

# 无效与可撤销婚姻中诚信当事人的保护

徐国栋\*

---

**内容提要** 我国法中无拟制婚姻制度,几乎造成错误处理重婚案件中的诚信当事人的案例。拟制婚姻制度发源于罗马法,以保护有诚信当事人的无效婚姻中的子女为目的,该制度在中世纪被教会法按同样的目的重拾,经过世俗学者的加工,它发展为既保护无效婚姻中的诚信当事人,也保护他们的子女的制度。在这一制度之旁,有保护无效婚姻的无过失方的制度,但巴西和意大利的立法者逐渐认识到无过失与诚信的差异,都同时规定对无效婚姻中的诚信方和无过失方的保护。我国《婚姻法》既无对无效婚姻中诚信方的保护,也无对无过失方的保护,是为必须填补的法律漏洞。

**关键词** 无效婚姻 可撤销婚姻 诚信当事人 拟制的婚姻 无过失当事人

---

## 一、研究缘起

1992年,广东省高级人民法院受理了何冠林重婚案,案情如下:34岁的工人何冠林于1982年9月与陈丽琦登记结婚,育有一子。1989年3月,何冠林认识了37岁的女工陈若容,便隐瞒自己已婚的事实与之谈恋爱。何冠林为达到与陈结婚的目的,使用涂改户口本及伪造证明等手段,于1991年9月3日骗得陈若容与其到街道办事处登记结婚。同年10月10日,陈若容到何冠林住处找何,何不在,其妻陈丽琦出来招呼,陈若容才知何冠林是有妇之夫。为此,陈若容向广州市白云区法院起诉何冠林犯重婚罪。法院受理后,就陈若容是否属于重婚案件的被害人,可否作为自诉人向法院提起诉讼有两种意见:其一认为陈若容客观上构成了重婚主体之一,所以她不是起诉重婚的主体,只能是被起诉的主体。起诉主体应是陈丽琦。由于陈若容重婚不是“明知”,依法可不追究其刑事责任。其二认为:依法应追究何冠林的重婚罪刑事责任。陈若容是在受骗的情况下与何冠林结婚的,何冠林的行为侵犯了陈若容的合法权益,所以,陈应是本案的被害人。两种意见相持不下,广东省高级人民法院倾向于第一种意见,但无把握,遂请示最高人民法院,后者做了采纳第二种意见的正确答复。<sup>①</sup>

在上述案件中,何冠林犯有重婚罪,一旦他被定罪,他与陈丽琦的婚姻效力维持不变,但他与陈若容的婚姻将变得无效,由此产生对重婚涉案人陈若容的处置问题。她在不知情的情况下与何冠林结婚,是典型的诚信缔结无效婚姻者,按国际通行立法例应受到照顾和优待,但20年前广东省高院讨论该案时,无人意识到陈若容应受保护,至多意识到她不应受打击而已。这种情况说明,我国存在无效或可撤销婚姻中的诚信当事人的保护阙如的立法漏洞。

“无效或可撤销婚姻中的诚信当事人”一语中的“诚信”在我国通称为“善意”,我国学界对它的研究积累的文献丰富。2012年4月8日我在中国知网以“善意”为关键词进行标题检索,得到的文献有1867篇,减去549篇研究非法律意义上的善意的论文,余1318篇有效论文,但它们无一专门研究无效或可撤

---

\* 厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。

① 参见《广东省高级人民法院关于重婚案件中受骗的一方当事人能否作为被害人向法院提起诉讼问题的请示(粤高法明传(1992)145号)》,并参见《最高人民法院研究室关于重婚案件中受骗的一方当事人能否作为被害人向法院提起诉讼问题的电话答复》(1992年11月7日)。

销婚姻中当事人的诚信问题。<sup>②</sup>而且我国《婚姻法》及有关司法解释无任何关于诚信的规定。由于缺乏对保护无效或可撤销婚姻中诚信当事人问题的研究,造成了一些不良后果,例如,如前所述,广东省高院竟然设想把不知情的重婚参与人定为刑事被告;还有论文作者主张不知情的重婚参与人要与重婚人对后者的合法配偶承担连带赔偿责任。<sup>③</sup>显然可见,在官在学,考虑的都是对诚信卷入重婚者的惩罚,皆未考虑保护他们的问题。这样的局面跟两大法系重要国家都在自己的立法中以这样那样的方式保护无效或可撤销婚姻中的诚信当事人的状况不协调,尤其与我国《婚姻法》经2001年修订后确立的婚姻无效和可撤销制度的立法现实不协调,因为本文研究的对诚信婚姻当事人的保护问题从来都是婚姻无效制度和可撤销制度的内容。为了改变这一不合理的局面,本文拟介绍对无效婚姻的诚信当事人及其子女保护制度的罗马法起源,以及它在中世纪法中的发展,在现代各主要国家民法中的表现和类型,然后确定我国《婚姻法》第12条对无效或可撤销婚姻中的诚信的当事人和无过失当事人保护的阙如,最终为在我国《婚姻法》或未来民法典中导入保护无效或可撤销婚姻的无辜当事人制度提出建议。

本文中的婚姻诚信特指当事人对婚姻无效和可撤销原因的不知或错误,<sup>④</sup>具有此等不知或错误的人为诚信当事人。事实上,在婚姻法上,还存在其他方面的主观诚信<sup>⑤</sup>以及客观诚信,<sup>⑥</sup>限于篇幅,本文不论述这两者。

## 二、保护无效婚姻中诚信当事人及其子女制度的罗马法起源

通说认为保护无效婚姻中诚信当事人及其子女的拟制婚姻(Putative marriage)制度是教会法创立的。确实,在我收藏的诸多意大利的罗马法教科书中都无拟制婚姻制度的论述,只有塔拉曼卡的《罗马法初阶》是一个例外,他在谈到无效法律行为的两个类型——在法律层面不存在的类型和在社会经济层面上不存在的类型——时提到了拟制的婚姻,认为它是无效的但并非不存在的婚姻,<sup>⑦</sup>一带而过而已,表明作者并不认为拟制婚姻是罗马法中一项成型的制度。

尽管现代作者往往对Putativus品词,把它说成来自动词Putare(计算、估计、认为),<sup>⑧</sup>但优士丁尼法典编纂前的拉丁文中确实无Putativus一词,中文和英文拉丁文词典都可见证此点。<sup>⑨</sup>而且在《学说汇纂》、《法典》和《法学阶梯》的拉丁文本中,找不到一处使用该词的地方,证明这是一个中世纪产生的拉丁文词汇。但罗马法确实为拟制婚姻制度的创立提供了一些素材,所以,把这一制度的起源追溯到罗

② 题名中有“婚姻诚信”的文章仅有一篇,即贾丽、许丽颖的《婚姻诚信的法律与道德思考》(载《内蒙古财经学院学报》(综合版)2004年第1期),但该文说的“婚姻诚信”指婚姻当事人的客观诚信,不涉及本文研究的婚姻主观诚信。另外,贺平的《重婚行为民事法律后果之论析》(载《广西大学学报》(哲社版)2011年第3期)提到了重婚案件中的善意相对人。李忠芳主编的《新婚姻法释义》(中共党史出版社2001年版)第59页提到了无效婚姻中的善意方。陈苇主编的《当代中国内地与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》(群众出版社2012年版)多处提到婚姻关系中的善意。

③ 参见周新玲《重婚罪疑难问题研究》,郑州大学2004年硕士学位论文,第24页。

④ 关于主观诚信和客观诚信的区分以及主观诚信的含义,参见徐国栋《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,载《中国社会科学》2001年第6期。

⑤ 婚姻诚信的这一方面主要涉及与夫妻一方为交易的当事人的主观状态。我们知道,在法定财产制之外,夫妻可采用分别财产制等约定财产制,但如果此等约定未作公示,外人即有理由推定自己与之打交道的夫妻是采取法定财产制的,也就是说,他们的约定财产制不得对抗诚信第三人。当然,夫妻财产制的改变也应公示,否则也不得对抗诚信第三人,以此维护交易安全。

⑥ 例如,实行夫妻共同财产制的情况下,夫妻一方取得财产要诚信告知对方,不得隐匿,也就是留私房钱。Véase Antonio Dougnac Rodríguez, La Buena Fe en el Regimen Economico Matrimonial de Chile Indiano y su Proyeccion al Derecho Vigente, En Marcos M. Cordoba ( Director ), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, pag. 287ss. 又如,婚因赠与是为诱使他方结婚而实施的,受赠人不得在无婚意的情况下接受此等赠与。Véase Antonio Dougnac Rodríguez, La Buena Fe en el Regimen Economico Matrimonial de Chile Indiano y su Proyeccion al Derecho Vigente, En Marcos M. Cordoba ( Director ), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, pag. 287ss.

