

夫妻财产归属约定的法理明晰及规则适用

陈永强*

内容提要 夫妻财产归属约定是夫妻对财产归属的分配与安排,其虽发生在具有身份关系的夫妻之间,但非属身份契约,而属财产契约,应由《民法典》第 1065 条进行规范。从意思表示上看,夫妻财产归属约定不同于赠与,亦非以婚姻为条件的给予,也不能用清算协议予以解释,而应采以家事伦理为基础的“家事补偿说”。夫妻财产归属约定是夫妻双方在综合考虑感情付出、子女养育、家庭协作等因素后作出的归属分配意思,该归属分配意思的核心是物权效果意思,且依法对双方具有拘束力,因而可产生物权效果,而不仅仅是债的拘束力。学理上,可以采负担行为与处分行为之“混合说”,该说能够解决标的物瑕疵及救济问题。只要夫妻财产归属约定早于债务发生的时间,且不存在逃避债务或其他无效情形的,应赋予其排除强制执行的效力。规则适用上,《民法典》第 1065 条构成第 209 条第 1 款之但书条款,即夫妻财产归属约定为物权公示原则之例外,这样解释才符合第 1065 条之文义。

关键词 夫妻财产归属约定 物权变动 夫妻财产制 夫妻财产契约

目 次

- 一、夫妻财产归属约定之理解
- 二、夫妻财产归属约定之法律效果
- 三、夫妻财产归属约定之规则适用
- 四、结语

* 中国计量大学法学院教授。

夫妻财产关系中的当事人意思自治及其内涵是婚姻家庭法的一个核心问题。^① 夫妻财产契约即是私法契约自由原则在婚姻家庭法领域的贯彻,实务中的常见形式是夫妻财产归属约定,即夫妻通过约定财产归属来处理 and 分配婚姻存续期间的共有财产或个人财产。^② 对这种基于意思自治的夫妻财产归属约定究竟是何种性质、能否产生物权效力、是否适用《民法典》物权编之财产权变动的一般规则、能否对抗强制执行等问题,实务判例及学说见解均存在重大分歧,亟待在学理上予以明确。有鉴于此,本文通过对实务中不同裁判观点的系统梳理及学理基础辨析,探究婚姻家庭编与物权编之物权变动规则及其理论构造的异同及衔接点,以明晰《民法典》婚姻家庭编第 1065 条与《民法典》物权编第 209 条、《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(法释〔2020〕21 号,以下简称《执行异议和复议规定》)第 28 条等规定在体系上的适用逻辑,为夫妻财产归属约定之效力问题的统一裁判丰富说理依据,明确解释路径。

一、夫妻财产归属约定之理解

(一) 夫妻财产归属约定的性质:身份契约抑或财产契约

夫妻财产关系由《民法典》婚姻家庭编第 1062、1063、1065 条等条文规范。《民法典》第 1062 条确立了夫妻共同财产制之一般原则,共同财产是夫妻共同生活的物质基础。约定财产制的法条基础是第 1065 条,该条允许夫妻以自治方式来约定财产权的归属。《民法典》第 1062、1063 条所规范的是基于夫妻这一“身份”所产生的财产关系,而第 1065 条是一种契约关系的构造,这样一来,夫妻财产归属约定究竟为“身份契约抑或财产契约”就成为一个一直有争议的学术问题,学说上对此存在不同见解。

1. 身份契约说

“身份契约说”认为,夫妻财产归属约定附随于婚姻关系上,可以归类于附随于身份行为之行为。史尚宽将亲属法上的身份行为区分为形成的身份行为、附随的身份行为和支配的身份行为,“夫妻财产契约为附随身份行为的契约,不得由他人代理而订立”。^③ 史尚宽的观点得到不少学者的支持。许莉认为,夫妻财产归属约定属于附随的身份行为,以婚姻关系的成立为条件。^④ 姚辉认为,婚姻关系具有伦理性,而夫妻财产归属约定是夫妻人身关系的从契约,夫妻财产契约中的财产约定之全部动机均来自夫妻之间的特殊身

① 参见妮娜·德特洛夫:《欧洲视野中的家庭法契约》,张敏、樊丽君译,载〔德〕Katharina Boele-Woelki、〔德〕Jens M. Scherpe、〔英〕Jo Miles 主编:《欧洲婚姻财产法的未来》,樊丽君等译,法律出版社 2017 年版,第 60 页。

② 关于夫妻财产约定关系,有使用夫妻财产制契约、夫妻财产契约/约定等概念。其中,夫妻财产制契约侧重夫妻整体财产关系的约定,通常订立于婚姻存续期间,甚或婚前;夫妻财产契约/约定则包括财产所有权、使用权、管理权,甚至包括财产义务等约定,可订立于婚前、婚姻存续期间或离婚时。夫妻财产归属约定为夫妻财产契约/约定的核心方面。本文使用夫妻财产归属约定,意在侧重于在归属意义上讨论其法效果。

③ 参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 340 页。

④ 参见许莉:《夫妻房产约定的法律适用——基于我国约定夫妻财产制的考察》,载《浙江工商大学学报》2015 年第 1 期,第 56 页。

份关系,故“从夫妻财产契约订立意图以及功能设置分析,应当认定夫妻财产契约的性质是身份契约”。^⑤张平华认为,离婚中的分割夫妻共同财产协议、清偿债务协议、离婚时经济帮助的协议等均源于离婚协议,因而属于身份协议。^⑥概言之,婚姻关系中的财产权、抚养权等都被认为是婚姻的附属权利,由婚姻法进行调整。^⑦

2. 财产契约说

“财产契约说”认为,夫妻财产归属约定之当事人虽具有夫妻关系之特殊身份,但其约定的内容乃是夫妻之财产关系,因而该约定本质上仍属财产契约之一种,不会因为订约人之特殊身份而影响契约的性质。“尽管夫妻之间给予不动产的约定以婚姻关系为基础,但其以财产关系的设立、变更或终止为内容,而非导致亲属身份关系的变动,因此该约定应为财产(契约)行为而非身份行为。”^⑧

“财产契约说”中又可以细化为“债权行为说”和“物权行为说”。“债权行为说”认为夫妻财产归属约定应视为债权行为,仅具有债的效力,不能直接发生物权变动效果。“物权行为说”认为,夫妻财产归属约定是能够直接发生物权变动效果的法律行为,当事人可以依据夫妻财产归属约定直接取得物权。也有学者认为,在物权契约和债权契约之间作出非此即彼的清晰界定是很困难的,“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,实无法断定究竟属物权契约或债权契约”^⑨。

3. 身份契约说与财产契约说争议辨析

“身份契约说”与“财产契约说”的学说分野源于夫妻财产关系的特殊结构——其兼具身份性与契约性之双重特点。“从规律夫妻关系之点观之,理应属于身份法之范围,但从规律财产关系之点观之,其又脱不了财产法之性质。”^⑩基于身份而产生的夫妻财产关系是法定的,而依据契约设定的夫妻财产关系又是意定的。《民法典》第1062条的夫妻财产制可以说是以身份关系为基础,但第1065条的夫妻财产契约就很难说是一种身份性质的契约,因为订立契约的目的是要解决夫妻之间的财产关系,而非身份关系。细析之可发现,学者争议的落脚点在于:如果将其界定为身份性契约,就不应优先适用合同编与物权编之一般规则,而应优先适用作为特别法的婚姻家庭法;而如果将其界定为财产性契约,那么就应适用合同编与物权编之一般规则,而不应成为一种例外。但实际上,即使将其界定为身份契约,也有可能适用合同编和物权编之一般规则,因为依据《民法典》第464条第2款,即使是婚姻、收养、监护等身份关系的协议,在无相关法律规定时,

⑤ 参见姚辉:《夫妻财产契约中的物权变动论》,载《人民司法(案例)》2015年第4期,第16页。

⑥ 参见张平华:《〈民法典〉合同编的体系问题》,载《财经法学》2020年第5期,第13页。

⑦ 参见[美]哈里·D.格劳斯、大卫·D.梅耶:《美国家庭法精要》(原书第5版),陈苇译,中国政法大学出版社2010年版,第53页。

⑧ 冉克平:《夫妻之间给予不动产约定的效力及其救济——兼析〈婚姻司法解释(三)〉第6条》,载《法学》2017年第11期,第155页。

⑨ 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。

⑩ 前注⑨,林秀雄书,第6页。

也可以参照适用合同编之一般规则。因而,笔者认为,问题争议的重点应放在夫妻财产归属约定究竟是否优先适用合同编和物权编之一般规则这个焦点上。对此,正如有学者指出的,“附随于亲属身份行为的财产行为,即便认定为财产行为,也是特殊的财产行为;在亲属身份关系基础上产生的财产关系,即便属于财产关系,也是特殊的财产关系”,因而,无论是界定为身份行为还是财产行为,其法律适用都是相同的:“一是优先适用亲属法规范;二是在与亲属关系不相抵触时可适用民法一般规范及财产法规范”。^⑪

