

家事法苑™ 家事法实务沙龙第 12 期预告暨征文启事

(计划于 2012 年 11 月下旬某个周五下午举办,地点初定:北京市岳成律师事务所第 3 会议室,具体时间地点待通知)。

主题:房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别-----《婚姻法》司法解释(三)第 6 条的理解与适用(《婚姻法》第 19 条,我国夫妻财产制度完善之反思)。

*沙龙通知

一、相关法律依据:《婚姻法》、《物权法》、《合同法》、《婚姻法》司法解释(三)条文摘登

二、观点摘登

总结审判实践经验凝聚社会各界智慧 正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件——最高人民法院民一庭负责人答记者问(摘登),本报记者 张先明,人民法院报 2011 年 8 月 13 日。

《关于适用婚姻法若干问题的解释(三)》的理解与适用,作者:最高人民法院 杜万华 程新文 吴晓芳,《人民司法》2011 年第 17 期(应用版)。

当前婚姻家庭案件中的疑难问题探析(摘登),吴晓芳(最高人民法院),《人民司法》2010 年第 1 期(应用版)

上海市律协民事业务研究委员会举办“《婚姻法司法解释三》实施一周年”研讨会(2012 年 10 月 12 日)《婚姻法》司法解释(三)第 6 条的理解与适用观点选登

上海市第一中级人民法院民一庭吴薇庭长:

华东政法大学许莉教授:一般赠与以及夫妻约定的区分在于是否与双方的身份相关联。

三、《婚姻法》解释(三)第 6 条:夫妻之间赠与房产的处理案例

北京房山法院:婚前约定赠房 老夫“闪了”少妻 法院驳回丈夫“协议无效”诉讼请求 北京晨报 20120312

江苏南京秦淮法院:结婚后房产证加上妻子名离婚时丈夫提出独享房子,2012 年 03 月 07 日,东方卫报

南京市中级法院:求婚时送房产,离婚时要“收回”法院判“不能反悔”,2012-03-07,南京日报

安徽巢湖法院:缘分已尽 房产赠与起纠纷,环湖晨刊 2012-04-16

天津蓟县法院依据“婚姻法解释三”宣判一起典型案件,2011-9-6,每日新报

浙江诸暨市法院:“80 后”小夫妻的房产争夺战,绍兴网,2012 年 03 月 28 日

重庆南岸区法院:签协议将一半房产赠给老婆 离婚时撤销协议收回,2012-04-08

江西安福县法院:离婚时约定房屋赠儿子 未过户请求撤销获支持,2012-03-22,中国法院网

广东广州中院:七旬老人恋爱时赠房给同居女友 分手后索要,2012 年 09 月 06 日,大洋网-广州日报

甘肃兰州中院:婚前约定房产共有 离婚反悔输了官司,中国甘肃网-兰州晨报,2012-02-24

浙江宁波海曙法院:婚前房产的权属协议是否有效,2011 年 08 月 10 日,宁波晚报

四、相关理论动态

《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》的民法基础,原载《法律适用》2011 年第 10 期,时间:2011-10-11,中外民商裁判网 作者:杨立新

司法解释三推动婚姻契约化,2011-12-27 法治周末,薛宁兰(中国社科院法学所研究员)

《夫妻财产归属之法律适用》,许莉,法学 2007 年第 12 期

我国夫妻财产制立法若干问题探讨,薛宁兰 许莉(中国社会科学院 华东政法大学),法学论坛 2011 年第 2 期

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

论夫妻约定财产制度的适用困境——由夫妻二人公司出资协议性质争议引发的思考，林承铎（台湾）中国人民大学国际关系学院 讲师，中国民商法律网

婚姻的契约性质及妻子的法律地位，2012年1月13日，余未，人民法院报

俞江：中国亟宜确立新型的家制和家产制——《婚姻法》司法解释（三）评议，《清华法治论衡》第14辑。

五、沙龙应征论文

婚姻法司法解释三第六条的理解与适用——房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别探讨（修改稿），王军营（河北世纪鸿业律师事务所）

房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别的探讨——婚姻法第19条之反思 齐艳敏（京衡律师集团）

论夫妻财产约定与夫妻赠与——兼评《婚姻法》司法解释（三）第六条的理解与适用，杨晓林、段凤丽（北京岳成律师事务所）

附：家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 2010年2月18日专题历史资料

家事法苑™ 理论快递 2010-004：《夫妻关于房产所有权变更的约定是否必须过户才生效》，此问题现实中矛盾非常突出，恳请学者们予以关注！

序言

夫妻关于房产所有权变更的约定是否必须过户才生效 同案不同判现象表明夫妻财产约定制度亟待立法完善，2009-12-12 《法制日报》第3版，人大立法聚焦 记者陈丽平

当前婚姻家庭案件中的疑难问题探析（摘登），吴晓芳（最高人民法院），《人民司法》2010年第1期（应用版）（略，见前）。

《夫妻财产归属之法律适用》，许莉，法学2007年第12期（略，见前）。

婚姻财产约定中不动产是否需要履行物权变动形式——兼谈我国夫妻财产约定制度的完善，杨晓林律师（北京市岳成律师事务所）载《婚姻家庭法律师实务》第3辑，中国法制出版社2008年版。

婚姻领域内物权变动的法律适用，2009-10-30 田韶华（河北经贸大学），来源：北大法律信息网

浅析夫妻财产约定涉及他人财产的处理——兼谈约定财产制与物权的冲突及解决，孙韬（江苏苏源律师事务所）

“家事法苑”家事法实务沙龙第12期预告暨征文启事

（计划于2012年11月下旬举办，具体时间地点另行通知）。

主题：房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别——《婚姻法》司法解释（三）第6条的理解与适用（《婚姻法》第19条我国夫妻财产制度完善之反思）。

家事无小事，家和万事兴。

我国1980年《婚姻法》将约定财产制作为法定财产制的附属、补充而规定，2001年《婚姻法》修正后，第十九条规定“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产各自所有，归共同或部分共同所有、部分各自所有。约定应当采用书面形式”，将夫妻约定财产制与法定财产制地位并列且其效力高于法定财产制而规定，这完善了我国夫妻财产约定制度，对保障公民充分行使个人财产权利具有十分重要的意义。

但在随后的社会现实中，特别是2007年10月1日《物权法》实施后，《婚姻法》与《物权法》及《合同法》的适用冲突问题日益突出，婚姻财产约定中，约定一方婚前财产主要是房产此类不动产婚后共有或为对方个人所有时，是否需要履行物权变动的形式，即对方对房产所有权的取得是否必须要办理过户方能生效，出现争议时原产权人是否有权行使撤销权，成为争议的焦点，存在同案不同判现象，当事人利益得不到保障。

清官难断家务事，家事无小事，家和万事兴，共同关注！家事法苑™ 律师团队编辑、奉献

有鉴于此，2011年8月12日开始实施的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（三）第六条规定“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”

但是，最高院相关负责人在媒体解释此问题，做了如下表述：“经反复研究论证后，我们认为，我国婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。”（来源于《总结审判实践经验凝聚社会各界智慧 正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件——最高人民法院民一庭负责人答记者问》，本报记者 张先明，人民法院报 2011年8月13日）由此，在婚前或婚内财产关系中，出现了房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”这两种不同的表述，“夫妻赠与”情形适用合同法的规定处理，“夫妻财产约定”适用《婚姻法》的规定。

“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”到底如何区分？夫妻一方把房子百分百无偿过户给对方，这叫“夫妻赠与”，适用《合同法》，不过户或不做公证就可以撤销；而只给1%、50%抑或99%，这就属于“财产约定”么，就适用《婚姻法》，即使不过户，也不可撤销？是这样理解么？相关争论仍在继续中，但一点可以肯定的，以往的同案异判现象还会继续持续下去！

围绕《婚姻法》司法解释（三）第六条的理解与适用，特举办“家事法苑”家事法实务沙龙，深入探讨房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别，同时反思《婚姻法》第19条之我国夫妻财产制度的完善，还可涉及带有亲属身份关系的协议的法律适用问题。希望通过讨论，对相关问题争取达成共识，以期向相关部门进行反映。

欢迎对家事法感兴趣的朋友加入，撰文、座谈、交流，共建和谐学术、业务探讨交流的平台，外地朋友可以通过QQ群“视频秀”远程发言参与交流！

注意事项：本沙龙为纯民间、公益业务研讨与学术交流，主讲人没有任何报酬。

地址：北京市朝阳区东三环北路丙2号天元港中心A座7层

联系人：段凤丽律师 报名、投稿邮箱：duanfenglilawyer@163.com

电话：010-57230666，13552693593。

一、相关法律依据

《中华人民共和国婚姻法》（节选）

（1980年9月10日第五届全国人民代表大会第三次会议通过 根据2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》修正）

第十七条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

- （一）工资、奖金；
- （二）生产、经营的收益；
- （三）知识产权的收益；
- （四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；
- （五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

第十八条 有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：

- （一）一方的婚前财产；
- （二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；
- （三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；
- （四）一方专用的生活用品；
- （五）其他应当归一方的财产。

第十九条 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

《中华人民共和国物权法》（节选）

（2007年3月16日第十届全国人民代表大会第五次会议通过）

第9条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。

第十五条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

第23条 动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。

中华人民共和国合同法（节选）

（1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过）

第二条 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

第十一章 赠与合同

第一百八十五条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

第一百八十六条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

第一百八十七条 赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

第一百八十八条 具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。

.....

第一百九十条 赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

.....

第一百九十二条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- （一）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；
- （二）对赠与人有扶养义务而不履行；
- （三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。

第一百九十三条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起六个月内行使。

第一百九十四条 撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。

第一百九十五条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

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（三）（节选）

法释〔2011〕18号（2011年7月4日最高人民法院审判委员会第1525次会议通过）

第六条 “婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”

二、观点摘登

总结审判实践经验凝聚社会各界智慧 正确合法及时审理婚姻家庭纠纷案件
——最高人民法院民一庭负责人答记者问（摘登），

本报记者 张先明，人民法院报 2011年8月13日。

在没有办理过户手续之前，夫妻之间赠与房产可以撤销

问：夫妻之间赠与房产也需要像普通人一样办理过户手续吗？没过户可以撤销赠与吗？

答：夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产赠与另一方，但没有办理房产过户手续，后双方感情破裂起诉离婚，赠与房产的一方翻悔主张撤销赠与，另一方主张继续履行赠与合同，请求法院判令赠与房产一方办理过户手续。对此问题应当如何处理呢？

经反复研究论证后，我们认为，我国婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。

合同法对赠与问题进行了比较详尽的规定，如：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”；“赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续”；“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付”。婚姻家庭领域的协议常常涉及到财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥合同法的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，合同法对赠与问题的规定并没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产，在没有办理过户手续之前，依照合同法的规定，是完全可以撤销的，这与婚姻法的规定并不矛盾。我国采取的是不动产登记制度，无论基于何种原因发生的权属变动均需经登记才产生效力。

《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》的理解与适用（摘登）

作者：最高人民法院 杜万华 程新文 吴晓芳，《人民司法》2011年第17期

1、夫妻之间赠与房产的处理。

夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产赠与另一方，但没有办理房产过户手续，离婚时赠与房产的一方主张撤销赠与，另一方主张继续履行赠与合同，请求法院判令赠与房产一方办理过户手续。在此问题的处理上，存在两种完全不同的观点：一是认为夫妻之间有关财产的约定，只要系夫妻双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，就应认定为有效且对双方产生法律上的拘束力。相对于物权法及合同法的规定，婚姻法对夫妻财产关系规定属于特别规定，应当优先适用婚姻法的规定。夫妻财产约定因其强烈的身份性不应适用赠与合同有关撤销权的规定，任意行使撤销权将使夫妻财产约定变成一纸空文，故夫妻之间有关房产赠与的约定无需经过物权变动手续，离婚时法院可以判决房产归受赠方所有，对赠与房产一方主张撤销赠与合同的请求不予支持。二是认为婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。

合同法对赠与问题进行了比较详尽的规定，如：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”；“赠与的财产依法需要办理登记手续的，应当办理有关手续”；“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付”。婚姻家庭领域的协议常常涉及到财产权属的条款，对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥合同法的适用。在实际生活中，赠与往往发生在具有亲密关系或者血缘关系的人之间，合同法对赠与问题的规定并没有指明夫妻关系除外。一方赠与另一方不动产，在没有办理过户手续之前，依照合同法的规定，是完全可以撤销的，这与婚姻法的规定并不矛盾。因此，尚未办理房产过户手续的赠与，房产赠与人可以随时撤销赠与，对赠与房产一方离婚时主张撤销赠与合同的请求应予支持。

经过认真细致的讨论，婚姻法解释（三）第6条采纳了后一种观点。需要指出的是，该条重点在于明确夫妻之间赠与房产可以按照合同法第一百八十六条的规定处理；如果赠与的房产已经登记过户，但受赠的夫妻一方对另一方有扶养义务而不履行、严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、不履行赠与合同约定的义务情形之一的，赠与人可以按照合同法第一百九十二条的规定行使法定撤销权。行使任意撤销权的依据是合同法第一百八十六条，条件是赠与房产的产权未发生转移，不适用社会公益和道德义务性质的赠与合同以及经过公证的赠与合同；法定撤销权是基于法定事由，由赠与人行使的撤销赠与的权利，其依据是合同法第一百九十二条。

有人提出，本条解释只规定了夫妻之间赠与房产的问题，对于夫妻之间赠与轿车、贵重首饰等如何处理呢？笔者认为，只要明确了夫妻之间的赠与行为同样适用合同法的规定，赠与动产时发生

当前婚姻家庭案件中的疑难问题探析（摘登）

《人民司法》2010年第1期（应用版），54—58页，吴晓芳

（扫描版，如若引用请务必对照原文）

2001年修订后的婚姻法实施后，为了在审判实践中更好地贯彻婚姻法的立法精神，最高人民法院先后出台了《关

于适用若干问题的解释(一)》(以下简称“婚姻法司法解释一”)和《关于适用若干问题的解释(二)》(以下简称“婚姻法司法解释二”),为正确、及时地审理各类婚姻家庭案件提供了更具有可操作性的裁判依据。从全国法院审理婚姻家庭纠纷案件的情况来看,近年来出现了一些新情况和新问题,其中一些问题争议很大,“同案不同判”的现象并不鲜见,实有必要进行深入的研讨。

一、夫妻财产约定与赠与合同的法律适用

审判实践中经常遇到这样的纠纷,比如夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产赠与另一方。但没有办理房产过户手续,离婚时赠与房产的一方主张撤销赠与,另一方主张继续履行赠与合同,请求法院判令赠与房产一方办理过户手续。

在此问题的处理上,存在两种迥然不同的观点:

一种观点认为:《婚姻法》第十九条规定:“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有约束力”。因此,夫妻之间有关财产的约定,只要系夫妻双方真实意思表示,不违反法律、法规的禁止性规定,就应认定为有效且对双方产生法律上的拘束力。相对于《物权法》及《合同法》的规定,《婚姻法》对夫妻财产关系的规定属于特别规定,应当优先适用《婚姻法》的规定,故夫妻之间有关房产赠与的约定无需经过物权变动手续,离婚时法院可以判决房产归受赠方所有,对赠与房产一方主张撤销赠与合同的请求不予支持。

另一种观点认为,夫妻有关财产的约定合法有效,但依据《合同法》中赠与合同一节的规定:“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与,赠与的财产依法需要办理登记等手续的,应当办理有关手续。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,赠与人不交付赠与的财产的,受赠人可以要求交付”。因此,尚未办理房产过户手续的赠与,房产赠与人可以随时撤销赠与,对离婚时赠与房产一方主张撤销赠与合同的请求应予支持。笔者认为,婚姻家庭领域的协议常常涉及到财产权属的条款,对于此类协议的订立、生效、撤销、变更等并不排斥《合同法》的适用。比如最高人民法院“婚姻法司法解释二”第九条就规定:“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔,请求变更或者撤销财产分割协议的,人民法院应当受理。人民法院受理后,未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的,应当依法驳回当事人的诉讼请求。”此乃《合同法》基本原理的延伸运用。在实际生活中,赠与往往发生在具有亲密关系的人或者血缘关系的人之间,《合同法》对赠与问题的规定并没有指明夫妻关系除外。虽然《婚姻法》第十九条规定了夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定对双方有约束力,但如何理解“约束力”一词呢?就夫妻之间的赠与而言,一方赠与另一方钻戒、手表等贵重物品已经交付的,依照《合同法》的相关规定。当然不能随便撤销,这就是所谓的“约束力”。而一方赠与另一方不动产,在没有办理过户手续之前,依照《合同法》的规定,是可以请求撤销的,这与《婚姻法》的规定并不矛盾。我国采取的是不动产法定登记制度,无论因何种原因取得,房产物权均需经登记才产生效力。也就是说,在赠与房产时只有办理了房产过户手续,才能产生“尘埃落地”的约束力。夫妻有关赠与房产的约定并不属于具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同,如果没有经过公证,对离婚时赠与房产一方主张撤销赠与合同的请求应当得到法院的支持。

上海市律协民事业务研究委员会举办“《婚姻法司法解释三》实施一周年”研讨会 (2012年10月12日)《婚姻法》司法解释(三)第6条的理解与适用观点选登

上海市第一中级人民法院民一庭吴薇庭长:

对于《婚姻法司法解释三》第六条的适用。该条的适用的难点在于法院对于双方行为的认定上,如何判断该行为是一种赠与行为还是一种夫妻财产约定的行为。现在有一种意见认为,赠与合同是一种单务合同,受赠人与赠与人之间的权利义务处于一种不对等的状态下,因此赠与人除法律另有规定情况外在没有交付赠与物的情况下可以去撤销赠与。因此,区分是赠与行为还是夫妻的财产约定应当去看受赠一方是否也承担了一定的义务,如果承担了一定的义务就一般很难作为一个普通的赠与来看待。

同时,吴薇庭长还谈到,在《婚姻法司法解释三》颁布实施之前,上海法院认定为夫妻财产约定的情况比较多,但是就目前来看,法院还需进一步调研来统一认识。

华东政法大学许莉教授:一般赠与以及夫妻约定的区分在于是否与双方的身份相关联。

对于存在争议最大的《婚姻法司法解释三》的第六条,夫妻约定一方的财产归属于另一方与一般赠与如何辨别,许莉教授以其法律的深厚法理功底进行了深入的讲解。

许莉教授的观点指出,夫妻双方之间的财产往来应当包含于一般的财产往来以及夫妻间的财产往来。其重要的区分点应当在于是否与双方的身份关系存在关联。如果这种财产转移行为与夫妻间的身份关系没有关系,一般人也会去完成这样的赠与,那么这种行为就是一种一般的赠与。反之则不然,如果一方是基于双方的身份关系而产生的愿意转让自己名下财产,哪怕双方将来可能会离婚也愿意付出这样的风险,则这种应当被认定为不是一种一般的赠与而是一

种夫妻间财产的约定。

之所以要区分这两种行为，是因为前一种行为即一般赠与只是一个合同行为，其不发生物权的变化，受赠人只能形式合同请求权。而后一种即夫妻间财产约定，则当然的发生后物权权利变更的效果，没有进行交付或者不动产变更登记仅仅是不能够对抗第三人，不影响该财产可以作为夫妻共同财产进行分割。

三、《婚姻法》司法解释（三）第6条 夫妻之间赠与房产的处理 典型案例

北京房山法院：婚前约定赠房 老夫“闪了”少妻 法院驳回丈夫“协议无效”诉讼请求

北京晨报 20120312http://www.morningpost.com.cn/bjcb/html/2012-03/12/content_148534.htm

王女士比丈夫刘先生年轻30岁，二人去年结婚前曾书面约定刘先生把现住房屋中自己的份额赠与王女士。然而，结婚不到两年，刘先生却向法院起诉要求确认协议无效。最终，房山法院驳回了刘先生的诉讼请求。

一半房子赠与少妻

住房山区的刘先生今年77岁，老伴多年前去世后，刘先生始终一个人生活。2010年3月，刘先生经人介绍认识了比自己小30岁的王女士。相差30岁的年纪，并没有给双方带来负担和差距。两人相识后，王女士将刘先生的生活照顾得无微不至，这也让刘先生产生了再组家庭的念头。

前妻去世后，刘先生现在居住的房屋由其和两个儿子共同继承，刘先生占其中50%的份额，两个儿子则各占25%。2010年4月，刘先生和王女士签订了一份《财产约定协议书》，其中约定，现住房中属于刘先生的份额归王女士所有，双方其他婚前财产归各自所有。此外，对于双方婚后购置的财产，《协议书》中约定以实名制为准，若购买房屋、汽车，登记在谁名下就归谁所有等内容。

这份《协议书》签订后不久，2010年5月，刘先生和王女士去民政部门领取了结婚证。

传票打破平静生活

结婚后，刘先生和王女士生活在一起，生活过得还算平静。然而，不久前，一张法院的传票，打破了王女士的平静生活。刘先生以与王女士签订的协议书显失公平为由，将妻子起诉至房山法院，请求法院判决协议无效。对于丈夫所做的这一切，朝夕相处的妻子王女士事先竟然毫不知情。

“起诉这事，对我来说太突然了，我们一直好好的呀，前几天还有说有笑的，怎么说翻脸就翻脸了呢？”庭审中，妻子王女士因为情绪激动使得声音略显颤抖。对于婚前签订的这份协议，王女士并不讳言是在为自己的将来着想，“他比我大那么多，万一有个三长两短就扔下我一个人，我该怎么办？当年要不是因为这个协议，我也不会放心嫁给他”。

丈夫不同意调解

庭审当天，作为原告的丈夫刘先生，不知出于什么原因，并未到庭和妻子当面协商，只请了一个代理人全权代表。庭审中，这位代理人态度坚决地表示，不同意调解，要求法院进行判决。

房山法院经审理认为，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方都具有约束力。

本案中，刘先生和王女士婚前签订的夫妻财产约定协议书，是双方的真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，因此协议有效。刘先生主张双方签订的财产约定协议书无效，不符合《中华人民共和国合同法》中规定的几种合同无效的情形，因此，法院不予支持。最终，法院驳回了刘先生的诉讼请求。

晨报记者 何欣

江苏南京秦淮法院：结婚后房产证加上妻子名离婚时丈夫提出独享房子

2012年03月07日 东方卫视

法院判决，房子归男方但是要付钱

“房子加我的名字了，我会跟你白头偕老。”这是杨进（化名）和张蓉（化名）登记结婚时，张蓉做出的承诺。然而婚后没几天，两人就因为车贷房贷等问题产生矛盾。再加上杨进要求张蓉撤销其在房产上所加的名字，张蓉便搬回了娘家。

眼看张蓉不履行婚后妻子应尽的义务，杨进将张蓉告上了法庭，要求与妻子离婚，并要求将房子判为自己一人所有。

案件回放

婚后产生矛盾 妻子搬回娘家住

法官点评

婚姻关系 不能作为房屋赠与条件

2006年，杨进和张蓉通过某相亲网站相识，不过只是保持间断性的联系。虽然杨进多次向张蓉表达了自己的爱慕之情，但张蓉一直没有与其确定关系。

2010年3月5日，两人再次相遇，杨进又一次向张蓉表达了爱意，并表示这些年一直在等待张蓉。由于被杨进的行为感动，两人当晚就确立了恋爱关系。

从那天开始，张蓉就一直居住在杨进家中。因为自己离异多年，杨进觉得张蓉的出现让他有了家的感觉，因此想要和张蓉结婚。但是张蓉在照顾杨进期间，意外发现杨进的抽屉里有治性功能障碍的药，为此事，两人大吵了一场。不过杨进解释，自己吃药是因为体检出腺内线肥大，但是并不影响自己生小孩。随后，张蓉陪杨进又去医院做了检查，在确认不会影响生小孩之后，两人在3月11日就办理了结婚登记手续。随后，两人又到房产局将房屋的名字变更为两人共同所有，此后，张蓉将户口迁入杨进的房屋中。

然而没过多长时间，两人就因为房贷车贷等问题产生了矛盾，杨进随即提出将房产变更回他一人名下。由于争吵不断，张蓉搬回了娘家，并中断了与杨进的一切联系。直到杨进将张蓉告上了法庭，两人才又再次见面。

起诉书中，杨进表示刚开始每天打电话给张蓉，要求她回家，但张蓉不肯，后来直接联系不上，张蓉的行为给自己造成了巨大的精神伤害。在结婚登记时，张蓉索要房产共有权，自己为过上温馨的婚姻生活，迫不得已答应了她的要求，这种做法应认定为对张蓉附义务的赠与。但张蓉未履行与自己同居的义务，而且因为张蓉的原因而导致离婚，自己有权撤销对张蓉的房产赠与。

而张蓉却表示，杨进曾给自己发过短信，是因为担心不能生育担心房产最终不保，所以才一直闹着要变更房产，要离婚。

本案争议焦点在于：登记在杨进和张蓉名下的房屋，杨进是否能以张蓉未履行与其同居生活的义务为由，要求撤销该房产的赠与。

主审法官马巍人表示，婚姻关系不能作为房屋赠与条件。房产证上是两人的名字，从法律意义上讲，房屋是两人共同的财产。但考虑到房产是杨进婚前购买并支付了绝大部分购房款，且两人的婚姻关系存续时间很短。最终判定杨进给予张蓉一定经济补偿。

“一般是总房价10%到30%的补偿。”马巍人表示，这个评判标准是法官自行量定的。本案中张蓉得到了房产10%左右的经济补偿，也是从各方面综合考虑的。

相关法律

《中华人民共和国婚姻法》第十九条规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有共同所有或部分各自所有部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条第十八条的规定。

《中华人民共和国婚姻法》第十七条夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资奖金；（二）生产经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。 本报记者 华晓丽

法院判决

房屋归属男方 女方获经济补偿

秦淮法院一审判决后准予双方离婚。由于人身关系的婚姻不能作为赠与条件，杨进要求撤销赠与的理由不成立。该房产应作为夫妻共同财产依法进行分割。对该房产的分割应当充分考虑平衡双方的利益。最终，房屋归杨进所有，杨进负责支付该房屋所需的房贷，并付给张蓉补偿款17万元。

南京市中级法院：求婚时送房产，离婚时要“收回”法院判“不能反悔”

2012-03-07 06:08:33 来源：南京日报

本报讯（通讯员 施法 记者 徐涛 实习生 董也）求婚时，秦淮区一男子在房产证上加女友名字，条件是两人结婚。但是，领证后两人产生矛盾，未同居生活就到法院打起了离婚官司。男方认为，当初给女方加名字是以同居生活为条件的，现在两人无夫妻之实，要求女方“净身出户”。不过，法院却认为，不能以同居生活作为赠送房产的条件，判男方补偿女方17万元才能完全收回房产。昨天，市中院公布了这起保护女性权益的案例。

王少强大谢娟9岁，两人通过交友网站结识，但谢娟一直未下定决心与王少强结婚。2010年2月，王少强一再求婚，并在自己位于水榭华庭的房子产权证上加了谢娟的名字，当天，谢娟与他登记结婚。

可是，刚结婚，谢娟就在王少强的抽屉里发现了治疗阳痿的药，担心他没有生育能力，开始出现矛盾，两人始终未一起生活。当年11月，王少强向秦淮区法院起诉离婚，要求把房屋产权变更为他一人所有。

法庭上，王少强认为，他当时把房产证上加谢娟名字的原因，是要她跟自己结婚并同居生活，而谢娟婚后一直没有跟他共同生活，属于“违约”，所以房产应该归还。谢娟则认为，当时是王少强为追求自己而把房产证加上自己名字，而且两人离婚原因在于王少强没有生育能力，她要求按照夫妻共同财产来分割这套房产。

法官认为，婚姻是一种人身关系，不能作为赠与条件，所以王少强当初赠与房产时设定的“同居生活”条件是无

效的，这套房产应作为夫妻共同财产依法进行分割。

不过，考虑到该房屋系王少强婚前购买并支付了大部分购房款，还有 20 多万元的贷款没有还清，且两人的婚姻关系存续时间很短，对该房产的分割应当充分考虑平衡双方的利益，所以判决由王少强取得该房屋所有权并归还剩余贷款，但需补偿谢娟 17 万元。（文中人物系化名）

安徽巢湖市法院：缘分已尽 房产赠与起纠纷

环湖晨刊 2012-04-16

一对 80 后小夫妻双方都有稳定的工作，还有个三个月大的小宝宝，应该算是个幸福美满的小家庭。然而，陈某（男）和刘某（女），因琐事处理不当致矛盾升级最终使家庭破裂。4 月 12 日，巢湖市法院庭审后，当庭判决撤销陈某关于将房产赠与刘某的协议。陈某与刘某也在法院主持下调解离婚。

2011 年 8 月，陈某为准备结婚购买了一套婚房，房产证登记在陈某一个人名下。2011 年 9 月，在亲人们的祝福声中，陈某与刘某登记结婚。同年 12 月，陈某向房产部门出具一份《约定》，欲将自己名下的房产转为夫妻共有财产。今年 1 月，刘某生下一可爱女婴，一家本来应该其乐融融。然而，由于家庭琐事处理不当，夫妻感情开始出现了裂痕。陈某在房产部门作房屋产权变更登记之前，提出异议登记申请，称要撤销原来的赠与决定，不愿意将自有的房产赠与妻子刘某，夫妻感情进一步恶化。

今年 2 月，陈某一纸诉状将妻子刘某告上法庭，要求撤销将自有房产转为夫妻共同财产的决定。同时，刘某也在收到法院传票后起诉陈某要求离婚。巢湖市法院于 4 月 12 日开庭审理了这两起案件。

法院审理后认为：陈某、刘某对涉案房屋属陈某婚前个人财产都予以认可，陈某出具约定将该房屋转为夫妻共有财产应认定为对刘某的赠与，该赠与尚未办理公证或房屋产权变更登记手续，并且该赠与不属于救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的不可撤销的赠与。在该房屋权利转移之前，即房产证由陈某一人变更为陈某、刘某二人之前，陈某有权撤销赠与。法院遂当庭作出上述判决。陈某、刘某均表示不上诉。

在离婚案件调解的过程中，陈某起初不同意离婚，但也自感夫妻感情无法挽回，随后与刘某达成调解协议：两人自愿离婚，女儿由刘某抚养。

天津蓟县法院依据“婚姻法解释三”宣判一起典型案件

发布：2011-9-6 来自：每日新报

人民网·天津视窗 9 月 5 日电：夫妻一方将房产赠与另一方，且已签订了合同，还能反悔并要求撤销合同吗？近日，天津蓟县人民法院依据“婚姻法解释三”，率先在天津市宣判了一起此类案件，最终撤销了夫妻双方的赠与合同。

男子杜某诉称，他与祁某系夫妻关系，于 2008 年登记结婚，双方均系再婚。他婚前有楼房一处，2010 年，祁某强迫他写下书面协议：杜某将一套房屋的所有权 60% 赠与祁某。他为了维持婚姻关系，让自己的婚前子女得到照顾，不得已签了名字。但协议签订后，他并未达到预期目的。现要求依法撤销房屋赠与协议，诉讼费用由被告负担。被告祁某辩称，原告所诉不实，原告赠与被告的行为是自愿的，并非被迫，该赠与行为合法有效，不可撤销。法院经审理认为，原、被告系合法夫妻关系，原告在婚后将自己在婚前按揭购买的房屋所有权的 60% 赠与被告属实。由于被告未办理变更登记手续，故该房屋的 60% 所有权现尚未转移。现原、被告夫妻感情不和，原告要求撤销赠与，不违反法律规定的不予撤销的情形，法院予以支持。依照《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（三）》第六条、《中华人民共和国合同法》第一百八十六条之规定，判决撤销原告与被告签订的赠与合同。（涉案人物为化名）

（记者 张家民 通讯员 付强 史庆艳 王利）

浙江诸暨市法院：“80 后”小夫妻的房产争夺战

绍兴网 2012 年 03 月 28 日

本网讯（记者 沈逸斐 通讯员 李晖）诸暨一对“80 后”小夫妻，结婚还不到两年，就闹离婚。在法庭上撕破了脸不算，还牵扯出了一场离婚前的房产争夺案。

今年年初，诸暨法院接连收到两起起诉状。先是妻子起诉离婚，随后丈夫起诉要求撤销《婚内财产约定协议》，因离婚诉讼涉及后案诉及之房产，被法院裁定中止审理。

近日，诸暨法院终于开庭审理了这起夫妻财产约定纠纷一案，让这场房产争夺战画上了一个句号。

小徐（化名）和小周（化名）都是“80 后”，两人于 2010 年 3 月登记结婚，婚后感情一般。

据小徐说，在小周的多次要求下，双方于去年 7 月份签订了一份《婚内财产约定协议》，协议确定：小徐将婚前父母出资购买的一套房子及房内全部物品、设施作为夫妻共同财产。协议签订后，小徐心里又觉得不放心，双方于同日又签订了一份《约定》，约定只要小周不出轨，就将双方婚内财产包括车辆等归小周所有。

谁知婚后的生活事与愿违，两人的关系越来越僵。去年年底，小周来法院起诉要求和小徐离婚。小徐害怕人财两空，急忙赶在离婚案件开庭前向法院提起诉讼，要求撤销这份《婚内财产约定协议》。

庭审期间，夫妻双方展开了激烈的争辩。

小徐诉称，协议实系原告将其所有的房产部分产权赠与与被告的赠与协议，现房屋仍登记在原告名下，所有权尚未发生转移，根据《合同法》第一百八十六条之规定，原告可以撤销赠与。”

小周则辩称，房子不是原告父母购买，而是原告婚前贷款购置，婚后夫妻双方用夫妻共同财产归还按揭至今。而且签后一份《约定》时，已声明前一份《协议》作废，因此应驳回原告小徐的起诉。

法庭根据双方举证、质证意见，认为首先小周对房产系夫妻双方婚后用共同财产归还按揭贷款购买的事实，负有举证责任，但由于小周缺乏相应证据证明，故其主张不予采纳。法院认为，后《约定》没有内容表明对《婚内财产约定协议》有废除、解除的意思表示，后《约定》实则是原、被告双方在出现离婚情况下对财产等处分的一种约定，因此《婚内财产约定协议》并没有废除。

按照《婚姻法》司法解释（三）规定“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理”。而《合同法》第一百八十六条第一款规定“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”。现因本案房产仍登记在小徐的名下，所有权尚未发生转移，故小徐有权撤销该房产赠与协议。

法院最后判决，撤销小徐与小周所签订的《婚内财产约定协议》中关于房屋约定为夫妻共同财产的部分协议内容。

重庆市南岸区法院：签协议将一半房产赠给老婆 离婚时撤销协议收回

<http://www.dayoo.com/http://www.dayoo.com/> 2012-04-08 来源： [重庆晨报](#)

去年出台的《新婚姻法》多了一条让很多夫妻几多欢喜几多愁的条款：一方父母为自己子女买的房子，属于子女的个人财产，不属夫妻共同财产。可这位老公深爱新婚的妻子，签协议要将父母买的商品房变更为夫妻共同财产。谁知，这个举动却闹出了一场官司。

昨日，晨报记者从南岸区法院获悉，这对往日的恩爱夫妻因为房产，只签了协议没有更改合同，而撕破脸皮闹上法庭。

爱老婆 一半房产赠送妻子

2007年6月9日，31岁的刘勇(化名)终于与比自己小5岁的女孩张娜(化名)步入了婚姻的殿堂。

两人的恋爱风风火火，登记结婚后，张娜住进了刘勇父母买给他的商品房内。

早在2002年10月18日，刘勇的父母出钱，以按揭贷款的方式，在南坪购买了一套百余平米的商品房，作为儿子结婚的婚房。

结婚1个多月后，深爱妻子的刘勇以表真心，签订了一份协议：协议约定，把这套由自己父母出资购买的商品房变更为夫妻共同财产。协议还规定，如果有谁违背了夫妻双方忠诚义务导致双方离婚，该方就不再享有房屋所有权。

签订这份协议，也就是说，刘勇将一半的房产赠送给了自己的妻子。

未变更 离婚时两人闹上法庭

协议签订后，刘勇和张娜并没有办理房屋产权的变更手续，而房屋也仍然登记在刘勇的名义下。

不过，妻子张娜并不担心，“既然有了这份协议，是否变更房产手续都没有关系。”

意外的是，刘勇和张娜的感情并未经受起时间的考验，去年1月，张娜到南岸区法院起诉离婚，并要求法院将这套房判归她所有。

与此同时，刘勇则提出了撤销他与前妻于4年前签订的赠与协议。

“我并没有变更房产，虽然当时签订了协议，但我有权撤销。”刘勇在庭上表示，房子不再送给张娜。

这下，张娜不干了，她认为该协议合法有效，协议签订后就生效，并不需要办理过户手续。因此，她至少占有该套商品房一半的房产。

法院 男方可以随时撤销赠与

昨日，记者从南岸区法院获悉，目前此案已做出了判决。

法院审理后认为，该房屋确由刘勇的父母出资并以按揭方式购买，同时，房屋的按揭款也是刘勇的母亲在还，因此，该房屋为刘勇的婚前个人财产。

2007年7月13日，刘勇将自己的财产赠送给张娜时，该协议的性质实质为“赠与合同”。

承办法官表示，在实际生活中，有关婚姻家庭内部事宜的协议，往往会涉及财产权属条款，而赠与合同又往往在有亲密关系或有血缘关系的人之间签订。

而《合同法》中，却并没有就夫妻间的赠与问题有特别规定。因此，类似协议的签订、生效、撤销、变更等，仍然适用于《合同法》186条第一款“赠与人在赠与财产的权利转移之前，可以撤销赠与。”由于刘勇并没有办理过户手续，那么作为房产赠与人的他就可以随时撤销赠与。

最终，法院判决该赠与协议撤销并无效。张娜只能空手而归。(记者 李淼)

江西省安福县人民法院：离婚时约定房屋赠儿子 未过户请求撤销获支持

作者: 李晓建 李文娟 发布时间: 2012-03-22 中国法院网

<http://www.chinacourt.org/article/detail/2012/03/id/475914.shtml>

2012年3月21日,江西省安福县人民法院审理了一起撤销权纠纷案件,程某与王某离婚时协议约定将夫妻关系存续期间购置的房子赠与婚生儿子,在该房屋的所有权未转移前,程某请求撤销赠与,法院一审判决撤销该赠与合同。

程某与王某于1999年登记结婚,2001年2月9日生育男孩程某某。在其婚姻存续期间购买了一栋房屋。2011年11月26日,双方经常因琐事争吵而协议离婚,协议约定:程某某随母生活,其父程某每月支付抚养费500元,直至小孩成年;房屋归程某某所有,如果违反该协议的,违约方承担违约金5万元。协议签订后,双方登记离婚。离婚后王某并未将该房屋的所有权变更到程某某的名下,而是将该房出租给别人居住。2012年2月9日,程某提起诉讼,要求撤销该赠与合同,并要求分割其与王某婚姻关系存续期间的共同财产即房屋。

原告程某诉称,根据原、被告双方离婚协议约定,共同将婚姻关系存续期间购买的房子归儿子程某某所有,并约定了违约责任。但被告却未按照协议将房屋转移登记到程某某的名下,其已撤销了赠与,并且被告实际用于出租经营,请求法院判决撤销该赠与合同,分割该房屋以及该房屋的租金收入,被告承担违约金5万元。

被告王某辩称,原告所诉与事实不符。原、被告离婚时约定儿子程某某随被告生活,被告所收取的租金都用于儿子学习、生活支出,诉讼主体不适格。该房屋登记在原告的名下,原告要求分割此房的租金已超过诉讼时效,且原告未对该房向产权部门提出过户申请。原告亦有违反离婚协议的行为,其依据离婚协议主张违约金依据不足,请求驳回原告的诉讼请求。

一审法院经审理认为,根据《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(三)》第六条的规定:“婚前或者婚姻存续期间,当事人约定将一方所有的房屋赠与另一方,赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与,另一方请求判令继续履行的,人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”以此类推,即使夫妻离婚时就夫妻共同财产赠与婚生子女已达成合意,但在赠与与财产权利转移前,任何一方均可撤销赠与。但夫妻离婚时对共同财产的赠与与一般的赠与合同又稍有不同。赠与人作为赠与财产的所有权人,其撤销赠与后,财产所有权不发生变动,仍由赠与人享有。因此,原、被告在离婚时签订协议,协议约定将共同所有的房屋过户给儿子程某某。而协议签订后,被告未将房屋过户给程某某,原告有权撤销该合同。故对于原告要求撤销该合同的诉讼请求,予以支持。但在赠与合同签订后,赠与人撤销赠与的,因该财产原系夫妻共同财产,基于双方同意赠与婚生子女的事实而未在离婚时进行分割。现因一方撤销赠与,致使该共同财产的权利未能转移至受赠人,因此,该夫妻共同财产仍由原夫妻双方依法分割,而本案为撤销权纠纷,故对于原告要求分割财产之请求,可另行起诉。法院遂作出上述判决。

来源:中国法院网安福频道

广州中院:七旬老人恋爱时赠房给同居女友 分手后索要

2012年09月06日 09:24 [大洋网-广州日报](http://news.sina.com.cn/s/2012-09-06/092425112845.shtml)

