

婚姻：契约？制度？

张悦

(厦门大学法学院,福建 厦门 361005)

摘要:婚姻不是一种契约而是制度。婚姻契约论是特定历史条件下资产阶级反封建斗争的手段,但在今天看来有失偏颇。我们应还其本来面目,承认婚姻是一种制度。

关键词:婚姻、契约、制度

资产阶级革命以来,认为婚姻是一种契约的观点风靡于世。康德认为婚姻是一种契约,虽不是任意的契约,但是一种以两性的性特长之交互使用产生的快感为前提而基于自然法则的必要的契约。法国学者拥护契约说的更占多数,柯郎、加比堂等都认为婚姻是一种男女之间的“要式契约”。这股思潮也在立法上有所反映,1791年法国宪法第7条宣布:“法律上承认婚姻是一种民事契约”,随后制定并沿用至今的《拿破仑民法典》144条、146-1条、147条、148条、156条、158条、159条等有关结婚的表述都使用了“contracter le mariage”或“le mariage contract”,意指“缔结婚姻”。自19世纪以来,仅视婚姻为民事契约的见解为英国社会所支持,在美国大多数州,也以明文规定婚姻具有民事契约的性质。

在我国,以往学者大多沿袭苏联学者的观点,认为将婚姻看作契约,有悖于社会主义道德观念,而将婚姻视为男女双方以永久共同生活为目的,以夫妻权利和义务为内容的结合,即是一种法律实体,或者直接将婚姻关系视为在男女两性间确立的一种特殊的社会关系。但实体法上既未将婚姻所产生的家庭视为一类民事主体,程序法上也未赋予它诉讼主体的资格,将之视为法律实体似有不妥,而将婚姻关系视为一种特殊的社会关系,则失之笼统,没有点出婚姻的模式特点。改革开放以来,认为婚姻是一种契约的声音渐渐大了起来。持此说者认为,契约是一种协议或合意,具以下特点,首先,契约主体必须为二人以上。其次,必须达成意思表示一致,再次主体法律地位平等,最后主体的意思表示真实自由。婚姻恰具有上述契约的本质特点;现行《婚姻法》规定结婚必须男女双方完全自愿(《婚姻法》第五条),实行婚姻自由、男女平等的婚姻制度(第二条)。因此婚姻是一种契约。但显然,恋人之间的幽会(非法律行为),公司发起人设立公司的行为(合同行为)也符合上述契约的特点,它们也是一种契约吗?

这提出了一个问题,我们首先应明确什么是契约。在我国,人们长期将契约等同于合同,以至于—

提到婚姻是一种契约,就认为是将婚姻等同于买卖等财产法上的行为。从而有种种抵触情绪,这是偏面的看法。契约的内涵有广狭之分。契约除了可用于商品交换关系的协议外,还可用于其他诸如身份关系,政治协议等其他方面,如卢梭在《社会契约论》中关于“国家是自由的人民自由协议的产物”的论述,梅因关于人类社会史及是一个“从身份到契约”的运动的论述,都说明契约的使用范围是相当宽泛的。以自由资本主义经济的发展为契机,在现代社会中契约作为调整生产、分配等经济活动和人际关系的法律手段,覆盖着社会生活的各个方面。契约作为抽象的法律手段,具普遍的意义,若从这个层面上理解契约,那么说婚姻是一种契约则是无可厚非的。但若说婚姻是一种民事契约,笔者则认为很值得商榷:

(一)契约是双方法律行为的一种,它只应约束缔结契约的当事人。我认为这是契约的一个根本特点。但婚姻的约束力显然远远超出了结婚的男女。例如台湾民法典983条规定“与左列亲属,不得结婚:……三、旁系姻亲在五亲等以内,辈分不相同者。”甲女是乙女姑姑,但年龄相仿,丙男是丁男叔叔,年龄也相仿。甲女与丁男相爱,乙女与丙男相恋。但根据此规定,甲与丁结婚以后,就剥夺了乙女与丙男这对真心相爱的男女的结婚的权利,难道这可以用婚姻是一种当事人之间的契约的观点来解释吗?我国《法官法》、《检察官法》以及诉讼法中关于姻亲在从事职业方面的限制等规定,也使得男女双方的婚姻在法律效力上的影响远远超出了当事人的范围,使第三人的从事职业的权利受到限制。关于婚姻效力可约束第三人的例子比比皆是。这决不是用契约的理论可以说得过去的。

(二)契约有创设的性格,双方当事人的权利义务由当事人自行约定,体现为“契约自由”。但婚姻当事人在达成结婚的合意以后,可以适用双方意志来约定的内容很少,主要限于夫妻财产制度的选择方面,而且仅仅是“选择”而已,并非可以根据当事人的意思自由创设。尽管持契约论的学者可以争辩法律对不少

契约,均设有不少的强行规定,也不是当事人所能得以变更的,较之婚姻仅有程度上的差异。但这种程度的差异是巨大的,已经达到了从量变到质变,与其说婚姻适用契约自由,不如说婚姻实行的是一种类似于物权法定的法律原则。

