

夫妻忠诚协议分析

——以法律关系为重心

Analysis On Marital Loyalty Agreement

隋彭生

(中国政法大学民商经济法学院 北京 100088)

内容提要: 忠诚协议是身份法律关系,其标的是精神给付。忠诚协议约定的财产给付,是附延缓条件的给付。条件成就,形成财产给付法律关系。条件的成就,为当事人违反忠实义务。忠诚协议中关于财产给付的约定,本质上是给付精神损害违约金的约定,可以参照《合同法》的有关规定予以调整。

关键词: 忠诚协议 法律关系 忠实义务 财产给付 附条件 效力

一、忠诚协议之两个法律关系

所谓忠诚协议,是指夫妻之间违反忠实义务的一方给付对方若干财产的协议。忠诚协议有时也以“忠诚承诺书”等形式出现。^①违反夫妻忠实义务,应当作狭义解释,是指夫妻一方与第三方发生性关系。^②“给付对方若干财产”的约定五花八门,如有的当事人约定,一方违反忠实义务,应将婚姻关系存续期间所得财产的全部或者部分给予对方,还有的当事人约定了违约方给付守约方一定数量的金钱。

对忠诚协议效力的争议,源自对忠诚协议性质的理解不同,主要有“无效说”和“附延缓条件说”两种观点。“无效说”认为,“夫妻忠诚协议是一种身份协议,不应以合同法的观念来理解。这种协议具有非道德性,不仅可能导致婚姻关系的异化,也会形成对人身自由的约束,最终使婚姻自由名存实亡,因此不应承认其法律效力。”^③“夫妻之间基于‘忠诚协议’提起的债权诉讼,既无《婚姻法》上的明文规定,又不能由《合同法》来调整,所以这种‘忠诚协议’是无效的,法院不应当受理由此产生的纠纷,

除非当事人自愿履行,当事人不得就一般的婚外情要求赔偿,也即婚外情赔偿不能强制。”^④“附延缓条件说”认为,从“忠诚协议”违约责任的约定看,实际上是一种附延缓条件的对夫妻财产关系的约定,当所附条件成就时,协议才能生效。^⑤所谓“延缓条件”也称为停止条件,就是我国《合同法》所谓的“生效条件”。“无效说”认定忠诚协议是身份行为,“附延缓条件说”则认为是财产关系。笔者认为,忠诚协议如无违反法律强制性规定的事由,就应当是有效的。忠诚协议是包含延缓条件的民事法律关系。所谓附条件,是财产给付附条件,当条件成就后,成立第二个法律关系。第一个法律关系以不作为的身份行为为标的(客体),第二个法律关系以财产给付为标的(客体)。

“附延缓条件说”有可赞同之处,但它也忽视了忠诚协议身份性的一面。夫妻身份关系是忠诚协议的基础法律关系。我国实行的是契约婚。契约婚之契约,是民法上的身份合同,是意定相对法律关系,其标的是给付。相对法律关系的给付,包括但不限于财产上的给付。夫妻

作者简介: 隋彭生(1956—),男,汉族,江苏徐州人,中国政法大学民商经济法学院教授。

① 夫妻一方收藏了另一方单方签字或盖章的的忠诚承诺书,应认为双方建立了协议关系。

② “夫妻的忠实义务,主要是指贞操义务,即专一的夫妻性生活义务。”见巫昌祯:《婚姻与继承法学》,中国政法大学出版社2007年版,第150页。

③ 郭站红:《夫妻忠诚协议的法学思考》,载《宁波大学学报(人文科学版)》2010年第2期。

④ 袁泓、毕晓宇:《浅谈夫妻“忠诚协议”的效力问题》,载《法制与社会》2010年第16期。

⑤ 赵敏:《“忠诚协议”效力问题的法律分析》,载《广西政法管理干部学院学报》2010年第3期;包静雅、王英秀:《论夫妻“忠诚协议”的效力》,载《襄樊学院学报》2010年第7期。

