

上海律协婚姻家庭专业委员会

2025年8月

第08期

法律资讯



婚姻家庭与财富传承



主任：吴卫义

主编：吴琼

编委：（按姓氏拼音）

陈宏伟 陈雁

杜伟 方青

高明月 高兴

葛珊南 韩静

胡瑞平 刘创

刘琪 陆以洁

马赛男 钱元春

邵玉民 沈美娇

沈奇艳 王慧婷

吴琼 武鹏

徐巧月 燕晓凤

杨燕亭 叶盈盈

元玲慧 袁芳

张玮颖 赵宁宁

执行主编：沈美娇

目 录

➔ 媒体聚焦

1、论遗嘱居住权的物权变动规则

（来源：人民司法杂志社，作者：孙若军、张婧婕）····· 1

2、“假离婚”情形下，离婚协议中财产及债务处理条款是否有效？

（来源：《最高人民法院民法典婚姻家庭编解释（二）、涉彩礼纠纷解释理解与适用》，最高人民法院民事审判第一庭编著）····· 17

3、夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，应该如何处理？

（来源：《最高人民法院民法典婚姻家庭编解释（二）、涉彩礼纠纷解释理解与适用》，最高人民法院民事审判第一庭编著）····· 22

4、债权人撤销权在离婚协议中的特殊适用

（来源：上海二中院，主讲人：倪文珺）····· 28

5、离婚协议约定一方不承担抚养费的效力及例外

（来源：上海二中院，主讲人：高胤）····· 33

6、父母离婚后孩子何以“失家不失爱”

（来源：《法治日报》）····· 38

➔ 案例评析

1、离婚后替前夫还的房贷，能追偿吗？

（来源：上海高院）····· 45

2、债权人撤销离婚协议有关夫妻共有财产分割条款案件的裁判思路

（来源：上海二中院）····· 51

➔ 业务研究

1、家庭场域中紧急权的适用规则——以家暴反击行为为中心

（来源：《中外法学》2025年第3期，作者：隗佳）····· 59

2、婚内赠与视角下夫妻财产约定规则的优化

（来源：《法律科学》2025年第4期，作者：曹薇薇）····· 90

媒体聚焦

论遗嘱居住权的物权变动规则

(来源: 人民司法杂志社, 作者: 孙若军、张婧婕)

本文刊登于《人民司法》2025 年第 3 期, 系国家社科基金项目“民法典体系中亲属间居住权制度研究”(项目编号:19BFX156)的阶段性成果。

内容提要

遗嘱居住权的设立为非基于法律行为引起的物权变动, 遗嘱居住权人自遗嘱生效时取得居住权, 不参照适用合同居住权登记生效的规定。遗嘱居住权人依据遗嘱取得的居住权不是遗嘱人的遗产, 而是遗嘱人为取得房屋所有权的继承人、受遗赠人设立的负担。遗嘱居住权的物权变动规则无须依据继承规则区分遗嘱继承和遗赠。除自愿外, 遗嘱居住权人不承担遗产债务的清偿责任。遗产债务的清偿不受遗嘱居住权设立的影响, 遗嘱居住权人不具有优先于遗产债权人的法律地位。

一、问题的提出

居住权, 是指权利人为了满足生活居住的需要, 按照合同约定或遗嘱, 在他人享有所有权的住宅之上设立的占有、使用该住宅的权利。民法典第十四章规定, 居住权人有权按照合同约定, 对他人的住宅享有占有、使用的用益物权, 以满足生活居住的需要。设立居住权, 应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。以遗嘱方式设立居住权的, 参照适用合同居住权的有关规定。我国居住权登记制度尚未完全建立, 审判实践也不以居住权登记为遗嘱居住权设立的先决条件, 遗嘱居住权的物权变动规则在理论和实务界存在重大分歧, 主

要可以归为两种观点：一种观点认为，不论是通过合同还是遗嘱设立居住权，当事人须办理登记。以遗嘱设立的居住权是基于法律行为引起的物权变动，必须满足公示的要求。另一种观点认为，遗嘱设立的居住权为非基于法律行为发生的物权变动。但持此观点者又因对继承规则的理解不同存在差异。有的认为，居住权人取得的居住权与继承密切相关，因此居住权的生效时间适用因继承引发物权变动的相关规则，需要区分遗嘱继承和遗赠。遗嘱继承人取得的居住权，采登记对抗主义或者登记宣示主义；遗嘱受遗赠人取得的居住权，采登记生效主义。有的认为，以遗嘱方式设立居住权包含遗嘱继承和遗赠两种形式，该两种方式应当被同等对待，遗嘱居住权需要通过登记取得权利。

上述分歧主要集中在以下几个问题：第一，遗嘱居住权的设立是否应当参照适用合同居住权的规定？即遗嘱居住权是否为基于法律行为发生的物权变动？第二，遗嘱设立居住权的性质是什么？是否需要与遗嘱继承和遗赠的物权变动规则衔接适用？第三，遗嘱设立居住权对内对外的效力是什么？对此，笔者拟以民法典体系化为视角，以居住权和继承法律规范为依据，探讨遗嘱居住权的物权变动规则及遗嘱设立居住权对内对外的法律效力。

二、遗嘱设立居住权是否应当参照适用合同居住权

有观点认为，民法典第三百七十一条将遗嘱居住权的设立引向适用合同居住权规则，因而遗嘱居住权非经登记不发生效力。但该观点将“参照适用”解释为“适用”值得商榷。

民法典中有“适用”和“参照适用”两种不同表述。“适用”是

指该规范调整的法律事实与被适用的规范调整的法律事实具有相同性。“参照适用”意味着拟处理案件事实与被参照法律规范构成要件事实具有相似性。“适用”和“参照适用”两种立法技术都具有避免立法上烦琐重复的功能。但是，“适用”是指“迳行适用，不必有所变通”，而“参照适用”并非必须适用。民法典第三百七十一条的规定是，以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定，而非“适用”。民法典第十四章第三百六十六条至第三百七十条为合同居住权的法律规范，第三百七十一条为概括性的参照适用条款，目的是将遗嘱居住权扩张到合同居住权规则的适用范围。作为一种立法技术，“参照适用”负担着节约条文、避免重复规定的功能，是立法者对法律适用者的授权。对于概括式的参照适用，意味着适用时必须辨别哪些规范可以参照适用，哪些规范不可以参照适用。只有参照与被参照的情形包含相似性要素，才能将法律规定情形的法律效果适用于法律未规定的情形。所谓相似性要素，包括法律关系的性质、构成要件等。民法典规定的合同居住权，在设立的目的、功能定位及双方权利义务等方面与遗嘱居住权是一致的，两者都是房屋所有权人为满足他人生活居住需要而为居住权人设立的居住权。居住权对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，可排除第三人对住宅的权利主张；居住权人不得将住宅用于生活居住以外的用途，应当按照合同或遗嘱约定的居住条件和要求使用住宅；居住权不得转让、继承、出租或者抵押，但合同或遗嘱另有约定的除外；居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。因而，在上述内容方面，遗嘱居住权应当参照适用合同居

住权的相关规定，除非遗嘱另有约定。

但是，如果参照适用的条款与被参照适用的条款存在不相容性，即使两个或两类事物之间存在许多的相同属性，只要从适用情形的类似和立法目的考量两方面不存在相同性，则应将其排除出参照适用的范畴。参照适用不是简单的逻辑推理，而是要作目的性评价，包含价值判断和利益衡量。从遗嘱居住权设立的方式上看，如参照适用民法典第三百六十八条“当事人应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立”的规定，则与遗嘱居住权的立法目的相冲突，无法产生预期的法律效果。原因是，合同居住权与遗嘱居住权是两种不同的民事法律行为。

民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。民事法律行为可分为基于双方或者多方的意思表示一致成立和基于单方的意思表示成立的民事法律行为。“双方民事法律行为与单方民事法律行为的最大区别，是行为的成立需要双方的意思表示一致，仅凭一方的意思表示而没有经过对方的认可或者同意不能成立。”合同居住权，是房屋所有权人和居住权人之间为设立居住权达成的协议，为典型的基于双方当事人意思表示一致成立的民事法律行为。而单方的民事法律行为不存在相对方，其成立不需要其他人的配合或者同意，仅依据行为人自己的意志就可以产生期望的法律效果。单方民事法律行为可以分为两类：一是，行使个人权利而实施的单方行为；二是，涉及他人权利变动的单方行为。遗嘱是单方的法律行为，即根据一方的意思表示就能够成立的行为，遗嘱居住权是典型的涉及

他人权利变动的单方民事法律行为。

遗嘱居住权的设立涉及居住权物权变动规则的适用问题。物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。物权的变动是指物权的设立、变更、转让和消灭。民法典规定的物权变动分为基于法律行为的物权变动和非基于法律行为的物权变动。基于法律行为的物权变动，是指因法律行为而导致的物权变动，合同居住权是典型的基于法律行为发生的物权变动。非基于法律行为的物权变动，是指因法律行为之外的其他法律事实引发的物权变动，包括生效法律文书、继承、事件、事实行为等。民法典第二百三十条规定，因继承取得物权的，自继承开始时发生法律效力。所谓继承，是指财产所有人死亡或者被宣告死亡时，按照法律的规定或遗嘱的指定将死者遗留下来的财产和财产权利转移给他的继承人所有的一项法律制度”。根据法律规定，被继承人死亡时，是继承开始之时，由被继承人的法定继承人或遗嘱继承人取得继承财产的所有权，成为新的物权人。继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理。之所以有观点认为遗嘱设立居住权属于基于法律行为发生的物权变动，是因为遗嘱为单方的法律行为，居住权设立的原因是遗嘱的设立行为，而不是当事人的死亡。但是，持此观点者没有关注到基于合同设立的居住权与遗嘱设立的居住权存在以下不同。

首先，订立居住权合同与通过遗嘱设立居住权所产生的法律后果不同。合同居住权是房屋所有权人与居住权人共同达成的协议。依法

成立的合同，对当事人具有法律约束力。合同居住权订立后，房屋所有人未经对方同意，不得擅自变更或者解除合同。遗嘱是遗嘱人生前按照法律规定的方式处分其个人财产或者处理其他事务，并在其死亡时发生效力的单方法律行为。遗嘱居住权是遗嘱人对其房屋为居住权人所作的身后安排，其与合同居住权的区别在于：遗嘱在生效前，居住权人不能仅凭遗嘱单方要求居住权登记。即使遗嘱人与遗嘱居住权人在遗嘱人生前共同完成居住权登记，遗嘱也是在遗嘱人死亡时生效。遗嘱人有随时变更和撤销的权利。民法典第一千一百四十二条规定：“遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。”这就是说，即使居住权人生前已经在遗嘱人房屋居住，也不意味着遗嘱居住权已经生效。但在遗嘱生效时，遗嘱人已经死亡，实际无法与遗嘱居住权人共同办理居住权登记。

其次，合同居住权与遗嘱居住权的权利义务主体不同。合同居住权是房屋所有权人为居住权人设立的居住权，权利义务的主体是合同当事人双方。但遗嘱居住权是住宅所有权人在生前为居住权人设立居住权。遗嘱生效后，遗嘱人的继承人、受遗赠人为设立居住权房屋的所有权人。因此，居住权的权利义务主体是遗嘱人房屋的继承人、受遗赠人与遗嘱居住权人。其与合同居住权的区别在于：遗嘱人房屋的继承人、受遗赠人并无设立居住权的意思表示，在双方利益存在冲突的情况下，要求遗嘱人的继承人、受遗赠人在遗嘱人死亡后积极主动

地为居住权人及时办理居住权登记并不现实。即使遗嘱人的继承人、受遗赠人愿意且及时为遗嘱居住权人办理居住权登记；即使遗嘱生效后，遗嘱居住权人可以单独办理居住权登记，无须房屋的所有权人配合；即使遗嘱居住权可以由遗嘱执行人、遗产管理人等协助行动不便、神志不清等居住权人办理居住权登记，仍然不能解决遗嘱人死亡后到居住权登记完成期间出现的居住权真空地带。倘若居住权人拿不到遗嘱，或是利害关系人就遗嘱效力、房屋权属等发生争议，当事人双方或多方将进入旷日持久的调解或诉讼程序。如若遗嘱居住权在登记前不生效，必然衍生已经居住在遗嘱人房屋中的居住权人须搬出、遗嘱人的继承人拒绝遗嘱居住权人入住一系列有违遗嘱人设立居住权意愿的问题。据此，以遗嘱方式设立的居住权，若以登记作为居住权取得的先决条件，则可能出现房屋继承人拒绝协助权利人办理登记等违背被继承人真实意思的情形，导致遗嘱设立居住权的目的落空。

最后，按照民法典的规定，可以引起物权变动的原因包括法律行为、事实行为以及法律的直接规定。合同居住权登记设立遵循的是物权公示原则，为典型的基于法律行为引起的物权变动。遗嘱虽为民事法律行为，但遗嘱行为属于死因法律行为，遗嘱在遗嘱人死亡时生效，因而为因事实引起的物权变动。民法典第一千一百三十三条规定，自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。遗嘱人死亡无法与遗嘱继承人、受遗赠人进行财产交付或登记过户，所以因遗嘱继承发生的物权变动规则为非基于法律行为发生的物权变动。同理，遗嘱居住权的设立并非单纯基于遗嘱行为，还要有遗

嘱人死亡的事实。倘若遗嘱居住权参照合同居住权登记生效的规定，会给遗嘱居住权人造成无法克服的障碍，难以实现遗嘱居住权制度对弱势群体的人文主义关怀和法律保障功能。据此，遗嘱居住权的设立方式为非基于法律行为发生的物权变动，没有参照适用合同居住权的空间，遗嘱居住权在遗嘱人死亡时生效。

三、遗嘱设立居住权的性质

有观点认为，按照民法典第二百三十条规定，继承人和受遗赠人物权变动的时间并不相同。以遗嘱方式设立居住权的，遗嘱继承人自被继承人死亡时设立。但以遗赠方式设立居住权的，被继承人作出遗赠、被继承人死亡均不当然导致相应居住权的设立，而只是具有债权效力，受遗赠人还须根据民法典第一千一百二十四条第二款作出接受或者放弃受遗赠的表示。被继承人作出遗赠、被继承人死亡、受遗赠人作出接受遗赠的表示，3个要件齐备时，受遗赠人方享有居住权。该观点依据民法典有关继承和受遗赠取得物权时间不同得出的结论，无疑是将遗嘱设立的居住权等同于遗产或遗产分割，将遗嘱居住权人与遗嘱继承人、受遗赠人划了等号。但是，依据遗嘱取得的居住权是否为遗嘱人的遗产？遗嘱居住权人是否是遗产的继承人、受遗赠人？需要作进一步探讨。

民法典第一千一百二十二条规定：“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。”遗嘱设立的居住权之所以不是遗嘱人的遗产，是因为居住权不符合遗产的法律特征。首先，遗产为自然人死亡时遗留的财产。凡

自然人死亡时未获得的财产不属于遗产之列。遗嘱人生前对自己所有的房屋并不享有居住权。居住权是居住权人对他人的住宅享有占有、使用的用益物权。用益物权是对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。居住权的客体限于他人所有的住宅。遗嘱人在生前对自己所有的房屋无法同时拥有所有权和居住权。即使在特殊情形下，如“以房养老”的场景中产权人享有居住权，即产权人欲转让住宅所有权，但又想继续居住于该房屋，因此为自己设立居住权以满足未来的居住需要，也仅具有过渡性和暂时性，当所有权转移的目的达成后，居住权的客体由“个人住宅”最终将过渡为“他人住宅”，这实际意味着并未脱离“他人住宅”的范畴。其次，遗产必须是依法能够转移给他人继承的财产。而居住权是所有权人将所有权的部分权能剥离出来给予特定主体，使特定主体取得所有权中派生出的权利，这种部分权能在法律上具有特殊性，不能为他人承继。对此民法典明确规定，居住权不得转让、继承。假如被继承人生前对他人房屋享有居住权，按照民法典第三百七十条规定“居住权人死亡的，居住权消灭”，不能作为遗产遗留给他人。居住权仅得由特定的权利人对特定的住宅所享有，与可被继承财产应当具有流转性并不匹配。最后，遗产是自然人享有所有权的财产。有学者为将遗嘱设立的居住权归为遗产范围，提出了“所有权自我分割”说，视遗嘱人将居住权从所有权中扣除，为所有权的分割，进而得出“居住权当然属于遗产范围”的结论。但是，所有权具有整体性，是对标的物全面支配的权利，而非占有、使用、收益和处分权能的简单相加，所有权不能在内容和

时间上加以分割。在所有权上设立用益物权，不是让与所有权的一部分，而是创设一个新的独立的物权。所有权是物权主体对物享有的最广泛的权利，但所有权人不是他物权的权利人，若使所有权人同时享有物的从属权利，则削弱了区分所有权和他物权的意义。据此，“无论是遗嘱继承还是遗赠，其针对的都是遗嘱人的遗产，而遗嘱人为他人设立的居住权并不属于遗产的范围，不能产生遗嘱继承或遗赠，其仅是居住权的设立方式而已”。遗嘱居住权人取得的居住权并非是对遗嘱人居住权的继承或受遗赠。

关于遗嘱设立居住权的性质，目前尚未形成共识。有观点认为，遗嘱设立的居住权“相当于附义务的遗嘱”。有观点认为，居住权是遗嘱人对遗产设定的物权负担，属于处分行为，即直接使一项既存的权利发生变动的法律行为，例如让与权利、设定权利负担。居住权“负担”不同于负担行为，前者是指设定物权负担，后者则指给付义务。另有观点提出，不同于因遗嘱继承而取得物权，基于生效的遗嘱取得居住权创设了新的法律秩序，即死因创设。前者是指因遗嘱人的死亡而取得其既存财产，属于物权的移转继受取得。对第三人而言，权利变动主要是指财产主体的更替。而后者是指因遗嘱人的死亡而使权利人取得一项从既存权利里剥离出的用益物权，属于物权的创设继受取得。对第三人而言，原本的权利义务内容因新增物权发生实质性改变。

笔者认为，无论从哪个角度论证遗嘱设立居住权的性质，其核心思路都是一致的，即确保遗产能够按照被继承人的意愿进行处理，其中既要保障遗嘱继承人、受遗赠人的物之所有权，又要充分发挥物之

用益物权，保障遗嘱居住权人享有居住权。目前我国民法典体系有关居住权、后位继承的理论研究仍不成熟，遗嘱设立居住权的性质尚无完整的理论支撑。但可以肯定的是，居住权人取得的居住权和遗嘱人的继承人、受遗赠人取得的房屋是两种不同性质的物权。居住权不是遗嘱人遗产或遗产的一部分，更不宜被视为是遗嘱人对遗产的分割。被继承人以遗嘱的方式为继承人、受遗赠人取得的房屋设立居住权，应视为是遗嘱人对继承人、受遗赠人继受房屋创设的权利负担，无关遗产的移转和归属。据此，取得居住权的居住权人不是遗嘱人房屋的继承人或受遗赠人，无须类推适用继承和受遗赠人取得遗产的物权变动规则，否则与继承规范体系难以形成逻辑自洽。

四、遗嘱居住权设立对内对外的效力

以遗嘱方式设立的居住权是基于死亡事实引起的物权变动，为非基于法律行为发生的物权变动，登记不是权利取得的依据。但是，居住权登记是重要的物权公示方式，及时向外宣示标的物的权利状态，有利于对居住权人和交易安全的保障。

第一，遗嘱居住权人自继承开始时取得居住权。民法典第一千一百二十四条规定：“继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后60日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示；到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”据此，设立居住权的房屋在继承开始后由遗嘱继承人直接取得物权。如遗嘱指定由法定继承人之外的人取得房屋所有权的，受遗赠人需要在60天内向继承人表

示是否接受。受遗赠人接受遗赠的，自办理不动产登记之日起取得该房屋的所有权。无论遗嘱居住权人是遗嘱人的继承人还是继承人之外的人，无论遗嘱人是将设立居住权的房屋指定由继承人还是受遗赠人所有，无论该房屋的继承人或受遗赠人是否放弃对该房屋的继承或受遗赠，遗嘱居住权人都在继承开始时取得居住权。即使继承开始后，出现查找不到继承人、受遗赠人，或是继承人、受遗赠人就遗嘱是否有效发生争议，或是出现房屋产权纠纷等情形，均不影响居住权人自继承开始时取得居住权。唯如此，才可避免采登记生效给居住权人带来的自继承开始到居住权登记完成前的不确定状态，最大限度地满足遗嘱人设立居住权的遗愿。

第二，遗嘱居住权采登记宣示主义。非经登记即可生效的物权变动规则，使法律上的物权状态与事实上的物权状态脱离。遗嘱具有私密性，第三方不易查知不动产上已附有物权负担，因而极易引发权利纠纷。在审判实践中，常见要求对遗嘱设立的居住权进行登记的判决。但法院所称的居住权登记有别于居住权登记生效，而是不动产物权取得者须按照公示原则办理的登记，即宣示登记。登记宣示的意义是：首先，最高人民法院《关于适用民法典物权编的解释（一）》第 8 条规定：“依据民法典第二百二十九条至第二百三十一条规定享有物权，但尚未完成动产交付或者不动产登记的权利人，依据民法典第二百三十五条至第二百三十八条的规定，请求保护其物权的，应予支持。”依此，遗嘱居住权人在继承开始时取得的居住权，虽未登记也始终处于法律保护的范围。其次，民法典第二百三十二条规定：“处分非因

