

家事代理的共同核心与更优规则

——以《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》
为考察对象

Common Core and Better Law of the Marital Representation:
Focus on “Principles of European Family Law Regarding
Property Relations Between Spouses”

王战涛

Wang Zhantao

【摘要】 我国婚姻法学界与实务界一直囿于传统家事代理，其对家事代理的理解并不全面，亦忽视了传统家事代理已全然“沦为”债权人保护规则故而与家庭保护相悖之事实。欧洲26国家家事代理的共同核心为我们理解传统家事代理提供了一般公式，据此可知《婚姻法解释（一）》第17条第1项并非典型的家事代理。《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》中设计全新的家事代理规则，既包含家事代理的共同核心，又极具更优规则之品质。鉴于该欧洲家庭法原则与我国婚姻法存在诸多一致与暗合，我国民法典婚姻家庭编可借鉴其对家事代理化整为零的体系设计，彻底摒弃传统家事代理的法定代理模式和夫妻连带责任后果，优化共同债务后果在婚姻债务规则和婚姻财产管理规则上的配置，从而实现家庭保护、夫妻保护和第三人保护在家事代理上的最佳平衡。

【关键词】 家事代理 同时管理权 共同债务 欧洲家庭法原则

【中图分类号】 DF55 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)02-0144-17

Abstract: Both academic and practical experts of family law are still confined to the traditional marital representation and their understandings are not comprehensive. And also the fact that the traditional marital representation has become a pure protection tool for the creditor so that it contradicts the principle of family protection. The common core of the marital representation from 26 European states provides a general formula for our understanding of the traditional marital representation. Compared with this formula, 17 (1) of the “First Edition of Judicial Interpretation of Marriage law” can not be deemed as a typical marital representation. The marital representation that is newly designed and structured by the “Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses” embodies not only the common core of the traditional marital representation but also the quality of better law. Considering that there are many consistencies and coincidences between European family law principles and Chinese marriage law, the latter can draw on the experience of the marital representation created by the European family law principles, that is, the representation ex lege model and the consequence of joint and several liability of the traditional marital representation shall be completely abandoned and the community debts assumption and the community property management due to daily family affairs shall be divided, in order to achieve the best balance between family protection, husband and wife protection and the third person protection in relation to the marital representation.

Key words: Marital representation Concurring administration Community debts Principles of European family law

【收稿日期】 2018-01-01

【作者简介】 王战涛，男，1984年1月生，德国哥廷根大学法学院博士候选人，研究方向为民法与欧洲家庭法。

【基金项目】 本文的研究和写作得到国家建设高水平大学公派研究生项目与德国哥廷根大学合作奖学金的资助，特此致谢。

一、引言

尽管婚姻法学界通说认为《婚姻法解释（一）》第17条第1项系适用范围限于夫妻共同财产的家事代理，〔1〕司法界也在指导意见和裁判文书中对第17条第1项直接冠以“家事代理权”之名。〔2〕但法学家们并不满足于此，要求全面规定传统家事代理的主张开始由理论走向实践。〔3〕钟情于传统家事代理的大多数婚姻法学者认为其可以明确夫妻共同债务，〔4〕也有学者认为鉴于当下“男主外，女主内”的婚姻模式仍占相当分量，规定传统家事代理可以保护女性财产权益。〔5〕

然而传统家事代理是否真的如此完美呢？恰恰相反，在当今社会，家庭主妇婚姻已十分罕见，双职工家庭成为主导，因而家事代理保护“家庭主妇”的现实意义已经很小。尤其对双收入夫妻或高收入夫妻一方而言家事代理未免多余，因为一方面夫或妻在家务管理上具有足够的经济能力，另一方面同其进行交易的第三人不会面临所谓的经济风险。家事代理对于夫妻民间借贷或尚有较大吸引力，但其亦可通过夫妻连带责任声明实现债权人保护。〔6〕放眼域外，很多国家家庭法均未特别规定家事代理，如英格兰/威尔士、匈牙利、爱尔兰、俄罗斯和瑞典等。〔7〕历史上英国普通法曾经通过1707年的

〔1〕 参见陈苇主编：《婚姻家庭继承法学》，中国政法大学出版社2014年版，第96页；杨遂全编著：《婚姻家庭亲属法学》，清华大学出版社2011年版，第106~107页；卓冬青、郭丽红、白云著：《婚姻家庭法》，中山大学出版社2012年版，第167~168页。

〔2〕 参见吴晓芳：“有关适用《婚姻法》司法解释的几个问题”，《法律适用（国家法官学院学报）》2002年第1期，第48页；《浙江省高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》（浙高法〔2009〕297号）也使用了“家事代理”规则。此外法官在裁判文书上直接对第17条第1项以“家事代理”之名适用的也很平常，例如（2016）粤18民终2862号，（2015）苏0803民申字16号，（2016）冀08民再43号，等等。

〔3〕 理论探讨如马忆南、杨朝：“日常家事代理权研究”，《法学家》2000年第4期；张学军：“锁匙权研究”，《金陵法律评论》2004年01期；江滢：“日常家事代理权的构成要件及立法探讨”，《法学杂志》2011年07期；杨振宏：“《民法典》总则增加家事代理制度的立法建议”，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016年第6期。实践层面如2015年4月中国法学会推出的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》第164条和王利明教授主编的《中国民法典学者建议稿》第220条以及2015年12月4日北航法学院课题组（龙卫球主持）发布的《中华人民共和国民法典·通则编》草案建议稿第174条均规定了传统的家事代理规则。

〔4〕 参见夏吟兰：“我国夫妻共同债务推定规则之检讨”，《西南政法大学学报》2011年第1期，第32页；何丽新：“民法典应重视家庭财产的保护——从台湾地区‘家’制说起”，《中华女子学院学报》2017年第1期，第28页；陈法：“我国夫妻共同债务认定规则之检讨与重构”，《法商研究》2017年第1期，第128页；官玉琴：“夫妻共同债务认定的法理基础及离婚妇女财产权益保护”，《中华女子学院学报》2016年第6期，第33页。

〔5〕 参见何丽新：“走出女性在夫妻共同债务推定规则下的困境”，载詹心丽主编：《女性性别研究：2014第1辑》，厦门大学出版社2014年版，第42页；前注〔4〕，官玉琴文，第33页。

〔6〕 例如有学者还提出“共债共签”等具体规则，参见叶名怡：“《婚姻法解释（二）》第24条废除论——基于相关统计数据的实证分析”，《法学》2017年第6期，第43页；陈法：“我国夫妻共同债务认定规则之检讨与重构”，《法商研究》2017年第1期，第132页。

〔7〕 下文第一部分“家事代理的共同核心”将详细述及，在此不赘。

James v. Warren 一案确定了妻子对丈夫的必要代理制度 (agency of necessity),^[8] 但其随着夫妻平权而最终通过 “Matrimonial Proceedings and Property Act 1970” 得以废除。^[9] 即便在拥有经典传统家事代理制度的德国法, 家事代理也受到越来越多的批评。^[10] 有德国学者认为家事代理只有在一般民事代理框架下被解释成 “表象代理” 或 “容忍代理” 才具有正当性。^[11] 也有学者坦言, 家事代理已经失去了保护妻子的原有功能, 而全然变成了债权人保护规则, 这种对债权人的过度保护无疑是 “错误的” 法律政策使然。^[12] 因此有学者对德国家事代理提出了修正。^[13] 甚至有法学家认为保留家事代理明显是对婚姻的歧视, 亦悖于宪法上的家庭保护原则, 故应将其从民法典中彻底删除。^[14]

既然传统家事代理与当代家庭法发展要求存在诸多失谐, 那么有没有不同于传统家事代理的更优的家事代理规则? 我国婚姻家庭法又当如何选择和设计家事代理制度? 有鉴于此, 本文有必要特别引介欧洲家庭法协会最新编纂的欧洲家庭法原则之《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》(Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses, 2013, 以下简称 “欧洲夫妻财产法原则”), 其中家事代理规则是对欧洲各国家庭法共同核心的吸收和在此基础上的优化设计, 实属不可多得的比较家庭法成果。

欧洲家庭法协会 (Commission on European Family Law, CEFL) 成立于 2001 年, 致力于欧洲家庭法的比较研究, 目前由 7 人组成的组织委员会和 50 名专家组成的专家

[8] “agency of necessity” 是指 “The right of the wife to pledge her husband’s credit for the necessities of life as agent of necessity only if he is under the duty to maintain her”。参见 P Bromley/N. V. Lowe, Family Law, London, 1987, pp. 209, 586。

[9] See J. C. Hall, Sources of Family Law, Cambridge, 1996, p. 42.