从比较法上看,即使是夫妻财产制本身也存在一个“身份向契约”进动的现象,其身份性与契约性之间正在发生位移。在 *Hering v. Hering* 一案中,法院指出,近几十年的发展趋势表明,当事人享有更多的权利以对婚姻关系以及离婚后果进行协商,“当双方当事人就此讨价还价设定明确条款时,法院也越来越愿意执行这些条款——甚至认为他们的合同不受婚姻法未来所作修订的影响”。^⑫ 例如,早期的英国法认为婚前契约、婚后契约和分居契约等婚姻财产协议是不可执行(或不可被全部执行)的:“婚前契约传统上被视为违背公序良俗,因为它破坏了婚姻作为终生共同体的理念,所以婚前契约没有拘束力”^⑬;“有些婚后协议的条款并不违背公共政策,但是这些条款不能排除法院在离婚发生时给予当事人任何形式的经济救助的裁量权”^⑭;尤其是,婚姻财产领域的契约自由会剥夺法院的分配权,这是违反公共政策的。但近年来,英国法与欧陆法律承认对待夫妻财产契约的态度上的差异也正在缩小,“现在普遍的观点是认为婚后契约是有效的,可以强制执行的”,对于婚前契约,“只要是双方当事人自愿缔结、双方当事人了解契约内容与后果,法院就应当认定契约的效力,除非执行契约会造成对双方当事人不公平的情形”。^⑮

(二) 约定意思表示的含义: 赠与、清算抑或其他

1. 现有观点辨析

将婚前个人财产约定为归配偶另一方所有或双方共有,或者将婚后所购的共有不动产约定为仅归一方所有,其财产归属约定之意思表示究竟是什么含义呢? 对此,学界产生了迥异的解释路径,有“赠与说”“婚姻条件说”“清算说”等学说。

(1) 赠与说

不论是对将共有财产约定为归一方所有,还是对将个人财产约定为归属另一方所有或双方共有,一条最常见的解释路径是赠与。因为一方取得了财产且未支付对价,而无对价的给付行为即为赠与之典型形态,因而夫妻财产归属约定就是一方对另一方的赠与,故应适用赠与合同的有关规定,赠与方享有任意撤销权。

如果将夫妻财产归属约定解释为赠与,那么依据原《最高人民法院关于适用〈中

⑪ 参见陈信勇编著:《亲属与继承法》,法律出版社2016年版,第100页。

⑫ See *Hering v. Hering*, 33 Va. App. 368, 533 S.E.2d 631(2000); 前注⑦,哈里·D. 格劳斯、大卫·D. 梅耶书,第54页。

⑬ 沃尔特·平特斯:《欧洲夫妻财产制》,常丽译,载前注①, Katharina Boele-Woelki 等主编书,第39页。

⑭ 伊丽莎白·库克:《婚姻财产约定与英格兰——威尔士法律委员会的工作》,樊丽君、张敏译,载前注①, Katharina Boele-Woelki 等主编书,第88页。

⑮ 参见前注①,妮娜·德特洛夫文,第64-65页。

《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)》)第6条规定,婚前或者婚姻关系存续期间,当事人约定将一方的房产赠与另一方,赠与方在赠与房产变更登记之前,赠与方有权利撤销赠与。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》(以下简称《民法典婚姻家庭编解释(一)》)第32条延续了原《婚姻法司法解释(三)》第6条的规定,夫妻之间的房产赠与适用《民法典》第658条的规定,在财产权利转移之前,可以撤销。采“赠与说”者认为,“夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有,赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权”。^{①⑥}最高人民法院也采“赠与说”,认为夫妻一方将个人房产约定为共同所有或按份所有,是一种赠与行为,赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权。^{①⑦}

但是,以赠与解释夫妻财产归属约定并不一定符合当事人之间的真实意思。首先,夫妻财产归属约定只是约定将某特定财产归属共有或归属另一方所有,其间并没有明确作出一种赠与的意思表示。在无明确赠与意思表示的情形,似难将其认定为赠与。事实上,现实中的财产归属约定更多是对夫妻财产的分割与分配,是对家庭财产关系的一种安排,其体现了夫妻关系中的家事劳动补偿机能和感情机能,这种家事伦理预示着其并非属于纯粹的赠与行为。^{①⑧}其次,财产归属约定之意思表示与赠与之意思表示在内部结构上存在一定差异,财产归属之意思表示直接指向物权变动,而赠与之意思表示首先是设立债,从严格区分债权行为与物权行为角度看,前者至少包括一项物权行为,而后者仅为债权行为。最后,在法适用构成上,如按照赠与适用《民法典》第658条第1款,那么,在财产的权利转移之前,当事人即享有任意撤销赠与的权利;但按照《民法典》第1065条规定,夫妻对财产归属的约定对双方具有拘束力,这意味着当事人并不享有任意撤销的权利,因为如果当事人享有任意撤销权,那么,第1065条规定的拘束力基本上就失去了意义。故除了在当事人以明确的赠与意思来确定夫妻之间的财产归属的情形,“赠与说”并不能妥当解释当事人之意思及夫妻双方婚姻中的财产分配关系。即便是明确的夫妻赠与,也有学者认为,它“一方面表达着感情,另一方面也是明确彼此权利义务的约定”,故而,“应将夫妻间赠与的任意撤销权调整为法定撤销权”,始能体现婚姻法的价值。^{①⑨}德国法也认为,在考察配偶一方能否依据《德国民法典》第530条规定的因重大的忘恩行为而撤回赠与时,必须首先确认是否存在赠与,“当事人的意图是判断赠与存在与否的重要标准,即假设当事人在想到离婚的可能性后是否仍然作出此种给予”^{②⑩}。

(2) 婚姻条件说

“婚姻条件说”认为,夫妻间给予财产的行为是一种“以婚姻为条件的给予”,其与

^{①⑥} 参见杜万华主编:《民事审判指导与参考》(总第65辑),人民法院出版社2016年版,第252页。

^{①⑦} 参见最高人民法院民一庭编:《夫妻财产约定与夫妻之间的赠与》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》(总第82辑),人民法院出版社2021年版,第142-145页。

^{①⑧} 参见叶名怡:《夫妻间房产给予约定的性质与效力》,载《法学》2021年第3期,第133页。

^{①⑨} 参见赵玉:《司法视域下夫妻财产制的价值转向》,载《中国法学》2016年第1期,第220页。

^{②⑩} [德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆时译,法律出版社2010年版,第109页。

“以婚姻为条件的赠与”或“以离婚为条件的赠与”不同,是一种“基于某种默示者推定成立的家庭法合同而发生,婚姻的存续是这些合同中的交易基础”,它并不是“无偿的”,“而是将另一方在家庭中的给付行为视为此种给予的对价”。^①比如丈夫在外工作,妻子负责家务,丈夫给予妻子不动产的行为就是一种分工基础上的价值分配,当然,它以维持婚姻共同生活为条件,一旦夫妻双方不再能够继续共同生活或者说婚姻破裂,那就“意味着该合同的交易基础丧失”,从而产生离婚时的“补偿请求权”,可以请求的补偿数额要视婚姻的持续时间、家务照料、子女教育、双方收入等要素具体确定。而不论是“以婚姻为条件的赠与”还是“以离婚为条件的赠与”,本质上仍然是赠与,既然是赠与,便应适用《民法典》合同编赠与合同之相关规定。事实上,德国多数判例不赞同以赠与来认定夫妻财产归属约定,而宁愿将此种给予视为“配偶内部合伙”的份额,其结果是排除赠与法的适用。例如,丈夫拥有一块土地,在其上为家庭修建房屋,并将房屋一半的所有权移转给妻子,德国法院认为,该行为不属于赠与,而是“以婚姻为条件的给予”,因为丈夫期待婚姻会继续存在,并且他可以继续使用给付标的。

相较于“赠与说”,“婚姻条件说”因考虑了夫妻在家庭领域的情感付出与劳动补偿关系而更具有说服力。但是,从意思表示的解释上,夫妻之间给予财产的行为,倒也不全部是“以婚姻为条件”。实际上,有些属于普通生活上的花销;有些是出于感情上的因素而作的财产给予表示,属于情谊行为,不具有法律行为性质;多数情形则是基于家庭劳动补偿、家庭协作上的归属分配,这种分配虽然发生在婚姻之内(或之前),但并非均以婚姻存续为条件,解释上也无法得出当事人约定的财产归属是以婚姻存续为条件之意思,离婚协议中的财产归属约定则更是以婚姻解除为条件。