法律行为取得的不动产物权，依法需要办理登记的，未经登记，不发生物权变动效力。”依此，继承开始后取得遗产的继承人为新的权利人，在没有办理物权登记前，虽取得了物权，但此种物权的效力是不完整的，是受到限制的物权。这种限制主要发生在物权的处分行为中，不动产未经登记过户虽并不影响合同的效力，但未经登记处分的物权，不能发生物权变动的效果，法律不承认受让人因此取得物权。以继承为例，遗嘱人的继承人在处分不动产物权时，需要先办理过户登记。倘若需要办理继承过户登记而不办理也可以处分继承的不动产，就意味着法院判决等同于产权证书，存在由司法取代登记机构职权之嫌。从遗嘱居住权人的角度看，一方面，非基于法律行为取得的物权，实际权属状况与登记簿所记载的权利外观存在差异，如不限制权利取得人处分物权，任由不动产物权取得者处分物权，极易造成居住权人的合法权益受到损害。遗嘱人的继承人、受遗赠人在办理不动产变更登记前对设立居住权的房屋没有处分权，才可以从源头上杜绝未登记居住权的房屋被处分，从而排除了自遗嘱人死亡到遗嘱人房产变更登记之前居住权人未登记的风险隐患。另一方面，设立居住权房屋的所有权人，在依据遗嘱办理不动产登记过户时，不动产登记机关会依法按照遗嘱的内容将遗嘱设立的居住权登记于不动产登记簿中，从而一并完成产权过户和遗嘱居住权的登记，避免了遗嘱居住权人与房屋的所有权人有可能就居住权登记与否发生的冲突。

第三，遗嘱居住权自继承开始时生效对遗产债权人的影响。有观点认为，“若遗嘱人以遗嘱方式设立居住权时未考虑到其遗产清偿的

情况，或恶意地通过设立居住权阻碍债务清偿，那么居住权自遗嘱人死亡时设立则让遗嘱人得偿所愿，损害了债权人的合法权益。而若采登记生效主义，则对于在先已登记的担保物权，居住权因在后设立而无权对抗其效力，保障了在先登记的债权人的合法权益”。有观点认为，负担了居住权的房屋价值大打折扣，从而减少被继承人的责任财产，导致遗产债权人的权益受到严重损害，因此，“基于居住权的无偿性，遗嘱设立的居住权保护应当劣后于被继承人债权人及交易安全的保护”。有观点借鉴投资性居住权、以房养老等居住权价值的评估方式，让居住权人与遗嘱继承人共同清偿遗嘱人生前所负债务，提出可以通过遗产债务清偿的优待来解决上述问题，即如果设立居住权房屋之外的遗产足以清偿债务，则不动用该房屋。若需拍卖部分遗产以偿还债务，则设立居住权的房屋列于后位。但上述观点对遗嘱居住权人在遗产债务清偿问题上的定位存在偏差。其一，遗嘱居住权人并未取得遗嘱人的遗产，除自愿外，遗嘱居住权人不负担遗产债务的清偿责任。其二，遗嘱居住权人并不具有优先于遗产债权人的法律地位，遗嘱设立居住权不得妨碍遗产债务的清偿。

民法典颁布实施后，社会普遍担心债务人会以设立居住权的方式恶意逃避债务。然而，遗嘱居住权是附着于遗产上的权利，其存在以遗产可以继承或受遗赠为前提。不论继承人是先清偿债务后分割遗产，还是先分割遗产后清偿债务，继承人最终能够按照法律规定或者遗嘱人意愿继承的，都是涤除了遗产债务的财产。依法执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。

首先，如果遗嘱人所负债务大于遗产的实际价值，设立居住权的房屋属于被继承人的责任财产，该房屋不因设立了居住权就可以不用于清偿债务。当设立居住权的房屋被用于遗产债务清偿的，遗嘱居住权为不能执行，自始不发生居住权的法律效果。

其次，如果遗嘱人的债务小于遗产的范围，则涉及遗产债务的清偿顺序问题。遗产债务的清偿顺序应当尊重遗嘱人的意愿。按照民法典第一百四十二条的规定，无相对人的意思表示的解释，应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定行为人的真实意思。有学者认为，鉴于以遗嘱方式设立的居住权多用于保障特定主体的居住利益，对立遗嘱人的意思表示解释时，应当推定立遗嘱人希望通过居住权照顾优待居住权人，因此应赋予居住权人遗产债务清偿层面的特殊保护。但以设立居住权推定遗嘱人债务清偿顺序的意思表示具有或然性，因而在没有其他证据佐证遗嘱人设立居住权的房屋在清偿债务中有后置的意思表示倾向时，应当按照法定的顺序和比例进行清偿。民法典第一千一百六十三条规定，既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的，由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；超过法定继承遗产实际价值部分，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。尽管遗嘱设立居住权的房屋是特定物，但民法典第二百零七条规定，国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护。因此，不宜简单因房屋设立了居住权，就变更债务的清偿顺序，为保障居住权人的利益而损害其他继承人、受遗赠人的权益。

再次，遗嘱人设立居住权的目的在于使权利人获得纯粹的居住权

益而非负担，让居住权人承担遗产债务有违死者的遗愿。但如果遗嘱居住权人愿意与遗嘱的继承人、受遗赠人共同负担的，应当由居住权人与房屋的所有人协商处理，法院不宜对居住权的价值进行评估并判决由居住权人与房屋所有权人共同负担遗产债务。

最后，按照民法典的规定，遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产。换句话说，为“双缺乏人”保留必留份是清偿债务的前提。如果遗嘱指定的居住权人与必留份权利主体重合，即使遗产的实际价值不足以清偿全部遗产债务，也应当为遗嘱居住权人保留居住权和必要的遗产份额。如果遗嘱设立的居住权人与必留份权利人不重合，应当依法优先保障必留份权利人的利益。

综上，遗嘱居住权人依遗嘱获得的房屋居住权能否实现，取决于该房屋的所有权在债务清偿后还能否为继承人或受遗赠人所承受，除居住权人为必留份权利人外，遗嘱居住权不能对抗遗产债务的清偿。

“假离婚”情形下，离婚协议中财产及债务处理条款 是否有效？

（来源：《最高人民法院民法典婚姻家庭编解释（二）、涉彩礼纠纷解释理解与适用》，最高人民法院民事审判第一庭编著）

对于离婚协议中财产及债务处理内容是否与解除身份关系一体处理，存在不同认识。首先，关于离婚的意思表示虚假还是财产分割的意思表示虚假问题。从当事人实施该行为的现实情况看，只有解除婚姻关系，才能达到其获得不当利益的目的，从这个意义上，双方解除婚姻关系的意思表示是真实的，只不过原因不是感情破裂，而是为了其他目的。关于财产分割的意思表示，第一种观点认为，离婚协议中涉及财产及债务处理的内容应与离婚本身的判断一致，对双方具有约束力。第二种观点认为，应将离婚协议中有关身份行为与财产行为区分，对于其中的财产处理内容，应体系化解释适用总则编通谋虚伪意思表示规则。离婚协议中财产及债务处理的约定实质系婚姻关系解除情况下的财产清算协议，更多地体现财产法属性。在婚姻法回归民法体系的大背景下，作为相对独立的民事法律行为，总则编关于民事法律行为效力瑕疵的规定原则上即应适用，这也是贯彻意思自治原则的基本要求，除非婚姻家庭编有特别规定。《民法典》在原来合同无效规定基础上，增加了通谋虚伪意思表示无效的规定，其中第 146 条第 1 款规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”虚假法律行为是指表意人与表示的受领人一致同意表示事项不应该发生效力，亦即双方当事人一致同意仅仅造成订立

某项法律行为的表面假象，而实际上并不想使有关法律行为的法律效果产生。虚假的法律行为之所以无效，就是因为双方当事人一致同意该意思表示无效。“假离婚”情况下，对于财产分割协议，双方实际上并不想产生相应的法律效果，也即，虚假法律行为是因为缺乏效果意思，导致作为法律行为核心要素的意思表示无效，进而法律行为无效，不能对双方产生法律约束力。这与离婚这一身份行为婚姻家庭编有特别规定不同，在婚姻家庭编对于财产分割协议没有特别规定的情况下，应当适用总则编的规定，而且适用总则编的规定，也不违反婚姻家庭的价值理念。因此，应当根据《民法典》第146条规定，认定财产分割及债务处理内容无效。

上述两种观点各有利弊。

第一种观点的优点在于可以传递一种价值理念，即婚姻是一件严肃的事情，不能作为获取不法利益的手段；自己行为自己负责，为规避国家政策谋取不法利益的，需承担相应的法律后果；但是，弊端有二：一是，在假离婚的情况下，双方的本意并不是解除婚姻关系，对于离婚财产分割的内容往往也具有随意性，亦不想产生约定的法律效果，即双方均为虚假的意思表示。在该意思表示并非双方真意的情况下，仍维持其效力，依据不足，无法与总则编协调一致。二是，实践中很多夫妻为了符合政策要求，协议将所有夫妻共同财产分割给其中一方，在获得财产一方反悔

时，如果仍维持该协议效力，对另一方不公平，导致的结果是违法后果实际上由一方承担，鼓励不诚信行为。

第二种观点可以克服第一种观点的弊端，但是也存在缺点，即因离婚协议无效，双方夫妻共同财产仍应按照《民法典》第 1087 条分割，实际的结果是双方当事人利益均未受到影响，甚至从中获益，对假离婚的规制不足。司法变相成为当事人获取不法利益的兜底保障。从风险收益比对当事人行为影响的角度看，既然有司法最后兜底公平分配，可以“放心大胆假离婚了”，导致司法与行政管理不能形成合力。本条在向社会征求意见中，曾同时就离婚协议中财产及债务处理条款予以规定，征求意见稿采用第二种观点，即将财产及债务处理条款根据体系解释将其适用于《民法典》总则编中的第 146 条。本解释向社会公开征求意见时，即有部分反馈意见认为：如果认定假离婚财产分割协议对双方没有法律约束力，可以任意反悔并重新分割夫妻共同财产，可能存在变相鼓励假离婚的情况，甚至会引发大量以假离婚为由的离婚后财产分割诉讼。我们经反复研究，最后删除了第二款，主要考虑是：第一，应当明确的是，离婚协议为复合性协议，其中财产及债务处理内容虽然附随于解除婚姻这一身份行为，但与解除婚姻关系本身是相对独立的法律行为，离婚协议中财产及债务处理的意思表示瑕疵并不必然影响离婚的效力。第二，第二种观点虽可与总则编形成体系化解释，但可以重新分割的原则，实际上给意图假离婚的当事人吃了一颗“定心丸”，导致“假离婚”风险降

低，不利于抑制当事人的行为冲动，对当事人前端行为引导规制不足，可能被诟病为“变相鼓励假离婚”。第三，如果双方“假离婚”后，一方不愿意复婚且坚持维持原离婚财产分割协议的，另一方可以援引《民法典婚姻家庭编解释(一)》第 70 条规定保护其合法权益，即人民法院经过审理，认为当事人确实存在虚假离婚情况，离婚财产分割协议不是双方当事人真实意思表示，导致利益显著失衡的，可按照上述司法解释规定，以存在欺诈情形为由撤销该离婚协议中的财产分割条款。根据《民法典》第 157 条规定，无效和被撤销的民事法律行为后果是相同的。第四，本条向社会征求意见时，虽反对意见不多，但也有一些反馈意见认为，该规定不利于诚信建设。因此，在制定裁判规则时，也要最大限度避免裁判规则对当事人行为的不良引导。第五，如果司法解释明确当事人可以财产分配不公为由对已经签订的离婚协议反悔，将导致财产关系处于不稳定状态，不利于对善意第三人和交易安全的保护。

考虑到假离婚通常是为了拆迁补偿安置时多得利益或者是利用政策福利等情况，该假离婚行为会损害其他相关第三人利益或者是对经济调控政策的效果产生一定程度影响，可参照《民法典合同编通则解释》第 24 条规定精神，在对外关系上，如果当事人的行为涉嫌违法且未经处理，可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益的，人民法院可以向有关行政管理部门提出司法建议。当事人的行为涉嫌犯罪的，应当将案件线索移送刑事侦查

机关；属于刑事自诉案件的，应当告知当事人可以向有管辖权的人民法院另行提起诉讼。明确行政处罚甚至刑事处罚的可能，给当事人以震慑。

夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，应该如何处理？

（来源：《最高人民法院民法典婚姻家庭编解释（二）、涉彩礼纠纷解释理解与适用》，最高人民法院民事审判第一庭编著）

现实生活中，有些夫妻为实现某种目的（如拆迁安置、满足特定政策下的购房资格等），经过协商一致，形式上办理了离婚登记，但并无解除婚姻关系的真实意思，而且往往事实上亦仍以夫妻名义生活在一起，这种情况被俗称为“假离婚”。但是，事后如果一方反悔，不愿意再复婚，往往产生争议成讼。因为办理离婚登记时，需要夫妻双方签订离婚协议，并将之备案于婚姻登记机关，对于该离婚协议约定能否适用《民法典》总则编中的第 146 条关于通谋虚伪的民事法律行为无效的规定，以双方意思表示虚假（即通俗讲的“假离婚”）为由请求确认无效，理论上存在不同认识，司法实践中也存在一定的分歧，亟须统一裁判标准。

对于婚姻关系的解除，目前司法实践及理论上多数意见认为法律上不存在“假离婚”一说，只要办理离婚登记或者判决、调解离婚，双方的婚姻关系即解除，离婚都是“真离婚”。当然，也有部分意见认为通谋虚伪规则可以适用于身份行为。身份行为涉及公共秩序，且注重当事人的意思，故民法关于通谋虚伪意思表示无效的规定对身份行为亦有适用余地。若夫妻双方通谋而为假离婚的意思表示，其意思表示亦无效。对于主张不存在“假离婚”的，不同学者的分析路径也不尽相同，主要有两种观点：

第一种观点认为，双方解除法律上婚姻关系的效果意思是真实的，

其不愿解除的只是事实上的“婚姻关系”，因而不能说其“离婚”的意思是虚假的，也就不构成通谋虚伪行为。在我国台湾地区，也存在实质意思说、形式意思说两种不同的解释方案。依照实质意思说，离婚意思是指“断绝实体上夫妻关系之意思”；而依照形式意思说，离婚意思则是指“申请离婚登记之意思”。基于实质意思说，通谋虚伪的离婚因欠缺相应意思表示而无效；而基于形式意思说，通谋虚伪的婚姻行为并无意思表示欠缺，故应为有效。第二种观点认为，假离婚导致婚姻关系终止，不是因为假离婚的意思表示有效，而是因为夫妻双方共同申请了离婚登记并领取了离婚证，婚姻关系因欠缺结婚登记而终止。“于交易契约，许其为虚伪无效之抗辩；而于婚姻，则禁止虚伪无效之抗辩。盖依方式公然缔结之行为，不能因私的密约左右其效力。”前述两种观点均有一定道理，但并未体现身份行为的本质特征。

第一种观点看到了“假离婚”“真登记”的特征，将离婚意思表示与离婚登记意思表示分离，但与财产法上不动产登记生效主义相比，何以不动产“假转移”“真登记”的基础法律行为可以适用《民法典》总则编的规定，在确认无效后可以回转登记，而婚姻不行？该观点并未进一步说明。第二种观点将离婚登记绝对化，亦未解决民法典体系框架下，欠缺“效果意思”的意思表示的效力问题。正如有的学者指出的，婚姻登记公信力旨在保障第三人之“信”（赖），却无法使登记为“真”（实）。相反，只有在登记为“假”即有误时，登记公信力才有适用余地。在通谋虚伪离婚场合，只有在逻辑上先承认通谋虚伪离

婚行为的法律后果是无效的，离婚登记因此“名不副实”，旨在保护第三人信赖的离婚登记公信力才有可能登场。其法律后果为：一方面，善意第三人与假离婚一方的结婚行为有效；另一方面，该新婚姻关系成立之时，通谋虚伪离婚双方的旧婚姻关系归于消灭。离婚登记的公信力也仅是为了保护新的婚姻关系而消灭旧的婚姻关系，其不能起到补正通谋虚伪离婚行为的效力瑕疵，使之成为有效的离婚行为，进而消灭旧的婚姻关系的作用。两种途径虽然都可以消灭旧的婚姻关系，但构成要件、时点等都迥然有别。离婚登记则只是对该有效的离婚意思表示采用公法手段加以确认而已，其自身并不具有修复意思表示瑕疵的功能。

我们认为，首先，离婚是一种民事法律行为。如前所述，在婚姻法回归民法体系，法律专门将“离婚协议”作为离婚民事法律行为载体予以明确规定的情况下，应从体系解释角度予以分析。原则上，总则编应当适用于各分编，包括婚姻家庭编，对于具体不应适用的情形应作逐一排除，并予以分析论证。既然身份行为逻辑上属于民事法律行为，则关于民事法律行为效力瑕疵的规定原则上亦不应排除于身份行为，除非婚姻家庭编有特殊规定。当然，基于婚姻家庭领域的特殊性，在适用总则编相关规定时，在构成要件确定上可能需要变通适用，比如《民法典婚姻家庭编解释(一)》第 70 条规定的离婚协议中财产分割条款可以适用于总则编欺诈、胁迫的可撤销民事法律行为，对于重大误解和显失公平的可撤销情形虽然在逻辑上没有排除适用，但在原则上不宜适用。即便在极个别的案例中适用，在具体认定是否构成

“重大误解”和“显失公平”时，亦不能采用交易领域的认定标准。其次，在婚姻关系解除上，应当维护身份关系的公示性和稳定性，这是身份行为的特殊性决定的。在涉及单纯的身份行为上，《民法典》总则编并非一律当然适用，应当具体条文具体分析。《民法典》第1080条明确规定，完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。这反映了立法者在价值层面的权衡，即在意思自治与婚姻登记背后的社会治理等公共利益相比较时，法律并不过多地关注家庭领域基于情感的离婚意思自治，而是采“登记生效主义”。国家对离婚领域的意思自治的保障主要在于办理离婚登记时审查双方是否是自愿离婚，而且，该审查为形式审查，对于双方当事人离婚的原因和动机不能也无法过多介入。而在《民法典婚姻家庭编解释(二)》第2条讨论的“假离婚”场合，双方在办理离婚登记时是明确表示自愿离婚的，正因此，有学者提出，双方解除法律上夫妻关系的意思内容是真实的，而不是虚伪的。只不过不想解除的是事实上夫妻共同生活。这实际上涉及公权力介入婚姻家庭的边界问题：婚姻是以感情为基础的，即便因为各种原因办理了离婚登记，但如果当事人感情还在，重新办理结婚登记即可。对此，法律并未设置障碍，亦不应予以过多干涉。如果办理离婚登记后，一方与第三人办理了结婚登记，说明夫妻感情事实上已经破裂，即便认定前一段婚姻离婚无效，亦不可能恢复其效力。如果自动恢复前一段婚姻效力，在当事人不去重新办理结婚登记的情况下，基于婚姻自由的基本原则，此亦具有不可强制履行性。同时，也能够避免第二段婚姻陷入所谓“重婚”的尴尬境地，维

护第三人的信赖和身份秩序的稳定。法律无法去探究当事人离婚的动机，甚至当事人自己的情感也在动态变化之中，当时可能是假离婚，但是其后感情真的破裂，也正因此才导致诉讼，因为双方都愿意复婚的，并不会成讼。如果以离婚当时意思表示虚假为由认定离婚无效，对于诉讼时当事人的情感状态不予考虑，可能违反了婚姻自由原则。采用通谋虚假离婚的解释路径，导致公权力介入婚姻家庭关系当中，实有干涉婚姻自由之嫌。与不动产物权变动也采登记生效主义不同，离婚行为作为典型的身份行为，具有强制性、身份性、伦理性、非财产性以及不可逆性。

因此，对于婚姻关系是否解除，在婚姻家庭编有明确规定的情况下，应当优先适用，而不能适用总则编关于民事法律行为效力瑕疵的规定。这一体系解释还有一典型例证为《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 19 条第 2 款。该款针对胁迫婚姻，明确规定不适用总则编关于撤销权除斥期间的规定。

此外，作为佐证的是，在诉讼离婚情形，《民事诉讼法》第 213 条明确规定，当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。该规定也是基于身份关系的不可逆，维护身份关系的稳定性。同样，在协议离婚的情形下，也不能以双方意思表示虚假为由主张离婚无效，否则，将会使得身份关系处于极度不稳定状态，不利于社会秩序的稳定。身份行为固然应尊重当事人之真实意思，但不应一味地为绝对尊重当事人的真实意愿而有损婚姻登记的效力。承认虚假离婚无效会影响婚姻登记公示的公信效力和婚姻的安定。

