

# 论我国事实婚姻制度之完善<sup>\* 1</sup>

金 眉

**摘 要** 中国事实婚姻的成因是解放后实行单一登记婚制与历史传统强行断裂所致。对传统的彻底否定,给立法和司法解释带来的难题就是如何在公益与私益保护之间寻求平衡。中国人行用几千年的结婚仪式自始具有人文性和公示性,应当具有一定的法律地位。男女双方具有结婚的合意和共同生活是婚姻的本质要素,它将结婚与其他形式的两性结合区分开来。笔者主张凡是举行过婚礼、符合结婚实质要件的事实婚姻,在经过补办结婚证或者诉讼程序确认后,就应当给予其与法律婚姻相同的法律效力。司法解释要求当事人到婚姻登记机关补办结婚证转正的规定仍然可以保留适用,但同时增加允许当事人通过诉讼程序来解决其身份认定,法院以判决书、调解书等裁判形式认定事实婚姻关系有效的,裁判文书与结婚证具有同等的法律效力。

**关键词** 事实婚姻;制度;完善

中图分类号 D923.9 文献标识码 A 文章编号 1001-8263(2017)10-0081-08

DOI: 10.15937/j.cnki.issn 1001-8263.2017.10.012

**作者简介** 金眉,中国政法大学民商经济法学院教授、博士 北京 10088

## 问题的缘起

2001年5月中旬,28岁的广西青年陈世君与26岁的海南姑娘叶海秀、22岁的湖南姑娘戴小美三人联名向亲朋好友发出了结婚请帖。5月16日,三人在广西东兴市江平镇贵明村大摆喜宴,举办了热闹的婚礼,但未办理结婚登记手续。<sup>①</sup>围绕此案结婚是否有效、是否存在重婚等问题曾引起舆论和学界的热议,至今案件所反映的法律问题仍然没有解决。在当事人和民众的观念中,举行婚礼显然就是结婚的行为,但若按照现行法律和司法解释的规定,即便当事人举行了婚礼,但没有到民政部门登记结婚,其性质也只被认定为同居关系,不能取得婚姻的效力。现实生活中,面对未经登记而公开以夫妻名义生活的男女起诉到法院要求离婚的案件,如何认定其法律性质,是否需

要给予法律保护,在多大的限度内予以保护,如何在个人私益与社会公益之间取得平衡一直是困扰立法与司法的难题。为此,本文将围绕事实婚姻的定义、成因、成立与生效要件的区别,对事实婚姻的法律效力及认定途径展开探讨。

## 一、关于事实婚姻的定义

事实婚姻是法律婚姻的对称,学理上对其存在广义与狭义之分。广义说认为,具备婚姻的意思、有同居事实、存在公示的两性结合就构成事实婚姻;狭义说则认为,事实婚姻是指符合结婚实质要件的男女,未办理结婚登记手续而以夫妻名义同居生活,群众也认为是夫妻关系的结合。<sup>②</sup>

在司法的层面最早对事实婚姻作出界定的是最高法院1979年《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》:“事实婚姻是指没有配偶的男

\* 本文系教育部人文社科项目“新中国婚姻家庭法的历史与理论研究”(14YJA820011)、中国政法大学校级科研项目“中国特色亲属法的哲学基础研究”(20116058)的阶段性成果。

女,未进行结婚登记,以夫妻名义同居生活,群众也认为是夫妻的行为。”<sup>③</sup>该意见将无配偶作为认定事实婚姻的要件,实际上是采狭义的解释。

但在笔者看来,有关事实婚姻的定义只应当涉及对婚姻事实是否存在的认定,并不涉及事实婚姻的法律效力问题,其核心是要将事实婚姻的成立要件与有效要件区分,即从婚姻的成立要件去界定事实婚姻。因此,狭义说不是从婚姻的成立要件,而是从婚姻的有效要件对事实婚姻作界定,其存在的问题是在概念的外延上不能囊括所有存在婚意但未登记结婚的两性结合,因为就事实婚姻概念而言它是与法律婚姻相对的概念,其外延应当包括所有未履行法定结婚形式要件的婚姻,即应当包括具备结婚实质要件但未登记结婚的情形,也应当包括不具备结婚实质要件也未登记结婚但存在结婚合意的情形,显然狭义说是将后一种情形排除在外,缺点是不能真实、全面地反映事实婚姻的现状,如果将这样的定义援用入法,其弊端之一是导致事实婚姻与非婚同居的界限不清,因为采狭义说的结果是将不具备结婚实质要件也未登记结婚但又具备婚姻合意与夫妻共同生活的情形排除在婚姻之外,归入非婚同居的范畴。但是一个浅显的道理是,事实婚姻与非婚同居是存在着本质区别的两性结合,事实婚姻的特点是具备婚姻的形态但无法律婚姻之形式,而非婚同居则不具备婚姻的合意,因而也不具备婚姻的形态。

