



山东政法学院学术文库·法学
Shandongzhengfaxueyuanxueshuwenku Faxue

结婚制度研究

张迎秀 著

Jiehunzhidu
Yanjiu

山东大学出版社

C913.13

134

结婚制度研究

张迎秀 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

结婚制度研究/张迎秀著. — 济南: 山东大学出版社, 2009. 8
ISBN 978-7-5607-3920-5

I. 结…

II. 张…

III. 婚姻制度—研究

IV. C913.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 145393 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码: 250100)

山东省新华书店经销

山东省恒兴实业总公司印刷厂印刷

880×1230 毫米 1/32 11 印张 301 千字

2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷

定价: 24.00 元

版权所有, 盗印必究

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社营销部负责调换

学术、学问与学术传统（总序）

所谓学术，据《辞海》解释，是指较为专门、有系统的学问。而学问则是学习、问难。^① 做学问、搞学术是一个艰苦的过程，它既要有努力的学习又要有潜心的沉思，来不得半点马虎，几乎没有任何捷径可走。严格说来学问与学术还是有一些区别的。何怀宏说：“学术是大家的，学术乃天下之公器，有规有界。学问是个人的，学问乃自我之心得，无端无涯。”^② 对大部分人文学科的学者来说，做学问主要是在书斋里面，得耐得住寂寞。虽然学者们要面对现实，但只有经得起冷板凳的磨练才能产出真正的学术。做学问讲究个人的修养，是把思想变成文字的过程。思想一旦变成用文字表述的作品，学问就成了学术成果。创新性的学术成果就是书斋里的革命，而“革命”性的学术是促使社会进步的精神力量。然而，学问是怎样产生，又是如何变成学术的呢？

梁启超先生认为，将世界纷繁复杂的东西作为做学问的资料进行梳理分类、归纳整理，这就是能力。有了这种能力，“思想乃起，有思想故，斯有议论，有议论故，斯有学问”，“则凡学术关于有形实物者，其基础可知耳，何也？学固以实验为本，而所谓实验者，自有一定之界，苟不驰于此界之外，则其实实验乃可信凭。界者何？物之现象是也。若贸然自以为能讲求庶物之本相者，则非复学术之

① 参见《辞海》，上海辞书出版社1999年版，第3193、3194页。

② 何怀宏：《问题意识》，山东友谊出版社2005年版，第1页。

界矣”^①。梁治平在总结他的学术经验时也讲到，当以学术的方式来审视自己的感受和结论的时候，就必须达到一种理性的自觉，要向自己，同时也向所有其他人，提供一些经得起检验的论据，并且公开自己的论证方式。自己承担了依靠理性去证明的义务，那就不仅要公开，而且要忠实和公正。古人说，学术乃天下公器，同样包含这一层道理。自己依此去做，实际是在尽学者的本分。结论其实并不重要，要紧的是隐藏在结论后面的东西。^② 确实，这里面既有学术意境，也有学术方法，更重要的还可能在于学术的创新。学问与学术的真谛在于不断地创新，为社会不断地补充精神食粮。

学术创新是当下学界最重要的理念。然而，要真正对学术有所贡献则需要诸多的条件，起码对一个学者来说，要切实领悟学术的价值；要具备良好的学术意境和深厚的文化底蕴；要有正确的逻辑思维方法；在某种意义上还要有学术系谱的传承。邓正来在《深度研究与自主发展》一文中介绍说：美国著名文化人类学家吉尔兹遵循韦伯比较行为与行动的理路，对“眼皮痉挛”（行为）与“递眼色”（行动）作比较所得出的结论：前者只是动作，而后者却是有意义的动作。文章还介绍了 F. Crews 为西方反实证主义的知识运动的检讨对我们的启示：“一个优秀学者最重要的标志就是对先验结论‘抱有一种本能的警觉，换句话说就是，对任何未经检验得出的、貌似权威的结论、理论体系或者其他一般论点一概持怀疑态度’。”^③ 我认为，这种观点对于当下各大学中正在寻究大学精神和探求学术创新路径的学者而言，“不能不说是知识活动的一个尺度”。学术创新不应是“眼皮痉挛”，起码应该是“递眼色”。学术是指那些对社会产生一定影响的学问。

