

亲子关系确认制度的反思与重构^①

——基于婚姻法司法解释(三)的讨论

薛宁兰 解燕芳

摘要: 亲子关系的确认是亲子的基本问题。在传统法中,它由婚生子女的推定与否认、非婚生子女的认领与准正组成。当代亲生子法以子女为本位,对子女不再作“婚生”与“非婚生”区分。未成年子女最佳利益和兼顾亲子关系真实性与稳定性,成为亲子关系确认的基本原则。统一的亲子关系确认制度由亲子关系的推定、亲子关系的否认、子女的认领构成。婚姻法司法解释应对有关子女否认和认领的实体法规则作出解释。

DOI 编码: 10.3969/j.issn.1007-3698.2011.02.03

中图分类号: D923.9 文献标识码: A 文章编号: 1007-3698(2011)02-0013-08 收稿日期: 2011-02-28

关键词: 子女本位; 血缘真实; 身份安定; 推定与否认; 认领

作者简介: 薛宁兰,女,中国社会科学院法学研究所研究员,研究方向为亲属法、妇女法; 解燕芳,女,中国社会科学院法学研究所法律硕士。100720

迅猛发展的市场经济促使我国婚姻家庭领域出现了许多新的现象和问题。^②新近提交全民讨论的婚姻法司法解释(三)征求意见稿(以下简称司法解释(三)),便是针对这些未曾出现过的、富有时代特色的现象与问题作出的统一各级法院判案标准的新规则。有关亲子关系(父母子女关系)确认的内容体现在征求意见稿第三条之中。^③

该条明确了婚生子女否认之诉、非婚生子女认领之诉的证据推定规则,但未触及亲子关系确认制度的实体法内容。依本条,如果被告拒绝做亲子鉴定,法院可以依据原告提供的必要证据,作出不利于被告的判决。其实,这样的证据推定规则在最高人民法院先前的司法解释或批复中已有确立。^④

^① 笔者在《改革开放三十年中国亲生子法研究回顾与展望》一文,提出可将这一制度概称为“亲子关系确认制度”,本文继续采用这一称谓。参见陈苇主编:《中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》,中国政法大学出版社2010年1月版,第201—237页。

^② 例如,夫妻财产约定的法律适用、夫妻忠诚协议的性质与效力、离婚诉讼中夫妻共同债务的认定、确认亲子关系时亲子鉴定的证明力等问题。参见吴小芳:《当前婚姻家庭案件中的疑难问题探析》,载于《人民司法》,2010年第1期,第54—58页。

^③ 该征求意见稿第三条规定:“对婚姻关系存续期间所生育的子女,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的证据予以证明,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。”“非婚生子女起诉请求确认亲子关系的,如果非婚生子女一方提供的证据能够证明双方可能存在亲子关系,另一方没有相反的证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定非婚生子女一方的主张成立。”

^④ 例如,1998年最高人民法院《关于确认非婚生子女生父中男方拒做亲子鉴定如何处理的答复》指出:“在确认非婚生子女案件中,应当由原告承担举证责任,被告(男方)如果否认原告证明的结论,应提供相应的证据,若其不能证明自己不是非婚生子女的生父,法庭认为有必要的,可以要求其进行亲子鉴定。如果被告拒绝做亲子鉴定的,法庭可以根据查证属实并排除第三人为非婚生子女生父的证据,推定原告的诉讼请求成立。”2002年4月1日起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据规则的若干规定》第七十五条也有类似的规定。

这里暂且不论征求意见稿有无必要对此再行解释,仅就其第三条反映出的实体法(主要是婚姻法)的问题展开讨论。

一、亲子关系确认的原则

所谓“亲子关系的确认”,是指自然血亲之间亲子关系的确立。应当说,它是亲子女法的基本问题,是亲子女间权利义务关系发生的前提。

亲子关系确认制度是外国法上的制度,新中国成立后的两部婚姻法没有确立这一制度。对于该项制度的立法理念和价值取向,传统法学理论认为,它应以“尊重婚姻制度、维护合法婚姻家庭关系、保护未成年人权益”^{[1]240},以及“真实血统连结、维系婚姻家庭安定、生父权利及子女最佳利益”为目的。^{[2]117}这些表述比较全面地概括了亲子关系确认制度所具有的不同功能,却没有凸显这一制度以子女为本位的基本价值取向。我们认为,我国法律有关亲子关系的确认规则应以体现未成年子女最佳利益(the Best Interests of the Child)^①、血缘真实与身份安定之平衡为原则。

