

婚姻缔结行为的效力瑕疵

——兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定

李 昊 王文娜*

内容提要：婚姻缔结行为指的是男女双方当事人在婚姻登记机关旨在通过缔结婚姻的意思表示取得结婚法律效果的法律行为。民法典婚姻家庭编对婚姻缔结行为的调整应与民法总则规定的法律行为体系相协调。民法典婚姻家庭编草案确立了婚姻无效和婚姻可撤销的二元效力瑕疵体系，这不同于德国民法典创设的面向未来无效的婚姻可废止制度。从具体的效力瑕疵事由来看，“二审稿”以封闭性规范明确了导致婚姻无效的事由，以开放模式规定了导致婚姻可撤销的事由，但仍存在与民法总则进一步协调的空间。在导致婚姻无效的事由方面，应删除“二审稿”第828条第4项规定的婚姻无效情形，增加通谋虚伪“假结婚”导致婚姻无效的规定。在导致婚姻可撤销的事由方面，民法总则有关欺诈、胁迫的规定可适用于婚姻缔结行为，应删除“二审稿”第829条和第830条的重复性规定，而民法总则规定的重大误解和显失公平不构成婚姻可撤销事由，需要在婚姻家庭编中明确规定其不予适用。婚姻家庭编还需明确存在形式瑕疵的婚姻亦为可撤销婚姻。

关键词：婚姻缔结行为 效力瑕疵 无效婚姻 可撤销婚姻

一、婚姻缔结行为的含义

法律行为是潘德克顿民法体系的核心概念，是实现私法自治的工具，一般被定义为当事人旨在根据意思表示的内容获得相应法律效果的行为。^{〔1〕}

根据婚姻法第5条和民法典婚姻家庭编草案第二次审议稿（下文简称“二审稿”）第823条的规定，结婚应当男女双方完全自愿，即结婚应当遵从私法自治原则。由是，法律行为在缔结婚姻中存在着介入的空间。虽然与婚姻成立相伴随的人身关系和财产关系的变化并非一定由当事人自主决定，而是可能由法律规定，比如法定夫妻财产制的引入，但是婚姻的法律效果的发生仍源自当事人的合意。而且，将婚姻缔结行为纳入法律行为理论可以

* 李昊，北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院暨法学院副教授；王文娜，德国法兰克福大学法学院博士生。本文获得“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

〔1〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第78页。

明确婚姻缔结领域的意思自治,揭示当事人合意对于婚姻缔结的重要意义,即只要不违背法律的禁止性规范,当事人可以通过自己的意思表示来决定是否结婚以及与谁结婚,从而实现结婚自由。〔2〕基于上述对法律行为的界定并将其投射到缔结婚姻的法律关系中,可以得到婚姻缔结行为之含义,即婚姻缔结行为是当事人旨在根据意思表示的内容获得结婚法律效果的行为。

民法典婚姻家庭编的编纂意味着在立法层面上婚姻家庭法回归了民法体系。在此背景下承认婚姻缔结行为是法律行为,一方面可以确立法律行为是贯彻民法典始终的公因式的地位,符合我国民法典设置总则编的体系构造。在婚姻家庭法对婚姻缔结行为没有特殊规定时,则应适用民法总则关于法律行为的一般规定。另一方面,基于婚姻关系的特殊性,又需要建构婚姻缔结行为自身的特殊规则。比如,根据婚姻法第8条和“二审稿”第826条,婚姻的成立需要当事人向有关机关申请并需要经过相关部门登记,只有这样才能保障婚姻的庄重并实现身份关系的明确。〔3〕

婚姻缔结行为的效力瑕疵问题鲜明地体现出婚姻家庭编中的法律行为与民法总则中的法律行为的内在关联和异同。为了与民法总则有关法律行为效力的一般规定相连接,婚姻家庭编草案也同样区分了婚姻无效和婚姻可撤销两种效力瑕疵类型。〔4〕因为婚姻缔结行为是法律行为,因此有关法律行为效力瑕疵的一般规则同样适用于婚姻缔结行为。但是考虑到婚姻的伦理属性、与之相关的公共利益以及对身份关系的变更,立法者需要分析民法总则中不能适用于婚姻缔结行为的规定。举例而言,《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)》(下文简称“婚姻法解释一”)第9条和第11条已经明确规定,婚姻缔结瑕疵导致的无效或可撤销的法律效果必须通过有关机关来实现。缔结的婚姻并不会因为无效事由的存在而当然无效,也不会因为当事人作出撤销的意思表示而被撤销,这是基于婚姻会导致身份关系的变化,而身份关系又要求稳定和明晰。〔5〕但是,民法总则中的意思表示错误制度是否适用于婚姻缔结行为、无民事行为能力人实施的法律行为无效的规定是否适用、通谋虚伪的婚姻缔结行为的效力等问题,仍有待解释。

在对婚姻缔结行为的效力瑕疵展开论述之前,首先要将根本不存在婚姻关系与存在缔结瑕疵的婚姻区分开来。〔6〕如果缺少婚姻缔结的成立要件,就会导致婚姻不成立;若满足婚姻的成立要件但缔结行为存在瑕疵,则构成存在缔结瑕疵的婚姻。〔7〕这同样符合法律行

〔2〕 在德国民法理论中也存在另一种观点,认为婚姻缔结行为在性质上是准法律行为。其核心理由是,成立家庭生活共同体等内容并不属于缔结婚姻的意思表示的内容,婚姻导致的义务并非是由于当事人的意思,而是基于法律的规定。Siehe Hepting, Das Eheschließungsrecht nach der Reform, FamRZ 1998, 719. 但德国通说仍认为婚姻缔结行为在法律性质上属于合同法律行为(Vertrag familienrechtlicher Art), siehe Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., München 2010, S. 83, Rn. 10 - 14; MünchenerKomm BGB/Wellenhofer, 7. Aufl., München 2017, § 1310, Rn. 3.

〔3〕 参见上引 Gernhuber/Coester-Waltjen 书,第81页,边码2。

〔4〕 1900年德国民法典亦区分了婚姻无效和婚姻可撤销,并在其立法理由书中指出,婚姻无效和婚姻可撤销的区分符合法律行为效力的一般规则。Siehe Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV Band: Familienrecht, Berlin 1899, S. 25.

〔5〕 参见前引〔2〕, Gernhuber/Coester-Waltjen 书,第96页,边码9; Röthel, Standort und Gegenstand des Familienrechts, JURA 2017, 280 ff.

〔6〕 Vgl. Wellenhofer, Familienrecht, 4. Aufl., München 2017, S. 35.

〔7〕 前引〔2〕, Gernhuber/Coester-Waltjen 书,第97页,边码1。

为理论,即区分根本不存在法律行为与法律行为的无效。正如弗卢梅所说,“法律行为的无效不意味着法律行为在法律上根本不存在。”〔8〕根据我国婚姻法第8条和“二审稿”第826条的规定,结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关进行登记,完成登记即确立婚姻关系。婚姻关系的成立要件有二:其一,男女双方需在登记机关作出缔结婚姻的意思表示,意思表示合意是婚姻成立必不可少的要件。其二,登记机关受理当事人的申请并登记,从而使登记机关能够审查是否存在阻却结婚的事由,并使得身份关系更为明晰。〔9〕单纯的双方当事人合意并不能引起婚姻缔结的法律效果,还需要完成登记这一形式。〔10〕这不同于德国民法典规定的婚姻缔结行为的成立要件。根据德国民法典第1310条的规定,有效的婚姻缔结行为并不以登记为要件,而是以有关机关的共同参与为构成要件。〔11〕如果不具备上述婚姻成立要件,婚姻关系便根本未成立,更无须讨论婚姻缔结行为的效力瑕疵问题。

二、婚姻缔结行为的效力瑕疵体系

(一) 德国的一元效力瑕疵体系

现行德国民法典第1313条至第1318条只规定了一种缔结婚姻的瑕疵类型,即可废止婚姻(Eheaufhebung)。学者对此种一元效力瑕疵体系褒贬不一。根据德国民法典第1314条,无论是违背第1303条和第1304条有关缔结婚姻的行为能力的规定,还是违背第1306条禁止重婚的规定或第1307条禁止近亲结婚的规定,甚或违背第1311条有关缔结婚姻的法律行为的特定形式的规定,以及因为双方当事人的意思表示瑕疵而导致婚姻缔结的瑕疵,都只产生婚姻可废止的法律效果。这种一元效力瑕疵体系是德国1998年《婚姻缔结法的新规定》的产物。〔12〕在此之前,德国法上的婚姻效力瑕疵仍包含无效婚姻和可废止婚姻两种形态。〔13〕