因此,对于当事人主张虚假意思表示的离婚行为不适用总则编关于通谋虚伪意思表示的规定,主要还是因为婚姻家庭编有特别规定,而婚姻家庭编之所以对此作出特别规定,不仅是因为离婚的意思表示经过婚姻登记机关公示,其更根本原因仍在于立法者在意思自治和社会治理等公共利益两者之间的价值选择,而该价值选择的背后是身份关系的特殊性。

债权人撤销权在离婚协议中的特殊适用

(来源：上海二中院，主讲人：倪文珺)

实践中，作为债务人的夫妻一方通过离婚协议的财产分割，约定将夫妻共同财产的全部或绝大部分转移给夫妻另一方，客观上使自身处于无财产可供执行的状态，从而规避债务实现“逃债”的现象屡见不鲜。离婚协议因同时涉及身份关系和夫妻共同财产的处置，其特殊性给债权人撤销权的适用带来了困难和争议。但随着 2025 年 2 月 1 日《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）》的生效，离婚财产分割适当性的认定机制愈发完善，今后债权人撤销权在离婚协议中的适用将更加清晰。其中第三条规定：夫妻一方的债权人有证据证明离婚协议中财产分割条款影响其债权实现，请求参照适用民法典第五百三十八条或者第五百三十九条规定撤销相关条款的，人民法院应当综合考虑夫妻共同财产整体分割及履行情况、子女抚养费负担、离婚过错等因素，依法予以支持。这一条款的出台，旨在解决实践中夫妻通过离婚转移财产逃避债务的问题，同时平衡债权人、配偶及未成年子女的权益。下面我们一起探讨一下对这一条款的理解。

一、离婚协议财产分割条款为何参照适用债权人撤销权制度？

长期以来，理论界和实务界对债权人撤销权能否在离婚协议中适用是存在观点分歧的。反对意见认为，离婚协议是亲属身份行为不具有契约属性，不仅不认可婚姻行为具有合意的实质，也

强调抚养协议和夫妻财产分割协议不具有契约属性。这一认识导致离婚协议长期游离于债法规则的规制之外，成为一种纯粹的家庭事务。然而，肯定意见则认为，离婚协议中的财产分割条款具有处分财产的内容，而这一内容与夫妻的债权人具有利害关系，尽管这一分割条款从属于离婚协议，但也具有相当的独立性，如果损害了债权人的债权，就应当根据民法典第五百三十八条或第五百三十九条的规定，对其行使债权人撤销权，恢复夫妻共同财产的原状，保全实现债权的责任财产，保障债权人的债权实现。

可以说，反对意见过于强调离婚协议的特殊性，而肯定意见似乎忽略了一些离婚协议的特殊性。在民法典第四百六十四条确定的基本法律适用原则引导下，基于对长期司法实践经验的总结，解释（二）第三条确定了离婚协议对债权人撤销权“参照适用”而非直接适用的基调。在离婚协议中引入债权人撤销权的适度适用，主要在于实现对债权人与夫妻另一方和未成年子女利益之间的平衡保护。

二、如何审查认定离婚协议是否可适用债权人撤销权？

一是，债权人对债务人存在合法有效的债权且清偿期届满。

在适用债权人撤销权时需要注意，只有合法债权才可以适用，赌债等非法债权债务不可以适用。同时，债权已届清偿期未得到清偿才具有遭受实际损害的可能。在离婚协议中参照适用债权人撤销权时，仍然要满足上述要件，另外还需满足债权应当成立于离婚之前，且债务人非夫妻双方。如果债务人是离婚后才举债，

财产处分的行为早于债权发生，债权人恐怕也无权干涉该行为。而债务人为夫妻双方的夫妻共同债务，债权人本身可以同时向夫妻双方主张债权，不存在影响债权人债权实现的情形。

二是，债务人实施了损害债权的财产处分行为。

通过离婚协议分割夫妻共同财产实施损害债权人债权的核心判断在于，离婚协议中财产分割条款是否“不合理”且有害于债权。根据民法典第五百三十八条或第五百三十九条的规定，诈害债权的行为指向无偿处分或有偿但不合理交易。在离婚协议语境下，这一标准不能直接适用，此时，如何综合考虑离婚协议财产分割整体情况、履行情况、子女抚养负担、离婚过错等因素来判断财产分割条款的“不合理”，是解释（二）第三条“参照适用”的核心内容。实践中，一方可能为了争取子女抚养权或者尽快结束婚姻，或者出于愧疚而在财产上作出较大让步，此时，不能简单视为不具备对价就属于无偿转让。离婚协议并非市场交易行为，恐怕也无法依据合同编司法解释来对“不合理低价和高价”作出统一的标准。法官往往需要以离婚诉讼的审判标准来综合考虑子女抚养、过错等因素模拟分割夫妻共同财产，与离婚协议中的分割情况进行比较分析。如果两者相差较远，可能就形成离婚协议财产分割“不合理”的结论。

三是，债权人的债权确因债务人处分行为受到损害。

关于诈害性的标准，审判实践中其实已经形成了受到普遍认可的认定标准，即采用“无资力说”——如果债务人处分财产后

便不具有足够资产清偿债权人的债权了，就可以认定为“对债权人造成损害”。在离婚协议语境下，如果债务人按照离婚协议所分得财产后，其全部责任财产仍不足以完全履行对债权人的债权，就可以视为对债权的侵害。也即，尽管夫妻之间的分割比例很重要，但也并非全部。虽然债务人将夫妻共同财产全部“无偿”处分给配偶、子女的行为在生活中更容易被认定为是不怀好意的逃债行为，但如果离婚时债务人个人名下仍留有足以覆盖债务金额的财产，此时哪怕后续债务人因其他原因导致个人财产急剧减少从而使债权人无法实现债权，恐怕也难以得出是离婚财产分割才导致其偿债能力降低。

四是，债权人需在法律规定时间内行使撤销权。

债权人撤销权的本质是形成权，其行使受到严格的除斥期间的限制。这意味着，债权人必须在法律规定的期限内行使撤销权，否则该权利将自动失效。根据民法典第一百五十二条的规定，债权人行使撤销权应当在其知道或应当知道撤销事由之日起一年内行使。当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。那么，在离婚协议语境下，若是债权人知道离婚事宜是否即认定其知道或应当知道撤销事由呢？事实上，知道离婚事宜与知道离婚协议财产分割条款是两码事，甚至某些情形下，知道离婚协议财产分割条款本身也不等同于知晓自身的债权受到了损害。如债务人在债权人不知情的情况下，巨额个人资产急剧减少，同时通过离婚财产分割将夫妻共同财产“无偿”处分

给配偶，此时，债权人仅仅知晓离婚财产分割条款恐怕也无法得出该离婚分割行为损害了其债权。当然，对于债权人而言，及时行使权利是必要的。

此外，还有一点特别提示。债权人撤销权在离婚协议中的适用，不以配偶存在“恶意”为要件。否则，对于债权人而言，举证责任过重。但实际上，也确实存在与配偶恶意串通的情形，此时存在民法典第一百五十四条关于恶意串通民事法律行为无效规定的适用空间。如果债权人举证可以达到恶意串通的证明标准，哪怕其主张权利的时间已经超过了除斥期间，其合法权益仍然可以得到救济。总而言之，解释（二）第三条通过引入债权人撤销权制度，为打击“离婚逃债”提供了明确依据，但其适用也需严格遵循利益平衡原则。

未来的司法实践中，我们需要在探索中进一步细化离婚协议财产分割合理性的认定标准，逐步形成规则明晰且相对统一的裁判尺度，以实现债权人权益保护与婚姻家庭稳定的双重价值目标。

离婚协议约定一方不负担抚养费的效力及例外

（来源：上海二中院，主讲人：高胤）

离婚时，子女抚养是父母双方需要处理的重要问题，子女由谁抚养、应支付多少抚养费、如何支付抚养费等，每一个问题都可能成为家事纠纷的源头。《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）》第十六条对于离婚协议约定一方不负担抚养费的效力进行了明确，同时对于抚养费变更和抚养关系变更进行了规定，该条规定对家庭生活和司法实践具有重要指导意义，下面一起探讨对这一条款的理解。

一、冲突与平衡

实践中，父母双方在离婚协议中约定一方抚养子女，另一方不负担抚养费的情形并不罕见，但随着时间的推移，抚养子女一方的经济状况可能发生重大变化，由此导致子女的生活质量明显下降，抚养子女一方如果要求另一方支付抚养费，此时父母双方会再次因抚养费问题发生纠纷。该情形的矛盾在于，一方面，离婚协议是双方自愿达成的，在无欺诈、胁迫等情况下，双方应当按照约定履行；另一方面，离婚协议是双方基于离婚当时特定时点的相对静态分析而达成的，但父母的抚养能力、抚养条件以及子女的成长需求都是动态变化的，如果继续按约履行是否将不利于子女的健康成长呢？婚姻家庭编司法解释（二）第十六条所要解决的核心问题，正是在尊重当事人意思自治与保护子女合法权益之间找到最佳平衡点。

婚姻家庭编司法解释（二）第十六条呼应了民法典第一千零六十七条、第一千零八十五条的立法精神，并在婚姻家庭编司法解释（一）第五十二条、第五十八条的基础上，进一步明确离婚协议中关于一方直接抚养未成年子女或者不能独立生活的成年子女、另一方不负担抚养费的约定，对双方具有法律约束力，还通过但书规定明确了抚养费变更和抚养关系变更的例外情形。最有利于子女原则是处理父母子女关系的最基本原则，该条但书规定则是最有利于子女原则的体现。第十六条通过“原则+例外”的立法技术，既尊重了当事人的意思自治，维护了离婚协议的严肃性，体现了诚实信用原则，又为子女保留了司法救济空间，保障了子女的合法权益。未成年人的生存权、发展权、受保护权、参与权等权利受法律保护，该规定也是未成年人保护法规定的最有利于未成年人原则的有力体现。

二、条文理解与适用

婚姻家庭编司法解释（二）第十六条首先肯定了离婚协议关于一方不负担抚养费约定的效力，其关于抚养费变更和抚养关系变更的规定也是重点内容，那么，在何种情况下能够突破原则，允许例外呢？

关于抚养费变更

婚姻家庭编司法解释（二）第十六条规定，离婚后，直接抚养子女一方经济状况发生变化导致原生活水平显著降低或者子女生活、教育、医疗等必要合理费用确有显著增加，未成年子女或

者不能独立生活的成年子女请求另一方支付抚养费的，人民法院依法予以支持，并综合考虑离婚协议整体约定、子女实际需要、另一方的负担能力、当地生活水平等因素，确定抚养费的数额。

首先是抚养费变更的条件，包括两种情形，一是直接抚养方的收入显著降低，二是必要合理费用显著增加。这两种情形的本质是相同的，其导致的结果均是子女生活水平与之前相比显著降低，这种降低不利于子女健康成长。也正是因为出现了这样的结果，从保护子女合法权益，尤其是保障未成年人的正常生活和健康成长的角度出发，法律才规定允许突破当事人的意思自治，变更约定的抚养费负担方式。

其中有几个要点需要把握，一是经济状况发生变化的情形包括失业、重大疾病等，要区分是临时性困难还是长期性困境，二是必要合理费用包括物价上涨等生活成本、升学等教育成本、突发疾病等医疗成本等，但均要求是必要且合理的费用，一些非必要的高消费则显然不属于必要合理的范畴。

其次是重新确定抚养费的考量因素。婚姻家庭编司法解释（二）第十六条规定，法院应综合考虑确定抚养费的数额，具体的考量因素包括离婚协议整体约定，例如夫妻共同财产分割情况，分割时是否已经考虑了对直接抚养一方进行抚养费补偿；子女实际需要，例如未成年子女的年龄、健康状况、教育阶段，不能独立生活的成年子女的健康状况、生活需要；非直接抚养方的负担能力，包括工作、收入、负债等情况；当地生活水平，包括经济发展水

平、生活成本、教育支出等情况。总之，只有在全面权衡各种因素之后，才能在最大程度保护子女合法权益与父母负担能力之间找到平衡点，作出公平、合理、准确的判断。

关于抚养关系变更

婚姻家庭编司法解释（二）第十六条规定，前款但书规定情形下，另一方以直接抚养子女一方无抚养能力为由请求变更抚养关系的，人民法院依照民法典第一千零八十四条规定处理。要准确理解该规定，需要与其他法律规定相结合。

民法典第一千零八十四条第三款规定，离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。该条规定是确定抚养关系的基本规定，集中体现了最有利于未成年子女的原则的价值取向。

另外，婚姻家庭编司法解释（一）第五十六条规定，具有与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或者其与子女共同生活对子女身心健康确有不不利影响；已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；有其他正当理由需要变更等情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持。

该条规定同样是以最有利于子女原则为基本衡量标准，来判

断是否变更子女抚养关系。准许变更的情形主要包括两个维度：客观不能和主观不愿。客观不能是指客观上无法继续在日常生活中照顾子女，履行直接抚养子女的义务。主观不愿是指基于各种原因不愿对子女尽抚养义务，甚至有家庭暴力、虐待、遗弃子女行为，将会对子女身心健康产生不利影响。这两种情况显然都不利于子女健康成长，不符合最有利于子女原则，故应当变更抚养关系。

对于婚姻家庭编司法解释（二）第十六条的理解，其内在逻辑也是相同的，在第十六条第一款但书规定情形下，另一方请求变更抚养关系的，对其请求是否予以支持，最重要的考量因素也是保障子女健康成长，应从子女权益最大化、最有利于子女原则出发进行判断。

离婚是夫妻关系的结束，也是亲子关系新阶段的开始。法律规定的最有利于子女原则，是对弱势群体的特殊保护，也是对家庭伦理的法治诠释。法律是底线，真正的温暖还是来源于父母的担当。只有当法律理性与人性温度同频共振，才能让每个孩子都在充满安全感的环境中向阳生长。

父母离婚后孩子何以“失家不失爱”

（来源：《法治日报》）

阔别近百日，尹先生终于在上海市宝山区人民法院涉少执行接待室，见到了刚满周岁的儿子。此前，妻子在起诉离婚后突然带孩子消失。法院及时签发的《人格权侵害禁令》，让尹先生得以重见孩子。

父母闹离婚，争夺、藏匿孩子者有之，想抚养却力不从心者有之，甚至还有双方都不愿抚养孩子的情况。孩子的抚养问题，一直是离婚纠纷中的复杂问题，也是法官审判难点所在。在上海市高级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭（以下简称上海高院“未家庭”）成立一周年之际，《法治日报》记者走进上海高院和部分基层法院，探寻解决这一问题的“上海经验”。

“上海是我国现代少年司法制度的发源地，上海高院‘未家庭’的成立能更好发挥高院条线指导作用，回应人民群众的新期待。”上海高院副院长王光贤说，离婚纠纷未成年人子女关爱“分类分级施策”机制是上海高院未家庭成立后创新少年司法保护的一个缩影，旨在将“最有利于未成年人”原则贯彻到每一个涉少案件的办理中去，为未成年人健康成长提供有力司法服务和保障。

强化父母责任

“我们要好好养育两个女儿，不打算离婚了。”曾极力想摆脱婚姻的阿佳和阿伟见到回访法官曹艳梅时，对之前相互推卸抚养责任的行为进行了深刻反省。

此前，二人因家庭琐事经常吵架，阿伟提起诉讼，要求与阿佳离婚，长女由阿佳抚养，次女自己抚养。阿佳同意离婚，却因没工作不

愿抚养孩子。上海市虹口区人民法院受理了这起离婚案件，尽管法官多次释法说理，二人仍不愿抚养长女，法院遂判决不许离婚，对双方提出严肃训诫。



“法院审理离婚案件，是否准予离婚，应当以夫妻感情是否确已破裂为标准。但涉及未成年子女时，因孩子处于生理、心理发育的关键时期，在生活、情感等诸多方面需要父母的保护教育和关爱呵护，因此必须引导当事人承担家庭责任和社会义务。”曹艳梅说。

父母责任不可推诿，这是上海法院在审理此类案件时一以贯之的司法理念。上海高院“未家庭”副庭长顾薛磊曾在我国首个少年法庭——上海市长宁区人民法院少年法庭工作 20 多年，他向记者讲述了不同时期的几部法院宣传片。

20 世纪 90 年代，长宁法院组织孩子出镜拍摄《爸爸妈妈，你们不要离婚》，法院对离婚纠纷的判决也多为不离；而近些年拍的宣传

片变成了《离婚了，我们还是最爱你的爸爸妈妈》，司法审判更重视个人在婚姻中的体验，保障个体在婚姻不幸时能够顺利结束，但对于故意逃避父母职责的夫妻，司法仍会给予否定性评价；同时，长宁法院还创办“为孩子父母学校”，帮助离婚纠纷中的父母正确掌握家庭教育方法、切实履行监护职责。



“家庭是孩子的第一成长环境，家庭破碎对孩子的影响巨大。在愈发重视婚姻自由的当下，我们更要强化父母责任，保护未成年人利益。”华东政法大学教授许莉说，面对离婚纠纷中各类复杂情形，法官需准确评估实际情况，引导父母理性处理纠纷，防止对未成年人造成“次生伤害”。

分类分级施策

“兄妹之间互动良好，建议减少手足分离的可能性，尽量避免再次变动，造成心理创伤。”

“上诉人与被上诉人经济条件差距过大，但都愿意为孩子付出，

尽量避免将可能存在的经济纠葛与孩子的抚养互为筹码。”

……

透过厚厚一沓家事调查报告，上海市第二中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭法官王江峰看到了这起抚养权之争和解的希望。

“社工翔实的调查报告让调处有了更充分的依据，我和调解员经过 4 个多小时艰难反复的调解，最终对抚养、探望及财产分割达成一揽子调解协议，妥善化解了这起复杂的上诉离婚案。”王江峰说。

上述案件情况在上海法院离婚纠纷审理过程中并不少见。经过多年实践，上海法院逐步形成“抚养意愿分类、影响程度分级、社会力量分责”的涉未成年子女的离婚纠纷分类分级施策的工作机制。

具体而言，针对离婚纠纷中常见的夫妻双方对孩子“都要抚养、一方想抚养、都不要抚养”3 种情形，法院在审理中采取不同措施，对于都想要抚养的，引导双方达成和解协议；对于只有一方想抚养的，在离婚纠纷中支持另一方给予相应补偿；对于都不想抚养的，通过训诫等措施强化父母责任，并制定“一人一方案”；无论最终由哪一方抚养，均强调父母应当共护未成年子女健康成长。

同时，根据纠纷对未成年人影响的严重程度分级处理，对所有涉未成年子女的离婚纠纷都会向当事人制发《关爱未成年人提示卡》；对于在离婚诉讼中存在藏匿、抢夺等不利于孩子的情形，及时制发《人格权侵害禁令》或者《人身安全保护令》；对于严重失职父母，出现暴力虐待等情形，依法追究刑事责任并剥夺监护权。



此外，面对诸多复杂多样的实际问题，为了更好地保障未成年子女的意愿表达和未来发展，上海法院构建青少年事务社工、心理咨询师、家庭教育指导师参与涉未成年人纠纷多元化解工作机制；在持续完善“政法一条龙”“社会一条龙”基础上，推动司法保护与家庭、学校、社会、网络、政府保护协同配合、有序衔接，充分调动各类社会资源各尽其责，最大限度地减少离婚纠纷对孩子的影响。

融入“数字之力”

“寸草春晖，血浓于水……无论婚姻如何变化，都应当一如既往，尽心尽力，携手给未成年子女创造良好的生活成长环境，给予未成年子女最温暖的爱！”收到上海市徐汇区人民法院发送的《关爱未成年子女提示》后，杨先生沉默许久，不再固执地让处于哺乳期的孩子与生母分离。最终双方在民事审判庭法官张冬梅的主持调解下，签署了《诉中抚养协议》，对离婚诉讼期间子女抚养及探望方式进行和解。



值得注意的是，本案是在最高人民法院发布《关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见》的当日，上海法院发布的首份《关爱未成年子女提示》。如今，上海法院将其纳入数字法院应用场景，涉未成年人离婚纠纷、抚养关系纠纷、探望权纠纷、监护权纠纷等案件一旦起诉至法院，将自动触发相关提示，各方当事人都会收到相应提示短信。

此外，上海法院以场景建设、数字建模为重点，通过数助办案内部场景做好内部监管，提示法官审判效果；通过数助便民场景及时向当事人推送所需案件信息，实现便民利民；通过数助治理场景向行政机关、群团组织推送有效数据，聚焦社会治理的盲区，推动社会治理效能提升。

目前已推出“离婚案件程序空转甄别预警”“涉家暴信息沟通共享机制”等 155 项应用场景，其中 3 项被评为上海法院数字法院优秀

应用场景。如《人身安全保护令》送达监督预警场景，提示办案人员及时将相关文书送达属地派出所、村居委，保障反家暴执行效果，取得良好成效，此项目被列为 2025 年上海法治为民办实事项目。

“我们积极融入‘数字之力’，推动未成年人审判工作向更精、更专的方向发展，努力为中国特色现代少年司法制度提供更高质量更高水平的‘上海样本’。”上海高院“未家庭”庭长王戎说。

