

## “身份关系协议”准用《民法典》合同编的体系化释论

冉克平\*

**摘要:**《民法典》第464条第2款的准用条款系沟通家庭法与合同法、伦理秩序与交易体系的桥梁,是受立法者指引和授权的高度概括的价值评价条款,本质上仍然属于法律解释范畴,有赖于法教义学的具体化和类型化。意思自治原则适用领域的扩大与婚姻家庭编的内在价值秩序共同为身份关系协议准用合同编乃至总则编提供了价值基础。身份关系协议可以被类型化为纯粹身份关系协议、身份财产混合协议以及身份财产关联协议,三者的伦理性渐次减弱而财产性趋强。法官在个案中既要依据婚姻、收养和监护等身份关系协议的事实构成和性质来评价和发掘合同编和总则编之中被援引法条的规范意旨,还要论证该规范意旨与婚姻家庭编的原则以及待决身份关系协议的伦理属性不相排斥,避免“参照适用”条款沦为交易规则过度市场化、工具化身份关系协议和“反噬”家庭法的通道。

**关键词:** 合同编; 身份关系协议; 婚姻家庭编; 参照适用; 伦理性; 体系化

### 一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)实现了家事法向民法典的回归,改变了长期以来我国《婚姻法》《收养法》各自独立发展的状态。<sup>①</sup>《民法典》以市场经济秩序与家庭生活世界为规范对象,其所包含的众多法条以不同的方式相互关涉,彼此交织,发生共同作用,从而形成一个体系化的规范整体。<sup>②</sup>《民法典》体系化的重要表现即“参照适用”条款。“参照适用”又被称为准用,旨在联结不同分编之间的法律规范的适用,对类似的法律问题适用相同的法律规范,可以补充制度和规范的缺漏并实现科学精简的结构,增强

\* 武汉大学法学院教授、博士生导师。

① 参见李拥军《民法典时代的婚姻家庭立法的突破与局限》,《法制与社会发展》2020年第4期,第133页;巫若枝《三十年来中国婚姻法“回归民法”的反思——兼论保持与发展婚姻法独立部门法传统》,《法制与社会发展》2009年第4期,第67页。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第336页。

民法典内部的体系化结合。<sup>③</sup>

《民法典》第464条第2款系关于婚姻、收养和监护等身份关系协议参照适用合同编的原则性规定。<sup>④</sup>学理上通常认为,《合同法》第2条第2款指明,该法主要调整财产关系,婚姻、收养和监护等身份关系协议被排除在外。<sup>⑤</sup>《民法典》第464条第2款在文义和价值取向上明显修改了《合同法》第2条第2款的规定,使身份关系协议在婚姻家庭编没有对其作出规定的情况下可以根据其性质参照适用合同编之规定。依据合同编第508条,身份关系协议的效力又可以进一步转致总则编的法律行为规范。《民法典》第464条第2款实质上成为架构婚姻家庭编与合同编乃至总则编的重要桥梁。

《民法典》婚姻家庭编与合同编存在价值理念与体系结构上的差异,两者必然产生碰撞。<sup>⑥</sup>前者呈现出浓厚的道德伦理属性,包含保护家庭弱者权益、维护家庭稳定的特殊原则,并带有一定程度的社会保障和社会公共利益的色彩。<sup>⑦</sup>后者调整的是基于平等、自愿等原则而发生的交易关系,具有强烈的工具理性,性质上为交易法。<sup>⑧</sup>如果说合同编形成的是法学内的实证体系,那么家庭法导向的则是法学外的、经验主义的实证体系。<sup>⑨</sup>在《民法典》实施的背景下,如何使婚姻家庭制度既融入法典的外在体系,又贯彻法典的内在价值,对于长期独立发展的婚姻法而言,是全新的挑战。

身份关系协议是意思自治原则在婚姻家庭法领域的具体表达。现代社会中的身份关系协议形式多样,如夫妻忠诚协议、离婚财产分割协议等。通过“参照适用”条款发挥《民法典》的体系化效益,回应日益变迁的经济和社会发展需要,显得尤为重要。《民法典》第464条第2款的体系化阐释,既要充分发挥准用条款为身份关系协议提供规范供给的功能,也要避免以工具理性为核心的合同编危害植根于家庭伦理的身份共同体价值。笔者拟分析身份关系协议准用合同编的价值基础及界限,并从身份关系协议的类型出发,阐释身份关系协议参照适用合同编以及总则编的具体规则,希冀为相关法教义学的构造略尽绵薄之力。

## 二、《民法典》第464条的法律性质与方法论意义

### (一)《民法典》第464条“参照适用”的法律性质

“参照适用”条款所针对的是拟处理的案型与被援引的法条所规范的案型。鉴于这两种案型在抽象的法律事实上虽不相同但类似,立法者基于平等原则,对它们作出“相应的适用”,以保障实现法律评价体系的无矛盾性。<sup>⑩</sup>《民法典》第464条第2款规定的“参照适

<sup>③</sup> 参见薛军《中国民法典编纂:观念、愿景与思路》,《中国法学》2015年第4期,第41页。

<sup>④</sup> 参见黄薇主编《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第15页。

<sup>⑤</sup> 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2009年版,第4页。

<sup>⑥</sup> 参见谢鸿飞《民法典的外部体系效益及其扩张》,《环球法律评论》2018年第2期,第34页。

<sup>⑦</sup> 参见肖新喜《论民法典婚姻家庭编的社会化》,《中国法学》2019年第3期,第111页;黄文艺《民法典与社会治理现代化》,《法制与社会发展》2020年第5期,第26页。

<sup>⑧</sup> 参见[美]E·艾伦·范斯沃思《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2011年版,第22页。

<sup>⑨</sup> 参见刘征峰《家庭法与民法知识谱系的分立》,《法学研究》2017年第4期,第59页。

<sup>⑩</sup> 参见[德]卡尔·恩吉斯《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第143页。

用”条款表明，法官可以将并不属于交易关系的身份关系协议参照适用实质上系交易规则的合同编条款。该“参照适用”条款与被法官援引的合同编乃至总则编之规范共同构成对具体的身份关系协议产生法律拘束力的依据，属于待决争议案件的源规范。<sup>①</sup>“参照适用”条款属于指示参照性法条，后者包括指示适用法条、法律上的拟制条款与参照适用条款三种类型，它们均有助于梳理法条、规范乃至篇章元素之间的体系关联，使之呈现出清晰可辨的意义脉络。

《民法典》第464条第2款这一“参照适用”条款所拟处理的案型与被援引法条所规范的案型只是相似而非相同，两者存在大同中的小异，此点与指示适用性规范应适用于完全相同之案型不同。基于此小异，可能需要先对被援引法条的法律效果作出必要的限制或修正，而后再适用于拟处理的案型。<sup>②</sup>如果拟处理的案型与被援引的法条所规范的案型高度相似，则属于法律评价相同的限定参照；反之，如果拟处理的案型与被援引的法条所规范的案型之间的差异具有法律意义，则法官仍需进行二次探寻，寻找妥当的法律效果，这属于法律效果应当适当修正的概括参照。在特定案例中，“参照适用”条款究竟属于限定参照，还是属于概括参照，应对其进行价值判断，尤其是要考察所涉及法条的规范意旨，从而作出与被援引法条的法律效果相同或者相似的结论。<sup>③</sup>即使在限定参照的情形下，参照适用与指示适用也仍然采用两种完全不同的思维过程。前者系将拟处理的案型涵摄入被援引的法条规范而直接适用的结果，法律适用的确定性较高，而后者是对拟处理的案型与被援引的法条所规范的案型进行类比评价的结果。

依据《民法典》第464条第2款，身份关系协议的法律适用包括规范解释、类似性判断以及价值评判三个过程。对身份关系协议的认定属于法律解释的范畴，但是身份关系协议的类型具有开放性，不同类型之间具有较大的异质性，这无疑会增加待决案件的类型判断以及相应的参照适用。对身份关系协议与被参照适用的合同编乃至总则编的法律行为规范的类似性判断，不仅是按照形式思维进行的逻辑操作，更是围绕身份关系协议的性质建立在《民法典》合同编和婚姻家庭编基础上的价值评价过程，包括积极确定与消极确定两个方面。一方面，法官应当依据待决身份关系协议的性质引入并发掘具体被援引法条的规范意旨和价值基础，从而建构法律适用的大前提。为了认识法定事实构成中哪些要素对于法定评价具有重要性以及为什么具有意义，必须回到被援引法条的规范意旨及基本思想之上。<sup>④</sup>另一方面，被援引法条的规范意旨和价值基础与婚姻家庭编的原则以及待决身份关系协议的本质不应相互排斥。通过对被援引法条的规范意旨的考量，可以限制法官在进行类似性认定时作出较为任意的判断。<sup>⑤</sup>因此，参照适用兼具归纳和演绎两种方法：从身份关系协议出发，寻求被援引的合同编的相关法条，并从该法条反思性地获取规范的目的、根据和理由，而且被援引法条的规范意旨不应被其他应然判断（如其他法律原则、层级更高的法律规范等）所排除或推

<sup>①</sup> 参见易军 《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，《法学研究》2016年第1期，第98页。

<sup>②</sup> 参见黄茂荣 《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第174页。

<sup>③</sup> 参见[德]齐佩利乌斯 《法学方法论》，金振豹译，商务印书馆2009年版，第49页。

<sup>④</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨 《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第480页。

<sup>⑤</sup> See William Sacksteder, "The Logic of Analogy", *Philosophy and Rhetoric*, Vol. 7, No. 4 (1974), p. 236.

翻,在此基础上,合同编的相关法条被演绎地适用于婚姻家庭编未调整的身份关系协议。<sup>①⑥</sup>

通常,“参照适用”条款所援引的对象是法条的法律效果,典型如《民法典》第174条。然而,对于“参照适用”条款是否包括完全规范的构成要件,理论上认识不一。有学者认为,“参照适用”仅限于参引被援引规范的法律效果,那些认为参照适用的对象既包含构成要件又包含法律后果的观点,值得商榷。<sup>①⑦</sup>对此,应当结合参照适用的具体对象作出分析。如果被援引的法条具有明确的指向,则参引对象系该法条的法律效果。相反,如果“参照适用”条款对所援引的对象仅作了概括性的指引(如《民法典》第646条),并没有明确指出可以直接参照的法律规范,那么,法官需要将目光在待决案型与可能被援引范围内的法条之间反复流转,才能决定是否参照适用。<sup>①⑧</sup>在这一过程中,参照适用所援引的对象究竟只限于法律效果,还是兼及构成要件,属于带有价值判断的法律解释问题,不能由法条的外在形式完全厘清。<sup>①⑨</sup>被援引规范的抽象化程度越高,立法赋予法官的自由裁量幅度就越高,反之亦然。被援引的规范究竟是关涉价值的规则,还是仅涉及技术的规则,对于参照适用亦非常重要。例如,对基于重大误解而成立的婚姻,是否可以参照总则编的重大误解规则予以撤销,这关涉价值规则的参照适用,而撤销权行使方式的参照适用则关涉技术规则,对前者的判断无疑比对后者的判断复杂得多。

《民法典》第464条第2款规定的身份关系协议所援引的法条涵盖整个合同编乃至总则编中的法律行为效力制度。该条款既未指明身份关系协议应参引合同编或者总则编中的哪一具体规范,也未明示如何援引合同编或者总则编的规范来处理有关身份关系协议的案型。由于援引的对象不仅包括法条的法律效果,还包括构成要件,所以,这一条款属于高度概括的参照适用条款。即使确定待决案件属于与身份关系协议相关的案件,但由于被参照适用的法律规范过于抽象概括,而且数量过多,所以,这无疑极大地增添了参照适用的难度,亦不利于有效监督法律实施活动。

