

# 民法典时代背景下的忠诚协议

李姗姗\*

## 目次

- |                 |                  |
|-----------------|------------------|
| 一、作为身份协议的忠诚协议   | 三、忠诚协议的效力及其违约责任  |
| (一) 既有观点的批判性分析  | (一) 忠诚协议不可诉请强制履行 |
| (二) 忠诚协议是身份协议   | (二) 违约金的效力及酌减    |
| 二、忠诚协议的有效性及其例外  | (三) 法定违约赔偿责任     |
| (一) 忠诚协议原则上应为有效 | (四) 婚内赔偿的正当性     |
| (二) 例外无效的情形     | 四、结论             |

**摘要** 夫妻忠诚协议是将法定忠实义务予以契约化的身份协议。在民法典时代,应原则上认可忠诚协议的效力,理由包括:忠诚协议满足民事法律行为的有效要件,此种协议并不存在一般性违背强行法或公序良俗的特征;忠诚协议是民法意思自治原则在婚姻家庭领域的体现;忠实义务是一种法定义务,忠诚协议是对法定忠实义务的重述;承认其效力有助于弥补法律对违反法定忠实义务之制裁的不足,有助于实现保护婚姻家庭这一婚姻家庭法的基本宗旨,有助于对优良家风和善良风俗的弘扬。忠诚协议虽能在夫妻之间产生拘束力,但其约定义务因涉人身性,故无法诉请履行。违反忠诚协议成立违约责任。当事人约定的违约金条款原则上有效,在约定违约金数额过高时,可参照适用违约金酌减规则;在双方关于违约后果的约定悖俗而无效时,可视为未约定违约金,当事人可就违约行为主张精神损害赔偿。并且,应当允许守约方在不离婚的情形下,向违约方主张违约金或违约损害赔偿。

**关键词** 忠诚协议 身份协议 违约责任 违约金 损害赔偿

夫妻双方在婚姻关系存续期间订立忠诚协议的行为屡见不鲜,<sup>〔1〕</sup>如妻子甲与丈夫乙约定,甲乙双方在婚姻关系存续期间应当恪守夫妻间的忠实义务,<sup>〔2〕</sup>倘若违反,则需承受一系列不利后

\*上海财经大学法学院博士研究生。

〔1〕 本文所论及的忠诚协议,是指夫妻双方关于忠实义务的履行及其违反后果的约定。

〔2〕 现实生活及司法实践有时也将其表述为“忠诚义务”,两者内涵并无实质不同,为与我国立法用语保持一致,本文统一采“忠实义务”的说法。

果,如双方的婚姻关系解除、违反一方“净身出户”、放弃子女抚养权或赔偿守约方金钱若干等。此种协议是否有效?如若一方确有违反忠实义务的行为,另一方能否要求其按照约定承担相应的不利后果?对于这些问题,我国立法尚未有直接规定。目前,仅《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1043条第2款对夫妻间的忠实义务略有提及,<sup>[3]</sup>但该条中规定的忠实义务究系道德义务,<sup>[4]</sup>抑或法律义务,<sup>[5]</sup>素有争议。

审判实务和学说在忠诚协议的效力问题上亦呈现出多重立场。笔者在“无讼案例库”进行相关案例检索,其中法院裁判观点中提及“忠诚协议”“忠实协议”的案例共计45个,判决时间跨度为2013年至2019年。剔除无关案例及因上诉或申请再审导致低级法院判决失效的案例后,得到样本数据28份。其中认定忠诚协议有效的判决13份,无效的判决14份,另有1份判决认为涉案协议是道德协议,不属于法院受案范围。同样,理论界对此“有效说”有之,<sup>[6]</sup>“无效说”有之,<sup>[7]</sup>“道德协议说”亦有之,<sup>[8]</sup>莫衷一是。

《民法典》的颁行,为上述问题的解答提供了新的思路。《民法典》相关新规则至少有四处:《民法典》第464条第2款<sup>[9]</sup>(身份协议参照适用合同编规定)、第1087条第1款<sup>[10]</sup>(离婚财产分割应照顾无过错方)、第996条<sup>[11]</sup>(违约致人格权受侵害可主张精神损害赔偿)以及第1001条<sup>[12]</sup>(身份权的保护可参照人格权编)。以下首先论证忠实义务是一种法律义务而非道德义务,同时忠诚协议是一种身份协议而非道德协议或君子约定,继而分析如何判定忠诚协议的有效性,接着对忠诚协议的法律效力及其违约责任展开详细论述,最后是结论。

## 一、作为身份协议的忠诚协议

### (一) 既有观点的批判性分析

关于夫妻间忠诚协议的性质,主要有以下观点:

(1) 道德协议说。该说认为,“‘婚姻忠诚协议’应为道德协议,不属于法律规范的领域,而是道

---

[3] 该款规定:夫妻应当互相忠实,互相尊重,互相关爱;家庭成员应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

[4] 参见薛宁兰、谢鸿飞主编:《民法典评注·婚姻家庭编》,中国法制出版社2020年版,第36页(薛宁兰撰写)。

[5] 参见蒋月:《当代民法典中夫妻人身关系的立法选择》,载《法商研究》2019年第6期,第29—31页。

[6] 代表性立场参见王歌雅:《夫妻忠诚协议:价值认知与效力判断》,载《政法论丛》2009年第5期,第41页。

[7] 代表性立场参见吴晓芳:《〈民法典〉婚姻家庭编涉及的有关争议问题探析》,载《法律适用》2020年第21期,第19页。

[8] 代表性立场参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第13页。

[9] 该款规定: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。根据该条款的规定,身份协议可以参照适用合同编的规则。

[10] 该款规定:离婚时,夫妻共同财产由双方协议处理;协议不成的,由人民法院根据财产的具体情况,按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。

[11] 该条规定:因当事人一方的违约行为,损害对方人格权并造成严重精神损害,受损害方选择请求其承担违约责任的,不影响受损害方请求精神损害赔偿。

[12] 该款规定:对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护,适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定;没有规定的,可以根据其性质参照适用本编人格权保护的有关规定。

德调整的范围,故不应赋予其法律约束力”。<sup>[13]</sup>

(2) 自然债务说。该说认为,如果夫妻忠诚协议中所约定的内容不违反法律和公序良俗,就可以被认定为自然之债。<sup>[14]</sup>“自然债务说下的‘忠诚协议’虽然不具有强制执行力,但当事人自愿履行的,亦不可以请求返还。这使婚姻中忠诚一方的既得利益可以得到保障,可以摆脱无效说中自愿履行赔偿金仍能随时被要回的法律风险。”<sup>[15]</sup>

(3) 债权契约说。该说认为,夫妻间的忠诚协议本质上是夫妻之间的一种财产协议。“如果一方当事人违反了夫妻忠实义务,另一方当事人必须承担财产关系变动的后果,忠诚协议并非设定、变更、终止某项身份关系。其不是身份关系的协议而只能是特定身份关系的主体订立的财产协议。”<sup>[16]</sup>也就是说,夫妻忠诚协议是对一方违反忠实义务而导致离婚时,其应承担损害赔偿责任的预先约定或安排。<sup>[17]</sup>

(4) 身份契约与债权契约混合说。该说认为,夫妻忠诚协议是以夫妻相互忠实为核心义务的有关人身关系和财产关系的协议,就协议内容而言,包括人身关系和财产关系。<sup>[18]</sup>具体而言,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,是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。<sup>[19]</sup>

(5) 另类身份协议说。该说认为,夫妻忠诚协议作为规定夫妻双方忠诚义务的一种载体,它是身份协议;但这种协议具有非道德性,不应承认其法律效力。<sup>[20]</sup>

本文认为,道德协议说存在明显缺陷。道德协议说建立在忠实义务系道德义务的基础之上,但忠实义务本身兼具道德义务与法律义务之双重属性。因此,夫妻双方缔结的以忠实义务为核心内容的忠诚协议,并非仅为道德协议,其具有法律上的意义。

自然债务说不符合忠诚协议之债的本质。首先,自然债务本来就是一个内涵极其混乱的概念,既有所谓的非法债务(赌债),也有原本的法定之债(超过时效的债务)。“自然债务内涵模糊,极易产生歧义,本就应谨慎使用。”<sup>[21]</sup>自然债务说并未详细阐明其观点是类比赌债还是类比时效届满之债,但无论哪一种,它们都不具有相似性和可类比性。其次,自然之债虽不可强制履行,但并非所有不可强制履行的债务都是自然之债。忠诚协议之所以不可强制执行,系因协议所约定之主给付义务涉及人身属性。不可强制执行的,仅为协议约定义务,对于违反协议的不利后果,是能够被强制执行的。最后,自然债务说并非更有利于忠诚一方的保护。自然债务说所能够保护的,仅为不忠诚一方自愿履行不利财产后果的情形,但大部分情况下,不忠诚一方并不会主动履行对自己如此不利的财产制裁。相反,唯有认可忠诚协议是合同之债,在一方违反忠实义务时构成违

[13] 见前注[8],余延满书,第13页。相同观点亦见于黄蓓、程泽时:《论夫妻忠诚协议》,载《求实》2009年第S2期,第68页以下。

[14] 参见韩或博:《自然之债视域下夫妻忠诚协议的效力判断》,载《学习与探索》2017年第6期,第101页。

[15] 白玉:《青年婚恋中“忠诚协议”签订问题及法律规制》,载《当代青年研究》2019年第6期,第70页。

[16] 孙良国、赵梓晴:《夫妻忠诚协议的法律分析》,载《社会科学战线》2017年第9期,第272页。

[17] 参见闵卫国:《论夫妻忠诚协议与离婚损害赔偿》,载《法律适用》2013年第5期,第54页以下。

[18] 见前注[6],王歌雅文,第40页。相似观点亦见于冉克平:《“身份关系协议”准用〈民法典〉合同编的体系化释论》,载《法制与社会发展》2021年第4期,第85页。

[19] 参见隋彭生:《夫妻忠诚协议分析——以法律关系为重心》,载《法学杂志》2011年第2期,第41页。

[20] 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,第110页。

[21] 参见王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2013年版,第72页。

约,守约方的利益才能够得到法律妥善的救济。

债权契约说及混合说均不妥当。债权契约说认可忠诚协议亦属一种广义上的契约,<sup>[22]</sup>固然正确,但误解了忠诚协议的缔结目的。忠诚协议主要目的在于敦促缔约方遵守作为一种夫妻间身份义务的忠实义务,而债权契约作为财产契约,其缔结大多旨在满足至少一方当事人经济上的需求。债权契约可直接适用民法典合同编的相关规定,而忠诚协议作为身份行为,依据《民法典》第464条第2款,应优先适用婚姻家庭编的规定,无相关规定时方可参照适用合同编的规定。同样,混合说也有失偏颇。忠诚协议中涉及的财产关系只是双方对违约责任的约定,它属于合同的第二性义务,不能仅以此为由来认定忠诚协议具有债权契约的性质。

