

# 婚姻——契约的制度化

邹国雄

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

**【摘要】**婚姻以异性之人的结合为归属,而人所具有的自然属性和社会属性,决定婚姻的本质要与其相对应。从历史的层面分析,婚姻的演进体现为一种“从身份到契约,从契约到人权”的运动。本文通过对婚姻的含义之解读,剖析了婚姻的外在表现及本质内涵,并进而指出这种“人本位”向“社会本位”的退却,正是婚姻的属性使然。

**【关键词】**婚姻;民事契约;制度化

**【中图分类号】**D913

**【文献标识码】**A

**【文章编号】**1008-1674(2002)01-0027-02

## 一、婚姻的含义之解读

婚姻的概念,历史上经历了一个不断演化的过程。罗马法之始,认为婚姻以生儿育女为目的。这种观点的建立,是基于人类生命的世代繁衍的需求。及至后世,婚姻在法学上概念,由“目的论”演化为“契约论”、“制度论”等学说。在大陆法系,1791年的法国宪法明文规定:法律仅承认婚姻为市民契约。《葡萄牙民法典》第1577条对婚姻界定为:婚姻是两个异性的人之间根据本法典的规定,意在以完全共同生活的方式建立家庭而订立的合同<sup>[1]</sup>。这种对婚姻概念的界定,显然主张婚姻是一种契约。而与之相对应,也有学者主张“婚姻系以终生共同生活为其目的之一男一女之适法的结合关系,是采取规范的单婚之一夫一妻之婚姻制度”<sup>[2]</sup>。显然,这种观点倾向婚姻是一种制度。

要界定婚姻的本质属性,我们可以通过对中国古代社会和欧洲中世纪教会法的婚姻制度的比较中获得一点启示。在中国古代社会,男女无婚姻自由。婚姻的缔结和解除,都是关系男女双方家庭的大事。法律将主婚权赋予男女双方的家长或父母。所谓“父母之命,媒妁之言”,是古代缔结婚姻的合法形式。在离婚问题上,古代法律赋予男子较多的离婚特权。男子有权休妻、出妻,而妻子一般无提出离婚的权利。在欧洲中世纪,基于教会法甚至实行禁止离婚主义,当事人根本无离婚自由权。由上可知,在中国古代社会和欧洲中世纪教会法的婚姻制度中,婚姻当事人的婚姻自由受到严格的限制。

婚姻自由是资产阶级革命的产物。资产阶级在反封建的斗争中,提出了“自由、平等”的政治主张,婚姻自由也被宣布为一种天赋人权。资产阶级胜利后,1791年法国宪法规定:“法律视婚姻仅为民事契约”。1804年《法国民法典》明文规定:“未经合意不得成立契约”。与此同时,法典还规定了夫妻双方共同请求离婚的,或一方基于法定离婚理由要求离婚的,法院判决准予离婚。此后迄今数百年,许多国家的法律相继承认结婚自由和离婚自由,婚姻自由成为现代社会诸国法律承认的一项法律原则。

承认婚姻为契约的观点,乃是婚姻当事人法律地位平等最充足的理论支撑。弗洛姆在《爱的艺术》一书中说:“尊重只能建立在自由的基础之上,强权统治绝不会成就爱”<sup>[3]</sup>。把婚姻宣告为纯粹的民事契约,为婚姻法的世俗化提供了准备。婚姻契约理论的贡献在于,它否定了婚姻乃神作之合的宗教教条,打碎了封建包办、买卖婚姻的桎梏,把婚姻缔结权重返婚姻当事人,打破了婚姻不可离异性的神话。

