

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 13020101150311

UDC _____

厦门大学

硕士学位论文

婚外同居赠与合同效力问题研究
——以夫妻一方将共同财产赠与婚外同居者为视角

A Research of the Validity of Donation Contract of
Extramarital Cohabitation

— on the Donation of Common Property from one of the
Spouse

王聪

指导教师姓名: 郑永宽 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2013 年 月

论文答辩时间: 2013 年 月

学位授予日期: 2013 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2013 年 月

婚外同居赠与合同效力问题研究——以夫妻一方将共同财产赠与婚外同居者为视角

王聪

指导教师

郑永宽副教授

厦门大学

厦门大学博硕士学位论文摘要库

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：13020101150311

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

婚外同居赠与合同效力问题研究
——以夫妻一方将共同财产赠与婚外同居者为视角

A Research on the Validity of Donation Contract of
Extramarital Cohabitation

—— on the Donation of Common Property from one of the
Spouse

王 聪

指导教师姓名： 郑永宽 副教授

专业名称： 法 律 硕 士

论文提交日期： 2013 年 4 月

论文答辩时间： 2013 年 月

学位授予日期： 2013 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2013 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月

内 容 摘 要

婚外同居赠与纠纷与普通赠与纠纷不同,其复杂性在于它不仅牵涉到婚外同居赠与双方当事人彼此间的利益,还关系到无过错配偶的利益,因为它侵犯了一夫一妻制,可能危害到夫妻共同财产。如何在处理婚外同居赠与纠纷时实现三方利益的平衡是实务界和学界共同考虑的问题。

本文主体由四章组成,在第一章对婚外同居赠与的概念及立法司法现状进行简要分析的基础上,第二章重点分析了学术界对婚外同居赠与效力及后果的观点之争,得出我国现行婚外同居赠与的处理机制不能有效的解决这一纠纷的结论,随后通过第三章对比大陆法系和英美法系对婚外同居赠与合同的不同处理方式及其优缺点,反思我国在处理这一纠纷中遇到的问题和误区,最后第四章提出解决之道。

当下司法实践对相同性质的婚外同居赠与的判决无法做到同案同判,立法上也无明确的规范,学界目前或从维护受赠人财产权利的角度出发认定婚外同居赠与合同有效,财产不予返还;或从维护无过错配偶财产权利的角度出发以合同违反公序良俗为由认定赠与无效,财产全部返还;为一方当事人权利背书,有主观感情法学之嫌。无论是学界还是立法和司法实践,对最大过错方婚外同居赠与人的责任承担都鲜有提及,在事实上放纵了婚外同居行为,最终无法维护无过错配偶的权利,并没有达到遏制婚外性行为、维护婚姻稳定之目的。

笔者在对婚外同居赠与的现状进行分析的基础上,对比各学说的观点,比较分析域外法的处理方式,提出应当首先坚持在现有的无效合同机制内以公序良俗原则判定婚外同居赠与的效力;其次,因为现有无效合同的法律后果并不能在事实上达到婚外同居赠与三方利益的平衡,应当设立不法原因给付制度处理无效合同的后果。最后,还应当同时配合夫妻非常财产制,才能打破目前婚外同居赠与方依靠无效合同机制和夫妻共同财产制的保护,在纠纷中不被追责的窘境,最终达到实现利益平衡,遏制婚外同居行为,保护婚姻稳定的目的。

关键词:婚外同居; 赠与; 合同效力

Abstract

Donation made in extramarital cohabitation is different from common donation contract for it not only consists of both parties of the contract but also the donor spouse. Common property system is the statutory matrimonial property system in China. The donation of one of the spouse means the invasion of common property. Therefore how to make a balance among the three when settle the dispute is a complex problem for both the judges and the law experts.

The main body consists of four chapters. Chapter one makes general description of the situation extramarital cohabitation donation dispute. Based on it, chapter two focuses on analyzing different theories about the settlement of the dispute. Then it comes to the conclusion that the present contract law system cannot effectively settle the dispute with a balanced result. Chapter three tries to find an answer on comparing the solving ways of continental law system and UK-US legal system as a reflection of the problems and dilemma that Chinese law system faces. The last chapter is the author's suggestion for the settlement of the dispute.