(3) 清算说

夫妻原为一个生活共同体,但在其解散时必然涉及财产的分配与分割,而这正是“合意清算”的体现,有学者认为,离婚协议中的财产处理部分可以借鉴合同解除后果,即依清算关系的理念将其界定为“离婚财产清算协议”的范畴,并纳入到婚姻关系后的清算关系中予以综合考量。^②

采“清算说”的解释路径意味着,夫妻财产归属的约定问题将回到合同法的视角来处理。按照合同解除理论,合同解除并不直接导致合同消灭,而是合同的原债务转换为合同的清算之债。但问题是,婚姻家庭法上的财产分割用纯粹市场模式的合同法来作清算解释是否妥当?笔者认为,婚姻解除并不适用合同之解除规则,也不能适用担保之清算规则,因为婚姻关系通常不被作为债的发生要素来看待,而被视为产生身份关系的原因。婚姻之“债”亦非合同法意义上的合同之债。担保法上的清算是法定的,强调标的物的交换价值与债务额的等值与平衡,需要通过拍卖、变卖或折价方式来实现债权,重在公平原则的贯彻,故有超额部分返还请求权与差额支付请求权之救济措施。而婚姻家庭

^① 参见前注②,迪特尔·施瓦布书,第110-111页。

^② 参见陆青:《离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究》,载《法学研究》2018年第1期,第97页。

领域的财产分割更多是由家庭内部成员自我决定:《民法典》第1087条和第1088条明确规定离婚时夫妻的共同财产分割与补偿由双方协议,仅在双方未能达成协议时,才由法院对子女、女方、付出照顾义务更多的一方的权利予以平衡。因而,婚姻家庭法之财产分割重在补偿性与合理性,而非担保清算之市场交换关系中的等价与公平。事实上,“清算说”也承认,“作出此类财产安排的背后往往是各种复杂的情感、伦理、经济动因的综合考量,而与一般意义上的赠与子女财产(房屋)不同,这种考量又必须落实在‘离婚’这一特殊语境之中,并结合离婚协议中其他的人身、财产安排加以综合判断”^{②③}。

在婚内财产归属约定的情形,“清算说”更不合适,因为夫妻双方可能根本没有打算解除婚姻,其只不过是将其特定财产分配于其中一方而已,此时完全不能用“清算”来解释当事人的意思。

2. 应采基于家事伦理的“家事补偿说”

笔者认为,应当将夫妻财产归属约定置于家或家庭这个概念中来准确分析与定位。家是社会学分析的一个基本单元,在狭义上,将共同维持家计的生活共同体称为家。“中国人所说的家,基本上也是一个家庭,但它包括的子女有时甚至是成年或已婚的子女。有时,它还包括一些远房的父系亲属。”^{②④} 家庭群体的成员占有共同的财产,有共同的收支预算,通过劳动分工共同生活,从法概念角度出发,可概括为“同居共财”^{②⑤}。家既是财产享有的共同体,更是义务与责任的共同体,父母、子女、夫妻等核心家庭关系中存在着广泛的监护、抚养、赡养、协作、忠诚、相互照顾、祭祀等法律上的、伦理上的和宗教上的义务。

自近代以来,个人观念、权利观念、契约观念、平等观念等法律理念给婚姻家庭的传统认知带来了巨大冲击,个体与家庭构成了婚姻家庭法的两个迥异的维度,甚至形成了紧张关系。以权利观念为中心的个体价值与以责任观念为中心的团体价值竞相交错:前者以实现自我价值、获得最大利益为原则;后者强调的是对他人的责任和奉献,以提升团体的共同利益为原则。传统家庭概念既遭受着解构,又面临着重塑。但是,现代婚姻家庭法面临的课题绝不应是在个体价值与团体价值这两者之间取一端,而是要探索这两者之间的平衡,既要考虑“家庭成员的个人独立、自由的平权关系”,又要“合理继承传统家制中的忠诚、奉献、义务等亲情伦理要求”。^{②⑥} 尤其是,“中国婚姻法始终将家庭视为生活/命运共同体而非经济共同体,《民法典》中维持并强化了这种观念”^{②⑦},对家庭观念的强调,既是对传统价值的认可,也是《民法典》的中国特色之所在。因而,家既应是政治哲学的基本分析单元,更应是构建婚姻家庭财产分割与分配法理的核心要素。

从家、家庭视角下来理解夫妻之间的财产归属约定,便不能单纯地从将其作为夫/妻单个的人处理财产这样的纯粹财产法视角来进行解释。家庭概念寓意着“关系”“责

^{②③} 前注②,陆青文,第99页。

^{②④} 费孝通:《江村经济》(修订本),上海人民出版社2013年版,第33页。

^{②⑤} [日]滋贺秀三:《中国家族法原理》,张国建、李力译,商务印书馆2013年版,第61页。

^{②⑥} 参见朱晓峰:《民法家庭概念论》,载《清华法学》2020年第5期,第100页。

^{②⑦} 谢鸿飞:《〈民法典〉制度革新的三个维度:世界、中国和时代》,载《法制与社会发展》2020年第4期,第70页。

任”“和谐”“关爱”,涉及包含着“财产、血统及地位的继承”的法律体系。^{②⑧} 家庭概念下的财产分配体系同样是一个综合的体系,既包含物质性的补偿,又包含精神层面的补偿。夫妻不能被简单视为两个独立的个体的组合,而是“具有伦理、情感、秘密性等特征的共同体”,具有团体属性。^{②⑨} 因而,夫妻之间的财产分割与分配也往往带有身份的、伦理的、宗祀的等多方面意涵,通常不能用一种单一的合同法和财产法视角视之,也即不适合采用以陌生人之间的市场交易为模型之一般合同法和财产法规则来处理它。《民法典》第1088条规定,“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿”,这意味着家庭生活关系中那些难以准确以金钱计算的付出是可以获得补偿的,但“夫妻财产给与超出法定义务的部分则属于夫妻财产给与约定义务的范畴,该约定义务通常隐含着给与方对接受给与方情感的补偿”^{③⑩},因为“家事正义不仅关注财产利益,而且关注情感等非财产利益或曰精神利益”^{③⑪}。

夫妻财产归属约定往往凝聚了夫妻就双方在婚姻期间对家庭的付出、感情的付出、子女的养育、家事劳动等多方面的物质性因素和精神性因素的考量,蕴含了对这些综合因素的补偿之意,在评价夫妻财产归属约定时应当将此考虑进来。虽然这些因素不能改变财产归属约定的财产性品格,也无法因为这个综合特点而将其评价为身份契约,但是,夫妻财产契约的综合性机能无疑体现了一种不同于纯粹财产契约的伦理性特点。在考虑夫妻财产归属约定的性质与效力问题时,应对其伦理性特点予以重点评价,以此为界分以市场机能为主导的合同法与财产法之一般规则和以家事伦理为主导的婚姻家庭法之特别规则提供可能路径。婚姻或家庭是一个以利他主义伦理为基础的共同体,与市场主体间以个人主义为指针的商事关系迥然相异,在法律制度设计层面上,应将家庭伦理与市场伦理区分开来。因而,以家事伦理为基础建立的“家事补偿说”应成为夫妻财产归属约定意思表示解释的学理依据。

二、夫妻财产归属约定之法律效果

(一) 内部效力: 债权效果还是物权效果

1. 债权效果说

“债权效果说”认为,夫妻财产归属约定仅具有债法效果,仅能发生债权效力,而不发生物权变动。^{③②} 而在“债权效果说”内部,学者之间就其学理论据亦有不同见解。叶名怡认为,夫妻间房产给予约定系家庭法上的一种特殊赠与,在完成登记之前,受给予方

^{②⑧} 参见[英]马凌诺斯基:《文化论》,费孝通译,华夏出版社2002年版,第31页。

^{②⑨} 参见叶涛:《民法典时代夫妻债务“共债共签规则”中的合意认定》,载《法治研究》2020年第5期,第137页。

^{③⑩} 冉克平:《〈民法典〉视域中离婚协议的夫妻财产给与条款》,载《当代法学》2021年第6期,第49页。

^{③⑪} 刘敏:《论家事司法正义——以家事司法实体正义为视角》,载《江苏社会科学》2021年第4期,第141页。

^{③②} 参见冉克平:《夫妻财产制度的双重结构及其体系化释论》,载《中国法学》2020年第6期,第73页。

仅享有债权;^{③③}离婚财产分割协议中的财产归属约定,由于其适用基于法律行为的物权变动公示原则,“未经登记,不生物权效力”,故仅有债权效力。^{③④}冉克平认为,离婚财产归属约定不属于夫妻财产制契约,因而不适用《民法典》第1065条,应适用物权公示原则,未经公示,不生物权效力。^{③⑤}但贺剑认为,夫妻财产归属约定属于夫妻财产制契约,约定财产制优先于法定财产制,但仅针对夫妻内部关系,原则上只发生债的效力,不必然牵涉物权变动。^{③⑥}

