

# 夫妻忠诚协议的价值判断与效力分析<sup>\*</sup>

宋 豫<sup>1</sup>, 李 建<sup>2</sup>

(1. 重庆工商大学, 重庆 400067; 2. 重庆市第三中级人民法院, 重庆 408000)

**摘 要:**当前,随着我国社会经济的发展,人们传统的婚姻价值观念发生明显变化。一方面是持续走高的离婚率,另一方面是不断增多的夫妻忠诚协议。面对这样一份协议,有的法院判之无效,有的法院判之有效,意见相左,令人困惑。加之最高人民法院在制定《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》过程中对夫妻忠诚协议所持态度的转变,引发广泛争论。从价值层面来看,夫妻忠诚协议不仅能促进履行婚姻忠实义务、维护婚姻安全,对婚姻有增益作用,也未对婚姻自由造成干涉,且又能满足人性的需要,具有正当性;从法律效力来看,由于我国《婚姻法》并未禁止对除重婚、同居外的不忠事项进行意思自治,推定不出夫妻忠诚之事项须由“法定”,故在具有正当性之基础上,夫妻忠诚协议可以对不忠事项及其具体的法律后果进行约定,其性质属于从订立起便生效的广义契约。对侵害无过错方之婚姻预期利益约定赔偿方式及数额是其必要约束手段,而非本来目的,故法律应该对其予以规制。

**关键词:**忠实义务;忠诚协议;意思自治;正当性;法律效力

**中图分类号:**D912.8 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2012)03-0083-08

圣·奥古斯丁曾坦言,婚姻问题是最繁难和最扑朔迷离的问题,他也不敢说自己已经弄明白了这个问题。近年来,随着社会经济发展和思想观念变化,夫妻忠诚协议作为新生事物逐渐走进传统婚姻家庭生活,要求对其进行公证或提交法庭进行裁决的现象也逐渐增多。但是,由于目前

我国法律对夫妻忠诚协议并没有明确规定,司法实践中不同的法院和法官存在不同的认识,导致裁决各不相同,甚至截然相反。<sup>①</sup>此外,司法裁决的说理论证趋于简单,或仅以“身份关系不能由协议约定”而判之无效,或仅以“协议属民事法律关系,符合意思自治原则”而判之有效,均难以令

\* [收稿日期]2012-03-06

[作者简介]宋豫(1965—),女,河南人;重庆工商大学教授,主要从事民商法学,亲属法学的研究。

① 近年来认定夫妻忠诚协议有效的法院有:北京市第一中级人民法院,参见《海归博士出轨被判赔妻子80万元》,载《京华时报》2011年6月2日A15版;郑州市中级人民法院,参见《“忠诚协议”:无效戏言还是有效承诺》,载《工人日报》2010年8月30日05版;东莞市中级人民法院,参见《塘厦一对夫妻签“忠诚协议”,丈夫如出轨就赔妻子150万》,载《东莞时报》2010年5月27日A12版,等等。

认定夫妻忠诚协议无效的法院有:天津市第二中级人民法院,参见《夫妻忠诚协议未获法院支持》,载《城市快报》2011年6月19日03版;青岛市市北区人民法院,参见《丈夫出轨,妻讨“空床费”》,载《渤海早报》2011年6月8日41版;山东省广饶县人民法院,参见《“忠诚协议”没站住脚》,载《齐鲁晚报》2007年7月27日A13版,等等。

人信服。最高人民法院在制定《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称《婚姻法解释(三)》)的过程中,对夫妻忠诚协议所持态度的变化不定<sup>①</sup>使得关于该问题的争论更加广泛,更加激烈。<sup>②</sup>而千呼万唤才出来的《婚姻法解释(三)》(2011年8月13日起开始施行)对夫妻忠诚协议问题却“什么都没说”。立法避而不谈绝不意味着现实问题会旋即消失且不复出现。当法官在法庭上“邂逅”一件件夫妻忠诚协议纠纷时,究竟该怎么办?如是弃之不管,则违背了法官不得拒绝裁判的原则;如要作出裁决,却又于法无据。所以,对夫妻忠诚协议继续进行探讨仍然十分必要。

## 一、夫妻忠诚协议的现实样态与内涵分析

### (一) 现实样态

夫妻忠诚协议作为一种新生事物,既因缺乏法律法规的明文规定而师出无名,又因“降世不久”而未形成约定俗成的格式,再加之婚姻家庭生活的千姿百态,导致其呈现不同的现实样态。归结起来,主要有以下几种:

第一,从形成时间看,可分为婚前忠诚协议和婚后忠诚协议。婚前忠诚协议是指男女双方在结婚前就婚后忠诚事宜所作的约定。婚后忠诚协议是指夫妻双方在婚姻关系存续期间对忠诚事宜所作的约定。

第二,从约定内容看,可分为单一型忠诚协议和复合型忠诚协议。单一型忠诚协议是指协议约

定的内容单一,或涉财产,如只约定经济赔(补)偿事项等;或涉非财产事项,如只约定赔礼道歉、丧失抚养探视孩子的权利等。复合型忠诚协议是指协议内容包括财产和非财产多种事项在内。

第三,从责任承担方式看,可分为赔(补)偿型忠诚协议和放弃型忠诚协议。赔(补)偿型忠诚协议是指约定如一方出现不忠事实将赔(补)偿另一方。放弃型忠诚协议是指约定如一方出现不忠事实将放弃全部或部分夫妻共同财产。

第四,从不忠事由看,可分为离婚型忠诚协议和婚外情型忠诚协议。离婚型忠诚协议是指协议约定双方应不离不弃,如一方提出离婚则应赔偿另一方。婚外情型忠诚协议是指协议约定如一方出现婚外情行为则应赔偿另一方。

第五,从作用效果看,可分为预防型忠诚协议和补救型忠诚协议。预防型忠诚协议是指为防止一方可能发生的不忠行为而所作的约定。补救型忠诚协议是指在一方已发生不忠行为的情况下,另一方为挽救婚姻而所作的约定。

此外,现实中还存在一些个性较强的协议,如约定“空床费”即“夜不归宿,每一晚补偿100元”的夫妻忠诚协议,<sup>③</sup>等等。对不同样态的夫妻忠诚协议要作具体分析,不同对待。

### (二) 内涵分析

何谓“夫妻忠诚协议”,目前尚无统一界定。马忆南教授认为,夫妻忠诚协议是指具有合法婚姻关系的夫妻双方所约定的夫妻双方不得违反婚外性行为义务、约定违约责任、以变更夫妻人身权

① 最高人民法院《婚姻法解释(三)》(草稿)第六条规定:“离婚时夫妻一方以婚前或婚后双方签订的‘忠诚协议’主张权利的,人民法院经审查认为该协议系自愿签订且不违反法律、法规的禁止性规定的,应当予以支持。”此后,《婚姻法解释(三)》(征求意见稿)改为第四条规定:“夫妻一方以婚前或婚后双方所签订的相互忠实、违反予以赔偿的财产性协议主张权利的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。”2010年11月15日,最高人民法院在中国法院网上公布的《婚姻法解释(三)》(征求意见稿)又删除了关于夫妻忠诚协议的规定,打算“什么都不说了”。

② 中国法学会婚姻家庭法学研究会2009、2010年年会均对夫妻忠诚协议进行了热烈讨论。此外,媒体也参与了讨论,如《法制日报》2010年4月9日刊载了《离婚案件审理:夫妻忠诚协议是否有效无统一标准》,2010年9月27日刊载了《司法对待“忠诚协议”要态度统一》;《南方周末》2010年9月23日刊载了《夫妻“忠诚协议”难倒最高法院》;《新京报》2010年12月4日刊载了《专家建议增加婚姻“忠诚协议”》,等等。

③ 2004年,重庆市第一中级人民法院二审审理了我国首例夫妻“空床费”索赔案,改判支持了一审原告的“空床费”请求,参见(2004)渝一中民终字第3442号案。

利义务或财产权利义务为内容的协议。<sup>①</sup> 基于夫妻忠诚协议的现实多样性,须从以下几个方面准确理解和把握夫妻忠诚协议:<sup>②</sup>

第一,夫妻忠实义务与夫妻忠诚协议。根据我国《婚姻法》第四条“夫妻应当互相忠实,互相尊重”的规定,夫妻之间互负忠实义务,但由于我国《婚姻法》对何谓“忠实”及其内涵并没有作明确规定,故可推定夫妻忠实义务是夫妻忠诚协议的合法性前提,而夫妻忠诚协议是具体化的夫妻忠实义务。忠实是中性词,其义一是指忠诚可靠,二是指真实正确。忠诚是褒义词,其义是指诚心诚意、尽心尽力。一般情形下,忠实与忠诚意思相近,夫妻忠诚协议也可称为夫妻忠实协议。但因忠诚一词有褒奖之义,感情色彩较浓,故称之为夫妻忠诚协议更合适。