[10] 德国当代家事代理制度为德国《民法典》第 1357 条规定的 “旨在满足生活需求的事务” (Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs): 夫妻任何一方均有权处理合理满足家庭生活需求的事务, 且对夫妻另一方有效。夫妻双方通过该等事务均获有权利和义务, 但由情事得出其他结论的除外 (第 1 款)。夫妻一方可以限制或排除另一方照管对自己有效之事务的权利; 对该等限制或排除无充分理由的, 家庭法院可经申请对其予以撤销。该等排除或撤销仅依第 1412 条对第三人发生效力 (第 2 款)。第 1 款不适用于夫妻分居之情形 (第 3 款)。

[11] Vgl. Gerhard Struck, Gläubigerschutz und Familienschutz, AcP 1987, 404, 415.

[12] Vgl. Renate Käppler, Familiäre Bedarfsdeckung im Spannungsfeld von Schlüsselgewalt und Güterstand, AcP 1979, 245, 287.

[13] Annette Kliffmüller, Das rechtsgeschäftliche Handeln mit Wirkung für den anderen Ehepartner im Günstigkeitsvergleich nach Art. 16 II EGBGB, 1996, S. 194. 该学者建议将德国家事代理制度修正为: 无收入或低收入的夫妻一方有权实施旨在合理满足家庭生活需求的事务, 其行为对夫妻另一方有效。夫妻双方通过该等事务均获有权利和义务, 但依情事得出其他结论的除外 (第 1 款)。只要债权人尚未对夫妻另一方成功申请强制执行的, 无收入或低收入的夫妻一方依据针对夫妻另一方的内部免除请求权可以拒绝向债权人清偿 (先诉抗辩权)。《民法典》第 772 和 773 条在此亦相应适用 (第 2 款)。夫妻一方可以限制或排除依据第 1 款的权利; 对该等限制或排除无充分理由的, 家庭法院可以经申请对其进行撤销。该等排除或撤销仅依第 1412 条对第三人发生效力 (第 3 款)。第 1 款不适用于夫妻分居之情形 (第 4 款)。

[14] Vgl. Gerhard Struck, § 1357 (Schlüsselgewalt) verstößt gegen Art. 6 Grundgesetz, MDR 1975, 449 ff.

团构成。^[15]除了“欧洲夫妻财产法原则”，截至目前欧洲家庭法协会还编制出版了《关于离婚和离异夫妻之间抚养的欧洲家庭法原则》(Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, 2004)、《关于父母责任的欧洲家庭法原则》(Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, 2007)。欧洲家庭法协会不受任何国家政治的影响，亦不受欧盟委员会的指示，而是完全自治的学术组织。欧洲家庭法原则作为“学术法”，虽不具有法律约束力，却对欧洲各国家事立法产生了举足轻重的影响。^[16]欧洲家庭法协会的目标之一在于发展婚姻家庭法新的模式，创制可供使用的替代机制。^[17]其工作方法以功能比较为指导，以共同核心(common core)与更优规则(better law)的结合路径为基础：欧洲各国家庭法存在共同核心并将其作为最佳方案(共同核心即为最佳方案)；存在共同核心但选择了更优规则；不存在共同核心，即选择更优规则。^[18]因此有欧洲学者指出，欧洲家庭法原则作为优化规则也就更具现代性。^[19]

下文将根据欧洲家庭法协会共同核心和更优规则的工作思路：首先概括呈现“欧洲夫妻财产法原则”中家事代理规则所吸收的共同核心，即欧洲各国家事代理制度的共性内容；然后详细论述“欧洲夫妻财产法原则”中家事代理的优化规则体系；接着在此基础上讨论家事代理的更优规则对我国婚姻家庭法的借鉴意义；最后对以上内容进行简要总结。

[15] 7名组织委员会成员由分别来自不同欧盟国家的法学教授组成：荷兰乌特列支大学 Molen-graaff 私法研究所教授和德国 Bucerius 法律学院院长 Katharina Boele-Woelki 教授(组织委员会主任)、法国里昂第三大学 Frédérique Ferrand 教授、西班牙巴塞罗那大学 Cristina González Beilfuss 教授、瑞典乌普萨拉大学 Maarit Jänterä-Jareborg 教授、英国卡迪夫大学 Nigel Lowe 教授、德国奥德河畔法兰克福大学 Dieter Martiny 荣休教授和保加利亚普罗迪夫大学 Velina Todorova 博士。50名专家团成员大部分为家庭法和比较法领域的专家学者，也有部分法官和律师，专家团成员绝大多数来自欧盟成员国，部分来自俄罗斯、挪威和瑞士。

[16] 例如2008年葡萄牙关于离婚和亲权法的修改借鉴了欧洲家庭法原则，2014年1月1日生效的捷克民法典关于父母责任的条款基本上是根据《关于父母责任的欧洲家庭法原则》进行设计的，2014年荷兰关于将一般共同财产制修改为婚后所得共同制的议案很大程度上参考了“欧洲夫妻财产法原则”。See Jens M. Scherpe, *European Family Law Volume IV: The Present and Future of European Family Law*, Edward Elgar, 2016, p. 37. 最新修订的匈牙利民法典家庭编也直接借鉴了“欧洲夫妻财产法原则”。See O Szeibert, *Marriage and Cohabitation in the New Hungarian Civil Code-Answering the New Challenges*, in A Menyhárd, E Veress (eds), *New Civil Codes in Hungary and Romania*, Springer, 2017, p. 189.

[17] See K Boele-Woelki, *The Working Method of the Commission on European Family Law*, in: K Boele-Woelki (ed), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, 2005, pp. 15~38.

[18] 此外欧洲家庭法协会的优化规则还考虑到欧洲各国家庭法的差异，因此更优的思路还体现在虽然存在共同核心，但将解决方案留给国内法，或不存在共同核心，把解决方案留给国内法。See K Boele-Woelki, 'Ziel- und Wertvorstellungen der CEFL in ihren Prinzipien zum europäischen Familienrecht', in: Alain-laurent et al (eds), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*, Liber Amicorum Walter Pintens, 2012, pp. 174~178.

[19] 有学者认为欧洲家庭法原则的现代性甚至会对欧洲各国相对保守的家庭法文化造成“威胁”。See M Antokolskaia, 'The 'Better Law' Approach and the Harmonisation of Family Law', in: K Boele-Woelki (ed), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, p. 182.

