

# 婚姻无效制度论

## ——从英美法到中国法

薛宁兰\*

### 一 引言

提起英美法,人们马上会想到不成文法、判例法,说到中国法,又会将它与大陆法系、成文法联系起来,似乎两者没有什么可比性。其实,不同法系国家对婚姻家庭领域内的某一法律制度,在立法理念、制度构成以及具体规定上,都有着许多共通之处。尤其,自上世纪60年代两大法系出现相互融合趋势以来,英美法系国家注重了成文法的制定。在婚姻无效制度方面,1970年,美国州法律全国统一委员会通过的《统一结婚离婚法》(Uniform Marriage and Divorce Act),用三条规定了这一制度的主要方面(第207—209条);1971年,英国颁布了《婚姻无效法》(the Nullity of marriage Act 1971),对长期以来教会法庭有关婚姻无效的法律,作了全面改革。1973年又颁布了《婚姻诉讼法》(Matrimonial Causes Act 1973),它是目前英国法院处理婚姻无效案件的法律依据。

在中国现行婚姻法中,并不存在英美法系与大陆法系共有的婚姻无效制度。目前,对各类违反结婚要件所形成的婚姻,在法律处理上很不一致。例如:1994年2月1日民政部颁行的《婚姻登记管理条例》第24条指出:“未到法定结婚年龄的公民以夫妻名义同居的,或者符合结婚条件的当事人未经结婚登记以夫妻名义同居的,其婚姻无效,不受法律保护。”而1989年最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》,则将《条例》实施之后形成的事实婚姻,按非法同居关系对待;最高人民法院1989年《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意见》,将无合意婚、疾病婚作为离婚的理由予以确认,而在设立婚姻无效制度的国家和地区,它们或属可撤销婚或属自始无效婚,要通过特定的诉讼程序,依法确认无效。所有这些都表明:司法实践中对一些违法婚姻与合法婚姻同等对待,对另一些违法婚姻又做非婚认定的矛盾做法,与我国婚姻法中欠缺婚姻无效制度直接相关。解决这些问题的惟一途径,就是在结婚制度中为婚姻无效制度留一席之地。

2001年1月提交全民讨论的婚姻法修正案草案,对这一制度的基本方面作了规定,内容包括婚姻无效的原因(无效婚姻的分类)、宣告婚姻无效的机关和婚姻无效的法律后果。可以断定,最终为立法机关通过的修正案,无论对上述三项内容做怎样的规定,中国婚姻无效制度的基本构成已经确立。本文以此为基点,在对英美法系的主要代表——英国、美国的婚姻无效制度做出初步概括与分析之后,对中国婚姻法应当采取的立法理念、自始无效婚与可撤销婚的划分标准、宣告无效的机关,以及婚姻无效的法律后果,提出自己的见解。

## 二 英国法上的婚姻无效

英国现行有关婚姻无效的法律是1973年的《婚姻诉讼法》。在此之前,1971年《婚姻无效法》对长期以来教会法庭有关婚姻无效的法律,作了全面改革。但教会法的概念体系仍然存在,例如,婚姻成立的标志是什么?教会法庭的理论目前对人们作出判断仍有意义。

英国现行法律对这一制度的规定主要有三方面内容:

### 1. 提起婚姻无效的法定理由

\* 中国社会科学院法学研究所副教授。

作为法律历史发展的结果,当代英国法律中保留了自始无效婚与可撤销婚的划分。法律根据无效婚姻的违法程度将之分为自始无效婚和可撤销婚。它们的区别有三个方面:(1)确认婚姻无效的判决可以在任何时候作出,甚至在双方当事人死后作出,宣告撤销某一婚姻只能在双方当事人生存期间。(2)无效婚指有效的婚姻关系从未存在过。可撤销婚是指婚姻关系在开始时是有效的,但根据某些理由可以撤销。(3)对自始无效婚,任何“利害关系人”都可提起诉讼;对可撤销婚,只有当事人本人才可提起撤销之诉。<sup>[1]</sup>

#### (1)自始无效婚

依照 1973 年《婚姻诉讼法》第 11 条,婚姻无效的理由有:

- ①双方属法律禁止结婚的亲属;
- ②任何一方未满 16 周岁;
- ③不符合结婚的仪式要求;
- ④重婚,即结婚时任何一方已经合法地结过婚;
- ⑤双方不是一男和一女。

#### (2)可撤销婚姻

依照 1973 年《婚姻诉讼法》第 12 条,属可撤销婚姻的原因有:

- ①一方性无能而使婚姻目的不能实现;
- ②由于一方的坚决拒绝而使婚姻生活不能继续;
- ③缺乏结婚的合意,即无论由于胁迫、误解,还是精神不健全,任何一方并未有效地同意结婚;
- ④婚姻期间一方精神错乱,使双方不能继续婚姻生活;
- ⑤婚姻期间一方患有性病;
- ⑥婚姻期间一方与第三人怀孕。

### 2. 撤销之诉的抗辩理由

目前,英国法律尚未规定限制自始无效婚判决的抗辩理由。但对于可撤销婚姻,1973 年《婚姻诉讼法》规定了三项排斥撤销之诉的理由。如果婚姻一方有如下抗辩理由之一的,对方撤销婚姻的请求就将失败。这三项抗辩理由是:

#### (1)时间

因缺乏婚姻合意、性病、与第三人怀孕的理由起诉的,当事人必须在婚后三年内提起诉讼。这是一个绝对的排斥理由。但是,如果撤销权人在此期间精神一直处于混乱状态,法庭基于公平的考虑,允许他(她)在三年之后提起诉讼。

#### (2)对婚姻瑕疵的明知

以对方患有性病或与第三人怀孕的理由提起诉讼的,除非法庭能够证实撤销权人在结婚时对以上事实不知,否则该请求将被驳回。并且,丈夫仅知道妻子怀孕还不够,他还必须知道妻子是与第三人怀孕的。