弊端之二是导致法律体系内部逻辑上的混乱。如果采狭义论,那么有配偶者与他人以夫妻名义同居生活就不构成事实婚姻,自然也不构成事实重婚,如此的结果就是《婚姻法》确立的一夫一妻原则形同虚设。正是基于此理,最高法院于1994年的一则批复中明确表态“有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的,或者明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活的,仍应按重婚罪定罪处罚。”<sup>④</sup>此批复虽然弥补了婚姻漏洞,但却形成了法律部门之间逻辑上的矛盾,即婚姻法上不认可是婚姻的两性结合,在刑法上却被认定构成重婚。

正是基于上述理由,笔者赞成广义论的观点,<sup>⑤</sup>主张关于事实婚姻的定义不宜采狭义说,而

应当采广义说,即将事实婚姻定义为:男女双方具有结婚的合意、以夫妻名义共同生活但未履行法定结婚程序所形成的两性结合。

## 二、中国事实婚姻的成因与问题

众所周知,中国的传统是结婚要按照礼俗举行婚礼,无论贵为皇帝还是微至庶民,结婚素来注重结婚仪式,须按照“六礼”(问名、纳采、纳吉、纳币、请期、亲迎)履行结婚程序,其目的一是将结婚之事广而告之,向社会宣告婚姻关系的成立;二是表示对结婚的郑重对待,其深藏的文化原理则是要将人类两性结合与动物雌雄结合区分开来,追求人类生活的意义。因此在古代社会,结婚仪式在礼俗与法律上均具有十分重要的价值,是区分“礼合”还是“野合”、文明还是野蛮的标志,同时也是区分娶妻还是纳妾的标志。这样的文化传统至迟在西周就已采行,在中国已经行用几千年,其间虽因时代与区域不同而有所改变,程序繁简不一,但举行婚礼的习俗被传承下来,至今仍是人们结婚时的普遍选择。

但是历史上存在的结婚仪式传统在近代以后受到了挑战。清末修订《大清民律草案·亲属编》时,立法者否定了结婚仪式在法律上的意义,改为移植日本民法采行法律婚主义,规定结婚的形式要件为户籍登记。<sup>⑥</sup>这一法律草案因为清王朝的消亡未及施行,但为随后的北洋政府《民国民律草案·亲属编》所沿袭。<sup>⑦</sup>不过30年代南京政府制定的《中华民国民法·亲属编》在有关结婚形式要件的规定上还是体现了尊重传统的精神,对结婚的形式要件采行仪式婚主义,即结婚必须有公开的仪式及二人以上之证人始生效力。<sup>⑧</sup>

中国近代法律发展的另一线索是革命政权的法制建设。共产党根据地政权于1931年颁布的《中华苏维埃共和国婚姻条例》向苏联学习,正式废除了国民党民法的仪式婚制度,改采单一登记婚主义。<sup>⑨</sup>这一规定不仅为以后的各根据地婚姻立法所沿用,也为解放后制定的婚姻法所直接继承,从此终结了结婚仪式的法律价值。

从国家制定法的层面看,1950年和1980年的婚姻法及其修正案都明确规定结婚必须履行登

记手续,取得结婚证,夫妻关系才成立。但是中华人民共和国建立后实行的单一登记婚是国家通过立法自上而下推行的制度,它是在与民族婚姻传统断裂的基础上建立的,问题则是国家政治与法律虽然与传统已经决裂,但民众的生活在相当程度上仍然是过去的延续,其结果就是民间习惯传统对法律的长期抵制。为了缓和法律改革所导致的激进效果,最高法院曾经多次通过司法解释,在相当长的时期内对事实婚姻秉持有条件承认的态度,直至1994年才完全不承认事实婚姻的民事法律效力,但事实重婚者仍须承担刑事责任。<sup>⑩</sup>不过,完全否认事实婚姻民事法律效力的立法并未达到立法者预期的满意效果。相反,女性和未成年人的权利在实际生活中却受到了损害。基于此考虑,2001年最高法院颁布的《婚姻法》司法解释(一)转变了态度,对事实婚姻的法律效力改采相对承认主义,该解释第5条对于未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女,起诉到法院要求离婚的案件如何处理,确定了以下原则:

(1) 1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前,男女双方已经符合结婚实质要件的,按事实婚姻处理。

(2) 1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后,男女双方已经符合结婚实质要件的,人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记;未补办结婚登记的,按解除同居关系处理。

相对于此前对事实婚姻法律效力的完全否定,应当说这是一个进步,但就此规定而言,问题仍然存在。

首先,是法律体系内部存在的矛盾。按照现行解释,事实婚姻在婚姻家庭法领域被认定为是同居关系,却可以在刑法上构成重婚,这无疑是法律部门之间逻辑上存在的矛盾;不仅如此,对于1994年2月1日以后形成的符合结婚实质要件但未登记的事实婚姻否认其婚姻的属性,只认可为同居关系,却将欠缺结婚实质要件而仅仅符合结婚形式要件的登记婚归为宣告无效的婚姻,在婚姻概念的认定和价值判断上存在逻辑矛盾。

其次,是与婚姻事实在先的特点相违,与民众

婚姻观念脱节,造成对一夫一妻原则的架空。正如学者所指出的“婚姻存在事实先行性,无论法律承认与否,这些身份关系都已存在。因此,和其他法律领域相比,身份法律关系是相当尊重身份事实的。”<sup>⑪</sup>就婚姻这一男女结合的方式而言,它是不受朝代更替、政权变换而存在的人类生活,自古以来就具有强烈的习俗性。时至今日,结婚举行婚礼仍然是大多数国人的选择。但是司法解释显然并不认同民众关于婚姻的观念,如此存在的问题就是,如果男女双方举行婚礼却不登记结婚,双方的结合就只被认定是同居关系,民间存在的仪式婚也就得不到法律的承认而被拒于婚姻之外。依此类推,假设一人与多人同时举行婚礼或者与不同的人多次举行婚礼在法律上也不会构成婚姻,此逻辑与国情的脱节可谓严重。

最后,让事实婚姻中的男女当事人为解除同居关系而违心地补办结婚登记,既违人之常情,也存在被一方当事人故意拒绝、损害另一方利益的可能。现行司法解释关于补证有效的规定可以被视为是理想主义与现实主义的一种调和,但遗憾的是,这种调和不是建立在对历史传统的尊重之上,因为其制定的理由是克服登记机关工作的瑕疵和保护妇女、儿童权益,即建立在对违法结果的担忧和矫正之上,由此又形成了另一问题,那就是有违人情常理,因为要求一对将要解除共同生活关系的男女去补办结婚证,既有违人性,也可以因任何一方的反对而无法实现。

可以说,对传统的彻底否定,给立法和司法解释制造的矛盾是:一方面,事实婚姻中的男女具有婚意和同居生活,完全符合婚姻的理念,具有与合法婚姻相同的生活本质;另一方面,未履行结婚形式要件的同居生活又摆脱了国家的监督,从国家管理的角度看又具有违法性。所以目前中国法律面临的困境就是:若承认事实婚姻具有与法律婚姻相同的法律效力,尊重了当事人的婚意和婚姻生活,却又意味着对当事人无视法律行为的退让;同理,完全否认事实婚姻具有婚姻效力,虽然维护了法律的权威,却无视了事实婚姻的本质和当事人的意志。

毋庸置疑的现实是,当下的中国尽管国家在

全社会强制推行登记婚制度并且已取得主流地位,但由于历史传统与习惯所致,总有一部分人选择举行婚礼(甚至也不举行婚礼却以夫妻名义共同生活)而不去登记结婚,形成事实婚姻与法律婚姻长期并存的局面,可以预见,这一情形在短期内也不会消失。对此我们大可从维护公权力的权威、民众法律意识薄弱等角度去指责这一现象,但若换一角度,思考一下结婚仪式在法律上的价值,有关事实婚姻效力的现行规定就是需要斟酌的。所以问题的彻底解决还要回到原点,那就是给予仪式婚怎样恰当的法律地位。