不容否认,随着市民社会的逐步完善,婚姻越来越多地具有了契约的性质。正如英国著名历史法学家梅因在《古代法》中将人类社会的发展过程概括为:“所有进步社会的运动,到此为止,是一个‘从身份到契约’的运动”<sup>[4]</sup>。但是,笔者同时认为,根据契约理论,婚姻的建立是当事人双方的合致。这种自由的内心真意表达,排除了任何外界因素的干扰。而在现实生活中,婚姻的意义不仅停留在男女的结合,或两性关系的确立上,而深层次的体现为社会和制度的规定性。婚姻当事人对配偶的可选择性所受到的“伦理”或“家族”的羁绊,虽倍受攻击,被认为是吃人的礼教,但我们有时也只得无奈地从<sup>[5]</sup>。有鉴于此,基于“父母之命、媒妁之言”而设立的婚姻关系,虽违背了婚姻一方当事人的真意表示,但经登记后就仍葆有效力,并非自动发生恢复原状的效果。婚姻当事人若要解除婚姻关系,仅能通过合意并办理离婚登记,或发动诉讼程序。若仅承认婚姻为契约,那么婚姻因欠缺当事人的真意要素,婚姻应归于自始无效。显然,这种婚姻契约理论与立法存在偏差。立法的倾向表明,通过“公力”对登记制度予以确认,以规范私人领域的恣意行为。

## 二、婚姻契约理论的质疑

诚然,婚姻具有契约的一些特征。契约是一种协议或合意,它表现为:其一,契约的主体必须是两人以上。其二,契约必须是主体意思表示完全一致,未形成合意,则不生契约。其三,契约必须是主体法律地位平等,意思表示真实自由。

契约的上述特征,在一定程度上与婚姻相符。但是,值得我们深究的是,仅仅从现象上就对婚姻的本质作出定性,未免有失武断。我们不难发现,婚姻的内在要素,包含了以下几方面的内容:

(一) 结婚行为 这是成立婚姻的前提和基础。在英美法系,学理上对此大多采契约说主张。其理由认为,具有独立人格的婚姻当事人在平等的地位上为意思表示,并达成合致,即发生权利义务关系,对婚姻当事人具有拘束力。故结婚行为,与财产上的契约,并无异同。

(二) 婚姻关系 这是婚姻的存续状态。婚姻关系是一种人身关系,是社会学家所说的初级关系,具有关系契约的性质<sup>[6]</sup>。它与整个人身交涉,没有范围的限制,是唯一的和不可转让的。这种关系的交流是广泛的,不仅限于语言,而是牵涉到所有的感觉。这种关系的参加者从中得到各种人身的非经济的满足。整个共同体的结构都笼罩在这些初级关系中,只不过在核心家庭中,这些关系最为亲密,在其他近亲属之间稍逊一些。婚姻关系虽因婚姻当事人之意思合致(契

**【收稿日期】**2001—12—17

**【作者简介】**邹国雄(1968—),江西樟树人,厦门大学法律系民商法硕士研究生,主要从事民法学研究。

约)而成立,但婚姻关系存续中之夫妻权利义务关系,并不以夫妻间的合意为基础。故婚姻关系不是纯粹的契约,而是有关身份之法律关系。因此,婚姻关系之内容,系由国家之意志所决定,并由法律予以形式化,其不能因当事人合意而变更婚姻关系的效果。

(三)家庭关系由婚姻产生,家庭的基础是婚姻。婚姻由两性间自然交往或自然联系而产生,但婚姻既不仅是两性关系,也不仅是市民契约的关系,而是一种“精神的统一”,其实质是一种伦理的关系。这种自我意识的统一就是爱,而这种爱是“具有法的意义的伦理性的爱”,它可以消除爱中一切倏忽即逝的、反复无常的赤裸裸的主观的因素<sup>[7]</sup>。可见,作为社会细胞的家庭,必须以婚姻为其先导。两性间的自然结合体的产生,或者仅仅依据动物的本性,或者依据法律。后一种就是婚姻,婚姻是两个不同性别的人为终身互相占有的性官能而产生的结合体。但此目的并非为一种专横意志的契约,它是依据人性法则产生其必要性的一种契约,是一种契约的制度化。