二、家事代理的共同核心

“欧洲夫妻财产法原则”萃取了欧洲 26 个国家家庭法的共同核心。^{〔20〕}为了更好地理解其中的家事代理规则，有必要首先梳理欧洲各国家庭法中家事代理的共性内容。欧洲 26 国家家事代理的共同核心可以从立法类型和共同要素两个方面进行概括和归纳。

（一）家事代理的立法类型

欧洲 26 国家庭法关于家事代理的规定从立法例上可以分为两类：一类是普通代理的一般规则，另一类是家事代理的特别规定。属于第一类立法例的国家有英格兰/威尔士、爱尔兰、瑞典、俄罗斯、匈牙利，其家庭法根本上均无典型的家事代理规则。其中前四者明确家事代理行为直接适用普通代理的一般规则，而俄罗斯和匈牙利对此未明文规定。^{〔21〕}第二类属于大多数国家的通行做法。其中又可以分为两类：一是完全的家事代理规则，如奥地利、比利时、丹麦、芬兰、德国等国的家事代理制度一般都规定了家事代理的适用情形、家事代理授予、法律后果和第三人保护；二是家事代理附以普通代理规则，如荷兰、意大利、立陶宛和瑞士的家事代理同时又可补充适用民事代理规则，而保加利亚则直接规定夫妻之间可以相互代理。^{〔22〕}

（二）家事代理的共同要素

1. 法定代理的定性

只有少数国家的家庭法直接将家事代理定性为法定代理，如奥地利、挪威、捷克、斯洛伐克、瑞士、加泰罗尼亚均属此类。^{〔23〕}更多的国家则没有直接将家事代理通过文字“代理”表达出来，而是从夫妻一方家事代理行为的法律效力直接及于另一方的教义解释角度认为家事代理系法定代理，如比利时、法国、意大利、西班牙等。^{〔24〕}不过德国法学界通说并不认为家事代理属于法定代理，因为家事代理明显区别于普通民事代理，因为其不需要公示，其不仅对被代理人产生代理效果，对代理人本人也产生代理后果，所以德国法学界通说认为家事代理是特有的家庭法法权（familienrechtliche Rechts-

〔20〕 26 国包括奥地利、比利时、保加利亚、加泰罗尼亚、捷克、丹麦、英格兰/威尔士、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、爱尔兰、意大利、立陶宛、马耳他、荷兰、挪威、波兰、西班牙、俄罗斯、斯洛伐克、西班牙、瑞典、瑞士等。

〔21〕 See K Boele-Woelki, B Braat, I Curry-Sumner (eds), *European Family Law in Action Volume IV: Property Relations Between Spouses*, Intersentia, 2009, pp. 217~226.

〔22〕 同上注。希腊虽然没有关于家事代理的一般性规定，但是民法典第 1399 条规定在法定财产制下夫妻一方可以将其管理自己财产的权利授予另一方。保加利亚的债务与合同法则规定夫妻双方可以根据普通代理规则进行相互代理。

〔23〕 如瑞士《民法典》第 166 条第 1 款规定，夫妻任何一方于共同生活期间均可为家庭持续性需求而代理婚姻共同体；奥地利《普通民法典》第 96 条第 1 句规定，管理共同家务且无收入的夫妻一方可代理另一方为日常生活之法律行为，该法律行为应为共同家务而缔结且不得超过夫妻双方生活状况的一个合理标准。

〔24〕 See K Boele-Woelki et al, *Principles of European Family Law Regarding Property Relationships Between Spouses*, Intersentia, 2014, pp. 79~80.

macht sui generis)。〔25〕

2. 共同家务或家庭需求

所有特别规定家事代理的国家无一例外均将家事代理范围限定在共同家务或家庭需求之内。有些国家将家事代理范围规定为共同家务，如丹麦《婚姻效力法》第11条第1款规定，共同生活期间在涉及第三人关系上夫妻任何一方均有权为满足家务、子女日常需要以正常方式订立对夫妻双方均发生效力的法律行为。〔26〕法国《民法典》第220条第1款规定，夫妻任何一方均可以为管理家务和教育子女独自订立合同；任何一方以此发生的债务亦应由另一方共同承担。荷兰《民法典》第85条第1款规定，夫妻一方应当与另一方一起以全部额度对另一方为正常家务管理所缔结的债务承担责任，其还包括夫妻另一方以雇主身份为家务管理订立劳动合同而产生的债务。〔27〕有些国家则将家事代理范围规定为家庭生活需求，如德国《民法典》第1357条第1款将家事代理限定在合理满足家庭生活之需求范围内，生活需求一般是指衣食住行的家事行为，其既包括夫妻之间、也包括子女的生活需求。瑞士《民法典》第166条第1款的规定与德国法类似，其规定家事代理以满足家庭持续需求为限。奥地利《普通民法典》第96条也有类似规定。

不论共同家务还是家庭需求，其基本内容没有多大差别，且结果一般也是夫妻双方均应对夫妻一方依家事代理权为家庭正常需求或日常家事而缔结的债务承担连带责任，如法国《民法典》第220条第1款、荷兰《民法典》第85条第1款，而挪威《婚姻法》第41条第3句规定则更为明确，如根据具体情事不能得出其他结论的，上述法律行为（家事代理行为）应当视为由夫妻双方缔结。〔28〕但是有些国家家事代理规则还要求家事代理行为必须与家庭正常的生活标准相一致，超过此标准的事事代理行为由行为人一方承担责任。例如奥地利《普通民法典》第96条第1句规定家事代理行为不得超出夫妻生活状况的相应标准。比利时《民法典》第222条第2款也规定，夫妻另一方对超出家务手段过高的债务不承担责任。〔29〕德国法虽然没有如此规定，但是通说认为对满足家庭生活需求合理性的判断不应当从受领者的角度，而应考虑每个家庭的特定关系以及客观具体的生活需要。〔30〕

3. 缺席、患病或能力缺失

属于家事代理特别规定类型的大多数国家，虽然其家事代理的范围千差万别，但都承认被代理的夫妻一方如因缺席、患病或能力缺失而不能作出代理授权表示的，夫妻另一方有权对其进行代理。奥地利、比利时、捷克、丹麦、法国、立陶宛、马耳他、荷兰、波兰、葡萄牙、瑞士和加泰罗尼亚等对此均有特别规定。〔31〕

〔25〕 MüKoBGB/Roth, 7. Aufl. 2017, § 1357, Rn. 10; Thomas Rauscher, Familienrecht, 2001, § 14 V, Rn. 275; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 19 IV Rn. 4; Soegel/Lipp, 13. Aufl. 2013, § 1357 Rn. 11.

〔26〕 Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Dänemark, S. 66.

〔27〕 Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande, S. 104.

〔28〕 Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Norwegen, S. 89.

〔29〕 Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Belgien, S. 97.

〔30〕 Vgl. Staudinger/Voppel (2012), § 1357 Rn. 41.

〔31〕 参见前注〔21〕。

各国对夫妻一方在此情形下如何获得家事代理权的规定可以分为两种：一种是自动获得，另一种向司法机关申请授权。前者如瑞典《婚姻法典》第6章第4条1款第1句规定，夫妻一方因患病或缺席而不能自行照管其事务且缺少家庭供养物质的，夫妻另一方可以在必要的范围内使用患病或缺席夫妻一方的收入和财产收益以及取走其银行存款和其他资金。^{〔32〕}后者为大多数国家的做法，其中有的国家规定夫妻一方可以向法院申请要求单独处理家事，如法国《民法典》第217条和219条规定夫妻一方不能作出表示或其反对有悖于家庭利益时，另一方可以向法院申请授权其单独处理；此外还有国家规定夫妻一方可以向法院申请要求直接代理夫妻另一方，如波兰《家庭和监护法典》第39条规定，夫妻一方拒绝同意而给另一方行为造成不可逾越的困难时，另一方可以请求法院代为同意。^{〔33〕}从上述规定也可以看出，有些国家家庭法的规定显然超出了缺席、患病或能力缺失的情形，还同时涉及其他夫妻一方不能作出表示或无正当理由拒绝的情形。

4. 夫妻一方的授权

大多数国家规定家事代理乃夫妻双方的权利，而《奥地利普通民法典》第96条则规定只有管理共同家务且无收入的夫妻一方才可享有家事代理权。不论是夫妻双方还是单方家事代理权，其授予均来自立法者意志。而加泰罗尼亚家庭法典规定则更为直接：如夫妻一方进行的家事代理系旨在满足家庭需求，则推定夫妻另一方已经同意。^{〔34〕}

除此之外，此处我们需要关注的是，除了上述夫妻一方因缺席、患病或能力缺失而无法作出表示时，夫妻另一方基于立法者意志可以获得家事代理权或因共同家务获得家事代理权外，涉及其他家事行为的夫妻家事代理应当经由另一方授权。这里的授权也可以分为两类：一类是普通代理授权，即对于共同家务和被代理一方因缺席、患病或能力缺失而不能作出表示的情形之外的事务，应当适用一般民事代理规则，如西班牙《民法典》第71条规定，未经夫妻另一方授权，夫妻任何一方均不得代理另一方。^{〔35〕}意大利《民法典》第217条第2款、希腊《民法典》第1399条、芬兰《婚姻法》第63条等规定了夫妻一方可以委托另一方管理其个人财产。^{〔36〕}但是这些规定同无此规定的国家相比并无特殊之处，因为后者适用规则也是一般民事代理规则。另外一类是特别授权，法国、立陶宛、马耳他、荷兰、斯洛伐克和瑞士对该等情形下的授权要求书面为之，其中马耳他和斯洛伐克则规定为婚姻财产协议或公证形式。^{〔37〕}

5. 共同生活

有些国家要求只有在发生婚姻共同生活之时才能适用家事代理，换言之，婚姻期间夫妻没有发生共同生活之时，便不再适用家事代理，比较典型的就德国《民法典》第1357条规定夫妻双方分居时不再适用家事代理。瑞典《婚姻法典》第6章第4条第1

〔32〕 Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Schweden, S. 56.