### 三、结婚仪式在法律上的价值

就世界各国关于结婚形式要件的规定而言,存在事实婚主义和形式婚主义之分,前者指男女双方具有共同生活的意愿和以夫妻名义共同生活的事实,婚姻即告有效成立,法律认可其产生婚姻的效力,不要求履行任何法定形式;后者则是指法律要求当事人结婚必须履行法定方式,否则即便有夫妻共同生活的实质,也不受法律保护。形式婚主义又分为礼俗婚主义(仪式制)与法律婚主义(登记制),前者指结婚不需要公权力的介入,只需举行一定公开仪式即可成立有效;后者则是指公权力积极介入,以结婚登记为婚姻成立的有效要件。<sup>⑫</sup>

从中西结婚法发展的历史看,早期罗马的婚姻法律因受市民法形式主义影响,婚姻的成立以举行一定仪式为不可缺少的要件。但随着罗马社会的发展,市民法婚姻与万民法婚姻逐渐合而为一,仅凭当事人的意志和同居的事实,无需举行特定的仪式,婚姻关系即成立。正是基于这样的历史,今天的一些学者认为,早期的罗马法实行事实婚主义,虽然伴随着结婚会有各种各样的庆贺和仪式,但婚姻的缔结不需要任何的法定形式,只要是具备婚意的共同生活,婚姻就成立。

学者的研究还表明,欧洲在16世纪之前,即使当事人没有遵守法定或习惯上的仪式,婚姻合意也为有效,其弊端则是当事人有可能缔结秘密婚姻,引发争议和不确定性。为了防止这种“隐匿婚姻”,教会和国家法律都规定婚姻合意必须

具备公开的结婚形式,即教会要求婚礼必须在教堂举行,并且有牧师和证人参加。在婚姻还俗运动之后,国家要求婚姻必须在国家机关缔结婚姻。<sup>⑬</sup>所以就近代以来欧洲结婚法的历史渊源而言,无论是教会还是后来的民族国家法律,规定结婚必须具备公开的结婚形式的共同目的都是为了避免“隐匿婚姻”的存在。与中国历史不同的是,在西方国家,经历教会统治形成的传统是由教会神职人员主持结婚仪式从而让结婚具有公示性,但是近代以后伴随着理性主义的盛行和国家世俗政权的强大,教会退出了对世俗事务的管辖,婚姻领域理性取代信仰向人文性回归,国家法取代宗教法对婚姻实行管辖,由此开始了国家对结婚生效采用登记主义的历史。

中国的情形不同,行用几千年的结婚仪式自一开始就具备人文性和公示性。众所周知,中国传统婚姻具有宗法性,传宗接代的责任让人们的婚姻观念中并不存在超自然、超人类的神灵,人是婚姻的主体,婚姻只是人间的俗事,它由人来选择,由人来操纵,为着人的利益而进行。即使民间的结婚程序中存在卜婚、测算五行与属相的习惯,有关姻缘和月下老人的传说似乎也在表明冥冥之中存在对婚姻控制的超人力量,但是,古代中国思想的主流和婚姻家庭法律制度并没有给宗教留下存在的空间,这使得中国传统婚姻从观念到结婚仪式再到制度都具有了人文性。

不仅如此,中国民间结婚仪式的现实是,源自血缘、姻缘、地缘、业缘以及其他关系的社会成员的参与和婚宴志贺,以满座宾朋为证人,这一切都使得结婚仪式具有自然的公开性,它向围绕夫妻形成的熟人社会圈宣告了婚姻的成立,这意味着婚姻当事人在道义上也要受其监督。可以说,内藏于结婚仪式中的公开性奠定了它在法律上的公示性。时至今日,中国社会从传统到现代结婚仪式的一个创造性转化是,现代家庭除了从血缘亲属关系中获得援助,还注重通过结婚仪式从邻居、姻亲关系以及由姻亲关系拓展开来的社会网络中寻求赞赏与帮助<sup>⑭</sup>,创造社会关系的功能与对外宣示结婚的功能相结合,便构成了中华人民共和国建立后国家试图通过法律和社会改造运动对结