(一)未成年子女最佳利益

20世纪以来,亲子女法的价值取向已逐渐从“亲本位”转向“子女本位”。“承认子女在家庭中的独立人格、独立的主体地位,强调父母对于子女的照顾、保护、监护的义务与责任,强调子女的最大利益,已经成为世界各国立法中的共识。”^{[3]41}尤其是1989年11月20日联合国大会通过的《儿童权利公约》(Convention on the Rights of the Child),其第三条第一款所确立的“儿童最大利益原则”^②,成为缔约各国修改国内立法,在儿童法、民法典或家庭法中体现这一价值理念的根据。^③从近期各国及地区修法内容看,这一原则不仅体现在父母对子女的照顾、日常事务代理、父母离

婚后子女监护事项的确立及子女姓氏的变更上^④,也体现在亲子关系的确认,包括亲子关系推定、否认及认领等方面。以德国法为例,1997年至1998年,德国相继颁布一系列单行法,消除对子女的法律歧视,主要有《子女身份改革法》《非婚生子女在继承法上平等法》《未成年子女生活费统一法》等。^[4]这些法律改革在《德国民法典》中主要体现为:取消子女的“婚生”与“非婚生”划分,以“父母照顾权”取代“亲权”(第1626条);在亲子关系确认制度中,增加对母亲身份的定义(第1591条),以父亲身份推定取代婚生推定(第1592条);增加第1697a条,规定法官在处理父母照顾权、交往权以及看护等事务方面,应当考虑实际情况和各种可能性以及利害关系人的正当利益,作出最有利于子女利益的裁判。^{[5]501}为进一步明确子女在亲子关系确认上的主体地位,并实现其最佳利益,德国联邦法院确认,“知悉自我基因出生是子女的一项具有高度人身属性的权利。”在德国联邦法院敦促下,2008年3月《德国民法典》作了修改,增加第1598a条,规定子女享有请求父母双方允许进行基因血缘检测,查明其出身的权利。但若亲子鉴定会构成对未成年子女最佳利益的侵害,法院应当终止该程序。^{[6]293-294}

未成年子女最佳利益原则是当代亲子女法“子女本位”价值取向的体现。对父母双亲而言,子女最佳利益原则的积极意义在于,明确了他们有义务最大限度地保障子女健康成长和道德的完善与发展。“父母对子女事务的决定权仅仅是一种工具,其目的是为了照料和教育子女。”“照料和教育是父母的天然权利,也是其最高义务”^{[6]259-262}。从未成年子女角度看,子女最佳利益原则凸显了儿童在亲子女法上的主体地位,及其利益受到国家特别的和优先保护的观念。照料和教育子女固然是父母

① 当前,我国学术界对这一原则有不同称谓,有称“子女最佳利益原则”的,还有称“儿童最大利益优先原则”的。在联合国1989年《儿童权利公约》中,称之为“儿童最大利益原则”。我们认为,在婚姻家庭法中称这一原则为“未成年子女最佳利益原则”,更能凸显它所指导的社会关系的性质与范围。

② 《儿童权利公约》于1990年9月2日生效,其第3条第1款规定:“关于儿童的一切行为,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”

③ 中国于1990年8月29日正式签署《儿童权利公约》。1992年4月1日起该公约正式在我国生效。

④ 例如,《法国民法典》第287条、第371-1条、第373-2条、第373-2-1条、第388-2条,《德国民法典》第1627条、第1629条、第1666条、第1672条、第1684条、第1685条,《日本民法典》第766条、第819条、第826条,《俄罗斯联邦家庭法典》第54条、第59条、第65条等。

的天然权利,但它是“服务型的基本权利”^[6263],是不可抛弃的“权利”——父母责任。国家对于父母权利(亲职)的行使和子女权利的实现,负有监督和保护的职责,并且国家对这一职责的履行也应以子女最佳利益为基点。

在我国,保护儿童合法权益一直是婚姻(家庭)法的原则。在现行婚姻法中,它与保护妇女、老人合法权益并列为一项原则。^①我们认为,随着我国婚姻家庭立法尤其是亲子法的完善,应将保护儿童合法权益上升为一项独立原则,并改称“未成年子女最佳利益”原则。^[7234]就亲子关系确认制度的立法构建而言,无论是未来民法典婚姻家庭(编),还是相关司法解释,确立这一制度的规则时,仍须以此为指导。唯其如此,方能突出和强调未成年子女的权利和利益,实现我国亲子女法“子女本位”的立法目标。

