

无效婚姻论

孟令志 著

.13

中国社会科学出版社

无效婚姻论

孟令志 著

中国社会科学出版社

8205-09

5

前 言

婚姻法是大法,这是从其调整的对象——婚姻、家庭关系,涉及到每个公民和每个家庭而言的。婚姻法又是小法,这是从其法律条文少,又没有诸如刑法、民法等已形成了系统、完整的理论体系而言的。因而,对婚姻法的研究、探索,远远落后于刑法、民法及经济法领域。

1980年婚姻法颁布十几年来,恰遇中国社会从宏观到微观发生了巨大变化。随着经济体制改革向纵深拓展,对外开放、对内搞活的经济大潮向我们涌来。新旧体制、新旧观念;外来文化与传统文化;人与物质利益的冲突,直接冲击着婚姻家庭领域。包办、买卖婚姻,借婚姻索取财物现象的存在,事实婚姻久禁不绝。甚至在我国已经绝迹几十年的重婚、纳妾、卖淫、嫖娼、典妻等腐朽现象又死灰复燃。严峻的现实向我们现行的法律和法律工作者提出了挑战。

我国现行婚姻立法中,就如何认定和处理违反婚姻法的行为没有明确规定,致使无法可依,违法难究,间接地纵容了违法婚姻的滋生。本书针对我国婚姻立法中这一薄弱的环节,进行研究与探讨,以期抛砖引玉。由于作者水平有限,难免有不妥之处,恳请广大读者批评指正。

孟令志

一九九六年六月于武汉

目 录

第一章 无效婚姻概述	(1)
一、问题的提出	(1)
二、我国婚姻法学术界的一个热点问题	(3)
三、无效婚姻的概念	(5)
四、无效婚姻与其它无效、可撤销民事行为的关系	(10)
五、无效婚姻与撤销婚姻的关系	(15)
六、无效婚姻与无婚、不存在婚的区别	(19)
七、无效婚姻与离婚的区别	(21)
八、无效婚姻的本质和特征	(22)
第二章 无效婚姻的构成	(27)
一、概述	(27)
二、我国现行婚姻立法中对无效婚姻的规定	(29)
三、外国立法中有关无效婚姻的规定	(31)
第三章 非自愿婚	(42)
一、男女双方自愿结婚	(42)
二、婚姻的基础是婚姻自由	(48)
三、坚持婚姻自由反对性自由	(52)
四、非自愿婚的形式	(57)
五、非自愿婚的法律后果	(65)
第四章 早婚	(72)
一、有关结婚年龄的立法	(72)

二、结婚年龄的立法依据	(76)
三、早婚的法律后果	(78)
第五章 重婚	(84)
一、一夫一妻制	(84)
二、一夫一妻制的法律意义	(87)
三、重婚的概念	(89)
四、重婚与通奸、姘居的界限	(92)
五、重婚的种类	(93)
六、重婚与重婚罪的界定	(95)
七、重婚的法律后果	(98)
第六章 近亲婚与疾病婚	(104)
一、自然选择与婚姻禁忌	(104)
二、人类共同的婚姻禁忌	(106)
三、我国婚姻立法中禁止结婚的规定	(110)
四、近亲婚与疾病婚的法律后果	(116)
第七章 未登记婚	(122)
一、结婚方式的演变	(122)
二、实行婚姻登记的意义	(128)
三、关于“事实婚姻”问题	(129)
四、未登记婚的概念	(132)
五、未登记婚的处理	(133)
六、未登记婚的法律后果	(135)
第八章 关于无效婚姻的一些问题	(140)
一、无效婚姻之诉	(141)
二、宣告婚姻无效的机关	(146)
三、无效婚姻的法律后果	(148)
四、外国立法中关于无效婚姻的规定	(154)
五、非婚生子女法律地位的嬗变	(157)
六、对非婚生子女法律地位的立法建议	(164)

第九章 展望与选择.....	(166)
一、关于无效婚姻的立法	(166)
二、无效婚姻与计划生育的协调	(171)
三、关于婚姻无效宣告后的损害赔偿立法	(173)