① 梁启超：《饮冰室合集》（二），文集之十三，中华书局 1989 年版，第 52、56 页。

② 参见《学术思想评论》第 3 辑，辽宁大学出版社 1998 年版，第 541 页。

③ 《学术思想评论》第 2 辑，辽宁大学出版社 1997 年版，第 39、47 页。

凡办得好的大学，都有一种良好的学术氛围与传统。徐显明说：“学术传统是一所大学所拥有的最有价值的无形资产，它比起那些有形的资产更加珍贵。”他认为，需要代代传承的学术系统主要有四个方面：一则，养涵崇高，襟怀宏伟的大家气度。视学术犹如生命，具有对学问的虔诚敬畏之风气和孜孜不倦地探求之良俗。在科学的道路上，百折而又不挠，宽容而又大气，兼蓄而无门户之见，从而造就一批历久弥新的传世之作。二则，开拓创新，研故出新，有敢为天下先的学术追求。学者们都以学问的拓荒者为荣。他们的头脑不但专为学问而准备，也有着对时代变迁、学术更替的足够敏感。高文典册成就于启例发凡的学术努力之中。三则，沉潜学问，厚积薄发的精品意识。学者们恪守“板凳要坐十年冷，文章不写半句空”的信条，~~深知微学阿要耐得住寂寞~~，避免浅薄浮躁，急功近利。“根本固者，~~华实必茂~~，源流渥者，光澜必章”是他们追求的学问境界。四则，~~崇尚争辩~~，~~追求学术自由的治学精神~~。学者们对“知出乎争”这一~~儒家遗训深信不疑~~。^①我想，这些良好的学术传统既已成为名牌大学的灵魂，~~那么，对于苦苦寻找发展之路的新兴大学来讲，理应视为楷模而效之。~~

山东政法学院推出这套“学术文库”，将分不同学科陆续出版。这不仅是该院专家学者们多年来精心研究所取得的成果的展示，更重要的在于通过这种学术作品的出版，历练学术意境，提升学术水平，进而在不断努力的基础上形成自己的学术传统。

是为序。

山东大学教授 陈金钊
博士生导师

2006年8月

^① 参见《山东大学百年学术精粹·总序》，山东大学出版社2001年版。

目 录

第一章 结婚制度概述.....	(1)
第一节 结婚的概念、特征和要件.....	(1)
一、结婚的概念.....	(1)
二、结婚的要件.....	(5)
第二节 结婚行为的法律性质.....	(7)
一、契约说.....	(7)
二、制度说.....	(8)
三、状态说.....	(8)
四、合一行为说.....	(9)
五、身份行为说.....	(9)
第三节 结婚制度的历史沿革	(10)
一、掠夺婚	(10)
二、有偿婚	(12)
三、无偿婚	(13)
四、聘娶婚	(13)
五、欧洲的宗教婚	(14)
六、共诺婚	(15)
第二章 结婚的实质要件	(17)
第一节 结婚的必备条件	(17)
一、必须具有结婚合意	(17)

二、必须达到法定婚龄	(25)
三、必须符合一夫一妻制	(43)
第二节 结婚的禁止条件	(53)
一、一定范围的亲属禁止结婚	(53)
二、患一定疾病的人禁止结婚	(78)
第三章 结婚的形式要件	(94)
第一节 结婚形式要件概述	(94)
一、结婚形式要件的概念	(94)
二、结婚形式要件的类型	(94)
第二节 我国现行结婚登记制度及评析	(98)
一、我国结婚登记制度立法概况及意义	(98)
二、结婚登记的具体内容	(100)
三、《婚姻登记条例》之述评	(102)
第三节 完善结婚登记制度	(110)
一、现行结婚登记制度的缺陷	(110)
二、完善结婚登记制度	(116)
第四章 无效婚姻与可撤销婚姻	(124)
第一节 无效婚姻与可撤销婚姻制度概述	(124)
一、学理上的无效婚姻与可撤销婚姻	(124)
二、无效婚姻与可撤销婚姻的立法例	(125)
第二节 我国无效婚姻与可撤销婚姻制度	(130)
一、确立无效婚姻与可撤销婚姻制度的法律意义	(130)
二、无效婚姻	(133)
三、可撤销婚姻	(138)
四、无效婚姻与可撤销婚姻的法律后果	(140)
第三节 我国无效婚姻与可撤销婚姻制度的完善	(144)
一、我国无效婚姻制度的特点	(144)
二、无效婚姻与可撤销婚姻制度的缺陷及完善	(154)

