

协议约定不离婚的法律效力浅析

李昊宇

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2022年10月2日; 录用日期: 2022年12月1日; 发布日期: 2022年12月9日

摘要

夫妻双方在结婚之前, 可以签订约定不离婚的协议, 约定在婚姻存续期间不得离婚, 并可请求法院确认该请求。该协议有利于加强双方对婚姻家庭的信心, 更放心地投入到家庭建设中。该协议不违反公序良俗、贯彻意思自治表达以及贴合民法典相关法律规定。此外, 相比于“忠诚协议”, 该协议更适合司法实践。

关键词

协议不离婚, 离婚自由, 忠诚协议

A Brief Analysis of the Legal Effect of the Agreement Not to Divorce

Haoyu Li

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: Oct. 2nd, 2022; accepted: Dec. 1st, 2022; published: Dec. 9th, 2022

Abstract

Before getting into marriage, the spouses may enter into an agreement not to divorce and stipulate that they shall not divorce during the marriage, and may request the court to confirm the request. The agreement is conducive to strengthening the confidence of both parties in the marriage and family and more assured to invest in family building. The agreement does not violate public order and good customs, implements the expression of self-government and conforms to the relevant laws and regulations of the Civil Code. In addition, it is more suitable for judicial practice than a "loyalty agreement".

Keywords

Agreement Not to Divorce, Freedom of Divorce, Loyalty Agreement

Copyright © 2022 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. 问题的提出

在自由主义的影响下，婚姻的神圣性削减，与修补婚姻的态度相比，人们比以往更容易放弃婚姻。婚姻越是容易解除，人们对婚姻的承诺就会越少，因此，如果允许想离就离，那么结婚者花费在婚姻搜寻上的时间就会更少。结果是，夫妻更不般配，这转过来又会破坏婚姻的伴侣性，并由此增大了离婚的可能。并且，由于离婚非常容易，夫妻俩也都会更少花费时间来努力促使婚姻成功。因此，在一个想离就离的离婚体制下，趋势是一连串时间较短的、或许不再是伴侣性的婚姻替代了持久的单一伴侣婚姻[1]。由于人们对婚姻的持久与向往的预期大幅下降，他们对婚姻会作出不乐观的判断，这就会导致两个结果：一是人们更不愿意把自己——无论是时间、资源、梦想还是始终如一的承诺——充分投入到婚姻当中，使婚姻进入恶性循环，婚姻不幸者不幸的程度提高，范围扩大。二是结婚率下降[2]。近十年来，我国结婚率一直呈下降趋势。2015 年比 2014 年减少 82.03 万对，2019 年比 2018 年减少 86.61 万对[3]。

目前过于自由的离婚会使婚姻中一内一外的经营模式出现危机。美国经济学家贝克尔(Gary S. Becker)将新古典经济学的基本工具成功地用于分析家庭行为。其运用边际分析方法，结合家庭生产函数，形成的理论认为，应当将家庭的资源配置到各种活动当中。具体就是如果一个有效率的家庭所有成员都有不同的比较优势，在市场部门中有的愿意投入到市场活动中，有的更偏好于家务劳动。而家庭事务的复杂性同时迫使家庭成员出现分工的不同[4]。也即婚姻关系最终会演化成“一内一外”的经营模式，即一方负责在劳动市场投资，另一方在家庭内部投资。当婚姻终止时，由于投资家庭的一方的人力资本具有专用性，其不可回收的资本损失就是一种沉没成本，沉没成本越大，该方退出婚姻所受的损失就越大[5]。倘若婚姻不稳定，投资家庭方回归家庭的期望就会降低，家庭的稳定性就会得到破坏。

现流行的单方面无过错离婚的收益并不突出。一个非约束性的承诺并不能充分保护婚姻伙伴关系所固有的这些风险。与协议不离婚相比，现如今的单方面无过错离婚含有可能受影响的群体之间的价值损失，以及离婚费用的不公平分配。即使假设提出离婚的配偶从离婚过程中获得了净收益，被离婚配偶和子女的地位也可能会恶化，足以抵消提出离婚的配偶的收益[6]。因此，我们希望约束自己遵守一条规则，即进入婚姻只能经过双方同意，退出婚姻也只能通过双方同意，当然，有婚姻过错的情况除外[7]。