<http://news.sina.com.cn/s/2012-09-06/092425112845.shtml>

法院:一半房屋产权属赠与 71岁华先生的要求无依据

在和女友恋爱同居期间,年近七旬的华先生出资在花都区购买了一套房产,产权则登记在了自己和女友两人的名下。谁料后来两人分道扬镳,华先生认为房子是自己买的,要求前女友归还产权,并称即便是他将产权赠与女方也是以“恋爱”为前提的,既然分手了,产权自然应当归还给他。

法院一审和二审后均认为房屋一半的产权是华先生赠与给前女友的,遂驳回华先生的诉求。

文/记者林霞虹 实习生赵庆梅

恋爱时男方出资买房署两人名

今年71岁的华先生之前长期在美国生活。2007年,经介绍,他认识了比自己小23岁的女士阿艳,两人随后谈起了恋爱。

在恋爱、同居期间,2007年12月,华先生向阿艳汇了151000美元(折合人民币为1111095元)。华先生在当月给阿艳的信中表达了希望买房的意愿:“多么希望下次来广州时,有我们自己的房子啊……”2007年12月6日,阿艳和中介签订了购房合同,以89万元在花都区新华街购买了一套二手房。

2008年2月29日,华先生和女友阿艳一同到房管局领取了房产证,房产证上面注明华先生和阿艳各拥有二分之一的产权。

分手后男方告前女友要回产权

可惜好景不长,不久,华先生和阿艳分手。分开后,两人对房产的处置一直未达成一致意见。2010年10月,华先生向花都区法院递交起诉状告阿艳,华先生称阿艳是在他毫不知情的情况下,将房产登记在两个人名下的,因此请求法院确认涉案房产产权属于华先生,并要求阿艳返还购房余款40万元。

庭审中,阿艳提出,涉案房产的产权是明确清晰的,即双方各占一半。阿艳提出,她已经用华先生赠送的款项全部购买了涉案房屋。她还出具了和中介签订的购房合同,证明购房款为89万元,而非60万元。她说,房产交易中心登记为60万元,是为了避税故意将房价报低造成的。

法院：房产属于赠与 归还缺乏依据

法院一审后认为，涉案房屋为双方在确定恋爱关系后购买，房屋登记在华先生和阿艳的名下，双方各拥有二分之一的产权。华先生亲自领取了该房屋的房地产权证，并和阿艳办理了该房屋的家庭财产综合自助保险，所以华先生称阿艳在他不知情的情况下将该房屋登记在双方的名下不符合事实。

法院认为，该房屋的权属应属于双方共有，华先生请求确认涉案房屋的产权属于其所有没有理由和依据。

广州中院二审后认为，华先生的行为表明，房屋登记在双方名下是华先生的真实意思表示，华先生称阿艳在他不知情的情况下将该房屋登记在双方名下一事不符合情理，法院不予采纳。因此，法院认定登记在阿艳名下的房屋产权份额应属于华先生对阿艳的赠与。

最终，法院二审后驳回华先生上诉，维持一审原判。

当事人：就算是赠与也是附条件赠与

华先生说，阿艳利用他对她的信任和对国内购房办证流程的不熟悉，将房屋登记在二人名下拒不归还。他说，自己是为了保持双方恋爱关系并达到最终共同生活的目的，才出资买房。书信往来和汇款记录也都证明房子是华先生购买的。

“我仅在信中表达了将来可以共同生活的美好愿望，并未有丝毫将房屋赠与阿艳的意愿。”

华先生说，虽然法院认定房产证是他和阿艳共同去房管局领取的，但是他常年生活在美国，又年近七十，当时跟阿艳去房管局时他是在阿艳的要求下在收件回执上签的字，但签字并不代表他知道并愿意将一半产权赠送给阿艳。

华先生说，房屋的实际付款者是他。他是基于与阿艳“保持恋爱关系并最终共同生活为目的”才购买的房屋，应属于附条件赠与。既然后来双方恋爱关系终止，赠与房屋所附的条件也就不再成立，阿艳自然也就失去了取得该房屋的合法依据。

法官说法：

“保持恋爱关系”

不宜作为赠与条件

该案的经办法官认为，虽然购买涉案房屋是由华先生一人出资，但其将房产的二分之一份额登记在阿艳名下的行为已表明房产份额是对阿艳的赠与。至于该赠与是否附条件，华先生并没有提供足够证据证明其赠与的前提是“保持恋爱关系并最终共同生活”。

法官认为，即使能够证明赠与是附条件的，“保持恋爱关系并最终共同生活”是否可以视为赠与的“条件”也值得商榷。因为附条件赠与的条件必须是合法的事实，而恋爱并同居是出自双方的自愿，体现了男女双方的自由意志。如果恋爱也可作为赠与房产的条件，不仅有禁锢双方自由之嫌，而且不符合社会公德与善良风俗，若其中一方为有配偶者，更是违反了婚姻法中“禁止有配偶者与他人同居”的规定。

兰州中院：婚前约定房产共有 离婚反悔输了官司

来源：中国甘肃网-兰州晨报 2012-02-24 10:42 进入论坛

中国甘肃网2月24日讯 据兰州晨报报道：(记者陈霞)4年前，家住城关区的刘军为俘获女友张莉的芳心，作出“房产属于两人婚后共同财产”的承诺，并和张莉签订了婚前协议，谁知婚后一年两人就分居了。2011年3月，张莉将刘军起诉到法院，要求离婚并分割财产。2012年2月23日，兰州中院终审判决准予两人离婚，财产按照协议约定进行分割。

2007年，刘军认识了比他小9岁的张莉。不久，两人谈婚论嫁。为表忠心，刘军与张莉签了一份财产协议，内容为“我对你是一心一意的，结婚后，位于上海普陀区的住房属于刘军与张莉婚后共同拥有财产。”没想到婚后不久，双方就出现了矛盾。2011年3月，张莉要求离婚，并要求刘军履行婚前协议。（文中当事人均系化名）

浙江宁波海曙法院：婚前房产的权属协议是否有效

http://nb.house.sina.com.cn 2011年08月10日 宁波晚报 黄金 李义山

一套房子原本是丈夫的婚前财产，房产证上也只有丈夫的姓名，但夫妻俩在婚前和婚后都写过“房子归双方共有”的协议，当夫妻俩要离婚时，在这房子的权属问题上就争起来了。

为给妻子保障写协议

住在海曙的韩先生早年有过一段婚史，2004年再婚。再婚妻子是比他小6岁、同样有着离异经历的唐女士。

韩先生名下有一套房子。与唐女士结婚登记前一天，他为了给唐女士一个保障，写下一份约定房子为两人共有的协议。然而婚后没多久，由于韩先生与前妻生育的女儿不接受“后妈”，导致夫妻感情恶化。2007年5月，唐女士向法院起诉，要求与韩先生离婚。

由于韩先生不同意离婚，唐女士的诉讼请求未获法院准许。随后，唐女士又先后两次提起离婚诉讼。但韩先生还是一再向她求情，要求和好。为了表示诚意，韩先生又一次写下一份协议，内容和婚前那份基本一致，即约定这套房

子为夫妻两人共有。最终，经法院调解，两人和好。

但在去年11月初，韩先生却瞒着唐女士，将这套房子以155万元的价格卖掉了。唐女士知情后，决意要离婚。

对协议的性质有争议

经过多次诉讼，韩先生这次同意离婚了。但在财产分割上，围绕房子的权属问题，两人争执不下。

韩先生认为，根据《物权法》的规定，房子属于不动产，若是转让，应以登记为准。他与唐女士虽写过两份有关房产权属的协议，如果将其中的约定视为房产权属的转移，那么也属于赠与协议。而《合同法》有规定“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”，即赠与人享有任意撤销权，他现在就不同意将一半房产权属转移给唐女士了。

但是唐女士认为，根据《婚姻法》第十九条明确规定，夫妻可以约定婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有，这种约定并非普通意义上的赠与关系。

目前法律下女方胜诉

海曙法院一审判决，这套房子为夫妻双方共有；由于房子已经转卖，韩先生应当支付唐女士一半房款，即77.5万元。韩先生不服，提起上诉。市中级人民法院近日作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

法官解释说，一般朋友之间对于房屋权属的约定，属于一般的赠与合同，在合同未生效前，赠与人可随时撤销；但是，夫妻之间对婚前个人财产的分配若达成了协议，不违反法律规定，应认定合法有效。

但是法官也提到，去年11月15日，最高法院公布了关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三)的征求意见稿。其中第七条规定：“婚前或婚姻关系存续期间，双方约定将一方所有的房产赠与另一方，一方在赠与房产的权利转移之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院不予支持，但已经办理公证的除外。”按照这个规定，唐女士的诉讼请求就不能获得法院支持了。“但这仅仅是一个征求意见稿，尚未实施。”法官说。

我要评论

四、相关理论动态

《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》的民法基础

原载《法律适用》2011年第10期

时间:2011-10-11 11:49 来源:中外民商裁判网 作者:杨立新

来源: <http://www.zwmwsc.com/a/minshangfazonglun/minshangfazonglun/2011/1011/10656.html>

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(三)》(以下简称《婚姻法司法解释三》)公布实施以来，在社会上引起较强反响，拥护者众，反对者、质疑者亦众。

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(三)》(以下简称《婚姻法司法解释三》)公布实施以来，在社会上引起较强反响，拥护者众，反对者、质疑者亦众。在反对、质疑的意见中，主要认为《婚姻法司法解释三》是一个男人的“法律”，立法者忽视不同群体的特性，因而中立的公平只是一种形式上的平等，面对妇女在婚姻家庭中的弱势地位，只有给予倾斜和保护，才能使她们获得实质上的平等，实质平等才是法律、社会所追求的真正的平等；[1]也有的认为，《婚姻法司法解释三》都快成为房产法(实际是《物权法》)的分支了，因而司法解释颁布之后，一些未婚女性发帖扬言“不在房产证上加我的名字就不结婚”，而已婚女性同样指出“不在房产证上加我的名字就离婚”。[2]评论者除了对《婚姻法司法解释三》的具体规定提出意见之外，还有的对《婚姻法司法解释三》与《合同法》、《物权法》之间的关系提出质疑，认为不能完全以《合同法》和《物权法》的规定代替《婚姻法》的规定。这个问题非常重要，这就是《婚姻法司法解释三》的民法基础问题，对此如果弄不清楚，对司法解释的理解就会出现偏差。

《婚姻法司法解释三》的立论基础，是民法的整体性。《婚姻法》本来就是民法的组成部分，是民法的亲属法。在1950年制定《婚姻法》之后，我国盲目借鉴前苏联的做法，将《婚姻法》从民法中分离出去，使之独立于民法典之外，成为一个独立的法律部门，标榜为社会主义的法律特点，借以与资本主义国家民法划清界限。近年来，随着公法私法的划分越来越清楚，《婚姻法》作为亲属法回归民法已经成为共识，2002年12月全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》已经将《婚姻法》和《收养法》放在其中第五编和第六编，作为民法典的组成部分，代表了这样的立法方向，也代表了学界的共识。可以说，将来的中国民法典不论采取何种方式，例如目前的这种分散式民法，还是将来的法典式民法典，《婚姻法》都将作为亲属法或者婚姻家庭法而成为其中的组成部分，不会再有独立于民法典之外的《婚姻法》了。

正因为如此，《婚姻法司法解释三》的民法基础主要表现在以下3个方面。

一、婚姻家庭关系的属性是民事法律关系

在对《婚姻法司法解释三》的质疑中，较多的人认为婚姻关系不是民事法律关系，或者认为婚姻关系是特殊的民事法律关系，立法和司法应当尊重婚姻关系的个性，不应当盲目适用民事法律关系的方法观察婚姻关系，不应当用民事法律关系方法确定婚姻关系的规则。这种意见的基本论点是不对的。婚姻关系或者婚姻家庭关系是什么法律关系？回答应当十分明确：婚姻关系是亲属关系的一种，婚姻家庭关系就是亲属关系。亲属关系是什么关系？回答应当十分明确：当然是民事法律关系，是民事法律关系的一种。因而，婚姻关系或者婚姻家庭关系就是民事法律关系，是民事法律关系的一种具体类型。

民事法律关系是民法的基本方法，具体表现在：第一，民事法律关系是观察市民社会的基本方法，第二，民事法律关系是规范市民社会民事主体行为的基本方法，第三，民事法律关系是解决民事主体之间发生的民事纠纷的基本方法。[3]换言之，所有的市民社会的现象、行为、后果，都必须用民事法律关系的方法进行观察、规范和解决。

婚姻关系并不是独立于市民社会之外的一种法律关系，而恰恰就是市民社会的基本法律关系，与亲子关系、其他亲属关系一样，都表明具有特定亲属身份的自然人作为民事权利主体，相互之间的关系是亲属关系，是特定的亲属之间的特定身份地位，以及相互之间的权利义务关系。亲属关系是民事法律关系中的身份关系，它固定特定亲属之间的特定的亲属身份和亲属地位，确定特定亲属相互之间所享有的权利和负有的义务。

民事法律关系有6种基本类型：一是人格权法律关系，二是身份权法律关系，三是继承权法律关系，四是物权法律关系，五是债权法律关系，六是知识产权法律关系。身份权法律关系就是亲属法律关系，是民事法律关系的基本类型之一。与其他五种民事法律关系类型相比，亲属法律关系的基本特点之一是具有双重性：既有对外的绝对性的法律关系，也有对内的相对性的法律关系。其绝对性的法律关系表现在亲属法律关系外部，即特定的两个亲属作为权利主体，其他任何人都是其义务主体，构成绝对性的民事法律关系。同时，在两个相对的亲属法律关系的权利主体之间又具有特定的、相对的权利义务关系，构成了相对的民事法律关系。亲属法律关系的外部关系和内部关系交织在一起，就构成了具有相对性的绝对民事法律关系。

亲属法律关系包括配偶之间的配偶权法律关系、父母与未成年子女之间的亲子关系以及其他近亲属之间的亲属权法律关系。亲属法律关系的主要部分是亲属身份关系；同时，亲属法律关系中也包括亲属财产关系。亲属身份关系确定的是亲属身份地位和相互之间的人身性的权利义务，亲属财产关系确定的是亲属之间在财产方面的权利义务，主要内容是大妻财产关系和家庭财产关系。

《婚姻法司法解释三》在调整亲属法律关系中，突出解决的就是亲属身份关系和亲属财产关系。在婚姻关系中，第1条特别规定了关于无效婚姻和可撤销婚姻的问题，第8条规定了保护无民事行为能力人一方的合法权益问题，第17条规定了双方都有过错的离婚损害赔偿的法律适用问题等。在亲子关系中，第2条特别规定了亲子关系鉴定中的两个推定的问题，即：第一，夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在(这就是非婚生子女否认的事实)，并已提供必要证据予以证明，而另一方没有相反证据但又拒绝做亲子鉴定的，人民法院就可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立，否认婚生子女关系。第二，当事人一方起诉请求确认亲子关系(这就是非婚生子女认领的事实)，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立，强制其认领自己的亲生子女。这两种推定，后一种更为多见，因为拒绝进行亲子鉴定的多数是强制认领中的企图推诿责任的父。通过两种推定的适用，就补充了我国《婚姻法》没有规定婚生子女推定、婚生子女否认以及非婚生子女认领的制度漏洞，健全了我国民法的亲属制度。[4]在亲属财产关系特别是夫妻财产关系问题上，《婚姻法司法解释三》更是做了大量工作，确定了夫妻财产关系的新规则。这些规定，都是以婚姻关系以及亲属关系是民事法律关系为基础，用民事法律关系的方法观察亲属关系，用民事法律关系的方法规范亲属关系，用民事法律关系的方法具体解决市民社会中的亲属关系，都是符合民法的公平、正义基本理念的。相反，如果认为亲属关系不是民事法律关系，另外规定特别的方法进行规制，民法的统一性就不存在了，市民社会的统一秩序也就不存在了。

二、亲属权利是身份权，其基本属性是民事权利

民事权利分为六种基本类型，即人格权、身份权、继承权、物权、债权和知识产权，身份权是其中之一。[5]《婚姻法》规定的民事权利就是亲属权利，也就是民事权利中的身份权，包括配偶权、亲权和亲属权。

身份权与其他民事权利类型相比，最大的特点，就是权利主体永远都是两个，即两个相对应的特定亲属作为权利主体，享有身份权。这是身份权针对其对世权的权利性质而言，身份权是绝对权，特定的权利主体与不特定的义务主体一起，构成身份权的对世性。例如，配偶权的权利主体是夫和妻，其义务主体是该对夫妻之外的不特定的任何人。由于配偶权作为身份权具有两个权利主体，因此，夫和妻共同享有配偶权，都是权利主体，相互之间都享有权利，都负有义务，构成了权利主体之间的权利和义务。在身份权中，更重视的是权利主体之间的相对性，即都享有的权利和都负有的义务下，因此，《婚姻法》规定夫妻之间的权利和义务，就是规定配偶权权利主体之间的权利和义务，是夫妻之间的内部权利义务关系。

不论是配偶权，还是亲权和亲属权，都存在这样的权利主体之间的对应关系，都存在对内的权利义务关系。确定身份权权利主体内部的权利和义务，最基本的要求是平等，例如夫妻之间享有平等的权利，负有平等的义务，任何一方都不可以享有超过另一方的权利，也不可以负担超过另一方的义务，享有权利就负有义务，负担义务也就享有相应的权利，在形式上和实质上都使身份权的权利主体实现平等的权利和义务。这种观念符合民事权利平等原则的要求。

《婚姻法司法解释三》在规定婚姻关系、亲子关系以及夫妻财产关系中，都贯彻了权利平等原则，夫妻相互之间享有的权利和负担的义务都是平等的，一方不能享有超出另一方的权利，也不负担超出另一方的义务，否则就是不公平的。例如，在第9条关于：“夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第32条第3款第(5)项的规定处理”的规定，体现的就是夫妻权利平等的原则，即丈夫有生育权，但妻子也有中止妊娠的权利，这些权利都是平等的权利，因此不能认为妻子中止妊娠就侵害了丈夫的生育权。同样，在第17条关于“夫妻双方均有婚姻法第46条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持”的规定中，体现的也是这样的规则，即离婚损害赔偿保护的是无过错一方的配偶权，如果双方都有过错，一方或者双方要求另一方承担离婚损害赔偿，就破坏了权利平等原则。在夫妻财产关系规定的内容中，《婚姻法司法解释三》体现的也是权利平等原则，而不是一方的权利高于另一方的权利。例如在颇受争议的第10条中，规定“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。”“依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第39条第1款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿”的规则，看起来好像对男方有利而对女方不利，但是它体现的是权利平等原则。原因在于，首先是按照协议确定。[6]其次，如果双方没有协议或者达不成协议，规定的规则是人民法院“可以”判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。有人指责这个规定不合理，但应看到的是，这里规定的是“可以”而不是“必须”或者“应当”判决归产权登记一方，“可以”这个表述就包含另外的可能，就是根据婚后双方共同还贷的比例大小，作出不归产权登记一方的判决。例如，当双方共同还贷超过不动产价格50%以上的，那么，就应当判决该房产为夫妻共同财产，离婚时按照夫妻共同财产进行分割，一方提供的首付可以作为债务进行补偿，而不是仅支付贷款及利息。这样，就体现了权利平等的原则，不会侵害另一方的合法权益。《婚姻法司法解释三》既是男人的“法律”，也是女人的“法律”，贯彻的是男女平等的权利平等原则。

也有人指责，这样的规定更多的是损害女方的合法权益。事实上，权利平等是基本原则，贯彻保护妇女和儿童权益的原则也不能完全突破权利平等原则，况且购置不动产女方首付婚后双方共同还贷的情况也比较常见，在这种情况下，贯彻权利平等原则岂不更为重要？

三、婚姻法遵循的基本规则是民法规则，应当与民法的基本规则保持一致

《婚姻法司法解释三》贯彻的基本精神之一，是《婚姻法》应当适用民法的基本规则。民法是规则法，通篇规定的都是调整民事法律关系的规则。[7]即使《婚姻法》规定亲属制度和具体的权利、义务，也都是规定调整亲属法律关系的规则。

在民法规则体系中，有全面适用的基本规则，也有各个部门法适用的具体规则。不能否认，在《婚姻法》规定的亲属法律关系中，其大多数规则是特殊的，并不能适用于民法的其他领域。如果没有这种特殊性，亲属法就没有单独规定的必要。但是，民法的规则都是相通的，在调整同样的法律关系的规则，必须在所有的领域的同样的问题上统一适用，不能在民法内部出现法律适用的混乱。这是法律统一性，也是民法规则统一性的要求。《婚姻法司法解释三》正是这样做的。

首先，在《婚姻法司法解释三》中有关夫妻共同财产的规则上，体现的是《物权法》规定的调整物权法律关系的规则与《婚姻法》规定的夫妻共同财产规则的一致性、统一性。夫妻共同财产是共有财产，按照新法优先于旧法原则，必须贯彻《物权法》规定的共有规则，不符合共有规则的做法都应当统一到《物权法》确定的共有规则上；同样，夫妻对共同财产享有的是所有权，夫妻财产所有权取得的规则也必须遵守《物权法》规定的规则。《物权法》规定不动产所有权的公示方法是登记，那么，《婚姻法司法解释三》第10条规定就完全符合《物权法》第6条和第9条规定的规则。夫妻一方擅自出售共同共有的房屋，是对对方共有权的侵权行为，不应当确认其具有买卖的效力，但如果买受人出于善意，支付了合理对价，并且已经进行了过户登记，符合《物权法》第106条规定的善意取得的必要条件的，就应当按照这一规定，确定买受人取得其所有权，对方只能要求赔偿损失。这样的规定也是完全符合《物权法》规定的规则的。在《婚姻法司法解释三》中规定的关于夫妻财产关系的规则中，都符合《物权法》的规则。如果据此认为《婚姻法司法解释三》就成了《物权法》的分支，也是正确的，因为《婚姻法》不能离开《物权法》的规则而对夫妻共有关系另搞一套规则，否则必然造成民法内部规则的混乱，破坏的是民法规则的统一性，破坏的是市民社会的正常秩序。

其次，《婚姻法司法解释三》中有关夫妻身份关系及财产关系中，贯彻了《合同法》的一般规则，体现了夫妻双方对有关身份关系和财产关系的协议所具有的合意性质，必须按照《合同法》的规则处理，以保证夫妻在这些问题上的平等性。在最有争议的是婚前或者婚后房产赠与规定的第6条：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第186条的规定处理。”对此，很多人认为这样的规定对女方不利，男方在结婚之前答应赠与，但没有进行过户登记，在离婚时反悔，法院不支持赠与的效力，就损害了女方的利益。不过，赠与是合同行为，合同行为就必须按照《合同法》的规定进行。《合同法》规定，在一般情况下，赠与合同是实践性合同，除了具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同，或者经过公证的赠与合同，是诺成性合同之外，都需实际赠与后才发生法律效力。据此，《婚姻法司法解释三》规定对夫妻之间婚前或者婚后的房产赠与，依照《合同法》第186条关于“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”、“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定”的规定，是正确的。理由是，夫妻之间的赠与不具有公共利益和道德义务性质，因此不适用该法第2款规定，是实践性合同。尽管赠与达成协议，但不动产没有进行过户登记之前，所有权并没有转移，赠与合同没有最后履行完毕，因此，确认按照《合同法》的上述规定进行，显然不属于该条第2款规定的内容，应当适用该条第1款规定，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与的，是准许的，是有效的。另一方请求判令继续履行，为无理由，应当驳回其诉讼请求。同样，在第14条关于“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割”的规定中，也体现了合同法“从随主”即“从合同的效力取决于主合同的效力”的规则。当事人签订离婚协议主要包括三个方面的协议，一是离婚协议，二是子女抚养的协议，三是分割财产的协议。后两个协议附随于前一个协议，即后两个协议的生效取决于前一个协议的生效。前一个离婚的协议没有生效，后两个协议当然不能生效。财产分割协议具有附随性，不能离开离婚协议而单独生效。事实上，在婚姻关系中应当更

重视《合同法》规则的适用。在亲属关系中，有很多亲属关系的产生都是依亲属法律行为而缔结即通过合意而建立亲属关系。例如，缔结婚姻关系的基础是双方当事人的合意，离婚当然也是合意解除婚姻关系，收养、送养以及撤销收养的基础都是合意。这些虽然都需要进行登记，但法律关系发生的基础都是当事人的合意。在亲属财产关系上更应当重视当事人的合意。既然如此，《合同法》规则在婚姻亲属关系领域中的适用就具有重要的意义。在这方面，《婚姻法司法解释三》作出了一个很好的榜样，应当充分肯定。

作者单位：中国人民大学

[1]李莹：“我看婚姻法司法解释三”，载

<http://lady.163.com/11/0815/02/7BFDPCRB00262613.html>，2011年9月1日访问。

[2]温州网：“婚姻法新解释：全职太太成‘最危险职业’”，载
<http://news.66wz.com/system/2011/09/01/102667176.shtml>，2011年9月1日访问。

[3]杨立新：《民法总论》，高等教育出版社2007年版，第24页。

[4]杨立新：《杨立新民法讲义·婚姻家庭法》，人民法院出版社2009年版，第18-19页。

[5]同注[3]，第165页。

[6]这里规定的协议是说离婚时分割财产的协议，但实际上也包括夫妻双方在婚前婚后订立的确定的财产关系性质的协议，例如双方约定该财产为夫妻共同财产，同样有效。

[7]同注[3]，第51页。

(责任编辑：中外民商裁判网)

司法解释三推动婚姻契约化

日期：2011-12-27 法治周末 薛宁兰(中国社科院法学所研究员)

现行婚姻法自2001年修订以来，最高人民法院于2001年、2003年相继发布两个关于适用婚姻法若干问题的解释，2011年8月9日又公布适用婚姻法司法解释三。

司法解释三从起草到公布历时三年多。其间，最高法院起草小组深入基层开展调研，收集典型案例，召开一线法官座谈会；针对拟出的草案，组织召开专家论证会，听取专家意见和建议；书面征求全国人大常委会法工委、国务院法制办、民政部、全国妇联意见。

2010年11月15日至2010年12月15日，中国法院网和《人民法院报》公布司法解释三征求意见稿，引发社会各界广泛关注和热烈讨论。

与前两个司法解释相比，司法解释三以夫妻财产关系为重点，其19个条文中有关夫妻财产归属认定、夫妻共同财产分割、继承、借贷、赠与等有12条之多，占全部条文的63.15%。

此外，司法解释三还对近年来审判实务中遇到的结婚登记程序瑕疵纠纷、夫妻生育权纠纷、亲子关系确认诉讼中一方拒绝做亲子鉴定的证据推定等作出规定。

新的司法解释为今后各级法院理解适用婚姻法，解决上述疑难问题，避免“同案不同判”现象，提供了统一明确的执法尺度。2011年8月13日，新司法解释正式施行。

对照此前征求意见稿条文，司法解释三确实有较大改变，例如，征求意见稿第二条(有配偶者与第三人为解除同居关系的财产性补偿问题)被删除，其余多项条款都有较大修改。

按理，经过调研、论证、全民讨论后颁行的司法解释三不应再致各界反响强烈。但解释三一经公布，还是引发广泛争议，争议的焦点集中在对若干财产归属的认定上。

具体而言，就是第五条有关夫妻一方个人财产婚后所生孳息归属的认定、第七条有关婚后父母为子女出资购房归属的认定、第十条有关一方婚前贷款购房产权归属的认定。

对此持肯定态度者认为，司法解释三的立论基础，是民法的整体性。夫妻对共同财产享有的是所有权，夫妻财产所有权取得的规则也必须遵守物权法规定的规则。

“在法律适用层面考虑，物权法与婚姻法同属于全国人大制定的法律，但物权法是新法，婚姻法是旧法，新法应优于旧法。”按照物权法原则，应认定夫妻一方个人财产婚后的孳息仍然是一方的个人财产。物权法规定不动产所有权的公示方法是登记，司法解释三的相关规定完全符合物权法。

持否定态度者认为，婚后所得共同制是我国婚姻法确立的法定夫妻财产制。婚姻法司法解释对夫妻财产归属的认定，应遵循婚姻法的基本规则。而上述三个条文基本依照市场经济的财产法规则设置，对婚姻家庭关系的特殊性，夫妻财产关系与一般民事财产关系的不同特点重视和区分的不够。

在婚后所得共同制下，夫妻共有财产的范围过于狭窄，将不利于婚姻家庭社会功能的发挥，也不利于婚姻家庭的稳定。他们认为，解释三第五条规定不符合婚后所得共同制的基本规则，也与婚姻法、司法解释二相矛盾。

我国民众婚嫁习惯是，结婚前，多由男方准备结婚用房，女方准备家具、电器等日常生活用品。

解释三第七条将父母一方婚后出资购置的房屋认定为对其子女的个人赠与，将会导致一种不公平的现象：即，同样是在没有证据证明父母是赠与夫妻一方的情况下，女方父母赠与夫妻的动产，被视为夫妻共同共有；男方父母赠与夫妻的不动产，则被视为丈夫的个人财产，如果双方父母都出资的，则为夫妻按份共有。

这无论对作为动产赠与人的女方父母，还是对于妻子一方，都是不公平的。依照婚姻法，婚后夫妻双方受赠所得的财产，除赠与人明确指定赠与一方的外，应当属于夫妻共同共有。

解释三相关规定欠周全。当事人不能达成协议时，法院“可以判决该不动产归产权登记一方”，这样规定实际上将以夫妻共同财产还贷的行为，变成了产权方向非产权方的借贷。

其实，婚后非购房一方之所以愿意用夫妻共同财产还贷，是对婚姻有期待的。况且，在房屋用于夫妻共同生活居住的前提下，不考虑双方共同还贷比例和婚姻存续时间长短，一律认定为购房者个人所有，是不合适的。

再者，解释三第五条规定自然增值属于个人财产，那么，非购房配偶一方为房屋产权最终取得还贷的行为，属于对房屋所有权取得的直接贡献，由此带来的增值，应是主动增值。对此部分离婚时应视为夫妻共有财产，予以分割，而不只是“补偿”。

一个用以指导各级法院处理婚姻家庭纠纷的司法解释，引发社会各界高度关注，并迅速成为公众的热议话题，这在新中国婚姻家庭法制历程中是绝无仅有的。

司法解释三并非新的婚姻法，也不是对现行婚姻法的修订；它是针对法官判案的裁判规则，而非约束人们婚姻家庭行为的行为规范。然而，由于它在夫妻财产(主要是房产)归属认定上的突破性解释，必然对今后欲走入婚姻殿堂的人们具有引导的作用。

无论这一解释的制定者们是否意识到，在客观上，司法解释三大大推动了我国的婚姻契约化进程。

我国民事立法已进入法典化阶段，司法解释三所引发的争议，具有一系列的警示效应。

在我看来，立法者应关注调整亲属身份关系的婚姻家庭法的特殊性和相对独立性；法学研究者应加强基础理论研究，从根本上解决婚姻家庭法在民法体系中的定位问题，厘清婚姻家庭法与物权法、合同法等民事财产法的关系。来源：[法治周末]

夫妻财产归属之法律适用

●许莉 法学 2007 年第 12 期

内容摘要 在夫妻财产关系上，我国《物权法》、《合同法》与《婚姻法》存在着诸多法律适用冲突。相对于我国《民法通则》这一民事基本法，《物权法》、《合同法》和《婚姻法》均为民事特别法。但就物权的移转、变动而言，《物权法》、《合同法》的相关规定是一般规定，而《婚姻法》对夫妻财产关系的规定是特殊规定。解决夫妻财产争议原则上应适用《婚姻法》，法律应就现实生活中常见的夫妻财产归属问题作出规定。

关键词 夫妻财产 物权移转 法律适用

一、问题的提出

在我国《民法通则》颁布之前，婚姻法在我国是一个独立的法律部门，婚姻家庭领域的财产纠纷。一直适用我国《婚姻法》和相关的司法解释，对此未有争议。而在《民法通则》颁布后，《婚姻法》被视为民事特别法，婚姻家庭领域的财产关系开始受其他民事法律的调整，法律适用发生了冲突。我国《物权法》颁布后，在《婚姻法》中已经明确的物权归属也出现了争议。

我国《婚姻法》规定的夫妻财产制包括法定与约定两种，在法律适用方面，两种夫妻财产制度分别存在一些争议问题。例如，依《婚姻法》，若双方当事人选择了法定财产制，婚后一方取得的财产属夫妻共有；而依《物权法》，当事人对不动产不进行变更登记或对动产不移转占有的，则不发生物权的变动。又如，若双方当事人约定选择一般共有制，依《婚姻法》，则夫妻一方的婚前财产转为夫妻共有财产，配偶另一方无偿取得财产共有权；依《物权法》，当事人双方在交付财产前，只发生债权关系，并不移转物权；依《合同法》，一方当事人无偿给予另一方财产的，属赠与行为，在未交付之前可以撤销。此类问题在理论界少有涉及，在司法实务中则存在法律适用不一的情形，因此有必要作一探讨。

二、法定夫妻财产制的法律适用问题

法定夫妻财产制是指如无约定当然适用的夫妻财产制度。我国《婚姻法》第17条规定了法定夫妻共有财产：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：(1)工资、奖金；(2)生产、经营的收益；(3)知识产权的收益；(4)继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；(5)其他应当归共同所有的财产。”《婚姻法》第18条规定了法定夫妻个人财产：“(1)一方的婚前财产；(2)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；(3)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；(4)一方专用的生活用品；(5)其他应当归一方的财产。”在性质上，我国法定夫妻财产制属婚后所得共同制，即婚后夫妻一方所得财产，除法律另有规定或当事人另有约定外，均属夫妻共有。属于《婚姻法》调整范围的法定夫妻财产关系在我国《物权法》颁布实施后，产生了以下两个问题。

(一)法定夫妻财产共有权的取得是否需要履行物权变动的形式

我国新颁布的《物权法》对物权变动有明确规定。《物权法》第9条规定：¹“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。”《物权法》第23条规定：动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。”据此，除法律另有规定外，不动产未经登记，动产未经交付的，不发生物权变动效力。问题在于《婚姻法》关于法定夫妻财产的规定，是否属于“法律另有规定”？即夫妻基于身份而取得的财产共有权，是否需要履行物权变动形式？对此，理论界和司法实务中均未明确。

需要指出的是，夫妻财产制度不仅规定了夫妻之间的财产权属，也涉及了第三方的利益，法律适用上应该有所区别。

在夫妻财产关系内部，确定夫妻财产权利之归属应适用《婚姻法》夫妻一方取得法定夫妻财产共有权之唯一根据是夫妻身份，是否通过法律行为，是否符合物权变动法定形式，均无要求。例如，依《婚姻法》第17、18条规定，夫妻一方因继承所得的财产，除非被继承人指定财产只归一方所有，当然属于夫妻共有财产范围。据此，如无相反证据，夫妻一方因继承取得的房屋，另一方当然享有共有权，无须继承人的处分行为，也无须登记另一方的权利。

在夫妻财产关系的对外效力上，应适用《物权法》。未登记的不动产物权无公示效力，不得对抗善意第三人。夫妻对共有财产享有平等权利，但如共有的不动产物权只登记了夫妻一方，另一方之共有权无对抗效力。如登记人未经另一方同意，擅自处分共有物，在未变更登记前，共有人可提出登记异议，并向法院提起确认之诉，确认自己对该房屋之共有权，买受人不能取得产权，只能要求出卖人承担违约责任；在不动产变更登记后，买受人取得了产权，此时共有人只能追究出卖人的责任。

在现实生活中，法定夫妻共有财产与物权公示规定经常不一致，依《婚姻法》而取得的夫妻财产共有权，应属《物权法》第9条所规定的“法律另有规定”的情形。为防止不动产登记权利人擅自处分共有不动产，未登记权利人可请求登记权利人协助自己向不动产登记部门申请登记自己的共有权；如登记权利人不协助，未登记一方可请求法院确认自己的登记请求权。

值得注意的是，大陆法系各国的法定夫妻财产制，在法律适用上冲突甚少。究其原因，可能表现在两个方面：(1)基于身份而发生的财产变动，与身份密切相关，大陆法系国家一般都将其作为夫妻财产制的内容直接规定于亲属法中，作为婚姻的直接效力，仅及于婚姻当事人双方，不涉及与第三人的关系，不受财产法的调整。(2)大多数大陆法系国家，如德国、瑞士、日本等，均队分别财产制为法定夫妻财产制，²不会发生夫妻财产取得与物权变动规则冲突的问题。而以共有制为法定夫妻财产制的国家，如法国，因其物权变动采意思主义，³也不会发生夫妻财产取得与物权变动冲突的情形。

我国《婚姻法》以婚后所得共同制为法定夫妻财产制，夫妻基于身份而取得财产共有权，属于身份财产权，受身份法调整。只是在夫妻共有财产涉及第三人的情况下，才适用《物权法》的相关规定。

(二)夫妻婚前财产的形态转化是否适用《物权法》的相关规定

我国《婚姻法》虽明确规定，夫妻一方的婚前财产属个人财产，但婚姻关系存续期间，婚前财产可能发生了形态上的转化。在现实生活中，形态发生转化后的财产常常引发归属上的争议，其中又多表现为房屋产权纠纷。例如，婚后夫妻一方以婚前财产购置房屋的，登记权利人可能是自己、夫妻双方或配偶方。⁴如果适用《物权法》，登记权利人

作者单位:华东政法大学

² ①德国、瑞士的法定夫妻财产制被称为剩余财产共同制和所得参与制，即在婚姻关系存续期间夫妻财产分别所有，在婚姻关系终止时发生共有或剩余财产分配请求权。这类财产制度在性质上仍属于分别财产制。

³ 《法国民法典》第711条规定，财产所有权因继承，生前赠与，遗赠以及债的效果而取得或移转。据此，理论界认为其物权变动立法为意思主义

⁴ 按照我国《婚姻法》，婚前个人财产与婚后取得的依法被确认为个人所有的财产在归属上开无匹别。此处仅以婚前财产为例。

即为不动产所有人，则上述情形下该房屋的产权应分别归本人所有、夫妻共有和配偶方所有。但在婚姻关系中却不能简单地如此推定。

在当事人没有特别约定的情况下，夫妻财产关系适用《婚姻法》中关于法定夫妻财产制的规定。判断夫妻财产的归属，应以现有的财产形态为依据。依据《婚姻法》中“婚后所得”这一规则，只要系争财产的权利取得时间在婚后，则首先应推定为夫妻共有财产。夫妻一方有相反证据的，可以否定夫妻共有的推定。在上述三种情况下，争议财产的形态表现为房屋所有权，由于房屋产权的取得时间都在婚后，所以，无论登记产权人是夫妻一方还是双方，首先都应推定为夫妻共有财产。至于当事人能否推翻共有之推定，三种情况下应有所区别。

在登记产权人为出资方的情况下，如登记产权人可以证明房屋系以个人财产购置，则可推翻夫妻共有的推定，视为只是婚前财产形态发生了变化，财产权属不变动，仍属个人财产，只是夫妻一方将婚前所有的金钱转变为房产而已。对单纯的夫妻财产形态转化是否影响财产性质，美国相关立法有明确的规定。在美国实行双重财产制度的州，⁵一般均将“因个人财产交换所得的财产”认定为个人财产，其依据被称为溯源理论，即增姻期间所得财产应推定为婚姻财产，但如配偶一方能够举证证明该财产系以其个人财产的交换所得，法院即可认定该财产属于个人财产。⁶我国现有法律对此并没有明文规定，最高人民法院的相关司法解释中只是明确规定：“《婚姻法》第18条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。”⁷但在司法实务中，“单纯的财产形态变化不导致财产性质的转化”已经得到认可。⁸事实上，如果不认可这一原则，夫妻在婚姻关系存续期间对个人财产的处分权就无法行使。

在登记产权人为夫妻双方的情况下，因登记为夫妻共有，只能推定当事人有约定共有的意思，确认房屋属夫妻共有财产。如登记簿中没有明确该房屋是共同共有还是按份共有，由于共有人之间具有夫妻身份，应推定为共同共有。⁹在这种情况下，夫妻共有的推定不仅符合《婚姻法》的规定，也符合《物权法》的规定。夫妻一方不能以个人出资为由，主张房屋属个人所有，或要求从共有财产中扣除出资部分。

在登记产权人为配偶方的情况下，该房屋应视为配偶方婚后取得的财产，依据“婚后所得共有”的规定，自然也属于夫妻共有。但由于该房屋系配偶方无偿取得，根据《婚姻法》第18条第3款的规定，如果配偶方能够证明系出资方指明赠与自己，则可以推翻共有推定，房屋归登记产权人个人所有。

需要说明的是，夫妻一方用个人财产购置房屋，只要产权登记时间在婚后，则无论购置行为在婚前还是婚后，都适用同样的推定规则，只是婚前财产的表现形态有所不同。购置行为发生在婚前的，夫妻一方的婚前财产形态表现为买卖合同中的债权，即婚前个人享有的债权于婚后转为房屋所有权；购置行为发生在婚后的，夫妻一方婚前的财产形态表现为金钱，即婚前个人所有的金钱于婚后转为房屋所有权。

这样的推定规则，可以合理决定夫妻财产纠纷中的举证责任分配问题，也符合法定夫妻财产制的本意。

三、约定一般共同制的法律适用问题

夫妻财产制度有法定制与约定制之分。在法定制与约定制并存时，约定制是对法定夫妻财产的变更，其效力高于法定制。

约定夫妻财产制主要有两种类型：(1)选择式的夫妻财产契约制度，即规定几种典型的夫妻财产关系供当事人选择，未规定者不得选择，此类型为德国和瑞士等采用。(2)独创式的夫妻财产契约制度，即在不违反法律或公序良俗的情况下，由当事人自由选择夫妻财产关系，此类型为日本、韩国等采用。¹⁰

