



律师高端业务培训授课实录系列丛书

总主编：徐建 龙翼飞

律师教育
第一品牌

婚姻家庭与继承 律师实务

HUNYIN JIATING YU JICHENG LVSHI SHIWU

中国人民大学律师学院 组编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



律师高端业务培训授课实录系列丛书

总主编：徐 建 龙翼飞

婚姻家庭与继承 律师实务

HUNYIN JIATING YU JICHENG LVSHI SHIWU

中国人民大学律师学院 组编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

婚姻家庭与继承律师实务 / 中国人民大学律师学院
组编. —北京:法律出版社, 2014. 8
(律师高端业务培训授课实录系列丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6299 - 0

I. ①婚… II. ①中… III. ①婚姻法—基本知识—中
国②继承法—基本知识—中国 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 070077 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王津京

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社·

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/13.25 字数/240 千

版本/2014 年 8 月第 1 版

印次/2014 年 8 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6299 - 0

定价:33.80 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

律师高端业务培训授课实录系列丛书

编辑委员会

- | | | |
|-----|-----|-------------------|
| 主 任 | 洪道德 | 中国政法大学刑事司法学院教授 |
| 委 员 | 黄士林 | 中国人民大学律师学院理事会副理事长 |
| | 刘春田 | 中国人民大学知识产权学院院长 |
| | 刘瑞起 | 中国人民大学律师学院副院长 |
| | 薛庆予 | 中国人民大学律师学院行政总监 |
| | 黄海星 | 中国人民大学律师学院理事会理事 |
| | 任湘清 | 中国人民大学律师学院特别顾问 |
| | 万 春 | 中国人民大学律师学院特别顾问 |
| | 孟 扬 | 中国人民大学律师学院特别顾问 |

审定委员会

- | | | |
|-----|-----|------------------------|
| 主 任 | 何 悦 | 天津大学文法学院教授 |
| 委 员 | 邱贵生 | 中国人民大学律师学院发展策划委员会主任 |
| | 王耀华 | 中国人民大学律师学院发展策划委员会执行副主任 |
| | 韩玉胜 | 中国人民大学律师学院副院长 |
| | 张 林 | 中国人民大学律师学院助理院长 |
| | 徐孟洲 | 中国人民大学法学院教授 |
| | 陈里程 | 中国人民大学律师学院特别顾问 |
| | 李争平 | 中国人民大学律师学院特别顾问 |
| | 王洪涛 | 中国人民大学律师学院特别顾问 |

丛书编辑办公室

- 邓小林 中国人民大学律师学院办公室主任
陈 云 中国人民大学律师学院办公室副主任
周 洁 中国人民大学律师学院院长助理
杨洪浦 中国人民大学律师学院院长助理
黄 河 中国人民大学律师学院院长助理
蒋镇远 中国人民大学律师学院项目培训部执行主任
高巍巍 中国人民大学律师学院院务秘书兼办公室主任助理

律师高端业务培训授课实录系列丛书

编写说明

中国人民大学律师学院成立于2009年4月。学院的目标是:培养律师方向的法律硕士专业研究生;对在职律师进行高端业务的培训;与国外的律师教育培训机构进行有效合作。

根据律师业务不断发展的需要,律师学院已经举办了20余期律师高端业务培训班,取得了很好的效果。我们聘请了100余位业务精湛的知名律师作为客座教授为培训班学员授课,他们既有理论又有实践,业有所长,术有专攻,得到了学员们的一致认可和好评。

培训班内容广泛,涵盖了律师业务的各个方面,包括证券发行上市律师实务、房地产法律师实务、刑事辩护律师实务、律师事务所管理高级研修、商标与反不正当竞争法律师实务、著作权与专利法律师实务、建设工程律师实务、公司并购律师实务、企业法律风险管理律师实务、风险投资与私募股权律师实务、婚姻家庭与继承律师实务、金融法律律师实务、矿业与能源法律师实务、合同法律师实务、土地法律师实务、招投标与拍卖律师实务、民商事争议解决律师实务、保险法律师实务、市场拓展与品牌管理律师实务、劳动与社会保障律师实务、信息网络与高新技术法律师实务以及税务、会计与律所财务管理,等等。此外,我们还在每年举办西部地区律师公益培训以及企业家法律培训。

