

亲属身份行为中意思自治与伦理在先的调整

——以重婚为视角

张哲

中南财经政法大学 法律硕士教育中心，武汉

摘要 | 近现代以来，伴随着个人自治、平等自由等思想的不断冲击，意思自治从原本的财产行为扩大到亲属身份行为，恰与亲属身份关系本身所带有的人伦性相融合。意思自治带有的强烈的工具主义与伦理在先的人伦性各有不足，但又不能做到互补。意思自治在亲属身份行为中受到了伦理、道德以及婚姻家庭法对婚姻家庭的维护等价值的限制和约束，伦理道德自身的滞后性和稳定性等特征在当下高速发展的时代与社会生活渐渐产生了脱节。这些问题使得亲属身份行为中的部分法益尚未得到很好的保护，国家强制力的介入在保持谦抑性的同时，妥善调整二者之间的关系是本文探讨的重点。

关键词 | 亲属身份行为；意思自治；伦理道德；重婚行为

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



1 提出问题

婚姻家庭是一国之本，是构成社会的基本单元，也是法律所要重点关注并

作者简介：张哲，中南财经政法大学法律硕士教育中心硕士研究生，研究方向：知识产权法研究。

文章引用：张哲. 亲属身份行为中意思自治与伦理在先的调整——以重婚为视角[J]. 社会科学进展, 2021, 3(4): 399-407.

<https://doi.org/10.35534/pss.0304030>

解决的基本问题。随着我国《民法典》的颁布与实施，婚姻家庭独立成编，使得亲属身份制度这一带有鲜明私法属性的法律制度成功融入民法体系当中，一改我国民法分散的旧格局，迎来了我国民法的调整机制得以统一的新时代。在《民法典》婚姻家庭编中，除了借鉴《婚姻法》以及其诸多成熟的司法解释，结合亲属身份在私法中所展现的独有特征进行了修正与创设。这体现了国家制定法对具有“先在性”的人伦秩序充分尊重的同时，控制国家强制力对亲属身份领域的介入深度与广度，是国家意志在身份关系法领域谦抑性的体现。^[1]在私法的领域，意思自治始终是核心价值，其内在本质是利用法律行为制度这一工具实现个体在社会生活中的意志自由与平等决策。在财产行为中，通过不断模拟市场交易中会出现的情况而进行假设，从而促进商品流通与交易，个人自由在其中得到了彰显与扩张。^[2]但在身份行为中，个体在婚姻与家庭当中所应承担的责任与角色受到了极大的概括与固定，这并不完全属于法律规范的范畴，其根源是自然伦理。^[3]也即“人伦在先”，这就要求私法在规范身份行为时要兼顾意思自治与事实在先，《民法典》的编纂体系也充分体现了这一内涵。

但随着社会的不断发展，人类对于伦理道德的认同也发生了不同的变化，仍有很多的诸如人体冷冻实验、同性恋等与亲属身份行为休戚相关的前沿事实问题值得去研究。本文将从重婚这一既具人伦性又具意思自治的行为入手，通过分析重婚的构成与法律后果，从而对亲属身份行为中意思自治与事实在先的调整进行探讨。

2 重婚行为的构成

有配偶的人与他人登记结婚，构成法律上的重婚；虽未经过结婚登记，但是与他人以夫妻关系同居生活，则构成事实上的重婚。^[4]可见，婚姻的成立是事实状态，并且这种事实状态的存在并非由法律所诞生，在没有法律这种社会规范的要求下，人们依然可以在社会生活中按照其他社会规范使这样的事实状态得以维持。这也就体现了“事实先在性”，也就是这种身份关系的存在本来就是源自自然伦理。法律的规范作用在婚姻成立中仅仅是对这种身份行为的最低要求，双方当事人依照自己的意思表示，同时满足法定最低要求，即可达到