我国《婚姻法》第19条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。”有学者因此认为，我国可供选择的夫妻财产关系限于分别财产制、一般共同制和

5 双重财产制是指将夫妻的财产分类婚姻财产和个人财产，对婚姻财产在离婚时适用公平分割的方法，个人财产则仍旧个人所有，参见夏吟兰：《美国现代婚姻制度》，中国政法大学出版社1999年版，第236页。

6 同上注，第240-243页

7 参见《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(一)》第19条

8 上海市高级人民法院就夫妻个人财产的收益归属问题有以下解答：“当事人以个人财产购买了房产、债权、基金、黄金或古董等财产，在婚姻关系期间，因市场行情变化抛售后产生的增值部分，由于这些财产本身仅是个人财产的形态变化，性质上仍为个人所有之财产，抛售后增值是基于原物交换价值的上升所导致，仍应依原物所有权归属为个人。”这一解答虽然是针对婚前财产增值的认定，但从中当然可以推出“财产形态变化不导致形态变化”这一结论。参见2004年9月7日上海市高级人民法院《关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答(一)》，沪高法民，2004，25号

9 参见我国《物权法》第103条

10 此外还有一种特殊的夫妻财产契约制度，即瑞典婚姻法的规定。它既不采取选弹式，也不采取独创式，仅允许约定特有财产。参见巫昌祯《婚姻与继承法学》，中国政法大学出版社2001年版，第204页。

限定(部分)共同制,属封闭的选择式财产制度,即定向限制式。¹¹然而,笔者认为,分别所有、全部共有、部分共有已包括了全部夫妻财产关系,实际上对当事人的选择并无限制,我国则应属不定向选择式。

夫妻选择分别财产制或婚后部分共同制,一般不会产生法律适用上的问题。但如选择一般共同制,即婚前、婚后财产于婚后均属于夫妻共有财产,则会发生以下问题。

(一)约定婚前财产婚后共有,是否需要履行物权变动手续

夫妻婚前约定一般共同制,但婚前不动产婚后未变更登记,婚前动产婚后未移转占有的,物权是否发生变动,立法并不明确,司法实务也存在争议。

讨论这一问题,首先应明确夫妻财产约定行为的性质。夫妻财产约定行为是夫妻之间的财产法律行为,应适用法律行为的一般规定。然而,夫妻财产约定虽以财产变动关系为内容,但以夫妻身份变动为生效条件,不同于普通的财产契约,在亲属法学中,属于附随行为,¹²不得与身份行为后果相冲突,其内容和效力具有特殊性。有学者认为:“夫妻财产制契约以所有权关系为其核心内容,因此,于订立后,于夫妻财产关系上,会发生财产契约之物权的效力,乍看之下,似属物权契约,但于所有权关系之外,尚有管理权关系、处分权关系、使用收益权关系、责任关系、家庭生活费负担关系及财产清算关系,实无法断定究属物权契约或债权契约,毕竟其为财产契约中之畸形儿。”¹³该学者承认,夫妻财产契约变动财产所有权关系,据此应为物权契约。但其又认为夫妻财产契约尚发生其它财产关系,是“似属物权契约”,实为“财产契约中之畸形儿”。可见,他的观点自相矛盾。夫妻财产契约的基本内容是财产所有权关系,其他财产关系均是次要关系、从关系。实际上该学者承认,夫妻财产契约属于物权契约,可以直接发生物权变动的效力。笔者以为,婚前之一般共同制约定属物权契约,婚后当然发生物权变动效力,无须另行经过物权变动程序。若当事人于婚前约定婚后选择一般共同制,其真实意思是:自结婚起,双方对婚前个人财产与婚后所得财产均为共同共有关系。显然,若确认婚后未变更登记的婚前不动产、未移转占有的婚前动产为非共同财产的话,则违背了缔约人的真实意思。对此,有学者表述为:“夫妻财产契约,直接发生夫妻财产法的效力。为引起财产契约所定的所有权之变更,不须有法律行为的所有权或权利之移转。”¹⁴

《德国民法典》第1416条对此有明确规定:“(1)丈夫的财产和妻子的财产通过婚姻财产共事制而成为婚姻双方共同所有的财产(共有财产)。丈夫和妻子在婚姻财产共有制存续期限所取得的财产也属于共有财产。(2)单件物品也是共同所有,它们无需以法律行为予以转让。(3)如果一项已在或可以在土地登记簿中登记的权利成为共同所有的权利,则婚姻的任何一方均可以向另一方要求参与在土地登记簿中的更正。此规定适用于一项在船舶登记簿或者在造船登记簿中登记的权利成为共同所有的权利的情形。”可见《德国民法典》规定的约定夫妻共有制具有以下特征:当然共有,无须另行通过法律行为变更,缔约人因当然享有共有权而可请求登记权利。

当事人于婚前或婚后约定夫妻财产某种形式的共同制,与其它移转所有权的财产法律行为存在着区别。根据《物权法》,物权移转过程包括:(1)订约行为,当事人达成将移转物权的合意。(2)履约行为,登记或交付。所谓物权移转合同,确切地说,其并非移转物权的合同,而是保证移转物权的合同。换言之,当事人订立“物权移转合同”,并未承诺物权即时移转,而是承诺物权将移转,此时在当事人之间仅发生债权,不生物权的变动。因此,若在当事人履约前就确认物权移转,则违背了当事人的真实意思。

夫妻财产约定之效力有内外之分,未登记方虽是不动产共有人,但不得对抗善意第三人。¹⁵因此,笔者建议,立法规定婚前之一般共同制约定,婚后当然发生物权变动效力,无须另行经过物权变动程序,但如不符合物权公示规定,不得对抗善意第三人,否则影响交易安全。

夫妻关系无疑是最为紧密的身份关系。婚前夫妻财产约定并非交易行为,其以结婚为条件,也不存在利益平衡的问题。界定其性质和效力,必须从结婚这一特殊条件出发,充分探究缔约人的真实意思。因此,此类约定不能适用物权移转的一般模式。

(二)一般共同制约定是否发生任意撤销权

夫妻的婚前财产通常不等值,夫妻一般共同制的约定,使婚前财产较少的一方成为双方财产的共有人,无偿取得了相对方财产。例如,当事人约定一方婚前房屋婚后共有,则另一方婚后取得房屋共有权。在司法实务中,上述约定常被视为赠与行为,适用我国《合同法》关于赠与合同的规定。赠与人交付前享有任意撤销权。此种做法颇值得商榷。

11参见蒋月:《夫妻的权利和义务》,法律出版社2001年版,第175页。

12史尚宽先生将附随行为定义为。以形成的行为为前提,附随此等行为而为之行为。”参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第92页。

13林秀雄:《夫妻财产制之研究》,中国政法大学出版社2001年版,第192页。

14同前注11

15正因为如此。许多国家对夫妻财产约定都另行规定了对抗第三人的公示方法,如登记。

婚姻关系包括身份内容和财产内容，但属于身份关系。婚姻行为发生身份效力和财产效力，但属于身份行为。夫妻一般共同制之约定，事实上可使一方无偿取得另一方财产，但以婚姻为条件，与一般的赠与行为有重大区别，不能简单地适用《合同法》中有关赠与合同的规定。

对此，法国民法有明确的规定。《法国民法典》第 1527 条规定：夫妻一方或另一方可以从约定的共同财产制中得到的利益以及因动产或负债混同所产生的利益，均不视为赠与。”针对这一条款，法国民法还专门确立了关于“夫妻之间财产性质的利益”的原则，即“夫妻之间财产性质的利益不视为赠与”。¹⁶法国最高法院的判决中进一步明确：“采取全部概括共同财产制并规定将全部共同财产归属健在配偶的条款，是第 1524 条与第 1526 条所规定的一种选择，由于这种选择不视为赠与，因此，为此目的的改变夫妻财产制的协议并不损害夫妻共同子女的特留份权利。”¹⁷

笔者认为，夫妻双方选择一般共同制为婚姻财产制度，固然可能使一方无偿取得财产共有权，但并不能适用《合同法》关于赠与合同的规定。夫妻财产约定属于附随的身份法律行为，婚前订立的一般共同制婚后发生双方财产的共有关系。在婚姻关系成立前，缔约人双方不发生财产共有关系，无须撤销。一旦婚姻关系成立，共有关系发生，物权即已变动，一方当然享有共有权，同样不适用以免除债务为宗旨的任意撤销权。

(三) 夫妻财产约定是否发生返还请求权

婚姻关系的一方当事人因婚姻财产约定而无偿获取对方财产的，离婚时对方当事人是否以主张返还?对此各国的规定并不相同。

德国采完全肯定主义。《德国民法典》第 1478 条第 1 款规定：“如果在分割尚未结束之前离婚，则经婚姻一方要求，应将婚姻的任何一方带入婚姻财产共同制当中的物品按价值偿还本金。如果共同财产的价值在此不敷偿付，则由婚姻双方按其所带人物品的价值的比例承担缺额。”该条第 2 款还规定，在婚姻财产共有制开始时属于婚姻一方所有的物品，视为带入物品。可以看出，在德国，因共有而取得的财产权利，在婚姻关系终止时应恢复到原来的状态。

法国采部分肯定主义。《法国民法典》第 267 条规定：“准因一方配偶单方过错而宣告离婚的情况下，该方当然丧失另一方配偶在结婚时或其后原已同意的一切赠与及一切财产利益。另一方配偶保留原已同意给予他(她)的一切赠与及一切财产利益，不论此种赠与及利益是否具有相互性质”；“在因双方均有过错宣告离婚的情况下，夫妻各方均得撤销原同意给予方得赠与及利益之全部或一部。”《法国民法典》第 269 条规定：“在基于共同生活破裂而宣告离婚的情况下，主动提出离婚请求的一方当然丧失对方原已同意给予他(她)的赠与及利益，另一方配偶保留其受领的赠与及利益。”也就是说，返还请求权的根据取决于离婚原因，尽管《法国民法典》第 1527 条明文规定因夫妻财产约定而获得的利益不视为赠与。

我国《婚姻法》采完全否定主义。《婚姻法》中无离婚返还请求权的规定。也就是说，依《婚姻法》，如通过夫妻财产约定而取得财产利益，因夫妻身份之取得而取得，但不以夫妻身份之丧失而丧失。我国关于借婚姻关系索取财物的规定，与上述完全否定主义是基本一致的。《最高人民法院〈关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见〉》第 19 条规定：“借婚姻关系索取的财物，离婚时，如结婚时间不长，或者因索要财物造成对方生活困难的，可酌情返还。对取得财物的性质是索取还是赠与难以认定的，可按赠与处理。”《婚姻法》第 46 条规定，离婚时法定过错受害方享有损害赔偿请求权。但损害赔偿请求权与赠与物返还请求权根据不同。《合同法》第 192 条规定：“受赠人有下列事由的，赠与人可以撤销赠与：(1) 严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；(2) 对赠与人有扶养义务而不履行；(3) 不履行赠与合同约定的义务。”如前所述，共同财产制协议与一般赠与行为有重大区别。《合同法》第 192 条规定之事由，均不适用共同财产制协议，也就是说，共同财产制协议中的赠与方不能享有《合同法》第 192 条的法定事由撤销权。

是否规定离婚返还请求权，如何规定离婚返还请求权，均反映了立法者的价值观念的差异。完全肯定主义实际上推定：共同制财产协议缔约人之真意是赠与行为以离婚为撤销条件，完全无视其允诺；完全否定主义实际上推定：共同制财产协议缔约人之真意是赠与行为不以离婚为撤销条件，只强调允诺之形式。

离婚可因多种原因而发生，不加以区别地以或不以离婚为返还请求权发生条件，均不公平。法律行为通常是行为人为自己设定义务的行为，以意思自治为原则。确定法律行为之效力，必须探求行为人之真意。共同制财产协议缔约人的真实意思应推定为：赠与行为不以离婚为当然撤销条件，但如受赠方故意严重侵害赠与方的权利而导致离婚，必然违背赠与人的赠与意志，应允许赠与方撤销赠与。这一推定与赠与合同规定之法定事由撤销权的立法精神是一致的。因此，对

离婚返还请求权应采部分肯定主义，即根据离婚原因规定离婚返还请求权，当然这须符合我国国情，不能照搬《法国民法典》。笔者建议，可以我国《婚姻法》第 46 条规定之离婚损害赔偿请求权之根据为离婚返还请求权之根据。

综上所述，在夫妻财产关系上，我国《物权法》、《合同法》与《婚姻法》存在着诸多法律适用冲突。相对于我

¹⁶ 5 参见罗结珍译：《法国民法典》下册，法律出版社 2005 年版，第 1181 页

¹⁷ 其中所称的“全部概括共同财产制”即是夫妻财产制中的一般共同制。同上注，第 1182 页。

国《民法通则》这一民事基本法,《物权法》、《合同法》和《婚姻法》均为民事特别法。但就物权的移转、变动而言,《物权法》、《合同法》的相关规定是一般规定,而《婚姻法》对夫妻财产关系的规定是特殊规定。解决夫妻财产争议原则上应适用《婚姻法》,法律应就现实生活中常见的夫妻财产归属问题作出规定。

我国夫妻财产制立法若干问题探讨

薛宁兰 许莉 中国社会科学院 华东政法大学 法学论坛 2011 年第 2 期

【摘要】新近征求全民意见的婚姻法司法解释(三)草案凸现我国夫妻财产制立法存在诸多问题。我国现行法定夫妻财产制是婚后所得共同制。对法定夫妻共同财产范围的界定应遵循“婚后所得推定共有”的准则,其法理依据是夫妻之间存在的“协力”关系。夫妻财产制契约是夫妻之间就采用何种类型的夫妻财产制所订立的协议。夫妻财产制契约与一般财产契约不同,其直接产生夫妻财产法上的效力,即以双方当事人选定的财产制度替代法定财产制的适用。无论法定共同财产制还是约定共同财产制都存有一定缺陷。在我国夫妻财产制结构中增设非常财产制可以弥补共同财产制之不足。

【关键词】夫妻财产制 法定共同财产 夫妻财产制契约 非常财产制

夫妻财产制,主要是一国关于夫妻财产所有权问题的法律制度。它涉及夫妻婚前和婚后所得财产的归属、管理、使用、收益、处分以及债务的清偿、婚姻终止时财产的分割等一系列问题,又称“婚姻财产制”。我国现行夫妻财产制结构由法定夫妻财产制和约定夫妻财产制两部分构成。然而,在外国法和我国台湾地区法中,还存在着另一类夫妻财产制。它是在足以影响夫妻各方财产利益的特别情事发生后,不再适用原夫妻财产制类型(包括法定共同制和约定共同制),改而采用分别财产制。对这种财产制,台湾学者称之为“非常财产制”[1]。近年来,我国公民个人财富增长迅速,婚姻财产纠纷愈益复杂。我国现行《婚姻法》关于夫妻财产制的规定只有 3 条,其内容概括、简单,远不能解决纷繁复杂的婚姻财产纠纷。为解决司法实务中的疑难问题,最高人民法院先后于 2001 年和 2003 年颁布了两个适用婚姻法司法解释(以下简称“解释(一)”、“解释(二)”)。一定程度上减少了“同案不同判”现象。新近征求全民意见的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(征求意见稿)(以下简称“解释(三)草案”)重点在夫妻财产关系上,有关夫妻财产归属认定和分割的条文占 1/2 以上。[2]婚姻案件不同于其他民事案件,其内容千差万别。上述司法解释或是细化现行法律,或是针对某类案件或某种现象作出规定,但在统一性、逻辑性和制度的完整性上还存有欠缺。本文拟针对司法实务中与夫妻财产制立法相关的争议问题,结合“解释(三)草案”部分条款,厘清夫妻财产制所涉及的相关法理,探讨如何从制度层面完善我国夫妻财产制。

一、法定夫妻共同财产范围之界定—遵循婚后所得共同制的推定规则

法定夫妻财产制,是指在配偶双方没有就夫妻财产关系作出约定,或者约定无效的情况下,依照法律规定当然适用的夫妻财产制度。强制适用是法定夫妻财产制有别于约定财产制的突出法律特征。依法理,约定财产制具有优先法定财产制适用的效力。但是,现实生活中夫妻婚前或婚后约定财产制类型的比例很低,[3]法定夫妻财产制因此在我国占居主导地位,是适用最为广泛的财产制度。《婚姻法》第 17 条明确了法定夫妻共同财产范围,第 18 条则列举了法定的属于夫妻个人财产的范围。这两条构成了我国法定夫妻财产制的主要内容。现行婚姻法对属于法定夫妻共同财产和一方个人财产采取列举加概括的立法模式,第 17 条与第 18 条均有“兜底”条款,司法实务中,对不属于明确列举范畴的财产究竟应归夫妻共有还是个人所有,往往会产生争议,成为婚姻财产纠纷中的难点。

针对近年来司法实务中争议较大的婚姻财产纠纷,“解释(三)草案”作出以下 3 条规定:第 6 条:“夫妻一方的个人财产在婚后产生的孳息或增值收益,应认定为一方的个人财产;但另一方对孳息或增值收益有贡献的,可以认定为夫妻共同财产。”第 8 条:“婚后由一方父母出资购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可视为对自己子女一方的赠与,应认定该不动产为夫妻一方的个人财产。由双方父母出资购买的不动产,产权登记在一方名下的,可以认定该不动产为按照双方父母的出资份额按份共有,但有证据证明赠与一方的除外。”第 11 条:“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款,婚后不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时可该不动产认定为不动产权利人的个人财产,尚未归还的部分贷款为不动产权利人的个人债务。婚姻关系存续期间由夫妻共同财产还贷部分,应考虑离婚时不动产的市场价格及共同还贷款项所占全部款项的比例等因素,由不动产权利人对另一方进行合理补偿。”上述规定均将夫妻一方于婚后取得的财产认定为个人所有财产,其内容属于《婚姻法》第 18 条中“其他应当归一方的财产”。与“解释(二)”相关内容对比,[4]“解释(三)草案”更倾向于根据财产来源而不是根据财产取得的时间来确定其归属,这种侧重保护个人财产权利的价值取向受到社会广泛关注,[5]也引发了学术界的质疑。

{1}

法定夫妻财产制在我国的重要性不言而喻。对某项财产性质的认定,直接关系到婚姻当事人的切身利益。目前这种以司法解释的形式、“一事一议”的立法模式会产生以下问题:第一,现实生活中婚姻财产的形式多样,纠纷类型千差万别,新问题不断出现。如果我国这方面立法一直处于滞后状态,司法解释就会越出越多;第二,司法解释制订过程中缺乏统一的原则,会导致立法价值取向的偏差。就夫妻财产归属而言,“解释(二)”中坚持婚后所得共有这一基本

准则，将婚后取得的个人财产投资的收益、住房补贴、养老金等，均规定为夫妻共有财产。而“解释（三）草案”则注重维护个人权利，重视财产来源及资本收益，将个人财产婚后孳息、婚前个人出资婚后取得的房屋均规定为夫妻个人财产。这种在价值取向上的不统一，会致法官裁判时对个案的处理缺乏基本依据；第三，由于司法解释的制定往往只考虑解决具体问题，忽略条文之间的协调与衔接，这将导致条文之间出现自相矛盾的情形。例如，“解释（三）草案”第6条规定，夫妻一方的个人财产在婚后产生的孳息或增值收益，为一方的个人财产。这不仅与“解释（二）”中“婚姻关系存续期间，一方以个人财产投资取得的收益属于夫妻共有财产”所遵循的原则不一致，也与《婚姻法》第17条第2款“一方婚后生产、经营所得的收益属于夫妻共有财产”有着明显的冲突。[2]67

笔者认为，无论是价值取向还是具体规定，司法解释都应与法律规定保持一致。界定法定夫妻共同财产范围时，需从以下几方面着手：

第一，我国法定夫妻财产制是婚后所得共同共有制。夫妻财产制度规范的是夫妻之间的财产关系，是身份法中关于财产的特别规定，不同于一般的财产法。通俗地说，夫妻财产制度在一定程度上起到了对夫妻所得财产进行“再分配”的作用。通说认为，我国法定夫妻财产制为婚后所得共同制。[6]所谓婚后所得共同制，是指婚姻关系存续期间夫妻一方或双方所得的财产，均归夫妻双方共有，但法律另有规定的除外。据此，在法律未作明文规定的情况下，婚姻关系存续期间夫妻一方取得的财产，首先应推定为夫妻共有财产。依据“婚后所得推定共有”这一准则，立法中，如认为婚后一方所得应归于夫妻共有，一般无须特别加以规定；但如将一方婚后所得排除在共有之外，则必须特别加以规定。在司法审判中，主张婚后所得财产为夫妻共有财产的，一方无需举证；主张婚后所得财产为个人所有的一方应负有举证责任。我国一些学者认为，婚后所得共有制并不排斥夫妻个人财产的存在，它并非是指夫妻婚后所得的一切财产均为共同财产，通常将一方无偿获得的财产排除在共同财产范围之外。笔者赞同这一观点。但需说明的是，不能因为婚后所得共有制认可夫妻个人财产的存在，特别是认可婚后所得财产可以归个人所有，就否认这一制度所包含的“婚后所得推定共有”的基本规则，更不能得出“婚后所得应视具体情况处理，既可以为共有，也可以为个人”这一结论。司法解释若不秉承这一准则，难免会出现自相矛盾、标准不一的情形。

第二，婚后所得共有制的法理基础是“协力”而非“贡献”。婚后所得共有制的适用使夫妻一方所得归属于双方，直接产生了权利变动的效果。我国《婚姻法》作此选择的依据何在？公平、公正是共同财产制的基本理念。夫妻共有的法理基础是认可夫妻之间存在“协力”关系。即便当代婚姻立法确立了夫妻人格独立的基本准则，婚姻的团体性仍然是一种客观存在。“与取得婚姻财产相关的婚姻是一个共同体，每个配偶都是这个共同体的成员，他或她对维持这一共同体——婚姻都做了平等的努力。”[3]233“通常情况下，一方配偶在婚姻存续期间所取得的财产，都是双方共同努力的结果。……在现实生活中，几乎不可能判断配偶一方在获得财产收益时，对方配偶在操持家务、养育子女、外出就业和情感支持等方面提供了多少帮助。”[4]140 由此可见，我国学界对“协力”原则多持肯定态度，但对“协力”的理解还不统一，甚或将之等同于配偶一方对另一方取得财产行为的“直接贡献”。例如，在解释一方婚前财产于婚后所生孳息之归属时，认为“如果孳息取得与对方协力无关，只能作为个人财产；如果凝聚了对方的贡献，则作为共同财产。”[2]70 而“解释（三）草案”第6条规定的“但书”，便是以夫妻另一方“是否对孳息取得有贡献”作为判断能否共有的标准。从该条本意看，此所谓“贡献”应认定为“直接贡献”，即配偶一方对他方财产孳息的产生有“直接的贡献”，这似是考虑到夫妻“协力”，却与“协力”原则有本质区别。因“直接贡献”而取得权利是财产法的一般规则（如物权法中的添附制度），无需在婚姻财产制中加以特别规定。如果将“贡献”等同于“协力”，则其应当包括“非直接的贡献”。

这在美国判例中有所体现。美国早期采共同制的部分州，在判定婚姻期间财产增值的归属时，主要考虑增值是否全部或部分地因对方配偶贡献所生。只有因对方贡献或努力使一方个人财产增值的，其增值部分才被视为共同财产。此处的贡献即“直接贡献”。对于对方配偶仅有“非直接的贡献”，如从事家务劳动，尽管在离婚财产分割时可以考虑，但增值部分不被认定为共同财产。然而，到上世纪80年代末，美国一些州法院的判例推翻了这一观点。1986年，纽约上诉法院认可了因家务劳动对个人财产增值所作的“非直接的贡献”也构成分享增值部分的理由。[7]这实为从“贡献”取得转向了“协力”取得。

夫妻“协力”行为贯穿于整个婚姻生活。只要婚姻关系存在，便认定彼此有“协力”存在，而不考虑夫妻双方情感状况、家务劳动分配以及对家庭经济贡献的大小等因素。认可夫妻“协力”，其根本目的是维护婚姻的稳定，引导婚姻当事人以家庭整体利益为重，鼓励配偶之间的互相支持与扶助。因此，如果认为婚姻在当代社会中仍具有不可替代的作用，认可夫妻之间的“协力”就是婚姻财产制度的必然选择。[8]

第三，明确排除适用“婚后所得共有规则”的具体标准。如前所述，婚后所得共有制并不排斥婚后夫妻个人财产的存在，当事人可以约定排除共有，法律也可依据所得财产性质予以排除。究竟哪些财产不适用婚后所得共有，应有一定的依据。与婚后所得共有的基础是“夫妻协力”相对应，婚后夫妻一方取得的财产如与对方“协力”无关，则应归为一方个人财产。对此各国规定虽有区别，但主要有以下几类：(1)夫妻一方接受继承或赠与的财产，即通常所谓的“无偿取得”的财产；(2)仅供个人使用的物品；(3)不能以法律行为转让的标的，即具有专属性的财产，如抚慰金的请求权；(4)个人财产的替代物或赔偿金。[9]我国《婚姻法》第18条规定了夫妻个人财产的范围，除婚前财产外，列举了以下三种，即：(1)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；(2)遗嘱或赠与合同中确定只归夫

或妻一方的财产；(3)一方专用的生活用品。与国外立法相比，我国法的区别主要在于对“继承与接受赠与财产”的认定。在国外立法中，一般将夫妻一方婚后继承与接受赠与所得的财产作为自有财产或保留财产，排除在夫妻共有财产范围之外，除非赠与人或被继承人特别指明给夫妻双方。我国《婚姻法》规定则相反，除非被继承人或赠与人指明给夫妻一方，否则即属于夫妻共有范畴。这一规定一直受到婚姻法学界的质疑。[5]233 但笔者认为，这一不同于他国的规定，正是立法者充分考虑我国国情所作的理性选择。将一方婚姻期间继承、接受赠与所得的财产归于夫妻共有，至少有两个理由：一是，我国虽然规定了男女享有平等的继承权，但在广大农村地区，出嫁女儿继承父母遗产的权利很难真正实现。如规定继承所得财产属于个人财产，则有女性继承权事实上被剥夺之虞；二是，我国婚姻立法中将夫妻一方因履行法定扶养义务所负债务认定为夫妻共同债务，而继承、赠与多发生在具有法定扶养义务的近亲属之间，基于权利义务对等的考量，将一方继承及接受赠与所得归于夫妻共有，更能为普通民众所接受。

二、夫妻财产协议性质之认定——明确约定夫妻财产制类型及效力

约定夫妻财产制是夫妻以合法约定的形式决定婚姻财产关系的制度。约定夫妻财产制作为与法定夫妻财产制并存的一项制度，一般包括以下内容：约定的时间、约定的具体内容（可供选择财产制的类型）、约定的形式、约定生效的条件、约定的法律效力（包括对内与对外效力）。《婚姻法》第 19 条构成我国约定夫妻财产制的全部内容。[10]但该内容仍显简单和不够明确。这导致对该项制度的理解和适用均存在争议。

关于约定财产制，当前司法实务中争议最大的问题是：夫妻财产约定是否适用《合同法》规则。典型的纠纷表现为：夫妻婚前约定（也包括婚后），原属于夫妻一方个人所有的财产（主要是房产），于婚后归属于夫妻双方共有、或归另一方所有。婚后一方要求变更登记，或在离婚诉讼中主张对该房产享有权利而遭到原所有人拒绝。拒绝的理由是，该约定为夫妻之间的赠与合同，因尚未交付，赠与人有权撤销。[11]此次“解释（三）草案”第 7 条规定：“婚前或婚姻关系存续期间，双方约定将一方所有的房产赠与另一方，一方在赠与房产的权利转移之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院不予支持，但已经办理公证的除外。”该条款明确了夫妻之间房产赠与的效力，其内容与《合同法》第 186 条的规定基本一致，[12]这表明司法解释确定夫妻之间的赠与适用《合同法》关于赠与合同规定的原则。

如果夫妻双方明确以赠与合同的形式约定将一方的财产（如房产）转给另一方所有，则该约定可以直接适用《合同法》的相关规定。对此，理论界和司法实务界并无争议。具有夫妻身份的人同样可以实施一般主体所为的财产法律行为（包括买卖、赠与、借贷等），并且该法律行为直接适用相关财产法的规定。如此，“解释（三）草案”第 7 条的规定并无实际意义。反之，如果该第 7 条的本意是，夫妻约定将一方房产于婚后归属于夫妻双方共有或对方所有，符合赠与合同的特征，因此要适用《合同法》关于赠与合同的规定。这显然值得商榷。将夫妻约定财产制与夫妻之间的赠与行为混淆，既反映了审判人员对约定夫妻财产制理解不够深入、准确，也凸显了我国约定夫妻财产制立法的不足。笔者认为，解决夫妻财产协议效力的争议，应从以下两方面着手：

第一，准确认定夫妻财产制契约的性质。夫妻财产约定也称夫妻财产制契约。[13]它是指夫妻或即将成为夫妻的人，就夫妻之间的财产关系采用何种夫妻财产制所订立的契约。[6]254 与一般财产契约行为相比，夫妻财产制契约具有以下特点：(1)附随性。其性质上属于附随身份的法律行为。[14]夫妻财产制契约是当事人选择婚姻财产制的约定，虽然以财产关系为内容，但与婚姻关系的存在不可分。该契约可以在婚前或婚后订立，[15]但必须以婚姻有效成立为生效要件。婚姻不成立、婚姻被宣告无效或被撤销，夫妻财产制契约也不生效。(2)主体具有特定性。夫妻财产制契约的当事人须具有夫妻身份，当事人可以在婚前缔结夫妻财产制契约，但如婚姻关系不成立，则该契约不生效。所以，有效的夫妻财产制契约的当事人一定具备夫妻身份。不具备夫妻身份的人不能成为夫妻财产制契约的主体。(3)夫妻财产制契约的内容限于夫妻财产关系，其目的是变动法定夫妻财产制的内容或排除法定夫妻财产制的适用。与夫妻财产制无关的其他婚姻效力不属于夫妻财产制契约的内容。(4)效力具有特殊性。与一般财产契约的效力不同，夫妻财产制契约直接发生夫妻财产法的效力，即当事人选定的财产制度替代法定财产制适用，无须再采取其他财产变动行为。“为引起财产契约所定的所有权之变更，不须有法律行为的所有权或权利之移转。”[7]344

有关《婚姻法》第 19 条的立法解释认为，夫妻可以约定财产的内容主要有：“(1)婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有。(2)婚姻关系存续期间的财产共同所有或部分共同所有、部分各自所有。(3)约定婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。如夫妻可以约定女方婚前父母所送的嫁妆归共同所有。当然也可以约定一方婚前财产在婚后归对方所有。”[8]79 “解释（一）”第 19 条又规定：“婚姻法第 18 条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。”这表明：如果当事人有约定，一方婚前财产也可以转化为夫妻共同财产或者对方个人财产。据此，夫妻约定一方所有房产婚后共有或归另一方所有，属于夫妻财产制契约范畴，不应比照赠与合同处理。

第二，明确约定夫妻财产制的具体类型及效力。现实生活中，婚姻当事人之间的财产约定多种多样，如何认定其性质十分困难。因此，明确我国约定夫妻财产制的具体内容，不仅可以减少法律适用中的争议，也可以对民众选择约定夫妻财产制有所引导。就我国现行约定夫妻财产制的内容而言，需要进一步明确约定夫妻财产制类型与效力。《婚姻法》第 19 条将约定的内容表述为“全部共有、分别所有以及部分共有、部分分别所有”，这一规定看似明确，却不符合约定夫妻财产制类型化的要求。笔者认为，应以一般共同制与分别财产制替代，具体表述为：夫妻双方可以约定选择一般共同制和分别财产制，也可以约定部分财产或某项特定财产属于共有财产或个人财产。一般共有制是指夫妻双

方的婚前财产与婚后所得财产均属于夫妻共同财产，但专属于个人的生活用品、夫妻一方的人身损害赔偿金以及夫妻特别约定保留的财产除外。分别财产制是指夫妻双方的婚前财产以及婚后各自所得的财产归个人所有。按照《婚姻法》第19条的规定，约定夫妻财产的对内效力是：“约定对双方具有约束力”。这一规定容易引发歧义。这里的“约束力”与一般财产合同所产生的债的效力并不完全相同，其效力规则具有特殊性，应适用亲属法的特别调整。约定生效，即在夫妻之间产生财产权利的变动，无需再有其他交付行为。德国学者将其表述为：“一般共同制在财产领域将配偶双方视为统一的整体。采用该财产制的，原本属于配偶各自的财产转化为双方的共同共有。”[9]113“采财产一般共有制的，配偶双方无需通过单个处分行为将各自所属之物转为共同共有财产。共同财产根据总括继受原则直接产生，也就是说，在该财产制开始之时，配偶双方所属之物自动结合为共同财产。配偶一方拥有不动产，该不动产业成为共同财产的，另一方有权要求在土地登记簿上变更登记。财产一般共有制存续期间，即使配偶一方单独完成了所有权取得行为，也不能成为单独所有人；该财产在取得之时直接成为共同财产。”[9]141可见，夫妻财产制契约具有权利（物权）变动的效力，对此，我国未来立法应予以明确。

三、共同财产制弊端之克服—增设非常夫妻财产制

不同类型的夫妻财产制各有利弊。夫妻财产共有制的优势在于肯定了夫妻之间的“协力”，符合婚姻伦理，有利于婚姻关系的维护。但其弊端也十分明显，有学者将其归纳为以下几点：(1)不利于保障夫妻的独立人格和经济地位；(2)不利于保障交易安全；(3)容易引发管理权纠纷；(4)分割共有财产时，有不公平之嫌；(5)缺乏内部调节机制。[2]17-19

当前，我国法定夫妻财产制适用中最突出的问题是：(1)共有财产平等管理权的行使缺乏保障。《婚姻法》第17条规定：“夫妻对共同所有的财产，享有平等的处理权。”此处的“平等处理权”应包括管理权与处分权。即使法律不作明文规定，依据共同共有的性质，共有人也享有平等的管理权与处分权。问题在于，现代法制坚持夫妻人格独立，不能以立法方式将夫妻财产管理权赋予夫妻一方。夫妻行使财产管理权的唯一途径就是协商一致。但如果夫妻就共有财产的管理与处分不能协商一致，如何解决？对此我国现行法未作规定。现实生活中，如果夫妻双方对共有财产的管理与处分不能达成一致意见，往往会导致婚姻关系的解体。(2)个人债务的责任财产范围无法确定。共有制下仍有夫妻个人债务的存在，典型的是夫妻一方婚前所负债务。夫妻一方个人债务应以其个人所有财产清偿，但在婚姻关系存续期间，如果夫妻一方的个人财产不足以清偿其个人债务，就会发生能否以共同财产清偿个人债务的问题。如果认为共有财产不能清偿债务，则不利于债权人利益的保障，因为在婚姻关系存续期间，债务人的所得一般均属于夫妻共同财产范畴；如果认为可以直接以夫妻共同财产清偿个人债务，显然又损害了配偶利益。近年来，这在涉及夫妻债务的执行中经常遇到。

上述问题已经引起学界和司法实务部门的关注，可否允许当事人诉请婚内夫妻财产分割成为争议焦点。我国《物权法》第99条规定：“共同有人在共有的基础丧失或者有重大理由时可以请求分割。”这一规定表明，共同共有除了共有基础丧失（如离婚）外，共有人有重大理由时也可以请求分割。但对何为重大理由无明确规定，并且分割请求权人仅限于共有人。对此，“解释（三）草案”第5条规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割夫妻共同财产的，人民法院不予受理；但一方在夫妻因感情不合分居期间及人民法院判决不准离婚后，有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的，在不损害债权人利益的情况下，人民法院可以受理。”这一规定明确了两点：(1)婚姻关系存续期间当事人原则上不能诉请分割共有财产；(2)在夫妻分居期间及一方有严重损害夫妻共同财产的情况下，当事人可以诉请分割。笔者认为，这一规定实为对《物权法》第99条“重大理由”的含义在婚姻关系中的解释。然而，允许夫妻双方婚内析产并不能解决共有制适用中存在的上述问题。首先，当事人之间的婚姻关系仍存在，诉请析产只能分割现有财产，析产后新取得的财产的性质仍属于夫妻共同财产，夫妻双方对这些财产的管理和处分还会引起纠纷，侵害共有财产权的可能仍然存在。其次，由于请求分割财产的权利人只能是夫妻一方，如果作为婚姻当事人的债务人或其配偶不主张分割共有财产，个人债务清偿的问题也无法得到解决。[16]因此，只有在制度层面上增设非常财产制，方可使共有制的固有弊端得以解决。非常财产制与我国现行法定财产制、约定财产制关系如何？学界对此有不同认识。我国大陆地区学者较为流行的认识是，将非常财产制归于法定财产制之中，将现行法上的法定财产制改称通常财产制，以与非常财产制相对应。[17]我国台湾学者则有两种看法：一种认为，立法上，夫妻财产制总的可分为法定财产制与约定财产制，在法定财产制下又分通常的法定财产制和特别的法定财产制两种。另一种则认为，夫妻财产制可分为普通财产制与非常财产制两种。普通财产制下又包括法定财产制与约定财产制。[18]笔者倾向于台湾学者的后一种认识，无论夫妻婚后实行法定财产制还是约定财产制，只要其类型是共有制，则婚姻期间夫妻任何一方都可诉请法院变共有制为分别制。

从国外相关立法看，只要有共有制存在，无论是法定共有还是约定共有，均有相应的终止共有制的救济途径。这种救济途径主要表现为两项制度：一种是共同财产制撤销制度。另一种是宣告非常财产制度。[19]共同财产制撤销制度主要见于德国民法。主要内容是：在采共同财产制的情形下（德国的共有制为约定共有制），当出现法定事由时，婚姻当事人有权提起撤销共同财产的诉讼。[20]宣告非常财产制在瑞士民法、法国民法及我国台湾地区民法中均有规定，主要内容是：在婚姻关系存续期间，因特定事由的发生，通常财产制难以维持正常夫妻关系或者不利于夫妻一方及第三人利益保护时，终止原夫妻财产制类型，改为分别财产制。这两项制度既有共同之处也有区别。[21]但从制度的设立目的及实施效果看，二者并无本质的区别，所以也有学者直接将共有财产制撤销制度归入宣告非常夫妻财产制类型。

{6}287-288

对在我国增设非常财产制的意义，学界多有阐述。有学者认为，“非常财产制的设立，在法定财产制立法模式中增加了可变的元素，使得国家对夫妻财产关系的调整更为灵活与全面。同时，赋权于婚姻当事人双方，依法解除原法定财产制类型，以保护个人财产权益不受到夫妻财产关系出现巨大变化时的损害。”{10}76 但其最根本的目的还在于克服共有制之弊端。共有制之下，夫妻对共有财产管理权行使无法协商一致的情形客观存在，婚内析产并不能化解这一矛盾。婚内析产与宣告实行非常财产制最主要的区别在于，婚内析产只对已经形成的夫妻共有财产加以分割，其效力无法及于将来夫妻一方或双方取得的财产，析产之后的夫妻财产制仍维持适用原有的共有财产制。而非非常财产制经裁判宣告设立后，直接以分别财产制替代了原有的夫妻共有制，其效力不仅涉及已经形成的夫妻共有财产，更使夫妻双方得以终止共有制而代之以分别制，从根本上解决因侵害共有财产管理权或无法正常行使共有权而引发的矛盾。所以，非常夫妻财产制是消除夫妻共有财产制之弊端的一项重要制度，是夫妻共有财产制的重要补充。对我国非常财产制度的具体构建，已有多位学者做过尝试。[22]笔者仅对以下三个问题做进一步探讨：

第一，我国非常财产制适用的法定情形。学界对此的建议，多借鉴瑞士法和我国台湾地区法，列举若干情形，如：一方拒绝给付家庭生活费用；一方对他方合理且必要的财产处分行为拒绝同意；一方管理财产或处分财产行为存在明显不当；一方个人财产不足以清偿其个人债务；夫妻双方因感情不合而分居达到一定期间的（6个月或1年）。[23]在梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿附理由·亲属编》第1692条中列举了以下几种：(1)夫妻一方被宣告失踪或被宣告死亡；(2)夫妻一方的财产不足清偿个人债务，或者其在共同财产中的应有部分已被扣押；(3)夫妻一方的行为危害他方利益或者妨害婚姻共同生活；(4)夫妻一方拒绝向他方报告其收入、财产及债务或者共同财产状况；(5)夫妻一方永久性地丧失判断能力；(6)夫妻双方因感情不和分居达一年以上；(7)继续实行共同制，将使夫妻一方利益受到严重侵害的其他事由。{11}