➔ 案例评析

离婚后替前夫还的房贷，能追偿吗？

（来源：上海高院）

离婚后，替前夫偿还婚姻关系存续期间的共同债务，还能向他追回吗？近日，上海市虹口区人民法院（以下简称虹口区人民法院）审理了这样一起特殊的追偿权纠纷案。

案情回顾

小雅和小昊曾是一对年轻夫妻，婚后共同贷款购买了一处价值上千万的房产。三年后，因感情破裂，两人经法院判决离婚。根据该判决，两人共有的房子归小昊一人所有，剩余房贷由小昊负责偿还。同时，小昊需要支付小雅一笔房屋折价款。

由于贷款金额高，夫妻双方无力偿还高额的按揭贷款，小雅曾向其母亲借款 68 万元（其中 67 万元用于还房贷，1 万元用于小雅个人消费），但因离婚时该笔借款未到期，双方在离婚诉讼时未处理。

离婚判决后，小昊迟迟不还房贷造成逾期，银行多次催收无果。作为共同贷款人的小雅，也收到了银行方面的催还通告。为了不让自己的信用“背黑锅”，无奈之下，小雅向自己的母亲借款 40 万元，替小昊偿还银行已到期房贷。

事后，小雅多次找小昊要钱，但小昊总是以各种理由推脱。一气之下，小雅将前夫小昊告上法庭，要求偿还其借款还贷的款项 111 万元（含第二笔借款部分利息 3 万元），并支付相应的利息。

审理中，小昊辩称，小雅向其母亲两笔借款还房贷的行为，分别

发生在婚内和离婚判决生效前，均属于双方婚姻关系存续期间，所以小雅借款属于夫妻共同债务，应当由双方各半承担。关于借款利息，小昊认为，从未同意小雅向其母亲借款并支付利息，即使存在借款也是无息的，此前，两人向小昊的姑妈借钱还贷，均未收取任何利息，所以小雅主张借款利息，无事实和法律依据。

对于离婚判决后没有按期还房贷，小昊表示并非不愿还，而是双方还有其他债务没有处理完毕，并且离婚判决在二审上诉期间，双方都有偿还的义务。

人民法院裁判

虹口区人民法院经审理后认为，小雅对外借款归还房贷之事实，分别发生在婚内、离婚判决作出后，应当分别作出认定：

对于婚内借款，小雅向其母亲借款的目的，是用于归还双方共有房屋的贷款，属于法律规定的夫妻共同债务，应当由小雅、小昊各半承担，但是该借款中用于小雅个人消费部分，属于其个人债务，应予扣除。至于该部分借款利息，小雅未提供与其母亲约定利息的相关证据，法院不予支持。

对于离婚判决作出后的借款，因为判决确认剩余房贷由小昊一人偿还，此时小雅还房贷所借的款项，不应当再认定为夫妻共同债务，而是小雅使用该借款偿还法院判决确认属于小昊的个人债务即剩余房贷，故小雅依法有权向小昊追偿该部分还贷款项。

关于该部分款项的利息，对于双方来说，离婚判决后，小雅有判决理由和依据认为其已无偿还剩余房贷的义务，小雅为避免自身征信

问题的代偿行为，小昊是受益更大的一方，故对于小雅主张要求小昊支付该部分利息，法院予以支持。

最终，虹口区人民法院判决小昊偿还小雅款项 73.5 万元，并赔偿部分利息损失。

判决后，双方均未上诉，该案判决已生效。

（注：本文当事人均为化名）

法官说法



曹艳梅

虹口区人民法院

民事审判庭副庭长

婚姻不仅是感情的契约，更是经济 and 责任的共担。在婚姻关系中，夫妻双方共同贷款用于购房、购车或者生产经营等是常见之事。然而，当婚姻走到尽头，如何处理这些共同债务，往往成为双方争执的焦点。

一、离婚不只是“一别两宽”，共同财产债务也要分清。

婚姻不易，离婚更要慎重考虑。婚姻走到尽头，除了情感上的割舍，经济上的清算同样重要。所以离婚时夫妻双方在有能力和条件的

情况下，尽量一揽子解决子女抚养、财产分割、债务承担等问题，避免今后发生新的纠纷。本案中，小雅、小昊就是在经法院判决离婚时，未能全部处理完夫妻双方共同债务，两人因长期拖延未决，多生节外之诉。

二、离婚时，夫妻共同债务应共同偿还，但确定为一方个人债务的，则由该方自行承担。

《中华人民共和国民法典》规定，夫妻关系存续期间，夫妻一方对外借款等债务，用于夫妻共同生活、生产经营等事项，应认定为夫妻共同债务，离婚时由双方共同偿还。但是双方一旦离婚，对于原夫妻共同债务，被依法确定属于一方个人债务，该方应当积极履行，避免产生不必要的诉讼风险和经济损失。

本案中，小雅在婚内借款用于还房贷的部分，依法认定为夫妻共同债务，离婚时由双方各半承担；离婚后，小昊并未积极履行法院判决确认属于其个人债务即剩余房屋房贷的义务，小雅借款代为偿还后，有权向小昊追偿。小昊因不主动履行判决确定的义务，受到法律否定评价，自己亦产生一定经济损失，可谓“赔了夫人又折兵”。

三、双方就夫妻财产分割之约定或裁判结果，不能对抗夫妻共同债务的权利人。

根据《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）》第三十五条规定，夫妻双方协议离婚或者经人民法院裁判、调解离婚，就夫妻财产分割已经作出处理的，债权人就夫妻共同债务仍然有权向双方主张。该规定符合合同相对性原理，即对

于夫妻财产分割处理，仅对夫妻双方产生法律约束力，但是对于该夫妻共同债务的债权人不发生效力。

诚然，若夫妻双方通过协议离婚或人民法院调解离婚，一方将夫妻共同财产全部处分给另一方所有，存在逃避个人债务情形的，债权人有权向人民法院申请撤销该财产分割约定或者调解协议。

法条链接

一、《中华人民共和国民法典》

第一千零六十四条 夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

第一千零八十九条 离婚时，夫妻共同债务应当共同偿还。共同财产不足清偿或者财产归各自所有、部分共同所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。

二、《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）》

第三十五条 当事人的离婚协议或者人民法院生效判决、裁定、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。

一方就夫妻共同债务承担清偿责任后，主张由另一方按照离婚协议或

者人民法院的法律文书承担相应债务的，人民法院应予支持。

债权人撤销离婚协议有关夫妻共有财产分割条款案件的 裁判思路

(来源：上海二中院)

实践中，不乏夫妻离婚时以离婚协议约定将共有财产无偿转让给一方单独所有的情形，在另一方存在对外债务且自身无可供执行的财产时，债权人通常会提起债权人撤销权诉讼，主张离婚协议中的财产分割条款影响其债权实现，请求撤销相关条款。在审理此类案件时，除了按照撤销权的要件对案件进行审查，还应当将民法典婚姻家庭编的规定纳入考量，综合考虑夫妻共同财产整体分割及履行情况、子女抚养费负担、离婚过错等因素参照适用民法典债权、撤销权相关规定。本文结合一则案例进行具体分析。

案 情

卜某与竺某婚后购买案涉房屋，由双方共同共有。2021 年 9 月 15 日，卜某与竺某登记离婚，双方签订《自愿离婚协议书》，约定：双方婚生男竺某某由女方抚养，男方每月支付生活抚养费；离婚后案涉房屋归女方所有，男方配合女方办理产权变更登记手续，为保障子女的居住和生活环境男方放弃该套房屋的共同财产分割折价款；双方各自名下的其他财产归各自所有；双方在婚姻关系存续期间内无其他共同债权债务；个人名下的债权债务离婚后由各自享有和承担。后案涉房屋于 2021 年 12 月 26 日变更登记至卜某一人名下。

2019 年 6 月，竺某曾向廖某借款。2022 年 2 月，廖某因与

竺某的民间借贷纠纷诉至法院，2022 年 11 月，法院判决竺某归还廖某借款 20 万元及逾期利息。判决生效后，因竺某未履行生效判决确定的还款义务，廖某向法院申请执行。因竺某无可供执行财产，法院于 2023 年 4 月裁定终结本次执行。后廖某因知悉竺某名下房产变更信息，遂向一审法院起诉请求撤销卜某、竺某对案涉房屋的变更登记，恢复房屋产权登记为卜某、竺某共同共有。

竺某因赌博于 2019 年 7 月 17 日被行政拘留，卜某、竺某称案涉借款也用于赌博。案涉房屋贷款均通过卜某银行账户归还，至 2021 年 9 月 21 日，尚有 50 余万元贷款未还。

裁 判

一审法院认为，廖某与竺某之间的民间借贷协议纠纷已经法院生效判决，廖某对竺某享有明确、合法的债权。竺某在未按约还款的情况下，通过与卜某协议离婚的方式，将其作为共同共有人之一的案涉房屋产权变更至卜某一人名下，且在变更房屋产权登记之前，竺某已被列为失信被执行人。竺某、卜某变更房屋产权至卜某一人名下的行为，使竺某无可供执行的财产，导致廖某在执行过程中无法实现债权，侵害了廖某的合法权益。据此，一审法院判决撤销卜某、竺某将案涉房屋产权登记至卜某名下的行为，卜某、竺某应将上述房屋产权恢复登记至卜某、竺某名下共同共有。

卜某上诉称，案涉房屋并非无偿转让。竺某从 2017、2018

年开始因赌博欠债，到 2019 年债务集中爆发，其长时间受到债权人上门讨要恐吓、威逼，无法忍受才提出与竺某离婚，并非为了转移夫妻共同财产。案涉房屋尚存购房贷款，竺某赌博失业后无经济收入，子女抚养、房贷款还款均由其一人承担，双方在离婚协议中约定房屋归女方所有是为了保障子女的居住和生活环境，且其在离婚前后已为竺某偿还多笔债务。

廖某辩称，不同意卜某的上诉请求。

竺某诉称，2019 年其债务爆发，且所欠款均用于赌博，故签订离婚协议时已无能力支付房屋贷款以及抚养费，因此同意放弃案涉房屋，以保障未成年的孩子有居住环境，并非故意通过离婚转移个人财产。

上海二中院查明，案涉房屋建筑面积为 34.32 平方米，由卜某、竺某于 2015 年 11 月以 110 万元购入。关于案涉房屋在卜某与竺某离婚时的市场价值，上诉人与被上诉人均认可为每平方米 5 万元左右。法院另有生效民事判决书判决竺某归还周某借款 20 万元并支付利息。卜某先后共计代竺某向周某偿还借款及利息 21 万余元。

上海二中院认为，债权人撤销权是指债权人对于债务人所为的危害债权及其实现的行为诉请法院予以撤销的权利。民法典合同编第五百三十八条至第五百四十二条规定了债权人撤销权制度。民法典合同编第四百六十四条规定，合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份

关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。

离婚协议中关于婚姻关系、子女抚养的约定具有人身属性，离婚协议中夫妻双方的财产分割往往会考虑子女抚养费负担、离婚过错等因素，不同于自然人之间的普通债权债务关系。夫妻一方的债权人证据证明离婚协议中财产分割条款影响其债权实现，请求参照适用民法典第五百三十八条或者第五百三十九条规定撤销相关条款的，人民法院应当综合考虑夫妻共同财产整体分割及履行情况、子女抚养费负担、离婚过错等因素，依法予以支持。即债务人在明知负有债务的情况下，通过离婚协议将财产转移至夫妻另一方名下，债权人主张撤销该条款的，人民法院应当对债权人是否存在有效债权、离婚协议财产分割是否存在明显失衡、债务人是否无可供执行的其他财产致债权无法实现等情况进行综合认定，在保护债权人合法权益的同时，避免损害夫妻另一方和未成年子女利益。

本案中，卜某与竺某离婚时，竺某因赌博对外借款产生大量债务。离婚协议约定子女由卜某抚养，竺某支付抚养费，夫妻双方共有的案涉房屋归女方所有，为保障子女的居住和生活环境，竺某放弃案涉房屋的共同财产分割折价款。作为夫妻共同财产的案涉房屋面积小价值不大，且离婚时尚有 50 余万元的贷款尚未归还，卜某离婚后需承担子女抚养费、还代竺某偿还债务 21 万余元，综合考虑上述因素，法院认为离婚协议对共有财产的分

割不存在明显失衡，难以认定卜某与竺某通过离婚恶意逃债，故廖某诉请撤销卜某与竺某在离婚协议中对共有财产分割的约定，将案涉房屋产权恢复登记为卜某、竺某共同共有，缺乏事实和法律依据。

综上，上海二中院判决撤销一审判决，驳回廖某的诉讼请求。

评 析

一、司法实务中对于离婚协议约定无偿转让共有财产效力的裁判思路

此类案件中法院是否应当按照婚姻法相关规定审查夫妻共有财产分割的效力通常有两种不同裁判思路。

第一种，严格按照债权人撤销权的构成要件对离婚协议本身进行考量。此种思路下，若离婚协议中明确约定共有财产归一方所有，另一方放弃共有财产份额，则认定该离婚协议实质上导致一方在未获得任何对价的情形下丧失了对共有财产的共有权，导致其责任财产的减少。若同时满足债权人撤销权的其他构成要件，则该离婚协议中有关夫妻共有财产分割的条款应被撤销，从而恢复夫妻共同财产的原状，保全实现债权的责任财产。至于一方主张因子女抚养、离婚过错、离婚后偿还对方单方债务等应对共有财产享有更多分配份额，则可在债权人代位析产案件或离婚后财产分割等诉讼中另行主张。

第二种，除离婚协议本身，应综合考虑夫妻共同财产整体分割及履行情况、子女抚养费负担、离婚过错等因素，依照婚姻法

相关规定审查离婚协议中无偿分割共有财产的约定是否存在逃避债务的故意。基于婚姻家庭的特殊性，离婚协议中夫妻双方的财产分割，需要考虑子女抚养费负担、离婚过错等因素，并非一定均等分割，离婚协议并非简单的市场交易行为，不能将协议中的无对价转让简单认定为无偿转让，应以离婚诉讼的审判标准模拟分割夫妻共同财产。在离婚协议对共有财产分割不存在明显失衡的情形下，不宜撤销该离婚协议中有关夫妻共有财产分割的约定；在共有财产分割条款存在明显失衡且满足债权人撤销权其他要件的情形下，应撤销相关财产分割条款，避免债务人通过离婚协议中财产分割条款减少责任财产，实现对债权人的保护。

二、债权人撤销离婚协议有关夫妻共有财产分割条款案件裁判思路证成

（一）离婚协议中的财产处置条款应参照适用民法典中债权人撤销权制度

离婚协议中共同财产分割条款与婚姻关系具有当然的关联性，其实质是夫妻双方在婚姻关系终止时对属于夫妻团体的共同财产进行合意清算的协议。夫妻双方对共同财产的分割比例系经对后续子女照顾、抚养费支付、补偿无过错方等多种因素综合考量后作出，相较于一般的债权债务关系具有更强的人身性和伦理性。在本案中，离婚协议在约定将夫妻共同所有的房产转移至其中一方名下的同时，也约定未成年子女后续由该方抚养，此时夫妻共同财产的分割不仅是单纯的财产问题，还涉及到对未成年子

女居住权保障等人身利益的衡量。因此，审理债权人撤销离婚协议有关夫妻共同财产分割条款的案件应当考虑离婚协议的特殊性与整体性，不能与普通的债权债务关系等同。

我国现行法律法规及司法解释对于离婚时夫妻共同财产的分割也更强调其特殊人身属性。民法典第四百六十四条就指明婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议在没有规定时参照适用合同编的规定；第一千零八十七条也规定离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理，协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。由此可见，离婚协议对财产的分割应当综合婚姻整体情况考虑，其人身性和伦理性较为明显，应参照适用债权人撤销权制度。《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）》第三条中也对此予以明确，夫妻一方债权人对于离婚协议中财产分割条款请求撤销的依据为参照适用民法典第五百三十八条或第五百三十九条。

（二）财产处置条款需显著超出合理标准方可被撤销

在债权人撤销权制度中，对于财产处分是否可撤销的一条重要标准是处分财产时对价的合理性，只有存在“无偿处分财产权益”“明显不合理”等情形，方才满足撤销要件之一，其共性在于强调约定的财产处理比例与法定参考基准的显著偏离。在判断离婚协议中财产分割条款的合理性时，也应当注意对合理标准的判断，即若离婚协议中财产处理条款仅轻微超出合理标准，在双

方未恶意串通损害债权人利益的情形下，不能一概认为可以撤销。如前所述，我国现行法律法规在涉及离婚时夫妻共同财产划分时，都强调对夫妻共同财产整体分割及履行情况、子女抚养费负担、离婚过错等因素的综合考量。最高人民法院在《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）》的新闻发布会上指出，离婚协议中财产分割并非一定均等分割，应考虑婚姻家庭的特殊性，严格把握撤销标准，在保护债权人合法权益的同时，避免损害夫妻另一方和未成年子女的利益。在离婚财产处理中，尚存部分无法为法定标准所囊括的因素，未成年子女的居住利益与生存利益也难以用具体数据简单衡量，赋予法官一定的自由裁量权从而在个案中对财产分割的合理性进行衡量，更有利于保障夫妻另一方和未成年子女的利益，体现对家庭贡献、传统伦理价值的尊重。

➔ 业务研究

家庭场域中紧急权的适用规则——以家暴反击行为为中心

(来源:《中外法学》2025 年第 3 期,作者:隗佳)

摘要

家暴反击行为均发生于“紧急而危难的状态”,按照反击行为发生的具体情境,可分为即时反击型、应急预警反击型与常规预防反击型三种类型。有必要在紧急权的框架下探寻此类案件的体系性解决方案。在家庭场域中紧急权的适用空间与法理基础具有特殊性,不同反击场景中可适用的紧急权类型及其法律效果差异颇大。在即时型与应急预警型家暴反击案件中存在正在进行的不法侵害,反击人可行使防卫权,当防卫致死时由于不法侵害者对于利益冲突的强答责性,该反击行为可以阻却违法。常规预防型家暴反击案件不符合防卫情势的要求,但存在避险情状,具有根据防御性紧急避险使反击人行为合法化的可能性,然而避险致死超过了被避险人的容忍限度,突破了紧急权正当化的效力边界,可通过期待可能性为基础的实质责任论探寻无罪的空间。

关键词 紧急权 防御性紧急避险 正当防卫 类型化 家庭暴力

目录

- 一、家暴反击案件的分析视角之转换
- 二、家庭场域中紧急权的适用空间与法理基础
- 三、即时型与应急预警型家暴反击案件中紧急权的具体审查

四、常规预防型家暴反击案件中紧急权的具体审查

五、结语

一、家暴反击案件的分析视角之转换

近年来，家暴事件屡见不鲜，引发社会各界的广泛关注。当家暴行为突破其能容忍的底线，而外部的救济途径又不充足时，家暴受害人往往会采取暴力手段予以反击以保护自身或家人的人身安全。家庭暴力的受害人主要集中于妇女、儿童和老人，因其较弱的对抗能力导致反击行为的发生时点呈现出高度的随机性。如何准确界定这类反击行为的性质并作出恰当处理，成为理论界与实务界亟需解决的问题。

（一）家暴反击案件的现有方案

2023 年最高人民法院发布了“中国反家暴十大典型案例”，较为明确地体现出司法机关对于此类案件的处理思路：

案例 1. 邱某某故意伤害案

被告人邱某某和张某甲原系夫妻，因感情不和、长期家暴而分居。某日晚，张某甲再次上门纠缠滋扰，辱骂、殴打妻子邱某某和孩子张某乙（时年 9 岁）。为防止孩子手术不足一月的再造耳廓受损，邱某某在徒手制止张某甲暴力侵害未果的情形下，持水果刀扎刺张某甲的背部致其重伤二级。

法院认为，邱某某的行为符合正当防卫的起因、时间、主观、对象等条件，而且根据防卫人面临的危险程度、采取的制止暴力的手段等因素进行综合判断，该防卫行为没有超过必要限度，应

认定为正当防卫，邱某某不负刑事责任。

案例 2. 姚某某故意杀人案

被告人姚某某长期遭受其夫方某某的家暴。案发前日，方某某再次因琐事殴打姚某某，要求离婚并令其独自抚养子女，姚某某绝望之下产生杀夫之念。次日凌晨，姚某某趁方某某熟睡之际，持铁棍击打其头部，后用菜刀切割颈部，致方某某死亡。

法院认为，被告人姚某某的行为属于故意杀人，但其因不堪忍受家庭暴力而杀死施暴人，根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》（以下简称为 2015 年《意见》）可认定为故意杀人“情节较轻”。故判决被告人姚某某成立故意杀人罪，处五年有期徒刑。

