

事实婚姻的效力

张学军*

内容提要:事实婚姻在法律性质上原属于不存在的婚姻。20世纪70年代以来,西方国家的法律逐渐开始对事实婚姻予以调整,使同居双方具有一定的权利、义务。我国有关事实婚姻的法律规定的较为笼统,需要解释,有的存在漏洞需要补充。

关键词:婚姻法 婚姻 事实婚姻

事实婚姻是指没有配偶的男女,未办理结婚登记,即以夫妻关系同居生活,群众也认为是夫妻关系的“婚姻关系”。事实婚姻在法律性质上既非无效婚姻,也非可撤销婚姻,而是不存在的婚姻。20世纪70年代以来,越来越多的国家开始对事实婚姻加以调整,使同居双方享有一定的权利和承担一定的义务。

一、外国立法例

(一) 法国

法国法在结婚程序上实行仪式和登记结合制。对于未经有资格的官员加以登记的结婚,因为民法典所列举的婚姻无效的规定将其遗漏,基于“无明文,不得以婚姻为无效”的原则,不能按婚姻无效处理。“近来”之前的数十年间,这类婚姻被简单地归类为“不存在的”

* 中国人民大学法学院99级博士研究生。

事实婚姻在英美法系国家多被称为非婚同居、自由婚姻、事实关系,在性质上属不存在婚姻。本文有时使用非婚同居、不存在婚姻概念来指代事实婚姻。我国台湾地区著名亲属法学者陈棋炎说:“欠缺婚姻方式之婚姻”,其婚姻为不存在,无需法院之判决,当然不发生婚姻之效果,任何人均可主张。因此,在无效婚之外,另有婚姻不成立之概念。“法律行为不成立系未备成立要件,与无效为已具备成立要件,但因欠缺生效要件而无从发生法律效力者,有所区别。易言之,法律行为成立后,始有生效与否之问题,婚姻不成立,显为婚姻有效、无效以前之问题”。见陈棋炎等著:《民法亲属新论》,台湾三民书局1990年版,第113页以下。

它分为准备性的行为、婚姻的缔结和登记三个步骤。登记是指民事地位登记部的官员对于结婚予以登记并签发结婚证书。登记的意义仅在于对于已经存在的婚姻予以正式的记录。但结婚证书对于婚姻的证明起至关重要的作用。见 Dagmar Coester-Waltjen and Michael Coester, *Formation of Marriage*, 1997, p. 97。同时遗漏的还有同性当事人结婚和当事人双方不同意结婚的情况。在这三种情况下缺乏最基本的结婚形式的和实质的要件。在1933年修改民法典时将缺乏当事人的同意增列为无效的理由。见 Dagmar Coester-Waltjen and Michael Coester, *Formation of Marriage*, 1997, p. 97。

婚姻。它无须法院判决宣告其无效,也不会转化为“公认的婚姻”。近来,公众的主导性意见和执法实践一直在努力避免这种“不存在的婚姻”的归类,因为这种归类使善意的当事人双方陷入了困境。

立法机关和司法机关未将未办结婚登记而结婚增补为婚姻无效的理由,而是将实际上的无效的理由——同性双方结婚和未经登记而结婚,与民法典所规定的婚姻无效理由作出区分。因此它规定,在至少具备有效婚姻外表的所有案件中,解除同居关系需由法院作出判决,而且善意的当事人可以主张“公认的婚姻”的效力。所谓“公认的婚姻”的效力是指同居一方或双方的权利和义务与离婚当事人双方的相同,在婚姻财产清算方面的权利和义务尤其如此。而且,如果不适用这一规定对于一方当事人产生更好的效果时,可以放弃此项权利。除此之外,受到欺诈的当事人还可以向对方诉请损害赔偿。

(二) 德国

德国法在结婚程序上采用仪式和登记结合制。如果当事人双方未办理结婚登记,德国法原来将其归类为“不存在的婚姻”,无辜的当事人无法得到任何法律救济。80年代以后,德国联邦宪法法院依据宪法的规定为“公认的配偶双方”提供了某些保护措施。

(三) 日本

日本明治民法在结婚程序上开始采用申报制。对于双方未办申报而以夫妻名义同居生活,日本民法典制定之初,实务因严格要求结婚要件的齐备,所以未提供保护。^⑩为保护弱者的利益,大正4年(1915年)1月26日最高法院制定“婚姻预约有效的判决”,肯定内缘一方不当终止共同生活关系时,应承担违约赔偿责任。鉴于原判决混淆了婚约与事实同居关系,而且未规定对于第三人的效力,所以最高法院在昭和33年(1958年)4月3日判决内缘“夫妻”一方不当终止共同关系时,他方不但可以依婚约不履行请求损害赔偿,还可以依据准婚姻效果请求遗弃者负担生活费用。^⑪此后,“保护内缘婚立法和法理”又得到了“发展和扩充”,最终确立了准婚理论,即给予内缘双方划一的“类似一般婚姻效果”。^⑫但学者通说认为,内缘婚双方只就共同生活本质所生的效果,如同居义务、贞操义务、婚姻生活的负担等,准用婚姻的效果,而就非以共同生活为本质的婚姻效力,如夫妻的姓氏、子女的婚生性、结婚拟制行为能力、夫妻的继承权,不予准用。

(四) 英国

Dagmar Coester - Waltjen and Michael Coester, *Formation of Marriage*, 1997, p. 97, 95 - 96.

登记分为申请、公告和登记三个阶段。

见 Dagmar Coester - Waltjen and Michael Coester, *Formation of Marriage*, 1997, p. 100. 遗憾的是因缺乏资料,对于具体的保护措施一无所知。

日本现行民法典第739条规定:“(一)婚姻,因按户籍法规定所进行的申报,而发生效力。(二)前款申报,应由当事人双方及二人以上的成年证人,以言辞或署名的书面进行”。对此通说认为申报是婚姻的成立要件。参见加藤一郎,《身份行为之届出》,载穗积先生追悼论文集“家族法之诸问题”,昭和27年,有斐阁。

日本学者将具有婚姻意思的男女,有夫妻共同生活的实质,且社会上一般也认为是夫妻关系,但未办理申报的结合关系称为“内缘”或“内缘关系”。

^⑩ 日本大判明治35年民录8辑16页;大判明治44年3月25日民录17辑第170页。转引自“家族法诸问题”,祝贺论文集编辑委员会,1990年10月,第214页。

^⑪ 昭和33年4月3日最高裁第二小法庭判决,载最高裁判集12卷第5号第789页。

^⑫ 武井正臣:《内缘の法的保护の再检讨》,载高梨公之教授还历纪念《婚姻法的研究(上)》,昭和51年,有斐阁。准婚理论首先出现在保护受害劳动者的遗族的社会立法中,后扩展到其他的社会立法中,再后来扩展到其他的法律领域中。

英国从 1753 年开始,就不再承认普通法婚姻。^⑬ 当前,英国法在结婚程序上采用仪式和登记结合制。^⑭ 对于未办理有关仪式的“结婚”,法律原来将其认定为“根本就没有婚姻”,不发生任何法律效力。20 世纪 70 年代以来,通过判例法和成文法对于此种结合赋予一定的法律效力。