(二)血缘真实与身份安定之平衡

血缘真实,是亲子关系确认制度的初始目的。为最大限度地追求亲子之间的血缘真实,立法者设计这一制度的构成时,在婚生推定之后,又设婚生否认。婚生否认制度的目的和功能在于,预防法律推定与真实血缘关系的不一致,赋予特定当事人享有推翻已有推定的否认权,以实现血缘关系的真实,保护父母与子女的权益。其依据主要有两点:第一,法律上的亲子关系尽可能地与真实血缘关系相一致,是人类繁衍与生育制度的要求;第二,家庭是子女走向社会之前的基本生存单位,生父母与子女有着天然的血缘联系,是最适合抚养教育他们的人。^[8233]因此,为着子女的身心健康,也为增强婚姻的凝聚力,促进家庭和谐,亲子关系确认制度必须以追求血缘真实为基本目标。

亲子关系的确认,虽以血缘联系为事实基础,但本质是一种法律上的确认。因此,追求血缘真实不是绝对的。法律在追求血缘真实时,还需顾及亲子身份的安定。两者同为亲子女法保护的法益,立法时需调和与兼顾这些法益,在血缘真实

与身份安定之间寻求平衡。这也会有利于实现未成年子女最佳利益,促进婚姻与家庭的和谐稳定。为此,法律在确立婚生否认制度时,又对否认权人的范围和否认权的有效期间作出规定,以限制权利人范围,并敦促其及时行使诉权,尽早稳定亲子关系。

在亲子关系否认制度中规定否认权人和除斥期间,是世界各国及地区立法的通例。关于否认权人范围,各国及地区的限定有所不同。大致有三种:(1)只有被推定的丈夫有权提出否认之诉。具体如《日本民法典》(第774条)、《埃塞俄比亚民法典》(第790条)。^②法国、罗马尼亚、卢森堡和荷兰等国原则上规定丈夫享有否认权,丈夫死亡后,在否认权有效期内,其继承人也可提起该项诉讼。(2)被推定的丈夫、母亲和子女享有否认权。在我国台湾地区,2007年修改后的民法典第1063条第2款规定:“夫妻之一方或子女能证明子女非为婚生子女者,得提起否认之诉。”^{[9]68}(3)父母、子女、其他相关人或有关机关。《俄罗斯联邦家庭法典》第52条确立的否认权人范围,包括被推定的父母、实际上的父母、成年子女、子女的监护人、无行为能力的父母的监护人等。《意大利民法典》第235条规定,父母、成年子女及特殊情况下的保佐人或检察官均享有否认权。依据《德国民法典》第1600条,有权对亲子关系提出否认之诉^③的人,包括与生母成立婚姻关系之人、承认父亲关系之人、子女、生母,以及依据第1592条第2款对该类案件有管辖权的机关。

关于除斥期间,绝大多数国家和地区有此规定,但对期间的长短和起算标准的确立差异较大。有规定为自子女出生之日起六个月的,如法国、意大利;还有规定为自子女出生之日起一年的,如日本;也有规定自知悉存在否认事由之日起两年的,如德国和我国台湾地区。上述不同立法例,反映出各国及地区在追求血缘真实与身份安定之平衡时,结合本国本地的具体情形所作出的努力。

① 2001年修改后的《中华人民共和国婚姻法》第二条第二款规定:“保护妇女、儿童和老人的合法权益。”

② 《埃塞俄比亚民法典》第790条第1款规定:“只有通过适用立法规范被赋予孩子的父亲身份的人,可提起否认亲子关系之诉”;第2款则进一步明确:“孩子的母亲、主张孩子的父亲身份的人、检察官或孩子自己,都不得为此等性质之申请。”

③ 德国法上称之为“撤销之诉”。

二、传统制度之反思

(一)传统制度的构成

传统亲子法对亲子关系的确认,是通过设立婚生子女的推定与否认、非婚生子女的认领与准正实现的。这些制度滥觞于罗马法,目的是为丈夫取得对子女的“家父权”。这与当代亲子关系确认制度的目的与功能有很大差别。尽管如此,罗马法所确立的婚生子女推定与否认的原则和方法,非婚生子女(姙生子女)认领的方式等^①,仍然为大陆法系各国民法所继承,并随时代变迁而有所发展。