另类身份协议说的观点自相矛盾。该说虽表面上承认夫妻间关于忠诚义务履行的约定属于身份协议,但又认为此种约定没有法律拘束力,因此该观点与道德协议说没有区别。

## (二) 忠诚协议是身份协议

### 1. 传统身份行为理论及其更新

传统亲属法理论将身份行为分为三类(“三分法”),“即以亲属关系之设定、废止或变更为目的的形成的身份行为;以形成的身份行为为前提,附随此等行为而为之的附随的身份行为;有一定之身份关系者,基于身份而于他人之身上所为的支配的身份行为”。<sup>[23]</sup>对于其中支配的身份行为,有学者提出质疑,“行为人为身份支配行为时,并无追求一定法律效果之意图,故此种行为应从身份行为中剔除”。<sup>[24]</sup>于是,又有所谓的“两分法”的出现,即将身份行为分为纯粹身份行为与身份财产行为,前者系指直接以发生或丧失身份关系为目的之法律行为,而后者系指基于身份而发生,但以发生财产关系为目的之行为,如夫妻家事代理行为、夫妻财产制契约行为;纯粹的身份行为仅指形成的身份行为,即以身份关系的设立、废止或变更为目的的行为。<sup>[25]</sup>

上述两种分类方法虽然影响深远,但性质上纯属不同学者所持的不同理论,既不是立法的明文规定,也不是司法裁判者的立场宣示,绝非颠扑不破的真理。相反,上述分类方法均存在一定问题。首先,三分法中支配的身份行为,有其时代特殊性。曾经的家庭制度中存在户主概念,婚姻制度也为夫权婚姻,故存在着特定身份关系一方对另一方的支配。但现如今,在平权型的现代婚姻家庭模式中,已不可能存在此种支配关系。如日本旧法规定,女性结婚后,其行为能力受到限制,丈夫可对妻子的身体进行支配;但新法废除了该规定,因身体、人格相关的权利(广义的人格权),被认为是一种最根本的权利,即使是丈夫,也不得对妻子进行干涉。<sup>[26]</sup>不仅夫妻之间身份平等,而且父母子女之间,以及其他家庭成员彼此之间身份也是平等的。并且,支配体现的是一种占有、控制和处分,与现代家庭成员依据法律享有身份权益、履行身份义务的立场格格不入。因此,支配的身份行为应更名为履行的身份行为。

其次,两分法对纯粹身份行为界定过窄,将关于身份权利行使、身份义务履行的行为排除在身份行为之外,没有合理依据。对身份义务外延和强度的扩展亦为法律关系变更的一种表现形式。

[22] 所谓广义契约,是指当事人以发生一定私法上法律效果为目的之意思表示的合意。见前注[21],王泽鉴书,第133页。

[23] 参见中川善之助『身分法の總則的課題:身分權及び身分行為』(岩波書店,1941)115頁;史尚寬:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第9页。

[24] 参见陈琪炎:《亲属·继承基本问题》,三民书局1980年版,第123页。相同观点亦见于张作华:《亲属身份行为基本理论研究》,法律出版社2011年版,第25页。

[25] 参见陈琪炎、黄宗乐、郭振恭:《民法亲属新论》,三民书局2018年版,第22页。

[26] 大村敦志『新基本民法·家族編』(有斐閣,2014)36—39頁參照。

所谓法律行为是旨在设立、变更或消灭特定民事法律关系(民事权利义务关系)的表意行为。<sup>[27]</sup>因此,任何意欲引起民事权利或民事义务变化的意思表示都可纳入法律行为的范畴。对身份义务外延的扩大或强度的加大,当然也属于对民事义务的改变(强化)。因此,忠诚协议完全符合法律行为的概念内涵。

最后,除忠诚协议以外,典型的履行类身份行为还包括赡养协议、抚养协议、监护协议<sup>[28]</sup>等,这些协议的当事人之间原本就存在特定的身份关系,这些协议本身并不产生新的身份关系,也不变更或消灭既有的身份关系,即其既不创设新的身份权利也不创设新的身份义务,而只是在既有的身份权利义务上的进一步细化,是对身份权利行使与身份义务履行的具体约定。这些协议基于身份关系而发生,也不是为了达成某种经济目的,因此属于真正意义上的身份行为。<sup>[29]</sup>形成类身份协议与履行类身份协议最重要的区别就在于,基于国家强制,前者一般有登记程序,而后者由于不涉及身份关系的设立,故无须登记或审批,私人合意的分量更具有决定性。在这个意义上,相较于形成类身份行为,履行类身份行为距离传统财产类法律行为更近,对民法典总则编与合同编之规则的可适用性也更强。

## 2. 忠诚协议是关于作为身份义务之忠实义务如何履行的协议

依据通说,忠实义务是指夫妻之间应互负贞操义务,即专一的夫妻性生活义务;广义的忠实义务还包括配偶一方不得恶意遗弃他方,以及不得为第三人之利益牺牲对方之秘密或利益。<sup>[30]</sup>夫妻互相恪守贞操系夫妻结合之基本条件。<sup>[31]</sup>我国《民法典》第1043条第2款规定,“夫妻应当互相忠实……”,这是夫妻间忠实义务在我国现行法上的明文表达。

由于上述法律规定过于原则概括,当事人往往会选择通过缔结某项协议对此项忠实义务予以扩展和强化,这就是忠诚协议。忠诚协议是以夫妻间忠实义务为主给付义务的合同。<sup>[32]</sup>忠实义务在性质上是一种不作为义务。<sup>[33]</sup>法定的忠实义务通常仅指向身体上的不背叛,并

[27] 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第26页。

[28] 此处的监护协议,是指复数监护人之间就监护义务如何履行而订立的协议。在该类协议中,监护人身份及监护权利义务业已存在,因此该协议并未创设新的身份权利义务,只是将该身份权利义务细化,因此为履行的身份协议。但《民法典》第30条中所规定的协议监护,则为形成的身份协议。因协议监护创设了监护人身份,并在协议监护人与被监护人之间产生了监护之身份权利义务。应特别指出的是,监护本身即为一种广义上的身份,监护义务也是广义的身份义务,因此,即使与被监护人无特定亲属关系,但基于协议监护作为其监护人之情事,也应属身份协议。

[29] “首先应当根据意思表示的法效目标将身份法律行为明确化、特定化,使之能有效与财产行为及其他非身份性法律行为相区分。”见前注[24],张作华书,第24页。

[30] 参见巫昌祯主编:《婚姻家庭法新论》,中国政法大学出版社2002年版,第188页;前注[8],余延满书,第239页;杨大文、龙翼飞主编:《婚姻家庭法》,中国人民大学出版社2018年版,第11页;马忆南:《婚约家庭继承法学》,北京大学出版社2019年版,第84页。

[31] 见前注[23],史尚宽书,第302页。

[32] 法学理论界及司法实务中存在对忠诚协议的不当界定。如有观点认为,夫妻双方约定不离婚或履行陪伴义务的协议也属于忠诚协议。参见王雷:《论身份关系协议对民法典合同编的参照适用》,载《法学家》2020年第1期,第40页;梅夏英、叶雄彪:《婚姻忠诚协议问题研究》,载《法律适用》2020年第3期,第108页;申晨:《〈民法典〉视野下婚内协议的效力认定》,载《法学评论》2021年第6期,第189页。在“董某1诉袁某离婚后财产纠纷案”中,当事人仅签订保证书载明“如果离了婚,财产一分不要走人”,法院即认为该保证书实质上是为保证在未来建立婚姻关系后不违反夫妻忠诚义务而以书面形式所做出的承诺。参见山东省高级人民法院民事判决书(2021)鲁民再270号。

[33] 见前注[26],大村敦志书,第79页。

不涵盖精神层面的出轨行为(法国、<sup>[34]</sup>葡萄牙<sup>[35]</sup>等少数国家除外),因为法律不能也不应介入人的内心思想感情。然而,忠诚协议中约定的忠实义务可能将精神出轨也认定为不忠行为,这是外延上的扩展。就强度方面的扩展而言,忠诚协议中对于违反约定忠实义务的行为往往有具体违约责任的约定。不论是身体不出轨还是精神不出轨,忠诚协议都是指向一种不作为义务。据此,忠诚协议与诸如“空床费协议”等其他夫妻间协议区分开来。同时,忠实义务是一种身份义务,忠诚协议是以身份义务之给付为内容的协议,从而与其他涉及财产给付的夫妻间协议区分开来。

无论是法定忠实义务还是约定忠实义务,均以合法有效的婚姻为前提。同居关系下的男女双方订立的忠诚协议,不具有法律上的意义。<sup>[36]</sup>此外,夫妻一方婚前的任何行为也不得被界定为不忠。在夫妻一方(一般为妻)婚前与他人发生性行为而导致“欺诈性抚养”的场合,<sup>[37]</sup>是否存在忠实义务的违反,司法审判实践存在不同立场。有法院认为,此种情形构成对夫妻忠实义务的违反。<sup>[38]</sup>但相反裁判立场认为,婚前双方并无忠实义务。<sup>[39]</sup>本文赞同后一裁判立场。倘若夫妻一方在婚内与他人发生性行为,并生育他人子女,则当然构成对忠实义务的违反。<sup>[40]</sup>但因婚前双方并不存在合法有效的婚姻关系,故夫妻一方婚前与他人发生性行为、婚后生育非另一方亲生子女的行为,并不违反忠实义务。

夫妻双方对忠实义务的约定可能以一个协议的形式存在,也可能以一个条款的形式存在。前者为典型意义上的忠诚协议,整个协议均系对忠实义务的细化及其违反后果的约定,此时忠实义务构成协议双方应承担的主给付义务。就后者而言,该条款构成所谓的忠诚协议条款,同时协议里还可能其他方面内容的约定,此时应当将忠诚协议条款与其他条款分割处理,它们各自具有独立性,不能混同。<sup>[41]</sup>但就忠诚协议条款而言,忠实义务依然构成该条款的主给付