在双方终止同居关系而对经双方共同努力而获得、保存的财产加以分割时,女方所得到的份额与离婚妻子所得的相同。^⑮ 在双方终止同居关系时,一方对于他方所做的给付财产的承诺必须兑现。^⑯ 在双方终止同居关系时,依据默示合同,女方有权居住在对方为双方的生活所购买的住房中,直到双方所生的子女超过学龄。^⑰

为制止家庭暴力,法院可以赋予受到家庭暴力侵害的一方对对方单独享有全部财产利益的住房享有居住权;同时还可以限制或暂停加害方居住该住房。^⑱

在死者死亡前的最近的时间内,正在得到死者全部或一部扶养的任何一方,有权从死者的遗产中获得合理数额的生活费用。^⑲

具备以下全部条件的任何一方都有权就致命事故诉请损害赔偿:(1)在死亡日前的最近时间内正在与死者在同一个家庭中共同生活;(2)在死亡日前已经与死者至少生活了 2 年以上;(3)在整个同居的时间内以死者的丈夫或妻子的身份共同生活。^⑳

(五)美国

目前,美国还有 13 个州和哥伦比亚特区承认普通法婚姻。但各州对于普通法婚姻的要件掌握不一。有些州认为当事人双方的合意足以构成婚姻,而有些州则认为只有通过双方同房或同居而实际呈现婚姻的状况和社会上一般承认是夫妻才构成。^㉑ 目前,普通法婚姻不再是替代性的结婚程序,其基本功能是使那些因当时存在法律障碍或程序上缺陷而不能被法律认可的婚姻在以后合法有效化。

未承认普通法婚姻的一些州对于未办理结婚程序的一方或双方在某些条件下也赋予一定的法律效力。有几个州规定公开地同居和社会上一般承认是夫妻已经构成正式婚姻。^㉒ 密苏里州、华盛顿州、路易斯安娜州规定如果有长期的同居和社会上一般承认是夫妻就推定为双方已经在某地、以某种方式缔结过合法有效的婚姻。尽管该推定可以推翻,但推翻起来

^⑬ 见 Cretney, S. M., *The Principles of Family Law* London: Sweet and Maxwell, 1990, p. 14. 但英国不承认普通法婚姻后有一小段时间的反复。所谓的普通法婚姻是指仅基于双方的合意而未办理结婚仪式的婚姻。

^⑭ 依据英国现行法律的规定,要成立有效的婚姻首先要经过预备性活动,然后要举办结婚仪式。预备性活动有民事的和基督教的之分;结婚仪式有民事婚、非国教的宗教仪式、英格兰教会的仪式、教友会的和犹太教的仪式之分。Cretney, S. M., *The Principles of Family Law*, London: Sweet and Maxwell, 1990, p. 19, pp. 28 - 29.

^⑮ *Cooke v Head* (1972) 2 All ER 38, (1972) 1 WLR 518, 116 Sol Jo 298, Court of Appeal; *Eyes v Eyes* (1975) 3 ALL ER 768, (1975) 1 WLR 1338, 119 Sol Jo 394, Court of Appeal. 但应注意的是在这两个案件中,被告都是已婚者。

^⑯ *Pascoe v Turner* (1979) 2 All ER 945, (1979) 1 WLR 431, 123 Sol Jo 164, 9 Fam Law 82, Court of Appeal.

^⑰ *Tanner v Tanner* (1975) 3 All ER 776, (1975) 1 WLR 1346, 119 Sol Jo 391, 5 Fam Law 193, Court of Appeal.

^⑱ *Davis v Johnson* (1979) AC 264, (1978) 1 ALL ER 1132, (1978) 2 WLR 553, 122 Sol Jo 178, House of Lords.

^⑲ *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, s. 1(1)e.

^⑳ *The Administration of Justice Act 1982*, 1(3)(b).

^㉑ 这 13 个州是阿拉巴马、克罗拉多、乔治亚、爱德华、依阿华、堪萨斯、蒙大拿、俄亥俄、俄克拉荷玛、宾西法尼亚、罗德岛、南卡罗林那、德克萨斯。最早赋予仅通过当事人合意而没有结婚仪式而缔结的婚姻以某些法律效力的是 1809 年纽约法院。见 Dagmar Coester - Waltjen and Michael Coester *Formation of Marriage*, 1997, pp. 73 - 74.

^㉒ Dagmar Coester - Waltjen and Michael Coester, *Formation of Marriage*, 1997, p. 73.

如此地困难以至于法院可以认为它就是结论性的结论。^⑳肯塔基州为达到工人补偿 (workman's compensation) 这一有限的目的,以成文法规定若干种承认普通法的方法。^㉑新罕布什尔州以成文法规定,双方长期同居后,如果一方死亡的,法律视为双方已经缔结合法婚姻。^㉒加利福尼亚州通过以合同理论为基础的判例法承认非婚同居一方对于另一方有请求权。^㉓

就双方终止同居关系后,在双方未订立扶养合同的情况下,一方是否对另一方负扶养义务,“因为无人请求”,美国法院尚未制定这方面的判例。纽约上诉法院认为只有依据同居双方的明示合同才能制定扶养的判决。密西西比最高法院也否定了原来制定的责令一方扶养另一方的判决。^㉔

同居一方依据工人补偿法、失业福利法和非法致死法 (wrongful death law) 提出的请求大都以胜利告终,但以成文法的文字能够将同居者解释在内为限,如成文法的文字是“扶养权利人”,“家庭成员”等。^㉕

(六) 澳大利亚的新南威尔士州

1984年澳大利亚的新南威尔士州法律改革委员会通过了较为完备的、开拓性的调整同居双方财产分割、扶养、继承等方面的单行成文法,结束了英美法系成文立法的“零碎的和不充分”的状态。该法律的指导原则是:1. 法律的方针不是也不应该是以拒绝给予福利、强加惩罚或其他手段来积极地阻止事实关系的形成。在多元的社会中,人们有权选择这种生活方式。2. 法律以给予权利、强加义务方式对同居双方关系进行调整时,应该贯彻将不正义减少到最低限度,将重大的不合规则 (anomalies) 消除的指导思想。3. 法律不应该将同居双方的权义与配偶双方的权义假定为相同。在某些情况下,将二者区别对待更妥。4. 总体上,法律不应该将与当事人的特定愿望尤其是财务方面的特定愿望不一致的做法强加给当事人。5. 法律不应该期待能够制定适用于一切同居情况的统一的权利、义务规则,尤其是同居关系持续时间方面的规则。^㉖

同居一方要求法院作出调整同居双方或一方的财产利益的判决的,法院须在考虑下列因素后作出正义的、衡平的判决:1. 同居双方或一方为了同居双方的利益,在取得、保存或改良同居双方或一方的财产或者双方或一方的金钱过程中直接或间接做出的金钱方面或非金钱方面的贡献;2. 贡献的形式包括以家务劳动者或父母一方的身份,由同居一方为另一方的福利或者由同居双方和一个或数个下列人员:(1)同居双方所生的子女;(2)由双方或一方接到同居双方的家中的子女,该子女是否是一方或双方的子女则在所不问一所组成的家庭的福利做出的贡献。^㉗不过,法院只有在同居双方已经在事实关系中共同生活2年以上才能制定上述判决,但下列情况除外:同居双方已经生有子女;提出请求的一方已经对于上述财产作出实

^⑳^㉑^㉒ Walter O. Weyrauch, Informal and Formal Marriage - An Appraisal of Trends in Family Organization, The University of Chicago Law Review (Vol. 28:88 1960), p. 105.

