

主 编
袁发强

执行主编
孙长刚

中国涉外家事 法律论丛 第一辑

LEGAL SYMPOSIUM ON THE FAMILY AFFAIRS CONCERNING
FOREIGN ELEMENTS
(VOLUME 1)

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

主 编
袁发强
执行主编
孙长刚

中国涉外家事 法律论丛 第一辑

LEGAL SYMPOSIUM ON THE FAMILY AFFAIRS CONCERNING
FOREIGN ELEMENTS

(VOLUME I)

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国涉外家事法律论丛. 第1辑 / 袁发强主编. —
北京: 法律出版社, 2017. 5
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0852 - 8

I. ①中… II. ①袁… III. ①涉外民事法—研究—中
国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 110600 号

中国涉外家事法律论丛(第1辑)
ZHONGGUO SHEWAI JIASHI FALÜ
LUNCONG (DI 1 JI)

袁发强 主编

策划编辑 王 扬
责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 24.5
字数 406 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0852 - 8

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目录

Contents

专题一 涉外婚姻

域外婚姻协议司法审查比较研究	王葆蔚 / 3
论外国缔结的同性婚姻在中国的效力	张小雨 / 27
不方便法院原则在我国涉外婚姻家庭案件中的适用	
——兼评《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 532 条	孙长刚 谢心乐 / 43
以案说法:领事婚姻登记的法律效力	许育红 / 60
华侨离婚诉讼管辖权探析	戴霞 徐敬优 / 69
论涉外协议离婚的法律适用	
——以《法律适用法》第 26 条为中心	戴霞 / 84
浅析涉外离婚中的几点法律适用问题	何永萍 / 97

专题二 涉外家庭财产

论婚姻财产关系第三人效力的法律适用	薛童 / 109
论国际私法家庭法中的“替代问题”	王葆蔚 / 119
涉外共同财产分割的管辖权及法律适用问题研究	邱丹 / 131
论夫妻财产关系准据法的确定与适用	
——以海南省高级人民法院(2013)琼民三终字第 75 号民事判决书为例	黄轲霆 / 137
涉外婚姻婚前个人财产在婚后产生的收益归属问题的研究	
	杨彩霞 邓莉媛 / 144

专题三 涉外扶养、监护与涉外判决承认执行

《罗马条例Ⅲ》介评	董金鑫 / 157
在离婚和司法别居法律适用领域内实施加强合作的欧盟 2010年第1259号理事会条例(《罗马条例Ⅲ》)	董金鑫译 / 172
涉外监护权、探望权保障问题辨析	刘淑芬 黄思逸 / 182
试论涉外未成年人监护的法律适用	王 薇 / 191
《法律适用法》实施以来涉外扶养案件法律适用的实证考察	张丽珍 / 197
涉外家事判决承认与执行互惠原则实务与思考	孙长刚 / 218
日本国际私法的立法与典型案例 ——以国际民事诉讼法为主	黄韧霆 / 231
我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构	袁发强 / 242
有利的法 ——实质正义的极端化	袁发强 / 257

专题四 涉外继承

涉外遗嘱继承法律适用的实证分析	汪金兰 / 275
论涉外遗嘱继承境内不动产的法律适用	孙 韬 刘博涵 / 289
论指定遗产管理人的英国法院令在我国的承认	王 娟 / 295

专题五 涉外家事公证

涉外继承公证中的法律冲突与可能的改善途径 ——以一件涉外继承公证案件为中心	官 楠 / 305
涉外继承公证中的挑战与机遇	周志扬 / 315
论中国涉外不动产继承公证中的法律适用	李哲舟 / 323
涉外家事公证中外国法查明制度的完善	曾远涛 陈 越 / 333
涉外法定继承公证法律问题研究	褚 莹 / 341
不同法域中的公证遗嘱的方式和效力	潘 浩 / 361
浅谈涉外继承公证中夫妻财产认定的问题	王 潇 / 372
试议涉外家事公证及其涉及国际私法的几个问题	李辰阳 周贤春 / 377