<sup>[34]</sup> 在法国家庭法上,“不忠可以是身体上的(如通奸),也可以是精神上的(如婚外恋的浪漫情节)”。参见[法]科琳·雷诺-布拉尹思吉:《法国家庭法精要》,石雷译,法律出版社2019年版,第61页。

<sup>[35]</sup> 在葡萄牙家庭法上,“配偶一方在与第三人的关系中放荡或越轨行为、感情联系和保持爱情书信往来都构成对忠实义务的违反”。参见[葡]威廉·德奥利维拉·弗朗西斯科·佩雷拉·科埃略:《亲属法教程》,林笑云译,法律出版社2019年版,第330页。

<sup>[36]</sup> 参见杭州市中级人民法院民事判决书(2016)浙01民终4210号;常州市金坛区人民法院民事判决书(2019)苏0413民初1044号。

<sup>[37]</sup> 所谓欺诈性抚养,是指夫妻一方(一般为妻)在婚姻关系存续期间生育子女非另一方亲生子女,但另一方由于不知情而对该子女承担抚养义务的情形。

<sup>[38]</sup> 参见苏州市吴中区人民法院民事判决书(2015)吴少民初字第151号;衢州市中级人民法院民事判决书(2015)浙衢民终字第390号;武汉市新洲区人民法院民事判决书(2015)鄂新洲汪民初字第00073号。

<sup>[39]</sup> 参见靖江市人民法院民事判决书(2013)泰靖民初字第2000号;台州市黄岩区人民法院民事判决书(2014)台黄民初字第1199号;丹阳市人民法院民事判决书(2017)苏1181民初7377号。

<sup>[40]</sup> 司法实践亦持该立场。如在“马忠海诉庞耶子婚姻家庭纠纷案”中,法院认为,“……根据我国婚姻法的相关规定,夫妻双方应当互相忠诚,互相尊重。本案中被告庞耶子在婚姻关系存续期间不忠实于夫妻感情,并与他人生育孩子,严重违反了夫妻的忠实义务……”参见新疆乌鲁木齐市中级人民法院民事判决书(2015)米东民一初字第2006号,相同判决亦见于上海市第一中级人民法院民事判决书(2015)沪一中民一(民)终字第3961号;茶陵县人民法院民事判决书(2016)湘0224民初545号;南部县人民法院民事判决书(2018)川1321民初1636号。

<sup>[41]</sup> 如在“何某诉颜某甲离婚纠纷案”中,法院认为,“该《协议书》是融合了夫妻双方行为操守规范、夫妻财产约定、婚内忠诚协议、离婚协议的综合性约定,应当对每一条的内容和效力分别认定”。参见佛山市顺德区人民法院民事判决书(2015)佛顺法容民初字第905号。相同裁判观点亦见于南京市中级人民法院民事判决书(2013)宁民终字第2967号。

义务。

由上可见,忠实义务是夫妻间的一项法定身份义务,而忠诚协议是对该项法定身份义务的契约化重述和细化,是关于作为身份义务之忠实义务如何履行的协议,所以忠诚协议是一种双方身份行为,属于身份协议的范畴。

## 二、忠诚协议的有效性及其例外

### (一) 忠诚协议原则上应为有效

#### 1. 忠诚协议满足民事法律行为的有效要件

如前所述,忠诚协议是一种身份协议,本质为一种民事法律行为。一方面,忠诚协议作为身份协议,其效力判断依《民法典》第464条第2款,在无特别规定时可以根据其性质参照适用民法典合同编的相关规定。合同编并无合同有效性判断的一般规则,相关规定前移到总则编。另外,《民法典》第502条第1款规定,“依法成立的合同,自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。据此,忠诚协议原则上自成立时生效。

另一方面,忠诚协议作为民事法律行为,其效力判断应直接适用《民法典》总则编的相关规定。法律行为本身就是潘德克顿体系从民法各分编提取出的一个抽象概念。我国民法典同样据此形成总分结构,总则编的内容尤其是法律行为章节,同样来自对婚姻家庭编具体事物(如各类协议)的抽象概括。从这个意义上,除非有明文规定或特殊理由,否则婚姻家庭编中的协议也应适用总则编的规定。《民法典》第143条规定有效的民事法律行为应当具备三项要件,<sup>[42]</sup>“该规定是对于各种民事法律行为都有约束力的一般条款,它对物权编中的处分行为、对合同编中的债权行为、对婚姻家庭编中的婚姻行为和收养行为、对继承编中的遗嘱行为等,都有约束力”。<sup>[43]</sup>因此,只要忠诚协议满足这三项要件,就应属有效。问题的关键点显然在于,忠诚协议的内容会一般性地违反强制性规定或违背公序良俗吗?

有观点认为,忠诚协议会形成对人身自由的约束,最终使婚姻自由名存实亡。<sup>[44]</sup>此外,承认忠诚协议的效力,易诱发当事人不择手段地获取证据,侵犯个人隐私,有悖于法律对隐私权的保护。<sup>[45]</sup>然而,这些主张忠诚协议违法或悖俗的观点均不成立。理由如下:首先,忠实义务本就为一种法定义务,当事人只不过以协议的方式将此种法定义务具体化而已。法定忠实义务在契约中被重述和具化,这不可能违法。

其次,忠诚协议并不必然限制当事人的行为自由。一方面,任何自由都是相对的,当男女双方合意走进“围城”,便担负起共同促进婚姻幸福美满的义务,都要接受一定程度的“不自由”。基于婚姻的本质,夫妻双方应当成为彼此唯一的性伴侣,其性自由本身就是受限的。正所谓,“婚姻不能听从已婚者的任性,相反地,已婚者的任性应该服从婚姻的本质”。<sup>[46]</sup>公民可以根据自己的意愿在法律许可的限度内自由处分自己的人身自由,夫妻忠诚协议正是已婚者对自己的性自由自愿

[42] 该条规定:“具备下列条件的民事法律行为有效:(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。”

[43] 孙宪忠:《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》,载《法学研究》2020年第3期,第24页。

[44] 见前注[20],郭站红文,第110页。

[45] 见前注[7],吴晓芳文,第19页。

[46] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第347页。

限制和约束的体现,这种限制是夫妻双方合意的结果,符合婚姻法的原则和精神,符合社会公序良俗。<sup>[47]</sup>另一方面,若忠诚协议中的义务约定过于严苛,从而被认为构成对行为人自由的过度限制,则该协议会因悖俗而无效(容后详述)。

最后,忠诚协议并不当然会妨害当事人的离婚自由或侵害当事人隐私。“虽然忠诚协议可能会为离婚设立苛刻的条件,但当事人仍然可以在支付对价后选择离婚,其自由离婚的权利并没有被剥夺。”<sup>[48]</sup>另外,守约方虽需一定的证据证明违约方违反了忠诚协议,但取证未必要通过非法手段,两者之间没有必然逻辑关系。

## 2. 忠诚协议是意思自治原则在婚姻家庭领域的体现

长期以来,由于身份协议被排除在原《合同法》适用范围之外,导致婚姻家庭领域的意思自治和契约自由被不当忽视。甚至有观点认为,意思自治原则不适用于夫妻人身关系领域,夫妻一方不能为对方设定权利和义务,不存在夫妻身份性合同。<sup>[49]</sup>此种观点值得商榷。首先,夫妻人身关系并非不存在意思自治的空间。现代社会推崇以人为本,进入了个体自觉的理性社会,人性的解放决定了作为主体的人更希望按照自己的意愿安排活动,包括家庭领域。<sup>[50]</sup>“私法自治原则适用于一切私法关系,婚姻、家庭亦受其规律。”<sup>[51]</sup>意思自治不应被排除在婚姻家庭领域之外,这也是婚姻家庭法回归民法的逻辑必然。婚姻家庭法虽多为强行法,但其既然为私法的组成部分,则必然有贯彻意思自治的空间。“夫妻双方在法律规定的范围内……就婚姻中的各种人身、财产关系作出的明确意思表示的协议,有利于规范婚姻家庭关系、促进和保障家庭关系的和睦和谐,立法应该予以承认。”<sup>[52]</sup>

其次,婚姻家庭领域的意思自治所受到的限制并无特殊之处,仍以公序良俗作为主要检验标准。根据“意思自治原理”,民法制度设计的偏好是对意思自治的限制应降低到公共利益得以维系的最低程度。<sup>[53]</sup>对于婚姻家庭领域而言,由于其浓厚的道德伦理色彩,多以善良风俗对该领域中的意思自治进行限制。例如,夫妻双方不得订立契约对夫妻间的一些主要权利义务予以排除(如互不履行同居义务或忠实义务),因该种意思自治有悖善良风俗。<sup>[54]</sup>因此,婚姻家庭领域并不存在特别的意思自治限制,对于内含于意思自治本身的限制即已足够。忠诚协议正是夫妻双方对其人身权利义务进行意思自治的典型体现,此种约定是民法意思自治原则在婚姻家庭法领域的体现,不应抹杀其对于私法主体自我管理、自我安排的重要意义。

[47] 参见中山市中级人民法院民事判决书(2013)中中法民一终字第71号。

[48] 见前注[32],梅夏英、叶雄彪文,第105页以下。当然,倘若忠诚协议径自以婚姻关系解除作为约定的违约后果,则约定会因违法而无效。不过这属于另一个问题。

[49] 见前注[13],黄蓓、程泽时文,第69页。

[50] 见前注[17],闵卫国文,第56页。

[51] 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第228页。

[52] 参见孙宪忠:《民法典婚姻家庭编草案应该解决的四个现实问题》,载《中国人大》2019年7月5日,第53页。

[53] 参见侯佳儒:《民法基本原则解释:意思自治原理及其展开》,载《环球法律评论》2013年第4期,第87页。

[54] 美国法上也有类似限制。在美国,允许夫妻通过婚前及婚姻协议来安排婚姻生活。虽然可以更改哪些条款是有限度的(一般而言,婚前或婚姻协议中不能由当事人设定与儿童有关的条款),或多少会有一些限制(至少,不合情理的限度适用于所有协议),但在这些限制内的选择范围仍然很大。Brian H. Bix, *Family Law: Values Beyond Choice and Autonomy?* 40 *Law and Philosophy* 165 (2021).