第五章 事实婚姻	(171)
第一节 事实婚姻概述	(171)
一、事实婚姻的概念与特征	(171)
二、我国事实婚姻的现状	(179)
三、我国事实婚姻存在的原因	(182)
第二节 事实婚姻立法规制的演变	(185)
一、外国事实婚姻立法规制的演变	(185)
二、我国事实婚姻立法规制的演变	(193)
第三节 我国现行事实婚姻立法的检讨	(200)
一、“补办登记”引致的法律问题	(200)
二、人民法院和婚姻登记机关之间缺乏沟通与协调	(204)
三、在立法重心问题上采用以善后问题为重心主义有失偏颇	(205)
四、解除同居关系时财产处理的规定过于笼统、模糊	(206)
第四节 事实婚姻之法律应对	(207)
一、学术界关于事实婚姻立法的争议	(207)
二、事实婚姻之法律应对	(218)
第六章 婚检制度研究	(230)
第一节 婚检制度概述	(230)
一、婚检制度域外法律考察	(230)
二、我国婚检制度的历史沿革	(233)
三、婚检价值	(236)
第二节 婚检制度的执行情况及存在的问题	(244)
一、执行情况	(244)
二、婚检制度存在的问题	(246)
第三节 强制婚检的取消	(248)
一、理由	(248)

二、评析·····	(250)
三、强制婚检取消后的状况·····	(251)
第四节 完善婚检制度之构想·····	(261)
一、明确婚检项目·····	(261)
二、加大宣传力度·····	(263)
三、完善婚检制度·····	(264)
第七章 特殊婚姻研究·····	(268)
第一节 变性人婚姻家庭法律问题研究·····	(268)
一、变性人的性别识别·····	(268)
二、变性后的亲属关系·····	(279)
三、变性人的结婚问题·····	(281)
四、变性人的“离婚”问题·····	(284)
五、变性人的生育问题·····	(288)
六、性别变更权与配偶权的冲突及解决途径·····	(290)
第二节 网络婚姻研究·····	(297)
一、网络婚姻概述·····	(297)
二、网络婚姻和现实婚姻的区别·····	(303)
三、有配偶者网婚的成因·····	(305)
四、有配偶者网婚的危害·····	(310)
五、网络婚姻在实务中引致的法律问题·····	(314)
六、对网络婚姻的法律规制·····	(319)
第三节 对大学生结婚问题的思考·····	(325)
一、在校大学生结婚的合法性·····	(326)
二、取消大学生结婚限制之价值·····	(327)
三、在校大学生结婚之利弊·····	(329)
四、在校大学生结婚引致的问题·····	(329)
五、对大学生结婚的理性思考·····	(331)
参考文献·····	(337)

第一章 结婚制度概述

结婚制度是婚姻制度的核心和重要组成部分，也是婚姻家庭法学的中心内容。结婚不仅是男女双方的终身大事，而且还关系到民族健康、社会稳定及人类的生存发展。自阶级社会形成以来，通过法律的手段规范婚姻的成立，是任何时代、任何国家法律制度的一项重要内容。统治阶级都从巩固、发展与其政治要求相适应的婚姻家庭制度出发，对结婚问题作出了必要的法律规定。

第一节 结婚的概念、特征和要件

一、结婚的概念

（一）婚姻的概念

在人类历史的长河中，婚姻并不是自始存在和永恒不变的，它是人类社会发展到一定历史阶段的产物，是同一定社会的生产方式相适应的男女两性结合的社会形式。

在近现代外国法中，“婚姻”（marriage）一词通常有两种含义：一是指婚姻关系。罗马法学者认为婚姻是男女以终身共同生活为目的的结合关系。罗马法中的 *nuptia*，德国、瑞士民法中的 *Ehe*，法国民法中的 *mariage*，英美法系中的 *marriage*，都有这种含义。二是指创设这种关系的行为，即结婚行为。德国、瑞士等大陆法系的