专题一 涉外婚姻

域外婚姻协议司法审查比较研究

王葆蔚*

[摘要] 美国法院通常会支持当事人有关财产分配的婚姻协议,但较少支持关于婚姻一般关系和非金钱性质的扶养约定。婚姻协议给当事人提供了通过契约构建生活关系的可能性,增强对未来生活的可预见性。否定此种协议意味着将市场和家庭在空间上区分开来,强化了传统家庭的角色分配,构成对妇女和少数群体的歧视和压迫。婚姻协议是具有法律意义的意思表示行为,其特征决定了对其实应当采取不同于商业合同的审查标准。审查的理论基础在于当事人的有限认知能力和婚姻所体现的国家利益。在具体审查方法上,美国和德国均注重从缔约地位、协议效力、协议履行三个方面进行审查。

[关键词] 婚姻协议;公共利益;有限认知;效力审查;履行审查

“婚姻协议”是指配偶双方或订婚者对婚姻过程中或婚姻结束时的财产及其他事项的安排达成一致的意思表示,^[1]常见的如婚前协议、离婚协议或财产分割协议。此种协议的法律性质和可执行性,在美国和德国长期存在争议。于我国而言,随着家庭财富的增加和意思自治理念的深入,司法实践中因为婚姻协议而发生的纠纷也日益凸显。如2002年上海市闵行区人民法院判决的“忠诚协议”案和2003年重庆市九龙坡区人民法院判决的“空床费”案,在理论界和实务界均引起极大争议。在涉外离婚协议与财产分割协议的法律适用中,无论准据法为中国法还是域外法,均不可避免对相关协议的实体审查。故本文以婚姻协议的效力审查为研究对象,从比较法的角度入手,结合德、美两国相关的理论和实践,分析婚姻协议的法律性质,进而探讨婚姻

* 法学博士,湖南师范大学法学院副教授。

[1] 修艳玲:《论我国的婚姻协议规制》,载《福建公安高等专科学校学报》2007年第5期。Premarital Agreement Act § 1 (1), 9C U. L. A. 39 (2001)。本文所称的“婚姻协议”并不是指婚姻关系的契约属性,即婚姻契约观,后者参见康娜:《关系契约视野下的婚姻观》,载《法律科学》2009年第5期。

协议司法审查的法理基础和具体方法。

一、对婚姻协议法律性质之认可

配偶双方以婚姻关系为基础而缔结的有关人身和财产关系的协议,应属民事法律行为还是没有法律约束力的社会行为或曰情谊行为?如果是前者,则需进一步分析协议的效力要件和司法审查方法;如果是后者,则不属于法律调整范围,亦不具有法律强制执行力。本节首先从历史角度分析司法实践对婚姻协议之立场的发展,在此基础上论述婚姻协议的法律意义和特征。

(一)对婚姻协议的缓和趋势

1. 早期立场

在美国早期司法实践中,由于担心当事人协议会损害婚姻制度,而婚姻又是“家庭和国家社会之基础”,法院一般通过公共政策来限制婚姻协议,维护婚姻的神圣性和道德性。^[1] 1932年美国《第一次合同法重述》中规定,限制婚姻的协议、婚姻代理协议、关于分居或扶养费的约定、便利离婚的约定、改变婚姻本质义务的约定、已婚者和他人结婚的约定等均属于不被允许的合同。^[2] 这些规定体现了对婚姻制度的保护立场,不允许私人通过协议改变婚姻的法定义务。^[3] 《第二次合同法重述》的规定有所缓和,但仍限制“个人通过私人约定改变婚姻义务或者在家庭内部形成某种法律关系的权利”。^[4]

以婚前协议为例,^[5]若协议中规定的财产分配以离婚为条件,法院会认

[1] Joanna L. Grossman & Lawrence M. Friedman, Inside the Castle: Law and the Family in 20th Century America 209-10 (2011); Note, Marriage, Contracts, and Public Policy, 54 Harv. L. Rev. 473, 473 (1941); K. N. Llewellyn, Behind the Law of Divorce, I, 32 Colum. L. Rev. 1281, 1297-98 (1932).

[2] Restatement (First) of Contracts § 581-89 (1932).