身份关系之间的给付是非财产上的给付。笔者把给付分为增加利益、保持利益和回复利益三种,通说还把给付分为持续性给付和一次性给付。夫妻身份法律关系中的给付是增加精神利益和保持精神利益的持续性给付,在表现形式上还是混合给付。“作为与不作为构成之给付,谓之混合给付”。^⑥作为给付,是配偶以积极的行为为精神上的给付;不作为的给付,就是配偶履行忠实义务,即履行贞操义务。对自我进行限制的这种不作为在相对法律关系上是给付的表现。当事人把混合给付中的不作为给付(不违反忠实义务)提炼出来,作为忠诚协议的给付,该给付的违反又为财产给付(另一给付)的条件。忠诚协议正面要求忠诚,反面要求赔偿。

条件分为偶成条件、随意条件和混合条件。^⑦偶成条件,其成就与否不取决于当事人的意志;随意条件,其成就与否取决于当事人一方的意志。^⑧混合条件,是由当事人的意志与偶然事实结合而决定是否成就的条件。忠诚协议若规定婚内赔偿,其所附条件是随意条件。因为是否违反忠实义务,决定于义务人的意志。如果约定以忠诚协议的一方与特定第三人发生性关系为条件,则条件的成就还取决于第三人的意志,此时的条件为混合条件。忠诚协议如果约定一方违反忠实义务导致离婚的予以赔偿,则是以两个法律事实(法律事实的构成)为条件,两愿离婚的为混合条件,由法院判决离婚的为偶成条件。

所附条件应当是意定条件,而不应是“法定条件”。^⑨这里可能提出的疑问是,忠实义务是法律的规定,^⑩如何能作为条件设定呢?忠诚义务原本为法定义务,但约定在忠诚协议之中,被具体化、明确化了,此时应认为构成了约定义务。更重要的是,忠诚协议并不是照搬法律的规定作为条件,而是以违反义务作为条件的。

条件为法律行为的内容或附款,但法律行为作为原因事实本身是手段并不是目的,实施法律行为必然要追求行为本身以外的效果。忠诚协议本身并非条件成就才生效,在条件成就(一方违反忠实义务)之前就已经在当事人之间生效,已经发生拘束力,已经发生身份相对法律关系的精神给付,只是尚不能发生一方向对方给付财产的效力。“在附延缓条件的法律行为中,行为的法律效果

只有在条件成就时,而且只随着条件成就的时间发生”。^⑪所谓“附延缓条件的合同”,其本质应是“附延缓条件的给付”,并非是附条件的合同生效。当条件成就时,第二个法律关系发生,新的给付发生。第一个法律关系是原权利法律关系,第二个法律关系是救济法律关系。忠诚协议之第一个法律关系的原因事实,是双方法律行为;第二个法律关系,是由于出现了新的原因法律事实(违反忠实义务的事实行为),这符合法律关系的形成公式:法律+法律事实=法律关系。第二个法律关系是救济法律关系,承担违约责任的法律关系是救济法律关系。违约行为发生于有效合同,如果忠诚协议不生效,就不可能产生违约的问题。

有学者指出,身份行为不适用于附条件,不宜使其效力不定。^⑫不宜使其效力不定,是指不宜使身份关系效力不定。忠诚协议就其精神给付的角度来看,是广义的身份行为,^⑬其所附条件,是财产给付附条件,并未使身份关系处于悬而未决的状态。

二、关于忠诚协议的“非道德性”和“不可强制性”

“无效说”在认定忠诚协议是身份行为的基础上,又将理由具体化为非道德性和赔偿的不可强制性。

忠诚协议并未对道德构成破坏。附条件可以使动机提升为法律行为的组成部分。^⑭订立忠诚协议的动机就是为了巩固、稳定夫妻法律关系,保障夫妻相互的精神给付,也就是说忠诚协议是以保护婚姻关系为取向的。忠诚协议的成立,对促使当事人慎重对待婚姻是有一定强制作用的。关于忠实义务的规范,既是法律规范,又是道德规范。“无效说”和“附延缓条件说”都没有特别注意到忠诚协议之第一个法律关系的标的(精神给付)的道德性。这种道德性,是忠实协议的正面意义。忠诚协议“道德性”的一个表现,就是对弱者的保护。尽管忠实义务是双方的义务,但无可否认的是忠诚协议的承诺人一般是男方。民法上的夫妻平等是形式平等,实质平等的实现还需要配套制度和各种手段(包括契约的手段、经济的手段)。违反忠诚协议的责任是过错责任,向守约方支付财产,对守约方有精神赔偿的作用,对违约方有惩罚的意义。

