

婚姻关系的契约分析与婚姻法的规范模式 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/51/2021\\_2022\\_\\_E5\\_A9\\_9A\\_E5\\_A7\\_BB\\_E5\\_85\\_B3\\_E7\\_c36\\_51829.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/51/2021_2022__E5_A9_9A_E5_A7_BB_E5_85_B3_E7_c36_51829.htm) “婚姻是为当时社会制度所确认的男女两性的结合。此结合所形成的特定的两性关系即为夫妻关系，又称之为婚姻关系或配偶关系。”这是我国婚姻法学界对婚姻的最一般概括。婚姻在人类社会中广泛存在，却又极富个性化色彩，使得古今学者在论及婚姻的本质常有多种多样的主张。即使只在法学意义上讲，我们也能听到许多不同的声音：契约说、婚姻伦理说、信托关系说、制度说、身份关系说，其中身份关系说是目前中国婚姻法学界的通说。康德最早提出“婚姻是契约”的理论。他认为“婚姻就是两个不同性别的人，为了终身互相占有对方的性官能而产生的结合体。……它是依据人性法则产生其必要性的一种契约。”康氏的理论着眼于夫妻之间性官能的结合，显得偏重婚姻关系的自然属性而忽视其社会属性；他又把夫妻之间的对人权加上“物权性质”，也许其本意只是要强调夫妻结合的排他性，但是终究与当今的社会理念和学术体系不合，所以早已被扬弃。西欧中世纪教会法时期，视婚姻为类似于基督与教会结合的一种契约，强调“双方合意为建立婚姻关系的必备条件”，双方必须依法定方式明确表示“自愿交付或接收对于身体的永久专权”，由此提升了双方当事人的合意在缔结婚姻关系中的地位。但是浓厚的宗教色彩使得教会法上的婚姻永远不可离异，夫妻之间也是不平等的，“丈夫受托对他的妻子行使权力，这是教会的法律，也是国家的法律，……顺从是妻子的职责”。教会法在婚姻制度方面

既有其进步性，又有其局限性，但其规范都能在《圣经》中找到根据，所以教会法所称的婚姻契约是一种“宗教契约”。资产阶级革命爆发以后，1791年法国宪章第7条确认“法律仅承认婚姻是一种民事契约”，倡导平等、自由理念，自此这一提法就在资产阶级革命后的西方国家大为盛行。但到此为止，婚姻契约说还远远未达到完整严谨的程度，与其说是一种理论，不如说是一种理念，同时实证法对这一理念的贯彻也是极其缓慢的，一小步一小步地往前推进。目前我国学者对婚姻是否作为一种契约尚不能达成共识，甚至对这一学说本身的理解也不尽一致。台湾学者陈棋炎认为，西方学者主张的“婚姻契约学说”是“以结婚行为为契约之见解”，而大陆的教科书则径直认为这种学说是主张“婚姻为契约”，并不区分婚姻的成立与存续。此外，即使在我国广泛借鉴西方法律制度、学习西方法律理论的潮流中，学者对婚姻契约说的探讨也多是“师心自用”、独立思考，未尝见对此学说发展历程的综述，其原因不得而知，也许西方本来就没有多少深入论述婚姻契约说的系统理论，也许是因为我们的视野还不够广阔。目前笔者所能见到的对这一理论比较完整的表达（仅仅是对理论本身的表达而非论证）是这样的：从法律的观点看，婚姻是一男一女为了共同的利益而自愿终身结合、互为伴侣、彼此提供性的满足和经济上的帮助以及生男育女的契约。实际上，婚姻的本质是什么，大家尽可以慢慢思索，并不一定要在法学领域找到答案，换言之，这个问题并非一定要由法学家来解决，法学家需要面对的其实是另一个命题：法律应该怎样看待、怎样处理婚姻？这个命题看起来平淡无奇，却至少对我们提出了两方面的要求：一是对婚姻

的特性有所认识，二是对法律本身在规制婚姻关系上的有效性和有限性有所认识。该命题的提出有这样一个历史背景：2001年我国婚姻法修订的过程中，论争最多、最激烈的就是，在婚姻领域到底赋予法律多大的权威？众多社会学者都很担忧法律会滥用权威，过多地、不恰当地干预婚姻关系，以致侵犯个人的隐私权并对社会秩序造成负面影响，因此提出了“警惕倒退”“把道德的东西还给道德”的强劲口号。婚姻法的修订早已尘埃落定，但对法律规制的有效性和有限性问题以及法律与道德之间的关系思考并没有终止，也不应终止。只有对法律这种控制手段的有效性和有限性有足够的认识和了解，才能够自如地、恰到好处地运用它。正是出于这两个方面的考虑，我认为：虽然婚姻的本质难以下定论，但婚姻本身确实具有契约的外观和某些属性，从法律规制的角度来说，婚姻可视为平等的异性主体之间就共同生活缔结契约从而形成的法律关系。这种处理将有利于明确婚姻法的角色定位，有利于划定婚姻生活中的个人空间与法律有权和能够干预的事项之间的界限。如果要把这一论点与前述学者对契约说的表达相比较，我以为，两者形相似而神不尽相似。相似的地方是两种观点都限定在法学领域谈婚姻是契约，不同的是前述表达侧重于总结婚姻的具体功能，但其进路是单一的，即仅由婚姻方面而论，而我的观点则像是由两根麻线绞成的绳子，一根是婚姻的特性，另一根是法律的特性，两者结合才形成了婚姻契约观。顺便说一下，题目中“婚姻关系”是涵盖了婚姻的缔结、存续和解除各阶段的，意在将婚姻作为一个统一体进行分析，即将婚姻的各阶段分别视为契约的缔结、契约的履行和契约的解除，而不认为婚姻在