笔者认为，非常夫妻财产制确立的目的主要有：(1)解决夫妻财产平等管理权之冲突。(2)协调夫妻财产共有权保护与债权人债权保护的关系。判断是否属于非常夫妻财产制适用的法定情形范围，应以此为标准。上述建议稿中所列举的“夫妻一方被宣告失踪或被宣告死亡”以及“夫妻一方永久性地丧失判断能力”不应作为适用非常财产制度的法定情形。理由是：根据《民法通则》的规定，夫妻一方被宣告死亡，则婚姻关系消灭，法定夫妻财产制自然终止，也无适用其他财产制之必要。夫妻一方被宣告失踪，则当然发生财产代管后果，也不存在共有财产管理权行使上的问题。至于一方“永久性丧失判断能力”，并不意味着其权利会当然受到侵害或本身危及共有财产。此时其配偶作为法定监护人，有权管理全部婚姻财产。如配偶有侵害共有财产或他方个人财产的情形发生，其他具有法定监护资格的人可以请求变更监护关系。只有在变更监护关系之后，监护人才可以无行为能力的一方配偶的名义提起非常夫妻财产制适用之诉，但此时的理由不应是本人行为能力之丧失，而是对方有诈害夫妻共有财产之行为或妨碍自己行使管理权之行为。现实生活纷繁复杂，列举不可能穷尽所有情形，所以应有“其他”这一“兜底”条款。判断能否归入“其他”条款，应考量是否符合该制度的立法目的。

第二，申请人的范围。一般情形下，符合法定情形中的婚姻当事人自然享有申请权。依据非常财产制设立的目的，特定情况下的债权人应该也可以享有申请权。“鉴于我国目前的社会现实，整个社会的信用体系尚未建立，通过立法维护社会交易安全的使命仍很迫切，夫妻双方通过假离婚等方式逃避债务的现象也时有发生。因此，在夫妻一方资不抵债时，赋予债权人以申请的权利，显得尤为必要。”{6}254 需要探讨的是，夫妻一方丧失行为能力的，能否由监护人代为提起申请？笔者认为，应视具体情况。如前文所述，一方丧失行为能力，并不宜归入适用非常财产制的法定情形。但如果另一方有严重损害夫妻共有财产的情形，则无行为能力人的其他具有监护资格的人，应首先提起变更监护权的诉讼，然后以对方有侵害共有财产的情形申请适用非常财产制。

第三，适用的法律后果。应在立法中明确适用非常财产制的法律后果，即以分别财产制替代原来的法定或约定共有制。具体应包括以下内容：(1)自判决生效之日，夫妻之间的法定或约定共有制终止，适用分别财产制。(2)已经形成的夫妻共有财产应予分割。因夫妻关系仍然存在，此时的共有财产分割不适用离婚时夫妻财产分割的原则，而应适用物权法中共同共有财产分割的原则，即应均等分割。(3)非常财产制之适用，并不当然发生对外效力。夫妻双方不能以法院关于适用非常财产制的判决对抗第三人，除非第三人明知夫妻之间婚姻财产制发生变动。(4)非常财产制的法定情形消失，当事人可申请恢复原来的财产制。此处当事人只限于夫妻双方，不包括债权人。(5)夫妻双方可以随时通过约定恢复原来的夫妻财产制或设定新的财产制。

四、结语

夫妻财产制直接规范夫妻之间的财产关系，也涉及第三人利益。“某一国家采取何种夫妻财产制立法模式。既受自身立法传统、风俗习惯及思想文化因素的影响，又与社会发展、家庭结构变化，乃至夫妻各自经济的独立紧密相联。”{10}77 不同国家立法会选择不同的夫妻财产制度，不同的夫妻财产制度又体现着不同的价值取向。尽管如此，每一种夫妻财产制度都有自己内在的逻辑体系和一定的规则。所以，夫妻财产制的创设与修改，应注重其内在逻辑与体系，体现为民众普遍认可的价值取向。

我国婚姻家庭立法一向以简单、概括为特色，夫妻财产制度亦如此。在经济快速发展、国民财富急速增涨、民众婚姻家庭价值观多元化的今天，我国现行夫妻财产制内容远不能适应现实之需。这方面的司法解释大量出现正是这一

现状的写照。近期，司法解释要遵循夫妻财产制基本理论及其内在逻辑，符合我国夫妻财产制立法基本价值取向。远期，在中国民法典化进程中，包括夫妻财产制在内的我国婚姻家庭法从体系架构到具体制度需全面完善。笔者认为，从立法层面应对今后中国市场经济体制下夫妻财产关系的诸多问题，是建设法治国家的根本之道。

【注释】

[1]参见史尚宽著《亲属法论》，中国政法大学出版社，2000年版第332页；林秀雄著《夫妻财产制之研究》，中国政法大学出版社，2001年版，第246页。

[2]“婚姻法解释（三）”草案第5、6、7、8、11、12、13、14、15、16、17、18、20条均是关于夫妻财产的规定。

[3]2010年，项目组成员对北京、上海、哈尔滨3个基层法院2008年审结的379件离婚案件进行问卷调查。初步统计结果显示，379对夫妻中有12对实行约定财产制，仅占全部调查案件的5%。这进一步印证了之前一些专家学者的调查结论。参见巫昌祯主编《婚姻法执行状况调查》，中央文献出版社，2004年版第88页。

[4]“解释（二）”第11条规定：“婚姻关系存续期间，下列财产属于《婚姻法》17条规定的其他应当归共同所有的财产：1、一方以个人财产投资取得的收益；2、男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金；3、男女双方实际取得或者应当取得的养老保险金、破产安置补偿费。”

[5]“解释（三）草案”出台后，媒体报道很多，有一种看法认为，该草案注重保护有钱人的利益。

[6]关于我国法定夫妻财产制的选择问题，学界多有研究。目前持肯定我国现有法定夫妻财产制的观点仍占主导地位。我们认为，对我国现行法定夫妻财产制的性质，虽然2001年《婚姻法》修正案的表述不很清楚，但从我国婚姻立法的演变过程及相关立法报告、说明分析中，可以认为修正案延续了1980年《婚姻法》确立的婚后所得共同制，只是进一步明确并缩小了夫妻共有财产的范围。

[7]在该案中，丈夫婚姻期间因受赠得到一大笔家庭公司的股票，继而成为该公司的唯一所有者。当他与妻子有了第一个孩子时，妻子放弃了工作，全身心地照顾孩子和家庭。离婚时双方对于公司股票的增值有争议。最终法院肯定了妻子的家务劳动对丈夫个人财产增值部分有非直接的贡献，可以分割增值财产。参见夏吟兰著《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社，1999年版第245页。

[8]从上世纪末开始，原本采用分别财产制的国家，如德国、瑞士以及我国台湾地区等，均改为剩余财产分配制。其主要改变就是基于“夫妻协力”理论，认可夫妻可以分享彼此在婚姻关系存续期间的财产增值。

[9]参见《瑞士民法典》第225条；《德国民法典》第1417条、1418条。

[10]《婚姻法》第19条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第17条、第18条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”

[11]现实生活中通常表述为“婚后同意将对方（一般为女方）的名字加到房产证上”。此类现象在一些房价高启的大中城市并不少见，因为要求或拒绝添加名字而导致已经谈婚论嫁的双方分手的情况也时有发生。如双方婚前达成了上述书面协议，但婚后一方拒绝将对方的名字写入房产证，或在离婚时以约定尚未交付为由拒绝对方分割房产，则该协议的效力如何往往成为争议焦点。

[12]《合同法》第186条：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”

[13]“夫妻财产制契约”这一用语常见于台湾学者著作，如“夫妻财产制契约是夫妻或即将成为夫妻之人，就夫妻间之财产关系所订立之契约。”参见林秀雄著《夫妻财产制研究》，中国政法大学出版社，2001年版第184页。我国大陆地区学界一般用“夫妻财产约定”，这样的表述往往很难区分一般财产约定与选择夫妻财产制的约定。本文借用“夫妻财产制契约”这一概念，以表明它与夫妻之间一般财产约定的区别。

[14]关于夫妻财产制契约的性质学界存在不同观点，如身份行为说、财产行为说。笔者认为，夫妻财产制契约应属于亲属法（身份法）中的契约，身份法主要规范以变动身份为内容的行为，即身份法律行为（也称形成的身份法律行为）；但身份法也调整以变动财产为内容的行为，只是此类行为的效力一定是附随于特定身份的，称附随的身份行为（准确地应表达为“附随身份的法律行为”）。附随身份的法律行为虽然以财产关系为调整对象，但在效力规则方面具有特殊性，应受亲属法调整。当然，既属于法律行为，则理应具备法律行为的一般有效条件。

[15]也有国家限制夫妻财产制契约的订立时间，仅可在婚前及结婚同时订立。如法国、日本，我国《婚姻法》无此限制。

[16]在司法实务中，我国个别地方法院对这一规定有所突破，认可了债权人的代位分割请求权，规定：“债权人对夫或妻一方享有债权的，可代位提起析产诉讼，对夫妻关系存续间的共有财产进行分割。”参见上海市高级人民法院2007年9月20日《关于审理分家析产案件若干问题的意见》（沪高法民一[2007]20号）第4条：“债权人对夫妻共有财产代位提起析产诉讼的处理。”

[17]陈苇：《夫妻财产制立法研究—瑞士夫妻财产制研究及其对完善我国夫妻财产制的启示》载梁慧星主编《民商法论

丛》第15卷，法律出版社，2000年版第322页；王洪著《婚姻家庭法》，法律出版社，2004年版第119页；薛宁兰：《法定夫妻财产制立法模式与类型选择》载《法学杂志》2005年第1期。

[18]前者见戴炎辉、戴东雄著《中国亲属法》，台湾三文印书馆有限公司，1987年版第140-145页；后者见史尚宽著《亲属法论》，中国政法大学出版社，2000年版第332页。

[19]有些国家还规定了当然的非常财产制，即夫妻一方受破产宣告时，其夫妻财产于法律上当然成为分别财产制。此类情形现行夫妻财产制中甚少采用，且我国无自然人破产制度，故本文不作分析。

[20]参见《德国民法典》第1447~1449条和1469~1470条。

[21]共同之处表现为：1、都是针对当事人适用夫妻共同财产制的情况，可以是约定共有制，也可能是法定共有制。2、都需要当事人的申请并经过法院的宣告。3、都产生终止共有财产制，转为适用分别制的后果。4、都需要具备法定事由，如配偶一方拒绝缴付家庭生活费用、配偶一方实施了危害共有财产的行为、配偶一方拒绝同意对方合理处分财产的行为等。区别表现为：1、共同财产制撤销制度根据婚姻当事人是一方行使共有财产管理权还是双方行使财产管理权，对撤销之诉的请求权人及法定事由作了不同规定。而非非常夫妻财产制无此区分。2、共同财产制撤销制的请求权人限于夫妻双方，非常夫妻财产制的请求权人还可能包括债权人、执行官员等。

[22]参见陈苇：《完善我国夫妻财产制的立法构想》，载《中国法学》2000年第1期；薛宁兰：《法定夫妻财产制立法模式与类型选择》，载《法学杂志》2005年第1期；余延满著《亲属法原论》，法律出版社，2007年版。

[23]同[1]。

参考文献：

- [1]许莉. 夫妻个人财产婚后孳息之归属[J]. 法学, 2010, (12).
- [2]裴桦. 夫妻共同财产制研究[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [3]夏吟兰. 美国现代婚姻家庭制度[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [4]蒋月. 夫妻的权利与义务[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [5]婚姻法学研究会专家关于夫妻财产制立法建议的分析[C]//. 王胜明, 孙礼海. 中华人民共和国婚姻法修改立法资料选. 北京: 法律出版社, 2001.
- [6]余延满. 亲属法原论[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [7]史尚宽. 亲属法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000:344.
- [8]全国人大常委会法制工作委员会民法室. 《中华人民共和国婚姻法》解释[M]. 北京: 群众出版社, 2001.
- [9][德]迪特尔·施瓦布. 德国家庭法[M]. 王葆蔚, 译. 北京: 法律出版社, 2010.
- [10]薛宁兰. 法定夫妻财产制立法模式与类型选择[J], 法学杂志, 2005,(1).
- [11]梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由(亲属编)[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 89-90.

论夫妻约定财产制度的适用困境

由夫妻二人公司出资协议性质争议引发的思考

中国民商法律网 林承铎(台湾) 中国人民大学国际关系学院 讲师

关键词: 夫妻约定财产制 夫妻财产制契约 夫妻二人公司 股东出资协议 财产分割协议

内容提要: 夫妻二人出资所创办的公司, 其股东出资协议的性质存在一定的争议, 如何界定并厘清夫妻二人公司, 讨论夫妻财产制契约的性质和夫妻二人公司的股东出资协议的性质则显得十分必要, 揭示我国夫妻财产制的立法不足, 探究解决办法也相当重要。夫妻财产制契约是身份契约, 夫妻二人公司的股权出资协议不是夫妻财产制契约。要完善婚姻法律制度必须改变“一事一议”的立法模式。

一、夫妻二人公司的界定

夫妻二人公司是指仅夫妻二人作为股东的有限责任公司。夫妻二人公司与其它股份有限公司或有限责任公司相比, 其独特之处在于其只有两名股东且这两人之间有夫妻关系这一法律特征的存在。夫妻二人公司的产生可能有三种情况: 一是二人先取得股东的身份后结婚; 二是由于股权转让, 夫妻同为公司的股东; 三是夫妻二人都为原始股东。

国家工商行政管理总局(1995)第303号《关于公司管理登记中的几个具体问题的答复意见》第5条规定: “家庭成员出资设立有限公司, 必须以各自拥有的财产承担相应的责任。登记时需提交财产分割的书面证明或协议。” 国家工商行政管理总局颁布的《公司登记管理若干问题的规定》第23条也规定: “家庭成员共同出资设立有限责任公司, 必须以各自拥有的财产作为注册资本, 并各自承担相应的责任, 登记时需提交财产分割的书面证明或者协议。” 由这两条规定可以看出不仅是夫妻二人共同出资, 只要是家庭成员共同出资设立有限责任公司, 都必须以各自拥有的财产作为注册资本, 并各自承担相应的责任, 登记时需要提交财产分割的书面证明或者协议。而且这里不仅包括仅以家庭成员作为出资人设立有限责任公司, 而且包括家庭成员一起和非家庭成员共同设立公司。由于本文重在讨论夫妻约定财产制, 所以本文只讨论仅有夫妻二人成立有限责任公司的情况。

在新《公司法》出台之前, 关于夫妻公司存在的合法性, 一直是争论不休。在过去的司法实践中也是一直倾向于

将这类公司人格否认，主要原因是考虑公司资产和家庭财产混同。2005年《公司法》修订后，已允许成立一人有限公司，因此，夫妻双方共同作为发起人，成为两人有限公司的股东已不存在任何法律障碍。

二、夫妻约定财产制

(一)我国关于夫妻约定财产制的规定

1980年《婚姻法》第13条第1款规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同共有，但双方另有约定的除外。”2001年修订后的《婚姻法》第19条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同共有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采取书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”

既有理论认为，约定夫妻财产制作为与法定夫妻财产制并存的一项制度，一般包括以下内容：约定的时间、约定的具体内容（可供选择财产制的类型）、约定的形式、约定生效的条件、约定的法律效力（包括对内与对外效力）以及公示、变更、撤销和终止程序等。[1]即便是对相应的制度进行了区分，然而，笔者认为，要想让《婚姻法》第19条来构成我国约定夫妻财产制的全部内容则显得较为单薄，该条的规定之中虽然有关于约定形式的要求和效力的判定，但内容仍过于简单不够明确，进而导致对该项制度的理解和适用均存在争议。

(二)夫妻财产制契约

夫妻财产制的核心就是夫妻财产制契约。而夫妻财产制契约的性质究竟是什么？一种观点是夫妻财产制契约是一种财产契约可以适用《合同法》的规定，持这种观点的学者认为夫妻关系包括人身关系和财产关系，夫妻财产制契约约定夫妻财产内容，属于财产性契约，故可以适用《合同法》的规定，而且《婚姻法司法解释(三)》第6条[2]的规定也证明了其观点。这样的观点将夫妻之间的财产关系及人身关系进行了区分，认为人身关系不具有契约属性，无法简单地采取契约行为进行流转或处分；而财产关系十分明确，使用契约关系进行财产安排似乎也不存在技术性障碍，这十分符合法院在适用法律方面的便利性及明确性特征，在司法实践中具有相当程度的实用性。但我们不禁要想，是否存在人身与财产竞合的现象？或者说，是否可能存在许多因为身份关系而产生的财产约定？这样的财产约定若是简单地因为财产权与人身权的可分性而作区分时，则有可能会偏离民法总论的设计初衷，这将使得在人身权领域中无法存在财产权的元素；然而，假使允许竞合时，则不能简单地从契约关系着手。

我国在《合同法》的角度中已经给出了较为明确的概念，《合同法》第2条规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”也就是说，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议并不属于交易关系，当然不应受以调整交易关系为己任的《合同法》调整，例如离婚协议应由《婚姻法》调整，一方违反该协议，另一方亦不得基于《合同法》的规定而请求承担违约责任。

但是，既有理论认为，《合同法》第2条第2款排除的身份合同，仅指没有财产内容的身份合同，对于夫妻之间关于财产问题的约定以财产关系为内容，仍然属于《合同法》的调整范围，然而，在适用之前应优先考虑《婚姻法》等有关法律或司法解释，也只有在这些法律或司法解释没有规定时才有适用《合同法》和《民法通则》的余地，而《婚姻法司法解释(三)》中有关夫妻之间赠与房产的规定，也正是因为《婚姻法》缺乏较为具体的规定，而主张依照《合同法》赠与一章的有关规定精神来处理。[3]实际上，大多数的人将有可能认为这样的处理模式显然比较公平，不仅符合传统民法规则，另一方面，也较容易地为民众所接受。

然而，这样的观点也可能不被认可，学者们也可能想到，夫妻双方缔结婚姻就是一种身份上的民事法律行为，因此，夫妻双方关于财产方面所进行的约定而形成的契约属于身份契约，不能简单地适用《合同法》的规定。虽然夫妻财产约定兼具身份与财产双重属性，但是由于它以身份关系为前提而非纯粹的财产合同，因而也不能简单地纯粹适用《合同法》。这个观点实际上早在1993年的司法解释就已经解决过，当年为了在司法实践中切实解决大量存在的财产约定问题，最高人民法院发布了《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》的司法解释，其中第一条就提到关于夫妻双方对财产归属的约定无论是采取口头或者书面形式，只要双方没有争议，离婚时可以按约定处理，但不允许违反法律的强制性规定。该司法解释的出台基本上认可了夫妻约定财产制契约的效力问题。

仔细探究之下，可以初步整理出夫妻财产制契约的特点：

1. 主体具有特定性。夫妻财产制契约的当事人须具有夫妻身份，当事人可以在婚前缔结夫妻财产制契约，但如婚姻关系不成立，则该契约不生效。所以，有效的夫妻财产制契约的当事人一定具备夫妻身份。

2. 附随性。其性质上属于附随身份的法律行为。夫妻财产制契约是当事人选择婚姻财产制的约定，虽然以财产关系为内容，但与婚姻关系的存在不可分离。该契约可以在婚前或婚后订立，但必须以婚姻有效成立为生效要件。婚姻不成立、婚姻被宣告无效或被撤销，夫妻财产制契约也不生效，这是由其主体的特定性所决定的。

3. 内容的复杂性。其不仅包括财产的归属、占有、使用、收益及处分，还包括家庭生活费的负担，债务的清偿，婚姻关系终止时财产的清算及分割等。而一般的债权或物权合同的内容没有这么复杂。

4. 效力具有特殊性。与一般财产契约的效力不同，夫妻财产制契约直接发生夫妻财产法的效力，即当事人选定的财产制度替代法定财产制适用，无须再采取其他财产变动行为。“为引起财产契约所定的所有权之变更，不须有法律行

为的所有权或权利之移转。”[4]德国学者将其表述为：“一般共同制在财产领域将配偶双方视为统一的整体。采用该财产制的，原本属于配偶各自的财产转化为双方的共同共有。”“采财产一般共有制的，配偶双方无需通过单个处分行为将各自所属之物转为共同共有财产。共同财产根据总括继受原则直接产生，也就是说，在该财产制开始之时，配偶双方所属之物自动结合为共同财产。配偶一方拥有不动产，该不动产成为共同财产的，另一方有权要求在土地登记簿上变更登记。财产一般共有制存续期间，即使配偶一方单独完成了所有权取得行为，也不能成为单独所有人；该财产在取得之时直接成为共同财产。”[5]可见，夫妻财产制契约具有权利(物权)变动的效力，对此，我国未来立法应予以明确规定。

此次《婚姻法司法解释(三)》第6条规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”该条款明确了夫妻之间房产赠与的效力，其内容与《合同法》第186条的规定基本一致，这表明司法解释确定夫妻之间的赠与适用《合同法》关于赠与合同规定的原则。具有夫妻身份的人同样可以实施一般主体所为的财产法律行为(包括买卖、赠与、借贷等)，并且该法律行为直接适用相关财产法的规定。如果据此推测夫妻财产制契约都要适用《合同法》关于赠与合同的规定，这显然值得商榷。将夫妻约定财产制与夫妻之间的赠与与行为混淆，既反映了审判人员对约定夫妻财产制理解不够深入、准确，也凸显了我国约定夫妻财产制立法的不足。

笔者认为，夫妻财产制度规范的是夫妻之间的财产关系，是身份法中关于财产的特别规定，不同于一般的财产法。通俗地说，夫妻财产制度在一定程度上起到了对夫妻所得财产进行“再分配”的作用。一直以来我国夫妻财产制就包括法定财产制、约定财产制。通说认为，我国法定夫妻财产制为婚后所得共同制。所谓婚后所得共同制，是指婚姻关系存续期间夫妻一方或双方所得的财产，均归夫妻双方共有，但法律另有规定的除外。而夫妻约定财产制可以选择适用一般共同制、限定共同制和分别所有制。

现在《婚姻法司法解释(三)》又创设了一种新型的财产制。《婚姻法司法解释(三)》第4条规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：(一)一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；(二)一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”显然该制度既不同于法定财产制也不同于约定财产制，类似于共同财产制撤销制度和宣告非常财产制。

关于《合同法》第2条和《婚姻法司法解释(三)》第6条的关系，笔者认为这二者并不存在冲突的问题。首先必须遵循《合同法》第2条的原则，也就是《合同法》只调整财产关系不调整身份关系。那么，《婚姻法司法解释(三)》第6条又如何理解呢？根据《婚姻法》第19条“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同共有或部分各自所有、部分共同所有”的规定，我国《婚姻法》中的约定财产制包括三种形式：一般共同制、限定共同制和分别所有制。换言之就是在约定财产制中，当事人一方的财产要么归自己所有，要么归夫妻共有，而不包括自己的财产直接归对方所有的情形。那么，我们不禁要思考，如何使自己的财产归于对方呢？笔者认为这就是《婚姻法司法解释(三)》中第6条的本意，也就是以赠与的方式来进行。具有夫妻身份的人同样可以实施一般主体所为的财产法律行为(其中包括买卖、赠与、借贷等)，并且该法律行为直接适用相关财产法的规定，只不过其特殊性在于受赠人是赠与人的配偶。

以上的推论肯定会有人提出疑问，如果夫妻一方在婚前或婚后约定将其财产赠与他们夫妻二人共有的又如何适用法律呢？这种约定实质上是夫妻约定财产制中的内容，故不适用于赠与合同。而且《婚姻法司法解释(三)》也明确指出夫妻一方将财产赠与另一方时才适用赠与合同的规定。《婚姻法》及其司法解释认为夫妻一方可以基于夫妻间的通力协作关系把自己所有的财产和配偶共有，这是符合人们对婚姻家庭的期待，可以用夫妻财产制度来调整。但是如果其直接把自己的财产所有权转移给配偶而自己放弃所有权，这样的要求高于人们对婚姻家庭的理解，如果把其纳入夫妻财产制度不利于保护当事人，所以只能用赠与合同来调整。这样规定符合人们的公平正义理念。

虽然夫妻财产制不能适用《合同法》的规定，但是可以适用《民法通则》和《物权法》的规定。婚姻家庭属于民事法律，当然可以适用《民法通则》的规定。而《物权法》在关于公民个人财产权和共同财产权方面的规定，都比《婚姻法》的规定更为详尽和更加具体。《物权法》诸多规则构筑了夫妻共同财产制的坚实基础，很大程度保障了夫妻双方的财产权利，维护了交易稳定和社会安定。[6]

三、夫妻二人公司的股东出资协议是否属于夫妻财产约定契约

(一)不同类型夫妻二人公司的股权出资协议是否属于夫妻财产制契约

在三种夫妻二人公司中，前两种即先取得股东身份后结婚和通过股权转让而形成的夫妻二人公司，其股东出资协议显然不属于夫妻财产约定契约，其原因有三点：

1. 法律从来没有要求这两种公司的夫妻股东提交财产分割的书面证明或者协议；

2. 股东出资协议不能作为当事人选择夫妻约定财产制的意思表示；

3. 股东出资协议和夫妻财产约定契约属于两个不同层面的问题。《公司法》和《婚姻法》有不同的价值追求，股东出资协议中的出资比例主要解决股东在公司内部的权利义务问题，夫妻财产制主要解决夫妻在婚姻关系存续期间以及婚姻关系破裂时的财产权问题，属于两个层面的问题。

(二)夫妻在设立公司时所提交的财产分割协议是否属于夫妻财产契约

最初的公司大多是由合伙、家庭作坊过渡而来的，对这类问题《公司法》立法时不可能不预见到，而且《公司法》对夫妻作为股东设立公司并无限制。只是由于修改前的《公司法》要求有限责任公司股东必须为二人以上，不承认一人有限责任公司，很多人为了满足这个人数要件才成立了夫妻公司。又为了满足《公司登记管理若干问题的规定》第23条的规定才签订了财产分割协议，所以夫妻二人公司的股东在签订财产分割协议时不一定有选择夫妻约定财产制的目的。而且现在有一些夫妻二人公司在成立时根本没有签订财产分割协议。

对于签订了财产分割协议的夫妻二人公司也不能一概而论，如果当事人对财产分割协议的性质没有争议的，应当遵循私法自治原则，按当事人的意志解决。如果对其性质存在争议，则不宜将其作为夫妻财产制契约。

对于未签订财产分割协议而成立的夫妻公司也不能因此而否定其法人资格。但是，如果在设立公司时并未进行财产分割，应当认定是以夫妻共同共有财产出资设立公司。根据《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第17条第2款规定：“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”可以看出在司法实践中，优先地尊重夫妻双方意思自治，只要不损害善意第三人的合法权益、以合法手段掩盖非法目的并尊重交易安全的，审判机关并不一定否定此等法律行为的效力。

四、夫妻约定财产制适用困难的原因

我国夫妻约定财产制适用困难主要就在于夫妻财产制度的种类和内容不够健全，缺乏原则性的规定。目前要走出这种困境首先得改变立法态度。现在都是用司法解释细化现行法律或针对某类案件或某种现象作出规定，缺乏统一性、逻辑性和制度的完整性。只有改变目前这种以司法解释的形式、“一事一议”的立法模式，才能完善我国的法律体系。实际上，目前学界中也在呼吁尽快制定民法总则，在民法总则的框架下所形成的类似于德国潘德克吞体系的“由抽象到具体”的操作模式可为此等民事案件在司法实践中所使用。实际上，在我国台湾地区的法律当中也经常可见“依照、援引、准用”的操作技术，此等模式却可能在我国社会主义法律体系形成初期提供相当“便利”的参考。社会主义法律体系虽然初步形成，然而，体系之下的各部门法之间以及部门法内部并不一定十分完善，例如民法典的诞生可能尚需一段时间，但是这段时间之中，虽然制定民法典的内容已经基本齐备，但仍存在一些有待进一步讨论的空间，如民法总则、人格权法、债法总则等部分是否制定或如何制定的争论。

夫妻公司出资协议虽然称之为协议，但是其协议当中融入了身份关系的色彩就注定了其“身份”的不平凡，我们无法简单地使用《合同法》来看待这一切，有很多类似此等涉及“人身”关系的问题一旦产生，若是我们没有“总则”或者是“民法总则”抽象依据，而更多地等待司法解释的“诞生”，则不免沦为大陆法系司法实践中所遇到的“僵硬”瓶颈，甚至在日常生活中，类似的“夫妻协议”层出不穷，甚至还会出现要求另一方配偶婚后必须回家睡觉的“空床费”协议，因此，司法机关在过度依赖“分则”的同时，是时候来同时考虑“总则”的问题了。虽然，我国在司法实践中仍然不能使用判例，但在很大程度上，法官更多地可能是关注法律法规好不好用，或用得“顺不顺手”的问题，这也导致许多法院在《物权法》出台之后，全国还是有许多法院仍在适用《担保法》来进行司法审判的问题。总的来讲，一部总则性的法律还是应该有的，特别是近年来，我国总体经济水平已经发展的较为成熟，相较于过去社会生活的急剧变迁所带来的不稳定来看，现在的民法规则已经到了应当出现一个里程碑的时候了，而这个里程碑就是民法总则。

注释:

- [1]薛宁兰、许莉:《我国夫妻财产制立法若干问题探讨》，载《法学论坛》2011年第2期，第24页。
 - [2]《婚姻法解释(三)》第6条为“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”
 - [3]该段内容参见《法学专家解读婚姻法司法解释(三)的起草理念、利益衡量、农村女性权益保护等热点问题》，为杨立新和雷光明答记者问中的内容。访问网址:http://news. ifeng. com/gundong/detail_2011_09/06/8969247_0. shtml。访问日期:2011年10月8日。
 - [4]史尚宽:《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第344页。
 - [5] [德] 迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》，王葆蔚译，法律出版社2010年版，第113—141页。
 - [6]龙翼飞:《完善婚姻家庭法律制度的新探索》，载《法学家》2008年第1期。
- 出处:法学杂志 2012年第3期

婚姻的契约性质及妻子的法律地位

2012年1月13日 □ 余未 人民法院报

亲爱的，今后你的钱就是我的了！

婚姻的经典定义是契约说和伦理说，分别源于康德和黑格尔。

康德说，“婚姻就是两个不同性别的人为终身互相占有对方的性器官而产生的结合体，它是依据人性法则产生其必要性的一种契约”，这便是婚姻契约说；后来进一步发展成为“婚姻是一男一女为了共同的经济利益而自愿终身结合、互为伴侣、彼此提供性的满足和经济上的帮助以及生儿育女的契约”。而黑格尔则认为，“婚姻不应当是双方利益的交

换，这种结合，应当对本人、对方、家庭、社会负责，它应当是伦理化的，而不是商品化的”，这便是婚姻伦理说。

契约说虽然在西方婚姻制度的反封建斗争中起过巨大作用，但不免有使婚姻关系成为商品化的双方利益交换的嫌疑，与婚姻的美好内涵背道而驰；伦理说更多将婚姻视为身份，却又不利于婚姻当事人的保护。

婚姻的合伙说却来自经济学家，美国的贝克尔教授和波斯纳教授为典型的代表，他们从经济学的视角看婚姻，认为婚姻是一个特殊的合伙，夫妻关系和合伙人关系中的主体都具有平等的地位，成立都以意思自治为基础，以相互信赖为条件，共同出资共同经营共担损益，并且处于关系中的主体都有着共同的目标。

婚姻合伙中妻子的角色

社会分工同样存在于婚姻之中，男主外，在市场上竞争，女主内，在家里相夫教子为现代社会的共同特征。由于女性的人力资本具有专用性特征，只有女性才具有生育、哺乳的天然能力，在抚养子女和从事家务劳动方面也比男性更具有先天优势。

当女性把时间花在家庭中，带来家庭效益大于女性把时间花在市场所带来的效益时，市场便把女性的主要时间配置到家庭，而把男性的主要时间配置到市场部门。一个有两种性别的、有效率的家庭就自然而然生，性别的比较优势得以呈现并使家庭获益。

与婚姻合伙制匹配的夫妻财产共同制

夫妻财产制有分别制与共同制之分，分别制与合伙性质不符，不利于婚姻中的妻子，而共同制符合合伙制，有利于妻子。

在分别财产制下，女性在承担大部分家务劳动、照顾子女老人的同时，还要为挣到自己的财产而奔波。这种制度忽略了女性在家中贡献的经济价值，它只是一种形式上的男女平等。严格地说，男女平等并不是指女性和男性的相同待遇，因此，在分工的不同的条件下，法律上的“一视同仁”，就如同在原本倾斜的天平两边加上同等重量的砝码，结果仍旧是倾斜的。

而在共同财产制下，妻子承担家务劳动等的同时实际上就是一种有工资的工作。在贝克尔教授的《生活中的经济学》一书中，提出“统计国内生产总值时，应当把家务的贡献也算在里面”。如果女性在家务上做的贡献换算成实际金额的话，那么太太在家所赚的钱可能会比先生在外面的薪水还要多。试想，如果聘请钟点工人来做家务，那么就要按照钟点工的劳动时间来支付对价，在这样的情况下，家务劳动就市场化了。如果妻子承担了家务劳动，则不必用家庭财产来支付钟点工人的工资，这有效减少了家庭积极财产的损失，这正是家务劳动价值存在的基础。

同时，由于妻子在家精心操持家务，丈夫可以没有后顾之忧地投入到工作中，在事业上取得更大的成功，创造更多的财富，丈夫所获得的收益，其实包含了妻子的家务劳动的隐形付出。共同财产制下给予妻子的劳动以适当的经济价值，因此，从经济学意义上讲，婚姻合伙关系所倡导的应该是共同财产制。

离婚财产分割时人力资源价值的评估

经济学上，财产通常指具有价值或体现为一定的经济利益的东西。除了普通意义上的各种有形财产外，人力资本之类的无形财产也应该被归纳到婚姻的合伙财产中，在解散时同样要予以考量与分配。

纽约州的奥·布莱恩（O'Brien）案是有关人力资本分割的经典案例。案中夫妻结婚十年，两人致力于丈夫的医学求学路，妻子放弃了获得永久教师资格证的机会。丈夫在获得执业执照后向妻子提出了离婚。法院认定妻子除了料理家务和管理家庭经济事务外，还对婚姻期间双方的收益作出了76%的贡献。

法院认为妻子为了能让丈夫取得该执业证书，牺牲了自己的发展机会，而丈夫完成了他的研究生学历以及医学院学习和实习课程，在案件审理时，丈夫已经是一名外科医生了。因此，法院支持了妻子，妻子有权分享丈夫之人力资本的执业执照的利益。

当女性在家庭中相夫教子、承担大多数家务劳动时，男性把自己的时间用来提高技能、增加知识、发展事业，结果是丈夫的社会地位提高，职位晋升，能力发展，社会阅历增加，这都是一种提高未来收入的财富形式，具有明显的财产的特征。

共享是合伙理论的基础。婚姻合伙成立以永久共同生活为目的，即使是传统的男主外女主内的模式，妻子之所以愿意承担大部分家务劳动，也是因为其对婚姻有一种信赖期待利益。有理由相信在家庭内部对方的成功就是整个家庭的成功，自己能够在将来分享到对方发展所获得的成果及预期利益。

婚姻关系如果可以正常存续下去，则女方能够从未来的共同生活中得到因自己的奉献和牺牲所带来的回报。但一旦离婚，丈夫所拥有的这些无形财产已附着在自己身上，相比之下，妻子离婚后，因为离开就业市场太久，剩下的只是贬值的技能和经验。因此，我国婚姻法所规定的财产的观念应该注入新的内涵，人力资源之类的无形财产也应纳入财产分配的范畴。这些无形财产也并非不可评估，虽然其所包含的人身利益部分不可转让，但其所包含的经济利益的部分经过评估后，是可以将其价值以适当方式在夫妻双方之间进行分配的。

离婚时丈夫补偿妻子的经济学依据

离婚时，丈夫应该经济补偿妻子，其中存在着经济学的依据。婚姻解体时，在家庭中承担较多家务劳动的一方有权请求经济的补偿，这不是另一方的施舍或是道德良心，而是依赖于她们自己切切实实的劳动。在这一点上，我国婚姻法中规定“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工

作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿”。这实质上是对家务劳动价值的认可。此规定值得肯定，因为妇女的就业机会和经济收入大多低于男性，家务劳动又不计报酬，为了矫正不平等，经济地位较弱而承担较多家务劳动的一方（大多为女性）在离婚时应该享有经济上的补偿。

不足的是，这条规定的前提之一是夫妻双方采取分别财产制，共同财产制下就不存在补偿的法律依据。事实上，无论是哪种财产制，在大多数情况下为了家庭利益而牺牲自己发展机会的往往是女性，家务劳动对社会而言无经济价值，但对家庭而言，妻子对家庭和丈夫的付出与丈夫为维持家计扶养家庭成员的付出有同等的价值。

这种补偿请求权不是一种救济请求权，而是为婚姻做出了非金钱贡献的一方，以自己的劳动对婚姻合伙进行投资而获得的收益。婚姻合伙并不是要求经济上强势的一方救济弱势的一方，而是对由双方不同性质投资而获得的共同收益进行公平的分割，这也就是婚姻合伙性质的体现。

从以上的分析可知，将婚姻视为一个特殊的合伙，不仅仅是因为婚姻与合伙有诸多相似之处，更为重要的在于：将男女双方作为婚姻合伙中的合伙人，对处于婚姻中的双方行为的导向具有指导意义，给予双方虽然性质不同但同样具有经济价值的劳动以合适的评价，也具有重要意义。

婚姻语境中的男女地位的真正平等远未实现，我们需要在一种承认男女性别差异的基础上来植入平等的理念——将婚姻视为一个共同出资、分工合作、共负盈亏的合伙。

在婚姻合伙理论的指导下，夫妻之间的财产制度应该是这样的：婚姻存续过程期间双方为了婚姻的幸福和谐和整个家庭效益的最大化，分工合作，发挥自己的比较优势，分享自己的劳动成果，实现家庭内资源的优化配置；婚姻合伙解散时，婚姻中由于双方劳动获得的财产（包括有形财产和包括各种无形财产），都被推定为双方对此作出同等贡献，财产的非金钱贡献方（通常为女方）为了婚姻家庭牺牲自己潜在的事业并承担大部分家务劳动、照顾子女和老人等对婚姻的非物质贡献得到承认。如此，婚姻存续时得以良性循环，解散后一方对由于自己的付出而应该取得的期待利益以及自己在婚姻中的非物质贡献也能得到相应的补偿。

（作者单位：北京大学法学院）

俞江：中国亟宜确立新型的家制和家产制——《婚姻法》司法解释（三）评议

（此文已发表于《清华法治论衡》第14辑）

一、“清官难断家务事”

看完《婚姻法》司法解释（三）征求意见稿（以下简称“司法解释（三）”），说实话，我佩服最高法院向全社会征求意见的勇气。它注定要遭遇社会批评甚至反感。中国古谚曰“清官难断家务事”，而该司法解释已经深度介入到家务事中。同时，我也理解公众的情绪，多数人并不关心司法解释的专业水准，他们关注的是法律对自己的生活发生了什么影响，显然，现在这种影响令人不满。

关于司法解释（三）的逐条讨论已经很多，在学习这些讨论的过程中，我渐渐感到，只要保留那些夫妻关系存续期间财产归属的条款，人们就不会满意。而这些条款在司法解释（三）中占了近一半的比重。具体说来，共有九条之多，分别是第六至八条、第十一至十三条、第十五至十七条等，这九个条款大致涉及四种问题，即夫妻个人财产在婚后的归属、父母资助财产的归属、夫妻继承财产的归属和婚姻期间债务的负担等。这些条款与《婚姻法》及司法解释（二）具有关联性和连续性，只是以前条款不多，没有引起公众的注意。这次密集地出现，说明新时期的家庭财产矛盾已经发展到必须予以总体解决的地步，最高法院的本意，定是希望用细化规则去厘清夫妻财产的归属，以使下级法院临案有所准据。没想到，这些条款使公众受到暗示，认为国家从此提倡夫妻在生活中把经济账算清楚，以便做好离婚和分割财产的准备。国人对婚姻的态度，自来避讳离婚，“百年好合”、“白头到老”是对婚姻的最佳祝福。司法解释（三）中的这些条款，有冒天下大不韪之嫌，这就难怪有网友开玩笑说：《婚姻法》成了“离婚法”。

我认为，这种不满不再是法律技术问题，而是一种重要的法文化现象。仅对该司法解释进行条文解析，不足以理解这种文化现象。我的基本看法是，司法解释（三）是《婚姻法》的自然延伸，迫使最高法院出台该司法解释，是由我国在家庭法领域原定的立法方向和法律框架导致的。如果不从立法方向、框架和原则上去考察，我们无法理解最高法院所面临的困境。同时，如果不正视家庭法的立法方向和框架的失误，最高法院只能一边承受公众舆论的压力，一边被迫出台司法解释（四）、（五）、（六）等，以至无穷。因此，要把最高法院从家庭法的制度困境中拉出来，必须回过头来审视和反思《婚姻法》。

所以，本文主要讨论两个问题：一、家庭秩序与社会秩序具有哪些根本区别，家庭内部为什么不适宜提倡“算清楚”经济账，以及国家法应持何种态度对待家庭矛盾；二、既要化解新时期的家庭矛盾，又要让最高法院走出《婚姻法》预设的制度陷阱，必须在法律框架和具体制度方面做出哪些创新。