婚仪式进行改造但终不能禁的根本原因。与登记婚不同,它不是国家强加于民众的制度,而是从民众生活中自然生长、为人们自愿采行、构成人们生活的一部分。它的活力不仅存在于过去,同样存在于当下。一个普遍的现象是,尽管有结婚登记,但是从城市到农村大多数人结婚还是要举行婚礼,从这一意义上讲,无视亿万民众在现代结婚仪式中表现出的生活策略和生存智慧不是无知也是欠妥的。此道理正如学者所言“婚姻本身具有事实先行性,各种业已形成的婚姻家庭关系对双方、子女、家庭及社会都会产生一系列的重要影响,婚姻法不能完全漠视婚姻实体的现实存在和其衍生的各种身份、财产关系的法律事实。”<sup>15</sup>

#### 四、事实婚姻的成立要件

就法律规制而言,关于事实婚姻我们需要明确两个问题:一是婚姻是否成立;二是婚姻是否有效。将婚姻是否成立与是否有效区别开来,是因为从性质上讲,婚姻成立与否是一个事实判断,着眼点在于结婚行为是否已经存在,意在将结婚行为与其他行为区别开来;而婚姻是否有效则是一个价值判断,是立法者从国家利益、社会利益和第三人利益出发对婚姻能否产生法律后果所作的评价。如果不具备婚姻的成立要件,那么婚姻就不存在,是否有效也就无处谈起。显然,就婚姻的成立而言,男女双方具有结婚的合意和共同生活无疑是婚姻的本质要素。正是这一要素,将结婚与其他法律行为区别开来。

男女双方当事人是否具有缔结婚姻的合意,是将婚姻与其他形式的两性结合相区分的最重要标志。在西方,这一原则起源于罗马法,从中世纪起成为欧洲各国通例。罗马法留给后人的一个智慧就是根据是否具有“婚意”将两性结合区分为婚姻与姘合。“罗马的婚姻是男人和女人以作夫妻为目的而实行的同居,即以生育和抚养子女并在所有方面建立一种持久而亲密的合伙关系为意愿的同居。这种意愿被罗马人称为‘婚意’。”<sup>16</sup>因此在罗马人看来,“实际上不是结合而是婚意构成婚姻”。<sup>17</sup>“罗马婚姻是具有婚意的共同生活。当这两个因素同时具备时,婚姻成立;如果不同时

具备,婚姻则不成立。因此,合意不应当只是起始的,而且应当是持续的、连续的”。<sup>18</sup>由此可见,在罗马,构成婚姻需要具备的要件一是婚意,二是表现为持续性婚意的共同生活,缺少婚意的男女同居只构成姘合却不构成婚姻。这种将婚姻视为当事人个人事务、以合意为婚姻成立要件的理论为西方近现代法律所继承,并推行于世界。以《法国民法典》为例,该法第146条即规定未经合意不得成立婚姻。类似的规定也见之于其他西方国家的法律。

婚姻需要双方合意才能成立也是传统中国礼教与法律规定的制度,婚礼从男方向女方下达聘书始,至女方纳聘即在法律上产生生效的效果,此后即便双方未同居,也取得夫妻身份。所以在认定是否具备婚姻的形态上,中西共同的传统是皆要求具备结婚的合意。需要指出的是,传统中国的结婚合意不是男女个人的合意,而是男女双方所属的家庭(家族)的合意,也正因为此,近代以后中国法律的改革采用个人主义立法,来自西方的婚姻自由原则为婚姻家庭法所采用,原有的家庭(家族)结婚合意也随之转变为法律对男女双方个人结婚合意的要求。

以笔者之见,结婚的合意仍应当是我们今天判断男女同居是否是婚姻的本质因素。如果缺少了婚姻的合意,当事人的所作所为就不是法律意义上的婚姻,而只能认定为同居关系。但是如何判断是否具有结婚的合意呢?生活常识告诉我们,人们的内心世界总是可以通过一定的言语与行为表现出来,正是这些外在的表现形式可以帮助我们判断当事人是否具有结婚的合意。以国外法律为例,承认事实婚姻的地区大多在司法实践中形成了认定当事人具有结婚合意的相对固定的标准,以美国为例,在普通法婚姻的认定中,许多州法院要求证明当事人是以配偶的身份对外的,比如使用同一个姓,或者提交共同的纳税申报单;有些州甚至进一步要求这种对外的相处应足以建立起已婚夫妇的名望;<sup>19</sup>而在日本,法院考虑的事实是:举行习惯上的结婚仪式,存在明确的证书或证人,在相当长的时期内(至少持续数年)持续地共同生活。<sup>20</sup>就当下中国的情形而言,

