

【家事法】

意思自治在假结婚、假离婚中能走多远？

——一个公私法交叉研究

贺 剑

【摘 要】假结婚、假离婚行为的效力,是婚姻法上一道争讼不息,且理论与实务存在鸿沟的法律行为难题,涉及意思自治在三个层面的贯彻或限制。其一,在民事法律行为效力层面,通谋虚伪的结婚、协议离婚等婚姻行为应当类推适用《民法典》第1052条至第1053条而可撤销。婚姻登记公信力等信赖保护制度、社会治理等公共利益,均无法成为以婚姻登记补正通谋虚伪表示瑕疵的依据。其二,在公法行为效力层面,即使考虑作为司法行为的调解离婚,甚至将婚姻行为错误解释为行政行为,通谋虚伪的婚姻行为也仍然存在效力瑕疵。其三,在意思表示解释层面,假结婚、假离婚未必一律是通谋虚伪表示,应当基于当事人的意愿或利益作出解释,且法律和公序良俗无介入余地。尽管原理相通,但假离婚场合的财产分割和子女抚养约定,应一律解释为通谋虚伪表示而无效。

【关键词】通谋虚伪行为;婚姻登记公信力;意思表示解释;民行交叉;民刑交叉

【作者简介】贺剑,北京大学法学院院长聘副教授,法学博士。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2022.5.20~35

法律行为是意思自治的工具。在《民法典》时代,位于总则编、主要适用于财产法的(民事)法律行为制度,在何种程度上也适用于婚姻法?这在形式上关乎总则编和法律行为理论的辐射力,实质上涉及意思自治原则在婚姻法上的边界。该问题与夫妻财产制的构建问题,可谓婚姻法回归民法的“任督二脉”。^①意思自治原则和法律行为理论在婚姻法上能走多远,不仅涉及单纯关乎身份关系的婚姻行为,还涉及兼有身份和财产色彩的混合行为。学界对此不乏研究。但是,其中仍有一道学界争论数十年而未解、实务界却甚少争议的经典难题——假结婚和假离婚(行为)的效力。

在我国,旨在经由婚姻行为获取某种利益(如户口、拆迁款、购房资格、购房贷款优惠)的假结婚、假离婚,历来都不鲜见。^②对于此类行为,学界通常都是从通谋虚伪表示的角度切入,而排除了单方虚伪

表示所对应的假结婚、假离婚以及欺诈所对应的骗结婚、骗离婚。^③为了简化分析,本文亦从之。但严格说来,单方虚伪表示并不具有特殊性,单方虚伪的假结婚、假离婚,在现行法上仍应解释为通谋虚伪的假结婚、假离婚。^④而受欺诈的假结婚、假离婚,除了额外受制于撤销权,其他方面与通谋虚伪的假结婚、假离婚亦无不同。

对于假结婚、假离婚的效力,学界讨论数十年,迄今各执一词。主要见解包括:(1)假结婚、假离婚为无效;^⑤(2)假结婚、假离婚为可撤销;^⑥(3)假结婚、^⑦假离婚^⑧为有效;(4)假结婚原则上有效,假离婚则为无效;^⑨(5)假结婚无效,假离婚有效;^⑩(6)若当事人均未与第三人再婚,假离婚无效;相反,假离婚有效。^⑪

然而,在我国司法实践中,假结婚、假离婚大体均为有效。以假离婚为例,^⑫1979年《最高人民法院关于陈建英诉张海平“假离婚”案的请示报告的复

函》规定,“用先离婚后复婚的欺骗手段造成的假离婚”在法律上为有效。此后,最高人民法院虽无专门规定或裁判涉及假离婚的效力,但在一个再审裁定中曾附带提及,一方当事人为“获得更多贷款办理了‘假离婚’”,仅反映“办理离婚的原因,并不能否定离婚的效力”。^⑬在地方法院层面,笔者所见的裁判均认为假离婚有效。分歧仅在于,多数裁判采取如下“二分法”:在假离婚中,狭义的离婚约定即解除婚姻关系的约定为有效;但离婚协议中的其他约定,包括财产分割约定(离婚财产协议)、子女抚养约定等仍为无效。^⑭而少数裁判则认为,假离婚协议的所有约定均为有效。^⑮此外,部分案件的当事人仅主张财产分割约定或子女抚养约定无效,法院也仅支持其主张,而未一并涉及(狭义)离婚约定的效力。^⑯

以上学界的各执一词与实务界的异口同声形成巨大反差。在笔者看来,这主要源于问题本身的复杂性。假结婚、假离婚的效力问题,以最全面的方式展现了意思自治原则在婚姻行为中的适用及潜在障碍。这主要涉及三个问题。

第一,法律行为视角下的婚姻行为要件。按照通行认知,在承认婚姻行为是法律行为、以意思表示为要件的背景下,假结婚、假离婚(若)作为通谋虚伪表示,是否构成婚姻行为的效力瑕疵,进而产生何种法律后果?同时,基于婚姻行为的另一要件——婚姻登记以及其背后所承载的信赖保护、公共利益等诸多管制性考量,通谋虚伪表示瑕疵可否被补正?第二,公法行为视角下的婚姻行为要件。倘若不是从法律行为即私法行为的视角切入,而是从公法行为的视角切入,在婚姻行为构成司法行为(如调解离婚)或者可能构成行政行为的情形下,通谋虚伪表示瑕疵是否还会影响婚姻行为的效力?第三,意思表示解释。假结婚、假离婚真的一律是(或不是)通谋虚伪表示吗?

现有研究对第一个问题的分析未尽全面和一贯,对后两个问题更少有关注。为简化分析,本文先假定,假结婚、假离婚一律是通谋虚伪表示。在此背景下,无论是在私法行为层面(第一、二部分),还是在

公法行为层面(第三部分),只要承认婚姻行为的效力应当尊重当事人的意愿,即尊重意思自治原则,通谋虚伪表示瑕疵就会阻碍假结婚、假离婚的效力。进一步,在意思表示解释层面(第四、五部分),本文将提出一个一般性的解释框架,指出与现有认识不同,假结婚、假离婚未必一律是或者不是通谋虚伪表示,其效力应视情形而异;该框架也适用于离婚协议中的财产分割、子女抚养等约定的解释。

一、意思自治的体现:婚姻行为也应有通谋虚伪表示瑕疵

(一)通谋虚伪表示是婚姻合意瑕疵

在现行法上,双方当事人的意思表示合致(婚姻合意)无疑是婚姻行为的要件之一。最直白的理由是,法律行为以意思表示为核心要素(《民法典》第133条),故婚姻行为只要是法律行为,就应当包含婚姻合意的要件。有疑义的是婚姻合意瑕疵的类型。它是否限于前述胁迫结婚和欺诈结婚,而不包括其他瑕疵尤其是离婚行为的任何瑕疵?对此应予以否定回答。《民法典》第464条第2款规定,“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议”,可参照适用合同编的规定。可见,立法者无意使婚姻家庭编成为婚姻合意瑕疵的“垄断者”。退一步,纵然无法参照即类推适用合同编的规定,鉴于民法并不排斥类推,其他婚姻合意瑕疵也仍有类推适用婚姻家庭编有关规定的余地。

当然,通谋虚伪的婚姻行为稍有特殊。依照《民法典》第464条第2款,它原本可能类推适用通谋虚伪表示无效的一般规则(《民法典》第146条第1款),但是,该可能性已被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》(下称《婚姻家庭编解释一》)第17条第1款所排除。后者将“请求确认婚姻无效”的事由限定为《民法典》第1051条规定的情形。鉴于此,通谋虚伪的婚姻行为仅能类推适用胁迫结婚、欺诈结婚的规定,对应于可撤销的后果(详见下文)。

无效也好,可撤销也罢,前述类推适用都面临一个潜在障碍:结婚和离婚之“自愿”,可能仅限于意思

表示自由,而不包括意思表示真实;换言之,婚姻行为的合意瑕疵,仅指意思表示不自由,如被胁迫、欺诈,而不包括意思表示不真实,如重大误解、通谋虚伪表示。若如此,通谋虚伪的婚姻行为就不属于婚姻合意瑕疵,前述类推适用就不成立。有研究就持上述观点。“假离婚当事人的登记正是以双方自愿为前提条件的,反映出一方要求另一方自愿离婚的真实性,即相互间没有欺骗行为,据此形成的离婚协议符合双方的意愿。”^⑩也有法院持类似观点,“不论双方办理离婚是出于何种利益考量或者政策规避,双方签订离婚协议书,系双方自愿”,因此,对于当事人提出的离婚协议并非真实意思表示,而是假离婚以规避限购限贷政策的主张,法院就未予采纳。^⑪

