

论婚姻无效的制度构建

申 晨*

摘 要 我国学界长期以婚姻无效制度对标合同无效制度,但二者的价值结构和立法目标存在重大差异。狭义婚姻无效制度涉及国家对公民婚姻权利的限制问题,可以用比例原则对其正当性进行检验。疾病作为婚姻无效事由不符合必要性原则和狭义比例原则,相关规则应予废除。婚姻可撤销规则的正当性需经表意人注意义务、婚姻主旨、公共利益三项标准的检验。通谋虚假婚姻的撤销不符合公共利益,不应准许撤销。欺诈婚姻中,仅在一方刻意隐瞒其患有不宜结婚疾病、有持续性犯罪恶习、性功能障碍或性取向时,婚姻可以撤销。因当事人未履行注意义务造成的错误婚姻,不应准许撤销。婚姻宣告无效的法定财产性后果,应视财产结合是否符合当事人真实意思,分情况予以决定。

关键词 婚姻无效 婚姻可撤销 比例原则 意思表示瑕疵

婚姻无效制度,具体包括狭义婚姻无效和婚姻可撤销的相关制度,是婚姻法规范体系中基础而重要的一环,其直接决定了一切婚姻法律关系的内容是否能够展开。2001年《婚姻法》引入了婚姻无效与可撤销规则,弥补了相关立法空白,具有相当的进步意义。^{〔1〕}但在学理上,不少学者也提出了既有立法的诸多不足。^{〔2〕}在近年来的司法实践中,出现了不少以办理户口、^{〔3〕}获得额外拆迁安置款、^{〔4〕}获得购房资格^{〔5〕}等为目的而进行“假结婚”的情形,以及以

* 中国人民大学法学院博士后研究人员。

〔1〕 参见薛宁兰:“婚姻无效制度论——从英美法到中国法”,《环球法律评论》2001年第2期,第209页。

〔2〕 参见陈苇:“论我国婚姻无效与撤销制度的完善”,《甘肃政法学院学报》2003年第8期,第11页。

〔3〕 参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第15823号民事判决书。

〔4〕 参见重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法民终字第01171号民事判决书。

〔5〕 参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民二民终字第736号民事判决书。

配偶患有精神障碍、〔6〕性功能障碍〔7〕等疾病为由要求宣告婚姻无效的判例。这些受到社会广泛关注的案件,均与婚姻无效制度具有密切的联系。自2001年《婚姻法》修订中的讨论起,我国学界关于婚姻无效制度的研究多是在对标合同无效制度的语境下展开。〔8〕但这一思路在民法典编纂的相关讨论中,受到了一些学者的质疑。〔9〕在已经公布的《中华人民共和国民法典·婚姻家庭法编(草案)》中,立法起草者对2001年《婚姻法》的婚姻无效制度进行了诸多微调,〔10〕引人注目。由此,本文拟在反思和重构既有理论的基础上,对未来民法典中婚姻无效制度的构建略陈管见。

一、婚姻法与合同法的价值体系差异

如前所述,在2001年以后,我国学界对婚姻无效的制度讨论,多是在对标合同无效的逻辑语境下展开。笔者认为,这一方面是由于婚姻的“契约化”理解自古有之:欧洲中世纪教会法将婚姻理解为契约,〔11〕这直接影响了当代一些国家的立法;〔12〕近代德国古典哲学中亦有对婚姻的“契约化”描述。〔13〕另一方面则是由于大陆法系存在着法律行为体系,其将婚姻行为与合同行为囊括其中,由此依“提取公因式”的逻辑,婚姻行为的无效制度,自应对标作为典型法律行为的合同行为。〔14〕然而考察我国现行《婚姻法》却不难发现,《婚姻法》中婚姻无效制度的展开,与《合同法》《民法总则》中的法律行为无效体系并不一致;并且在司法实践中,对于“假结婚”“假离婚”等行为,法官也没有完全按照法律行为无效的体系来解释和适用法律。由此不

〔6〕 参见重庆市南岸区人民法院(2010)南法民初字第191号民事判决书。

〔7〕 参见上海市闵行区人民法院(2009)闵民一初字第16405号民事判决书。

〔8〕 参见王利明:“婚姻法修改中的若干问题”,《法学》2001年第3期,第47页;冉克平:“论婚姻缔结中的意思表示瑕疵及其效力”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第5期,第118页。立法草案层面,参见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由:人格权编·婚姻家庭编·继承编》,法律出版社2005年版,第230—235页;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:亲属编》,法律出版社2006年版,第35—41页。

〔9〕 学者认为当前我国语境下的法律行为制度往往是仅针对合同行为,因此不能当然适用于婚姻法等具有人身属性的领域。参见薛军:“法律行为理论:影响民法典立法模式的重要因素”,《法商研究》2006年第3期,第44页;谢鸿飞:“民法典与特别民法关系的建构”,《中国社会科学》2013年第2期,第113页。

〔10〕 修改内容主要包括新增“以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的”情形为无效婚姻(第828条),将“一方患有严重的传染病、精神病或遗传性疾病等疾病”的情形由无效婚姻调整为可撤销婚姻(第830条)等。

〔11〕 天主教教会将婚姻的本质界定为一种“盟约”(covenant)——“盟约”是一项圣经术语,其意指一项契约,意味着双方交出了自己的一部分天然自由,且将承担不遵循契约的可怕后果。参见(美)约翰·维特:《从圣礼到契约:西方传统中的婚姻、宗教与法律》,钟瑞华译,中国法制出版社2014年版,第50页。

〔12〕 如《葡萄牙民法典》第1557条:“婚姻是两个异性的人之间根据本法典的规定,意在以完全共同的生活方式建立家庭而订立的合同。”

〔13〕 康德认为,“婚姻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”,并以此作为理性基础形成“民事契约”。参见(德)康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务出版社1991年版,第98页。

〔14〕 参见冉克平,见前注〔8〕,第119页。

得不引人反思,以合同无效对标婚姻无效的逻辑思路,是否存在一定的问题。

考察我国的立法历史不难发现,当前《民法总则》中的法律行为无效体系,确是以《合同法》中的合同无效体系为蓝本制定,而非在整合人身法和财产法法理的基础上所作的进一步抽象。^[15]而以合同无效对标婚姻无效的做法,仅仅是借助了“法律行为”这一上位概念的过渡就得以达成,完全是逻辑推演的产物,若其结论不能得到实践经验的支持,则极易陷入 19 世纪末德国民法发展中出现的“概念法学”的错误。^[16]因此笔者认为,较为科学的立法态度,应当是从“价值法学”的视角出发,考察婚姻无效与合同无效二者在价值目标层面是否一致,再确定后者的规范体系是否适用于前者。

(一)合同无效制度的价值体系

首先考察合同无效的制度价值。合同法以调整交易行为为己任,而交易行为的实践目的,主要表现为社会成员在分工基础上,通过资源互换获取额外效用。根据埃利希的考证,合同制度源于原始社会游牧部族与农耕部族的“强制化”易物交易。^[17]而合同交易之所以相较“强制化”的易物交易具有文明进步意义,原因在于合同交易具有明确的表意过程,交易双方得按其自由意志行事。古典经济学时代诞生的“理性人”假设^[18]认为,社会成员依其自身意志作出的交易行为最符合其利益的最大化;而随着市场经济作为社会资源配置的基本模式这一共识的形成,^[19]在交易领域,鼓励和保障个体自由化博弈的价值取向,占据了交易制度构建的价值制高点。

由交易制度的发展历史可知,在合同法的价值体系中,“自由”价值,或谓“个人意志”价值,是其价值体系中的“核心性”价值;其余价值,诸如“公平”“公共利益”“诚实信用”等,是作为“对抗性”价值而存在:“自由”价值系多数合同法规则展开的基本依据,且其自身即可达成制度运行在逻辑上的自洽;其他价值只是起到对抗、限制该价值,防止规范体系价值单一化的作用;并且在价值冲突中,除非有更强的理由,后者一般不能否定前者。^[20]

上述合同法的价值体系,反映在合同无效制度中,即表现为两项制度功能:第一,通过对部分合同效力的否定,保障作为个人意志载体的意思表示符合当事人的真实意志,从而维护“自由”价值的实现,主要的规则反映包括对虚假、欺诈、胁迫、重大误解等合同的效力的否认;第二,以维护“公平”“公共利益”“诚实信用”等“对抗性”价值为目的,限制“自由”价值的无限扩张,进而否定部分合同的效力,主要的规则反映即对显失公平、违反法律强制性规定、违反公序

[15] 参见薛军,见前注[9],第 44 页。

[16] 参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探究一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社 2011 年版,第 15 页。

[17] 参见(奥)埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年版,第 109 页。

[18] 该假设最早出自亚当·斯密的《国富论》,并经后世经济学家归纳提炼发展。参见(英)亚当·斯密:《国富论》,唐日松等译,商务印书馆 2007 年版,第 462 页。

