,造成法律适用的不稳定性和不确定性。随着后法律体系时期的到来,在立法上,虽然摈弃了“宜粗不宜细”的立法原则,但是,立法精确化的目标远没有达到,成文法的前瞻性和可操作性问题并没有随着中国社会主义法律体系的基本形成而一并解决。《婚姻法司法解释(三)》带给国人的心灵震荡,余震未消,绵绵不断。而这恰恰是立法者始料不及的。规则的制定者本想建立一个法律秩序,但是结果事与愿违,“本想建立一个天堂,但是却建立一个地狱”。

勿容置疑,相对于冗长和严格的立法程序而言,司法解释具有成文法所无可比拟的灵活性,尽管它解决了“需要什么,制定什么”法律规则的迫切性问题,暂缓了成文法的僵化,但是由于立场和视野的局限,难以和其上位法形成周密、协调的有机整体。司法解释无论是在过去,还是在将来都只是一种权宜之计。因此,我们既要改变人大及其常委会行政化和非专业化的色彩,确立相关领域专家在亲属法制定过程中的主导性,使亲属关系的立法不但成为一项严肃的国家公权行为,而且成为一项科学的学术创造活动。

(三) 研究进路的转身——现代化和主导化

亲属法的研究急需转身,因为亲属法学也面临着“向何处去”的选择。^①笔者认为,亲属法学的理论研究至少存在着以下主要问题:

首先,亲属法学理论基础研究薄弱。作为法学研究的一个传统领域,知识共同体尚未形成。在亲属法学研究中,由于各路学者对于亲属法学的性质和立场缺乏统一而明确的认识,亲属法学的发展呈现出分散、随意性,每位学者都根据自己的旨趣为亲属法学定位,占领其学术“领地”。尽管涉猎领域广泛,但涉猎之问题更多体现为制度和实务之具体问题,就整体而言,还存在着基础理论研究薄弱以及对本民族传统婚姻家庭文化研究不足的问题和缺憾。^②

其次,与民法学的关系尚未厘清。相对于民法理论的其他研究领域而言,亲属法律问题的研究不够胆大、不够深入,与其他民法学者和法官的交流较少。在立法上,亲属法的立法面对现实不够,落后于现实发展。^[10]亲属法学与民法学、法理学的研究相脱节,表现出制度重于理论、具体重于一般的特点,轻视抽象分析和理论阐发,理论厚度和哲学底蕴明显不足,不同学科的学术对话渐次隔绝。^③杨大文教授早在上世纪80年代就明确指出,婚姻家庭法是不是一个独立的法律部门,与亲属法学能否成为独立的法学分支学科是性质不同的两个问题。从亲属法学的广泛内容和发展亲属法学的实际需要来看,是以作为法学中独立的分支学科为宜。^[11]正因如此,当亲属法“回归故里”时,特别是在立法体例上向民法的回归,这种立法模式的选择无疑是正确的,但是给亲属法学的研究带来一定的负面影响,由于亲属法学和民法学两个学科的长期分立和割据而治,导致学者的学术立场和学术视野必然有所不同。这也使得民法学界的“市场化”和“物本化”的思维方式在亲属法立法中占据了上风。

再次,亲属法学界的影响力不足。如果民法学称其为法学中的“显学”的话,相比民法学之“尊”,亲属法学的地位明显要“卑微”一些。这些年来,从事民法学研习的人越来越多,专注和致力于亲属法学之学者并不为众,而从一而终者更为甚少。同法学的其他学科一样教材越写越厚,论文越写越多,但是很快会发现知识复制的多,原创的少;利益驱动的多,智性活动的少。这种知识生产方式阻碍了亲属法学者对事物本性认知,使知识传递与沟通,知识的批判与反思成为了稀缺资源,消解了研究者的原创力,极大的降低了亲属法学的知识再生产能力,使得亲属法在遭遇其它法律或者法学知识的冲击时,常常败下阵来。当学者将这种知识带进立法和司法实践时,必然遭遇“食之无味,弃之可惜”的尴尬境地。