[3] 例如,法院认为,限制婚姻义务的合同是对年轻男女的不当诱惑,鼓励他们在婚姻关系之外保持性关系,而同居协议会削弱作为社会基础的婚姻和家庭。See Hewitt v. Hewitt, 394 N. E. 2d 1204, 1207 (Ill. 1979). 法院也不鼓励订立婚前协议,认为这会在经济上鼓励人们离婚。See Grossman & Friedman, at 210.

[4] Restatement (Second) of Contracts ch. 8, topic 3, intro. note (1981).

[5] 婚前协议(premarital agreement, antenuptial or prenuptial agreement)指的是意欲结婚的双方当事人缔结的,调整当事人未来关系之某些方面的任何协议。大多数婚前协议针对的是配偶双方未来在财产分类和离婚(分居)后扶养费方面的权利。很多协议也涉及当事人在一方去世后另一方取得其财产的权利。参见 Karen Servidea, Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage, 91 Virginia Law Review 535, 537 (2005).

为这些约定鼓励当事人离婚、违反婚姻本质而不予承认;^[1]反之,如果是以死亡为条件的约定,一般可以获得认可。在 *Stratton v. Wilson* 案中,^[2]针对同一份婚前协议,法院支持其中关于一方死亡后生存配偶权益的条款,同时否定其中关于离婚后抚养费的约定。

法院否认婚姻协议的理由在于,此类协议会改变《第一次合同法重述》中规定的“婚姻本质义务”(essential incidents of marriage)。^[3]虽然重述本身没有阐释何为“本质性”婚姻义务,但法院在实践中经常援用这一理由否定减免丈夫扶养义务的协议,^[4]或变更妻子向丈夫提供家庭服务的协议。^[5]有时候,法院还将本质义务扩展到国家规定的婚姻义务。例如,在内布拉斯加州高等法院审理的一起案件中,当事人同意妻子决定家庭住所,而依照普通法规则妻子的住所应当由丈夫决定,法院据此否定协议效力。^[6]由于国家对婚姻制度存在利益关系,所以即使当事人的协议不涉及离婚,法院也以此理由否定效力;^[7]某法院甚至指出,承认和执行此种合同,无异于允许当事人通过私人协议随心所欲地安排他们的婚姻内容,但婚姻内容原本只能由法律设定。^[8]

从 1979 年起,法院对婚前协议的态度趋于缓和。^[9]1970 年的 Posner

[1] Lenore J. Weitzman, *The Marriage Contract: Spouses, Lovers, and the Law* 338 (1981). 弗吉尼亚高等法院在否定婚前协议的判决中指出:“不应当执行哪些令当事人从离婚中获得经济利益的协议”。*Cumming v. Cumming*, 102 S. E. 572, 576 (Va. 1920).

[2] 185 S. W. 522, 525-26 (Ky. 1916)

[3] *Restatement of Contracts* § 587 (1932).

[4] 如果协议减免了丈夫的离婚后扶养义务,法院通常认为这会诱使丈夫摆脱婚姻。例如,在 *Corcoran v. Corcoran* 案中,协议中规定丈夫送给妻子一套房产,换取对方的扶养承诺,法院认为此种约定无效。21 N. E. 468, 468 (Ind. 1889).

[5] 例如,在 *Youngberg v. Holstrom* 案中,当事人约定一方对另一方家务劳动支付报酬,法院认为此约定无效,因为这“本系婚姻关系应有之意”。108 N. W. 2d 498, 502 (Iowa 1961).

[6] *Isaacs v. Isaacs*, 99 N. W. 268, 270 (Neb. 1904).

[7] See, e. g., *Corcoran*, 21 N. E. at 468 (voiding agreement in which the husband transferred certain real property to his wife in exchange for her promise to support him); *Isaacs*, 99 N. W. at 270 (holding that premarital contract cannot take away the husband's prerogative to choose the marital domicile).

[8] *Cumming v. Cumming*, 102 S. E. 572, 577 (Va. 1920).