[19] 参见(美)曼昆:《经济学原理(第 6 版)·微观经济学分册》,梁小民等译,北京大学出版社 2012 年版,第 10 页。

[20] 参见王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社 2009 年版,第 52 页。

良俗等合同的效力的否认。因此概括来看,合同无效制度,本质上是以“自由”价值为核心,围绕意思自治的保障和限制来展开的。

(二)婚姻无效制度的价值体系

在民法典立法过程中实现婚姻法向民法的回归,这一点已是理论和实务界不争的共识。^[21] 尽管如此,我国婚姻法曾长期徘徊于民法体系之外,这一事实也侧面证明了婚姻法的价值体系与民法其他部门法确有差异。仅以立法规则的表述模式而言,考察《婚姻法》与《合同法》中涉及当事人间的权利义务关系的规则,前者常常以强制性“义务”作为表述的逻辑基点,^[22]与后者重视行为人自由、大量配置任意性规范的做法大相径庭,^[23]这就一定程度上暗示了二者在价值取向上的巨大差异。

事实上,考察婚姻家庭制度的发展历史可知,婚姻法自诞生之日起,其价值体系的发展路径就与以调整交易行为为己任的合同法完全不同。根据恩格斯的考证,婚姻家庭制度起源于原始公有制向私有制过渡的过程中,是作为一种通过缩小共同体规模、使生产关系更符合生产力发展需求的制度而存在的。^[24] 因此婚姻家庭制度本质上可以视为一种共同体制度——即如哈耶克指出,以“休戚与共”的集体主义方式组织团体,^[25]通过个体间的联合扶助达成整体利益的最大化。而在一个共同体组织中,天然存在着共同体成员追求自身利益的“利己”与成员为实现共同体利益而牺牲自我的“利他”这样一组利益诉求和行为模式的矛盾体。该矛盾上升到价值体系层面,就反映为以个人主义为内核的“个人意志”价值(对应交易制度中的“自由”价值)与以集体主义为内核的、可以称之为“家庭共同体”价值二者之间的矛盾。

由此可知,与合同法以“自由”价值作为体系核心不同,在婚姻法中,“个人意志”价值只是作为其核心价值矛盾中的一极,其与以“利他性”为特征的伦理性价值构成互相竞争、此消彼长的关系。具体表现在规则中,就是法律虽然承认婚姻制度建立在个体意志的基础上,但却常常限缩主体在婚姻关系中的自我意志表达范围,并鼓励婚姻双方通过相互容忍、自我牺牲、无条件付出等行为模式来维系婚姻关系。在古代和近代婚姻法中,这种对婚姻当事人“个人意志”价值的限制表现得至为明显:在我国古代,婚姻缔结的自由往往仅表现为家长的知情权和同意权,而当事人对婚姻对象选择、婚后财产关系的处理、离婚等均无自治权利;^[26]在近代西方国

[21] 参见夏吟兰:“民法典体系下婚姻家庭法之基本架构与逻辑体例”,《政法论坛》2014年第5期,第142页。

[22] 当然,也有学者提出以“配偶权”这一权利性概念来统筹上述规则,参见杨立新:“对修订民法典婚姻家庭编30个问题的立法建议”,《财经法学》2017年第6期,第7页。但从共识性层面看,该观点应属一家之言。

[23] 参见王轶,见前注[20],第209页。

[24] 参见中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《马克思恩格斯文集(第4卷)》,人民出版社2009年版,第73页。

[25] 参见(英)哈耶克:《致命的自负》,冯克利等译,中国社会科学出版社2000年版,第9页。

[26] 我国古代的婚姻实行“六礼”“七出”制度,婚姻当事人对婚姻的缔结和退出均无自由选择权;在家庭财产层面,则实行封建家长主导的“同居共财”制度。参见李志敏:《中国古代民法》,法律出版社1988年版,第53页;张敏杰:《中国的婚姻与家庭》,东方出版中心2017年版,第119—122页。

家,家长限制婚姻自由、〔27〕女性在婚姻中财产自由受到限制、〔28〕当事人离婚自由受到限制〔29〕等规则也长期存在。及至现代社会,随着人格独立和人格平等理念的落实,婚姻当事人获得了对婚姻关系相当程度上的自治空间,甚至有学者开始将婚姻行为与市场行为进行类比。〔30〕但从各国的立法经验看,“利他性”伦理价值——即“家庭共同体”价值——的考量仍然占据着价值衡量中的较大比重,并直接反映在夫妻财产关系、夫妻人身关系、亲子关系、离婚制度等诸多法律制度中。〔31〕

除上述“个人意志”与“家庭共同体”的原生价值矛盾之外,随着政治国家的发展,婚姻法还发展出一项超脱于市民社会的价值维度。如西塞罗指出,婚姻家庭是国家的起源。〔32〕家庭从农耕时代开始就是社会最基本的生产和消费单位。而随着国家政权的建立,家庭也就自然而然地成为政府实现其社会管理的落脚点,以至于婚姻本身成为了“一项伟大的公共制度”。〔33〕具体而言,一国政府往往需要借助婚姻家庭这一基本社会单位达成其对人口的治理,并实现社会资源的分配,完成相应的政策目标。以我国现行法为例,婚姻家庭制度对人口、税收、户籍、国籍等诸多法律制度有着明确的影响——而户籍制度甚至又绑定了就业、教育、住房、医疗、社会保障等诸多社会福利制度。由此,为了使婚姻家庭的结构形式和运行模式符合其治理需求,国家必须对婚姻制度本身予以严格把控,将其自身的管理意志注入到婚姻制度的塑造中去。这样一来,婚姻法制度必然沾染上公法管制色彩。此外,国家力量的不断强化导致了“国家意志”这一独特的价值维度的形成;最典型的反映就是现代国家中事实婚姻的逐渐消亡〔34〕——婚姻逐渐成为一项类似于国家许可的制度,未经国家意志的确认,婚姻关系本身将遭到否定。

婚姻法的价值体系中存在着“个人意志”“家庭共同体”“国家意志”三项相互独立的价值维度,且三者的关系不同于合同法中的“核心——对抗”式结构。在婚姻制度中,自主选择、共同生活、国家认可,三项条件中的任意一项,都不能独立支撑起一个完整的婚姻。以婚姻效力制度而言:民事主体仅自愿缔结婚姻,不会直接发生婚姻产生的法律效果;共同生活的事实只会构成同居关系,无法形成婚姻;非自愿、无共同生活的登记婚姻,同样会面临婚姻效力的质疑。并且,一旦上述三项价值间发生价值冲突,三者中也并不存在当然的优位性价值:“个人意志”与“家庭共同体”本身处于此消彼长的制衡状态,“国家意志”则来源于与前二者难以互动的价

〔27〕 参见1804年《法国民法典》第148条。

〔28〕 例如英国在经过1870、1874和1882年的《已婚妇女财产法》(Married Women's Property Act)改革后,才逐渐解除了妻子对丈夫的财产依附,使妇女也能享受平等的财产权利。See Mary Shanley, *Feminism, Marriage, and the Law in Victorian England, 1850—1895*, Princeton University Press, 1989, p.103.

〔29〕 1969年加利福尼亚成为西方第一个采纳无过错离婚法的地区。See Lynn Wardle, “No-Fault Divorce and the Divorce Conundrum”, *Brigham Young University Law Review*, Vol.1991, Issue 1, 1991, p.79.

〔30〕 参见(美)贝克尔:《家庭论》,王献生等译,商务印书馆2005年版,第7页。

〔31〕 例如我国《婚姻法》第4条将婚姻关系定性为“互相忠实,互相尊重,互相帮助”。

〔32〕 参见(古罗马)西塞罗:《论义务》,王焕生译,中国政法大学出版社1999年版,第55页。

〔33〕 See *Maynard v. Hill*, 125 U. S. 213 (1888).

〔34〕 参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第179页。

值系统。这就使得婚姻法的价值体系结构更为复杂,从而区别于合同法上具有明确导向性的价值体系结构。

上述价值体系反映到婚姻无效制度上,即意味着该制度需要承担的价值目标,主要是协调好两项重要的价值冲突:第一,就“个人意志”和“家庭共同体”的冲突,立法既要做到维护“个人意志”的适当实现,又要防止过度利己导致的对“家庭共同体”伦理的破坏;第二,就“国家意志”与“公民意志”的冲突,立法既要满足国家对家庭的管控需求,又要防止公权力对私人利益的过度干预。由此,婚姻无效的价值体系,无论是其内容、结构还是目标,都与合同无效的价值体系存在诸多差异。

二、狭义婚姻无效规则的制度构建

如前所述,婚姻法的价值冲突存在着两个不同的矛盾中心:一是在国家与公民间的、纵向性的价值冲突;一是在平等民事主体间的、横向性的价值冲突。对于纵向冲突,基于“国家意志”对婚姻效力的否定,法律宜直接宣告其当然无效,即对应现行《婚姻法》第10条的“狭义婚姻无效”规则;对于横向冲突,基于民事主体间互动形成的对婚姻效力的否定,法律宜根据当事人的主张判定婚姻效力,即对应现行《婚姻法》第11条的“婚姻可撤销”规则。由于这种区分很容易让人联想起合同无效制度中的“无效”和“可撤销”规则,因此在既有文献中,学者往往认为婚姻无效与合同无效两项制度的功能相同。^[35]然而根据上文的论证,这一观点显然并不能当然成立。因此,本文拟对两项规则的制度构建分别予以阐述。