二、国家法对家庭关系应持谦抑态度

自秦朝以来，国家就把家庭视为重要的社会基础，关注家庭关系和家庭伦理，并意识到，惟如此才能保持国家和社会稳定。汉代以来，儒家理论成为主导性的国家学说，在它影响下，国家法确立了以谦抑态度对待家庭问题的基本思路。具体的说，法律只对家庭犯罪做出禁止性或惩罚性规定，民事方面仅被动地因应家庭习惯做出适应性规定，司法则克制自己避免深度介入到家庭纠纷中，为家庭矛盾的自我化解留出充裕空间。

据汉代以来的正史记载，一些官员面对家庭争产案件时，并不主动判断财产归属，而是努力激发亲情，争取双方谦让以平息纷争。今天，这些记载正受到批评，以为古代国家过于强调情理而忽视法律。其实，古代大量的家庭案件，仍需以法律为判断基准，正史记载的处理方法不具备推广可能性。但正史记载发挥着导向作用，它树立了处理家庭纠纷的理想办法，它强调，官吏应重视感化和教育，努力唤醒家庭成员间的亲情，尽量避免去算家庭经济账，尽量以协调的方法平息家庭纷争。从留存至今的清代州县档案看，县衙总是尽可能调动亲戚邻里去调解家庭案件，避免把国家权威强势带入到家庭纠纷中去。我们认为，传统法对待家庭的谦抑态度，仍是一笔宝贵的法文化财富。不过，这种谦抑态度只是基于数千年的经验认识，今天更需要从理性角度去解释经验的价值。

家庭作为感情的团体，其最终目标是祥和与喜乐。家庭关系不能等同于社会关系，家庭关系的特征是亲密性，一般社会关系的特征则是疏离性。家庭关系丧失了亲密性，家就失去了意义，并对家庭中人构成不幸。除了亲密性外，家庭成员之间还具有感情和利益的紧密相关性，家庭成员退出家庭或有不幸事故，都对家庭利益和家庭幸福带来重大损害。

尽管财产对家庭幸福很重要，但财产只是实现家庭幸福的基本条件，不是家庭的目的。家庭是以欢乐与幸福为最高宗旨，在此宗旨下，除非在极端恶劣的环境中，家庭成员间必须在利益方面恪尽容忍义务。更重要的是，由于公正性主要是指利益分配的合理性，因此，若家庭内部利益分配基本均衡，强调公正反而会削弱亲密性，从而不利于家庭幸福。而社会关系不具备亲密性，社会团结的基础在于维护社会成员的正当利益，故社会秩序的最高价值在于实现公正。

家庭和社会的不同，可以归纳为以下几个方面：

第一，约束条件不同。家庭以封闭性为客观约束条件。封闭性意味着家庭成员不可退出或缺。所谓不可退出或缺，并不是事实上不能退出或缺，而是任一成员的退出或缺，都会对家庭造成沉重的打击。而社会则以开放性为客观约束条件，社会成员的交往基于平等、互利的预期，一旦不合意，则具有退出的选择权。当然，以上两种约束条件的分析是纯化后的，只是为了表现二者的基本区别，未考虑各种复杂变例。但由此可知，不同的约束条件决定了，家庭制度和社会制度必须区别看待。

第二，内在关系不同。家庭看重成员之间的亲密关系，一切可能破坏亲密性的手段均须收敛。算经济账的行为，是区分“我”与人，算得越清楚，心理落差越大，亲密性也越差。至于社会成员之间，则首重独立人格和个体权益，虽然也应保持某种感情联系，但须以充分保护个体权益为基础，一旦损害他人的基本权益，维持感情的必要性也随之降低，更勿论亲密感情。

第三，调整手段不同。调整家庭关系以容忍为原则，尤其是物质生活有基本保障和利益分配相对均衡之后，相互容忍是家庭幸福的必要条件。否则，父母若算计子女，则妨碍子女的身心健康；夫妻间斤斤计较，不利于夫妻和睦；子孙不敬，则老人不会有幸福的晚年。所以，古代中国对家庭秩序的调整主要适用礼，强调夫妻相敬如宾，父慈子孝，兄友弟恭，不同的家庭身份恪尽各自的容忍义务，以保证家庭的祥和与喜乐。法律只是发挥陪衬和辅助礼的作用。但社会关系的调整手段，则以权责明晰为要。古人曰：“与国人交，止于信”。社会普通人之间不存在特定身份关系，故利己为常态，利他为美德。

总之，家庭秩序和社会秩序有着明确的分界。在家庭秩序中，利他或容忍是必要手段。在家庭内提倡适当容忍，并非否定利己，而是因为容忍与利己是统一的，只有通过容忍来维持家庭成员的亲密性，才符合个人的最高利益。

以上仅是从一般意义上说明家庭与社会之区别。重视家庭的温馨、和睦与成员利益，不是中华民族的特色，而是世界各民族社会共通的。重视亲情和家庭，在任何一个民族社会中，都是文明和有教养的表现。为此，只要想想那些外国战争影片中，战士怀揣着家庭照片上战场的镜头；想想美国著名影片《乱世佳人》中，那种对家园和老橡树的依恋之情，就会发现，中西文化在重视家庭方面没有本质区别。如果非要说有什么不同，那么，最大的不同在于，中国没有统一的宗教，这样，家庭不但是人的身体之安放处，且为普通人精神或心灵之唯一安放处。而因为有宗教传统，西方人的精神或心灵尚可在宗教中找到寄托。

家庭既然是中国人精神或心灵的唯一安放处，家庭幸福对于个人就有无与伦比的重要性。可以说，家庭成员之间的对立，是对普通中国人最大的打击，甚至某个家庭成员的死亡事件，其严重程度也无法与之相比。比如，老人在子孙环绕中死去，叫做“善终”。他的死亡给亲人带来的是悲伤，但一般来说，这种悲伤还不至于引起精神崩溃。而吴飞先生关于当代华北地区自杀现象的调查和研究表明，家庭成员间的猜忌、隔阂或争吵，亲人间的冷淡、对立或怀疑，以及这些事件或情绪带来的阴郁、窒息、绝望的家庭气氛，均足以使中国人产生巨大的挫折感和自我否定感，引发精神崩溃或自杀事件。是的，如果家庭内部视若寇仇，对于中国人来说，再多的钱、再公正的社会，又有什么意义！？吴飞先生指出，大多数中国人在自杀前想到的是：“我死了，看你们怎么办？”

正因此，不但在一般意义上，法律应当对家庭问题持谦抑的态度，而且，因家庭是普通中国人唯一的精神寄托，中国的法律还应特别考虑如何设置完善的制度，以细心呵护家庭的祥和与美满。然而，司法解释（三）却以密集条文，去规定夫妻存续期间的财产归属，其实际效果，是提醒中国夫妻在财产问题上要加倍小心，提醒人们随时与家人算清经济账，这种提醒将在夫妻间形成持续隔阂的力量，削弱家庭所需的温情、和睦和喜乐的氛围，消解夫妻间的亲密关系。公众反感的原因，盖均缘于此。我们相信，司法解释（三）的本意绝非如此，遗憾的是，它做了自己不想做的事。

三、设置新型的家制和家产制

不过，即使如此，我仍然认为，司法解释（三）中详细规定夫妻财产归属是必要的。不能认为，家庭需要温情与亲密，就必须牺牲家庭内部的公正性。关键是，在整个家庭法体系中要把握好亲密性和公正性之间的平衡度，这个平衡度把握得好，二者应该是相辅相成的；把握得不好，二者就成了对立相悖的关系。司法解释（三）引起社会争议，是因为它加重了“算清楚”的倾向，但它只是一个司法解释，不可能承担多种任务。而且，作为司法解释，它只能在现行的家庭法框架下发展，不能越出去行使立法功能。引发公众反感的，其实是因为在整个家庭法体系中，缺乏与司法解释（三）相平衡的力量，即缺乏保护家庭亲密性的基本制度。这样，再加上司法解释（三）这个砝码，整个家庭法领域就严重失衡了。显然，是整个家庭法框架出了问题，而不是一个司法解释的问题。在这个框架的制约下，最高法院所面临的两难困境可以表述为：如果要维护家庭的祥和与温情，就不能出台鼓励夫妻间算清经济账的条文；如果缺乏算清楚家庭经济账的法律条文，大量的离婚案件又没有规则可依。

所以，需要认真考虑的是，让最高法院陷入两难困境的家庭法框架，是怎样形成的？它的弊病何在？以及通过怎样的制度创新，才能摆脱这一框架性陷阱？

我认为，现行家庭法框架的根本问题，在于用孤立的《婚姻法》取代一切家庭关系法，并由此导致用单一的夫妻财产制度取代家庭财产制度。这种框架性或结构性的失误，是让最高法院进退失据的根源所在。

我国采用《婚姻法》取代其他家庭关系法的立法思路，原先基于两种考虑：一是要取消“封建”的或不平等的旧家庭模式；二是建立男女平等的家庭关系。这两种考虑都是正当的。但在立法上落实这些考虑时，忽视了与中国家庭传统的衔接，设计了单一化和极端化的家庭法框架，这种框架根本没有考虑如何对应复杂的中国家庭形态。甚至可以说，立法者根本没有认真研究过中国的家庭传统和家庭形态，只是从学理上凭空设计了一个《婚姻法》，想当然地以为可以据此改造中国家庭。在社会关系和经济关系较为单纯的时期，中国式家庭处于休眠状态，《婚姻法》尚可勉强维持。一旦经济和社会发展起来，中国式家庭立刻活跃起来，展示出它应对新经济和新形势的能力，并由此产生复杂多样的家庭财产关系。单一化的《婚姻法》框架，在应对这些复杂的家庭财产关系时，立刻显得左支右绌，不得不依靠最高法院的司法解释来为其弥缝。基于此，要理解司法解释（三）所面临的困境，必须上升到家庭法的立法思路层面，反思以下三个问题：

- 1、取消父权至上的旧家庭模式后，是否不允许中国家庭里有父母？
- 2、取消旧家庭后，是否意味着家和家产也需要取消？
- 3、取消夫权至上的旧家庭，建立男女平等的新家庭，是否意味着在平等的夫妻之间不能提倡谦让的美德？

显然，三个问题的答案均应是肯定的。但仅有《婚姻法》的格局，实际是对以上三个问题均做了否定回答。由此带来的弊端，需要深入辨析。

第一，《婚姻法》仅仅考虑了夫妻构成的家，而把父母排除在家庭之外，认为父母只能以夫妻身份单独成立一个家，实际是在当代中国家庭中取消了父母的合法地位。近代中国家庭革命要消灭的是父权，现在看来，它连父母在家庭中的地位也一起消灭了。通过《婚姻法》，中国式家庭已被强制简化为夫妻式家庭，但却并未根本上改变现实中的家庭结构。而且，社会和经济形势的变化，反而强化了传统家庭关系和观念。比如，高房价迫使成年子女更加依赖父母资助，由此强化了父母与小夫妻的经济联系。这种强化的结果，造成父母与小夫妻这一关系中的财产纠纷增多，而《婚姻法》未将这一关系视为家庭内部关系，由此导致司法机关在新形势的冲击下进退失据。直到这类财产纷争发展到无法回避的时候，只好在先天不足的法律框架下细化规则，由此才发展出了司法解释（二）的第二十二条，并再发展出司法解释（三）的第八条、第十三条等。事实上，父母一直就是大多数中国普通家庭中的固定成员。中国家庭对父母的养老从来就负有不可懈怠的责任，同时，父母很少计较在经济和生活上帮助小夫妻，比如，经济上资助小夫妻购置新房，生活上帮助小夫妻抚养婴幼儿。在中国式家庭中，夫妻只是重要的家庭关系之一，却不能涵盖所有家庭关系。如果说，父母和子女处于家庭结构的纵轴线上，夫妻处于横轴线上，从而构成了一个十字形的家庭结构，那么，《婚姻法》是试图仅以横轴线去取代整个结构。结果，因过分关注夫妻关系，而忽略了家庭其他关系，造成了法律与现实的巨大差距，为了弥补这种差距，司法解释（三）只能在《婚姻法》的框架下细化规则，结果却是继续放大我国家庭法中的结构性失误。正是因为《婚姻法》没有充分考虑中国式家庭的现实，才出现了司法解释中将父母对小夫妻家庭的资助视为赠与的条款。我对这些条款极不以为然。何以在美国没有听说过父母帮小夫妻买房的事情？如果小夫妻与父母视同陌路，父母凭什么要无偿资助他们？事实上，中国父母这么做，不过是把小夫妻视为家庭的一部分。父母是按照传统伦理在履行家庭义务，但法律却不予承认，非要把这种家庭内部行为定性为社会一般人之间的赠与关系。正是从扭曲或歪曲了正常的家庭伦理和社会观念的意义上说，这种法律是不合理的。

第二，按照《婚姻法》的思路，不但旧式家庭被取消了，连家的名分都被取消了。事实上，连《婚姻法》承认的夫妻式家庭，也没有给予它一个整体的名分，更勿论去承认在家的名义下的财产。在夫妻财产制的框架下，家庭中只有两种财产，一是个人财产，二是夫妻共同财产。而这两种财产又同属一类性质，即个人财产制。夫妻共同财产是以夫妻个人财产为基础构造的财产集合形式，在这种财产形式中，能够看到的只有夫和妻的个体身份，没有家的身影。夫妻共同财产，从功能上说，最多发挥了一种松散的家庭纽带作用。有理由问，除了作为个体身份的夫和妻，整体性的家在哪里？法律是否应该鼓励家庭成员共同创造财富？如果是的话？那么，法律应该赋予这种共同财富的名分何

在？我们知道，中国传统家庭是以男方为主，其不合理在于，男方是家的中心，妻子只能以“她者”身份融入家里，这是典型的男女不平等的家。但它的合理处在于，家是稳固的，即使有成员退出或死亡，家仍然存在，家产也不能随意分散，因此，家和家产可以继续发挥赡养老人和抚育儿女的功能。而在《婚姻法》中看到的只有两个独立的个人，家不见了。同时，《婚姻法》从未考虑设置以家为主体的财产制度。正是因为没有家产这种蓄水池，父母的资助没有了归宿，只好在归个人所有还是夫妻共同所有这两个答案中作选择。其实，按照中国的家庭传统，父母有帮助小夫妻“成家立业”的义务，但由于整体性的家在法律中缺位，父母完成义务的行为，居然变成了破坏夫妻亲密关系的缘由。面对这样的结果，让中国父母情何以堪？！而法律与社会道德如此扞格，也难让人承认其合理。

第三，《婚姻法》的立法原则是夫妻平等，但平等并不意味着夫妻间不能相敬如宾。夫权是近代以来家庭革命的对象，夫权消灭后，法律主张建立平等的夫妻关系，这本来无可非议。但夫妻平等并不必然导致夫妻亲密，这就像在古代中国，夫妻不平等并不必然导致夫妻不亲密一样。平等只是解决了夫妻的地位问题，夫妻关系仍然可以有两种发展方向，一种是在平等的基础上相互谦让，共同持家，并在持家的合作中保持亲密关系；一种是因平等而斤斤计较，随时要求算清楚家庭账，并在这种算账过程中疏离或对立。我国法律显然希望鼓励和支持前一种夫妻关系。遗憾的是，由于没有家的设置，夫妻失去了共同用力的方向。在“家”完全缺位的制度框架下，夫妻个人财产和随时可因离婚而消灭的夫妻共同财产，几乎成了夫妻之间的离心力。人们惊呼，当代夫妻关系已经出现了向对立关系加速滑动的迹象。如果这是真的，那么，司法解释（三）一旦出台，的确可能成为疏离夫妻的新助力。

综上所述，对《婚姻法》和司法解释（三）的反思，必须放在三个大背景下，第一，需要放在近代以来家庭革命的大背景下；第二，需要放在中国传统家庭伦理和家庭观念及其在当代社会的延续性的大背景下；第三，需要放在家庭文化的普遍性和民族性的大背景下。

今天，孤立的《婚姻法》取代一切家庭关系法所带来的框架性陷阱，不但把最高法院置于两难困境中，而且已使亿万家庭生活陷入尴尬境地。要使法律涉及的当事者摆脱这种困境，除了创制适合中国社会的新型家庭法，已经别无出路。新型家庭法应该注意借鉴其他国家的亲属法或家庭法的内容，并充分考虑本国的家庭结构、家庭观念和家庭伦理，以使家庭法尽量与中国的家庭道德相契合。而其中的关键，则是承认整体性的家，确立“家”在民法中的地位，并让家能够成为财产的主体。

实际上，确立家制和家产制，在世界民法典中不乏先例。如《瑞士民法典》第八十七条，确立了家庭和教会的民事主体地位。在它的亲属编中，除了规定夫妻共同财产外，特别用第九章规定“家庭的共同生活”，内容包括抚养义务、家长权和家产。《意大利民法典》第一编名为“人与家庭”，确立了家庭在民法中的重要地位，该编中并有专节规定家庭财产。法律确立家的合法地位，可以给家庭一个名分，强化成员的归属感。而设置家产，则具有蓄水池的功能，它既对内吸纳家庭成员的个人财富，以完成家庭日常所需承担的养老、抚幼等任务，又对外承担债务，为家庭的健康发展提供持续保障。在家产明晰的情况下，个人财产仍可作为一种有效的补充形式。不会因为家和家产的存在，湮没了个人在家庭中的独立地位。这就像在中国古代家产制中，允许嫁妆作为妻子个人的“私财”，而妻子常常用“私财”来帮助家庭走出困境，以获得美誉。

国家有细心呵护家庭的责任，这是人们的共识。但在这次《婚姻法》司法解释征求公众意见的事件中，已经让人们清楚地看到，呵护的愿望已成泡影。现在，到了必须正视这一问题的时候了。在中国民法体系中确立新型的家制和家产制，不但是为最高法院解套，而且是全社会的现实需求。当然，具体到中国将来的家制和家产制该如何小心规划，尚有许多具体的理论问题需要研究。

2011年3月6日于瑜珈山下慕弘斋

五、沙龙目前应征论文

婚姻法司法解释三第六条的理解与适用——房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别探讨

王军营律师 河北世纪鸿业律师事务所

内容摘要 房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”有区别，但更有联系，区别是表面上的，而联系则是本质上的。从本质角度看，房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”都是围绕房产所有权（全部或部分）转移问题进行的。家事问题的复杂性与特殊性决定了不能直接将《合同法》的相关规则加以引用。就物权（尤其是不动产物权）的转移、变动而言，物权法与婚姻法是一般与特殊的关系。根据“特殊优于一般”的法理原则，解决夫妻财产争议问题上应该优先适用婚姻法。实际上并非像很多人所理解的那样物权法与婚姻法存在冲突，错误理解的根源是没有从“内外有别”的角度看问题。

关键词 夫妻财产 赠与 约定

一、问题的提出

房产历来是一般家庭财产的最核心部分，司法实践中夫妻之间围绕房产而产生的民事纠纷层出不穷。其中之一便是夫妻之间赠与房产能否适用《合同法》的问题，对该问题的争论由来已久，长期以来，在理论学界和司法实务界，见仁见智，莫衷一是。正是由于认识上的分歧，实务中的同案异判现象也就不足为奇了。而婚姻法司法解释三第六条给出了这个问题的“标准答案”——夫妻之间的房产赠与可以适用合同法的相关规定。按说，伴随着司法解释的“一锤定音”，就该问题的探讨和争论理当偃旗息鼓，而现实恰恰相反，探讨争论的热度非但未减，反而更加高涨了。笔者认为，之所以会出现这样的局面，并非婚姻法司法解释三对该问题规定的不清楚，而是人们不愿相信自己对该条规定的理解，换言之，人们对该条规定本身的法理基础（即合理性）持有疑议。由婚姻法解释三的第六条，我们很容易联想到婚姻法第十九条中关于夫妻财产约定的规定，探讨婚姻法解释三第六条的理解适用，实际上就是探讨房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”的关系，由此引申出婚姻法与物权法、合同法之间关系的探讨。

对于从事司法实践工作的法官和律师而言，不管以前对此问题是如何理解的，但现在必须将认识统一到司法解释的规定上来，对此没有商量的余地。毫无疑问，司法解释在有效期内，即便其确实存在瑕疵，也要无条件服从。但是，这并不意味着婚姻法司法解释三的规定就是科学的，当前对相关问题的探讨和研究仍有必要。

二、夫妻间房产赠与可以任意撤销，那么关于夫妻间房产的财产约定还有实际意义吗？

应当说，婚姻法司法解释三第6条的规定并不费解，该条文的主旨就是夫妻之间的赠与房产可以适用合同法的相关规定。长期以来，各地法院对夫妻房产赠与这个问题存在两种完全不同的认识和看法：其一是，夫妻之间有关房产的约定，只要意思表示真实且不违反法律的强制性规定，即为有效，当事人应受赠与约定的约束。相对于物权法及合同法的相关规定，婚姻法对夫妻财产的规定属于特别规定，应当优先适用婚姻法的规定，故夫妻之间有关房产赠与的约定无需经过物权变动手续，离婚时法院可以判决房产归受益人所有。持该种观点的代表是华东政法大学的许莉教授。另一是，夫妻有关的财产约定合法有效，但同时应遵守合同法的规定，婚姻家庭领域常常涉及财产权属的条款，对此类协议的订立、生效、撤销、变更并不排斥合同法的适用。持该种观点的代表是中国人民大学的杨立新教授。显然，婚姻法司法解释三采纳了后一种理解。

笔者认为，单纯的夫妻间房产赠与，赠与方可以依据合同法的规定行使任意撤销权，从表面上看，这个规定具有合理性，它至少能解决赠与方出于与受赠方终身共同生活的目的而赠与房产，之后不久便因种种原因（特别是受赠方的过错）使赠与方梦想破灭、人财两空的不公平问题。但是，司法解释的这个规定又隐藏着一个与其母法（即婚姻法）本身关于财产约定的冲突问题。比如夫妻间房产的财产约定是否意味只要不过户也可以被任意撤销，如果回答是肯定的，就意味着依据婚姻法订立的夫妻间房产的财产约定失去了实际意义，那么我们不禁试问到底要将婚姻法置于什么地位呢？

三、如何区房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”，二者是否存在本质区别？

我们有理由相信婚姻法司法解释三的制定者主观上没有违反婚姻法规定的故意。可以想象的是，司法解释的制定者会认存在婚姻法司法解释三并未与婚姻法第十九条存在冲突，既然如此，那就意味着有必要对房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”应该存在泾渭分明的界限，因为二者本身存在本质区别是可以适用不同规则的前提。

严格的说，“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”确实是两个问题，但是二者又具有密切的关联性，具体体现在，赠与本身就是一种约定，而财产约定中往往又会夹杂着赠与因素，例如夫妻可以将一方婚前个人财产约定为共同所有。因此二者之间的关系变得扑朔迷离。

赠与，是指赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受的一种行为，该行为的实质是财产所有权的转移。而夫妻财产约定不仅是一个普通的约定，而是有明确制度依据的、具有特定法律意义的约定，这是与一般意义上的赠与约定最显著的区别。夫妻财产约定是婚姻法规定的一项重要财产制度，我国现行《婚姻法》第十九条规定：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。我们不难发现，在夫妻财产约定的情形中包括将一方婚前财产约定为共同所有的情形，无疑这在本质上包含了赠与因素。同时，我们也发现，在夫妻财产约定的情形中不包括将一方婚前财产约定为对方所有的情形。依照法理，将个人财产约定为对方所有当然合法有效，那么我们不禁要问，《婚姻法》为什么没有规定这种“纯赠与”的情形呢？是遗漏了？还是认为没有必要抑或有更深层次的理性考虑？这个问题应该从立法者的初衷去探究。有人认为，《婚姻法》是出于夫妻利益的权衡而故意没有规定这种纯赠与的情形的，理由是一方将个人的财产赠与给对方，那么赠与方将处于一种危险状态。笔者认为这种理解具有一定的合理性。但是，显然又是极不充分的，可想而知99%产权与100%产权已经没有实质区别，此时“危险状态消除说”就不攻自破了。

司法解释只能在所规定的具体法律问题上适用，当然不能逾越其母法的规定。显然，婚姻法解释三第六条针对的是房产100%产权赠与的情形，而如果赠与达不到100%，就应从婚姻法关于夫妻财产约定的角度去考虑问题吗？如果回答是肯定的，那么，起码在房产“赠与”与“财产约定”的问题上，二者还是可以进行区分的。实际上，对该表层区别的理解起来并无困难，人们对自己的理解产生不自信，是因为这种规定并不具有合理性，如上所述赠与100%与99%实际上已经并无本质区别了，而因为导致适用不同的法律规定，结果便发生了截然不同的后果。这种质疑当然是合乎逻辑的，但是笔者认为从这个角度去质疑法律规定的合理性是不够的，众所周知在法律领域，由于毫厘之差而谬以千里的例子很多，比如诉讼时效，差一天乃至一分一秒就导致一个在诉讼时效之内而另一个超过了诉讼时效；再比如，旧婚姻法规定了夫妻间财产转化的4年或8年的界限，理论上差一天不到4年或8年都将对当事人的实体权利产生重要影响。这种微小量变导致质变的例子还有很多。举这些例子并非为法律规定的合理性作辩解，只是认为这个质疑的理由是不够充分的。

婚姻法解释三第六条的规定导致这样一个后果：约定接近而不足100%产权的赠与反而因为可以适用婚姻法第十九条的规定获得更大利益，约定全部产权赠与给受赠人带来极大风险，这显然是不符合逻辑的和荒唐的。《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》解读第六条时一方面说本条文的主旨是关于夫妻之间赠与房产能否适用合同法相关条款的规定，另一方面又说“婚姻法第十九条第二款规定的夫妻财产是一个大概念，包括夫妻共同共有财产和各自所有的财产，第三人赠与给夫妻的财产，而夫妻间以赠与方式转让给对方的财产所占比例很小，个别的例外不会给本款法律的实施带来困难”，显然前后矛盾，不能自圆其说。

笔者认为，房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”的区别是存在也可谓是明显的。二者在发生的原因及适用的条件等方面存在不同之处，再比如房产的“夫妻赠与”基本全部是物权转移问题，而房产的“夫妻财产约定”则是物权变动问题。不过，我们应该认识到“转移”和“变动”是可以无限接近的，所以说二者实际上并无本质区别，“变动”可以吸纳“转移”决定了“赠与”完全可以被“约定”所吸纳，将“赠与”排除在“约定”之外没有道理。从这个角度看，婚姻法第十九条规

定不甚科学是导致认识混乱的重要原因，也因此反思婚姻法本身的规定是有意义的。最高法院将二者区别对待所给出的解释并不能令人信服，固然，合同法对赠与问题的规定并没有指明夫妻关系的除外，但是我们应清醒的认识到，合同法调整的是平等市场主体之间的法律关系。合同法第2条已经明确将“婚姻、收养、监护等有身份关系的协议”排除了合同法的适用，当然没有必要再在赠与章节中指明夫妻关系的除外。诚然，此时一个何谓身份关系协议的新问题又呈现在我们面前了，依照笔者的理解，夫妻之间纯身份关系的协议可以不包含财产关系，但夫妻之间的财产关系协议中均包含着身份关系因素，正是基于夫妻这种特定的身份才有了赠与行为。笔者认为，从广义上进行理解，即将身份关系协议理解为与身份关系具有直接关联的协议（或简称为附随身份关系的协议）是符合法律精神的。

司法解释赋予赠与方可以行使任意撤销权，弱化了诚实信用原则，危害是十分严重的。但如果一味认为赠与与约定有效，不分具体情形的都要求必须履行的话，可能确实造成不公平的后果。比如，赠与方是基于与受赠方“白头偕老”而进行的赠与，结果赠与后很短时间内双方夫妻感情破裂，且赠与方无过错，若此时还要支持受赠方，则极为不妥。笔者认为，此时可以从附条件赠与的角度去理解更为合适。所附条件并不一定非得明示出来，有些问题是无需言明即可推知的。鉴于所附条件未能成就，因此房产的所有权未发生转移。这个角度似乎与原婚姻法中关于夫妻个人财产转化为共同财产的理论基础不谋而合。这样从理论上讲的过去，和现行法律不冲突，处理结果也是公平合理的。

四、话题引申：婚姻法与合同法、物权法的关系

婚姻法司法解释三第六条规定的只是关于夫妻间房产赠与的履行问题，而其背后深层次的问题却是反映出了最高法院对婚姻法与合同法及物权法之间关系的认识。

婚姻法回归民法的大背景下，合同法与婚姻法均属民法范畴，二者区别明显，但从法理上追根溯源，二者必然存在许多共同的法理根据。有些民法原则既适用于婚姻法也适用于合同法，比如诚实信用原则是合同法的一个重要原则，婚姻家庭领域当然也不排斥该原则的适用，但我们应该认识到，该原则是一个民法原则，因此不应误解为家事问题适用了合同法的原则。否则，危害是巨大的。经济的发展改变着人们的思维观念，但是婚姻家庭的伦理性的本质不会随着市场经济的发展而发生根本性改变。遗憾的是，司法解释的出台和部分判例的出现，直接在婚姻家庭领域中适用合同法。笔者认为，这是法制上的重大倒退，起到了极大的误导作用。对于最高人民法院，从表面上看是没有处理好“立法”技术问题，究其根源还是个观念问题，即对婚姻家庭的伦理性本质认识不足。期盼婚姻家庭领域的司法解释早日回归到正确轨道上来，而不是朝相反方向渐行渐远。

提到赠与这个概念，绝大多数人第一时间会想到赠与合同，尽管赠与本身首先是一个民法概念，但更多的人会狭义的将之理解为合同法概念，因为我们的教材中对于赠与的学习基本上全是限于合同法的。赠与是财产权属流转的重要方式，合同法里有，婚姻法里也有，对前者的研究相对成熟，而对后者的研究则关注不足、少有涉及，以致很多人将之混为一谈。众所周知，婚姻法是调整家庭内部人身及财产关系的重要法律，而合同法则调整家庭外部即市场主体之间财产关系的重要法律，“家内的归家内，家外的归家外”，绝对不能认为婚姻法没有例外规定的问题就应适用合同法。笔者认为，既然婚姻法与合同法的调整对象不同，分属不同领域的法律不存在交叉之处，没有交叉也就不存在所谓二者存在冲突。那种认为婚姻法与合同法存在冲突的观点是因为没有看到二者在调整对象、价值追求等领域存在的根本区别。

婚姻法司法解释三除了体现出婚姻法与合同法关系外，还体现了婚姻法与物权法之间的关系。人民法院出版社出版的《婚姻法司法解释三理解与适用》的观点中明确将物权法第九条也作为了该条司法解释的条文依据。由此可以判断，最高法院认为夫妻之间房产赠与也必须是办理过户为物权转移生效要件的。这意味着婚姻法的规定要无条件服从物权法的规定。笔者认为，婚姻法与物权法相较而

言，前者是特别法后者是一般法。在涉及家庭财产物权归属的问题上，作为特别法的婚姻法当然优先于作为一般法的物权法适用。在夫妻财产关系的对外效力上，应适用物权法，不动产登记具有物权公示效力，对于维护交易安全具有重要意义。但对于夫妻财产关系内部而言，确定夫妻财产权利之归属应适用婚姻法，即夫妻一方取得法定夫妻财产共有权之唯一根据是夫妻身份，是否通过法律行为，是否符合物权变动法定形式，均无要求（许莉教授观点）。事实上，不办理过户登记应该并不影响夫妻之间的权利。对于无论是房产的“夫妻赠与”还是“夫妻财产约定”，都存在一个不得对抗善意第三人的问题，莫说没有变更登记，即便是变更了登记也照样存在这样一个问题。这是由我国实行的婚后所得共同制这个法定夫妻财产制决定的，实践证明这项制度符合我国国情，虽然个别情况下会造成对夫妻一方的不公平，但总体而言该制度对于维系家庭的稳定起到了至关重要的作用。婚姻法规定了约定财产制，同时实行内外有别的规则认识和理解物权变动问题是十分有必要的，该规则兼顾和平衡了各方利益。

五、婚姻法司法解释三第六条的适用

归根结底，理论研究是为实践服务的，实际运用好法律规定才是目的之所在。我们必须正视无法改变司法解释三规定的这个现实（至少，在可预见的时间内无法改变），在现有法律环境下研究如何运用好该法律规定，维护好当事人的最大合法利益更具有现实意义。

显然，该条的规定有利于赠与方而不利于受赠方，因此如何更好维护受赠方的权益呢？实际上，对于受赠方也是可以将该条规定为我所用的。比如尽力将赠与合同朝着具有道德义务性质上靠近，无偿性是赠与的首要特征，所谓无偿仅指无需支付对价，但凡事都是有原因的，一个人不会无缘无故的赠与他人大额财产。只要能靠的上道德义务，那么赠与方就不能行使任意撤销权了。

如果夫妻一方（受赠方）来找律师咨询如何确保自己将来经济利益的实现，我们至少可以为其提供以下方案：

1、以夫妻财产约定的形式实现房产赠与，此时为稳妥起见可以规定受赠方的份额为接近但不足100%产权，并且特别有必要再三重申对婚姻法第十九条的适用。

2、将赠与合同进行公证。

3、在赠与合同中明确体现道德义务性质的意思表示。

4、在赠与合同中排除赠与方任意撤销权的行使。

结束语

婚姻法司法解释三第六条之所以能够引起广泛的关注，就在于其在规定一个具体问题的背后所反映了很多层次性的理论问题，有司法解释三与婚姻法的关系，也有婚姻法与合同法、物权法的关系等等。从宏观角度看，只有将这些法律之间的关系理顺了，达成了共识，才是从根本上解决现实问题的有效途径。而从现实微观角度看，作为一线律师，我们更为迫切的是在现有法律框架下，不断发现更多的利用现行法律规定维护当事人合法利益最大化的角度。

参考文献（略）

附相关法律规定：

《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（三）》

第6条：婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。

《中华人民共和国合同法》

第2条：本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

第186条：赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

《中华人民共和国婚姻法》

第19条：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

《中华人民共和国物权法》

第9条：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

房产的“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”之区别的探讨

婚姻法第19条之反思

齐艳敏律师 京衡律师集团

摘要：在婚姻法司法解释三出台后，大家对婚姻法第19条有了新的和全面的认识，也促进了很多夫妻在结婚之初，就开始签署协议要么让对方将房产赠与自己，或者双方明确约定夫妻财产的归属。但在实际判例中，夫妻赠与往往被视为无效，夫妻之间的财产约定，也因为混同或无法区分，而趋于无效。我国的关于婚姻的法律依据，对夫妻财产的约定虽然进行了规定，但在实际当中，只要有一方提出异议，就可能被视为无效。特别是婚姻法解释三第六条等的规定，更让夫妻财产的约定流于形式了。

关键词：赠与；约定；感情；房产

2011年9月1日，婚姻法司法解释三开始实施，社会一下出现了渲染大波。很多女性纷纷鸣不平，认为自己付了青春和美貌，最终却要净身出户，是法律的不公，是对女性的歧视。但在经历近一年的推行后，很多女性也开始适应和顺应这个变化，纷纷咨询律师如何保障自己的权利和利益。做为一名律师，我也帮好几位女性拟定了房产赠与合同和夫妻之间的房屋财产约定协议。很多女性在拟定的过程当中，最经常的问题就是这个赠与合同有效吗？这个财产约定有效吗？怎么写才有效，怎么写才能保护我将来的利益？

个人认为，房产的夫妻赠与和夫妻财产约定，几乎没有什么区别。

下面我们对赠与和约定进行一个全面的比较和分析。

一、“赠与”和“约定”的定义以及撤销的条件

第一：“赠与”是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人、受赠人表示接受的一种行为。这种行为的实质是财产所有权的转移。赠与行为一般要通过法律程序来完成，即签订赠与合同（也有口头合同和其它形势）。法律术语称这种合同为诺成性合同，顾名思义就是只要“承诺”就可以“成立”。基于该合同的诺成性，赠与人做出意思表示时虽未实际取得但将来可以取得的财产，也可成为赠与合同的“标的”。赠与，是指既不需要付息也不需要还本，是“标的”单方面转移。赠与一方面可以在一定程度上对社会财富平衡分配；另一方面，赠与可以沟通赠与双方当事人的感情，进而融洽社会气氛，减少社会矛盾。赠与合同是典型的无偿合同和单务合同，即赠与人无对价而支付利益，受赠人不负担任何对待给付义务即可获得利益，这一合同关系导致合同双方的权利义务严重违反公平和等价有偿的交易原则。因此，为均衡赠与人与受赠人之间的权利义务关系，在赠与合同的立法中，立法者都尽可能采取措施优惠赠与人¹。

诺成合同是不允许撤销的，但赠与合同法律却规定了赠与人的任意撤销权，也就是在赠与合同成立后，赠与物交付之前，赠与人得基于自己的意思表示撤销赠与的权利。《合同法》第186条规定了赠与人享有任意撤销权，即赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。其目的就是赋予赠与人与受赠人达成合意后法定要件实现前以悔约权，使赠与人不致因情绪冲动，思虑欠周，贸然应允将不动产等价值贵重物品无偿给与他人，受法律上的约束，遭受财产上的损失。

不但如此，在赠与完成后，也规定了三种法定的撤销权：

(1) 受赠人严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属，受赠人如果严重侵害赠与人或赠与人的近亲属时，这表明，赠与合同赖以存在的感情基础将不复存在，与之相适应，赠与合同也将失去存在意义，因此，法律赋予赠与人有权撤销赠与。

(2) 受赠人对赠与人负有扶养义务而不履行 对赠与人有扶养义务而不履行的，赠与人可以依法行使撤销权。

(3) 受赠人不履行赠与合同约定的义务，一定的负担，接受一定的约束。而受赠人如果不按约定履行该负担的义务，是一种对自己诺言和对赠与人意愿的违背，从某种角度上讲，也是有损赠与人的利益的。为此，法律特别赋予赠与人以法定撤销权。

还有一条特别的规定：《合同法》第 195 条规定：“赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。”本条规定实际上赋予了赠与人穷困之际的不履行权。本来，根据诚实信用的原则，赠与合同在基于双方的合意成立以后，就具有约束赠与人的效力，无论其财产发生何种变化，他都应当依约履行，但是由于赠与合同毕竟具有不同于一般双务合同的单务性，“舍己为人”、“燃烧自己，照亮别人”的道德准则作为对常人的要求毕竟过高。因此，在赠与人的财产状况恶化之时，法律本着人之常情，特创设“穷困之际的不履行权”以使赠与人“先行自谋，而后谋人”、“先己后人”。由此可见，赠与人的“穷困之际的不履行权”实乃“同情弱者之一种道德化之规定”²。

第二：“约定”商量并确定；一般指和某人许下诺言在一定的时间去实现。对比赠与，约定明显也属于诺言的一种，但约定是附期限的或者说是附生效条件的一个诺言，双方都有一定的义务和权利。根据王利明的《合同法研究》第一章第一节合同的概念，我们认为约定属于合同。

合同不是一种事实行为，而是一种法律行为，即能发生当事人所预期的法律效果³。合同是基于双方的意思而产生的，不是一种单方的法律行为，因此合同的解除，也就是约定的解除必须符合合同法规定的相关条件后，才能解除。我国合同法可撤销的合同规定了如下几种：合同法五十四条 下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：(一)因重大误解订立的；(二)在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

1、“重大误解”是指一方因自己的过错对合同的内容等发生误解而订立了合同。误解直接影响到当事人所应享有的权利和承担的义务。误解既可以是单方面的也可以是双方的误解。

前几天有人电话咨询，他说他签订了一个房屋租赁合同，他想要租的是两间房子的公寓，但对方签的合同是一间房子的。律师问他是否去看过该套房屋，他说看过。签署租赁合同的房屋地址是否和他看的房子一致，他说一致。律师认为他看过该房屋，房屋中介并未有任何欺诈行为在里面，因此认为不属于重大误解，不可以撤销该合同。那么什么才是重大误解呢？

《法国民法典》第 1110 条规定：“错误，仅在涉及契约标的物之实质本身时，始构成契约无效之原因。”也就是缔约中主要动机的错误和涉及合同标的物的本质的错误，法律才予以调整⁴。

《德国民法典》第 119 条规定：“(1) 表意人所作意思表示的内容有错误或者表意人根本无意作出此种内容的意思表示，如果可以认为，表意人若知悉情事并合理地考虑情况后即不会作出此项意思表示时，表意人可以撤销该意思表示。(2) 交易中认为很重要的有关人的资格或者物的性质的错误，视为意思表示内容的错误。”究竟什么性质才是很重要的，一般取决于具体交易的经济目的⁵。

《美国合同法重述》(第 2 版)第 151 条和第 152 条的规定，错误是与事实不符的信念，是就合同赖以订立的基本假定而发生的。一旦当事人双方表面上都同意了某一条款，他们就应坚持他们的交易。当事人必须依靠合同所载明的条款来保护他们免受其所未知的事实的影响⁶。也就是说只有在错误是由对方当事人提供的虚假信息造成的，或者对方当事人本不知道但理应知道该错误存在却没有指出时，单方错误才可以获得救济⁷。《国际商事合同通则》第 3.5 条规定：“一方当事人可因错误而宣告合同无效，此错误在订立合同时如此重大，以至于一个通情达理的人处在与犯错误之当事人的相同情况下，如果知道事实真相，就会按实质不同的条款订立合同，或根本不会订立合同，并且 (a) 另一方当事人犯了相同的错误或造成此错误，或者另一方当事人知道或理应知道该错误，但却有悖于公平交易的合理商业标准，使错误方一直出于错误状态之中；或者 (b) 在宣告合同无效时，另一方当事人尚未依其对合同的信赖行事。”⁸

