



婚姻效力研究

HUNYIN XIAOLI YANJIU

姚秋英 ■ 著



中国政法大学出版社



婚姻效力研究

HUNYIN XIAOLI YANJIU



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目(CIP)数据

婚姻效力研究/ 姚秋英著.-- 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 6

ISBN 978-7-5620-4856-5

I. ①婚… II. ①姚… III. ①婚姻法-研究-中国 IV. ①D923. 904

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第143854号

- 书 名 婚姻效力研究
HUNYIN XIAOLI YANJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 8.500印张 200千字
- 版 本 2013年7月第1版 2013年7月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4856-5/D·4816
- 定 价 26.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

序 言

法律行为的最根本问题就是法律行为效力问题，也就是意思表示能否产生预期法律效果的问题。婚姻是一种特殊的法律行为，本书以法律行为效力理论为基本线索，对婚姻这种特殊行为的效力问题进行分析，全书共分为六章，分别是：第一章婚姻效力基本理论，第二章婚姻生效要件，第三章无效婚姻与可撤销婚姻，第四章婚姻身份效力，第五章婚姻财产效力，第六章婚姻效力的解除。

婚姻是一种契约，但婚姻关系中存在着许多与社会公益相关的问题，国家公权力有必要介入。国家干预婚姻契约的形式之一便是规定婚姻效力制度，通过明确婚姻契约的有效要件，对婚姻契约进行法律评价，把不合婚姻契约精神的有效力瑕疵的婚姻规定为无效婚姻、可撤销婚姻等，同时规定有效婚姻的约束力，明确有效婚姻当事人的法定权利义务关系，对婚姻契约的内容进行干预，保障婚姻内容符合公平正义。婚姻效力制度是划定婚姻领域自治与国家干预、限制的边界的一个办法。婚姻效力制度规定了婚姻的有效、无效、可撤销等，确定了有效婚姻的条件，将一些结婚要件、婚姻权利义务、离婚制度等规定为强制性规范。婚姻行为不得违反强制或者禁止规定，不得违背公共秩序或善良风俗。这既是对婚姻自治的保护，也是对越界自治的干预。

2001年修改后的《婚姻法》对于婚姻的效力状态规定得比较详细，除了规定有效婚姻之外，还明文规定了无效婚姻和可撤销婚姻。我国婚姻有效须同时符合实质要件和形式要件，如双方意思表示的一致性、达到法定婚龄、不存在禁止结婚的疾病、进行结婚登记等。有效的婚姻在调整夫妻双方在婚姻家庭中的人格、身份、财产等方面将形成一定的权利义务关系，表现为夫妻人身关系和夫妻财产关系。无效婚姻是因欠缺法定有效要件（如有禁止结婚的亲属关系）而不能产生合法婚姻的法律效力、不被法律所认可和保护的一种婚姻状态。可撤销婚姻是指虽已成立但因违反法定有效要件（如因胁迫结婚）在撤销权人依法申请撤销时有关机关应予以撤销的婚姻。

我国《婚姻法》对有效婚姻的效力、无效婚姻、可撤销婚姻、婚姻效力解除的规定还存在着不完善之处。比如将“有禁止结婚的疾病和未到法定婚龄”的婚姻归为无效婚姻是不妥当的。禁婚疾病和未到法定婚龄只是违反一般性公益要件或私益要件，其社会危害性小，而且具有可补正性，应为可撤销婚姻。本书将从婚姻效力的一般理论出发，对我国相关立法的完善提出建议。

姚秋英

2013年3月15日

目 录

序 言	1
第一章 婚姻效力基本理论	1
第一节 婚姻及其本质	1
第二节 婚姻效力概述	23
第二章 婚姻生效要件	47
第一节 婚姻生效要件概述	47
第二节 婚姻生效的实质要件	51
第三节 婚姻生效的形式要件	61
第三章 无效婚姻与可撤销婚姻	81
第一节 无效婚姻制度概述	81
第二节 我国无效婚姻的现行规定	89
第三节 我国无效婚姻制度存在的问题及其完善	101
第四节 可撤销婚姻制度	115
第四章 婚姻人身效力	125
第一节 夫妻人身关系	125
第二节 夫妻忠诚协议	155