(一)狭义婚姻无效的问题描述和解决思路

狭义婚姻无效规则,其特征是通过婚姻准入条件的限制,排除国家所不认可的婚姻。因此其制度功能至为明显,即反映国家意图通过婚姻制度实施的社会政策,塑造国家意志下的婚姻模式。以我国法为例,我国以“一夫一妻”作为婚姻的准入条件,由此即排除了一夫多妻、一妻多夫、群婚等婚姻模式。实际上,一夫一妻以外的婚姻模式,不仅广泛存在于历史传统中,^[36]甚至在当代社会亦未被消除,^[37]因此如果婚姻当事人系自愿选择上述类型的婚姻模式,国家并没有当然的必要对其予以干涉。但我国《婚姻法》自1950年起即明确了“一夫一妻”是婚姻实施的唯一模式,其立法意图,显然是通过对婚姻模式的塑造,迅速确立男女平等的社会新风尚,破除过往历史中一夫多妻、妻子沦为丈夫附庸的家庭组织形式。^[38]又如,关于结婚年龄,1950年《婚姻法》的规定为“男20周岁,女18周岁”;但到1980年《婚姻法》,为了配合国家“晚婚晚育”的人口政策,该规定变为“男22周岁,女20周岁”。^[39]由此可知,结婚年龄

[35] 参见冉克平,见前注[8],第120页。

[36] 典型如中国古代的一夫一妻多妾制,参见张敏杰,见前注[26],第109页。

[37] 关于当代西方社会对“群婚”合法性的讨论,See Ronald Otter, “Three May Not Be a Crowd: The Case for a Constitutional Right to Plural Marriage”, *Emory Law Journal*, Vol.64, 2014, p.1977.

[38] 参见张希坡:《中国婚姻立法史》,人民出版社2004年版,第268页。

[39] 同上注,第300页。

并不基于客观的生理标准确定,其非但不与民事主体的民事行为能力标准挂钩,且很大程度上是作为国家进行人口治理的政策工具而存在。^[40]

然而,狭义婚姻无效制度对上述功能的落实,在立法层面上可能面临两项难题:第一,当前我国对财产交易的准入机制,采用的是“负面清单”的管理模式,^[41]但对婚姻家庭,上述准入机制实际采用的是“主动出击”“积极塑造”的管理模式。如果立法不当,则极有可能过分扩大国家权力对公民自由的干预。第二,婚姻准入条件是《婚姻法》需要直面的内容,立法必须精确地对该条件予以描述,使之符合条文的立法目的。由此可以认为,对于狭义婚姻无效规则的立法,其核心问题可以表述为:如何精确地设立和表述婚姻准入条件,使之既能反映相应的国家政策,又最大程度地减少对公民自由的干预。

笔者认为,在重述了上述问题后,解决思路也呼之欲出:狭义婚姻无效制度,本质上是一个公民权利保障的问题,问题焦点在于法律对公民自由进行限制的正当性。因此,其解决思路可以遵循行政法理论下的比例原则理论,^[42]即利用适合性原则、必要性原则和狭义比例原则三个子原则,^[43]对存在争议的法定婚姻准入条件依次进行检验,考察其是否具有正当性。其中,适合性原则是指对婚姻准入条件的塑造,应当能够促成相应国家政策目标的达成;必要性原则是指对于特定婚姻准入条件,不存在可替代的、干预更轻的方案;狭义比例原则,是指该婚姻准入条件的实施,效果应与所要达成的目的形成合理的比例。事实上,比例原则在民法领域的应用,近年来颇受我国学者的关注,学者不仅主动运用该理论解决具体民法问题,^[44]甚至提出了民法领域适用比例原则的一般原理。^[45]笔者认为,狭义婚姻无效的立法问题解决,应是上述理论的应用情境之一。

(二)狭义婚姻无效事由检验:以疾病为例

纵观我国婚姻法的立法历史,从1950年《婚姻法》到2001年《婚姻法》,狭义婚姻无效的事由包括:①不符合一夫一妻形式,包括重婚、纳妾等;②不符合法定婚龄;③直系血亲和三代以内的旁系血亲;④患有特定疾病。其中,上述第四项事由,即患有特定疾病将导致婚姻无效,在当前的理论和实践中受到的正当性质疑颇大。考察《中华人民共和国母婴保健法》可知,当前我国法上的“医学上认为不应当结婚的疾病”主要包括三类:一是指定传染病,包括艾滋病、淋病、梅毒、麻风病等影响结婚和生育的传染病;二是严重遗传性疾病,是指由于遗传因素先天形成,患者全部或者部分丧失自主生活能力,后代再现风险高的遗传性疾病;三是精神病,是指精

[40] 这一点在古代封建社会表现得更为直白,例如根据《汉书·惠帝纪》,西汉汉惠帝为增加人口,规定“女子年十五以上至三十不嫁,五算”,即按五倍收取人头税;更为夸张的如《北齐书·后主纪》记载:“女子二十以下、十四以上未嫁,悉集者,隐匿者家长处死。”

[41] 参见王利明:“负面清单管理模式与私法自治”,《中国法学》2014年第5期,第26页。

[42] 参见余凌云:“论行政法上的比例原则”,《法学家》2002年第2期,第32页。

[43] 参见张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第72页。

[44] 参见黄忠:“比例原则下的无效合同判定之展开”,《法制与社会发展》2012年第4期,第46页;易军:“所有权自由与强制视域中的单双号限行常态化”,《法学》2015年第2期,第12页。

[45] 参见郑晓剑:“比例原则在民法上的适用及展开”,《中国法学》2016年第2期,第143页。

精神分裂症、躁狂抑郁型精神病以及其他重型精神病。且三版《婚姻法》中的疾病事由范围基本一致,只是1950年版中的“不能发生性行为”在后续立法中删除。

反对将疾病作为狭义婚姻无效事由的学者,所持的理由包括:第一,不宜结婚的疾病类型难于列举,且立法趋势上疾病范围呈不断缩小状态,因此不妨在未来立法中予以废除,将该事由交由当事人自己判断;^[46]第二,当代社会中,婚姻与生育二者已经分离,因此以防止遗传为目的、将疾病列为婚姻无效事由的做法应予废除;^[47]第三,当前我国已经取消了强制婚检,国家无从对当事人的疾病状态进行了解和干预,因此应当将疾病对婚姻产生影响的风险交由当事人自身去判断。^[48]应当认为,上述理由均有一定的合理性。而遵循本文的思路,将特定疾病作为狭义婚姻无效的事由,意味着其需要经过比例原则下的三重检验。试以此思路展开论证:

1. 适合性原则检验

适合性原则首先关注的是立法所要达成的目标。对于疾病导致婚姻无效的立法目的,《婚姻法》虽未明示,但仍可以从《母婴保健法》中推知一二。首先,《母婴保健法》第1条开宗明义地指出:“为了保障母亲和婴儿健康,提高出生人口素质,根据宪法,制定本法。”可知疾病导致婚姻无效的立法目的包括两项:一是保障家庭成员的健康,二是防止疾病遗传造成人口素质下降。其次,从《母婴保健法》确定的不宜结婚的疾病类型看,其主要针对的也是这两项目的:遗传性疾病自不用提;传染病会传染给家人甚至遗传后代;狂躁型精神病可能对家人的人身安全造成危害。应当认为,通过婚姻无效阻止此类病人缔结婚姻,可以防止其构建新的家庭关系和繁衍后代,从而使其疾病对周边亲密人群造成危害的可能性降低,并将疾病控制不向下一代传播。因此从效果上看,这一规则确实对于上述两项立法目的具有促成作用,可以通过适合性原则的检验。

2. 必要性原则检验

必要性原则关注的是对于立法目的的实现,是否存在替代性手段。这里可以对两项立法目的分别进行检验。

首先,对于保障家庭成员健康的目的。婚姻无效是直接通过阻断家庭成立的方式,隔断患者与新的家庭成员的亲密接触,防止其经由疾病传染或精神狂躁对家庭成员的人身造成危害。应当认为,这一手段固然“干净利落”,却谈不上完全必要。第一,就病理层面的必要性而言。对于大多数恶性传染病,患者并不需要与外界完全隔离,疾病甚至不妨碍一般的生活性接触,例如艾滋病一般只通过性接触、血液和母婴传播,淋病、梅毒等性病一般只通过性接触传播,因此做好相应的日常防护,一般的家庭生活并不会导致传染。而对于狂躁性精神病,药物控制、专业护理、隔绝危险物品等手段都是可行的控制危险源的手段,并不一定以完全阻断家

[46] 参见马忆南:“民法典视野下婚姻的无效和撤销——兼论结婚要件”,《妇女研究论丛》2018年第3期,第29页。

[47] 参见高留志:“婚姻和生育的分离与我国结婚制度的改革”,《河北法学》2006年第9期,第63页。

[48] 参见孙若军:“疾病不应是缔结婚姻的法定障碍——废除婚姻法第7条第2款的建议”,《法律适用》2009年第2期,第66页。

人接触为必要。第二,与原生或婚后患病的情形比较。如果家庭中本来就有直系家庭成员患有上述疾病,或夫妻在结婚后一方患有上述疾病,则此时国家并不会干涉患者的家庭关系;相反,无论是法定的赡养义务,还是社会的道德风尚,均要求家庭成员患难与共、不离不弃。这也就从侧面表明,家庭成员的隔绝并不是完全必要的。