At present, the law has not set clear rules about the validity of extramarital cohabitation donation, thus judges cannot reach an agreement even on cases with the same nature. Theories give their reasons for the judgment of contract validity from the point of the donee's property rights or the protection of donor spouse's rights and also to decide whether the property can be requested for return. Neither the judges nor the theories can make the donor take liability for their actions against public orders and good customs. In fact, such conditions may encourage extramarital cohabitation and fail to get a balanced resolution to protect the stability of marriage.

After comparing the difference of foreign laws on dispute settlement, the author gives out suggestions for the resent law system. When processing the mechanism of void contract, the principle of public orders and good customs

should not be abused. After the donation contract being judged invalid, the donor should be prevented to request the gift back by introducing presentation of illegal cause to our own legislation. At the same time, protection for the donor spouse's property rights is necessary. Thus irregular property provisions can be added to break the dilemma that with the help of common property the donor escapes from liability for his spouse.

Key words: extramarital cohabitation, donation contract, validity

廈門大學博碩

目录

引言.....	1
第一章 婚外同居赠与纠纷概述	2
第一节 婚外同居与婚外同居赠与	2
一、婚外同居.....	2
二、婚外同居赠与.....	3
第二节 司法实践现状	4
一、婚外同居赠与无效.....	4
二、婚外同居赠与有效.....	5
第三节 立法现状	6
第二章 婚外同居赠与纠纷解决之争	9
第一节 争论焦点	9
第二节 赠与的效力	10
一、学术争论.....	10
二、赠与效力判断之我见.....	12
第三节 财产返还	14
一、无效合同返还说.....	14
二、自然债说.....	16
第四节 一个窘境：过错方的伊甸园	17
第三章 域外法比较研究与反思	19
第一节 大陆法：财产赠与之效力	19
一、德国法.....	19
二、法国法.....	20
三、其他国家和地区.....	20

第二节 大陆法：财产之返还	21
第三节 英美法	23
第四节 反思	24
一、公序良俗的滥用	24
二、一个误区——财产不予返还鼓励婚外同居行为	25
第四章 实现利益平衡之立法尝试	27
第一节 不法原因给付制度	27
一、制度功能	27
二、可行性分析	28
第二节 夫妻非常财产制	29
一、现行财产制度之缺陷	29
二、制度创新：非常夫妻财产制	30
结 语	32
参考文献	33

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Overview of the Donation Dispute in Extramarital Cohabitation	2
Subchapter 1 Extramarital Cohabitation and Extramarital Cohabitation Donation	2
Section 1 Extramarital Cohabitation.....	2
Section 2 Extramarital Cohabitation Donation.....	3
Subchapter 2 The judicial practice	4
Section 1 Invalid Extramarital Cohabitation Donation.....	4
Section 2 Valid Extramarital Cohabitation Donation.....	5
Subchapter 3 Legislative situation of Extramarital Cohabitation Donation	6
Chapter 2 Academic Controversy on the Settlement of the Dispute	9
Subchapter 1 Bone of Contention	9
Subchapter 2 Validity of Extramarital Cohabitation Donation	10
Section 1 Theories	10
Section 2 The Author's Points	12
Subchapter 3 Disposition of Subject Matter of Contract	14
Section 1 Results of Invalid Donation Contract	14
Section 2 Obligatio naturalis.....	16
Subchapter 4 A Dilemma of the Present Legislation	17
Chapter 3 Comeparison and Reflection of Resolution in Foreign Law	19
Subchapter 1 Civil Law on Validity of Extramarital Cohabitation Donation ..	19

