

**中国法学会婚姻家庭法学研究会 2015 年年会
—暨中国民法典之婚姻家庭编制定研讨会**

论文集

(上册)

**主办单位：中国法学会婚姻家庭法学研究会
西南政法大学**

**承办单位：西南政法大学民商法学院
外国家庭法及妇女理论研究中心**

中国●重庆

2015 年 10 月 24 - 25 日

17191 25-53

5/2015

中国法学会婚姻家庭法学研究会 2015 年年会
—暨中国民法典之婚姻家庭编制定研讨会

论文集

(上册)

主办单位：中国法学会婚姻家庭法学研究会
西南政法大学

承办单位：西南政法大学民商法学院
外国家庭法及妇女理论研究中心

中国 • 重庆
2015 年 10 月 24—25 日

目 录

(论文按照英文字母顺序排序)

第一部分 总则

民法典编纂视野下家事代理的定性与定位.....	曹险峰 1
民法典视野下的《婚姻法》之回归.....	陈汉 11
论民法总则与婚姻法的协调立法：宏观涵摄，微观留白.....	邓丽 20
论民法中的“人”与婚姻家庭法中的“人”.....	冯源 42
扎坝藏族婚姻形态变迁调查研究.....	韩玉斌 59
婚姻立法应坚持保障主体人权的价值取向.....	何俊萍 72
家庭建设的瓶颈分析与对策思考.....	蒋月娥 关颖 张红 81
婚姻关系的变与不变：基于统计数据之法律分析.....	蒋月 89
婚姻法适用困境成因的法哲学判断.....	焦淑敏 97
中国新石器时代的婚姻立法.....	李憺 110
为什么民法典应将“婚姻法”正名为“亲属法”.....	李春斌 128
关于编纂民法典完善婚姻家庭制度的初浅思考.....	王东坤 144
我国婚姻家庭法的立法定位与制度完善研究.....	吴国平 151
论婚姻家庭法在民法典体系中的相对独立性.....	夏吟兰 164

第二部分 亲属通则制度

刍议家庭暴力民事认定中的警察参与.....	李琼宇 贺栩溪 183
直击家庭暴力处罚——对李彦案的反思.....	王勤芳 林晓雪*189
伦理与法律的冲突与契合：“常回家看看”条款的实践品性与司法适用.....	王汝洋 196
《天水围的夜与雾》中的家庭暴力——以精神分析为主要视角.....	魏小军 208
对受暴妇女以暴制暴犯罪的法律思考.....	于晓丽 218
关于家庭及其职能定位的思考.....	赵江红 224

第三部分 结婚制度

中国同性婚姻合法化弊大于利.....	邓钧元 233
--------------------	---------

同性婚姻合法化立法调查.....	胡宝珍 黄文彬	239
论我国婚姻成立的要件及其立法完善.....	李艳梅	263
论我国禁婚亲法律制度的完善.....	刘惠芹	273
建立无效婚姻损害赔偿制度的思考.....	吕春娟	280
两岸婚姻成立法定形式之比较研究.....	孟令志	289
试论我国无效婚姻制度及其完善.....	石东洋 刘新秀 聂敏	301

第四部分 夫妻关系制度

夫妻个人财产的婚后增值归属——兼论我国婚后所得共同制的精神.....	贺剑	315
社会性别平等视角下的夫妻身份权研究.....	梁琳	346
论夫妻人身权利义务的发展和我国法律的完善.....	马忆南	356
家庭财产保护应以“家庭本位”为重.....	谢潇 何丽新	375
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.....	许莉	386
契合与推进：农村家事纠纷语境下的人民调解.....	张庆林	399
自住房已成为夫妻共同财产的新类型.....	周凯	409

第五部分 亲子关系、监护、收养制度

家事审判与儿童利益保护.....	陈爱武 张兴权	417
儿童受虐之法律对策探析.....	曹贤余	428
回归自由收养的传统：我国收养制度探蠡.....	杜江涌	438
论韩国监护制度的改革.....	姜海顺	445
公安机关在收养工作中所临困境与改进路径探究.....	姜虹	457
未成年人父母监护人资格撤销研究.....	金 眉	468
吉林省离婚家庭儿童权益法律保障实证研究.....	李洪祥 王希元 郑凯波	486
成年监护制度的现代转向.....	李霞	523
未成年人遭受家庭暴力的现状及其防治研究*.....	冉启玉	548
统一代理权法案：在自主决定权与保护之间寻找平衡.....	王竹青（译）	559
困境儿童救助及其收养立法完善研究.....	吴国平	575
论我国收养制度的缺陷及完善.....	张翼杰	589