其次,对于提高人口素质的目的。通过禁止婚姻进而降低生育的可能,确实可以减少患有遗传性疾病的患者将疾病遗传给后代的可能。但是,认为禁止婚姻能够减少疾病遗传,以“生育是婚姻的必然结果”为逻辑前提,而这显然是不成立的。一方面,在观念层面,早在十九世纪以前,将生育与婚姻割裂看待、认为生育并不是婚姻必然结果的观点,就已经广泛传播;^[49]而在二十世纪,将婚姻视为个体需要,^[50]进而进一步对婚姻“去生殖化”的认识更是深入人心。^[51]例如在美国和西欧国家,不能接受“夫妻自愿不育”的群体,从60年代以前的多数派,变为了80年代以后的少数派;^[52]在生育观念较为浓重的我国,大城市夫妻群体选择“丁克”的状况也越来越多。^[53]因此在当代社会,婚姻与生育在观念上的必然联系实际早已被切断。另一方面,在技术层面。如果婚姻当事人一方患有遗传性疾病,则在医疗操作层面亦可以通过其他手段阻止胎儿受孕和分娩,从而达到防止将疾病遗传给后代的目的。例如根据《母婴保健法》第10条的规定,采取长效避孕措施,或者施行结扎手术,从而保证患者婚后不会受孕;甚至即使已经受孕,医生也可以通过孕检等手段发现疾病遗传状况,对当事人提出医学建议,进而在当事人进行利益权衡后,自主选择终止妊娠。这样来看,将禁令门槛全部放在“结婚”这一前置关卡上,显然是不完全必要的。

综上所述,疾病作为狭义婚姻无效的事由,难以通过必要性原则的检验。

3. 狭义比例原则检验

严格来说,根据比例原则的理论,在无法通过必要性原则检验时,规则的正当性就可以被否定。但上述必要性原则的检验存在局部被反驳的可能,例如:①对于部分严重的传染病和躁狂精神疾病,其控制确以隔离为必要;②与原生家庭关系不同,结婚导致现有基础上的社会关系增量,故疾病婚姻属于额外增加的社会风险;③婚姻与生育在观念上的必然联系在我国部分地区和人群中仍然存在;④部分遗传性疾病难以通过孕检发现。故此处进一步进行狭义比例原则的检验。

狭义比例原则要求法律规制的强度,与其意图形成的效果相匹配。因此笔者认为,在该检验中主要需要考虑三个因素:①规制的迫切性;②规制实现的可能性;③牺牲利益的强度。

[49] 参见康德,见前注[13],第96页。

[50] 参见(美)埃什尔曼:《家庭导论》,潘允康等译,中国社会科学出版社1991年版,第9页。

[51] 参见高留志,见前注[47],第63页。

[52] 在美国,1962年有85%的母亲支持“已婚夫妻只要有生育能力就应该生孩子”,到1980年这一比例已降至40%;在荷兰,1965年有68%的人表示不能接受“夫妻自愿不育”,到1980年该比例降至8%。数据转引自张亮:“丁克家庭:青年人的时尚?——一项国际比较研究”,《青年研究》2012年第5期,第23页。

[53] 2002年的一项社会调查数据显示,上海的“丁克”家庭总数已达到12.4%。参见肖爱树:“当代中国丁克家庭的社会历史学考察”,《苏州科技学院学报(社科版)》2004年第8期,第58页。

首先是规制的迫切性。按照行政法理论,所谓规制的迫切性,是指如果公权力机关不采取措施,规制目标所遭遇的危险程度;规制的迫切性越强,则规制越具有正当性。^[54]如前所述,疾病婚姻禁止的立法目的在于保障家庭成员的健康和提高人口素质,而这两项目标的共同特点在于,其均是针对社会整体人口而言,属于抽象、宏观、难以量化的立法目标——传染病、遗传疾病、狂躁型精神病,这三类疾病只要存在于人群中,就必然会对人口的健康和素质造成危害;禁止患者结婚,并不能消灭此类疾病,而只能通过阻却亲密接触和婚内生殖的方式,宏观、抽象地降低其负面影响。由此,疾病婚姻禁止这一规则,其并非一项“令行禁止”、手段与目的间具有必然因果关系的法律规则,其目标对象不是某个特定的个人和群体,其效果也最终体现为一种统计学意义的结果。因此,对于该规则而言,尽量不采取规制措施,其确会导致立法目的有落空的危险,但这种危险本身是较弱、抽象且难以衡量的。故考察该规则的规制迫切性,其评价并不十分优越。

其次是规制实现的可能性。在比例原则下,规制手段与规制目标之间的关联可能性越高,则规则的正当性越高。笔者认为,对于疾病结婚禁令规则而言,其规制实现的可能性应予低估。这是因为,从禁止结婚的手段,到达成保障人口健康和素质的目的,这一过程的可能性至少受到三项几率的影响:①患病率,即规制疾病患者在社会总人口中所占比例;②传染和遗传率,即患者将疾病传染给其他人,和在生育中将疾病向后代遗传的几率;③治愈率,即婚后患者治愈疾病的几率。而考察我国法明确禁止结婚的疾病类型,一方面,其中并无人群中的常见、高发疾病;另一方面,其中大部分疾病的传染和遗传几率也并非很高。并且,随着医疗技术的发展,上述多数疾病的治愈率已经大大提升:例如,随着疫苗推广和治疗技术的提高,麻风病作为一种恶性传染病在我国几乎已经销声匿迹;对于淋病、梅毒等传染性疾疾病而言,当代亦已经有了较为成熟的治疗和控制手段。由此,从患病率、传染和遗传率、治愈率等多个角度考察,疾病婚姻禁令的规制实现可能性,均呈现被持续削弱的状态。

最后是牺牲利益的强度。疾病婚姻禁令所牺牲的利益,无疑是公民自由缔结婚姻的权利。而这一权利的属性表明,其在狭义比例原则的检验中的强度极高。第一,婚姻自由是《宪法》明确表述的公民基本权利之一,^[55]其对于一个公民在社会中的生存和发展,具有基础而非凡的意义。因此在狭义比例原则检验中,婚姻权不应仅被视为一项普通权利,更应取得作为公民基本权利的评价地位。^[56]第二,婚姻权利具有“精神”属性:婚姻不仅是个人亲密感情的最终依托,^[57]而且也是公民取得正面社会评价的重要依据——试想,将一个公民排除在适婚群体之外,使其无法享有家庭带来的天伦之乐,甚至受到社会和邻里的另类对待,这无疑是对公民精神利益的巨大牺牲。而根据行政法理论,在狭义比例原则的检验中,精神权利属于权利位阶中

[54] 参见许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第72页。

[55] 参见我国《宪法》第49条。

[56] 在比较法上,也多有将婚姻权利作为基本权利保障的先例。以美国为例,美国最高法院即在一系列判决中实际确立了“婚姻权”的存在。See *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987)。

[57] 参见埃什尔曼,见前注[50],第9页。

的“元规则”，在价值衡量中具有更高的位阶。^{〔58〕} 第三，婚姻关乎公民生活的最主要部分，是公民在社会公共活动以外的家庭生活，由此，婚姻权利与公民最私密的个人生活息息相关，其高度牵涉公民的隐私范畴。而在狭义比例原则检验中，基于“私人范畴”与“社会范畴”的区分，隐私权利的保护往往具有极高的价值位阶，公权力对公民隐私领域的任何介入，都需要极强的正当化理由。^{〔59〕} 由此，婚姻权利在多个层面，均构成了比例原则检验下的优位利益。

综合以上对三个变量所作的考察，笔者认为，为了一项规则迫切性相对较低，规制实现的可能具有概率性的规制目标，牺牲一项在价值位阶中具有极高强度的利益，并不符合狭义比例原则的要求。

综上所述，对于控制疾病、提高人口素质的立法目标，采用国家管制的手段，以禁止结婚的方式进行干预，显然是不恰当的。当前，就疾病患者缔结婚姻对社会带来的负面影响，可以通过医学建议、当事人风险评估等非法律手段予以化解，也可以通过采取保障非患者一方自主的婚姻退出权利、在生育环节采取强制措施等法律手段进行解决。以疾病作为狭义婚姻无效的事由，这一规则应当予以废除。

三、婚姻可撤销规则的制度构建

（一）婚姻可撤销的问题描述和解决思路

婚姻的可撤销规则，与合同的可撤销规则具有一定的类似性，其均是基于平等民事主体间的互动，由一方主体发起，直接对法律关系效力进行否认的制度。合同可撤销规则的适用情境包括重大误解、欺诈、胁迫、乘人之危所致的显失公平等，其共同特征是当事人一方或双方存在意思表示瑕疵。由此，学者指出婚姻可撤销规则的适用对象为意思表示瑕疵婚姻，^{〔60〕} 并且，其规则构建可概括为：比照合同法，认定意思表示瑕疵婚姻为可撤销婚姻，同时兼顾身份行为具有“事实先在性”的特点，^{〔61〕} 例外承认其为有效婚姻。^{〔62〕} 然而需要注意的是，与合同法领域中各国规则较为接近的情况不同，比较法上的意思表示瑕疵婚姻规则呈现出十分重大的差异，各国法对于通谋的虚假意思婚姻、^{〔63〕} 欺诈婚姻、^{〔64〕} 错误婚姻^{〔65〕} 等所作的规定颇有不同。