〔33〕 Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Poland, S. 54.

〔34〕 不过加泰罗尼亚婚姻法典第4条规定了什么类型的债务属于夫妻共同债务。参见前注〔24〕，K Boele-Woelki 等书，第80页。

〔35〕 Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Spanien, S. 49.

〔36〕 参见前注〔21〕。

〔37〕 参见前注〔24〕，K Boele-Woelki 等书，第82~83页。

款第2句也规定,这(第1句规定的家事代理)不适用于夫妻双方不再共同生活或者存在被授权人、监护人、照管人或辅佐人有权代理患病或缺席夫妻一方的情形。^[38]

6. 排除和撤回

首先是有些国家规定被代理夫妻一方可以排除某些家事代理行为,如德国《民法典》第1357条第2款第1句规定,夫妻一方可以限制或排除另一方照管对己有效之事务的权利;对该等限制或排除无充分理由的,家庭法院可经申请对其予以撤销。这实际上为不希望对某些家事代理行为承担责任的夫妻一方提供了处置家事代理的机会。例如《奥地利普通民法典》第96条第2句规定,这(家事代理)不适用于夫妻一方已经向第三人表明其不愿夫妻另一方代理之情形。在此情形第三人知晓该等排除的,家事代理仅对实施家事代理的夫妻一方发生效力。此外,还有国家规定允许夫妻一方撤回家事代理权,如法国《民法典》第218条第2款规定,夫妻一方可以在任何情形下自由撤回授权。

三、家事代理的更优规则

“欧洲夫妻财产法原则”对欧洲26国家家事代理规则的共同核心并不是简单地“重述”,而是在此基础上创制了更为精细的优化规则。为便于下文展开,有必要先对“欧洲夫妻财产法原则”的整体框架作一简单说明。除了前言,其主体部分分为三章:第一章“夫妻一般权利和义务”(第4:1条至第4:9条)包含了婚姻之于夫妻财产的人身影响和一般法律效果;第二章“夫妻财产协议”(第4:10条至第4:15条)是关于约定财产制的规定;第三章“夫妻财产制”分为第一节“婚后所得分配制”(第4:16条至第4:32条)和第二节“婚后所得共同制”(第4:33条至第4:58条),而该两节的内容结构均为概念→财产(积极财产)→债务(消极财产)→管理→终止→清算→分割。^[39]

通过抽丝剥茧取欧洲各国家庭法之精粹和优化更新采更佳之法则,“欧洲夫妻财产法原则”对传统家事代理制度实施了全面革新:在其整体构造上进行“化整为零”;在其功能上进行“家事”和“代理”的“二元分割”;在其管理内容和债务后果上进行“优化配置”;在其行使条件上进行了信息透明化的配套。以下将对此进行具体展开。

首先,整体结构上化整为零。在“欧洲夫妻财产法原则”中根本找不到包含传统家事代理全部特征的家事代理规则,相反,传统家事代理的内容被分配到了第一章和第三章第二节之中,“欧洲夫妻财产法原则”规定的家事代理早已不再是无所不能的家事代理。^[40]其中第4:7条〔代理〕为专门的“家事代理”规则,第4:4条〔对家庭生活

[38] Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Schweden, S. 56.

[39] “欧洲夫妻财产法原则”查阅网址: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf>, 其他欧洲家庭法原则及其相关材料亦可在欧洲家庭法协会官网下载。

[40] 鉴于我国法定夫妻财产制本质亦为婚后所得共同制,故本文将重点分析“欧洲夫妻财产法原则”第二章第二节的相关规则。当然本文中心论题为家事代理,不涉及婚姻财产关系的全部规则。此外“欧洲夫妻财产法原则”也未涉及离婚法财产后果的内容,故对欧洲家庭法协会婚姻财产法原则的整体了解还需结合《关于离婚和离异夫妻之间抚养的欧洲家庭法原则》。

需求的贡献〕也包含了家事代理的供养特质,第4:8条〔信息义务〕则是对传统家事代理作为“法定代理”无需告知授权的矫正,第二章第二节第4:40条〔共同债务〕和第4:41条〔个人债务〕、第4:44条〔共同财产的管理〕和第4:45条〔需要共同管理的事务〕等则融合了传统家事代理内容和后果上的要件和特征。

其次,功能上二元分割。第4:7条直接以〔代理〕冠名:“(1) 夫妻一方可以授权夫妻另一方对其在法律交易中进行代理。(2) 夫妻一方无能力表达其意志的,主管机关可以授权夫妻另一方:(a) 独立处理需要夫妻一方同意的情形;(b) 代理夫妻一方可以独立处理的事务。”可见“欧洲夫妻财产法原则”采取了大多数国家使用的家事代理特别规定的立法类型,对家事代理进行了专门规定。然而“欧洲夫妻财产法原则”没有采取大多数国家的法定代理模式,而是采用了“委托代理”,其出发点是考虑到基于夫妻资金能力、权利义务和长期承诺等因素法律交易一般呈现多样性,对其不宜采取一刀切的做法,因此需要赋予夫妻一方“自我决定权”——决定其是否愿意受夫妻另一方实施的法律交易之约束,当然这也意味着夫妻一方可以随时撤回其授权。^{〔41〕}至于授权是采取书面、口头抑或暗示,第4:7条并没有规定,这取决于各国家庭法的习惯。不过第4:7条第2款又对委托代理向传统家事代理作了一定程度的回归,即吸收了夫妻一方因缺席、患病或能力缺失不能表达意志的要素,这是因为当夫妻一方不能表达意志作出授权时,固然有必要为保护家庭利益而赋予夫妻另一方处理所涉家事事务的权利。^{〔42〕}同样第2款没有规定无能力的具体情形,也是考虑到各国家庭法的具体习惯。

显然,从第4:7条规定的“家事代理”亦发现不了“家事”的影子。“欧洲夫妻财产法原则”将传统家事代理中的“家事”内容完全分离出来“还给”了第4:4条〔对家庭生活需求的贡献〕:“(1) 夫妻任何一方均有义务依其能力对家庭生活需求作出贡献。(2) 家庭生活需求贡献包括对家务管理、夫妻双方个人需求、子女抚养和教育方面的贡献。(3) 夫妻一方没有履行其对家庭生活需求的贡献义务的,夫妻另一方可以向主管机关要求决定其贡献。”第4:7条规定了三个方面的内容,即夫妻双方对家庭生活需求的贡献义务,对家庭生活需求的定义和夫妻一方不履行贡献义务时夫妻另一方的救济。由此可知,第4:4条和第4:7条好像是传统家事代理银币的两个面:一面是权利而另一面则是义务。然而,第4:4条并没有吸纳26个欧洲国家中22国均予认可的夫妻连带责任的共同核心,而是果断对其予以摒弃。欧洲家庭法协会对此的论证理由非常精彩,为保持其震撼意义特誊写如下:“鉴于更优规则路径,此等连带责任显得陈旧,只有在丈夫工作而妻子居家照顾子女的时代方具合理性。此外,相对于同未婚人士的缔约交易,此等连带责任在债权人与夫妻一方的交易中赋予债权人更好的地位。没有更强的理由支持此等有利于债权人的规则。”^{〔43〕}此外,与多数国家的笼统性规定相比,第4:4条第2款对于家庭生活需求的具体定义则更为具体。