亲子关系的冲突与平衡.....	郑净方 604
-----------------	---------

第六部分 离婚制度

家务劳动补偿制度的实践反思与制度调适.....	陈颖 617
离婚后对未成年子女的共同照顾权与共同监护.....	樊丽君 628
法律及实务中对离婚自由权的保护——以大陆、台湾地区通婚为例.....	国熙 636
夫妻共同债务的认定应实行“双重推定规则”.....	胡昔用 647
论离婚时按揭房产的法律处置.....	李俊 朱晓旭 658
我国离婚经济补偿制度的立法完善.....	廖归 673
从意大利离婚法的修改看我国分居制度的构建.....	罗冠男 684
探望权纠纷案件相关问题分析与思考.....	马小花 697
关于完善协议离婚制度的思考与建议.....	尚健纯 708
探望权：法律审视与制度重构.....	司丹 716
父母怠于行使探望权的法律救济.....	宋耀红 刁兴 723
现行婚姻法中离婚制度的立法修改与完善.....	王礼仁 748
外国婚姻家庭救济制度浅析.....	余华 758
离婚时股权分割问题研究.....	张承凤 何文骏 767
论夫妻一方侵权行为之债的性质认定.....	张华贵 774
关于我国现阶段离婚案件冲突焦点的初步探讨.....	张玉萍 784
大陆与台湾离婚损害赔偿之比较与借鉴.....	赵敏 794

第七部分 继承制度

放弃继承与债权人撤销权.....	陈苇 王巍 809
民间继承习惯的实证分析.....	潘淑岩 820
从比较法的视野构建我国特留份制度.....	浦纯钰 侯超 828
疏离与回归：女性继承权的制度建构.....	王歌雅 841
死因财产及其司法处理.....	王登辉 858
徒“法”不足以自行.....	杨晋玲 867
特留份制度辩思.....	翟桂范 887

民法典编纂视野下家事代理的定性与定位

曹险峰*

中文摘要：家事代理制度已经由我国婚姻法及相关司法解释确定下来，《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿（征求意见稿）》在委托代理一节用一个条文规定了家事代理，这种做法是值得斟酌的。从家事代理的权源来看，应将家事代理定性为法定代理。从家事代理的定位来看，其在制度构造、功能、要件等方面显著不同于普通代理，且其适用主要受制于家事的界定，故将其从总则中予以移除，定位于家事法部分，是较为妥当的做法。以家事代理定性与定位的重新认识为基点，民法典的编纂应正确处置守成与创新的关系。

关键词：家事代理 代理 法定代理 委托代理

一、问题的提出

日前，由中国法学会民法典编纂项目领导小组组织编纂的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”）正式发布，其在第七章“代理”第二节“委托代理”中规定了家事代理。第164条规定：“夫妻双方可以就家庭日常事务互为代理人，但对如下事务的处理除外：（一）不动产的转让；（二）数额巨大的家庭财产的赠与；（三）其他重大事务”。“夫妻双方对彼此代理权限的限制不得对抗善意第三人”。本规定在承继《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）及相关司法解释既有规定的基础上，在家事的范围界定及代理权限制等方面有所创新。

我国《婚姻法》虽然未对家事代理做出明文规定，但2001年12月最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法解释（一）》）第17条规定了家事代理的内容。该条规定：“婚姻法第十七条关于‘夫妻对夫妻共同所有的财产，有平等的处理权’的规定，应当理解为：（一）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（二）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。”2003

年12月最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法解释(二)》)第24条、第25条、第26条做了补充规定。第24条规定:“债权人就婚姻关系存续期间以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”第25条规定:“当事人的离婚协议或者人民法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割做出处理的,债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。一方就共同债务承担连带清偿责任后,基于离婚协议或者人民法院的法律文书向另一方主张追偿的,人民法院应当支持。”第26条规定:“夫或妻一方死亡的。生存一方应当对婚姻关系存续期间的共同债务承担连带清偿责任。”至此,家事代理制度在我国婚姻法中已经得到确认。

抛开征求意见稿第164条规定内容的妥当性与否不谈,由于既往规定更多强调的是“家事”,而征求意见稿强调的则是“代理”。因此,家事代理从婚姻法(分则)移植于总则(代理制度)中,就不仅仅意味着形式上的变化,而属于深层次的制度重心的变动,故其位置安排之妥当性值得深入思考。