[9] Karen Serviceau, *Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage*, 91 *Virginia Law Review* 535, 539 (2005).

v. Posner 案^[1]开始承认以离婚为条件的婚前协议条款,这被视为司法态度的转折点。^[2] 佛罗里达州高等法院在判决中指出,双方在协议中以死亡为条件的约定同样会诱使当事人离婚,这和以离婚为条件的约定并无二致;进而,考虑到无过错离婚的发展趋势,国家已经不再坚持限制离婚之政策,因此不宜再以保护婚姻的国家利益为由否定此种约定。^[3] Posner 案后,其他州也逐渐接受该案观点,但它们采纳的理由均为“无过错离婚原则的发展”,而没有讨论此种条款是否违反婚姻本质。如同林迪(Lindey)和帕利(Parley)教授指出的,无过错离婚原则的引入,降低了人们对占据优势地位的配偶方将不公平协议强加给另一方的担心。^[4] 虽然法院逐步承认并执行某些类型的婚姻协议,^[5]但有关婚姻家庭内部关系的约定,如扶养义务、子女事务、生育决定等仍然很难被法院认可。^[6]

2. 目前的基本立场

总体而言,目前美国大多数州允许当事人缔结有关财产分配的婚前协议(agreements regarding property distribution),^[7]承认夫妻婚后缔结的有关分居或离婚的协议(postmarital agreements),包括夫妻双方关于离婚时的权利义务协议。^[8]但多数法院仍坚持认为婚姻一般关系和非金钱性质的扶养义务属于“不可磋商之事项”(non-negotiable),趋向于否定当事人关于丈夫扶养义务、妻子家务义务、一夫一妻和性生活方面的约定。也就是说,当事人意图变更“传统夫妻关系”的协议均难以获得法院的支持。

[1] Posner v. Posner, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970). See Brian Bix, Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think about Marriage, 40 Wm. & Mary L. Rev. 145, 151 n. 20 (1998).

[2] 虽然此前俄克拉荷马在1960年的休斯敦诉休斯敦案中已经承认并执行了妻子放弃离婚后扶养费的婚前协议约定,但该案没有影响其他法院的立场。Hudson v. Hudson, 350 P. 2d 596, 597 (Okla. 1960).

[3] Posner v. Posner, 233 So. 2d 384 (Fla. 1970).

[4] Alexander Lindey & Louis I. Parley, 2 Lindey and Parley on Separation Agreements and Antenuptial Contracts § 110.70(2)(c) (2d ed. 2002).

[5] Prenuptial agreements. See Katharine B. Silbaugh, Marriage Contracts and the Family Economy, 93 Nw. U. L. Rev. 65, 70-71 (1998). Courts also generally enforce separation agreements between currently married spouses seeking divorce. See, e.g., Long v. McAllister-Long, 221 S.W.3d 1, 8 (Tenn. Ct. App. 2006). 认为应当允许夫妇用协议解决他们的争议并安排他们之间的事务。

[6] Kaiponanea T. Matsumura, Public Policing of Intimate Agreements, 25 Yale J. L. & Feminism 163.

[7] See William N. Eskridge, Jr., Family Law Pluralism: The Guided-Choice Regime of Menus, Default Rules, and Override Rules, 100 Geo. L. J. 1881, 1917 & n. 142 (2012).

[8] See, Ansin v. Craven-Ansin, 929 N.E.2d 955, 958 n. 1, 961 (Mass. 2010).

例如,在早期的 *Graham v. Graham* 中,^[1]双方书面协议中规定,妻子在婚姻期间每月向丈夫支付 300 美元,条件是丈夫辞去工作陪她旅行;女方在诉讼中指责男方“放弃工作而长期靠妻子养活”;法院认为,婚姻是法定的身份关系,随附于该关系的权利和义务也是法定的,无论当事人主观愿望如何,婚姻的本质“要求丈夫供养妻子、妻子遵从丈夫”,本案中男方以陪伴妻子旅行为对价要求女方承担家庭经济负担,这违反公共利益,因此协议不能获得执行。在 *Borelli v. Brusseau* 案中,^[2]丈夫在瘫痪后以分割财产为条件要求妻子全天照顾,加利福尼亚上诉法院认为该合同不可执行。在 *Boudreaux v. Boudreaux* 案中,^[3]双方约定,若丈夫因任何原因而提出离婚(包括通奸),就必须每月向妻子支付 1500 美元生活费;妻子提出离婚则没有此项义务;法院认为:“协议会鼓励当事人(女方)为了金钱而容忍另一方的通奸行为,这违反了夫妻间的忠诚义务,也损害婚姻的神圣性。”在 *Favrot v. Barnes* 案中,^[4]双方在协议中将夫妻生活的次数限定为每周一次;丈夫提出“每天三次”的要求,以此证明妻子对离婚有过错;法院认为这一协议不能执行,因为其企图变更配偶“依照正常合理需求”而履行义务。此外,法院还经常以损害公共政策(public policy)为由,拒绝执行当事人签订的关于使用人工生育技术的协议(agreements regarding the use of assisted reproductive technologies)。^[5]