再次,内容后果上优化配置。上述传统家事代理导致的共同债务后果和“法定代理”并没走远,而是被重新分置到了“欧洲夫妻财产法原则”第二章第二节婚后所得共同制的债务规则和财产管理部分。先看债务规则部分。首先是第4:40条〔共同债务〕:

〔41〕 参见前注〔24〕,K Boele-Woelki 等书,第85页。

〔42〕 同上。

〔43〕 同上,第62~63页。

“共同债务包括：(a) 夫妻双方共同缔结的债务；(b) 夫妻一方为合理的家庭生活需求所缔结的债务；(c) 对于子女的抚养义务；(d) 夫妻一方为使用或管理共同财产或为共同财产之利益所缔结的债务；(e) 夫妻一方职业活动所涉及的债务；(f) 同归属于共同财产的赠与或遗赠有关的债务；(g) 不能证明属于个人债务的债务。”^[44] 然后是第4:41条〔个人债务〕：“个人债务包括：(a) 成立婚后所得共同制之前的债务；(b) 同夫妻一方在夫妻财产制存续期间获得的赠与或继承情形有关的债务；(c) 涉及个人财产的债务；(d) 个人性质的债务；(e) 未经夫妻另一方必要同意而缔结的债务。”

第4:42条〔共同债务承担〕和第4:43条〔个人债务承担〕根据上述债务分别作出了具体承担规定：不仅共同财产而且作为债务缔结人的夫妻一方的个人财产均应对共同债务承担清偿责任，即“共债共偿与一方个偿原则”（第4:42条第1款），此系欧洲各国法的共同核心；对于构成连带责任共同债务，夫妻另一方虽非债务缔结人，但其亦应以个人财产对该等共同债务负清偿责任，即“共债共偿与双方个偿原则”（第4:42条第2款），此为更优法则。对于个人债务则“个债个偿”（第4:43条第1款），此系欧洲各国法的共同核心；但例外是对基于侵权或刑事行为的个人债务，如作为债务人的夫妻一方的个人财产、收入和收益不足清偿该个人债务的，夫妻共同财产净值的一半亦应对此负担清偿责任（第4:43条第2款），此为更优法则。^[45]

从第4:40条七条共同债务标准和第4:41条五项个人债务标准可以看出，传统家事代理规则仅仅是十二条标准中的一个，它已经受到极度的瘦身和削权。而更重要的是，根据上述第4:4条，夫妻一方对家务管理的贡献并不产生连带责任，也就是说传统家事代理导致的债务应当由夫妻共同财产和作为行为人的夫妻一方的个人财产进行清偿；而根据第4:41条第e项，未经夫妻一方依据第4:7条授权的代理行为导致的债务应当属于个人债务。不仅如此，如果联系到财产管理规定部分的第4:46条，未经夫妻一方同意而擅自处理需要共同管理财产的事务，另一方有权申请宣告无效。^[46] 因此，“欧洲夫妻财产法原则”将家庭保护置于第一位，而第三人保护则逊于家庭保护，这种做法也得到域外研究者的赞同。^[47]

传统家事代理虽名为代理，但其既可构成负担行为，也可涉及处分行为，因此它与婚姻财产管理密不可分。婚姻财产管理是指涉及不同行为情形的、范围广泛的管理，它既可以是法律行为，也可以为纯粹的事实行为，如修复婚姻物品。^[48] “欧洲夫妻财产法原则”规定的婚后所得共同制的财产管理规则与我国《婚姻法》第17条和《婚姻法解释（一）》第17条规定的平等处理权有诸多暗合之处，故有必要对其进行特别介绍。首先是第4:44条〔共同财产的管理〕：“（1）夫妻任何一方均有权管理共同财产。但

[44] 本条没有规定债务承担的先后顺序，有些国家如意大利、西班牙和立陶宛规定了共同债务债权人应当先要求以共同财产承担清偿责任，之后不足的才可以要求以个人财产进行清偿。

[45] Vgl. Dethloff/Timmermann, CEFL-Prinzipien zu den vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten, NZFam 2016, 1076, 1078 f.

[46] 同时夫妻一方基于重要原因可以向主管机关申请婚内分割共同财产，即我们通常所说的非常财产制，参见“欧洲夫妻财产法原则”第4:49条。

[47] See M De Jong, W Pintens, Default Matrimonial Property Regimes and the Principles of European Family Law—a European-South African Comparison (Part 2), Journal of South African Law, 2015, p. 561~562.

[48] See F Ferrand, ‘The Community of Acquisitions Regime’, in K Boele-Woelki et al (eds), Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities, Intersentia, 2014, p. 51.

重大事务需要夫妻双方共同管理。(2) 夫妻一方拒绝同意需要共同管理之事务的, 夫妻另一方可以向主管机关申请授权, 以独立处理该等事务。”然后是第 4: 45 条〔需要共同管理的事务〕: “在遵循第 4: 4 至 4: 8 条之规定和兼顾夫妻经济关系的前提下, 尤其下列事务需要共同管理: (a) 对不动产的取得、出卖和设置负担; (b) 缔结重要借贷合同、担保和保证; (c) 实施重要赠与。”接着是第 4: 46 条〔事务无效宣告〕: “对需要共同管理的事务, 拒绝同意的夫妻一方可以向主管机关申请无效宣告。”除了上述规定, 第 4: 47 条规定了个人财产由夫妻一方独立管理。第 4: 48 条规定了〔共同财产管理权的削减〕: “(1) 经夫妻一方申请, 对如下情形主管机关可以对夫妻另一方的共同财产管理权予以部分或全部削减: (a) 夫妻另一方不能表达自己意志; (b) 重大瑕疵管理; 或 (c) 对第 4: 8 条信息义务的严重违反。(2) 削减的夫妻另一方的共同财产管理权, 由夫妻一方独立享有。(3) 夫妻任何一方均可向主管机关申请恢复夫妻另一方受削减的管理权。”

上述规则实际上是规定了三种形式的管理: 同时管理 (concurring administration, 第 4: 44 条第 1 款)、共同管理 (第 4: 44 条第 2 款) 和专有管理 (第 4: 47 条)。〔49〕同时管理是指夫妻任何一方对共同财产的独立管理, 其涉及的是日常交易事务, 一方面夫妻双方均可同时处理, 另一方面夫妻一方应当容忍另一方的管理行为, 而这又与传统家事代理何其相似! 同时管理可以包括一切实际管理、处理和使用, 这种同时管理岂不是比传统家事代理后果有过之而无不及? 显然不是, “欧洲夫妻财产法原则”关于夫妻财产的管理已经有很多具体的规定, 如第一章第 4: 5 条规定了家庭住房和家庭物品的保护, 实施关于家庭住房和家庭物品的任何负担行为和处分行为均应当获得夫妻双方的同意; 第 4: 6 条规定了租赁婚姻住房的保护, 未经夫妻另一方的同意, 夫妻一方不得终止或变更租赁关系。〔50〕根据上述, 夫妻一方履行日常家务方面的供养义务, 依第 4: 4 条不导致连带责任, 其产生的是第 4: 40 条第 d 项下的一般共同债务。〔51〕此外, 依据第 4: 48 条夫妻一方可以削减另一方的管理权。总之, 第 4: 44 条第 1 项思想基础是夫妻双方的平等与独立, 〔52〕同时管理共同财产是夫妻内部应就责任分配以及财产事务决定达成一致的任务, 立法者对此不应介入。〔53〕同时第 4: 46 条和第 4: 5 条、第 4: 6 条家庭保护的思想保持一致。〔54〕

