

也谈夫妻忠诚协议--与上海高院商榷 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E4\\_B9\\_9F\\_E8\\_B0\\_88\\_E5\\_A4\\_AB\\_E5\\_c122\\_480115.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E4_B9_9F_E8_B0_88_E5_A4_AB_E5_c122_480115.htm) [内容提要]本文作者从近年来的夫妻忠诚协议法院判例说起，结合法律规定以及法理，并参考国外立法例，主要就夫妻忠诚协议的性质及其效力提出自己的见解，期能抛砖引玉，为尽早解决夫妻忠诚协议这一婚姻家庭法的疑难问题尽一法律人微薄之力。 [关键词]夫妻忠诚协议 民事法律行为 有效 无效 [案例一]曾某与前妻离婚后在江苏省常州市创业，1999年，通过征婚与同是离异的贾某相识并登记结婚。由于双方均系再婚，为慎重起见，2000年6月，夫妻俩经友好协商签署了一份“忠诚协议书”。协议约定了双方的互敬互爱，还特别强调了“违约责任”：若一方在婚姻关系存续期间由于道德品质的问题，出现背叛另一方不道德的行为（婚外情），要赔偿对方名誉损失及精神损失费30万元。2001年8月，贾某发现了曾某和一年轻女子的婚外恋情，曾某的不忠行为导致婚姻关系破裂，曾某向法院提出离婚诉讼，同时贾某以曾某违反“夫妻忠诚协议”为由提起反诉，要求法院判令曾某支付违约金30万元。上海市闵行区人民法院一审判决支持了贾某的反诉请求，即判决离婚的同时判令曾某向贾某支付30万元人民币。曾某不服向上海市第一中级人民法院提出上诉，但不久即撤诉，一次性赔偿贾某30万元人民币。 [1] [案例二]甲男有婚外通奸行为，乙女诉请离婚，甲男表示将痛改前非并当场书写保证书一份：“我在生活中所作所为对不起家庭，对不起乙女，恳请乙女给我一次改正错误的机会，我保证今后：好好对待妻子

，如有再对不起乙女的行为，我直接同意乙女的任何要求，听从乙女的安排。” [问题]乙女能否依据该保证书的约定提出离婚，并依据该保证书的约定提出夫妻共同财产的70%归自己所有的分割要求？ [解析] 一、何谓夫妻忠诚协议 笔者认为，所谓夫妻忠诚协议，是指男女双方在结婚之时或者结婚以后签订协议约定：一旦一方有婚外通奸行为等违反婚姻法第四条规定的忠实义务时，双方任何一方如果提出离婚，在离婚之时，违反忠实义务一方的配偶有权依据双方约定的忠实协议要求忠实义务一方支付其违约金等赔偿的协议。 二、夫妻忠诚协议的性质 夫妻忠诚协议性质上属于法律行为。按照法律适用的原则，本案属于婚姻纠纷案件，当然应当优先适用《婚姻法》，然而《婚姻法》中并没有规定诸如此类的夫妻忠诚协议及其违约金条款！违约金条款规定在《中华人民共和国合同法》上，然而《中华人民共和国合同法》第二条明确规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。” 所以，夫妻忠诚协议不受《中华人民共和国合同法》调整！ 该案件应当怎么裁判？是否我国法律对此没有规定？答案是否定的！因为《中华人民共和国民法通则》第四章第一节规定了民事法律行为制度。“婚姻和合同都是法律行为，是一种具体的法律行为，婚姻是身份法上的法律行为，合同是财产法上的法律行为，相对于抽象的法律行为而言，属于具体的、特殊的法律行为。譬如结婚、收养、买卖、租赁、借款等等这些具体的法律行为一样。因此，关于婚姻的规则、关于合同的规则是特别法，关于法律行为的规则是一

般法。现在特殊的规则解决不了本案，就按这个特别法优先的规则往后倒退。合同规则、婚姻规则解决不了，我们就应当适用法律行为的一般规则。也就是说，由于亲属法在民法中具有相对独立性，亲属法中如有特别规定，自可在适用上排除总则中的一般规定。但是，对亲属法中未作特别规定的事项是否适用总则的规定？这个问题在民法学说上是有争论的，有的持否定说，有的持肯定说，有的则折中于两者之间。我们认为，对这方面的问题应当具体分析，分别情况区别对待。总则中那些有悖于身份行为、身份关系性质的规定是不应当适用的（对此，可类推适用亲属法中的有关规定）。反之，如无上述情形即可适用或者变通适用。” [2] 因此，夫妻忠诚协议性质上属于法律行为，可以适用《民法通则》第四章第一节规定的民事法律行为制度是不应该有疑问的。