对于废除婚姻无效制度并以可废止婚姻制度统一缔结婚姻的效力瑕疵的做法,1998年《婚姻缔结法的新规定》的立法理由书给出了两点理由:其一,支持区分婚姻无效和婚姻可废止两种形态的理论是没有说服力且容易遭到攻击的,这种理论认为导致婚姻无效的事由是基于对于公共利益的考量,而婚姻可废止的事由则首要考量双方当事人的利益。〔14〕而这种理论并没有说明,为什么在一个自由社会,当事人的个人利益和公共利益不能得到平等保护,并且这种理论也没有说明何谓“公共利益”。〔15〕其二,即使法律一般性地规定了无

〔8〕 [德] 维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第654页。

〔9〕 在如何认识缔结婚姻时的登记问题上,朱晓喆尝试将民法上的登记理解为在登记机关面前作出的法律行为,从而与公法上的登记行为区分开来。参见朱晓喆:《论民事法律行为的形式——〈民法总则〉第135条评释》,《法治现代化研究》2018年第2期,第151页。

〔10〕 参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第144页。

〔11〕 前引〔2〕, Gernhuber/Coester-Waltjen书,第85页,边码18。

〔12〕 Eheschließungsrechtsgesetz (EheschIRG), BT-Drucks 13/4898。

〔13〕 MünchenerKomm BGB/Wellenhofer, 7. Aufl., 2017, § 1313, Rn. 1. 1938年德国婚姻法创立了婚姻可废止制度。Ehegesetz (EheG) 1938, DJZ 1938, 1102. 德国婚姻法在1938年以前是无效婚姻和可撤销婚姻并存,1938年到1998年则是无效婚姻和可废止婚姻并存。

〔14〕 BT-Drucks 13/4898, S. 13 ff.

〔15〕 Ramm, Eheaufhebung oder Eheanfechtung?, in Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 314 ff.

效婚姻的效力溯及既往地不发生，但却充斥着大量的例外规则，比如财产法效果上适用离婚法的规定而不适用不当得利法的规定；在父母子女关系问题上，无效婚姻关系中出生的子女也仍然被视为婚生子女。大量例外规则都意味着无效婚姻制度的法律效果只是向未来发生作用（*ex nunc*），这实际上掏空了无效制度的核心原则——法律行为无效意味着溯及既往地无效（*ex tunc*）。在德国立法者看来，第二点理由是废除无效制度并创建统一的婚姻可废止制度的主要理由。^[16]

反对此种一元效力瑕疵体系的学者认为，上述理由根本不具有说服力，无效婚姻和可废止婚姻两种情况之间存在显著不同，导致无效婚姻的情形比如重婚以及近亲结婚等都是对于公共利益的违反，而导致婚姻可废止的原因则存在于当事人个人领域，比如缔结婚姻时的意思表示瑕疵。^[17]对缔结婚姻的瑕疵不加区分，意味着在重婚或近亲属间结婚这种严重危害公共利益的婚姻瑕疵类型中，婚姻也并非无效，这被认为是不可容忍的。^[18]并且，面向未来无效的婚姻可废止制度本身是没有有力理论支撑的。1938年德国婚姻法创立婚姻可废止制度的理由是，婚姻生活共同体已经实际存在，因此不可能从这个世界中抹去，进而撤销制度是不可适用的，但这一理由忽视了事实和法律判断的区别，撤销制度只是表明该婚姻在法律上不能得到认可，并不是在事实上将婚姻消除掉。^[19]

从宏观上看，德国立法者为德国民法典选择了一元的婚姻可废止制度，但从微观上看，根据废止原因是涉及公共利益还是只涉及当事人个人利益，还是可以将可废止婚姻区分为不同的类型：其一，从享有废止婚姻申请权利的主体来看，如果导致婚姻可废止是因为违背婚姻禁止规则，比如禁止重婚或近亲结婚的规定，不仅双方当事人是申请废止婚姻的权利人，相关的行政机关同样有权申请；而在意思表示瑕疵的场合，因为只涉及当事人个人利益，因此仅一方或双方当事人享有主张废止婚姻的权利。其二，从可申请废止婚姻的除斥期间来看，根据德国民法典第1317条的规定，仅在意思表示瑕疵的场合，即因为错误、受胁迫和受欺诈而结婚的情形，主张废止婚姻的权利受到期间的限制；而对于因为违背婚姻禁止规则导致的婚姻可废止，只要没有排除性事由出现，法律并不限制相关权利人申请废止该瑕疵婚姻的时间。^[20]

（二）民法典婚姻家庭编草案的二元效力瑕疵体系

我国民法典婚姻家庭编草案延续了现行婚姻法的二元效力瑕疵体系，与后者的不同则体现在具体的效力瑕疵事由方面。“二审稿”第828条至第831条规定了无效婚姻和可撤销婚姻的情形以及法律效果。其中，第828条规定了婚姻无效的四种情形，包括重婚、有禁止结婚的亲属关系、未到法定婚龄以及以伪造、变造、冒用证件等方式骗取婚姻登记；第829条规定了因胁迫缔结的婚姻为可撤销婚姻，受胁迫的一方可以在一定期间内向婚姻登记机关或人民法院请求撤销婚姻。第830条是新增规定，明确了一方于结婚登记前对自身所患有的重大疾病的主动告知义务，不如实告知的，另一方可以在一定期间内请求撤销该婚姻。

[16] BT-Drucks 13/4898, S. 13 ff.

[17] Bosch, Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts, FamRZ 1997, 141.

[18] Staudinger/Voppel (2018), Vorbemerkung zu § § 1313 ff., Rn. 17.

[19] 前引 [15], Ramm 文, 第 319 页。

[20] Soergel/Heintzmann, 13. Aufl., 2013, § 1314, Rn. 17.

总体而言,我国的婚姻无效事由更多地涉及公共利益,而导致婚姻可撤销的事由比如受胁迫缔结婚姻,则仅仅涉及当事人个人利益。

婚姻无效制度和婚姻可撤销制度的差别主要体现在三个方面:其一,可以主张婚姻无效和可以主张撤销婚姻的权利人不同。虽然“二审稿”第828条没有对主张婚姻无效的权利主体作出规定,但根据“婚姻法解释一”第7条的规定,不仅婚姻关系当事人可以请求宣告婚姻无效,其他利害关系人亦可。而根据“二审稿”第829条和第830条的规定,可以请求撤销婚姻的主体只能是受胁迫的一方或被故意隐瞒的一方。将婚姻无效和婚姻可撤销区分开来,并且将是否撤销婚姻的决定权赋予相关表意人,这种做法是合理的,“可撤销性的本质是,撤销权人有权决定法律行为是否生效”。^[21]其二,可以主张婚姻无效和婚姻可撤销的除斥期间不同。“二审稿”第828条并没有对主张婚姻无效的期间作出规定,而第829条和第830条都规定了请求撤销婚姻的除斥期间。其三,在程序方面,有权宣告婚姻无效的机关和有权撤销婚姻的机关存在不同。“婚姻法解释一”第7条规定人民法院是负责宣告婚姻无效的唯一机关,而在可撤销婚姻制度中,婚姻登记机关同样享有此项职权。^[22]

(三) 比较分析

无论是德国民法典采用的一元的婚姻可废止制度还是我国婚姻家庭编草案采用的二元的婚姻无效和婚姻可撤销制度,旨在规范的对象都是瑕疵缔结的婚姻。瑕疵缔结的婚姻与瑕疵成立的即时性的财产性法律行为有着明显区别:其一,相比于财产性法律行为,婚姻关系需要明确而安定;其二,相比于即时性的法律行为,婚姻关系是继续性的法律关系,基于婚姻缔结而产生的权利和义务持续地存在。