通过以上典型案例可以看出，司法实践处理家暴反击案件时将其区分为对峙性与非对峙性两种类型，在对峙性反击的场合，因存在正在进行的不法侵害，只要反击行为没有明显超过必要限度造成重大损害，即可成立正当防卫从而不以犯罪论处。非对峙性反击则因不符合正当防卫的时间要求，无法排除犯罪的成立，但考虑到家暴反击案件中的防卫因素和过错责任，在量刑阶段可以酌情从宽处罚。换言之，司法机关针对家暴反击行为能否无罪化的判断重点主要在于反击的时点是否符合正当防卫的时间要求，但家暴受害者往往因其生理因素的影响，很难与施暴方直接对抗，导致此类案件非罪化的空间极为有限。

家暴受害者的遭遇不仅引发民众的广泛同情，也促使众多刑

法学者尝试各种论证思路为其寻找无罪之可能。有学者认为非对峙性反击行为可以通过扩张正当防卫的时间条件将其正当化，有学者将目光转向紧急避险条款，认为在攻击型紧急避险和正当防卫之间存在防御型紧急避险，借此证成家暴反击行为的正当性。还有学者认为非对峙性反击行为虽然不能阻却违法，却存在阻却责任之可能，其论证思路或采取责任阻却性紧急避险，或采取超法规的责任阻却事由。

（二）家暴反击案件的再类型化

事实上，将家暴反击行为区分为对峙性与非对峙性的做法虽然直观却稍显粗糙，忽视了家庭暴力相较于一般暴力的广义性与多样性，甚至一定程度上模糊了反击行为定性中的争议焦点，有必要予以细化。只有借助类型化思维才能更好地衔接抽象理论与具体实践，进而实现刑法理论与刑事司法的有效沟通。

按照司法实践中家暴反击行为发生的具体情景，此类案件大致可以划分为三种类型：第一类如前文提到的典型案例 1，受暴者直面正在进行的家暴侵害即刻进行反击，这种双方对峙的家暴案件学界一般称之为即时反击型，因明显存在正在进行的不法侵害，其判断重点主要在于防卫限度。而非对峙性反击案件的常见表现并不相同：在案例 2 中，前次家暴行为业已结束，下次侵害行为是否发生、何时何地以何种形式发生均不可知，受暴人为彻底摆脱受虐境地趁施暴人不备而予以反击，此类型可称为常规预防反击型，学界就其中最具代表性的受虐妇女反杀案展开了广泛讨论。

此外，实践中非对峙性反击案件还存在另一种常见情形：

案例 3：韩英故意杀人案

被告人韩英与被害人张某原系夫妻，结婚期间张某经常无故打骂、虐待韩英，甚至持刀威胁，要是敢跑就杀死韩英及其儿子、孙子，迫使韩英在其控制下生活。某晚 21 时许，张某再次殴打谩骂韩英直至凌晨 2 时许，让韩英出去借钱为其赌博，并扬言如借不到钱就将韩英及其孩子都杀死。4 时许，被告人韩英趁张某熟睡之机，拿出家中大擀面杖击打头部致其死亡。

这一案例与案例 2 的外观较为相似，均表现为受暴人为避免后期家暴侵害而提前予以反击，本案中法院亦按照 2015 年《意见》将被告人的行为认定为故意杀人“情节较轻”，但事实上这两个案件差异颇大：不同于案例 2 中下次不法侵害是否发生、何时何地以何种形式发生均不可知，案例 3 中家暴者在结束前次侵害时明确表示之后会再次施暴，家暴受害人因恐吓而丧失心理安全感提前进行反击，此时是否存在适格的防卫情形值得探讨。以往将其与常规预防反击型混同归入非对峙性反击案件，没有充分关注具体案件中反击行为的发生情景，压缩了理论的讨论空间，故本文将该类型归纳为应急预警反击型。

以往实务界的目光只聚焦于正当防卫的成立与否，而理论界注意到家暴反击行为均发生于缺乏公力救助途径的急迫情状，受暴者通过反击行为损害施暴者的身体或生命以保护自身或家人的人身安全，可以通过其他紧急权判断是否存在更多的出罪空间，

却忽视了此类案件之间的共性与个性。家暴反击案件均发生于“紧急和危难的状态”，但其发生的具体情境并不相同，应细分为即时反击型、常规预防反击型与应急预警反击型三种类型。目前理论界与实务界尝试适用一种出罪路径解决不同类型的家暴反击案件，欠缺类型化与体系性思维。故本文尝试在家庭场域中充分发掘紧急权的教义学资源，并以此为基础，为各类型的家暴反击案件提供体系性的解决方案，更好地保障家暴受害者的合法权益。

二、家庭场域中紧急权的适用空间与法理基础

与外界环境不同，家庭成员因相互之间的亲密关系与情感关联而形成了较为稳定的共同体。在展开紧急权的具体审查之前，首先需要判断家庭场域中是否存在某种客观的事实情状，符合紧急权要求的“紧急而危难的状态”，这一前提要件决定着紧急权规范的适用空间。

（一）家暴反击案件中紧急权的适用类型

正如迈克尔·桑德尔（Michael J. Sandel）所言，在一个“大体理想的家庭环境中”，家庭成员彼此间利益诉求一致，通常情况下并不存在根本性冲突，绝大部分内部事务可以通过家庭自治得到有效解决。但家庭场域中发生的严重暴力侵害已非单纯的内部矛盾，暴力反击是对家庭秩序出现的异常情况的紧急反应，此时国家需要承担起“拯救者”的职责定分止争，避免暴力事件对社会造成恶劣影响。

然而，司法实践处理家暴反击案件时主要考察反击行为是否

符合正当防卫的成立要求，几乎将其视为刑法中唯一的私力救济制度，但家暴反击行为的发生时点较为随机，导致此类案件中是否存在“正在进行的不法侵害”这一防卫情状争议极大。不少学者将家庭暴力视为持续侵害以证成防卫情状，如陈兴良将家庭暴力区分为即时性家庭暴力与虐待性家庭暴力，认为虐待罪属于继续犯，以经常性的殴打、谩骂为表现形式的家庭暴力应评价为一种持续侵害，以此诠释虐待性家庭暴力的正在进行。这种一体化解读家暴侵害的观点极富代表性，但也引发了强烈争议：

一方面，传统理论将虐待罪视为继续犯，认为殴打、冻饿、辱骂等属于具有内在联系的、不可分割的数个动作，应视为一个虐待行为，但这一观点并不合理。继续犯的特征在于不法行为与不法状态同时持续，而在继续犯中可以持续性地肯定构成要件符合性，是因为法益持续性地受到构成要件行为近乎同等程度的侵害，典型例子如非法拘禁罪，即使在拘禁过程中转换地点场所，依然只有一个拘禁行为。但考察虐待罪可以发现，其行为形式极其多样，打骂、冻饿、不予看病等行为对于法益的侵害程度并不一致，并且间隔时间亦不固定，难以评价为持续的一行为。

事实上，单次的殴打辱骂行为符合虐待行为的客观表现，但尚不具备刑事可罚性，只有重复发生时才会对受害人的人身法益产生严重侵害，达到虐待罪的量的要求，传统理论将其归类于继续犯并不恰当，这种重复侵害行为指向的应是罪数理论中的接续犯。在接续犯中行为人基于同一犯罪故意，反复实施具有承接性

的数行为，数次行为累积导致“量变引起质变”，最终形成法益侵害的紧迫危险。不同于继续犯的行为单数，接续犯是行为复数。与继续犯相比，虐待罪更符合接续犯的主客观特征，即犯罪目的的同一性和行为举动的反复性或重复性。换言之，针对虐待行为的犯罪单一化建立于承认行为独立性的基础之上，只是评价性、拟制性地将其作为一个整体予以处断，而非将多次家暴行为整合为一个行为。

另一方面，传统理论认为紧急避险只能针对无辜第三人，危险引发者的不法行为无法成为紧急避险的危险来源，这就导致长期以来针对危险来源的反击行为只能通过正当防卫这一途径合法化。近年来受到德国法的影响，我国赞同紧急避险的对象不应局限于第三人的学者日益增多。

在德国法中，由于民法典已经按照避险对象针对紧急避险的类型作出了明示的规定，刑法学界通常也基于该规定将其区分为防御性紧急避险（Defensivnotstand）与攻击性紧急避险（Aggressivnotstand）。而我国《民法典》中紧急避险条款并未明确提及避险方法，这是否意味着德国法上的分类对我国并无太大的参考意义呢？笔者认为，虽然我国《民法典》并未区分防御性紧急避险和攻击性紧急避险，并分别确立不同的受害人损失分配规则，但这种贯通于民事立法与刑事立法的较为简化的立法技术，恰恰为理论探讨预留了更多的空间。

从实定法的角度来看，认为紧急避险的对象仅限于第三人的

观点，无论在民法典还是刑法典中均找不到相应的根据。我国《民法典》第182条点明“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任”，可以看出，危险引发人相比于第三人以及避险人在紧急避险事件中需要承担更多的不利后果，这当然也包括避险行为本身带来的损害，换言之，避险人可以针对危险引发者的权益进行避险，即我国民法涵盖了防御性紧急避险这一类型。根据法秩序统一原理，合法化事由应具有统一性，如果认为我国刑法仅包含攻击性紧急避险，那么在民法上获得承认的防御性紧急避险，在刑法上却没有存在空间，违背了整体法秩序的目的诉求，甚至催生了如“对物防卫”等理论难题。而且我国《刑法》第21条并未将避险对象明确限定于第三人，给紧急权的行使条件附加法律没有规定的限制，缺乏法律上的依据，压缩了违法阻却事由的成立空间，不利于刑法人权保障机能的充分发挥。

据此，我国《刑法》第21条应包括防御性紧急避险，法益遇险者并非仅有防卫权这一途径保护法益，在家暴反击案件中过分扩大“正在进行的不法侵害”的涵摄范围并无必要。具体而言，紧急避险要求存在“正在发生的危险”这一避险情状，此处的危险是指建立在实际情况之上的、超出一般生活风险的损害发生的高度可能性，至于危险源于何处并无限制，人的不法侵害引发的危险，只是诸多的危险来源中一种较为特别的情况。换言之，家庭暴力不仅属于不法侵害，还应视为一种危险类型。在家暴反击案件中应结合具体情境，审查反击人面临“正在进行的不法侵害”

还是“正在发生的危险”，进而确定其享有防卫权亦或避险权，而非在个案中突破正当防卫的限定条件，模糊各类紧急权之间的界限。

（二）家庭场域中紧急权的适用基础

在违法阻却事由的正当化根据问题上，理论界一直存在一元论与多元论之争。鉴于紧急权理论的高度体系化，各个正当化事由被整合于一个框架之中，相互之间形成阶层关系与适用顺序。一元论与这种体系性建构思路更为契合，这就导致以紧急权为基础分析家暴反击案件的学者大多将聚焦于法益保护的利益衡量说作为立论基础。例如陈璇认为，在家暴案件中施暴者因之前的家暴行为具有过错，其生命的值得保护性，也就是生命的总体价值应该降低，借此证成受暴者反击致施暴者死亡时其行为的正当性。

利益衡量说的确可以为紧急权的出罪根据提供较为简便的体系性解释路径，但该说无法在具体制度中得到真正贯彻。以正当防卫为例，不少学者或采取侵害人利益降低的视角或采取防卫人利益升高的视角，进而借助利益衡量说明为何防卫制度宽松于避险制度。前一视角的问题在于法益的值得保护性只能在具体情境中进行判断，甚至不同主体很可能得出不同的结论，这就导致他人生命成为被随意评判的对象，甚至司法实践很可能出现“唯结果论”的倾向。至于防卫人利益升高的观点，主要立足于通说以个人保全与法确证原理解读正当防卫制度，但与个人保全不同，法确证能否作为正当防卫的出罪根据在理论上争议颇大，将防卫

行为的附随后果，即法秩序的恢复作为其正当性根据，是值得反思的，更不能以此为依据为防卫行为的正义性加码或背书。即使在紧急避险中，虽然通说将利益衡量作为其出罪根据，却也不得不通过公平原则等为针对生命的避险行为不能阻却违法寻找合理解释。

为了克服利益衡量说的固有缺点，理论界针对紧急权体系展开更为深入的教义学分析。有学者提出，在紧急权体系中，公民为应对紧急状态，出于保护法益之目的而损害他人利益的诸项权利，其法理基础是相似的，都是自主原则和团结原则相调和的结果，只是在不同的紧急权中具体配比有所区别。具体而言，正当防卫几乎纯粹地以自主原则为基础，而防御性紧急避险同时受自主原则和社会团结原则的影响，攻击性紧急避险则仅建立在社会团结的基础上。

然而，这一界定与紧急权体系的建构理念并不完全相符。传统理论探讨正当化事由的实质根据时，目光或聚焦于个人权利，或转向社会秩序，紧急权体系的理论突破在于将研讨对象从个人权利和社会秩序转变为“人与人之间的法关系”，个人权利与社会秩序不再是相互割裂的，而是共同作用、相互交融。在现代法治国家个人自由不受妨碍的行使当然具有重要价值，法秩序尊重和保障权利人自主选择 and 决定自己生活方式的自由，但这并不意味着现代刑法按照自由至上主义展开，适度的干预与适度的自由并存才能达成公平与正义的观念已得到普遍承认。这种相互制约

以保障公民自由的思想可以追溯至社会契约论，之后罗尔斯的《正义论》更是旗帜鲜明地以“无知之幕”的原初状态与社会契约的“最小最大规则”寻找个人自由与契约社会的平衡点。据此，正当防卫、防御性紧急避险与攻击性紧急避险这三类紧急权的法理基础均应标记为“自主原则+团结原则”，自主原则对应着个人权利，而团结原则对应着社会秩序，双方呈现此消彼长的关系，并且由于前者在价值上的权重大于后者，进而导致三者的限度呈现出梯度关系，这种互动关系可概括为：个人的自主领域不受干扰，除非其因团结原则而负担忍耐义务；个人干扰他人自主领域的行为应承担责任，除非对方因团结原则而不得防御。

在家庭场域中由于各成员之间的亲密关系与情感关联，家庭这一特殊的共同体形式既是个人生活和发展的根基，又是国家治理结构中的基本单位，伦理秩序与法律秩序在家庭中相互交织，导致家暴反击案件中紧急权的适用基础尤为复杂。具体而言，共同生活的家庭成员之间共享法定权利、互负法定义务，其中包括维护共同体存在与稳定的义务。但家暴者率先违反了这一义务，故意地侵害其他家庭成员的人身权益，其不法行为侵入了他人的权利空间，体现出对其他家庭成员的个人权利与法秩序的强烈蔑视，并以正在进行的侵害行为表达出对于自身所担负的排除冲突义务的彻底否定，此时由防卫人通过必要的防卫行为代其解决冲突，通过反击行为解决因家暴者造成的共同体秩序的混乱，不法侵害人应容忍该防卫行为对自身权利空间的侵入。然而，紧急权

的行使是一个动态过程，以往解读团结原则时主要立足于紧急权的相对方，认为公民在法律上有牺牲自己的法益来帮助他人脱离危局的义务，从而说明相对方对于紧急行为的忍耐义务。事实上，行使方与相对方作为共同体成员，均负有团结责任，虽然家暴者作为整个事件的引发者，对于冲突的责任程度最高，应为冲突的解决承担更高的代价。但考虑到对方仍具备社会团结的身份，遭受侵害者在确保自身利益获得周全防护的前提下，不应给对方造成特别过分且重大的损害。

如果家暴者在受暴者进行反击时没有正在实施暴力侵害，但先前实施的家庭暴力所造成的共同体秩序的混乱并没有得到有效恢复，其他家庭成员时刻担忧自身的权益将面临严重侵犯，即家暴者的权利空间存在危害其他家庭成员的风险，如正在熟睡的家暴丈夫，虽未正在实施不法侵害，但经常性的家暴行为将其他家庭成员的人身安全置于危险境地，其作为保证人负有及时排除该危险的义务却未履行，最终由避险人通过避险行为代其解决，权利人对该避险行为带来的损害同样负有容忍义务。但与不法侵害者不同，危险引发者并未以完全归责的方式蔑视他人权利、违反“不得侵害他人”这一法秩序的基本准则，其身份更趋向于适法的共同体成员，所以防御性紧急避险的限度判断标准严于正当防卫，并且受到不得已要件的限制。

以往对于家暴反击案件的处理，只关注到家暴者与受暴者之间个人利益的孤立对比，忽视了家庭场域中个人与共同体之间的

特有关联，以及家庭作为最小的治理单元所具有的社会意义。家庭场域中紧急权的适用空间与适用基础具有特殊性，结合反击行为发生的具体情境厘清各类型的家暴反击案件中行为人可行使的紧急权类型及其适用效果，才能更为准确地界定家庭场域中暴力反击行为的性质。

三、即时型与应急预警型家暴反击案件中紧急权的具体审查

正当防卫要求存在“正在进行的不法侵害”，如果权利人遭遇或面临他人违反法律的、会给法益带来实质侵害或者紧迫危险的行为，通常认为存在防卫情状。在即时型家暴反击案件中存在“正在进行的不法侵害”已无争议，但在应急预警型家暴反击案件中暴力侵害尚未实质发生，此时进行反击是否属于针对正在进行的不法侵害争论颇多，该问题的解决需要在不同的预期防卫情形中寻找预期侵害与现在性的调和点。

（一）应急预警型家暴反击案件中存在防卫情状

目前针对“不法侵害”的开始时间，我国存在着着手说、直接面临说、综合说等多种学说，司法实践一般以着手为判断标准，特殊情况采取直接面临说，但总体上仍是依托犯罪阶段理论将现时性的标准具体化，即不法侵害原则上开始于实行行为的着手，特殊情形中合法权益已经直接面临不法侵害时可以将现时性范围扩展至部分预备行为，而犯意表示一般不被视为正在进行的不法侵害。按照这一标准，只有即时性反击符合防卫时间的要求，而在预警反击型案件中家暴者停止暴力侵害后施加威胁，只能算作

下次家暴侵害的犯意表达，形式上不符合现时性要求。然而，犯罪阶段理论与正当防卫的指导精神并不相符，因为判断不法侵害是否进入实行阶段，关注的是国家此时是否有必要动用刑罚来处罚该侵害者，而正当防卫是在国家无法及时阻止利益侵害时，赋予个人防卫权以提供自我保护的可能性，而非赋予个人施加刑罚的权限，此时关注的是在急迫状况下被害人能否有效地保护自己或他人的利益，又不至于使侵害者承受过大的风险，依托该理论界定不法侵害的现时性，无法充分保障防卫的有效性。

有鉴于此，部分学者采取有效理论，认为如果针对他人准备实施的不法侵害，已达到最后有效防卫的时间点，即应视为不法侵害已具备现时性。与之相似，在德国还存在“类似防卫情状”的学说，认为虽然侵害不是直接存在的，但等待其发生会使防卫机会明显恶化时，应当类推适用正当防卫条款。学者们着眼于防卫权的有效行使，使防卫情势在一定程度上扩大到未来的不法侵害，形成所谓的预防性正当防卫。这一观点在家暴反击案件的处理中频频出现，因为家庭暴力具有经常性、反复性的特点，受害者多是妇女、儿童或者老人，大多时候因其生理原因难以与施暴者直接对抗。在这种情况下，如果等到下次家暴侵害再次发生，可以预期受暴者因实力的落差依然无法有效防卫，为避免之后再再次遭受不法侵害，只能在家暴间隙趁对方不备之时进行反击。此时按照确保有效防卫可能性的侵害现在性标准，可以认为此类案件满足正当防卫的前提要求。

值得肯定的是，采取这一思路可以更好地发挥正当防卫制度的防卫功能，确保个人有效保全利益的可能性不受减损，但却忽视了正当防卫作为一种对抗性、攻击性极强的权利，其适用必须被界定在合理范围之内。“正在进行的不法侵害”这一防卫起因正是为防卫权的生成确立先决条件，其界定亦需同时兼顾防卫人与被防卫人双方的风险分配，其中不法侵害现时性的判断，更需要平衡误判风险与有效防卫之间的关系。一方面，只能是有充分证据证明正在实施不法侵害的人才是整个事件的负责者，承担解决冲突所必要的全部代价，并对防卫行为引发的严重后果负有忍耐义务，如果一味强调防卫的有效性，并以最后有效防卫时间点来取代不法侵害现时性的判断标准，极易导致防卫权泛化，架空法律原本设置的限定条件。但另一方面，防卫人不可能等到侵害结果已经出现才有所行动，只能基于自身对于未来事件的发展预测启动防卫权，为了避免重大减损个人有效保全利益的可能性，不法侵害现在性的判断应容许存在一定程度的误判可能。

正如德国联邦最高院在判决中点明“如果在某个时点，侵害者的行为已经可以直接转变为针对特定法益造成损害的行为，如果再不进行防卫很可能严重影响防卫效果”，此时防卫就是适时的。防卫情状的判断只能在具体案件中综合客观情状审查某一法益是否面临特定危险，并且保证侵害现在性的个案判断结果兼顾有效防卫与降低误判风险。就预期防卫而言，“迫在眉睫”和“将来可能发生”之间的界限在于：前者为紧迫的、高度的危险，其

