

基于婚姻给予房屋的规范构造

——《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条释评

汪 洋

内容提要:异于市场性交易与普通赠与,“基于婚姻给予房屋”实为“互惠性给予”。给予方的主观目的是维系婚姻生活和谐稳定并由双方共享房屋利益,且通常无须明示。受领方回报构成给予的潜在对价,产生获益基础责任和信赖基础责任,故不应适用赠与合同任意撤销权。《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条构造上符合婚姻财产的内外归属方案,给予合意在婚姻维度直接发生内部归属层面的权利变动,并与物权维度的权利登记状况完全脱钩。家庭法规范的妥当性较之安定性更为重要,故诉讼离婚时法院应以婚姻维度的内部归属确定分割方案,并需兼采动态系统论方法考量该条列举的各项评价要素。各评价要素的权重取决于个案中的具体给予目的。给予方可以基于欺诈、胁迫、重大误解等行为效力瑕疵事由以及受领方的法定不当行为撤销给予,撤销后仍然存在受领方得到补偿或赔偿的空间。

关键词:基于婚姻给予房屋 互惠性给予 动态系统论 《民法典婚姻家庭编解释(二)》

汪洋,清华大学法学院长聘副教授。

我国城镇商品房市场化改革浪潮自20世纪末兴起,房产逐渐成为家庭财产的重要组成部分,实践中亦同步出现“一方将名下房屋给予另一方单独所有”(换名)、“一方将名下房屋转为双方共同所有或按份共有”(加名)、“双方将共同所有房屋转为一方单独所有”(除名)等三种夫妻间基于婚姻给予房屋的典型情形。随之而来的是,夫妻间基于婚姻给予房屋的归属和补偿构成离婚财产纠纷中的热点疑难问题。立法层面,2011年《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)》(已失效,下称“《婚姻法解释(三)》”)第6条首次对“换名”情形作出规定。在此基础上,2020年《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)》(下称“《民法典婚姻家庭

编解释(一)》”第32条新增“加名”情形。然而,上述规范引入赠与合同任意撤销权规则处理相关问题的做法,加之《婚姻法解释(三)》第7条对房产登记状况的极端重视,导致实践恶果显现:或是受赠方在完成房屋转移登记不久后即提出离婚,导致赠与方的期待完全落空;^[1]或是双方达成赠与合意但长期未办理房屋转移登记,赠与方离婚时行使任意撤销权导致受赠方的信赖利益严重受损。^[2]社会各方态度也由此呈截然对立之势。一种意见认为,基于诚信原则,赠与方不得任意撤销房屋赠与;相反意见认为,婚姻关系亦需严防不劳而获,一方在短期婚姻中无偿获得房屋不合乎情理。^[3]

异于《民法典婚姻家庭编解释(一)》第32条的赠与思路,2025年《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(二)》(下称“《民法典婚姻家庭编解释(二)》”)第5条完全摒弃现有模式,采取了“给予”的全新表述。对于新旧规范间的冲突问题,官方释义书认为,旧法与新法不一致时应适用新法,《民法典婚姻家庭编解释(一)》第32条因悖于《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条而不再适用,^[4]后者即成为夫妻间基于婚姻给予房屋问题的首要救济规范。^[5]本文将围绕《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条相关争点,探讨基于婚姻给予房屋的行为性质、给予主观目的及其识别、给予行为在内外归属方案下的法律效果、各类评价要素在动态系统论下的具体适用以及给予方的两类撤销权等问题,以期与实践提供些许研究视角与思路。

一 基于婚姻给予房屋的行为性质

(一) 介于普通赠与和市场性交易之间:互惠性给予

《民法典》第657条规定,“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。”可见我国法上赠与的本质特征指向“无偿性”,即没有任何回报的纯粹的付出(本文将这一典型赠与范式称为“普通赠与”)。《民法典婚姻家庭编解释(一)》第32条之所以将夫妻间给予房产的性质认定为赠与,也是基于其形式上没有对价的无偿性特征,以及夫妻亲密关系符合赠与通常发生的场景。^[6]

无需支付对价的给予未必都符合基于慷慨施惠的普通赠与这一预设。莫斯(Marcel

[1] 参见北京市通州区人民法院(2020)京0112民初36号民事判决书。

[2] 参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民终第9212号民事判决书。

[3] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《民法典婚姻家庭编解释(二)、涉彩礼纠纷解释理解与适用》,人民法院出版社2025年版,第115页。

[4] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《民法典婚姻家庭编解释(二)、涉彩礼纠纷解释理解与适用》,人民法院出版社2025年版,第118页。

[5] 通常认为《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条的适用场景是“夫妻间给予房产”,参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《民法典婚姻家庭编解释(二)、涉彩礼纠纷解释理解与适用》,人民法院出版社2025年版,第101页;王丹:《夫妻间给予房产问题研究》,《法律适用》2024年第11期,第48页;叶名怡:《夫妻间房产给予约定的性质与效力》,《法学》2021年第3期,第132页。笔者认为,将条文主旨界定为“基于婚姻给予房屋”更为精准。一方面,该条涵盖婚前、婚姻存续两阶段,婚前给予房屋时双方尚不构成夫妻关系;另一方面,即便双方存在婚姻关系,也不能排除给予行为仅构成普通赠与的可能性,但该条仅适用于“基于婚姻给予”而非“普通赠与”。

[6] 参见王丹:《夫妻间给予房产问题研究》,《法律适用》2024年第11期,第49页。

Mauss) 以来的礼物理论证明,社会性交换总是以“礼物”的形式达成,也即送礼和回礼在理论上名为自愿行为,实际上却皆属义务性质。义务性的礼物往来维持、强化并创造了各种合作性或竞争性的社会联结。传统社会的基础进而建立在给予、接受和回报这三重义务之上。^[7] 人们出于对他人回报的期待而作出给予,一切权利和义务都被置入互惠(reciprocity)的均衡链。赠与在现有民法体系下被定性为“无偿”的行为之中,给予方同样怀有互惠的动机和目的,只不过其被掩藏在“无需支付对价”的表象之下,至于其真正追求的内容则往往不在合同文本之中。^[8] 这种互惠而非利他的交换行为,可能是为了回报过去接受的恩义,也可能是为了对方远期的回报。^[9] 对此,笔者将其界定为“互惠性给予”。

互惠性给予亦十分契合我国以“报偿”而非“慷慨”为特征的本土赠与观。^[10] 儒家社会理论注重人际关系与“交换”,相信行动的交互性,社会关系的“反应”或者“还报”可兼以即时或延后形式存在。同时,交互报偿进一步加强了家族传统,例如孝道就是还报原则最恰当的说明。^[11] 基于义务的赠与因“赠”与“答”的传统礼仪和伦理观念而具有广义的有偿性,其核心基础即为人们相互之间非属法律义务层面的“欠”。^[12]

人际间的物品交换可区分为“经济性交易”和“社会性交换”(即互惠性给予)。前者以市场原则为指导,是感情中性化的、事关钱财的平衡表;后者则是一份人情的平衡表,具有整合社会和家庭、实现社会团结、博爱、友爱的宝贵功用,其内容不限于“片断式”的一时性、可折算成金钱的交换,还包括其他的互动行为。互惠性质上不同于交易,如果说(获得)物品是人们在市场交易中追求的目的,那么在赠与和互惠性给予中,此即仅系人们达到最终目的的手段,^[13] 并且不问给付与所获之间的均衡关系。也即,对于普通赠与和互惠性给予所依存的情感与道德世界,“成本—收益”理论难以适用,^[14] 双方之间的情感关系、共同的道德或愿望目标成为新的沟通桥梁。因此,亲属关系通常将产生短期内不求回报的一般性互惠,人们倾向于在亲属间交换“礼物”而在非亲属间交换“商品”。^[15] 鉴于此,“互惠性给予”区别于《民法典》第 657 条以无偿和利他为核心特征的“普通赠与”,也区别于纯粹经济性质的市场性交易。