(四)对婚姻当事人一方或双方来说,离婚可能是个人的不幸,但它可以被看作是一项社会发明,是婚姻本身不可避免的紧张关系的解阀器<sup>[8]</sup>。人们的常识都承认,个人的痛苦和不断争吵的可能比离婚更糟。但反之,离婚是夫妻产生敌对情绪的表现,并会切断双方家庭的联系,给成年人和孩子带来重新调适的过程。在婚姻中产生紧张关系是不可避免的,因为婚姻要求男女双方尽管存在许多差别也要亲密相处。这种亲密关系既是一种报酬,也是付出的一种代价。而且,没有任何婚姻制度许诺要给双方带来幸福。另一方面,婚姻制度又维护自愿参加的原则,所有的婚姻制度都包含各种减少敌对情绪或其影响的社会模式。

### 三、婚姻的价值功能之重构

如前文所述,不言而喻的结论是,婚姻一经成立,制度上的效力便拘束婚姻当事人的意思表示。夫妻不能变更婚姻的效果,更不能因解除的合意而将婚姻予以解除。据此,婚姻的属性涉及到私人领域和公共领域。在私人领域,以“人本位”作为价值目标而存在,在公共领域,以“社会本位”作为价值目标而存在。

(一)从价值定位分析,婚姻是原始动物性与社会性、个体需要与社会存在和发展要求的二律背反。调和的结果,是社会为两性关系和血缘关系确立一种范式,引导和强制人们在这种范式中满足其自然性能和社会需求,超越范式,则应承担不利的后果。由此,婚姻的价值重心选择有三种可能的途径:其一,以人的自然需要和个体利益为确认和保护重心的个体本位;其二,以社会需要和社会利益为中心的社会本位;其三,将个体需要和社会需要合为一体,协调兼顾。

因此,婚姻所肩负的价值认知和选择的双重性,一方面创造了良好的社会氛围和条件,满足社会成员个体需要,保障个体利益,维护基本人权;另一方面,又要求个体服从社会,建立稳定和谐的社会秩序,强化婚姻当事人的责任和义务,促进社会的进步和发展,而这两者实现的媒介,则依赖婚姻共同体和家庭共同体。有鉴于此,婚姻关系构成“私法”的有机组成部分,它确认主体的私人利益,调整私益关系,借助民法上私益的合理运转,达到社会整体利益的平衡。从婚姻关系所反映的私益的取向,我们可对其表现归纳如下:婚姻缔结中人格化的自然利益而非目的性利益,由其生成的人的身份利益和伴生的财产利益。然而,这一传统的定势已有新的突破——私权绝对、私权神圣走向私权相对、私权有限,社会本位价值日趋凸显。

(二)从功能指向分析。笔者认为,作为民法组成部分的婚姻法,无论是身份关系,亦或是财产关系,都应以主体的权利为价值本位和规范重心,旨在确认和保护主体的身份权及其财产权益,从而拥有民法的“私法”属性,民法的功能体系应充分反映,作到“私法”属性与“公法”功能兼顾,保障功能与权利本位并重。由于婚姻关系是一种特殊的民事关系,与市民社会的价值或利益法则相迥异,它源于人伦关系这一本质的、自然的社会共同体结构,并非目的性关系,其自身存在和功能带有鲜明的“公法”秩序和社会保障属性。保护“弱者”和“利他”的价值取向直接纳入权利义务关系之中。“意思自治”的自律性、授权性与社会规范的强制性、义务性及个体需要与社会利益、自然属性与社会属性同构一体,不可分割。因此,婚姻关系既要