⑦ Cfr. Mario Talamanca, Istituzione di Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 226s.

⑧ Ver Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Volume IV, Coimbra Editora, Limitada, 1992, pag. 200.

⑨ 前者有谢大任主编的《拉丁语汉语词典》,商务印书馆1988年版。后者有Oxford Latin Dictionary, Oxford at Clarendon Press, 1968.

马,应该没有什么问题。

罗马法坚持严格的婚姻有效要件制度,此等要件有:(1)当事人是罗马市民;(2)达到法定婚龄(男14岁,女12岁);(3)根据法律的规定结合(包括一夫一妻、结婚双方门当户对、一定的亲属彼此不得结婚等子要件);(4)取得尊亲的同意。<sup>⑩</sup>违反任何一个要件都导致婚姻无效。关于无效的后果,163年出版的盖尤斯《法学阶梯》1.64这样规定:如果某人缔结了不名誉的和乱伦的婚姻,他将被视为既无妻子也无子女,因而,在这种结合中出生的人将被视为有母亲而无父亲。他不处在父亲的支配权下,而像那些属于母亲的私生子的人一样……。<sup>⑪</sup>这一论断采取完全无效论,不承认乱伦婚姻可导致亲属关系,包括夫妻关系和亲子关系,把这种结合产生的子女定性为私生子。但既有经,便有权,首先,在违反禁婚规定导致的无效婚姻上,马尔库斯·奥勒留(121-180年)皇帝及路求斯·维鲁斯(130-169年)皇帝针对弗拉维娅乱伦案发布的敕答确立了保留无效婚姻所生子女婚生地位的衡平性规定。其次,在违反婚龄规定等要件导致的无效婚姻上,瓦伦丁尼安(321-375年)、狄奥多西(347-395年)和阿卡丢(377-408年)皇帝的一个敕答作出了保留无效婚姻引发的婚因赠与效力的规定。容分述之。

马尔库斯·奥勒留及其兄弟的上述敕答被全文保留下来“我们为这些事情震动:一是你长时间在不知法律的情况下与你的舅舅过婚姻生活,二是你缔结这样的婚姻竟然得到了你祖母的同意,三是你的子女众多,考虑到这些情况,兹决定:你从这个持续了40年的婚姻所出的子女是婚生子女。”<sup>⑫</sup>可见,敕答的接受人弗拉维娅与其舅舅结婚案,他们的婚姻持续了40年,构成红宝石婚。而且他们生养了众多子女。须说明的是,这样的婚姻在马尔库斯·奥勒留的时代是禁止的,它构成市民法上的乱伦(incestum iure civile)<sup>⑬</sup>,罗马法以死刑(C. Th. 3.12.1, 342年)或放逐小岛(Paul. 2.26.2, 68)<sup>⑭</sup>处罚之。但罗马帝国幅员辽阔,文化多元(主要有拉丁和希腊两个语言区兼文化区),各地风俗不同,<sup>⑮</sup>有的行省可能容忍外甥女与舅舅结婚,这些地方的人们可能不知法律的禁令(此等不知构成诚信),因为直到优士丁尼(483-565年)时代的前期,拉丁语都是颁布法律的法定语言,而许多行省的生活语言是希腊语。弗拉维娅可能正是由于语言问题不知法律的禁婚规定。加之她的婚姻持续时间长、产生的子女众多,基于人道的考虑,奥勒留及其兄弟赋予这个婚姻产生的子女婚生地位,因为他们是无辜的。而且,该敕答把对法的不知也定为构成诚信,降低了诚信的构成标准。因为在通常情况下,对法的不知不能作为抗辩,只有对事实的不知才可以构成诚信。<sup>⑯</sup>马尔库斯·奥勒留及其兄弟的立法理由似乎是保护弱者,因为其敕答处理的是一个女方诚信男方不诚信的案件,保罗认为,在诚信以对法的不知为内容的情形,男女构成此等诚信的标准不同,对女性的要求较低,“因为性别的软弱,只要她们没有犯罪,而只是发生了对法的不知,她们的权利不应受损害”<sup>⑰</sup>。所以,弗拉维娅的女性身份带给她的案子仁厚的解决。

然而,这个敕答只把诚信的积极好处(婚生地位)给予子女,仅把诚信的消极好处(豁免乱伦罪)给予诚信配偶。可以说,马尔库斯·奥勒留及其兄弟创立的婚姻诚信制度还是以保护子女利益为旨归,未

<sup>⑩</sup> 参见徐国栋《罗马私法要论——文本与分析》科学出版社2007年版,第75页及以次。

<sup>⑪</sup> 参见[古罗马]盖尤斯《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第23页及以次。

<sup>⑫</sup> Cfr. Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae, Testo e Traduzione, IV, 20-27, A cura di Sandro Schipani, Milano, Giuffrè 2011, p. 175.

<sup>⑬</sup> D. 23.2.68. 保罗《图尔皮流斯元老院决议评注》单卷本“与其女性直系尊亲或直系卑亲结婚的男人,构成万民法上的乱伦。”

<sup>⑭</sup> See William Smith, William Wayte, G. E. Marindin, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, Albemarle Street, London, John Murray, 1890, entry of incestum.

<sup>⑮</sup> 例如,罗马法禁止兄弟与姐妹开亲,但叙利亚和埃及行省却盛行兄弟与姐妹开亲的风俗,历史记载表明,公元前195年,叙利亚的王安提阿举行了其儿子小安提阿和其女儿雷俄狄西亚的婚礼(参见[古罗马]阿庇安《罗马史》,上册,谢德风译,商务印书馆1979年版,第352页)。在埃及,希腊裔的王室家族托勒密一直实行姐妹与兄弟通婚(参见[芬兰]韦斯特马克《人类婚姻简史》,刘小幸,李彬译,商务印书馆1992年版,第59页)。

<sup>⑯</sup> 彭波尼说“人们否认对法的不知可带来时效取得的好处,但已确定,对事实的不知可以如此”(D. 22.6.4)。帕比尼安也说“对法的不知不会增益于想取得物的人,但也不会损害主张其权利的人”(D. 22.6.7)。保罗也说“通常的规则是:对法的不知损害任何人,但对事实的不知不会如此……”(D. 22.6.9)。

<sup>⑰</sup> 保罗《论对法律和对事实的不知》(D. 22.6.9)。

从积极的方面给予诚信婚姻当事人好处。

就当事人未达婚龄结婚而言,瓦伦丁尼安、狄奥多西和阿卡丢皇帝给皇帝私产管理官 Andromachus 的一个敕答(C. 5 5 A)规定:如果某人违反法律规定、皇帝的敕示或敕令结婚,他们不能通过此等婚姻有任何取得,任何种类的婚前赠与或在婚后所为的赠与都将取消。我们命令,任何一方当事人对他方所做的赠与都将被皇库没收,理由是他们不配取得此等财产。但这一规则存在例外,如果男女出于严重错误结合,此等错误并非假装的或伪造的,或为任何微不足道的利益所欺骗,或就彼此的年龄发生错误,已决定,那些发现了其错误或到达了成年年龄并马上采取行动解除了这样的结合的人,免受我们的法律的限制。<sup>⑮</sup>这个敕答首先宣告了无效的婚姻将导致婚因赠与<sup>⑯</sup>解除的原则,然后谈到了这一原则对于诚信(采用了错误的表达)当事人的例外,换言之,对于他们,婚因赠与的效力维持,这样就部分保全了“无效”婚姻的效力,构成一个拟制的婚姻。实际上,该敕答列举的错误对象有三:其一,严重错误,这是一个泛泛的对象,当然包括误把作为外邦人的婚姻对象当作罗马市民的错误;其二,就婚姻的对价发生的错误;其三,就对方年龄发生的错误。由于这些对象可以涉及所有的婚姻有效要件,它是一个综合的拯救无效婚姻的效力的立法,但由于只有“其三”比较具体,故我只把这一敕答当作拯救未达婚龄的无效婚姻的效力的立法来分析。