2. “忠诚协议”不能为婚姻提供有效的保护

2.1. “忠诚协议”与“协议不离婚制度”的区别

忠诚协议是对《民法典》第 1043 条第二款的贯彻，一般指夫妻在婚前或者婚后约定，夫妻之间违反忠实义务的一方给付对方若干财产的协议[8]。

第一，目的不同。协议不离婚根本目的在于维护婚姻的稳定和持续，意在加强婚姻内在的凝聚力。“忠诚协议”旨在在对方出轨时自己的权益能够得到一定的补救，为婚姻提供了“离心力”。

第二，保护方式不同。协议不离婚的保障方式是一方提起离婚诉讼时，另一方得依协议请求法院驳

回对方诉讼请求。而“忠诚协议”是通过类似于违约金的方式，依照《民法典》关于违约行为的保护方式进行。

第三，性质不同。协议不离婚是纯粹的身份协议，不涉及财产。而“忠诚协议”既属于身份协议的范畴，也与财产协议联系紧密。这也导致其性质属性存在争议。在2003年我国夫妻忠诚协议第一案中，上海市闵行区法院认为夫妻忠诚协议属于债权合同；而我国台湾地区1966年台上字第2053号判例认为，配偶因忠诚协议而互负忠诚义务，一方违背婚姻忠诚，破坏了圆满、幸福的夫妻生活状态，视为违反婚姻契约之义务而侵害他方之权利[9]。有学者认为夫妻忠诚协议应以其内容为依据作类型化分析[10]。这种性质存在争议的协议会对司法实践产生负面影响，导致法官无所适从。

2.2. “协议不离婚制度”可以为婚姻提供有效保护

“忠诚协议”的形式虽然意图表明其欲为婚姻保驾护航，但是根据当事人约定的责任类型不同，可以将婚姻忠诚协议分为约定财产责任的忠诚协议、终止婚姻关系的忠诚协议、涉及子女抚养的忠诚协议[11]，其实质是预先考虑婚姻失败后的财产等分配问题，实质上为婚姻提供了“离心力”。

协议不离婚是指男女双方在结婚之前约定婚姻存续期间不得提起离婚诉讼，除非发生特殊情形。此特殊情形一般指家庭暴力、出轨、虐待等严重破坏婚姻基础的情形。若无特殊情形发生，夫妻任何一方不得单独提出离婚请求；若一方提出离婚请求，另一方可以据此向法院提出确认协议效力，驳回该方的离婚诉求。约定不得离婚的协议既代表了男女双方对于婚姻持续的认可，又合意赋予该协议以强制执行的效力。这种模式为婚姻当事人提供了保障，让双方明确彼此对婚姻的坚守，有利于投资家庭一方安心地付出。

3. 协议约定不离婚制度的效力分析

3.1. 法理应然性之考察

协议不离婚应得到法律保护，没有受到保护的權利，等同于没有该权利。对权利的保护，一种办法是通过立法创设权利。但是，一是立法的机会不常有，二是协议不离婚不足以称之为需要立法确认来保护的權利。另一种权利的保护是法院的保护方法。比较法中，有几种途径：第一种方法是法官在判决中直接创设一个立法中没有规定的权利；第二种是法官并不创设一个新的权利名称，而是将需要保护的某种“新权利”解释仅立法已经明确规定的某一权利类型中；第三种是法官通过转介条款借助于公法规范或者道德规范保护当事人主张的某种权利[12]。“法庭的功能不是在新领域中立法。伸展现行法律原则的应用范围是一回事，凭空发明一项权利是另一回事。”[13]考校我国的实际情况，将协议不离婚的权利寄生在其他既存的诉讼形式上得到保护，例如合同内容的确认等，即第二种途径，更适合对这种权利的保护。当法院认定夫妻二人不具有特定情形时，只需要驳回复婚诉讼请求即可，而不需要主动实行其他的操作，就可以很好地保护好这种权利。

离婚自由不属于不可放弃的权利，人们可以为了达成社会鼓励的一定目的而对自己的这项权利协议限制。在原告宗某与被告吴某的离婚纠纷案中，法院以其婚前协议及婚后协议关于离婚赔偿的约定违反了婚姻自由原则为由，认定协议无效[14]。“如果我们认为存在不可放弃的自由，也就相当于认为我们在特定的情况下无论如何都不能对他人负义务……如果主权者有不可放弃的自由，那么他就要服从一个设定了这种禁止的权威……如果我们采取霍菲尔德的框架，不可放弃的自由概念难以成立。”[15]作为人格自由的延伸，离婚自由的特性从属于人格自由，人格自由是按照人的本性发展与丰富其人格的自由[16]。夫妻双方约定不离婚，虽然限制了自己以及彼此地离婚自由，但是其目的在于为了人格更好地发展，建立比个人更加稳定、收益更加高的家庭。他们认为自己之人格在稳定健康的家庭中可以得到更好的形成