(二) 互惠性给予的主观目的及其识别

从亚里士多德到阿奎那等后期经院学派,再到格老秀斯的合同理论,均区分了有偿交换(onerous contracts)和无偿赠与(gratuitous contracts)两类基本的合同类型。前者的

[7] 参见[法]马塞尔·莫斯著:《礼物》,汲喆译,商务印书馆 2019 年版,第 4 页。

[8] 参见宁红丽:《无偿合同:民法学与社会学之维》,《政法论坛》2012 年第 1 期,第 113 页。

[9] 参见[日]我妻荣著:《债权各论》(中卷一),徐进、李双译,中国法制出版社 2008 年版,第 3 页;杨美惠著:《礼物、关系学与国家——中国人际关系与主体性建构》,江苏人民出版社 2009 年版,第 121 页。

[10] 详细分析参见刘勇:《报偿赠与论》,《法学研究》2023 年第 5 期,第 134—147 页。

[11] 甚至于按照梁启超的观点,“报”是一项非常的祭祀,“报”的观念贯彻了祭的全部分。参见杨联陞著:《中国文化中“报”“保”“包”之意义》,中华书局 2016 年版,第 14、55、69 页。

[12] 参见翟学伟著:《人情、面子与权力的再生产》,北京大学出版社 2013 年版,第 95、203 页。

[13] See Melvin Aron Eisenberg, The World of Contract and The World of Gift, 85 *California Law Review* 821, 844 (1997).

[14] See Jane B. Baron, Gifts, Bargains and Form, 64 *Indiana Law Journal* 155, 196 (1989).

[15] 参见[美]阎云翔著:《礼物的流动——一个中国村庄中的互惠原则与社会网络》,李方春、刘瑜译,上海人民出版社 2017 年版,第 19 页。

“原因”^[16] 立基于要求对等的交换正义,合同的双务性(Synallagma)中的对待给付或者对价这一交换结构本身就是原因(合同目的)。^[17] 并且,除非缔约方明确将主观动机作为法律行为的一部分,否则动机不影响法律行为的效力。而后者则立基于伦理学说中“施惠”这一慷慨德性的践行,^[18]“赠与意图”(animus donandi)通常不写入合同文本,体现为纯粹的主观要素,存在主观目的取代客观原因的“原因主观化”现象。^[19] 形式上,不具有客观对价的互惠性给予在“原因”层面更接近于普通赠与。因此,互惠性给予与普通赠与的区分需探究给予人的主观目的,且不能止步于抽象的同意给予的意思,而是需要查明表层合意之下,作为给予人具体目的或决定性动机的深层合意。作为原因的主观目的应当介于典型的合同目的与缔约者纯粹主观的内心动机之间,具备最低程度的客观实在性。例如,彩礼的主观目的是期待将来结婚,这一目的可以作为事实判断,而并非纯粹的主观评价。

具体到夫妻间的给予行为,小额财产的给予通常为情感的仪式性表达,位于“普通赠与”之列;而以不动产为典型的大额财产给予,作为家庭共同体内财产流通重要且常见的形式,给予方意欲实现的效果意思即体现为房屋归属变动这一客观合同目的。但给予方的决定性动机通常或是为了缔结或延续婚姻关系,或是为了悔过自身过错并祈求对方的谅解,或是为了补偿对方为家庭的特定牺牲以及奖赏对方为家庭的付出贡献,或是为了激励对方孕育共同子女。具体动机无论为何,皆旨在维系婚姻生活的和谐稳定,并且由夫妻双方共享房屋利益。易言之,在法律效果上,给予方通常希望房产的给予行为服务于婚姻生活而非单纯的财产变动,进而该房产仍以夫妻共有而非配偶个人财产的形式存在。给予方虽未期待得到类似债法意义上对待给付般的即刻且具体的回报,但其仍需受领方对其情感或家庭生活等需求进行回应或还报,进而形成房屋给予的潜在对价,并借夫妻间的互惠补偿实现利益平衡。若客观上不考虑这种潜在的对价性,则处理上极易导致夫妻间的利益失衡。由是,《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条规制的基于婚姻给予房屋的行为,其性质上属于互惠性给予而非普通赠与,“表面无偿而实质有偿、客观无偿而主观有偿”。^[20] 套用阿蒂亚(P. S. Atiyah)的理论,基于婚姻的给予协议的效力来源并非允诺基础(promise-based)责任,而是获益基础(benefit-based)责任和信赖基础(reliance-based)责

[16] “原因”在古典罗马法中指“促成主体缔约所欲实现的准确目的(finalità)或典型动机”,该目的或动机作为合同的法律事实之要素,赋予合同可诉性,使其在市民法层面发生效力。原因理论具体论述参见[意]托马索·达拉·马萨拉:《欧洲法传统中的合同原因》、[意]罗道尔夫·萨科:《原因》,娄爱华译,载徐国栋、方新军主编《罗马法与现代民法》(第11卷),厦门大学出版社2025年版,第14、47、49-53页;[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第201页;[美]詹姆斯·戈德雷著:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社2024年版,第140-151页。

[17] Vgl. Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 4, 9; Klinke, Causa und genetisches Synallagma; Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, 1983, S. 104 f.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2005, Rn. 168.

[18] 参见[美]詹姆斯·戈德雷著:《私法的基础:财产、侵权、合同和不当得利》,张家勇译,法律出版社2007年版,第581、594页。

[19] 主观原因在比较法上体现为2016年修订之后的《法国民法典》第1162条中的“目的”、《意大利民法典》第1325条的“原因”以及《德国民法典》第119、313条中的“动机错误”与“主观交易基础”。我国《民法典》第142条以及《民法典合同编通则解释》第1条的意思表示解释规则也都包含了“行为目的”。

[20] 参见叶名怡:《夫妻间房产给予约定的性质与效力》,《法学》2021年第3期,第133-140页;vgl. auch Schwab/Dutta, Familienrecht, 32. Aufl. 2024, Rn. 291。

任,法律追求的是利益互惠性上的合理平衡,进而不应适用赠与合同中的任意撤销权。〔21〕

作为双方的共同认知,给予的主观目的通常无须明示,其关键在于“一切尽在不言中”的含蓄、默契与心照不宣。因此,给予的主观目的在更多场景下并非欠缺条件明示,而是主客观都不允许“打开天窗说亮话”。从这一视角观察,北京等地登记机构加码增设强制性前置程序,要求夫妻转移登记房产时填写《夫妻间不动产归属约定》的做法,在通过外部助推机制揭开主观目的面纱的同时,剥夺了当事人的自由选择空间。这貌似实现了法的确定性需求,却忽略了家庭关系中只存在部分内容被私法调节的体系现状。〔22〕并且家庭生活的核心也不在此,而是更多隶属于生活和伦理的范畴。类似场景如夫妻婚后以各自婚前存款作为买房首付款并登记在妻子名下,原则上也不应根据登记信息推导丈夫存在赠与妻子购房款的意愿。〔23〕