总之,马尔库斯·奥勒留及其兄弟、瓦伦丁尼安、狄奥多西和阿卡丢皇帝的上述敕答的意义不可估量,它们开创了保护无效婚姻中的诚信当事人的制度,把无效婚姻中的诚信当事人和恶信当事人区别对待,体现了分配正义的要求,按这种要求,善恶有别必须体现在法律的不同处遇上。这些敕答在后世发展为流行全世界的拟制婚姻制度。<sup>⑰</sup>

### 三、教会法关于保护无效婚姻中的诚信当事人的规定及其经世俗法学家的的发展

13世纪,上述罗马皇帝开创的保护无效婚姻中诚信当事人的子女的制度在一个教皇手里得到了重拾。

1223年,教皇英诺森三世(1161-1216年)面临一个这样的案件:甲男娶乙女,前者知道自己的妻子仍然活着,乙女却相信甲男是单身。从这个婚姻中生了一个男孩,名叫R。R娶G为妻,死后留下一个幼儿。R死后,就其遗产的归属发生了争议。R的遗孀以其幼儿的名义要求遗产,但R的旁系亲属回答她道:这份遗产包括R的父亲留下的财产,而此等财产R本人不能取得,因为他是通奸产生的后代,他不能把此等财产移转给自己的儿子。<sup>⑱</sup>英诺森三世以Ex tenore教令(被收录在《教会法大全》第4卷第7题第14章“什么子女是婚生的”中)作出了裁断,其辞曰“上述R的父亲与其母亲在教堂中结合,后者天真地以为自己是在与他人以婚姻的形式结合,她认为自己是合法的妻子。由此我裁决R是婚生子。为了子女的利益,我更多地改变了记录,把R算作婚生子。”<sup>⑲</sup>这样,R就可以婚生子的身份继承其

<sup>⑮</sup> See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIII, p. 156.

<sup>⑯</sup> 婚因赠与是以结婚为原因发生的赠与,包括婚前赠与以及在夫妻关系存续期间配偶相互间所为的赠与。

<sup>⑰</sup> 多数人把这一术语翻译为“推定的婚姻”(如费安玲等翻译的《意大利民法典》第128条),但我认为这一译法不妥。所谓推定,是从不知推到知知的过程。此处的“不知”是能揭示“知”的一些迹象。在Putative marriage中,毫无此等迹象,也不存在从“不知”推“知”的过程,相反,它是立法者基于一定的政策考虑在婚姻被宣告无效或可撤销的情况下保留此等婚姻的部分效力的处置,完全符合拟制的特征。在我看来,拟制就是指鹿为马。此处的“鹿”是婚姻无效,“马”是婚姻的部分效力得到维持。娄爱华翻译的《路易斯安那民法典》把这一术语翻译为“误信的婚姻”(第96条及多处),《澳门民法典》的译者把这一术语译为“误想的婚姻”(第1519条等数条),我认为也不甚妥,因为这两个译法采用的是当事人的视角。实际上,在当代,Putative marriage的术语采用的是立法者的视角。

<sup>⑱</sup> Voir Philippe Antoine Merlin, Louis Rondonneau, Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux: A - Z (Additions), Tome Sixième, Garnery, 1820 Paris, pp. 504s.

<sup>⑲</sup> Voir Edouard Pilastre, Recherches sur le mariage putatif et la légitimation dans l'ancien & le nouveau droit français: précédées d'une étude sur les conditions du mariage en droit romain, Imprime par E. Thunot et Co., Paris, 1861, p. 149. 引文中的大意为“1223年教皇英诺森三世发布Ex tenore教令”的文字原文如此,实际上,根据公认的传记资料,英诺森三世已于1216年作古。

父亲的遗产了,相应地,R的幼子也可继承他的遗产了。显然,这个教令基于重婚案件中一方当事人的诚信以及他们的婚姻举行了宗教仪式的事实保护无辜的子女,但并不把诚信的好处给诚信的婚姻当事人。在 Ex tenore 教令裁断的案件中,这也没有必要,因为 R 的诚信妻子似乎已经作古,不需要诚信者的优惠了,所以,英诺森三世把教令的裁决理由明确为“为了子女的利益”,是不奇怪的。这样的安排与当代法把拟制的婚姻的效力主要投注于夫妻而不是子女形成鲜明的对比,但与马尔库斯·奥勒留兄弟的敕答的子女婚生地位赋予取向吻合。尤值得分析的是教皇使用的“改变了记录,把 R 算作婚生子”一语,它凸显了此等教令的拟制性:凭借自己掌握的政治力量把一个不存在的东西变成存在的。

英诺森三世的教令最终转化为当今的《教会法典》(1500 年左右颁布)第 1137 条,该条承认无效婚姻中的子女为婚生子女。<sup>②</sup>然而,《教会法典》第 1061 条第 3 项还有保护拟制婚姻中的诚信当事人的规定:无效婚姻如为当事人至少一方诚信缔结者,称为拟制婚姻,直到双方明知该婚姻无效为止,一直有效。<sup>③</sup>这一规定把法律对诚信的优惠扩及于诚信者本人。那么,这种扩及是如何完成的?答曰是世俗法学界完成的,完成的途径是判例以及学说。

1584 年 7 月 7 日,法国的一家法院作出了一个重要判决,它涉及的案情是这样的:一个两个孩子的父亲抛弃了家庭在远方用另外的名字再婚,在这个新婚姻中生下一个儿子。这个父亲靠犯罪性的买卖生活,他由此发财并做了不少购买。但他害怕法律的追究,遂逃到第三个地方并在那里缔结了第三个婚姻。他的财富极大地增长了。但突然有一天,他被第一个妻子的亲戚认出。他害怕,又出逃于一个新的避难所。后来他得了重病,留下遗嘱,其中把其财产留给他各个婚姻所生的子女,并命令他们把他的死讯通知这些孩子的母亲。他对这些女人都直呼其名,并不把任何人说成妻子。对他的继承只针对家具和夫妻共有财产。后来的两个妻子及其子女与第一个婚姻所生的子女(其母先于其父不久去世了)发生了争议。他们认为乃父的第二个和第三个婚姻无效,根据法律,这些所谓的妻子没有嫁资,不能取得亡夫的遗产,也不成立夫妻共有财产。她们的孩子作为私生子不能继承。后两位妻子以她们的诚信为抗辩。她们不要求别的,只要求她们与自己认为是合法和真正的丈夫一起取得并管理的财产的一半,而且要求不要排除其子女继承乃父的财产。法院判决第一个婚姻的女儿作为其母亲的继承人取得全部遗产(包括第二个婚姻存续期间的夫妻共同财产)的一半,每个妻子取得在她们与被继承人同居期间取得的动产的一半,子女取得这 3 个夫妻共同财产中属于丈夫的份额。<sup>④</sup>这个判决或许是首次承认了无效婚姻中的诚信妻子与假想丈夫的夫妻共有关系以及由此而来的分割权,为进一步扩张诚信妻子的权利开辟了道路。从此,婚姻诚信并不只是给子女带来利益,而是也给诚信者本人带来利益。