第二,双方协议与单方承诺。协议,一般是指双方或多方在平等的基础协商一致上所达成的以资共同遵守的约定。在现实生活中,如果是一方以承诺书、保证书、悔过书等形式单方约定夫妻忠诚事宜,并交由另一方保管,是否属夫妻忠诚协议的范畴?有学者认为,因夫妻一方收藏了另一方单方签字或盖章的忠诚承诺书,应视为双方建立了协议关系。<sup>[1]38</sup> 据通说理论,协议(契约)成立之要件有二:一是须有两人以上之当事人之意思表示;二是须有相对立之两个以上意思表示之一致,各当事人以不同之权利义务相对立。<sup>[2]</sup> 故单方的忠诚承诺或保证书并不是严格意义上的协议,其

性质类似于悬赏广告之单方承诺,应属单方民事行为。<sup>③</sup>

第三,道德协议与法律协议。对于我国《婚姻法》第四条“夫妻应当互相忠实,互相尊重”的规定,有学者认为该条文以“应当”而非“必须”一词表明其属倡导性条款,属道德义务而非法律义务,不具备法律效力,<sup>[3]</sup> 由此而达成的夫妻忠诚协议亦属道德协议,而非法律协议。但笔者认为,夫妻忠诚协议不仅具有《婚姻法》第四条的法源基础,而且符合民事法律行为的构成要件,应归入法律协议范畴,具体理由将在下文展开。

第四,身份协议与财产协议。何谓身份协议,我国现行法律法规均未见明确规定,只在《合同法》第2条第2款规定中出现过,即“婚姻、收养、监护有关身份关系的协议,适用其他法律的规定”。笔者认为,身份协议是为创设或解除身份关系而达成的基础性协议,并在此基础上经过相应的法律程序(如行政登记)形成或解除身份关系。如离婚协议属解除夫妻关系的身份协议,但要解除夫妻身份关系,仍须经过离婚登记。扶养协议、监护协议等涉及身份关系的协议也是如此。所以,夫妻忠诚协议不是身份协议,因为其并不为创设或解除身份关系而提供前提,而是属财产性协议。约定如一方有不忠事实出现双方就要离婚的夫妻忠诚协议,即使约定的事实出现,协议约定的结果也不会当然发生,因为双方是否离婚、能否离婚无论是程序还是实体方面都应依我国婚姻法而定。

① 参见2010年11月11日中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长、北京大学法学院马忆南教授在中央民族大学所作的题为“夫妻忠诚协议:法律与伦理新课题”讲座内容。载 <http://www.law.muc.edu.cn/article/xueshukeyan/xueshuxinwen/20101116256.html>,于2011年7月5日访问。

② 目前我国学界对夫妻忠诚协议大都没有进行类型化研究,也鲜见有较深入的解剖式分析,而更多是在认定夫妻间所涉忠诚事项均属协议的基础上从法律与道德、身份与契约等层面进行论述。夫妻忠诚协议不是严格的法律术语,而是日常用语,其没有规范的形式和内容要求,故对其论述不能大而化之,宜择细微处进行剖析。

此外,因现实中夫妻忠诚协议的约定内容五花八门,本文选取夫妻忠诚协议的常见类型为分析样本,即约定“须忠实于对方,若发生婚外情(或有第三者),则应赔(补)偿对方多少元,或放弃夫妻共同财产”。本文也不涉及夫妻忠诚协议的举证问题,而是假定在有证据证明夫妻一方出现不忠之情况下,如何对待夫妻忠诚协议。另,根据中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授调研证实,我国女性在婚姻中处于弱势,很多签订忠诚协议的人都是男方出轨,加之目前司法实践遇到的案例均系男方不忠。故为叙述方便,本文论证的前提定为男方发生不忠之情形。

③ 悬赏广告性质的认定存在契约说和单独行为说之争,德国、瑞士等国的民法将其规定为单独行为,我国台湾地区“民法”原采单独行为说,后改为契约说,但王泽鉴教授对此表示质疑,认为“将悬赏广告予以契约行为化,究为进步,抑属倒退,仍有深思余地。”参见王泽鉴:《债法原理(第一册)》,中国政法大学出版社2001年版,第258页。

## 二、夫妻忠诚协议的价值认知

据民政部2011年6月公布的全国民政事业统计数据显示,今年一季度,我国共有46.5万对夫妻办理了离婚登记,较去年同期增长17.1%,离婚率高达14.6%,平均每天有5000多个家庭解体。同时,数据还显示我国离婚率连续7年递增。<sup>[4]</sup>导致离婚的因素中,婚外情等不忠行为已占据主要位置,成为婚姻的最大杀手之一。<sup>①</sup>所以,在此背景下,对以防范和规制婚外情为出发点和目的而形成的夫妻忠诚协议进行价值认知实有必要。