基于婚姻关系是继续性的法律关系这一特性,德国立法者认为溯及既往的无效并不适用于瑕疵缔结的婚姻,由此废除了婚姻无效和婚姻可撤销制度。这一结论的前提条件是溯及既往的无效是无效制度和可撤销制度的根本要素,如果仅是面向未来地无效,就不再是无效制度和可撤销制度,而有必要创设一种新的制度。但实际上,这一前提条件并不成立。显而易见的例子是,劳动合同被撤销后并不发生溯及既往地无效的效果,^[23]但是,立法者并没有在劳动合同中创设所谓“劳动合同可废止制度”。

再者,对于婚姻无效、被撤销或被废止的法律效果是否溯及既往,理论上存在的争议很大,^[24]德国1997年法律委员会在关于1996年《婚姻缔结法的新规定草案》的《最终建议和报告》中明确指出,对于婚姻可废止制度是否具有溯及力的教义学问题可以暂时搁置,基于实用性角度,法律条文只规定具体的法律效果即可。^[25]如果溯及既往地无效不受限制,可能损害第三人的利益或善意当事人一方的利益,比如子女将成为非婚生子女;但若全然否定无效的溯及力,同样可能损害善意一方当事人的利益,比如若一方基于被欺诈或被胁迫而与另一方结婚,则其完全有权利要求从这段关系中彻底解放出来,而不只是局限

[21] 前引〔8〕,弗卢梅书,第665页。

[22] 但是,婚姻登记机关不应享有撤销婚姻的权限,下文论述了理由。宣告婚姻无效和撤销婚姻都应该只由人民法院负责。

[23] Waltermann, Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2018, S. 86.

[24] Siehe FuR 1996, 124; FamRZ 1996, 833; FamRZ 1997, 65.

[25] Drucksache 13/9416, S. 28.

于使该瑕疵缔结的婚姻面向未来地无效。^[26]

“二审稿”第831条回应了婚姻无效或被撤销后的溯及力问题。在坚持民法总则体现的法律行为的效力体系的基础上，“二审稿”第831条第2句后半段明确规定照顾无过错方的利益，第4句规定当事人所生的子女适用婚姻法有关父母子女的规定，即使子女出生于被宣告无效或被撤销的婚姻关系存续期间，也仍然是婚生子女。通过限制溯及力的规则，也可以达到不损害第三人或者善意一方当事人利益的效果。^[27]与此同时，从导致婚姻瑕疵的事由来看，导致婚姻无效的事由和导致婚姻可撤销的事由确实不同，婚姻瑕疵事由严重性不同，立法者对待婚姻无效和婚姻可撤销的态度也不同；对于类似重婚或近亲属间结婚这种危害公共利益的无效婚姻，立法上应该使之区别于可撤销婚姻。^[28]因此，我国并不需要创设全新的婚姻可废止制度，在尊重民法总则规定的法律行为的效力体系的同时，可以通过特殊规定来限制婚姻无效或被撤销后的溯及力，从而达到不伤害第三人和善意一方当事人利益的效果。^[29]

三、婚姻缔结行为的效力瑕疵事由体系

（一）德国民法典采用的封闭的效力瑕疵事由体系

德国民法典在可废止婚姻章节中对可废止婚姻的情形作了规定，并且通说认为该规定是封闭性的，德国民法典总则编有关法律行为效力瑕疵事由的一般规定并不适用于缔结婚姻的法律行为。^[30]理由如下：首先，从条文表述来看，德国民法典第1314条以一个条文列举规定了导致婚姻可废止的事由，包括违反禁止婚姻的规定、不具备缔结婚姻的行为能力、违反形式强制性规定以及意思表示瑕疵。其次，可废止制度与可撤销制度不同，德国民法典总则编规定的错误、欺诈以及胁迫等意思表示瑕疵制度也无从适用。从法律效果来看，德国法上的撤销和废止有完全不同的法律效果。现行德国法不承认婚姻的可撤销，认为持续性关系不存在所谓自始不发生效力的问题，废止并非使得婚姻关系溯及既往地不发生效力，而是面向未来无效。从实施程序看，德国民法典总则编规定的一般法律行为的撤销程序和亲属编规定的婚姻废止程序完全不同。根据德国民法典第143条的规定，撤销权利人只需要向撤销相对人作出撤销的意思表示即可，并不需要向法院或其他机构提起撤销之诉。但婚姻废止程序与之完全不同，根据德国民法典第1313条的规定，婚姻关系中的一方需要

[26] 前引〔15〕，Ramm文，第322页。

[27] 虽然“二审稿”第831条对财产法效果作了特殊规定，但仍需完善。在财产法效果方面，需要明确的至少有继承法上的效果以及夫妻共同债务规则是否适用的问题。继承法上的问题包括，如果夫妻一方因为死亡而不能申请婚姻无效或者申请撤销婚姻，此时生存一方配偶是否享有继承权。在夫妻共同债务方面，如果在无效或可撤销婚姻未被判定为无效或者被撤销之前，婚姻关系中的一方以夫妻名义向第三人借款并且构成夫妻共同债务，但之后婚姻被宣告为无效或者被撤销，此时债权人一方是否可以向双方当事人请求债务清偿。此部分得益于与洪堡大学民商法博士生胡剑的交流，特此感谢。

[28] 参见田韶华：《民法典婚姻家庭编草案瑕疵婚姻制度的立法建议——以〈民法总则〉之瑕疵民事法律行为制度在婚姻家庭编草案中的适用为视角》，《苏州大学学报（法学版）》2018年第1期，第4页。

[29] 我国既有研究多支持婚姻无效和婚姻可撤销的二元体系。参见上引田韶华文，第4页；吴国平：《论民法典中无效与可撤销婚姻制度的立法构建》，《海峡法学》2017年第1期，第9页；武兰芳：《从适用角度检视我国婚姻法中无效与撤销制度的缺陷》，《河北法学》2010年第1期，第116页；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219页。

[30] MünchenerKomm BGB/Wellenhofer, 7. Aufl., 2017, § 1314, Rn. 1.

向法院申请废止婚姻，法院的判决才能导致废止的法律效果的发生。之所以需要向法院提起废止之诉，是因为此般程序能够保障婚姻关系的安定性和明晰性。^[31]

（二）民法典婚姻家庭编草案体现的婚姻效力瑕疵事由体系

与德国民法典可废止婚姻的效力瑕疵事由体系相比，我国民法典婚姻家庭编草案规定的婚姻缔结行为的效力瑕疵事由体系首先应被区分为导致婚姻无效的效力瑕疵事由体系和导致婚姻可撤销的效力瑕疵事由体系。

“二审稿”第828条表明无效婚姻的效力瑕疵事由体系是封闭的，我国民法总则有关法律行为无效的规定并不适用。^[32]第828条的文字表述为：“有下列情形之一的，婚姻无效”，其以列举的方式明确规定了四种情形并且没有“其他导致婚姻无效的情形”的表述。并且，《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（三）》（下文简称“婚姻法解释三”）第1条第1款也明确规定，当事人以婚姻法第10条规定以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的申请。

与之相比，“二审稿”第829条和第830条体现的可撤销婚姻的效力瑕疵事由体系是开放的。其一，立法者对于可撤销的婚姻采取了另外一种规范方式，条文并没有类似“有下列情形之一的，婚姻可撤销”的规定，而只是在第829条和第830条分别列举了导致婚姻可撤销的两种情形。其二，不存在司法解释限制当事人以其他理由提出撤销婚姻的请求，也没有法条表明可撤销婚姻的体系是封闭的。其三，与德国相比，我国并没有区分可撤销和可废止这两种制度，“二审稿”第831条明确规定婚姻被撤销后自始没有法律约束力，这与民法总则第155条关于被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力的规定完全相同。我国民法总则有关撤销程序的规定与德国完全不同，由民法总则第147条至第150条可知，有撤销权的人仍然需要向人民法院或者仲裁机构请求撤销；“二审稿”规定的婚姻撤销程序基本如出一辙，第829条和第830条规定权利人可以向法院或婚姻登记机关请求撤销。德国民法典中婚姻可废止制度和撤销制度之间的根本差别在我国并不存在，因此不需要将“二审稿”规定的可撤销婚姻的效力瑕疵事由体系解释为封闭性规定。

维持婚姻无效和婚姻可撤销的二元效力瑕疵体系，并采用不同的立法技术来规范两者，体现了对结婚当事人意思自治的尊重，颇值赞同。一方面，“二审稿”第828条的封闭性立法方式体现了有限度的国家干预原则，国家管制仅在公民自治有悖于公共秩序和善良风俗时才会出现。^[33]婚姻无效条款实际上体现了公权力对结婚自由的限制，对婚姻无效情形的限制也就意味着对公权力的限制，从而防止公权力过分侵入婚姻家庭，保障当事人实现意思自治。另一方面，“二审稿”以开放性的立法方式规定婚姻可撤销制度，体现了对婚姻缔

[31] Röthel, Familienrechtliche Rechtsgeschäfte: Zu den Auswirkungen von Irrtum, Täuschung, Drohung, JURA 2017, 1043 ff.