#### (3)追认(认可)

1973 年《婚姻诉讼法》第 13 条之(1)规定:“如果被告提出下列事实之一的,法庭将不作出撤销判决:

“(a)申请人明知有结婚的障碍,仍与被告结婚,致使被告有理由相信他(她)不会提出申请,并且(b)如果作出判决对被告将是不公平的。”

这一排斥理由取代了教会法上复杂又不确切的许可事由。因为,必须对以下三方面作出证明,该理由才能成立:

第一,撤销权人有导致被告深信其不会提出撤销婚姻申请的行为;

第二,撤销权人在结婚时知道该婚姻会被撤销;

第三,如果作出撤销判决将对被告不公。

### 3. 法院判决的效力

以前,自始无效婚不具有任何法律效力。从法律的视角看,双方当事人不是并且从来都不是一对夫妻,他们顶多是一个男子与一位夫人。所以,双方所生子女必然是非婚生子女;双方无权获得对方的英国居民身份或依法继承对方的无遗嘱死亡财产;男方没有义务扶养一直与他共同生活并深信他们已经结婚的女方。即便是可撤销婚,也会产生同样的后果。这是因为,尽管此类婚姻直到依法宣告撤销前都属有效,但法院的判决具有溯及既往的效力:该婚姻变成自始无效的婚姻,即从成立之始无效。

近些年,为了避免当事人生活陷于困境,在无效婚的判决中,法院赋予它具有了有效婚的某些法律后果。所以,尽管无效婚本身并不需要通过判决宣告,但现在要经过判决宣告,更多地是为了请求权人的利益。这可以从重婚案件中对妇女和子女利益的考虑得到说明。原则上,重婚所生子女是非婚生子女,这种婚姻中的任何一方在法律上无权基于另一方的无遗嘱死亡,获得其财产;一方对另一方提供的住房无法定的权利或其它权利,任何一方都无权提起法律程序要求对方提供经济帮助。如果一方有维持生活的工资收入,社会保障部门将无权要求另一方支付一定数额的补偿金。这种后果对当事人是残酷的,但符合逻辑。现在,如果一方无收入成为靠另一方“供养的亲属”(“liable relative”),法庭在认定婚姻无效的同时,还有权作出给予她(他)及孩子经济救济的判决,就像他们曾合法地结过婚。通过提起法律程序使根本不存在的婚姻,产生本属于结束有效婚的法律后果,虽然不符合逻辑,但有利于对无生活来源的一方及其子女的保护。

经过多年的法律改革,目前,英国法律对无效婚的态度发生了根本改变:

#### (1) 可撤销婚姻的判决没有溯及力

1971年前,根据法律可撤销婚的当事人直到宣告撤销前属有效结婚,可是一旦判决作出,他们就被认为从未结过婚。1971年,这一规则被取消。理由是:这样规定是反常的、不合时宜的和不确定的。现在认为一桩被撤销的婚姻,直到判决之日它都是实际存在的。

#### (2) 子女为婚生

可撤销婚的子女是婚生子女,因为它在被撤销前属有效婚。即便是自始无效婚,1976年婚生子女法案第一条之(3)规定,如果孩子的出生是由于父母的交媾(或者后来举行了结婚仪式),并且当事人双方或任何一方相信该婚姻是有效的,其子女被视为婚生子女。1987年家庭法改革法案第28条修正了这一规定,排除了当事人相信婚姻有效这一要件,规定凡孩子出生于婚姻成立之后,就视为婚生子女。

#### (3) 当事人双方的经济供养

可撤销婚在被宣告撤销前,双方的经济权利与有效婚相同,法庭有权力赋予无效判决的当事人享有经济上的权利,因为它与离婚的法律后果相同。

就自始无效婚而言,由于双方并没有结过婚,所以,他们不享有夫妻间的权利。然而,一旦无效判决作出,法庭实际上有权要求一方为另一方提供经济上的供养,在这点上它与有效婚解除的结果相同。这是当事人获得救济的唯一途径。而且,得到这种判决的“妻子”或“丈夫”,还能向法庭申请从另一方死后的全部个人财产中获得合理的补偿。

1991年的一项判决创造了当事人向法庭申请上述权利的先例。<sup>[2]</sup>但这对那些在丈夫死后才发现婚姻因重婚而无效的妇女不利。她们不能作为遗孀依法享有对其夫无遗嘱死亡财产的继承权;对她们而言,在丈夫死后获得婚姻无效的判决太迟了。为解决这个问题,1975年继承法第25条之(4)规定:与死者曾有无效婚姻的善意一方有权向法庭提出从死者全部个人财产中获得合理的经济供养。实际上,这是将申请一方当作死者的遗孀或鳏夫,或者是生效判决创造出的要求另一方提供经济供养的权利。

[2] 参见 Stephen M. Cretney, *Ma, Del, Fba, Elements of Family Law*, p.28.

