

# 离婚协议中“赠与”子女房产条款的性质

刘长湖

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2022年9月9日; 录用日期: 2022年11月24日; 发布日期: 2022年12月1日

## 摘要

夫妻签订离婚协议时, 出于弥补婚姻关系解除对子女所造成的身心伤害、提前为子女未来婚嫁立业作出安排等方面的考虑, 在财产分割部分作出将房产“赠与”给子女之约定, 并不鲜见。此类约定并非与子女之间就房产“赠与”所作的合意, 而是意欲赋与子女某种利益之第三人约款。从价值判断上看, 利他合同说更加接近当事人的真意、符合诚信原则的要求和保护未成年子女的特殊法政策; 从法律逻辑上看, 也并未突破利他合同制度的边界, 相反, 此种案型可作为运用补充解释识别利他合同的典型, 助力“推定利他合同”的类型化。

## 关键词

离婚协议, 赠与, 利他合同, 补充解释

# The Nature of the “Gift” of Property to the Children in the Divorce Agreement

Changhu Liu

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 9<sup>th</sup>, 2022; accepted: Nov. 24<sup>th</sup>, 2022; published: Dec. 1<sup>st</sup>, 2022

## Abstract

It is not uncommon for a couple to sign a divorce agreement in which they agree to “gift” property to their children for the purpose of making up for the physical and psychological harm caused by the divorce to the children and making advance arrangements for the children’s future marriage and establishment. Such agreements are not consensual agreements with the children regarding the “gift” of property, but rather third-party agreements intended to confer certain benefits on the children. In terms of value judgment, the altruistic contract is closer to the true intention of the parties, in line with the requirements of the principle of good faith and the special legal policy of

protecting minor children; in terms of legal logic, it does not break the boundaries of the altruistic contract system, rather, this type of case can be used as a typical example of using supplementary interpretation to identify altruistic contracts and help the typology of presumed altruistic contracts.

## Keywords

Divorce Agreement, Gift, Altruistic Contract, Supplementary Interpretation

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

实践中, 夫妻双方于办理离婚登记或调解离婚时, 为达到挣脱婚姻关系束缚之目的, 往往约定将一方所有或者双方共有房产给予或“赠与”子女, 另一方配偶负有配合办理过户手续之义务。但在婚姻关系正式解除后, 夫妻一方拒不配合办理过户登记的现象屡见不鲜。在此类案中, 子女能否作为原告起诉其父或母办理过户登记? 父或母是否有权撤销财产给予子女之约定?

上述问题在司法实践中颇具争议, 而解决上述问题的“突破口”, 就在于判定此类离婚协议中所涉约定的性质。就此类离婚协议中房产“赠与”条款的性质, 学界和实务界目前主要存在两种路径——赠与合同路径、第三人约款路径。本文将对该问题进行法律分析, 从解释论的角度, 提出解决思路。

## 2. 父母与子女间的赠与合同

在赠与合同路径下, 夫妻双方于协议离婚时, 约定将双方共有房产之所有权移转于子女, 系该夫妻双方将房屋赠与给子女之意思表示。接受赠与之意思表示可由子女单独为之, 或由其父母代理为之, 赠与合同随即成立。在该法律关系中, 双方当事人为父母(赠与人)及子女(受赠人), 并无争议, 但就法律效果而言, 又可细分为一般赠与说和特殊赠与说。

### 2.1. 一般赠与说

一般赠与说认为, 就法律性质而言, 夫妻双方在离婚时约定将共有房产归其子女所有, 系夫妻双方将房屋赠与给子女之意思表示; 就法律效果而言, 子女作为受赠人, 对父母享有移转房屋所有权之请求权, 但因该赠与既非公证赠与, 也无救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质, 故赠与人享有任意撤销权[1]。实务中, 仅有极个别案例采纳此种观点。<sup>1</sup>