(三)如果婚姻是一种契约,结婚是一种缔结契约的行为,那么缔约过失就应该有其适用。现实生活中,男女以结婚为幌子,视谈恋爱的儿戏,欺骗对方感情与物质的情况比比皆是,却不见法律对之作出规范,而是留给道德调整。

(四)婚姻具有排他的性格,一旦当事人已受婚姻效力约束,则不能再缔结其他婚姻,重婚成立的婚姻是无效的婚姻。但契约却不具排他的性格。双方当事人均可以订立多个契约,这些契约都是有效的。

(五)保护契约与保护婚姻的手段不同。当事人若违反契约义务,法律是采取支取违约金、定金、继续履行等民事救济手段。这些民事救济手段对婚姻来说显然是不适用的。赔偿损失的民事救济方式也只有特定情况(解除婚姻)时才适用。一方当事人若违反婚姻义务,与他人重婚,法律采取的是刑事制裁的手段,而非民事制裁。这再次证明了婚姻不是一种民事契约。

此外,婚姻无效的理论,也与一般契约无效的理论不同。一般新法以不溯及于施行前所订立契约的效力为原则,但婚姻法反以新法的适用为适当。

基于上述理由,笔者认为,婚姻不是契约,而是一种制度。制度一语,系谓有机统一的法规之全体,于其适用范围,限制个人之意思。路那认为使着法律外衣者,为制度。婚姻从来就不是如契约一般由当事人随心所欲地缔结的,而是受到法律(或为成文法或为习惯法)的严密调控。正因为这样,它影响到的不仅仅是缔结婚姻的男女双方,还影响到他们的亲属以及在缔结婚姻时尚不存在的第三人⁴/孩子。这种影响不是可以由当事人控制的,而是由法律规定的。各个国家、各个历史时期对此不同的规定恰恰反映了婚姻是一种制度的性格。

婚姻是一种制度,必须得到国家的认可。契约自由的理念在婚姻上得不到体现。法律可以规定婚姻具有排他性,也可以规定一夫多妻或一妻多夫的婚姻,甚至可以在将来规定同性之间可以成立婚姻,当人们违反这种制度时,国家就运用暴力手段加以干涉。因此,结婚行为,若仅从男女双方来看,是一种合意,若从整个社会的角度观察,还包含着国家的认可,而不仅是当事人的合意。婚姻关系,则是由婚姻制度所产生的一种法律关系。

将婚姻视为一种契约的观点在历史上曾起到过

积极的作用。近代以前,婚姻并不是当事人自主决定的,而是由双方的家长决定。随着资本主义的发展,传统的家族关系受到重大打击,个人在经济上能有主体性,家长权的经济基础渐渐崩溃,个人的人身依附关系减弱,在政治(法国革命)、思想(文艺复兴)方面都发生了变化。在西方,自宗教改革以后,市民群起排除教会婚姻的管辖权,否认婚姻的宗教性格,提倡自由、平等。在这种情况下,产生了婚姻契约说,法国宪法承认了婚姻是一种民事契约。由此可见,婚姻是一种契约的观点,只是反对封建主义与教会的斗争手段,它是应斗争的需要而生。法国宪法与民法典的规定就是这一历史进程在法律文化上的沉淀。

但正如前所述,婚姻不是一种契约而是一种制度。实际上,除了法国民法典规定婚姻是一种契约外,瑞士民法典明定婚姻为一种生活共同体,德国民法典则未作明确规定。各个国家规定的不同恰恰印证了婚姻只是国家法律所规定的制度。

在目前平等自由观念深入人心,个人有着自己独立人格的今天,持婚姻是一种契约的观点已不具有资产阶级革命时期的积极作用了。相反,它使得人们产生将婚姻关系商品化的不良倾向,以契约自由为托辞逃避婚姻的责任,不利于良好社会风气的形成。只有明确婚姻是一种制度,才有助于唤起人们的责任意识,以严肃的态度对待婚姻,对待家庭!

参考文献

以上内容参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第三章第四节,第 98 - 111 页。

巫昌桢主编:《婚姻与继承法学》,中国政法大学出版社 97 年版,第 106 页。

参见杨大文主编:《亲属法》,法律出版社,1997 年版第 68 页。

熊英:《亲属法学》,学苑出版社 2000 年版,第 33 页。

参见夏凤英:《论婚姻是一种契约》,载《法学家》2001 年第 2 期。

参见《中国大百科全书》法学卷,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 464 页;《辞海》,上海辞书出版社 1979 年版,第 725 页。实际在民法上,契约与合同虽均属多方法律行为,但是不同的概念。前者乃由双方内容互异而相对应之意思表示之合致(错综的合致)而成立之法律行为也。后者即由同一内容之多数意思表示之合致(平行的合致)所成立之法律行为。参见郑玉波:《民法总则》,三民书局 1995 年版,第 221 页。

[日]星野英一:《日本民法概论(契约)》,姚荣涛译,(台)五南图书出版公司 1997 年版,第 4 页。

史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 109 页。

史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 106 页。