

意思自治原则在婚姻家庭编的适用问题

梅晨阳

上海政法学院, 上海

收稿日期: 2021年12月15日; 录用日期: 2022年1月17日; 发布日期: 2022年1月24日

摘要

意思自治所蕴含的个人主义、自由原则从财产法扩张至婚姻家庭法, 这为婚姻家庭编的各种自治行为适用总则编奠定了价值基础。随着《民法典》的颁布生效, 意思自治原则在婚姻家庭编中的适用问题再次提出, 意思自治作为私法的核心价值, 也渗透到婚姻家庭编的各个领域中, 尤其是一直以来较为敏感的夫妻财产制度相关问题, 约定财产制更能体现意思自治原则, 本次新增的离婚冷静期制度与意思自治原则并不是相互排斥的, 以及一直以来饱受争议的忠诚协议的签订也是意思自治原则的一种体现。但是婚姻家庭编作为“情感-经济共同体”与财产法判然有别, 所以意思自治原则在婚姻家庭编适用的过程中受到一定限制, 需要兼顾个人利益、社会利益与国家利益, 做到意思自治、社会规制与国家干预之间的平衡。

关键词

意思自治, 离婚冷静期, 忠诚协议, 约定财产制

The Application of the Principle of Autonomy of Will in Marriage and Family Compilation

Chenyang Mei

Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Dec. 15th, 2021; accepted: Jan. 17th, 2022; published: Jan. 24th, 2022

Abstract

The principle of individualism and freedom contained in the autonomy of will has expanded from the property law to the marriage and family law, which laid a value foundation for the application of the general rules of various autonomous behaviors of marriage and family. As the promulgation

of the “civil code”, the question of the application of the principle of autonomy of the will in the marriage and family compilation has been raised again. As the core value of private law, the autonomy of will has also penetrated into all areas of the marriage and family compilation; especially the marital property system has always been more sensitive. For issues related to the marital property system, the agreed property system can better reflect the principle of autonomy of will. The new divorce cooling-off period system and the principle of autonomy of will are not mutually exclusive, and the signing of loyalty agreement which has been controversial is also a manifestation of the principle of autonomy of will. However, as an “emotion-economic community”, the marriage and family compilation is quite different from the property law, so the principle of autonomy of will is subject to certain restrictions in the application of marriage and family compilation. It is necessary to take into account individual interests, social interests and national interests, and achieve a balance between autonomy of will, social regulations and state intervention.

Keywords

Autonomy of Will, Divorce Cooling-Off Period, Loyalty Agreement, Contractual Property System

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. 引言

《民法典》自 2021 年 1 月 1 日起开始生效实行，此次将婚姻家庭法纳入《民法典》饱受争议。在《民法典》出台之前，关于婚姻家庭编的设置问题引发了不少学者的讨论，因为婚姻家庭法不仅仅调整财产关系，更多的涉及人身关系的调整，这与民法主要调整财产关系的立场并不完全相同。而在《民法典》出台之后，婚姻家庭编中规定的离婚冷静期等制度也受到了不少的质疑。

在我们以往的认知中，婚姻家庭制度似乎更多的是一种受到国家管理的制度，结婚需要登记，离婚需要登记，收养关系，继承关系等等与身份相关的行为都是受到法律规制的，似乎与意思自治关系不大。但是，意思自治作为私法的核心价值，是《民法典》规定的基本原则之一，婚姻家庭法已经纳入《民法典》中，关于意思自治原则在婚姻家庭编中的体现与适用也应该受到关注，值得讨论。

意思自治原则是私法中的核心原则之一，在对财产关系进行适用的时候，意思自治原则具有极强的优越性，例如在合同法中，合同双方当事人自愿选择订立合同的空间更大，并且双方有约定时从约定，这都体现出了意思自治的优越性。但是，婚姻家庭法与合同法相比，有其自身的特点，如果完全照搬合同法的相关规定，显然是不合适的。虽然《民法典》中已经规定，婚姻家庭法中的相关法律行为可以参照适用合同编的相关规定，但是相关问题仍需进一步探讨与解释。