与学者见解十分不同的是,不少实务判例采用的是“处分行为”路径,认为夫妻财产归属约定系处分行为。但具体的裁判说理有所不同,主要包括以下几种:

(1) 用公示原则来否认其物权效力,认为处分行为未经登记,不生物权效力。如在“付金华诉吕秋白、刘剑锋案外人执行异议之诉案”(以下简称“付金华案”)中,法院认为,离婚协议中约定物权归属系处分行为,该处分行为未经登记不生物权变动效力,也不能对抗第三人。^{③⑦}在“周凤珠与青岛威邦贸易有限公司、周春海案外人执行异议之诉案”中,夫妻在婚姻期间购买房屋,虽然只登记在一方名下,但系夫妻共有财产,离婚时,双方约定该房屋归非登记一方所有,但未进行移转登记。最高人民法院认为,物权转让未经登记不生效力,该房产仍为夫妻共有财产。^{③⑧}在“宋智红与被申请人张福安、李志强执行异议之诉”一案中,涉案房屋为夫妻共同财产,协议离婚后归一方所有,但未办理变更登记。法院认为,李志强和宋智红的离婚协议虽然约定涉案房屋归宋智红所有,但没有办理房屋过户登记手续,不生物权效力。^{③⑨}

(2) 财产归属约定之处分行为非善意时无效。当债务形成发生在离婚之前时,如果离婚协议约定财产归属非登记一方的,法院往往会将其认定为逃避债务而不予保护。^{④①}在“薛某与杨某、包头市富德昌房地产开发有限公司、秦某执行异议之诉”一案中,案涉房屋系夫妻存续期间取得,为共同财产,双方在法院达成的离婚民事调解协议书中约定财产归一方所有,在执行异议之诉中,二审法院认为,该民事调解协议达成时系明知一方所欠大额债务尚未清偿,仍将共同财产中的份额处分给另一方,“不能表明双方的处分行为出于善意”,故该财产仍属共同财产,可以执行。^{④②}该案认为处分行为的生效以善意为条件,似乎混淆了处分行为的生效要件与善意取得的要件,因为善意取得仅适用于无权处分情形,而不适用于有权处分。该案的正确路径应该是以是否成立恶意逃避债务从而违反公序良俗而无效来进行裁判说理和法律适用。

^{③③} 参见前注^{①⑨},叶名怡文,第149页。

^{③④} 参见叶名怡:《离婚房产归属约定对强制执行的排除力》,载《法学》2020年第4期,第137页。

^{③⑤} 参见前注^{③①},冉克平文,第55页。

^{③⑥} 参见贺剑:《夫妻财产法的精神——民法典夫妻共同债务和财产规则释论》,载《法学》2020年第7期,第32页。

^{③⑦} 参见“付金华诉吕秋白、刘剑锋案外人执行异议之诉案”,载《最高人民法院公报》2017年第3期,第48页。

^{③⑧} 参见最高人民法院(2017)最高法民申3915号民事裁定书。

^{③⑨} 参见河南省郑州市中级人民法院(2019)豫01民再441号民事判决书。

^{④①} 参见广东省阳春市人民法院(2019)粤1781民初349号民事判决书。

^{④②} 参见内蒙古包头市中级人民法院(2018)内02民终1901号民事判决书。

(3) 处分行为有效,但只产生请求权,只有债权效力。在“钟永玉与王光、林荣达案外人执行异议纠纷案”(以下简称“钟永玉案”)中,诉争房屋为夫妻关系存续期间取得,为夫妻共同财产,《离婚协议书》约定诉争房屋归钟永玉及其子女所有,但未进行登记,该房屋一直由钟永玉及其子女居住。离婚之后房屋被查封,法院认为,离婚协议中的房屋归属约定并不违反法律强制性规定,也不存在借离婚协议处分财产以逃避债务之恶意,故“在离婚协议中对于夫妻共同财产的处分行为亦属有效”,但钟永玉对诉争房产享有的所有权变更登记请求权系属债权。^④在“刘会艳与周东方、河北融投担保集团有限公司、邢台依林山庄食品有限公司、中元宝盛(北京)资产管理有限公司、郑磊案外人执行异议之诉”一案中,夫妻存续期间购买的房屋登记在郑磊名下,2012年12月,夫妻离婚,《离婚协议书》约定该房屋归另一方刘会艳所有,但未办理权属变更登记。2014年10月,郑磊与第三人形成债务关系,第三人申请执行该房产。^⑤法院认定该房屋系夫妻共同财产,但认为,夫妻财产归属约定并不必然导致所有权的变动,“该离婚协议是双方在离婚时对夫妻共有财产的处分行为,是一种债的关系,刘会艳据此针对该房产享有的为债权请求权”,因而,对刘会艳主张对案涉房屋享有所有权的请求不予支持。^⑥

可见,实务判例要么以“处分行为未经登记,不发生物权效力”为由主张“债权效果说”,要么以“处分行为有效,但仅产生债的请求权”为由主张“债权效果说”。对于前者,“处分行为未登记,不发生物权效力”自然没有疑问,但是,是什么导致了债权效力呢?实务判例对此并没有说明理由。对于后者,实务判例一方面将夫妻财产归属约定界定为有效处分行为,另一方面又认为此种处分行为因为未登记仅能发生债的效果,即认定是处分行为产生了债的效果。这与传统民法理论相冲突,没有考虑到处分行为与负担行为相区分的法理和逻辑。依据严格的区分法理,处分行为一旦生效即发生物权变动效果,但其不会发生债的效果,发生债的效果是负担行为的功能。相关实务判例似乎没有准确认识“处分行为”这个概念的本质特点,而把处分行为当作负担行为的一种类型来看待了,换言之,其模糊了负担行为与处分行为的区分。

不过,笔者认为,对于负担行为与处分行为的区分问题,区分法理虽是我们也应遵守的一个一般原则,但在特定情形,也应承认具有中国实践特色的特别情况。如我国《民法典》对土地承包经营权设立合同、地役权设立合同、动产抵押合同等采公示对抗主义的物权变动模式,此时,负担行为与处分行为是混合的,合同一经生效,债的效果与物权效果将同时发生,除非当事人另有约定。因而,解释论上应“承认存在一项法律行为可能既有债的效果又有物权变动效果这样一种混合形态”^⑦。

2. 物权效果说

“物权效果说”认为,夫妻财产归属约定无须登记即可发生物权效力。采“物权效

^④ 参见最高人民法院(2016)最高法民申2246号民事判决书。

^⑤ 此时,债务发生于离婚之后,不同于前文所述之非善意逃避债务的情形。

^⑥ 参见最高人民法院(2018)最高法民终462号民事判决书。

^⑦ 陈永强:《英美法物权变动之区分模式》,载《法治研究》2017年第6期,第94页。

果说”之说理依据有以下几种。

(1) 夫妻财产归属约定不适用物权公示原则,而应适用婚姻法,可以不经登记即发生物权效力。在“张健健与叶建丹、袁裕辉案外人执行异议之诉”(以下简称“张健健案”)一案中,法院认为,夫妻之间的婚姻财产归属约定不适用原《物权法》第9条,而是适用原《婚姻法》第19条,因为“夫妻之间关于物权变动的约定,即使未经物权变动手续,也在夫妻之间发生了物权变动的效力”,“但因其未办理不动产变动登记手续,无法对抗善意第三人主张的物权”。^{④6}学上说,冉克平认为,在婚姻关系存续期间,夫妻财产归属约定皆无须公示即可发生物权效力。因为不能要求夫妻像普通的交易主体那样必须履行登记手续,否则“在很大程度上会影响夫妻间相互信任、相互依赖的良好关系,不利于夫妻关系的良性发展”^{④7}。姚辉指出,登记制度在夫妻财产契约中应当予以弱化,“基于夫妻财产契约的身份属性,公法强制应当抽离于私法自治。由于夫妻财产契约的特殊身份性,其更加注重的法价值是夫妻之间的意思自治,此时不动产登记的社会行政效能应适当让位于意思自治之精神”^{④8}。