法律规范所规定的有效婚姻的要求。这也就说明了身份伦理规则在先，而法律予以规范在后。

2.1 重婚行为的事实基础

重婚行为是伴随着历史与社会的发展，以及人们对于伦理道德等多种社会规范的进一步认知而出现的。男女平权思想的深入人心、“一夫一妻”制度的实施，都促使了人们对于婚姻的深入认知。这其实开启了人们对于新的伦理道德的认可，为法律规范奠定了一定的基础。从当前的社会来看，人们对重婚行为普遍的认知便是违反人伦、违反法律的。我国《民法典》对于重婚虽然仅进行了较为宽泛的解释与定义，但对于重婚行为的事实基础进行了明确：同一主体在一段时间内同时存续两段婚姻关系。尽管没有对婚姻关系是法律婚还是事实婚做进一步的规定，但是仅从两端婚姻关系来看，存在先后顺序，并且相互存在交集。与刑法所规定的重婚罪不同，民法对于重婚行为的事实基础的认定更加广泛，对于先婚姻的事实状态是广义的，不论善意恶意、事实抑或法律的婚姻关系，仅需先婚姻这一事实状态确实存在便能够成立重婚行为的事实基础。同时，在后婚姻开始前并未通过合法方式结束先婚姻，后婚姻成立后便与先婚姻在一段时间内所形成的交集便可以认定为重婚行为所发生的时间。尽管后婚姻可能会因为违反《民法典》对于重婚行为禁止性规定而认定婚姻无效，但不能否定该婚姻已经成立的事实状态。^[5]

2.2 重婚行为的意思表达

重婚行为的发生通常在三个自然人之间，其中存在重婚行为的个体本身就处于一种婚姻成立的事实状态，主要形成一夫两妻或者一妻两夫的状态，这样的状态不要求介入正常婚姻的第三人具有特殊的责任能力要求。仅从民法的角度来说，在满足基本民事行为能力的基础上，能够进行正常的意思表示，都可以成为重婚的主体，由此来看重婚的主体是宽泛的。

婚姻是由双方共同完成的法律行为，是一种双方法律行为，所以在婚姻关系中必然存在两个当事人。双方之间有以结婚为目的的合意，是为了成立夫妻

关系而进行的意思表示。而重婚行为的意思表达更为复杂，因为涉及三个主体之间的行为与意思表示，并且这样的意思表示具有多样性，但可以肯定是，意思自治是主体进行意思表示的前提与基础。重婚行为并未超出婚姻的范围，因此仍需满足婚姻的基本意思表示。首先，婚姻的“合意”不能仅是双方能够在一起长期生活的合意，而是要有结婚的意思，是一种“婚意”即双方是以进入一段婚姻为目的的长期共同生活。其次，这种“婚意”必须为外人所知悉，需要外在表现而形成相当的“公示力”。最后，对于这种“婚意”不得附条件或期限。《民法典》以及《婚姻法》对于婚姻能否附条件和条件没有规定，但是有学者认为如果是解除条件和结束时间，应当认为这个“婚意”没有附条件和期限。^[6]

重婚就法律婚和事实婚的分类而言可能的组合有前后婚都是法律婚、前后婚都是事实婚、前后婚分别是法律婚和事实婚。在宿迁中院发布的案例中，沭阳法院于2014年审理的一起关于确认婚姻无效的案件。法院采纳认为没有经过法院或者民政部分解除婚姻关系，私下调解不产生法律上的离婚效力。^①最终法院以重婚为由宣判原婚丈夫沈某与宋女士的婚姻无效，使得最终原配妻子汪某胜诉。尽管该判决在一定程度上维护了“一夫一妻”的基本原则，但其对于宋某与沈某双方稳定持久非婚生活并未给予合理的保护。双方经过长达40年的共同生活，其中产生的财产、身份等诸多行为关系，在宪法意义上同样值得保护。双方根据自己的意愿，在不违反人伦道德的前提下，仅仅是未满足法定解除婚姻形式而被认定无效，这并不利于对行为背后的自由价值、信赖原则以及家庭等深层次法益的保护。^[7]我国台湾地区对于这样的矛盾给予了更为细致的规定，依据我国台湾地区法律对重婚行为的分类，重婚行为可以分为善意重婚与恶意重婚，并且对善意重婚有着特殊的效力认定。^[8]但婚姻的本质是夫妻的共同生活，没有这样的本质作为前提，国家强制力的不当介入会进一步加剧意思自治与事实在先的矛盾。^[9]

^① 江苏省宿迁市中级人民法院。“明媒正娶四十年，不料竟是‘第三者’”[EB/OL]. [2021-05-07]. <http://sqzy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2014/05/id/1288477.shtml>.