〔58〕 参见蒋红珍：《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》，法律出版社2010年版，第301页。

〔59〕 参见许玉镇，见前注〔54〕，第70页。

〔60〕 参见冉克平，见前注〔8〕，第119页。

〔61〕 参见冉克平，见前注〔8〕，第119页。

〔62〕 参见冉克平，见前注〔8〕，第120页；金眉：“论通谋虚伪结婚的法律效力”，《政法论坛》2015年第3期，第184页。

〔63〕 参见《德国民法典》第1314条第2款第5项；《意大利民法典》第123条第1款；《日本民法典》第742条第1款；《俄罗斯联邦家庭法典》第27条。另见罗结珍：《法国民法典（上）》，法律出版社2005年版，第165页；史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第392页。

〔64〕 参见《德国民法典》第1314条第2款第3项；《意大利民法典》第122条；《西班牙民法典》第73条。

〔65〕 参见《西班牙民法典》第72条；《意大利民法典》第122条；《巴西民法典》第1556条。

同。排除各国立法对相关概念理解存在误差的原因外,^[66]笔者认为,这更反映了各国社会意识和传统风俗对婚姻的不同看法,以及由此导致的立法者对于婚姻中当事人的容忍程度和特定行为的评价差异。由此可知,合同撤销与婚姻撤销的类比,在实证法上并不受到完全的支持。

笔者认为,以合同撤销理论作为婚姻撤销规则构建的基础,这一结论有待商榷。合同可撤销制度的核心功能,是保障当事人的真实意思自治,允许当事人通过否定不真实的缔约意思表示退出整个合同架构。然而这一结论的成立实际暗含了两个前提:一是,对于交易性的合同而言,当事人不真实的缔约意思,内容一般可以涵盖合同的全部架构;二是,在合同法中意思自治处于绝对优位的保障地位,因此只要一方当事人存在不真实的意思表示,相对方就有推翻整个合同的正当性。但对于婚姻行为而言,应当认为上述两个前提均不成立。首先,如学者指出,婚姻关系具有长期性、非计算性、全面合作、互相依赖的特征,^[67]与偶发性的合同关系存在明显不同,^[68]因此缔结婚姻作为一时的意思表示,其自治范围并不能当然涵盖婚姻的全部架构——甚至毋宁说,其只是反映当事人在漫长婚姻开端时的意志。因此以缔结婚姻的意思表示否定整个婚姻,其正当性不无疑问。其次,如前所述,婚姻法的价值取向是平衡婚姻共同体中的个体利益和整体利益,倡导个体间的容忍和牺牲,不鼓励婚姻中的“单边主义”,如果允许当事人一方仅以缔结婚姻的意思存在瑕疵为由而当然地终结已经存续的婚姻的效力,则婚姻团体的稳定性将遭到破坏,其价值体系中的“家庭共同体”一极,无疑将受到严重削弱。

那么,应当如何构建婚姻可撤销规则?笔者认为,回答这一问题,首先需要明晰婚姻可撤销制度的制度功能。婚姻撤销的后果是使婚姻自始不发生效力,由此可以得出两点认知:第一,婚姻撤销的事由应发生在婚姻缔结前,否则婚姻既已圆满发生效力,再使其自始无效,在逻辑和立法效果上均颇为不通。而婚姻撤销事由既然发生在婚姻缔结前,其对婚姻本身效力的影响,显然只能依附于缔结婚姻的意思表示。由此,婚姻可撤销制度的调整对象,确与合同可撤销制度类似,针对的是意思表示瑕疵的婚姻缔结行为。第二,撤销婚姻导致主体退出婚姻关系,但就婚姻退出机制而言,离婚制度具有同样的功能,且其也能够适用于意思表示瑕疵婚姻,那么婚姻可撤销制度何以独立存在?笔者认为,撤销婚姻与离婚有两点不同:一是在运行模式上,撤销婚姻是由婚姻一方单方发动,且不需要对方意志配合,撤销权人享有较大的行为自由;二是在对当事人的影响上,撤销婚姻将不导致婚内财产分配,且当事人的婚姻状况将回复为“未婚”,这对当事人的社会评价和未来的婚恋选择影响较小。由此可见,相较于离婚,婚姻可撤销制度给予了行使撤销权一方的当事人极高的优待,这是离婚制度所无法取代的。

[66] 例如对“无效”和“可撤销”的概念理解存在差异,对“欺诈”事由是否包含在“错误”事由之中存在认知不同等。

[67] 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1994年版,第12页。

[68] 但严格来说,合同领域中存在的继续性合同,与婚姻关系有一定的相似性,这似可作进一步研究。参见屈茂辉,张红:“继续性合同:基于合同法理与立法技术的多重考量”,《中国法学》2010年第4期,第25页。

综上,婚姻可撤销制度的功能可以概括为:给予意思表示瑕疵的婚姻缔结人,自由、无负担地退出婚姻的渠道。但正如前文所述,与合同制度不同,意思表示瑕疵本身并不构成婚姻撤销的当然正当理由,由此,婚姻可撤销规则构建中的核心问题即可表述为:意思表示瑕疵在何种条件下,足以构成撤销婚姻的正当性事由。而这一问题的解决,显然应当遵循“价值法学”的判断路径,在婚姻法独具的“个人意志”“家庭共同体”“国家意志”三元价值体系中加以解决。

首先是“个人意志”价值一极。婚姻可撤销制度与合同制度一样,首先关注的是当事人意思表示的真实性。由此,意思表示不真实,是婚姻撤销事由的基础条件。然而,正如学者指出,并非法律行为中的一切意思表示不真实,都是“应受关注”的^[69]——意思表示的相对方,对不真实意思表示亦享有信赖利益,若允许任何不真实的意思表示撤销,则对相对方显有不公。因此,当事人欲主张意思表示不真实而撤销法律行为,则该瑕疵本身需满足特定的条件,以达到法律要求的“受关注性”,如错误需达到“重大”的程度、动机错误不得主张等。笔者认为,合同可撤销规则中对意思表示瑕疵的“受关注性”进行考察,这是可以被婚姻可撤销规则承袭的;但与此同时,婚姻行为基于其自身特性,需要对意思表示瑕疵的“受关注性”作出更严苛的审查,这一审查主要表现为对表意人是否履行了合理注意义务的审查。

就表意人注意义务在合同可撤销规则中的功能而言,在合同法领域,对于一般合同中的瑕疵,即使表意人未尽到注意义务,乃至存在重大过失,^[70]其仍可主张合同撤销;但学者同时指出,在商业确认函等情形下,表意人并不能主张其未认真阅读而撤销合同。^[71]笔者认为,这表明在合同法中,表意人的注意义务,构成了对意思表示瑕疵“受关注性”的潜在判断标准之一,只是在一般合同中,法律省略了这一因素的考量:一方面,基于交易的临时性,表意人既无心理预期,其判断时间也不充裕,因此即使存在过失,亦情有可原;另一方面,基于交易的偶发性,即使撤销合同,相对人也只是丧失了一次交易机会,其受损的信赖利益并不巨大。由此反推,如果在一项严肃、长期的交易中,表意人对合同内容本身存在较高预期,且涉及的相对人的信赖利益较大,则表意人理应负有相应的注意义务,不得随意主张撤销合同。

据此,对于婚姻行为中的意思表示瑕疵“受关注性”而言,表意人注意义务就不仅仅是潜在的判断标准,而应当成为常驻的判断标准:第一,按照社会的一般认知,婚姻是对个体人生具有重大影响的事项,因此婚姻缔结的磋商过程应当具有严肃性和长期性,婚姻缔结前的恋爱过程,也为婚姻双方彼此提供了长时间、近距离考察对方的条件;第二,婚姻关系涉及个体人身和财产权利义务的重大变化,且婚恋过程本身将会使双方当事人付出极大的机会成本,因此婚姻一方单方面对婚姻的撤销,将对另一方的信赖利益产生重大损害。由此,婚姻行为的缔结过程与一般合同的性质并不相同,其具有预期高、磋商久、信赖利益大的特征,与合同法中要求将表意人注意义务纳入考量的合同性质更为类似。故在婚姻行为的可撤销判断中,表意人本身是

[69] 参见(德)弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第496页。

[70] 同上注,第499页。

[71] 弗卢梅,见前注[69],第508页。

否完成了合理的注意义务,理应成为立法所需考量的判断标准:婚姻当事人在结婚以前,应当亲自、长期、细致、谨慎地考察结婚对象的情况,并根据社会平均的认知水平对结婚对象进行评价——如果未完成上述义务,则即使意思表示存在瑕疵,其也不得主张婚姻的撤销。