为了让更多的律师共享培训资源,我们与法律出版社合作,将客座教授的授课实录音频资料整理、编辑为律师高端业务培训授课实录系列丛书出版。在整理编辑过程中,我们尽量保留了客座教授讲课的风格,仅作了适当删改。需要说明的是,有些授课人供职单位已有变化,我们仍然按照授课时的供职单位署名,希望得到理解。

中国人民大学律师学院法律硕士专业律师方向研究生于雪飞、王菁、卢建府、孙东方、宋建设、彭严同学为授课实录系列丛书中的《律师事务所管理实务》、《刑事辩护律师实务》、《企业法律风险与防范律师实务》、《房地产问题律师实务》做了大量的文字整理工作,非常辛苦,深表谢意。

法律出版社为了本系列丛书的出版做了大量本不该由他们承担的事务性工作。在此,特别表示衷心的感谢!若没有他们的鼎力帮助与支持,本丛书将难以如期顺利出版。

如果授课实录系列丛书存在什么瑕疵,责任应由我们承担。热诚希望读者提出宝贵的意见或建议,以便今后我们做得更好。

中国人民大学律师学院
2013年12月

目 录

第一讲 婚姻家庭人身关系实务热点问题	
北京大学法学院教授 马忆南	1
第二讲 婚姻法的修改与完善	
中国人民大学法学院教授 杨大文	26
第三讲 婚姻法财产关系实务热点问题	
北京君泰律师事务所合伙人 雷明光	43
第四讲 继承法的修改与完善	
中国人民大学法学院教授 龙翼飞	81
第五讲 继承法实务热点问题	
中华女子学院社会与法学院教授 林建军	103
第六讲 婚姻家庭案件审判实务要点	
最高人民法院民事审判第一庭高级法官 吴晓芳	120
第七讲 律师代理婚姻家庭案件实务技巧与执业风险提示	
上海沪家律师事务所合伙人 贾明军	138

第八讲 涉外婚姻家庭继承案件实务技巧

北京岳成律师事务所合伙人 杨晓林 166

第九讲 婚姻家庭继承法律师营销、拓展技巧与新型业务展望

北京大成律师事务所高级合伙人 王 芳 187

第一讲 婚姻家庭人身关系实务热点问题

北京大学法学院教授 马忆南

今天我要讲的是家庭婚姻人身关系热点问题。我选择了《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称司法解释三)里面的一些人身关系实务热点问题。既然司法解释三把这些问题要写进司法解释里面,就说明它在司法实务中确实是热点问题。

根据司法解释三中关于人身关系的规定,我选了四个问题,第一个是慎重处理夫妻忠诚协议纠纷,现在忠诚协议在中国越来越多了,忠诚协议引起的纠纷也越来越多,这应该是属于人身关系实务中的一个热点。第二个是夫妻生育权冲突问题,女方没有经过丈夫同意做人工流产,丈夫一怒之下就把妻子告到法院,说她侵犯了自己的生育权,要求侵权损害赔偿,这是生育权纠纷,现在也比较多。第三个是关于亲子鉴定的问题,现在很多医院都掌握这个技术,可以作亲子鉴定。现在亲子鉴定的门槛是非常低的,很多人用亲子鉴定达到自己各种各样的目的,亲子鉴定到底应该在什么情况下启动,亲子鉴定的结论作为一种证据在亲子关系案件中如何运用,如何适用,都是非常重要的问题,也是实务中案子比较多的。第四个是婚姻登记瑕疵,婚姻登记程序方面的瑕疵所带来一些棘手的案子现在也比较多。结婚登记方面的瑕疵,包括离婚登记问题还有虚假离婚等,为了买房虚假离婚,像这样的婚姻登记可能存在重大瑕疵,也可能是轻微违法,这些案子在实务中怎么处理,这几个问题在司法解释

三中都有体现。司法解释三征求意见稿在网上引起热议,反对意见不少。当然争议最大的是财产关系。今天,我们主要讨论的是人身关系问题。

我尽可能从实务的角度来给大家分析这四个问题,婚姻家庭人身关系这四个方面矛盾冲突,在实务中怎么应对,我们应该怎么思考和分析这些问题,采取怎样的应对策略,以及这种应对策略如何与司法解释三衔接等。