### 三、夫妻忠诚协议是否有效

关于夫妻忠诚协议是否有效，有两种针锋相对的观点：第一种观点，有效；第二种观点，无效。以下分别论述。

#### （一）夫妻忠诚协议无效。理由如下：

- 1、此类约定的履行与制裁，是亲情的问題，不是法律问題，法院并不适于处理此类复杂而敏感的亲情问題。所以，无论是从协议的目的还是内容来看，双方都无建立法律关系的意图，这是一个默示“排除法院管辖”的协议，所以不受法院强制力保护。本人认为该点理由不能成立。因为何以得知夫妻忠诚协议是亲情问題而不是法律问題？何以得知双方都无建立法律关系的意图？如果说真是这样，当事人为什么还要违反忠实义务者留下书面证据？而不是说说算了！何以得知这是一个默示“排除法院管辖”的协议？换言之，是否所有不违反法律行政法规禁止性规定的协议签订之时都必须经过

法院肯认？否则就有可能不受法院保护？2、《婚姻法》第四条规定的夫妻之间有相互忠实的义务，只是一个宣言，一种法律价值取向，结合《最高人民法院关于《婚姻法》若干问题的解释（一）》第三条，法律没有把夫妻双方相互忠实规定为一项义务。因为有配偶者与他人通奸或者发生“婚外情”仅仅是道德问题，法律虽不鼓励，但也不应加以限制，当事人也不可以通过契约加以限制。理由是，涉及到人身自由的权利，不能通过合同契约加以限制，即使是违反道德的行为也不应例外。论者有言“法律并不允许通过协议来设定人身关系，人身权是法定的，不能通过合同来调整。”[3] 本人认为该点理由站不住脚。其一、违反忠实义务者的所谓“自由”??违反忠实义务者与通奸者共同侵犯了违反忠实义务者配偶的配偶权（配偶权为国外立法例之普遍情形，根据权利义务相一致原则，则忠实即为夫妻互负之义务）！其二、私法的基本原则是法无禁止即可为！既然法律没有禁止夫妻双方设定夫妻忠诚协议，而且夫妻双方签定夫妻忠诚协议又系真实意思表示，则违反者又有何理由说是通过民事法律行为限制了其人身自由（何况婚外性行为等违反忠实义务是否其人身自由呢）？意思自治是私法的基本原则，如果说意思自治的基本原则在此不应适用，则应有充分、恰当的理由，如格式合同等或构成实质不平等、不自由等，但是，夫妻忠诚协议这种意思自治显然没有构成限制人身自由的权利！因为如果你追求绝对的人身自由（包括通奸等婚外性行为的“人身自由权利”），你可以不签订夫妻忠诚协议。既然签订了，你就要对你的意思自治行为负责。其三、夫妻忠诚协议并未设定人身关系（人身关系是由婚姻登记机关依法设定的

），人身权利是法定的，但是通奸等婚外性行为是不是婚外性行为者的人身权利？如果说通奸等婚外性行为也是一种人身权利的话，那么我们的婚姻真的不能说是婚姻，因为婚姻最为重要的本质之一就是性的专一性和排他性！我们也就不会有国外立法例普遍承认的配偶权以及侵害配偶权负侵权赔偿责任一说。我们这个法律实在不是一个能为人民群众普遍接受理解的良法！

3、侵权损害不能通过合同契约预定。理由是在侵权法中实行的是填补损害的赔偿原则，如果允许当事人对此侵权损害事先约定，就违反了填补损害的原则，也会造成有钱人任意侵犯他人权利的恶果。本人认为该点理由也站不住脚，因为：其一、夫妻忠诚协议并非普通意义上的合同，而系一民事法律行为，该民事法律行为并未允许当事人一方得就侵害他方行为预先约定！而系约定如果夫妻一方违反婚姻忠实义务（与当事人双方约定一方有权侵害另一方是两码事），则须依夫妻忠诚协议赔偿对方损失（物质损害和精神损害），至于数额，法院可根据具体情形予以酌加或者酌减（参照侵权造成实际损害）；其二、恰恰相反，法院承认夫妻忠诚协议不但不会造成有钱人任意侵犯他人权利的恶果，而且会促使违反夫妻忠实义务者事前三思，有利于婚姻家庭的健康稳定。