^㉓ Marvin v Marvin (1976) 134 Cal Repr 815, Supreme Court, States of California.

^㉔^㉕ Carol S. Bruch, Cohabitation in the Common Law Countries a Decade After Marvin: Settled In or Moving Ahead? 注释第43,44, University of California, Davis (vol. 22:717, 1989), p730, 732.

^㉖ New South Wales Law Reform Comm'n, Report on De Facto Relationship (June 1983), p 5 - 6.

^㉗ De Facto Relationship Act, 1984 (N. S. W.), 20(1) (a) (b), 17, 27.

质性的贡献,如果不制定这样的判决,请求方就无法得到足够的保护;提出请求的一方照料和指导被告方的子女,如果不制定这样的判决,就会产生不正义。^{③①}

同居双方终止同居关系后,因下列情形而导致的无法独立生活的一方对于另一方有权请求扶养:(1)承担抚育同居双方所生育的子女或被告的子女的责任;(2)经济收入能力受到同居关系的消极影响且为提高经济收入能力而需要培训。受扶养权存续的期间是:如果因抚育子女而得到扶养的,不得迟于最小的孩子成长到12岁(如为残疾儿童,到16岁);如果因经济收入能力受到损害而得到扶养的,自判决制定之日起不得超过3年,或自同居双方终止同居之日起不得超过4年,二者以先到达者为准。^{③②}

当事人可以自行达成终止同居关系后财产利益的调整或扶养方面的协议。该协议在效力上排斥上述有关规定。同居双方在制定该协议前,应该各自得到法律方面的建议,而且该协议必须采取书面形式。该协议可以在同居前、同居存续期间、终止同居关系时签定。不过,在协议签定后情况发生了如此重大的变化以至于执行原协议将产生严重不公平的结果时,法院可以推翻原来的协议,但该例外不适用于分居协议。

如果同居一方死亡且没有同居双方所生子女之外的其他子女的,生存的同居方与生存配偶方一样享有法定继承权,但以在死亡前双方已经连续同居2年以上为限。

如果同居一方受到伤害或导致死亡的,另一方可以就感情的痛苦或不正当的死亡向侵权人提起诉讼。^{③③}在特定的治疗方案中,同居当事人也被列为最近的亲属成员。^{③④}受扶养的、生存的同居方还有资格请求工人的补偿福利,^{③⑤}而且没有最低的同居期间的要求。

如果同居双方发生家庭暴力的,受害方可以请求法院制定管制命令(restraining orders),包括占有双方住所的命令。^{③⑥}

考察各国法律制度我们可以看到其相同之处主要有两点:(1)为同居双方赋予法律效力要以当事人具有结婚的意思,双方以夫妻相称或社会上一般承认其为夫妻为前提。(2)为同居双方赋予法律效力大多要以双方已经同居一段时间为前提。

目前,各国非婚同居立法背后的指导思想和采用的立法技术不尽相同。可以从多个角度加以分类。

1. 立法以其形式为标准,可以分为两种立法主义。其一是制定单行法规主义。它是指采取制定专门单行法规的作法解决事实婚姻问题。澳大利亚的新南威尔士州就采用了这种立法主义。其专门法规主要有儿童收养(事实关系)修改法(1984),亲属补偿(事实关系)修改法(1984),事实关系法,(1984),精神健康(事实关系)修改法(1984),法律改革(杂项条款)(事实关系)修改法(1984),遗嘱、遗嘱检验和管理(事实关系)修改法(1984)。

其二是立足现有立法主义。它是指采取对现有的法律进行扩大解释、制定判例、或在普通的法律中制定单独条款的作法解决事实婚姻问题。绝大多数国家都采用这种立法主义。

2. 立法以立法重心为标准,可以分为两种立法主义。其一是以善后问题为重心主义。它是指立法以解决当事人双方在同居关系终止时的权利、义务为重心。采用这种立法主义的是法国、德国、美国、澳大利亚的新南威尔士州。

^{③①} De Facto Relationship Act, 1984 (N. S. W), 20(1) (a) (b), 17, 27.

^{③②} De Facto Relationship Act, 1984 (N. S. W), 20(1) (a) (b), 17, 27.

^{③③} Law Reform (Miscellaneous Provisions) (De Facto Relationships) Amendment Act, 1984 (N. S. W)

^{③④} Mental Health (De Facto Relationships) Amendment Act, 1984 (N. S. W).

^{③⑤} Compensation to Relatives (De Facto Relationships) Amendment Act, 1984 (N. S. W)

^{③⑥} De Facto Relationship Act, 1984 (N. S. W), 第 53 - 55 条。

其二是以存续期间问题为重心主义。它是指立法以解决当事人双方在同居关系存续期间的权利、义务为重心。采用这种立法主义的是日本。

3. 立法所赋予的法律效力以是否与婚姻的效力有关为标准,可以分为两种立法主义。其一是肯定的立法主义。它是指在非婚同居具备法律所要求的要件时,适用或准用夫妻之间的权利和义务。采用这种立法主义的国家有美国的 13 个州和哥伦比亚特区、日本。

其二是否定的立法主义。它是指为了解决同居双方在同居关系终止时的财产调整和双方的扶养、一方死亡时的继承、同居期间的家庭暴力和同居一方与第三人的关系等纠纷时,适用现有法律体系中相近的法律或法律原则。采用这一立法主义的是英国、德国、澳大利亚的新南威尔士州、美国不承认普通法婚姻的州。

4. 在法律效力是否与婚姻的效力有关问题上采用肯定的立法主义的立法以婚姻的效力的范围为标准,可以分为两种立法主义。其一是广泛的适用主义。它是指对于得到法律认可的同居双方几乎全部适用婚姻的法律效力,采用这种立法主义的是日本。

其二是狭隘的适用主义。它是指对于同居双方为某一或某些特定的目的而适用部分婚姻的法律效力。采用这种立法主义的是美国,“基于同一系列事实,同一法院有的认定为普通法婚姻,有的就不认定为普通法婚姻……为了某些目的,普通法婚姻就被认定为存在——例如依据顾主责任法可以给自称为寡妇的人提供救济,但是为其他的婚姻就不一定被认定为存在。通常仅仅基于该关系所生育的子女的存在,为了使他们免于承担非婚生子女的身份,就会使法院倾向于认定合法的普通法婚姻的存在”。^{③7}

