

# 夫妻忠诚协议效力“穿透式”类型化研究

贺肖琴

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年3月23日; 录用日期: 2023年5月10日; 发布日期: 2023年5月17日

## 摘要

司法实践中越来越多的夫妻会在婚前或婚后订立忠诚协议。但由于法律对此类协议的属性和效力未予明确以及相关司法解释的规定未能制度化。关于夫妻忠诚协议的性质认定、效力认定、以及法律适用众说纷纭, 笔者认为在实践中, 对婚姻忠诚协议内容应当分为两类, 分别为: 不具有夫妻财产约定性质与具有夫妻财产约定性质的婚姻忠诚协议。继而根据约定内容将“忠诚协议”作类型化区分, 由此明确司法保护的范, 用“穿透式”审判思维依据具体内容细化为: 身份变化型、财产承担型、混合型、自由限制型的四种子模式忠诚协议。最后, 法官宜遵循类型化的思路, 借助忠诚协议内容约定的具体化解释, 对婚内协议的效力进行更为细致的价值判断。

## 关键词

忠诚协议, 合同法, 婚姻法, 效力认定, 类型化, 穿透式审判

## Study on the “Penetrating” Typing of Marital Loyalty Agreement Effectiveness

Xiaoqin He

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 23<sup>rd</sup>, 2023; accepted: May 10<sup>th</sup>, 2023; published: May 17<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

In judicial practice, more and more couples will conclude loyalty agreements before or after marriage. However, the lack of legal clarity on the nature and effect of such agreements and the provisions of relevant judicial interpretations have not been institutionalized. There are different opinions on the nature, validity, and legal application of the marital loyalty agreement. In practice, the author believes that in practice, the content of the marital loyalty agreement should be divided into two categories: the absence of the marital property agreement and the nature of the marital prop-

erty agreement. Then, according to the agreed content, the “loyalty agreement” is made to be typed, so that the scope of judicial protection is clearly defined, and the “penetrating” trial thinking is refined into the four-seed mode of loyalty agreement: identity change type, property undertaking type, mixed type, and freedom and restriction type. Finally, judges should follow the idea of typing and make a more detailed value judgment on the effectiveness of the marital agreement with the help of the specific interpretation of the content of the loyalty agreement.

## Keywords

Loyalty Agreement, Contract Law, Marriage Law, Effectiveness Identification, Typology, Penetrating Trial

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

伴随着我国国民婚姻观念的不断变化，离婚率也在逐年上升。司法实践中越来越多的夫妻出于使婚姻稳定等目的，可能会在婚前或婚后订立忠诚协议，约定双方自愿达成彼此忠诚协议，互不背叛，如若违背约定，自愿放弃婚前或婚后财产[1]。此类协议常见的义务内容包括不得与他人发生性关系、不得与特定异性来往、不得提出分手、履行陪伴义务等。责任方式则包括财产给付、权利放弃、伤害虐待、辱骂起誓、特定行为等[2]，甚至有的还约定过错方将在经济上对无过错方支付违约金、赔偿金等。

因为婚姻忠诚协议是以夫妻之间相互忠诚作为及不作为客体的规制约定，常常伴随着财产利益变更和身份关系变更的有利或不利后果，由此有关道德义务的规制效力、财产变动的法律效力、身份关系调整的约定效力等缠绕交错在婚姻忠诚协议的争议中，使婚姻忠诚协议的效力问题变得十分复杂[1]，2003年初，上海市闵行区人民法院审理了我国首例“忠诚协议案”，可谓是确认夫妻忠诚协议效力的先例，促使法律对“婚外情”进行有效性规制。但由于上述法律对此类协议的属性和效力未予明确、相关司法解释的规定未能制度化，因此学界对夫妻忠诚协议的性质和效力争论不休，司法甚至出现了互相矛盾的判例。