一、关于忠诚协议纠纷的处理问题

(一) 忠诚协议的性质之争

忠诚协议纠纷在司法解释三较早的草案中有相关内容。夫妻一方以婚前和婚后双方所签订的相互忠诚,违反予以赔偿的财产性协议主张权利的,人民法院不予受理,已经受理的裁定驳回起诉。另一种意见是删除该条,现在征求意见稿中就删除了这一条,我是主张删除这一条的。因为如果法院坚决不予受理,就会使所有忠诚协议,不管是哪一种类型的,不管该不该受理都被法院拒之门外了。如果不写这一条,就可以由法院自行决定是否受理。这样法院就可以发挥更多能动性,自由裁量的操作空间也会比较大。不能把所有类型的忠诚协议纠纷一概拒之门外,有一些是应该承认效力的,应该受理并且应该支持,有一些不应该支持,那么这样就比较灵活一点了。所以现在最高人民法院也听取了这个意见。

我们来看看忠诚协议纠纷到底哪些应该是受理的,哪些是应该给予支持的,哪些是不能给予支持的,我们根据内容把忠诚协议做了一些分类。第一种类型是以变更人身权利义务为违约责任的夫妻忠诚协议。比如,约定如果一方违背忠诚义务,则过错方无条件放弃离婚自由权,或者放弃对子女抚养权和探望权。它是把变更人身关系权利义务作为违约责任的。这种类型对于人身关系权利义务通过契约的方式重新进行安排,恐怕就不能够支持它。因为人身关系的权利义务应该是法定的,不能够通过当事人自由约定。第二种类型就是把变更财产权利义务作为违约责任的夫妻忠诚协议。比如,约定夫妻之间应该彼此忠诚,如果一方有外遇,过错方将承担放弃夫妻共同财产权这样的违约责任,离婚时就要放弃对共同财产分割的权利。对财产关系进行处分或者是承诺给无过错方一定的赔偿,支付违约金、赔偿金等。比如,北京海淀区人民法院前两年曾判过这样的案子,因为双方签了忠诚协议,最后按照忠诚协议来履行,男方赔了女方101万元赔偿金,这是一种比较典型的夫妻忠诚协议。第三种类型是既变更人身关系,又将财产权利义务作为违约责任,是一个混合型协议。比如,再婚的汪某和周某通过网络相识,办婚礼时签订一份婚姻协议书,约定婚后一定要相敬相爱,彼此忠诚,白头偕老,谁也不许提出离婚。如果一方提出离婚则净身出户,如果女方提出离婚则放弃分

割男方所有房产的权利。如果男方提出离婚,则将其婚前一处房产归女方所有。谁也不许提出离婚,这是对离婚自由的限制,对人身关系权利义务的限制,放弃房产、净身出户这都是对财产权利义务的处分。既涉及人身权利义务又涉及财产权利义务,这个忠诚协议违约责任内容比较丰富。

我们来分析一下到底什么样的忠诚协议应该支持。根本问题是夫妻之间有没有忠实义务,并且这个忠实义务的违反能不能通过签订夫妻协议设定违约责任。我认为,夫妻忠实义务本质上来说是一种道德义务,不是法定义务,也就不是法律义务。《婚姻法》第4条是关于夫妻应当互相忠实的规定,该条在婚姻法篇章结构中属于基本原则。对于夫妻忠实内容的展开,婚姻法是放在总则中的,而且条文的表述也是使用倡导性的语言。

2001年婚姻法修订对于夫妻有没有忠实义务,忠实义务要不要写在夫妻权利义务这一部分,违反忠实义务要不要进行惩罚等有过激烈的讨论。当时讨论最激烈的是第三者插足要不要惩罚的问题。从当时的立法背景来看,学界、司法实务界以及立法机关最后的倾向性意见是不把忠实义务放在夫妻权利义务中,不作为一种法定义务。所以,人大法工委在条文表述上,这个倾向性非常明显,就是放在婚姻法总则中,夫妻应当互相重视,是一个提倡性、道德宣言性的规定。这是非常明显的。没有放在夫妻权利义务这一部分中,就更不会规定违反忠实义务的法律后果。所以很明显这是一个道德义务,不是一个法律义务,所以该条是不可诉条款,我们仅根据《婚姻法》第4条向法院起诉,法院是不受理的,必须有具体的法律条文依据法院才会受理,如根据《婚姻法》第46条要求离婚损害赔偿。