### 3. 忠诚协议是法定忠实义务的重述

一种流行的学说观点认为,忠实义务是一种道德义务而非法定义务。<sup>[55]</sup>此观点在实务中亦很常见。<sup>[56]</sup>但其并不正确。首先,违反忠实义务能够产生相应的法律后果。在《民法典》施行前,唯有重婚、有配偶者与他人同居等重大婚姻过错才具有法律意义(原《婚姻法》第46条);但《民法典》第1087条首次将“照顾无过错方”作为夫妻离婚财产分割的原则之一。也就是说,违反忠实义务、但尚未达到重婚、有配偶者与他人同居的严重程度,也会产生特定的法律后果。<sup>[57]</sup>该规定的变革意义是巨大的,给司法实践也带来了立竿见影的影响。在浦东新区人民法院最近审结的一起案件中,法院认为,有证据证明男方确有出轨行为,系婚姻中的过错方,故将价值千万的夫妻共同房产判归女方所有,仅由女方补偿男方三成的房屋折价款。<sup>[58]</sup>在此背景下,倘若一方面认为“忠实义务”是道德义务,另一方面又赋予其违反之法律后果,则无疑会产生体系解释上的矛盾。

其次,“忠实”如此重要,将《民法典》第1043条第2款所规定的“夫妻应当互相忠实”解释为法律义务有其正当性。“为维护家庭生活秩序,需要法律调控、规范和约束人们的行为,仅仅依赖当事人的道德自觉不足以保障身份关系的和谐安定。”<sup>[59]</sup>对基于婚姻建立起来的身份关系而言,“忠诚”无异于坚实的地基,“婚姻关系的稳定性很大程度上依赖于双方的忠实”。<sup>[60]</sup>诚如学者所言,配偶不忠对婚姻的打击,可与配偶死亡相提并论。<sup>[61]</sup>此外,“夫妻忠实义务使得双方在肉体和心灵上有进一步的结合,这种亲密关系提升了双方婚姻关系中产生的亲密感,并透过双方的相处进而影响整个家庭。”<sup>[62]</sup>法律对婚姻家庭的保护,必然要求将夫妻间的忠实义务法律化。此外,从法学方法论的角度而言,所有的法条均具有法律意义,不完全法条可借由与其他法条的相互指涉,共同创设法效果。<sup>[63]</sup>对于《民法典》第1043条第2款的规定,评注书或释义书均认为其为倡导性规范,并不直接在当事人之间产生义务。<sup>[64]</sup>但若将《民法典》第1043条中的“夫妻应当互相忠实”解释为“夫妻互负忠实义务”,能够有效建立该条与《民法典》第1087条的联系,使得该条有适用的可

[55] 参见马忆南:《论夫妻人身权利义务的发展和我国〈婚姻法〉的完善》,载《法学杂志》2014年第11期,第49页以下;前注[15],白玉文,第68页;前注[4],薛宁兰、谢鸿飞主编书,第36页(薛宁兰撰写)。

[56] 参见宁晋县人民法院民事判决书(2013)宁民初字第2000号;日照市中级人民法院民事判决书(2014)日民一终字第835号;南京市鼓楼区人民法院民事判决书(2015)鼓民初字第7654号;施甸县人民法院民事判决书(2016)云0521民初299号。

[57] 《民法典》第1087条的适用虽以双方实际离婚作为前提,但并不意味着婚内过错没有意义或根本未成立过错,只不过由于夫妻之间相互诉权的一般性禁止,在未离婚之前,该过错的法律意义处于隐而不显的法律状态。鉴于夫妻婚内相互诉讼大概率会导致感情破裂和婚姻解体,因此现行法对于一方不诉请离婚而单纯要求对方赔偿的诉请原则上予以拒绝。权利受损方若选择隐忍或宽宥,那也只是暂时性的,并不意味着终局性地放弃离婚时基于对方过错而产生的多分共同财产或主张离婚损害赔偿的权利。

[58] 参见曹赞嫒:《保护“她”权益!丈夫出轨,离婚后千万豪宅判归妻子》,载微信公众号“上海浦东法院”,2021年3月8日。

[59] 冉克平:《论意思自治在亲属身份行为中的表达及其维度》,载《比较法研究》2020年第6期,第123页。

[60] 蒋月:《婚姻家庭法前沿导论》,法律出版社2016年版,第121页。

[61] 见前注[30],杨大文、龙翼飞主编书,第111页。

[62] 金毓伟:《以社会秩序为基础探讨婚姻家庭价值与夫妻忠实义务》,载《哲学与文化》2018年第8期,第126页。

[63] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第132—156页。

[64] 见前注[4],薛宁兰、谢鸿飞主编书,第36页(薛宁兰撰写);夏吟兰、龙翼飞等:《中国民法典释评·婚姻家庭编》,中国人民大学出版社2020年版,第35—36页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(下),法律出版社2020年版,第1945页。

能而变得富有生命力。从反面来说,作此解释不会与《民法典婚姻家庭编解释(一)》第4条(原《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3条)相矛盾。<sup>[65]</sup> 司法解释之所以作此规定,主要在于夫妻间的忠实义务无法强制履行,而并非意味着肯认“忠实义务”仅为道德义务。该条本身虽无违反后果的规定,但其可与民法典婚姻家庭编的其他规定(如《民法典》第1087条)结合起来,或借助夫妻之间的“忠诚协议”将之具体化,达到保障夫妻间忠实义务的目的。<sup>[66]</sup>

再次,忠实义务既是道德义务也是法定义务。这也是比较法上的共识。一些国家如法国、瑞士、葡萄牙、奥地利直接通过立法对夫妻间的忠实义务予以明示。<sup>[67]</sup> 还有一些域外法或将忠实义务的违反设置为离婚事由,以此间接承认夫妻间互负忠实义务;<sup>[68]</sup>或在学理上广泛认可忠实义务是婚姻义务的应有内涵,违反此种婚姻义务,构成他方可请求离婚之事由,并可基于此请求违反义务方承担损害赔偿责任。<sup>[69]</sup> 同时,这也是我国理论界的主流立场。<sup>[70]</sup> 在司法实践中也多有体现。最高人民法院(以下简称“最高院”)2015年12月4日发布了一批婚姻家庭纠纷典型案例,其中在“周某诉张某离婚后损害责任纠纷案”中,最高院明确指出,夫妻互相忠实,不仅是传统美德,也是法定义务。<sup>[71]</sup> 在若干判决中,法院也明确以忠实义务为法定义务之理由认可忠诚协议的效力。<sup>[72]</sup>

最后,忠诚协议不过是将法定的忠实义务予以重述。一方面,忠诚协议中双方约定的忠实义务与法定的忠实义务在核心内容上是一致的,即恪守忠诚、不得背叛。另一方面,约定的忠实义务相对于法定忠实义务可能会更加全面和细致,或是义务履行标准设定得更高。毕竟,法定义务只是行为人应当遵守的最低行为准则,夫妻双方通过协议的方式约定适当高于法定义务的行为义务,原则上应被允许。以约定不得精神出轨为例,夫妻彼此之间保持精神忠诚是婚姻的本质要求。婚姻是男女双方以共同生活为目的的结合,婚姻生活表现为精神的生活共同(精神结合)、性的生

[65] 该条规定:当事人仅以《民法典》第1043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。

[66] 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院〈民法典婚姻家庭编司法解释(一)〉理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第63—66页。

[67] 参见《法国民法典》第212条;《瑞士民法典》第159条第3款;《葡萄牙民法典》第1672条;《奥地利普通民法典》第90条第1款。

[68] 参见《日本民法典》第770条第1款第1项。

[69] 见前注[23],史尚宽书,第302页;内田贵『民法Ⅳ:親族・相続』(東京大学出版会,2002年)23页;陈惠馨:《民法亲属编理论与实务》,元照出版社2016年版,第170页。

[70] 见前注[8],余延满书,第240页;前注[6],王歌雅文,第41页;张忠民:《夫妻相互忠实义务法律保护的反思与完善》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2010年第2期,第118页;华燕:《论“忠”之法律义务及其限度》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第6期,第33页;杨晋玲:《亲属法基础理论问题研究》,法律出版社2017年版,第49页以下;陈苇:《婚姻家庭继承法学》,高等教育出版社2018年版,第92页;前注[30],杨大文、龙翼飞书,第111页;张家骥、缪宇:《夫妻忠实义务的准债务探析》,载《华中师范大学学报(人文社会科学版)》2019年第3期,第40页;前注[5],蒋月文,第29—31页;前注[32],梅夏英、叶雄彪文,第105页以下;张力:《民法典背景下“夫妻忠诚协议”的效力认定》,载《检察日报》2020年7月29日,第7版。

[71] 参见《最高人民法院12月4日公布婚姻家庭纠纷典型案例之十二:周某诉张某离婚后损害责任纠纷案》,载最高人民法院网2015年12月4日,http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16211.html。

[72] 参见南京市中级人民法院民事判决书(2013)宁民终字第2967号;沧州市中级人民法院民事判决书(2015)沧民终字第268号。

活共同(肉体的结合)及经济的生活共同(家计共有)。<sup>[73]</sup> 夫妻一方的“精神出轨”行为,势必会影响夫妻间的共同生活,也可能会造成另一方情感上的伤害。“精神控制及影响身体和行为,精神忠诚可以确保身体的忠诚乃至婚姻的幸福。”<sup>[74]</sup>

#### 4. 忠诚协议可弥补法律对违反法定忠实义务之制裁的不足

大部分国家及地区均对忠实义务的违反设置了严苛的法律后果,或将其作为一种离婚事由,或就该情形赋予当事人主张损害赔偿的权利。反观我国,《民法典》并未规定违反忠实义务的一般法律责任,仅第 1091 条就“重婚”及“与他人同居”这两种严重违反忠实义务的行为作了规制,且以离婚为要件。该条虽设置了“其他重大过错”作为兜底,但根据体系解释,“其他情形”应当指与“重婚”“有配偶者与他人同居”等具有同等重大程度的婚姻过错行为(如“欺诈性抚养”),仅偶发的或多次的婚外性行为,并不在该条的涵摄范围。而对于夫妻一方有“重婚”“有配偶者与他人同居”之外的一般违反忠实义务的情形,另一方能否适用《民法典》第 1087 条第 1 款尚存争议。

