

论婚约及婚约的法律适用

孙茂重

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年11月6日; 录用日期: 2024年1月1日; 发布日期: 2024年1月9日

摘要

在现代社会, 婚约不再被法律赋予强制执行力, 但是婚约依然存在多项社会意义。婚约虽不产生一般意义上的身份法效力, 但是在社会习俗中婚约关系仍得到普遍承认。我国婚姻立法回避婚约的理由并不充分, 为了延续传统习俗、消除法规范与法社会之间的落差以及维护司法统一, 有必要将婚约纳入立法。婚约以缔结婚姻为目的, 兼有身份关系和财产关系发生, 是一种特殊的准身份契约, 但其并非结婚的预约。为了保护婚姻自由, 婚约不可诉性请履行, 亦不得附加违约金, 但单方面违背婚约需要承担赔偿责任。基于民法总则的统摄功能, 也为了应对家庭法供给不足的问题, 在处理婚约纠纷时有必要考虑在符合家庭法的价值时, 适用民法总则相应规定。《民法典》第464条第2款为婚约适用合同编提供了具体路径, 但是在具体参照适用合同编规则时, 需要避免过于工具主义的倾向, 维护家庭法的价值和伦理。

关键词

婚约, 身份关系, 契约, 参照适用

Discussion on the Engagement and the Legal Application of the Engagement

Maozhong Sun

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

Received: Nov. 6th, 2023; accepted: Jan. 1st, 2024; published: Jan. 9th, 2024

Abstract

In modern society, the engagement is no longer legally enforceable, but it still has a number of social significance. Although the engagement does not have the effect of identity law in the general sense, it is still generally recognized in social society. The reasons for avoiding the engagement in our marriage legislation are not sufficient, and it is necessary to incorporate the engagement into the legislation in order to continue the traditional customs, eliminate the gap between the legal

norms and the legal society, and to maintain the unity of the judiciary. Engagement for the purpose of concluding a marriage, both identity relations and property relations occur, is a special quasi-identity contract, but it is not a precontract for marriage. In order to protect the freedom of marriage, engagement is not subject to appeal and no liquidated damages may be attached to it, but unilateral breach of the engagement entails liability. Based on the unifying function of the General Principles of the Civil Code, and in order to cope with the problem of insufficient supply of family law, it is necessary to consider applying the corresponding provisions of the General Principles of the Civil Code when dealing with disputes over engagements, as long as they are in line with the values of family law. Article 464, paragraph 2, of the “Civil Code” provides a specific path for the application of the contractual provisions to engagements, but in applying the rules of the contractual provisions, it is necessary to avoid an overly instrumentalist tendency and to safeguard the values and ethics of family law.

Keywords

Engagement, Identity Relationship, Contract, Application by Reference

Copyright © 2024 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

“婚约”指男女双方以特定的形式、以结婚为目的作出的约定[1]，不过考虑到现实生活中婚约还常常伴随财物的转移和双方亲友的往来，因此并不仅仅是一个身份约定，毁约方不仅会遭受财产损失，还可能招致社会风俗上的指责。在传统社会，聘娶婚是我国传统婚姻的主流，以“订婚”和“成婚”为界，可以将婚配进程分成三个部分。订婚是结婚的必要前提，婚约的订立意味着对双方人身产生约束力，并且由法律保障婚约的执行。由于我国并没有特定的结婚登记制度，订婚程序在某种程度上相当于或者包括了今天的结婚登记环节，起到了公示的作用。

但近代以来，随着女性经济和社会地位的提高和婚姻自由原则的贯彻落实，婚约的可执行性与可诉性已逐渐从法律中消失。订婚和共同生活所要追求的公示意义，也由强制登记的形式主义立法所替代，发挥彰显当事人意思表示的作用。事实上，为了充分尊重现在的人伦秩序以及追求确定的身份法律关系，家庭法领域个人的意思自治受到国家强制的高度限制[2]。身份法虽未丧失其作为私法的自治品格，但由于国家意志对家庭法的干预，婚姻中的个人的意思自治退居其次，而通常需要通过特定形式展现。也就是说，婚约的订立与婚姻的缔结在法律上已经没有直接关联，不论结婚双方订婚与否，只要依法满足了结婚条件、办理结婚手续，就可以成立婚姻。