### (一)夫妻忠诚协议的伦理学解读

婚姻家庭因其独特的人身关系而具有浓厚的伦理色彩。黑格尔曾言:“婚姻实质上是伦理关系,是具有法的意义的伦理性的爱”。<sup>[5]177</sup>马克思也认为,婚姻是一种伦理关系,并且是以家庭这一“伦理实体”为表现形式。他在《论离婚法草案》中指出,如果立法者认为婚姻足以承受种种冲突而不致丧失其本质,那他就是尊重婚姻,承认它的深刻的合乎伦理的本质。<sup>[6]185</sup>随着我国市场经济的发展,婚姻家庭逐渐从保守走向开放,从传统迈向现代。夫妻忠诚协议作为婚姻家庭中的新生事物,其与婚姻家庭伦理究竟是背离还是契合,实值深思。

第一,夫妻忠诚协议与婚姻目的。俗话说,结婚是为了找一个好归宿。“死生契阔,与子相悦;执子之手,与子偕老。”这是我们对婚姻曾寄予的最美图景,也是婚姻伦理的真实写照。夫妻之间,恩情尤甚,应有“如宾之敬、齐眉之诚”,一桩安全可靠的婚姻应是所有走进婚姻殿堂里的男女最想要的结果。但是,随着社会的变迁,婚姻城堡中“等闲变却故人心”的现象逐渐增多,人们越来越多地发出“人生若只如初见”的无尽感伤。

夫妻相互忠实,是实现婚姻目的的重要保障。

“婚姻系以夫妻之共同生活为其目的,配偶应互相协力保持其共同生活之圆满及幸福,而夫妻互守诚实,系为确保其共同生活之圆满安全及幸福之必要条件。”<sup>[7]419</sup>当夫妻不忠现象越来越突出时,当婚姻目的越来越难以实现时,一纸夫妻忠诚协议,或许能成为挽救婚姻的一根稻草。为了应对婚姻自我道德约束乏力,为了提高婚姻安全系数而增加夫妻忠诚协议这一外在保障措施,我们无理由责难其不道德或有损婚姻目的。因为,夫妻忠诚协议与婚姻目的同向,具有增益作用。如果一个人的品质就是对婚姻忠诚,那么再增加夫妻忠诚协议的约束也应无损其品质,否则其品质就值得怀疑;而如果一个人的品质就是对婚姻不忠诚,那么有了夫妻忠诚协议的约束,恰能在一定程度上提高婚姻的安全性。有人反对夫妻忠诚协议,称其会损害婚姻家庭伦理道德,但试问有哪些伦理道德会遭受损害?答案不可得知。所以,对夫妻忠诚泛道德化式的指责站不住脚,夫妻忠诚协议与婚姻目的完全同向。

第二,夫妻忠诚协议与婚姻自由。随着社会进步和人们对自由的追求,婚姻变得越来越自由。但是,不断上升的离婚率又让我们不得不承认,婚姻自由并非等同婚姻幸福。曾经我们因为没有婚姻的自由,因而难以获得婚姻的幸福;然而,当我们的婚姻获得了充分自由之后,却仍然难以获得婚姻的幸福。

自由具有相对性,1789年法国《人权宣言》解释,自由是在不损害他人权利的条件下从事任何事情的权利。孟德斯鸠认为,“自由只能是人们能够做应该做的事”“自由是做一切法律所允许做的事情的权利。如果一个公民能够做法律所禁止做的事情的话,那么他就不再自由了,因为其他人同样有这个权利。”<sup>[8]</sup>婚姻自由也是如此。

<sup>①</sup> 据我国“反第三者联盟”今年发布的《中国第三者民间调查报告》显示,“反第三者联盟”成立两年多来,经过对500多对离婚夫妻的抽样调查发现,近半数的夫妻关系解体是由于第三者的存在而引起的。参见《反第三者联盟:向婚外情宣战》,载《法制周报》2011年6月28日A1版。

此外,重庆也于近期发布了离婚调查报告,称“小三”已成为婚姻第三号杀手,且重庆市婚姻家庭情感热线每年接到的上千个求助电话中,70%以上与婚外情有关。参见《“小三”成婚姻第三号杀手》,载《重庆晨报》2011年5月7日B19版。2010年全国妇联发布的《中国和谐家庭建设状况问卷调查报告》也显示,“情感不忠诚,有外心或外遇”已成为婚姻关系的最大威胁。参见《和谐家庭的幸福源于什么》,载《光明日报》2010年5月18日6版。