三个阶段会分别出现不同的性质。现代之婚姻与契约：外观相似，理念相通 现代契约的精神来自于罗马法。罗马法规定：“契约是由于双方意思一致而产生相互间法律关系的一种约定。”在罗马法初期，“协议”或合意仅是契约的一个必要条件，比“协议”更重要的是仪式，“使法律执有制裁武器的，不是一个允约，而是附着一种庄严仪式的允约”。但是繁文缛节渐渐地被省略了，而“心头的约定……迟缓地但是非常显著地分离出来，并且逐渐地成为法学专家兴趣集中的唯一要素”。这样，契约就逐渐与仪式相分离，“协议”也就是合意成为契约的核心要素，形式只在有助于判断合意的真实性时才予以保留。梅因这样总结这一过程：“一个‘契约’的观念是完全地发展了，或者，用罗马人的用语来说，‘契约’是吸收在‘合约’中了。”虽然如此，12世纪的罗马法学家和教会法学家都认为除了合意之外，契约还需要有作为基础的原因。资产阶级革命以后，以理性为中心的近代契约法体系形成。大陆法系国家以原因理论支撑契约的效力，英美法系国家则以约因理论限制单纯由合意达成的契约的效力，我国学者对此加以分析，总结出“物化的意志”理论，认为契约的法律效力不仅源自合意，还源自合意背后当事人对交换利益的期待。由此，我国的经典教科书把契约定义为：“所谓契约，是交易当事人自愿达成的关于交换的合意。”从这一定义中，我们可以把契约的核心涵义界定为两大要素，即合意与交换。婚姻本身也存在合意和交换。在教会婚姻法与契约法之间，关于自由合意及与之相关的一系列规范是相互影响而确立的，并奠定了现代民法的相关体系。教会婚姻法中有关自由意志的概念以及与之相关的错误、胁

迫以及诈欺的概念不仅仅是近代婚姻法的基础，而且也是近代契约法的基础。不仅如此，教会法学家在解决契约法中有关错误的问题时，直接适用了处理存在着某种事实错误的情况下所缔结婚姻的案件的规则，即，如果发生错误的此方或彼方当事人事先知道真实情况仍会缔结该婚姻契约，那么该错误便不是实体性的，契约也不必宣布无效。更不可怀疑的是，现代婚姻关系始于平等主体之间的合意，提倡夫妻自主协商和约定婚姻内事务，并承认夫妻合意离婚的法律效力。所以就“合意”这一要素来说，现代婚姻与契约之间并无实质性的不同。又因为婚姻本身兼具自然属性与社会属性，生理基础和社会风俗尤其是现代法律都足以使当事人明了结婚的意义，大致推定彼此在婚姻关系中的权利义务，所以从宽泛的意义来讲，婚姻关系中存在身份利益、情感利益的交换。据此，婚姻符合契约概念的核心涵义，可以在法律上作为契约进行处理。但我国民法学界多倾向于将契约概念限制在财产关系中使用，避免将其使用于人身关系中，认为只有发生债的关系的合意才是契约。其实，西方自资产阶级革命后，提出“婚姻为民事契约”的命题，以张扬平等、自由等理念，研究罗马法的学者亦以罗马时代的婚姻与后世的婚姻作比较，称现今婚姻关系由起始合意建立，可以认为是一种契约。因此，在西方契约概念是突破了财产领域的。无独有偶，我国学者整理古代契约文书时发现，契约在我国古代包容了大量的身份关系。虽然都可以适用于身份关系领域，但是，西方近代的契约与我国古代的契约显然是不同的，甚至可以说是完全对立的，一个是张扬平等、自由理念，另一个却恰恰否定了妇女或儿童的独立人格。但是有一点是肯定的：

契约概念并非拘泥于财产关系领域，必要时可以扩展其适用范围。现代经济学将契约概念大大扩充，运用经济分析方法探讨各种社会现象，包括公司组织，亦包括家庭生活，由此对法律产生巨大影响，契约法逐步超越了商品关系的领域，进入了明显的非商业环境之中，例如调整慈善募捐、婚约、转让家庭农场（假如孩子答应赡养老人的话）等等。由此，民法中的契约出现了泛化的趋势，并非不能越财产法领域一步。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)