### 三 美国法上的婚姻无效

历史上,美国法律奉行家庭关系例外原则,家庭法属于州立法范畴。1892年“州法律全国统一委员会”成立,提出两个主要法律应当统一,即商法和结婚离婚法。<sup>[3]</sup>终于,该委员会在1970年通过了美国《统一结婚离婚法》,并于1971年修订。该法作为联邦家庭立法,由各州立法机构自行决定是否采用。到20世纪80年代,已有一半以上的州采用了这一法律。<sup>[4]</sup>与此同时,它在未采纳的州,也产生了重要影响。因此,《统一结婚离婚法》是研究美国法上婚姻无效制度的一个重要依据。

#### (一) 婚姻无效与可撤销的原因

在我国学术界,通说认为《统一结婚离婚法》上的婚姻无效制度采单一的无效婚制。<sup>[5]</sup>从该法第207条“禁止结婚”、第208条“宣布无效”、第209条“推定婚姻”的具体内容,以及美国“州法律全国统一委员会”对该法的立法背景及上述各条的解释看,虽然第208条未用“可撤销”一词,只是笼统规定“法院应在判决中宣布在下列情况下所缔结的婚姻无效”,但并不能就此推定它采单一的无效婚制。实际上,从自始无效婚与可撤销婚经法院宣告最终都产生民事法律上的无效后果来看,对《统一结婚离婚法》中的无效婚姻制度,做采双轨制的理解更为恰当。这是因为:第一,根据婚姻无效与可撤销的基本理论,自始无效婚与可撤销婚的区别在于:前者自始不存在,原则上无须提起诉讼经法院宣告无效,后者属得撤销为无效的婚姻,必须由撤销权人提起撤销之诉,经法院宣告才归于无效。换言之,在法院作出宣告判决之前,可撤销婚尽管存在着婚姻瑕疵,却不是无效婚姻,在民法理论中,它属效力不完全的婚姻。<sup>[6]</sup>第二,在诉讼中,法律对于自始无效婚没有抗辩理由的规定,任何时间甚至在婚姻当事人死亡后,也可以提起;<sup>[7]</sup>对可撤销婚,法律则规定了抗辩理由。这表明如果撤销权人在法定期间内没有提出宣告撤销婚姻的申请,法律就认为他们认可或宽恕了该不完全婚姻,视其为合法有效婚。由此观之,第208条甲款第(1)、(2)、(3)项所列情形属于可撤销婚的范畴,第(4)项所说“属于禁止的结婚”,即第207条禁止结婚中规定的重婚和近亲婚姻,才属自始无效婚。只有做这种理解,才可以将第208条乙款关于以甲款第(1)、(2)、(3)项为由,要求撤销婚姻的期间(除斥期间)的规定,解释为可撤销婚姻的抗辩理由,才不致对该条的理解产生困难。

除《统一结婚离婚法》外,美国大多数州的家庭法都将无效婚姻做自始无效与可撤销的划分,并且,在美国家庭法理论中也是承认这一划分的。<sup>[8]</sup>

美国著名家庭法专家哈里·D·格劳斯在《家庭法精要》(Family Law In A Nutshell)一书中指出:“一般认为,自始无效婚包括有意成立的乱伦婚姻、未达法定婚龄的婚姻、一方或双方先前的婚姻还存在的婚姻(重婚)或双方中至少有一方欠缺必备精神状况的婚姻。另一方面,缺陷程度较轻的婚姻常被划归‘可撤销(为无效)’婚的行列。这类婚姻包括虽达法定婚龄,但未得到父母同意的婚姻、不具备诸如健康检查等次要形式要件的婚姻。此外,与另一方配偶重要利益相关的一些婚姻障碍或缺陷,如欺诈,也可造成婚姻的可撤销。”<sup>[9]</sup>但目前,在大多数州,自始无效婚包括同性婚、重婚、多重婚和亲属婚;可撤销婚包括未达法定婚龄的婚姻、一方精神或身体有缺陷、欺骗婚、胁迫婚、虚假婚及玩笑婚。<sup>[10]</sup>换言之,自始无

[3] 《美国统一结婚离婚法》,《外国婚姻家庭法典选编》北京政法学院民法教研室1981年4月编,第1页。

[4] 何勤华主编:《美国法律发达史》,上海人民出版社1998年5月版,第194页。但夏吟兰提到,截止到1993年,它被8个州全部或部分采用。《美国现代婚姻家庭制度》,中国政法大学出版社1999年3月版,第13页。

[5] 参见李志敏主编:《比较家庭法》,第82页;杨大文主编:《亲属法》,第101页。

[6] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第193—194页关于可撤销民事行为性质的论述。

[7] 参见《统一结婚离婚法》第208条丙款的规定,出处同[6]。

[8] 参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,台湾学者林菊枝:《美国婚姻法》,五南图书出版公司,1985年12月版。

[9] 此书于1999年10月由法律出版社作为美国法精要·影印本之一,在我国出版,书名改为《家庭法》。此处引用见该书第61页。

[10] 夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,第48页。该书还指出,对未达法定婚龄的婚姻,在早期的普通法中是自始无效婚,现在美国大多数州将未达法定婚龄的婚姻视为可撤销婚姻。见该书第40页。

效的婚姻,通常是违反各州有关结婚公益性法律规定的婚姻;得撤销婚,通常是那些具有不严重的婚姻要件瑕疵的婚姻,如欺诈婚姻。可见,将无效婚姻 (invalid marriage) 做自始无效婚 (void marriage) 与可撤销婚 (voidable marriage) 的划分,与它们违反的某一结婚要件所体现的国家利益的程度密切相关。

例如,《统一结婚离婚法》第 208 条甲款例举的属可撤销婚的原因有:(1)在举行结婚仪式时,一方由于无智力能力或智力不健全,或由于酒精、毒品或其他能致人麻醉的物质的作用而没有能力表示同意,或一方是在暴力或胁迫下,或在有关婚姻的重大问题上受到欺骗的情况下,而缔结婚姻。(2)一方无性交能力因而不能完婚,而另一方在举行结婚仪式时不了解该生理缺陷。(3)一方(小于十六周岁而未获父母或监护人的同意及法庭许可者)或年龄在十六或十七周岁而未获父母或监护人的同意或法庭许可。

属于自始无效婚的原因是,第 208 条甲款第(4)“属于禁止的结婚”,即第 207 条禁止结婚中所列举的情形:(1)一方尚未离婚而又与他人结婚;(2)直系血亲之间结婚;兄妹或姐弟结婚——不论是血缘(指同父同母)或半血缘(指同父异母或同母异父),或一方为收养子女。(3)伯父、叔父、舅父与侄女、外甥女之间或姑母、姨母与侄子、外甥之间结婚——不论其为全血缘或半血缘,地方文化风俗习惯允许者除外。<sup>[1]</sup>

