STUDY ON THE INSTITUTION
OF HUSBAND AND WIFE
LOYAL
OBLIGATIONS

夫妻忠实义务制度研究

卢文捷◎著

中国政法大学出版社

夫妻忠实义务制度研究

STUDY ON THE INSTITUTION
OF HUSBAND AND WIFE
LOYAL
OBLIGATIONS

中国政法大学出版社

2016·北京

声　明　1. 版权所有，侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

夫妻忠实义务制度研究/卢文捷著. —北京：中国政法大学出版社，2015.11
ISBN 978-7-5620-6350-6

Ⅰ.①夫…　Ⅱ.①卢…　Ⅲ.①婚姻法—研究—中国　Ⅳ.①D923.904

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第257282号

出 版 者　中国政法大学出版社
地　　址　北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址　北京100088信箱8034分箱　邮编100088
网　　址　http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社）
电　　话　010-58908289(编辑部)　58908334(邮购部)
承　　印　固安华明印业有限公司
开　　本　880mm×1230mm　1/32
印　　张　11.5
字　　数　280千字
版　　次　2016年1月第1版
印　　次　2016年1月第1次印刷
定　　价　42.00元

引 言 FOREWORD

婚姻是男女双方以永久共同生活为目的、以夫妻权利义务为内容的合法结合。它通过一夫一妻制度的建立，借助法律之力量来配置男女两性资源，规制男女两性关系，建立文明和谐的两性秩序，并警戒那些不道德、不健康、不文明的两性关系，使男女两性之间的相互占有比例始终同人类社会与自然世界处于和谐平衡状态。因此，男女因结婚而互为配偶，双方以夫妻相称，除亲情外，尚有义务和责任。夫妻之间应当举案齐眉、白头偕老，上奉父母、下育子女，相互忠实、彼此扶助。这既是国人数千年来最为素朴的婚姻理想，也是婚姻伦理中的固有内涵，理应得到夫妻双方无条件的恪守与遵行。这不仅有利于维系婚姻关系的稳定、保障婚姻权益的实现，而且有利于人类繁衍和种族延续，以及人类健康和社会发展。

然而，重婚、通奸、卖淫、嫖娼、姘居、一夜情、有配偶者与他人同居等不良现象充斥当今社会。对于婚姻中的不幸者而言，曾经“山无陵，天地合，乃敢与君绝”的海誓山盟、“执子之手，与子偕老”的动人承诺、“在天愿作比翼鸟，在地愿为连理枝”的两厢厮

守等，都一一不复存在，只有名存实亡的婚姻和支离破碎的家庭。尽管我们应当尊重每个人选择生活方式的权利，但作为现代文明社会中的一分子，在追求属于自己的自由时，应当自我理性克制，坚守应有的道德底线和接受必要的法律制约，不得妨碍或者损害他人个体利益和社会整体利益。否则，其将因行为失度而遭受道德谴责，乃至法律惩罚。因这些行为给健康的婚姻家庭道德和现实的婚姻家庭制度带来极大冲击，直接伤害婚姻忠实，严重影响家庭稳定，所以我们必须积极采取措施加以合理规制，以维系婚姻家庭的安全和社会秩序的和谐。

社会秩序范围着个性，为了秩序的维持，一切足以引起破坏秩序的要素都被遏制着。[1]

2001 年修订的《婚姻法》正式确立夫妻忠实义务制度，即《婚姻法》第 4 条规定的“夫妻应当互相忠实”，意在警诫婚姻中的不忠实者和防止第三者插足。但是，《婚姻法》刚一颁布，旋即引发婚姻法学界对夫妻忠实的含义、性质等相关问题的激烈论争。对此，《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）》（以下简称《婚姻法解释一》）第 3 条明确规定：“当事人仅以婚姻法第 4 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。”尽管最高人民法院并未明确夫妻忠实的具体性质，但绝大多数学者据此认为夫妻忠实属于道德义务而非法律义务。显然，最高人民法院意图通过司法解释结束无谓论争。然而，关于夫妻忠实的相关论争始终不曾停止。这就充分暴露出夫妻忠实义务制度的立法失误。尽管学术论争对于法律制度的完善裨益匪浅，但这种立法失误却为司法审判工作带来诸多困惑，法官将会面临束手无