尽管婚约的作用大不如前，但受传统婚姻习俗的影响，实践中婚约现象并未消弭，反而仍普遍存在，无论是发达的东部沿海地区还是欠发达的西部地区，这一约定俗成的规范都被人们所遵循。在现代社会中，虽然男女双方自由交往，自主决定是否缔结婚约，但订婚在现代社会，仍有其社会意义，具有“忠诚关系的承诺、社会地位的转换、为结婚做暖身准备、与姻亲家庭建立关联之功能”[3]。

2. 婚约双方的特别关系

婚约作为结婚的准备行为，不发生一般身份法上的效力。婚约当事人并非夫妻关系，亦不属近亲属范围，没有夫妻间和近亲属间的权利义务。但是自缔结婚约后，男女双方当事人步入一个特别的身份关

系,和情谊可与已婚夫妻相比,称为“未婚配偶”,在当事人间发生相应的权利义务。台湾地区,在民事诉讼和刑事诉讼中未婚配偶需为法官自行回避、证人可拒绝证言。婚约的家庭法意义得到德国法认可,虽然婚约不产生法定扶养义务,但订婚人间为满足生活所需的给付,属于符合道德义务的给付的,不构成 814 条之不当得利,在婚约解除时,不得请求返还。

在双方当事人订立婚约到结婚之间的特殊时期,是一种暧昧的法律关系与礼俗文化状态。然而,在民间习俗和一般社会习惯上,却是一个已然承认双方之准配偶关系、准姻亲关系的阶段。现实中,订婚的当事人虽然没有任何亲属法的关系,但履行婚约的期间,双方当事人的物质交换、情感交流都在向结婚的方向前进。只要男女双方举办订婚仪式、缔结了婚约,就会获得外部社会的认可,把他们当做是未婚夫妻,而婚约任何一方都有不再和其他异性交往的义务。此外,悔婚者的社会评价也会因悔婚而受到负面影响,根据社会习惯还往往需要因此而付出一定的成本。这也因此产生法律关系与习俗文化上的落差,也就是法规范与法社会在断裂和延续上的落差[4]。所以台湾地区现行亲属法的对于婚约,一方面要贯彻执行婚姻当事人意思自由之原则,脱离传统以“合两家之好为目的之婚姻”;一方面却又由于中国传统对于订婚的重视及违反婚约的严格规定,故于民法亲属编中除了推定法定解除婚约之事由外,另外对于解除婚约及违反婚约都做了损害赔偿之规定[5]。

3. 婚约入法的必要性

但是我国大陆地区自解放后首部《婚姻法》到现行《民法典》,却没有婚约的法律规定。1950 年通过并公布了新中国第一部《婚姻法》,这部婚姻法没有婚约内容。而 1951 年《聘金或聘礼处理的指示》第 1 条规定把女方父母获得的聘礼彩礼确定为“变相的买卖婚姻”的价款,完全否定了聘娶婚,进而对婚约的价值不予认可。但是著名法学家陈顾远说:“既以‘聘’与‘买’分,并依‘礼’而成之,即不得再以买卖关系,解释聘娶婚之性质也……其更远于买卖形式,而为纯正的婚约关系矣。”[6]可见,聘娶婚和买卖婚姻没有本质联系。1980 年颁行的第二部《婚姻法》,尽管放弃了“变相的买卖婚姻”的定义,但同样没有婚约内容。至 2020 年《中华人民共和国民法典》通过并公布,仍完全没有婚约方面的内容。