第三节 夫妻分居制度	164
第五章 婚姻财产效力	181
第一节 婚姻约定财产制	181
第二节 婚姻个人财产制	194
第三节 婚姻共同财产制	215
第六章 婚姻效力的解除——离婚	232
第一节 离婚制度概述	232
第二节 协议离婚制度	241
第三节 诉讼离婚制度	249
参考文献	262

第一章 婚姻效力基本理论

第一节 婚姻及其本质

一、婚姻的概念

对婚姻的科学界定，是研究所有婚姻家庭问题的前提。婚姻家庭是人类社会中最广泛和普遍的社会关系。在人类历史长河中，婚姻并非自始存在和永久不变的，它是人类社会发展到一定阶段的产物，同时伴随着人类社会的发展变化，其自身的内容和形式也不断产生相应变化以适应一定的社会生活方式，最终成为人类社会中的一种普遍现象。

对于婚姻的概念，学界认识并不统一。在我国固有汉语中，“婚”与“姻”含义不同。按《说文解字》，“婚，妇家也。礼娶妇以昏时。”“姻，婿家也。女之所因”^{〔1〕}。在我国理论界，对婚姻大体上有两种观点。一种观点较为强调婚姻的合法性。这种观点较为传统。例如，史尚宽先生认为婚姻是“以终生共同生活为目的之一男一女之合法的生活关系”^{〔2〕}。戴东雄教授

〔1〕（汉）许慎：《说文解字》，中华书局出版社1963年版，259页。

〔2〕（台）史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第97页。

认为婚姻是“以终身之共同生活为目的之一男一女适法之结合关系”〔1〕。巫昌祯教授认为婚姻是“为当时社会制度所确认的男女两性的结合”〔2〕。夏吟兰教授认为婚姻是“为当时社会制度所确认的男女两性的结合”〔3〕。婚姻须具有合法性的观点不是我国所独有。在英文上,婚姻对应的单词是 Marriage。按《布莱克法律词典》,婚姻是“丈夫和妻子在法律上的结合”〔4〕。另一种观点不强调合法性,转而强调婚姻行为的公示性。这种观点将婚姻和婚姻制度进行了区分。认为“婚姻是一种社会现象,是实际存在于现实生活中的一种人与人之间的社会关系。而婚姻制度是在一定经济基础之上形成的有关婚姻的上层建筑,它对现实形态的婚姻关系进行调整。”〔5〕因此,作为一种社会现象的婚姻便可以以婚姻制度进行评判,形成合法婚姻、违法婚姻、有效婚姻、无效婚姻等区分。符合婚姻制度的婚姻才能被认定为合法婚姻、有效婚姻,反之,就可能是违法婚姻、无效婚姻。如果强调婚姻的合法性,就会意味着婚姻的概念不能调整违法婚姻,也就无法对一些违法婚姻(例如重婚)进行制裁。因此,婚姻的概念应当涵盖合法婚姻和违法婚姻,它是合法婚姻和违法婚姻的上位概念。“婚姻是男女以夫妻名义同居生活,形成当时社会群众认为是夫妻的两性结合的社会形式。”〔6〕强调婚姻公示性的观点,也存在一些问题。毕竟,“当时社会群众

〔1〕 戴东雄、戴炎辉:《中国亲属法》,三民书局2000年版,第53页。

〔2〕 巫昌祯主编:《婚姻家庭法新论——比较研究与展望》,中国政法大学出版社2002年版,第27页。

〔3〕 夏吟兰主编:《婚姻家庭继承法》,中国政法大学出版社2004年版,第1页。

〔4〕 Bryan A. Garner (editor in chief), BLACK'S LAW DICTIONARY Eighth Edition, 992.