3 亲属身份行为中意思自治与事实在先的调整

纯粹的亲属身份行为是少数的，大部分的亲属身份行为都与财产行为难以切割，从类型化的角度来看，可以分为纯粹的亲属身份行为、复合型亲属身份行为，以及亲属间单一的财产关系变动行为。单纯的亲属间的财产行为与普通民事主体间的财产行为并没有什么不同，不涉及身份行为。^[10]与财产法不同，意思自治在婚姻家庭领域更多的是注重伦理准则的适用，而并不仅仅是工具理性的个人表达，是与社会的道德、伦理、思想取向相适应。^[11]这样的意思自治不再是民事主体单纯的依照个人意愿创设、变更或是消灭某一法律关系的工具，事实在先的存在是比法律关系更加细致的规范，它不仅要求人们需要遵守法律规范，还要合乎社会伦理。

3.1 人伦道德的滞后需要国家强制力弥补

随着时代的不断进步，人们的思想也在不断发生着变化，从奴隶制社会一直发展到现在的信息社会，人们对于身份的探讨从未停止过，从西周的“父母之命，媒妁之言”到近代的自由婚姻等都随着人们思想的进步而变化。在亲属身份领域，人伦道德的存在就是对其最好的引领方式。现代的亲属身份关系早已不复封建、政治意义，不再有“君臣”之称，但伦理性依旧是其内涵与本质，现代社会仍然遵从辈分、夫妻伦理。人伦道德的更新速度是明显慢于法律等社会规范的，它的变更需要人们从思想上进行变更，同样具有滞后性，但同时它的稳定性也是极强的。^[12]一个国家、民族的社会伦理、道德与民族性和地域性有着分不开的关系，同时也深深的作用在这一民族和这片土地之上。这种滞后性的影响是伴随着新的技术手段和新的生活方式出现而显现出来的，人体冷冻实验、基因编辑婴儿、同性恋等问题都伴随着社会的发展而不断向人伦道德发起冲击。这样的变化仅仅依靠自己去演变发展是不现实的，需要国家强制力来弥补这一滞后性，法律法规的先行规范将更快速的发挥社会规范与指引的效力。但这并不意味着人伦道德在亲属身份领域发挥的作用就因此而降低，相反，人伦性特征使得其在亲属身份关系中具有极高的优先性，两者相辅相成，才能更加有利于社会治理能力的提升。

3.2 意思自治的限制需要国家强制力保证

对于意思自治的限制是为了使自由存续而不得不诉诸伦理时所必须适用的最小剂量的伦理，只有此种意义上的伦理才与自由最相契合。^[13]对于意思自治的限制是因为亲属身份行为本身就需要尊重伦理道德的规范，就像真正的自由是在法律之下的自由，而在亲属身份领域的自治，也是规范之下的自治。无限的意思自治是不存在的，都需要在某一语境下进行解读和理解。伦理道德是深入每个人心中的规范，主体在做出某些意思表示的时候通常会下意识经过自己的筛选。之所以意思自治的限制需要国家强制力的保证，是因为伦理道德终究不是强制性的规范，在社会生活中最能看到违反人伦的事情发生。但一旦通过法律进行了规制，人们对于这样的规范会更加自觉地遵守并受其指引。这其实也体现出了国家强制力对于婚姻制度的维护以及对家庭责任的认可，要求人们在实现人格独立与意思自治的同时，承担起这些责任，同时实现对优秀道德传统、伦理价值的弘扬与传承。^[14]

3.3 国家强制力在其中斡旋的完善

法律规范是道德的最低限度，同时也是保证道德在社会中能起到指引作用的底线。国家意志在亲属身份领域是谦抑的，国家强制力是有限的，但法律始终是人们显而易见的底线，国家强制力的有限介入是保证社会良性运行的必要，引入国家强制力到意思自治与事实在先的矛盾中，是解决这一矛盾的有效途径。引入国家强制力的目的就是强化社会生活的整体化，即将人伦生活法律化，用国家强制力将社会伦理与法律相统一。但这种统一并不是创设亲属身份关系，法律规范仅仅在这其中起到确认的作用。意思自治与事实在先在亲属身份领域本身存在着不相融合的部分，一个主体想要或者意图形成某种亲属身份关系，不能为所欲为的想要形成什么就形成什么，不能凭空去创造某一亲属身份关系。尤其是违背人伦性的亲属身份关系并不能通过意思自治、意思表示、达成合意从而被创设，在这一方面，意思自治是被限制了。^[15]人伦道德在亲属身份关系中占据着主动的位置，事实在先的原理尽管是对亲属身份关系的本质剖析，但并不能完全依靠道德的力量来规范社会生活状态，人伦道德在很多时候会极