### 2.2. 目的赠与说

目的赠与说在法效果层面对一般赠与说进行了修正。该说认为, 离婚协议的核心目的在于解除双方之婚姻关系, 而协议所涉之财产分割、子女抚养等问题仅系解除身份关系之动机, 故夫妻基于离婚事由将财产处分给子女的行为, 系一种目的赠与行为。既然婚姻关系已经由离婚协议得到解除, 且离婚协议中的其他部分均已履行, 则应视夫妻赠与房产之目的实现, 故其赠与依法不能随意撤销[2]。<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 参见吉林省高级人民法院(2019)吉民申 3591 号民事裁定书。

<sup>2</sup> 实务中亦有法院采此观点, 参见北京市第二中级人民法院(2013)二中民终字第 09734 号民事判决书、重庆市第五中级人民法院(2014)渝五中法民终字第 02780 号民事判决书。

所谓目的赠与(Zweckschenkung),是一个学理上的概念,指依法律行为内容,不课以义务,惟为结果而为赠与者,为目的给付(datioobcausam)之一种。此种赠与,与附负担赠与相区别,赠与人不得请求结果之实现,惟于结果不实现时,得请求不当得利之返还[3]。依本文所见,学理上的目的赠与之“目的”,旨在约束受赠人,即以某种不利益(如不当得利返还)来促使受赠人为赠与人达成赠与之目的。反观房产“赠与”条款之目的(解除婚姻关系),约束对象并非子女,而是离婚协议中的另一方,因为子女显然不可能为父母实现该目的,自然也就没有受此目的约束之余地。

### 2.3. 对赠与合同路径之检讨

赠与合同路径存在诸多解释上的阻碍,以下试举两点理由予以说明:

首先,赠与合同以双方当事人的合意为成立要件,即父母双方要向子女发出赠与某处房产的要约,且子女要对此作出承诺,否则赠与合同不成立。然而,不论是协议离婚还是诉讼离婚,离婚协议书或调解书涉及的相关条款仅系一方当事人达成的意思表示[4],特殊之处仅在于该意思表示由两人共同作出。实践中,离婚夫妻多出于各种考虑,或对子女暂时隐瞒解除婚姻关系之事实,或仅告知离婚事实而不具体到财产分割问题。在此案型,要约既未发出并到达相对人,自不生效力,赠与合同亦没有成立。

其次,当子女为未成年人时,前述问题看似可以通过代理制度得到解决,即父母一方面向子女发出赠与的要约,另一方面又作为法定代理人代理子女作出接受赠与之承诺。但是,若该条款从离婚协议整体中剥离出来,单独解释为父母与子女之间就房产赠与达成的合意,显得极为吊诡。离婚协议是解除婚姻关系、财产分割、子女抚养、离婚损害赔偿等多项内容的混合,此外还可能涉及对配偶另一方的经济补偿、经济帮助,双方将共有房产赠与子女之约定与前述条款构成一个有机整体,这是离婚协议复合性的重要体现。换言之,离婚夫妻是在综合考虑上述因素之后,就双方之间的财产关系及人身关系达成一个概括的合意。该“赠与”子女房产之合意,与离婚协议中的其他内容相互依存、互为因果[5]。<sup>3</sup>例如,在田庆喜、田淑靖赠与合同纠纷案中,婚姻关系之解除即构成“赠与”子女房产的关键前提。<sup>4</sup>

综上所述,赠与合同路径对房产“赠与”子女条款的定性存在基本认识错误。此外,在法效果层面,一般赠与说使得当事人的效果意思难以实现,目的赠与说割裂了此类条款与离婚协议中其他部分内容的整体性。因此,只能寻求其他解释路径。这里的“其他解释路径”可以是第三人约款的路径,因为利他合同或者不真正利他合同的构造并不存在以上阻碍,第三人并不需要参与合同或为承诺,就可直接取得请求给付或者受领给付的权利。