二、家事代理的定性:法定代理抑或委托代理

关于家事代理的性质,罗马法采用委任说,即妻子的日常家事代理权是根据丈夫的委任产生的。法国民法典采用了这种观点,学者称之为“家事的委任”(原来学者们认为这是一种“默示的委任”。然而,法国1942年修正民法第220条将之改为法定委任)。而日耳曼法认为夫妻为婚姻共同体,以妻子的日常家事代理权为婚姻之当然效力。根据婚姻之当然效力说,德国民法认为日常家事代理权为法定代理权的一种;^①而瑞士民法则认为此权为法定的婚姻团体的代表权。我国台湾以及大陆学者对日常家事代理权是否属于法定代理权存在争议。刘德宽、史尚宽等学者认为日常家事代理权是法定代理权的一种;而李宜深和张俊浩则认为夫妻日常家事代理权与一般代理权有别。^②从我国大陆地区学者论述来看,对家事

^① 《德国民法典》在第四编亲属法第一章第五节“婚姻的一般效果”中规定了第1357条“旨在满足生活需要的事务”,内容为:“(1) 配偶任何一方有权在具有也有利于配偶另一方的效力的情况下,处理旨在适当满足家庭生活需要的事务。配偶双方因此种事务而享有权利和负有义务,但由情事另有结果的除外。(2) 配偶一方可以限制或排除配偶另一方处理具有有利于配偶该方的效力的事务的权利;无限制或排除仅依第1412条对第三人发生效力。(3) 配偶双方分居的,不适用第1款。”

^② 参见马忆南、杨朝:《日常家事代理权研究》,《法学家》2000年第4期,第29页。

代理权的性质理解亦有一定的差异，有赞同法定代理权者，^①有认为特种代理说者，^②亦有认为属于意定代理者。^③本征求意见稿明显采纳了意定代理说。与此相对，在梁慧星教授作为课题组负责人的《中国民法典草案建议稿附理由亲属编》中，其第1674条规定了家事代理权的一般规范；^④在徐国栋教授主编的《绿色民法典草案》第三分编婚姻家庭法中，于第二章结婚第五节婚姻的普通效力第56条规定了日常事务的代理权。^⑤两者似乎采纳了特种代理说。

笔者认为，在意定（委托）代理与法定代理的对比关系中，将家事代理权作为倾向于法定代理的理解是较为妥当的。

一方面，从各国（地区）立法例对比来看，肯定家事代理的权源来自于法律直接规定者居多。在《法国民法典》中，其在第一卷人第五编第六章“夫妻相互的权利与义务”中规定了家事代理的内容（220条）；《德国民法典》则在“婚姻的效力”一节中规定了家事代理权（1357条）；《瑞士民法典》大致与此相同，在第五章“婚姻的一般效力”中规定了家事代理内容（第166条）；我国台湾地区“民法”在第四编第二章第三节婚姻之普通效力规定了家事代理（第1003条）；日本民法在第三节“夫妻财产制”第二款“法定财产制”第761条中规定了日常家事债务的连带责任。从上述比较立法例来看，无论是将家事代理权看做婚姻的效力，还是作为夫妻权利义务关系的一项内容，抑或作为法定财产制下的必然内容，皆将家事代理权置于婚姻关系下考察。在代理制度中予以规定的几乎未见，更遑论规定于委托代理中。

另一方面，法定代理抑或委托（意定）代理之争，其本质在于对家事代理权权源的理解不同。法定代理意在表明代理权来源于法律规定，例如，父母是未成年子女的法定代理人；意定代理意在表明代理权来源于当事人的委托授权。委托代理之下，强调授权行为独立于基础关系（常如委任合同），意在扩张私法自治。而在法定代理情形，代理权出于法律规定，旨在补充未成年人及禁治产人

^① 参见马忆南、杨朝：《日常家事代理权研究》，《法学家》2000年第4期，第29页。

^② 参见王歌雅：《家事代理权的属性与规制》，《学术交流》2009年第9期。

^③ “固然家事代理权限由法律直接规定，但配偶的选择系本人之自由意思，故而，依据本建议稿对意定代理的定义，将之认为意定代理更为妥当。”参见王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由总则编》，法律出版社2005年版，第359页（尹飞执笔）。

