

· 民法典专题 ·

财产行为、人身行为与民法典适用

韩世远*

内容提要：婚姻法向民法的回归以及民法的法典化，不应单纯停留在外在体系的层面，同时也应在内在体系层面实现新的整合。基于法典化理念、法典的层次结构以及总则提取公因式的立法技术，在《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编未作特别规定的场合，总则编关于民事法律行为的一般规定理应适用于婚姻家庭问题。除此形式逻辑的正当性之外，透过虚假婚姻、婚姻欺诈以及婚姻错误等现实问题，也反映出以总则编规定适用于此类问题具有实质的合理性及正当性。

关键词：财产行为；人身行为；虚假婚姻；婚姻欺诈；婚姻错误

法概念是描述法现象的工具，法概念的分类不只是增益人们对于法现象的认识，更具有增益法律适用的功能。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的颁行是中国法制史上的一个重大事件，对于中国社会的发展必将产生深远影响。正确阐述《民法典》不仅是建立中国民法学的需要，而且也是司法活动中法律适用的现实需要。以下结合《民法典》的新规定，从民事法律行为类型的角度，谈几点需要注意的问题，供司法参考。

一、婚姻法与民法的分与合

在新中国的民事立法史上，2020年《民法典》无疑具有里程碑意义，体现之一在于婚姻法回归于民法。而这次婚姻法回归于民法不仅在民法学界，而且在婚姻法学界均没有什么不同的意见，如此平顺，水到渠成，波澜不惊。可是，如果人们只是这样理所当然地接受这一回归，而对此前的分离不作任何的反思，恐怕就会大大降低《民法典》的里程碑意义。司法机关如果固守原有思维，新瓶装旧酒，不思进取，则会进一步减损《民法典》的应有功能，不可不慎。

众所周知，在新中国还没有民法的时候，便在1950年颁布施行了《婚姻法》。依时任中央人民政府法制委员会主任委员的王明（本名陈绍禹）所作的报告，该法早在1948年冬便已开始起草。立法者一方面充分开发了当时的本土资源（各解放区的婚姻条例、几十个人民法院的司法经验及素材、实地调查等），并参考和批判了中国历史上有关婚姻制度的某些史料和国民党政府“民法”亲属编婚姻章等），另一方面，也学习了苏联经验并参考了东南欧和朝鲜人民民主国家的经验（译印新版的《苏俄婚姻、家庭及监护法典》^{〔1〕}研究了苏联出版的一部分有关苏联婚

* 清华大学法学院教授，清华大学法学院欧洲法与比较法研究中心主任，博士生导师，法学博士。本文系国家社会科学基金重点项目“合同法立法相关问题研究”（17AFX020）的阶段性成果。

〔1〕中央人民政府法制委员会编：《苏俄婚姻、家庭及监护法典》，王增润译，王之湘、陈汉章校，新华书店1950年版。

姻家庭问题的书籍、小册子和有关东南欧新民主主义国家的婚姻家庭法问题的论文等)。^[2] 邓颖超在介绍《婚姻法》时,也谈到该法“参考了各解放区的婚姻法以及苏联和新民主主义国家的婚姻法”。^[3]

而这个时期苏俄立法的基本状况是,1922年《苏俄民法典》并未采用德国民法、瑞士民法等所谓的潘德克顿体系,而仅规定总则、物权、债权、继承四编,将家庭除外。家庭法在苏维埃社会主义法体系下被作为有别于民法的独立的法律部门。^[4] 显然,新中国立法者起草《婚姻法》时重点参考的不是1922年《苏俄民法典》,而是1926年《苏俄婚姻、家庭及监护法典》。依这个时期苏俄的法学理论,新的国家已经决定改造全部社会关系,也就不能忽略这一方面的关系,即婚姻和家庭关系。在那里,资产阶级的观念和制度对千百万人起着特别强大的影响,在那里,在许多情形下还保留着封建制度甚至氏族制度的残余。^[5] 家庭法是苏维埃法的一个独立部门。家庭法中的根本问题是家庭成员间的人身关系。在社会主义社会中,无论如何也不能把配偶间、父母子女间的关系笼统地划到财产关系中去,这一点是根本不同于资本主义社会的;在资本主义社会中,婚姻、家庭、父母子女关系等是属于资产阶级民法所研究的财产关系的。《共产党宣言》中写道:“资产阶级撕下了罩在家庭关系上的温情脉脉的面纱,把这种关系变成了纯粹的金钱关系。”^[6] 家庭法中调整财产关系的规定是和调整家庭成员间人身的、非财产的权利和义务不可分割地联系着的,因此就不能对负担生活费一类的债务适用民法典中关于债的一般规定。婚姻不能被认为是民事法律行为。婚姻、家庭、监护等问题的法律调整是社会关系中极为特殊的领域,因此有充分的理由把家庭法作为苏维埃法的一个独立部门。各加盟共和国的立法都不把家庭关系的法律调整包括在民法典中。各加盟共和国都颁布了婚姻、家庭和监护法的专门法典。^[7] 婚姻家庭法与民法彼此独立的格局在《苏联和各加盟共和国立法纲要汇编》中继续维持,《民事立法纲要》(1961年12月8日批准)和《婚姻和家庭立法纲要》(1968年6月27日批准)是分开的;^[8] 以苏俄为例,1964年《苏俄民法典》^[9] 与1969年《苏俄婚姻和家庭法典》^[10] 彼此独立。苏维埃法将婚姻家庭法独立于民法模式的影响同样也体现在战后成立的东欧诸社会主义国家,它们对于婚姻家庭法均采取了单行法的模式。^[11] 即便今天的俄罗斯,其民法典^[12] 依然没有包括婚姻家庭法,足见上述苏维埃法传统影响的深远。

由此可见,1950年《婚姻法》单独立法,有着那个时代特殊的背景及必然性,社会主义阵营的人民民主国家,遵循经典理论的教导,改造既有社会关系,创造新的立法模式,以有别于资

[2] 参见陈绍禹:《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告》,载中央人民政府法制委员会编:《婚姻法及其有关文件》,新华书店1950年版,第33页以下。关于王明负责主持起草《婚姻法》的历史,可参考戴茂森、曹仲彬:《王明传》,天地出版社2020年版,第324-329页。