## 3. 离婚协议中的第三人约款

第三人约款路径之下,房产“赠与”子女条款名为“赠与”,实为离婚协议中的第三人约款。但在法效果层面,根据子女是否对父母就移转房屋所有权享有直接的请求权,又细分不真正利他合同说和利他合同说。

### 3.1. 不真正利他合同说

该说认为,离婚协议约定夫妻一方或双方财产归子女所有,本质上属于夫妻双方就离婚时财产归属而向对方所作之允诺,故宜将此离婚协议定性为不真正利他合同。

此类条款具有以下法律效果:其一,子女就房屋所有权的移转并无原给付请求权;其二,夫妻离婚后,如欲合意变更此第三人约款,适用民法典合同编有关合同变更的相关规定,不受第三人之限制;其三,婚姻关系解除后,如一方或双方不向子女履行此第三人约款项下之义务,拒绝履行的一方构成违约,但子女并无直接的次给付请求权[6][7]。

<sup>3</sup> 参见北京市第二中级人民法院(2013)二中民终字第09734号民事判决书。

<sup>4</sup> 参见贵州省高级人民法院(2020)黔民申1002号民事裁定书。

实务中，有少数法院采此观点，作出驳回起诉裁定。<sup>5</sup>

### 3.2. 真正利他合同说

真正利他合同说认为，从法律性质上来看，“赠与”子女房产条款“具有为第三人设定利益的法律构造，可以准用利他合同规范”[8]；在法效果层面，子女作为第三人无须表示同意(未成年子女也无须法定代理人追认或代为表示同意)即可就房屋所有权的移转享有原给付请求权和次给付请求权，原则上，父母事后如欲反悔或撤销相关约定，也会受到限制[9]。

实务中，亦有法院认为，此类条款并非在夫妻一方或双方与其子女之间形成赠与合同关系，而是属于利他合同的范畴，不适用赠与合同中关于财产权利转移前可撤销的规定。<sup>6</sup>作为利益第三人条款，其本质特征即在于第三人对债务人享有直接请求权。子女作为利益第三人，有权直接依据离婚协议书提起诉讼，要求债务人履行移转房屋所有权等义务。<sup>7</sup>

### 3.3. 对第三人约款路径之检讨

第三人约款路径厘清了离婚协议中房产“赠与”条款的基本构造——当事人为离婚夫妻双方，而子女仅为利益第三人，殊值赞同。至于在该路径之下，应当进一步选择不真正利他合同说还是利他合同说，归根结底属于意思自治及价值判断方面的问题。前者需要探寻当事人签订财产分割协议时的真意，后者则要结合婚姻法上的特殊法政策综合考虑。

意思自治角度的考量，不得不借助补充这一手段，来探求当事人的真意。合同的补充解释，是在当事人就非必要之点未作约定时，由法官运用整体解释、目的解释、习惯解释、城新街市等方法就相关内容所作的事后补充[10]。补充解释所揭示的是当事人所没有明确予以确定，但如果其考虑到该等问题便会予以规定的内容，即“假设的当事人意思”[11]。具体到本文研究的案型，既然夫妻双方未在第三人约款中明确约定是否赋予子女直接的请求权，即存在“漏洞”，则应综合考虑协议体现的双方于缔约时的各项情感或经济需求，尤其是与子女相关的因素。例如，此类第三人约款的产生往往在于弥补家庭破裂对子女所带来的身心伤害、为子女未来婚嫁立业提前作出安排、防止财产因家庭重组而外流、在存在多个子女的情况下将特定财产排除在继承范围之外[9]。<sup>8</sup>无论事出何因，该条款的设立均在于通过赋予子女利益，以最大程度地保障子女的生活。由是观之，很难得出离婚协议当事人不愿赋予子女此项请求权的结论。

典型案例——“于某某诉高某某离婚后财产纠纷案(2013)二中民终字第 09734 号”——揭示了法院在裁判此类案件时应当考虑的特殊法政策。<sup>9</sup>笔者从判决理由中提炼出了三点核心要素：整体性原则、诚实信用原则、保护未成年子女原则。