无论如何,在上述判决之后,优待诚信配偶问题的重要性上升,婚姻诚信问题与婚生子女地位赋予问题拉开一定距离。意大利学者 Alberico Gentili(1552-1608 年)在其于 1601 年出版的《婚姻论七卷》(Disputationum de nuptiis Libri VII)援引通说道:假想的丈夫就是丈夫,尽管他作为公众的一员控告妻子通奸,他还是可依法取得此等妻子的嫁资。<sup>⑤</sup>与上述法国判决相反,Gentili 在这里谈到的是诚信丈夫对于恶信妻子的嫁资的取得权,换言之,他们的婚姻无效宣告只对将来生效,不影响他因此等婚姻取得的嫁资的权利。这个论述也是把婚姻诚信与私生子身份的涤除剥离的。再晚一些的拟制婚姻研究者如德国学者 Justus Hamer 在其 1690 年出版的《拟制婚姻的理论 and 实务问题研究》中,就既关注婚姻诚信对于子女的意义,也关注它对于当事人的意义。对于前者,他的论述超越了私生子身份之涤除,而是聚焦于家父权之确立,由此,假想的父亲在人身上可以得到子女的尊敬,并可以处罚子女,在财产上可用益子女

<sup>②</sup> 其辞曰“因有效或误认婚姻所受之胎儿或所生之子女,谓之婚生子女”。参见《天主教法典》,载 [http://www.vatican.va/chinese/cic/cic-libro-IV-cann840-1165-ParteI\\_zh-t.pdf](http://www.vatican.va/chinese/cic/cic-libro-IV-cann840-1165-ParteI_zh-t.pdf) 2012 年 8 月 8 日访问。

<sup>③</sup> 参见《天主教法典》,载 [http://www.vatican.va/chinese/cic/cic-libro-IV-cann840-1165-ParteI\\_zh-t.pdf](http://www.vatican.va/chinese/cic/cic-libro-IV-cann840-1165-ParteI_zh-t.pdf) 2012 年 8 月 8 日访问,译文有改动。

<sup>④</sup> 前引<sup>②</sup>, pp. 167s.

<sup>⑤</sup> Cfr. Alberico Gentili, Disputationum de nuptiis Libri VII, Hanoviae, 1601, p. 260.

的财产。对于后者,拟制的婚姻的效力在于让夫妻相互享有对对方财产的使用权,对于在婚姻持续期间取得的财产享有同等的权利,取得同样的品级。<sup>②7</sup>再晚些的德国学者 Johann Nikolaus Hert(1651-1770年)在其于1747年出版的关于拟制婚姻的专著中就更关注拟制婚姻制度对于诚信者本人的意义了。如夫妻共同财产之成立、已赠送的嫁资和其他赠与不得索回、嫁资的收益依据简约或法律归丈夫、允诺给未婚妻的订婚彩礼不得索回、假想配偶所为的赠与因赠与人的死亡得到确认、假想的配偶取得遗赠,等等。<sup>②8</sup>这些论述倒是主要从诚信丈夫的角度展开的。

在上述学术成果的基础上,形成了拟制的婚姻制度,这是一个在婚姻被宣告无效的情况下,由于当事人一方或双方诚信缔结了此等婚姻,为了诚信方或子女的利益保留婚姻在撤销判决前的效力,甚至在某些方面保留婚姻在判决后的效力的制度。这样,在婚姻被宣告无效后,婚姻的部分效力对他们维持。

#### 四、当代各国(地区)立法中保护无效或可撤销婚姻中的无辜当事人的三种模式

##### (一) 诚信方保护模式

这种模式概括地赋予婚姻的效力于诚信缔结此等婚姻的人,并无条件地赋予婚姻的效力于此等婚姻产生的子女。1804年的《法国民法典》首先采用了这一模式。其第201条规定:诚信缔结的婚姻,虽经宣告无效,对于夫妻及所生的子女,发生民事上的效果;第202条规定:如诚信仅存在于夫妻一方,婚姻的民事上效果仅对诚信的一方与其所生的子女发生。<sup>②9</sup>第201条考虑的是双方诚信缔结的婚姻,首先赋予夫妻婚姻的效力,这是对英诺森三世的教令的缺陷的纠正。在当代,此等效力包括:(1)扶养费请求权;(2)补偿性给付获得权;(3)作为健在配偶领取他方当事人的养老金的权利;(4)继承他方当事人权等。<sup>③0</sup>其次赋予他们的子女婚姻的效力,例如排除私生子之身份等。第202条考虑的是单方诚信问题,仅赋予诚信方婚姻的效力。按照逻辑,应只赋予该方与恶信方所生的一半子女婚姻效力,但由于子女不可分,只好赋予整个子女婚姻的效力。这两条规定经1972年1月3日的第72-3号法律修改,形成了新第201条和新第202条。前者规定:1.经宣告无效的婚姻,如原本系诚信缔结,对夫妻双方仍生效果;2.如仅有夫妻一方诚信缔结婚姻,该婚姻仅产生利于诚信方的效果。<sup>③1</sup>后者规定:即使缔结婚姻的双方均非诚信,婚姻对子女仍产生效果。<sup>③2</sup>显然,新第201条把老第201条和老第202条关于拟制婚姻对于诚信方的效力浓缩在了一条,剔除了关于拟制婚姻对于子女的效力的内容。第202条则把上述被剔除的内容集中在自己中规定,但把父母的诚信与否与子女的婚生地位之赋予脱钩,赋予即使单方或双方为恶信的无效或可撤销婚姻产生的子女婚生地位,以贯彻不株连无辜孩子的原则。这样就完成了一个转向:把拟制婚姻制度最初的保护子女取向改为保护诚信当事人取向。

特别要指出的是,法国的婚姻诚信既可以由针对法律的错误,也可以由针对事实的错误构成。<sup>③3</sup>这样的安排与马尔库斯·奥勒留及其兄弟的安排相同。允许前种错误构成诚信,无异于降低了构成诚信的门槛。

《法国民法典》的上述规定体现了拟制婚姻制度的现代简要形式,具有引导性,拉丁法族的国家和

<sup>②7</sup> Cfr. Justus Hamer, *Investigatio argumenti theoretico-practici de matrimonio putative*, Stockius, 1690, pp. 19s.

<sup>②8</sup> Cfr. Johann Nikolaus Hert, *Commentatio iuridico de matrimonio putativo*, Halae, 1747, pp. 49ss.

<sup>②9</sup> 参见《拿破仑法典》李浩培等译,商务印书馆1979年版,第27页,译文有改动。

<sup>③0</sup> 参见《法国民法典》罗结珍译,上册,法律出版社2005年版,第182页及以次,译文有改动。

<sup>③1</sup> 前引<sup>③0</sup>,第181页及以次,译文有改动。

<sup>③2</sup> 参见《法国民法典》罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第71页。

<sup>③3</sup> 前引<sup>③0</sup>。

地区多作出了类似规定。例如《路易斯安那民法典》<sup>③④</sup>、《魁北克民法典》<sup>③⑤</sup>、《智利民法典》<sup>③⑥</sup>、《阿根廷民法典》<sup>③⑦</sup>、《西班牙民法典》<sup>③⑧</sup>、《瑞士民法典》<sup>③⑨</sup>、《乌拉圭民法典》<sup>④⑩</sup>、《埃塞俄比亚民法典》<sup>④⑪</sup>、《澳门民法典》<sup>④⑫</sup>等。《德国民法典》尽管在“婚姻的废止”的名目下未以诚信的名义保护无辜方的利益,但采用了“不知晓婚姻废止原因”(第1318条)的名义。我们知道,“不知”是主观诚信的别样表达。此等保护包括赋予不知方的扶养请求权(第1569条),以及不知方对对方的继承权。<sup>④⑬</sup>所以,德国尽管属于日耳曼法族国家,也是承认拟制的婚姻制度的。