其次是“家庭共同体”价值一极。“家庭共同体”价值注重的是维护婚姻团体的稳定性和共同利益,不鼓励夫妻任意一方为实现个人利益而牺牲对方或家庭的整体利益。因此就婚姻退出机制而言,由于“家庭共同体”价值的存在,法律不应轻易允许夫妻一方在不经对方意志参与的前提下退出婚姻的行为。但事有例外,如果夫妻一方持有的婚姻退出事由,系关系到婚姻基本主旨,即婚姻共同体存续的基础,则“家庭共同体”价值此时已无纳入考量的必要,婚姻退出机制自然就有了适用的空间。应当认为,基于“家庭共同体”价值对婚姻退出事由的把控是较为严格的。^[72] 根据我国《婚姻法》诉讼离婚的适用条件,法律实际只允许三类情形下由单方寻求退出婚姻:①丧失共同生活基础,如感情破裂、失踪;②严重危害家庭成员人身、财产安全,如家庭暴力、吸毒赌博恶习;③严重违背夫妻忠实义务,如重婚、与他人同居。撤销婚姻作为另一类由夫妻单方发起的婚姻退出机制,其适用条件应与诉讼离婚类似,故上述要素可以构成婚姻可撤销事由正当性的判断依据。

最后是“国家意志”价值一极。“国家意志”价值主要通过狭义无效规则影响婚姻效力,但在婚姻撤销情形下,其也可能例外地影响相应的价值判断:婚姻撤销虽然是由公民自身发动,但如果其形成了婚姻可撤销的初步结论,且该结论不符合相应的“国家意志”,则“国家意志”价值此时也理应介入到价值判断中,乃至否定婚姻可撤销的结论。事实上,婚姻关系虽然主要涉及的是公民私益,但婚姻制度本身所承载的公共利益是客观存在的,其无法在纯粹的私法关系审查中得以体现;并且,婚姻关系涉及的私人利益,还可能与婚姻制度以外的其他公共利益存在冲突,这均需要“国家意志”价值在婚姻可撤销规则中,作为最后的“守门员”予以把关。据此,在婚姻可撤销规则中,尚需要检验婚姻的撤销是否符合公共利益,以体现婚姻法价值体系中的“国家意志”一极。

综上,婚姻可撤销事由的检验条件,除承袭合同可撤销规则中的意思表示瑕疵条件外,还应包括三项:第一,撤销权人在表意时尽到了合理的注意义务;第二,撤销事由关系到婚姻基本主旨;第三,婚姻的撤销不与公共利益相冲突。在下文中,笔者将对立法中争议较大的虚假记载意思表示婚姻、欺诈婚姻、错误婚姻的可撤销性作分别检验。

(二)虚假记载意思表示婚姻的可撤销性检验

虚假记载意思表示婚姻,是指婚姻当事人并不具有缔结婚姻的真实意思,但仍为缔结婚姻的意思表示。在类型上,其可以区分为单方的虚假记载意思表示,即理论上的“真意保留”,^[73]以及双

[72] 以离婚制度为例,过错离婚中对婚姻退出事由把控之严格,自无疑问;即使是无过错离婚,其也强调退出婚姻的条件需达到“婚姻关系无可挽回地破裂”、配偶双方有不可调和的矛盾、不能继续共同生活等。参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,中国政法大学出版社1998年版,第162页。

[73] 参见弗卢梅,见前注[69],第477页。

方的虚假意思表示,即“虚伪行为”。〔74〕应当认为,对于“真意保留”的情形,法律显然不应准予当事人一方撤销婚姻,这不仅是法律行为理论中表示主义的基本原理,〔75〕也是“婚姻无戏言”这一社会通识的反映。〔76〕因此问题焦点集中在对通谋的虚假婚姻,即实践中常见的“假结婚”的效力认定上。

对于通谋虚伪行为,《合同法》的规定是“以合法形式掩盖非法目的”的行为无效,《民法总则》亦规定“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”。但这一规则是否当然适用于婚姻,有待考证。一方面,通谋虚假婚姻,通常是婚姻当事人为了结婚以外的特定目的而从事的行为。这种特定目的,可能是不违法的,如同性恋者间达成的“形婚”等;也可能是非法的,如规避国家的移民、户籍政策等;或可能是介于合法与非法之间,如避税等。因此,对通谋虚假婚姻,显然不能以“合法形式掩盖非法目的”的性质将其一举概括。另一方面,根据司法实践经验,通谋虚假婚姻所引起的法律纠纷,往往并非涉及非法目的的规制问题,而是由于通谋双方中的一方,在实施婚姻行为后反悔,要求对方履行真实的婚姻义务,进而导致另一方要求退出婚姻。因此其规则需要解决的问题,与《合同法》《民法总则》有所不同。

由此可知,通谋虚假婚姻的效力认定主要涉及两个问题:一是隐藏目的为非法时,是否应通过否定婚姻效力的方式予以规制;二是一方要求履行婚姻之实时,另一方是否可以单方面要求退出婚姻。前者属于纵向性的婚姻无效问题,而后者属于横向性的婚姻无效问题,二者的解决思路完全不同。司法实践中常见的纠纷属于后一问题,但当事人却往往试图通过主张前一问题的规则达成自身目的,颇有些“借尸还魂”的味道。

应当认为,对于前述第一个问题,解决思路可遵循本文关于狭义婚姻无效问题的思路,即考察规制目标与规制手段间是否符合比例原则。从必要性原则上看,通过婚姻规避国家法令,以达成特定的非法目的,国家欲对其形成规制,只需使其所欲达成之目的不能实现即可,显然无需否定整个婚姻的效力。例如借婚姻规避户籍购房限制,法院只需剥夺其购房资格。并且,从狭义比例原则上看,若全面否定婚姻效力,则任意第三人均可以此为由,不经婚姻当事人同意即要求宣告其婚姻无效,由此造成的对婚姻家庭制度稳定性的影响,显然大大超过了该规则原规制目的的强度。因此对于隐藏目的为非法的婚姻,立法无需通过否定婚姻效力的方式进行规制。

而对于前述第二个问题,可适用婚姻可撤销问题的检验条件:首先可以明确,通谋虚假婚姻下,婚姻双方均不具有缔结婚姻的真实意思,因此其符合“违反婚姻基本主旨”的条件。其次,主张撤销的一方与婚姻另一方系通谋实施结婚行为,其属于主动、故意促成了虚假婚姻的状态,也就无所谓“注意义务”的不履行。因此问题的焦点在于,允许“假结婚”撤销是否符合公共利益?

〔74〕 参见弗卢梅,见前注〔69〕,第480页。

〔75〕 参见金眉,见前注〔62〕,第186页。

〔76〕 参见弗卢梅,见前注〔69〕,第191页。

笔者认为,对上述问题的回答,显然与一国对婚姻的社会认知具有密切联系:如果倾向于认为婚姻是一项私人完全自主的自由选择,或将婚姻视为一种非公共性的社会关系,则“假结婚”或与“假合同”类似,属于市民自治的范畴,法律自应准予个体自由进入和退出婚姻。然而笔者认为,如此观念恐怕与我国当前的社会意识并不契合。一方面,在我国传统观念中,缔结婚姻是社会“礼制”的重要一环,^[77]其对于个体和社会均具有重大意义,“兹事体大”,“君子重之”;且这一观念在我国当代社会并未有任何消除的迹象。因此婚姻之事并非儿戏,在我国当代的法制语境下,婚姻应当是一项被严肃对待的事物,对结婚和离婚的行为性质的评价,都不宜过度宽松。另一方面,虚假婚姻必然有其额外的施行目的,且不论该目的是否具有规避国家法令的非法属性,即使其目的合法,亦与婚姻制度原本的存在目的有异。因此对“假结婚”的姑息,长此以往必将消解婚姻本身的伦理属性,对婚姻制度的存在根基造成危害。尤其是以我国当前的实践经验为例,大量“假结婚”行为的存在,其目的往往是为了获得购房资格、骗取拆迁款等现实性物质利益,纵容此类行为,一方面将败坏社会的诚信风尚,另一方面更会使社会公众对婚姻家庭制度的认知造成偏差,形成“重利益轻人伦”的不良风气。由此,“假结婚”应被认为是违背社会公共利益的行为。而在当事人主张婚姻撤销的情境下,法律对其的负面评价应表现为不允许婚姻撤销——唯有如此,才能使当事人在退出婚姻时面临负担,从而使“假结婚”本身成为一项高风险的行为,进而阻却个体意图以此谋利的行为。并且,由于通谋虚假婚姻中的当事人最初系自愿缔结婚姻,则根据“禁反言”原则,此时国家权力对其婚姻撤销权的干涉,无须经过正当性检验。

综上所述,对于虚假意思表示的婚姻,立法不应给予其可撤销的待遇。当事人一方如果希望退出婚姻,则可依《婚姻法》第32条,以“感情破裂”为由,要求法院判决离婚。

(三) 欺诈婚姻的可撤销性检验

结婚行为中的欺诈,指结婚对象或第三人通过虚构事实、隐瞒真相的方式,使当事人陷入认识错误的情形。欺诈与下文将要讨论的错误实具有类属关系,二者本质上均是意思表示发生了认知错误,但欺诈婚姻与纯粹的错误婚姻不同,其认知错误产生的原因在于结婚对象或第三人的恶意欺诈。

对欺诈婚姻的可撤销检验首先立足于被欺诈方的注意义务。欺诈婚姻情形可分为结婚对象的欺诈和第三人的欺诈。应当认为,如果是单纯由第三人实施的欺诈,则考虑到婚姻乃是终身大事,当事人自当与结婚对象本人进行深入坦诚的沟通,此时当事人若存在误信,其自身难谓没有“过错”,应不能主张婚姻撤销。在比较法上,这一结论也受到支持。^[78]如果欺诈是由结婚对象实施,且欺诈的实施具有刻意性,则考虑到双方在恋爱中的信任关系,笔者认为,此时应默认当事人已经尽到了合理注意义务,检验条件转入对事由是否“违背婚姻基本主旨”的考察中。根据笔者的总结,实践中可能导致婚姻撤销的、由结婚对象欺诈引起的认知错误事项主