有学者认为,“婚姻中的一般过错并不足以引发在财产分割时的倾斜对待,只有‘重大过错’才具有改变平均分割规则的正当性。就此而言,该条所谓的‘无过错’应与第 1091 条中的‘无过错’作同样的理解与解释,即均指因他方配偶的重大过错行为而离婚且自己对离婚的发生无重大过错的配偶一方”。<sup>[75]</sup> 不过,也有观点认为,《民法典》第 1087 条第 1 款中的过错仅指一般过错,如通奸、婚外恋、嫖娼等行为。<sup>[76]</sup> 实际上,这两种观点均有失偏颇。《民法典》第 1087 条中所说的“过错”,既包含一般过错,也包含重大过错。但是,由于“过错”只是法官在分割夫妻共同财产时的一个参考因素,并作为分割的一般性原则而存在,欠缺客观性和透明性,故忠诚一方并非一定能够通过该条规定获得充分的救济。而且,离婚财产分割本质上是共有财产分割的法定制度,与违约责任损害赔偿所针对的损害填补性质迥异,二者不可相互替代。

在此背景下,应允许当事人通过订立忠诚协议的方式,对一方违反忠实义务所应承担的不利后果予以明确,这不仅有助于无过错方合法权益的救济,也能够有效弥补我国法律对违反忠实义务之制裁的不足。

#### 5. 忠诚协议能够贯彻保护婚姻的理念,有利于优良家风和善良风俗的弘扬

保护婚姻的理念不仅体现在宪法层面(《中华人民共和国宪法》第 49 条第 1 款),<sup>[77]</sup> 也体现在《民法典》婚姻家庭编(第 1041 条第 1 款)的相关规定上。<sup>[78]</sup> 有学者指出,夫妻财产法规则中体现出的首要价值便是婚姻保护。<sup>[79]</sup> 实际上,相比于夫妻财产法规则,夫妻人身法规则中体现的婚姻保护更为强烈。忠诚协议正是对《民法典》第 1043 条规定的夫妻应当互相忠实的重述和细化,有利于婚姻保护理念的实现。此外,这种重述法定忠实义务的忠诚协议能够促进家庭和睦稳定,有利于优良家风和善良风俗的弘扬。“夫妻忠诚协议对缔约双方均有较强的约束力和

[73] 见前注[23],史尚宽书,第 98 页。

[74] 胡洁人、王婷:《夫妻忠实义务之“精神考量”》,载《法律适用》2020 年第 11 期,第 74 页。

[75] 田韶华、史艳春:《民法典离婚损害赔偿制度法律适用的疑难问题》,载《河北法学》2021 年第 1 期,第 85 页。

[76] 见前注[4],薛宁兰、谢鸿飞主编书,第 432 页(缪宇撰写)。

[77] 该款规定:婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。

[78] 该款规定:婚姻家庭受国家保护。

[79] 参见贺剑:《夫妻财产法的精神——民法典夫妻共同债务和财产规则释论》,载《法学》2020 年第 7 期,第 20 页。

震慑力,有助于婚姻的稳定和家庭的和睦,所以应该而且能够得到法律的支持。”<sup>[80]</sup>这种观念在司法判决文书中也有体现。例如,在“陈某某诉高某离婚纠纷案”中,法院认为,“只要忠诚协议是双方的真实意思表示,且内容不违反法律规定,也不损害他人和社会公共利益,就应当受到法律的保护。再者,认定忠诚协议有效符合婚姻法的立法精神,有利于维护平等和睦文明的婚姻家庭关系”。<sup>[81]</sup>

综上,忠诚协议不仅基于法律行为一般法理应属有效,而且承认其效力具有无与伦比的优势,故无论从正当性和实用性上均应承认其原则上之有效性。

## (二) 例外无效的情形

忠诚协议原则上有效,但作为法律行为的一种,其例外情形下也可能可撤销或无效。一方面,倘若忠诚协议的订立存在重大误解、欺诈、胁迫或显失公平,当事人可以撤销该协议。当然,如同财产协议缔结中的欺诈、胁迫不易证明一样,忠诚协议缔结中当事人意思表示不真实、不自由同样难以证明。<sup>[82]</sup>另一方面,忠诚协议内容尤其是关于违约后果的约定,若存在违法或悖俗情形,则会导致该后果约定无效或协议整体无效。

### 1. 协议内容违法无效的典型样态

#### (1) 违反忠诚协议即双方离婚或负有办理离婚手续之义务的约定无效

离婚作为一种纯粹的身份行为,其生效需要满足特定的要件。根据《民法典》第1080条的规定,<sup>[83]</sup>夫妻双方协议离婚的,自完成离婚登记时婚姻关系解除;诉讼离婚的,自人民法院的判决书或调解书生效之时起婚姻关系解除。故此,即使当事人约定一方有不忠诚的行为则离婚,该约定也属无效约定,不能产生婚姻关系当然终止的法律效果。“终止婚姻关系的忠诚协议,尽管此类协议是当事人的真实意思表示,但并不具有法律效力,原因在于违反忠诚协议即离婚的约定,违反了法律强制性规定。”<sup>[84]</sup>此外,基于离婚自由的考量,一方违反忠诚协议则负有办理离婚手续之义务的约定亦无效。因为任何令他人负有办理结婚或离婚手续之义务的单方允诺或双方协议,均违反了法律的强制性规定。同时,该种约定也会因侵犯基本权而构成对公序良俗的违背。

不仅如此,若当事人在忠诚协议中约定,一旦违反则视为满足法定离婚条件或构成离婚事由,则这样的约定亦属无效。因为根据《民法典》第1079条第3款,法定离婚条件只能是该条明示列举的那些情形,亦即感情破裂的法定列举情形以及兜底情形(其他导致夫妻感情破裂的情形),此即“离婚事由(条件)的法定性”。而且,在审判实务中,忠诚协议被认定为无效的重要理

[80] 孙书灵、高魁、潘龙峰:《夫妻忠诚协议的效力》,载《人民司法·案例》2009年第22期,第78页。

[81] 参见沧州市中级人民法院民事判决书(2015)沧民终字第268号,相同观点亦见于无锡市中级人民法院民事判决书(2014)锡民终字第0681号;佛山市顺德区人民法院民事判决书(2015)佛顺法容民初字第905号;中山市中级人民法院民事判决书(2016)粤20民再15号;湛江市中级人民法院民事判决书(2016)粤08民终45号;成都市中级人民法院民事判决书(2019)川01民终1078号等。

[82] 在“杨某某诉陈某某离婚纠纷案”中,法院认为,“陈某某主张该《协议》系杨某某逼迫其签订的,但并未举证证明,且其申请撤销之时已超过一年除斥期间,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条第二款的规定,不予支持”。参见中山市中级人民法院民事判决书(2016)粤20民再15号。在“张甲诉仇甲离婚纠纷案”中,法院认为,“仇甲认为保证书系醉酒后被逼迫所写,但对此未提供任何证据证实。仇甲书写的保证书中虽有一处文字遗漏‘不’字,但从保证书整体内容来看,意思表示完整清晰。仇甲仅以此处错漏来否定该证据证明力,理由不足,不予支持”。参见南京市中级人民法院民事判决书(2013)宁民终字第2967号。

[83] 该条规定:完成离婚登记,或者离婚判决书、调解书生效,即解除婚姻关系。

[84] 见前注[32],梅夏英、叶雄彪文,第109页。

由之一是,忠诚协议约定的法律后果为离婚时违约方少分或不分夫妻共同财产,从而被法院认为该约定系离婚财产分割协议(条款),如此定性的协议只能在登记离婚中发生效力,在诉讼离婚中不生效力。<sup>[85]</sup>

## (2) 违反忠诚协议导致丧失子女抚养权或探视权的约定无效

根据《民法典》第 27 条、第 34 条、第 1068 条以及第 1084 条,<sup>[86]</sup>父母有抚养和教育子女的权利和义务,不因父母离婚而改变;父母离婚时未成年子女由谁抚养,应当遵循法律规定由法院结合个案情况予以判定,并非父母双方事先在婚内约定即可定夺。《民法典》第 1086 条规定,父母离婚后,不直接抚养子女的一方有探望的权利。这种权利也是法定权利,是作为未成年人父母的固有权利,不容剥夺,也不容事先放弃。并且,这些权利多体现为“义务权”,<sup>[87]</sup>对于父母一方来说固然是权利,但更多地体现为一种职责,对于未成年子女而言尤为重要。父母对子女的抚养和教育,既是父母子女关系本质的体现,也是子女成长的需要。因此,忠诚协议中关于一方违反夫妻忠实义务导致离婚则丧失子女抚养权或探望权的约定,系通过协议的方式排除了父母一方的法定权利,该约定因违反强行法规定而无效。司法实践亦持相同立场。如在“沈某诉杨某某离婚纠纷案”中,法院认为,“该协议内容中关于孩子抚养权的约定违反了法律的强制性规定,因此对该证明目的不予认定”。<sup>[88]</sup>

## 2. 协议内容悖俗无效的典型样态

### (1) 对人身自由过度限制的忠诚协议无效

忠诚协议最主要的目的在于限制一方的性自由,此种人身约束既不违法亦不悖俗。但倘若当事人在协议中约定有对夫妻一方其他人身自由的限制,如不与异性单独相处等,则可能因过度干涉人身自由而无效。<sup>[89]</sup>我国审判实务也持相同立场。<sup>[90]</sup>比较法上亦认可过分限制合同一方权利的合同无效。“所谓的束缚性合同是违背善良风俗的,人们将其理解为在人格或经济自由方面过分限制某一合同相对方,从而使其或多或少听任另一方摆布的合同。”<sup>[91]</sup>此外,对于是否存在精神出轨行为,应严格界定。除非夫妻一方有证据证明另一方与婚外第三者确立了一种婚外的恋爱关系,否则不认为其违反了忠诚协议。毕竟,对精神自由的限制很容易落入悖俗的领地。

### (2) 忠诚协议违反后果之约定过于严苛而无效

最典型的就“净身出户”条款无效。所谓的“净身出户”条款,是指当事人做出的一旦违反忠诚协议则应放弃其所有个人财产及夫妻共同财产的约定。此种约定虽出于当事人的意思自治,但

<sup>[85]</sup> 参见北京市高级人民法院民事裁定书(2015)高民申字第 1119 号;上海市长宁区人民法院民事判决书(2015)长民四(民)初字第 161 号;南京市中级人民法院民事判决书(2016)苏 01 民终 2502 号。

<sup>[86]</sup> 《民法典》第 1084 条第 3 款规定,“离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,由人民法院根据双方的具体情况,按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的,应当尊重其真实意愿”。