1. 婚生子女的推定与否认

婚生推定制度由罗马法“婚姻示父”原则演变而来。私有制和一夫一妻制产生以来,各国为维护合法婚姻制度及其所成立的家庭,通过婚生子女推定制度,将子女区分为“婚生”与“非婚生”,并赋予他们不同的法律地位。

在传统法上,母亲与子女的身份关系,可以通过分娩的事实确认,即罗马法“人必有确定之母”(Mater Semper Certa Est)原则。^{[10]111}因此,婚生推定便主要是对父亲身份的推定。具体来说,它是依据一个显而易见的客观事实,即子女的出生和生母的婚姻关系,来对另一个尚待证明的事实,即子女与生母之夫具有血缘关系作出推断。^{[11]227}婚姻关系和血缘关系便成为这一法律推定的两个关键因素。各国立法关于婚生推定的原则和方法从起初继受罗马法“婚姻关系存续中成胎之子女,以其生母之夫为父”(受胎说)^②,发展到出生说,以及受胎和出生相结合的混合说。^③

婚生否认是为求得法律推定与客观事实相一致所确立的法律救济途径。各国立法关于婚生否认制度的构成,多从否认的理由(原因)、否认权人的范围、否认权的行使期间(除斥期间)、行

使否认权的程序要求,以及否认之诉的效力等方面作出规定。

关于否认的理由(原因),各国及地区立法例大多采概括主义,并不限定具体的原因。例如,法国、德国、瑞士等国民法规定,否认权人只需提供足以推翻子女为婚生推定的证据即可。也有国家采列举方式,明示否认的理由,如埃塞俄比亚,其民法典第783条、第785条列举了两种情形:(1)否认权人与生母无性关系。法律允许被推定的父亲,提出在孩子出生前第300天到第180天之间,与其母亲无性关系,以此否认与孩子有父子关系;(2)否认权人为父不能。被推定的父亲,有确凿证据证明,在特定情形下,自己绝对不可能是孩子的父亲,例如,经科学认定孩子的体貌特征与其体貌特征显然不相符合,生母向其隐瞒怀孕或者孩子出生的事实。^{[12]154-155}

关于否认之诉的效力,传统法上,一经法院判决确定,子女即丧失婚生资格,成为非婚生子女。子女由母亲抚养,丈夫没有义务承担抚养费;妻方需给夫方一定的精神赔偿金,妻方应返还夫方原先所承担的子女抚养费(属不当得利)。

2. 非婚生子女的认领与准正

传统亲子法对因同居、通奸、强奸等原因在婚姻关系之外所生子女亲子关系的确立,通过生父自愿认领与法院强制认领加以规范。生父的自愿认领是单方法律行为,只要生父承认自己为非婚生子女生父的单方意思表示,即可成立,而无需子女及其母亲同意。法院的强制认领是由法院以判决方式确认亲子关系。为保护子女特别是未成年子女的利益,在生父不主动认领子女的情形下,法律特设立强制认领制度,以资补救。

关于强制认领的请求权人,各国法律规定不一。法国规定仅为非婚生子女本人,子女未成年时,由其生母行使诉权;瑞士规定为生母和子女;

^① 罗马法并不制裁姙度婚。受天主教宗教理论影响,为减少姙度婚,使“姙度”男女由姙度关系变为夫妻关系,通过非婚生子女认领制度中的“因日后结婚而成立之认领”这种间接方式使之合法化,姙生子女因此获得婚生子女的地位。参见陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第411—412页。

^② 我国台湾地区民法即采此说,其第1061条(婚生子女之意义)规定:“称婚生子女者,谓由婚姻关系受胎而生之子女。”日本民法也采此说,如第772条。

^③ 出生说推定子女婚生不以受胎为限,而以子女在婚姻关系存续期间出生为准则,英美法系采此学说。混合说细分为两种:(1)以出生说为原则,以受胎说为补充。如《瑞士民法典》第255条第1款:“在婚姻关系存续期间或婚姻解除后的三百日内出生的子女,推定夫为父。”(2)以受胎说为原则,以出生说为补充。如《意大利民法典》第231—233条。