Section 1	Germany Law.....	19
Section 2	French Law	20
Section 3	Law of Other Coutries	20
Subchapter 2	Civil Law on Disposition of Subject Property of Invalid Donation	21
Subchapter 3	Common Law	23
Subchapter 4	Reflection	24
Section 1	The Abuse of Public Orders and Good Customs Principle.....	24
Section 2	A Delimma——Legislation for Illegal Donor.....	25
Chapter 4	Introduction of NewLaw System for Dispute Settlement	27
Subchapter 1	Presentation of Illegal Cause.....	27
Section 1	Founction of the System	27
Section 2	Feasibility Study	28
Subchapter 2	Exceptional Marital Property System.....	29
Section 1	Defect of the Lawful Marital Property System.....	29
Section 2	Improvement with the New Property System.....	30
Conclusion	32
Bibliography	33

引言

一夫一妻制是历史的选择，婚姻和家庭承载着养老扶幼等诸多复杂的社会功能，是个人幸福和社会稳定的保障，目前社会上愈演愈烈的婚外性行为无疑对这一制度提出了挑战。重庆市婚姻危机服务中心的一项调查显示，婚外恋占婚姻问题比例的50%以上。^①规范婚外性行为引起的纠纷已经成为普遍的诉求，“全国妇联就修改婚姻法对全国31省市的民意抽样调查结果显示，婚外同居行为已经被认为是婚姻关系稳定的首要威胁，94.2%人认为应对重婚、包二奶予以法律制裁。”^②但是，对婚外性引起的财产纠纷特别是赠与纠纷的处理，我国没有明确的法律规制，《〈婚姻法〉司法解释（三）》草案曾试图解决这一问题，但因学界对草案规定无法达成共识，最终删除了相关条文，我国法律对该问题的回避态度导致实务中婚外赠与纠纷案件判决结果无法统一。司法实践中出于惩罚婚外同居行为的考虑，往往以赠与违反公序良俗为由认定赠与合同无效，对赠与人责任则采取无视态度，导致婚外同居违法成本小，最终的社会效果与其遏制婚外同居行为的目的南辕北辙。学界目前的观点或从维护受赠人财产权利的角度出发认定婚外同居赠与合同有效，或从维护无过错方配偶财产权利的角度出发以无权处分为由认定赠与合同无效，对合同的当事人、最大过错方赠与人的责任则鲜有提及，笔者认为，公平的结果应当建立在合理的理由构成之上，以避免主观擅断。论文意在取中立态度，在无效合同机制下详细分析婚外同居赠与的效力及财产的处分方法，寻求达成财产赠与人、受赠人及无过错配偶利益平衡的方式，探索制度创新之可能。

^①王礼仁. 婚姻诉讼审判与理论实务[M]. 北京: 人民法院出版社, 2009. 425.

^②王胜明, 主编. 中华人民共和国婚姻法修改立法资料选[M], 北京: 法律出版社, 2001. 273.

第一章 婚外同居赠与纠纷概述

第一节 婚外同居与婚外同居赠与

一、婚外同居

婚外同居并非一个法律概念，同居行为该作何解，我国立法上并无明确规定。司法解释中对“有配偶者与他人同居”做了阐述，《〈婚姻法〉司法解释（一）》第2条规定：婚姻法第3条、第32条、第46条规定的情形是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续稳定的共同居住。由此可见，构成同居应具备五个要件：1、有配偶，即同居的至少一方主体必须是已婚已有配偶者；2、与婚外异性，即必须和异性同居，否则不构成婚姻法之同居；3、不以夫妻名义，即不以夫妻名义同居，否则构成事实婚姻；4、具有持续性和稳定性，所谓持续、稳定，《现代汉语词典》释为保持延续、稳固安定，就是连续不间断的固定在一起生活；5、共同居住，即有配偶者与他人一同起居并发生性行为。^①但在实践中，婚外同居大多不能满足以上要件，如包二奶和通奸，多为半公开或者秘密进行，作为一种违背社会普遍道德的现象，很难做到持续稳定共同居住，但这并不能否认其侵犯合法配偶权益，违背忠实义务和同居义务的事实。持续、稳定、共同居住的高标准要求使得婚外同居者免于受到法律制裁是不合理的。实践中，以当事人的心理状态为准婚外同居通常有以下情形：单身者不知对方已婚而与之同居的，因我国法律规定，婚姻状况属个人隐私，普通公民无法由民事机关查明对方婚否状况，这种情况并不鲜见；单身一方知道对方已婚而与之同居的，在司法实践中这一情况最为常见，即通常所说包二奶的行为；还有通奸即双方都已婚且明知对方是已婚者而建立婚外同居关系的。《中华人民共和国婚姻法》第4条规定夫妻应当互相忠实，互相尊重。无论哪种情形的同居，有配偶一方都违背了夫妻忠实的义务，侵犯了一夫一妻制，