^④ 梁慧星课题组负责人：《中国民法典草案建议稿附理由亲属编》，法律出版社2006年版，第55页-第59页。

^⑤ 徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第192页。

之私法自治，仅有代理而无委任合同。^①虽然“日常家事代理权的法律性质极其独特，几乎无法借助其他法律制度进行说明”，^②但就家事代理权的权源来看，由于其是基于夫妻的身份当然享有的权利，“根据该制度，配偶一方以自己名义所为的法律行为，对另一方直接发生法律效力”，^③故其权源为以夫妻关系紧密关系具有为依据的法律规定，而非虚拟的委任合同关系，当属法定代理无疑。至于由“配偶的选择系本人之自由意思”而推及家事代理即应属于意定代理者，系完全混淆了夫妻身份关系确定的法律事实及夫妻间权利义务来源之别。因为夫妻身份关系的确定的确来源于当事人的自由选择（结婚自由），但夫妻间的权利义务则完全来自于法律规定。

三、家事代理的定位：家事法中的代理抑或代理法中的代理

将家事代理定性为法定代理，仅仅解决了其代理权源问题，随之而来的问题就是究竟将家事代理定位为家事法中特别的制度，还是将其置身于民法总则代理制度中。此点不仅关乎民法典的体系性与逻辑性，更关乎对家事代理权本质认识。笔者认为，家事代理权虽然具有代理制度的部分特征，但其特性是主要方面，决定了其应被置于婚姻法中，因此，认定其为特种代理，是较为妥当的选择。这是因为：

第一，从家事代理权的内涵来看，其与普通代理达致的效果不同。对于家事代理权的内涵，学术界有较多的探讨。综观家事代理权的定义表达，可以看出，大致可分为两类：一种观点认为，家事代理亦称日常家务代理，是指配偶一方在与第三人就家庭日常事务为一定法律行为时，享有代理对方的权利，配偶一方的行为视为配偶双方共同的意思表示，双方对代理行为后果承担连带责任。^④另一种观点则认为，家事代理权是指配偶一方在第三人就家庭日常事务为一定法律行为时，享有代理对方权利行使的权利。其法律后果是，配偶一方代表家庭所为的行为，对方配偶须承担法律后果，配偶双方对其行为承担共同的连带责任。^⑤粗

^①参见梁慧星：《民法总论》（第三版），法律出版社2007年版，第219-220页。

^② [德]迪特尔 施瓦布：《德国家庭法》，王葆莼译，法律出版社2010年版，第87页。

^③ [德]迪特尔 施瓦布：《德国家庭法》，王葆莼译，法律出版社2010年版，第87页。

^④ 史浩明：《论夫妻日常家事代理权》，《政治与法律》2005年第3期，第47页；陈娟：《论日常家事代理权》，《中共成都市委党校学报》，2005年第3期，第60页；郑丽霞、吴玉萍：《浅议夫妻家事代理权》，《武汉市经济管理干部学院学报》，2004年6月，第156页；董升太：《家事代理权管窥》，《湖南科技学院学报》2005年第6期，第145页；杜海英：《论家事代理》，《内蒙古工业大学学报（社会科学版）》2001年第2期，第66页。等等。

^⑤ 杨立新：《人身权法论》（修订版），人民法院出版社2002年版，第782页；邵泽春：《略论家事代理权》，《贵州民族学院学报（哲学社会科学版）》，2002年第4期，第74页；胡纪平：《夫妻日常家事代理权初探》，

略来看,似乎两者根本毫无差别,但深入探究两类观点,就会发现,两者还是存在着些许的细微差异。第一种观点强调家事代理权具有两方面作用:一是配偶一方依据家事代理权可以享有代理对方的权利,配偶一方的行为视为配偶双方共同的意思表示;二是依据家事代理权,双方对代理行为后果承担连带责任;而第二种观点则只强调依据家事代理权,配偶一方所为法律行为的后果应由双方承担连带责任。也就是说,两类观点的共同之处在于,两者都认为一方所为行为依家事代理权行使之结果,皆是由夫妻双方承担连带责任;而两者的主要区别就在于,配偶一方为家庭日常事务所为的法律行为可否被视为双方共同的意思表示。在这种形式化争论的背后,实质上隐含着我们如何认识与理解家事代理权的内涵的问题。在第一种观点看来,夫妻双方的身份就决定了家事代理权的存在,从而使夫妻任何一方都取得了代理夫妻双方为法律行为的资格,无论这种代理是以夫妻一方的名义,还是以夫妻双方的名义,法律行为之意思表示都为夫妻双方所为,进而责任为连带责任。因此,可以说家事代理权是普通民事代理权的一种特殊形式,^①民事代理权的一般原理自然可以应用于其中。此时,家事代理权起到了与普通民事代理权相同的功用,代理人(夫妻一方)所为法律行为的效果(意思表示的主体)归属于被代理人(夫妻双方),被代理人(夫妻双方)要承受该法律行为之后果(连带责任)。而在第二种观点看来,家事代理权与普通民事代理权存在很大不同,其功用并非是将夫妻双方都作为被代理人,作为法律行为的主体,而仅仅在于夫妻双方要承受夫妻一方依家事代理权行使法律行为的后果。