日本规定为非婚生子女及其直系血亲卑亲属,以及这些人的法定代理人,我国台湾地区民法对于请求权人范围的规定,经历了逐步扩大的过程。1930年中华民国民法第1067条规定:“非婚生子女之生母,或其他法定代理人,得请求生父认领。”1985年该条得以修改,增加“非婚生子女或其生母或其他法定代理人,得请求其生父认领为生父之子女。”2007年“修法”第1067条对请求权人仍规定为“有事实足认其为非婚生子女之生父者,非婚生子女或其生母或其他法定代理人”,但增加一款明确了强制认领人的范围:“前项认领之诉,于生父死亡后,得向生父之继承人为之。生父无继承人者,得向社会福利主管机关为之。”

为使非婚生子女获得婚生子女的法律地位,法律还设非婚生子女准正制度。非婚生子女因生父母结婚或经法院宣告而取得婚生子女资格。大陆法系的法国、德国、瑞士、意大利、日本等国民法都曾继受罗马法上的准正制度。例如,《意大利民法典》第280条规定:“准正是赋予婚外所生子女以婚生子女资格的行为。可以在私生子女的生父与生母事后结婚的情况下或者由法官宣告取得婚生子女资格。”子女可因生父母结婚而准正,也可经法官宣告而准正。

(二) 儿童视角和性别视角的观察

20世纪60年代以来,一些国家相继废除歧视非婚生子女的规定,子女无论是婚生还是非婚生,均具有同等法律地位,受法律的平等保护。甚至一些国家,如美国、德国、埃塞俄比亚等国法律取消了婚生子女与非婚生子女的称谓,将与父母有血缘关系的子女统称为“亲生子女”或“子女”。美国1973年颁布的《统一父母身份法案》明确规定:“法律关于父母子女关系的规定平等地适用于每个儿童和每个父母,无论父母间的婚姻状况如何。”^[147]

对子女作“婚生”与“非婚生”区分的依据是父母之间有无合法婚姻关系。通过亲子关系确认制度实现这一区分,不仅有悖于法律对子女平等

保护的原则,也大大偏离了这一制度设立的初衷。基于子女最佳利益和血统真实与身份安定平衡的立法原则,这一制度在当代应以有利于未成年子女身心健康,增强婚姻凝聚力,促进家庭和谐为目的。可见,传统法的婚生子女推定与否认制度、非婚生子女认领与准正制度的称谓和构造都需要作相应改造。

1. 制度的称谓

改良这一制度,首先应找到恰当的制度称谓。我国学者普遍赞同在法律中不对子女作“婚生”与“非婚生”区分,但对亲子关系确认制度的称谓,则有不同选择。有称之为“亲子关系推定与否认制度和子女认领制度”的^{[13]245-279},也有叫亲子关系身份关系确定制度的^{[14]220-228},更有在民法典草案立法学者建议稿中称“亲子关系的推定、否认与认领制度”的。^①本文采“亲子关系确认制度”这一称谓。主要理由有二:第一,婚生推定、非婚生认领与准正,均是法律推定人们之间具有亲子关系的制度设计。传统法之所以有如此繁琐的名称安排与制度设计,除去法律制度本身所具有的逻辑构造外,还体现出时代的局限性。它是父权制下,由男性自身所生的确凿无疑的子女(主要是儿子)继承父亲身份和财产的需要,妻子和子女的利益在这一制度中常常被忽视。第二,解构传统制度,不难发现,婚生推定、非婚生认领与准正都是关于自然血亲亲子关系确立的制度,它们的区别主要是适用对象不同。而婚生否认制度不过是法律为保证婚生推定的客观真实性,实现亲子之间利益平衡所做的制度安排,它本质上属于婚生推定制度的组成部分。

既然可将传统制度的称谓概称“亲子关系确认制度”,其下各组成部分的称谓,也宜作相应调整。具体而言,婚生推定可改称为“亲子关系的推定”,婚生否定可称“亲子关系的否认”,非婚生子女的认领宜简称为“子女的认领”。至于非婚生子女准正制度,因法律不再对子女作“婚生”与“非婚生”区别,而失去存在的必要。^②

^① 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,第347页。目前已出版的版本学者对中国民法典草案的建议稿共有三个版本,另两个版本是:厦门大学法学院徐国栋教授主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版;中国人民大学法学院王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版。这两个版本的学者建议稿仍将子女作婚生与非婚生区分,并设婚生子女推定与否认制度、非婚生子女认领与准正制度。