纵使《民法典婚姻家庭编解释(一)》第 32 条未考虑到夫妻身份关系的特殊性,径直以“赠与合同”统摄夫妻间所有类型的给予约定,但解释上不应否定的是,家庭内部仍然存在与夫妻身份无关的普通赠与。例如夫妻以理性、利己的民事主体身份将一方名下房屋转移至另一方名下,主观目的在于便利以另一方为法定代表人的企业融资,或者有利于一方规避风险乃至逃避债务。不仅如此,即便给予行为与夫妻身份或家庭生活相关,亦有可能构成普通赠与。例如一方在婚姻关系破裂时,希望通过给予房屋的手段换取受领方同意离婚,或者使受领方离婚后获得一定的经济保障,则给予行为的效力并不因离婚受到影响,而应认定为普通赠与。〔24〕

综上所述,基于夫妻关系的特殊性,夫妻间的给予行为应首先推定为基于婚姻作出的互惠性给予。若一方以给予房产协议的抬头是“赠与协议”为由主张是普通赠与,则需承担举证责任以倒转推定格局。〔25〕就具体的推定标准而言,裁判中可以给予约定与婚姻关系是否具有关联性、结构性和现时性等特征,〔26〕结合给予协议的用语、给予房屋的用途、该房屋与外部经营事务的联系等因素综合判断。〔27〕

〔21〕 参见[英]P. S. 阿蒂亚著:《合同自由的兴起与衰落:一部合同思想史》,范雪飞译,中国法制出版社 2022 年版,第 6、804 页。美国《合同法重述(第二次)》第 90(2)条也规定单纯赠与允诺不具有约束力的例外,“婚姻协议不需要证明允诺诱使了作为或不作为就有约束力”。参见[美]梅尔文·A. 艾森伯格著:《合同法基础原理》,孙良国、王怡聪译,北京大学出版社 2023 年版,第 120-136 页。

〔22〕 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《当代罗马法体系》(第一卷),朱虎译,中国人民大学出版社 2023 年版,第 264 页。

〔23〕 参见贺剑:《家事法中的无偿转让:从意思表示的谜团切入》,《中国法律评论》2025 年第 3 期,第 20 页。

〔24〕 参见王葆蔚:《德国婚姻赠与返还制度研究》,《中国应用法学》2020 年第 3 期,第 153 页。

〔25〕 有裁判观点认为,如果给予房产协议的抬头是“赠与协议”,则应当定性为普通赠与,参见北京市昌平区人民法院(2019)京 0114 民初 11395 号民事判决书、河北省承德市中级人民法院(2018)冀 08 民再 57 号民事判决书。《民法典婚姻家庭编解释(二)》第 5 条制定过程中,亦曾规定“但双方另有约定除外”的但书条款,以示双方明确约定为普通赠与与情形下,即便离婚也不影响给予的效力。然若双方仅单纯约定房产的具体归属,则性质上只要构成基于婚姻的互惠性给予,便仍不能排除该条内容的适用。最高人民法院考虑到但书情形在实践中极为少见,最终删除了这一条款。对此,可参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《民法典婚姻家庭编解释(二)、涉彩礼纠纷解释理解与适用》,人民法院出版社 2025 年版,第 118 页。

〔26〕 参见申晨:《〈民法典〉视野下婚内协议的效力认定》,《法学评论》2021 年第 6 期,第 186-188 页。

〔27〕 参见徐洁、林彦佐:《论夫妻间赠与协议合同编规范的适用》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2025 年第 2 期,第 76 页。

二 基于婚姻给予房屋的规制路径与法律效果

(一)《民法典婚姻家庭编解释(二)》颁布之前的多种规制路径

《民法典婚姻家庭编解释(二)》颁布之前,学界关于夫妻间给予房屋大致提出三种规制路径。第一种围绕普通赠与进行改造,减弱赠与行为的无偿性,包括道德义务性质的赠与、附条件赠与、附负担(义务)赠与、目的性赠与和家庭法上的特殊赠与等亚类型;第二种将其作为夫妻财产制约定或者特别财产约定处理;第三种则以类推适用情事变更的方式处理。

支持“道德义务性质的赠与”的观点认为,如果赠与目的是维系和巩固婚姻关系,则受赠方负有与赠与方共同维护、经营婚姻共同体的道德义务,^[28]根据《民法典》第660条规定可排除赠与方的任意撤销权。但离婚未必可以归责于哪一方,不能认为受赠方提出离婚就违反了道德义务。^[29]最高人民法院及相关裁判观点则支持“附解除条件赠与”的定性。^[30]有观点对此反驳,认为所附条件仅仅是拟制双方意思的结果,并不存在明确约定的条件;解除条件一旦成就,解除后果自动发生,赠与方的事后决定自由被排除,法律效果层面过于刚性;且以离婚为解除条件,构成了一方意志即可成就的任意条件,导致条件拟制成就条款无法适用,还会陷入该条件是否因限制婚姻自由而背俗无效的争议。^[31]同理,一些裁判观点定性为“附负担(义务)赠与”,^[32]也面临为受赠方创设不得离婚或者缔结婚姻的负担(义务)因背俗无效的风险。“目的性赠与(给付)”的观点将受赠方的义务改造成特定目的,目的未达则赠与自动失效或者由赠与方解除或者撤销。^[33]但反对观点认为,不仅采此理解将极易陷入给予属于单方行为抑或事实行为等的性质争议,现行法亦未设明文规定;且该理解下的法律效果类似于附解除条件赠与,故引入新理解并无实益。^[34]

亦有观点认为,夫妻间给予房屋的约定原则上应被认定为夫妻财产制约定。^[35]笔者

[28] 参见冉克平:《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》,《法学》2017年第11期,第165页。

[29] 参见叶名怡:《夫妻间房产给予约定的性质与效力》,《法学》2021年第3期,第134页。

[30] 参见《最高人民法院对十二届全国人大五次会议第1385号建议的答复》(2017年8月26日)。另参见湖南省长沙市中级人民法院(2014)长中民一终字第06249号民事判决书、广东省广州市番禺区人民法院(2021)粤0113民初11142号民事判决书、江苏省常州市中级人民法院(2020)苏04民终2713号民事判决书、北京市通州区人民法院(2020)京0112民初36号民事判决书。

[31] 参见夏静宜:《原因欠缺导致赠与财产返还的原理和规则》,《交大法学》2024年第1期,第69页。另可参见浙江省杭州市中级人民法院(2021)浙01民终6435号民事判决书、广东省广州市中级人民法院(2023)粤01民终22960号民事判决书。

[32] 参见北京市第一中级人民法院(2020)京01民终1517号民事判决书。

[33] 参见史尚宽著:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第138页;周江洪著:《典型合同原理》,法律出版社2023年版,第124页;谢鸿飞、朱广新主编:《民法典评注 合同编 典型合同与准合同1》,中国法制出版社2020年版,第344页(宁红丽执笔)。另参见山东省烟台市中级人民法院(2020)鲁06民终2709号民事判决书。

[34] 参见叶名怡:《恋爱期间财产给与的定性及处理》,《东方法学》2024年第2期,第32页。

[35] 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》,《浙江工商大学学报》2015年第1期,第63页;裴桦:《也谈夫妻间赠与的法律适用》,《当代法学》2016年第4期,第98页;陈霖:《夫妻约定财产制契约的扩张解释与法律适用》,《法治研究》2022年第6期,第78页。另参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民终2100号民事判决书、广东省广州市中级人民法院(2023)粤01民终22960号民事判决书。

认为,给予房屋约定在性质上不属于夫妻财产制约定,而是夫妻特别财产约定。^[36]前者功能在于面向未来持续性地排除法定共同财产制的适用,客体包括全部婚姻财产;^[37]后者客体仅涉及特定财物,可以容纳夫妻之间赠与、给予、借款、共有物分割等各种特定财物的处分行为。^[38]因此,“夫妻特别财产约定”可作为互惠性给予以及普通赠与的上位概念,同时《民法典》第 1065 条的适用范围亦可理解为既包括夫妻财产制约定也包括夫妻特别财产约定,夫妻调整婚姻财产关系的多元需求经由该条第 2 款所生拘束力而得到最大限度满足。