对于婚姻立法回避婚约,邱玉梅认为可能有当时的立法者反对早婚、保护婚姻自由和学习苏联民法等原因[7]。但事实上,婚约法制化能够在维护婚约传统和坚持婚姻自由原则间实现动态平衡,不但不会限制当事人的婚姻自由,反而可以为双方提供法律保障,有利于婚姻自由理念的落实。观大陆法系,婚约的立法存在两类形式,一类是像法国和日本那样,法律不调整婚约行为,而由判例创制婚约的法律性质和法律后果;还有一类是以德国、意大利等为代表的,法律直接对婚约的构成要件、解除婚约的法律效果等作出规定。除此之外,将婚约法制化的国家还有很多国家,但其司法实践都表明了一点,那就是婚约法制化与婚姻自由并不矛盾。

3.1. 延续社会传统风俗的需要

萨维尼认为,法律源自民族的共同意识,法律像一个民族的语言、风俗和生活方式一样,首先是由一个民族特有的性格,它的民族精神所决定的。“法律随民族的生长而生长,因民族强大而强大,最后因民族丧失它的个性而消逝。”[8]基于民族传统的法律才更为正当,婚约制度应在我国重建。婚约制度长久以来就是我国民事法律制度的重要部分,婚约习俗有广泛的社会文化基础,在社会生活中发挥重要作用。婚约中的彩礼习惯之所以从传统到现代经久不衰,是因为它是民间千百年来双方家庭和当事人本人相互反复博弈而产生的社会习惯,并且构成了这种稳定有效的社会合作模式中的重要一环[9]。有必要制定符合我国国情的婚约制度,反映现实生活风俗,通过将婚约制度纳入法律规范,规范人们的婚约行为。

3.2. 解决现实婚约纠纷的要求

实践中, 彩礼的给与与收受, 或为了缔结婚姻而进行财产赠与等, 不可避免地会发生经济上的关系, 导致纠纷的发生, 与之相对的却是很多婚约诉讼无法可依。约束婚约双方的行为, 不仅仅需要道德评判给当事人施加影响, 更需要法律对此进行调整。虽然婚约行为本身符合“法无禁止即可为”, 但其不受法律保护, 这在客观上会让当事人觉得可以随意违背婚约而不承担道德谴责外的任何不利后果, 不符合善良风俗的要求。可以像将婚约法制化的国家那样, 使明确清楚的婚约法律制度在社会生活之中确立。通过正面、直接规定更具可操作性的新规则, 明确规定当事人可以自主决定婚约的缔结或解除, 不受他人干涉, 来体现或保障婚恋环节的“婚姻自由”。法有告知和指引作用, 立法者可以通过法律告诉人们什么样的婚约是法律所提倡的, 什么样的又是法律所必须反对和规制的, 在法律上规定婚约人的权利义务以及违反婚约法律规定应承担的责任来调整个人的行为。法律作为一种行为准绳, 具有判断、衡量人们行为的作用^[10], 这种评价能够影响人们的价值观念和是非标准, 只有充分发挥出法对婚约的规范作用, 才能实现法的社会作用, 引领社会善良风尚。为了解决婚约纠纷、延续传统习俗, 有必要将婚约纳入民法调整范围。

3.3. 维护司法权威的需要

婚约在我国有历史传统和现实存在的土壤, 婚约纠纷所导致的矛盾也日趋激烈。普通民众对于司法公正有着迫切的需求, 而源于原《婚姻法解释二》第10条的《民法典婚姻家庭编解释(一)》第5条仅对彩礼返还作出了有针对性的规定, 但其他基于婚约产生的财产损害等却无法可依。由于没有明确的法律规范, 法官们在实践中只能诉诸模糊的基本原则和法理给案件定性, 再凭借具体案情在裁判结果上“自由裁量”。如此一来, 相似婚约纠纷案件的审理结果不同就在所难免, 而不能做到“同案同判”, 就会直接影响普通民众对是否被给予公平对待的切身感受, 甚至有可能引发新的社会矛盾, 破坏司法权威。只有完善婚约立法, 才能扭转同案不同判的司法乱象, 为司法审判提供裁判指引。