〔5〕 陈苇:《外国婚姻家庭法比较研究》,群众出版社2006年版,第85页。

〔6〕 陈苇:《外国婚姻家庭法比较研究》,群众出版社2006年版,第88页。

认为是夫妻”并不是一个统一的标准，而哪些人能够构成“社会群众”也难以说明。况且，社会群众的认识未必就与国家法律的认识相一致。因此，将婚姻交由社会群众来认定，似乎并不妥当。实际上，上述两种观点在婚姻概念上的区分并没有过分的理论意义。强调婚姻合法性特征的概念强调了婚姻的法律意义，而强调婚姻公示性的概念强调了婚姻的社会意义。法律概念是一种学理上的抽象，这些抽象未必能够穷尽生活现象，所以在某种程度上需要用法律概念的社会意义来调整和补充，从而实现法的既定目标：公平和正义。

婚姻合法性的概念确实在调整重婚问题上出现了矛盾，既然第二个婚姻不是合法的婚姻，那么被惩罚的“重婚”就不是婚姻。“法律的生命不是逻辑，而是经验”^{〔1〕}。这里是从法律的目标出发而做出的安排。当然，采用社会意义上的概念似乎会解决问题，但是也仅此而已。社会意义的概念不能作为法学理论研究和推演的工具。笔者认为在确定婚姻概念时应考虑以下因素。第一，绝大多数国家都认为婚姻法是民法的一个组成部分，我国正在编纂起草的《民法典》也将婚姻法作为民法的一部分，因此，婚姻的概念应考虑民法学的有关理论。结婚是一种民事行为，婚姻的概念应当与民法学中的民事行为概念相对应。民事行为可以分为民事法律行为、无效民事行为和可撤销民事行为，婚姻的概念则至少也应该涵盖合法婚姻、无效婚姻和可撤销婚姻。第二，与其他法学术语相比，婚姻这一概念有其特殊性。大多数法学概念和法律同时产生，而婚姻这一名词则是在日常生活中产生的。早期人类社会的婚姻并不需要法律来调整，即使是在阶级社会中，在很长一段时间内，婚姻仍然

〔1〕〔美〕霍姆斯：《普通法》，冉昊，姚中秋译，中国政法大学出版社2006年版，第4页。

是由习惯来调整,或者像我国古代一样,由“礼”来调整。由于这一特殊性的存在,确立法学上的婚姻概念就尤为困难。因此,给婚姻下定义,除了要考虑婚姻的本质外,还要全面考虑现实社会对婚姻的认知。第三,在婚姻法学中,涉及婚姻的概念很多,合法婚姻、违法婚姻、无效婚姻、事实婚姻,如此等等。这些概念有些出现在著作中,有些则出现在法律法规、司法解释中,因此婚姻概念应容纳上述种种“婚姻”,这样才能使得婚姻概念在整个婚姻法学体系中始终同一,不至于产生歧义和混淆,保证法律用语逻辑上、法律法规体系上的一致性。^{〔1〕}本书所讨论的婚姻是指男女两性以夫妻权利义务为内容在法律上的结合。这一婚姻概念,包括以下几层含义:第一,婚姻以合意为基础,婚姻的成立以婚姻缔结者的合意为前提,在奴隶社会和封建社会,由于以家族利益为基点,婚姻的缔结者与婚姻当事人分离,婚姻是以作为主婚者的家长、尊亲属的合意为前提而非婚姻当事人的。进入资本主义社会后,人格独立、“自由、平等”观念深入人心,婚姻尊重当事人的选择。现代社会更是以人为本,婚姻以当事人双方合意为基础,当事人有权依法决定自己与谁结婚,任何人包括父母在内都无权干涉。第二,婚姻须以夫妻权利义务为内容和结合目的。男女结婚,其目的是为了建立夫妻身份关系,组成家庭共同生活,享有夫妻间、父母子女间以及与其他家庭成员间的权利和履行义务,承担社会赋予的责任。婚姻的目的性,是婚姻成立的思想条件,也是婚姻与通奸、姘居等两性结合的区别所在。第三,婚姻是男女法律上的结合,具有配偶身份的公示性。男女双方既要具有夫妻生活的内在内容,还应有在外部形式上公众所承认的配偶身