再如,1982 年《纽约州家庭法》规定的自始无效婚包括:第一,乱伦婚。该法第 5 条认为,“不论亲属关系的形成是婚生还是非婚生,下列当事人之间缔结的婚姻是乱伦的和无效的:一、直系尊亲属和直系卑亲属之间;二、有全血缘或半血缘关系的兄弟姐妹之间;三、叔、伯、姑、舅、姨和侄子女、甥子女之间。”这与《统一结婚离婚法》禁止结婚的亲属范围相同。第二,重婚。该法第 6 条规定:“前一婚姻的夫或妻一方未亡而再行缔结的婚姻绝对无效。”

《纽约州家庭法》第 7 条规定的可撤销婚姻有:“当事人有下列情况之一,婚姻自有管辖权的法院宣告无效之日起无效:一、未满法定年龄(十八周岁)。如果该未成年人不享有请求撤销该婚姻的绝对权利,那么,法院应在其权限内考虑婚姻的全部事实和有关情况,直接予以撤销;二、因缺乏判断能力,不能对婚姻表示同意与否;三、因生理原因不能完成婚姻;四、因暴力、胁迫或欺诈而同意结婚的;五、患精神病五年以上未经治愈的。”<sup>[2]</sup>

我国台湾学者将美国法上婚姻无效与撤销的原因分为两大类:一是有关法定结婚能力的原因。包括有前婚存在、近亲属结婚的限制、未达法定结婚年龄、生理缺陷(指性无能、性病等)、同性婚姻;二是有关结婚意思的原因,包括虚假结婚、心理缺陷、胁迫、欺诈。<sup>[3]</sup>在上述两类原因中,有的属自始无效婚,有的属可撤销婚。

## (二)可撤销婚姻的抗辩理由

与英国法不同的是,美国法上可撤销婚的抗辩理由仅包括一种——时间,此乃除斥期间的规定,即该法定期间届满,撤销权人就丧失撤销权。

《统一结婚离婚法》第 208 条乙款是关于可撤销婚抗辩理由(除斥期间)的规定。在列举具体期间之前,它首先确立了一项原则:如果婚姻关系的一方当事人已经死亡,请求权人在任何情况下都不得行使该权利。在此前提下,它规定:

1. 属于甲款第(1)项理由的,由双方当事人或无意思表示能力一方的法定代理人,在得知上述情况的 90 天内提出;
2. 属于甲款第(2)项理由的,由双方当事人在得知上述情况后一年之内提出;
3. 属于甲款第(3)项理由的,由未达婚龄的一方、其父母或监护人,在其达到可以不受该条限制结婚的年龄之前提出。

[1] 《外国婚姻家庭法典选编》,北京政法学院民法教研室 1981 年 4 月编,第 18 页、16 页。以下对《统一结婚离婚法》内容的引用均出自此书。

[2] 张贤钰主编:《外国婚姻家庭法资料选编》,复旦大学出版社 1991 年 1 月版,第 121—122 页。

[3] (台)林菊枝:《美国婚姻法》,第 28—33 页。

学说上还认为,如果受害配偶已经“认可”该婚姻,明知婚姻有缺陷仍然维持这种关系,他或她也会相应地失去请求权。<sup>[4]</sup>

### (三) 无效婚姻的法律后果

根据传统法上的“关系回溯”理论,经法院宣告确认无效或撤销的婚姻,自始并不存在,所有因该婚姻产生的行为均为无效。这对自始无效婚来说毫无疑义,但对可撤销婚而言,在依法撤销之前它还是有效的,所以,对撤销以前所发生的各种事实,如,子女的产生、婚姻期间双方所为的财产赠与、家事劳动的提供等,如果按照传统的溯及既往原则,显然会造成非常不公平的后果。

为此,《统一结婚离婚法》授权法庭基于“公正”的理由,可以作出无溯及力判决,从而改变了传统法上的固有原则。第 208 条戊款规定:原则上婚姻无效从结婚之日算起,但如果法庭“认为不使判决具有追溯力是公正的”话,就可以作出无追溯力的判决。现在,多数州都采取特别措施保护无效婚姻中妇女和子女的利益。

#### 1. 对子女的保护。

传统法律主张在无效或被撤销婚姻中出生的孩子是“可以溯及既往的私生子”。一段时期以来,人们逐渐认识到这一严厉后果所产生的社会伤害,远远超过了严格遵循婚姻规则程序的完整性所要达到的社会目标。子女的产生等事实是不能恢复原状的。因此,《统一结婚离婚法》第 208 条丁款明确规定:“因被宣布为无效的婚姻而生的子女视同婚生子女。”现在,几乎所有的州都认可了这一原则,将在被宣布为无效婚姻中出生的子女视为婚生子女。在宣布婚姻无效的同时,法院会对子女的临时性或终局性监护作出裁决,如果子女是未成年人还要发布抚养令。由于子女视同婚生,根据各州遗产法,他们应对父母的无遗嘱死亡财产享有继承权。