[3] 邓颖超:《关于中华人民共和国婚姻法的报告》,载中央人民政府法制委员会编:《婚姻法及其有关文件》,新华书店1950年版,第105页。

[4] 青山道夫『現代の家族法』(岩波书店,1964年)106頁参照。

[5] 参见[苏]斯维得洛夫:《论人民民主国家婚姻、家庭法》,王之湘、陈汉章、王增润、杨旭、赵涵舆译,人民出版社1950年版,第2页。

[6] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编:《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版,第254页。

[7] 参见[苏]坚金、布拉图斯主编:《苏维埃民法》(第1册),李光谟、康宝田、邹志雄译,李光谟校,法律出版社1956年版,第29-30页。

[8] 参见中国人民大学苏联东欧研究所编译:《苏联和各加盟共和国立法纲要汇编》,法律出版社1982年版,第3页和第54页以下。

[9] 中国社会科学院法学研究所民法研究室编:《苏俄民法典》,马骧聪、吴云琪译,中国社会科学出版社1980年版。

[10] 《苏俄婚姻和家庭法典》,马骧译,王家福校,中国社会科学出版社1978年版。本文所引该法条文,如无说明,悉据此译本。

[11] 同前注[4],[日]青山道夫书,第140-141页。

[12] 《俄罗斯联邦民法典》(全译本),黄道秀译,北京大学出版社2007年版。

本主义旧的立法模式，诚属时势大潮。而客观分析，建国伊始即颁行《婚姻法》，在新中国的社会变革中发挥了重要功能，自此，男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法利益的婚姻制度和观念逐渐深入人心。若以该法与国民党政府“民法”亲属编相比，其观念、其站位、其实效等，均远胜后者。后者之立法被评为“辄有左右为难之势，常立于新旧夹攻之间”，“无怪乎激进之士嫌其维新不足，保守辈责其为忘本之立法”。^[13]类似的比较还可以在西德和东德之立法间展开，1965年民主德国（东德）的《家庭法典》废除了婚生和非婚生子女的区分，在子女问题上的解决方案较联邦德国（西德）的《德国民法典》要先进，而1990年的《统一条约》则将立法统一到《德国民法典》，直到1998年与子女相关的法律才得到全面的修正。^[14]

《婚姻法》早在1950年便颁布施行，可是，民法制定工作虽在1954年、1962年、1979年和2001年四次启动，却终未成功，民事基本法只有1986年的《民法通则》而已，从而长期呈现《婚姻法》与《民法通则》分立的二元格局。与之相应，在中国法学会所属研究会中，民法学研究会和婚姻法研究会各自独立，也是有其来由。而在学说层面，20世纪80年代的民法调整对象“商品关系说”自不必言，^[15]该说不接受资本主义国家从“私法”概念出发把某些人身关系（这里指的主要是婚姻家庭关系）列入民法调整的范围；^[16]即便相对折中一些的观点，也不过是通过界分广义和狭义民法，兼顾公民基于婚姻关系而进行的活动（结婚、离婚等），这些活动在审判实践中被习惯性地称为民事活动，将婚姻关系作为广义民法的组成部分。可是，在写作民法的著作时，并不以广义民法为对象。^[17]又如作为国家社会科学“七五”规划重点项目的《中国民法学》五卷本，^[18]自规划之初也不过是包括总则、物权、债权、知识产权和继承，并没有包括婚姻家庭。不过，也有学者在对外介绍中国民法时，已经开始将婚姻家庭法囊括在内。比如王家福先生在20世纪80年代末出版的书中便明确写道，“婚姻法是国家调整婚姻家庭所生社会关系的法律规范的总称，作为婚姻家庭关系的基本准则，是我国民法的重要组成部分”。^[19]及至20世纪90年代，我国民法学说开始强调公私法划分的重要意义并重提民法为私法，^[20]反思过去对于列宁所说民法不是“私的东西”的真实意涵。另外，在司法部法学教材编辑部编审的“九五”规划高等学校法学教材民商法系列中，《亲属法》（杨大文主编）赫然在列，在理论上开始为婚姻法重返民法铺路。

2001年启动民法制定工作，在2002年12月17日《中华人民共和国民法（草案）》中，第五编为婚姻法，第六编为收养法，已经呈现出了使婚姻法回归民法的架构。而这种构想变成现实，则是在2020年的《民法典》中。

《民法典》将婚姻法及收养法编入，放弃追随前苏联将婚姻家庭法作为独立于民法的部门法

[13]赵凤喆：《民法亲属编》（修订3版），正中印书局1968年版，第1页，自序。

[14]参见[德]英格博格·施文策尔：《比较法在德国、瑞士和奥地利的发展》，韩世远译，载[德]马蒂亚斯·赖曼、[德]莱因哈德·齐默尔曼编：《牛津比较法手册》，北京大学出版社2019年版，第101-102页。

[15]参见佟柔、赵中孚、郑立主编：《民法概论》，中国人民大学出版社1982年版，第2页以下。

[16]同上注，第5-6页。

[17]参见陶希晋主编：《民法简论》，河北人民出版社1985年版，第16页。其他在20世纪80年代出版的民法著作亦是如此。比如梁慧星：《民法》，四川人民出版社1988年版，第10页；王利明、郭明瑞、方流芳、吴汉东：《民法新论》，中国政法大学出版社1988年版，第3页。

[18]该套五卷本著作由陶希晋担任总编，实际出版了四卷，即佟柔主编：《民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版；刘春茂主编：《财产继承》，中国人民公安大学出版社1990年版；王家福主编：《民法债权》，法律出版社1991年版；刘春茂主编：《知识产权》，中国人民公安大学出版社1997年版。

[19]王叔文、韩延龙、烟中和夫编著：《现代中国法概论》（第4章“现代中国民法”，王家福执笔），爱新觉罗·连湘、宇野木洋、土肥道子译，法律文化社1989年版，第131页。