英国思想家罗素曾提出忠告:“爱是一种无政府的力量,如果放任自流,它是不会安于法律和风俗所规定的范围的。”<sup>[9]</sup>马克思也指出,婚姻具有自然属性和社会属性,而社会属性是其本质属性,婚姻不能听从已婚者的任性,相反地,已婚者的任性应该服从婚姻的本质。<sup>[6]183</sup>我国实行一夫一妻的婚姻制度,夫妻忠实义务是一夫一妻制的本质要求。“婚姻本质上是一夫一妻制,因为置身于这个关系中并委身于这个关系的,乃是人格,是直接的排他的单一性。因此,只有从这种人格全心全意的相互委身中,才能产生婚姻关系的真理性和真挚性。”<sup>[5]183</sup>当一味追求婚姻自由而带来婚外情等不忠现象损害婚姻安全之时,夫妻忠诚协议的出现便获得了正当性。置疑者声称,一纸协议限制了自由,但又试问这是什么样的自由?难道是找“小三”、包“二奶”的自由?如果我们无奈承认婚姻是爱情的坟墓,那么忠诚也应成为它的墓志铭。

## (二)夫妻忠诚协议的心理学区解

一纸夫妻忠诚协议之于夫妻双方,究竟是否出自健康的心理需求?是否符合普遍的人性需要?这也是其能否获得正当性、对其是否应予规制的重要考量因素。根据人本主义心理学代表人物马斯洛的需要层次理论,人的基本需要可分为五种,即生理需要、安全需要、归宿和爱的需要、尊重需要和自我实现需要,<sup>①</sup>从前四种需要均可直接阐释夫妻忠诚协议之正当性。

第一,生理需要。马斯洛认为,人的生理需要是包括对食物、住所、性交等在内的维持生存的需要,这是人所有需要中占绝对优势的基础性的需要。如果人的生理需要没有得到满足,则其他需要可能全然消失,或退居幕后。但当人的生理需要得到满足后,会有新的更高级的需要出现。婚姻关系中最能体现人的生理需要的是性活动,而根据一夫一妻制原则,性活动的专属性和排他性是其必然要求。<sup>②</sup>但近年来,由于思想观念等因

素的影响,婚外性行为日渐泛滥,严重破坏了婚姻性活动的专属性和排他性。在此情形下,夫妻忠诚协议作为约束婚外性行为的一种预防性举措,符合人的生理需要。

第二,安全需要。马斯洛认为,在生理需要相对充分地得到满足后,就会出现安全需要,包括安全、稳定、依赖、免受恐吓、焦躁和混乱的折磨等,期望有一个安全、可以预料、有组织、有秩序、有法律的世界。这个世界是可以依赖的,无论遇到什么情况也会有强大的保护使他免遭受难。所以,当我们以为可托付终身的婚姻从安全幸福、阳光灿烂变得危险痛苦、阴霾重重时,当曾经以为可栖居一生的家庭现在变得前途多舛时,为了维护婚姻家庭之圆满安全与幸福,增加夫妻忠诚协议这一安全保障措施,亦属正当。

第三,归宿和爱的需要。马斯洛认为,人们渴望拥有一种充满深情的关系,渴望在团体和家庭中有一个位置,胜过希望获得世界上的任何其他东西,并将为达到这个目标而作出努力,以避免异化、孤独和疏离。爱的需要既包括给予别人的爱,也包括接受别人的爱。婚姻之目的,是寻求一种身与心的归宿,是追求一种“我一生渴望被人收藏好,妥善安放,细心保存。免我惊,免我苦,免我四下游离,免我无枝可依”之幸福境界。而订立夫妻忠诚协议之目的,正是对此幸福境界的企望,以求防止爱的流离失所、避免家的分崩离析。

第四,尊重的需要。马斯洛认为,社会上所有的人都有一种对于他们的稳定的、牢固不变的、通常较高的评价的需要或欲望,有一种对于自尊、自重和来自他人的尊重的需要和欲望。这种需要可以分为两类:一类是对于实力、成就、独立和自由的欲望;一类是对于名誉或威信的欲望。在男女平等社会,人格平等及相互尊重是婚姻得以维系的重要保障,而通奸等不忠行为,使受害配偶感到悲愤、羞辱、沮丧、受人讥笑或鄙视,可谓系名誉权

<sup>①</sup> 参见马斯洛:《动机与人格》,许金声等译,华夏出版社1987年版,第40-53页。下文所述五种需要理论的内容均引自该书。

<sup>②</sup> 恩格斯指出,“性爱就其本性讲既是排他的——虽然这种排他性在今日只认为对妇女有效——那么,基于性爱的婚姻,就其本性讲,应是个体婚。”参见恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,人民出版社1972年版,第77页。