## (二)《民法典》第464条第2款的方法论意义

《民法典》第464条第2款采用的是“可以……参照适用”的表达,类似于授权性规范。如果立法上欠缺“参照适用”条款(如《合同法》第2条第2款),那么,尽管法官可以在个案中自行采用类推适用合同法的方式解决身份关系协议案件,但这与《民法典》第464条明文规定的“参照适用”具有极大的差异。具体而言,如果没有立法上的参照指引,则学说与判例完全可能采用反对解释,认为《合同法》第2条第2款属于立法者有意的沉默,不得将身份关系协议适用于合同法。<sup>②⑩</sup>《民法典》第464条设置“参照适用”条款,蕴含着身份关系协议可以类推适用合同编的价值取向,法官必须在“参照适用”条款的指引下,尝试将身份关系协议类推适用合同编的规定。<sup>②⑪</sup>因此,一旦学说与判例针对该条逐渐形成稳定的法教义学及案例类型,则法官的自由裁量权仅体现在“如何将身份关系协议参照适用合同编乃

<sup>①⑥</sup> 参见纪海龙《法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例》,《法律科学》2014年第4期,第81页。

<sup>①⑦</sup> 参见张弓长《〈民法典〉中的“参照适用”》,《清华法学》2020年第4期,第110页。

<sup>①⑧</sup> 参见刘风景《准用性法条设置的理据与方法》,《法商研究》2015年第5期,第110页。

<sup>①⑨</sup> 参见黄茂荣《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第189页。

<sup>②⑩</sup> 参见崔建远《合同法总论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第1页。

<sup>②⑪</sup> 参见朱广新、谢鸿飞主编《民法典评注·合同编》,中国法制出版社2020年版,第14-15页。

至总则编的规范”上。

参照适用与类推适用的思维过程极为相似。在方法论上，类推适用系填补立法者因未能预见而无意形成的法律漏洞的主要方式。制定法漏洞所描述的是实在法违反计划的不完整性状态。<sup>②</sup> 依据法律漏洞是否源于立法者有意识地忽视或遗漏了某一特殊的利益状态，其可分为无意的漏洞与有意的漏洞。针对有意的漏洞，法院被立法机关有意识地赋予按照现行法解决待决案件的自由裁量权，如概括条款和参照适用条款被认为属于“授权漏洞”。<sup>③</sup> 此时，法律并未提供直接可供适用的答案，而是需要法官作进一步的澄清、价值评判和具体化，因而有意的漏洞又被称为“法内漏洞”。<sup>④</sup> 《民法典》第464条第2款的“参照适用”条款表明，立法者承认关于身份关系协议的规范体系存在漏洞，有完整地调整婚姻家庭编未能规定的待决案型的意图，属于“有意的漏洞”，或称“法内漏洞”。然而，“参照适用”条款究竟是属于法律解释的范畴，还是属于法律漏洞的填补方式，理论上认识不一。有学者认为，参照适用属于由立法者授权的类推适用，而类推适用具有造法功能，因此，法官运用参照适用的裁判活动已超越法律解释的阶段，进入了法律内的法的续造的范畴。<sup>⑤</sup> 相反观点则认为，类推适用的前提是存在法律漏洞，而参照适用并非法律漏洞的填补方法。<sup>⑥</sup> 对待决案件而言，立法者通过参照适用，已经有意识地填补了法律漏洞，法律漏洞不再存在，因而参照适用不属于授权式类推适用，而属于介乎法律解释和法律续造之间的特殊的法律适用方法。<sup>⑦</sup>

法律适用通常包含法律解释、制定法内的法律续造以及制定法外的法律续造三个阶层，相比于法律解释，法官对制定法进行漏洞填补的合法性门槛更高，论证负担更重。<sup>⑧</sup> “参照适用”条款与概括条款均是立法者基于公平正义的价值目标，授权法官解决无限社会生活与有限法律规定之间矛盾的方式。如前所述，如果“参照适用”条款所援引的条款具体而明确，则“参照适用”条款属于法律解释的范畴；反之，如果“参照适用”条款所援引的对象抽象且模糊，则“参照适用”条款与概括条款具有相似性，且被参引的对象愈是抽象，两者愈是相似。因此，“参照适用”条款与概括条款非常接近制定法漏洞。通常认为，对概括条款的具体化仍然属于法律解释的范畴。概括条款在个案中的具体含义需要法官在学说的帮助下加以确定，这一条款可以直接作为法官的裁判工具。立法者委托法官在学说的帮助下确定概括条款在个案中的具体含义，因此概括条款可以直接成为法官的裁判工具。<sup>⑨</sup> 例如，对于公序良俗和诚实信用条款，司法的作用常常不过是一步步地对有关法律用词的涵义空间加以明确。<sup>⑩</sup> “参照适用”条款有异于概括条款之处在于，“参照适用”条款受制于规范目的的约束，而不是从外部把某种东西添加给法律规范。既然概括条款不属于漏洞填补的方式，则

<sup>②</sup> Vgl. Canaris, Die von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., 1983, S. 33.

<sup>③</sup> 参见 [奥] 恩斯特·A. 克莱默 《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第161页。

<sup>④</sup> Vgl. Rütters, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 6. Aufl., 2011, S. 503.

<sup>⑤</sup> 参见易军 《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，《法学研究》2016年第1期，第92页。

<sup>⑥</sup> 参见王利明 《法律解释学导论：以民法为视角》，法律出版社2009年版，第503页。

<sup>⑦</sup> 参见张弓长 《〈民法典〉中的“参照适用”》，《清华法学》2020年第4期，第110页。

<sup>⑧</sup> 参见 [德] 齐佩利乌斯 《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第102页。

<sup>⑨</sup> 参见于飞 《民法基本原则：理论反思与法典表达》，《法学研究》2016年第3期，第92页。

<sup>⑩</sup> 参见易军 《民法基本原则的意义脉络》，《法学研究》2018年第6期，第55页。

“参照适用”条款亦应如此。“法内漏洞”的概念已经受到批判，如果立法者有意设置一个假定的漏洞并通过指引来实现规制，则法的续造就不被允许。<sup>③①</sup> 即使将此类情形称为“漏洞”，进而予以漏洞补充，也不具有意义，因为法律虽未提供直接可供适用的答案，但是法官可以依据“参照适用”条款的指引，探求表述模糊的规范的确切内涵，这实为法律解释的问题。<sup>③②</sup>

从立法权与司法权的关系出发，我国的审判实务一直秉持“以事实为依据，以法律为准绳”的裁判原则，法官通常只能探求立法者的意图并在其意图范围内进行解释<sup>③③</sup> 很少能够对法律条文进行自由的、超越制定法的漏洞填补。在遇到疑难案件时，我国司法实践多年来已形成征求最高人民法院的权威意见的路径依赖。<sup>③④</sup> 依据依法裁判原则，法官作出的判决必须生成于既有法律规范，法官大多会承认自己对法律作出了“解释”，而很少承认自己对法律漏洞进行了补充。<sup>③⑤</sup> 在我国的法律语境之下，“参照适用”条款属于法律明文规定的裁判依据，未被定义为制定法漏洞。例如，2018年最高人民法院发布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》之第7条规定，“民事案件没有明确的法律规定作为裁判直接依据的，法官应当首先寻找最相类似的法律规定作出裁判”。因此，身份关系协议在形式上受到《民法典》第464条第2款“参照适用”条款的指引，其在本质上是一个法官受到立法者指引和概括授权的价值评价条款，并未偏离立法者的意志，仍然属于法律解释的范畴。鉴于立法者有意放弃对身份关系协议之法律适用的精细化构造，这一概括授权方式为司法机关依据身份关系协议的性质处理有关案件预留了较为广泛的价值判断空间，法官应当肩负明晰“参照适用”条款的构成要件与法律效果的任务，并通过对被参引规范与待决案件之间的类比，借助判例、学说，引导身份关系协议及其参照适用的类型化和具体化，从而为相关疑难案件的解决提供法律依据。

### 三、依据身份关系协议的“性质”准用合同编的判断

#### (一) 对身份关系协议准用合同编的积极判断：以历史变迁为视角

《民法典》婚姻家庭编仅有79条。现代社会不断涌现的各类身份关系协议致使家庭法难以提供有效的规范供给，进而形成了“规范不足”或“体系漏洞”的局面。因此，通过“准用”条款连接身份关系协议与合同编就显得尤为必要。身份关系协议能否准用合同编，取决于具体身份关系协议的性质与相关规范所涵摄的事实在重要的评价点上是否一致。事物的本质或性质（*der Sache*）是指，在客观上可以确定的现实事物在逻辑上的结构，对于法规

③① 参见 [德] 约阿希姆·吕克特、拉夫·萨伊内克主编 《民法方法论》，刘志阳等译，法律出版社2020年版，第63页。

③② 参见 [瑞] 贝蒂娜·许莉蔓·高朴、耶尔格·施密特 《瑞士民法：基本原则与人法》，纪海龙译，中国政法大学出版社2015年版，第62页。

③③ 参见赵一单 《依法立法原则的法理阐释——基于法教义学的立场》，《法制与社会发展》2020年第5期，第43页。

③④ 参见姚辉 《民法学方法论研究》，中国人民大学出版社2020年版，第286-287页。

③⑤ 参见曹磊 《法律漏洞补充行为的失范与规制》，《法学论坛》2019年第4期，第71页。

范的解释与补充具有重要意义。<sup>⑩</sup> 法律规范的形成、解释以及补充均必须取向于所规范之事物的性质,如此,才不会使法律因与人类的社会生活关系脱节而成为经济社会生活的障碍。

婚姻、亲子之间个人的、情感的和不容置换的关系包含每个个体的多种角色与利益。<sup>⑪</sup> 无论是婚姻、收养还是监护关系,均立足于自然血缘与超越功利的情感,此类利他的、非计算性的情感表达是精神获得满足的重要来源。身份关系协议的性质植根于相应的身份共同体,深受婚姻家庭伦理秩序的制约。家庭法上的人伦秩序并不是一种事实状态,它具有规范性,是确定受婚姻家庭编调整之生活关系的决定性因素。<sup>⑫</sup>

19世纪以来,追求理性化与体系化的民法典在内容上涵盖了财产法与家庭法。虽然立法者将民事主体无差别地抽象为“理性人”,然而在个人主义本位之下,“理性人”实质为“经济人”。<sup>⑬</sup> 与财产法相比,家庭法仍然比较保守,体现的是超个人主义的以家长制为主导的自然伦理思想。家庭关系长期以来被认为具有超实证法的特征,并不完全属于法规范。<sup>⑭</sup> 在我国传统观念中,婚姻从未被视为契约,而是被认为属于姻缘,由外在的命定、般配以及说媒等因素所塑造。<sup>⑮</sup> 然而,自20世纪中叶之后,家庭法开始经历重大变革,成为民法典内部变革最为活跃的部分之一。

第一,市场关系已经由经济领域侵入婚姻家庭领域,这使后者深受工具理性影响。随着人权哲学的兴起,宪法上的基本权利所形成的客观价值秩序逐渐取代了自然伦理秩序,构成家庭法的新的价值基础。<sup>⑯</sup> 由于社会伦理观念趋于开放,财产法的工具理性逐渐渗透到家庭内部,市场关系已经由经济领域扩展到整个生活世界,工具理性已经堪称民法的一般品性。<sup>⑰</sup> 自改革开放以来,在工业化和城市化的浪潮下,重视权利和自我实现的个人主义迅速在我国兴起。婚姻、收养和监护关系虽然包含家庭成员之间的情感表达,但是当事人之间若是有意识地以“协议”来构建身份关系,则属于“价值理性”的理想类型。<sup>⑱</sup> 合同编调整的交易关系属于工具理性的理想类型,身份关系协议则可被视为身份关系在一定程度上的工具理性化。