## 2. 忠诚协议的性质

### 2.1. 学界对忠诚协议的性质认定

#### 2.1.1. 身份说

持“身份说”立场的学者认为婚姻忠诚协议是一种广义层次上的民事类契约，通过双方当事人的合意把道德上的义务利用合同形式确定下来。虽然婚姻忠诚协议的内容中规定了违约的不利后果，但该“违约责任”是不具备法律效力的[3]。

#### 2.1.2. 契约说

持“契约说”立场的学者认为婚姻忠诚协议与一般化的合同无异，都是当事人意思自治的结果，只要其内容不违反法律法规的强制性规定，不违背社会的公序良俗，应当具有相应的法律效力[4]。

#### 2.1.3. 混合说

还有学者认为婚姻忠诚协议并不是身份关系的约定，因为其内容并不设定或变更当事人之间的身份

关系，仅是就财产变动及归属做出约定，所以婚姻忠诚协议属于财产分割协议[5]。持“混合说”立场的学者认为婚姻忠诚协议中包含着两部分：身份行为与给付行为[6]。认为身份协议其核心在于身份关系的产生、变更、解除，系以发生一定身份关系为目的，因而身份协议包括纯粹的“身份协议”和“身份财产协议”[7]。

## 2.2. 本文观点

笔者认为夫妻忠诚协议往往伴随着一方若违反约定的忠实义务即可能面临离婚等身份关系发生变化为目的的情形，所以从这个角度上不难发现夫妻忠诚协议涉及身份的变化，应属于身份关系的协议。但是在实践中，很多当事人在约定忠诚协议时，仅约定了财产承担却没有约定是否离婚，所以协议中约定的忠实行为仅是对自由的限制。因此根据忠诚协议的内容可以分为：身份变化型、财产承担型、混合型、自由限制型的四种子模式忠诚协议。

## 3. 司法实践中对忠诚协议的处理

自 2003 年我国出现确认夫妻忠诚协议效力的案例以来，围绕夫妻忠诚协议效力的争议始终没有停止。这也构成了《民法典》颁布后如何解释第 464 条第 2 款的一项重大疑难问题。我国法律上并无对忠诚协议进行规定，而学界乃至司法实务界对其性质却莫衷一是，这也导致了法官在裁量案件时无法可依。

### 3.1. 支持说

有的法官对忠诚协议持支持态度，广东省中山市中院在婚姻忠诚协议争议的判决中认为婚姻忠诚协议是在夫妻双方自愿且不存在欺诈、胁迫的情形下达成的合意，该协议体现的是双方当事人的真实意思，也不存在使协议无效的情形，因此应当认定该婚姻忠诚协议具有法律约束力[8]。持支持态度的法官通常认为忠诚协议属于合同，认为满足合同生效要件，对当事人具有法律约束力[9]。有些法官认为男女双方订立该协议的行为被认定为一种民事法律行为，适用民法典中对民事行为有效的相关规定；也有法官以该协议基于双方的婚姻关系签订，与人身关系密不可分，属于《婚姻法》调整范围，表明自己支持的立场。

### 3.2. 反对说

有的法官却持相反态度，江苏高院民一庭印发的《家事纠纷案件审理指南(婚姻家庭部分)》第四部分第二十五、二十六条规定对此类忠诚协议不予支持[10]。无锡市中院在涉及婚姻忠诚协议的案件判决中认为双方当事人签订的婚姻忠诚协议是不当地剥夺了一方当事人的全部财产及财产性利益，因此该协议不属于约定财产制下的财产分割协议，而仅仅是一种具有道德约束力的忠诚协议，不具有法律效力，亦不得以此作为分割婚姻财产的依据[11]。2020 年 3 月 10 日公布的“2019 年度江苏法院婚姻家庭十大典型案例”中“关于李某诉马某离婚纠纷”一案表明该案发生地江苏省域内法院均认为，婚内夫妻忠诚协议不具有法律效力，财产分割倾斜保护无过错方[9]。