危险性更接近于实害结果，是一种针对法益的具体危险，很容易转化为实际侵害；后者则是缓和的危险，其危险性相对较远，是一种一般的、抽象的危险，并不一定会转化为实害结果。除了危险程度不同之外，二者的判断基础亦有所区别，前者依托行为的具体情况，判断是否具有发生侵害结果的紧迫危险。后者则难以预测、难以展开具体判断，通常只能以一般的社会生活经验为根据。据此，结合过往的家暴侵害与案发时的具体情境，判断特定法益面临具体危险，还是仅面临在将来可能遭受损害的抽象危险，成为界定家暴反击行为性质的关键。

在案例 3 这一应急预警反击型案件中，家暴者结束暴力侵害之后施加威胁，受暴者为避免再次受虐趁其睡着予以反击，此时是否存在防卫情状，判断重点主要在于特定情境中家暴者预告的不法侵害行为给受暴者带来法益受损的迫切性。根据刑法通说，对于不法侵害之现实紧迫性判断，应以防卫行为发生时防卫人所处具体情境为判断基础，依据社会公众的普遍认知标准，结合案件具体情况进行合乎常理的评判。根据过往的受虐经历与反击时的具体情境，如果处于潜在被害人之境地的社会公众，通常认为即将存在一个直接危及特定利益的具体不法行为，应允许其行使防卫权，并且基于家暴者对于冲突的强答责性，即使存在一定的误判风险亦应由其承担。

在本案中，被告人韩英与被害人张某结婚后长期遭受家暴，自 2017 年以来暴力程度显著增高，张某不仅经常无故对韩英殴打、

罚跪、性虐待，甚至将其屋子的门窗焊死，用铁链将其拴住，不许与外人接触，并持刀威胁韩英，要是敢跑就杀死她，迫使韩英在其控制下生活。结合之前的家暴经历，当被害人张某再次借故殴打谩骂韩英，让韩英出去借钱为其赌博，并扬言如借不到钱就将韩英及其儿子、儿媳、孙子都杀死时，这一言语恐吓所预告的不法侵害已经立即而明显，足以使韩英认为自身及其家人的人身安全面临急迫而具体的危险。按照《最高人民法院、最高人民检察院、公安部依法适用正当防卫制度的指导意见》（以下简称 2020 年《意见》）所规定的“对于不法侵害已经形成现实、紧迫危险的，应当认定为不法侵害已经开始”，此情境下家暴受害者应具有防卫权，无需等待家暴者着手实施下次侵害再进行反击。

（二）即时型与应急预警型家暴反击案件中防卫致死的法律效果

在即时型与应急预警型家暴反击案件中行为人可以行使防卫权，但能否达到合法化的效果，仍取决于反击行为是否满足法秩序为其设置的限制性条件。就此类案件而言，行为要件中的限度条件经常成为司法实践的疑难点，特别是反击致死是否突破了紧急权正当化的效力边界，因涉及生命冲突这一理论难点而引起学术界与实务界的广泛关注。

事实上，长期以来正当防卫制度在司法实践中的适用效果并不理想，很大程度上正是因为部分案件不当认定防卫过当而否定了正当防卫的成立。随着“昆山反杀案”等典型案例的出现，理

论界与实务界就“明显超过必要限度，造成重大损害”这一防卫限度条件展开深入探讨，实践中“唯结果论”的问题有所缓解，但对于家庭场域中反击致死的案件，各界对于防卫限度的把握仍显严苛，未充分关注家暴案件的特点。

目前我国学界针对防卫限度的探讨已从传统的必需说、基本相适应说与折衷说的争论转为一体说与二分说之争。一体说认为行为过限与重大损害应视为整体，只有行为过当才会导致结果过当，而通过结果过当也可以反推出行为过当。二分说则认为，“行为限度”和“结果限度”是两个独立的要件，防卫行为同时超过这两个要件才能构成防卫过当。

一体说强调行为过当与结果过当的整体性判断，但从逻辑上讲，行为过当和结果过当是可以分立的，行为过当的判断应关注行为本身是否违反法规范，并具有侵害重大法益的危险，而结果过当则应关注这种危险的现实化。而且在行为过程中，因果流程很可能出现偏差，过当行为未必就一定造成过当结果，而过当结果也未必就一定由过当行为造成的。如果将行为要件与结果要件做一体化理解，容易导致案件中判断防卫限度时过度依赖行为是否造成了重大损害，再次陷入“唯结果论”的困局。2020年《意见》第11条点明防卫过当应当同时具备“明显超过必要限度”与“造成重大损害”两个条件，可见二分说在理论上与实务上都取得了优势地位。就家暴反击案件而言，2015年《意见》规定：“防卫行为造成施暴人重伤、死亡，且明显超过必要限度，属于防卫

过当，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”可以看出，此类案件中即使出现被防卫人重伤、死亡的严重后果，如果行为并未明显过当仍可成立正当防卫，甚至可以说此类案件中行为过当具有优先于结果过当的地位。

就“明显超过必要限度”的认定标准而言，2020 年《意见》第 12 条规定：“在判断不法侵害的危害程度时，不仅要考虑已经造成的损害，还要考虑造成进一步损害的紧迫危险性和现实可能性。”针对家庭内部暴力侵害的防卫行为，2015 年《意见》则点明：“应当以足以制止并使防卫人免受家庭暴力不法侵害的需要为标准，根据施暴人正在实施家庭暴力的严重程度、手段的残忍程度，防卫人所处的环境、面临的危险程度、采取的制止暴力的手段、造成施暴人重大损害的程度，以及既往家庭暴力的严重程度等进行综合判断。”根据这两条规定，行为限度的判断关键不在于防卫行为和侵害行为在强度上是否保持均衡，而在于当时条件下行为人所采取的防卫手段是否满足有效制止不法侵害的客观需要。但不同的是，2015 年《意见》除了关注正在实施的家暴侵害，还关注受暴者过往所受到的侵害，而 2020 年《意见》不仅关注行为已造成的损害，还考虑进一步的侵害可能。

然而，与发生在陌生人之间的暴力事件相比，针对家庭场域中的暴力侵害实施反击时行为限度通常受到更为严格的限制。例如在 Schirmstock-Fall 一案中德国联邦最高法院认为“针对殴打妻子和子女的施暴丈夫，妻子使用雨伞进行反击时雨伞尖端致其死

亡，不属于适当且最温和的防卫手段”，其理由主要在于夫妻之间建立了一种不存在敌意仇恨的关联密切的生活共同体；而且按照德国民法的要求，夫妻双方在婚姻中负有相互谅解、关照对方的义务。目前很多德国学者仍赞成在亲密关系中限制防卫权，理由或基于保证人地位，或以家庭法规定的注意义务为基础。

这种过分限制家庭成员之间的防卫行为的观点，忽视了家庭暴力的特殊性，甚至呈现出对于弱势人群基本权益的漠视态度。以应急预警型家暴反击案为例，如果家暴者多次实施暴力侵害，单次并未达到严重侵害人身安全的程度，受暴者在既存的防卫情境下实施的反击行为致施暴人重伤或死亡，极易被认定为防卫过当。然而，家庭暴力蕴含着极高的暴力升级的危险，以限制性思路处理家庭暴力反击行为与人权保障的要求相去甚远。事实上，德国联邦最高院在之后的多个判决中声明防卫行为的判断不应依赖于当事人之间的关系，而是与具体的防卫情形相关。德国学者如爱德华·施拉姆（Edward Schramm）也指出，防卫人的注意义务应取决于攻击的强度，如果其生命、身体、自由或性自决权面临重大威胁，防卫行为不应考虑注意义务的要求，例如针对婚内强奸，妻子有充分的防卫权，甚至可以使用危及生命的防卫手段。

结合家庭场域中紧急权的法理基础，更能发现限制家暴反击人防卫限度的观点极为不妥。通常认为，紧急权的法理基础决定了行为限度，防卫行为的强度必须与不法侵害者的答责程度与忍受义务相匹配。在家暴反击案件中家暴者率先违背家庭共同体对

其提出的期待与要求，并以违反法义务的方式引发冲突，因此负有消除冲突的义务，却由家暴受害人通过防卫行为代为恢复因家庭暴力破坏的共同体内部秩序，对于该防卫行为可能造成的利益损害，不法侵害者负有容忍义务。在这一过程中，防卫人很可能因侵害事实不明导致自身针对侵害程度和防卫必要性产生错误判断，进而采取虽然可以有效制止侵害但会造成更严重损害的防卫手段。借助正当防卫的归责结构，可以更好地理解为何出现重大损害结果之后，仍需要考察防卫行为是否“明显”超过必要限度，特别是“明显”这一要求正是为误判风险预留空间。基于家庭暴力呈现出反复多发、暴力程度不断增强的特点，误判风险的可能性随之增加。由于家暴者对于利益冲突的强答责性，这种误判风险应主要由其承担。

所以对于家暴反击致死案件的处理，应充分考虑家暴受害者所处的特殊情境，行为限度的判断不能仅依据单次虐待行为会造成的实际损害，而应基于当时事态的综合发展情况，结合过往家暴程度并兼顾暴力升级的可能性，采取防卫人个人化的事前判断标准。如果具有受暴者认识能力的理性第三人处于当时的防卫情境之中，也会采取导致施暴者死亡的反击手段，即使根据事后掌握的情况查明当时可以通过更温和的手段进行防卫，该防卫行为亦不过当，故在案例 3 这一典型的应急预警型家暴反击案件中被告人韩英的反击行为具备防卫情状并且符合限度要求，可以通过正当防卫阻却违法性，不应以犯罪论处。

四、常规预防型家暴反击案件中紧急权的具体审查

如前所述，家庭暴力不仅属于不法侵害，还应视为一种危险类型。如果在具体案件中存在正在进行的不法侵害，即可通过审查正当防卫的行为要件判断有无违法性；如果不符合防卫情状的要求，则可以进一步审查是否存在避险情状，反击人仍有根据防御性紧急避险使其行为合法化的可能性。依托实定刑法规范，在紧急权体系下对正当防卫和紧急避险的成立条件做出合理解释，可以更准确地界定不同场景中家暴反击行为的性质，并为处于紧急状态中的家暴受害人提供更多的出罪空间。

（一）常规预防型家暴反击案件中存在避险情状

与应急预警型不同，在常规预防型家暴反击案件中之前的暴力侵害已经结束，下次侵害是否发生、何时何地以何种形式发生均不可知，当前没有充分客观事实足以确定即将发生不法侵害行为，特定法益尚未面临具体危险。虽然家暴侵害存在反复性、多发性的特点，但家暴者毕竟是具有自主决定能力的个体，在每一个时间点都可以重新做出是否实施不法侵害的决定。只要没有客观证据显示他将会再度实施不法侵害，我们只能将他视为一个举止合法的个人，而不能令其承担防卫行为导致的严重不利后果。换言之，受暴者为彻底摆脱暴力侵害趁施暴者不备进行反击，不符合现在不法侵害必须明显而立即的要求，此类案件不存在防卫情状。此时需要进一步审查是否存在避险情状，能否适用避险条款。因为避险情形比防卫情形宽泛许多，人的不法侵害只是其中

的一种危险类型，而且与正当防卫的时间要件相比，危险的现时性也是更广的概念。通常而言，“正在发生的”危险是指法益面临立即或近期将转变为真正损害的危险，如果不立即采取防御措施，人们会严重担忧该状况的继续发展将导致发生或者加剧损害。

考察德国的判决与学说，除立即会现实化为实害的即刻性危险之外，持续性危险亦被涵盖其中，即现时的危险可以包括法益受到持续时间较长的危险威胁，这种危险能够随时实害化，但不排除危害的发生尚需要一段时间的状态。此时危险如同“达摩克利斯之剑”悬于行为人的头上，只有立即采取措施才能避免法益将来遭受无法控制的损害。可以看出，危险现时性的判断关键在于即刻采取防御行为的必要性，而不过分依赖于危险具体实现的时间点。如果危害结果虽然在将来的某个时间点才会发生，但只有立即采取行动才能有效安全地排除危险，那么其现时性也是应被肯定的。加之避险情势是否存在，需要从一般人视角出发进行客观的事前判断，故审查某个危险是否正在发生，需要看具体情境是否给出了一个让人严重担忧的合理动因，如果人们无法期待理性人继续忍耐迫近的法益损害，只能立即采取行动以回避危险，那么这一危险就具有现时性。

以案例 2 为代表的常规预防型家暴反击案件中，家暴者睡醒之后是否再次施暴并不确定，但既往的暴力经历使受害人长期处于不安全状态，此时虽然尚不存在特别规范所要求的正在进行的不法侵害，但结合家暴行为的反复性及其蕴含的暴力升级的危险，

施暴者在将来有很大可能继续实施暴力侵害，家暴受害者的人身安全长期处于暴力威胁之下，这种不知何时会现实化的侵害应视为针对法益的持续性危险，符合紧急避险的前提要求。

有学者认为，与正当防卫相比，紧急避险的成立条件更为严苛，特别是要求了“不得已”要件，很可能导致即使承认此类案件中存在避险情状，也无法成立紧急避险达到出罪效果。笔者对此观点并不赞同，紧急避险之不得已要件的规范内涵并非在于避险手段具有唯一性，而是强调手段选择的最后性，换言之，当且仅当存在具有同等避险效力的更温和手段时，该避险行为方丧失其正当性。就家庭暴力而言，由于家暴案件通常发生于封闭性场域，暴力侵害呈现出高度的隐蔽性，公权力介入极为迟滞。而且受制于经济从属性、社会支持缺失等复合因素，家暴受害者通过离婚诉讼等方式脱离施暴者的可能性较低。虽然我国《反家暴法》明确规定了社会救助、人身安全保护令等救济途径，但现存救助机制在制止暴力升级方面效果有限，特别是人身安全保护令在多起案件中未能有效阻却后续暴力行为。在此结构性困境下，若仍以形式化标准苛求家暴受害者穷尽理论上存在的所有“温和手段”，实则是对不得已要件的误读，更是对实质正义的背离。

（二）常规预防型家暴反击案件中避险致死的法律效果

在遵循法秩序为紧急权设置的限制性条件的前提下，预防型反击案件中受暴者作为潜在被害人虽然无法行使防卫权，但可以赋予其避险权，在保障家暴受害人自身利益的同时，兼顾潜在不

法侵害者的重要权益。然而，避险致死能否达到出罪效果，一直是刑法理论中具有重大争议的问题。

理论界通常认为，针对生命不可紧急避险，因为生命无法衡量，每一个人的生命都具有无限高的价值，即使与多人的生命相比也不失其重。然而，通说的问题在于其将利益衡量作为紧急避险的正当化根据，却又因生命的至高价值为功利主义设置例外限制，显示出理论本身的矛盾性。事实上，利益衡量在涉及非财产性法益时均无法做出适当判断而达到逻辑自洽，难以为紧急权的正当化提供充分论证，不应成为紧急避险的出罪根据。据此，我国《刑法》第21条第2款规定的避险过当中“必要限度”的界定，必须突破传统利益权衡的固有范式，回归法理基础考察紧急权的归责结构予以判断。

正当防卫中自主原则占比最高，并且被防卫人对于冲突的责任程度最高，所以行为限度最为宽泛，只要没有明显超过必要限度造成重大损害，即可阻却违法，即使“保护利益 \leq 损害利益”仍可能符合防卫限度的要求，利益大小只是限度要求的外在表现，并非其正当化根据。而在防御性紧急避险的场合，权利人怠于消除自己的组织领域溢出的风险，由避险人通过避险行为代其解决，如果造成权利人的利益受损，权利人对此负有容忍义务，但危险引发者对于冲突的责任程度远低于不法侵害者，避险行为相较于防卫行为应更为谨慎，不能给被避险人带来过多的损害。在攻击性紧急避险的场合，冲突并非由被避险人引发，对于冲突的责任

程度最低，其只是出于社会连带责任容忍紧急避险，此时避险行为受到的限制最多。换言之，与正当防卫相比，紧急避险制度深受团结原则的影响，不仅为避险方提供实施避险行为的根据，被避险方需对此予以容忍，同时也对该行为进行限制，被避险方作为共同体成员不应遭受过度损害。

综上，紧急避险中“必要限度”的规范内涵并不在于保护法益与损害法益的价值比较，而应着重审查避险行为是否逾越被避险人应承担的社会连带义务之合理边界。如果避险行为对他人自由领域的侵入强度，已超出社会共同体期待公民忍受的一般限度，该避险行为应认定为超过必要限度，属于不法侵害，被避险人对此可以进行正当防卫。

故针对生命的避险行为无法获得正当性的原因在于，共同体成员为了应对充满危机的生存环境，以出让部分权利的方式参与到社会契约中来，通过与他人建立社会连带关系以避免在将来遭受危险时陷入孤立无援的境地。然而，生命法益作为所有法益之元基础，具有不可逆转性与不可补偿性的双重特质。在罗尔斯“原初状态”的理论模型中，自由出让的权利都有受到侵害的可能，理性人必然排斥将生命权作为社会契约的对价，更不可能将其交付出成为共同体的奠基石。换言之，对生命法益的出让本质上不符合理性人的自利追求，超出了理性人自愿负担的社会连带义务的限度，无法基于理性人的普遍同意而合法化。

在预防性家暴反击案中，施暴者长期实施家庭暴力使受暴者

一直处于暴力侵害的威胁之下，为避免之后再次受虐趁其不备杀死施暴者，属于防御性紧急避险，但避险行为侵害了施暴者的生命法益，超过团结原则的限度要求，该杀人行为具备违法性。但这并不意味着加重了家暴受害者的刑事负担，甚至使其丧失了出罪之可能，因为按照犯罪阶层理论，是否成立犯罪还需要进行罪责阶层的审查。如张明楷提出，在家暴反击案件中，如果受暴者除杀死施暴者之外别无他法逃离暴力侵害，可视为其不具备实施适法行为的可能性，即通过无期待可能性这一超法规责任阻却事由否定犯罪之成立。

然而，这一路径很可能在司法实践中面临适用难题。我国司法机关在处理生命冲突案件时，对出罪事由的适用呈现出显著保守倾向，通常选择定罪免刑或从宽量刑的裁判路径，这从正当防卫长期面临“唯结果论”的批判可见一斑，运用紧急避险以出罪的刑事案件极其少见，更是从未出现援引无期待可能性作为超法规的责任阻却事由的无罪判决。期待可能性的概念不清、标准不明，很难直接将其作为出罪理由加以适用，但其蕴含的对脆弱人性的适度同情仍有其存在价值。故笔者认为，与直接将无期待可能性视为超法规的责任阻却事由相比，借鉴以期望可能性为基础的实质的责任论，可以弥补超法规出罪事由的实践缺位，更加契合我国的实体法规定与司法现状。

目前为学界广泛采纳的规范责任论认为责任的本质在于行为人的意思形成与意思活动的可非难性，这一规范标准正是从“期

待可能性”发展而来，即行为人之所以被期待，是因为有“他行为能力”，而选择他行为的可能性则以意志自由为前提。然而，自由意志作为哲学领域最困难的问题之一，难以为责任论提供坚实的理论基础。随着责任理论从规范责任论向实质责任论转化，责任不再只是纯粹的非难性评价，还需要进一步兼顾刑罚目的与预防视角，传统理论中“他行为能力”的解读开始需要考虑预防的需求，即只有行为人对于犯罪行为具有避免可能性，才能对其实施处罚，其原因在于“行为人做不到的事社会不会期待他去做”，社会的期待也即对预防的需求。可以看出，在责任论的转变过程中，期待可能性成为行动控制可能性、处分必要性的规制原理，进而针对责任概念展开实质而具体的阐释，这为针对生命的避险行为提供了新的处理思路。

具体而言，我国《刑法》第 21 条第 2 款规定：“紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚”，如果采用不可避免的期待可能性方案，常规预防型家暴反击案件的处理结果只有成立犯罪或不成立犯罪，与该条款的规定并不完全契合。但采取期待可能性为基础的实质责任论的视角，该条款可解读为：紧急避险超过必要限度，并出现不应有的损害结果，此时成立符合构成要件的不法侵害，如果在预防性家暴反击案件中存在的涉及期待可能性的事实在极大程度上影响了不法与责任，导致相应的可罚性程度降低到不能以故意杀人罪追究其刑事责任时，应以无罪论处。如果其可罚性程度并

未降低到此程度，则应成立故意杀人罪，但减轻或免除处罚。可以看出，我国刑法关于避险过当时行为人应当负刑事责任之规定，并没有阻断相关避险行为成立无罪之路径，甚至该条款后段中“减轻或免除处罚”的表述为此类案件的处理预留了更多的空间。

综上，在案例2这一常规预防型家暴反击案中被告人姚某某一直处于家暴侵害的持续性危险之中，具备避险情状。如果通过其他合法途径无法获得及时有效的救助，家暴受害者可以针对施暴者实施防御性紧急避险，但其侵害生命权的避险行为超过了危险引发者的容忍限度，不能阻却违法。然而考虑到案件中的极端情景，被告人反击行为的不法程度与责任程度显著降低，很可能未达到刑事处罚的必要性，在责任层面仍存在出罪之可能。