4. 婚约的性质与效力

4.1. 婚约是准身份契约

依据现行法的规范体系, 我们无法得知婚约的性质及其效力。要处理好因婚约产生的各项纠纷, 有必要先弄清婚约的性质。针对婚约的法律性质, 先后有多种学说进行探讨, 笔者大致梳理后, 将其分为两类。

4.1.1. 非契约说

根据婚约与法律行为的差异程度, 存在三种不同学说。一是“情谊行为说”, 不仅认为婚约不是契约, 甚至认为婚约不是法律行为, 仅仅具有道德上的拘束力, 而不由法律调整^[11]。作出情谊行为的当事人没有受法律约束的意思, 情谊行为本身并不创造债权债务关系, 当事人不因给付行为不履行而负担损害赔偿义务。虽然婚约的合意与一般财产法上的合意有所不同, 但婚约双方有追求缔结婚约的意思, 在某些方面也会产生法律效果, 在我国婚约终止可能产生赠与物返还请求权, 在比较法上还会在当事人间形成准配偶关系, 这些效果是当事人意思的体现, 所以婚约不是情谊行为^[12]。

二是“事实行为说”, 事实行为的法律效果与行为人的意志无关, 而直接由法律规定。但是在我国, 法律对婚约没有明确规定, 难以认为婚约是一种事实行为。事实行为应与当事人意志无关, 不需要当事人有相应的行为能力。但在法律中规定了婚约的国家和地区, 都要求缔结婚约双方当事人有行为能力。更重要的是, 婚约所发生的效果并非与当事人意志无关。婚约双方有在社会风俗上建立未婚夫妻关系、并对将来结婚进行财物转移的意思。

三是“准法律行为说”，由于当事人的订婚行为，并不导致他们之间产生结婚的法律义务，婚约的法律效果不以当事人的意志为转移，所以婚约属于准法律行为[13]。准法律行为的法律效果是由法律直接规定，其中当事人的意思并不重要，但毫无争议的一点是婚约当事人有将来结婚的合意，这种合意不可能排除当事人的意志，否则可能违反婚姻自由原则，因而不能认为婚约是一种准法律行为。

4.1.2. 契约说

亲属法上，法律行为占部分较少，大都是法律定型，当事人并无决定的自由；法律行为中当事人的意思，与一般民事法律行为不同。将婚约伴随的财产给付行为定义为法律行为并没有什么不妥，而“身份行为虽个性突出，但基于去管制化的需要，将其统辖于奉行自治理念的法律行为概念之下，也许亦无不可”[14]。法律行为系指以意思表示为要素、依意思表示的内容而发生一定私法上效果的行为，“法律行为的概念是所有在法律秩序中形成的行为类型的抽象……其目的在于使个体能够以意思自治的方式通过制定规则来形成、变更或者消灭法律关系，也即旨在实现私法自治原则”[15]。在法律行为的框架下，结合婚姻本身的契约特性，进一步解释婚约的性质，自然只能将其看作是一种契约。而“契约说”又可细分为以下学说：

首先，“债权契约说”认为婚约与通常财产法上契约无异，成立方式均为要约加承诺[16]。这种说法显然忽视了婚约中的身份要素，但婚约双方的合意更重要的在于创设一种特殊的未婚夫妻的身份关系，而不仅仅是为财产法上的约定。不过男女双方订立婚约仅仅是出于对未来缔结婚姻的期待的看法[17]也过于偏激，忽视了婚约中确实还会有很多经济性的内容。