对于结婚合意的认定可以按照是否举行过婚礼来确认。从我国的历史传统与现存的风俗习惯看,男女双方当事人举行了婚礼,就意味着当事人追求结婚的效果。因此,判断事实婚姻是否存在的一个重要要素就是:男女双方是否举行过婚礼。在此笔者强调举行婚礼,是因为民间普遍存在结婚就要举行婚礼的习俗,即便在未登记结婚的情形下,事实婚姻的当事人也常常是举行了婚礼。在现实生活中这类行为容易认定,在观念上也普遍被民众认定为结婚,为此法律不必固执地与民意敌。<sup>①</sup>

### 五、事实婚姻的法律效力及其认定途径

事实婚姻是男女双方旨在追求婚姻效果的法律行为,如前文所言,其存在是客观的现实,至于其有效与否则是属于法律价值判断的问题。长期以来,对欠缺结婚实质要件的事实婚姻,各国法大多以无效婚或可撤销婚对待;对于仅欠缺形式要件的事实婚姻,在法律后果的处理上,则从自身的文化历史传统出发,采取不同的立法主张,主要存在三种立法主义:<sup>②</sup>

(1) 不承认主义,以《日本民法典》为典型,法律对结婚的形式要件采取登记制,规定结婚必须按照户籍法的规定进行申报才发生法律效力。申报一旦被受理,即使该婚姻不符合法律规定,也暂时发生效力。相反,婚姻如果不申报,即使举行了结婚仪式,也不会产生婚姻效力。<sup>③</sup>

(2) 承认主义,以普通法婚姻为代表,它是指未举行法定结婚仪式,但经双方当事人合意并存在同居的事实而成立的婚姻。普通法婚姻不得违反结婚实质要件中的禁止性规定,同时,要求当事人之间有同居的事实以及在公众场合以夫妻名义相称的证据。<sup>④</sup>当代英国法和美国14个州的法律原则上承认符合结婚实质要件的事实婚姻具有与法律婚同等的法律效力。<sup>⑤</sup>

(3) 相对承认主义,其目的在于调和事实婚姻的实质要件与形式要件之间的冲突,具体做法是法律为事实婚姻设定一些条件,一旦具备,事实婚姻就转为合法婚。如古代罗马法的时效婚规定同居应经过一定的期间、中世纪教会法规定补办

法定手续后,事实婚姻就具有婚姻效力。<sup>⑥</sup>当代国家如德国、英国、美国的部分州及俄罗斯都有条件地承认事实婚姻的效力。<sup>⑦</sup>

值得注意的一个趋势是,在目前两性关系多元化的时代,各国的立法者从保护婚姻家庭的角度着眼,在婚姻效力问题上,立法逐渐由不承认主义向相对承认主义与承认主义发展。以德国为例,1998年修订的《德国民法典》第1310条第3项对未经结婚登记的婚姻关系作出变通规定,存在婚姻同居的事实持续一定时间就视为婚姻。<sup>⑧</sup>

在中国,目前困扰立法机关的问题是:如果承认仪式婚的效力,那么民众就容易放弃登记而选择举行婚礼,由此导致结婚登记制度虚设,国家则缺少对婚姻的监督,无法贯彻婚姻政策,损害公权力的威严;但是如果否认仪式婚的效力,通过严厉的制裁促进当事人履行结婚登记程序,在客观上又会无视中国的现实与传统习俗对婚姻家庭的积极作用,不利于对共同生活中的弱势一方尤其是女性和未成年人利益的保护。在保护公益与保护私益之间立法者如何寻求利益保护的平衡呢?