^② 例如,《德国民法典》第1722—1740条是准正制度的规定,但这些条款现已被废止。

2. 制度的内涵

从子女利益出发,消除法律的区别对待,除取消“婚生子女”与“非婚生子女”称谓外,更重要的是实现亲子关系确认规则的统一,即无论子女出生在婚姻关系中,还是同居关系中,都适用统一的亲子关系推定规则。^{[13]256}为此,《埃塞俄比亚民法典》提供了可资借鉴的蓝本。其第745条规定,非婚同居中受孕或出生的孩子以与其母亲同居的男子作为父亲,并且第742条、第742条关于推定的普遍性和怀孕期间的规定,同样适用于此种推定。

传统法上的婚生推定,名为对子女婚生身份的推定,实为父亲身份的确定。学者多认为,丈夫的父亲身份的推定,是该制度的法定后果。^{[11]227[15]884}一些立法例在确立婚生推定规则时也只规定父亲身份的推定,如法国、日本等。我们认为,父亲身份的确定固然重要,但子女是夫妻双方的子女。基于夫妻平等理念和怀孕与生育由妇女单方承担的事实,亲子关系的推定不只是父亲身份的推定,也应包括母亲身份的确定,并且首先是母亲身份的确定。尤其在当代,人工生育技术的应用,打破了罗马法所确立的“生母恒定”原则,是提供卵子或胚胎的妇女为母,还是生孩子的妇女为母,需要法律明确母亲身份认定的标准。1998年修改后的《德国民法典》增加了母亲身份认定的规定,第1591条指出:“子女的母亲是生该子女的女子。”这表明,在德国法上,母亲只能是生育子女的人。《埃塞俄比亚民法典》也有类似规定。^①

联合国《儿童权利公约》第7条指出,儿童享有尽可能知道谁是其父母并受其父母照料的权利。子女享有的获知自己血统来源的权利,是一项受宪法保护的基本人格权。以此来观传统法的婚生否认制度,许多立法例将否认权人范围限于被推定的父亲,甚或赋予夫妻双方。这实为忽视子女主体性的表现,不符合子女最佳利益原则的要求。我国台湾地区民法亲属编第1063条第2款的变迁便是一个很好的例证。1930年制定的民法规定:“如夫能证明于受胎期间内未与妻同居者,得提起否认之诉。”1985年此条款修改为:

“如夫妻之一方能证明妻非自夫受胎者,得提起否认之诉。”2007年修法则改为:“夫妻之一方或子女能证明子女非为婚生子女者,得提起否认之诉。”鉴于前述《德国民法典》第1598a条规定子女有权请求父母双亲进行基因血缘检测,查明其出身的权利,可以推断,在德国,子女可依民事诉讼法第256条向法院提起请求确认生母的诉讼^{[11]242},他们还可以提起生父否认之诉。

三、统一的亲子关系确认制度的构造

反思传统制度,并非全盘否定之。构建我国亲子关系确认制度仍需以传统制度为基础,从夫妻平等、亲子平等、未成年子女最佳利益等当代法律理念出发,结合我国今后社会生活实际,作相应调整。

(一) 亲子关系的推定

推定的依据和受胎的期间是亲子关系推定制度的主要构造。关于受胎期间,各立法例普遍将之界定在“从子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止”。^②此推定以医学原理为基础,因此差别并不明显。

推定的依据则是一个较为复杂的问题。首先,关于母亲身份确定的依据。德国、埃塞俄比亚民法以妇女生育的事实作为确定母亲身份的依据,明确了捐献卵子或胚胎的妇女不是子女法律上的母亲,从而解决了人工生殖技术带来的母亲身份确定的不确定性。其次,关于父亲身份的推定。受孕说、出生说各有疏漏,都有不利于子女利益保护之处:前者将婚前受孕婚后出生的子女排除在推定范围之外,后者则将婚后受孕婚姻终止后出生的子女排除在外。从子女最佳利益原则出发,我国设立这一制度时应采混合说。为消除歧视,无论子女的生父母间是否有婚姻关系,均适用统一的亲子关系推定规则,可规定:“在婚姻关系存续期间受胎或者出生的子女,以其母亲的丈夫为父亲”;“非婚同居期间受胎或者出生的子女,以其与其母亲同居的男子为父亲。”^{[16]132}