3. 少数派观点:完全的契约自由

还有部分法院放弃对婚姻协议的实体审查,无保留地支持婚姻协议的效力。例如,在 *Simeone v. Semeone* 案中,^[6]双方在婚前协议中规定,妻子离婚后只能获得不高于 25,000 美元的扶养费,妻子认为该协议不合理。宾夕法尼亚州法院认为:法院应当尊重当事人的充分理性,所以不应审查合同的实质性条款;每个订立长期合同的人都应当知晓相关情形在此期间会发生变化;一切开始看起来很美好的事情都有可能演变成不利的交易;缔约人应当预见到婚姻期间可能发生的风险,如病患、失业、经济恶化等;如果当事人在婚前协议中对这些情形没有约定,应视同他们已经决定各自承担相关

[1] 33 F. Supp. 936 (E. D. Mich. 1940).

[2] 16 Cal. Rptr. 2d 16 (Ct. App. 1993).

[3] 745 So. 2d 61 (La. Ct. App. 1999).

[4] 332 So. 2d 873 (La. Ct. App. 1976).

[5] Kaiponanea T. Matsumura, Public Policing of Intimate Agreements, 25 Yale J. L. & Feminism 159.

[6] 124 581 A.2d 162, 165-67 (Pa. 1990).

风险;因此双方的协议有效。^[1]在 *Mabus v. Mabus* 案中,^[2]双方结婚 11 年,婚前协议对妻子的离婚后扶养权做出限制;尽管妻子婚后为了照顾两个子女而放弃工作,密西西比州法院仍拒绝对该协议条款进行实质性审查,其理由为:“法院不会帮助当事人逃避自愿达成的协议中的义务,即使其中某些条款的结果超出当事人原先的估计,这不是、今后也不应成为法院干预当事人契约自由的理由”。^[3]

还有一些法院采取有限的实质审查立场,只审查当事人的协议是否会增加社会负担,而拒绝在其他方面进行实质性审查。例如,在 *Newman v. Newman* 案中,^[4]科罗拉多州高等法院认为,对婚前协议只能进行有限的实体审查,以确保双方配偶不会因为该协议而需要公共救助(public support),其理由在于:法院不认为当事人的有限认知能力会影响他们的决策能力,虽然双方在签订婚前协议时具有私密和信任关系,但法律上一般假设当事人具有独立行为能力,且对各自在目前和未来的婚姻财产利益有理性认识;故即使协议内容在客观上不够公允,法院也不能宣布当事人的合意无效。^[5]在 *Justus v. Justus* 案中,^[6]双方在婚前协议中规定,离婚时丈夫应根据婚姻年限预付扶养费;丈夫在缔约时拥有的资产为 3100 万美元,后来因投资失败而宣布破产,离婚时要求宣布双方的扶养费协议无效,理由是从离婚时的情形来看这一约定显失公平。^[7]印第安纳州法院认为,如果执行该协议会导致丈夫必须依靠社会救济,该协议应当无效,否则就应支持协议的效力;因为“当事人对扶养费设定具体数额时,丈夫即承担了未来的风险,即该扶养费在离婚时可能构成其净资产的主要部分;男方经济状况恶化属于可预见事项”。^[8]

(二)支持婚姻协议具有法律性质的理由

多数学者主张承认婚姻协议的法律效力,对法院的保守态度提出批评,认为婚姻协议给当事人提供了通过契约构建生活关系的可能性,从而增强

[1] Id.

[2] 890 So. 2d 806 (Miss. 2003). 法院在该案中援引了 1998 年的 *Estate of Hensley v. Estate of Hensley* 案,524 So. 2d 325,328 (Miss. 1998).