遭受侵害。所以,夫妻忠诚协议之目的不但是维护婚姻之圆满与安全,在一定程度上也是为了受尊重避免人格受损的需要。

此外,社会心理学趋利避害的人性假设也能解释夫妻忠诚协议的正当性。当婚姻不忠现象日渐增多时,为尽可能避免婚姻遭受损害,以求婚姻家庭之稳定完满而订立夫妻忠诚协议,是符合趋利避害之人性假设。因此,对夫妻忠诚协议不能视而不见,更不该加以苛责,《婚姻法解释(三)》对其不应“什么都不说”。

### 三、夫妻忠诚协议的法律效力探析

#### (一)夫妻忠诚协议的效力之争

目前对夫妻忠诚协议效力的争论,可分为三种,即“无效说”“有效说”和“无强制力说”。<sup>[7]428</sup>

“无效说”的主要理由为:第一,夫妻忠诚协议限制了宪法所赋予公民的人身自由;第二,《婚姻法》第四条规定“夫妻应当相互忠实”,而非“必须忠实”。“应当”意在提倡,只有“必须”才是法定义务。故夫妻忠实不是法定义务,而属道德义务;第三,夫妻忠诚协议预先确定侵权损害赔偿数额,不合法理,因为损害赔偿是以损害事实为基础,其数额不能由双方当事人预先约定;第四,夫妻忠诚协议乃属身份协议,不为《合同法》所调整。

“有效说”的主要理由为:第一,夫妻忠诚协议是对《婚姻法》第四条的夫妻忠实义务的具体化,符合法律的原则和精神;第二,夫妻忠诚协议体现意思自治原则,并没有违反法律禁止性规定,符合民事法律行为的生效要件,应属有效;第三,夫妻忠诚协议是一种附条件的夫妻财产关系约定,而非身份协议。

“无强制力说”则认为,夫妻忠诚协议本身并不违法,它是夫妻在平等自愿基础上意思自治的体现。如果双方自愿履行该协议,法律当然不应禁止;但若一方不愿履行,司法也不能介入,强制其履行。夫妻“忠诚协议”之所以不具有司法强制的效力,理由主要有:第一,人的感情不能通过契约加以约束,应由道德规范来调整;第二,该类

协议以离婚为生效要件,有限制离婚自由之嫌;第三,该类协议约定的内容为侵权损害赔偿责任,但该责任不允许当事人事先约定。<sup>①</sup>

#### (二)夫妻忠诚协议效力之厘定

1. 一个被争论忽略的关键问题。综观上述争论,笔者认为,要厘清夫妻忠诚协议之关键在于,夫妻不忠事由及其法律后果是否可以意思自治,抑或只能法定。对于不忠行为及其法律后果,我国《婚姻法》第46条是有明确规定的,但只规定了重婚、有配偶者与他人同居等不忠事项,且未对具体的法律后果如赔偿金额等作进一步规定。所以,过多纠缠于《婚姻法》第四条究竟是属法定义务还是道德义务并无意义,因为《婚姻法》第46条的规定明确告诉我们夫妻相互忠实就是一项法定义务,否则该条规定不可能存在。只是《婚姻法》第四条因自身未进一步规定法律后果,缺乏完整的法律规范结构,故不具有独立的强制力和可诉性。至于说夫妻忠诚协议限制了宪法所赋予公民的人身自由,更是站不住脚。<sup>[10]</sup>因为,夫妻忠诚协议主要是针对婚外情等背离婚姻的不忠行为进行规制,我们实在想不出究竟是何种人身自由遭到限制,难道是前文所述的找“小三”、包“二奶”的自由?显然这不是正确答案。此外,夫妻忠与不忠并非归属身份范畴,而是双方基于夫妻身份关系而作的具体事务安排,故夫妻忠诚协议不属于身份协议。

据此,考量夫妻忠诚协议应把握两点:一是除重婚、同居外的不忠事项,诸如“一夜情”“婚外情”等其他不忠事项,是否可以在意思自治之基础上通过协议形式进行规制。二是对不忠行为的具体法律后果诸如赔偿方式及数额等是否可以通过协议形式进行约定。简言之,对夫妻忠实义务的调整是否只能如同物权法定原则一样,也只能由法律规定,排除夫妻双方意思自治之可能。

2. 夫妻忠诚协议效力认定。对于忠诚事宜夫妻双方是否拥有意思自治的权利,我国现行法律

① 目前我国知名的婚姻法专家中,持“无效说”的学者有杨大文等;持“有效说”的学者有陈苇、蒋月以及最高人民法院吴晓芳法官等;持“无强制力说”的学者有薛宁兰、陈甦等。马忆南教授则从先前持“无效说”转为“有限承认”。