以上将“自愿”限缩解释为意思表示“自由”,从而排除意思表示“真实”的见解无法成立。首先,这有悖于通常理解。在总则领域,针对意思表示瑕疵,一般仅区分意思表示不自由、意思与表示不一致,罕有意思表示不自愿、不真实之类的说法。^⑫少数早期研究虽然区分意思表示真实与自愿,并有“意思表示自愿真实原则”之说,但后者大体与“自愿原则”同义。^⑬换言之,“自愿”仍有广义、狭义之分,不必然总是狭义。进一步,在婚姻法领域,结婚、离婚之“自愿”,也被普遍等同于结婚或离婚之“合意”;结婚、离婚必须真实且自愿。^⑭其次,在现行法上,“自愿”“真实”也应等量齐观。自愿对应于自愿原则(《民法典》第5条),即意思自治原则;而意思表示“真实”,则为法律行为的生效要件之一(《民法典》第143条),对应于所有类型的意思表示瑕疵。例如,欺诈、胁迫等学理上的意思表示不自由,在现行法上同样属于“违背真实意思”的情形(《民法典》第148条至第150条)。最后,在价值层面,基于对意思自治的尊重,通谋虚伪表示也应当与其他意思表示瑕疵作相同对待。胁迫、欺诈等不自由的意思表示尚足以构成婚姻行为的瑕疵,举轻以明重,完全不真实、非双方当事人所欲的通谋虚伪表示,更应成为婚姻行为的瑕疵。

(二)通谋虚伪表示瑕疵的法律后果

若类推适用《民法典》第1052条和第1053条,通

谋虚伪婚姻行为应为可撤销,而非无效。这与通谋虚伪表示无效的一般规则并无实质冲突。首先,不同于通常法律行为,婚姻行为的无效与可撤销差别较小。两者均为宣告无效,而非自始无效(《婚姻家庭编解释一》第20条),接近于通常的可撤销。其次,通谋虚伪的婚姻行为可撤销而非无效,更契合意思自治。行使撤销权的主体以婚姻行为当事人为限,而确认婚姻行为无效的主体还包括特定利害关系人(《婚姻家庭编解释一》第9条)。在意思自治层面,婚姻合意的真实性仅涉及当事人私益,不必然牵涉他人利益或公共利益。婚姻行为效力的选择权应交给当事人,而非其他任何人。当然,如果牵涉公共利益,则属于国家强制范畴,自可另行适用违法或背俗无效规则。

对于通谋虚伪婚姻行为的撤销,需做两点说明。其一,撤销权可以被默示放弃。例如,在通谋虚伪结婚的场合,双方当事人若“假戏真做”,共同生活(同居)甚至生儿育女,则撤销权消灭。^⑮又如,在通谋虚伪离婚的场合,双方离婚后仍先同居、继而分居,该分居的事实,则未必可一律解释为双方当事人放弃了撤销权。

其二,通谋虚伪婚姻行为的撤销原则上具有溯及力。诚然,作为一般原则,结婚行为的无效或者被撤销不应具有溯及力。道理在于,与财产关系不同,婚姻关系在法律上虽可恢复原状,但事实上则不能——时光无法倒流,子女养育、婚姻生活等事实也无法重新来过。部分研究即以此为由,主张限制(有意思表示瑕疵的)无效或被撤销婚姻行为的溯及力。^⑯而且,《民法典》第1054条形式上虽规定,无效和被撤销婚姻一律“自始没有法律约束力”,但实质上同样设置了诸多例外规则。

(1)在财产关系方面,《民法典》第1054条规定“同居期间所得的财产……由人民法院根据照顾无过错方的原则判决”,《婚姻家庭编解释一》第22条规定,前述所得“按共同共有处理”,都肯定了法定财产制在结婚行为被确认无效或者被撤销时的适用余地。当然,在分割夫妻共同财产时,法院无须遵循

“照顾子女、女方和无过错方”的一般规则,而是遵循“照顾无过错方”的特殊规则。^④

(2)在身份关系方面,《民法典》第1054条虽仅笼统规定,无效或被撤销婚姻“当事人所生的子女,适用本法关于父母子女的规定”,并未明确有关子女是婚生还是非婚生。但如果认为,前述子女在法律上是非婚生子女,明显违背通常认知。^⑤在价值层面,无效或被撤销婚姻的双方当事人,在财产关系方面尚且原则上如同处于正常婚姻,举轻以明重,在身份关系方面,其子女更应认定为婚生子女。

此外,就当事人婚姻状态而言,也不能一概肯定婚姻行为无效或撤销的溯及力。如果承认溯及力,当事人无异于“未婚”;相反,当事人则因曾经有过婚姻而类似于“离婚”。该问题的现实意义不容小觑。尤其是在婚姻市场中,从未结婚之“未婚”,与婚姻无效或被撤销之“未婚”相去甚远。笔者认为,此种婚姻状态应直接表述为“婚姻无效或被撤销”,既契合现行法,也可避免社会观念的混淆。即使要强调溯及力,也须特别加注,如“未婚(婚姻无效或被撤销)”,以示有别于通常的未婚。

然而,以上一般原则并不适用于通谋虚伪的婚姻行为。其一,它首先不适用于通谋虚伪结婚。前述排斥溯及力的分析预设了当事人存在子女养育、婚姻生活等同居事实,但通谋虚伪结婚场合并无此类事实。其二,通谋虚伪离婚的被撤销,原则上应有溯及力。于此,男女双方离婚后往往继续同居,一段时间后才会分居并就离婚行为的效力产生争议。不论是尊重双方的意思自治,还是考虑双方离婚后继续同居的事实,在通谋虚伪离婚行为被撤销时,双方自通谋虚伪离婚以来的财产、身份关系均应如同处于正常婚姻。至于双方嗣后分居,仅能产生正常婚姻中的分居所对应的法律后果。实践中,有判决曾以“离婚涉及身份关系”不能回转为由,认定假离婚为有效。^⑥虽不乏洞见,但过犹不及。其忽略了,身份关系的不能回转仅在事实层面成立,与法律关系无涉;任何法律关系在法律层面都可恢复原状。而在事实层面,若贯彻该判决的逻辑,一味尊重或维持

子女抚养、婚姻生活等事实(通常存在于假离婚双方之间),假离婚行为恰恰原则上应当无效或可撤销,而非有效。

二、通谋虚伪表示瑕疵之补正? 私法行为层面的自治限制

实务中流行一种观点:假离婚虽为通谋虚伪表示,但鉴于男女双方已办理离婚登记,故仍为有效。^⑦这看似难以成立。婚姻行为欲有效,婚姻合意、婚姻登记两个要件缺一不可,换言之,婚姻合意要件的瑕疵即足以影响婚姻行为的效力。这也契合该要件背后的意思自治原则。不过,意思自治仍然可能受制于婚姻登记要件背后的其他价值,有效的婚姻登记因而仍有可能补正婚姻合意的瑕疵。

(一)意思自治与信赖保护

婚姻行为当事人意思自治的第一层潜在限制,是对第三人的信赖保护,主要体现有二。

(1)婚姻登记的公信力。据此,婚姻行为虽有通谋虚伪表示瑕疵,但仍为有效。^⑧这借鉴了物权法上的登记公信力,却不无混淆和误用。在物权法上,登记公信力以及类似制度(如善意取得)旨在保障第三人之“信”(赖),却无法使登记为“真”(实)。相反,只有在登记为“假”即有误时,登记公信力才有适用余地。婚姻登记公信力以及类似制度的旨趣大体亦应如此。据此有两点推论。