最后, 信息义务的配套。值得推荐的是第 4: 8 条〔告知义务〕: “夫妻任何一方均

〔49〕 参见前注〔24〕, K Boele-Woelki 等书, 第 278 页。

〔50〕 不仅欧洲大多数国家家庭法都有保护家庭住房的规定, 而且德国和法国签署的关于选择增益共同制的财产制协议 (Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft) 第 5 条也特别规定了家庭住房的保护, 此外欧洲理事会 1981 年 10 月 18 日关于夫妻占有家庭住房和适用家庭物品之权利的建议 (Council of Europe Recommendation of 18th October 1981 on the rights of spouses relation to the occupation of the family home and the use of the household contents) 也有类似内容。

〔51〕 参见前注〔45〕, Dethloff/Timmermann 文, 第 1078 页。

〔52〕 参见第 4: 2 条〔夫妻平等〕: 夫妻任何一方有平等的权利和义务。第 4: 2 条〔夫妻一方法律能力〕: 遵循以下规定, 夫妻任何一方拥有完全的权利能力、行为能力和可以与夫妻另一方及第三人实施法律行为。

〔53〕 参见前注〔24〕, K Boele-Woelki 等书, 第 278 页。

〔54〕 不过欧洲家庭法协会将第 4: 46 条是否保护善意第三人的任务交给了欧洲各国国内法处理, 因为这完全是各国法律政策的考量。同上注, 第 290 页。

有义务向另一方告知其财产和债务以及重要管理行为的必要信息，以便夫妻另一方能够行使其权利。”第4：8条一样没有具体规定如何履行告知义务，欧洲家庭法协会的意图仍然是将其留给国内法解决。告知义务的目的在于保证夫妻一方能够行使其应有的权利（如同同意权）和避免管理不当。^{〔55〕}告知义务不以夫妻财产制的区别而异，对其亦不可排除适用。不过，关于日常家事的处理应当不属于告知义务的内容，因为其一般不影响夫妻一方权利的行使。虽然告知义务被规定于第一章通则部分，但其却是婚后所得共同制的焦点，因为告知信息是夫妻一方依其能力履行供养义务的基础，而且告知义务可以弥补夫妻之间的信息不对称从而起到防止发生纠纷的作用。^{〔56〕}需要指出的是，“欧洲夫妻财产法原则”第一章规定的夫妻一般权利和义务条款要比欧洲各国家庭法同等内容规定的地位重要得多。^{〔57〕}因此严重违反告知义务可以发生第4：48条第1款第c项规定的对夫妻一方财产管理权的削减或导致婚姻财产制的提前终止。^{〔58〕}

四、更优规则的借鉴意义

（一）简要评价

通过上文对家事代理共同核心与更优规则的全景式回放可知，对于“欧洲夫妻财产法原则”不宜说其立法例属于抽象抑或抽象加列举，而是全新的立法尝试：对传统家事代理在整体构造上进行了化整为零的体系设计；在功能上实施了“家事”和“代理”的二元分割；在财产管理内容和债务构成与承担上实现了优化配置；在制度缺陷上进行了信息透明化的配套。而这些不得不令我们拍案叫绝。

现代家事代理已经失去了保护妇女的原有功能，而完全沦为保护债权人的工具。家事代理也因为对第三人保护过度而备受诟病。即便是德国传统家事代理制度，其教义学理论和判例规则均高度发展，但这并不能掩盖传统家事代理的先天性不足，那就是“转化责任”给夫妻一方和婚姻保护带来的戕害。^{〔59〕}相比之下，“欧洲夫妻财产法原则”则更为可取，第4：7条仅采传统家事代理“代理”之形式，而第4：4条则吸收传统家事代理“家事”之内容，且后者又不承认家事代理连带责任，而将婚姻家庭保护作为最高目标。第4：40条与第4：41条确定的十二条标准仅将传统家事代理导致共同债务作为标准之一，且通过第4：42条和第4：43条的共债共偿和一方个偿、共债共偿和双方个

〔55〕 Vgl. Boele-Woelki/Martiny, Die CEFL und die Prinzipien zum europäischen Familienrecht betreffend vermögensrechtliche Beziehungen zwischen Ehegatten: der Weg zu einem europäischen Ehegüterrecht, ZEuP 2014, 608, 612.

〔56〕 参见前注〔24〕，K Boele-Woelki等书，第90页。

〔57〕 See K Boele-Woelki, General Rights and Duties in the CEFL Principles on Property Relations Between Spouses, in K Boele-Woelki et al (eds), Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities, Intersentia, 2014, p. 12.

〔58〕 参见“欧洲夫妻财产法原则”第4：24条第d项和第4：49条第d项。

〔59〕 德国学者将家事代理导致的连带责任称为“转化责任”（Versionshaftung），其思想是夫妻双方构成经济共同体，在该共同体框架下夫妻一方共享家事代理的馈赠和占有家事代理的财产利益，故应对夫妻另一方承担责任。Vgl. Jan Dirk Harke, Schlüsselgewalt als Versionshaftung, FamRZ 2006, 88 ff.

偿以及个债个偿及其例外的规则实现了家庭保护、夫妻保护和第三人保护的平衡。^[60]

不论欧洲各国家事代理的共同核心，还是“欧洲夫妻财产法原则”优化的家事代理规则，均将家事代理限缩于日常家事，而重大事务则需要夫妻双方一致同意，不应被“家事代理”。家事代理的共同核心认可家事代理权的限制规则，但是“欧洲夫妻财产法原则”第4:7条规定的“代理”没有接受该部分元素，因为它的基础是委托代理。不过第4:48条又将传统家事代理中的这部分内容吸纳进来，但其已经不再是代理的内容，而是共同财产管理之内容。德国法上要求家事代理人承担注意义务，“欧洲夫妻财产法原则”对此没有规定，而是将其交由欧洲各国国内法。但是“欧洲夫妻财产法原则”第4:4条不承认履行家务管理义务的连带责任，第4:40条第b项规定夫妻一方为合理满足日常生活需求而缔结的债务属于共同债务，但根据第4:42条第1款对该等债务的承担由共同财产和缔结债务一方的个人财产承担，即共债共偿和一方个偿，只有在连带债务情形才由非缔结债务的夫妻一方以个人财产承担责任，即共债共偿和双方个偿。

（二）暗合与借鉴

从欧洲各国家事代理共同核心上观察，《婚姻法解释（一）》第17条第1项不能视为典型的家事代理规则。相反，第17条与“欧洲夫妻财产法原则”第4:44条第1款如出一辙，不论其立法思想还是文意表达上均极其相似。如上文所示，第4:44条第1款已经与传统的家事代理相差甚远，其关注的是夫妻基于日常生活对夫妻共同财产管理之需要，表征的是夫妻双方对共同财产的同时管理，而不是对日常家务的管理，相反后者被“欧洲夫妻财产法原则”规定于第4:4条。与之相仿，我国《婚姻法解释（一）》第17条第1项宜理解为夫妻双方的同时管理权。

“欧洲夫妻财产法原则”将婚后所得共同制规定为共同财产和个人财产，与《婚姻法》第17条、第18条的规定十分一致，都是有限的“共同财产制”。^[61]而“欧洲夫妻财产法原则”规定的婚后所得共同制实际上更多地融合了采自欧洲各国家庭法的共同核心，因此其也就具有更高层次的共性。^[62]同时“欧洲夫妻财产法原则”规定的婚后所得共同制又是采自欧洲各国家庭法的“现代版”，因为第4:57条允许在“不寻常之苛”（exceptional hardship）情形下偏离共同共有的思想。^[63]“欧洲夫妻财产法原则”的这种现代性与我国《婚姻法“解释”（三）》第4条的规定存在异曲同工之妙。此外，“欧洲夫妻财产法原则”将夫妻平等作为基础立法思想，同时又充分考虑了团结、公平和促进

[60] 参见前注〔47〕，M De Jong & W Pintens 文，第565页。

[61] 参见“欧洲夫妻财产法原则”第4:35条、第4:36条。但是“欧洲夫妻财产法原则”关于婚后所得共同制“财产”部分的规定更强化了“共同”，第4:39条〔共同财产推定〕规定，财产物品应当推定为共同财产，但依据第4:35条至第4:38条能够证明其为个人财产的除外。

[62] 例如西班牙《民法典》关于婚后所得共同制规定的基本内核基本上全部体现在了“欧洲夫妻财产法原则”之中。See P Q Redondo, Spanish Matrimonial Property Regimes and CEFL Principles regarding Property Relations between Spouses, European Journal of Law Reform 2015, pp. 329~340.