[77] 《礼记·昏礼》:“昏礼者,将合二姓之好,上以事宗庙,而下以继后世也,故君子重之。”

[78] 参见《德国民法典》第1314条第2款第3项。

要包括如下几类,试分析其是否违背婚姻主旨:

①患有不宜结婚疾病。疾病不构成国家否定婚姻效力的事由,但这一结论并不当然适用于平等民事主体间。事实上,前文涉及的传染病、狂躁型精神病等疾病,对于患者配偶的人身健康和安全的具有很大的潜在危害,属于前文所述的严重危害配偶人身安全的情形;而所涉的遗传性疾病,亦是可能导致患者或其潜在后代丧失生活自理能力的恶性疾病,足以破坏夫妻共同生活的存在基础。由此,如果结婚对象在结婚时隐瞒患有不宜结婚疾病的事实,且婚后配偶无法忍受,则配偶要求退出婚姻的主张合理。

②犯罪、恶习。结婚对象实施过犯罪行为,或有赌博、吸毒等恶习,将严重影响婚姻当事人对其配偶的评价,影响夫妻生活和谐。在比较法上,即有将实施犯罪行为列为婚姻可撤销事由的立法例。^[79]但笔者认为,对于犯罪、恶习等是否影响婚姻主旨,不应一概而论,否则罪犯、恶习者的基本权利将受到过分严苛的剥夺。根据前文所述,婚姻可撤销规则中关乎婚姻主旨的判断标准为:第一,是否破坏共同生活的基础;第二,是否严重危害配偶的人身财产安全。就前者而言,犯罪、恶习虽然会降低配偶间的道德评价,但如果行为属于偶犯,且有改悔的可能,则尚不足以认为其破坏共同生活基础;相反,如果属于职业惯犯,或如《婚姻法》第32条所称恶习“屡教不改”,则应认为其有损共同生活基础。就后者而言,虽然具有暴力倾向者确会危害配偶人身安全,但暴力倾向并不能通过犯罪、恶习的前科记录直接量化,因为行为者尚有偶犯和改悔的可能,因此该标准在立法中不宜量化。综上,笔者认为,如果结婚对象在结婚前存在刻意隐瞒,则犯罪、恶习可以构成当事人要求退出婚姻的合理理由,但这里的犯罪、恶习需要达到长期存在、不知悔改的程度。

③性功能障碍和性取向。性功能障碍在一些立法中被列为婚姻无效的事由,^[80]而随着婚姻“去生殖化”,我国已不再规定其对婚姻效力的影响。但在平等民事主体间,性功能障碍对婚姻生活的影响是客观存在的:一方面夫妻性生活是夫妻共同生活的重要组成部分,另一方面性功能障碍也极可能影响夫妻的生育。笔者认为,虽然生育能力缺陷不是夫妻单方要求退出婚姻关系的充分条件,但性生活缺乏,将导致夫妻间难于亲密,婚姻当事人性欲无法得到正常排解,若一方难以忍受,长此以往,其确实会导致共同生活无法延续。因此,考虑到性因素对夫妻共同生活的重要性,如果结婚对象在婚前刻意隐瞒了自身的性功能障碍,则应当允许当事人主张退出婚姻。此外,就当前社会广泛关注的同性恋“形婚”“骗婚”问题,由于我国法上尚未承认此类情形的撤销婚姻,实践中只能采用离婚的方式帮助当事人退出婚姻,^[81]这对当事人的救济是存在不足的。将隐瞒性取向作为与性功能障碍的类似情形,纳入婚姻可撤销事由,实有必要。

[79] 参见《意大利民法典》第122条;《巴西民法典》第1556条。

[80] 例如我国1950年《婚姻法》第5条。

[81] 参见田卉:“同性恋隐瞒性取向与异性结婚是否属于可撤销婚姻范畴”,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/04/id/2826101.shtml>,最后访问日期:2019年3月11日。

④财产状况。对结婚对象财产状况的认识错误,如误信对方享有巨额财富,或不知对方负有巨额债务等。对于这种情形,比较法上有排除适用婚姻可撤销规则的立法例。^[82] 笔者认为,如此安排颇为合理:无论结婚对象财产状况如何,都不必然造成对共同生活基础的破坏——即使对方一文不名,婚姻生活依然有维持的可能。将财产状况列为影响婚姻效力的要素,必然会助长纯粹以物质利益考量婚姻存续的风气,破坏婚姻法意图塑造的夫妻关系的伦理价值。

⑤道德品质。对结婚对象道德品质的认识错误,可能会影响当事人对配偶的正确评价,进而导致双方的感情基础破裂,共同生活无法存续。但这里的问题在于,道德品质是一项难以量化、易于变动、且有容忍和改善可能的要素。以现实中常见的情形为例,如果结婚对象在婚前有嫖娼、卖淫、出轨等“黑历史”,这确实会高度影响当事人缔结婚姻时的选择,但很难认为,现实中由于婚姻一方存在上述道德污点,整个婚姻生活就确定性地难以延续。因此笔者认为,纯粹将道德品质认知错误作为婚姻退出理由较为牵强,除非其上升到了“感情破裂”的层面。

此外,欺诈行为本身是妨害他人意志自由的行为,与法秩序相冲突,故对欺诈婚姻的否定符合婚姻制度的社会功能,满足公共利益的检验条件。综上,笔者认为,结婚对象在结婚时故意隐瞒其患有不宜结婚的疾病、持续性犯罪或恶习、性功能障碍和性取向的,当事人得主张撤销婚姻。

(四) 错误婚姻的可撤销性检验

错误婚姻是指婚姻当事人实施结婚行为时,发生了主观认知与客观现实不符的情形。由于错误婚姻中,错误的原因可能发生于当事人双方,因此对是否可撤销进行检验时,首先考虑表意人对错误的发生是否尽到了合理的注意义务。就结婚行为而言,当事人发生的错误可能有三种类型:①对缔结婚姻的行为性质的认识错误;②对结婚对象身份的认识错误;③对结婚对象个人特征的认识错误。试分别予以分析。

首先,对行为性质的认识错误,即当事人未认识到其意思表示将导致婚姻的缔结。比较法上有允许此类婚姻撤销的立法例。^[83] 但就我国立法而言,结婚行为需双方亲自到婚姻登记机关履行相应程序,由此,只要当事人正常履行结婚程序,其几乎没有发生认识错误的空间,故立法无规定此情形的必要。

其次,对结婚对象身份的认识错误。这一情形又包含两种情况:第一,当事人欲与A结婚,但错将B认作A,与B履行了结婚行为;第二,当事人欲与A结婚,但A伪造其身份为B,从而导致A与B完成了结婚登记。应当认为,上述第一种情形发生的几率是极小的,因为实践中个体间的相貌、性情差异极大,结婚又属于重大严肃事项,因此除非存在A与B系双胞胎

[82] 参见《德国民法典》第1314条第2款第3项。

[83] 参见《德国民法典》第1314条第2款第2项;《瑞士民法典》第124条第1款。

这样较为极端的情形，^[84]否则很难认为当事人履行了合理注意义务，故无需考虑适用婚姻撤销规则。第二种情形，实际就是实践中广泛存在的伪造、变造、冒用他人身份进行婚姻登记的行为，这类情形下，登记人与婚姻当事人之间甚至未形成基本的合意，应当认为婚姻自始不成立，^[85]也就当然不发生效力。在规则性质上，该规则应属于婚姻登记错误规则，而不属于婚姻可撤销规则，此时当事人得直接向登记机关申请撤销登记，^[86]而无需向法院请求撤销婚姻。

最后，对结婚对象个人特征的认识错误。此类情形的分析可承袭上文对欺诈婚姻分析的部分结论。此处仅对其中涉及婚姻基本主旨的三类情形进行检验：

①不宜结婚疾病。我国虽然已经取消了强制婚检，但本着对婚姻和对自身健康的谨慎态度，当事人完全可以选择通过相应体检排查此类疾病的存在。因此，若患者本身对疾病并无隐瞒，而当事人亦未要求进行疾病排查，则应认为当事人系自愿承担风险，不得主张撤销婚姻。

②持续性犯罪、恶习。一些犯罪、恶习行为往往具有隐匿性，当事人确有难以知悉的可能。但如前文所述，犯罪、恶习达到影响婚姻主旨的程度，需其长期存在、积重难返，因此如果对方没有刻意隐瞒，则当事人若尽到注意义务，则在长期相处中理应能够发现“蛛丝马迹”。