在《法国民法典》创立模式的基础上,后世的立法者有所创新。首先是1916年的《巴西民法典》增加了保护可撤销婚姻中的诚信当事人的类别,其第221条规定:1.婚姻不管是可撤销的,还是无效的,如夫妻双方是基于诚信缔结的,在撤销判决日之前,此等婚姻对他们和对其子女都发生完全的效力;2.如在缔结婚姻过程中只有一方为诚信,其民事效力仅给此等当事人及子女带来利益。<sup>④⑭</sup>这样,受保护的诚信婚姻当事人的范围扩大了。其次是1966年的新《葡萄牙民法典》第1648条增加了保护拟制的诚信婚姻当事人的类型,对因胁迫结婚的当事人,赋予其诚信当事人的地位,<sup>④⑮</sup>享受诚信者的待遇,尽管被胁迫者并非不知婚姻的障碍或就其发生错误,由此进一步扩大了保护诚信的范围。第三是分化出初始诚信要求与始终诚信要求两类立法例。《意大利民法典》就只要求初始诚信,<sup>④⑯</sup>换言之,当事人在结婚时不知婚姻的障碍事由即可,以后发现了此等缺陷的,不影响对诚信的好处的享有。这样的安排对当事人有利,但在理论上不彻底。《路易斯安那民法典》、《智利民法典》、《乌拉圭民法典》、《美国统一结婚离婚法》则要求始终诚信,换言之,当事人什么时候知道婚姻的障碍,什么时候就开始不享有立法给予诚信者的优惠。第四是把拟制婚姻的保护对象从夫妻、子女扩展到了诚信第三人,例如《葡萄牙民法典》、《澳门民法典》、《埃塞俄比亚民法典》,这是有道理的,我们知道,夫妻就家事享有相互代理权,在婚姻被宣告无效或被撤销前,如果假想的夫代理假想的妻与第三人实施了某个交易,在婚姻被宣告无效或被撤

③④ 第96条第1款,为了有利于在缔约时诚信且一直保持诚信的一方,绝对无效的婚姻仍然产生民事效力。参见《路易斯安那民法典》,娄爱华译,厦门大学出版社2010年版,第11页。

③⑤ 第382条第1款,婚姻虽经宣告无效,对诚信的配偶仍发生效力。参见《魁北克民法典》,孙建江等译,中国人民大学出版社2005年版,第48页及以次。

③⑥ 第122条第1款,在民事登记官面前缔结的无效婚姻,对于基于正当原因发生错误而缔结婚姻的诚信配偶一方,产生与有效婚姻相同的民事效果,但是,自配偶双方丧失诚信之时起,该婚姻不再发生民事效果。参见《智利共和国民法典》,徐涤宇译,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第68页。

③⑦ 第221条第1款第一句,由夫妻双方诚信缔结的无效婚姻,到宣告无效之日止,产生有效婚姻的一切效果。《最新阿根廷共和国民法典》,参见徐涤宇译注,法律出版社2007年版,第58页,译文有改动。

③⑧ 第79条第1款,对于子女以及出于诚信的一方缔约人或者缔约双方已经产生的后果,不因无效婚姻的宣告失效。Véase Código Civil, Thomson Aranzadi 2004 pag. 85.

③⑨ 第134条,诚信当事人保留因结婚取得的州和镇的公民权,并可保留因结婚取得的姓氏。参见《瑞士民法典》,殷生根、王燕译,中国政法大学出版社1999年版,第38页。

④⑩ 第208条:无效的婚姻,如果按法律规定的形式缔结,产生与有效的婚姻同样的民事效力,不仅对子女如此,而且对诚信的对缔结的婚姻发生错误有正当理由的配偶也是如此。但此等民事效力在配偶双方的诚信阙如时终止。Véase Código civil Uruguayo, Sobre http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/estudioslegislativos/CodigoCivil2010-02.pdf 2011年10月9日访问。

④⑪ 第696条:1.当法院作为对违反结婚条件的惩罚命令解除婚姻时,它得根据公平原则调整此等解除的后果。2.它得受有关配偶离婚时关系的清算的规则(第690条-第695条)的引导。3.它得特别考虑配偶是诚信还是恶信;有没有圆房的事实;如果有的在被解除的婚姻中出生的子女的利益;以及诚信第三人的利益。参见《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第140页。

④⑫ 第1519条:1.被撤销之婚姻为夫妻双方善意缔结者,该婚姻在有关判决确定前对夫妻双方及第三人均产生效力;2.如仅夫妻之一方善意缔结婚姻,则仅该方得主张由此婚姻状况所生之利益,并得以该利益对抗第三人,只要第三人纯粹受该一方从夫妻关系而生之利益所影响者。参见赵秉志总编《澳门民法典》,中国人民大学出版社1999年版,第382页。

④⑬ 参见[德]迪特尔·施瓦布《德国家庭法》,王葆苜译,法律出版社2010年版,第58页及以次。

④⑭ See The Civil Code of Brazil, Translated in English by Joseph Wheless, The Thomas Law Book Co. New York, 1920, p. 57.

④⑮ Ver Código Civil Portugues, Almedina, Coimbra, 1998 pag. 404.

④⑯ Cfr. Federico del Giudice, Nuovo Dizionario Giuridico, Edizione Simone, Napoli, 1998 p. 764.

销后,夫的代理权的基础丧失,按理他代理妻与第三人进行的交易应该无效,但为了保护诚信第三人的利益,法律仍确定这样的交易为有效。

不仅大陆法系的重要国家都采用了拟制婚姻制度,而且英美法系也采用了该制度。

英国1970年的《婚姻诉讼与财产法》(Matrimonial Proceedings and Property Act)第1条把离婚、宣告婚姻无效、司法别居在财产救济上的安排同化,在这三种情形,法院都可命令一方向他方为扶养目的进行定期给付。<sup>④7</sup>这样就等于承认了无效婚姻在扶养方面的将来效力。1975年的《继承法》第25条之(4)规定,曾诚信与死者缔结无效婚姻的一方有权向法庭请求从死者财产中获得合理的经济供养。1976年的《婚生子女法》第1条之(3)规定:只要父母的一方或双方相信婚姻有效,出生的孩子视为婚生。1987年的《家庭法改革法》第28条取消了父母一方或双方为诚信的子女婚生资格取得条件,改为无条件地授予此等资格。<sup>④8</sup>这样,英国法就对诚信的无效或可撤销婚姻缔结方就他们自身和子女做了保留婚姻部分效力的规定,尽管对于诚信的假想的配偶的扶养在对方配偶生前被排除,只在后者死了才有这样的机会,在保护诚信方的力度上不如大陆法国家的规定。

在美国,婚姻家庭属于各州的立法权事项。各州都承认婚姻诚信,只不过赋予诚信方的好处大小不一而已。<sup>④9</sup>但在跨州的层面,也有《统一结婚离婚法》(1970年)之存在。该法承认了婚姻诚信制度,具有这种诚信的当事人缔结了无效婚姻的,享有有效婚姻的一切效果,例如,对在婚姻关系存续期间积累的财产的平等享有权、作为配偶的继承权、在假想的配偶死亡时的死亡赔偿金请求权。当然,此等权利的享有时间与诚信的持续时间一致,换言之,当事人什么时候知道了自己婚姻的缺陷,什么时候即停止享有此等权利。<sup>⑤0</sup>但这样的保护无辜婚姻当事人权利的规定有时候可能伤害另一种意义上的无辜婚姻当事人。例如,如果一个已婚男子像何冠林一样隐瞒自己的婚姻追求另一女子,后者在不知前者重婚的情况下与之结婚,后来第二个婚姻的缺陷被发现,就产生了无辜的二婚妻子与同样无辜的头婚妻子的利益冲突问题。《统一结婚离婚法》第209条对此提供了解决方法:如果同时存在一个合法配偶或者其他假想的配偶,那么假想的配偶获得的权利不能取代合法配偶或者其他假想的配偶的权利。但法院应该公正地根据案件情况在各申请人之间适当地分配其财产、扶养费以及申请请求的其他权利。<sup>⑤1</sup>这一规定揭示了婚姻诚信制度的一种引人产生不好联想的连续重婚的存在场景,并提出了无力的解决:诚信“小三”的权利不得损害原配甚至“小二”的权利,但法官也可以调和这三者的利益。如此,原配的权利还是被或多或少地牺牲了。按第209条处理何冠林重婚案,如果何冠林活着,陈丽琦和陈若容可分别向他请求扶养费;如果何冠林死亡,陈丽琦和陈若容可共同分割其遗产。

## (二) 无过失方保护模式

相对于前种模式,这种模式是一种创新,因为它发现了婚姻无效或撤销过程中的过失责任因素,把当事人的过失当作婚姻被宣告无效或撤销的唯一原因并以损害赔偿的方式保护无过失方。但从历史渊源看它无所本。<sup>⑤2</sup>采用者有我国台湾地区“民法”和《韩国民法典》。容分述之。

现今版的台湾地区“民法”第999条规定:1. 当事人之一方,因结婚无效或被撤销而受有损害者,得向他方请求赔偿。2. 但他方无过失者,不在此限。3. 前项情形,虽非财产上之损害,受害人亦得请求赔

<sup>④7</sup> See Stephen Cretney, Nullity of Marriage Act 1971, In *Modern Law Review*, Vol. 35(1972), p. 60 note 21.