^⑥ 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第234页。“混合给付”在学理上通常作为债之标的来看待。笔者以为,任何相对法律关系(包括身份法律关系)的标的都是给付,都可以把给付分为作为给付、不作为给付和混合给付。

^⑦ 参见刘得宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2006年版,第251页。

^⑧ 台湾地区“最高法院”1993年度台上字第3066号判决:“依当事人一方之意思而决定其成就与否之条件,谓之随意条件,乃为条件一种,并非无效。”转引自林诚二:《民法总论(下册)》,法律出版社2008年版,第412页注7。

^⑨ 法定条件,是一种假装条件,是把依法律规定或在解释上当然为法律行为效力发生或消灭的要件作为条件,附法定条件等于无条件。参见施启扬:《民法总论》,中国法制出版社2010年版,第263页。

^⑩ 我国《婚姻法》在第4条中规定:“夫妻应当互相忠实”。

^⑪ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译,法律出版社2003年版,第701页。

^⑫ 参见黄立:《民法总论》,中国政法大学出版社2002年版,第376-377页。

^⑬ 身份行为分为广义的身份行为和狭义的身份行为。广义的身份行为包括亲属行为即发生亲属法效果的行为,狭义的身份行为也即纯粹的身份行为,仅指直接以发生或丧失身份关系为目的之行为。参见施启扬:《民法总论》,中国法制出版社2010年版,第203页。

^⑭ 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第462页。

“非道德性”所蕴含的另一个问题是忠诚协议会限制离婚自由。因为离婚就要支付赔偿金,就有较大的财产压力。对我国法律而言,在感情确已破裂前提下的离婚权是形成诉权,忠诚协议并没有伤害到离婚权的这种性质。在忠诚协议中的财产给付强制执行前,违约人即可离婚,不得以尚未执行财产而限制离婚。应当说赔偿与离婚是有牵连的两个法律关系的效力,但不能将它们等同起来。赔偿与离婚可以作为两个案件分别处理。

忠诚协议是当事人自愿订立的,是其违反忠实义务自愿承担的代价,这也是民法意思自由的一种体现。有学者指出,“忠诚协议”是违反忠实义务一方对自己所有财产的自由处分。“忠诚协议”和夫妻约定财产制度相类似,均是事先对财产的一种安排。^⑮忠诚协议虽然不是普遍的社会现象,但它的出现也能使我们感受到夫妻财产个体化或个体本位主义的历史趋势以及这种趋势对道德发展变化的影响。

忠诚协议并不是将财产的给付作为允许“出轨”的对价,所以于道德无损。如果夫妻约定了“空床费”作为一种“交换”,那就违反了善良风俗,法律就不能予以支持。有学者一针见血地指出:“如果夫妻在保留婚姻外壳的情况下,一方不断违反婚内情感协议而另一方则不断索取经济赔偿,法院持续为其强制执行情感协议,结果可能沦为夫妻之间情感游戏的裁判或者私房钱的索取工具。”^⑯

有学者指出,夫妻忠诚协议具有不可执行性。实际上,法律之所以不承认夫妻忠诚协议的效力,不仅仅是由家庭生活伦理性所要求的强制性和法定性所决定,而且因为夫妻关系的私密性和非计算性要求法院必须处于一定的超然的地位,公权力不得随意介入家庭生活。^⑰问题的关键在于,履行夫妻之间的忠实义务,并未附条件,只是财产给付附条件,人身法律关系的给付不能强制执行,但财产法律关系的给付可以强制执行。在我们将忠诚协议区分为两个法律关系之后,可强制性或可执行性应当是十分明显的。“无效说”认定忠诚协议为身份关系,认为无法强制执行因而无效,忽视了其财产给付法律关系的一面。一方违反忠实义务,既损害了对方的身份利益,也损害了对方的的人格利益。这里借用学者的一个观点:“金钱赔偿不但不足以减损人格价值,反而可以提高其被尊重性”。^⑱夫妻关系的两极,毕竟是互相独立的两个人