第二,由于个人主义和契约思想的扩张,家庭内部的自治倾向越来越显著。随着市场化进程的深入,超个人主义的传统家庭观念和职能都备受冲击,开始出现家庭契约化趋势。<sup>⑲</sup> 契约的概念在现代婚姻法中已经从单纯的婚姻缔结扩展到婚姻生活的内容、婚姻的终止等各

<sup>⑩</sup> 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第250页。

<sup>⑪</sup> 参见[美]戴维·波普诺《社会学》,李强等译,中国人民大学出版社2017年版,第195页。

<sup>⑫</sup> 参见徐涤宇《婚姻家庭法的入典再造:理念与细节》,《中国法律评论》2019年第1期,第111-112页。

<sup>⑬</sup> 参见[日]星野英一《私法中的人——以民法财产法为中心》,载梁慧星主编《民商法论丛》(8),法律出版社1997年版,第178页。

<sup>⑭</sup> 参见[德]萨维尼《当代罗马法体系I》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第265页以下。

<sup>⑮</sup> 参见翟学伟《爱情与姻缘:两种亲密关系的模式比较》,《社会学研究》2017年第2期,第128页。

<sup>⑯</sup> 参见[德]卡纳里斯《基本权利与私法》,曾韬、曹昱晨译,《比较法研究》2015年第1期。

<sup>⑰</sup> 参见易军《私人自治与私法品性》,《法学研究》2012年第3期,第82页。

<sup>⑱</sup> 参见[德]马克斯·韦伯《社会学的基本概念》,顾忠华译,广西师范大学出版社2011年版,第51-54页。

<sup>⑲</sup> 参见谢鸿飞《〈民法典〉制度革新的三个维度:世界、中国和时代》,《法制与社会发展》2020年第4期,第70页;张剑源《家庭本位抑或个体本位?——论当代中国家事法原则的法理重构》,《法制与社会发展》2020年第2期,第139-140页。

个方面，法律对婚姻家庭生活强制的减少与契约之债的扩张互为表里。现代家庭关系中的婚姻是平等的伴侣型婚姻，这种平等的伴侣型婚姻具有夫妻人格独立、个人自治和分工合作等特征。现代家庭法不再像对一个虚构的自然伦理的生活关系的描绘，而是如同一个社团章程。<sup>④⑥</sup> 夫妻双方在选择生活方式并受这种选择约束方面享有了更多的自由。现代家庭法在整体上趋向于长期债之关系，在规范层面，家庭成员间的关系大部分可以化约为债权债务关系。<sup>④⑦</sup>

第三，合同法的新发展为身份关系协议的参照适用提供了范式和基准。其一，关系契约理论为继续性合同提供了适用范式。依据关系契约理论，家庭成员之间属于社会性的交换关系<sup>④⑧</sup>与继续性合同的经济交换关系相似。例如，夫妻可以获得人身与财产两方面的满足，即除了进行经济交换之外，还进行社会性的交换。<sup>④⑨</sup>其二，现代合同法开始接纳“具体人格”，例如消费者、承租人、劳动者等，合同法超越个人自由的目标，致力于实现实质正义。<sup>⑤⑩</sup>在私法领域，合同法、家庭法均出现了相似的“实质化”倾向。其三，当事人之间的通知、协助、保密等附随义务不断增长。合同法不仅为交易关系提供法律准则，还规制当事人之间的信赖保护与协作义务，以协作为中心的附随义务法定化，尤其体现于租赁契约、雇佣契约等具有人身信任性质的持续性债务关系中。这与婚姻、收养和监护等亲密协作关系具有类似性。

概言之，意思自治原则适用领域的扩大以及合同法和家庭法中人与人关系趋近的价值理念，为身份关系协议参照适用合同法创造了可能性，而《民法典》婚姻家庭编的内在价值体系为身份关系协议准用合同编提供了充分的价值基础。婚姻家庭编的价值体系包括男女平等、婚姻自由、保护妇女儿童等弱者合法权益以及新增的“婚姻家庭受国家保护条款”和“树立优良家风条款”，<sup>⑤⑪</sup>它们共同构成了调整婚姻家庭关系的“价值之网”。男女平等、婚姻自由以及家庭自治属于其中的核心价值，是意思自治原则在人身关系领域发挥作用的重要表现。<sup>⑤⑫</sup>由于当事人的地位在实质上的不平等性，因此，法律通过弱者保护原则之上的各种分权制衡策略来更好地实现其调整，以保障被规训者维系自由平等主体的本性。<sup>⑤⑬</sup>“婚姻家庭受国家保护条款”包含的实质正义理念为法官对身份关系协议进行形式审查与法律审查提供了价值基础，有利于妥当平衡家庭法领域个人自治权与弱者获得实质公平之间的冲突。

## （二）身份关系协议准用合同编的消极判断

<sup>④⑥</sup> 参见〔德〕罗尔夫·克尼佩尔《法律与历史》，朱岩译，法律出版社2003年版，第114、192-195页。

<sup>④⑦</sup> 参见刘征峰《论民法教义体系与家庭法的对立与融合：现代家庭法的谱系生成》，法律出版社2018年版，第117页。

<sup>④⑧</sup> 参见黄文艺《民法典与社会治理现代化》，《法制与社会发展》2020年第5期，第30页。

<sup>④⑨</sup> 参见〔美〕麦克尼尔《新社会契约论——关于现代契约关系的探讨》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社1994年版，第7、12-13页。

<sup>⑤⑩</sup> 参见〔德〕弗朗茨·维亚克尔《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》（下），陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第588页。

<sup>⑤⑪</sup> 参见龙翼飞《编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议》，《法制与社会发展》2020年第2期，第46页。

<sup>⑤⑫</sup> 参见孙宪忠《民法典总则编“法律行为”一章学者建议稿的编写说明》，《法学研究》2015年第6期，第57页。

<sup>⑤⑬</sup> 参见汪志刚《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》，《法学研究》2019年第4期，第60页。



合同的各方参与人是为达到典型交易目的而形成的单元,其以利己主义为导向,并确保当事人获得利益期待。以继续性合同为例,双方当事人追求和实现利己的、可计算的、可预测的经济目标,在抽象价值、缔约目的、具体手段和附带结果这四个因素上均表现出高度工具理性的行为。<sup>⑤④</sup> 尽管工具理性的急剧扩张导致人类价值理性的式微,致使身份关系协议在实现缔约目的具体手段的选择和具体结果的锚定上倾向于工具理性,但是在抽象价值与缔约目的上,仍然带有明显的价值理性指向。以婚姻关系为例,男女双方缔结婚姻是为了形成一个利益共享、不分彼此的“家庭共同体”,因而夫妻之间应当彼此忠诚,互相支持。

法官在援引“参照适用”条款时,除那些被规定于既有法规范之中可识别的立法者的价值判断是其实现补充工作的标准之外,尤为重要,应与实在法秩序的全部评价机制保持协调一致。<sup>⑤⑤</sup> 《民法典》设置“树立优良家风条款”,表明我国立法始终视家庭的本质为伦理实体,采取的是团体本位之下的人格独立的价值取向:一方面承认家庭成员的人格独立、意思自主以及夫妻之间的伴侣型关系;另一方面,注重婚姻家庭的团体性价值,以期实现家庭人伦秩序的圆满维持与经营,弘扬传统文化中的善良风俗和家庭美德,而非追求经济利益最大化。<sup>⑤⑥</sup> 《民法典》第464条第2款规定了身份关系协议可参照适用合同编之规定,但不得违背婚姻家庭编特有的价值秩序,具体包括婚姻家庭的团结、对身份的伦理考量、未成年子女的利益最大化等,否则,该“参照适用”条款可能成为通过民法典的体系化以合同编的市场关系“反噬”婚姻家庭编的身份关系的通道。<sup>⑤⑦</sup>

亲属身份关系包括人身性内容与财产性内容两个方面。前者如夫妻之间的同居与忠实义务,后者如夫妻之间的扶养请求权、子女对父母的抚养请求权等。<sup>⑤⑧</sup> 相比于身份关系的经济性内容,人身性权利义务受到法律与伦理更为严格的制约。夫妻之间的同居、忠实等权利义务具有由主体独享、不能转让、无法用金钱衡量的特性,当事人即使违反义务,也不能强制执行,只能由当事人自觉自愿履行。<sup>⑤⑨</sup> 家庭成员之间的扶养权、赡养权、监护权、代理权等属于“他益权”。<sup>⑥⑩</sup> 权利本质的利益论无法合理解释此类“权利”的强制属性,即权利人不得单方面放弃或者转让其权利;权利本质的意志论则无法忽视此类权利并不必然使权利人获益的事实。<sup>⑥⑪</sup> 从婚姻家庭编特有的价值体系和权利属性出发,应将合同编与总则编中的下列规范排除在身份关系协议参照适用的范围之外:

一是合同编中商事色彩鲜明的规范。“商人”具有追逐利润和自私自利的特性,组织性、

<sup>⑤④</sup> 参见纪海龙《比例原则在私法中的普适性及其例证》,《政法论坛》2016年第3期,第96页。

<sup>⑤⑤</sup> 参见[德]约阿希姆·吕克特、拉夫·萨伊内克主编《民法方法论》,刘志阳等译,法律出版社2020年版,第458页。

<sup>⑤⑥</sup> 参见夏吟兰《婚姻家庭编的创新和发展》,《中国法学》2020年第4期,第72页。

<sup>⑤⑦</sup> 在民法典制定过程中,有学者担忧婚姻法回归民法典有可能导致婚姻家庭之伦理性的丧失,因而对此持否定态度。参见巫若枝《三十年来中国婚姻法“回归”民法的反思》,《法制与社会发展》2009年第4期。《欧洲示范民法典草案》第Ⅲ-1:101条规定:在规定的债务的释放范围时,排除对家庭中权利和义务的适用。这种排除至少表明:如果不将家庭排除在法律行为和债的适用范围之外,可能会导致过多的例外。人们对于是否将法律行为和债的普遍性规则适用于家庭领域,分歧过大,很难达成共识。

<sup>⑤⑧</sup> 参见[德]迪特尔·施瓦布《德国家庭法》,王葆荪译,法律出版社2010年版,第76页。

<sup>⑤⑨</sup> 参见[意]阿雷西奥·扎卡利亚《债是法锁——债法要义》,陆青译,法律出版社2017年版,第32-33页。

<sup>⑥⑩</sup> 参见朱广新《论监护人处分被监护人财产的法律效果》,《当代法学》2020年第1期,第23页。

<sup>⑥⑪</sup> 参见彭诚信《现代权利理论研究》,法律出版社2017年版,第112页。

强制性和公法化的特征在精神实质上有异于民法的特征，所以，“商人”与婚姻家庭编中的“伦理人”分别处在民商法体系的两极。《民法典》合同编总则部分的相关规定，例如格式条款规制（第496—499条）、无权代表行为的效力（第504条）、当事人超越经营范围的合同效力（第505条）、提存（第570—574条）、合伙合同、保理合同、仓储保管合同等，因具有鲜明的商业色彩，不得被援引适用于身份关系协议。对于债务人实施的身份行为，如结婚、协议收养或终止收养等，债权人都不能主张代位权和撤销权。<sup>②</sup>