从国外立法例的对比来看,德国法学界通说与司法实践认为,《德国民法典》第 1357 条规定赋予了夫妻双方都作为法律行为主体的权利。^②日本法早先也有类似上述两种观点之争,1969 年 12 月 18 日日本最高裁判所在昭和 44 年 12 月 18 日(民集 23 卷 12 号第 2476 页)的判例中,首次正面回答了学术界及下级裁判所争论了 21 年的有关问题,认可《日本民法典》第 761 条规定了夫妻在日常家事上相互具有代理权。^③我国台湾地区“民法”第 1003 条明文认可夫妻相互具有代理

《武汉科技学院学报》2005 年第 1 期,第 115 页。

^①史浩明:《论夫妻日常家事代理权》,《政治与法律》2005 年第 3 期,第 47 页;杨晋玲:《夫妻日常事务代理权探析》,《现代法学》2001 年第 2 期,第 149 页。邓建华、程旭、李可:《论家事代理权及其司法适用》,《邵阳师范高等专科学校学报》2002 年第 4 期,第 20 页;杜海英:《论家事代理》,《内蒙古工业大学学报(社会科学版)》2001 年第 2 期,第 66 页,等。

^② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 702 页。

^③ 参见赵莉:《日本的夫妻日常家事代理权制度及判例》,《法治现代化(第九卷)》,第 366 页。

权。显然，上述第一种观点得到了较为广泛的支持。^①按此种观点理解，夫妻以一方名义所为的法律行为，只要在日常家事范围内，即代表双方意思表示，由双方承受共同的权利与义务。这与普通代理法律关系主体仅为被代理人与相对人存在显著不同。正如有学者指出的，在德国民法中，“第 1357 条规定容易与代理发生混淆（产生于所谓‘夫妻日常事务代理权’）的规定，……不过，第 1357 条规定与直接代理不同，在这里主要是行为人自己享有权利和承担义务”。^②

第二，家事代理不采显名主义，不同于普通代理中强调的“以被代理人名义”。大陆法系基于把代理视为替本人与第三人构筑法律关系的法律行为的观念，认为任何人不得为他人设立权利和义务，代理人应以被代理人的名义与第三人为法律行为，才能在本人与第三人之间产生直接的权利义务，因此采用“显名主义”。^③而在家事代理中，无须亲自实施法律行为一方明示，也无须要求交易相对人对家事代理的表象及效果有合理期待，只要符合日常家事范围，也没有足以对抗第三人的家事代理权限制的存在，即可发生夫妻双方共同承受权利与义务的效果。

第三，家事代理与普通代理制度目的上并不相同。在一般的代理中，代理人在实施法律行为时须以被代理人的名义为之，该行为的后果归属于被代理人，在通常情况下代理人不必与被代理人共同承担连带责任。这种制度的设置主要源于代理人是被代理人进行民事交易活动的“手臂之延长”，代理人以被代理人的名义所为、为被代理人利益所为的民事法律行为，其效果自然可归属于被代理人，外部法律关系的主体和民事责任的后果皆由被代理人承担。这有效地维护了交易的简便与快捷，同时也更有效的保障了被代理人的利益。而对家事代理而言，夫或妻在与第三人为法律行为时，并不需要得到对方的授权，也不必以对方的名义为之，该行为的法律后果由夫妻双方共负连带责任。这种制度设置实质上具有如下的宗旨：

一方面，站在夫妻内部关系的立场上，家事代理权有助于维护交易的简便、快捷与秩序，是夫妻共同生活的法律要求和日常生活顺利进行的必要保障。在家庭生活中，需处理的日常事务非常繁杂，如超市购物、菜市买菜、乘坐公交车辆、子女教育、雇工等等，如果夫妻从事这些行为都须双方共同出场或者取得对方的

^① 值得注意的是，德国法学界亦有观点认可上述第二种观点，参见[德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，法律出版社 2013 年版。