其一,只有在通谋虚伪离婚场合,才涉及第三人信赖婚姻登记(离婚登记)而为婚姻行为(结婚行为),婚姻登记的公信力才有适用余地。通谋虚伪结婚场合并无类似情形。

其二,在通谋虚伪离婚场合,只有在逻辑上先承认通谋虚伪离婚行为的法律后果是无效的,离婚登记因此“名不副实”,旨在保护第三人信赖的离婚登记公信力才有可能登场。其法律后果为:一方面,善意第三人与假离婚一方的结婚行为有效;另一方面,该新婚姻关系成立之时,通谋虚伪离婚双方的旧婚姻关系归于消灭。可纵是如此,离婚登记的公信力也仅是为了保护新的婚姻关系而消灭旧的婚姻关系;其从未补正通谋虚伪离婚行为的效力瑕疵,使之

成为有效的离婚行为,进而消灭旧的婚姻关系。两种途径虽然都可以消灭旧的婚姻关系,但构成要件、时点等都迥然有别。

综上,以婚姻登记公信力论证通谋虚伪结婚和离婚一律为有效,不能成立。与之类似但较为含糊的论证,如“依方式公然缔结之行为,不能因私的密约左右其效力”,据此无视通谋虚伪表示瑕疵,^②更是不能成立。

(2)协议离婚的独立性与无因性。即协议离婚不同于离婚协议,前者是果,后者是因,两者相互独立,且前者效力不受后者效力的影响。^③该主张旨在使协议离婚的效力免受离婚协议之通谋虚伪表示瑕疵的影响,虽针对假离婚,但也适用于假结婚。其灵感源自物权法上的物权行为独立性和无因性理论,但是自身逻辑构造存在重大缺陷。

最关键的,就婚姻关系的解除而言,所谓协议离婚的独立性,即协议离婚与离婚协议的区分,根本就不存在。一个财产交易通常可以区分为负担行为、处分行为,或者债权合同、物权合同,但是,一个离婚行为仅可能包含解除婚姻关系之“处分”行为。这不仅是因为,现实中罕有夫妻先负担离婚的义务,再履行该义务;更因为,前述离婚义务有戕害离婚自由之嫌,纵有此类约定,也会因违法或背俗而无效。因此,就婚姻关系的解除而言,协议离婚与离婚协议是一回事,均指处分性质的解除婚姻关系的合意;而离婚协议的意思表示瑕疵,也正是协议离婚的意思表示瑕疵。协议离婚的独立性尚不成立,无因性更无从谈起。退一步,纵然前述独立性和无因性都成立,在通谋虚伪结婚、离婚场合,对应的负担行为和处分行为仍很可能普遍都是通谋虚伪表示,婚姻行为的效力仍会因此受累。

(二)意思自治与公共利益

第二种潜在限制是公共利益,主要存在三种不同的论证路径。

(1)假结婚因背俗而有效。其要旨为:^④其一,假结婚未必违法无效。假结婚未必出于非法目的;即使出于非法目的,依比例原则,也“只需使其所欲达

成之目的不能实现即可,显然无需否定整个婚姻的效力”。其二,假结婚因背俗而有效。假结婚虽未必违法无效,却侵害了公共利益。姑息或纵容假结婚,“必将消解婚姻本身的伦理属性,对婚姻制度的存在根基造成危害”,“一方面将败坏社会的诚信风尚,另一方面更会使社会公众对婚姻家庭制度的认知造成偏差,形成‘重利益轻人伦’的不良风气”。因此,当事人请求撤销婚姻(即假结婚行为)时,应当不予支持,以提高假结婚的风险,遏制个体借机牟利的意图。

以上两点分析虽针对假结婚,但也适用于假离婚。其中,第一点遵循了违法无效的经典分析思路,可资赞同。但第二点难以成立。因为假结婚背俗,不等于请求撤销假结婚或宣告其无效的主张背俗。假结婚如果背离婚姻主旨、侵害公共利益,则应为无效,而非有效;^⑤换言之,请求撤销假结婚的主张,恰恰契合而非违背公序良俗。

(2)为维护婚姻登记背后的社会治理等公共利益,纵然假结婚、假离婚并非当事人的真实意思表示,仍以婚姻登记为准,承认前述行为的效力。该主张未见于现有研究,但不难想见。例如,实践中有法院认为,假离婚“是一种严重违背诚实信用道德、社会公序良俗的行为”,故离婚协议中的财产约定无效;但是,“离婚协议中人身关系一经登记即已生效”。^⑥此种区别对待,就有可能诉诸表彰婚姻关系而非财产关系的婚姻登记背后之公共利益。从其预设的价值排序来看,这种让婚姻关系契合婚姻登记的公共利益,不仅优先于意思自治,还优先于假离婚行为所可能违背的公共利益。

但前述主张同样不成立。诚然,不同于物权登记,婚姻登记作为婚姻行为的生效要件之一,可能主要不是为了减少交易成本、促进交易(如便于再婚),而旨在服务于社会治理等公共利益。但是,婚姻登记纵然对应于千万般公共利益,也仅是婚姻行为的生效要件之一。婚姻登记要件不能替代或补足意思表示要件。在价值层面,立法者将婚姻登记作为婚姻行为的生效要件之一,而非唯一生效要件,即已蕴

含公益与私益之平衡、管制与自治之边界。令意思自治完全让位于社会治理,进而在一定情形下舍弃意思表示要件,与前述平衡并不相符。

(3)惩罚通谋虚伪婚姻行为。例如,作为对“离婚意思表示故意不一致的制裁与惩罚”,应承认通谋虚伪离婚行为有效。^④可是,这不仅无法解释为何通谋虚伪表示原则上为无效而非有效,更有混淆“故意”与损害公共利益之嫌。若无关乎公共利益,前述故意就纯属当事人私事和意思自治范畴,无从“制裁与惩罚”;若损害公共利益,上文已述,假离婚(以及假结婚)也应当背俗无效,而非有效。

三、不复有通谋虚伪表示瑕疵? 公法行为层面的自治限制

如果婚姻行为并非民事法律行为,而是司法行为、行政行为等公法行为,通谋虚伪表示瑕疵是否仍会影响婚姻行为的效力?目前学界对此尚无探讨,以下在解释论层面予以分析。

(一)司法行为视角下的通谋虚伪调解离婚

作为司法行为的诉讼离婚,包括判决离婚和调解离婚。有研究指出,通谋虚伪表示瑕疵仅适用于协议离婚,不适用于诉讼离婚,因为后者有公权力介入,无通谋虚伪表示的空间。^⑤这只说对了一半。判决离婚必须满足法定的离婚条件(如感情破裂),其实质为单方解除婚姻,无须双方合意,自无意思自治以及通谋虚伪表示的可能;但是,调解离婚有所不同。

调解离婚作为调解的一种,应遵循自愿原则。1991年《民事诉讼法》(已修订)第180条首次规定,调解书违反自愿原则可以申请再审。同时,其第181条规定,“当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决,不得申请再审”,并未提及离婚调解书。统观两项规定,离婚调解书在违反自愿原则时应当有再审余地。此外,最高人民法院虽曾依据1982年《民事诉讼法(试行)》(已失效)第101条认为,当事人“欺骗组织和法院”“搞假离婚”取得离婚调解书的,离婚调解书送达后“即具有法律效力”,一方嗣后再婚不构成重婚。^⑥但是,这并未涉及、遑论否定通谋虚伪

的离婚调解书被再审的可能性——在送达之后、再审之前,离婚调解书不论是否违反自愿原则,都仍应当为有效。

不过,自2012年修法以来,《民事诉讼法》第202条规定对离婚调解书也不得申请再审。但是,笔者认为,基于当时的两项修法理由,^⑦前述推论仍有回旋余地。以下逐一评述。修法理由之一为,调解书与判决书有同等法律效力,应予相同对待。该理由不成立。它忽略了,调解离婚与判决离婚虽都有解除婚姻关系的同等法律效力,但是,两者的构成要件并不相同,是否受制于自愿原则或意思自治更截然相反,无从相同对待。修法理由之二为,离婚调解书生效后,对婚姻关系的解除予以再审,欠缺实益。若男女一方已与他人再婚,鉴于新的婚姻关系不应强行解除,故旧的婚姻关系无法经再审而恢复;若双方均未再婚,只要感情尚未破裂,径行复婚即可,也无须诉诸再审。该理由同样不成立。