第一章 无效婚姻概述

一、问题的提出

1980年《中华人民共和国婚姻法》的颁布与实施，为巩固和发展社会主义婚姻家庭制度，保障公民在婚姻家庭中的合法权益，建立民主和睦的家庭关系起到了积极作用。但由于婚姻立法不尽完善，在司法实践中，常遇到一些棘手的案件，令人深思。如案例（一）甲男乙女两人未履行结婚登记，仅举行婚礼而“结婚”，婚后4年女方起诉离婚。法院则认为他俩未履行结婚手续，即无婚姻关系，无婚可离，不予受理。之后，女方与丙男登记结婚。甲便去法院告乙女、丙男犯重婚罪。法院遂以重婚罪追究了乙女、丙男的刑事责任。对此乙女不服，认为（1）当我提出与甲男离婚时，法院认为我们未履行结婚手续，无婚可离。（2）与丙男结婚时，认为与甲男有婚姻关系，而构成了重婚罪。那么，到底应维持哪一个婚姻关系。

显然，法院对此案的处理是矛盾的，但前后两次相矛盾的处理，又都有其依据。对于乙女的离婚要求拒绝受理，是因为乙女没有履行结婚手续，缺乏合法夫妻关系的凭证，法院当然可以认为其无婚可离。法院又判决乙构成重婚罪，亦有其理由。这是因为甲乙两人虽未履行结婚手续，但举行了婚礼，又共同生活4年，周围群众也认为他们是夫妻，即有社会的承认。因此，可认为其构成了事实婚姻。在前婚未解除的情况下，又与丙登记结婚，认定其构成重婚罪，是有依据的。那么，作为乙女，如何处理婚姻

问题才是合法，显然她陷入了进退两难的境地。

案例（二）甲男在乙女十八岁时，通过熟人领取了结婚证。婚后不久，因感情不合，乙女提起离婚诉讼。法院在审理此案时发现，女方提出离婚时，还未到法律规定的结婚年龄，遂判决解除甲乙两人的非法同居关系。对此，男女双方当事人都不服。认为，他们结婚是履行了法定程序的，是合法的夫妻关系。判决他们非法同居，有损他们的名声。诚然，当事人的说法是有道理的。因为我国实行的是婚姻登记制度。取得结婚证，男女双方便具有了合法夫妻身份的凭证。虽然当事人是以欺骗的方式而取得的结婚证。但对此法律并没有规定其处理方法，判决他们非法同居，显然依据不足。此案中法院的判决，也是有理由的。关于结婚年龄，婚姻法中早已明确规定，男方应年满二十二周岁，女方应年满二十周岁。这是一个最低标准。实际的结婚年龄应至少等于或高于这个标准。如果女方未满二十周岁而结婚，法律是不允许的，是不能产生婚姻关系的。但当事人以欺骗的方式骗取了结婚证，由于其结婚的实质要件没有具备，婚姻关系不能依法成立。所以法院判决他们为非法同居关系是合适的。

以上所举的仅是两个典型案例。诸如此类的纠纷，在司法实践中时有发生。我国的婚姻立法虽然就公民结婚的实质要件和形式要件早已明文规定，但并不是每一个公民都能够严格地遵守法律，法律所确认的模式并不能在现实社会关系中得到统一实施。对于违反法律的明文规定而成立的所谓“婚姻关系”应如何处理，婚姻法并没有作出明文规定。这一问题在婚姻法学术界，是学术观点最活跃的热点之一。在司法实践中，它是审判工作中经常遇到的重大疑难问题之一。对有些问题的处理，各地人民法院的标准也有所不同。如对于未履行结婚手续，而要求离婚的案件。有的法院予以受理，认定为事实婚姻，按一般的离婚案件加以处理。调解和好的，要求当事人补办手续。调解不成的，便调解或判决解除他们的事实婚姻关系。这样做，实际上是将未履行结婚登记手

续的事实婚与合法婚姻关系一视同仁。有的地方法院则以当事人没有履行结婚手续，无婚可离而拒绝受理。对于违反婚姻法的行为应如何处理的问题，成为我国婚姻法中的一大空白，以致无法可依，违法难究，间接地纵容了违法行为的滋生与蔓延。尤其是随着我国政治体制和经济体制的改革向纵深拓展，社会主义市场经济模式日趋规范。作为社会最普遍的社会关系的婚姻、家庭关系，与社会的变革和发展至关紧密，却出现了一些不尽如意的现象。包办、买卖婚姻及干涉婚姻自由等封建婚姻回潮，借婚姻索取财物的存在。甚至在我国已绝迹几十年的重婚、纳妾、卖淫、嫖娼等丑恶、腐朽现象的死灰复燃，严重地破坏了民主、和睦婚姻家庭关系的建立，阻碍了社会主义精神文明的建设。