[3] See 890 So. 2d 806, at 819,823.

[4] 653 P. 2d 728,735 (Colo. 1982).

[5] Id. at 733-34.

[6] 581 N.E.2d 1265 (Ind. Ct. App. 1992).

[7] Id. at 1267,1272.

[8] Id. at 1275.

对未来生活的可预见性和长期规划。否定此种协议意味着将市场和家庭在空间上区分开来,^[1]强化了传统家庭的角色分配,构成对妇女和少数群体的歧视和压迫。

1. 当事人的契约自由和未来预期

婚姻协议本质上是对夫妻权利义务的自由选择和安排,是意思自治的体现。^[2]在现代社会,通过协议安排婚姻关系的情况日益普遍。例如,“Facebook”创始人马克·扎克伯格(Mark Zuckerberg)就和妻子普里西拉·陈(Priscilla Chan)签订过一份协议,“夫妻双方同意不共同生活,但扎克伯格先生每周必须和陈女士共同度过100分钟私人时间,并至少参加一次约会。双方同意每年共同在海外度假两周”。^[3]法院以公共政策为理由否定当事人的婚姻协议,实质上就是否定人们通过协议创设新型家庭关系的意愿,给当事人的未来生活造成很大的不确定性。^[4]

例如,随着人工辅助生育技术的发展,人们在生育方面有了更多的选择:单身者和同性恋夫妇可以选择从匿名者或捐献者处获得精子进行宫内受孕(intrauterine insemination);同性恋夫妇可以采用捐献的卵子制作胚胎,然后由妊娠代孕者(gestational surrogate)完成生育;体外受孕技术(in-vitro-fertilization process, IVF)是将妇女的卵子取出,在实验室中受孕,然后移植到该妇女或其他妇女的子宫。仅美国在2009年就完成了146,244例IVF手术,成功生育60,190名婴儿。^[5]使用人工生育技术者的当事人,通常期望通过协议确保各自权利,约定诸如子女成年后是否可以联系匿名提供精子者、双方分手后女方是否仍须信守照顾子女的承诺、夫妻离婚后哪一方拥有冷冻胚胎或受精卵等问题。但法院对该种协议的保守立场常常导致人们的愿望落空。

法院以公共政策为由否定婚姻协议,对同性恋者或同居者等非主流群体的不利影响尤其显著。例如,美国麻省高等法院曾拒绝承认两名女性同性恋之间关于生育子女的协议;^[6]两女子打算借助人工生育技术生育孩子,

[1] Melissa Murray, *Strange Bedfellows: Criminal Law, Family Law, and the Legal Construction of Intimate Life*, 94 Iowa L. Rev. 1253, 1256 (2009).

[2] 康娜:《论我国婚姻协议法律规定之完善》,载《学术交流》2009年第5期。

[3] Laura M. Holson & Nick Bilton, *Facebook's Royal Wedding*, N. Y. Times, May 25, 2012. <http://www.nytimes.com/2012/05/27/fashion/who-is-priscilla-chan.html>.

[4] Kaiponanea T. Matsumura, *Public Policing of Intimate Agreements*, 25 Yale J. L. & Feminism 165.

[5] Kaiponanea T. Matsumura, *Public Policing of Intimate Agreements*, 25 Yale J. L. & Feminism 162.

[6] T. F. v. B. L., 813 N. E. 2d 1244, 1246 (Mass. 2004).

双方共同和诊所签订了手术同意书,共同选择匿名精子捐献者,并用双方共同的账户支付手术费用。甲女怀孕后,双方关系开始恶化,乙女搬出同居公寓;但孩子出生前,乙女又提出愿意收养孩子并提供经济支持;孩子出生后,乙到医院探望孩子,并把自己与孩子的合影发到朋友圈,标题是“希望大家喜欢我的漂亮男孩”;三个月后,乙告诉甲她不想再和这个孩子有任何关系。法院认为双方的协议违反公共政策,不应得到执行;因为不能把身份关系强加给当事人,“为保证个人在婚姻家庭生活上的自由选择,不能违反当事人的意愿而强制执行关于家庭关系(婚姻或者父母身份)的预先协议;应当允许此种协议的当事人嗣后反悔”。^[1]这意味着甲女必须独自承担子女的抚养。