^①王礼仁. 婚姻诉讼审判与理论实务[M]. 北京: 人民法院出版社, 2009. 309.

有违公序良俗。^①

本文所论婚外同居关系是指有配偶者与婚外他人建立持续的不正当男女关系而使得原婚姻关系受到危害的事实状态，其外延大于《〈婚姻法〉司法解释（一）》规定的“有配偶者与他人同居”的情形。

二、婚外同居赠与

婚外同居关系中的赠与不同于普通赠与，普通赠与仅仅是赠与双方当事人的关系，而婚外同居赠与则牵涉到三个关系，首先，婚外同居双方的赠与关系；其次，夫妻之间互负忠诚义务的婚姻关系；另外，赠与双方的同居行为对婚内无过错配偶的侵权关系，前两者被第三者即同居关系对婚方的损害联系起来。婚外同居赠与的特殊性还体现在赠与的标的上，因我国法定夫妻财产制为婚后所得共同制，除个人特有财产外的所有婚后所得均为夫妻共同共有，婚外同居当事人间进行的赠与可能会侵犯到夫妻共同财产的安全。因为婚外同居赠与的特殊性，以普通赠与合同的处理方式处理婚外同居赠与纠纷是不合适的。婚外同居赠与依照不同的标准可归纳为以下类型：

首先，以赠与物的归属为准可以有以下几类：一、以个人特有财产赠与；二、以赠与人与合法婚姻配偶另一方的夫妻共同财产赠与；三、以赠与人的家庭共同财产或者与他人共有的财产为赠与；四、赠与财产为国家、集体或者他人财产，与赠与人无关，如以受贿财物赠与。其中第二种情形为侵犯夫妻共同财产权的情形，本文研究婚外同居赠与之类型即婚外同居赠与人以夫妻共同财产为赠与的情形。

其次，以赠与物给付时间为准，按照给付时间的不同，婚外同居赠与可分为以下四类：一、婚外同居之前为建立持续的同居关系赠与财产的；二、同居期间为维持同居关系赠与财产的；三、解除同居关系时给付财产的；四、遗赠，即以遗嘱方式将财产赠与同居人，赠与人死亡时始发生法律效力之赠与。《〈婚姻法〉司法解释（三）》草案对“为解除同居关系”以补偿的形式做出的赠与进行过明确的规定，但未涉及其他情形下的赠与或

^①蒋月. 婚外同居当事人的赠与[J]. 法学, 2010, (12):4-5.

补偿，其情形过于单一，不够全面。

再次，以受赠人身份为标准可以划分为两类：一是接受财产者为婚外同居当事人；二是接受财产者为同居者的亲属。前者是最常见的婚外同居者赠与财产的情形，既有婚外同居当事人相互之间的赠与，也有一方向另一方的赠与，既有已婚者向未婚者的赠与，也有未婚的同居一方向与之同居的已婚者赠与财物；后者如同居当事人一方将财产赠与同居另一方的父母或兄弟姐妹等亲属。

由以上分析可知，婚外同居赠与纠纷的具体情形复杂多样，本文研究对象为最典型之形式，即配偶一方赠与人将夫妻共同财产赠与婚外同居者，配偶另一方向受赠方提出赠与物返还请求的情形。在司法实践中通常表现为丈夫将夫妻共同财产赠与同居人，受害一方妻子愤而起诉。

第二节 司法实践现状

司法实践中婚外同居赠与纠纷呈现增长的态势，案例性质基本上都为婚外同居赠与人将争议财产赠与婚外同居人，但法院的判决结果有很大差别，甚至截然相反，分析有以下几种判决：