(2) 夫妻财产归属约定属于非基于法律行为的物权变动类型,因而不适用物权公示原则。在“唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案”中,夫妻在《分居协议书》中约定登记一方名下的不动产归另一方所有,但双方未离婚,也未进行物权变动登记。后唐某甲意外死亡,唐某甲与前妻之女唐某主张继承房产。二审法院依据原《婚姻法》第19条第1款第1句“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”以及第2款“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”之规定,认为夫妻之间对共有财产的归属约定在不存在夫妻关系之外的第三人时可以产生效力,可以作为物权归属的依据。“就法理而言,亦应纳入非依法律行为即可发生物权变动效力的范畴”,“因为结婚作为客观事实,已经具备了公示特征,无须另外再为公示”,“当夫妻婚后共同取得的不动产物权归属发生争议时,应当根据不动产物权变动的原因行为是否有效、有无涉及第三人利益等因素进行综合判断,不宜以产权登记作为确认不动产权属的唯一依据,只要有充分证据足以确定该不动产的权属状况,且不涉及第三人利益,就应当尊重夫妻之间的真实意思表示,按照双方达成的婚内财产分割协议履行,优先保护事实物权人”。^{④9}

学说及判例之所以将基于夫妻财产归属约定发生的不动产物权变动界定为非基于法律行为的物权变动,原因在于“婚姻这一身份法律事实本身即具有确证权利变动的正当性以及保持一定范围的社会记忆功能”^{⑤0},且原《物权法》第28-30条之规定仅为例示

^{④6} 参见江苏省南通市中级人民法院(2018)苏06民终3282号民事判决书。采相同观点的判例如“王某英诉王某琪、赵某阳执行异议之诉案”。参见北京市大兴区人民法院(2016)京0115民初11974号民事判决书。

^{④7} 前注⑧,冉克平文,第161页。

^{④8} 前注⑤,姚辉文,第18页。

^{④9} 参见“唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案”,载《最高人民法院公报》2014年第12期,第34、35页。

^{⑤0} 刘耀东:《论基于夫妻财产制契约发生的不动产物权变动——非基于法律行为的物权变动解释路径》,载《甘肃政法学院学报》2016年第3期,第88页。

性规定,并未穷尽所有非基于法律行为的物权变动情形,夫妻财产契约之物权变动可以准用第29条之因继承而发生的不动产物权变动之规定。因为在规范结构上,两者具有相似性,继承分法定继承和遗嘱继承,相似地,夫妻财产制包括法定夫妻财产制与约定夫妻财产制,两者均是意定优先于法定而适用。该说认为,对夫妻之间的物权变动效力发生起决定性作用的是“婚姻这一特殊的身份事实,而非取决于法定财产制抑或约定财产制,换言之,婚姻身份事实本身与财产制契约的内容两者中前者更应受到法律的评价”^{⑤1}。

从婚姻法的身份伦理视角考虑夫妻财产分割协议的物权变动规则以区别于物权法之个人主义与市场伦理视角下的物权变动规则之论证方法,实值赞同。但值得反思的是,将夫妻财产契约(夫妻财产归属约定)视为非基于法律行为的物权变动类型,在性质界定上是错误的,正如程啸所批驳的,“不论是婚内财产分割协议还是夫妻财产制契约,均为婚姻关系当事人即夫妻意思表示一致的产物,体现的是当事人合意。它们都属于典型的双方法律行为”^{⑤2}。既然是尊重意思自治,承认夫妻间财产归属是依据约定发生物权变动效力,又何以否定其意思表示之效力而认其为非基于法律行为所生之物权变动呢?此外,将结婚作为不动产物权变动的公示方式来理解,亦欠缺请求权基础,民法上也似不存在以结婚作为物权变动公示方式的理论。

(3) 非交易行为说。也有学者认为,夫妻之间给予不动产的行为主要不是一种经济交易行为,其不同于普通的财产合同,此类约定的性质与效力,需要从结婚这一特殊事实出发,不能适用物权变动的一般规则。^{⑤3}“非交易行为说”考量了婚姻法财产权变动问题的特殊性,提出以家庭伦理为基础的婚姻法物权变动规则应当与作为市场交易基础的物权法的物权变动规则区分开来,以此来设置不同的物权变动规则。

综合而言,在内部关系上,判断夫妻财产归属约定是否具有物权效力,核心在于其意思表示内容为何。笔者认为,夫妻财产归属约定既是一种债的约定,同时又以物权变动为核心意思内容,学理上可对之采用“并存说”或“混合说”,即债权意思和物权意思并存,在无相反意思表示时,两个意思效果一并生效。夫妻财产归属约定一经生效,既发生债的效果,又产生物权变动的效果,所约定的财产立即归属于约定的一方或双方。因为,若将其解释为仅具有单一的债权意思,显然是对夫妻约定之核心内容的忽视;但若将其解释为单一的物权效果意思,那么在标的物存在瑕疵或权利负担时如何进行救济将产生问题。此时,“混合说”比“单一物权行为说”更具优势,前者可以借助负担行为之规则来对契约的履行及其救济问题进行处理,而后者在处理这些债法问题上无能为力。事实上,从比较法上看,英美法也有与“混合说”相似的学说,即“归并理论”(doctrine of merger)。在不动产交易中,转让书(deed)是用来移转所有权的文件,签订转让书后,合同(contract)中的义务可以被转让书所吸收,买卖合同中的相关救济可以依据转让书来

⑤1 前注⑤0,刘耀东文,第92页。

⑤2 程啸:《婚内财产分割协议、夫妻财产制契约的效力与不动产物权变动——“唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案”评释》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第3期,第56页。

⑤3 参见许莉:《夫妻财产归属之法律适用》,载《法学》2007年第12期,第53页。

主张。^{⑤4}可以说,在某种程度上,转让书就是一个物权行为与负担行为的混合体。

(二) 外部效力

就外部效力而言,学说和判例一般认为夫妻财产归属约定未经登记,不可对抗第三人。^{⑤5}学者主张应区分内部效力和外部效力之目的在于“防止与夫妻双方或其中的一方从事交易行为的第三人,在不知道该约定的情况下遭受不测损害,以达到维护交易安全之目的”^{⑤6}。内部效力与外部效力的区分可以合理解释夫妻财产归属约定的法律效果,但需要明确的是,夫妻财产归属约定的物权变动效果不论是在内部还是在外部都应该被一体承认,并不能说在内部成立物权,而在外部关系上物权就是无效的;也不能说意思表示在内部关系上有效,而在外部关系上无效。第三人不是意思表示的主体,不能成为意思表示效力的判断要素——一项意思表示是否有效始终取决于相对人之间的意思表示是否真实、合法,而不会取决于第三人是善意还是恶意。

夫妻财产归属约定所产生的权利能否对抗第三人的强制执行呢?依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第312条规定,在案外人提起的执行异议之诉中,“案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的,判决不得执行该执行标的”。但对何谓“足以排除强制执行”,实务判例有不同认识,主要包括以下几类:

1. 债权不能排除强制执行

一些判例在认定案外人对房产仅享有债权的情形下,认为其不能排除强制执行。在“付金华案”中,法院认为离婚财产物权归属约定未经登记,不生效力,不能对抗强制执行。^{⑤7}采相似裁判路径的案例有“赵大成与杨卫星、陈琼、深圳市浩鑫投资担保有限公司、王浩岩、潘齐伟、陈秀芳案外人执行异议之诉案”^{⑤8}、“孙秀英对戴明明与吉林省恒远担保有限公司、冯丛志民间借贷纠纷执行异议案”等^{⑤9}。在“罗本明诉张莹案外人执行异议之诉”一案中,离婚协议约定案涉房屋归儿子所有,该房一直由儿子居住,但法院认为该离婚协议中的财产归属约定系处分行为,未经登记不发生效力,不能排除执行。^{⑥0}

2. 债权亦足以排除强制执行

持该观点的判例认为,尽管案外人对房产仅享有债权,但“足以排除强制执行的民事权益”并不要求一定是物权,符合一定条件的债权也可以对抗强制执行。在执行程序中,执行异议能否成立应根据《执行异议和复议规定》第25条至第28条的规定来进行判断,符合这些条文中所规定的要件的,可以成立执行异议。最高人民法院指出:“是否

^{⑤4} 参见前注^{⑤5},陈永强文,第94页。

^{⑤5} 参见前注^{⑤8},冉克平文,第162页。

^{⑤6} 前注^{⑤2},程啸文,第58页。

^{⑤7} 参见前注^{⑤7}，“付金华诉吕秋白、刘剑锋案外人执行异议之诉案”。

^{⑤8} 参见深圳市罗湖区人民法院(2017)粤0303民初11874号民事判决书。

^{⑤9} 参见吉林省长春高新技术产业开发区人民法院(2018)吉0193执异24号执行裁定书。

^{⑥0} 参见湖南省湘潭县人民法院(2018)湘0321民初367号民事判决书。

成立,应根据案件的具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力以及被执行人对执行标的的权利作出比较后综合判断,从而确定异议人的权利是否能够排除执行。”^{⑥1}这一裁判说理路径产生了广泛影响,对裁判的统一具有重要意义。