大的限制人们对于意思表达的自治能力。而过于依赖人伦道德对于亲属身份关系的调整又不利于这样的关系随着社会的发展与时俱进。

那么通过国家强制力的介入,首先可以实现对意思自治的限制,对于法律所明确的禁止性规定,将有效的促使社会治理与人伦的结合。同时,国家强制力的介入可以极大的促进人伦道德的发展,为人伦道德在社会生活中发挥积极作用提供支撑。在国家强制力介入的方式上,以统一的亲属身份登记制度为例,其实是法律介入亲属身份领域的标杆,既没有创设、改变本已存在的亲属身份关系,同时也实现了法律规范对人伦道德的促进作用。在国家强制力介入的程度上,国家强制力不易介入太深,既要保持谦抑性,同时还要在发生纠纷时能够发挥解决纠纷的作用。人们在社会生活中越来越多的受到自由主义、个人自治等思想影响,开始对伦理道德忽视,那么国家强制力在此刻就应当发挥对意思自治的限制作用,控制意思自治的范围。这其实就要求国家强制力既不能创设、变更或是消灭某一亲属身份行为,也不能泛泛而谈没有约束。这需要国家强制力与伦理道德的准线相齐,在保证亲属身份行为能够获得法律效力认可的同时,也能够为其提供救济的方案,在其受到侵害或者发生纠纷时,能够做出不违背伦理道德的判决,这样才能实现社会治理的结合统一。

参考文献

- [1] 张作华. 认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思 [J]. 法律科学 (西北政法大学学报), 2012, 30 (4): 54-66.
- [2] 马克斯·韦伯. 社会学的基本概念 [M]. 康乐, 简惠美, 译. 广西: 广西师范大学出版社 2011 年版, 2011: 53-54.
- [3] 萨维尼. 当代罗马法体系 I [M]. 朱虎, 译. 北京: 中国法制出版社, 2010: 287.
- [4] 孟令志. 重婚问题研究 [J]. 律师世界, 2001 (02): 11-14.
- [5] 李昊, 王文娜. 婚姻缔结行为的效力瑕疵——兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定 [J]. 法学研究, 2019, 41 (4): 102-118.
- [6] 杨大文. 亲属法 (第 4 版) [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 335.

- [7] 田韶华. 民法典编纂中身份行为的体系化建构 [J]. 法学, 2018 (5): 85-95.
- [8] 林秀雄. 亲属法讲义 [M]. 台北: 元照出版公司, 2011: 103.
- [9] 杜强强. 善意重婚、共同生活与重婚无效规则的再塑 [J]. 法律适用, 2016 (3): 48-53.
- [10] 冉克平. 论意思自治在亲属身份行为中的表达及其维度 [J]. 比较法研究, 2020 (6): 120-132.
- [11] 肖新喜. 论民法典婚姻家庭编的社会化 [J]. 中国法学, 2019 (3): 105-122.
- [12] 曹贤信. 亲属法的伦理性及其限度研究 [Z]. 2011.
- [13] 易军. 私人自治与私法品性 [J]. 法学研究, 2012, 34 (3): 68-86.
- [14] 夏吟兰. 民法分则婚姻家庭编立法研究 [J]. 中国法学, 2017 (3): 71-86.
- [15] 李建华, 何松威, 麻锐. 论民法典“提取公因式”的立法技术 [J]. 河南社会科学, 2015, 23 (9): 49-58+123.

Autonomy of Will and Prior Adjustment of Ethics in Kinship Status Behavior — from the Perspective of Bigamy

Zhang Zhe

*Zhongnan University of Economics and Law, Center of Juris Master Education,
Wuhan*

Abstract: Since modern times, with the continuous impact of ideas of personal

autonomy, equality and freedom, autonomy of will has expanded from the original property behavior to the behavior of kinship status, which is precisely integrated with the ethical nature of the kinship relationship itself. The strong instrumentalism of the autonomy of will and the prior ethics of humanity have their own shortcomings, but they cannot complement each other. The autonomy of will is restricted and restricted by ethics, morality, and the maintenance of marriage and family by the marriage and family law in the behavior of relatives. The hysteresis and stability of ethics and morals themselves are gradually emerging in the current era of rapid development and social life. Out of touch. These problems make part of the legal interests in the kinship behavior fail to be well protected. The intervention of the state coercive force maintains modesty while properly adjusting the relationship between the two is the focus of this article.

Key words: Relative status behavior; Autonomy of will; Ethics and morality; Behavior of bigamy