五、结语

由于家暴反击案件类型多样、情形复杂，按照反击行为发生的具体情境，大致可分为即时反击型、应急预警反击型、常规预防反击型三种类型。目前理论界与实务界尝试适用一种出罪路径解决不同类型的家暴反击案件，忽视了各类型案件之间存在的共性与个性，有必要采取类型化与体系化的思维探寻紧急权在此类案件中的适用规则。

在即时型与应急预警型家暴反击案件中存在正在进行的不法侵害，可以通过审查正当防卫的行为要件判断有无违法性。而常规预防型家暴反击案件不符合防卫情势的要求，但存在避险情状，反击人仍有根据防御性紧急避险使其行为合法化的可能性。即时

型与预警型反击案件中防卫致死时由于不法侵害者对于利益冲突的强答责性，该反击行为可以阻却违法，而预防型反击案件中避险致死则超过了被避险人的容忍限度，突破了紧急权正当化的效力边界，但根据以期待可能性为基础的实质责任论仍有无罪之可能。

与一般案件相比，在家暴反击案件中情理与法理的割裂和冲突体现的尤为明显。以实定刑法规范为基础，依托紧急权体系针对出罪事由的适用条件与法律效力做出恰当解释，准确界定家暴反击行为的性质，并借助刑法编织的出罪事由网为家暴反击案件提供更多的出罪空间，才能使个案最大程度地实现法律效果和社会效果的统一。

婚内赠与视角下夫妻财产约定规则的优化

(来源:《法律科学》2025 年第 4 期,作者:曹薇薇)

摘要:《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)》第 5 条并未改变《婚姻法》时代遗留的夫妻约定财产规则简单笼统、婚内财产赠与性质不清、司法裁判说理不一等问题。第 5 条提出了与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编司法解释(一)》第 32 条不一样的思路,要求法官综合考虑夫妻关系存续时间、生活情况、养育事实、离婚过错、对家庭贡献等因素作出裁判。第 5 条跳出家事法和财产法二元规则择一的困局,对夫妻财产约定规则的完善及其与本编其他制度和与其他编的相关规定的逻辑协调性提出了新要求,也为消除法律适用冲突和重塑约定财产规则提供了契机。因此,有必要在对夫妻房产赠与合同纠纷表现、类型、特点进行充分理解的基础上,反思当前夫妻财产约定规则的缺陷,对其进行优化。

关键词:婚内赠与合同;夫妻财产约定;撤销赠与;离婚财产分割

一、问题的提出

夫妻间关于赠与或给予财产的约定因家庭伦理秩序和亲密身份关系属性,是否应区别于或在多大程度上区别于普通人之间的赠与合同,一直是理论研究和司法实务关注的热点问题。长期以来,解决方案一直聚集身份规则和市场规则的调适,或家庭法与

财产法之间的融合，忽略了夫妻财产制度本身在演进中的先天不足以及夫妻财产约定规则建构中受传统财产法影响的思维漏洞。这一矛盾在不涉及第三人的夫妻间赠与关系中尤为突出，《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）》（以下简称《民法典婚姻家庭编解释（二）》）第 5 条就此作出补充规定。第 5 条规定的财产分割制度虽基于离婚诉讼产生，但本质上还是夫妻对其个人或共同财产进行约定的效力认定规则。

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1065 条沿用 2001 年《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第 19 条，规定除夫妻法定个人和共同财产外，允许夫妻就婚前或婚内财产分配进行约定，一经约定对夫妻双方产生拘束力，非经双方同意或特别情形不得更改或取消。然而，对于夫妻间房产赠与约定的处理，《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 条规定，赠与方在房产变更登记之前，可按照《民法典》第 658 条关于赠与合同的规定处理。《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条在上述解决方案基础上进一步明确房产未办理变更登记和已经办理变更登记两种情形的纠纷处理指导原则。这一规定排除了在未办理变更登记的房产分割问题中直接适用《民法典》第 658 条撤销赠与的做法。相比较其前身《〈民法典婚姻家庭编解释（二）〉征求意见稿》（以下简称《征求意见

见稿》)第4条,《民法典婚姻家庭编解释(二)》第5条在一定程度上改善了司法裁判在夫妻赠与可撤销、不可撤销、夫妻约定非经双方同意不得更改的三重形态间摇摆不定的状态。然而,解释也留下了亟待回应的几个问题:其一,根据第5条第1款和第2款,即使给予房屋已经办理产权变更登记,其未必归属接受方,同样,即使赠与房屋未办理产权变更登记,其未必应归还并属于赠与方,那么,房屋归属判决究竟依何而判。其二,由获得房屋一方对另一方予以适当补偿,获得房屋一方是否当然为赠与一方也未明确;而获得房屋一方为接受一方时,补偿标准是否与获得房屋一方为赠与方的标准一致。其三,没有对婚前婚后房屋赠与变更的裁判规则进行区分,导致男女婚前约定将一方房产在婚后赠与另一方而婚后反悔赠与的处理方式与《民法典》关于婚前个人财产的规定在适用中产生冲突。其四,没有明确规定“适当补偿”的数额范围、应考虑的因素及其占比等,法官在司法实践中难以形成细致可操作的裁判规则用以统一一方对另一方的补偿标准。其五,第5条规定中的“给予”如何界定,与之前的赠与区别为何,约定给予与《民法典》夫妻财产约定规则适用如何区分有待明晰。夫妻间房产赠与这一“横跨身份行为和财产行为,涉及合同法、物权法、婚姻家庭法等交叉”纠纷产生于婚姻家庭、合同、物权各编的价值导向和体系融合之间的冲突碰撞。早在《婚姻法》被纳入《民法典》前后,有学者预见夫妻财产规则在“每一个环节都可能与财产法规则产生冲突”。无论是支持夫

妻财产问题应在“专属于人身的特性”之前提下讨论，区分家庭关系之上的共同意志和财产法的“个人意志”，还是坚持体系化后夫妻的财产活动具有“经济人”“伦理人”“社会人”多重身份属性，主张夫妻财产纠纷解决应在婚姻保护目的之外注重“意思自治”与“交易安全”的传统财产法价值观，都是这种冲突的具体体现。也有成果研究了法典时期的夫妻财产规定和传统财产法规则之间在理论逻辑和构建体系上的区别和关联，但鲜有成果关注夫妻财产有关条款形成的规则和相关司法解释生效后的适用问题以及这些问题与夫妻约定财产规则缺陷之间的联系。基于此，本文有如下两项任务：一是结合夫妻身份关系的理论框架、家庭关系的伦理属性、身份法和财产法的辩证关系对《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条进行解读，以促进该规定与其他相关规定在法律适用中的协调；二是在法典体系思维下，归纳和考察当前司法实践的问题类型和缘由，反思夫妻约定财产规定的不足并提出优化方案。

二、婚内赠与纠纷规则适用失范

从当前司法实践可见，夫妻间赠与导致的财产归属和分割纠纷主要发生在婚姻关系出现问题和即将解除时，法院在审理相关案件时常在援引《民法典》第 1065 条和第 658 条之间处于摇摆不定状态。相较《婚姻法》时期的规则，法典时期的婚内赠与纠纷呈现如下三大特点：第一，对婚内夫妻房产加、减、换名约定，在应认定为普通民事主体之间的赠与行为还是基于夫妻身份关系

的财产约定行为上存在明显分歧；第二，在适用《民法典》第 658 条的案例中，既承认夫妻特殊身份关系和家庭生活价值，又将夫妻约定赠与与一般赠与完全区分；第三，在适用《民法典》第 1065 条的案例中，对夫妻约定财产分配协议的认定和夫妻身份关系性质的解读存在分歧。

（一）冲突表征下的纠纷类型

欲理清夫妻财产赠与纠纷的“乱麻”，先要厘清导致这一纠纷的原因：一是个人房产“加名”，即一方将个人房产约定为夫妻共同所有或按份共有；二是个人房产“换名”，即将个人房产约定为对方所有，赠与人丧失该房屋所有权；三是共同房产“减名”，即将共有房产约定为一方所有；四是赠与产权尚未完全明晰的房产，包括赠与涉及继承的房产、赠与尚未获得所有权的房产等。尽管《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条相较以往相关司法解释条款更为详细，但也无法涵盖夫妻间房产赠与的所有情形。在不以离婚财产分割为基础的夫妻赠与情形中，法院对于赠与合同和夫妻约定财产的性质认定标准不一，有的法官主张夫妻间约定给予房产为房产赠与合同，认为“协议性质应属赠与，赠与人可以做出撤销赠与的意思表示”。按此理解，根据《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 32 条，相关纠纷的处理应适用《民法典》第 658 条。有的法官主张夫妻间房产赠与为夫妻对特定财产的约定，在判决时会考虑婚姻关系的亲密性和稳定性，对于撤销赠与的条件要求更为严格，如认为“婚姻家庭关系具备较强的

伦理道德属性，在婚姻家庭纠纷中一方主张撤销对另一方的赠与，较一般赠与要求条件较为严苛”。司法实践中的裁判冲突源于对夫妻财产赠与合同法律性质的认识不一。夫妻之间的财产约定外观上以协议的形式呈现，与一般财产契约并无两样，而本质上，夫妻之间的财产约定会基于夫妻身份而发生或变更，具有人身附随性。因此，这类纠纷的裁判方案应对人身关系之上的财产归属与传统财产法规则做体系化协调，对夫妻身份的亲密信任和市场交易的公平自愿两种冲突价值进行取舍。从相对独立的《婚姻法》到《民法典》婚姻家庭编，夫妻财产约定制度的文本规定并没有实质变化，但夫妻财产制度被纳入法典后与财产法一般规则的适用冲突却更为明显。无论是学界还是实务界过往都尝试从界分两种纠纷的内部逻辑和外部特征出发解决夫妻约定规定和赠与合同规则的适用冲突。然而，在约定夫妻财产制度本身尚不完善的情况下，这一区分实质上成为如何利用赠与合同撤销规则解决夫妻财产纠纷的思路。

（二）司法实践的困境

夫妻间财产赠与属于家庭隐私和亲密关系中的财产安排合意，财产流转的根本目的是维持夫妻关系和婚姻家庭生活稳定。相较普通民事主体间赠与或单纯财产买卖协议，夫妻间财产约定更为复杂，既具有人身属性、家庭内部关系、两性分工、权力话语特征，又与财产法的合同效力、赠与撤销、意思自治等相互区分和关联。如果将两者混为一谈，在理论层面，有悖家庭美德和夫妻

忠诚，易导致身份关系和财产关系混淆；在立法层面，会导致婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议规定与合同关系规定形成并行逻辑体系；在实践层面，会造成夫妻间财产赠与和约定纠纷的司法审判陷入困境。然而，将两者完全割裂分离显然有违法典的价值内核和体系逻辑。因此，理论和实务都尝试在解决夫妻财产赠与纠纷判决“分歧点”上回应如何协调身份法和财产法价值的冲突。然而，无论如何论证，都难以用传统财产法规定直接解决夫妻财产纠纷，在其他法域中我们也难以找到用普通契约原则或规定解决夫妻和家庭财产问题的经验。《民法典婚姻家庭编解释（二）》第5条的适时出台也说明了这一点，法官仍需在婚姻家庭编夫妻财产规则的总体框架下，解决夫妻房产赠与纠纷。《民法典》第1062条和第1063条框定的婚内个人财产和共同财产范围有限，给夫妻在婚前和婚姻关系存续期间就个人和共同财产协商约定留下了很大空间，且《民法典》第1065条对夫妻财产约定的规定较为抽象简单。因此，面对夫妻财产约定纠纷类型多、数量大的问题，司法审判中难以就夫妻财产约定的界限、形式、效力等形成认知共识和统一的规则。尤其在判断夫妻财产约定的法律性质时，裁判者考量事实因素较为随意，容易出现截然不同甚至对立的判决。从法条文义来看，《民法典》第1065条未能解决夫妻财产约定的效力认定问题，对夫妻财产约定的范围及其究竟产生何种“约束力”、类型是否仅可法定、对约定如何进行变更或撤销等问题均无明确规定；从适用情况来看，夫妻财产约定制

度在变更、撤销、公示等具体程序的设置方面不够具体，其对内和对外效力边界亦模糊不清。

三、夫妻财产约定规则体系的缺陷

前述赠与纠纷裁判逻辑之所以会存在分歧，是因为当前夫妻约定财产制规定本身存在缺陷，既有婚姻法立法先天不足导致的夫妻财产约定规则和相关概念混淆问题，也有后法典时期的规则逻辑体系不足问题。夫妻财产的种类和数量随着市场经济活跃不断增加且夫妻财产与外部市场流通频繁，导致现有约定财产制规定和适用规则难以适应现实需要。婚姻解除中夫妻财产纠纷情形繁杂多样，对夫妻约定财产制规则的逻辑性和规定的明晰度提出了更高要求。后法典时代，夫妻财产纠纷不减反增说明问题解决之道在事前之“约”，而非事后之“讼”，关键不在于论证如何借用财产法价值和规则，而在于化解夫妻约定财产制内在规定的不足。

（一）关于夫妻财产约定的立法不足

受长期形成的“夫妻一体”和“法不入家门”观念的影响，立法对夫妻内部财产安排的合意表达和冲突处理的规范缺乏重视，导致司法实践中法官难以走出“清官难断家务事”的困局，在解释和适用法律中套用市场交易活动的物权原则和合同规定。1950年《婚姻法》还未涉及夫妻财产制问题，1980年《婚姻法》仅规定“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外”，直到2001年《婚姻法》才明确了夫妻财产

约定方式、形式和对外效力等问题。立法增强了夫妻财产约定在司法实践中的可行性，逐步形成了夫妻法定财产制与约定财产制的双轨并行格局。

民法典时代，夫妻财产约定规则不断完善，同时，婚姻家庭编的司法解释归纳、整理、评估和重述等革故鼎新工程一直在进行中。《民法典》第 1065 条规定男女双方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、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有，并对约定协议的签订时间、财产范围、签订形式等内容进一步细化。采用约定财产制的主要目的是尊重和保护夫妻亲密身份关系和特殊道德责任中形成的意思自治，避免“财产安排与其意思不符”，确保“家庭法介入家庭关系应存在界限”。夫妻财产约定的规范嬗变也体现出尊重并且支持夫妻处理各自及婚内共同财产的意思自治之“神”，然而，承载财产约定的规定抽象且体系化不足。因此，我国尚未形成完备成熟的能对夫妻财产关系产生“一般性和普遍性的约束力”的约定制度，仅有在司法实践中适用第 1065 条解决夫妻婚前或婚姻关系存续期间所得某些特定财产引致纠纷所形成的裁判规则。夫妻财产约定“神”“形”不调下，其与夫妻婚内赠与、离婚财产协议之间的法律关系不明。《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 32 条沿用原《适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》将裁判规则引向《民法典》第 658 条的做法，弥补了《婚姻法》遗留的夫妻间“部分赠与”约定不可撤销和“全部赠与”适用任意撤

销权所产生的规则漏洞，但也承接了其在司法适用中易产生模棱两可结果的不足。夫妻一方将个人所有的房产赠与对方，无论赠与比例如何，均为夫妻双方的有效约定。同时，第 1065 条规定夫妻也可以约定一方婚前房产在婚后共同所有，赠与协议中“将一方个人所有的房屋约定为双方共有”的情形与之前规定存在重叠，导致了法律适用上的冲突。结合《民法典》第 1065 条与《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 32 条来看夫妻约定财产的类型和性质，前者是对夫妻可约定财产作出的概括规定，后者则是针对房产的特别规定，约定功能上并无明确区别。无论是夫妻间赠与还是男女婚前约定婚后赠与行为，其作为一种以形成身份关系为前提基础的财产法律行为，与采取“诺成+任意撤销权”模式或“公益或道德义务性质+诺成”模式的非身份关系的纯财产赠与行为，显然不能混为一谈。第 1065 条抽象概括性规定对财产范围并无限制，理应涵摄夫妻房产，然而，在夫妻间赠与房产纠纷裁判中其适用又与第 32 条产生冲突。尽管夫妻财产赠与的缔约时间为“婚前或者婚姻关系存续期间”，但未明确婚姻关系存续期间夫妻对离婚时财产分割的约定是否应该被纳入夫妻赠与合同范畴。夫妻间赠与行为发生在夫妻或即将登记结婚的男女之间，往往是基于婚姻关系的存在或组建家庭意愿而为之。离婚协议中的财产约定是以婚姻解除为基础的，体现为货币价值的权利置换、道义责任、过错救济，可能是作为对离婚后子女抚养费的“抵偿”，也可能是由于一方过错而对另一方的损害赔偿，或是对离婚后经济生活

困难一方履行的经济帮助义务等。夫妻财产约定往往发生在离婚协议订立时夫妻尚处于婚姻存续期间，以离婚为生效要件，是夫妻离婚前“通过契约方式改变婚姻存续期间的法定或约定财产制确定的积极财产归属或消极债务的承担”。离婚协议中的财产分割内容兼具身份关系解除与财产权属的变化，两者为有机联系整体。如果法院判决单独撤销离婚协议中的财产分割约定，那么夫妻双方以协议方式解除婚姻的目的就难以达成。司法实践中，亦有判决认为此种赠与情形与婚姻解除、子女抚养、共同财产分割、共同债务清偿、离婚损害赔偿等互为前提、互为结果，因而不得撤销。

针对以上悬而未决的问题，《民法典婚姻家庭编解释（二）》第5条明确了夫妻一方将其个人或共同房产给予另一方，无论是房产全部还是部分给予，其效力都不当然等同于一般民事主体间的赠与行为。第5条第1款规定的“婚前”或“婚姻关系存续期间”男女约定将一方所有的房屋赠与对方但未办理产权过户登记的，离婚诉讼分割房产时赠与方不必然获得房屋，但获得房屋一方应对另一方予以补偿。这一规则精神与《民法典》第1065条规定的夫妻基于伦理和诚信价值进行的财产约定，一方不可随意撤销的做法相符合。第2款规定一方婚前或者婚姻关系存续期间将其房产给予另一方并办理产权变更登记，产权所有方也不必然获得房屋，婚姻关系存续时间较短且给予方无重大过错的，房屋仍应归给予方，但获得房屋一方应适当补偿另一方。第2款与《民

法典》第 533 条情势变更制度契合，也与第 663 条赠与合同法定撤销情形中第 3 项“不履行约定义务”相一致。一方面，第 5 条采用按产权登记与否两种情况分别规定的“二分法”，消减了第 1065 条和《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 32 条之间的效力冲突。另一方面，第 5 条为解决上述提到的司法实践中简单直接适用合同编任意撤销制度问题，规定避开第 32 条和《征求意见稿》第 4 条所用的“赠与”，而改用“给予”。然而，“二分法”规定意味着第 5 条的适用仍然需要区分家事法领域的“约定”和财产法领域的“赠与”。

“给予”究竟是一种基于夫妻身份关系或以婚姻缔结、存续、解除为目的的赠与，还是夫妻对其个人或共同财产的“约定”，又或是在何种情形下，夫妻“给予”房产与“约定”或“赠与”行为更符合，都是法官裁判夫妻财产纠纷时需要慎重考虑的问题。如前所述，夫妻间赠与不等同于赠与合同中规定的“无偿给予”，也不能完全依照市场交易规则构建给予返还的补偿标准。同时，第 5 条的“给予”也不同于离婚经济补偿和经济帮助中的“给予”，后者是基于夫妻伦理身份和道德责任之上的法定对价补偿和道义扶助。这两种离婚救济制度中的“给予”通常发生在离婚诉讼时夫妻关系已经存续较长，一方履行了较多生养、抚育、照料等义务，且夫妻双方经济实力存在较悬殊差距等情形下。显然，第 5 条第 2 款规定的“给予返还”更加偏向因“情势变更”解除合同，且“返还补偿”并不必然。这也意味第 5 条的适用还需要对夫妻

财产约定、夫妻财产赠与合同、离婚财产协议三者效力进行界分，并区分夫妻间赠与合同在何种程度上区别于一般民事赠与行为。

（二）夫妻约定财产规则的模糊性

夫妻房产赠与纠纷审判中的乱象是司法实践在财产法通行规则和身份法特别规定之间摇摆的体现，如有的法院认为任意撤销权并未将夫妻间赠与合同排除在外，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与；有的判决则认为夫妻间房产赠与合同与普通赠与合同明显有别，是一种基于家庭法上的特殊赠与行为。《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条在裁判实践中要解决上述问题，仍需要明晰夫妻财产约定和一般赠与合同的关系，否则会导致法官裁判标准不一、裁量权过大、类案异断。对于两者认定和规则适用主要有以下三种观点：一是夫妻财产约定与赠与协议作为并列的两种约定类型，适用不同的法律：前者适用《民法典》第 1065 条，约定变更需经夫妻双方同意，后者适用第 658 条赠与可撤销的规定。二是将夫妻房产赠与作为“以婚姻为基础”的特别赠与，适用特殊规则，若婚前约定房产赠与而婚姻缔结不成，或婚姻存续时间较短便因受赠方过错解除，又或夫妻赠与损害善意第三人利益的，可根据情势变更原则对夫妻房产赠与进行变更与撤销。三是将夫妻房产赠与视为一种特殊的夫妻财产约定，两者均为基于夫妻身份关系的财产变更约定，其纠纷解决都可适用以第 1065 条和相关司法解释构建的规则体系。