以民法传统的价值理念为基础,又要坚守自身固有的功能法则。

婚姻的上述价值功能,具体体现在亲属身份法和亲属财产法中。前者源于婚姻家庭的伦秩序,是严格意义上的身份法;后者由前者派生,但更贴近财产法范畴。在古代社会,以家庭为本位的亲属体系具有鲜明的等级特权和支配服从的身份伦理属性。维护这种身份等级关系不仅是人伦道德之要旨,也是法律规范之重心,所以婚姻法的价值本位在于身份,财产关系居于从属依附地位。近代社会,由“身份到契约”、“家本位”的农业社会到“人本位”的市民社会的转轨,也带来了婚姻法内容重心的位移。传统的反映等级特权、支配服从之人伦要求的身份法因与人格独立、自由、平等的市民社会不相容而丧失了法律意义。法律对婚姻法的调整已不再注重身份,而是注重身份中具有独立人格本位的人的权利和利益。

毋庸置疑,人类从身份社会步入契约社会,摆脱了“丛林法则”的竞逐,标志着人类历史的进步。但是,契约本身的痼疾也是显而易见的。这是一个强者、胜者、优者的契约自由,反应在婚姻的契约上,弱者、败者、劣者被剥夺了契约自由。这就不能回避,强者在实质上管领弱者,取得支配地位,利用婚姻契约来满足自己的任性。笔者认为,这种强弱者的角色地位是经常互换的,极易导致婚姻秩序不稳定。由此,必须将契约的自由限定在制度的框架内,以规制婚姻一方的任意妄为。

### 四、余论

鉴于上文所作的分析,我们可以逻辑地得出结论,婚姻不可能仅归属于契约的概念。本文认为,在形式上,婚姻具有民事契约的特征,但就其实质基础而言,婚姻不是契约关系。因为婚姻恰恰是这样的东西,即它从契约的观点,从当事人在他们单一性中是独立的人格这一观点出发来扬弃这个观点<sup>[9]</sup>。当然,另需提及的是,现代的婚姻较之于往昔,显得更富有弹性而缺乏持久力。当条规变得似乎太严格或有违期待的实现时,关闭契约只有两个解决办法:离婚或变成无生气的婚姻关系。具有弹性的婚姻则提供了第三种办法,即一人的一连串的多偶婚,藉以调适婚姻契约引起的伴侣间的嫌恶<sup>[10]</sup>。理论上作上述解释似乎是可行的,但我们发现,婚姻当事人很少有这种行为,或处于极度的隐秘状态。挖掘这一现象背后的内质,唯一可解释的是,制度化的法律规定和人伦秩序的普遍要求,阻碍着婚姻当事人勇敢地冲出婚姻的囚牢。婚姻当事人要努力摆脱婚姻的桎梏,只有寻找合理的手段,以公示性的离婚方式获得制度上的保障。否则,婚姻当事人只有忍受无生气的婚姻关系的囚禁,而不敢越雷池一步。

由此,婚姻的形式特征和本质内涵——契约的制度化,留给我们的启迪是,婚姻当事人必须谨慎地发出要约和作出承诺。一旦契约的内容获得制度化的保障,婚姻的效力便无一例外地扩张及人身关系和财产关系领域,并具有较稳定的定位。

### 【参考文献】

- [1] 米也天. 澳门民法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.162.
- [2] 陈棋炎. 近代法上婚姻之立法性质[M]. 台湾: 三民书局印行, 58、159.
- [3] [德] 弗洛姆著. 爱的艺术 [陈维纲等译] [M]. 成都: 四川人民出版社, 1986. 33.
- [4] 梅因. 古代法[M]. 北京: 商务印书馆, 1959. 97.
- [5][6] 麦克尼尔. 新社会契约论 [雷喜宁、潘勤译] [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.12-13.
- [7] [德] 黑格尔. 法哲学原理 [范扬、张企泰译] [M]. 北京: 商务印书馆, 1982. 177.
- [8] [美] 威廉·D·古德. 家庭 [魏章玲译] [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 1986. 209.
- [9] 黑格尔. 哲学全书[M]. 第3版, 第150节.
- [10] M (A) 拉曼纳, (A) 里德曼合著. 婚姻与家庭[M]. 北京: 世界图书出版, 1995.117.