5. 在法律效力是否与婚姻的效力有关问题上采用否定主义的立法以解决双方在同居关系终止时的财产调整问题上适用的具体法律或法律原则为标准,可以分为五种立法主义。

(1) 适用明示合同主义。美国徒博林纳(Tobriner)法官认为“我们将我们的判决建立在下列原则的基础上:自愿地共同生活在一起并发生性关系的两个成年人依然象其他人一样有权就他们的收入和财产权签订合同。当然他们就一方为对方提供性服务而接受报酬而签定的合同不受保护。因为这类合同在本质上是卖淫合同,所以是非法的”。^{③8}为证明明示合同的存在,英国米古(Megaw LJ)法官认为当事人必须以下列三个要件加以证明:(1) 当事人的合意以能够合理清晰地辨认出来的合同条款加以记载;(2) 当事人双方都有对法律关系产生影响的意愿,即在一方不遵守时该协议可由法院强制执行;(3) 要有约因。^{③9}就约因的要件,丹宁法官(Denning MR)认为“女方应男方的要求为更好地照料双方所生的子女而放弃了自己的公寓”足以构成。^{④0}

^{③7} Walter O. Weyrauch, *Informal and Formal Marriage - An Appraisal of Trends in Family Organization*, The University of Chicago Law Review (Vol. 28:88 1960), p. 92.

^{③8} *Marvin v Marvin* (1976) 134 Cal Repr 815, Supreme Court, State of California. 转引自 Hoggett, *Brendom Family, Law and Society: Cases and Materials*, London Butterworth, pp. 267 - 268.

^{③9} *Horrock v Forray* (1976) ALL ER 737, (1976) 1 WLR 230, 119 Sol Jo 866, 6 Fam Law, Court OF Appeal. 转引自 Hoggett, *Brendom Family, Law and Society: Cases and Materials*, London Butterworth, p. 269.

^{④0} *Tanner v Tanner* (1975) 3 All ER 776, (1975) 1 WLR 1346, 119 Sol Jo 391, 5 Fam Law 193, Court of Appeal. 转引自 Hoggett, *Brendom, Family, Law and Society: Cases and Materials*, London Butterworth, p. 270.

(2) 适用默示合同主义。美国徒博林纳 (Tobriner) 法官认为, 在没有明示合同的情况下, “法官可以在调查双方当事人行为的基础上来判断该行为是否表示着默示的合同”。^{④1} 证明默示合同的要件与上述明示合同的要件相同。

(3) 适用推定的信托财产 (constructive trusts) 主义。丹宁法官认为, “似乎在我看来, 伊维先生所作所为就等于承认女方有权分享住房, 分享的分额在某种程度上与男方令女方产生信任而声称的分额相同, 这才公平; 分享的分额不应该特定化, 而应在考虑女方为装修住房所出的力、目前正在为男方和子女所做的事情以及以后为他们所做的事情之后公平地加以确定”。^{④2} 然而, 80 年代之后, 英国法律态度有所倒退, 在要件上严格起来。适用推定的信托财产这一理论要以双方曾就设立某一被主张的利益有相互的合意并且原告方信任了该合意而从事了对自己有害的行为为前提。^{④3} 在加拿大, 最高法院于 1980 年在不当得利 (unjust enrichment) 案件中彻底地接受推定的信托财产这一救济方法, 后来又在仅因得到家庭的服务而产生不当得利的案件中也运用了这一救济方法。^{④4}

(4) 适用禁止反言主义。枯明布鲁斯 (Cumming Bruce LJ) 法官说: “结合本案事实, 强迫原告兑现自己的承诺, 满足被告的期待是唯一令人满意地实现衡平的结果。他已经那样承诺了, 就必须兑现”。^{④5}

(5) 适用合伙理论主义。美国一部分州将合伙理论运用于联合持有 (jointly held) 的财产。^{④6}

6. 立法以是否规定在双方终止同居关系后一方对另一方负担扶养义务为标准, 可以分为两种立法主义。其一是承认的立法主义。它是指在双方终止同居关系后如具备法律所规定的要件的, 一方对另一方负担扶养义务。采用这种立法主义的是英国、法国、日本、澳洲的新南威尔士州。

其二是否认的立法主义。是指除非当事人另行订立同居关系终止后相互负担扶养义务的合同外, 法院根本不支持相互间负担扶养义务。采用这种立法主义的是美国。

7. 立法以在一方死亡的情况下是否承认生存方的继承权为标准, 可以分为两种立法主义。其一是认同的立法主义。它是指在同居具备法律规定的要件后, 承认生存方享有继承权。采用这种立法主义的有英国、澳大利亚的新南威尔士州、美国的极个别州。

其二是否决的立法主义。它是指不承认生存的同居一方享有继承权。采用这种立法主义的是美国的大多数州。

^{④1} Marvin v Marvin (1976) 134 Cal Repr 815, Supreme Court, State of California. 转引自 Hoggett, *Brendom Family, Law and Society: Cases and Materials*, London Butterworth, p. 268.

^{④2} Eyes v Eyes (1975) 3 ALL ER 768, (1975) 1 WRL, 1338, 119 Sol Jo 394, Court of Appeal. 转引自 Hoggett, *Brendom Family, Law and Society: Cases and Materials*, London Butterworth, p. 262.

^{④3} Grant v Edwards, 1986, Ch. 638 (C. A.); Burns v Burns, 1984 Ch. 317 (C. A.); cf. Midland bank v. Dobson & Dobson, (1986) 1 F. L. R. 171 (C. A.). 为此英国学者 Eekelaar 说“没有人会敬仰英国法关于婚姻(非婚同居)住所的取得方面的规定”; 英联邦的其他国家没有追随英国的倒退性做法。见 Carol S. Bruch, *Cohabitation in the Common Law Countries a Decade After Marvin: Settled In or Moving Ahead?* University of California, Davis (vol. 22:717, 1989), pp. 724 - 725. 英国学者 Deech 说“同居的女方要分享利益, 就必须证明以下的要件: “她因为相信男方想让她获得某财产利益而从事了对于自己的有害行为。而且作为自己应该履行的义务的一部分—她对于财产的取得作出了贡献”。见 Ruth L. Deech, *The Case against Recognition of Cohabitation*, International and Comparative Law Quarterly, (Vol. 29 APRIL 1980), P. 495.

^{④4} Carol S. Bruch, *Cohabitation in the Common Law Countries a Decade After Marvin: Settled In or Moving Ahead?* University of California, Davis (vol. 22:717, 1989), P. 726.

^{④5} Pascoe v Turner (1979) 2 All ER 945, (1979) 1 WLR 431, 123 Sol Jo 164, 9 Fam Law 82, Court of Appeal. 转引自 Hoggett, *Brendom Family, Law and Society: Cases and Materials*, London Butterworth, p. 263.

^{④6} Carroll v. Lee, 148 Ariz. 10, 712 P. 2d 923 (1986); Pickens v. Pickens, 490 So. 2d 872 (Miss. 1986). 转引自 Carol S. Bruch, *Cohabitation in the Common Law Countries a Decade After Marvin: Settled In or Moving Ahead?* University of California, Davis (vol. 22:717, 1989), P. 728.