---

〔1〕 费孝通：《乡土中国　生育制度》，北京大学出版社 1998 年版，第 47 页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

策和同案不同判的尴尬结果。自2002年上海市闵行区人民法院判决“违反‘忠诚协议’赔偿第一案”[1]以来，我国已经发生了多起性质相同的案件，裁判结果却大相径庭。[2]我们相信，作为法律的具体适用者，每位法官在自由裁量的时候都有自己对所适用法律的科学理解，以及判决所可能带来的后果的合理预测。然而，毕竟这种截然不同的裁判结果显然是违背法律的主旨和价值的，法律应有的权威性和裁判结果的公正性都将受到影响乃至质疑，以至于一度被众多婚姻中的不幸者视为救命稻草的《婚姻法》第4条于无意之间就成了鸡肋。

那么，面对夫妻忠实义务的立法与司法之间的严重错位，应如何尽快走出这种窘境呢？笔者认为，解决这一问题的关键所在，也是唯一可行的办法，就是重构夫妻忠实义务制度，将

---

〔1〕 2000年6月，原告（反诉被告）曾某与被告（反诉原告）贾某签署“夫妻忠实协议”，约定“违约责任”：若一方背叛另一方发生婚外情，要赔偿对方名誉及精神损失费30万元。不久，贾某发现丈夫有婚外性行为。2002年5月，曾某向上海市闵行区人民法院起诉离婚，同时，贾某以曾某违反“夫妻忠实协议”为由提起反诉，要求曾某支付违约金30万元。法院判决双方离婚，并判令曾某“违约”，支付对方违约金30万元。

〔2〕 例如，2006年的一天，李某被妻子王某捉奸在床而写下“忠诚协议”：保证对王某绝对忠诚，绝不再发生婚外情；若有违反，自愿离婚并赔偿10万元违约金。后来，王某又发现李某偷情，诉至法院离婚，并要求李某赔偿10万元违约金。法院判决准予离婚，但认为“忠实协议”无效，驳回王某的请求。另一起是张某和李某婚前签署《婚后权利义务协议书》，约定婚后相互忠实，不得出轨；若男方留学期间出轨，要将离婚后20年收入的一半给女方；若留学归来出轨，则减至30%并放弃共同财产；若女方出轨，放弃共同财产。男方回国后出轨，女方起诉离婚并要求男方支付未来20年期待收益的30%。2011年6月，北京市第一中级人民法院判决准予离婚，认定协议有效，男方给付李某80万元经济补偿。前者见智敏：“违反夫妻忠诚协议惹出10万元‘违约金’”，载平安广西网，http://www.pagx.cn/html/2006/7-26/20060726071241511.html，最后访问日期：2013年2月24日；后者见杨昌平、杨清惠：“出轨博士被判赔80万”，载《北京晚报》2011年6月2日，第8版。

互相忠实明确为夫妻之间的一项法定义务，并科学构造夫妻忠实义务救济制度，从而弥合现有立法的不足与社会不断发展变化的需要之间的间隙。

因此，笔者以《婚姻法》第4条“夫妻应当相互忠实”之规定为研究基点，通过系统化研究，就完善夫妻忠实义务制度进行一些深入而有益的思考和探索，以期推进夫妻忠实义务立法的进一步完善，更好地保护婚姻中无过错方的婚姻权益，最终实现《婚姻法》之维护婚姻家庭稳定的立法宗旨。