首先，整体性原则强调离婚协议中各项条款内容互为前提、互为结果，构成了一个整体，是“一揽子”的解决方案，一方面为第三人约款路径奠定了坚实的逻辑基础，另一方面确立了禁止夫妻一方就房产“赠与”任意反悔的价值取向。

其次，法院认为，如义务人于达到解除婚姻关系之目的后仍享有任意反悔权，有违诚实信用。诚实信用原则固然值得倡导，但是不应置于赠与合同路径下予以考虑。法律之所以规定赠与人的任意撤销权，目的在于就无偿的财产转让行为，允许赠与人在权利终局移转之前进行审慎权衡和判断[9]。非因法律上

<sup>5</sup> 参见湖南省沅陵县人民法院(2018)湘 1222 民初 454 号之三民事裁定书，江苏省常州市鼓楼区人民法院(2017)苏 0404 民初 2626 号民事裁定书。

<sup>6</sup> 参见广东省广州市从化区人民法院(2020)粤 0184 民初 2531 号民事判决书。

<sup>7</sup> 参见河北省石家庄市中级人民法院(2020)冀 01 民终 8473 号民事判决书。

<sup>8</sup> 参见贵州省高级人民法院(2020)黔民申 1002 号民事裁定书。

<sup>9</sup> 参见北京市第二中级人民法院(2013)二中民终字第 09734 号民事判决书。

之正当性(公证赠与及具有公益、道德义务性质的赠与两种情形),赠与人的任意反悔权不受限制。将房产“赠与”条款解释为财产分割协议中的第三人约款,合同当事人并无类似于赠与人所享有的法律优待,才能与最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释(一)(以下简称《婚姻家庭编解释一》)第70条的态度相协调。

最后,引入利他合同的构造,赋予未成年子女直接的请求权,其实益在于进一步巩固离婚协议下子女所取得的法律地位。在平衡父母和子女利益上,考虑到通常情况下离婚对子女所造成的伤害,且子女只能被动地接受安排,似乎更应从子女利益最大化的原则出发,在其未于合理期限内明确拒绝财产给与的前提下,原则上限制父母事后反悔或撤销的权利。

或有反对观点提出,不赋予子女直接的请求权也可对子女进行保护和救济,即由未拒绝履行的一方父母提起给付之诉。本文认为,此种观点漠视当下的婚姻环境及司法现状,并不可取。一方面,夫妻离婚后通常会各自再婚生子,出于救济的时间、经济成本及情感的考虑,此时任一方都很难积极参与前段婚姻的未了事宜。另一方面,实务中,由子女作为原告对不配合办理变更登记的一方父母提起诉讼,并不鲜见。如以子女不享有请求权为由否定其原告资格,无疑会对诉讼进程增加无谓的负担。

### 3.4. 小结

在赠与合同路径下,难以认定父母与子女双方存在赠与合意,且侵害离婚协议之整体性。在第三人约款路径下,承认子女享有直接的请求权更加接近当事人的合同目的,且有利于贯彻诚实信用原则和未成年人特别保护的法政策。

## 4. 利他合同说面临的困境及出路

### 4.1. 规范困境:规则解释不统一

《民法典》第522条在原《合同法》第64条的基础上增设第2款,根据该款,我国实证法之下的利他合同包括法定和意定两种类型。

根据全国人大法工委的观点,债权人与债务人如欲订立利他合同,应当在第三人约款中特别约定,由债务人向第三人履行债务,且第三人可以直接请求债务人向其履行;换言之,如果合同当事人仅约定由债务人向第三人履行债务,没有赋予第三人履行请求权的,不属于本款规定的利他合同,应按照本条第1款规定的不真正利他合同处理<sup>[12]</sup>。《民法典》合同编第四章的起草人也认为,“第三人取得给付请求权以法律的特别规定或者当事人的特别约定为前提”<sup>[13]</sup>。“特别约定”等表述反映了立法者严格坚守合同相对性原则的态度,认为利他合同与不真正利他合同应根据当事人明示之意思呈现绝对的两分。