<sup>[87]</sup> 见前注[51],王泽鉴书,第 97 页。

<sup>[88]</sup> 参见定边县人民法院民事判决书(2015)定民初字第 01028 号。

<sup>[89]</sup> 见前注[59],冉克平文,第 131 页。

<sup>[90]</sup> 参见吴晓芳主编:《婚姻家庭继承案件裁判观点与要点》,法律出版社 2016 年版,第 199 页;朱玮:《夫妻间订立的“忠诚协议”是否有效?》,载中国法院网 2019 年 5 月 16 日,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/05/id/3917887.shtml>。

<sup>[91]</sup> [德] 汉斯·布洛克斯、[德] 沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社 2019 年版,第 159 页。

因违背公序良俗而无效。如此严苛的经济惩罚,无异于剥夺行为人之人身自由。试想,一个没有任何责任财产的人,将如何在经济社会中立足?并且,此种约定虽本质上属于违约金约定,但由于该约定不是具体数额,具有整体性,从而导致无法对其进行酌减。

司法实践对于忠诚协议中的“净身出户”约定亦持否定态度。在“陈某诉岑某离婚纠纷案”中,法院认为,“协议约定被告将自己所有财产归原告所有,系完全剥夺其在财产上的权利,有非常严厉的惩罚性质,不应作为确定双方具体民事权利义务的协议,也不应作为夫妻共同财产分割以及原告所主张的精神损害赔偿、经济补偿的依据”。<sup>[92]</sup>在“张甲诉仇甲离婚纠纷案”中,法院同样认为,“即使仇甲是违反忠实义务的过错方,也有其合法的财产权益。如按此协议履行则可能造成仇甲生活困难,而张甲获利极大,双方利益过于失衡,故认定不能完全按照双方所签协议的后半部分约定内容履行”。<sup>[93]</sup>

值得注意的是,夫妻双方做出的义务违反方概括放弃其个人财产及夫妻共有财产的约定无效,但放弃某一特定财产权利的约定,即使表述为“净身出户”,但根据整个协议内容来看只要能够指向某一特定财产,且就行为人的经济状况而言并不过分严苛,则为有效约定。如在“程某1诉张某离婚纠纷案”中,法院认为,“保证书中程某1承诺,如果其没有做到保证书五件事,程某1自愿净身出户周王庙40号。从该保证书分析,程某1与张某仅对夫妻共同财产40号房屋进行了协议,不涉及其他夫妻共同财产、债务,应为有效约定”。<sup>[94]</sup>

### 三、忠诚协议的效力及其违约责任

#### (一) 忠诚协议不可诉请强制履行

忠诚协议既然作为一种原则上有效的身份协议,则必然能够对当事人产生拘束力。这种拘束力体现在两个方面:其一,夫妻任何一方负有不得与婚外异性发生婚外情,尤其是不得发生婚外性行为的义务;其二,如有违反,则应承担约定的不利后果。换言之,“忠诚协议正面要求忠诚,反面要求赔偿”。<sup>[95]</sup>它们分属协议的第一性义务与第二性义务。

忠诚协议虽然能够在夫妻间产生拘束力,为夫妻双方设定有效的身份义务,但这种身份义务不可诉请强制履行。理由如下:首先,依据《民法典》第464条第2款、第580条第1款第2项,<sup>[96]</sup>若身份协议所约定义务“不适于强制履行”,则守约方不可诉请履行。<sup>[97]</sup>强制履行的意义主要是在于加强债的约束力。<sup>[98]</sup>然而,某些合同义务具有人身属性或人身信赖属性,不宜强制履行。它既可能存在于财产合同中,例如委托合同之受托事务执行义务、演出合同之演出义务等,倘若对此类债务人的人身施以强制,则会违背现代社会人格尊重及人身自由应受保护之基本价值。<sup>[99]</sup>它也可能存在于身份协议中,例如婚约之结婚义务、非金钱性质的赡养义务(如

[92] 参见上海市杨浦区人民法院民事判决书(2013)杨民一(民)初字第2108号。

[93] 参见南京市中级人民法院民事判决书(2013)宁民终字第2967号。

[94] 参见景德镇市中级人民法院民事判决书(2020)赣02民终295号。

[95] 见前注[19],隋彭生文,第39页。

[96] 该款规定:“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以请求履行,但是有下列情形之一的除外:……(二)债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;……”

[97] 见前注[18],冉克平文,第84页。

[98] 参见王洪亮:《强制履行请求权的性质及其行使》,载《法学》2012年第1期,第107页。

[99] 参见韩世远:《合同法论》,法律出版社2018年版,第769页。

“常回家看看”）、夫妻间陪伴义务、同居义务以及本文论题涉及的忠实义务等。这些义务多为人身给付义务，且关乎当事人的基本权利或自由，故原则上不得强制履行。况且，民事责任多为财产责任，本就不会加诸人身，所以带有人身属性或人身信任属性的行为之债，通常均不宜强制履行，忠实义务也不例外。

其次，忠诚协议所约定的忠实义务，由于涉及不作为以及极其敏感的性隐私，所以更加天然地不具有可强制履行的可能。除非对义务人进行二十四小时不间断监控，否则根本不存在事前预防此种义务违反的可能。夫妻双方基于忠诚协议所负的不得为婚外性行为的义务，只能靠行为人自觉遵守，除此之外无法依靠其他方式来保障履行。诚如学者所言，婚姻法纵然希望夫妻双方相互关爱忠诚，但对于婚内忠贞的具体实现也只能顺其自然，不能为维持婚姻而以法律手段“强制”夫妻相互忠诚。<sup>〔100〕</sup>

## （二）违约金的效力及酌减

### 1. 违约金的约定原则上有效

约定的忠实义务虽不可强制履行，但相关的违约金条款却可以有效。<sup>〔101〕</sup> 违约金的“主要目的并非在于要求对方承担违约责任，而是以高出预期损害的数额，向对方施加压力，以使其遵守合同”。<sup>〔102〕</sup> 因此，只要约定的义务合法有效，当事人原则上就可对违反该义务的法律后果进行约定。当然，这里要区分两类不可强制履行的义务，一类是强制履行会与其他涉及个体基本权利与自由的规范相冲突，例如婚约之结婚义务。在很多国家（如德国、<sup>〔103〕</sup>瑞士<sup>〔104〕</sup>等），婚约对当事人有拘束力，当事人负有结婚的义务；但一方面，该义务不可强制履行，另一方面，为该义务的履行设定的违约金条款亦属无效，否则会形同变相强迫他人结婚从而违背结婚自由原则。另一类不可强制履行的义务，之所以不可强制履行并非是因为这类人身性义务的履行会侵害行为人的基本权利自由，而是出于民事责任不可加诸人身的考虑。但当事人的违约行为应当受到消极评价，故允许当事人为该类义务设定违约金，例如委托合同之受托人履行事务的义务，承揽合同之承揽人的加工义务，以及本文论题所涉及的忠诚协议之忠实义务等。

上述两种义务的分类其实与身份行为的分类也具有对应关系。纯粹的身份协议包含形成类身份协议与履行类身份协议。在前者，不应承认违约金条款有效，以免强制当事人建立或解除某种身份关系，从而侵害人的基本权利与自由。在后者，承认违约金条款的效力，不仅无害于人的基本权利与自由，反而能强化契约义务的履行。

忠诚协议正是典型的履行类身份协议，其中的违约金条款，实际上是当事人对违约损害的一种预先约定，且具有一般违约金的相同功能——敦促与压迫功能。<sup>〔105〕</sup> 此种约定旨在使身份协议安排的事项能够依靠法律手段得以实现，实质上是现代平权型家庭成员在生活方式上选择自由的表达。<sup>〔106〕</sup> 因

〔100〕 见前注〔70〕，张力文。

〔101〕 此处的违约金约定，既包含当事人约定一定数额金钱赔偿的情形，也包含特定夫妻共同财产或个人所有财产权属变动或离婚财产分割时份额划分的约定。

〔102〕 王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第424页。

〔103〕 《德国民法典》第1297条第1款规定，不得基于婚约而诉请缔结婚姻。参见《德国民法典》，台湾大学法律学院、台大法学基金会编译，北京大学出版社2017年版，第1044页。

〔104〕 《瑞士民法典》第90条第3款规定，不得基于婚约诉请结婚。参见《瑞士民法典》，戴永盛译，中国政法大学出版社2016年版，第45页。

〔105〕 参见姚明斌：《违约金双重功能论》，载《清华法学》2016年第5期，第140页。

〔106〕 见前注〔18〕，冉克平文，第73页。

此,忠诚协议中的违约金条款应被法律所允许。对于债权人而言,违约金条款的优点在于:于债务人违约场合,债权人无须就其所遭受的损害逐个举证,在不作为义务之场合尤为常用。<sup>[107]</sup>不仅如此,违约金还有使得无形损害获得赔偿的功能。<sup>[108]</sup>违反忠诚协议所造成的损害主要为精神损害,当事人事先以违约金的形式确定赔偿数额,有利于确定违约后的损害赔偿数额。须强调的是,违约责任不可索赔精神损害这种观点一度在我国审判实务中颇为流行。<sup>[109]</sup>然而,从逻辑上说,有什么样的损害就应当有什么样的损害赔偿。<sup>[110]</sup>因债务不履行,债权人既可能产生财产损害,也可能导致精神损害。<sup>[111]</sup>此外,法律并未禁止精神损害赔偿的预先约定,“法无禁止即可为”。忠诚协议中的违约金条款作为对精神损害的预先约定,在理论逻辑上是完全成立的。从现实角度来说,另一方配偶违背忠实义务会给自己造成多大的精神损害,虽然很难精确估定金额,但并非完全不可量化。量化时可参照的因素还是很多的,比如婚姻长短、各自(尤其是女方)付出的多寡等。

我国司法审判实践亦大多认可忠诚协议中有关违约金约定的效力。在某案中,法院认为,“忠诚协议中的违约赔偿保证,本质上是被告作为过错方对原告所作的损害赔偿保证,该约定不违反法律的禁止性规定,也不损害他人和社会公益,应当得到法律的支持”。<sup>[112]</sup>

## 2. 违约金酌减规则

为了达到震慑效果,当事人在忠诚协议中一般会约定较高数额的违约金。有疑义的是,倘若义务人确实违反忠诚协议,是否意味着其必须按照协议约定承担相应的违约金责任?换言之,义务人能否主张适当减少过高数额的违约金?