法规未作明确规定。虽然目前婚姻法有回归民法<sup>①</sup>之趋势,但由于婚姻家庭之特殊性,也不可简单以“法无禁止即自由”之原则予以对待。<sup>②</sup>

第一,夫妻忠诚协议是否违法。如前文所述,在离婚率不断攀升、婚姻安全越发得不到保障之社会现实下,一纸无奈的夫妻忠诚协议也许能给婚姻加上一道安全锁,促进婚姻家庭伦理的回归。虽然《婚姻法》仅对重婚、同居等不忠事项作了明确规定,但除此外的诸如“婚外情”等其他不忠事项,也与婚姻家庭伦理相背离,应是《婚姻法》立法精神所不允许的。故夫妻忠诚协议对不忠事项作出约定,既契合婚姻伦理,又满足人性需要;既增益于婚姻,又使夫妻法定忠实义务具体化,应不为法律所禁止。换言之,对除重婚、同居外的其他不忠事项,夫妻双方有意思自治之合法性与正当性。正如最高人民法院吴晓芳法官所言,“正是由于夫妻签订了具体的协议,使得婚姻法上原则性的夫妻忠实义务具有了可诉性。既然其与婚姻法规定的精神相吻合,又没有欺诈、胁迫的情形,当事人双方愿意通过忠诚协议约束自己的行为,并提前约定了违反忠诚协议行为的违约责任,法院有什么理由否定其法律效力呢?”学界和实务界均寄予厚望的《婚姻法解释(三)》对其为什么“什么都没说”呢?这样一来,法律“定分止争”的功能作用又是如何发挥的呢?

第二,夫妻忠诚协议效力为何。目前对夫妻忠诚协议持“有效说”的观点主要有两种:(1)民事法律行为论。认为夫妻忠诚协议符合《民法通则》第55条规定的民事法律行为生效要件,应属有效。这是目前司法实践中支持夫妻忠诚协议有效的主要理由。笔者认为,“民事法律行为论”避免了夫妻忠诚协议适用《合同法》之尴尬,直接追本溯源,体现出司法智慧。但是,民事法律行为概

念宽泛,该观点仍然没有揭示出夫妻忠诚协议究竟为何物,具体是一项什么样的法律行为。

(2)附延缓条件论。认为夫妻忠诚协议实际上是一种附延缓条件的对夫妻财产关系的约定,当所附条件成就时,协议才能生效。<sup>[11]</sup>“附延缓条件论”看似合理,却也不尽妥。依民事行为理论,延缓条件,是指民事法律行为中所确定的民事权利和民事义务要在所附条件成就时才能发生法律效力。附延缓条件的民事法律行为,在条件成就之前已经成立,行为人之权利义务关系已经确定,但是,权利人尚不能主张权利,义务人还没有履行义务,即双方的民事权利和民事义务的法律效力尚处于停止状态,当条件成就,民事法律行为就发生法律效力。夫妻忠诚协议并非附生效条件的协议,理由是,忠诚协议在条件成就(一方违反忠实义务)之前就已经在当事人之间生效,已经发生拘束力,已经发生身份相对法律关系的精神给付,只是尚不能发生一方向对方给付财产的效力。笔者赞同学者隋彭生的观点,即所谓“附延缓条件的合同”,其本质应是“附延缓条件的给付”,并非是附条件的合同生效。当条件成就时,第二个法律关系发生,新的给付发生。第一个法律关系是原权利法律关系,第二个法律关系是救济法律关系。忠诚协议之第一个法律关系的原因事实,是双方法律行为;第二个法律关系是救济法律关系,承担违约责任的法律关系是救济法律关系。承担违约责任的前提是合同有效,因为,如果忠诚协议不生效,就不可能发生违约的问题。<sup>[12]</sup>其次,如果协议只有等出现不忠事项时才生效,似乎有“只在乎结果,而不管过程”陷于只为金钱之嫌疑。其实,婚姻安全的过程保障恰恰是最重要的,也是符合婚姻伦理的。

① 目前学界普遍认为,婚姻家庭法是民法的有机组成部分,应当回归民法。在立法体例上,我国婚姻家庭法亦已隶属于民法。参见薛宁兰:《中国婚姻家庭立法及其完善》,载李林主编:《依法治国与法律体系形成》,中国法制出版社2010年版,第336-355页。但也有学者提出,将婚姻家庭法归属于民法会带来一系列负面影响,与婚姻家庭的伦理本质属性产生冲突。参见巫若枝:《三十年来中国婚姻法回归民法的反思—兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》,载《法制与社会发展》2009年第4期,第67-85页。