^② [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 679—680 页。

^③ 参见王葆蔚：《论日常家事代理权的行使范围和限制》，《京师法律评论》第五卷（2011 年）。

授权委托，这既不符合社会生活的习惯，又不切合实际。因此，通过赋予夫妻双方以日常事务代理权，实质上解决了夫妻一方处理财产时的无权状态，避免了民事法律行为的效力待定状态，从而维护了民事交易活动的有效性及交易的秩序。该代理权的行使不必以他方的名义为之，也不必以明示为必要，也无需配偶他方的授权，这就使得繁多琐碎的日常家事的处理十分简便，有效地降低了交易成本与社会生活成本。另一方面，站在夫妻关系的外部立场上，家事代理权是促进交易快捷、减少交易成本以及维护财产交易安全的一项重要措施。在现代市场经济条件下，夫妻双方越来越多的同其他领域的财产关系，与第三人发生密切的联系，实质上，社会中的人几乎每天都要进行如买矿泉水、坐公交车、买菜等诸多民事交易活动，可以想象，如果没有家事代理权的存在，夫妻一方进行民事交易活动时要双方同时出席或取得对方授权，哪怕是一分钱的支出亦应如此。而作为与之交易的第三人，为了交易的稳妥，也必然要详尽调查夫妻双方的共同意愿，这当然无助于交易的快捷，也极大地加大了交易成本。同时，至关重要的是，家事代理权的存在是维护交易安全的重要方面。交易的安全，是民法诸多制度——如表见代理制度、善意取得制度等——共同的追求，家事代理权的价值亦在于此。“其目的在于保护无过失第三人的利益，有利于保障交易的动态安全”。^①由于家事代理权的存在，第三人不必忧虑与之进行交易的夫妻一方的处分权能问题，而随着交易活动的不断继续，后续的其他第三人也不会因之而导致交易失败，这就是日常事务代理权的主要功能所在。现代的民事立法必须注重对财产动态关系的维护和交易安全的保护，大力重视现代市场经济交易频繁、活跃、快速的特点和对交易效率的追求，顺应世界范围内民商事立法对交易安全优先保护的发展趋势，并使夫妻日常家事代理权与物权公示制度、善意取得制度、表见代理制度等一起能共同构筑一条维护市场交易安全的完整锁链。

整体来看，普通民事代理制度只是因应了交易的快捷与简便，维护了能力不足者之权益，并不具备维护交易安全的功能（当然，本质上属于无权代理的表见代理是其中的例外）；而家事代理权，一方面维护了夫妻方和与之交易的第三人方的交易快捷、简便，节省了交易成本（交易方不必费力证明自己有处分权能或调查对方是否有处分权能）；另一方面则有效地维护了交易安全。可见，家事代理权与普通民事代理权虽可统一到一个名词“代理权”之下，但其制度宗旨与功

^①杨立新：《人身权法论》（修订版），人民法院出版社2002年版，第782页。

能是并不相同的。德国民法中“第 1357 条涉及的不是代理（从事行为的配偶自己也是合同当事人！），而是亲属法上的一项独特的制度”。^①由此，制度的内容也必然有所区别。普通民事代理中，为促进被代理人交易活动范围，代理人是“代替”被代理人为民事法律行为，故被代理人为民事法律关系主体；而在家事代理权行使过程中，夫妻一方所为的民事法律行为只是使自己与第三方之间形成民事法律关系，家事代理权的存在并不能使夫妻的另一方成为民事法律关系主体，而只是避免了《合同法》第 51 条之“无权处分”情形产生，从而有效地维护了交易的安全。

第四，从各国法实施的实践来看，对于“家事”的判断，适宜由家事法予以规范或作为其背景。对于“日常家事”的范围，各国立法的表述存在着一定的差异，如《法国民法典》强调日常家事为家庭日常生活与子女教育；《德国民法典》强调日常家事是能使家庭的生活需求得到适当满足的事务；日本民法与我国台湾地区“民法”则没有在立法上明确日常事务的范围；我国《婚姻法》及相关司法解释仅以“日常生活需要”来界定“家事”的范围。无论具体范围如何，可以肯定的是，家事的范围确定一定是依存于夫妻权利义务关系这一大背景的，因此，是家事法而非代理法对家事代理权起着决定作用。