若男女一方已与他人再婚,新的婚姻关系固然不应予以解除,但是,男女另一方以违背自愿原则为由,请求撤销离婚调解书(或确认其无效),却未必欠缺实益。新的婚姻关系有效而不应予以解除,是价值判断的结果。实现该结果的途径,可以是罔顾自愿原则,维持有意思表示瑕疵的离婚调解书的效力;但也可以是兼顾自愿原则。即一方面,有意思表示瑕疵的离婚调解书可经由再审而被撤销,旧的婚姻关系溯及恢复;另一方面,上文已述,基于登记公信力等信赖保护机制,旧的婚姻关系仅能溯及恢复至新的婚姻关系成立之前。此外,如果再婚行为的相对人不符合信赖保护的要求(如与男女一方共谋欺骗另一方),新的婚姻关系无效,旧的婚姻关系更有必要经由再审而予以恢复。

若男女双方均未再婚,经再审撤销违反自愿原则的离婚调解书,也有明显实益。立法者认为,男女双方只要感情尚未破裂,则可自行复婚,无须以感情尚未破裂为由申请再审。^⑧言外之意,若男女双方感情已经破裂,原本就能离婚,因此,法院不应当做无用功,先再审否定离婚调解书的效力,再另案判决男

女双方离婚。可是,这首先就有张冠李戴之嫌。离婚调解书的再审事由,应为违反自愿原则,而非感情是否破裂。其次,前述论证更忽略了,阻碍男女双方自行复婚之感情破裂,并不等于判决离婚所要求之感情破裂!后者的要求更高。

具体而言,当男女双方均未再婚时,依其感情状况,可区分三种情形:(1)男女双方感情甚笃,因而自愿复婚;(2)男女双方感情不和,但尚未达到判决离婚之感情破裂程度;(3)男女双方感情破裂,满足判决离婚的(实体)要求。第一种情形通常不会产生争议,而后两种情形则均为违反自愿原则的离婚调解书应予再审的主要场景。但即便是在第三种情形下,婚姻也不会自动解除。因为判决离婚还有诉讼离婚的程序要求,而后者仍有独立且重要的价值。正如调解离婚程序不能被当事人的私下合意替代,判决离婚程序也不能被调解离婚程序(外加感情破裂的实体标准)替代。在实践中,感情破裂的实体判断往往异化为多次起诉方能离婚的形式判断,^⑨而这更凸显了判决离婚程序的独立价值。

综上,至少在离婚调解书违反自愿原则时,以上两项修法理由均不成立,立法者忽略了再审程序在此等场合的重要实益。基于2012年《民事诉讼法》第202条追求再审程序的实益之立法目的,应对该条的离婚“调解书”作限缩解释,使其仅适用于离婚调解不违反自愿原则的场合;违反自愿原则的离婚调解,包括通谋虚伪的离婚调解,则不适用第202条,而适用第201条,当事人可以申请再审。^⑩

(二)行政行为视角下的通谋虚伪婚姻行为

婚姻行为与行政法的关联仅在于,作为婚姻行为生效要件之一的婚姻登记,在行政法上发挥确认婚姻关系是否发生、解除等功能。婚姻登记虽不属于旨在设定、变更或者消灭婚姻关系的行政行为,但仍属于旨在确认婚姻关系是否存在的行政确认为。^⑪在历史上,婚姻登记机关曾享有宽窄不一的撤销婚姻登记或婚姻行为的权限,据此将婚姻行为解释为行政行为,勉强尚可成立。然而,《民法典》第1052条删除了有关规定,婚姻登记机关不再享有前

述权限,^⑫行政行为的解释就不复成立。

退一步,假设婚姻行为被(错误)解释为行政行为,与上文对司法行为的分析类似,只要它还以婚姻合意作为要件之一,通谋虚伪的婚姻行为就仍然存在效力瑕疵。以下举例说明。

有判决认为,当事人的离婚协议并非真实意思表示,而是“通谋虚假离婚”,故离婚协议无效;但是,基于有效的离婚登记,婚姻关系仍然被解除。理由在于:其一,“鉴于婚姻登记之公示公信效力,虽然双方在办理离婚登记时真实意思为通谋虚假离婚,但并不因此导致离婚登记无效”;其二,登记离婚是“行政程序”,婚姻登记机关为双方办理离婚登记“并不存在过错”。^⑬这是罕见的行政行为角度的阐述。然而,在假设婚姻行为(即婚姻登记)是行政行为,但仍以当事人的婚姻合意作为要件的背景下,前述婚姻登记的“公示公信效力”所蕴含的公定力、公信力两层含义,也都无法使得通谋虚伪的婚姻行为终局有效。其一,基于行政行为的公定力,^⑭存在通谋虚伪表示瑕疵的婚姻行为虽不会当然无效,但是,经由嗣后的法定程序,依旧难逃被撤销的命运。其二,行政行为的公信力(或与之类似的信赖保护制度^⑮)同样无能为力。它旨在保护行政行为的相对人,如离婚行为的男女双方,而非行政机关自身。因此,无法基于行政行为意义上的离婚行为之公信力,认定通谋虚伪的婚姻行为有效。

此外,基于各种价值判断,婚姻登记机关虽负有一定的形式或实质审查义务,以确保婚姻登记的准确性。但是,该义务的适当履行,也仅能阻却登记不当所对应的(国家)赔偿责任。这并不意味着,作为行政行为的婚姻行为一定合法有效,可以免于通谋虚伪表示的效力瑕疵。婚姻登记机关的审查义务与赔偿责任,同婚姻行为的合法性并无对应关系。^⑯

四、易被忽视的前提:现有研究中的意思表示解释误区

以上分析均以假结婚、假离婚是通谋虚伪表示为前提,此为流行认识。不过,从意思表示解释来看,却未必如此。本部分先反思现有研究,下一部分

再阐释本文主张。

(一)形式意思与实质意思之区分包含误解

在我国台湾地区,对于(通谋)虚伪结婚、假装离婚等婚姻行为的“意思”,存在实质意思说、形式意思说两种不同的解释方案。依照实质意思说,结婚意思是指“形成婚姻共同生活关系之意思”,离婚意思则指“断绝实体上夫妻关系之意思”;而依照形式意思说,结婚意思是指“履行婚姻方式之意思(表示意思)”,即申请结婚登记之意思,离婚意思则指“申请离婚登记之意思”。基于实质意思说,通谋虚伪的结婚或离婚因欠缺相应意思表示而无效;而基于形式意思说,通谋虚伪的婚姻行为并无意思表示残缺,故应为有效。^④我国大陆地区也有学者遵从该区分。^⑤

意思表示解释主要有意思主义、表示主义两种解释视角,前者强调表意人的内心“意思”,后者强调表意人的外在“表示”。前者从表意人角度解释意思表示,完全尊重意思自治;后者从接收人角度解释意思表示,谋求意思自治与信赖保护的平衡。据此,前述实质意思说的确与意思主义一致,但是,形式意思说则包含对表示主义的误解——在表示主义之下,意思表示的接收人虽应当采理性人标准,但并非理性的任何人,而特指理性的意思表示相对人!在合同场景,即合同相对人;在婚姻场景,即夫妻另一方。由此有两项重要推论。

其一,即使采表示主义,婚姻登记机关也并非婚姻行为的意思表示相对人,故不能从婚姻登记机关的角度解释意思表示。因此,男女双方纵有“欺骗”婚姻登记机关、“骗取”婚姻登记的意图,^⑥该意图也无关乎意思表示解释。^⑦有法院认为,“身份行为重在身份事实和必要法律程式,应当采取表示主义”,故通谋虚伪的假离婚有效,^⑧即属此类误会。还有研究虽未诉诸表示主义或者形式意思说,但也认为,在登记离婚场合,夫妻感情是否破裂“只能够凭借夫妻双方在办理离婚时向民政部门表达的意思加以判断”。^⑨这除了误将感情破裂作为协议离婚的标准,更混淆了离婚意思表示的相对人。