<sup>④8</sup> 参见薛宁兰《婚姻无效制度论——从英美法到中国法》,载《环球法律评论》2001年夏季号。

<sup>④9</sup> See David Fine, The Rights of Putative Spouses: Choice of Law Issues and Comparative Insights, In *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32(1983),

<sup>⑤0</sup> 参见[美]哈里·D. 格劳斯,[美]大卫·D. 梅耶《美国家庭法精要》,陈苇等译,中国政法大学出版社2010年版,第42页,译文有改动。相反,意大利法只要求初始诚信,即当事人在结婚时不知婚姻障碍即可,后来知道了不影响其诚信当事人地位。前引<sup>④6</sup>。

<sup>⑤1</sup> 前引<sup>⑤0</sup>,第43页,译文有改动。

<sup>⑤2</sup> 之所以这样说,乃因为作为台湾地区“民法”蓝本的《大清民律草案》第1349条和《国民律草案》第1117条规定的都是婚姻被撤销之情形,善意者有权向对方请求损害赔偿。参见杨立新点校《大清民律草案·国民律草案》,吉林人民出版社2002年版,第172页,第352页。而且,被认为是台湾地区“民法”蓝本的德国和瑞士民法都承认婚姻诚信。

偿相当之金额,但以受害人无过失者为限。4. 前项请求权,不得让与或继承。但已依契约承诺或已起诉者,不在此限。<sup>③</sup>

《韩国民法典》第 825 条规定:第 806 条的规定,准用于婚姻的无效或撤销情形。第 806 条的规定是关于解除订婚的损害赔偿问题的:规定在解除订婚的情形,当事人可向有过失的相对人请求财产上和精神上的损害赔偿。<sup>④</sup>

徐国栋主编的《绿色民法典草案》和梁慧星教授主持的民法典草案也采用这种模式。前者的第三分编第 45 条规定:1. 当事人因婚姻无效或被撤销受到损害的,无过错一方有权向有过错他方请求损害赔偿。赔偿费至少应包括维持原告 3 年现有生活水平的费用。2. 在前款规定的情形,受害人还可以请求赔偿精神损害,但对此等损害的请求权不得让与或继承。<sup>⑤</sup> 后者的第 1672 条规定:因结婚无效或者婚姻被撤销而受到损害的无过错的一方,有权向过错方请求损害赔偿。<sup>⑥</sup>

该模式的特点首先当然是不考虑当事人的诚信与否对婚姻被宣告无效或撤销的法律效果的影响,只考虑他们是否有过失对此等效果的影响;其次,此等过失的效果只及于婚姻当事人,不及于他们在此等婚姻中可能产生的子女以及婚姻关系的诚信第三人。

### (三) 同时保护诚信方和无过失方的模式

如题所现,这种模式既保护无效或可撤销婚姻中的诚信方,也保护此等婚姻中的无过失方,换言之,把诚信与无过失看作不同的两个问题。2002 年的《新巴西民法典》采用这一模式。其第 1561 条为保护诚信方的规定:1. 婚姻不管是可撤销的,还是无效的,如夫妻双方是基于诚信缔结的,在撤销判决日之前,此等婚姻对他们和对其子女都发生完全的效力;2. 如在缔结婚姻过程中夫妻双方都为恶信,其民事效力仅给其子女带来利益。其第 1564 条为保护无过失方的规定:当婚姻因夫妻中的一方的过失被撤销时,该方有义务:1. 弥补无过失的他方所有已获得利益的丧失;2. 履行自己在婚前协议中所做的承诺。<sup>⑦</sup> 按该条,过失有无问题只涉及夫妻自身的法律情势,不涉及子女的相应事项,也不涉及婚姻关系的第三人。

事实上,在处理婚姻无效或撤销的善后问题时兼而考虑当事人过失之有无问题,是新一代的巴西立法者发现老《巴西民法典》的立法漏洞并加以填补的结果。1916 年的老《巴西民法典》第 221 条规定:1. 婚姻不管是可撤销的,还是无效的,如夫妻双方是基于诚信缔结的,在撤销判决日之前,此等婚姻对他们和对其子女都发生完全的效力;2. 如在缔结婚姻过程中只有一方为诚信,其民事效力仅给此等当事人及子女带来利益。<sup>⑧</sup> 此条与《新巴西民法典》第 1561 条大同小异,不过,老《巴西民法典》无关于无效或可撤销婚姻当事人之过失的规定。新的立法者增加第 1564 条,显然是他们把没有规定无效或可撤销婚姻当事人的过失责任看作一个立法漏洞的结果。看来,他们认为在处理婚姻无效或撤销的善后问题时诚信和无过失两方面的考虑不可偏废。

1942 年的《意大利民法典》也经历了类似于《巴西民法典》的过程。其颁布时的版本第 128 条第 1 款只规定了拟制婚姻中的诚信方保护问题:婚姻被宣告无效之前,对诚信缔结婚姻的配偶双方,或者因胁迫或者以特别严重的非当事人本身的事由使其因恐惧而同意缔结婚姻的配偶,产生有效婚姻的效力。<sup>⑨</sup> 但几十年后立法者意识到未规定拟制婚姻中的过失方的赔偿责任问题是一个漏洞,遂于 1975 年 5 月 19 日以是年的第 151 号法律增加了第 129 条附一条,其第 1 款第 1 句规定:因婚姻无效而被起诉的

<sup>③</sup> 参见吴庚等编纂《月旦六法全书》,元照出版公司 2000 年版,第 2-220 页。

<sup>④</sup> 参见《韩国民法典》,金玉珍译,载易继明主编《私法》第 6 卷,北京大学出版社 2004 年版,第 228、226 页。

<sup>⑤</sup> 参见徐国栋主编《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 190 页及以次。

<sup>⑥</sup> 参见梁慧星《中国民法典草案建议稿》,法律出版社 2003 年版,第 335 页。

<sup>⑦</sup> 参见《新巴西民法典》,齐云译,中国法制出版社 2009 年版,第 244 页。

<sup>⑧</sup> 前引④。

<sup>⑨</sup> 参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 41 页。

配偶,在婚姻被撤销后,即使诚信缔结婚姻的配偶他方没有遭受损失的证据,也要对其给予适当赔偿。在任何情况下,补偿费至少应足够维持3年的生活费用。<sup>⑩</sup>该条与《新巴西民法典》第1564条的差别在于未明确赔偿的依据是过失,而是把恶信当作责任依据,让人产生恶信=过失的印象。

以上是国外的情况,在国内,李忠芳教授也注意到了诚信与无过失的不同,故在他对《新婚姻法》的评注中同时使用善意方和无过方两个概念。<sup>⑪</sup>

#### (四) 小结

至此可以就三种模式做一些比较分析。

首先要指出的是,第一种模式只考虑婚姻当事人的诚信;第二种模式只考虑婚姻当事人的无过失;第三种模式兼考虑两者赋予被考虑者有利的法律地位,在这一模式中,无效或可撤销婚姻中的无辜当事人是属概念,下分为诚信当事人和无过失当事人两个种,分别予以给付性的和赔偿性的保护。我认为第三种模式较为有合理,因为诚信与无过失是不同的概念。理由如下:

其一,“无过失”是“尽了注意义务”的别样表达,而“注意”与“主观诚信”尽管皆属心理状态,但两者不同,前者涉及意志的领域、行为的领域,是意志的紧张状态;后者涉及理解的领域,是对一种事实状态的认知。也就是说,前者是积极的、“输出的”,后者是消极的、“输入的”。<sup>⑫</sup>

其二,注意的标准是力求一致的,为此,大陆法打造了“善良家父”的概念,英美法打造了“合理人”的概念作为统一的标杆,达到了这个标杆的行为人即尽到了注意义务,反之则构成过失;相反,主观诚信是个别化的,<sup>⑬</sup>依性别、年龄甚至城乡而不同。由于诚信与否取决于主体的认知能力,从事理之性质来看,女性的认知能力通常低于男子,少年人的认知能力通常低于成年人,农村人的认知能力通常低于城市人。这些一般命题都有歧视的嫌疑,如果把它们带入具体论述,所得结果就不那么伤人了。从前文我们可看到,无论是罗马法还是法国法,都承认在家庭法的范围内,对法的不知构成主观诚信。而对法的认知与识字与否有关,法律都是要公布的,但即使这样,文盲也不能了解其内容。由于家庭教育投入的重男轻女,我国70%的文盲为女性,90%的文盲为农村人。<sup>⑭</sup>至于少年人,由于每个人都是作为一个文盲出生的事实,他们是行走在摆脱文盲之路尚未达到终点的人。对于他们来说,即使读懂了法律文本的每一个字,也不见得理解了其含义,因为理解法律不以认识其文句为已足,还需要许多社会经验。所以,马尔库斯·奥勒留皇帝及其兄弟关于婚姻诚信的立法就已考虑了诚信主体的性别,其他皇帝的立法则考虑了主体的城乡所属。<sup>⑮</sup>

其三,由“其二”所决定,“注意”与“诚信”还有重要的差别,“注意”是科加责任的,它要求一个人抖擞精神照料或不伤害他人的人身或财产,相反,主观诚信是解脱责任的,它容许人们精神上的一定的慵懒状态。例如,不要求二婚的配偶查证一切登记簿证明其婚姻相对人有无有效前婚存在,她相信重婚者的表白和一定的证明婚意的行为,足矣。所以,意大利法学家艾米略·贝蒂说,主观诚信都是辩护性的,以免人们落入非法。<sup>⑯</sup>玛利亚·乌达也说,主观诚信都是开脱罪责的。<sup>⑰</sup>

<sup>⑩</sup> 前引<sup>⑨</sup>第42页,译文有改动。

<sup>⑪</sup> 参见李忠芳主编《新婚姻法释义》,中共党史出版社2001年版,第59页。

<sup>⑫</sup> Cfr. Umberto Breccia, Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Giuffrè, Milano, p. 14.

<sup>⑬</sup> Véase Manuel De La Puente y Lavalle, El contrato en general, El fondo para publicación del PUC del Peru, 1996, pag. 26.

<sup>⑭</sup> 参见李斌、吕诺《政协委员关注:中国文盲一半在西部,七成是女性》,载 <http://news.beelink.com/Cn/20020303/1040823.shtml>, 2012年4月5日访问。

<sup>⑮</sup> 君士坦丁皇帝在C. 6 9 8-9中规定,如果由于村气、不知、不在等原因没有适当提出占有遗产申请,其申请权不受影响。此等人尔后以任何方式在法官面前表示了其接受遗产的意图的,即足以构成申请。Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Librería de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 87. 这一规定中的“村气”一语揭示了占有遗产申请主体的农村人身份,并根据此等身份作出了免责的安排。

<sup>⑯</sup> Cfr. Emilio Betti, Teoria Generale delle Obbligazioni I, Giuffrè, Milano, 1953, p. 93.

<sup>⑰</sup> Cfr. Giovanni Maria Uda, La Buona Fede nell'Esecuzione del Contratto, Giappichelli, Torino, 2004, p. 8.

其次要指出的是,保护诚信方的模式把诚信者应得法律优惠同时给夫妻和子女两者,甚至给予婚姻关系的第三人,这种模式甚至首先是为了保护子女的婚生地位被创立的,相反,保护无过失方的模式原则上只把无过失的好处给配偶一方,如果采用这一模式,无异于舍弃了处理无效或可撤销婚姻的善后时对于子女的考虑以及对于婚姻关系的第三人的考虑,尽管在当今之世,私生子制度已在一般的层面废除,无必要以父母的诚信的名义保护私生子女,但如果不考虑这一问题,相关的理论是不完整的。

## 五、我国《婚姻法》对无效或可撤销婚姻中的诚信当事人的态度

如前所述,婚姻诚信制度依托于婚姻无效和可撤销制度,但我国的婚姻立法一度追求简略,1950年的《婚姻法》和1980年的《婚姻法》皆未规定婚姻无效和可撤销制度,婚姻诚信制度由此缺乏存在的基础。2001年我国修订《婚姻法》,增设了无效婚姻制度(第10条)和可撤销婚姻制度(第11条),确定重婚者、有禁止结婚的亲属关系者、患有不应结婚的疾病者、未达法定婚龄者的婚姻为无效。进而规定因胁迫缔结的婚姻可撤销。第12条规定了婚姻被宣告无效和被撤销的法律后果:“无效或被撤销的婚姻,自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成时,由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理,不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女,适用本法有关父母子女的规定。”该条共有5个句号,每段被句号截断的文字都表达了一个方面的立法者意图,实际上构成一款。容分解之。

第一个句号内的文字强调婚姻无效的绝对性:自始无效。这是明确排除拟制婚姻的规定,首先排除了婚姻面向将来无效的可能;其次排除了无效婚姻于未来在某些方面具有效力的可能,大不同于所有承认拟制婚姻制度国家的规定。

第二个句号内的文字宣示了无效的具体内容:当事人不具有夫妻的权利和义务。就权利而言,无非是抚养费请求权、补偿性给付获得权、作为健在配偶领取他方当事人的养老金权、继承他方当事人权等。就义务而言,无非是同居义务、扶养义务、忠诚义务等。婚姻被宣告无效后,当事人形同路人,上述权利他们不再享有;上述义务他们也不再承担。

第三个句号内的文字是对第一句的但书。按第一句,无效婚姻自始无效,照此推理,当事人在同居期间的财产应恢复原状。发生过婚因赠与的,受赠方应返还赠与物。一方为夫妻合伙取得过财产的,现在视为为他自己取得,但第三句允许当事人协商对此等财产的处理,协商不成的,由法院按照照顾无过错方的原则裁决,这就等于否定了婚姻无效的绝对性,保留了此等婚姻在夫妻财产关系方面的部分效力,有如法国法院1584年7月7日的判决。非独此也,《婚姻法》的司法解释一第15条还规定:被宣告无效或被撤销的婚姻,当事人同居期间所得的财产,按共同共有处理,但有证据证明为当事人一方所有的除外。这不是承认了无效或可撤销婚姻对于当事人财产关系的效力吗?!如此让《婚姻法》第12条陷入了自相矛盾。

第四个句号内的文字缩小视角,聚焦于因为重婚被宣告无效的情形中无效婚姻的当事人的财产利益与有效婚姻的当事人的财产利益的冲突问题,采取的处理是:不管无效婚姻的当事人诚信与否,其财产利益一律让位于有效婚姻当事人的相应利益。具体一点说,完全保护原配,不给“小三”一点财产利益的空间。前文已述,如果“小三”是恶信的,这样处理并不冤。但如果她是诚信的,这样处理未免对她冤哉枉也!