格,一方要求对方赔偿并请求强制执行,在法理上应是毫无问题的。

顺便指出,忠诚协议的双方为共有制的婚内赔偿,财产给付的强制执行亦无问题,共有财产的份额可以作为赔偿的经济基础。

三、财产给付的精神损害赔偿性质及规制

有学者认为,“配偶一方违反忠实义务的行为,本身就是一种侵权行为。”^⑲侵权行为与违约行为的界限,在于前者是违反法定义务的行为,后者是违反约定义务的行为。就侵犯的对象看,侵害绝对权的行为是侵权行为,侵害相对权的行为分为两种,一是侵害法定的相对权,如监护人拒不负担被监护人的生活费,尽管侵害的是相对权,^⑳却是违法了法定义务,产生的是侵权责任,没有“约定”(合同),自然不能构成违约责任。违反约定,侵害的是相对权,是违约责任。不仅债权合同有违约责任,身份合同也是合同,也有违约责任。忠实义务既然是法律的明确规定,当事人又有约定会不会构成侵权责任与违约责任的竞合?笔者的观点是,夫妻关系与忠诚协议都是意定相对法律关系,违反忠实义务都构成违约责任,不发生竞合。忠诚协议的违约责任,是第二个法律关系的财产给付的一种表述形式。

损害赔偿分为物质损害赔偿和精神损害赔偿(非财产损害赔偿)。忠诚协议中约定的赔偿,应认为是精神损害赔偿。有学者认为,我国法律目前不允许对违约责任适用精神损害赔偿。^㉑但法律没有禁止,理论也不反对当事人对精神损害赔偿进行约定。违约金是预定的赔偿金。忠诚协议关于赔偿的约定,实质上是对违约金的约定。

违约金的物质形式是货币,另有约定的除外。如双方约定,“一方违反忠实义务,将共有房屋的份额转给对方。”此时违约金的物质形式就不是货币,而是共有财产的“应有之份”。

违约金的数额可能过高,如约定几百万、上千万等,是否应给予完全的支持?忠诚协议的财产执行,或婚内或伴随着离婚,如果完全支持守约方的请求,就可能造成显失公平的后果,还可能对离婚自由造成伤害。解决的办法,是对违约金进行调整。婚姻关系不能适用《合同法》调整,^㉒但忠诚协议所包含的附条件的财产给付,是债

^⑮ 参见赵敏:《“忠诚协议”效力问题的法律分析》,载《广西政法管理干部学院学报》2010年第3期。

^⑯ 陈甦:《婚内情感协议得否拥有强制执行力》,载《人民法院报》2007年1月11日。

^⑰ 参见郭站红:《夫妻忠诚协议的法学思考》,载《宁波大学学报(人文科学版)》2010年第2期。

^⑱ 参见王泽鉴:《人格权之保护与非财产损害赔偿》,载《民法学说与判例研究(第1册)》,中国政法大学出版社1998年版,第54页。

^⑲ 张弛:《夫妻间“忠诚协议”问题探讨》,载《法制与经济》2010年第3期。

^⑳ 权利具有两面性。被监护人对监护人是相对权(请求权),对世却是绝对权(对抗权);再如配偶权对内是相对权,对外(对世)却是绝对权。

^㉑ 参见王利明:《合同法研究(第二卷)》,中国人民大学出版社2003年版,第674页。

^㉒ 我国《合同法》第2条规定:“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。”

债权债务法律关系,是债权合同,可以适用合同法。我国《合同法》规定的违约金,是不履行或者不完全履行财产给付的义务而支付的违约金,违约金的调整是对财产损失违约金的调整。^④忠诚协议显然不属于这种情况,因此不能直接适用,但民法允许参照适用。笔者的意思是,忠诚协议规定的违约金额过高,或者违约方负担过重的,可以由违约方提出调整的请求,由法官参照《合同法》的规定,酌情减少或者减轻违约方的财产责任。

违约金调整的规则,是一种调整显失公平状态的规则。显失公平规则原本是财产交换规则,是对价规则,笔者认为可扩大适用范围。忠诚协议的财产给付还有一种显失公平的情况,即忠诚协议约定一方违反忠诚协议后,具有面向将来的效力,以后所得财产均归对方。此时应给予义务人以形成诉权,即其可以参照《合同法》请求法院予以变更。民法是平衡的艺术,既要保护受害方,又不能使一方成为另一方财产上的奴隶。若违约人没有主张变更,还可通过调整违约金的方式给予救济。