[32] 因为民法总则规定的法律行为无效是当然无效，而婚姻无效则需要通过法院判决来确定（婚姻法第12条及“婚姻法解释一”第9条、“婚姻法解释三”第1条第1款）。并且，民法总则的法律行为无效并不存在事后转化为有效的可能性，而婚姻无效情形消失后则可以转化为完全有效的婚姻（“婚姻法解释一”第8条）。遗憾的是，婚姻家庭编草案仅仅规定了无效事由，而没有将司法解释中有关婚姻无效的规则纳入其中。有关婚姻家庭编草案对司法解释整合的局限性的论述，参见徐涤宇：《婚姻家庭法的入典再造·理念与细节》，《中国法律评论》2019年第1期，第109页以下。

[33] 参见马忆南：《婚姻家庭法领域的个人自由与国家干预》，《文化纵横》2011年第1期，第49页。

结方意思自治的尊重。将第 829 条和第 830 条理解为例示性规定，并不排除当事人根据民法总则有关意思表示瑕疵的规定来撤销婚姻。正如孙宪忠所言，“恰恰从民法的发展历史看，从人文主义法思想的角度看，意思自治原则在人身关系领域里发挥作用，意义十分重大。因为个人的幸福、个性的满足，都必须从当事人自己的内心真实意愿的角度去理解。”^{〔34〕}在顾及婚姻家庭法中的法律行为的特殊性的同时，并不排除民法总则的适用，也能够尽可能保障当事人意思自治的实现。

四、婚姻缔结行为效力瑕疵事由体系的具体展开

（一）“二审稿”相关规定存在的问题

违背禁止结婚的规定、不具有缔结婚姻的行为能力、违反形式强制的要求以及意思表示瑕疵都会导致婚姻缔结行为的瑕疵。首先，禁止结婚的情形指的是重婚和近亲结婚，“二审稿”第 828 条明确规定重婚和近亲结婚是导致婚姻无效的事由，争议不大，本文不赘。其次，不具有缔结婚姻的行为能力既包括当事人因为未达法定婚龄而不具备缔结婚姻的行为能力，也包括当事人虽然达到法定婚龄仍不具备缔结婚姻的行为能力的情形，“二审稿”第 828 条仅仅规定了未达法定婚龄的当事人缔结的婚姻无效，而没有规定后一种情形。因为第 828 条是特殊的封闭性规定，所以民法总则第 144 条有关无民事行为能力人实施的民事法律行为无效的规定并不适用。因此，需要明确后一种情形中婚姻缔结行为的效力。再次，关于违反婚姻形式强制的要求，即违反“二审稿”第 826 条第 1 句的法律后果，“二审稿”和民法总则都没有规定。合同法第 36 条则规定，未采用要求的形式但一方已经履行主要义务并且对方接受的，合同成立。该条适用于缔结婚姻的法律行为是否合理、是否需要在“二审稿”中作出特殊规定，仍值讨论。最后，意思表示瑕疵不仅包括“二审稿”第 829 条和第 830 条规定的胁迫和欺诈情形（对应于民法总则第 147 条至第 150 条），还包括民法总则第 146 条规定的双方通谋虚伪的意思表示、第 147 条规定的基于重大误解实施的民事法律行为以及第 151 条规定的显失公平的民事法律行为。在因为意思表示瑕疵导致婚姻缔结瑕疵的情形中，“二审稿”存在以下问题：一是因为第 828 条规定的无效婚姻的情形是封闭的，不包括双方当事人通谋虚伪“假结婚”的情形，民法总则第 146 条第 1 款有关通谋虚伪的意思表示无效的规定不能适用，此时因不存在可以适用的法条而构成法律漏洞，实践中并不少见的“假结婚”的法律效果如何需要分析。二是既然民法总则有关法律行为可撤销的规定同样可以适用于可撤销婚姻，“二审稿”第 829 条仍然规定因胁迫缔结的婚姻可撤销，是否属于重复规定？三是“二审稿”第 830 条属于因为错误导致的婚姻可撤销还是因为欺诈导致的婚姻可撤销，该条是民法总则中有关错误或欺诈导致的意思表示瑕疵的限缩性规定还是属于重复规定，尚待讨论。

（二）对婚姻缔结行为效力瑕疵事由的具体分析

1. 不具有缔结婚姻的行为能力

“二审稿”第 824 条对结婚年龄作出强制性规定，第 828 条规定“未达法定婚龄导致

〔34〕 孙宪忠：《民法典总则编“法律行为”一章学者建议稿的编写说明》，《法学研究》2015 年第 6 期，第 57 页。

的婚姻无效”，这实质上体现的是立法者对于缔结婚姻的行为能力的特殊要求。虽然“二审稿”中没有出现结婚能力这样的概念，但从立法理由来看，之所以对婚龄作出规定，是基于对当事人取得权利、履行义务的能力作出的考量。“结婚只有达到一定的年龄，才能具备适合的生理条件和心理条件，也才能履行夫妻义务，承担家庭和社会的责任。”^[35]从比较法来看亦是如此。德国民法典第四编亲属编的第一章第二节第一目“婚姻能力”(Ehefähigkeit)包括两个条文，其中第1303条规定了结婚年龄，第1304条则规定了无行为能力人不能缔结婚姻。

未达法定婚龄并非导致当事人不具有缔结婚姻的行为能力的唯一事由，后者还应包括当事人虽然达到法定婚龄，但根本不具有辨认婚姻缔结法律行为的能力这一情形。^[36]后者又包括两种情形：其一，当事人是无行为能力人；其二，当事人是能够辨认一些行为的限制行为能力人，但缔结婚姻的法律行为与其智力和精神状况不相适应，因此其不具有缔结婚姻的行为能力。我国民法总则第22条规定了不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，^[37]限制行为能力人可以独立实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对应到缔结婚姻的情况中，对于达到法定婚龄的限制行为能力人，如缔结婚姻与其智力和精神健康状况相适应，则其当然是具有缔结婚姻行为能力的人。精神疾病并不一定意味着要对其生活范围作出限制，在精神病人只是限制行为能力人的场合，其并非一概不具有缔结婚姻的行为能力。^[38]在因为不具有缔结婚姻的行为能力而认定婚姻存在瑕疵时，必须由鉴定机构出具相关证明，并且应当证明该无缔结婚姻的行为能力的情况在缔结婚姻时已经存在。

未达法定婚龄的主体缔结的婚姻无效，在法条规定和理论上都不存在争议；而已达法定婚龄但不具有缔结婚姻的行为能力的人订立的婚姻的效力仍存在争议。^[39]笔者认为，此种情况下缔结的婚姻应属无效而非可撤销，理由如下：其一，已达法定婚龄但不具有缔结婚姻的行为能力的情形与未达法定婚龄的情形体现的都是立法者对缔结婚姻的行为能力的规定，理应具有相同的法律效果。^[40]其二，达到法定婚龄而不能够辨认自己行为的人，不

[35] 胡康生主编：《中华人民共和国婚姻法释义》，法律出版社2001年版，第18页。

[36] 已达法定婚龄但仍不具有缔结婚姻的行为能力的情形本可以被包含于婚姻法第10条第3项规定的“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病”导致的婚姻无效情形中，但“二审稿”第828条删除了此种婚姻无效情形，因此有必要在其他条文中解决此问题。当然，删除婚姻法第10条第3项的规定是正确的。主张删除的文章，参见胡文华：《论我国无效及可撤销婚姻制度》，《法治论丛》2004年第4期，第69页；刘余香：《我国〈婚姻法〉规定的结婚禁止条件质疑》，《法学杂志》2009年第1期，第69页；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；前引〔28〕，田韶华文，第5页。

[37] 这与德国民法典的规定不同。根据德国民法典第106条的规定，限制行为能力人只能是未成年人，成年人只能是完全行为能力人或无行为能力人，但这也不排除无行为能力的成年人根据德国民法典第105a条从事与日常生活相关的行为。