其二,即使采表示主义,并从相对人的角度解释婚姻行为的意思表示,表示主义也并非无远弗届,至少应在通谋虚伪表示的场合让位于意思主义。这实为常识:相对人于此明知表意人的意思表示虚伪且通谋追求之,缺乏对客观“表示”的信赖,信赖保护无用武之地。而一旦采意思主义,则应基于表意人的内心意思,分别解释婚姻行为的要约、承诺,通谋虚伪的婚姻行为自然也就存在效力瑕疵。

综上,无论意思表示解释的一般规则为何,在通谋虚伪婚姻行为的场合,均应以当事人的主观意思而非外在表示为准。就用语而言,实质意思说、形式意思说等概念包含歧义或误会,应予放弃。^⑩但就结论而言,实质意思说的结论与意思主义的结论相同,仍旧成立。

现有研究中另有两类误会。第一类主要基于“身份行为的法定性”,批判形式意思说和实质意思说。形式意思说不成立,“是因为当事人仅具有形式意思并不足以表明其愿意发生身份关系的变动”;实质意思说不成立,则因为身份关系的权利义务由法律规定,“法律只要求当事人表达出是否愿意创设或解消身份关系的意思;”,即“身份意思”,而不问其有无“在事实上共同生活或解除共同生活的意思”。据此,在假结婚时,当事人并非以变动法律上的身份关系为目的,而是有其他目的,故不存在身份意思,构成虚假表示;而在假离婚时,当事人办理离婚登记的目的就是解消法律上的身份关系,故存在身份意思,并非虚假表示。^⑪

该分析在意思表示解释方面有两点误区。其一,它忽略了身份行为的法定性(身份行为权利义务之法定),仅关乎当事人意思表示可否发生所追求的法律后果,如婚姻可否附期限等,并不涉及、遑论影响意思表示的解释。身份行为的法定性与形式意思说、实质意思说等并不相干。其二,对“身份意思”的误用。强调身份行为须有身份意思,即得丧变更身份关系的意思表示,诚然正确。但是,单凭身份意思的概念,不足以否定实质意思说或形式意思说。后

两者正是岩份意思的不同解释版本。而且,假结婚、假离婚的当事人通常都在婚姻行为之外另有所求,由此认为假结婚的身份意思为假,假离婚的身份意思却为真,未尽一贯。

第二类误会并不涉及实质意思说、形式意思说的争论,而是直接基于意思主义、表示主义的区分,探讨通谋虚伪结婚的法律后果。基于意思主义,通谋虚伪的结婚应为无效;基于表示主义,则为可撤销。⁵⁵这也不无误会。意思主义、表示主义作为意思表示的解释规则,仅能影响意思表示的内容,而无从左右意思表示瑕疵的法律后果。

(二)意思表示内容与动机之区分无关宏旨

在假离婚场合,还有研究提出应参考司法实践,区分意思表示的内容与动机。一方面,获取拆迁款等假离婚行为的目的,仅为“当事人的动机和意图”,无关乎意思表示的真实或虚假。另一方面,当事人唯有离婚方能获取拆迁款或者实现其他目的,故其“意欲离婚的内心效果意思是真实的”,符合离婚的“自愿”要求。假离婚的当事人往往约定复婚,也说明其知晓前述离婚的法律后果。⁵⁶

以上对意思表示内容和动机的区分,以及将获取拆迁款等目的界定为动机,避免其与离婚意思表示的真实性直接挂钩,均可资赞同。民政部曾有规定提及,逃避债务等“离婚目的”不影响离婚效力;⁵⁷该“目的”也应指动机。不过,内容与动机的区分无关宏旨,不仅无助于解释婚姻行为的内容,还可能遮蔽动机与内容之间的重要关联。例如,前述研究认为,当事人只有做出真实的离婚意思表示,才能获取拆迁款或者实现其他目的。这就忽略了意思表示解释上的诸多可能性。简单说,为达到目的,当事人可以真离婚再真复婚,但也可以假离婚再假复婚,下文详述。

五、自治与管制之平衡:通谋虚伪表示的一个解释框架

(一)基于当事人意愿或利益之解释

(1)有明确约定。如果当事人私下明确约定,登记结婚或离婚不是双方真实意思,而是实现其他目

的手段,则基于意思自治,婚姻行为应解释为通谋虚伪表示。对此有两点说明。

其一,在证据层面,当事人向婚姻登记机关提交的离婚协议,或者在公证离婚协议时向公证机关所作的陈述,并非当事人意思表示的唯一载体和证据。若当事人私下还有相反约定,其意思仍可能须以后者为准。实践中有判决对于一方当事人提交的《假离婚协议》,不是基于意思表示解释规则予以否定,而是仅以另一方不认可为由不予考虑,⁵⁸未必妥当。

其二,在实体层面,前述私下的相反约定通常表明,当事人登记结婚或离婚的行为属于通谋虚伪表示。有判决认为,当事人私下签订的旨在给一方子女办理户口的《假结婚协议书》违背公序良俗,“不得作为一方主张离婚的理由和依据”。⁵⁹这忽略了,《假结婚协议书》固然无效,其中的户口办理、报酬支付等权利义务因此并不存在;但是,作为意思表示的证据,《假结婚协议书》对于当事人的结婚合意是通谋虚伪表示的证明力却无从被认定“无效”,而应予以认可。基于该《假结婚协议书》,案涉结婚行为原则上应解释为通谋虚伪表示。

(2)约定不明或者没有约定。前者如当事人仅约定,双方离婚后须办理复婚,或结婚后须办理离婚;后者如当事人无任何约定,但能够证明,婚姻行为旨在实现获取拆迁款等目的,且双方离婚后仍然继续同居一段时间,或者结婚后并未同居。在此,就存在两种截然相反的解释方案:假结婚或假离婚的婚姻合意可能为真实,也可能为虚假!

婚姻合意是有相对人的意思表示,当其内容不明时,应主要基于诚信原则,寻求平衡甚至兼顾双方当事人利益的解释方案,以契合当事人的潜在意愿(《民法典》第142条第1款)。以假离婚为例,这主要涉及双方当事人的三种利益:(1)保障婚姻存续的利益,对应于复婚不能的风险;(2)保有离婚所得的利益,对应于嗣后失去该所得(如拆迁款)的风险;(3)免于承担刑责的利益,对应于承担刑责(如假离婚获取拆迁款可能构成诈骗罪)的风险。

前述两种解释方案对应于不同的利益格局。如果假离婚的当事人意在假离婚、假复婚,则离婚行为无效。他们通常无须担心复婚不能的风险;但是,由于不具备婚姻状态所对应的利益分配资格,当事人假离婚之所得可能嗣后被有关利益分配主体以不当得利等为由请求返还,甚至还须面临诈骗罪等刑事责任。相反,若假离婚的当事人意在真离婚、真复婚,则离婚行为有效。他们虽有复婚不能的风险,却通常可以终局保有离婚所得,且无承担刑责的风险。

针对当事人的前述三种利益,不难得出如下价值排序和解释结论。其一,免于承担刑责的利益最为要紧。故凡有承担刑责之虞,“假离婚”应解释为真实的离婚表示,推定当事人甘愿为此承受复婚不能的风险。这主要见于骗取“公私财物”(《刑法》第266条),即借假离婚获取经济利益(如拆迁款)的情形。其二,若无承担刑责之虞,保障婚姻存续的利益优先于保有离婚所得的利益。于此,“假离婚”应解释为通谋虚伪的离婚表示,至少可被撤销。这契合人之常情。假离婚的初衷,是既要婚姻又要离婚登记所对应的其他利益;若二者不可兼得,当事人通常不会因小失大,为其他利益而舍弃婚姻。

上述解释框架同样适用于假结婚,不过具体利益的内涵稍有变化。例如,旨在骗取拆迁款的假结婚行为,因为涉及刑责,原则上应解释为真实的结婚表示。又如,旨在让各自父母安心,并无任何共同生活的男女同性恋之间的假结婚,因为不涉及刑责,免于婚姻存续的利益就优先于保有结婚所得的利益,因此,原则上应解释为通谋虚伪的结婚表示。

(二)法律和公序良俗并无介入余地

以上意思表示的解释着眼于当事人的明确约定或潜在意愿,仅关注当事人的利益。这是否规避了拆迁款分配规定、限购限贷政策等相关“利益分配规定”,甚至规避了诈骗罪等刑法规定,从而有违背法律或者公序良俗之嫌?笔者认为,没有。