新近学界和裁判观点支持类推适用情事变更规则处理基于婚姻给予的返还问题。一方面,“合同的基础条件”被目的性扩张为主观基础条件即给予方的主观目的,婚姻关系终止意味着给予基础丧失。反之,如果双方没有离婚,一方就解除给予协议的诉求因双方默示的合同成立基础尚未发生变化而难以被法院支持。另一方面,适用范围被目的性扩张至“合同已经履行完毕”的情形。^[39]反对观点则认为,离婚或者婚姻未缔结是基于婚姻给予场景下可以预见的风险,且将情事变更扩张适用于履行完毕后不具有合理性。^[40]

学界观点还包括构成“家庭法上的特殊赠与”,^[41]或者借鉴德国法上“以婚姻为条件的给予”制度。^[42]上述规制路径的实质内核大同小异,皆考虑到了给予行为的互惠性而非无偿性特征,因而排除给予方的任意撤销权,将给予方的主观目的作为给予协议的原因,目的无法实现意味着给予行为的基础丧失,给予方有权主张返还或者补偿请求权。《民法典婚姻家庭编解释(二)》颁布后,在规制路径上无须借道上述制度,该解释第 5 条将“基于婚姻给予”正式确立为我国法上一项独立的规范制度,前两款规定了离婚时双方的返还和补偿请求权,第 3 款规定了给予方的撤销权。

(二) 内外归属方案下给予行为的法律效果

《民法典婚姻家庭编解释(二)》第 5 条强化了房屋给予约定的拘束力,同时弱化了房

[36] 类似裁判观点参见北京市朝阳区人民法院(2017)京 0105 民初 60943 号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2022)京 01 民终 877 号民事判决书。

[37] 参见胡康生主编:《中华人民共和国婚姻法释义》,法律出版社 2001 年版,第 73 页;姚邢、龙翼飞:《〈民法典〉关于夫妻间财产协议的法律适用》,《法律适用》2021 年第 2 期,第 156 页。

[38] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 126 页;吴晓芳:《〈民法典〉婚姻家庭编涉及的有关争议问题探析》,《法律适用》2020 年第 21 期,第 16 页;陈永强:《夫妻财产归属约定的法理明晰及规则适用》,《中国法学》2022 年第 2 期,第 118 页。

[39] 参见王丹:《夫妻间给予房产问题研究》,《法律适用》2024 年第 11 期,第 60 页;叶名怡:《夫妻间房产给予约定的性质与效力》,《法学》2021 年第 3 期,第 145 页;四川省宜宾市屏山县人民法院(2018)川 1529 民初 657 号民事判决书。此外,这实际上与德国法处理路径趋同,vgl. Koch, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2023, § 516 Rn. 69。

[40] 参见贺剑:《家事法中的无偿转让:从意思表示的谜团切入》,《中国法律评论》2025 年第 3 期,第 28 页。

[41] 参见叶名怡:《夫妻间房产给予约定的性质与效力》,《法学》2021 年第 3 期,第 137 页。该观点是对德国学者 Manfred Lieb 所提“未明确用途之无偿给予”观点的继受与内化。Dazu vgl. Poelzig, Die Dogmatik der unbenannten unentgeltlichen Zuwendungen im Zivilrecht, JZ, 2012, 425, 425 ff.

[42] 参见[德]玛丽娜·韦伦霍菲尔(Marina Wellenhofer)著:《德国家庭法》(第 6 版),雷巍巍译,中国人民大学出版社 2023 年版,第 146 页。实际上“以婚姻为条件的给予”并非最小概念,其中仍存在“基于共同生活的给予”与纯粹基于婚姻关系的给予的进一步再分类可能。Dazu vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. Aufl. 2019, § 21 Rn. 38.

屋移转登记在离婚时的效力。这一规范构造符合婚姻财产的内外归属方案。依据该方案,有必要区分物权维度的外部归属和婚姻维度的内部归属。物权维度针对特定财物的权利归属以及权利变动,均遵循物权公示原则,可概括为“唯登记论”,存在个人所有、按份共有、共同共有等类型。婚姻维度则分为夫妻共同所有以及夫妻一方个人所有等内部归属类型,夫妻共同所有区别于物权维度的共同共有,婚姻维度的权利归属及其变动并不需要遵循物权公示原则,而是依据法定共同财产制以及家庭成员之间的各种财产约定直接产生归属变动的效力,可概括为“唯约定论”。这一区分在社会生活经验层面的合理性在于,一方面,若要求家庭成员之间的财产处分行为严格遵循市场主体交易时采用的物权公示程序,会伤害或动摇家庭这一共同体内部成员之间信任、包容的关系。另一方面,登记状态不能体现双方的真实合意,即便已经转移登记,给予方的真实意思也并非让渡后房屋与自己无关,而是希望在婚姻共同生活中共享房屋利益。^[43] 离婚时家庭共同体解体,一方有权依据婚姻维度的内部归属状态,请求另一方协助实现物权维度的权利变动。^[44]

《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条将此前关于该解释的“征求意见稿”第4条第1款的表述修改为“双方约定将一方所有的房屋转移登记至对方名下或者双方名下”,纳入双方仅达成加名、换名或者除名合意但尚未登记的情形。^[45] 这不仅在逻辑上更契合内外归属方案,亦拓宽了规范适用范围。夫妻双方达成基于婚姻的给予合意,在婚姻维度内部归属层面直接发生权利变动,与物权维度房屋的产权登记状况完全脱钩。即便未完成加名或者换名登记,只要双方达成给予约定,房屋性质便从给予方个人财产转化为夫妻共同财产。即便在赠与语境下理解,婚姻维度的权利归属发生变动也意味着受赠方已经履行完毕,赠与人当然不再享有任意撤销权。^[46]

离婚时家庭作为共同体发生解体,婚姻维度的归属状态无法存续。为使特定财物在物权维度与婚姻维度的归属状态保持一致,在不存在其他影响夫妻财产分割评价要素的情形下,受领方有权请求给予方依据给予合意协助完成转移登记,实现物权维度的权属变动。^[47] 基于高度人身关系属性,受领方的该项权利不受诉讼时效限制。^[48] 裁判确定房屋归属时应当尊重双方达成的给予约定,这些法律效果都意味着婚姻维度的内部归属效力无法被简化为双方之间的债权债务关系,由此进一步拓展了婚姻关系内部意思自治的范围和效力。

登记状况在婚姻维度并非毫无意义。例如在加名场景下,若夫妻已办理按份共有登记,在没有证据表明双方另有约定时,共有份额的登记内容可以推定同时构成双方婚姻维

[43] 参见王丹:《夫妻间给予房产问题研究》,《法律适用》2024年第11期,第56-57页。

[44] 参见最高人民法院(2016)最高法民申2246号民事判决书。

[45] 参见汪洋:《离婚时房产与股权的归属及分割——评〈民法典婚姻家庭编解释(二)〉(征求意见稿)》,《妇女研究论丛》2024年第3期,第14页。

[46] 参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第06092号民事判决书、山东省青岛市中级人民法院(2015)青民五终字第1307号民事判决书。