[38] MünchenerKomm BGB/Wellenhofer, 7. Aufl., 2017, § 1304, Rn. 2. 在德国法上，有精神疾病不一定意味着是无行为能力人，也就不一定意味着不具有缔结婚姻的能力。

[39] 田韶华认为可撤销，认为此时只涉及当事人的利益而不涉及社会公共利益，故不宜将不具有结婚行为能力的人缔结的婚姻认定为无效，将其界定为可撤销更为妥当。参见前引〔28〕，田韶华文，第5页。相同观点参见马忆南：《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28页。

[40] “具有相同的法律效果”指的是在这两种情况中，婚姻缔结行为的效力相同，即都导致婚姻无效；并不是说无效情形的消失事由是相同的。在未达法定婚龄而不具有结婚能力的情况中，婚姻无效事由随着当事人达到法定婚龄而消失；在缔结婚姻时达到法定婚龄但不具有结婚能力的情况中，婚姻无效事由只有在当事人重新获得结婚能力并表示愿意继续婚姻关系时才消失。

能根据自己的理性形成缔结婚姻的意思表示，不能自主决定是否结婚以及与谁结婚，若由他人代替其本人作出决定，无疑是对行为人婚姻自由的侵害。其三，婚姻无效体现公权力对缔结婚姻行为的介入，而婚姻可撤销则因其并不关涉公共利益而交由当事人请求撤销。如果已达法定婚龄而不具有缔结婚姻之行为能力的人缔结了婚姻，其因不具有行为能力而无法自己提出撤销婚姻的请求，将此种瑕疵婚姻定性为可撤销婚姻的做法将无法保障无行为能力人的利益。^[41]其四，不能够辨认自己行为的人并不能自由决定如何组织家庭生活，不能够实现平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，不符合婚姻的本质。因此，不能够辨认自己行为的达到法定婚龄的当事人缔结的婚姻应属无效。当然，如果达到法定婚龄但不能够辨认自己行为的当事人之后变为具有缔结婚姻行为能力的人，“婚姻法解释一”第8条仍然可以适用，即如果法定的无效婚姻的情形消失，则不支持宣告婚姻无效的申请。

2. 违反意思表示的形式要求

根据“二审稿”第826条的规定，要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关登记，但实践中仍可能发生并非双方亲自到场，婚姻登记机关仍为要求结婚的男女进行了登记的情况。比如，虽然双方确实旨在缔结婚姻，但只有一方携带证件到婚姻登记机关，并且婚姻登记机关进行了登记；^[42]或者要求缔结婚姻的一方或双方委托某人代其到婚姻登记机关登记，此时缔结婚姻的双方对其中一方委托办理婚姻登记的情况知悉，而婚姻登记机关没有发现到场的并非本人。^[43]上述情形中，虽然旨在缔结婚姻的双方办理了结婚登记，但因为违反了“二审稿”第826条有关意思表示形式的规定而存在婚姻瑕疵。^[44]

需要明确的是，此处所谓的意思表示形式瑕疵以意思表示的存在为前提，如果意思表示根本就不存在，便无从讨论意思表示是否存在形式瑕疵。此处所讨论的违反第826条的意思表示形式要求，主要包括两种类型：其一，一方委托他人代其到婚姻登记机关进行登记，此时他人仅仅构成法律意义上的使者而非代理人，作出意思表示的仍然是希望进行婚姻登记的当事人，但这违背了第826条的亲自作出意思表示这一形式要求。其二，旨在缔结婚姻的双方当事人并没有同时在场，而是先后在婚姻登记机关作出意思表示。此时双方当事人意思表示真实存在，且完成了向婚姻登记机关申请和登记的程序，故婚姻成立；但因为存在形式瑕疵，该婚姻应被认定为可撤销而非无效。理由如下：一方面，双方虽然没有遵守法定形式要求，但并未给社会 and 他人利益造成损害，此时的形式要求，更多的是为实现特定形式的警示功能，即让当事人意识到缔结婚姻行为的严肃性，因此应该交由当事人自主决定是否撤销婚姻，而不应该赋予其他主体向法院请求判决婚姻无效的权利。另一方面，

[41] “婚姻法解释一”第10条第2款规定，“因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。”按照该款的规定，若受胁迫的一方在缔结婚姻后成为无行为能力人，其法定代理人似乎并不可以诉请撤销婚姻。法定代理人不能请求撤销婚姻的规定是否可以适用于其他类型的可撤销婚姻中，也不明确。

[42] “一方未到场领取结婚证的婚姻效力如何认定？”，抚州市中级人民法院（微信公众号），https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5NjlxODYyOA==&mid=207987230&idx=3&sn=8dda29958cf3b589be08f887e45a71d&scene=1&from=groupmessage&isappinstalled=0#rd，2019年2月5日最后访问。

[43] “双胞胎妹妹替姐姐登记结婚，这样的婚姻法是否有效”，浙江在线嘉兴频道，<http://jx.zjol.com.cn/system/2015/09/29/020855465.shtml>，2019年2月5日最后访问。

[44] 在这种情况下，违反意思表示形式要求指的是意思表示没有按照法律规定的形式作出，即双方没有亲自到婚姻登记机关公开作出缔结婚姻的意思表示，而非没有进行登记，登记并非意思表示的形式要求。所以双方没有办理结婚登记的“事实婚姻”并非此处讨论的问题。

缔结婚姻的意思表示能够变动身份关系，“二审稿”第826条提出了比书面形式更加严格的形式要求，相比于一般财产性合同更加严格，因此合同法第36条的规定不能适用，此时婚姻的瑕疵并不能因为双方当事人开始共同生活便被治愈。

在违反形式要求缔结婚姻の場合，当事人虽然可以请求撤销婚姻，但应当自结婚登记之日起一年内提出。从比较法来看，德国民法典第1315条第2款第2项规定，婚姻持续时间超过五年或者如果一方死亡，其死亡前的婚姻存续期间不少于三年的，可废止婚姻转化为有效婚姻。这样的规定是合理的。当事人缔结婚姻时对形式要件的不尊重、对结婚缺乏严肃性的情况，唯有通过客观的婚姻持续时间来治愈；只有在意思表示瑕疵の場合，可废止婚姻的治愈才可以通过双方的认可（Bestätigung）来治愈。^[45]结合我国的实际情况，考虑到结婚文化尚未完成转型，当事人往往对于登记等形式要件没有足够的关注，给与彩礼、置办酒席等习惯在一定程度上体现了当事人的严肃性，^[46]因此笔者虽主张对治愈要件进行规定，但是同时认为该要件不能要求过高，以婚姻持续时间不少于一年为宜。

3. 意思表示瑕疵导致的婚姻缔结瑕疵

(1) 通谋虚伪的“假结婚”

在通谋虚伪缔结的婚姻的效力问题上，主要存在两种不同观点，即婚姻无效和婚姻可撤销。^[47]笔者认为通谋虚伪缔结的婚姻为无效婚姻，主要基于以下两点理由：其一，婚姻无效制度和婚姻可撤销制度是立法者对不同类型的婚姻瑕疵作出的两种不同规定，前者不仅关系到当事人的私益，还涉及公共利益。在通谋虚伪的“假结婚”情形，当事人的目的并非是缔结“二审稿”第821条意义上的“平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”，而是为了获得某种与婚姻家庭共同生活根本无关的利益，比如为了获得特定省市的户口，或为了获得更多的拆迁补偿款，或为了得到购房优惠等目的。此种通谋虚伪的婚姻不符合婚姻制度的本质，在实质上构成了对婚姻制度的挑战，涉及社会公共利益，因此立法者应当将其规定为无效婚姻。在立法上将“假结婚”定性为无效婚姻，并不损害当事人的结婚自由。自由从来不是没有限度的，而是要在法律的框架内，结婚自由同样不得违反法律体系中婚姻制度的应有之意。

其二，从实践的角度来看，将通谋虚伪的婚姻定性为可撤销婚姻并不能起到应有作用。当事人为了达到其他目的而“假结婚”，为了该不法目的的实现，绝大部分情况下不会主动

[45] Staudinger/Voppel (2018), § 1315, Rn. 37.