严峻的现实向我们昭示，建立一套完整的、治理违反婚姻法行为的法律制度，是我国法制建设中刻不容缓的任务。深化和拓宽婚姻法的研究领域，在理论上对违反婚姻法行为的认定、性质、处理进行阐述，推动我国婚姻立法的进程，是我们作为一个法律工作者义不容辞的职责。

二、我国婚姻法学术界的一个热点问题

长期以来，对于违反婚姻法的行为，我国婚姻法学术界习惯将其称为违法婚姻。围绕违法婚姻问题，我国婚姻法学术界展开了一系列的讨论，成为一个热点问题。1984年在全国婚姻法学研究会成立大会暨学术讨论会上，围绕违法婚姻的概念、性质及其处理原则等问题，进行了积极的探索。

1986年颁布的《婚姻登记办法》中规定：“婚姻登记机关发现婚姻当事人有违反婚姻法行为或在登记时弄虚作假、骗取《结婚证》的，应宣布该项婚姻无效，收回《结婚证》。”从而，婚姻无效制度第一次在我国立法上表现出来。1987年中国婚姻法学研究会又对违法婚姻的效力和法律后果展开了深入的讨论。1989年10月中

国婚姻法学研究会又专门就治理违法婚姻进行了研讨。综观这些研究和探讨,婚姻法学术界对违反婚姻法行为的认定主要有二种观点:

一是违法婚姻论。违法婚姻是指婚姻当事人双方或一方违反婚姻法关于结婚条件和程序的规定而以夫妻关系同居生活的行为。违法婚姻是相对合法婚姻而言的,是在我国一定时期内存在的一种不正常的婚姻状况。婚姻法规定了结婚应具备的实质要件和形式要件。违反这些要件而结婚时,是一种违法行为,由此而产生的婚姻关系是一种违法婚姻。

二是事实婚姻论。持这种观点的学者认为,事实婚姻就是违法婚姻。其特征在于对内男女双方以夫妻身份相待;对外以夫妻名义相称,群众亦认为他们是夫妻而公开同居生活。以没有履行结婚手续为其基本构成要件。事实婚违反了关于结婚的形式要件的规定,有的事实婚姻关系形成时,亦违反了实质要件。由于实行婚姻登记制度,不具备结婚实质要件的男女要求结婚时,登记机关肯定不予登记。因此,只有以不办理婚姻登记手续而规避法律,产生事实婚姻关系。

笔者对上述二种观点持有不同意见,笔者认为,对于违反结婚条件而成立的婚姻关系,应以宣告其无效来处理,理由有二:

1. 从世界各国的立法来看,对于违反结婚要件所形成的违法婚姻,主要采取两种制度来处理,即无效婚姻和撤销婚姻。一般说来,违法情况严重的,法律认为这种违法情况无可救治,必须使这种违法的婚姻关系趋于消灭,不能再让这种违法情况存在下去,即规定其为无效,如违反近亲结婚的规定。如果认为违法情况经过一定时期或情况变化后,其违法因素可以得到纠正,任其下去也无妨时,法律便规定这种婚姻为得撤销,如未到结婚年龄而结婚者,应予以撤销。

2. 从我国立法的情况来看,1952年6月中央人民政府内务部、司法部《关于未达婚龄的婚姻案件处理问题的批示》中首次使

用了婚姻无效的概念。明确指出：“婚姻法颁布后，未达婚龄而私行结婚或同居的早婚男女，任何一方提出离婚时，应视为婚姻无效，无条件取消其违法的婚姻关系。”1963年8月最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个问题意见》，明确指出，重婚是违法行为，必须严肃处理，原则上应当维持原配夫妻的关系，宣布重婚关系无效。1986年3月15日颁布的《婚姻登记办法》中，提出对于当事人违反婚姻法的行为或在登记时弄虚作假，骗取结婚证的，应宣布该项婚姻无效，收回结婚证。虽然这一规定还只能表明立法中有了无效婚姻的雏形，作为完整的法律制度和规范，它还相当不完善、不具体。但它毕竟提出了对于违法婚姻的一项处理的原则，即以宣告其婚姻为无效。在此基础上，民政部又于1994年2月1日颁布并施行的《婚姻登记管理条例》第24条规定：“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”。第25条又规定：“申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记机关应当撤销婚姻登记，对结婚、复婚的当事人宣布其婚姻无效并收回结婚证，对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效并收回离婚证，并对当事人处以200元以下的罚款”。