### 3.3. 不予受理说

第三种观点认为应对其不予受理。除原《婚姻法司法解释(一)》在第四条中明确指出，法院不予受理仅限于配偶违反夫妻忠实义务之诉这一司法指引外，上海市高级人民法院在相关指导性意见中也作出类似表达。另外，江苏省高级人民法院 2019 年 7 月 18 日印发的《家事纠纷案件审理指南(婚姻家庭部分)》也表明，夫妻一方起诉请求确认忠诚协议的有效性，抑或是以另一方违反忠诚协议为由主张其承担责任的，法院裁定不予受理，已经受理的，裁定予以驳回。再者，2020 年 7 月出版的最高人民法院下设的民

法典贯彻实施领导小组主编的《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》一书指出:夫妻之间签订忠诚协议,应当当事人本着诚信原则自觉自愿履行,法律并不禁止夫妻之间签订此类协议,但也不赋予此类协议强制执行力,从整体社会效果考虑,法院对夫妻之间的忠诚协议纠纷以不受理为宜。同案不同判的情形,这无疑将会导致当事人的权利无法得到维护,正义得不到伸张,进而有损法律的尊严与权威。

### 3.4. 本文观点

笔者认为为了将夫妻忠诚协议在司法实践中可能涉及的与法律义务(强制履行)尽可能地予以清晰界定,建议根据约定内容将“忠诚协议”作类型化区分,由此明确司法保护的边界,对婚姻忠诚协议内容应当分为两类,第一类是婚姻忠诚协议不具有夫妻财产约定性质,仅是将夫妻相互忠诚的义务具体化,作为道德义务对夫妻双方的婚姻生活产生影响,若涉及人身限制,不具有强制执行力。第二类是该婚姻忠诚协议具有夫妻财产约定性质,在离婚诉讼中依当事人请求可对其协议中补偿性内容依具体情况由法官裁判其效力。也就是说,夫妻忠实协议的法律效力,只能在有限范围内予以承认。对于身份法上的义务,违反之后在身份法上没有明显不利的后果,其不利后果集中体现在财产法领域,后者正是司法需要通过其强制力进行保护的边界。

## 4. 忠诚协议的法律适用

笔者认为,上述争议中均有其说理的合理性。但对司法实践而言,需要建立起一套相对固定的检验机制,以使法官能对不同案情的案件,作出价值判断结论具有内在统一性的判决。

### 4.1. 忠诚协议的独特性

在婚姻家庭法律制度领域,应强调婚姻家庭的价值建构与家庭伦理的价值保护。夫妻之间的伦理性财产协议在订立与履行过程中,总是存在某种伦理和情感联系,不能等同于一般市场交易。如果对这些情感伦理因素视而不见,简单套用一般财产法的规定,就意味着将承载着人类特有情感因素的行为异化成了冷冰冰的市场交易。

合同编的自治规则有其相应的假想背景,即民法典以买卖合同为核心构建典型合同规则,其设计的基本假设是自治协议发生在市场环境下、陌生人之间、具有偶发性<sup>[12]</sup>。

而婚姻关系自治发生的情境,与上述合同的假想背景有明显不同。根据既有理论的概括,婚姻关系的特征包括:一是伦理性,即不同于合同的伦理中立,婚姻中需要考虑夫妻关系的伦理道德因素和相应的情谊、信任对价<sup>[13]</sup>;二是身份性,即当事人间存在“家人”这一特殊身份,不同于合同的“陌生人”假设<sup>[14]</sup>;三是长期性,即不同于一时的偶发合同,夫妻在婚姻长期存续中负有持续的尽力义务和极强的信赖关系;四是合作性<sup>[15]</sup>,即夫妻关系并不完全以个人主义为价值本位,强调通过合作维护双方一体的共同利益;五是情绪性,即婚姻以夫妻感情为基础,夫妻互动受到更多的情绪、情感因素影响<sup>[2]</sup>。