第五，家事代理制度与夫妻财产制关联不大，适宜放在婚姻的一般效力部分之中。我国婚姻法中的夫妻财产制可以分为法定财产制与约定财产制。无论是夫妻共同财产制，还是约定的限定的夫妻共同财产制、分别财产制等，无非都是财产（权利）在夫妻关系内部的一种分配，并基于此而对债务的承担的一种分配。在婚姻关系中，实行何种财产制，这不仅关系到夫妻一方本人的利益，关系到夫妻共同的利益，而且更关系到与夫妻发生各种民事交往的第三人的利益。从事民事交易的婚姻当事人一方通过夫妻财产制的规定，可以明确其权利与义务范围，避免配偶他方的不适当干涉，保证交易的顺利进行。而当夫妻以个人或双方的身份从事民事交易活动时，交易相对人有必要了解与自己做交易的对方以何种身份与之做交易，以及以何种性质财产进行交易，以使正在进行或者将来进行的民事交易，不致于因无权处分或交易相对方配偶的干涉而归于无效。站在夫妻内部关系立场上，夫妻财产制度的存在实质上确定着财产（权利）的分配；而站在与之交易的第三人立场上，不同的夫妻财产制则代表了不同的债权实现可能性的选

^①[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 702 页。

择：究竟是以夫妻全部财产作为债务清偿的保障，还是以夫或妻单个人的财产，甚或以夫或妻个人财产加上部分夫妻共同财产作为债务能得以履行的担保。因此，可以说，夫妻财产制与家事代理权一样，与民事交易安全关系甚巨。其运作机理为，如果交易活动符合《婚姻法》第19条第3款之规定，“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”否则，一般将以夫妻共同财产清偿债务。其对于交易安全的风险主要体现在约定为各自所有的情形。如此，则对不同夫妻财产制的选择是否会对家事代理权的适用产生影响？笔者认为，答案是否定的。夫妻财产制更多的体现为财产是谁的这一问题的，而家事代理权实质上并不关注财产究竟是夫或妻一方所有，还是夫妻共同所有；也无论是以夫或妻一方名义，还是以夫妻共同的名义，只要属于“日常事务”范围之内，则家事代理权的存在就可以推定与第三人进行交易的配偶一方的行为是有效的，其对于财产的处分是有权利的，进而在债务或责任的承担上也是由夫妻双方共担的。也就是说，夫妻财产制并不能影响婚姻当事人一方对属于“日常事务”交易活动的处理权限，家事代理权要求的配偶双方承担的连带责任也使何种夫妻财产制选择的意义不甚明显。

家事代理权，一般被认为属于基于夫妻身份而获得的权利，故置于婚姻的一般效力部分之中，既能彰显其法定代理的权源，又能公示作为夫妻身份权的一项权利内容。

四、代结语：民法典编纂的守成与创新

第一，从国外立法例一般做法，从我国既有学说、立法、司法实践来看，家事代理权一般都是由婚姻法（家事法）规定的，转由民法总则规定，需要承担论证义务。

第二，既有研究过于粗化，对于家事代理权内涵以及能否及于物权处分等，皆未有细致考虑。

第三，对于司法解释与法律（弹性）、立法规定与理论学说的界限有统一的认识。

第四，征求意见稿第164条存在言语表达等方面的瑕疵。征求意见稿第164条规定：“夫妻双方可以就家庭日常事务互为代理人，但对如下事务的处理除外：（一）不动产的转让；（二）数额巨大的家庭财产的赠与；（三）其他重大事务”。

“夫妻双方对彼此代理权限的限制不得对抗善意第三人”。可能的瑕疵在于：第一，第一款题头以“但书”形式似乎表明，“如下事务”属于“日常事务”，但属于“日常事务”的例外。从各国立法例及我国学界通说可知，不动产的转让一般皆被认为不属于日常事务；第二，家事代理的核心限制为“家庭日常事务”，不同的家庭情况决定了不同的“家庭日常事务”，因此，用“数额巨大”作为衡量非家庭日常事务的标准，是极度不准确的；第三，以“但书”作为家事代理的例外，则例外原则上必须是封闭的，因此，“其他重大事务”的规定是不妥的；第四，以“家庭日常事务”作为限制要件，是否足够妥当，也值得考虑，例如，是否需要添加“适当”或“合理”等限制要件，也值得进一步考虑。

民法典视野下的《婚姻法》之回归

——以隐性共有人为视角

陈汉*

(中国政法大学 北京 100088)