首先,在教义学层面,法律和公序良俗均无从影响意思表示的解释。它们仅能评价法律行为的效

力。意思表示的解释以意思自治为圭臬,仅需顾及当事人的意愿或利益;法律行为的效力评价,才须兼顾国家强制,也才有违法无效、背俗无效等规则的用武之地。在逻辑先后顺序上,首先需解释以确定意思表示的内容,之后才有效力评价的余地。

再深究,前述意思表示的解释是否需要考虑法律和公序良俗,涉及公私法如何分工合作的“大哉问”。就此存在多种方案。一种副作用较大的方案是捆绑公法和私法,即前述利益剥夺、刑事责任,均以假结婚、假离婚无效为前提。只有假结婚、假离婚无效,当事人的所得才会失去根据,利益分配主体才有权请求返还,诈骗罪等刑事责任也才有适用余地。相反,如果假结婚、假离婚有效,当事人至多有“打擦边球”或滥用利益分配规定之嫌,未必失去其所得,更无须承担刑责。在此预设下,为实现相应管制,就有必要让法律和公序良俗强行介入意思表示的解释,使假结婚、假离婚一律沦为通谋虚伪表示而被否定效力。但是,这不仅歪曲了当事人的真实意思,有悖于意思自治,还突破了现行法上的违法及背俗无效规则,因为在法律行为的效力评价层面,假结婚、假离婚未必一律因违法或背俗而无效;但借道意思表示解释,假结婚、假离婚却一律违法或背俗,并因此归于无效!

另一种副作用较小的方案是公法的归公法、私法的归私法,依据相关法律的规范目的决定彼此的分工合作。尤其是,公法的管制虽然可以参考私法对法律行为效力或法律关系的评价,却无须受其掣肘,与之一致。具体而言,不论假结婚、假离婚在私法上是否为通谋虚伪表示、是否为有效,利益分配规定、刑法规定等均可能有介入余地。以下详述。

(1)利益分配规定的目的和介入通常易于判断。以“绿卡婚姻”,即外国人为取得在本国的永久居留许可而与本国公民结婚,但并未实际共同生活为例。相关法规向本国公民的外国人配偶授予永久居留许可,旨在便于两者共同生活。前述“绿卡婚姻”明显背离了该规范目的。因此在公法层面,前述居留许可的授予对象不应泛泛为本国人的外国人配偶,而

应限定为有共同生活事实者。如此,虽然“绿卡婚姻”在私法上为真实意思表示甚至有效,公法上仍可拒绝授予或剥夺当事人的“绿卡”。为获取户口而假结婚的“户口婚姻”,也应做类似处理。

(2)刑法规定的目的和介入涉及两种场景。第一种场景如重婚罪,仅涉及刑法和私法的分工合作。这相对简单,只需明确重婚罪旨在维护婚姻秩序,并避免不当捆绑或误会即可。例如,重婚罪不以两段婚姻在私法上同时有效为前提。即使后一段婚姻因重婚而在私法上无效,或者前一段婚姻是通谋虚伪结婚且已经被撤销,仍可成立重婚罪。又如,假离婚后男女一方再婚,不涉及重婚罪。对此通常的解说为,该假离婚是真实意思表示,再婚一方并未重婚。^⑥而依笔者所见,该假离婚原则上应当解释为通谋虚伪表示,因而可撤销;不过,再婚一方通常仍然不构成重婚罪。其一,再婚一方的后一段婚姻不涉及重婚罪,是因为一旦再婚行为因婚姻登记的公信力而有效,新的婚姻关系成立,(通谋虚伪离婚所未曾解除的)旧的婚姻关系即归于消灭。其二,再婚一方在前一段婚姻也不涉及重婚罪,是因为其一旦再婚,与原配偶既无法律上的婚姻,事实上通常也不会再以夫妻名义同居。相反,如果前述再婚一方再婚后仍与原配偶以夫妻名义同居,仍可例外构成重婚罪。

第二种场景相对复杂,不仅涉及刑法与私法的互动,还涉及刑法与相关利益分配规定(如行政法规规定)的互动。以假离婚获取拆迁款为例,其关键在于当事人是否虚构事实,构成诈骗罪。^⑦就刑法和私法的互动而言,上文已述,一旦基于意思表示解释,明确假离婚的当事人是“真离婚+真复婚”,其至少未在虚构婚姻法律关系的意义上“虚构事实”,因而不成立诈骗罪。^⑧以下重点考虑刑法规定和利益分配规定的互动,从两方面阐述。

其一,刑法介入的必要性。只有在相关利益分配规定力有不逮时,刑法才需要补充介入。以假离婚规避房屋限购限贷政策为例,如果限购限贷政策已有配套规定,男女离婚后,在一定期限内仍视为已

婚,^⑨则无论离婚真假,以离婚行为规避限购限贷政策的现象都将得到有效遏制。刑法于此无须介入。

其二,刑法介入的正当性。这在很大程度上取决于相关利益分配规定的正当性。在许多场合,假结婚、假离婚层出不穷,除了人性之恶,更是制度之失,即利益分配规定有失妥当,尤其是不当地与当事人的婚姻状态挂钩。例如,拆迁补偿本应以被拆迁房屋权利的价值为准,目前却不当地考虑被拆迁房屋的户籍人口多寡。后者与婚姻状况间接相关,却与房屋权利状况毫不相干。^⑩又如,利益分配规定即使应当与婚姻关系挂钩,仍然可能设计失当。以福利房分配为例,如果单身一人就可以分配一套房屋,而已婚的夫妻双方也只能分配一套大体相同的房屋,且不再享有分房资格,则不啻为已婚者的悲剧。在以上场合,利益分配规定的正当性存疑,甚至有折腾、歧视婚姻之嫌;当事人的假结婚、假离婚,也就不无“为权利而斗争”的无奈与悲壮。于此,刑法规定的补充介入须慎之又慎。

(三)拓展应用:财产分割、子女抚养约定的效力

假结婚、假离婚主要关乎婚姻关系的变动,但是在(协议)离婚场合,还经常涉及财产分割、子女抚养等约定。上文的分析也大体适用于此,但结论有所不同。

如果当事人在提交婚姻登记机关的离婚协议之外,另有针对财产分割、子女抚养之意思表示真假的约定,自应予以尊重。当然,当事人通常并无此类私下约定,故只能诉诸意思表示解释。结论为:不论当事人离婚(解除婚姻)意思表示之真假,只要无相反的私下约定,其关于财产分割和子女抚养的约定应一律解释为通谋虚伪表示,并参照适用《民法典》第146条第1款而为无效。形式上,这源于离婚协议中的财产分割、子女抚养和解除婚姻涉及不同事项,效力上未必同命运。实质上,则源于对当事人利益或意愿的以下分析。

其一,在多数场合,相关利益分配规定仅与当事人的婚姻关系挂钩,而与财产、子女状况无涉。因此,当事人为规避刑责或终局保有所得,固然可能真

离婚,进而承受复婚不能的风险;却没有任何必要使财产分割、子女抚养等约定一并为真。

其二,在少数情形,以假离婚谋求经济适用房的购房资格为例,购房资格虽然也部分取决于当事人一方的财产状况,但只要无关乎刑责,仍应认为,离婚协议中的财产分割约定仅旨在改变财产的登记或占有,而非权属;相应的财产权属约定仍为通谋虚伪表示而无效。

可见,本文开篇提及的实践中通谋虚伪离婚的“二分法”,即离婚约定有效,而财产分割约定无效,虽然遗漏了婚姻行为效力和意思表示解释的诸多难题,但关于财产分割约定是通谋虚伪表示进而无效之结论,仍旧成立。当然,关键是意思表示的解释,而非人身与财产的区隔——例如,子女抚养约定虽然涉及人身关系,但其解释应当与财产分割约定的解释相同。实践中,区分人身关系与财产关系的极端示例为,在假结婚的场合,法院一方面支持当事人的离婚请求,间接认可假结婚为有效;另一方面,却以双方没有结婚共同生活的真实意思表示、“没有婚姻事实基础”为由,否定一方分割夫妻共同财产的请求。^⑥其结论正确,但说理应修正为:假结婚是通谋虚伪表示而可撤销,一旦被(溯及)撤销,双方无从离婚;又根据《婚姻家庭编解释一》第22条,因双方并未“同居”,“共同共有”也就无从谈起。