其次，“身份契约说”主张婚约指向的身份利益无法用金钱衡量价值，更多体现为对人伦亲情利益关系的支配[18]。但是身份行为都基于亲属法，但婚约当事人的身份关系不被我国法律认可，只能获得社会习惯上的认可。而且婚约不具有身份契约要式性的特点，身份契约都是要式契约，但婚约是不要式的，仅男女双方达成将来缔结婚姻之合意即告成立，没有任何形式上的要求。在有婚约规定的国家和地区，婚约解除也是不要式行为，有解除权一方当事人向另一方为解除的意思表示即可。在台湾地区，婚约解除不必要求是书面或口头告知，依默示的推断亦可，例如断绝往返书信、退还结婚戒指、出家为僧、出家为尼。

最后，“准身份契约说”则认为婚约是不同于一般契约的特殊双方民事契约，但也不是法定的身份契约，其性质上是一种准身份性契约，是双方当事人约定将来成立夫妻关系的身法律行为[19]。具体而言，婚约是兼具身份性和财产性的双方契约行为；婚约虽无强制执行力，但在一定程度上具有准亲属法上的效力，当事人的身份关系具有准亲属关系性。

将婚约在契约的范围内进一步划分界定，显然“准身份契约说”更具有合理性，因为它完美契合婚约的混合契约性质：婚约实质上是一种以身份关系与财产关系为内容的混合协议，婚约既赋予当事人双方未婚夫妻的身份，有身份契约的要素，又对财物赠与等作出安排，有财产契约的因素。总之，婚约不同于一般的债权契约，也与亲属法上的身份契约有所差别，应将其定性为准身份契约。

4.2. 婚约不是结婚的预约

有学者认为是预约，因为婚约和结婚的契约之间构成手段与目的的关系；以及婚约的作用是让彼此预先受到结婚的约束，以最终缔结婚姻[12]。在日本法上，婚约也被认为是以将来缔结婚姻为目的的契约，即婚姻的预约。明治民法立法之初，立法者认为，将婚约纳入民法的保护范围，会导致滥诉，因而没有对此立法[20]。与其说婚姻是当事人依其意思自治缔结的所以其预约效力不被认可，倒不如说是婚姻的预约属于道德范畴，不由法律支配[21]。不过大审院大正4年的判决不仅肯定了婚约的效力，更是进一步将婚约解释为婚姻的预约[22]。现在通说认为，虽然不能强制缔结婚姻，但是当事人的一方如果没有正当理

由违反约定，需要对相对方因信赖该预约而遭受的有形损害予以赔偿，具体来说有民法第 415 条债务不履行责任和第 709 条不法行为责任产生的可能。

日本司法中将婚约认定为预约，既否认婚约与结婚之间的法律关联，避免损害当事人的结婚自由，又不能不肯定婚约的社会意义，惩罚违反婚约的行为。但是这是有缺陷的，那就是婚约并不是严格意义上的预约，其与预约之间有诸多差异。如果我们从功能的视角看待预约，当事人订立的预约，往往能够改变合同成立或生效时点、明确或强化缔约人的法定义务、确定缔约责任范围。预约能够加重当事人在缔约阶段仅负依诚信缔约的方式性义务甚至上升为结果性义务，因而对于缔约人来说有一定的担保价值。预约义务人不订立本约，法院得定赔偿金额或并处怠金，以间接地强制其履行，但是婚约已经不再对双方有身份上的拘束力，预约的这种担保价值在婚约中并不存在。还有学者提出，因为婚约中还常常有双方关于婚后权利义务约定，如果将婚约看作是结婚的预约，就会导致预约与本约在内容上的不匹配[23]。此外，一般预约的当事人并不具备婚约当事人间那种特别的身份关系。而且从形式上说，凡是法律对本约有要式要求的，预约也要采取该要式，但通说认为婚约是不要式行为。总而言之，难以将婚约看作是预约。