意思自治作为民法体系的基石，是指个体得基于自己的意思为自己形成法律关系的原则([1], P. 13)。意思自治原则在婚姻家庭法中虽然不具备像合同法一样的优越地位，但是作为私法的核心价值，意思自治原则在婚姻家庭编中的重要意义仍然不容忽视。意思自治原则贯穿整个民法体系，在婚姻家庭编中也体现在各个方面，由于篇幅有限，本文仅针对夫妻财产制度、离婚冷静期制度以及忠诚协议的效力等三个方面中意思自治的体现进行简单论述。

2. 夫妻财产制度中的意思自治原则

夫妻财产制度是婚姻家庭法中的重要制度，夫妻之间的财产分配，债务的认定，还有夫妻财产的处

分等共同构成了夫妻财产制度的基本框架。夫妻财产制度不同于一般的财产法律关系，因为夫妻之间有着特殊的身份关系，正是基于这一特殊身份关系，才使得夫妻之间的财产关系有着独特之处。与单纯的财产法律行为相比较，夫妻财产制度有着强烈的伦理特征和鲜明的身份特征，基于此以及受到我国传统家庭观念的影响，夫妻财产共有制似乎被更多的人接受。但是，随着社会的发展与人们生活方式的改变，个人主义观念渗透到我们生活的各个领域，夫妻关系也不例外，新型的夫妻关系中，双方可能更愿意适用约定财产制或者分别财产制。但是有的学者认为约定财产制会导致传统家庭观念的淡薄，甚至导致夫妻感情破裂。然而，基于当代夫妻财产关系的自治化趋势，约定财产制的完善，是维护家庭和谐和社会稳定的一条必经之路。夫妻财产制度一直是一个敏感的问题，虽然伴随着特殊的身份关系，但是其本质上也属于一种财产法律关系，如果想要更好的处理这一关系，单靠法律的强制性规定是远远不够的，还应该尊重夫妻双方的意思表示，此处的意思表示一致应该理解为夫妻双方共同所为的意思表示，不能以一方的意思表示为主，此即夫妻财产制度中需要贯穿意思自治原则。

在夫妻财产制度中，夫妻约定财产制更好的体现了意思自治原则。这一制度的完善，不仅不会违反构建社会主义和谐家庭关系的总体价值目标，而且将反映当代立法者的人文关怀，促进婚姻家庭法立法更加适应时代发展的潮流([1], P. 91)。但是，意思自治并不是意味着绝对的自由，绝对的自由就不是自由。特别是在婚姻家庭法中，在充分尊重当事人意思自治的前提下，还要对相关行为加以限制。因为婚姻家庭制度不仅仅是两个人的事情，婚姻既具有自然属性也具有社会属性，家庭的和谐对社会的和谐也起着至关重要的作用。

婚姻虽然只是两个人的结合，但是其不仅仅体现了个人的意志，所以在对婚姻法律行为进行法律调整时，法律不仅要考虑婚姻关系中当事人双方的权利，还要兼顾整个社会的公共道德和秩序[2]。此外，意思自治原则要求平等双方进行自主协商，这就要求双方应该处于平等的地位，具有平等协商的能力。所以，在夫妻财产制度中，意思自治原则也要受到一定程度的限制，在贯彻意思自治原则的同时，还应该考虑对妇女儿童等弱者的权益保护。

婚姻家庭领域中关于“弱者”的界定，不同的学者之间也存在一定的分歧，不论按照哪一种学说，笔者认为婚姻家庭领域中的弱者不仅仅指经济上薄弱，其在社会竞争中处于劣势地位，这就需要在以意思自治原则作为调整夫妻财产关系的基本原则时，兼顾对弱者的保护，这也体现出了夫妻财产制度不同于一般财产法律关系的特点，即夫妻财产制度具有伦理道德的特征。