由此可见，我国目前的立法规定，对于违反婚姻法的行为，是以宣告其婚姻无效的方式来处理的，无效婚姻制度已经确立。

其实，违法婚姻与无效婚姻两者并不矛盾。违法婚姻是从违法行为的内容而言，因为行为本身违反了婚姻立法的规定而称为违法婚姻。无效婚姻是从行为的法律后果而言的，由于立法对成立婚姻关系的条件作了明确规定，不具备这些条件的，应认为其无效，不产生相应的法律后果。

三、无效婚姻的概念

婚姻一词的意义甚多，社会学家们认为婚姻是经过某种仪式

的男女结合，为社会所许可者，此种制度必须以社会的许可为其特征。美国学者哈罗德·克里斯坦森说：“婚姻是一种男女之间择偶的制度化的安排，就是说婚姻被看作是家庭组织的前提”。^① 欧内斯特·伯吉斯认为，动物求偶，而人结婚。其意义不同是简单明了的，求偶是生物化的，而婚姻是社会和文化的。婚姻是一种仪式，一种被社会认可的结合，一种一旦进入就要对社会承担某种认可责任的关系。^② 人类学家威廉·斯蒂芬斯认为，婚姻是社会合法的性结合；开始于一种公众宣告，具有共同的思想职能。^③

婚姻又是一种法律现象，罗马法学者认为婚姻是男女以终生共同生活为目的之结合关系。我国学者解释为婚姻是男女双方具有合法的夫妻关系。^④

婚姻的另一层含义在于男女双方创设婚姻关系的行为，对此德国法中称作 *Ehescheiessung*，英美法中称作 *contract of marriage*。我国学者认为，从法学意义上对婚姻的定义为：婚姻是男女双方以永久共同生活为目的，以夫妻间的权利义务为内容的结合。^⑤ 是两性结合的社会形式。从其概念上理解，婚姻应包含以下几个层次的含义：

（一）婚姻是男女两性的结合。即结婚的双方须为异性，同性的结合不成其为婚姻。这是由于男女两性的差异及人类所固有的性本能是构成婚姻的自然因素。这种自然属性是婚姻家庭关系区别于其它社会关系的重要特征。如果没有上述种种自然因素，人类社会便不可能出现婚姻关系。同性的结合违背了这种自然因素，

① 转引自美丁·罗斯·埃什尔曼著《家庭导论》，中国社会科学出版社1991年1月第1版，第79页。

② 转自美丁·罗斯·埃什尔曼著《家庭导论》，中国社会科学出版社1991年1月第1版，第79页。

③ 转自美丁·罗斯·埃什尔曼著《家庭导论》，中国社会科学出版社1991年1月第1版，第79页。

④ 杨大文主编《婚姻法》，法律出版社1987年6月第2版，第17页。

⑤ 杨大文主编《婚姻法》，北京大学出版社1991年第1版，第5页。

法律当然是不允许的。

(二) 婚姻是男女双方以永久共同生活为目的，以夫妻权利义务为内容的结合。正如一些法学家们所说的，婚姻乃具备法定条件之一男一女，以终生的共同生活为目的之结合关系。男女以终生共同生活为目的之结合，是婚姻关系的内部特征。通奸、姘居等两性关系之所以不成其为婚姻，主要原因在于通奸、姘居关系的男女，发生两性关系的目的并不在于永久共同生活。并且通奸的男女双方，采取秘密、隐蔽的方式。姘居的男女虽然公开同居，但不以夫妻名义相称。这样一来，也并不是说立法要求所有的夫妻都必须厮守终生、白头到老。或者说以离婚而告终的夫妻从一开始便不能称其为婚姻。立法中所要求的是男女双方成立婚姻关系时，是以永久共同生活为目的，至少在婚姻关系成立的当时，双方有终生共同生活的目的。当夫妻感情不和，不愿再维系婚姻关系时，允许解除其婚姻关系是合乎情理的。同样，当通奸、姘居的男女开始这种关系时并没有永久结合目的，而后同居的目的日趋明朗，并以终生的共同生活为目标，发展到公开以夫妻名义同居时，就不再是通奸、姘居行为，便已转化成事实上的重婚行为了。