“钟永玉案”中,最高人民法院就钟永玉对诉争房屋享有的所有权变更登记请求权能够优先于金钱债权提出了四个理由:第一,钟永玉的变更登记请求权早于金钱债权;第二,钟永玉之请求权针对的是特定财产,而金钱债权并未指向特定财产;第三,金钱债权系婚姻解除后发生,为个人债务,而该债务发生时,诉争房屋已经因约定而不再属于债务人的责任财产;第四,诉争房屋系夫妻共同财产,按照约定于婚姻解除后应归钟永玉及其子女所有,且该房产对钟永玉及其子女而言具有生活保障功能,与债权人的金钱债权相比,具有优先性。该案判决对钟永玉享有的权利及能否排除债权人的强制执行进行了详细的说理和论证,从两种权利的形成时间、性质、内容和功能等方面作了综合比较,建立了一套权衡方法,具有很强的实践价值。但仔细分析之,仍然存在论证逻辑上的不足之处,如判决一方面认为该房产归属约定为有效处分行为,且因该约定使得其不再成为登记权利人的责任财产,这似乎明确了该权利为物权;但另一方面又认为钟永玉对诉争房产的请求权为债权。^{⑥2}这显然是自相矛盾的。

“刘会艳案”中,对案涉房屋是否具有足以排除强制执行的民事权益问题,最高人民法院基本遵循了“钟永玉案”的裁判思路,即“在执行异议之诉案件的审理过程中,根据个案的具体情况,比较有关权益的形成时间和权益的内容、性质、效力以及对权益主体的利害影响等”因素,综合予以判断。该案判决中,法院认为,刘会艳未及时办理登记是因为房屋尚有抵押贷款,该情形属于非因自己原因未办理登记的情况,不能认为其存在主观过错。但同时,法院特别指出,债权人对债务人享有的保证债权是以债务人的一般财产为责任财产,而夫妻财产归属约定针对的财产是特定财产,后者之“向物性”更为强烈。而且,夫妻之间的财产分割协议是双方权利义务的一种统筹安排,涉及到其他义务的承担、“情感补偿、子女抚养以及对一方生存能力等因素的考量”以及所形成的稳定社会关系。综合上述理由,法院认为本案中存在足以排除执行的民事权益。^{⑥3}

3. 参考时间要素判定是否足以排除强制执行

时间要素亦是判断夫妻财产归属约定能否对抗强制执行的一个重要要素。若夫妻财产归属约定发生在债务产生之后则一般不被认可,若在债务发生之前则常被支持。^{⑥4}在“万仁辉与张红英案外人执行异议之诉案”中,最高人民法院认为,离婚事实发生在前,婚姻财产归属约定在时间上早于夫妻一方对外承担担保责任,“在没有证据证明张红英与成清波双方系恶意串通逃避债务的情况下,原审判决支持张红英关于停止对案涉房产

⑥1 前注④,最高人民法院(2016)最高法民申2246号民事判决书。

⑥2 判决指出,“基于钟永玉与王光各自债权产生的时间、内容、性质以及根源等方面来看,钟永玉对诉争房产所享有的权利应当能够阻却对本案讼争房产的执行”。参见前注④,最高人民法院(2016)最高法民申2246号民事判决书。

⑥3 参见前注④,最高人民法院(2018)最高法民终462号民事判决书。

⑥4 参见最高人民法院(2019)最高法民申6088号民事裁定书。

强制执行的请求亦无不当”。^{⑥5}但如果债务发生在先、夫妻财产归属约定发生在后,法院会以此为理由认定其恶意逃避债务,判定不能排除执行。^{⑥6}在另一些情形中,如果离婚协议约定大部分财产归属于一方,而债务全部归属于另一方,那么未登记一方未及时登记的,尽管离婚协议之房产归属约定早于查封之前,法院仍可能会认定有条件起诉请求办理过户登记而未办理登记过户的,该当事人对房产的权利不足以排除强制执行。^{⑥7}

若夫妻在查封之后约定物权归属,实务判例则更易不予支持。在“刘俐因与被申请人华玲执行异议之诉”一案中,离婚协议约定夫妻共有之房屋归一方所有,但未办理登记,该归属约定发生在查封之后,最高人民法院认为,“双方就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为,不得对抗申请执行人”。^{⑥8}在“刘桂萍与郭志斌以及王永华案外人执行异议之诉”一案中,最高人民法院认为,根据《中华人民共和国房地产管理法》第38条之规定,明确被司法机关和行政机关依法裁定、决定查封的房地产,不得转让。^{⑥9}换言之,第38条之规定构成了处分限制,当事人不能对已查封的房产进行处分,且离婚协议中房屋归属约定不具有对外效力,不能对抗强制执行。

三、夫妻财产归属约定之规则适用

(一) 规则的适用范围

夫妻财产归属约定主要适用《民法典》第1065、1076条。有裁判观点认为,对夫妻财产制契约与夫妻个别财产约定应予区分适用^{⑦0}:前者适用《民法典》第1065条,约定生效后即产生普遍性的约束力;而后者属于赠与性质的财产法律行为,应适用合同编关于赠与合同的法律规定以及原《婚姻法司法解释(三)》第6条^{⑦1}。夫妻财产制契约依据合意生效,未经登记不得对抗善意第三人;而个别财产归属约定并不发生物权变动效力,夫/妻一方仅可基于债权请求权主张另一方履行不动产物权转移登记的义务。^{⑦2}学理上,史尚宽也提出,特别财产之归属契约应区别于夫妻财产制契约。他认为,夫妻财产制契约为物权行为,不经登记即可生效,夫妻财产制契约之订立,“以婚姻成立为前提,

^{⑥5} 参见最高人民法院(2018)最高法民申2777号民事裁定书。

^{⑥6} 参见“林贝与王熙石、陈岚和第三人李聪、黄永深案外人执行异议之诉”,广东省阳春市人民法院(2019)粤1781民初349号民事判决书。

^{⑥7} 参见“刘珊珊与交通银行股份有限公司哈尔滨友谊支行、佳木斯市松花江医疗用品厂、吕春雷申请执行人执行异议之诉案”,最高人民法院(2019)最高法民申3379号民事裁定书。该案判决中还提到一个观点,即夫妻财产归属约定不属于《执行异议和复议规定》第28条所规定的买受人,因而不符合第28条的要件而不能得到保护。但自相矛盾的是,其在排除婚姻财产规定适用第28条时所依据的理由正是第28条所要求的未登记没有过错这一要件。

^{⑥8} 参见最高人民法院(2019)最高法民申4815号民事裁定书。

^{⑥9} 参见最高人民法院(2019)最高法民申1813号民事裁定书。

^{⑦0} 参见江苏省高级人民法院编:《家事纠纷案件审理指南(婚姻家庭部分)》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》(总第78辑),人民法院出版社2019年版,第219页。

^{⑦1} 参见前注^{⑦0},最高人民法院民一庭编文,第142-145页。

^{⑦2} 参见前注^{⑦0},最高人民法院(2016)最高法民申2246号民事判决书。

因结婚于配偶间及对于其继承人之间的关系,即发生财产契约之物权的效力”,夫妻财产制契约“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转移”。但对夫妻间约定特别财产之归属者,史尚宽认为,“此特别契约,惟有债权的效力”^⑬。

问题在于,同为财产归属约定,何以法律性质却完全迥异:为何订立夫妻财产制契约属于物权行为,而订立夫妻个别财产归属约定却属于债权行为呢?这显然违反了概念的统一性原理。诚然,夫妻财产制契约与夫妻个别财产归属约定有不同面相。夫妻财产制契约针对的是夫妻之整体财产,其标的财产是不具体的、不特定的。夫妻财产制契约是约定夫妻之间的固定财产模式,而许多国家的婚姻法所提供的固定财产模式是有限的。如德国法规定了三种模式:财产增益共有制(《德国民法典》第1363-1390条)、分别财产制(第1414条)和一般共有制(第1415-1518条)。增益共有制为法定财产制,后两种是约定财产制,也称为选择性财产制。原则上,夫妻双方只能就这三种财产制进行选择,既不能通过约定排除这三种财产制,也不能构建某种混合的财产制。与夫妻财产制契约不同的是,夫妻个别财产归属约定所针对的标的财产是具体的、特定的,而非夫妻之整体财产。由于夫妻财产归属约定所指向的财产是特定的,具有确定性,而婚姻家庭关系中的共同财产制具有“波动性”“不确定性”等特点,在此意义上,可以将夫妻个别财产归属约定看作是夫妻财产制的有益补充。