六、结论

作为一道争讼不息的婚姻法经典难题,假结婚、假离婚的效力涉及三个层面的意思自治之贯彻与潜在限制。本文尝试在现有研究基础上澄清误会、扫除盲区。主要结论如下。

其一,在现行法上,结婚、协议离婚等婚姻行为作为民事法律行为,同时以婚姻合意、婚姻登记为生效要件。两者缺一不可,蕴含意思自治与国家强制的平衡。正因为婚姻关系的缔结与解除必须顾及而不能无视当事人的意思,婚姻合意才成为婚姻行为的要件之一;通谋虚伪表示等婚姻合意的瑕疵,才应当在考虑婚姻关系特殊性的基础上,类推适用《民法

典》第1052条至第1053条而可撤销。同时,因为婚姻登记只是婚姻行为的要件之一,而非唯一要件,婚姻登记的有效并不足以补正婚姻合意的瑕疵。在价值层面,这反映了立法者的权衡,即意思自治与婚姻登记背后的社会治理等公共利益应当并驾齐驱,不能牺牲意思自治而一味成全社会治理。至于以婚姻登记公信力、协议离婚的独立性与无因性等信赖保护制度,补正婚姻行为的效力,纯属理论误用,自身逻辑构造问题重重。

其二,退一步,即使从现有研究未曾关注的公法行为的角度审视婚姻行为,通谋虚伪的婚姻行为仍然存在效力瑕疵,无从终局有效。其中,调解离婚虽为司法行为,但通谋虚伪的离婚调解书因违反自愿原则,仍应当经由再审予以撤销;《民事诉讼法》第202条应作目的性限缩解释,排除违反自愿原则的离婚调解。同理,纵然结婚和协议离婚被(错误)界定为行政行为,行政行为的公定力、公信力等,也都无法终局补救通谋虚伪婚姻行为的效力瑕疵。

其三,在意思表示解释上,假结婚、假离婚是否一律是或不是通谋虚伪表示?对此,流行的形式意思说、实质意思说之争,包含对表示主义、意思主义等意思表示解释一般规则的误解;而内容与动机的区分则无关宏旨,甚至可能遮蔽假结婚、假离婚的内容与动机在意思表示解释上的重要关联。基于获取拆迁款等婚姻行为之外的目的或者动机,假结婚、假离婚的意思表示可能为真,也可能为假。本文由此提出了一个具有一般意义的通谋虚伪表示的解释框架:首先,如果当事人私下有明确约定,自应予以尊重;其次,如果约定阙如或者约定不明,以假离婚为例,则应当考虑当事人的保障婚姻存续、保有相应所得、免于承担刑责三重利益,婚姻行为的合意相应为真或者为假。以上意思表示解释虽仅关注当事人的意愿或利益,但是,法律和公序良俗并无介入余地,假结婚、假离婚不会因此一律沦为通谋虚伪表示。该意思表示的解释框架也适用于假离婚场合的财产分割和子女抚养约定,后者应一律解释为通谋虚伪表示而无效。

本文的写作,得益于刘建业、陈嘉敏、张钰涵三位同学的建议和协助,得益于北京大学法学院“教师学术工作坊”上,戴昕、廖雪霞、张翔、张双根、沈岩、常鹏翔、郭雳、俞祺、陈若英、刘哲玮、金锦萍、金自宁、陈一峰、车浩、杨明、吴训祥、曹志勋等诸位师友的指点和批评,在此一并致以谢忱。

注释:

①参见贺剑:《论婚姻法回归民法的基本思路:以法定夫妻财产制为重点》,载《中外法学》2014年第6期,第1501页。

②假结婚、假离婚还有其他称谓,如虚假(伪)婚姻、假装结婚(离婚)、通谋虚伪婚姻等。

③单方虚伪表示也可能和结婚、离婚行为发生复杂的组合。参见许莉主编:《婚姻家庭继承法学》(第2版),北京大学出版社2012年版,第106页(涉及单方虚伪假离婚);申晨:《论婚姻无效的制度构建》,载《中外法学》2019年第2期,第469页(涉及单方虚伪真结婚)。关于骗结婚、骗离婚参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第319页。

④同理,单方虚伪(真意保留)的真结婚、真离婚也应如此解释。一般分析,参见纪海龙:《真意保留与意思表示解释规则——论真意保留不具有独立的制度价值》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第3期。

⑤参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第192、464页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第339页。因主题等缘故,部分研究仅论及假结婚无效,未涉及假离婚效力,参见夏吟兰主编:《婚姻家庭法学》,中国政法大学出版社2012年版,第76、116-118页;李昊、王文娜:《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》,载《法学研究》2019年第4期,第112-113页。相反,部分研究仅论及假离婚无效,未涉及假结婚效力,参见杨大文、龙翼飞主编:《婚姻家庭法》(第7版),中国人民大学出版社2018年版,第76-99、139-142页。

⑥参见姜大伟:《论〈民法总则〉对亲属身份行为的调整——兼评我国〈民法总则〉相关之规定》,载《学术论坛》2017年第5期,第25页。仅论及假结婚可撤销者,参见许莉主编:《婚姻家庭继承法学》(第2版),北京大学出版社2012年版,第64页;冉克平:《论婚姻缔结中的意思表示瑕疵及其效力》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第5期,第122页(立法论)。

⑦参见申晨:《论婚姻无效的制度构建》,载《中外法学》2019年第2期,第468-470页;蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第138-146页。

⑧参见陈小君:《试析假离婚与骗离婚》,载《中南政法学院学报》1989年第3期,第63页;房绍坤等:《婚姻家庭与继承法》(第4版),中国人民大学出版社2015年版,第73-75页。推定为有效者,参见张力:《试论对假离婚效力的法律规制》,载《甘肃政法成人教育学院学报》2001年第4期,第29-31页。

⑨参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第184、318-319页。

⑩参见田韶华:《民法典编纂中身份行为的体系化建构》,载《法学》2018年第5期,第91-93页;冉克平:《论意思自治在亲属身份行为中的表达及其维度》,载《比较法研究》2020年第6期,第126-129页。

⑪参见马忆南:《婚姻家庭继承法学》(第3版),北京大学出版社2014年版,第110-111页。

⑫关于假结婚效力的裁判颇为少见。明确判定假结婚为有效者,参见陈某诉姜某婚姻无效纠纷案,[法宝引证码]CLI.C.90064729。

⑬最高人民法院(2019)最高法民申714号民事裁定书(可有可无的旁论)。

⑭参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终10856号民事判决书;上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115民初61409号民事判决书。初步梳理,参见蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第142-146页。

⑮参见管纪尧:《张忠山诉王淑英离婚后财产纠纷案——通谋虚伪离婚的效力》,载高憬宏主编:《审判案例研究》(第四卷),法律出版社2015年版,第31-36页;河北省高级人民法院(2019)冀民申8567号民事裁定书。

⑯参见最高人民法院(2019)最高法民申445号民事裁定书。关于(继)子女抚养约定无效,参见重庆市高级人民法院(2016)渝民申1732号民事裁定书。

⑰陈小君:《试析假离婚与骗离婚》,载《中南政法学院学报》1989年第3期,第63页。

⑱参见河北省高级人民法院(2019)冀民申8567号民事裁定书。

⑲参见梁慧星:《民法总论》(第4版),法律出版社2011年版,第177-182页。

⑩参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第44、136、149-153页。

⑪参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第314-315页;夏吟兰主编:《婚姻家庭法学》,中国政法大学出版社2012年版,第76、116页。少数研究明确指出,“双方自愿”易生歧义,应替换为“结婚的合意”,即“同意结婚的意思表示必须真实、自愿”。参见金眉:《论通谋虚伪结婚的法律效力》,载《政法论坛》2015年第3期,第188页。另参见2005年《最高人民法院行政诉讼庭关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》(“证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示”)。