[20]参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第26页以下。

的做法,^[21] 回归到固有的民法传统。《民法典》第 2 条将其调整对象界定为平等主体之间的“人身关系和财产关系”;作为民法的基本精神以及民事立法的出发点和落脚点,^[22] 第 3 条明确规定“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护,任何组织或者个人不得侵犯”,并构成我国民法的“内在体系”^[23]。如果说第 2 条彰显出“对人”的平等对待,^[24] 第 3 条无疑突出了“对事”的平等对待。在“对事”的平等对待上,已然不局限于对财产权的“平等保护”(《民法典》第 207 条;原《物权法》第 4 条),而是首先提及“人身权利”之受法律保护,而此“人身权利”包括但不限于基于婚姻家庭关系发生的人身权利。此外,权利能力、行为能力、法律行为、无效、撤销、期间、条件、期限、时效以及一般条款(基本原则)等诸如此类对于婚姻家庭法而言亦属基本的法概念,被规定在《民法典》总则编中,故对此种“总则性”无法否定。^[25] 不过,《民法典》总则编的规定,在何种程度上可适用于婚姻家庭编(民法总则的可适用性),却是一个需要审慎考量的问题。以下以财产行为和人身行为的区分为例,侧重法律适用的角度,作初步的探讨。

二、重视财产行为与人身行为的分类

在很长一个时期,我国的民法教科书大多并不提及财产行为与人身行为的分类,^[26] 只有少数提及该分类或相似分类。^[27] 如果说在《民法典》颁布之前,婚姻法独立于民法之外,人身行为或者身份行为显而易见地游离于民事法律行为,从而使得财产行为与人身行为的分类意义降低,还有一定道理,那么在婚姻法回归到《民法典》之后,在《民法典》设置总则编的前提下,总则编中的民事法律行为规则显然可以涵摄婚姻家庭编和继承编中的法律行为,因而,在民事法律行为的基本概念、基本理论中,便不应再回避财产行为与人身行为的分类,而必须直面此种分类,并探讨相应的法律适用规律。

[21]关于苏联民法与家庭法的关系,可参见[苏]B. П. 格里巴诺夫、С. М. 科尔涅耶夫主编:《苏联民法》上册,中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社1984年版,第25页。

[22]参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第20页。

[23]陈甦主编:《民法总则评注》(于飞执笔),法律出版社2017年版,第21页。关于民法的外在体系与内在体系的区分,参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第一版序及沃尔夫序;另外参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第549-551页。

[24]关于“平等对待”与“平等原则”,可参见韩世远:《民法基本原则:体系结构、规范功能与应用发展》,载《吉林大学社会科学学报》2017年第6期,第7页。

[25]北川善太郎『民法讲要V亲族·相续』(有斐阁,2001年)7页参照。

[26]中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第73页以下;佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第55页以下;王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,第80页以下;王忠、苏惠祥、龙斯荣、王健明:《民法概论》,黑龙江人民出版社1984年版,第96页以下;李源植、蓝承烈、程军、杨震:《民法学》,黑龙江人民出版社1985年版,第41页以下;江平、张佩霖:《民法教程》,中国政法大学出版社1986年版,第76页以下;佟柔主编:《民法原理》(修订本),法律出版社1987年版,第97页以下;周元伯主编:《中国民法教程》,南京大学出版社1988年版,第116页以下;李由义主编:《民法学》,北京大学出版社1988年版,第119页以下;梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,第123页;马原主编:《中国民法教程》,人民法院出版社1989年版,第114页以下;佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第165页以下;孙亚明主编:《民法通则要论》,法律出版社1991年版,第75页以下;余能斌、马俊驹主编:《现代民法学》,武汉大学出版社1995年版,第193页以下;崔建远等:《民法总论》,清华大学出版社2010年版,第33页以下。

[27]王家福、谢怀栻等:《民法基本知识》(谢怀栻执笔),人民日报出版社1987年版,第109页;陈国柱主编:《民法学》(修订本),吉林大学出版社1987年版,第78页;徐开墅、成涛、吴弘:《民法通则概论》,群众出版社1988年版,第109页;王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》(上册),中国政法大学出版社1988年版,第370页;张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第226页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第155页;寇志新:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第192页。

民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系（《民法典》第2条）。与此法律关系相应，民事法律行为依其所变动者系财产关系抑或人身关系，可区分为财产行为与人身行为。

财产行为，或称财产法上的法律行为（*vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte*），是民事主体通过意思表示设立、变更或终止有关财产关系的行为。《民法典》规定的财产权利有物权（第114条第1款）、债权（第118条第1款）、知识产权（第123条第1款）、继承权（第124条第1款）、股权和其他投资性权利（第125条）等。知识产权（比如著作权）中有一部分关于人身的权利（如署名权），但主要仍属于财产权。继承法被认为“介于财产法与身份法之间”，继承权似乎也兼具人身权利与财产权利的属性，惟在现代法上继承只是财产继承，而非身份继承。因而，将继承权解释为财产权，更符合立法者在“民事权利”章的体系安排。诸如放弃继承，不过是基于身份的财产行为。如此，变动上述权利的法律行为，都属于财产行为。相应地，又可以将财产行为细分为债权行为、物权行为及准物权行为。

人身行为（身份行为），或称身份法上的法律行为（*personenrechtliche Rechtsgeschäfte*），是民事主体通过意思表示设立、变更或终止有关人身法律关系的法律行为。自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护（《民法典》第112条）。与人身权利相关的法律行为，诸如结婚（*Eheschließung*，第1046条和第1049条）、离婚（*Ehescheidung*，第1076条）、收养（*Annahme als Kind*，第1104-1105条）、协议解除收养（第1114-1116条）、对亲子关系的确认（*Vaterschaftsanerkennung*，第1073条）等，属于纯粹的人身行为。夫妻财产之约定（第1065条）、遗赠扶养协议（第1158条）等，则非纯粹的人身行为，或称之为“身份财产关系”，^[28]或者“身份的财产行为”。^[29]

与财产行为相比，人身行为自有其特色，依学者概括，可有如下几点：

1. 亲属法上法律关系的变动，多基于自然事实，例如血亲关系的发生，因而法律行为所占部分较少，其典型的为婚姻及收养，然其内容多已定型，当事人并无决定之自由。2. 财产法上之结合关系与身份法上之结合关系各有其特色，滕尼斯（Ferdinand Tönnies, 1855-1936）受梅因“从身份到契约”说之影响，相应地以社会（*Gesellschaft*）和共同体（*Gemeinschaft*）对称之。^[30]人身行为往往带有宣言已发生的结合关系之事实确认的性格，比如对于亲子关系的确认、已同居男女之登记结婚。故财产法以合理性为基础，身份法则带有习俗性。此时事实既已存在，惟待正式行为予以补充，并非全“无”，不过在法律上尚未完全的“有”而已。3. 法律对于人身行为较之财产行为要求更高，一方面使其内容定型，不容随意变更；另一方面，原则上使之成为要式行为。身份法上形成权的行使（比如撤销婚姻），多应依裁判上程序，以期当事人意思的确实及公示身份的变动，以谋社会秩序的安定。^[31]另外，人身行为既意在使身份状态发生变化，故不得附条件，且通常须亲自作出而不得代理。^[32]