与发展,这种为了人格自由而限制离婚自由的选择,权威应当尊重。

《德国基本法》第2条第1款规定:“只要未侵犯他人的权利,未抵触宪法规定以及未违背善良风俗,那么任何人都享有使其人格自由地形成和发展。”对于夫妻来说,协议限制自己的离婚自由是一种权利,在法无禁止即自由的法理中,自然人的这一权利需要公权力的认可和保护。

婚姻本身充满了对个人自由的限制,只要这种限制的手段和目的是良善的。男女双方同意缔结婚姻,其内在地包含着放弃与婚姻外第三人发生性关系的权利或自由;在未约定分别财产制的婚姻中,包含着对个人在婚姻存续期间工资收入的专属性的放弃,这种放弃的正当性在于双方认为婚姻的收益大于彼此独立生活的收益,这种放弃可以让彼此乃至社会的收益都最大化。在对婚姻关系的保护和对离婚的限制中,自由和正义的价值冲突中,正义更胜一筹。同理,当双方带着这种目的而限制自己的离婚自由,以期构建理想中的家庭,其正义性不言而喻。“当事人双方自愿同意组成一个人,同意为那个统一体而放弃自己自然和单个的人格。”[17]

婚姻的双重属性也使得对个人离婚自由的限制蕴含合理性。费孝通认为,传统婚姻制度的意义在于建立社会结构中的基本三角,夫妇不只是男女关系间的两性关系,而且还是共同向儿女负责的合作关系,在这个婚姻的契约中同时缔结了两种相连的社会关系——夫妇和亲子,这两种关系不能分别独立,夫妇关系以亲子关系为前提,亲子关系也以夫妇关系为必要条件[18]。因此,当婚姻家庭具有稳定、健康的特征时,其对社会是有益的。而只有双方都对其家庭倾注心血、作出贡献时,这个家庭才具有稳定健康的可能。在婚姻伊始,当双方都想为了建立这样的家庭而努力、想要保护自己的付出时,为了社会的效益和双方的效益,我们应当鼓励、支持这类愿景,认可约定不离婚的协议中对离婚自由的限制自然有了正当性。

3.2. 公序良俗之考察

夫妻协议不离婚作为夫妻对双方人身权的限制,不违反公序良俗。古谚有云,宁拆一座庙,不破一桩婚。对于婚姻关系的维护,符合传统的风俗习惯。即使古代也存在对离婚权利的限制,如“三不去”制度。清末法学家薛允升在《唐明律合编》说:“七出者,义之不得不去;三不去者,情之不得不留,总以全夫妇之伦也”。即使古代赋予男方很大的离婚权利,但是这种也因为为了妇女的利益和社会公共利益而受到限制[19]。

近代以来,离婚自由也不是绝对的,还需要先行接受调解。1944年7月苏联最高苏维埃主席团发布命令,规定人民法院在审理关于解除婚姻的案件时,必须判明递交离婚诉状的动机,并采取调解的办法。如调解不成,则离婚案件程序在人民法院应认为终结[20]。1950年新中国《婚姻法》第17条规定,男女一方要求离婚的,如果区人民政府和司法调解无效后,然后准许离婚[19]。近代以来中外法律很多规定了调解作为离婚的前置程序,这种立法倾向表明离婚除了私人属性,还具有极大的社会公益性,必须谨慎对待,必要时可以对离婚自由加以限制。

3.3. 意思表示之考察

协议不离婚属于夫妻双方意思自治的表达。最高人民法院吴晓芳法官认为,只要双方自愿签订的协议,没有法律的禁止性规定,就应该在法律层面上得到保护[21]。在私法领域中,民事关系是发挥意思自治原则的最广泛的范畴。因此,法无禁止即自由应当在这类协议中得到贯彻。婚姻行为就像其他人类行为一样,寻求的是实实在在的收益,结婚的目的在于从婚姻中得到最大化的收益[22]。不管人们结婚的目的是因为爱情还是为了利益,男女双方选择结婚至少认可了婚姻的价值或者收益,法律就应当支持和保护这种选择,认可双方对于未来生活的意思表示。

即使是以个人功利主义的角度看,协议不离婚也是有利于双方的选择。合伙企业或伙伴关系是个人主义功利主义的理性选择,因为它是提高个体成员效用的一种手段。然而,至少对合伙企业的每个成员来说,继续关注自己的效用功能显然是合理的。因此,合伙关系的继续取决于其对每个成员的净收益持续超过其替代方案的净收益。¹合作产生了更多的效用——一个更大的蛋糕——将分配给伙伴关系的成员。