第五个句号内的文字规定婚姻被宣告无效对子女的影响,采取了不科加任何影响的解决方案。这是非常先进的。我们知道,无效婚姻对诚信当事人的效力向来包括对于诚信配偶的效力和对子女的效力两个方面。通常情况下,只有诚信缔结的无效婚姻才带给由此产生的子女婚生地位,在相反的情形下,法律不赋予此等子女婚生身份,他们由此要承受私生子的种种不利,例如,相对于婚生子女继承权实现的劣后等等。这就把恶信缔结无效婚姻的父或母的责任推给未参与婚姻缔结的子女承担了,非常不

合责任承担的基本原则。因此,一般的立法趋势是完全排开了婚姻无效对父母子女间权利义务的影响。<sup>⑧</sup>我国《婚姻法》向来不承认婚生子女与非婚生子女的地位差别,所以,自然而然地赋予无效婚姻所生的子女婚生地位。当然,这等于承认了无效婚姻在亲子关系方面的效力,给第一句规定的无效的绝对性原则打了折扣。具有讽刺意味的是,第一句规定的原则还经过了第三句的打折,经过这么两次打折,它还保留多少内容,就值得怀疑了。

可以说,《婚姻法》第12条保留了无效和被撤销婚姻针对夫妻共同财产的效力,未承认此等婚姻针对解除后对需要财产救济方的效力,换言之,假设陈若容在其与何冠林的婚姻被宣告无效后生活陷入困顿,尽管她是诚信的,她也不可能从何冠林获得任何财产性的支持,除了不承担重婚的刑事责任外,她与何冠林一样地承担婚姻无效的民事后果。进而言之,在《婚姻法》第12条的框架下,即使陈若容是恶信的——也就是她明知何冠林是有妇之夫仍与之结婚——她承担的无效婚姻的民事后果与她是诚信的情形也没有区别,都是无依无靠,哪怕何冠林刑满后变得身家百万。这样的安排,很不符合我国流行的主客观要件兼备才能承担责任,主观要件的形态影响责任的大小的流行理论。显然,《婚姻法》第12条在处理婚姻无效和可撤销问题上未考虑到对诚信当事人的保护,这是一个需要填补的法律漏洞。

那么,《婚姻法》第12条是否保护无效或可撤销婚姻中的无过失方呢?应该有限肯定地回答这个问题,因为在分割假想配偶的共同财产时有对他们是否有过错的考虑,换言之,有过错的一方——例如何冠林——不分或少分,无过错的一方——例如陈若容——全得或多分。这个肯定回答之所以要加上“有限”的限制语,理由有二。其一,无过错不等于无过失,前者涉及故意,后者则否;其二,在本文介绍的第二种和第三种模式的框架内,无过失是婚姻解除造成的财产和精神损害责任的免责依据,不是全得或多分假想配偶共同财产的依据。所以,尽管《婚姻法》第12条中有与“无过失”类似的“无过错”一语,但两者所指完全不同。这样就得出了惨淡的结论:《婚姻法》第12条不仅未为无效或可撤销婚姻的诚信方提供保护,而且也未为无过失方提供侵权行为法意义上的保护。两个“未为”构成《婚姻法》的两个立法漏洞。

或问,《婚姻法》第46条不是明确规定一方重婚导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿吗?怎么能说《婚姻法》不保护无效或可撤销婚姻中的无过失方呢?明眼人一看就知道,第46条的这项保护的是重婚者的原配,例如何冠林案件中的陈丽琦,并不保护诚信“小三”,例如何冠林案件中的陈若容,因为她与何冠林无婚可离,因此不能以离婚受损害为由向何冠林诉追损害赔偿。

## 六、结 论

婚姻诚信制度自马尔库斯·奥勒留皇帝时代得到确立,体现了分配正义的要求,它首先用来保护无效婚姻所生的无辜的子女,赋予他们婚生的地位。到了瓦伦丁尼安、狄奥多西和阿卡丢皇帝的时代,它也用来保护诚信婚姻当事人的财产利益。到中世纪,教皇英诺森三世针对R的遗产争议案发布的教令成了创立拟制的婚姻制度的基础,但该教令也只关注对无效婚姻中诚信当事人子女的保护,经过法国判例和一些世俗法学家的解释,这一制度被增加了保护诚信的无效婚姻的当事人的功能。对上述两种人的保护构成了拟制的婚姻制度的两极。该制度得到两大法系多数国家的承认。到了现代,由于对儿童权利的加强导致的对私生子身份的废除,婚姻诚信的保护中心转向了诚信当事人。各个立法例给予诚信方大小不同的优待,甚至把婚姻无效作离婚化处理。但也有少数国家不承认婚姻诚信制度<sup>⑨</sup>,我国不幸处在这个行列中。也有的国家或地区以“无过失”的名义保护无效或可撤销婚姻中的无辜方;还有一

<sup>⑧</sup> 例见1991年《魁北克民法典》第381条。参见《魁北克民法典》,孙建江等译,中国人民大学出版社2005年版,第48页。

<sup>⑨</sup> 例如2001年的《越南婚姻家庭法》,该法第17条规定了违法结婚被撤销的法律后果,在规定夫妻关系的善后事宜时未考虑当事人的诚信与否,甚至未考虑到过失的因素。参见《越南社会主义共和国民法典》(2005年版),吴远富译,厦门大学出版社2007年版,第200页及以次。

些国家同时以诚信和“无过失”的名义保护此等无辜方。相形之下,我国《婚姻法》对无效或可撤销婚姻中的无辜方既无以诚信名义进行的保护,也无以“无过失”名义进行的保护,仅仅以“无过错”的名义保证无辜方在分割假想配偶的共同财产时占据有利地位而已。更令人惊异的是,王利明教授主持的私家民法典草案完全遵循了这种模式,无任何改变。<sup>⑩</sup>所以,《婚姻法》在保护无效或可撤销婚姻中的无辜方面存在两个立法漏洞,需要填补。在进行此等填补时可利用本土资源,因为我国澳门地区的民法典也以“误想的婚姻”的名义规定了拟制的婚姻制度,<sup>⑪</sup>香港的《婚生地位条例》第11-12条也规定了这一制度。<sup>⑫</sup>而且,如前所述,台湾地区的“民法”还规定了保护无效或可撤销婚姻中的无过失方的制度,凡此等等,都可为大陆地区的立法机关借鉴。以这些资源为基础,我相信我国会在修订《婚姻法》时或制定未来民法典时确立这个领域的诚信原则<sup>⑬</sup>并打造出自己的婚姻诚信制度和拟制的婚姻制度,并消除《婚姻法》第12条的自相矛盾,把“无效和被撤销婚姻自始无效”的规定改为“婚姻被宣告无效或被撤销,不具有溯及力”。并且要把第46条的保护对象从单纯的原配扩展到诚信“小三”。如果做到了这一步,本文开头所举何冠林重婚案中的角色陈若容就不会被当作重婚的共犯了,也不仅仅被当作何冠林的受害人,而是会被当作她与何冠林的拟制婚姻中的妻子享受这一角色应有的权利,并在其婚姻被确定无效时向何冠林诉追赔偿,由此得到双重的保护。

---

**Abstract:** There is no institution of putative marriage in China's laws and this situation almost causes wrong cases that the interested parties in good faith in bigamous marriages maybe handled erroneously. The institution of putative marriage originated in Roman law was to protect the children of interested parties in good faith in invalid marriages. This institution was revived by canonic law for the same purpose in the Middle Ages. Through the processing of secular scholars, it has been developed to protect both interested parties in good faith and their children in invalid marriages. Next to this institution, there is the institution for protecting non-fault parties in invalid marriages. However, the lawmakers in Brazil and Italy come to realize the differences between non-fault and the good faith, they thus establish the protections for both the interested parties in good faith and non-fault parties in invalid marriages. In China, the Marriage Law of the People's Republic of China protects neither the interested parties in good faith nor non-fault parties in invalid marriages, and this loophole thus must be solved.

---

(责任编辑:朱广新)

---

<sup>⑩</sup> 参见王利明主编《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第61页。

<sup>⑪</sup> 参见前引<sup>⑫</sup>赵秉志总编书,第382页。

<sup>⑫</sup> 参见陈苇主编《当代中国内地与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》,群众出版社2012年版,第150页。

<sup>⑬</sup> 我国《婚姻法》目前无诚信原则之设,这让人怀疑《婚姻法》是否为民法的一部分,因为诚信原则是民法的基本原则,而诚信原则包括主观诚信原则和客观诚信原则两个部分,如果《婚姻法》是民法的一部分,它是要适用诚信原则的,包括适用这一原则中的主观诚信原则。