摘要：隐性共有人是《物权法》、《婚姻法》立法割裂形成的一种特有制度。隐性共有人是指基于《婚姻法》对夫妻财产制度的特别规定而确认未进行物权登记的一方取得共有人的法律地位。隐性共有人由于不显名，因此在发生不动产物权变更登记的时候，获得的保护相对较弱。不动产登记机关在物权变更登记的时候并不进行实质性审查，只有在变更登记材料中明确出现隐性共有人之时才予以明确的保护。可以说，现行的登记制度产生的公示公信力及《婚姻法司法解释三》的规定，对隐性共有人的保护是不够的。要改变现状，加重登记机构的实质性审查义务会带来过重的成本，而要求共有人进行显名登记的成本则是相对较低。在制定民法典并将民法法定化、体系化的大背景下，修正《婚姻法》的个别制度，使之融入民法体系，也应当是当下研究的任务。

关键词：隐性共有人 登记审查义务 民法法典化

一、 畸形的“隐性共有人”

“隐性共有人”的形成与我国婚姻法对夫妻财产制的规定有关。婚姻法规定的夫妻财产制度包括法定财产制和约定财产制两种。除个人单独所有的财产外，夫妻在婚姻关系期间所得的财产，在没有特殊约定的情况下，均属于双方共有财产，即使房屋仅登记在一方名下，也应推定为是双方共有的财产。这种规定的法理基础是夫妻间的“协力”。^①并且，婚姻法第十九条对约定财产制作了规定，夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。该规定体现了意思自治优先于法律规定的私法原则。与一般财产契约的效力不同，夫妻财产制契约直接发生夫妻财产法的效力，即当事人选定的财产制度替代法定财产制适用，无须再采取其他财产变动行为。

* 陈汉，法学博士，中国政法大学民商经济法学院副教授。

^① 参见薛宁兰、许莉：《我国夫妻财产制立法若干问题探讨》，载于《法学论坛》，2011年3月第2期。

①即是说，即使未被登记在不动产登记簿上，基于夫妻双方对共有的特别约定，法律仍承认其为物权人。

严格来说，隐性共有人的产生并不限于《婚姻法》的规定，隐性共有人的遗产发生继承但尚未分割的时候往往也会产生更多的隐性共有人^②。

《房屋登记办法》第十三条第一款规定：共有房屋，应当由共有人共同申请登记。可知，一般情况下，夫妻双方共有房屋的所有权登记应经双方共同提出申请，并登记在双方名下。并且，根据该办法第十八条的规定，登记机关在进行登记前也需对申请登记房屋是否为共有房屋进行询问。但是实践中共有房屋仅登记在一方名下的情形仍时有发生，未经登记的一方则成为“隐性共有人”。

隐形共有人是一项具有中国特色的法律制度，是《婚姻法》与《物权法》分别立法并且不处于一部体系化的民法典而引起的“畸形儿”。

《婚姻法司法解释三》的第十二条事实上已经注意到隐性共有人的保护问题了，赋予了隐形共有人在离婚之时的损害赔偿请求权。但是在该种情形下，如果经登记的一方权利人擅自将共有房屋进行处分，登记机关是否负有对隐性共有人的审查义务？

二、登记机关的审查义务

下文我们检讨几个典型案例。

1. 案例一：陈吴香诉瑞安市房产管理局行政登记案^③

原告陈吴香与第三人陈崇义系夫妻关系，诉争房屋所有权原登记在第三人陈崇义名下时，未注明共有人情况。2003年1月5日，第三人陈崇义与案外人章方丰订立房地产买卖协议书，约定第三人陈崇义将诉争房屋出卖给章方丰。2003年3月12日，章方丰与第三人彭金灵订立房地产买卖协议书，约定章方丰将上述房屋出卖给彭金灵所有，并约定房屋所有权证、土地使用权证直接有原房屋所有权人即第三人陈崇义协助办理。2003年3月25日，第三人彭金灵与第三人陈崇义订立了一份房地产买卖契约，约定诉争房屋出卖给彭金灵，并共同向被告瑞安市房产管理局提出房地产交易申请。被告于2003年4月30日做出房屋所有权转移登记。后陈吴香以“陈崇义未经原告同意擅自处分夫妻共同财产，被告在原

① 薛宁兰、许莉：《我国夫妻财产制立法若干问题探讨》，载于《法学论坛》，2011年3月第2期。

② 典型的如：登记在夫妻一方名下的财产，另一方去世后，其遗产根据法定继承的话，则为父母、配偶、子女所继承。如果未做变更登记，那么这些人就成为了隐性共有人。

③ 参见浙江省瑞安市人民法院行政判决书（2010）温瑞行初字第93号。