然而,对于普通民事主体而言,“请求”或“请求权”此类概念本身极具专业性、神秘性,要求其将之运用到合同中才能达到所欲追求的法效果——赋予第三人以直接的请求权,无疑是强人所难。此外,对于未经专业训练的缔约者而言,债务人视角的表述(“债务人应当向第三人履行”)和第三人视角的表述(“第三人有权请求债务人履行”)两个命题的法效果几乎等同。<sup>10</sup>笔者在北大法宝数据库以“利益第三人合同”、“利他合同”等作为关键词进行检索,涉案合同中第三人约款的表述几乎全是债务人视角,但这并不能说明合同当事人不希望第三人享有此请求权。由此可见,利他合同的识别以合同特别约定为前提,这一“全有或全无”的标准,未必合理。

### 4.2. 利他合同说的出路——补充解释规则之适用

比较法上,除合同特别约定以外,还可以结合具体情况根据合同目的推知第三人享有直接请求权。

<sup>10</sup>事实上,即便是经过专业训练的法官,对于两种表述的区分也未必清晰,实务中,裁判者基于“债务人应当向第三人履行”这样的第三人约款将涉案合同认定为利他合同,并不少见。

例如,《德国民法典》第 328 条规定:“1) 可以以合同约定向第三人履行给付,并具有使该第三人直接取得请求给付的权利的效力。2) 无特别规定时,必须由情事,特别是由合同目的推知:该第三人是否应取得前款所规定的权利,该第三人的该项权利是否应立即发生或仅按一定要件发生,以及合同订立人双方是否应保留不经该第三人同意而废止或变更该第三人的该项权利的权能。”《欧洲合同法原则》第 6:110 条第 1 款规定:“第三人可以请求合同债务之履行,如果它如此行为之权利已在允诺人与受诺人之间明确地达成协议,或者如果此种协议能够从合同的目的或者案件的具体情事中推断出来。该第三人无须于达成协议时即已特定下来。”据此,如果当事人在合同中是否赋予第三人以履行请求权的意思不明确,法官要根据合同各方面的客观情况,特别是合同的目的,来判断第三人是否取得这一权利[14]。本文将经由此种方式识别出来的利他合同称为“推定的利他合同”,属于广义之“意定的利他合同”范畴。

我国《民法典》第 522 条是否只能作出两分架构的唯一解释,即在当事人未明确赋予第三人请求权时,径直拟制双方不具有赋权意思?本文认为,答案是否定的。单从该条第 2 款的文义来看,在存在法律规定或者当事人约定的情形,第三人可以享有请求权,以及债务人得以对第三人主张抗辩。至于当事人的约定未采取第三人视角的表述时,是否拟制第三人没有直接的请求权,法条并未明确规定。如此一来,在离婚协议中约定将房产“赠与”给子女,但未直接赋予子女请求权的场合,似乎陷入了立法上的空白领域。事实上,此种情形可以通过与前述比较法例相类似的一项规则——意思表示的补充解释——得到解决。

根据《民法典》第 510 条:“合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同相关条款或者交易习惯确定。”

首先需要明确,赋予第三人独立的请求权,是否可以包含在“等”内。该条所要解决的是,在当事人就合同的非必要之点没有约定或者约定不明场合,对这些内容进行补充的问题[12]。也即,“等”囊括了合同的非必要之点,包括但不限于质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式。问题在于,请求权人究竟属于合同的必要之点还是非必要之点?若为前者,则产生合同不成立之效果;若为后者,则可适用本条进行补充解释。合同的必要之点仅包括当事人、标的、数量。利他合同虽然具有“利他”的特征,但该性质通常仅以第三人约款的形式体现在合同中,最核心的部分依然是基本合同(补偿关系)。至于债权人与第三人之间的对价关系,本身非属利他合同的内容;债务人与第三人之间的关系,甚至不属于合同关系,而仅是一种类似于合同的信赖关系[15]。即便第三人为请求权人,第三人也并不因此取得当事人地位,合同的当事人依然是债权人和债务人。因此,具体的请求权人为谁,属于合同的非必要之点,在合同没有约定或者约定不明情形,可以适用本条进行补充解释。