意识到法律行为类型的丰富性并注意到人身行为的特殊性，随之而来的问题是，民法总则是否仅为财产法的总则，抑或对于婚姻家庭及继承亦具有通用性；民法关于婚姻、收养等无效、可

[28]陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》，1980年自版发行，第6页。

[29]施启扬：《民法总则》（增订第10版），三民书局2001年版，第202页。

[30]中川善之助『亲族法』（青林书院，1958年）5页以下。另见〔德〕滕尼斯：《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》，张巍卓译，商务印书馆2019年版；另有林荣远译本，商务印书馆1999年版。关于滕尼斯社会学体系的简明介绍，可参见贾春增主编：《外国社会学史》（修订本），中国人民大学出版社2000年版，第62页以下。滕尼斯社会学说的两个基本概念：*Gemeinschaft und Gesellschaft*，被史尚宽先生译作“共同社会的结合”与“利益社会的结合”，亦颇得其精髓，且深具启发性。

[31]参见史尚宽：《亲属法论》（第4版），1980年自版发行，第9页。同前注〔30〕，〔日〕中川善之助书，第5、21页。

[32]Vgl. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., C. H. Beck 2016, S. 340.

撤销的事由是仅限于各分编中的特别规定，抑或承认民法总则的一般规定仍应适用。此类问题对于有民法典且在其中规定民法总则的法域，属于无法绕开的基本问题。

以日本为例，就此基本问题便经历了“肯定——否定——否定之否定”的认识升级。起初从明治到大正时期，日本的有力说承认民法总则对亲属、继承编的通则性，对于身份行为若无特别规定均适用民法总则法律行为无效、撤销的规定。及至1922年2月25日大审院判决，开始认为假离婚不适用日本民法第94条通谋虚伪表示之规定，否认民法总则通则性的学说随之抬头。在此背景下，中川善之助博士的身份行为论最终形成，其核心系以强调财产法与身份法本质对立为前提及理论根基，否定民法总则对身份法的适用，否定日本民法第90条（违反公序良俗）对身份行为的适用。中川说作为有力说在二战后仍持续发挥影响。战后川岛武宜等日本学者开始批判中川说身份法与财产法二元对立这一理论根基；另外，我妻荣教授认为公序良俗支配着所有的法律秩序，日本民法第90条也应适用于身份行为。而批判中川说最力者则属青山道夫博士，他在1957年发表了《身份行为与〈民法〉第90条》一文，对中川说作了系统的剖析和批判。另外，诸如铃木禄弥、中川高男、佐藤义彦、前田阳一、水野纪子等教授均系立足于“否定之否定”的立场，随着辨析的不断深入，中川身份行为说越来越失去吸引力。^[33]

三、法律适用：《民法典》总则编法律行为的规定能否适用于人身行为

在《民法典》颁布之前，《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）》（法释〔2011〕18号）第1条第1款规定：“当事人以婚姻法第十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”。由该司法解释开篇仅明确提及《婚姻法》和《民事诉讼法》而不提《民法通则》可以看出，司法解释起草人严格奉行婚姻法与民法的分立，故不考虑《民法通则》关于民事法律行为的一般规定。实践立场的合理性除了我国婚姻法受苏维埃法传统影响的原因之外，还有另外一层不应忽视的因素，即无论是1950年《婚姻法》还是1980年《婚姻法》，都是在没有形式民法的背景下出台的单行法，这也注定了我国的这两部《婚姻法》从其颁布时起只能走“独立自主、自力更生”的道路，在自身的体系内寻找解决方案，没有民事立法的“外援”可以依靠。

随着《民法典》的颁布，最高人民法院面临着整理大量既有司法解释的现实需求，要在短期内完成司法解释的废旧立新的任务，确实不易。2020年12月29日，最高人民法院发布了《关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》（法释〔2020〕16号）《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（法释〔2020〕22号，以下简称《婚姻家庭编司法解释（一）》）等司法解释，并使之与《民法典》同时施行，意义不容小觑。其中，后一司法解释第17条第1款规定：“当事人以民法典第一千零五十一条规定的三种无效婚姻以外的情形请求确认婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的诉讼请求。”显然延续了上述《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）》（法释〔2011〕18号）第1条第1款的立场，新瓶装旧酒。新的司法解释虽然号称是根据《民法典》《民事诉讼法》等相关法规制定，里面所装第17条第1款“旧酒”却是在婚姻法与民法分立背景下酿成的，非但没有体现如今婚姻家庭编“入典”的应有立法精神和时代意义，更有无视现实需要、阻碍法律发展及裁判进步的弊端，实属遗憾。

《民法典》既然吸收规定了婚姻家庭编，分立的立场便应放弃。《民法典》在编纂体例上首

[33]参见〔日〕前田阳一：《青山道夫〈身份行为与民法第90条〉》，载〔日〕加藤雅信等编：《民法学说百年史：日本民法施行100周年纪念》，牟宪魁等译，商务印书馆2017年版，第895页以下。

设“总则编”，其他各编则可以称为“分则编”。总、分结构体现的是所谓“提取公因式”的立法技术，因此，在逻辑上总则编的规定可以普遍适用于分则各编，不仅及于财产法，亦及于身份法。然而，这只是逻辑推理的结论，事实是否真的如此，尚有待检验。试金石之一便是《民法典》总则编关于法律行为的规定是否普遍适用于婚姻家庭编和继承编。如有适用，其适用范围如何？“此等问题，大大苦恼了民法学者，尤其对研究亲属、继承法者，堪称迎面就压得透不过气来的学问上重大压力”。^[34]我国婚姻法学者很早便已意识到该问题，^[35]《民法典》立法者已谈及婚姻行为是民事法律行为，与其他民事法律行为具有共同点，但婚姻行为却不能也无法适用合同行为规则。^[36]立法者并没有直说是否适用总则编的规定。