〔1〕 参见方文晖:“论婚姻在法学上的概念”,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2000年第5期。

份，这需要当事人要以夫妻名义公开生活，如到婚姻登记机关登记结婚、或公开举行结婚仪式、或以夫妻名义登记户口等，这种公开的行为使得双方的亲友和周围的群众认为他们是夫妻，他们便能得到公众的认可。但是哪种公示会得到法律认可，需要看该种公示是否按照法律规定的形式进行。

二、婚姻的本质

（一）有关婚姻本质学说的评述

关于婚姻的本质，以婚姻所形成的基础不同，有契约说与非契约说之分。非契约说认为婚姻不是契约关系，又分为身份关系说、伦理说与制度说等。

1. 契约说。此观点认为婚姻是一种契约，是在西方国家产生并至今仍在法学界占统治地位的重要学说。该学说认为婚姻基于要式的契约而成立，婚姻缔结本身可视为契约的订立。婚姻契约应适用一般民事契约的规定。康德最早提出婚姻是契约的理论。他认为：“婚姻虽不是任意的契约，但是是两个不同性别的人，为了终身相互占有对方的性官能而产生的结合体，它是依据人性法则产生其必要性的一种契约。”^{〔1〕}其他一些学者如柯朗、加比堂等也都认为婚姻是一种男女之间的要式契约。不少国家在婚姻立法上也采纳了这种观点。19世纪以来，将婚姻视为民事契约的观点也为英国社会所支持，美国的大多数州也以法律明文规定婚姻具有民事契约的性质。

康德的理论着眼于夫妻之间性官能的结合，显得偏重婚姻关系的自然属性而忽视其社会属性，他又把夫妻之间的权利加上“物权性质”，也许其本意只是要强调夫妻结合的排他性，但

〔1〕〔德〕康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第95页。

是终究与当今的社会理念和学术体系不合,所以早已被扬弃。现代的一些婚姻家庭法学者将契约说进一步发展,认为从法律的观点看,婚姻是一男一女为了共同的利益自愿终身结合、互为伴侣、彼此提供性的满足和经济上的帮助以及生男育女的契约,因而婚姻契约与其他的民事契约不同,具有伦理性和制度性。他们认为婚姻必须由当事人形成合意,婚姻本质上就是夫妻之间互相交换感情和劳务等等,而且结婚与离婚并不会受到国家和社会的限制,这些都与契约的基本特征相同。

近来对婚姻的契约性又有了新的争论,以合伙契约模型和盟约模型为代表。以伙伴关系为理论的合伙契约模型是美国学者在婚姻财产领域提出的理论。它通过将婚姻类比为商业合伙关系来说明平等所有权、平等分配婚姻财产的合理性。合伙是契约的一种,所以此种理论并未对合伙契约模型的基本内容作出修正,只在财产法领域抵制合伙契约模型下当事人享有的约定财产权利的绝对自由,强调区分但公平地估量当事人对婚姻的财产性贡献和非财产性贡献。该理论认为配偶是婚姻中的伙伴,他们各自对婚姻作出形式不同但同等重要的贡献。非财产性贡献应当被充分地估量,如此对待在家里从事家务、照顾孩子的配偶方为公平,因为他们的付出对家庭来说具有与财产性贡献同等重要的意义。所以,作出贡献的每一方配偶都有权分享婚姻中的财产。盟约模型是西方社会新近提出的旨在“回归”婚姻融合状态的理论与实践。迄今为止美国有三个州允许夫妻选择缔结盟约婚姻。《盟约婚姻法》禁止离婚,除非出现了极端的情况,如通奸、遗弃或像阿肯色州法律所言“残忍野蛮的对待”。《盟约婚姻法》还要求夫妻参与结婚前和离婚前的咨询,而且,“与那些适用现有的无过错离婚的案件相比,他们的等待期延长到两年半”。与合伙契约模型相比,盟约模型更强调婚姻的统一性和神圣,对社会公共利益考虑