从以上可知，误解造成了错误，才会导致合同的可撤销。而且这种误解必须是重大的，当事人在签约的时候因这一误解才签约，如果没有这个误解，就不会签约。在婚姻中，夫妻双方离婚是否构成重大误解呢？有待商榷。

2、“显示公平”的合同是指一方在订立合同时因情况紧迫或缺乏经验而订立的明显对自己有重大不利的合同。根据王利明的合同法研究 692 页的解释，显示公平的合同主要有以下特点：(一) 这种合同在订立时对双方当事人明显不公平。(二) 一方获得的利益超过了法律所允许的限度。(三) 受害的一方在订立合同时缺乏经验或情况紧迫。目前很多离婚协议都是以显失公平进行判决的比较多，前几天上海虹口法院的一个案子足以说明这一点：男方父母出首付购买婚房一套，婚后办理产证时登记为男女双方的名字，贷款大部分由男方父母归还，小部分夫妻归还。法庭审理认为，购房房款来源大部分源于男方父母，因此判决女方只有 20%的产权。这个案例无论判的好坏，也说明了公平原则在夫妻财产分割时候，很多法官都作为了衡量标准。

3、“因欺诈、胁迫而订立的合同”，欺诈一词在罗马法中称为DOLU，罗马法学家拉贝奥给欺诈下的定义是：“一切为蒙蔽、欺骗、欺诈他人而采用的计谋、骗局和手段。”⁹胁迫一词的意思，指为达到非法的目的，采用某种方法造成他人精神上的巨大的压力或直接对他人肉体施加暴力强制的行为。例如，甲以对乙造成人身伤害相威胁，强迫乙与之订立房屋买卖合同。因受胁迫而为的民事行为违背了一方当事人的真实的意志，对于这种行为，受胁迫的一方当事人有权请求撤销¹⁰。有一个案例，男方为军人，经人介绍跟女方结婚。婚后将女方带至军中共同生活，发现女方有受害妄想症。每次吵架，男方都必须写一份保证书，保证不离婚，并欠女方10万元才算结束。婚姻存续当中，女方收到该种保证书数十份，男方的欠款金额也高达120万元之多。女方后提出离婚，让男方赔偿该笔欠款。法官审理认为，该欠款没有依据，且有证人证明男方是在女方哭闹不止的情况下被迫签订，不予支持¹¹。

4、“乘人之危”的合同，所谓乘人之危，是指行为人利用他人的危难处境或紧迫需要，强迫对方接受某种明显不公平的条件并作为违背其真实意思的表示。我国《民法通则》第58条第3项将乘人之危的行为作为无效的合同对待，目的是为了强调国家对这种行为的干预，以维护社会经济秩序。但《合同法》第54条修改了这一规定，将乘人之危的行为仅仅只是作为可撤销合同而非无效合同对待，主要原因在于这种行为通常都关系到受害人一方的意思是否真实，其利益是否遭受损害的问题，而这一问题局外人很难判断。也因为合同法和民法通则之间这一不同的规定，夫妻财产的大部分约定才有了生存的空间。

二、夫妻赠与及夫妻财产约定的相关法律依据及简单评析

1、最高院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干意见》的通知，法发（1993）32号

（一）夫妻双方对财产归谁所有以书面形式约定的，或以口头形式约定，双方无争议的，离婚时按约定处理。但规避法律的约定无效。

评析：该条说明即便是有书面约定，但双方有争议的，是有可能不按照约定处理的。

（八）夫妻共同财产原则上均等分割。根据生产、生活的实际需要和财产的来源等情况，具体处理时可以有所差别。属于个人专用的物品，一般归个人所有。

评析：财产原则上是均分的，但可以有所差别。

2、法释（2003）19号，最高院关于婚姻法适用的解释二，

（八）离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。

评析：这是指在民政局备过案的协议。

（九）男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。

评析：欺诈和胁迫存在的前提下，才可以撤销该协议，重新认定。

3、2005年8月28日生效的妇女权益保障法，

（四十七）第二款夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，女方因抚育子女，照料老人，协助男方工作等承担较多义务的，有权在离婚时要求男方予以补偿。

评析：根据我国传统习惯，女方在家照顾家里的老人和孩子，无法正常或者全身心的投入工作时，男方要给予一定的补偿。但现实生活中，这种补偿很少，而且很难拿到。

（四十八）夫妻共有的房屋，离婚时分割住房由双方协议解决。协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照照顾子女和女方权益的原则判决。夫妻双方另有约定的除外。

评析：夫妻的房产应该先行协商，有协议的从协议。

4、2011年9月1日最高院的婚姻法适用的解释三

（六）婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第186条的规定处理。

评析：该条只是对赠与行为未完成的房产，做了规定。对于变更登记之后的房产，没有任何规定。

（十四）当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。

评析：该条彻底否定了离婚协议的效力，与以前的法律产生了很大的矛盾和冲突。

（十六）夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。

评析：个人事务可以理解，但如果经营活动赚钱了，是否算是夫妻共有财产呢。这种约定的效力是否最终定为无效。

三、房产“夫妻赠与”合同当中的常见情形以及结果

夫妻赠与有两种：结婚前，男方或女方出钱，写上了双方的名字。结婚后，一方的房产，婚后添加另一方的名字，成为共同财产。

1、婚前赠与，没有达到结婚目的，赠与方要求撤销。根据赠与合同，符合法定撤销的第三种情形，受赠人没有按照原先的目的结婚，因此可以撤销。但婚姻关系属于身份关系，结不结婚是否可以在赠与合同中约定呢？我国合同法规定，身份关系不适用合同法的规定。

2、婚前赠与，达到了结婚的目的。结婚时间很短，受赠与方就提出离婚。很多人往往以婚姻诈骗来要求律师协助报案，或者起诉对方撤销该赠与合同。有的法官以赠与方原本以为结婚后，要共同生活若干年为赠与条件，而不是以短暂的婚姻作为赠与条件，判决撤销该赠与，但要求赠与方补偿受赠与方若干损失。

3、婚前赠与，结婚了3年或者5年后，双方有一方提出离婚。有法官也认为，这种赠与明显超出了婚姻存续期间受赠与方可能得到的利益，认为受赠方有不当得利的情形，判决可以撤销，但要求给予一定的补偿。

4、婚后赠与，有的结婚时，一定要加名字到产证上，共同生活没多久，就提出离婚。法官认为，受赠与方属于赠与合同法定撤销的第三种情形，因此判决撤销。有的给予一些补偿，有的没有。

5、婚后赠与，结婚几年后，因夫妻感情较好，产权方把另一方的名字加入产权证，后闹离婚。赠与方要求撤销赠与，法官认为符合赠与合同法定撤销的第三种情形，准予撤销，很少有补偿。

6、附条件的赠与合同

A、婚前财产约定，婚前财产约定一般是指大宗财产，房产、车和存款比较多。房产的约定，往往矛盾较大。在我国农村，很多女方在结婚当日要求男方承诺并写下相关的财产约定，要求男方的财产都归女方所有。发现其中很多约定中，男方承诺的房产是属于男方父母所有，男方与父母共有或者产权不明的房产。这种约定往往是存在重大误解的约定，男方认为自己可以住，自己就可以处分这个房产，女方认为男方的承诺是得到其父母同意的，应该是属于明确的约定。利害关系人根据合同法的约定在一年内可以要求撤销该约定是其一，其二这种约定明显男方没有处分权，签字人只有男方，没有男方的父母或者家人，一般也会认为是效力待定的约定。

在女方结婚当日的这种要挟中成婚的男方，往往认为女方有乘人之危的倾向。很多人婚后没多久就提出离婚，同时要求撤销这个约定，认为自己是被胁迫或者女方是乘人之危。

B、婚内财产约定，双方婚后。没有房产的一方要求有房产的一方，跟自己签订个协议，如果离婚了，有财产的一方，愿意把自己的房产赠与女方一半。因为这个约定是未完成的赠与，所以在离婚时候，是否支持，要看是否符合合同法186条的相关规定。

C、婚内财产约定，双方婚后，因为感情比较好。有财产的一方，愿意添加对方的名字到自己的产权证上，但约定，如果没有财产一方作出有损夫妻感情或者提出离婚的话，愿意把所的50%产权归还给原来的产权人。这种约定，明显比较心平气和，根据最高院的夫妻财产约定，往往是有效的判决。

四、房产“夫妻财产约定”中常见的情形以及结果

1、AA制夫妻生活，虽然这个不太符合中国的国情，但现在很多白领喜欢这种方式，避免了很多不必要的麻烦。但也为结的快，离的方便奠定了基础。不适合中国人执子之手，与之偕老的共患难，共享乐的生活理念。高离婚率中，这种占了很大的比例。互相没有付出，自然就不会同心协力，特别是有困难的时候，彼此的财产看的更重。这种约定虽然明确，但却不符合我国国情。

2、婚前财产约定，双方在结婚时，把属于各自的财产详细列明，然后到公证处进行公证。对于婚后的部分，双方认为是共有的。这在法院的实际判例中，往往支持该种约定，而且有公证机构的公证文书，彼此争议较少。但对于个人财产部分的自然增值部分和孳息部分，双方的约定不明，许多争议源于此。但协议的有效与否却很重要，有一个南京的案例：甲男因为欠有外债，婚前购房，写了自己未婚妻乙女的名字，但双方约定该房产归男方所有，男方自己独立承担该房屋的还贷部分。后离婚，女方不愿意归还男方的房产。理由很简单，产权是男方赠与给自己的。男方拿出以前的约定，但法官认为，甲男意在用此种形式逃避债务，构成了合同法中用合法形式掩盖非法目的，判该协议无效。同时甲男还款属于婚后收入，应有女方的一半，所以判断该房屋归乙女所有，乙女偿还男方还贷贷款的一半款项即可。法官的判决承认了这个协议的存在，但因为该协议用合法形式掩盖了非法目的，所以被判无效。

3、婚内财产约定，双方婚后，对夫妻的财产进行划分。这种争议一般来说比较多，因为婚后的部分很多都属于共有财产，如何完全界定明白，正如中国的老县太爷所说，清官难断家务事，太纠结了。

五、“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”的区别

我们从以上比较可知，在赠与合同和约定之间的区别：

1、一个是单务行为，一个是双务行为。

2、相比来说，赠与合同的无效性和可撤销性明显大于夫妻财产的约定。“夫妻赠与”因为涉及夫妻感情，偏重于赠与方的权益保护。而“夫妻财产约定”中对双方的保护都是公平合理的。

3、婚姻中的“夫妻财产约定”在大部分时候和“夫妻赠与”混同。中国的国情导致男女双方在结婚时候，大部分男方和女方的地位是不平等的。女方对待的不是婚姻，大部分考虑的是这个婚姻给自己带来的得失，忽略了婚姻中最重要的是夫妻的情感。因此导致很多“夫妻财产约定”有乘人之危或胁迫的成分，最终因显失公平而归为附条件的赠与合同使约定无效。

4、所有的法律条款中，虽然规定了夫妻可以对财产权进行约定，但在审理案件当中，只要有一方提出异议，许多法官将这些约定视为显失公平或者有胁迫的成分而归于无效的情形居多。

5、离婚在夫妻财产分割时，作为一个重大的感情伤害，使“夫妻赠与”基本无效，“夫妻财产约定”少部分有效。

六、“夫妻赠与”与“夫妻财产约定”的实用分析

1、赠与合同属于人情合同，参杂了很多情感的因素，法律规定了较多的法定撤销条件。如果感情基础不存在，这种赠与明显就有违公平合理，社会的道德和正义。纯粹的赠与合同被撤销的概率相比来说非常高，但附条件的赠与在所付的条件成熟后，就很难撤销。

2、夫妻财产约定，一般来说是在公平合理，心平气和，地位相等的情况下拟定的，因此被撤销和无效的可能性相对来说比较小。合同法也规定了较严格的撤销条件，对于夫妻双方来说都是一种很好的保护。

3、婚前财产约定因为财产还没有进行混同，一般来说容易分辨，制定夫妻财产的婚前约定，更有利于保护双方的财产和利益。

4、婚后财产约定，因为夫妻的收入很多属于共有收入，在这种情况下的划分，必须以双方放弃对以前财产的主张基础上进行划分。否则很容易认为影响了夫或者妻一方的应有利益，一方会以重大误解、显失公平甚至乘人之危来要求撤销该协议。

七、法律建议

1、鉴于目前中国的国情，应明确可约定的财产范围，并须经一定的程序才能达到夫妻财产约定的效果比较好，避免一方胁迫另一方。同时这种流程也可以明确判断当事人双方同意此种约定，该约定经过法定的程序后，就视为约定成立。

2、夫妻财产约定的撤销，也需要一定的法律程序。如果夫妻之间出现了背离，证据充足的情况下，一方以感情受到伤害撤销该约定，法院应予支持。

3、离婚不能作为一个不履行协议或者撤销协议的理由。

注释：

1、来自百度百科，<http://baike.baidu.com/view/1114314.htm> 2012年9月1日。

2、来自百度百科，<http://baike.baidu.com/view/1114314.htm> 2012年9月1日。

3、王利明，合同法研究，中国人民大学出版社，2002年11月第1版，2009年1月第4次印刷，第7页

4、王利明，合同法研究，中国人民大学出版社，2002年11月第1版，2009年1月第4次印刷，第680页 并参见李先波《合同有效成立比较研究》，234页

5、王利明，合同法研究，中国人民大学出版社，2002年11月第1版，2009年1月第4次印刷，第681页 并参见李先波《合同有效成立比较研究》，229页

6、英 A.G 盖斯特著，张文镇等译：《美国合同法与案例》，第258页

7、王利明，合同法研究，中国人民大学出版社，2002年11月第1版，2009年1月第4次印刷，第681页

8、参见国际统一私法协会：《国际上市合同通则》55页

9、意 彼德罗·彭梵得著，黄风译《罗马法教科书》72页，王利明，合同法研究，2002年11月第1版，2009年1月第4次印刷，第701页

10、来自百度百科，<http://baike.baidu.com/view/458462.htm>，2012年9月1日

11、来自京衡律师集团齐艳敏律师，咨询案例。

参考书目：

1、王利明，物权法研究（修订版），中国人民大学出版社，2007年第2版

2、黄松有主编，中华人民共和国物权法条文理解与适用，北京，人民法院出版社，2007

3、王泽鉴，民法总则（增订版），北京：中国政法大学出版社，2001

4、国际统一私法协会，国际商事合同通则，北京，法律出版社，1996

5、杨立新，合同法总则（上），北京，法律出版社，1999

外文著作：

Arthur Richard Musman, Britain Today, Selecot printing Co Pte Ltd, in Singapore, 1980

论夫妻财产约定与夫妻赠与

——兼评《婚姻法》司法解释（三）第六条的理解与适用

杨晓林 段凤丽¹⁸

摘要：随着我国社会经济的发展，家庭财产日益增多，夫妻财产关系日益复杂，人们的婚姻家庭观念有了一定变化，部分婚姻当事人产生了夫妻财产关系多样化要求。

在夫妻财产关系上，我国《婚姻法》与《合同法》、《物权法》之间究竟是何关系，三者如何衔接，一直是困扰理论界和实务界的难点问题。尤其是《婚姻法》司法解释（三）颁行后，其第六条提出了“夫妻赠与”这一概念，非但没有解决实践中的同案异判现象，反而凸显了我国夫妻约定财产制立法的不足。

关键词 夫妻财产约定 夫妻赠与 约定财产制 立法完善

2012 问题的提出

《婚姻法》司法解释（三）颁布后，其第六条提出了“夫妻赠与”这一概念，并认为夫妻之间的赠与超越了夫妻财产约定的范畴，且《合同法》中关于赠与的规定并未将夫妻身份排除在外。因此，夫妻之间的赠与与适用《合同法》，结合《物权法》关于物权移转的法律规定，对于不动产的赠与未经公证或履行物权变动手续的，赠与人可以行使任意撤销权；而依照夫妻财产约定移转所有权无需履行物权变动手续，且《婚姻法》中未规定夫妻财产约定的变更和撤销制度，由此导致对此问题的不同认识裁判结果极为悬殊。实践中同案异判现象十分突出。

（一）且看以下案例

【案例一】“7旬老人黄昏恋婚前约定赠房 婚后反悔起诉被驳”¹⁹

裁判摘要：

夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方都具有约束力。

原告：刘先生，男，77岁，住北京市房山区

被告：王女士，女，47岁，住同原告

原告以夫妻财产约定纠纷，起诉要求确认婚前财产约定无效。

原告诉称，老伴多年前去世后，自己始终一个人生活。2010年3月，经人介绍认识了比自己小30岁的王女士。相差30岁的年纪，并没有给双方带来负担和差距。这也让刘先生产生了再组家庭的念头。

2010年4月，原告和被告签订了一份《财产约定协议书》，其中约定，现住房中归原告所有的50%份额归被告所有，双方其他婚前财产归各自所有。此外，对于双方婚后购置的财产，《协议书》中约定以实名制为准，若购买房屋、汽车，登记在谁名下就归谁所有等内容。

2010年5月，刘先生和王女士去民政部门领取了结婚证。

原告以签订的协议书显失公平为由，将妻子起诉至房山法院，请求法院判决协议无效。

被告诉称，对于婚前签订的这份协议，并不讳言是在为自己的将来着想，“他比我大那么多，万一有个三长两短就扔下我一个人，我该怎么办？当年要不是因为这个协议，我也不会放心嫁给他”。

房山法院经审理认为，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方都具有约束力。

本案中，原告和被告婚前签订的夫妻财产约定协议书，是双方的真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，因此协议有效。原告主张双方签订的财产约定协议书无效，不符合《中华人民共和国合同法》中规定的几种合同无效的情形，因此，法院不予支持。

最终，法院驳回了原告的诉讼请求。

【案例二】婚前协议约定房产加女方名字 法官：不作数²⁰

裁判摘要：婚前协议中承诺登记结婚后，将对方名字写进自己拥有产权的房产证上，应属于是对另一方的赠与。根据《合同法》及《婚姻法》司法解释（三）第六条的规定，在赠与的房产变更登记之前，赠与人有权行使任意撤销权。

原告：冯兰，30岁，哈尔滨人，年轻漂亮，公司普通职员。

被告：张强41岁，也是北方人，有过婚史，早年在杭州创业做生意，经过几年打拼在杭州买了房子，有一定经济基础。

原告以确认财产所有权纠纷诉至余杭法院，要求确认自己是房产的共有人，并要求被告把自己名字加进房产证上。

¹⁸巫昌祯：《婚姻家庭法新论》，中国政法大学出版社2002年版，第195页。

¹⁹杨晓林：“婚姻财产约定中不动产是否需要履行物权变动形式——兼谈我国夫妻财产约定制度的完善”，载《婚姻家庭法律师实务》第3辑，中国法制出版社2008年版。

²⁰史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社，2000年2月第1版，目录第3页。

原告诉称，原、被告于2008年上半年相识，不久就结婚生子。2009年12月，两人感情出现问题，很快离婚，孩子由张强抚养。后来，考虑到离婚对孩子身心的成长会造成不良影响，两人商量决定复婚。办复婚登记前，被告同意在房产证上加上原告名字；如有违反，被告须赔偿原告50万元。2010年11月5日，两人签了该协议。

11月11日，两人如期复婚。之后，原告多次要求被告按照婚前协议办理房屋过户手续，被告一直不肯。故而诉至法院，提出如上诉请。

被告辩称，两人虽签了这份婚前协议，但原告是以财产作为登记结婚的条件，有违公序良俗。退一步说，房产证上要加原告名字，应理解为是对所有权的赠与，根据《合同法》规定，赠与必须交付才能生效。

余杭法院判决认为，根据婚姻法解释(三)规定，被告在婚前协议中承诺在登记结婚后，将原告名字写进被告所有的房屋所有权证上，应属于是对原告的房产赠与。

在赠与的房产办理登记之前，被告不同意变更登记，相当于对赠与合同行使任意撤销权。根据婚姻法解释(三)规定，夫妻之间赠与房产，应按《合同法》中赠与的相关规定来处理。而根据《物权法》规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经登记发生法律效力。

所以，虽然被告作出赠与表示，但未到房产管理局登记之前，仍有权处分该赠与权，包括撤销，因此法院判决驳回了原告的诉讼请求。

【案例三】

裁判摘要：夫妻双方约定将一方个人财产赠与另一方的，该赠与与尚未办理公证或房屋产权变更登记手续，并且该赠与与不属救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的不可撤销的赠与。在该房屋权利转移之前，即房产证变更登记之前，赠与人有权撤销赠与。

原告：王女士

被告：冯先生

冯先生与王女士在日本留学时相识。冯先生回国后购置了上海市大同花园的两套房屋。王女士回国后，两人于2002年2月登记结婚。婚后不久，两人即产生了矛盾。为平息矛盾，两人于7月签订了一份房产财产转让约定，冯先生声明将自己婚前购置的其中一套房子转让给妻子，上述房产自声明签订之日开始，属于王女士个人财产，与双方夫妻关系无关，不属于夫妻共同财产，王女士在受赠人栏内签字。但在房产交易中心，该套房屋的产权至诉讼时还在冯先生名下。同年11月，王女士即向法院起诉离婚，在法院判决双方离婚后，两人为了财产分割又接连打了几场官司，其中就涉及到该套房屋的产权。王女士认为该套房屋的产权应当确认为自己所有。但冯先生则认为房屋尚未办理过户登记，自己可以要求撤销赠与。

上海市第一中级人民法院经审理后认为，虽然冯先生与王女士的约定属于赠与协议，但根据合同法的有关规定，除了具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同之外，赠与人在财产权利转移之前都可以撤销赠与。由于该套房屋未办理过户登记，房屋产权尚未发生转移，冯先生主张撤销是符合法律规定的。法院遂判决驳回了王女士要求确认该房屋所有权属自己所有的诉讼请求。²¹

【案例四】兰州：婚前约定房产共有 离婚反悔输了官司²²

裁判摘要：“房产属于两人婚后共同财产”的承诺，属婚前财产协议，具有法律效力，即使没有履行变更登记手续，也不能撤销。

原告：张莉，女

被告：刘军，男

2011年3月，原告以夫妻感情破裂为由将被告起诉至法院，要求与被告解除婚姻关系并按照婚前财产协议分割共同财产。

原告诉称，2007年，被告认识了比他小9岁的原告。不久，两人谈婚论嫁。为表忠心，被告自愿与原告签了一份财产协议，内容为“我对你是一心一意的，结婚后，位于上海普陀区的住房属于被告与原告婚后共同拥有财产。”没想到婚后不久，双方就出现了矛盾。现夫妻感情彻底破裂，原告要求离婚，并要求被告履行婚前协议。

兰州中院终审判决认为，原、被告双方关于“房产属于两人婚后共同财产”的承诺，属于婚前协议，具有法律效力，遂准予两人离婚，财产按照协议约定进行分割。

(二) 评析

“案例一”中，法院认为，原告将自己在涉案房屋中拥有的全部份额约定归被告所有，该约定属于“夫妻财产约定”，对双方具有约束力，不支持原告的反悔诉请。

“案例二”中，法院认为，在婚前协议中承诺登记结婚后，将对方名字写进自己拥有产权的房产证上，应属于是对另一方的赠与。根据《合同法》及《婚姻法》司法解释(三)第六条的规定，在赠与的房产变更登记之前，赠与人有权行使任意撤销权。

²¹史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社，2000年2月第1版，正文第4页。

²²林秀雄：《夫妻财产制之研究》，中国政法大学出版社，2001年11月第1版，第188页。

“案例三”中，法院认为，夫妻财产约定中将一方个人财产转为夫妻共同财产属于一方对另一方的赠与，该赠与尚未办理公证或房屋产权变更登记手续，并且该赠与不属救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的不可撤销的赠与。在该房屋权利转移之前，即房产证由一人变更为双方共有之前，赠与人有权撤销赠与。

“案例四”中，法院认为，“房产属于两人婚后共同财产”的承诺，属婚前财产协议，具有法律效力，即使没有履行变更登记手续，也不能撤销。

以上四个案例均是双方书面约定一方婚前个人财产婚后归双方共有或一方所有，案例一和案例四因双方协议被认定为婚前财产约定，判决不可撤销；案例二和案例三将双方协议认定为夫妻之间的赠与，未经公证或变更登记前可以行使任意撤销权。这些案例集中体现了司法实践中因对夫妻财产约定认识上的分歧而导致的同案异判现象。究其根源，是我国夫妻约定财产制立法不足，缺乏可操作性和救济途径，加之对身份协议性质认识不足，相关法律和司法解释存在诸多冲突。

二、观点之争

关于夫妻财产约定中将一方个人财产约定为双方共有或一方所有，是否属于合同法中的赠与，是否需要履行物权变动的手续，存在以下三种观点。

(一) 以《婚姻法》司法解释三第六条所持观点为代表，认为夫妻在婚前或婚姻关系存续期间将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，完全适用合同法。

我国关于夫妻约定财产制的主要体现在《婚姻法》第十九条中，具体为“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。……”

这样简单、粗疏的规定难以承载夫妻财产协议所应当涵盖的丰富内容，导致在该项制度理解和适用上的巨大分歧。

为了弥补该立法缺陷，达到定纷止争的目的，最高法院在《婚姻法》司法解释（三）第六条对之进行了明确，具体为“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”

对之，最高人民法院民一庭庭长杜万华做如下说明：夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的财产赠与另一方，但没有办理房产过户手续，后双方感情破裂起诉离婚，赠与房产的一方翻悔主张撤销赠与，另一方主张继续履行赠与合同，请求法院判令赠与房产一方办理过户手续。对此问题应当如何处理呢？经反复研究论证后，我们认为，我国婚姻法规定了三种夫妻财产约定的模式，即分别所有、共同共有和部分共同共有，并不包括将一方所有的财产约定为另一方所有的情形。将一方所有的财产约定为另一方所有，也就是夫妻之间的赠与行为，虽然双方达成了有效的协议，但因未办理房屋变更登记手续，依照物权法的规定，房屋所有权尚未转移，而依照合同法关于赠与一节的规定，赠与房产的一方可以撤销赠与。²³

杨立新教授亦认为，“婚姻法司法解释三中有有关夫妻身份关系及财产关系中，贯彻了《合同法》的一般规则，体现了夫妻双方对有关身份关系和财产关系的协议所具有的合意性质，必须按照《合同法》的规则处理，以保证夫妻在这些问题上的平等性。在最有争议的是婚前或者婚后房产赠与规定的第6条：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”对此，很多人认为这样的规定对女方不利，男方在结婚之前答应赠与，但没有进行过户登记，在离婚时反悔，法院不支持赠与的效力，就损害了女方的利益。不过，赠与是合同行为，合同行为就必须按照《合同法》的规定进行。”²⁴

(二) 以本文列举的案例（二）为代表，认为“夫妻财产约定中将一方个人财产转为夫妻共同财产属于一方对另一方的赠与，该赠与尚未办理公证或房屋产权变更登记手续，并且该赠与不属救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的不可撤销的赠与。在该房屋权利转移之前，即房产证由一人变更为双方共有之前，赠与人有权撤销赠与。”

(三) 认为“夫妻约定一方所有房产婚后共有或归另一方所有，属于夫妻财产制契约范畴，不应比照赠与合同处理。”

薛宁兰和许莉教授持此观点。她们认为，如果该第七条（注：《婚姻法》司法解释（三）草案中的“第七条”即正式公布稿的“第六条”）的本意是，夫妻约定将一方房产于婚后归属于夫妻双方共有或对方所有，符合赠与合同的特征，因此要适用《合同法》关于赠与合同的规定。这显然值得商榷。将夫妻约定财产制与夫妻之间的赠与行为相混淆，既反映了审判人员对约定夫妻财产制理解不够深入、准确，也凸显了我国约定财产制立法不足。”²⁵

夫妻的婚前财产通常不等值，夫妻一般共同制的约定，使婚前财产较少的一方成为双方财产的共有人，无偿取得了相对方财产。例如，当事人约定一方婚前房屋婚后共有，则另一方婚后取得房屋共有权。在司法实务中，上述约定

²³许莉：《夫妻财产归属之法律适用》，载于《法学》杂志，2007年第12期。

²⁴史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社，2000年2月第1版，第344页。

²⁵刘宏涓、赵军蒙：《论我国婚姻家庭立法的价值取向——兼议夫妻财产约定》，载于《法学杂志》，2012年第7期。

常被视为赠与行为，适用我国《合同法》关于赠与合同的规定，赠与人交付前享有任意撤销权。此种做法值得商榷。²⁶

以上三种观点体现了人们对夫妻财产约定性质认识的分歧，主要集中在夫妻财产约定是属于身份性质的协议还是财产性质的协议，应该以婚姻法来调整还是财产法来调整。

笔者认为夫妻财产约定属于附随身份关系的协议，应当以婚姻法来调整；反之，将之看做财产法上的合同行为，用《合同法》来调整的观点是值得商榷的。

在实践中，将《合同法》适用于夫妻财产约定，认为将夫妻一方的个人财产约定为双方婚后共同财产属于夫妻财产约定，适用《婚姻法》；而将一方的个人财产约定为婚后另一方的个人财产，就认定为夫妻之间的赠与，交付或公证之前具有任意撤销权，无法回答实践中普遍存在的以下质疑：同样是通过夫妻财产约定无支付财产上的对价获得对方财产，为什么通过双方共有的方式获得对方部分个人财产就视作夫妻财产约定从而无需履行物权变动手续，不可任意撤销，而如果获得对方全部个人财产或者只是某项财产的全部就视作赠与，从而需要履行物权变动手续或经公证才失去任意撤销权呢？这种量的区别为什么会导致质的差异呢？该认识的法理依据何在？

更有极端一些的质问，如果是将个人财产或某项财产的百分之九十九约定给对方就视作夫妻财产约定，而将百分之百约定给对方就视为夫妻之间的赠与，这公平么？

“如夫妻可以约定女方婚前父母所送的嫁妆归共同所有。当然也可以约定一方婚前财产归对方所有。”²⁷

另外，夫妻之间的财产约定往往因订立协议时的夫妻或准夫妻身份，带有很浓的感情因素，甚至是专为表达结婚的诚意而订立。既然能够通过协议自愿将个人财产约定为婚后双方共有或另一方个人所有，那么即使司法解释赋予一方交付或公证之前的任意撤销权，也可能因种种原因（如俗称的感情胁迫）无法真正拥有该权利，其结果只不过是该协议上附加“放弃任意撤销权”的承诺而已。

因此强行将《合同法》植入婚姻家庭关系，违背婚姻家庭法的本质属性和价值取向。

《婚姻法》与《合同法》、《物权法》同属民事特别法且处于同一位阶。而且，《合同法》第二条第二款明确规定“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”那么作为《婚姻法》重要制度的夫妻约定财产制度究竟属于财产协议还是身份关系的协议？

三、夫妻财产约定属于身份关系协议还是财产关系协议、以夫妻财产约定变动产权是否需要履行物权变动手续？

笔者认为，夫妻财产约定属于附随身份关系的协议，依约定变更产权无需履行物权变动手续。

（一）夫妻财产约定属于附随身份关系的协议。

夫妻约定财产制，又称夫妻财产制契约制度，是指夫妻以契约方式商定婚前财产和婚姻关系存续期间所得财产的归属、管理、使用、收益、处分、及债务清偿、婚姻解除时的财产清算等事项，并排除法定夫妻财产制适用的制度。²⁸

约定财产制作为与法定夫妻财产制并存的一项制度，一般包括以下内容：约定的时间、约定的具体内容（可供选择财产制的类型）、约定的形式、约定生效的条件、约定的法律效力（包括对内和对外效力）。²⁹

关于夫妻财产约定的性质，在学说与立法实践中，主要存在以下两种观点：第一，身份行为说。日本学者以行为效力为标准，将身份行为分为形成的身份行为（直接以身份的创设、变更和废止为目的的行为，如结婚、离婚、收养等）、支配的身份行为（基于身份而于他人的身上所为某种身份的支配行为，如亲权的行使、婚姻的同意行为等）和附随的身份行为（系附随于身份关系的行为，又可分为附随于身份行为的行为与附随于身份法的事实行为，如附随于婚姻的夫妻财产契约属于前者，而继承的限定承认或抛弃、特留分扣减权的行为属于后者）。³⁰夫妻财产契约正是以结婚这一形成的身份行为为前提，并附随此行为发生的身份行为。附随的身份行为既然是身份行为的一种，夫妻财产契约当然就属于身份行为。第二，财产行为说。财产行为说认为，夫妻财产契约是不同于身份行为的，是涉及自然属性的财产法的法律行为——即财产行为。因此，在法律适用上，除亲属法上有特别规定外，应适用财产法的一般性规定。

身份行为是指以发生身份关系的变动为内容或目的的民事法律行为，财产行为是指发生财产关系的变动为内容或目的的民事法律行为。而夫妻财产契约是以夫妻之间的财产关系为其内容，而不涉及一定身份的得丧变更，相反，在夫妻财产契约中双方当事人的身份已经特定。因此，从本质上看，夫妻财产契约应当是一种财产行为。但是，夫妻财产契约毕竟不同于普通的财产契约，其以夫妻身份的变动为生效条件。³¹

笔者认为，在夫妻财产约定性质上，虽一直存有争议，但夫妻财产约定附随身份关系，不能简单以财产法来调整，

²⁶杨大文主编：《婚姻法学》，中国人民大学出版社，1989年版，第149页。

²⁷薛宁兰、许莉：《我国夫妻财产制立法若干问题探讨》，选自《法学论坛》2011年3月第2期（第26卷，总第134期）。

²⁸文涛：《约定财产制亟待完善》，载《中国司法》，2003年第9期，第59页。

²⁹杨晓林：“婚姻财产约定中不动产是否需要履行物权变动形式——兼谈我国夫妻财产约定制度的完善”，载《婚姻家庭法律实务》第3辑，中国法制出版社2008年版。

³⁰林晓静：《夫妻约定财产制研究》，安徽大学硕士学位论文，2005年，第31页。

³¹薛宁兰、许莉：《我国夫妻财产制立法若干问题探讨》，选自《法学论坛》2011年3月第2期（第26卷，总第134期）。

是无法否认的。

史尚宽先生在其《亲属法论》第三章第六节第三目第三款中讨论“夫妻财产制”，³²并且认为“亲属法为关于身份生活之法。……身份生活一方面为关于身份关系之设定、废止及变更，他方面为有此身份者间所生之权利义务。”³³

日本学者久保教授、中川淳教授、高梨教授认为夫妻财产制契约为身份契约，因此具有结婚能力之人即有订立夫妻财产制契约之能力。³⁴

“值得注意的是，大陆法系各国的法定夫妻财产制，在法律适用上冲突甚少。究其原因，可能表现在两个方面：(1) 基于身份而发生的财产变动，与身份密切相关，大陆法系国家一般都将其作为夫妻财产制的内容直接规定于亲属法中，作为婚姻的直接效力，仅及于婚姻当事人双方，不涉及与第三人的关系，不受财产法的调整。”³⁵

笔者认为，夫妻财产约定以财产协议的形式呈现，但毕竟基于夫妻身份而发生和变更，具有人身附随属性。不能简单以一般财产契约的等价有偿原则来衡量和规范。

因此，将夫妻财产约定直接纳入《合同法》的调整范围，模糊了财产法与身份法的界限，违背了婚姻家庭关系的价值取向和规律，必然导致认识上的混乱和结果上的不公平。

(一) 依夫妻财产约定变动产权无需履行物权变动手续。

夫妻财产约定在性质上附随于夫妻身份，则依夫妻财产约定变动产权无需履行物权变动手续。正如史尚宽先生所说：“夫妻财产契约之订立，以婚姻成立为前提，因结婚于配偶及对于其继承人关系，即发生财产契约之物权的效力。”“夫妻财产契约，直接发生夫妻财产法的效力。为引起财产契约所定的所有权之变更，不须有法律行为的所有权或权利之移转。”³⁶

在私法领域，物权法与婚姻法分属于财产法与身份法，其法律适用规则应体现一般财产法与特别财产法的区别。基于身份关系产生的财产关系不应完全适用财产法。在夫妻财产契约的效力上，身份财产法优于一般财产法。因此，我国《婚姻法》应立足于公平价值，公平价值优先于平等价值，明确赋予夫妻财产约定直接在夫妻之间产生物权变动的效力。³⁷

笔者赞成这样的观点，《婚姻法》19条所规定的“约定对双方具有约束力”，这里的“约束力”与一般财产合同所产生的债的效力不同，其效力规则具有特殊性，应适用亲属法的特别调整，约定一经生效，即在夫妻之间产生财产权利的变动，即直接具有物权效力。

一、我国夫妻约定财产制立法不足，司法解释与立法价值之间存在冲突，亟待立法完善。

(一) 立法现状

我国1980年婚姻法将约定财产制作为法定财产制的附属和补充加以规定。2001年婚姻法修正后，将夫妻约定财产制与法定财产制并列且赋予约定财产制优先的效力。对夫妻财产协议的规定主要体现在《婚姻法》第十九条，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。

可以看到，我国婚姻法虽然比较明确地规定了夫妻财产约定的主体、内容、形式、效力、债务清偿等一系列问题，但过于简单，难以操作，是实践中同案异判现象的根源所在。因此完善我国夫妻财产约定制度十分必要。

(二) 完善我国夫妻财产约定制度的设想

纵观夫妻约定财产制比较成熟国家的立法，我国的夫妻约定财产制明显存在规定过于简单、概括，难以操作的问题。主要表现为未明确夫妻财产约定时间及生效时间、未明确夫妻财产约定的类型是否受到限制、缺乏公示制度，夫妻财产约定对外效力脆弱、缺乏对约定变更或者撤销的规定。

1、应当明确夫妻财产约定的约定时间及生效时间。

该问题本质上与夫妻财产约定的主体是一个问题的两个方面。《婚姻法》未对财产约定

的时间予以明确，导致对婚前财产约定的性质和效力问题存有争议。婚姻当事人什么时候订立夫妻财产契约，内容如何约定，因婚姻当事人的婚姻状况、财产情况不同而不同，法律没有必要干涉。也有人认为，男女双方在婚前不符合主体资格要求，因为双方的身份还不是“夫妻”，故婚前不得约定。学者们一般认为，夫妻财产约定的时间，可以在结婚前、结婚时或婚姻关系存续期间。³⁸

^[1] 王竹青、薛峰“关于离婚时尚未分割遗产的处理评《婚姻法》第17条第四项”，选自《法律适用》2010年第12期，总第297期

^[2] 此案是笔者2010年5月接受委托代理的案件，至今双方仍在申诉，判决也未得到履行。

^[3] 源自“方宏进离婚案双方均提出上诉”2011-12-26 京华时报(北京) 记者王秋实。

^[4] 薛军：《略论德国民法潘得克吞体系的形成》，载《中外法学》2003年第1期，第16页。

^[5] 吕世伦：《法理的积淀与变迁》，法律出版社2001年版，第601页。

^[6] [英]休谟：《人性论》下册，商务印书馆1980年版，第551—553页。

^[7] [英]F·H·劳森、B·拉登：《财产法》，中国大百科全书出版社1998年版，第207页。

夫妻婚前订立财产契约的，于双方结婚之日进行登记时起生效；婚后订立财产契约的，于双方订约且在婚姻登记机关登记之日起生效。

2、应当明确约定财产制的类型和具体内容。

现实生活中，婚姻当事人之间的财产约定多种多样，如何认定其性质十分困难。因此，明确我国约定夫妻财产制的具体内容，不仅可以减少法律适用中的争议，也可以对民众选择约定财产制有所引导。³⁹约定不明确也是导致学界对此认识不一、司法实务中同案不同判的根源。

因此，立法首先应当明确我国约定财产制具体可以约定的财产制类型。另外，婚姻法第19条只规定双方可以约定财产的所有权，却并没有考虑到夫妻在共同生活中对双方财产的管理、利用和流转方式等方面事项也有约定的需要。约定的内容是否也可以是对财产使用权、收益权、处分权等某项权能的约定，法律并没有明确规定。社会和法制发展的要求使得所有权不再是一个不可分割的整体，占有、使用、收益权能都可以和所有权分离而非所有人行使。

⁴⁰

3、应当完善约定形式，构建约定的公示制度，加强约定的对抗效力

为确保夫妻财产约定的严肃性，也为平衡解决善意第三人和夫妻双方的财产利益问题，建议立法增加夫妻财产约定的公示问题。就具体的公示要求，可分为两点：夫妻婚前约定财产的，在其婚姻登记时同时将夫妻财产约定的内容予以登记，并将其书面形式附于登记档案中备案；夫妻于婚后对财产进行约定或对原约定进行变更、撤销的，应到婚姻登记机关进行补充登记或变更、撤销登记。夫妻财产约定以在婚姻登记机关登记备案为准，登记可发生对抗第三人的效力；不登记的只发生对内效力而不发生对外效力。这样不仅能保护夫妻双方各自的财产权利，也有利于保护与约定财产的夫妻进行民事活动的第三人的合法权益。⁴¹

4、应当明确规定变更或撤销的条件和程序。

对于夫妻财产约定的变更和撤销，在夫妻财产约定制度成熟的国家都有详尽的规定，而我国婚姻法却未作任何规定，制约了约定财产制作用的发挥。

约定是否可以变更，还是约定一经作出就不得变更和撤销，人们认识不一。有人认为，根据契约自由精神，夫妻双方既然可以订立财产契约，自然就有协议变更和撤销的权利，法律对此不应该禁止。⁴²

也有人认为，应增加约定不得任意变更的法律条款，要严格限制夫妻财产契约的变更和撤销，以保护交易安全和第三方的合法权益。如一方要求变更而他方不同意的，不能当然终止约定的效力而适用夫妻财产法定制，为了公平，应交由一定的机关裁决是否变更。而且要求变更的一方，必须提出可以变更约定的法定理由。除非双方协商一致或有法定理由，夫妻财产契约不得变更。

应当增设夫妻非常财产制。从国外的相关立法看，只要有共有制存在，无论是法定共有还是约定共有，均有相应的终止共有制的救济途径。这种救济途径主要表现为两项制度：一是共有财产撤销制度。另一种是宣告非常财产制度。⁴³

鉴于非常财产制存在的必要性，《婚姻法》司法解释（三）第四条以婚内析产的方式引入了非常财产制的理念，即“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”但由于我国夫妻约定财产制本身的不成熟不完善，并未彻底解决撤销或变更的根本问题，如婚内析产后，双方是自然实行分别财产制，还是保持原有财产制，亦还是实行法定夫妻财产制，这些均未涉及。

笔者认为应当在未来立法中对之予以明确。既可以采取双方约定变更的方式，也可以通过诉讼，法定变更为分别财产制，同时对变更予以公示。

附：家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 2010年2月18日历史资料

家事法苑”理论快递 2010-004：《夫妻关于房产所有权变更的约定是否必须过户才生效》，此问题现实中矛盾非常突出，恳请学者们予以关注！

³⁹ 张玉敏主编：《继承制度研究》，成都科技大学出版社1994年版，第14页。

⁴⁰ [美]迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，中国大百科全书出版社1996年版，第163页。

⁴¹ 马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》，第16卷，第652页。

⁴² [美]路易斯·亨利·摩尔根：《古代社会》，下册，商务印书馆1997版，第556页。

⁴³ 陈益民：《谈法定继承与遗嘱继承的统一》，载于《政法论坛》1986年第5期。

目 录

序言

夫妻关于房产所有权变更的约定是否必须过户才生效 同案不同判现象表明夫妻财产约定制亟待立法完善, 2009-12-12 《法制日报》第3版, 人大立法聚焦 记者陈丽平

当前婚姻家庭案件中的疑难问题探析 (摘登), 吴晓芳 (最高人民法院), 《人民司法》2010年第1期 (应用版) (略, 见前)。

《夫妻财产归属之法律适用》, 许莉, 法学2007年第12期 (略, 见前)。

婚姻财产约定中不动产是否需要履行物权变动形式——兼谈我国夫妻财产约定制度的完善, 杨晓林律师 (北京市岳成律师事务所) 载《婚姻家庭法律师实务》第3辑, 中国法制出版社2008年版。

婚姻领域内物权变动的法律适用, 2009-10-30 田韶华 (河北经贸大学), 来源: 北大法律信息网

浅析夫妻财产约定涉及他人财产的处理——兼谈约定财产制与物权法的冲突及解决, 孙韬 (江苏苏源律师事务所)

杨晓林律师注: 关于夫妻关于房产所有权变更的约定是否必须过户才生效的问题, 是我近几年来通过办案一直关注的问题, 并多次与许莉教授、吴晓芳法官、王芳律师、郝惠珍律师、贾明军律师等交流, 我论文中的前两个案例同是北京基层法院一审, 同一家中院二审, 案情基本相同, 适用法律结果却是相反, 房产问题涉及当事人切身利益, 之后我又陆续收集到5、6个案例, 包括广州法院的, 这个问题现实中非常突出, 我认识的一些朋友采用约定后当时也并没有过户, 但如果现在坚持硬性过户必然可能又对其夫妻感情可能造成非常影响, 陷入矛盾之中。这个问题亟待通过立法或司法解释予以明确。

很感谢吴晓芳法官在2008年11月法学会年会晚餐时能够认真听取我这名一线律师向她反映了这个问题, 她自己在调研中对此问题也应已经察觉, 在2008年10月香港中国内地与香港研讨会上她第一次对此问题给未予回应, 认为应以赠与合同对待, 未过户可以撤销, 在11月28日由我们北京律协婚姻家庭专业委员会举办的婚姻家庭司法审判实践中的难点问题讲座上, 再次讲到了这个观点。《人民司法》2010年第1期 (应用版) 上刊载了吴法官的《当前婚姻家庭案件中的疑难问题探析》, 观点同前。虽然吴法官强调这是其个人观点, 但刊登在最高人民法院机关刊, 我们律师普遍认为带有一定倾向性。

文中案例由我代理向北京市高级人民法院申诉, 结果实际上在2009年6月已经出来, 被驳回, 但令我痛心的是高院采用书面审理, 根本没有给我们当面陈述的机会, 且裁定书没有任何说理, 只是简单认为二审判决并无不当。结婚不到两年多, 男方当事人离婚失去了一套原本属于自己的个人房产, 并被女方提起腾房纠纷强制执行, 当我告诉当事人经过我的努, 现在有了倾向性意见时, 当事人欲哭无泪, 让我深思, 并非我是片面站在己方当事人角度考虑问题, 我国夫妻财产约定制度却有值得完善的地方 (详见我的论文)。

这个问题的争论并非已经结束, 婚前财产协议、婚内财产协议此类带有明显身份关系的协议, 是否简单适用民法总则、合同法及物权法的一般规定, 仍值得我们探讨, 作为一线律师, 非常渴望得到学者们的支持!