2. 婚姻协议和传统家庭模式

美国法院通常仅执行关于财产处分的约定,而不支持关于婚姻一般义务和非金钱扶养义务的约定,特别是违反传统性别角色分配的协议一般都难获认可。这种对财产约定和非财产约定的区分处理,强化了家庭和市场的区分,有利于在经济上居于强势地位的配偶一方,而不利于从事家庭劳动的一方。^[2] 美国家庭法和法律史领域的学者很早就指出,从历史角度来看,法院拒绝将合同法引入家庭法律领域,就是要把市场和家庭分割为两个相互隔绝的领域;这种分割强化了男女的社会不平等,否定或低估女性的贡献(undervaluing the contributions of women)。^[3] 因为妇女对家庭的贡献一般不体现为金钱,将家庭和市场分割就意味着限制妇女的议价能力,她对家庭的贡献无法折合成市场价值,同时又失去了工作机会;这名义上是保护妻子不参与残酷的商业竞争,实际上妻子在很多方面失去能力。^[4] 所以将家庭

[1] T. F. v. B. L., 813 N. E. 2d at 1251.

[2] Kaiponanea T. Matsumura, Public Policing of Intimate Agreements, 25 Yale J. L. & Feminism, 193.

[3] See, e. g. Janet Halley, What Is Family Law?: A Genealogy Part II, 23 Yale J. L. & Human. 189, 265-67 (2011) (summarizing the history of this critique); Jill Elaine Hasday, Intimacy and Economic Exchange, 119 Harv. L. Rev. 491, 499-501 (2005) (discussing courts' justification for this exclusion); Reva B. Siegel, The Modernization of Marital Status Law: Adjudicating Wives' Rights to Earnings, 1860-1930, 82 Geo. L. J. 2127, 2181-2206 (1994), (charting the development of doctrines rendering agreements between husband and wife unenforceable).

[4] Kaiponanea T. Matsumura, Public Policing of Intimate Agreements, 25 Yale J. L. & Feminism, 179. Martha Minow, "Forming Underneath Everything that Grows": Toward a History of Family Law, 1985 Wis. L. Rev. 819, 828.

和市场领域分开是在两个领域压迫妇女的有力工具。^[1]

美国法院宣称,将家庭和市场分割开来,是为了避免婚姻关系受到市场的过度影响。例如,在 *Babay M* 案中,^[2] 新泽西高等法院认为,代孕协议和代孕母亲的付费请求均违反公共政策,因为“在文明社会中,有些事情不能用金钱衡量和购买”,如果代孕成为金钱交易,妇女就会沦为富人的生育工具;反之,倘若代孕者系为帮助无法生育的家庭而义务承担代孕工作,且随时可以反悔而保留对婴儿的权利,则并无不妥。^[3] 也就是说,利他主义可以消解对代孕协议商业化的担心。^[4] 在 *Borelli v. Brusseau* 案中,^[5] 丈夫患病后同意和妻子采取分别财产制,作为对价,妻子承诺亲自照料丈夫,而不是将其送到特护病房;加利福尼亚法院认为,由于法律本身规定夫妻之间有互相照顾义务,该协议“违反立法机关对婚姻制度本身的定义”,“虽然现代社会的婚姻越来越像交易,但法律仍然将婚姻定义为具有互相扶助义务的人身关系;如果说这世界上还有东西不能用钱买到的话,夫妻互助应属其中之一”。^[6] 但作为本案主审法官之一的波歇(*Poché*)法官提出不同看法,认为婚姻关系本身并非一成不变的。^[7]

[1] See Reva B. Siegel, *Home as Work: The First Woman's Rights Claims Concerning Wives' Household Labor, 1850-1880*, 103 *Yale L. J.* 1073, 1214 (1994). 对于操持家务的男性和同性恋者同样如此。See Deborah A. Widiss, *Changing the Marriage Equation*, 89 *Wash. U. L. Rev.* 721, 770-71 (2012) (discussing the potential replication of traditional gender roles by same-sex couples).

[2] *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 1249 (N.J. 1988).