二是合同编、总则编中与婚姻家庭伦理属性相背离的规范。因与身份关系的伦理属性相悖而不能被参照适用的《民法典》总则编、合同编的法条包括：效力待定法律行为（第145条）、显失公平（第151条）、附条件和附期限的法律行为（第158条—160条）、行政审批合同的效力（第502条）、无权代理行为的效力（第503条）、悬赏广告（第499条）、选择之债（第515—516条）、按份之债与连带之债（第517—521条）等。

三是合同权利义务构造与身份权利义务相互排斥的规范。因与身份权利义务相冲突而不能被参照适用的《民法典》合同编的法条包括：合同的转让（第545—556条）、清偿抵充顺序（第560—561条）、抵销（第567—569条）等。

## 四、身份关系协议的规范阐释及其类型分析

### （一）身份关系协议的规范解释

《民法典》第464条第2款列举了婚姻、收养和监护等身份关系协议。身份关系协议的上位概念是身份法律行为与民事法律行为。身份法律行为作为在亲属法领域发生效果的法律行为，包括结婚、调整夫妻财产关系的合同、确认非婚生子女的父子关系等，适用类型法定原则。<sup>③</sup>

关于亲属法上的法律行为的范围，存在三分说与两分说的分歧。日本民法的代表性观点被称为“三分说”，即依据法律行为的效力状态，将亲属法上的法律行为划分为形成的身份行为、支配的身份行为和附随的身份行为三种。形成的身份行为系指直接产生身份关系变动之法律行为，如结婚、收养协议等；支配的身份行为系指基于自己身份而对他人所为之身份法上的支配行为，如亲权人的保护教养、财产管理等行为；附随身份行为系指附随于身份的变动所为之行为，如附随于结婚行为的夫妻财产协议、协议离婚行为中的子女亲权协议等。我国台湾地区“民法”的代表性观点被概括为“两分说”，系根据身份法律行为是否具有财产内容为标准，将其划分为纯粹的身份行为与身份财产行为。前者指直接以发生或丧失身份关系为目的之法律行为，如结婚、协议离婚、对非婚生子女的自愿认领、对婚生子女的否认、收养及协议终止收养等；后者指基于身份关系而发生的以变动财产关系为目的之行为，如夫妻日常家事代理行为、夫妻财产制契约行为、遗产分割协议行为、抛弃继承行为等。<sup>④</sup>

与前述比较法上依据发生法律效果所在领域界定身份法律行为的方式不同，我国民法学

<sup>②</sup> 参见王洪亮《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第142、150页。

<sup>③</sup> 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14页。

<sup>④</sup> 参见陈棋炎《亲属、继承法基本问题》，三民书局1980年版，第124页。

说主要从身份关系或者身份法律效果的角度阐释身份法律行为。具体而言：其一是“纯粹身份关系说”。该说认为，既然身份行为是个人将要进入或脱离某种共同生活关系，以亲属身份之取得与丧失为目的的行为，其就既不包括附有财产内容的身份财产行为，也不包括亲属身份上的支配行为。纯粹的身份行为具体包括结婚行为、协议离婚行为、收养行为、协议终止收养行为以及任意认领行为五类。<sup>⑤</sup>还有学者认为，纯粹身份法律行为包括创设性身份行为（如结婚、收养等）、解消性身份行为（如协议离婚、协议解除收养等）以及变更性身份行为（如签订离婚后或分居后子女抚养协议等）。<sup>⑥</sup>其二是“身份与财产关系交织说”。该说认为，身份法律行为以引发身份关系以及身份关系当事人之间的财产关系的设立、变更或者终止等身份法律效果为目的。除结婚、收养协议之外，离婚协议、夫妻财产约定等均属于典型的能够引发财产法后果的身份法律行为。<sup>⑦</sup>其三是“折中说”。该说认为，所谓“身份关系协议”是指主要以设立、变更或终止身份关系为内容的协议。夫妻财产协议虽然附属于夫妻身份，但主要以财产关系为内容，因此应当被排除在外。然而，遗赠扶养协议主要是为了设立扶养人与被扶养人之间的身份关系，亦属于一种有关身份关系的协议。<sup>⑧</sup>

## （二）“身份关系协议”的涵义及其类型分析

通过对法律行为与身份法律行为进行逻辑演绎，固然有助于明晰身份关系协议的涵义及类型，然而，对形式概念的体系演绎分析具有局限性，它易于忽略婚姻家庭法领域的身份关系协议所包含的特殊价值。身份关系协议的涵义及类型应当结合亲属身份生活的秩序并透过家庭法的内在目的得到分析。

其一，纯粹身份法律行为是自然人以设立或者终止身份法律关系为目的的法律行为，是构建身份生活秩序的基础行为，具有浓厚的人伦道德色彩，例如结婚创设夫妻身份，离婚废止夫妻身份，收养成立亲子关系等。由于自愿认领和否认在性质上属于单方法律行为，离婚协议通常包含财产分割及子女抚养等内容，所以它们均非纯粹的身份关系协议。因此，纯粹身份法律行为仅限于结婚、协议收养以及协议解除收养这三种形成亲属身份的行为类型。婚约是男女双方以结婚为目的而作出的事先约定，由于我国现行法对于婚约“既不提倡也不保护”，即婚约并非契约，而是一种具有道德拘束力的情谊行为，因此，对婚约不得准用《民法典》第495条规定的“预约”规范。婚约解除所涉及的彩礼返还责任和损害赔偿并非婚约的法律效果，而是赠与行为的效果或者一方实施侵权行为的结果。

其二，基于身份关系而发生或解除的与财产相关的协议是以身份关系与财产关系为内容的混合协议。家庭成员均具有各自独立的人格，所以，近亲属之间以自然人为角色缔结的合同（例如借贷、委托合同）应当直接适用《民法典》合同编。然而，如果当事人之间的身份关系和角色对于财产契约的缔结、效力和履行等具有重要影响，那么，基于身份关系而发生或解除的财产契约属于身份关系协议。以离婚协议为例，离婚协议通常包含夫妻的离婚合意、共同财产的分割、共同债务的清偿、子女的抚养等内容，它们均是针对夫妻身份关系解

<sup>⑤</sup> 参见张作华《亲属身份行为基本理论研究》，法律出版社2011年版，第25页。

<sup>⑥</sup> 参见田韶华《民法典编纂中身份行为的体系化建构》，《法学》2018年第5期，第86页。

<sup>⑦</sup> 参见王雷《论身份关系协议对民法典合同编的参照适用》，《法学家》2020年第1期，第33页。

<sup>⑧</sup> 参见朱广新《合同法总则研究》（上册），中国人民大学出版社2018年版，第14页。

除所作出的在人身和财产关系上的安排，形成了一个不可分割的整体。<sup>⑥</sup> 离婚协议实质上是一种以身份关系与财产关系为内容的混合协议。混合协议是只有一个合同关系但具备数个典型合同构成要素的合同形态，其与表现为数个在交易目的上一体、效力上相互依存的合同联立不同。<sup>⑦</sup> 基于身份关系而发生或解除的包含财产内容的协议包括婚内夫妻财产协议、夫妻日常家事代理范围协议、婚内夫妻财产分割或补偿协议、离婚财产分割协议、离婚财产补偿协议以及离婚协议中的给予子女财产协议等。

其三，身份权利行使、义务承担并附带金钱给付义务的协议是平权型家庭成员自由选择生活方式的反映。家庭成员为了圆满地经营或维持婚姻家庭生活，以相互之间的权利享有与义务履行为必要。自然人因婚姻家庭关系而产生的人身权利包括亲权、夫妻之间的身份权利、以其他近亲属关系为基础的亲属权以及探望权等。<sup>⑧</sup> 家庭成员行使纯粹的身份权利，是对既得利益的享有或实现，属于权利的应然内容或者权能，行为人通常并无设立一定法律效果的意图，因此，纯粹身份权利的行使行为自应被视为事实行为，有别于民事法律行为。<sup>⑨</sup> 当夫妻双方不存在明确的合同或可推知的合同时，应当推定当事人无创设法律关系的意图。例如，根据夫妻就家庭分工而作出的约定，通常就不能认定双方存在合同关系，而应认为双方是在履行夫妻间的法定的相互扶助义务或协力义务，除非夫妻之间采纳分别财产制。

然而，近年来，家庭成员之间缔结的以身份权利行使、义务承担为内容并附带金钱给付义务的协议的类型逐渐增多，典型如“夫妻忠诚协议”“夫妻空床费协议”“探望权补偿协议”“抚养费给付协议”等。有学者将“夫妻忠诚协议”“夫妻空床费协议”归入当事人彼此之间不具有受法律约束的意思的道德调整领域或者身份情谊行为，认为不应该赋予这些协议法律约束力。<sup>⑩</sup> 对此类协议持否定态度的学者认为，将夫妻感情、亲情契约化，难免会使亲友间的相互宽容、理解、扶持与帮助金钱化、功利化，进而以财产关系取代伦理关系，使亲友间的关系过度紧张。<sup>⑪</sup> 此类新型的身份关系协议既体现了法律与伦理、家庭与市场、情理与法理、国家与社会的互动，也反映了国家、社会与个人的博弈，其究竟是属于“法外空间”，还是具有法律意义，主要不是法律技术问题，而是价值衡量和选择的问题，映照出国家对社会的治理智慧。<sup>⑫</sup> 家庭成员之间达成的关于身份权行使或义务履行的协议是对家庭身份生活作出的预先安排，双方对损害赔偿计算方式或违约金的约定，是一种旨在使预先安排得以实现的法律手段，实质上是现代社会中平权型家庭的成员在生活方式上选择自由的表达。为增强婚姻家庭生活的透明度和世俗生活的规则化，使婚姻家庭领域的新兴诉求在司法领域得到确认和保护，规避成文法在回应社会现实需求方面的滞后性，我国司法实践应当以

<sup>⑥</sup> 参见陆青 《离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究》，《法学研究》2018年第1期，第97页。

<sup>⑦</sup> 参见陆青 《合同联立问题研究》，《政治与法律》2014年第5期，第94页。

<sup>⑧</sup> 参见陈甦主编 《民法总则评注》（下），法律出版社2017年版，第792页。

<sup>⑨</sup> 参见陈棋炎 《亲属、继承法基本问题》，三民书局1980年版，第123页。

<sup>⑩</sup> 参见余延满 《亲属法原论》，法律出版社2007年版，第13-14页。

<sup>⑪</sup> See H. K. Lucke, "The Intention to Create Legal Relations", *Adelaide Law Review*, Vol. 3, No. 4 (1967-1970), p. 419.