8. 立法以是否肯定不当终止非婚同居的一方对于对方承担损害赔偿责任为标准可以分为两种立法主义。其一是赞同的立法主义。它是指不当终止非婚同居的一方对对方承担损害赔偿责任。采用这种立法主义的是日本、法国。

其二是反对的立法主义。它是指双方均可以任意终止同居关系而不承担损害赔偿责任。决大多少国家都采用这种立法主义。

二、我国法律的解释和漏洞补充

(一) 法律特征

为处理事实婚姻问题^④,我国先后制定了指导思想并不相同甚至完全相反的若干司法解释和行政规章,新婚姻法又明确规定“未办理登记的,可以补办登记”。综合起来看,有关法律规定的主要特征有:

1. 立法形式上采用了立足现有立法主义。颁行的处理事实婚姻问题的司法解释都认为事实婚姻是“违法的”,都围绕着事实婚姻案件如何审理来展开的。相关司法解释主要有:1956年《复函》,1957年《批复》,1979年《意见》,1984年《意见》,1989年11月21日最高人民法院颁行的《关于人民法院审理未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》(以下简称“1989年《意见》”),1994年2月1日民政部门颁行的《婚姻登记管理条例》(以下简称“登记条例”)。2001年修正的新婚姻法第8条规定“..未办理结婚登记的,应当补办登记”。

2. 在立法重心问题上采用了以善后问题为重心主义。我国有关的司法解释着重就事实婚姻关系与非法同居关系如何区分、非法同居的后果作出规定。实际上人民法院审理未经登记即以夫妻名义同居生活案件“在一定时期内,有条件的承认其事实婚姻关系”也应该是善后问题的组成部分。以善后问题为重心主义这一体制在50年代末期基本确立。1956年《复函》第2条第1款规定“..其婚姻关系应予承认,并作为离婚案件处理”,第2款规定“当一方提出离婚时,双方都未达婚龄或者一方未达婚龄,一般的应取消双方的结婚关系。惟其中有特殊情况,如怀孕,生了孩子或者生活特殊困难等,应参照婚姻法的规定,对于女方及子女利益予以照顾”。1979年《意见》和1984年《意见》沿袭了这一体制。1989年《意见》对被认定为非法同居的双方的财产分割、经济帮助、继承权的有无、不当终止方对于另一方的责任等方面作出较为完备的规定。

3. 在法律效力是否与婚姻的效力有关问题上兼采肯定的立法主义和否定的立法主义。依据原有的司法解释,人民法院对不符合结婚条件的事实婚姻认定为事实婚姻关系,案件作

^④ 我国50年代的司法解释(即最高人民法院于1956年11月14日颁行的《关于未登记的婚姻关系在法律上的效力问题的复函》和1957年3月6日颁行的《关于男女双方已达婚龄未进行登记而结婚的一方提出离婚时应如何处理问题的批复》)将社会现象意义上的同居称为“事实上已经结婚”,将法院对“事实上已经结婚”的定性称为“有事实上的婚姻关系”。1979年2月2日最高人民法院颁行的《关于贯彻执行民事政策法律的意见》,1984年8月31日最高人民法院颁行的《关于贯彻执行民事政策法律若干问题意见》将社会现象意义上的同居称为“事实婚姻”,而将法院对“事实婚姻”的定性称为“事实婚姻关系”。对于概念上的演变和其间的细微差别应予以足够的注意。

为离婚案件处理;对于起诉时或同居时未符合结婚条件的“离婚”诉讼请求认定为“同居关系”或“非法同居关系”加以处理。依据新婚姻法的规定,补办结婚登记后,应适用婚姻的效力方面的规定。

兼采这两种立法主义的体制是在50年代末期确立的。1956年《复函》第2条第1款规定:“当一方提出离婚时,双方都达婚龄,其婚姻关系应予承认,并作为离婚案件处理”,第2款规定:“当一方提出离婚时,双方都未达婚龄或者一方未达婚龄,一般的应取消双方结婚的关系...”。1957年《批复》规定:“..未进行登记而结婚的男女,如果他们事实上已经结婚,而问题只是缺登记手续,当一方提出离婚时,仍应认为双方有事实上的婚姻关系...”。是否符合结婚条件依据1956年《复函》第2条第1款的规定“以提出离婚时”为准加以判断。70年代末期和80年代初期,立法在继承50年代立法体制的基础上又有所发展。1984年《意见》第7条将“一方提出离婚时”这一时间标准改为以“起诉时”为准,而且还规定了具体程序:“..如经过调解和好或者撤诉的,应令其到有关部门补办结婚登记手续...”。1989年《意见》对于1984年《意见》和1956年《复函》作出了较大的修改。首先,在判断时间上采取二元主义。第1条规定,1986年3月15日以前同居的,双方是否符合结婚条件以“起诉时”为准加以判断;第2条规定,1986年3月15日以后同居的,以“同居时”为准加以判断。其次,在具体程序上建立法院的确认体制。第6条规定:“审理事实婚姻关系的离婚案件,应当先进行调解,经调解和好或撤诉的,确认婚姻关系有效,发给调解书或裁定书...”,即不再责令当事人到婚姻登记机关补办登记手续。^{④8}再次,1956年《复函》规定“作为离婚案件处理”,即在调解不成时,只有在感情确已破裂的情况下才能准予离婚。^{④9}但1989年《意见》第6条规定:“经调解和好或撤诉的,确认婚姻关系有效,发给调解书或裁定书。经调解不能和好的,应调解或判决准予离婚”。不象处理普通的离婚案件那样规定经调解不能和好但感情尚未破裂的应判决不准离婚。^{⑤0}

1994年《登记条例》颁行后,兼采肯定立法主义和否定立法主义的体制被彻底废除。1989年《意见》第3条规定:“自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起,未办结婚登记即以夫妻名义同居生活,按非法同居关系对待”。1994年《登记条例》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”。^{⑤1}

新婚姻法第8条规定:“要求结婚的男女双方..未办理结婚登记的,应当补办登记”。其立法理由主要是:(1)未登记结婚者有很多人是无辜的。“..考虑到农村中未办理登记举行结婚仪式的不少,未办理登记的原因很复杂,有的是不符合结婚条件,更多的是符合结婚条件,因收费过高或登记不便利造成的。法律委员会认为对没有登记的,应区别情况分别处理...”。(2)这有利于保护妇女的利益。“..对违反结婚实质条件的,草案已规定为无效婚姻;对符合结婚实质要件只是没有办理结婚登记手续的,一律简单宣布为无效婚姻,对保护妇女的权利

^{④8} 1989年《意见》第3条规定:“自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起,未办结婚登记即以夫妻名义同居生活,按非法同居关系对待”。本文所谓的1989年体制未考虑这一条。