[63] See Jens M. Scherpe, The financial Consequences of Divorce in a European Perspective, in Jens M. Scherpe (ed), European Family Law Volume III: Family Law in a European Perspective, Edward Elgar, 2016, p. 184. 第4:57条〔平等份额与调整〕: (1) 共同财产应当在夫妻之间平等分配。(2) 在极端苛刻情形下主管机关可以: (a) 调整分配; (b) 根据第4:55条取消或变更夫妻之间的协议。

个体自治,其还将规则简明化作为原则起草的指导思想。^[64]而这又与我国《婚姻法》第2条规定的男女平等原则和第17条规定的平等处理权规则以及我国婚姻法的立法品质十分契合。上述诸多共同点使我国正在编纂的民法典借鉴“欧洲夫妻财产法原则”之家事代理规则成为可能:

第一,家事代理存在基础在于婚姻,故而具有婚姻家庭法上的特殊性,因此对其不应规定到民法典总则代理部分,而应规定于婚姻家庭法部分。鉴于我国《婚姻法》本来就没有传统的家事代理,因而也就不存在历史制度维系问题,婚姻家庭编关于家事代理的规定应吸古纳今,实现制度整合与创新。

未来民法典婚姻家庭编应当从根本上对家事代理之“家事”和“代理”进行二元分割,彻底抛弃以夫妻连带责任为标志的传统家事代理。具体而言,在婚姻家庭编夫妻关系之一般权利义务关系部分可以参考《婚姻法》第20条和“欧洲夫妻财产法原则”第4:4条,首先规定夫妻双方的抚养和家务贡献:“夫妻一方应依其能力扶养另一方和对家务作出贡献(第1款)。夫妻一方不履行扶养义务或对家务的贡献义务的,另一方可以向人民法院申请要求对方给付扶养费或决定对方的家务贡献义务(第2款)”。^[65]然后参考“欧洲夫妻财产法原则”第4:7条放弃法定代理模式,而改采委托代理,同时保留欧洲各国家事代理的共同核心,即夫妻一方无能力表达其代理意志的,另一方可请求法院给予授权:“夫妻一方可以授权另一方代理其实施法律交易(第1款)。夫妻一方因缺席、患病或能力缺失而无法表达其意志的,夫妻另一方可以向人民法院申请授权其:(一)独立处理需要夫妻一方同意的事务;(二)代理夫妻一方可独立处理的事务(第2款)”。鉴于夫妻一方的家事代理信息不仅对于共同财产的日常管理、约定财产制和夫妻财产制终止具有重要意义,而且对债权人 also 具有重要影响,故还可以参考“欧洲夫妻财产法原则”第4:8条特别规定夫妻告知义务。

第二,婚姻家庭编夫妻关系部分可分别设置法定夫妻财产制和约定夫妻财产制,法定夫妻财产制应采取(积极)财产、债务和管理的分目设置,将传统家事代理的内容和后果分流,避免家事代理与共同债务和共同财产管理剪不断理还乱的窘境。^[66]

我国《婚姻法》既然将共同财产和个人财产区分得十分清楚,且《婚姻法解释(三)》又进一步明确和扩大了个人财产的范围,然而《婚姻法》却始终没有将共同债

[64] See K Bole-Woelki and M Jänträ-Jareborg, Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations Between Spouses, in K Boele-Woelki et al (eds), The Future of Family Property in Europe, Intersentia, 2011, p. 51.

[65] 家务贡献义务也可解决家务贡献能否给予补偿的问题,其可与《婚姻法》第40条一起构成扶养、家务贡献和子女扶养方面在婚内和离婚时完整的请求权基础。

[66] 司法实践中《婚姻法解释(一)》第17条和家事代理规则经常“被”作为夫妻共同债务的裁判规则进行直接适用。笔者以“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”为关键词,在北大法宝对2016年1月1日到2017年8月22日之间的案例进行了全文搜索,法院级别选择为基层法院,案由为民事,共获得214件案例,其中适用《婚姻法解释(一)》第17条裁判民间借贷的案件共63件,占26%。鉴于我国夫妻共同债务纠纷高居不下,最高人民法院对此今年连续颁布了《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)》(法释[2017]6号)、《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》(法[2017]48号),但其均没有跳出传统家事代理导致夫妻连带债务的思维模式。

务和个人债务区分清楚，因此不得不说这是与共同财产和个人财产明确界分和个人财产范围扩张的严重背离。因此未来我国婚姻法可以《婚姻法》第17条、第18条及其相关司法解释规则为基础，并参考“欧洲夫妻财产法原则”第4：40条至第4：43条分别规定共同债务和个人债务构成与承担规则。其中债务构成可以参考“欧洲夫妻财产法原则”第4：40条和第4：41条，将《婚姻法》及其司法解释以及司法指导意见中关于共同债务和个人债务的规则，结合司法实践经验进行类型化列举。^[67]例如共同债务构成规则可以规定为：“共同债务包括：（一）夫妻双方共同缔结的债务；（二）夫妻一方为合理的日常家庭生活需求所缔结的债务……”其将夫妻一方为日常家庭生活需求，即依传统家事代理而缔结的债务仅作为夫妻共同债务判定规则标准之一，也就是通过对传统家事代理法律后果的化整为零，去其不可承受之重。

第三，需要指出的是，《婚姻法解释（一）》第17条确立的两个标准“因日常生活需要”和“做重要处理决定”不能同时存在：根据该条应理解为“因日常生活需要对夫妻共同财产做一般处理决定和重大处理决定时，任何一方均有权决定”和“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”，那么其显然遗漏了“非因日常生活需要对夫妻共同财产做一般处理决定”之情形。此外，司法裁判中法官往往从交易是否构成对夫妻共同财产的重要处理入手，“非因日常生活需要”并没有对第17条第2项形成实质影响。^[68]因此，建议共同财产管理立法可在《婚姻法》第17条、《婚姻法解释（一）》第17条基础上参考“欧洲夫妻财产法原则”第4：44条和第4：45条，优化原来的规定，其中关于共同财产的管理可规定为：“夫妻任何一方对夫妻共同财产享有平等的权利（第1款）。因日常生活需要而管理夫妻共同财产的，夫妻任何一方均有权决定。但因重大事务而管理夫妻共同财产的，夫妻双方应当协商一致，共同管理（第2款）。夫妻一方拒绝同意需要共同管理的事务的，夫妻另一方可以向人民法院申请授权，以独立处理该等事务（第3款）”。

鉴于我国婚姻法“处理权”是非严谨法律术语的口语化表达，且其本质含义与“欧洲夫妻财产法原则”规定的婚姻财产管理并无二致，故本文采更广泛的“管理”概念。^[69]更重要的是此处没有吸收《婚姻法解释（一）》第17条第2项第2句所谓“表见的家事代理”，出发点仍然是“上帝的归上帝，凯撒的归凯撒”，如出于交易保护之必要，立法者可考虑将其规定在上述共同债务条款部分。同时，本文建议借鉴“欧洲夫妻财产法原则”第4：46条和第4：48条赋予夫妻一方在共同管理纠纷时的救济权利，即规定无效宣告制度和共同财产管理权的削减规则。

[67] 关于夫妻共同债务的内容不属于本文研究重点，故不再详论，后续将对此另文展开。

[68] 如最高人民法院（2007）民二终字第219号；甘肃省庆阳地区中级人民法院（2014）庆中民终字第483号；北京市朝阳区人民法院（2013）朝民初字第03916号等。