<sup>⑫</sup> 参见谢鸿飞 《论创设法律关系的意图》，《环球法律评论》2012年第3期，第5页。

灵活的方式回应此类对身份关系协议的社会需求。<sup>⑦⑥</sup> 司法判决本质上是一种由社会决定的产物，其目的就在于回应更多的社会需求。<sup>⑦⑦</sup> 《民法典》第 464 条第 2 款规定的“参照适用”条款无疑是司法裁判最为恰当的路径。

其四，监护人与被监护人之间的身份关系能够影响监护协议的参照适用。根据监护的设立方式，除法定监护与指定监护之外，监护还包括遗嘱监护与意定监护。<sup>⑦⑧</sup> 意定监护是指具有完全行为能力的成年人与其近亲属、其他个人或者组织缔结监护合同，将自己的监护事务部分或者全部委托给合同相对人的成年监护制度。意定监护将被监护人自我决定权置于优先的地位，是意思自治原则的具体表现。<sup>⑦⑨</sup> 自 20 世纪中叶以来，由于人权保障思潮的兴起和社会老龄化压力的增大，发达国家的成年监护制度由以他治为主的保护逐渐转为以自治为主的支援或辅助，立法理念从法律父爱主义转向以被监护人的自立与自我决定为中心。<sup>⑧⑩</sup> 当父母、配偶、成年子女及其他近亲属担任意定监护的监护人时，监护人与被监护人之间具有鲜明的伦理色彩，涉及赡养、扶助、保护等人身关系内容，监护人与被监护人的身份关系是构建监护制度的重要基础。近年来兴起的以协助决策为模式的新型成年监护要求最大限度地尊重被监护人的真实意愿，以财产关系为主要内容，而关于人身权利的内容（诸如医疗行为的同意权）则被排除在意定监护协议之外。<sup>⑧⑪</sup> 尽管意定监护协议涉及人身权利保护的内容，但其主要表现出财产属性，伦理属性较弱。而且，监护人未必是被监护人的近亲属，尤其是当社会机构（民政部门、居委会或村委会）担任监护人时，将监护人与被监护人之间的关系看作身份关系，并无任何实质意义。<sup>⑧⑫</sup> 《民法典》第 33 条还规定了协议监护，系指在具有监护资格的人之间达成的确定实际由何人担任监护人的约定。就意定监护协议、委托监护协议以及协议监护协议而言，如果监护人与被监护人之间具有法律上的近亲属身份关系，则它们属于《民法典》第 464 条第 2 款规定的“有关身份关系的协议”，可以参照适用合同编，并应考虑亲属身份关系的固有伦理特征。反之，可以适用与之最为类似的合同类型。

最后，伦理属性是继承编中有关亲属身份关系的财产协议的一个重要特征。继承法上的法律行为通常以被继承人与继承人之间的身份关系、各继承人之间的身份关系为前提，具有鲜明的伦理属性。夫妻共同遗嘱、继承人之间订立的遗产分割协议等属于《民法典》继承编中的“有关身份关系的协议”。遗赠扶养协议是与法定继承、遗嘱继承并列的遗产转移方式，系自然人与继承人以外的组织或个人签订的有偿协议，受遗赠人负有对遗赠人生养死葬的义

<sup>⑦⑥</sup> 参见李拥军 《当代中国法律对亲属的调整：文本与实践的背反及统合》，《法制与社会发展》2017 年第 4 期，第 80 页。

<sup>⑦⑦</sup> See Brian Leiter, “American Legal Realism”, in Martin P. Golding and William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing Ltd, 2005, p. 56.

<sup>⑦⑧</sup> 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 22 条规定，监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。但是该条只是规定了受托人在被监护人侵害他人时的过错责任，并未涉及如何解决监护人与受托人之间的合同权利义务及责任的问题。

<sup>⑦⑨</sup> 参见杨立新 《我国民法典立法思想的选择和坚守——从〈民法总则〉制定中的立法思想冲突谈起》，《法制与社会发展》2018 年第 4 期，第 9 页。

<sup>⑧⑩</sup> 参见李霞 《成年监护制度的现代转向》，《中国法学》2015 年第 2 期，第 200 页。

<sup>⑧⑪</sup> 参见李国强 《成年意定监护法律关系的解释——以〈民法总则〉第 33 条为解释对象》，《现代法学》2018 年第 5 期，第 184 页。

<sup>⑧⑫</sup> 参见朱广新 《合同法总则研究》（上册），中国人民大学出版社 2018 年版，第 19 页。

务，享有接受遗赠人之遗赠财产的权利。遗赠扶养协议在效力上优先于遗嘱继承和法定继承，具有身份法的色彩。<sup>③</sup> 遗赠扶养协议应当被归为《民法典》第464条所规定的“有关身份关系的协议”，可以依据其性质参照适用合同编。继承协议是继承人之间就继承遗产、赡养父母等问题经协商一致而达成的协议。为教育、鼓励人们积极赡养老人，善待处于弱势地位的近亲属，促进家庭关系的文明与和谐，应当赋予继承协议与遗赠扶养协议相同的地位。<sup>④</sup>

### (三) 小结

《民法典》第464条第2款规定的身份关系协议包括五种类型，分别是纯粹身份关系协议、基于身份关系而发生或解除的财产协议、有关身份权利行使和义务承担的协议、近亲属之间的监护协议以及继承编中有关亲属身份关系的财产协议。纯粹身份关系协议是婚姻与收养关系产生或者消灭的法律事实，包括结婚、收养协议与收养解除协议等；基于身份关系而发生或解除的财产协议与有关身份权利行使和义务承担的协议等身份关系协议的身份伦理属性较强，要么财产性内容与身份因素相互交织，要么财产性内容以身份因素为条件，属于“身份财产混合协议”；近亲属之间的意定监护协议、协议监护协议、委托监护协议、遗产分割协议、遗赠扶养协议、继承协议等身份关系协议的财产性内容与身份关系具有关联性，身份伦理属性很弱，属于“身份财产关联协议”。身份财产混合协议与身份财产关联协议可以被统称为“身份财产协议”。身份财产协议的伦理属性的强弱是其参照适用合同编乃至总则编的重要判断标准，当事人之间的伦理属性越强，法官在参照适用时就越要考量婚姻家庭编的特殊价值，具体如图1所示。

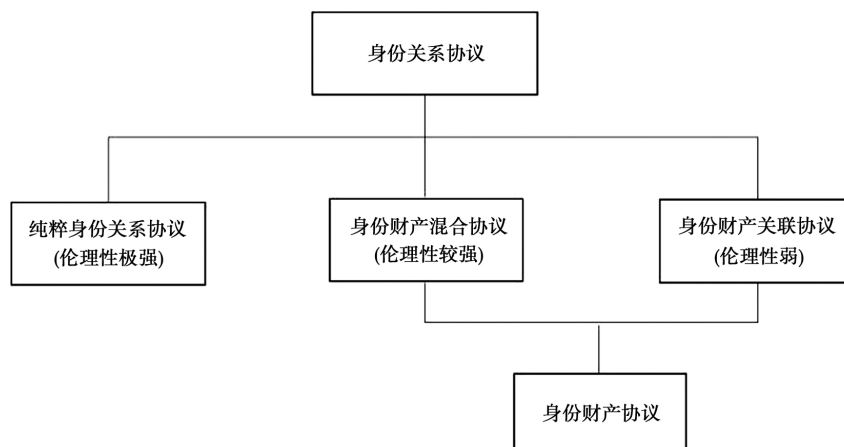


图1

## 五、纯粹身份关系协议对《民法典》合同编的准用

对于结婚、收养协议与收养解除协议等纯粹身份关系协议，法律有特别规定的，应当依照特别规定予以适用，例如婚姻关系的终止（《民法典》第1076条、第1080条、第1081

<sup>③</sup> 参见朱庆育《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第139页。

<sup>④</sup> 参见马新彦《民法典家事财产法制的教育功能——以社会主义核心价值观为价值理念的研究》，《当代法学》2020年第1期，第14页。

条、第 1082 条)、收养关系的解除(《民法典》第 1114 条、第 1115 条、第 1116 条)等规定。但是,对于纯粹身份关系的成立、缔约过失责任、效力瑕疵等是否可以准用《民法典》合同编乃至总则编之规定,存在争议。

#### (一) 对纯粹身份关系协议成立准用合同编

合同通常采取“要约—承诺”的方式缔结。《民法典》以法律行为的形式自由为原则,对法律行为成立与否的判断与形式要件通常相互分离。<sup>⑤</sup>为保障身份行为的安定与透明,使其满足最低限度的规范性要求,促使当事人慎重其事,维护婚姻家庭制度,纯粹身份关系的成立必须兼具合意与法定形式要件。<sup>⑥</sup>例如,结婚登记、协议离婚登记、收养登记以及收养协议解除登记等,均属于《民法典》总则编第 135 条所规定的法律规定应当采用的特定形式的具体表现。<sup>⑦</sup>《民法典》第 135 条区分了书面形式与特定形式。书面形式通常仅出于证据目的,当事人缔结合同时未采用书面形式但一方已经履行主要义务且对方接受的,合同成立。但是,结婚登记与收养登记这类“特定形式”具有维持身份关系清晰性与公开性之目的,在此类要式具备之前,不宜令婚姻或收养发生任何拘束力,亦不可像对待欠缺书面形式的合同那样,通过履行行为进行补正。<sup>⑧</sup>由于结婚、收养对当事人具有特别重要的意义,所以,当事人结婚登记与收养登记的程序愈来愈简单、便捷,不存在现实的障碍。相反,对不具有“特定形式”的事实婚姻与事实收养的认定则非常困难,对其是否发生争议,必须由法院对个案逐一进行判断,这几乎不可能实现。<sup>⑨</sup>强制公示(登记)的形式主义立法已经取代“以夫妻身份共同生活的事实”,具有显著的法律地位。无论是婚姻的合意,还是收养的合意,均必须通过特定形式得到展现,当事人之间的“合意”反而退居其次。因此,《民法典》合同编关于“要约—承诺”的规定并不能被准用于纯粹身份关系协议的缔结。

在缔约过程中,若一方当事人因违反诚信缔约的先合同义务给相对人造成损失,则应当承担缔约过失责任,以保护相对人因信赖合同有效成立而产生的损失。<sup>⑩</sup>缔约过失责任的价值基础在于,对缔约阶段相互冲突的契约自由与诚实信用这两个原则进行调适,并由此在缔约当事人的利益关系、法律义务和责任之间架起沟通的桥梁。<sup>⑪</sup>在婚姻缔结与收养协议缔结的阶段,一方面,双方当事人均享有选择结婚对象和收养相对人的自由,另一方面,诚实信用原则作为保护诚实与维护信用并塑造法律交往基础的基本原则,存在于当事人之间具有特定结合关系的情形,这是普遍有效的一般原则。<sup>⑫</sup>在婚姻缔结过程中和合同缔结过程中,依据当事人业已建立的特别结合关系,当事人应当依据诚实信用原则增强其注意义务。<sup>⑬</sup>在人

<sup>⑤</sup> 参见朱广新《书面形式与合同的成立》,《法学研究》2019年第2期,第60页。

<sup>⑥</sup> 参见王泽鉴《民法概要》,北京大学出版社2009年版,第495页。

<sup>⑦</sup> 参见龙翼飞《编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议》,《法制与社会发展》2020年第2期,第46页。

<sup>⑧</sup> 参见金可可《〈民法总则〉与法律行为成立之一般形式拘束力》,《中外法学》2017年第3期,第666页。

<sup>⑨</sup> 参见[日]星野英一:《民法劝学》,张立艳译,北京大学出版社2006年版,第145-146页。

<sup>⑩</sup> 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第72页。

<sup>⑪</sup> 参见[德]鲁道夫·冯·耶林《论缔约过失》,沈建峰译,商务印书馆2016年版,第2页。

<sup>⑫</sup> Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl., 1987, S. 127 f.