^{④9} 1950年婚姻法虽然未规定感情确已破裂这一理由,但在解释上并非调解不成都判决离婚。

^{⑤0} 笔者认为在这一问题上1989年《意见》第6条构成了法律漏洞。既然已经认定为事实婚姻关系,就应完全按照法定离婚理由和离婚程序的规定来处理。

^{⑤1} 1994年《登记条例》将事实婚姻定性为“其婚姻关系无效,不受法律保护”并不妥当。

不利,应当通过加强法制宣传教育和完善登记制度等工作,采取补办登记等办法解决”。^{⑤2}
(3)有利于提高公民的法律意识。“有的常委委员和专家认为,我国实行婚姻登记制度,对符合结婚实质要件没有办理登记就“结婚的”,应当补办登记,这样有利于提高公民的法律意识,加强登记工作。因此法律委员会建议,在婚姻法第8条增加规定:“未办理结婚登记的,应当补办登记”。^{⑤3}

依据其立法理由,可以得出以下两个结论:(1)1994年体制被彻底废除。(2)判断是否符合结婚条件以“同居时”为准。但是在程序问题上它是否废除了1989年体制,立法及立法理由均未明言。在学理解释上应作出否定的回答。详言之,我国目前在程序上确立了二元体制:首先,在同居时符合结婚条件的,当事人可以到婚姻登记机关补办结婚登记;其次,在当事人未补办结婚登记的情况下,一方向法院起诉离婚时,如果同居时符合结婚条件的,法院可以作为离婚案件处理,经调解和好或虽然调解不成但感情尚未破裂时,以法院的调解书、裁定书、判决不准离婚的判决书确认婚姻关系有效。^{⑤4}之所以确立二元体制是因为如将未补办结婚登记的双方都作为非法同居“应一律判决予以解除”,将使新婚姻法“保护妇女权利”这一立法目的部分落空,也不利于“维护社会稳定”。之所以以同居时为准是为了防止早婚甚至“童养媳”。

4. 采用肯定的立法主义后在婚姻的效力范围问题上采用广泛适用的立法主义。新婚姻法第8条规定,“..未办理结婚登记的,应当补办登记”,补办之后,在当事人间适用婚姻的效力的有关规定是应有之意。1989年《意见》第6条规定:“审理事实婚姻关系的离婚案件,应当先进行调解,经调解和好或撤诉的,确认婚姻关系有效,发给调解书或裁定书”,适用婚姻的效力的有关规定也是应有之意。

5. 在解决双方终止同居关系时的财产调整问题所适用的具体法律或法律原则问题上采用一般共有主义。1989年《意见》第10条规定:“解除非法同居关系时,同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理”。

6. 在双方终止同居关系后一方是否对另一方负担扶养义务问题上采用了否认的立法主义。但1989年《意见》第12条就经济帮助作出规定,“解除非法同居关系时,一方在共同生活期间患有严重疾病未治愈的,分割财产时,应予适当照顾,或者由另一方给予一次性的经济帮助”。

7. 在一方死亡的情况下是否承认对方的继承权问题上采用否决的立法主义。1989年《意见》第13条规定:“同居生活期间一方死亡,另一方要求继承死者遗产.....如认定非法同居关系,而又符合继承法第十四条规定的,可根据相互扶助的具体情况处理”。

8. 在不当终止非婚同居的一方是否对于对方承担法律责任问题上基本采用赞同的立法主义。1989年《意见》第14条规定:“人民法院在审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的案件时,对违法情节严重,应按照婚姻法、民法通则、《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》和其他法律、法规的有关规定,给予适当的民事制裁”。之所以作出这样的解释是因为《民法通则》第106条第2款规定:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、

^{⑤2} 2000年12月18日全国人大法律委员会《关于中华人民共和国婚姻法修正案(草案)修改情况的汇报》(二)。

^{⑤3} 2001年4月18日全国人大法律委员会《关于中华人民共和国婚姻法修正案(草案)审议结果的报告》(三)。

^{⑤4} 这种二元体制在我国婚姻法上并不陌生。在离婚问题上就存在着协议(登记)离婚和判决离婚两种程序。离婚的调解书和判决书与离婚证具有同等法律效力。持有离婚调解书和判决书的当事人也不必再到婚姻登记机关办理离婚证。

人身的应当承担民事责任。”先诱使他人同居然后无正当理由予以抛弃应该认定为侵权行为。

(二)立法简评

1. 立法形式上采用了立足现有立法主义是完全正确的。其理由是:(1)这有利于防止违法婚姻。结婚登记是结婚的必经程序,是“为了保障婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度的实施”,“保护当事人的合法权益”所必须的。^⑤是制定单行法规还是在现有的法律框架内解决事实婚姻问题的实质是是否将事实婚姻作为一种违法行为来看待。采取制定单行法规主义的指导思想是“法律不得也不应妨碍当事人建立事实关系,在多元社会中,人们有权选择生活在事实关系”,即将事实婚姻定性为合法行为。我国如果采用单行法规主义,就等于认可了这一指导思想,就等于抛弃了形式婚主义而采用了事实婚姻主义,结婚登记所具有的积极的且重要的功能就无法发挥。(2)单行法规主义的指导思想与立法实践之间自相矛盾。一方面,单行法规主义确立了“法律不得也不应妨碍当事人建立事实关系,在多元社会中,人们有权选择生活在事实关系”这一指导思想。但另一方面,其立法实践中当事人间的财产调整、法定继承等方面都有一定的时间限制。对于未达到法定期间的事实婚姻,就被排除在法律的保护之外。二者显然是自相矛盾的。

2. 在立法重心问题上采用以善后问题为重心主义有失偏颇。其理由是:(1)这不利于法律的适用。依据1989年体制,如果事实婚姻双方相安无事,未向法院提出“离婚请求”,他们的关系就无法通过调解书或判决书被认定为事实婚姻关系甚至是非法同居关系,从而使法律的适用成为难题。新婚姻法颁行后,虽然可以补办结婚登记,但因登记行为属于“依申请行为”,即以当事人的结婚申请为要件,所以在补办之前也同样会使法律的适用成为难题。例如关于家庭暴力的有关规定是否适用于这样的“家庭成员”就有疑问。(2)这不利于交易安全。依据民法通则的规定,个体工商户和农村承包经营户以个人经营的,以个人财产承担,家庭经营的,以家庭财产承担。因家庭关系一般认为是以婚姻、血缘为纽带建立起来的,事实婚姻难以属于“以家庭经营的”,所以只能以个人财产承担责任。显然与周围群众的“认为是夫妻”应以家庭财产承担责任的期待有差距,从而不利于交易安全。如果交易方以“重大误解”为由申请撤消又可能增加交易成本。(3)这容易使当事人的合法权益受到侵害,因为当事人实际生活所信赖和适用的风俗习惯的内容有的可能与婚姻法的基本原则和具体制度相抵触,从而不利于维护妇女或老人的合法权益,也不利于公民法律意识的提高。

对于事实婚姻被认定为事实婚姻关系或补办登记的,应溯及地具有夫妻之间的法律效力。对于事实婚姻被认定为非法同居之前或根本未被定性期间,对于双方之间的法律问题依当事人的合意加以解决,对于善意第三人的法律问题,准用婚姻的效力。