[3] *Id.* at 1235. 法院将此种合同称为“出卖子女或出卖对子女的权利”,显然认为代孕行为的目的是金钱交易;担心这种协议会导致聘请的母亲成为富人的代孕工具 at 1249-50.

[4] Kaiponanea T. Matsumura, *Public Policing of Intimate Agreements*, 25 *Yale J. L. & Feminism*, 179.

[5] 16 *Cal. Rptr. 2d* 16 (Ct. App. 1993).

[6] *Id.* at 20. Reva Siegel argues that the court's "anticontractarian" rationale for nonenforcement "marks it as a modern expression of coverture doctrine." Siegel, *supra* note 27, at 2200. Although Siegel characterizes the public policy doctrine as "anticontractarian" because it sets aside certain transactions that it will not analyze under "normal contract principles," *id.*, at 2200 n. 259, the public policy doctrine does not exist outside of contract law but is a central part of it. At its core is the power of the courts to declare a particular agreement against the public good. See *supra* notes 99-102 and accompanying text. 认为公共政策理论是反合同的,因为他将若干交易排除在合同之外,但公共政策理论本身并不能独处合同法之外,恰恰是核心部分之一。其核心是法院宣布具体合同违反公共利益无效的权力。

[7] *Borelli*, 16 *Cal. Rptr. 2d* at 22 (Poché, J., dissenting).

对此,有学者批评道,^[1]公共政策已经被法院演变成道德胁迫式的利他主义(coerced altruism);法院确立的规则意味着,如果克林顿夫人生病,克林顿总统必须放下所有事物亲自照顾妻子。随着现代婚姻关系和职场状况的变化,法院所鼓吹的利他主义(altruism)已经不合时宜:在2007年,美国70%的母亲一边照顾未成年子女一边上班,只有五分之一的家庭保持了传统的角色分配,即丈夫外出工作而妻子操持家务。^[2]既然夫妻双方都外出工作,建立在性别分工基础上的分割理由就不具有合理性,不能反映大多数人的需求;公共政策已经沦为法院维护传统婚姻模式的工具。^[3]另有学者指出,^[4]夫妻在人身关系上的约束和自由如何平衡,主要是双方的内部问题,取决于个人能力和性格特质(Eigenschaften Persoenlichen Eigenschaft),所以很难为夫妻设立某种抽象的模范样板,法院也不宜以某种固定的家庭模式约束当事人。

小结

法律通过契约自由保护个人利益,且家庭法作为私法之一部分,首先目的当然在于维护私人利益,故当事人有权通过协议约定夫妻财产制、婚后扶养、财产分割等问题。^[5]婚姻协议是具有法律约束力的约定,其内容包括财产关系和人身关系方面的权利义务,如家务劳动的分配、子女姓氏的选定、从事职业的自由、住所的选定、子女抚养的分担以及潜在争议的解决方式。^[6]婚姻协议是亲密关系协议(intimate agreement)的一种,后者指的是具有特定亲密关系的成年人之间缔结的有关人身和财产关系的协议;亲密关系指的是两性关系或感情联系,包括夫妻关系,恋人关系,同居关系以及同性伴侣关系。亲密协议不仅包括婚姻协议,还包括其他类似的亲密关系,如同性恋、非婚同居者签订的协议,包括婚前协议、离婚协议、同居协议、人工生育协议、冷冻胚胎权属协议等。

另外,对婚姻协议的效力审查不同于一般的合同,此种建立在人身关系

[1] Kaiponanea T. Matsumura, Public Policing of Intimate Agreements, 25 Yale J. L. & Feminism, 181.

[2] See, Deborah A. Widiss, Changing the Marriage Equation, 89 Wash. U. L. Rev. 721, 770-71 (2012), at 757-58.

[3] Kaiponanea T. Matsumura, Public Policing of Intimate Agreements, 25 Yale J. L. & Feminism, 193-194.

[4] Nina Dethloff, Familienrecht, 29. Aufl., Verlag C. H. Beck München 2009, § 1, Rn. 8.

[5] Nina Dethloff, Familienrecht, 29. Aufl., Verlag C. H. Beck München 2009, § 1, Rn. 8-9.

[6] 康娜:《论我国婚姻协议法律规定之完善》,载《学术交流》2009年第5期。