<sup>⑬</sup> 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社2004年版,第95页。

身关系领域，我国目前鲜见适用诚实信用原则的案例，但是，将其适用范围加以限缩而使之成为财产法的基本原则并不合理。<sup>④</sup> 法律所保护的合理信赖的对象不仅包括交易当事人，还包括缔结婚姻与协议收养的当事人。然而，婚姻和收养协议系针对身份关系构建的协议，依据这一性质，不仅需要遵循诚实信用原则以保护相对方的合理信赖，而且应当符合公序良俗原则，维护以伦理秩序底线为表征的社会一般公德和公益。<sup>⑤</sup> 以婚姻的缔结为例，男女双方原则上均有权中断结婚磋商，否则，结婚自由本身将受到极大的限制。鉴于婚姻的缔结会形成夫妻共同体，所以，双方在信息的获取或者提供上应该遵循诚实信用与公序良俗双重原则，以此为基础，可以参照适用缔约过失责任规范。

第一，婚姻未缔结。如果一方的行为致使相对方产生将会结婚的合理信赖，但是前者并未及时告知后者不欲缔结婚姻的意愿，有违诚实信用原则，而且后者为缔结婚姻支付了相关费用，或者基于此种信赖对自身的人格利益（尤其是性权利）进行了处分，于此情形，后者可以参照适用缔约过失责任规范，请求前者赔偿损失。

第二，婚姻被撤销。从体系解释的角度看，《民法典》规定的关于婚姻缔结的欺诈事由仅限于一方在结婚登记前未将“患有重大疾病”如实告知相对方（《民法典》第1053条）。在婚姻缔结之后，无过错方可以撤销该婚姻，并请求相对人承担损害赔偿责任（《民法典》第1054条第2款）。由于婚姻欺诈构成侵害婚姻自主权的侵权责任，所以，将该条规定的赔偿责任归结为缔约过失责任并无实益。<sup>⑥</sup>

第三，婚姻有效。在合同有效的情况下，缔约过失责任亦可发生，但是仅限于因为缔约方违反说明义务而生具体财产损害的情形。<sup>⑦</sup> 如果不告知相对方与结婚相关的其他重要信息，婚姻已经缔结但不构成欺诈婚姻，则相对人不可撤销该婚姻。尽管婚姻有效，但因一方违反告知义务的行为有违背诚实信用与公序良俗原则，致使相对方缔结了不受期待的婚姻，所以，相对方可以参照适用缔约过失责任，主张相应的损害赔偿。缔约过失责任所赔偿的是缔约一方因对缔约另一方的意思表示发生信赖，自愿支出的费用或放弃的其他交易机会。<sup>⑧</sup> 但是，对婚姻缔结机会的损失，无法像对待财产损失那样进行量化，受害人遭受的主要是人格利益（婚姻自主权）的损害，鉴于《民法典》第996条已经规定违约责任包含精神损害赔偿，而缔约过失责任在结构上与侵权责任紧密关联，<sup>⑨</sup> 所以，在准用缔约过失责任规范时，受害人可以获得精神损害赔偿。

## （二）对纯粹身份关系协议意思表示瑕疵准用合同编

《民法典》婚姻家庭编对婚姻缔结的效力瑕疵的规定采取的是可撤销与无效的二元体系，在内容上可以区分为意思表示瑕疵事由与意思表示瑕疵以外的事由，后者包括民事行为能力与合法性判断两个方面。民事法律行为是财产行为与身份行为的上位概念，民事行为能力与合法性判断应当被贯彻于整个《民法典》分编。纯粹身份关系协议违反强制性规范或

<sup>④</sup> 参见徐国栋《我国司法适用诚信原则情况考察》，《法学》2012年第4期，第22-25页。

<sup>⑤</sup> 参见于飞《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，《中国社会科学》2015年第11期，第150-152页。

<sup>⑥</sup> 参见李宇《民法总则要义：规范释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第741页。

<sup>⑦</sup> 参见韩世远《合同法总论》，法律出版社2018年版，第167页。

<sup>⑧</sup> 参见朱广新《合同法总则研究》（上册），中国人民大学出版社2018年版，第208页。

<sup>⑨</sup> 参见王泽鉴《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第182页。



者公序良俗原则，例如夫妻之间以协议限制人身自由、生育权或婚姻自由权，可以直接适用《民法典》第143条，使其归于无效。<sup>⑩</sup> 婚姻缔结能力实质上是一种特殊的民事行为能力，亦应直接适用民事法律行为有效要件，因而限制民事行为能力人或者无民事行为能力人无婚姻能力。结合《民法典》第508条，身份关系协议参照适用总则编之法律行为效力制度仅限于意思表示瑕疵的相关规范。

从比较法上看，《德国民法典》的总则编有关意思表示的瑕疵效力规则具有封闭性，并不适用于缔结婚姻的法律行为。<sup>⑪</sup> 近时日本的学说和判例亦认为，《日本民法典》关于意思表示的规定不适用于身份行为，对身份法领域中有瑕疵的身份行为，应适用亲属编和继承编的相关规定。<sup>⑫</sup> 这与德国民法和日本民法的亲属编中有关意思表示的瑕疵规则比较完备有关。然而，我国《民法典》有关婚姻缔结的意思表示瑕疵事由仅限于“患有重大疾病”与胁迫两种类型。相比于德国民法和日本民法，我国民法对婚姻缔结意思表示瑕疵事由的规定明显不完善，而《民法典》总则编中的意思表示效力瑕疵事由的体系完整，这为婚姻缔结意思表示瑕疵案件参照适用《民法典》总则编的意思表示瑕疵类型提供了可能。

第一，“假结婚”和“假离婚”不得参照适用通谋虚伪表示的相关规则。对于“假离婚”，有学者认为，因“假离婚”涉及社会公共利益并对婚姻制度构成挑战，因此，可以参照适用总则编的通谋虚伪规则，认定“假离婚”行为无效，具有溯及既往的效力。<sup>⑬</sup> “假结婚”所追求的是婚姻缔结之外的目的（如获得税收上的优惠或者户籍，实为缔约动机），有违婚姻制度的本质。然而，因纯粹身份行为的“特定形式”（登记）类似于公司的决议，决议的瑕疵主要表现为内容瑕疵与程序瑕疵，所以，对自然人主观心理方面的瑕疵的判断被排除在外。<sup>⑭</sup> 从体系上看，我国的无效婚姻的类型具有封闭性，仅限于意思表示瑕疵之外的事由，具体包括《民法典》第1051条规定的重婚、有禁止结婚的亲属关系以及未到法定婚龄，所以，当事人婚姻缔结之外的动机不应该成为否定结婚登记效力的因素。因此，“假结婚”依据其性质不得参照适用总则编的规定，应当属于有效婚姻。对于当事人利用“假结婚”而实施的非法行为，可以通过行政、刑事手段对当事人予以相应制裁。“假离婚”的男女双方均具有解除婚姻的意思表示，双方所不愿解除的只是当事人的共同生活关系<sup>⑮</sup> 为了维护婚姻登记的公信力以及人身关系的确定性，“假离婚”的当事人不得参照适用通谋虚伪规则而主张离婚无效。

第二，在一方就对婚姻缔结有实质决定意义的事项产生误解的场合，可以参照适用重大误解的相关规定。男女双方在缔结婚姻时，因披露信息不完整或获取信息不准确，可能在身份、健康状况、性取向以及形象方面存在较大认识偏差。有学者主张，婚姻缔结应当排除对

<sup>⑩</sup> 参见崔建远《合同法总论》（第二卷），中国人民大学出版社2011年版，第214-215页。

<sup>⑪</sup> Vgl. MünchenerKomm BGB/Wellenhofer, 2017, § 1314, Rn. 1.

<sup>⑫</sup> 我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権』（日本評論社，第6版，2019年）198頁参照。

<sup>⑬</sup> 参见李昊、王文娜《婚姻缔结行为的效力瑕疵——兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定》，《法学研究》2019年第4期，第112页。

<sup>⑭</sup> 参见许中缘《论意思表示瑕疵的共同法律行为——以社团决议撤销为研究视角》，《中国法学》2013年第6期，第60页。

<sup>⑮</sup> 参见田韶华《民法典编纂中身份行为的体系化建构》，《法学》2018年第5期，第91页。

重大误解的适用。除非虚假形象与感情破裂这二者难以区分，否则，若当事人对虚假形象等基本情况负有告知义务而未告知，则可以构成欺诈。<sup>106</sup> 由于《民法典》规定的婚姻缔结的欺诈事由具有限定性，所以，若将未告知虚假形象等基本情况的行为认定为欺诈，明显有失妥当。从维护婚姻自由的角度出发，如果一方就对婚姻的缔结有实质决定意义的事项产生误解，以至于其若真正了解对方真实情况就不会达成结婚合意，且该错误认识的形成并非另一方的故意隐瞒或虚假陈述所致，那么，可以参照适用总则编的重大误解规范，对婚姻予以撤销。但是，一方在缔结婚姻时对另一方的财产状况、社会关系等的错误认识并不影响婚姻的效力。

第三，一方故意隐瞒或者虚假陈述与婚姻的缔结有重大利害关系的信息，致使相对方陷入错误认识而结婚，可以参照适用欺诈的相关规定。欺诈的相关规定强调行为人存在隐瞒真实信息或故意陈述虚假信息的行为，并引起表意人的错误认识。然而，在任何一项真实的交易中都包含信息传递的问题，法律对在不同交易场合所传递的信息的完整性或真实性的标准的界定可能存在差异，<sup>107</sup> 因此，并不存在一般意义上的信息告知义务。在规范目的上，《民法典》第 1053 条并非为了体现国家对一方患有重大疾病的婚姻的管制，而是为了保护受欺诈的另一方的缔结婚姻的自由。<sup>108</sup> 一方故意隐瞒或者虚假陈述与婚姻的缔结有重大利害关系的信息，致使相对方陷入错误认识而结婚的，是对相对方婚姻自由的严重侵害，与一方故意不告知“患有重大疾病”相比，在价值评价上非常类似。以“性取向”为例，尽管中国精神病学学会 2001 年颁布的《中国精神障碍分类与诊断标准》（第 3 版）已经不再将同性恋界定为心理异常的病态，因而超出了《民法典》第 1053 条规定的“患有重大疾病”的射程范围，但是，性取向是婚姻缔结的重要内容，对夫妻共同生活具有极其重大的影响。因此，受害人可以参照适用总则编的欺诈规范，请求人民法院对婚姻予以撤销，无过错方有权请求相对方承担损害赔偿责任。

第四，第三人欺诈的相关规则同样具有参照适用的可能性。从文义上看，婚姻缔结中的胁迫（《民法典》第 1052 条）包括相对人胁迫与第三人胁迫，因此，因第三人胁迫而缔结的婚姻无需参照适用总则编中关于第三人胁迫情形下法律行为之效力的规定。然而，婚姻缔结中的欺诈无法涵盖第三人欺诈。由于胁迫对私法自治和社会的危害更大，因此，立法上通常对第三人欺诈的受害人撤销权设置限制性条件。<sup>109</sup> 如果在缔结婚姻时存在第三人欺诈（如医生故意出具虚假健康证明），相对人知道或者应当知道欺诈事实，则可以参照适用总则编的第三人欺诈规范。如果持有虚假健康证明的一方为善意，则另一方可以参照适用总则编的重大误解规范。

《民法典》婚姻家庭编并未规定收养协议与收养解除协议意思表示瑕疵的效力规则。收养应当遵循最有利于被收养人的原则。收养协议在参照适用《民法典》总则编的相关规定时，应当保护未成年人的利益。概言之，纯粹身份关系协议体现了家庭法的固有伦理特征，

<sup>106</sup> 参见李昊、王文娜《婚姻缔结行为的效力瑕疵——兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定》，《法学研究》2019 年第 4 期，第 116 页。

<sup>107</sup> 参见许德风《合同自由与分配正义》，《中外法学》2020 年第 4 期，第 999 页。

<sup>108</sup> 参见夏吟兰等《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 83 页。