（一）婚姻的无效

《民法典》第1051条规定了婚姻无效的情形，包括重婚、有禁止结婚的亲属关系及未到法定婚龄。那么，无效婚姻是否仅以此为限？除此之外，总则编关于法律行为无效的事由，是否亦可适用？比如说，虚假行为（第146条）可否作为婚姻无效的原因？

某女X，2003年4月11日与Y1在县民政局婚姻登记处登记结婚（实际结婚男方为Y）。X称因不懂法律知识，当时Y离结婚法定年龄还差5个月4天，而X已怀孕4个月，医院检查及预约生产各种手续均需要结婚证为基础，故借用Y1（系Y的堂兄）身份及身份证，当日在县民政局婚姻登记处领取了结婚证（结婚证为手写文字）。2011年X及Y在省会城市购买商品住房时，因需要提供网上可查结婚证信息，而2003年4月11日登记的结婚证在网上查不到，经向县民政局婚姻登记处窗口咨询，X与Y于2011年10月8日再次在民政局婚姻登记处登记结婚（民政局事后反馈，当时档案未上传，未联网，原则上当时应办理不了结婚登记，否则X会显示重婚）。现因X与Y婚姻关系破裂，在县民政局婚姻登记处办理离婚时系统显示X重婚，不能办理离婚。县民政局婚姻登记处建议本人在法院起诉。^[37]试问：此种情形应如何处理？

在此事例中，第一次登记结婚时X与Y1均亲自到场，结婚登记及结婚证上记载的是Y1的名字，而不是Y的名字（尽管结婚证上的照片是Y的照片）。X与Y1属于虚假结婚，二人也并没有实际共同生活，实际共同生活的是X与Y。

关于虚假结婚，无论是原《婚姻法》还是《民法典》婚姻家庭编，均没有具体规定。那么，《民法典》总则编（或此前的《民法总则》）中的虚假行为规则（第146条）可否适用？就此问题，如果固守民法与婚姻法二元的立场，固然不会适用。可是，问题无法解决。婚姻法并入《民法典》后，就此问题，有如下两种可能的思考路径。

其一，以婚姻家庭问题属身份法问题，《民法典》总则编法律行为的规定属于财产法规范作为支持此项判断的论据。在法律行为撤销场合，诸规范均称某某主体“有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。“婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷”不具有可仲裁性，已为《仲裁法》第3条第1项所明定。故立法者关于法律行为的规定实系以财产行为为对象，未将人身行为纳入，仅适用于财产行为（包括身份法中的财产行为），可称此为“适用否定说”。以此为前提，对于人身行为，在性质上决定了不适合适用。故就上述问题，在婚姻家庭编中存在法律漏洞，应予填补，填补的方法便是类推适用第146条。

其二，《民法典》总则编的规定具有统领性，统领《民法典》各分编。总则的起草采取“提

[34]同前注[28]，陈棋炎书，第2页。

[35]“对民法中有关法律行为的规定，能否适用于婚姻行为的问题，更是意见纷纭。”杨大文主编：《婚姻法教程》，法律出版社1982年版，第141页以下。

[36]同前注[22]，黄薇主编书，第26页。

[37]姚某某诉浠水县民政局民政行政管理（民政）案，湖北省浠水县人民法院行政判决书（2020）鄂1125行初46号。

取公因式”的办法，是将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定写入总则。^[38] 如此，《民法典》总则编的规定当然适用于各分编，可称此为“适用肯定说”。对于分编的特殊问题，分编可作特别规定（比如关于结婚行为），如果确有因行为性质不适合的情形，则可以考虑限缩解释，将其排除在外。如此，对于虚假结婚的行为，在婚姻家庭编中没有特别规定，故当然适用第146条。

从比较法来看，上述适用否定说与适用肯定说两种思考路径各有其代表，采前一路径者可以当下日本的通说为代表，^[39] 采后一路径者则可以当下德国的通说为代表。^[40] 《婚姻家庭编司法解释（一）》第17条第1款采“适用否定说”，且以《民法典》第1051条规定的三种无效婚姻事由为封闭规定，不承认存在法律漏洞的可能。比较而言，笔者以为后一路径更为可采。理由如下：

第一，《民法典》设立总则编、采提取公因式之立法技术，总则规定则为一般规定，逻辑上自可适用于各分编；如果分编有其特殊性，可以另设规定，排除总则的普适性。比如结婚行为须当事人亲自实施，不能代理，第1049条中的“亲自”已可排除代理的适用。在没有明确排除的场合，原则上总则的规定可以适用。至于需要限缩的情形，则需要另具特别理由。

第二，总则编就法律行为的撤销机关确实规定有二：人民法院或者仲裁机构。这样规定当然是充分考虑了现实需要，仲裁机构出现在一般规定中，实属一种便宜安排，如果将它降级到合同编中规定同样会有问题（同一事项在不同条文、不同地方规定的碎片化）。整体在总则编中规定，形式上虽有龃龉，但实质上并无问题，因为《仲裁法》第3条早已经将人身行为的可仲裁性排除在外。因而，人们应推定立法者是在通盘考虑的前提下所作的安排，而不应据此认定民法总则只是财产法的总则。在《民法典》起草过程中，并非没有设置财产法总则的建议，^[41] 但立法者最终没有采纳这一建议。

第三，回到问题的实质层面，虚假婚姻纵在《苏俄婚姻和家庭法典》中，亦属无效（第43条第1款）。^[42] 夫妻双方和被该婚姻侵犯了权利的人，以及监护和保护机关，或检察长，都有权请求（法院）宣布婚姻无效（该法典第44条第2款）。我国1980年《婚姻法》没有规定婚姻无效和撤销。但在理论上认为，对于婚姻当事人在申请结婚登记时弄虚作假、骗取结婚证的违法行为，婚姻登记机关应宣布该项婚姻无效，收回骗取的结婚证，并对责任者给予批评教育。^[43] 这样，当时对起草《婚姻法》影响最大的样板立法——《苏俄婚姻和家庭法典》中有明确规定，《婚姻法》没有明确规定但学理上又肯定婚姻无效立场，加之并未见到《婚姻法》不规定虚假婚姻无效的立法理由，面临现实问题，既有的立法（《民法典》等）中有可以提供给法院作为依据的规则，总比没有任何依据地要求行政机关宣布婚姻无效要好（从前述事例也反映出来，婚姻登记机关并不愿主动审查及宣布婚姻无效）。

[38]参见李建国：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》，载李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第681页。

[39]比如平井宜雄教授便写道，不囿于“身份行为”之概念，只要没有明文规定相反的意旨，应允许民法总则关于意思表示的规定准用或者类推适用于发生亲属法、继承法上效果的行为。川岛武宜=平井宜雄编『新版注释民法（3）』（有斐阁，2010年）48页。另外，四宫和夫和能见善久教授认为，纯粹的人身行为具有浓厚的伦理秩序与人格色彩，应特别尊重当事人的意思，因此不能由代理人代理；其行为有瑕疵场合，民法典总则编关于法律行为的规定系以财产行为为前提，对于婚姻等人身行为，并非当然适用。四宫和夫=能见善久『民法总则』（弘文堂，2000年）155页。

[40]Vgl. Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 33. Aufl., Verlag C. H. Beck 2009, S. 39.