[46] 乔飞在其论文中论述了中国传统社会婚姻缔结的必经程序。参见乔飞：《“六礼”与“婚配”——法文化视域中的中国传统婚仪与基督教婚礼》，载谢晖、陈金钊主编：《民间法》第12卷，厦门大学出版社2013年版，第11页。王玉波在其论文中论述了婚礼概念的内在涵义在中国的不断变化，反映了中国婚姻缔结的变化。参见王玉波：《中国婚礼的产生与演变》，《历史研究》1990年第4期，第82页。刘晋则在其文章中指出，现阶段农村婚嫁实际仍受到民间风俗很大影响。参见刘晋：《当代农村婚嫁“六礼”高消费的社会学分析》，《赤峰学院学报（汉文哲学社会科学版）》2013年第10期，第91页。

[47] 修艳玲认为，依双方通谋的虚伪表示而成立的婚姻无效。参见修艳玲：《论结婚的意思表示瑕疵》，《福建公安高等专科学校学报》2005年第6期，第88页。姜大伟认为应交由当事人自由主张，以可撤销为宜。参见姜大伟：《论〈民法总则〉对亲属身份行为的调整——兼谈我国〈民法总则〉相关之规定》，《学术论坛》2017年第5期，第25页。胡文华、冉克平认为，如果虚假婚姻是以合法形式掩盖非法目的，则应属于无效婚姻，若并没有造成其他社会后果，应一般认定为可撤销婚姻。参见前引[36]，胡文华文，第71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122页。金眉认为可原则上规定为可撤销婚姻，但若后来存在共同生活或者双方生育有子女，则应当强制规定为有效。参见金眉：《论通谋虚伪结婚的法律效力》，《政法论坛》2015年第3期，第190页。

提出撤销婚姻的请求，因为这会使得婚姻自始无效，进而导致其不法目的不能实现。这就意味着此种情形下的可撤销婚姻制度形同虚设。^[48] 唯有将通谋虚伪的结婚行为定性为无效，赋予除婚姻当事人以外的利害关系人或机关以申请宣告婚姻无效的权利，才能够保护婚姻，也才能够实现特定政策的目的，比如户口政策、购房政策等。需要注意的是，在此种婚姻无效情形中，“婚姻法解释一”第8条的规定仍然适用，即如果法定的无效婚姻情形消失，则不能宣告婚姻无效。也即，如果双方实际上共同生活并建立起婚姻家庭关系，则可导致婚姻无效的情形消失，即使双方在缔结婚姻时抱以其他目的，任何人或机关不得再以“假结婚”为由申请宣告婚姻无效。

从比较法来看，德国民法典第1314条第2款第5项亦是针对“假结婚”（Scheinehe）的规定。按照该款的规定，如果缔结婚姻的双方在结婚时便排除了双方建立生活共同体的义务，则婚姻可废止，但双方在缔结婚姻之后实际上共同生活的除外。在德国，对此项立法选择亦不乏质疑，即将通谋虚伪的婚姻规定为可废止婚姻，是否违反了德国基本法第6条第1款有关保护婚姻家庭的规定。但通说认为，第6条第1款规定保护婚姻家庭，并非指的是保护单纯的缔结婚姻这一形式，而是保护旨在成立婚姻家庭生活共同体的婚姻。^[49] 此种情况下，德国行政机关同样是可以主张废止该婚姻的权利人。

（2）受胁迫缔结婚姻

“二审稿”第829条第1款规定了受胁迫结婚的情形，并规定受胁迫方为享有撤销权的主体，同时规定可以受理撤销请求的机构为婚姻登记机关和人民法院。其不足之处有三：其一，并未规定受胁迫婚姻的构成要件，在判定是否为受胁迫婚姻时，仍然需要适用民法总则第150条的要件。其二，“二审稿”第829条第1款没有对受第三人胁迫而结婚的情形作出规定，在适用时容易引起纷争。若适用民法总则第150条的规定则直接而明确，缔结婚姻的一方如果受到第三方胁迫，无论缔结婚姻的另一方是否知情，受胁迫而缔结婚姻的一方都享有请求撤销婚姻的权利。其三，“二审稿”第829条第1款规定婚姻登记机关也享有受理撤销请求的权力，但从法理上说，作为民政机关的婚姻登记机关不应享有此种权力。一方面，如果只是要求民政部门进行形式审查，只要一方主张自己受胁迫即撤销婚姻，则存在撤销婚姻制度被滥用的可能性。如果另一方不同意撤销婚姻，则会以婚姻登记机关为被告提起行政诉讼，这导致婚姻的效力处于不确定状态。如果另一方也同意撤销婚姻，也可能存在的情形是双方虚构受胁迫事实而达到撤销婚姻的目的。另一方面，撤销婚姻涉及到对于实体法上的婚姻法律关系效力的判定，若要求民政部门对此进行实质审查，则意味着民政部门要进行实质的调查和裁决，这大大超出了民政机关的能力和职权。^[50]

“二审稿”第829条第2款和第3款规定了撤销权的除斥期间，其规定同于民法总则第152条第1款第2项。在受胁迫而缔结婚姻的情形，除斥期间为自胁迫行为终止之日起一年，在被非法限制人身自由的场合，则自恢复人身自由之时起算。^[51] 从比较法来看，德国

[48] 冉克平认为，“当事人的真实意思藏之于内心，难于为外界所探知，因此赋予夫妻双方以撤销权更为合适。”参见前引〔47〕，冉克平文，第122页。笔者认为，考虑到赋予双方撤销权往往达不到制度目的，因此在通谋虚伪假结婚场合，理应赋予相关行政部门请求宣告婚姻无效的权利。当然，如何认定通谋虚伪，主要是个实践问题。

[49] Staudinger/Voppel (2018), § 1314, Rn. 65.

[50] 参见王礼仁：《解决婚姻行政诉讼与民事诉讼“打架”之路径》，《法律适用》2011年第2期，第37页。

[51] 非法限制人身自由为胁迫的一种表现，“二审稿”第829条第3款可以被涵盖于第829条第2款之中。

民法典第1317条第1款规定了受胁迫缔结婚姻时撤销权的除斥期间为三年，自胁迫事由终止之时起算，该期间长于德国民法典第124条第1款规定的一年的除斥期间，体现了对于缔结婚姻这项人身权利的更严格的保护。^[52]

与此同时，“二审稿”缺少类似于民法总则第152条第1款第3项的规定。该规定应同样适用于婚姻撤销权的消灭，即如果受胁迫缔结婚姻的一方在受胁迫事由消失之后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权，其不再享有撤销婚姻的权利。^[53]从比较法来看，德国民法典第1315条第1款第4项也有类似规定。^[54]

总的来说，对于何谓胁迫行为，“婚姻法解释一”第10条和《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》（下文简称“民通意见”）第69条内容一致，即婚姻法上的胁迫概念和民法一般意义上的胁迫并不存在不同之处。对于撤销权的除斥期间，“二审稿”第829条第2款和第3款与民法总则第152条第1款第2项的规定一致。而民法总则第150条关于受胁迫而撤销的要件的规定、第152条第1款第3项以及第2款的规定比“二审稿”第829条的规定更全面且更为合理。唯一不甚完美之处是民法总则第150条规定了仲裁机构同样是受理撤销请求的机构，而在受胁迫婚姻の場合，受胁迫方只能向人民法院提出撤销婚姻的请求。

（3）受欺诈缔结婚姻

“二审稿”第830条的规定实际上可以被涵盖在民法总则的欺诈制度中。民法总则第148条的文字表述为“一方以欺诈手段”，但“民通意见”第68条将欺诈界定为“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出意思表示的，可以认定为欺诈行为”。欺诈行为不仅指一方故意告知错误事实，还包括一方在承担告知义务的前提下仍故意隐瞒真实情况。根据“二审稿”第830条的规定，缔结婚姻的一方对患有重大疾病的情况负有主动告知义务，在其不如实告知的情况下，另一方享有请求撤销该婚姻的权利。因此，在缔结婚姻时，如果患病的一方并不知晓患病的事实，婚后另一方并不能以认识错误为由主张撤销婚姻，而仅在一方知情且故意隐瞒的前提条件下，另一方才能以欺诈为由主张撤销该婚姻。既然民法总则中的欺诈制度可以适用，立法者为何要重复规定呢？还是说这恰好表明了立法者的态度，即仅在患病欺诈的情形下才可以撤销婚姻，对于其他事实的欺诈并不构成可撤销婚姻？^[55]

[52] 2001年以前，德国法上受胁迫缔结婚姻的废止权的除斥期间亦为一年，但2001年德国修法时，将一年的除斥期间修改为三年。理由是，在受胁迫而结婚时，女性往往因为害怕失去家庭，或者因为丈夫施行的暴力或虐待而处于精神压力之下，即使在结束受胁迫的情况之后，女性仍然不敢采取法律手段主张废止婚姻。Siehe BT-Drucks. 17/4401, S. 13.