有学者认为,“鉴于此类协议的身份关系性质,无法判断‘违约金’是否低于或者过分高于‘造成的损失’,不能参照适用违约金调整规则,以免司法审查过度介入家庭自治”。<sup>[113]</sup>这种观点并不正确。在约定违约金过高的场合,司法的适当干预不仅不会破坏家庭自治,反而有助于实现家庭中的实质正义。“一方面,约定违约金是当事人预先自行规划合同履行障碍后果的机制,尊重其效力是私法自治的要求;但另一方面,预定性决定了约定违约金时,债务人面对的只是一个非现实性的给付负担。”<sup>[114]</sup>在夫妻双方订立忠诚协议并约定高额违约金时,双方均笃信其能遵守协议约定,以此避免承担严厉的违约金责任,但往往事与愿违。此时,如果要求义务违反方按照缔约时约定的违约金数额承担违约责任,对其过于不利。并且,忠诚协议中的违约金本质是一种精神损害赔偿金,故在确定其数额时可参照适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿司法解释》)第5条的规定,<sup>[115]</sup>而非无从判断违约金数额是否

<sup>[107]</sup> 见前注[99],韩世远书,第823页。

<sup>[108]</sup> 见前注[102],王洪亮书,第426页。

<sup>[109]</sup> 参见浙江省高级人民法院民事判决书(2008)浙民一终字第200号;湘潭市中级人民法院民事判决书(2013)潭中民三终字第188号;湖南省高级人民法院民事判决书(2019)湘民再76号等。

<sup>[110]</sup> 参见叶名怡:《违约与侵权竞合实益反思》,载《法学家》2015年第3期,第132页。

<sup>[111]</sup> 中田裕康《債權總論》(岩波書店,2020年)179頁參照。

<sup>[112]</sup> 参见广东省佛山市禅城区人民法院民事判决书(2014)佛城法槌民初字第304号。类似立场还可参见无锡市滨湖区人民法院民事判决书(2019)苏0211民初2494号。

<sup>[113]</sup> 见前注[32],王雷文,第41页。

<sup>[114]</sup> 姚明斌:《违约金论》,中国法制出版社2018年版,第289页。

<sup>[115]</sup> 该条规定,精神损害的赔偿数额根据以下因素确定:(一)侵权人的过错程度,但是法律另有规定的除外;(二)侵权行为的目的、方式、场合等具体情节;(三)侵权行为所造成的后果;(四)侵权人的获利情况;(五)侵权人承担责任的经济能力;(六)受理诉讼法院所在地的平均生活水平。

过高或过低。

因此,在忠诚协议的违约金数额约定过高的场合,应当依据《民法典》第 464 条第 2 款以及第 585 条第 2 款,<sup>[116]</sup>参照适用合同编有关违约金酌减的规定。如此处理有利于实现夫妻双方的利益平衡。毕竟,夫妻一方违反忠诚协议虽然客观上造成另一方的损害,但若因此而承受几十万甚至上百万元的金钱赔偿责任,不免对其太苛责。“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。”<sup>[117]</sup>

在酌减时应考虑的因素应当包括如下:(1) 当事人的违约程度(过错程度),诸如单次违约还是多次违约,是单纯的“身体出轨”(如嫖娼或者与陌生人“一夜情”等)还是同时兼有婚外情,是偶发性违约还是存在与他人婚外同居,甚至重婚的情形,是否存在非婚生子女等;(2) 守约方的过错程度,是否存在《民法典》第 1091 条所列举的虐待、遗弃等过错情形,是否同时存在违反忠实义务的情形等;(3) 当事人双方的财产状况、收入情况、家庭经济状况,<sup>[118]</sup>不同经济水平的家庭对违约金数额的高低感受度存在巨大差异。

司法审判实践中不乏适用违约金酌减规则的实例。如在某案中,法院认为,“考虑袁某是货车司机,收入一般,故协议中约定 50 万元的赔偿数额不符合其实际经济情况,明显偏高,显失公平,故法院根据袁某的经济收入、日常消费水平及承受能力,结合本地生活水平,酌定袁某向郑某支付赔偿金 5 万元”。<sup>[119]</sup> 在另一案中,法院同样认为,“原、被告双方约定的精神损害赔偿数额过高,应根据民事侵权精神损害赔偿数额的确定原则,结合双方约定及当地社会经济水平、对方当事人的承受能力等酌情确定”。<sup>[120]</sup>

### 3. 忠诚协议违约金与离婚损害赔偿的关系

一般而言,忠诚协议违约金的触发事由较离婚损害赔偿更为宽泛,但在违约方重婚或与他人同居的场合,两者会出现竞合。只要一方违反夫妻间的忠实义务,哪怕精神出轨,则足以触发忠诚协议违约金。但离婚损害赔偿的触发事由更为严苛,根据《民法典》第 1091 条的规定,只有行为人违反忠实义务的程度达到重婚、与他人同居这样的严重情形,无过错的另一方才能主张离婚损害赔偿。换言之,对于重婚或与他人同居这样严重地违反夫妻忠实义务的情形,忠诚协议违约金与离婚损害赔偿会出现竞合。

此时,忠诚协议违约金与离婚损害赔偿应当由守约方择一行使,否则会发生守约方就同一损害重复获赔的情况。由于离婚损害赔偿要求主张权利一方须无过错,加之忠诚协议违约金本就具有惩罚功能,因此较离婚损害赔偿而言,守约方主张忠诚协议违约金更容易获赔且获赔数额更高。

#### (三) 法定违约赔偿责任

缔结忠诚协议的双方当事人通常会对违反忠实义务的后果进行约定,但如前所述,倘若当事人关于违反忠诚协议的法律后果约定得过于严苛,如约定违约方“净身出户”,则该约定会因违背公序良俗而无效。此时,当事人之间欠缺关于违约后果的约定,应适用法定损害赔偿规则。在约

<sup>[116]</sup> 该款规定:“约定的违约金低于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”

<sup>[117]</sup> 见前注[19],隋彭生文,第 41 页。

<sup>[118]</sup> 财产协议违约金酌减也应考虑债务人的经济状况,以免对其造成过分压迫。见前注[114],姚明斌书,第 332 页。

<sup>[119]</sup> 《夫妻约定谁出轨谁赔 50 万元! 闹上公堂法院支持谁》,载广州日报网 2020 年 12 月 15 日, <https://www.gzdaily.cn/amucsite/web/index.html#/detail/1447751>。

<sup>[120]</sup> 参见金华市中级人民法院民事判决书(2014)浙金民终字第 723 号。

定违约金过高而须酌减时,过高部分的违约金其实也属于违法或悖俗而无效,有效的仅为保留下来的、酌减后的数额。因此,这两种情形本质上并无区别,只不过在有“净身出户”条款时,此种条款由于是一个整体,从而导致无法对其进行数额分割,只能整体判其无效,转而适用法定的违约损害赔偿规则。<sup>[121]</sup> 尽管如此,在违约后果约定过于严苛而无效场合下,法定违约损害赔偿与离婚损害赔偿仍有不同。首先,两者的触发事由不同。离婚损害赔偿的触发事由是法定的,即便是《民法典》第1091条新增第5项兜底规定,也仅限于一方有重大过错之情形。而忠诚协议之法定违约损害赔偿的触发事由更宽松且范围更广,只要双方有约在先即可。其次,离婚损害赔偿需以夫妻双方离婚为条件,而违反忠诚协议之法定违约损害赔偿责任则无此限制。

违反忠诚协议时的法定损害赔偿责任,主要体现为精神损害赔偿。基于违约责任能否主张精神损害赔偿,之前素有争议。<sup>[122]</sup> 然而,就当下而言,守约方可在特定情形下基于违约责任主张精神损害赔偿,已为数法学者的共识。<sup>[123]</sup> 而且,我国立法对于违约责任下能否主张精神损害赔偿,已经改变原来暧昧不明的态度,明确宣示肯定立场(《民法典》第996条)。可见,精神损害赔偿与违约责任已经不再天然地隔离,特定违约场合下可以给予受损害方以精神损害赔偿。忠诚协议作为一种身份协议,属于典型的追求非财产利益的合同。忠诚协议以恪守夫妻间的忠实义务为协议主给付内容,其本身就在于满足一种精神利益。因此,应当允许忠诚协议的守约方向违约方主张精神损害赔偿。

关于此种法定损害赔偿责任的主张,较为妥当的请求权基础应当为《民法典》第577条<sup>[124]</sup>并第584条。<sup>[125]</sup> 理论上来说,存在两种请求权基础的构建路径:其一,《民法典》第996条并第1001条,前者允许违约侵害人格权时的精神损害赔偿,后者规定身份权保护参照人格权保护的相关规定,亦即,守约方要求夫妻相互忠实的配偶权因对方违约行为而遭受侵害时,可以主张精神损害赔偿。<sup>[126]</sup> 其二,《民法典》第577条并第584条,直接以违约产生的纯粹精神损害作为“损失”,因该第584条中的“损失”从文义上看原本就应包括精神损失。<sup>[127]</sup> 两者的差别在于:后一种进路下的精神损害不需要以侵害某种权利为连接点,更有利于忠诚协议功能的发挥。而且,前一种进路中的精神损害本质上仍属于侵权(属于相对权的配偶权因对方的违约行为而受侵害)所致,是固有

<sup>[121]</sup> 在重婚或与他人同居的情形下,此种法定违约损害赔偿责任会与《民法典》第1091条规定的离婚损害赔偿责任产生竞合。此时,由权利人择一主张。

<sup>[122]</sup> 关于该问题肯定论与否定论的具体论争,详见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第535页以下。

<sup>[123]</sup> 参见李永军:《非财产性损害的契约性救济及其正当性——违约责任与侵权责任的二元制体系下的边实际案例救济》,载《比较法研究》2003年第6期,第62页;陆青:《违约精神损害赔偿问题研究》,载《清华法学》2011年第5期,第143页;崔建远:《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》,载《法学杂志》2012年第8期,第22页;尹志强:《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》,载《中国政法大学学报》2014年第6期,第109页;杨显滨:《违约精神损害赔偿制度的中国式建构》,载《当代法学》2017年第1期,第114页;见前注[99],韩世远书,第782页;周江洪:《关于〈民法典合同编〉(草案)(二次审议稿)的若干修改建议》,载《法治研究》2019年第2期,第21页。

<sup>[124]</sup> 该条规定:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

<sup>[125]</sup> 该条规定:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,造成对方损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益;但是,不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