综上所述，在夫妻财产制度中，我们不仅要尊重传统，还应该与时俱进，顺应时代的发展，积极探索新的模式，尊重双方当事人的意思表示。夫妻财产法律行为作为法律行为的一种，也要双方意思表示一致才可以，但是因为夫妻财产制度不单纯的属于财产法律行为关系，还混合着身份行为关系，所以在贯彻意思自治原则的同时，还要考虑弱者权益保护原则。基于上述原因，夫妻约定财产制的完善不失为一种较好的途径，既可以在夫妻财产制度中体现意思自治原则，国家还可以进行适当的干预，保障民法基本平等保护原则的实现与贯彻。意思自治原则在夫妻财产制度中的贯彻，有利于夫妻约定财产制度成为夫妻财产制度中的重要部分，发挥其应有的促进家庭稳定和保障社会和谐的作用和功能。

3. 离婚冷静期中的意思自治原则

《民法典》婚姻家庭编的编纂，根据我国实际需求进行了相关调整，尊重婚姻家庭当事人的意思自治，保护婚姻家庭中弱者的权益。其中意思自治原则在婚姻家庭法中还体现在结婚自由，离婚自由等方面。而此次《民法典》的公布，婚姻家庭编中增加 30 天离婚冷静期的规定，引起了许多人的关注，有关离婚冷静期的话题也占领了各大网络平台的热搜榜单。在众多讨论的声音中，反对者似乎远远多于支持者，在反对者的言论中，离婚冷静期的设置就是剥夺了民事主体离婚的自由，还有的学者认为离婚冷静

期的设置会导致离婚过程变长,妨碍行政机关的办事效率,增加离婚成本,其最终结果只能是限制了婚姻双方当事人最基本的离婚自由权利[3]。但是本文认为离婚冷静期的设置并非不允许离婚,故而这一论断是不能够成立的。简单地说,离婚冷静期的设置只是人为增加了以时间为物理介质的“停顿”,但这一停顿并不会导致“离婚自由”的丧失,更谈不上离婚自由权的剥夺。婚姻自由具有相对性,不附加任何条件的离婚自由是对婚姻自由的曲解,并不能构成对离婚冷静期的有效批评意见。

离婚冷静期的核心争议在于,国家公权力以法律强制的方式,限制了公民依合意即时解除婚姻的自由([1], P. 57)。但是随着个人主义思潮的兴起,外部环境对离婚行为的干预作用已经微乎其微,而冲动离婚的案件也越来越多,这就使得离婚冷静期的出现变得迫切而又亟需。故而离婚冷静期的出现是具有时代意义的,而且离婚冷静期虽然在一定程度上限制了双方当事人离婚的时限,但是并没有剥夺婚姻自主权,只能说是在一定时间范围内的克减。

虽然私法领域应以个人主义为主导,但作为私法有机构成的婚姻家庭编在一定程度上应秉持整体主义方法的立场。虽然意思自治原则已经婚姻关系紧密结合,但是不能将其在婚姻家庭编进行无节制的扩张,作为民法典基本价值取向的意思自治原则应该在婚姻家庭编受到一定限制[4]。离婚冷静期为冲动离婚提供了一次反悔和纠错的机会,并没有违背意思自治原则。而且意思自治原则在婚姻家庭编中要受到亲属伦理和弱者保护等方面的制约,这是为了兼顾个人利益于社会利益,也有利于促进社会的稳定与和谐。家庭关系的和谐稳定与意思自治原则是并存的,以国家强制力介入婚姻家庭关系并没有违反意思自治,只是对其进行了有益的补充。