其次还需阐明,在合同中仅约定债务人应当向第三人履行的情形,是否属于对赋权这一事项“没有约定或者约定不明确”。前已论及,即便是受过专业训练的法律人,都未必清楚“债务人应当向第三人履行”并不当然意味着“第三人有权请求债务人履行”。在当事人签订合同时,若有一个“好事看客”在一旁提醒:“如果你们不在合同中约定第三人有权请求债务人履行,第三人并不享有直接的请求权,届时还需债权人向债务人提出诉请”,想必至少一方当事人会力主增加该项内容。若以当事人对于后者未作约定为由,径直拟制双方均否认赋予第三人请求权,极大可能背离当事人的真意,且徒增诉讼成本。应当采取的做法是,视为双方对是否赋权没有约定,即合同存有漏洞,由法官予以填补。

## 5. 结语

夫妻双方协议离婚时,在财产分割部分约定将名下房产赠与子女,此种约定名为“赠与”,实为财产分割协议中的第三人约款,当事人仍为夫妻双方,而非父母与子女。在第三人约款路径下,相较于不真正利他合同说而言,利他合同说的法律效果更接近当事人签订协议时的真意,且有利于贯彻诚实信用

原则和未成年人特别保护的公政策。

不可否认,当财产分割协议未明确赋予子女直接的请求权时,利他合同说会面临重大的挑战。此时,不妨对《民法典》第 522 条进行漏洞补充,允许补充解释发挥作用。

诚然,补充解释本身具有危险性,法官很容易成为有关法律关系的主人。因此,最理想的情况是,根据合同中特殊的利益结构,通过类型化的方法来确定第三人是否获得履行请求权,以增加法律后果的可预见性<sup>[15]</sup>。最符合我国实际的类型化途径就是作出相关的司法解释,在此之前,应当鼓励司法实践积极探索,而本文所讨论的案型恰好极具典型意义。

## 参考文献

- [1] 张翊雯. 离婚协议中赠与条款撤销问题探析[N]. 人民法院报, 2008-10-28(06).
- [2] 吴卫义, 张寅. 婚姻家庭案件司法观点集成[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 510.
- [3] 史尚宽. 债法各论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 138.
- [4] 陈敏, 杨惠玲. 离婚协议中房产归属条款相关法律问题探析[J]. 法律适用, 2014(7): 81-84.
- [5] 王雷. 论身份关系协议对民法典合同编的参照适用[J]. 法学家, 2020(1): 32-46.
- [6] 许莉. 离婚协议效力探析[J]. 华东政法大学学报, 2011(1): 35-41.
- [7] 常淑静, 赵军蒙. 离婚协议中房产赠与条款的性质及效力[J]. 山东审判, 2011, 27(4): 87-90.
- [8] 冉克平. “身份关系协议”准用《民法典》合同编的体系化释论[J]. 法制与社会发展, 2021(4): 83.
- [9] 陆青. 离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究[J]. 法学研究, 2018(1): 87-105.
- [10] 韩世远. 合同法总论[M]. 第四版. 北京: 法律出版社, 2018: 872-881.
- [11] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(下册)[M]. 邵建东, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 754.
- [12] 黄薇. 中华人民共和国民法典合同编解读(上册)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 164.
- [13] 王利明. 中国民法典释评·合同编·通则[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 303.
- [14] 李新天, 印通. 第三者保险金请求权类型化研究——以《保险法》第 65 条为中心[J]. 保险研究, 2014(8): 113-119.
- [15] 薛军. 利他合同的基本理论问题[J]. 法学研究, 2006(4): 116-126.