<sup>[126]</sup> 本文所提及的配偶权,是对夫妻之间基于现行法所享有的权利的学理上的描述。

<sup>[127]</sup> 也有观点认为《民法典》第584条中的损失原本指财产损失,但可以“扩张”至精神损失。见前注[123],周江洪文,第21页。

利益受侵害所致精神损害;后一种进路中的精神损害更加纯粹,可理解为履行利益受损所致精神损害。并且,从法学方法论的角度而言,前一种进路较为曲折,而后一种进路更为畅达。前一进路中的法律适用技术为“参照适用”,关于其性质,有观点认为本质是法律的类推适用,<sup>[128]</sup>另有观点认为其介乎法律解释和法律续造之间,<sup>[129]</sup>但不论如何,它都已经明显脱离法律解释的范畴了。而后一进路仍在法律解释的领域内。基于法律适用需遵循“法律解释—法律内的法的续造—超越法律的法的续造”之层层递进的规则,<sup>[130]</sup>后一进路更为便捷。

就具体赔偿数额,我国对于精神损害赔偿金额通常采取法定主义,即法律设定一个额度,由法官在此额度内根据个案情形予以酌定。在确定具体的赔偿数额时,可参照适用《精神损害赔偿司法解释》第5条的相关规定,其数额可以较侵权所致精神损害赔偿略高,以实现当事人所设想的威慑和预防效果。

#### (四) 婚内赔偿的正当性

夫妻一方违反忠诚协议,另一方能否在不离婚的情形下主张违约金或损害赔偿?就该问题,学界存在不同声音。肯定立场认为,应当允许守约一方在不主张离婚的情形下要求违约一方承担违约责任。<sup>[131]</sup>否定立场认为,在婚姻关系存续期间,夫妻一方以另一方违反忠诚协议为由提起诉讼,且不要求判决离婚的,则本质上还是属于家庭内部纠纷。<sup>[132]</sup>并且,“婚内赔偿”即使是以调解的方式进行,也会对夫妻感情造成严重损害,对延续夫妻今后的共同生活十分不利,有可能会为婚姻终结埋下隐患。<sup>[133]</sup>

本文赞成肯定立场,理由如下:首先,守约方基于违反忠诚协议所主张的损害赔偿请求权具有独立性。一方面,夫妻一方违反忠实义务,无论是否离婚,都已给相对方造成了实际损害,法律有责任对损害进行救济,而不应以是否解除婚姻关系为界线。<sup>[134]</sup>并且,“并不是所有的家庭、所有的夫妻都愿意采取离婚这种付出高额成本的手段来挽回自己的损失,且有些受害方基于伦理观念或考虑子女抚养等问题并不愿放弃现在的婚姻”。<sup>[135]</sup>倘若不承认忠诚协议的单独可诉性,是将忠诚协议与诉请离婚捆绑。结果使得守约方要么为依忠诚协议主张权利而违心地诉请离婚;要么为避免离婚无奈放弃主张权利,从而使过错方的不忠行为得到纵容。<sup>[136]</sup>另一方面,基于违反忠诚协议而主张的损害赔偿不同于离婚损害赔偿,不应以离婚为要件。根据《民法典》第1091条<sup>[137]</sup>及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第87条第3款<sup>[138]</sup>,离婚损害赔偿只能在离婚时主张,且应当符合一定的要件。原因在于,“离婚损害赔偿的性质是配偶一方

[128] 参见吴香香:《请求权基础视角下〈民法典〉的规范类型》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2021年第4期,第127页。

[129] 参见张弓长:《〈民法典〉中的“参照适用”》,载《清华法学》2020年第4期,第112—113页。

[130] 见前注[63],卡尔·拉伦茨书,第246—247页。

[131] 见前注[70],张忠民文,第118页;前注[19],隋彭生文,第40页以下。

[132] 见前注[32],梅夏英、叶雄彪文,第104页。

[133] 参见孙若军:《论离婚损害赔偿制度》,载《法学家》2001年第5期,第90页。

[134] 见前注[70],张忠民文,第118页。

[135] 杨东霞:《婚内赔偿制度建立的可行性与必要性》,载《贵州社会科学》2008年第11期,第135页。

[136] 参见刘加良:《夫妻忠诚协议的效力之争与理性应对》,载《法学论坛》2014年第4期,第107页。

[137] 该条规定: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;(二)与他人同居;(三)实施家庭暴力;(四)虐待、遗弃家庭成员;(五)有其他重大过错。

[138] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第87条第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民法典第一千零九十一条提起损害赔偿请求的,人民法院不予受理。

因过错行为导致离婚,从而使婚姻契约解除而给对方造成的损害所给予的赔偿”。<sup>〔139〕</sup>但守约方基于忠诚协议之违反提出的损害赔偿,旨在弥补违约方因违反忠实义务而给自己造成的损害,与离婚损害赔偿有本质不同,因此不应受是否离婚的限制。

其次,认可守约方有“婚内赔偿”的权利,未必会破坏婚姻的和谐稳定。“婚内提起的忠诚协议履行之诉,仍以挽救婚姻、维持婚姻关系存续为最终目的。”<sup>〔140〕</sup>若非如此,当事人大可直接主张离婚。况且,“家庭的安宁是来自对对方权利的尊重,是夫妻共同创造的,而不是以牺牲一方应获保护的权利来换取家庭的安宁”。<sup>〔141〕</sup>通过婚内违约赔偿的方式,既能够一定程度上抚慰守约方所遭受的感情伤害,又能对违约方的行为产生一定的制约和警示,相比于面对一方屡次违反夫妻忠实义务,另一方的积怨与束手无策,“婚内赔偿”更有利于婚姻的健康与长久。

最后,夫妻财产制不会造成守约方主张婚内赔偿的障碍。若夫妻双方约定了分别财产制,则守约方主张婚内赔偿且能够得到清偿并无障碍。有疑问的是,现实生活中,大部分夫妻仍采用婚后共同财产制这一传统的财产制模式,此种财产制模式是否会阻碍当事人主张“婚内赔偿”?司法实践中有观点认为,在共同财产制之下,婚内赔偿犹如将钱从左口袋拿到右口袋,并无实际意义。<sup>〔142〕</sup>本文认为,此观点并不正确。一方面,是否能够主张权利与权利能否实际得到执行是不同层面的问题。另一方面,在夫妻共同财产制下,此种赔偿亦有物质基础。若违约方存在个人财产,则应当以其个人财产进行赔付。若其确无个人财产,则其在共同财产中的份额可以作为赔偿的依据。<sup>〔143〕</sup>

## 四、结 论

忠实义务既是道德义务,也是法定义务。违反法定忠实义务会构成婚姻过错,从而使得“出轨方”在夫妻离婚财产分割时可能遭受一定的不利后果。忠诚协议是对法定忠实义务的契约化,目的是使法定忠实义务的具体履行及其后果得以细化和具化。在性质上,它有别于传统的创设、改变或消灭身份权利(义务)的身份协议,而是一种新型身份协议,即关于身份义务如何履行的履行类身份协议。作为一种身份协议,其法律适用可以依据民法典总则编、婚姻家庭编的规定,并可以参照适用民法典合同编的规定。

由于忠诚协议是对法定忠实义务的重述和细化,所以,它既不违法也不悖俗,其效力原则上应得到认可。当然,倘若关于忠实义务的履行,或者关于违约后果,忠诚协议的约定直接与强制性法律规定冲突,或者约定得过于苛刻从而形成对于缔约人人身自由的过度钳制,则这样的忠诚协议当然属于无效。

忠诚协议作为一种原则上有效的身份协议,能够在当事人之间产生拘束力。忠诚协议所约定之忠实义务因涉人身属性,无法诉请强制履行。但当事人若违反约定,则应承担不利后果。忠诚协议中关于违约后果的约定,在性质上属于违约金,这样的违约金条款原则上应属有效,但

〔139〕 见前注〔8〕,余延满书,第365页。

〔140〕 见前注〔32〕,王雷文,第40页。

〔141〕 杜江涌:《婚内侵权相关问题研究》,载《西南民族大学学报(人文社科版)》2005年第5期,第111页。

〔142〕 参见无棣县人民法院民事判决书(2017)鲁1623民初3927号。相似判决亦可参见北京市西城区人民法院民事裁定书(2019)京0102民初13496号。

〔143〕 见前注〔19〕,隋彭生文,第40页以下。

违约金若约定过高,违约方可请求法院予以酌减。忠诚协议的违约金本质上是对精神损害赔偿数额的预先确定,因此,判定忠诚协议违约金是否过高,不是将违约金数额与实际损失进行对比,而是与我国关于精神损害赔偿数额的相关规定进行对比。但倘若当事人关于违反忠诚协议的法律后果约定得过于严苛,如约定违约方“净身出户”,则会因违背公序良俗而无效。此时,可视为当事人未有关于违约后果的约定,在一方违约时,应适用法定损害赔偿规则,守约方可以向违约方主张精神损害赔偿。我国《民法典》对于违约责任可主张精神损害赔偿已有若干规定,因此,这种以精神损害赔偿为内容的违约责任不再有法解释学上不可克服的障碍。在《民法典》第464条第2款首次将意思自治原则落实到身份法领域的大背景下,忠诚协议在我国应该得到立法者和司法者明确认可。

---

**Abstract** The loyalty agreement between husband and wife is an identity agreement that contracts legal loyalty obligations. In the era of the Civil Code, the validity of loyalty agreements should be recognized in principle, for the following reasons: Loyalty agreement satisfies the effective requirement of civil legal act, and this agreement is neither illegal nor contra bonos mores. And it is the embodiment of the principle of autonomy of civil law in marriage and family. Loyalty obligation is a legal obligation, and loyalty agreement is a restatement and elaboration of legal loyalty obligations. The recognition of its validity can make up for the lack of sanctions for violation of legal loyalty obligations. Although the loyalty agreement can be binding between husband and wife, it can't be claimed to be fulfilled because of the personal nature of the agreement. Breach of the loyalty agreement establishes liability for breach of contract. The liquidated damages agreed upon by the parties shall be valid in principle. If the agreed liquidated damages are excessively high, the liquidated damages discretionary rules may be applied with reference. When the agreement between the parties on the consequences of breach of contract is invalid due to an act contra bonos mores, it may be deemed that the liquidated damages have not been agreed, and the non-breaching party shall be allowed to claim compensation for mental damages for breach of contract. Moreover, the liquidated damages or compensation for breach of contract should be allowed without divorce.

**Keywords** Loyalty Agreement, Identity Agreement, Liability for Breach of Contract, Liquidated Damages, Damages

---

(责任编辑:李贝)