[41]比如马俊驹和梅夏英二位教授曾建议借鉴《荷兰民法典》和加拿大魁北克省民法典立法模式，设立财产法（权）总则，对物权、债权、知识产权和其他财产权的一般规则进行规定。马俊驹、梅夏英：《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》，载《中国法学》2004年第4期，第32页。

[42]《苏俄婚姻和家庭法典》第43条（宣布婚姻无效的根据）第1款：“违反本法典第15条和第16条规定的条件的婚姻，或无意建立家庭的登记婚姻（虚假的婚姻），都可以宣布无效。”

[43]参见李忠芳主编：《婚姻法学》，辽宁人民出版社1989年版，第242页。

综上,关于虚假婚姻,《民法典》婚姻家庭编既然无特别规定,总则编中关于虚假行为的一般规定就可以当然适用。对于事例而言,无论是X还是Y(作为利害关系人),都可以主张那个外观呈现为X与Y1的婚姻是虚假的,都有资格单独或者共同向法院主张,要求确认该婚姻无效。待法院确认该婚姻无效后,原告自然可以持生效判决,请求婚姻登记机关予以注销登记。另外,X女虽然在登记机关表现出来重婚,由于第一个登记的婚姻是无效的,法院判决宣告其无效,虽有确认之形,因其被宣告无效之前有被推定有效的效力,故宣告婚姻无效的判决实具形成之实。^[44]该形成判决形成力的发生具有对世性,因而这里无论如何刑事法官要受该判决的约束。^[45]另外,事实上X也没有与两个不同的男人共同生活,因而,并不真正构成重婚,不应以重婚论。

虚假婚姻既然现实存在,面对现实问题,在立法者没有规定具体规则的场所,司法解释制定者或者裁判者本应积极回应现实需要,在新的《民法典》体系框架下,思考可能的解决方案,而不应对现实需要采鸵鸟政策,更不应固守旧有思维,堵塞法律可能的进步之路。因此,呼吁最高人民法院进一步深入领会婚姻法编入《民法典》的精神、克服婚姻法独立于民法的思维惯性,及早订正裁判规则,为虚假婚姻的法律救济提供可行的方案。

(二) 婚姻的撤销事由

在《民法典》颁布之前,基于《婚姻法》与《民法通则》分立,婚姻之撤销仅以《婚姻法》及其相关规定为基础,并不会再另行向民事一般法寻找规范基础。^[46]《民法典》生效后,需要根据新的规则,理清两个基本问题。

其一,注意婚姻撤销机关的变化。依原《婚姻法》第11条,能够撤销婚姻的机关有二:婚姻登记机关或人民法院。《民法典》第1052条等的规定作了修正,只有一个,即人民法院。

其二,婚姻撤销的性质。实践中,撤销婚姻的诉讼,约四分之三是一方当事人以婚姻登记机关为被告提起的行政诉讼,^[47]婚姻的另一方当事人不是作为被告,而是作为第三人。法院判决也有些不统一,有的判决撤销结婚证,^[48]有的是判决撤销政府作出的行政登记行为,^[49]或者撤销婚姻登记。^[50]从法理上分析,撤销婚姻首先是对于有瑕疵的民事法律行为的撤销,不同于对行政行为的撤销。民事法律行为与行政行为,一个是私法上的,另一个是公法上的,性质不同。目前的实践操作,不无本末倒置之嫌。因此,妥当的处理方法,宜回归到民事裁判而非行政裁判上来。一个有瑕疵的婚姻,在当事人主张撤销场合,撤销的是婚姻,而不是婚姻登记行为。婚姻在性质上属于民事法律行为,当事人在向法院请求撤销婚姻场合,撤销的是私法上的法律行为,而不是公法上的行政行为。因而,目前实务中的做法(以婚姻登记机关为被告提起行政诉讼)是存在问题的,其突出的问题在于:在行政诉讼中,法官对于婚姻之作为民事法律行为的效力交待也不是(该问题本应由民事法官判断),不交待也不是(民事方面的是非曲直未明,行政行为

[44]对于宣告婚姻无效的诉讼存在不同认识,有的自婚姻当然无效的立场出发,以之为确认之诉,只要对于确认具有利益,任何人都可以提起。久贵忠彦=右近健男等『民法讲义7 亲族』(有斐阁,1977年)82页。反之,有的以之为形成之诉,比如[日]兼之一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铉译,法律出版社1995年版,第48页。

[45]参见[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第342页。

[46]比如最高人民法院公布的49起婚姻家庭纠纷典型案例之四十八:“孙某某诉田某某离婚纠纷案”;“梁超启诉徐州市云龙区民政局离婚登记行政确认案”,《江苏省高级人民法院公报》2019年第6辑,第42-51页。

[47]笔者曾于2020年9月1日检索“北大法宝裁判文书数据库”,在“全文”栏输入“撤销婚姻”,结果在“案由”栏中显示:民事577件,行政1855件。民事与行政案件的比例约为1:3.1。