总之,我们不得不承认亲属法学者为构建亲属法的概念体系、价值体系、制度体系等做出了巨大的努力,但是,任何研究方法都不是完美无缺的,常规的规范分析方法存在诸多不能之处,需要以其他法学方法作为补充:既需要自然法学为其进行政治道德担当,又需要法社会学为其提供价值定位方法;既需要法经济学为其实现精确化和合理化,又需要法律伦理学为其构筑一体主义路径。如果说,亲属法与传统民法的最大不同,在于将人的生物学属性和人伦属性而行动的研究结合起来,才会使这种理论具有实在的社会效果。^④ 纳入了法律的考量范围,并建立了“不同于一般性民事主体”的新型法

①关于中国法学向何处去的问题,是已故学者邓正来先生首次提出,学界对此有不同认识,虽然有分歧,也有共识,笔者大胆地认为亲属法学也面临着同样问题。参见何家弘:《多种些活树,少谈些森林——也说“中国法学向何处去”》,载《现代法学》2007年第1期。张千帆:《认真对待实用主义——也谈中国法学向何处去》,载《现代法学》2007年第2期。

②转引自陈苏、薛宁兰:《中国当代法学研究》,中国社会科学出版社2009年版,第57页。

③参详拙著:《试论中国亲属法哲学的发展方向》,载《法学杂志》2012年第7期。

④魏治勋:《“规范分析”概念的分析》,载《法学论坛》2008年第5期。转引自吕忠梅:《环境法学的转身——以环境与健康法律问题调查为例》,载《中国地质大学学报》2010年第4期,第27页。

律关系,人本主义在亲属法中获得了崇高的法律地位。那么,与之相关的自然规律和社会现象就成为了亲属法研究者不得不知解和掌握的基本知识和应有的思维方式。只有充分认识到亲属法学研究存在的问题,我们才清楚自己的学术担当,亲属法学才能实现华丽转身。只有坚持亲属法固有的属性和品质,亲属法才能秉承时代责任,回应法治需求,把握好未来走向。

参考文献:

- [1]周世中,陈雅凌.法律异化研究[J].法律科学,2011(6).
- [2]高嵩.无奈的僭越,还是伟大的篡权——从司法解释看法律运行中的不确定性[EB/OL].(2009-05-11)[2013-03-14].http://article.chinalawinfo.com/article_print.asp?articleid=4747.
- [3]苏力.道路通向城市——转型中国的法治[M].北京:法律出版社,2004:42.
- [4]余能斌,夏利芬.试论亲属法的基本属性——兼谈亲属法应从民法典中独立[J].湖北社会科学,2007(9).
- [5]赵震江.法律社会学[M].北京:北京大学出版社,2004:162.
- [6]王寿林,青山.强化法制观念的战略思考[J].北京大学学报,1998(4).
- [7]谢怀栻.外国商法精要[M].北京:法律出版社,2002:136.
- [8]斯米尔诺夫.苏联民法[M].黄良平,丁文琪,译.北京:中国人民大学出版社,1987:19.
- [9]曹诗权.中国婚姻家庭法的宏观定位[J].法商研究,1999(4).
- [10]杨立新,刘德权.亲属法新问题与展望[M].北京:人民法院出版社,2009:4.
- [11]杨大文.婚姻法学[M].北京:中国人民大学出版社,1989:52.

A Reflection on Legal Alienation and Return of Marital Property

DING Hui

(School of Law, Liaoning Normal University, Dalian 116081, China)

Abstract: Either on the properties or on the function, family law is unique in character. Different from general property relations, however, matrimonial property relations is based on the identity. So it differs from the property relations in properties and applicable rules. If kinship legislation and judicial interpretation ignore that, it will definitely lead to its opposite. As a result, it leads to the alienation between the family law and the adjustment of the legal relationship, making family law unreasonable, even producing negative energy. To avoid and guard against the alienation between law and legal relationship and to spur people to agree with the law and eliminate the sense of alienation, we take some efforts and some academic plays. Only if combined the theoretical study with the study that how people form believes and how people take actions according to the belief, can the alienation of the law be avoided.

Key words: Family law; property relations; the alienation of the law

(责任编辑 陶舒亚)