4、个人隐私权、人格权应高于“忠诚原则”。如果法院赋予“夫妻忠诚协议”以法律效力，则为了确定一方当事人有“违约行为”，一方当事人或人民法院就有举证证明和查证的义务。在这个过程中，势必会使婚姻另一方甚至是无辜第三者的隐私暴露于公众之下。本人认为确定一方当事人有“违约行为”，并不必然会造成婚姻另一方甚至是无辜第三者的隐私暴露于公众之下！构成不构成侵

犯婚姻另一方甚至是无辜第三者个人隐私权、人格权是取证的方式和手段问题！怎能就说势必（一定）会使婚姻另一方甚至是无辜第三者的隐私暴露于公众之下？再者，个人隐私权、人格权是否就绝对应当高于“忠诚原则”（当一方有婚外同居、婚外通奸等情形发生之时）也有斟酌余地。

5、赋予“夫妻忠诚协议”以法律效力的另一个后果是鼓励婚姻当事人在结婚前都缔结这样一个协议，以“拴住”对方，这样势必会增加婚姻的成本，另一方面也会使建立在纯洁的爱情和相互信任基础上的婚姻关系变质，婚姻不免变成类似商人买卖的讨价还价。本人认为这点理由似嫌牵强，一纸夫妻忠诚协议怎能增加婚姻成本？又怎能“使建立在纯洁的爱情和相互信任基础上的婚姻关系变质，婚姻不免变成势必会使婚姻另一方甚至是无辜第三者的隐私暴露于公众之下。”众所周知，在美国等国家，结婚之前，很多是要进行夫妻婚前财产公证等类似行为，也没有人说他们国家的婚姻就变质了，变成了类似商人买卖的讨价还价。

6、“婚姻法规定的过错方四种赔偿情形并不包括一般的婚外情，判定“不忠赔偿”显然扩大了对法律的解释。”[4]笔者认为，婚姻法规定的过错方四种赔偿情形是法律规定的法定赔偿情形，而夫妻忠诚协议约定的赔偿系夫妻双方通过民事法律行为约定的赔偿，是私法领域意思自治原则的正常体现。因此不存在判定“不忠赔偿”显然扩大了对法律的解释。何况，理论界和实务界现在已经达成共识：婚姻法规定的过错方四种赔偿情形过于狭窄。

（二）夫妻忠诚协议有效。理由如下：1、夫妻忠诚协议符合《民法通则》法律行为生效要件的规定。“根据《民法通则》的规定，法律行为生效有三个要件：首先，行为

人具有相应的民事行为能力。本案的当事人的民事行为能力没有问题。其次，当事人真实意思表示。本案是真实意思表示，没有疑问的。最后，法律行为内容不能违反法律强制性规定和违反社会公德。法官认为，本案不违反法律强制性规定，因为直到现在都没有任何一部法律法规说男女结婚不能订立合同，不能约定违约金。问题是这个婚姻关系违约金违不违反社会公德？或者叫做公序良俗？如果将来年轻男女恋爱结婚的时候都订立合同，都订立违约金条款，25万、30万、40万，将来婚外通奸、婚外同居的人就要大大地减少。因此，法官认为，这个婚姻关系的违约金有利于社会公德，并且约定的赔偿数额有可行性。于是，婚姻关系上的忠诚协议??违约金条款有效。” [5] 2、夫妻忠诚协议符合《婚姻法》的立法宗旨。《婚姻法》第四条规定：“夫妻应当互相忠实”，第四十六条规定：“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。”夫妻忠诚协议合同实际上是对婚姻法中抽象的夫妻忠实责任的具体化，完全符合婚姻法的原则和精神，所以应该而且能够得到法律的支持。显然婚姻法的立法宗旨之一就是加强对我国婚姻家庭稳定的切实维护，因此才将“夫妻应当互相忠实”作为婚姻法原则之一规定于总则之中。

四、司法实践对于夫妻忠诚协议的意见 针对本文案例一，上海市法院有两种不同观点：第一种观点，有效，予以支持；第二种观点，无效，不予支持。（一）上海市闵行区法院认为夫妻忠诚协议有效，予以支持。“上海市闵行区法院著有一判例，其判决理由如下：夫妻忠实义务是婚姻关系最本质