[47] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第303页。

[48] 参见王轶、蔡蔚然:《基于婚内财产分割协议的物权变动》,《国家检察官学院学报》2023年第2期,第155页。

度的约定内容。如果双方约定内容与物权登记内容不一致,则婚姻维度的内部归属状态以约定内容为准。但《民法典婚姻家庭编解释(二)》第 5 条的适用难点在于,离婚时裁判确定房屋最终归属并不仅仅取决于约定内容叠加登记内容,还要参酌该条列举的各项评价要素,即便双方达成给予合意且完成加名或换名登记,受领方最终也未必可以取得房屋所有权或权利份额。鉴于此,不能将该条解读为“房产过户或加名已失去实际价值”。如果说物权维度的外部归属“唯登记论”,强调交易安全的价值目标,而婚姻维度的内部归属则“唯约定论”,强调意思自治等价值目标。故此,诉讼离婚分割夫妻财产时,法院并不仅仅以婚姻维度的内部归属确定分割方案,即不能“唯约定论”,而需要通过动态系统论方法考量该条列举的各项评价要素,实现利益均衡。

三 离婚时裁判确定房屋归属与补偿的评价要素

(一) 家庭关系中法的妥当性重于安定性:动态系统论的引入

现代社会中存在市场与家庭的功能分化。在交易关系中,各方主体被预设为以利己主义为导向的理性人角色,在追求各自利益最大化过程中达至整个社会的帕累托最优。^[49] 因而财产法更为形式理性化和实证化,对交易各方而言,规范的安定性相较于妥当性更为重要,^[50] 只要相应行为的法律评价结果是可以预期的,即便任意性规范的利益分配不利于其中一方,该方也可以通过个性化约定或者交易结构设计去自我纠偏,以管控交易风险。而家庭关系则呈现出完全不同的底色,家庭内部各成员之间以“伦理人”形象出现,行为模式往往有浓厚的利他主义色彩。甚至于在黑格尔看来,家庭成员之间已经抛弃了自己的单个人格而组成一个新的人格,只有在家庭开始解体的时候,家庭成员的独立人格才以独立的权利的形式出现。^[51] 时至今日,“家”已逐渐呈现合作的个人主义色彩,尽管总体上仍保持伦理关系,但也具有了权利义务的维度。家庭成员之间的付出与回报不但具有延时性,其行为亦旨在维持身份关系,进而具有附随性。多数情形下,行为人所作付出或还报并非基于精确的利益衡量,相反其中充斥着大量感性的情感投入。如果完全无视该目的,当事人的意思自治便实质上未受尊重。甚至于调整家庭成员之间行为的规范如果过于注重法的安定性,反而会导致经济系统对生活世界的殖民以及对家庭成员之间行为的异化。例如,《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 22 条与《婚姻法解释(三)》第 7 条明确以“结婚时点”以及“产权登记”作为认定父母为子女出资购房归属的两个要素。这种一刀切的处理方式即造成大量个案裁判中的不公后果,进一步催生大量家庭在子女结婚档口纠结于出资时点和产权登记而引发内部矛盾,同时引导家庭成员以个人利益而非家庭利益最大化作为

[49] 参见[德]汉斯—贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特著:《民法的经济分析》,江清云、杜涛译,法律出版社 2009 年版,第 22-28 页。

[50] 参见朱虎:《财产法与家庭法的区分——评〈民法典婚姻家庭编解释(二)〉(征求意见稿)》,《妇女研究论丛》2024 年第 3 期,第 8 页。

[51] 参见[德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 2009 年版,第 199-200 页。

行为的出发点。

对于家庭关系而言,仅部分内容属于应由法律规制的领域,更为重要的则在此之外。^[52] 鉴于情感、动机和暗示总是复杂且高度相关的,因此家庭法需要自然伦理秩序和人权的价值补足以及社会科学的经验补足,家庭法规则更加框架化、动态化、实质化、灵活化,采取与财产法“硬规则”不同的“软规则”。^[53] 规范的妥当性相较于安定性更为重要,妥当性意味着对家庭成员的行为要以家庭利益为基点进行实质评价。在这一层面上观察,《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条不仅作为纠纷解决工具,为司法机关提供了具有妥当性和可操作性的裁判基准,同时还作为行为指引工具,有助于引导夫妻基于家庭共同利益的逻辑调整自身行为,并形成稳定的财产关系预期。

《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条为了达到个案中法律评价的妥当性,采用了动态系统论,^[54] 列举了包括婚姻关系存续时间、共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等进行实质评价的要素。一方面,动态系统论中各评价要素不像固定构成要件那样受到全有或全无的束缚,使得最终结果弹性化,使制定法比僵硬的结构保持得更稳固,但也导致规范无法提供较高程度的安定性,且或已超出法官的能力范围和职责。另一方面,动态系统框架中评价要素是限定的,限制法官自由裁量空间的同时,有所控制地兼顾了生活事实的多样性。该司法解释已经有意识地平衡了规范的安定性与妥当性,例如其第4条同居析产与第8条父母为子女购房出资两条规范,在此前的“征求意见稿”中,将“各自出资比例”这一评价要素与贡献大小、共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错等要素并行排列,而在正式文本中则调整为首先“以各自出资比例为基础”,为当事人提供一定程度的可预期性。

动态系统论下,有些要素的功能是同质的,可以替代、补充同质其他要素的缺失;还有些要素彼此间形成相互掣肘、制约和抵消关系,法官需要在个案中权衡取舍。^[55] 具体到《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条规定的五类评价要素,“婚姻关系存续时间”是影响房屋归属的决定性要素;“对家庭的贡献大小”与“离婚过错”分别构成正反两方面的酌定要素,既要避免因家庭贡献较大一方的离婚过错而对其施以过度惩戒,也要防止因离婚过错一方对家庭贡献较大而纵容其导致离婚的不当行为;“离婚时房屋市场价格”这一要素相对独立,仅影响赔偿数额的计算;“共同生活及孕育共同子女情况”的内容最为丰富,共同生活情况与婚姻关系存续时长可能构成补充或抵消的关系,孕育共同子女情况既构成评判家庭贡献大小这一要素的具体内容,也关联未成年子女利益最大化原则而成为独立

[52] 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《当代罗马法体系》(第一卷),朱虎译,中国人民大学出版社2023年版,第262页。

[53] 参见朱虎:《财产法与家庭法的区分——评〈民法典婚姻家庭编解释(二)〉(征求意见稿)》,《妇女研究论丛》2024年第3期,第11页。

[54] 对于动态系统论的引介,参见[奥]瓦尔特·维尔伯格:《私法领域内动态体系的发展》,李昊译,《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期,第115页;[日]山本敬三:《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》,解亘译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第23卷),金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第213页;[德]克劳斯·威廉·卡纳里斯著:《法学中的体系思维与体系概念——以德国私法为例》,陈大创译,北京大学出版社2024年版,第83-84页。

[55] 参见解亘、班天可:《被误解和被高估的动态体系论》,《法学研究》2017年第2期,第48页。

的评价要素。在计算补偿数额时,各要素分别进行货币化折算,然后叠加或者抵消。

各评价要素的权重还取决于个案中的具体给予目的,若给予目的为缔结、维系婚姻生活或者悔过不当行为以求得对方谅解,则“婚姻关系存续时间”以及“离婚过错”两类评价要素权重最高;若给予目的在于补偿配偶为家庭的牺牲、弥补“出轨”造成的伤害、感恩配偶的付出或者激励生育,则应重点考察“对家庭的贡献大小”以及“共同生活及孕育共同子女情况”两类评价要素,最高人民法院官方释义书认为一般可以判决房屋归受领方。^[56]