法律和道德是两种既相分离又相关联的社会控制力量。任何人的行为只有涉及他人那一部分才需对社会负责,仅涉及本人那一部分在权利上是绝对的,不道德的行为并不一定就应当为法律所禁止。以前,法律禁止通奸,禁止同性恋,现在各国的法律基本也不禁止通奸了,过去很多国家刑法中都有通奸罪的,现在只有个别国家还保留通奸罪,那是非常保守落后的立法。因为禁止通奸、禁止同性恋对社会的利益微乎其微,如果损害了个人自由,这是得不偿失的。对性行为进行一定程度的法律上的约束,这几乎是所有文明社会存在所必需的,但是法律不能也不应该禁止一切不合道德的性行为。比如,现在各国的法律几乎无一例外禁止违背本人意愿强奸行为,但是对于成年人自愿进行的性行为却并非一概禁止,这不仅是因为前者违背了当事人意志,具有更大的社会危害性,而后者当事人自愿对他人没有危害性,或者是危害甚小。而且在更深层次上涉及法律的程度以及对个人自由权力的保护问题。这涉及法律与道德的界限问题,大家可以去找一下当时2001年婚姻法修订前后关于这个问题的讨论文章。大家的倾向性意见也认

为忠实义务是一种道德义务。

夫妻之间应当不应当履行忠实义务呢？绝大多数人都有这样的道德观念，都有这样的道德坚守，认为夫妻之间是应该互相忠实的，这是一个夫妻关系的应有之义，是夫妻关系的基本要义，这是没有争议的大家都承认。但是对于违反忠实义务，与他人通奸的，或有外遇等不道德行为是不是都要用法律惩罚呢？这恐怕分歧就很大了，不易达成共识。一般认为，夫妻之间应该互相忠实这是一个基本道德准则。但是一旦违反，是不是都该从法律上进行惩罚，有一些人赞成，但是很多人恐怕不赞成。如果一概用惩罚措施，可能会使少数人道德捆绑多数人道德，少数人的信仰去捆绑另一部分人的信仰。大家普遍认为忠实义务是一种道德义务，不能把它设定为一种法定义务，从立法的趋势看中国也不可能有这样的立法趋势。除了法律道德界限问题，还有取证方面的困难，另外还有法不责众方面的顾忌。如果设定为一种法定义务，将会很麻烦，将来法要责众，这样的法律肯定是没有办法推行的，最后会束之高阁，变成一纸空文。

从几个方面考虑夫妻忠实义务都不可能成为法定义务，只是一个道德义务。婚姻法规定夫妻应当互相忠实和尊重，这是一种倡导性的规定，不是强制性义务。但是这种倡导性规定不可能变成一种法定的义务，变成一种强制性义务，但是不能够由当事人自己把它设定为一种契约义务，这又是另外一个问题。法律上把它设定为法定义务，这样一种道德义务可不可以通过夫妻之间签订一个协议，变成协议设定义务呢？我认为是可以的，这就是忠诚协议设定的理论基础。为什么说有一些忠诚协议是应该支持的，应该承认效力呢？因为从理论上说，尽管忠实义务不是法定义务，但是可以把它设定为一种合同义务。通过夫妻之间的协议把它变成契约义务，变成契约义务同时可以设定违约责任。这就是一些忠诚协议受到支持的理论基础。

从《侵权责任法》来看，《侵权责任法》第2条规定了侵害民事权益应当依照本法承担侵权责任，本法所称的民事权益包括生命权、健康权、姓名权、名义权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身财产权益，其中并不包括配偶权。所以如果在婚内主张侵权损害赔偿是没有法律依据的，当事人不能依据侵权责任法去寻求保护，去要求对方承担侵权责任，那能不能够寻求契约法上的保护，把它变成一种合同义务进行自我救济呢？所以说夫妻忠诚协议就是用合同方式设定忠实义务后，通过追究对方的违约责任实现的一种自我救济。