(三) 婚姻是男女双方结合的社会形式。即两性的结合，要成其为婚姻关系，必须采取为当时的社会制度认可的形式，才称其为婚姻。两性结合的社会形式，揭示了婚姻的本质在于其社会属性。婚姻虽然是以两性结合为条件，但它决不是自然关系，而是社会关系。马克思指出：“人的本质并不是单个人所固有的抽象物，实际上，它是一切社会关系的总和”^① 这一论断，同样也适用于人类的婚姻关系。从根本上说，两性的生理差别，性的本能等自然因素，是普遍存在于一切高等或较高等动物之中的，婚姻则是人类特有的社会现象。在过去的几千年间，上述自然因素并无重大

① 《马克思恩格斯全集》第3卷，第5页。

变化，婚姻形态却不断地从低级形态向高级形态发展。并且，每一个社会，每一个国家和民族，都有其婚姻方式。婚姻的方式随着社会制度而改变。只有以当时社会所承认的两性关系的方式，才能称之为婚姻。婚姻关系的成立，有其社会形式和标准。

例如，古罗马时期实行过共食婚和时效婚的形式。共食婚亦称为麦饼婚或宗教婚。是罗马法按市民法规定仅适用于贵族的婚姻缔结形式。由于婚礼上新郎、新娘将麦饼在神庙供奉神，并共食祭神的麦饼为婚礼完成的标准，故称共食婚。时效婚是指依罗马法的规定，男女双方在事实上同居一年后，得视为正式配偶。在16世纪以前，基督教的寺院法要求公告形式。即当事人应将准备结婚的事项在当地教会中公告，结婚时由神职人员祝福。资本主义国家则采取“契约婚”的形式，认为婚姻乃可依离婚解除之契约。我国社会主义婚姻制度则采取法律婚的方式，即只要履行了国家法律规定的方式和程序，婚姻才发生效力。婚姻的成立必须符合程序，婚姻才发生效力。婚姻的成立必须符合所在地区、所在社会或国家法律、道德、民族风俗习惯的要求和认可。尤其是现在，一般都是以法的形式，强制人们成立婚姻关系必须遵守一定的规范。

总之，婚姻是特定的社会关系，必须同时具备上述三个特征或因素。否则，两性的结合，便不能被称为“婚姻”。我国旧社会男方与妾的关系，就是一个明显的例证。虽然男方与妾生活在一个家庭，有共同生活的内容。但由于他们的结合不被社会所承认，即使他们共同生活一辈子，也没有合法的夫妻身份。妾所生的子女称为“庶”没有婚生子女应享有的法律地位和权利。婚姻关系以外的两性关系，历来的法律都是加以禁止的，甚至曾被认为是犯罪行为而加以处罚。《古兰经》中说，背叛丈夫的女子，按安拉的要求，应该用石块砸死。其原因就在于它对社会已承认的合法婚姻造成侵害，因而为法律所不允许。

综上所述，男女两性的结合，要成为婚姻，必须采取社会所

承认的形式，符合法律的规定。缺乏法定条件而产生的两性结合，严格地讲，不能称之为婚姻。所以一些学者认为“违法婚姻”“无效婚姻”这些名称本身就是矛盾的。既然欠缺婚姻成立的条件，男女两性的结合就不能称之为婚姻，而一律应认为是非法同居关系予以否认。

无效婚姻虽然欠缺婚姻成立的有效条件，但它仍然能引起一些法律后果的发生。如（1）男女双方以夫妻身份或名义公开同居生活，有婚姻之实，仅无婚姻之名。婚姻的结果是组成家庭，尽管有的男女双方的结合不具备国家法律所要求的婚姻成立应具备的要件，但他们以如举行婚礼、骗取结婚证等方式，求得社会的公认，并以夫妻的名义，公开同居生活，组成家庭，形成相互间的扶助义务，并组织生产或消费。（2）承担抚育子女、赡养老人的义务。实行人口的再生产是社会存在和发展的必要前提。生育子女，是两性结合的产物；这是自然因素所决定的。也就是说，即使两性的结合不能称之为“婚姻”，同样可以完成生育子女、繁衍后代的职能，同样可以承担抚育子女，赡养老人的职能。国家之所以对两性的结合进行规范与干预，一个重要的原因也就在于对人们的这种纯自然的过程进行干预，使之符合社会经济发展的需要。因为人是社会的人，一切行为都应受到社会的制约，两性结合也不例外。尤其我国现阶段所实行的人口政策，更有必要对于两性的结合进行干预。