夫妻关于房产所有权变更的约定是否必须过户才生效

同案不同判现象表明夫妻财产约定制亟待立法完善

发布时间: 2009-12-12 《法制日报》第3版人大立法聚焦 记者陈丽平

法制网 http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2009-12/12/content_2003955.htm

李先生最近心情很差: 与前妻离了婚, 房子也被法院判给了前妻。

事情还得从2006年说起。那一年, 李先生经人介绍与王女士相识后, 两人于当年4月登记结婚。

此前, 李先生已在单位分得福利房一套, 并办了产权证。在王女士要求下, 2007年1月, 这一房产变更到夫妻双方

名下。紧接着，双方又签署了财产约定书，约定“将该套房屋的所有权变更为女方个人所有”。

2007年8月，王女士起诉至北京市某区人民法院，要求离婚并确认财产约定书的法律效力。李先生则在庭审中作出“撤销赠与的声明”。

“这套房子是我在婚前的单位福利分房，单位规定该房产只能为单位员工，且该房还没有办理过户手续。”李先生在法庭上说，他本人因离婚生活负担加重，不得已撤销赠与该房产的行为。

一审法院针对此案中双方财产争议的焦点问题认为，婚姻法规定了夫妻可以选择约定财产制，故对于财产约定书中涉及的内容应认定为合法有效。该约定书是涉及婚姻这一身份关系的协议，依据合同法的相关规定，该协议应适用婚姻法予以调整，李某无权依据合同法中关于赠与合同的规定撤销双方在约定书中对财产问题的约定。因此，不支持李先生撤销赠与的主张。判决该房屋归王女士所有。

李先生对判决不服，提起上诉。二审法院终审认为，原审法院结合本案的案情及证据所作的认定和处理并无不妥，驳回上诉。

目前，李先生坚持认为二审法院认定事实不清，适用法律错误而申请再审。

【现象】 同类案件判决并不相同

同样是在北京，同样是夫妻双方关于房屋所有权变更的约定，同样是约定的房屋都没有履行物权变动手续，另外一起案件的判决结果却与李先生和王女士一案完全不同。

这起案件的过程是：男方黄某与女方白某于2003年12月登记结婚。结婚登记前，双方签署了一份有关婚前财产的协议。协议的主要内容为男方自愿将自己婚前个人房产的50%产权赠与女方以表诚意；在婚姻关系存续期间，女方无原则过错，而男方执意离婚的话，男方应将其享有住房的50%产权赔付给女方，即离婚后该房所有权完全归女方所有。

2005年7月，黄某到法院提起离婚诉讼。白某同意离婚，但要求按照婚前协议取得房产的所有权。黄某则称，婚前协议不是其本人真实意思表示，不予认可。法院经审理查明，双方结婚登记后，并未办理房屋产权变更登记手续。

北京市某区法院的一审判决是：准予双方离婚。双方结婚登记后，未办理房屋的权属变更登记，因此该房屋的50%所有权并未发生变更，仍为原告黄某所有。关于该房产另一半产权离婚时归属，是对离婚自由的限制，且白某无证据证明黄某具有法定重大过错，该约定无效，缺乏法律依据，不予支持。该房产仍归黄某所有。

白某不服判决，提起上诉，主要理由是，婚前约定对双方具有法律约束力，该协议应受婚姻法约束，而非简单适用合同法，不应因是否变更登记而影响约定的效力。

二审法院判决认为，该婚前协议系双方当事人自愿就婚前财产的处理问题达成的民事合同，系双方真实的意思表示，故认定该协议合法有效。关于房产问题，因双方在协议中对黄某婚前房产进行约定后，未到相关部门办理房屋变更登记，根据相关法律规定，不动产转移以登记为生效要件，故该条款实为赠与合同，虽已成立但并未生效，原审判决正确。关于该协议中男方离婚时给付女方约定的损失条款，因该协议系双方自愿签署且合法有效，现黄某起诉要求离婚且女方并无原则性过错，黄某应依据协议给付15万元。原审法院认为“限制离婚自由”欠妥。

“法院对这两起相似的案件，一个适用婚姻法认定夫妻约定的房产没有过户也有效；另一个则适用合同法和物权法认定不动产转移以登记为生效要件，从而作出了不同的判决。”北京市岳成律师事务所律师杨晓林，前不久在中国法学会婚姻家庭法学研究会2009年年会暨婚姻家庭法律实务研讨会上，以这两个案件为例指出，我国夫妻财产约定制度有待于立法完善。

【根源】 适用不同法律导致冲突

所谓夫妻约定财产制度，是与法定财产制相对应的一个法律概念，是指夫妻或者即将成为夫妻的双方以契约的方式对在婚前和婚姻关系存续期间所得财产的归属、管理、使用、收益、处分等作出约定的制度。

据介绍，我国1980年婚姻法将约定财产制作为法定财产制的附属和补充加以规定。2001年婚姻法修正后，将夫妻约定财产制与法定财产制并列且其效力高于法定财产制。

现行婚姻法明确规定：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用关于共同财产的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

“这样规定不仅完善了我国夫妻财产约定制度，而且有利于保障公民充分行使个人财产权利。”杨晓林说。

随着我国市场经济的快速发展，个人财富的增长和社会观念的变化，即将步入婚姻殿堂的青年男女进行婚前财产约定、已经结婚的夫妻做婚内财产约定的现象日益增多。而随着离婚率的上升，原本少人问津的夫妻财产约定制度也成为社会关注的焦点。

“由于该项制度尚处于创始阶段，立法不可能深入、细致，围绕婚姻财产约定的争议日益增多。”杨晓林介绍，在这些案件中，婚姻法与物权法、合同法的适用冲突问题十分突出。有关房产是否必须要办理完过户方能生效，成为争议的焦点，而且存在同案不同判的现象。

杨晓林以前面提到的两起案件为例分析说，在第一起案件中，法院认为夫妻财产约定是涉及身份关系的协议，不支持男方依据合同法中赠与合同的相关规定主张撤销赠与，而依据婚姻法的规定将尚未办理过户手续的房屋的所有权依据

夫妻的事先约定变更为女方所有。在第二起案件中，法院虽然认定夫妻财产契约合法有效，但依据合同法中赠与合同的有关规定认为，尚未办理房屋过户登记的，房屋赠与人可以撤销赠与，判决确认房屋原所有人具有该房屋的所有权。“这类案件的问题关键在于夫妻财产约定行为是何种法律性质以及适用哪一部法律。”杨晓林分析说，还有就是夫妻财产约定中的房屋所有权变动的，是否必须办理过户登记，以及夫妻财产约定是否可任意撤销。

杨晓林指出，对上述问题的不同认识使得类似案子产生了不一样的结果：如果认定夫妻财产约定是一种纯粹的财产行为，应适用物权法或合同法的相关规定，这就要求约定的房屋必须办理过户登记手续；如承认夫妻财产约定的身份性，就应适用婚姻法的特别规定，约定房屋的所有权在夫妻之间应尊重双方当事人的意思。

对此，合同法有原则规定：婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律规定。

“但究竟什么样的婚姻协议属于身份关系的范围，法律并无明确界定。”杨晓林指出。

同时，合同法还规定，除了具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同外，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

而物权法则规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。

“物权法、合同法的规定是一般规定，而婚姻法是对夫妻财产关系的特殊规定。在解决夫妻财产争议原则上，越来越多的学者倾向于应适用婚姻法。”杨晓林指出。

【建议】 夫妻财产约定对外公示

“婚姻法比较明确地规定了夫妻财产约定的主体、内容、形式、效力、债务清偿等一系列问题，但过于简单，难以操作，仍然有很大的修改空间。”杨晓林建议，应通过立法完善以下问题：

首先要明确夫妻财产约定时间及生效时间。夫妻财产约定的时间可以在结婚前、结婚时或婚姻关系存续期间。

其次，应当明确夫妻财产约定对外公示方式。

“为确保夫妻财产约定的严肃性，也为平衡解决善意第三人和夫妻双方的财产利益问题，建议立法增加夫妻财产约定的公示问题。”杨晓林提出。

杨晓林的具体建议是：夫妻婚前约定财产的，在其婚姻登记时同时将夫妻财产约定的内容予以登记，并将其书面形式附在登记档案中备案；夫妻于婚后对财产进行约定或对原约定进行变更、撤销的，应到婚姻登记机关进行补充登记或变更、撤销登记。

第三是要确立夫妻财产约定契约变更或撤销的具体程序。还有就是明确规定夫妻财产约定无效情形及其法律后果。

“在司法审判实践中，解决此类同案不同判的问题，一个现实可行的途径是实行案例指导制度。”杨晓林最后建议。

来源：法制网（责任编辑：李纪平）

当前婚姻家庭案件中的疑难问题探析（摘登），吴晓芳（最高人民法院），《人民司法》2010年第1期（应用版），54—58页（略，见前）。

《夫妻财产归属之法律适用》，许莉，法学2007年第12期（略，见前）。

婚姻财产约定中不动产是否需要履行物权变动形式——兼谈我国夫妻财产约定制度的完善

北京市岳成律师事务所 杨晓林律师

全国律协民事专业委员会婚姻律师实务研讨会论文，

载《婚姻家庭法律师实务》第3辑，中国法制出版社2008年版。

我国1980年《婚姻法》将约定财产制作为法定财产制的附属、补充而规定，2001年婚姻法修正将夫妻约定财产制与法定财产制地位并列且其效力高于法定财产制而规定，这完善了我国夫妻财产约定制度，明确夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有，其约定对双方具有约束力。夫妻财产约定制度，对保障公民充分行使个人财产权利具有十分重要的意义。

随着我国市场经济的快速发展，个人财富的增长，离婚率的上升，使原本少人问津的夫妻财产约定一时间成为社会关注的焦点，甚至是人们追求的一种新的时尚，新人做婚前财产约定、夫妻做婚内财产约定的人数日益增多。

但是，由于该项制度尚处于创始阶段，立法不够深入和细致，围绕婚姻财产约定的争议日益增多。特别是《婚姻法》与《物权法》及《合同法》的适用冲突问题十分突出，婚姻财产约定中，约定一方婚前财产主要是房产此类不动产婚后共有或为对方个人所有时，是否需要履行物权变动的形式，即对方对房产所有权的取得是否必须要办理完过户方能生效，出现争议时原产权人是否有权行使撤销权，成为争议的焦点，存在同案不同判现象。家庭是社会的细胞，

婚姻家庭案件无小事，事关当事人切身利益，而法庭是定纷止争的场所，是社会正义的最后一道防线，是给老百姓最后一个讲理的地方，婚姻家庭纠纷的处理应十分慎重，对此问题应引起立法及司法机关的重视，尽早加以明确的界定。

一、问题的提出

案例 1⁴⁴：李某某（男）与王某（女）经人介绍相识，于 2006 年 4 月登记结婚，婚后无子女。李某某婚前已在单位取得福利房一套（产权证已取得）。2007 年 1 月经王某要求，该房产权变更为双方名下。紧接着双方又签署了《财产约定书》，约定“将双方现在居住的所有权属于夫妻共有的该套房屋的所有权变更为女方个人所有”。

2007 年 8 月，王某某起诉至北京市某区人民法院，要求离婚并确认财产约定的效力。李某某在庭审中作出“撤销赠与与声明”：该房是其婚前单位福利分房，单位规定该房产权人只能为单位员工，且该房还没有办理过户，他撤销赠与。他本人因离婚生活负担加重，不得已撤销赠与该房产的行为。

一审法院针对双方财产争议焦点问题，认为，“因《婚姻法》中规定了夫妻可以选择约定财产制，即夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有，故对于“财产约定书”中所涉及的财产约定内容应认定为合法有效。”。该约定书系涉及婚姻这一身份关系的协议，依据《合同法》的相关规定，该协议应适用《婚姻法》予以调整，因此李某某无权依据《合同法》中关于赠与与合同的规定撤销双方在约定书对财产问题的约定。因此不支持李某某撤销赠与的主张。判决该房屋归王某所有。

李某某对判决不服，提起上诉；二审法院终审认为原审法院结合本案的案情及证据所作的认定和处理并无不妥，驳回上诉。

李某某坚持认为二审法院认定事实不清，适用法律错误。已提起申请再审程序。（当事人均使用化名）

案例 2⁴⁵：黄某（夫）与白某（妻）于 2003 年 12 月登记结婚。结婚登记前，双方签署一个婚前财产协议，主要条款为：男方自愿将自己的婚前个人房产的 50% 产权赠与女方以表诚意，即该房产成为双方婚后的共同财产；在婚姻期间，女方无原则过错，而男方执意离婚的话，男方应将其享有住房的 50% 产权赔付给女方，即离婚后该房所有权完全归女方所有。

2005 年 7 月，黄某提起离婚诉讼，白某同意离婚，但要求按照婚前协议取得房产的所有权。原告称该婚前协议不是其本人真实意思表示，不予认可。法院经查，双方结婚登记后，并未办理房屋产权变更登记手续。

北京某区法院一审判决准予双方离婚，婚前协议黄某无法举证其是受欺诈、胁迫所签协议的证据，对该协议无效的主张不予支持。双方结婚登记后，未办理房屋的权属变更登记，因此该房屋的 50% 所有权并未发生变更，仍为原告黄某所有。关于该房产另一半产权离婚时归属及结婚花费的赔付条款，系对离婚自由的限制，且白某无证据证明黄某具有法定重大过错，该约定无效，缺乏法律依据，不予支持。法院认定的其他婚后共同财产依法予以分割。该房产仍归黄某个人所有。

白某不服上诉，主要理由是，一审判决认定事实错误，程序违法。该婚前约定对双方具有法律约束力，该协议应受《婚姻法》约束，而非简单适用《合同法》，不应因是否变更登记而影响约定的效力。

二审判决主要内容为，该婚前协议系双方当事人自愿就婚前财产的处理问题达成的民事合同，系双方真实的意思表示，故认定该协议合法有效；关于房产问题，因双方在协议中对黄某婚前房产进行约定后，未到相关部门办理房屋变更登记，根据相关法律规定，不动产转移以登记为生效要件，故该条款实为赠与合同，虽已成立但并未生效，原审判决正确；关于该协议中男方离婚时给付女方约定的损失条款，因该协议系双方自愿签署且合法有效，现黄某起诉要求离婚且女方并无原则性过错，黄某应依据协议给付 15 万元。原审法院认为“限制离婚自由”欠妥。因双方该项协议仅约定在女方无原则过错，男方执意通过法律途径强制离婚的情况下，男方对女方的在经济上的补偿，该约定并不违反法律规定，黄某应依据协议履行。

案例 3⁴⁶：冯先生与王女士在日本留学时相识。冯先生回国后购置了上海市大同花园的两套房屋。王女士回国后，两人于 2002 年 2 月登记结婚。婚后不久，两人即产生了矛盾。为平息矛盾，两人于 7 月签订了一份房产财产转让约定，冯先生声明将自己婚前购置的其中一套房子转让给妻子，上述房产自声明签订之日开始，属于王女士个人财产，与双方夫妻关系无关，不属于夫妻共同财产，王女士在受赠人栏内签字。但在房产交易中心，该套房屋的产权至诉讼时还在冯先生名下。同年 11 月，王女士即向法院起诉离婚，在法院判决双方离婚后，两人为了财产分割又接连打了几场官司，其中就涉及到该套房屋的产权。王女士认为该套房屋的产权应当确认为自己所有。但冯先生则认为房屋尚未办理过户登记，自己可以要求撤销赠与。

上海市第一中级人民法院经审理后认为，虽然冯先生与王女士的约定属于赠与协议，但根据合同法的有关规定，除了具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同之外，赠与人在财产权利转移之前都可以撤销赠与。由于该套房屋未办理过户登记，房屋产权尚未发生转移，冯先生主张撤销是符合法律规定的。法院遂判决驳回了王女士要求确认该房屋所有权属自己所有的诉讼请求。

⁴⁴ 本案例为笔者正在经办案例。

⁴⁵ 根据真实案例改写。

⁴⁶ 记者倪晓：“拿着前夫赠房协议拿不到房 房屋没过户产权不转移赠与亦可撤销”，载《法制日报》2005 年 12 月 25 日。

案例 4⁴⁷：

张江（男，化名）与刘丽（女，化名）在婚前签订一协议。

协议主要内容如下：1、张江在婚前有一套住房，价值 100 万左右，尚有贷款 40 万左右。该房贷款由张江婚后继续偿还，并供双方婚后共同居住使用；

2、张江每月工资 8000 元，需用于共同生活，并交由刘丽统一管理和支配，刘丽每月给张江工资数额的 20%用于张江的日常开销和人际交往。

3、双方应不离不弃，任何一方对方提出离婚，都要承担赔偿责任。（1）若张江违约提出离婚，则需要：第一、张江婚前的房产归刘丽所有，张江还需要继续支付该房的剩余贷款；第二、张江离婚后向刘丽支付生活费，数额为张江月工资收入的 70%；第三、张江在离婚时向刘丽支付赔偿金 5 万元；（2）若刘丽违约提出离婚，则需要：第一、刘丽无条件搬出张江的住房，该住房仍归张江所有，贷款由其偿还；第二、刘丽无需得到经济补偿金；第三、即使刘丽提出离婚，张江仍需向刘丽支付家用电器、家具折价款 4 万元。

婚后三个月双方即出现矛盾。张江向某区人民法院提起离婚诉讼，要求与刘丽解除婚姻关系，并主张婚前签订的协议违背公平原则，为违背其真实意思的财产处分约定，应予撤销，在庭审中不同意按照婚前协议履行。而刘丽则辩称，双方虽然夫妻感情确已破裂，但婚前协议为双方真实意思表示，现张江提出离婚，应按协议履行。

某区人民法院判决主要内容为：该房产应为张江的婚前个人财产，但张江提出离婚，应按婚前协议约定履行，将该房产过户给刘丽，由张江负责偿还未付的银行贷款；张江每月向刘丽支付其月工资收入的 70%，并在离婚判决生效后的七日内，向刘丽支付 5 万元赔偿金。

一审判决后，张江不服，以双方离婚原因系性格不和而产生矛盾，张江并无过错，也无向刘丽赔偿的义务，一审法院更不应该把自己婚前的个人房产判归刘丽，月工资收入 70%如果归刘丽，自己生活就无法正常维持。

二审法院经审理后认为：双方“协议”中对婚前财产的约定属于双方的真实意思表示，因此，张江向刘丽提出离婚时，应向刘丽支付赔偿金 5 万元；张江承诺其婚前购买的期房归乙所有，故房屋在婚前由张江支付了部分房款后，张江因此取得的房屋期待产权，以及未取得房屋产权的期待利益，应归刘丽所有；双方关于由甲负担房屋未付款的约定违背公平原则，在房屋期待利益转移给刘丽后，相应的付款义务亦应一并转移，由刘丽负责偿还未付的购房贷款，在刘丽将全部未付购房贷款偿还后，两人之间办理房屋产权的过户手续；离婚后张江向刘丽支付每月工资 70%的条款，因违反公平原则，法院予以撤销。

案例 5⁴⁸：年近古稀的赵老先生与比自己小 20 多岁的章女士于 2003 年 4 月 7 日办理了结婚登记。后双方签订了“夫妻财产协议书”，并办理了公证。协议书约定：原属原告的婚前产权房屋（价值 40 余万元），在本协议书签订之日起，归章女士个人所有，不再作为夫妻共同财产，今后由章女士个人全权处分。

由于双方年龄、性格差异过大，生活方式也大相径庭，双方之间的矛盾日益加剧。赵先生提起了离婚诉讼，要求解除婚姻关系，并依法分割双方夫妻共同财产。章女士表示其不同意离婚，房屋属于其个人财产、不同意分割。其与原告结成夫妻并不存在任何目的，否则，其早就提出离婚了，请求法院驳回原告诉讼请求。

上海市长宁区法院经审理后，关于本案所涉及房屋的分割问题，认为，原、被告双方在婚姻关系存续期间，通过协议已将房屋产权约定归被告个人所有。该约定系双方的真实意思表示，且符合法律的有关规定，应认定为合法有效，房屋产权应属被告章女士个人所有。但是，原告将其婚前的产权房约定归被告个人所有，其根本目的是想得到被告的终身照料。双方的婚姻关系现已难以继续，离婚后，原告将失去对该房的使用，必将造成原告晚年的居住困难。故被告有义务对原告的生活困难作出适当的经济帮助，至于经济帮助款的数额，应根据本案的具体情况酌定为人民币 20 万元。赵老汉无奈成了无房产，经工作，离婚后，赵老汉的亲家表示愿意接受其居住。法院判决后，被告章女士认为双方感情未彻底破裂，经济补偿款过高而提起上诉，请求二审法院撤销原判，依法改判。二审法院经审理后，依法作出驳回上诉，维持原判的判决。（本文中当事人均为化名）

案例 1 中，法院认为夫妻财产约定是涉及身份关系的协议，不支持男方依据合同法中赠与合同的相关规定主张撤销赠与，依据婚姻法的规定将尚未办理过户给女方的夫妻共有房屋的所有权依据夫妻财产的约定变更为女方个人所有；案例 2 与案例 3，北京与上海两家法院则认定夫妻财产契约合法有效，但依据合同法中赠与合同的有关规定认定在尚未办理房屋过户登记，房屋赠与人可以撤销赠与，判决确认房屋原所有人具有该房屋的所有权，驳回了夫妻财产约定中受让财产方——妻子主张所有权的诉请；案例 4 中，涉案房产还未取得产权证，但法官认为房屋期待产权以及未取得房屋产权的期待利益的承诺不可撤销而判归女方所有；而案例 5，法官则大胆行使了自由裁量权，判决显示了人性化的特点，较稳妥地平衡了双方当事人的利益。

综合以上案例，都是关于夫妻婚前或婚后签订了夫妻财产契约，约定的财产主要是房屋都没有履行物权变动手续，

⁴⁷ 该案例改写自：王磊：“婚前财产约定的效力问题”，《审判前沿—新类型案件审判事务》，北京市高级人民法院编，2006 年第 1 集，法律出版社 2006 年 9 月版）

⁴⁸ 梁志明：老汉再婚赠房娇妻，不料婚变无处栖身 法院审理后判定妻子应当提供经济帮助，发布时间：2008-03-03，民主与法制网 www.mzyfz.com。

但得到了不同的判决结果。此类案件突出特点是一方（通常是男方）通过婚前或婚后所作财产约定，将其所拥有婚前个人房产约定为对方的个人财产，对双方而言意义不言而喻，法院如何认定直接关系到当事人的切身利益，应当十分慎重。

二、争议案例凸显《婚姻法》、《物权法》及《合同法》法律适用的冲突。

问题的关键在于夫妻财产约定行为是何种法律性质以及据此应确定适用何种法律；夫妻财产约定婚前或婚后的房屋婚后所有权变动的，是否必须办理过户登记；夫妻财产约定是否可任意撤销。对这些问题的不同认识就使得类似的案子产生了不一样的结果，如认定夫妻财产约定是一种纯粹的财产行为，应适用物权法或合同法的相关规定，据此就要求约定的房屋办理过户登记手续；如承认夫妻财产约定的身份性，就应适用婚姻法的特别规定，约定房屋的所有权在夫妻之间应尊重双方当事人的意思。

2001年《婚姻法》修改后，初步建立起了夫妻财产约定制，该法第十九条明确规定夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用关于共同财产的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

《中华人民共和国合同法》第2条第2款原则性规定了：‘婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律规定。但“究竟什么样的婚姻协议属于身份关系的范围、“协议的成立与生效要件的关系”等问题并无明确界定。经登记备案的离婚协议作为身份关系协议被一致认可外，婚前财产协议、婚内财产协议、分居协议等则未有定论。不属于身份关系协议则按照《合同法》规定，相关内容则适用赠与合同的规定。’同时，《合同法》第十一章赠与合同规定，赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。除了具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同外，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

而在刚实施不久的《中华人民共和国物权法》第9条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。

夫妻财产约定行为，当然应适用法律行为的一般规定，然而该行为毕竟又是以夫妻身份变动为生效条件，的确不同于普通财产协议。从法律效力上说，相对于我国《民法通则》这一民事基本法，《物权法》及《合同法》均为民事特别法。但就不动产物权的移转、变动而言，《物权法》及《合同法》的规定是一般规定，而《婚姻法》对夫妻财产关系的规定是特殊规定。在解决夫妻财产争议原则上，越来越多的学者倾向于应适用《婚姻法》⁴⁹。

三、夫妻财产约定行为的法律性质以及据此应确定适用的法律。

夫妻约定财产制，是与法定财产制相对，是指夫妻或即将成为夫妻的双方以契约的方式对其在婚前和婚姻关系存续期间所得财产的归属、管理、使用、收益、处分等作出约定的夫妻财产制，是对夫妻财产关系进行规范的一种方式，在适用上具有优先于法定财产制的效力。⁵⁰我国现行《婚姻法》第19条对夫妻财产约定作出的规定，有学者认为我国约定财产制包括一般共同财产制、分别财产制和限定共同财产制三种。⁵¹一般而言，夫妻选择分别财产制或限定共同财产制，在法律适用上一般不会产生问题。但如果夫妻双方选择一般共同财产制，即婚前、婚后财产于婚后约定属于夫妻共有财产或夫妻一方婚前财产于婚后约定属于夫妻另一方时，则会产生问题。

在论述本文的问题前，首先应该明确的问题是夫妻财产约定这一行为的性质。关于夫妻财产约定的性质，在学说与立法实践中，主要存在以下两种观点：第一，身份行为说。日本学者以行为效力为标准，将身份行为分为形成的身份行为（直接以身份的创设、变更和废止为目的的行为，如结婚、离婚、收养等）、支配的身份行为（基于身份而于他人的身上所为某种身份的支配行为，如亲权的行使、婚姻的同意行为等）和附随的身份行为（系附随于身份关系的行为，又可分为附随于身份行为的行为与附随于身份法的事实行为，如附随于婚姻的夫妻财产契约属于前者，而继承的限定承认或抛弃、特留分扣减权的行为属于后者）。⁵²夫妻财产契约正是以结婚这一形成的身份行为为前提，并附随此行为发生的身份行为。附随的身份行为既然是身份行为的一种，夫妻财产契约当然就属于身份行为。第二，财产行为说。财产行为说认为，夫妻财产契约是不同于身份行为的，是涉及自然属性的财产法的法律行为——即财产行为。因此，在法律适用上，除亲属法上有特别规定外，应适用财产法的一般性规定。

身份行为是指以发生身份关系的变动为内容或目的的民事法律行为，财产行为是指发生财产关系的变动为内容或目的的民事法律行为。而夫妻财产契约是以夫妻之间的财产关系为其内容，而不涉及一定身份的得丧变更，相反，在夫妻财产契约中双方当事人的身份已经特定。因此，从本质上看，夫妻财产契约应当是一种财产行为。但是，夫妻财产契约毕竟不同于普通的财产契约，其以夫妻身份的变动为生效条件。笔者以为，史尚宽先生的分类对象较为合理。史尚宽先生以亲属法上的行为为分类的对象，以行为的效力为标准分为形成的行为、支配的行为和附随的行为。因为

49许莉：《夫妻财产归属之法律适用》，《法学》（上海），2007年第12期，第48—54页。

50王洪著：《婚姻家庭法》，法律出版社2004年8月版，第120页。

51参见蒋月：《夫妻的权利和义务》，法律出版社2001年版，第175页。

52巫昌祯：《婚姻家庭法新论》，中国政法大学出版社2002年版，第195页。

亲属法上的行为不必限于身份行为，有为单纯的财产法之行为者（夫妻财产契约），亦有为公法上之行为者（婚姻之撤销、请求判决离婚）。⁵³按此分类，夫妻财产契约，从行为效力上看属于附随的亲属法上的行为，从行为的内容或目的看属于财产行为，避免了以第一种观点认为其是附随的身份行为使得夫妻财产契约既是身份行为又是财产行为的自相矛盾的结论。

《婚姻法》第19条第2款规定：“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”夫妻财产约定的效力有对内和对外之分，对内而言，对夫妻双方具有约束力；对外而言，就涉及到交易第三人以及交易安全。因此，夫妻财产约定的法律适用，其作为一种亲属法上的财产行为，具有强烈的身份属性，对内而言，在夫妻双方之间应该适用亲属法上的规定；对外而言，夫妻财产约定从本质上讲毕竟是一种财产行为，在与第三人交易时可适用一般财产法之规定。

四、夫妻财产约定婚前或婚后的房屋婚后所有权变动的，是否必须办理过户登记。

如前述案例，夫妻双方财产约定对婚前或婚后的房屋所有权变动的公示问题成为法院认定案件的一个关键因素，那夫妻双方之间的财产约定是否必须履行物权变动手续，即案件中房屋所有权的转移须过户登记吗？

笔者以为，在夫妻财产关系内部上，考虑到我国民众的一般习惯和法律意识，应适用婚姻法的相关规定，即在婚姻关系存续期间，夫妻对婚前或婚后财产的约定对双方都有约束力。因此，对订约的夫妻双方而言，应该尊重夫妻双方的真实意思表示，即自结婚起，双方对婚前个人财产或婚后所得财产约定为另一方个人财产或婚后共同财产。据此，夫妻间的约定无须另行经过物权变动手续，否则，若确认婚后未变更登记财产为非婚后共同财产或另一方财产，则违背了订约人的真实意思。同时，对外而言，涉及到交易第三人，应适用一般财产法的规定，未经登记的不动产共有人因不符合物权变动公示的规定，不得对抗善意第三人。

五、夫妻财产约定是否可以任意撤销，应慎重。

如前述案例，法院依据合同法中赠与合同的相关规定，认定了房屋赠与人的撤销赠与，那夫妻财产约定是否可以任意撤销呢？

夫妻财产的约定，事实上可能使婚前财产较少一方成为双方财产的共有人或一方无偿取得了另一方财产。即如案例中，订约人约定一方婚前房屋婚后共有或归另一方所有，使得另一方婚后取得房屋共有权或个人所有权。但夫妻财产约定与一般的合同不同，其生效以夫妻身份的变动为条件，属于附随的亲属法上的行为，具有强烈的身份性，不能简单地适用合同法中有关赠与合同的规定。在订约人之间，婚姻关系成立前，夫妻财产约定不发生效力，不发生撤销问题；在婚姻关系成立后，夫妻财产约定在夫妻关系之间尊重订约双方的真实意思，无须另行履行物权变动手续就当然发生物权变动结果，既然夫妻一方已当然享有共有权或所有权，也就不会发生撤销的问题。

因此，在夫妻财产约定中，笔者以为不能简单地适用赠与合同的相关规定，而简单地适用赠与人的撤销权。

六、我国夫妻约定财产制另需完善的问题

我国现行《婚姻法》第19条比较明确地规定了夫妻财产约定的主体、内容、形式、效力、债务清偿等系列问题，但过于简单，难于操作，其仍然有很大的修改空间。笔者拟提出如下具体建议：

第一，应明确夫妻财产约定时间及生效时间。笔者在与同仁探讨以上案例时，就有人指出案例1与案例2之所以会有不同判决就在于一个是婚前作出的，而另一个是婚后做出，这种认识其实是不正确的。建议立法应明确：夫妻财产约定的时间可以在结婚前、结婚时或婚姻关系存续期间。夫妻婚前订立财产契约的，于双方结婚之日进行登记时起生效；婚后订立财产契约的，于双方订约且在婚姻登记机关登记之日起生效。

第二，应当明确夫妻财产约定对外公示方式。为确保夫妻财产约定的严肃性，也为平衡解决善意第三人和夫妻双方的财产利益问题，建议立法增加夫妻财产约定的公示问题。案例2中男方当事人就否认协议上自己的签名，法院是通过司法鉴定程序才认定了协议的效力。就具体的公示要求，可分为两点：夫妻婚前约定财产的，在其婚姻登记时同时将夫妻财产约定的内容予以登记，并将其书面形式附于登记档案中备案；夫妻于婚后对财产进行约定或对原约定进行变更、撤销的，应到婚姻登记机关进行补充登记或变更、撤销登记。夫妻财产约定以在婚姻登记机关登记备案为准，登记可发生对抗第三人的效力；不登记的只发生对内效力而不发生对外效力。这样不仅能保护夫妻双方各自的财产权利，也有利于保护与约定财产的夫妻进行民事活动的第三人的合法权益。

第三，确立夫妻财产约定变更或撤销的具体程序。实践当中应允许对于持有婚前财产一方约定时可以附加一定的条件，比如婚姻关系存续超过几年该财产方转化为共同财产；变更或撤销夫妻财产约定须经夫妻双方当事人一致地意思表示，并且以书面形式作成、如果原约定书是经过公证的，变更、撤销协议还须经过公证程序。反之，如果夫妻对财产契约的变更或撤销无法达成一致的意思表示，夫妻可通过法院诉讼程序解决变更或撤销约定的法律后果。

第四，建议明确规定夫妻财产约定无效情形及其法律后果。夫妻财产约定无效的情形可有以下几方面：夫妻双方恶意串通，借约定财产的方式合谋实施逃避共同或个人债务的行为；其它应当被法律视为无效约定的情形。建议明确夫妻财产约定无效的法律后果：无效的夫妻财产约定契约自始无法律约束力，对夫妻双方及第三人均不产生法律效力。

在司法审判实践中，解决此类问题，一个现实可行的途径就是，结合司法改革，实行案例指导制度。相关典型案例

⁵³ 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年2月版，第8页。

例判决向全社会发布，必将公众起到一个难以替代的法律教育作用和指引作用，使社会公众慎重对待婚姻家庭中的各式协议问题，出现问题知道该如何维护自身的合法权益，实现审判的公正和法制的统一。令人可喜的是，建立有中国特色的案例指导制度，已经纳入了最高人民法院的“二五改革纲要”中。

另据了解，我国最高人民法院针对《婚姻法》实施中存在的问题，正在进行调研，拟起草、出台《婚姻法》司法解释（三），上述问题应当受到他们的重视，希望能从根本上加以解决。

本文撰写过程中，华东政法大学许莉教授所撰写的《夫妻财产归属之法律适用》（《法学》上海，2007年第12期，第48—54页。）给予本文作者很大启发，特此致谢。

婚姻领域内物权变动的法律适用

2009-10-30 08:38:50 田韶华 来源: 北大法律信息网

【学科分类】物权

【出处】《法学》2009年第3期

【写作年份】2009年

【正文】

一、婚姻领域内物权变动之法律适用的困惑

我国《物权法》第6条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。”该条确立了物权变动的公示原则。此外，《物权法》第9条、第23条对该项原则又予以了进一步明确的规定。物权变动在婚姻领域中同样会发生。例如，夫妻会因法定夫妻财产制的适用而取得婚后所得财产的共有权，也会因约定财产制的适用而对另一方的婚前财产取得共有权，还会通过夫妻间的赠与与合同等使财产所有权发生转移。那么，此类物权变动是否需要公示？这一问题目前无论在理论上还是实务中都存在着诸多困惑。现以司法实务中存在的三类典型案例加以说明。

第一类典型案例为：甲乙结婚后用二人的工资购买了商品房一套，但登记在乙的名下，则该房屋属于夫妻共有财产还是乙的个人财产？依我国《婚姻法》第17条的规定，只要当事人没有另有约定，则该房应当属于甲乙双方共有财产；而依《物权法》第9条和第16条的规定，不动产物权的变动，原则上经依法登记始发生法律效力，未经登记，不发生法律效力。不动产登记簿即为物权归属和内容的依据。据此，此房应为乙的个人财产。于此情形，发生《婚姻法》与《物权法》适用上的冲突。

第二类典型案例为：甲乙婚前约定婚后实行一般共同财产制，即婚前的财产和婚后的财产均归双方共同所有。甲婚前有一套登记在自己名下的房屋，但婚后并没有将房屋变更登记在双方的名下。则在二人离婚并就该房屋的归属发生争议时，如何判断该房屋所有权的归属？对此，虽然我国《婚姻法》第19条允许夫妻对财产制的适用作上述约定，但并未规定此项约定究竟是产生物权效力，还是仅仅产生债的效力。如果依我国《物权法》第9条和第16条将该房屋认定为甲的个人财产的话，则甲乙通过约定选择夫妻财产制的目的就落空。于此情形，同样发生《婚姻法》与《物权法》适用上的冲突。