当数名男子均可能被推定为子女的父亲时,可依下列原则推定:(1)在母亲的丈夫与母亲非

^① 《埃塞俄比亚民法典》第739条规定:“母子关系产生于出生的单纯事实。”

^② 参见我国台湾地区民法第1062条。

婚同居的男子之间,推定母亲的丈夫为子女的父亲。(2)在子女出生时母亲的丈夫与受胎时母亲的丈夫之间,推定子女出生时母亲的丈夫为子女的父亲。(3)在子女出生时与母亲非婚同居的男子和受胎时与母亲非婚同居的男子之间,推定子女出生时与母亲非婚同居的男子为子女的父亲。^{[16]135}对于采用人工生殖技术生育的子女,以同意采取该方式生育子女的男女为父母。

(二)亲子关系的否认

亲子关系的否认是对已经推定的亲子关系的否认,实为解除已形成的亲子关系。基于上述亲子关系确认的原则,通过界定否认理由、否认权人、否认权行使期间(除斥期间)、权利行使的程序,以及否认之诉的效力等,来兼顾和平衡不同法益,解决它们之间的冲突。

关于否认的理由,我国立法宜采例示主义。具体可包括:(1)在推定的子女受胎期间内,被推定的父亲与母亲未发生性关系的(采用人工生殖技术生育子女的除外);(2)通过医学方法(亲子鉴定)证明子女不可能是被推定的父亲的子女;(3)其他证明子女不可能是被推定父亲的子女的事由,如丈夫在推定子女受胎期间无生育能力等。对亲子关系推定的否认,必须有充分的证据。若仅有夫妻双方分居协议,或母亲通奸证据,或母亲关于子女另有生父的承认,而无其他证据证明的情形下,尚不足以否认亲子关系的推定。

我们认为,否认权人的范围既不能过宽,也不能过窄,以被推定的父亲、母亲、子女享有此项权利为宜。在当事人之间已产生亲子亲情,其关系已经成为事实的情形下,如果允许当事人以外的人否认亲子关系,势必损伤当事人感情,有碍子女健康成长,危及婚姻家庭的和睦与稳定。对被推定父亲的否认权,法律应有适当限制。例如,丈夫知道妻子婚前与他人怀孕,或者子女出生后丈夫的行为如父的(《法国民法典》第314条);丈夫同意第三人使妻子怀孕的(《瑞士民法典》第256(3)条);丈夫书面同意妻子进行人工授精怀孕的(《埃塞俄比亚民法典》第794条)。对于以上第三种情形,2002年修改后的《德国民法典》第1600条第5款也有规定:若夫妻双方一致同意,妻子通过人工授精借助第三人捐献的精子受孕并生育的,丈夫和该孩子的母亲,均不得行使该

项否认权(德国法上称“撤销权”)。这些规定,对我国今后立法有借鉴意义。

否认权为民法上的形成权。法律关于否认权行使期限的规定,是除斥期间而非诉讼时效。参考一些国家和地区的立法经验,并结合我国国情,宜将否认权的有效期间定为一年,期间从权利人知道或者应当知道否认事由之日起计算。亲子关系是一种基本生存关系,事关子女和父母双方利益,为慎重起见,权利人行使该项权利应以诉讼方式向法院提出。法院应当审查该诉讼是否符合未成年子女最佳利益,否则,可依法终止诉讼程序。

关于否认之诉的效力,学者鲜有论及。我们认为,否认之诉为确认之诉,一经法院宣判即生效力。该效力主要是排除现有父亲的身份。对子女而言,它仅产生消极影响,并不会因此确定其真正的法律上的父亲。对于先前的父亲已履行对子女的抚养给付的,德国法律的规定具有借鉴意义。依照其第818条第3款,该男子不得向子女提出不当得利的返还请求,他可向“真正的父亲”追索(第1607条第3款),也可向隐瞒实情有过错的母亲行使赔偿请求权(第826条)。

(三)子女的认领

在改造后的亲子关系确认制度下,子女的认领主要针对因通奸、强奸等耦合关系所生子女的亲子关系确立。

自愿认领是身份的法律行为,不得代理。对于生父自愿认领的,子女或其生母有权予以否认;子女成年后,生父或生母自愿认领的,须征得子女本人同意。自愿认领的意思表示应当采用书面形式,并应办理公证手续。认领不得附条件或附期限。自愿认领生效后,亲子关系溯及于子女出生之时。