综上所述,离婚冷静期的设置并不是为了限制意思自治在婚姻家庭编的适用,反之,婚姻家庭编作为民法典的重要组成部分,意思自治原则是其重要的立法理念,其在当事人对婚姻的意思自治中表现明显,首先确立了婚姻自由原则,禁止包办婚姻;其次保证结婚自由,减少结婚的禁止性条件;最后也保护了离婚自由。离婚冷静期的规定旨在促进离婚双方当事人达成合意,也是尊重其意思自治的一种方式与表现。

4. 忠诚协议中的意思自治原则

近年来,关于“忠诚协议”的案件屡见不鲜,关于忠诚协议的法律效力问题,目前我国并没有明文规定,实践中,各地法院的判决不尽相同;学界对于以离婚为条件的夫妻忠诚协议的效力也存在不同的观点。有的学者认为夫妻忠诚协议应该属于一种道德上的约束,是一种情谊行为,不具有拘束力。但是也有的学者认为夫妻忠诚协议应该具有法律效力:首先,夫妻忠诚协议并没有违反法律规定。夫妻相互忠实是婚姻关系的本质要求。《民法典》第1043条规定了夫妻之间应当相互忠实,这一法律规定就是忠诚协议存在的依据。¹其次,忠诚协议并不违反公序良俗,夫妻签订忠诚协议就是为了维护夫妻之间的感情,既符合民法典的精神,也与社会公共利益一致,亦与我国的传统道德观念相一致。最后,忠诚协议具有合约的性质,是夫妻双方意思自治的结果。签订忠诚协议的双方当事人都是具有完全民事行为能力的成年人,其应当对其签订协议的内容有着明确认识并且自愿承担法律后果。还有一部份学者采取折中的观点,认为忠诚协议中涉及身份关系的部分无效,但是关于损害赔偿的相关规定应该发生法律效力。

关于忠诚协议效力的争议,主要争议焦点就是夫妻之间的忠诚义务能否通过意思自治的方式予以表达?[5]有的学者认为民法典对夫妻之间的忠诚义务只是进行了倡导性的规定,并不具有可施行性,所以不能据此认定夫妻之间的忠诚协议有效。但是类比合同法,在合同法中,诚实信用原则作为一项原则性规定,却能够约束合同双方当事人。故而,本文认为,夫妻之间的忠诚义务作为一项义务性规定,夫妻之间就有履行义务的责任,那么,夫妻双方就可以选择以一种协议的方式将该种义务的履行进行相关约

¹《民法典》第1043条:“家庭应当树立优良家风,弘扬家庭美德,重视家庭文明建设。夫妻应当相互忠实,互相尊重,互相关爱;家庭成员应当尊老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”

定。此外，婚姻家庭关系虽然牵扯身份关系，并且以感情为基础和纽带，但是道德对于婚姻的约束力已经越来越小，仅仅依靠道德的约束已经不足以对夫妻双方履行忠实义务进行规制，所以本文认为忠诚协议的存在是有必要的。因为忠诚协议的签订有助于双方遵守道德规范，在一定程度上约束了婚外不道德行为的发生。而且忠诚协议的签订大多是夫妻在基于意思自治的基础上为了防止一方出轨影响婚姻关系的纯洁性与稳定性而与对方签订的，该协议的签订基于双方的意思自治。忠诚协议的签订并不是强制性的，是双方当事人自主协商后签订的，完全体现了双方当事人的意思表示，是意思自治原则的体现。但是夫妻之间签订的忠诚协议只能对双方的婚外性行为进行约束，不得限制第三人的权利，也不能限制配偶双方的人身自由。