而从我国婚姻法立法史来看,我国婚姻法允许夫妻双方可以约定的客体范围是宽泛的,“夫妻财产约定的客体可以是任何种类的家庭财产”,“夫妻财产约定的内容可以是所有权、处理权或管理权”。^⑭而且,我国婚姻法从一开始就没有像德国法那样采用固定的财产制模式,而是承认一种宽松的、可由当事人自由选择的财产模式。因而,我国民法并没有严格区分夫妻财产制契约与夫妻个别财产归属约定,《民法典》第1065条所规范的也不仅仅是约定财产制,而是在更宽泛的意义上的夫妻财产约定关系,“既可以对全部夫妻财产进行约定,也可以对部分夫妻财产进行约定;既可以概括地约定采用某种夫妻财产制,也可以具体地对某一项夫妻财产进行约定”^⑮。换言之,在解释论上,针对特定财产的夫妻财产归属约定也可容纳于《民法典》第1065条,该条第2款所规定的“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”应包括夫妻个别财产归属约定,而非仅限于针对夫妻整体财产的约定。事实上,实践中大量适用原《婚姻法》第19条的案例都是针对特定财产归属的约定,而非针对夫妻整体财产的约定。如果将夫妻个别财产归属约定排除出《民法典》第1065条的适用范围,那么,该条的实践意义将大大缩减。因而,我国在法律适用上并无区分两者之必要。惟将来可能区分者在于登记簿之设置上:夫妻财产制契约应登记于夫妻财产登记簿,而个别财产归属之约定尚需要登记

^⑬ 前注③,史尚宽书,第344页。

^⑭ 参见杨大文主编:《亲属法》,法律出版社1997年版,第155页。

^⑮ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(下),法律出版社2020年版,第2008页。

于不动产登记簿。目前,在未设立夫妻财产登记簿制度之前,恐怕也只能将不动产登记簿之登记作为统一的权利外观标准。

从离婚财产协议中对财产归属约定角度看,最高人民法院婚姻法司法解释也表明了并未将“对夫妻双方有拘束力”的财产归属约定限制在夫妻财产制契约的立场。原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第8条规定,“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拘束力”。《民法典婚姻家庭编解释(一)》第69条第2款规定,“当事人依照民法典第一千零七十六条签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款,对男女双方具有法律拘束力”。从上述条文的表述上看,我国司法解释实际上完全认可离婚财产协议中夫妻对个别财产归属约定的法律拘束力。

(二)《民法典》第1065条与第209条第1款的关系

《民法典》物权编第209条第1款规定:“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,但是法律另有规定的除外。”依此,不动产物权变动,经登记生效是一般原则,不经登记也可生效是例外,法律可通过“另有规定”来创设例外。《民法典》第333条土地承包经营权之设立、第374条地役权之设立、第403条动产抵押权之设立等采登记对抗主义的物权变动类型,以及《民法典》第229条、第230条与第231条之非基于法律行为的物权变动类型,均属于第209条第1款的例外。那么,能否将《民法典》婚姻家庭编第1065条理解为第209条第1款之但书情形呢?

笔者认为,第1065条作为婚姻家庭编中关于财产权变动的规范,相对于物权编第209条第1款而言,可以理解为特别规范,应解释为第209条第1款之例外规定。其理由有:

第一,婚姻家庭关系中的物权归属判断与物权编物权归属判断的一般原则不同。物权编之物权归属判断以公示为一般原则,但婚姻家庭编之物权归属判断则不以公示为要件。如《民法典》婚姻家庭编第1062条之夫妻共同财产制,夫妻的共同财产是法定的,并不依赖于物权公示。在婚姻关系存续期间取得的财产,无相反约定的,即为共有财产,而不论该财产是否登记在夫的名下还是妻的名下,因为此时,作为物权归属的判断依据是第1062条所规定的法定共同财产制,而不是依据物权编第209条之公示原则。在依据夫妻财产契约来确定夫妻财产归属的情形,依据第1065条,夫妻可以约定婚后财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有,而该条同样并未要求公示。

第二,依据第1065条第2款的规定,夫妻对财产归属之约定对双方具有“法律拘束力”。依文义解释,“拘束力”意味着双方须遵守和尊重夫妻财产归属约定,不得加以否认,事后不能加以反悔或撤销。如果可以否认、可以反悔或任意撤销,那就相当于没有拘束力。故而,在无明确赠与之意思表示时,夫妻财产归属约定不能被解释为赠与,不能适用《民法典》合同编第658条第1款之任意撤销权。笔者认为,司法实践中,不就当事人的意思表示进行解释就对夫妻财产归属约定适用原《婚姻法司法解释(三)》第6条或《民法典婚姻家庭编解释(一)》第32条,按照赠与赋予撤销权,在法律适用上是错误的。因为,上述司法解释条文适用的前提是夫妻双方明确是赠与的意思表示,即夫妻

财产归属约定只有在明确存在赠与意思时才能按照赠与合同来进行法律适用。更为实质的问题是,任意撤销权还违背诚信原则,在夫妻伦理、家庭伦理上,都无法证立。

第三,第1065条之“拘束力”包括对物权变动效果的拘束力。夫妻财产归属约定最核心的意思是物权归属的确定,本条款规定的“拘束力”之文义应当解释为既包含债的效力也包含物权的效力。从意思表示本身来看,夫妻财产归属约定是指向物权归属的意思表示,如果排除了这一点,而只承认债的效力的话,那么,所谓的“拘束力”就不仅被缩减为“一半拘束力”,更是把夫妻双方最核心的意思给抽离了。

夫妻财产归属约定对夫妻双方都有不可任意撤销的拘束力,且其物权归属效果是按意思自治发生效力的,而不是按照第209条的公示原则生效。因而,第1065条属于第209条之“法律另有规定的除外”情形。^⑦支持这一观点的判例有如“张健健案”,在该案中,法院即认为原《婚姻法》第19条是对原《物权法》第9条但书所保留的例外。^⑧

(三) 对抗第三人之具体要素的判断

1. 不得对抗之善意第三人的判断

在善意第三人问题上,基于物权关系的处分限制与基于婚姻关系的处分限制有所不同。一般而言,处分限制通常不能排除善意取得,在基于婚姻关系的处分限制中,登记一方未经另一方同意而处分夫妻共同财产的,如果第三人善意,法院通常会支持第三人的善意取得。但批评的观点认为,支持善意取得虽然保护了动态交易安全,但却牺牲了家庭生活的静的安全,因为,基于婚姻关系的处分限制需要考虑财产在婚姻关系中的实际用途、是否为婚姻生活所必须等因素。例如,如果所转让的不动产是婚姻生活的唯一不动产,那就必须经过配偶的同意或追认,否则不论登记在谁的名下,不论第三人是善意还是恶意,都应当优先于交易安全而受保护。^⑨德国法认为,基于婚姻关系的处分限制是一种绝对的处分限制,这意味着违反处分限制的处分行为是绝对无效的,“所有权人没有征得其配偶同意所进行的处分对每个人都是无效的”^⑩。

在“张健健案”中,法院依据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第2条“当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人,请求确认其享有物权的,应予支持”的规定认为,本案中,夫妻双方离婚之后,未办理案涉房屋的产权变更登记手续,即“导致案涉房屋的真实权利状态与不动产登记簿不符”,但未登记一方对案涉房屋享有的是物权,而第三人的权利为债权,债权人并不属于不得对抗的“善意第三人”。^⑪

2. 对抗强制执行之判断要件

在案外人执行异议之诉中,对于未登记一方之民事权益是否具有对抗登记权利人的

^⑦ 参见薛宁兰、谢鸿飞主编:《民法典评注·婚姻家庭编》,中国法制出版社2020年版,第252页。

^⑧ 参见前注^⑥,江苏省南通市中级人民法院(2018)苏06民终3282号民事判决书。

^⑨ 参见龙俊:《夫妻共同财产的潜在共有》,载《法学研究》2017年第4期,第22、23页。

^⑩ [德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》(原书第18版),吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第208页。

^⑪ 参见前注^⑥,江苏省南通市中级人民法院(2018)苏06民终3282号民事判决书。

债权强制执行问题,关键在于能否成立《民诉法解释》第311、312条意义上的“足以排除执行的民事权益”的判断。对此,现行法并无明确规定,实务观点认为可以参照适用《执行异议和复议规定》。^{⑧1}《执行异议和复议规定》第28条规定了四个要件,即查封前已订立书面买卖合同、已占有不动产、已支付全部价款或已按约支付部分价款且将剩余价款交付执行、非因买受人自身原因未办理过户登记。在离婚财产分割协议中,未登记一方成立“享有足以排除强制执行的民事权益”是否需要符合《执行异议和复议规定》第28条的四个要件呢?