[48]赵某诉周口市川汇区民政局民政行政管理(民政)案,河南省周口市川汇区人民法院行政判决书(2019)豫1602行初138号。

[49]苏某某诉南涧彝族自治县民政局民政行政管理(民政)案,云南省南涧彝族自治县人民法院行政判决书(2020)云2926行初9号。

[50]同前注[37],湖北省浠水县人民法院行政判决书(2020)鄂1125行初46号。

的对错又如何判断?)。在婚姻被撤销场合,当事人可以持法院的民事判决书,到婚姻登记机关申请变更相应的婚姻登记。

《民法典》婚姻家庭编第1052条规定胁迫为请求撤销婚姻的事由,第1053条规定不如实告知重大疾病为请求撤销婚姻的事由。除此之外,总则编法律行为的撤销事由,是否可适用于诸如结婚之类的人身行为,须待进一步检讨。由前文分析已知,依立法设计,总则编对于各分编应有统领作用,故原则上应得适用。惟因人身行为本身又具有特殊性,故一方面婚姻家庭编有若干特别规定。另一方面,该特别规定究竟是排他性规定,抑或是兼容性规定,尚需进一步分析。这需要结合《民法典》总则编的规定,具体甄别。以下以婚姻的撤销为例,作初步分析。《民法典》总则编规定的可撤销民事法律行为的事由包括重大误解(第147条)、欺诈(第148条)、第三人欺诈(第149条)、胁迫(第150条)、显失公平(第151条)。显失公平仅对财产行为有其意义,对于人身行为并不适用,应无异议。此处不妨举例,试作分析。

1. 婚姻欺诈

2004年3月16日,原告A与一位自称“雷丽华”的女人到被告龙海市民政局办理结婚登记,两人按规定向被告提供户口簿和身份证的原件和复印件,并在申请结婚登记声明书上签名和按指纹,被告当日审查同意登记,并向其颁发了结婚证。A称婚后11天,“雷丽华”借口外出拜佛将证件放在A家中,带上A给她的1万元离家下落不明。同年6月10日,原告向龙海市公安局报案,陈述被“雷丽华”诈骗,该人现下落不明,依其身份证提供的地址查无此人等。该局向被告调取原告办理结婚登记的相关档案资料,经鉴别,“雷丽华”提供的身份证和户口簿均系伪造。6月16日,A以被骗婚为由向被告提交申请撤销婚姻登记书。请求被告撤销其与“雷丽华”的婚姻登记,并提供龙海市公安局出具的鉴定身份证证明书等。同月24日,被告在原告申请书上签署决定意见:根据新的婚姻登记条例有关规定,不同意A提出的撤销婚姻登记的要求,建议到法院提起民事诉讼申请判决撤销婚姻。^[51]

该事件的特殊之处在于,“雷丽华”的真实身份及住址不明,在这样的情形下,法院是否会对以“雷丽华”为被告的民事诉讼请求立案,技术上有一定难度(但并非不可突破,比如公告送达)。假如法院受理A就此提起的民事诉讼请求,又该如何裁判?

2001年修改《婚姻法》时,曾有人提出应当规定欺诈的婚姻为可撤销婚姻,并举了一些事例。“婚姻法没有采纳这个意见。上述事例虽属欺诈,但却不能因此请求撤销婚姻关系。因为欺诈的情形非常复杂,有的欺诈,如隐瞒未到法定婚龄、禁止结婚的疾病,已婚的欺骗未婚的,本法第十条已规定为无效婚姻,其他因欺诈导致夫妻感情破裂的,可以通过离婚解除婚姻关系。”^[52]至此,立法者对以欺诈为由请求撤销婚姻是予以否定的。

《民法典》修正原《婚姻法》,在撤销婚姻的事由中新增1053条(改正原《婚姻法》第10条第3项),即因违反重大疾病婚前如实告知义务而撤销。该条规定也可以理解为欺诈的一种特别情形,^[53]相对于原《婚姻法》中没有规定婚姻欺诈而言,可谓“零的突破”。然而,该条新规定仍不足以应对上述案例所反映出的问题。至此,问题变成:《民法典》第1053条是排他性的关于因欺诈而撤销婚姻的规定抑或是例举式的规定?对此,立法者并未明确表态。从司法的角度看,法律人理应直面现实问题而不是回避问题,应在《民法典》框架下,探索可能的问题解决方案。

如果是作为民事诉讼提起,由法官裁判是否撤销该婚姻,有两种可能的方案:其一,仅以原

[51]连某某诉龙海市民政局不同意撤销婚姻登记案,福建省龙海市人民法院裁定书(2004)龙行初字第27号。

[52]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40页。

[53]参见石宏主编:《〈中华人民共和国民法典〉释解与适用:婚姻家庭编继承编》,人民法院出版社2020年版,第34页。

《婚姻法》或者《民法典》婚姻家庭编中的规定为依据，由于没有规定欺诈为撤销婚姻的事由，故驳回原告诉讼请求。其二，虽然原《婚姻法》或者《民法典》婚姻家庭编没有规定欺诈为撤销婚姻的事由，但总则编中关于欺诈的一般规定可以直接适用或者变通适用。^[54] 如此，“雷丽华”既然处心积虑事先准备假的名字、身份证和户口本，使 A 信以为真而与之交友并登记结婚，而陷于错误，那么对于 A 与“雷丽华”的婚姻应予撤销。

以上两种处理方案，显然前者保守，而且不解决问题。让 A 受名存实亡之婚姻的束缚，纵另依死亡宣告途径解决，依第 46 条尚须“下落不明满四年”之要件，在此期间，A 自无法另觅佳偶。法解释功能之发挥当以解决现实需要为鹄的，前一方案虽然有裁判，实与法官借口法无明文规定而拒绝裁判无异（参照《法国民法典》第 4 条）。因而，理应借《民法典》施行之东风，准确领会法典化的精神实质，突破裁判婚姻纠纷仅以婚姻法或者婚姻家庭编规定为限的成见，将《民法典》总则编的相关规定适用或者变通适用于婚姻纠纷。

当然，要想打开突破口，也应考虑到此前立法者保守立场所顾忌的事情，即不能因此打开滥用婚姻撤销的大门。如果从比较法的视角来看，允许因欺诈而撤销婚姻是各国的通例，并不局限于违反重大疾病婚前如实告知义务一种情形。因被欺诈而生错误的事项，除关于内部的附着于当事人“身上之性质”的错误外，关于身份、地位、职业等由外部附着于当事人身上的事项，亦在其内。另外，因被欺诈而陷于错误的事项，首先主观的错误须为重大，即结婚时关于其事项如不因被欺诈而陷于错误，应即不为结婚。其次，客观的错误亦应为相当的重要，学理解释上多以关于“婚姻要素”的错误为限，或者以关于婚姻本质为正当的判断^[55]。只要把握住立法的精神及基本底线，在司法裁判中不断积累案型、丰富具体裁判规范，并适时通过司法解释或者指导性案例加以整理，相应的法规范定能不断发展和成长。