[53] 相比于德国民法典规定的对可撤销行为的确认制度，“我国法用放弃取代了对可撤销行为确认的法律规则”（耿林：《论民法总则的撤销期间》，《华东政法大学学报》2018年第5期，第26页）。笔者认为，此项规定值得肯定，但在受胁迫导致可撤销的情形，当事人自受胁迫之初便知道撤销事由，因此民法总则第152条第1款第3项应被解释为受胁迫事由消失后当事人明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权的，撤销权消灭。

[54] 德国民法典第1315条第1款第4项规定的第三种情况排除了受胁迫婚姻情形的废止权：在胁迫事由终止之后当事人表示愿意继续婚姻关系的，则当事人申请废止婚姻的权利被排除。

[55] 一般性的肯定欺诈应构成婚姻可撤销的事由，参见前引[36]，胡文华文，第70页；丁慧：《身份行为效力判定的法律基准——在身份法理念和身份法规范之间》，《法学杂志》2015年第2期，第29页；武兰芳：《从适用角度检视我国婚姻法中无效与撤销制度的缺陷》，《河北法学》2010年第1期，第118页；于东辉：《无效婚姻制度探析》，《法学论坛》2007年第4期，第134页。

笔者认为，只有前一种解读是合理的，后一种解读并不可取：其一，从可撤销制度的目的出发，“二审稿”第 830 条并不是为了体现国家对于一方患有重大疾病的婚姻的管制，而是为了保护受欺诈的另一方的缔结婚姻的自由。在故意虚构或隐瞒其他事实的欺诈情形中，比如一方故意告知虚假身份，^[56]另一方的意思决定自由亦受到侵害，这与患病欺诈的情形并不存在差别，另一方也应当享有撤销该婚姻的权利。其二，如果一方故意虚构或隐瞒其他事实，不应当通过离婚制度来解决。离婚制度解决的是当事人在缔结婚姻之后，出现新情况而导致婚姻感情破裂的情形；而可撤销婚姻制度的目的是保护当事人缔结婚姻时的意思决定自由。因此，离婚的制度目的与可撤销婚姻的制度目的存在根本不同。所以，因为欺诈而构成可撤销婚姻不应该局限在“二审稿”第 830 条，一方对于其他与婚姻相关的重要事实的欺诈同样会导致婚姻可撤销。至于哪些事实是与婚姻相关的重要事实，则需要通过司法实践加以发展。^[57]

民法总则第 149 条有关第三人欺诈和第 152 条关于撤销权消灭的规定，可同样适用于婚姻缔结行为。在缔结婚姻时，如果是第三人实施了欺诈行为，同样只有在另一方知道或应当知道该欺诈行为时，受欺诈方才享有向人民法院请求撤销婚姻的权利，在另一方不知情或者不可能知情时，另一方对于缔结婚姻的善意的信赖同样值得保护。从比较法来看，德国民法典第 1314 条第 2 款第 3 项后半句亦作出如此规定，即如果另一方不知情，则受欺诈方不能请求废止婚姻。对于撤销权的消灭，“二审稿”第 830 条第 2 款仅规定了应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出，这与民法总则第 152 条第 1 款第 1 项的规定相同。不同的是，“二审稿”缺少类似于第 152 条第 1 款第 3 项以及第 2 款的规定，而这些规定同样是可以适用于可撤销婚姻的。如果受欺诈方在知道被欺诈的事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销婚姻的权利，此时即使仍然在一年的期间内，受欺诈方也不得再请求撤销婚姻，这既是对另一方的保护，也是对婚姻的保护，民法总则第 152 条第 1 款第 3 项应同样适用。依该条第 2 款的规定，即使超过了一年的期间，如果受欺诈方一直不知道或者不可能知道受欺诈的事实，则仍可以在五年的最长期间内主张。但可以想象的是，一方很难主张共同生活了五年仍无法得知受欺诈的事实。

（4）错误制度和显失公平制度的排除适用

对于民法总则第 151 条规定的显失公平制度并不适用于缔结婚姻关系的法律行为，理论上和实践中都不存在争议。缔结婚姻并非交易行为，并不存在是否公平的判断，在此不赘。

就民法总则第 147 条规定的重大误解制度是否适用于缔结婚姻关系的法律行为，理论上存在分歧。从立法资料来看，在 2001 年修订婚姻法时，争议仍集中在欺诈制度是否可以适

[56] 对于何种事实的欺诈可以导致婚姻可撤销，并没有一个客观的标准，而是需要根据个案的具体情况来判断。德国民法典第 1314 条第 2 款明确规定对于财产关系的欺诈并不导致婚姻可废止。在德国司法实践中，法院要考察的是，欺诈的一方基于一般人的理解是否能够推知，另一方如果知道其欺诈的事由就不会与之结婚，以及被欺诈的一方如果在缔结婚姻时知道另一方隐瞒或编造的事由，就不会与欺诈方结婚。Vgl. MünchenerKommBGB/Wellenhofer, 7. Aufl., 2017, § 1314, Rn. 16. 在我国，同样需要司法判决来明确对何种事实的欺诈导致婚姻可撤销。

[57] 法院在实践中，应不断发展对于“与婚姻有关的重要事由”的认识，而不是一概否定欺诈构成可撤销婚姻，使得受欺诈方只能通过离婚制度来解决本应该是可撤销婚姻制度应该解决的问题。广受关注的“同妻”保护可以通过欺诈导致婚姻可撤销来实现。参见王静：《把同妻情形纳入到可撤销婚姻制度内的合理性及欺诈标准的界定》，《赤峰学院学报（汉文哲学社会科学版）》2015 年第 7 期，第 63 页。

用于可撤销婚姻，瑕疵严重程度不及欺诈的意思表示错误并没有引起立法者的重视，错误制度并不适用于缔结婚姻的法律行为。^[58]而学者们在论述意思表示错误是否导致婚姻可撤销时，大多持肯定态度，理由是：即使在结婚行为中，只要意思表示有瑕疵就应为婚姻可撤销的原因。同时，持肯定观点的学说对导致婚姻可撤销的错误类型进行了限制，或者只局限于主体认识错误，或者既包括主体认识错误，也包括身体健康状况认识错误、婚姻状况认识错误等对人的性质的认识错误。^[59]

笔者认为，重大误解制度或错误制度并不适用于婚姻缔结行为。理由如下：其一，作为意思表示错误重要类型之一的表示错误并不适用于缔结婚姻关系的法律行为。在一般法律行为的情形，属于表示错误的典型例子是书写错误或标注错误，但是在缔结婚姻的情况中几乎不可能发生，因为当事人是在婚姻登记机构公开作出此种缔结婚姻的意思表示，且双方当事人都在场；即使发生表示错误的情况，考虑到双方在登记机构进行公开表示的严肃性，也不宜赋予一方撤销权。其二，内容错误理论同样不适用于缔结婚姻的法律行为。在缔结婚姻关系的法律行为中，内容错误典型表现为对与之结婚的另一方的身份认识错误和对于结婚行为的认识错误。前一种情况如在婚姻登记机构作出结婚意思表示的并非甲，而是甲的双胞胎哥哥，而另一方错误地认为是甲，或者因为一方是盲人而对另一方存在认识错误。^[60]在这种内容错误类型中，陷入错误的一方实际上同时也是被欺诈方，其可以通过主张受欺诈来撤销婚姻，从而获得救济。而在后一种对于结婚行为的认识错误场合，因为双方在婚姻登记机构作出结婚的意思表示，理应对进行的法律行为有所认识，故同样不应适用错误制度来撤销婚姻。其三，若一方当事人对另一方当事人的基本情况产生了错误认识，也不宜适用错误制度来撤销婚姻。在仅仅是认识错误的情形，正是在进入婚姻关系之后，一方才会发现另一方树立了一个假的形象，这种在婚姻关系存续之中发生的情况与一般的导致离婚的感情破裂的情形很难区分。也正是基于此原因，德国1998年《婚姻缔结法的新规定》明确规定，在对于一方当事人基本情况认识错误的情形，另一方当事人不得依据意思表示错误制度申请废止婚姻；^[61]只有在当事人对某项基本情况负有告知义务时，比如当事人的婚姻状况、身体或精神健康状况以及性取向等基本情况，若一方没有如实告知，则另一方可以通过欺诈制度来申请废止婚姻。^[62]