对此国内学术界存在多种看法,代表性的观点有:

(1) 主张对于事实婚姻进行区分:对同居时符合结婚条件的,通过补办或者法院确认的程序确认婚姻关系有效;对于同居时不符合结婚条件的认定为是非法同居关系,在财产问题上适用默示合伙契约制度,在人身权问题上适用民法通则的一般性规定。<sup>⑨</sup>

(2) 主张事实婚姻应当与法律婚姻在同居义务、扶养义务、日常家事代理权,以及同居期间基于对家庭的贡献而产生的财产分割请求权等方面相同。对那些不影响婚姻家庭生活稳定的法律婚姻当事人所享有的权利不必赋予事实婚姻,以维护婚姻登记制度,如基于婚姻效力而产生的夫妻共同财产权、配偶继承权。<sup>⑩</sup>

就上述代表性观点看,在有关事实婚姻的法律效力认定上存在着与法律婚姻效力同等以及差别待遇之分。笔者不赞同差别待遇的观点,而是主张凡是举行过婚礼、符合结婚实质要件的事实婚姻,在经过补证或者诉讼程序确认后应当给

予其与法律婚姻相同的法律效力,这是因为无论从事实婚姻当事人的结婚合意还是社会对事实婚姻的认同来看,都明确将其与普通的同居区分开来。如果我们不能正视这样的现实,只是给予事实婚姻弱于法律婚姻的效力,那么前述所言目前司法解释关于事实婚姻规定存在的问题将会仍然存在,法律与民族传统脱节的问题也仍然存在。至于未举行过婚礼的事实婚姻,笔者主张不论其是否符合结婚的实质要件,都应当否定其婚姻效力,理由在于没有举行婚礼,就不构成仪式婚,况且这种带有随意性的两性结合在客观上常常难以认定,不宜认定其具有婚姻效力。

在笔者看来,如果事实婚姻的当事人举行了婚礼、具备了法律规定的结婚实质要件,那么立法者应当考虑的就是通过什么途径让其既具有与法律婚姻相同的效力,又不损害公权力的权威。就目前中国的司法现状看,此前最高人民法院的司法解释要求当事人到婚姻登记机关补办结婚证转正的规定仍然可以保留适用,但同时需要增加允许当事人通过诉讼程序来解决其身份认定的问题,即婚姻身份的认定既可以通过行政登记程序补办也可以通过诉讼程序解决。如此,事实婚姻的任何一方都有权提起“婚姻确认之诉”,由法院依据婚姻生效的实质要件和客观事实进行认定;而在有关事实婚姻的离婚、继承诉讼中,法院也应当就男女双方是否存在事实婚姻及其效力先行作出判决。法院以判决书、调解书等裁判文书形式认定事实婚姻关系有效的,裁判文书与结婚证具有同等的法律效力。至于未被确认为事实婚姻或者事实婚姻无效的,双方当事人之间就是同居关系,适用有关同居关系的法律规定。

综上所述,中国事实婚姻的形成在渊源上是因为立法与民族历史传统断裂所致。今日中国登记婚主义已经行用多年,成为占据主流的制度,其优点突出,应当继续巩固和推行。但对于民间举行了婚礼、符合法定的结婚实质要件的男女两性结合,立法者也不必视而不见。我们可以继续通过行政程序补证有效和增加通过诉讼程序判决有效来解决其效力的认定问题,如此既维护了国家对婚姻领域的管辖,也尊重了传统习俗,更进一

步,则是弥补了法律的漏洞,有利于一夫一妻制的巩固与完善。

注:

- ①张迎秀《结婚制度研究》,山东大学出版社2009年版,第44—45页。
- ②⑤薛宁兰、金玉珍主编《亲属与继承法》,社会科学文献出版社2009年版,第82—83、83页。
- ③孔祥瑞、李黎《民法典亲属编立法若干问题研究》,中国法制出版社2005年版,第60页。
- ④最高人民法院关于《婚姻登记管理条例》施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复(1994年12月14日)
- ⑥《大清民律草案·亲属编》第1339条“婚姻从呈报于户籍吏,而生效力。”见杨立新主编《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第194页。
- ⑦《国民律草案·亲属编》第1107条,见杨立新主编《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第340页。
- ⑧《中华民国民法·亲属编》第982条,见杨立新主编《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第494页。
- ⑨《中华苏维埃共和国婚姻条例》第八条“男女结婚须同到乡苏维埃或城市苏维埃举行登记,领取结婚证。废除聘金、聘礼及嫁妆。”见韩延龙、常兆儒编《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》(第4卷),中国社会科学出版社1984年版,第789页。
- ⑩1994年2月1日民政部颁布的《婚姻登记管理条例》第24条规定“未到法定结婚年龄的公民以夫妻名义同居的,或者符合结婚条件的当事人未经结婚登记以夫妻名义同居的,其婚姻关系无效,不受法律保护。”(见孔祥瑞、李黎《民法典亲属编立法若干问题研究》,中国法制出版社2005年版,第63—64页。另外,最高人民法院《关于适用新的〈婚姻登记管理条例〉的通知》:“自1994年2月1日起,没有配偶的男女,未经结婚登记即以夫妻名义同居生活的,其婚姻关系无效,不受法律保护。对于起诉到人民法院的,应按非法同居关系处理。”(见祝铭山主编《婚姻家庭纠纷》,中国法制出版社2004年版,第2—81页)按照1994年最高人民法院的批复,事实婚姻不具有民事效力,但事实重婚者仍须承担刑事责任。
- ⑪⑬夏吟兰、薛宁兰主编《民法典之婚姻家庭编立法研究》,北京大学出版社2016年版,第154、155页。
- ⑫薛宁兰、金玉珍主编《亲属与继承法》,社会科学文献出版社2009年版,第78—79页。
- ⑬【德】迪特尔·施瓦布《德国家庭法》,王葆蔚译,法律出版社2010年版,第37页。
- ⑭吉国秀《婚姻仪礼变迁与社会网络重建》,中国社会科学出版社2005年版,第五章。
- ⑮夏吟兰等主编《21世纪婚姻家庭关系新规划》,中国检察出版社2001年版,第245页。

- ⑩⑪⑫【意】彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第141、143、142页。
- ⑬【美】哈里·D.格劳斯【美】大卫·D.梅耶《美国家庭法精要》，中国政法大学出版社2010年版，第38页。
- ⑭但淑华《我国事实婚姻制度之重构》，《中华女子学院学报》2013年第2期。
- ⑮至于不曾登记结婚也未曾举行婚礼的情形，笔者以为不应当赋予其婚姻效力，在此也就不议。
- ⑯⑰⑱夏吟兰等主编《21世纪婚姻家庭关系新规范》，中国检察出版社2001年版，第238、238、239页。
- ⑲⑳陈苇主编《外国婚姻家庭法比较研究》，群众出版社2006年版，第123、145页。
- ㉑孔祥瑞、李黎《民法典亲属编立法若干问题研究》，中国法制

出版2005年版，第66页。

- ㉒这些国家都要求事实婚姻必须符合结婚实质要件，并有同居的事实以及以夫妻名义相称的证据。其中，德国法律对同居事实要求持续一定时间，英国、美国的部分州及俄罗斯未规定同居的持续时间。但俄罗斯法律只是有条件地承认一定历史时期内形成的事实婚姻，仅承认在国内战争时期、在被侵占的苏联领土内并在户籍登记机关恢复前，依宗教方式缔结的婚姻具有法律效力。（见陈苇主编《外国婚姻家庭法比较研究》群众出版社2006年版，第160—161页。
- ㉓张学军《事实婚姻的效力》，《法学研究》2002年第1期。

（责任编辑：未 易）

## On the Perfection of Institution about De Facto Marriage

*Jin Mei*

**Abstract:** The cause of the de facto marriage in China is the implementation of a single registration since liberation which forced the historical tradition been cut off. The challenge to legislation and judicial interpretation is how to balance between public and private interest. The marriage ceremony that Chinese people have held for thousands of years has both humanity and publicity from the beginning and should have a certain legal status. The agreement of marriage and the cohabitation of both man and woman are essential elements of marriage, which make a distinction between marriage and other cohabitation. I agree that a de facto marriage, with marriage ceremony and in line with substantive essentials of marriage, should be given same legal effect as a registered marriage, after the marriage certification or judicial proceedings. The requirements of Judicial interpretation that the man and the woman shall register in person with the marriage registration office can still be retained, but at the same time, it should allow both parties to resolve their identity dispute through judicial proceedings. The justice instrument has the same legal effect as the marriage certificate.

**Key words:** de facto marriage; institution; perfect