⑫类似结论,参见金眉:《论通谋虚伪结婚的法律效力》,载《政法论坛》2015年第3期,第190页。

⑬全面否定溯及力者,参见姜大伟:《论〈民法总则〉对亲属身份行为的调整——兼评我国〈民法总则〉相关之规定》,载《学术论坛》2017年第5期,第28页;仅在假结婚(等创设性身份行为)场合否定溯及力者,参见田韶华:《民法典编纂中身份行为的体系化建构》,载《法学》2018年第5期,第94页。

⑭更精细的讨论,参见申晨:《论婚姻无效的制度构建》,载《中外法学》2019年第2期,第474-475页。

⑮参见孙若军:《对重婚无效的处理立法需要完善的几个问题》,载《金陵法律评论》2006年第1期,第88页。

⑯参见上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115民初61409号民事判决书。

⑰参见四川省高级人民法院(2019)川民申852号民事裁定书;上海市浦东新区人民法院(2018)沪0115民初61409号民事判决书。相反观点,参见蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第141-142页。

⑱参见刘耀东:《虚假离婚若干法律问题研究》,载《云南大学学报(法学版)》2011年第2期,第50页。还有误称(离婚登记)“公示力”或“公示公信力”,并得出类似结论者,参见四川省高级人民法院(2018)川民申4957号民事裁定书。

⑲参见[日]栗生武夫:《婚姻法之近代化》,胡长清译,中国政法大学出版社2003年版,第59页;刘耀东:《虚假离婚若干法律问题研究》,载《云南大学学报(法学版)》2011年第2期,第50页。

⑳参见刘耀东:《虚假离婚若干法律问题研究》,载《云南大学学报(法学版)》2011年第2期,第49页。

㉑参见申晨:《论婚姻无效的制度构建》,载《中外法学》

2019年第2期,第469-470页。类似但更简略的道德评价(适用于假结婚和假离婚),参见龙俊:《〈民法典〉中婚姻效力瑕疵的封闭性》,载《社会科学辑刊》2022年第4期,第73页。

㉒参见李昊、王文娜:《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》,载《法学研究》2019年第4期,第112页。

㉓内蒙古自治区包头市九原区人民法院(2019)内0207民初969号民事判决书。

㉔参见刘耀东:《虚假离婚若干法律问题研究》,载《云南大学学报(法学版)》2011年第2期,第50页。

㉕参见刘耀东:《虚假离婚若干法律问题研究》,载《云南大学学报(法学版)》2011年第2期,第46页。

㉖参见《最高人民法院关于熊碧华与杨万福婚姻纠纷一案的处理意见的电报答复》(1985年)。

㉗参见王胜明主编:《中华人民共和国民事诉讼法释义:最新修正版》(第2版),法律出版社2012年版,第489页。

㉘类似主张也见于民事法律行为框架下的协议离婚:假离婚之有效,在于男女双方如果感情尚未破裂,自行复婚即可;法院以司法权力介入,恢复原婚姻关系,有强迫他人结婚之嫌。参见蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第146页。下文的批评也适用于此。

㉙参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》,法律出版社2020年版,第151页。

㉚结论相同,但主要以《婚姻登记管理条例》(已失效)第25条为依据者,参见马忆南:《婚姻家庭继承法学》(第3版),北京大学出版社2014年版,第110页。赞同再审,但担心“难以找到规定的支持”者,参见许莉主编:《婚姻家庭继承法学》(第2版),北京大学出版社2012年版,第107页。有法官曾撰文指出,假离婚的判决也应例外允许再审,参见郭斌:《对当前假离婚案件的调查与研究》,载《人民司法》1992年第2期,第37页。

㉛参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》(第4版),北京大学出版社2016年版,第219页。

㉜参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》,法律出版社2020年版,第45页;《婚姻家庭编解释一》第17条第2款。

㉝参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终10856号民事判决书。

㉞参见章志远:《行政法学总论》,北京大学出版社2014年版,第173-177页。

④在行政法学上,行政行为的效力并无“公信力”,更常用的概念是信赖保护原则(及诚信原则)。参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第76页;何海波:《行政诉讼法》(第3版),法律出版社2022年版,第76-77页。

④⑥对结婚行为的类似分析,参见田韶华:《论婚姻登记行政诉讼的判决方式》,载《行政法学研究》2020年第1期,第85页。

④⑦参见陈棋炎等:《民法亲属新论》(第14版),台湾三民书局2018年版,第79、180页;林秀雄:《亲属法讲义》(第4版),台湾元照出版有限公司2018年版,第63、168页。

④⑧参见刘耀东:《虚假离婚若干法律问题研究》,载《云南大学学报(法学版)》2011年第2期,第47页(针对假结婚)。初步批评,参见田韶华:《民法典编纂中身份行为的体系化建构》,载《法学》2018年第5期,第91页。

④⑨此种理解者,参见蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第146页;内蒙古自治区包头市九原区人民法院(2019)内0207民初969号民事判决书。

⑤⑩注意,即使婚姻行为是行政行为,因而婚姻登记机关是行政行为的主体,申请婚姻登记的男女双方是行政行为的相对人,结论亦无不同。上文已述,婚姻登记机关的无过错或信赖仅能豁免其义务违反和赔偿责任;只要婚姻行为仍以当事人自愿为前提,通谋虚伪婚姻行为就难逃嗣后被撤销的命运。

⑤⑪参见上海高院研究室:《“假离婚”的离婚协议效力认定——李某诉郭某离婚后财产纠纷案》,载微信公众号“中国上海司法智库”,2020年3月2日(薛桂蓉、曹静执笔)。

⑤⑫参见蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第145页。

⑤⑬内容与实质意思说、形式意思说相同,却将两者误称为意思主义、表示主义者,参见姜大伟:《论〈民法总则〉对亲属身份行为的调整——兼评我国〈民法总则〉相关之规定》,载《学术论坛》2017年第5期,第25页。新近有学者认为,形式意思、实质意思二者居其一,当事人即属于“自愿”结婚;并且,实质意思是指“有共同生活的意愿”,因而欠缺行为能力者也能做出有效的实质“意思”/结婚行为。参见龙俊:《〈民法典〉中婚姻效力瑕疵的封闭性》,载《社会科学辑刊》2022年第4期,第77页。

⑤⑭参见田韶华:《民法典编纂中身份行为的体系化建构》,载《法学》2018年第5期,第91页;田韶华:《论通谋虚伪行为规则的司法适用》,载《北方法学》2019年第4期,第43页。类似见解,参见陈棋炎等:《民法亲属新论》(第14版),台湾三民书局2018年版,第79、180页(对假结婚采实质意思说、对假离婚采形式意思说)。

⑤⑮参见金眉:《论通谋虚伪结婚的法律效力》,载《政法论坛》2015年第3期,第185-186页。

⑤⑯参见蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第139页。

⑤⑰参见《民政部办公厅关于能否撤销李某与张某离婚登记问题的复函》(2003年)。

⑤⑱参见四川省高级人民法院(2018)川民申4957号民事裁定书。

⑤⑲参见北京市高级人民法院(2020)京民申1431号民事裁定书。

⑤⑳参见《最高人民法院关于熊碧华与杨万福合同纠纷一案的处理意见的电报答复》(1985年);蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第135页。

⑥①实务中多予肯定,但理论上仍有争议。参见北京市第一中级人民法院(2012)一中刑终字第2639号刑事裁定书(一审意见,二审维持);湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01刑终1218号刑事裁定书;杨智博:《虚假结婚离婚骗取拆迁补偿行为的刑民规制》,载《北方法学》2020年第3期,第139页;蔡立东、刘国栋:《司法逻辑下的“假离婚”》,载《国家检察官学院学报》2017年第5期,第136、148页(“在公法领域,离婚的法律效果并不当然被承认”,进而肯定诈骗罪)。

⑥②当然,在刑法教义学上,即使假离婚为私法上真实有效的意思表示,还有可能在故意导致利益分配主体错误认知的意义上,将假离婚当事人的行为界定为“虚构事实”,从而成立诈骗罪。

⑥③参见南京市《关于促进我市房地产市场平稳健康发展的通知》第3条。

⑥④参见《重庆市国土房管局关于市三届人大二次会议第1110号建议的复函》(2009年)。

⑥⑤参见山西省高级人民法院(2015)晋民申字第99号民事裁定书。