得更多一些,并通过引进国家对婚姻的控制而限制离婚。从根本上说,盟约模型只是限制了当事人行使缔约自由权利的范围和程度,它本身并没有超出合伙契约模型的框架,更未对合伙契约模型构成本质性的否定。

2. 身份关系说。该学说认为婚姻关系本质上是一种身份关系,婚姻双方在财产上的权利义务关系附随于人身上的权利,创设这种关系的婚姻行为是一种身份法的行为,行为人须有结婚的合意,但是婚姻成立的条件和程序、婚姻的效力、婚姻解除的原因等,都是法定的,而不是当事人约定的。因此,不应将婚姻行为视为契约,应将婚姻关系视为身份关系。婚姻不应当是双方利益的互换,它应当对本人、对方、家庭和社会负责。身份关系说认为,婚姻是契约的表述是一种谬误。即使人是通过类似进入契约的过程进入婚姻的,但是一经成立的婚姻与各种形式的契约相比还是不同的,因为身份是婚姻关系的基本要素,并且一旦缔结了婚姻,婚姻关系中的剩余部分是身份比契约多。^{〔1〕}

3. 伦理说。黑格尔是此学说的创始人,他认为康德的婚姻契约论使婚姻庸俗化。婚姻是伦理实体,法律的规定使伦理实体具有法律的意义,是有法律意义的伦理的爱。黑格尔认为,婚姻本质上并不是基于合意而产生的契约,因为它并不牵涉到可以转让的“个别外在物”,毋宁说,它与当事人的完整人格有关,因为一旦他或她进入婚姻,任何人都不能合法地转让他或她,并且任何他人都不能合法地对他或她主张财产权。因此,黑格尔指出,“婚姻不可能归属于契约的概念之下”,如果将婚姻说成这样一种契约就是“可耻的”,毋宁说,“尽管婚姻开始

〔1〕 参见宋智慧:“以契约理念透视婚姻本质”,载《长沙理工大学学报(社会科学版)》2004年第4期。

于契约”，包括当事人的自由同意和意愿，“更准确地说，它是一个超越了契约立场的契约”。在婚姻制度中，“爱”的原则要求不讲究利益的精确计算，那种在市民社会和市民法中贯穿一切的经济人假说被弱化甚至被消灭。婚姻财产制度从一定意义上具有了对弱者的保护和扶持功能。这样“当两个自由的个体一旦步入婚姻的殿堂，组成家庭后，在婚姻关系终止以前，就其个人而言，是不存在任何个人财产权利的，也不存在意思自治的适用空间。”〔1〕

4. 制度说。1902年法国学者卢斐主张婚姻并非契约，而为制度之一。持这种学说的人认为，婚姻是制度的结合，虽然当事人须有合意，但这一合意只是为了一个共同的法律既定的目的，即法律制度而作出。婚姻当事人结婚以后，制度上的效力立即发生，而与婚姻当事人的意思如何毫无关系，夫妻不得更改婚姻效力，不得依解除的合意而将婚姻予以解除。

以上各种学说关于婚姻性质的界定各有侧重，从不同角度反映了婚姻的一些特性。契约说充分彰显了主体人格独立，以当事人双方人格独立为基础，表达了对婚姻自主的追求。身份关系说和伦理说注重婚姻中的特性，即婚姻的身份属性和伦理性，较一般的法律关系更具有一种人性的东西。制度说将婚姻看作社会中的一种制度，认为婚姻的成立当事人需有合意，但此种合意，只是为当时的社会制度而作出。笔者赞同婚姻契约说，并将在下文中详述其理由。