民法称为婚姻的缔结，英美法称为婚姻契约。^①

婚姻之名，在我国历史上曾以“昏因”相称。其含义有三：^②一是指创设夫妻关系的行为，即结婚仪式。《诗·郑风》曰：“婚姻之道，谓嫁娶之礼。”《白虎通》解释说：“婚姻者何谓，昏时行礼，故曰昏，妇人因夫而成，故曰因。”二是指男女通过结婚所形成的夫妻关系。《礼记·经解》说：“男曰昏，女曰因。”三是指由婚姻连结起来的某种姻亲关系。《尔雅·释亲》曰：“婿之父为姻，妇之父为婚；妇之父母、婿之父母相谓为婚姻。”郑玄注《礼记·昏义》概括为“妇党称婚，婿党称姻”。但近代以来，婚姻一词的含义已经缩小，仅指结婚或夫妇，不再指称姻亲关系。因此，在我国现代法中，婚姻一词也有两层含义：其一指婚姻的缔结，即结婚行为；其二指婚姻关系本身。

目前在婚姻法学界，通说认为：婚姻是男女双方以永久共同生活为目的，以夫妻的权利义务为内容的结合。它具有以下含义：

1. 婚姻是男女两性的结合

男女两性的生理差别、人类固有的性本能，是婚姻赖以形成的自然因素，也是婚姻固有的自然属性。这种自然属性是婚姻关系区别于其他社会关系的重要特征，如果没有上述种种自然因素，人类社会根本就不可能出现婚姻。自古以来的法学家、哲学家在谈及“婚姻”这一名词时，一直将它看成是男人和女人的结合。这是婚姻的基本特征和前提条件，同性的结合是不能构成婚姻的。因为同性为婚不能繁衍人种、延续社会，是违背自然规律的。但是，同性恋行为在美国、法国、德国和新西兰等资本主义国家却公开存在。同性恋者建立组织，扩大宣传其宗旨。如20世纪90年代，新西兰议会通过立法，给予男同性恋合法化待遇。事实上，同性恋不仅使社会道德沦丧，而且是艾滋病的主要传播途径。这种行为与婚姻行

^① 参见李双元、温世扬《比较民法学》，武汉大学出版社1998年版，第878页。

^② 参见陈顾远《中国婚姻史》，上海文艺出版社1987年版，第3~4页。

为根本背离。因此，有的国家法律明文规定，同性不得为婚姻。美国联邦最高法院于1986年6月30日裁定：同性恋者之间发生性行为是违法的。但近年来，西方国家对同性恋的认识和态度发生了根本变化，同性恋在西方许多国家公开化，同性恋合法化的呼声越来越高。目前，西方国家的法律不再将同性恋视为违法犯罪行为，承认同性恋为成年人自愿选择的一种生活方式，有少数国家如荷兰、比利时、加拿大、挪威、美国部分州承认同性恋，法国、意大利、西班牙的某些地区出台了与同性婚姻有相同意义的家庭伴侣法。但从世界范围来看，同性恋者的法律地位仍然是极其具有争议性的法律问题。其争议的焦点在于，同性结合是否应与传统的婚姻同等对待。至少在目前，绝大多数国家仍然坚持传统的观念，只承认同性恋结合为伴侣关系，虽然享有与婚姻相类似的权利义务，但并不完全等同于婚姻。无论同性恋在各国处于何等法律地位，这种行径都是与婚姻格格不入的。

2. 婚姻是以永久共同生活为目的男女结合

婚姻是男女双方以永久共同生活为目的的两性结合。这是婚姻内在的一个特点，要求男女双方在结合时具有这种主观愿望，以维护婚姻的严肃性、稳定性，排除了附条件、有期限的结合。但是，它并不否认婚姻的可解除性。禁止离婚主义是宗教、神学的观点。夫妻的结合，包括精神、肉体、经济及其他权利义务关系的结合，且具有持久性。这是婚姻区别于通奸、姘居及一切违法两性结合的重要标志。男女两性结合除了婚姻之外，还有其他多种多样的形式，有的单纯表现为性的关系，如婚前性行为、通奸；有的表现为同居生活，如非婚同居、姘居。这些两性结合均缺乏夫妻共同生活的目的要素，因而不能称之为婚姻。男女结合以终身共同生活为目的，有利于实现婚姻家庭健全地生存发展的社会需求，也符合婚姻当事人自身的要求。我国大多数婚姻当事人实现了终身共同生活的宿愿；少数婚姻因某种原因背离了婚姻的本质和职能，解除无爱的婚姻关系，也是符合事物发展的辩证规律的。