的要求，婚姻关系稳定与否，很大程度上有赖于此。正因此，新修订的婚姻法第4条规定“夫妻应当相互忠实”，并在第46条规定，有重婚、有配偶者与他人同居等情形之一而导致离婚的，“无过错方有权请求损害赔偿”。虽然，对违反夫妻“忠诚”义务、情节尚未达到“重婚”、“与人非法同居”等严重程度的一方如何承担相应责任，法律未做具体规定，但法律也未明文禁止当事人自行约定。而贾雨虹与曾明约定30万元违约责任的“忠诚协议”，实质上正是对婚姻法中抽象的夫妻忠实责任的具体化，“完全符合婚姻法的原则和精神”。也正是这一具体的协议，使得婚姻法上原则性的夫妻“忠实”义务具有了可诉性。所以，主审法官得出了这样的结论：既然协议没有违反法律禁止性规定，且是在双方没有受到任何胁迫的平等地位下自愿签订的，协议的内容也未损害他人利益，因而当然有效，应受法律保护。上海市闵行区的这个判例公布后，在全国法学理论界引起轩然大波，支持的声音和反对的观点都不绝于耳。本案被反诉人曾明虽然对一审不服向上海市二中院提起了上诉，但在上诉期间，上诉人与被二诉人达成了调解协议，曾明向贾虹雨支付二十五万元双方握手言和。”[6]本人完全赞同上海市闵行区法院的观点，认为夫妻忠诚协议有效，予以支持。（二）上海市高级人民法院认为夫妻忠诚协议无效，不予支持。“上海市高级人民法院认为，《婚姻法》第4条所规定的忠实义务，是一种道德义务，而不是法律义务，夫妻一方以此道德义务作为对价与另一方进行交换而订立的协议，不能理解为确定具体民事权利义务的协议。所以，经高院审委会讨论，已明确：1、严格执行最高人民法院《婚姻法若干问题的解释

(一)》,对当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。2、对夫妻双方签有忠实协议,现一方仅以对方违反忠实协议为由,起诉要求对方履行协议或支付违约金及赔偿损失的,人民法院不予受理。3、除婚姻法第四十六条规定的情形外,夫妻一方在离婚案件中以对方违反忠实协议或违背忠实义务为由,要求对方支付违约金或损害赔偿的,审理该案的人民法院不予受理。笔者认为,上海高院的上述两条(2、3)规定值得商榷,因为诚如杨大文教授所言“一方对另一方不忠实的行为,不仅有悖于社会主义婚姻道德,也是对基于婚姻效力而发生的另一方身份利益的侵害。……《婚姻法》第4条的规定比较原则,概括,兼具规范性和导向性。婚姻家庭领域中某些在法律上未做规定的问题,均应按照本条的要求正确处理。”且按照杨大文教授的见解,《婚姻法》第4条系婚姻法的原则之一。结合前述理由,法院不予受理明显违背《中华人民共和国民事诉讼法》第108条之规定。[7]4、之前已审结并发生法律效力的相关案件不再重审。”[8]五、夫妻忠诚协议书写要注意的问题 夫妻忠诚协议约定内容过于笼统。案例二中,保证书的约定:如有再对不起乙女的行为,直接同意乙女的任何要求,那么什么是对不起乙女的行为?什么是任何要求?须知,法律行为的标的必须明确、具体、确定、可行!而此保证书恰恰不具有该特征!所以,很难要求法院依据该保证书的约定将夫妻共同财产的70%归乙女所有。因此,夫妻忠诚协议应当尽量约定得明确、具体、确定、可行!比如,可以将案例二中的保证书修改如下:我在生活中的婚外性行为对不起家庭,对不起乙女,恳请乙女给我一次改正

错误的机会，我保证今后：认真对待家庭，对待妻子，好好过日子，如果再次发生婚外性行为，我承诺给付乙女违约金10万元！这样一来，乙女依据该份保证书即能确定获得法院的支持！当然，笔者认为如下约定则更易获得法院支持：如果再次发生婚外性行为，我承诺夫妻共同财产某某小区某幢某单元某号房屋归乙女所有，其他夫妻共同财产的70%归乙女个人所有。为什么呢？因为这份夫妻忠诚协议已经不再是简单的违约金条款，而实际是依据《婚姻法》第十九条的规定进行的夫妻财产约定。尽管这种约定是附条件的，但是所附条件不违反法律规定，不违反公序良俗，故而一旦条件成就，则该夫妻财产约定自应生效！注释：[1]参见参见2003年1月11日《人民法院报》的“案件时空”栏目上海市闵行区人民法院的一个判例。[2][5]参见中国民商法律网，梁慧星著《在东北大学文法学院解答学生提问的记录》。[3][4]参见中国婚姻家庭律师网，《一纸“忠诚协议”所引发的法律思考》[6]参见婚姻律师网，贾明军律师著《夫妻忠诚协议有效吗？》[7]参见杨大文主编《亲属法》，法律出版社，2004年4月第4版，第40-41页。[8]参见婚姻律师网，贾明军律师著《再议夫妻忠诚协议是否有效》（作者：龙卫平，河南金谋律师事务所）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)