#### 2. 对当事人(尤其是妇女)利益的保护。

《统一结婚离婚法》第 208 条戊款还规定,法庭在分配夫妻双方的财产、确定扶养和子女抚养事宜时适用第三编离婚的规定。1983 年州法律全国统一委员会通过的《统一婚姻财产法》继续坚持了这一原则。它在第十六节申明:“如果婚姻被裁决无效,法院可以援引本法的规定处理无效婚姻中男女双方的财产,以避免有失公正。”<sup>[5]</sup>受这一规则的影响,一些采无效溯及既往的州规定,当婚姻障碍消除后,某些本属无效的婚姻就自动转化为有效。比如,《纽约州家庭法》第 6 条在规定重婚为无效婚姻后,又规定有下列情况之一的除外:“(1)因一方通奸以外的原因,前一婚姻已宣告无效或解除,如果前一婚姻因一方通奸而被解除,根据本章第 8 条的规定他或她可以再婚,后一婚姻有效。(2)根据本章第 7 条规定,前一婚姻已经解除。”同样,在规定未达婚龄的婚姻为自始无效婚的州,当事人达到婚龄后,该婚姻因双方的持续同居而变为有效。同时,也出现了无效婚姻的“部分有效性”问题。对此,各州有许多解决办法,一些州制定专门法规允许给予可撤销婚乃至自始无效婚中的“妻子”扶养费和财产权。

此外,在美国法上还存在着两种使无效婚姻部分具有合法婚姻效力的做法:

一是普通法上的婚姻效力推定。依普通法,当事人只要能证明两人以夫妻名义共同生活,其婚姻即被推定为有效,对这一推定持异议者则负举证责任。欠缺婚姻记录并不能说明婚姻不存在,当然现存的婚姻记录有助于做出该婚姻已存在多年的推定。有两次婚姻同时存在时,在无反证前,法庭会通过推定前婚已有效解除来承认后婚的有效性。换言之,当事人若坚持前婚有效的话,必须证明他或她的婚姻从未在任何地方解除过。

在承认普通法婚姻的州,<sup>[6]</sup>运用这一推定可以使子女由非婚生变成婚生。同样,它也可以使寡妇或鳏夫获得继承权及其它利益。这一推定成为法庭在不同推定中做出合理选择的自由裁量工具。

[4] 同 [5] 第 63 页。

[5] 中国法学会婚姻法学研究会编:《外国婚姻家庭法汇编》,第 129 页,群众出版社 2000 年 2 月版。

[6] 普通法婚姻,是英美法上合法婚姻的一种传统形式,即当事人未履行法定结婚仪式而依夫妻名义同居的事实婚姻。目前,美国仍有 14 个州承认它具有与其他法定婚姻同等的效力。参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,第 21—22 页。

二是推定配偶原则(The Putative Spouse Doctrine)。在具有大陆法系传统的州,如加利福尼亚、路易斯安那和得克萨斯州,法律中引入了法国、西班牙民法上的“推定配偶原则”。根据这一原则,如果无效婚姻的配偶双方或一方善意相信该婚姻是合法的,那么,它就成为推定婚姻,善意配偶作为推定配偶,享有法定配偶的某些权利。《统一结婚离婚法》认可了这一理论,第209条“推定配偶”指出:“任何人如果由于确实认为与某人已经结婚所以与其同居,但并未履行合法的结婚手续,那么,在了解到他们并未合法结婚这一事实会使地位终止,而且不能得到更多的权利之前,其为推定配偶。不管婚姻是否属于禁止之列(第207条)或是否被宣布无效(第208条),推定配偶享有合法配偶的权利,包括其地位被终止后获得扶养的权利。”在《统一结婚离婚法》的推动下,许多具有英国普通法传统的州也肯定这一原则,如伊利诺斯、威斯康星等州。但伊利诺斯州法律强调,推定婚姻在结婚仪式举行后方可成立。

认可推定配偶原则的各州赋予推定配偶的权利不尽相同。较典型的是,在这种关系善意持续期间,推定配偶可依法获得共同所得财产的公平分配权。推定配偶还享有继承权,有资格领取员工赔偿金,一方被非法致死享有起诉权,以及合法配偶的其它利益。总之,在保持配偶关系期间,推定配偶几乎享有法定配偶的一切权利。法律对推定配偶的保护一直持续到其认识到婚姻的非合法性时为止。因此,与重婚者结婚的善意一方,在发现事实真相之前一直受到法律保护。一旦真相大白,法律的保护便归于终止,但其已获得的权利仍受保护。当然,法律对“善意”的认定并不仅以当事人的主观为依据,法庭会从类似情形下一个智力健全者会做出何种判断的角度予以认定。<sup>[17]</sup>

推定配偶原则意在保护推定婚姻中无辜的一方,即推定配偶的利益。但当推定配偶的法律优势大于法定配偶时,它就会倾向于保护“更无辜”的一方。《统一结婚离婚法》第209条规定:“如果有一个法定配偶和数个推定配偶,一个推定配偶享有的权利不能超过法定配偶,也不能超过其它推定配偶。法庭要根据具体情况和正当利益,给所有请求者分配财产、生活费及供养权。”<sup>[18]</sup>

#### 四 中国法上的婚姻无效

“法律是一个扎根于特定社会和民族的文化现象,但又是一个存在共同规则的世界文化现象。因此,有一个相互学习、借鉴、融合的过程。”<sup>[19]</sup>英美法上婚姻无效制度的许多方面,对中国婚姻无效制度的构建,有着一定的借鉴作用。

首先,在立法理念上,当代英美法均摒弃了传统法对无效婚姻单纯进行制裁的做法,更加注重了对当事人和子女利益的保护。这表现在诸多方面:(1)美国《统一结婚离婚法》和《纽约州家庭法》都将自始无效婚限定为重婚和乱伦婚(近亲婚),相应地扩大了可撤销婚的范围;(2)为克服许多州法律的缺陷,《统一结婚离婚法》第207条乙款规定,“属于本条禁止结婚范围内的结婚双方,在法定婚姻障碍排除后同居,自障碍排除之日其算合法结婚。”这就为重婚向有效婚转化提供了法律依据,即“先前的未离婚配偶死亡,生存一方的第二次婚姻(重婚)就归于有效”;<sup>[20]</sup>(3)在对待自始无效婚的态度上,英美法均有所缓和。从概念出发,它自始不存在,本身并不需要通过法院判决来解除。为使自始无效婚有司法记录,通过判决的公示性防止出现不必要的诉讼和混乱,法律又设立了宣告程序,允许请求权人向法院申请正式的宣告。现在,除了公示性的考虑外,通过诉讼宣告婚姻无效更多地是为了请求权人的利益。法官可以在宣告婚姻无效的同时,要求一方供养无经济来源的一方,并且可以从死亡一方的遗产中获得合理的补偿,等等。可见,这已成为当事人获得法律救济的途径。