房产已构成当下家庭财产最重要的组成部分,并且《民法典婚姻家庭编解释(二)》第 5 条的诸多评价要素同时规定于《民法典》第 1087 条关于离婚财产分割、第 1091 条关于离婚损害赔偿以及第 1088 条关于离婚经济补偿等规范条文中。因此,该解释第 5 条表面上仅仅处理涉案房产的归属与补偿问题,但实际应当将其视为离婚相关各条规范的具体适用场景之一,经由该条中对于各类评价要素的具体衡量,实现离婚财产分割、离婚损害赔偿以及离婚经济补偿等诸多条文的规范目的。例如,近年来司法实践中支持离婚经济补偿主张的判决补偿金额通常仅在五千元至五万元区间内。^[57]显然,这一金额区间无法覆盖一方基于家庭效用最大化作出的家庭分工所造成的面向未来的人力资本损失。而通过将“对家庭的贡献大小”这一评价要素纳入补偿数额的计算标准,有利于在基于婚姻给予房屋这一情形中实现更大金额的离婚经济补偿目标。

(二) 决定性评价要素:婚姻关系存续时间

“基于婚姻给予房屋”这一术语本身就表明给予行为附随于婚姻关系,缔结或者维持婚姻成为绝大多数情况下给予方最重要的给予目的,因此婚姻关系存续时间成为房屋归属与补偿问题的决定性评价要素,合理性在于双方因“时间”产生的合理信赖,赋予或增强了给予约定的效力。^[58]对于给予方而言,如果给予目的是为了缔结或维系长期稳定的婚姻生活,则当受领方在接受给予后不久提出离婚或存在重大过错时,给予方对于给予效果的信赖即因此受损,给予目的亦随之无法实现。^[59]对于受领方而言,婚姻关系存续时间越长,其对保有对方给予房屋的信赖程度便随着加深。受领方合理相信自己有权一直享有房屋的居住利益或者增值收益,因而在婚姻关系存续期间或将作出不另行购置房屋等财务决策。受领方此种合理信赖在离婚时应受保护,比较法上存在婚姻存续时间较长时婚前个人财产逐年转化为夫妻共同财产的立法例。^[60]《民法典婚姻家庭编解释(二)》第 5 条将“婚姻关系存续时间”作为决定房屋归属与补偿数额的评价要素,可以视为对最高人民法院在 1993 年颁布的《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

[56] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《民法典婚姻家庭编解释(二)、涉彩礼纠纷解释理解与适用》,人民法院出版社 2025 年版,第 116 页。

[57] 参见汪洋:《共同财产制下离婚经济补偿的价值基础、教义构造与体系协调》,《妇女研究论丛》2021 年第 5 期,第 77 页。

[58] 参见[英]P. S. 阿蒂亚著:《合同自由的兴起与衰落:一部合同思想史》,范雪飞译,中国法制出版社 2022 年版,第 813 页。

[59] 参见北京市西城区人民法院(2020)京 0102 民初 5832 号民事判决书、安徽省定远县人民法院(2024)皖 1125 民初 6331 号民事判决书。

[60] See American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation*, American Law Institute Publishers, 2002, pp. 769–770.

意见》第6条规定的财产转化规则原理的重述和运用,重新强调了“时间”这一因素对于婚姻财产分割的重要性。

“婚姻关系存续时间”与多个其他时间节点存在并列或包含关系,其中对《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条的法律评价可能产生影响的,包括“婚前以及婚后共同生活时间”以及“房屋给予约定时间”。对于共同生活时间而言,有可能婚姻关系存续时间较短,但是双方婚前共同生活时间较长;也有可能婚姻关系存续时间较长,但是存续期内双方并不存在共同住所内居住、共同抚养子女或父母、共同承担家务及生活费用等共同生活的实质内容。因此,对于婚姻关系存续时间的计算应当以夫妻共同生活状态为前提,排除分居状态下的时间。对于房屋给予约定的时间而言,可能存在婚姻存续时间较长但是达成房屋给予约定时间较短的情况。如果给予目的是维系婚姻、补偿受领方对家庭的牺牲、感恩其对家庭的付出或者激励受领方孕育共同子女,则给予旨在针对和调整的是整个婚姻关系存续期间各方的行为,而不仅仅指向房屋给予约定之后的行为。在此,即便给予与离婚的时间间隔短于婚姻关系存续期间,亦不具有法律上的评价意义。反之,如果给予目的是在感情出现裂痕后给予方试图“破镜重圆”,则应将受领方在接受给予不久后提出离婚的行为视为给予目的无法实现的事由,原则上应判决房屋归给予方所有,受领方不能仅以婚姻存续时间较长为由抗辩。

(三) 四类酌定评价要素的具体内涵

第一类评价要素是“共同生活及孕育共同子女情况”。《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条前两款皆以“婚前或者婚姻关系存续期间”开头,意味着基于婚姻的给予不以结婚为区分时点,目的都在于缔结或维持婚姻并共同享有房产利益,作为评价要素的“共同生活情况”也囊括了婚前以及婚后两个时间段。婚前给予房屋在性质上也可能构成彩礼的一种类型,如若构成则优先适用《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》(下称“《彩礼纠纷规定》”)第5条,若同时符合双方已登记结婚且已共同生活两年以上的要件,原则上便不应支持彩礼返还请求。两条规范都涉及“孕育情况”“双方过错”等评价要素,司法实践中因此通常不会出现法律评价矛盾。

“孕育共同子女情况”不仅构成给予方的给予动机或者目的,本身也属于婚姻制度的重要内容,还成为权衡夫妻双方对于家庭贡献和付出大小的重要要素。在女方作为受领方的通常情况下,其因妊娠、分娩和抚育子女承受了更多的生理风险、心理压力和身心付出,在确定房产归属或补偿数额时应将上述情事作为正面评价要素。鉴于怀孕、流产本身足以对女方的身体健康以及社会评价等造成消极影响,《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条采用《彩礼纠纷规定》第5、6条的相同表述,囊括了“受领方未生育子女但怀孕、流产”的情形,将此作为“应当酌情增加补偿数额”的评价因素。

第二类是作为反面评价要素的“离婚过错”。尽管我国法就结婚、离婚同采自由原则而不以一方过错为前提条件,但过错事实仍系影响离婚财产分割以及离婚损害赔偿的重要事由。^[61] 在体系层面,《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条应视为《民法典》第1097

[61] 参见北京市第三中级人民法院(2019)京03民终12651号民事判决书。

条第 1 款“照顾无过错方权益”原则在“基于婚姻给予房屋”这一场景下的具体适用。“离婚过错”分为导致离婚的“重大过错”与“一般过错”，前者包括《民法典》第 1091 条规定的重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员等行为。该解释第 5 条第 2 款规定，“如果婚姻关系存续时间较短且给予方无重大过错……判决该房屋归给予方所有”，意味着若婚姻关系存续时间较短，则重大过错成为房屋归属的决定性要素；反之，则仅作为确定房屋归属与补偿数额的评价要素之一，且婚姻关系存续时间越长，离婚过错这一要素的分量越小。^[62]“一般过错”指通常只影响到补偿数额高低的通奸、嫖娼、一夜情等违反忠实义务的行为。且与彩礼返还规则的标准不同，主动提出离婚这一行为本身非属过错。若双方都有过错，补偿数额即需以过失相抵原则综合考量双方过错大小而确定。

第三类是作为正面评价要素的“对家庭的贡献大小”。该要素可以接洽《民法典》第 1088 条离婚经济补偿制度中“一方负担较多义务”的评价体系，在离婚时确定房屋补偿数额这一环节实现离婚经济补偿的规范目的。“对家庭的贡献”既包括积极层面的“一方负担较多义务”，例如“协助另一方工作”以及“抚育子女、照料老年人”；也包括消极层面的“一方作出特定牺牲决策”，例如辞职或者放弃更好的工作岗位。两者的共通点在于一方牺牲了自身的发展机遇，即基于家庭效用最大化的家庭分工造成一方未来收入能力的损失。