目 录 CONTENTS

引 言... 001

第一章 CHAPTER 01 夫妻忠实义务制度基础理论阐释

第一节 “忠实”词义考辨... 001

一、现代汉语中的“忠实”之本义... 001

二、私法视域下的“忠实”之内涵... 003

第二节 夫妻忠实含义界定... 006

一、学说论争及其客观评价... 007

二、合理界定及其进步意义... 013

第三节 夫妻忠实性质判断... 024

一、学说论争... 024

二、客观评价... 027

第四节 夫妻忠实法律特征... 030

一、义务产生的身份性... 030

二、义务主体的特定性... 032

三、义务指向的专属性... 039

四、义务负担的平等性... 041

五、义务存续的期间性... 042

第二章 CHAPTER 02 夫妻忠实义务立法历史沿革考察

第一节　中西古代社会立法考察... 044

一、西方古代社会主要立法概况... 044

二、我国古代社会主要立法概况... 048

三、古代社会立法成就客观评价... 052

第二节　我国近代以来立法考察... 056

一、我国近代以来立法脉络梳理... 056

二、我国近代以来立法客观评价... 060

第三节　现代主要立法比较考察... 066

一、域外主要国家和地区立法现状简述... 066

二、域外主要国家和地区立法客观评价... 074

三、域外主要国家和地区立法借鉴价值... 076

第四节　我国现代立法变迁考察... 080

一、我国现代立法变迁追溯... 080

二、我国现代立法效果述评... 080

三、我国现代立法未来走向... 094

第三章 CHAPTER 03 夫妻忠实义务制度特殊问题厘清

第一节　夫妻忠实协议之含义释明... 097

一、学术分野... 097

二、客观评价... 099

三、科学定义... 101

第二节　夫妻忠实协议之性质透视... 103

一、学者观点... 103

二、本人看法... 105

第三节 夫妻忠实协议之效力判断... 108

一、学说介评... 108

二、理性思考... 116

第四节 夫妻忠实协议之生效要件... 137

一、主体要件：签订夫妻忠实协议的主体须为具有完全民事行为能力的婚姻当事人... 137

二、意思要件：婚姻当事人的意思表示必须真实... 138

三、外观要件：夫妻忠实协议须不得违反公序良俗原则... 139

四、形式要件：夫妻忠实协议的形式须符合法律所要求的形式... 141

五、时间要件：夫妻忠实协议的签订须在婚姻关系存续期间... 142

六、目的要件：婚姻当事人签订夫妻忠实协议的目的须具有正当性... 143

七、内容要件：夫妻忠实协议的内容须仅以恪守夫妻忠实义务和承担有关责任为限... 144

第四章 CHAPTER 04 夫妻忠实义务救济机制基本构造

第一节 违反夫妻忠实义务的性质界说... 145

一、合理界定违反夫妻忠实义务性质的重要意义... 145

二、学界关于违反夫妻忠实义务性质的不同看法 ... 148

三、本人对于违反夫妻忠实义务性质的基本立场 ... 149

第二节 违反夫妻忠实义务的本质特征... 154

一、主体特定性... 154

二、客体特定性... 155

三、期间特定性… 156
第三节　违反夫妻忠实义务的责任证成… 157
一、侵权责任构成要件的主要观点… 157
二、侵害配偶婚姻权益的构成要件… 161
第四节　违反夫妻忠实义务的救济类型… 169
一、论争当中的救济类型：婚内侵权之诉… 169
二、制度规范的救济类型：离婚损害赔偿… 198
三、婚内侵权之诉与离婚损害赔偿的关系… 210
四、婚内侵权之诉与离婚损害赔偿的竞合… 218
五、婚内侵权之诉与离婚损害赔偿的统一… 223
第五节　违反夫妻忠实义务的权义结构… 225
一、请求主体… 225
二、责任主体… 232
第六节　违反夫妻忠实义务的法律责任… 256
一、民事责任… 257
二、其他责任… 271

第五章 CHAPTER 05 夫妻忠实义务制度完善立法设想
第一节　完善夫妻忠实义务制度的现实意义… 278
一、有利于完善婚姻立法… 278
二、有利于保护受害对象… 279
三、有利于指导司法实践… 280
四、有利于维系家庭稳定… 280
第二节　完善夫妻忠实义务制度的基本思路… 281
一、我国夫妻忠实义务制度立法表述模式之客观反思… 281
二、域外夫妻忠实义务制度立法表述模式之具体考察… 290

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

三、完善夫妻忠实义务制度立法表述模式之科学选择… 296
第三节 完善夫妻忠实义务制度的内容设计… 305
一、夫妻忠实义务在婚姻立法中的应有位置… 305
二、违反夫妻忠实义务判断标准的立法模式… 316
三、重新建构夫妻忠实义务制度的初步设想… 326