<sup>109</sup> 参见薛军《第三人欺诈与第三人胁迫》，《法学研究》2011 年第 1 期，第 62 页。

具有保障意思自治、维护身份关系和谐以及保护未成年人利益最大化的价值目标，这符合身份关系协议“可以根据其性质参照适用”民法典合同编的客观目的，是对被引用的合同编和总则编法条变通适用的重要判断标准。

## 六、身份财产协议对《民法典》合同编的准用

### （一）合同和法律行为效力规范的准用

身份财产协议包括财产性内容，如财产权的取得与消灭、给付义务的产生与消灭等。在缔约阶段，身份财产协议可准用《民法典》合同编的“要约—承诺”规则与缔约过失责任规范。结合《民法典》第464条第2款和第508条，身份财产协议对于合同和法律行为效力规范的参照适用主要包括三个方面：

其一是身份财产协议对法律行为部分无效与整体无效规则的准用。身份财产混合协议的内容可以部分归属于身份协议，部分归属于财产协议。在通常情形下，身份关系的发生或解除是协议中的财产条款发生效力的前提。如果婚姻的缔结或解除无效，则相应的财产分配以及子女抚养等条款均无效。但是，如果财产协议的某一部分无效，并不会影响身份关系的产生或者解除，即使当事人有产生或解除身份关系的意愿。《民法典》第156条规定，“民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效”。通常认为，法律行为是否部分有效，需要根据当事人的意思进行判断，具体涉及对缔约目的、具体需求状况、个案的特殊背景等因素的利益权衡，还需要考虑无效部分在交易中的重要性，例如，一方当事人因预想到无效部分的有效存在而在交易条件上作出重大让步。<sup>⑩</sup>然而，由于身份财产混合协议中的婚姻、收养登记具有极强的公示效力，所以，即使该协议的财产条款与身份关系具有很密切的联系甚至相互依存，婚姻和收养关系亦不因之而无效。法官可以对无效部分进行适当变更，双方当事人对此表示接受，以维持整个法律行为的效力。<sup>⑪</sup>对于身份财产关联协议（如意定监护协议、遗赠扶养协议）的部分条款无效，倘若整个协议对于当事人而言具有重要的现实价值，以至于当事人本来就会将无效部分作为可以独立实施的法律行为，那么，应当承认法律行为的其余部分内容的效力。<sup>⑫</sup>

法律行为部分无效不仅可以适用于法律行为部分自始无效的情形，而且可以适用于法律行为因撤销而被视为部分自始无效的情形。然而，只有当法律行为未被撤销的部分不受被撤销部分的影响而仍然有效时，部分撤销的表示亦即法律行为仅部分无效的表示才能发生效力。<sup>⑬</sup>例如，在离婚协议中，夫妻约定将夫妻一方的个人财产给与另一方，或者约定将夫妻共同财产或个人财产给与具有抚养关系的子女等。从形式上看，此类财产给与具有“无偿赠与财产”的属性，而赠与合同的重要特征是赠与人在财产权利转移之前享有任意撤销权。如果夫妻财产给与行为是为履行法定义务，或者属于具有对价的约定义务范畴，则财产给与一

<sup>⑩</sup> 参见陈甦主编《民法总则评注》（下），法律出版社2017年版，第1104页。

<sup>⑪</sup> 参见黄忠《法律行为部分无效的处理规则研究》，《当代法学》2010年第3期，第108-109页。

<sup>⑫</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》（下），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第632-633页。

<sup>⑬</sup> 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691页。

方显然不得撤销。相反，如果夫妻财产给与行为属于无对价的约定义务，则可以构成赠与。<sup>⑭</sup>然而，由于离婚合意、子女抚养、夫妻共同财产分割、债务承担、法定扶养义务的履行与“无偿赠与财产条款”之间具有密切的联系，所以，对于财产给与条款是否可以被撤销，需要考察理性的夫妻是否在夫妻财产给与约定义务被撤销的情况下仍然愿意缔结离婚协议，解散夫妻共同体，并权衡夫妻之间的利益关系，尤其是权衡夫妻财产给与与约定义务是否会实质性地影响夫妻共同体的解除。例如，若配偶一方为达成离婚合意而在夫妻财产给与约定义务上作出重大让步，则表明夫妻财产给与条款不得被撤销。

其二是身份财产协议对通谋虚伪表示规则的准用。身份财产协议可以参照适用欺诈、胁迫和重大误解规范，而参照适用通谋虚伪表示规则的典型身份财产协议是“虚假离婚协议”。为了逃避债务、获得购房购车资格以及多享受福利补贴等特定目的，某些夫妻会“通谋”解除婚姻关系，对财产分配、子女抚养等达成一致协议并完成离婚登记程序，待特定目的达成之后复婚。由于离婚解除协议包含了婚姻登记机关的形式审查、登记的公示公信效力以及诚实信用原则等因素，所以这决定了“虚假离婚”应该引发离婚的法律后果。<sup>⑮</sup>依据我国现行法规定，对已经发生法律效力解除婚姻关系的判决书和调解书，不得申请再审，这有利于维护离婚效力的确定性和既定力，能够避免违反一夫一妻制原则。<sup>⑯</sup>然而，我国司法实践通常采取区分身份协议与财产协议的隔离技术，肯定前者的效力，否定后者的效力。主要理由在于，财产处置的内容违反公平原则和诚实信用原则，未体现夫妻双方的真实意思或者损害债权人的利益。为此，法院通常会对夫妻之间的财产依法进行重新分配。<sup>⑰</sup>我国《民法典》第1077条设置了1个月的离婚冷静期，这不仅增加了夫妻双方实施“虚假离婚”的时间成本，也为夫或妻撤回虚假离婚协议申请提供了机会。虚假离婚中的婚姻解除协议应当排除对总则编“通谋虚伪表示”规则的准用，但是，财产协议与子女抚养协议等协议应当结合其性质准用“通谋虚伪表示”规则。具体而言，其一，财产协议与子女抚养协议等协议无效。第三人（债权人）可以主张夫妻双方的财产关系状态如同未离婚时的财产关系状态，有权提起第三人执行异议之诉。其二，法官可以适用法定的夫妻财产制对夫妻之间的财产进行分配。其三，对子女的抚养应当依法进行，并适用最有利于未成年子女的原则。

其三是身份财产协议对显失公平规则的准用。如前所述，纯粹身份关系协议因不具有经济交换属性，故不能参照适用显失公平规则。因有偿的身份财产关联协议（如意定监护协议、遗赠扶养协议）的给付请求权可以通过金钱得到衡量，故法官可以准用显失公平规则。然而，对于身份财产混合协议是否可以准用显失公平规则，最高人民法院原则上持否定态度。《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（二）》（以下简称婚姻法解释（二））第9条规定，夫妻双方订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，当事人可以请求变更或者撤销该协议。由于离婚财产分割协议兼有财产与情感因素，所以，倘若夫妻一方急欲离婚而在夫妻共同财产问题上作出重大让步甚至“净身出户”，那么，

<sup>⑭</sup> 参见肖峰、田源主编《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》，法律出版社2017年版，第233页。

<sup>⑮</sup> 参见高憬宏《审判案例研究》，法律出版社2015年版，第31-32页。

<sup>⑯</sup> 参见丁慧《身份行为效力判定的法律基准——在身份法理念和身份法规范之间》，《法学杂志》2015年第2期，第29页。

<sup>⑰</sup> 参见蔡立东、刘国栋《司法逻辑下的“假离婚”》，《国家检察官学院学报》2017年第5期，第135-136页。

尽管离婚财产分割协议中的财产权利严重失衡，亦不宜简单地从权利义务对等的角度认定显失公平。<sup>⑪</sup> 但是，如果一方身处危困状态，选择自由几近丧失，另一方配偶明知这一状况而加以利用并提出苛刻的财产处分条件，则可以准用《民法典》总则编的显示公平规则，并结合婚姻状况、一方有无过错、子女抚养以及保护婚姻中弱势一方等因素，通过个案调整协议，以保障结果的公平。<sup>⑫</sup> 当事人请求撤销财产分割协议的除斥期间及其起算点，可以准用《民法典》第 152 条第 1 款，而婚姻法解释（二）第 9 条应当废止。

## （二）合同履行规则的准用

合同履行规则的准用包括对合同履行的原则（《民法典》第 509 条）、合同内容的解释规则（《民法典》第 510 条、第 511 条）、合同给付的货币规则（《民法典》第 514 条）、第三人代为清偿规则（《民法典》第 524 条）以及合同的协议变更规则（《民法典》第 542 条）等规范的准用。但是，关于合同履行规则是否可以准用于身份财产协议，仍有下列问题需要进一步澄清：

其一是身份财产协议如何准用抗辩权规范的问题。双务合同的抗辩权包括同时履行抗辩权、先履行抗辩权以及不安抗辩权。双务合同的抗辩权以债权人与债务人各自的给付义务存在功能上的牵连性为基础，即当事人之间的给付义务、对待给付义务具有对价性，亦即互为因果，相互报偿，且彼此牵连，<sup>⑬</sup> 典型如买卖、互易、建设工程合同等。身份财产协议对于抗辩权规范应以如下方式准用：第一，对于离婚协议、婚内财产分割协议等身份财产混合协议而言，尽管当事人通常均负有给付义务且对应的请求权彼此依赖，但是，无论是在当事人各自的财产给付义务之间，还是在一方的财产给付义务与另一方的同意离婚、子女抚养等之间，均不具有对价性。“夫妻忠诚协议”“夫妻空床费协议”以夫妻互相忠实权利义务与同居的权利义务为前提，抗辩权与请求权相对，但是，夫妻忠实义务与同居义务对应的请求权具有强烈的人身专属性和伦理道德属性，既不得通过法律强制的方式予以履行，亦不具有对价属性。因此，身份财产混合协议不得准用双务合同的抗辩权规范。第二，就身份财产关联协议而言，近亲属之间有偿的意定监护协议的伦理属性很弱，当事人的给付义务所对应的请求权具有对价关系和牵连性，可以准用抗辩权规范。遗赠扶养协议的特殊性在于扶养人权利和遗赠人权利产生的异时性，遗赠人在生前享有接受扶养的权利，但不负担义务，扶养人须先依约履行扶养义务甚至安葬义务，才能在遗赠人死后取得对其继承人的遗赠请求权。<sup>⑭</sup> 遗赠扶养协议中的扶养和遗赠之间不存在条件上的牵连性，亦不具有功能上的牵连性。在遗赠人生前，无论哪一方解除遗赠扶养协议，遗赠义务均非因协议解除而消灭，而是自始未产生。因此，遗赠扶养协议不得准用抗辩权规范。继承协议中的继承遗产、赡养父母等内容并不具有牵连性，亦不得准用抗辩权规范。

其二是身份财产协议如何准用利他合同规范的问题。《民法典》第 522 条规定的利他合

<sup>⑪</sup> 最高人民法院民事审判第一庭编著 《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 129 页。

<sup>⑫</sup> 参见景春兰、袁善仪 《“净身出户”协议的效力探讨及裁判策略》，《广西民族大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 5 期，第 178 页。

<sup>⑬</sup> Vgl. MünchenerKomm BGB/Emmerich, 2019, vor § 320, Rn. 14 ff.