有判例认为,欲判断离婚财产分割协议中对不动产物权的约定能否对抗债权人的执行,应审查离婚财产分割协议的真实性、形成时间、不动产物权未办理登记的原因、当事人的过错等予以综合判断。^{⑧2}这一思路实际上借鉴了《执行异议和复议规定》第28条所规定的要件。不同的观点则认为,应当区分第28条所保护的民事权益与夫妻财产归属约定产生的未登记民事权益。相关判例认为,“从性质看,离婚协议是当事人解除婚姻关系时就身份、财产、子女抚育等全部事项而达成的协议,具有很强的身份及伦理属性,其中关于财产归属的约定还具有较强的生活保障功能,不能等同于普通的民事合同”,而且,依据离婚财产归属约定享有的权利是“直接指向该房产的物权期待权”,而普通债权并不指向特定财产,故而,物权期待权应当优先于普通债权。^{⑧3}不过,笔者认为,该案采用“期待权理论”来解释财产归属约定确定的未登记一方的权利,在学理上是值得商榷的。德国法上的“期待权”有特殊要件要求,只有对已经达成物权合意并已向不动产登记机构提交登记申请的权利人,才会给予期待权保护,^{⑧4}动产期待权则主要存在于所有权保留买卖的法律关系中。中国法上,除了附所有权保留买卖关系之外,经预告登记的买受人的权利以及已经占有的买受人的权利也都存在期待权保护的必要,但仅仅订立合同所产生的权利则似难以被容纳到期待权理论中。此外,第28条保护的是交易关系中的买受人,而夫妻财产归属约定完全不具有交易性质,赋予夫妻财产归属约定以物权变动效果并排除强制执行是基于婚姻伦理而对财产权的保护,因而,将第28条的要件适用于夫妻财产归属约定,并不合适。

新近的学说见解认为,应区分夫妻财产归属约定系有偿还是无偿,若属有偿的约定义务范畴,可以类推适用《执行异议和复议规定》第28条;若系无偿的约定义务,则不

⑧1 最高人民法院民一庭的观点认为,《执行异议和复议规定》第28条是适用于执行程序的司法解释,“体现了对案外人实体权利的保护,与现行法律、法规及其他司法解释也不相冲突,并且实践中也一直这样操作,所有在案外人异议之诉中,可以参照适用上述规定”。参见最高人民法院民一庭编:《案外人执行异议之诉与〈最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定〉第二十八条规定的适用》,载杜万华主编:《民事审判指导与参考》(总第62辑),人民法院出版社2015年版,第162-163页。另可参见“卢豪华与王佳庸、云南金福地房地产开发经营有限公司案外人执行异议之诉”,最高人民法院(2019)最高法民终1531号民事判决书。

⑧2 参见前注⑦,江苏省高级人民法院编文,第219页。

⑧3 参见江苏省启东市人民法院(2018)苏0681民初4724号民事判决书。

⑧4 参见[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45页。

能排除强制执行。^{⑧5}但笔者认为,有偿、无偿之区分是从市场规则角度来讲的,夫妻财产归属约定并非市场行为,而是一种基于家事伦理的财产分配与分割行为,以有偿与无偿作为其效力射程的判断标准与法理论据,不尽合适。

笔者认为,第28条所保护的是买卖合同关系中尚未办理登记但已经交付占有和支付价款的买受人的民事权益,其与夫妻财产归属约定有本质不同,前者体现了对市场交易领域的买受人之特殊保护,后者则不具有交易性质,而是基于婚姻伦理受到特别保护,因而并不需要按照第28条的要件来判断是否成立“足以排除强制执行的民事权益”。尤其是在夫妻财产归属约定关系中,夫妻双方并非买卖合同关系,对第28条之“订立书面买卖合同”与“已支付全部价款或按约支付部分价款且将剩余价款交付执行”这两个要件的考察是不必要的。在与债权人的对抗关系上,只要夫妻财产归属约定早于债权发生,且不存在规避法律、逃避债务或违反公序良俗等合同无效情形的,夫妻财产归属约定之效力就应优先于普通债权人之权利。

3. 占有之特别保护

按照阶段性物权变动理论,占有被视为是构成物权变动中的中间型权利的一个要素,法律应对占有的买受人进行特别保护。^{⑧6}在夫妻财产关系中,也同样应当注重实际占有一方的权利保护。在“王某英诉王某琪、赵某阳执行异议之诉案”中,离婚协议中约定共有房产全部归女方所有,但并未经物权变动登记。法院认为,根据原《婚姻法》第19条第1款和第2款规定,夫妻双方关于案涉房屋归属的约定“虽然无须经过不动产物权变动登记手续即在二人之间发生物权变动的效力,但在未办理登记手续的情形下,其显然无法对抗善意第三人主张的物权。然而,王某琪申请执行涉案房屋的依据是其对赵某阳享有的债权,且王某英对涉案房屋实际占有,不存在善意第三人情形,因物权优于债权,故对原告要求解除对涉案房屋的查封措施的诉讼请求,本院予以支持”。^{⑧7}

四、结 语

近代民法以来,民法上的人被塑造为一种能为自己利益作精细计算的“理性人”或“经济人”形象,在理性利己的市场理念下,民法上的人被认为是“理性”“意思方面强而智的人像”。至现代民法,基于具体人格权的发展、劳动者保护、消费者权益保护之需要,民法上的人转向“弱而愚”的人像。^{⑧8}长期以来,不论是“强而智”的人还是“弱而愚”的人,民法制度设计的核心都是以市场竞争理念下经济交往中的公平与正义为指导思想。但是,民法的这一主导理念未必适合婚姻家庭法,因为市场伦理并不适宜用以指

^{⑧5} 参见前注^{③0},冉克平文,第57页。

^{⑧6} 参见陈永强:《物权变动三阶段论》,载《法商研究》2013年第4期,第132页。

^{⑧7} 参见前注^{④6},北京市大兴区人民法院(2016)京0115民初11974号民事判决书。

^{⑧8} 参见[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第50页。

导婚姻家庭法的制度设计及相关法规范的解释：市场伦理是一种以个人主义为中心的利己主义逻辑，是建立在“理性人”假设的基础上；而婚姻家庭法强调的是一种以家庭关系意义上的团体为中心的利他主义逻辑，它所展示的是家庭共同体之亲情、感情、协助等“感性人”或“伦理人”人像。在婚姻家庭法回归民法典之后，如仍然以传统民法的市场伦理为中心来构建全部的制度体系和解释学，其缺陷将是显而易见的。如何调适“伦理秩序与经济秩序、家庭团体主义与个体主义、夫妻共同体意志与个人意志之间的权衡与冲突问题”，以及婚姻家庭法如何适用合同法、财产法之一般规则无疑是民法学的重要课题。具有相当共识的是，婚姻家庭法上的亲属、夫妻代表着“伦理人”特性，该种特性应该成为我国夫妻财产法的司法裁判和制度完善的基准。基于婚姻家庭法的伦理特性，夫妻财产契约的解释规则就应当首先以《民法典》婚姻家庭编的相关条文为中心来进行构建，而不应适用合同法与财产法之一般规则。

Abstract: Marital property attribution agreement is the distribution and arrangement between husband and wife on the property attribution. Although it occurs between husband and wife with identity relationship, it is not an identity contract, but a property contract, which should be regulated by article 1065 of the *Civil Code*. From the expression of intention, marital property attribution agreement is different from the gift, nor is it giving on the condition of marriage, nor can it be explained by liquidation agreement. Instead, the ‘family compensation theory’ based on family ethics should be adopted. Marital property attribution agreement is the intention of attribution and distribution made by both husband and wife after comprehensively considering factors such as emotional contribution, child rearing and family cooperation. The core of the attribution and distribution is the real right effect, and it has a binding force on both parties according to law, so it can produce the real right effect, not just the binding force of debts. Theoretically, a ‘mixed theory’ of obligation and disposition can be adopted, which can solve the problems of defects and remedies in the subject matter. As long as the marital property attribution agreement is made earlier than the time when the debt occurs, and there is no evasion of debt or other invalid circumstances, it should be given the effect of excluding enforcement. In terms of the application of the rules, article 1065 of the *Civil Code* constitutes the proviso of paragraph 1 of article 209, that is, marital property attribution agreement is an exception to the principle of publicity of real right, which is in line with article 1065.

（责任编辑：任彦）