结 语… 333

参考文献… 335
带着感恩的心上路（后记）… 355

CHAPTER 01 第一章

夫妻忠实义务制度基础理论阐释

第一节 “忠实”词义考辨

一、现代汉语中的“忠实”之本义

法律概念是构成法律规范的要素之一，而一些法律概念是由日常生活中的普通词汇直接移植而来。其中，有的词汇依然保持原意不变，有的出于立法需要则在内涵或外延上发生了或大或小的变化。立法和实践中遇到这种问题时，应当注意区分这类概念的含义在法律法规中同在日常生活中有何区别，以便准确理解和把握这类法的概念。[1]因此，探究那些由日常生活中移植而来的法律概念在现代汉语中的原本含义，对于正确理解某一法律规定、领悟法律的立法宗旨和价值取向，以及妥善处理有关纠纷，都有十分重要的积极意义。

汉语词汇由单个汉字组成。为了弄清楚词汇的具体含义，需要先从考察组成词汇的单个汉字的本身含义着手。“忠”在《汉语大字典》（缩印本）中有7个释义项，但仅可取其中一项，即竭心尽力、忠诚无私。该词义源于《说文·心部》：“忠，敬

---

〔1〕 周旺生主编：《法理学》，北京大学出版社2007年版，第107页。

也，尽心曰忠。”并见于一些古文献中，如《广韵·东韵》：“忠，无私也。”《书·伊训》：“为下克忠。”《左传·僖公九年》：“公家之利，知无不为，忠也。”[1]“实”在《汉语大字典》（缩印本）中有22个释义项之多，其中可取三项：①真诚，不虚假。源于《左传·宣公十二年》：“荣伯善哉，实其言，必长晋国。”又见于王安石《庄周论》：“又惧来世之，遂实吾说，而不见天地之纯，古人之大体也。”②真实。③诚意。源于《广雅·释诂一》：“实，诚也。”[2]而“忠实”在《现代汉语词典》（第5版）中被解释为：忠诚可靠；真实。[3]

通过考察“忠实”一词的演变过程及其在现代汉语中的含义，我们发现，无论拆开来看“忠”和“实”，还是“忠实”这一整体，无一不在强调“忠诚”和“真实”。并且，尽管这个词汇历经数千年来的社会变迁，它的内涵在不断地扩充与丰富，但从其词源和现代释义来看，其最根本的含义从来都不曾改变过。这就说明“忠实”所蕴含的价值取向是处于不同时代的人们的共同理念，及其对于每一社会时期的重要意义。任何一个时代，任何一个社会，无论人们追求怎样的一种这个时代和社会进步所必需的东西，但贯穿其中的主线一以贯之。那就是，人心向善，乃人之本性；社会喜善，乃大势所趋。然而，善的本源是什么？当然莫过于人之忠实。如果人人都不忠实，都弄虚作假，想方设法欺骗别人，巧取豪夺本不属于自己的利益，人心何善之有？社会之善又将何来？只有人人抛却私心杂

---

〔1〕 汉语大字典编辑委员会编：《汉语大字典》（缩印本），四川辞书出版社、湖北辞书出版社1992年版，第951页。

〔2〕 汉语大字典编辑委员会编：《汉语大字典》（缩印本），四川辞书出版社、湖北辞书出版社1992年版，第400页。

〔3〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第1766页。

念、袒露真实情感，才能彼此信任、真诚相待，才会尊重双方利益，整个社会才不会受到不良影响乃至破坏，法律的公平价值才有可能在最大程度上得以实现。因此，无论基于词汇之本身，还是透过社会之现实，我们都可以说，现代汉语中的“忠实”的本义就是“忠诚”和“真实”。

二、私法视域下的“忠实”之内涵

尽管我国目前已有不止一部法律出现“忠实”这一概念，但学者们都将精力集中于本学科内的忠实义务研究，而对于“忠实”一词在私法视域下的内涵究竟是什么，却无人问津。出于本书研究之需要，谨在此不揣浅陋，就其在私法视域下应有的内涵试作一番探讨。

“忠实”的道德色彩明显强烈。人们在评价某一个行为或某一起事件时，多是基于日常生活经验所形成的掺杂着强烈个人情感的素朴的价值观念和判断标准。这种掺杂了过多感性认识的评价就是道德舆论。我们不否认这种评价对于社会所具有的意义和价值，但是，既然“忠实”已经被写入法律，就应当赋予其相应的法律意义，以正确引导人们对于行为或事件的客观认识和科学评价。简言之，“忠实”应当具有法律意义上的内涵。