（二）婚姻的契约本质

1. 契约的本质属性。

（1）契约的基本涵义。契约又称合同、合约或协议，是指

〔1〕 刘素萍：《婚姻法学参考资料》，中国人民大学出版社1998年版，第64～65页。

双方或多方在平等、自由的基础上所达成的在法律上具有约束力的合意。在《牛津法律大辞典》中，契约是指两人或多人之间为在相互设定合法义务而达成的具有法律强制力的协议。契约的签订必须依据双方的一致合意而成立，缔约的双方必须受到契约的约束，同时缔结契约是自由的。契约概念在西方的大致历史演变中，不断地和各种学说发生结合，它在保存其旧有的含义的同时，又在获得新的含义，甚至于发生含义上的根本断裂。本书分别考察大陆法系和英美法系的契约概念。

大陆法系国家的民法体系继受了罗马法的基本原则，是在罗马法基础上建立起来的制度体系。在罗马法上，契约是指“得到法律承认的债的协议”。这个定义对大陆法系国家影响深远，成为大陆法系对于契约定义的指南针。例如《法国民法典》对契约的定义：“为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物、作为或不作为义务的合意。”^{〔1〕}这一定义中包含的核心要素有两点：其一就是合意，一个合同的成立至少需要两个协商一致的意思。只有全体当事人的意思一致，即合意才能缔结契约，才能产生法律效力。其二就是交换，这种交换表现在市场领域就是债权债务，即个人通过自己的行为将自己的自由交由他人支配，即按照他自己的意思承担向他人“给付”的义务。对于契约的概念，康德有他自己的解读，即通过取得一种主动的责任，我能够对另一个人的自由和能力施加压力。于是，我的占有就变得多了一些。我的这种权利只不过是一种对人权，它的效力只能影响到某个特定的具体人，特别是影响到他意志的因果关系，于是，他必须为我做一些事情。《德国民法典》把契约纳入了法律行为的概念之中，契约只是债的关系的个别形

〔1〕 罗结珍译：《法国民法典》，中国法制出版社1999年版，第282页。

式。德国所谓的法律行为主要着眼于意思自由，是民法中意思自治原则的抽象。我国《合同法》对于契约的定义表现在第2条：本法所称的合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。可以说，我国《合同法》关于契约的定义中，也凸显了合意的重要性。

在英美法系国家中，契约的核心要素是对价或允诺，对价或允诺是契约得以成立和生效的前提条件，没有对价或允诺就没有契约的存在。对价的思想见诸于《英国法律释义》，契约是按照充分的对价去做或不去做某一特殊事情的协议；允诺的思想则源于《美国合同法重述》：契约是这样一个或者一系列许诺，违背它法律将给予救济，履行它法律将通过某些方式确认是一种义务。美国的麦克尼尔在《新社会契约论》中提到，契约不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系。他把契约的核心要素定义为交换是对契约概念的经典表述。由此，契约法律所要关注和解决的首要问题便是交换。契约法律中各种内在的关系，如习俗、身份、习惯及其他为人所内化的东西，都可以规划未来的交换。^{〔1〕}从这个意义上说，交换的本质并不仅限于传统的物物交换，同时也包括诸如习惯、人身等，只是交换的方式、手段、内容等有所不同而已。

（2）契约的本质属性。第一，契约自由和契约正义。德国学者海因·科茨指出，“私法最重要的特点莫过于个人自治或其自我发展的权利。契约自由为一般行为自由的组成部分……是一种灵活的工具，它不断进行自我调节，以适应新的目标。它也是自由经济不可或缺的特征。它使私人企业成为可能，并鼓励人们负责任地建立经济关系，因此，契约自由在整个司法领

〔1〕 参见〔美〕麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社2004年版，第7页。