3. 在法律效力是否与婚姻的效力有关问题上兼采肯定的立法主义和否定的立法主义既有优点又有缺点。将符合结婚条件的事实婚姻认定为事实婚姻关系的优点是:(1)有利于维护妇女儿童合法权益和社会公共利益。恰如1989年《意见》的序言所说“为保护妇女和儿童的合法权益,有利于婚姻家庭关系的稳定,维护安定团结,在一定时期内,有条件的承认其事实婚姻关系,是符合实际的”。(2)符合结婚条件的事实婚姻的诸多当事人对于未办理结婚登记并没有任何过错。(3)符合当事人本人的意愿将使法律的执行遇到最小的困难。

但是将事实婚姻认定为事实婚姻关系的现行立法程序极不完善,这将影响该制度积极效

^⑤ 现行的《婚姻登记管理条例》第1条规定:“为了保障婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度的实施,加强婚姻登记管理工作,保护婚姻当事人的合法权益,依法处理违法的婚姻行为,根据婚姻法和有关法律,制定本条例”。

用的发挥。不完善之处主要有:(1)新婚姻法规定的程序过于简略。新婚姻法第8条规定“未办理登记的,应当补办登记”。该规定过于笼统,对于补办申请的审查对象、补办申请是否要进行体检、补办登记是否具有溯及的法律效力未作出规定。(2)有关司法解释间、司法解释与新婚姻法间尚有矛盾。1984年《意见》第7条规定,认定为事实婚姻关系且经过调解和好或者撤诉的,“令当事人补办结婚登记手续”。1989年《意见》第6条规定“审理事实婚姻关系的离婚案件,应当先进行调解,经调解和好或撤诉的,确认婚姻关系有效,发给调解书或裁定书”。二者显然存在着矛盾。新婚姻法第8条规定“补办登记”,是否否定了1989年的体制也不得而知。这些规定中的矛盾现象如果不清除,法律就难以顺利适用。(3)由人民法院在审理“离婚”案件中附带地确认婚姻关系有效并不完善。法院既然有权确认婚姻关系有效,就应该设立专门的确认程序。否则当事人也会通过虚假地提出“离婚”请求的方式来达到确认的目的。(4)婚姻登记机关过于被动。新婚姻法仅规定“未办理登记的,应当补办登记”,没有采取84年意见中的“令”当事人补办结婚登记这一立场。实际上等于对未办理登记即以夫妻名义同居生活这一“行政”违法行为坐视不管,使结婚登记的立法目的难以实现。也人为造成事实婚姻在更长的时期内处于不定性状态。(5)“补办登记”并未明确地表示出只有在符合结婚条件和事实婚姻的条件的前提下,才予以登记、发给结婚证这一内容。换言之,经过补办登记程序也可以被认定为非法同居。

对于结婚时不符合结婚条件的事实婚姻认定为非法同居是完全正确的。其理由是:(1)使调整事实婚姻的法律更完备,有利于消除“明显的不正当的结果”。很多国家在赋予事实婚姻的效力时都附加了严格的条件。这就造成有一部分同居关系处于法律的调整之外,使正义难以实现,“无论对得到法律认可的同居如何定义,还是有一些同居关系不在它的范围之内……不在法律定义之内的同居关系也需要获得正义”。^{⑤6}而我国立法对于被认定为非法同居的事实婚姻予以调整,这就有效地克服了外国立法的片面性,从而有利于保护当事人的合法权益和维护社会的稳定。(2)对于是否符合结婚条件以同居时为准加以判断有利于提高当事人的法律意识。因为遵守结婚条件尤其是法定婚龄的规定有利于防止违法婚姻的形成。(3)对于不符合结婚条件的早婚也不会造成无法补救的伤害。我国违法婚姻的主要形态是早婚。^{⑤7}待当事人成年后男女双方完全自愿结婚并符合婚姻法规定的其他结婚条件的,也可以办理普通的结婚登记。^{⑤8}

4. 采用肯定的立法主义后在婚姻的效力范围问题上采用广泛适用的立法主义是完全正确的。因为它比狭隘适用的立法主义更有利于“保护妇女和儿童的合法权益”,“有利于婚姻家庭关系的稳定,维护安定团结”,也更符合本人的意愿。

5. 在解决双方终止同居关系时的财产调整问题所适用的具体法律或法律原则问题上采用“一般共有”理论并不科学。其理由是:(1)该概念的内涵并不明确。民法通则第78条第2款规定,“共有分为按份共有和共同共有”,按份又称为“分别共有”。如果将“一般”作为与“夫妻”相对应的概念加以解释,那么“一般共有”就应解释为非夫妻之间的共同共有。因“在我

^{⑤6} Ruth L. Deech, *The Case against Recognition of Cohabitation*, *International and Comparative Law Quarterly*, (Vol. 29 APRIL 1980), P 481 - 482.

^{⑤7} 早婚在我国相当严重。依据江苏省1990年第四次人口普查资料,15-19岁妇女的早婚比重达5.13%,比1982年上升了2.93个百分点。城镇妇女的早婚率为1.87%,农村妇女的早婚率为5.95%。见中国妇女社会地位调查丛书《江苏妇女发展论稿—妇女发展理论及其在江苏的实践》,中国妇女出版社1995年版,第148页。

^{⑤8} 对于“结婚”时未达法定婚龄的“结婚”在当事人达到法定婚龄后,应类推适用婚姻法第8条。而且婚姻登记机关有应该有权责令当事人补办结婚登记。

国,共同共有的基本形式有两种,即夫妻共有财产和家庭共有财产”,⁵⁹因此一般共有就应该解释为家庭共有。但这又与家庭成员是基于婚姻、血缘和法律拟制而产生的原理相矛盾。因此说“一般共有”的内涵尚未明确。这将严重影响该规定的适用。(2)按照按份共有的“按照各自的份额分别对共有财产享有权利和承担义务的”原理加以处理与实际生活情况不协调。因为“很多事实婚姻的当事人象合法的夫妻一样承担着家庭功能:养家、在经济上和情感上相互支持、发生性行为、家政的运营”,⁶⁰并未象其他纯粹的财产法律关系那样有明确的分额。在我国婚姻法未明确规定家务劳动的价值与社会劳动的价值相等的情况下更容易造成不公平的后果。(3)它有否定当事人协商解决自己财产问题的资格和当事人的明示合同甚至默示合同之嫌。1989年《意见》第10款直接规定,“解除非法同居关系时,同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理”,并未象第9条那样以当事人协商不成为条件,与婚姻法的“离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理;协议不成时,由人民法院判决”的规定形成鲜明对照。这有否定当事人协商解决自己财产问题的权利之嫌。基于同样的理由,它还有否定当事人在同居关系存续期间制定明示合同或形成默示合同的权利之嫌。(4)一般共有过于简单难以适用。同居双方所得的收入和购置的财产经常涉及到不动产、动产、用益物权,甚至还涉及到知识产权、名称(字号)权、年金权等,分割的对象、分割的份额、分割的方法等问题需要非常复杂的技术性规定。而非简单的“同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理”(1989年《意见》第10条)、“具体分割财产时,应照顾妇女、儿童的利益,考虑财产的实际情况和双方的过错程度,妥善分割”(1989年《意见》第8条)之类的简单性规定所能够应付。