4.3. 婚约的效力

近代以前，婚约可以直接对双方人身产生约束力，即便一方反悔，另一方也可以诉请强制履行结婚的义务。在罗马法上，无论是单务的婚约还是双务婚约，婚约人均有诉权，不过这一诉权不是请求强制结婚，而是请求损害赔偿。虽然自罗马与迦太基之战后，婚约诉权也消灭，婚约为不要式，当事人一方都可随意解约，但婚约在亲属法上仍有一定效力。在中世纪和近代早期的日耳曼法和教会法中，婚约有较强的身份法效果，并与结婚密切相关，直到 18 时期晚期，德国法中婚约的可执行性和可诉性才逐渐消失[13]。英国至少自 12 世纪开始，管辖婚姻事务教会法院赋予婚约以强制执行的法律效力，这一状况在 1753 年被改变。宗教改革后，现代意义上的“违反婚约的普通法诉讼”逐渐建立，由普通法法院管辖。违反婚约之诉横跨合同之诉和侵权之诉，赔偿的范围包括信赖利益损失、履行利益损失，以及人身伤害和其他损害。自 20 世纪 30 年代至 90 年代，美国多数州、英国、新西兰、爱尔兰等也相继废除或限制了违反婚约之诉[24]。

在身份典范时期，财产关系也是身份关系，而到了契约典范时期，身份关系也变成了契约关系[25]。纵观婚约发展史，随着近代以来女性经济和社会地位的提高和婚姻自由原则的贯彻落实，婚约的强制力逐渐从法律中消失。不仅婚约不可诉请履行结婚，当事人替代履行的损害赔偿请求也不被支持，否则实质上等同于实现了结婚的目的。此外，由于婚约不能强制履行，约定违约金的条款也会被认定为无效。德国、瑞士法都认为婚约具有不可诉性，明文禁止婚约附违约金。虽然违约金是消极制裁，但也可能使违约人因违约金的苛刻而违背意思而与对方结婚，如此，便动摇了婚姻自由的基石。虽然不能用违约金制裁，但无理由解除婚约的也要受到否定性评价，负有损害赔偿义务。例如日本法，一方有正当理由单方要求解除婚约的，如对方和他人有不贞行为，对方需要支付精神损害赔偿；而一方没有正当理由单方解除婚约的，需要向对方支付精神损害赔偿。

5. 婚约的法律适用

5.1. 婚约对民法总则的适用

《民法典》总则编采用了提取公因式的立法技术，总则规定是一般规定，逻辑上自可适用于各分编，但总则的一般规定并非在分则所有地方都能适用。此外，《民法典》总则编主要以双方财产法律行为特别是合同行为为典型提炼一般规定，因此总则编对合同行为之外身份法律行为不具有普适性。

5.1.1. 民法基本原则

财产法与家庭法都以实现自由、平等、公平、公序良俗为价值目标，但二者在调整对象上各有侧重，在价值取向上也有很大差别。其中，等价有偿、交易安全原则主要适用于市场交易领域，而对于强调家庭伦理的家庭法则不适用，故等价有偿、交易安全原则不适用于婚约。

5.1.2. 民间习惯

婚姻家庭编的解释(一)第5条就对婚约关系中的彩礼返还参照民俗习惯进行了规定。清末民初时民间婚约习惯可以在彩礼纠纷时，通过非制度化的方式积极调解，促进地区社会秩序良性运转[26]。而如今面对现实婚约财产纠纷中制定法与习惯法的冲突，如果结合当地风俗及当事人特殊情况，可以缓和当事人对法院裁判的抵制，从而妥善化解纠纷。《民法典》总则编第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”习惯在总则编中被确定为法源，表明其可成为裁判依据的权威理由[27]。

5.1.3. 意思表示规则

婚约双方的意思表示体现在其自主决定是否进入或脱离未婚夫妻的关系，尽管该意思表示的空间是有限的，也只是量的问题，而不是质的问题。总则编具有体系完备的意思表示效力瑕疵规则，这有利于婚约意思表示瑕疵案件适用总则，促进案件的解决。他方明知的心里保留、虚伪的婚约无效。婚约可因错误、重大误解而撤销，如果一方是基于对方故意隐瞒或者虚假陈述与婚约有重大关系的信息，而陷入错误认识、缔结婚约的，可以援引欺诈的相关规定撤销婚约。但是撤销权是一种形成权，有一般形成权和形成诉权之分，撤销婚姻需要提起诉讼，但是婚约的效力远远小于婚姻，撤销婚约为意思表示即可。