第四类评价要素是“离婚时房屋市场价格”。房屋存在增值或贬值的可能性，婚姻关系存续期间越长，房屋价值变动的幅度可能性越大。离婚时取得房屋一方是否应补偿另一方以及补偿数额多少都将关联房屋的市场价格变动，双方由此合理分配增值利润或者分摊贬值损失。因此，房屋市场价格这一要素只涉及赔偿数额，并不影响房屋归属。鉴于离婚诉讼时间长短不一，该要素中的“离婚时”应当解释为以“离婚判决时”而非“提起离婚诉讼时”的房屋市场价格为准计算补偿数额，以平衡双方的市场风险。

四 两种情形下给予方的撤销权

《民法典婚姻家庭编解释(二)》第 5 条第 3 款规定，“给予方有证据证明另一方存在欺诈、胁迫、严重侵害给予方或者其近亲属合法权益、对给予方有扶养义务而不履行等情形，请求撤销前两款规定的民事法律行为的，人民法院依法予以支持。”实践中多见给予方在离婚诉讼时提起对给予行为的撤销。依据该第 3 款文义，给予方撤销给予行为不以离婚为要件，给予方在婚姻关系存续期间亦可主张。给予方行使撤销权的法律效果，除了由给予方最终获得房产归属之外，依据《民法典》第 157 条规定，民事法律行为被撤销后，有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。同时，该解释第 5 条第 3 款建立在受领方存在严重不当行为的基础上，受领方通常主观状态为恶意，不存在适用《民法典》第 986 条得利丧失抗辩制度的空间。该款的撤销权实质等同于解除权，《民法典》第 566 条关于解除后果除了恢复原状，也包括赔偿损失。因此，该第 5 条第 3 款虽然在条文表述上未容纳其他评价要素，但是通过接引《民法典》第 157 条以及第 566 条的法律效果，法官可以调整补偿数额，更加精细化地容纳前两款列

[62] 参见刘征峰：《婚内赠与的类型区分与清算规则》，《法律适用》2024 年第 11 期，第 78 页。

举的多种评价要素以平衡双方利益。

(一) 基于民事法律行为瑕疵撤销给予行为

《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条第3款在欺诈、胁迫导致的撤销情形以外,保留了重大误解、显失公平两种行为瑕疵类型的适用空间。

受领方的行为是否构成欺诈,应关联给予方的给予目的方能认定。若给予目的在于激励或者感谢受领方孕育共同子女,则受领方隐瞒子女并非给予方亲生这一事实或者故意告知受领方怀孕的虚假情况构成欺诈;若给予目的在于缩减夫妻双方个人财产差距,甚或是为了平衡双方父母家庭的房产数量或者经济实力,则受领方隐瞒自己或者父母家庭已有房产或重要财产情况也构成欺诈。司法实践还认可,隐瞒为了在夫妻感情破裂时取得财产分割的优势地位这一真实动机、以维系夫妻感情为由要求给予方给予房产,也构成欺诈。^[63]

婚姻关系中对胁迫的认定标准相较于财产关系更为严苛,家庭共同体内部成员之间的博弈和冲突行为本就属于日常共同生活中的常素。即便夫妻双方都强调是自愿给予行为,依据生活经验,也很难排除其中掺杂了多少“被迫”的因素以及不愿被提及的原因。但是,“被迫”不等同于“受胁迫”,给予行为更多情形下体现为给予方迫于压力权衡利弊之后的抉择或者妥协,给予方并未丧失自主意志,法律对此应适当保持谦抑性,关键并不在于给予方的自由意志是否受到影响,而是这种影响有没有超越法律限度。^[64]由此,“不法性”要件应被严格认定。若受领方通过家族或亲属力量介入的方式向给予方施压,或者威胁向给予方工作单位举报、在自媒体上曝光等损毁给予方职业声誉的方式相要挟,^[65]只要受领方的行为未构成对给予方健康权、身体权、名誉权或者隐私权等具体人格或财产权益的现实侵害,原则上即不应认定为胁迫,但可以作为《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条前两款中判决房屋归给予方所有的评价要素。在离婚自由原则下提出离婚并非法律上的不利,且诉讼离婚须经法院审查是否符合法定离婚标准,^[66]因此受领方提出离婚不构成胁迫。

重大误解的对象是对过去或现在某种事实情况的认识,而非对未来某种发展情况的期待的认知。如果给予行为建立在受领方已怀孕等错误事实基础上,若该错误属于受领方不实陈述或误导性信息导致的“外部错误”或者受领方明知或应知错误而有悖诚信未告知给予方的“内部错误”,则受领方对错误具有可归责性,给予方有权依据欺诈或者重大误解撤销给予行为;若该错误属于不可归责于受领方的给予方“纯粹内部错误”或者双方共同错误,^[67]一些国际示范法立法例相较于错误撤销的一般规定,在类似的强调动机重要性的赠与合同中进行了有利于赠与人的调整。^[68]同理,应当允许给予方基于重大误

[63] 参见北京市第三中级人民法院(2017)京03民终2550号民事判决书。

[64] 参见张淦纶:《胁迫制度的经济分析——以违法性与制裁为核心》,《中外法学》2018年第3期,第639页。

[65] 参见河南省郑州市中级人民法院(2011)郑民二终字第397号民事裁定书。

[66] 参见刘征峰:《婚内赠与的类型区分与清算规则》,《法律适用》2024年第11期,第70页。

[67] 本文采用的错误的分类标准,参见李潇洋:《重大误解的范式之变——从错误论到归责论》,《中外法学》2022年第5期,第1356-1360页。

[68] 《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第IV:H-2:103条:若合同的订立系基于对事实或法律的错误认识,即使不符合第II-7:201条(错误)第1款b项的要件,赠与人仍可撤销合同。参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著:《欧洲私法的原则、定义和示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本)》(第4卷),于庆生等译,法律出版社2014年版,第1373页。

解行使撤销权,但是需要对受领方予以补偿。

法院通常不将给予方为了避免离婚后果而在房产给予上作出让步认定为受领方乘人之危、显失公平。但例外构成显失公平的场景如受领方在捉奸现场或者发现出轨情事后极短时间内利用出轨方防止离婚的急切心理,进而要求给予方给予高价值房产,并导致其离婚后丧失居住条件和利益。

(二) 基于法定撤销权撤销给予行为

尽管赠与合同中不存在对待给付义务,但是受赠人的不当行为严重背离赠与动机和赠与目的,与双务合同中的根本违约异曲同工。因此,赠与合同的法定撤销实质上起到解除作用,^[69]所生法律效果亦与合同解除趋同,受赠人应当返还受赠财产。受领方严重损害给予方利益致使给予方的给予目的无法实现时,出于信赖关系的破坏,给予方适用《民法典》第 563 条解除权亦无不可。^[70]唯在权利行使方式上,解除可由权利人自行主张,撤销以及情事变更解除则需要当事人依诉行使。

给予方享有撤销权的第一类情形是受领方“严重侵害给予方或者其近亲属合法权益”。“合法权益”这一要件包含《民法典》及特别法规定的各项人身和财产权益,^[71]实践中常见的情形包括受领方实施家庭暴力等严重侵害给予方或者其近亲属健康权和身体权的行为、^[72]受领方实施重婚、与他人同居等严重违反夫妻忠实义务的行为等等。^[73]“近亲属”这一要件无需完全依照《民法典》第 1045 条认定其范围,鉴于该条的功能在于打击惩戒受领方的不当行为,因此该条中近亲属的范围更广,应视其与给予方的感情关系状况确定。若亲等虽疏但感情甚密,^[74]则受领方的严重侵害行为仍会背离给予方的给予动机或者给予目的。“严重侵害”这一要件表明若受领方的侵害行为程度显著轻微则不会触发撤销权,通常应当满足侵权责任的构成要件,但是不以构成犯罪为前提。