无效婚姻固然欠缺婚姻成立的要件，但它同样能引起婚姻后果的产生，所以应该属于立法涉及的范畴。

基于上述分析，笔者认为无效婚姻的定义为：欠缺婚姻成立的法定条件而不发生法律效力的两性结合。

在一些国家的立法中，对于违法婚姻的处理，除设立无效婚姻制度外，还设有撤销婚姻制度与之并存，即欠缺婚姻成立的法定条件，而于撤销之日起否认其具有法律效力的两性结合，如日本民法、德国婚姻法等。

四、无效婚姻与其它无效、可撤销民事行为的关系

《中华人民共和国民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”婚姻家庭中的人身关系和财产关系是发生在作为平等主体的公民之间，符合民法规范的调整范围。民法通则第103条还规定，公民享有婚姻自主权。显然婚姻自由等婚姻家庭中的人身权利，和夫妻之间的财产、继承等财产权利属于民法通则所列举的民事权利之一。婚姻家庭法已从独立的法律部门回归，属于民法的组成部分。因此民法通则中所确定的基本原则也适用于婚姻家庭关系。婚姻等身份行为属于民事行为的范畴，但其又有特殊性，有别于其它民事行为。婚姻行为与其它民事行为的区别，主要有以下几个方面：

（一）关于行为能力

民事法律行为的有效条件之一，是公民具有相应的民事行为能力。民事行为能力是指公民能够以自己的行为行使民事权利和设定民事义务，并且能够对自己的违法行为承担民事责任。从而引起民事法律关系的发生、变更或消灭的一种资格。公民要有行为能力，就必须有正确识别事物或判断事物的能力，即有思维能力。思维能力是公民具有行为能力的基础。而公民是否具有思维能力，实际上不易证明。因此，一方面以达到一定年龄、具备一定的社会活动经验为标准；另一方面还要智力正常，能够理智地进行活动，并能认识自己行为的结果作为具有思维能力的标准。我国《民法通则》第11条第1款规定：“十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力的人。”也就是说，年满十八周岁，智力发育正常的公民，完全可以依照自己的意愿，独立地实施民事法律行为，具

有民事行为能力。第11条第2款又规定：“十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”在我国，有一部分十六周岁以上不满十八周岁的公民，已经参加社会劳动，并有固定的收入和较固定的收入，并以此收入维持生活，具有独立生活的经济能力。所以也认为这些公民已基本上具备了独立处理自己事物的能力，法律上把他们亦视为完全民事行为能力人，赋予他们与成年人相同的民事行为能力。

我国婚姻法规定的结婚年龄是男二十二周岁，女二十周岁，也就是说，结婚年龄高于成年的年龄。具有完全民事行为能力的人，并不一定具备结婚的能力。必须是达到法定结婚年龄的公民，才具备结婚的行为能力，即婚姻能力。因此，民法中关于行为能力的规定，对于婚姻行为并不完全适用。

关于婚姻能力问题，我国台湾学者史尚宽先生也认为，在成立婚姻关系时，民法中关于行为能力的规定不能适用，此时有意思能力的，视为有结婚的行为能力。^①意思能力，瑞士民法中称为判断能力，有识别婚姻为何的能力者。即对婚姻的成立、解除的结果有认识能力的，视为有结婚的行为能力。因此，未成年人，虽然法律规定为无行为能力人或限制行为能力人，但在婚姻问题上，也可认为其有婚姻能力。因为世界上许多国家以二十或二十一岁为成年年龄。如法、德、荷兰、英、西班牙、比利时、瑞典、芬兰、丹麦、奥等国家，以二十一岁为成年年龄。日本、韩国、瑞士等国，以二十岁为成年年龄。而这些国家所规定的结婚年龄往往低于成年年龄，未成年人经父母同意便可结婚。同样，在这些国家的立法规定中，民事行为能力的规定与婚姻行为能力的规定也不相同。

对于禁治产人有无婚姻能力的问题，德国婚姻法第2条规定，

① 史尚宽《亲属法论》，第10页。