5.1.4. 总则其他部分

婚约作为准身份契约，人身属性较强，可以通过使者缔结婚约，但不适用总则编的代理。父母为子女订立婚约无效，婚约只能由双方本人订立。其次，总则编有关附条件、附期限的规定一般适用于各类民事法律行为，但“依照其性质不得附条件(期限)的除外”。虽说婚约是一种特殊的身份契约，但不能因此否认其可以附条件和附期限，只要所附条件或期限没有违反法律强制性规定和公序良俗，都应有效。例如男女双方约定，等到双方都有工作就订婚，婚约在满足条件时成就。在婚约订立后，由于婚约解除是不要式行为，有解除权一方当事人向另一方为解除的意思表示即可解除婚约。

5.2. 婚约对合同编的适用

《民法典》婚姻家庭编有意识地回避了“合同”而用“协议”予以替代，形式上强调了身份协议和合同的不同，身份协议不能直接适用合同编。第464条第2款“有关身份关系的协议”以身份关系为特殊要素，这其中应不包括纯粹身份关系，因为纯粹身份性的身份关系协议，如收养协议，具有浓厚伦理特质，不能参照适用合同编。且本款加一个“等”在婚姻、收养、监护后，显然是预留了婚约作为准身份契约适用该款的空间。

5.2.1. 适用的前提

身份契约如果可以适用财产法的规则，可能会使交易规则过度入侵身份关系，有给家庭法价值理念带来冲击的风险。家庭法适用合同编需要充分尊重婚姻家庭关系的本质和基本原则，应当注重维护身份关系和谐安定、实现家庭整体利益，这是身份关系协议“可以根据其性质参照适用”的终极目标[28]。而且“可以”参照适用合同编意味着，即使婚姻家庭编没有规定，也可以选择不参照合同编。

5.2.2. 参照适用的内涵

民法没有规定婚约，这构成了法律漏洞。而“参照适用”条款可以弥补婚姻家庭编的制度与规范的漏洞，并给予身份关系协议“回归”合同法的机会；另一方面，经由参照适用的法律技术可以回应司法实践对婚约规范的现实需求，为法官提供裁判依据。然而“参照适用”性法律规则本身是残缺不全的，不能单独作为裁判依据，还需要对其他法律规范进行援引适用。婚约兼具家庭法与财产法的双重价值，与纯粹身份行为相比，参照适用合同编时具有更大的自由度。

有学者基于我国立法和司法对婚约的态度，认为婚约只是情谊行为，不具备身份关系协议的适法性，不能利用《民法典》第464条第2款的“参照适用”规则^[29]。但是婚约是一种准身份契约，婚约参照适用合同编符合婚约的契约属性。

5.2.3. 具体适用路径

《民法典》第464条第2款既未指明身份关系协议应参引合同编中的哪一具体规范，对于如何援引合同编规范，也有待进一步明确。结合民法典的体例结构，在处理婚约纠纷时，应当先在家庭法内部进行法律解释；其次，才是援引总则编的基本原则、民间习惯；最后，才有合同编的适用空间。在参照适用合同编时，应当结合婚姻家庭领域各项因素，决定合同编规则如何适用，从而使合同编与婚姻家庭编更好地协作与融合。

6. 结语

婚姻立法回避婚约不利于婚约纠纷解决的司法统一，而是造成了立法与司法的分离，婚约虽不是民法调整的对象，但法院对婚约财产纠纷案件予以受理。现在的家庭法难以为婚约纠纷提供有效的规范供给，为了弥补法规范和法社会之间的隔阂，解决婚姻法规范供给不足的问题，“法典化时代的婚姻家庭法仍然需要通过不断修正的方式来弥合其与社会之间的张力”^[30]，有必要在符合家庭法价值目标的前提下，通过对民法总则和合同编的限制适用，使家庭法真正回归民法，使婚约纠纷案件有法可依。