强制认领是经由法院以判决的方式确认亲子关系的制度。明确强制认领请求权人是其重要内容。法律可规定:“未成年子女的生母或者其他法定代理人,有权向人民法院提出强制生父认领之诉。成年子女也有权提出强制生父认领之诉。”^{[16]141}从保护子女利益角度出发,原则上,法律不对认领请求权作法定期间的限制,但对已死亡的生父的认领请求权的行使应有法定期间的限制^{[15]404},以保护子女和其他继承人的财产继承权。

四、结语

在人口流动频繁、离婚率上升、人们的婚姻家庭观念急剧变化的今天,司法实务中亲子关系否认之诉和子女认领之诉日渐增多。在现行婚姻法、民事诉讼法没有亲子关系确认的基本规则,制定民法典婚姻家庭(亲属)编尚需时日之际,新的婚姻法司法解释对亲子关系确认制度的某些方面进行解释确属必要。然而,如何解释,应慎重考虑。

在未成年子女最佳利益和协调亲子关系真实性与安定性原则下,婚姻法司法解释应重在明确对子女否认和认领的实体法规则。当务之急是要明确否认权人和认领请求权人的范围,明确否认权的行使期间(除斥期间),以杜绝父母与子女共同生活多年后,又提起亲生否认之诉现象。我们认为征求意见稿第三条的缺憾是,否认权人和认领请求权人范围限定过窄^①,没有确定否认权的法定行使期间。

【参考文献】

- [1] 杨大文. 亲属法[M]. 北京: 法律出版社, 1998.
[2] 李立如. 朝向子女最佳利益的婚生推定制度[J]. 中原财经法学, 2004, (13).
[3] 王丽萍. 亲子法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004.

- [4] 郑冲. 德国民法典 [M]. 贾红梅译. 北京: 法律出版社, 1999.
[5] 德国民法典[M]. 陈卫佐译. 北京: 法律出版社, 2010.
[6] 迪特尔·施瓦布. 德国家庭法[M]. 王葆苜译. 北京: 法律出版社, 2010.
[7] 薛宁兰. 改革开放三十年中国亲子法研究回顾与展望 [A]. 陈苇. 中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望[C]. 北京: 中国政法大学出版社, 2010.
[8] 王洪. 从婚生推定到父性推定——确认亲子关系的新思维[A]. 夏吟兰, 等. 婚姻家庭法前沿——聚焦司法解释[C]. 北京: 社会科学文献出版社, 2010.
[9] 陈忠五, 施惠玲. 考用民法[M]. 台北: 台湾本土法学杂志有限公司, 2009.
[10] 陈朝璧. 罗马法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
[11] 王洪. 婚姻家庭法[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
[12] 埃塞俄比亚民法典[M]. 薛军译. 北京: 中国法制出版社, 2002.
[13] 陈苇, 靳玉馨. 建立我国亲子关系推定与否认制度研究[A]. 梁慧星. 民商法论丛[C]. 香港: 金桥文化出版有限公司, 2003.
[14] 孟令志. 论亲子关系的确定[A]. 夏吟兰, 等. 婚姻家庭法前沿——聚焦司法解释[C]. 北京: 社会科学文献出版社, 2010.
[15] 余延满. 亲属法原论[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
[16] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由亲属编[M]. 北京: 法律出版社, 2006.

Reflection and Reconstruction on the System of Recognized Parent-child Relationship

XUE Ninglan, XIE Yanfang

Abstract: Recognition of parent-child relationship is a basic issue in parenthood law. In traditional law, this consisted of estimation and denial on the legitimate birth, and legitimation and claim to illegitimate birth. Contemporary Law takes children as standard, and no longer makes any distinction between “legitimate” and “illegitimate” births. The maximum interests of children, and the balance between authenticity and stability in parent-child relationship should be recognized as the basic principles of parenthood law. Marriage Law Judicial Interpretation should provide an explanation concerning the rules of denial and claim to the child.

Key words: children as standard; relationship by birth; birth legitimation; estimation and denial on the legitimate birth

责任编辑:蔡 锋

^① 在征求意见稿第三条中,前者限于夫、妻,后者仅限于非婚生子女。