[69] 婚姻法学界通说认为《婚姻法》第17条规定的处理权是所有权权能之处分权能（参见杨大文主编：《亲属法》，法律出版社2004年版，第132页；前注〔1〕，陈苇书，第118页，第118页；马忆南著：《婚姻家庭继承法学》，北京大学出版社2014年版，第88~89页）。这种理解并不正确，因为所有权权能之“处分”决定的仅仅是“物”在法律上或事实上的命运，而婚姻财产不可能只包括简单的“物”，还可以是权利，如担保物权、用益物权和债权。既然处理共同财产既可是处分行为和负担行为，又可为事实行为以及其他行为，那么这种财产处理与“欧洲夫妻财产法原则”使用的财产管理内涵一致。处理权是对婚姻法立法史上不成熟用语的沿革，其虽然具有“中国特色”，但鉴于其为非严谨性法律术语故建议摒弃之。

五、结语

欧洲 26 国家事代理的共同核心构成了传统家事代理的一般公式。“欧洲夫妻财产法原则”以传统家事代理的共同核心为基础，但又以更优规则的规范设计超越了传统家事代理。其中最优规则当属第 4：7 条和第 4：4 条，其果断抛弃了属于家事代理共同核心的法定代理模式和欧洲 26 国中 22 国均采行的家事代理连带责任的法律后果，而是改采委托代理模式，将传统家事代理之“家事”，即家务管理分离出来并通过夫妻双方对家庭生活需求的贡献义务予以规定。同时“欧洲夫妻财产法原则”对因日常家事缔结债务和管理财产的内容分置到婚姻债务规则（第 4：40 条）和婚姻财产管理规则（第 4：44 条），避免了共同财产管理和共同债务构成在家事代理上纠缠不清的窘况。“欧洲夫妻财产法原则”的债务承担规则和财产管理救济规则以及信息义务的配套又进一步优化了基于日常家事婚姻债务和财产管理规定。

对比传统家事代理的一般公式和“欧洲夫妻财产法原则”可知，《婚姻法解释（一）》第 17 条第 1 项并非典型的家事代理，而是第 4：44 条第 1 款规定的同时管理规则。“欧洲夫妻财产法原则”同我国婚姻法规定的共同财产制存在诸多一致与暗合，为我国民法典婚姻家庭编借鉴“欧洲夫妻财产法原则”提供了可行性基础。为明朗我国司法实践中夫妻债务和《婚姻法解释（一）》第 17 条之共同财产管理规则之间的暧昧关系，民法典婚姻家庭编可以充分借鉴“欧洲夫妻财产法原则”的做法，对“家事”和“代理”进行二元分割，对家事代理的后果和内容分置于婚姻债务规则和财产管理规则，同时也有必要规定夫妻之间的信息义务，避免夫妻之间因家事代理或财产管理导致的信息不对称。

欧洲家庭法原则共同核心与更优规则并举的特征使其成为比较家庭法上的杰作。欧洲家庭法原则与其他欧洲私法学者组织的民间法律运动一道构成欧洲私法统一领域特别的亮丽风景，^[70]这也是欧洲乃至世界竞相研究欧洲家庭法原则的原因。^[71]然而

[70] 除了欧洲家庭法协会，还有 Commission on European Contract Law, European Group on Tort Law, Restatement of European Insurance Contract Law, Study Group on a European Civil Code, Acquis Group, Ius Commune Casebooks, Common Principles of European Private Law, Uniform Terminology for European Private Law 等，这些学者群体已经草创出一系列原则。Vgl. Wolfgang Wurmnest, Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze-Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa, ZEuP 2003, 714 ff.

[71] 世界范围内仅研究“欧洲夫妻财产法原则”的著作除了本文提到的还有诸如 A H Imamovic, Property Relations between Spouses in the Principles of European Family Law and the Law of Federation of Bosnia and Herzegovina, Annals of the Faculty of Law of the University of Zenica 2015, pp. 167 ~ 186; O. Prostybozhenko, Legal Structure Contract in the Interest of Family in Spouses' Property Relations: Experience of European States and Harmonization Perspectives of National Legislation, Law Review of Kyiv University of Law 2016, pp. 190 ~ 195; B Rešetar, Matrimonial Property in Europe: A Link between Sociology and Family Law, Electronic Journal of Comparative Law 2008, pp. 1 ~ 18; N V Lowe, G Douglas, Bromley's Family Law, 11th edn. Oxford University Press, 2015, pp. 104 ~ 120; B Dauner-Lieb, Eine moderne Form der Errungenschaftsgemeinschaft-Ein Güterstand der Zukunft? Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes 2014, 10 ff.; Gudrun Lies-Benachib, Eine Lanze für die Errungenschaftsgemeinschaft, Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes 2016, 67 ff.

不无遗憾的是,欧洲家庭法原则一直未引起我国婚姻家庭法学界的重视。^[72]对于我国而言,欧洲家庭法原则值得研究的内容也绝非只有家事代理,“欧洲夫妻财产法原则”的其他制度规则如债务构成和承担规则就特别值得研究;此外,《关于父母责任的欧洲家庭法原则》放弃属于欧洲各国家庭法共同核心的监护制度而采用的更为现代的父母责任制度,《关于离婚和离异夫妻之间抚养的欧洲家庭法原则》规定的合意离婚与非合意离婚以及反思期制度(reflection period)都是可资借鉴的比较法成果。而完整发掘如此丰富的宝藏绝非本文之孤文只义所能达致,因此从这个意义上讲本文只能看作是对欧洲家庭法原则的惊鸿一瞥,对其全豹式的解剖则有赖于后续研究。当然“欧洲家庭法原则”如能引起我国婚姻家庭法学界和民法典婚姻家庭编立法者的重视,则其必定大大助益于婚姻家庭编涵古纳今品质的实现,而这也正是本文写作的真正动机所在。

参考文献

- [1] 陈苇. 婚姻家庭继承法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.
- [2] 夏吟兰. 我国夫妻共同债务推定规则之检讨[J]. 西南政法大学学报, 2011(1).
- [3] 吴晓芳. 有关适用《婚姻法》司法解释的几个问题[J]. 法律适用(国家法官学院学报), 2002(1).
- [4] 杨振宏. 《民法典》总则增加家事代理制度的立法建议[J]. 苏州大学学报: 哲学社会科学版, 2016(6).
- [5] 马忆南, 杨朝. 日常家事代理权研究[J]. 法学家, 2000(4).
- [6] 叶名怡. 《婚姻法解释(二)》第24条废除论——基于相关统计数据的实证分析[J]. 法学, 2017(6).
- [7] K Boele-Woelki, B Braat, I Curry-Sumner (eds). European Family Law in Action Volume IV: Property Relations Between Spouses[M]. Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, 2009.
- [8] K Boele-Woelki, et al, Principles of European Family Law Regarding Property Relationships Between Spouses[M]. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2014.
- [9] Dethloff/Timmermann. CEFL-Prinzipien zu den vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten[J]. NZ-Fam 2016.
- [10] Boele-Woelki/Martiny. Die CEFL und die Prinzipien zum europäischen Familienrecht betreffend vermögensrechtliche Beziehungen zwischen Ehegatten: der Weg zu einem europäischen Ehegüterrecht[J]. ZEuP 2014.

(责任编辑: 朱晓峰 张安平)

[72] 目前国内关于欧洲家庭法原则的研究只有吴用教授的一篇简评文章《欧洲家庭法统一进程的最新发展——以欧洲家庭法协会为视角》,载《当代法学》2008年第4期,该文简单介绍了欧洲家庭法原则2008年之前的内容。2017年由法律出版社出版的《欧洲婚姻财产法的未来》系婚姻法学者樊丽君等翻译的一本由欧洲家庭法协会组织委员会主席Katharina Boele-Woelki主编的一本类似论文集的专著,该书原文出版于2011年,讨论的是2013年《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》起草出版之前欧洲家庭法的比较研究。