理论上是有基础的，夫妻忠诚协议是一种民事契约性质的协议，虽然《合同法》第2条并不包括身份关系的合同，但是合同法并不禁止身份关系合同。并不

否认合同的本质,是具有合同特点的,虽然不由合同法调整,但是不能因为身份协议不适用合同法就否认它具有合同的本质特点。所以忠诚协议是一种契约,是一种合同。

(二) 忠诚协议效力的考量因素

既然是合同,夫妻双方可以设定权利义务,可以设定违约责任,那么这种合同自由又要受到哪些限制呢?关于夫妻忠诚协议的效力应该考察几个方面的因素。一般要素是考察行为人是否具有相应的行为能力,意思表示是否真实,是否违反法律或者是行政法规。所以无民事行为能力的人或者是限制民事行为能力的人签订的忠诚协议肯定是无效的。违反行政法律禁止性规定的忠诚协议肯定也不能生效,这也是不容置疑的。

例如,有一些忠诚协议涉及变更夫妻之间或父母子女之间权利义务的,离婚后过错方不能看望子女,或不能监护子女,丧失对子女抚养教育的权利,这种约定肯定是违反法律禁止性规定的。因为在法律上,父母子女关系是法定的,当事人不能通过契约改变法律的规定,不能改变父母子女之间权利义务,这是没有自治空间的。夫妻之间某些人身方面的权利义务也不能约定变更,例如,过错方与他人通奸的,或有外遇的,就不能提出离婚,像这样的约定恐怕也是无效的,也是违反法律禁止性规定的。法律规定的婚姻自由不能因约定更改,限制离婚就是限制人身自由,这肯定是违反法律规定的。其他还有,有过错一方丧失对方遗产的继承权,这个恐怕也要考虑的,丧失继承权的事由是由继承法明确规定的,通过夫妻协议创设人身方面的权利义务这都是违法的。

我认为忠诚协议必须符合主体资格限定,就是合法婚姻关系的当事人,如果是未婚同居的恋爱或离婚后又同居的双方都不能够成为忠诚协议的主体。此外,对人身关系的自由处分,如协议约定一方放弃对子女的监护权等都是受到限制的。还有一个限制是任意代理,许多身份、法律行为都必须是本人的意思表示,忠诚协议的签订不得由第三人代理,必须是本人亲自签。另外忠诚协议也不能附条件或者是期限,不能给婚姻附加期限,这些都是忠诚协议应该符合的基本要求。

有些忠诚协议属于可撤销的,刚才我们说都是无效的。比如,一方以欺诈、胁迫手段使对方在违背真实意思的情况下签订协议,因为妻子怀疑丈夫有外遇,就通过到丈夫工作单位找领导或同事,或找公婆告状,强烈要求签订忠诚协议,这种情况在实务中很多。男方往往因为担心影响自己的正常工作、晋升等,担心自己的声誉受到影响,不得已就签订了这样的忠诚协议。我认为这样的忠诚协议是可撤销的。

另外,夫妻忠诚协议有这样的情况,有些人签了忠诚协议会主张处于重大误

解或者显失公平,我认为在夫妻关系中不存在重大误解和显失公平,因为夫妻关系是很特殊的、非常亲密的人身关系。一般财产关系遵循的是等价有偿的原则,那是市场主体的特点。所以,考虑到身份关系的特点,对于一些显失公平、重大误解或乘人之危的情况就不应该作为撤销的理由。

还有一个考量因素是有关忠诚协议很特殊的考量因素,就是公序良俗原则。这是考量忠诚协议效力的重要标准。公序良俗的原则功能有两个,一个是规范功能,另一个是裁判功能,在具体适用到忠诚协议的效力判断上,有这样一些可以考虑的基本内容。有些明显是违反公序良俗的,比如危害家庭关系,还有违反性道德的契约,有些人设定离婚以后要断绝亲子关系,过错一方不能跟孩子来往,这就是违反公序良俗的。还有免除夫妻之间互相抚养的义务,这一类也是有违公序良俗的,会危害家庭婚姻关系。还有一些有违基本性道德的内容也是有违公序良俗的,如夫妻允许配偶进行性交易,如“包二奶”协议,夫妻之间签一个协议允许对方“包二奶”,允许对方有外遇等,这就有违婚姻关系基本性道德的,这一类约定也是有违公序良俗原则的。