3.4. 合同有效要件之考察

约定不离婚的协议符合民法典合同编的合同有效要件。根据《民法典》第 508 条、143 条的规定,协议双方具有完全民事行为能力、作出了真实的意思表示,所约定的内容没有违反法律、行政法规的强制性规定,遵循了公序良俗,且不存在《民法典》第 144 条、146 条、153 条、154 条规定的民事法律行为无效的情形,那么在民法领域中,该约定不离婚的协议有效。

协议不离婚制度在民法体系中具有融洽的地位。诚然,《民法典》没有规定协议不离婚的合同,但是根据《民法典》第 464 条第二款的规定,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。通过体系解释的方法,约定不离婚的协议虽涉及婚姻,且婚姻家庭编对此没有作出规定,但可以参照适用民法典合同编和总则中的规定。

4. 结论

协议不离婚的想法起源于西方传统的自由契约的思想,其优势在于充分尊重欲要结婚之双方的意思自治,同时可以以一种纯粹的方式加强对婚姻家庭的维护。协议不离婚的权利不必成为立法中一项新的权利,只需要在司法实践中加以确认。协议不离婚制度在法理上具有正当性,符合我国传统的公序良俗,同时与我国民事法律体系兼容,是抑制我国日益增长的离婚率的一个有效的办法。在“忠诚协议”问题频发时,协议不离婚是另一种维护婚姻的思路。

参考文献

- [1] 理查德·A·波斯纳. 性与理性[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 329.
- [2] 夏吟兰. 离婚自由与限制论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 61.
- [3] 国家统计局[EB/OL]. <https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01&zb=A0P0C&sj=2021>, 2022-11-05.
- [4] Becker, G.S. 家庭经济分析[M]. 北京: 华夏出版社, 1987: 45.
- [5] 滕蔓. 夫妻财产共有与分割的经济学分析[J]. 法商研究(中南政法学院学报), 1999(6): 61-65.
- [6] Weiss, R.S. (1984) The Impact of Marital Dissolution on Income and Consumption in Single-Parent Households. *Journal of Marriage and Family*, 46, 115-127. <https://doi.org/10.2307/351870>
- [7] Haas, T.F. (1988) The Rationality and Enforceability of Contractual Restrictions on Divorce. *North Carolina Law Review*, 66, 879-930.
- [8] 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, 32(2): 38-41.
- [9] 王泽鉴. 民法概要[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 521.
- [10] 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.
- [11] 梅夏英, 叶雄彪. 婚姻忠诚协议问题研究[J]. 法律适用, 2020(3): 102-112.
- [12] 方新军. 一项权利如何成为可能?——以隐私权的演进为中心[J]. 法学评论, 2017, 35(6): 109-118.
- [13] 黄金鸿. 英国人权 60 案[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011: 8-10, 110-112.
- [14] 江苏省南京市鼓楼区人民法院[2013]鼓民初字第 6263 号[Z].

¹Haas 教授在文章中使用了两个矩阵来论证婚姻关系中配偶双方对待婚姻时不同态度产生的效果。结果表明在配偶都选择自私的态度时, 收益小于各自独立所有的收益; 当配偶至少有一方不自私时, 最坏的结果也大于各自生活的收益。因此, Haas 教授认为, 国家法律应当尊重配偶双方想要保证自己对婚姻投入的权利, 允许他们自行决定来限制自己的离婚权利。[美] Theodore F. Haas, *The Rationality and Enforceability of Contractual Restrictions on Divorce*, 66 N.C. L. REV. 879 (1988).

-
- [15] 苏汉廷. 为不可放弃的权利辩护[J]. 法律方法, 2022, 39(3): 194-217.
- [16] 杨立新, 刘召成. 抽象人格权与人格权体系之构建[J]. 法学研究, 2011, 33(1): 81-97.
- [17] 黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬, 张企泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1961: 177.
- [18] 费孝通. 乡土中国 生育制度[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998: 12.
- [19] 吴贵华. 中国离婚制度的探析[J]. 湖北函授大学学报, 2017, 30(6): 73-74+136.
- [20] [苏]布拉都西. 苏维埃民法(下) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1955: 340.
- [21] 吴晓芳. 关于“婚姻契约”问题的思考[N]. 人民法院报, 2007-02-08(5).
- [22] 加里贝克尔. 人类行为的经济分析[M]. 上海: 人民书店出版社, 1995: 246.