4. 以伪造、变造、冒用证件等方式骗取婚姻登记

“二审稿”第828条第4项规定的婚姻无效情形不具有存在的必要。虽然并不清楚立

[58] 参见前引〔35〕，胡康生主编书，第40页。

[59] 如田韶华认为，“在判断结婚是否行为存在欺诈、重大误解时，应当采取符合结婚特点的认定标准，即能够认定为欺诈或重大误解的事由应限制在与婚姻的缔结有实质决定意义的事项，如身份资格、重大疾病等，至于对财产关系、社会关系、收入状况等的欺诈或认识错误则不能导致婚姻的撤销。”参见前引〔28〕，田韶华文，第6页。冉克平认为，“若在缔结婚姻时一方对另一方的身份属性或基本情况产生错误，以至于其真正了解对方的基本情况就不会达成结婚合意，则该婚姻可撤销；身份属性或基本情况的错误具体包括主体认识错误、身体健康状况认识错误、婚姻状况认识错误以及名誉认识错误。”参见前引〔47〕，冉克平文，第124页。修艳玲认为，“除了对另一方的同一性认识错误外，应把错误事项范围限定在对人的性质认识错误。”参见前引〔47〕，修艳玲文，第89页。

[60] 即同一性认识错误。

[61] BT-Drucks 13/4898, S. 19.

[62] Soergel/Heintzmann (2013), § 1314, Rn. 18.

法者的用意，但根据实践中并不少见的通过冒用证件来办理结婚登记的情况，可以推测立法者旨在保护被冒用人的利益，使得被冒用人可以依据此规定从非法的婚姻登记中解放出来。但实际上，缔结婚姻的行为是法律行为，只有在婚姻登记机关亲自作出意思表示的当事人才是缔结婚姻的主体，单纯的登记形式并不能取代具有实质意义的意思表示。被冒用证件的第三人因为根本没有作出过缔结婚姻的意思表示，所以并非“二审稿”第826条规定的适格的缔结婚姻的主体。另一方无论是否知情都不能主张自己是善意的而要求法院判定被冒名人与自己成立婚姻关系，因为“婚姻应当重视实际结婚登记人和婚姻生活的实质内容，而不能仅凭婚姻登记的姓名等形式确认婚姻成立与否和是否有效”。〔63〕被冒用证件的第三人也因此当然享有要求婚姻登记机关更正登记的请求权，其可以通过民事诉讼确认自己与婚姻登记机关登记的另一主体之间不存在婚姻关系，然后再根据确认之诉的判决来要求婚姻登记机关更正登记。〔64〕

还需要分析的是，实际上处于婚姻关系中的冒用人与婚姻关系中的另一方之间的婚姻是否成立以及是否存在缔结瑕疵？首先要明确的是，冒用人与婚姻关系中的另一方之间已经成立婚姻关系，因为双方根据“二审稿”第826条的规定亲自且同时到婚姻登记机关作出了结婚的意思表示，并且婚姻登记机关完成了登记。虽然登记的姓名错误，但由于缔结婚姻的法律关系是具有高度人身性的关系，另一方并不是与具有某个特定姓名的人结婚，而是与冒用人结婚，故冒用人与婚姻关系中的另一方之间的婚姻关系已经成立。其次，对于该婚姻关系是否存在缔结瑕疵，则需要考虑是否存在“二审稿”第828条规定的婚姻无效事由或第829条、第830条规定的婚姻可撤销事由。举例而言，若冒用人之前已经处于另一段婚姻关系之中，则冒用人系重婚，此时相关权利人可以向法院主张婚姻无效；如果另一方在缔结婚姻时并不知道冒用人冒用其他人的证件，应考虑是否构成欺诈，如果满足欺诈的构成要件，另一方可以要求撤销该婚姻关系；反之，如果另一方在缔结婚姻前，知晓冒用人冒用了其他人的证件而仍然与其结婚，则不存在欺诈问题。

五、完善建议

在遵从婚姻家庭编草案二元效力瑕疵体系和不同立法技术的基础之上，应当对草案条文作进一步完善。具体而言，“二审稿”第828条有关婚姻无效制度的规定可表述如下：

“有下列情形之一的，婚姻无效：

- （一）重婚的；
- （二）有禁止结婚的亲属关系的；
- （三）不具有缔结婚姻的行为能力的；

〔63〕 王礼仁：《“婚姻登记瑕疵”中的婚姻成立与不成立》，《人民司法》2010年第11期，第32页。

〔64〕 王礼仁法官发表了一系列文章阐明婚姻登记瑕疵时的诉讼路径选择，旨在纠正“婚姻法解释三”第1条第2款规定的行政诉讼路径的错误。除上引文外，还可参见其《应当适用婚姻成立与不成立之诉解决婚姻登记瑕疵纠纷》，《人民司法》2009年第13期，第56页；《规范婚姻瑕疵纠纷诉讼路径之必要性与可行性——婚姻法司法解释（三）（征求意见稿）第一条的修改与完善》，《中华女子学院学报》2011年第1期，第5页；《“被结婚”后不能结婚，可通过民事诉讼解决》，《中国妇女报》2013年5月21日A03版；王春晖、王礼仁：《婚姻效力纠纷管辖权再分配》，《人民司法》2015年第3期，第65页。

(四) 双方以虚假的意思表示缔结婚姻的。

法定的无效婚姻情形已经消失的, 当事人不得再申请宣告婚姻无效。”

可撤销婚姻制度则应继续坚持开放性立法方式, 即可以适用民法总则相关规定的, 适用总则的规定, 婚姻家庭编中只规定其特殊之处: 其一, 民法总则第148条、第149条、第150条以及第152条有关欺诈、胁迫的规定适用于婚姻缔结行为, 无须再通过婚姻家庭编作出单独规定, 因此“二审稿”第829条和第830条可以删去。其二, 民法总则没有规定存在形式瑕疵的法律行为的效力, 因此婚姻家庭编需要对存在形式瑕疵的婚姻的法律效果作出特别规定。“二审稿”第829条可作如下规定: “违反第826条第1款第1句规定的, 缔结婚姻的任何一方可以向人民法院请求撤销该婚姻。撤销婚姻的请求, 应当自结婚登记之日起一年内提出。”其三, 民法总则第147条和第151条规定的重大误解和显失公平不构成婚姻可撤销事由。“二审稿”第830条可规定: “民法总则第147条和第151条的规定不予适用。”

Abstract: Conclusion of marriage refers to the juristic act by a couple to achieve the effect of marriage through their declaration of intentions at the marriage registration agency. The regulation of the conclusion of marriage in the marriage and family law of the civil code should be coordinated with the system of juristic acts regulated by the General Rules of Civil Law. From the perspective of validity defects, the second reviewed draft of the Marriage and Family Law of the Chinese Civil Code establishes a binary system composed of invalid and voidable marriages, which is different from the unitary system of dissolution of marriage regulated in the German Civil Code. From the viewpoint of the causes of validity defects, the second reviewed draft stipulates the conditions of invalid marriage with defined causes, but regulates the conditions of voidable marriage with open ones. As far as the causes of invalid marriage are concerned, Article 828 Paragraph 4 of the second reviewed draft needs to be deleted and fake marriage should be added as invalid marriage. As far as the causes of voidable marriage, on the one hand, the provisions of the General Rules of the Civil Law on deceit and duress should be applied to the conclusion of marriage, so that the repetitive provisions of articles 829 and 830 of the second reviewed draft are not necessary. On the other hand, material mistake and unconscionability are not causes of voidable marriage, so that it is necessary to be clearly precluded. The second reviewed draft should also stipulate that marriage defect in form is voidable marriage.

Key Words: conclusion of marriage, defects of validity, invalid marriage, voidable marriage