在“一般赠与说”解释框架下，夫妻财产赠与和夫妻财产约

定两者相互独立，前者适用《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第 32 条有关赠与合同的规则。尽管各国家庭法都防止借由婚姻骗取钱财、国籍、福利等行为的“掘金者”（Gold Diggers），但夫妻身份关系形成过程中天然带有财产属性，夫妻间财产流动并非纯粹的“等价交换”，财产赠与“看似无偿实则有偿”。《民法典》第 1054 条、第 1087 条、第 1088 条规定夫妻一方对婚姻关系中无过错、家务劳动付出较多、离婚后生活困难的另一方进行的赔偿、补偿、帮助即反映夫妻身份上的亲密关系、道德义务、法定责任。在夫妻房产赠与合同纠纷中直接适用第《民法典》658 条尽管简单省事，但与夫妻约定、家事代理、离婚救济等规定体现的价值相悖，打破了家事法体系的完整性和逻辑连贯性。这一做法显然也与《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条要求法官在审判实践中应“综合考虑”的指导精神相违背。在“特殊赠与说”解释框架下，法官可以继续择《民法典》第 1065 条或第 658 条之一适用。这一“折中”作法实则是“现状维持说”，相较现有规则并无新意。如男女婚前约定房产赠与而婚姻无法缔结的情形可以被第 5 条第 2 款规定涵盖，因此，无需另设独立于夫妻财产约定规则之外的“特别赠与规则”。

在“特殊约定说”解释框架下，夫妻房产赠与可理解为夫妻就某种特定财产形成约定，可以适用《民法典》第 1065 条。据此，《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条的“给予”亦可理解为男女就房产归属在婚前或婚后达成的特殊约定，是《民法典》第

1065 条夫妻财产约定一般性规定在司法实践中的特别适用。有学者主张将第 1065 条作为夫妻财产约定的一般性规定，如此规定不仅解决了夫妻房产赠与协议的法律适用问题，而且使得其他类型的夫妻间财产变更合意得以进入家事法的范畴，实现家事规则体系内的协调融洽。该观点主张优先保护夫妻房产赠与的身份伦理性价值，它在既有规定下扩张解释夫妻约定财产制内容，使其涵盖夫妻双方财产归属约定的所有情形。然而，即使第 5 条出台后，法官仍面临如何解释夫妻间不同情形房产赠与的性质问题。同时，夫妻间约定在不对抗善意第三人的情况下无需根据物权编规定进行公示而直接发生物权变动的效力，属于基于法律行为的物权变动学界还是基于法律规定的物权变动学界尚存争议；仅基于夫妻间房产赠与而直接发生房产权属变更效力是否过于简单也有待商榷。因而，在现有夫妻财产约定规定不健全的基础上适用这一规则有强词夺理之嫌：一方面，《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条将已更名情形下的房产赠与返还与否这一问题的解决依据从财产法规则拉回到考量与婚姻家庭领域密切相关的婚姻关系存续时间、离婚过错、双方对家庭贡献、子女抚养情况等因素，将赠与纠纷定性为能反映夫妻身份亲密和家庭生活自治的约定，为完善夫妻财产约定规则提供契机；另一方面，未来第 5 条的适用需要明晰夫妻财产约定制与婚姻家庭本编内离婚协议和离婚救济等规定的关系及其与合同编有关赠与合同规定的边界，这也对优化夫妻财产约定规则提出了新要求。

四、夫妻财产约定定制规则的优化方案

无论是《征求意见稿》第 4 条还是《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条都反映了尊重夫妻对个人和共同财产约定的意思自治，相较而言，前者规定更偏向财产法规则，属于“在赠与合同框架下承认存在一定特殊性的亚类型”，而后者进一步扩大夫妻意思自治空间，设立了基于夫妻身份和婚姻关系之上有条件的“给予”方案，重新回归到夫妻财产约定的大框架内。然而，在我国尚未形成完备的夫妻财产约定定制的前提下，第 1065 条的规定显然过于简单。在抽象概括规定指引下，夫妻难以订立完备的财产约定协议，影响了夫妻信任、婚姻稳定和家庭建设。无论适用第 5 条能否有效化解上述夫妻房产赠与纠纷，还是其他夫妻财产归属分割问题的解决，终究取决于夫妻财产约定规则的漏洞填补和体系优化。

（一）夫妻财产约定的规则体系完善

如前所述，《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条并没有排斥财产法价值的融入。从更宏观的角度来看，家庭关系追求亲密信任与市场交易注重公平效率的两套价值并不存在冲突，也没有高低轻重之分。司法实践中，可以将相关问题的处理转化为保护债务人还是婚姻家庭物质基础的选择问题，处理思路遵循两种不同的价值选择。仅发生在夫妻之间不涉及第三人的约定，包括财产变动和人身义务，如忠诚协议，在不违反公序良俗和其他法律的前提下，家庭法本应保持审慎，以尊重夫妻自治为原则，以

适度干预为例外。《民法典》第209条规定不动产物权的设立、变更、转让和消灭，未有登记的，不发生效力，“但是法律另有规定的除外”。这一但书条款为夫妻房产约定中单独的物权变动规则留有空间，附属于夫妻身份之上的亲属法特殊规定应当具有优先效力，符合“法律另有规定”的特殊情况。在不违反公序良俗情形下，《民法典》第1065条涵摄的夫妻可约定财产并未受到限制，包括婚前及婚姻关系存续期间夫妻个人财产或共同财产。同时，约定所有方式可以为各自所有、共同所有、部分各自所有、部分共同所有。

从上述夫妻房产赠与纠纷可见，夫妻财产约定的法律效力仍然模糊薄弱，即使夫妻就房产归属进行了约定也不必然发生物权变动的效力。夫妻婚内房产赠与绝大多数都带有较强的身份附随性，主要基于期盼婚姻关系缔结、维持、解除而产生，与夫妻之间的权利义务分配密切相关，反映了利益置换的意思表示。在仅有夫妻二人的内部法律世界里，债权和物权的区分并无意义。房产赠与有时可能是缔结婚姻的前提，如果婚姻成立后允许赠与人撤销这一财产协议，受赠人却难以逆转这一身份关系，依照一般社会共识来看，这显然不合理。夫妻间赠与纠纷的处理也应与一方对家庭的付出度和另一方的认可度相协调，夫妻需要分工合作才能维持好稳定的家庭生活，承担养老育幼的职责。如果夫妻一方在得到另一方的房产赠与承诺后，在家务和工作中选择了前者，且在长期婚姻生活中承担照料、抚养、教育等家务劳动，而另一

方仅以未有办理房屋产权登记为由即撤销赠与，不仅是对家庭伦理道德的违背，也是对财产法和家事法共同倡导的“诚实信用原则”的破坏。在家庭生活中贡献的家务劳动价值非货币能直接体现，这一价值背后还带有付出方因从事家务致使自身市场劳动价值的减损和对另一方事业的成就。夫妻间情感连接和身份属性使彼此间给予、获得、付出、成就不能完全按市场交易的对等和对价规则来“斤斤计较”“精打细算”，这更意味着婚姻解除时的财产分割应当遵循公平原则，照顾承担家庭义务较多的一方。反之必然导致“恐婚恐育”和“性别对立”等不良社会后果。

比较法视域下，目前有三种较为成熟的夫妻财产约定效力认定的模式。一是德国设立的与普通财产合同相异的“夫妻财产合同”模式，“夫妻财产合同”并不排斥夫妻将个人或共同财产赠与另一方，辅以夫妻财产登记制度，以最大程度地尊重和保护夫妻自主协商处置个人和共同财产，并使之具有可操作性。一旦夫妻就财产协议发生纠纷，法院不审核协议约定的具体内容，仅审核协议的订立是否出于当事人真正自主决定，是否基于双方平等地位，是否对女方特别不利等。在此模式下，夫妻双方达成物权合意并完成公示程序之前物权变动业已发生，即结婚契约在夫妻内部具有直接引起不动产或动产物权变动的效力。二是美国模式就婚前和婚内财产协议制定专门的《统一婚前和婚姻协议法》，规定夫妻可协议处理财产的类型、订立程序、生效条件。一旦财产协议纠纷发生，除非当事人能够证明财产协议在订立时不合理，

否则夫妻就财产处置达成的协议不得随意撤销。三是英国适用“禁止反言原则”（proprietary estoppel）处理夫妻财产处置约定纠纷的做法，即 A 基于 B 的言语承诺或特定行为相信自己满足了 B 的要求后将获得 B 赠与的财产，在 A 为达到 B 的要求作出有利于 B 的行为或贡献后，B 不得反悔其财产赠与承诺，即便其承诺财产不能履行给予，也应该补偿 A 与承诺赠与财产相当的金额。

与德国模式相似，我国台湾地区亦规定“夫妻财产制契约”即夫妻财产约定一旦以书面形式确定，即使未经登记，也不得更改，除非未有登记且第三人主张债权。三种主要模式都将夫妻财产协议与普通财产合同相区别，并没有将婚内不动产赠与与夫妻对其他财产处置的约定做不同对待。夫妻约定财产制作为身份领域的特殊财产关系制度，应将其归入意思主义模式，允许双方行使对其财产的自主处置权，以尊重双方当事人的意思自治为主要原则，并在司法审判实践中严格遵从。婚姻家庭编规定的人本位价值与物本主义价值主导的市场经济保持适当距离，这一价值判断基调决定了法院处理夫妻财产纠纷时应尽量从婚姻家庭编中获得依据。

在物权多元变动体系下，凭债权合意的单一法律行为即可发生物权变动的意思主义也应当被认可，特别是在家事领域。结合《民法典》第 1087 条、第 1088 条的规定，对夫妻约定财产制的处理虽与离婚时夫妻财产处理规定不同，但就婚姻家庭编整体而言，财产处理的基本原则应当一以贯之，逻辑应保持融洽。此外，婚姻家庭的价值和功能在于养老抚幼，对包括房产在内的离婚财产

分割时应着重保护为家庭照料付出较多方、经济上的相对弱势方、在婚姻关系中的无过错方。

（二）夫妻财产约定与其他家事制度的规则协调

夫妻财产约定规则体系的完善还建立在其与日常家事代理权、夫妻忠诚义务、夫妻扶养义务、离婚赔偿和补偿等规定相配套的协调机制上，以确保家庭法规则整体的融贯性。《民法典婚姻家庭编解释（二）》第5条要求“综合考虑”给予目的、婚姻存续时间、离婚原因、双方对家庭贡献、双方经济情况等事实，在处理夫妻间财产流转和分割纠纷时保持与家事制度之间的协调性。

1. 夫妻财产约定与夫妻共同债务的协调

夫妻内部就共同财产达成的约定在涉及第三人的债务承担问题时，应当与夫妻债务中的共债共签原则相协调。尽管《民法典婚姻家庭编解释（二）》第5条规定了夫妻间财产流转问题，但实际适用中其财产赠与目的和归属的裁判不可避免要考虑夫妻与第三人的债务问题相关联。如果夫妻的赠与协议是为了逃避债务履行，如赠与协议订立时间在债务发生时间之后，毋庸置疑，法院可以认定赠与无效以保障债权人的利益。如果夫妻中受赠一方不知晓赠与一方的债务，且债权人亦不知晓夫妻赠与协议时，如前所述，应援引《民法典》第1064条关于夫妻债务的处理规定处理相关纠纷。由于我国并无夫妻财产约定登记制度，夫妻间的财产约定难以为外人所知晓，有学者指出适用共债共签原则难以平衡夫妻间处分财产的自治和第三人的权益保护。这种观点也是以

冲突而非协调的视角看待夫妻财产约定和夫妻共同债务之间的关系。夫妻对外财产交易行为突破了婚姻家庭编对于夫妻关系的范围，在家庭领域以外的交易市场中，身份法应有条件地让位于财产法。实际上，夫妻对债务承担的协议属于广义上夫妻对财产的约定，《民法典》第1064条确立“共债共签”原则的主旨是防止夫妻中非举债方在自己不知情情况下背负另一方的债务，所以规定由获利的举债方承担所付债务。实践中，债权人基于获取经济利益而借贷，亦应该承担了解借款人个人情况的责任和其有可能无法偿还债务的风险。若发生《民法典》第1065条第2款所述情形，夫妻间关于财产约定的对外效力认定可分为两种情况：

（1）在债权人事先并不知道相对人订立夫妻财产协议的情形下，如举债一方将个人或共同财产赠与夫妻中的非举债一方，这种夫妻财产约定仅在夫妻关系内部发生效力，不得对抗善意债权人。如非举债方确不知晓该债务，可另行通过司法救济，请求举债一方给自己做相应补偿。（2）如果债权人明知夫妻间存在房产赠与其他财产约定仍与一方订立借贷合同，或房产赠与后已经变更登记，夫妻中房产赠与一方利用外观属于自己的财产对外从事担保或交易，则赠与约定可以对抗第三人。此类情形下，第三人是否知道相对人订立有夫妻财产约定协议，应由作为相对人的夫或妻一方负举证责任。

2. 夫妻财产约定与离婚协议中财产分割的协调

《民法典婚姻家庭编解释（二）》第5条将夫妻财产约定和

离婚协议中财产分配内容联系在一起，故法官应权衡夫妻房产赠与和离婚赔偿、补偿、帮助三种救济制度之间的关系，包括双方在婚姻解除中的过错、在婚姻存续期间的家务劳动付出、夫妻之间经济水平差距等因素。这些考量因素涉及夫妻社会分工、性别平等、社会公平等更宏观的价值。在司法实践中，夫妻财产赠与纠纷与离婚救济措施之间的关联问题层出不穷，如夫妻婚前的财产约定是否影响离婚时的财产分割，离婚时约定按月支付生活费的行为应认定为财产赠与、财产约定还是抚养费，夫妻财产约定是否附离婚条件或以离婚为目的。这些纠纷判决大抵存在同案异判、标准不一等问题，进一步说明夫妻财产约定规则完善需要厘清其与离婚协议中的财产分割部分的关系。家事关系中夫妻间生活来往的亲密性、隐私性、复杂性决定了夫妻间财产约定的原因和情形各不相同，裁判中难以适用某一固定的规则。夫妻间的财产纠纷与身份关系密不可分，因此，司法实践处理夫妻财产约定纠纷时首先应该考察夫妻婚姻关系是否还有存续的可能和必要。如夫妻双方都有维持婚姻关系的意愿，司法裁判不宜改变争议房产的所有权归属现状，除非该房产纠纷涉及第三方利益。如前所述，司法实践中的夫妻房产赠与纠纷属于夫妻内部的权属之争，因此，要求现有物权归属发生变更的约定协议即使有效，也不能在婚姻存续期间强制执行。一旦法院作出变更登记的判决，就可能涉及婚内分割共同财产或违背促进家庭和谐的协议目的。对于已离婚或双方达成离婚意愿的当事人，法院应遵照前述规则，依

约定判处变更登记以确定所有权归属。司法实践中，法院亦是如此裁决的。如果夫妻间房产赠与未被认定为维护夫妻关系存续的约定，而被认定为离婚财产分割协议，那么房产分割应当遵循保护无过错方、家庭照料中付出较多一方的利益。

（三）夫妻财产约定中赠与撤销权的行使限度

民法典时代的夫妻财产约定规则体系完善和价值独立并不意味着夫妻财产约定与财产法规则完全隔绝。建立在夫妻身份关系之上的财产协议带有一般合同的特征和财产属性。《民法典》第 658 条构建的任意撤销权基于赠与合同的单务性与无偿性，意在平衡赠与人与受赠人之间的利益关系，即使撤销赠与，也不会对受赠人从事其他经济活动造成不利影响。家事生活中夫妻身份关系通常由不足为外部所见所知的权利义务构成，如家务付出、忠诚义务、抚养教育等。这些价值难以通过货币方式体现，而现金、房产等财产价值更具“显性”，在两种价值对价交换中完全采用财产法规则难免忽略或贬低前一种价值，对夫妻中对家庭义务付出较多且经济弱势一方造成不公。例如，有的法院在受赠方起诉要求变更登记时，直接将赠与人的拒绝变更登记推定为行使撤销权，显然属于扩张适用规则。根据《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条，在夫妻房产给予返还和返还比例纠纷裁判中，法官还应考虑离婚经济补偿和帮助问题。虽然《民法典》第 1088 条规定家务劳动付出较多方可以在离婚时请求经济补偿，但实践中补偿请求权行使的门槛太高而补偿标准太低；《民法典》第 1090 规定离

婚时夫妻一方生活困难时可向另一方请求经济补偿，但该规则在实践中因为适用难而成为“僵尸条款”。当前离婚经济救济条款并不能对夫妻中承担家务照料一方和弱势一方提供有效经济补偿和帮助。然而，离婚时的救济道义也可通过尊重夫妻间财产赠与的约定自治慎用撤销权而实现，特别是夫妻间财产赠与约定明确受赠一方获得房产的原因为为在家庭分工中“主内”，主要承担子女教育和老人赡养，受赠一方也已经长时间承担了照料责任，一旦离婚时发生赠与纠纷，应该排除“撤销权”适用。若夫妻间就财产分割问题作出真实意思表示，不存在欺诈、胁迫或《民法典》第663条规定的情形，法院应该尽可能尊重夫妻间的财产约定。在处理夫妻财产赠与纠纷中如何行使撤销权时，法院不应论证何种情形不可撤销，而应坚持“不适用为原则，适用为例外”的立场，严格限缩撤销权行使，以“禁止反言”原则来维护夫妻忠诚和家庭伦理。另外，法院应尊重夫妻间自由处分个人和共同财产的权利，即使夫妻中赠与一方的赠与行为并未附带特别的身份义务，属于纯粹利他性行为的情形。尽管《民法典婚姻家庭编解释（二）》第5条规定了如果婚姻存续时间较短且给予方对离婚无重大过错，即使给予的房屋已经转移登记至接受方名下，离婚房产分割时法院也可以判决房屋归给予方。这一规定保护的是婚姻家庭领域的诚实信用，并非对夫妻约定效力的否定。在双方对离婚均无过错的情形下，只要上述给予行为不是基于欺诈、胁迫等非自由意志表达，法院不应干涉夫妻间的财产约定意思自治，将

夫妻间的利他给予行为混同为“借婚姻索取财物”，进而以此认定这类赠与行为无效。

结 语

夫妻约定财产规则存在缺乏体系性、规定模糊、适用规则混乱等现象。在夫妻约定赠与房产后反悔的众多类型案件审判实践中，法官在婚姻家庭编的夫妻约定意思自治和合同编的赠与撤销自由两种规则选择中通常倾向后者。房产作为最重要的家庭资产及其产权更变的特殊性决定了其在夫妻财产纠纷中一直是最重要的纠纷标的。《民法典婚姻家庭编解释（二）》第5条将夫妻房产归属分割置于夫妻财产约定的大框架下，通过细化救济补偿因素，将夫妻房产赠与约定区别于一般民事赠与合同，体现出对婚姻家庭领域意思自治和诚实信用的尊重。作为我国家庭资产的主要组成，房产的市场“显性价值”尤为突出，反之，家事领域的生养、抚育、照料义务则为非货币可直接体现的“隐性价值”。第5条要求法官综合平衡、融通考量两种价值也是在尊重夫妻双方的协商自治的基础上进一步细化裁判规则，注重家庭价值的呈现与家庭功能的实现，保护家庭领域中的隐性价值提供方和离婚中的无过错方利益，权衡夫妻内部与外部第三人的权益。第5条也反映出家事法的价值和规则在体系解释和裁判实践中都不能与财产法价值和规定隔绝，夫妻房产赠与协议作为夫妻财产约定的一种类型，在发生纠纷时原则上应当适用《民法典》第1065条，在赠与表示不真实或损害善意第三人利益等特殊情况下赠与方可

行使撤销权。我国家庭法长期以来以家庭整体主义和夫妻共同体作为处理财产纠纷问题的指导原则，按此思路，处理夫妻财产约定问题本应限制《民法典》第658条的适用，即以不适用为原则，适用为例外。同时，为避免《民法典婚姻家庭编解释（二）》第5条和《民法典婚姻家庭编解释（一）》第32条的适用冲突，在夫妻财产赠与不涉及第三人利益的情况下，应将后者适用范围限制在有欺诈、胁迫等非真实意思表示和接受房产附条件赠与中受赠方因自身原因未满足赠与条件的情形。如此，不仅符合法解释的逻辑，避免现行司法解释与《民法典》相关规定之间的适用矛盾，也可以避免夫妻财产约定协议因财产归属的不当表述而被认定无效，更有助于厘清家事财产与合同的规则差异，妥当处理身份关系协议纠纷。总之，夫妻约定财产规则的优化应将重点放在裁判经验的总结与归纳方面，厘清家事协议的类型以及各类型的本质区别及法律效果，形成科学的裁判思路，推动纠纷的合理解决，在法典体系思维下将夫妻财产约定与家事代理、夫妻扶养义务、婚姻自由原则、夫妻债务规则等相关制度有机联系起来。



《上海律协婚姻家事专业委员会法律资讯》2025年8月第8期