我国对于非婚同居的财产关系和终止时的财产分割应该适用默示合伙契约制度。适用合伙制度的理由是:(1)“合伙经营积累的财产归合伙人共有”较之“按份共有”更有利于保护专门或主要从事家务劳动的一方(主要是女方)的利益。(2)“两个以上的公民各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动”也符合同居双方(绝大多数在农村)的实际生产情况。(3)“合伙人对合伙的债务承担连带责任”也有利于维护交易安全。(4)“合伙终止时,对合伙财产的处理,有书面协议的,按协议处理;没有书面协议,又协商不成的,如果合伙人出资额相等,应当考虑多数人意见酌情处理;合伙人出资额不等的,可以按出资额占全部合伙额多的合伙人意见处理,但要保护其他合伙人的利益”,⁶¹既没有否定当事人的自由意愿,又照顾到出资额的大小。在具体分割对象、分割方法问题上,应准用夫妻之间财产分割的有关规定。(5)合伙既可以解决非法同居终止时的财产关系,也可以解决非法同居存续期间的财产关系,更加全面地调整了同居双方之间的财产关系。(6)逻辑上更合理,在同居关系终止时有关财产的分割只不过是合伙终止的自然结果。

6. 在双方终止非法同居关系后一方是否有扶养对方的义务问题上采用了否认的立法主义,但在具备法定条件的情况下责令一方为对方提供适当的经济帮助的作法既有优点也有缺点。其优点是:(1)有利于鼓励双方自食其力,在实现自我价值的同时为社会作出贡献。(2)利益衡量正确。如果在同居关系终止时,责令一方扶养另一方,将使同居双方得到的利益比离婚夫妻得到的更多。(3)给予适当的经济帮助照顾到双方的实际情况,有利于保护双方的

⁵⁹ 王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2000年版,第183页,第189页。

⁶⁰ Foreword, Report of the Working Group on Matrimonial Property and Family Protection (October 1988).

⁶¹ 有关规定参见民法通则第30条、第32条第2款、第35条第2款;最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)第50条。上述规定的解释参见佟柔主编《中国民法学民法总论》,中国人民公安大学出版社1990年版,第139页。

合法权益,还可以相应地减轻国家和集体的经济负担。其缺点是提供经济帮助的适用范围过窄,不利于人民法院根据案件的具体情况作出判决。应准用离婚后经济帮助的有关规定,设立“一方生活确有困难的”(1984年《意见》第14条)这一概括性条件。

7. 立法在非法同居的一方死亡的情况下是否承认对方的继承权问题上采用否决的立法主义,但在符合继承法第14条规定的情况下,按照有关扶助的具体情况处理是完全正确的。其理由是:(1)符合继承法原理。非婚同居双方没有婚姻关系,不属于继承法第10条所规定的继承人。而且其劳动(包括家务劳动)已经通过合伙制度得到正确评价。(2)这可以敦促当事人双方早日办理结婚登记。(3)如符合继承法第14条的规定就根据扶助的具体情况予以处理有利于“提倡和鼓励公民之间发扬互相帮助、互相支持的道德风尚”,^{⑥2}也有利于帮助经济困难的一方解决实际生活困难。

8. 在不当终止非婚同居的一方是否对于对方承担法律责任问题上采用赞同的立法主义是正确的。其理由是:(1)如果不规定损害赔偿,受害人的损害就无法得到填补。(2)如果不规定损害赔偿,就可能放纵喜新厌旧的行为。

(三)我国立法的解释和漏洞补充

基于以上分析,我国有关调整事实婚姻的立法应该作出以下的解释和完善:

1. 基本的指导思想是:事实婚姻在法律性质上是“违法的”,是“在对外开放、对内搞活经济的同时,不可避免地带来一些资本主义自由思想的侵蚀”的结果。^{⑥3}正因为如此,立法形式上采用立足现有立法主义。

2. 立法的重心是解决善后问题,但同时兼顾当事人非法同居期间(包括未被定性前的同居期间和通过法院的裁判或婚姻登记机关审查不符合结婚条件被定性为非法同居后,自同居开始到终止的期间)的法律关系。原则规定:对双方之间的法律问题依当事人的合意加以解决,没有合意的推定为存在合伙契约,但对于家庭暴力问题适用婚姻法的有关规定;对于善意第三人的法律问题准用婚姻的效力。

3. 对于事实婚姻进行区分:一方面,对同居时符合结婚条件的,通过简便、经济的程序将其补办或确认为夫妻关系。程序上采取二元主义:其一是补办登记手续。在补办时要查明同居开始时或同居期间是否符合结婚条件,还要查明双方是否以夫妻名义,群众是否认为双方是夫妻关系。为了节省登记成本,类推适用离婚夫妻复婚的有关规定,即不必再办理结婚体检。补办结婚登记具有溯及的效力。婚姻登记机关有权责令当事人补办登记手续。补办结婚登记手续与普通结婚登记一样有两种后果。其二是由法院加以确认。法院加以确认应有两个途径:第一,通过专门的确认之诉确认。经审理查明同居时符合结婚条件的、双方以夫妻名义、群众认为是婚姻关系的,应判决认定婚姻关系有效。第二,在审理一方提出的“离婚”诉讼过程中附带确认。由法院确认为婚姻关系的,发给判决书、调解书、裁定书。它们与结婚证具有同等的证明力。由法院确认为婚姻关系的与婚姻登记机关“予以登记、发给结婚证”具有同等的法律效力。为方便当事人的生产和生活,当事人可以以此请求换发结婚证。另一方面,对于同居时不符合结婚条件的,认定为非法同居关系。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。

4. 由婚姻登记机关“予以登记、发给结婚证”,或者由人民法院确认为婚姻关系或经调解

^{⑥2} 见佟柔主编:《继承法教程》,法律出版社1986年版,第90页。

^{⑥3} 见1986年1月28日民政部民政司颁发的《婚姻登记办法宣传提纲》问答(一)3。

和好发给调解书或裁定书或法院判决不准离婚的,当事人双方溯及地具有婚姻关系,适用婚姻法的有关规定。

5. 非法同居关系终止时,财产分割适用合伙终止的有关规定,具体的分割技术准用离婚后财产分割的有关规定。

6. 非法同居关系终止时,有能力的一方对于经济困难的一方应该提供经济帮助,具体内容准用离婚的有关规定。

7. 非法同居关系存续期间,一方死亡的,对方没有继承权。如果符合继承法第 14 条规定的,适当分得遗产。

8. 因一方实施婚姻法第 46 条所列举的违法行为而导致同居关系终止的,对于对方的损害予以赔偿。

9. 应追究非法同居方的行政违法责任。结婚登记是我国的重要行政管理行为。不办结婚登记即以夫妻名义同居生活属于行政违法行为。婚姻登记机关应依据行政处罚法的有关规定追究双方的行政责任。

Abstract : Originally , a de facto marriage is , in its legal nature , a non - existent marriage . Since the 1970s , western countries began to adjust their laws relating to de facto marriage so that the two parties of the cohabitation relationship have certain rights and obligations to each other . Some of the Chinese legal provisions on de facto marriage are too general and need to be interpreted , while others have loopholes and need to be amended .