② 有学者甚至搬出德国法院的判例来予以论证,殊不知去意甚远。该案例为:妻子因担心丈夫单独外出会发生不忠行为,便使丈夫作出“今后不单独业务履行或娱乐旅行”的承诺,德国法院以限制行动自由为由判其无效。但是,该案例其实与夫妻忠诚与否无关。参见梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第515页。

此外,《婚姻法》没有对重婚、同居等不忠事项的具体法律后果作出明确规定,但也未禁止意思自治原则的适用,故可推定对于不忠事项之具体法律后果,诸如承担责任的方式及数额等,可由夫妻双方自行约定,可视为一个具有完全民事行为能力的人对自己财产的有条件的预先处分,但在诉讼中人民法院可根据案件的具体情况重新调整。“无效说”认为对于损害赔偿数额不能预先约定。我国《民法通则》第112条、《合同法》第114条只规定了损害赔偿的计算方法,但也未明确禁止损害赔偿数额的约定。我国台湾地区法律也有损害赔偿额之预定的概念,即指当事人预想损害之发生,而以契约约定其赔偿额。<sup>[1]39</sup> 综上,笔者认为,夫妻忠诚协议是一份从订立起便生效的广义契约,促进履行婚姻忠实义务、维护婚姻安全是其基本要义,对侵害无过错方之婚姻预期利益约定赔偿方式及数额是其必要约束手段,而非本来目的。

#### [参考文献]

- [1] 隋彭生. 夫妻忠诚协议分析—以法律关系为重心[J]. 法学杂志, 2011(2): 38.
- [2] 史尚宽. 债法总论[M]. 中国政法大学出版社,

2000: 8.

- [3] 李银河, 马忆南. 婚姻法修改论争[M]. 光明日报出版社, 1999: 289.
- [4] 面对离婚冲击波[N]. 人民日报, 2011-6-02: 17.
- [5] 黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬等, 译, 商务印书馆, 1961: 177.
- [6] 马克思恩格斯全集(第一卷)[M]. 人民出版社, 1956: 185.
- [7] 王泽鉴. 民法学说与判例研究①[M]. 中国政法大学出版社, 2003: 419.
- [8] 孟德斯鸠. 论法的精神(上)[M]. 孙立坚等, 译. 陕西人民出版社, 2001: 180.
- [9] 罗素. 婚姻革命[M]. 靳建国译, 东方出版社, 1988: 58.
- [10] 薛宁兰. 中国婚姻家庭立法及其完善[A]. 李林. 依法治国与法律体系形成[C]. 中国法制出版社, 2010: 336-355.
- [11] 吴晓芳. 当前婚姻家庭案件的疑难问题探析[J]. 人民司法·应用, 2010(1): 55-56.
- [12] 赵敏. 忠诚协议效力问题的法律分析[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2010(3): 67.

(责任编辑: 杨 睿)

## Value Judgment and Effect Analysis of Husband and Wife Loyalty to Each Other

SONG Yu<sup>1</sup>, LI Jian<sup>2</sup>

(1. School of Law, Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400067, China;

2. Chongqing Third Intermediate People's Court, Chongqing 408000, China)

**Abstract:** Currently, with the development of China's society and economy, traditional marriage value outlook changes obviously, on the one hand, divorce rate is continuously high, on the other hand, husband and wife loyalty agreements increase. In the face of this agreement, some courts pronounce that it is effective but some courts pronounce it is ineffective, the results are paradox and the related people are confused, in addition, in the Explanation III of Marriage Law of People's Republic of China made by Supreme Court, the change of the attitude to husband and wife loyalty agreement triggers extensive dispute. In perspective of value, husband and wife loyalty agreement not only enhances the implementation of marriage loyalty obligation, maintains the safety of marriage, consolidates the marriage, has no intervention with the marriage but can satisfy the demand of humanity, as a result, the agreement has justification, from the perspective of legal effect, China's Marriage Law does not prohibit the implementation of will autonomy on disloyal affairs except bigamy and cohabitation and can not deduce that the loyalty of husband and wife should be legally defined, therefore, on the basis of justification, husband and wife loyalty agreement can engage the legal consequence about the disloyal affairs and their real behaviors, whose attribution belongs to general agreement since the agreement-made and in which the engaged compensation for the interest of non-fault party in marriage and compensation sum are necessary restricting method and are not originally objective, thus, laws should regulate it.

**Key words:** loyal obligation; loyal agreement; will of autonomy; justification; legal effect