给予方享有撤销权的第二类情形是受领方“对给予方有扶养义务而不履行”。扶养义务包括经济扶养、生活照料和精神慰藉等广泛的义务内容,夫妻不能单方放弃也不允许双方协议免除。夫妻一方长期不履行扶养义务,若另一方没有独立生活能力,则可能构成《刑法》第 261 条的遗弃罪,同时触发《民法典》第 1079 条的法定离婚事由、第 1091 条的离婚损害赔偿、第 1125 条的继承权丧失以及第 1130 条的不分或者少分遗产等法律后果。

《民法典婚姻家庭编解释(二)》第 5 条仅适用于诉讼离婚。协议离婚场景下,双方如果在离婚财产分割协议中未约定房屋归属及补偿,通常应视为给予方自行放弃权利主张。

[69] 参见崔建远著:《合同法》(第 5 版),北京大学出版社 2024 年版,第 485 页;刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,《清华法学》2020 年第 3 期,第 164 页。

[70] 参见赵文杰:《〈合同法〉第 94 条(法定解除)评注》,《法学家》2019 年第 4 期,第 177 页。

[71] 最高人民法院民事审判第一庭编著:《民法典婚姻家庭编解释(二)、涉彩礼纠纷解释理解与适用》,人民法院出版社 2025 年版,第 116 页。

[72] 参见北京市第一中级人民法院(2019)京 01 民终 8460 号民事判决书、天津市河北区人民法院(2019)津 0105 民初 7238 号民事判决书。

[73] 参见北京市第一中级人民法院(2020)京 01 民终 1517 号民事判决书。

[74] 参见谢鸿飞、朱广新主编:《民法典评注 合同编 典型合同与准合同 1》,中国法制出版社 2020 年版,第 367 页(宁红丽执笔);尹志强、马俊骥:《赠与合同中受赠人“忘恩负义”之构成——〈民法典(草案)〉第 663 条第 1 款第 1 项的规范构成》,《广东社会科学》2020 年第 2 期,第 232 页。

如果给予方在离婚后发现受领方存在重大过错情形,或者受领方提起离婚诉讼而给予方不同意离婚的,应当允许给予方依据《民法典婚姻家庭编解释(一)》第88条第2项,在离婚后单独提起离婚损害赔偿诉讼,^[75]或者单独就房产归属与补偿请求提起诉讼。但不同的是,《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条第3款并未将撤销权的行使限于离婚诉讼中,因此离婚后给予方仍有权依据该第3款主张撤销权。

五 结 论

“基于婚姻给予房屋”属于报偿性、社会性的交换行为,应被定性为“互惠性给予”,区别于“市场性交换”以及以无偿和利他为核心特征的“普通赠与”。受领方对给予方的情感需求、家庭生活所需给予回报被视为房屋给予的潜在对价,不应适用赠与合同任意撤销权。基于婚姻给予行为的“原因”涉及给予方的主观目的,内容包括维系婚姻生活的和谐稳定并且由双方共享房屋利益,该目的作为双方的共同认知通常无须明示。《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条将“基于婚姻给予”正式确立为我国法上一项独立的规范制度,规范构造上符合婚姻财产的内外归属方案。房屋给予合意在婚姻维度内部归属层面直接发生权利变动,与物权维度房屋的产权登记状况完全脱钩,离婚时受领方有权请求给予方依据给予合意协助完成转移登记。诉讼离婚时法院不仅仅以婚姻维度的内部归属确定分割方案,需要考量该条列举的各项评价要素。各要素权重取决于个案中的具体给予目的。

中国传统社会理论以人与人之间的关系为起点,要有关系则必须有“交换行为”,而“交换行为”是所有共同体中无可或免的社群现象。交换行为中的三重伦理性义务,即施(to give)、受(to receive)与报(to repay),使人与人结合起来,整合起社会和家庭。在家庭存续期间,亏和盈不是那么一清二楚,也不是每个环节都披着法律和权利的外衣,双方倚重的是相互情感关系及共同的道德或愿望目标。正如黑格尔所言,“家庭作为爱的统一体,与基于个体权利的契约关系具有根本性差异,以至于只有在家庭破裂之后,权利形态才会出现。”^[76]只有在家庭破裂时,对双方的付出奉献作出妥当的法律评价,才可以达到树立优良家风的事前效果,抵御经济系统对生活世界的殖民。当然,如鲁迅所言,抹煞了“爱”而一味说“恩”,又因此责望报偿,那便播下乖刺的种子。^[77]“恩”在没有得到回报时,就会变成“恨”。^[78]“伦理”二字,确实很重。

[本文为作者主持的2025年度清华大学自主科研文科专项“夫妻共同财产的内外归属方案研究”(2025THZWYY05)的研究成果。]

[75] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第736页。

[76] [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2009年版,第199-200页。

[77] 参见鲁迅:《我们现在怎样做父亲》,载鲁迅著《鲁迅全集》(第一卷),人民文学出版社2005年版,第138页。

[78] 参见赵晓力著:《要命的地方 家庭、生育与法律》,生活·读书·新知三联书店2023年版,第117页。

The Normative Framework for Giving a Residential Property Based on Marriage: A Commentary on Article 5 of the Judicial Interpretation (II) of the Book of Marriage and Family of the Chinese Civil Code

[Abstract] “Giving a residential property based on marriage” is a reciprocal gift, which is different from a market transaction that focuses on the actual value of the consideration or an ordinary gift that is completely gratuitous. A person who gives a residential property to his or her spouse based on marriage has two subjective purposes: to maintain a harmonious and stable marital life, and to share the benefits of the residential property with his or her spouse. Furthermore, it is not necessary to explicitly state the subjective purpose of sharing the benefits of the residential property. Reciprocal giving is not entirely gratuitous, as giving based on marriage forms a potential consideration relationship with the recipient’s return. In such circumstances, the giver will be liable for the basis of the benefit and the basis of trust arising from the act of giving. Consequently, the provision on the right of arbitrary revocation of gift contracts in Article 658 of the Civil Code no longer applies. Article 5 of the Judicial Interpretation (II) of the Book of Marriage and Family of the Civil Code of the People’s Republic of China conforms with the Internal and External Ownership Schemes for marital property. The agreement to give occurs directly within the marital dimension, resulting in the change to rights at the internal ownership level, and it is completely disconnected from the state of rights registration in the dimension of property rights. If the agreed content is inconsistent with the registration, the former should govern matters pertaining to the marital dimension. In contrast to property law, which emphasizes stability, the family law system places greater importance on appropriateness. Therefore, when a spouse sues for divorce, the court should determine the marital property division plan based on the internal ownership of the marriage, and also adopt a dynamic systems methodology to incorporate the various evaluation factors listed in Article 5 of the Judicial Interpretation (II) into the division plan. The importance of each evaluation factor is not fixed, and whether a factor is important or not depends on the specific purpose of the giver in each case. After one spouse makes a giving, he or she may revoke the giving on grounds of defects of juridical acts, such as fraud, duress, or serious misunderstanding, as well as the recipient’s unlawful or improper acts, such as serious infringement on the legitimate rights and interests of the giver. However, because the giving will establish the trust of the recipient, the recipient may be entitled to compensation or damages after the giving is revoked.

(责任编辑:姚 佳)