2. 重大误解

凤凰网视频报导，湖南长沙一名 51 岁的女子体检时发现盆腔中有包块，医院检查后发现另有原因。医生表示，女子皮肤白皙，举止间尽显女性魅力，可生物学结果却提示她是一名男性。经系统检查，确诊为右侧睾丸异位、原发性闭经、雄激素不敏感综合征。^[56]

就上述事例，首先宜明确如下基本法律立场：其一，我国法只承认异性婚（《民法典》第 1046 条规定的结婚实以此为前提），不承认同性婚。其二，与异性婚制相应，性别的判断采生理性别（sex）标准，而未采社会性别（gender）标准。^[57]

上述事例恰恰反映出了生理性别与社会性别的差异或者冲突是可能的。在上述事例中，在法律上如果采社会性别标准，即以该“女子”为女子，便会出现实质上承认同性婚姻有效的结果，而这一点与立法者的法政策选择是冲突的。同性婚姻问题在《民法典》（草案）征求意见过程中并非没有提出，立法最终并未将同性婚姻合法化，是经过慎重考虑的。^[58] 而以生理性别标准，

[54] 史尚宽先生分析我国台湾地区“民法”第 92 条第 1 项之规定适用于婚姻时，提出了应有“变通的适用”概念，这应是兼顾婚姻行为特殊性的方案。同前注 [31]，史尚宽书，第 237 页。

[55] 同前注 [31]，史尚宽书，第 235-236 页。另外，立法者已经接纳了构成婚姻欺诈需在主观和客观方面均为重大或者重要之观念。同前注 [53]，石宏主编书，人民法院出版社 2020 年版，第 34 页。

[56] 微博视频号：《51 岁女子被医学证明是个男人 丈夫得知真相后懵了》，载凤凰网视频官方微博 2020 年 12 月 22 日，https://weibo.com/tv/show/1034:4585002839506972?from=old_pc_videoshow。

[57] 关于“社会性别”概念的引入，以及中国学界的理解，可参见薛宁兰：《社会性别与妇女权利》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 3、6 页。

[58] 比如，2019 年 8 月 21 日全国人大常委会法工委在全国人大机关举行首次记者会，针对是否允许同性婚姻的问题，全国人大常委会法工委发言人臧铁伟作出回应称，现行婚姻法规定的一夫一妻制是建立在一男一女基础上的婚姻制度，符合我国国情和历史文化传统，世界上绝大多数国家都不承认同性婚姻，民法典婚姻家庭编草案维持了现行婚姻法的相关规定。载澎湃新闻官方账号 2019 年 8 月 21 日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1642450044261511931&wfr=spider&for=pc>。

事例中的婚姻当事人双方均就该“女子”的性别认识错误，属于双方共同错误。

我国法上的重大误解，在比较立法例上往往称为“错误”。史尚宽先生在分析我国台湾地区“民法”时指出，其“民法”亲属编除因被欺诈而陷于错误外，并无关于错误之规定。“而且按各国立法，关于错误几莫不有规定，在我‘民法’似难谓排除‘民法’总则第八十八条规定之适用，不过因婚姻之特质，应予变通适用”。^[59]对于民法总则编法律行为规定之适用于婚姻行为，采积极立场。而史先生的分析对象及其结论，对于当前我们所面临的问题，十分相似，确有借鉴价值。如此，依《民法典》第147条，在双方共同错误场合，允许任何当事人请求人民法院撤销该婚姻，不失为一种可能的解决方案。

当然，该事例可否作为欠缺婚姻成立的实质性要件，从而认定婚姻不成立，确有讨论的余地。其一，婚姻成立的实质性要件在《民法典》中主要规定有结婚年龄（第1047条）和禁婚血亲（第1048条），并没有明确要求异性，故须通过解释方可能得出此要件；其二，婚姻登记机关对于性别的审查只是形式审查，并无实质审查义务；其三，婚姻关系的确立以登记及发给结婚证为标志（第1049条），在当事人既已领取结婚证二、三十年的情况下，再以欠缺实质性要件为由认定婚姻不成立，与社会一般观念不无齟齬，且对于婚姻登记机关有所不公，因为这实际上要求登记机关应对婚姻的实质性要件作实质性审查。其四，从方便法律适用角度来看，婚姻不成立的效果与婚姻无效或被撤销并无明显差异，而《民法典》对于前者没有明确规定，对于后者有明确规定，即无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务（《民法典》第1054条第1款前段）。综上，我个人倾向于不采婚姻不成立的路径。

结 论

民法兼具行为规范与裁判规范双重属性，其裁判规范功能的发挥，系在司法过程中借助法院的裁判使一般性的法律规定形成具体的法秩序。如此，民法及适用民法的裁判者不能回避生活世界中的现实问题，须借助于有限的法律规范，并运用科学的法律适用方法，积极回应现实需要，方是法律随着社会的发展而不断进步的正途。

婚姻法向民法的回归以及民法的法典化，不应单纯停留在外在体系的层面，同时也应在内在体系层面实现新的整合。否则，婚姻法与民法貌合而神离，将使法典化近乎法律汇编，是机械的组合而非有机的整合。因此，民法法典化后，最高人民法院为统一司法中的理解和适用，整理和替换既有司法解释，在此过程中，应深入领会《民法典》的立法精神，提供更能回应现实社会需求的解释方案；民法学说亦应与时俱进，解析《民法典》的内在精神，并以之指导法律适用。

基于法典化理念、法典的层次结构以及总则提取公因式的立法技术，在《民法典》婚姻家庭编未作特别规定的场合，总则编关于民事法律行为的一般规定理应适用于婚姻家庭问题。除此形式逻辑的正当性之外，透过虚假婚姻、婚姻欺诈以及婚姻错误等现实问题，也反映出以总则编规定适用于诸此问题具有实质的合理性及正当性。

变法易，变法之观念难。婚姻撤销本属民事法律行为的撤销，但实务中有四分之三的情形是作为行政诉讼。为求变法发生实际的效果，必须改变人们的法观念，重新理解婚姻的本质，正本清源，使民事的归民事，行政的归行政。

责任编辑：王国柱

[59]同前注[31]，史尚宽书，第228页。