有一个发生在四川庐州的案子,丈夫是通过立遗嘱把遗产赠与婚外情人,是通过遗嘱处分实现“包二奶”的,最后案子被认为是违反公序良俗,被法官判决遗嘱无效。情人受遗赠案,这是作为遗嘱无效处理的。假如我们设定另一个情形,假如夫妻之间签了一份协议允许丈夫在外面“包二奶”,允许丈夫把夫妻共同财产赠与情人,这样的夫妻协议内容是有违公序良俗的。所以我觉得这样的协议经过公序良俗原则适用审查后应认定无效。还有一些是侵犯夫妻基本人权的,如人身自由、人格尊严的协议内容也不能生效。现在很多忠诚协议约定每晚12点之前必须回家,不得在外面过夜,夫妻之间谁也不许提出离婚,谁先提出离婚就净身出户,这就限制了对方的自由,侵犯了对方的人格尊严,所以用公序良俗原则考量对照一下,我们发现其实还是有很多忠诚协议的内容是不应该承认其效力的。

另外,还有一些内容也是违反公序良俗的,如侵犯第三人利益的,如侵犯亲子关系,侵犯孩子利益的,或者是侵犯到对方父母的利益。比如,约定如果离婚,所有的财产都归无过错一方,有过错一方净身出户,这样会影响到过错方赡养老人和抚养子女,会影响到第三人的利益,这也是有违公序良俗的。来看一些案例。2005年7月汪某与周某通过网络相识,并于同年9月登记结婚,婚后住在原告父母所有的房屋中。在举行结婚仪式之前双方签订了一份婚姻协议书,约定婚后一定要互相恩爱,白头偕老,谁也不许提出离婚,婚后如果一方提出离婚则净身出户,如果女方提出离婚则放弃处分男方所有房产的权利,如果男方提出离婚,则其

婚前拥有的一处房产归女方所有。2006年4月原告周某向北京市房山区法院起诉要求离婚,双方对于协议中房产的归属发生争议,被告汪某认为双方的婚姻协议书合法有效,既然男方先提出离婚就应该按照协议的内容判决所有夫妻共同财产,以及男方婚前的房产归女方所有。原告周某则认为该协议不具有法律效力,属于情感性宣言,不是真正的夫妻财产契约,不应该承认其效力。法院经审理后认为,原被告之间签订的婚姻协议书虽为双方真实意思表示,但是该协议限制了被告的离婚自由,应属无效。协议书中所约定的房产是男方个人财产,房产仍然归被告所有,其他夫妻共同财产依法分割,这个判决是很妥当的。协议中有一些内容限制了被告的离婚自由,这个内容就无效,协议中约定男方婚前个人财产归女方,那么最后法院认为还是应该归男方,并没有完全承认这个协议的效力。这种判决就比较妥当。

还有以丧失未成年子女监护权、探望权或者直接抚养权为违约责任的忠诚协议。协议约定,如果一方有过错提出离婚,将丧失对未成年子女的监护权、探望权或抚养权,把这个作为违约责任,一般都是女方制约男方的条款。这肯定是不能生效的,因为涉及第三人的利益,涉及亲子关系的权利义务,这一部分是法定的,不能够用夫妻契约设定和变更。

还有以一方丧失夫妻共同财产所有权、个人财产所有权为违约责任的忠诚协议,还有一类是以过错方支付赔偿金为违约责任的赔偿协议,这两类都是非常常见的。但是有一些是以离婚为前提的,有一些不以离婚为前提。讲一个案子,曾某与前妻离婚后在常州创业,1999年通过征婚与同事贾某(离异)相识并登记结婚,因为双方均为再婚,为了慎重起见,2000年6月夫妻经过友好协商签订了一份忠诚协议,协议约定双方要互敬互爱,还特别强调了违约责任。一方在婚姻期内由于道德品质问题出现了背叛另一方的不道德行为,婚外情要赔偿对方名誉损失和精神损失费30万元。这个案子就是在上海出现的中国首例忠诚协议纠纷案。2011年8月,贾某发现曾某和一个年轻女人有婚外情,最后导致婚姻关系破裂。曾某向法院提出离婚诉讼,同时贾某以违反忠诚协议为由提出反诉,要求法院判令曾某支付违约金30万元。上海法院支持了贾某的反诉请求,判决离婚同时判令曾某向贾某支付30万元人民币。曾某不服,向上海一中院提出上诉,不久后又撤诉。上诉期间双方达成支付25万元违约金的调解协议。