忠诚协议之第二个法律关系的财产给付,还具有精神损害赔偿的性质,其违约金是弥补精神损害的特殊性质的违约金。我国《侵权责任法》第22条规定:“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。”此条所规定的赔偿,要求具有“严重”后果的要件。忠诚协议约定的损害赔偿,不受此条的限制,因为《侵权责任法》规定的是法定之债,忠诚协议产生的债是意定之债,即前者是法定法律关系,后者是意定法律关系。

根据我国《婚姻法》和有关司法解释的规定,夫妻不离婚,不得请求损害赔偿。^⑤忠诚协议不应受此限制,应当采取“约定大于法定”的规则,在婚内允许精神损害赔偿。

请求支付违约金的权利是债权,是财产权,但忠诚协议之第二个法律关系产生的请求支付的违约金,是精神损害抚慰金,具有行使上的专属性,不得让与和继承。^⑥就专属性之理由,有学者指出:原权利为人类社会生活中正态面之权利,救济权为人类生活反态面之权利。原权利未受损害时,无救济权之必要;原权利受侵害时,原权利蜕变为救济权,目的即在于藉救济权而使被侵害之原

权利获得救济。非财产上损害赔偿请求权乃由受侵害人格权或身份权蜕变而来,也可以说是受侵害人格权或身份权之化身。人格权或身份权为专属权——行使专属,享有亦专属,其因受侵害而蜕变出之非财产上损害赔偿请求权自然亦具有行使专属性。^⑦违反忠诚协议中的不作为义务造成的精神损害,是非财产上损害。在损害发生后产生的这种债权请求权,是既得权,一般情况下,对请求得到的标的财产,却是期待权,其是否实际主张请求权,尚是未知数。

笔者认为,请求支付精神损害的违约金(约定的精神损害抚慰金)已经蜕变为财产权了,仅在法理上看允许其流转已经不存在障碍,是否赋予其行使上的专属性,是一个立法政策问题。我国《侵权责任法》并未规定对精神抚慰金流转的限制,相关司法解释^⑧与《侵权责任法》并不冲突,仍是有效的规范。但该规范在设计的时候,针对的是侵权责任,并未考虑到侵害相对权的违约责任。考虑夫妻基础关系的特殊性,为防止权利的滥用,对忠诚协议所产生的债权,还是应当限制其流转,即应当赋予其专属性。仅有书面的忠诚协议,尚不能允许精神损害赔偿之债自由流转和继承。

四、结语

对忠诚协议应以契约理论作为支撑,解释当事人之间的法律关系。意思自治,于夫妻之间亦应当有所适用,忠诚协议存在基于身份关系的精神给付和附延缓条件的财产给付。以精神给付为标的的身份法律关系,显然不是《合同法》所说的债权合同,但条件成就后的财产给付法律关系却是债权债务关系,是一种特殊的债权合同。关于忠诚协议“非道德性”、“限制离婚自由”的理论并不充分,“非执行性”的理由则不能成立。我国现行法律对忠诚协议规定的财产给付未明确予以规定,在法学方法论上,第一,应当将其解释为精神损害赔偿,适用精神损害赔偿的规定;第二,应当解释为违约金,参照适用我国《合同法》关于违约金调整的规定。

(责任编辑:李辉)

^④ 我国《合同法》第114条第1款规定:“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”第2款规定:“约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”

^⑤ 我国《婚姻法》第46条规定:“有下列情形之一的,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。”条文中的损害赔偿包括财产损害赔偿和精神损害赔偿。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第29条第2款规定:“人民法院判决不准离婚的案件,对于当事人基于婚姻法第四十六条提出的损害赔偿请求,不予支持。”第3款规定:“在婚姻关系存续期间,当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的,人民法院不予受理。”

^⑥ 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第18条第2款规定:“精神损害抚慰金的请求权,不得让与或者继承。但赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿,或者赔偿权利人已经向人民法院起诉的除外。”

^⑦ 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第316页。曾先生认为由非财产损害产生的损害赔偿请求权只具有行使专属性,不具有享有专属性。见同书第314、315页。

^⑧ 见注④。