③性功能障碍和性取向。由于我国传统观念对婚前性行为持否定评价，当事人欲对结婚对象的性功能进行考察，确实不甚方便。然而笔者认为，将单纯的性功能障碍认知错误列为婚姻可撤销事由，仍属不妥。一方面，即使不鼓励婚前性行为，当事人对结婚对象性功能障碍的考察仍有可开展的正当途径：对于部分病理性的性功能障碍，如性器官缺陷、发育不良等，婚检是规避、排查的有效手段；对于精神性的性功能障碍，如严重的性冷淡、性取向不合等，如果对方没有刻意隐瞒，则当事人在恋爱日常的亲昵行为中应当有所察觉。另一方面，性功能障碍的发生原因多样，如压力、环境、健康状态、性观念错误等均可能导致性功能障碍，这类难以责难于患者的性功能障碍，宜视作配偶本应承担的“婚姻风险”，需要配偶予以容忍和帮助。据此，如果结婚对象不是刻意隐瞒或虚构其性功能障碍，不宜允许当事人直接撤销婚姻。

综上，在认知错误的情形下，基于婚姻的严肃性，以及情侣亲密关系导致的可考察性，如果对方没有刻意进行虚构和隐瞒，则应认为当事人对认知错误存在轻信，未尽到合理的注意义务。故笔者认为，对于意思表示错误这一情形，没有适用婚姻可撤销规则的必要。当事人若对此类事由难以忍受，则只能通过离婚获得解脱。

^[84] 参见陈卫佐：《德国民法典》（第4版），法律出版社2015年版，第434页。但在这种情形下，其结婚对象几乎必然存在欺诈。

^[85] 参见余延满，见前注^[34]，第141页。

^[86] 参见孙若军：“瑕疵结婚登记处理方式的体系化思考”，《中华女子学院学报》2014年第6期，第11页。

四、婚姻宣告无效的法定财产性后果

除婚姻无效和可撤销的事由外,婚姻无效制度中的另一项重要内容,是婚姻宣告无效后的法定后果。按照一般理论,法律行为被宣告无效,则应自始无效,^[87]法律行为形成的法律关系消灭;若有财产给付,则有返还财产、恢复原状的发生。^[88]然而上述结论,仍然是针对合同关系提出的,其是否适用于婚姻,有待考察。

如前所述,婚姻关系是一项笼统性、长期性的关系,不同于交易性合同的偶发式给付,因此,即使婚姻关系被宣布无效,其也难以像合同关系那样,将交易标的明确地恢复原状,使之具有自始未发生的外观。婚姻关系主要涉及三类关系:夫妻间的人身关系、夫妻间的财产关系、亲子关系。其中,夫妻间的人身关系在婚姻宣告无效后固然消灭,但却不可能将状态回复到婚姻缔结前;亲子关系则由于血缘关系的存在,以及法律上不区别对待婚生与非婚生子女的原则,实际未受到影响。惟对于夫妻间的财产关系,由于存在类似于合同上的财产给付,因而有讨论的必要。

如果按照《合同法》的处理思路,婚姻宣告无效后,夫妻间财产关系恢复原状,此时婚姻期间内形成的“夫妻财产”,应根据双方各自所有的部分予以析分,若存在财产损失,则根据过错状况适用损害赔偿。然而考察我国《婚姻法》的规定,其与《合同法》的思路存在很大不同。当前我国法上对婚姻宣告无效的财产性后果的处理思路可以概括为:首先由当事人协议解决,在无协议的情况下,比照诉讼离婚时的财产处理方式处理。^[89]很显然,这一处理方式,并没有采纳法律行为理论的一般思路。

笔者认为,《婚姻法》及其司法解释意识到婚姻关系与交易性合同关系的差别,值得赞赏。然而上述规则完全将婚姻无效与离婚的财产效果等同,却也有失偏颇。这里的问题在于,立法者一厢情愿地认为各种无效婚姻,均在其未宣告无效前,形成了与正常婚姻无异的“夫妻财产”;但实际情况是,对于不同类型的无效婚姻,其是否形成了“夫妻财产”,需要分别进行讨论。例如,在狭义无效婚姻中,婚姻无效的原因来自于国家干涉,当事人自身愿意在婚姻期间内形成“夫妻财产”;而在可撤销婚姻中,当事人却未必愿意在婚姻期间内形成“夫妻财产”,甚至会抵触“夫妻财产”的存在。因此,不同情形的婚姻无效在财产后果方面显然应当有所区别。

笔者认为,鉴于婚姻无效的复杂性,法律首先自然应当尊重当事人的意思自治。而对于没有达成财产处理协议的情形,则可以根据不同的婚姻无效事由,区分如下几种类型进行讨论:

①近亲结婚、未达婚龄。在这种情形下,婚姻导致的财产结合符合当事人意志,只是基于

[87] 参见(德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第372页。

[88] 参见韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第227页。

[89] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第15条提到“按共同共有处理”。《婚姻法》第12条:“由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。”

国家规制的原因,不能承认其人身关系的合法性。故对其财产关系,宜比照有效婚姻,以类似离婚的方式处理。

②重婚。重婚的情况较为特殊,一方面其属于犯罪行为,对重婚者应施以负面评价,更不得使其获利;另一方面其财产关系实际牵涉到重婚者、重婚配偶以及重婚者原配偶三方,其中的无过错方的利益显然不应受到损害。由此,重婚者间形成的财产,应不能以共同共有的方式处理:若重婚者通过共有获利,则不符合对其施以惩戒的原则;若重婚配偶获利,则几乎必然侵害重婚者原配偶的利益。故对于重婚的情形,宜以恢复原状作为处理原则,采用各自析分、返还财产、折价补偿等方式进行处理。

③欺诈。因隐瞒疾病等事由形成的可撤销婚姻,当事人往往是基于人身嫌恶要求退出婚姻,其未必对婚姻导致的财产结合抱有抵触。但这里存在一个利益平衡的问题:主张撤销者系单方无负担地退出婚姻,其已然享受了法律优待,如果尚允许其通过财产共有获利,则对于不愿退出婚姻的一方,似有不公。笔者认为,如果此时当事人仍然希望分享婚姻生活带来的经济利益,则不能主张撤销婚姻,而应通过离婚的方式达成其目的。

④胁迫。因胁迫导致的婚姻,婚姻导致的财产结合完全不符合被胁迫方的意志,此时应使婚姻导致的财产关系自始不发生效力,将双方财产状态回复至婚姻发生前。

综上,婚姻宣告无效后的法定性财产后果应为:有禁止结婚的亲属关系,或未达法定婚龄的,同居期间所得财产按共同共有处理;其他情形的,应判决财产予以返还或折价补偿,有财产损失的,由双方根据各自的过错承担责任。

五、结 论

纵观近十几年来我国学界关于法律行为理论是否适用于婚姻法领域的讨论,虽然有学者认为其已属“老生常谈”,^[90]但不可否认,无论是肯定说还是否定说,都未将视角落实于十分具体的司法情境中:于肯定说而言,学者多将注意力集中于合同行为与婚姻行为的共性上;^[91]于否定说而言,学者也往往限于研究口径,“点到为止”,未作深究。^[92] 本文所采的观点更接近于否定说,因为笔者认为,婚姻中的效力认定问题,其立法目的及价值考量因素,均与作为典型法律行为的合同具有较大差别;但笔者同时也认为,在平等主体间的婚姻效力纠纷中,法律行为理论作为一些问题下的思考和讨论工具,也有其存在的价值。

本文研究婚姻无效问题主要遵循的是“价值法学”进路,即从婚姻法所具有的“个人意志”“家庭共同体”“国家意志”三元价值体系出发,通过对婚姻无效问题的重新提炼,检验相应规则

[90] 参见贺剑:“论婚姻法回归民法的基本思路:以法定夫妻财产制为重点”,《中外法学》2014年第6期,第1501页。

[91] 参见朱庆育:“法典理性与民法总则——以中国大陆民法典编纂为思考对象”,《中外法学》2010年第4期,第504页。

[92] 参见谢鸿飞,见前注[9],第113页。

在价值层面的合理性。在本文的论证中,狭义婚姻无效被定位在公民权利保障的框架中解决,进而通过比例原则的检验,得出疾病不应成为婚姻无效事由的结论。而婚姻可撤销规则则被添加了合同可撤销规则以外的表意人注意义务、婚姻主旨、公共利益的检验条件,从而排除了虚假意思表示婚姻、错误婚姻以及部分欺诈婚姻的可撤销性。当然,上述结论仅属一家之言,相关细节仍可作进一步讨论。

Abstract: In China, the rules of annulment of marriage has been considered as similar to the annulment of contract. However, there are some significant differences between them in the value structure and legislative goal. The narrow-sense annulment of marriage rules concerns the state's restriction on citizens' marriage rights, and its legitimacy can be tested by the principle of proportionality. Disease as the cause of invalid marriage does not conform to the principle of necessity and the principle of narrow-sense proportionality. The relevant rules should thus be abolished. The legitimacy of the revocation rules of marriage should be tested by three conditions: the spouse's duty of care, the purpose of marriage and the public interest. Conspiracy marriages do not conform to the condition of public interest and should not be revoked. In fraud marriages, a marriage can be revoked only if one party intentionally conceals that he or she is suffering from unfit-marriageable diseases, persistent criminal habits, sexual dysfunction and sexual orientation. The error marriage should not be allowed to be revoked if the spouse fails to perform his or her duty of care. The legal property consequences of invalid marriage shall be decided according to different circumstances, depending on whether the property combination conforms to the true will of the spouses.

Key Words: Annulment of Marriage; Revocation of Marriage; Principle of Proportionality; Defective Expression of Intention

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:王泓之)