其次,在婚姻无效的法律后果上,当代英美法均没有坚持传统法上一律自始无效的做法,而是作出

[17] 哈里·D·格劳斯:《家庭法》(英文版),第67页。

[18] 转译自哈里·D·格劳斯:《家庭法》(英文版),第68页。

[19] 高富平:“民法法典化的历史回顾”,《华东政法学院学报》1999年第2期。

[20] 哈里·D·格劳斯:《家庭法》(英文版),第64页。

了灵活性的规定。英国法规定可撤销婚姻的判决没有溯及力,美国《统一结婚离婚法》则赋予法官一定的自由裁量权,他们可以基于“公正”的理由,对案件作出无溯及力的判决。

再次,对无效婚姻中出生的子女,法律的态度十分明朗。如,英国法规定无论婚姻是否合法有效,只要子女出生在婚姻成立之后,即为婚生。<sup>[1]</sup>从两国法律的规定看,“婚姻无效,子女合法”的原则已经确立,从而突出了对子女利益的特别保护。

此外,美国法上的“推定配偶原则”,对保护无效婚姻中无过错一方当事人(善意当事人)的婚姻利益,也具有一定的借鉴意义。

### (一) 中国婚姻无效制度的价值取向

中国婚姻无效制度的价值取向如何,关系到其制度构成的各个方面。首先,在婚姻无效的种类划分上,是采单一的自始无效婚制,还是采自始无效与可撤销并存的双轨制,就体现了不同的设计理念。

1999年出台的《中华人民共和国婚姻家庭法》(法学专家建议稿)对婚姻无效制度的设计采单轨制,仅设自始无效婚,不设可撤销婚。<sup>[2]</sup>2001年1月全国人大法工委提交全民讨论的《中华人民共和国婚姻法(修正案草案)》,采双轨制,对无效婚姻做自始无效与可撤销的基本划分。

单轨制与双轨制的分野,反映了对婚姻无效制度基本价值取向的不同认识。如果把它仅当成是对违法婚姻及当事人制裁的制度,势必对各种瑕疵婚姻采一律无效、自始无效的单轨制;如果把它还视做对相关当事人及子女利益保护的制度,就必然会对无效婚姻做自始无效与可撤销的划分。

婚姻法为私法,它是关于自然人身份生活关系的法律,因而是民法的必要组成部分。所谓私法,即以规范私人之间基本生活关系、保护当事人民事权益为目的的法律。它是权利之法、平等之法。婚姻法的这一属性决定了它的基本价值取向与民法一致,即以保障私权,在民事权利体系中确立亲属权的应有位置为目的。因此,它的各项制度在设计上,要充分体现私法的这一基本属性。这在婚姻无效制度的设计中也不例外。否则,势必使这一制度失去其民事制度的特色,造成私法与公法不分的后果。双轨制表明,对违法婚姻,法律应区别对待。对那些违法性严重,有悖于公序良俗或对现行婚姻制度造成冲击的,应做自始无效处理;对那些违法性较轻的,应归于可撤销婚范畴。

婚姻的无效与撤销,实为“结婚的无效与撤销”,是对结婚这一民事行为法律效果的认定。将违法婚姻做自始无效与可撤销的区分,还在于既然婚姻法属民法的组成部分,结婚是民事行为,它就应当符合民事行为的一般规则。在民法中,不合法的民事行为分为无效和可撤销两类。所以,将无效婚做自始无效与可撤销的划分是顺理成章之事。对不符合结婚有效要件的各种违法婚姻,做自始无效与可撤销的划分,予以法律上的不同处理,有利于对无过错方及子女利益的保护。在这点上,英美两国的立法理念与对无效婚姻的基本划分,值得借鉴。

再者,在婚姻无效的法律后果上,不同的立法理念也会有不同的设计。如果仅着眼于制裁,势必作出一律自始无效的规定,而且还会忽视对无过错或弱势一方的必要保护。如果从婚姻关系的本质出发,看到无论是自始无效婚还是可撤销婚,都是一种客观存在,婚姻被宣告无效后,关系到双方当事人及子女切身利益的一系列法律问题会随之产生。那么,在依法解除作为一种事实状态的无效婚姻时,法律就不能不对一些不可恢复原状的身份事实予以尊重,不能不对无过错或弱势的一方予以保护。英美法关于可撤销婚姻从法院判决生效之日起无效,自始无效婚向有效婚转化的规定等等,无不体现了这一立法理念。

可见,中国婚姻无效制度应当保护与制裁并重。这是当代法律精神与婚姻无效制度民事属性的要求。

### (二) 婚姻无效与可撤销的原因

《中华人民共和国婚姻法(修正案草案)》规定,重婚、有禁止结婚的亲属关系、婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病、未到法定婚龄的,其婚姻关系无效。(第10条);“因胁迫结婚的,受胁迫的一方可以

[1] 这涉及到婚姻法上的一个理论问题,即婚姻成立要件与婚姻有效要件的区别。限于本文篇幅,对此不做详论。

[2] 参见梁慧星主编:《民商法论丛》,第14卷,法律出版社2000年4月版,第775页—776页。

向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。”(第 11 条)