<sup>⑭</sup> 参见缪宇 《遗赠扶养协议中的利益失衡及其矫治》，《环球法律评论》2020 年第 5 期，第 88 页。

同规范突破了合同相对性，允许使他人纯获利益的合同对第三人直接产生效力，尊重了通常情形下受益人可以推知的意图，并赋予受益人以拒绝权，从而保障其最终决定权。<sup>122</sup> 离婚协议中的赠与子女财产条款具有为第三人设定利益的法律构造，可以准用利他合同规范。一方面，夫妻通过离婚协议共同确立为子女设定利益的合意，约定将共同财产或者个人财产赠与子女。另一方面，当父母一方或者双方不履行协议中的约定时，子女可以直接请求父母一方或者双方履行协议的内容。<sup>123</sup>

其三是身份财产协议如何准用情势变更规则的问题。《民法典》第 533 条新增情势变更规则，赋予人民法院结合案件的实际情况根据公平原则变更或者解除合同的权力。在德国法上，情势变更规则在夫妻之间的协作协议中得到广泛适用。<sup>124</sup> 婚姻是一种动态的关系，这个过程可能涉及外部环境（如疾病、工作状况、子女的出生等）以及夫妻内部关系（如情感、个性、偏好等）的变化。即使夫妻之间订立达成了关于夫妻共同财产、债务以及配偶权、亲权、探望权等方面的协议，但是随着时间的推移，婚姻家庭关系的内部与外部环境可能会发生难以预测的变化。例如，夫妻在缔结身份财产协议时可能会担心议价会被对方视为缺乏信任，这样的心态往往导致夫妻双方通常因不够理性而在缔约时表现得缺乏远见或者过于乐观，从而低估不利条款可能带来的风险，或者忽视为未来变化制定详尽条款的需求。<sup>125</sup> 如果这些因素导致婚内财产协议、夫妻忠诚协议、子女抚养协议的情势已发生重大变更，履行协议对一方当事人显失公平，则可以参照适用合同编的情势变更规则。

其四是身份财产协议如何准用代位权与撤销权规则的问题。债权人不得代为行使基于个人信任关系或者以特定身份关系为基础的债权，例如夫妻之间的扶养请求权或者遗赠扶养协议请求权等。<sup>126</sup> 但是，夫妻之间的离婚财产分割协议在得到履行之前，如果夫或妻的债权人符合代位权的行使要件，则可以准用《民法典》第 535 条规定的代位权规则。身份财产协议的债权人准用《民法典》第 538 条规定的撤销权规则，具体包括两种情形：第一，遗赠扶养协议的遗赠人无偿转让约定财产或放弃约定到期债权，在此情形下，扶养人可以请求法院撤销受扶养人的无偿转让或放弃债权的行为；第二，离婚协议中的夫妻财产给予约定并非赠与，因而应排除赠与人的任意撤销权的适用，但是，当财产价值显著超过必要的法定扶养义务限度并损害财产给予方的债权人的利益时，债权人可以行使撤销权，以避免夫妻通过离婚协议恶意逃避债务。夫或妻对子女的超出必要法定扶养义务的给予行为属于赠与，如果损害夫或妻的债权人的撤销权，则债权人有权撤销。

### （三）合同的救济规则的准用

其一是身份财产协议准用合同解除权规则的问题。《民法典》第 563 条第 1 款规定的法定解除权规则可以被准用于身份财产协议。婚内财产协议、遗赠扶养协议等继续性合同与一

<sup>122</sup> 参见薛军 《合同涉他效力的逻辑基础和模式选择——兼评〈民法典（草案）〉（二审稿）相关规定》，《法商研究》2019 年第 3 期，第 24 页。

<sup>123</sup> 参见陆青 《离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究》，《法学研究》2018 年第 1 期，第 97 页。

<sup>124</sup> 参见 [德] 迪特尔·施瓦布 《德国家庭法》，王葆蔀译，法律出版社 2010 年版，第 74-75 页。

<sup>125</sup> 参见 [德] K. B-Woelki、Jens M. Scherpe 《欧洲婚姻财产法的未来》，樊丽君等译，法律出版社 2017 年版，第 75 页。

<sup>126</sup> 参见王洪亮 《债法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 142-143 页。

时性合同不同，在长时间的拘束之下，合同的履行高度依赖于当事人间的特别信任关系。<sup>⑫</sup>如果当事人之间的信任和善意无以为继，不能期待当事人继续维持合同关系，则可以准用第563条第1款，赋予当事人解除合同的权利。例如，扶养义务的履行具有长期性与反复性，扶养人和遗赠人之间的信任是双方达成遗赠扶养协议的基础。如果遗赠人拒绝接受扶养，则扶养人可以行使任意解除权解除遗赠扶养协议，遗赠人应偿还扶养人已支付的供养费用；如果扶养人不履行协议致协议解除，且无正当理由，则不能享有受遗赠的权利，对其支付的供养费用一般不予补偿（《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第55条）。

其二是身份财产协议准用违约责任规则的问题。如果身份财产协议的一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，则可以准用《民法典》第577条规定的违约责任。亲属身份权利义务（如忠实义务、同居义务、探望权等）具有伦理道德因素，一方不履行的债务属于《民法典》第580条第1款规定的法律上或者事实上不得强制履行的义务。以“夫妻忠诚协议”为例，当“夫妻忠诚协议”的一方违反忠实义务时，其应当向另一方给付一定数额的金钱，或者承受分割共同财产的不利后果。尽管《民法典》第1043条规定“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱”，但是，法律不可能以维持婚姻关系为目的而“强制”夫妻相互忠诚。因此，违反忠实义务的法定不利后果只能发生在离婚之时，即在夫妻共有财产分割（《民法典》第1087条）或者离婚损害赔偿诉讼（《民法典》第1091条）中照顾无过错方等。因此，“夫妻忠诚协议”中约定的金钱给付或者分割共同财产必须以婚姻的解除为前提，其实质系夫妻双方就未来离婚之时的过错赔偿标准和计算方法的预先约定。对于“夫妻忠诚协议”约定的金钱给付的具体数额，应结合受害人受伤害的程度、加害人的过错行为、家庭的经济状况以及夫妻共同生活的实际情况等因素予以综合考虑，并可以参照适用《民法典》第585条规定的违约金调整规范，予以适当增加或减少。“夫妻忠诚协议”约定分割共同财产的，无论是协议离婚，还是诉讼离婚，均应当按照约定分割夫妻共同财产，但是，约定可能导致一方生活困难而显失公平的除外。<sup>⑬</sup>

#### （四）委托合同规则的准用

意定监护协议与委托监护协议通常包括监护人的选择、监护事项的分配、监护关系的设立、监护责任的承担、监护关系的终止等内容。这两类监护协议的主要内容与委托合同的内容比较类似，因此，监护协议的成立、生效、解除或终止等可以参照适用合同编关于委托合同的相关规定。<sup>⑭</sup>现代社会监护手段多元化，既包括监护人向被监护人提供替代决策的模式（委托监护），也包括监护人向有能力独立处理与其智力状况相适应的被监护人提供协助决策的模式（意定监护），从而兼顾了被监护人的利益保护和意思自治。<sup>⑮</sup>在委托监护协议中，被监护人处于第三人的法律地位，意定监护协议属于附生效条件的合同，只有当监护原因发生时，通常是当被监护人丧失部分或全部民事行为能力时，意定监护协议才生效。由于被监

<sup>⑫</sup> 参见王文军 《论继续性合同的解除》，《法商研究》2019年第2期，第166页。

<sup>⑬</sup> 参见梅夏英、叶雄彪 《婚姻忠诚协议问题研究》，《法律适用》2020年第3期，第108页。

<sup>⑭</sup> 参见陈甦主编 《民法总则评注》（上），法律出版社2017年版，第237-238页。

<sup>⑮</sup> 参见彭诚信、李贝 《现代监护理念下监护与行为能力关系的重构》，《法学研究》2019年第4期，第76页。

护人的利益在委托监护协议与意定监护协议中处于特殊地位，因此，监护人不享有委托合同中委托人的任意解除权。

## 七、结论

《民法典》的编纂使长期以来各自分散的民事单行法形成了一个有机的体系化整体，内在体系昭示了社会的核心价值及底线共识，外在体系则确定规范的形式理性和可预测性。<sup>⑬⑭</sup>《民法典》第464条第2款为身份关系协议参照适用《民法典》合同编和总则编的法律行为效力规则提供了规范基础，是民法典体系化最为显著的标志之一，构成了妥当协调家庭法与财产法、传统人伦关系与交易关系、婚姻家庭编与合同编乃至总则编之间关系的枢纽。

从法律的发展来看，法典化对法律的塑造力其实有限，法律创新的路径主要取决于法官的法律解释能力，这受制于立法者为法官所预留的解释空间和解释手段。<sup>⑬⑭</sup>由于《民法典》第464条第2款所援引的对象极为抽象和概括，所以，这为司法机关依据身份关系协议的性质准用合同编预留了较为广泛的价值判断空间。法官既要依据身份关系协议的性质引入并发掘合同编和总则编之中被援引法条的规范意旨，亦要论证该规范意旨与婚姻家庭编的原则以及待决身份关系协议的伦理属性不相排斥，以避免第464条第2款规定的“参照适用”条款沦为合同编中的交易规则过度市场化、工具化身份关系协议的通道。

《民法典》之中的身份关系协议可以分为三种类型：一是纯粹身份关系协议，包括结婚、收养协议与收养解除协议等；二是身份财产混合协议，包含基于身份关系而发生或解除的财产协议（如婚内夫妻财产协议、离婚及财产分割和子女抚养协议、离婚财产补偿协议、离婚给予子女财产协议）与有关身份权利行使和义务承担并附带金钱给付的协议（如夫妻忠诚协议）等；三是身份财产关联协议，包括近亲属之间的意定监护协议、协议监护协议、委托监护协议、遗产分割协议、遗赠扶养协议、继承协议等。从纯粹身份关系协议到身份财产混合协议再到身份财产关联协议，协议的伦理属性渐趋减弱而财产属性逐渐增强。当事人之间的伦理属性越强，法官在参照适用时愈要考量婚姻家庭编的特殊价值。

---

**Abstract:** The quasi-applicable clause of Article 464, paragraph 2 of the Civil Code is a bridge between family law and contract law, ethical order and transaction system. It is a highly generalized value evaluation clause guided and authorized by legislators. In essence, it still belongs to the category of legal interpretation and depends on the concreteness and classification of dogmatics of law. The expansion of the application field of the principle of autonomy of will and the intrinsic value order of Marriage and Family Part provide a value basis for applying the Contract Part and even General Provisions of Civil Law in the identity relationship agreement. Identity relationship agreement can be

---

<sup>⑬⑭</sup> 参见谢鸿飞《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》，《清华法学》2014年第6期，第18页；方新军《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》，《法制与社会发展》2019年第2期，第24页。

<sup>⑬⑭</sup> 参见石佳友《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，《比较法研究》2020年第4期，第35页。



classified into pure identity relationship agreement , identity property hybrid agreement and identity property association agreement. The ethical attribute of the three is gradually weakening , while the attribute of property is becoming stronger. The judge' s quasi-application in a case should be based on the factual composition and nature of the identity relationship agreement such as marriage , adoption and guardianship , and explore the implications of the cited articles in the Contract Part and General Provisions of Civil Law. It is also necessary to demonstrate that the implications are not mutually exclusive with the principle of Marriage and Family Part and the ethical attributes of the identity relationship agreement. In this way , we can avoid the quasi-applicable clause becoming the channel of over marketization of transaction rules , instrumentalization of identity relationship agreement and in turn damaging the of family law.

**Key Words:** Contract Part; Identity Relationship Agreement; Marriage and Family Part; Application by Reference; Ethics; Systematization

---

---

[责任编辑: 郑怀宇]