“忠实”往往与一些特定主体的行为相关。如《公司法》第147条第1款规定：“董事、监事、高级管理人员……对公司负有忠实义务……”《婚姻法》第4条规定：“夫妻应当相互忠实。”董事、监事、高级管理人员管理公司就是一种行为，而夫妻每天都在发生与婚姻家庭生活有关的行为。行为是人的内心意志的具体表现。因此，无论对于公司管理人员还是对于婚姻当事人，只有通过考察他们的行为，方知忠实与否。管理公司

包括内部行为和对外行为，二者在本质上都是民事活动。一旦这些行为损害公司利益，那么公司管理人员就违背了《公司法》第147条第1款之规定，即违背忠实义务。至于夫妻之间的日常行为，虽然仅局限于婚姻家庭之内，但在本质上同夫或妻一方对外的民事行为并无二致。这就需要夫妻之间严格遵守《婚姻法》第4条之规定，认真履行忠实义务，不得损害配偶一方的合法权益。可见，无论商业行为还是私人生活，那些负有忠实义务的特定主体必须忠诚，否则，忠实义务形同虚设。这就注定忠实义务与生俱来便与诚实信用紧密相连。

作为人类社会所共有的一项最为根本的道德原则和行为准则，诚信原本是伦理范畴，是整个道德体系的重要成分。后被吸纳进法律，并经过不断发展，为当今世界许多国家所采用。诚信作为一项法律原则，一般认为起源于罗马法。为了防止合同当事人恶意规避法律，规定了所谓的诚信原则。如果因一方的欺诈行为而使另一方当事人受到损害，对此种行为任何人都可以提起抗辩，[1]此即罗马法中的“一般恶意抗辩”。这一规定对后世各国民法产生了深远影响。因此，从法律意义上来说，它是在契约法中孕育成长起来的，现已发展为民商法的系统原则，[2]为法国、德国、瑞士、日本、意大利等大陆法系国家民事立法所采用，成为大陆法系民法之“帝王法则”。它要求处于法律上特殊联系的民事主体应忠诚、守信，做到谨慎维护对方的利益、满足对方的正当期待、给对方提供必要的信息等。[3]《法国民法典》第1134条规定“契约应以善意履行之”，从而在

---

〔1〕 赵万一：《民法的伦理分析》（第2版），法律出版社2012年版，第143～144页。

〔2〕 张国炎：“诚信原则的作用”，载《政治与法律》1999年第4期。

〔3〕 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2010年版，第32页。

合同中确立了诚实信用原则。《德国民法典》第242条规定："债务人须依诚实和信用，并照顾交易惯例，履行其给付。"在立法上将诚实信用原则的适用范围扩大到债法领域。但司法判例和法学学说对这项原则的适用，已经远远超出了它法定的适用范围。[1]《瑞士民法典》第2条规定："无论任何人行使权利履行义务，均应依诚实信用为之。"一举在立法上将诚实信用原则的运用范围扩张及于整个民法领域。《日本民法典》于二战后修改时也认可了这一原则，该法典第1条之2规定："权利的行使及义务的履行，须遵守信义，且诚实为之。"1984年的秘鲁新《民法典》进一步推广了诚实信用原则的适用范围，它有34个条文规定诚信，分别适用于法律行为法、家庭法、继承法、物权法、债与合同法、公共登记法。[2]时至20世纪80年代，我国台湾地区"民法典"则将诚实信用推至巅峰，"创世界最新之立法例"。[3]其"民法典"总则第148条第2款关于行使权利、履行义务，应依诚实及信用方法之规定系属"万能条款"，堪称"帝王规则"。它君临民法之全域，尽吹诚信之新风。[4]我国《民法通则》第4条规定："民事活动应当遵循……诚实信用的原则。"作为民法的一项基本原则，诚实信用原则适用于全部民法领域。

诚实信用原则作为一般条款，对当事人的民事活动起着指导作用，确立了当事人以善意方式行使权利、履行义务的行为

---

〔1〕［德］卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第58页。

〔2〕徐国栋：《诚实信用原则研究》，中国人民大学出版社2002年版，第15页。

〔3〕杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第171页。

〔4〕李茂军："解读诚信原则——关于诚实信用原则的法律思考"，载《河北法学》2002年第6期。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com