有观点不赞同将婚姻界定为以永久共同生活为目的的结合，理

由是：夫妻共同生活是婚姻的实质内容，法律可以对其作出要求，但是否以“永久”共同生活为目的，却是当事人主观上的心理状态，除当事人外其他人难以知情，以永久共同生活为目的和不以永久共同生活为目的，只能凭当事人的表示，其表示是否真实难以得知。况且如果认定婚姻要以“永久”共同生活为目的，何以理解离婚？^①

3. 婚姻须为一男一女的结合

人类自进入文明时代以来，婚姻形式已由对偶婚发展为个体婚，即一夫一妻制。这种单偶婚制度，是社会生产发展的结果。它有利于建立稳定的婚姻关系，有利于对子女的抚育，也是人类走向文明的标志。数千年的人类历史表明，个体婚是实现人种的繁衍和组织家庭生活的最合理的两性结合形式。所以，当今世界除伊斯兰教国家外，各国均采用一夫一妻的个体婚。否则，会构成法律所禁止的重婚。

4. 男女的结合必须为当时的社会制度所确认，才具有夫妻身份并受到相应保护

人类的婚姻，在原始社会是由社会习惯所确认的；自阶级社会以来，一般是由法律来确认的。为了达到确认的目的，婚姻当事人必须依照法定条件和程序结合，才能产生夫妻身份和权利义务关系。婚姻是一种法律行为，而非任意行为。婚姻的结构关系到人类社会的延续和发展，关系到人类有秩序而合理的社会生活。用法律对婚姻加以规范和干预，是人类完善和提高婚姻素质、保障社会发展的需要。

（二）结婚的概念和特征

结婚，又称“婚姻的成立”或“婚姻的缔结”，是指男女双方依照法律规定的条件和程序，确立夫妻关系的民事法律行为。婚姻的成立是婚姻效力的基础，亦是婚姻中止的前提，因而是任何婚姻

^① 参见王丽萍《婚姻家庭法律制度研究》，山东人民出版社2004年版，第8页。

家庭立法不可缺少的重要组成部分。严格地说，结婚是与一夫一妻的婚姻家庭制度相适应的。结婚的概念有广义和狭义之分。广义的结婚不仅包括夫妻关系的确立，而且还包括婚约的订立。狭义的结婚仅指男女完婚，而不包括婚约的订立。从历史的发展看，结婚是一个从广义向狭义演进的过程。古代法多采用广义说，近现代法多采用狭义说。我国《婚姻法》不承认婚约的效力，亦采用狭义说。

结婚有以下三个特征：

(1) 从行为主体来看，结婚的行为必须发生在没有配偶的男女两性之间。结婚是异性结合的行为，同性不能成婚。同时行为的主体必须是未婚、丧偶或离婚的人。

(2) 从行为要求来看，结婚必须根据法律规定的条件和程序进行。也就是说，结婚要受法律的调整。只有依照法律规定的条件和程序成立的婚姻，才能为当时的社会制度所承认。结婚不是当事人的任意行为，如果男女自行结合不符合法律规定的条件和程序，则不发生婚姻的效力。对于不符合结婚条件而结婚的，我国《婚姻法》确立了无效婚姻和可撤销婚姻制度。

(3) 从行为后果来看，结婚是确立夫妻关系的法律行为。男女双方因结婚形成了互为配偶的夫妻身份，开始相互享有和承担法律规定的权利与义务。夫妻身份关系确立后，未经法律程序，双方不能任意解除。结婚行为成立后，将产生及于婚姻当事人的直接效力和及于第三人的间接效力，包括形成夫妻间的权利义务关系，以及基于婚姻而引起的其他亲属间的权利和义务关系。