夫妻忠诚协议签订双方具有民事行为能力，内容具有自主性和明确性，目的具有特殊性且具有法律与道德的双重属性，具有非典型契约的性质，完全符合有效的民事法律行为要件。且意思自治原则已经逐渐渗透到婚姻家庭法的各个方面，忠诚协议的出现表明意思自治原则成为婚姻价值体系中的重要一部分。同时，忠诚协议的效力问题备受争议，因为目前忠诚协议缺乏单独可诉性，会出现同案不同判的结果，且当事人举证困难，这些问题亟待解决，同时也反映出虽然意思自治原则在婚姻法的价值体系中占据着非常重要的地位，但是我们不能夸大其作用，要正视意思自治原则所发挥的作用，既要尊重夫妻双方的真实意思表示，也要兼顾社会利益和国家利益。以法律条文的形式确认夫妻忠诚协议的效力，保证夫妻忠诚协议在法律行政法规允许的合理范围内、协议内容应只涉及夫妻双方，不能为了维护自身利益而损害社会公共利益，使得婚姻家庭法中相关规定适应时代发展潮流的同时也能与社会利益、国家利益相一致。此外，意思自治原则的贯彻不仅仅体现在承认忠诚协议的效力，还体现在法官应具有相应的自由裁量权，从而避免协议沦为一张空文，进而保障协议双方的意思自治得以实现。

5. 结语

近几十年来，意思自治中所蕴含的个人主义、自由原则从财产法扩张至婚姻家庭法，这为民法典婚姻家庭编的各种自治行为适用总则编奠定了价值基础^[6]。在夫妻财产制度中，完善约定财产制可以充分发挥夫妻双方的意思自治，但是为了贯彻平等原则，保护弱者的利益，需要对其进行适度的干预；在离婚冷静期制度出现之后，不少反对者认为这一制度剥夺了民事主体的离婚自由权，表面上看，离婚冷静期的设置是为离婚设置了障碍，限制了自由离婚的权利，似乎违背了意思自治原则。但是这一制度并没有剥夺当事人的离婚自由权，只是在一定时限范围内给双方一个重新考虑的机会，并不是对婚姻自主权的排斥，相反，离婚冷静期的设置为民事主体做出意思表示提供了更加充分的考虑时间，以利于双方当事人做出真实的意思表示，既符合民法中的比例原则，同时也没有违背意思自治原则；忠诚协议作为夫妻间的特殊协议出现，是双方协商一致签订的协议，对其效力的承认正是对意思自治原则的贯彻，但是由于夫妻之间的特殊身份关系，需要对夫妻之间的忠诚协议分情况进行讨论，并不是忠诚协议的所有条款都具有法律效力，涉及身份行为的条款应该排除在外。

意思自治意味着法律行为必须是当事人出自自己的意愿而为的，即当事人的行为没有故意的或固有的缺陷。但是，意思自治原则并非意味着民事主体能够绝对自由地、不受任何限制地进行法律行为，在承认并贯彻意思自治原则的基础上，我国民事法律也对意思自治原则进行了限制，即意思自治原则不是无限制的绝对自治，而必须在法律规定的范围内进行，否则就是意思自治原则的滥用。体现在婚姻家庭编中就是，婚姻行为虽然具有强烈的个人色彩，但是婚姻家庭法又兼顾着社会利益和国家利益，既不能忽视意思自治原则在婚姻家庭编中的作用，也不能完全摒弃国家干预。在对婚姻家庭行为进行调整的过程中，在不侵害婚姻当事人意思自治、实现婚姻自由的前提下，也要施加适度的国家干预，达到国家干预与意思自治的平衡。

参考文献

- [1] 申晨. 论夫妻财产法的自治化[D]: [博士学位论文]. 上海: 对外经济贸易大学, 2018.
- [2] 宋夏瀛洁. 论人身法律行为制度[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中国社会科学院, 2017.
- [3] 雷巍巍. 《民法典》离婚制度的创新与完善路径[J]. 财经法学, 2020(6): 67-82.
- [4] 申晨. 《民法典》离婚登记冷静期的正当性分析[J]. 经贸法律评论, 2020(6): 52-67.
- [5] 肖新喜. 论民法典婚姻家庭编的社会化[J]. 中国法学, 2019(3): 105-122.
- [6] 冉克平. 论意思自治在亲属身份行为中的表达及其维度[J]. 比较法研究, 2020(6): 120-132.