上海市高院在司法解释三起草之前若干年就制订了审判工作指导文件,支持这一类忠诚协议效力。但是有一些城市是不支持的,如安徽就不支持,江西也不支持。当时法院一审判决的理由是,其一,《婚姻法》第4条明确规定夫妻负有忠诚义务,违约赔偿的忠诚协议是对婚姻法中抽象的夫妻忠实责任的具体化,完全

符合婚姻法的原则和精神,所以应该而且能够得到法律支持。其二,夫妻忠诚协议的内容没有违反法律禁止性规定,也不损害他人和社会公共利益。双方在协议中体现了各自的真实意思,并且在平等自愿的前提下签订,法律就应该认可它,它符合民事法律行为的构成要件。其三,婚姻法允许夫妻双方自行约定财产的处理方式,拥有对财产处理权。其四,婚姻法也规定如果因重婚或者有配偶者与他人非法同居等过错导致离婚有权请求损害赔偿。

这里有一个问题,虽然《婚姻法》第46条规定了离婚损害赔偿,所以夫妻以忠诚协议设定离婚损害赔偿是可以的。但是恰恰就有很多人反对,认为过错方支付一定数额的赔偿金作为违约责任是不妥当的。如果离婚损害赔偿是法定的,那就应该符合侵权损害赔偿的基本要件。损一赔一,损十赔十,这个损害没有发生之前夫妻之间通过契约约定赔偿额,就和损害赔偿的基本原理相违背,所以有一些人反对,认为事先设定赔偿金是没有根据的。但是,我们应该考虑什么问题呢?《婚姻法》第46条设定几种离婚损害赔偿的情形,因为一方重婚,或有配偶者与他人同居,虐待、遗弃、赌博恶习,以及家庭暴力几种过错导致离婚的,无过错一方可以要求过错方进行离婚损害赔偿,这是法定情形。《婚姻法》第46条设定的几个情形并没有覆盖到夫妻关系当中的更多过错。法条只是针对一些严重的过错,而且它有一个前提是一定要以离婚为前提,必须是在离婚时才能提出离婚损害赔偿,如果不离婚就不能提出损害赔偿。这样就限制了《婚姻法》第46条的适用范围,也限制了离婚损害赔偿制度社会效果的发挥。法院在处理所有侵权赔偿案件时,对于赔偿额度的确定标准也是很模糊的。这是我们实务中遇到的非常大的困难,这也是侵权责任法在实施当中非常棘手的问题。这就和夫妻忠诚协议到底能否预先设定赔偿金有关。既然《婚姻法》第46条适用范围有限,它的基本精神又实际上允许离婚损害赔偿,它的社会效果发挥又受到婚姻制度很多制约,在实务中侵权损害赔偿的赔偿额的决定标准又比较模糊,那么为什么不能由当事人自己来协商确定呢?而这种协商可以不可以基于夫妻之间这种特殊的亲密关系,在夫妻忠诚协议中,或者夫妻财产协议中来进行协商,这样的协商赔偿额度是不是比将来法官判决的赔偿额度更能使双方满意呢?因为这是平等民事主体双方经过谈判、协商确定的,是双方自愿的,比法官硬性判决更加符合当事人自己的意愿,更加有履行的可能性。

这样的预先设定赔偿额度的忠诚协议是应该给予支持的,但是预先设定一方完全丧失财产权利,这样实际上也会限制对方人身自由,或涉及第三人利益,恐怕也是有违公序良俗的,还是要具体案件具体分析。忠诚协议是否有效,是全部生效还是部分生效,要考量民事法律行为的基本要件,还要考量公序良俗原则,以及