参考文献

- [1] 夏吟兰. 婚姻家庭继承法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2021: 91.
- [2] 张作华. 认真对待民法中的身份——我国身份法研究之反思[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2012(4): 54-66.
- [3] 徐玉青. 订婚情侣卫突因应、调适历程之研究[D]: [硕士学位论文]. 高雄: 国立高雄师范大学辅导研究所, 2001: 32.
- [4] 郭书琴. 身分法之法律文化分析初探——以婚约篇为例[J]. 台北大学法学论丛, 2008(9): 1-42.
- [5] 陈惠馨. 传统个人、家庭、婚姻与国家-中国法制史的研究与方法[M]. 台北: 五南出版社, 2006: 118-141.
- [6] 陈顾远. 中国婚姻史[M]. 北京: 商务印书馆, 2014: 73.
- [7] 邱玉梅. 婚约问题探析[J]. 法商研究, 2000(5): 63-69.
- [8] [美]E. 博登海默. 博登海默法理学[M]. 潘汉典, 译. 北京: 法律出版社, 2015: 197.
- [9] 王彬. 信号传递、彩礼习惯与法律边界——一个法律经济学的分析[J]. 政治与法律, 2013(9): 76-85.
- [10] 张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2018: 78.
- [11] 王雷. 民法学视野中的情谊行为[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 20.
- [12] 金眉. 民法典体系下婚约性质之辨[J]. 政法论坛, 2022(6): 113-124.
- [13] [德]迪特尔·施瓦布. 德国家庭法[M]. 王葆蔚, 译. 北京: 法律出版社, 2010: 32.
- [14] 朱庆育. 法典理性与民法总则以中国大陆民法典编纂为思考对象[J]. 中外法学, 2010(4): 485-504.
- [15] [德]弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 27.

-
- [16] 张作华. 亲属身份行为分类研究[J]. 政法论坛, 2009(3): 97.
- [17] 李姗姗. 论婚约及其解除之损害赔偿[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021(5): 171-189.
- [18] 张燕玲. 论我国亲属法中婚约制度的创立——兼评〈婚姻法〉司法解释(二)第10条[J]. 法学论坛, 2010(2): 82.
- [19] 史尚宽. 亲属法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 114.
- [20] [日]水野紀子. 財産分与と婚約・内縁を考える[J]. 法学教室, 2022(13): 81-87.
- [21] [日]大村敦志. 婚姻予約有効判決(1)——被侵害利益②精神損害[J]. 法学教室, 2009(9): 77-84.
- [22] [日]大審院大正4年1月26日, 民録21輯49頁[Z].
- [23] 李永军. 婚姻属性的民法典体系解释[J]. 环球法律评论, 2021(5): 102-115.
- [24] 张学军. 英美法系国家“违反婚约之诉”介评[J]. 法学评论, 2007(2): 78-84.
- [25] 苏永钦. 寻找新民法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 73.
- [26] 盘应福. 姻亲、世俗与礼法: 清至民国清水江流域族群婚姻与财礼流动研究[J]. 北方民族大学学报, 2021(3): 101-107.
- [27] 汪洋. 私法多元法源的观念、历史与中国实践《民法总则》第10条的理论构造及司法适用[J]. 中外法学, 2018(1): 120-149.
- [28] 王雷. 论身份关系协议对民法典合同编的参照适用[J]. 法学家, 2020(1): 32-46+192.
- [29] 张力, 丁诚. 《民法典》背景下身份关系协议的概念性要素[J]. 北方法学, 2022(6): 81-91.
- [30] 李拥军. 民法典时代的婚姻家庭立法的突破与局限[J]. 法制与社会发展, 2020(4): 133-143.