尽管修正案草案在婚姻无效制度的基本构成上,采取了自始无效与可撤销的二元结构。但是,在具体情形的列举上,它把可撤销婚放在了次要位置上。属于可撤销婚的只有违背结婚合要件中受到胁迫的一种情形。从英美法的发展看,虽然两国,甚至一国的不同法域之间,对自始无效婚与可撤销婚的划分不尽一致,但总的趋势是法律逐渐减少了自始无效婚的种类,相应扩大了可撤销婚的范围。修正案草案将可撤销婚仅列举胁迫一种情形是不够的。就缺乏结婚的合意这一私益要件所成立的婚姻而言,还应包括欺骗婚、误解婚及虚假婚。再者,未达法定婚龄的早婚、患有法定禁止结婚的疾病而结成的婚姻也应划归可撤销婚范围。以美国为例,对未达法定婚龄的婚姻,在早期普通法中是无效婚姻,从《统一结婚离婚法》开始,现在大多数州都将它视为可撤销婚姻。再者,在美国法上未见有禁止结婚疾病的规定,当事人一方精神不健全,只是婚姻可撤销的原因之一。(英国法也将一方患有性病、精神不健全,作为婚姻可撤销的原因。)试想,如果一方明知对方患有不宜结婚的疾病,并且愿意与之结婚,愿意照顾其日常生活,法律为什么要强行解除他们之间的婚姻呢?看来不仅在无效婚姻种类的划分上,需保护某些疾病患者的利益,在结婚要件方面,也需重新审视中国法的现行规定。

扩大可撤销婚范围的主要理由是:对事实上已经成立的夫妻关系,在法律上加以否定时要尽可能地慎重。扩大可撤销婚的范围,体现了法律对已经发生的身份事实的宽容。如果将绝大多数违法婚姻纳入无效婚范畴,做自始无效处理,虽然维护了结婚制度的尊严,但并不利于百姓生活的稳定和对公民基本利益的保护。说到底,婚姻关系作为一类基本的民事生活关系,是私人关系。男女双方的结合不符合结婚的私益要件或仅一般性违反结婚的公益要件,并未因此危害社会、危及他人利益时,将撤销该婚姻的权利赋予相关当事人比一律做自始无效处理要好得多。它使法律更具有人文关怀的精神,更符合婚姻关系作为基本民事关系的实质,也符合无效婚姻立法的国际潮流。

至于重婚、近亲婚,一个公然挑战一夫一妻的婚姻制度,一个严重违背社会伦理道德,应属自始无效婚。因此,明确自始无效婚与可撤销婚的划分标准是必要的。凡是属于严重违反公益性结婚要件而形成的婚姻,属自始无效婚;基于维护私人利益和重视婚姻既成事实的理由,一般性违反公益要件或违反私益要件的婚姻,属可撤销婚。

### (三)宣告婚姻无效的机关

关于宣告婚姻无效的机关,在英美法乃至大陆法系国家中,并不是一个需要专门讨论的问题。以诉讼方式,由法院判决宣告,是各国的通例。

根据修正案草案的规定,受理婚姻无效的机关有两个:一是婚姻登记机关,一是人民法院。请求权人可以向任何一个机关提起无效或撤销之诉。

笔者以为,宣告婚姻无效的机关,应仅限于人民法院。宣告程序宜采单一的诉讼程序。在我国,婚姻登记机关是各级民政部门,它们作为国家行政机关,对各种业已成立的婚姻关系是否符合法定结婚要件,应否予以确认无效,是难以作出判断的。再者,婚姻关系是民事法律关系而非行政法律关系,对民事关系效力的判断是司法机关的职权,非属行政机关的权限。而且,宣告婚姻无效并不单纯限于依法解除双方的婚姻关系,还必然涉及到共同财产分割、子女抚养、经济供养、损害赔偿等一系列事关当事人及子女的基本民事权益的事项,这些均超出了婚姻登记机关的职权范围。如果通过行政机关宣告身份关系无效,难免会造成行政权力过分干预私人生活的后果,不利于对当事人民事权益的保护。早在 1993 年,我国对合同法修改时,就删除了合同管理机关可以确认合同无效的规定,在新近颁布的《中华人民共和国合同法》中继续坚持了这一原则。法律对确认财产契约效力机关的规定尚且如此,何况对婚姻这种身份的契约呢?!我国婚姻登记机关的职能,应仅限于对公民结婚或离婚登记予以形式上的审查。只有人民法院才能代表国家,行使审判权,依法对当事人的婚姻效力作出实质性判定,并对相关法律后果作出判决。

#### (四)宣告婚姻无效的法律后果

修正案草案第 12 条规定：“无效或撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务，但同居期间所得的财产，除重婚的以外，按照共同财产分割；对有过错的一方，可以少分或不分。”对此，笔者有不同看法。

首先，自始无效婚与可撤销婚的法律后果应当有所区别。具体来说，前者因其违法程度严重，事关社会的公共秩序与善良风俗，应当自始无效。后者应从法院判决之日起无效，法院的判决不具有溯及力。理由如下：

在民法理论中，民事行为的“无效”与“可撤销”，其法律后果都是自始无效。这在我国《民法通则》第 58、59 条及《合同法》第 56、58 条中都有体现。但是，婚姻关系不同于合同关系（财产契约），它是身份关系，是男女两性结合的持续性关系。对财产关系而言，因其有瑕疵而无效或者撤销后，当事人之间相互返还原物，使财产恢复原状是可能的，而男女身心上的结合以及结合期间所生子女，这样一些身份事实，是不可能恢复原状的。再者，可撤销婚在依法撤销之前是实际存在的。对撤销以前所发生的事实，如，子女的出生、双方所为的财产赠与、家事劳动的提供等，如果按照溯及既往的一般原则，显然会造成非常不公平的后果，不利于对当事人（尤其是女方）及子女利益的保护。因此，民法总则关于无效或可撤销的民事行为自始无效的规定，不适用于婚姻关系。对此问题，我国台湾学者亦有论述，“撤销的效力具溯及效力，乃一般原则。但法律有特别规定者，依其规定，如民法第 998 条规定：‘结婚撤销之效力，不溯及既往。’以顾及身份关系的安全，俾免所生子女成为非婚生子女。”<sup>[23]</sup> 英美法上取消传统的一律溯及既往原则，代以可撤销婚姻的判决没有溯及力，更是一例。