二、结婚的要件

在国家形态下，结婚是一种法律行为，必须具备法定的要件。法律规定结婚的要件，是国家对婚姻这种社会关系的形成进行干预、审查和监督的手段。法律所规定的结婚要件，无不取决于一定社会的经济基础和社会制度，反映着统治阶级的意志和利益。所以，在不同的历史时期和不同性质的国家中，关于结婚要件的规定

差别很大。我国法律所规定的结婚要件，体现了当事人、国家和社会利益的统一。在通常情况下，凡是欠缺法定要件的男女结合，不具有婚姻的效力。

世界各国的婚姻立法，根据其意义、分类方法的不同，对结婚要件可作以下分类：

（一）实质要件和形式要件

实质要件是指法律规定的关于结婚当事人本身及双方之间的关系必须符合的条件。例如，当事人必须达到一定的年龄；必须无禁止结婚的疾病；必须有双方的合意；必须是非近亲属等。在我国婚姻法学中，将实质要件称为结婚条件。形式要件是指法律规定的结婚程序及方式。在世界立法史上，关于结婚有两种立法主义：一是事实婚主义，即只要有当事人双方的合意和事实上的夫妻关系存在，婚姻即为有效；二是形式婚主义，即结婚必须履行一定的手续，一旦在形式上得到肯定，婚姻即告成立。形式婚有法律婚与仪式婚之别，结婚仪式又有世俗仪式和宗教仪式两种。由于法律婚有利于社会对婚姻关系的承认和保护，有利于双方权利的行使和义务的履行，故现代立法多加采用，并且规定了相应的要件。在我国，结婚的形式要件称为结婚程序。

（二）必备条件和禁止条件

结婚的实质要件分为必备条件和禁止条件。必备条件又称“积极要件”，它是指结婚当事人双方必须具备的不可缺少的条件。如须双方合意，须达法定婚龄等。禁止条件又称“消极要件”，或称“婚姻障碍”，它是指法律规定不允许结婚的情况。如结婚双方是一定范围内的亲属或一方及双方患有某些种类的疾病。

（三）公益要件和私益要件

将公益与私益作为划分结婚要件的标准在西方国家较为盛行。公益要件是指和社会公益有关的要件。如许多资产阶级法学著作中，将当事人达到法定婚龄、禁止近亲结婚、禁止监护人和被监护人结婚等作为公益要件。私益要件是指仅与当事人及其亲属有关的要件。如资产阶级法学著作将当事人合意、当事人须有结婚能力以

及未成年人结婚须法定代理人同意等视为私益要件，认为这些条件仅与私人有关，不损害社会利益。

依照我国现行婚姻法的规定，我国将结婚的实质要件称为结婚条件，包括必备条件和禁止条件，是婚姻法所规定的涉及结婚当事人本身及双方关系本质的条件。将结婚的形式要件称为结婚的登记程序，只有办理了结婚登记的婚姻，才是合法有效的婚姻，受法律保护。

第二节 结婚行为的法律性质

世界各国关于结婚行为的法律性质，众说纷纭。其主要观点如下：

一、契约说

在大陆法系，自1791年法国革命宪法规定“法律仅承认婚姻为市民契约”以来，“婚姻契约学说”，即以结婚行为为契约的见解风靡一时，延续至今。契约学说的代表人康德（Kant）主张：应承认婚姻关系为“性的共同体”，一个人与其婚姻契约的相对人，将各自的性器官和性能力供以终身相互使用，且因使用而得到某种快乐的结合，即婚姻。婚姻契约不是任意的契约，而是基于人性自然法则必要的契约。既然异性男女可自然地使用对方的性特征物而为享乐，故从被使用的一方而言，则无所谓“人格”，而与所谓的“物”别无二致。契约说认为，独立的意思主体的当事人（即夫妻）立于平等地位，且由于当事人自由意思（无欺诈胁迫等情事），而其意思业已合致（愿与对方结婚）者，当即发生夫妻权利义务关系，据以拘束婚姻当事人，故结婚行为实与财产法上的契约别无异趣。日本东京大学川岛武宜教授虽就结婚行为作此结论，但就当事人将为结合的意思，认为有所差别：婚姻是为出于当事人全人格的本质意思；但在财产法上的交易，只不过为出于利害打算的选择意