但同时因为《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)合同编第464条第2款规定:“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用有关该身份关系的法律规定;没有规定的,可以根据其性质参照适用本编规定。”该条修改了《合同法》第2条关于身份关系协议不适用《合同法》的规定,极大地改变了婚姻家庭编的法律适用状态,堪称《民法典》对婚姻家庭法修订的“题眼”之一。从司法实践来看,合同法对婚姻家庭法律关系的渗透已是不争的事实<sup>[16]</sup>。

### 4.2. 本文观点

笔者认为,若忠诚协议中关于身份性质的约定应当适用关于身份关系的法律规定即可,但忠诚协议

中的财产性的约定应当参照合同编的规定。同时若存在婚姻关系反映为当事人意思表示与真实利益诉求之间的偏差；而意思表示瑕疵本质上也是当事人表示行为与真实意志之间存在偏差。由此，意思表示瑕疵规则对婚姻关系中当事人意思表示与真实利益诉求之间的偏差渗透。但是，在婚内协议中，意思表示瑕疵也仅仅具有形式意义，意思表示虚假、错误、欺诈、胁迫等是否足以影响协议效力，尚需回到婚姻关系的具体情境，考察意思表示瑕疵形成的原因、偏差程度、可归责性、信赖保护乃至婚姻制度内涵、法的安定性等外部因素，进而予以综合判断[2]。

《民法典》合同编第 464 条第 2 款完成了合同编与婚姻家庭编的体系贯通，未来将极大地推动婚姻家庭关系自治的法律实践发展。总的来看，法官宜遵循类型化的思路，借助忠诚协议内容约定的具体化解释，对婚内协议的效力进行更为细致的价值判断。

## 参考文献

- [1] 吴晓芳. 民法典婚姻家庭编涉及的有关争议问题探析[J]. 法律适用, 2020(21): 15-25.
- [2] 申晨. 民法典视野下婚内协议的效力认定[J]. 法学评论, 2021, 39(6): 181-193.
- [3] 何晓航, 何志. 夫妻忠诚协议的法律思考[J]. 法律适用, 2012(3): 54-58.
- [4] 吴晓芳. 当前婚姻家庭案件的疑难问题探析[J]. 人民司法, 2010(1): 54-58.
- [5] 宋豫, 李建. 夫妻忠诚协议的价值判断与效力分析[J]. 重庆工商大学学报 2012, 29(3): 83-90.
- [6] 刘加良. 夫妻忠诚协议的效力之争与理性应对[J]. 法学论坛, 2014(4): 101-108.
- [7] 李然, 郑思清. 夫妻忠诚协议审判问题研究[J]. 时代法学, 2019, 17(3): 80-87.
- [8] 胡某甲与叶某离婚纠纷案, 浙江省金华市中级人民法院(2014)浙金民终字第 723 号民事判决书[Z].
- [9] 刘焯. 夫妻忠诚协议的效力之争[J]. 司法警官职业教育研究, 2021, 2(1): 58-65.
- [10] 高某与张某夫妻财产约定纠纷案, 江苏省苏州市姑苏区人民法院(2018)苏 0508 民初 5795 号民事判决书[Z].
- [11] 陈某甲与周某离婚纠纷案, 江苏省无锡市中级人民法院(2015)锡民终字第 159 号民事判决书[Z].
- [12] 朱广新. 论合同法分则的再法典化[J]. 华东政法大学学报, 2019, 22(2): 41-56.
- [13] 杨大文, 龙翼飞. 婚姻家庭法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 206.
- [14] 费孝通. 乡土中国·生育制度[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998: 89.
- [15] [美]麦克尼尔. 新社会契约论[M]. 雷喜宁, 潘勤, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 65.
- [16] 申晨. 民法典婚姻家庭编的回归与革新[J]. 比较法研究, 2020(5): 109-121.