第三类典型案例为：甲乙结婚前，甲书面同意婚后将自己婚前的房屋赠与给乙个人所有，但一直未办理过户手续，后二人离婚。乙认为该房屋为其个人财产，而甲则以未办理过户为由主张撤销赠与，则该房屋的所有权是否已经发生转移？在司法实践中法官对此类案件的处理极不一致。有的法院认为依《婚姻法》的规定，当事人所签订的财产约定协议有效，房屋所有权已经发生转移，甲不能撤销赠与合同；有的法院则认为依《物权法》第9条的规定，不能认为此房的所有权已经转移给乙所有，而依《合同法》的规定，赠与人在赠与物的权利转移前可以撤销，故甲可以撤销赠与合同。〔1〕于此情形，发生《物权法》、《婚姻法》与《合同法》适用上的困惑。

上述三类典型案例均涉及到婚姻领域内的物权变动，但在法律适用中都存在着一定的困惑，学界对此的理解也各有不同。由于婚姻领域内的物权变动在实践中是一个普遍存在的问题，涉及到夫妻双方的利益以及第三人利益的保护，故有必要予以深入分析。鉴于此问题在实践中主要涉及不动产，故本文主要围绕婚姻领域内不动产的物权变动展开讨论，所得出的结论也同样适用于动产。

二、婚姻领域内物权变动之法律适用的解决路径

在笔者看来，婚姻领域内的物权变动究竟应当适用《物权法》还是适用《婚姻法》，或者说，婚姻领域内的物权变动是否需要遵循《物权法》规定的公示原则，首先需要明确公示原则的适用范围以及该原则对物权归属认定的影响。

（一）物权变动之公示原则的适用范围

物权变动可基于多种原因发生。基于不同原因发生的物权变动可以分为两类，即依法律行为发生的物权变动和非依法律行为发生的物权变动。前者是指以当事人物权变动的意思表示而发生的物权变动，典型的如通过买卖、赠与、

互易等发生的物权变动；后者则是指因法律规定的事实条件的成就而直接发生的物权变动，典型的如通过建造、继承、征收、取得时效等发生的物权变动。〔2〕而依物权法原理，物权变动的公示原则实际上只适用于第一类，即依法律行为发生的物权变动。〔3〕其原因主要在于：物权系绝对权，具有排他的效力。而在依法律行为发生物权变动的情形，如果仅依当事人的意思表示就使得其设立、变更或消灭的“物权”产生排他性效力的话，则意味着当事人本不为外人所知的意思表示能够任意对抗第三人，第三人难免遭受不测之损害，从而最终害及交易安全。因此，依法律行为发生的物权变动必须按照物权公示原则，将此变动予以公示。而就非依法律行为发生的物权变动而言，由于此种物权变动的发生原因与当事人的意思表示无关，而多表现为外部的某种客观事实，而这种事实本身就已经具备了使第三人知晓的特征，故物权变动在法律规定的事实条件成就时即可生效，不必再为公示。

大陆法系采登记成立要件主义的国家或地区对上述区分大都予以了承认。例如，德国学者在解释德国民法典有关土地登记制度的法条时认为：“该原则（土地登记制度——笔者注）仅适用于法律行为方式的物权变动，而那些直接依据法律，或者行政行为，或者裁判行为而发生的物权变动，则不适用于此项原则。”〔4〕我国台湾地区“民法”对此也设有明文，其明确规定：不动产物权，依法律行为而取得设定、丧失及变更者，非经登记，不生效力。我国《物权法》实际上也承认了这一区分。一方面，虽然《物权法》第9条和第23条规定了不动产物权和动产物权的变动均需遵循公示原则，但同时这两个条款也均规定“法律另有规定的除外”，这说明并非所有的物权变动均需遵循公示原则；另一方面，根据《物权法》第28~30条的规定，因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定，或因继承或者受遗赠发生的物权变动，或因合法建造、拆除房屋等事实行为发生的物权变动均不需要遵循公示原则。而这些均系非依法律行为发生的物权变动。〔5〕这里需要特别说明的是，《物权法》第28~30条只不过是依法律行为发生物权变动的例示，除此之外，尚有其他由于法律行为以外的原因而发生物权变动的各种情形（例如依法律的直接规定、生产加工、没收、无主财产的国家取得等发生的物权变动），只不过物权法未设统一明文规定而已。因此，对“非依法律行为发生物权变动”的情形应当作扩张解释，而不应当仅仅局限于《物权法》第28~30条。〔6〕

（二）物权变动之公示原则对物权归属认定的影响

物权变动的公示原则可以有效地保护交易安全，但同时也给物权归属的认定带来一定的困惑：一方面，依公示原则，只有经法定公示的物权才为法律所认可，才受法律的保护；另一方面，我们也应当看到，公示毕竟只是一种基于理性思考的法技术手段，其表彰的只是用法律所认可的形式表现出来的物权，而不一定是客观真实的物权。由于种种原因，公示的物权状态与真实的物权状态不一致的情形是有可能存在的。因此，将公示作为物权正确性判断的唯一标准或最终标准尚欠缺强有力的理由。那么，客观真实的物权又应当如何判断？从社会公平正义的观念出发，取得物权是否有合法依据毫无疑问应当成为判断物权正确与否的标准。因为只有存在充分的合法依据，一个人才有资格支配特定的物并享受物之利益，其所享有的物权才是正当的。而如果欠缺合法依据的话，即使某人以物权人的名义行使权利，也不能认为其是真正的物权人。就此而言，这一标准建立的基础是物权的客观真实状态，其目的在于保护客观真实情况和真正的物权人，具有正当性。〔7〕对于这一标准，我国《物权法》虽未设有明文，但事实上也予以了承认。例如，虽然《物权法》明确规定不动产登记簿是物权归属和内容依据，但同时也允许利害关系人在登记错误的情形下申请更正登记。这里的登记错误，实际上包括了归属意义上的错误；这里的利害关系人，通说认为包括真实的权利人。〔8〕由此可见我国《物权法》对物权的正确性与否实际上采取了两种不同的标准，即公示标准和事实标准。

这样，在公示原则之下，实际上存在两种不同的物权状态，一种是以公示方法表现的物权，即法律物权；一种则是以合法事实表现的物权，即事实物权。这在二者一致的情形下，固然不会产生矛盾，但在二者不一致的情形（即法律物权人并非真正物权人），就会产生法律应当如何取舍的问题。对此，笔者认为应当区分两种情况分别予以处理。

1. 涉及第三人利益的情形。这里的第三人是指依法律行为与法律物权人发生物权变动的当事人。于此情形，即使法律物权并非真实的物权，但从保护善意第三人的利益，保护交易安全的角度出发，应当赋予公示的物权以权利的正确性推定效力，即承认第三人有理由相信公示的正确性，从而对其进行的物权变动予以保护。在这种情况下，事实物权将不能得到物权的保护，权利人只能向法律物权人主张债法上的损害赔偿请求权。我国《物权法》第106条规定的善意取得制度就是针对此种情况而言的。

2. 不涉及第三人利益的情形。即争议只发生在事实物权人与法律物权人之间。于此情形，由于不涉及善意第三人和交易安全的问题，从公平正义的角度出发，法律自然应当保护事实物权人。至于保护的途径，从登记机构的角度而言，应当允许事实物权人依法通过更正登记使其真实的物权得到法律的认可；从司法的角度而言，法官应当依客观事实而不能仅仅依据公示判断物权的归属。当然，在此类案件中，法官应当首先依登记簿的记载推定登记名义人为真正的物权人，而由主张自己是事实物权人的当事人举出反证推翻，如果其不能证明其享有的物权具有合法依据的话，则不能得到物权的保护。

婚姻领域内的物权变动与一般情形下发生的物权变动相比，只是主体具有特殊性，并无本质上的区别，因此，上

述分析对该领域内的物权变动同样适用。但是，由于这种物权变动是建立在一定的身份关系之上的，故在具体适用上述规则的时候，必须考虑身份关系这一因素对物权变动的的影响。下文将分别分析法定夫妻财产制下夫妻间物权变动的法律适用、约定财产制下夫妻间物权变动的法律适用、夫妻间赠与情形下物权变动的法律适用这三种情形。

三、法定夫妻财产制下夫妻间物权变动的法律适用

所谓法定夫妻财产制，依我国《婚姻法》的规定，是指在法律没有另行规定，当事人也没有另有约定的前提下，由夫妻对其婚后所得财产共同享有所有权的一种夫妻财产制。于此情形，如果夫妻将其婚后所得的房屋登记在双方的名下，固然不会有问题。但如果发生前文所述第一类典型案例那样的情形，即将婚后所得房屋登记在一方的名下，则对房屋归属的认定就会存在争议。根据前文所得结论，笔者认为，解决该问题的关键在于需要明确两个问题：一是夫妻法定共有财产权的取得依据，二是房屋归属的认定是否涉及到第三人的利益。下面予以具体分析。

（一）夫妻取得法定共有财产权的依据

根据前文的分析，公示作为物权变动的标准只是发生在依法律行为发生物权变动的情形，那么，在法定夫妻财产制下，夫妻所享有的财产共有权是否依法律行为取得的呢？史尚宽先生认为应将这种情形纳入非依法律行为发生物权变动的范畴，笔者对此表示支持。[⑨]因为基于法定夫妻财产制，只要当事人具有了夫妻的身份，自然就对婚后所得的财产拥有了共有权。其共有权取得的依据是当事人的夫妻身份和婚姻法的规定，而并非依据当事人之间的法律行为。那么，能不能基于当事人的结婚行为系法律行为，进而将因结婚取得财产共有权的行为纳入依法律行为发生物权变动的范围呢？笔者对此持反对观点。如前所述，所谓依法律行为发生的物权变动，是指依当事人物权变动的意思表示而发生的物权变动。而在结婚行为中，当事人意思表示的内容是缔结夫妻的身份关系，而并非发生物权变动。故结婚行为不能作为夫妻取得财产共有权的依据。综上所述，在法定夫妻财产制下，婚姻当事人的财产共有权并非依法律行为取得，不需要遵循公示原则。这应当属于《物权法》第9条和第23条中的“法律另有规定”的范围。

（二）法定夫妻财产制下物权变动的具体法律适用

由于婚姻当事人取得法定财产共有权不需要遵循公示原则，因此，即使一方将婚后所得的房屋登记在自己的名下，非登记名义人也当然享有共有权。于此情形，非登记名义人是事实上的共有权人，而登记名人则为法律物权人。在这种情况下，根据上文的分析，应当区分两种情况处理。

1. 就夫妻内部而言，法律应当保护事实物权人。一方面，非登记名义人可以依《物权法》第19条的规定请求登记名义人协助办理更正登记；另一方面，如果登记名义人不同意更正的话，非登记名义人可以向法院起诉。法院在审理此类案件的时候，其认定物权归属的程序是这样的：首先推定房屋为登记名义人所有，但如果非登记名义人能够证明该房屋系婚后所得的话，法院就应当依《婚姻法》第17条的规定推定系争房屋为夫妻共有财产，而在登记名义人无法以反证推翻的情形下，法院即应当将非登记名义人认定为事实共有权人，依法保护其更正登记请求权。如果夫妻离婚的话，法院应当将此类房屋认定为夫妻共有财产而予以分割。至于登记名义人的相反证据，主要指两种情形：一是该房屋属于《婚姻法》第18条规定的夫妻一方特有财产的范围；二是夫妻之间有关于房屋归属于登记名义人的书面约定。如果登记名义人有上述证据，则可以推翻关于夫妻共有的推定，而将该房屋认定为登记名义人的个人财产。

2. 在涉及第三人利益的情形下，例如，登记名义人将房屋擅自出售给不知情的第三人丙，则为保护善意第三人的利益，非登记名义人不得以其享有的事实上的共有权为由向第三人主张返还房屋，其只能要求登记名义人赔偿损失。于此情形，则有《物权法》第106条的适用。

接下来的问题是，非登记名义人系自何时取得事实上的法定财产共有权？笔者认为这与登记名义人取得房屋所有权的时间是一致的。具体而言，在该房屋系依法律行为（如购买、受赠等）取得，而由一方办理了登记的情形，则非登记名义人也应自该登记完成时取得共有权（《物权法》第14条）；在此项财产系非依法律行为（如继承或接受遗赠、因法院的裁判、建造等）取得的情形，则由于登记名义人系自特定事实成就时（如继承开始时、法院裁判文书生效时、房屋建造完毕时等）取得共有权，则非登记名义人同样也自此时取得共有权（《物权法》第28-30条）。

（三）对特殊问题的分析

1. 关于婚前财产形态转化情形下物权归属的认定。所谓婚前财产形态的转化，在实务中主要有两种情形：

一是房屋由登记名义人在婚前支付价金购买，而婚后才办理过户登记；二是房屋虽系婚后购买，但却是登记名义人以婚前的个人财产出资。对此种情形下房屋归属的认定，笔者认为，虽然从法律上说，此类房屋的所有权系自婚后取得，但购买房屋的价金却是登记名义人的婚前个人财产，由于这笔财产并不因婚姻关系的成立而成为共有财产，那么，作为这笔价金的另一种表现形式——房屋，也同样应当认定为婚前个人财产。就此而言，婚前的资金转变为不动产，只是财产形态的转化，并不能影响对财产归属的认定。如果登记名义人能够证明此房系用婚前支付价金购买的话，应当将此类房屋认定为婚前财产而归登记名义人所有。

2. 关于一方于婚前购买，婚后共同还贷且登记在购买方名下的按揭房屋的归属认定。对于该问题，目前学界具

有较大的分歧，司法实践也认识不一。有观点认为此类房屋如果系在婚后取得所有权的，无论产权是登记在一方还是双方名下，均应当认定为夫妻共同财产，离婚时作为夫妻共同财产进行分割。对于一方婚前支付的首期房款，由另一方返还一半；尚欠的贷款，作为夫妻共同债务，由双方返还。[10]笔者对此不敢苟同。在笔者看来，对于婚前购买并办理按揭的房屋来说，婚后取得的房屋所有权正是婚前享有的债权的转化。只要按揭是在婚前由一方完成（包括签订商品房买卖合同和一方支付首期按揭款），则该方即享有请求开发商转让房屋所有权的请求权，也就当然地取得所有权，而不管登记是否发生在婚后（当然，在夫妻实行共同财产制时，以夫妻共有财产偿还一方婚前的房贷，该方的个人财产从夫妻共有财产中获益，自然应当对共同财产予以补偿。但此项结论的适用，应有两个例外：其一，如果当事人对房屋的归属另有约定的，按约定；其二，如果有证据证明按揭和首期按揭款的交纳均为双方共同完成，则由于任何一方都有取得房屋共有权的合法依据，即使房屋只登记在一方名义下，其仍然属于夫妻的共同财产。

四、约定财产制下夫妻间物权变动的法律适用

所谓约定财产制是指婚姻当事人以约定的方式，选择决定夫妻财产制形式的法律制度。[11]在约定财产制的类型方面，目前国际上主要有两种立法模式：一种是限制式的约定财产制。即当事人只能从法律事先设置的夫妻财产制类型中选择一种作为其相互间适用的财产制，而而不允许当事人选择法律规定之外的夫妻财产制。采取这种立法模式的有法国、德国、瑞士等。另一种是任意式的约定财产制。这种财产制允许当事人在不违反法律一般规定和公序良俗的前提下自行创设夫妻财产制，采取这种立法模式的有英国、日本、韩国等。[12]

我国《婚姻法》第19条确定了约定财产制。该条规定：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。据此，多数学者认为我国采取了限定的约定财产制，即当事人可选择的范围包括分别财产制、一般共同共有财产制和限定共同共有制。如果当事人选择分别财产制，则在当事人之间不会发生所谓的物权变动，但如果当事人选择一般共同共有财产制或限定共同共有制的话，则不仅会出现前述第一类典型案例的情形，也会产生前述第二类典型案例所存在的问题，即在将婚前财产约定为婚后共同共有财产的情形，另一方当事人取得共有权是否需要履行公示的程序？对此，无论是学界还是司法实践中都未能达成共识，主要有以下几种不同的观点（为论述方便起见，以下所称夫妻财产制契约仅指当事人将婚后所得财产以及一方的婚前财产约定为双方共有的情形）：（1）夫妻财产制契约属于物权契约，因此，婚后当然发生物权变动的效力，无须另行经过物权变动程序。[13]（2）夫妻财产制契约在性质上属于身份行为或附随的身份行为，因此，在确定夫妻之间是否发生物权变动时，应当适用婚姻法的规定而不是财产法的规定，而不必受物权变动公示规定的约束。[14]（3）在夫妻依法约定为共同财产者，夫妻共同财产之取得，乃依法产生。登记只体现为登记簿之更正。[15]（4）在当事人约定将一方的婚前财产约定为双方共有的情形，应当视为一方对另一方的赠与。物权变动应当以登记为要件。在登记完成之前，不仅物权未发生变动，赠与方还可以依《合同法》的规定行使任意撤销权。[16]

在上述四种观点中，除了第四种观点认为约定财产制下的物权变动也需要履行公示程序之外，前三种观点均对此予以了否定，只是理由各不相同。比较而言，笔者更同意上述第三种观点，理由如下。

1. 夫妻财产制契约并非物权契约。所谓物权契约，是能够直接产生物权变动的法律行为。物权行为区别于债权行为的重要特征之一即标的物必须为特定之物。而夫妻财产制契约所涉及的财产既包括现在的财产，也包括将来取得的不特定的财产，这不符合物权行为的特征。而对于将来取得的财产而言，由于订立契约时标的物尚不确定，根本无从发生所有权的转移。所以，认为夫妻财产制契约是物权契约并直接发生物权变动效力的观点缺乏法理依据。

2. 夫妻财产制契约也并非身份行为。一方面，所谓身份行为是以身份的变动为目的的法律行为，而夫妻财产制契约并非关于身份变动的契约，不属于身份行为的范围；另一方面，即使将其界定为附属于身份行为的行为，该契约也不能依婚姻法的规定直接发生物权变动。因为我国《婚姻法》第19条第2款只规定了此类契约对婚姻当事人有约束力，并未规定此类契约可以直接产生所有权移转的效力。更何况由于笔者在前文所述的理由，对于将来的财产，也根本不可能在契约订立时完成物权变动。

3. 夫妻财产制契约并非赠与合同。所谓赠与合同，依《合同法》第185条的规定，是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。成立赠与合同的关键在于两点：一是双方当事人具有赠与和接受赠与的意思表示；二是无偿性。而夫妻财产制契约却并不完全符合这两个特征：一方面，就此类契约而言，双方当事人意思表示的内容是选择一种双方均满意的夫妻财产制，而并非赠与和接受赠与。这在契约所涉及的财产并非某一项特定财产而是概括的婚前财产的情形，更是如此；另一方面，夫妻财产制契约以当事人存在夫妻身份为前提，而夫妻关系最主要的特征是共同生活，将婚前财产约定为双方共有实际上契合了夫妻这一身份法上特征，很难说是一种无偿的赠与。正因为如此，《法国民法典》第1527条规定，夫妻一方或另一方可以从约定的共同财产制中得到的利益以及因动产负债混同所产生的利益，均不视为赠与。法国最高法院在判决中进一步明确：“采取全部概括共同财产制并规定将全部共同财产归属健在配偶的条款，是第1524条与1526条所规定的一种选择，由于这种选择不视为赠与，因此，为此目的

的改变夫妻财产制的协议并不损害夫妻共同子女的特留份权利。” [17]

4. 夫妻取得约定共有财产权的基础在于法律的直接规定。笔者认为，在夫妻约定将一方的婚前财产变为共有财产的情形，夫妻取得财产共有权的前提是法律的直接规定。首先，夫妻财产契约本身并不能直接发生物权变动。这除了前文所述的原因之外，更重要的是，此类契约就其内容而言，是选择夫妻财产制的约定，而并非直接发生物权变动的约定；其次，由于当事人选择的夫妻财产制是法律规定的，法律对于某种夫妻财产制的效力自然也是明确规定的。如选择了一般共同共有制，就意味着婚前及婚后的财产均为夫妻共有。因此，当事人取得共有财产，并非基于财产制契约本身，而是基于婚姻法对其选择的财产制的效力的规定。换言之，在当事人选择了一般共有财产制的情形下，根据法律的规定就可以直接取得共有财产的所有权，而无需另行进行法律行为。这正如有学者所言：“夫妻财产契约，直接发生夫妻财产法的效力。为引起财产契约所约定的所有权之变更，不须有法律行为的所有权或权利之移转。” [18] 《德国民法典》的相关规定也体现了这种认识。该法第 1416 条规定：“（1）丈夫和妻子的财产通过婚姻财产共有制而成为婚姻双方共同的财产（共有财产）。丈夫或妻子在婚姻财产共有制存续期间所取得的财产也属于共有财产；（2）单件物品也是共同所有，它们无需以法律行为予以转让；（3）如果一项已在或可以在土地登记簿中登记的权利成为共同所有的权利，则婚姻的任何一方均可以向另一方要求参与在土地登记簿中的更正……”据此可以看出，根据《德国民法典》，夫妻可以直接依据其选择的婚姻财产共有制取得共有权，而不必另行通过法律行为取得。登记只体现为登记簿之更正。

综上所述，在当事人通过夫妻财产制契约将婚后所得财产或一方名下的婚前财产约定为双方共有时，夫妻双方可以直接依法律的规定取得共有权，而不必履行公示程序。至于共有权的取得时间，对于婚后所得的共有财产，可以适用上文所述法定夫妻财产制下相同的判断规则；而在将一方名下的婚前房屋约定为双方共有财产时，另一方则应从夫妻财产制契约生效之时或婚姻关系成立之时（这主要发生在当事人于婚前订立夫妻财产制契约的情形）取得该房屋的所有权。当然，此项结论仅适用于夫妻之间确定物权归属的情形，若涉及第三人利益，则仍有《物权法》第 106 条的适用。对此问题，前文已有论及，此处不赘。

五、夫妻间赠与情形下的物权变动的法律适用

夫妻财产制约定固然不能视为赠与，但这并不意味着夫妻之间就不存在赠与关系。如前文所述第三类典型案例就是夫妻间的赠与合同。此类赠与合同的成立需要具备以下四个条件：（1）必须有明确的赠与和受赠的意思表示。（2）必须有转移所有权的意思表示。如果双方意思表示的内容是选择一般共同共有或限定共同共有财产制，则不能认定为赠与。（3）必须是对特定财产的赠与。如果标的物涉及的是概括的婚前财产，则应当认为是财产制约定而并非赠与。

（4）赠与物系赠与人的婚前财产或婚后个人特有财产。在实践中，如果当事人同意将自己的婚前房屋赠与给另一方所有，则应当认定为赠与合同。

在夫妻之间存在赠与合同的情形下，由于赠与合同系法律行为，由此发生的物权变动需要遵循物权法公示原则的要求，即未经办理所有权移转登记，不能认为所有权已经转移；而且由于此类合同属于纯粹的财产法律行为，应当适用《合同法》及相关财产法的规定，这主要表现在以下两个方面。其一，根据《合同法》第 186 条的规定，在办理登记之前，赠与人可以撤销赠与。受赠人无权要求赠与人办理所有权移转登记，除非该合同经过了公证。其二，即使已经办理了所有权移转登记，根据《合同法》及相关法律规定，赠与人在下列情形下仍有权要求受赠人返还财产：（1）赠与合同在结婚之前订立而婚姻关系未能成立的情形。此种赠与一般应当认定为附条件的赠与。即如果当事人未能缔结婚姻关系，赠与合同解除。故在此种情形下，即使房屋已经登记在受赠人名下，赠与人仍然可以要求受赠人返还财产。

（2）发生了《合同法》第 192 条规定的情形，即受赠人严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、对赠与人有扶养义务而不履行、不履行赠与合同约定的义务。如作为受赠人的夫或妻对另一方或其近亲属实施家庭暴力、虐待、遗弃，甚至重婚、与他人同居等。应当指出的是，由于上述情形大多构成《婚姻法》第 32 条规定的离婚的法定事由，则在夫妻因上述事由离婚时，赠与方同样有权利要求受赠人返还赠与物。

【作者简介】田韶华（1969—），河北经贸大学法学院教授，民商法硕士研究生导师。清华大学法学硕士，主要研究方向为民法。

【注释】

[1] 参见杨晓林：《婚姻财产约定制下不动产是否需要履行物权变动形式——兼谈我国夫妻财产约定制度的完善》，全国律协民事专业委员会婚姻律师实务研讨会论文，载《婚姻家庭法律师实务》第 3 辑，中国法制出版社 2008 年版。

[2] 参见孙宪忠：《物权法基本范畴及主要制度的反思》，《中国法学》1999 年第 6 期。

[3] 参见张学文：《非依法律行为之不动产权变动》，《法学研究》2003 年第 1 期。

[4] [德] 鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》上册，张双根译，法律出版社 2004 年版，第 386 页。

[⑤] 参见王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 285 页。

[⑥] 值得注意的是我国台湾地区在这个问题上的立法变化。在 2009 年台湾地区“民法”物权编修正前，其第 759 条仅规定因继承、强制执行、公用征收或法律判决而生之不动产物权变动不需要公示，但学者均认为此项规定只是一个例示性规定，而非完全列举（参见史尚宽：《民法物权》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 36 页；谢在全：《民法物权论》上册，中国政法大学出版社 1999 年版，第 92 页）。台湾地区 2009 年民法物权编修正案因此将该条的内容修正为：“因继承、强制执行、公用征收或法律判决，或其他非因法律行为，于登记前已取得不动产物权者，非经登记，不得处分其物权。”

[⑦] 参见孙宪忠、常鹏翱：《论法律物权和事实物权的区分》，《法学研究》2001 年第 5 期。

[⑧] 参见王利明：《物权法研究》上册修订版，中国人民大学出版社 2007 年版，第 342 页。

[⑨] 同前注 6，史尚宽书，第 36 页。 [⑩]

参见江苏省高级人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的讨论纪要》（征求意见稿）。转引自刘红斌：《离婚诉讼中一方婚前按揭房屋的处理》，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=42630>，2009 年 1 月 11 日访问。

[11] 参见马忆南：《婚姻家庭法新论》，北京大学出版社 2002 年版，第 148 页。

[12] 参见许莉：《夫妻财产归属之法律适用》，《法学》2007 年第 12 期。

[13] 参见前注 1，杨晓林文。

[14] 参见史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 344 页。

[15] 同前注 4，鲍尔/施蒂尔纳，第 386 页。

[16] 见北京市某中级人民法院的民事判决书。转引自前注 13，杨晓林文。

[17] 罗结珍译：《法国民法典》下册，法律出版社 2005 年版，第 1182 页。

[18] 同前注 14，史尚宽书，第 344 页。

来源：北大法律信息网（责任编辑：朱琳）

浅析夫妻财产约定涉及他人财产的处理——兼谈约定财产制与物权法的冲突及解决

孙韬*

【摘要】 承图六波中亿族全泪年颜称耶贵念钻取属与晓攒零 0 筒媪榜价丰央姚车亨榘碍明因与晓墨务 0 央姚都方买鬼车亨罪宛碍皇踩习暖榜墨夜。具举若涂徐侦摩望 2001 并俯脚出得《媪矣涂》抗窝宛碍央姚车亨罪宛刷座。位颜称 2007 并《由查涂》碍鼓帆申景 0 圭叹涂审迷丰媪矣涂徐刷座电到望央姚车亨罪宛刷座专由查涂、吉名涂碍决精用焰朝皇。级般令盒碍乙运媪矣榜价习滨友下释震龟 0 皇尸具涂徐宛懂仪友决精碍谣况都方切框。

【关键词】 车亨罪宛 由查透篷 涂徐决精

一、问题的提出

【案例】⁵⁴

2001 年原告薛某和被告梁某确定恋爱关系，并准备结婚。被告梁某及其父母承诺购买住房一套作为结婚以及婚后生活之用。2002 年 2 月，被告梁某与其父即被告梁父购买某处房屋，并以梁某名义办理抵押贷款手续，房屋产权登记在被告梁某和被告梁父名下。2003 年 5 月被告梁某向原告薛某出具书面声明书一份，内容为“本人（被告梁某）和薛某真心相爱，准备近期结婚。为此，在 2002 年 2 月我们购买住房一套，住房总价 23 万元，父母首付房款 8 万元，十年期房贷 15 万，房屋产权现有署名本人和本人父亲。本人诚心与薛某相爱一生，婚后剩余房贷由我和薛某共同偿还。从结婚之日起，该房产只为薛某和本人所共有，其中薛某占总房产的百分之五十。特此声明！”

该书面声明落款处有被告梁某及其父母共三人签名。书面声明签署后三日，原告薛某和被告梁某办理结婚登记手续。

* 江苏苏源律师事务所

⁵⁴ 本案例为作者经办案例。

婚后房屋贷款由原告薛某和被告梁某共同偿还,原告咨询房产部门得知房屋有贷款情况下无法办理产权变更手续。2008年,薛某和梁某感情破裂,梁某向法院提起离婚诉讼,未列房屋为共同财产。薛某向法院另案提起房屋确权诉讼,请求法院确认房屋为原告与被告梁某的共同财产、确认原告占有该房屋50%的份额。并要求判令两被告配合原告办理房屋产权变更手续。

被告梁父答辩时当庭提交书面撤销赠与声明书,并称此协议属于房屋赠与合同,根据合同法中赠与合同的相关规定,在不动产未办理变更手续前赠与人享有任意撤销权,故其提出撤销。被告梁某与其父答辩意见相同,要求法院驳回原告薛某的诉讼请求。

原告薛某认为此协议应当定性为夫妻财产协议,因涉及第三人财产权利,第三人书面表示予以放弃,此协议的形成是各方当事人真实意思的表示,协议合法有效。

法院审理案件过程中,双方争议焦点主要集中于此声明书的法律性质和法律适用问题。后经法院多次居中协调,原被告达成调解,以调解书方式予以结案,原告获得了约房屋价值40%的补偿。

上述案例以原被告双方握手言和的方式结案,法院从而也不必再为协议的定性以及法律适用问题做出认定,但作为案例的代理律师,笔者的困惑仍未解决,笔者认为此案主要涉及以下法律问题:1、此份协议属于赠与合同还是夫妻财产协议?2、如定性为夫妻财产协议,涉及到共有人财产的,如何处理?3、如定性为夫妻财产约定,该约定与物权法中不动产登记制度冲突如何解决?针对以上疑惑,笔者进行探讨。

二、此类协议的定性,属于赠与合同还是夫妻财产协议

根据我国《合同法》第十一章的规定,赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的合同。除了具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同外,赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。赠与的财产依法需要办理登记等手续的,应当办理有关手续。司法实践中,占很大比例的夫妻财产约定是夫妻双方约定将一方的婚前财产约定为共同财产。法院在审理离婚案件时处理相关财产主要依据婚姻法第十九条的规定。从本案的被告将其婚前个人财产约定为夫妻共同财产来看,确实属于丈夫将其婚前个人财产中的部分权益赠与给妻子,达到与妻子共有的目的,并且是无偿的,从而从表面现象看符合赠与合同的特征。同时观察被告梁父的行为,约定其作为共有人向原告转移房屋产权也符合赠与合同的一般特征,但此协议是以婚姻为前提条件,与一般的赠与行为有重大区别。笔者认为,婚姻关系包括身份内容和财产内容,均属于身份关系。此类协议属于基于婚姻关系而发生的身份关系协议,简单定性为赠与合同值得商榷。

根据我国《婚姻法》第十九条之规定,夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的,适用关于共同财产的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有约束力。

笔者认为,应当透过现象看本质。从立法角度而言,婚姻法中夫妻财产约定制度是规范和调整夫妻财产关系的,合同法中赠与合同的条款是规范和调整赠与合同关系的,两者有显著地区别,主要表现在,夫妻财产约定的主体只能是夫妻关系或者预期是夫妻关系,而赠与合同则完全不受此限制。也就是说,夫妻财产约定的基础和前提条件是双方的身份关系,并以双方的身份关系为基础订立相关财产约定,如果没有缔结婚姻关系,夫妻财产协议根本无法生效,反观赠与合同,合同主体并没有任何限制,赠与人出于特定目的,无偿向受赠人赠与财产没有任何限制,既可以发生在夫妻这样的亲属之间,也可以发生在不具有亲属关系的当事人之间。在司法实践中,夫妻财产协议纠纷往往是在离婚案件中予以处理或者由离婚纠纷所引发,而赠与合同纠纷往往是因为一方不履行赠与合同而引发,与婚姻纠纷无关。

本案在处理过程中也有人提出,应当将此协议分为夫妻财产协议和赠与合同两部分予以审查,一部分是原告与被告梁某之间的财产协议,另外一部分是梁父与原告的赠与合同。第一部分中,双方当事人签订协议并缔结婚姻关系后生效,而第二部分需要办理登记手续后生效。笔者认为,此观点在解决此类协议法律效力上具有研究价值,但在解决此类协议的法律性质上值得商榷。本协议的达成,是三方当事人同时协商并达成的一份协议,人为将其划分为两份协议显然不妥。虽然婚姻法第十九条所规定的财产协议应当是基于夫妻关系而在夫妻之间予以签署。但深究共有人在此协议上签名的目的,其前提恰恰也是基于婚姻关系这唯一基础,所谓万变不离其宗,实践中即便签署类似协议的合同当事人超过了夫妻二人,审查其依据和根源,如果是基于婚姻关系而发生的类似于赠与的行为,仍然应当认定为夫妻财产协议。

对此,法国民法有明确的规定。《法国民法典》第1527条规定:“夫妻一方或另一方可以从约定的共同财产制中得到的利益以及因动产或负债混同所产生的利益,均不视为赠与。”针对这一条款,法国民法还专门确立了关于“夫妻之间财产性质的利益”的原则,即“夫妻之间财产性质的利益不视为赠与”。⁵⁵因此,处理此类纠纷,不应当片面、生硬照搬法律条文,而应当突破法律条文字面意思的限制,准确客观把握案件的性质。

⁵⁵罗结珍译:《法国民法典》下册,法律出版社2005年版第1181页。

解决了协议的定性问题，必然要涉及到本案中共有人与原告的关系问题，即：

三、此类协议如果如定性为夫妻财产协议，涉及到共有人财产的，如何处理

本案夫妻双方当事人进行婚前财产约定时不仅规定了夫妻之间的财产权属，也涉及了第三人即梁父的利益。那么，此类协议的效力如何确定呢？

笔者认为，此协议应当从两个角度来分析其法律效力，首先需要确定协议在夫妻双方之间是否有效。根据婚姻法第十九条之规定，夫妻一方取得法定夫妻财产共有权之唯一根据是基于夫妻身份而达成的协议，是否通过法律行为，是否符合物权变动形式，婚姻法均无要求。其次，再审查夫妻双方与第三人之间的法律关系，从而确定协议的效力。就本案而言，被告梁父在声明书上予以签名，表示其对夫妻财产协议处分其财产的认可。

根据民法通则及司法解释的规定，共有财产的处分需要共有人的同意。被告梁父作为共有人，在其子与女友进行婚前财产约定并涉及到自己权益时，通过书面明示放弃了自己的财产权益，同意将其财产纳入儿子与女友的夫妻婚前财产约定中，该行为属于对其财产权利的放弃，是对财产权的自由处分，仍然是合法有效的民事法律行为。因此，如果实践中出现夫妻财产约定的标的涉及他人共有财产，并不应当一概认定有效、部分有效或者无效，而应当审查共有人是否同意或者事后予以追认。如签订的财产协议涉及共有人财产，而共有人不予追认，则夫妻财产协议仅就其有权处理部分有效；如共有人对夫妻财产协议予以追认，则夫妻财产协议全部有效。

另外，在涉及共有人或者第三人是否具有任意撤销权的问题上，虽然我国《合同法》第一章规定了赠与人在不动产权利转移之前享有任意撤销权，就本案而言，表像上看梁父与夫妻约定其作为共有人向原告转移房屋产权符合赠与合同的一般特征，但此协议是以婚姻为前提条件，与一般的赠与行为有重大区别。我国《合同法》第二条明确规定了“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”本文已经论述此类协议应当定性为夫妻财产约定，因此，共有人基于合同法的规定主张任意撤销权是没有法律依据的。

四、夫妻财产约定制度与物权法、合同法的冲突及解决

我国《婚姻法》第十九条之规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用关于共同财产的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

该条款为夫妻财产协议的法律依据，但该条款只是对夫妻财产约定的标的、约定方式、外在表现形式等做出了规定，并未规定涉及不动产是否需要办理变更登记手续。根据该条之规定，夫妻财产约定的生效要件主要是：（1）双方具有合法的婚姻关系或者将来将缔结婚姻关系。夫妻财产约定的前提基础就是双方具有或者即将具有婚姻关系，同居期间对财产约定是一般的民事契约，不应当适用此条款。如果是未婚者订立未来适用于婚姻关系的财产契约后结婚的，原先订立的财产契约即为夫妻财产契约，即婚前财产约定也适用婚姻法第十九条之规定。（2）双方必须具有完全民事行为能力。法律规定民事行为能力制度，正是出于保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人合法权益的角度出发，为了避免无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益遭受损失，只有具备完全民事行为能力的当事人才能够签订夫妻财产约定。如果属于达成夫妻财产约定后，一方丧失民事行为能力的，不影响原契约的法律效力。（3）签订夫妻财产约定必须是双方真实意思表示。以欺诈、胁迫手段或乘人之危使对方做出违背其真实意思表示的，对方可以请求法院撤销或者变更夫妻财产约定。（4）协议的内容必须合法，不得损害社会公共利益和第三人合法权益。（5）协议必须采用书面形式。夫妻财产约定是属于重大的民事行为，应当采用书面形式以更好的维护婚姻当事人与第三人的利益。

结合婚姻法第十九条第二款之规定“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”不难得出，2001年全国人大作为立法者在制定法律时，已经将不动产、动产均作为夫妻财产约定的标的，既然约定对双方具有约束力，那么说明只要是双方达成了约定，约定在内部就产生法律效力，当事人已经依据财产约定取得物权。

虽然《物权法》第9条规定了不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。但是婚姻法第十九条关于夫妻财产约定的规定，是否属于物权法所称的“法律另有规定”？即夫妻签订财产约定后取得的财产所有权，是否需要按照物权法的规定履行物权登记手续？对此，理论界和司法实务中均未明确。实践中，相当大比例的夫妻财产约定方式是夫妻双方约定将一方的婚前财产约定为共同财产，在未办理产权登记的情况下，如果严格按照物权法第九条规定执行，那么夫妻财产协议只是成立而并未生效。得出这样的结论显然又与婚姻法之精神相悖。

夫妻财产约定行为，当然需要适用法律规定，然而该行为毕竟又是以夫妻身份为前提条件，的确不同于普通财产协议。从法律效力上说，相对于我国《民法通则》这一民事基本法，《物权法》及《合同法》均为民事特别法。但就不动产物权的移转、变动而言，《物权法》及《合同法》的规定是一般规定，而《婚姻法》对夫妻财产关系的规定是特殊

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

规定。在解决夫妻财产争议原则上,越来越多的学者倾向于应适用《婚姻法》。³

因此处理此类案件时,在法律适用上应该有所区别。本案夫妻双方当事人进行婚前财产约定时不仅规定了夫妻之间的财产权属,也涉及了共有人的利益,在婚姻家庭财产关系内部,确定婚姻家庭各方财产权利之归属应适用《婚姻法》。在夫妻家庭财产关系的对外效力上,可考虑适用《物权法》,即未登记的不动产物权无公示效力,不得对抗善意第三人。

笔者在写作本文时,恰逢最高人民法院婚姻法司法解释三在起草过程中,作为一位长期从事婚姻家庭案件代理工作的律师,希望本文能起到抛砖引玉之用,期待司法解释能够对此问题做出明确规定。

参考文献

- [1] 罗结珍译:《法国民法典》,下册,法律出版社2005年版,第1181页。
- [2] 许莉:《夫妻财产归属之法律适用》,《法学》(上海),2007年第12期,第48—54页。
- [3] 杨晓林:《婚姻家庭法律实务》,法律出版社2008年版,第140—151页

特别声明

家事法苑™是北京市岳成律师事务所杨晓林律师自2008年11月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。家事律师网™是北京市岳成律师事务所杨晓林律师2011年6月1日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的<http://www.famlaw.cn>的网站专用名称(京ICP备10218255号-1),并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可,任何人不得擅自使用、仿冒,违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题QQ群分群(群号:153181612)----即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态,真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校同学、媒体、妇联及其他朋友加入,共建专业交流的和谐平台!主群(群号:125541203)500人已满员,将来待有可能、有机会升级合并。

编辑:“家事法苑”律师团队

顾问:郝惠珍 主编:杨晓林

执行主编:段凤丽 成员:程婷、黄利琴、潘萍

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

新浪微博微群:“家事法苑”(群号:826090) <http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

段凤丽家事律师的新浪微博: <http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱: xiaolinlvshi@vip.sina.com

³许莉:《夫妻财产归属之法律适用》,《法学》(上海),2007年第12期,第48—54页。