一、婚外同居赠与无效

无效判决又分两种：一是婚外同居赠与行为本身违法无效。代表性案例是广西北流市甘甲任、罗章惠诉卢晓燕返还赠与财产一案。与罗章惠结婚多年的甘甲任于 1999 年与卢小燕同居，为同居之便，由甘甲任出资 5 万元购买住房一套，房屋产权以卢小燕的名字登记。后卢小燕因情变提出与甘分手，甘与其妻子提出诉讼要求确认该房屋属于夫妻共同财产，要求被告卢小燕返还房屋或者返还 5 万元人民币。法院一审判决认为原告甘甲任与卢小燕之间的婚外同居行为，违反了我国的一夫一妻制原则，对社会的道德风尚和婚姻家庭的稳定及社会的安定团结产生严重影响，为法律所禁止。原告甘甲任基于与被告卢小燕有同居行为而以卢小燕的名义购买商品房的，是为了达到与卢小燕进行婚外非法同居的目的，因此认定该商品房是甘甲任进行非法活动的财物。该商品房的房屋产权人虽是卢小燕，形式上

是合法的，但实质上卢小燕取得该房屋是基于与甘甲任有非法同居关系而由甘甲任赠与的，因该赠与行为违反法律规定，是无效民事行为，财产不予返还而应予以收缴。^①

其次是婚外同居赠与因内容违反公序良俗而无效。典型案例是耳熟能详的四川泸州张学英诉蒋伦芳返还赠与财产一案。黄永彬和蒋伦芳 1963 年结婚。1997 年，黄永彬和张学英同居。张照顾黄至其因肝癌晚期去世。2001 年 4 月 18 日，黄永彬立下遗嘱并经公证，愿将其所得住房补贴金、公积金、抚恤金和卖房所获款的一半 4 万余元及自己所用手机等共计 6 万元的财产赠给张学英。黄永彬去世后张向蒋伦芳索要遗产遭拒，遂将蒋推上了法庭。2001 年 10 月 11 日，纳溪区法院一审宣判：赠与虽然意思表示真实，符合合同成立的形式要件，但因其内容违背公序良俗无效，驳回原告张学英的诉讼请求。一审判决之后，张学英上诉到泸州市中级人民法院，再次因赠与无效而败诉，财产全部归蒋伦芳所。^②

二、婚外同居赠与有效

有效判决分两种情况，一是完全有效，如南京大学生二奶案。单纯的女大学生轻信富商的甜言蜜语后，成了富商的“二奶”。俩人相处过程中，女方先后收受了男方给付的 21 万元。富商的妻子得知后，以丈夫的“二奶”不但侵犯了她和丈夫的合法夫妻关系，也侵犯了她对共同财产的处分权和所有权为由，请求法院判令“二奶”归还 21 万元，并公开赔礼道歉。南京市鼓楼区人民法院受理后，从保护财产权的角度出发，于 2005 年 12 月 13 日做出判决：被告享有接受赠与的权利，驳回原告诉求。^③

二是部分有效。如河南宛平张晓佳诉刘娜返还不当得利一案。2011 年 8 月张晓佳发现了丈夫陈峰的婚外情，并且得知，2008 年至 2010 年间，陈峰陆续给刘娜钱款 8 万元供其日常花销。气愤中的张晓佳向河南南阳市宛城区法院提起诉讼，要求被告陈峰和刘娜返还赠与财产。河南南阳市宛城区法院于 2011 年 3 月 20 日对张晓佳诉刘娜返还不当得利一案做出判决，

^① “包二奶包出罕见房屋纠纷”[EB/OL]. <http://news.sohu.com/99/26/news147672699.shtml>,2013-03-05.

^② “泸州二奶遗赠案”[EB/OL].<http://www.worlduc.com/blog2012.aspx?bid=14520209>,2013-02-23.

^③ 智敏, 女大学生遭遇特殊官司: 南京法院保护二奶财产权[J]. 法治与社会, 2006, (12): 32-33.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