其次，在无效婚姻的法律后果上，简单一律地宣告“当事人不具有夫妻的权利和义务”，虽然维护了法律的尊严，符合逻辑，却不可避免地忽视了对无效婚姻中生活困难一方及无过错一方的利益保护。可参考英美法中的相关规定，结合我国实际，增加规定：1. 宣告婚姻无效时，生活困难的一方可以请求另一方提供必要的经济补偿；2. 无过错一方在婚姻被宣告无效时，可以向过错方请求损害赔偿。在婚姻无效制度中增加损害赔偿内容，其功能有两个方面：一是保护善意当事人的利益。修正案草案关于分割共同财产时，“对有过错的一方，可以少分或不分”的做法，对无过错方保护的力度不够。应在此基础上，增加损害赔偿的规定；二是能够扼制此类违法行为的再发生。减少违法婚姻，引导公民按照法律的要求创设婚姻关系，也是建立婚姻无效制度的目的之一。

#### (五)对子女的特别保护

对于无效婚姻中子女的法律地位，修正案草案第 12 条规定：“当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。”且不论这一规定存在的语法问题，起码法律对无效婚姻中子女地位的态度是不明朗的。可撤销婚姻存续期间出生的子女是婚生子女，这是法院判决不具有溯及力的必然结果。那么，自始无效婚中出生的子女是婚生还是非婚生呢？从逻辑上推论，他们应是非婚生子女。但是，这一严厉后果对子女来说是不公平的，会引起不良的社会后果。对于婚姻的无效，子女是无辜的，父母的婚姻过错不应累及子女。英美法对此问题的规定，具有很大的参考价值。为使子女健康成长，保障他们的基本民事权利，可考虑规定：当事人所生子女视同婚生子女，法院在作出婚姻无效判决时，应当对子女的抚养作出裁决。

## 五 结 语

在对英美法的比较研究中，笔者意外地发现：关于婚姻无效制度，在英美法与中国法之间存在着一个十分有趣的现象：当中国学者和立法机关呼吁并着手建立这一制度时，英美学者却发出疑问：“我们还

[23] 王泽鉴：《民法总则》（增订版），三民书局 2000 年 9 月版，第 532 页。

需要婚姻无效的法律吗？”(Do we need the law of nullity?)<sup>[24]</sup> 这不能不令人困惑！冷静审视、思考这一制度在英美法上的演变历程之后，笔者又不禁释然：社会发展带来人们婚姻家庭观念的转变，使英美法律制度不断地修改、变化。因此，便有了当代美国法律对传统法“关系回溯”理论的折衷和修改，便有了英美法上对无效婚姻中的女方和子女利益的特别保护措施，甚至出现了法官对重婚案件中的女方和子女给予经济救济的判决。由此，亦不难寻到英美法上婚姻无效制度的基本发展轨迹：从维护形式正义逐步转向对维护实质正义的注重。

另一方面，20世纪60年代末，随着无过错离婚制度在英美法上的确立，现在只要婚姻一方愿意，所有婚姻关系都可以通过离婚来解除。所以，英国出现了无效诉讼越来越少的现象。据统计，近30年来，英国平均每年婚姻无效的判决大约只有500件左右，离婚判决则达到15—18万件。英国学者因此作出了无效婚姻制度已日益消亡的判断。<sup>[25]</sup> 美国学者哈里·D·格劳斯也认为“当代法律的这一趋势，由《统一结婚离婚法》直接推动。它不但正在加速模糊无效婚与可撤销婚的界限，也使它们与有效婚的界限变得不清了，使得不管建立在何种基础上的婚姻与近似婚姻的同居关系的最终法律后果相等同。”<sup>[26]</sup>

我们面临着选择：在中国，要不要建立婚姻无效制度，建立怎样的婚姻无效制度？尽管英美学者根据这一制度的实际作用，对它的存在价值提出了疑问，但是我们在作出自己的选择时，应当面对中国实际。中国正处在社会主义初级阶段，中国的法制建设，尤其是民事法律制度也处于初创阶段。因此，在修改现行婚姻法，制定民法典，建立中国亲属法体系时，仍需在结婚制度中增设这一制度。因为，它是结婚制度的必要组成部分，它与法定的结婚要件相辅相成，起着规范公民结婚行为，预防和减少违法婚姻，保护善意当事人及子女利益的功效，它仍然是一个重要的法律概念，它实际上明确了谁可以和谁结婚，亦即婚姻关系在何种情况下无效。

中国需要建立婚姻无效制度。除上述原因外，还在于中国目前尚不存在英美法上宽松的离婚体制。人们在诉讼离婚时，原告只有提出法定的能够证明婚姻关系确已破裂的相关证据，才能获得法院的准许。因此，婚姻无效制度会不可避免地成为人们解除已经成立婚姻的合法方式之一，不可避免地会成为婚姻关系破裂法律后果的一种处理手段。

现在，我们面临的是如何构建符合21世纪中国婚姻家庭发展方向，保护和制裁并重的婚姻无效制度。今天英美法上婚姻无效制度的诸种变化和做法，值得中国法借鉴。

---

**[Abstract]** By examining provisions concerning annulment of marriage in British and American law, the author reflects upon current provisions relating to annulment of marriage in contemporary China and proposes her new visions in this respect.

---

[24] 同[1] p. 28.

[25] Gwynn Davis, *The English Law of Nullity*, 中英完善婚姻家庭法律制度研讨会论文, 2000年12月北京。

[26] 同[6] pp. 64—65.